

教育部全国普通高等学校优秀教材（一等奖）



北京高等教育精品教材  
BEIJING GAODENG JIAOYU JINGPIN JIAOCAI



新编21世纪法学系列教材

# 国际法

第六版

主编 程晓霞 余民才

撰稿人（以撰写章节先后为序）

邵沙平 朱文奇 余民才

International  
Law

中国人民大学出版社

· 北京 ·

## 编审委员会

总主编 曾宪义 王利明

副总主编 韩大元(常务) 叶秋华 龙翼飞 郑定 林嘉 刘明祥 刘志

委员 (按姓氏笔画排序)

马小红 王云霞 王作富 王欣新 王轶 王新清 尹立 冯军  
史际春 叶林 田宏杰 刘文华 刘春田 吕世伦 孙国华 朱力宇  
朱大旗 朱文奇 朱景文 江伟 汤维建 许崇德 何家弘 余劲松  
吴宏伟 张小虎 张志铭 李艳芳 杨大文 杨立新 杨建顺 邵沙平  
陈卫东 陈桂明 周珂 范愉 姚辉 胡锦涛 赵中孚 赵秀文  
赵晓耕 徐孟洲 莫于川 郭禾 郭寿康 高铭暄 黄京平 程天权  
程荣斌 董安生 谢望原 韩玉胜 黎建飞 戴玉忠

编委会办公室 郝晓明 黄晓蓉 侯静

本书充分体现了习近平新时代中国特色社会主义思想、习近平法治思想、习近平强军思想和习近平外交思想。具体内容由两大部分组成：有关国际法的基本理论与原理和基本性部门法。基本理论与原理部分涉及国际法的性质、渊源、主体，国际法与国内法的关系，以及国家主权原则、禁止使用武力或武力威胁原则、不干涉内政原则和人民自决权原则；基本性部门法部分包括国际国家法、国际个人法、国际人权法、国家领土法、海洋法、空间法、外交和领事关系法、条约法、国际组织法、国家责任法、和平解决国际争端法和武装冲突法。这两部分介绍了诸如负责任的主权、保护的责任、自主主体和被动主体以及强制解决争端程序等新观念和新概念，涵盖国际法的最新发展与实践，包括新时代中国对国际法、国际关系、全球治理、和平与安全贡献的中国智慧、中国方案与中国力量以及立法和外交实践，阐明了“一般”国际法的基本理论、原则、规则和制度，无缝衔接了新时代中国的国际法观、国际秩序与国际体系观。

程晓霞 女，中国人民大学法学院教授，主要著作包括《国际法的理论问题》（1989年）。

邵沙平 女，中国人民大学法学院教授，博士生导师，主要著作包括《跨国洗钱的法律控制》（1998年）和《现代国际刑法教程》（1993年）。

朱文奇 男，中国人民大学法学院教授，博士生导师，主要著作包括《国际刑事诉讼法》（2014年）和《国际人道法》（2007年）。

余民才 男，中国人民大学法学院教授，博士生导师，主要著作包括《国际法上自卫权实施机制》（2014年）和《国际法的当代实践》（2011年）。





## 总序

# 曾宪义

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重

新审视中国的过去,规划国家和社会的未来,中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期,以这种大的社会环境为背景,中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看,实行改革开放以来,经过二十多年的努力,中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先,经过“解放思想,实事求是”思想解放运动的洗礼,在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响,根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识,这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次,随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入,一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架,一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年,国家教育主管部门和教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整,决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业,按照一个专业招生,从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时,在充分论证的基础上,确定了法学专业本科教学的14门核心课程,加上其他必修、选修课程的配合,由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次,法学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业,在校本科生和研究生已达二十余万人。除本科生外,在一些全国知名的法律院校,法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知,法律的进步、法治的完善,是一项综合性的社会工程。一方面,现实社会关系的发展,国家政治、经济和社会生活的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。另一方面,法学教育、法学研究的发展,直接推动法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中,法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动,所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步,在21世纪,我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”,任重道远。

首先,法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化,势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗,中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入,国家和社会的一些深层次问题,比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等,也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决,无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度,构建理想的和谐社会,乃一项持久而庞大的社会工程,需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作,如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等,则有赖于法学研究的不断深入,以及高素质人才特别是法律人才的养成,而培养法律人才的任务,则是法学教育的直接责任。

其次,21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命,正在极大地

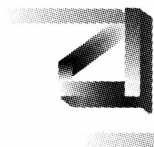
改变着我们的世界。现代科学技术，特别是计算机网络信息技术的发展，使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变，并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言，在 21 世纪所要面临的，不仅是教学内容、研究对象的多元化问题，而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题，这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于 1950 年，是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果，在全国法学教育领域处于领先地位，并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计，中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人，培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力，中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势，在现职教师中，既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的法学前辈，更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时，也积极投身于国家的立法、司法实践，对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此，中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商，决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量，出版一套“21 世纪法学系列教材”。自 1998 年开始编写出版本科教材，包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的 14 门核心课程教材，也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内，到 2000 年 12 月 3 日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21 世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时，业已出版了 50 本作为 50 周年院庆献礼，到现在总共出版了 80 本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要，最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列，即：“本科生用书”“法学研究生用书”“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”，总数将达二百多本。我们设想，本套教材的编写，将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先，本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔，约请全国高校优秀学者参加，形成学术实力强大的编写阵容。同时，在编写教材时，将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果，注意国际学术发展的最新动向，力求使教材内容能够站在 21 世纪的学术前沿，反映各学科成熟的理论，体现中国法学的水平。其次，本套教材在编写时，将针对新时期学生特点，将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来，注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这套法学教材将以其质量效应、规模效应，力求成为奉献给新世纪的精品教材，我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。





# 序言



法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生法律学习的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人

子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生

用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日



本教材 2002 年被评为教育部全国普通高等学校优秀教材（一等奖），2006 年被评为北京高等教育精品教材，2017 年被列为中国人民大学“十三五”本科规划教材。第六版的主要特点是：

（1）习近平新时代中国特色社会主义思想、习近平法治思想、习近平强军思想和习近平外交思想进国际法教材，全面体现新时代中国对国际法、国际关系、全球治理、和平与安全贡献的中国智慧、中国方案、中国力量及中国实践，包括世界百年未有之大变局，中华民族伟大复兴，以联合国为核心的国际体系，以国际法为基础的国际秩序，以联合国宪章为基础的国际关系基本准则，国际法治，全球治理，多边主义，“以人民为中心”，“以人民安全为宗旨”，全面管治权，“四个意识”，“四个自信”，“两个维护”，新发展阶段、新发展理念、新发展格局，大国论，国防和军队现代化，新型国际关系，人类命运共同体，人权观，海洋命运共同体，“一带一路”倡议，中国法域外适用，涉外法治，海洋强国以及总体国家安全观。

（2）全面反映国际法的最新发展，增补国际法新原则和新制度，包括国家的单方面行为，国家官员的外国刑事管辖豁免权，发展中国家地位，共同但有区别的责任原则，国家自主贡献，预防原则，预防性做法，海洋权利，定向制裁，平行管辖，国际海洋法法庭迅速释放程序，“单一行为，双重责任”以及区域刑事司法体制。

（3）针对性深化相关国际法制度的内容，包括国家管辖权，国际水法，有效控制标准，关键日期，“陆地统治海洋”原则，相互适当顾及义务，剩余权利，防空识别区，海上识别区，国际和平与安全法，国际义务，国际法院体制以及国际刑事法院的管辖权与第三国。

（4）引入大量各类国际和国内的判例。

本教材第六版由中国人民大学法学院余民才负责全面修订。

编 者

2021年1月

这本教材是为法学本科 54 学时教学计划编写的，为此，我们在编写中对国际法的内容、章节安排有所取舍，以求尽量使之既简明，又能包含国际法的基础知识和当今国际关系中常见的国际法问题。根据多年的教学经验，我们认为这些内容足以给本科生打下基础，在他们遇到国际法的新问题时也能有触类旁通之效。

本教材由中国人民大学法学院国际法教研室教师编写，分工如下：

张文彬撰写第一、二、三、七、八章；

余民才撰写第四、五、六、九、十章；

程晓霞撰写第十一、十二章并负责主编和定稿。

我们水平有限，且编写匆忙，错漏之处，希望不吝赐教。

编者

1999 年 6 月





## 第一章 导 论

第一节 国际法的概念与性质 .....	001
第二节 国际法的渊源 .....	007
第三节 国际法的编纂 .....	013
第四节 国际法主体 .....	014
第五节 国际法与国内法的关系 .....	016

## 第二章 国际法基本原则

第一节 国际法基本原则的体系 .....	022
第二节 国际法基本原则的主要内容 .....	024

## 第三章 国际国家法

第一节 国家的要素与基本权利 .....	041
第二节 国家豁免权与国家官员的外国刑事管辖豁免权 .....	051
第三节 国家和政府的承认 .....	061
第四节 国家继承与政府继承 .....	067

## 第四章 国际个人法

第一节 国籍 .....	074
第二节 外国人的待遇 .....	078
第三节 难民 .....	082
第四节 外交保护 .....	084

第五节 引渡与庇护 .....	087
<b>第五章 国际人权法</b>	
第一节 国际人权法的性质与发展 .....	092
第二节 国际人权标准 .....	096
第三节 国际人权标准的实施机制 .....	107
<b>第六章 国家领土法</b>	
第一节 国家领土的概念与构成 .....	119
第二节 内陆水 .....	121
第三节 国家领土的取得与变更 .....	124
第四节 国家领土主权及其限制 .....	127
第五节 国家领土边界 .....	129
第六节 极地 .....	134
<b>第七章 海洋法</b>	
第一节 海洋法的发展与编纂 .....	138
第二节 基线与海洋权利 .....	141
第三节 内水、领海与毗连区 .....	144
第四节 用于国际航行的海峡与群岛水域 .....	150
第五节 大陆架与专属经济区 .....	153
第六节 公海与国际海底区域 .....	160
<b>第八章 空间法</b>	
第一节 国际航空法 .....	167
第二节 外层空间法 .....	176
<b>第九章 外交和领事关系法</b>	
第一节 外交关系法 .....	183
第二节 领事关系法 .....	193
第三节 应受国际保护人员的法律制度 .....	198
<b>第十章 条约法</b>	
第一节 条约的概念与条约法编纂 .....	200
第二节 条约的缔结 .....	204
第三节 条约的生效与适用 .....	212
第四节 条约的解释与修订 .....	216

第五节 条约的失效、终止与停止施行 .....	219
<b>第十一章 国际组织法</b>	
第一节 国际组织的概念及其法律地位 .....	226
第二节 国际组织的一般法律制度 .....	230
第三节 联合国法 .....	234
第四节 区域性国际组织 .....	245
第五节 非政府组织 .....	248
<b>第十二章 国家责任法</b>	
第一节 国家责任与国家责任法的性质 .....	251
第二节 国家责任的成立 .....	253
第三节 解除国家行为不法性 .....	260
第四节 国家责任的形式 .....	263
第五节 国家责任的履行 .....	267
第六节 国家的刑事责任与国际赔偿责任 .....	270
<b>第十三章 和平解决国际争端法</b>	
第一节 国际争端及其和平解决 .....	274
第二节 国际争端的政治解决方法 .....	278
第三节 国际争端的法律解决方法 .....	283
<b>第十四章 武装冲突法</b>	
第一节 武装冲突法的发展与基本内容 .....	300
第二节 对作战手段和方法的限制 .....	304
第三节 战争受难者保护 .....	309
第四节 中立 .....	311
第五节 惩治严重违反国际法的罪行 .....	313
<b>重要参考文献 .....</b>	<b>321</b>



### 本章概要

导论主要涉及国际法的性质、主体、渊源以及与国内法的关系。它们构成国际法最基本的理论问题，是学习国际法的基础。

### 关键术语

普遍国际法 一般国际法 特别国际法 人类命运共同体 强行法 对所有国家的义务 国际法的渊源 国际习惯 一贯反对者规则 一般法律原则 国家的单方面行为 国际法治 并入 转化

## 第一节 国际法的概念与性质

### 一、国际法的名称与定义

“国际法”一词在西方文献中最初是以拉丁文 *jus gentium* 出现。*Jus gentium* 汉译为万民法，原本是古罗马国内法的一个组成部分，与市民法 (*jus civile*) 相对应。在古罗马，市民法适用于罗马人之间，万民法适用于外国人之间以及外国人与罗马人之间的关系。1625年，被誉为“国际法之父”的荷兰法学家格老秀斯 (Hugo Grotius) 在其名著《战争与和平法》中，使用 *jus gentium* 这一词语来称呼调整国家间关系的意志法，使这一术语的含义扩大而具有万国法的性质。嗣后，*Jus gentium* 转为英文 *law of nations* (万国法)。1780年，英国法学家、哲学家边沁 (Jeremy Bentham) 在其《道德和立法原理导论》一书中首次使用 *international law* 作为国际法的名称，这逐渐获得广泛认同和普遍接受，成为国际通用的英文名称。

19世纪中叶，中国开始从西方接受国际法，通用名称是万国公法或公法。其中，最早使用这一名称的是美国传教士丁韪良。他于1864年将美国人惠顿所著《国际法原理》一书译为中文，定名为《万国公法》。这一译法传入日本，亦得到广泛采用。1873年，日本人箕作麟祥将万国公法改译为“国际法”，在日本通行。清末法律改革，大量日本政法名词输入中国，日本通用的国际法名称又被中国法学界广泛采用。

由于有的国家有区分公法和私法的传统，有的学者为了区别于国际私法，又将国际

法称为国际公法（public international law）。不过，这种基于区分目的而使用“国际公法”名称没有必要<sup>①</sup>，因为国际私法主要是解决不同国家对于私人关系的不同法律规定所产生的冲突，包括管辖权的冲突，它在本质上属于国内法。比如，中国2010年《涉外民事关系法律适用法》就是有关国际私法的规则。然而，如果各国在解决某些法律冲突方面形成国际习惯或者订立国际条约，这方面的国际私法就成为国际法的一部分。在此意义上，国际法被说成包括国际公法和国际私法。<sup>②</sup>以促进国际法的逐渐发展和编纂为职能的联合国国际法委员会（ILC）主要关注的是国际公法，但是这不妨碍它介入国际私法的领域。<sup>③</sup>

国际法概念没有一个普遍公认的官方或理论定义，它可以被理解为主要调整国家之间和国家与非国家行为者（政府间国际组织、争取独立的民族和一定范围内的个人或公司）之间关系的、具有法律约束力的各种原则、规则和制度的总称。因此，无论所涉主题是什么，比如政治、经济、环境或安全，只要是规范国际法律关系，都属于国际法的范畴，并可进一步称之为相关主题的国际法，比如国际经济法、国际环境法或国际安全法。就学科分类而言，国际法概念通常被理解为国际公法。世界贸易组织（WTO）法，比如《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款和2009年“美国陆地棉花补贴案”仲裁裁决，所使用的“国际公法”词语即是在这个意义上的。

国际法概念还可以从规范方面来理解。从渊源的角度，国际法可主要分为条约国际法与习惯国际法。从适用范围的角度，国际法可分为普遍国际法、区域国际法和双边国际法。普遍国际法是指对所有国家适用的国际法，区域国际法是指对一个地理区域内的国家适用的国际法，双边国际法是指对两个或两组国家适用的国际法。从相互关系的角度，国际法可分为一般国际法（general international law）与特别国际法（special international law）。一般国际法是指具有一般适用性的国际法，特别国际法即适用范围限制更加明确的国际法。一般法与特别法（lex specialis）之间的关系在国际法中无所不在。一般来说，条约法相对于习惯法、区域国际法和双边国际法相对于普遍国际法是特别法。经常提到的自足制度或特别制度（self-contained or special regimes）也是特别法，比如国际人权法、世界贸易组织法或国际投资法。一般法与特别法之间关系的一般原则是“特别法偏离一般法”或者特别法优于一般法。

## 二、国际法的特征与性质

### （一）国际法的特殊性

国际法是一个独特的法律体系。与国内法相比，它具有以下主要特征。

（1）国际法的主体通常是国家和国家间或政府间国际组织以及争取独立的民族。这与国内法不同，后者的主体通常是个人和法人。在国际法上，个人主要作为被保护的

① 参见王铁崖：《国际法引论》，16页，北京，北京大学出版社，1998。

② 参见王铁崖主编：《国际法》，4~5页，北京，法律出版社，1995。

③ 参见《联合国国际法委员会章程》第1条。

象和被惩治的对象来对待<sup>①</sup>，不是一般意义上的国际法主体。因此，国际法调整的对象是国际法主体之间的关系，即国际关系，国内关系不能成为国际法调整的对象。换言之，国际法不调整个人或法人之间或它们相互之间的关系或者在一般意义上个人或法人与国家之间的关系。

(2) 国际法是由国家参与制定的。国际社会是一个权力分散的社会，没有也不可能有一个凌驾于国家之上的立法机关制定并颁布国际法。一个国家也不能单独创制国际法。国际法是在国家交往中通过习惯或条约等各国共同同意的方式形成的。与此相反，国内社会是一个权力集中的社会，存在凌驾于这个社会之上的权力机关，包括立法机关。国内法是由这种机关制定或认可的，不是由自然人或法人在它们相互之间产生的。因此，国际法主要是国家之间的法律，是“平行”的法，不是“超国家法”、“世界法”或“人类法”。而国内法是“垂直”的法，是上级对下级的法。因此，国际法不像国内法那样存在法律的不同等级。<sup>②</sup>

(3) 国际法的实施主要靠国家本身的行为。国际社会没有强制实施国际法的机制，这与存在强有力执行机制的国内法完全不同。国内社会有专门的司法机关和执法机关以确保国内法的有效实施，比如法院、警察和监狱。然而，国际社会没有类似的世界法院、世界警察和世界监狱。国际性法院或法庭包括联合国国际法院（ICJ）、仲裁庭和世界贸易组织争端解决机构在国家同意下能够裁判当事国之间的争端，联合国安全理事会能够对违反 1945 年《联合国宪章》第 39 条的国家决定实施经济制裁甚至使用武力。但是，当违反国际法的情事发生时，这种第三方救济并非总是可以利用或者有效，因为国际性法院或法庭没有强制管辖权和强制执行力，安全理事会的执法受制于理事国的政治取向或常任理事国的否决权。所以，国际法主要是通过国家自身的行为（即自助），单独或集体地实施的。比如，自 2018 年 6 月起，美国违反世界贸易组织相关规则，挑起贸易战，轮番对原产于中国的商品加征进口关税。为捍卫自身合法权益，中国依据《对外贸易法》等法律法规和国际法基本原则，对原产于美国的进口商品采取同等规模、同等力度的加征关税措施。

但是，与国际法不相符合的单边强制措施（即单边制裁）不是实施国际法的合法措施。<sup>③</sup> 比如，在 2018 年伊朗诉美国“违反 1955 年《美伊友好、经济关系和领事权利条约》案”中，国际法院指示临时措施，要求美国撤销它于 2018 年 5 月退出 2015 年《伊朗核问题全面协议》而重启对伊朗单边制裁措施中影响人道需求的措施。联合国大会年度《人权与单方面胁迫措施》决议强调，单边经济、金融或贸易强制措施和立法违背国际法、国际人道法、《联合国宪章》以及指导国家间和平关系的规范和原则，敦促所有国家停止采取或执行以及不颁布和采用任何这类措施。中国一贯反对单边强制措施。

## （二）国际法的法律性

作为适用于国际社会的法，国际法是具有约束力的法律，这种约束力来源于国家的

① 参见白桂梅：《国际法》，2 版，241 页，北京，北京大学出版社，2010。

② 参见白桂梅：《国际法》，2 版，241 页。

③ 参见《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于促进国际法的声明》，2016 年。

同意或接受。国际法理论对国际法约束力根据的解释有多种学说，包括自然法学派、实在法学派、社会连带法学派、规范法学派和政策定向学说。<sup>①</sup>显然，国际法不是国际道德规范或者“软法”（soft law）。但在历史上和现实中，国际法的法律性有时遭到否定或怀疑。例如，19世纪英国法学家奥斯丁（Austin）认为，法律是主权者的命令，而国际法只是“实在的国际道德”。造成否定或质疑国际法的法律性的原因主要有两个：一是人们经常接触到的是国内法，因而往往将国内法与法律相等同。如果用国内法的观点去判断和评价国际法律问题，就很容易得出国际法不是法的结论。二是违反国际法的情势有时不能得到制止或纠正。2003年美国发动的“解放”伊拉克战争就是一个例子。

法律是社会的产物。一个国际社会是客观存在的事实，国际法自然而是法律。虽然国内法的特征提供了一种有效的标准，以判断适用于国际社会的规则是否具有法律的性质，但是，“主要以国家的国内法为依据所作出的（法律）定义，在适用于其他各种社会所拥有的规则时，可能是太狭窄了……一些规则的总体，即使可能在其发展的某些阶段不具备国内法的一切特征，仍然可以是严格意义的法律”<sup>②</sup>。诸如《联合国宪章》等“造法性”国际条约不仅要求国家遵守“由条约与国际法其他渊源”而引起的义务，而且要求国家通过宪法和其他国内法明确国际法的法律地位和遵守国际法的决心。相对于违法行为现象而言，国家遵守国际法是常态。亨金指出，几乎所有的时候，几乎所有的国家，遵守了几乎所有的国际法原则和它们的义务。<sup>③</sup>违法行为的存在本身不影响国际法的法律性，因为违法不等于无法。而且，被批评违法的国家从不承认自己违反国际法，相反，它们总是竭力用国际法为自己的行为辩护。再者，国际法有时显示出很强的执行力。2014年联合国在半年之内解除叙利亚化学武器武装就是一个例子。

国际法的法律性自然使之成为国际和平、国际法治与全球治理的基础。联合国多项决议反复重申，包括《联合国宪章》在内的国际法是建立一个更和平、更繁荣、更公正的世界所不可或缺的基础，法治是普遍和不可分割的联合国核心价值 and 原则的一部分，强调在国际上必须遵守和实行法治，并维护以法治和国际法为基础的国际秩序。2017年中国共产党第十九次全国代表大会提出“两个构建”，即“推动构建新型国际关系，推动构建人类命运共同体”<sup>④</sup>，其法律基础也是国际法。

国际法是法律也意味着它与国际政治有区别。法律是上层建筑，为政治服务。在此意义上，国际法是国际政治。但是，不能据此仅仅将国际法当作为国家服务的政治工具。对国际法“合则用、不合则弃”、“实用主义”或“双重标准”的工具性立场或做法背离法治原则。国际法是国家之间的最大平衡器，它使所有大小国家一律平等，公理战胜权力，法律战胜实力，真理战胜强权。正如习近平主席所说，“世界上只有一个体系，就是以联合国为核心的国际体系；只有一套规则，就是以联合国宪章为基础的国际关系基本

① 参见曾令良主编：《国际公法学》，34~38页，北京，高等教育出版社，2016。

② [英] 詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第1分册，6页，北京，中国大百科全书出版社，1995。

③ See Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2nd edition, 1979, p. 47.

④ 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》（2017年10月18日），载《人民日报》，2017-10-28，第1版。



准则。”<sup>①</sup> 国际法律外交应该成为国家对待国际事务的价值取向。

还值得指出的是，软法是当代国际法理论接受的一个概念和一种“国际造法”现象。它是指通过宣言、决议、建议、原则或标准等形式，形成不具有法律约束力的规范。这特别表现在人权、环境和国际公共卫生等领域。软法对国际法的发展和实施具有重要推动作用。

### （三）国际法的普遍性

国际法是近代国际关系的产物，而近代国际关系的开端是以 1648 年结束欧洲三十年战争的威斯特伐利亚公会为标志的。这次会议通过的《威斯特伐利亚和约》终结了罗马帝国的“世界主权”，取而代之为民族国家主权，近代国家由此产生。因此，欧洲国家构成最初的国际社会，国际法是在它们之间通过习惯和条约逐渐发展起来的，因而近代国际法或传统国际法又有欧洲国际法或欧洲公法之称。到 19 世纪，国际社会的范围扩大到欧洲以外的美洲国家和土耳其。但是，以欧洲为中心的国际社会仍然没有发生根本变化，亚非许多国家没有被接纳为国际社会的成员。在欧洲国家与亚非国家之间的关系上，所适用的不是流行于欧洲国家之间的国际法，而是以不平等条约、领事裁判权或租借地等形式表现的“帝国主义的国际法”或“弱肉强食的国际法”<sup>②</sup>。

第一次世界大战结束后，传统国际法变成“新”的、“现代”的国际法。一方面，国际社会中的非欧洲成员的规模进一步扩大。战后建立的国际联盟向“一切国家、领地或殖民地”开放会员国资格，不受文化、宗教或地理的限制。特别是第二次世界大战后自联合国建立始，随着广大亚非殖民地的独立，国家数量达到空前的程度，联合国会员国从最初的 51 个增长到现在的 193 个，几乎涵盖世界上所有的国家，因而国际社会完全摆脱欧洲中心的性质，成为名副其实的普遍国际社会。另一方面，非欧洲国家对国际法的影响日益增大。这不仅导致那些违背国家主权平等原则的旧原则、规则和制度被废止，而且发展了许多民主的新原则、规则和制度。《常设国际法院规约》和《国际法院规约》共同第 9 条明文承认“世界各大文化及各主要法系”的贡献。因此，欧洲公法变成属于全世界性质的国际法，即普遍国际法，也是以《联合国宪章》宗旨和原则为基石的国际法。

普遍国际法不仅是适用于所有国家组成的国际社会这个意义上的，而且还指国际法的有些规则对所有国家适用。然而，普遍性并不意味着统一性。国家之间广泛存在的地理、经济和文化的差异，使有关国家可能有必要在区域利益的共同基础上加以发展和调整，从而制定关于特殊利益和情势的特别国际法规则。《联合国宪章》第八章承认区域办法的存在及其重要性。理论上通常将这种特别国际法称为区域国际法，比如欧洲联盟法。<sup>③</sup> 特别国际法有助于国际法的发展，但是不能取代普遍国际法。而且，特别国际法是以存在对一切国家有约束力的国际法原则为前提的，并参照这些原则予以解释。苏联学者曾经基于社会制度提出“社会主义国际法”概念，这是“在实质上更有害于国际法的普遍性”

<sup>①</sup> 《习近平会见联合国秘书长古特雷斯》（2020 年 9 月 23 日），载《人民日报》，2020-09-24，第 1 版。

<sup>②</sup> 周鲠生：《国际法》，上册，51 页，北京，商务印书馆，1981。

<sup>③</sup> 但是，欧洲联盟法不是严格意义上的区域国际法，而是一种实际存在的、介于国际法与“联邦法”之间的独特法律。参见王铁崖主编：《国际法》，2~3 页。

的主张<sup>①</sup>，早已经被抛弃。

国际法的普遍化进程也是中国融入和再造与国际法关系的进程。自秦朝以来以“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”为“世界观”基础、以朝贡制度为纽带的中国传统世界秩序，被1840年英国入侵中国的鸦片战争打破，取而代之的是不平等条约制度，中国被迫纳入近代国际法体系。1949年中华人民共和国成立以后，特别是1978年改革开放以来，中国向国际法的维护者、塑造者转变，在气候变化等领域更是成为“引领者”<sup>②</sup>。中国共产党第十九次全国代表大会开启了中国“从站起来、富起来到强起来”的新时代，也开启了中国与国际法关系的新时代。面对当今世界百年未有之大变局，习近平新时代中国特色社会主义思想、习近平法治思想和习近平外交思想将在更广范围、更深层次和更高水平上为国际法的继承、创新和发展贡献中国智慧、中国方案与中国力量。中国“坚定维护以国际法为基础的国际秩序”<sup>③</sup>，“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”<sup>④</sup>。推动构建人类命运共同体是新时代中国国际法观的核心理念，是中国对国际法发展的重要理论贡献。<sup>⑤</sup> 以共商共建共享为原则的“一带一路”倡议是中国为践行国际法治提供的新平台。

#### （四）强行法

强行法（*jus cogens*）或绝对法在国际法律文件中称为一般国际法强制规律，与任意法或酌定法相对。1969年《维也纳条约法公约》第一次正式使用一般国际法强制规律概念。根据该公约第53条，强行法是指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。从条约法的角度，强行法可分为现有强行法和应有强行法。

强行法具有如下特征：（1）一般性与广泛性。强行法首先是一般国际法规范。一般国际法是指国际习惯法和一般法律原则，因而二者成为强行法的渊源。这也意味着条约不是强行法的渊源。但是，条约规则可以反映一项能提升到强行法级别的一般国际法规范。广泛性是指强行法虽然规定在《维也纳条约法公约》中，但是，它的适用不限于条约法领域，还涵盖条约法以外的领域。（2）普遍性，即强行法是国家之国际社会全体接受和公认的一般国际法规范。国家之国际社会全体词语意味着，强行法无须每个国家的接受和公认，绝大多数国家这样做即可满足要求。强行法的普遍性暗含存在区域强行法的可能性。（3）不可克减性，即强行法具有不容贬损的效力，非同等性质之一般国际法规律不得取而代之。不可克减性是强行法的核心要素，它将强行法与酌定法区分开来。

强行法保护和反映的是通常被称为国际公共秩序的国际社会的基本价值或共同价值，

① 参见[英]詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第1分册，50~51页。

② 外交部条法司编著：《中国国际法实践案例选编》，18~19页，北京，世界知识出版社，2018。

③ 习近平：《在联合国成立75周年纪念峰会上的讲话》（2020年9月21日），载《人民日报》，2020-09-22，第2版。

④ 《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》（2020年11月16—17日），载《人民日报》，2020-11-18，第1版。

⑤ 参见外交部条法司编著：《中国国际法实践案例选编》，20页。

产生“对所有国家的义务”(obligations *erga omnes*) (又称普遍义务或“对一切”的义务), 即一个国家对国际社会其他所有国家负有的义务, 而所有国家在其保护方面都有合法利益。国际法院在 1970 年比利时诉西班牙“巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(第二阶段)”判决中首次阐明这种观念, 它指出: “一国对整个国际社会的义务和在外交保护领域产生的与另一国相对的义务, 两者之间应该作出实质性的区分。从义务的性质看来, 对整个国际社会的义务是所有国家所关心的。鉴于所涉权利的重要性, 所有国家都对权利的保护具有合法权益; 这些义务是普遍性义务。”国际法院在以后的几个案件中重申这一观念, 如 1995 年“东帝汶案”(葡萄牙诉澳大利亚)、1996 年“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案”、1996 年“关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案”(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫) 和 2019 年“1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果案”。

在 2012 年比利时诉塞内加尔“关于起诉或引渡义务相关问题案”的判决中, 国际法院认为, 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的相关条款产生的义务可称为“对所有缔约国承担的义务”(obligations *erga omnes partes*), 意思是对于任何一个案件而言, 此种义务得到履行是每个缔约国的利益。在 2020 年冈比亚诉缅甸“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案”指示临时措施命令中, 国际法院重申, 该公约的所有缔约国拥有共同利益, 以确保防止灭绝种族行为, 以及这种行为发生时, 其行为者不享有免责。这种共同利益意味着, 有关义务是任何一个缔约国对该公约的所有其他缔约国所承担的。世界贸易组织也接受这种观念。在 2002 年“美国外国销售公司税待遇案”中, 仲裁裁决认为, 因为补贴的某些产品出口到了其他贸易伙伴, 这是一项对所有成员负有的普遍义务。普遍义务与一个国家对另一个国家负有的双边义务形成鲜明对照。

强行法表明国际法规则体系存在等级关系。也就是说, 强行法规则在效力上优越于其他国际法规则, 即等级优先。然而, 强行法是例外而非原则。大多数国际法规则属于酌定法范围, 可以通过各国之间的合意行为加以更改、克减甚至废除。哪些国际法规则属于强行法, 这并无一份说明性清单。最常援引的强行法规范包括: 禁止侵略性使用武力、人民自决权、自卫权、禁止灭绝种族、禁止种族歧视和种族隔离、禁止酷刑、禁止奴隶制和奴隶贸易、禁止战争罪和危害人类罪以及禁止针对平民的敌对行为。强行法的后果除不可克减外, 还主要涉及条约与强行法相冲突的后果和严重违反强行法的后果。<sup>①</sup>

## 第二节 国际法的渊源

国际法的渊源概念没有为一个国际法律文件所专门定义, 理论上对此有不同理解。这里的渊源系指形式渊源, 也就是使国际法规则的内容具有法律性质的过程或形式。《国际法院规约》第 38 条第 1 款是对国际法渊源的权威宣示。它规定: 法院对于陈诉各项争端, 应依国际法裁判之, 裁判时应适用: (子) 不论普通或特别国际协议, 确立诉讼当事

<sup>①</sup> 这两种情况的内容见条约法、国家责任法和武装冲突法部分。

国明白承认之规条者。（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。（卯）在第 59 条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。因此，国际法的渊源有国际条约、国际习惯和一般法律原则。有一种观点还认为，国际组织的决议和国家的单方面行为也是国际法的渊源。

《国际法院规约》第 38 条第 1 款的列举似乎表明国际法的渊源存在一种正式的等级次序或优先适用顺序，这一点在 1998 年《国际刑事法院罗马规约》中显得更为明显，该规约第 21 条提到“适用的法律依次为”。然而实际上，与国内法不同，国际法的渊源之间不存在这种关系。正如中国籍法官倪征燝在 1986 年尼加拉瓜诉美国“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”（以下简称“尼加拉瓜案”）实体问题判决的单独意见中所说，第 38 条第 1 款的各项国际法渊源通常是相互支持而非相互排斥的，不存在适用一种渊源就应该排除适用另一种渊源的情况。<sup>①</sup>

## 一、国际条约

国际条约是具有缔约能力的国际法主体间以国际法为准而缔结的确立其相互权利、义务的国际书面协议。条约的一般重要性首先在于：它所确立的规则及产生的权利和义务对于缔约各方有法律拘束力。这适用于一切条约。在现代国际法中，条约是一项主要渊源。这种渊源的国际法被称为条约国际法。

但是，并非所有性质和类型的条约都构成国际法的渊源。按照缔约方的数目，条约可分为双边条约和多边条约。按照条约的法律性质，条约可分为造法性条约或立法性条约和契约性条约。造法性条约是指许多国家缔结的以制定共同行为的规则为目的并以此种规则为内容的条约，一般采取开放的多边形式。契约性条约是指国家之间缔结的关于特定事项的权利和义务的条约，一般采取非开放的双边形式。契约性条约的一个显著例子是世界贸易组织协定，这些协定是世界上大多数贸易国家谈判和签署的，本质上是“合同”。在国际法的发展中，许多重要的国际法原则和规则都是通过多边造法性条约确立的，比如第二次世界大战以后建立国际新秩序的基本原则和法律措施就是通过《联合国宪章》这个普遍性的国际公约确立的。但是，这不意味着契约性条约不可以成为国际法的渊源。一方面，这种条约构成特别国际法的渊源。即使世界贸易组织协定本质上是契约性的，但其某些义务仍然是造法性的。另一方面，这种条约确立的法律规则可以经其他国家接受而成为习惯国际法。

## 二、国际习惯

国际习惯（international custom）是指在国际法律关系中具有法律拘束力的一致性

---

<sup>①</sup> See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, I. C. J. Reports 1986, Separate opinion of Judge Ni, p. 207.

一般国家惯例或通例。它有别于既不产生法律权利或义务、也不具备此种法律意义的国家行为。有些国家行为，即便是依传统而为，也不是习惯国际法规则，例如礼让和礼遇行为或单纯利用。从历史的发展来看，国际习惯曾经是国际法最重要的渊源，许多重要的国际法规范都起源于国际习惯，例如关于外交代表的规则和关于公海的规则。在现代国际法上，国际习惯仍然是一项主要渊源。这种渊源的国际法被称为习惯国际法或国际习惯法，通常提到的一般国际法概念往往是指习惯国际法。习惯国际法可作普遍（或一般）习惯国际法与特别习惯国际法的区分。普遍习惯国际法是对所有国家有效的普遍适用的习惯国际法。习惯国际法概念通常是在这个意义使用的。特别习惯国际法是只对某些国家具有约束力的习惯国际法，它主要表现为区域或地方（双边）习惯国际法。双边习惯国际法的存在为国际法院在1960年“在印度领土上的通行权案”判决中所承认。

形成国际习惯必须具备两个要素：一是存在一般国家惯例，二是这种惯例被接受为法律，即法律确信（*opinio juris*）或法律必要确信。前者被称为客观要素，涉及惯例在一段时间内的普遍性和一贯性，考虑因素包括持续时间、重复频度、国家遵守程度、一致性和共识；后者被称为主观要素，是区别国际习惯与单纯惯例的分水岭，涉及国家此种行为背后的动机，也就是国家相信采取此种行为是法律所要求或允许的。这两个要素必须同时存在，不可或缺。国际法院在1969年德国诉丹麦和荷兰“北海大陆架案”的判决中指出：不仅行为必须表现为一致性的通例，更需证明对于此种通例是一种法律规则而必须遵守的信念，即当事国必须有一种履行法律义务感，而非仅仅单纯出于礼让或传统的考虑。<sup>①</sup>

由于国际习惯是以国家行为的形式来表述国际法规则，所以通常称之为“不成文法”。因此，与以明示书面协议的方式确立国际法规则的条约相比，国际习惯是以默示协议的方式确立国际法规则。为了识别习惯国际法规则，需要从国家行为中寻找证据。同时，政府间国际组织特别是联合国的做法，也有重要的价值。识别习惯法规则的证据有多种形式，包括：国家的实际行为，国家的外交文件与条约，国际组织与国际会议的各种法律文件，国内法，以及国际和国内法律机关的判决或裁决。这里有两点值得注意：一是国家行为可以是作为，也可以是不作为。不作为在一定条件下构成对国家产生法律约束力的默认（*acquiescence*）或同意。国际法院在2008年马来西亚与新加坡之间“白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案”判决中指出，没有作出反应很有可能构成默认。换言之，默认也可被视为同意，但是只有在其他国家的行为要求作出回应的情形下才会如此。二是对证据的评估需要谨慎对待，评估惯例存在的一种证据不一定是评估法律确信存在的证据。这方面的一个显著例子是联合国会员国在大会中对宣布法律的无约束力决议投赞成票。一个国家的这种投票显然可被视为该国在这方面的惯例，但不一定是该国对该决议所述规则的法律确信的证据，尤其是在这种赞成票是基于政治考虑而为时。

习惯国际法规则对所有国家有法律拘束力，除非一个国家一贯反对（*persistent ob-*

<sup>①</sup> See *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I. C. J. Reports 1969, p. 42.

jection), 这即一贯反对者规则, 也就是一个国家如果坚持反对正在出现的新习惯国际法规则, 并在该规则定型后继续反对, 则不受其约束。国际法院在 1951 年英国与挪威“渔业案”判决中承认这项规则, 它被视为一种保障, 以避免习惯国际法演变成“强者的专权”。然而, 一贯反对者规则不适用于强行法。

国际习惯不同于国际条约。在国际条约没有规范的领域或者在条约缔约国与非缔约国之间的关系上, 习惯国际法发挥规范作用。在这种区分的意义上, 某项新出现的习惯国际法规则可能会修正某项条约。反之, 国家可以通过缔结双边或多边条约来摆脱习惯国际法规则的约束。但是, 国际习惯与国际条约“你中有我”, 相互作用。一方面, 习惯国际法规则可以使条约所载规则扩大适用到缔约国以外, 并有助于理解条约; 另一方面, 条约可以编纂现有的习惯国际法规则, 固化新出现的习惯国际法规则, 以及促进习惯国际法规则的形成和发展。

### 三、一般法律原则

一般法律原则 (general principles of law) 在《国际法院规约》第 38 条中没有定义, 理论上主要有两种解释: 一是将它理解为国际法律体系内形成的一般原则; 二是将它视为各国法律体系所共有的原则。这两种类别的一般法律原则的存在得到国家实践、国际条约以及国际性法院或法庭裁判的印证。在 1949 年英国诉阿尔巴尼亚“科孚海峡案”判决中, 国际法院认为, 阿尔巴尼亚通告义务的依据不是适用于战时的 1907 年《海牙第八公约》, 而是基于某些一般性的且获得公认的原则, 即最基本的人道考量。《国际刑事法院罗马规约》第 21 条提到“从世界各法系的国内法……中得出的一般法律原则”。因此, 一般法律原则意指国际法律体系中形成的一般原则和各国法律体系所共有的原则。

一般法律原则是一般国际法的一部分, 是普遍适用的。但是, 这不影响具有区域或双边适用范围的一般法律原则的可能性。一般法律原则在国际司法活动中尤其涉及那些法律程序规则, 比如善意、权利滥用、合法预期、不当得利、管辖权的管辖权、证明责任、清白 (或净手) 原则 (clean hands doctrine)、已判决事项 (res judicata)、必须听取另一方之词、遇有疑义时应遵循从宽方针和禁止反言 (或不许反悔, estoppel)。一个例子是 1994 年“喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋边界案”, 国际法院在该案中适用禁止反言原则驳回了尼日利亚基于此项原则对其管辖权的初步反对意见。

一般法律原则是一项独立的国际法渊源。但是, 与国际条约和国际习惯相比, 一般法律原则只是次要或补充渊源, 是在没有条约和习惯的情况下所适用的法律, 且国际性法院或法庭适用一般法律原则裁判案件的机会不多。根据《国际法院规约》第 38 条, 一般法律原则与国际习惯存在本质区别。然而, 国际法院在其司法活动中并非总是作此区分。它经常只是声称某一规则是“公认的国际法规则 (或原则)”, 或用其他一些含糊的用词说明之, 而不确定此规则是来自习惯还是“文明各国所承认”的一般法律原则。其他国际性法院或法庭包括世界贸易组织的上诉机构在适用各种原则时也往往采取这种方式。