



PKU Law School

2012-2013 学年秋季学期课堂笔记

国际公法

Public International Law

李鸣教授 口授

北京大学法学院 10 级张弛 笔录

33 楼 632 宿舍 出品

这是北京大学法学院李鸣教授 2012-2013 学年秋季学期为 10 级本科生讲授的的国际公法课程的笔记。这门课程的教材是白桂梅著：《国际法》（第二版），北京大学出版社 2010 年版。

这份笔记基本上是对李老师讲课内容的复制，有一小部分按体系进行了重新建构。李老师每次上课的时候一般会回顾一下上节课的内容，有时候多有时候少，有时候比较重要的内容可能按另一个思路重新讲一遍，这里把一部分这样的内容整合在了一起。

然而虽然如此，此笔记还是很繁琐。助教姐姐最后一节课教育我们，要善于归纳整理、化繁为简、提纲挈领。就是应该这个样子啊。显然这份笔记目前还停留在繁的阶段。

笔记最后的两个附录总结了讲课过程中提到的国际法学家和案例，其内容仅限于课程中讲到的。

虽然由于各种原因，比如没有法理学这样的专业课，本学期时间上显得比上一学期充裕一些，但整理笔记的时间还是很有限。各种错误诚难避免，错字别字俯拾即是，实在对不起大家啊。

尽管整理时间有限，但就整理一份笔记而言，这次花的时间还是不少的。比较让我担忧的是本学科另外两门专业课，尤其是肖老师的课…压力很大啊啊啊…

Contents

目录

导论	1
一、国际法的概念	1
〔一〕 概念与分野	1
1. 国际法的工作定义	1
2. 国际公法与国际私法、国际经济法	1
〔二〕 关于国际法概念的几个问题	2
1. 国际法的特点	2
2. 国际法的法律性	6
3. 国际法在当代的发展	9
· 影响当代国际法发展的因素	12
二、国际法的方法	14
〔一〕 自然法学派	15
1. 自然法学派的方法	15
2. 自然法的缺陷	15
〔二〕 实在法学派	15
1. 实在法的基本观点	16
2. 实在法的论证方法	16
3. 实在法的软肋	16
4. 实在法发展法律的方法	16
〔三〕 政策定向法学派	17
1. 政策定向法学派的主要观点	17
2. 政策定向法学派的融合性	18

三种学派在当代的表现	19
我们可以采用的方法	21
三、学习国际法的意义	22
四、关于本课程的想法	22
· 李老师对钓鱼岛问题的看法	22
第一章 国际法的渊源	24
一、渊源的概念和重要性	24
二、关于渊源的规则	25
1. 初级规则与次级规则	25
2. 《国际法院规约》第 38 条	25
三、条约	26
〔一〕 条约的基本原则	26
〔二〕 条约的分类与概念的区分	26
1. 条约法与协定法	26
2. 造法性条约与契约性条约	27
四、习惯	28
〔一〕 习惯作为一般法的地位	28
〔二〕 习惯形成需要的要素	29
1. 一般实践	29
2. 法律确信	29
· 习惯法形成的关键点	29
· 关于一贯反对者	30
〔三〕 习惯的证据	31
五、条约和习惯的关系	32
〔一〕 编纂连结条约与习惯	32
1. 编纂的本质	32
2. 编纂和逐渐发展	32
3. 编纂的职能和作用	33
4. 条约中习惯的作用	33
5. 习惯法和条约规则的分野	34
〔二〕 条约与习惯关系的实践应用	34
1. 证明的一般思路	34
2. 公约作为证据	35
3. 未生效的条约作为证据	35
六、其他渊源及证据问题	36
〔一〕 国际法的其他渊源	36
1. 一般法律原则	36
2. 司法判例	37
3. 公法学家学说	38
〔二〕 国际法的证据	38

第二章 国际法与国内法的关系 40

· 国际法上的国内法	40
· 研究国内法上的国际法需要注意的两个分野	40
一、一元论和二元论	41
〔一〕一元论	41
1. 国内法优先说	41
2. 国际法优先说	41
〔二〕二元论	41
二、国际法在国内的效力	42
· 区分条约与习惯法	42
· 国际法在国内的效力与国际法对国家的效力	42
〔一〕各国的实践	43
1. 国内法对国际法的接受	43
2. 直接适用与间接适用	44
3. 国际法在国内法上的地位	45
4. 冲突的解决	45
5. 如何在国内解释国际法	46
〔二〕中国的实践	46
影响国家对待国际法态度的因素	47
1. 学说	47
2. 国情	47
3. 政策	48

第三章 国际法的基本原则 50

· 人权与主权：国际法上的两种价值	50
一、《联合国宪章》的规定（基本原则的证据）	51
二、强行法的概念	52
1. 强行法是效力更高的法律	52
2. 强行法与任意法	52
3. 强行法问题的争议	52
三、主权平等原则	52
〔一〕尊重主权	53
1. 主权原则在当代面临的争议	53
2. 主权在当代的意义	53
3. 主权对国际法的关键作用	54
4. 国家豁免与主权	55
〔二〕平等原则	57
· 如何看待平等	57
四、禁止使用武力原则	57
〔一〕禁止使用武力原则的意义	57
· 禁止使用武力原则与叙利亚问题	58

〔二〕禁止使用武力原则的例外	58
1. 自卫	58
2. 执行行动	59
3. 授权	59
4. 收复失地	60
五、约定必须遵守	60
六、和平解决争端原则	61
1. 关于是否存在争端	61
2. 和平解决争端的方法	61
七、不干涉内政原则	62
1. 内政的范围	62
2. 干涉的概念	62
八、尊重人权原则	63
第四章 国际法的主体	64
<hr/>	
一、国家作为国际法基本主体	64
1. 国际法上的主体	64
2. 国家的要素	66
3. 国家的形式	66
二、承认新国家和新政府	67
〔一〕承认的两种理论	67
· 新国家出现的方式	68
· 承认新国家与承认新政府	69
〔二〕承认的原则和标准	69
· 承认是国家自由决定的政治行为	69
1. 有效统治与人权标准	69
2. 承认的基本标准	70
3. 史汀生主义	70
4. 埃斯特拉达主义	70
〔三〕承认的法律效果	71
1. 承认是法律行为	71
2. 法律效果的含义	72
3. 承认的后果	72
4. 新国家与已有秩序	73
· 对新中国政府的承认	73
三、国际法上的继承	73
1. 国家的继承与政府的继承	74
2. 国际组织的继承	74
3. 条约的继承	74
4. 条约以外事项的继承	75
四、国际责任及其新发展	75
〔一〕国际不法行为	76

1. 义务的划分	76
2. 国家实施的不法行为	76
3. 个人、私人行为与国家责任	76
4. 国际责任的主观要素和客观要素	77
〔二〕 责任的形式	77
〔三〕 责任的实施	78
〔四〕 国际责任的新发展	78
1. 从民事的责任向刑事责任	78
2. 从不法行为向国际法上不加禁止的行为	79

第五章 国家领土 **80**

一、国家领土的概念	80
1. 领陆	80
2. 领水	80
3. 领空	80
4. 地下层	81
二、国家领土的取得	81
〔一〕 传统国际法的方法	81
1. 先占	81
2. 时效	81
3. 添附	82
4. 兼并	83
5. 征服	83
〔二〕 当代国际法的方法	83
1. 自决	83
2. 交换领土	84
三、划界的方法	84
· 划界的两种原则	84
1. 自然边界	84
2. 几何边界	85
3. 天文学边界	86
四、南极问题	86
1. 关于南极	86
2. 关于北极	86
五、中国与周边国家的领土争端	86
1. 海洋上的争端	86
2. 陆地上的争端	87

第六章 海洋法 **88**

一、历史和现状	88
〔一〕 传统海洋法	88
〔二〕 1945年之后的海洋法	89

1. 两件大事	89
2. 三次会议	90
二、领海	92
1. 基线的两种画法	92
2. 国家对领海的主权	92
3. 领海的无害通过	92
三、专属经济区	93
1. 专属经济区的权利	93
2. 专属经济区的军事应用	94
· 毗连区	94
四、大陆架	94
1. 地理上和法律上的概念	94
2. 大陆架的权利	94
3. 大陆架划界规则	95
五、公海	96
1. 公海自由原则	96
2. 公海具体制度	96
六、国际海底区域	97
七、海峡	97
第七章 空气空间和外层空间	99
一、空气空间的主要法律问题	99
1. 关于空气空间的国际公约	99
2. 危害民航安全的行为	99
3. 民航安全与引渡问题	100
二、外层空间的主要法律问题	101
1. 外层空间的界限	101
2. 关于外层空间的联大决议	101
3. 关于外层空间的公约	101
第八章 国际法上的个人	103
一、国籍与属人管辖和外交保护	103
〔一〕国籍与外交保护	103
〔二〕关于国籍的几个问题	104
1. 国籍的取得	104
2. 国籍的性质	104
3. 双重国籍和无国籍	105
4. 中国的国籍政策	105
二、外国人的地位	106
1. 外国人入境	106
2. 外国人的待遇	106

3. 外国人的民刑责任	106
4. 外国人出境	106
三、引渡和庇护	107
〔一〕引渡	108
1. 引渡的原则	108
2. 双重国籍人的引渡	108
〔二〕庇护	109
1. 领域庇护与外交庇护	109
2. 居留的时间	109
3. 战争罪犯的庇护	109
四、中国海外公民的保护问题	110
 第九章 人权法	 111
· <i>人权进入国际法领域的历程</i>	<i>111</i>
一、基本的国际文件	113
1. 《联合国宪章》	113
2. 《世界人权宣言》	113
3. 两个人权公约	113
4. 其他国际文件	114
二、人权保护的机制	115
三、晚近的国际实践	116
1. 国际刑事法院的出现	116
2. 人权公约的解释方法	116
四、人权与主权的关系	117
 第十章 外交关系及领事关系	 119
· <i>外交关系法的发展历程</i>	<i>119</i>
一、外交机构及其人员	120
〔一〕使馆的人员、构成	120
1. 三级外交代表机构	120
2. 使馆的人员	121
〔二〕使馆的职能	121
〔三〕派遣使节	122
二、外交特权与豁免	122
〔一〕外交特权与豁免的基础	122
〔二〕外交特权与豁免的内容	123
1. 对物的特权与豁免	123
2. 对人的特权与豁免	124
〔三〕使馆的义务	126
三、领事特权与豁免	126

1. 领事馆及其职能	126
2. 领事关系的条约公约	127
3. 领事特权与豁免的内容	127
第十一章 条约法	129
一、条约的概念	129
〔一〕条约的特点	129
〔二〕条约的名称	130
· 条约的名称、程序与效力	131
条约法	132
· 条约法与协定国际法	132
二、条约的缔结	133
1. 缔结程序	133
2. 加入程序	134
三、条约的保留	134
1. 保留的效果	134
2. 保留制度的目的	134
3. 保留制度的演变	135
四、条约的解释	136
1. 条约解释的要素	136
2. 当代国际机构的解释方法	137
五、条约必须遵守原则	138
· 条约不及第三国	138
六、条约的修改和终止	139
1. 条约的修改	139
2. 条约的无效	139
3. 条约的失效和终止	139
第十二章 国际组织	141
一、国际组织的概念	141
· 国际组织的演进过程	141
· 会议与组织的对比	142
二、国际联盟	143
1. 国际联盟的成立	143
2. 国联对国际法的贡献	143
三、联合国	144
〔一〕联合国的发展历程	144
〔二〕《联合国宪章》	145
1. 《宪章》规定的宗旨	145
2. 《宪章》规定的原则	145
· 对《宪章》的解释	146

〔三〕 联合国的机构与职权	147
1. 联合国大会	147
2. 安全理事会	148
3. 经社理事会	150
4. 托管理事会	150
5. 秘书处	151
6. 国际法院	151
1945 年之后联合国的变化	151
第十三章 和平解决国际争端	153
一、国际争端的概念	153
· 政治问题与法律问题	153
· 和平解决争端是不是义务	154
二、政治解决的方法	155
1. 直接谈判的方法	155
2. 第三方参与的方法	155
三、法律解决的方法	156
· 政治方法与法律方法的关联	156
〔一〕 仲裁	157
〔二〕 法院	157
1. 国际法院的历史	157
2. 国际法院的组成	158
3. 法院的管辖权	159
4. 法院的诉讼程序	161
四、国际法院重要案例	162
1. 【核试验案】	162
2. 【北海大陆架案】	163
3. 【尼加拉瓜诉美国案】	164
4. 【使用核武器合法性问题的资讯案】	165
5. 【波黑诉塞黑案】	166
6. 【巴塞罗那电力公司案】	167
7. 【诺特鲍姆案】	168
8. 【庇护案】	170
9. 【渔业管辖区案】	171
10. 【灭种罪资讯案】	172
11. 【联合国经费资讯案】	172
12. 【洛克比案】	173
13. 【科索沃资讯案】	173
第十四章 国际人道法	175
· 人道法的演变历史	175
一、海牙公约体系	175
二、日内瓦公约体系	176

三、战争责任	176
〔一〕战争责任的确立	176
〔二〕当代人道法的几个要点	176
1. 人道法适用于内战	176
2. 马尔滕斯条款	177
3. 人道法作为习惯国际法	177
4. 人权法与人道法	177
5. 网络战与人道法	177
专题 国际法对国际关系的影响	179
1. 人权与当代国际法的开端	179
2. 冷战期间两大阵营对国际法的运用	179
3. 冷战结束后国际法的变化	181
4. 当代中国如何运用国际法	183
总结	184
附录一：本课所涉国际法名流	187
附录二：本课所涉案例索引	191

Introduction

导论

一、国际法的概念

〔一〕概念与分野

按照我们的提纲，先讲导论，第一个问题是国际法的概念。我们学习国际法，那么国际法是什么，大概要勾画一下。

1. 国际法的工作定义

什么是国际法？很多学者都有自己的说法。李老师在 79 级的，当时恰逢改革开放之初，有一些国际法的学者上书，认为国际法很重要。因为改革开放，要进入国际社会，要跟外国人打交道了，要了解与外国人打交道的规则。他们提出国际法对于中国融入，或者说重返国际大家庭是很重要的。因此就在北大本科设立了国际法专业，李老师就进入了第一届的国际法专业学习。当时讲课的老师叫魏敏，河南洛阳人，有浓重的家乡音，上第一节课讲，“什么是国际法捏？”然后列举了很多定义。据他统计，大概有三十多种，各说各的，莫衷一是。“我们的定义呢？米有。”可见，给国际法下一个定义，不太容易，但是要讲国际法，总是要把它大概描述一下。所以要给出一个所谓的工作定义（Working Definition）。

什么叫国际法呢？我们说国际法，也叫做国际公法，主要是国家之间为了共同利益，通过条约、习惯形成的有约束力的原则和规则体系。这个工作定义还是不错的。

这个定义有几个要点：主体是国家，目标是共同利益，造法方式是条约和习惯，总体上是一个原则和规则的体系。

2. 国际公法与国际私法、国际经济法

国际公法与国际私法

国际法又叫做国际公法，我们学习法律也听说国际私法。国际私法严格地讲，不是国际法，是国内法，主要是含有涉外因素的内国法。国际法是 Public International Law，国际私法叫 Private International Law。国际私法严格讲是一种国内法，是国内法中含有涉外因素的法律。它主要涉及到的是管辖权、法律适用的选择，基本上是准立法、法律的选择，主要是以国内法的形式体现的。但是国际私法和国际法有没有关系呢？也有关系。因为某些国内法规则可以通过条约体现出来。国家可以签订条约，就某些国际私法的规则制定成条约规则。在国际法上，条约必须遵守，参加条约要履行条约义务，这就把国际公法和国际私法联系在一起。不过我们一般说国

国际法都指的是国际公法，一般没有人说“国际法是国际公法还是国际私法”，International Law 一般都是 Public International Law。

国际公法与国际经济法

另外还有所谓国际经济法。中国的国际经济法采取了比较功能性的方式界定，主要是以问题定向来界定，也就是说它不分国际法和国内法，以解决问题为目的。中国把涉外经济法作为国际经济法的一部分，比如投资、税收，同时把有关经济的条约、惯例也放在里面。所以它以解决问题为方向，解决问题自然先看国内的，再看国内的，最后得出法律依据。这是国内对于国际经济法的看法。

不过从公法学者角度看，只要是条约，肯定是公法的事情。条约一定要按照公法的一套原理，去制定、解释、修改、主张效力。或者有效、或者无效、或者失效，一定是按照国际法上的条约法 (Law of Treaties) ，去制定、解释、修改。贸易规则是最典型的，WTO 规则，是一个经典的国际条约。从国际法的角度讲，就是条约规则。世界贸易组织 (WTO) 是国际经济组织，一定要有一个设立这个组织的基本法，这个基本法就是条约。比如说，WTO 规则其中有一点，解决争端要解释 WTO 的规则、协议，这个解释规则是什么呢？是这样一个规则：要用习惯国际法关于条约解释的规则去解释协议。为什么要用国际法的规则？因为国际法的规则是支配条约的法律。至于为什么要用习惯国际法作为条约解释规则，在以后讲国际法渊源的时候再仔细讨论。

另外关于贸易规则。贸易规则是国际法的一部分，是有关经济的国际法，那么它又涉及到另外一个问题，它与国际法的其他领域的规则有什么关联。比如说，西方有些国家经常把人权和贸易连在一起，比如不能用劳改犯制造的产品、不能用童工制造的产品，这样的产品不受 WTO 规则的保护，不能自由关税。所以我们看得出来，贸易规则本身，也被一些国家认为，不是一个自给自足 (Self-contained) 的体系，不是只能就贸易谈贸易。贸易可能跟国际法其他部分有关联。比如跟人权有关联、跟环境有关联，可能与解决争端的规则联系在一起。当然 WTO 有自己的争端解决机制，但是可能可以从更大范围上，从国际法上关于争端解决的一些原则、规则、程序，去考虑问题。

贸易规则有可能涉及一些国际法基本原理的问题。比如说争端解决机构做出的一审、二审，做出的裁决不构成先例。可能从形式上来讲，不构成先例。但是如果熟悉国际司法 (International Judiciary) 的程序，就会发现，虽然表面上司法机构都说，“判决只及本案，不构成先例”，但是所有的司法判决都会引经据典。这说明，先例是司法的一个本质特征。援引先例可以大大增强判决的说服力。所以即便是贸易规则，我们也要从一个更大规模、更大范围的国际法角度考虑问题，而不能仅仅地就贸易规则谈贸易规则。所以我们说国际经济法，条约的部分，实际上是国际公法的部分。只不过现在大家都和平共处，也许也是因为公法学者比较懒惰，就割出一块儿，交给国际经济法学家承担，公法学者也乐见其成。但从原理上，这是公法的一部分。在日本、韩国，会发现，他们在讲国际公法的时候，一定要讲贸易规则，一定要讲投资条约。

当然，可能还有另外一个原因，让有一个新的国际经济法领域很好。因为国际法发展到今天，内容非常繁杂，没有一个公法学者能对国际法每一个领域都做到专门家的程度。所以现在形成了许多领域的专家。比如海洋法的专家，黄岩岛、钓鱼岛、大陆架、专属经济区的问题就归他们研究，这也涉及到很多内容；航空法专家，要了解国内航空的条例和国际航空条约，也是个很复杂的内容；再如某人熟悉外部空间，那此人是不是有一些科学家背景，知道卫星打上去以后为什么不动，他了解外层空间的一些法律规则，而且可以从技术角度去观察问题。

以上这是国际公法的大致概念。首先我们做一个界定，它与哪些东西有关联但不相同，主要与是国际私法和国际经济法的分野。

〔二〕关于国际法概念的几个问题

有关国际法的概念，有以下问题。

1. 国际法的特点

国际公法，要说有什么特点，首先要考虑它跟谁去比。它能够相比的最大的对象就是国内法。国际公法与国内法相比，有一些特点：

1>国际法主体主要是国家，国家是基本主体

国家 国际法主要是调整国家之间关系的法律，这是它的一个基本性质。可以通过这个性质观察很多问题。

比如说，在盛产国际法学家的英国，有一个很有名的国际法学家菲茨莫里斯爵士（sir Fitzmaurice），当过英国外交部法律顾问、国际法委员会委员、国际法院法官、欧洲人权法院法官等，他讲国际法与国内法关系的时候，说国际法调整的是国家之间的关系，这一点与国内法是有基本的区别。它的主体是国家，调整的关系是国家，所以它是一个不同的法律体系。

以后要讲国际法的一元论、二元论，一元论认为国际法和国内法是一个法律体系，主张一元论最大牌的法学家就是汉斯·凯尔逊（Hans Kelsen）。菲茨莫里斯则认为国际法和国内法终究是不一样的，主体是不一样的，调整的关系是不一样的。1967年，美国哥大的一个教授叫亨金（Louis Henkin），写了很有名的国际法著作叫《How Nations Behave》，即《国家如何行为》。1989年李老师到海牙进行学习，海牙每年有一个讲习班，每年暑期有一期国际公法，一期国际私法。这次讲习班上讲的就是这本书的一套理论。这本书的名字很好地体现了国际法调整了什么样的关系，很形象，它就讲国家行为的规则。

国际组织 随着国际法的发展，到今天，很多人都承认国际组织也可以说是国际法的主体。不过国际组织是有条件的，或者说是一定程度上的主体。这个道理很简单，因为每一个国际组织都有一个基本法，都有一个组织约章。国际组织要按照组织约章行事，比如《联合国宪章》规定联合国大会干什么，大会就是辩论去。我们还记得那张经典的70年代恢复中华人民共和国政府联合国席位的时候，乔冠华哈哈大笑的图片。那是到联合国大会上阐明中国的外交政策，团结第三世界之类的问题。组织约章上规定了，联大就是这样的工作。又规定安理会做什么。比如维和，一定是按照《宪章》规定来办事，不可能让大会决定这个事情。现在所谓的维和，最初大会也参与了。但是如果通过决议，制裁某个国家，比如制裁南非，比如对利比亚所谓的禁飞区，必须是安理会的事情，大会没有权力，除非安理会没有讨论。所以国际组织是按照章程、组织约章办事，不能超越。所以国际组织在国际法的主体的资格还是有限制的，不像国家这样，有相当大的裁量权。

个人 个人是不是国际法主体？这主要看怎么界定什么叫主体。如果说，谁能享受国际法权利、承担国际法义务就是主体，那么个人就是主体。因为人权规定的都是个人的基本权利和自由。个人有各项权利，尤其是第一代人权。但是从现实主义的角度看问题，会发现国家在国际法上很多的能力是个人所不具备的。比如说，个人不能签订条约，个人不能到国际法院出庭等等。所以个人在国际法上的地位是远远不能和国家相比的。

谈到个人的出庭权，50年代英国的另外一个有名的国际法学家，叫劳特派特（Hersch Lauterpacht）讨论过这个问题。在学习国际法之前，我们听过最多的国际法学家可能是奥本海，很经典的《奥本海国际法》第一版是1905年出版的，而第八版就是劳特派特写的。他在50年代初就提出国际法上要尊重人权，他写了一本名著叫《国际法的主权与人权》。他建议成立一个国际性的法庭，专门受理各国关于人权问题的申诉。后来别人问他，这个法庭要不要来个初审？如果都来告，全世界几十亿人都过来告，先无论国家同意不同意，要多少法官啊？所以需要来个初审，先把那些不合格的去掉。后来想想，初审也要很多人，就不了了之了，没搞成。主要是从可行性上，需要的人力太大，谁来出钱、谁来出人、出多少人，都是问题。所以国际法上个人的地位和国家相比还是差着很远。

2>国际法与国内法法律渊源不同

渊源（Source），法律上讲法律的渊源，讲的是造法的方式，或者说义务创始的方式。国内法，主要是调整个人、实体之间的关系。

国际法是怎么造法的呢？国际法创造法律有两种方式：

- ①**条约**。自然是创造法律一种形式，条约必须遵守；
- ②**习惯**。习惯也是造法的方式。习惯是国家实践的归集，从实践中总结出来法律原则规则。

这是国际法的两种造法方式。而国内法，则有一个中央的机关，国际法就没有这样一个中央的立法机关。国内法要么立法机关制定法律，比如中国；要么是立法机关加法院创造法律的综合，比如美国。过去很多人一说普通法就是法院造法，遵循先例。李老师有一次问一个美国教授“你们是怎么造法的呢，现在的事务都已经Internet了，都很技术性了，法院怎么形成有关技术的规范呢”，这个教授说，所谓的普通法法官造法，都是一种误解，我们现在实际上是制定法律，普通法为辅，普通法还是限于传统的民事上的一些东西，现在新的东西都是新法。要是法官造法，得等到猴年马月才造的出来。法律一定要适应时代的发展变化，美国也会有制定法。

3>强制力、救济方式主要靠自助

国际法的救济方式，即出现了违法之后纠正的方式，主要还是靠自助（Self-help），是自己帮助自己。自助

实际上包括很多内容，如抗议、要求赔偿。

国际法上现在用了一个词叫反措施，被侵害的一方对违法的一方实行反措施，其实反措施过去一般叫做报复。比如贸易上如果违反世贸规则，限制我们的东西，我们就马上采取反倾销等报复行动。

还有自卫权，如果你来打我，肯定就要自卫。自卫规定在《联合国宪章》中，英文版讲的是固有的权利，法文上讲的就是天然的权利。这是一个自然法的规则，只要是国家，就固有这个权利。这是国际法的一个主要的强制实施法律的方式。

自卫的方式很明显有个问题。一般动武都是大国欺负小国，小国欺负大国比较少，除非大国采取绥靖主义。一般小国采取结盟的办法，最好傍一个大国。小国采取的办法，第一种是中立，别人打仗，本国不介入，比如瑞士、奥地利；第二种是结盟，几个国家联合起来，最后形成了国际联盟、集体安全思想。

联合国实际上首先就是根据集体安全思想建立的。安理会对于威胁和平、破坏和平的行为，可以动用《联合国宪章》41条，比如对利比亚的措施。41条是非武力措施，比如制裁、要求各国与违法的国家断绝外交关系、禁止所有民航机来往、冻结账户等，最主要的是这几招。禁止物资特别是军用物资输入。在利比亚设禁飞区还涉及到42条。

《联合国宪章》

第四十一条

安全理事会得决定所应采武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。

第四十二条

安全理事会如认第四十一条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动。

禁止物资输入有一些例外，比如人道主义的东西不能禁止进口。因为人道主义的东西禁止进口，国内就没吃的了，一定会遭殃。耶鲁大学教授迈克尔·赖斯曼（Michael Reisman）就怀疑制裁是不是总是有效。他认为制裁最后总是肥了那些当政者，因为无论怎么制裁也制裁不到他们头上；相反一旦进行制裁，这个国家黑市就起来了，最后把老百姓油水榨干的还是这些当政者。所以怎么制裁有效呢？总有办法，可以冻结银行账户。一般来讲，这些当政者都会有大量资产在外面。

集体安全思想，实际上是对自助的一种补充。在国际法上有这方面的表现，在《联合国宪章》中就叫安理会的执行行动（Enforce）。具体表现在动用武力（42条，现在叫授权，严格上授权和42条有些区别）、非武力措施（41条）。联合国确实做过很多这样的事情，比如对去年利比亚的制裁，以及制裁利比亚之后不久准备对叙利亚进行的制裁。这两件事时间上接近，中国在这两件事上表现出了截然不同的态度。李老师认为，在对叙利亚问题投票的时候，中国可能认为前面对利比亚问题的投票投错了。当时对利比亚问题表决的时候，具体提出的制裁是禁飞区，主要是针对利比亚卡扎菲政权动用空军轰炸平民采取的措施。但是北约国家将此解释为推翻利比亚政府、实现政权的更迭。决议之后，法国先派飞机轰炸，随后是意大利等。他们的理由很简单，不推翻卡扎菲政权，就不会有人道主义；只有打掉卡扎菲政府，才能消灭危害人道主义的根源。中国对这种解释是有抵制的。在利比亚问题表决中，中国投票允许禁飞区的设立，在这种问题中似乎走了一大步。这有可能是有默契，但是北约国家违反了默契。所以在叙利亚问题上中国就坚决不干了，别说是动用武力了，连谴责都投反对票。

集体安全是有用的，但是有一个很大的缺陷，它受到大国否决权的制约。只能在大国一致的情况下才能有决议出现。如果有一个大国反对，这个决议就无法通过，集体安全就没有办法实现。所以它是否有效是不确定。比如以色列，以色列经常对旁边的国家动手，动手就动手呗，谁能管住它啊。美国支持它，国际社会别说对它行使武力了，连谴责它都办不到。所以集体安全思想是有问题的，至少它的效果不确定。

还有国际法院。国际法院在设在海牙的和平宫，最近我们有学习国际法的学生到海牙参加国际法暑期班，回来大谈海牙和阿姆斯特丹，似乎重现了当年的盛况。有两个国际性机构，国际法院（The International Court of Justice）和仲裁法院（The Permanent Court of Arbitration），都在和平宫里面。法院最大的问题是管辖权问题。国际法院的管辖权建立在自愿原则的基础之上，自愿原则有几种形式。这与国内法大不一样，国内法不能说这部法律我们还没有同意，法院就不能管辖。这导致国际法院在很多情况下不能解决争端，不能发挥法院解决争端的作用。比如说，菲律宾扬言要跟中国到国际法院打官司。很多人笑了，懂点儿国际法的都知道中国的态度，

中国从来不到国际法院打官司，而且把所有的有可能到国际法院打官司的路子都堵死了。中国在所有的现行条约当中，只要涉及到国际法院管辖权的，统统以保留形式打压。而且中国在所有的事关领土的问题上，不可能交给一个第三方，更何况这个第三方看起来越来越有西方法院的性质。所以大家都笑了。

国际法这样一种以自助为主的强制实施的方式，使得很多人批判国际法，认为国际法不是法，或者说是一种弱法。关于是不是法的问题，下面再讨论它是不是法；不过从强制力的角度，说它是弱法，这还是有道理的，国际法可能就是一个弱法。但是也不绝对，如果大家达成一致，它可能就是强法。比如伊拉克曾经在 1991 年发动战争，用国际法的术语就是征服了科威特，它进入科威特后，宣布科威特是其第十九个省。科威特当时就慌了，它是一个小国，当时它的一个亲王，是一个奥委会的委员，这时候正在北京。安理会马上通过决议，要求国际社会采取一切必要措施，将伊拉克从科威特赶出去。什么叫一切必要措施？就是要动手、打。英国、美国组织联军，两下就把伊拉克打回去了，又在北部库尔德区建立禁飞区。当然关于这个禁飞区也有一定争议。所以国际法是不是弱法也很难说，它也不永远是弱法。而且现在国际法似乎越来越强，过去没有什么牙齿，现在慢慢长出一些牙齿。冷战的时候大国难以达成一致，现在则容易了一些。

另外现在还有国际法刑事法院，专门起诉、审判犯有四种核心罪行（Core Crimes）的，包括反人类罪、侵略罪、酷刑罪等。这也是个震撼，说明国际法在慢慢变强。不过相对于国内法，国际法还是一个弱法，这还是要承认的。

4>国际法的目的是共同利益

这是李老师自己总结的特点，李老师认为这是国际法的一个重要特点。法律本身是一种手段，而不是目的本身。法律一定要为某种目的服务，法律要为公平正义服务。我们现在所说的善法、良法、恶法，都说明对实在法还有一个评判的标准，这个标准应该是一个目的。国际法所追求的、所服务的目的，就是共同利益。

共同利益的理念不是我们发明的。在上世纪 20 年代，常设国际法院，即现在国际法院的前身，曾经有一个著名的案子叫做【荷花号案】，这个案件在国际刑法上也很有名，它创造了一个理论，就是所谓的效果说。船舶碰撞，并不是人的行为，但造成了人的死亡，也与人有关联。在【荷花号案】中，常设国际法院专门有一段话，讲国际法是国家意志，主要通过条约和习惯来表现，它的目的是国际社会的共同利益。这个表述很经典。国际法是为了共同利益这个目的服务的。现在我们常常说求同存异，所谓求同就是要寻找共同利益。

共同利益和国家自身利益是什么关系？肯定是有重叠，如果没有重叠就没有共同利益了。但是它们也有差别，如果没有各怀私利，就不会有战争了。比如以国内立法进行贸易保护，通过国内立法把他国领土窃为己有，都是国家私心的一种体现，都是自私的利益。所以这两者还有区别。国际法主要是要更好地促进各国更多的自身利益和共同利益的融合。

什么是共同利益呢？和平，是共同利益。《联合国宪章》规定成立安理会的目的是维持和平与安全。安全也是共同利益。比如现在大家争夺岛屿、岛礁，一般人说这是从经济利益上考虑，其实可能更重要的是安全问题。我们可以看看钓鱼岛离台湾多么近、黄岩岛离大陆有多么远，谁不想把防线靠前一些呢。安全的考虑也是一个重要的原因。发展也是共同利益，一般人都希望发展，只有少数人抵制发展，抵制现代社会，愿意回到自然状态，有个同学到山里去种地了，说要归隐山林，也是一种理想状态。不过总的来讲，大家还是愿意发达一些。还有一个共同利益就是人权。人权至少有最低的大家都接受的标准。谁想要种族主义、谁想要种族主义政权？没有人要。当时南非搞种族隔离、种族歧视，还涉及到中国人。我们看 1948 年、1949 年联合国大会的决议，最早反对南非的是在南非的有色人种的国家，包括印度和中国。所以尊重人权至少有最低限度的国际标准，虽然也有分歧。

把共同利益引入到国际法的概念中是很重要的，对全面、准确地理解国际法很有意义。一般教科书上不太谈目的。讲国际法，就是一些原则、规则的总体。但是，有一个目标，对于理解一个法律很重要。法律，不仅仅是一个适用的问题，而且是一个立法的问题，是一个不断改进、发展法律的问题。如果把法律仅仅理解为一些原则、规则，那么对法律观察的角度就是法律是什么、怎样确定法律、法律的适用范围是什么。这就是考虑的所有问题。但是假如把视角扩展到目的，就会感觉法律不仅仅是律师做的事情，同时也是立法的事情。参与法律过程的人必须要考虑怎么样改进法律、怎么样发展新法、朝着什么样的目标去发展法律。所以，把目标引入到国际法的概念当中，有助于我们全面地理解法律现象本身，尤其是把我们的视野从适用法律扩展为制定法律。

对于以上国际法的特点，简单总结一下：

①在国家与国际法关系方面，用一个比较通俗的话讲，国家既是国际法的生产者，也是国际法的消费者，国家适用法律、制定法律；

②国际法是一个平行的、协调的法律，而不是垂直的、或上级对下级的命令的自上而下的法律；

③国际法尽管有一定的强制力，但是它主要依赖于国家出于自身需要所表现的自愿服从、自愿遵守。国际法服务于国际社会的共同利益。

2. 国际法的法律性

国际法的法律性，回答国际法是不是法律的问题。有一个法学大师奥斯丁（John Austin），对法律做了一个界定，法律是上级对下级的命令。由中央立法机关发布命令，并且以国家强制力予以保障。如果按照这个定义，国际法肯定不是法律。国际法是个平行而非垂直的法律。但是话又说回来，如果国际法是上级对下级的命令，那还是国际法么，还是 Interstate Law 么，那可能就成了 Superstate Law 了，或者是世界法（World Law）。之所以叫国际法，因为它就是国家之间的东西，是国家之间协调的法律，而不是国家之上的法律。所以如果按照奥斯丁讲的，就没有国际法了，国际法就发展成为超国家的世界法了。

如果不是机械地用某一种理论、界定来看待国际法，而是从现实的方式看国际法，我们会感觉国际法一定是一种法律，只不过相对于国内法而言比较特殊而已。有很多法学家创造出理论研究这个问题。国际法上，时代晚一点的英国教授布朗利（sir Ian Brownlie）说的很经典，他在讲国际法的各种理论（Theories/Approach）的时候说理论对实践往往都没有指导意义，如果说还有点什么意义的话，可以看出来某个国家奉行某种外交政策，可能是根据的某种理论。他的意思主要是前半句话，认为理论没什么用，每一个理论都只是关注大象的某一方面，而没有抓住大象的全身。它说的很有意思，他不是理论家，从事过许多实践工作，代表 30 多个国家在国际各种各样的仲裁机构和法庭打官司。他是一个很实际的国际法学家，他说“对我来讲，法律就是一些原则和规则的总和，我唯一要加一点的就是法律就是要打官司，法院有可能造法，造法是司法的本能”。其实他虽然说理论是没用的，但实际上他也是在奉行一种理论，肯定是用一种方法探讨国际法、实践国际法。哪怕方法很简单，但是还是一种方法，不可能没有方法。

政府、国际组织和国际法院对国际法的态度

从现实上来看，国际法是一种法律体系。各国政府无一例外，都把国际法视为法律。各国签署条约、起草宣言、运用法律解决争端、谈判、参加国际组织、确定自己的管辖范围，太多了。主张一元论的凯尔逊（Hans Kelsen）讲的也有点道理，他说国家一诞生，首先接触的就是国际法。国家诞生后，首先有界限问题，国际法为国家提供了划界，海上的边界有海洋法，陆地的边界需要双方谈判，根据某种方法确定。一开始某个国家都有一个自己管辖的区域（Jurisdiction），这是国际法把这个地盘画上的，只不过大家把这个当成是理所当然的。

比如中华人民共和国成立之后，马上碰到一系列国际法问题。第一，对于原有的条约是什么态度；第二，对于联合国的席位是什么态度；第三，要有其他国家对中国政府的承认；第四，对旧政府在外国资产的继承；第五，外国政府在中国资产的问题的解决等等，全都是问题。当然也有划界的问题。所以，到一个政府、尤其是外交部门去问，从事国际法的都会说国际法是法。

外交部有条约法律司，其他政府部门也会与国际法发生关系。比如老师年初到海南参加一个会议，讨论南海问题。开会的有很多人，有海军，这个是当然的；有交通部，问交通部来干什么，交通部说这事儿跟他们有关系，交通部管航道，南海的航道问题需要他们解决；有农业部，问他们来干什么，农业部说鱼呀，鱼是他们管的。还有海关，海关还有些道理；还有武警、公安…全来了。可以说每个政府部门都有一个负责国际法的机构，因为它肯定要与外国签署部际协议，参加国际组织。他们每天的事情就是国际法的事情。

政府对国际法的态度还有一点不常提到，但是我们研究这个问题，看的比较清楚比较清楚，就是国际法在国内的效力，或者说在国内的适用。各国对国际法在国内如何适用？我们会发现的确都认真对待国际法，都把国际法作为一种法律考虑。比如在西方，一般来讲，各国都把习惯国际法作为可以在国内直接适用的法律，这种适用有自动的效力。对于条约，各国的态度不太一样。大部分国家主张通过转化的形式，转化成国内法来适用。但是转化为国内法同时意味着国家承认条约的效力，只不过换了一个形式而已。比如中国加入世贸组织前后，大概废除、修改、重订了 1000 多部法规，都是为了遵守 WTO 规则。这一点也说明我们国家对国际法的态度是认真履行的。通过国内法履行国际法，某种意义上讲，弥补国际法在强制力上的不足。通过国内强制力使国际法得到遵守。所以国内强制力某种意义上也可以说是国际法强制力的一个部分。这是从政府的角度来看这个问题。

从国际组织角度来看，更是如此。国际组织首先有基本法，有组织约章，就是条约，要解释基本法，根据基

本法又衍生出来很多的决议、决定，都是具有法律约束力的。

还有法院，国际法院适用国际法，这是它的专业。对国际法确定、适用、作出判决，来解决争端。

国际法在不断发展

另外还有一个很重要的现实问题。从 1945 年以来，国际法扩展得很大，可以说无所不包。可以说国际事务的每一个方面，都存在着规则。比如中国参加《海洋法公约》。中国参加很多条约没有参加谈判过程，但是有一个很重要的条约的谈判过程中国参加了，即 1973 年在第三次海洋法会议上开始谈的《联合国海洋法公约》。当时王铁崖先生作为法律顾问，在 1975 年左右去过一次。李老师在弗吉尼亚大学 (University of Virginia) 见到一个海洋战略研究所的人，他说认识王铁崖教授，是同一年参加第三次海洋法会议的。海洋法会议谈了 10 年，1982 年才签署条约。后来因为美国对海底问题表示不接受，所以后来就海底问题又谈了 10 年，一共 20 年。石广生代表外经贸部参加 WTO 谈判的时候，说黑头发都谈成了白头发。如果国际法不是法，为什么会把头发谈白了，为什么会开二十年的会整天讨价还价？联合国有专门负责条约的登记工作的部门，如果要让条约以后能在国际性的场所作为根据进行主张，必须要登记，不登记的条约不能主张权利。1945 年以来，数以万计的条约，天天都在那里，发挥着作用，发挥着效力，能说国际法不是法吗？

如果不是从一个教条主义的对法的认识，而是从现实主义 (Realism) 对法的看法，肯定认为国际法就是法。美国也是很现实的。在上世纪 30 年代开始，有所谓 Legal Realism，讲什么是法，他们不去搞什么定义，而是说二审法院法官说的话就是法。不用预测法律是什么，判案的法官不知道在琢磨什么，说不定在琢磨新东西，要立法呢。但是最后职能说他说的话就是法。因为二审是法律审。这是很现实的，从现实来看，国际法就是法，无需教条定义的束缚。

国际法受到内在的遵守

国际法常常会有违犯的现象，尤其是大国，但是不能把违法现象与是不是法必然联系在一起。虽然这二者的确有关系，如果社会上所有人都不尊重法了，就不是法了。但是违法和是不是法毕竟还是两回事。违法现象太多了，比比皆是，能说没有法么？也不能这么说。亨金 (Louis Henkin) 在《国家如何行为》中讲的很经典：国际法绝大多数规则，在绝大多数情况下，受到绝大多数国家遵守。这句话可能是事实，因为很多难以用精确的统计学数字来计算。如果亨金讲的是事实，他肯定比一些国家更加尊重法律。

为什么大家都去遵守国际法？因为大家有遵守法律的需要。要交往，不去遵守交往的规则怎么行？这就是 1979 年要成立北大国际法本专业的原因。当时有一个说法，我们要到国际社会去了，要了解国际规则，要用国际规则跟别人打交道。道理很简单，因为我们和跟别人交往，要交往就要有规则。如果进一步讲，我们不光是要交往，还要与别人合作，那就更需要讲规则。国家都有守法的需要，守法也是为了自己的利益，如果不守法，可能自己的利益会受到损害，不守法可能也无法实现一些共同的利益。所以道理也不是很复杂，是国家出于自身的需要，自觉遵守法律。

国际法的强制力主要是自助，但是国际法之所以受到遵守，主要还是内在的东西，是内在的服从，是有一种需要的。这就可以体现在亨金讲的那句话，“大多数规则在大多数情况下被大多数国家遵守”。这也是法律一个常见的情况。外国人遵守交通规则，经常是内在的驱动，不是害怕国家的强制力，守法在很多时候是一种内在的需要。我们说是一种道德、文明程度都可以。然后才是国家的强制力。如果法律都靠国家强制力，国家需要无数警察。

国际法与政治和力量

大家之所以对国际法有怀疑态度，还有一个原因，就是政治、力量对法律的负面作用。大国力量强，说打谁就打谁，有的时候打得挺对的，比如把伊拉克从科威特赶出去；有的时候打的也有问题，比如第二次海湾战争，美国说伊拉克有大规模杀伤性武器，但是到最后没有发现。大国的理由，比如为民主而战，但国际法也不能因为别国不民主就打别人。即便是有大规模杀伤性武器，也不能随便就动手。这样的例子还有很多，比如打巴拿马的诺列加等等。美国证明了力量对法律有负面作用。正是因为这样，使得很多人对国际法持怀疑态度。在这一点上，我们要说，法律是有限度的。在战争问题上，法律可以延缓战争，不能完全阻止战争。

但是另一方面，特别需要指出的是，力量对国际法还有正面作用，这也是我们在这门课上贯穿始终的思考。首先，所有的国际法律秩序、重要的原则，都是由力量来规划和决定的。我们看《联合国宪章》，是两次重要的会议决定的。第一次 1944 年顿巴顿橡树园会议，美国、苏联、英国、中国四巨头，把《联合国宪章》主要的内容勾画完毕。第二个会议是 1945 年 2 月雅尔塔会议，美英苏三巨头，这次会议有对中国不利的东西，但它

确立了《联合国宪章》最重要的条款，就是我们现在看到的《联合国宪章》第 27 条，否决权。苏联说不给我否决权，就不参战打日本，于是就有了大国一致原则，少一个大国同意都不行，这样才有了 27 条。哪一个国际法的基本文献、国际法的重要组织，不是由大国主导建立的？参加 WTO 谈判的龙永图说：我们谈判，大国进一个屋，小国一个集团派一个代表，大国在里面谈，一会儿小国来一个人问问谈完了没，谈完了我们就签字。大国说还没谈完呢。外面的在喝咖啡，里面在紧着谈。这说明国际法的制定是离不开大国的，是大国在主导，是大国在决定一些很重要的事情。离开了大国、离开了力量，就没有这些东西了，就没有联合国了，就没有国际法的这些原则。《联合国宪章》就是大国弄出来的，我们不能说国际法与政治没有关系，谈判的都是政治家，是政治家在谈、法律家在后面起草。

国际法的实施同样离不开力量、离不开大国。联合国秘书长选举，安理会大国具有否决权。秘书长选出来都是大国看着不错。第五任联合国秘书长德奎利亚尔（Javier Perez de Cuellar）是秘鲁人，第一印象是美国的后院，美国就会同意；美国同意那英国、法国就差不多了；中国、秘鲁，都是第三世界，坚决支持；俄罗斯，不持任何立场。于是都同意了。第六任是加利（Boutros Boutros-Ghali），埃及人，一看就知道行。埃及，过去英国统治过，他会讲英语；法国也在埃及呆过，都在地中海沿岸，加利法语也不错；中国，埃及是我们的朋友啊；俄罗斯，可靠的盟友，帮埃及修的阿斯旺大坝，给埃及提供军火，专门对抗以色列；美国，坚决支持，加利主要是美国扶持上去的。第七任安南（Kofi Atta Annan），加纳人，第三世界的，也没问题。现在的秘书长，韩国外交通商部长官潘基文，中国一看韩国离得近，韩国也离不开中国；美国，在那儿有军队还怕什么。都是这样的。所以会发现，力量在国际法的制定和实施过程中很重要，有正面作用。没有力量，科威特现在已经变成伊拉克第十九个省了。要不是这些大国，世界上就侵略横行了，总得有人伸手。

国际法离不开政治，一谈政治，政治很丑恶，好像政治与法律没什么关系。政治怎么会跟法律没关系呢，政治与法律有千丝万缕、不可分割的联系。政治讲力量，法律也讲力量；政治讲利益，法律也讲利益。国际法从制定到实施，到修改，到重订，整个的过程都离不开力量。第二任联合国秘书长，瑞典人哈马舍尔德（Dag Hammarskjöld），1961 年在非洲丛林调解刚果问题的时候坐飞机失事了。哈马舍尔德被很多人认为是最懂国际法的人。因为一到需要通过有约束力的决议的时候，一定会跟大国商量。问问大国“晚上有事儿没，没事儿请你吃饭，请你喝咖啡”，先跟大国商量一下，“我准备如何如何，你看怎么样”，大国一听饭都吃了，就这样呗。如果大国有一个不同意就动不了。

所以说，力量肯定是破坏法的一种因素，之所以会出现一些法律受到破坏的情况，恐怕是一些力量得不到控制、限制的结果。从这个角度看，法律是有限度的。对这个问题，大家应该是清楚的，其实在任何一个国家，法律都是有限度的，不能指望法律解决所有事情。如果认为法律可以解决一切，我们还要金融学家还干什么呢？金融学家认为金融决定一切；还要政治学家干什么呢？政治学家认为所谓的力量、利益是最重要的。所以法律是有限制的。在国际关系上，在阻止战争的方面，法律有作用，可以延缓战争，在动武之前有很多机制，但是最终不能阻止战争的爆发。

但是另一方面，力量，或者政治对法律还有正面作用。因为实际上大国利益大、责任大，有可能对国际法更有需求，更需要秩序。所有的法律的框架，所有的秩序，包括政治秩序（联合国等）、金融秩序（世界银行等组织）、贸易秩序（WTO 等）都是由大国发起和主导的。大国不仅仅在积极地参加、主导这些过程，同时也在积极地运行这些过程。现在的世界秩序基本上还是一个大国主导的秩序。这一点表明力量对于法律的秩序，有时候叫公共秩序（Public Order）来讲，是不可缺少、非常重要的。

李老师刚毕业的时候，北大有一些比较老的学者，其中有已故的陈体强教授，当时还是外交学院教授，也是外交部法律顾问。当年他的毕业论文写的是承认，国际法上的承认类型，在承认领域是很经典的。他临终前最后一次讲座是在北大，讲到国际法主要还是大国的意志。英国有一位华裔的国际法学家，非常有名，可能是中国在海外最有名的国际法学家，叫郑斌（Bin Cheng），很早就去外国了。李老师上学的时候，郑教授曾经在一教举办讲座。他长期在外国，中文不是很熟练，当讲到公海（High Sea）的时候，他说“高海”。郑教授在几个领域非常有名，在习惯国际法如何证明的问题上、在外层空间法的问题上有造诣。他在 1965 年曾发表过一篇非常有影响的文章，也是讲习惯国际法能否快速形成，用了一个词很有意思，叫 Instant Custom。Instant 这个词我们知道，Instant Noodle 是即食面。Instant 和 Custom 两个词正好是对立的概念，一个是快速的，一个是长期的，隐含着时间的缓慢的过程。这篇文章让它声名大振。他在讲习惯国际法的时候，说的跟陈教授说的很像。他讲国际法是支配力量的阶级（Class）的产物。国际法主要是大国力量的产物，这些话听起来刺耳，可是这是个现实，而且未必大国的力量就是差的。刚才讲大国责任大，更需要秩序，这也可能是正面的事情，是好的。

3. 国际法在当代的发展

国际法在当代的发展，这个问题实际上也属于国际法的概念。我们首先简单讲一讲国际法的历史。

国际法发展的早期

一般认为国际法从 1648 年开始，1648 年有一个会议叫威斯特伐利亚和会，是为了结束三十年战争而召开的。一般认为近代意义的国际法从这个时候开始。之所以这样说，实际上经过了三十年战争，在欧洲形成了一些独立的主权国家，当时说是民族国家（Nation State）。其实所谓的 Nation State 是相对于过去来说。在这之前，宗教和世俗的力量是比较统一的，教皇不但有宗教的力量，同时还有世俗的力量。真正国家的概念不是很清楚，国家边界不明。威斯特伐利亚和会之后，首先形成了国际法赖以存在的社会基础，就是主权国家，政教逐渐分离了，由世俗来统治领土。另外，欧洲一些国家的边界逐渐比较清晰了，当然不是完全确定了，也有一些争议，但是大概有一些边界。政教有所分离，在某一块领土上支配的是君主，君主对国家实行统治。这样的国家就叫 Nation State。这些为国际法奠定了基础，因为国际法是国家之间的法律，没有国家就没有国际法，讲国际法一定要看到它有一个社会的基础，这个时候出现了。同时，通过《威斯特伐利亚条约》，也出现了一些国家之间交往的规则，比如说信守条约。所以人们说差不多在这个时候，现代意义的国际法逐渐形成。

在这个过程中，法学家作用很重要。有很多著名的法学家，有一位叫格老秀斯（Hugo Grotius），他是个法学家。国际法是国家之间的规则，但是法学家对法律的形成也很重要。格老秀斯为国际法建立了一个体系，把它阐述了出来。但是他的体系里面包含的国际法在今天看来比较庞杂，既有国家同意的条约的规则，同时还包括一些自然法、自然正义的东西，另外把教会法的一些东西也放到这个体系里了，他认为这个体系就是国际法。其实他之前有人研究过国际法，由于格老秀斯把国际法作为一个体系，所以后人就把他称为国际法之父。所以国际法的初始在 1648 年，有这样标志性的事件，进一步讲还有主权国家形成、法学家的努力、法律体系的形成。

近代外交关系法

近代的国际法是比较简单的。近代国际法中，每个国家有管辖范围；在国际关系方面，当时科技不发达，也没有太多的国际交往，但也形成了一些规则，比如不得侵犯使馆、使节。使节方面的法律，在 1815 年，打败了拿破仑之后，召开了维也纳公会。维也纳当时是奥地利首都，是重镇，经常开会，现在也是联合国和许多国际组织在欧洲的重镇，经常召开国际会议，许多国际条约都是在维也纳签订的。1815 年维也纳公会制定了合约，对外交机关的等级做了规定。比如把外交人员分为三个等级：大使、公使、代办，确定了这方面的法律。之所以当时要确定外交方面的法律，因为使节在所在国元首举行庆典的时候要参加，排座次就很重要，在今天也是这样。排在后面的国家会愤愤不平，大家都希望跟君主坐在一块，坐在中间，有大国的气势。但是君主边上就两个位置，这时候就要有一些规矩，就看谁的等级高。大使是第一等，坐最前面；公使第二等，坐在后面；代办在最后。如果都是大使，就先来后到，谁先到任，谁就排在前面。在今天仍然延续这个规矩。

使团是指使馆的总和，使团要有一个礼仪性的团长。在中国的使团谁当团长呢？就是在中国呆的时间最长的人当使团团长。现在的使团团长是个黎巴嫩大使，因为他们国家内战，他在中国好多年了，没有换过大使。所以这样就有效解决了尊严的问题。关于外交关系和人员的法律，今天叫外交关系法，这是当时国际法的内容。

近代海洋法

另外还有一个内容是海洋法。那个时代的海洋法比较简单。一开始欧洲的海洋强国像西班牙、葡萄牙，都主张大西洋的权利，瓜分大西洋，认为是他们的势力范围。后来随着国际贸易的发展，人们认识到海洋应该是自由的，所以有了海洋自由论，认为海洋应该为大家服务，不能为任何国家据为己有。公海自由论、海洋自由论成为通行的学说，以后慢慢发展出关于海洋的国际法。海洋国际法最简单的就是航行自由。从古到今航行自由都是第一位的，海洋是国际贸易的通道。以后慢慢发展出捕鱼自由等，最主要的是航行自由。关于海洋法，后来又出现了一些东西。比如讲海洋自由，如果海洋被军事利用怎么办呢？海洋国家还要划定一个自己的管辖范围，是为了安全的需要。当时如何划分海洋范围，也就是今天的领海，是一个问题。看当时的炮的射程，当时的炮最远能打三海里，所以当时定的领海宽度大致是三海里。其实是不是三海里，一直到 1982 年《海洋法公约》，都是有一点争议的。最低限度是三海里，有的国家是四海里，有的国家扩展到十二海里。大炮射程决定大致的宽度。海洋法比较简单，三海里之外是公海，三海里之内是国家领海，国家在领海上享有主权，包括刑事管辖权、民事管辖权等各种权力，不是很复杂。

近代条约法

另外关于条约方面，也有一些规则，比如条约必须信守，条约有一些实践，签了字就要遵守。当时严格讲，还没有今天所说的批准条约。批准条约完全是民主发展的结果，批准是议会对政府、行政的一种监督、制约，没有议会，哪儿来的批准呢？过去是君主大笔一挥，这事儿就定啦。当时从条约法角度看，签署是主要的。另外在战争方面也有一些发展。

20 世纪初的发展

传统的近代国际法还是比较简单的，当然也有一些我们今天说的所谓的领事裁判权这样的东西，不符合公平正义、国家主权平等原则。这样的国际法一直发展到 20 世纪初。到了 20 世纪初，又有了一些关于和平解决争端的条约出现。

比如 1899 年、1907 年在海牙召开了两次和会，对和平解决国际争端的原则做了规定，同时对战争法的一些东西做了规定。这样的状况延续到一战结束。一战结束后，美国总统威尔逊（Woodrow Wilson）提出了著名的“和平十四点”，其中有一点就是在战后建立普遍性的国际组织。这个建议是美国提出的，但是美国没有参加后来成立的国际联盟。因为威尔逊提出后“和平十四点”后，关于建立国际组织这一点，被国会否决了。国会认为不能参加这个组织，因为美国采取的是门罗主义，不允许欧洲国家干涉美洲国家的事务，也不去干涉他国的事务。国会认为如果参加了一般性的组织，就干涉了别国事务。这种思想一直延续到珍珠港事件之前。这样，一战后成立了国际联盟，是第一个一般性的国际组织，实际上它的指导思想也是集体安全的思想，怎样联合起来抗击入侵，因为它是一战的结果。但是国联最大的问题，就是它的行政院（类似今天的安理会）的表决程序是全体一致表决。在有很多人的时候，全体一致表决是一个很大的问题。有一票反对，决议就通不过。这是很要命的，行政院有二十多个国家，一票否决，所以它就什么都动不了。

到了 1928 年，出现了现代国际法最重要的文献之一，即《巴黎非战公约》，历史上也叫做《白里安—凯洛格公约》。这个公约影响比较深远，一致延续到今天，就是废弃战争作为国家政策工具，任何一个国家都不能以战争作为自己的政策工具。简单地讲就是国际关系中不允许使用战争。这是一个革命性的变化。在这之前，很多国家普遍主张战争权，战争并不认为是非法的，国家可以通过战争攫取领土、取得想要的东西。但是 1928 年的条约第一次在国际法上正式废除了战争，宣告战争是非法的。这是很重要的变化。

这是 1945 年之前国际法的大致的状况。我们发现相对来讲不是很复杂，没有很多很多内容。当然如果每一项都详细展开，也能写很多。有一个作者写海上国际法，写了过去公海上的各种制度，比如登临权。登临权很有用，比如古巴导弹危机的时候，肯尼迪总统下令对所有往来古巴的船只，美国军舰实行登临，都要上船检查。如果有违禁品，主要指的是导弹等，就立马扣下。当时差点儿就打核战争了。后来中国船只也有被美国扣下的，即 1993 年的银河号事件。中国十多年前有个船叫银河号，美国说船上有违禁品，主要涉及到化学武器之类，中国说没有，美国船就一直跟着，一直跟到阿联酋那里，停了一下。停下后美国船真的就登临了，进行检查，什么都没有。后来有人还说是掉包了。登临权也是国际法上的一个内容。总的来说，1945 年之前的国际法相对来讲比较简单，比较重要的是 1928 年的公约，以及和平解决争端、战争法方面的东西。

当代海洋法的发展

我们重点讲 1945 年之后。1945 年应该说是当代国际法的开始。这一年，《联合国宪章》制定，各种国际关系的发展，国际法出现了崭新的面貌。我们从海洋开始说起，过去的海洋法很简单。国家画一个领海，领海外面是公海，公海航行自由，有一些登临这样的国家权力。今天的海洋法，从基线量起，12 海里以内是领海；24 海里以内为毗连区；200 海里以内为经济区；基线量起 200 海里以内的海底为大陆架；在大陆架外面的海底是国际海底区域，有专门的机构管理，在这里采矿要经过同意。上述水域有公海自由，可是今天的公海自由远远不是所谓的航行自由，包括航行、捕鱼、上空的飞越、海底电缆管道的铺设、建造人工岛屿、海洋生物保护，内容很多。从管辖区上，可以发现很复杂了，另外还对远洋群岛做了规定，对群岛国做了规定，像印度尼西亚有一万多个岛屿，有专门制度的规定；另外对于海峡，比如马六甲海峡，用于国际航行的水道，做了专门的规定。尽管海峡两边的距离可能不足领海的范围即 24 海里，但是要把它界定成用于国际航行的水道，而不能严格界定为领海。这样界定的水道应该对所有国家开放，所有国家的商船，包括军舰，都可以自由航行，飞机在上空都可以自由飞越。这些制度很复杂，有很大的发展。

外层空间法律的产生与发展

还有一些新发展的领域。比如外层空间的法律。外层空间的法律，罗马法的谚语就是谁拥有土地，谁就拥有土地上空。上空到哪儿谁都搞不清楚。但是1957年苏联发射第一颗卫星、美国随后发射第二颗卫星，马上出现了卫星运行空间的法律地位是什么，是自由的，还是属于各国领空。如果与各国领空有关，那卫星天天在天上转悠，就天天抗议，就先现在钓鱼岛一样，你弄个招我抗议，我弄个招你抗议。另外，卫星上天时候，不是直着上去的，有穿越其他国家领空的问题，就涉及到发射卫星有没有过境权。北朝鲜发射卫星，旁边的日本、韩国都假模假式地弄爱国者导弹，扬言一旦越过领空立刻击毁，其实也是假装的而已，我们都能算清楚卫星不会从他们的领空上过。所以国际法就很快发展了关于外层空间的法律，首先确定了外层空间的概念，在国家领空之外，还有一个不受任何国家管辖和支配的空间。在这个空间上，出现了一些国际法的机构、制度。

国际组织的发展

新的领域还有国际组织。过去没有什么国际组织。1945年之前有国联，后来破产了；有一些国际行政组织，比如万国邮政联盟，成立于1874年，比较早。但是这样的国际组织很少。1945年之后大量的国际组织出现，国际法的基础上就发展了一个新的分支，这个分支就是国际组织法。之所以说国际组织法是在国际法的基础上发展出来的，因为任何一个国际组织都是以条约作为根据的，通过条约，把组织的宗旨、原则、机构、程序都确定下来，国际组织按照这个基本法运作。所以国际组织法首先包括了组织的基本章程，同时也包括由这个章程衍生出来的各种决议、决定、先例、惯例等，都属于国际组织法的范畴。

当代外交关系和条约法的新发展

老的领域也有新的发展。比如传统外交关系，有一些国际习惯，比如外交使节、馆舍不得侵犯等。但是这些习惯不系统、不全面、不精确。所以1945年联合国设立了国际法委员会，对外交关系规则进行编纂和发展。在1961年，制定了《维也纳外交关系公约》，全面把外交关系的法律成文化、系统化。

在条约法方面，条约是基本的调整的工具，在新的时期，条约的规则到底有哪些、有哪些新的规则，需要进一步规范。比如批准在国际法上是什么意义。1945年之后，民主制度在许多国家确立，议会是重要的制约政府行政的力量，批准在国际法上有什么意义。还有保留制度到底是什么制度。保留的基本含义就是把一些不同意的条款打掉，对本国没有效力。1945年之前传统国际法上，多边条约的缔约国如果有一国要保留，要征得每一个国家的同意，如果有一个国家不同意，就不能保留，否则就不能参加多边条约。即保留需要全体一致的同意。但是1948、1949年，国际法院提出一个新的意见，认为这种需要全体一致的保留不利于多边条约发展，所以不要求保留必须经过全体一致同意，而认为保留必须符合目的和要求，在此基础上，只要有一个国家接受保留，保留国就可以保留。和之前的制度完全相反。所以条约法在这个时期也需要精确的编纂和发展。1969年国际法委员会编纂了《条约法公约》，1997年中国加入该公约。

国际法上人权的发展

已有的领域得到发展的很多，举不胜举。还有一个非常重要的领域，就是人权。1945年前，国际法上人权的现象是个别的、分散的。1945年之前，大概只有两个地方体现了国际法的人权：

①一战后对战败国的合约，普遍规定战败国有义务尊重境内其少数者的权利，有义务给予少数者以多数者的平权。这显然是一种人权。但是战胜国对战败国的合约仅仅集中在一个少数者的保护问题上，不是全面的；

②国际劳工组织，这个组织现在还起作用。劳工组织制定了一些公约，比如保护妇女、男女同工同酬，这至今都对我国有重要意义；再如八小时工作制，也很重要，这个问题在中国还是很严重的。国际劳工组织规定了这些基本的劳工权利，这些可以说是人权。

但是除了这两个方面，在1945年之前，人权法基本上是一个国内法的问题，没有上升到国际法领域。

1945年有了《联合国宪章》，宪章在七个地方规定了人权。最重要的是在宗旨部分，宗旨的第3项规定“促成国际合作，……增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。在55、56条又重复了这一点，共有七个地方体现了这一点。

今天我们都说人权的伟大意义，人权很重要，其实人权在《宪章》中的规定还有一些偶然性。我们看起草《联合国宪章》的过程，第一个重要的会议是1944年美国华盛顿郊区举行的顿巴顿橡树园会议，美国、苏联、英国、中国四巨头参加，基本勾画了联合国的未来蓝图；第二次会议是雅尔塔会议，解决了一些程序问题。另外一次，在美国旧金山退伍军人纪念堂开的联合国宪章制宪大会，所有联合国的51个创始会员国，除了波兰，都派代表参加。波兰是之前参加反法西斯会议的国家，是联合国创始会员国，但是当时在走资本主义道路还是社会主义道路的问题上还不清楚，还处在混乱中，没有派出代表参加。

旧金山制宪会议上在讨论过程当中，也没有怎么提到人权。是罗斯福夫人，带领一些 NGO 在各个代表团游说，说各国政府代表忘记了人权这个最重要的东西，没有人权就没有和平，第二次世界大战就是因为法西斯国家践踏人权，发动战争。大家觉得有道理，就加上了人权。加拿大国际法学家汉弗莱（John Humphrey）说《宪章》差一点儿就把人权漏了，如果不是罗斯福夫人，宪章就没有人权的部分。这说明当时国家所考虑的怎样建立一个集体安全的机制，维持和平与安全是第一位的，还没有很好地考虑人权与国际法的关系。从法律的原则规则背后可以看到，NGO 对于法律的贡献还是很大的。

· 影响当代国际法发展的因素

1>人权

《宪章》规定了人权后，人权作为一种理念很快就发酵了。首先，人权很快变成一些具体的东西。人权是一种理念，什么是人权、什么是自由，需要界定。1948 年出现了《世界人权宣言》，大家一般认为这个宣言讲的是第一代人权，讲的是政府不得干涉的人权，是对政府的限制。因为 1948 年的《世界人权宣言》是联合国大会的决议，从法律效力上来讲有瑕疵，因为联合国大会的决议只是建议性质，没有法律的约束力。

紧接着就进行谈判，制定条约，把 1948 年的宣言法律化，出现了 1966 年的两个公约，《经济、社会及文化权利国际公约》（A 公约）、《公民权利和政治权利国际公约》（B 公约）。此后人权就如火如荼，一直到今天，出现了无数的决议、宣言、条约，都在讲人权。于是在今天就形成了国际法的一个重要分支，即人权国际法。很多人把这个分支叫做国际人权法，其实叫人权国际法更合适一些。

人权国际法绝不是仅仅在国际法上发展了一章、一个分支，人权对国际法的影响是本质性的，涉及到国际法的各个领域。耶鲁大学国际法学者迈克尔·赖斯曼（Michael Reisman）说过一段很经典的话，很有道理，说人权的发展绝不是在国际法上增加了一章，绝不是对国际法的某种修修补补。它对国际法的影响是本质性的、全面的。传统的国际法是以国家为中心、国家定向的，而人权是主要是个人定向。以国家、主权定向的国际法，碰到了以人权定向的内容，两者必然发生碰撞。两者之间一直在博弈，尤其在晚近二十年。如果要问国际法发展的线索是什么，我们可以肯定地说，自从苏联解体之后，国际法始终是在主权这个价值定向和人权的价值定向之间不断碰撞博弈。

现在人权影响到了人权的各个领域。比如说主体，过去说国家是主体、个人不是主体没问题；但是今天再考虑这个问题，至少我们要说，个人在国际法上是有一定地位或者名分的。否则无法解释个人在国际法上享有的自由。再比如，由于人权理念的发展，国际法上出现了新的义务观。过去国际法的义务的对等的义务（Reciprocal），侵犯了我的权利，我就通过自助手段纠正。这是对等的义务，国际法上很多义务是对等的义务。但是之后，由于人权等新的观念出现，国际法上出现了一些新的义务，obligations erga omnes, 可以翻译成对一切的义务。这种义务不是对等义务、一对一的义务，而是只要违反了这种义务，就违反了对国际社会作为一个整体的义务，对国际社会（International Community）的义务。这是一个很重要的概念，把义务观完全变化了。它为制止侵略、谴责种族主义、制止某些严重侵犯人权的行为提供了理论根据。如果没有这样的东西，没有理由帮助被侵略国；而现在就可以说，打的不是一个人，是整个国际社会，我们不是一个人在战斗，侵略国违反了对大家的义务。这是很重要的概念。

人权本是一个国内法的概念，是一个国家的政府对自己的国民（National）的问题。过去，一个国家怎么对待自己的公民，是内政问题，与其他国家没有关系。但是《联合国宪章》出现后，这个问题发生了变化。南非在国内实行种族主义政策，涉及到中国人、印度人，中国、印度政府反对这种做法，南非即主张这是自己的内政问题。到 60 年代，非洲一些国家实在愤恨南非的种族歧视政策，就到国际法院状告南非，即【西南非洲案】。利比里亚和埃塞俄比亚对南非提起诉讼，有点儿像集团诉讼。国际法院就是否有出庭权争论得一塌糊涂，投票 7 比 7，最后院长投了决定票，认为没有出庭权，引起国际社会轩然大波，国际社会声讨国际法院简直没有正义了，导致国际法院院长下台。紧接着 1970 年国际法院审理另外一个跟此案毫不相干的案件【巴塞罗那电力公司案】时，终于宣告，国际法上的两种义务，一种是对等的义务，一种是对一切的义务，对一切的义务包括禁止使用武力、禁止种族歧视等，用的是举例的形式。

新的义务观的出现有着重大的影响，以至于今天对于严重侵犯人权的现象进行打击，就是这种思想。有很多这种应用，如新出现的国际刑事法院、前南刑事法庭、卢旺达法庭等，都是这样的运用。还有新出现的关于管辖权（Jurisdiction）的观念，过去的管辖权观念很简单，就是属人管辖、属地管辖。今天出现一种新的管辖，与自己没有什么关系，就因为对方侵犯人权，以此为管辖的基础。比如比利时进行过这方面的尝试，美国的一些法

院也是这样，对于严重侵犯人权的，即使没有国籍、领域管辖的联系，也要管辖，这就是所谓新的管辖权观念，即长臂管辖（Long-arm Jurisdiction）。当然它对不对值得讨论。现在对利比亚、叙利亚的干涉，讨论到安理会是不是要动武，是不是严重侵犯人权可以实行政权更迭的问题。过去承认理论是有效统治，只要有效控制领土、得到人民的服从即可。今天还有所谓民主权利说，政府单单有效统治还不够，还要看是不是民主的，是不是经过民主程序选举的。新的学说还有关于国家责任（Responsibility）的理论，过去认为主权是一种权力（Power），今天新的理论认为主权不仅是一种 Power，同时也是一种责任，每一个主权人都要对自己的百姓负起这种责任。如果不负这种责任，国际社会就有可能代为承担这种责任。还有贸易政策，过去贸易是一个自成一体的体系（Self-contained），今天人权理论影响到了贸易规则。可见，在人权的影响下，很多新的理论都出现了。所以人权绝不仅仅是国际法上的一章，绝不仅仅是国际法的一种补充，而是一种根本性的东西，对国际法的各个部门都产生深刻影响。

2>新国家的出现

除了人权以外，还有一些因素影响了国际法的发展。首先是新国家的出现。1945年后，新国家不断出现。1945年的《联合国宪章》有51个创始会员国，今天联合国的会员国有190多个，这个数量扩张是很大的。新国家的出现对于国际法最大的意义就是使国际法从传统的欧洲国际法扩展到了世界的范围，使国际法真正具有了国际的特点。

3>科学技术

科学技术的发展也影响了当代国际法的发展。科技的发展最明显的就是在外层空间和大陆架、深海海底。1957年苏联打上卫星后，很快就产生了过境权，因为卫星要通过别的一些国家领空到达太空，这个过程算不算侵犯领空，卫星运行的空间算不算领空，这些过去也没界定。卫星上天后大家是一片欢呼，说人类征服了自然、上了宇宙，对这个壮举表示祝贺。这就意味着大家都赞同这部分空间是不属于领空的，是大家都可以探索和利用的空间。

所以，很快关于外空的法律的基本原则就确立下来，这个空间是和领空不同的外层空间，这个空间当中，各国可以探索利用；同时外层空间非军事化，不能在外空动武、储存武器。在今天看来，今后比较关注的问题应该是外层空间非军事化的问题。前几年，中国往外空发射了一个物体，击中了外空运行的一个航天器，应该是一个报废的航天器。从下面打上去，能够准确地击中，这个具有相当的潜在军事意义。因为外空有许多卫星，很多是间谍卫星、军事卫星。现代战争很多靠信息，信息很多藏在上面，如果能从下面打掉，就破坏了对方的信息系统、导航系统。所以美国人对这件事还是很介意的，一再问中国是什么意思，我们说是科学使用，没什么意思。其实是很有意思的。今后还有一个可能性，可能在外空藏一些武器。现在的核武器发射都是所谓的陆基，就是在陆上，原来是固定的，比较容易被破坏，所以后来出现了流动的，可以用卡车拖着走，一旦有事可以拖着到处跑，这样才有威慑力量。还有核潜艇，也让对方搞不清在什么地方。核的力量主要是威慑力，威慑力的前提是一定要有第二次打击的能力，也就是有还手的能力。所以机动性是战略武器一个很重要的要求。现在有说法说武器可以藏在外空，这样很要命，藏在外空就更找不到了。但是如果能从底下打上去，这样就有反制的作用。

所以技术的发展对于法律的发展是很重要的因素。包括大陆架、现在说的深海海底，也涉及这个问题。深海海底指的是大陆架以外的海床、洋底及其底土，现在国际法还有一个新的概念叫国际海底区域。大陆架概念的出现，包括相关的法律的出现，完全是技术发展导致的。这个概念是比较晚提出的，1945年，美国总统杜鲁门率先发布了一个大陆架公告，声称美国对其近海200海里的海底拥有管辖权，任何国家未经允许不得勘探开发。这是一个法律上的革命性的变化。过去领海传统上是3海里，美国一直不承认12海里领海。3海里以外就是公海。公海是不是及于海底，这个有一些争议，但是很多人都认为公海自由实际上包括海底勘探开发的自由。所以各海洋国家一看此等好事，纷纷宣布大陆架公告。这就是技术带来的影响。因为当时的技术已经发展到可以在浅海海底大陆架勘探，也发现了许多石油。其实这与今天钓鱼岛问题的严重性也有关联。过去如果控制了一个远洋岛屿，按照传统的观点，就是一个领海，就是一个岛，可能具有安全上的意义，但是经济上的意义并不明显，因为管辖的范围很有限；但是现在控制了一个岛屿，意味着周边的专属经济区、大陆架都可以开发，这样经济上的意义就非常大。关于专属经济区、大陆架这方面的法律完全是技术发展的结果，技术能够达到了这个程度，法律就跟进。在能源、资源缺乏的今天，这个问题就显得更重要。

深海海底也是这样，1967年，很多第三世界国家发现，技术已经可以达到在几千公尺的深海海底进行勘探开发，而且在深海海底发现了大量的锰结核。第三世界感觉技术不利，如果按照传统的公海自由原则，谁有本事

谁就可以开采。于是马耳他常驻联合国代表帕多 (Arvid Pardo) 代表第三世界提出了一个新的概念, 海底是人类共同继承财产, 就是说是老天爷给我们大家的, 每个国家都有份, 每个国家都不能擅自开发, 必须有一个国际的机构代表大家开发、收益、分享。这完全是技术进步导致的, 如果技术达不到, 就谈不上法律。

我们再看看原来讲的航空的部分, 其实领空这个概念也是航空器出现以后, 才出现了国家对领空享有主权的概念。发明航空器的是美国的莱特兄弟, 他们在 1907 年发明了航空器。在第一次世界大战结束后, 国际条约上明确规定, 国家在自己的上空可以划一个领空。当时还想不到上面还有一个空间, 人造卫星上去后才出现这样的问题。

4>经济上的相互依存

当代世界经济上的相互联系, 甚至相互依存, 也影响到国际法发展。现在我们都说是个地球村, 国际经济关系越来越密切。我们经常说我们和别的国家是相互依存的关系。这种密切的经济联系导致国际法上出现了新的分支, 比如国际经济法; 还出现了重要的组织, 比如 WTO、国际货币基金组织、世界银行等。经济的联系越来越密切, 相互依存, 出现了国际法新的分支。

5>国际组织

有人说还有一个因素影响了国际法的发展, 这就是国际组织的出现。从 1945 年后, 许多政府间的国际组织纷纷出现。这导致国际法出现了一个非常重要的分支, 就是国际组织法。严格地讲, 国际组织法是从国际法衍生出来的。要到国际组织工作, 要学好国际法。因为国际组织基本的文件都是条约, 所有的职能、所有的程序都在条约中。如何解释条约、如何适用条约、如何修改条约, 这是很重要的国际法工作。另外, 国际组织要依靠基本法、组织约章, 还要经常做出基本的决议、决定。比如联合国, 大会要做出决定, 各个机构都要做出决定, 尤其是维持和平与安全的安理会要做出决定。做出决定的时候, 它的依据是什么呢, 依据就是组织约章。如何按照组织约章的规定制定、起草决议、决定, 是国际法的问题。

如何解释组织约章, 也是国际法问题。有一个概念可能是许多不学法律的人都持有的。他们认为法律是明明白白的、清清楚楚的、可以简单地对应事实来适用的。法律没有那么简单, 法律不是非黑即白、非此即彼的, 法律是充满了选择, 充满了相对或者相冲突的原则或规则。你有一个原则, 我有一个例外, 还可以把例外说成是原则。这是一个要不断地根据具体的情况进行分析, 找到有利于自己的证据, 这样的不断地 Argue 的过程。如果法律是那么简单, 如果法律拿出来一看就明白, 那要律师就没什么用了, 要法官也没什么用了, 要这些法学家也没用了。法律之所以是 Professional, 就因为它有自己的一套推理的模式、有自己的一套语言、有自己的一套 Argue 的模式。法律永远不可能概括社会生活的每一个方面。制定民法典, 即使制定一万条也仍然概括不了, 因为情况是在不断变化的。这里面就需要人的因素。法律不仅仅是书本上的东西, 还是行动中的东西, 是需要人来操作的。而人又是有价值观的, 是有自己的想法、理念的。所以法律是一个很复杂的过程, 是一个很深奥的东西。跟会计填报表似的, 不太懂的人以为按照准则填写即可, 其实准则是需要解释的, 怎么解释合理, 就怎么填写报表。原来会计报表跟法律原理是一样的。搞会计的有时候会说没有准则, 那只不过是一个 Principal, 剩下的要具体问题具体分析。国际组织的发展, 让国际法出现了一个新的分支。

大概有这些因素影响了国际法在当代的发展。我们还是要重申, 最重要的因素还是人权的因素。因为其他因素都是以国家为中心的, 而人权说的是个人的权利, 和国家的权力有某种紧张的关系。如果放到国内法的视角, 我们更能看出来。一方面是政府的权利, 一方面是人民的权利。人民说政府的权利要受到限制, 这肯定有一种紧张关系, 如果不是一种对立的关系的话。政府又说秩序很重要, 没有秩序就没有权利, 这是对的; 人民说权利很重要, 权利是合法性的基础, 也是对的。所以秩序和权利之间是这样一种关系。实际上国际法上的人权和国家主权也是国内法上的这种关系在国际舞台上的体现。

二、国际法的方法

国际法的方法, 或者说国际法的学派, 这个问题被许多人所忽略, 其实方法还是很重要的。前面提到过的英国教授布朗利 (sir Ian Brownlie), 在海牙曾经做过一次演讲。海牙每年有两个国际法暑期班, 一个是为期一个月的国际公法班, 一个是为期一个月的是国际私法班。他提出方法不重要。他别的理论都很让人信服, 唯独这句话让人不信服。听了他说的这句话, 再看看他写的东西, 会觉得说自己没方法的本身就是一种方法。他肯定有自

己的方法，他的方法就是传统的实在法学。他自己都说自己是实在法学加法院造法，这就是他的方法。

1999年美国国际法杂志曾经举办过一期讨论会，大概列举了七种国际法方法，包括实在法学、自然法学、政策定向法学、法律虚无主义（Critical Legal Studies）、女性法学（Feminism，现在不说是女权主义了）、法律和经济（Law and Economics）等。这些方法，如果说现在有哪些真正地在起作用，应该说有三个。

第一个其重要作用、支配作用的是实在法学（Positivism）。第二个，从实际的作用来说，当属美国耶鲁大学的政策定向法学（Policy-oriented Approach），它也叫 New Haven School，New Haven 就是耶鲁所在地，香港有的地方把 New Haven 翻译成“新港”。第三个是比较老的自然法学派（Natural Law School）。这三个学派对国际法的形成、确认、适用的过程都起到了很大的作用。按照时间的顺序，先说最早的自然法学。

〔一〕自然法学派

自然法学的基本观点就是法律是被发现的，而不是人定的。这一点我们很清楚。自然法学的说法很多，大概的意思是法律的存在于人的理性当中，是从人的理性中发现的。它主要是一些原则、理念，比如公平、正义、平等，这都被认为是自然法学的一些理念。

在国际法上，有一个奥地利自然国际法学家，叫菲德罗斯（Alfred Verdross），说什么是自然法在国际法上的体现呢？可以看看《联合国宪章》，讲了人权叫天赋人权，这是标准的自然法的表述。人生而平等，具有平等的权利。天赋人权，这个权利是自然的，只要是个人，就有作为一个人固有的权利。这样的表述是最容易理解的。菲德罗斯对《联合国宪章》天赋人权诠释的最好。天赋人权就是最典型的自然法观点。人生而平等，皆有权利和自由，是天生的、固有的。固有这个词的和自然是一个意思。比如自卫权，《联合国宪章》英文版说是固有的权利，法文版写的就是天然的权利。过去讲国际法，讲到国家固有的权利，就是作为国家本身就有的权利，不用去制定的，是根据自然法、根据公平正义平等的概念所具有的。

1. 自然法学派的方法

自然法学派有一个研究、论证的方法。它是从一般到个别，是演绎的方法。因为自然法就是一些基本的概念，没有更多的东西，所以必须要从这些基本的概念、观念、理念当中演绎出来一些具体的东西。自然法是一个从一般到个别的论证的方法，这对于发展法律很重要。发展法律一定是从一般到个别，必须要有某种理念。人权就是一个最典型的例子。《联合国宪章》讲尊重人权和基本自由，什么叫人权、基本自由都没说。但是人权这样一个 Idea 就指引着大家按照这个东西发展了 1948 年的《国际人权宣言》，发展了 1966 年的两个人权公约，用演绎的方法发展了无数的国际上的关于人权的文件。发展法的必须的，很重要。比如现在钓鱼岛问题，涉及到大陆架划界，这个问题上就有 1966 年国际法院在【北海大陆架案】中发展出公平原则。

公平很抽象，谁都说划界要公平，日本说等距离线公平，中国等距离线说自然延伸公平，公平是需要讨论的。再比如减排，第三世界说减排要公平，按照公平原则制定减排标准。公平就要考虑怎样才能公平，发展中国家说公平要考虑过去的历史情况，地球被破坏到这种程度是早期工业化国家破坏的，要考虑早期工业化国家在长期的工业化过程中做了很大的损害，今天要付更大的责任。这是一种解释。反过来发达国家有另外一种解释，要从今天的情况看，到底谁造成的影响大，以此确定减排责任。所以公平是有具体含义的，必须要具体问题具体分析。

无论如何，自然法主要是一些理念。这些理念对于发展法律是非常重要的，引导着法律朝着一定的方向走。比如国际法上的共同利益，也是比较抽象的。如果把它具体化，可以说和平是共同利益、安全是共同利益、发展是共同利益。都需要具体解释，而且还要解释它们之间的关系。比如和平和发展是什么关系、和平和人权是什么关系、和平和其他因素是什么关系。这种解释对于发展法律，是至关重要的。

2. 自然法的缺陷

但是自然法有一个不可避免的缺陷，这个缺陷是它太少。无论怎样列举，自然法也只是一些基本的理念。内容很少，必须要具体化，要让大家看得见、摸得着。这个时候就需要实在法的补充，需要人定的法来补充。

〔二〕实在法学派

如上所述，如果永远靠着自然法的几个比较简单的理念，这个社会还是不会有秩序的，自然法需要具体化，所以有了所谓的实在法。实在法是实证主义在法学上的体现。国际法上的实在法也不是那么复杂，大概有几个特

点。

1. 实在法的基本观点

实在法的基本观点是国际法是国家意志的体现。国际法是人定的，要通过条约、习惯来体现国家意志。由于实在法反映了国家意志，得到了政府层面的拥护。所以从 19 世纪开始，在国际法学上占了上风。今天国际法学家、今天的国际法的法律工作者，主要采取的方法就是实在法的方法。无论自称是自然法学派的、政策定向法学派的，肯定是一个混合的而非纯粹的。因为没有任何一个学派会抛弃实在法最基本的方法，就是考虑国家的实践。它一定要从条约、习惯入手，来主张国际法的原则和规则，主张国家的权力和义务。也就是说它不会忘记国家以往实践，而且会把国家以往的实践作为一个重要的内容来考虑，来主张法律。

实在法政策定向学派相比，还有一个特点，它把法律看成是一些原则和规则的总体。它认为国际法讲的是一些原则和规则 (A Body of Principles and Rules)。这与国内法的看法是一样的，都把法律看成一些规定。

2. 实在法的论证方法

实在法和自然法在论证方法 (Methodology) 上，有一个明显的不同。自然法是一般到个别，实在法是从个别到一般。这是两个完全相反的论证方法，这一点一定要清楚。实在法是从国家的实践寻找国家的原则和规则，需要很多的证据证明国家实践的存在，是在国家实践的堆积的基础上去总结、归纳，从中归纳出国家应该遵循的国际法原则和规则。

所以实在法上要找约束国家的法律、义务，首先要考虑的问题就是有没有条约、条约怎样规定、如何解释条约、如何把条约规定适用到具体事务上，这些是基本的考虑。如果没有条约，就考虑有没有习惯、有没有习惯法、有没有证据来证明习惯法存在，就会开展一系列的证明论证是否有习惯规则的存在。它的论证方法是个别到一般，这很像美国的判例法。美国的法学院，书架上都是案例书，从一个个 Case 中总结归纳出法律的原则。所以论证的方法是不一样的。

3. 实在法的软肋

实在法有一个容易被攻击的软肋。这个软肋就是法律如果永远是过去经验的积累，如果像照相机一样要还原过去的实践，那么法律怎么发展。这个问题，就是自然法和其他学派对实在法的一个攻击。实在法总考虑国家实践如何，如果大家都拘泥于实践，如何发展法律？法律不是上限，法律有一个奋斗的目标，法律有某种价值的指引。这些是其他学派的攻击，也是很有道理。

4. 实在法发展法律的方法

实在法学为了对付这样一些攻击，设计了一些办法发展法律。这些说法就不是那么严格的，其实现在没有很多非常严格的，都很灵活：

1>通过一些不法行为来发展新的法律

这个听起来很怪异，似乎不像搞法律的，而像是搞政治的。美国西北大学教授达马托 (Anthony D'Amato) 一次说，非法的种子能够结出合法的果实。这句话不一定是他原创的，听起来很有诗意。很多现在的法律，首先都是在破坏原有法律的基础上形成出来的。不破不立，这句话有道理的。

比如大陆架，过去是公海自由，公海自由及于海底。美国率先破坏了这个制度，提出了一个 200 海里大陆架的概念，对大陆架拥有管辖权。这是对传统秩序的破坏，可是这个破坏不但没有遭到反对，反而得到了大家的效仿。利益有关的国家纷纷发表公告表示赞同，还有些国家沉默不语，沉默不语是什么意思？沉默不语相当于默认，尤其是自己的利益、权利受到损害的时候，还沉默容忍，就是默认。达马托说新的习惯的形成，首先是有人挑动、发动 (Initiate)，然后有人 Follow，然后才存在很多 Tolerate、Silence，最后新的法律出现了。这是有道理的。外层空间的法律也是这样，苏联发射了第一颗卫星，全世界一片叫好，至少是东欧集团一片叫好，美国不说话，然后美国也打上去了，北约的一片欢呼。还有一些没关系的，认为没什么影响，所以有一大堆沉默的。于是法律就形成了。联合国大会开会讨论承不承认外层空间是不受任何国家管辖和控制的空间，各国都承认，为了安抚大家，规定外层空间不许放武器。表决后联大决议就出来了。联大决议还存在一点儿瑕疵，因为严格讲联大决议是个建议性的，是习惯法的证据。于是签订条约，这样法律就形成了。这是实在法学发展法律的一个方法。

但是这种方法有一个问题。如果埋下的这个种子总是没人浇水，它永远是个种子，永远结不出果实来。没有

人支持它，就是破坏法律。如果做出了一个新的行为，但是同时又是宣称在遵守原有的法律，这个时候就是破坏法律，涉及不到新的法律的形成。所以非法的种子能够结出合法的果实这个事情也不一定，可能长到一半就夭折了。总之什么时候结出果实，习惯法的角度来讲就是它得到了国际社会的一般拥护、接受，具有一般性。用国际法院的话说，有广泛的、实质上统一的实践的支持。

2>通过法官造法发展法律。

虽然国际法院和各个法院都有这样的规定，宣称判决只及于本案，不构成先例，但是法官造法是天生的，是司法的本能。法官在解释法律的时候一定要有创造性，创造性就是造法。尤其是在国际法上，因为国际法很多原则、规则比较抽象，需要去解释，还有漏洞。这个时候，法官填补这些漏洞，在这种具体化的过程中，一定要有创新的。这种创新、这种填补漏洞，本身就是一个造法，只是怎么看的问题。说它是适用法就是适用法，说它是造法就是造法。如果把标准定在填补漏洞、给予具体解释，在我们看来就是造法，因为它含有造法最关键的因素，就是创新，是法官自己加入进去的东西。

比如【北海大陆架案】，国际法院发展出来一个公平原则，我们现在就一直在用给这种原则。如果让布朗利分析，他会认为公平原则就是国际法院通过推理提出的新的原则，而且国际法院不但提出这个原则，还给了这个原则以具体的内涵。比如什么叫公平，大陆向海延伸到什么地方、海岸线长短、岛屿的分布，这些都是要考虑的。考虑这几个因素，能够达到公平的结果，这就是法官造法。

3>通过编纂发展法律

如果说得很专业，实在法还有办法发展法律。联合国有一个国际法委员会，负责编纂和发展国际法。什么叫编纂呢？简单说，编纂就是在已有先例、学说、判例的基础上，将其成文化、系统化。就是说编纂是已经有一些东西、经验了。发展就是前面一片空白，是个新的东西，以前从来没见过。比如外层空间，过去就没有什么经验。编纂是指在有经验的领域，把法律记录下来；发展是在法律空白的基础上制定新法。简单讲就是这个意思。

可是国际法委员会开始工作，突然发现在国际法的大多数领域，都没有很充足的先例，也没有统一的学说，也没有丰富的案例，案例甚至有可能是对立的。这怎么编纂呢？后来国际法委员会在技术上发展了一套制度，就是说如果有一点儿先例、判例，有一些学说，这种情况下国际法委员会的任务就是弥补较小的空白，让它更加逻辑上完整、统一。国际法委员会这样的工作，在它看来不是发展法律，而是编纂法律。这也是一种造法。著名英国学者劳特派特（Hersch Lauterpacht）说实际上严格讲，国际法委员会这种行为也是造法，只不过为了区分编纂和发展的概念，而把它列为编纂之列。这些东西可能看起来很学理化。其实这些东西如果拿到国际法院打官司，统统都有用，都是很实际的。编纂和发展两个概念非常实际，在实践中有重要的运用。总之实在法在如何发展法的问题上有一些方法。

〔三〕政策定向法学派

第三个是政策定向法学派，这个学说大家比较陌生。

1. 政策定向法学派的主要观点

政策定向法学派的主要观点有以下几个：

1>法律是一个过程

该学派认为，法律不是一些原则和规则，而是一个，一个过程 Process。法律是流动的，而不是静止的。永远要具体情况具体分析，永远要看背景，永远要在具体的背景的情况下来确定法律。在这一点上，它实际上和实在法还有一个比较明显的区别，就是它一定是在具体情况下来确定法律。实在法一定会区分现有法（现行有效的法律，Lex Lata）和应有法（Lex Ferenda），这是它的一个基本的考虑。法律一定有现行有效的和未来有效的区分。现行有效的法律自不必说，未来的法律，比如法学家写的法学的建议，符合法律发展的方向，就是应有法。法律的建议按照实在法学，肯定不是法。实在法认为，如果法律明天就通过，明天就是法；今天还没有通过就不是法。应有法和现有法是实在法学的基本区分，不能把未来的法律说成是现在有效的法律，这是不同的概念。但是，政策定向法学派认为法律都是在具体的过程中确认的，经常会混淆应有法和现有法，经常把应有法说成是现有法。主要是为了一个正确的方向。政策定向法学派经常说，国际法是一个 Legal Process。

2>法律有两个要素

第二，是最重要的特点。它认为这个过程具有两个要素。一个要素是力量（Power），一个是权威性（Authority）。法律是权威的决定，是权威的决策过程。一个收税的到一个商店说你该交税了，这是一个法律的活动，大盖帽意味着权威性，不交就会把执法人员叫来强制交税。所以有权威就有大盖帽，后面有国家力量的支撑，这是法律。强盗进来要钱，是强权。强盗没有大盖帽，所以大盖帽很重要。New Haven School 有经典的说法，说没有 Power，没有 Authority，没有力量的权威，是虚构的法律。一个法没有力量的支撑，就是假的，没有人听这部法，没有有效性，就不是法。另一方面，只有力量而没有权威，这叫强权。法律是两个要素的统一，是一个权威的决策过程。

New Haven School 有很多问题，受到很多驳斥，但在这个问题上还是很站得住脚的。布朗利（sir Ian Brownlie）对 New Haven School 可以说是恨之入骨。布朗利是个左派社会主义，经常代表第三世界打官司，估计也挣了不少钱。在【尼加拉瓜诉美国案】中，他作为尼加拉瓜的律师，耶鲁学派赖斯曼（Michael Reisman）等人担当美国律师。该案中，布朗利对耶鲁学派嗤之以鼻。他那个案子打胜了，他嗤之以鼻也是有道理的。虽然耶鲁法学派受到很多诟病，但在这个理论上还是正确的。前面说过，联合国过去的秘书长哈马舍尔德（Dag Hammarskjöld）是最懂国际法的，通过决议前都与大国商量，力量有了，权威也有了，因为那是安理会决议。为什么现在动武必须通过安理会决议通过才能批准授权，因为没有安理会授权就没有合法性。如果任何一个国家都可以按照自己的认识动武，天下就乱了，国际法禁止武力的规定就没有用了。不能单方面动武，不能根据自己对法律的认识动武，而是必须有一个大家都认可的权威机构确定。这个权威机构在《联合国宪章》中说的很清楚，就是安理会。安理会的授权、批准不可缺少，任何一次单方面的动武都会遭到国际社会坚决的反对。尽管有的动武可以解释为出现了人道主义危机，但是仍然不能在国际法上形成一个规则。因为如果形成了一个规则，那就意味着每个国家都可以根据自己的判断加以解释，这种情况是不能允许的。所以即便是支持动武的，在法律上一定会找一些另外的理由，比如说这是特殊情况、下不为例，这是由于人道的紧迫性，作为一个例外看待等等，一定要找一个说法。但是一般来讲，不会有人主张将其称为一个法律的规则。法律是两个要素的结合，这是它的第二个特点。

3>法律有目的性

法律是为了一个目的，最终的目的叫人的尊严（Human Dignity）。这个理想很远大。在人的尊严下面，有八个具体 Value，基本是跟个人有关的，如情感、健康、教育等等。法律有目的的影响，这叫政策的影响。所有法律的制定、适用，都要朝着这个方向去走。法律解释也是这样，最终要朝着人的尊严。当然要有一个政策导向、价值导向。

2. 政策定向法学派的融合性

李老师认为，这个学派实际上是跟政治学相结合的一个学派。实际上把过去比较简单的法律概念，融合了行为科学。就是说法律不光是书本上的法律（Law in Book），还是行动中的法律（Law in Action）。要看法律实际的存在，而不是被表象迷惑。这些我们都很赞同。这个学派，是美国在上世纪三十年代形成的所谓法学现实主义学派和自然主义法学的结合。之所以说是现实主义法学，是因为当时有观点认为二审法官说的话是法律，所有的立法都不算，法律、立法必须经过司法的检验，必须司法给出真实的意义才是法，必须由司法根据具体的情况给出具体的意义，这样的东西才是法。这很有道理，法律一定要反映真实的现实。这是现实主义法学在国际法上的体现。

另外它也有自然法的成分，有目的说。它限定了一个国际法服务的目的，这个目的，所谓人的尊严是抽象的，法律要围绕着这个东西去走，解释、适用、发展都朝着这个方向评价，这是自然法的东西，是以目的、观念定向的法学。这个方面有不少人批判，认为所谓 Human Dignity 无非就是在讲人权，是以个人定向的，主要讲的是个人的尊严，权利、自由等等。人们批评这个学派，在这个学派看来，美国每次动武都说成是对的，都说是为了民主、人权而战，总是对的。这是它最经不住推敲的地方。美国哥大的亨金（Louis Henkin）为代表的实在法学学派，在国际法会议上经常与政策定向法学派展开大战，亨金和赖斯曼进行辩论，滔滔不绝。双方都有有道理的地方，也有各自的弱点。他们两个的辩论是一幕一幕的经典。

政策定向法学派这个学派很有意思，大家发现有点儿看不太懂，它说它的理论是 Approach，有时候也说是 Theory about Law，但是不说是 Theory of Law。这两者是不一样的，它认为自己是关于法律的东西，就要用法律语言之外的一套语言，去描述它，而不能用这个体制内的东西描述它。所以它创造了一系列的用语，比如立法我们说是 Legislation，它叫 Prescription，直译药方的意思。法律，它说是 Legal Process，偶尔采用

Law。它有一套程序，要把法律变成一个 Science，既然如此就要有一套定量分析，有一套这样的程序。有人形容说 New Haven School 永远背着一个沉重的工具箱，到哪儿先把家伙掏出来，然后按照程序摆不同的事实，按照不同的所要讨论问题讲不同的内容。所以它的文章乍看上去，写的都一样，因为程序都一样。所以它的文章写的很难看，一点儿都不美。美国教授也认为他们的理论没人能懂。这个学派的语言上有些创新。

这个学派还是很重要的，因为今天的国际法学家也多多少少会采用一些 New Haven School 的东西，不管是有意的还是无意的。因为大家都承认 New Haven School 讲的一些东西，比如他们说法律是在变动的，情况确实就是这样的，所以法律要不断创新。当然实在法也强调这一点，只是没有作为理论的一部分而已。另外，它特别强调法律要有有效性，要有实力的支撑，要有有效性。它经常讲法律至少要有最低限度的有效性，这也是对的，在造法中一定要有力量支撑，否则无法成功。再如它说法律要有一定价值的引导，这自然也是对的，立法没有价值的引导无法立法。利益，也是一种价值。所以这些都是对的，大家无论自觉还是不自觉，无论用不用它的术语，都影响了法学家。

同时它更主要的是影响了政府的行为。美国政府深深地受到了这个学派的影响。这些年来美国政府都可以看到这个学派的影子。美国人又比较深刻地影响了国际造法的活动，因为它有力量，而造法是国际法的一个事业。所以近二十年，国际法的主线就是人权和主权不断的碰撞、博弈。近二十年来，苏联解体了，从经验主义角度来看，西方的民主占了一定的上风；从力量角度来看，只剩下美国一支了，力量强大。这在国际法上，这样的因素都体现出来了。New Haven School 为这种实践提供了理论上的依据。

· 三种学派在当代的表现

方法论的问题肯定是最基本的问题，研究一门课程、一个现象，用什么方法，某种意义上讲有决定性意义。1999 年美国国际法杂志 (American Journal of International Law)，一个权威的国际法刊物，组织了一个研讨会，用七种方法讨论一个相同的问题，即国际法在内战中的适用。国际法一般在国际关系中适用，现在大家也公认，关于人道主义法，在内战发生的时候，还适用于交战的双方。七个不同的学派就同一个主题，写出来的文章完全不一样，不但是讨论问题的视野不一样。实在法可能比较简单，就讲哪些东西在这个方面的适用，适用的范围、适用的限度；但是用其他学派来看，视野可能就很宽广。比如它可能分析为什么这些规则要在内战当中适用，适用有什么用处，要达到什么目的等，视野更加宽广，最后得出的结论也不完全一致，甚至有很大的不同。所以我们说方法太重要了，是我们研究国际法的前提问题。

实在法学派

我们讲的三种方法，各国政府、学界，通常使用的方法还是实在法学。实在法学从 19 世纪开始就占了上风。原来是自然法占上风，自然法的缺陷很明显，它很少，又是一些抽象的概念和原则，需要有很多具体的东西去加以具体化。所以到 19 世纪，有人说是 19 世纪末期，有人说是 19 世纪中期，应该说实在法学是占了上风的。国际法有一本经典著作叫《奥本海国际法》，到今天为止已经到了第九版，可见它的影响力。奥本海国际法是从实在法的方法阐述国际法。它的第一版是上个世纪初，1905-1906 年出版的，那时候就取得了比较明显的优势。到上个世纪，实在法是风靡的方法。英国条约法专家麦克奈尔爵士 (sir Arnold McNair) 在 60 年代写了 *The Law of Treaties: British Practice and Opinions*。他完全是从英国的实践入手，就是事实，外交部的照会、签字的方法，批准的程序等等，他印了许多外交文书，包括各种声明。他说要找英国存在的国际法，就必须从英国的这些实践中去归纳、总结、提炼有关条约的国际法规则。这就是一种经典的实在法的方法。

耶鲁法学派

到现在为止，应该说二战后，国际法也发展了一些新的方法。最典型的就是耶鲁法学派。New Haven School 大概从 50 年代开始逐渐形成，也叫 Policy-oriented Approach。50 年代之后越来越强大，影响了很多国际法学者，很多人在那里读书。但是 New Haven School 也受到一些人的批评。最主要的就是它有一些双重标准。对于某个情况，它是一种说法；对另外一种情况，可能是另外一种对法的解释，可能造成法律并不是客观的、中立的状况。我们讨论法律有没有一定的确定性，不能说法律在任何时候都是流动的，它还是要有最低限度的确定性，有最低限度的对未来的预期。如果承认有确定性，就意味着承认有客观性；如果有客观性，就意味着对所有人是一样的。这个时候才可能造成一种预期。所以可能有一种相对的确定性。但是无论如何，New Haven School 对一些国家的对外政策有很大的影响，这些国家由于积极参与国际事务，参与国际法的进程，这个学派的很多想法在国际法的事务中也得到了体现。从现实角度看，也确实有很多现象可以用它解释。

自然法学派

还有比较老的自然法学学说。很多人对自然法学缺乏概念，教学的时候也不重视，只是作为一种流派介绍。但是经过观察，我们会意识到自然法确实有它的重要作用。它的一些基本的理念是国际法进程，特别是造法所必须的。如果没有一个理想，没有一个目标，没有一个共同的价值或利益，法律是无法改进的，不可能产生新的法律。所以自然法在这个问题上具有某种永恒的意义。在考虑方法的时候，也要把自然法的因素归纳进去。而且国际的实践也表明自然法的确对国际法当代发展产生了巨大的意义。

自然法、耶鲁法学派与人权

自然法对当代国际法的影响最典型的的就是尊重人权的理念。这个理念先放到《联合国宪章》中，由于有了这个理念，围绕着它发展了一系列关于人权的法律规则。由于人权更多地体现了个人的基本权利和自由，同国家主权有一种紧张关系，所以人权理念对国际法这些年，尤其是苏联解体以来的发展，产生了深刻的影响。比如成立了国际刑事法院，制定《罗马规约》。刑事法院是对国际犯罪，特别是对严重的侵犯人权犯罪的惩罚，如战争罪、反人道罪、灭种罪，这都是人权上严重的行为。成立刑事法院就是要把从事这些行为的个人，包括政府的领导人绳之以法。这是实际上是对 1945 年之后东京审判的延续，如果犯了国际法上认为的罪行，就要受到惩罚，不论不论官位大小，这是东京审判确立的原则。

东京审判之后，就国家的刑事责任问题曾经有很长时间的辩论。刚开始，国际法委员会在起草关于国家责任的公约的时候，没有考虑到国家有刑事责任方面的问题。意大利的国际法学家罗伯特·阿戈（Roberto Ago）在作为国际法委员会《国家责任条款》起草人的时候，提出了一个问题。他说，我们不能仅仅把责任限制在民事责任、民事侵权的问题上，我们还应该考虑在第二次世界大战中，确实有的国家存在灭种等严重行为。这些行为导致的责任不是一般的侵权、一般的违反条约的责任，而是一种更加严重的罪行。这个罪行就是国家的刑事责任。这个问题提出后引来很多辩论，有人认为国家作为实体不能承担刑事责任，有人认为确实存在着一种更为严重的责任形式，必须在有关责任的公约中把这种责任表现出来。现在基本上达成了一致，大家承认在国际法上有违反强行法的责任，国家的领导人、政府的官员如果犯有国际法上的一些罪行，应该遭到刑事起诉和惩罚，所以成立了国际刑事法院。

90 年代后，还有很多现象。比如出现了所谓的保护的责任（Responsibility to Protect）的概念，这个概念讲了国家主权不仅仅是一种权力（Power），同时也是一种责任（Responsibility），国家要对自己的百姓尽到这种责任，以免百姓遭受人为的或自然的侵害。所谓人为的侵害主要是指国家通过政策严重侵犯个人权利；自然的侵害，比如由于地震、飓风等不可抗拒的情况发生后，国家理应尽可能履行自己的责任，当国家不愿意或不能够履行责任的时候，国际社会有权代为履行。这个概念是很有意思的概念，其实它把国家主权从原来的一种权力变成了一种责任。这个概念很多人觉得是很有道理的，在实践当中也试图尝试。比如 2008 年汶川地震的时候，李老师在国际法学会上做了一个比较长的演讲，主要讲人权定向问题。中国政府的反应比较好，在履行政府的责任，抗震救灾反应迅速。当时缅甸发生了飓风，造成许多百姓无家可归，这时候缅甸政府救灾不力，应该说不是不愿意，是不能够。那个时候美国的舰队就在海湾上。美国《纽约时报》发出了一种声音，说要抢险入侵，要实践保护的责任，要强行进去救灾。那次联合国秘书长也去了，最后也没有这样做。这就是一种想法，当不能够的时候，能不能用一种强制措施让其接受，这是保护的责任。

90 年之后还有很多由于人权的观念的影响，导致国际法的一些变化，或者是一种倾向。比如说过去国家的管辖权基本上是两种基本的管辖权，一种是对人的管辖权，根据国籍，是国籍管辖；第二种是根据领土，所谓属地管辖，在自己的领土上都有管辖权。在 2000 年之后，在美国普林斯顿的一个研究小组提出了普遍管辖权（Universal Jurisdiction）的概念。它也不能判断它讲的很多东西是国际法现有的法律还是国际法的发展方向，但它提出了一个问题，就是传统管辖权中跟自己没什么关系的，严重违法、严重侵犯人权的事情，也可以管，无论在什么地方发生的，无论有没有属人、属地的联系。这就是一种比较新的东西。正是因为如此，出现了皮诺切特这样的事情，出现了国内法院对一些严重侵犯人权的行为主张长臂管辖的情况。比利时也主张过长臂管辖。这样的东西到底是不是已经成为一种现有法，大家都持疑义，但是它表明了至少是一些国家的想法、愿望，在推动对于个人权利和基本自由的保障。

人权确实有很大的影响。从方法论的角度看，耶鲁学派 New Haven School 这些年对国际法的发展是有影响的。它说人类的尊严作为最终的目标，许多事情都可以用 Human Dignity 来解释，因为它就是以此定向的。所以在发展法律、确定法律、解释法律的时候，都可以用人权和人道来作为价值的指引来解释。人们质疑它为什

么美国政府的作为在它看来都是正确的，它会说美国政府做的事情都是为了 Human Dignity。它最大让人不服的就是，有些国家政府违反了 Human Dignity，为什么安理会在讨论这些国家政府的时候美国会否决，为什么还长期支持一些独裁政府。作为左派的布朗利（sir Ian Brownlie）说的很好，他举了尼加拉瓜的例子。尼加拉瓜在 80 年代之前是长达几十年的索摩查军人统治，是专制政府，美国是坚决支持；突然换成了民选的马克思主义的桑迪诺政权，美国就横加指责和干涉，这标准不一样。既然自称民主人权，为什么支持这些专制政府呢。包括在海湾，一方面指责一些国家，一方面支持一些君主国。这个现象，美国不能用同一个尺度来解释，这是它的软肋。New Haven School 还是有这样一些问题的。

• 我们可以采用的方法

以上是国际法的几种方法，学了这些方法后，一定是有用的。我们主张几种方法论的综合，它们都是有道理的，都是有缺陷的，要取长补短的。李老师说首先自己首先是实在法的方法，但是也不会拘泥于实在法的方法，也一定会考虑到力量的问题，一定会考虑到目的的问题，这是 New Haven School 和自然法学的方法。同时也一定考虑背景、考虑原因、考虑结果。这些东西都不是传统的实在法学所考虑的。传统的实在法学主要局限在适用法律的问题上，法律是什么、法律如何解释、法律的适用范围是多大等。但是我们不能把自己局限在这些问题上，还会考虑法律为什么产生、会带来什么样的后果、会朝着什么方向发展，在一个问题上如果讨论是不是法律，还是要考虑目的的问题，法律是不是为了一个目标服务的。这些东西都会加以考虑。以实在法为主，同时结合其他学派的长处，这可能是一个全面看待国际法的一种方法，这也是许多人采用的，只不过有些人只用不说而已。

我们今天采取的方法，还是以实在法学作为基础。但是我们一定要结合政策定向法学的一些可以吸收的东西。比如政策定向法学讲，原则、规则背后有很多东西，比如力量、背景。当我们在看待一个国家法问题的时候，在运用国际法的时候，一定不能忽视这些原则、规则背后的东西，要把我们的视野从原则、规则扩展到法律背后。钓鱼岛问题就很明显，这个时候我们要很好地思考一些具体的情况，要根据目前的国际力量做出判断，要考虑许多具体的情况。不往后看，仅仅说国际法是什么，没有人这样去运用国际法，国际法院也是这样。

比如国际法院的著名案例【核试验案】。70 年代法国在太平洋上空进行大气层试验，澳大利亚和新西兰到法院起诉。他们要求法院首先宣告法国的大气层试验违反了国际法，这是一个宣告性判决；第二要求法院命令法国停止试验。法院经过了一系列的推理，说第一个诉求是原因而不是目的。法院认为首先要讨论原告两个诉求是真的还是假的，这是司法的固有权利。经过推理，认为第一个诉求是理由而不是目的，真实的目的是让法院命令法国停止试验。法院又通过一系列推理，证明法国做出的一系列声明包含有停止试验的承诺，这种承诺是对国际社会的，因此是有约束力的。既然做出了承诺，此案不予审理。

可见即便是国际法院也不可能简单地照章办事，一定要考虑各种各样的情况。政策定向法学派就认为这个案子很经典，显示了 Power 很重要。如果法院做出判决，宣布法国在大气层的试验是非法的，法国必须马上停止试验。法国可能不会理睬，法院的权威就破坏了。法国不理睬，争端的和平解决的目的也没有达到。而且在法律上，法院也发现了一些问题，因为在 70 年代，是不是在大气层的核试验是违法的，这个问题不好说，但是又不能说是合法的，因为谁都知道在大气层进行核试验，核尘埃就会降落下来，对人的生命是有威胁的。可是有核武器的国家是有数的几个，国家都想发展核武器。中国在 1964 年发展了核武器，如果当时不允许中国爆炸原子弹，中国也不会理睬，会说这是发展国防、自卫，自然每个国家都会这么说。发展国防，是国家固有的权利，也不能指责。法国发展核武器，它的地盘小，难以进行核试验，就到南太平洋的法属领地搞试验场。那时候技术有限，只能先从大气层开始。现在国际法或许不允许大气层实验，只允许地上实验。在 1968 年，美国、苏联、英国主导了《不扩散核武器条约》，规定核武器地下试验，不能大气层试验。但是有的国家技术还达不到。而且这个条约是有保留的，比如规定任何国家都可以退出，只要提前六个月通知。这在习惯法上也是一个瑕疵，假如说不得进行大气层试验是一个习惯国际法，为什么还能退出呢。严格地讲，习惯国际法不能被任何人单方面改变、修改。它的法律上有瑕疵，所以法院最后通过一系列精妙的推理，说法国已经做出了有法律约束力的承诺了。当时法国进行了一些妥协，发表声明称技术已经达到地下试验的程度，将于下一年转入地下试验。这些话听起来确实不像承诺，法院则将解释成承诺，认为有承诺的特点，是对全世界说的，是对国际社会的宣告。实际上它是不是承诺，是个判断的问题；但是法院这么说，法国就有台阶下了，看这个法院比较公正，给了自己台阶和时间，就这样就行了，于是争端就和平解决了。

所以法律的运用是很复杂的，一定要看到法律的背后，而不能仅仅局限在原则、规则的本身。所以说，政策定向有自己的道理，我们要研究法律产生和适用的原因，以及各种各样后果的策略。这也是我们要考虑的东西。

自然法有用处，自然法讲的是一个目的，它是个立法的概念，我们看国际法不仅仅要从适用法律角度去看，而且要从发展法律的角度看。这也是法律工作者的一个重要的任务。自然法的视角给我们提供了这种可能。所以我们不仅要看到原则规则本身，还要考虑法律之上的东西，要整体地、全面地从不同角度对待国际法律现象。这可能是一种比较全面的、更加有作用的方法。或许很多国际法律工作者都是这样看的。

三、学习国际法的意义

学习国际法的意义比较简单，主要说的是实际意义。这个取决于坐在什么地方。李老师前几年曾调派到新疆工作，到著名的石河子大学工作了很长时间。不同的位置想法就不同，位置决定头脑。假如是给政府做涉外工作，那国际法不是一般重要，而是相当重要，这几天钓鱼岛争端，大家都在说国际法问题。这没什么疑义。特别是，如果到国际组织工作，很重要。做一些公法律师，国际法也很重要，比如 WTO，就是公法的原理，不能不懂国际法。但是如果做一个国内律师，那国际法就不重要，跟他的工作没啥关系；做一个国内的法官，国际法也不重要，基本上涉及不到国际法，除非最高法院，会涉及如何把国际法纳入司法解释中。做一个法律研究者，国际法就很重要，现在的法学研究都要有一种比较的方法，考虑国际上的一些东西。民诉法的研究国际上的诉讼、刑法研究国际刑法，其实国际刑法就是国际法方面的刑事法，是国际法的原理。当然对它属于国内刑法还是国际法有不同的说法，但是它许多原理是国际法的原理。所以所有的国内法的研究都会比较有关的国际标准进行，所以国际法对于研究者很重要。国际法可能对一些专业也有帮助，比如做一个记者，做一些有深度的法律方面的采访，也很重要。当律师，虽然不直接用，可能也需要视野，对拉拢客户可能有点儿作用。所以实际作用取决于干什么。今天中国融入国际社会，更多地参与国际事务，尤其是中国大国崛起，很希望法学院能够培养些能够到国际组织去，或者到政府部门为中国发出中国的声音，巧妙地发挥影响和作用，所以现在是非常重要的。

四、关于本课程的想法

李老师关于本课程的想法有以下几点：

- 1>这门课会比较有重点，国际法内容很多，无法面面俱到，所以一定会突出重点；
- 2>要关注国际法的一些新问题；
- 3>一定要关注中国；
- 4>要以某种问题定向，而不仅仅是概念定向；
- 5>使用的方法是一个比较混合的方法。

• 李老师对钓鱼岛问题的看法

基于这些想法，这里稍微讲讲对于钓鱼岛问题的看法。这个问题从国际法上讲，可以从三个部分考虑。首先是中国主张的依据。中国船巡航的前一天，14号钓鱼台国宾馆举行的钓鱼岛问题座谈会，外交部部长助理乐玉成讲了一段法理，是中国政府迄今为止公开的最完善的，也是比较清晰的法律主张的依据。归纳总结一下，有几个要点：

- 1>历史依据，先发现、先使用、先管理；
- 2>二战之后重要的国际文件，《开罗宣言》和《波茨坦公告》，要求日本归还非法占领的他国领土，包括钓鱼岛；
- 3>1972年中日建交时双方的默契，搁置争议、协商解决，有争议，现在日本违反了默契。

中国的反应的国际法意义

从法律上看钓鱼岛问题有什么后果，今后可以采取什么动作动作，可以单独考虑。我们先讨论中国的反应，从国际法上讲有什么意义、作用。李老师认为，目前中国做了一系列的对应措施、反措施，包括领导人讲话等等。这些都是非常必要的，这些措施从国际法上看都是必须的。因为是日本先购岛，等于把岛从过去的私人手里购来，变成国家的了。原来的可能比较模糊，其实如果仔细推理也不模糊，是日本人在实际控制，对于它的权利主张是有帮助的。今天它又要把它转为国有，就更加强化了对这块领土的主张。这个时候，中国政府就必须做出反应。如果不做出反应，那么就是默认了。涉及自己权益的时候，该抗议的时候不抗议，就是默认。所以不能默认、不

能沉默，必须要发声，发出历史最强音。这次的确是史无前例，是历史最强音。这些都是必须做的，如果不做，肯定为日本的主张提出了最新的证据。面对日本的挑衅，必须要采取行动。

这次中国的举措在国际法上有正面的效力。中国各种领导人、政府的措施无疑是在宣示主权，没有问题，当然有效没有效还不一定。最重要的证据是，宣布领海的基线和基点，尤其是公务船能够进去，表明我们的存在，某种控制。这是最重要的，今后它的证据效应，将会是比较强的。国际法一定是在碰撞和斗争中逐渐得到确立的，国家主权也是在斗争和碰撞中逐渐得到维护的。如果不进去、甚至不撞船，对方是不可能跟你谈的，不作为议题。没有解决问题的前提的存在，所以必须要采取行动，逼着日本跟我们谈，这样才会有协商解决的可能性。但是如果对方动武，国际法上应对的就是自卫。

另外一点，政府如此密集的、史无前例的频繁表态、动作，不但是对老百姓的承诺，也是对国际社会的宣告。这在国际法上是有意义的，涉及到一个国家的信度问题。这次政府也没有退路，要一步一步地往前走，根据现在的基线、基点，逐步向前走。这一次实际上把我们的立场往前推进了一步，而且在这个立场上谁都不能倒退，否则可能有一个信誉问题。

中国的机会

另外一点，日本的这次购岛，也给我们创造了一个强化我们的主张的机会，一个良机。从 1972 年以后，我们说搁置争议、协商解决，但是日本背离了这个原则，越走越远。现在它不承认争议的存在，说现在没有争议、没有争端。搁置争议肯定是有争议，它却说没有争议，是本国的领土，有一系列的管制。这样的话，事实越拖，对我们越不利。我们一直需要有一个时机，来加强我们的主张，甚至采取更加有效的管护措施。但是如果没有一个引子，还会是过去那样，一如往常。东京都购岛对中国是一个机遇，但是东京都弄成，现在变成日本政府搞，对我们也是一个机遇。中国政府采取进一步措施是早晚的事情，迟早会发生。如果要主张对它的主权，不仅是宣示，还需要要行使。国际法要有有效性，有 Power 的支撑。如果只在外边说这是我的，在外海呆着，没有入理，必须要进去。这次的试金石就是，中国的公务船能不能进 12 海里。现在我们看到真的进去了，它们如果呆在外海没用的，那里本来就是公海自由，其实还是隔空相望。即使是在专属经济区内，也是属于航行自由，那里军舰都航行自由，呆在那里是没有用的。这一步早晚要走，只是由于日本这次挑衅，使这一步提起到来。否则拖的时间越长，对我们越不利。

发展的方向

李老师的看法是，这个事情，如果从大局上讲，还是一个局部的问题。国际法有很多共同利益，比如和平、安全、发展，都是全局性的问题；而一个岛屿的争议，或者局部边界的争端的存在，应该是不能构成发展两国大局的障碍。所以我们主张，为了大局着想、为了两国人民共同利益着想，双方还是应该回到谈判桌上和平解决争端。和平解决争端也是国际法的要求，而且和平解决符合国际法的目的，符合两国的共同利益。

这些对钓鱼岛问题的简要评述，也贯穿了对国际法的看法。

以上讲的导论比较漫长，讲了国际法的一些最基本的问题，最前提的问题。我们谈到了国际法的概念、性质、作用，讲了国际法与政治的关系，同时又勾勒了国际法历史发展的过程，特别是在当代的表现，也谈到了一些原因。我们专门谈到了国际法的方法论问题。

第一章

国际法的渊源

一、渊源的 concept 和重要性

渊源是一个国际法上很有用的东西，它不是在讲历史的东西，而是在讲法律的渊源。因为法律是要适用的，如何适用法律，就要考虑一个问题，法律的渊源是什么，考虑法律是怎么出来的。所以找到渊源，并且根据渊源确定可适用的法律是适用法律的一个前提。有的学者将渊源作为第一章。

首先什么是渊源呢？我们讲的渊源不是历史渊源，而是法律渊源。用通俗的方法讲，我们说渊源就是造法方式，或者说程序，国际法是怎么产生出来的。造法方式的表述更加准确一点。法律要适用，首先要了解它是怎么产生的。所以法律的渊源，或者说造法，与法律的适用，是一个硬币的两个方面。如果要谈适用，要正确地适用法律，首先要根据法律公认的渊源。渊源很重要，但是法律的判决里面从来没有直接说渊源。其实渊源是一个不言自明的事情。

比如中国法院必须要按照中国法的渊源适用法律，不能超越这个范围。中国法律的渊源，最高的是宪法，是全国人民代表大会制定的宪法。下面有中央级的法律、行政法规、部门规章、司法解释，这些都可以说是法律渊源，因为它们都是法院在审判的时候可以适用的法律，或者具有法律效力的文件。地方上，有地方人大的立法、地方政府规章，具有局部的效力。尽管许多学者都在研究习惯法，但是如果习惯法不能在中国法的渊源上获得某种名分，在法院上是不会得到适用的。不是中国法的渊源，就无法适用，就算法院判案考虑这个因素，也不会直接去说。因为它不是中国法上的一个渊源。在韩国，习惯法就是它的一个法律渊源。韩国现在将政府部门的一部分迁到世宗市，之前也有一个关于迁都的宪法官司。要把首都从首尔迁出去，后来反对的人很多，宪法法院说在首尔设立首都是韩国习惯法的要求。习惯法可以适用，而且可以提高到宪法的问题上加以适用。中国没有这样的情况。

在国际法上，中国能不能根据国际条约判案呢？一般不能。有条约可以在中国直接适用，但是很少。因为从中国立法法的角度来看，条约并不是一个国内法的渊源，不能直接适用。可以通过间接的方式，把条约转化为国内法加以适用，但是不能直接适用。因为没有明确的渊源的地位，没有 Title。我们现在可以研究怎么样让它有 Title，有一个地位。我们的宪法、立法法都没有提及这个问题，是 Silence。在国内法上，法律渊源应该是列举，而不是举例。所以现在还不能把条约作为一个渊源。从中国的实践看，大部分条约都是通过转换的形式。能不能适用所谓网络的公约、民间的法律呢？那更不行，因为没有地位，不是一个法律规定的渊源。一个制定法的国家，渊源必须在立法法上通过列举而非举例的方式确定，只有列举的这些东西是渊源，其他的不是渊源。这是一种实在主义法学的思想。当然在判案中可以参考习惯法、条约，乃至学者著述等等。这是关于渊源的 concept 和重要性。

二、关于渊源的规则

法律的渊源，或者造法方式，仍然需要法律。法律是如何产生的问题也需要法律的规定。比如我院周旺生教授，研究立法法，这个名字听起来很别扭。但这个名字是对的，是怎么制定法律的法律，没有别的叫法。从实在法的角度，如何制定法律，仍然需要法律规定。

1. 初级规则与次级规则

英国一个很有名的法学家哈特 (H.L.A.Hart)，60 年代写了一本《法律的概念》(The Concept of Law)。大家都认为哈特在理论上有一个贡献，他把法律分成两类规则：

1>第一类规则是初级规则 (Primary Rules/Principles)，初级规则讲的是实体的法律，规定应该做什么、不应该做什么的规则。民法、合同法的规则都是初级规则；

2>第二类规则是次级规则 (Secondary Rules/Principles)，是一种在类别上、在性质上与初级规则不一样的规则，我们也把它们翻译成第一级规则、第二级规则，第二级规则是关于法律如何制定、如何修改、如何解释、如何主张生效的规则。这样的规则与规定能做什么、不能做什么的法律是两类规则。这一类规则也是法律有机的组成部分。

这个原理同样适用于国际法。比如说，在上世纪起草责任公约的时候，前面提到的意大利法学家阿戈 (Roberto Ago) 提出两个重要的概念。第一是国家刑事责任概念，认为对人类文明严重的摧残一定有国家在背后，是国家直接的行为导致的。对于二战这种严重违法行为，应当有一种单独的、有别于民事责任的刑事制度；第二是要制定国家责任公约，首先要从类别上厘清该公约要讨论的问题。这个公约制定一些第二级规则，而不是第一级规则。这样就可以不就事论事，可以跳槽这个框架在抽象的框架下制定一些不同于具体义务责任的公约。让我们看来，这里同样存在着第二级规则。我们现在讲法律的渊源，就必须来看什么是国际法关于造法方式或者渊源的规则。

2. 《国际法院规约》第 38 条

国际上公认的这样的规则在一个条约中体现出来，即《国际法院规约》(Statute of the International Court of Justice)，是国际法院的基本法。该规约第 38 条第一款讲法院怎样判案。

《国际法院规约》第三十八条

一，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) 在第五十九条规定之下，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。

二，前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

这一条非常重要。法院判案适用国际法，包括国际条约 (International Conventions)；国际习惯 (International Custom)；一般法定原则 (General Principles of Law)。这三者是并列的。此外法院还可以司法判例、公法学家学说作为判案补充资料。《国际法院规约》第 38 条被公认为是关于渊源的国际法规则，这个条款讲了法院如何适用法律。

法律渊源与法律适用

很多人不理解为什么这里说的是法律渊源，以为只是法院怎么适用法律。法律适用和法律渊源是一颗硬币的两个方面。我们要适用的就是这些东西，认为这些就是国际法，反过来，国际法的造法就必须按照这种方式进行。这些就是国际法的渊源。

开放式的规定

第 38 条这样一个规定被国际法学界公认为是关于渊源的指南 (Guideline)。同时目前大家都认为，这个描

述是开放式的，不排除国际法还有新的渊源。这个态度是完全正确的。

大概十来年前，联合国法律部有一个中国籍的法律官员李世光，他是联合国秘书处法律顾问办公室首席法律顾问、法学博士，参与过《罗马规约》谈判过程。北大邀请他过来讲课，他讲课的时候在黑板上写了个阿拉伯数字 38。大家猜测这是什么意思，他今年 38 岁？大家都在琢磨的时候，他说，所有的人都认为《国际法院规约》第 38 条列举的是国际法的渊源，而且认为穷尽了国际法的渊源。但是作为联合国的法律官员，适用的法律，有《联合国宪章》和条约，但更多的法律依据是联合国各个机构制定的有约束力的决议、决定。这是他们认为的国际法渊源。这也是对的。可见立场很重要，位置决定一切。

国际组织的决议、决定被认为是法律渊源其实很早的，也不是李世光提出来的。上世纪 50 年代就有学者写了一篇很有影响的文章，写国际组织的决定成为国际法的一个渊源。总之，《国际法院规约》38 条是公认的关于渊源的指南，虽然讲的是适用法，但反过来也是造法的方式。38 条不是穷尽的，还有新的造法方式。

三、条约

条约是国家明示同意的结果，是以为参加国创造权利为目的的协议。首先，它是一个书面的协议，是同意的结果。关于条约的问题，在条约法的部分专门讲，因为它很技术。这里讲条约的几个问题。

〔一〕条约的基本原则

条约的规定，我们一般说是条约规则。条约规则对缔约国，或者说当事国（用当事国更合适一点，因为缔约国有一点儿歧义，有时候缔约国没有批准条约，也不能说它没有参与条约的订立，所以用当事国更加准确一些）的约束有一些原则：

- 1>条约只约束当事国。这是条约的一个性质，国际法上有条约不及第三国的原则；
- 2>约定必须遵守。条约不约束非当事国，如果是当事国，就有义务遵守。

这是条约的两个基本原则。由于有了条约不及第三国的规则，就必须把条约的规则看成是国际法上的特别法而不是一般法，这一点非常重要。有些条约规模很大，比如《联合国宪章》有二百个左右的国家参加，但是从本质上讲，仍然是一个条约，仍然适用解释条约的一系列条约规则。

〔二〕条约的分类与概念的区分

条约可以分成双边条约、多边条约，还可以分为契约性条约和造法性条约，还可以分成编纂性条约、一般性条约。这几种分类有共同之处。一般性条约、编纂性条约、造法性条约这几个词说的比较类似，主要就是讲一些国际公约，这些国际公约给国家规定行为规则，有很多国家参加，有效期很长，以公约为名称。之所以叫造法性，因为给国家创造行为规则；之所以叫一般性，因为这些条约都有一般的效力，是国家的行为规范；之所以叫编纂性，因为它们是联合国国际法委员会编纂出来的，是联合国编纂国际法的成果。既然是编纂，里面就包含了很多习惯规则。编纂这个概念不是一个理论上的东西，是一个很有实践意义的概念，指的是对已有的习惯规则的编纂，编纂的工具是条约。作为条约，对当事国有约束力；通过习惯，对第三国有约束的效力。

1. 条约法与协定法

这些术语很重要，一定要搞清楚。要明白条约法和协定法是不是一回事儿。如果看到 The Law of Treaty，一定是在讲条约法；如果看到 Treaty Law，一定是在讲协定法。条约法和协定法意思是不一样的：

1>协定法指的就是条约的规定，任何条约的规定都可以成为协定国际法、条约规则。条约是一个特别法，条约的规定一般称为条约规则，以区别于后面讲的习惯规则。条约规则的总和叫协定国际法（Conventional International Law），不叫条约法。

2>条约法，某种意义上说，讲的是次级规则，是关于条约的规则，关于条约的订立、适用、修改、解释、效力等一系列规则。

条约法的一些内容可以是条约法的规则，也可以是习惯法的规则。比如说，条约法最主要的就是 1969 年《条约法公约》，这是标准的条约法，都是关于条约订立等问题的次级规则。1969 年的公约本身首先是个条约规则的综合，是个协定。因为它是一个公约，性质上首先是条约的性质，作为条约只能约束当事国。但是这并不

妨碍它的很多内容同时也是习惯规则。

协定法和条约法这两个概念的区别一定要清楚。当我们说条约规则是时候，讲的就是条约的规定。这个意义上，范围更广的词叫协定国际法。协定法讲的就是条约规则，讲的是条约不及第三国，不能约束非当事国。无论哪个领域，都可以说协定法。海洋法、空间法、外交关系法，都可以是条约。以外交关系的法律为例，1961年制定的《维也纳外交关系公约》，规定了特权与豁免。伊朗群众在1979年有一次冲击了大使馆，将使馆里的人扣为人质。美国就将伊朗告到法院去，这是【美国诉伊朗案】。一个事情的是非如果一看就明白，有理的一方就会上法院。把使馆的人扣为人质，显然是违法的。法院也很简单，首先伊朗违反了《外交关系公约》的有关规定，其次，不仅是违反了有关的规定，而且违反了有关的习惯国际法。因此，伊朗违反了它所承担的双重义务。其实有一层义务就够了。这说明这个问题上，既有习惯法，又有条约法。而条约法是关于条约的法律，包括条约规则，也包括习惯规则。

总之要分清协定国际法与条约法是两个概念、两个层面，协定国际法指的是渊源，渊源是条约；条约法指的是国际法的一个基础的部门，这个部门严格地讲，也是次级规则。这个部门可以通过条约规则和习惯规则来体现，与海洋法等其他国际法的部门法没有两样。

2. 造法性条约与契约性条约

《条约法公约》这样的国际公约，我们都说叫编纂性条约，有人说是一般性条约，也有人说叫造法性条约，旨在规定国家的行为规则。它与其他双边的东西不一样。许多双边的东西规定一些具体的义务，比如在这儿可以捕鱼、在那儿不能捕鱼，这是具体规则。国际法上关于条约有一种分类，第一类规定国家行为规范的叫造法性条约，第二类规定具体事务的叫契约性条约。造法性条约可以叫编纂性条约，也可以用国际公约这个名称表达。总之这些条约是对所有国家开放，也有很多国家参加，规定国家行为规范的一些规则。这些条约国际法编纂活动的结果。

编纂是对习惯的宣告

在1945年联合国成立后，《联合国宪章》规定，联合国“提倡国际法之逐渐发展与编纂”。根据这段表述，联合国成立了专门的国际法委员会，负责编纂和发展国际法。该委员会1947年成立，首先列了一个很大的清单，要把很多问题都制成国际公约。其实在刚开始的时候，国际法委员会还不太清楚是不是它编纂的工具只有条约。特别是起草《条约法公约》的时候，经历了一个很长的过程，先后有四个报告员，第一个是大牌的菲茨莫里斯（sir Fitzmaurice），他认为要起草一个对国际社会如此重要的国际文件，如果还用条约作为工具来起草，恐怕不合适。因为条约还需要各国参加，不参加就没有效力。现在是要制定一些在实践中已经出现的习惯，把这些习惯编纂成典。条约显然不是一个胜任的工具。他提出，要用法典（Code），编纂条约法法典，而不是条约法条约，这样才有力度。

虽然他是大牌教授，但是大家都否定他。原因很简单，法典在国际法渊源上没有任何地位，法典本身不能约束参加的国家。如果用条约作为编纂的工具，首先达到鼓励各国参加的目的，如果各国都参加了，从条约的角度能约束当事国，因为条约必须遵守。这并不影响这些东西作为习惯的法律约束其他国家。因为编纂这个概念，首先指的是对以往已经存在的习惯规则的宣告。这意味着在一个编纂性的条约当中，很多规则不仅是条约规则，同时也是习惯规则。我们可以说这些规则是习惯规则，而要求它对非当事国产生约束的效力。

所以编纂是对已有习惯的编撰，这是它的第一个概念。而编撰又用条约作为工具来编纂，这是自从《条约法公约》以后就确定的。《条约法公约》这样重要的议题用的还是条约工具编纂，在此之后统一地，官方编纂的工具就是条约。对于条约当事国来说，它承担了双重义务，既有条约的义务，也有习惯的义务。对于非当事国来说，参加不参加关系不大，参加可以更明确地约束，如果不参加，一样可以说条约的许多规则是习惯法。这是国际法基本的原理，这个原理在国际法院绝大多数案件中都会主张。

比方说【北海大陆架案】。丹麦和荷兰主张，1958年公约的等距离线规则约束联邦德国，联邦德国说自己没有参加1958年的公约，不能约束自己。丹麦和荷兰首先认为，联邦德国签署了该公约，联邦德国强调自己没批准。这个Argument只是丹麦和荷兰的一个试探。接下来，丹麦和荷兰的第二个Argument是，1958年公约的等距离线规则，同时也是一个习惯规则。这个时候就要讨论它到底是不是习惯规则了。丹麦和荷兰的法律专家没有说1958年公约是对以往的习惯规则的宣告，因为这显然不成立。1958年的时候，大陆架的概念刚有，这时候相邻国家如何划分大陆架，没有什么实践。这时候说是以往习惯的总结、反映，是说不通的。丹麦和荷兰的主张是，从1958年到1969年，11年过去了，在这11年中，原来的一个纯粹的条约规则，经过国家实践

的不断堆积和法律的确信，已经发展成为一个习惯规则了。因此，从当时的法律看，可以作为习惯规则约束联邦德国。这个 Argument 很有道理，得到了国际法院的支持。国际法院认为这的确是国际法产生和发展的一种公认的方法。但是，目前的实践还没有达到习惯形成所需要的数量。最关键的是，这个问题上不存在法律的确信。所以 1958 年等距离线的规则没有发展出等距离线的规则，不是划界的习惯。这种情况下，法院发展出了另外的一个规则，即公平原则，也就是今天我们对日本主张的原则。日本的主张是第一个原则。可见这些概念非常重要。

很多人都以为渊源、编纂这样的概念是非常 Academic 的，实际上这些概念是非常实用的。无论到哪里去打官司主张权利，首先要说从哪儿找法律，这是一个很基本的东西。以上内容非常重要，后面还会反复提及。

四、习惯

国际法的第二个渊源是习惯。习惯形成习惯国际法。习惯国际法和协定国际法有一个很大的区别，协定国际法在国际法上是特别法，因为它只约束当事国，条约不及第三国。而习惯国际法按照国际法院的说法，对国际社会具有普遍的约束效力。国际法上还有一个概念叫一般国际法，常常与习惯国际法混用。

〔一〕习惯作为一般法的地位

关于习惯最重要的一点是，习惯国际法具有一般约束的效力，它与条约不同。国际法院的说法比较极端，说习惯国际法是对国际社会全体成员具有普遍约束效力。这话说的有些过，但是至少对绝大多数国家都有约束效力。

也就是说，习惯国际法是国际法上的一般法，而协定国际法是国际法上的特别法。这个概念非常重要，因为没有一般法，哪儿来的特别法？从这个角度来讲，习惯，或者习惯国际法，是国际法的基础，是协定国际法之所以能够存在的基础。

比如说，约定必须遵守是一个原则，为什么约定必须遵守？这是久已形成的习惯形成的。大家都认为约定必须遵守，这是法律上的一个义务，仅此而已。我们可以把条约比喻成国内的合同，把习惯法比喻成国内的合同法。合同一定要按照合同法缔结、修改、适用。所以一般法很重要。

另外，要清楚的是，条约不及第三国。当条约当事国和非当事国发生争端的时候，一定是习惯法起决定性支配性的作用，因为它是一般适用的法律。此外，在国际法上有些问题根本没有条约，这个时候只能从一般法的角度寻找。所以一定要注意习惯法还是非常重要的。

不过，由于造法性条约的发展，使得很多习惯规则现在都通过条约的形式体现。从这个意义上讲，条约作为国际法的渊源、地位有一个明显的提高。意大利法学家阿戈 (Roberto Ago) 说由于编纂活动，使得习惯退居了幕后。这是很有道理的，虽然习惯很基础，但是很多东西编撰成条约了，所以习惯的重要性比 1945 年之前下降了。因为那个时候没有什么条约，找法都会去找习惯法了，寻找很多证据确定习惯法的存在。今天，由于有了编纂性条约，涵盖了国际法的大部分领域，习惯的重要性已经远远不及以前了。

还有一点需要提醒。条约只及当事国，习惯具有一般效力，使得一些大牌的学者认为对国际法的概念应该重新考虑。他们认为如果把条约放到国际法的概念中，就不能说国际法是对国家有法律效力的法律，因为条约不及第三国。这是英国很多学者所认为的，他们说条约是国际义务的渊源，而不是国际法的渊源。真正国际法的渊源就是习惯，有的人还提到一般法律原则。因为只有习惯才能产生对国际社会所有成员具有约束力的效力。郑斌 (Bin Cheng) 教授说，国际法是通过习惯、一般法律原则产生的，法律制度是包括条约，如果一定要把条约放进去，要用国际法律制度替代国际法的概念，才能把条约纳入进去。李老师说，这纯粹是一个 Academic 的争论。只要我们知道条约只及当事国，只要我们讲清楚条约是特别法，而习惯是一般法，就足够了。而且说国际法对各国都有约束力，渊源包括条约和习惯，这是约定俗成的说法，没有必要刻意地在术语上纠缠。而特别法、一般法的概念还要很清晰地区分的。

总之，习惯法给人的印象似乎很老，但是我们一定要清楚，这只是个名称而已，它实际上就是国际法上的一般法，或者叫一般国际法。国际法上的一般法没有别的东西，下面讲到的国际法上的一般法律原则其实是不常用的。所以一般的法律就是习惯法。国际法院前院长詹宁斯 (sir Robert Jennings) 说习惯法这个名称，我们没有办法摆脱它，因为一直是这么用的。但实际上它就是一般国际法。现在的习惯法，和以前所讲的习惯、惯例，是不一样的。随着时代的发展，已经不再像原来那样，需要长时间的实践。由于交通的便利，多边公约的出现，

使得我们能够很快证明一个习惯的存在。所以今天，严格来讲习惯法其实就是一般国际法。任何的特别法必须要依赖于一般法来存在。国际法上的协定国际法可以看做合同，合同是需要依赖于合同法来存在的，它的订立、效力、失效等都需要一般法。一般法对于特别法有基础性的作用。另一方面，今天的国际社会由于对法律要求更加精确，更加系统，要求成文化，就出现了许多公约，所谓造法性条约、一般性条约、编纂性条约等。这些条约的大量出现，使得国家在寻找国际义务、寻找法律的时候，首先考虑的是这些公约，因为它克服了习惯原来固有的缺陷。所以条约成为了确定国际法、国际义务的首要的渊源，它的渊源地位提高了。就像阿戈说的，由于国际法委员会的编纂活动，使得习惯退居幕后。1945年以前，基本就是习惯，没有什么条约。而战后，大量造法性条约的出现使得习惯退居了幕后。

〔二〕习惯形成需要的要素

习惯法有一个怎样形成的问题。《条约法公约》38条规定了两个要素，一个要素叫一般实践，一个要素叫法律确信。习惯法一定要有一些国家的行为、国家的实践作支撑，是在国家实践的堆积基础上形成的。堆积表明是一个归纳的方法。只有实践，从国家的一般观点认为还不够，还必须要法律确信。国家不仅这样做或不做，而且认为有义务这样做或不做，这样才能导致法律规则的产生。

1. 一般实践

从现在的看法来说，一般实践指的是广泛的实践，具有广泛性。比如美国原来在国际法院有个法官，说习惯需要有一般性，是既有发展中国家，又有发达国家；既有南方，又有北方；既有资本主义，又有社会主义。代表了不同利益集团，不能缺少任何重要的部分，这就是一般，否则再说是法也没有用。

70年代，当时有所谓的建立国际新秩序的浪潮，第三世界崛起，要对抗发达国家。第三世界国家占世界多数，经常在联合国大会表决通过一些宣言，要建立国际经济新秩序。但是新秩序没建立成，现在国际经济秩序还是旧秩序，还是1945年建立的秩序。新秩序缺了一块儿，它遭到了发达国家的坚决反对，不承认这些没有约束力的联大决议，反对新秩序。所以一般的实践应该是广泛的、有代表性的、代表各种不同利益集团的实践

如果一定要问，一般是什么意思？英国著名国际法学者布莱尔利（James Brierley）说，一般就是一般。因为一般性要看具体情况。有的东西，比如外交关系，跟每个国家都有关系，一般性就应当很广泛。再如海洋，一般性弱一点儿，内陆国参与的成分可能少一些。外空、核武器，更主要的利害关系国来决定。所以一般性必须要具体情况具体分析，但是一般肯定不是所有，肯定不是全体同意。这一点可以判定。

在习惯法的形式上，有所谓的“一贯反对者”。从法律埋下种子的时候就反对，坚决认为法律的种子是有毒的，不赞同。这样，这个法律就与其无关了，有这样的例外。所以国际法不是机械地处理问题的。所谓一般，主要是广泛的、有代表性的实践。

另外，这个实践还应该是本质上一致的。如果今天这样一个标准、明天那样一个标准，这个标准是形成不了的，因为不一致。只有都有一样的行为，都一直这样做，行为是一致的，这时才能形成统一的规范的模式。

此外，习惯的形成还有一点，就是时间。习惯产生习惯法，习惯有时间的概念。英国人说过，习惯就是在草地上走的人多了，时间长了，就形成了习惯。跟鲁迅说的差不多，不知是谁先谁后。习惯是有时间性的。但是从今天来看，国际法院的意见是，时间不是必须的。因为现在国际的交往比较频繁迅速，时间不像以前那么长了，不会再说习惯就是“经过了一个漫长的历史发展过程”。今天的速度快得多了，有人说外层空间的习惯法的形成大概有十年、八年，就足够这个习惯法形成了。

2. 法律确信

除了实践（Practice）以外，还有一个要素，是法律确信（拉丁文 *opinio juris*，英文 *Legal Opinions*）。只有行为、动作，未必会导致法律规则的产生。比如外国元首来了，国家放礼炮欢迎，这不是法律规则，而是一个国际礼节。英国学者詹宁斯（sir Robert Jennings）说船经常从一个地方走，不会因此成为一个法律规则。只有走的国家有一个义务感，有法律的认识，认为必须要这么走，有义务这么走，这样走才能成为一个法律规则。否则法律同道德、同礼让是无法区分的。所以行为、时间之外还有一个要素，这是一种要有义务的感觉，要有法律的确信。简单说，就是要表示一个法律态度。认为如何行动，是法律所要求的。

· 习惯法形成的关键点

国际社会普遍认为，一般实践和法律确信两要素是需要的。这里面有许多争论，非常复杂。实践和确信两个要素是最重要的，同时，也可以将习惯的形成归纳为以下几个关键点：

1>广泛的国际法实践

首先习惯法形成需要广泛的国际实践。什么叫广泛也很难说，但是对于广泛性，我们可以这样看：如果是国际法的全局性的问题，应该有各个阵营的国家的实践，有南方的，有北方的；有发展中国家的，有发达国家的；过去还说有资本主义国家的，有社会主义国家的。一定是有各种有代表性的国家所组成的，体现广泛性、代表性。

2>利害关系国的实践

习惯法形成需要利害关系国的实践。比如外层空间，最重要的利害关系国就是能够向太空打上物体的国家。海洋法问题上，海洋国家可能比内陆国家更有发言权。

比如南海问题，美国人说有他们利害关系，如果要这么说的话，谁都有利害关系，谁只要用了南海的水道，就是利害关系国。但是要分清谁是最有利害关系的国家，自然就是中国。中国航道如果断了，就什么都没有了，国际贸易基本切断。主要依靠航道的还是沿岸国，中国作为沿岸国最大的国家，自然是最关切南海的航行自由问题、安全问题。

3>一致的习惯

各国间的习惯应当具有一致性。南海的问题上也能表现出各国实践的不一致。

南海的事情目前暂时被压住了，过去美国一直提出南海有航行安全问题，如果从目前南海航行状况来讲，不存在什么安全问题，因为自由通航得到保障，也没有动武动向。但是潜在地，南海还是存在着一些隐患，一个隐患就《联合国海洋法公约》本身造成的。比如，对领海的无害通过，中国的态度是军舰不能无害通过，只有商船可以无害通过，未经允许通过领海。如果有人挑衅，在领海通过军舰，那就是战争。另外我们的态度是，专属经济区不能为军事运用。但是专属经济区经常为军事运用，现在甚至成为常态，进行军演。如果这种情况长此以往，冲突也难免。所以中美两国现在经常说要建立互信的军事关系，确实不能不互信，如果不互信就会出现冲突。还有其他潜在的问题，比如主权的要求。主权的要求如果满足不了，往往引起战争。当然南海上，我们还是比较强的，可以把这个事情压住。如果双方力量差不多，就可能引起战争。战争肯定会导致航行安全得不到保障。还有海盗的问题、撞船的问题，那些都是小事情。

南海问题上比较关键的是主权之争带来的风险，以及法律认识不一带来的风险。在 80 年代，美国曾经和利比亚打了一小仗。美国当时就是要教训一下卡扎菲，美国主张的领海宽度是 3 海里，卡扎菲主张的是 12 海里，美国派飞机飞到 12 海里之内，与卡扎菲的空军发生冲突。对法律的认识不一，是导致冲突的很重要的原因。

4>统一的实践

实践前后要统一，是一个统一的实践。国家如果朝三暮四或者双重标准，永远形成不了习惯。所以实践需要是广泛的、利害关系国的、一致的、统一的。

5>一定的时间

时间的要素也很重要，过去被认为是习惯能够产生的非常重要的条件，习惯本身内涵了时间的概念。但是，在外层空间法出来之后，郑斌（Bin Cheng）教授写了一篇文章，他用了 Instant Custom 的概念。Instant 是快速的，很多人说郑斌把两个有内在矛盾的概念放在一起了，一个是时间很快，一个是习惯很慢。郑斌的意思是，自从人类把物体打到外空后，联合国大会很快通过了文件，根据这些文件，有关外空的习惯法很快确立了。他认为这个习惯法能够很快的出来，不再像过去那样要经过漫长的时间。人类向外层空间打上物体是 1957 年，在 1960、1961 年联大就通过决议，有关外空的条约到 1966 年出现。在 1957 年到 1966 年之间，有关外空的国际法就形成了。郑斌用外层空间法律的发展说明习惯国际法在今天通信发达、外交发达的情况下，形成的时间可能比以前短得多，所以他用了 Instant Custom Law 的概念。

在 1969 年【北海大陆架案】中，国际法院专门对时间概念做了一定的阐述。按照法院的观点，时间不重要。有一定长度的时间并不是习惯法生成的必要条件。但是时间虽然不重要，也要有一点儿时间。现在一般认为，目前的习惯国际法的形成，十年八年的时间还是需要的，只不过这个时间比以前缩短很多。

· 关于一贯反对者

在习惯法上还有一个问题。习惯法不一定是对国际社会全体都有约束效力，因为如果习惯在产生的初期就有国家反对，而且这种反对一直延续下去，这样的国家在国际法上有一个概念，叫一贯反对者。一贯反对者有点儿像条约的保留，不能约束它。一般认为，对于一贯反对者，习惯国际法是没有约束力的。目前的国际法理论还是给习惯国际法留了这样的一条路，让它不是那么苛刻。

从 1945 年以后，国际法没有很激烈的主张、要求。比如保留制度，过去的保留制度，是非常严格的。如果条约当事国中有一个国家反对，就不能保留。但是现在制度的相反，条约当事国中只要有一个国家接受保留，保留就成立。过去的国际法很苛刻，要求全体一致同意等这样的东西很多；而现在处处留有余地，表现了相当的弹性。因为国际社会是千奇百怪的，现在国家这么多，如果没有一种弹性的制度来主张法律的效力，这个法律基本上就很难成立。

国际法的弹性

关于国际法的弹性，还有一个例子。国际法院有几套法律，一种叫规约 (Statute)，比如《国际法院规约》；第二种叫规则，法院判案的程序；第三种叫 Resolution，是法院内部协商的一些规则，是一些更细的工作制度。70 年代初期，法院规则做了一次修改，一个很关键的修改是把分庭的组成修改了。过去国际法院有两种开庭，一种叫全庭，一种叫分庭 (Chamber)，比如海洋法分庭、贸易法分庭、环境法分庭。分庭有五个法官，过去的分庭，都是国际法院院长指定法官。但在 70 年代初期，对这个规则进行了修改，修改为分庭的法官由诉讼当事国双方来选。这就完全是两回事儿了。很多人说，这还是法院么，这是仲裁，只有仲裁才能自己选法官，法院都是指定法官的，没有当事人选法官。在当时有关美国与加拿大之间大陆架划界有一个案子叫【**缅因湾划界案**】，日本法官小田滋 (Shigeru Oda) 是个海洋法专家，本来院长指定他作这个案件的分庭法官。但是规则改变后，美国和加拿大把这个亚洲法官选下去了，要选择欧洲的法官，其实这些欧洲法官水平应该是赶不上小田滋的。对这个问题，小田滋表示国际法院是要多找一些案源，国际法院的这种修改也是很现实的，是想更多地树立国际法院的威信，而树立威信从接受更多的案子开始。最近有人说对于钓鱼岛的事情，要到国际法院去，人们有很多争论。日本的那个岛主也说要把中国告到国际法院去。如果日本真去告了，就真的中了中国的下怀。因为现在我们希望的是坐到谈判桌上谈，而日本说着不是一个谈判的议题，强调没有争端的存在。如果日本去国际法院状告中国，就等于承认争端的存在了。

另外，法院判案要考虑很多因素，比如 1974 年澳大利亚诉法国的【**核试验案**】，法院的判决考虑了很多问题，包括国际和平、大局，双方的要点，力量的平衡，等等，要考虑很多很多问题，最后会得出一个四平八稳的结论。基本不可能是完全一边倒的，这种情况很少存在，除非有一种极端的价值倾向。这样的情况的确有，但是对中国这样的国家，不敢这样，国际法院还是要保持自己的尊严和权威。所以到国际法院解决争端，不是说到那儿去就能百分之百拿下，这种完全不存在。

〔三〕习惯的证据

谈到习惯还有一个问题，就是证据。我们一般说习惯法是要证据的。讲什么是国家的实践、什么是法律确信，是需要有证据来证明习惯法的。专业的人会进行一下区分，哪些是实践、哪些是确信。但是一般来讲，其实这种区分没有什么必要。只要把一些证据罗列上去，证据越多越好。证据是能够证明国家实践和法律确信的东 西，证据可以有很多，是开放式的。有人列了几十项可以作为证据的，比如条约是习惯的证据，国家声明、联合国大会的决议决定、国内立法，都可以作为证据。

比如国内法，我们向联合国提交钓鱼岛直线基线的划定规则就是基于国内法。过去划定领海有两种线，一种是低潮线，即海水退潮时的线，向外推 12 海里的平行线作为基线；中国采取的划定规则是直线规则，在沿海选一些点，在这些点之间画直线，然后向外推平行线，这就是直线基线。直线基线一般在海岸线比较曲折，海湾比较多、岛屿比较多、礁石比较多的地方。使用直线基线还有一个原因，是它能够多划定一些面积。当然像南海诸岛这样的远洋群岛不能作为划定领海的基点。基线的划定规则，我们算是国内法的性质。过去大家都是低潮线，我们在国内法上使用直线，这就是一个很有意义的国家实践的证据。过去划定方法都是低潮线，最先开始用直线基线的是挪威人，在上个世纪初，挪威人先用国内法，发表关于领海基线的宣言，然后提出用直线基线的划法划定挪威的领海，理由是挪威的海岸比较曲折，用这种划法比较科学。这就是一个国家实践的证据。别的国家提出异议，英国说这种划法从来没有过，要求国际法院认定这种划法违反国际法。国际法院则认为，国际法上不禁 止这种划法，最后直线基线的划法成为国际法允许的划法。

大陆架一开始就是用国内法的形式。美国总统杜鲁门先发布了大陆架公告，其他国家纷纷效仿。这都是国内法的东西。但是各国很多用这种国内法了，我们说是一些国家国内法发动，一些国家遵循，也制定国内法，大多数国家沉默不语或者公开赞同。

所以用单纯国内法作为一个理由，在国际法上看来，不是很站得住脚的，谁都会这样做。但是如果大家都用一个国内法，有一样的规定，这就变成了国际法的一般实践了，成了国际法的内容了。这样一个习惯就形成了。而且一些国家用国内法发动的时候，有可能是对原有法律的破坏。比如按照过去的理解，公海自由包括海底，3海里之外的海底就是公开自由，各国都可以开采。美国之所以要制定大陆架规则，是因为当时美国在石油开采方面并不是最强的，美国害怕其他国家开采，所以要控制住，否则其他国家会依照海底自由的原则到美国领海附近的海底开采。美国的大陆架公告，严格讲就是对旧制度的破坏。当然，凡是破坏已有法统的人，不会说是对过去的破坏，一定会声称和过去的做法是一致的，是遵守法律的。其实只是这么说而已，他们一定会重新解释原来的法统。大陆架公告即便是按照美国人的观点，恐怕也是在破坏原有的法制。之后国际上讨论国际海底区域的时候，美国人又说公海自由包括海底，他这个时候反对国际海底区域。这是习惯的一些基本要件。

五、条约和习惯的关系

关于条约与习惯的关系，前面已经有所涉及，这里进行更详细的解释。

习惯法常常被人称为国际法上的不成文法。习惯，让人感到有些看不到摸不着。而协定国际法被认为是国际法上的成文法。但是，所有的成文法都是由不成文法发展而来的。而所有的不成文法都是要通过成文的形式体现出来的。我们讲条约和习惯的关系，这样的表达应该还是比较精确的。

〔一〕编纂连结条约与习惯

在这里，我们重申国际法的一个重要的概念，编纂 (Codification)。现在之所以出现了很多的造法性条约、国际公约，这是国际法编纂活动的结果。国际法上有一个编纂机关，叫做国际法委员会。《联合国宪章》上有专门关于国际法编纂和发展的规定，“提倡国际法之逐渐发展与编纂”。根据《宪章》的规定，联合国成立了国际法委员会，专门负责国际法的编纂。该委员会主要负责技术、文本，编纂了很多法律文本，交给会议通过。条约一定是要国家开会来通过的，技术专家是撰写文本。联合国还通过专门的机构、会议编纂了一些条约。比如《联合国海洋法公约》，是联合国专门召集的会议，在第三次海洋法会议上编纂的。人权公约，是人权委员会编纂的。

1. 编纂的本质

编纂是对已有习惯的编纂

现在编纂的条约很多。编纂，是对已有习惯的编纂。是对已有的法律的编纂，不是随便找了一些没影没踪的东西编纂的。这是它的一个基本的概念。

编纂以条约为工具

编纂是用条约作为工具的，这在现在也是确定的。

这两点非常重要，要严格记住，所有的逻辑关系都是从这两个概念中引发出来的。因为编纂的工具是条约，所以作为条约，可以约束当事国。在起草 1969 年《条约法公约》的时候，英国大牌教授菲茨莫里斯 (sir Fitzmaurice) 甚至提出要用法典 (Code) 来编纂条约法。人们说用法典是没有意义的，法典在国际法上是没有约束力的，国际法的渊源没有法典。所以还是用的条约，尽管条约法在国际法上是基础的部分，但是这么重要的东西还是要用条约来加以编纂，因为条约可以约束当事国。

条约中有很多习惯规则。这些习惯规则首先约束了一部分国家，可以约束那些那些非当事国。而对于当事国来，说就构成了双重约束。因为条约当中很多的规则同时也是习惯规则，作为习惯规则可以约束第三国。这是编纂的基本概念，和它对国际法的意义。

2. 编纂和逐渐发展

我们说的编纂，其实是两个词，叫“编纂和逐渐发展”。国际法上这两个词是有不同概念、意义的：

1>编纂，是编纂已有的法律；

2>逐渐发展，是制定新法，就是在法律从来没有的空白之处制定新法。

在国际法上说编纂和发展，讲的就是这两个问题，第一，以前的法律是怎样编纂的；第二，制定新法。也就是说，一个国际公约当中，可能会有两种成分。第一种成分是编纂已有的法律，第二种成分是新制定的法律。如果是已有的法律，可以要求这些东西约束第三国，可以说这些也是习惯法；但是如果条约当中有些是纯粹的条约规则，不是编纂出来的，这部分规则只能约束条约的当事国。这是一种 Argue 的方法。

实践中的应用

从理论上讲，一个条约当中包含两种成分，已有法律和新法。这是编纂和发展两个概念造成的不同的结果。编纂意味着条约里面有已有的习惯规则，发展意味着条约里面有一些纯粹的条约规则，也就是新法，纯粹的条约规则只能约束条约的当事国。这种 Argue 的方法就是：首先条约不及第三国，只能约束当事国；习惯的作用是当没有条约的时候用习惯，具有一般的效力，可以约束所有国家。如果一个条约的当事国和一个习惯的当事国之间发生了纠纷，那么支配的法律是习惯；如果条约当事国想用条约内容来约束非当事国，就要主张条约规则同时也是习惯规则，这就是丹麦和荷兰在【北海大陆架案】中的主张，认为 1958 年等距离线的规则同时也是习惯规则；如果是一个非当事国不想让条约约束它，就会说这个条约规则不是习惯规则，而是纯粹的条约规则。上述案件中，联邦德国主张等距离线不是习惯规则，而是一个条约规则，就只能约束丹麦和荷兰自己，不能约束没有参加条约的联邦德国。双方就因为等距离线到底是不是习惯规则，把这个问题提交法院。如果是一个习惯规则，问题就解决了；如果是一个条约规则，跟联邦德国就没关系了。

所以编纂和发展两个概念，是很实际的概念。国际法上相当多案件，都与此有关。【尼加拉瓜诉美国案】也涉及到这个问题，它更离奇。

1945 年国际法院成立后，美国提出了一个接受法院管辖权的声明，声明接受强制管辖；但是同时有一个保留，叫康纳利保留，这个保留把美国几乎所有可以到国际法院的诉讼都保留了。其中有一项保留，凡是多边条约产生的解释和适用的争端一律不能到法院解决。其实大部分争端都是涉及到多边条约的。【尼加拉瓜诉美国案】中，尼加拉瓜主张美国严重违反《宪章》第二条第四款禁止使用武力的原则，严重违反第二条第七款，不得干涉的原则。后来尼加拉瓜发现，美国已经把它保留了，如果用《宪章》来起诉美国，将其视作因《宪章》而引起的争议，美国已经将其保留了。尼加拉瓜的律师很有经验，换了一种办法，让保留也没用。尼加拉瓜用习惯国际法起诉，控告美国违反了习惯国际法上的禁止使用武力原则、不干涉原则。国际法院就按照这个思路进行了判决。国际法院为了避免美国人因这个保留而质疑这项判决，引用证据证明习惯法存在的时候，都没有用多边条约，除此外的证据都用上了。所以编纂和发展这两个概念在国际法上是有实践意义的，并非仅是概念的区分。

3. 编纂的职能和作用

为什么习惯法要通过条约编纂呢？这就涉及到编纂的职能。编纂有几个职能和作用：

1>成文化

把不成文的法律发展成为成文的法律；

2>精确化

习惯的做法不是很精确，而用文字，可以把它精确化。这是制定法的作用；

3>系统化

让习惯法成为一个有机的整体。

编纂和发展的功能就是成文化、精确化和系统化。另外，条约本身也是国际法的渊源，本身也能约束参加条约的国家。这样就使条约现在成为主要的编纂的工具。这在过去是不清楚的，过去民间的编纂经常用 Code 之类，官方的编纂也不清楚到底用什么工具。现在编纂的工具就是条约，条约是对习惯的编纂。这就让条约和习惯的关系紧密地联系在一起了。

4. 条约中习惯的作用

一个条约里面还有习惯，一般看到的是编纂已有的习惯。实际上今天在举证的时候，条约中的习惯有三种作用：

1>宣告、宣示 (Declaration)

编纂是对习惯的宣告，将已有的习惯成文化。这是编纂的原意，是举证的公认的很好的办法；

2>固化、固定 (Crystalize)

这是一种比较新奇的概念，英文单词的原意是固化，水晶化。

3>生成、生长、发展 (Generate)

1969年【北海大陆架案】中丹麦荷兰采用了固定的概念。他们要主张1958年公约中等距离线的原则是一个习惯规则。但如果要说这是对一个已有的习惯规则的宣告，明显不成立，因为这个概念出现太晚，大陆架概念当时才出现4、5年，不可能有一个清晰的、多元的国家实践证明存在一个大陆架划界的中间线原则。这种可能性谁都知道很小。可是丹麦、荷兰换了一个词，用了Crystalize，说中间线原则原来确实不是一个习惯规则，但是海洋法会议已经开了两年，在两年过程中，各个国家不断主张，最后把它固化、确定了。会议刚开始的时候，它还不是一个习惯规则，但是开完会后就是习惯规则了。通过会议的过程，它被固定为一个习惯规则。这是一个前所未有的创造性的造法方式。

国际法院说这种造法方式是有可能的。制定《联合国海洋法公约》的会议开了十年，对各种问题进行讨论，有可能在会议上形成一个习惯规则。虽然如此，国际法院说这种路径是可能的，但是就这个事情来说，还有很多疑义，习惯规则不像是这个过程中固化的。丹麦、荷兰最后祭出一个杀手锏，是谁也不能否定的，就是所谓的Generate，生成、发展。即使不承认固化的说法，但是从1958年开完会，到1969年，又有11年的时间。在这段时间围绕着等距离线的国家实践和法律确信越来越多，现在足以能够成熟为一个习惯规则。这谁也不能否认，这种Argue的方式没有办法拒绝。习惯法就是一般实践的堆积，经过了这么漫长的过程，实践、法律确信足够了，所以它是一个习惯规则，丹麦、荷兰说这种规则是逐渐生成、发展出来的一种规则。国际法院说这种方法100%是国际法形成习惯法的方式。但是法院否定了丹麦、荷兰对事实的认定，说实践不够，更重要的是在这个问题上没有法律确信。其实，丹麦、荷兰已经找出了三十多个国家的立法实践了，法院认为还不够，即使够了，也没有法律确信。国家都这么做，并不一定就是一个法律，还应该认为法律上有义务这样做，才是一个习惯。最后法院否定了丹麦、荷兰的主张。

5. 习惯法和条约规则的分野

如上所述，在编纂性条约、造法性条约中，会有习惯规则。那么哪些是造法性规则、哪些是编纂已有法律、哪些是纯粹条约规则？造法性条约包含两种成分，一种是已有的习惯法，一种是纯粹的条约规则，制定新法的成分。但是如果要将其实体化，难以有一个明确的区分，只能说大部分都是习惯规则。

美国有一位已故的著名国际法学家萨赫特 (Oscar Schachter)，他是哥伦比亚大学的，曾在联合国做了很长时间的法律顾问。他有一个笼统的说法，可以笼统地说编纂性的公约，或者说造法性条约，大部分条款都是习惯规则。造法性条约，即以公约为名称的条约，大部分都是这样的，这样理解就可以了。这种说法也是比较笼统的说法，也未必非常正确，但是它说明编纂性的条约确实有很多的习惯规则。

(二) 条约与习惯关系的实践应用

条约与习惯的关系很重要、很实际，在各种国际诉讼上，在各种国家之间的争议中，都可以体现出来。

1. 证明的一般思路

在实践当中，如果要求一个非当事国遵守条约的规则，那么主张就是这个规则不仅是一个条约规则，同时还是个习惯规则，作为一个习惯规则可以约束对方。

举一个例子。WTO曾经有一个关于解释WTO协议的解释规则。这个解释规则说要用习惯国际法关于条约解释的规则来解释本协议。为什么要用习惯国际法关于条约解释的规则呢？我们知道，关于条约的解释、法律的解释，仍然有法律的规则。我们都说这个规则就是1969年《条约法公约》31条。

《条约法公约》第三十一条 解释之通则

- 一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。
- 二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：
 - (甲) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；
 - (乙) 一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。
- 三、应与上下文一并考虑者尚有：
 - (甲) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；
 - (乙) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。
 - (丙) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。
- 四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

这一条文的主要意思是解释条约要按照条约的文字通常意义，参照条约的目的和宗旨，按照上下文综合地解释。但是为什么 WTO 不直接规定，解释条约适用 1969 年《条约法公约》第 31 条的规则，而说要按照习惯国际法的有关条约解释规则加以解释呢？把这个问题搞清楚，很多理论就比较明白了。因为首先，WTO 本身有很多独立关税区，本身不是国家，不是《条约法公约》的当事方；第二，WTO 缔约方本身有的也不是 1969 年《条约法公约》的缔约国，即便它是国家。这样就不能用《条约法公约》31 条作为解释的规则。因为《条约法公约》作为条约并不适用于这些非国家的独立关税区，作为条约也不适用于那些没有参加《条约法公约》的 WTO 缔约方。这个时候就必须要用一般国际法上关于条约解释的东西，要用协定国际法上的条约解释规则，作为解释 WTO 协议所适用的规则。什么是一般国际法呢？那就是习惯国际法。所以，WTO 说用习惯国际法上关于条约解释的规则解释本协议，所有的 WTO 当事方都可以适用了。可是，什么是所谓一般国际法上关于条约解释的规则呢？上面说过，不成文的习惯法要通过成文的法律体现出来。所以还是要看 1969 年《条约法公约》第 31 条。这时候就可以拿条约作为证据了，证明这就是传说中的习惯国际法的关于条约解释的规则。大家都认为这一条文就是关于条约解释的习惯规则，它不仅是条约规则，同时也是一个习惯规则。这时候就可以通过习惯法用这个规则约束所有人。但是实际上，对于那些既是 WTO 的当事方，同时又是 1969 年《条约法公约》的当事方的国家，实际上受到关于条约解释的协定国际法和习惯国际法的双重约束。这个案例是关于条约和习惯关系的典型案例。

2. 公约作为证据

习惯，需要有证据证明习惯的存在。证据可以有很多，但是最重要的关于习惯的证据就是条约。因为条约是最有可能代表国家实践的。而且，现在由于很多条约都是造法性条约，是很多国家都参加的，有代表性和广泛性，所以现在一个多边公约就有可能证明一个习惯规则。所以多边条约的出现让习惯存在的证明发生了变化。以前没有多边条约、造法性条约，都是双边条约，要用很多双边条约凑在一块儿，证明国家广泛实践的存在。当年魏敏老师讲要证明和平共处五项原则是国际法，就用几个国家之间的双边条约证明。而一个造法性条约，最大的好处就是广泛性，而且一次性。一个条约把所有国家都囊括进来，广泛性有了，就足够证明条约的存在，不需要其他的证据了。有一个国际法学家说现在证明习惯国际法跟过去不一样了，过去是打补丁式的证明，在地毯上打一个补丁连在一块儿，形成一个整体；今天则是一块儿精美的、完整的地毯。由于国际会议的出现，由于多边造法性条约的出现，现在证明习惯国际法要比过去方便太多了。所以公约是一个很好的证据，公约本身就是一个编纂的成果，可以证明确实有很多习惯的存在。

3. 未生效的条约作为证据

不但是公约、生效的条约可以证明，不生效的条约呢？比如国际法委员会的文本，还没有开会生效，是不是证据呢？这又要仔细想想。生效只是从协定法角度来看是有用的，而从习惯国际法角度，生效与否无所谓。生效只是从协定国际法的角度约束当事国。

李老师学习国际法的时候，一直想不清楚一个问题，又不敢问，觉得这个问题很荒谬。当时学海洋法的时候，老师看到讲的海洋法是一个文本，还没有生效。《联合国海洋法公约》1982 年签署，当时还远没有生效，学的海洋法怎么会是还没有生效的文本呢。这是李老师当时搞不清楚的问题。这到底是不是国际法呢？后来想清楚了，它作为条约规则不是法律，但是作为习惯规则就是法律，是证据。大家都认为这就是国家实践的堆积。美国没有参加《联合国海洋法公约》，公约签署后，美国宣称，这个公约除了海底的部分不承认，剩下的都是海洋法。这是在它没有参加的情况下。

所以讲的证据问题，没有生效的文本也完全可以，只要大家都认为是国际法，是国家实践的堆积、体现就可

以了；如果它生效了，那么它作为一个协定国际法，对当事国又有了一层约束效力，仅此而已。但是既然只要是一个文本就管用了，为什么还要一个条约的形式呢，为什么还要再多一层约束呢？这也是一个很有意思的问题。因为多一个总比少一个好嘛，就这么简单。如果没有参加，就只能 Argue 它是不是习惯法了；如果参加了，废话就少说了。因为它是明示同意的结果，这就是条约的作用。既然同意了，参加这个条约就可以了，按照条约办理即可。所以条约相对于习惯法，肯定是有好处的。

无论如何，在研究学习中我们要清楚，如何在国家当中主张一个条约是一个习惯规则，有不同的方法。可以说它是以前已经有了，可以说它是会议的过程中固定下来的，还可以说开了会以后经过一个过程，到了有争议的时候已经出现了一般实践导致的新的习惯的形成。这个概念与所谓纯粹的条约规则又可以结合在一块儿。原来可能就是一个纯粹的条约规则，但是经过一个过程，经过条约的生效之后，各国 Follow，发展成为新的习惯规则。

二战后的东京审判，要从法律上将侵略战争否定。现在说日本不悔过，一点儿没有问题。李老师去日本防卫省参观，其中有一个关于东京审判的地方，是原来日本陆军大学的礼堂。礼堂里面没有多少关于东京审判的东西，展览的内容基本都在讲陆军大学的光荣史。关于东京审判有个小橱窗，里面放着有一本书，同行的日本教授说，那本书就是宣扬日本无罪的。当时审判的时候，有一个法官写过反对意见，橱窗里也只把反对意见登上去了。东京审判是标准地使用了国际法的概念，适用了条约和习惯的关系。1928年《巴黎非战公约》禁止把战争作为推行国家政策的工具，这是一个是习惯国际法。日本没有参加这个公约，从协定国际法角度，是无法治罪的。当时审判的时候说，从1928年到战争爆发的时候，已经发展出来一个关于禁止战争的一般规则，或者习惯规则，日本违反了规则。这样才能说日本违反了国际法，否则连否定侵略战争的法律都没有。这是国际法上一个很基本的原理，如果没有参加条约，而使用条约来约束，这在法律上是讲不通的；但是可以换一种方法，可以说条约规则已经发展成为了一种习惯规则，或者说这种规则反映了以前已有的习惯规则，用这种习惯规则来约束它。当时国际法院说是发展了习惯规则，因为从1928年到战争爆发，如果算成1937年开始，也有将近十年的时间；太平洋战争就更晚了。从法理上讲，条约和习惯的关系有很大的现实意义。只要从事国际法工作，只要去出庭或者为国家 Argue，第一件事儿就是找什么样的法、怎么论证这个法的存在。

以上我们连篇累牍地讲了条约、习惯，协定国际法和习惯国际法的概念、关系。可以说这些是国际法最重要的内容。李老师觉得讲完这些可能就可以不用上课了，自己看书就可以了。不过为了完成教学任务，还是要上课的。这几个概念非常重要，没有学过国际法的人，或者说话不准确的人，往往是因为这些关系搞不清楚。这是国际法的基本法理，如果搞清楚了，就可以知道怎么寻找法律、怎么寻找义务，这是国际法的基本功。这里面有一些相关关系，一些基本的原则。比如说条约，条约不及第三国是它的一个基本性质，这导致条约只能在当事国之间发生效力。如果要主张条约约束对方，一定要考虑对方是不是条约的当事国，这是一个前提。习惯法有一般的效力，用国际法院的话说，是普遍的效力。在没有条约的时候，或者条约的当事国和非当事国之间发生争议的时候，支配的法律一定是习惯法。国际法现在还有一些问题没有条约的规定。也就是说，在协定法的角度上是空白。这时候要寻找法律，或者义务，只能去找习惯法。

六、其他渊源及证据问题

〔一〕国际法的其他渊源

1. 一般法律原则

我们看《国际法院规约》38条，会发现和条约、习惯并列的还有一个内容，叫做一般法律原则（The General Principles of Law）。一般法律原则指的是什么，国际法学家的说法千奇百怪。老师很推崇的意大利法学家卡塞西（Antonio Cassese）很多地方说的很好，不过这个问题他的说法好像很有问题。他说一般法律原则讲的是国际法的一些基本原则。这个逻辑关系完全错误。如果是国际法的基本原则，那要么体现在条约当中，要么体现在习惯当中，还要这个做什么呢。

关于一般法律原则，学者们的说法很多，不过有一点应该是大多数学者接受的，一般法律原则讲的是国内法

的一些固有原则，特别是国内法共有的私法原则。这种看法还是比较准确的。

起草《国际法院规约》的时候，当时国际法的起草者有一个很博大的胸怀，把国内法都算成国际法。这有什么不可以呢？那个时候的国际法学家起草的时候，认为国际法还包括了国内法律的一些原则。在条约、习惯无法可依的时候，可以找各个文明体系共有的一些东西。这就把国内法看成国际法的一部分，没有什么不可以。下面我们还会谈到，国际法也可以是国内法的一部分。

但是从国际实践来看，各国用一般法律原则的机会不太多。各国一般是找条约、找习惯，轮不到一般法律原则。如果说什么时候用过，从国际法院来看，在国际法院刚成立的时候，1948年的一个经典案例【科孚海峡案】曾经用过。

阿尔巴尼亚独立后，成为社会主义国家。英国等老牌资本主义国家挑衅，阿尔巴尼亚在领水布置了一些水雷，在科孚海峡也有布雷。英国的舰船从科孚海峡通过，被炸了一些船。英国到国际法院控告阿尔巴尼亚。这个案子从管辖权角度来看，阿尔巴尼亚说国际法院是西方的法院，不接受国际法院的管辖，其实就可以解决了。但是阿尔巴尼亚说，英国派军舰到我领海来，是对阿尔巴尼亚主权的公然侵犯，有权在海域布置水雷，以回应这种挑衅。这是什么意思？国际法院正准备承认没有管辖权，然而阿尔巴尼亚说的这些话，意味着接受了管辖了国际法院的管辖，因为阿尔巴尼亚的说法一下进入到案件的实质了，它在 Argue，等于阿尔巴尼亚默示承认了管辖权。于是国际法院进入到案件的审理。阿尔巴尼亚说根本没有承认过管辖权，可见阿尔巴尼亚之前的声明让国际法院抓住了把柄。管辖权是不能乱说的，不能一下子进入到案件的实质，要先提出对管辖权的异议，提出程序问题。

这个案子中，法院用了一条所谓人道的原则（Principle of Humanity）。很多学者认为，人道的原则是各个文明体系中共有的原则。的确是这样。

1970年另一个在国际私法和国际经济法上都很有名的案子【巴塞罗那电力公司案】也涉及一般法律原则。这个案子涉及到股东而不是公司的外交保护权。一般来讲，公司的外交保护权由公司的国籍国行使。公司的国籍国的认定，与个人的国籍不一样。个人在国际法上的国籍常常强调所谓真实的联系（Genuine Link），个人与国家要有真实的联系。真实的联系可以是出生在这个国家，从小在这个国家受教育，父母亲友是这个国家的国民等。国籍在国际法上，讲的是国籍是社会真实生活的反应。这是讲个人的国籍。所以如果存在着双重国籍，就看和谁的联系更密切。一次有一个学生来看李老师，说自己现在是塞拉利昂人。李老师说，你不是福州人嘛。他说为了方便，买了一个塞拉利昂的护照。国际法上，可以说护照是一个国籍的证明。不过出国不要拿错了护照，拿错了就麻烦了。一个我院的外籍老师，是个英国人，有英美两国国籍，有两国护照。一次到英国之后回到中国，拿成了美国护照，中国使馆不让他入境，当时中美关系不好，美国人总是报复中国人，不给中国学生发签证，所以中国也不给美国人发签证。这个老师就很急，给李老师打电话，过了几天才回去。这个学生是个中国人，在国际机构中讲实效国籍（Effective Nationality），就是真实的联系起作用。

但是公司不一样。公司的国籍是形式主义，它取决于在什么地方登记，在什么地方登记就是什么地方的国籍。为了方便，很多公司在维尔京群岛、开迈群岛等地注册。巴塞罗那的这个公司是在加拿大登记的，但股东都是其他国家的，大概80%以上的股东都是比利时人。比利时的股东说公司的国籍国不想为自己提供外交保护，这个时候股东的国籍国能不能代位提供外交保护。这就是这个案件的核心问题。这个案子还提出了一些概念，比如对一切的义务等。法院这时候涉及到如何在国际经济的领域发展一些国际法规则的问题。因为在经济领域，国际法规则不多，尤其在国籍、外交保护、公司法这些问题上，没有什么国际法的规则。

最后国际法院是根据一般法律原则，根据各国公司法的基本原理，解决这个问题。根据公司法的一般原则，公司和股东是分立的，公司是公司、股东是股东，虽然在国内法上对于一般原则，有所谓刺破面纱的例外，但是这种例外不适用于这件事情。因为加拿大作为公司的国籍国，并没有放弃对公司的保护权。不管怎么说，国际法院适用的是国内公司法的一般原理，因为在国际法上没有这样的规定。但是一般法律原则确实被所有的国际法律工作者认为是一个不重要的渊源，因为要么条约就解决了渊源问题，要么习惯解决了渊源问题，今天基本上不会涉及到一般法律原则。但是一般法律原则仍然可以为我们提供一个角度，可以在条约、习惯之外提供第三重的义务约束。

2. 司法判例

条约、习惯、一般法律原则是并列的。《国际法院规约》38条中，除了这几个之外，还有几个不并列的，可以作为补充渊源。按照38条，可以作为补充的，第一个是司法判例，包括国内的司法判例和国际的司法判例。

美国人、英国人写国际法的教科书的时候，有案例索引，分为国际性法院的案例索引和国内法院的案例索引。

国内法的判例是该国实践的表示，可以作为国际法存在与否的证据。西方人对国际法影响大，因素很多，有一个因素就是它们比较重视对本国国际法实践的总结和出版。因为它经常总结和出版，所以大家都知道。所以要把它汇编起来，每年都出版，以影响国际法的发展。这也是我们到联合国登记海图的作用，让别人知晓。知晓很重要，如果别人不知道，无法主张什么权利。这次中国的声音很大，从法律上是有用的。第一，声音大，都知道了，并不是有理不在声高，在中国说和在外国说还不一样。让国际社会知晓这事情还是很重要的。

1>国内的司法判例

国内的司法判例就是一个国家实践的证据。有些国内的司法判例还是很重要的。比如讲到主权豁免的问题，一个国家不能对另外一个国家进行管辖，这种豁免原则实际上是从英国、美国等国家的国内法判例来的。

2>国际的司法判例

国际法院的案例，比国内法院更加重要。因为国际性的法院毕竟是有国际的视野，有不同的国家组成，国际法院的组成，是由著名的公法学家，或能够担任本国最高司法职务的人担任，有能力，品德高尚，能克服一些国家、区域的偏见。

国际性法院的判例从辅助渊源看更重要。这里面首推国际法院。1945年以后国际的司法机构增多，除了国际法院，还有汉堡的海洋法法庭，刑事责任方面有根据1998年《罗马规约》国际刑事法院，还有前南刑庭、卢旺达刑庭。这里面最权威的还是国际法院。国际法院一定是一个专有名词，而不是一个泛指的含义。如果说国际性法院，可以有多个，而国际法院是专指这个在海牙的法院。国际法院的判例，是国际最高水准的。司法的东西有一种固有的先例的效力，具有重要的参考价值。

3. 公法学家学说

还有一个渊源是公法学家学说，也是一个辅助资料、辅助渊源。这自然不是主要的造法方式，如果是了，我们多培养一点儿就写呗，就跟写国内法一样方便。国内法在国际上没有太大的意义，当然国内法是一个证据，但是采纳不采纳是另外一回事儿。

虽然公法学家学说不是主要的造法方式，但是从国际法很多东西的发展，首先是学说起作用。没有学说就没有今天的国家。格老秀斯（Hugo Grotius）是国际法之父，因为他搞了一个国际法体系，以后国家一看有这个东西就使用，国际法体系就慢慢被接受了，就变成真的了。因为这个体系对于国际交往有用，对于大家有利。所以学者往往走在前面，他们说什么是法，如果大家都接受、都这样做，可能慢慢真的变成法了。

英籍国际法学家施瓦曾伯格（Georg Schwarzenberger）看了《奥本海国际法》第一版，说大家都信奥本海，其实奥本海是有选择的，他说的一些东西是站在国家的立场上，认为这些是法，其实很多问题上都有两组、相对的案例。有的是一个观点，有的是另外一个观点。他是做了一个选择，有立场问题，把自己倾向的部分当成法律，把另外的东西省略了。学者也是有选择性的，有他的立场、价值，一旦被国家接受了，就变成法律了。所以学说也重要。

关于《国际法院规约》38条还有一个问题，这一条是锁定了所有的渊源，还是开放的？应该是开放的。随着国际法不断的变化发展，可能有一天修改38条写个“法典”也是渊源。1945年以后的发展有一点是确定的，国际组织有约束力的决议、决定也是法律渊源。国际组织的决议、决定很多，有的是建议性的，有的是有法律性的。有约束力的是一个法律渊源，对于它的成员有约束力。对于国际组织的官员来讲，什么是国际法的渊源？他们就认为，组织的决议、决定都是渊源。就像前文李世光讲的那样，38条非常重要，而作为联合国的官员看，38条一定要包括国际组织，联合国的重要的决议、决定，他们认为这些都是重要的国际法渊源。这也是学者公认的。上世纪50年代，有一个波兰国际法学家就阐述过这个问题。波兰出国际法学家，后来出了一个拉克斯（Manfred Lachs），写了一本很经典的书《国际法的教师与教学》*The Teacher in International Law: Teachings And Teaching*。这本书很有法哲学的味道。他是1969年北海大陆架案投反对票的法官，认为等距离线就是习惯法。

〔二〕国际法的证据

国际法的证据和造法的方式、渊源很接近，只是一步之遥。如果再走一步，可能就变成了造法方式。有人说

条约创造国际法，这就混淆了两种渊源。当然这种说法也不是没有道理。证据和渊源很近，有时候说着说着就一块儿了。

对于习惯国际法、一般国际法的证据，首先包括条约，现在多边条约更重要这在上一节中有提到；还包括声明、联合国决议、国内法院判例、国际判例、国内立法等，有很多。如果问什么是中国认为的作战的人道主义法则，我们把三大纪律八项注意拿上就行了。它的内容也是今天的作战规则，比如优待俘虏之类的。

所以证据是很多的，我们看来就是开放的，凡是可以证明国际法存在、具有一些效力的都是证据，无法用列举的方式说出有哪些。老师的看法是，在国际的辩论的场合，证据要多，声音要大。不要怕声音大，证据要多，证据要稳妥，要尽可能建立在比较牢固的基础上。

1973、1974年，澳大利亚诉法国【核试验案】第二阶段，澳大利亚把管辖权建立在两个基础上，一个是1928年《和平解决国际争端的日内瓦总议定书》，两个国家都是参加国，规定谈判不能解决的提交国际司法机构；另一个是双方发表的对国际法院强制管辖接受的声明。之所以拿出两个证据而不是一个，是为了管辖权要牢靠。法院是很鬼的，他们会审时度势，他们有很多理由，稍微有点儿不牢靠可能就放掉了。这个时候一定要再加一个，起强调、加强的作用。不要以为国际法院很多东西非黑即白。

在【核试验案】中，澳大利亚有个事情受了奇耻大辱。澳大利亚有两个诉求，一个是宣布法国违反国际法，另一个是要求判决法国停止侵害。法院经过推理，把第一个诉求推掉了，说其实澳大利亚就一个诉求，前面那个法律关系只是个理由。澳大利亚诉求就是要让法国停止核试验，法国通过单方面声明，保证不再试验了，诉讼标的消失，案件结束。澳大利亚很生气，但是也没什么用。这是解释法律文件的经典。这经典就是，如果把这个事情交给我，我就可以任意解释，甚至可以背离起草者的原意。到法院打官司一定要清楚，不到要要求宣告某个事情是非法的，而且要声明这真的是一个诉求。

今天欧洲人权法院解释条约已经发展到用活的文件加上道德的评价的地步。解释人权公约，要按照当下、今天而不是当时的道德准则解释，哪怕这个解释完全背离了起草者的意图、文字。这真的是一种解释的方法，大家都接受。对于这个问题，英国的菲茨莫里斯（sir Fitzmaurice）说这种方法完全背离了原意，文字、立法意图、各种记录都不要了，是只按照当下的道德准则，任意增减权利。但是多数法官说法律要适应时代不断发展变化。这也是美国宪法的一个原理。

第二章

国际法与国内法的关系

国际法与国内法的关系，从大的方面讲，可以分成两个大的问题。其一是国际法如何对待国内法，其二是国内法如何对待国际法。也可以说国际法上的国内法和国内法上的国际法。我们要讲的是后者，即国内法如何对待国际法，或者说国内法上的国际法。因为第一个问题比较简单，主要是一个原则，即任何国家不能以国内法为由不履行国际义务。任何国家不能说这件事是自己的国内法，而不遵守国际义务，这是一个确定原则。其实我们还可以说，这里的国内法也包括宪法。国内法必须要符合国际法才有意义。

· 国际法上的国内法

首先研究国际法如何对待国内法的问题。国际性法庭中，争议第三方在解决争端的时候，经常会谈到国内法。那么国内法在国际法上是什么地位呢，争议第三方、裁判机关一般把国内法作为事实对待，而不是法律。国际法有一个基本原则，任何国家不能以国内法为由不承担国际义务。如果再具体一点，国内法也包括宪法。这是国际法对国内法态度上的基本原则。这在订立条约上最为明显，有的国家说条约没有得到立法机关批准，所以条约对自己没有效力。如果从国际法角度看，会看这个条约是不是不需要立法机关的批准。如果是签署了就有效的条约，就不能用国内宪法、程序主张条约失效。

国际机构怎么看待国内法呢，在国际机构看来，国内法就是个事实，不是法律。它不被看做是一种法律，只是作为事实认定。可能可以作为一个证据，但是不能作为法律对待。这一点与国内法对待国际法的态度不一样。

所以国际法对待国内法相对比较简单。各国最容易用国内法来抵挡国际法上的一些事情。其一用国内法否认条约，比如一个国家说按照国内法某个条约是违法的，违反了缔约程序，本来应该是由总理缔结，事实上是部长缔结；本来应该是中央缔结，事实上是地方政府缔结，西姆拉协议（麦克马洪线）就是这样。其二，用国内法的规定来违反国际义务。比如美国人向台湾卖武器，美国说是根据国内法卖的，我们会说国内法不能违背国际法，美方的行为违反了中美建交公报。

国内法与国际法的关系还是很有意思的，这方面有很多实践。现在我们不讲国际法上的国内法的问题，专门讲国内法上的国际法。

· 研究国内法上的国际法需要注意的两个分野

从国内法的角度看待国际法，研究这个问题的时候首先要注意两个大的分野：

- 1>条约在国内法上的适用、地位&习惯法在国内法的适用、效力；
- 2>理论上的&实践上的。

国际法和国内法的关系，首先存在很多理论，以及很多国家实践。所以第一个分野是条约和习惯两种渊源分清楚。条约在国内法上的适用、地位和习惯法在国内法的适用、效力，这两个基本问题是要分开的，这种渊源的分类在国内法和国际法关系中一样体现。条约和习惯并不是笼统适用的，每个国家都会区分条约和习惯。另一个

分野是理论和实践区分。在理论方面，从19世纪开始就有很多理论。

一、一元论和二元论

第一个问题讲一讲理论。国内法和国际法的关系问题上的理论，无非就是著名的一元论和二元论。一元论又有国际法优先说和国内法优先说。一元论的最有名的说法有汉斯·凯尔逊（Hans Kelsen）提出的约定必须遵守是一切法律规范的顶点，把法律规范视为金字塔顶点。二元论最有名的说法是菲茨莫里斯爵士（sir Fitzmaurice）提出的所谓国际法与国内法没有共同运行的空间、场地的说法，认为这两个法律是两个不同的领域。

〔一〕一元论

一元论又分国际法优先说、国内法优先说。

1. 国内法优先说

国内法优先说主要就是国内法在效力上优于国际法。这个理论比较老牌，现在已经没有多少人主张了。不过也有例外。美国专门有一套对外关系法，是美国宪法的重要组成部分，内容包括如何缔结条约、如何适用国际法、如何适用国际法的重要原则等一套东西，这部法律会被一些法学家看做是国际法。上世纪80、90年代，亨金（Louis Henkin）来中国讲话，他讲到海洋，说美国主张的管辖权是什么样的管辖权，就是要包括大陆架、承认专属经济区、坚决不承认深海海底，而这就是美国认为的国际法。当时李老师说，这不是国内优先说么，他赶紧说不是不是。他是比较典型的，认为国家的对外的公法就是国际法。实践上，国内法优先在一些大国的法学家那里是根深蒂固的，这个和他们的现实主义是一脉相承的。在他们看来，什么是法？二审法官说的就是法。但是理论上，大家都不敢公开承认。

2. 国际法优先说

一元论第二种是国际法优先说，国际法优于国内法。最典型的代表性的人物是汉斯·凯尔逊（Hans Kelsen）。他的主张比较简单，法律就是一个金字塔，下级的效力来于上级，最高的一级叫约定必须遵守，这是国际法的规范，所以国际法优先。这种理论也有一定道理。

国际法优先说在解释国际事务的许多情况中是有说服力的，比如说以此主张美国向台湾出售武器、飞机，我们就说美国严重违反了三个公报的精神和内容，向台湾出售了越来越高级的武器。因为根据中美的协议，美国要逐渐减少销售量、出售武器的级别和先进性。这是用国际法驳斥的。再如过去我们一直主张绝对豁免，也与国际法优先说有关。李老师读书的时候经常看到一些中国被告的案件，比如【湖广铁路债券案】。改革开放后，一个美国人叫杰克逊，发现市面上有卖垃圾，有中国清政府发行的债券，于是搜集了很多这种债券，拿到州法院去告，结果一审判中国赔四千多万美元。美国就向中国发传票，说让中华人民共和国外交部长到庭，中国外交部说“扔出去”，不接受。当时中国政府的说法就是不能告我这个政府，按照国际法，主权者之间是没有管辖权的，主权者在地方是有豁免权的，因此拒绝出庭，认为出庭是有辱国家尊严。最后到美国最高法院，最高法院找了个时效方面的借口，此事不了了之了。当时还有【烟花案】，一个美国小孩儿用中国的烟花把眼睛炸伤了，因为这个企业是国有的，所以后来就起诉中国政府，中国也以此为理由把诉状“扔出去”。从国际法的角度，国内法只是一种国家实践的证据，如果很多国家这种实践，就有意义；如果只是一个国家的实践，非法的种子永远结不出合法的果实。

〔二〕二元论

二元论认为，国际法和国内法是两码事儿，不是一个体系，是各有各的体系，它们主体不同、调整的关系不同，等等。这种理论很容易理解。菲茨莫里斯爵士（sir Fitzmaurice）1957年在海牙做过一个经典的演讲，谈到国内法和国际法的关系被广为引用。他说国内法和国际法没有共同运行的场地（Common Fields Operation）。这话说得很形象，这也是一个事实，是有一定道理的。但是这种说法今天越看越感觉有问题。比如人权，原来都是国内法运行的，现在也在国际法运行了，这不是有共同场地了么。再如贸易，过去存在贸易壁

垒，海关关税是一国的内政。我们说清政府卖国，海关都被洋人把持住了，当时英国人赫德（Robert Hart）把持中国海关几十年。过去厘定关税是天经地义的，是国家主权最重要的部分。现在关税自由，贸易壁垒打掉，非关税壁垒克服，贸易问题也是一个共同场地了。所以现在看来，菲茨莫里斯爵士讲的这句话也有问题。国际法和国内法主要是在不同的场地运行，但是的确，由于经济交往的频繁甚至依赖，大家对一些价值越来越有共同认识、对利益越来越有共同需要，比如大家都需要有一个清洁的空气和地球，所以恐怕在相当多的地方已经有了共同的场地。但是在很多问题上，我们还是会发现，两个体系有各自运行的空间。这有很多证据，就不具体举例了。

二、国际法在国内的效力

以上是理论方面，国内法上的国际法还有一个实践方面，下面讲一讲国家实践的情况。

· 区分条约与习惯法

国家如何对待国际法，从实践的角度看，从这个问题一开始提出，也就是差不多在 18 世纪美国宪法颁布的时候，一直把习惯法和条约进行区分。如何对待习惯国际法是一种做法，如何对待条约是另外一种做法。所以这个问题上一定要区分习惯国际法和协定国际法。

过去没有太多的条约，1945 年以前，所谓的 International Law 基本上是 Custom International Law，这在有些国家一直保持到今天，有些国家认为国际法就是 Custom，条约则是一种义务，以至于现在国际法学上，严格的实在法学，英国的布朗利（sir Ian Brownlie）、郑斌（Bin Cheng）教授，讲国际法的渊源就是习惯，条约不是法律的渊源，只是义务的渊源。郑斌教授从逻辑上讲，所谓国际法应该是指习惯国际法和一般法律原则的总体，条约不是法律的渊源，只是义务的渊源。从逻辑上讲这是不错。他说如果把条约摆进去，只能说条约是国际法律制度的渊源，而不是国际法的渊源。

不过一般来说，从约定俗成的角度讲，国际法是条约规则和习惯规则的总体，渊源包括条约和习惯。条约只对当事国有约束力，习惯国际法对国际社会全体有约束力，所以可以说是一般法、一般国际法。郑斌教授逻辑上比较认真，会区分这一点，但通常来讲比较含糊、比较笼统。法国有一个学者在上世纪八十年代写了一篇很有名的文章，找人翻译成英文发表在国际法年刊上，这篇文章主要写说现在国际法搞了许多新的东西，这些新东西都没有什么实体内容，与传统的东西也没有什么区别，只是新瓶装旧酒；还说习惯义务和条约义务都是国际义务，没有高低贵贱区别，所以区分义务渊源和法律渊源没有什么意义。法律义务是一种义务，条约义务也是法律义务。这个角度上讲，区分法律渊源、义务渊源没有多大的意义。

从一开始，国际法在国内的效力，或者说国际法在国内的适用，就会区分为习惯法和协定法。从习惯法的角度讲，各国用的是一套制度，西方国家基本用的是国际法是本国法的一部分这个原则。这里的 International Law 指的就是 Custom International。

· 国际法在国内的效力与国际法对国家的效力

谈到国际法对国内的效力，要明确几个前提性问题。第一个是要明确国际法在国内的效力和另外一个问题是不一样的，即国际法对国家的效力。为了简单起见，就以条约为例。条约对缔约国有约束力，这是条约对缔约国的效力；条约在一个国家也有可能发生效力。这是两个不同的概念。

中国参加《禁止酷刑公约》的时候，中国的代表团成员是李老师的师兄，他代表中国政府解释立场，说中国一贯遵守国际条约，会严格遵守新的签订的公约，这个公约对我们有约束力的，这话说得没问题。但是他下面又说，按照国内法，条约在国内是可以自动适用的，所以签订以后，在国内自动发生效力。这就出现问题了。他第一段话讲的是条约对国内的效力，第二段话讲的是条约在国内能不能自动适用，这是另外一个问题，这个问题取决于国内法怎么看待这个问题、怎么规定这个问题，是国内宪法怎么看待这个问题。国内不直接适用也没问题，很多国家也是转化适用。《禁止酷刑公约》是不是在中国直接适用，要从中国国内法、宪法看待这个问题。这在国际上没有通用的标准，和第一个问题不是一回事。接受条约约束不意味着就直接适用，也可以转化为国内立法适用。所以这个师兄在这个问题上把两个概念搞混了。

另一个例子，上个世纪初，一战战败后，德国起草魏玛宪法，有一个指导思想，要确保国际法在国内有效力。第一稿出来后，宪法起草委员会的专家费德罗斯（Alfred Verdross，他的书有李浩培先生翻译）说这个稿子和

当初的意图不吻合。这个稿子写的是，魏玛共和国要遵守国际法、履行国际条约效力。这是国际法对国内的效力，这句话在宪法上写是多余的，遵守国际法不需要每个国家用宪法表达，是习惯形成的。宪法上写上只是把态度重申一下，没有任何用处，如果不想让它多余，可以把它作为一个宪法原则，在本国宪法法院不断重申，可能才有宪法意义，否则就是废话。费德罗斯说这里写错了，写这一条的意图是使国际法在德国的境外和在德国本身同时都有效，这个条款最应该表达的是国际法在国内具有效力。这是另一个问题。最后宪法委员会的修改稿改为公认的国际法的原则是德国法的一部分，在德国具有法律效力。这是正确的说法。宪法规定这个条款，要把国际法明确为本国法的一部分，而且具有本国法的效力，这时候国内习惯才有适用的前提，认为国际法已经成为本国法的渊源，才有可能直接适用。所以这是两个问题。

我们在学习国际法在国内的效力，首先要区分两种不同的效力，国际法对国家的效力和国内法在国家的效力，这是两种有关联但是不同的效力。国际法在国内的效力，是国内法的问题，不是国际法问题。进一步讲，它是国内宪法的问题。因为国际法根本不管条约、习惯如何在国内发生效力，国际法只问是不是遵守条约、尊重国际法，至于如何遵守条约、尊重国际法，是每个国家自己的事情。所以国际法在国内的效力问题，不是国际法问题，而是国内法特别是国内宪法的问题。而国际法对国家的效力，是一个纯粹的国际法问题。所以这两个问题上支配的法律不一样。这个事情也是在学习这一章中需要非常清晰的。

过去中国宪法在这方面是空白，可能有一个原因是起草宪法的人不太懂国际法的这样一些很重要的原理，搞国际法的人又不大了解国内宪法的精要。研究这个问题又要懂国际法，又要懂比较宪法，是一个综合的问题，两边可能确实缺少一个共同的场地。所以国际法和研究国内宪法其实是密切相关的。

〔一〕各国的实践

如上所述，国际法在国内的效力，首先要了解条约与习惯的区别。国际法在国内的效力分成习惯法、协定法，习惯法相对比较简单，大部分国家都比较承认。一些西方国家在宪法上有规定。习惯在国内的应用有几个原则，第一个原则是习惯法是本国法的一部分，可以直接自动适用；第二个原则，一般来讲，都奉行后法优于前法。虽然可以在国内适用，但是可以用新的国内法来架空以前的国际法。当然也有例外，意大利就是不管国际法多么悠久，国内法不能与国际法抵触。

条约的情况比较复杂一点，以下主要就是条约的角度论述的。各国的实践，大概有以下几个问题：

- 1>接纳的问题，即国内法对国际法的接纳；
- 2>适用方式，直接适用还是间接适用；
- 3>国际法在国内法的地位、位阶，属于什么样的层次，是和一般法律相同还是相当于行政法规等；
- 4>当两种法律规则冲突的时候，谁优先适用；
- 5>如何在国内解释国际法，用什么样的规则，用国际法的解释规则还是国内法的解释规则。

大概涉及到这些具体问题，这些问题总的题目是国际法在国内的效力，或者说国际法在国内的适用。有的人说的比较笼统，说成国际法在国内的地位，也是可以的。

1. 国内法对国际法的接受

接纳条约分成两种。意大利法学家叫卡塞西（Antonio Cassese）用了两个词，一个叫永久性的接纳，即在宪法中规定条约是本国法的一部分，这样条约就永久接纳为国内法了。比如美国法就规定，条约是联邦法律，这样条约就永久纳入本国法律体系中。第二种叫临时性的纳入，通俗地讲就是一事一议，遇到条约了，国家通过立法将其纳入进来。

国内法对国际法的接受方面，条约和习惯法有一个共同点。无论是条约还是习惯法，都需要国内法把它接受为国内法，都需要被接受为国内法才能被适用。这个说法是比较准确的。国内适用的前提是作为国内法适用，一定要有一个接纳为国内法的程序，这一点很多人不是很清楚。一个国家的法院如果适用一个条约，是把条约作为本国法而不是国际法适用。国内法院从来不将外国法律作为本国法适用，对于国际法，无论是条约还是习惯都被接纳为国内法适用。这是国际法在国内适用问题上的一个最基本的容易和直接适用、间接适用相混淆的问题，这个问题直接涉及到之后的一些问题。比如国际法在国内法的位阶问题，如果把国际法看成国内法，就可以找到一个位阶摆上去；如果看成国际法，就不知摆在哪儿了。又直接涉及到冲突的解决问题，如果国际法是作为国内法，那么在和国内法原有的规则冲突的时候，解决方案就很好找，因为都视为国内法，适用后法优于前法的原则。

无论哪个国家都是把国际法当做本国法适用，这个问题一定要清楚，这是一个大前提，决定了后面的很多问题

题。

2. 直接适用与间接适用

第二个问题是直接适用还是间接适用，这个问题和第一个问题，接纳问题有着非常密切的联系，几乎可以说是一个问题，但是我们仍然需要看作是两个问题。

国际法在国内都当成国内法适用，但是适用方式不一样。有一种是直接适用，国际法拿过来就直接适用了；还有一种是转换为国内法的体系中，叫间接适用。不管怎么样，都是当做国内法适用的。这个问题和第一个常常混淆，有的人以为间接适用是国际法当成国内法适用的，直接就不是当做国内法适用。其实直接适用同样是当做国内法适用的。

在条约的方面，美国宪法明确规定，条约是美国联邦的最高法律，讲的就是条约是美国法的一部分，而且是联邦法律的一部分，不是普通法的一部分。不但是联邦法律，而且是高于州法的联邦法律。正是因为这一条，条约可以在美国理论上直接适用。过去很多人以为美国宪法规定条约是本国最高法律，条约就可以在美国直接适用了，美国所有教科书也都说条约在美国可以直接适用。然而实际上，绝大多数情况下条约在美国都不可以直接适用。

由于这样的规定，演化出一个自执行条约和非自执行条约的区别。1829年美国最高法院把条约分为两类，一类叫自执行条约，一类叫非自执行条约。前者可以在美国自动适用，有一些标准；后者必须要通过国内立法，否则不能适用。1829年，马歇尔在【福斯特诉尼尔森案】中做出这种区分后，美国对待条约的态度就进行了这种区分。美国宪法的规定实际上仅对于自执行条约有效，今天看来这种自执行条约很少，大部分条约在美国都是需要转化的，都需要国会立法。

绝大多数情况下，美国人都认为条约是非自执行条约的。所谓自执行条约都是一些比较早的案例了，比如18世纪末、19世纪初的。今天的案例基本都是非自执行条约。这两种的标准是什么，有很多技术性的东西。我们总结一下，自执行条约就是美国认为什么是什么就是。我们都很天真，认为有很多法律标准。法律标准都是人定的，对我有利就是自执行的，对我不利就是非自执行的。所以这一点上讲，永久性地接纳并不是所有的条约都是直接适用的。

哪些国家条约可以直接适用？美国有部分条约可以直接适用。法国是直接适用，条约自动发生效力。但是法国有一个条件，国际法上都觉得这个条件很怪异，说是否适用条约是以互惠为条件的，就是说如果对方适用自己也适用，对方不适用自己也不适用。这对它来讲是无法克服的障碍，各国都怀疑法国的这个规定，在适用条款的时候怎能还要看其他国家，或者有关的其他国家对条约的态度，这是不可能实现的。所以法国现在已经不考虑这个条件了。直接适用的还有荷兰，荷兰是典型的国际主义（Internationalism），条约可以直接适用，而且条约的地位很高，甚至高过宪法。

直接适用的国家很少，大部分国家都是间接适用。有的国家是直接适用与间接适用混用，比如美国，而以间接适用为主。直接适用今天在一个地方取得了伟大胜利，就是欧盟国家。欧盟所有国家法律、法令都是直接适用的，当然这些是不是国际法也不好说。欧盟国家之间的条约、欧盟与外部签订的条约，欧盟国家可以直接适用，有人将其作为直接适用的伟大胜利。

和直接适用相对的就是间接适用，间接适用和临时性接纳还是吻合的。临时性接纳也罢，转化适用也罢，都是一个意思，都是要转化为国内立法，适用的是国内法而不是国际法。

谁是典型的间接适用？英国。英国国际法有一句名言，意思就是条约不是英国法律，除非得到议会同意。英国所有的缔约权通通在行政。很多国家签署条约是行政，而批准条约是议会，但是英国缔约权从谈判、签署到批准，通通都是行政，立法权则完全在议会。这个时候就会出现一个问题，如果条约可以在国内直接使用，按照英国人的观点，等于侵犯了议会的立法权。所以条约不能在国内适用的。阿特金勋爵（Lord Atkin）说条约不是我们的法律，除非它反映在议会立法中。所以即便是欧盟的《欧洲人权公约》，英国作为缔约国，也认为不能直接适用，除了英国，每个缔约国都直接适用该公约，只有英国不能直接适用，必须经过议会，这是英国的传统。这方面英国是比较极端的。

美国在50年有一个【富士案】（Fuji Case）。二战期间在美国的很多日本人都被关起来了，包括一个美籍日本人Fuji。《联合国宪章》规定基本人权的遵守，后来Fuji拿着《联合国宪章》到联邦法院起诉政府，因为《联合国宪章》属于联邦法律。联邦法院说这个条约是非自执行的。可见纳入和适用，其实还是不一样的。

不过英国和美国这些国家，包括欧洲的很多国家，对习惯法采取另外的态度，把习惯法视为本国法的一部分。

习惯国际法在美国、在英国都可以直接适用，被看做是传统、是普通法的一部分。这些国家对于条约、习惯的态度是截然分开的。我们讲中国的实践的时候也要分开。

3. 国际法在国内法上的地位

第三个问题是国际法在国内法上的地位 (Statement)。首先关于条约在国内法上的地位，这个问题是条约可以直接适用的逻辑的结果。如果是转化适用，就不涉及这个问题。如果可以在国内直接适用，比如美国很多条约可以直接适用，就要看清楚它的地位。美国条约是联邦法律的一部分，地位相当于国会的立法、制定法。美国习惯国际法相当于美国联邦普通法。条约和习惯法高于州法，但是低于宪法。美国法理认为美国签订任何条约都不能与宪法抵触，如果不遵守条约，只能以违宪为由。有些国家，比如荷兰，荷兰是典型的一元论、国际法优先的支持者。曾经有一度，条约是国家最高法律，高于宪法，这是绝对的国际主义。荷兰是经典的一元论的极端，英国是经典的二元论的极端，荷兰国际法优于宪法了，地位自然相当高。这两年荷兰的情况有点儿变化，但是仍然高于一般法律。

关于国际法在国内法的地位，也要区分习惯和条约。习惯一般在各国都大概相当于议会立法的程度。比如再以美国为例，美国认为习惯法相当于联邦普通法，条约相当于联邦制定法，地位比较高，高于其他的行政法规之类。而条约在国内法的地位，只在条约可以在国内直接适用的情况下才涉及到条约地位的问题。如果条约一开始就转化了，就涉及不到条约在国内法的地位问题。所以在直接适用前提下，再考虑条约在国内法的地位。在美国，条约就相当于联邦制定法，地位和美国国会立法一样。

关于条约在中国的地位问题，中国需要很好地解决，后面将把中国作为一个重要问题来谈。中国有一个很大的问题，在刑法、民法通则等都规定，本法与国际公约抵触的时候，公约的规定优先，这就假定了几个问题，其一假定了条约可以直接适用，其二假定了条约的地位更高，高到比民法通则、刑法都高，这就相当于准宪法，相当于全国人大制定的法律。我们就要提出一个问题，一个宪政的基本问题：条约在国际法上太多了，甚至两国的大使代表国家的口头协定也可能是条约，或者两个部长、两个副总理的口头协定，都可能是条约。而书面的国际协议等，也都可以是条约。难道这些可以高于全国人大制定的一般法律么，这是不可能的。如果说在中国，只要是条约地位就很高，这是荒谬的，完全违反宪政原则，凭什么两个大使，两个国家公务员的协议，就能违反代表全中国人民意志的全国人民代表大会呢。而跟民法有关的条约也有很多，不可能都优于民法通则适用。所以中国的条约地位问题还需要一个解决方案。

4. 冲突的解决

在条约方面，这个问题也是国际法可以直接适用的逻辑的结果。如果条约可以在国内直接适用，就存在条约如果与国内法律抵触，应该如何处理的问题。中国前三个问题还没有处理，就进入第四个问题了。

国际法与国内法的冲突解决问题，一般来讲目前在西方比较流行的是后法优于前法。后法优于前法，涉及到后来缔结的条约优于以前的立法、后面的立法优于以前的条约。这个基本适用于习惯法和条约。后面的条约优于以前的立法，这也常见，比如中国入世的时候，废除、修改和重订了 1000 多件法律法规，这是典型的用新的义务架空老的立法。但是很多国家是另外一种做法，用新的国内立法架空以前的条约义务。美国用这一招就很多，我们说美国很讲法制，它其实是用法律的语言把自己的意图摆进去。

美国有一个经典的案例。安理会曾经制裁罗得西亚进口一些稀有金属，美国一个进口商仍然向其出口。美国不让这个进口商进口，这个进口商就状告国务院，美国法院判决国务院败诉。美国最大规模的用国内法抵触国际法的，是上世纪美国进行的大规模的税法修改，把过去签订的税法协定通通架空了。美国经常用国内法把一些国际义务打掉。按照美国的说法，这是美国谈新条约的一个办法。

后法优于前法原则，与一个很根本的问题有关，这个问题我们往往不是很清楚。国际法在国内法是适用有一个原则，它不是作为国际法适用的，而是作为国内法在国内适用的。最典型的是美国宪法规定条约是美国法的一部分，如果是本国法的一部分，当然可以用后法优于前法的原则将其架空。一个误区就是把国际法在国内适用视为国际法适用，但其实只有作为国内法的渊源，国际法才能在国内适用。这一点很多人都不清楚。这个时候它已经丧失了国际法的性质，当然可能保存某些特点。一旦国际法在国内适用，性质发生了变化，它就是国内法而不是国际法了。上文提到接纳，接纳就是把国际法纳入到本国法律体系中，这叫接纳，就是把国际法摆到本国法律体系中去，是一个法律体系对另外一个法律体系的接受，这时候国际法的身份地位已经发生变化。美国最终在解释直接适用是什么的时候，就说因为按照宪法规定，条约已经成为联邦法律的一部分，适用的不是国际条约，而

是联邦法律。这是非常重要的。还是强调考虑国际法的这几个问题的时候要注意区分几点，第一要分清两种不同的效力，第二要看清国际法在国内的适用这个问题本身是个国内法问题，第三是注意国际法在国内适用是作为本国法而不是国际法。考试的时候有可能会用一个复杂的题，把这几个都绕进去。

冲突解决中的后法优于前法是典型的用国内法打掉国际法的办法。如果不想履行条约了，就搞一个超级 301 这样的东西，在贸易上出台一个新的规定，就把原来的国际义务打掉了，美国经常这么干。再如阿拉法特要进美国去联大发言，美国不让入境。美国用反恐法对抗之前与联合国的协议，这也涉及到很多具体问题。

美国还有一个比较传统的协调原则。假定国内立法没有与条约冲突的意图，最后的解释要给予条约有效的解释，即解释要朝着条约有效的方面解释。即使是后法与条约发生抵触，要用协调解决，按照条约的意思解释，以便不相冲突，这叫协调原则。过去美国采取的是这种办法，很多小国也是这样的。

5. 如何在国内解释国际法

国际法在国内的适用最后一个问题是，在国内如何解释这个国际法，用什么样的解释规则来解释。简单说来，就是用解释国内法的办法解释条约，还是用国际法上解释的办法来解释条约。国际法上解释条约的办法，按照《维也纳条约法公约》第 31 条，要看条约本身、条约的目的、上下文。国内法也有自己解释条约的方法。美国解释条约是按国内法解释方法解释条约，美国是怎么解释条约的呢，美国解释法律看意图。美国解释宪法，都会说我们老祖宗是这么说的，其实《联邦党人文集》等等内容没有多少。说要寻找它的意图，寻找老祖宗的 Intention，其实哪儿有什么老祖宗的 Intention 啊，所有的 Intention 都是现今人的想法，鬼才相信老祖宗当时就想到这些了呢，老祖宗怎么会想到今天又 Internet、有苹果公司啊。

我们要注意的一点是行政的作用。一些国家行政机关对于解释条约有重要作用，这种解释可能是 Final 的。因为法院有时候也不太懂国际法，外交部在解释中可能有更大的作用。

〔二〕中国的实践

中国如何对待国际法，有法律上的规定。比较早的就是 1982 年试行《民事诉讼法》，规定如果本法与有关国际条约发生冲突，以国际条约的规定优先适用。这个规定就变成一个公式了，被许多国内法，包括后面的民法通则，甚至一些行政法规采用，像一些诸如《水污染防治法》之类的法律都采用了。但是对这个问题该有所规定的没有规定，比如宪法对这个问题没有涉及。宪法没涉及也可以理解，因为宪法太重要了，可能顾不上考虑这些问题。那么立法法呢，立法法主要就是规定法律渊源，我们周旺生教授主要研究的这个学科，就是关于法律怎么产生的法律。这部法律也没有规定，这就有问题了。宪法是 Silent 的，宪法选择沉默，只不过是没规定这个事情；立法法也没有规定，就不合适了。很多学者说国际法是内国法的渊源，这种说法根据在哪儿呢，他们说推理出来的。不过难道这个也能推么。中国是制定法国家，法律渊源是制定法的重要内容，只有规定了才能适用，没有规定怎么能用呢。有人就说有《民法通则》《民事诉讼法》的规定，其实这些也不是。就像现在搞的指导性案例，如果立法法不给一个名分（Title），或者纳入到司法解释中，就只能作为一个判案的参考。

另外，“如果本法与有关国际条约发生冲突，以国际条约的规定优先适用”，这样的话语是什么意思呢。上面讲了关于各国实践的五个问题，这里也涉及第四个问题，即法律冲突。冲突的时候可以适用国际法，前提就是条约可以直接适用。这种推理也是一种办法，但仍旧存在问题。如果条约是全国人大常委会批准的，这个条约与《民法通则》《民事诉讼法》差不多，虽然《民法通则》《民事诉讼法》是全国人大批准的。条约可以优先于一般法律适用，可能还有道理；但是如果一个政府部门缔结的条约，也能优于全国人大及其常委会制定的法律，那就纯粹是违宪，是违反宪政主义基本原则。

我们虽然没有规定条约怎么适用，但是规定了条约怎么缔结的。中国有几个机关可以缔结条约，第一级条约和重要协定，是政府签署、人大及其常委会批准的；第二级是国务院核准接受的条约；第三级是部际协定。这三类条约如果都可以优于《民事诉讼法》这样的一般法律，是与宪政原则是不符的，必须要有一套新的东西。

所以当务之急不是归纳、总结中国的实践，而是从立法上弥补。这个问题很重要，条约国际法在国内法的适用，不是简单的问题，而是宪法问题，涉及很多重要的方面。第一，涉及一个法律体系对另外一个法律体系的态度。国内法体系对另外一个法律体系是什么态度，这不能用一般法律规定，更不能用行政法规规定，行政法规没有资格谈这个事情，这是一个宪法问题；第二，它涉及到国家三个机关的关系，涉及到立法、行政、司法关系问题，是一个纯粹宪法问题。缔结条约是行政，适用条约是法院，同时也涉及到立法机关。不是随便一个法律规定的，是宪法问题。第三，很多条约涉及国家重大事项，比如人权，究竟一个国家如何看待这些问题是很重要的事

情，如果人权条约可以在国内适用，相当于宪法的权利法案在国内适用，这当然是宪法问题了。英国就坚决不直接适用人权条约。WTO 条约涉及中国最为重要的经济关系，这当然是宪法问题，是很重大的。在很多国家，国内重大事务、基本的事务，比如欧洲国家加入欧盟，是都需要全民公决的。

此外，条约在国内的适用还涉及到中央与地方关系问题。中国入世以后，深圳声称要把一些 WTO 规则纳入到立法中。这肯定是有问题的。

所以这个问题是很复杂的，是一个重要的问题，涉及到很多基本的问题。而我们的宪法、立法法不去考虑这些问题，这是多么严重啊。我们对待国际法、国际条约到底是什么态度，到底尊重条约还是不尊重，都没有从立法上得到很好的解决，问题很大。

中国刚入世不久的时候，曾搞过几部委联合发文，制定了一个部门规章（不是行政法规），给予半导体产业以补贴。这件事办起来效率很低，速度很慢，估计也不是真正想补贴，磨蹭了好久。结果美国人很快就发现了，说这是补贴，违反 WTO 义务了。按照 WTO 规定，发生争端要协商，协商半年不成可以到争端解决机构解决。中国抵制上法院，拖了两年，最后还是没办成。这件事搞笑的地方是本来想补助给大家，行政机构的效率又很低，还没发呢就被发现了，最后又把这件事情撤销了，老百姓还没看到补助，就被撤了。如果去上庭、打官司、理直气壮地说，也还是有很多办法的，本来国际法就有不同的观点，可以从中找出可以证明自己的观点。两年过去了，输也不一定全输，可能还能赢一些东西呢；就算全输也没什么，两年时间足够把钱发给大家了。所以就是很笨，总是以为国际条约已经搞得很清楚了，我们一定会吃亏，其实未必如此。

我们要建立一个什么样的体系？要建立一个以宪法为核心的条约在国内效力的制度，这是一个国内的制度。宪法为核心，要做一个原则性的规定，有关的立法法要进行细致一些的规定，最高法院的司法解释予以一定的配套，等等。这就可以了，法院就知道到底国际法在国内怎么适用，哪些能用哪些不能用，国际社会也会称赞这个国家真是法治，这些东西又与宪政主义联系在一起，条约分不同的层次，最重要的条约需要由全国人大常委会批准，可以与国家立法放在同一级别，其他的效力依次递减，部际协议效力最低，仅能相当于部门规章的地位，绝对不可能与这个国家全国人大及其常委会的立法相提并论。法律还有等级问题，这是个宪政问题。这样一套制度今后一定要实现，这是中国今后一定要走的路。

· 影响国家对待国际法态度的因素

讲了这么多，需要仔细分析一下，影响国家对待国际法态度的因素有哪些。

1. 学说

第一个因素是学说，它有一定的影响。一元论，尤其是国际法优先说影响荷兰这样的国家，它把国际法摆在很高的地位，国际法优于国内法，甚至一度优于宪法。而且一元论还可以从另一个地方看到影子，这就是欧盟的法律。欧盟的法律已经变成一个超国家的法律了，欧盟缔结的东西，都是欧盟国家可以自动适用的法律，欧盟有统一海关法、统一合同法，法律体系走向一体化。一元论实际上在一些国家，特别是欧盟，取得了伟大的胜利。

另一个理论体系是二元论，英国就是二元论的产物。认为国际法和国内法是两个法律体系，国际法不能随便在国内适用，没有立法的行为，不经过转化就没有适用。英国和美国比较早地产生国际法在国内的实践，它们是很严格区分了习惯和条约的。习惯法被认为是普通法的传统，英国就认为 Custom International Law 是普通法传统。而条约是契约性质的法，是 Contracts，必须经过转化。二元论在英国对条约的态度上取得了伟大的胜利。至于美国对条约的态度，在早期美国说国际法是美国法的一部分，这是一元论的说法。但是马歇尔法官在 19 世纪初发现条约不能随便拿来适用，直接拿来用对自己很不利，而且条约规定的比较笼统，必须具体规定才能适用，于是进行了自执行条约和非自执行条约的区分。很多人比较幼稚，认为条约可以直接适用，而马歇尔法官很早就发现不行了。所以学说是一个影响因素这是毫无疑问的。

2. 国情

第二个因素是国情。英国为什么对待条约是两分法，为什么一定要经过议会，是因为英国行政和议会的区分很明确，条约缔结是外交事务。英国没有批准条约一说，批准条约也在行政。行政行为变为有法律效力的行为，不经议会同意不行，否则就是侵犯了立法权。这就是国情问题。美国对待国际法的态度也与国情问题有关，很多都与三权分立有关。美国对待条约，总的来说缔约权在议会，现在越来越扩展到行政。过去是参议院批准条约，现在众议院也参与进去，很多条约都与预算有关，如果一个条约涉及到出钱，比如维和要出钱，出钱的条约涉及

到财政,这时候两个部门必须放在一起,才能获得对美国有约束力,并且在美国有约束力的条约。中国也是这样,要设计一个结构,搞清不同层次的条约,搞清不同层次的国际法如何配合在一起。所以国情问题一定是一个因素。

3. 政策

第三个因素,很多人没有想的,就是政策的考虑。为什么美国人动不动就用后法架空条约?谁都会制定国内法,是美国人先想出这个办法的,它说自己的政策发生了变化了。一个例子是不让阿拉法特入境的事情。政策的考虑是很重要的因素。苏联解体以后,新的俄罗斯宪法把尊重人权摆在宪法里面,把人权条约作为可以在俄罗斯直接适用的国际条约,是国内政策的考虑,要以国际人权公约带动国内人权。所以政策是一个很重要的方面。

我们刚入世的时候,很多人包括一些国际法学者说WTO协议要能在国内直接适用。其实所有国家都不愿意因为直接适用让官司都跑到自己这里来,很多国家都不是直接适用的。它们都不直接适用,为什么我们自己还要直接适用呢。所以我们要搞出一套制度来,要有根据,这样也显得有法制,同时能够保护自己的利益,体现自己的政策。有人觉得用清晰的法律表现出来,我们的利益就没了,其实不是这样的。就像美国,它除了发明出非自执行条约,现在还发明了一个新的标准,最近也开始在用,即条约是否可援引的标准。一个条约可能是自执行的,但是它不可以援引,仍然不可以自动适用。有一个例子,1929年在波兰华沙签订了关于航空民事赔偿的《统一国际航空运输某些规则的公约》,在一起航空争端中,争议地、解决地都在美国国外,当事人到美国起诉,法官认为这个条约是自执行条约没问题,但是根据以上公约,不能在法院援引这个条约,因为上述条约规定所有的争议解决地都是在美国境外,所以不能以这个条约为由到美国主张权利。这个没有什么问题,如果不想让一个条约争议到自己的法院打官司,除了这个条约是不是自执行以外,还有新的标准,这个条约是不是可以援引,即便是个自执行条约。这里也有政策的考虑。我们也要很好地思考,要借鉴其他国家的经验,现在需要从立法上考虑条约在中国适用的制度。

这套制度肯定是可以建立起来的。从国内法特别是国内宪法角度看待国际法,有两个问题是不可回避的,一个是条约的缔结程序,一个是条约的适用程序,这是相关联而不同的两个问题。我们解决了第一个问题,但是没有从宪法上解决条约如何适用的问题。

国际法在国内的效力还是一个很重要的问题,这个问题和我们国家的对外政策、和一些切身的利益,都是很有关系的。如果说国际法中还有一些能看得见、摸得着的东西,这就是一个方面。我们发现,各国对待国际法的态度不同有一些原因,除了理论上的一元论、二元论的影响,国情也是一个很重要的原因。各国结构不一样,也导致各国对于国际法的态度有很大的区别。另外,从政策的角度考虑,也是各国在考虑对待国际法态度的一个很重要的因素,这个因素过去常常被忽视。当我们还在努力为遵守国际义务而做准备的时候,有的国家可能在琢磨如何通过国内法破解,甚至豁免一些国际义务的要求。这一点我们还是要看清楚的,遵守条约、遵守国际法当然很好,都是我们主张的,但是,我们不要忘记,遵守国际法有很多很多的理由,破坏国际法的人也会找很多理由。真实的意图、背后的政策考虑,也是我们应该清楚的,不能很形式主义地看待法律。法律有时候是一种Argument,就是大家来Argue。谁的声音大、证据多、说得有理,可能他说的就是法律。

李老师前一段去香港开关于New Haven School的研讨会,这个研讨会在城市大学举办,已经是第四届了。今年李老师准备了一个题目,叫“国际法视角下的政府的合法性”,在探讨当代一些很重要的国际实践、思潮、一些传统的延续问题的时候还是比较超前的。会议的茶歇,台湾东吴大学的老院长陈教授对李老师说“李教授,你的发言是我的发言的Introduction”,还说他准备向New Haven School发难。New Haven School现在的代表人物是迈克尔·赖斯曼(Michael Reisman),他有一本中文的译作《国际法:领悟与构建》(Understanding and Shaping International Law),法律出版社出版的。这场研讨会赖斯曼也在场。陈教授最后一个发言,上来就历数美国这些年来犯下的滔天罪行,主要是武力干涉各个国家,认为美国违反了《联合国宪章》第2条第4款、第2条第7款关于不使用武力、不干涉内政的原则。他说的时候,赖斯曼教授脸由白到红,由红到白,憋足了劲。陈教授不太了解这个学派,也不大了解赖斯曼这个人。过去在美国国际法学会的年会上,赖斯曼教授和他之前的老师,每次开会都要和路易斯·亨金(Louis Henkin)打擂,人们说每次开会最精彩的就是两个不同的学派的Argue。亨金属于比较传统的学派,耶鲁学派独树一帜,每次开会都要进行激烈的辩论。这一天香港的研讨会上,赖斯曼果然进行了激烈的反驳。陈教授话音一落,赖斯曼教授停都不停,第一句话就说“你以为我代表美国政府吗,你以为法律就是1945年写在纸上那些东西么”。他认为法律不是那么简单的,法律要有背景,要有现实的生活,存在于国际社会当中。他说要求美国不能使用武力,难道面对红色高棉那样的杀人,国际社会

能够熟视无睹么；面对中非帝国博卡萨皇帝吃人肉的事情，国际社会能够视若无睹么。他说人们都以为安理会的人同意就是合法的，不同意就是非法的，是这样么，难道那张票就代表合法性么。说美国人投票是为了自己的利益，哪一个国家不是为了自己的利益呢。他说的火药味很浓，但是说到了国际法、国际社会很多很实际的问题。

为什么说法律不可能一目了然、拿来就可以适用，因为情况是在不断变化，法律要给予各种各样的解释，法律还要随着时代的发展变化而赋予新的解释，以满足时代发展的需要。欧洲人权法院在解释《欧洲人权条约》的时候已经完全摆脱了所谓的原意主义（Originalism），不仅解释可以背离文字，甚至可以背离当时的原始意图。解释要按照当下在欧洲公认的道德观，把这个文件作为活的东西，给予合理的解释。国内法有时候也是这样。

所以我们说，如果我们很机械地、很简单地把法律看成就是书本上的那些东西，那我们一定不能真正地解决实际问题。我们必须把法律放在一个背景下去解释。每个解释的人也有自己的立场，我们要站在一个什么样的立场解释，需要清楚。这样我们就会发现，法律实际上是活的，是一个你来我往的 Argument，是一种选择。这才是法学院学生要学的东西，这才是今后出去堪当大任的一种技术。不学法律的人，一说法律觉得法律就是一些条文，背诵一下适用就可以了，一个萝卜一个坑。法律不是这样，法律有很多考量，考虑很多因素。法律如果那么简单，还要什么法官、律师，我们也没什么用了。所以，我们对待法律一定要有比较深刻的认识，不光是要了解法条，还要了解它背后的东西。不但是要了解背后的东西，还要了解这些法条之上的东西，到底有什么样的理想、什么样的价值追求。这样我们才能不断推动法律的变化和发展。

关于国际法在中国的适用的问题，为什么 1982 年刚改革开放的时候会出现《民事诉讼法》那样的公式呢，其实中国人还是很愿意真诚地履行国际义务的。意大利的国际法学家卡塞西（Antonio Cassese）说的一句话很有道理，每一个国家都会在历史的紧要关头拥抱国际法。我们改革开放是我们的一个紧要关头，当时创办了国际法专业，中国要与世界接轨，要了解国际法的规则，要参与国际立法。各个国家都是这样，凡是把国际法放进宪法的，都是在历史的紧要关头。现在也许是我们新的长征的开始。改革开放已经到了一个新的高度和起点，可能我们又要重新思考国际法对我们国家对外关系上的意义，国际法在捍卫我们国家利益方面的作用，国际法对于追求国际社会各国某些共同的价值的作用。这些东西，我们恐怕今天都要重新思考。第一轮改革开放过去以后，我们对于国际法的认识还有待于改进。国际法如何在国内法上得到体现，国内法如何对待国际法，这个问题我们真的需要好好想一想，真的要用一种智慧，把这个问题很好地解决。

第三章

国际法的基本原则

在我们的理论中，基本原则不是非常常用。不过国内的教科书中都用基本原则。我们的理论中更喜欢用宪章的原则，即《联合国宪章》的原则。这种说法可能更为大家所接受，各国的学者可能都比较容易认同。而所谓国际法的基本原则（Fundamental Principles of International Law），听起来比较像苏联以前的说法。我们很多也借鉴这种说法。无论如何，国际法确实有些比较重要的、基础性的、带有全局性质的原则，可以叫基本原则。不过这里更多地用宪章原则。

· 人权与主权：国际法上的两种价值

国际法的基本原则的一些内容，过去传统的国际法把这部分叫做国家的基本权利和义务。之所以叫基本权利和义务，是因为只要是国家，就有这些权利，就有这些义务，是固有的、天生的。基本权利和义务是自然法的思想，就像人生而平等一样。

关于基本原则这个提法，苏联国际法学界用过这个词，西方一些学者也用过这个词。中国改革开放以后都用了基本原则的说法。其实基本原则中很多基本概念。比如主权，就是一种价值；人权，也是一种价值。从基本原则这些举例来看，大部分是围绕着主权这个价值来定的。比如所谓的不使用武力，讲的是对一个国家的领土、政治独立不使用武力的方式去破坏、去获取，所以就是主权的一个方面。再如不干涉，讲的就是不干涉一个国家的内部事务。内部事务，无非是政治经济文化制度，一个国家治理国家的权利，这也是主权，是主权的另一个方面。再如平等，完全是主权逻辑的结果，每个国家都是主权者，是独立的，因而是平等的。独立的主权国家是互不隶属的，所以逻辑上就是平等。国际法文件上讲的就是主权平等，平等也可以说是主权的一个方面。再如和平解决争端，国际法禁止使用武力，禁止干涉，而争端也是不可避免地会出现的，既然不得使用武力，逻辑的结果就是只能用和平的方式解决。和平解决争端从某种角度上讲也是主权原则的体现。既然不能使用武力解决争端，不能用干涉的手段，只能用和平的方法。

如果用一个简练的词，国际法一方面有一个非常重要的原则，就是主权原则，法律是主权、是国家定向的法律，围绕着主权有一系列原则支持；另一方面，我们发现还有人权的原则，人权的原则完全是另一回事，讲的是个人权利。如果放在国内宪政看，会感觉它与主权是相对的。宪法学的陈端洪老师说，人权和主权是宪法上的两个端点。这两个存在着某种紧张的关系。从第一代人权可以看出来，第一代人权讲的就是政府不能干什么，个人有一些自由，政府不得剥夺这些自由，不能平白无故地把这些自由取消，个人自由是对政府、主权的限制。某种意义上说，主权与人权是一种离合的关系，政府权力和个人权利此消彼长。

在国际法上，传统的原则都是围绕着主权订立的；新生的尊重人权的原则，与主权原则存在着某种紧张关系，当然也存在着某种统一的关系。比如传染病，当 Sars 一类的传染病爆发的时候，人们会发现政府还是很需要的，大规模的传染病需要有一个权威来应对；金融危机发生了，大家感觉到要救市了，当然是需要政府救市。在美国这样的自由放任的资本主义国家，突然发现看不见的手需要限制了，不能完全放任。政府权力有时候对于个人权

利的实现是有作用的。回到卢梭等启蒙思想家来看，在原始状态，人们签订社会契约交给一个人去管，就是政府，否则就一直处于自然状态。这两者有对立，毫无疑问，同时也有统一关系。

所以基本原则这一章甚至可以改叫人权与主权。主权下面有一系列的原则，需要阐明。

基本原则，有主权平等原则禁止使用武力原则（Non-use of Force），不干涉原则，和平解决争端原则，忠实履行国际义务原则，另外还有李老师认为的尊重人权的原则。

一、《联合国宪章》的规定（基本原则的证据）

首先，为什么这些原则都是比较重要的原则？首先是个证据问题。第一个证据在《联合国宪章》第 2 条，从宪章的宗旨中也可以找到关于人权的表述。

《联合国宪章》第二条

为求实现第一条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：

- 一、本组织系基于各会员国主权平等之原则。
- 二、各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。
- 三、各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。
- 四、各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。
- 五、各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助。
- 六、本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。
- 七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。

第二个文件，是 1970 年联合国大会一个非常重要的文件《关于各国联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，我们简称叫 1970 年《国际法原则宣言》。这两个文件是比较重要的。

该宣言有一种特殊的意义。一般我们说禁止使用武力原则是国际法的基本原则、宪章原则，但是在 1986 年【尼加拉瓜诉美国案】中，国际法院的法官突然发现在证明一项禁止使用武力的习惯法原则的时候，在证明一项不干涉内政这样一条习惯法原则的时候，《宪章》没有办法用了。美国在 1946 年发表声明，接受国际法院对一些事项的强制管辖权，就是所谓的强制任意管辖。但是美国的声明有一个很重要的保留，即康奈利保留，这个保留是美国对于涉及多边条约的争端，不受法院的管辖。多边条约的争端是很多的，有人说，这个保留把美国适用的意义基本上否定了。现在联合国编纂的都是多边条约，所以美国这个保留就把国际法院逼到了不能考虑《宪章》的地步。所以法院在证明习惯国际法存在的时候，首先不能用《联合国宪章》判案，因为《联合国宪章》是标准的多边条约，不能用条约规则来判案子，也不能用第 2 条第 7 款，法院只能从习惯法的角度判这个案子，从习惯法上寻找不使用武力、不干涉内政的原则。法院突然发现寻找习惯法的时候，过去第一个证据就是《联合国宪章》。在这种情况下，法院很犹豫，能不能把《联合国宪章》作为习惯法上不使用武力、不干涉内政原则的证明呢？法院意识到一个问题，美国的保留有没有涉及到多边条约作为一种证据的问题。因为美国的保留把由多边条约产生的争端都保留了，从适用法的角度，实际上就不能用多边条约判案，但是能不能用多边条约作为证据来证明习惯法的存在，法院有一些说不清楚。有两种意见，一种意见认为没有直接用多边条约判案，就没有问题；一种意见认为还是有问题的，因为终究是用了多边条约，无论是直接用来做法律渊源还是作为证据，有可能与它的保留不符。所以在这个案子中，法院采取了放弃的态度，只字不提《联合国宪章》。法院用的最重要的证据就是 1970 年《国际法原则宣言》。当然法院也用了其他的一些美国和其他国家之间的声明。用证据，最好用当事双方的证据、声明、说法，它们是最有效的。法院用了一些与美国相关的谈话、声明，在这些谈话、声明中，美国提出了不使用武力的态度，法院将其作为证据。

要证明一项禁止使用武力的习惯法存在，法律确信重要还是国家实践重要呢，法律确信重要一些，【尼加拉瓜诉美国案】是个很明显的例子。该案在证明不使用武力、不干涉内政的原则的时候，主要是依靠法律确信，特别是在 1970 年《国际法原则宣言》中所包含的法律确信。所以证据还是重要的，用这些证据可以证明确实

在国际法上存在一些比较基础性的、全局性的原则。

二、强行法的概念

1. 强行法是效力更高的法律

强行法（拉丁文 *ius/jus cogens*），是在国际法上出现的比较晚的概念，实际上讨论的是法律等级的问题，指的是更高等级的法律。这也是一个 *Argue* 的一个很好的办法，用更高的法律，效力强于较低级别的法律。

中英香港问题谈判的时候，我们提出国际法上不允许使用武力，英国是用武力的方法强占的，所以要还回来。英国认为那个时候有战争权，国际法允许战争。我们说，难道你还想继承殖民主义的衣钵吗？英国说不想继承。我们再说国家可以使用武力收复失地。英国一听这个比较厉害，因为使用武力收复失地的事情，在 60 年代的时候印度有过先例。印度领土上有一个地方叫果阿，果阿是一个很有名的地方。有个英国电影《海狼》，讲的是第二次世界大战期间各国间谍集聚在印度的果阿，印度当时作为英国的殖民地，很快被日本攻占。但是果阿是葡萄牙的飞地，跟澳门很像，是葡萄牙的领地。1947 年印度独立以后，印度要求葡萄牙归还，葡萄牙没有归还，印度就采取了很多办法，涉及了国际法的一些与过境权有关的案子。这块飞地与外界联系需要经过印度，印度不允许过境，制造很多麻烦，在国际法院引起了一宗官司，还有著名的区域性习惯的说法。最后印度出兵将这块地方收复了。法律很多要根据背景考虑问题，从《宪章》的角度考虑这个问题，《宪章》允许使用武力无非是第 51 条的自卫，和 42 条联合国采取实行行动。而这个事情国际社会的反应很好，基本上都是说正义的、伟大的。中国在香港问题上就谈到有果阿的先例。

李浩培教授在作为前南刑庭法官在任期间，作为外交部的顾问，提出一个观点。19 世纪的实在国际法确实有所谓的战争权，但是那个时候还有自然法公平正义的概念，有所谓正义战争和不义之战的概念。这个概念适用于各种高级的法，就是这里讲的强行法。当时英国违反了强行法，或者说公平正义的自然法概念。这种 *Argue* 就有力了，因为它换了一个思路，用了更高等级的法律，更有说服力。

所以强行法实际上讲的是法律的等级的问题，认为在国际法领域有一种更高等级的法律，这种法律有一个界定，大概就是国际社会公认的、非经国际社会同意不得更改的、对国际社会每个成员都有效力的一些法律的规则。这样听起来也比较抽象，我们举个例子。

2. 强行法与任意法

强行法是跟任意法相对的。按照中国的婚姻法，男 22 岁可以结婚，女 20 可以结婚，这个规定就是一个标准的强行法的规定，因为它是不可以用协议更改的。但是有的法律的规定可以通过当事人的协定修改，而且当事人的协议是优先的。《德国民法典》规定的合伙因一方的死亡而解散，但是双方另有协议存在。这是一个标准的任意法的存在，协议可以排除法律规则的适用。强行法双方必须遵守的，不能用当事人私下的协议排除适用。

3. 强行法问题的争议

强行法的概念出现后，有很多争议。因为到底什么是强行法，哪些东西是强行法，真的是公说公有理，婆说婆有理。比如说，有人说禁止使用武力是强行法，这一般都是接受的，被认为是最重要的、最高级规则。还有人说尊重人权是强行法，有人说尊重人权不能算；有人说公海自由，有人说公海自由太低了，算不上。这个问题上有各种各样的说法。现在让我们说，哪一个是大家真正接受的强行法，可能还是禁止使用武力，各国政府、学者还是一般接受的。剩下的都是有争议的，但是这些概念经常拿出来 *Argue*。关于强行法，一个法国的作者批判了国际法的很多新现象，包括强行法的概念、对一切的义务等等。对于强行法的概念，还是有很多的非议，不过这个概念还是可以作为储备的，有时候可以拿出来使用。但是的确这个概念还需要发展的过程，以便不断精炼它的内容。

三、主权平等原则

主权平等，也可以说是两个原则，尊重主权和平等原则。《宪章》的表述是主权平等，我们可以分开来谈。

〔一〕 尊重主权

尊重主权原则第一个问题是什么是主权 (Sovereignty)。主权一般分成两个方面。首先是对外方面。对外方面指的就是一种独立权, 国家在国际关系中是独立的, 主权与独立是同义的。在对内方面, 一般的认识是一种统治的权力, 或者说最高的统治的权力, 一种治理国家的权力。魏敏教授讲到主权的时候, 说主权的真实含义是统治阶级治理国家的权力。他说的还是很到位的。过去的主权就是君主的权力, 现在没有君主了, 就是统治者的权力。尊重主权, 在国际法上就是尊重统治者治理国家的权力。

1. 主权原则在当代面临的争议

传统上, 主权是不问出身的, 不问 Origin, 不问 Form, 不问政府的形式, 不问政府的来源。后面会谈到承认政府的问题, 承认政府在国际法上有一个原则, 叫有效统治原则 (Effective Control Principle), 当一个政府有效统治了国土, 并且得到了人民的习惯服从, 这个政府就应该被承认。在国际法上还有一些案例, 包括一些很重要的仲裁案例, 确认只要这个政府是有效统治的, 那么它就是一个合法政府, 就是一个应该被承认的政府。这个角度讲, 尊重主权是不问主权的出身、渊源的, 不问政府的形式、产生的方法的。

但是, 有效统治原则和不考虑主权性质的传统国际法在最近的二十年受到了极为有力的考验。在学说方面, 纽约大学国际法教授托马斯·弗兰克 (Thomas Franck) 在 90 年代末写了一本有名的书, 里面有很长的一段内容讲的是民主的权利 (Democratic Entitlement)。他认为, 目前国际法上已经出现了一种民主的权利, 也就是说, 一个政府必须要经过自由而公开的选举 (Free and Open Election), 这是民主权利的一部分, 政府应该是民选、体现人民意志的。同时, 政府选举的过程还有可能受到国际的监督 (International Supervision)。弗兰克的说法而已不是空穴来风, 他找了很多证据。最重要的证据是当时苏联解体的时候, 欧盟曾经发表了一个声明, 表示对苏联解体后新成立的国家, 包括政府, 愿意承认。但是条件是这些国家必须尊重人权、尊重法治、尊重民主。这是欧盟关于承认的声明。弗兰克以此证明政府的成立是讲出身的, 必须是民选的、代表人民的政府才是应该承认的政府。李老师的导师、耶鲁大学的迈克尔·赖斯曼 (Michael Reisman) 在《国际法: 领悟与构建》中, 有一篇文章叫《人权与主权》。在这篇文章中, 他多次谈到, 主权应当是人民的主权, 只有人民的主权才是可以尊重的主权。这一听很像卢梭的话。而那些篡权者, 尤其是军人通过政变篡权的, 不仅不应该受到尊重, 而且应该推翻, 甚至不惜单方面武力。所以赖斯曼是很极端的, 认为这样的政府根本不代表人民, 应该被推翻, 可以不经过联合国单方面使用武力。这是最极端的国际法的学派、学说。但是目前而言, 政府的选择、政府选择的方法, 并没有一个统一的标准。弗兰克讲的顶多是未来法律的发展, 但肯定不是国际法的现状。国际法是要反映现实的。如果从现实来看, 这个世界上存在的政府是多样化的, 有民主的, 有不民主的; 有各种各样的体制, 有共和的, 还有君主的。当代国际法从 1945 年《宪章》的时候开始, 就把当代国际法定位为不仅是相同制度国家之间的法律, 而且是不同制度国家之间的法律。他在讨论的问题是, 不同制度国家之间如何共存、发展友好关系、促进国际合作、维持国际和平。当时 51 个创始会员国, 有社会主义阵营的、有资本主义阵营的, 各种意识形态的都有。当时为了照顾社会主义阵营, 为了照顾苏联, 有了大国一致原则, 有了否决权。不但如此, 还给了苏联三个联大席位, 白俄罗斯和乌克兰都算一票。联合国从一开始就是一个不同制度的妥协。当代国际法一开始就定位为不仅是制度相同国家之间的法律, 而且是制度不同国家之间的法律。这种情况今天没有发生变化, 这是一个现实。New Haven School 的大将、曾经担任过国际法院法官的罗莎琳·希金斯 (Rosalyn Higgins), 90 年代说, 当前的世界上, 80% 都是非民主的国家。如果说国际法只是民主国家之间的法律, 这不符合现实。

现在的国际关系很多是以价值划线, 以意识形态划线。现在又开始有一点儿冷战的遗风, 或者说是某种价值的对抗。一些小国总是认为把队站好了, 站在民主价值一边, 就可以以此要挟中国。我们现在也很被动, 被这些用价值划线的排除在外。国际法现在是不是要求一些国家只有义务、没有权利呢? 从国际法的所有的判例中读出来的只有一个意思, 就是国际法对所有国家是平等的, 不仅要承担义务, 还要享有相应的权利。在这一点上, 并没有所谓的以国家政府的性质或者形式划线的国际法。但是另外一方面, 我们一定要看到, 国际法是不断变动、演进的, 各种各样的学说在影响着国际法, 国际法与当今的国际政治密不可分, 跟国家的力量密不可分。很多时候, 是多数意志决定的东西。这个时候, 我们就看出来, 法律会出现一些变化, 发生跟传统的国际法不同的情况。

2. 主权在当代的意义

主权被西方人说已经失去意义了, 西方说这些话是有问题的。欧盟说这样的话还可以理解, 因为它统一了,

尽管它还是有一定的主权的因素。美国说这样的话就有些不对。美国人是讲主权的。主权在今天有几个方面的意义是没问题的。

1>领土主权

首先，所有的人都承认领土主权。领土是神圣不可侵犯的，各国不能使用武力侵犯他国的领土完整和政治独立。领土主权仍然是完整的，仍然是在维持的，没有一个国家放弃了这个概念。

2>经济主权

其次是经济主权。金融危机之后，美国采取贸易保护。贸易保护就是经济主权。在经济的领域，虽然国家把很多的东西让渡出去，让渡到国际组织、WTO，但是在经济领域，国家仍然有自己的主权，这个主权是大是小，因各国情况而异。但是这个经济主权仍然是存在的。

3>选择制度的主权

第三，一个国家的制度如何选择，恐怕还是在各国主权的范围内，是各国自己决定的事情。之所以弗兰克所说的民主的权利，包括赖斯曼的观点还是有问题的，因为谈国际法，我们要看各国的态度、实践。在90年代的时候，联合国大会曾经以压倒性的多数通过决议，明确表明各国如何选举政府是自己的事情，没有国际法上确定的选择政府的方法。这回应了弗兰克所说的民主的权利。一个国家如何选择制度也是主权的范围。

4>管辖权

此外，主权还有管辖权的概念。有属人管辖、属地管辖，现在仍然是存在的。各国根据自己的领土加以管辖，对自己领土上的人、事、物加以管辖，这是属地管辖。属地管辖也叫领域管辖。

国际法的很多事情都与领土有关，比如说庇护、政治避难。政治避难完全是领土的主权决定。对方跑过来，本国愿意接受，提供政治避难，这完全是领土导致的结果。属地管辖，或者领域管辖，是国际法上仍然存在的很重要的东西。这样的例子在国际法上还有很多。比如发生了劫机，飞机降落后就会出现问題，谁对劫机犯有管辖权？按照国际法规定，就会出现几种选择：①罪犯的国籍国，一般来讲罪犯的国籍国与机上多数乘客的国籍国是一样的，与航空器的国籍国也是一致的；②降落地；③犯罪地。但是最有控制权的是降落地国，是一种属地管辖。

过去我国有些飞机被劫持，90年代有一架飞机被劫持到日本，后来是中国管辖的，外交部还来作报告怎么样与日本交涉获得管辖权的。其实这个事情也不是很难。劫机以后会出现一系列的问题，其实降落地国不一定愿意管。按照相关公约规定，降落地国有管辖权，罪犯的国籍国有管辖权，航空器的国籍国有管辖权，等等。谁是有效的管辖权（Effective Jurisdiction）呢，显然是降落地国，领土管辖是非常重要的，这是管辖权非常重要的根源。按照公约的规定，降落地国可以把罪犯送回国籍国等，也可以不送回，没有强制的引渡义务。如果引渡回来，公约可以作为引渡的基础；如果不引渡回来，那么按照“或起诉，或引渡”的规定，就要起诉。这件事情能把管辖权拿回来，最主要的不是外交部国际法运用得多好，而是日本人不增加麻烦。他们如果持有管辖权，还要负责飞机上的人的吃喝，把人留下还可能损害中日关系。如果几次都把罪犯引渡回去，以后劫机犯也不会去日本了，可以减少很多麻烦。

管辖权肯定是主权的应有之义。属地管辖是主权最重要的体现形式，非常有效，在国际法上很多领域都体现了属地管辖。属地管辖有时候叫领土管辖（Territorial Jurisdiction），由于国家有控制的领土，所以这种管辖是有效的管辖。国家主权还体现在属人管辖，属人管辖主要指的国家对于有本国国籍的人都有管辖权。属人管辖显然比属地管辖要弱一些。属人管辖指的是只要是这个国家的人，无论在哪儿，即使在天涯海角，都有管辖权。但是理论上是这样的，当你置身于纽约大街的时候，会突然感到没人管了。当然一定要去找组织也能找到的。李老师从 New Haven School 坐两个小时的火车第一次到纽约，不知道到哪儿住，就想起组织来了。中国在纽约著名的四十二街的西头，紧邻着哈德逊河的地方有总领馆，李老师到那里住了，就找到了组织。

3. 主权对国际法的关键作用

我们今天还可以找到很多主权的实体意义。有一个西方的学者写了一篇文章，讨论主权的意义是什么，这个问题也是我们今天仍然需要回答的。主权还是有意义的，只是有时候大家不提，假装不认识。美国虽然假装没有主权这回事儿，其实它很注意的。主权还是有意义的，它有哪些意义，可以总结一下，写成一篇很好的文章。但是主权又发生了一些变化，的确现在受到了很多限制。这也是一个新的情况，是国际关系力量对比不断变动的新的發展。比如说过去海关绝对是国家主权重要的组成部分，每个国家自主厘定关税。鸦片战争后，英国人赫德帮

助清政府官海关，人们说我们的海关都丢了，让外国人管了。可现在有 WTO 了，关税是通过国际组织、国际协议确定的，WTO 就是减免关税的组织。情况在变化，今天的主权跟以前的主权确实不一样，含义有所不同。当然如果要把人民的主权的 Argue 写进去，更加丰富多彩。对主权的全面分析、准确认识、深入理解，是当今理解国际法非常重要的、关键的问题。

“和平共处五项原则”，主权是核心，其他的都是主权的某一个方面。比如说，不使用武力，讲的就是主权的领土方面，针对领土主权。当然，非法使用武力也会涉及到政治独立。但是与领土有很大的关系。再如不干涉内政，指的是对于主权的国内的事务，外国不得横加指责，也是主权的一个方面。再如平等，也是主权的延伸，因为主权在对外关系上是独立的，每个国家在主权上是独立的，因而是平等的。所以主权的概念是核心，由主权的概念引申出其他一些原则，其他的原则都是主权的一个方面。外交部的文件解释主权与人权的关系，罗列出几点，其实很多是有重叠的。如果准确地理解主权，就知道主权是最核心的原则，其他的一些国际法的原则都是跟主权相关的，是主权的一个方面。

4. 国家豁免与主权

国家豁免问题与国家主权原则有关。国家豁免在国际法上是一个比较早的问题，讲的是国家及其财产不能在另外一个国家的法院被诉，也不得执行。主要依据是主权原则，或者说平等者之间无管辖权，因为国家都是主权国家，法律上是平等的，这时候，一个国家就不能在另外一个国家在法院上作为被告，这个国家的财产也不能在另一个国家执行。

国家豁免在国际法上也是从国内法判例发展而来的。美国最高法院有一个案例叫【交易号案】，这是 19 世纪的一个判例，这个案例确定了国家豁免原则。

【交易号案】

“交易号”原是一艘美国私人船舶，于 1810 年在公海上被法国军队拿捕和没收，成为法国的一艘公船，改名“巴拉乌号”。1811 年，该船遇难被迫进入美国宾夕法尼亚州费城港。于是原船主在联邦地区法院起诉，要求法院将该船判归他们。法国没有派人出庭应诉，但宾州检察官代表美国政府到庭陈述，认为该船即便是从原告手中非法没收的，其所有权也已于没收当时转属法国皇帝，因此请求法院驳回原告起诉并释放该船。地区法院驳回了原告请求。原告上诉到联邦巡回法院，巡回法院否定了地区法院的判决。宾州检察官遂上诉至联邦最高法院。联邦最高法院于 1812 年作出判决，撤销了巡回法院的判决，并确认了地区法院的判决。

国家豁免，中国改革开放之后不少事情都与这个有关，比如最早的【湖广铁路债券案】。

【湖广铁路债券案】

为修建的湖广铁路，1909 年，清政府与英、法、德、美国签定了借款合同。根据合同，四国银行于 1911 年以清政府名义发行“湖广铁路五厘利息递还金镑借款债券”（简称湖广铁路债券）600 万金英镑。该债券利息从 1938 年停付，本金 1951 年到期未付。1979 年 11 月，美国公民杰克逊等人持有上述债券，向美国阿拉巴马州北区地方法院对中华人民共和国提起诉讼，要求偿还所持有的债券本利 1 亿美元外加利息和诉讼费。法庭受理，并于同年 11 月向中国发出传票，指名由外交部长收。要求被告收到传票后的 20 天内提出答辩，否则缺席判决。中国外交部拒绝接受传票将其退回。

法庭于 1982 年 9 月 1 日作出缺席裁判。判决中国赔偿原告 41313038 美元，另加利息和诉讼费。对此，中国外交部向美国国务院提交备忘录，指出如果美国法院无视国际法，强制执行上述判决，扣押中国在美国的财产，中国政府保留采取相应措施的权利。在这种情况下，美国政府对法院施加影响，以该案涉及美国重要国际关系为由，要求法院撤销缺席判决。由此引起的中美关系危机得以缓解。

80 年代初美国这个叫 Jackson 的先生，在亚拉巴马州发现有不少发现了清政府修建当时的湖广铁路时，向四国银行团举债发放的债券。债券发放后不久，清政府就被推翻了，这个债权就不了了之。Jackson 发现这个债券，觉得这是好东西，应该向中国共产党政府要，就在美国亚拉巴马州法院起诉，要求归还债券，大概 4000 多万美元。州法院判中国政府应该还钱，起诉书送到中国外交部，被外交部“扔出去”了，理由是中华人民共和国政府不能被州法院管辖。理论上，一个国家不能在另外一个国家被诉。当时，在【湖广铁路债券案】中，我们肯定是不参加诉讼，否则就被认为是管辖了。但是中国聘请了美国律师，用了另外的方法，可能是到庭陈述，当

时找的是贝克·麦肯思律师事务所代表中国的。中国主张主权豁免理论，这个理论还是美国发明的。这个案子上诉到美国最高法院，最高法院找了一个接近于时效的原因，让其不了了之了。

之所以这个案例也有管辖的理由，是因为在国家豁免问题上，后来发生了一些变化。国家豁免一开始是绝对豁免，国家的行为统统豁免；后来在苏联成立后，西方开始转向，说不能让国家都豁免，因为社会主义国家内的东西都是国家的，对外的经营、商业活动都是国家，对它们都豁免是不公平的，在资本主义国家商业行为是个人行为，在共产党国家是国家行为。20世纪20年代，西方国家开始转向，纷纷通过国际法把国家行为分为两类，一类叫商业行为，一类叫主权行为、政府行为。政府行为可以豁免，但是商业行为不可以豁免。从上世纪20年代以来就发生了变化，在国家豁免问题上，形成了两种理论和原则，一种叫绝对豁免，一种叫有限豁免、相对豁免。美国最高法院根据有限豁免，认为这是商业行为，可以管辖。这个案子后来不了了之，也考虑当时中美关系进入蜜月，谁也不想破坏。法律是人操纵的，看往哪儿走，为了中美关系的大局，找了个台阶下。但理论上美国认为是可以管辖的。

还有一个案例【光华寮案】。

【光华寮案】

“寮”在日语里是宿舍的意思。光华寮是座落在日本京都市左京区北白川西町，面积约为1000平方米的五层楼。该寮建于1931年。第二次世界大战后期，京都大学受托于日本政府“大东亚省”将该寮租用作为当时中国留学生的宿舍。日本投降后，“大东亚省”被撤销，从此由中国留学一组织自治委员会对该寮实行自主管理，并将该寮取名为“光华寮”。此后，旧中国政府驻日代表团用变卖侵华日军在大陆掠夺的财产所获得的公款将该寮买下，专用于中国留学生宿舍。1961年台湾当局以“中华民国”的名义在日本登记为中国国家财产。1967年，台湾当局以“驻日本大使”陈之迈的名义就光华寮问题向京都地方法院起诉，要求中国留日学生王炳寰等8人搬出光华寮。期间，中华人民共和国与日本关系正常化。1977年9月16日，京都地方法院作出判决，确认该寮为中华人民共和国的国家财产，台湾当局的原诉被驳回。1977年10月，原告不服而上诉大阪高等法院。1982年4月14日，大阪高等法院撤销原判决，并将此案发回京都地方法院重审。1986年2月4日，京都地方法院推翻其于1977年9月16日所作出的判决，将光华寮判归台湾所有。中国留学生王炳寰等人不服此判决，遂向大阪高等法院提出上诉，1987年2月26日，该法院维持京都地方法院的再审判决。同年5月30日，王炳寰等人委托其辩护律师团通过大阪高等法院向日本最高法院提交了上诉状，要求该法院将大阪高等法院作出的错误判决撤销，重新作出公正的判决。

该案中，中国方面的一个理由是光华寮中国国家财产，不能由日本判决。

当时很多案子涉及到国家豁免原则，还有【烟花案】

【烟花案】

1975年以来，中国某进出口公司直接向美国出口烟花，其中包括带响的“空中旅行”花炮。1977年7月2日，美国儿童马·斯考特手拿我国出口烟花“空中旅行”准备燃放，其友斯皮门把它点燃。烟花飞向空中时突然转向，朝着站在20码外的他的弟弟狭恩·斯考特飞去，炸伤了他的右眼。受害人的法定代表人（狭恩·斯考特父母）委托律师于1979年6月以中华人民共和国为生产烟花制造商为第一被告，以我国外交部长为中华人民共和国代理人，以烟花进口商远东进口公司和烟花经销商为第二、第三被告，向美国德克萨斯州达拉斯地区地方法院提起诉讼，要求损害赔偿600万美元，其中100万为人身损害赔偿，500万为惩罚性损害赔偿。美国驻华使馆送来美国法院传票，传我国外交部长到庭应诉，被我拒绝。美国法院声称，如我方不出庭应诉，美方可根据原告单方面请求，作出了不利于被告的缺席判决，并随时对我国在美国财产予以扣押。这是我国建国以来发生的一起重大产品责任案。

此案中美国儿童燃放中国出口的烟火，把自己眼睛炸伤了，就起诉中国，要让中国政府赔，起诉书也被中国外交部“扔出去”了，理由也是不能起诉中国政府。

这类问题在改革开放之初开始出现，后来慢慢淡化，因为进入市场经济，国家与公司分离，就不涉及国家豁免问题了。即便是以国家名义对外的商业行为，也开始用了一个新的办法，承诺不涉及到豁免的问题，是一个商业行为。苏利文这个外所做的。我们的有些做法开始考虑到把国家的政府行为和商业行为相区分，如果是政府所为，又具有商业性质，可以做承诺放弃国家豁免。

关于国家豁免的问题，前几年制定了国际公约《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，公约把国家行为分为两类，政府行为和商业行为。政府行为有豁免权，商业行为没有豁免权。但是中国目前的立场好像还在绝对豁免的立场上。前两年发生过一个香港的案子，涉及到中国对豁免采取什么立场的问题，最后全国人大常委会解释法律，结果是说明中国目前还是在绝对豁免的立场上。

国家豁免问题我们可以看看公约，中国对于该条约的态度，大家也在讨论采取什么态度。中国即便采取绝对豁免立场，也已经与改革开放之初已经有了一些差别。我们可以关注一下这方面的信息。

〔二〕平等原则

国际法上的平等原则也是很重要、很基础的原则。平等体现在很多地方，比如联合国大会等国际会议，一国一票，是平等的。开会的时候坐圆桌，国际会议入场的时候按字母，国际文件、双边的条约需要两种文本，这些都是平等的。平等在国际关系上有很多，最主要地体现在投票问题上，一国一票，大国小国一视同仁。这是平等注重的第一个问题。

· 如何看待平等

这里要讲的是不平等。虽然《联合国宪章》讲主权平等，但是在《联合国宪章》中还可以看到不平等的情况。《联合国宪章》第 27 条是典型的不平等，大国有否决权，而小国没有，这是小国一直不清楚的地方。大国说，之所以大国有，因为大国责任大，所以权利大。权利和义务相等，这是真正的平等。这种解释也有道理。大国需要维持和平，帮助小国，就要有一些权利。再如国际金融组织，国际货币基金组织等，投票是加权票，按出钱多少计算份额，这与公司股东权利一样，股东的权利与投资额是成正比的。所以平等要怎么看呢，在我们看来，平等这个概念是一个典型的自然法概念。平等可以引申出来无数的规则。

平等有形式的平等和实质的平等。法律上的平等确实是国际法上所要求、追求的，在国际法上，条约必须经过同意才能约束当事国，无论大国小国，这是平等。但平等也不能一概而论。为什么有主权豁免的说法？主权豁免就是国家不能再其他国家作为被告，国家的财产也不能被执行，也是平等的概念。我们说的主权豁免，第一个原理就是平等者之间无管辖权。不但国家不能作为被告，不但国家的财产不能被扣押、被执行，甚至外交官一般不会到其他国家作证。外交官有刑事管辖和民事关系啊的豁免权，一般不会到所在国的法院出庭，甚至作证都不去，认为有辱自己国家在尊严，会提交书证，而不会出庭。仔细体会平等的问题，很多国际法规则体现了平等。我们过去从和平共处五项原则的角度上讲尊重主权，但是《宪章》不是这么提的，宪章叫“主权平等”。这二者还是有些不一样的。平等原则确实可以仔细谈谈，中国对外关系上也常常讲平等互利。这个问题在新形势下可以好好研究研究。现在中国对外宣称的还常常是我们对大小国家一律平等、一视同仁等。

四、禁止使用武力原则

〔一〕禁止使用武力原则的意义

该原则体现在《宪章》的第 2 条第 4 款。

《联合国宪章》第二条

……

四、各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

这个原则在当代国际法上还是具有非常重要的意义。因为无论持什么立场、什么价值，总有一点还是公认的，国家在国际关系中不能随便使用武力，不能滥用武力。《宪章》的起草者说，不得使用武力，不但是禁止非法使用武力，而且要限制那些合法使用武力。武力的使用，总的来讲大家认为越少越好，尤其是现在和平主义思想下。

前面还讲了强行法的概念。现在很多人认为禁止使用武力原则已经上升到强行法原则。这个争论不大，普遍认为这个作为强行法还是比较合格的。

· 禁止使用武力原则与叙利亚问题

中国政府在叙利亚问题上，立场显得比较僵硬。我们经常用不干涉来作为理由，有的时候真的不是一个干涉不干涉的问题。如果别人问你，当一个政权残酷地用武力手段对待自己的人民，这时候还能无动于衷么，南非搞种族歧视是一个内政么。中非帝国，总统博卡萨称皇帝，这个皇帝还吃人肉，难道这样的主权还应该支持么。像红色高棉，在自己的国家制造杀人场，把所有的知识分子、精英全部关到集中营，稍有反抗就地枪决，这样的政权难道也要支持么。这个道理非常简单。这就是为什么投票的时候中国这边只有几票。我们不能简单地用不干涉的东西，还要好好看一看形势。如果真的是严重侵犯人权，就应该予以谴责，这没什么说的。这叫讲原则，而阻止使用武力，是另外一个事情。谴责，是《宪章》的 41 条，使用武力是 42 条，也可以叫授权。谴责、制裁和使用武力是两个概念，不是一回事。我们比较赞同反对使用武力，因为使用武力的后果肯定是滥杀无辜，违反人道主义法。

国际社会的多数还是反对使用武力的。在利比亚 1973 号决议上，用的是建立一个禁飞区 (no-fly zone)，并不是要授权使用武力，而是说采取一切必要手段，在利比亚建立一个禁飞区，以保护平民免受杀戮。但是决议刚出来，法国阵风战斗机就过去扔炸弹了，声称只有这样才能建立禁飞区，才能保护平民。所以各国对于这个决议有不同理解，而这种行为中国感到受骗了。很快，他们的行为变成了对于利比亚政权的军事行动，从军事目标变成对政府的目标，后来变成了斩首行动，要干掉卡扎菲。

禁止使用武力，按照《宪章》起草者，不但是限制非法使用武力，也限制合法使用武力。如何把武力限制到合理程度，是值得研究的。对于利比亚问题，中国可以谴责，但是对于是不是使用武力，可以另说。从人道法、和平法上说，大多数人反对使用武力。

谈到叙利亚问题，有一件事体现了俄罗斯的国际法的水平比较高。前几个月，俄罗斯的外长拉夫罗夫刚下飞机，记者问他对叙利亚以后的政局有什么看法，他说叙利亚政府是一个合法政府，叙利亚是一个主权国家。作为外界不能够说三道四。如果它是一个合法的政权就不能说三道四，如果是一个非法的政权，要说一个所以然。这体现出对国际法很有素养，不是随便讲两句客套话，而是说到点子上了，要说它是非法政府，就要说出为什么。有人说叙利亚政府犯了反人类罪，对平民采取杀戮政策，严重违反人权和人道法，已经丧失了合法性等等，这也是一种说法。俄罗斯的说法也是一种说法，无论如何都是从法律上考虑问题。

〔二〕禁止使用武力原则的例外

禁止使用武力原则从国际法上来讲是很重要的原则，禁止的目的是禁止使用武力侵犯另一个国家的领土完整、政治独立。但是禁止使用武力原则有几个例外。

1. 自卫

第一个例外是自卫。自卫在《宪章》的 51 条。

《联合国宪章》第五十一条

联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。

会员国遭遇外来的武力攻击 (Armed Attack)，会员国具有固有的权利 (Inherent Right)。固有的权利就是国家的基本权利，只要是国家就有这种权利，不需要任何条约的赋予。条约只不过是重申这个权利，将其放在宪章中作为一个协定国际法而已。作为自然权利，它在习惯国际法上一开始就存在。国家在遭遇武力攻击时，有天然自卫的权利。

自卫的权利现在有一些地方是有争议的。比如说，能不能预防性地自卫，就是说有国家想打自己的国家，可不可以先发制人。现代战争中，可能不先发制人，自己的国家就要没了。在西方国家，所谓预防性自卫是比较盛行的。现在以色列总是想打击伊朗，所谓的打击很简单，先把核设施干掉，以色列 80 年代就打过伊拉克的核设施。伊朗也比较强硬，扬言“要把你变成一片火海”，这话听着像北朝鲜说的。以色列害怕的就是阿拉伯世界有

核武器，所以要采取所谓的预防性自卫。但是预防性自卫在国际法上只有少数国家支持。大多数国家不支持，因为这个说不准，不是很好判断。但这算是一种理论，凡是要首先使用武力的，往往要用预防性自卫的说法。过去我们说不使用武力指的是不能首先使用武力，但是有了核武器，情况就比较复杂了。不过后来形成了所谓的威慑，就比较简单了。如果有本事在遭遇第一次打击后还能把导弹打回去，那就没有谁敢打你了，这就是所谓的威慑理论。但是刚发展核武器的国家没有这种能力。

谈到核武器，1995年国际法院发表过一个咨询意见，这个意见是应世界卫生组织等一些国际组织的要求。国际法院有两种职能，诉讼管辖和咨询管辖。这个咨询意见是关于国家使用核武器的合法性。使用核武器是不是合法，涉及很多问题，国际法院把它很好地限定在一个集中的范围之内。首先，与禁止使用武力原则有关系；第二，与人道主义法有关。原子弹是不分青红皂白的，杀伤力很大，往往造成平民的巨大伤亡。所以国际法院将这个问题限制在这两个方面，看使用核武器有没有违反禁止使用武力问题，有没有人道主义方面问题。通过对习惯人道主义法的解释，最后得出结论，使用核武器肯定是违反人道法的。这是比较显然的，战争法中是反对不分青红皂白、不分军事民用地使用武器，这个结论没有问题。但是我们不能判断国家在生死攸关的时候使用核武器是不是合法的。当国家面对生死存亡的时候，能不能动用核武器呢，国际法院说，这个问题上法律不明。这是对的，这是符合所谓威慑理论的。如果有人对本国动手，应该把有的核武器扔过去。可见国际法院还是很有水平的。

自卫还有一个问题，就是自卫是《宪章》第51条规定的。从这个角度讲，它是一个协定国际法。关于自卫权的问题，协定国际法和习惯国际法都有自卫权。协定国际法的自卫权就是《宪章》51条。协定国际法和习惯国际法有些不同，使用协定国际法的自卫权，还要向联合国报告。协定国际法会规定一些机制，因为它是一些条约，规定了一些实施的机制，可能它实施的办法更强。习惯国际法的自卫权是天然的权利，不受51条限制，也不存在报告的限制。习惯国际法的自卫权无非强调两点，第一点是有必要自卫；第二是要按照比例原则，或者说相称原则。总的来讲，这种对应程度就像国内法上讲的自卫、正当防卫。

2. 执行行动

第二个例外是《宪章》第42条，讲的是执行行动。

《联合国宪章》第四十二条

安全理事会如认第四十一条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动。

联合国建立的第一个目的是建立一个集体安全体制。几个国家联合起来，小国最喜欢这样做。小国打不过大国，就两个办法，结盟和中立。联合国就是一种集体安全体制，当一个会员国受到攻击的时候，要一起行动。《联合国宪章》规定了会员国有帮助会员国采取行动的义务。瑞士很长时间就没有参加联合国，因为瑞士是永久中立国，这种规定与其宗旨不符。

联合国是集体安全体制，45条还规定了在执行行动情况下应建立联合国军事参谋团。第42条用过没有呢？朝鲜战争的时候，美国人就说我们是“联合国军”，“联合国军”在朝鲜战争中算不算第42条，这个问题有争议。我们说不算，认为42条当时没有用。当时新中国政府还没有在联合国里面，美国一直要在安理会通过决议，苏联坚决反对。可是当时苏联的代表马利克回国了，据说他是很讨厌美国人总想在安理会通过决议，愤然回国，美国就说赶快通过决议，声称缺席不算否决。苏联则说缺席需要五个大国同意。美国说不能这么解释，缺席不构成否决。所以当时决议的有效性、合法性是一个问题。当然现在不存在缺席的问题，不明确反对就不构成否决。另外谁来指挥这支军队，是美军司令麦克阿瑟指挥。美军司令指挥，不是“联合国军”，有一些人认为这就是一条证据。当时还有“联合国军司令部”，有“军事参谋团”，其实那也是美军指挥的。所以到底42条用过没有，说法不一。42条讲的是武力措施，当国际和平受到破坏，41条所指的非武力措施不足以恢复和平的时候，可以使用武力措施恢复和平。42条是武力措施、执行行动，但是它用过没有，在朝鲜战争问题上有分歧。

3. 授权

42条讲的是组织联合国军，今天除了这种方式以外，还有一种新的类似于42条，但是不太一样的合法使用武力的方法，就是授权。现在说使用武力，都说“采取一切必要措施”。比如90年，伊拉克萨达姆大军进入科威特首都，把科威特变成了伊拉克的第十九个省。光天化日之下，伊拉克进行的征服行为，引起国际社会震惊。当时联合国通过了措辞强烈的决议，要求伊拉克立即从科威特撤军，呼吁国际社会采取一切必要措施将伊拉克赶

出去，恢复当地的和平。决议刚下来，英美就动手，很快就把萨达姆打回去了，然后对伊拉克实行了很多限制，比如在伊拉克北部与土耳其接壤的地区建立了禁飞区。此后对伊拉克一直有很多限制。而第二次海湾战争，美国没有经过授权，只有两个理由，一个是说有大规模杀伤性武器，一个说伊拉克不民主。其实根据前国际法院院长希金斯（Rosalyn Higgins）的说法，据统计国际上 80% 的国家都不民主。置于大规模杀伤性武器的说法，也规定没说有这种武器就可以武力进攻。

第二次海湾战争中伊拉克萨达姆很快就被打败了，萨达姆、卡扎菲之类都是纸老虎，卡扎菲还没怎么打呢就被消灭了。卡扎菲倒有一点儿好，他一直是上校，一直没给自己升官，这一点还是挺谦虚的。曾任中国驻利比亚大使的王厚利曾到卡扎菲的帐篷里长谈过，他说卡扎菲觉得老是受美国欺负，一直在思考如何运用国际法突破美帝国主义封锁。然而一切独裁者都是纸老虎，卡扎菲也很快就没了。

授权是联合国实践中发展出来的一种联合国的习惯法，一种实践。在《宪章》上看不到这个词，它是从第 42 条、第 51 条发展出来的新的合法使用武力的实践，也可以说成了联合国的习惯法。今天讲在联合国的框架下使用武力，无非讲的就是授权的问题，不大可能出现 42 条，组建联合国军、建立军参团的情况。有人说 42 条已经死亡，取而代之的是授权行动，这是新发展出来的合法使用武力的方法，这种方法就是采取一切必要措施的措辞，授权国际社会任何采取自愿行动的国家，通过武力方法，制止非法行为。中国到现在还没有动过一次，都是不干涉，如果什么时候也动用这种，就采取更为积极的态度。现在相对来讲中国还是处于守势。

4. 收复失地

还有一种例外是收复失地，过去叫民族解放运动。民族解放运动肯定要动武，要把殖民者赶出去。虽然西方国家说不要使用武力，要采用非暴力的方式，但是很多民族解放运动还是使用武力的。收复失地的行动比如讲到过的果阿，当时印度把葡萄牙人赶走了，这件事给中国收复香港提供了一个先例。收复失地是说领土本来就是自己的，被非法占领了，只有动用武力。在当时的背景下动用武力，如果国际社会都不说话，就是合法的了。New Haven School 讲国际法是一个背景上的国际法（Context Law），如果动武之后大家都不说话，就是合法的。有些国家说这个事情是对的，有的国家笑而不语，态度暧昧；有的国家不说话，保持 Silence，国际法上这就是默认。所以 Context Law 的说法还是有道理的，国际法都是背景之下。

去年，西方国家，主要是法国、意大利，对利比亚军事打击，是合法的还是非法的呢，从 1973 号决议看，它讲的是采用一切必要手段，在利比亚建立禁飞区，以保护利比亚的百姓。动武肯定是允许的，但是动武是不是可以打击军事目标、民用目标，对卡扎菲进行斩首，还是动武只是限定在禁飞区，有不同解释。当时决议的时候对这个问题就达成一致意见，有两种意图。一种是中国和俄罗斯认为的，主张限制在禁飞区，一种是西方国家认为的，也可以包括打击政府目标等。这个时候就从背景的法律考虑，看看国际社会的反应。如果要坚决反对这种对决议的解释，中国和俄罗斯就应该站出来，反对这种解释。就像科索沃战争，北约轰炸南联盟的时候，俄罗斯带头在联合国提出谴责西方国家的决议。虽然最后没搞成决议，但是表明了态度。这一次则没有人说话。更有甚者，各国还纷纷承认利比亚的反对派，认为利比亚的过渡政府是代表利比亚人们的唯一合法政府。这说明国际社会的多数对这种轰炸、使用武力持赞同或默许态度。可见现在人权的价值和力量很大。回到 20 年以前，看看【尼加拉瓜诉美国案】，美国轰炸了尼加拉瓜的一些港口，支持了尼加拉瓜反对派，最后国际法院判决美国败诉。如果按照尼加拉瓜的案子看这个事情，西方国家要受到更大的谴责，而现在是另外一种情况。用人权平衡不干涉、不使用武力原则，事实上人权的原则已经把不使用武力、不干涉的原则架空了。

五、约定必须遵守

《宪章》第 2 条规定忠实履行国际义务。

《联合国宪章》第二条

为求实现第一条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：

.....

二、各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。

.....

履行国际义务是国际法的一项基本原则，这是没有问题的。跟这个原则有关系的叫做禁止反言原则，就是不

能说话不算话。

最近日本外相说中国曾经承认过钓鱼岛是日本的，因为 50 年代《人民日报》的一篇文章。日本在这个问题上用的就是禁止反言原则。当然那文章也不一定是中国政府的立场。当时周恩来总理还说国不承认《旧金山和约》的有效性，中国政府怎么不提出这个来呢。

约定必须遵守、忠实履行国际义务原则，在后面的条约法中谈，这更多的是守信的问题，条约法的事情。

六、和平解决争端原则

关于这个原则，后面也有专章去谈，这里大概谈一谈。和平解决争端，大家都说是国际法的原则。但是有一点需要讨论，即国家是不是有一个一般性的义务去解决争端。事实上国家可能不存在一个一般性的义务解决争端。双方有争端，不去解决，耗着就耗着，也没有违反国际法的什么责任。国家在解决争端问题上应该是不存在国际法的一般义务的。和平解决争端更多的是一种指南。

1. 关于是否存在争端

和平解决争端的问题上，很多人不太重视一个问题，就是争端存在与否。争端就是法律分歧和事实分歧，但是争端一定要表面化，有要求和反要求，要公开。如果一方不存在争端，就没有办法和平解决。

钓鱼岛问题上，日本就说没有争端。经过观察，发现日本有一些漏洞，现在好像还没人从这个角度讲。对于日本的不存在争端，不存在搁置争议、协商解决的说法，我们姑且不说 1972 年中日建交的时候日本领导人怎么说的，就说在这之后这么多年来日本对钓鱼岛的态度叫做“不登岛、不驻军、不建军事设施”的三不主义，三不主义证明了事实上是有默契的。如果双方没有某种默契，如果不存在争议，就不会采取这种三不主义。三不主义事实上证明存在着争端，存在着当初的外交上的默契，搁置争议、协商解决。所以这些行为事实上证明了这一点，中国如果到国际法院，就应该用这些东西说事儿。

日本还有一个漏洞。野田佳彦在联大发表演讲，不知道他是犯了个错误还是什么情况，居然在联大中说，我们要和平解决国际争端。这就意味着承认争端。只有承认有争端才说这个话，否则这话是不能说的。说要通过和平的方式解决争端，他说的无非就是韩国的独岛和中国的钓鱼岛。他的这种说法如果拿到第三方，肯定会意味着争端已经存在。不知道他怎么会说出这样的话来，这些都是可以被抓住的。

2. 和平解决争端的方法

和平解决争端有两种方法，一种是政治的方法，一种是法律的方法。政治方法，包括谈判、斡旋。在政治方法方面，政治当中也有法律，法律当中有证据。要采用政治方法，首先要从哪里开始呢，政治解决争端肯定先从法律原则和概念开始。政治的方法后来会妥协，但是要从法律的概念、原则入手，根据法律的概念、原则解决。

法律的方法无非讲的是司法的、仲裁的方法。司法当中也绝对是有政治的。李老师说不同意我们的领土争端拿到国际法院解决。李老师说，这个法院现在已经成为了西方的法院，多数法官的价值与我们不一样。这个时候把案子交给他们，有很大的风险。当一个价值与你不同的法院，判一个你与一个和它价值相同的国家的争端，你一定会吃亏。国际法院也不太可能一边倒，一定会让两方都得分，但是，五五开的时候，给价值不同的可能是四，甚至是三。当然这其中还有一些技术性的原因。还有，如果到国际法院上去，菲律宾还要到国际法院去呢，不能跟一个政治解决，跟另一个一个法律解决。不是有没有人去打官司的问题，问题是价值跟你不同的第三方可以找出无数的理由。

解决争端有时候就是有点儿和稀泥的意思，政治的方法就是谈判，谈判不成就斡旋。联合国前秘书长瑞典人哈马舍尔德（Dag Hammarskjöld）被认为最懂国际法。非洲发生刚果危机等事件的时候，他想要通过一些决议解决问题，就把五大国叫过来吃饭。餐桌上他说要通过一个决议，说不通过这个决议就与联合国维持和平与安全的原则不符。于是五大国就同意了，决议就通过了，就有了 Authority，有了 Power。所以有人说哈马舍尔德在联合国是战无不胜，因为他知道决议要有大国的存在，同时要有安理会的形式。他其实采用的是一种斡旋的方式，这个很多人是不知道的。

此人还有一个关于斡旋的故事，叫红色吉普。他的吉普是红色的，他的司机开着联合国秘书长的车，自以为很厉害，结果在路上和一辆出租车撞上了。那个出租车司机很生气，说你这红色吉普有什么了不起啊，双方就吵架。哈马舍尔德就过去了，他怎么斡旋的呢，他说别吵了，都是因为纽约天气不好，每个人心情都不好，这种天

气搁到谁身上都爱吵架。纽约市政太差了，这个路修的曲溜拐弯的什么玩意，不撞车才怪呢。他就说了一些八竿子打不着的事情，两人一听也一块儿骂天气、骂马路，然后两人就和好了。可见他真是斡旋的高手，他把责任都推到搞不清楚的东西身上，实现自己的想法。和平解决争端要这样做。

七、不干涉内政原则

不干涉内政原则规定在《宪章》第 2 条第 7 款。

《联合国宪章》第二条

为求实现第一条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：

……

七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。

严格讲这个原则叫不干涉原则，而不是不干涉内政原则。不干涉内政是我们在和平共处五项原则中提出的，所以常常说成不干涉内政。其实按照 70 年《国际法原则宣言》，说的是不得干涉一个国家的内政和外交的事务。主权是两个方面的，一方面是独立权，一方面是对国内事务的决定权。所以准确地讲，应该叫做不干涉原则，西方叫 Non-intervention。所以实际上不干涉既涉及到不干涉国内事务，也涉及不干涉一个国家独立自主的外交政策两个方面。不过内部事务可能大家说的更多一些。

1. 内政的范围

哪些是内政呢，内政包括的内容还是有很多的。比如一个国家的制度，政治经济文化社会制度，应该是内政问题。所有的国际文件都在讲，不干涉一个国家自由选择政治经济社会文化权利。关于政府的合法性，政府是不是一定要按照一个模式、一个方法选举出来呢，国际法其实也没有要求，没有统一的规定。不但没有，前几年联大还有决议，说如何选举政府，政府选举的方法是各国自己决定的。一个国家如何选择自己的制度、政府，本质上还是一个内政问题。

现在内政的范围是有些变动的。以前内政很多，随着国际法的变化，内政的范围越来越缩小。在常设国际法院阶段的一个案例中，国际法院对内政做了经典的阐述，凡是国际法没有规定的事项都是内政。国际法有规定的事项，就是国际关注的事项。这个话说的还是很准确的。现在国际法关注的事项越来越多，在人权的问题上不再是一个纯粹的国内事项，而是一个兼有国内国际两方面的事项，从法律的术语来讲，是共有管辖权 (Concurrent Jurisdiction)。当然具体地问题上，比如人权的实施，主要还是国内的事情，不能指望国际机构来实施它，主要还是国内机构来实施。

总之关于内政，主要是制度的选择、政府的选择、道路的选择，这是内政问题。内政的概念是一个不断变动的概念，对每一个国家来讲，可能都不大一样，因为每个国家承担的条约义务也不大一样。比如关税，过去厘定关税是各国主权的事务，现在由于 WTO 的规则，由于关税的免税、减税，这个问题上有一部分的权力让渡给国际组织、国际条约。所以今天内政的概念还是不断变化的，这与国际法的发展是有关联的。

2. 干涉的概念

这个问题上还有一个干涉的概念。什么叫干涉呢，过去西方学者讲的干涉是动武、武力。武力干涉确实是最强制的干涉，但是动武也为禁止使用武力原则限制。所以干涉除了动武以外，一定还有其他内容，否则这个原则就不存在，就被禁止使用武力原则替代了。我们可以仔细看看《联合国宪章》的起草过程。什么是干涉呢，就是不能涉及、过问这个事情。如果是一个国家自己的事情，其他国家说都不能说。干涉，从行为来讲，可能跟语言有关系。如果是一个国家自己的事情，别国是不能评论、说话的。个人自然可以随便说，比如美国大选，一看罗姆尼，说他长得不好看，这没关系，我们随便说，但是官方不能说。严格讲干涉是言语干涉。

干涉的事项再如，支持一个国家的反对派，提供财政援助或者军事援助。从这一点上看，利比亚的事情，真的与 20 多年以前【尼加拉瓜诉美国案】形成了鲜明的对比。那个案子上，国际法院认定向尼加拉瓜反对派提供武器，提供财政援助，帮助训练反对派，统统都是干涉内政的行为。而在今天的利比亚，在叙利亚，很多西方国

家派了很多军事教官，提供军事援助、财政援助。如果按照 1986 年【尼加拉瓜诉美国案】的标准，统统都是干涉行为。如果认定叙利亚政府是一个合法政府，这些行为确实是干涉行为，因为不可能一个合法的政府，只承担义务，不享受权利。它享有的权利就是不能被外国政府加以干涉。

干涉的问题现在最容易与人权问题相平衡。在一个具体问题上，什么是干涉、什么是尊重人权，哪个原则应该是支配的，这个问题确实要具体情况具体分析。

另一种情况，用经济的方法影响对方的决策，包括影响对方的外交政策、对内政策，这是否属于干涉呢。大家一般认为现在经济是相互依存的，这种东西不叫干涉。

八、尊重人权原则

关于尊重人权原则，前面已经讲了很多。这些年来，国际法发展最快的可能就是人权的原则。这个原则对国际法的各个方面确实产生了深刻的影响，说它是一个重要的原则一点儿也不过分。现在我们要平衡主权和人权、不使用武力和人权、不干涉和人权的关系，要搞清楚哪一个是支配性的、哪一个能够适用，这还是要具体情况具体分析的。从联合国的很多例子中，都可以发现联合国大会、联合国经社理事会，都有案例讲，当一个国家严重地、一贯地、大规模地侵犯人权，国际社会是可以谴责的，不干涉原则是不适用的。安理会一些决议也表明，当一个国家严重侵犯人权，对和平与安全造成严重威胁，安理会可以进行制裁，甚至可以授权使用武力。1973 号决议是一个例子，当然 1973 号决议授权使用武力到底是干什么还有争议。但是不管怎么说，从安理会从制裁南非开始，形成的一些决议，都是用人权原则替代了不干涉原则。

但这并不说明不干涉原则现在没有用了。不干涉原则现在一直是有作用的，它对于一个国家制度、道路、政府的选择仍然是适用的。这说明了今天的国际法是一个不同制度国家之间的法律，而绝对不仅仅是所谓民主国家之间的法律。如果是不同制度国家之间的法律，那么不干涉原则一定是有生命的。

第四章

国际法的主体

一、国家作为国际法基本主体

1. 国际法上的主体

国家是国际法的基本主体。目前的国际体系还是以国家为主，国家还是国际社会的基本单位，国际法主要还是调整国家之间的法律。这种状况还是没有改变，即便是特别强调人权价值的法学家，比如耶鲁学派的希金斯（Rosalyn Higgins），也讲目前的国际法是国家之间的法。这个还是有共同认识的。即便是 New Haven School，他们说是国际法律的参加者有国家、个人等，不太具体区分，但是如果仔细考虑，在国际法律的进程中，立法、实施法律的，主要还是国家，这个情况还是没有变。

国际组织

关于国际组织，目前大家也都承认是国际法的主体，不过是受一定限制的，主要是受到组织约章的限制，国际组织要按照组织约章行事。国际组织确实有一些国际法主体的特点，比如可以签订条约。现在我们讲国家和国际组织签订的条约，国际组织相互之间的条约。国际组织还可以有求偿权，比如国际组织官员受到国家的侵害。所国际组织作为主体问题也不大。

公司

问题比较大的是公司和个人，首先说一下公司。公司的情况，一般认为很难说成是国际法的主体。因为公司之间签订的都是合同。上世纪 60 年代，西方国家的一些石油公司，和中东产油国签订了某种类似于合同的协议，是公司和国家签订的协议。这些协议不叫条约，但是很像条约。西方国家很注意保护自己公司利益，这些东道国如何保护自己利益，也值得考虑。当时签订了这样一种协议，其支配的法律（Governing Law）全部是国际法。这也说明公司可以适用国际法。当时这些公司通过协议，把大量的油田的管理权、甚至行政权拿下来了，这也有点儿变相的殖民的色彩。这些协议规定争议的解决，支配的法律也是国际法这些有一点儿国际法主体的味道，但是一般国际法理论还是把公司排除出去。1952 年左右，国际法院有个案例【英伊石油公司案】，就是一个公司与一个国家签订的协议，被认为是不叫条约，只能叫做契约。国际法院一般认为公司不能作为国际法的主体。

【英伊石油公司案】

1933 年 4 月，伊朗政府(当时称波斯)与英国一家私有公司—英伊石油公司签订一项协定，授予后者在伊朗境内开采石油的特许权。1951 年 3 月到 5 月间，伊朗议会颁布若干法律，宣布对其境内的石油工业实行国有

化的原则，并规定了有关程序。这些法律的实施引起了伊朗政府与英伊石油公司间的争端。英国政府支持该英国公司的主张，并以行使外交保护权的名义，于1951年5月26日以单方申请的形式在国际法院对伊朗提起诉讼。英国政府主张国际法院对该争端有管辖的主要依据是英、伊双方曾发表的接受国际法院强制管辖权的声明和属于声明范围的伊朗与第三国及与英国缔结的若干协定。伊朗政府对国际法院对该争端的管辖权提出反对意见，其主要理由是，根据伊朗接受法院强制管辖权声明的文本，法院的管辖权限于有关在该声明发表后伊朗缔结的条约的争端。1951年7月5日，在法院对争端是否有管辖权的问题还悬而未决的情况下，应英国政府的请求，法院发布临时保全措施。1952年7月22日，法院以九票赞成，五票反对，作出法院对该案没有管辖权的最终判决。同时宣布终止此前发布的保全措施。

个人

传统国际法理论认为个人不是主体。当时给国际法主体下定义，无非认为主体是法律人格，这个法律人格可以享受权利、承受义务，能够进行一定的国际交往。从权利和义务看，今天的个人真的是在国际法上享受权利，如果从这个角度讲，确实不能说不是主体。个人在国际法的地位确实发生了很大的变化，所有的人权条约都给予个人以责任、义务。这个问题上，个人肯定与国家是很类似的。

但是换一个角度看，个人肯定不能与国家签订条约，这样的能力还是受到限制的。另外，很多国际性的法院、仲裁机构并不接受个人的诉讼请求，个人并不是诉讼的当事方。在国际法院，不但个人不能作为诉讼主体，国际组织都不行。国际法院只受理国家之间的诉讼，但是在咨询方面，可以接受国际组织在法律上的咨询。这个角度上个人和国家确实是有差别的。并不是所有的法院都不接受个人的起诉，欧洲人权法院就接受个人控告国家，美洲人权法院也接受，在一些区域性的国际性法院，个人也可以作为诉讼主体。当然仔细来看，也有一些区别，比如要求个人用尽当地救济。当地救济是国际法一个常用的词，先把国内的手段用完，才能到国际法院打官司。

人权就是一个国家如何对待自己的国民、百姓的问题，到国际上打人权官司就是控告自己的祖国，首先要看自己国内的手段是不是用尽了。这方面，个人与国家还是有些区别。

个人的权利的来源，跟国家也不一样。国家有些权利是天生的，所谓基本权利、固有权利。个人在国际法上的权利严格讲，不是自然法的概念。要么是国家参加的条约，要么是国家的实践，通过习惯国际法获得的权利和自由。来源于国家不一样，可能是国家的权利派生的。这一点上，个人与国家还是有区别的。

李老师说，个人的地位与以前的传统国际法确实不一样了。可以说有一种一定的、有限的人格，但不是像国家那样的完全的人格、法律主体。目前，个人在国际法的实施上还是起一定作用的。原来讲国际法的实施，主要通过国家的一些办法，比如抗议等。现在，民众的力量对于国际法的实施也很重要了。当然现在民间对日本的压力不是这里说的民众的力量。

公司法上有所谓的企业社会责任一说，一次召开关于企业社会责任的研讨会，李老师也被卷进去了参加，一开始认为跟国际法关系不大，有关系的也就是全球契约、守则等内容，这些在国际法上都是软法，没有什么约束力。后来李老师感觉到，个人、公民社会确实很有力量，人权让企业责任的问题都与国际法更紧密地联系起来。比如说，人权过去人权是靠政府实现，国际社会要想实现人权，依靠的是批评、指责、制裁等，这些方式有时候可以，有时候不行。但是 Civil Society 很厉害，把企业社会责任的概念，把人权的的东西变成必须遵守的一些东西。比如说，人权的组织在民众中宣传，说不要买某些东西，那是侵犯人权造出来的，是童工造出来的，是剥削血汗工厂造出来的，是劳改人员造出来的。大众就不买了，认为这个商品不人道，违反了企业社会责任。这些东西在沃尔玛卖不出去了，就对工厂施加压力，工厂就采取不用童工、给工人增加工资等方式，去符合人权标准，原来得不到实施的国内劳动法就可以实施了。

有一天，有个记者采访一个工厂女工，说你气色不错嘛，女工说这两天很高兴，这两天老板有订单了，有订单了就有钱赚了，还说老板说这回工资要翻倍，每周末要休息两天。老板是受到了给订单的人的压力，被迫承担企业社会责任，而给订单的人受到了消费者的压力。有些时候个人对人权的实施，对一些基本权利的实施起到了很大的作用，间接对国际法有关人权的部分产生影响，有可能比政府的部分还要有效。

如果我们认真讨论国际法进程的参加者是谁的问题，会发现不但有国家，还有个人、公司。如果把形式主义去掉，透过面纱，去看待国际法的实际运作，会发现个人、公司都在国际法的进程中起到了很大的作用。不但是实施问题，还有国际法的制定问题。很多团体，包括 NGO 对国际法的制定都有压力。每当立法的时候，NGO 就汇集在外面，提出要求，影响国际法的立法进程。虽然国际法形式上是国家制定的，但是受到了民间的很大的影响，尤其是在一个讲究民主、参与的社会中。

2. 国家的要素

下面谈另外一个问题，国家的要素。现在国家是不是定型了呢？这些年来出现了很多新国家，以后也会有新国家。不要以为以后不会出现新国家了。李老师读书的时候就曾以为不会有新国家出现了，没想到 1990 年前后苏联解体了，一下子出现了 15 个国家。当时根本没想到苏联会解体，各加盟共和国到阿拉木图开会，宣布成立独立国家联合体，这就是邦联了，每个都各自是主权国家，苏联很快就解体了。苏联的解体基本上是一个比较和平的进程，南斯拉夫的解体是比较血腥的，现在还留下很多后遗症。南斯拉夫解体后出现很多国家，斯洛文尼亚、克罗地亚、马其顿、波黑、塞尔维亚、黑山，科索沃现在还在僵持着。其中斯洛文尼亚是个旅游胜地，有很多中世纪的古堡，有优美的山谷绿地。新国家还是会出现的，社会的进程不以人的意志为转移。

国家的要素，有以下几点：

1>领土

国家的要素，首先是领土。领土大小就无所谓了，比如梵蒂冈就很小。领土方面有一个问题，如果领土边界有争端，是否影响国家的要素呢。不影响。所有人都认为只要有领土，有大致确定的领土就可以了。至于领土争端则无所谓，新国家的出现往往都是有领土争端的，这不影响它作为一个国家的存在。20 年前，有一个英国人在北海上拉了一个船坞，建立了个平台，成立了个什么什么王国，自任元首，给他老婆封了个第一夫人，儿子封了个首相，儿媳封了个大臣……人们都说这是闹剧。估计这个人扛不住北海的风浪了，就回去了。所以领土是必须的。

2>居民、人口

第二个要素是居民、人口。有人说是永久的居民。人还是需要的，多少还要有些，可能需要永久的，不应该都是移民，即使都是移民也要归化了。

3>政府、政权组织

第三要有政府，政权组织。政权有没有一个统一的要求呢，比如政权的成立、政权起源、获得的方式等有没有统一的要求呢，可能现在还是没有一个统一的方式。

4>从事国际交往的能力

第四要有从事国际交往的能力。有人说是要有主权。主权听起来有点儿抽象。其实从事国际交往的能力，这个要素讲的是独立，是说这个实体一定不依附于某一个国家，在它的上面没有更高的权威，不是一个附属国，不是一个傀儡，而是一个独立地可以进行对外关系的国家。这里的主权说的是，可以独立交往、没有任何外来意志可以控制它。说这个要素是独立、主权、有效能力都可以。

3. 国家的形式

国家从形式上讲，还有一些区分。一种区分是单一国与联邦国。国际上有单一国，比如中国；还有联邦国家。联邦国家主要讲的是对内的权力，治理国家的权力由联邦和各个联邦的单位分享。一谈到联邦制的国家，就想到法律有州法，有联邦法律。和单一制不一样，有两套东西。但是联邦国家有一个特点，对外关系上全部集中在联邦政府。个别国家给联邦的组成单位一点儿对外的权力，比如签订一些不太重要的协定。原来的加拿大就给魁北克签订文化协议的权力。加拿大的文件上面是英文，下面是法文，到处都是两种文字。按照一般的原则，对外关系都掌握在联邦政府手里面。这里面我们看看香港的情况。我们是单一制国家，但是有一些例外。国防、外交事务都在中央手里面，其他事务特区政府享有。多多少少与联邦的原理有一些类似。

联邦的问题涉及到对外关系。对外关系很多，条约的缔结是联邦政府缔结。谈到条约，一个座位国内宪法缔结条约的权力，还有国内适用条约的问题。联邦国家，有联邦法和州法，条约都被视为联邦法律的一部分，可以优于州法，在各州得到适用。这是联邦国家的一个特点。

国家还有一些形式，比如邦联。邦联和联邦不一样，是松散的国家的联合，不是一个统一的国际法的主体。邦联的各个成员是一个国家。邦联过去有个阿联，阿拉伯国家联合体？阿拉伯国家和叙利亚。再如欧共体、欧盟，既不是邦联，也不是联邦，有一点儿联邦的味道。欧盟有自己的法律，这一点上有超国家性质。但是欧盟的成员国又是主权国家。欧盟是新的国家组合的形式。我们可以好好研究一下联邦国家在对外关系方面是什么情况。缔结条约、条约适用，这还是一件很有意思的事情。

我们现在对台湾发出和解的声音，只要回归，有很多选项。只要是一个国家，任何主权国家的形式，都可以是一个选项。

二、承认新国家和新政府

承认是一个有意思的问题，和国际关系有关，是国际政治的重要的方面。国家通过承认或不承认，可以增加自己的力量或者削弱对方的力量。承认也是一个法律上的问题，是国际法的概念，通过国际法的一些理论，承认具有法律的意义，与国际法有关系，与一个国家的国内法也有关系。

过去承认这个问题似乎不是那么重要，现在人们发现承认是很重要的，它涉及到很多国际法的基本的问题，有一些不但是法律的问题，也是政策的问题。在外交关系上，承认仍然是一个需要相当重视的问题。承认在很大程度上是政府的合法性问题。谈这个有什么意义呢，从叙利亚和利比亚问题来看，现在这个问题相当重要。俄罗斯外长拉夫罗夫说叙利亚政府是一个合法政府，其他国家没有资格说三道四；但是有些国家则说叙利亚政府践踏人权，合法性完全消失。合法政府应该按照国际法保护，非法政府应该推翻，到底在国际法上关于政府的合法性标准有哪些，这个问题还是要好好研究一下。

如果认为国家是一个事实存在，那么合法性就跟承认没什么关系，就是谁控制政府，谁就是合法的了。比如说美国，一度不承认新中国政府，因为它因为意识形态的原因不喜欢这个政府，但是美国最后还是承认了中华人民共和国政府的。美国承认中华人民共和国政府，就是承认它的合法性，承认它为合法政府。我们所有关于建交的外交协议都会谈到，“承认中华人民共和国政府为代表中国的唯一合法政府”。这就是合法性问题，是对本来存在的政府的合法性的确认。

承认今天看来是一个重要的问题，涉及到国际法的很多基本问题。从国际法上讲，承认有承认新国家和承认新政府之分。给承认下一个定义，承认是既存国家对新国家、新政府的确认。一般国内的研究都会说既存国家对新国家、新政府存在的确认，是一种政治的行为，也是一种法律的行为。要分清有对新国家的承认、对新政府的承认，还有对叛乱团体、交战团体的承认。

〔一〕承认的两种理论

在承认问题上，有两种不同的理论。一种理论叫做构成说，构成说认为承认导致新的国际法主体出现，承认具有创造国际法的主体的效力。所以这种学说称为构成说。也就是说一个国家的主体资格是由承认这种行为导致的。如果一个国家不获得承认，就不是国际法的主体，不是一个国家。简单讲就是承认创造一个国家，或者承认创造一个国际法主体，只有经过承认，才是一个新国家，才是一个国际法主体，才具有在国际上打交道的能力。

第二种理论是宣告说。承认只不过是对于这个事实的宣告，不创造国际法主体，国家存在是一个事实。一个新国家、新政府，是不是被承认，主要看存在的事实。如果已经具备了国家的几个要素，如果政府已经对领土进行了有效统治，就应该承认，承认是对事实的宣告，与国际法主体的产生无关，并不创造一个国际法主体。

在早期，19世纪末、20世纪初以及更早的时候，国际法主要是欧洲文明国家的国际法。国际社会相当于一个国际社会俱乐部（Club），如果要进入国际社会，必须经过文明国家的承认才可以。从这个角度讲，当时流行的是构成说，不承认就不是国际社会的一员，就没有在国际社会上打交道的能力。在19世纪末20世纪初的时代，确实是这样的情况。比如当时派遣大使，只有一等国家，即欧洲文明国家可以相互派遣大使，而二等国家，弱一些国家的只能派遣公使，当时中国就是派遣公使，不被西方社会承认为国际社会平等的一员。

但是第二次世界大战之后，宣告说实际上占了上风。宣告说强调承认只是一种对事实的认可。说它占上风，是因为基本上所有的国际法教科书都这么说，而且也有权威研究机构这么说。国际上主要的国际法研究机构有两个，一个叫国际法学会（The International Law Institute），一个叫国际法协会（International Law Association），为了区分这两个组织，现在往往把前者翻译成国际法研究院。后者是一个兼有国际公法和国际私法研究的组织，它在承认问题上曾经有一个报告，认为比较准确地反映国际社会现实的承认理论是宣告说。

从目前来看，这两种理论中宣告说占上风，普遍认为新国家的存在是一个事实，无论承认不承认，它天生就有所有国际法上给的权利，天生具有国际法上应该遵守的义务。承认是以后要跟它打交道，与它交往，仅此而已。这个还是有相当道理的。比如以色列，过去阿拉伯国家都不承认，但这也不能否认它的存在，还是有国家承认的。如果按照构成说，不承认一个国家，是不是意味着它可以不遵守国际法的义务呢，是不是就可以侵略自己的国家

呢。所以不能这样说，这个国家即使不被自己承认，它也要遵守国际法。国际法上权利和义务对等，享受权利就要遵守义务，这个国家不是一个法外国家。从这一点上来讲，宣告说还是有道理的。

最近一些年，构成说又开始抬头。的确构成说的理论也是有道理的，有时候构成说能够解释国际社会的现实。过去我们的理论一边倒，认为宣告说是对的，构成说是错的。可是如果一个所谓的新国家如果得不到国际社会的承认，怎么参与国际关系、怎么从事国际交往呢，怎么享受权利、体现主权地位呢。比如罗得西亚（今天的津巴布韦），当年宣布独立的时候，联合国发布决议，要求各国不承认这个种族隔离、种族歧视政权。于是这个政权没有坚持多久。后来出现了津巴布韦，各国才承认了。伪满洲国，只有4个国家承认它，怎么进行国际关系呢，实际上是没有行为能力的，它的地位往往不能实现。

再如中华人民共和国政府。承认中华人民共和国是承认政府的问题，不是承认国家的问题，中国有几千年历史，不可能是承认新国家，这全世界都明白。从1949年一直到1971年，主要是一些社会主义国家和第三世界国家与我们发展关系，西方国家大多处于冷战状态。西方国家中，英国早一点儿，英国奉行埃斯特拉达主义，认为承认不涉及合法性问题，承认一个国家只是意味着发展关系（Dealings），是为了进行各种交易，而不涉及合法性。法国也比较早地承认了中国，而美国一直拒绝承认。一直到1971年，情况发生了变化。当尼克松访华后，联合国掀起了一股旋风，承认中华人民共和国政府为代表中国的唯一合法政府，然后中国才进入联合国，中国才有了大好的国际关系局面，之前都是狭窄的国际关系。

一个政府，如果国际社会拒绝承认，实际上不能做很多国际交往的工作。相反，如果很多国家承认，特别是一个权威的国际组织承认，这时候，政府的合法性，新国家的合法性，都大大增强，国际关系的能力大大增强。这可能就是一个全面的主体。所以构成说不是没有道理的。一个新国家，不进入到联合国这样的一般性的组织，它作为国家的性质的确定是受到质疑的。

比如科索沃，中国、俄罗斯、塞尔维亚等等不承认它，就进入不了联合国。科索沃的问题其实是国际法上的一个悖论。当年南斯拉夫，现在的黑山，说的很好，说国际法到底承认不承认在一个现有的国家的一部分有分离的权力，国际法还保护不保护主权国家领土完整和政治独立。如果说国际法的一个基本原则就是要保护国家的领土完整和政治独立，那么科索沃就违反了国际法的现行原则。这一点儿没错，国际法确实不承认现有国家的一部分随随便便就出去了，而且还是外国用武力造成的分离。但是西方国家说南斯拉夫对当地的穆斯林进行了清洗，迫使当地进行了反抗。如果分离是对抗保障的 Last Resort，如果把对方逼到没有退路，为什么不能独立呢。南斯拉夫和中国不承认科索沃，西方很多国家承认科索沃独立，就僵持在这里了。科索沃有一个问题，它无法进入联合国。所以独立国家还是经常受到很大的质疑、限制。科索沃在一些国家是有外交关系的。中国的立场只有在一种情况下发生变化，即只有在黑山共和国承认它的情况下，中国才会承认。因此如果得不到承认，作为国家的地位还是打一定折扣的。我们没听说过科索沃是一个新国家，因为它受到了很大的质疑，某些要素还不完备。因此承认某种程度上确实有某种构成的效果。

所以大概可以这样总结，承认是一半宣告性，一半构成性。什么情况下是宣告性呢，一个国家的存在是一个事实，承认是对事实的宣告、认可。这一点上，承认是宣告性的。但是，承认又导致了被承认国具有国际交往的更强的能力，导致能够与承认国进行交往，建立外交关系，开展各种各样的合作。这个意义上，承认具有构成效力。所谓承认具有宣告和构成两种效力，这也是很多学者现在的看法。不能仅仅强调宣告说，构成说也有其重要意义。因此承认问题上，可能是一半的构成说，一般的宣告说，可以说成是半构成主义，或者半宣告主义，既有构成的性质，也有宣告的性质。这是一种折中的办法，可能是比较合理准确的。

· 新国家出现的方式

过去很多新国家的出现是摆脱殖民统治，是非殖民化运动导致的，比如50年代很多新国家的出现。除了殖民地独立建立新国家，还有从外国的统治之下建立新国家。另外还有一些联合国的托管领土，走向自治，建立新国家。从苏联解体可以发现，一个联邦国家也可以通过内部的变动，分立出来新国家。南斯拉夫的情况也是如此，是内部的非和平手段出现新国家。南斯拉夫的内战打得也是很惨烈的，斯洛文尼亚、克罗地亚、马其顿情况缓和一些，波黑最为惨烈。在内战中里面有严重的种族灭绝问题，导致联合国成立前南刑事法庭。可见新国家的出现有很多方法、很多情况。

承认包括承认新国家、承认新政府。新国家，现在还是有可能出现。50、60年代，由于非殖民化运动，出现了很多新国家，殖民地纷纷独立，摆脱宗主国统治，建立民族国家。另外，在联合国托管下，有11块领土纷纷独立，主要是战败国德国、日本在海外的一些领地，45年规定了托管制度，托管的目的就是让它逐渐自治，

让其独立。现在有些国家我们都不容易叫出名字了。大概二十年以前李老师读书的时候，对各个国家都是如数家珍，现在有些新国家都没太听说过。李老师一次听说一个同学是多米尼克当大使，想了半天也没想起多米尼克是什么样的国家。这是个新成立的国家，是多米尼加的兄弟，都在加勒比海地区。20 年以前，随着苏共解体，这主要是内部的事情，没有多少人能预料到苏共会解体。15 个加盟共和国分立，一个国家变成 15 个。现在，新国家出现的势头大体上还是比较稳定了，有所减缓。但是仍然有些问题，比如科索沃是不是一个新国家。现在有 92 个国家承认了科索沃，但是还有 92 个国家没承认。今天的承认的确跟国际关系有很大关系，跟价值的选择有很大关系。

• 承认新国家与承认新政府

承认新政府和承认新国家还是不一样的。首先讲相同之处。如果一个新国家出现了，承认新国家必然伴随着承认新政府。在出现新国家的时候，承认国家和承认政府是一回事儿，承认国家也意味着承认政府。好像没有承认国家而不承认政府的情况。当然这个问题也可以思考。比如说在 1991 年，欧共体国家关于承认苏联和东欧新国家的时候，发表了一个指南 (Guideline)，提出了一些承认的条件，要尊重人权、尊重法治、尊重民主、尊重市场经济等，作为承认的条件。这是在提出承认新国家呢，还是承认新政府呢。这些本身是对新政府的要求，不是对新国家的要求，在这承认新国家还是承认新政府的问题上，不是很清楚。所以承认新国家伴随着承认新政府是一般的看法，但是可能还有一些区别。

总的来说，承认新政府是另外的事情。通过暴力、革命，通过非正常的手段发生政权更迭，在国际法上会涉及承认问题。正常的、合宪的政权更迭不涉及承认问题。比如各国换届，不涉及承认问题，通常也就是拍电报表示祝贺，表示希望继续友好关系等等。

〔二〕承认的原则和标准

• 承认是国家自由决定的政治行为

承认是政治行为。一般来讲，承认是国家自由决定的事情，可以承认，可以不承认；可以早一点儿承认，也可以晚一点儿承认。在承认问题上，如果说国际法有什么限制，可能主要是后面要提到的史汀生主义，要求不承认一个傀儡政权。从国际法的原理上讲，非法的行为不能导致合法的效果。但是除了这个主义以外，国际法上的承认主要是自己决定的事情，有自己的裁量权。以色列建国后，英国很快承认了。阿拉伯国家质问英国，英国说这是自己的事情，与你们无关。这是很对的，因为这是一个政治行为。现在可以明显看出来，有的时候承认新政府并不一定这个政府是有效的统治。比如近年来利比亚的事情，卡扎菲还在台上的时候，很多国家已经承认了反对派，最早的是法国承认，意大利也承认了，当时承认的就是班加西的反对派、过渡政府。从有效统治的角度，反对派离有效统治相去甚远。所以承认主要是政治决定的。

上世纪 1907 年前后，美洲有所谓的托巴主义，是一种关于承认新政府的理论，由厄瓜多尔的外长托巴提出，主要是不承认那些通过违宪的发生篡权成立的政府。美洲几个国家签订条约，确定托巴主义是美洲国家之间相互承认的原则，如果军人政变或者其他方式篡权者，其他国家不予承认。不久前中美洲一个国家又政变了，结果得不到承认。今天托巴主义又回来了。所以有效统治不一定是天经地义的原则，今天有效统治的政府也不一定得到承认。承认是一个政治行为，往往看本国的好恶，有一些国家在承认方面的做法的确不是有效统治，而是看是否合宪。

1. 有效统治与人权标准

承认问题上，传统的原则是有效统治。是否承认看是否有效统治，是不是控制了大部分国土，以及受到了人民的习惯的服从。所谓人民也是一个笼统的说法。有效统治是一个原则，各国可以通过这个原则决定是否承认这个政府。

因此如果按照传统法律看政府合法性，这个问题很简单，就是是否有效统治。不过现在人们有时说，一个国家政府残忍地对待自己的百姓，它的合法性丧失了，这就证明还有一个标准，这个标准可能就是人权标准。但是尊重人权标准到了什么程度，到了什么情况下，才可能作为判断政府是否合法的标准呢？侵犯人权的事情多了去了，全世界政府没有一个不侵犯人权。意大利法学家安东尼奥·卡塞西 (Antonio Cassese) 谈到酷刑在欧洲的问题，说西欧国家普遍存在酷刑。估计他说的比较严重了，但他也确实有调查。酷刑这个情况可能各国都有，就

是严重不严重的问题。那么如果拿是否侵犯人权作为政府合法性的标准，就很荒谬。侵犯人权必须到一定程度，可能才能够提高到判断政府合法性的高度，比如大规模、严重、一贯地侵犯人权，比如对老百姓采取各种国际法禁止的甚至是国际犯罪的方法，比如造成大规模人员死亡或失踪，比如灭绝种族，比如酷刑。皮诺切特这样的事情，就可以引渡他，因为侵犯人权严重到了一定的程度。侵犯人权如果没有达到一定程度，那么侵犯人权和违反其他国际义务是一样的，只是承担责任而已，不涉及到政府的合法性问题。所以侵犯人权一定要到一定程度，要到很恶劣、很严重的程度，这个时候才有可能与政府的合法性挂钩。就像今天一些国家在利比亚、叙利亚问题上提出的，说这些国家政府侵犯人权已经到了多么严重，已经丧失了合法性。

2. 承认的基本标准

现在新国家还是经常会出现的，新国家出现了就涉及到承认。对于新国家的承认，国家应当是有标准的。国家的四个要素是各个国家判断一个新国家是不是应该给予承认的基本标准。

当然是不是一个所谓的新国家，只要符合这四个要素，就都给予承认呢，这也不一定。承认往往存在着政治立场的问题。美国、英国等国家说承认是一个国家自己决定、自己判断的事情。虽然一般来讲会根据国家的几个要素来考虑，达到了就予以承认；但是是否承认，还是一个政策决定的问题。事实上就看既存国家喜欢不喜欢这个新国家，不喜欢就不承认，喜欢就可以很快承认，甚至过急地承认。像以色列成立后，英国在 48 小时内就承认了。

3. 史汀生主义

假如新国家是武力制造的，是侵略的结果，这个时候不承认甚至是一种义务。这个原则叫史汀生主义。史汀生曾任美国国务卿，在日本侵略中国、制造伪满洲国的时候，他代表美国政府发表宣言，不承认武力制造的傀儡政权，认为“满洲国”是非法的，不予承认。这等于在国际法上提出了一种义务，这个义务就是不能承认由侵略制造的国家。所以伪满洲国成立以后，大概只有四个国家承认。除了三个法西斯国家日本、德国、意大利，还有萨尔瓦多。不知道中美洲的萨尔瓦多为什么会承认，有可能是德国的关系，德国在美洲很有影响，二战后很多德国战犯都跑到美洲去了。关于德国和美洲的联系，在国际法上有著名的【艾希曼案】。

艾希曼是残酷迫害犹太人的战犯，他在战后跑到阿根廷躲藏起来。那以色列也不是善主，派特工把他绑架回来了。阿根廷提出强烈抗议，认为在自己的领土上绑架人是侵犯其主权，以色列称阿根廷包庇战犯，不受国际法保护。这个案子后来成了国际法的经典。在国际法上有一个说法叫的困境、死结 (Dilemma)，在一个问题上双方各执一词，都理直气壮，这个案子就是这样。还有一部电影反映追捕这个战犯的过程。

在今天，由外国武力制造的傀儡政权不予承认。李老师研究美国的史汀生主义的时候，发现美国史汀生主义的立场一致在继承，至少一直继承到当时红色高棉事件上。当时红色高棉把诺罗敦·西哈努克作为一个偶像，其实国内都是英沙里、乔森潘、波尔布特这些人在控制。美国人虽然很讨厌波尔布特他们的行为，但是美国一直在联合国支持红色高棉政权，一直反对韩桑林政权。韩桑林政权是越南支持的，当时北越把南越灭掉，统一了越南，之后越南在柬埔寨支持韩桑林政权。美国认为这是一个傀儡政权，认为这是外国用武力制造的政权，所以不承认其合法性。美国很长一段时间一直在联合国支持的是民选的红色高棉。可见美国的史汀生主义很长时间一直在延续。美国在柬埔寨问题上似乎还是挺讲原则的，虽然它在意识形态上坚决反对红色高棉，但是对另一个与之对立的政权，还是认为是侵略造成的产物，不去支持它。对待柬埔寨这个民选政府的态度问题上中国和美国是站在一起的，当然之后美国政府说这个政府犯下很多国际罪行，需要审判，这是另外一回事儿了。

今天来看，尽管在承认一个新国家问题上有国家自由裁量的权力，但是确实存在一种义务。史汀生主义要求国家不得承认外国制造的傀儡政权，这应该还是比较确定的。如果有人要支持一个傀儡政权，就可以用史汀生主义作为依据反驳。

4. 埃斯特拉达主义

承认新政府的问题上，实际上还是有一些主义、原则的。有效统治是一个原则，上面讲了托巴主义是一个原则，过去美洲政变很多，经常换政府，为了政府稳定、和平，出现了托巴主义。现在这个原则又回来了。后来，美洲又有一个埃斯特拉达主义，是墨西哥外长埃斯特拉达提出的。埃斯特拉达主义与托巴主义是相反的，认为承认是对一个国家内政的判断，是对一个国家的侮辱。一个国家按照宪法成立的，是对内政的判断，是对国家的侮辱。因此墨西哥采取另一个办法，不搞承认，以是不是维持外交关系作为和这个国家之间的关系的标准。一个国

家发生政变，往往是非正常手段，总是去承认比较麻烦。墨西哥说只要使馆不动，就有关系；使馆撤回来了，就没有关系了，以维持外交关系与否作为两国之间关系的标准。这个办法确实比较省事。在今天看来，这个办法是一个默示承认，确实能够避免由于价值不同，导致的承认问题上的困境。

举一个例子。在70年代初期，智利总统有个左派总统阿连德，可以说是个马克思主义总统。那时候智利跟中国关系很好。后来这个左派总统遭到右派仇视，右派发动军事政变，陆军总司令皮诺切特率领军队攻打总统府。阿连德总统拿着冲锋枪与其作战，最后战死了。右翼皮将军上台，成立军政府，中国对这个政府是承认还是不承认，这就很麻烦。如果承认了，中国人民的老朋友阿连德总统刚死就承认了他的敌人，似乎无法交代；不承认也存在问题，70年代那个时候中国在拉美国家没什么朋友，好不容易在智利有了个据点，终于进入了拉美，这个时候断交、撤军，从国家利益角度讲也有问题。当时就面临这样一个左右为难的处境。这时候埃斯特拉达主义就有用了，不做什么声明，也不撤回大使馆，只撤回大使，留一个代办，表明对政变很不满意，但是又觉得双方还是要有一种关系的存在。后来中国和智利关系又好了，过了几年皮将军还来到了中国，我们又说皮将军如何如何，就把过去的事情忘记了。可见国际关系上还是没有永久的朋友，只有永久的利益。皮将军掌权十八年，他确实在国际法上搞了很多问题。关于承认它的问题，与埃斯特拉达主义有关；还与人权、管辖权等问题有关。他是军人统治，做了很多严重侵犯人权的事情，很多人莫名其妙失踪了，还有酷刑问题。以至于他退休后成为“终身参议员”，有国家控告他，认为他犯下很多严重侵犯人权的行为，犯下的是国际罪行，要引渡审判他，又出现了所谓新的普遍管辖权的问题，能不能因为他严重侵犯人权的行为主张长臂管辖成为一个问题，这是人权理论发展的结果。

埃斯特拉达主义很像默示承认。传统国际法上有明示承认和默示承认之分，明示承认是新政府承认以后发个信函、电报之类，表示承认；默示同意就是行动表示同意。但是除了埃斯特拉达主义还有什么默示的行为能导致承认，可以讨论。

外交史上传说着一个比较荒谬的故事。第二次世界大战期间法国沦陷，戴高乐跑到伦敦成立流亡政府。戴将军在北非指挥战斗，在非洲捉了一只猩猩，送给美国国务院作为礼物，感谢美国支持了戴将军的抵抗政府。美国人一听很可怕，觉着接受了这个猩猩就是默示承认这个流亡政府了，可是这个时候还没到承认它的时候，对这个政府还需要观望。要是不接受，万一戴将军之后掌权了，也不好办。这个猩猩是天生的外交能手，在横渡大西洋途中不幸去世了，帮美国解决了一个外交难题。这应该是一个渲染出来的故事。猩猩也能被视为默示承认么，默示承认之说似乎不怎么成立。

埃斯特拉达主义可以说是默示承认，但是这是在已经建交的国家之间。两个没有承认的国家一起开会，肯定不算默示承认；两个没有承认国家开会握手应该也不算。说美国国务卿杜勒斯拒绝与周恩来总理握手，怕引起外交麻烦，其实外界也不可能认为握手就代表承认了。可能他其实是怕外界说他与共产党接触。

在1971年联大表决中国在联合合法席位的时候，当时有十几个国家没有承认中国政府，但是投票的时候，它们投了赞成票。这是最厉害的一种默示的办法，在国际社会中投票支持一国政府是合法政府。按照默示承认理论，应该就是默示承认。但是这些国际最后纷纷和中国又相互承认，才建立了外交关系。这个事情可以从反面说明，现在这种情况不大容易出现所谓默示承认之说。现在交通通讯这么发达，有这么多的多边外交场合，默示承认似乎不是很成立。埃斯特拉达主义可能可以作为默示承认的一种形式，但是它是建立在已有承认基础之上，与默示承认不是完全一样。

今天看来，有效统治还是承认政府的基本原则，还是以有效统治的事实作为承认的依据。但是也要记住，承认是一个政治行为，是各国自己决定的事情。这个情况下，承认就要考虑一些因素，比如所谓托巴主义、埃斯特拉达主义。

〔三〕承认的法律效果

我们说承认是个政治行为，不喜欢这个政府，可以不承认，这是主权决定的事情，其他国家也没有办法。另一方面，承认既是一个政治行为，也是一个法律行为，承认是有法律意义的。

1. 承认是法律行为

承认有什么样的意义，各国解释不一样。美国认为承认一个新政府，意味着承认这个政府的合法性。在20多年以前，英国曾经提出一个报告，认为承认政府与承认合法性没有任何关系，承认政府只是确认从事各种往来，进行各种交易(Dealings)，承认政府与该国是不是合法、是不是在国际上确认合法性无关。但是英国这个态度，

没有太多国家与其一致。比如说卡扎菲倒台了，联合国大会通过一个决议，承认过渡委员会是代表利比亚人民的合法政府。这是在确认它的合法性。联大的决议，实际上在说明承认的某种性质，或者法律上的意义。承认意味着承认一个政府，意味着在国际上承认它的合法性，大多数国家对承认含义的解释是持这个立场的，与美国的立场一致。1971年，联合国驱逐蒋介石集团，恢复中华人民共和国政府在联合国的合法性，承认中华人民共和国政府为代表中国的唯一合法政府，这是一个合法性问题，如果各国都承认，是有合法性的；如果各国都不承认，是有问题的。

英国的这种态度还有一个问题。承认同样具有国内法的效力。英国是比较早地形成了承认的理论，也比较早地形成承认在国内效力的实践。如果承认一个政府，就意味着承认一个政府法律法令的在本国合法性，英国有很多这样的判例。法院认为被承认的政府、国家的法律法令有合法性，英国政府的报告则称承认不涉及合法性的问题，这是有矛盾的。

2. 法律效果的含义

承认是具有法律效果的，是一种法律行为。李老师认为，这里的法律行为不完全是很多国际法教科书上说的法律行为。教科书上讲的法律行为基本上都说承认有法律后果，承认的法律后果是在承认国的国内法上得到体现的。承认一个国家，就意味着承认这个国家法律法令在承认国的有效性，意味着该国在承认国享有的豁免权，意味着承认该国新政府的法律法令具有溯及既往的效力。一般教科书讲的承认的法律意义，都是在承认国国内，特别是承认国国内法院的后果。确实有这样的后果，比如英国、美国承认中国了，就意味着中华人民共和国1949年之后的法律法令在英国、美国的有效性，就意味着中国在美国具有主权豁免，中国的国家财产不会得到扣押，还会得到继承。这很重要，如果不是1979年中美建交，那美国法院将中华人民共和国政府作为被告就没有什么问题。但是由于美国承认中国政府了，中华人民共和国从国际法角度、从主权豁免角度讲，不能作为被告，从财产角度讲美国不能随便扣押国家财产。在我们与美国交涉【湖广铁路债券案】【烟花案】的时候，和日本交涉【光华寮案】的时候，法律的基础一个是国家豁免的理论，一个是中美、中日建交的外交文件，这些都是法律根据，正是因为相互承认，导致在这些国家有国际法上授予的权利，不能作为被告，财产不能被扣押、被执行。这都是与承认连在一起的。承认也可能导致继承，中国在韩国的大使馆曾在韩国最繁华的地方明洞，因为国民党的时候中国大使馆就在那里。当然那里太热闹了，后来改为教育处，大使馆搬迁到新馆了。承认就意味着继承了国家财产，在承认国的财产都是该国的。

但是这里说的法律意义不仅仅是国内法上的意义。这里要说的是，承认本身在国际法上也有法律意义，它意味着在国际法上承认这个政府的合法性。承认一国，实际上是承认该国政府是一个合法政府，具有合法性意义。这一点还是很重要的，比如美国承认中华人民共和国政府，也就是承认中华人民共和国政府为代表中国的唯一合法政府；联合国大会通过决议承认利比亚过渡委员会，也就是承认利比亚过渡委员会为利比亚人民的唯一合法政府。这是有合法性的意味在里面，是有法律意义的。在这一点上，我们说承认不单是一个政治行为，也是一个法律行为。它的法律意义不但是在国内，在国际上也存在，是说明新国家新政府在国际上的合法性。这在今天的情况下还是很重要的，到底在一个政府的合法性问题，在国际上来看是怎样的。我们认为，有效性是一个原则，同时各国的承认有意义，承认本身就含有合法性的判断的因素在里面。政府的合法性从国际法的角度看，还是有很多东西的。

3. 承认的后果

一般而言，承认之后会很快建交。但一定要清楚，承认是一个单方面行为，而建交是一个协议，是双方行为。有时候我们说中国创造了相互承认的方法，这个办法也可以。中国所有的承认和建交是连在一块儿的，承认和建交用一个公报，比如“从1979年1月1日起，中美相互承认，并建立大使级外交关系”。但是一般来讲承认是单方行为，我们这样的说法其实是为了表示一种尊严、一种平等的关系，实际上性质上讲承认是老的国家对新的国家的确立。所以承认通常会导致外交关系确立，但是也并非绝对，因为外交关系是双方的协议，而承认一般的单方面的行为。

这一点有一个很有名的例子，是以色列。以色列在中华人民共和国成立之后，几个月之内，就承认了中华人民共和国政府，但是中国政府一直没承认它，可见这是一个单方面行为。没有承认它的理由也很简单，不能因为承认以色列得罪阿拉伯世界。可是我们今天再想一想，我们可能因为一个国家得罪了另一个国家。外交脑子要清醒，主要还是要为了自己的国家利益，另外还有自己的尊严、自己的声誉，有时候不能因为一个国家把自己的尊

严、声誉和利益丢掉了。当时不承认以色列就是认为不能因为一个国家得罪阿拉伯世界。但是以色列一直对中国人民怀有美好的感情，二战的时候，中国在上海保护了很多犹太人，以至于现在很多地方还有犹太村。李老师认识一个福州人，长得有点儿像外国人，这个人说他爷爷有点儿以色列血统，他们家族都有点儿鹰钩鼻。河南洛阳有个地方叫西下池，那里有地方写的对联等写的是希伯来文，当地人说那是犹太村。所以以色列人确实对中国怀有美好的感情，一直要跟中国发展友好关系。到了70年代末80年代初的时候，中国终于承认以色列，建立了外交关系。可见外交关系的建立与承认一般是一致的，但是不是必然的，因为一个是单方的行为，一个是双方的合意。

承认通常导致外交关系建立，外交关系建立是发展各种其他关系的基础。中美建交、中日建交，之后才有了有关关系的发展。外交关系建立的确使得被承认国、被承认政府获得了外交关系的能力，能够全面开展与承认国之间的关系，真正具有某种外交关系的能力。这个意义上确实具有构成效果。

4. 新国家与已有秩序

当一个新国家出现、新政府出现后，国际法是一个已有的秩序，这个秩序是不是适用于新生的国家、新政府呢。这个问题，所以西方国家学者异口同声，都认为国际法不需要新国家的同意就要遵守，因为它是已有秩序的延续，是有历代政府实践堆积的。无论是否承认国际法，都有使用效力。过去这个问题是有争论的，新国家认为这个秩序不能约束自己，既存国家认为要进入这个秩序必须遵守这些规则。中国一开始的外交实践中可以看出，实际上是主张在原有的国际法上的权利的，那么既然主张权利，是不是也要遵守原有国际法的秩序设定义务呢，这个问题真的需要好好地想一想。西方国家认为，原有的秩序适用于新国家。如果我们说权利适用于我，义务不适用于我，肯定是不对的，权利和义务是相对的，没有只享有权利不履行义务的，也没有只履行义务不享有权利的。

所以李老师认为，已有的国际法秩序对于新国家、新政府基本上还是适用的，有很多证据表明，只要一个国家、政府出现，一定是在一个法律秩序中，一定会首先按照国际法主张自己的主权不得侵犯，边界是神圣的，要遵守国际义务。在承认问题上，过去有所谓有条件的承认，即承认新政府需要以新政府保证履行原有政府的义务为前提。原有政府的义务与接下来要讲的继承问题有关。一个新国家、新政府的出现，是在一个原有的秩序中出现的，应该说原有的秩序基本上还是得到适用的，否则这个国家无法站立。我们看新中国建立以后与国际法有关的事情，全都是原来国际法上的概念，承认、继承、领土不得侵犯等等都是如此。新中国建立前，政协的《共同纲领》作为临时宪法，它对条约进行了一个表态，这个表态今天有的时候还在用。《共同纲领》的精神是，对于旧中国的条约，经过审查再予决定，或者承认，或者修改，或者废除。

· 对新中国政府的承认

承认还可以说一说承认中华人民共和国政府的事情。要清楚的一点是，承认中华人民共和国政府是承认新政府的问题。过去我们说承认新中国，新中国只是一个说法，不是很精确。其实讲的是政府的问题，新中国政府替代了之前的国民政府。过去在联合国会议上，我们都是主张联合国驱逐蒋介石集团，驱逐蒋帮。所谓“帮”，就是Gang，“四人帮”就是Gang of Four。1971年的决议也是说驱逐蒋介石集团，听起来不像一个国际法上的词。

从新中国刚建立的时候，伍修权代表中国到联合国控诉美国霸占台湾，要求在联合国恢复中华人民共和国政府的合法席位，就注意到这是一个承认政府的问题。中国搞国际法的人还是很清楚的，定位很正确。不能是承认国家，那就成了两个国家的问题了。一直到今天，这个问题坚持的还很好的，任何时候台湾只能说是中华台北，表明我们还是一家人。

这是一个过去存在的问题，但是今天在很多国际舞台上，仍然还是有影响的。很多时候中国拒绝可能导致两个中国议题的会议，拒绝与中国有建交关系的国家有与台湾有任何官方关系，都是在讲一个国家的问题，是中华人民共和国政府是唯一合法政府的问题，讲的是同一个问题。

三、国际法上的继承

国际法上的继承，跟国内法很像，讲的是国际法的权利和义务从一个承受者向另外一个承受者转移。**权利义务的转移是继承**。继承，是有公约的，主要是两个公约即《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》《关于国

家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》。后面一个公约还没有生效。继承问题上主要是习惯国际法起主要作用。当没有条约的时候，支配的法律肯定是习惯法，甚至当有条约但条约没有生效的时候，支配国家之间关系的法律也是习惯国际法。即便有了条约，但是当事国不多，调整当事国和非当事国之间关系的法律仍然是习惯法。当然另一方面，如果有了公约，哪怕没有生效，文本也可以作为习惯法很好的证据。在继承问题上，这方面的公约可以作为很好的证据，证明习惯法的存在。

1. 国家的继承与政府的继承

继承实际上也有国家的继承和政府的继承。新国家出现了，就涉及到老的宗主国的一些权利和义务是不是由新国家继承的问题。比如说苏联解体，很自然地，一些问题就出现了。苏联是大国，安理会的席位谁来继承，这很重要，如果搞不清楚，安理会就没法工作了，这涉及到国际社会的话语权，是重要的决定权；苏联庞大的核武库谁来继承，这是战略武器，非常紧要；苏联庞大的黑海舰队谁来继承，是不是乌克兰等国家都来继承；苏联对第三世界的很多援助、贷款，谁来继承；苏联可能也有一些外债，谁来还债；还有苏联和外国签订的很多双边条约，谁来继承；苏联参加的多边条约、国际公约，谁来继承；过去签订的边界条约，还算不算数。所以继承还是很重要的问题。

政府的继承也是如此。新政府诞生，比如中华人民共和国成立，马上遇到对过去的条约怎么处理的问题，所以《共同纲领》就要规定，以表明态度，规定过去借的钱是否归还，国民党政府在外面的财产如何处理等很多问题。在韩国的中国大使馆，是国家的财产，不是政府的财产，后来就继承过来了。当时有个著名的案例叫【两航空公司案】。

【两航空公司案】

1949年国民党政府在他覆灭前夕，于9月下令将居于国家所有的中央航空公司40架飞机飞往英国控制下的香港启德机场。11月9日，在香港的中央航空公司的职员宣布起义并意欲把他们控制的飞机归属于新政府。11月12日，中华人民共和国政府宣布中央航空公司及其财产为中华人民共和国所有。但1949年12月12日，国民党台湾当局却将中央航空公司的这些飞机以150万美元的价格卖给了两个美国公民陈纳德和威拉尼尔。这个陈纳德就是飞虎队的陈纳德。此二人又以合伙人的资格把飞机卖给了在美国特拉华的一个联营的民用航空公司。该公司为请求飞机的产权诉讼到香港法院，请求依据特别法声明这40架飞机是该公司财产。香港的初审和上诉法院驳回了原告的请求，认定这些飞机属于中华人民共和国政府的财产，新政府应继承旧政府的历有权利。原告对上述判决不服上诉到英国枢密院司法委员会。司法委员会完全改变了下级法院的判决，于1952年7月28日做出终审判决，把飞机的产权判给了民用航空公司。

所以政府也涉及到一个继承问题。在国家和政府的继承上，研究国际法的人一般分成两类，第一类叫条约的继承，第二类叫条约以外事项的继承。条约以外的继承无非就是债权、债务、财产、档案等。

2. 国际组织的继承

除了国家的继承、政府的继承外，还有国际组织的继承。比如联合国对国联的继承问题，国际法院对常设法院的继承问题。比如国际法院的规约，很多的Article和常设法院公约的Article完全对应，今天的38条也是那时候的38条。这实际上也是一个继承关系，虽然国际法院不承认。

3. 条约的继承

关于条约的继承，这个领域主要是一些通例、实践。

1>政治性条约

政治性条约一般不予继承。比如友好同盟条约，中国现在和朝鲜似乎还有这样的条约。日本和美国之间的安保条约是不是适用于钓鱼岛问题就存在争议，美国这个问题上还是很狡猾的，它模棱两可。政治性条约一般不予继承，不继承政治性条约也是有情可原的，因为同盟条约基本上是两国价值一致的结果。

2>领土条约

与领土有关的条约一般予以继承。边界神圣不可侵犯，是一个比较固定的原则。边界维持现状，边界条约一般予以继承。新政府上台，尤其是新生的政权，往往是处于少数的政权，刚上台的时候会说不犯我我不犯人，

要求别国不干涉。不干涉这个原则是资产阶级提出的，是法国大革命的时候提出的，当时法国搞共和制，其他国家都是君主专制，法国要抵挡君主专制的围剿，所以提出了共和制。美国也类似，成立了共和国之后，提出门罗主义，那是弱小的时候采取的办法。总之领土条约一般予以继承。

3>多边条约、国际公约

多边条约、特别是国际公约，一般予以继承。比如《维也纳外交关系公约》等，苏联解体后，加盟共和国肯定继承参加的公约。

4. 条约以外事项的继承

条约以外的事项，首先是财产。财产继承不继承呢，当然新国家政府都要求继承，这毫无疑问。一般财产会予以继承，档案也予以继承。但是债务是否继承呢，这个问题有些含糊。通常，欠债还钱，天经地义，尤其是发生战争的赔款，新政府要继承。二战后，德国、意大利的新政府，对战胜国的赔款也继承了。所以债务、赔款一般是新政府继承的。但是债务问题上，国际法上还有个说法，叫恶债不予继承。恶债不予继承，讲的是如果是违反国际法，导致的一些债务，本身是非法的，不予继承。这也是有道理的。

当时的【湖广铁路债券案】，中国提出的理由之一也是恶债不予继承，说当时外国银行团给清政府的贷款，清政府举债是修建铁路，修铁路是镇压革命党。革命党是推翻满清，建立共和的。中华人民共和国政府也是继承了革命党的衣钵，现在替清政府还钱，就是否定自己了。这套理论听着好像也是有道理的。新国家、政府自然都不愿意继承债务，但是一般正常债务还是要与已归还的。

新中国政府 1949 年后面临这个问题，当时我们有个政策，叫打扫干净屋子再请客。把外国人清除出去。比如上海的那些洋房，外国人都是有所有权的，中共打进来后他们逃跑了。改革开放之后，这些人又回来了，要求这些房产。改革开放后，与西方国家签订双边协议，归还了资产。其实旧中国政府在西方国家也有资产，新中国政府把外国在中国的财产扣住了，外国也把中国在外国的财产扣住了。这都是对等的，外交上很多问题都是对等的。后来中国和西方国家签订双边协议解决这个问题，事实上中国在外面的和外国的在中国的财产数量差不多，外国在中国的房产也没有多少钱，总共加起来也不过一亿美元，这在今天看起来真是太少了。这个问题今天已经完全解决了。

继承这个问题，今天看没有特别大的意义。没有签署国际公约，有关的一些原则还是比较清晰的，也不是很复杂。

四、国际责任及其新发展

过去我们把这一部分叫国家责任，现在一般用国际责任。这两个词一般是同义的，现在之所以改成国际责任，是因为有一种说法，认为今天的责任不仅是国家责任，可能也包括个人责任，比如个人的刑事责任。二战后两次审判确立的原则，规定战犯要承担战争责任，所以用国际责任 (International Responsibility) 比较准确一些。我们用国家责任、国际责任的说法其实都可以。

国际责任涉及到三个问题：

1>国际不法行为

国际责任的前提是有不法行为，只有不法行为才能导致国际责任。首先，要有对不法行为的判断，哪些是不法行为。

2>责任、责任形式

即责任是通过什么样的形式来体现的，过去叫做责任形式。比如道歉、赔偿等，都是责任形式。

3>实施责任

这是国际法上一个比较新的问题。如果实施了不法行为，应该承担责任一定的，如果责任人拒不承担，这时候就有一个实施性的责任强制履行责任。目前在国际法上将其称为反措施。这次日本购买钓鱼岛，有人说中国的举措是反措施，这么说也许也可以。

责任目前主要是这三个问题，即导致责任的不法行为、责任的形式、责任的实施。

关于责任的问题，国际法委员会起草了《国家对国际不法行为的责任条款草案》，已经通过，正在等着签字。

很多国家责任的问题，支配的法律仍然是习惯国际法。但是有了公约就是习惯法很好的证明。

责任问题，在国际法上属于非常重要的问题。国际法无非是讲权利义务，违反了义务是什么呢，就是责任。责任是一个贯穿国家始终的基本问题。在国际法的每一个方面，都存在一个责任的问题，无论是在海洋、空间、外交关系等一系列领域，都有不法行为发生，都有违法情况。也包括国家基本原则，侵略、使用武力、干涉的行为，都会涉及到责任问题。如果国际法分为权利、义务、责任三要素看，责任是其中一个要素了。因此有人比喻，国际法是一个硬币，硬币的一面是权利义务，翻过另外一面就是责任。这很形象，所有的义务都有可能比违反，违反后就会翻开责任的一面。

〔一〕国际不法行为

1. 义务的划分

不法行为，简单讲就是违反国际法的义务，无论是违反条约义务还是习惯义务，都会导致不法行为的发生。有人也说成是违反习惯规则和条约义务。法国一个学者写了一篇文章，说国际法上搞了很多新名词，比如强行法、对一切的义务等，其实都是新瓶装旧酒。国际法上这些东西，最根本的其实就是两种义务，即习惯义务、条约义务，这两种义务没有贵贱之分，违反义务就应该承担责任。所谓对一切的义务，现在看来还是有些不清楚，强行法的义务也不是很确定，归根到底的还是这两种义务。当然能不能把违反义务说成是违反对国际社会整体的义务呢，也不是不可以，比如侵略也可以说是违反对国际社会整体的义务。

另一个角度上划分，义务本身有两种。第一种是所谓对等的义务，比如对方把本国的大使抓了，对方就要承担责任。这是对等的义务、相互的义务、一对一的义务，这是义务的一种基本形式；另一种是对一切的义务，是对国际社会作为一个整体的义务。这种义务是 1970 年国际法院在【巴塞罗那电力公司案】中确定的。再如一个发生了国家严重践踏人权的事情，传统上跟另一个国家无关，但是现在国际法上说有关系，它触动了良知，与每个人都有关系。目前大部分的义务还是相互的义务、对等的义务，这种义务的违反导致的责任更多。

2. 国家实施的不法行为

不法行为的实施者是谁，首先肯定是国家。国际不法行为应该归因于国家，是国家的行为导致的义务的产生。而国家也是比较抽象的，国家是由代表国家的机关和个人组成的，不能笼统地说国家。国家的责任、不法行为的实施者是国家，而国家行为要归结到代表国家的机关和个人的行为。哪些机关和个人能代表国家呢，能代表国家的人很多，比如国家元首、政府首脑、外交部长、大使等，都可以代表国家。代表国家的机关，可以是国家主席，还可以是行政机关、立法机关、司法机关、军队等。意大利法学家孔福蒂（Benedetto Conforti）曾说国家机关是有双重职能的，一个是对内的职能，一个是对外的职能。这说的很经典。国家机关的双重职能也包括法院，过去我们以为法院是对内的职能，实际上从这些年的情况看，很多时候外国对中国的管辖，都是通过法院进行的。法院未必就是国内职能，同时也可能有对外的职能。如果一个法院能够适用条约，就有对外的职能。再如议会，议会的职责严格讲是国际立法，但是我们的议会也有外事委员会，美国也有参议院外委会。如果一个条约需要转化，国际法需要转化为国内法，完全是议会做的事情。据说中国在起草国家豁免的国内法，这就是全国人大的事情。议会虽然是国内机关，但是仍然有对外职能。不过最有对外关系职能的就是政府、行政机关。一般各国都把对外关系的权限主要交给了行政，各国都是如此。行政机关肯定是具有两种职能的机关，既有对外职能，也有对内职能。

3. 个人、私人行为与国家责任

下面一个问题，就是个人行为。比如个人砸了日本车、烧了日本店铺、打伤了外国人，这是私人行为，这个算不算国家的不法行为导致国家责任呢？个人肯定不代表国家，但是如果个人或者组织有国家在背后支持，就有可能。国际法上认为，如果有明确证据证明一些行为虽然是个人行为，但是是国家组织纵容的，仍然是需要国家承担责任的。意大利的法学家罗伯特·阿戈（Roberto Ago）提出了国家刑事责任的概念，他的理由很简单，说过去只考虑了民事责任，而没有考虑国家可能有刑事责任，国家可能犯罪，犯灭种、种族清洗等罪名。二战就是最有力的证据，哪些行为不是国家本身所为，或者是国家在背后支持、纵容导致的呢。因此起草关于国际责任的公约，不能把眼光仅仅放在民事责任，应当扩展到刑事责任，这是二战的教训。当时草案出现了相关的十九条，后来抹掉了，但是依然出现了违反强行法导致的责任。关于这个责任形式也有很多讨论的，这应该其实就是过去

的国家刑事责任的翻版。阿戈说的还是很对的，很多行为不是国家直接所为，而是国家背后纵容一个组织、一些人的行为。国际法上这种行为也应该归因于国家。

在国际法上还谈到另一个概念，这个概念就是私人行为。现在中国人在世界上到处都是，我们可以研究研究中国人在海外利益保护的问题。西方国家海外公民受到威胁的时候，会保护自己的公民。国际法今天并不完全是保护国家的利益，今天也保护人的生命、人的尊严，这也是国际法应该考虑的重要内容。我们还是应该把视野放广一点儿。我们过去批评很多西方的理论，说那些都是为了保护外国人的说辞，其实这是因为西方国家在外国的人很多，当然要保护，过去我们在外国没有多少人，去批评外国使用武力保护自己的国民，其实根本没什么可说的。使用武力解救本国公民本来就没有什么问题，今天的情况下更是如此，因为今天国际法强调国家对本国公民的责任、保护，强调国家对人的生命权的关心。何况是本国的公民，更有责任、有权力保护。现在我们在外国受到的侵害也很多。所以从力量的角度来讲，我们要考虑另一个理论，个人针对外国人的行为造成外国人伤害，国家有没有责任，这个问题在责任的理论上还是可以讨论的。国家有一种预防的责任，即预防对外国人侵犯的责任。不过预防似乎很困难，外国人往往在国内很多地方游走，而且现在旅游者又很多，很难有效保护。所以尽管有一般的预防的理论，但是由于这些情况不可预见性太强，所以发生外国人受损害的情况也常见。这也不能苛求国家没有尽到保护责任。这个时候国家责任的理论把两个问题连在一起，其一，国家有预防外国人不受侵害的责任；其二，当国家无法预防的时候，国家有赔偿责任。这种理论其实在西方有传统。这样的理论也可以保护我们在国外的公民。

4. 国际责任的主观要素和客观要素

以上是可归因于国家的不法行为。过去我们说可归因于国家的不法行为有主观要素和客观要素，主观要素就是国家有意图从事某种行为，客观要素是可以归因于国家。以上说的属于客观要素。主观要素也有很多，可以推理出来。比如【波黑诉塞黑案】中，涉及的不是波黑政府迫害穆斯林，而是一些波黑民兵在塞族政府的支持下迫害穆斯林，这就涉及到政府有没有意图迫害穆斯林。当时有一些证据证明政府的意图，比如政府给民兵提供武器等，这算不算是让他们杀害穆斯林的意图，就不好说。还有证据显示政府对塞族民兵进行一些保卫家园的动员。在政府不直接动手的时候，在政府同某个组织、某些人存在某种联系的时候，意图的证明还是很有意思的，其实是有关国家刑事责任的问题。国际法在今天确实和刑法连在一起。如果证明意图的存在，证明一些组织、个人受到政府支持，政府有意图让他们做某种事情，这些组织、个人就可以和国家政府联系在一起。

〔二〕责任的形式

在过去，关于责任的形式，最简单的形式有道歉。道歉这种形式听起来很简单，个人说句对不起很容易，但是国家道歉有时候不是那么容易的。比如日本，让它说出对侵华战争道歉的话语，很难说出口，它只会说深刻反省，这个跟道歉就不太一样。道歉是一个基本的形式，国家之间道歉还是有意义的。在民事方面常见的责任形式有恢复原状、停止侵害等。停止侵害和恢复原状有些关联，比如在1974年国际法院【核试验案】中，法院第一阶段做了一个临时保全措施，使用的是国际法上的命令（Order）的方式，我们可以说是裁定，裁定法国暂停核试验。这就是一个恢复原状的形式，这里的这种方式也不能说是停止不法行为，因为还没有宣判，不能确定是不是非法的。

另一种形式是损害赔偿。这就涉及到计算问题。很多时候，到国际法院解决争端的时候要提出诉求，可以要求法院做宣告性的判决，判决对方违法；也可以要求对方停止侵害。此外还可以有一项，要求法院判决对方的行为给自己造成了损失；还可以进一步，说着损失经过精确计算有多少。赔偿损失也是一个诉求之一。比如在【科孚海峡案】中，英国船在阿尔巴尼亚领海附近被阿尔巴尼亚水雷炸伤，英国到国际法院告，阿尔巴尼亚没有经验，一上来就谴责英国的行为是侵犯主权的海盗行为，这样的Argue就涉及到案件的实质了，就等于接受法院的管辖权。尽管阿尔巴尼亚强烈抗议，但是法院还是以此为由对这个案件进行审理。这个案件就涉及赔偿，当是判了有上千万，当然也拖了很长时间。

【科孚海峡案】

科孚海峡构成阿尔巴尼亚与希腊之间的边界线，最狭窄部分完全在两国的领海中。1946年5月14日，两艘通过科孚海峡的英国巡洋舰遭到来自阿尔巴尼亚海岸的炮火轰击。英国立即向阿政府提出抗议，声称其船只有海峡的无害通过权。阿政府明确回复：外国船只通过其领海必须先通知并取得阿政府的许可。1946年10

月 22 日，由两艘巡洋舰和两艘驱逐舰组成的英国舰队由南向北驶入属于阿领水的科孚海峡北部；两艘驱逐舰触水雷爆炸，造成舰只严重损坏，死伤 82 人的重大损失。事后，英政府通知阿政府，它准备到有关水域扫雷；遭到阿政府的强烈反对。11 月 12 日和 13 日，英国舰队到科孚海峡阿尔巴尼亚领水内扫雷，发现 22 枚德国制式水雷。

英国认为，阿尔巴尼亚应对其舰只和人员的伤亡承担责任。将事件提交了联合国安理会。1947 年 4 月 9 日，安理会通过决议，建议有关国家应立即根据《国际法院规约》的规定将争端提交国际法院解决。1947 年 5 月 22 日，英国以请求书单方向国际法院起诉。1947 年 7 月 2 日，阿尔巴尼亚政府致信国际法院，它首先对英国的单方请求提出强烈抗议，指责其行动违背了安理会的建议，阿方表示，尽管英国的起诉方式不正当，阿政府还是接受法院的管辖权，同时强调，它在本案中接受法院管辖权绝不构成未来的先例。

这些都是比较经典的典型的民事责任的形式。实际上，配合违反强行法义务所应该承担的责任的新的条款还有一些。比如国家的刑事责任，国家虽然自己不能受刑，但是代表国家的个人和机关可以。国家的刑事责任不限制于几个战犯，还可以有另外一些形式，比如限制主权。典型的是二战后，德国柏林被几个国家占领。这些都不是简单的民事责任，更严重的违法导致的责任问题。

〔三〕责任的实施

对于应该承担责任而拒不履行责任的情况，在新的公约中增加了一个内容，叫做反措施，也叫做实施责任。实施是受害国的实施。反措施的实施，首先应该在国际法允许的范围内进行。反措施的内容，制裁、经济的行动都是可能的，但是用武力作为反措施可能是有问题的，因为《宪章》明显禁止使用武力。总之反措施需要是合法的，要在国际法的限度内进行。禁止不法行为一定要在国际法的限度内，这在贸易上这还是很常见的。比如说 A 国在贸易上对 B 国征收反补贴税，B 国对 A 国企业也会进行调查，进行相对的报复措施；外国把本国的使馆人员抓捕，本国也把这个国家的使馆人员抓捕。有一个例子，文化大革命期间期间，中国无法无天，不但是没有中国法，也没有国际法。当时据说印度使馆的两个外交官“在我香山某军事地段偷拍照片，被我君民当场擒获”，估计其实只是去透透气。那时候中国规定了一个 20 公里圈，外交官只能在中国首都 20 公里圈之内，他们到通县就已经出圈了。后来还开了“万人公审大会”，判处两个外交官“驱逐出境，立即执行”。印度很恼火，就把当时中国在印度使馆的一个一秘，一个三秘也遣送回国了。当时两个人据说正在旅行途中，然后就被告知说窃听军事机密，然后“武装押解出境”，也是挺厉害的，因为它要报复。所以国际关系往往是相互的、对等的。当时我们规定的 20 公里圈，外交官不能出北京周边 20 公里，这是中国的一个保留，于是中国在国外的外交官一般也受到这个限制。在一些非洲友好国家的外交官自然没太多限制，在美国等国家的外交官就会限制。所以反措施其实很多，在国际法的各个领域都会发现，总的来讲还是要符合法律，还是要对称。

〔四〕国际责任的新发展

近年来关于责任制度，有很大的发展，大体上可以明显地看出来的有两个方向的发展。

1. 从民事的责任向刑事责任

第一是从民事的责任向刑事责任发展。国际责任过去基本上都是民事责任，比如道歉、赔偿、恢复原状等。国家做了不法行为以后，要承担一些民事责任。但是二战后，可以发现，对于战犯两个审判，最后都是追究了战犯的刑事责任。实际上，战犯是国家高级公职人员，要么可以说等同于国家机关，比如总理之类；要么就是代表国家的一些个人。二战之后确定的一个原则是，凡是犯有战争罪、反人类罪的个人，要承担刑事责任，而不管这些人的官职为何，这是纽伦堡和东京审判确定的原则。这意味着这些战犯，除了承担个人责任，更主要的是代国家受过。因为国家不能承担刑事责任，国家是一个实体，替国家承担刑事责任的是这些代表国家的个人或者国家机关。所以从两次审判以后，确定了所谓的国家刑事责任的概念。过去国家责任是民事责任。刑事责任的主要是由代表国家的个人，或者国家机关的个人来承担。

关于国家刑事责任的问题，在两次审判之后，国际法委员会于 1954 年对两次审判的原则又做了一次编纂。日本人一直质疑对两次审判的原则，认为超出了国际法当时发展的阶段，也有很多人持这样的观点。但是国际法发展到今天，个人代国家承担刑事责任的原则已经完全确立了。最明显的就是《罗马规约》确立的管辖权的原则。《罗马规约》讲的就是对四种核心犯罪的惩罚，包括战争罪、反人类罪、侵略罪、灭种罪。这四种罪行只有可以

代表国家的人才能犯。

所以国际法的一个趋势是，过去仅仅是民事的责任，现在也扩展到刑事责任。这在今天比较明显，有国际刑事法院，在国际刑事法院之前还有前南刑庭，中国在前南刑庭还有一个法官，刘大群法官。前南刑庭的职责接近完成，接近解散了。成立前南刑庭是因为当时在南斯拉夫内乱时期存在一些严重的屠杀、反人类的罪行。此外，当时还成立了一个法院，卢旺达法庭，也是在安理会的决议下成立的。当时非洲卢旺达发生过大屠杀，严重到图西族被杀了一百万。当时联合国没有采取行动，很多人说这是联合国的羞耻，联合国面对如此大的人类的灾难居然无动于衷，安南也做出了检讨和反思。在这件事之前联合国的维和部队在索马里不成功。索马里可以说是个失败国家，当时它没有政府。比利时也没有政府，前些年曾一年多没有政府，但是它的行政体系运转很好，法院、市政设施等都很好，只是中央内阁失败，没有了中央政府，但是地方上也没什么事情。而索马里没有政府就是真的无政府，联合国派维和部队过去的时候，索马里各种武装力量正在混战，美国人到了这里还死了一些人，后来美国人就走了。这件事情美国人不来干，就没人干了，于是就发生了非洲的大灾难。所以有人说，作为国际大国，可能真的是要有一种责任感，要建立自己的信誉。安南也对这种情况进行了反思。

这些临时性的法庭、国际刑事法院，通过它们的很多判决，对 1945 年两次审判的原则进行了继承和发展，目前国际法上形成了一个新的分支，即国际刑法。十五年以前的时候，别人说国际刑法概念，李老师都嗤之以鼻，但是今天，国际法上真的有一个国际刑法了，搞刑法的人好像要搞国际刑法才时尚。国际刑法主要是由国际法发展出来的一些内容，两次审判确立的一些原则，国际法对战争罪、反人类罪、危害和平罪的一些阐释，上世纪 90 年代以后临时性的法庭的一些实践构成的。一般认为国际刑法是国际法和国内刑法的混合，有两种流派，一种认为是国际法发展出来的，一种认为国内刑法发展出来的。李老师认为国际刑法更主要的是国际法的东西，是国际法向刑事领域的延伸。当代的刑法应当是比较严谨的，应当是法无明文规定不为罪。目前国际刑法发展的另外一个流派是以国内刑法作为基础发展出的理论。

2. 从不法行为向国际法上不加禁止的行为

另一个发展是从不法行为向国际法上不加禁止的行为导致的责任发展。过去国际法上的责任，责任基础是过失、过错，是不法行为导致的责任。但是今天又出现了一种新的理论，无过错的理论，认为责任不是过错、非法行为、不法行为导致的，而是国际法上不加禁止的行为，也就是国际法上合法的行为导致的。合法行为也会导致责任，这是今天一个新的发展。今天的很多条约都是源于无过错责任。比如说，苏联在 70 年代有一个核动力卫星，从太空坠落，坠落到加拿大了草地上人烟稀少的地方了。卫星在外空飞行，没有什么过错，是按照外层空间法，和平探索和利用外层空间，它导致的责任是国际法上不加禁止的行为、合法的行为导致的责任。因为坠落之后就出现一些问题，包括损害赔偿问题等。在这个事件上苏联做了赔偿。这是一个比较经典的例子，导致了之后很多国际公约，包括关于环境的公约等。我们也发生过吉林油罐爆炸的实践，导致松花江污染。再如核电站，在边界上建立一个核电站，是核能发电、利用原子能，是合法的，但是一旦泄露，马上会造成严重损失。切尔诺贝利核电站离瑞典就最近，它的泄露也给瑞典造成了损失。在边界上、或者小国建立 Nuclear Powerstation，也会导致国际法不加禁止的行为导致的责任。总之过去的责任是不法行为导致的，今天的责任也可能是合法行为导致的，要用扩展的眼光看待这个问题。不过总体上，导致责任的主要还是不法行为。而在民事责任与刑事责任方面，民事责任也还是主要的。

第五章

国家领土

第五章以后的章节比较技术性，相比来讲没什么太大的难度。国际法最主要的部分是前面原理的部分，比较重要。后面是关于将其怎么运用到一些具体领域。

一、国家领土的概念

什么叫领土，李老师读书的时候，他的老师下了一个定义，所谓领土就是国家主权管辖支配的地球的某一部分。

1. 领陆

领土分为几个内容。最核心的是领陆，领陆是国家最核心的部分，每个国家都有一个陆地。我们说国家领土的取得，国家和领土有时候是同义的，说道国家往往先想到领土的问题，想到国家幅员是否辽阔，有什么物产。有人说说国家即领土，领土即国家，也是有道理的。而领土最重要的就是领陆。陆地上的边界，也叫国界。

2. 领水

第二部分是领水。领水分两个部分。一部分是领海基线以内的水域，叫内水。下面讲到海洋法，会发现用直线基线划定领海的时候，在基线以内的内水还是很多的；而低潮线的划法，海洋部分的领水则很少。领水还有一部分叫领海，是基线以外的部分。过去讲领海是沿海岸的海水带，是带状的水域。按照 1982 年《海洋法公约》的规定，领海是基线量起 12 海里。虽然领海宽度是国际法规定的，但各国往往会通过自己的领海法，或者海洋法。我们国家正在考虑搞一个综合的海洋法律。领海的宽度应该是国际法规定的，国内法只不过是重申这样的规定。

3. 领空

第三部分是领空。领空是国家领土之上的空气空间。这个空间肯定是有限的。因为在领空之外还有一块外层空间，不受任何国家管辖支配。

领空和外空的界限在哪里，这个问题国际法现在还没有解决，大家的说法、想法不太一样。有的国家说领空应该划定在航空器能够飞行的上限。理论上航空器能飞到 30 公里，实际上飞不了这么高，一般也就是一万米左右，飞机往往能从看地面上看得很清楚。有的说界限在人造卫星飞行的下限，大概 110 公里左右。这两种说法听起来比较可信。比较搞笑的是赤道国家，八个赤道国家在哥伦比亚首都波哥大签了《波哥大宣言》，说领空应该划定在三万多公里的地方。为什么这些国家要划在这里呢，因为赤道上空的卫星比较多，这个高度与卫星的静

止轨道、同步轨道有关。这些国家认为卫星的轨道达到这个高度，可以跟随地球转动，这是由于地球的引力可以作用到那里，所以应当这么划。大部分国家都坚决反对这种划法，不理睬这个宣言。赤道上的视角比较好，卫星在赤道上空运行能够覆盖地球大部分。现在人们不但发射卫星，还向外空发射物体。有一次中国发射了一个物体，把上面的一个卫星击中了，引起了美国等国家的紧张。外空和领空还是有一个界限的，目前虽然没有达成协议，但是公认大气层之外还有不受任何国家管辖和支配的空间。可以简单地说领空就在大气层，但是大气层也是很厚的，也不知道具体在什么地方，不过大家都认为有一个比较笼统的界限。

领海上面的空间也是领空，这个问题一般与领海主权放在一起。现在侵犯领空的情况似乎不太多了，有了卫星，其他国家的一举一动可以监视到。钓鱼岛可能涉及领海监视的问题，这方面以后可能还会发生一些比较大的事件。现在两国都在巡航，距离很近，前一段甚至说还有五米，以后就有可能撞上。而且这件事可能不撞大家坐不下了。前几年在海南那里的领空发生过王伟撞机的事件，有一架美国飞机在中国领空，与中国飞行员王伟的飞机相撞了。关于这种问题，苏联和美国曾经发展出了一套避免双方冲突的规则。当时苏联的飞机会飞到世界各地，它的轰炸机可能跑到美国边境，美国也是这样。这时候自然要拦截，拦截就要有一个规矩，离得多远可以拦截，拦截不能有危险动作等等。王伟撞机事件上，美国就说王伟的飞机总是做危险动作，认为中国不太懂规则。所以今后可能要发展一些规则，能够避免冲突。今天钓鱼岛的事情，双方你来我往，今后可能就会撞上，然后发展出一套机制。当然也许撞上之前就发展出来了。

4. 地下层

领土还有一部分，就是地下层，有人叫下层土。地球是个圆的，在地面以下还有一部分。地下层的领土，肯定还有一个界限，不能穿到地球另一面。现在最深的井大概几千米，连地壳都没穿透。下面到什么地方也不清楚，没有人规定。大概人们穿到对面去，也就不会规定。

这是国家领土的几个部分。可以简单说，领土、领海是国际法规定的，领空也是国际法规定的，不是特别清楚。地下层没有规定，这个不是特别重要。最核心的是国家的领陆。陆地上的边界，也叫国界。

领土是国家的一个要素，可能是国家最重要的一个要素。领土是客体，人是主体，领土主权是国家重要的主权。

二、国家领土的取得

〔一〕传统国际法的方法

领土的取得有传统国际法的一些方法，我们先谈一下传统方法。

1. 先占

传统方法第一种是先占。先占是对无主地的占领。一块土地没有主人，谁先发现，谁先占领，就是谁的。先占是领土取得的一种方法。老师过去读书的时候，一谈到先占，很多人就说这是帝国主义掠夺他国领土的理论。现在我们来看，很多领土就是通过先占。如果完全否定先占理论，现在就不要争领土了。今天的钓鱼岛、黄岩岛，等等很多问题都是谁最先发现的问题。我们的渔民上去晾凉杆、煮饭、立碑，我们的地图标注等等，都是为先占寻找证据。

2. 时效

传统方法第二种叫做时效。在国内法也有时效的概念，国际法的概念实际上是从国内法来的。时效讲的是原本是别人的东西，拿过来长期占有，造成的一种错觉、感觉，最后形成了领土。这种方法，最主要的一点是有效控制住。时效实际上是把别人的东西据为己有，只不过是经过了一段时间，造成了一种错觉、感觉，认为土地易主了，但是领土的主权发生了变化。由于一开始本质上是他人的领土，所以时效从本质上来讲是有非法性的。国际法院在1959年有个案子【比荷边境土地案】，对时效的问题做了法律上的解释，讲时效并不是一种合法取得领土的方式。这个案子可以研究一下，很多人对这个案子不太清楚。这个案子对我们今天讨论钓鱼岛问题可能是比较有利的。

【比荷边境土地案】

荷兰和比利时边境有属于荷兰的巴勒——纳苏市区和属于比利时的巴尔勒——杜克市区。1836年和1841年两市区当局起草了市区记录来划分两失去间的界线。1839年，比、荷分离时，设立了一个边界混合委员会确定两国边界。1842年，两国缔结了边界条约，该条约第14条规定，关于巴勒——纳苏市区和属于比利时的巴尔勒——杜克市区的村庄及其道路都维持现状。1843年，两国间又缔结了一个边界条约，在附与该条约的边界图形记录第90条逐字抄录了1841年两市区间的市区记录中的规定，并附有一边界地图。比利时根据边界图形记录中引的市区记录，主张所争议的两块土地归属于比利时。荷兰人为1843年的边界条约仅承认了现状的存在，这种现状必须根据市区记录来决定，而根据市区记录，争议的土地属于荷兰。后来荷兰又提出将市区记录和边界图形记录相比较可以发现边界条约中确定主权的条款有错误，因而是无效的。此外，荷兰自1843年以来一直对这两块土地行使主权，他以取代了比利时根据边界条约对这两块土地享有的法律权利。

1957年3月7日，比利时与荷兰签订特别协定，将两国边界这两块土地的主权问题提交国际法院解决。1959年6月20日，国际法院以10票对4票判决这些边境土地归属于比利时。

另外，在1890年代，荷兰把比利时的一个小镇实际上居于自己的控制之下，原来它挂的比利时旗，后来挂上荷兰国旗，庆祝荷兰的节日等等。比利时在50年代在地图上发现这个地方应该是自己，就到法院打官司。当然对于这个小镇，属于荷兰和比利时事实上没什么区别。荷兰认为比利时长期不表态，这块地方就是自己的了。这是一个比较经典的时效问题。法院认为这块地方本来就属于比利时，经过再长时间也没用。

先占和时效这两个问题常常混合在一起，这两个问题常常不太好分。一个问题上是采用先占还是时效常常有争议。时效主要强调的是有效控制。关于钓鱼岛问题，日本第一个说法是说钓鱼岛是无主地，这方面我们有很多证据，从明代开始我们就有记载，因此无主地的说法有问题。钓鱼岛问题上就是中国先占，日本窃取。第二说法是有效统治问题，这就是一个时效问题了。这个问题能不能成为有效合法的方法有争议，上述案件大概可以提供一些思路。

国际法上还有【帕尔马斯岛仲裁案】，这个案件法官不太强调历史情况。认为历史上谁先发现不是太重要，而谁来控制更重要。

【帕尔马斯岛仲裁案】

帕尔马斯岛是一个可以居住的小岛，位于菲律宾棉兰老岛与印度尼西亚纳努萨岛之间。当时，纳努萨岛是荷兰的殖民地，菲律宾则是西班牙的殖民地。1898年12月结束美西战争的《巴黎和约》规定，西班牙将菲律宾和帕尔马斯岛割让给美国。1899年美国将此条约通知荷兰时，荷兰对割让没有表示反对。1906年美国驻棉兰老岛司令视察帕尔马斯岛时发现岛上飘扬着荷兰国旗。美荷在进行外交接触后于1925年1月签订仲裁协议，将该岛主权归属问题交海牙常设仲裁法院解决。常设仲裁法院院长胡伯认为虽然西班牙曾首先占领该岛，但并未实施有效统治，而荷兰实施了有效统治，该岛一直是荷兰领土。

先占和时效有时候是一个铜板的两面，选择哪一个，国际法上有一些不同的理论。【帕尔马斯岛仲裁案】对我们不太有利，而【比荷边界土地案】对我们有利。

国际法上还有一个概念，叫时际法。这个概念强调对领土的取得的合法性要看当时的合法性，而不能看今天的法律。其实这个原理就是法没有溯及既往的效力，不能用今天的法律说过去的事。时际法对我们的主张可能更有利。因为根据时际法，在国际法的早期，关于先占的理论不太强调实际的控制，主要是强调发现。如果我们说是从明朝开始发现，这与近代国际法差不多同期。欧洲当时对非洲的占领，也就是这样的情况。而且当时的法律，如果确实是无主地，关于它的归属可能最主要的发现，而不需要有效占领，因为它是无主地。而且那样的海岛根本没有生存条件，怎么居住呢。这些概念，以及关于时际法、关于时效的一些案例，我们可以好好研究一下，可能对于我们的主张是有利的。

3. 添附

第三种传统的方式叫添附。添附有两种，一种是自然的添附，一种是人为的添附。自然的就是由于自然的作用。比如海洋上自然生长出来一个岛屿使基线外移，比如河口的三角洲扩大，使得国家领土增加。这种自然的添附不太容易达到，但是国际法上还是有一些事例，原来海洋上的一块地方没有海岛，后来这里出现了一个海岛，导致国际法管辖权的扩展。这种自然的添附真的是可遇不可求，靠这种方式增加领土没有什么希望。

比较关键的是人为的添附。人为的就是围海造田。荷兰大概 10% 的土地都是围海造田，它是一个低地国家。中国很多海边都在围海造田，可能围海造田的成本比较低，造出来之后就能用了。香港也有比较典型的围海造田，原来的维多利亚湾，湾仔，铜锣湾的地方很宽阔，而现在它两边的九龙和香港岛已经近了，现在建的会所大厦等都是在填海的土地上。围海造田是一个增加好办法，或许我们可以考虑以后再有劳改犯，就让他们围海造田去。过去曾经以为中国这么大不需要围海造田，现在发现各个海边都在围海造田。当然向大海要地，可能也有一些不好的地方。

添附是国际法允许的，是合法的，谁有运气谁就长领土，谁有能力就围海造田。

4. 兼并

第四种方法叫做兼并。兼并有两种，强制性的兼并和非强制性的兼并。强制性的兼并实际上是通过武力。但是它和征服不一样，兼并是使用武力，然后通过条约。还有非强制性的兼并，比如双方通过买卖领土实现兼并。

5. 征服

最后一种方法是征服。征服是要使用武力的，比如伊拉克对科威特，伊拉克的大军将科威特占领，科威特就被宣布变成它的第十九个省了。征服也不用签订条约了，这些强制性的东西在今天看都是非法的。

刚才提到的时际法这个概念还是很有意思的，在这个问题上也有涉及。有人说如果拿当代国家衡量过去领土取得方式，很多都是不合法的。如果说征服在今天不合法的，那么历史上的征服太多了。如果按照这个标准衡量美国的话，美国就应该把领土退给印第安人。按照时际法的概念，过去的法律管过去的事实，今天的法律没有溯及既往效力。中国和英国谈香港问题的时候，英国说占领香港今天确实是非法的，但是当时的法律是允许通过战争的。当时这对于我们来说就是一个比较大的问题。再如印度收回果阿。葡萄牙在大概 16、17 世纪的时候在那里取得了这块飞地。后来印度说果阿已经独立了，国际法已经不允许这种情况发生了。葡萄牙就认为占领果阿的时候国际法允许是允许的。印度于是就出兵将其收回，葡萄牙把事情摆到联合国，联合国也不知道怎么办，如果谴责印度就不符合当代国际法，如果不谴责印度也存在问题，就遇到这种两难局面。中国收回香港的时候就说，可以看看果阿的先例。国际法是一种 Context Law，要看背景，有具体情况具体分析。国际法的试金石是实践，如果实践的反映是各国都不表态，那人们认为印度收回果阿情有可原，殖民主义确实是一件很糟糕的事情，印度收复它就收复了。所以国际法经常在实践中，要看双方的要求、反要求，要看国际社会的反应，是支持、沉默还是抗议，这些都可以表明国际社会对一个事件上的法律是什么具有一个判断。对一个事实如果国际社会都支持、默认，这个事情就是合法的，至少是不明显非法的。果阿的事情给人们一个印象，像果阿这样的地方拿下来，即便在法律上可能是有瑕疵，但是还是国际社会能够容忍的。这说明法律可能会有某种例外，某种特殊情况。

以上是传统国际法取得领土的一些方法。传统的方法也是很有意思的，它验证了一种说法。如果国家领土没什么争议，没什么人会管从它哪儿来的。就像没人会管北京怎么变成中国领土的，河南怎么变成中国领土的，因为自古以来就是这样，没人讲这个废话。只有在领土不确定的时候、有争议的时候，大家才会想这个领土怎么来的。有了需求才会使用这些理论，现在大家都开始讲这些传统方法，现在大家觉得这些方法很重要，要从中找出支持我们主权要求的证据，于是开始强调国际法。

〔二〕当代国际法的方法

当代国际法还有一些方法。

1. 自决

当代国际法去的领土的一种方法是民族自决，自决权。民族自决从 50 年代就开始了，认为殖民地人民有摆脱殖民统治、建立民族国家的权利。自决也是取得领土的一种方式。但是自决权在今天应当怎么看，自决权是不是适用于现存的国家呢。过去说的自决适用于殖民地没问题，但是现在殖民地、联合国托管的领土差不多都已经独立了，现在基本都是些既存国家，自决原则对现有国家还适用不适用，这是一个很大的问题。

如果说国际法主要是国家之间的法律，是国家意志的体现，那没有任何一个国家会同意自决这个原则，因为自决这个原则包含的独立的含义能够用于它们自己，这是分离。一个国际法委员会委员说，逻辑上，每一个国家都不会允许分离权适用于这个国家，都不会允许自决原则对自己的国家包含有分离的意思。这很正常，每个国家都不会允许这个法律分裂自己的祖国，何况国际法还有领土主权、领土完整的原则。所以大家一般现在认为，无

论怎么解释，自决权对现有的国家来讲，肯定不包括所谓的分离权。

当然西方还是做了一套理论，即所谓内部自决、外部自决。如果要适用于现存国家，就主要是内部自决，是如何保护不同民族的文化性，文化特异，独特的文化的问题，但肯定不包括政治权利。

自决问题还可以从另一方面讲。如果一个国家不很好地保护民族差异性，保护民族文化的特质，特别是不保护民族的一些基本权利，尤其是生存权，这个时候可能会出现一些更多的分离的现象。前南斯拉夫就是这样，它对不同种族进行清洗。塞族对穆斯林族进行清洗，导致穆斯林的激烈反抗。前南斯拉夫的问题也比较复杂，也不是那么简单。铁托统治时期，没有什么分离问题，民族关系处理的挺好。苏联的解体，导致了一系列反应，穆斯林、少数者开始主张政治权利，要分离。塞族允许，就导致了军事对抗。从这个角度讲，当时穆斯林会说南斯拉夫都要杀掉自己了，为什么不分离。所以一些理论说，分离是最后一种方法。这也是一种说法而已，但是它从另外一个侧面告诉我们，如果一个国家要有效地制止分离，好的办法是保护一些权利，保护一些不同民族的基本权利，保护它的文化特性，这非常重要。

2. 交换领土

另一种领土变更的方法是交换领土。我们国家其实也有交换领土，比如 1949 年以后，我们和缅甸很早的时候就交换了一些领土，我们给了缅甸一些寨子，缅甸也给了我们一些，面积都差不多。其实中缅边界的人都差不多，当地犬牙交错，这种交换主要从方便的方面考虑。谈到方便的问题，很多反对分离的理由是方便。分离运动全世界都有，比如英国就存在北爱尔兰的问题。所谓大不列颠与北爱尔兰联合王国，旁边还有一个爱尔兰共和国，英国会说爱尔兰离自己最近，应该归自己。英国主张对这个问题实行民族自决，因为爱尔兰投票肯定愿意包括在 UK 里面，成为英国的一部分。这个时候大家都有一种 Argue，用一种理论支持自己。国际法能找一个原则，往往就能找一个例外，如何找更多的理论证据支持自己很重要。

三、划界的方法

第三个问题是划界方法。划界指的是划定陆地边界。

· 划界的两种原则

划界大概有两种原则，一种是协议划界，另外一个习惯性，要看传统上双方的行政管辖、习惯在什么地方。历史上管辖的范围到什么地方，简称叫习惯性。这是划界的两种主要原则。

这两个原则之下还有一些具体的办法。办法不是原则，原则是支配性的，而办法可有可无，不是必须的。

1. 自然边界

第一种是自然边界，以山、河流划界。

1>以山划界

这种方法比较简单，但是这种方法不是绝对的。比如说，印度认为和中国的边界应当以喜马拉雅山为界。以山为界一般是山脊。我们认为这只是一个参考，不是最终的方法。我们主张东段的边界，需翻过喜马拉雅山南麓。中印自卫反击战的时候，我们打到达旺，我们说这是我方领土，不过后来就从那儿撤回来了，我们这个民族似乎还是没有什么帝国的野心，俄罗斯就有帝国的野心，一直在领土扩张。我们其实有很多扩张的机会，不是没有机会。我们不提遥远的机会，苏联成立以后，急于和中国和好，甚至派代表提出归还沙俄侵占的远东领土。中印自卫反击战我们打到达旺了，占领了，又回来了，又退到了麦克马洪线。既然我们说印度占有领土是非法的，为什么还要退回来呢，而且还是多么重要的战略位置。当时印度还是很担心的，因为从那里打到新德里就是几个小时、一两天的问题。今天我们说国家领土一草一木都不能丢，但那时候是多少草木啊，我们打过去了就是打过去了，其实退回来也没人说你好。70 年代的时候，我们对越南等国家发动了战争，把西沙的一部分岛屿拿了回来。当时中国支持北越，美国支持南越。后来北越把南越打垮了。我们认为和朝鲜意识一致，利益就是一致的，就缓和了一下，后来就被北越拿走了。确实我们的国家没有帝国的想法，我们民族比较和缓。也可以说制定政策的时候有些问题，考虑问题不够长远。过去我们东北的地方没有出海口，哪怕留一个太平洋的出海口也好，结果被沙俄封死了。从今天的角度看待国际，会认为过去确实出现过很多问题，而且不是很懂国际法。二战之后，蒋

介石的一些做法对今天的钓鱼岛问题不利。当时也有钓鱼岛的问题，如果蒋介石在《波茨坦公告》里面加两句话，就什么都有了。而且我们是战胜国，这样一点儿问题都没有。当时就是懒惰，没有这种长远的考虑。日本把台湾、澎湖列岛归还中国，如果我们加上一个钓鱼岛，今天就没有任何问题了。而且这个问题还涉及到更大的琉球问题。今天我们说海洋很重要，如果当时有一种海洋的意识，把钓鱼岛拿回来就好了。当时确实缺乏这种战略的思考。

2>以河为界

自然边界中还有以河流为边界的。法国、德国以莱茵河为界，但是莱茵河德国一边还有两个法国的省，阿尔萨斯和洛林。我们知道这与普法战争、一战，与德法的历史有关。

河流确实是划界的参考，但也不是绝对的。如果是河流为界，还涉及到在河流中的划法的问题。一般涉及到河流是不是能通航，如果能通航则界线就是主航道中间线。主航道可能是偏的。比如丹东，它的旅游项目主要就是两个，一个是鸭绿江大桥，让人们看上面留下的抗美援朝时代的弹孔，这个桥两端的宽度不一，宽的是中国这一边，因为总在修、加固，窄的是朝鲜一边，那里没有进行多少加固；另一个项目就是坐船到鸭绿江，这个时候会发现主航道在中国一侧。所以通航的河流以主航道中间线为界，不通航的河流就是以中间线为界。1989年李老师到海牙参加国际法讲习班，一个瑞士的国际法学家讲划界方法，讲出来了三十多种方法。中朝界河就很有意思，是以上岸对岸为界的。从理论上讲可以游到对岸，露个头，不上岸。当时李老师到边防支队讲国际法，和当地一个步兵的师长坐着武警的巡逻艇到了界河，沿着朝鲜一边的江边擦过，还上了一座桥。这座桥也有意思，中方大概占据三分之二，朝方是三分之一。走到一半的时候，对方人民军战士端着枪对着他，李老师就抱头鼠窜了。

有些河流是国际河流，从一个国家流经另外一个国家，甚至几个国家，最后入海。这种国际河流一般由沿岸国组成委员会进行管理。国际河流方面可能会出现一些问题，导致国家之间发生争端。比如上游国家筑坝，导致下游国家水源枯竭。现在水是很重要的资源，如果上游国家把水资源拦截在自己国内，下游国家往往就会交涉。中国也面临这个问题，我国有一些向东南亚流的河流，比如雅鲁藏布江。我国在这些河流上筑坝的速度还是很快的，可能会对下游国家造成一些影响。中国向中亚国家流经的河流中也有一条比较重要的额尔齐斯河，流入哈萨克斯坦境内。如果这种河流上游筑坝，下游水量就会剧减。黄河流经宁夏，在宁夏有个地方叫沙坡头，是著名旅游景点。那里人们都会很自豪地介绍说这里有个坝，把水都引入宁夏。银川号称千湖之城，水确实很多，那里的水是引来的，引黄河水，过一两年就变成清澈的湖水了。在国际上，上游国家做这样事情肯定对下游国家有影响，这也是国际争端产生的一个原因。

国际河流还可能是运输通道，如何管理这些河流也是问题。去年湄公河上发生惨案，中国的船舶被毒枭杀害，造成很多中国船员死亡，导致一个新的机制建立，就是所谓的联合执法。有人说联合执法是中国外交上的一个富有创新的机制。我们派军警到其他国家的河段，过去中国这样的事情做得不多。这样的活动自然首先要对方同意，如果不经允许就派武装力量、警察过去，是对国家主权的挑战，是很忌讳的事情。在东南亚的联合执法主要是中国的力量。运输方面的问题还有碰撞、河道管理等。

河流方面还涉及河口的问题。如果双方都享有入海的河口，这种情况问题不大。如果一方享有河口，另外一方在边上望洋兴叹，这个时候就比较危险，可能会争夺这个河口。比如两伊战争就跟河口有关系。中国的河流有的有这样的情况，中国吉林、黑龙江一带的图们江，最后流入了日本海，我们看起来会很生气。因此河口的问题也会引起争议。

河流特别是国际河流，是很值得研究的。研究河流、国际河流、河流引起的争端及其解决的办法，可能还是很有前瞻性的。特别是中国，我们有青藏高原，河基本都是我们这儿流下去的，容易发生些争议的，可以研究这个问题，提前准备些对策。现在中国和周边国家关系比较好，这个问题不严重；如果有朝一日关系不好，在上游分流、筑坝的事情往往会导致矛盾。

3>以湖为界

除了河作为划界参考，还有湖也可以。比如吉林的天池问题，中国和朝鲜有争议，我们把那座山叫做长白山，朝鲜一边叫做白头山。这个湖中方占据的少，朝鲜占据的多，我们是三分之一，朝鲜是三分之二。中国与其他国家的界湖还有镜泊湖、兴凯湖等。

总之，自然边界主要指山和河流。

2. 几何边界

第二种方法叫做几何边界。主要就是通过两点成一线划定边界。有些地方没有什么地理特点，比如中国内蒙和外蒙古，这里的草原都一样，羊也差不多，戈壁也一样，没办法划分，主要就用两点成一线的办法。当然这里也有一些地理的界限，内蒙古东部呼伦贝尔，有一些小山包，不是很明显。中蒙边境用这两种方法划界，设界桩。

3. 天文学边界

第三种方法是天文学边界，用地球经纬度作为边界。我们看非洲的边界，很整齐，这是欧洲殖民者划分的结果。

总的来讲，关于边界有边界不可侵犯原则，还有国际法所谓的占有原则等。如果占住了，基本就是占住了，国际法经常比较强调实际的控制权、占有权。就像当年解放军打到达旺再撤回来，这真是很吃亏，这个问题现在还没有解决，还要从后面的界限谈起。

划界还涉及到另一个问题，边界制度。边界一般有一些边境区域、管理，中国一般也有，比如边境派出所、边防军等等。

四、南极问题

1. 关于南极

南极是最后一块儿没有被开发的大陆。南极有很多国家提出主权要求，大概有一二十个国家提出了，很多都是重叠的。如果南极按照先占原则划分，可能就要打仗了，南极其实也存在着军事冲突的危机。1959年国际社会达成协议《南极条约》，重要的条款是冻结主权要求。冻结主权要求不是永久取消，而是暂时不提出主权要求。现在需要在南极进行科学考察，需要非军事化等，因此主权要求冻结。条约为期30年，后来又续约了，现在国际社会也是在这个条约之下。中国也一直参与南极事务，也是这个条约的当事国。中国现在在南极也有两个站点了，也是为了今后能有发言的机会。南极问题上有一个协商制度，中国是协商国。现在总的来讲情况还是比较正常的，南极主要是用来科考。

2. 关于北极

北极主要是北冰洋。和我们相比，俄罗斯确实有帝国思想，它曾宣布国对北极有多大范围的管辖权，还画了图。为什么大家开始对北极感兴趣，还有人写了北冰洋的法律地位，是因为现在没有资源了，对北极的争夺主要是资源的考虑。我们可以关注一下北极情况，周边国家对北极的要求。如果从长远战略考虑，我们现在应该对国际海底、南极北极这些现在看来比较远，但是以后肯定有用的地方进行一些研究。我们可以参考北极的法律情况和各国的要求。

五、中国与周边国家的领土争端

下面讲一讲中国和周边国家的争端。

1. 海洋上的争端

首先是海洋方面。海洋方面我们比较清楚，我们和菲律宾等国在南沙、中沙一带，在黄岩岛等地有争端；还和日本存在争端，有钓鱼岛和东海大陆架的划分的问题。中日曾经就大陆架问题达成过共识，现在中日吃紧，不知道这个共识现在怎么样了；和越南也存在争端，越南在西沙占据了二十多个海岛。前一段越南还通过了领海法，强化它的要求。但是现在还是比较平静，越南主要是偷偷地做这些事情。中越之间就这个问题也打过仗。

黄岩岛的问题上，在冲突之前，菲律宾占有主动，他们在那里招摇，甚至抓中国人，结果把中国惹恼了，经过一段时间努力，现在情况完全变化了，菲律宾希望恢复到以前的情况，我们不会恢复。现在黄岩岛基本上是我们控制了，我们有公务船进行控制。这表明确立领土主权还是要采取一些有效措施，不能总是说搁置争议、和平解决之类，当对方总是在蚕食自己的领土，还是采取一些有效行动。我们如果动手了，就没有它们的事儿了。黄岩岛也给我们在钓鱼岛上提供对策提供了某种经验。

关于钓鱼岛的问题，目前也在发生一些对我们比较有利的变化，过去我们不去活动，日本总是去，还总是抓

中国人，给国际的感觉就是钓鱼岛是日本的。现在中国也过去宣示主权，日本抓我们的人，我们也抓他们的人，日本撞我们的船，我们也撞日本船，和他们一样主张权利。日本的购岛行为迫使中国采取一些行动，否则就是默认；这也为中国提供了一个机会，因为过去我们搁置争议的主张让我们不太好进行一些行动。

总之在岛屿之争问题上我们更加有利一些。从中日大局来看，早晚会发生钓鱼岛这样的事情。现在的情况，双方经济上都有一定的损失，这是迟早的事情，就看谁意志坚强了。

2. 陆地上的争端

中印边界问题分三段，东段、中段、西段，主要的争端在东段，大概有六七万平方公里。中印边界，原来有个老的国际法学家陈体强，研究承认问题，是外交部顾问。80年代他在国际法年刊上发表了文章，谈中印领土边界问题的法律问题。之后可能还是要继续谈判，也已经谈了几十年了。东段主要就是麦克马洪线的问题。我们反对这条线，认为这条线是西藏地方当局和英印当局签署的，中央没有批准，是无效的。印度认为是有效的。中印战争的时候，有一条1959年实际控制线，和麦克马洪线大致差不多。中印这场战争爆发是60年代初期，中国一下打过去，占领了达旺，然后又退回来了，还把武器藏的很干净，并交还给俘虏了，退回到1959年实际控制线的地方，之后的谈判还是从这条线开始谈。未来情况怎么样也并不明朗。

其他的地方没有很明显的边界冲突。中国和俄罗斯已经签订了边界条约，和哈萨克斯坦等的问题也基本解决。一些领土也做了一些调整，比如中国和哈萨克斯坦的边界，有一些地方原先是苏联的，后来调整过来，因为对方没有什么人去那个地方。这有历史背景，珍宝岛事件前后，中苏差点儿发生大战，苏联当时企图对中国进行外科手术式的打击，要摧毁中国所有的核设施。美国不同意这种做法，认为中国已经有了二次打击的威慑力量了，迫使苏联打消这种念头。苏联部长会议主席柯西金和周总理进行会谈，决定脱离接触、建立缓冲区等。原属于哈萨克斯坦的那块区域就属于缓冲区，几十年没有人，后来作为领土交换过来。

另外还有黑瞎子岛的事情，也是调整领土。中国和前苏联的一些国家基本已经达成协议，解决了问题。主要问题还是海上，可能将会成为中国外交上经常要谈的事情。过去在双边会议场合，我们总是强调台湾是中国领土不可分割的一部分。现在日本外相到西方访问，会在第三方谈钓鱼岛的问题。今后海洋方面的争端可能会在一些双边的甚至多边的外交场合成为一个问题。这也可能耗费中国外交上很多资源，不好说这会不会成为一个长久的议题。不过总的来说，现在大家都不愿打仗，无论是和印度还是和越南、菲律宾。越南、菲律宾两个国家比较弱，越南相对强一些，菲律宾比较弱，我们对待它们的政策也不太相同。

第六章

海洋法

一、历史和现状

最近有很多关于争端，以至于大家认为是国际法的很重要的东西，大家说国际海洋法。就像英国的教授布朗利（sir Ian Brownlie）说的，现在有一些 International Human Rights, International Law of Sea。其实这种说法有些歧义，让人感觉好像有独立的人权法、海洋法。其实并不是这样，这些都是国际法上的分支（Branch），它们根据的原理都是前几章讲的。所以我们不讲国际人权法，我们讲人权国际法。

海洋法，其实是国际法的一个比较老的分支。近年来由于一些领土的争端涉及到海洋法，使得海洋法突然显得非常重要，顺带着国际法也重要了。其实海洋法的所有问题都跟国际法相连的。比如如何解释一个规则，首先要考虑是它是条约规则还是习惯规则，要从渊源角度解释。如果涉及和平解决争端，则要看看和平解决争端的机制。

〔一〕传统海洋法

从早期历史上看，海洋法还是比较简单的。近代早期，西班牙、葡萄牙曾经划分过海洋，后来出现了公海自由，认为海洋应该大家利用，不能一两个国家据为己有。公海自由一般与航运相关，海洋是贸易通道，如果被一两个国家占据，别的国家就无法利用了。

传统的公海自由首先指的是航行自由，其目的是为了国际贸易。传统公海自由比较简单，后来慢慢有所发展，比如出现了航空器以后，提出了飞越自由。以后技术发展后，还有铺设海底电缆管道的自由。这都是新发展出来的，传统上的公海自由很简单。

传统海洋法还有领海的概念。由于武装船舶发展，使得海洋很容易成为敌国侵犯的通道，所以出现了领海概念。领海首先是安全的概念，它的产生是为了安全。领海要有宽度，在当时有很多理论，其中一种叫大炮射程论。那个时代陆地上的炮最远能打三海里，所以当时的领海宽度是三海里，多数国家是这样。那时候人们的想法就是大炮射程就这么远，领海能在岸上的火力控制之下。

传统海洋法还有一些概念，比如公海上有登临权。登，就是登上；临，临时。登临权主要讲的是国家公务船舶如果在领海上发现了贩毒、贩卖奴隶等行为，以及后来扩展出来的非法广播等行为，发现有一些公认的犯罪行为，可以登船检查。这也涉及海盗，现在索马里的海盗问题实际上是传统登临权的体现。索马里海盗的小艇速度很快，就像一些走私船。十几年前李老师曾到广东一个村子，那里的人说如果早来几个月，这里是一片火热的生活，在造“大飞”，就是走私艇。刚改革开放的时候走私很厉害，还有走私汽车等，“大飞”据说安装的是高速发动机，号称警察抓不住。中国在索马里的军舰，面对的小艇也是这种快艇。

登临权在古巴导弹危机的事件上有体现。肯尼迪下令凡是进出古巴的船只，一律登船检查，说这是国际法的体现。苏联则声称美帝国主义的行为是一种海盗的行为。当然双方私下还是有交流的。

传统海洋法不是很复杂，还包括海上交战规则等内容。我们看中国对外关系史，林则徐在广东禁烟的时候，据说查看了所谓“万国公法”（The Law of Nations），就是国际公法，当时这个名字听起来比国际公法霸气多了。我们可以看看当时的历史记录。一些文言文的历史记录写起来是很文雅的，比如把芝加哥人民翻译成“芝城父老”。在这些历史记录方面，台湾“外交部”保存了最完整的中国近代的外交档案，李老师说应该开放给大陆，最近台湾拿出了一些重要的珍贵的外交档案在故宫博物馆展览。林则徐禁烟，参考了万国公法有关海上封锁、禁运、海上作战规则等方面的内容。万国公法传到中国，中国就在考虑如何以夷制夷，用万国公法维护自己的利益。可见意大利法学家卡塞西（Antonio Cassese）的话还是很对的，国家每当历史的紧要关头，都会拥抱国际法的。中国也是这样。从鸦片战争中国面临的危机开始，中国就思考如何运用国际法捍卫自己的国家主权；到了以后五四运动，废除不平等条约的时候，用的是国际法上的情势变迁，情势变迁原则是说，缔约时候的情势到了履约的时候发生了根本的变化，以至于履约不可能，这个时候条约应该废止。1949年中华人民共和国成立，当时也是用国际法主张自己的权益，比如恢复联合国合法席位、继承财产、承认问题等。后来中国曾经一度不讲法制，到了改革开放又重视起国际法，邓小平就说要重视国际法研究，于是在北大成立了国际法专业。今天我们又遇到了历史发展的机遇期，也是一个挑战。如何运用国际法更好地维护我们的利益，融入国际社会，履行大国责任，维护世界安全，这都是中国国际法学家现在面临的任务。

〔二〕1945年之后的海洋法

海洋法的早期历史相对比较简单，真正大的发展是在1945年之后。可以精炼为两件大事，三次会议。

1. 两件大事

当代国际法上，有关海洋事务的发展有两件非常重要的事情。

1>杜鲁门大陆架公告与大陆架概念

第一件是1945年美国杜鲁门发表大陆架公告。大陆架公告实际是一个美国的国际法，是通过行政发布的。大陆架公告讲的是美国对其近海200海里的海底拥有管辖权，任何国家未经同意不得在这个区域勘探、开发。这主要是技术上的发展带来的结果。当时技术上发现近海海底有很多石油。如果按照传统国际法的观点，领海外面就是公海，公海自由，公海自由及于海底，每个国家都可以勘探开采。虽然美国技术能力也很强，但是其他国家也有很强的实力，比如欧洲有壳牌石油。美国就把沿海的海底资源控制起来。当时讲的大陆架，指的就是近海海底，跟其上面的水域没关系。在上面的的 Fish, Swimming, 是另外一个范畴。当时的大陆架讲的是海床洋底。

美国的这样一个举动有两种解释。一种认为这种举动破坏了原有的法制，原有的法制就是公海，现在则把国家控制的范围扩展到200海里。美国认为自己没有破坏原有的法制，因为过去这个地方的归属不清楚，可以说公海自由及于海底，也可以说与海底无关，在以前的时候人们没有意识到海底。

后来美国的做法被一些国家遵循，纷纷发表大陆架声明，颁布国内法，将近海200海里的范围控制起来。过了十几年，大陆架的概念在1958年联合国第一次海洋法会议上得到了体现。这次会议上制定《大陆架公约》，把大陆架的概念确定下来。这是第一件大事，由于杜鲁门的公告，使得大陆架的概念在海洋法上提出来，还形成了一个宽度，这是今天大陆架制度的开始。

2>帕多提出深海海底概念

第二件大事，是1967年马耳他驻联合国代表帕多大使在联合国提出了一个概念，深海的海底是“人类共同继承财产”（Common Heritage of Mankind）。深海的海底，过去地位不清楚。公海自由是不是及于海底呢，很多国家说及于海底。美国1982年之后还是坚持海底是自由的。帕多的这个概念等于对海底性质进行了界定，公海上是自由、捕鱼自由，属于公有物，是公共财产；而人类共同继承财产，海底，界定为共有物。公有物意味着大家都可以使用，共有物意味着大家也可以使用，但使用前要经过代表人类的机构批准。

之所以重新界定海底，因为当时在海底发现了大量的锰结核，是一种以锰为主，包含其他金属的矿石。当时的技术基本可以到达深海海底，在10000米左右的深度能够开发。人类共同继承财产的概念认为这些资源人人都有份，要成立一个国际的机构管起来，开发这些资源需要经过申请。这完全是针对当时技术发达的国家。帕多

的建议得到了第三世界的坚决拥护。上世纪 60-80 年代，在国际造法的舞台，主角并不是美国，而是第三世界甚至是苏东集团，因为第三世界人多势众，还提出要建立国际政治经济新秩序。在帕多的这个概念之上，80 年代第三世界提出所谓发展权。在 90 年代以前，国际社会真的不是美国的舞台，而是第三世界的舞台。这有很多表现。耶鲁法学院是经典的美国政府对外的法律顾问，在【尼加拉瓜诉美国案】中，美国方面是耶鲁法学院的赖斯曼 (Michael Reisman) 和麦克杜格尔 (Myres McDougal) 代理的，尼加拉瓜是英国的布朗利 (sir Ian Brownlie) 代理的，官司布朗利打胜了，经常写文章嘲笑耶鲁学派，耶鲁学派很生气，李老师在那里学习的时候，耶鲁的这些教授经常讲现在是多数的暴政。当时苏联也善于利用联合国大会的力量。因为联合国大会谁都控制不住，只能借助大多数的力量，苏联提出一些对抗美国的说法，到了大会一呼百应，一说对付美国大家都同意，要求建立国际新秩序、发展权、集体人权等，这都是第三世界支持的。当时美国最生气的事情。他们所谓的多数的暴政体现在很多领域，其中联合国最盛，在这个外交场合中体现的很多。美国当时扬言要退出联合国，而且有类似的行动。美国长期不缴纳联合国会费，而且曾经退出过联合国教科文组织。【尼加拉瓜诉美国案】，在程序问题上争论了很久，最后美国不出庭，国际法院缺席审判，第一次用国际法院规则对一个超级大国下了狠手。

1967 年帕多提出的概念并不是孤立的，这是当时国际上的一股运动。当时还有不结盟运动，还有石油输出国组织，这在今天是都不可想象的。帕多提出的这个概念有其背景，当时的势头是第三世界、苏东集团在国际上是主角，有更多的影响力。

帕多提出的“人类共同继承财产”概念在 1982 年的公约得到了体现。《联合国海洋法公约》第十一部分，国际海底区域，就是帕多提出的概念的具体化。对它的界定，就是认为它不属于任何国家，而是人类共同继承财产。

2. 三次会议

三次会议，都是联合国主持下召开的海洋法会议。

1>第一次海洋法会议

第一次是著名的 1958 年第一次海洋法会议。1958 的会议上制定了海洋法四公约，人们有时候也称为海法四公约，听起来比较酷。四公约中主要的是《大陆架公约》，把 1945 年杜鲁门提出的大陆架概念用条约的形式确立下来。这个问题也与条约规则和习惯规则有关。大家都认为，大陆架的概念，甚至大陆的宽度，即基线量起不超过 200 海里，不仅仅是一个条约规定、条约规则，到这个时候也基本形成了习惯规则。甚至宽度也得到了确定。第一次海洋法会议，最主要就是《大陆架的公约》。

2>第二次海洋法会议

第二次海洋法会议 1960 年召开，距离第一次召开的实践很近。这次海洋法会议主要是解决领海宽度问题，因为第一次海洋法会议没有很好地解决领海宽度问题，这个问题不是很清楚。第二次海洋法会议试图解决这个问题。当时也考虑一些相关的问题，一些国家认为应该有一个更为广泛的海洋权。

3>第三次海洋法会议

第三次海洋法会议是 1973 年召开的，一直延续到 1982 年，开了差不多十年，最后签订了《联合国海洋法公约》，就是今天讲的《海洋法公约》，这都指的是第三次海洋法会议签订的公约。1973 年，中国还处于文化大革命期间。中华人民共和国成立后，很少参与多边的立法活动，因为外国孤立中国，中国也有点儿自我孤立。

中国现在参加的很多国际公约、造法性条约都是用加入的方法。我们可以看看这些条约是什么时候签订的：1961 年《维也纳外交关系公约》，当时我们还在“自然灾害”时期；1963 年《维也纳领事关系公约》，当时饥饿刚过去，还在总结经验，在准备文化大革命；1966 年两个人权公约，国外正在搞人权，我们则开始了文化大革命；1969 年《维也纳条约法公约》，我们正在开中共九大，林彪正拿着红宝书跟在毛主席后面。再往前的还有 1948 年《禁止灭种公约》，包括《联合国宪章》，都是。当然联合国宪章我们是恢复的办法。对于造法性条约、编纂性条约，中国基本上是加入的方法，就像我们教室里一开始坐着的人是创始的，新进来的人是加入的，他们没有参加谈判，觉得这个公约不错就加入，不像一开始加入的国家有讨价还价，斗来斗去。这些国家一看谈判、讨价还价结束了，制定的条约还差不多，就加入了。过去国际法上加入的问题跟老资格的国家权利上是有区别的，因为创始国辛辛苦苦谈了半天，认为老资格的权利应该多一点儿，后来的少一点儿。这也是有道理的，基辛格为什么当不了美国总统，因为他是第一代移民，要二代以后移民才能担任呢，他是个 New Comer，住的时间不够长，担心他心态发生变化，反叛美国。

但是到了 1973 年的时候，中国已经是文革末期了。这个公约，中国参加了谈判。并不是一开始就参加了谈判，是 1974 年开始参加的。北大的王铁崖教授还作为中国代表团的法律顾问参加过这次会议，似乎只去过一次会议，当时他被认为是右派，党不太信任他。

这个公约，是中国第个次参加谈判过程的公约。这个公约要解决一些当时比较迫切的问题，最为迫切的是专属经济区。专属经济区是当时是讨论得比较多的。大陆架这个概念在 1958 年就确定了，让海洋法发生了很大的变化。但是大陆架上面还有水域，很多以海洋作为经济命脉的国家在 50 年代开始就提出要扩展自己管辖权的范围。当时的说法很多，比如 200 海里海洋权之类。我国 70 年代初文革时期的报纸，凡是对外关系方面的内容，基本上都是讲第三世界，支持第三世界建立国际政治经济新秩序，支持第三世界 200 海里海洋权。200 海里海洋权是一个模模糊糊的概念，什么是海洋权，当时说法很不一样，有的说是渔区，有的说是经济区，有的说是承袭海，都是智利等第三世界的国家，混同一些发达国家提出的。200 海里海洋权的着眼点其实是渔业资源，海洋上的生物资源，想的是如何把渔业资源控制起来。这是第三次海洋法会议要解决的很重要的问题。

另一个问题是第二次海洋法会议没有解决的问题，即领海的宽度。还有一些一揽子要解决的问题，比如海峡的通过。如果领海扩展，专属经济区概念确立，可能会影响用于国际航行的海峡的地位。比如马六甲海峡，最窄的地方不超过 24 海里。如果领海扩展到 12 海里，这个时候这个海峡就完全至于领海之下了，这个通道还是不是可以自由航行的通道，这个通道的上空还是不是飞机可以自由飞越的高空，都是问题。第三次海洋法会议统一了领海宽度，为基线量起不超过 12 海里。

第三次海洋法会议经过了差不多十年。龙永图说 WTO 谈判让黑头发谈成了白头发。这还是商务部管的事儿，外交部会讲我们早就经历了黑头发变成白头发的事情了，讲的就是《联合国海洋法公约》的谈判。最后，1982 年签订了《联合国海洋法公约》，我们一般叫新的《海洋法公约》。新的《海洋法公约》有比较全面的关于海洋的规定，很多内容是原来没有确定下来的，对原有海域也进行了更精确的定义。新的《海洋法公约》的各方面的内容比较齐全，包括领海、毗连区、专属经济区（领海之外上覆的水域）、大陆架（领海向外扩充的海底）、国际海底区域、公海等，还有一些关于群岛国的规定，以及国际航行的海峡地位的界定等，产生出现了比较全面的海洋的制度。

公约于 1982 年签署，签署的时候有一百三四十个国家，绝大多数国家都认为《公约》几乎每一个部分的内容都不但是条约规则，而已经成为了习惯国际法。这是很有意思的现象，其实《公约》很晚才生效。到了 90 年代初《公约》才生效，因为《公约》的生效有一个条件，需要有 60 个国家的批准书，或者加入书，这些批准书、加入书是联合国秘书处管理的。这之后一年才能生效。但是《公约》签署、甚至还没有签署的时候，绝大多数国家就已经认为《公约》的绝大多数文本都已经作为习惯国家而发生效力了，各国都把领海扩展到 12 海里，有基线量起的大陆架、专属经济区。所以公约虽然十年以后才作为协定国际法、条约规则生效，对缔约国产生约束效力，实际上公约在 1982 年甚至更早的时候，很多内容已经被视为习惯国际法。美国的说法比较有代表性，称我们都认为《公约》是习惯国际法。美国到现在还没有签署该《公约》，但是除了国际海底区域部分以外，美国对于《公约》其他部分都承认。美国对于《公约》规定的公海、深海海底的部分，即第十一部分国际海底区域的规定表示反对，美国认为国际海底区域应当适用公海自由。后来国际上就这个问题又谈了十年，美国纠结了一批同样对《公约》十一部分不满的国家要求开会，就十一部分又谈了十年。最后还是执行第十一部分的决定。

《海洋法公约》很重要。比如钓鱼岛问题，如果按照传统海洋法，领海外面是公海，公海外面是捕鱼自由、航行自由。岛屿的重要性远没有今天重要。但是按照《公约》的规定，这样的岛屿会影响到专属经济区、甚至大陆架的确定。可见《公约》确实影响相当大。这个公约是中国第一次参加国际的“立法”活动。国际社会没有立法机关，我们说立法只是一个比喻、一种说法。中国第一次参加这种国际性造法活动，也没有太多的经验，就是凡是敌人反对的我们都拥护，凡是敌人拥护的我们都反对。因为第三世界提出的专属经济区，我们就坚决支持。实际上专属经济区对谁有利呢，是对海洋国家有利。美国两面都是海，日本一圈都是海，澳大利亚、俄罗斯也都是海。我们号称一万八千公里的海岸线，好像很长的样子，其实芬兰都有三万多公里的海岸线。我们面对的都是内海，那几个国家面对的都是面对大洋。于是会议上海洋国家统统坚决支持第三世界，支持《公约》的国家很多，就通过了。今天看来，划定专属经济区，肯定对中国不利。如果不划定专属经济区，中国的捕鱼船可以任意捕鱼，但是现在到哪儿都会有人管，比如韩国海警之类的。如果当时中国也能纠集一些国家反对专属经济区，或许也可以顶住。但是当时中国也没有什么远见，现在没有可能更改了，《公约》让海洋的 70%都让国家控制了。总之 200 海里这个范围是很宽的，划定经济区对我们不一定有好处。外交谈判上未必有所谓第一世界、第三世界，在这个问题上更是没有价值 Value 的问题，其实就是利益问题。国际法上有两种导向，一种是价值的导向，一

种完全是利益的导向。利益问题需要评估，但是中国当时可能没有准确的评估。

二、领海

简单说来，领海就是沿国家海岸一定宽度的受国家主权管辖支配的海水带，包括底土和上面的空气空间，宽度从基线量起不超过 12 海里。领海可以被称为国家领土的一部分。我们有时候也叫领水，领水包括领海和内水。领海是受国家主权管辖和支配的，国家有完全的主权，是领土的一部分。要注意领海包括底土，还包括上面的空气空间，领海之上的空气空间是海洋法就规定的，不是在空气空间的部分规定的，所以一般讲领海的上空也是领海的一部分。

1. 基线的两种画法

领海是从基线量起，国际法上有两种画基线的方法。第一种叫低潮线，也叫传统基线，低潮线是指退潮的时候形成的线向外推 12 海里的平行线。显然低潮线的画法比较适合海洋比较平直的、海岸礁石较少的国家。

第二种画法叫直线基线，也简称直基线。这是一种较晚出现的划定方法。国际法上还有一个案例，即【英国诉挪威渔业案】。

【英国诉挪威渔业案】

1935 年 7 月 12 日，挪威国王颁布一项敕令，宣布 4 海里专属渔区。该海域以连接挪威沿岸外缘的高地、岛屿和礁石（即“石垒”）上的 48 个基点之间的直线基线向海平行划出。这些基点之间的距离有的超过 10 海里，其中最长的达 44 海里。英国反对挪威划定基线的方法，认为直线基线法违反了国际法。在外交谈判失败后，由于多艘英国渔船被挪威逮捕，英国于是在 1949 年 9 月 28 日向国际法院提起诉讼。

国际法院于 1951 年 12 月 18 日作出判决，驳回英国的要求，判定挪威 1935 年敕令划定渔区的方法和采用直线基线法确定领海基线并不违反国际法。

挪威比较早地通过国际法对基线画法的方法做了改动，在沿岸找一些基点，这些基点连在一起成线，再向外推平行线。英国提出异议，认为挪威的画法与其他国家不一样，挪威称说这种方法不违反国际法。英国说违反了国际法，两个国家就上庭了。国际法院认为国际法不禁止这种画法，不禁止就是说可以这么画了。

由于这个案子，就导致了新的画基线的方法出现。主要适用于有很多湾子、岛子、礁石的，比较复杂不平整的海岸线。英国之所以异议，因为这种划法让领海可以外移，可以把很多海水画到基线以内成为内海，导致领海扩展。但是国际法上允许这种画法，导致目前有两种合法的画法。

中国在《领海及毗连区法》规定中国采取直线基线的画法。这种画法可以多画一些领海。

2. 国家对领海的主权

国家对领海有完全主权，对领海上民事的、刑事的案件有管辖权。海上的刑事案件可以管辖，民事案件也可以管辖。但是一般不去管辖，除非民事案件跟岸上国有关，才会去管辖，比如一艘船在沿岸国加油之后未付钱就走了。再如前些年有一条船在上海起锚的时候把海底电缆勾断了，导致大面积停电，这时候自然要拦住。其他的案件一般可以不主动去管。

3. 领海的无害通过

领海有一个重要制度叫无害通过，是国家主权的一个例外。无害通过讲的是外国船舶，主要是商船，可以在不经过沿海国同意的情况下自由通过领海。当然通过的时候要迅速、不停顿，不危害沿海国和平与安全。很多人强调这一点，其实无害通过最根本的核心一点就是可以未经同意通过领海。过去无害通过经常作为概念题出题，现在出题一般是找一些原则。

无害通过最核心的是未经同意通过，这涉及到军舰问题，军舰的通过要不要经过允许，这是一个比较重要的问题。《海洋法公约》没有解决好这个问题，存在一定的歧义。公约用的说法叫 All Vessels，有的国家解释为包括 Warship，有的国家认为不包括。在这个问题上就形成了两种实践。多数国家坚持军舰可以无害通过，军舰可以不经过同意，比如美国。还有一些国家，在过去有四十个左右的国家不同意军舰无害通过。北大劲津老师讨

论过无害通过的问题。中国是不允许军舰无害通过的，美国军舰如果到香港访问，要经过中国中央政府批准，才能允许美国军舰访港。那样的军舰规模很大，可能有上千名船员，可以到香港购物。

我们现在还是坚持军舰不能无害通过的原则。这就涉及到一个问题，当对于一个问题国际上没有真正达成协议的时候，就可能存在不同的制度，有的国家采取一种制度，有的国家采取另一种制度，采用两种不同制度的国家之间怎么办呢。这样的问题体现在无害通过的问题上，也体现在国际法其他的一些问题上。李老师说，一个没有达成一致的问题上，遵行两种不同实践的国家之间，就是无法可依。在坚持军舰可以无害通过的这些国家之间，军舰可以随意通行；在坚持军舰不可以无害通过的国家之间，就不能随意通行。那么这两类国家之间应当是什么样的规则呢，可能真的是无法可依。当然也可能需要采用一种法律。比如中国比较强，外国军舰就不敢随意进入；有的国家比较弱，可能即使未经允许就进入也没有什么后果。这里面存在风险的问题。卡扎菲上校统治利比亚后，经常与美国叫板，美国就准备教訓教訓他。利比亚主张 12 海里领海，美国就主张 3 海里。美国飞机就在利比亚锡尔特湾 12 海里上面转来转去，还派军舰在 12 海里附近游曳。卡扎菲派法国生产的海市蜃楼式的飞机去与美国的鬼怪式飞机对抗。可见这个问题上两种不同制度国家之间的冲突。中国也主张不可无害通过，美国主张无害通过，如果美国进来了，中国肯定就会打起来，所以美国一般也不进来。当然美国军舰有时候到别的国家去，也没有太多事情发生。当然现在美国一般不触动这个事儿。军舰无害通过的问题的确没有共同的法律。自由航行可能一般没有什么问题，但是自由航行的隐患的确存在，其中一个隐患是法律不确定造成的。国际法上在一些问题是含混的，在这个问题上如果每个国家坚持自己对法律的认识，可能会发生冲突。如果发生冲突，自由航行肯定会受到损害的。

其实各国在征求同意的的问题上，也存在程度的问题。具体说来可能有两种态度，一种要求自己点头才能过；另外一种告知本国即可。而自己点头，还有一个程度问题，比如允许过几艘船，有的国家规定不能超过三艘，有的国家经过一个舰队也没问题，有的国家要求只能通过常规的军舰，不能通过核动力的军舰，担心核泄露。可见征求同意也有程度问题。无论如何，无害通过在国际上有两种不同的实践，中国是不同意军舰无害通过的。

三、专属经济区

专属经济区首先指的是一个海域，是领海基线量起不超过 200 海里的海域，国家在这个海域有专属的管辖权 (Jurisdiction)。这说的不是主权，而是一种管辖权，而且是一种专属的 (Exclusive)、排他性的管辖权。专属经济区不算在领土之内，只是国家管辖的区域。中国的海监船经常在钓鱼岛附近海域航行以宣示主权，过去是在专属经济区航行，其实没有什么国际法的意义，现在开始进入领海了，这是必须的。只有进入领海才是真正的宣示主权。

1. 专属经济区的权利

这个区域内，沿岸国有一些权利，外国也有一些权利。沿岸国的权利是对这个区域之内的一些资源，主要是生物资源、渔业资源拥有专属管辖权。这是沿岸国基本的权利。外国也有一些权利。比如外国有航行自由的权利，而且这个航行自由不仅是商船航行自由，军舰也可以航行自由。在专属经济区军舰是可以自由航行的，和领海是不一样的。在专属经济区外国的飞机也可以自由飞越，包括军用飞机。沿海国的主要权利就是对生物资源具有专属管辖权，所谓专属管辖权就是说任何国家未经批准不能在这个地方获取生物资源，主要就是捕鱼。这也是为什么中国的渔民在韩国被抓了，因为没有经过韩国方面的同意进入韩国的专属经济区，所以每次发生这样的事情中国也没什么可说的，只好说回去教育渔民。其实教育不太有用，渔民跑过去捕鱼是因为韩国那边的鱼确实很多，李老师在韩国两个大学的兼职教授，还在那一带钓过鱼。到其他国家的专属经济区捕鱼要经过批准，这也是为什么我们说划定专属经济区对中国不利的理由。有人说专属经济区是自成一例的海域，既有领海的特点，又有公海的特点，既像领海，又想公海；既不像领海，又不像公海。

专属经济区沿海国还有一项权利，即在经济区建人工岛屿和设施。专属经济区建人工岛屿和设施与大陆架是一致的，岛一般是从洋底开始建，当然用浮筒、船之类的建设也有，但一般是从底下建。大陆架的法律也有规定建人工岛和设施，这是沿海国的权利。建人工岛的问题也很有趣，一些国家沿岸有一些礁石、岛礁，有的国家就在礁石上面扩展使其变成一个岛。国际法上，岛可以画领海，人工岛不能画领海。但是有的国家把礁变成岛，这是人工岛么，这也是一个问题。中国周边的国家也是在利用把礁变成岛的方法扩展自己的管辖范围。当然不知道中国是不是也在做这样的事情。

2. 专属经济区的军事应用

演习等军事应用

专属经济区也有一个隐患，即专属经济区的军事应用。这些都是中国需要研究的问题，比如国家能不能在专属经济区进行军演。美国在中国的专属经济区军演，中国就很生气。专属经济区能不能进行这样的应用呢，海洋法上也不是很清楚。中国认为不能这么利用，有的国家认为可以。如果在一个国家的专属经济区军演，几乎等于是示威；如果一个国家坚持在另外一个国家的专属经济区军演，这个国家感到受到威胁，或者提出不允许军演，这个时候就是一个冲突的隐患。这也是影响航行自由的因素。

中国现在经常到西太平洋进行演习，经过日本冲绳的宗谷海峡，日本报纸就报道中国舰队大摇大摆地通过宗谷海峡云云。2003、2004 年李老师到日本福冈，在九州大学、帝国大学讲座的时候，日本报纸讲中国的潜艇浮出水面，大摇大摆地通过海峡之类。它浮出水面，是有道理的，一般潜艇要无害通过是要浮出水面，要把国旗升起，因为在专属经济区，所以这样通过没什么问题。但是在离日本这么近的地方，它就感到有相当的威胁。

专属经济区的间谍船

现在专属经济区方面还存在一个问题。一些国家可能在另外一个国家的专属经济区放置几条间谍船，专属经济区能不能有间谍船存在。这些船就被扔在那儿，也不航行，把这块海域盯住，来来往往的船都被它看得清楚。这都是专属经济区军事利用问题，这个问题也与今后一些事态的发展，与中国跟周边国家争端解决，与航行自由等问题是连在一起的，这些问题也真的是很值得研究。

毗连区

领海外面还有毗连区，宽度是基线量起不超过 24 海里。计算领海、专属经济区、毗连区等都是从基线量起。毗连区主要的功能是缉私区、卫生检疫等，一般不算领海。可能与领海相比，它的性质更接近于专属经济区。

四、大陆架

1. 地理上和法律上的概念

关于大陆架，一般会讲两个概念，一个是地质地理学的概念，一个是法律上的概念。

1>地质地理学的概念

地质地理学的概念指的是大陆向海的延伸。大陆进到海洋不是一下子到了洋底，而是慢慢地、缓缓地下去的。缓坡在地质地理学上叫陆架；有的陡峭一些，叫陆坡；进入海底之前有一些堆积物，叫陆基。这是地质地理学上的概念。

2>法律上的概念

法律上的大陆架是有一个宽度的，是从领海基线开始，不超过 200 海里的海床、洋底及其底土。法律上的概念肯定是人为的，有可能地质地理学的大陆架伸到 150 海里就结束了，这个时候，按照法律上的概念，还要再补足 50 海里的深海海底。有的国家地质地理学上大陆架到达了 250 海里，法律上只有 200 海里属于这个国家，剩下的陆坡、陆基都算深海海底。所以法律上的概念是距离的、人定的概念，和地质地理学的概念不一样，经常是不一致的。

宽大陆架

按照 1982 年公约的规定，还有一种特殊情况，宽大陆架的国家，可以从基线量起 350 海里为大陆架。有的国家地质地理学上的大陆架很宽，法律上叫宽大陆架国家。宽大陆架国家有一些标准，法律上最多不超过 350 海里的法律意义上的大陆架。比如日本在太平洋方向在申请一部分宽大陆架。

2. 大陆架的权利

按照 1982 年的公约，沿岸国对大陆架拥有主权权利。严格讲大陆架也不属于国家领土，但沿海国是有一

定权利的，1982年的公约规定为主权权利。任何国家未经沿海国同意，不得在大陆架案进行勘探开发。大陆架和专属经济区着眼点是不一样的，专属经济区是渔业资源，大陆架是自然资源，主要是石油等。

《海洋法公约》规定，沿岸国对大陆架的权利无需宣告或者占领，不需要发表一个大陆架公告，也不用占领，即使一直不开发也是属于沿海国的。另外按照《公约》规定，沿海国在大陆架上可以建立人工岛屿和设施。这一点和专属经济区是重叠的。我们会发现大陆架和专属经济区一个在上面，一个在下面。当时曾经有一种想法，把这两个区域用一个制度规定下来，因为它们的范围基本是一样的。后来谈判代表认为两个东西属性不一样，一个是水域，一个是陆地，所以分成了两个制度。

在大陆架方面，外国也有一些权利，比如铺设海底电缆和管道的权利。现在铺设海底电缆和管道也是很重要的事情。有人有庞大的计划，要铺设一条连接金砖四国的海底电缆，一定会得到大家的积极响应。大陆架沿岸国对大陆架的权利不影响上层水域和水域上空空间的权力，不影响专属经济区的航行自由、飞越自由，沿岸国对大陆架的权利不影响其他国家的这些权利。

大陆架赋予沿海国大陆架法律上的权利，在比较早的时候就确定为习惯国际法。1958年《大陆架公约》就已经把大陆架这个概念确定下来，而且把大陆架的宽度也确定下来。在《公约》之前，大陆架的概念就已经被认为是习惯国际法的概念，它的宽度也得到了确定。

3. 大陆架划界规则

关于大陆架，有一些比较重要的关于划界的案例。最重要的、对中国也有重要意义的就是1969年【北海大陆架案】。这个案例在国际法的渊源，如何确认一个习惯规则的存在，编纂性的条约对一个习惯的形成和确认的作用等方面是经典的案例，同时这个案例对于大陆架的划界的原则也做了一个阐述，主要是否定了等距离线作为一个习惯国际法的划界原则，认为等距离线是一个条约规则，规定在1958年《大陆架公约》的第6条。

《大陆架公约》第六条

1. 同一大陆架邻接两个以上海岸相向国家之领土时，其分属各该国部分之界线由有关各国以协议定之。倘无协议，除因情形特殊应另定界线外，以每一点均与测算每一国领海宽度之基线上最近各点距离相等之中央线为界线。
2. 同一大陆架邻接两个毗邻国家之领土时，其界线由有关两国以协议定之。倘无协议，除因情形特殊应另定界线外，其界线应适用与测算每一国领海宽度之基线上最近各点距离相等之原则定之。
3. 划定大陆架之界限时，凡依本条第一项及第二项所载原则划成之界线，应根据特定期日所有之海图及地理特征订明之，并应指明陆上固定，永久而可资辨认之处。

该案提出了一个新的划界的原则，即公平原则。按照法院的看法，公平原则要考虑一些因素，比如大陆向海的延伸。大陆架之所以会成为沿海国的权利，因为大陆架首先是大陆向沿海的自然延伸，和陆地是连在一起的，所以沿海国有权利。此外还要考虑岛屿情况，要考虑海岸线的宽度、长度，这些都是确定划界的公平原则要考虑的因素。

在划界方面，专属经济区、大陆架的划界规则在1982年的公约中都有规定，但是1982年的公约的规定非常模糊、抽象。

《联合国海洋法公约》第八十三条 海岸相向或相邻国家间大陆架界限的划定

1. 海岸相向或相邻国家间大陆架的界限，应在国际法院规约第38条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。

海岸相邻、相向国家专属经济区和大陆架的划界要按照《国际法院规约》第38条所指的国际法基础上协议为之，以便得到公平的结果。这也是公平原则的出处。这个规定等于没说，本来《公约》应该说明如何划界，比如说划界采取公平原则，公平原则应该考虑几个要素，或者是划界应该采取等距离线的原则，等距离线要考虑的特殊情况等等，这才是划界规定。这个公约本来就应该规定如何划界，可它又推到《国际法院规约》38条，38条又是讲的争端解决要适用条约、习惯，又推回来了，等于没说。所以这个条款是一个抽象的、含混的条款。国际谈判中有时达不成协议，就用抽象的、大家都能接受的条款来写，实际上是没有达成协议。

【北海大陆架案】中，丹麦、荷兰和联邦德国到法庭上要争论的问题就是划定原则是什么，法院提出了公平原则。公平原则也是中国和日本在东海问题上坚持的原则。中国说划界首先考虑自然延伸，比如那里有一条冲绳

海槽，古时候叫黑水沟，那个地方海水颜色变深了，因为底下是海槽。这就是一个考虑的因素。日本坚持的是等距离线原则。所以这个问题上双方有争议。其实前几年中日达成了共识，要搁置争议、共同开发云云，但是由于钓鱼岛的事情，也不知道这个共识怎么样了。日本对钓鱼岛国有化之后，中国政府不但把钓鱼岛的海图、基线都提交给联合国，同时还向联合国外大陆架委员会提交了东海大陆架的外部界限。外部界限究竟在哪儿，是需要有一个图、一个精确的确定的，一个国家要把这些提交给这个委员会，就是表明权利主张。国际法上看，提交或不提交并不影响争议，提交只是一个形式，并不确认说主权权利在，双方还可以各执一词。

现在中国在东海大陆架上有一些油井，最有名的叫春晓油田。春晓油田在等距离线的中国一侧，即日本主张的线的中国一侧。中国还是希望避免冲突，没有把井打到日本一边。日本很恼火，说有一个吸管理论，在一侧打个井就把另一侧的石油吸走了。这可能也是有道理的。李老师在日本的时候，日本人说李 sir，你们国家把油都抽走了。李老师说国际法上也没说不让在那个地方抽油，没有禁止在自己的大陆架上开采，我们的开采是在日本认为的界限的中国一侧，没有听说国际法上不让在这边抽油。这些日本人也承认中国的说法也是有道理的。现在不知道日本是不是也在打井。现在中国的春晓油田已经投产了。大陆架、钓鱼岛，这两个问题上还是有一定关联的，未来的前途可能取决于两国政治气氛的改善。现在的情况，还是双方船过去，双方都是打疲劳战，比谁扛得住。

五、公海

公海指的是不受任何国家管辖的海域。公海在专属经济区之外，不受任何国家管辖支配。

1. 公海自由原则

公海法律的原则是公海自由。公海自由有一些具体内容，一开始是航行自由、捕鱼自由，后来又扩展了，包括了飞越自由、铺设海底电缆管道的自由。1982年的公约又增加了两项，建造人工岛屿和设施的自由，海洋科学研究的自由。所以现在公海自由实际上是六大自由。

2. 公海具体制度

除了公海自由，公海上还有一些制度。

登临权

登临是对一些公认的国际犯罪行为嫌疑船舶由国家公务船进行登船检查。公认的犯罪，包括海盗、贩毒、贩卖奴隶、非法广播等。在公海上架起无线电、电台广播也是非法的，据说有一年说法轮功在公海上宣传，就是非法广播，国家的船只过去捕获。无线电在国际上有分配频率，国际电信联盟关于广播有分配频道，如果不在它分配的范围内就是非法的，非法广播任何国家是可以拿获的。登临权还是一项重要的国家权力。

中国十多年前有银河号事件。中国有一艘船银河号，从中国港口出来就被美国船盯住了，美国人说船上有禁止的化学品、化学武器。这艘船走的也很神秘，走走停停。走到中东某地，晚上趁着夜幕停靠，第二天出发，美国人来登临检查，没有检查到所谓化学武器。对这个问题美国人就应该道歉。那天晚上不知道是发生掉包了还是什么事情，可以研究一下银河号的秘密。

方便旗船

公海上还有方便旗船。公海上挂的旗是方便旗，不是股东所在国的旗。在巴拿马注册的就挂巴拿马旗，可能船员、船东都和巴拿马没什么关系，只是这个船是在巴拿马注册的。这种情况还是很常见的。按照注册地是巴拿马的船，但是如果按照所谓的真实的联系，就可能跟巴拿马没什么联系，比如按照真实的联系可能是中国船，船员是中国的、股东是中国的。但方便旗是这是国际上公认的做法。公司船舶问题上，目前国际法上基本上讲的还是形式主义，在哪儿注册就具有哪个国家的国籍，即使没有什么真实的联系。

公司也是这样。我们知道【巴塞罗那电力公司案】，是加拿大注册的，但是和加拿大没多大关系，股东80%都是比利时人，而经营地在西班牙。按照真实联系，要么是西班牙公司，要么是比利时公司。这个公司大概比较赚钱，西班牙国有化过程中，就用各种办法把这个公司逼垮。这个国家在西班牙国内得不到救济，就要求公司的国籍国提供保护。加拿大没有什么保护的权力，觉得跟它没有关系，又怕破坏和西班牙的关系。比利时见加拿大不提供外交保护，要求自己作为大股东的国籍国提供外交保护。于是公司的国籍国加拿大，大股东的国籍国比利

时，侵权的国家西班牙，形成三角关系。法院认为能提供外交保护的肯定是公司的注册地国、国籍国，法院采取了完全的形式主义，否定了比利时作为大股东的国籍国的外交保护、救济的权利。

所以在公司、船舶的问题上，国际法上更多地倾向于形式主义。但我们可以研究现在的情况，现在似乎慢慢有一股潮流转变，公司的国籍有些国家规定的是主营业地的国家，不看注册地。因为在维尔京群岛、开曼群岛这样的地方注册的公司太多了，事实上和开曼群岛、维尔京群岛没有任何关系。所以现在的情况发生了一些变化，有的国家强调主营业地、大股东的国籍，但是70年还是比较严格的形式主义。海上的规则也是方便旗船，是一种形式主义。不过这样也可能不利于保护当事人的权利。船舶的情况也比较复杂，可能水手来自不同国家，可能船东也是跨国公司。这个问题可以深入研究

海盗问题

公海方面现在经常看到的问题就是海盗。我们知道现在有索马里海盗，他们的船跑的很快，中国也借着打海盗的机会远行。中国的海洋是比较封闭的，太平洋第一岛链、第二岛链，中国都在其内，中国进入太平洋是从日本宗谷海峡穿过去的。正好有了海盗问题，可以让中国出去锻炼一下。这也是大炮打蚊子，去吹吹海风、晒晒黑也是很大的锻炼。

六、国际海底区域

国际海底区域，指的是大陆架以外的不受任何国家管辖和支配的深海海底。严格讲就是海床洋底及其底土，我们就叫深海海底（Seabed）。前面讲到1967年马耳他外长帕多提出人类共同继承财产的概念，这个概念实际上把深海海底的性质界定了。所以1982年的公约第十一部分用了深海海底这样一个新的概念。按照《公约》规定，深海海底是人类共同继承财产，任何人的勘探、开发都必须经过能够代表全人类的机构的批准。1982年的公约成立了一个机构，国际海底管理局（International Seabed Authority），由它代表全人类。这里都不讲国家，讲人类了，《联合国宪章》讲的也是“联合国人民”。总之，国际海底区域的性质是人类共同继承财产，任何人不得擅自开发，对它的开发要经过管理局的批准。管理局成立了一个开发机构叫企业部。当时对于如何开发海底，全世界意见分歧很大。有的国家准备好开发了，提出国家可以单独开发；有的认为必须由海底管理局自己开发，由它自己组织人开发。最后打破僵局的是美国国务卿亨利·基辛格，他提出了平行开发制。他说国家可以单独开发，当然首先要经过申请；企业部也可以开发。企业部本身也没有什么力量，它要开发也要找国家。所以允许国家申请后单独开发，如果国家开发，首先要经过申请，其次一部分收益要交给海底管理局、企业部，由人类共享。这个概念还是得到了大家的拥护。现在开发制度就叫平行开发制，国家、企业部都可以开发。

为了国家的开发，海底管理局划定了一些矿区，由各国进行招标、认领。这些招标、认领的国家叫先驱投资者。中国在太平洋认领了一个矿区，尝试开发那里的锰结核，这一块矿区还是不错的。当时中国开会讨论是否申请这块矿区的时候有争论，都认为申请会有些问题，不申请也有问题。因为申请首先要交一笔费用，大概有几千万，还有进行一定的勘探行为，不能像搞房地产一样，认领以后搁着长时间不开发。另外是不是能开发，还是一个未知数，深海海底成本还是很高的，能不能达到预期效果很难说，风险也很大。但如果不去认领一块儿地，其他国家都认领了，如果海底又发现了资源，就没有中国的了，所以还是花点钱买了这块矿区，再看情况。李老师感觉，深海海底的潜力在签署公约的时候被夸大了。当然那时候谁也说不清楚未来人类在深海海底的前景如何，当时人们感觉深海海底在经济上和各方面的前景都很打。现在看来可能有点儿夸大，现在没有听说哪个国家在深海海底取得了伟大成就。深海海底的开发毕竟风险很大，从一万公尺的深海中捞些锰结核，可能不是那么值得，如果那里有金矿可能比较值钱。当然也不好下结论，如果技术变得很强了、下去变得很容易了，也许值得这样做。现在中国技术也有发展，探测器到了很深的海底。深海海底开采和大陆架还是很不一样的，大陆架是很浅的，深海海底是另一回事。

七、海峡

海洋法最后一个问题，关于海峡。1982年的公约规定了用于国际航行海峡。海峡的制度是，如果一个海峡被定性为国际航行的通道，是用于国际航行的海峡，那么原则就是自由航行、自由飞越，无论是民用船还是军用船、无论是民航机还是军用机。比如波斯普鲁斯海峡，百分之百是国际航行的通道，海峡宽度有限，大型军舰还

不太好通过。这样的水道都是自由的，包括军舰通过自由，军用航空器飞行自由。当然通过不能对沿岸造成安全秩序的威胁。总之海峡的通过，公约确立的就是自由通行的制度。

我们现在觉得海洋法很重要，因为涉及到我们的利益了。涉及我们利益的时候发现海洋法如何重要，国际法如何重要。海洋法是一个相对中立的国际法问题，是一个资源、利益的问题，跟价值没有太多关系，是一个价值中立的领域。相对来讲，还是比较技术性的。我们可以看出，在新的公约制定以后，整个的海洋包括海底，都被法律规制起来。从领海开始都有规定，从基线量起可以划定一个不超过 12 海里的领海；从基线量起可以划定一个不超过 24 海里的毗邻区；从基线量起可以划定一个不超过 200 海里的专属经济区；从基线量起可以划定一个不超过 200 海里的大陆架。大陆架外面就是国际海底区域，国际海底区域上面就是公海。海峡由专门的自由通行制度规定。新的公约把整个的海洋几乎每个角落都做了规划，我们画个图就可以看得比较清楚。

有些地方，法律并不是很确定，或者并没有达成协议。比如军舰在领海中的无害通过问题，比如专属经济区的军事利用问题，比如相邻国家、相向国家大陆架和专属经济区的划界，并没有很确定的法律，以至于经常会发生争议。中国和日本的大陆架争议就是这样，公说公有理、婆说婆有理，日本用等距离线原则，中国就用公平原则，到底应当采用哪个原则不确定。这些问题最终还一般是协议确定，达不成协议就僵持。新的公约并没有完全解决所有的法律上的问题，这是公约的情况。

第七章

空气空间和外层空间

一、空气空间的主要法律问题

1907 年莱特兄弟发明重于空气的航空器之后，空气空间的法律地位开始受到真正的重视。之前人类没有太多利用这个空间，顶多是放个炮竹、放个热气球之类。在过去的时代热气球其实是一种管用的工具，普法战争的时候巴黎被普鲁士围住，法国人出不去，它的内政部长叫甘必达乘坐热气球突围出去招援兵。气球和航空器不一样，航空器比空气重，气球则是另一个原理。中国很早就发明了烟花，也能到空气空间，但是真正的空气空间法律地位的确定还是莱特兄弟发明重于空气的航空器之后。航空器发明之后很快就进入第一次世界大战了。

航空器有几个特点：

- 1>跨国性。欧洲国家比较小，航空器飞行很快就跨国；
- 2>能够用于军事。最初的航空器就有从上面往下扔手榴弹。

1. 关于空气空间的国际公约

1919 年国际社会就空气空间问题开会，缔结了《巴黎航空公约》。该公约对空气空间进行了界定，国家领土上空叫空气空间，国家对空气空间拥有主权。领空的概念就出现了。领空的概念并不是很早就有的，领空是 20 世纪初才出现的概念。领空相关的问题过去就是罗马法的谚语，谁拥有土地谁就拥有土地的上空，其实那时候拥有上空也没有用。《巴黎航空公约》除了界定了空间的性质外，还有一些其他的规定。

1944 年国际社会制定了《芝加哥公约》，再次重申了《巴黎航空公约》中确定的领空的概念，并规定了航空器的国籍问题，规定航空器的注册地国即为其国籍国。该公约还区分航空器种类，将航空器分为民用航空器、国家航空器等。

1944 年的公约重要的一项内容是建立一个民用航空组织，国际民航组织，该组织建立在加拿大。加拿大学习航空法的人比较多，加拿大麦吉尔大学（McGill University）是学习航空法比较重要的地方，因为民航组织就在加拿大，这所大学的航空法和空间法都不错。

以上讲的都是国际公约，但是真正的航空法并不是国际法。航空法有点儿像国际经济法，兼有国际国内两个方面的性质，既有国际公约规定又有国内规定，他们共同组成一个航空法。李老师曾试图研究过，但是看不下去，因为航空法非常 Technical，有很多技术性的规定，比如航道多宽、机场的灯应如何设置等等，这样的事情还是找个女生研究吧。航空法有很多国际国内的规则，还有赔偿制度等细致的规定。

2. 危害民航安全的行为

空气空间主要的公约就是以上两个。国际法上考虑空气空间的法律问题，比较重要的是空中劫持问题，今天

我们说是危害民用航空安全的非法行为。空中劫持是比较小的概念，关于空中劫持或者说危害民用航空安全的非法行为的公约，业内人士都说是民事航空的刑事公约，一共有三个：

- 1>上世纪 60 年代制定的《东京公约》；
- 2>1970 年制定的《海牙公约》；
- 3>1971 年制定的《蒙特利尔公约》。

三个公约对危害民用航空安全的非法行为如何规范进行了规定。《东京公约》规定的范围比较狭窄，主要讲的是空中劫持问题；《海牙公约》和《蒙特利尔公约》，把空中劫持扩展了，扩展到各种危害民用航空安全的非法行为。

危害民航安全的行为可能有很多种，比如在飞机上放置爆炸物，在地面上发出假情报等。最常见的是在飞机上劫夺飞机。今年夏天在和田飞往乌鲁木齐的飞机上，几个人用拉杆箱藏了武器，把飞机劫持，不料一些正在接受培训的公安人员也乘坐了那架飞机，这些人很快被公安人员制服了。所以现在飞往新疆，拉杆箱都要托运。现在劫机犯的办法还是很多的，飞往新疆的检查还是很严格，需要检查鞋子、皮带等。前几年新疆还发生过一个事件，有人在飞机上点火，把火种丢到卫生间，还冒了烟，最终被机组人员制服。现在劫持飞机的事情还是不少的。

这几个公约规定危害民航安全的行为，首先是界定什么样的行为是非法行为。非法行为首先包括劫夺飞机的行为。除了劫夺飞机的主犯，其同伙的行为也属于劫夺飞机，劫持飞机的人及其同伙的行为都是非法行为。非法行为还包括发出假情报、放置爆炸物等等，这些都属于公约制止和惩罚的对象。

3. 民航安全与引渡问题

劫机一般逃往国外，如果劫机未遂就被抓住，就不涉及引渡问题；但如果劫机成功，到国外之后，谁对劫机犯有管辖权，就是一个问题。从公约的制度看，基本上是普遍的管辖权。无论是谁拿获了劫机犯，如果愿意管辖，都可以管辖。这样的话，最先主张管辖权的就应该是飞机的降落地国。可以管辖的国家有降落地国、飞机的国籍国、犯罪地所在国、乘客的国籍国等，可能很多，但是最有可能、最先接触劫机犯的就是降落地国。这种情况过去就有。过去我们有飞机被劫持到日本，中国的外交官过去谈判，首先提起的就是管辖权问题，中国承认日本有管辖权，但是要求日本不要管辖，否则会招来很多劫机犯劫机后飞往日本。总之要记住，劫机问题上的管辖权是普遍管辖权。

管辖权之后的问题是引渡。一般而言罪犯的国籍国都会要求把罪犯引渡回来，尤其是当罪犯的国籍国和航空器的国籍国、大多数乘客的国籍国一致的时候。几个公约规定的不是必须的引渡义务，即拿获罪犯的国家没有必须引渡的义务，可以引渡，也可以不引渡。引渡是需要有双边的法律安排的，如果降落地国愿意引渡，但是两个国家之间又没有引渡条约怎么办呢，按照公约规定，公约本身可以作为引渡的法律上的依据。不需要双边的引渡条款，关于劫机问题的多边条约本身就可以作为依据。但是如果不引渡，公约规定的原则是引渡或起诉的原则，即如果不引渡，就要起诉劫机犯；而且不但要起诉，还要按照本国的严重刑事犯罪对待。也就是说要严惩劫机犯。总之公约确定的一个原则就是不引渡则起诉，而且要严惩。

中国发生的比较早的劫机案是在 1983 年，卓长仁劫机的事件。当年李老师第一次坐飞机，乘坐林彪坐的那种罗尔斯罗伊斯公司制造的三叉戟陪同魏敏老师出差，到沈阳的东塔机场，下飞机后看到戒备森严。人说刚跑了一架飞机，跑到南朝鲜春川机场了。卓长仁和自己的女友，当时说姘头，劫持飞机飞往南朝鲜。当时中国与韩国也没有建交，中国抨击韩国不引渡，韩国后来把卓长仁等人送到台湾了。这个问题在国际法看来，韩国不引渡中国也说不上什么，从公约的角度也没有违反国际法，不引渡是它的权利，正如外国飞机飞到中国，中国也不愿意放走一样。但是韩国存在问题的地方是量刑比较少，它没有严惩，很短时间之后就送走了，这个问题上没有按照公约的要求严惩劫机犯，没有达到公约阻止类似情况发生的目的。从这个角度讲韩国的做法有问题。

公约一些制度或许是有问题的。如果要真正制止非法行为，可能必须设置一个强制性引渡义务，如果没有强制性引渡义务，对于完全制止非法行为是比较困难的。但是当时签订条约的时候达不成这样的协议，才搞了这样的妥协。

此外劫机常常是有政治目的的。一些伊斯兰国家的民族解放组织曾经经常劫持以色列飞机，飞到非洲的某个国家，劫机者下飞机后就表示胜利了，这种行为就是针对以色列。这个国家的人热烈欢迎，那是标准的庇护天堂。这就显然存在问题，按照三个公约规定，劫机无论是出于什么动机目的，都是刑事犯罪，没有政治犯这一说。这才是三个公约的精神，劫机没有正义和非正义之分。这个问题上各国还是比较清楚的，劫机行为都是刑事犯罪行为。

空气空间的国际法最主要的是这些内容。还有一些其他细致的规定，包括航空器使用的时间方面的问题。比如什么时候为“飞行中”，是从关闭舱门到打开舱门这一段时间叫飞行中；还有使用中、劫持的时间等细致的时间规定。

空气空间的问题上国际法的内容不很多，还涉及到空气空间和外层空间的界限问题。这个问题在下一节中说明。

二、外层空间的主要法律问题

1. 外层空间的界限

关于外层空间的界限，一般认为大气层以外的空间叫外层空间，具体在什么地方没有一个确定说法。一种说法是航空器飞行的界限，30-40 公里；第二种是人造卫星飞行的下限，人造卫星能够离地面多近就划在什么地方，大概为 100-110 公里。此外还有一些学说，最有争议的是赤道国家提出的禁止轨道说，或者同步轨道说。禁止轨道大约在距地面 36000 公里的地方，卫星升空后在一个高度和地球同步运转，有人把这里叫做禁制轨道，有人把这里叫做同步轨道。赤道国家说那里有引力，卫星上去同步运转是因为引力，所以界限应划在这里。无论国家立场什么区别，大家都承认不受任何国家管辖支配的空间是外层空间。

外层空间的法律地位问题比较晚才提出来。1957 年苏联发射卫星，这时候就把卫星运行空间的地位问题提出来了。卫星上天涉及到的一个问题就是过境权，卫星升空要飞越其他国家领空，就有过境问题。苏联发射卫星不久，美国人也发射了卫星。1957 年苏联发射卫星，那一年很多人中国人就取名卫星，苏联发射成功后国际社会一也是片欢呼，很快这个空间的地位确定了。大家都承认卫星运行的空间和领空不一样，应该是不受任何国家管辖和支配的空间。

俄罗斯对外层空间法的研究是比较细腻深入的，在这个领域比较强，很多人研究外层空间法，大概因为它比较早地进入外空的国家。李老师说参加国俄罗斯国际法协会的一个庆典，那里还见到了普京、梅德韦杰夫。普京是圣彼得堡大学法律系的，梅德韦杰夫也是学法律系，普京的一个老师来参加这个庆典，所以普京也来了，在这次庆典上就同时看到了两大巨头。俄罗斯有研究国际法的传统，过去一直研究和平共处、社会主义国际法理论等，一直到它解体，都在国际法上有所创新，不断摒弃过去的东西，提出新的国际法理论，它一直比较重视国际法。

2. 关于外层空间的联大决议

外层空间的法律地位的确定，是由联合国大会的决议完成的。联合国大会在 60 年代初期通过了一系列的决议，确定了卫星运行的空间是不受任何国家管辖和支配的空间。前面谈到的英籍华人郑斌 (Bin Cheng) 教授，在 1965 年就写文章发表在国际法年刊上，讲的就是联合国大会的决议快速形成习惯国际法问题。实际上郑斌除了研究国际法渊源以外，还研究外层空间法，是外层空间法的专家，所以他用外层空间法举例，来说明习惯国际法有可能快速形成。他讲的快速形成的方法是通过联大决议，因为联合国大会的决议本身没有法律效力，但是可以作为习惯法所需要的重要要素即法律确信的证据，联大决议还是可以很好地证明法律确信的存在。在外层空间的问题上各国用联大的决议来证明，因此在 1957 年之后不长的时间，已经形成了一些习惯规则，其中一个规则就是外层空间是不受任何国家管辖和支配的空间。

联大决议在形成习惯法的时候还是有很多例子，比如 1986 年【尼加拉瓜诉美国】，因为美国在接受国际法院强制管辖权的时候做了一个保留，凡是因多边条约引起的争议都不接受法院的强制管辖权。所以【尼加拉瓜诉美国案】中，尼加拉瓜的法律顾问，英国的布朗利 (sir Ian Brownlie) 教授很好地提出了诉求，说美国违反了习惯国际法上的不使用武力、不干涉内政的原则，就把因多边条约所引起的争议的保留排除掉了，要解决的问题不是多边条约引起的争议，而是因为习惯国际法和一般国际法引起的争议。法院在论证有关习惯国际法上不使用武力、不干涉原则的时候，就没有用《联合国宪章》，用的就是联合国大会的决议，主要就是 1970 年的《国际法原则宣言》，还有其他一些决议，比如 60 年代不干涉内政的宣言。用联合国大会的决议证明习惯国际法也是国际法常用一个方法，因为联大决议能够证明习惯国际法的要素，法律确信。

3. 关于外层空间的公约

在外层空间领域，虽然最开始的法律是由联合国大会的决议来确定的，但是决议毕竟还是要证明的，它只能

作为习惯国际法的证明，证明还需要有一个过程，所以国际社会又提出用条约把外层空间的地位确定下来。联大决议做出后，国际社会开始制订条约，通过条约用更清楚的语言更明确地确定外层空间的法律地位。条约的功能就是把习惯国际法系统化、成文化，有人说法典化，其实就是用成文的方式把不成文的东西更精确地表达出来。

1966年开始，国际社会制定了一系列外层空间条约。外层空间领域的国际法，有的是公认的习惯国际法内容，有的就是条约内容。这些条约连同习惯国际法的内容构成了国际法的新的分支，即外层空间法。主要有以下几个条约：

1> 《外空条约》

《外空条约》1966年通过、1967年生效，大体上有几个方面的内容：外层空间的地位是不属于任何人所有管辖支配的空间；外空要为科学和平的目的服务，外空非军事化。外空非军事化的问题在今后可能是经常要提出的问题。

2> 《营救协定》

宇航员返回地面的时候不一定成功地到达目的地，比如中国宇航员返航，如果降落得比较好就降落在内蒙古，如果降落得不太好的就到外蒙古了，这就有一个宇航员的营救问题。《营救协定》规定各个国家都有义务把宇航员送回本国，不能把宇航员扣押，不能问宇航员看见什么、携带什么东西了之类。

3> 《责任公约》

另外还有一个条约叫《责任公约》。空间的物体在运行过程中是有可能产生责任的，所以有《责任公约》。比如苏联的核动力卫星坠落，叫做国际法上不加禁止的行为导致的责任，还是需要承担责任。

4> 《月球协定》

《月球协定》首先宣布月球是人类共同继承财产，任何国家不能把月球据为己有。这个事情还是重要的，阿波罗登月放上一个美国国旗，按照先占原则好像就是美国的了，这个条约规定了天体是人类共同继承财产。

5> 《登记公约》

外空方面还有《登记公约》，向外空发射卫星需要有数，《登记公约》是专门负责登记外空物体的条约。

此外，外层空间方面有一个问题可以追踪研究，就是卫星遥感地球问题。每个人都在用的 Google 就用了卫星遥感地球。现在的问题不是能不能遥感，而是管不住。美国不知道用这个技术遥感了多少其他国家的机密，我们可能也有能力遥感美国一点。这方面的问题正在研究中，不能为商业目的服务，不能公开、不应该曝光等。现在看来这个技术发展确实很快，用 Google 连门牌号都能看的很清楚。

外层空间是比较技术性的问题，我们可以持续跟踪。外空方面今后可能涉及到外空旅游、外空体验等，这都是比较和平的应用。同时在军事上可能出现在外空藏武器的问题，或许现在就有国家在做。还会开发太空，比如到太空种植作物。美国飞往太空往往用航天飞机，和中国技术不太一样，现在还有了新的工具。外空技术的发展还是很快的，技术的发展一定会带来一些法律问题，我们可以进一步研究。

第八章

国际法上的个人

一、国籍与属人管辖和外交保护

国际私法也讨论国籍问题。国籍问题讲的是一种资格，一种国民和公民的资格，一种个人和国家固定的法律联系。国籍在国际法院有一个比较著名的案例【诺特鲍姆案】，这个案例中讲的国籍很简单，国籍是社会事实在法律上的反映。一个人之所以有一个国家的国籍，是一系列事实的反映，是人出生、成长的过程中很多的社会事实在法律上的反映。李老师有个学生自称塞内加尔人，不过怎么看怎么不像，他在中国上小学、中学、大学，讲中文，黄皮肤，黑头发等等，这些都是社会事实，突然说是一个非洲人，就不太像。其实他是为了出门方便在香港买了一个护照。在【诺特鲍姆案】中法院强调的就是国籍是社会关系、事实在法律的反映，是事实在法律上的联系。

〔一〕国籍与外交保护

国籍在国际法上还是很有意义的，最主要的就是与实在国际法的原理有关系。传统的实在国际法只承认国家是国际法的主体。事实上，国际法的权利和义务主要也是为国家设定的。那么国际法上对个人是否有保护呢，比如外国人的权利受到伤害谁来管呢。大概有两条救济途径，一条是在东道国的救济机关救济，另一条是在本国的外交机关行使外交保护。按照传统观点，个人是没有权利在国际的舞台上、在国际机构实行救济的，必须通过自己的国家寻求救济。自己的国家之所以提供救济、外交保护，是因为被侵害的人是本国人，有国籍的联系。所以国籍是外交保护的基础，国家之所以给一些人提供外交保护是因为这些人具有该国国籍。国籍是个人与国家的纽带，连接外交保护的桥梁。由于有了国籍才有了外交保护。

传统的实在国际法实际上把个人作为国际法的客体，客体就把人当成物，当成与树木、动物一样的东西。客体可以规定一些权利、利益，但是自己没有提出求偿救济的权利。自从人权概念产生以后，这种情况发生了变化。比如人权条约，等于是条约当事国相互之间承担义务，保护人权。因为人权是对自己国民的，谁来保护自己的国民呢，从条约结构来看还是国家自己。所以传统的实在国际法不太赞同人权的国际保护的学说。人权的国际保护也不是完全不存在，但是人权保护的问题主要还是各国自身来管，个人本身很少能在国际机构提出求偿的权利。虽然有欧洲人权法院这样的特殊情况，有个别的人权条约规定了个人在国际上的申诉权，但是总体上来讲，人权的保护是国家之间承担的义务。按照国际法院在【巴塞罗那电力公司案】中讲的，国际法上有一些国家对国际社会整体承担的义务，比如禁止灭种、禁止种族歧视等。而国家与个人的关系问题上，并不是这种义务。一个国家自己的国民如果受到了侵害，其他国家可以 Argue 说这个国家违反了条约义务，但是个人在国际的舞台是没有这个权利的。个人必须通过自己的国内的法律，通过国内机构寻求保护。人权条约最主要是使国家承担了义务，

在自己的法律、机制上尽可能尊重人权、保护人权，它是这样的架构。所以有人说人权条约的出台，实际上没有解决个人在国际上的求偿的、提出救济的权利。个人只不过是一种权利的受益者，严格讲个人在国际法上是一种利益的享有者，而不是权利的享有者。这是实在国际法比较经典的看法。

但是，如果始终把人作为国际法的客体，与当代国际法对人的尊重不符。当代国际法在责任上，个人的的确确承担了一些国际法上的责任，特别是发动战争等方面。反人类、侵略都被认为是国际罪行，个人是要承担责任的，这一点上，个人确实是主体。所以如果从权利的角度讲，个人一般不是国际法上权利的主体；但是从责任的角度讲，个人又确实是责任的主体，这有些不合适，因此这种观念也许需要扭转。不把个人视为客体，而是视为国际法上特殊的、有限的主体，这种看法可能比较稳妥。

把个人视为客体完全是实在法的看法。如果按照自然法的看法，个人就是主体。人生而平等，都有一些基本权利，个人就是法律关系的主体。如果看看国内民法的领域，也已经将个人作为民事法律主体的理论基础从原来的实在法归于自然法。从自然法的角度讲，个人就是法律关系的主体，国内法中个人是主要的主体，国家是特殊的主体。当然在国际法中，国家占有更重要的地位，这是毫无疑问的。

外交保护与国籍的关系问题是比较经典的实在法的方法，个人与国家的联系通过国籍、外交保护实现。

〔二〕关于国籍的几个问题

国籍大概有以下几个问题。

1. 国籍的取得

关于国籍的取得，有几种方法。

1>血统主义

第一种方法是血统主义。血统主义就是父母是什么国籍，子女是什么国籍。这里说父母的国籍也是比较笼统的说法。1949年前中国是单系血统主义，父系血统主义，只看父亲的国籍，母亲的国籍不算。这种方法显然有些问题，1949年后中国采取双系血统主义，父或母的国籍都可以决定子女的国籍。

2>出生地主义

第二种方法是出生地主义，也就是在哪儿出生具有哪个国家的国籍。二十多年前有个电影叫《非法越境者》，里面一个墨西哥的妇女快要生产了，就急忙往美国走，为的是让孩子具有美国国籍。这就是出生地主义。美国没有办法，只能用出生地主义。美国如果采取血统主义，美国人就应该都是土著、是印第安人了。不同的国家国情不一样，采取的国籍原则也不一样。所谓主义，就是原则，就是 Principle、Doctrine，这个主义和社会主义的不是一个主义。

3>归化

取得国籍的方法还包括归化。归化是一个比较广义的词。广义的归化包括申请入籍，现在申请入籍的情况也比较多。改革开放之初，不少人到美国申请美国国籍。据说现在中国国籍也不太好申请，比美国还困难。中国也没有一直放开，1949年之后中国给外国人中国国籍的大概不会超过100个，可能只有几个人，比如马海德之类。美国国籍相对而言比中国国籍还要容易很多。现在有了绿卡制度，也比较严格。

申请入籍是归化，与原始取得国籍的人在权利上有一些差别。基辛格之所以不能当美国总统，是因为他是战后才去美国的，第一代归化的人有些政治权利的限制，有些归化的人在职业上限制，比如不能做法官律师。

归化还包括婚姻，婚姻也是一个入籍的方式。我们比较欣喜地看到现在希望通过婚姻改变国籍的中国人好像少了点儿，改革开放之初有不少，那时候人们比较愿意出去，现在情况有点儿发生变化了。

还有收养，也可以取得国籍。李老师有一年到江西，在江西宾馆看到很多中国小朋友，父母都是金发碧眼的，他们说这是来省亲的，他们收养的中国孩子，在美国还有网站，在网站上联络了一下，带着孩子到中国省亲，他们说特别喜欢中国的女孩。收养的情况还是挺多的，也可以取得国籍。

2. 国籍的性质

我们首先要清楚，国籍主要或者原则上是国内管辖的事情，主要不是国际法管辖的事情。国际法可以规定一些双边或多边的条约规定一些原则，但是多边条约在统一国籍法方面并没有太大的进展。双边条约大概也没有多

大作用，比如中国和印尼的一些双边条约，消除了两个国家之间双重国籍的存在。国籍主要是国内管辖的东西，这个原理一定要清楚，这是我们讨论下面的问题的基础。

3. 双重国籍和无国籍

国籍的问题还有所谓的双重国籍的情况，以及无国籍的情况。香港回归之后，李老师和一个宪法代表团到香港访问。李老师当时写了一个文章，《香港居民与双重国籍问题》。别人批评说香港人哪儿有双重国籍啊，中国法是不承认双重国籍存在。李老师说一听你就不是搞国际法的，是搞宪法的。

其实要从国际法来看，给谁国籍是一个国家自己的事儿。当两个国家或者多个国家都给一个人国籍，而都没有说因为其他国籍丧失本国国籍，这个时候就是双重国籍或者多重国籍。所以这个问题不是承认或不承认的问题，是如果不承认，还必须用有效的措施跟进的问题。如果知道一个人取得了外国籍，就把他的本国籍取消掉，这个时候不承认双重国籍的原则就发挥作用了；如果不承认双重国籍并没有一个有效的措施保证这个原则的执行，那么他的外国国籍并没有被本国取消掉，他就是双重国籍。在香港的确存在这样的情况。香港在回归前，英国通过国籍法专门给予一些香港的精英以英国的国民资格（National）。英国区分 Citizen 和 National，National 基本上也是一个英国的国籍。香港当时很多人对共产党是不是一国两制很担心，就采取这种办法取得一个英国国籍，因为按照《中英联合声明》，并没有有效的措施使取得外国国籍的人丧失中国国籍。按照《中英联合声明》的规定，丧失中国国籍是需要申请的，谁也不去申请，都觉得有两个国籍挺好的，不变天就是中国人，变天了就是外国人。当时确实有不少人脚踏两只船。当时确实有许多双重国籍的人。如果只是简单地说中国不承认双重国籍，那是不懂国籍法。因为国籍本质上讲是一个国家国内管辖的事情，这个国家愿意给谁就给谁，只要原来的祖国没有取消原来的国籍，就是双重国籍。只不过如果这个人上庭，涉及哪个国籍是有效国籍、哪个国家有管辖权，就另当别论了。双重国籍选择一个有效国籍的时候要看真实联系，但是双重国籍人的情况大量存在。因为这不是一个国家自己决定的事情，而是各国自己决定的事情。

一般把双重国籍叫做积极的国籍冲突，把无国籍叫做消极的国籍冲突。假如一个人有多重国籍，比如五重国籍，而这些国家都不要取消其他的国籍，这就是积极的国际冲突，是双重或者多重国籍。

双重国籍到底有什么好处，有什么坏处？过去我们说双重国籍的坏处是，如果两个国家打仗了，双重国籍人当什么兵、扛什么旗、走什么路，是个问题。这样的问题也不太多。二战的时候美国有很多日本人，美国认为他们不可靠，就在加利福尼亚搞了集中营把他们关起来了，后来美国还对他们进行了赔偿。确实两个国家如果敌对、发生战争了，双重国籍就有些问题了。但是除此之外似乎没有太多问题了。在全球经济相互依存的情况下，双重国籍对个人可能还是有不少好处的。世界上有不少英国和美国双重国籍人，我院一个老师就既是英国人也是美国人，他是英国人是因为在英国工作过，再坐飞机去英国的时候为了排队短一些，就办了个英国护照，节省时间。另外国籍与外交保护也是联系在一起的，选择一个有效的能够保护的国籍也是一些人考虑双重国籍的很重要的原因。

个人之所以选择双重国籍，无非这几个原因，为了方便，或者为了自己更加安全。如果国籍后面连着比较强大的国家，当然愿意选择这个国籍；如果拿着一个国家的护照可以拿到大部分国家的免签，也愿意选择这样的国籍。有的国家的国籍就不是很方便。这些都是选择双重国籍的原因，双重国籍肯定是有不少好处的。关于双重国籍的问题，我们可以继续研究，比如美国也是大国，为什么美国人允许双重国籍，这些问题都可以讨论。

4. 中国的国籍政策

中国国籍的政策，有 1980 年《国籍法》。国籍是一个国家国内管辖的事务，中国的国籍政策就体现在这部法律中。中国 1980 年《国籍法》的有几个原则。

1>血统主义与出生地主义相结合

第一个是血统主义与出生地主义相结合。主要血统主义，也有出生地主义。比如中国公民在国外，如果取得当地国籍，就没有中国国籍了，这是出生地主义；如果没有取得当地国籍就是中国国籍，这是血统主义。

2>不承认双重国籍

不承认双重国籍，中国人如果取得外国国籍就自动丧失中国国籍。话是这么说，可是有什么具体规定呢。…没有一个有效的办法让它自动丧失。

3>减少无国籍人

减少无国籍人。无国籍的人有一定条件可以获得中国国籍。前两个原则是更主要的原则。

二、外国人的地位

外国人是相对的概念。我们到外国都是外国人，非中国人在中国都是外国人。外国人国际法上都会讲一个问题，外国人从入境到出境应该享有的待遇。

1. 外国人入境

在外国人入境方面，有两个原则：

1>国家没有义务允许外国人入境；

2>如果国家允许外国人入境，就一定要给予保护。

一般来讲，外国人在一个国家，其一是要接受这个国家的管辖，其二是要享受保护。

有没有国家不允许外国人入境呢，好像也没有。北朝鲜现在也允许外国人入境，中国文化大革命的时候也有外国人入境。不允许外国人入境的国家可能是没有的，只是允许多少的问题。

入境一定要通过口岸入境，入境不是在边界随便进入，一定要走口岸。中国开放的口岸很多。中国边界上有几个部门，其一是边检、边防军，是检查通行证件的；其二是海关，检查货物；此外还有商品检疫、商检，检查商品卫生方面，还有动植物检疫。主要的部门是边检和海关。以前中国实行的是联检，几个部门一起上船检查。出入境的管理工作还是一个职业，到出入境管理部门、海关工作也不错。

2. 外国人的待遇

一般外国人在一个国家受到保护，一般的国民享有的待遇都会有。这涉及到国际法的两个概念，国民待遇和最惠国待遇。

最惠国待遇主要是经济方面的权利，给予某个国家及其国民不低于现在和将来给予第三国的待遇。国民待遇主要是民事方面。国民待遇和最惠国待遇跟政治待遇还是有区别的。一般来讲一个国家总会给外国人一个基本的公民权利，但是无论是最惠国待遇还是国民待遇都不涉及政治方面。也没有听说过外国人在一个国家有选举权和被选举权。选十八大代表、选美国总统，也没有外国人凑热闹，不可能选出个外国人做总统。

3. 外国人的民刑责任

外国人地位还涉及民事责任、刑事责任的问题。民事责任方面，各国都差不过，没有太大的区别。区别可能在法律上有所体现，比如中国对外国人民事案件审级上是在中级法院以上。

刑事责任方面，一般各国对外国人的刑事政策和本国人可能略有差异。中国对外国人的刑事政策可能宽松一些。比如对外国人判死刑的情况很少，不过最近也有，比如湄公河的糯康。过去中国对外国人的死刑很少，从1949年到1982年，大概只有四个外国人判死刑。改革开放后外国人在中国被判死刑的主要还是贩毒问题，但是数量也很有限。这次糯康的事件是杀人了，对几个人进行了宣判。所以刑事政策对于外国人本国人还是有所区分的，中国也是这样，总的来讲对外国人还是有所宽容的。民事方面则没有太大区别。

4. 外国人出境

一般各国对出境有一些限制。比如出境不能把人家的宝贝带走，外国人看到陕西秦俑的头不错，就不能把它带走。出境不能带所在国禁止进出口的物品，当然入境也不能随便带东西。最近李老师去香港的时候发现海关加强了控制，过去出关的时候还是很轻松的，现在加强了。中国公民现在到香港买东西的很多，现在好像查 iPad 了。

出境总的来讲是不能带禁止出境的东西。禁止的可能包括文物等，还要看各国情况。非洲国家就不能带象牙。很多国家禁止携带当地的一些珍惜特产之类。白俄罗斯盛产美女，这是国家的财产，不能带出境，这真是白俄罗斯宣布的，说美女是国家的 Heritage…俄罗斯说不能带油画出去，因为在俄罗斯油画是它的 Heritage。李老师曾经到俄罗斯带过两幅油画出来，2007 年的时候他有外交豁免权，就想趁此机会带两幅回来，他去油画市场买了一个老太太卖的画，带回来了。虽然说油画不能带，但经常也是无所谓，其实是查到了就找你倒霉，查不到就算你走运，也不是总是查。各国不能带的东西不一样，出国前要先问清楚。

不受欢迎的人与不可接受

国家也可能驱逐一些人出境，有一些方法。第一种是不受欢迎的人与不可接受。

不受欢迎的人指的是外交人员。比如在接受国从事一些与其职务不相符合的事情，接受国可以将其作为不受欢迎的人。不受欢迎的人有几种说法，比如宣布为不受欢迎的人，或者限其在 24 小时或 48 小时内离境，这些往往都是针对犯法的人员。宣布为不受欢迎的人，立即离境，这似乎就是驱逐的意思。驱逐出境是一个比较笼统的词，限其多少小时之内出境跟驱逐出境范畴是一样的。

不可接受，指的是行政人员和技术人员。外交上有几种人员，包括外交人员和外交人员以外的人员。外交人员以外的人员包括行政人员、技术人员以及服务人员。行政技术人员，比如说办公室主任，管理发报机的人员，电脑维修人员之类；服务人员比如厨师。中国使馆厨师还是很厉害的，使馆需要有一位大厨，搞国庆招待会、新年联欢之类。对这些人员叫不可接受。行政技术人员也有可能从事与其职务不相符合的事情，这个时候也有可能被赶走。

限其 24 小时之内离境，这大概是比较狠的了，怎么也得让人家把衣服整理整理；买了不少东西，打打包什么的；再睡一觉，吃个饭什么的，总之 24 小时离境还是比较紧张的，基本上也算比较强制的了。中国有驱逐出境这种说法，有一个例子，当然真实性还待考证。

李老师读书的时候，魏老师讲文革无法无天，当时在有一个印度外交官，被说成在西山刺探我军事情报，被我军警当场擒获，召开万人公审大会，判处两个外交官驱逐出境、立即执行。据说有这个事情，但是还没有找到有关的报道，可以去查一查《人民日报》。紧接着印度也对我们的两位外交官采取措施，当时他们在印度旅游还是在火车上睡觉，印度警察就进去了，说他们刺探了重要情报，武装押解出境。这比我们还厉害，端着枪把他们赶走了。所以中国有驱逐出境这种说法。

改革开放以后，似乎没听说过驱逐出境的说法。一般来讲，都是不受欢迎的人或不可接受，限一定时间离境。

遣送回国

第二种方法是遣送回国。

如果非法入境的是无国籍人，或者双重国籍人，怎样遣送呢，这个问题有点儿钻牛角尖。无国籍人确实存在一定的问题，不好处理。

中国遇到过这种情况，在 1979 年，越南反华，以后就发生了对越自卫反击战。战争之前，越南排华。在南越，当时的胡志明市，越南对很多的华侨采取了比较狠的措施，比如有群众烧毁商店，政府也不管。中国政府派船去接我们的华侨，两艘船回来发现有的是华侨，有的搞不清楚。边境的这些人国籍不好区分，比如广西人和越南人，看起来没有什么区别，都差不多。有一些人没有证据证明他是中国人。证据可能有护照，或者讲中国话，或者过去的户口本等等，总之需要有点儿证明，但是有的人都没有，也接收过来了。然后中国搞不清楚这些人是不是中国人，最后就把一些确实无法判断身份的人当做难民处理。这些人可以给他们一个难民的地位，因为搞不清楚国籍。当时在云南、广西一带，有很好的农场，把华侨放到那些农场了。海南的兴隆也有华侨农场。

难民的地位这个问题，联合国有《关于难民地位的公约》，规定如果有些国家愿意收留难民，难民可以选择去哪个国家。比如瑞典，风景优美，是很好的地方，瑞典声明今年接收若干难民，难民就可以去申请。难民有选择的余地，如果有些国家接纳，就可以申请。

不过无国籍确实没有地方送。按照中国的国籍法，要尽量减少无国籍状态，要给他们安排工作，如果表现好可以入籍，这是我们的一个政策。但是这种情况很少，当然无国籍无法遣送的情况也不多。

如果是双重国籍人员向哪里遣送？双重国籍总是要有一个国籍有真实联系，比如可能有一个国籍是买来的。国籍是社会事实在法律上的反映，在一个国家上幼儿园、小学、中学、大学，在这个国家有亲戚朋友，熟悉这里的语言文化等等，都是真实的联系。当然也有在两个国家都生活了一段时间的情况，这种情况遣送给谁，需要具体情况具体考虑。可能两个国家不是都愿意接收，可能双重国籍人只愿意回一个国家，可能此人只在一个国家有房产等等，有各种不同情况。

外国人的法律地位大致是这个情况，包括入境、居留、出境几个方面，居留的时候有各种待遇，主要是民事权利、基本权利、经济方面的权利等等，各国一般都有，尤其是在法治国家。

三、引渡和庇护

本章还有引渡和庇护的概念。

〔一〕引渡

引渡是把犯罪的本国人移交回来。请求外国把犯罪的本国人移送回来叫引渡。引渡有一个要求，要有引渡的条约。引渡的条约是引渡的一个基础，没有引渡条约就把罪犯送回来不能叫引渡。这种情况也可以送回来，但是这不是引渡。

中国改革开放后和许多国家签订了条约。中国不将其叫做引渡条约，叫司法互助协定，其中有引渡条款。赖昌星等人就是通过这个条款引渡回来。

1. 引渡的原则

引渡有几个原则：

1>政治犯不引渡

这个原则与庇护是有关联的。

2>相同的原则

两个国家都认为犯罪的才引渡。比如在阿拉伯国家引渡犯有重婚罪的人就不能引渡，必须双方都认为是犯罪才能引渡。

3>同一原则

引渡的罪名和审判的罪名要同一。这次对赖昌星的引渡就涉及这个问题，引渡回来的罪名一定是不判死刑的罪名，因为加拿大不搞死刑，当时双方肯定是达成协议了。同一原则还是很重要的原则，引渡的罪名和审判的罪名不能不一样。

2. 双重国籍人的引渡

对双重国籍人怎么引渡，有没有国际法规则？出现两个国籍的时候，如果讲国际法的规则，就是有效国籍、真实联系，看这个人跟哪个国家有真实的联系。有了真实的联系，这个国籍就是一个有效的国籍或者优先的国籍。

关于这个问题，国际法上还有一个案子，叫【诺特鲍姆案】(Nottebohm Case)。国际法院的这个案例也是讲的双重国籍的情况，提出了双重国籍存在的情况下，国际法认定的有效国籍是根据真实联系得来的。国籍(Nationality)，按照常设法院的判例，原则上是国内管辖的事项。国籍这个问题主要是国内法规定的事情，各国制定自己的国籍法(Law of Nationality)，来规定如何授予一个人国籍，给予国籍的一些条件。在国籍问题上，有一些国际法的规则，但是不多。到目前为止，还没有一个国际公约规定或者统一国籍取得的标准。这个问题上主要还是国内法的事情，这一点还是要比较清楚的。有人说【诺特鲍姆案】是国际私法的事情，还是有道理的。国籍主要是国内法的事情，国际私法也是国内法的事情，是一个法律选择的问题，比如婚姻等等问题，都涉及到法律选择，的确确实是国际私法的事情。但是它也是国际公法的事情。因为国际公法讲外交保护，外交保护的一个联系就是国籍。由于有了国籍，所以国家才有权提供外交保护。这就是和公法的联系，国际法的规则讲的就是有效国籍、真实联系。

政治的考量也是需要的。政治的考量，引渡肯定有一定的政治的因素，或者说是价值的考量。我们抛开双重国籍的事情不谈，就说赖昌星这样的。他被引渡回来经历了很长时间，有差不多十年。为什么一直来来往往，从原理上讲，任何国家都应该惩治腐败，凡是腐败、贪污、贿赂等出逃的，各国包括西方都反对，都希望有一个廉洁的政府、廉洁的社会，这一点上世界的想法是一样的。但是对刑事政策、对价值的判断不一样。西方国家不搞死刑，我们说必要的时候还是要有死刑的。所以在这样的问题上，还是一个权力的价值观不一样。之所以一直不送来，因为加拿大提出不能判死刑，我们强调按中国的法律处理。最后还是有一些妥协，我们用一个没有死刑的罪名，或者承诺不判死刑，把他换回来。政治的考量肯定是有，国际法上，法律和政治有时候会搅在一起。我们在讲【湖广铁路债券案】的时候，讲到美国最高法院，的确比州法院高明。州法院判决中华人民共和国应该支付杰克逊四千多万美元，中华人民共和国才不会理睬呢。美国说你不给我我就扣你飞机，中国说你扣我的我也扣你的，反正都有飞机。扣来扣去，最后一算账也差不多，就别扣了。最高法院想了一个办法，美国按照自己的法律是拥有管辖的，但是此案已经超出了诉讼时效，应该予以撤销。最高法院就是最高法院，是讲政治的，讲中美关

系大局的。当然了，凡是讲政治的人，最后都要用法律的语言把政治意图遮掩住。所以政策定向法学派说，法律本身就有政治的内涵，讲法律不能脱离政治，每一章法律都有政策的内涵。法律是要为某个政治的目标、政策服务的。当然这也是一家之说。

无国籍人在公海上犯罪的管辖

最后的一个问题是，无国籍人在公海上进行的非国际犯罪，例如盗窃，是否有国家可以管辖，这种情况比较简单一点儿；如果被盗窃的也是无国籍人，这就比较麻烦了。如果有国籍，就比较好办，国籍国可以来管辖，因为有一个犯罪的对象，从这里可以找到管辖连接点。如果是无国籍的人偷无国籍的人，还是在公海上，这个问题怎么处理，李老师还没想好。

〔二〕庇护

1. 领域庇护与外交庇护

国际法上有庇护的概念，这里讲的庇护，讲的是领域庇护，或者领土庇护（Territorial Asylum）。和这个概念相对的还有外交庇护（Diplomatic Asylum）。外交庇护不是一般的国际法制度，是在美洲存在的制度，这个制度现在情况是怎样也不太清楚，可能有些变化。外交庇护在1950年国际法院有个著名案子【庇护案】，讲的就是外交庇护，是在秘鲁和哥伦比亚之间的一个案例。这里讲的是领域的庇护。

领域的庇护，讲的就是一个国家有自己的领土，允许外国人进入这个领土。庇护的权利是一个国家的权力，国家愿意给谁避难权就给谁避难。给予庇护的权利是主权的体现，完全是一个国家权力。1948年《世界人权宣言》谈到了庇护权，说的是人人都有庇护权，一个人在国内受到迫害了，要求一个国家庇护，这个国家就有义务庇护。如果这个权利是个人针对国家的权利，就意味着任何国家都有接受避难的义务。实际上今天国际社会不是这样。给不给一个人庇护是国家说了算，而不是个人说了算。

给予庇护是基于各种考虑。国际法上，基本上是以政治理由提供庇护。领域庇护也是政治避难，受迫害了人去其他国家寻求庇护。

2. 居留的时间

庇护有两个内涵，其一是允许入境，其二是允许居住、居留，庇护实际上是允许入境同时允许居留。外交庇护更是如此，首先是允许进入使馆，进入使馆后就安全了；进入后还可以呆一段儿时间。但是外交庇护和领域庇护还有一个区别。领域庇护可以再国内居住任意长的时间，比如柬埔寨老国王西哈努克在居住了中国相当长的时间，其中有一段时间就是庇护状态。民柬时期他就跑到中国了，后来柬埔寨又建立了韩桑林政权、洪森政权，他都跑到中国来。中国过去庇护还有黄欢，他是越南的老一代革命家，胡志明在的时候他跟中国比较友好。中越交恶以后就来到中国长期居住，这就是庇护、政治避难。所以领域庇护没有时间限制，愿意呆多长时间都可以。

外交庇护则存在停留时间的问题。这就是1950年【庇护案】的问题。按照美洲国家的国际法，使馆确实可以允许进入；但是法院认为，按照美洲国家的国际法，出去的问题不清楚。既然允许进入，逻辑上应该也允许出去，安全进入、安全离境都是需要的，否则就出不去，永远呆在使馆。1957年匈牙利反对苏联同志，有纳吉、红衣主教明曾蒂的事情，后来这个红衣主教跑到美国使馆了，他在美国使馆呆了十几年，70年代美国和匈牙利改善关系才得以出来。在一个使馆呆十几年多难受啊，领域庇护就不一样，一个国家的的地方很大。所以领域庇护包括允许进来，同时允许居留，长短不限。

虽然领域庇护往往是以政治理由庇护，但什么是政治，各个国家有自己的解释。李老师认为，一个国家愿意给谁庇护，这都是一个国家的自由裁量权。这个例子就很多了。

3. 战争罪犯的庇护

庇护问题上还存在战争罪犯庇护的问题。二战后一些战犯跑到南美，以色列就到处去找，以色列特工也很厉害。1963、1964年的时候有个案件叫【艾希曼案】。艾希曼是给纳粹战犯，躲避在阿根廷，被以色列特工盯住了，把他绑架回去了。阿根廷表示未经允许在自己的领土上绑架，侵犯了自己的权力，以色列则认为阿根廷违反了不能庇护战争罪犯的规定。这个事情后来不了了之了。

1967年，联合国达成了《领土庇护宣言》，谈到了以上几点，包括庇护是领土主权的体现、各国有义务不

得庇护战争罪犯等国际公认的犯罪行为的罪犯。

庇护是一个有意思的问题，很多国家把这个问题放在宪法里，中国宪法里还有一个专门的条款。各国庇护的情况很多，这些年我们国家也有这样的情况，比如北朝鲜的脱北者。他们到南朝鲜很困难，前一段时间一个韩国士兵越过三八线，穿过好几道铁网翻了过去。士兵可能功夫比较高，但是一般人过去很困难。所以北朝鲜的人就先跑到中国，从中国到韩国的使馆或者国际学校，或者绕道出去。中国这个问题如果处理的不好可能跟韩国产生冲突。李老师有一次去韩国讲课，就有人问为什么要把这些脱北者送回去，送回去他们就很悲惨了。李老师只好说他也不是外交部的。这个事情从人道的角度，确实把他们然后送回去是有问题。但是如果从另外一个角度，对这些人不加管理，可能也有问题。所以这也是一个两难的事情。

四、中国海外公民的保护问题

有中国人在非洲开矿，当地政府为了想办法把矿收回，就怂恿叛军放枪，把中国人吓跑，他们就把这个矿收回来了。中国政府过于友好，在这样事情上不狠，不够坚决、讲原则。如果是美国佬，谁敢动他他就报复谁，就没人敢惹。这些中国人被吓跑后就往美国人的地方跑，因为美国人手里也有枪，但是中国就保护不了。所以国籍跟外交保护联系在一起。如果一个国家对自己的国民有保护，而且很有力、讲原则，那这个国籍就是强的，大家都喜欢这个国籍。如果做不到，这个国籍的人在出了这样的事情后跑到别的国籍，就证明这个国籍弱。李老师认为，我们现在讲外交文明，讲要保护中国在海外的利益，我们必须有一系列措施，比如说出现了人道危机就赶快去救援，如果涉及到人员安全不惜使用武力解救。这个时候这个国籍才是最受欢迎的国籍。

第九章

人权法

人权在之前的内容中讲的也多了。这个部分专门讲一讲人权作为一个国际法的分支的问题。

· 人权进入国际法领域的历程

一战后人权在国际法的表现

关于人权进入国际法领域，在一战后就可以在国际法上看到人权的影子了。当时有两个表现：

第一，一战后战胜国和战败国签订的合约，都会规定战败国有义务给予少数者以平等的权利。人权概念刚开始实际上是跟平等联系在一块儿的，少数者有权享有和多数者一样的权利。战败国在条约中做出承诺，给予少数者以平权。既然是条约的承诺，肯定就是国际法了。如果战败国不给予少数者以平等的权利，战胜国可以以此为由主张它的责任。这个时候，就出现了在保护少数者，主要是少数民族问题上的条约义务。李老师在新疆工作过，对这个问题有比较独特的看法。这个问题上，要牢牢把握法律面前人人平等的原则，平等权很重要。从法制的角度考虑，任何国家都是这样。美国、加拿大这些国家讲来讲去，就是多数者和少数者平权的问题。谈到平等权利这一点，我们很容易矫枉过正。比如说给少数民族一些优惠。这其实是没有必要的。权利平等是最核心的，给予人家优惠，人家可能还不愿意呢，他们可能说为什么给优惠，我比你笨么，这个其实是不好的。还有计划生育、政治上升迁的机会等等这些方面，还是平权比较好。可能平等权利是最好的治理民族地区的手段，而不是给予一种特权、主张一种优惠、强调一种不同和特殊性。还是应该强调平等权利，强调同一性，强调对于一个国家的认同等等。

第二，一战后国际劳工组织签订了一些公约，规定了男女同工同酬、关于工作条件和劳动保护等方面的内容。这些严格讲也算人权的一部分，是劳动的权利，也是人权的一部分。所以在劳动者权利方面，也有了一些条约，也有了一些国际义务。

《宪章》的规定纳入人权

但是人权真正地、大规模地、全面地进入到国际法的领域应该说还是在 1945 年之后。《联合国宪章》有七个地方规定了人权，比较主要的有几个地方：

1> 《宪章》的宗旨，促进国际合作、促进对基本人权和自由的尊重和遵守；

2> 《宪章》的第 55、56 条也谈到了宪章的宗旨。

但是如果我们看当时关于《宪章》的规定的法律的性质，会发现和当时的人权我们今天的想法是不一样的。我们今天给予它很高的评价，说《宪章》的这些规定开启了国际法的人权的新的时代。但是在当时的人们并没有那么高的认识。

研究《宪章》的历史，会发现人权这些条款是很晚的时候才纳入到《宪章》里面。《宪章》起草的历史，是

从 1944 年顿巴顿橡树园会议开始的，当时是美国、英国、苏联、中国四个国家参加，四国参加的顿巴顿橡树园会议根本没有提到人权。这次会议考虑的是战后的秩序，考虑的是战后的集体安全的体制，没有想到人权。

再看看 1945 年雅尔塔会议，也谈到未来的国际组织，它主要解决的是《宪章》的 27 条，就是否决权问题，是苏联关心的事情，苏联说要让苏联加入联合国，需要给它一票否决多数的权利，要采取大国一致原则。在一些重要问题上，实质问题上，必须要大国一致，有一国反对，决议就不能通过。苏联强调的是这个问题，美国也希望苏联参加进来，帮助它打日本。

再如旧金山会议，《联合国宪章》的制宪会议是在旧金山，这次会议前期的讨论，没有太多关于人权的部分。人权是什么时候放进去的呢，是在旧金山会议稍微晚一点儿的时候，由罗斯福夫人率领 NGO 到各个代表团游说，说人权和和平与安全是联系在一起的，看看第二次世界大战，正是由于践踏了人权，才导致了战争的爆发，这两个问题是有关联的，所以要把人权也放到宪章里面，要把促进对基本权利和自由的尊重和遵守作为宪章的内容。大家觉得有道理，接受了。

我们可以看出来，当时人们对人权的看法与今天还是不一样的。加拿大已故国际法学家汉弗莱（John Humphrey），现在人们不太了解这位国际法学家，他曾经写过一段话，说“《宪章》差一点儿就把人权忘掉了”。当时国家对人权的重要性的认识不像今天这样。

另外，罗斯福夫人的这件事情还说明，在国际法的制定过程当中，是有很多的参与者（Actor）的，包括非政府组织，包括个人，都可能是制定过程中很重要的因素。我们今天都说，国际法是国家通过条约制定的，通过习惯、实践形成的，这么说没有问题。再进一步考察背后的东西，会发现个人、非政府组织，都可能对人权起到重要的作用。比如今天环保组织、和平运动、贸易保护小组，都可能对国际法发展起到作用。WTO 开会的时候，总会有一些人搞示威，这些都是在试图影响国际法律的进程。美国可能通过各种集团影响国会，国会再对政府施加影响，最后形成美国谈判的立场。透过现象看本质，会发现国际法律的进程，从立法到法律的实施，个人、NGO、跨国公司，都有可能产生影响。

对《宪章》法律性质的认识

关于 1945 年《联合国宪章》的法律性质，大家的认识是不一样的。当时最有名的汉斯·凯尔逊（Hans Kelsen），是纯粹法学派的代表，曾经写了一本书叫《联合国法》。他属于规范法学派，不太讲政治，他认为要抽出社会的内容探讨法律，完全是一种形式主义的思路。他认为《宪章》的人权条款并没有为会员国创设一种法律义务。他认为这些都是理想，这些都是目标，《宪章》的这些规定没有为会员国创造一种需要立即履行的义务。凯尔逊的观点也还是得到了一些实践的支撑。比如美国，在 50 年代初期的时候，有一个美籍日本人叫 Fuji，诉美国政府违反了《联合国宪章》的第 55、56 条，关于促进对于基本人权的尊重和遵守的条款。美国联邦法院说，《联合国宪章》的人权条款在美国是非自执行条约，规定的这些条款必须由美国通过立法才能实施。这个判决某种意义上支持了凯尔逊的这种说法，即《宪章》并没有为当事国创造一种法律上的义务。

还有一种相反的观点，认为宪章创造了义务。它的代表人物有两个，一个叫劳特派特（Hersch Lauterpacht）。大家都知道《奥本海国际法》，奥本海的名气比劳特派特大，但是奥本海很早就去世了。劳特派特是第八版的《奥本海国际法》的修订者。王铁崖先生曾经当过劳特派特的学生。劳特派特名气比较大，剑桥有个国际法的研究中心，叫劳特派特国际法中心。劳特派特在近几十年的影响还是很大的，比如他在 50 年代初就写了本书叫《国际法上的人权》，那个时候人们还不知道人权是怎样的，对国际法会有什么样的影响。他很早就看到人权对国际法可能会产生全局性的影响。另外，他对国际法的编纂也起了很大的作用，在 50 年代初的时候，他是最早的国际法委员会的委员。50 年代初，他曾经写了一篇文章关于国际法的编纂，讨论是科学的编纂还是政治的编纂。国际法的编纂不一定是一个 Academic 的问题，而是一个非常实际的问题。劳特派特后来做过国际法院的法官。他认为《宪章》关于人权的的规定给会员国创造了义务。另一个代表人物是美国的法学家昆西·赖特（Quincy Wright），他也认为宪章确实创造了义务。

不管怎么说，当时对这个问题的看法是有争论的，不是像今天这样。不过《宪章》有一点是不言自明的。它把一个过去在国内宪法上的问题，或者国内宪法上的两元搬到国际的舞台上来。宪法上讲的总是个人的权利和政府的权力，两者之间一直有一种紧张的关系。这是《联合国宪章》对国际法的重大贡献，过去人权就是国内的事情，跟国际法没有什么关系。这个时候，由于《宪章》的规定，人权运用到了国际的舞台，成为引领国际法发展的一种价值。

一、基本的国际文件

1. 《联合国宪章》

人权在《宪章》上有七处规定。但是《宪章》的规定有明显的缺陷。首先一个缺陷是没有界定什么叫人权、什么叫基本人权、什么叫自由，也没有列举或者举例有哪些人权、有哪些自由，这些都不清楚。《宪章》就是笼统地抽象地进行了表述，这些东西都需要具体化。所以凯尔逊说的也有一定道理，他说没有这些东西，怎么能说是义务呢。没有界定、没有列举，谁也搞不清楚有哪些东西，确实不好说有什么义务。

2. 《世界人权宣言》

紧接着，联合国大会就对人权概念具体化。1948年联合国就制定了《世界人权宣言》。中国对它的评价还是挺高的，每年还纪念一下，李老师在1998年就参加过一次纪念会。《世界人权宣言》列举了三四十项人权和基本自由。其中大部分都是我们今天讲的第一代人权，也就是公民权利和政治权利。第一代人权讲的是，政府不能干什么。政府不能专横地剥夺个人的权利，要限制政府的权利。第一代人权是通过规定政府不能干什么，保护个人的权利和自由，比如政府不能剥夺个人的生命权等等。

这部宣言的投票也很有趣。人权的的确确是一个道德的制高点，当时联合国51个会员国，有8个国家投了弃权票。这8个国家包括苏东社会主义阵营的国家。虽然社会主义阵营感觉这些权利和它原来的无产阶级专政的想法不符，但是人权确实是站在比较高的道德制高点上，没有办法拒绝，所以投了弃权票。还有一个国家，南非，也投了弃权票；另一个国家，沙特王国，也投了弃权票，也不清楚它为什么投弃权，大概沙特是个王国的原因。英国的布朗利（Sir Ian Brownlie）经常攻击美国，一个理由就是美国人总是搞双重标准。一方面美国号称搞民主人权；另一方面看看历史，美国一贯支持那些独裁的、封建的王国。他讲的封建的王国大概就是沙特这样的国家。布朗利一讲到双重标准的问题，就真的打中要害了，美国就不好说了。确实如果一个国家一直采取一种政策，这个时候对法律的发展是有意义的；但是如果一个国家才去的是双重标准，这个时候确实是对实践的一致性有某种负的作用。

对《宣言》的解释

《世界人权宣言》出台后，人们说它是通过联合国大会决议的方式通过的，联合国大会的决议是没有法律约束力的。大会的决议不是都没有约束力，大会内部的决议，比如管理预算的决议是有约束力的；但是这样关于人权的决议是没有法律约束力的。这个时候就存在一个对于1948年人权宣言的解释问题，这个宣言到底能不能约束会员国？

要让大会的这个决议约束会员国，可以通过两种途径：

1> **把联合国大会的决议作为国际法的证据。**因为决议本身没有约束力，所以必须要借一个国际法的渊源，使它有意义，因此要借助习惯国际法，把它说成是国际法的证据，用习惯国际法来约束各国；

2> **《宣言》作为《联合国宪章》的解释性文件。**《世界人权宣言》出台后，一些国际法的学者提出，把《宣言》作为《联合国宪章》的解释性文件，或者把《宣言》作为《联合国宪章》的一部分，说它是在解释《宪章》，构成了《宪章》的一部分。当时一个美国学者索恩（Louis Sohn）把《世界人权宣言》作为联合国人权条款的解释性文件来对待，通过这种方法使这个决议有法律上的效力。这也是他个人的说法，是一个路径，但是也很难找到一个官方的证明，也不是特别令人信服。

3. 两个人权公约

在1948年《世界人权宣言》通过以后，国际社会又开始考虑如何把宣言法律化、条约化，这又产生了1966年的两个人权公约，一个叫《公民权利和政治权利国际公约》，一个叫《经济、社会、文化权利国际公约》。这两个公约都不是通过联合国国际法委员会编纂的，而是通过联合国经社理事会下面的人权委员会编纂的。两个公约用的词不叫Convention，而叫Covenant。Covenant过去有人翻译成盟约，但是这个地方都翻译成公约。以后在讲条约法的时候，我们会发现，用词能也说明缔约国对这个文件的重视程度，也是有意义的。

两个公约与三代人权

第一个公约讲的是传统的第一代人权。人权的分类，主要是所谓的第一代、第二代、第三代人权，后来还有颜色的分类等分类。三代人权的分类是非洲的国际法学家姆巴伊（Keba M'baye）提出来的。也有说三代人权理论是卡莱尔·瓦萨克（Karel Vasak）提出的。第一代人权讲的是政府不能干什么；第二代人权讲的是政府必须要干什么。第一代讲的是限制政府，第二代讲的是政府积极的作为。第二代人权讲的是工作权利、经济权利、文化权利，这些都是需要政府采取主动的行动才能去实现的。要就业，让人人实现工作权利，必须要由政府创造；人人要由受教育的权利，需要有人建学校。

美国 50 年代有【布朗诉教育委员会案】。李老师虽然是搞国际法的，但是对此案的了解不比宪法学家逊色。李老师在美国时，导师是宪法专家，整天给李老师讲这个案子。该案相当于美国的法院做了一个决定，法院应该是适用法律，但是这个案子超出了适用法律，完全是在做决定，充当了某种行政的职能。要让黑白平等，黑白平等是要有条件的，要把白人老师拉到这个学校，要建宿舍，要开校车把学生拉过来等等。教育权是需要政府有一定作为的。

第二代人权讲的是政府必须要干什么。后来还有第三代人权，和平权、发展权等，这些新出现的概念让人脑子晕了。大概二十年前，国际法上每个人都在讲人权，每个人都想发明一个新的人权概念，比如和平权（The Right to Peace）、吃饭权（The Right to Food）…后来人们感觉，Right to Peace 以前就有，1928 年《巴黎非战公约》就讲了，每个国家都要废弃战争作为推行国家政策的工具，也是 Right to Peace，和平解决争端也是 Right to Peace。所以用了很多新词，实际上是新瓶装旧酒。李老师比较承认第一代人权、第二代人权，但是所谓第三代、第四代人权，李老师也搞不清楚。好像还没有第四代人权。第三代人权一般是讲环境权、和平权、发展权，都是一些新权利。

中国对两个公约的态度

目前来看 1966 年的公约还是人权领域两个最基本的国际文件。中国签署并批准了一个，签署了另外一个但是未批准。中国参加国际的造法活动，时间也比较晚。上节课讲到海洋方法的时候提到，1973、1974 年的时候，中国才有了比较早的实践，参加了《海洋法公约》的谈判，这以前其他的公约都没有参加，都是加入。1966 年的两个公约制定的时候，当时中国正在搞文化大革命，大字报已经贴出来了，忙的不得了，哪里顾得上国际问题。所以中国都是通过加入。但是加入实际上也有两个程序，签署和批准。可以签署但是等待批准，这也是个办法。就国内程序来讲，签署是行政机关，而批准是立法机关。所以加入程序实际上也包含着国内的两个程序，行政机关的签署和立法机关的批准。对于中国来讲，《公民权利和政治权利国际公约》签署了但是没有批准，还需要审查。这样的公约涉及到如何在国内实施的问题，国内的法制必须予以配套和统一。

4. 其他国际文件

1966 年的两个公约是人权领域两个基本的文件。除此之外，这么多年国际上还形成了很多国际条约。

《禁止灭种公约》

比较早一点儿的有 1948 年的《禁止灭种公约》。该公约在最近的 20 年又被提到一个很高的地位，差不多在 1992 年，南斯拉夫内战开始，主要就是种族清洗，要从国际法的角度讲，就是灭种，其实跟二战德国对犹太人的清洗性质是一样的。二战结束后很快签订了《禁止灭种的公约》，是跟二战中德国对犹太人的迫害是有一定的呼应的。1948 年的这个公约还是很重要的，该公约的重要性在 2007 年国际法院的一个案件，【波黑诉塞黑案】中再次提出。波黑诉塞黑的根据就是 1948 年的《禁止灭种公约》。而 2007 年国际法院的判决，事实上也做了一个很大的创新。李老师认为，国际法院扩张性地解释了 1948 年的公约，这是很重要的。

《禁止酷刑公约》

还有一个公约也很重要，即《禁止酷刑公约》。酷刑也是现在大家坚决反对的。

比如皮诺切特，为什么大家都要引渡、审判他，就是皮诺切特在 18 年的当政期间，导致了很多人的失踪，还有很多酷刑的例子。

失踪也很可怕的，人莫名其妙地就没了，是真正的白色恐怖。李老师在日本呆过一段时间，当时在新潟，新潟是田中角荣的老家，田中角荣的女儿田中真纪子现在在民主党政府当大臣，野田之所以把田中真纪子纳入内阁，是因为田中在新潟很有名气。新潟县毗邻日本海，是离北朝鲜最近的日本城市。李老师在新潟的时候发现，日朝两国之间的关系总会有一些历史的纠葛和重大的问题，其中有一个很大的问题，叫绑架案，或者失踪人士。在上世纪 60 年代，新潟莫名其妙失踪了很多人，比如有情侣在海边散步然后没了。据说失踪了几百人。后来有人说

是北朝鲜的小型潜艇过去把人绑架了。这件事中国人不太清楚，这件事后续纠结了很长时间，大概一直到了八九十年代。日本千方百计打听，发现了一些蛛丝马迹，说是北朝鲜把人绑架了，北朝鲜说没有。日本说我们拿钱换，北朝鲜说你们拿钱换，那我们可以考虑考虑，找一找。最后找到了一些，换了几个人，当时的日本首相小泉还去了。以后日本继续秘密寻找，失踪人员的家属也一直在日本制造声势。这是日朝之间的一个很大的恩怨。这些人被朝鲜绑架过去做什么呢，据说是把这些人训练成间谍，为之后的冲突做准备。这件事情很多就发生在新潟。李老师离开新潟的时候，还听说有一个被绑架的女子和一个美国人结婚的事情。这个女子是新潟县佐渡岛人，被绑架到北朝鲜；朝鲜战争中一个美军士兵投奔北朝鲜了，然后这两个人结婚了。这个日本人和美国人一开始说北朝鲜的好话，被释放回去后又说北朝鲜不好，也不太清楚是怎么回事儿。总之日朝之间还有失踪人员的过节。

禁止酷刑、失踪问题都是国际社会比较关心的，都是在【皮诺切特案】中提出的。

关于反种族歧视的公约

还有关于反对种族歧视的公约《消除一切形式种族歧视国际公约》。种族歧视也是大家反对的，种族隔离、种族歧视，曾经是当时国际社会对南非的利器。南非在国际社会一直比较孤立，从联合国成立以后，大概在 1948 年左右，就已经有国家到联合国大会状告南非，是到联合国的两个机构状告南非，一个是大会，一个是经社理事会。关于人权的部分，从《宪章》的结构上来讲，还是属于经社理事会下的内容。比较早地到联合国机关控告南非搞种族隔离、种族歧视是印度和中国。还是 1947、1948 年的时候，南非不但是对黑人有种族歧视，而且对一切有色人种搞种族歧视。因此中国和印度控告南非违反了《联合国宪章》关于促进对人权的尊重和遵守的规定。联合国大会刚开始是比较拒绝这个问题的，对大会能不能讨论这个问题，能不能对南非提出不搞种族歧视的建议这个问题不是很清楚。联合国经社理事会也比较迟疑。相反南非则理直气壮，认为无权控告它，如何对待自己的国民是自己国家的事情。南非的观点主要就是让国际法院判决一个国家如何对待自己的国民是不是自己的内政，是不是属于《联合国宪章》第 2 条第 7 款讲的“不干涉内政”的范畴。当时还有一些西方国家支持南非的立场，英国、荷兰支持南非的立场，认为这是内政问题。当时就这个问题还在纠缠。但是很快联合国大会逐渐开始小规模地讨论，慢慢开始措辞越来越强烈，刚开始是呼吁南非放弃种族主义立场，到了 60 年代这种态度就发生了变化，已经开始谴责了。到 1964 年左右，已经把南非这样的严重侵犯人权的行为和国际和平与安全挂钩，也就是说，安理会开始讨论南非的种族歧视、种族隔离的政策。安理会甚至通过决议，要求各国对南非进行制裁，制裁基本上是《宪章》第 41 条允许的所有的措施，包括呼吁各国同南非断绝外交关系，禁止向南非出售武器弹药，断绝同南非的民航来往，禁止南非进口一些战略物资等，已经非常全面了。国际法院紧接着跟进，认为尊重人权是一个国际法上的义务，《联合国宪章》的规定为会员国施加了尊重人权的义务。

到这个时候，《宪章》的规定是一个法律上的义务的认识可能才确立下来，认为国际法院是这样说的，也有实践的支持。实际上联合国大会除了对南非，还对一些国家进行过谴责。李老师认为，这样的行动意味着《宪章》第 2 条第 7 款，即不干涉原则，基本上已经不再适用了，适用的是尊重人权的原则、宗旨。这是一些比较重要的文件。

关于人权的文件现在很多，还有关于保护妇女儿童、劳动等方面的公约。有的也是关于所谓新一代人权，发展权等等。关于人权的文件很多，但是比较重要的还是两个人权公约，以及上面讲到的禁止歧视、禁止酷刑、禁止灭种等方面的公约。

二、人权保护的国际机制

劳特派特 (Hersch Lauterpacht) 上世纪 50 年代就提出，人权最终的保护是需要个人有一种申诉权 (Petition)，只有个人享有在国际机构的申诉权，个人的国际保护才真正能够实现。个人必须要有一个求偿的权利。一个权利如果在受侵犯时没有补偿 (Remedy)，不能到一个国际机构对自己遭受的侵害提出救济，这样的人权是无法实现的。劳特派特提出申诉权以后，很多人表示质疑。如果个人都有了国际的申诉权，那要建立一个多么大的机构去受理这样的申诉呢。这是一个很现实的问题，全世界有几十亿人，要有多大的机构，这个机构谁掏钱，司法人员谁来出，要不要初审，这些全都是问题。所以这被认为是一个不很现实的考虑。

但是劳特派特又讲了一段话，这段话可以说今天实现了。他说，这种 Petition 最好是在一个价值和传统文化一致的区域。这种情况是比较容易出现的。所以今天我们来看欧洲，就已经存在了一个这样的机构，就是欧洲人权法院；但是在一个普遍的国际社会，现在尚不存在这样一个人权法院。

所以人权的国际保护，从一般国际法的角度来看，尚不存在一个很有效的保护。联合国如何处理人权受到侵犯的情况呢，主要是人权委员会过去，现在就是人权理事会受理一些个人来文，然后向国家提出人权报告，然后委员会、理事会提出建议，建议一些国家怎么样注意改善自己的人权状况，其实完全还是建议性的。一般国际法的角度来看，今天的的确确没有什么太有效的保护人权或者实施人权的机制。

人权的国际保护概念，从目前国际法发展现状来看，多多少少有点儿超前，或者与实际不符。虽然在国际法领域，目前国际法规定人权的情况已经非常普遍了，立法的管辖权的问题上，人权肯定是保护的对象。但是在具体的实施的、司法管辖层面上，国际法主要还是交给了各国自己，国内通过司法机关对人权提供保护，提供一种实施办法。国际法主要通过国内的手段实现人权的保护，这可能还是一个现状，还是需要强调的。虽然西方经常用人权的国际保护的概念，但是严格讲，人权的保护、实施主要还是国内的事情。

国际法的的确确是允许通过国内的手段实施的，国内的手段实施国际法是国际法的一个非常重要的实施方法。在国际法与国内法关系问题中讲过，国际法的强制性在国际的层面上可能是比较弱的。但是假如国家真正在国内法上接受了国际法，遵守条约规定，并通过自己的机构实施国际法，这是国际法有效性很重要的一个体现。所以通过国内实施人权条约，与国际法的基本原理也是符合的。

三、晚近的国际实践

这种人权保护的情况，在晚近当然也有一些发展、变化。

1. 国际刑事法院的出现

从南斯拉夫内战之后，国际上成立了前南刑事法庭、卢旺达刑庭，还制定了《国际刑事法院罗马条约》，建立了国际刑事法院。刑事法院的建立，可以说是为人道法、人权法长上了牙齿的一种努力。过去大家都说这些地方没有牙齿，主要是因为它在制裁方面、强制力方面是有缺陷的。刑事法庭的出现是对那些严重的、构成犯罪的行为予以制裁，所以还是加强了人权的国际保护。没有这些发展，我们会说人权的国际保护这句话，从一般国际法的角度来看是虚幻的，因为在国际上并不存在一个有效的、一般保护的机制，人权的保护，基本上还是靠国内的机制。由于刑事法院的出现，这种情况有了一些改变。对于那些严重的、构成犯罪的行为，法院是可以管辖并且制裁的。前南刑事法庭也做了很多努力，前南刑庭的中国法官说基本上通缉的都抓到了，该判刑的判刑了，基本上到 2014 年前南刑庭就完成任务，可以解散了。

当然这是讲的犯罪。按照《国际刑事法院罗马规约》，是四种核心犯罪。但是一般的侵犯人权给予的 Remedy，今天还主要是依赖于国内的机制。在国际上不存在一个一般的、有效的机制来制止经常性的侵犯人权的行為。

2. 人权公约的解释方法

欧洲人权法院的问题，研究的不太多。最近李老师对欧洲人权法院的一个问题还是比较感兴趣的，就是欧洲人权法院在解释一个人权文件的时候用的方法。过去我们说，解释一个条约，主要是按照《维也纳条约法公约》第 31 条，所谓的“用语的通常意义”，以用语为主，参考目的、宗旨、上下文，主要是文字解释。但是欧洲人权法院创造了一种新的解释人权条约的方法，这种方法使得条约的解释出现了一个比较大的变化，有两种完全不同的解释方法。按照欧洲人权法院的解释，解释一个人权条约，可以不顾原来立法者的意图，也可以不顾文字，也就是说可以完全 (Originally) 背离原意。要按照当下，解释条约的时候，欧洲社会存在的价值观来解释条约。这就非常灵活了，当下是在变动的。《欧洲国际法年刊》上有几篇文章举出了很多例子，讲述了不同的机构解释条约的方法。我们会发现解释条约实际上有不同的方法。如果对待一个价值中立的条约，解释条约可能一定要忠实于原意；但是如果是一个布满了价值的条约，或者有着非常浓郁的道德、情感色彩的条约，主要是人权条约，这个时候一个变化了的价值观可能是条约解释的基础。这个时候的所谓原意就可以完全背离了。

前几天在法学院召开的北京国际法年会，商务部来了一个处长，他经常参加 WTO 的争端解决，中国经常成为原告或者被告，事情很多。他给大家讲了讲 WTO 条约解释的方法，讲的还很好，很清楚。WTO 实际上是完全按照原意，一定要忠实地反映立法者的意图。因为 WTO 这样的机构是很客观的，如果要随随便便地增减，大家就没有一个共同的标准了，是不能随意增减内容的。

但是对于一个人权条约，增加一项比较灵活的解释，在原来的基础上给予新的含义，这样的情况大家是能够接受的。比如说，生命权等，我们以美国宪法举例，美国的老祖宗认识的生命权就是政府不能随随便便把人的物

理的存在消灭掉，这大概就是最原始的生命权。以后最高法院在解释生命权的时候，就涉及到生命权的问题。什么是生命，就需要 Argue 了，每个人都有自己的说法，教会有教会的说法，医学有医学的说法，不同的组织都会有自己的说法，对生命的看法是不一样的。最后比较一致的意见认为，三个月以内不算生命，超出三个月是生命，不能随便堕胎，于是生命权被赋予了新的解释。今天在美国不能随便在教室里抽烟，因为可能被以侵犯宪法权利生命权为由被起诉，这也与生命权连在一起了。这些是随着时代的变化，随着对生命的认识而发生变化的。这些变化从原意上讲，从老祖宗的 intention、Wording 中，是都推不出来的。但是在今天的生活中，的确大家是这样认为的，这就够了，就可以把这些内容加入到生命权中。

因此价值中立的条约和充满价值的条约实际上在解释的方法上是不一样的。比如刑法、刑事的条约，不能随便地增加罪名，刑事法律一定要非常严格地罪刑法定，这就是第二次世界大战之后一些人对审判战争罪犯的质疑，这些人认为 1928 年的公约没有类似的规定，没有讲战争责任的问题。条约的解释是一个很重要的问题，欧洲人权法院确实开创了新的路径。这也不但是人权的问题，也涉及到国际法的另外的一些问题，是一个综合性的问题。一个国际法的问题不要孤立地看到，研究人权问题也要好好研究条约的解释、研究司法问题、研究刑事法律问题，因为这些都是有关联的。现在大家都觉得海洋法很重要，但是海洋法不是孤立的。现在最热点的问题是岛屿的领土主权，这与国际法的一些传统理论是有关联的，领土的取得、证据的问题等，另外与和平解决争端的原则也是有关联的，是到法院还是通过其他方式，都是有很多原理的。另外，主张法律是主张协定国际法还是习惯国际法，都涉及到国际法的其他方面，是综合的，不能说海洋法很重要就只看海洋法，不看别的了，这些是一个整体。

四、人权与主权的关系

关于人权与主权的关系问题也谈了很多了。如果我们从人权实施的角度考虑问题，我们就会发现，人权的问题确实本质上还是国内管辖的事情。这一点，如果我们研究了人权的实现方式，仔细考察了人权到底是怎样实施的就会清楚。

用尽当地救济

即便是欧洲，首先也是考虑的用尽当地救济，也不能首先到欧洲人权法院诉政府，这个时候法院是不受理的，法院必须看是不是用尽了当地的救济，只有在国内没有办法救济的情况下才予以考虑。所以用尽当地救济还是一个原则。

人权与主权的关系到，人权主要还是依赖于主权、依赖于国家国内法制的完善来保护的。国内法制的完善是非常非常重要的。在目前还没有一个统一的人权保护的机构。国际法上虽然有一些进展，在一些严重侵犯人权、构成犯罪的情况下有了刑事法院等机构予以制裁。即使是刑事法院，也仍然是有条件的，比如首先要以条约约束的，是《国际刑事法院罗马条约》规定的，如果没有参加该公约，基本上是不适用的，因此刑事法院对人权的保护也受到一定的限制，是有一定限度的。

但是另外一个方面，还是要承认，人权现在已经进入到国际法领域。至少在立法的层面，人权不再仅仅是国内管辖的事情，同时也是国际关注的事情，是国际立法的事项。正是因为如此，才有了那么多的人权条约、文件。从这一点上来讲，人权绝不是纯粹的国内管辖的事项。这也没有问题。

国家如果承担了国际法上尊重人权的义务，就要遵守这个义务，就要履行这个义务，否则就要承担责任。这也是李老师一再比较主张的，中国在国际上对于严重侵犯人权的行为一定要讲原则，表明自己的态度。因为这是国际法基本的要求，也有很多实践证明。联合国的一些实践证明，如果严重侵犯人权，用联合国的说法就是“一贯大规模地、严重侵犯人权的行为”，肯定是违反国际法，应当予以谴责的。这个时候，不干涉不能作为一种借口。

关于个人、国籍、人权，还是有很多东西可以深入讨论。比如说国籍，国籍同国际法的主体有一定联系。个人如何与国际法发生联系，传统国际法是通过国籍与国际法发生联系的。每个人都有国籍，由于有了国籍，国家可以实行外交保护，把个人和国际法联系在一起。传统上个人在国际法上作为客体而非主体，主要的理由是个人在国际法上没有直接的权利，特别是没有直接的求偿的权利，不能到国际机构诉讼。国际法的权利主要是国家之

间的关系，体现在外交保护问题上，过去国家对自己的国民在外受到了侵害，有权利提供外交保护。随着人权在国际法上的发展，个人受国家的外交保护是不是仅仅意味着国家有权利提供这种保护，今后有没有可能发展为国家不仅有权利，而且有义务提供这种保护？假如国家不仅有权利保护自己在外国的国民，同时有这种义务，这种结构可能让个人在国际法上的主体资格发生某种变化。个人确实是国际法上保护的一种对象、权利的一种对象。

前几年有关部门在征求意见，准备在国内搞一个法律叫外交保护法，保护国民的法律。这是一个国内法。李老师想，外交保护问题，中国在外面的机构，包括领馆、使馆，领馆有领事保护的权力，使馆有外交保护的权力。假如制定一个国内法，可能要把国际法的一些东西纳入进去。最关键的一点是，国家是否有义务当自己的国民在国外受到侵害的时候提供保护。我们现在提出的口号叫“外交为民”，外交要以人为本，保护自己在海外的利益、公民。过去这是一种权利，可以保护可以不保护，权利可以放弃，但是假如是一种义务，不保护可以状告国家，这就是另外一个事情了。如果不保护可以提出某种求偿，这样外交保护的力度就很大了，中国公民无论走到哪儿，保护都是国内法的义务，不保护可以在国内的法院民告官，主张自己的权利。如果要讲外交保护、国籍在今天的新发展，这可能是一个比较新的、比较符合国际法新的发展方向的方面。但是这一点不太确定，我们可以研究一下各国的国内法中有没有提出政府不仅有权保护也有义务保护。可能有的国家的立法是这样的，国际法的新的理念、保护责任等等，这还是能成立的。一旦外交保护不仅仅是权利，也发展为一种义务，个人在国际法的地位可能有新的变化。

关于人权与主权的问题，可以自己进一步地总结。在这一部分，主要讲以上几点。

第十章

外交关系及领事关系

· 外交关系法的发展历程

外交关系法是国际法比较早的领域。如果问国际法是从哪里开始发展，大概有以下几个地方：

- 1>条约，很早出现了条约必须遵守，说话要算数；
- 2>外交关系，过去君主之间会派外交使节，外交关系方面有些规矩、规则；
- 3>海洋，比较早发展出了公海自由原则。

这些都是比较早的传统的国际法内容。但是要说外交关系的法律，从什么时候开始比较规范化，可能还是稍微晚一点儿。拿破仑时代之后，1815年后有个重要的会议叫维也纳公会，公会上签订了条约，有一项重要内容是规定了外交代表、机关的等级制度。外交代表机关分三个等级，第一个等级叫特命全权大使；第二个等级叫特命全权公使；第三个等级叫做代办。维也纳公会规定了三级外交代表机构。国家之间可以派大使、公使，也可以派代办。这种制度一直延续到今天。

关于外交关系的法律，比较早的是习惯法。首先是关于外交关系的一些习惯法，特别是使馆不可侵犯、使节不可侵犯。这个领域的法律是比较成熟的。前面讲到国际法的编纂，编纂这个概念不是一个学术上的概念，而是一个非常实际的概念。国际法委员会成立以后，两项工作就是编纂法律和发展法律。编纂就是在已有的先例、学说、实践的基础上制定规则。国际法委员会1947年开始工作的时候发现，大部分国际法领域都不存在很详细的先例、学说，但是有几个领域是适合国际法编纂的领域，其中一个就是外交关系领域。所以外交关系法律比较早地制成了公约，就是1961年《维也纳外交关系公约》。现在很多国际组织都在维也纳，维也纳确实很漂亮。

1961年的公约是一个编纂长期以来形成的习惯的条约，一般认为，1961年公约的规定基本上都是编纂了已有的习惯规定。也就是说它的内容不仅是条约规则，同时也是习惯规则，这一点在1979年【美国诉伊朗案】中得到了体现。

【美国诉伊朗案】

1979年11月4日，在美国驻伊朗大使馆外进行游行示威的伊朗人袭击了大使馆馆舍。尽管大使馆曾多次呼吁伊朗当局给予援助，但伊朗保安部队并没有干预或控制这种局势，结果大使馆馆舍被占领，使馆人员，包括领事及非美籍人员和当时在大使馆的来宾，均被拘禁。11月5日，在伊朗的领事馆也发生了同样的事件。从那时起，该大使馆和领事馆馆舍一直在占领者手中，占领者搜索并掠夺外交和领事档案与文件。除释放13人外，其余的被拘禁人员均被扣作人质，以迫使美国满足他们提出的要求。

1979年11月29日，美国向国际法院就美国驻伊朗大使馆的处境及美国驻伊朗的外交和领事人员被扣为人质的问题对伊朗提起诉讼。

1980年5月24日，法院对本案实质部分作出判决。法院驳回了伊朗的主张，认为对本案有管辖权。伊朗

违反美国所承担的义务，根据国际法应负国际责任。1981年1月19日，美国和伊朗缔结了一些解决此争端的协议，人质获释。此案最终以政治方法得到解决。

1979年李老师进北大的时候，正有两个大事情，一个是对越自卫反击战，一个是伊朗群众冲击美国使馆。当时伊朗人冲击、占领了美国使馆，美国使馆一个外交官看使馆被占领了，进不去了，就跑到加拿大使馆避难去了。在之后国际法院的诉讼中还提到了这个事情，虽然一般国际法上没有所谓的使馆的庇护权，但是当人的生命受到了严重威胁的情况下，在使馆临时的停留，出于人道主义的考虑，国际法上应当是可以允许的。在【美国诉伊朗案】中，国际法院认定伊朗占领美国使馆的行为既违反了《维也纳外交关系公约》关于使馆不得侵犯的规定，同时又违反了有关的习惯国际法。因此伊朗违反了国际法的条约义务和习惯义务双重义务，国际法院要求伊朗停止侵犯。这个案子证明了1961年公约基本上是习惯国际法，比较成熟。当然如果仔细分析，也有一些东西不是完全确定的。

一天李老师见了几个老学生，不夸张地讲他们都是顶级的国际律师，他们说，李老师啊，做律师以后才感觉，还是学学国际法好啊。做律师很 Technical，没什么大局观，是做一些具体的事儿。他们比李老师小个五六岁，他们说现在这个年纪，觉得学什么最好的呢，是国际法、国际关系、历史，这些东西，具有上下五千年大局观的东西多有意思，说起话来拿个案子跟别人都不一样。的确是，到了一定年龄，都愿学历史去，学什么法律啊。到了五十岁的时候可以想想这个话对不对。这个也确实是肺腑之言，尤其是在国际交往非常频繁的今天，了解国际关系、了解国际法对于从事我们的本职工作还是很有好处的。

一、外交机构及其人员

〔一〕使馆的人员、构成

1. 三级外交代表机构

现在各国建立外交关系一般是大使馆。维也纳公会确立了三级外交关系人员，即特命全权大使、特命全权公使、代办，相应的机构就是大使馆、公使馆、代办处。我国曾经和一些国家建立过公使馆，之前满清时候，中国和外国建立外交关系都是公使。当时比较有名的外交家顾维钧，当过驻美公使。他是维也纳公会确定的第二级外交代表机构。但是今天基本没有公使了。1945年之后的观念是，大小国家一律平等。大国和小国之间的关系都是大使级关系。过去是大的国家，欧洲的一类强国互派大使，欧洲的强国同其他非欧洲国家之间是公使，这是一种不平等关系。今天确立的都是大使的关系。

李老师一个同学在加勒比的一个小国多米尼克当大使，在那里很愉快，那里是国际豪华游轮必经的一站。多米尼克和多米尼加不一样，多米尼克是十几年前新独立的国家，是多米尼加的兄弟，它大概有二十万人，中国和多米尼克之间也是大使级关系。今天大小国家都是大使级，很少见到公使级外交关系。

第三级外交代表机构叫代办处。中国在文化大革命的时候有所谓的火烧英国代办处的事情，那个时候和尚打伞无法无天，文革开始的时候还冲击过外交使团。当时中国和英国的关系是代办级关系。代办处是第三级外交代表机构。大使、公使是元首派遣的，代办是部长派遣的，是低一级的外交关系，但也是外交关系。

当代什么时候会出现代办处的情况？中国是两国关系存在一定的问题，但是需要建立一定的正式的关系的情况下，用低一级的机构表明这种关系，表明既需要外交关系，又存在问题。当时英国派驻中国的是代办处，因为当时英国和台湾有领事馆，中国认为英国和台湾的关系没有完全断绝。等到英国把和台湾的所有外交关系断绝后，就升级为大使级外交关系。1982年，中国和荷兰也是大使级外交关系，后来，荷兰向台湾出售潜艇。那时候中国建交公报中总会说台湾是中国不可分割的一部分，反对两个中国，很注意这些事情，所以这件事情发生后，中国就说荷兰违反了建交公报、原则，决定把与荷兰的外交关系由大使级降格为代办级。过了一年半载，荷兰说我们买的潜艇台湾不能用，它们是柴油机的，过几天就坏了，中国看到这个不错，就恢复了大使级的外交关系。可见外交有时候跟小孩儿斗气一样。

今天的外交机构中的外交代表机构都是大使了。大使馆里的公使与过去的特命全权公使不是一个概念。现在大国之间大使馆里面，还存在着公使的情况，大使馆里面的公使和第二级外交代表机构的特命全权公使不一样。

特命全权公使是第二级外交代表机构的首脑，是元首对元首的；大使馆的公使是低于大使、高于其他外交官的职衔。在重要国家的大使馆有公使，中国在一些重要国家都有公使职位，中国驻美国大使馆肯定有一位到两位公使；中国驻俄罗斯使馆也有公使。中国驻俄罗斯使馆据说是全世界面积最大的使馆，有个公园，后面还有个湖，可以钓鱼，中苏友好的时候，中国给了苏联一个很大的使馆，俄罗斯给中国的使馆也很大。中国驻日本使馆、驻德国使馆、驻英国使馆、驻法国使馆，都有一到两位公使，有的可能有两个，表明重要性。中国的行政体系中，这些使馆都是副部级的。还有北朝鲜，在中国这里也是重要国家。

2. 使馆的人员

使馆的人员基本这样排列：大使、公使、参赞、武官。武官和参赞差不多是一级的，武官是国防部派遣的；参赞有各种，比如教育参赞、商务参赞，应该分别是教育部、文化部派遣和商务部派遣。再往下就是秘书，有一秘、二秘、三秘。我们看一般外交人员被驱逐的事件中都是秘书。秘书之下还有最低的一层，叫随员。随员法语叫 attaché，就是提包的人的意思。我们现在如果去干活就是随员。使馆基本上就是这样的编制。

现在还有一种说法叫临时代办，和第三级外交代表机构代办没什么太密切的关系。临时代办是外交代表机构的首脑，外交代表回国，临时代理馆务的高级外交官。比如最近日本驻华大使丹羽被换了，任命了外务省一个高级的官员做大使，中间有一段空挡，这个时期由公使掘之内秀久处理馆务，做临时代办。

大国的使馆人很多，有几十人或者更多；小国使馆人数少一点儿，大概一二十人。

〔二〕使馆的职能

使馆有以下职能：

1>代表的职能

使馆代表一个国家。为什么我们在一些很小的国家也有大使馆，这些国家在中国也有大使馆，确实是双方有一些利益，但是更主要的恐怕还是一个存在的作用，一种象征性的意义。这种存在本身就是有意义的。就像我们的船这几天已经在钓鱼岛附近巡航一个月了，是第三波巡航了，这就是一个存在，表明一个象征意义，表示这是我的地方。我们在外国的使馆也是，表明本国在这儿有个存在，该国对本国有个认可。代表一个国家是一个很重要的意义。没有使馆，也没有什么很大的事情，有时候一个使馆可能代管三个使馆的馆务，因为那个地方太小了，但是从代表性角度说，有一个使馆存在还是很重要的。

2>谈判的职能

谈判就是双方对一些事项进行交流、谈判。

3>了解的职能

使馆了解接受国的一些情况。了解这个职能是很有意思的。过去经常出现的一个问题是，要了解接受国的职能，那么了解的深度如何呢。一般来讲，按照《维也纳外交关系公约》的规定，了解职能必须在接受国允许范围内，要遵守接受国法律，要有一个限度，否则就会出现驱逐、间谍活动等等。但是这个尺度很难把握。在国际关系上，使馆常常是刺探情报的地方，了解情况和刺探情报，往往也不好区分。美国和苏联过去打间谍战，苏联在美国建新的大使馆，找的工程队可能是美国的，苏联接收后用探测器探测，发现全都是窃听器，马桶里都是。了解的职能常常是有一定的分野的，看怎么把握了解的范围。究竟怎么掌握呢，我们说没有抓住就是尺度，抓住算你倒霉，没有抓住就是合法的。抓住了赶走就行，赶走了再换个地方。

4>促进友好关系

使馆也常常做促进友好关系的事情。比如使馆搞一些文化活动。过去美国使馆曾派来一个大法官来北大搞活动。有的大馆还有图书馆，比如美国使馆，还有的使馆放电影，表明文化友好。有的使馆搞个国际招待会，李老师年轻的时候就常去蹭吃蹭喝，现在基本不去了。

5>保护派遣国的国民和利益

这也是一项很重要的保护。我们讲过所谓的外交保护、领事保护，现在领事关系和使馆经常是合二为一的，但是又是有所分离的。中国现在在海外的利益太大了，留学生到处都是，世界上有很多中国人，日本、韩国也有很多中国学生。中国人在外国受到侵害了到使馆去。这种保护首先是领事保护，比如中国渔民被抓了可能是领事

首先去探望，要求公正待遇，如果被起诉要求诉讼权利等等，这是职能。

〔三〕派遣使节

派遣的程序

在外交上，有派遣大使的问题。派遣是由两个程序组成。

首先一个程序是国内的程序。国内的程序大多数都是提名，而后通过议会确认。中国的宪法讲全国人大常委会决定中外使节任免。派遣则是主席派遣。从国内程序来看，人们发现还是有政治任命的情况。比如说美国是两党，哪一个党胜利了，就任命那些在竞选中支持的人当大使。

除了国内程序，派遣大使还有国际程序。

美国 60 年代有一个故事。美国负责对外事务的主要是参议院。一次美国准备任命一个锡兰（斯里兰卡）大使，有的议员问这个大使知道这个国家在什么地方么，他说大概在非洲吧；问知道这个国家的总统叫什么吗，想了想说不知道。反正就这么任命了。任命以后要征求对方的同意，锡兰听说来了这么一个人，连总统都不认识，就拒绝这个人赴任。国际法上如果拒绝一个人当大使，可以无需说明理由。

大使的人选

一般来讲重要国家的大使肯定是选有丰富的经历，同时又一定的地位的人。从过去美国驻中国大使或者中国驻美国大使就可以看出来。最早中美两国在 1979 年建交之前就有互派使节，1971 年尼克松访华以后没有马上建立正式的外交关系，当时是互设联络处，有美国驻华联络处，中国驻美联络处。这是没有使馆名称的一种外交代表机构，人员都是外交官，所有的人都在外交官名录上。中国第一任做驻美联络处主任的是黄镇。他当过中国驻法兰西共和国大使，法兰西共和国是很早跟中华人民共和国建交的，在戴高乐将军的时期就建交。说黄镇是红色外交家，相当有道理。美国来的是戴维斯，也当过美国驻法国大使，也是资深外交官。之后联络处主任有很多了，一直到 1979 年两国建立外交关系，双方派的都是资深外交官，有丰富经验而且地位很高。老布什也当过联络处主任，后来回去当中情局局长，又当了总统，还有一幅布什在北京骑自行车的照片。他是 1974-1975 年左右任的联络处主任。老布什说当时在北京还是有一些比较感人的故事，所以他比较亲华。之后中美建交，派的也都是高级外交官，都视对方为重要国家。印象比较深的是个叫温斯顿·洛德的，他是 1987 年左右的驻华大使。他的太太是美籍华人，写了本小说叫《穿越》。这个人现在还经常露面，他是最早和基辛格打开中国大门的。基辛格经常自称是第一个打开中国大门的，洛德纠正说自己是第一个打开中国大门的，飞跃喜马拉雅的时候他在前舱，基辛格在后舱呼呼大睡呢。

所以任命大使要考虑到对方的接受，要考虑国家的重要性。这次日本驻华大使丹羽不是一个职业外交家，是经济界人士，主要加强中日经济关系。后来政府认为他言论不妥，就换了一个，结果还没上任就去世了。此人大概在日本外务省排三四号的人物。不会派一个没什么经验的人。

所以这些事情上要选比较有经验有地位的人。就像律师往往人们喜欢长胡子年纪大的。法律硕士有什么合理性呢，最大的合理性有两个，一是复合型人才，外语基础好；二是学法律的年纪大点儿有好处，如果 22 岁就出去，别人都不愿把案子交给他。长胡子，要年龄大一点儿，看着比较可信一点。美国的 JD 很多是参加工作了的，30 岁以上的很多。

二、外交特权与豁免

特权与豁免讲的是一种优惠待遇，是接受国给予派遣国使馆的一些优惠待遇。外交特权与豁免（Diplomatic Privileges and Immunities）的问题实际上是外交关系法的核心。

〔一〕外交特权与豁免的基础

首先要考虑的问题是外交特权与豁免的基础是什么，是建立在什么样的基础之上的。

治外法权说

过去传统的观点是治外法权说，认为外交使馆、代表机构是国家在国外的浮动领土。既然是领土，就有外交

特权与豁免。治外法权、虚拟领土说，是过去的主要观点。

代表说

1961年公约实行的不是治外法权说，是其他的外交豁免的依据，即代表说和职能需要说。为什么给予代表权，因为外交人员代表了一个国家，是国家尊严的体现。就像国旗、国徽需要得到保护一样，把一国的国旗烧掉是对国家的侮辱，这是代表说。前一段中日钓鱼岛问题的时候，拔日本旗子，有人拔错了，拔成美国的了…前两天报纸说日本当时也有人往中国使馆扔东西，结果判了一年半，还被日本人引渡回来了。

职能需要说

1961年公约提出的理由叫做职务需要说。给予使馆、使馆的人员以特权与豁免，是因为这是他们履行职务的需要。这个说法也是大家现在比较认可的。职务需要说也给予了领事特权与豁免，比如说外交官如果不给他刑事管辖的豁免权，会很麻烦的。如上所述外交人员要调查、了解所在国的情况，这个界限很困难，如果没有刑事管辖的豁免，随时可能被抓，就出不来了。外交特权与豁免是履行职务的需要，这还是一个比较充足的特权与豁免的理由。

按照1961年公约的规定，今天的外交特权与豁免是建立在双重根据之上的，即代表说和职务需要说两个基础之上的，不是一个。

〔二〕外交特权与豁免的内容

特权与豁免可以分成大的两类，分成对物的和对人的。对物的就是对馆舍、对使馆本身；对人的就是指的人员。

1. 对物的特权与豁免

1>馆舍不得侵犯

对使馆本身的特权与豁免，首先是馆舍不得侵犯。馆舍不得侵犯包含几个方面的意思。

①任何人未经允许不得进入馆舍。

任何人指的是接受国的人，未经许可不得进入馆舍。这还是外交特权一个比较重要的内容。有人说这个权利是绝对性的，任何情况下都不得进入。在极端的情况下，比如使馆发生了SARS、发生了火灾，能不能进去呢。按照一般的理解，使馆在任何情况下，未经允许都不得进入，这是绝对的。文革前，苏联使馆发生过大火，我消防队员就在门口待命，不得进入，最后烧的受不了了才进去。因为不知道使馆里面有什么东西，这个原则人们看的比较重。

②对馆舍要严加保护，接受国有保护使馆的义务。

在中国的外国使馆都是有武警保护。在韩国的美国大使馆就在它古老的光华门，在皇宫边上，那里有著名的世宗大王像。美国使馆比较辛苦，使馆周围都是铁网、沙袋，有大批警车在那儿。它设立在大街边上，也比较辛苦。很多国家对美国不太满意，经常攻击使馆，所以也要保护得很好。911之后，李老师说有一次去美国使馆办事，担心安检严格进不去，使馆说到使馆旁边的咖啡馆有人接。李老师说被接进去后就有狼狗扑上来了，说是加强警备。总之严加保护也是一项义务。

保护的情况也分平常和特殊时期。平常没什么太大的必要，李老师说年轻的时候在纽约晃悠，到处乱跑，经历还是很丰富的。他跑到林肯中心，那里有很有名的美国的艺术院校茱莉亚音乐学院，金碧辉煌，有个音乐大厅；扭头一看，中国驻联合国使团就在边上。说这个使馆守卫的太不严密了，只有美国的一个胖警察在那儿。可见防备很松懈。911以前去美国，就是这样松懈，现在去美国就是如临大敌，会把人搜个遍。

③档案不得侵犯

使馆的档案肯定是不得侵犯。

④使馆通信自由。

使馆有通信自由。这个问题现在比较麻烦。现在基本上只要通信别人就知道说什么了，基本上没什么自由了。据说我们现在买的手机，关掉了还有窃听的功能。过去使馆有发报机，有发报自由，过去叫架设无线电、发报机的自由。林彪仓皇出逃的时候，掉到外蒙古温都尔汗，蒙古人也不知道谁下来了，一看有八一军徽、手枪，就向中国强烈抗议。中国人也不知道是谁，使馆就过来，后来使馆的大使写回忆录说，我怀着高度的政治责任感，一

看觉得这个事情非同小可，回到使馆马上启用了多年封存的无线电发报机，向国内发报。这个发现十分重要，因此立了大功。

2>进口物品免税免验的权利

使馆进一些东西使用，免税免验。使馆进东西也很有意思，弄一个包就进来了。据说苏联人在冷战时期向苏联驻瑞士使馆运东西，用一车皮，外面写上外交邮袋，就进去了。使馆进东西没什么量的限制，只说可以进口物品，至于进多少、多大，都没具体规定。美国经常就弄一个集装箱，贴上外交邮袋进来。

中国前一段时间在外交邮袋上方面搞了个三个一，即对外交邮袋的尺寸加以限制，长一米、宽一米、高一米，最大的尺寸就这么大，不能用集装箱装进来。后来英国外交部提出抗议，说违反了《维也纳外交关系公约》关于外交邮袋的不可侵犯权。李老师对这个问题也发表了一些意见。这些东西的确可以作为外交邮袋进来，大家都可以弄个包进来。但是既然叫外交邮袋，既然是袋子，肯定是有个尺寸的。至于法律没有禁止的问题，《维也纳外交关系公约》也没有禁止一个国家限制它的尺寸，这也没有侵犯人家。而且911之后最大的可以Argue的就是安全问题。可以说考虑到安全问题，不想让使馆进这么大的东西。911之前，外交关是绝对绿色通道，免税免验，任何人不得对外交官有任何侮辱行为，911以后都可能对外交官用X光检验。安全和外交特权相比，安全是更重要的国际法上需要保护的。讨论问题不能仅仅限于《维也纳外交关系公约》的规定，要从更大角度的国际法看待外交邮袋问题。对于中国三个一的规定，是不是各国使馆普遍不满呢，其实只有英国和美国使馆提出异议，其他的都表示遵守。这就是一个新的规则的形成。这可能真的创造了国际法的一个新的规则。当然是不是真的确立还可以讨论，但是大家都不表示反对，说明这样做并不违法。现在应当还是三个一的规定。

2. 对人的特权与豁免

外交人员的分类

对人的特权与豁免，首先说明一下特权与豁免方面外交人员的分类。《公约》把人分成三类，第一类是外交人员，第二类是行政技术人员，第三类是事务人员。其实使馆还有一类私人服务人员，比如保姆，这些就不是国家的人员了。国家派遣的人员就这三类。

外交人员就是上面讲到的，从大使到随员的具有外交职衔的人员。一秘、二秘、随员这些都是外交职衔，就像学校的副教授、讲师、助教之类。

行政技术人员，比如办公室主任。现在可能还有电脑工程师，可能还分软件工程师、硬件工程师。过去有的就是无线电发报机的人员。

事务人员、服务人员，比如门卫、厨师，这两个人物对中国来讲可能比第二类还重要的。看门看不好不行。1986、1987年李老师第一次到美国，去中国领馆，一进去就听到熟悉的祖国的声音，被门卫吼道“干什么的”，马上让他感到祖国回来了。中国使馆门房很凶的，一看学生来了就来劲了，幸亏李老师当时认识总领事，说找汤总，门卫态度就变了。中国使馆的厨师也很重要。每到新年、春节、国庆，使馆都搞招待会，联络感情要抓住他的胃。

外交特权与豁免主要的标准是给第一类。剩下的行政技术人员、服务人员是比照，特权与豁免少一些

外交人员的特权

①人身不得侵犯

人身不得侵犯，有几个方面的含义：

其一，外交人员不得有任何形式的拘禁。不能把外交人员抓起来，就算抓起来也不能用抓起来的词。以前中国有所谓二十公里圈，首都的外交使团行动范围不能超过二十公里。外交人员看到北京秋色很好，出去旅游，开着车就出去了，公安局就很为难，也不能抓他。大概请他们喝咖啡喝茶就差不多了。不能拘禁，这是一个很重要的原则。

其二，保护外交人员。比如说外交人员出勤也要有一定的保护。

②旅行自由

过去我们对1961年的外交关系公约做了保留。正是因为这个保留，在北京有二十公里圈。但是保留是对等的，所以中国驻外人员也受到限制。最后大家说算了吧，生活多美好，随便跑一跑，就把这些取消了。中国除了一些地方有限制，基本上是旅行自由了。外交关系方面明显体现了对等的原则。

③免税、免验

外交人员进口的私人物品免税免验。免验指的是免除海关的查验。免验有一些例外。按照 1961 年公约规定，如果接受国当局发现外交人员携带违禁品进出口，可以当面查验，当着外交人员或者代理人的面查验。查验问题上是有某种例外的。有一个电影，可能是根据真实的故事拍摄的。尼日利亚，非洲的大国，前些年有些动乱、政变。有一年发生政变，换了政府，对前政府要清算。它是英联邦国家，只要清算，前政府的人员就都跑到伦敦了。新政府就派人去伦敦把他们绑架了，打麻药送回国，装箱回去。英国的警察也比较清楚，早就发现这些人要把活人送回去，到了机场说你这里面可能有我们国家禁止出口的东西，还发现里面还在动，就把人弄出来。做这样的事儿的国家好像还不止尼日利亚，满清抓孙中山的时候也是，最后被发现了。还有外交人员利用免验的特权走私。这是外交特权的一项比较有意思的例外。

外交人员的豁免权

特权讲的是一些优惠待遇和便利，豁免权讲的是民刑司法的豁免。

①刑事管辖

刑事管辖方面，不得逮捕外交人员，更不得起诉外交人员。如果外交人员从事与其职务不相符合的行为，可以用外交的办法，宣布不受欢迎的人、驱逐出境等等，但是不得用国内的司法。按照 1961 年公约和习惯国际法的规定，外交人员享有刑事管辖的完全豁免。

②民事管辖

民事管辖方面，一般对外交人员也是豁免权。但是民事管辖比刑事管辖松动一些，有些例外。比如外交人员以私人身份从事某些行为，不受民事管辖豁免。按照 1961 年公约规定，有三条例外，遗产、不动产、私人行为从事的行为。即民事管辖一般而言豁免，但是有例外。

③行政管辖

中国行政管辖还是比较明显的，比如户口，要不要给外交官上个临时户口，这是行政管辖。外交官不受这种管辖，在行政管理上有外交官的名录，在这个名录上的人就有豁免权。此外还有计划生育，外交人员也豁免的。有些情况不属于豁免，比如接受国的一些需要正常遵守的接受国的法律法规。接受国开车向右，外交官要向左，因为在他的本国是向左，这不行；外交官酗酒开车，这也不行。如果外交官酗酒，还有可能打架，外交人员总的来讲品格高尚的，但是也不排除有些害群之马，违反接受国的法律法规。这个时候作为接受国，可以有某些制止措施，这是没有问题的。

之所以这么说，因为这是有先例的。国际法院【美国诉伊朗案】的判决中对于这个问题有一段话，很多人没有注意，说对于违反接受国法律法规的外交人员，接受国可以采取某种制止行为。所以在这个情况下并不违反外交关系的法律。这个事情如果给公安局讲，他们会比较搞笑。这些是比较具体的问题，涉及到外交官的管理。

管辖还有一个作证的问题，外交人员有没有作证的义务呢？从 1961 年公约来看，没有作证的义务。外交官想作证就作证，不想作证就不作证。因为出庭作证可能被认为是接受接受国的管辖，所以一般外交官不会出庭作证，否则可能被认为接受接受国管辖，是国家尊严不能容忍的。但是如果确实有一些民事刑事案件需要外交官作证，外交官也可能作证，通常的方法是书证，不会出庭。

管辖豁免方面的问题比较细致。

行政技术人员与服务人员的特权与豁免

行政技术服务人员的特权少一些。管辖特权核心的是人身不可侵犯以及刑事管辖的豁免，这两点上，行政人员、服务人员、家属都享有这种权益。当然也有一些是外交官享有的，行政技术人员、服务人员不享有。简单地讲，外交人员享有完全的外交特权与豁免，其他人员的外交特权与豁免是有一定限度的。但核心的不可侵犯权与刑事管辖豁免权，使馆人员都享有。

私人服务人员的特权与豁免

使馆中还有一类，就是私人的服务员，在西方的说法比如保姆、厨师，比如大使带个五星的大厨出去。私人服务员有没有特权和豁免，有些国家讨论过这个问题。有的国家给私人仆役某种特权、豁免，比如刑事管辖的豁免。私人的服务人员也有可能享有某种便利，这个问题看各国情况。

特权与豁免的问题，除了国际条约、习惯国际法规定以外，各国也会用国内法规定这些问题。中国就出台过《外交特权与豁免条例》，这是一个行政法规，基本上国际条约在国内法的接受、转化和适用。外交人员的特

权与豁免的国内适用,是接受国法院、公安、行政机关都要适用的。我们国家对这个问题采取了一种转化的态度,否则如果直接使用公约,与我们对国际法的态度不符。不但是中国有这样的法律,英国也有特权豁免法。

卡扎菲在外面派的使馆号称人民代表处,利比亚驻英国的人民代表处发生过枪击事件,一些反卡扎菲的人举行反卡扎菲的活动,使馆就向人群开枪,打中了一个英国的女警察,而且打死了。这个事情在当时英国引起了轩然大波,说要进入使馆,使馆从事了与其职务不相符的事情。也有些人反对这种做法。英国就包围了卡扎菲的人民代表处,卡扎菲也包围了英国驻的黎波里的使馆;英国限卡扎菲的外交人员 24 小时离境,卡扎菲也这样。两国就断交了,使馆的事情往往就是这种对等性质。

〔三〕使馆的义务

谈到外交特权与豁免的问题,《维也纳外交关系公约》还规定了使馆的义务,大致有以下义务:

- 1>使馆不得从事与其职务不相符合的用途;
- 2>使馆要遵守接受国法律法令;
- 3>使馆不得干涉接受国内政。

这些义务也是有用的,在国际争议 Argue 的时候可以用。外交关系方面,国际法强调的是权利,是派遣国的权利,是使馆及其人员的权利和豁免权,这是重点,规定义务不是重点。因此主要的问题是如何满足使馆及其人员的特权与豁免。但是《维也纳外交关系公约》提到的使馆的义务某些情况下也可作为 Argue 的理由。

比如某年巴基斯坦发现阿拉伯一个国家驻巴基斯坦的使馆藏有大量武器,警察就进入使馆,把使馆抄掉了。该国向巴基斯坦提出强烈抗议,巴基斯坦说贵国使馆藏有武器,意在推翻我国政府,这种情况下违反了《维也纳外交关系公约》关于使馆的义务,所以这种行动是合法的。这种 Argue 也不是一点儿道理也没有。国际法的原则是不能进入使馆,但是从巴基斯坦本身的政府来讲、从政策的来讲,它都可能被推翻了还不能进入使馆,这是什么道理。所以从政策角度讲,这种做法也无可指责。

如果外交官有酗酒、驾车违反一些治安条例等行为,对他采取某种制止行为的根据在于 1961 年公约规定的使馆的义务。还有一个根据,可以从使馆职务履行需要角度论证。之所以给使馆人员特权是因为履行职务的需要,但是这些事情上使馆履行职务的需要,他们不是在履行职务,所以不保护。这也是一种 Argue。不过还是要记住,国际法强调主要是给予特权与豁免。

三、领事特权与豁免

1. 领事馆及其职能

领事是一个国家派驻另外一个国家某一个城市或者地区的代表。领事和外交官不一样,外交官是中央政府派遣到另一个国家的,领事是中央政府派遣另一个国家的一个地方的。领事和大使处理的事情不太一样。领事馆有一些功能:

- 1>增进友好关系的功能。
比如领事到处走一走,了解情况;
- 2>了解情况的功能。
比如领事馆可以放个电影、搞些活动之类;
- 3>办理签证、护照等证件。

这是领事馆的一个重要职能。签证主要是给接受国的国民办理。中国除了北京以外,还有一些地方的领事馆可以办理签证,比如成都的美国领事馆,受理西南访美人员的签证。护照,是对本国人签发的,领事馆主要处理本国人护照的遗失等。

李老师有个同学,十多年前到意大利米兰,意大利的吉普赛人比较多,一不小心包就没了,回来以后跟李老师他们哭诉,讲他的意大利历险记。包没了,没有了护照、机票,就成了无国籍人了,也没钱了,变成赤贫了。他跑到米兰领馆,自然还是有人认识他,给他钱买机票,所以他还欠着政府的钱呢。

- 4>航空器的证件、船舶证件的检验。
- 5>保护派遣国利益和国民的利益。

领馆有保护的职能。这个职能其实还是很重要的。尤其是中国驻外领馆，现在中国留学生太多了，怎么保护好留学生是个很重要的事情。所以领馆一定要有个保护的职能。另外国民在外的投资等也要了解清楚情况，如果国民受到侵害要提供这种协助。所以一般外国人在当地受到侵害的时候，第一个反应是找使馆或者领馆。使馆有局限性，只是在首都。一些杂事即便是在首都，也是使馆的领事部负责，包括办理签证之类的事务。

领事的问题上，有个概念叫领事辖区或者领馆辖区。领事有一个当地管辖的区域。一个国家派到另外一个国家的外交机构，如果只有使馆，没有领馆，使馆就有一个领事部，负责这个国家全境的领事事务。如果一个国家不但有使馆还有领事馆，领馆就有领馆辖区。领馆辖区各国情况不一样，不过基本上是按照行政区划确定辖区的。比如说在中国，各国驻上海总领馆，辖区基本上就是上海市、江苏省、浙江省；驻成都总领馆，辖区就是四川、重庆、贵州这些西南省份；驻广州总领馆，就是广东、广西、海南；如果没有被领馆包括的区域，统统归使馆的领事部。比如说李老师在疆，干部出国要到北京外国使馆签证，因为那里没有领馆。

领事馆有很多不同的级别、等级，和外交代表机构一样。有领事馆，有的时候还有副领事馆。现在大部分都是叫总领事馆。中国在外面基本都是总领事馆。

领事馆主要是驻重要国家、发达国家的，因为在这些国家的利益很多。比如中国驻悉尼总领馆、驻休斯敦总领馆、驻芝加哥总领馆等。估计每个国家都有六七个，以照顾自己的利益。

领事馆的设立一定是个对等的。对方在本国设一个，本国在对方也要找个地方设立领事馆，而且双方要就领事馆的地点达成协议。一般来讲，要找双方彼此利益都比较多的地方，找个没人的地方建个领事馆没有意义。有的时候领事馆的建立可能跟一些国家的政策有关系。比如新疆的喀什，喀什在历史上有英国的领事馆和俄国的领事馆。一方面英国和俄国是在那里有一些利益，另外也有它们支持当地的某种分离的想法和企图。喀什的英国领馆现在还有。

2. 领事关系的条约公约

领事关系也有条约，即1963年《维也纳领事关系公约》。外交关系方面的公约是1961年《维也纳外交关系公约》，1963年在维也纳又签订了关于领事关系的国际公约。目前领事关系主要的法律上的依据是1963年的公约。但是要注意的是，领事关系和外交关系有一个不太一样的地方，领事关系不仅仅是由一个多边条约调整，同时也是由各国一系列双边条约调整。也就是说，针对某一个国家，看两个国家之间的领事关系，不仅仅要看1963年的公约，还要看两国之间有没有双边条约。按照1963年公约的规定，各国彼此之间可以签订双边的领事条约以修改、变更1963年公约的规定。也就是说各国可以用双边条约来作为特别法调整自己的领事关系，而不管1963年多边条约的规定如何。领事关系比较具体，1963年公约并不能把所有的事情具体化，允许两个国家之间通过双边条约做更加详细具体的规定，甚至可以背离多边条约。

有一个例子，中国和美国都是1963年公约的当事国，有一个中美关于领事的双边条约。关于领事关系的刑事豁免权，双边条约做了一个规定，刑事管辖的完全豁免，不管领事官员进行了何种行为，无论是办公事的时候还是办私事的时候。也就是跟外交官是一样的。1963年公约则规定，领事官员在行使公务时，享有刑事豁免权。即办私事不算，没有豁免权。这是一个很大的区别。这是为了保证领事官员能更好地履行职务。中美双边领事条约关于领事馆的不可侵犯权也做了和多边条约不同的规定。按照1963年公约的规定，领馆的不可侵犯权仅限于办公区域。按照双边的条约，领馆的不可侵犯权及于领馆的全部。也就是说领馆的花园按照多边条约，所在国可以进入，按照双边条约则不行。这也是一个区别，这就加强了领馆的不可侵犯权，其实是把领事馆和外交代表人员等同起来。所以看领事关系不仅看多边条约，还要看双边是否有条约，如果有条约要看特殊的规定。

3. 领事特权与豁免的内容

领事还有特权与豁免，与外交官的特权与豁免还是比较相似的。事馆还有一些跟外交人员差不多的分类，分领事官员、行政技术人员和服务人员。第一类领事官员，相当于外交官员。中国的领事馆、总领馆都是地位很高的，基本都是大使级的人物当领事。很多出去做总领事的都是当过司长的人，比如条法司司长到悉尼当总领事；还有一个司长到休斯敦当总领事。

按照1963年公约的规定，对领事特权与豁免，和外交人员相比，范围还是比较小。主要是及于馆舍的不可侵犯权，办公区域的不可侵犯权很重要。另外，刑事管辖的豁免权很重要。其他的豁免权也都有一部分。我们可以对比一下外交特权与豁免和领事特权与豁免，确实比较类似。

领事传统上不是外交机构的一部分，在比较早的时候，18、19世纪，领事可能任命一个当地国的国民担任。

比如让一些侨领担任。现以后慢慢演进，领事成为外交部门的一部分。在领事都是派遣国任命，而且基本上都是隶属于派遣国外交部。中国外交部领事司基本负责领事事务，比较具体。

第十一章

条约法

一、条约的概念

什么叫条约？谁也没有一个精确的定义。条约涉及很多复杂问题。用简单的定义来说，条约主要是国家之间按照国际法规定相互权利和义务的书面协议。这个定义基本上还是说明了一点儿问题。

〔一〕条约的特点

1>条约的主体主要是国家

首先，条约的主体主要是国家。条约主要是国家之间缔结的。国际法的主体今天还有国际组织。国际组织和国家之间也可以缔结条约。最经典的是美国和联合国签订的《会所协定》，美国给联合国一个地位的保证。《会所协定》还是很重要的，涉及很多后来联合国的案例，包括阿拉法特的事情。最近国际上又提出了阿拉法特之死的问题，阿拉法特死得确实很蹊跷，死得很快，很让人震惊，最近又要开棺验尸，开始折腾了。阿拉法特曾经要到联大伸张正义，要做一些演讲，美国拒绝他入境。以前美国是允许的，后来美国通过反恐法，说他是恐怖主义的头目，不让入境。这就涉及到《会所协定》和美国国内法的关系。这是很典型的国家和国际组织缔结的条约。另外国际组织之间也可以缔结条约。这些都不用证明了。

国家和公司之间缔结的一般不叫条约。一个国家和一个公司也可能缔结协议，比如 60 年代英国的 BP 公司和一家美国的公司到中东找油，和当地的政府缔结协议。这种协议一般叫特许协议。李老师到美国读书的时候，讲 International Transaction，讲公司和国家缔结的特许协议怎样安排内容、怎样选择适用的法律。国际上这些协议不叫条约，一般用特许协议这个名称。当时西方公司为了保护自己的权益，常常在约定可适用法律的时候有两种选择，第一种是约定国际法为可适用法律；或者以一般法律原则作为可适用法律，一般是所谓文明国家的法律原则。可适用法律还是很重，当地国肯定说可适用法律是东道国的法律，西方国家不放心，会把国际法作为可适用法律。西方国家也是怕征收、国有化这样的事情发生。这样的协议不被认为是国际法的条约。国家和个人签的也不叫条约，个人在国际法的地位还是有些问题的。

总之主体主要还是国家，这一点还是没有什么问题的。不过要给条约下一个定义还不那么容易。因为要把国家和国际组织裹在一块儿，用一个支配的法，这个是比较麻烦的。关于条约法法律，1969 年的《条约法公约》，实际上仅适用于国家之间缔结的条约，不适用国家和国际组织、国际组织相互之间缔结的条约。这不太一样，而要给条约下精确的定义还要把国际组织放进来。也可以说条约是国际法的主体之间订立条约，不过还是用国家这样的表达方法更好。

2>条约是按照国际法缔结的协议

第二点，很多人不清楚的一点。条约一定是按照国际法缔结的协议。要搞清楚支配的法律是什么，条约之所以不是契约、合同，是因为条约支配条约的法律不是国内法而是国际法。关于条约的解释、缔结，都是由国际法来支配的。比如我使馆和华盛顿的一个公司签订一个购房协议，这个完全是按照国内法，按照 DC 的法律，按照国内私法签订的协议，跟条约没关系。虽然也是一个国家签订的，甚至两个国家政府签订的，但是如果支配的法律是国内法而不是国际法，这样的协议不叫条约。这一点还是非常重要的，但是很多人搞不清楚这一点。之所以条约要按照国际法来解释、适用，是因为它支配的法律是公法，是按照国际法缔结、适用。这是第二个特点。

3>条约是规定双方权利和义务的协议

第三个特点，条约是规定双方的权利和义务的协议。条约，是一个法律文件，是规定权利和义务的。有的义务比较细致，有的条约比较笼统，但是着眼点是规定权利和义务的。这一点对于区分条约与一些政策性的声明，区分条约与一些非法律的共同的文件，也还是有一定的意义。比如说，有的时候一个元首来中国访问，大家吃吃喝喝，中国觉得不错，就发表个声明吧，或者发表个北京宣言，北京共识之类的，听起来多么气派啊，写上“双方要对亚太地区和平与稳定非常关注，我们立志要为环太平洋地区的繁荣贡献力量。”这算什么啊。所以条约还是要有一定的法言法语、规定权利义务的语言，这些都是可以读出来的。

4>条约是书面协议

还有一个特点，条约是书面协议。严格讲条约可以是口头的，比如国际法院承认君子协议。按照【核试验案】，国际法院也是谈到了一种君子协议。所以默示的协议是可以的。但是一般来讲，既然达成协议了，应该是书面的。钓鱼岛问题上就有默示的协议的问题，一方说存在默示协议，一方说不存在，就找证据到底有没有这样一种默示协议。国际法上默示协议没问题，但是一般来讲条约还是需要是书面的。有人说可不可以用录像，似乎也行；又有人说因特网可以不可以，应该也行，但是一般来讲，条约毕竟是双方比较慎重的事情，还是要白纸黑字。白纸黑字尚且有时候还说不清楚，互联网、视频可能更困难。所以现在条约主要还是书面的。

还有一种情况，导致一些条约还是要用书面的形式才能被认为是条约。按照宪章 102 条的规定，会员国缔结的条约要登记才能在会员国之间使用。

《联合国宪章》第一百零二条

一、本宪章发生效力后，联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽快在秘书处登记，并由秘书处公布之。

什么样的东西能够登记呢，肯定是只有书面的才能登记。所以登记制度对于是不是一个条约，是一个很好的证据。这次在钓鱼岛问题上，中国宣布了领海基线、基点，到联合国秘书处登记。登记就表明是一个证据，证明主权的的要求是什么样的要求，说明要求的主权位置在哪儿，将其具体化。所以条约是书面协议还是有道理的。

5>条约是合意

条约另一个要点是协议。协议就是合意，条约是缔约国明示同意的产物。过去讲条约，一定说它是既斗争又妥协的结果，这个结果本身就是大家的同意。用协议这个词，本身包括了一个讨价还价、达成合意的意思。这符合条约的实际情况，基本上条约都需要讨价还价。

〔二〕条约的名称

条约的名称很多，有人统计说几十种。有人说三十多种，有人说二十多种。首先要理解一个问题，条约这个词有广义和狭义之分。公约，比如《联合国宪章》我们也说条约，条约肯定有广义和狭义之分：

1>广义的条约，具备条约特征的都叫条约；

2>狭义的条约，指专门以条约为名称的协议。

这里说的基本都是广义的，但是说到条约的名称就要区分。

广义的条约有以下名称：

1>条约

第一种名称是条约，指狭义的条约。条约这个名称感觉比较正式、比较规范，比换文之类的听着正规，所以条约一定都是比较正式的文件。用条约名称的文件往往是比较正式的，比如两个国家之间缔结的比较重要的协议，

时间比较长、内容比较重要，一般用条约的名称。比如边界条约，用条约的名称就非常得体，很正式、很严肃、很有法律效力。边界条约一般是永久性的，一般来讲没有期限的。再如和平友好条约，过去有《中日和平友好条约》。再如两个国家之间的同盟互助条约，美国叫安保条约的就是同盟条约。同盟条约指的是一方受到侵犯，另一方一定要帮忙出手。过去有中苏同盟条约，现在人们都说中国和北朝鲜有同盟条约。同盟就是一伙的，《北大西洋公约》就是多边的同盟条约。这些条约比较重要，期限也比较长，有的是无期限的。

2>协定

第二种叫协定。协定给人感觉正式性稍微弱一点儿。协定不那么原则性，比较具体，可能有期限。叫协定也基本上双边的比较多，比如捕鱼协定（渔业协定）、航空协定。总之这个词比条约弱一点儿。

3>公约

第三种叫公约，是有很多国家参加的，期限也很长。一般来讲规定的是重要的事项，或者说规定国家的行为规则的条约叫公约。公约一般有很多国家参加，对国际社会各国开放，期限很长，规定的是行为规则。公约有很多，到今天为止我们讲到了很多的公约。我们讲过 1982 年《海洋法公约》，也涉及到 1958 年的公约，外层空间也有一些叫公约；还有《维也纳外交关系公约》《维也纳领事关系公约》，以及 1966 年关于人权的两个公约等。目前公约这个名称还是比较统一，过去不是那么统一，比如 1928 年有一个重要的文件《和平解决国际争端总议定书》，当时用的词叫 Act，又是 General Act，不好翻译。现在常用的多边的公约基本上用 Convention。

4>议定书

议定书，给人的感觉是一个辅助性的文件，正式文件之后的附件性质的，用议定书比较多。比如签订了签订条约以后，还要画地图、打界桩，就会搞一个两国边界勘探议定书，作为单独的法律文件，和边界条约一起发生效力。当然议定书作一个独立的文件也没问题。它本身就是一个独立的行为。

议定书双边、多边的都用这个词。有效期时间可能短一点。当然这也不一定，边界方面的议定书期限就会很长乃至无限期。

5>国际组织的组织约章

条约还有国际组织的组织约章，比如宪章（Charter），比如规约（Statute）。国际组织的约章都是多边条约，可以说对这个组织来讲是个基本法，在条约领域来讲就是多边条约。比如《联合国宪章》，这么重要的国际组织的约章，在国际法院那里就是一个多边条约，要从条约的角度讨论宪章问题。

6>换文

其他的名称有换文，换文是比较常见的。换文，交换文书，就是外交照会，一国发一个照会，另一国回一个照会，有的事情也不是很复杂，一来一往可能就构成了一个条约，构成一个 Agreement。

此外，前面讲过，条约还有另外一种分类，造法性条约与契约型条约的分类等。

· 条约的名称、程序与效力

条约的名称重要不重要？选择契约的名称重要不重要？说重要吧其实不重要，说不重要其实也重要。要说不重要，从法律性质上来讲，不管什么性质的协议都是条约，都有法律约束力。这一点上用什么名称无所谓。但是不同的名称确实反映了不同性质的条约。最关键的一点，就是如果不找一个双方在法律上都认可的形式，一种名称，可能会导致有重大歧义。比如，《中英关于香港问题的联合声明》，在中国人看来，是条约，要遵守；按照英国的一些国际法学家的看法，这不是条约。当愿意履行这个条约义务的时候肯定说它是条约，但是想破坏它，想说它不是条约，这时候名称就是一个理由。耶鲁法学院的一个教授写过一本很薄的书，讲如何缔结合同和如何破坏合同。当不想要受义务约束的时候，名称就重要了。如果名称叫条约，就没什么说的；如果叫协定，也没可说的。但是联合声明这个说法是中国人愿意用的，这就会给某些人提供某种理由。所以为了避免歧义，还是要选择一个比较合适的名称，这也还是重要的。

从这个例子中也可以看出，名称还涉及到另外一个问题。条约的名称可能与条约缔结的国内程序相关。有的名称需要走国内的程序，有的不需要，可能对条约的效力有影响。如果一个国家要签订一个条约，又希望履行这个东西，就要与对方谈好用什么名字，搞清楚这个名字在对方国内法上有什么法律上的意义，对方签订这个条约

需不需要国会的参与。比如美国总统可以签订一个纯粹的行政协议 (Pure Executive Agreement), 不需要国会参与; 那与其订约的国家也签署一个不需要国会参与的行政协议, 这是一个法律文件; 或者签订一个双方都需要有国会参与或者同意的。如果这个时候说清楚了, 叫什么名称就无所谓了。但是如果不说好, 就可能发生《中英联合声明》这样的事情。

所以判断一个协议是不是一个条约, 名称是一个考虑, 语言是一个考虑, 程序可能是一个更重要的考虑。缔结的过程是不是经过了国内的缔结程序、是不是到联合国登记等, 都可能是程序的标准。

但是话又说回来, 并非只要是条约就有约束力, 条约不被遵守的也很多。条约有时候也很抽象, 大家为了回避矛盾, 用一种抽象语言, 把没有达成协议的事情摆到条约里, 这种事情也比比皆是。比如相邻相向国家之间大陆架的划界, 《海洋法公约》就没有解决这个问题, 到底用什么原则划界不清楚, 导致了今天中国和日本各有各的原则。所以, 并不是所有的条约都是那么有效。

相反, 某些不是条约的东西也可能起作用。一个政治性的文件, 不一定有法律约束力的文件, 也可能得到缔约双方很好的履行。过去, 哪儿有什么八国集团, 哪儿有二十国集团, 哪儿有 APEC 会议, 哪儿有博鳌论坛之类的论坛啊。但是现在这些东西很多, 它们的会议结束了就发表个声明、宣言, 有的也很具体。它是什么呢, 肯定不是条约, 因为不具备条约的很多重要的特点, 比如没有经过国内程序, 也没有经过国际重要的程序。可以把它们界定为政治性文件。它有没有实际的意义, 完全是看有关国家是不是遵守它, 遵守它就有实际意义, 也许比一些法律文件更强。今天去看国籍文件, 现在也出现了很多不是条约的协议, 它们不具备条约特征, 但是不能完全否定它。这些机构也不能开个会、穿穿民族服装、吃吃喝喝就回来了, 它们也得发表一个文件, 也可能有作用。

李老师曾经参与一个谈判, 美国的贸易谈判代表办公室拿来很多文件给李老师看, 美国人问这些东西有没有法律约束力。李老师一看, 基本上都是 APEC 的上海宣言、釜山宣言之类, 上面说的都是与会国都要增进知识产权保护什么的。李老师说法律上来讲这些并不是条约。李老师跟中方的代表解释了这个问题, 又跟外国人解释了, 外国人说李老师确实对国际法比较了解, 他们也觉得不是法律文件也应该注意它的实际的作用, 它可能是有作用的, 也可能是没有作用的。这种情况今天越来越多。

· 条约法

这一章讲的是关于条约的法律, 也就是条约法。从国际法的角度看, 条约法指的是关于条约的缔结等一系列问题的法律。条约法主要体现在 1969 年的《条约法公约》中。条约法与协定国际法是不同的概念。条约法包括国内的有关条约的制度和国际的有关条约的制度, 条约法既包括国内法的有关内容, 又包括国际法的有关内容。

1>国内法内容

每个国家的宪法都会有关于条约缔结的内容, 条约缔结肯定是宪法的内容, 因为缔结条约涉及到国家三个部门权力的划分, 是一个宪法问题, 所以各个国家都会用自己的国内法特别是宪法来规定条约的缔结。比如中国, 宪法没有关于条约如何在国内适用的规定, 但是有明确的关于条约如何缔结的规定。中国不但有宪法的规定, 还制定了缔结条约程序法, 对宪法的有关规定做了补充。关于缔结条约程序法, 前些年在武汉还开了讨论会, 讨论如何修改缔结条约的程序法。李老师当时提了很多的建议。

2>国际法内容

条约法的国际法方面, 1969 年有《条约法公约》, 这个公约对条约的缔结等等一系列问题作了规定。国际法上条约法主要的内容就是 1969 年《条约法公约》的内容。公约本身是个协定国际法, 但同时, 它的很多内容被视为是习惯国际法。之所以强调公约, 是因为公约本身很多内容也是习惯法的一种反应, 或者是编纂了某种习惯, 或者说国家实践的堆积, 今天被认为是习惯国际法。

协定国际法和条约法的区分要搞清楚, 这两个概念经常有人搞混, 这个内容一定是要考试的。协定国际法也可以说是条约规则, 但不同于条约法。

· 条约法与协定国际法

讲到条约法就会想到协定法。英语中还是很好区分的, 条约法就是 The Law of Treaty, 协定法是 Treaty Law, 中文也可以区分。条约规则指的是协定国际法, 习惯规则指的是习惯国际法。这些概念有明确区分, 不是一个概念、范畴。

条约法既有协定法的内容, 又有习惯法的内容。1969 年的《条约法公约》大部分都是习惯国际法的内容,

但是同时它又是一个公约，所以也发生公约的约束效力。

条约法也是各国国内法的一部分。各国的宪法都会有关于条约缔结的规定。有些国家除了宪法以外，还有与宪法原则相配套的关于条约的缔结的法律。中国就是如此，中国宪法就有主席、常委会这些机构在条约缔结权力的划分，以及条约种类的划分。规定了哪些条约需要常委会批准，哪些不需要常委会批准，只需要国务院签署、批准。中国还专门有缔结条约的程序法，是前几年订立的。这些与宪法有关的内容构成了一个国家国内法的条约法。所以条约的法律制度包括关于条约的国际规则和国内规则。

二、条约的缔结

1. 缔结程序

1>谈判

条约的缔结程序首先是谈判。缔约首先要谈判，有的条约要谈很多年，比如中国入世，龙永图说黑头发谈成了白头发。国际法的《海洋法公约》也是如此，谈判很困难。中印关于领土的条约一直在谈，从60年代初谈到现在了，谈了有60年了。

2>签字

接下来的程序是签字。签字有两种意义：

- ①签字条约即生效。这种情况，签字是国家承受条约约束的一种方式；
- ②签字不生效，仅是对约文的认可。很多条约，特别是一些重要的条约，签字还不生效，这时候签字仅是对约文的认可，但并不是国家承受条约约束的方式。

条约什么时候生效，完全取决于缔约国约定。缔约国愿意让签字就生效也没问题，但是现在考虑到很多国家国内法的限制，一般来讲比较重要的条约都会要经过一个批准的程序，特别是多边条约。每个国家国内的要求不太一样，有的国家鸡毛蒜皮的事情都要批准，有的国家比较重要的才要经议会批准，有的国家什么事项需要议会批准比较模糊，不太清楚。很多个国家签订一个条约，就要求用一个比较严格的国际法态度，将就要求比较严格的国家。现在，条约大部分都是需要批准的，签字仅是对约文Text的一种认可。

3>批准

批准是对一些比较重要的条约的批准。按照中国的法律，凡是条约和重要协定的形式，都需要人大常委会批准。这里讲的条约指的是狭义的条约。哪些东西是重要的协定，法律也列举了很多。

批准和签署是国家不同机关进行的。签署一个条约的是国家的行政机关；批准是国家的立法机关。所以在国际法上，批准程序是国内的民主在国际法的体现，表明国内的一种制约制度在国家法得到彰显。在君主制的时候，朕即国家，君主签署即可。到了现代，行政要受到议会限制，这样才有了批准的制度。批准是一种对条约内容的实质性审查，要看到底条约有没有不符合本国利益的规定。如果从民主、权力制约的角度来看，如果行政力量比较强、议会比较弱，可能批准就是走过场。不过理论上批准是内容的实质性审查。

从国际法角度讲，批准是使国家承受条约约束的方式。批准条约，国家就受到条约的约束。不过这个问题有一点点含混。批准有国内法的意义和国际法的意义。

①国内法的意义

国内法的意义就是立法机关的认可，国家承受条约约束。但是，立法机关批准了以后，条约并不是马上对国家发生约束效力。因为条约是不是对一个国家有约束力是取决于国际法的规定，而不是取决于国内法的规定。一个条约是不是对这个国家产生约束效力，首先要看这个条约本身是不是已经生效了；其次看批准书是不是提交到了有关的登记机关。比如《海洋法公约》要求六十份批准书或加入书提交以后，再过一年才生效。一国批准了该公约，提交到登记机关的秘书处，并不一定生效，因为不一定满足生效条件。

②国际法的意义

国际法上，议会登记批准书和互换批准书这个阶段是国际法上的批准的意义。条约是不是生效取决于国际法的规定，多边条约，只有当国家把批准书提交到了登记机关，或者互换了批准书，条约才有可能发生效力。仅仅议会批准的行为并不一定导致条约马上对这个国家有约束效力。

2. 加入程序

国际法上还有一个概念叫加入。以上的程序，从谈判到批准，一直到互换批准书，是一个完整的程序。实际上，有一些国家在一些承受条约约束的时候，并没有经历过一些阶段。比如中国，中国改革开放以后重视国际法，一个表现是我们参加了很多国际条约，实际上这些都是条约已经生效之后我们参加，我们没有参加谈判的过程。比如说 1961 年《维也纳外交关系公约》，1963 年《维也纳领事关系公约》，1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》，1969 年《条约法公约》，我们都没有参加谈判，都是用的加入的方法。

加入是加入现成的体制，多数情况下是加入一个已经生效的条约体系。不过现在对加入的认识有些不同。加入也可以加入没有生效的条约，有的国家没有参加谈判也可以加入。过去参与谈判的国家与没有参加谈判的加入的国家权利义务不一样，现在这种情况基本上不存在了。《联合国宪章》是一个很好的例子，创始会员国 51 个，剩下的都是新加入的，有最典型的加入和原始成员国的区分。

加入也包括签字和批准两个程序。要加入一个条约，可以先派行政人员签署，然后等待立法批准，提交批准书，从而成为条约的一员。两个程序连在一起可以叫加入，这个问题很多人不太清楚，以为加入只是签字就可以了。

中国采用加入的方式加入了 1966 年两个人权公约，但是在《公民权利和政治权利国际公约》中，中国仅仅履行了第一步程序签署，没有履行第二步批准，所以还没有成为该公约的当事国。而在 1966 年的另一个国际人权公约中，中国既签署了，也批准了，这个过程是经过加入的程序。

加入概念现在还是比较常用的概念。中国由于自己的特殊情况，融入国际社会比较晚一些，我们参加国际法的进程很多是通过加入的方式进行的。

三、条约的保留

保留是国家在缔结条约的时候，发表的单方面的声明，目的在于排除或修改条约的某些条款对本国适用时的法律效果。

1. 保留的效果

保留是单方面的声明，是国家缔结程序中提出的声明。一般可以在签署条约的时候、可以在批准条约的时候、可以在加入的时候提出保留，即在缔约程序中任何一个时段都可以。

保留的目的可能是两个效果：

1>排除某个条款对其适用的法律效果。就是打掉一个条款，对其不适用；

2>修改条约的某一个规定对其适用的法律效果。修改就不一定是完全打掉了，可能是缩小条约对其适用的范围。

保留有这两个目的，要么是排除，要么是修改条约的某一个条款对其适用的法律效果。

保留有一个最大的特点，就是保留会使得一个条约发生分裂。保留一般发生在多边条约的情况下，双边条约通常不存在保留这个问题，双边条约谈得成就成，谈不成再谈，一般谈不上保留。不过历史上也的确有国家对双边条约提出了保留。比如美国，强调三权分立制衡，它在历史上，主要是上个世纪初，总统与一些国家签订双边条约的时候，参议院提出了保留。这种情况很罕见。所以保留主要是对多边条约。

对多边条约的保留的一个效果就是造成条约的分裂。一个完整的条约分裂成无数条约的安排，破坏了条约的完整性。假定一个一百个国家参加的条约，其中有五十个条款都允许保留，一百个国家每个国家都保留一个条款。这一个条约就分裂成了很多的条约。如果一个多边条约，很多国家参加，又有很多条款允许保留，保留的条款又不一样，条约就分裂成了无数的多边条约，有很多多边的安排。所以保留的最大的问题就是破坏条约的完整性。但是国家之所以都要提出保留，因为保留肯定有好处，国家对不同意的条款提出保留，保留对维护国家的利益是有帮助的。

2. 保留制度的目的

如果一个条约允许保留，就意味着它希望通过保留吸引大家参加这个条约。保留也是一种说服或劝说国际社会成员加入条约的方法。

国际法院在 1972 年的时候曾经修改了国际法院的规则，其中有一个规则是关于分庭（Chamber）的法官如何组成的。国际法院判案的第一种形式是全庭，所有法官都出席。十五个常规法官，同时双方都可以指定一名法官，如果一国在国际法院有法官就不能再指定法官，同时也可能出现法官生病不能出席的情况。所以有可能是十七个法官，也有可能十六个、十五个、十四个……总之一般有十几个。国际法院另还有一种方式是分庭，五个法官。最初是院长指定五个法官，后来是双方当事人选定法官。后来有人批评说这是仲裁的方法，认为它把 A Court of Law 变成一个 A Court of Arbitration。确实不应该修改这个规则，但是还是这样修改了。之所以修改是因为案子太少，希望通过这种方法吸引大家过来打官司。所以很多东西是有代价的，是得与失的选择。

保留也是这样，如果吸引大家都来参加这个条约就允许保留，或者允许一些条款可以保留。可能在一些重要问题上不准保留，因为如果保留，条约就没有意义了，就严格限制重要条款、实质性条款不准保留。有时候可以对程序性条款保留，但是不能对实质性条款保留。《海洋法公约》黑头发谈成了白头发，如果还允许保留，头发就白白了。所以实质性条款一般不允许保留。有些问题不是实质性问题，比如说解决争端的条款，有些国家不愿意到法院打官司，就规定一些争议解决条款。争端解决的条款允许保留，可以把一些国家吸引过来。中国现在还没有接受国际法院的强制管辖权，所有情况下都排除了条约解释、适用可能导致上国际法院的可能性，这些部分全部保留了。如果发生条约解释适用的争端，就适用谈判、仲裁等。如果不允许保留这个条款，中国就不会参加了。所以保留也是吸引各国参加条约的方法。

3. 保留制度的演变

过去的保留制度

保留制度过去在 1945 年之前是比较严格的。一个条约，如果有一个国家提出保留，只要有一个国家反对保留，保留在所有的国家那里都没有效力。也就是说当时的机制是如果有国家反对就不能保留，如果保留了就不是条约当事国了。只要有一个国家反对，提出保留的国家就必须放弃保留，这非常严格。

现在的保留制度

但是从上世纪 50 年代开始，国际法院做出了关于【灭种罪资讯案】的咨询意见，保留制度就改变了。到了 1969 年《条约法公约》，保留就是另外一种状况了。现在的情况是在保留符合条约的目的和宗旨的情况下，如果一个国家提出保留，而一个国家反对保留，这个时候的效果就是，反对国和保留国就保留的条款不生效。对于反对国来讲，保留国还是不是条约的当事国，两国之间的条约关系还是否存在，看反对国的态度。如果反对国明确表示对保留国的条约不生效，条约就不生效；如果没有这种明确表示，只有保留条款不生效。保留国和接受国之间比较简单，就是保留条款不生效。其实条约的目的和宗旨这种说法也是虚的。所谓是不是符合条约目的和宗旨，1969 年条约法公约规定的这一条是比较虚的。是不是符合目的和宗旨是条约当事国来判断的，它们觉得符合就是符合。

总之现在的规定很宽松，只要有一个国家接受保留，保留国就是条约当事国。保留国和允许保留、接受保留的国家，以及保留国和反对保留的国家，条约关系有可能是不太一样的。反对保留的国家的态度如果不喜欢保留，可以明确表示两者之间没有这个条约了。这个制度也是尽可能地让各国都来参加这个条约，是一个比较宽松的制度。如果按照 1945 年之前的制度，基本上是不允许保留的，今天只要有国家同意，就可以保留，这是完全相反的。这个制度比较符合国际社会的变化，因为 1945 年之前国家不多，联合国也只有 51 个创始会员国，现在则是接近 200 个国家。如果采取严格的保留制度，就基本上不准保留了。所以今天的制度是很宽松的制度。

现在多边条约中一般要有一个关于保留的条款。一般都会规定本条约是否允许保留，或者哪些条款允许保留、哪些条款不允许保留。

1958 年的《大陆架公约》，第 1 条到第 3 条不准保留，因为第 1 条到第 3 条讲的就是大陆架的概念，讲每一个国家都能划一个一定宽度的大陆架，如果这条保留了就没有参加这个条约的必要了。其实这个好事儿也没人提出保留。而第 6 条允许保留，这一条是关于大陆架的划界，规定用等距离线的原则。所以 1969 年【北海大陆架案】的时候，国际法院认为这一条不像习惯法，因为允许保留。一个条款允许保留，说明了这个条款特别法、协定法的性质，而不是一般法。如果是一般法，一个国家不能用单方面的行为排除这个条款的法律效力的。第 6 条允许保留，使它看起来是一个条约规则，不是习惯规则。习惯规则是一般法，不允许一个国家用单方面的行为排除。国际法院的这个推理还是很有道理的。当然也有瑕疵，有人提出习惯国际法和协定国际法是两个不同的机制，保留是对协定国际法的机制，与习惯国际法无关。这也是一个很好的 Argue。

很多时候国际法就是看怎么 Argue。日本、菲律宾现在总是说根据国际法讨论黄岩岛、钓鱼岛的问题，我们也应该举起国际法的旗帜。他们总是说要遵守国际法，好像我们不遵守似的。国际法本来就是自说自话，自我解释。你用等距离线的原则，我们也可以公平原则，也有国际法的判例支持啊，其实就是一个解释的问题嘛。这些国家都很懂，都知道怎么解释这个东西，我们也应该举起这个大旗。现在好像他们就是正义的化身似的，老百姓一听国际法觉得是正义的化身、道义的高地，但是国际法是需要解释的啊，我们也可以说国际法啊，我们也不应该怕谁啊。国际法很多东西，不是非黑即白的。我们觉得学会计的人好像做账都是很清晰的，但是其实会计准则只是一个 Principle，具体怎么做账，每个人有自己的理解。李老师问过一个学会计的，说原来觉得你们都是很认真的，钉是钉铆是铆，现在发现做报表也是一个人一个做法、一个人一个理解。其实 Principle 就是法律，会计准则就是法律，对法律每个人都有不同的理解。李老师一次问倒了一个很高级的会计师。李老师问他，一个单位有很多电子数据，单位叫 Bit 比特。我有很多 Bit 都藏在电脑中，这算资产么，如果有很多很完整的信息等着卖，是把它做到资产里面还是哪里呢，这个问题把他问晕了。如果卖书，在库存里存了很多，都说是库存，算资产；但是存在电脑里，难道说没有资产，就是穷人么？于是这样就把这个人问晕了。所以每个人的看法是不一样的，有的人把 Bit 看做资产，有的不算，有的多算有的少算，这都是解释的问题。李老师说，怎么会讲到这儿呢…其实这个问题很有意思的。我们要高举国际法大旗，我们不去占领别人就去占领。

总之，现在条约大多都有保留。原来没有关于保留的条款，现在都会有关于保留的条款，专门规定是否允许保留、哪些条款允许保留。重要的条款会不允许保留，但是为了吸引各国，一些程序性条款可能会允许保留。基本上是这样的情况。

四、条约的解释

下一个问题是条约的解释。刚才已经讲过了。条约的解释的规定主要在《维也纳条约法公约》第 31-33 条，主要是第 31 条。

《维也纳条约法公约》第三十一条 解释之通则

- 一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。
- 二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：
 - (甲) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；
 - (乙) 一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。
- 三、应与上下文一并考虑者尚有：
 - (甲) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；
 - (乙) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。
 - (丙) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。
- 四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

1. 条约解释的要素

条约的解释大概有几个要素：

1>用语 (Wording)

按照 1969 年公约的规定，解释条约要按照用语的通常意义 (Ordinary Meaning)。这就是文字解释。要按照通常的意义，不能用古汉语的意义解释，还是要按照当下的通常的意义。

一个老师姓强，是 qiáng 还是 jiàng? ……我们觉得应该是 qiáng，但是就是有人念 jiàng。可能也是当地发音导致的后果。李老师曾经问过他怎么搞的，怎么别人念 qiáng 他念 jiàng，他说是老家念的。这就不是通常的。

2>上下文

解释条约不能孤立来看，要看上下文，和条约有关的条款。

3>条约的目的和宗旨

参照条约的目的和宗旨。这是《维也纳条约法公约》谈到的。

条约的解释基本上是这几个要素。1969年公约关于条约解释的规则，主要是以文字为主的解释，同时也兼考虑另外的因素，比如意图。关于解释问题，中国解释各种法律文件，还是文字说为主。李老师到美国的时候听说还有别的解释方法都晕了。美国人解释是意图说，主要是看意图，看意图可以不拘泥于文字。

文字可以有很多的解释。美国宪法，制定以后没有修改过，不像中国宪法总是修改。它就通过最高法院一次又一次的解释给予宪法一些文字以新的意义 New Meaning，像一个瓶子不断装酒。用文字无法解释出来了，就要看意图，看老祖宗怎么说的，推出立法者的意图 (Intention)。所以美国搞宪法史的很厉害。中国法律中历史和现实关系不是很大，但是美国是判例法，就要想办法推出立法者的意图。其实我们看来，都是解释者的 Intention，但是它不拘泥于文字，因为文字已经推不出来了，要看意图。

如果我们解释 1969 年的公约，往往是读一读文本，然后结合缔约的历史、当时的说法、意图等，这是一般的解释方法。但是我们会发现，今天的解释文字说有可能经常被变化了的东西、价值所替代。欧洲人权法院，已经完全背离了 1969 年公约的解释的方法。

2. 当代国际机构的解释方法

1>欧洲人权法院

1969 年公约的解释方法，用一个词就是原意主义 (Originalism)，解释一定要符合愿意、要符合条约的文字和精神。我们中国人会讲这种方法，这就是 Originalism。但是欧洲人权法院完全抛弃了这些东西，要按照当下的道德的标准来解释它。按照今天而不是过去的标准，按照今天大家认可的道德的标准解释。刚开始的时候这是有争论的，严格主张 Originalism 的法官认为不能这么解释，当初缔约国缔结这个条约的时候不是这么看的，从文字上很清楚，缔约的记录上的 Records 都很清楚。记录 (Records)，也可以说是条约的历史历史 (The History of Treaty)，或者说准备工作 (Preparation)，讲的都是一回事儿，是追寻当初条约制定时的谈判过程。这些法官反对完全背离缔约国的意思，但是多数法官认为可以这么解释，因为情况变化了，对这项权利的认识发生了变化，道德的标准已经发生了变化。

李老师 1986 年去美国，有一天，法学院紧急开师生大会，法学院很少开这种大会。过去一看，先是有几个学生上去哭诉说，说本院发生了十分严重的违反宪法精神的行为。后来大家听懂了。当时美国正在兴起同性恋，这也是关于同性恋的问题。同性恋说在这么伟大的一个国家，在这么强调权利的时代，在这么有伟大法学教育的地方，竟然发生了如此严重侵犯人权的的行为。后来一个一个教授上去表态，主要的意思就是要宽容，在这样的国家要宽容。今天这些教授都比较老实了。因为观念发生了变化了，那时候是这些运动刚开始，现在已经没问题了，不会有人哭诉了，也不会有这种事情发生了，同性恋都快合法、还结婚呐，都扬眉吐气了。这就是观念发生变化、对道德的认识发生变化。

所以这些人认为要按照当下对道德的判断 (Moral Evaluation) 来判断几十年以前签订的法律文件对道德的界定。刚开始的时候是有很大的争议的。主张原意主义的一个法官是菲茨莫里斯 (sir Fitzmaurice)，英国很有名的一个实在法学的大家，认为不能背离缔约者的原意，不能创造新的法律。但是多数人认为可以背离。所以现在欧洲人权法院采取了完全不同的解释方法。

2.世界贸易组织

而 WTO 则相反，基本上还是按照 1969 年公约的规定。因为 WTO 涉及的是一种价值中立的东西，一种贸易的规则，讲的是如何克服贸易壁垒。这些没有什么价值观念在里面，如果不按照原意解释就乱套了。另外刑事法院也要按照严格的原意主义，因为罪刑法定，法无明文规定不为罪，不能随便推出来一个罪名。所以不同类别的条约在不同性质的司法机构，采用的解释的方法是有区别的。这样的一个结论还是可以得出的。

条约解释方面并不存在一个放之四海而皆准的条约解释的规则。不同的机构可能有不同的解释规则，研究 WTO，可能要考虑它自己的解释的方法、规则，这些都要具体问题具体分析。尽管 WTO 的协议讲 WTO 的当事方要按照习惯国际法的条约解释规则解释 WTO 的协议，但是一般认为还是 1969 年公约的 31-33 条是这个习惯规则。除了这种方法，还有其他解释方法，有欧洲人权法院的方法，还有其他的一些方法。

3.国际法院

国际法院在解释一些法律文件的时候，采取的不完全是按照 31-33 条的规定。比如 2007 年，国际法院判

了【波黑诉塞黑案】，波黑认为塞黑，主要是塞尔维亚违反了 1948 年的《防止及惩办灭种罪公约》，从事了灭种的行为。这主要是讲种族清洗这样的问题，采用的是 1948 年的公约。这个公约很简单，条文不多，要从文字上看，没有讲国家不得灭种，讲的是个人的事情。因为这是一个关于刑事责任的规定，讲的是个人行为。公约规定国家有义务惩治从事灭种行为的个人，如果国内发生了这种事情，国家有义务惩治，或者提交到国际机关。这个公约提到国家，就是讲到国家一方面有义务惩治在这个国家内发生的这种行为；另一种义务是进行国际合作，把从事灭种行为的人提交到国际机关审判。但是国际法院经过了一个推理。国际法院说 1948 年的公约是出于纯粹的人道的目的而定的，国家既然在公约中承诺要惩治灭种的个人，就意味着国家自己也不得灭种。如果一个公约在禁止个人灭种的同时，却允许国家可以从事灭种的行为，这岂不是荒谬的么？这是国际法院的说法。这个推理，好像也挺有道理的。既然不允许个人灭种，禁止个人灭种的行为，就隐含着一个含义，国家自己也有义务不得灭种。如果国家从事了灭种行为，就是违反了公约的义务。这个和公约的规定完全是两回事儿，公约根本没有规定这个事情。制定该公约时候还专门有段话，说犯罪是个人的行为而不是国家的行为，因为国家是不能作为刑事责任的主体的。当时惩罚战争罪犯都是把责任放到个人身上。2007 年的判决居然通过推理的方法，从纯粹的人道的目的考虑，认为公约不允许个人灭种，当然就不允许国家灭种。这是从人道的角度考虑的。也不是一点儿道理也没有，大部分法官都同意。

解释条约就是这样，把一个原来都没有想到的事情，通过推理，推出一个新的义务。解释的力量很大，如何解释条约的确是法律的一个基本功。美国从来不机械，上世纪 30 年代美国法律现实主义讲，什么是法律，就是二审法官说的话，立法等都是废话，所有的立法都要经过司法检验，所有的司法都要具体问题具体分析。一些因素，比如法官的价值是什么等等，都有可能影响审判结果的不同。所以解释的规则很重要，实际上就是解释的方法。一定要学会这些解释的方法，以便以后可以有一些创造性。学校培养人，尤其是北大这样的还是应该注重创造性的，这样出去以后才管用。

五、条约必须遵守原则

条约必须遵守原则实际上是习惯国际法的原则，也不是 1969 年《条约法公约》才有的。1969 年公约很多是编纂已有的习惯。这个原则讲的就是一个合法缔结的条约，在有效期内，缔约国必须善意地履行，不得违反。有的人说，这是国际法最重要的原则。说话要算数，要守信，没有这个原则就没有国际交往，没有国际合作，甚至没有国际法。有人说这个原则是国际法的效力根据，有人说是国际法的基础，有人说是国家之所以需要国际法的原因。总之这个原则是一个非常重要的原则。

· 条约不及第三国

之所以要强调条约必须遵守原则，另一个原因是条约必须遵守是对当事国而言的。条约约束力的问题上，还有一个原则就是条约不及第三国。遵守条约是当事国的事情，对于非当事国而言，条约是不能约束的。很多人忽视了原则，这个原则实际上是在讨论习惯国际法的作用的时候必须要谈的。正是因为条约不及第三国，所以在很多情况下，条约的当事国和条约非当事国之间的关系必须要有另外一种法律关系调整，这就是习惯国际法，由此才产生了习惯和条约的关系等一系列问题。所以条约不及第三国这个原则是国际法很多问题的出发点。

条约为第三国创设权利

条约不及第三国还涉及一些具体的问题。条约不及第三国不但涉及权利，还涉及义务，条约能不能给第三方创设权利呢？比如一拨同学签订一个条约，每天给另一拨同学早上买一份丰盛的早点，这些受益的同学自然很高兴。条约在实践当中存在是否可以创造权利的问题。如果一个条约要给第三方创造权利，自然没问题。实际上有一些条约的确是给第三方创造权利的。最重要的是最惠国待遇条款，是标准的给第三国创造权利的条款。再如苏伊士运河通过权，苏伊士运河向国际社会开放，允许各国船舶通过，不是每个国家都签订了一个条约，而是 19 世纪签订的《君士坦丁堡公约》规定运河今后对所有的国家都开放，也是给第三国创造权利。

所以条约不及第三国真正的含义不是条约不能给第三国创造权利，而是条约不能给第三国创造义务。这是它核心的问题。如果条约要给第三国创造义务，按照条约法公约的规定，必须经过第三国明示同意。有的义务可能对于第三国来讲是必须的，要经过第三国的明示同意。如果没有第三国明示同意，是不能创造义务的。而按照条

约法规定，条约为第三国创造权利，如果第三国不表示反对，即为接受。所以创造权利是默示接受，创造义务需要明示同意。

六、条约的修改和终止

1. 条约的修改

条约是缔约国缔结的，自然可以修改乃至废除。修改，有对个别条款的修改，也有大修。有人把修改分为修正、修改，修正是比较大一点儿的修改，修改是局部的。这些说法都没有什么太大的关系。

修改的确是一个很重要的问题。比如说要阻止一些国家进入条约，或者在组织中担任重要职务，修改就是一个重要的制度。比如中国不想让一些国家进入安理会，在缔结条约的时候，就做了一个很复杂的修改程序。《联合国宪章》就是这样，修改程序很复杂，需要三分之二成员国同意，包括常任理事国的全部同意。增加常任理事国席位就需要这样的同意，有一个常任理事国不同意就进不来。所以修改还是很实质性的问题。

2. 条约的无效

条约的无效讲的是一个条约从一开始就没有效力。有几个原因可能导致条约的无效，可以以这些原因主张条约的无效：

1>强迫

强迫，使用武力。如果一个条约是强迫签订的，可以以此为由主张条约的无效。我们在收复香港问题的时候曾经提出，当时签订《南京条约》是强迫的。英国的说法是要讲国际法的时际法，要看当时的国际法，就是说那时候的国际法有战争权。我们就要换个说法，说当时还有自然法、有正义战争之说。而在 1945 年之后，或者 1928 年《巴黎非战公约》之后，如果再有一个国家强迫另一个国家签订条约，就可以用这个理由主张条约无效。

2>欺诈

用欺骗的方法签订的条约属于无效。最初翻译 1969 年《条约法公约》的时候将欺诈翻译成诈欺，当时是台湾翻译的。

3>错误

因为错误导致的条约签署，也可以以此为由主张无效。这些都还是有一些案例的。

3. 条约的失效和终止

失效和无效不一样。失效讲的是条约履行了一段，由于某种原因而导致的终止。大致有以下原因可能导致终止。

1>条约到期

条约到期导致终止。

2>各国同意终止

如果没到期，各国都同意终止，就终止。

3>新条约缔结

多边条约，如果新的条约缔结了，旧的公约就终止了，后法优于前法。比如 1982 年的《海洋法公约》替代了 1958 年的公约。

4>多边条约的退出

多边条约可以退出，多边条约一般是有退出机制的。1963 年有个重要的条约，《部分禁止核试验条约》，主要是规定不得在大气层进行核武器试验。当时签订的是美国、英国、苏联，法国没参加，当时法国核武器还比较弱，还在进行试验，中国当然更没有参加，中国和法国说你们不让试验是因为你们技术成熟了，可以在地下试验。

1963年的公约给苏联、美国留了一个后路，有退出机制，可以提前六个月宣布，之后退出。

这涉及到1974年的一个案子【核试验案】，法国在太平洋的一个岛屿进行大气层试验，澳大利亚告到国际法院，让国际法院判决法国是否违反习惯国际法。国际法院说1963年的公约很难说是习惯国际法，因为有退出机制。如果是一个习惯法，是不应该让一个国家可以退出的，不应该一个国家可以通过单方面行为加以排除。另外还有国家实践，中国、法国的试验，证明这不是习惯国际法。当然国际法院也不可能说大气层试验是合法的。但是这个案例表明，在主张一个条约规则是不是同时也是习惯规则的时候，允许保留、允许退出，在证明条约规定符合习惯规则的时候都是一种缺陷。

5>情势变迁

情势变迁，是单方面主张退出条约，或者主张条约的失效。情势变迁主要是对双边条约而言的。五四运动废除不平等条约的时候，当时用国际法为国家利益服务，提到一个理由就是情势变迁。提出和西方缔结的条约都是一战之前，但是经过了第一次世界大战，中国成为战胜国，情况发生了本质的变化。

情势变迁讲的是缔结条约时候的情况，和履行条约时候的情况，发生了根本的变化，或者说重大的变化。缔约和履约的时候情况发生了重大的变化，可以以此为由，主张条约的无效、失效、终止。其实情况永远是变化的，以情况变化为由主张终止，和条约必须遵守原则明显是相抵触的。但是过去国际法上的确有这样的说法，虽然先例上也不见得很成熟。

《维也纳条约法公约》对情势变迁原则采取了一种比较谨慎的态度。首先规定边界条款不能援引情势变迁原则。比如新中国建立，国民党政府被推翻，不能用情势变迁原则主张边界。另外还提到情势变迁必须是重大的、根本的变化。该公约采取的是非常限制性的方法，基本上不太主张情势变迁作为单方面终止条约的理由。总的来讲，情势变迁今天用的比较少，这个原则和约定必须遵守的原则是相抵触的。

第十二章

国际组织

一、国际组织的概念

国际法上的国际组织主要是公性的国际组织、政府间的国际组织 (Public International Organizations)。国际组织有时候也叫 International Institutions。

· 国际组织的演进过程

1>国际会议

国际组织是从国际会议发展出来的。国际组织也是多边外交的产物。比较早的是双边的谈判，发展为临时的国际会议 (International Conference)。三十年战争之后的威斯特伐利亚会议，就是通过会议解决争议、制定规则。打败了拿破仑以后，1815年维也纳公会也是 Conference。打败拿破仑是君主制对共和制的胜利，之后各国开会制定规则。战争之后要和平，要结束战争、进行交往，要订立一个交往的规则。Conference 是临时性的，开完了就结束了，那是一个会议形式。

2>组织出现

后来从会议制度逐渐演变为组织形式。最早的是在 19 世纪中叶，当时已经出现了一些国际行政组织 (Administrative Organization)，比如万国邮政联盟。这些组织和国家的一些行政事务有关系，国家把这些行政事务交给这些组织，万国邮政联盟这样的组织，和主权没有特别密切的关系，不会特别侵害主权。

3>国际联盟

第一次世界大战产生了一个一般性的国际组织国际联盟。看国际组织发展的轨迹，是从临时的组织到有组织的一般性的组织。一战产生了国联，大家说这是世界上第一个一般性国际组织。一般性国际组织是各国都参加的，处理的议题比较广泛，不是专门一个领域的国际组织。

4>联合国

第二次世界大战后出现了我们现在都听说的联合国。联合国和国联都是战争的产物，主要考虑怎么维持和平，建立集体安全的体制。国联被证明是不成功的，它表决制度、一些国家的力量都是原因。二战结束后，基于二战爆发的教训，国际社会成立了联合国。联合国首要的宗旨就是维持和平与安全，维和。联合国从二战到今天，发展还是很迅速的。

5>当代国际组织发展

现在的国际组织大概有三百个。今天很多人讨论全球治理概念，就是把国家的一些职能让渡给国际组织，由国际组织进行管制。WTO 比较标准地体现了这一点，各国把国家的关税职能一部分交给了国际组织。过去厘定关税、关税自主是典型的国家主权的表现，现在关税组织对各国的主权进行限制，国家有义务遵守条约。WTO 对中国影响还是比较大的，正面的影响比较多，入世后中国还是利用了入世带来的自由贸易。

再如世界卫生组织 (WHO)，也体现了这一点。世界卫生组织，过去觉得似乎跟我们没什么关系。但是经过 SARS，人们觉得它重要了，SARS 期间李老师还研究过世界卫生组织。它发过到中国旅游的警告，这个警告很厉害的。这个警告发出后就没什么人来了，当然我们也不怎么出去了。可见一个卫生组织对一个国家的旅游、经济、国际交流能产生很大的影响。世界卫生组织还有些公约规定义务，比如发布消息等。

今天，金融领域有国际货币基金组织、世界银行等，对各国经济的影响都非常大。这些都可以归纳为全球治理的概念。纽约大学 (NYU) 搞了一个 Global Governance Institute，专门研究全球治理问题。现在国际社会主要通过组织、会议、论坛等机制解决各国共同关系的问题。这些机制也导致了国家的主权让渡，国家的职能，至少是一部分职能让渡给组织。欧盟这样的自然就是更厉害的，要一体化了。从很多地方看，欧盟不仅仅是 International，是 Supernational，是超国家的，它的法令在各国必须遵守，人员在各国之间流动自由，没有国界，还是很方便的，当然英国好像例外。货物也有流动自由。所以国际组织现在已经发展到欧共体、欧盟这样超国家性质的组织。

6>新的决策机制的发展

这些年还有一个现象，最近国际上发展出了一种新的决策机制，好像又回到了原来的会议机制。比如八国集团、二十国集团、G2，实际上是一种临时性的会议的机制。现在很多事情都放到八国集团、二十国集团上解决了，而不是放到原有的机制里面。有些人前两年提出中美国、美中国的问题，是两国机制决定世界。这个机制又有点儿像拿破仑时代了，那时候奥匈联盟决定了世界体制。当然中国现在不承认自己这里厉害。八国集团、二十国集团机制现在还经常起作用。

现在还有一些很有意思的机制。比如论坛，有 APEC 这样的论坛，大家都穿着民族服装。据说最近一次会议没穿，可能觉得不好看吧。论坛现在也变成一个很时尚的活动。还有峰会，什么欧亚峰会，也就是吃吃喝喝没有什么事儿，还找个老挝、柬埔寨这样的国家去开，好意思么。但不管怎样，这是一种新的机制、体制出现。一些重大问题换了一种决策机制，有些变化。有的是比较泛泛的机制，比如 APEC，开个会说一说，然后就散伙了；有些可能真的决定一些事情，比如八国集团。

· 会议与组织的对比

国际社会经历了从会议到组织的发展，今天可能又偏向会议、论坛的形式。

1>不同点

会议和组织有一些不同点：

- ①会议的最大特点是临时的，也可以定期开会，但还是临时性的。组织则一直存在；
 - ②会议是在普通的国家召开的，国际组织则有常设的地点；
 - ③国际组织有条约、基本法，规定目的、宗旨、原则、权利义务、表决程序等。会议没有这些东西。会议可能有一些临时性的程序，但是没有这些东西。有一个基本法打底，是组织与会议不同的地方；
 - ④总的来讲会议没有专门的行政机构，国际组织则有一个秘书班子、常设机构，比如联合国有秘书处。
- 国际组织大概有这样一些与会议不同的特点。

2>相似点

仔细比较，国际会议一些方面也与国际组织比较像。国际组织也不是天天开会的，联合国每年九月份开一次大会，持续到圣诞节前后，会议就闭幕了，这也有点儿像会议。安理会也是遇到事情开会，没事儿不开会，这也是会议机制，其实也有一些相似的地方。

这是国际组织一些大概的情况。把握一个脉络：从双边的会议开始，到多边会议，然后到固定的组织形式。今天又发展出一些新的东西，比如论坛、峰会等，某种意义上是一种回归。其实无论哪种体制，有用就采用，现在之所以有八国会议、二十国集团会议，说明联合国还是遇到了一些问题，难以决策，有一些障碍，这时候需要一些有作用的机制出现。

二、国际联盟

1. 国际联盟的成立

国际联盟是第一次世界大战之后诞生的一般性组织，应该说是第一个一般性的国际组织。威尔逊总统提出十四点（Fourteen Points），有一点是建立一个国际组织。美国倡导建立一个战后组织，但是美国没有参加，所以在国联当中是没有美国存在的。美国参加这样的组织是要由参议院批准的，美国参议院没有批准政府的这个想法。这是因为门罗主义么，美国介入世界事务不是很早，在二战之前美国都是奉行的门罗主义，不干涉欧洲事务，欧洲也不要干涉美洲事务。所以不干涉原则跟美国也很有关系。中国现在是不是也可以主张这样一个东西，主张在东亚的地位呢，可以思考一下。总之因为门罗主义，美国没有参加国联。

国联也有维和的机构，不叫安理会，叫行政院。行政院最大的问题是，它的表决机制是全体一致通过，一个国家不同意，决议就不能通过。大概有二十多个国家参加行政院，因此这个机制就很难奏效，看到和平受到威胁很难有什么作为。中国近现代史中讲到，日本成立伪满洲国，对东北入侵的时候，国联曾经派了一个代表团李顿调查团，试图对维和的问题上做一些事情。但是由于表决机制，特别是缺乏一些重要的有力量的国家参加，所以不是很成功。

2. 国联对国际法的贡献

国联被大家认为是一个教训。确实是个教训，它成立时间不长二战就爆发了，原本是希望建立国联，通过集体安全体制取代战争、维持和平，这一点上非常不成功。不过它对国际法的发展、对一般性国际组织还是有些很好的经验。

国联对国际法的发展还是做了一些贡献：

1>国联时期建立了常设国际法院

这是我们现在的国际法院的前身。它当时也做了一些有意义的判决，著名的【荷花号案】【突尼斯和摩洛哥国籍命令案】，这些重要的判决都是这个法院做出的。

【荷花号案】

1926年8月2日，法国荷花号船与土耳其的一艘船在公海上发生碰撞，导致土耳其船沉没，8人死亡。法国荷花号第二天到达君士坦丁堡，土耳其君士坦丁堡刑事法院依据其法律于9月26日对荷花号上负责人的法国官员戴蒙上尉进行了刑事审讯，并判处拘役。法国政府提出外交抗议，认为土耳其法院无权审讯，因为碰撞发生在公海，荷花号船员应由船旗国审理。土耳其法院认为，根据土耳其刑法，外国人在外国作出侵害土耳其或其国民的罪行时，按土耳其法律该受处罚，当此人在土耳其被捕时就要受土耳其法律惩罚。1926年10月日，两国同意将争端递交国际常设法院解决。国际常设法院判定土耳其的行为没有违背国际法。

常设法院与国联的关系，和联合国与国际法院的关系还不太一样。前者是独立的，法院不是作为国际组织的司法机构；但是联合国和国际法院不是这样，从基本的文件中会发现它们两个是连在一起的，国际法院是联合国的司法机构，联合国会员国是国际法院当然的诉讼当事国，二者是有一种内在联系的。常设法院和国联不是这种关系，常设法院是相对独立的实体。但是无论怎样，它是在国联的激励下成立的法院，对今后司法解决争端开了个头。

2>对国际法做了一些编纂

国联时代还对国际法进行了一些编纂。编纂的概念在国联时代就有了，把习惯法用条约的形式编纂成典。以前就有这种想法，国联时期付诸实施了。国联当时试图编纂一些国际法的问题，比如国籍问题，试图对国籍问题制定国际公约。但是由于参加国很有限，所以没有什么影响。要统一国籍法还是不容易的。

另外还编纂了关于领水的议题，虽然不是很成功，但是积累了一些经验。现在研究一些国际法的题目，追溯到以前可以看到国联时代的编纂。

3>冷却条款

国联盟约的一些条款，如何避免冲突还是有积极意义，比如《国联盟约》规定了冷却条款。国联之前就有所谓的冷却条约，今天在看钓鱼岛、黄岩岛问题的时候，这些历史的经验还是值得考虑的。

在国联之前，国际上有战争权。1928年《巴黎非战公约》废弃了国家将战争作为推行自己的政策的工具，也就是说正式废除以战争解决问题是在1928年。这里面存在一个问题，1928年的《巴黎非战公约》是公约，没有参与公约的国家是不是有战争权呢，这个是可以Argue的。但是大概可以说，1928年以后国家就没有战争权了。

然而这个公约之前有战争权，国家可以用战争解决问题。所以这之前国际上发展出冷却条款的机制。如果国家之间爆发冲突，要经过一段时间对事实的调查，邀请一个第三方对事实进行调查，看看是不是一方有理。打仗之前要冷却下来，用事实问题判断。经过一段时间的冷却，双方可能不愿打了，实际上是一个降温的办法。这个办法在今天，可能还是有些用。打仗之前形成一种机制，经过一段冷却期，对事实进行认定，再打也不迟。当时用了这样的办法。这个办法在《国联盟约》当中也有一些体现，规定国家之间发生冲突，要经过一年冷却期，再做决定。这可能是一个临时的办法，国联规定一年的冷却期，这也是比较好地解决争端的临时性办法。

今天钓鱼岛、黄岩岛问题，可能也需要一个冷却期，一个临时性的办法。国内政治使得双方都不让步，这是一个民族主义、国内政治的问题，所以大家都不让步，解决这个问题就是一个马拉松了，是一个长期的过程。在这个长期过程中可以有临时性办法。这些临时性办法中，国联时期的冷却机制和一些办法还是可以借鉴的。

三、联合国

〔一〕联合国的发展历程

成立前的准备

联合国是二战后建立的一个国际组织，这我们都很清楚。《联合国宪章》在二战结束前期就已经签署了，1945年6月25日签署《宪章》，10月24日生效。《联合国宪章》的起草是在战争期间就开始了。从《开罗宣言》可以看出，反法西斯国家希望在战后建立一个维和的组织。具体进行筹备国际组织、起草宪章的工作在1944年开始。1944年华盛顿郊区顿巴顿橡树园举行了四国会议，美国、英国、苏联、中国参加。这次会议还分为两部分举行。一部分把中国排除在外，美英苏三国开会；第二部分是美英中开会。苏联当时还没有与日本交战，某种意义上苏联和日本还是中立的，所以没有参与与中国的谈判。顿巴顿橡树园会议解决了《联合国宪章》的大部分问题，勾勒了《联合国宪章》的大部分条款，绘制了蓝图。1945年2月雅尔塔会议又对联合国的一些重要问题进行了讨论，主要是对安理会的表决机制达成了协议，这个问题在顿巴顿橡树园会议上没有达成协议。雅尔塔会议上苏联坚持处理实质性问题必须要大国一致原则，大国一致同意才可以。美国同意了这项原则，美国把这个原则叫否决权，一国反对就无法通过。雅尔塔会议对《宪章》27条达成协议，通过了安理会的表决程序。这样《宪章》的模样就基本出来了。

制定《联合国宪章》

1945年3月，美国开始进行制宪会议，制定《宪章》。会议前已经有了草案，有《顿巴顿橡树园会议决议案》、《雅尔塔会议决议案》的基础上制定的宪章。当时还分了一些起草小组来起草。到了5月份达成协议。

当时没有预料到的问题就是人权问题。顿巴顿橡树园会议、雅尔塔会议中，都看不到有关于人权的描述。在旧金山制宪会议上，罗斯福夫人率领一些人权活动组织，今天看来就是一些NGO，说人权与和平是有重要联系的，二战之所以爆发，就是德国大规模迫害犹太人，侵害人权，导致战争爆发，维护人权与和平是有重要联系的。大家觉得很有道理，《联合国宪章》就把人权加进去了。《宪章》中人权是放在宗旨部分，和第55、56条，而原则部分没有说人权。加拿大国际法学家汉弗莱（John Humphrey）说联合国差一点就把人权忘记了。人权其实不是政府的本意，是当时的人权NGO的作用。

《联合国宪章》10月份生效，参与宪章的国家称为创始会员国，一共51个。参加旧金山制宪会议的有50个，没有参加的是波兰，当时它对走社会主义道路还是资本主义道路的问题没有想清楚，国内正处于混乱之中。但是它是《开罗宣言》和《德黑兰宣言》的参与国，也算创始会员国。成立联合国开会的地点在旧金山退伍军人纪念堂，不是在纽约。当时还没有现在的联合国总部。第二届联合国大会是1946年在伦敦召开的，当时还没有现在的联合国大厦。制宪会议上决定把总部设立在纽约，在东湖的地方找了一块地方，据说当时是屠宰场。这

栋楼修建了两年，联合国大约是在 1947、1948 年搬进那栋楼的。成立联合国的时候是在旧金山，还没有现在的联合国大厦。

〔二〕《联合国宪章》

要研究联合国，首先从《联合国宪章》开始，从它的规定和实践中看。《联合国宪章》方面有两本重要的参考书，一本叫古德里奇 (Leland Goodrich) 和汉布罗 (Edvard Hambro) 50 年代初写的《联合国宪章诠释》；另一本是德国国际法学家希玛 (Bruno Simma) 90 年代末写的一本书 *The Charter of the United Nations*，对联合国宪章各个条款进行了解释。

1. 《宪章》规定的宗旨

《宪章》上比较重要的规定，首先是宗旨。《联合国宪章》规定了几个宗旨：

1>维持和平与安全

这就是成立联合国最主要的意图，就是要采取一个集体安全机制维持和平与安全。这个职责交给了安全理事会。

2>发展各国间的友好关系

3>促进国际合作

人权宗旨也包括在促进国际合作、尊重遵守人权的基本自由的方面。根据这两条宗旨，联合国成立了其他的一些机构，比如经社理事会，主要负责发展经济、处理社会的问题；

4>建成一个协调中心。

这听起来不太像宗旨，就是要把联合国建成一个协调中心，协调各个国际组织。所以联合国现在有很多协调机构，粮农组织、气象组织、卫生组织等都是联合国的协调机构，和联合国一起构成一个以联合国为主的组织群。虽然它们也是独立的，但也是联合国的专门机构，与联合国有协议连在一起。李老师有一个学生在罗马的粮农组织实习。

2. 《宪章》规定的原则

《宪章的原则》规定在第 2 条。第 1 条规定了宗旨，第 2 条就是原则。

《联合国宪章》 第二条

为求实现第一条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：

- 一、本组织系基于各会员国主权平等之原则。
- 二、各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。
- 三、各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。
- 四、各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。
- 五、各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助。
- 六、本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。
- 七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。

总之《宪章》规定了以下原则：

1>会员国主权平等

2>忠实履行义务

3>和平解决争端

4>禁止使用武力

禁止使用武力原则在第 2 条第 4 款，我们讲得很多。

5>不干涉原则

规定在 2 条 7 款。联合国不干涉本质上属于国内管辖的事项，这在讲国际法原则的时候都有涉及。

6>确保非会员国遵守宪章原则的原则

让没有参加联合国的国家也遵守《宪章》原则。这听起来明显违反条约不及第三国的原则。这就涉及之后的一个国际法的概念，强行法，这一条和强行法概念是比较吻合的。国际法起草者把《宪章》看成国际社会的宪法，是国际社会更高的法律，各个国家的法律不能抵触。强行法讲的也是更高的秩序的问题。这方面还是有一些实践上的例子的。

7>协助的原则

瑞士联邦长期不参加联合国，前些年刚刚加入。之所以不参加，是因为按照《宪章》的原则，第二条规定会员国有义务协助依《宪章》规定采取的行动。瑞士认为如果进入了联合国，就有协助的义务。如果联合国军要通过其领土，让我出钱出人，是有义务的。瑞士联邦在这个问题上不愿意参加一个集体的义务，认为自己还是个中立的，不应该卷入一个组织的义务当中。

· 对《宪章》的解释

《宪章》，是一个非常庞杂的 Institution，一种 Regime、Mechanism，一个体制。几乎所有研究国际法的人都会对《宪章》的一些重要问题加以研究。《联合国宪章》从国际法角度讲，本身属于多边条约，是个多边条约，多边条约是需要解释的。我们学了国际法之后发现法律是需要解释的，有些条约是比较空洞的，有些条约是比较抽象的，需要进一步给予意义。另外条文有时候是相互对立的，需要选择。《宪章》充满了一些疑问，充满了一些需要解释的地方。比如《宪章》有人权条款，有不干涉内政的规定，这就需要去解释了。如何解释宪章，不是科学，而是 Art，是一种艺术。解释的人都是有一种价值的取向。的如何解释这个《宪章》，每个人有每个人的想法，有不同的解释方法。我们去看宪章的解释史，去看上面提到的两本书，会发现一开始当时解释宪章不复杂，像古德里奇和汉布罗的著作就比较简单；后来发展出的实践很多，希玛的著作中解释得就很多，进行了逐条解释，有上千页。

实践的解释

实际上比较客观的解释方法可能还是通过实践。希玛的这本书年代比较晚，2000 年左右出的，其中就用了很多联合国的实践。实践是很好的解释的方法。当文本的解释找不到证据的含意的时候，可以通过一次行动检验出到底条文怎么解释。比如安理会的表决机制，《宪章》文本讲的是关于实质性问题，或者说非程序性问题，需要九个国家的可决票，其中包括需要五个常任理事国的一致同意才能通过。无论看英文版还是法文本，要求五个大国都投同意票才能通过。但是实践是，只要不反对，那么就不能阻碍决议的通过。也就是说可以投弃权票，弃权票不构成否决。这与文本的意思是完全不一样的。《宪章》有时候就是通过实践来解释，通过实践发现《宪章》27 条讲的九个国家的可决票，其中包括五个大国的同意票到底是什么意思。所以实践确实是解释《宪章》的一个非常重要的方法。

《联合国宪章》第二十七条

- 一、安全理事会每一理事国应有一个投票权。
- 二、安全理事会关于程序事项之决议，应以九理事国之可决票表决之。
- 三、安全理事会对于其他一切事项之决议，应以九理事国之可决票包括全体常任理事国之同意票表决之；但对于第六章及第五十二条第三项内备事项之决议，争端当事国不得投票。

再比如，1950 年美国要组织联合国军打北朝鲜，当时如果是按照五大国一致的原则，不可能出现所谓的联合国军。因为联合国军的依据是《宪章》42、43 条，所谓的执行行动，这些都是安理会讨论的问题。苏联当时的代表叫马利克，说如果安理会上提出这个提议就投否决票。但是联合国成立之初，美国经常在联合国搞一些小动作，马利克同志就比较生气，1950 年就愤愤地回去休假了。美国人一看马利克不在，赶快通过决议，缺席通

过。马利克回来说怎么能缺席通过呢，人们说缺席不构成否决，就形成了这样的一个先例。美国又从一些地方找根据，说安理会的理事国要尽职尽责，跑了是不行的，没有履行自己的职责，不能因为缺席就永远不通过决议，不维持和平。苏联就吃了一个大亏。实际上如果马利克再坚持坚持，不去休假，决议永远通不过。但是由于生气造成这个结果，这个时候你生什么气呢，生气也得在这儿呆着啊，结果他居然“愤然离开纽约”回国休假，联合国就通过了决议。这完全是一个实践的解释，跟力量对比有很大关系，跟有些人控制的意图有很大关系。当时基本上安理会是形不成决议的，美国提出一个决议就被苏联否决了，苏联提出一个美国就否定了。苏联要运用安理会否决权，结果这个事情上没弄好。美国还跑到联合国大会去做一些事情，今天的维和部队不是安理会的决议，而是联合国大会的决议。美国觉得安理会做不成事儿，就绕开了安理会，把安理会的一些事情放到大会上作，就有了今天的维和行动。

《宪章》的历史是解释的历史，就是关于如何解释的问题，而实践对于解释《宪章》非常重要。《宪章》的文本中关于人权的部分，促进对于人权的尊重和遵守的说法是在经社理事会之下。当时这个条款一个活跃的起草者是比利时代表。别人问这个比利时代表，《宪章》中所谓的不得干涉，什么叫干涉？劳特派特（Hersch Lauterpacht）这样的经典国际法学家认为干涉指的是专横的行动、强制的行动，更多地会解释为武力的行动。比利时的代表说如果干涉是武力的行动，就是另外一个原则禁止使用武力的范畴了。所以比利时代表认为所谓的不得干涉就是不得 Deal With，不得涉及。不但是不能使用武力，连说都不能说，别国的事情不能指手画脚。人权，按照《宪章》起草时候的原意，的确就是各国自己管辖的事情。印度和中国，以及后来的一些国家在联合国大会指责南非种族歧视，南非就理直气壮地说这是自己管辖的事情，跟别国没关系，要么到国际法院上庭，看看一个国家如何对待自己的国民究竟是不是《宪章》第 7 条讲的本质上属于国内管辖的事情。英国、荷兰都支持南非立场。但是后来慢慢实践完全改变了。一开始大会不谴责南非，只是说南非要注意了。后来语调越来越高，到了谴责的程度，后来到了安理会制裁，安理会把人权和维持和平与安全联系在一起，采用了强硬的《宪章》41 条。这是根据大家对这些条款的认识逐渐变化而发生变化，导致今天的解释方法。

研究《宪章》，首先要看《宪章》的条文，其次要看 1945 年以后联合国的实践，实践对《宪章》一些问题上进行了修正。人权问题上就是如此，原来认为人权是国内管辖的事项，但是联合国对南非的一些种族歧视行为的制裁等，让人权问题上的不干涉原则基本上没用了。

作为习惯法的解释与作为协定国际法的解释

《联合国宪章》本身也是协定国际法、条约规则，它的解释要按照条约解释的办法解释。《宪章》的规则是习惯国际法很好的证据，可以作为习惯法的证明。比如禁止使用武力，不仅仅是协定国际法，也是一般国际法，甚至还被认为是强行法。在解释《宪章》的时候，一般还是作为协定国际法解释。比如《宪章》第 51 条。

《联合国宪章》 第五十一条

联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。

这一条讲的是自卫，国家受到攻击的时候可以行使自卫权，自卫权是天然的、固有的权利。从习惯国际法来讲，毫无疑问，谁来打我，我反击没有问题，是固有的国家权利；但是 51 条也是《宪章》的规定、条约的规定。《宪章》上的自卫权和习惯法的自卫权不太一样。《宪章》上的自卫权有一些程序问题，武力自卫需要向联合国报告。习惯国际法就不需要报告了，直接打就行，别人打你一拳，你打他一拳半、两拳。但是不能打死，有一个比例原则，或者相称原则。所以习惯国际法强调的是必须和相称；而协定国际法规定除了这些东西外，还要履行程序，向安理会报告，什么时候停止争端，也要报告。这是协定法、条约的机制。

〔三〕联合国的机构与职权

《宪章》中也规定了联合国各个机构的职权。

1. 联合国大会

每年九月份各国代表去召开联合国大会，一般是各国代表去阐述对国际事务的看法。

我们记得乔冠华哈哈大笑的那个照片，那时候是在讲毛泽东三个世界的理论。当时我们还讲世界大战不可避免要爆发，那个时候是有很浓厚的忧患意识，后来我们就不这么说，我们认为世界大战是有可能避免的。所以有人说大会是一个清谈馆，大家都过去说说，谴责谁谁。比如野田 9 月份在联大说要和平解决和中国的领土争端。这段话看起来是承认争端的存在，没有争端哪里来的和平解决呢。说这句话，在第三方看就是承认争端存在，这没有什么问题。

联合国大会的职能

大会有以下职能：

①大会可以讨论《宪章》范围内的任何问题。

但是在和平与安全的问题上，如果安理会正在讨论，大会不得讨论，因为和平与安全是安理会的职责。大会是一个辩论的场所。

②大会还讨论一些选举问题。

比如选举国际法院法官，实行的是平行选举制度，大会和国际法院一起选。60 年代有一个重要的案件【西南非洲案】。南非种族隔离，埃塞俄比亚和利比里亚要求代位出庭，国际法院讨论能不能代位出庭。当时形成六比六的僵局，院长投了一票，否定了出庭权。这个案子判决后群情激奋，对这些国际法院的法官非常愤怒，后来选举国际法院法官的时候就把这个澳大利亚籍院长投下去了。

③大会还有预算职能。

大会可以通过预算。

联合国大会的性质

大会的性质，总的来讲是建议性的。由于大会可以讨论宪章中的任何问题，所以大会的决议（Resolution）很多，最重要的就是 1970 年《国际法原则宣言》，这个宣言全名很长，阐述了联合国对国际法原则的看法。还有关于外层空间的决议、关于建立国际政治经济秩序的决议等，以及《世界人权宣言》，都是大会的决议。但是联合国大会是一个建议性的机构，没有法律约束力。

虽然大会的决议没有实际上的效力，但国际法学者确实比较聪明，用其他方式将其应用。大会的决议可以作为国际法的证据，从而发生效力。还有的学者认为大会的决议是《联合国宪章》的解释性文件。比如索恩（Louis Sohn）认为《世界人权宣言》是《联合国宪章》的解释性文件，作为《宪章》的一部分发生法律效力。这也是一个办法，但是用的不太多，一般认为比较勉强。一般大家还是认为是国际法的证据，通过习惯法（Via Custom Law）发生效力。

另外，不是联合国大会所有的决议都是建议性的。大会的决议在一些内部的选举问题上，在内部的预算问题上是有约束力的，是需要执行性的，对一般问题的解决是建议性的。联合国大会的职能，在《宪章》中也有规定。

联合国大会的表决机制

联合国大会的表决程序比较简单，通常就是简单多数和三分之二。简单多数，比如当时恢复中华人民共和国在联合国合法席位，就是一个简单多数的议题。当时投票表决是压倒多数。最近联合国大会又投了一次票，对巴解组织在联合国的观察员地位表决，已经通过。联合国大会是联合国唯一一个由全体会员国组成的机构，而且大会表决的机制就是一国一票，不分大小国，分量相等。

80 年代中期的时候，美国说联合国是多数的暴政，因为中小国家多。美国可以纠集一批西欧国家，也就是二三十票；联合国 80 年代也有 140 多个国家，美国这边只有二三十票。那时候联合国动不动就通过一个决议，要建立新秩序、发展权之类，美国很生气，就说这是多数的暴政。但是现在，美国有点儿夺回了在联大的多数地位的趋势。比如在叙利亚、利比亚，尤其是叙利亚，中国和俄罗斯阻止了在安理会的决议，不愿复制利比亚的模式，美国就跑到联大搞决议，想通过实践看看到底国际社会站在什么立场。于是在联合国大会人权理事会通过决议。所以现在情况发生一些变化。大会是一国一票，每个国家平等，简单多数和三分之二多数的表决机制。

2. 安全理事会

安理会的职能

《宪章》第七章规定了安理会的一些职能。安理会和大会最大的不同是，它不是建议性的机构，而是决策性的、执行性的机构。这是安理会的性质。安理会大概有几个功能：

①判断对和平的威胁是否存在

比如最近中东以色列，差点儿打大战了，最后以色列和 Hamas 还是达成协议了。有人提出要在安理会谴责以色列，这基本上门都没有，美国是不同意的，安理会从来没有形成过对以色列的谴责。在这一点上说美国是双重标准，美国是没办法反驳的。

②采取非武力的制裁措施

非武力制裁措施规定在《宪章》第 41 条。

《联合国宪章》 第四十一条

安全理事会得决定所应采武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。

③武力的制裁措施

武力制裁措施规定在《宪章》第 42 条。

《联合国宪章》 第四十二条

安全理事会如认第四十一条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动。

今天还有一种新的《宪章》没有谈到的授权行动，是一种新的武力的或者非武力的措施。此外安理会还有其他的一些维和行动、和平解决争端的职能。

④和平解决争端的职能

安理会和平解决争端的职能规定在《宪章》第六章，主要讲安理会可以做出一些决议，要求停火，促使双方脱离接触，要求调查等等。

根据第六章，联合国秘书长也有解决争端的一些职能。一些地方出现危机，联合国秘书长就过去了。比如伊朗和伊拉克的战争，联合国秘书长就去说和了。安理会也有和平解决争端的职能。

安理会的性质

一般认为安理会是决策性的、执行性的，有约束力的。但是仔细研究安理会的决议，还是有区别的。安理会的决议很多都是有约束力的，比如用 Decide、Determine，这是决定要执行，比如决定对某某进行制裁。但是安理会还有一部分决议是建议性的，用 Suggest、Urge、Call On 等词语。这样的说法是建议性的。比如安理会要求两个国家停火，用 Urge，是规劝，听起来是建议性的，不停火也不能怎么样，不是一种命令式的。但是如果安理会决定进行武力制裁，或者授权采取一切必要行动制止不法行为，就是一个 Decide，的决策性的、执行性的。所以安理会的决议还是有些区别，大部分是执行性的，也有建议性的。

安理会的表决机制

关于安理会的表决机制，人们经常说《宪章》27 条。《宪章》27 条就讲了三个条款，上文中也有引述：

- ① 15 个理事国一国一票，包括 10 个非常任理事国和 5 个常任理事国；
- ② 程序性问题，由 9 个理事国可决票（同意票）通过；
- ③ 非程序性问题，九个国家，包括五个常任理事国的可决票通过。

程序性问题不需要否决权，九个国家通过就可以了；非程序性问题，要五个常任理事国都同意。但是这个问题需要解释，今天的解释是弃权不构成否决。按照苏联在朝鲜战争的那次缺席，恐怕缺席也很难构成否决。所以要否决就要坚定投出反对票。

现在又有一种情况，两个常任理事国的弃权票怎么办呢，比如六个非常任理事国同意、三个常任理事国同意、两个常任理事国弃权，这个决议能不能通过呢？现在当然能通过了，经常就是俄罗斯、中国弃权。在 60 年代，英国和法国投了两张弃权票。两个国家都弃权了，是不是决议有问题呢？两个国家都不同意，都采取观望态度，怎么能通过呢，但是就是通过了。那么如果三个国家弃权怎么办、甚至五个大国都弃权了怎么办？从理论上也可能，五个常任理事国都弃权，十个非常任理事国有九个同意。这种情况还没有发生。在这个问题上，可能还真是实践是检验真理的唯一标准。这种情况首先发生起来比较困难，需要安理会表决的问题一般是比较重大、迫在眉

睫的问题，至少有大国推动才能进去，否则不会讨论这个问题，所以至少两三个大国在活动要形成决议，所以这种可能性不太可能。其次，维和如果没有大国，只有二等国家、相对重要的国家，也是比较有问题的，需要实践检验。

安理会表决上还有双重否决。如上说到程序性问题、非程序性问题的表决方式不同，那么哪些是程序性问题、哪些是非程序性问题呢，对于这个问题，当时美英苏中四个国家曾发表过一个声明，举例、列举了一些程序性问题和非程序性问题。比如说，最公认的非程序性问题就是选举秘书长；另外凡是要动用第 41 条制裁的，要断定对和平的威胁，都肯定是非程序性问题，大国都是有否决权的。

但是，程序性问题和非程序性问题是不能列举穷尽的，会出现一些新问题。如果出现一些新问题，是程序性问题还是非程序性问题，不清楚，又要对这个问题表决。双重否决涉及的就是在一个问题是程序性问题还是非程序性问题的问题上进行表决。这个时候，安理会的惯例，是把这个先决性的问题也看做一个非程序性问题。在这个问题上大国也有否决权，这就是双重否决问题。也就是说当一个问题程序性问题还是非程序性问题不清楚的时候，这个问题作为一个先决性问题，是非程序性问题。

安理会的职权与法律渊源

安理会是比较集中地把国际法的一些比较重要的问题融为一体的机构。比如说，我们都说国际法的渊源是条约、习惯、一般法律原则。联合国的法律部的官员李世光，大概差不多二十年以前，到北大一教讲课，李老师他们都去讲课。李世光在黑板上写了一个 38，就是从《国际法院规约》38 条开始。他说，大家都认为 38 条是国际法的渊源，的确是渊源。但是作为联合国法律部的官员，我们认为的法律就是我们平常接触的决议、决定。联合国大会通过的有约束力的决议就是我们认为的法律；联合国安理会通过的决定就是我们认为的法律。这是我们认为的法律渊源，尽管这些渊源没有在 38 条规定。

安理会决议作为一种有法律约束力的文件，如何看待它的法律约束力的问题，法律渊源的问题。所以讨论安理会的职权，首先会涉及到法律渊源的问题。有人讲安理会的决议是另外一种立法，也是一种 International Legislation。以至于有些人讲要加强安理会的立法，因为安理会的决议是有约束力的。当然这种立法需要有共识。冷战期间安理会通过决议很困难，偶然也通过决议，可能对非洲的一些问题通过决议，但是总体上通过决议很困难。冷战后，安理会的的确确通过了不少决议，对海湾战争、海地问题、索马里问题等，一些政治上有共识的问题还是能够达成决议。但是现在似乎又缺少互信了，安理会又基本上什么都干不了了。

讨论安理会决议，首先与立法有关系。安理会涉及的都是国际法上比较重要的问题，比如 2 条 4 款禁止使用武力的问题，51 条自卫问题，2 条 7 款不干涉问题，宗旨上尊重人权的问题，特别是尊重人权和不干涉之间的关系的问题等。这些问题往往是一些大是大非，从安理会的决议可以看出国际社会对法的发展的倾向，也可以看出国际社会力量的对比。我们也可以从一些决议中考虑国际法发展的状况，更重要的是，可以看到国家实践对一些具体问题的看法。不干涉在一些具体的事情上到底是什么含义，投票就出来了，实践能够给予很好的解答。西方国际法学者研究国际法、联合国法，常常会把各国实践、投票情况都算出来，能够得出结论。其实有一种方法研究国际法是很好的，通过一个具体的事情研究法律，将法律具体化，就相当于西方研究判例法是一样的。通过一个事件，通过大家对法律要求的主张，其他国家对法律要求的反映，可以看出到底大家对一个问题的具体立场是什么。这也是一种研究方法。

3. 经社理事会

联合国六大机构，第三个机构叫经社理事会，大概包括四五十个国家，主要是讨论一些经济社会问题。有人总结联合国说联合国在维和方面存在很大问题，但是联合国在发展经济、促进社会公平等方面还是取得了较大进展的，这就是经社理事会。过去的人权理事会都是在经社理事会之下，过去谴责侵犯人权是大会经社理事会通过的决议。

4. 托管理事会

还有一个机构叫托管理事会。托管理事会主要是讲联合国对战败国，日本、德国等的一些海外领地、属地进行托管。大概有十几块，后来慢慢都独立了。托管的领土都独立了。托管在国联时代就有。国联时代叫委任统治，其实讲的是一个意思。这个制度一直发展到联合国，不过现在托管理事会，它的职能刚开始具有一些行政管辖的职能，通过行政的、民事的管辖，让其有自治的能力，然后通过独立建立民族国家。美国安保条约说的冲绳，刚开始就是所谓的民事管辖的职能。托管实际上刚开始是一种民事的、行政的管辖，当地慢慢走向独立，建立民族

国家。

5. 秘书处

联合国另外一个机构，就是秘书处。秘书处是联合国的常设机构，由秘书长领导。秘书长还是很重要的，很多人说秘书长是安理会的第六个常任理事国。经常国际上哪里出事，秘书长就过去了。最近巴勒斯坦哈马斯和以色列冲突，秘书长也去调停，一般都是有人要调解的。

新中国恢复联合国合法席位后的联合国秘书长，从奥地利的瓦尔德海姆（Kurt Waldheim）开始，他在任的时候很长，他要连任的时候，中国已经恢复了联合国合法席位。中国说你别当了，他说我还要当，外国人也很贪恋职位的。中国主要是提出了自己的人选，叫萨利姆。萨利姆曾经当过坦桑尼亚外长。之所以提名萨利姆，因为他为恢复中国合法席位立下了汗马功劳，恢复了中国合法席位以后萨利姆在联合国大会载歌载舞，所以西方人很恨他。西方国家说你不要当了，萨利姆说我要当。于是安理会上就行使了六七次否决权。最后大家看不行，就推举了秘鲁的德奎利亚尔（Javier Perez de Cuellar）。美国人说这个可以，美国的后院，秘鲁嘛，有悠久的民主传统；中国也认为秘鲁可以，是第三世界，二百海里海洋权秘鲁也跑在前面；英国法国都跟着美国，俄罗斯也没什么反对的必要，就通过了。

然后的秘书长是加利（Boutros Boutros-Ghali），这个人一看肯定能当选。美国人，跟埃及有关系，埃及帮助美国实现了中东和平，穆巴拉克是美国的一个重要据点；英国说埃及曾经是它的殖民地；法国也统治过；中国认为埃及是伟大的朋友；俄罗斯是埃及的重要的军火商，帮助它修了阿斯旺大坝。所以一看这个人就当选了，也不用表决了。

之后是安南（Kofi Annan），也没问题。首先他讲法语，也会讲英语，语言上法语国家坚决支持，英语国家也不反对。他又是非洲的，是我们伟大的非洲兄弟。

然后是我们现在韩国的好朋友潘基文，美国、中国也没问题，俄罗斯可能有点儿问题，但是也没大问题。

秘书长是一定是妥协的产物，是国际政治的完美的聚焦点。在一些重要的位置上，在一些相对比较中立的位置上，必须要有一些大家都比较接受的人选，否则就很麻烦。法律跟人心也有关系，西方选个法官，要选品德高尚，因为最后法律是平心而论了，是自由心证了，品德不高尚就很麻烦。

6. 国际法院

还有一个机构就是国际法院。过去很多人不知道国际法院也是联合国的一部分。它是联合国的司法机构。《国际法院规约》和《联合国宪章》是连在一起的，是《宪章》的一个部分，联合国会员国都是法院的当然当事国。当然不是说必须到法院，会员国都有权去打官司，但是没有义务必须去打官司。总之国际法院是联合国的一个机构。

• 1945 年之后联合国的变化

目前来看，联合国整个的机构从 1945 年以来还没有特别大的变化。1945 年后联合国有几个变化：

1>联合国会员国数目大大增加，原来是 51 个，现在增加到 193 个。

2>机构的变化。机构组成上没有特别大的变化，托管理事会的职能快完成了，可能快解散了。机构的职能有些变化，原来有人权委员会，现在是人权理事会，表明人们对人权问题更加重视。安理会一直是重要的机构。安理会理事国在数量上有变化，原来是七个非常任理事国，修改过一次《宪章》后增加到 10 个。这是前些年讨论的问题。

安理会的改革问题

安理会长久以来一直有一个问题，就是增加常任理事国。安理会是比较经典的和《宪章》第 2 条第 1 款不符的例子。第 2 条第 1 款讲各国平等，安理会显然就是一个特权。过去国际社会一直讨论修改《宪章》，改变安理会的结构，后来有的国家就要求增加常任理事国。关于安理会的改革一直是个问题，吵了几十年了。前些时候一些国家积极入常，现在好像不太说了，重点跑到别的地方了。德国、印度、日本、巴西、意大利这些国家要求入常，但是这个不是很容易。现在的安理会结构经常顶牛，有很多要求改变结构的呼声，但也知道什么结构能够有效。安理会的改革一直是一个议题，各国诉求不断变化，政治、力量发生变化。德国、日本这些经济大国从力量上可能远远超过了英国和法国，这些国家觉得凭什么它们当常任理事国。但是想当选也不是那么容易。

联合国涉及很多问题。主体上是怎么解释《宪章》的问题，《宪章》其实是一种主体性的东西。在解释《宪章》的问题上，除了文字上的解释，很大程度上看联合国实践中给予《宪章》中的一些意义。另外，凡是一个组织、一个机构，一定在解释的时候会有某种固有的、暗含的权力。比如国际法院，如果想扩张权力，在解释自己的权力的时候一定说法院固有的权力，强调作为司法机关固有的权力、职能。所以，对于国际法院、WTO 争端解决机构当中，司法案例是不是构成先例的问题，如果从明文上来看，从这些机构的基本法看，肯定会说判决不构成先例，或者判决的效力只及本案。但是遵循先例、与以前的判决保持一致，是司法固有的性质。援引先例、用先例来说明判决的正确性，这是司法固有的。谈到组织的时候，一般来讲都会考虑到这个组织本身暗含的、固有的权力。所以《联合国宪章》解释的过程中，在解释一些案子的时候，都会用所谓联合国组织暗含的权力的概念。总之考虑《联合国宪章》的时候，首先考虑如何解释，解释不只是一个文本的问题，也是一个实践的问题，解释的时候要考虑作为一个组织固有的、暗含的某种权力。

联合国还涉及大会和安理会的问题。大会、安理会比较核心的问题就是职权和程序。我们知道大会是建议性的，安理会的是执行性的。但是安理会的决定并非全部是有法律义务的。仔细研究会发现，安理会的决议实际上也分两种，一种是必须要执行的，叫 Decision，一种是建议性的 Suggestion。一般说安理会是执行性机构、决策性机构，这是一般性说法。但是实际上，安理会的决议有些是建议性的，仔细考察会发现建议性的还是很多的。大会是建议性的，但是有一些决议也是有法律效力的，尤其是大会关于一些财务问题、选举的问题等，是有约束力的。

联合国或者安理会解决争议的职能，也是一个重要问题。我们一般说，安理会就是对和平的判断，采取一些措施，武力的、非武力的措施，制止对和平的破坏，主要是一些强制性行动。但是实际上安理会还有一些职能，这种职能常常被忽视，即和平解决争议的职能。《宪章》第六章主要讲的是和平解决争端的问题，包括秘书长的斡旋、联合国的调停等。安理会的职能和第六章、第七章联系在一起，第六章主要讲的维持和平的问题，采取措施，包括一些强制措施，主要涉及和平解决争端。这种职能也不能被忽视。

第十三章

和平解决国际争端

一、国际争端的概念

和平解决争端首先涉及的一个概念是什么叫争端。有一些国际法院的判决谈到过这个问题。所谓争端，在国际法院看来讲的是一种分歧，一种事实、法律上的分歧，是意见的不一致。争端有几个要点：

1>按照法院的说法，争端一定是一个客观的存在，而不是一家的主观之说。不能一方说不是争端就不是争端，一般不想和平解决问题的都说不是争端，但这不是以一方意志为转移的，争端是一个事实存在。

2>按照法院的说法，争端还一定要表面化，是能够看得见的分歧，不是藏在肚子里头的。我整天看着你心里不高兴，别扭，但是不说，这没有争端；只有双方吵架、对骂，没事儿还打两下，这个时候就是争断了。你主张你的立场，我主张我的立场，各自说了一些事实、法律依据，一定是一个表面化的东西，有要求、反要求，有措施、反措施。

争端要有公开的分歧，有一些表现，不是一家之说，是有客观的事实存在。争端是否存在，是和平解决争端的前提。

到法院打官司无非就是两个基本的程序性问题：

1>可受理性，这个案子是不是应该到法院受理。过去有政治的争端和法律的争端之分，看案件是不是不太适合到法院，这是所谓可受理性问题。

过去有【洛克比案】，苏格兰上空发生洛克比空难，可能死了一两百人军人，西方国家有人说是卡扎菲干的，卡扎菲说不是，西方国家说就是你就是你，卡扎菲说既然这样咱们是有争端的，到国际法院打官司去。这个问题涉及到航空器的几个公约《东京公约》《蒙特利尔公约》等，涉及对民用航空器的威胁问题。卡扎菲说上法院，美国说不能到法院，这不是一个纯粹的法律问题，是涉及到和平与安全的问题，要到安理会解决。这是个案子讨论的就是可受理性。到法院打官司，如果一方不想打，就找不可受理的理由。

2>管辖权问题，讨论法院有没有管辖权。

这两个是两个程序性问题。但是在 1974 年的经典案例【核试验案】中，国际法院提出了一个更为先决性的问题，就是争端是否存在。当时谁都没想到国际法院将争端是否存在作为比可受理性和管辖权问题更为先决的问题。澳大利亚要求法国停止爆炸，法国发表了声明说以后不再爆炸了，国际法院就说争端不存在了，案件就完了。争端是否存在是解决争端的一个前提性问题。钓鱼岛问题，日本说没争端，我们说有争端。野田到大会上发言，我们看来就是承认了争端的存在，他说要用和平方法解决和邻国的领土问题，没有争端何来解决呢。这是争端的概念。

· 政治问题与法律问题

解决争端还要考虑的问题就是政治问题 (Political Question) 和法律问题 (Legal Question)。过去讲所谓的领土、荣誉, 都会说是政治问题。但是今天看来政治问题也有法律因素, 哪个领土问题的解决不涉及法律原则、概念呢。政治问题、法律问题, 在今天看来不是很清晰。法律问题是法律上找得到根据的、涉及到法律权利义务的问题。可是哪个领土、哪个荣誉不涉及法律权利义务呢。所以现在的问题可能基本上都是混合性问题, 既有政治的一面, 又有法律的一面。

现在大多数人不太承认这种分类, 但是有时候这种分类可能还是有意义的。比如条约在国内的适用。条约在国内的适用讲的是条约在国内法院的适用。谁来解释一个条约, 解释条约的功能应该是放在外交部的, 而不是法院。关于一个条约如何解释, 法院应该遵守外交部的指令。这里面有很多原因, 其一, 是外交部门了解条约, 参加了外交谈判; 其二, 条约在国内的适用是一个法律问题, 也是一个政治问题。如何解释条约, 与这个国家的对外政策、价值取向都是有关系的, 这不是法院管辖的。所以政治问题与法律问题的划分还是有一定意义的, 有些东西本质上偏政治, 有些问题偏法律。当然这二者肯定是有交融的, 这是毫无疑问的。

解决争端有政治的方法、法律的方法。政治的方法, 包括谈判、斡旋、调停、调查、和解等。过去讲政治的方法对政治的问题, 法律的方法对法律的问题。现在可能混在一块儿了, 政治的方法也可以对应法律问题, 法律的方法也可以对应政治问题, 政治问题和法律问题是贯通的。外交人员不太讲政治的方法这种说法, 他们不像法律人这样区分, 他们说外交的方法, 其实外交的方法就是政治的方法。

关于南海和钓鱼岛问题

谈到这个问题我们补充一下。最近我们比较关注南海、钓鱼岛的问题, 李老师经常被资讯。李老师发现一种很有意思的现象。菲律宾经常说我们要按照国际法解决争端, 我们到法院去。李老师认为, 谈判本身也是按照国际法办事的, 不能说去法院才是按照国际法解决争端, 谈判也是国际法所赞同、允许、主张、鼓励的方式, 也是按照国际法和平解决争端的原则来进行的。大部分的争端都是通过直接的交涉解决的, 真正的上庭的情况在比例上是很小的。

另外, 国家对涉及到自己的重大利益的事情, 一般来讲都不交给第三方解决。如果真正了解和平解决争端的历史, 会发现涉及重大利益的争端往往不交给第三方。比如美国, 在 19 世纪末 20 世纪初, 签订有很多双边的条约, 包括仲裁条款, 也有一些专门的仲裁条约。在谈到解决争端的时候, 一般会规定有一些争端是不能由仲裁来解决的。涉及到国家重大利益、国家荣誉、国家领土等重大利益的争端, 不能交给仲裁解决, 要由当事国直接解决。就这个问题, 国际法上还发明了一个术语, 叫做国内管辖的事项 (Matters Within Domestic Jurisdiction)。后来慢慢有一种说法, 凡是国内管辖的事项是不能交给仲裁、第三方解决的。所以领土的问题上, 并不是中国一个国家不愿到法院上, 各国都不想到法院上解决, 尤其是大国。如果仔细看看国际法院的历史, 会发现所有的大国, 都不太愿意把争端交给一个第三方特别是法院、仲裁解决。再举美国的例子, 美国在 1946 年国际法院成立后接受国际法院的强制管辖权, 但是美国有一个重要的保留条款, 叫康奈利保留, 这个条款说, 凡是本质上属于美国国内管辖的事项而引起的争端, 法院不能有强制管辖权。什么叫本质上是国内管辖的事项, 美国认为的国内管辖的事项法院就不能管。所以美国虽然接受了强制管辖权, 但是用一个保留把这个强制管辖全部掏空了, 它不可能把涉及国家重大利益的事情交给法院解决。道理也很简单, 谈判可以控制结果, 而交给第三方不好预料未来。

所以关于菲律宾、南海的事情, 首先谈判、外交解决都是国际法原则所允许、鼓励的, 并非解决争端都要到法院; 其次从解决争端的历史上看, 各国一般来讲都不愿意把涉及重大利益的问题交给第三方解决。进一步讲, 是否交给第三方解决的事情是各国自己决定的事情, 是各国主权的部分, 是自由决定的事情。这不违反国际法, 选择争端解决的方法是符合国际法的。当然就中国而言, 是不是放到法院解决, 还是有很多考虑的, 是有涉及到很多方面的考虑的。但是就做法来讲, 通过外交谈判解决争端是完全符合和平解决争端的原则的。

• 和平解决争端是不是义务

和平解决争端还涉及一个问题。和平解决争端从法律上讲, 是不是一个国家的义务。我们一般说, 和平解决争端是国际法的原则, 既然是法律原则, 就涉及到每个国家是不是都有义务以和平的方式解决争端。这个问题听起来比较怪异, 但是其实也是可以提一提的。以前经常有人说, 国家有国际合作的义务, 国际合作是一种法律上的原则。国际合作是不是一项义务? 1970 年起草《国际法原则宣言》的时候谈过国际合作的义务, 在宣言中还确定了这项原则, 今天国际上讨论的时候还经常说要搞国际合作。但是李老师认为, 国际合作并不是一种一般的义务。一般从国际法上来讲, 没什么义务非要跟对方合作, 愿意合作就合作, 不愿意就不合作。法律上没有这种

合作的一般的义务。国际合作主要体现在条约的义务上，比如反恐、相互引渡等，可以有这种条约义务，可以有很多条约义务。

和平解决争端是不是有义务，也是一个问题。英国的布朗利（sir Ian Brownlie）教授就认为没有一般的义务规定要以和平方式解决争端。当然国家当然是不能打仗的，不能以武力解决，这个问题上是有义务的，动武是违法的，但这是违反了禁止使用武力原则。一个国家承诺不动武，但是也不解决，这种情况很多的，这种情况是不是就是违反了义务呢。这还是一个问题的。当然不是说我们现在不解决与外国的争端，只是说在国际社会当中存在的争端不解决的情况还是挺多的。比如说，英国和阿根廷，在80年代初期的时候打过马尔维纳斯群岛（英国称福克兰群岛）战争。当时阿根廷加尔铁里军政府上台。马尔维纳斯群岛就在阿根廷附近，英国作为殖民帝国的时候把这个岛控制住了，阿根廷说要谈判解决，英国不谈，阿根廷军政府上台就要显示自己的力量，于是动武。英国还是瘦死的骆驼比马大，很快把阿根廷的空军海军打得稀里哗啦。加尔铁里政府就下台了，现在英国还是控制着马尔维纳斯群岛。英国就一直把争议放在这儿，也不谈判，也不交涉，阿根廷现在对它也没办法。这种情况就是不谈，是不是在国际法上违反了某种义务，这个可能还是要考虑的。所以和平解决争端是不是一项有法律义务的原则，还是一项建议性的原则，还说不清。

谈到这个问题就想到另一个问题，就是承认新政府。关于承认新政府过去我们都说 Effective Control，有效控制。但是我们又说每一个国家承认政府有自己的自由裁量，在承认政府问题上存在不存在一种有法律义务原则，要求一个国家必须以某种方式、按照某种要求承认一个政府，李老师对这个问题还是深表怀疑，尽管我们有时候还说有效统治是一个原则。过去承认政府大概还是看看政府是不是控制领土、是不是得到大家服从，今天基本上这样的判断还存在，但是从对叙利亚反政府、反对派的承认，就可以看出来，今天很多国家完全是以自己的价值、自由的选择来判断。它是违法了么，还是在承认政府方面根本就是无法可依，或者说只有一些相对的所谓的法律的原则呢。和平解决争端到底是不是给国家设立了一个一般的义务，还是一个有意思的问题。

二、政治解决的方法

1. 直接谈判的方法

第一种政治解决方法是谈判，是双方直接进行的交涉。谈判是没有第三方的。

谈判有好处也有缺点。谈判最大的好处是速度可以很快，能谈成就谈成，不成就不成；谈判也有一个很大的问题，可能倚强凌弱。力量大的国家谈判的时候对对方是有压力的。所以菲律宾不跟中国谈判，一定要拉一些国家，这些小国要找一些国家来壮胆，一个国家没法谈，菲律宾也不能天天拿香蕉要挟中国啊。谈判有优点，也有缺点，但是大部分争端的解决还是通过谈判。使馆的一项功能就是谈判、交涉，外交部门的一项重要功能也是谈判。商务部还有首席谈判代表，都是正部级的，和美国的贸易谈判代表是一样的，要有谈判专家，要有会谈，要严肃一点。李老师大概比较适合做斡旋，说点儿什么不相关的话，不适合做谈判。

2. 第三方参与的方法

谈判是当事双方直接谈判，如果谈不成，还有第三方参与的方法，第三方解决有斡旋、调停等。

斡旋、调停

斡旋基本就是跟双方说你们俩别打了。调停，大家都说多一点，多提一些建议，让双方各退一步，但是都是没什么约束力的。

斡旋用的还是比较多的，这次巴以冲突，以色列已经下通牒，说多少小时后就进攻加沙了。到这种危机的时候，总会有斡旋人出现。中国和日本钓鱼岛可能也有，我们不知道而已。这次巴以冲突斡旋的是埃及的穆尔西，头一天因为这个事儿还是英雄呢，第二天就因为宪法问题要下地狱了，但是这次巴以冲突他还是立功了，他和哈马斯都是所谓穆斯林兄弟会的，关系比较好。

关于斡旋，我们讲过红色吉普的事情，就是一个联合国秘书长斡旋的故事。哈马舍尔德（Dag Hammarskjöld）被 New Haven School 被认为是最会用国际法的，因为永远把握着这 New Haven School 的两个要素，首先是 Authority，有权威性，秘书长有权威性；同时比较注意 Power。所以每次安理会通过决议，先把常任

理事国请一遍，今天到唐人街吃饭商量点儿事情，经常这样做，比较注意大国，大国同意了再通过决议，这样联合国的决议是有 Authority 的，大国又支持，决议又有了有效性，有 Power，所以说是真正的国际法的机制。有一天，秘书长的司机开着他的红色吉普在街上跟出租车相撞了，两人吵得面红耳赤，秘书长就下来诅咒天气、骂纽约市政府，说来说去说了很多外面的事情、没关系的事情，最后引起两个司机也大骂天气、骂纽约市政府，最后两人就和好了，问题就解决了。斡旋往往找一些没什么关系的事情，找两个人有共鸣的事情说一说。

斡旋是第三方解决争端，很多争端如果没有第三方出面，是很难解决的，双方都不想见面。中国现在也充当了某种第三方的角色。中国今天在美国和北朝鲜之间，或者韩国和北朝鲜、日本和北朝鲜之间，有这种几国的机制。朝鲜和这些国家没有外交关系，需要有个中间人。当年中国没有和西方国家建交的时候，也需要一个中间人，瑞士、法国就做过中国与西方国家的中间人。在两国交恶的时候，可能都不想见面。两伊战争期间，伊朗、伊拉克发生战争，伊拉克的外长叫阿齐兹，是个小胡子，现在他好像没啥事儿了；伊朗外长叫维拉亚提。两个人一见面就恨不得动手。这时候就需要一个中间人，比如联合国秘书长。中间人说你们俩好好谈谈吧，也不说别的话，笑而不语，这时候叫斡旋；中间人说别吵了，给你们提个建议，这时候叫调停。中间人还是很重要的，所有的冲突出现的时候，往往都会有和事老、有人斡旋。中日之间恐怕也有人斡旋，中间应该也是来往不断。前一段时间巴勒斯坦和以色列快打起来了，以色列都下了最后通牒了，就有一些中间人出来了，重要的就是现在处于困境的穆尔西。同学之间可能也是这样，出了矛盾有人调停。

调查、和解

调查讲的是对事实的调查，是对事实的一种判断。比较经典的调查的例子是日俄战争的一场争端。1904-1905 年的日俄战争，沙皇俄国把波罗的海舰队调往远东。虽然俄国海域很宽，但是一部分舰队在远东海参崴，一部分在波罗的海。沙俄要把波罗的海舰队调过去和日本打仗，经过英国北海的多格滩，俄国海军发现海面上有很多星星点点的，认为是日本鱼雷艇来了，就开炮。第二天英国外交部提出抗议，说把自己的渔船打了，俄国坚持称打的是日本船。这就是事实的分歧，这个时候就要找个中立第三方调查这个事实。调查发现打的确是英国渔船，俄国就赔偿。所以有些分歧不是法律分歧，而是事实分歧，是事实认定不一导致的分歧。如果事实方面有一个中立第三方能够给予客观评价，问题就能够迎刃而解。

另一种政治的方法是和解，是调查事实、提出建议，和解也是一个很好的办法，也是由中立的第三方组织一个委员会，调查事实，提出一些建议。

调查、和解比较类似，调查常常是对事实的调查，组成一个委员会，比如国际调查委员会；和解也是组成一个和解委员会，先调查事实，然后提出建议。调查、和解的争端解决的办法，在今天还是很有用处的。它们实际上是对事实的确认的问题，因为事实认识不一导致争端出现，如果事实确认了，争端可能就迎刃而解了，所以也是很好的办法。今天，很多争端也是对于事实的看法的不一。中国与外界的争端，有法律的问题，也有事实问题。1949 年以后中华人民共和国政府解决争端的时候基本上都是直接谈判，运用第三方的手段还是比较少。

三、法律解决的方法

· 政治方法与法律方法的关联

法律的方法，主要就是仲裁、司法等法律的解决。但是政治问题上法律也有用处。外交部讲用外交的方法解决，其实外交的方法离不开法律。现在的谈判往往都是从法律的概念、法律的原则开始，才能开展。都是从各国的权利和义务开始的，没有哪个谈判一开始讲别的东西。交涉的时候说的也是你的权利义务、我的权利义务、法律的原则等。像大陆架，东海大陆架问题，也是这样，讨论的法律问题是大陆架的概念、划界的原则；钓鱼岛也是如此，分歧在于先占的问题、是不是默认的问题、抗议的问题、抗议的法律意义等。所以政治的方法实际上是完全离不开法律的。

另一方面，法律的方法也离不开政治。哪些仲裁者、哪些法院没有自己的取向、自己的爱好呢，这都会有影响。

为何中国不宜到国际法院

为什么中国、以及很多国家不宜到国际法院打官司？不是说不去法院就不遵守国际法。相当多的学者认为这两者没有必然的联系，不去法院并不代表不遵守国际法。不到法院去，主要的问题是法院对一些事实和法律的把

握存在不确定性。事实怎么认定，法律怎么解释，事实和法律都存在不确定性。到法院基本上是双方都觉得自己有道理才去法院，如果是一边倒肯定不去。这时候一些事实和法律不是很确定，案件的走向、结果不可预见。所以不去法院并不意味着就不遵守国际法。

另外，今天中国不去法院打官司，还有一个原因。因为法官是人，法官是受到政治、价值的影响的。当一个法院普遍的价值取向和自己不一样的时候，这种价值取向对于案件的判决可能是有影响的。这个情况下去法院也是一个不利因素。过去我们说国际法院是一个西方的法院，这话不是没有道理的。后来西方法院的状况发生了一些扭转，比如【尼加拉瓜诉美国案】的结果；但是现在国际法院似乎又有一些西方化倾向，最典型的是【波黑诉塞黑案】，有一些价值取向的因素。法院也是讲政治的，也受到价值、政治的影响。中国的法院是如此，美国的法院也是这样。美国最高法院九个 Justice，四个自由派、四个保守派，一个两边倒，最后争取的对象就是这个摇摆人，法院也是受到政治倾向影响的，不能看到法院就认为它是在真空中生存的，完全是价值中立的。这种状况基本上是不可能发生的。

〔一〕仲裁

仲裁肯定跟政治的方法不一样，因为仲裁的方法是有约束力的；但是仲裁又与法律解决不一样，仲裁是比较灵活的，双方可以选择仲裁员，方法可以由双方解决。

国际上有以仲裁的方法解决争端。而且国际上最早先于国际法院，还成立了常设的仲裁机构，叫常设仲裁法庭。根据 1899 年、1907 年《和平解决国际争端公约》，成立了常设仲裁法庭 (Permanent Court of Arbitration)。常设仲裁法庭就设在海牙的和平宫，和国际法院在一个地方。它只有一个秘书处，中文翻译成执行局之类。常设仲裁法庭实际上是空的，没有常设的仲裁员，只有一个 List，名录、名单，如果需要仲裁从名单上找人。仲裁也是国际上通过法律的方法解决争端的一种尝试，国际上还有一些仲裁条约，美国独立战争之后还有关于仲裁的设想。双边的仲裁还是很多的。常设仲裁法庭建立后一直到今天还活着，但是这个仲裁院现在事情已经不多了。现在基本上还是要吸引大家去仲裁，但是因为它只是一个 List，自身也存在一些问题，现在就是维持一下，也没多少案子。真正的法律的解决还是法院的解决。

〔二〕法院

1. 国际法院的历史

常设国际法院

在国联时代有常设国际法院，常设国际法院 1920 年成立。常设国际法院还是判了不少案子的，数量上来看，它存在的二十五六年里，判决的案子数量跟现在的国际法院差不多，还是不少的。所以常设法院的成立真的是国际法上的一个很大的进步。过去，在常设法院成立之前，国际法主要是一种自我解释的法律，公说公有理、婆说婆有理，因为没有有一个权威的第三方来解释，没有立法机关、司法机关。但是仲裁法院出现后就有权威性了，可以解释。国际法院出现后，可以通过法官解释，权威性就更强一些。郑斌 (Bin Cheng) 教授将国际法分为三个层次：①自我解释的国际法，比较原始的；②仲裁机关的国际法，由仲裁机关解释；③法院的国际法，由司法机关解释。所以法院的成立对于国际法来说还是一个很大的推进。

当时最希望成立法院的当然是中小国家了，常设法院的成立，中小国家坚决支持，而且不仅是支持，还强烈要求建立一个强制管辖权的法院。如果没有强制管辖权，这个法院一定是不完美的。强制性的管辖权对于国际法院来说确实还是一个议题，但是对于国内法院而言这是不成问题的，是天经地义的。在上世纪 20 年代成立常设法院的时候，中小国家坚决要求这个法院必须要有强制管辖权，但是大国反对。那个时候大国还没有中国。最后达成一种妥协，导致今天国际法院的所谓任意强制管辖的出现。

这个任意强制管辖听起来很别扭。当时双方达成协议，谁愿意接受法院的强制管辖权，谁就可以发表声明。如果发表了声明，就可以就发表声明的事项接受法院的强制管辖权。但是发表声明是任意的，这就导致了国际法上一种很独特的现象，任意强制管辖。

常设法院大概能判五六十个案子，今天国际法院也不过如此，大概六七十个案子。那个时候对法制的尊崇、对法院的尊重可能比现在还强一些。李老师说，那个时候，国家数量比较少，那个时候没有多少国家。联合国成立的时候是 51 个会员国，那个时候几乎所有的民族国家在欧洲，南美有一些，非洲基本上都是殖民地。上世

纪 30、40 年代，非洲独立的国家没几个，比较早的可能是埃塞俄比亚，后来被意大利占据了；埃及算一个，当时也受其他国家控制。亚洲也有一些国家，但不多，受外国控制的情况不一。所以当时的国家主要在欧洲。当时之所以有这么多个案子，可能是因为它建立在一个比较统一的文化、文明之上在 1945 年之前，或者再早一点，可以说是欧洲的国际法，或者说基督教文明基础上产生的国际法，它们有一种共同的价值，有一种文明的共性，导致了它们可以在一种哲学基础上有一种法制的观念和在国际法这样的东西。到了 1945 年之后，世界是多元文明的，在多元文明上建立的国际法，可能跟单一文明下建立的国际法是很不一样的。怎样找到多元文明的共性，找到可以达成一致的地方，是今天重要的任务。过去的文化、宗教基础是一样的，对国际法的认识也是一样的。当然我们曾经批评当时国际法院公约说的文明国家之类的，认为文明国家怎么能就指的是欧洲国家呢，但是另外一个方面，当时国际法确实还是在单一文明之下的，所以能建立一个法院，还判了很多案子。这就证明一种文明下建立的法制和多元文明下建立的法制考虑的问题很不一样。欧洲为什么会有人权法院，因为它有共同的价值观；为什么欧洲会统一，它社会的基础是一致的，是统一的；而亚洲呢，亚洲就有问题。亚洲的文明很多，有伊斯兰、中华文明，有人说日本也算一个。不过亚洲也是有相当统一的东西。比如人权，西方讲个人人权，十年前世界的声音还是统一的，现在马来西亚、新加坡等则讲集体人权，还是有这样统一的东西的。今天讨论国际法，有的时候是在多元文明基础上寻找某些共性的、可以达成一致的东西，这是今天的国际法，否则就是自说自话了。包括现在安理会的表决，叙利亚问题等重大问题，基本上大家都能说很多。

从法院的历史上来看，常设法院之后紧接着就是国际法院。1945 年之后就是国际法院的时代。我们说国际法院是常设法院基础上设立的。它两个有没有直接继承的关系呢，形式上有很多继承的关系。《国际法院规约》和《常设法院规约》，很多内容连序号都一样，表明两者之间是有一种继承的关系。但是一般来讲，国际法院还是称自己是一个新法院，不是对原来的继承。它说国际法院排除了二战中的法西斯国家，是新的基础上建立的，也是有道理。但事实上还是有些继承的关系。

2. 国际法院的组成

国际法院法官的构成

国际法院是 15 个法官，这 15 个法官选择的标准基本上是按照区域分配加上政治的分量。

1>地区分配。大体上可以看出一些倾向性的东西。大体上来说，欧洲，严格讲西欧，是四名；北美一名，基本上就是美国；东欧两个席位；南美两个席位；亚非六个席位。这是地理分配、区域分配。

2>政治分量。五大国按照传统都有一个。为什么东欧有两个席位呢，因为俄罗斯占一个；西欧有英国和法国；北美就是美国；亚非是中国，这表现了一种政治的分量。

这样一个格局，可以说明很多东西。首先能够说明国际法产生、渊源还是西方的，西欧有四个席位。美洲、南美，基本上都是受到基督教文明影响的。另外也说明一种价值倾向。过去都说国际法院是 West Court，不是没有道理的。从表决的情况来看，基本上西方是能够占一半以上，东方再拉两个就过去了。所以从构成上还是能考虑很多问题的。

另外在国际法院诉讼时候，还可以由诉讼当事国任命专案法官。审理一个案子的时候，有可能有十七个法官，诉讼当事国有可能可以任命一个本国籍的法官。如果一方在法院里有法官了，就是十六个法官了。一国只能有一个法官。这是法官的情况。

全庭与分庭

十五个法官都参与的案件，叫全庭；法院还有所谓的分庭。我们经常说 70 年代法院曾经修改过法院的规则 (Rule of Court)。国际法院有几个规则，一个是《国际法院规约》，一个是《国际法院规则》，规则是比较程序性、具体的。1978 年国际法院曾经修改过规则，主要是对分庭的构成做了比较重大的修改。过去分庭是法院院长指定法官，1978 年改为由法院院长和当事方共同选法官，实际上是当事方选法官。分庭是五个法官。一个著名的与分庭的构成有关案件就是【缅因湾划界案】。据说缅因州的龙虾比波士顿的龙虾还有好，可能那个地方水比较冷，龙虾跟中国卖猪肉一个价钱。那个地方曾经有一个比较老的案子【缅因湾划界案】，五个人组成了国际法院分庭，这是第一次按照 1978 年新的规则，由当事国选法官，选了五个纯粹的西方法官。有美国自己的法官，一个临时的加拿大专案法官，还选了几个西方国家的法官。1978 年规则之后，很多人就说国际法院到底是 International 还是 Regional，如果是 International 就应该考虑法官由不同法系、不同洲的法官组成，这样一个法院可能才是比较公正的；现在由当事国选法官，当事国选了一个纯粹西式的，没有亚洲、非洲的，这样的

法院纯粹是 Regional。这个批评还是有道理的，国际法院恐怕还是应该代表不同文明的。要从国际法院法官的资格来看，国际法院的确说到，法官要能从代表各种文明和主要法系的法官中形成。这个角度上，国际法恐怕还是要重新考虑它的多元文明基础。

分庭现在主要是当事国选法官，当事国选法官就跟仲裁差不多了。实际上全庭中的专案法官也是仲裁的遗产，既然上法院，还选了自己国籍的法官，的确是有仲裁的特点。但是国际法院就是这样。1978年修改规则的时候有人批评，法院说为了吸引案件、增加案件，做这点牺牲也是可以的。所以国际法院还是要向现实低头啊，国际法院判案子也常常要向事实妥协。

3. 法院的管辖权

法院的管辖权，原则上就是自愿管辖，法院要管辖一个国家，必须以经过国家同意为原则，自愿管辖。具体而言，法院管辖有几种方式：

1>自愿管辖

第一种方式就是常常讲的自愿管辖，就是讲如果一个案子发生了，双方签订特别协议，将案件提交到法院，我们说这些叫自愿管辖。这种管辖是事后的管辖，案子发生后，双方达成一致，提交到法院。最有名的是【北海大陆架案】，两方不是要划界，而是要法院确定划界的原则是什么，就是1958年《大陆架公约》第6条，关于等距离线的规定是不是同时也是习惯国际法的原则，要求法院作出判决。这样的管辖，从管辖权疑义上不存在疑义的问题，双方都同意。法院诉讼的文件会说谁和谁，会说 The Federal Republic of Germany and Netherland and Denmark，不是谁诉谁 Versus。如果达成协议，就不存在原告被告问题。

2>协议管辖

第二种管辖方式是协议管辖，很多法院的案件都是通过这一种。一般大家都用协议管辖这种说法。现行条约当中，一般都有争端解决条款，有关于强制管辖的规定，比如规定有关本条约产生的争端，先谈判，不成则提交到法院，都会有这样的条款。包括一些人权公约、《维也纳外交关系公约》《防止及惩治灭绝种族罪公约》都有这样的条款，当发生公约解释适用的争端，谈判不成则提交给法院解决。这种情况下，如果双方都接受了这个条款，没有就这个条款加以保留，法院可以直接管辖，就条约的解释、条约的适用问题直接管辖。这个实践中用的也比较多，比如【美国诉伊朗案】，伊朗侵犯美国使馆的人质案，双方都接受了1961年【维也纳外交关系公约】关于强制管辖的条款。

苏联解体的时候，那位总书记戈尔巴乔夫，他实际上在国际法上也提出了一些比较独到的见解。其实苏联解体的时候在国际法上提出了很多有意思的见解。他提出所有的国家都要接受人权方面的国际法院的强制管辖，也就是说，都要接受国际法院对于人权条约解释和适用引起的争端的强制管辖权。而且之后的苏联时代还接受了大约五个人权条约的强制管辖权条款，这些条约的解释和适用引起争端的时候，苏联同意到法院，由法院强制管辖。1990年-2000年的十年叫联合国国际法十年（Decade of International Law）。当时李老师比较年轻，经常跟外交部的一些人厮混在一块儿，经常提出一些建议。当时中国曾经与大国讨论一个问题，要不要在一些问题上，在一些条约中，接受法院的强制管辖权，接受国际法院对一些条约的强制管辖权，由五个大国同时宣布。不知道为什么这件事没谈成，但是俄罗斯确实是有行动，在一些问题上没有保留。

协议管辖最大的问题就是保留问题。如果允许国家对条约的解释、适用引起的管辖条款加以保留，就不受法院的管辖。今天中国对所有的多边条约有关提交法院的条款统统加以保留，这些是管辖不到中国的。但是这个问题，在1990年到2000年，大国实际上是有讨论的。之所以在1990年之后有讨论，因为1990年前后苏东剧变，冷战结束，意识形态的对立减轻，大国有可能合作了。现在几乎所有的安理会动用武力、授权使用武力的行动都是在1990年之后，就是因为冷战结束了，一个新的时代开始了。当然现在又发生了一些变化。

有些人对协议管辖不太清楚，实际上它也是一种很重要的管辖模式，法院在一些案子中也是根据这种管辖权管辖的。

3>任意强制管辖

第三种管辖权就是上面所说的任意强制管辖。任意强制管辖讲的是《规约》的当事国，同时也是联合国的会员国，每个国家都可以发表声明，接受法院对一些事项的管辖。一般是四类事项，几乎涉及到国际法所有的事项。当事国都可以发表声明，接受法院的管辖权。如果发表声明，这个时候法院可以对该国进行管辖；前提是，案件另一方也要发表声明。规约的当事国可以随时、任意地发表声明，接受法院对一些事项的管辖权。如果会员国发

表声明，另一方也同样发表声明，对于双方的这个案件法院就可以管辖。之所以说是任意，就是可以随便发表声明。其实中国可能也可以发表声明，随时什么时候都可以发表声明，当然也可以随时撤销声明，所以说任意的。

既然是任意的，就可以随时发表声明撤销。从法院的实践看，从各国发表的声明的情况来看，可以在声明中表示可以随时撤销对法院强制管辖权的接受，比如提前六个月通知法院撤销对强制管辖的接受。这种情况还是有的。比如美国，在 1986 年【尼加拉瓜诉美国】案中，当时代表美国的就是耶鲁学派的赖斯曼 (Michael Reisman) 和麦克杜格尔 (Myres McDougal)，李老师那时候也在美国读书，老师讲了很多，当时也听不懂。尼加拉瓜接受法院管辖权是比较特殊的，有一些瑕疵，它接受法院强制管辖权，但是没有经过国会批准。接受了强制管辖权的问题上，如果在国联时代接受常设法院的强制管辖权而没有撤销，这种接受将一直延续到对国际法院强制管辖权管辖权的接受。这一点上两个法院也是有延续性的。尼加拉瓜在国联时代曾经接受过常设法院的强制管辖权，在 1945 年之后没有否认，就一直延续。国际法院认为接受有效，虽然没有经过国会的批准，但是是被承认有效的。这个案件中美国用了撤销对强制管辖权的接受。美国对这个案子很生气，认为国际法院不能管辖，后来就宣布退出国际法院对它的管辖，法院说退出了也没有用，因为对美国已经进行了管辖。而且美国声明过提前六个月通知，等到撤销管辖生效之前，已经进行了管辖。当一个法院对一个案子已经行使了管辖权，这个时候再撤销法院的强制管辖，已经为时已晚。所以撤销这个问题实践中是有例子的。

任意强制管辖有一个对等原则，对等原则在任意强制管辖权问题上起了决定性作用，可能是最核心的一个问题。对等包括两个含义：

- ①在接受法院强制管辖权上对等；
- ②在保留问题上对等。

对等不但有要求对方也接收法院的强制管辖的含义，还有一个含义，这个含义很多人不是很清楚。这个含义就是在保留问题上也奉行对等原则。

各国接受管辖权的时候有很多保留。保留是多种多样的，因为任意强制管辖其实是自愿性的，按照法院的态度，发表声明总比不发表好，哪怕只接受一点儿也可以，所以有很多的保留，这些保留有些就本质上把声明的意义去掉了。如果按照国际法院关于保留的咨询意见，按照 1969 年《条约法公约》保留的制度，保留要符合条约的目的和宗旨，其实很多条约根本不符合符合条约的目的和宗旨，不符合接受管辖权的目的和宗旨，实际上是在逃避管辖权。

比如美国，美国接受法院管辖，其实基本上等于没接受。美国有一项保留，即美国认为的属于美国国内管辖的争端，国际法院不能管。这个保留是一个双刃剑，同时也对另一个接受法院管辖的国家适用。在美国和其他国家发生争端时，另外一个国家即使没有这项保留，也可以用这项保留不接受管辖权。保留是对等的，这个问题一个国家有保留，争端的双方就都没有接受法院的管辖权。保留是对等的，这在国际法上是非常重要的。对等原则除了要看是否发表接受管辖的声明，还要看双方保留的情况。假设五十个国家都做出了某一项保留，保留的内容不一样，有一个国家没保留，其实也等于保留了，因为保留是对等的，所以不用做出。如果像美国这样做一个基本掏空的保留，与其争端的国家即使没有做出保留，国际法院对它有没有强制管辖权就很难说了，它也可以像美国那样说是国内管辖的事物而排除管辖权。很多国家发表这个声明无非是做出一个尊重法律的姿态，仅此而已。美国把自己管辖的事物统统排除在法院管辖的事务之外，把多边条约统统排除在法院管辖的事务之外，基本上国际法院没有什么能管的了。现在美国因为【尼加拉瓜诉美国案】撤消了对强制管辖权的接受，法国因为【核试验案】也撤消了对强制管辖权的接受，英国说我表现最好，现在还接受呢，人们说你接受了也没人跟你打官司啊，而且这么多保留，已经把强制管辖权完全掏空了。所以现在虽然叫强制管辖，但是最终能不能管，还要看保留的情况。

发表声明接受任意强制管辖的国家现在可能有四十多个，前一段有四十六个，数量也不是太多。1946、1947 年左右，国际法院刚成立的时候，那时候接受的就有四十多个国家，现在还是四十多个国家，只增加了几个。所以任意强制管辖的办法并没有为大家所接受。

因此，中国为什么不发表一个声明呢，很多人批判国际法院，批评五个大国只有一个英国接受法院的强制管辖权，其他国家都没有，这些国家还有一个法官呢，还代表一个文明呢，连接受管辖权的声明都不敢发表，哪怕是带保留的。所以还是应该表现出一种态度。我们有时候比较害怕，因为不知道是怎么回事儿，其实如果真的了解，即使发表了声明，法院要管辖你路还很远呢。菲律宾也要参加强制管辖，但是菲律宾也有一个很重要的保留，像美国那样的保留。国际法上如果发生诉讼，跟国内法一样，可以提出管辖权疑义。一个国家在国际法院被起诉，不想参加诉讼，可以向法院提出初步反对意见 (Preliminary Objections)，大概可以提出几个理由：①管辖权

问题，说法院对自己没有管辖权。这一般是从后两种管辖权，即协议管辖和强制管辖中，找出管辖权疑义；②提出此案不予受理，这个理由在利比亚【洛克比案】中比较明显。按照美国的说法，这个案子不能上庭，因为涉及到国际和平与安全的问题，是维和的问题、是打击恐怖主义的问题，是安理会的责任。利比亚说这是关于非法劫持航空器的问题、航空器的非法行为的问题，是典型的《海牙公约》、《蒙特利尔公约》要禁止的行为，这是一个公约解释和适用的问题。所以是不是可以接受、是不是可以受理，这个问题也是一个可以提出的主张。当然如果主张要主张上庭，也会讲如何解释有管辖权、如何解释可以受理。有管辖权和是否可以受理不是一个问题，是两个问题。一个是不同机构职权划分的问题，一个是有没有管辖权的问题。

4>资讯管辖权

国际法院除了诉讼管辖权，还有资讯管辖权。国际法院应联合国机构和一些国际组织的邀请，可以对一些法律问题发表咨询意见（Advisory Opinion）。咨询意见实际上是国际法院做的比较重要的工作，也是国际法院对国际法的发展比较重要的贡献。

国际法院的诉讼管辖权完全是对国家的，是对《国际法院规约》的当事国。凡是《规约》的当事国，都可以成为法院的当然的诉讼当事国，但是法院能不能管还要看管辖权情况。法院不受理组织、个人、公司的案件。这是传统的比较经典的实在国际法的观点。至于能不能扩展到组织，还在讨论之中。

国际法院最主要的问题可能就是管辖权问题。仔细研究管辖权问题，会发现它比较复杂。我们说有自愿管辖、协议管辖、任意强制管辖三种情况，把这些管辖好好梳理一遍，会发现其实都是自愿管辖。原理上国际法院的管辖权就是基于自愿的原则。不知道是谁把第一种管辖权总结成自愿管辖，其实都是自愿管辖。有人说协议管辖是不是可以说成条约管辖。其实协议管辖就是根据条约的争端条款进行的管辖，这种管辖就是根据现行条约，比较标准的条约都会有争端解决条款，有一个强制解决争端的规定，这个规定要求条约的当事国就条约的解释、条约的适用问题采取某种方式解决，或者接受某种管辖权，就像制定法律比较注意规定争端怎样解决。经典的争端包括条约的解释、条约的适用、赔偿问题，到法院去的一般就是这几种。所以自愿管辖、协议管辖这些说法不知道是谁总结的，我们也不破坏这种说法，理解这个意思就行了。

4. 法院的诉讼程序

国际法院还有一些比较程序性的问题。程序问题上法院也积累了一系列案例，经常也要援引先例的。

国际法院适用的法律

程序问题首先是到法院打官司所适用的法律。我们都说《国际法院规约》38条，适用法律的条款也是法律渊源的条款。适用法律对于法官来讲就是法律渊源。

国际法院庭审的程序

国际法院庭审的情况，先是书面的程序，然后是口头程序，然后是判决程序。最主要的是要把诉讼请求写清楚，书面的程序一般起诉状写得比较简单，主要是诉由、法律适用；书面的 Argue 要写得比较多。当然有的时候是缺席审判，比如【尼加拉瓜诉美国】，美国就是缺席审判。

特殊程序

在法院的程序当中，有一些比较有意思的特殊程序，比如以下几种：

① 诉讼保全、临时措施。

比如在 1974 年澳大利亚诉法国【核试验案】中，澳大利亚要求法院先行做出一个临时措施、诉讼保全。法国在南太平洋进行大气层试验，澳大利亚很不爽。那个时候是 70 年代，法国的核技术也不成熟，试验都在大气层进行，爆炸之后核尘埃就飘到澳大利亚领土。所以澳大利亚要求法院做一个诉讼保全，法院接受了，要求法国停止核试验。

法院做临时措施一般以 Order 命令的形式，要求法国先停止试验，实际上按照国内法的说法就是诉讼保全。法院做出了临时措施的时候，法国提出质疑，称还没解决管辖权问题，不能发动临时措施。法院从原理上解释，在做出临时措施的时候，不需要确定法院有管辖权。法院对案件的主体的管辖权叫主管权，但是做临时措施的时候法院有一个固有的管辖权，叫从管辖权，在还没有确定是否存在主管权的时候可以做出临时措施。关于这个措施，是法院本身固有的管辖权，这种管辖权和审理案件实质的管辖权是不一样的，是从管辖权。

②合并。

澳大利亚诉法国,旁边还有一个国家新西兰也很生气,法国的核试验新西兰也受影响。所以新西兰也告法国,诉讼请求是一样的。最后法院就合并审理,因为是一个诉。国际法院的案例中合并的情况也是有的。

国际法院判决的执行

关于国际法院的判决问题,没有太多人研究。谁来执行国际法院的判决呢,一般来讲法院的判决是让大家自愿执行。从法律上讲,安理会也可以强制执行判决,但是安理会强制执行判决很少,主要是各国自动执行。

四、国际法院重要案例

这里把国际法院做出的比较重要的案例梳理一下。案例在课程中基本上也贯穿了,这里再来梳理一下。外国教授讲课往往就是 Cases Materials,讲一讲案例然后就提问了。其实案例本身应该是穿插在国际法的整个课程当中。李老师认为,一个课程中应该有很丰富的案例支持,有国内国际的大量的事件支持,才能讲清楚。不过这里还是把国际法院的案例总结一下。

1. 【核试验案】

1966年至1972年期间,法国曾经多次在南太平洋法国领土波利尼西亚的上空进行大气层核试验。1973年,法国还进一步计划进行空中核试验。1973年5月9日,澳大利亚和新西兰两国分别向国际法院提出请求书,状告法国的空中核试验违反了国际法。

澳大利亚请求国际法院判定法国违反了现行国际法规则,并命令法国不得在该地区进行进一步的核试验。新西兰则请求判定和宣布根据国际法,法国政府核试验所引起的放射性微粒回降,已构成对新西兰权利的侵犯,进一步核试验将进一步侵犯。澳大利亚和新西兰还同时请求法院指示临时保全措施,命令法国在国际法院作出判决之前,停止一切空中核试验。

法国于1973年5月16日发表声明,否认国际法院对本案有管辖权,声明不接受国际法院的管辖。国际法院接受了澳大利亚和新西兰的请求后,法国拒绝对以后的程序递交辩诉状,并拒绝出庭应诉。

国际法院于1973年6月22日以两项基本相同的命令指示临时保全措施。

后来,由于法国表示不准备继续进行空中核试验,国际法院在1974年12月20日作出决定,认为不必对本案作进一步的判决

一般的案例书不会把该案排在最前面,但是耶鲁学派一定会先讲这个案例。因为这个案例可以比较经典的体现法律和政治的关系。案情并不复杂。60年代开始法国就在南太平洋上空进行大气层试验,试验的尘埃就飘到澳大利亚和新西兰领土上,澳大利亚到法院告法国,之前先行进行了外交交涉,法国不理睬。澳大利亚要求法院判两个事情,一是要求法院宣告和判决法国进行大气层试验是违反国际法的,二是要求法院命令法国停止试验。

法院的推理还是很有意思的,推掉了一个澳大利亚的诉求,认为澳大利亚的第一个诉求不是真正的诉求,而是一个理由。它不是目的是理由。澳大利亚只有一个目的,就是让法院命令法国停止试验。所谓的宣告法国违法,宣告一个法律关系,只是为了让它停止试验的理由。法院还举了很多的先例,证明一个国家到法院诉讼,它提出的诉讼请求并不一定是真的诉讼请求,包括英国和法国的一个案子,十几点诉求,真正的诉求只有两三点。所以经过推理,法院推掉了一个诉求。

然后法院又经过一系列推理,认为法国发表的一系列的声明已经构成了一种承诺。法国的这些单方面的声明,大概意思就是由于法国的技术已经到达了可以进行地下试验的程度,所以法国下一年开始将转入地下试验。这些声明基本就是这个意思,因为澳大利亚总是抗议它,所以它这么讲,这话听起来也不像是一个承诺,澳大利亚认为这个话不够硬,法国应该做出一个很 Firm 很坚定的承诺,说以后不进行大气层试验,法国说的语气也不怎么像这样一个承诺。但是法院经过反复推理,认为法国说的这种话就是一种法律上的承诺,法国这种单方面的承诺是有法律上的义务的效果的。既然法国承诺不再进行地下试验,因此本案就没有诉讼标的了,争议不再存在,所以本案予以撤销。法院在抹掉了一个诉讼请求之后,经过推理认为,法国的一系列的声明、表态虽然被澳大利亚认为不是一种承诺,但是法院认为已经构成法律上的承诺了,构成法律上的单方面的声明,这种声明是有义务的,法国的承诺已经满足了澳大利亚的唯一诉求,因此标的消失,予以撤销。

这个案子澳大利亚也很生气,觉得自己提出了两个诉讼请求,到国际法院抹掉了一个,然后又说法国是一种

义务的承诺，案子就结束了，就不审了。这个案子给我们一个启示，以后去国际法院打官司，要先写上“这是一个真正的诉讼请求”。要求法院宣布违法是一种很常见的诉讼请求，澳大利亚怎么也没想到会被抹掉。其实就连条约上的白纸黑字都能抹掉的，何况是这种诉讼请求。人们说法院这一次真是把条约解释发挥到极致，一个很标准的诉求被它说成是理由，说理由是为目的服务的。

这个案子经常被用来说明单方面的声明也具有法律效力，也可能构成法律义务。这个问题上还是有相当的创新的。

New Haven School 之所以对这个案子情有独钟，因为这个案子是反映了法律背后的政治关系。进行核试验、大气层试验，当时只有五个国家有能力，就是现在的五大国。其中法国和中国的技术还比较差，中国是 1964 年才成功，当时中国那时候的情况似乎跟现在北朝鲜比较像。中国和法国只有在大气层试验，技术好的是美苏英三个国家，早在 1963 年它们就签订了《部分禁止核试验条约》，禁止在大气层试验，只能在地下试验。也就是说五个大国中的两个为了发展国防、打破核垄断的肆无忌惮而进行大气层试验，另外三个为了核垄断签订了一个条约。这反映了国际法的格局。如果认为国际法上已经发展了禁止核试验的规则，这个在国际法上有些问题。全世界大部分国家都反对大气层核试验，这是毫无疑问的。但是国际法首先要有国家实践。国家实践更重要的是利害关系国的实践。当时五个大国，其中两个国家都肆无忌惮进行试验，根本不认为它是法律，根本不认为这上面已经形成了法律，这种情况之下，能不能说这上面形成了习惯规则，禁止大气层试验，这是一个很大的疑义。

更有意思的问题是，1963 年的《部分禁止核试验条约》，三大国还留了个口子，说任何国家都可以提前六个月通知而退出该条约。保留的机制和退出的机制，被认为是对习惯法的形成是有影响的，当时是这样，今天也有这样的情况。如果这三个国家都可以随时退出，就可能被认为不存在禁止大气层试验的国际法规则。因为任何的习惯国际法、一般国际法的规则，不能用一个国家的单方面行为排除其效力。如果说存在着一个禁止大气层试验的一般规则，就意味着在法律上讲，任何一个国家都不能用单方面的行为排除它的效力。这个原理就说明，五大国都对是否存在禁止大气层试验的规则表示迟疑。有的表示反对，有的表示有所保留，并不认为存在一般的规则。这个时候如果法院作出一项判决，认为大气层试验是违法的，这恐怕与习惯国际法的法理有悖。

但是另外一个方面，法院又不能说大气层试验是合法的。道理很简单，这是逆流而动，谁都知道大气层试验不好。绝大多数无核国家都反对进行大气层试验，因为这与环境保护完全背离，与和平主义也背离。所以不能说它是合法的，于是法院处于一个尴尬的地步，要考虑到政治的问题，同时考虑到人民对环境保护、对和平的要求。所以它搞了一个妥协，回避了第一个问题，用另外的办法解决了第二个问题，形成了这个判决。所以人们说要从争端的解决、从妥协的角度，这还是一个比较经典的判例，说明法院还是要考虑到很多因素，特别是政治因素的影响。

2. 【北海大陆架案】

西德与丹麦、荷兰在北海大陆架的划界问题上发生了争执。上述国家曾于 1964 年 12 月 1 日签订了《德荷条约》和 1965 年 6 月 9 日签订了《德丹条约》。在这两个条约中确定了彼此间的部分边界线，但它们无法就这些点以外的边界线达成任何协议。因为，西德认为，在习惯国际法中没有等距离原则，而且用这种方法划分北海大陆架疆界对西德来说是极不公平的。由于西德的海岸是凹形的，其海岸线向内弯曲很大，如果按照等距离原则来划分大陆架对它很不利，只能给予它较为狭窄的大陆架区域，面积仅占北海海床的 5%，而丹麦和荷是同则分别占 10% 和 11%。而丹麦和荷兰则坚持认为，1958 年《北海大陆架公约》第 6 条“等距离+特殊情况”规则已经成为习惯国际法。但是，德国仅是该公约的签字国，而不是批准国。1966 年三国进行了进一步的谈判而未能使问题获得解决。1967 年 2 月 20 日，西德分别同丹麦、荷兰签订特别协定，将划分北海大陆架的争端提交国际法院解决。国际法院在 1969 年对此案进行了最后判决。

我们经常讲到这个案例，这个案例在今天也还是很有意义的。今天中国主张的东海大陆架的原则就是【北海大陆架案】确定的原则。案件一方是联邦德国，当时两德还没统一；另一方是丹麦、荷兰。这三个国家是相邻国家，在一侧。画大陆架是海岸相邻或者相向国家之间，中国和日本就是相向。这三个国家是相邻国家，一方是联邦德国，一方是两个国家。这个案子双方用的是自愿管辖的方法，双方签订了特别协议提交给法院。让法院判的问题不是如何划界，而是判决 1958 年公约的等距离线的原则是不是习惯国际法的规则。

1958 年公约确定了划界的原则，等距离线+特别情势 (Equidistance plus Special Circumstances)，简称等距离线规则。法院经过经典的推理，认为 1958 年公约仅仅是一个条约的规则，而不同时是一个习惯规则。这样结果就清楚了，两国之间划界采取的是另外的原则。

法院一方面否定了等距离线同时是一个习惯规则，也提出了新的划界原则，即公平原则。还提出了公平原则的几个要素：①陆地向海洋的自然延伸，我们今天中国和日本的划界也是考虑陆地向海洋的自然延伸问题；②岛屿的分布；③海岸线的长短。

这个案子有两个方面的意义：

1>在大陆架划界问题上提出了新的原则，否定了“一个原则作为习惯法，同时提出了新的原则”；

2>在习惯法的确认、形成问题上，提出了一套法理。

习惯国际法如何形成、如何确认国际法，在【北海大陆架案】之前，大家的说法是不太一样的。因为关于习惯如何形成、如何确立，并没有一个条约，也就是一些国家的实践。如果说习惯如何形成、如何确定，可能存在一般的习惯，但是没有条约的规定。但是我们可以总结出来如何判断习惯法的存在、如何判断习惯法的形成，有一些法理。【北海大陆架案】中，法院对这个问题进行了很详细的讨论。它其实从基本的概念上说清了这个问题，这个问题就是国际法编纂。国际法编纂是连接条约和习惯最基本的东西。编纂本身用的是条约作为工具，编纂的对象是习惯，这就把两者联系在一起了。编纂肯定包含已有的习惯，这是公认的原理。

但是法院没有满足于这一点，法院认为其实还有两种情况说明条约对习惯的效力。一种是，当一个条约在起草的过程中，相关的习惯可能正在形成，编纂的过程可以固定一个形成的习惯。这种方法是过去没有人想到的，没有人想到习惯法可以这么形成。一个规则在条约制定的初期就是一个条约，与习惯没什么关系，但是经过一个编纂的过程，经过各个国家的反映，以至于在条约达成的时候，新的习惯已经形成了。这种说法还是很有意思的。比如说1982年《海洋法公约》，公约谈了十年，从1973年开始谈，1982年签字。专属经济区的概念，可能在1973年刚开始的时候就存在了，很难说那个时候就是一个习惯规则。但是公约谈了十年，这个过程中大家慢慢认可这个概念，在1982年的时候这个概念已经成熟。大家都接受这是一个习惯国际法规则，都接受领海之外有一个专属经济区。法院把这种情况叫做固定国际法。

法院还有一个很重要的创新。一个纯粹的条约规则，比如《海洋法公约》，1982年签署的时候，很多规定只是条约规定，只对当事国有约束力。但是从1982年到今天又过了三十多年，今天可以说已经发展为一个习惯规则，因为1982年之后，许多国家的实践支持它，使得具备了一般实践和法律确信的要素。国家实践可以发展新的习惯法。所以【北海大陆架案】对于习惯国际法的形成是有里程碑意义的案件。国际法院有个院长阿根廷人阿里查加，已经退休了，他写过国际法院对国际法发展的贡献。在他看来，国际法院对国际法最大的贡献是阐明了习惯国际法如何确认和形成的一套法理。每次国际法院判案，要找法，如何寻找法律、确认法律，国际法院找了一套办法，这套办法在【北海大陆架案】中得到了详细的阐述。

3. 【尼加拉瓜诉美国案】

1984年4月9日，尼加拉瓜政府向国际法院起诉美国政府指使某些拉美国家的国民在尼境内从事诸如在尼加拉瓜的港口进行布雷、破坏尼加拉瓜的石油生产设施和海军基地、侵犯尼加拉瓜的领空主权以及在尼加拉瓜组织和资助反政府集团等军事和准军事行动提出指控，请求国际法院宣布，美国违反了根据若干国际条约和一般及习惯国际法对尼加拉瓜所承担的义务，美国的行动构成非法使用武力和以武力相威胁、干涉尼加拉瓜内政和侵犯尼加拉瓜主权的行爲，请求国际法院责令美国立即停止上述行动并对尼加拉瓜所受到的损失给予赔偿。美国提出法院对该案没有管辖权，法院否定了美国的初步反对意见。

在针对本案实质问题的判决中，国际法院判定美国的上述行为违反了禁止使用武力原则，构成了对尼加拉瓜非法使用武力和以武力相威胁；美国一提供财政支持、训练、武器装备、情报等形式支持尼加拉瓜境内的反政府武装的军事和准军事行动，构成了对不干涉内政原则的违反，同时也违反了国家主权原则；美国违反了在武装冲突中应遵循的人道法原则，适用于非国际性武装冲突的1949年4个日内瓦公约的原则作为习惯法可适用于本案；美国的行为还违反了美尼之间的《友好通商航海条约》。法院判令美国有义务立即停止并不采取上述任何违反国际义务的行为，并且有义务对尼加拉瓜因美国上述行为所遭受的损失给予赔偿。

在该案中，国际法院还对1949年日内瓦公约共同第三条的效力作出分析，认为该共同第三条反映了“人道的最基本考虑”，由此强调该共同第三条构成了国际习惯法。另外对于使用武力的合法性问题，国际法院援引了联合国大会第2625号决议，认为禁止侵略是一项强制性规则。以此作为证据证明禁止使用武力义务的国际习惯法地位

1986年国际法院对【尼加拉瓜诉美国案】进行了判决，判美国违反了习惯国际法的不干涉原则和禁止使用武力原则。案由也不复杂，尼加拉瓜原来执政的是美国支持的索摩查，被左派桑迪诺运动推翻了。美国支持中美

洲洪都拉斯等国家对反政府武装进行训练、援助等，美国甚至出动飞机轰炸尼加拉瓜港口、炼油厂等。尼加拉瓜起诉美国，认为美国的军事活动和准军事活动违反了国际法的不干涉原则和不使用武力原则。这个案件在管辖权上很有意思，前面有涉及这个问题。

由于美国对多边条约的管辖权提出了保留，所以这个案子国际法院是按照习惯法判决的。因为禁止使用武力和不干涉原则不只是《联合国宪章》规定的，同时也是一般国际法的原则。这个案子也很好地说明了习惯国际法和协定国际法的关系。美国认为，现在的不干涉原则和不使用武力原则是不可能脱离《宪章》独立存在的。而《宪章》是多边条约，所以不能用《宪章》起诉美国。这是美国的逻辑，认为《宪章》架空了习惯国际法的不使用武力和不干涉原则。但是法院经过很有意思的推理否定了这一点，法院的这种观点也是今天大家都接受的。习惯国际法和协定国际法，是两个独立的渊源，尽管两者在内容上可能会同一的（Identical）。如果一个原则，同时是习惯法和协定国际法，内容上是完全一致的，并不影响它作为两个独立的法律渊源存在。这样就把美国的所谓架空理论打掉了，确立了两种渊源的独立性。按照国际法院的这种标准，今天对叙利亚的干涉是标准的违法，一点儿问题都没有。当时美国对尼加拉瓜的军事和准军事行动，很多方面恐怕还没有现在的强，现在是公开地训练反对派。这个问题上如果叙利亚要 Argue，【尼加拉瓜诉美国案】是一个很好的案例。

【尼加拉瓜诉美国案】是第一个针对超级大国的判例，说明国际法上不干涉、不使用武力确实是重要的原则，该案再次确认了这一点。

4. 【使用核武器合法性问题的资讯案】

1993年8月27日，世界卫生组织（下称WHO）总干事（Director-General）根据1993年5月14日世界卫生大会通过的WHA46.40号决议，向国际法院递交了请求发表咨询意见的请求。该决议请求国际法院就下述问题发表咨询意见：

“考虑到核武器的使用所造成的对人类健康和环境的影响，一个国家在战争或武装冲突中使用核武器是否违反了其根据国际法包括WHO章程（WHO Constitution）在内所承担的义务？”

1993年9月3日，国际法院接受了WHO的请求。1996年7月8日，国际法院作出了拒绝发表咨询意见的决定。

同一时期内，联合国大会于1994年12月15日通过第49/75号决议，请求国际法院就“威胁使用或使用核武器的合法性”问题发表咨询意见。在拒绝世界卫生组织请求的同一天（1996年7月8日），针对联合国大会的请求，国际法院发表了相应的咨询意见。这样，在历史上，国际法院第一次面临同时处理两个相类似的请求的局面。不同的是，对于世界卫生组织的请求，国际法院予以了拒绝。

这个案子是个咨询意见，是应WHO世界卫生组织的要求，对这样一个问题提出的法律意见，即核武器的使用是不是合法的，一般说成使用核武器的合法性问题。这个案子对我们写论文可能很有帮助，因为这个案子告诉我们如何确定一个范围。如果问核武器的使用是不是合法，我们会想到这个问题跟国际法上哪些问题有关联。这个问题和战争法有关联，和人道法有关系，还和环境有关系，还与禁止使用武力有关。法院看到这个咨询意见是世界卫生组织提出的，就说首先要界定一下它的范围，从哪个范围讨论这个问题。因为国际法很多，国际法涉及的内容很多，所以说要找两个最有关联的方面讨论这个问题。

它认为首先这个问题跟使用武力有关，和人道法有关。至于环境问题等，也有关，但是不是关系最密切的部分，要抓住“主要矛盾”，集中精力从这两个问题讨论核武器的使用是不是合法的。做论文也是这样。本科生问题还不大。就像写如何做红烧肉，本科生写的如何做红烧肉就是写菜谱……博士就写的从如何养猪开始，没有什么关联性。写论文，一定要找与这个问题最有联系的，因为可能确实与很多问题有关系。其实高中生最简单，考试一定要切题。到了本科，觉得知识比较多了，就发挥发挥；到了硕士，再发挥发挥；到了博士，就一定从养猪开始写。李老师在东大访问，东大有个教授很苛刻，一次参加一个研讨会，一个外国人长篇大论，李老师也没听懂。这个东大的教授就问你说的这个事儿跟主题有什么关系呢，外国人很难受地解释了半天，他说最后讲的跟主题有点儿关系，别的都没关系。所以一般讲的都是些没关系的这些人都是教授，教授就爱说一些没啥关系的话，因为也没人管他，他爱怎么说就怎么说，他自己以为水平挺高的，博士也自以为水平挺高的。要做个律师，早把他开了，让你写个Menu，你写个怎么养猪。所以这个案子对于如何写论文还是很有帮助的，要知道写哪些东西，如何证明你的观点，一定是要有关联的，要有一根线。

这个案子，法院也是用了一个比较经典的证明，再次说明国际法的两个主要渊源，条约和习惯。首先从协定国际法《宪章》说起，谈到2条4款、51条自卫的问题。再从禁止使用武力的习惯法谈起。然后从人道法的协

定法谈起，然后是习惯法。最后得出两个结论：①使用核武器涉及无辜，是违反人道法的；②这一点比较含混，关于国家是不是可以再生死攸关的时候使用核武器，这一点上法律不明。它的原话大概是说不能确认国家在生死攸关的时候使用核武器的合法性。在这个时候使用核武器，法律是什么不清楚。我们总结就是法律不明，无法可依。

这样的—个论断、结论还是很有意思的。法院在禁止使用武力的习惯法、协定国际法中，找不到禁止使用核武器的规定，都是国家不得生产、不得储存核武器等，没有找到禁止使用核武器。国家是不是可以在生死关头动用核武器，法律不明。这个推论是有道理的，我都要死了，你那边核弹都过来了，我再不动就完了嘛。法院的推理说这么长时间没有发生核战争，很多人以为这是一个法律的要求，其实这是一个政策的要求，这是威慑政策带来的结果，核威慑带来的结果。之所以打不了仗是威慑的问题，之所以不扔核弹是担心对方也扔过来。这是一个政策问题，不是一个法律义务。这个推理是很合乎合理的。所有的政治家、战略家在核问题上建立的理论都是威慑的力量。如果我有第二次打击的力量，这个战争是打不起来的，谁都害怕毁灭，导致了美苏之间长期的削减战略武器的谈判。最后法院得出结论，生死关头是不是可以使用核武器法律不明，这一点还是准确的。

5. 【波黑诉塞黑案】

1993年3月20日，波斯尼亚—黑塞哥维纳向国际法院递交了针对南斯拉夫联邦共和国（the Federal Republic of Yugoslavia）的请求书，指称后者：（1）在波黑但不限于波黑境内针对穆斯林等团体实施了灭种行为；（2）针对穆斯林等团体预谋灭种、共谋灭种、意图灭种和公然煽动灭种；（3）未能防止和惩治灭种行为，违反了1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》，因而与之存在着公约意义内的“争端”。

针对上述指控，1995年6月30日，南联邦提出了7项初步反对，分别从波黑公约当事国身份、波黑的被承认违反国际法、自身没有参与冲突等角度质疑了波黑请求的可接受性（admissibility）及法院对波黑请求所拥有的管辖权。

1996年7月11日；法院判决驳回了南联邦所提出的6项初步反对，认为自己拥有管辖权，波黑的请求具有可接受性。

2001年4月24日，南联邦基于自己2000年11月1日被联合国大会接纳为会员国这一“事实”，认为自己在此日之前既不是联合国会员国，也不是《国际法院规约》和《灭种罪公约》当事国，因而请求法院根据规约第61条对1996年初步反对判决进行“复核”。2003年2月3日，法院就此作出判决，认为南联邦所主张的“事实”并非规约第61条所称“事实”，复核请求不具可接受性，因而应予拒绝。

2007年2月26日，在历时近14年后，国际法院作出了最终实体判决。在判决中，法院确认：（1）塞尔维亚在最后诉求（final submissions）中所提出的在效果上相当于对自身管辖权的反对应予驳回，自己拥有基于公约第9条的管辖权；（2）塞尔维亚没有通过其机关或个人—在习惯国际法上这些机关或个人的行为会引起国家责任—来实施灭种行为（committed genocide），因而没有违背公约义务；（3）塞尔维亚没有违背公约义务“预谋灭种”（conspiracy to commit genocide）；（4）塞尔维亚没有违背公约义务“共谋灭种”（complicity in genocide）；（5）就1995年7月发生在斯雷布雷尼察（Srebrenica）的灭种而言，塞尔维亚违背了公约第1条所规定的“预防灭种”义务；（6）由于塞尔维亚没有将被指控犯有灭种和共谋灭种罪行的姆拉迪奇（Ratko Mladic）移交给前南刑庭，没有与前南刑庭合作，因而违背了公约所规定的“惩治”义务。

这个案子很长，现在越写越长，这些案子都可以在国际法院网站上看到。这个案子国际法院的程序上有疑义。塞黑和前南斯拉夫是不是一个国家，是不是有继承的关系，程序上有问题。因为塞黑是加入联合国的，把前南种族清洗的事情扔到塞黑头上可能是有点儿问题的。2007年之前，担任国际法院院长的是中国籍法官史久镛，2007年审理这个案件的时候他已经退休了，接任的是英国的女法官罗莎琳·希金斯（Rosalyn Higgins），她水平还是挺高的，写了本书叫 *Problem and Process: International Law and How We Use It*，是典型的耶鲁学派的人物。李老师曾经亲耳听到，史久镛法官说过当年他当院长的时候本来想用程序问题不接受这个案子的，没想到“那个女人”一上台，就把它审了，而且用一种极为独特的方法把它审了。可见史法官对这个女人成见很深。法官脑袋里是不一样的，史法官是比较严格的实在法学，那个女人是比较极端的 Human Dignity。

这个案子涉及1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用。波黑认为塞黑违反了公约的规定。塞黑，其实是前南在一个叫斯雷布雷尼察的地方进行了灭种，杀了很多穆斯林，进行种族清洗。波黑认为塞黑，其实是前南政府要对这种清洗负责。塞尔维亚说1948年的公约叫《防止及惩治灭绝种族罪公约》，是要求一个国家的政府对一个国家境内的个人加以防止和惩治，根本没涉及到政府的问题，政府的唯一义务是禁止境内个人的灭种。一个国

家的义务是把灭种的个人送到国际法庭，并没有说国家能不能做政府的事情。

我们可以看看 1948 年的条约，这个条约很短，从文字上看，从缔结条约的准备工作、历史来看，都能很清晰地看出，这个条约讲的很简单，没有涉及政府灭种的事儿。政府灭种是国家刑事责任问题，个人灭种是个人刑事责任问题，1948 年的公约指的就是个人。但是法院很有意思，经过了很简单的推理，还不是复杂的推理，推出了从人道的意义国家也不能灭种的意义，说一个条约既然禁止个人灭种，同时也隐含了国家不能灭种的意义。一个公约如果禁止了个人的灭种行为，难道不也意味着国家也不能做这样的行为么？其实在我们看来，法院通过推理，给国家增加了一项义务。原来国家的义务是惩治那些犯有灭种罪个人，并防止这种事情发生。现在国家也不能灭种了，国家可以犯罪。只不过这个案子最后在结合实际的时候，认为塞黑没有犯这种罪行，认为还是一种个人所为，用了一个比较宽松的解释。前南政府对塞尔维亚人民军还是事实上提供了一种帮助，但是国际法院认为没有主观上的故意，所以承认个人罪行，而国家没有犯罪。

李老师认为，如果这个罪名是国家罪名，当初应该很清楚地规定这个问题，但是条约根本没有规定这个。刑法上确定一个罪名是罪刑法定，不能推出一个罪名来，这跟刑法上的罪刑法定是有抵触的。但是法院就这么干了，说明法院的价值引导是多么的强烈。当时也有很多法官反对，包括史法官也反对，但是多数法官支持。

这个案子在国际法的要点是：

- ①再次强调了刑事责任问题，提出了国家的刑事责任；
- ②在条约解释的方法上，用了比较经典的欧洲人权法院的那种道德判断、当下的价值判断方法。

6. 【巴塞罗那电力公司案】

巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司 (The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited) 是一家控股公司，1911 年于加拿大多伦多成立，其总部、帐户和股份登记册均设在该市。为在西班牙发展一套电力生产和输送系统，该公司分别在加拿大和西班牙设立了许多附属公司。一战之后，该公司的大部分股份逐渐落入比利时国民手中，并一直为其控制。巴塞罗那公司发行了几笔比塞塔债券和英镑债券。1936 年西班牙发生内战后，两种债券都停止了支付。1940 年，比塞塔债券恢复支付利息，但由于西班牙外汇管制当局拒绝批准本国境内的公司向巴塞罗那公司汇兑必需的外汇，使英镑债券未能得到偿付。1948 年 2 月，向西班牙地方法院应新近取得巴塞罗那英镑债券的三个西班牙公司的请求，宣布巴塞罗那公司破产，同时没收了巴塞罗那公司及其两个附属公司的资产。此后，破产委员会采取了一系列措施，取消了附属公司在西班牙境外的所有股份，又通过拍卖将附属公司的全部资本卖给了一家新成立的西班牙公司，此公司就完全控制了巴塞罗那公司在西班牙的整个企业。1958 年 9 月，比利时向国际法院提出请求书，指控西班牙国家机关的行为违反国际法，侵害了巴塞罗那公司的权利，要求国际法院责成西班牙政府负赔偿责任。1970 年国际法院对本案作出了终审判决。

这个案子涉及国际法两个主要问题：①股东的国籍国与外交保护，或者说公司的外交保护问题；②对一切的义务 (obligations erga omnes) 的概念。我们先说后者。

对一切的义务

对一切的义务，关于这个概念，1966 年有一个咨询案【西南非洲案】。两个非洲国家，埃塞俄比亚和利比里亚仗义执言，认为南非一直在搞种族歧视、种族隔离，到国际法院控告南非。当时有一个概念，相当于现在所讲的集团诉讼概念，两个国家说要用这个概念，大概可以翻译成出庭权。法院否定了两个国家的出庭权，认为南非的事儿跟他们没什么关系，即使有点儿关系也没有出庭权，不能代理诉讼。当时辩论很激烈，法院 7 比 7，最后院长投了加重票，否定了出庭权。这个判决激怒了第三世界，说国际法院明显站在种族主义立场上。国际法院法官三年一选，每次选五个，任期九年。第二年这个院长就以下被选掉了。

1970 年的【巴塞罗那电力公司案】是对这个案子的修正。该案先讲国际法上有两种义务，一种是对等的义务，比如经典的外交关系，接受国和派遣国之间，接受国违反了《维也纳外交关系公约》的规定，侵犯了使馆，这是一个相对的关系、对等的关系、一对一的关系，传统的国际法的义务都是这样的。法院借着 1966 年的案子又说，还有一种义务，就是所谓的对一切的义务，是一个国家对国际社会整体的义务。这种义务，就是一种对国际社会作为一个整体的义务 (Obligations to International Community as a Hole)。国际法院还举了一些例子，比如国际法上的禁止使用武力、禁止种族歧视、种族灭绝的规定，都属于对一切的义务。

其实对一切的义务，今天可以阐释很多问题。比如人权问题，一个国家对自己国民的问题，为什么会遭到其他国家的反对，这个义务就从理论上解释了这个问题。也解释了侵略，一个国家侵略别国，国际社会为什么可以

对被侵略国提供支持。法理上这个义务还是很重要的。

股东的国籍国与外交保护

公司的问题上，法院否定了股东的国籍国有外交保护的權利。巴塞罗那的这个公司是一家在加拿大注册的，但是以西班牙作为主营业地的电力公司。在 40 年代末，西班牙搞国有化，就是把外国资本赶出去，把一些重要的民生的行当控制在自己的手中，西班牙也搞过这个事情。结果把经营得好的公司弄坏了，这个公司马上要破产了。公司的注册地国是加拿大，加拿大提出过一些外交保护，认为西班牙不应该这么干，最后考虑外交关系，也不管了。因为这个公司股东主要是外国的，虽然注册在加拿大，但是个人和公司的股东 80%都是比利时的。看加拿大不采取行动，比利时就以股东的国籍国来提出外交关系。

股东的国籍国、公司的国籍国、公司和股东的关系，这样的问题不是国际法关注的问题。公司是国内法、公司法的问题，国际法上没这种概念。所以这个案子中，国际法院运用了《国际法院规约》38 条一般法律原则，运用了各国公司法的一般原理，探讨了公司和国家的分离问题。虽然有刺破公司的面纱这么一说，但是公司和国家是分离的，两个不同的概念。最后国际法院说股东的国籍国不能行使外交保护，只有公司的国籍国可以行使外交保护。而且这个案件确定了一个原则，公司的国籍国就是公司的注册地国，只有这样的国家才可以在国际法上提出外交保护。这与国际法上的个人的国籍形成鲜明对照，个人国籍在国际法上比较强调真实联系，而公司在国际法上不是这样。这也有道理，现在很多都是跨国公司，是多国籍的。如果每个股东的国籍国都可以提出外交保护，就会很多，就会紊乱。如果说大股东的国籍国可以提出外交保护而小股东的国籍国不能提出外交保护，这也没有办法确定，可能有的公司 5%就是大股东了。所以就否定了在公司的国籍国不提供外交保护的情况下，股东国籍国代为保护的主张，认为股东国籍国不能提出外交保护。当然这个案件也有一些歪理，说这个公司还没死，加拿大还可能提出外交保护，其实不可能了。有人对这个判决提出怀疑，认为不符合法治，让它没有救济的办法了，因为已经到国际法院了。还有人说这个案例说明投资是有风险的。

7. 【诺特鲍姆案】

诺特鲍姆出生时取得德国国籍。1905 年，他离开德国，开始在危地马拉设定住所并作为事业的中心。从 1905-1939 年，只有时到德国居住短时期。从 1931 年起，他有时也到列支敦士登。1939 年 3 月间，他离开危地马拉到汉堡，在汉堡居住短时期后，他到列支敦士登，并依照该国国籍法，申请入籍。该法规定，外国人申请入籍，须已居住在列国至少三年，但有例外情况时可免除。列国国王准许他免除这个条件，在 1939 年 10 月 13 日准予入籍，且于 10 月 20 日以列政府名义颁给国籍证书和护照。1939 年 12 月 1 日，危地马拉驻苏黎世总领事在他的护照上签证，准许他回到危地马拉。他回到危地马拉以后，即向危政府申请将他在外国人登记簿上的国籍改为列支敦士登国籍，并经过危政府批准。此后他在危地马拉恢复商业活动。

1941 年 12 月 11 日，危地马拉向德国宣战。1943 年 11 月 19 日，他被危地马拉警察逮捕，并被移交给美国军事当局。后者将他送到美国境内拘留起来，直到 1946 年 1 月 22 日才将他释放。同时，他在危地马拉的财产和商店被危地马拉政府依照处理敌国人的法律扣押和没收。1946 年 1 月，他向危地马拉驻美国的领事申请准许他回到危地马拉，但危地马拉政府予以驳回。1946 年 7 月 24 日，他又请求危地马拉政府撤销 1944 年 12 月 20 日所作出的取消把他登记为列国国民的行政决定，危地马拉政府也驳回。列国政府于 1951 年 12 月 10 日向国际法院对危地马拉起诉，请求发还他的财产，并且赔偿损害。列国政府的理由是：危地马拉政府把他逮捕、拘留、驱逐并且排除于危地马拉境外，以及扣押和没收他的财产，是违反国际法的，而且它拒绝为实施这些非法行为给予赔偿，也是违反国际法的。

这个案子讲的是个人的国籍。诺特鲍姆是一个德国人，他老在美洲国家危地马拉做生意。二战期间，他一看德国大事不妙，就还了国籍。也许他先知先觉，他看的时候德国还显得挺强呢。他为了做生意躲避风险，就加入了列支敦士登这个小国的国籍。这个国家大概跟圣马力诺差不多。他成为了列国的国民。按照列国法律，你出钱在这儿住一段就可以了，按照列国法律，这是有效国籍。战争中，美国抓过他，在危地马拉也关了一段时间，说他是德国人，作为敌国国民对待，把他的财产也没收了。他说自己不是德国人，已经出籍了，加入列支敦士登了。列支敦士登就行使外交保护权。

这个案子可以看出来，传统上个人权利国际法上是通过国家加以保护的，个人权利也是国家权利。那个时候说个人是国际法的客体，个人不能主张权利。法院提出一个很有意思的问题，列国法律有没有 International Effect。列国法律肯定是有国内的效力，一个国家的国籍爱给谁给谁，但是给了以后有没有国际效力，是不是这个效果可以约束危地马拉，是不是别国必须要承认，这是另外一个事儿。国籍有国际和国内两种效力。要能够约

束危地马拉，这个国籍就必须是一个真实的国籍，所谓一个有效的国籍。有效的国籍就要有真实的联系，个人与这个国籍要有 Genuine Link。什么叫真实的联系呢，比如在这个国家出生、受教育等。国际法院总结说，什么叫国籍，国籍是社会生活在法律上的反映。这就是国籍，是真实的事实的反映。所以诺特鲍姆没有真实的联系，这种给予国籍的方法不能约束危地马拉。国籍必须是有效的国籍，有效的国籍必须有真实联系。在个人国籍方面，如果国家提供保护，要属于真实联系。这个国籍在列支敦士登国内没有问题，但是没有国际效力。所以公司国籍和个人国籍国际法采取的是两分法，个人国籍国际法院强调真实联系，公司国籍还是强调形式主义。

【诺特鲍姆案】在国际法上涉及一些问题：

1>国籍和外交保护的关系

有人问李老师你怎么也讲国籍，这应该是王慧老师讲的。的确是这样，国籍法原则是都是各国国内的法律，原则上是各国国内的事项，是各国用自己的法律、国内法规规范国籍问题的法律，这个角度讲的的确是国际私法的范畴。但是，它和国际法的联系就是外交保护。按照实在法学的观点，个人和国际法的基本联系就是国籍，个人通过本国在国际法上得到救济。因为按照实在法的观点，个人没有求偿的权利，甚至按照实在法学否定了个人是国际法的客体。但是又确实需要对个人权利进行保护，就通过国家、自己的本国国籍提供保护。当然今天因为有了人权，情况发生了变化。过去的国籍和外交保护主要是国家的保护，一个人在领土上如果受到了侵犯，主要是本国保护。今天人权使它发生了变化，人权是一个国家本国对待它的百姓的问题，现在出现了个人的国际保护这样的问题。

【诺特鲍姆案】还讲了一个问题，个人的国籍如何取得，其实比较强调所谓的有效的国籍，Effective Nationality，或者真实的联系，强调国籍是社会生活在法律上的反映，是社会生活在法律上的一种联系。这种有效国籍的说法对我们来讲没有什么太大的实际意义，它的意义主要出现在双重国籍或者多重国籍问题下。尤其是双重国籍或者多重国籍，由于管辖出现了争议，谁来提供保护，这时候在国际的层面上，有效国籍可能就有意义了。这时候的有效国籍、真实联系就会起作用。香港可能有一些双重国籍人，香港的这些人谁来保护它？《基本法》在这个问题上处理得挺有意思。香港居民肯定是中国公民，但是《基本法》为英国的领事规定了某种权力之类的东西。《基本法》有个附件专门讲国籍问题，规定香港居民在国外有权获得英国领事的协助。实际上海外香港居民如果受到了不公待遇，提供有效保护的无疑是中国，但是英国也有点儿这样的权限。

2>国籍的国内效力和国际效力

【诺特鲍姆案】还涉及一个重要的概念，就是所谓的国际效力 (International Effects) 和国内效力 (Internal Effects)。从国内的效力上来看没什么问题。如果一个国家给一个人入籍，这个人在这个国家国内肯定算是该国公民，因为该国法律承认。这只是国内效力，一个国家愿意给谁国籍就给谁。但是这个国籍其他国家是不是有义务承认，换句话说，是不是可以约束其他国家，这个问题不是一个国内效力的问题，而是一个国际效力的问题。

【诺特鲍姆案】就提出了这个问题。一个国家的国籍法毫无疑问具有国内效力，但是是不是具有国际效力，这取决于国际法如何看待这个问题，取决于国际法的原则。在国籍问题上，国际法院认为，所谓的国际法的原则就是所谓的真实联系，或者有效的国籍。如果要一个国籍有国际效力，这个国籍必须是以真实联系为基础，个人和国家必须有一种真实的社会联系。这也是这个案子提出的。

条约的国内效力与国际效力

我们也会想到一个相反的问题。我们讲过条约在国内的效力，很多人把条约的国内效力和国际效力混为一谈。条约对国家有约束的效力，毫无疑问，约定必须遵守。这种效力实际上是国际效力，是在国际层面上发生效力的，是国家对其他国家的义务。但是条约是不是在国内有效力，有没有国内效力，这是另一个问题。这两个问题有关系，但没有必然的因果关系。不能说这个条约国家受条约的约束，就意味着必须给这个条约在国内以国内效力、法律效力。

李老师 1993 年到德国开人权方面的会议，会议上很多人问，人权条约在国内是适用问题。德国说，国际法的人权标准比德国的人权标准低，适用德国的法律就意味着适用了国际法的规定。大家一听，德国很简单，基本上不考虑人权条约在国内的适用。这种态度在我们看来，是符合国际法的要求的。国际法的要求很简单，一个国家参加一个条约，确实有义务让国际法跟条约相一致，有义务使自己的国际法保持与条约规定的一致性。那只要保持一致，只要满足了条约的要求，没有必要做进一步的动作。这符合国际法的要求。只有那些没有达到人权条约标准的国家可能才需要作出国内立法的努力，或者制定新法，或者修改原有的法律，以便履行国际法的义务，仅此而已。所以国际法的国内效力和国际效力是两回事儿。

美国把条约作为联邦制定法的一部分，条约在美国，按照宪法表面的规定，条约和国会立法有同等地位。但是美国有所谓的自执行条约和非自执行条约，一个条约能否是自执行条约，在国内有效力，是有很多标准的。法院如果认为条约不能自执行，就不能。《联合国宪章》就是一个例子，美国有一个 Fuji Case，Fuji 说美国违反了《联合国宪章》在人权上的规定，美国法院说《宪章》不是自执行法律，要看美国的法律。所以一些条约在美国不具有效力。同时美国明确规定条约不能违反宪法规定。所以一个条约如果因为违反了某个宪法条款，而不给它国内效力，这也是有可能的。美国还规定总统为了国家利益可以破坏它，不遵守国内效力。所以国内效力和国际效力不是等同的，从【诺特鲍姆案】中也可以看出来。正是因为如此，任何一个国家都可以给人国籍，如果没有有效办法取消赋予的国籍，对方对这个个人是不是有他国国籍无所谓，这个人就是双重国籍了。所以很多事情不是单方面的想法，要看其他国家的规定和国际法的规定。

8. 【庇护案】

1948年10月3日，秘鲁发生一起未遂政变。秘鲁总统下令取缔政变的组织者“美洲人民革命联盟”，宣布对该联盟领导人托雷进行刑事审讯，同时对其发布逮捕令。1949年1月3日，托雷到哥伦比亚驻秘鲁使馆请求政治避难。哥伦比亚使馆接受了他的请求并通知秘鲁政府，哥伦比亚根据1928年《哈瓦那庇护公约》第2条给予托雷庇护，并认为根据1933年《美洲国家关于政治庇护公约》第2条，秘鲁政府应允许托雷安全离境。秘鲁政府认为，托雷是普通刑事犯罪分子，无权享受庇护，更不可能获得安全离境的权利。两国在这些问题上不能达成一致，经过多次外交交涉，双方于1949年8月31日签订《利马协定》，同意将争端提交国际法院裁决。

这也是国际法的一个经典的案子，讲的问题是在秘鲁的哥伦比亚使馆有没有权力庇护一个秘鲁人托雷。托雷是因为在秘鲁的一个军事政变中失败了，钻到哥伦比亚使馆寻求庇护。秘鲁就说钻进去以后有两个问题不确定：①使馆要庇护一个政治犯，首先谁来界定这个人是不是政治犯，如何界定这个人的身份。秘鲁认为这个事情不是使馆单方面决定的事情，而是两方来决定的。这个人是不是政治犯不是使馆说了算，而是两边一块儿说才是政治犯；②秘鲁认为进入使馆以后，能不能出去，在出去问题上，有没有义务让其安全出境，这没有法律上的约定。这是两个基本问题。

在使馆允许庇护什么样的人的问题上是两方决定的，这个人能不能安全离境，秘鲁没有法律义务，言外之意钻进去别出来。我们前面讲过领域庇护，这个问题涉及的是外交庇护，和领土庇护不是一回事儿。在一般国际法上是没有外交庇护权的。但是一直有种说法，美洲国家有所谓的外交庇护权，这个案子讲的就是美洲国家的这种国际法的特例。然而，关于美洲国家关于庇护权的规定到底是什么东西，大多数人就谈到此为止了，不是很清楚这个庇护权是什么。这个案子就很清楚地提出了两个问题，一个是进入使馆的问题，一个是出境的问题。1957年匈牙利纳吉事件后一个主教明曾蒂就躲进了美国使馆呆了十几年。但是在拉美国家，情况有些特殊。

拉美国家在了历史上政变频繁，最后大家达成了一个默契，算了吧反正你明天也要下台，就达成一个协议，谁被推翻了就躲到使馆。这是有传统的，国际法很多东西跟拉美国家有关系。1945年以前全世界没有多少国家，数一数，要么是欧洲国际社会，要么是美洲属于欧洲殖民地的产物，还有非洲基本上是殖民地，没几个国家，所以美洲也是国际法的一个很重要的发源地。比如说，现在我们应该好好研究一下承认新政府的问题，过去的原则是有效统治，一个政府必须有效控制，得到人民服从；现在情况变了，叙利亚的反对派在外面成立一个政府，很多国家就承认了。这种变化无非是讲政府必须有合法性、必须是民选的、必须是合宪的。政府不能践踏人的生命，否则在国际法上是非法的。这个问题在国际法上早就有了。1900年代美洲一个国家的外长托巴有个托巴主义，提出不合宪成立的政府不予承认，所以我们说今天国际法的情况实际上是托巴主义回来了；再有30年代提出埃斯特拉达主义的墨西哥外长，提出的实际上是不干涉内政。墨西哥认为不能随便承认其他国家，因为承认一个国家是对这个国家的侮辱，以后对承认不做判断，这是典型的不干涉内政原则。所以拉美国家的确有国际法传统。

庇护问题上，美洲国家1928年就有区域性的《哈瓦那公约》规定了使馆庇护问题，1933年在乌拉圭首都签订的区域性的《蒙得维的亚公约》，再次确定了两个问题。《哈瓦那公约》对谁来界定政治犯的地位这个问题不清楚，《蒙得维的亚公约》说的很清楚，使馆来确定，不需要跟所在国商量。过去越南的国会副主席还跑到中国来了，我们一看老朋友啊，过去这么多年他们在排华，你一直在顶着，顶不住了过来了不容易啊，这怎么可能当成政治犯送回去呢。所以《蒙得维的亚公约》早就说清楚了不需要跟这个国家商量。

第二个问题上，既然允许庇护，允许进来就得允许出去。就跟外国人入境一样，国际法没有规定，一个国家愿意允许外国人入境就允许，不愿意就不允许。但是一旦允许外国人入境了就要保护他，还得让它出去。使馆也

是这个问题。既然说使馆有庇护的权利,紧接着一个问题是要给受庇护的人安全出境的权利,东道国有这个义务,保护其出境。不能人家一出来就抓起来。1933年公约确定了这个问题。

但是有意思的是,1928年的公约秘鲁、哥伦比亚参加了,1933年的公约秘鲁没参加。这种情况下,哥伦比亚说1933年的公约不仅仅是一个条约的规定,也已经发展为习惯法,使馆有权庇护这个人,秘鲁也有义务让他出境。这是美洲的习惯法。法院进行了一系列判决,刚开始说秘鲁没有单方面的义务允许它出境等等,也就是认为没有形成关于安全出境的习惯法,1933年的公约仅仅是一个条约的规定。

这个案子其实提出了一个有意思的概念,不但是庇护问题,还涉及另一个国际法的概念,就是所谓的当地习惯。我们讲的美洲国际法,无非就是美洲协定国际法和美洲习惯国际法。1933年的公约秘鲁没有参加,涉及的就是1933年的公约是不是已经发展为美洲习惯法。国际法上用了个词叫Local Custom或者Region Custom。当地习惯这个概念在这个案子中提出。这个案子之后,还有另外一个提法叫Special Custom。习惯法有一般的,对国际社会整体都有效力的,还有区域性的习惯法,还有更小的习惯法,小到一对一的两个国家的叫特别习惯。葡萄牙和印度之间就有这个问题,前面讲到的印度的果阿的问题。印度在收回果阿之前,采取了一些行动,不让葡萄牙的物资过境。法院认为要看了两国的习惯,最后说不能让人家饿死,还是要让人家过境。所以习惯法还包括区域性的和特别的,这两种都可以叫做Local Custom。区域性国际法翻译成Local Custom还更准确,葡萄牙和印度是两个不同大洲的,不同大洲之间也可能发展处特别的习惯。

当事国两个国家是不是都同意这个习惯,这个非常重要。尽管在讨论习惯法,但是最主要是两个国家打官司,先考虑两个国家接受不接受,如果都接受就行了。所以在讨论特别习惯的时候,双方的接受是更为重要的,而在一般国际法的时候,强调所谓的一般实践。

9. 【渔业管辖区案】

1958年,冰岛宣布12海里的专属渔区。在1961年3月11日冰岛与英国的换文中,英国表示不再反对冰岛12海里渔区的主张,并将其渔船从该区域撤出。冰岛将继续执行本国1959年关于扩大渔业管辖权的决定,但是在扩大渔业管辖权6个月以前将通知英国,如果对这种扩大有争议,经任何一方请求,应提交国际法院解决。

1971年,冰岛政府宣布终止上述与英国关于渔业管辖权的协议,冰岛的专属渔业管辖权扩大到50海里。1972年9月1日,冰岛正式将渔业管辖权扩大到50海里,并规定一切外国船舶在此区域内的渔业活动均被禁止。英国认为该换文不能单方面废止,并认为冰岛所采取的措施无国际法上的根据。

1972年4月14日和6月15日,英国和西德分别在国际法院向冰岛提起诉讼。英国请求国际法院判定并宣告冰岛把它的渔业管辖权区域扩大到50海里的主张在国际法上没有根据,是无效的;冰岛无权单方面排除英国渔船进入12—50海里的公海区域,或对在该区域的英国渔船的活动施加单方面的限制等,德国也向国际法院提出了类似的请求。冰岛以1961年换文中的协议条款已不再有效为由声明它不愿接受法院的管辖,冰岛始终未出庭。

1973年2月2日,国际法愿意12票对1票判定法院对本案有管辖权。1973年7月12日,法院10票对4票对本案的实质问题做出判决。

该案发生在英国和冰岛之间,讲的是海洋渔区的问题,是海洋法的问题。这个案子在今天我们和菲律宾等国的问题、钓鱼岛的问题,仅就渔业问题上,还是有一定的借鉴意义。冰岛和英国一直在北海捕鱼。英国技术比较发达,比较早就有拖网渔船。冰岛一个重要的经济支柱就是冰岛,有所谓的挪威三文鱼、冰岛三文鱼。挪威也是这样。50年代国际法上有个关于领海基线画法的问题,当时把领海基线的画法从传统的低潮线改为直线基线,可以多划一些。过去的领海就是三海里,领海之外就是公海。挪威比较早地采取动作,从基线画法出发扩展领海,保护自己捕鱼权利。冰岛也差不多,也是渔业为生的,英挪两国的案件之后不久,很快把直线基线的画法也改成了直线基线,跟挪威一样。不仅如此,冰岛还把逐渐管辖领域往外移,先到4海里,然后到12海里,说这里是自己的渔区(Fishery Jurisdiction),渔业管辖的范围。它不说领海。英国一直在容忍。后来冰岛扩展到50海里。英国说咱们两个是有协议的,协议讲不能继续扩展,在12海里就应该停了,现在一下子弄到50海里。冰岛说再不扩展到50海里鱼就没了。两个国家上庭,法院用一个东西把冰岛摁住。说两个国家有协议的,要限制在12海里,现在扩展到50海里是违反协议的。要允许英国的船进入50海里的区域。

这个案子从海洋法的角度是比较经典的。在1974年,情况已经发生了变化了。1973年第三次海洋法会议已经开会了,这次会议的一个重要问题就是解决第三世界的一种呼声,就是200海里管辖权。当时秘鲁已经200

海里了，那时候的说法很多，有的叫管辖权、承袭海、渔区、专属经济区，有的甚至打出领海的旗号。从形成中的习惯国际法角度，50海里已经不算什么了，但是法院没有从习惯国际法角度讨论问题，只是从两个国家的条约讨论问题，认为冰岛违反了条约。

这个案子从国际法上说明了特别法优于一般法。不讨论一般法也符合原理，讨论一般法也比较别扭。这之后两国很快达成协议，就50海里了，也给了英国的船一定的权利。允许进入自己的渔区，可以允许每年在这里捕鱼多少吨，渔区是按吨来算的。

前一段李老师在电视上看到美国国家地理在播一个法国船到了英国的专属经济区，捕捞一种比较珍贵的鱼。按照两国的协议，法国船也可以到英国的地方捕鱼，但是每次捕鱼不得超过多少公斤。法国船过去捕鱼，英国人就跟上去了，说你们捕鱼了没有，捕鱼了多少斤，一称超过了，法国人说我们没称，我们是目测。英国人说按照我们的法律要罚你，但是传统上是目测，就不罚你们了，但是今后要用称。这个法国佬估计也就是找了个借口。这说明渔区的控制经常是以捕鱼量控制的。一个国家的专属经济区也可能有另外的国家的某种权利。现在的专属经济区的概念是从传统渔区的概念过来的。在这个区域中经常捕鱼，所以我有优先权，然后是你捕。所以不是一个Exclusive，是一种优先的。变成专属经济区后就变成了一种Exclusive，但是也给其他国家传统渔场的一些权利。今后的渔区概念，在南海问题上可能也会给予某种启发。

10. 【灭种罪资讯案】

1948年缔结的《关于防止及惩治灭绝种族罪公约》没有关于保留的条款。一些国家对它提出了保留，另一些国家以这些保留损害了公约基础为由予以反对，由此引起对条约保留的效力问题的争议。1950年11月16日，联合国大会就此向国际法院提出三个问题，请求法院发表咨询意见：

第一，当一国对公约作出的保留受到一个或数个缔约国反对，但不为其他缔约国反对时，该国是否可以被认为是缔约的一方？

第二，若对上一问题的回答是肯定的，那么，保留在保留国与（甲）反对保留的国家和（乙）接受保留的国家之间的效力如何？

第三，未批准公约的签字国和有权但尚未签署或加入公约的国家，对保留提出的反对意见的效果如何？

基于若干理由，法院对提交给它的问题答复如下：

第一，当一项保留为该公约的一个或数个缔约国反对而未受到其他缔约国反对时，如果该保留与公约的目的和宗旨相符合，作出该保留的国家可以被认为是缔约的一方；否则不能被认为是缔约的一方。

第二，一方面，如果该公约的一个当事国反对一项保留，认为它不符合该公约的目的和宗旨，该国可以事实上认为提出这项保留的国家不是缔约的一方；另一方面，如果一个当事国接受这项保留，认为它符合该公约的目的和宗旨，该国可以事实上认为提出这项保留的国家是缔约的一方。

第三，尚未批准该公约的签字国反对一项保留，只有在它批准公约后才能产生在回答问题之一中所指出的法律效力；在此之前，该项反对只作为对提出保留的国家关于该签字国的可能态度的通知。有权签署或加入公约但实际上未这样做的国家对于一项保留的反对，没有法律效力。

该案例在条约法中涉及过。1951年国际法院对1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》进行了一个解释，主要是对保留问题。1951年的资讯案主要是条约保留问题，把传统的保留制度从一票否决变成了一国接受。原来的制度只要有一个国家反对就不能保留，新的国家一个国家接受保留国就是条约当事国。

11. 【联合国经费资讯案】

1956年10月，苏伊士运河战争爆发之后，联合国安理会先后两次审查以色列、英国和法国对埃及的干涉问题。11月1日，安理会通过决议，考虑到其常任理事国之间的意见分歧使它不能履行其维持国际和平与安全的主要责任，决定召开大会特别会议以作出适当建议。大会随即请求联合国秘书长提交一份关于建立一支旨在确保和监督停战的联合国国际部队的计划，在此基础上建立了第一支联合国紧急部队。1960年7月，刚果内乱爆发之后，安理会于同月13日通过决议，授权秘书长在与刚果政府磋商之后，采取必要措施向该政府提供军事援助，在此基础上建立了称为联合国刚果行动的国际部队。根据大会的一系列决议，上述两支部队的活动费用列入联合国的特别预算，由会员国按大会分配的金额分摊。鉴于有一些会员国以这两支部队的活动费用不属联合国的普通经费为由拒付其分摊金额，大会于1961年12月20日通过决议，请求国际法院就经过大会一系列决议核准的上述两支部队的费用是否构成《联合国宪章》第17条第2款意义上的“本组织之经费”的

问题发表咨询意见。法院以 9 票对 5 票对大会提出的问题作了肯定的答复。大会接受了法院的意见。

现在大家一般说,国际组织也是国际法的主体,基本上是这个资讯案来的,这个资讯案强调了国际组织的一些能力,能够缔结条约、能够求偿,这些都是国际法的重要的主体的特征。

12. 【洛克比案】

1988 年 12 月 21 日,美国泛美航空公司的 103 航班在飞行途中在苏格兰洛克比上空爆炸,机上乘客和机组人员全部遇难,并造成地面若干人员的伤亡。1991 年 11 月,苏格兰与美国指控两名利比亚人将炸弹置于飞机上,导致飞机爆炸坠毁。1990 年秋天,由美英情报机构组成的调查组宣称获得一名利比亚特工人员的日记,认定利比亚航空公司驻马耳他办事处经理费希迈和利比亚特工人员迈格拉希涉嫌制造洛克比空难。1991 年 11 月 14 日,美英发表联合声明,指责这两名利比亚人参与策划洛克比空难事件,要求利比亚交出凶手。经过国际社会长期不懈的调解努力,利比亚和美英于 1998 年 8 月达成一项妥协性协议,同意在中立国家荷兰设立一个苏格兰法庭,根据苏格兰法律对两名利比亚人进行审判。

利比亚曾于 1992 年 3 月 3 日向国际法院提起诉讼,它提出自己完全履行了《蒙特利尔公约》的一切义务,而美国违背了并继续违背该公约第 5 条、第 7 条、第 8 条对利比亚应尽的义务。这些条款规定了对犯罪的管辖和引渡的问题。利比亚认为,利比亚自收到对两名嫌疑人的指控后,即按照公约采取了必要措施建立起对他们的管辖权,还将他们留在利比亚以便对他们提起刑事诉讼。而美国则主张适用《联合国宪章》的有关规定。由于都是联合国的会员国,利比亚与美国都有义务接受和执行安理会的决定。《联合国宪章》第 103 条规定:“联合国会员国在本宪章下之义务与其任何其他国际协定所负义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先”。《联合国宪章》虽然也是一项多边国际条约,但它的地位与其他一般国际条约相比有优先适用的地位。所以国际法院认为利比亚的主张没有根据。

苏格兰上空发生过洛克比空难。美国人坐飞机回家过圣诞节,结果发生空难,200 多名美国军人死亡。美国英国就说这是利比亚卡扎菲干的,卡扎菲说你们说是我干的,就到国际法院打官司吧,因为你们说我违反了《蒙特利尔公约》等航空公约。美国说这个事情应该到联合国安理会解决,因为这个事情是典型的对国际和平构成威胁的事情。这个案子讨论的问题就是国际组织之间权力划分的问题,哪些应该归于政治组织,哪些应该归于法院。

这个案子从国际法院的经验来看,也涉及一个案子是否可以被法院受理,是不是 In Admissibility 的问题。如果当事一方要阻止在法院被起诉,无非是要么提出法院管辖权有问题,要么提出该案不应该被法院受理,比如这个案子是一个政治问题,应该是由安理会或者美洲国家组织审理的问题。也可能是提出双方没有争议,当然是法院推出的,当事人没有这样论证的。法院阻止受理一个案件有很多理由,一个案子是不是应该由政治组织而不是法院处理,是这个案子涉及的。

13. 【科索沃资讯案】

科索沃原为塞尔维亚共和国的一个自治省,当地 90%的居民是阿尔巴尼亚族人。1999 年科索沃战争结束后,联合国安全理事会通过第 1244 (1999) 号决议,在科索沃建立了一个过渡行政机构——联合国驻科索沃临时行政当局特派团 (UNMIK),由其代管该地区的行政事务。自 2005 年底开始,联合国秘书长特使阿赫蒂萨里以及美国、欧盟和俄罗斯三方的代表组织塞尔维亚与科索沃双方的代表就科索沃未来的地位问题进行谈判,但均无结果。2007 年 11 月 17 日,科索沃地区选举了科索沃议会;2008 年 2 月 17 日,UNMIK 下设的科索沃临时自治机构单方面宣布独立。这一行为引起了国际社会的广泛关注,各国纷纷做出反应。美国和许多其他西方国家立即承认科索沃独立。而塞尔维亚表示,科索沃单方面宣布独立“公然侵犯”了塞尔维亚的主权和领土完整。俄罗斯、西班牙、罗马尼亚、越南等国于 2008 年 2 月 18 日先后发表声明,谴责科索沃单方面宣布独立,称此举违反了国际法。2008 年 10 月 8 日,联合国大会应塞尔维亚的请求投票通过第 63/3 号决议,要求国际法院就科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题发表咨询意见。

2008 年 10 月 9 日,联合国秘书长将联大的咨询请求提交国际法院,国际法院书记官随即向有权出庭的所有国家函告对咨询问题的意见。2008 年 10 月 17 日,国际法院发布一道指令,确定 2009 年 4 月 17 日为联合国及其会员国提交书面意见的时限并且 2009 年 7 月 17 日为提交书面意见的国家和组织对其他书面意见提交书面评论的时限。此外,国际法院还邀请宣布独立者提交书面意见和书面评论。截至国际法院规定的时间,共有 36 个国家提交了书面意见、14 个国家提交了书面评论。2009 年 12 月 1-11 日,国际法院进行了口诉程序,科索沃与

28 个国家出庭陈述了各自的立场。2010 年 7 月 22 日, 国际法院宣布咨询意见, 认定科索沃单方面宣布独立的行为不违反一般国际法、第 1244 号决议和《科索沃临时自治宪政框架》, 因此不违反国际法。

自从北约轰炸南联盟后, 科索沃从联合国的临时人员的控制下, 类似于联合国的托管地, 逐渐变成一个国家的地位。从国际法上来看怎么看, 法院认为这个东西不违反国际法。但是法院对一个非常核心的问题没有讨论, 就是国际法上的所谓自决问题。到底南联盟凭什么独立, 哪个国家允许领土的一部分分离, 这是违反联合国领土完整的原则。另一方说凭什么不让独立, 把我们都杀了, 进行种族清洗, 有天然的权利。如果一个民族受到清洗的时候还不能独立, 不能选择自己的道路, 还算什么独立。国际法院没有讨论这个问题, 回避了这个问题, 因为这个问题说不清楚。本身就是联合国不同的价值原则在冲突。这个问题上根本就没有确定的法律, 没有达成一致。所以出现了 90 多个国家按照一种原则承认, 90 多个国家不承认, 认为违反了领土完整、有效统治的原则。但是这个资讯案之后, 科索沃人民就打着国际法院认为我们是合法的, 塞尔维亚就说我们对国际法院表示失望。这是两种政治立场。

国际法院判决的重要案例主要就是这些。这些案子理论上还都是很有深度的。很多人讲法律是什么, 法律其实不是制定法, 不是国会制定的之类, 法律是一些司法判例, 法院意见。所有的法律必须经过司法的检验才能确定有效性。郑斌 (Bin Cheng) 教授说法律的最高层就是司法的国际法。国际法院也是如此。不过, 国际法院受到自愿管辖的限制, 它的案例没有涉及国际法的全部问题。从国际法上讲, 完全从法院的判决寻找国际法是不够的, 但是这毕竟是一个重要的方法。所以论证的时候如果有国际法院、国际法委员会这些权威机构的意见, 有权威的国际法学家的意见, 论证是很有力的 Powerful。

第十四章

国际人道法

过去大家将这一部分叫做人道主义法，现在叫人道法，其实是一个意思。有人讲人道主义是一个比较政治性的话语。其实人道法和人道主义法基本都是一回事儿。此外，过去人们说的战争法，或者冲突法、武装冲突法，Conflict Law/The Law of War，都是我们说的人道法。这表明这个领域的法律和之前的法律不是一个范畴。它讲的是在战争的时候，在 War Time 的时候国家应该遵守的法律，是国际法的战时法；而前面的都是在讲国家在和平的时候应该遵守的法律，是平时法。所以这二者不是一个范畴，进入另外一个范畴的了。很多国际法的著作没有这一部分，不讲战争的问题。

· 人道法的演变历史

人道法有其发展的历史，有一定的演变。

战争法

从战争法到武装冲突法到人道法，最早讲的东西都是国家在海战、陆战的时候应该遵守的交战的规则，比如战斗员应该穿战斗员的服装，不能化妆搞个游击队什么的。欧洲打仗总是有这些规矩，看拿破仑那时候打仗，中国人一看怎么这个笨呢，人家都是这种战法，觉得中国这种化装成老百姓打仗不正规。还有一系列交战规则，比如使用武器有一些限制。当时有一种武器炸子，打进人体然后爆炸了，规定不能使用这种武器。当时认为战争的目的是让人丧失战斗力，只要丧失战斗力了放下武器了就要保护。在我们看来，战争法用一句话概括，就是战争中讲人性。只要放下了武器，就应该受到人道的待遇。这是战争法的核心思想。

战争这个概念是很 Formal 很正式的，宪法里还规定有宣战。战争是要宣战的，美国看日本偷袭珍珠港，觉得怎么可以这么呢。宣战还要通过国会同意、人民同意，战争是正式的交战。打完仗以后还要签订合同才能结束。所以过去叫战争法是有道理的。

武装冲突法

后来战争法叫武装冲突法。因为后来发现有很多冲突，不是很正式的战争，而且有很多不宣战的做法，光练不说的情况也是存在的，所以变成武装冲突法。1928 年《巴黎非战公约》讲废弃战争作为国家政策的工具，《联合国宪章》就变成了禁止使用武力。武装冲突中也要讲人道。

一、海牙公约体系

最早的战争法、武装冲突法讲的都是对作战方式的限制、陆战海战交战的规则、武器的限制等。武器的限制现在有很多，比如禁止子母雷，地道战里那种炸起来又爆炸的雷现在可能禁止了；禁止残酷作战手段；禁止毒气、

化学武器等，这些都是对交战方式的现在。这都是比较传统的，我们叫海牙交战体系，是 1899 年海牙会议以及之后的一系列会议上制定的关于交战的规定。

二、日内瓦公约体系

1949 年又签订了日内瓦四公约，这几个公约都是关于如何保护战俘、保护伤病员、保护平民的。1977 年又有一些附加议定书，目的是保护民用目标。这些被叫做日内瓦公约体系，讲的是人道的问题、平民待遇问题。

今天我们用国际人道法概括所有的这些问题，就包括两个体系，海牙公约体系和日内瓦公约体系，前者讲的主要是作战的方式、规则，后者讲的是人道待遇；前者讲的是战斗员，后者讲的是打不了仗的这些伤病员、俘虏、平民等的保护。

三、战争责任

今天讲人道法，可能还有一个体系，就是战争责任问题。

〔一〕战争责任的确立

在战后两次审判过程中，确定了一些战争责任：

1>首先确定了一些刑事责任的罪名。战争罪、反人道罪（反人类罪）、危害和平罪，两次审判实际上确定了这三个罪名。这实际上构成了今天国际刑法的基础。过去没有所谓的国际刑法，国际刑法离不开国际法，首先是国际法两次审判确定的一些原则、罪名；

2>其次确立了一个原则，即无论官职大小都要负刑事责任。无论多大的官都要负刑事责任，这也是今天刑事审判一个最基本的原则，国家领导人也要为他的行为付出代价。

两次审判确定的这些东西我们看来可能构成了国际刑法的基础。搞国际刑法的不愿这么说，他们说我们已经是二级学科了，和国际法一样地位了、并列了。其实也不能这样说，国际刑法还是由国际法发展出来的新的分支。现在力量上确实可以相匹敌了，但是说的不是一回事儿。李老师是理解是，它首先是国际法上发展出一些东西，发展出一些原则、罪名等，根据国际法又成立了一些机构，比如刑事法院、前南刑庭等，法院又做出一些判决，这些判决又进一步阐释了国家责任、刑事责任的要素。另外还发展出一些政治的原则，发展出一些刑事司法的程序理论，又结合一些国内的刑事法律理论，发展出一些东西。但是说国际刑法和国际法并列，或许为时还早。人道法主要是海牙公约和日内瓦公约两个体系，后面这个东西也许已经被拨到国际刑法了。

教人道法老师说，现在最重要的国际法是人道法，就像海洋法说自己和国际法同等重要，国际刑法说我们都独立了。人道法确实也重要，打仗的时候就看出来，美国在关塔那摩虐待俘虏，人们肯定说美国严重违反了国际人道法。发生战争，总是有违反人道法的事情发生。只要发生冲突，确实是要考虑人道法，因为人的生命是最重要的。过去有人说人权和人道的关系，确实有很重要的关系，最重要的人权就是人的生命权，打仗禁止某些武器，禁止对民用目标的攻击，也是生命权的问题。不过人权讲的是平时，人道讲的是战时，这个角度两者还是有些区别的。

人道法在各国都很受重视，比如美国，一般军人都有所谓的 Manual，作战手册，讲作战的时候什么事情不能干。中国也有，我们最早的人道法可是就是三大纪律八项注意。过去解放军都会唱，那就是中国人道最早的，比如不拿群众一针一线，不知道这算不算人道法，可能也有些算。还有不打俘虏，不调戏妇女等等。打印度的时候，当时已经打到达旺了，然后又退回来，把缴获的武器送回去，说我们按照三大纪律八项注意办事。

〔二〕当代人道法的几个要点

战争法、人道法很细致，这里不详细展开，只是强调一些要点。

1. 人道法适用于内战

现在讲的战争法、人道法，不仅仅适用于国际的武装冲突，同时也适用于内战。为什么今天有一些教人道法的老师认为自己的学科很重要，因为这个法律分支不仅仅在国家的武装冲突中适用，同时适用于内战，所以很多

人认为很重要。现在很多暴力，很多 Violence 不仅仅是国家之间的斗争，有的是国内的斗争，这种斗争有时候更加残酷。比如卢旺达，内战中图西族屠杀了一百万胡图族，这在国际法上绝对是种族灭绝、种族清洗。很多暴力不一定是国家之间的斗争，还可能是国家内部两个部族、部落的斗争。按照今天的理解，国际法上的人道法用于这样的国内冲突或者内战。内战比国际冲突多，内战经常发生。人道法又是保护人的生命的，所以人道法的老师说这个最重要。内战中适用什么样的交战规则、什么样的法律，过去是不清楚的。现在一致认为，内战中交战双方适用的是国际法，国际法上的人道法。这一点一定要清楚。

这个问题也让我们想到一个问题，这个问题完全用于思考。台湾有个大律师陈昌文，它是标准的深蓝，是最早进入大陆的一批人。他是台湾一个著名律所的合伙人。现在他到处讲国际法与两岸关系。严格讲我们觉得这个概念不对，国际法是国家之间的，这种说法是不是会造成两个国家的意思，所以两岸都注意这个问题。陈昌文好像不太懂国际法，他是马英九的前辈，可能也学过国际法，但是不是研究国际法的，所以说的不是很清楚。他说要和平解决两岸的问题之类，也有一定道理，但是他不懂国际法。其实国际法作为一种法律体系，如果我们愿意让它适用于某种关系，比如国内的关系、国家与个人的关系、国家与公司之间的关系，也没什么关系。

内战就是一个典型的例子，内战没有一个支配的人道的规则，这个时候大家把国际法拿来用了，也没什么不可以。过去欧洲的壳牌石油公司，以及美国公司到中东产油区和当地国家签订契约，最后适用的法律是两种，要么是国际法，要么是一般法律原则。因为作为外国公司，不愿意跟东道主用当地国家的法律，认为当地国家的法律不发达，而且它自己的解释，对自己不利。所以要么用国际法，要么用一般法律原则。一般法律原则可以用在这里，所以有人说一般法律原则是国际法和国内法之外的第三种体系。国际法用于内战，表明国际法不一定非要用于国家之间，还可以用语其他的关系。

2. 马尔滕斯条款

这些条约都有一个条款，叫马尔滕斯条款。马尔滕斯条款讲的是，尽管有了这些人道的条约，但是原来存在的一些惯例、一些有关人性的法律、有关公共良知的东西，The Law of Humanity（这种说法类似于自然法），仍然可以适用。就是说成文法再制定也不可能概括社会生活的每一个角落，情况永远是不断变化的。那么在战争当中，最重要的是要有人性，要有人的良知。这时候条约条款能不能记下来无所谓，重要的是有一种人性、一种良知。这就是著名的马尔滕斯条款，每个人道条约里面都有。这是一个很好的规定。这是人道法的第二个要考虑的问题，这个问题也是很重要的，就是所谓的马尔滕斯条款。

3. 人道法作为习惯国际法

在人道法的这么多条约中，有的条约参加国很多，有的比较少，有的国家说这又有什么关系呢，条约的内容同时也是习惯法的内容，同时约束所有的国家。所以人道法的领域肯定是讲协定国际法和习惯国际法的，讲二者之间的关系。如果让红十字会讲课，肯定讲习惯法和协定国际法的关系。在一般人眼中，人道法的条约基本上都可以视为习惯法，这些人道的条约既作为协定国际法约定各国，同时也作为习惯法约束各国，对各个国家基本上都具有双重的效力。所以从习惯法的角度要求那些没有参加条约的国家遵守一些规则也是人道法的特点。

4. 人权法与人道法

尊重人的生命就是人权的最基本的要求。这一点从角度讲，人权法和人道法有共同的地方，只是背景不同。人权法主要讲的是平时，是平时法；而人道法是战时法，发生武装冲突之后所应当遵守的规则。不过，今天来看我们来看，其实在战争状态下也存在一个讲人权的问题。这个问题在国际法院一个比较新的案例，2009年的【隔离墙案】中提了出来。中东有以色列的占领地区，以色列占领了周边的巴勒斯坦、叙利亚等国家的一些领地，这些地方成为被占领地区，被占领地区从国际法上讲某种程度上也是战争状态。对于被占领地区，占领当局是不是也要给这个地区的人民以一定的人权，这个问题大家也在重视。不是说占领区、占领区的人民就可以随时实行宵禁、不给人民任何权利。这个问题提出后，还是很有意思的，比如涉及被占领地区的人民有没有一定的刑事诉讼的权利等等。今天人权的理念也适用到了人道主义法的领域。

5. 网络战与人道法

此外可能还有一个比较新的问题，可以思考。现在大家都在提网络战，网络战首先是不是一种战争，或者一种冲突的状态，这个问题谈的人很多。我们看来，网络战涉及到两个方面的问题：

1>与禁止使用武力原则的关系

网络战与战争爆发之前这一部分法律的关系。如果说网络战是一种战争，它和禁止使用武力原则是什么关系呢。如果是一种战争，就可能跟自卫有关系，对我发动网络战，就对你实行自卫权。这个问题大家都在讨论，美国讨论的还比较多，有一种观点认为谁对我发动网络战我就坚决反击。关于这个问题，李老师也没搞清楚。从目前来看，说它跟禁止使用武力原则、自卫权有关，还是跟网络管理、公共安全有关，首先要界定是哪个领域。有人说它是网络管理、公共安全领域的东西，跟禁止使用武力、自卫权没关系。有人认为发动网络战会导致民用设施瘫痪，造成大规模的财产甚至人员的伤亡，这个角度讲它是一个战争，是一个虚拟的战争。总之这个问题在所谓的战争法之前的法律，即禁止使用武力、自卫权，是有关联的。

2>与人道法的关系

在人道法的领域，假定网络战是一种武装冲突、战争的状态，那么在武装冲突的领域，传统的人道主义法或者战争法是否适用于网络战。李老师原来很早有个学生从人道法讨论网络战问题，好像有点儿道理，不过可能不是所有人都是这么认为的，可能只是他的说法。这个问题还是值得关注的。

讨论网络战，一定是从禁止使用武力原则、自卫权，这些战争法之前的法律一直延伸到战争法或者人道主义法，这是两个领域的问题。

专题

国际法对国际关系的影响

这个专题讲一讲国际法对国际关系的影响，主要是看看 1945 年以后，大国如何运用国际法来捍卫自己的利益、主张自己的价值。这个问题对于正在崛起的中国有现实意义。现在我们又遇到很多困难，还要打破一些僵局，还需要走出某种困境，还要积极参与国际事务中。1945 年以来，美国、苏联是如何利用国际法，在国际舞台上驰骋的，这些还是很有借鉴意义的。这个问题还是有意思的，也验证了一些老学者说的，学习国际法比较大气，可以纵横天下。

1. 人权与当代国际法的开端

1945 年是当代国际法的开始。当代国际法的开始是《联合国宪章》，从《宪章》第 2 条可以看出来，宪章阐明的原则，应该说都是传统国际法所强调的原则。《宪章》第 2 条第 1 款就是主权平等，之后是和平解决争端、忠实履行义务、不使用武力、不干涉内政等，一共七条原则。其他还有确保非会员国服从宪章规定的原则，有人说这个原则违背不涉及第三国原则，有人说这也体现了《宪章》成为一项宪法原则、习惯法。还有一个原则是集体协助原则，会员国有义务协助联合国机构履行义务，比如打仗要提供过境权。这七条原则完全是传统的以国家主权定向的原则体系，继承了传统的国际法体系。

不过《宪章》对传统国际法还是有发展。比如，在 2 条 4 款把传统的禁止战争扩展到禁止使用武力和武力威胁，这一点还是有意义的。因为很多冲突并不是以战争的名义。战争在国际法上是一个术语，有一定的程序的要求，这一点还是一个很大的进步。

另外，《宪章》有人权的规定，人权在《宪章》有七处。应该说这是对传统国际法的突破。不过，《宪章》把人权内容加进去多少有一点儿偶然性。换句话说，在当时，实际上无论是国家，还是 NGO，还是各种国际法律工作者，恐怕都没有看到人权能在今天在国际法上产生如此巨大的影响。

《宪章》中对人权的规定是非常原则的规定，到 1948 年有了《世界人权宣言》，把《宪章》所说的人权自由具体化了。不过《世界人权宣言》有一些缺陷。最主要的缺陷是它是联合国大会的建议性的决议，本身不具有法律效力。另外，它主要讲的是第一代人权，讲的是政府不能做什么，讲的是如何限制政府的权力以保障公民的权利。

2. 冷战期间两大阵营对国际法的运用

在冷战期间，西方国家在国际关系当中利用国际法的亮点不多。人权在冷战期间并没有被西方国家很经常地利用。原因主要有两个：

第一，战后的国际关系基本上是符合西方国家利益的。其实，像《联合国宪章》、之后的一些国际经济秩序，包括世界银行、国际金融组织、国际货币基金组织等，基本上是符合西方利益的。所以当时制定的法律秩序，西方一直在使用，没有很大的亮点；

第二，国际法在 1945 年从一个欧洲的国际法扩展到世界范围，成为一个真正的具有国际意义的法律。既然是国际法，既然是扩展到国际社会的各个部分，涵盖东方、西方、南方、北方，就需要国际社会各个部分的同意，而不是西方国家一个部分的同意。这也是一个原因。

如果从 1990 年之前看国际法，苏东阵营对国际法运用得更为得心应手：

首先，它高举民族自决大旗，在世界范围内推动了所谓的非殖民化运动，使得几十个国家，大批的亚非拉国家，纷纷摆脱了殖民统治，建立了独立国家。这是苏东阵营的胜利。虽然今天苏联解体了，但苏东阵营高举民族自决大旗取得的这个胜利是存在的。实际上当时新独立的国家都是举着这个大旗独立的，倡导民族自决的国家对苏东阵营有着天然的亲近感。这是苏东阵营很好地利用了国际法的表现。

第二，苏东阵营在国际关系中强调不干涉内政、不使用武力、尊重主权。这些都迎合了新生政权、新独立的国家的需要。因为所有的新国家在独立之后首先要巩固政权、避免其他国家的干涉。因此在 1964、1965 年联大专门通过了关于不干涉内政的原则宣言。1970 年有《国际法原则宣言》，1974 年有侵略定义的宣言。当时国际法关注的主要是如何捍卫新生政权，不干涉原则、不使用武力原则都是为这些服务的。苏东阵营捍卫这些原则，这些原则也在国际社会得到了反复重申、加强。

第三，苏东阵营的另一个亮点，就是在人权领域别出新意。苏东阵营在 1948 年《世界人权宣言》表决的时候，全部投了弃权票。当时八个国家投了弃权票，没有国家反对，因为人权是一个道德的制高点，没有国家反对，但是有的国家并不完全赞同。其中有六个社会主义苏东阵营的国家，有南非，还有一个沙特阿拉伯，共八个国家投了弃权票。苏东阵营虽然投了弃权票，但是很会利用人权的武器。它也高举人权大旗，主要是在反对种族歧视、种族隔离的问题上高举人权大旗，猛烈攻击美国一直存在的黑白问题。美国的黑白问题一直很严重。这样，人权也成为苏东阵营的一个武器，利用它反对种族歧视、种族隔离，使美国在道德上处于守势。这一点上苏东阵营很会利用国际法。

第四，它还积极倡导集体人权。现在我们说的第二代、第三代人权，都是苏东阵营提倡的。人权不但是政府不能做什么，还有政府必须做什么，所谓经济社会文化权利，正是因为苏东阵营的倡导，才有了 1966 年的经济社会文化权利公约，也正是因为苏东阵营的倡导，才有了发展权的概念。集体人权、经济社会文化权利、发展权利，这都是新生国家关注的东西。苏东集团观众这些问题是击中了要害，赢得了第三世界国家的支持。

第五，冷战期间，苏东国家还提出了一些新的原则、概念，这些原则、概念对国际关系也产生了很大的影响。比如说，对待国际法渊源的态度。苏联驻联合国代表维辛斯基在联大的一个发言很有挑战性。他讲，习惯是白人世界的遗产，我们不同意习惯作为国际法的渊源，我们坚决主张条约是国际法最主要的渊源，因为条约是国家明示的同意。苏联的这个说法，很多第三世界、新成立的国家很同意。60 年代很多国际法大家都在讨论国际法是不是适用于新生国家。一些西方国家的学者认为，当一个新国家诞生以后，就进入到一个国际体系，要跟这个体系打交道，要遵守这个体系的一些基本原则，否则就没有办法生存，所以一些西方国家坚决主张国际法、习惯法适用于新国家，但是苏东集团一直强调条约重要。

这个问题在今天已经相对来讲比较清楚了，或者已经不那么重要了。因为习惯国际法通过编纂这样的活动，成为了协定国际法。也就是说，编纂的活动使得习惯法发生了身份上的转变。另外，苏东国家说习惯法是白人遗产，应该搞条约，苏东集团也推动了国际法的编纂。由于第三世界的响应，当然西方国家也赞同，当时很多习惯法得到了编纂。要清楚的是，在编纂活动中，第三世界、苏东集团起了非常大的作用。今天，可以说所有的习惯国际法通过编纂活动，经过了新国家的检验，已经改变了身份，不仅是改变身份的协定国际法对条约当事国产生约束效力，同时改变身份的习惯法对新国家和所有国家都有了约束效力。编纂很重要，这主要是苏东集团提倡的。当然西方国家也有支持。苏东集团在国际法编纂问题上做了很大的努力，起了很大的成效。

另外苏东集团制定了很多原则。1974 年，邓小平副总理第一次到联大，当时讨论建立国际政治经济新秩序。第三世界在联合国掀起了建立国际新秩序的高潮。建立国际新秩序也是苏东集团联合第三世界推动的造法运动，目的是推翻或部分推翻 1945 年以来形成的一些贸易秩序。还有强行法，强行法的概念是苏东集团的概念。当时主要说禁止侵略、禁止使用武力的强行法，以此阻止西方国家对苏东集团可能的动武，因为苏东集团当时在力量上还是弱勢的。今天的强行法变了，很多人把人权、禁止灭种摆进去，而当时主要是禁止侵略。此外，对一切的义务，苏东集团也很赞同。所以苏东集团对很多新概念的提出也做了很大的贡献，这些新概念、新原则都是苏东集团对抗西方国家的法宝。

冷战是两大阵营的对立，第三世界成为双方竞相拉拢的对象。当时第三世界有一个著名的组织，不结盟运动，这个组织今天还活着，但是声势明显没有以前壮大。第三世界说我们和你们都保持距离，成为自己的力量。那个

时候毛泽东提出三个世界理论，第三世界也是一个重要的力量。明显的标志是 70 年代第三世界产油国对西方提出石油禁运，这是典型的小国对抗大国，最后大国很快就扛不住了。石油输出国组织，也成为两极竞相拉拢的对象，也成为独立的力量。

总结冷战期间大国运用国际法在国际关系中进行博弈，大概可以得出一些初步的结论。

一个结论是，冷战没有发展为热战，没有发展为第三次世界大战，国际法起了一定的作用。不是决定性的作用，但是起了应有的作用。之所以不会发生战争，决定性的一个因素是什么，恐怕不是法，决定性的因素是威慑政策，是第二次打击的能力。之所以未发生战争，那就是谁都不能动，谁也输不起，谁也不能打。因为谁敢动手，谁就是自我毁灭。但是，还有一个原因，这是一个次要的原因，也就是国际法的作用。之所以没打仗，因为结盟，结盟就是集体安全体制、就是条约体制、就是承诺。美国在 NATO 说谁敢动我的军队，就像现在日本说钓鱼岛适用安保条约。没有打仗一个原因就是结盟、联盟、大国对小国的承诺。这是国际法。

另外国际法可能还起了一个作用。当时美苏谈判削减战略武器，当时除了削减战略武器，还有一个词叫核查。核查指的是对核武器削减数量的核查，还包括对核武器使用安全问题的核查。其实在核武器力量相当的情况下，谁都不担心对方按核按钮，因为谁都知道对方不敢。但是最大的威胁是一个安全问题、误判问题。最大可能造成核灾难的是误判问题。如何防止误判，是一个非常关键的问题，当时很多交流都是为了防止误判，而不是担心对方按核按钮。另外，美国对苏联还有一个担心，担心这些东西被泄露、被偷走，尤其是苏联解体后，担心偷走一些材料做成脏弹，对美国进行非传统攻击。所以没有发生误判、失窃，可能国际法也有作用。

冷战结束前对国际法的运用，苏东阵营比西方国家更胜一筹。当时苏东阵营相对处于少数，因此苏联坚持大国一致原则。苏东阵营就是个国家，所以苏联坚持要有否决权。另外为了为自己增加票数，要求乌克兰和白俄罗斯也成为联合国创始会员国。所以当时联合国苏联有三个国家，看起来很可笑的，但国际关系就是如此。当时乌克兰和白俄罗斯就是苏联联盟的，如果按照这个标准，苏联 15 个加盟共和国都应该加入。

但是无论怎么增加，苏联也处于少数，处于少数地位如何对抗多数，如何对抗更强大的阵营，苏联还是有办法的，运用国际法把第三世界团结在其周围。强调民族自决、强调主权不干涉、不使用武力，强调集体人权、发展权等等，很成功地在国际社会营造了自己的多数，使得西方阵营在国际关系中经常处于少数。而且苏东集团还成功地压制了西方运用第一代人权来对国际关系施加影响。90 年之前苏东集团成功压制了西方阵营还有很多例子。李老师在 1986 年到美国，当时苏东集团还没解体。李老师的老师是美国重要的耶鲁学派的代表人。当时在美国听到了两个事情，第一是美国想退出联合国，因为联合国经常对美国形成多数的暴政。1990 年前联合国对美国形成了很多决议，要么是不干涉内政、要么是民族自决、要么是发展权、要么是反对种族歧视种族隔离。那时候联大表决，就是苏联挑头，第三世界一呼百应，中国也支持，经常是一百多票。美国这边也就几十票。美国当时总是拖欠会费，因为它生气了，所以扬言退出联合国。美国不但当时威胁退出联合国，还真的退出了一个组织，联合国教科文组织，当时它真是生气。另外 1986 年有著名的【尼加拉瓜诉美国案】。国际法院一辈子还没有对一个大国按照国际法基本原则判案，这是第一次。美国拖了很长时间的管辖权，还是没有成功。当时这个案子李老师的导师讲的，给李老师他们讲的时候很激动。所以苏东集团运用了价值原则的引领，这种价值、原则的引领得到了国际社会多数成员的同意，有效地团结了国际社会，克服了自己在国际关系上的弱势地位，的确是运用国际法的范例。

苏东集团不但是敢于提出一些原则、价值，而且这些东西还切合实际。比如提出高举民族自决大旗，迎合了多少要争取民族独立的人民的呼声，一下子把西方殖民者置于了道德的审判台，把自己置于道德高点。李老师前两天在看报纸，看见一个老师说英国是日不落帝国，一个学生问为什么英国是日不落啊，老师说当时英国殖民地多，到处都是，走到哪儿都有太阳。但是在道德上这是它的最大的缺陷。苏东集团不但提出了一些原则、价值，而且切合实际，迎合国际社会的需要。

3. 冷战结束后国际法的变化

苏东集团运用国际法不但维护了自己的利益，使自己免受西方攻击，同时也给广大的第三世界带来了一些好处。但是冷战结束以后，国际法进入了一个另外的阶段。如果说 1990 年之前，国际法是主权定向为主，到 1990 年之后，国际法出现了很大的变化，人权价值的引领占了上风。关于这一点，李老师有些文章。

1990 年之后，国际法很多方面，可以说是处处都体现了人权思想的影响。如果把国际法教科书打开看看，从国际法的原则开始，人权的影响无所不在。过去，我们都是坚持不使用武力、不干涉内政原则，今天在叙利亚、利比亚，都可以看出来，尊重人权对不干涉内政原则的一种限制、制约。甚至在利比亚，还动了武。在政府承认

问题上，叙利亚反对派还没有占领，已经获得了很多国家的承认，这都是价值观在起作用。其实在国际法的各个领域都可以看到。再如管辖权，过去管辖就是属地管辖、属人管辖，今天还有长臂管辖，跟自己什么关系都没有，就是看不惯你侵犯人权。国际法还“长上了牙齿”，出现了国际刑事法院，以至于出现了一个新的领域，国际刑法。此外还包括条约的解释，过去条约的解释是多么清晰，就是四个要素，不是很复杂。今天怎么样，欧洲人权法院完全是一种价值说，从当下流行的道德感来解释条约。到底条约解释还有没有个界限，还有没有一个度了？

【波黑诉塞黑案】，对个人不得灭种能够被解释为国家也不能灭种。一个同学说的很好，说这种东西只能建立在一种假定的基础上，假定国际社会大家都认为我们有一种道德感、有一种观念，都认为灭种是一种很坏的东西，那么这种解释就成立。的确是这样，有一种共同的价值观、道德感才可能导致这种结论。

1990年之后的国际法的发展，我们会发现国际法的理论起了很大的作用。要研究国际法，首先要考虑哪些问题？第一，要从某种价值的角度考虑国际法的任何问题。第二，要看站在什么角度、坐在什么地方、运用什么方法。不同的方法将导致不同的结论。【波黑诉塞黑案】国际法院的推理，欧洲人权法院对条约的解释，完全是一种自然法的复苏，方法论上就是一种自然法的方法。法律是什么，就把法律归结为国际社会的一种共同的理性，或者共同的道德感，或者共同的价值观。这是自然法的东西，所以今天说学习国际法要重视什么，第一要重视价值，第二要重视方法，这两个很重要。

我们现在发现人权影响国际法太多了，对贸易也有影响，就算价值中立的海洋直接影响比较小，但是不是没有间接的影响。菲律宾敢于向中国叫板、日本敢于向中国叫板，是因为它背后有美国么，是因为它自认是民主国家么，是因为它们自认为是站对了队了，认为民主国家是不会开战的，开战的是民主国家和另外一类国家，不就是这个理论么。海洋问题表面上的确没有什么价值，但是背后有价值站队的问题，有价值结盟的问题，当然存在这个问题。

关于贸易问题，欧洲一个作者叫皮特斯曼，2003年就写过文章讨论人权和贸易的关系。今天人权的影响更多了，几乎国际法的每个领域。包括人道法，平时的人权法也可能适用于战时的情况，也有关联。其实今天人道法的发展和人权的理念是不可分离的，有人说人权及人道主义法。今天国际法每个领域都可以看到人权思想是影子，这是1990年之后国际法发生的最大的变化。

这种变化导致的结果是，国际法在一些问题上不那么确定了。有没有一个公认的法律成为疑问。可能在一些问题上根本就没有一个国际社会的一般的协议，不存在国际社会的共同的认识，在很多问题上，法律是分成两组不同的国家实践。比如说，在不干涉问题上，一组坚持传统的主权观，一组强调人权对主权的限制、架空；在承认问题上，一组坚持有效统治，一种认为民选政府才能得到承认，民主的原则。很多国际法重大问题上都可以找到这种对立的原则和概念。你强调国家主权是一种 Power，我就强调国家主权是一种 Responsibility。国际法比以前显得更加分离。

国际法并不存在一个有效的中央的立法机关，也不存在有效的司法机关，导致国际法经常是自我解释，经常是你说你的、我说我的，当然很多事有共识。这种情况下，耶鲁学派说的具体情况具体分析，可能为我们找到最终的解决方案，找到 Resolution 提供了帮助。因为我们不能预先说这个问题上法律是什么，必须在这个事情发生的时候看国际社会的反映、国际社会的态度，寻找国际社会一般的同意、一般的协议。很多情况要具体情况具体分析。耶鲁学派讲的法律的不确定性也可能是有相当的道理的。未必只是在国际法方面，可能国内法也是这样的。耶鲁学派的赖斯曼 (Michael Reisman)，大家都说他是 Dean of New Haven School。李老师和赖斯曼有过一点激烈的讨论。李老师说你必须承认国际法又一定的确定性，他说坚决不承认国际法有确定性。李老师说有些问题不确定，有些有确定性，他说都没有确定性。最后耶鲁的另一个 Dean 来斡旋，说应该这么解释，国际法的确定性是有相对的确定性。这种解释也有道理。

但是，由于现在有新的价值观念支配，国际法不像以前确定了，有的问题是非常不确定。必须要具体情况具体分析，在具体的问题中寻找方法。这也是美国的方法，国内法的方法。比如美国最高法院在堕胎问题上，什么情况下是堕胎，什么时候不能侵犯生命，也不会马上做出结论，也会拿到社会上讨论。女权主义乌拉乌拉说什么，宗教团体也说一些。最后各个团体表态，美国用政治的调查找多数意见、一般同意。那只要找到多数意见、一般同意就是合法的。所以现在很多问题，寻找国际法是从具体的实践、案例中寻找国际法。所以耶鲁学派现在强调通过事件研究国际法，还是很对的。比如利比亚、叙利亚，提出几个问题，看看国际社会是什么反应，通过联合国的投票、各国的声明表态，都可以找到国际社会的一个基本的态度、立场。

英国那个希金斯 (Rosalyn Higgins) 的女法官，写了本书叫《Problem and Process: International Law and How We Use It》。这个题目还是很对的，在国际法的很多领域、问题上，的确是很多方面都没有达成协议，

所以可以说是 Problem。如何解决这些 Problem，要把国际法看做一个 Process，找各种因素，找到解决问题的方案。这还是有道理的。

4. 当代中国如何运用国际法

讲这些东西，还是有一些用意的，主要是说中国。中国应该很好地吸取一些教训，同时也要学习一些其他大国利用国际法的经验。今天我们有很多很多机遇，也面临很多挑战。我们怎么样运用国际法，在国际关系中捍卫我们的利益，怎么利用国际法在国际关系中创造一个有利于我们和平发展、和平崛起的环境，这些东西真的是我们需要好好研究的。

我们怎么样利用国际法打开局面、打破僵局、冲出包围？看美国现在都走到哪儿去了，把缅甸都弄走了。美国只要收服一个国家，我们就会被赶走。我们真的要提高警惕了，要思考怎么样重新夺回我们的阵地。过去我们经常说，我们的朋友遍天下，过去没准真是遍天下，现在呢。这个国家要有理想，这个国家要在国际关系中要有理想，要提出我们自己的理想，一种大家都能接受的理想，能把大家都团结在我们周围。这是我们很重要的任务。

我们也要很好地利用国际法，我们为什么不能也高举人权大旗呢，人权不是美国的，是历史发展的结晶。我们在宪法中也提出尊重人权，我们怕什么啊。我么要利用国际法，提出自己的价值，要真正很好地思考人权价值对我们的意义。李老师说曾经说高举人权大旗，别人就不高兴了，那我们提文明的融合行不行，提多元文明的融合。别人一听这个有点儿意思。我们总要有点什么自己的东西啊。过去毛泽东提出三个世界，以后我们叫什么呢，叫韬光养晦，就没事儿了。我们现在都第二大经济体了，能韬光养晦么，现在谁没盯着我们。所以这个时候真的要好好想一想。

我们学国际法也知道，国际法经常是自我解释的，当然解释的要有道理。菲律宾、日本都说要按国际法跟中国打交道，好像就中国不遵守国际法。我们怕什么啊，干嘛不也说按国际法打交道呢。所以有些人不是很懂，要是李老师的话就会会高举国际法大旗、人权大旗，对应所有国家。很好的旗帜为什么不用呢，国际法有权威 Authority，老百姓一听，公正公平，其实大家谁知道国际法是什么。我们学了就知道你有你的国际法，我有我的国际法，我们怕什么啊。

当然高举人权大旗，自己是不是要搞人权，也要搞清楚。但是我们国内宪法都说了，有什么问题啊。文化大革命以后，搞法治，建立中国特色的社会主义法律体系，搞法院、检察院，搞民事诉讼法、刑事诉讼法、搞民法通则等等，不都是为了法治、为了人权么，有什么问题呢。所以我们要提出我们的价值观。

讲人权，我们肯定有最低限度的共同标准，我们都反对南非搞种族隔离、种族歧视，我们都反对酷刑，我们都坚持保护妇女儿童，我们都坚持共同发展，我们肯定有共同标准的，我们怕什么呢。当然我们能提出更高的标准也行，所以我们上面讲到文明，文明确实是重要的，确实能说明一些问题。比如 90 年后，美籍日本人福山讲历史的终结，其实讲的是历史到今天只有一种发展的模式，就是西方的模式。现在利比亚发生的事情都是西方的模式。但是前一段时间利比亚班加西发生的事情恰恰证明了可能存在着不同的社会发展的模式。尤其在伊斯兰世界，可能是另外一种不同形式的模式。所以美国很生气，希拉里说我们费了半天劲把卡扎菲弄下去了，你们把我们的大使杀死作为回报。但这里面我们要仔细想，这其实是文明的冲突的问题，是在说这个世界上可能不是一个世界发展模式的问题。所以如果从国际法更大的视野、更高的高度讨论问题，可能没准真的是文明融合的问题，是如何解决文明冲突的问题。这个问题留给我们思考。

所以李老师说特别主张学习国际法的学生经常听听文明的课程。国际法学者讨论的最高级别可能就是价值和文明的问题了，到最后只能从文明的冲突、文明的融合的角度考虑问题了。从亨廷顿讲文明的冲突之后，很多法律专业讨论这个问题，其实这个问题是跟国际法又密切关系的。

国际法对我们国家和平崛起有很大作用，关键是怎么运用，就像希金斯讲的 How to Use It，这还是一个很大的课题。

Summary

总结

0>导论

导论首先讲了国际法的概念，国际法是什么，还讲了国际法的特点。学国际法还是要对付一下这些东西的。实际上给国际法下个定义也不是那么容易的。因为从学派来讲，可能对于国际法的认识是完全不同的。比如说，实在法就觉得是一些原则、规则的总体，但是政策定向就把国际法看成是活的 Process，如果是两者结合的学派就把国际法看成是一种机制。但是学习总要有一个工作定义。我们说了国际法是什么，有一些特点。我们知道这个比较简单。

第二个问题就是国际法的方法，我们讲了三种方法，要知道这三种方法是怎么回事儿。过去很多人在教国际法、学习国际法，都会遇到一个章节叫国际法的理论，都认为理论和国际法的实践是不相关的。实际上，国际法的理论是国际法的基本功，有什么样的方法就有什么样的观点，在什么立场上看国际法，关系很大。

我们讲了实在法，把国际法看成是国家之间的法律，这个我们很同意。现在的国际法是基于国际社会的现实，或者世界政治的结构而产生的一种法律。世界政治的结构是什么呢，就是国家是国际社会的基本单位，新产生的国际法就是调整国家之间关系的法律，不是国内的法律。所以实在法以国家为中心的一些看法基本的观点都符合现实。实在法讲究国际法是国家意志的体现，这个意志主要通过条约、习惯。

另外一种方法是自然法，自然法认为法不是制定的，而是发现的，法律存在于人的大脑中、存在于人的理性中。有人总结的很好，自然法是以个人为中心的，人是权利的起始，也是权利的终点。自然法在国际法上还是有体现的，所谓天赋人权，在国际法的很多文件中得到了体现。自然法和实在法在论证上是不一样的。我们讲，实在法是建立在国家实践基础上的，是一个总结、归纳的方法，所以看实在法，要说这个是法、那个是法，一定是找一大堆证据，要从证据当中总结、归纳出来法律的条款、法律的规定。这一点就很像美国的 Case Law，美国法学院一大堆案例书，总结归纳法律。而自然法是演绎的方法，就是一些基本的概念、基本的原则，从中推导出来具体的法律的原则、规则。实际上在我们看来，国际法刚开始的时候，格老秀斯时代，主要还是自然法。但是自然法比较简单，主要讲的就是公平合理正义等，比较简单，就有了实在法。

第三章方法是政策定向耶鲁学派。耶鲁学派把法律看做一个过程，强调法律的两个要素，权威和力量，认为法律以政策为定向，任何时候都要考虑政策的目标、要求，法律最终的目的是实现人的尊严。李老师说政策定向是美国历史上现实主义法学和自然法学的结合。

理论、方法论部分还要有所了解，知道这三个学派。不管是什么国际法的作者，基本上这是这三个理论中徘徊。要么是实在法为主，要么偏重政策定向，要么是几种的结合。纯粹的实在法已经很少了，纯粹的自然法也没多少，菲德罗斯也是几种结合，可能偏重自然法。即便是政策定向也不会不考虑国家实践。希金斯是比较典型的政策定向学派，但是仍然注重国家实践的作用。

导论，主要是国际法的基本概念、方法，了解三种方法大概在讲什么，之间稍微比较一下。

1>国际法的渊源

第一章是国际法的渊源。渊源，是关于造法的方式的问题。什么是渊源，也需要法律的规定。这个概念和国内法上的立法法很像，关于造法，是立法法的规定，就是哈特讲的第二级规则、次级规则，Second Law。什么是国际法上的次级规则呢，人们都说《国际法院规约》38条，是关于法律如何制定、形成的规定，根据这个规定，大家一般公认有两个基本的渊源，一个是条约，一个是习惯。条约、习惯这两个渊源还是要清楚，这是国际法最基本的东西。同时要了解条约习惯之间的关系，这二者不是没有关系的，尤其是编纂性条约，主要是编纂已有的习惯，两者之间是有密切关系的。虽然我们要强调条约不及第三国，但是如果条约中包括习惯，那么条约可能通过习惯对第三国产生约束效力，这种约束效力来自于习惯，而不是条约本身。

我们要看到条约和习惯的联系，也要看到二者是独立的渊源。条约规则我们叫做协定国际法，习惯规则我们叫做习惯国际法。

2>国际法与国内法的关系

这一章要对一元论、二元论有基本的了解。要清楚国际法在国内的效力、适用问题，掌握国际法与国内法的关系。国内法在国际法上一般视为事实。

要区分习惯法和条约，各国对待国际法是区分两个渊源的。对于习惯法，西方国家一般有个宪法原则，即习惯法是本国法的一部分，因而可以直接适用。美国、英国都有这个普通法传统，大陆意大利这样的国家也有这样的规定。

更重要的渊源可能是条约，今天条约的作用凸显，条约如何发挥效力是更重要的问题。关于条约如何发挥效力涉及几个具体问题：

第一个问题是接纳，国内法如何接纳条约。一种是宪法性的接纳，条约有可能在国内直接适用，比如美国，条约是美国联邦法的一部分；另一种是临时性的接纳，国家参加条约以后，通过立法把条约转换成为国内法，是临时性的。

第二个问题是条约在国内法上的地位。这取决于国家是不是把条约永久接纳为国内法，如果是就涉及到地位问题。

第三个问题是直接或间接适用问题。永久性的接纳往往导致直接适用，但是也有例外。比如美国虽然宪法性接纳，但是又自执行条约和非自执行条约。

第四个问题是冲突如何解决。各国有自己的情况，现在很多国家是后法优于前法。

第五个问题是条约解释规则。是适用国内法规则还是国际法规则解释。

这几个问题要清楚，但前提问题是条约是否为永久性接纳。后面的问题都是以这个问题为前提的。

谈到条约在国内的效力，有一点一定要清楚，就是条约的国际效力和国内效力问题。不是国家参加条约就在国内有效力了，是不是有效力取决于这个国家法律特别是宪法的规定。

3>国际法的基本原则

这一章主要是两个方面的原则：

第一是主权原则、不使用武力原则、不干涉内政原则。这三个原则都是一波的，不使用武力、不干涉都是主权原则的延伸。

第二是尊重人权。

如何评价以主权原则为核心的一系列原则，包括不使用武力、不干涉内政，与人权为导向的原则之间的关系，如何平衡、如何看待这两者的关系，这是国际法最为核心的问题。可以说这个问题贯穿于当代国际法的始终，基本可以在任何问题上看到，主权定向和人权定向两个方面、两种原则的关系。不干涉内政和尊重人权的的关系、不使用武力和尊重人权的的关系，要好好思考。不干涉内政，遇到人权问题要有一定限度，不使用武力也是这样。当然，尊重人权和不干涉内政、不使用武力，也有一定限度。两者如何平衡，具体的情况下如何处理，这就是今天叙利亚、利比亚问题的法律问题。

4>国际法的主体

第四章国际法的主体。国家肯定是国际法的一般的主体，这没有问题。为什么国家是主体呢，因为这个世界（不是国际）的政治结构，国家是基本单位，而国际法是关于这个结构的法律，所以国家是一般的主体。通常上讲，国家就是主体，一般的主体就是国家。这个没有什么问题。

现在比较大的问题是个人是不是主体。有人批判把个人作为客体不太符合国际法为人的尊严考虑、人的权利考虑的目标，把人当成动物、当成事物不合适。但是主体来讲，国际法确实是特殊的法律，一般的主体就是国家，是根据政治结构定的。个人如果一定要跟主体连在一起，最多可以说是特殊的主体。换种方法说，个人的确在国际法上是有些地位的。

这一章还有承认问题。这个问题看起来越来越成为国际法、国际政治比较焦点的问题，比如叙利亚，一些西方国家开始承认反对派，法国打先锋，美国也承认了反对派。传统上讲是有效统治，今天似乎开始发生变化了，可能用某种新的原则主张政府的承认。

这一章还有一个问题是国家责任，把国家责任的概念、承认的后果看一看。

5>国家领土

第五章讨论了领土取得一些方法。领土取得传统的方法现在还在用。比如我们主张对于南沙诸岛、钓鱼岛的主权，主要根据还是先占，最先发现、最先使用的问题。

6>海洋法

第六章，对海洋法要有一个一般概念上的了解，有三次会议、两件大事，杜鲁门的讲话导致了大陆架概念出现，帕多提出深海海底概念。海洋法的制定经过了三次会议，1958年一次，1960年一次没达成协议，以及达成1982年公约的会议。海洋法一些比较重要的概念，比如专属经济区、大陆架的概念，还是要比较清晰的，现在每天讲的就是这些事儿。

7>空气空间与外层空间

第七章，空气空间主要是几个关于劫持飞机的公约，也比较简单；外层空间主要是一些条约，把它们的重要原则归纳一下。

8>国际法上的个人

第八章主要是一些基本的概念，看一看就行了，差不多就行了。

9>人权法

第九章，关于人权看一看基本的文件，大概了解一下，了解1966年两个公约大概是哪些内容，大概在讲什么。另外这一章还涉及人权和主权的问题。

10>外交特权与豁免

第十章，外交特权与豁免主要有哪些内容，这些都是很技术性的。

11>条约法

第十一章，把条约的缔结程序、保留、解释的规则弄明白，这些都还是比较基本的，都属于条约法的基本概念。

12>国际组织

第十二章，讲的国际组织，主要把联合国看一看，包括大会、安理会职权、表决。

13>和平解决国际争端

第十三章，争端解决的方法，知道哪些是政治的方法。法律的方法主要是法院的，国际法院。主要还是一个管辖权的问题。法院还有一些程序问题。管辖权问题涉及到几种管辖权，强制管辖权有对等原则，包括保留、对等内容，强制管辖权、保留对等的原则还是看一看。

14>国际人道法

第十四章，人道法，有两个体系，海牙公约体系主要是对作战方法的限制；日内瓦体系主要是如何保护平民、平民目标等，一般了解了解就行了。

附录一

本课所涉国际法名流

Roberto Ago

罗伯托·阿戈/意大利/1907-1995

- 提出国家刑事责任概念
- 认为制定责任公约，是要制定一些第二级规则，而不是第一级规则
- 曾说由于编纂活动，使得习惯退居了幕后

James Brierley

布莱尔利/英国

- 对于习惯形成需要的“一般实践”问题指出：一般就是一般

sir Ian Brownlie

伊安·布朗利/英国/1932-2010

- 实在法学派的法学家
- 是个左派社会主义，代表过 30 多个国家在国际各种各样的仲裁机构和法庭打官司
- 认为国际法理论对国际法实践往往没有指导意义，说国际法的方法不重要，其实它自己也是实在法的方法
- 认为国际法的渊源就是习惯
- 曾说现在国际上有 International Human Rights, International Law of Sea
- 认为不存在和平解决国际争端的义务
- 对耶鲁学派恨之入骨，嗤之以鼻
- 在【尼加拉瓜诉美国案】中代理尼加拉瓜方面，并取得胜利，经常写文章嘲笑耶鲁学派
- 在该案中以习惯国际法原则作为起诉美国的证据，以回避美国的保留
- 经常攻击美国搞双重标准，攻击美国支持一些封建王国。

Antonio Cassese

安东尼奥·卡塞西/意大利/1937-2011

- 曾说一般法律原则讲的是国际法的一些基本原则
- 将接纳条约分为永久性的接纳和临时性的接纳
- 曾说“每一个国家都会在历史的紧要关头拥抱国际法”
- 曾说西欧国家普遍存在酷刑

Tiqiang Chen

陈体强/中国/1917-1983

- 认为国际法主要还是大国的意志
- 毕业论文写的是承认类型，在该领域成为经典

••• 李鸣· 国际公法

- 曾发表文章研究中印边界问题

Bin Cheng

郑斌/英籍华裔

- 研究国际法渊源领域、习惯国际法的证明、外层空间领域，是这几个领域的专家
- 认为国际法还是支配阶级的产物
- 认为要用国际法律制度替代国际法的概念，才能把条约纳入进来
- 认为国际法的渊源就是习惯而非条约，他区分法律的渊源和义务的渊源，认为条约不是法律的渊源，只是义务的渊源，所谓国际法应该是指习惯国际法和一般法律原则的总体
- 曾提出 Instant Custom 概念，论证习惯国际法能否快速形成
- 1965 年写文章研究联合国大会的决议快速形成习惯国际法问题，并以外层空间问题举例
- 将国际法分为自我解释的国际法、仲裁的国际法、法院的国际法三个层次
- 曾说法律的最高层就是司法的国际法

Benedetto Conforti

孔福蒂/意大利

- 曾说国家机关是对内和对外双重职能

Anthony D'Amato

达马托/美国

- 美国西北大学教授
- 讨论国际法通过不法行为发展法律，曾说非法的种子能够结出合法的果实（导论.二.2，实在法学派）

sir Gerald Fitzmaurice

菲茨莫里斯爵士/英国/1901-1982

- 国际法二元论的代表人物
- 曾说国际法与国内法的区别在于国际法调整的是国家之间的关系
- 作为起草《条约法公约》的报告员之一，提出编纂条约法法典，未得到人们的响应
- 反对任意解释的方法，主张原意主义，认为条约解释不能背离原意

Thomas Franck

托马斯·弗兰克/美国/1931-2009

- 90 年代末写的书中着重讨论了民主的权利，认为政府应该是民选的，政府选举过程可能受到国际监督，反对传统国际法不考虑主权来源的做法

Leland Goodrich

古德里奇

- 50 年代初与汉布罗著有 *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*

Hugo Grotius

格老秀斯/荷兰/1583-1645

- 建立了最早的国际法体系，被称为国际法之父

Edvard Hambro

汉布罗/挪威/1911-1977

- 50 年代初与古德里奇著有 *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*

Louis Henkin

路易斯·亨金/美国/1917-2010

- 哥伦比亚大学教授，国际法一元论国内法优先说的实际倡导者
- 1967 年著有 *How Nations Behave*，此书中有经典的表述：国际法绝大多数规则，在绝大多数情况下，受到绝大多数国家遵守
- 在国际法会议上经常与赖斯曼代表的政策定向法学派进行激烈的论战，成为一幕一幕的经典

Rosalyn Higgins

罗莎琳·希金斯/英国/1937-

- 国际法院首位女院长，比较极端的耶鲁学派，其任上曾审理【波黑诉塞黑案】
- 90 年代曾说当今的世界上，80%的国家不是民主国家

- 也承认目前的国际法是国家之间的法

John Humphrey

约翰·汉弗莱/加拿大/1905-1995

- 曾说《宪章》差一点儿就把人权忘掉了

sir Robert Jennings

罗伯特·詹宁斯/英国/1913-2004

- 曾任国际法院院长
- 曾说习惯法的名称只是延续下来的用法，其实它就是一般国际法
- 认为习惯形成需要国家的意识

Hans Kelsen

汉斯·凯尔逊/奥地利/1881-1973

- 国际法一元论国际法优先说的代表人物
- 曾说国家一诞生，首先接触的就是国际法
- 有著作《联合国法》，认为《宪章》的人权条款并没有为会员国创设一种法律义务

Manfred Lachs

拉克斯/波兰/1914-1993

- 著有《国际法的教师与教学》*The Teacher in International Law: Teachings And Teaching*
- 在1969年【北海大陆架案】投反对票，认为等距离线就是习惯法

Hersch Lauterpacht

劳特派特/英国/1897-1960

- 第八版的《奥本海国际法》的修订者，曾是王铁崖先生的老师，是最早的国际法委员会的委员，曾任国际法院法官
- 很早就看到人权对国际法的影响，五十年代初就写了《国际法上的主权与人权》
- 建议成立一个国际性的法庭，专门受理各国关于人权问题的申诉
- 认为国际法委员会的编纂活动也是造法，为了区分编纂和发展才列为编纂之列
- 认为《宪章》对人权的规定给会员国创设了义务
- 曾讨论国际法的编纂，认为国际法的编纂是一个实际的问题
- 五十年代就提出，人权最终的保护需要个人申诉权；后来提出这种申诉权最好在一个价值和传统文化一致的区域
- 认为“干涉”应当被解释为专横、强制的行动，更多解释为武力的活动

Haopei Li

李浩培/中国/1906-1997

- 曾作为顾问就中英香港谈判问题提出一个观点，认为虽然19世纪战争权是国家的权利，但当时自然法上也有反对不义战争的概念，这是一种强行法

Kéba M'baye

姆巴伊/塞内加尔/1924-2007

- 非洲国际法学家，曾提出三代人权划分

Myres McDougal

麦克杜格尔/美国/1906-1998

- 耶鲁法学派代表人物之一
- 在【尼加拉瓜诉美国案】中与赖斯曼出任美国方面代理律师

sir Arnold McNair

麦克奈尔爵士/英国/1885-1975

- 在60年代写了 *The Law of Treaties: British Practice and Opinions*, 从英国的实践入手研究国际法，采用实在法的方法

Shigeru Oda

小田滋/日本/1924-

••• 李鸣· 国际公法

- 日本海洋法专家，因国际法院分庭组成制度的修改而没有成为【缅因湾划界案】的法官

Lassa Oppenheim

奥本海/德国/1858-1919

- 著有经典的《奥本海国际法》，第一版 1905 年出版，至今已出到第九版

Michael Reisman

迈克尔·赖斯曼/美国

- New Haven School 当代的代表人物
- 有中文译作《国际法：领悟与构建》
- 怀疑制裁是不是总是有效，认为制裁总会肥了当政者
- 曾说人权的发展绝不是国际法的小修小补，它对国际法的影响是全面的、本质性的
- 过去每次美国国际法年会上，他和他的老师都会与亨金的学派激烈地辩论
- 在《国际法：领悟与构建》中的一篇文章《人权与主权》中多次谈到，主权应当是人民的主权，只有人民的主权才是可以尊重的主权，挑战传统的主权观念
- 在【尼加拉瓜诉美国案】中与麦克杜格尔出任美国方面代理律师，对这次案件的失败耿耿于怀
- 经常说当时的联合国是多数的暴政

Oscar Schachter

萨赫特/美国/1915-2003

- 哥伦比亚大学，曾在联合国做法律顾问，曾说可以笼统地说编纂性的公约、造法性条约大部分条款都是习惯规则

Georg Schwarzenberger

施瓦曾伯格/英国

- 认为其实《奥本海国际法》在取向上是有选择的

Jiuyong Shi

史久镛/中国/1926-

- 曾任国际法院院长，是比较典型的实在法学
- 对其继任者罗莎琳·希金斯在【波黑诉塞黑案】中的判决非常不满

Bruno Simma

希玛/德国/1941-

- 90 年代末著有 *The Charter of the United Nations: A Commentary*，对联合国宪章各个条款进行了解释

Louis Sohn

路易斯·索恩/美国/1914-2006

- 提出《世界人权宣言》作为《宪章》人权条款的解释性文件使其具有法律效力

Alfred Verdross

阿弗雷德·菲德罗斯/奥地利

- 偏向自然法学派，讲《联合国宪章》天赋人权的表述是自然法在国际法的体现
- 魏玛宪法起草的时候提出国际法在国内的效力于国际法对国内的效力不同
- 1963 年在其著作中指出：“……现代国际法表现出双重的性质：它本质上仍然是国家之间的法律，然而同时它正在发展成为一个人类的法律，而这个人类的法律将会既照顾到人的社会性，也照顾到人的个性。”

Tieya Wang

王铁崖/中国/1913-2003

- 曾在北京大学任教
- 是劳特派特的学生
- 作为中国的顾问参加过第三次海洋法会议

Quincy Wright

昆西·赖特/美国/1890-1970

- 认为《宪章》对人权的规定给会员国创设了义务

附录二

本课所涉案例索引

部分案例在正文中附有百度来的案情背景，索引中打钩的即是。

【交易号案】	1812 年
✓ 第三章·三·(一)·4: 国家豁免原则	055 页
【福斯特诉尼尔森案】	1829 年
第二章·二·(一)·2: 自执行条约与非自执行条约	044 页
【突尼斯和摩洛哥国籍命令案】	1923 年
第十二章·二·1: 常设国际法院	143 页
【荷花号案】	1926 年
导论·一·(二)·1: 国际法目的效果说	005 页
✓ 第十二章·二·1: 常设国际法院	143 页
【帕尔马斯岛仲裁案】	1928 年
✓ 第五章·二·(一)·2: 先占与时效	082 页
【科孚海峡案】	1948 年
第一章·六·(一)·1: 一般法律原则	037 页
✓ 第四章·四·(二): 国际责任损害赔偿	077 页
【庇护案】	1950 年
第八章·三·(二)·1: 外交庇护	109 页
第八章·三·(二)·2: 居留的时间	109 页
✓ 第十三章·四·8: 国际法院重要案例	170 页
【英国诉挪威渔业案】	1951 年
✓ 第六章·二·1: 领海基线的画法	092 页

【灭种罪资讯案】	1951 年
第十一章·三·3: 保留制度的变化	135 页
✓ 第十三章·四·10: 国际法院重要案例	172 页
【富士案】	1952 年
第二章·二·(一)·2: 自执行条约与非自执行条约	044 页
第九章:《联合国宪章》的法律性质	112 页
第十三章·四·7: 条约的国内效力	170 页
【英伊石油公司案】	1952 年
✓ 第四章·一·1: 公司作为主体	064 页
【两航公司案】	1952 年
✓ 第四章·三·1: 国际法上的继承	074 页
【诺特鲍姆案】	1955 年
第八章·一: 国籍的真实联系	103 页
第八章·三·(一)·2: 双重国籍	108 页
✓ 第十三章·四·7: 国际法院重要案例	168 页
【比荷边境土地案】	1959 年
✓ 第五章·二·(一)·2: 时效取得	081 页
【联合国经费资讯案】	1961 年
✓ 第十三章·四·11: 国际法院重要案例	172 页
【艾希曼案】	1962 年
第四章·二·(二)·3: 德国与美洲的关系	070 页
第八章·三·(二)·3: 对战争罪犯的庇护	109 页
【北海大陆架案】	1969 年
导论·二·(一)·1: 演绎的方法	015 页
导论·二·(二)·4: 法官造法	017 页
第一章·三·(二)·2: 编纂是对习惯的宣告	027 页
第一章·四·(二): 习惯形成的时间要素	030 页
第一章·五·(一)·2: 编纂与发展	033 页
第一章·五·(一)·4: 条约中习惯的作用	034 页
第一章·六·(一)·3: 波兰法学家拉克斯	038 页
第六章·四·3: 大陆架划界原则	095 页
第十一章·三·3: 保留作为证据	135 页
第十三章·三·(二)·3: 国际法院自愿管辖	159 页
✓ 第十三章·四·2: 国际法院重要案例	163 页
【巴塞罗那电力公司案】	1970 年
导论·一·(二): 人权对当代国际法的影响	012 页
第一章·六·(一)·1: 一般法律原则	037 页
第四章·四·(一)·1: 对一切的义务	076 页
第六章·五·2: 方便旗船	096 页

第八章·一·(一): 对国际社会整体的义务和对一国的义务	103 页
✓ 第十三章·四·6: 国际法院重要案例	167 页
【核试验案】	1974 年
导论·二: 原则背后的力量	021 页
第一章·四·(二): 国际法的弹性	031 页
第一章·六·(二): 国际法的证据	039 页
第四章·四·(二): 恢复原状	077 页
第十一章·一·(一): 口头条约	130 页
第十一章·六·3: 多边条约的退出	140 页
第十三章·一: 争端是否存在	153 页
第十三章·三·(二)·3: 国际法院任意强制管辖	160 页
第十三章·三·(二)·4: 国际法院特殊程序	161 页
✓ 第十三章·四·1: 国际法院重要案例	162 页
【渔业管辖区案】	1974 年
✓ 第十三章·四·9: 国际法院重要案例	171 页
【烟花案】	1979 年
第二章·一·(一)·2: 国际法优先说	041 页
✓ 第三章·三·(一)·4: 国家豁免原则	056 页
第四章·二·(三)·2: 承认的效果	072 页
【美国诉伊朗案】	1980 年
第一章·三·(二)·1: 条约规则	027 页
✓ 第十章: 《维也纳外交关系公约》	119 页
第十章·二·(二)·2: 外交人员的行政豁免权	125 页
第十三章·三·(二)·3: 国际法院协议管辖	159 页
【湖广铁路债券案】	1982 年
第二章·一·(一)·2: 国际法优先说	041 页
✓ 第三章·三·(一)·4: 国家豁免原则	055 页
第四章·二·(三)·2: 承认的效果	072 页
第四章·三·4: 恶债不予继承	075 页
第八章·三·(一)·2: 政治的考量	108 页
【缅因湾划界案】	1984 年
第一章·四·(二): 国际法的弹性	031 页
第十三章·三·(二)·2: 国际法院分庭构成	158 页
【尼加拉瓜诉美国案】	1986 年
导论·二·(三)·1: 政策定向法学派	018 页
第一章·五·(一)·2: 国际法的编纂与发展	033 页
第三章·一: 《国际法原则宣言》	051 页
第三章·四·(二)·4: 背景下的国际法	060 页
第三章·七·2: 干涉的概念	062 页
第六章·一·(二)·1: “多数的暴政”	090 页
第七章·二·2: 联大决议形成习惯法	101 页

第十三章·三：西方的法院	157 页
第十三章·三·(二)·3：国际法院任意强制管辖	160 页
第十三章·三·(二)·4：缺席审判	161 页
✓ 第十三章·四·3：国际法院重要案例	164 页
【光华寮案】	1987 年
✓ 第三章·三·(一)·4：国家豁免原则	056 页
第四章·二·(三)·2：承认的法律效果	072 页
【使用核武器合法性问题的资讯案】	1996 年
✓ 第十三章·四·4：国际法院重要案例	165 页
【皮诺切特案】	1998 年
第四章·二·(二)·1：承认的标准	070 页
第四章·二·(二)·4：埃斯特拉达主义	071 页
第九章·一·4：反对酷刑	114 页
【洛克比案】	1998 年
第十三章·一：可受理性	153 页
第十三章·三·(二)·3：不接受法院管辖的方法	161 页
✓ 第十三章·四·12：国际法院重要案例	173 页
【波黑诉塞黑案】	2007 年
第四章·四·(一)·4：不法行为主观因素	077 页
第九章·一·4：《禁止灭种公约》	114 页
第十一章·四·2：国际法院对条约的解释	138 页
第十三章·三：西方的法院	157 页
✓ 第十三章·四·5：国际法院重要案例	166 页
【隔离墙案】	2009 年
第十四章·三·(二)·4：人权与人道	177 页
【科索沃资讯案】	2010 年
✓ 第十三章·四·13：国际法院重要案例	173 页