国际法  
**International Law**

**授课教师**秦倩 副教授（[qianqin@fudan.edu.cn](mailto:qianqin@fudan.edu.cn)）

**助教**张瑀桐

**目录**

[第一讲 导论：学习国际法的意义和方法 5](#_Toc167717405)

[一、为什么学习国际法 5](#_Toc167717406)

[（一）国际公法学学科在中国的发展 5](#_Toc167717407)

[（二）个人与国际社会的联系 5](#_Toc167717408)

[（三）国际社会中的国际法之作用 5](#_Toc167717409)

[（四）国际法关注的话题 6](#_Toc167717410)

[二、如何学习国际法 6](#_Toc167717411)

[（一）国际法的法律渊源 6](#_Toc167717412)

[（二）国际法资源的检索 7](#_Toc167717413)

[第二讲 国际法的性质和发展 8](#_Toc167717414)

[一、国际法的概念与特征 8](#_Toc167717415)

[（一）国际法的名称与定义 8](#_Toc167717416)

[（二）国际法与国际关系、国际政治 9](#_Toc167717417)

[（三）国际法的性质与特征 10](#_Toc167717418)

[（四）国际法效力的根据和范围 10](#_Toc167717419)

[二、国际法的形成与发展 11](#_Toc167717420)

[（一）古代社会及中世纪的国际法 11](#_Toc167717421)

[（二）近代国际法的产生与发展 11](#_Toc167717422)

[（三）现代国际法的发展 11](#_Toc167717423)

[（四）当代国际法的趋势与挑战 11](#_Toc167717424)

[三、国际法与非欧洲地区 12](#_Toc167717425)

[四、中国与国际法 12](#_Toc167717426)

[（一）中国古代国际法的遗迹 12](#_Toc167717427)

[（二）近代国际法输入中国 12](#_Toc167717428)

[（三）中国与20世纪上半叶的国际法 12](#_Toc167717429)

[（四）新中国对现在国际法的贡献 12](#_Toc167717430)

[第三讲 国际法的渊源 13](#_Toc167717431)

[一、国际法渊源的内涵与类别 13](#_Toc167717432)

[（一）法律渊源与国际法渊源 13](#_Toc167717433)

[（二）国际法的主要渊源 14](#_Toc167717434)

[（三）国际法的辅助渊源与补充渊源 15](#_Toc167717435)

[（四）国际法渊源的新发展 15](#_Toc167717436)

[二、国际法渊源的位阶与强行法 16](#_Toc167717437)

[（一）国际法渊源的位阶问题 16](#_Toc167717438)

[（二）国际强行法 16](#_Toc167717439)

[三、国际法的编纂 16](#_Toc167717440)

[（一）国际法编纂概述 16](#_Toc167717441)

[（二）联合国编纂国际法的活动 17](#_Toc167717442)

[四、国际法与国内法的关系 17](#_Toc167717443)

[（一）国际法与国内法关系的学说 17](#_Toc167717444)

[（二）国际法在国内的适用 18](#_Toc167717445)

[（三）国内法对国际法的影响 19](#_Toc167717446)

[五、国际责任法 19](#_Toc167717447)

[（一）概述 19](#_Toc167717448)

[（二）国际不法行为的责任 20](#_Toc167717449)

[（三）国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任 21](#_Toc167717450)

[第四讲 国际法上的国家 21](#_Toc167717451)

[一、国际法的主体 21](#_Toc167717452)

[（一）国际法主体的概念 22](#_Toc167717453)

[（二）国际法主体的范围 22](#_Toc167717454)

[（三）国际法主体的种类 22](#_Toc167717455)

[（四）个人的国际法地位问题 23](#_Toc167717456)

[二、国际法上的国家 23](#_Toc167717457)

[（一）国家的要素与类型 23](#_Toc167717458)

[（二）国际法上的承认 23](#_Toc167717459)

[（三）国际法上的继承 25](#_Toc167717460)

[（四）国家的基本权利与义务 27](#_Toc167717461)

[（五）国家豁免 28](#_Toc167717462)

[第五讲 国际法上的领土 29](#_Toc167717463)

[一、概述 30](#_Toc167717464)

[（一）领土的概念 30](#_Toc167717465)

[（二）领土的法律地位 30](#_Toc167717466)

[二、领土权源：国家领土的取得与变更 30](#_Toc167717467)

[（一）传统领土变更的方式 31](#_Toc167717468)

[（二）现代领土变更方式 32](#_Toc167717469)

[三、边界和边境制度 32](#_Toc167717470)

[（一）边界制度 32](#_Toc167717471)

[（二）边境制度 33](#_Toc167717472)

[四、特殊区域 33](#_Toc167717473)

[（一）南极（Anti-arctic / Antarctica）的法律地位 33](#_Toc167717474)

[（二）北极（Arctic）的法律地位 33](#_Toc167717475)

[第六讲 海洋法 33](#_Toc167717476)

[一、概述 34](#_Toc167717477)

[（一）海洋法的历史发展 34](#_Toc167717478)

[（二）海洋法的编纂 34](#_Toc167717479)

[（三）海洋法中的区域 35](#_Toc167717480)

[二、基线 35](#_Toc167717481)

[（一）正常基线和直线基线 35](#_Toc167717482)

[（二）群岛基线 35](#_Toc167717483)

[三、内水 35](#_Toc167717484)

[（一）内水的概念和法律地位 35](#_Toc167717485)

[（二）海湾水域 36](#_Toc167717486)

[（三）内水的司法管辖权 36](#_Toc167717487)

[四、领海与毗连区 36](#_Toc167717488)

[（二）无害通过 36](#_Toc167717489)

[（三）沿海国在领海内的司法管辖权 37](#_Toc167717490)

[（四）毗连区 37](#_Toc167717491)

[五、专属经济区 37](#_Toc167717492)

[六、大陆架 38](#_Toc167717493)

[（一）大陆架的定义 38](#_Toc167717494)

[（二）大陆架的法律地位 38](#_Toc167717495)

[（三）中国的大陆架问题 39](#_Toc167717496)

[七、用于国际航行的海峡 39](#_Toc167717497)

[（一）用于国际航行的海峡的定义 39](#_Toc167717498)

[（二）用于国际航行的海峡的通行制度 39](#_Toc167717499)

[八、群岛水域 40](#_Toc167717500)

[九、公海 40](#_Toc167717501)

[十、国际海底区域 40](#_Toc167717502)

[第七讲 战略新疆域与国际法 40](#_Toc167717503)

[一、全球公域与战略新疆域 41](#_Toc167717504)

[（一）全球公域 41](#_Toc167717505)

[（二）战略新疆域 41](#_Toc167717506)

[二、极地 41](#_Toc167717507)

[三、深海 41](#_Toc167717508)

[四、空间法 42](#_Toc167717509)

[（一）空间法的概念与产生 42](#_Toc167717510)

[（二）空间法的渊源 42](#_Toc167717511)

[（三）空气空间和外层空间的划分 43](#_Toc167717512)

[（四）空气空间和外层空间的法律地位 43](#_Toc167717513)

[第八讲 国际性人权保护：国籍、人权 44](#_Toc167717514)

[一、国际社会为何要保护人权 44](#_Toc167717515)

[二、国籍 44](#_Toc167717516)

[（一）国籍的取得与丧失 44](#_Toc167717517)

[（二）国籍冲突 45](#_Toc167717518)

[（三）外国人的地位 45](#_Toc167717519)

[（四）外交保护 45](#_Toc167717520)

[三、难民 45](#_Toc167717521)

[（一）国家保护难民的权限 46](#_Toc167717522)

[（二）难民保护的历史和难民定义 46](#_Toc167717523)

[（三）难民认定及各国的庇护 46](#_Toc167717524)

[四、国际人权法 46](#_Toc167717525)

[（一）联合国的国际人权保障 46](#_Toc167717526)

[（二）国际人权条约 47](#_Toc167717527)

[（三）国际人权法的实施机制 48](#_Toc167717528)

[第九讲 国家间交往规则——条约法、外交关系法 49](#_Toc167717529)

[一、条约法 49](#_Toc167717530)

[（一）条约法概述 49](#_Toc167717531)

[（二）条约的缔结及其程序 49](#_Toc167717532)

[（三）条约的效力 51](#_Toc167717533)

[（四）条约的解释 52](#_Toc167717534)

[二、外交与领事关系法 53](#_Toc167717535)

[（一）外交关系与领事关系 53](#_Toc167717536)

[（二）外交特权（privileges）与豁免（immunities） 53](#_Toc167717537)

[（三）中国政府关于特权与豁免的规定 54](#_Toc167717538)

[第十讲 和平解决国际争端 54](#_Toc167717539)

[一、概述 55](#_Toc167717540)

[（一）国际争端的概念与特点 55](#_Toc167717541)

[（二）国际争端的解决 55](#_Toc167717542)

[二、和平解决国际争端的外交方法 56](#_Toc167717543)

[（一）谈判（negotiation）与协商（consultation） 56](#_Toc167717544)

[（二）调查（investigation） 56](#_Toc167717545)

[（三）斡旋（good offices）与调停（mediation） 56](#_Toc167717546)

[（四）调解或和解（conciliation） 56](#_Toc167717547)

[（五）通过国际组织解决 57](#_Toc167717548)

[三、和平解决国际争端的法律方法（国际诉讼） 57](#_Toc167717549)

[（一）国际仲裁（international arbitration） 57](#_Toc167717550)

[（二）国际司法解决 57](#_Toc167717551)

第一讲 导论：学习国际法的意义和方法

2024.2.26

一、为什么学习国际法

（一）国际公法学学科在中国的发展

在我国，自1997年学科设置起，“国际法”就成为了法学一级学科、法学二级学科下的一个三级学科，且不设置在本科。该学科下又分三个门类，即“国际公法”“国际私法”“国际经济法”。因此，国际公法学在中国学界处于一个较低的位置，一定意义上影响了中国国际公法学的学术研究。2018年，中美贸易战暴露出了我国在国际公法、国际经济法等领域的薄弱，国际法这一学科随后开始受到重视。

国际公法（public international law）主要处理国家之间的法律关系（规则、制度和规范）；国际私法（private international law，或冲突法conflict of laws）处理的是私主体在跨境民事、商事往来中两国国内法律的冲突问题；国际经济法处理的是私主体（如跨国公司等）在跨境经济联系中的法律关系。

我们的“国际法”这门课，主要讨论的是国际公法学。

（二）个人与国际社会的联系

在二战之前，个人被认为是从属于国家的，管辖之的只有其所在国（不论是在籍国还是东道国），不受国际法管辖。在该语境下，纳粹德国对本国国民的所作所为是合法的。因此，二战之后，国际公法突破了国与国之间的法律关系，还关注了国家之外的主体，包括个人，也因此诞生了人权（human rights）：人权的权利主体是个人，而义务主体则是国家（所属国）。此外，二战后对战犯的审判也体现了对个人的惩罚突破了所在国管辖的惯例。

（三）国际社会中的国际法之作用

1. 行为规范，定分止争

有社会，必有法。（ubi societas, ibi jus.）

——拉丁语法律格言

国际社会主要由国家构成，但国家之外还有其他的行为体。因此，有国际社会的地方，就一定有国际法律。

法是协调一定主体之间关系的行为规范。从历史上来看，法律的重要作用就是“定分止争”，正所谓“刑起于兵”。法律起源于战争，国际法尤为如此。国际法的几乎每一次大发展都是在战争之后用于制止现有乃至于未来争端的努力，是为“止争”；国际法还规定和平状态下各行为体的权利义务，即“定分”。

2. 从国家利益到国际社会共同利益

百年之前，国际政治中唯一的行为体就是国家，因此国际法被认为是国家间协调意志的体现，保证了主权国家之间可以共存。20世纪下半叶以来，随着国际法的拓展，其目的也发生了变化，更关注超越单个国家的跨界法律问题，以及国际社会整体的利益。这种从国家利益到国际社会共同利益的国际法发展，就是从共存法（co-existence）到合作法（co-operation）的发展。

3. 履行确保与国家责任

相比于国内法（如刑法）而言，国际法更为弱，它难以阻止部分国家违反之。因此，要有制度确保国家履行国际法；在部分国家违反国际法时，要有制度来确保受害方追究责任。这是一个国际法领域研究的重要问题。

（四）国际法关注的话题

1. 被主权国家视为国际社会之法的国际法

**主权国家与国际法：**在当下，国际法中最主要的行为体仍是国家，因此就要定义什么样的行为体可被称作国家。

**国家与国家的交往规则：**国家之间在和平时期的交往涉及许多规则。

2. 国际社会成员包括个人

**国际人权保护：**国际社会已经发展了一套国际人权法体系。

**国际犯罪：**国际法对个人不仅有保护，还有处罚。纽伦堡审判和东京审判即是其先例；冷战期间，国际刑事法一度沉默；冷战之后，前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭再次体现了国际社会对个人的惩罚。

3. 国际法所追求的国际社会之和平

**和平解决国际争端：**19世纪之前，国家的战争权被认为是合法的；20世纪国际法的重大发展之一就是摒弃武力的使用。当代国际法有诸多和平手段用于解决争端，其重点在于“和平”而非“解决”。

**诉诸战争权与武装冲突法：**虽然战争违法，但战争往往不可避免。然而，在战争期间，国际法依然有一套适用的行为规范。

二、如何学习国际法

（一）国际法的法律渊源

国内法的法律渊源一般是其立法机关；国际法的法律渊源则是《国际法院规约》第38条第1款：

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**国际协约**，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。

——《国际法院规约》

（二）国际法资源的检索

1. 国际条约与成文法律法规的检索

联合国规定，国家之间签订条约后需在联合国秘书处登记，否则此后不得在联合国系统内援引该条约。检索国际条约的途径是联合国条约数据库（<https://treaties.un.org/>）。

条约的签字文本可在联合国条约数据库的签字文本栏（<https://treaties.un.org/Pages/CTCs.aspx?clang=_en>）找到，中国缔结的条约则可以在外交部条约文件（<https://www.mfa.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/>）中找到。

此外，国际法律法规的检索渠道还有：

* 全球法规网（Global Law，由商务部开发）：<http://policy.mofcom.gov.cn/law/index.shtml>
* 北大法宝（需付费，可借用学校图书馆）：<https://www.pkulaw.com/law?isFromV5=1>
* 联合国大会第六委员会（法律）网站：<https://www.un.org/zh/ga/sixth/index.shtml>
* 国际法视听图书馆（联合国）：<https://legal.un.org/avl/intro/introduction.html?tab=1>
* 联合国法律年鉴：<https://legal.un.org/unjuridicalyearbook/>
* 联合国安理会惯例汇辑：<https://www.un.org/securitycouncil/zh/content/repertoire/structure>

区域组织条约的文件一般可在其官网上找到。

2. 国际习惯的检索

国际条约是成文的，但国际习惯是不成文的，因此国际习惯是识别是国际法上的首要难题。2018年8月6日，联合国国际法委员会通过了关于习惯国际法识别的结论草案。联合国国际法委员会（<https://legal.un.org/ilc/>）的Annual Reports是了解国际法最新发展和发现国际法研究选题的宝库。

检索国际习惯还可根据以下辅助资料：

* 司法判例：
  + 国际性法院和法庭的判例；
  + 各国国内法院判例。
* 政府间国际组织和国际会议的决议；
* **学说：**各国权威最高的公法学家学说。

3. 一般法律原则的检索

检索一般法律原则可以根据以下辅助资料：

* **司法判例：**国际性法院和法庭的判例；各国国内法院判例；
* **学说：**各国权威最高的公法学家学说。

4. 国际法院案例与庭审视频的检索

国际法院和法庭的判决是识别习惯国际法和一般法律原则的重要辅助资料。国际法院的判决（judgements）、咨询意见（advisory opinions）和命令（orders）都可以在其官网（<https://www.icj-cij.org/home>）的案件（case）栏中找到。

每个案件的多媒体画廊（multimedia galleries）中都有其庭审视频可供观看。

5. 域外法律的检索

域外法律的检索渠道包括律商网（LexisNexis，需付费，可借用学校图书馆）、Westlaw、世界法律信息研究所（WorldLII，免费）、全球法规网（Global Law）等。

英国法律的检索渠道有：ICIR（<https://www.iclr.co.uk/>，半免费）、BAILII、英国最高法院网（<https://www.supremecourt.uk/>，有庭审视频）、英国国家档案馆法律数据库（<https://www.legislation.gov.uk/>）等。

美国与英国虽同属海洋法系，但美国除了判例法，还有成文法。美国成文法的检索渠道有：美国法典（United States Code，<https://uscode.house.gov/>）、美国国会官网（<https://www.congress.gov/>，收录立法议案[bill]）、e-CFR（<https://www.ecfr.gov/>，收录联邦行政法规）、FindLaw（<https://lp.findlaw.com/>，免费）。

6. 外文法律学术文献检索

外文法律学术文献方面，复旦大学图书馆已经购买了PQDT学位论文全文库、HeinOnline法学全文数据库、Lexis Advance律商联讯法律数据库、Hart法学电子书等。亦可自行在sci-hub、Anna’s Archive（主要为期刊和著作）上检索。

哈佛大学、康奈尔大学、剑桥大学三校的法学院在国际法方面颇有建树，可在其官网上检索相关的新闻或学术进展。

第二讲 国际法的性质和发展

2024.3.4

一、国际法的概念与特征

（一）国际法的名称与定义

国际法（international law）有狭义和广义之分。狭义的国际法指的是国际公法，广义的国际法还包括国际私法和国际经济法（international economic law）。本课程的内容仅限于国际公法。

1. 西文中国际法的名称起源

在西方，国际法的产生与欧洲的时空条件密不可分。国际法是在16~17世纪出现的体系或现象，在18世纪演变，到18世纪末出现了新的突破，并在20世纪上半叶进一步细分，持续发展至当今。

国际法之所以在16~17世纪于欧洲出现，是因为民族国家（nation）及其主权的兴起打破了神权至上，横向的平等的主权关系（一定数量的平等主体存在并互相交往，产生一定体系）取代了纵向的统一的基督教世界的关系（宗教领域的罗马教廷，世俗领域的封建领主），新秩序取代了旧秩序。例如，《威斯特伐利亚条约》（1648）承认了荷兰、瑞士的独立，以及新教国家的独立性，确立了包括主权原则在内的近代国际关系的诸多原则，削弱了基督教世界宗教领域的影响力。在这种新秩序下，主权国家间的交往需要一种体系和规则，这是政治界、学术界、思想界迫切要回答的问题。

荷兰学者许霍·格劳秀斯（1583~1645）就处于这个新秩序正在形成但尚未确立的时代，他在《战争与和平法》（1625）中借用了罗马法中jus gentium即万民法（与市民法调整罗马帝国市民之间的关系不同，万民法调整罗马市民与外邦人、外邦人之间的关系）的概念，提出了law of nations即万国公法。

在“漫长的18世纪（1780~1914）”中，英国法学家杰里米·边沁（1748~1832）在其《道德和立法原则绪论》（1784）中首次使用“国际法”（inter-national law），体现了当时作为世界强权的英国的国际政治思想与需求。国际法与万国公法不同：后者强调所有国家遵守一个法律，而这个法律来自于自然法，来自于人类理性；前者则强调在国家交往的实践基础上形成的条约和习惯，构成一个人定法、实在法的体系。国际法之所以在18世纪出现了重要发展，是因为此时跨国经济联系大大加强，在这些人员、商品和资金流通的实践的过程中，为了实现跨国交往安全的需要，且自然法基于的“人类理性”无法被证实，就形成了实在法的国际法体系。从此以后，国际法就倾向于实在法体系，它与道德和政治都没有关系。

20世纪上半叶，跨国交往进一步增加，且私主体也纳入其中。私主体之间的规则体系与主权国家之间的规则体系有所不同，“国际公法”和“国际私法”就被区分。自二战结束以来，我们在谈论国际法时，谈论的也都是实在的实然法（而非应然法），不谈论公平正义的问题。

2. 国际法概念进入中国

在中国，丁韪良（1827~1916）首先将国际法译作“万国公法”，《国际法原理（*Elements of International Law*）》也被译为《万国公法》。“国际法”的概念是自日本输入的，在晚清和民国时期才形成其概念，这是中国被迫与世界其他国家交往的必然。为了了解这种与中国传统朝贡体系完全不同的交往的行为规范，中国的官方及某些个人都出资翻译了西方的国际法著作。

3. 国际法的概念

国际法是调整国际法主体之间，主要是国家间关系的，具有法律拘束力的原则、规则和制度的总称。

国际法主要是调整国家之间关系的法律规则，其主体主要是国家。当然，国际法主体也包括国际组织和正在争取独立解放的民族组织。如果不是国际法主体，国际法就无法适用其上。个人（包括自然人、法人和其他组织）在国际法特定的领域中具有一定权利，也可能会被惩罚，但个人还没有在法律上成为一般意义上的国际法主体。只有国际法主体之间签署的文件才能称为条约（treaty），否则就只是协议或合同（适用于一国的国内法）。

如果原则、规则和制度不具有法律拘束力，那就不称之为国际法，而称之为国际规则、国际制度、政治宣言等。这是一种软法（soft law），触犯后不会引发严重的法律后果，即使有后果也是在法律之外的（如道德）；而有法律拘束力的国际法是一种硬法（hard law），触犯后会承受严重的法律后果。

国际法与国内法的不同之处在于，后者有一套正式的立法机关、司法机关，以及执行法律的暴力机关，这是一种强法（strong law）；前者则无专门的立法机关和执法机关，不能确保国际法主体都能遵守之，这是一种弱法（weak law）。

（二）国际法与国际关系、国际政治

国际法与国际关系的共同的基本元素和纽带是国家。国际关系是国际法形成和发展的社会基础，而忽视国际法的作用，国际关系则无序可言。

国际法与国际政治有着紧密的关系。国际法律从属于国际政治，一个国家在国际上的实力在很大程度上既决定着该国对国际政治的影响，也决定着该国对国际法发展的影响。

国际法与国际政治存在着复杂而微妙的互动。在国际政治实践中，其中一个体现就是国际法院与联合国安理会的职能职权之间存在交叉。例如在洛克比空难案中，国际法院选择了主动退缩的做法，即承认安理会决议有效。又例如，在要求给出关于科索沃独立宣言合法性的咨询意见时，国际法院只承认了“科索沃发表独立宣言”的行为的合法性，而不是“科索沃具有从一个主权国家中单方面独立的权利”的合法性，这也是一种妥协和折中。再例如，在要求给出关于使用或威胁使用核武器合法性的咨询意见、2016年马绍尔群岛诉核武器国家案时，国际法院选择了尊重重大政治关切和既有共识，主动收缩，从纯技术的角度规避议题。

（三）国际法的性质与特征

1. 国际法是不是法律

维持一个社会的规范有两类，一类是技术规范，另一类是社会规范。道德、纪律、法律、教规都是社会规范。同样地，维持国际社会也有许多社会规范，如国际道德（international morality）、国际礼让（international comity）等。

英国法学家约翰·奥斯汀（1790~1859）发问：国际法是不是法律？他认为，法律就是由统治者发布的、有强制执行力作为后盾的命令。如果以此衡量19世纪的国际法，那么国际法就不是一种法，充其量只是一种道德，因为其没有强制执行力。

在当代看来，当代的国际法是一种法律。虽然它不像国内法那样有强制执行力，但也有自己的一套实施体系，并且多数国家在多数情况下还是遵守国际法的。国内法和国际法的性质不同，实施的方式也不同，不能用国内法的标准来衡量国际法的性质。

2. 国家间的法律还是国际社会的法律

19世纪近代国际法的社会结构是基于主权概念的民族国家体系。

我们知道，主权对内是最高的，对外是独立的，内外存在边界划分，也就是国界线。国界线规定了一个主权国家在其之内具有最高的立法权，国内管辖事项从属于主权，属地管辖是最高的，不受国际影响。每个主权对内都是最高的，因此主权之间不能相互干涉内政。

国际法只存在于国界外，即国家之间。主权对外是独立的，即“主权者不受自我意志之外的任何约束”，体现为自我意志的同意，在国际上表现为条约的形成，这是协调意志的体现。因此，我们可以说，国际法通过主权国家间的同意成立，即主要通过实际有效的条约和惯例所形成并用来调整彼此间关系的所有规则。主权国家间的共识，不论是否成文，都遵守一条法律格言：承诺必须信守。

二战结束后，每个国家对安全和发展的诉求日渐加强，国际法也逐渐从国家之间的法律变为了国际社会的法律。这一时期，出现了“对一切的义务”：如果一个国际法主体违背了符合国际社会整体利益的原则，那么它就要承担这种责任。

（四）国际法效力的根据和范围

国际法学界在这一问题上先后形成了一些学派，对不同时期的国际法发展产生了重要影响，具有代表性的有自然法学派、实在法学派、国家意志说与国家自我限制说、社会连带学派、规范法学派、政策定向说等。

我国的国际法学者一般认为，国际法的效力根据使“各国意志的协调”。

在国际社会全球化不断扩展和深化趋势下，当代国际法的效力根据不仅使各国意志的协调，还应该使国际社会各种行为体意志的协调。

二、国际法的形成与发展

（一）古代社会及中世纪的国际法

虽然古代没有国际法的词汇和概念，但在一些文明古国（如古希腊、古罗马、古印度和古代中国）的确存在一定形式的国际法，对于后来国际法的形成和发展产生了影响。

中世纪国际法的发展可分为三个阶段：

* **从过渡时期到中世纪早期：**国际法没有多少适用的空间，国际法发展几乎停滞；
* **中世纪后期：**设立了常驻使团；通过订立条约取得和划分海外领土；
* **西班牙时代：**签订条约划分海域；确立“海洋自由”原则。

（二）近代国际法的产生与发展

1648年《威斯特伐利亚和约》标志着近代国际法的形成。法国大革命和拿破仑战争促进了近代国际法的发展。欧洲协作时期，在许多方面创造性地发展了国际法：

1. 开创和发展了定期多边会议制度；
2. 促进了外交制度的法典化；
3. 带来了国际条约数量的明显增多和种类的多样化；
4. 明确禁止奴隶买卖，为后来的反对种族歧视和人权法的发展奠定了基础；
5. 推动了国际河流制度的建立；
6. 战争法、人道主义法和国际争端解决法的编纂有了新的突破。

直到19世纪末，国际法都还是欧洲的国际法，体现着欧洲的历史因素，也符合欧洲国家的利益。

（三）现代国际法的发展

现代国际法的发展趋势有以下特征：

* 国际法主体的数量急剧增加，国际法主体的类型由单一趋向多元；
* 国际法客体和领域不断扩展，纯属国家主权管辖的范围相对缩小；
* 国际社会日益组织化，促使国际法的制定从分散的状态朝着更加集中的方向发展；
* 国际法更具有时代的进步性，更符合国际社会整体的利益和需要；
* 国际法的强制力进一步加强，国际法的遵守机制更趋完善。

（四）当代国际法的趋势与挑战

当代国际法的趋势有：

1. 国际法适用的领域或空间得到进一步拓展；
2. 国际法上“对一切义务”或共同体义务概念的形成和发展，在很大程度上增强了国际法的强制效力；
3. 21世纪的国际法人本化趋势尤为突出；
4. 21世纪初常设国际刑事法院的建立，实现了国际刑事责任制度的历史性突破。

当代国际法的挑战主要体现在战争、人权、环境、网络、空间等领域。

三、国际法与非欧洲地区

随着15~16世纪非洲和美洲新大陆的扩张，欧洲与非欧洲之间的关系愈发重要。这一时代，国际法是欧洲中心主义的，其目的是维护欧洲各国的利益。维多利亚以及萨拉曼卡学派的众多的讲义论证了欧洲征服美洲印第安王国的合理性。近代国际法的一个潜在的核心问题就是中心与边缘国家（文明与非文明国家）之间关系的问题。

在16~19世纪末的殖民地分割的时代，领土始终是国际法中的一个重要因素，国际法等法律需要为殖民进行辩护。例如卡斯蒂利亚（西班牙）与葡萄牙划分的教皇子午线以及1529年《萨拉戈萨条约》补充划定的瓜分分界线。

这一时代，国际法也被认为只适用于基督教文明的国家。直到近代以来，奥斯曼土耳其、日本、中国、俄罗斯（苏联）先后进入了国际法体系中。二战后，许多新兴独立的国家就都面临着如何适应国际法体系的问题。

四、中国与国际法

（一）中国古代国际法的遗迹

春秋战国时期诸侯各国间的关系规则类似于近代国际法规则。秦始皇统一中国后，中国进入了长达两千多年的大统一的封建帝国时代，国际法没有存在的社会基础。

丁韪良在《中国古世公法论略》（1884）中，以及陈顾远（1896~1981）在《中国国际法溯源》（1934）中，都提出了“先秦国际法”“中国古世公法”等概念。

（二）近代国际法输入中国

在明、清早中期，中国就与外部世界有所交流，初步接触了国际法，如《尼布楚条约》的签订。一般认为，国际法正式引入到中国始于1840年的鸦片战争。整个近代，国际法在中国的适用极其有限，而且大都是在不平等的条件下予以适用，即“不平等条约”。

（三）中国与20世纪上半叶的国际法

中国于1920年参加国际联盟，从形式上进入了国际社会。新中国建立之前，中国也在为废除不平等条约作出努力，主要体现在废除领事裁判权和收回关税的努力。但直到中华人民共和国成立，不平等条约才在中国彻底瓦解。

（四）新中国对现在国际法的贡献

新中国建立后对国际法的主要话语体系是“和平共处五项原则”和“人类命运共同体”。

当代中国主张和坚持公平、正义和进步的国际法发展方向；创造性地提出国际关系的基本准则；大力促进世界范围内的和平、发展、人权和法治事业；全面参与国际立法和国际决策；积极参加国际条约和适用国际法；一贯主张和平解决国际争端，并创造性地解决香港、澳门回归祖国的问题。

第三讲 国际法的渊源

2024.3.11 / 2024.3.18

一、国际法渊源的内涵与类别

（一）法律渊源与国际法渊源

1. 国内法渊源与国际法渊源

与“国际法渊源”有关的说法有以下三种：

* **国际法的实质渊源（material sources）：**国际法律规则之外的国际法律意识、正义观念、国际力量对比关系、国际社会舆论等因素；
* **国际法的历史渊源（historical sources）：**国际法原则、规则和规章制度历史上第一次出现的形式所在。如不干涉内政原则（1793年法国《宪法》）、公海自由原则（格劳秀斯《海洋自由论》、“三海里”领海说（宾刻舒克《海洋的统治》）、大陆架概念（阿根廷政府宣言与美国政府公告）、大陆架自然延伸原则（1969年国际法院北海大陆架案）；
* **国际法的形式渊源（formal sources）：**国际法律规则现实存在的方式。

在本讲，我们主要关注的是国际法的形式渊源。

我们知道，国内法有其渊源，并可以按立法主体做划分。如中国法律的渊源，就可以分为宪法【全国人大】、法律【全国人大及其常委会】、行政法规【国务院】、地方性法规（民族自治条例、单行条例和特别行政区法规）【地方立法机关】，以及国际法。上述渊源中，除国际法外，前者都比后者优先适用，体现了国内法渊源的位阶——决定在不同渊源或同一渊源的不同法律相冲突时，何者优先适用。

然而，在国际法领域，并没有一个立法主体，故其渊源的划分乃至位阶都与国内法不同。

2. 对《国际法院规约》第38条之理解

目前对国际法的渊源，一般参照《国际法院规约》第38条（尤其是第1款）的理解：

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约，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。

——《国际法院规约》

需要注意的是，《国际法院规约》更多地是一个面向国际法院的章程性的内部文件，而非面对国际社会。但由于国际法院是当今世界上最重要的国际司法机构，且《国际法院规约》也在内容上完全传承了1922年的《常设国际法院规约》，经历了时间的检验，故《国际法院规约》也成为了国际社会的共识。当然，作为成文于100年前的文件，《国际法院规约》虽然有其重要性，但也具有一定局限性，如未能预料到二战结束后国际社会的发展。

在第38条第1款列举的各项中，国际条约、国际习惯是国际法的主要渊源；一般法律原则是国际法的辅助渊源；司法判例及各国权威最高之公法学家学说则不是国际法的直接渊源，而是补充渊源。总之，以上四者的重要性是不同的：国际条约、国际习惯是最重要的，尤其是作为首要渊源的国际条约；一般法律原则较少被运用在国际司法实践中；司法判例及各国权威最高之公法学家学说只是用来确定前三项渊源的一种手段。

第38条第2款并不描述国际法的渊源，而是描述了一种工作方式，即在某种特定条件下，国际法院的法官可以绕开国际法，使用“公允善良”进行裁决。

（二）国际法的主要渊源

1. 国际条约

国际条约是国际法主体间缔结的以国际法为准的国际书面协议，是国家间进行交往的重要法律形式。国际条约是国际法的首要渊源。

国际条约的主体仅限于国际法主体，个人（私主体）不包括在内。需要注意的是，国家在某些情况下也可能是私主体，如进行部分国际买卖合同时。

根据1969年《维也纳条约法公约》，仅书面形式的国际协议受其管辖，但其并没有排除国与国之间口头协议的效力；也就是说，口头国际协议可能存在，并且不受《维也纳条约法公约》的管辖。只要一方证明该口头国际协议的存在，其就具有法律效力。当然，口头国际协议在当今十分罕见。

国际条约具有法律约束力，这与不具有法律约束力的国际政治文件是不同的。

国际条约的效力具有相对性，它只对签订了的国家有效，对其他国家没有效力，即“对第三方无损益”：除非第三方同意，否则不可为第三方创设权利或义务。

2. 国际习惯（international custom）

国际习惯又称习惯国际法（customary international law）。《国际法院规约》第38条第1款指出：“国际习惯，作为通例之证明（as evidence of a general practice）而经接受为法律者。”

一般通过“两要素法（two-element method）”判别国际习惯：

物质要素方面，是通例（general practice）之存在，各国在交往中重复一个行为，形成习惯做法（practice），从而发展为通例。构成通例有三个要件：

* **时间要件——连续性（continuity）：**需要经历一段时间的行为重复。现代以来，还有学者提出了“即时国际习惯法（instant international customary law，速成国际习惯法）”，即在较短的时间内创制了通例；然而，这一做法容易导致霸权国家损害其他国家的利益。
* **数量要件——普遍性（university）：**覆盖一定数量的国家，且在该领域中有代表性或利益攸关的国家重复参与其中，才能形成通例。与国际条约不同的是，国际习惯一旦确认，就往往对国际社会全体成员有效（即使有些成员没有参与其创建）。为了在这种情况下保护少数主体的权益，就出现了“一贯反对者学说（doctrine of persistent objectors）”——一个国家如果在国际习惯法的一项规则产生过程之中始终明确公开坚持反对，就不受该规则的拘束。此外，也存在区域习惯法，即国际习惯仅在某个地理区域内有效（哪怕国际习惯的创建可能只涉及了2个国家）。
* **效果要件——一致性（generality）：**国家重复的行为内容一致，不可前后矛盾。

心理要素方面，是法律确信（opinio juris），要出于法律义务感对特定规则予以遵循，而不是出于道义上、礼仪上的原因。

国际习惯的产生比国际条约更早，但随着二战后政府间国际组织的发展，书面的明确的国际条约逐渐壮大，不成文的模糊的国际习惯就并非最重要了。虽然近几十年来其作用随着条约的大量产生有所减弱，但习惯国际法具有其存在的独立价值，在条约未涉及的国际社会的诸多领域，仍然起着不可替代的作用。

国际习惯与国际条约的关系有：

1. 条约与习惯相互补充和配合；
2. 习惯可以被编纂为条约；
3. 条约可以被作为习惯的证据。

（三）国际法的辅助渊源与补充渊源

1. 国际法的辅助渊源

一般法律原则是次要的、辅助性的国际法渊源。《国际法院规约》第38条第1款指出：“一般法律原则为文明各国所承认者。”然而，这一说法有很多争议，如“文明各国”的范围、“文明各国”间是否存在共同法律原则等。

目前认为，一般法律原则主要包括：

1. 国际法基本原则；
2. 国际法与国内法共有的一般法律意识；
3. 世界各主要文明代表国家和各大法系代表国家国内法，特别是私法中所存在的一般性、共同性的法律原则。例如，诚实信用原则、一事不再理原则等。

2. 国际法的补充渊源

司法判例不是国际法的主要渊源，但是确定国际法规则的补助手段。司法判例包括国际法院与国际仲裁庭的裁决。然而，司法判例作为国际法渊源的地位受到怀疑。

公法学家的学说是国际法存在的证明，而不是国际法本身。其对于法院认识国际法具有贡献和价值。

（四）国际法渊源的新发展

在《国际法院规约》第38条第1款之外，随着国际社会的发展，还出现了一些其他的国际法渊源。

1. 国际组织的决议

国际组织的决议并不在《国际法院规约》的范围内，因为草拟之时未有此现象。不同国际组织决议的效力并不一样，应当根据该组织的章程确立。如联合国大会的决议，就在《联合国宪章》第13条中规定了：联大决议包括规范性决议的性质属于建议性质的政治性文件，不具法律拘束力。

国际组织的决议一般没有法律强制力，但其属于国际软法，在人权、环境、经济领域获得了广泛的重视。可见，其影响力超越了公法学家的学说，应当被视为一种补充渊源。

2. 单边行动（unilateral act）

一个国家可以在国际条约和国际习惯之外，单方面善意承认其义务，其他国家基于对其善意承认的信任，从而创设国际法规则。可见，国际法是各国力量的博弈和平衡，而不完全是国家之间的“共同意志”。法国核试验案、中国政府在哥本哈根气候大会上关于减排的承诺、安理会常任理事国关于对非核国家不使用核武器的承诺都是单边行动在国际法上影响的体现。

二、国际法渊源的位阶与强行法

（一）国际法渊源的位阶问题

国际法渊源的位阶，是指在国际法不同种类的渊源之间，以及同一种类的不同渊源之间，是否存在着优先适用的问题。

目前无明确的国际法规则确定渊源的位阶，这是因为国际法不成体系（即“国际法的碎片化”）。《国际法院规约》第38条第1款也仅仅是列举了各项渊源，并无先后之分。普遍规则在国际法的适用，很多时候可以解决规则之间的冲突问题。在实践中，位阶理论在确定国际法等级以及效力层次上作用有限。

（二）国际强行法

国际强行法（jus cogens），又称强制法或绝对法，是指国际法中普遍适用于所有国际法主体，国际法主体之间必须绝对服从和执行，不能以约定的方式予以损抑的法律规范。

目前，国际强行法的主要规定来自于1969年的《维也纳条约法公约》第53条：

**第五十三条　与一般国际法强制规律（绝对法）抵触之条约**

条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。

——《维也纳条约法公约》

可见，国际强行法具有普遍性、强制性、优先性。其中还包含了“对一切人的义务（obligations erga omnes）”，与该义务对应的权利是国际社会的整体利益，主要体现在种族灭绝、战争、侵略等方面。

国际强行法应适用于国际社会的一切成员，主要通过国际司法机构的判例在具体案件中予以辨识和确认。

三、国际法的编纂

（一）国际法编纂概述

边沁提出，国际法编纂即是国际法的法典化；其具有两个功能（取向）：一是现有法汇编成法典；二是建立新的原则、规则和制度。

国际法编纂能够改善国际法不成体系和不够精确的现象。官方编纂产生的有关文件，作为确立和阐述国际法原则的重要证据，对国际法的发展也有重要作用。

国际法编纂的分类，从形式的角度看，可分为全面编纂和个别编纂；从主体的角度看，可分为民间的非官方编纂和官方编纂。其中，非官方编纂包括法学家的个人编纂和学术团体的编纂活动；官方编纂则经历了从各国政府编纂（如《利伯法典》）到19世纪初~20世纪上半叶的国际会议的编纂，再到国际联盟和联合国时期的国际组织的编纂的发展过程。

（二）联合国编纂国际法的活动

1. 国际法委员会（ILC）

国际法委员会编纂国际法的程序是：国际法委员会向联合国大会提出编纂选题或大会提出选题；由委员会讨论草拟公约草案；提交大会；公约草案由大会或召开外交会议讨论通过；开放给各国签署和批准。

需要明确区分“编纂”和“逐渐发展”。前者主要目的在于确定现有法，后者的目的则在于创立新的国际法规则。

联合国法律事务厅编纂司担任国际法委员会的秘书处工作，就有关逐渐发展与编纂的一般性问题及委员会议程上的特定专题编写研究报告和调查报告。

2. 联合国其他编纂国际法的机构

除了国际法委员会外，联合国还有其他机构参与到了国际法的编纂中，如：

* 联大第六（法律）委员会
* 国际贸易法委员会
* 联合国人权委员会
* 和平利用外层空间委员会
* 联合国秘书处
* 世界卫生组织
* 世界银行集团
* 国际货币基金组织

四、国际法与国内法的关系

（一）国际法与国内法关系的学说

1. 一元论

一元论认为：

1. 国际法与国内法是同一个法律体系，是一个法律概念或一个法律体系的两种表现，具有一系列共性或统一性：在法的主体方面，国际法与国内法没有本质不同，真正的主体都是个人，只不过在国际关系中个人行为的后果被归因于国家；在法的性质方面，国际法与国内法都是独立于法律主体意志的对法律主体有拘束力的律令。
2. 由于国际法与国内法是一个法律体系，国际法无需转化就可以在国内法院直接适用。
3. 国际法与国内法作为一个法律体系的不同组成部分，在效力关系上有高低之分。

效力关系的高低之分，又可分为国内法优先说和国际法优先说。

国内法优先说的代表人物是耶利内克、佐恩等，主要出现在一战之前和纳粹时期的德国学界。其主要理由是：国家主权是绝对的，国家的意志是至高无上的；国际法是国家对其主权意志“自我限制”的表现；国际法的效力来自国内的宪法，国家的缔约权是由国内的宪法直接授予的，国际法实际上是国内法中的“对外公法”。

国际法优先说的代表人物是法国学者狄骥、波利蒂斯，美籍奥地利学者凯尔森，英国学者劳特派特，奥地利学者菲德罗斯，美国学者杰赛普等，主要出现在两次世界大战的战间期，这是一个国际主义盛行的时期。其主要理由是：国际法决定国际关系和国际秩序；国际法优先于国内法适合人类发展需要；国内法的效力来自国际法。

2. 二元论

二元论的代表人物有德国的特里佩尔、意大利的安吉洛蒂、英国的奥本海等，主要出现在20世纪的上半叶。其主要观点包括：

1. 国际法与国内法有重大差异，是两个不同的法律体系。
2. 国际法与国内法没有隶属关系，在效力上是平行的。
3. 国际法只有转化成国内法才能在国内法院适用。

相比一元论，二元论更贴近国际社会的实践，也因此更为主流。二元论的突破在于提出两者在效力上的平行，在各自的效力范围内都是最高的，但其并没有预料到20世纪下半叶在人权、贸易、环境等领域国际法与国内法的渗透。

3. 协调论

协调论的代表是我国的周鲠生、王铁崖、程晓霞等教授。其主要观点包括：

1. 国际法与国内法是相互联系的，不是彼此对立的；
2. 国际法和国内法的关系问题，归根到底，是国家如何在国内执行国际法的问题，也就是国家履行依国际法承担的义务的问题；
3. 因为国家是制定国内法的，同时也是参与制定国际法的，并且国家的对外政策影响其对国际法的立场；
4. 国家既然承认了国际法规范，就有义务使它的国内法符合于它依国际法所承担的义务。

（二）国际法在国内的适用

一般而言，国际法中规定的义务是必须履行的，否则就会导致国际责任，除非由于某些事由出现豁免责任的情况。然而，由于国际法不干涉内政的原则，如果国内法与国际法相冲突，则在一国之内位于最高位置的国内法仍适用。但是，这并不意味着国际法就此无效，国家仍需要在国际社会上承担国际责任。

为了减少国内法与国际法的冲突，就需要有一套国际法在国内适用的方法。

1. 习惯国际法的适用

大多数国家的占主导地位的理论和实践，都承认习惯国际法是其法律体系的一部分，不须经转化或特定的纳入程序即可在国内发生法律效力，可以在国内法院作为裁判依据。

2. 国际条约的适用

国际条约的适用可分为转化方式和并入/纳入方式。

转化方式（transformation）是指为使在国际法上对本国有效的条约在国内法律体系中生效，需要通过立法机关的立法程序将国际条约转变为自己国家的国内法。

并入/纳入方式（adoption）是指通过宪法或法律的统一规定，从总体上将条约合并到一国法律体系中，无需采取立法的转化。

如果没有按宪法规定将国际条约适用至国内，则该国际法在本国国内的法院是不可援引的，亦不可在本国法院寻得救济；然而，这并不意味着国家不用履行国际条约所规定的义务。

（三）国内法对国际法的影响

国内法作为法律规则可能会在国际法庭适用；遵守国内法不得作为国家拒绝履行条约的理由或作为免除国家责任的抗辩事由。

五、国际责任法

（一）概述

1. 国际责任的概念

国际责任也称国际法律责任，它是指国际责任主体对其国际不法行为或损害行为所应承担的法律后果。其特征是：

* 国际责任的主体与国际法的主体基本一致
* 国际责任的实质是一种法律后果
* 国际责任产生的根据具有多样性
* 国际责任的性质具有特殊性

2. 联合国框架下有关国际责任的编纂活动

**联合国框架下有关国家不法行为责任的编纂活动：**国际法委员会1949年召开第一次会议之时就把国家责任问题列为应优先审议的14个“编纂和逐步制定”的主题之一；2011年8月，国际法委员会第五十三届会议二读通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》；2001年12月，联合国大会通过《国家对国际不法行为的责任》的决议。

**联合国框架下有关国际赔偿责任的编纂活动：**1978年，国际法委员会将这一议题列入了议程；1996年，国际法委员会工作组明确在本专题下处理“预防”问题和“国际责任”问题；1998年，第十五届会议一读通过《关于预防危险越境活动损害的条款草案》；2001年，第五十三届会议通过了《关于预防危险活动越境损害的条款草案》文本，从而结束了本专题第一部分的工作；2002年，国际法委员会第五十四届会议恢复审议本专题第二部分；2004年7月，一读通过《关于在危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的八项原则草案》。

3. 国际责任制度的新发展

进入20世纪后，随着国际组织法、空间法等国际法其他部门法的飞速发展，国际责任制度也相应地发展起来。特征为：

* 主体呈现多元化的发展趋势：国家、国际组织、争取独立的民族、个人；
* 适用范围在不断扩大：几乎扩展到国际法所适用的一切领域；
* 归责原则产生了新的变化：引入了严格责任原则；
* 形式与实现途径多样化发展：国际仲裁、国际司法机构或外交途径；
* 法律渊源在不断丰富：主导仍是国际司法判例；
* 法律“硬”性因素在不断地加强。

（二）国际不法行为的责任

1. 国际不法行为责任的概念

国际不法行为的责任，是指国际责任主体对其国际不法行为所要承担的法律后果。其特征是：

* 国际不法行为责任产生的根据是国际不法行为，不包括国际法不加禁止但造成损害性后果的行为。
* 国际不法行为责任的主体与国际法的主体基本是一致的，一般不包括个人、法人等私人实体。
* 国际不法行为责任是一种法律后果，因此，也具有强制性。

2. 国际不法行为责任的构成要件

国际不法行为责任的构成要件包括“可归责于国家的行为”以及“国际不法行为”。

可归责于国家的行为是代表国家行事、其违法行为的法律后果依国际法应归责于国家的国家机关或个人行为。

国际不法行为（international wrongful act），就是指国际责任主体所做的违背国际义务的行为。包括一般国际不法行为和国际罪行——严重违背了维护国际和平与安全、人民自决权利、保护人类、保护全人类环境的义务。

3. 国际不法行为责任的免责事由

在国际法中，有些行为虽然符合国际责任的构成要件，但由于某些特定情势，可导致免除国际责任的结果：

* **同意（consent）：**有效方式、真实意思表示、实施行为前作出、与国际强制规范相一致；需要注意的是，同意在国际法上有效（如美国受菲律宾政府邀请对国内叛乱势力空袭），但在国内法上不一定有效（如协助他人自杀依然构成故意杀人罪）；
* **不可抗力和偶然事故（force majeure and fortuitous event）：**损害发生唯一原因、外在因素、非故意；
* **反措施（countermeasure）：**针对性、适当性、程序性；需要注意的是，反措施容易被滥用，往往需要更坚实的国际法基础；
* **危难和危急情况（distress and state of necessity）：**不得违反国际强制性规范；
* 与强制性规范相一致。

4. 国际不法行为的责任形式

发生“国家责任”的法律效果即为受害国国责任国的责任追究手段，包括：

* 停止（侵害）（A30(a)）；
* 提供“不重复该行为的适当承诺和保证”（A30(b)）；
* 广义的“赔偿”（reparation），可单独或合并采取以下三种方式：
  + “恢复原状”（restitution）（A35）；
  + “补偿”（compensation）（A36），通常是经济补偿；
  + “抵偿”（satisfaction）（A37），通过外在行为进行救济，包括承认不法行为、表示遗憾、正式道歉等。

（三）国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任

1. 国际法不加禁止行为造成损害性后果国际责任的概念及适用范围

国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任也称国际赔偿责任，也称国际损害行为。

国际不法行为的国际责任与国际损害责任的区别是：

1. 责任产生不同；
2. 赔偿责任不同；
3. 行动是否能继续进行；
4. 责任主体不同。

国际法不加禁止行为造成损害性后果国际责任的适用范围是：

1. 国际法未禁止；
2. 后果可能造成跨国损害；
3. 活动在本国领土范围内实施。

2. 国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任的构成要件

* 行为可归责于责任主体
* 虽然是国际法未加禁止但造成了损害
* 一般不包括过错或过失

3. 国际法不加禁止行为造成损害后果国际责任的形式

国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任的形式主要有终止损害行为、道歉、恢复原状、赔偿损失等。

赔偿的原则是及时、充分赔偿跨界损害原则。该原则要求各国采取一切立法、监管和行政措施无歧视地保证受害人得到及时、充分的赔偿。

第四讲 国际法上的国家

2024.3.18 / 2024.3.25 / 2024.4.1

一、国际法的主体

国际法主体与国内法主体不同。国内法的主体种类和数量众多，包括本国自然人、法人与其他组织，居住在本国境内的外国自然人、法人、国家机关等，其中个人（包括自然人、法人与其他组织）是国内法的首要主体。相对而言，国际法的主体数量就显得比较少，而且国际法的首要主体不是个人，而是国家。

（一）国际法主体的概念

国际法主体（subjects of international law），又称为国际法律人格者（international personality），是指能够独立参加国际关系，直接享有国际权利与承担国际义务且具有为维护其权利而进行国际诉讼的能力的实体。总之，国际法主体具有以下特征：

* 1. 具有独立参加国际关系的资格。
  2. 能够直接享有国际法赋予的权利并承担国际法规定的义务。
  3. 能够为维护其权利而进行国际诉讼或者进行国际求偿的能力。

（二）国际法主体的范围

国际法的主体问题是国际法的一个基本问题，同时也是争议较多的问题之一。在各个时期，对国际法主体的范围的理解都不同，主要取决于当时的国际政治结构和主流法学理论。有关国际法主体范围的认识和实践大致有以下三个发展阶段：

* **第一阶段：**18世纪以前的早期国际法时期，对国际法主体范围的理解和实践是相当开放的；
* **第二阶段：**18、19世纪的实在法时代，此阶段的国际法主体制度是相当封闭的；
* **第三阶段：**从20世纪特别是两次世界大战前后起算，普遍承认除国家外，政府间国际组织和争取独立民族也具有一定的国际法主体资格。

（三）国际法主体的种类

1. 国家的国际法主体资格

国家是国际法的基本主体。国家是在国际法律关系中处于主要地位和起着主要作用的主体，国家即是基本且最完整的主体。

国家与其他国际法主体的差异在于国家是完整的国际法主体。国家具有完全的权利能力和行为能力，可以独立自主地决定国内外的事务，可以享受国际法上的所有权利、承担国际法上的所有义务。

2. 国际组织的国际法主体资格

国际组织分政府间国际组织（IGO）和非政府间国际组织（INGO）。政府间国际组织的国际法律人格已被广泛承认和接受，但国家的国际法律人格是固有的，而政府间国际组织的国际法律人格是由其章程派生的。

政府间国际组织的法律人格的范围问题主要有两种说法：

* **固有权利说：**人格是客观的、独立存在的；
* **授权说或暗含权利说：**约章明确授权、暗含赋予或成员国实践的事后承认。

3. 争取独立民族的国际法主体资格

民族解放运动（National Liberation Movements， NLMs）是否构成国际法主体以及在多大程度上具有国际法人格的问题，随着有关非自治领土和民族自决权相关的国际法发展而值得关注。

需要注意的是，争取独立民族是一种过渡性的国际法主体，是一种特殊和有限的国际法主体。

（四）个人的国际法地位问题

自然人作为国际法的主体问题，有不同的见解。

实证法学派秉持国家是国际法唯一主体说。

现代理论中又有多个流派：

* **激进说：**“个人是国际法唯一主体说”，以狄骥、勒富尔、波利蒂斯等为代表；
* **折中说：**在特定的场合下个人也可能成为国际法的主体，英美学者多支持这一观点；
* **折中保守说：**持一种开放的“个人主体地位未定论”观点，已为国际法学界普遍接受。

我国在90年代以前否定个人的国际法主体地位，90年代以后亦开始接受“个人主体地位未定论”观点。

二、国际法上的国家

（一）国家的要素与类型

1. 国际法上国家的构成要素

1933年《关于国家权利及义务的（美洲）公约》（《蒙得维的亚公约》）规定了国家的客观要件（国家三要素）和独立性要件（外交能力）：

1. 构成国家的第一要素是必须具有生活在国家中的**“常驻”**居民（permanent population）。
2. 必须拥有一定的**“确定”**领土（defined territory）。至于领土的边界是否无争议，并不是必要条件。
3. 必须有按照一定形式组成的**“有效统治的”**政府（government）。政府起源和政体不论。并且，一国之内只能有一个中央政府，它代表国家在国际上进行国际交往。
4. 国家必须具有**“与他国缔结关系的能力”**，这就是主权（sovereignty），拥有主权是国家的根本属性。

2. 国家的类型

* **单一国：**全国只有一部宪法、人民拥有统一国籍、中央政府行使最高的立法司法和行政权力；
* **复合国：**联邦、邦联、其它特殊的国家集合体，如英联邦；
* **永久中立国：**自愿承担永久中立义务；国际条约加以保证；
* **附属国：**现今已不复存在。

（二）国际法上的承认

有的国际政治主体，即使有了以上四个国家的构成要素，如果没有得到国际法上的承认，也不能成为国际法上的国家；相反，有些国际法上的国家，也可能并没有以上构成要素中的一个或数个。总之，一个国家是否是国际法上的国家，与国际法上的承认有很大关系。

1. 承认的概念与方式

国际法上的承认是指国际法主体（如现存国家和国际组织等）对新国家、新政府或其他情势的出现表示接受，并表明愿意与有关实体发展正常关系的单方面行为。

承认的特征是：对象为国家和政府、单方面的政治行为（既存国家没有义务承认一个国际政治主体是否是国家，其承认或不承认的方式方法也可自由选择）、产生一定的法律效果。

承认的方式有：

1. 明示承认和默示承认；
2. 法律上的承认（de jure）和事实上的承认（de facto）。

当今世界上出现新的国家的方式，大致可分为“合”、“分”、（民族自决，right of peoples to self-determination）独立三种。其中，“合”又分为新设合并（如南也门、北也门合并为也门共和国）和吸收合并（如东德加入西德）；“分”又分为分立（如南斯拉夫解体）和分离（如南苏丹脱离苏丹）。

2. 国家承认

国家承认是指既存国家以明示或默示的方式对新国家出现的确认，并表示愿意与其建立外交关系的单方面国家行为。

关于国家承认的法律性质与作用，有以下两种主流说法：

1. **构成说（constitutive theory）：**流行于19世纪欧洲；
2. **宣告说（declaratory theory）：**体现在国际法院的裁决中。

国家承认发生的情形包括合并、分离、分立和独立。

既存国家对新国家的承认将产生一系列的法律效果

1. 两国间全面交往的基础，但并不等于建交；
2. 双方可以缔结政治、经济、文化等各方面的条约；
3. 承认国尊重新国家作为国际法主体所享有的一切权利；
4. 承认的法律效果具有溯及力。

我们知道，既存国家没有承认新国家的义务；但在特定的国际法情况下，既存国家有不承认新国家的义务，即不承认原则（史汀生主义）。不承认原则是有关承认主体在承认问题上必须遵循的一项原则，是指承认主体对于违反国际法原则造成的事实或情势不得予以承认。

1931年“九·一八”事变后，日本以武力侵占了中国东三省，并于1932年3月在中国东三省建立了所谓“满洲国”。1932年1月7日，美国国务卿史汀生照会中日两国，声明不承认违反《国际联盟盟约》和《巴黎非战公约》所造成的“情势、条约或协定”。美国的上述主张得到国际社会的广泛赞同，并成为国际法中有影响的“不承认主义”，也称“史汀生主义”。

二战以后，一系列国际文件反映了不承认原则的内容，如1970年《国际法原则宣言》。在这方面，联合国的实践包括对1965年《罗得西亚单方面独立宣言》、1976年《特兰斯凯独立宣言》、1983年《北塞浦路斯独立宣言》的不承认。这方面也有一些争议案例，如2008年格鲁吉亚问题（南奥塞梯、阿布哈兹）、2014年克里米亚公投、2022年乌克兰问题等。

3. 政府承认

政府承认是指承认某一新政府为国家的正式代表，并表明愿意同它建立或继续保持正常关系的行为。这种情况下，新政府往往是非宪法方式产生的（如政变、革命等），甚至于同一时期存在新旧两个政府。

政府承认的条件包括：

1. 有效统治；
2. **“艾斯特拉达主义（Estrada Doctrine）”：**不发布明示的公开声明表示接受新政府（这是为了避免陷入对新政府尤其是通过暴力上台的新政府的来源合法性的争议），而是默示（即行为上是否愿意与新政府保持关系）。此外，还有以下两种主义，目前已被国际社会淘汰。
   1. **“正统主义”：**该新政府必须有合法性。
   2. **“托巴主义（Tobar Doctrine）”“威尔逊主义（Wilson Doctrine）”：**该新政府不能违反一般的国际法规则以及本国的法律规则。

政府承认的法律效果类似于国家承认。

需要注意的是，一国新政府一旦获得承认，对该国原政府的承认就自动终止和撤销。并且，承认的效果原则上可追溯到新政府成立之时。

4. 中华人民共和国的承认问题

就承认的性质而言，对于中华人民共和国的承认，属于对新政府的承认，而不是对新国家的承认。

中华人民共和国的建立，从根本上改变了中国的社会制度和国家性质，但从国际法的观点看，中华人民共和国的建立不改变中国的国际法主体资格，它既没有使原来的国际法主体——中国消失，也没有因此而增加另一个新的国际法主体。作为国际法主体，中华人民共和国就是中国，因此，不需要对国家的承认。

1949年10月1日，中华人民共和国宣告成立。毛泽东主席代表中央人民政府宣读的《中华人民共和国成立公告》明确指出：中华人民共和国中央人民政府“为代表中华人民共和国全国人民的惟一合法政府，凡愿遵守平等互利及互相尊重领土完整和主权平等原则的任何外国政府，本政府均愿与之建立外交关系”。

（三）国际法上的继承

1. 国际法上继承的概念

国际法上的继承领域存在着复杂的争议。国际法上，主权及其一切相关的权力，都依附于领土。因此，国际法上的继承可以被看作领土在国家之间的更替而产生的问题，而领土之上还有条约、债务、国家档案等。新设合并、吸收合并、分立、分离、民族独立、领土交易等都涉及继承。

总之，国家继承是指一国对领土的国际关系所负的责任由别国取代。国家继承的两个基本条件是：

1. 必须符合国际法；
2. 必须与所涉领土有关。

传统国际法上主要以国际习惯和签订条约的形式来调整继承关系。联合国成立后，推动了编纂和逐步发展有关国家继承的条约法规则，如1978年《关于国家在条约方面继承的维也纳公约》（1996年生效）和1983年《关于国家对国家财产、档案和债务继承的维也纳公约》（尚未生效）。

此外，还有一些继承原则，比上述条约法规则赢得了更多的共识：

* **“恶债不继承”：**恶债是被继承国违背继承国或转移领土人民的利益，或违反国际法基本原则而承担的债务，如征服债务或战争债务等。
* **白板原则（clean slate）：**19世纪实证主义鼎盛时期出现，基本上全盘否认在旧的主权者与新的主权者之间移交任何权利、债务和财产利益。随着非殖民进程的加速，这一理论再次以“白板”原则的形式体现。即新国家有权不承担前国家的任何债务。
* **“法定占有原则”（uti possidetis juris），即保持占有原则（the principle of uti possidetis juris）：**
  + “保持占有原则”源于罗马法，本来指的是在物权诉讼中，占有的一方在诉讼期间仍暂时保持占有，即“拥有的，就保持占有”之意。
  + 美国法学家穆尔在哥斯达黎加-巴拿马仲裁案中采用了这个原则并赋以两个新的内容：一是把该原则的适用范围从处理私人之间的土地问题扩大到处理国家之间的边界问题；二是把这种占有的临时性变为永久性。这个改变实际上已完全改变了它原来的意义了。
  + 此原则的目的是免得新独立国家在殖民当局撤出后由于边界问题而自相残杀，以至影响它们的独立和稳定。是非殖民运动确定下来的一个普遍适用的规则。
  + 把这原则适用到国际边界上，对新独立国家来说，好处是暂时不会发生边界冲突，但是原来的矛盾与冲突隐藏下来，不能保证持久的稳定，所以在美洲国家当中常常发生边界冲突。
  + 在非洲，新独立国家也是根据这个原则维持原来的边界状态。但原来非洲的殖民地行政边界往往是势力范围的划分，很少考虑到当地的居民和地理状况。因此，“占有原则”适用于国家边界，只能保持稳定于一时，不能维持稳定于永久。不过，根据处置性条约必须继承的原则，独立国家首先维持边界现状是必要的，但必须根据当地的实际情况最后确定它们的边界，这才是长治久安的办法。

2. 政府继承

政府继承是指由于革命或政变导致政权更迭，旧政府在国际法上的权利和义务由新政府所取代的法律关系。政府继承一般出现在非宪法程序政府更替时发生。当前，国际法在这一领域基本没有规则。

政府继承与国家继承的区别：原因、主体、范围。

政府继承的一般规则包括：

1. 关于条约，新政府一般都会根据条约的具体内容作出是否继承的决定；
2. 与条约的继承密切相关的是国际组织代表权的继承；
3. 旧政府的一切国家财产及权益都应转属新政府；
4. 对旧政府的债务不予继承或者根据善意或恶意区别对待：恶债不继承。

（四）国家的基本权利与义务

国家的基本权利（fundamental rights）来自于其主权，国家享有哪些权利就取决于对国家主权的理解。基于“对内最高、对外独立”的理解，国家的基本权利包括独立权（right of independence）、平等权（right of equality）、自卫权（right of self-defence）、管辖权（right of jurisdiction）。

1. 独立权和平等权

独立权是基于“对外独立”的主权理解直接推导出的，即主权独立。

平等权是基于主权独立推导出的，即主权平等。这种平等是法律上的平等，不等同于政治经济等方面实质性的平等。

2. 自卫权

自卫权是指国家为了保卫自己的生存和独立而具有的权利。在平时状态下，体现为国防权，即国防建设的权利；战时体现为狭义上的自卫权，即武装自卫行动的权利。

根据《联合国宪章》第51条和国际习惯法，自卫权的行使具有限制：

* **前提条件：**受到武力攻击；
* **时间条件：**安理会“采取必要办法以维持国际和平与安全之前”；
* **实施条件：**行动应向安理会报告；
* **武力限度：**遵守必要性与相称性原则。

**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，应立即向安全理事会报告，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。

——《联合国宪章》

3. 管辖权

管辖权（又称“国家管辖权”）是指国家根据国际法对特定的人、物和事件进行管理或施加影响的权力，它反映了国家主权平等原则和不干涉内政原则。管辖权大致可分为四种：

* 属地管辖权（territorial jurisdiction/ supremacy）
* 属人管辖权（personal Jurisdiction, principle of nationality）
* 保护性管辖权（protective jurisdiction）
* 普遍性管辖权（universal jurisdiction）

**属地管辖权（territorial jurisdiction / supremacy）**指的是国家对本国领域内的一切人、物和所发生的事件，除国际法公认的豁免者外，有行使管辖的权利。属地管辖权又可分为主观属地管辖原则（subjective principle）和客观属地管辖原则（objective principle）；依条约或协定的有关规定处理。 各种管辖权中属地管辖权常居于优先地位，又称属地优越性/属地最高权。一国要在他国领土上行使管辖权须事先取得对方国家同意，一国执法人员未经对方国家同意进入该国领土执法构成违法行为。

**属人管辖权**指国家对具有其本国国籍的人实行管辖的权利，而无论该人在国内还是在国外。其行使要受到所在国属地管辖权的限制。属人管辖关注国籍问题，存在着积极国籍原则（principle of active nationality，基于被告即加害者的国籍而行使的管辖权）和消极国籍原则（principle of passive nationality，基于受害者的国籍而行使的管辖权）。属人管辖权也可扩大适用于有本国国籍的法人、航空器、船舶和外层空间发射物体等的管辖。

**保护性管辖权**指国家对于外国人在该国领域外侵害该国的国家或公民的重大利益的犯罪行为行使管辖的权利（如果此处的受害者是生活在国外的本国国民，那么这也属于按消极国籍原则的属人管辖权）。此种犯罪行为一般都是世界各国所公认的犯罪。它是国家在例外情形下对本国领土外的外国国民所具有的一种有限的管辖权，其行使受到罪行发生地国属地管辖权的限制。对保护性管辖权应加以限制。

**普遍性管辖权**指据国际法，对于严重危害国际和平与安全以及全人类利益的某些特定的国际犯罪行为，各国均有管辖权，而不问这些犯罪行为发生的地点和罪犯的国籍。普遍管辖权突破了地域、国籍和利益保护的传统管辖因素，故它受到严格限制。有关国际犯罪：公海上的海盗行为、奴隶贸易和战争罪等，又如灭绝种族罪、空中劫持、贩卖和走私毒品、危害人类罪等。

（五）国家豁免

1. 国家豁免的概念

国家豁免（state immunity），又称或“主权豁免（sovereign immunity）”或“国家管辖豁免（state immunities from jurisdiction）”，是指国家根据国家平等原则不受他国管辖的特权。国家豁免作为一种权利，是可以被放弃的。具体地说，国家豁免可分为：

1. **外交豁免：**一国对外国国家元首、政府首脑和外交代表不能行使管辖权。
2. **管辖豁免（immunities from jurisdiction）：**通常是指一国的行为和财产不受另一国的司法管辖，即非经一国同意，任何他国法院不得受理以该国的行为或财产为标的的诉讼；不得对于国家采取诉讼程序上的强制措施；不得对该国的财产采取查封、扣押等强制措施。分为：诉讼豁免和执行豁免。

2. 国家豁免原则的发展

国家豁免是一项国际法原则，其理论依据是国家主权平等原则，即所谓的“平等者之间无管辖权”这一罗马法格言。关于国家豁免，历史上有两种思潮：

* **绝对豁免主义：**国家的行为和财产免受外国法院的司法管辖；
* **相对豁免主义：**产生于20世纪尤其是第二次世界大战之后。

中国一直以来坚持绝对豁免主义。

有关国家豁免的法律，基本是国际法和国内法的混合体：

* **国内法层面：**国内立法或判例法，如美国1976年《外国主权豁免法》、中国2023年《外国国家豁免法》等；
* **国际法层面：**习惯国际法或普遍性条约，如2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

3. 国家豁免的主体

根据2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条，享有国家豁免权的主体有四类：

1. 国家及其政府的各种机关；
2. 有权行使主权权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位；
3. 国家机构、部门或其他实体；
4. 以国家代表身份行事的国家代表。

4. 不得援引国家豁免的诉讼

《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第三部分（第10条至第16条）列举了国家不得援引管辖豁免的八种情况：

* 商业交易：除了从交易性质判断外，还应考虑交易的目的
* 雇佣合同
* 人身伤害和财产伤害
* 财产的所有、占有和使用
* 知识产权和工业产权
* 参加公司和其他集体活动
* 国家拥有或经营的船舶
* 仲裁协议的效果

另外，在区分国家行为是否具有主权性时，主要是根据国家行为的性质，但在有关情况下，也可考虑国家行为的目的。

5. 国家豁免权的放弃

国家豁免权的放弃是指国家同意在外国法院不援引管辖豁免，接受外国法院的管辖。

* **明示放弃：**国际协定、书面合同、在法院发表的声明或在特定诉讼中提出的书面函件；
* **默示放弃：**该国本身提起诉讼、介入该诉讼或采取与案件实体有关的任何其他步骤、提起反诉。

需要注意的是，国家在外国法院放弃管辖豁免，并不意味着也放弃执行豁免，执行豁免的放弃必须另做明确的表示。

第五讲 国际法上的领土

2024.4.8

在国际法发展的初期，对于一个新的法的领域，格劳秀斯等人选择将罗马法中的部分原则予以迁移，罗马法关于物的规定就是其中之一。

罗马法里的物（res）能够被人类支配或控制且具有使用价值。罗马法把物作了以下分类：

* 有主物
  + **私有物（res privatae）：**所有（归属和使用、流转关系）与管辖，具有排他性；
  + 共同所有的
    - **共有物（res communis）：**“全人类共有”，不得被支配，符合自由原则（所有人具有接近[access]自由和使用[use]自由）；
    - **公有物（res publicae）：**由人组成的（政治属性的）公共团体所有，团体内的成员可以自由使用；最大的这种公共团体就是国家，此时就是为人民所有（公共权力支配）。
* **无主物（res nullius）：**通过“先占先得”变为有主物。

在近代国际法上，罗马法中“人和物的关系”就被迁移到了“国家和地球上的空间的关系”上，形成了国际法上关于领土的法律体系。

罗马法中关于物的概念一个重要约束是“能够被人类支配或控制”，那么迁移到国际法上，其对应的“地球上的空间”也需要是能够被国家支配或控制的——于是，在国际法的发展过程中，其包括的内容就由单纯的陆地逐渐加入了海洋、底土、天空、外层空间等。

一、概述

（一）领土的概念

领土指国家主权支配和管辖下的地球表面的特定部分，由领陆（territory land）、领水（territory water）、领空（territory airspace）、底土（territory subsoil）四个部分构成。

（二）领土的法律地位

1. 构成国家的基本要素

领土的社会意义是国家的物质基础；领土的政治意义是国家权力自由活动的空间。

2. 领土主权（territorial sovereignty）

领土主权是国家对其领土本身和领土范围内的一切人和物所具有的排他的、最高权力/权利。其内容包括：

* **对领土的所有权（title to territory）：**国家对其领土范围内的一切土地和资源享有占有、使用和支配的权利；
* **对领土的管辖权（territorial jurisdiction）：**国家对其领土范围内的一切人、物和发生的事件行使管辖的权利。

3. 对领土主权的限制

领土主权并不是绝对的。根据一般国际法的原则和规则，国家在行使领土主权时通常受到两种限制。

**一般性限制，**即对一切国家或大多数国家领土主权的限制，如领海的无害通过制度、领土的利用不得损害邻国的利益等。

另一种则是**特殊限制**，如：

* **共管：**两个或两个以上国家共同行使主权；
* **租借：**以平等自愿为前提，通过租借条约进行才合法；
* **势力范围：**既破坏了一国领土，也违反了国际原则；
* **国际地役（international servitude）：**在国际条约的基础上，供役国允许需役国为了其自身的利益而在本国领土上行使权利（如过境），或承诺在本国领土上不行使某种权利；前者是积极地役，后者是消极地役。

二、领土权源：国家领土的取得与变更

（一）传统领土变更的方式

1. 先占/占领（occupation）

先占是一国在特定情势下取得不在他国主权之下的土地的一种方式。先占必须是国家而非个人进行，必须通过有效方式，必须向他国明确表示置于其主权之下。

先占的条件包括：

1. 对象须是无主地（terra nullius）；
2. 主体必须是国家；
3. 表示占有该无主地的意思；
4. 必须是有效的占领（effective occupation）。即先占国必须明确表示将某项无主地置于其主权之下，并对其实行有效地控制和管理。

先占在现代国家领土取得中，已经没有太多实际意义，但在领土争端解决中，可起到一定证明作用。

2. 时效（prescription）

时效是指一国原先不正当地和非法地占有某块领土，并且已经在相当时期内不受干扰地加以占有，以致造成了一种信念，认为现状是符合国际秩序的，那么该国就取得该土地的主权。时效与先占的区别主要在于，先占的对象是无主地，而时效是非法占有他国的领土。

由概念可知，时效取得的条件包括：

1. 国家占有他国领土，并公开地展示其主权权力，时效不同于以“无主地”为占领对象的先占；
2. 国家对他国领土的占有没有受到干扰，丧失国予以默认或不提出抗议；.
3. 国家对他国领土的占有持续一定时期。

需要注意的是，国际法上，时效在领土取得中一般不能单独作为一项法律原则，很大程度上适用时要取决于对某一特定情势事实的评估，并要考虑其他多种因素。

3. 添附（accretion）

添附是因自然或人为的作用使一国增加领土。添附分为两类：

* **人为的添附：**如围海造田、建筑堤堰；
* **自然添附：**如涨滩和三角洲的形成、界河的改道或干涸、新生岛屿的出现等。

4. 割让（cession）

割让是指国家依条约规定将自己的领土转让给他国，从而使对方国家取得该领土的主权。不同于征服，领土的转移以条约为依据。

割让分为两类：

* **强制性割让：**通常是战争结束时，战胜国强迫战败国签订条约转让领土。强制性割让作为领土取得方式已为现代国际法所否定；
* **非强制性割让（协议变更）：**国家在平等基础上，达成一致并缔结条约而发生的领土变更。主要有赠与、买卖、交换等。这种领土变更方式符合现代国际法的基本原则。

5. 征服（conquest）

征服是国家通过武力占领他国领土的全部或部分，并予以兼并而取得领土主权的方式。其条件包括：

1. 征服国有兼并他国领土的意图；
2. 征服国保持占有能力，并且被征服国及其盟国已停止一切反抗。

需要注意的是，由战争导致的征服不能认为是合法的。

（二）现代领土变更方式

1. 民族自决（self-determination）

民族自决指殖民地的被压迫民族从宗主国或殖民国家分离出来成立独立国家或加入其他国家而发生的领土变更。可通过当地居民的投票和平实现，也可通过武装斗争等形式实现。

2. 公民投票/全民公决（referendum）

公民投票是领土主权争议地区的居民以投票方式表达意愿，确立领土归属的方式。其源于18世纪，最初主要适用于领土割让，在现代则作为一种新的领土变更方式。其条件包括：

1. 有合法正当的理由；
2. 没有外国的干涉操纵；
3. 联合国监督投票。

3. 恢复权利和收复失地

恢复权利和收复失地是原领土国收回被别国非法侵占的领土而恢复其对该领土的历史性权利的领土变更方式。国家收回以前被他国非法占有的领土，恢复本国对有关领土的历史性权利。两者之间亦存在区别：

* **恢复权利：**一国以和平的方式收回被别国非法侵占的领土；
* **收复失地：**一国以武力方法收回被别国非法占有的领土。

现代国际法对于领土变更，仅承认以下四种方式：添附、合法割让、民族自决，以及严格意义下的公民投票。

三、边界和边境制度

（一）边界制度

1. 边界的概念和分类

边界（state boundary，国界）是确定一国领土范围的界限，是一个由空中到地下的封闭曲面。边界的分类是：

* **按领土组成部分不同：**陆地、海上、空中边界（无形）；
* **按其是否具有自然形态：**自然边界、人为边界。

2. 划界的程序和一般规则

划界程序包括：

1. **定界：**签订边界条约。边界条约也称为母约，它规定边界的位置和基本走向；
2. **标界：**据边界条约，联合实地勘界并树立界标；
3. **制定边界文件：**包括边界地图、议定书等。这些文件称为子约，经过双方核准后，边界正式划定。边界母约和子约一起构成完整的边界文件。

边界文件冲突的处理规则是“界桩→地图→议定书→条约”。

划界规则主要适用于协议划定地形边界，涉及几何学、天文学、自然等领域。

3. 边界争端的解决

* **和平方法：**如谈判、斡旋、调停、仲裁、司法解决等；
* **“保持占有原则”**（“承认现状原则”）；
* **“禁反言”原则（estoppel）：**一个国家在历史上若对他国占领的本国领土承认或默许，则事后不得再推翻此种承认或默许。

（二）边境制度

边境制度涉及界标的维护、边境公共服务合作、边境（水、土地）资源利用及环保合作、边界居民往来、边境事件的处理等问题。

我国与14国有陆地边界、8个海上相邻或相向国家。目前，我国的领土问题主要是中印边界的划定、西沙南沙群岛和钓鱼岛被侵占，以及与有关国家间海域划界问题。

四、特殊区域

这里的特殊区域指的是国际法规制的空间和特殊区域，以及国际主权管辖范围以外的区域/全球公域。历史上存在委任统治地、托管统治地、非自治领土（10个）。

（一）南极（Anti-arctic / Antarctica）的法律地位

南极地区（Anti-arctic）包括地球南纬60度以南的大陆、岛屿及海域，陆地面积达1400多万平方公里。南极（Antarctica）则仅指南极洲大陆。这里讨论的基本上是南极地区。

南极的法律体系是以1959年《南极条约》为核心的“南极条约体系”，冻结了各国对南极的领土要求。“南极条约体系”包括和平利用、科研考察合作、冻结领土要求、国际监督、定期协商会议等。

中国于1983年加入《南极条约》，1985年成为协商会议的协商国。1991年，马德里会议确定南极条约确立的法律制度继续有效，南极地区的法律地位50年不变。

（二）北极（Arctic）的法律地位

北极圈以内区域主要是北冰洋，70%的洋面常年冰冻。北极问题主要依国家间双边协议，多边制度正在建立中。

第六讲 海洋法

2024.4.15 / 2024.4.22

一、概述

国际海洋法相较其他国际法而言更晚出现，且是在矛盾中演变发展的。二战之后，发达国家由于主导国际贸易，故更关注海洋航行方面；发展中国家依靠自然资源谋求经济独立，故更关注海洋资源方面。海洋法就是在双方的斗争和妥协中逐渐形成的。

（一）海洋法的历史发展

在罗马法中，海洋最初被认为和阳光一样是人类的共有物，具有自由性，不能被某个法律主体排他地私有或支配。近代国际法产生后，教皇子午线的划分产生了海洋割据的状态——全球的海洋被划分为西班牙和葡萄牙分别拥有，海洋的性质变得和土地一样，在法律意义上具有了排他性，可以被私有了。

随着葡萄牙日渐衰弱，格劳秀斯在《海洋自由论》（1609）中提出海洋是共有的，形成了“公海自由”原则的雏形，在法理上打破了葡萄牙对海洋的垄断，从而确保了荷兰的航行和殖民意义；当然，他也提出，沿海国对其沿岸的狭窄海域内具有主权。英国国际法学家塞尔登的《闭海论》（1618）指出，英国对英伦三岛外的狭窄水域具有主权，服务了英国的利益。

1703年，荷兰学者宾刻舒克提出了“大炮射程说”，即海岸线上大炮向海上的最远射程即为一国的领海范围。这一说法清晰地区分了领海和公海，且这一二分一直持续到19世纪末。当时的大炮射程约为3海里，这日后也成为了18、19世纪欧洲各国的国际习惯。这段时间，对于海洋法的争议和改动并不多，主要是因为这段时间内各国对海洋的利用主要是航行以及近岸捕鱼，对海洋上空和海底缺乏利用。

随着20世纪初飞机的出现，海洋上空成为了人类可支配、控制和利用的领域，领空的概念也出现了，领海的范围也向公海延伸了；之后，随深海潜水技术的发展，海洋下部在航行（潜水器）和资源（海床、底土）上的价值被发现，使得沿海国希望将更宽泛的领域纳入管辖范围内。由此，20世纪上半叶以来，海洋法的发展突飞猛进。

二战之后，联合国组织编撰了一系列成文的海洋法，形成了当代的综合海洋法制度。

（二）海洋法的编纂

1958年，联合国第一次海洋法会议（UNCLOS I）召开，与会的86个国家在约一个月的时间内将海洋习惯法编纂为了成文的国际公约，其目的就在于拓宽领海范围。当时，英、美等强势国家奉行“窄领海（3海里）”原则，以此扩大公海范围，允许其利用海上航行能力的优势投射军事实力；苏联等国家则希望达成“宽领海（12海里）”方案，出于其较弱的海上航行能力以及较强的资源开发需求。在冷战的历史背景下，双方没有在领海宽度上达成一致。这次会议最终形成了领海及毗连区公约、大陆架公约、公海公约、公海捕鱼与养护生物资源公约。

1960年，联合国第二次海洋法会议（UNCLOS II）召开，有88个国家与会。此次会议旨在解决领海宽度问题。但美苏依然无法再领海宽度问题上达成一致，此次会议无果而终。

1973~1982年，联合国第三次海洋法会议（UNCLOS III）召开，此次与会的国家多达167个，其中大多数都是发展中国家。发展中国家在政治独立后，最紧迫的诉求就是经济独立，而“宽领海”方案无疑是利于它们的，一些南美国家甚至提出了更激进的“200海里”领海宽度方案。在此次会议上，肯尼亚代表指出，12海里的方案是可行的，而12海里至200海里内的海洋并非领海，但是“专属经济区”，其中的资源属于沿海国，而船舶航行、航空器飞行不受限制。1982年，《联合国海洋法公约》被通过；1994年，《联合国海洋法公约》生效；1996年，中国批准了《联合国海洋法公约》。

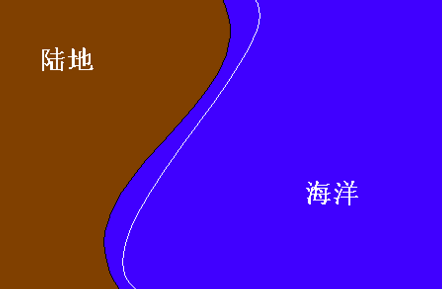
（三）海洋法中的区域

海洋法中，人为划分了如下9个区域：内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架、公海、国际海底区域（简称“区域”）、群岛水域、国际通行海峡。

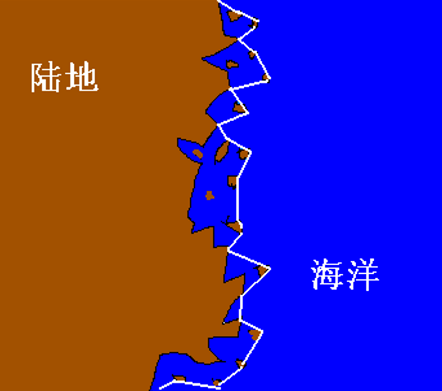
可以从如下5个方面考察每个区域：范围（宽度）、法律地位、通行条件、资源归属、管辖权。

二、基线

（一）正常基线和直线基线

正常基线是沿海国官方承认的大比例尺海图所标明的自然形成的沿岸低潮线，如右上图。

直线基线是连接海岸向外突出的地方和岛屿上适当各点而形成的一条线，如右下图。

《联合国海洋法公约》对直线基线划法具有限制，要求沿海国的海岸线十分复杂、近海具有诸多岛屿，且基线不得明显偏离海岸线方向，不得隔断其他国家的基线等。这是因为有些国家会为了扩大领海范围而故意扩大直线基线，或本来可以采用正常基线的却采用了直线基线。当然，每个国家都可以自行选择基线划法，也可以两种划法混合使用。我国采用直线基线。

（二）群岛基线

为本公约的目的：

(a)“群岛国”是指全部由一个或多个群岛构成的国家，并可包括其他岛屿；

(b)“群岛”是指一群岛屿，包括若干岛屿的若干部分、相连的水域或其他自然地形，彼此密切相关，以致这种岛屿、水域和其他自然地形在本质上构成一个地理、经济和政治的实体，或在历史上已被视为这种实体。

——《联合国海洋法公约》（第四十六条 用语）

群岛国可划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的直线群岛基线。符合群岛国定义的国家，可以不承认自己为群岛国，也因此可以不采用群岛基线划法。

三、内水

（一）内水的概念和法律地位

内水是领海基线朝向陆地一侧所包围的水域。内水是沿海国领土的组成部分，受沿海国完全主权的支配和管辖，其权利义务（法律地位）非常接近领陆部分。

群岛国领海基线以内的封闭区域是群岛水域，但不是其内水。需要根据群岛的海湾、河口、港口等地形，另外划分内水的范围。

外国的船舶和航空器未经同意，不得进入内水。但是，如果确定直线基线的效果使原来并未认为是内水的区域被包括在内成为内水，则在此种水域内外国船舶（不包括航空器）仍应享有无害通过权。

内水的资源专属沿海国所有。

（二）海湾水域

1. 国际法的海湾

国际法的海湾是指海洋深入陆地而形成的明显水曲，只有该水曲面积大于或等于以其入口宽度为直径所作的半圆的面积时，才能视为海湾。

海湾封口线内的水域属于内水。如果海湾封口线小于24海里，则这条线就是其基线；如果大于24海里，则海湾封口线就要持续后退，直至其等于24海里，而此时海湾封口线外、海湾天然入口内的水域就是领海。

2. 历史性海湾

历史性海湾是指沿岸领土属于一国、湾口宽度超过24海里、由沿岸国长时间的有效控制、在历史上一向被其他国家承认是沿岸国内水的海湾。历史性海湾完全处于沿岸国排他性主权管辖之下。

中国认为，渤海湾属于历史性海湾。

（三）内水的司法管辖权

依据领土主权原则，沿岸国对其港口内的外籍船舶上发生的刑事案件具有管辖权。

在实践中，出于礼让，除下列情况外，一般都不行使该管辖权：扰乱港口安宁，案情重大，沿岸国为受害者或应船旗国请求管辖等。对于船舶内部纪律问题一般不予干涉。

对于停泊在港口内的外籍船舶上发生的一般民事案件，如果完全属于船舶内部管理、工资、劳动条件或涉及个人的财产权利等事项，各国通常都不行使管辖权。

四、领海与毗连区

（一）领海的概念和法律地位

领海是从领海基线起不超过12海里的水域。目前，世界上共有110个国家采用了12海里的标准；有些国家的领海宽度则低于此值，主要是因为其地形（如过窄的海岸线）限制了其领海宽度。

沿海国对领海具有主权，但受《联合国海洋法公约》的限制，主要体现为外国船舶（不包括航空器）在领海具有无害通过权。

（二）无害通过

无害通过指的是外国船舶不损害沿海国的和平、良好秩序或安全的通过。《联合国海洋法公约》列举了12条有害的行为：

如果外国船舶在领海内进行下列任何一种活动，其通过即应视为损害沿海国的和平、良好秩序或安全：

(a)对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力，或以任何其他违反《联合国宪章》所体现的国际法原则的方式进行武力威胁或使用武力；

(b)以任何种类的武器进行任何操练或演习；

(c)任何目的在于搜集情报使沿海国的防务或安全受损害的行为；

(d)任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为；

(e)在船上起落或接载任何飞机；

(f)在船上发射、降落或接载任何军事装置；

(g)违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法律和规章，上下任何商品、货币或人员；

(h)违反本公约规定的任何故意和严重的污染行为；

(i)任何捕鱼活动；

(j)进行研究或测量活动；

(k)任何目的在于干扰沿海国任何通讯系统或任何其他设施或设备的行为；

(l)与通过没有直接关系的任何其他活动。

——《联合国海洋法公约》（第十九条 无害通过的意义 第二款）

“通过”意味着继续不停、迅速穿越。如果是潜水艇通过，则必须在海面上航行并展示其旗帜。对于军舰的无害通过问题，各国态度不同；中国不承认外国军舰的无害通过权，外国军舰如要通过中国领海，必须具有中国政府的许可。

（三）沿海国在领海内的司法管辖权

沿海国对领海具有属地管辖权。对于行驶在沿海国领海上的外国商船和用于商业目的的政府船舶内的刑事或民事事件，沿海国一般不得管辖，除非刑事事件：

1. 罪行的后果及于沿海国；
2. 罪行属于扰乱当地安宁或领海良好秩序的性质；
3. 经船长或船旗国外交代表或领事官员请求地方当局予以协助；
4. 这些措施是取缔违法贩运麻醉品或精神调理物质所必要的。

外国军舰和其他用于非商业目的的政府船舶则在领海内享有豁免权。

（四）毗连区

毗连区是从领海基线起不超过24海里的水域。沿海国的属地管辖权终止于领海外部边界，但沿海国如为海关、财政、移民、卫生问题，则其管辖权可以延伸至毗连区。毗连区的设立需要公告，否则就不视为其存在。

五、专属经济区

专属经济区是从领海基线起不超过200海里的水域（包括海床和底土，但不包括水域的上空）。需要注意的是，同毗连区一样，沿海国必须要明文公告，才能视为有专属经济区。

专属经济区是基于资源获取的目的而设立的，其法律地位与领海和公海均不同，是自成一类的海域。专属经济区并不属于沿海国的主权范畴，但沿海国对专属经济区具有主权权利，包括勘探、开发、养护和管理自然资源（生物资源和非生物资源），以及其他经济性开发和勘探的权利；沿海国在专属经济区内的管辖权包括人工岛屿、设施和结构的建造和使用、海洋科学研究权，以及海洋环境的保护和保全的权利。非沿海国则具有航行和飞越的自由、铺设海底电缆和管道的自由，以及与这些自由有关的海洋其它国际合法用途。

沿海国在专属经济区内行使权利和进行管辖时，应适当顾及非沿海国的利益和自由；非沿海国在专属经济区内行使自由时，也要适当顾及沿海国的权利和利益。然而，“适当顾及”这一表述的裁量空间很大，也导致一些国家在对待专属经济区内各方权利的问题上产生冲突：如在一国专属经济区内，非沿海国的军用船舶能否航行、军用航空器能否飞越的问题。

六、大陆架

（一）大陆架的定义

1945年9月，美国杜鲁门政府发布了《大陆架公告》，提出美国陆地领土向海洋的自然延伸部分中，其海床和底土上矿产资源的勘探、开发权利专属于美国，不影响大陆架上方水域和水域上空的法律地位。1958年，联合国《大陆架公约》签订，规定了大陆架是在200米等深线以上的海床和底土，或在200米等深线以下但技术上可开发的深度。

随着20世纪下半叶海洋深潜技术的突飞猛进，1982年通过的《联合国海洋法公约》对大陆架做了如下规定：

沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土，如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到二百海里，则扩展到二百海里的距离。

——《联合国海洋法公约》（第七十六条 大陆架的定义 第一款）

综合第七十六条的该款和其他款，大陆架的范围定义可概括为：

* 自然延伸原则；
* 对于自然延伸的大陆架少于200海里的，大陆架范围至少为200海里（称为内大陆架）；
* 对于自然延伸的大陆架超过200海里的，大陆架范围不超过领海基线外350海里（或2500米等深线以外100海里）（称为外大陆架）。

从测算领海宽度的基线量起二百海里以外大陆架界限的情报应由沿海国提交根据附件二在公平地区代表制基础上成立的大陆架界限委员会。委员会应就有关划定大陆架外部界限的事项向沿海国提出建议，沿海国在这些建议的基础上划定的大陆架界限应有确定性和拘束力。

沿海国应将永久标明其大陆架外部界限的海图和有关情报，包括大地基准点，交存于联合国秘书长。秘书长应将这些情报妥为公布。

——《联合国海洋法公约》（第七十六条 大陆架的定义 第八款、第九款）

（二）大陆架的法律地位

与专属经济区一样，大陆架并不属于沿海国的主权范畴，但沿海国对大陆架具有主权权利，大陆架上的自然资源（非生物资源和定居种的生物资源）的开发权归沿海国专有。对于内大陆架，其上的水域就是专属经济区，其上的空域属于公海（公空）；对于外大陆架，其上的水域及空域都属于公海。

与专属经济区不同的是，大陆架是沿海国固有的，无需明文公告即享有权利。

对于外大陆架，沿海国对其开发而获得的物或经济收益中的一部分应移交国际深海海底管理委员会，由之分配给发展中国家尤其是最不发达国家，以彰显公平。

（三）中国的大陆架问题

中国大陆架极为广阔，属于宽度超过200海里的18个国家之一。中国大陆架包括渤海、黄海海底全部，东海2/3（最宽处400海里），南海1/2以上。

中国大陆架除渤海外，都存在与邻国的划界问题：黄海→朝鲜；东海→朝鲜、韩国、日本；南海→越南、马来西亚、菲律宾。

七、用于国际航行的海峡

（一）用于国际航行的海峡的定义

用于国际航行的海峡的定义由地理标准和功能标准组成。地理标准上，海峡是沟通两个公海或专属经济区水域，但两侧皆有陆地，所形成的狭窄水道；功能标准上，海峡必须具有可通行性，且具有一定的通行量（4~5艘/日，135艘/月，1642艘/年）。

海峡可分为三种：

* **内海海峡：**领海基线沿岛屿的外缘划定，两块陆地间是内水；外国船舶、航空器必须经政府批准才能通过；如我国的琼州海峡；
* **领海海峡：**海峡宽度不超过24海里（由于领海范围是12海里，导致两块陆地间是内水或领海）；外国船舶只能无害通过，航空器飞越必须经政府批准；
* **非领海海峡：**海峡宽度超过24海里；包括如下几个部分——
  + 内水，按内水的通过规范；
  + 领海，按领海的通过规范；
  + 超出领海宽度的部分，又包括——
    - 专属经济区，此范围内外国船舶具有航行自由（在适当顾及沿海国利益的情况下），航空器可自由飞越；
    - 公海，按公海的通过规范。

（二）用于国际航行的海峡的通行制度

基于发达国家对航行的需求和发展中国家对资源的需求的矛盾，设立了用于国际航行的海峡的通过制度。这一制度仅涉及通过，不涉及自然资源开发等领域；这一制度主要针对领海海峡。这一制度的内容是：对于用于国际航行的海峡，所有船舶和航空器都可以不受阻碍地以迅速穿越、继续不停为前提在其上享有航行和飞越自由。

用于国际航行的海峡，在以下两种情况下不再适用于过境通行，而回归为适用于无害通过：

* 当一国陆地和岛屿之间存在领海海峡，而在岛屿的向海一侧还有一条在航行和水文特征上同样便利的航道，那么这一领海海峡就不再适用过境通行，仅适用无害通过。这一情况的例子是墨西拿海峡。
* 另一个情况是，当一个被两个陆地所夹的领海海峡，一端通往公海或专属经济区，另一端通向某国的领海，则同样不适用过境通行，仅适用无害通过。

八、群岛水域

群岛水域就是群岛基线所包围的水域。群岛水域并非内水，也不是领海，其仅适用于群岛国，是自成一类的海洋区域。群岛国的主权普及于群岛水域及其海床和底土，群岛水域是群岛国的领土组成部分。

群岛水域虽然在群岛国的主权范畴内，但其他国家的船舶可以无害通过，其他国家的船舶和航空器对群岛水道也可以过境通行。

九、公海

公海是不属于任何国家的专属经济区、毗连区，领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域及其上空，但不包括海床或底土。

当代公海的法律地位仍然是共有物。公海自由包括：

* 航行自由；
* 飞越自由；
* 铺设海底电缆和管道的自由；
* 建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由；
* 捕鱼自由；
* 科学研究的自由。

公海上，船舶国的专属管辖按一般原则进行。当然，也存在例外：

* **登临权：**军舰在公海上遇到享有完全豁免权的船舶以外的外国船舶有从事海盗行为、奴隶贩卖、非法广播，无国籍或虽悬挂外国旗帜或拒不展示其旗帜而事实上却与该军舰属同一国籍时，有权登临检查。
* **紧追权：**沿海国主管当局有充分理由认为外国船舶违反该国法律和规章时，可对该外国船舶进行紧追，但只可由军舰、军用飞机或其他有清楚标志可以识别为政府服务并经授权紧追的船舶或飞机行使。

十、国际海底区域

国际海底区域（简称“区域”）是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土。其法律地位是人类共同继承的财产，任何国家不得主张主权。

“区域”既是共有物又是公有物。其与公海的共同点是任何国家都不得主张主权；不同点是公海向所有国家开放，而“区域”的资源由全人类所有，由国际海底管理局代表全人类管理其中的资源——需要注意的是，这里的“资源”仅指矿产资源，生物资源等不在此列。

第七讲 战略新疆域与国际法

2024.4.29

一、全球公域与战略新疆域

二战后，人类逐渐进入了惯常活动的空间之外的空间，这就包括南极、海洋和外层空间。也因此，有关这些空间的国际立法应运而生。这就是在冷战背景下和平（去武器化）与科学的共生产物：在1957~1959年，国际科学界67国对地球、大气、海洋、外空的勘察，管制在一个新环境中的人类活动，而非管制新技术手段的使用。这段时间有代表性的国际立法或规则体系包括：南极条约（1959年签订，1961年生效）、联合国第一次海洋法会议（公海两项公约，1958）、联合国和平利用外层空间委员会（1959）。

（一）全球公域

国际法层面，全球公域指的是1982年后国家主权管辖范围外区域：公海、国际海底区域、空气空间、外层空间。

国际政治层面，全球公域（global commons）包括公海和海底、空气空间、外层空间、网络空间、极地/南极。

（二）战略新疆域

战略新疆域是一个中国外交领域的概念，其内涵在2015年《国家安全法》第二十五条、第三十二条中提出。战略新疆域包括深海、极地、外空、网络，这些都是国家主权管辖范围外的区域，即全球公域。

二、极地

由于南极和北极的区位环境不同，人类认识开发之的先后不同，对两者的国际立法和管理也不同。自1959年签订、1961年生效的《南极条约》后，陆续又有诸多有关南极的国际立法，如：

* 《保护南极动植物议定措施》（1964年签订，1982年生效）；
* 《南极海豹保护公约》（1972年签订）；
* 《南极生物资源保护公约》（1980年签订）；
* 《南极矿物资源活动管理公约》（1988年6月通过最后文件，但由于《南极环境保护议定书》的通过，该公约并未真正生效过。不过《议定书》中关于南极矿物资源的许多条款直接引自该公约）；
* 《南极条约环境保护议定书》（即《马德里议定书》）：于1991年12月4日签订，1998年1月14日起生效。该议定书旨在保护南极的生态环境，严格禁止对南极生态环境的破坏。1991年10月通过了《议定书》的五个附件，分别是“南极环境评估”“南极动植物保护”“南极废物处理与管理”“防止海洋污染”和“南极特别保护区”，从不同的角度细化对南极的环境保护规定。这五个附件于1998年1月14日生效。附件六“环境紧急状况下的责任”于2005年6月在斯德哥尔摩通过。

三、深海

“深海”并非是一个国际法中的概念，《联合国海洋法公约》只规定了“区域”。科学上的深海指的是海平面以下200米的区域，其中200~1000米为中层带（半深海、中深海），1000~4000米为深层带（深海），4000米~6000米为超深渊带，6000米以下为深渊。

2016年，我国通过了《深海海底区域资源勘探开发法》。中国大洋协会是执行我国国际深海海底区域开发的主要机构。

四、空间法

（一）空间法的概念与产生

空间法是空气空间法和外层空间法的统称。空气空间（air space）中人类活动的载体被称为航空器；外层空间（outer space）中人类活动的载体被称为空间物体（航天器）。指导并规范空气空间活动的法律称为空气空间法；指导并规范外层空间活动的法律称为外层空间法。

空气空间法又被称为“航空法”，而狭义上的空间法指的就是外层空间法。

1783年，法国蒙戈尔菲埃兄弟第一次使用可用于运载的热气球升空，开始了空气空间活动；1903年美国莱特兄弟发明了重于空气的飞行器——飞机，开创了人类真正利用空间活动的历史；第一次世界大战为航空事业的发展准备了物质条件；1957年苏联发射第一颗人造地球卫星，将人类活动的舞台推向外层空间。可见，空间法是空间科技和空间活动的必然结果。

（二）空间法的渊源

1. 有关空气空间法的国际公约

关于国际航空一般规则的公约（公法）有1919年《关于管理空中航行的公约》（巴黎航空公约）、1944年《国际民用航空公约》（芝加哥公约）等。它们肯定了领空的概念，以及领空之外即为公空，是对所有国家开放的公有物。

关于国际航空民事责任的公约（私法）方面，1929年《统一国际航空运输某些规则的公约》（华沙公约）规定了承运人责任，形成了“华沙体制”；1952年《关于外国航空器对地面第三者造成损害的公约》（罗马公约）规定了航空器对第三者损害赔偿责任。

关于国际航空安全的公约（公法）方面，有1963年《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》（东京公约）、1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》（海牙公约）、1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（蒙特利尔公约）；911事件后，这方面也有新进展，如“北京条约”、北京议定书等。

2. 有关外层空间法的国际公约

外层空间法的发展经历了三个阶段：1959~1979、1980~1992、1993至今。

外层空间法方面的三项宣言是：《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》（1963）、《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国家的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家需要的宣言》（1996）、《空间千年：关于空间和人的发展的维也纳宣言》（1999）。

外层空间法方面的三套原则是：《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》（1982）、《关于从外层空间遥感地球的原则》（1986）、《关于在外层空间使用核动力源的原则》（1992）。

外层空间法方面的五个国际公约是：《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》（1967）、《关于援救航天员，送回航天员及送回射入外空之物体之协定》（1968）、《外空物体所造成损害之国际责任公约》（1972）、《关于登记射入外层空间物体的公约》（1975）和《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》（1979）。

1993年至今，外层空间法的发展放缓，更多地进行的是外层空间软法建设。当前国际外空法的新动向包括空间资源开发规章的制定、探月活动全球制度、外层空间交通管理、临近空间的法律地位问题等。

（三）空气空间和外层空间的划分

对于空气空间和外层空间的划分，有功能论和空间论之分。

功能论认为，不应划分两者界限，认为两者是连续空间，没有必要划分。按照空间活动和活动载体的性质区别适用不同的法律。

空间论则以高度为标准界分，具体有航空器上升最高限度说、有效控制高度说、空气构成说（空气性质的变化）、卡曼管辖线（以离心力取代空气成为飞行动力）、人造卫星轨道近地点说等。空间论是当今的主流观点。

目前的基本倾向是：以人造卫星轨道近地点和航行器飞行最高限，即离地面100公里左右的空间作为空气空间和外层空间的界限。更详细地说，根据法律地位不同，空间可分为：

* **空气空间：**地面以上20千米以内，只可能是领空（所有物）或公空（共有物）；
* **临近空间（near space）：**地面以上20~100千米，有学者将其列为专属利用空间（Exclusive Utilisation Space, EUS）；
* **外层空间：**地面以上100千米以外，“对一切人的公有物”“非交易物”，也有国家认为其为人类共同继承的财产。

（四）空气空间和外层空间的法律地位

1. 空气空间的法律地位

对于空气空间的法律地位，早期基本存在四种学说：完全自由论、有限自由论（自保权）、国家主权论、有限主权论（无害通过）。一战以后，确立了国家主权学说。

1919年《空中航行管理公约》即《巴黎公约》第一条明确规定：每一个国家“对其领土上空具有完全的和排他的主权”；1944年《芝加哥公约》有同样的规定。由此，确定了领空主权原则。领空主权表现在以下四个方面：

* **自保权：**一国领空不受侵犯。未经一国允许，任何外国航空器不得进入该国领空。任何国家都有保卫其领空安全，不受外来侵犯的充分权利；
* **管辖权：**领空是一国领土不可分割的组成部分，国家对之行使的领空管辖权属于属地最高权的性质；
* **管理权：**每一国家都有权自行决定制定必要的法律和规章，以维护空中航行的正常秩序，保障空中交通安全，保护公众合法权益。任何外国航空器在一国领土上空飞行或在该国领土内运转，都必须遵守当地关于航空器飞行和运转的现行法律和规章；
* **支配权：**罗马法格言指出：“谁有土地，谁就有土地的上空。”国家可以通过国内立法对领空实施支配权。

2. 外层空间的法律地位

根据《外空条约》《月球协定》等国际条约，外层空间的法律地位如下：

1. **外空探索和利用自由：**“所有国家可在平等、不受任何歧视的基础上，根据国际法自由探测和利用外层空间（包括月球和其他天体），自由进入天体的一切区域。”（《外空条约》第一条第二段）；
2. **科学考察自由**（《外空条约》第一条第三段）；
3. **不得据为自有原则：**“各国不得通过主权要求、使用或占领等方法，以及其他任何措施，把外层空间据为己有。”（《外空条约》第二条）；
4. **“对一切人的公有物”或“非交易物”：**“应为所有国家谋福利和利益，而不论其经济或科学发展程度如何，并应为全人类的开发范围”（《外空条约》第一条第一段）；
5. **天体及其资源属全人类的共同财产，待到可以开发资源时要建立国际制度：**“月球及其自然资源均为全体人类的共同财产”（《月球协定》第十一条第一段）；“本协定缔约各国承诺，一俟月球的自然资源开发成为可行时，建立指导此种开发的国际制度，其中包括适当程序在内。”（《月球协定》第十一条第五段）。

第八讲 国际性人权保护：国籍、人权

2024.5.6

一、国际社会为何要保护人权

二战结束之前，原则上与个人有关的问题属于国内管辖的事项，由各国宪法所规定。但是也存在国内管辖事项的例外，如外国人待遇问题（国籍问题）、难民问题（外国人的一种，即跨越过境寻求庇护的外国人）、少数群体（minority）权利等。然而，二战中纳粹德国屠杀犹太人（当时德国国籍的犹太人不属于上述任何一种例外）的行为在当时并不受国际法的约束，这使得二战结束后人权从“国内管辖事项”转变为了“国际社会关心的议题”，由此产生了国际人权法。

1948年12月10日，联合国大会通过了《世界人权宣言》，其中将人权模糊地定义为“一个人以人的尊严（human dignity）生活所享有或应享有的基本权利”。这是世界上第一份国际人权法文件。

二、国籍

个人与国家之间的法律关系是通过国籍来建构的，也因此国籍是个人与传统国际法之间的一个重要联系。国籍一直以来被归为国内管辖事项，但国籍问题也是一个国际法问题，因为每个国家对国籍的相关法律规定都不一样，出现冲突时就需要国际法予以调整。

（一）国籍的取得与丧失

国籍的取得分为两种：

* **原始取得：**血统主义与出生地主义；
  + **血统主义：**新生儿取得的国籍由其父母的国籍决定；
    - **单系血统主义：**仅根据父或母一方（一般是父）的国籍决定；
    - **双系血统主义：**可选择根据父或母的国籍决定；该思潮出现在性别平权运动兴起之后。
  + **出生地主义：**新生儿取得的国籍由其出生地决定。
* **继受取得：**国籍归化。

国籍的丧失分为自愿放弃与剥夺国籍。

（一）人人有权享有国籍。

（二）任何人的国籍不得任意剥夺，亦不得否认其改变国籍的权利。

——《世界人权宣言》（第15条）

（二）国籍冲突

国籍的唯一原则是1930年《关于国籍法冲突若干问题的公约》。然而，在统一原则的基础上，仍会出现国籍冲突，包括积极国籍冲突（多重国籍）和消极国籍冲突（无国籍）。例如，日本是采取血统主义的国家，美国是采取出生地主义的国家，因此一对日本夫妇在美国生下的新生儿就同时拥有多重国籍，而一对美国夫妇在日本生下的新生儿就无国籍。

积极国籍冲突涉及到对国家宪法的忠诚、纳税义务、服兵役义务等问题的冲突。消极国籍冲突则会导致个人无法受到国家的保护、无法主张权利等。

此外，还存在一种事实上的无国籍人，即虽然有国籍，但其国家由于战争等原因而在事实上无法予以保护。

（三）外国人的地位

外国人包括跨国迁徙的外来劳动人口、寻求别国庇护的难民、在外国定居的移民。有关外国人地位的主要问题包括入境、出境、在居留国的权利义务三个问题。

外国人入境与本国人不同。国家不能拒绝本国人返回本国，但可以根据本国的法律规定无条件拒绝外国人入境。

外国人出境方面，其自发性出国不能禁止，除非涉及国家安全、刑事问题和公共卫生（《公民权利和政治权利国际公约》第12条第2、3项）；还有一种强制性出国，如遣返、驱逐出境、犯罪嫌疑人引渡等（《公民权利和政治权利国际公约》第13条）。

外国人在居留国的权利与义务遵循无差别对待原则。

（四）外交保护

外交保护是一国针对其国民因另一国的国际不法行为而受到损害，以国家名义为该国民采取的外交行动或其他和平解决手段。外交保护是属于国家（而不是民众）的权利，国家有是否行使的自由裁量权，纵然国民可请求国家保护，但其国家是否在国际上进行外交求偿，是不受这种请求限制的。

行使外交保护需要两个要件：

* **用尽当地救济：**已经穷尽了当地法律规定的所有救济渠道，但依然得不到救济；
* **国籍持续原则：**从受害人受到损害到行使外交保护权，其国籍不变。

国籍冲突下的外交保护方面，多重国籍下由有效国籍国进行保护（真实联系理论）；无国籍下由居留国进行保护（《外交保护条款草案》的提议）。

三、难民

（一）国家保护难民的权限

普遍意义上，难民指的是为逃避在本国遭受的政治迫害或其他迫害或欺压而逃至别国并谋求别国保护的人。

人具有庇护权，这项权利是属于民众（个人）的：

人人有权在其他国家寻求和享受庇护以避免迫害。

——《世界人权宣言》（第14条第1项）

国家具有领土庇护权，即给予本国领土范围内的外国人以庇护的权利。此外还存在“外交庇护”，如外国人进入本国在外国的使领馆、船舶、航空器上时，国家对此予以的庇护，但目前这种外交庇护并未有国际法支撑。

（二）难民保护的历史和难民定义

国际政治中的第一波难民即为1917年后的俄国难民，当时向他们派发了“南森护照”，国际联盟也设置了难民事务高级专员。国际政治中的第二波难民出现在二战之后，1950年联合国难民事务高级专员办事处（联合国难民署，UNHCR）设立，1951年《联合国难民公约》签订，从而确定了公约难民的定义：

1. 有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外；
2. 由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人；
3. 跨国：处于此人国籍国以外。

1967年，另出台了一部议定书，取消了上述公约难民的时空限制。

自1950年至2003年，联合国难民署从临时性机构变为了半永久性机构。在此过程中，国际社会也逐渐形成了难民问题的三种解决方案：自愿回归本国、难民在第一庇护国定居、难民在第三国定居。

（三）难民认定及各国的庇护

难民的认定由缔约国自由裁量。难民的庇护遵循不推回原则（non-refoulement），即难民进入的第一庇护国具有一项义务，不得将难民推回至其生命、财产、尊严等受到威胁的国家。

四、国际人权法

（一）联合国的国际人权保障

在《大西洋宪章》（1941）中，罗斯福提出了四大自由：结社自由、宗教信仰自由、免于匮乏的自由、免于恐惧的自由。其中，结社自由、宗教信仰自由、免于恐惧的自由作为公民政治权利，在冷战期间被高度重视；免于匮乏的自由作为发展权利，则在冷战结束后才开始被逐渐重视。总之，二战结束后，《联合国宪章》中的一些条款也体现了这些所倡导的自由：

为造成国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安定及福利条件起见，联合国应促进：

（子）较高之生活程度，全民就业，及经济与社会进展。

（丑）国际间经济、社会、卫生及有关问题之解决；国际间文化及教育合作。

（寅）全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守，不分种族、性别、语言或宗教。

——《联合国宪章》（第55条）

1946年，为保护人权，联合国经社理事会下设了联合国人权委员会，也就是现在的联合国人权理事会的前身。在《世界人权宣言》中，提出了30条人权，主要包括：

* **控制国家对国民生活不当介入的自由权：**公民权利、政治权利；
* **国家有必要积极参与的人权：**经济、社会、文化权利；
* 参政权、财产权和文化性权利。

（二）国际人权条约

1. 国际人权宪章

1948年《世界人权宣言》后，在冷战的背景下，有约束力的国际人权宪章（或法案）的谈判举步维艰。当时苏联阵营主张《经济、社会、文化权利国际公约》（1966），该公约在2008年衍生了《经济、社会、文化权利国际公约任择议定书》；西方阵营则主张《公民权利和政治权利国际公约》（1966），衍生了《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》（1966）、《旨在废除死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》（1989）等。

中国签订且批准了《经济、社会、文化权利国际公约》，签订但并未批准《公民权利和政治权利国际公约》。

2. 专门性人权文书

截止2024年5月，九大核心人权文件包括：

* 2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》
  + 成员国：58个
  + 中国没有加入条约
* 2006年《残疾人权利公约》
  + 成员国：177个
  + 中国签署：2008.3.30
  + 中国正式批准：2008.8.1
* 1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》
  + 成员国：51个
  + 中国没有加入条约
* 1989年《儿童权利公约》
  + 成员国：196个
  + 中国签署：1990年8月29日
  + 中国正式批准：1992年3月2日
* 1984年《禁止酷刑公约》
  + 成员国：163个
  + 中国签署：1986年12月12日
  + 中国正式批准：1988年10月4日
* 1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》
  + 成员国：189个
  + 中国签署：1980年7月17日
  + 中国正式批准：1980年11月4日
* 1966年《公民权利和政治权利国际公约》
  + 成员国数：170个
  + 中国签署：1998年10月5日
* 1966年《经济、社会、文化权利国际公约》
  + 成员国数：167个
  + 中国签署：1997年10月27日
  + 中国正式批准：2001年3月27日
* 1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》
  + 成员国数：179个
  + 中国没有签署，因为中华民国签订和批准分别在1966年3月31日和1970年12月10日，但有多个国家提出异议，认为中华民国签署的是无效的，合法政府是中华人民共和国。最后批准的是中华人民共和国，中华人民共和国声明中华民国签的公约是无效的。
  + 中国批准时间：1981年12月29日

3. 区域性人权文书

区域性人权文书包括：《欧洲人权公约》（1950）、《美洲人权公约》（1969）、《非洲人权和人民权利宪章》（1981）、《阿拉伯人权宪章》（1994、2008）等。

（三）国际人权法的实施机制

人权机构可以分为普遍性人权机构和区域性人权机构（欧洲人权法院、美洲人权委员会与美洲人权法院、非洲人权和民族权委员会、非洲人权和民族权法院等）。

人权机构也可以分为一般性人权机构和专职性人权机构。一般性人权机构包括联合国大会、联合国经社理事会、联合国妇女地位委员会、国际劳工组织和世界卫生组织等联合国专门机构；专职性人权机构包括联合国人权理事会（前身是联合国人权委员会和促进和保护人权小组委员会）、联合国人权事务高级专员办事处（对前者履行秘书职能）等。

独立于联合国的国际人权法各条约的实施机构包括：

* 人权事务委员会
* 经济、社会和文化权利委员会
* 消除种族歧视委员会
* 消除对妇女歧视委员会
* 禁止酷刑委员会及其预防酷刑小组委员会
* 儿童权利委员会
* 保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会
* 残疾人权利委员会与强迫失踪问题委员会

实施这些条约的机制包括：

* 条约机制
  + 国家报告制度（主要措施）；
  + 国家间指控制度；
  + 个人申诉制度：任择议定书或任择性条款；用尽当地救济；
  + 调查程序或实地办事处；
  + 审判制度：区域层面（国际政治问题的司法化）。
* 非条约机制
  + 联合国：特别程序（“1235程序”）、申诉程序（“1503程序”）；
  + 普遍定期审查制度（UPR）。

第九讲 国家间交往规则——条约法、外交关系法

2024.5.13 / 2024.5.20

一、条约法

（一）条约法概述

1. 条约的定义与名称

条约泛指国际法主体间缔结的以国际法为准之协定。国际法主体包括国家、国际组织等，非国际法主体间缔结的协定不是条约；条约必须以国际法为准，不能以国内法为准。

条约也可以特指《维也纳条约法公约》定义的条约，即仅限国家之间缔结的以国际法为准的书面协定。

（条约是）国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何。

——《维也纳条约法公约》（1969）

条约的判定基于实质性而非名称。除了条约（treaty）本身外，条约的名称还可能包括：公约（convention）、协定（agreement）、议定书（protocol）、宪章（charter）、盟约（covenant）、章程（constitution）、文件（act）；换文（exchange of notes）、规约（statute）；宣言或声明（declaration）、谅解备忘录（memorandum of understanding, MOU）、联合公报（joint communique）。

2. 条约法及其编纂

条约法是有关条约的规则的总称，主要包括《维也纳条约法公约》（1969）和《国家和国际组织间条约法公约》（1986）。其中，前者主要适用国家之间，后者补充了国家与国际组织之间。

（二）条约的缔结及其程序

1. 缔约能力和缔约权

我国《中华人民共和国缔结条约程序法》第三条规定：条约的缔结权（包括谈判、签署等）属于国务院；批准权、废除权属于全国人大及其常委会；宣告权属于国家主席；关于缔结的具体事务处理权属于外交部。在美国，条约的缔结权属于总统，批准权、废除权则属于参议院。

2022年，我国国务院颁布了《缔结条约管理办法》，规定了国务院系统内部在缔约方面的具体流程。2023年，全国人大常委会通过了《对外关系法》，补充了中央外事小组的定位和职权，规定了有权参与对外关系工作的部门，强调了党在缔约中的作用。

缔约中常出现“全权代表”的角色，其持有全权证书，用以证明其态度代表了国家意志。全权证书一般会规定全权代表的权限范围，例如：

全权证书

中华人民共和国国务院委派（姓名）为全权代表同加拿大政府的全权代表谈判并签署两国政府一九八四年和一九八五年文化交流计划。

中华人民共和国国务院（印）

一九八三年十月六日于北京

2. 缔约程序

缔约程序一般如下：

1. **谈判：**即条约交涉，由授权的全权代表（持有全权证书）进行；
2. **签署：**草签仅代表认证；正式签署则代表国家认可条约内容，但不代表国家愿意接受其约束；由授权的全权代表（持有全权证书）进行；
3. **批准：**除非条约内容或全权证书中规定了“签署后即刻生效（批准）”，否则只有国家接受或核准该条约，条约才对该国家产生约束力；一个国家没有必须批准某项条约的义务（即使该条约已经签署）；
4. 交换或交存批准书。

一般而言，对于不涉及重大问题（如主权问题）的条约，以上程序可以适当简化。

3. 条约的生效和登记

条约生效的条件一般由条约本身规定。

任何条约均无义务在联合国秘书处登记，不登记并不影响条约的效力。但未经联合国秘书处登记，条约不能在联合国各机构适用。

联合国任何机关禁止援引任何未经联合国秘书处登记的条约。

——《联合国宪章》（第102条第2项）

4. 条约的保留

一国于签署、批准、接受、核准或加入条约时所作的单方面声明，不论措辞或名称为何，其目的在于摒弃或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。

——《维也纳条约法公约》（第二条第1项(d)）

例如，对于《联合国海洋法公约》，中国就对其中的第十七条（无害通过权）做了保留，排除了军舰的无害通过权。

然而，若保留过多，则条约的目的就完全落空了。因此，虽然原则上允许对条约保留，但在一些特定情况下不得保留：

一国得于签署、批准、接受、核准或加入条约时，提具保留，但有下列情形之一者不在此限：

（甲）该项保留为条约所禁止者；

（乙）条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；或

（丙）凡不属（甲）及（乙）两款所称之情形，该项保留与条约目的及宗旨不合者。

——《维也纳条约法公约》（第十九条）

需要注意的是，条约的保留仅存在于多边条约场合，因为若双边条约中出现了不一致的情形，双方重新协商即可。

《维也纳条约法公约》第二十条、第二十一条规定：保留作为一种单方面声明，只需有另外一个国家接受该保留，该保留就发生效力（视为保留国与其他国家之间的该内容已经修改）。此时，对于保留国和接受国之间，条约就已生效；对于保留国和反对国之间，仅保留条款不适用（不适用与不生效不同，不适用意味着该规定留为空白），条约并不因此而不产生效力，除非反对国明确表示条约在两国间不生效。需要特别说明的是，保留在条约其他当事国（即保留国以外的国家）之间不修改条约规定。

（三）条约的效力

1. 条约的适用

条约适用的时间范围方面，其有“条约不溯及既往”的原则，仅对条约产生后的事件、行为具有约束力。条约适用的空间范围方面，若没有特别规定，则原则上一般在缔约国的全部领土内适用；但若有特别规定，则可以只在部分领土内适用。

2. 条约的冲突

在国内法中，一般通过法律的位阶来解决法律冲突的问题。然而，在国际法中，由于条约仅对其缔约国有效，故常常出现的法律冲突不能单一地通过这一方法解决。国际法上条约的冲突有以下两个解决原则：第一，《联合国宪章》义务优先，可理解为《联合国宪章》作为上位法优先于条约的下位法；第二，对于其他情况，则需要按照《维也纳条约法公约》第三十条的相关规定予以讨论。

**第三十条 关于同一事项先后所订条约之适用**

一、以不违反联合国宪章第一百零三条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。

二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。

三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。

四、遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：

（甲）在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；

（乙）在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。

五、第四项不妨碍第四十一条或依第六十条终止或停止施行条约之任何问题，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。

——《维也纳条约法公约》

由此可见，解决条约冲突的基本步骤是：

1. 判断其是否与《联合国宪章》规定的义务冲突；
2. 若不冲突，则视条约内是否有明确规定采用先订还是后订条约；
3. 若无规定，则考察后订条约的当事国是否与先订条约一致。
   1. 若一致，则后订条约优先于先订条约；
   2. 若不一致，则当需要处理两条约当事国（即同时签订了先订和后订条约的国家）和一条约当事国（即只签订了先订或后订条约其中一个的国家）之间的权利义务问题时，按照后订条约与先订条约中双方都是当事国的条约（即一条约当事国也签订的条约）处理。

3. 条约对第三国的效力

根据《维也纳条约法公约》第三十四条，条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。当要为第三国创设义务时，其必须书面表示接受才能创设该义务。当要为第三国创设权利时，若其无表示（默示同意）或表示同意，则视为创设了该权利；仅当其明确表示反对，此权利才不被创设。

4. 条约的无效与终止

本公约各当事国，……鉴悉自由同意与善意之原则以及条约必须遵守规则乃举世所承认，……爰议定条款如下：……

——《维也纳条约法公约》（序言）

一个条约若要生效，其必须满足主体适格、意志真实、内容合法的条件。条约的无效的原因主要包括主体瑕疵、意志瑕疵和内容瑕疵，条约的无效的情况可分为相对无效和绝对无效：相对无效包括逾越权限（缔约权限、特定权限）、错误（事实或情势错误、文字错误）、欺诈、贿赂；绝对无效包括强迫（对国家武力强迫、对国家代表强迫、不平等条约）、与强行法冲突。

对于相对无效，考虑到存在某些瑕疵的条约也可能对该国有利，故被欺诈方、被贿赂方可选择撤销或不撤销条约，条约从撤销之日起向后无效。对于绝对无效，其条约自始无效。

条约的终止的原因可分为不基于当事国同意的终止和基于当事国同意的终止。不基于当事国同意的终止包括条约嗣后履行不能、产生新强行法规则、情势变更（rebus sic stantibus）、重大违约。基于当事国同意的终止包括期限届满、履行完毕等。

（四）条约的解释

条约的解释机关包括当事国、国际组织、国际仲裁或司法机关。

条约解释分为主观性解释、客观性解释和目的性解释，条约解释的规则包括一般规则和补充规则。客观性解释与目的性解释通常采用一般规则，即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。主观性解释通常采用补充规则，即根据条约之准备工作及缔约之情况进行解释。

在多边条约方面，由于各缔约国的语言往往不同，翻译过程容易出现意义丢失或不对应，故多边条约中常会出现作准文本，规定具有权威性的语言文字。在这种情况下，条约以作准约文为准，其他文字约文仅供参考。

二、外交与领事关系法

（一）外交关系与领事关系

外交关系与领事关系的历史起源于中世纪的欧洲，长期以来以习惯法为主。二战后，在联合国国际法委员会的主持下，于1961年通过了《维也纳外交关系公约》，1963年通过了《维也纳领事关系公约》，实现了这方面习惯法的书面化。

一个国家国内的外交机关包括国家元首、政府首脑、外交部长，其享有完整的外交豁免权。一个国家国外的外交机关即使馆，其中的人员包括外交代表（包括使馆馆长和其他外交职员）、行政技术人员（如翻译、会计、审计等）、事务性人员（如厨师、司机、保洁等）和私人仆役（如保姆等），仅外交代表享有外交豁免权。外交代表通常必须是派遣国国民，但其他人员不必是派遣国国民，也可以是第三国国民。

（二）外交特权（privileges）与豁免（immunities）

1. 外交特权与豁免的根据和目的

历史上有“治外法权（extraterritoriality theory）”之说，认为一国在另一国的使馆属于其“浮动领土”，其自然免于接受国的管辖。但当今该说法已不再采用，《维也纳外交关系公约》根据尊重派遣国的尊严，维护外交代表的代表性和职务必要性来论证外交特权与豁免的必要性。

本公约各当事国：鉴于各国人民自古即已确认外交代表之地位，……确认此等特权与豁免之目的不在于给与个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务。……爰议定条款如下：……

——《维也纳外交关系公约》

2. 外交特权与豁免的适用范围

《维也纳外交关系公约》第20~28条规定了使馆被认可的特权与豁免，第29~36条规定了外交代表个人的外交特权与豁免。外交特权本质上属于外交代表所代表的国家，而不属于他个人，外交代表不能自行放弃（waive）外交豁免，只能由派遣国放弃，且放弃必须明示。此外，其他国家机关也有外交特权与豁免，如前文提及的国家元首、政府首脑、外交部长，还有驻外军队。

3. 外交特权与豁免的内容

**不可侵犯（inviolability）。**包括：①人身不可侵犯，如《维也纳外交关系公约》第29条：“外交代表人身不得侵犯。外交代表不受任何方式之逮捕或拘禁。接受国对外交代表应特示尊重，并应采取一切适当步骤以防止其人身、自由或尊严受有任何侵犯。”；②馆舍、财产、外交人员私人寓所，以及档案和文件不可侵犯，交通工具免受搜查、征用、扣押和强制执行。

**管辖豁免（immunity from jurisdiction）。**包括：①刑事管辖豁免：触犯法律，不能起诉，比较严重者，驻在国宣布为“不受欢迎的人（persona non grata）”，要求派遣国限期将其招回，当严重威胁驻在国安全时，驻在国对犯罪的外交人员会予以驱逐出境；②民事管辖豁免：不得因为债务而受到起诉；③行政管辖豁免：不作户口登记、不服兵役和劳役、外交人员死亡、子女出生不履行驻在国所要求之义务；④外交人员无作证义务，因为作证本身就是管辖的一个体现。

**行动和通讯自由（freedom of move and communications）。**包括：①使用密码通讯，电报可以用邮电部门的密码发送，也可以通过使馆自设的电台发送；②派遣外交信使和使用外交邮袋。

**免纳关税（exemption from taxes and duties）。**包括：①外交代表机构公用物品和外交人员及其家属私人用品免纳入境关税；②外交代表机关在驻在国拥有或租赁的供使馆使用的房舍免纳国家、区域或地方捐税；③外交代表机关办理公务所收的手续费等费用；④免纳直接税。但需要注意，以下税不能免纳：①间接税（计入商品或劳务的间接税）；②外交人员自有的不动产税；③在驻在国从事商业或投资征收的税、遗产税。

**悬挂国旗和国徽。**包括：①国家元首和政府首脑出访时在其交通工具和和住所具有悬挂国旗的权利；②使馆及其馆长有权在使馆馆舍、及使馆馆长寓邸及交通工具使用国旗和国徽。

4. 外交人员的义务

根据国家之间互相尊重国家主权的原则，外交代表机关和外交人员对驻在国亦应承担必要义务。包括：①尊重驻在国的法律、规章；②不干涉驻在国的内政。

一、在不妨碍外交特权与豁免之情形下，凡享有此项特权与豁免之人员，均负有尊重接受国法律规章之义务。此等人员并负有不干涉该国内政之义务。

——《维也纳外交关系公约》（第四十一条）

外交人员作为一个国家的代表，必须避免一切直接或间接干涉接受国内政的言论和行动。例如不公开批评驻在国领导人及其政策，不参加亦不支持反对驻在国政府的集会活动、示威游行。

在国际上，并不存在超越于各国主权之上的外交特权与豁免，外交人员均须按照驻在国的规定享有外交特权与豁免。

（三）中国政府关于特权与豁免的规定

中国于1975加入《维也纳外交关系公约》，1979年加入《维也纳领事关系公约》。《中华人民共和国刑事诉讼法》（1979）、《中华人民共和国个人所得税法》（1980）、《中华人民共和国枪支管理办法》（1984）、《外国人入境出境管理办法》（1986）都在此方面作了规定。

1986年，六届人大十七次会议通过《中华人民共和国外交特权与豁免条例》，成为中国政府落实对外国人的特权与豁免依据。

根据有关法律，下列人员在中国享有外交特权与豁免：

1. 各国政府派来中国的高级人员；
2. 外国派来中国出席国际会议的代表；
3. 途经或临时停留中国境内的各驻第三国或国际组织的代表；
4. 依据国际公约享有外交特权和豁免的人；
5. 上述各类人员的配偶及其未成年子女。

第十讲 和平解决国际争端

2024.5.27

一、概述

（一）国际争端的概念与特点

1. 国际争端的产生和概念

国际争端是两个或者两个以上的国家之间、国家与其它国际法主体之间有关法律或事实上的观点不一致，以及它们之间法律观点或政治利益的冲突。

2. 国际争端的特点

1. 主体主要是国家；
2. 国家之间不存在一个超国家的权力机关或裁判者；
3. 国际争端的起因比较复杂；
4. 国际争端的解决受到国际关系力量对比的制约；
5. 国际争端解决的方法和程序是随着历史的发展和变化而发展变化。

3. 国际争端的种类和性质

国际争端可分为法律争端（可裁判）、政治争端（不可裁判）、混合型争端、事实性争端。混合争端论认为，国际争端具有多重侧面，包括政治层面、法律层面、社会层面、经济层面、宗教层面、文化层面等。

（二）国际争端的解决

国际争端的解决方法包括和平解决方法和非和平解决方法。和平解决国际争端是现代国际法一项重要的原则。需要注意的是，一个国家没有义务必须要解决一个国际争端，一个国家也没有义务必须要选择某种方式解决国际争端。

1. 使用武力的违法化与和平解决国际争端义务的产生

20世纪初前，使用武力不被视为违法行为。1899年《和平解决国际争端的海牙公约》提出和平解决国际争端，但仅是努力目标。1919年《国际联盟盟约》未将开战行为排除在国家权力之外。

1928年《巴黎非战公约》、1945年《联合国宪章》规定了战争、使用武力违法化、不使用武力原则与和平解决国际争端义务，实现了表里一体，强调了和平解决国际争端义务与争端解决手段的选择自由。

**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：

……

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。

……

——《联合国宪章》

2. 争端性质与解决方式的关系

《联合国宪章》第六章规定了争端性质与解决方式的关系：

**第三十三条**

一、任何争端之当事国，于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用、或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决。

二、安全理事会认为必要时，应促请各当事国以此项方法，解决其争端。

——《联合国宪章》

二、和平解决国际争端的外交方法

（一）谈判（negotiation）与协商（consultation）

谈判取决于自愿，但有时国家根据条约规定负有通过谈判解决分歧的法律义务。实践中，谈判与司法解决并行，导致两种后果：

* 根据条约，谈判前置（在采取其他解决方式前必须谈判，谈判不成才能采取其他方法），造成司法管辖权行使障碍；

**第二十二条** 两个或两个以上缔约国间关于本公约的解释或适用的任何争端不能以谈判或以本公约所明定的程序解决者，除争端各方商定其他解决方式外，应于争端任何一方请求时提请国际法院裁决。

——《消除一切形式种族歧视国际公约》

* 谈判与司法方式并行（如“交涉命令判决”，即判决当事国通过善意谈判解决争端）。

在大多数情况下，和平解决国际争端的起始就是谈判或协商。需要注意的是，谈判需要满足法律标准。

（二）调查（investigation）

调查主要目的是调查争端所涉及的事实，使当事国能自行解决争端。调查的方法始于1899年《海牙公约》规定的国际调查委员会。调查包括听证会、质询证人、实地调查等具体方法。

需要注意的是，调查也有其局限性，因为仅局限于事实认定的国际争端较少，而混合型争端越来越多。

（三）斡旋（good offices）与调停（mediation）

斡旋与调停都涉及国际争端中第三方的介入，但两者亦有区别：在斡旋中，斡旋的第三方只进行有助于促成争端当事方直接谈判的行为，斡旋者本身不参与谈判，也不提出建议；而在调停中，调停一方不仅是促成谈判，而且直接参加谈判，提出合理建议。

在实践中，斡旋和调停往往不做区分。

斡旋与调停的局限性在于，调停者一般要具有政治权力（如第三方国家领导人），从而运用其权力或权威促成争端解决；但达成的结果并不具有法律约束力，能否持续是一个问题。

（四）调解或和解（conciliation）

调解或和解是由某一个不具有政治权力，但争端双方都信任的组织作为第三方，在各方允许下调查争端所有方面，并提出无拘束力的解决建议。

调解（和解）与斡旋（调停）的区别在于，前者的第三方通常是有政治权力的个人，后者的第三方则是一个机构（如调解委员会）或国际组织。调解或和解的局限性在于其最终促成的协议没有法律约束力。

（五）通过国际组织解决

通过国际组织解决国际争端的起源是国际联盟理事会的调查程序。联合国安理会、联合国大会、联合国秘书长在如今的国际组织解决国际争端中发挥了重要作用。区域组织也能够在区域国际争端中发挥解决作用。

三、和平解决国际争端的法律方法（国际诉讼）

（一）国际仲裁（international arbitration）

仲裁又称公断，国际仲裁始于1899年的《海牙公约》：

**第十五条** 国际仲裁的目的是由各国自己选择的法官并在尊重法律的基础上，解决各国之间的纠纷。

——《和平解决国际争端公约》

仲裁没有强制管辖权，是基于自愿的管辖，即争端双方都同意通过仲裁来解决争端。仲裁的机构和法官都具有临时性。仲裁裁决的依据是争端当事各方选择的法律。仲裁裁决对争端当事方有拘束力（一裁终局）。

（二）国际司法解决

1. 国际法院

历史上和目前设立的国际法庭（international courts and tribunals）包括常设仲裁法院（PCA）、常设国际法院（PCIJ）、国际法院（ICJ）、联合国行政法庭、欧共体法院、欧洲人权法院、美洲人权法院、国际海洋法法庭、前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭、WTO争端解决机构、国际刑事法院等。

国际司法解决的主体是国际法院。国际法院具有一定的强制管辖权。国际法院或法庭是常设司法机构，它的组成、管辖权限和程序规则都是由组成法院或法庭的条约预先约定。国际法院的审理程序和法律依据都依照比较确定的国际法原则或规则，不受当事国意志影响。国际法院或法庭的法官是按照国际法院或法庭的规约选举产生，在任期内是专职的。国际法院或法庭的判决是确定性的终局判决，不得上诉，判决具有保证执行的强制措施。

国际法院有15名法官，任期9年，可连选连任；法官以个人身份任职，不代表其国家。国际法院法官候选人的提名来自常设国际仲裁法院。国际法院法官要在联合国大会和安理会分别选举，且在两方均获得绝对多数才视为获选。

2. 国际法院的管辖权

国际法院的诉讼管辖范围是国家（国际法院成员国）且对事管辖，仅在当事国同意的情况下才具有管辖权。当事国同意管辖分为三种：

* 自愿管辖；
* 协议管辖：在国际条约中规定国际法院的管辖；
* 任择性强制管辖：国家单方面声明后，受《国际法院规约》第三十六条第二款强制管辖约束；仅两个发生争端的国家都接受该强制管辖，国际法院才能据此予以管辖。

**第三十六条**

……

二、本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端，对于接受同样义务之任何其他国家，承认法院之管辖为当然而具有强制性，不须另订特别协定：

（子）条约之解释。

（丑）国际法之任何问题。

（寅）任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者。

（卯）因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。

……

——《国际法院规约》

国际法院还有咨询管辖权，能就某个领域的国际法问题给出咨询意见。咨询意见没有法律约束力，是建议性的，但鉴于其仍是国际法院作出的，故在国际法发展上具有重要影响。

国际法院本身无强制执行力，一方如不履行判决所加义务，他方当事国得向安理会申诉。安理会认为有必要时，得作成建议或决定采取办法，以执行判决。