

# 国际公法

## 目录

第一章 导论 Chapter 1 Basic Theories.....	4
第一节 国际法的性质 Sec 1 Nature of IL IL = international legal system 国际法律体系/制度.....	4
一、国际法的名称 Name of IL.....	4
二、国际法的定义 Definition of IL.....	4
三、国际法的性质 Nature of IL.....	5
第二节 国际法的历史发展 Sec 2 Historical Development of IL.....	5
一、古代和中世纪国际法的萌芽 Seeds of IL in Ancient Times & Middle Ages.....	5
二、近代国际法 IL from Enlightenment to 19c.....	5
三、现代国际法 IL in 20c & later .....	5
第三节 国际法的学说 Sec 3 Doctrines of IL.....	6
一、自然法学派 Naturalists .....	6
二、实在法学派 Positivists .....	6
三、格老秀斯学派 Grotians.....	7
四、新自然法学派 Neo-naturalists.....	7
五、新实在法学派 Neo-positivists.....	7
六、国际法研究的新方法 New research methodologies of IL .....	8
第四节 国际法与国内法的关系 Sec 4 Relationship between IL & Domestic Law .....	8
一、国际法与国内法关系理论 Theories about relationship between IL & Domestic Law .....	8
二、国际法在国内法律秩序中的适用 Application of IL in Domestic Law .....	10
三、国际法与国内法的冲突 Conflict between IL & Domestic Law .....	12
四、中国的国内法规与实践 Rules and Practice in Domestic Law in China .....	12
五、国内法对国际法的影响 .....	14
第二章 国际法渊源的概述 Chapter 2 Sources of International Law .....	15
第一节 国际法渊源的概述.....	15
一、概念 .....	15
二、内容 .....	15
第二节 《国际法院规约》第 38 条 Article 38 of ICJ Statute .....	15
第三节 国际法的渊源.....	16
一、国际条约 Treaties .....	16
二、国际习惯 International Customs.....	17
三、一般法律原则 (general principles of law) (补充渊源) .....	23
四、司法判例 .....	26
五、公法学家学说.....	26
六、国际组织决议.....	27
七、单边行为在国际法上的意义 .....	28
第四节 国际法渊源的位阶与国际强行法 .....	28
一、国际法渊源的位阶问题 .....	28

二、国际强行法 (jus cogens/peremptory norms)	28
第五节 国际法的编纂 (codification of international law)	29
一、国际法编纂的含义和类型	29
二、联合国编纂国际法的活动	30
第四章 国际法的主体 Chapter 4 The Subjects of International Law	31
第一节 国际法主体的概念 (concept)	31
第二节 国际法主体的分类 categories	32
第三节 国际法上的承认 recognition in international law	34
一、承认的概念与方式	34
二、对国家的承认	34
三、政府承认 (recognition of government)	35
第四节 国际法上的继承 Succession in IL	36
第五章 国际法上的国家 Chapter 5 States in International Law	37
第一节 国家的要素与类型	37
一、国际法上国家的构成要素	37
二、国家的类型	37
第二节 国家的基本权利与义务	38
一、独立权 Independence	38
二、平等权 Equality	38
三、自卫权 Right of Self-defence	39
四、管辖权 Jurisdiction	39
第三节 国家豁免 State Immunity	41
一、国家豁免的概念	41
二、国家豁免原则的发展	41
三、国家豁免的主体	41
四、不得援引国家豁免的诉讼	42
五、国家豁免权的放弃	42
第六章 国家领土法 Law of State Territory	42
第一节 国家领土的概念 Concept and Composition of State Territory	42
第二节 领土的取得与变更 Acquisition and Change of Territory	42
第三节 领土主权及其限制 Territorial Sovereignty and Its Limitations	43
第四节 边界和边境制度 Borders and Border Measure	44
第五节 南极和北极	44
第七章 国际法上的个人 Individuals in International Law	45
第一节 国籍 Nationality	45
第二节 外国人的法律地位和待遇 Legal Status and Treatment of Foreigners	48
第三节 国际法中的引渡 Extradition /rendition in International Law	50
一、引渡的概念和发展历史	50
二、引渡的特点	51
三、国际法关于引渡的一般原则	51
四、引渡的程序和后果	52
五、我国有关引渡的立法 Extradition Law in China	52
六、我国向外国请求引渡 Principles & Rules When China Requests	53
第四节 国际法中的庇护 Section two Asylum in International Law	53

第五节 难民 Section three The Refugees .....	54
第八章 国家责任法 Responsibility in International Law .....	55
第一节 概述 .....	55
第二节 国际不法行为的责任 .....	56
第三节 国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任 .....	57
第九章 条约法 Law of Treaty .....	57
第一节 概述 .....	57
第二节 条约的缔结 .....	58
第三节 条约的保留 .....	59
第四节 条约的生效和暂时适用 .....	60
第五节 条约的遵守与适用 .....	60
第六节 条约与第三方 .....	61
第七节 条约的解释 .....	61
第八节 条约的修订、终止与无效 revision, termination and invalidity of treaties .....	62
第十章 国际组织法 Law of International Organization .....	63
第一节 国际组织的概念和法律地位 Sec 1 Concept & Legal Status of International Organizations .....	63
一、国际组织与国际组织法的概念 Concept of International Organizations & Law of International Organizations .....	63
二、Legal Status of International Organizations 国际组织的法律地位 .....	65
第二节 国际组织的一般法律制度 Sec 2 General Legal Systems of International Organizations .....	67
一、国际组织参与者 Participants of International Organizations .....	67
2. 执行机构 Executive Organs .....	68
3. 行政管理机构 Administrative Organs .....	68
第三节 联合国法律制度 Sec 3 Legal Systems of UN .....	69
一、《联合国宪章》与联合国的建立 UN Charter & UN Establishment .....	69
二、联合国的宗旨与原则 UN Purposes & Principles .....	70
三、联合国的主要机关及其职权 UN Principal Organs & Their Authorities .....	70
四、UN Specialized Agencies 联合国专门机构 .....	71
第四节 区域性国际组织 Sec 4 Regional International Organizations .....	72
一、概述 Introduction .....	72
二、主要的区域性国际组织 Major Regional Organizations .....	72
第五节 非政府国际组织 Sec 5 International Non-governmental Organizations .....	73
第十一章 外交和领事关系法 Law of Diplomatic and Consular Relations .....	74
第一节 概述 .....	74
第二节 外交关系机关和外交人员 .....	75
第三节 外交特权与豁免 .....	76
第四节 领事关系法 .....	78
第五节 中国关于外交和领事特权与豁免的立法和制度 .....	80
第十二章 国际海洋法 .....	80
第一节 国际海洋法的发展 .....	80
第二节 领海与毗连区 .....	81
一、领海基线 Baseline .....	81

二、领海 Territorial Sea.....	82
三、毗连区 Contiguous Zone .....	85
第三节 专属经济区 Exclusive Economic Zone .....	86
第四节 大陆架制度 Continental Shelf Regime.....	87
第五节 用于国际航行的海峡及群岛水域 Straits And Archipelagic Waters Used For International Navigation .....	89
第六节 公海 High Seas.....	91
第七节 国际海底区域制度 International Seabed Area Regime .....	93

## 第一章 导论 Chapter 1 Basic Theories

### 第一节 国际法的性质 Sec 1 Nature of IL IL = international legal system 国际法律体系/制度

#### 一、国际法的名称 Name of IL

- ①古罗马: **jus gentium** 万民法 外国人&外国人与罗马公民的关系法
- ②1625 年, “国际法之父” (“Father of IL”) 荷兰法学家**格老秀斯 (Hugo Grotius)** 在《战争与和平法》中使用“jus gentium”一词来称呼调整国家间的原则和规则, 使这一术语的含义扩大而具有**万国法 (the law of nations)** 的性质。
- ③1780 年, 英国法学家**边沁 (Bentham)** 在《道德和立法原理导论》中首次使用 **International Law 或 public international law** 的名称取代 the law of nations 的用法。万国法调整国家间关系的原则和规则。IL/PIL 区别于国内法的国家间法律
- ④19c: 使用**国际私法 (Private International Law)** 一词特指**冲突法 (conflict of laws)** 以强调与国际公法的区别
- ⑤20c: connections among PIL, private international law & other relevant areas

#### 二、国际法的定义 Definition of IL

国际法是关于国家和其他国际社会成员在国际社会中 (Covers nations and other bodies in international community) 的权利、义务和责任 (Refers to rights、obligations and responsibilities) 的法律规范, 是对国家和其他国际法主体在国际关系中具有法律约束力的各种原则、规则和制度 (Includes principles、forms and rules that are legally binding in international relations) 的总称。

(International law is the legal norm refering to rights, obligations and responsibilities covers nations and other bodies in international community, it is a general term includes principles、forms and rules that are legally binding in international relations.)

国际法的基本特征 Characteristics of IL :

- 1、Foundation - International Community: 国际社会是国际法产生、形成和发展的基础
- 2、Object - International Relations: 国际法所调整的对象是国际关系
- 3、A Complex and Systematic Legal Regime : 国际法是对国际社会所有成员具有法律约束力的各种原则、规则和制度的总称

### 三、国际法的性质 Nature of IL

(一) 国际法的法律性 IL is law

①19c 英国法学家奥斯丁 (Austin) : “实在的国际道德” IL is **positive morality**

②20c 条约 (treaties) & UN's efforts: IL is law (r, o, r), not domestic law (国内法), comity (礼节) or morality (道德)

③对国际法有效性的怀疑 Doubts about effectiveness of IL: Is IL respected?

感觉到的违法 vs 事实上的违法

Enforcement of IL: eg. 2002 **国际刑事法庭 International Criminal Court**

④国际法有强行法 (**peremptory norms**) 吗? **jus cogens**(强制性法规)不能违背、排除

1969 **《Vienna Convention on the Law of Treaties》**(《维也纳条约法公约》)

(二) 国际法的国际性 IL is international

1、社会基础 (Social foundation) 的国际性: 国际法的社会基础是国际社会

2、调整对象 (Object) 的国际性: 国际法的调整对象是国际关系

3、形成方式 (Formation) 的国际性: 国际法是在国家之间交往中以习惯或条约等各国共同同意的方式形成的法律, 是国际社会公认的产物

IL is law & international: 法律性与国际性密不可分

### 第二节 国际法的历史发展 Sec 2 Historical Development of IL

#### 一、古代和中世纪国际法的萌芽 Seeds of IL in Ancient Times & Middle Ages

①最古老的法律文件: 3100 BC 美索不达米亚 (Mesopotamian) 平原: 拉伽虚和乌玛签订的条约 Agreements between City State of Lagash & Umma

②Ancient China, India, Greece, Roma: 大多与使节 (envoy) 战争 (war) 条约 (treaty) 有关

③Middle Ages: IL developed slowly 国际法缓慢演进, 主要体现在: 1. 条约增多; 2. 海事法编纂; 3. 外国人地位提高; 4. 出现领事与使馆制度; 5. 仲裁频繁; 6. 战争温和化

#### 二、近代国际法 IL from Enlightenment to 19c

Origin of Modern IL 近代国际法的形成

①1648: The Peace of Westphalia 《威斯特伐里亚和约》结束了欧洲三十年战争, 成立了许多独立民族国家

②Grotius: On the Law of War and Peace 格老秀斯在《战争与和平法》中系统论述了国际法的主要内容, 国际法逐渐形成一门独立、系统的学科。

近代国际法发展的特点 Characteristics of Modern IL:

区域性较强 Europe; 协定国际法的勃兴 international treaties; 战争的人道化 1863 **ICRC (红十字国际委员会组织 International Committee of the Red Cross)**, **Geneva Convention (《日内瓦公约》, 即《改善陆军伤员命运公约》)**; 国际仲裁制度的进步 **Jay Treaty (《杰伊条约》)**; 国际行政联盟 (**IAU, International Administrative Unions**) 的产生; 海洋法的发展 1605 年格老秀斯《捕获法》: 对“海洋自由” (freedom of the seas) 作了论断

#### 三、现代国际法 IL in 20c & later

现代国际法的重大事件 Main issues in Contemporary IL :

①第一次世界大战后 After WWI: 苏维埃政府 (Soviet Union) 提出“和平共处”等国际法原则; 签订了《国际联盟盟约》建立了第一个国际司法机构 (1st international judicial organization) —常设国际法院; 《非战公约》宣布“废弃战争作为实行国家政策的工具”; 国际法的编纂 Codification of IL

②第二次世界大战后 After WWII: **联合国 (UN, The United Nations)** 建立, 成为最重要的国际组织, 深刻影响战后世界格局; 冷战使国际法和国际组织运作受限, 国际法从“冷战”时期 (US-USSR Cold War) 的**共存 (Co-existence)** 走向后“冷战”时期 (USSR ended) 的合作 (Cooperation), 国际社会的共同利益 (more common interest) 日益成为主流

③国际法发展变化新特点 New characteristics in IL development:

1. 国际社会的组织化趋势进一步增强 development of institutionalization of international community

国际组织的数量呈爆炸性增长; 国际组织的活动范围扩大、职能膨胀; 国际社会的组织化使国家主权的保留范围相对缩小; 国际社会的组织化使国际法的约束力增强。

2. 国际法的全球化 globalization of IL

国际法适用于整个国际社会; 许多全球性问题更加需要国际法来调整; 国际法向国内法渗透

3. 国际法研究新方法的不断涌现 new research methodologies of IL

4. 国际法的领域进一步扩大 the greatly expansion of IL concern scope

国际法的主体不断增加; 国际法的客体日益扩张。

5. 国际法刑事化现象的不断增多 increase of criminalization of IL

**纽伦堡国际军事法庭和东京 (远东) 国际军事法庭 Nuremberg & Tokyo Tribunals; 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》ICTY 和《卢旺达国际刑事法庭规约》ICTR**

### 第三节 国际法的学说 Sec 3 Doctrines of IL

#### 一、自然法学派 Naturalists

古希腊罗马亚里士多德 (Aristotle) —Middle Ages—16c—17、18c (鼎盛) —19c (衰败)

(一) 维多利亚 Victoria

根据所有的人都是人这一共同本性而构成普遍的人类社会, 这种社会受适用于一切人的共同法 (万民法) 的支配 The universal character of international law and community governed by it  
有人认为维多利亚比格老秀斯更有资格被称为“国际法之父”

(二) 普芬多夫 Pufendorf

1、自然法是国际法唯一渊源 The law of nature as the sole source of IL

2、在这个国际自然法之外, 并不存在具有真实法律效力的国际意志法或实在法 No voluntary or positive law of nations besides natural law of nations

3、各国的自然平等权 (来源于霍布斯 Hobbes) —“国家平等”法律思想形成 Natural equality of states

#### 二、实在法学派 Positivists

17、18c—1850s—1900 (十九世纪末占压倒性优势)

(一) 苏支 Zouche

仅次于格老秀斯的国际法的第二个创始人 2nd founder of the law of nations

国际法是大多数国家间合乎理智的惯例所接受的法律 (国际惯例), 与某些国家所表示同意的法律 (国际条约) Jus inter gentes as a law, which has been accepted by customs conforming to

reason among most nations or which has been agreed upon by singer nations.

## （二）奥本海 Oppenheim

《国际法论》（《International Law—A Treaties》）

国际法是以各国的共同同意为根据的，只有国家才是国际法的主体，国际法是由国际惯例和特别条约而不是由传统理论所构成的。

面对主权国家的多样性，国际法的使用范围受到限制

## 三、格老秀斯学派 Grotians

17、18c

### （一）沃尔夫 Wolff

International law has for him its origin in four classes: 1) natural law (jus Gentium Naturale), which is also called necessary international law (jus Gentium Necessarium) ; 2) voluntary international law; 3) conventional law; and 4) customary law.(the last two categories having the character of particular law) 4 种国际法来源：自然法、实定法、条约法、习惯法。

个人与个人、国家与国家间，都存在一种自然状态，在这种状态下，存在自然法。此外，国际社会还有一种与自然法略有出入的法律。

### （二）瓦特尔 Vattel

国际社会由彼此主权平等的国家组成，国家应独立于其他国家的控制之外；作为国际社会一员，国家应遵守国际法；因此，国际法不是绝对的，国家主权利必须在国际法的框架内运作。Since a state is, as a member of the international community, subordinate to international law, its sovereignty is according to Vattel, not absolute but relative,, namely within the framework of this legal order.

## 四、新自然法学派 Neo-naturalists

19、20c——the Revival Naturalists 复兴自然法学派

### （一）社会连带学派 Solidarists

又称社会自然法学派 Social Naturalist School

狄骥 Duguit：一切法律的根据在于**社会连带（solidarite sociale）**这一社会事实，通过人类法律良知，社会规则实现为法律规则，而对社会的个人具有强制性；国际法的根据就建立在**国际的连接（international solidarity）**上

其余代表人物：Politis 波利蒂斯，Scelle 赛尔，Krabbe 克拉伯

### （二）规范法学派 Normativists

又称维也纳学派 Vienna School

凯尔森 Kelsen：一个动态的规范体系体现为一个以基本规范作为顶峰的、层层委托、层层授权的规范等级体系（hierarchy of norms），从而构成了规范秩序的统一化；国际法的效力根据是**约定必须遵守（pacta sunt servanda）**这一基本规范

其余代表人物：Verdross 菲德罗斯，Kunz 孔慈

## 五、新实在法学派 Neo-positivists

After WWII，又名新现实主义学派

### （一）权力政治学说 The Theory of Power Politics

摩根索 Morgenthau：强调国际关系中的权力、影响力和支配力，认为：政治是国际关系的核

心，法律仅仅是次要的东西，即使在规范性法律存在的场合，其效力根据也脱离不开政治，国际法或多或少的拘束力是有限的，是受国际政治支配的，而国际政治的核心又是权力、影响力和支配力。

施瓦曾伯格：国际法就是权力法，可用来作为强权政治的直接工具，大国通过战争胜利而签订和平条约，使他们的强权地位得到法定化，就是这种情形。

其余代表人物：考夫曼，考贝特

## （二）政策定向学说 The Policy-oriented Approach

1960s: “纽黑文学派”New Haven School

麦克杜格尔 McDougal & 雷斯曼 Reisman: 国际法是一种决策的循环，在循环中社会规则得到制定、废除和事实上的适用；国际法是一种综合和复杂的决策过程。IL as a process of decision making by which various actors in the world community clarify & implement their common interests in accordance with their expectations of appropriate processes & of effectiveness in controlling behaviour.

其余代表人物：拉斯韦尔 Lasswell

## 六、国际法研究的新方法 New research methodologies of IL

After WWII: 出现了用社会学（Sociology）方法研究 IL 的现象。1960s: 国际法律过程学派 International Legal Process School : 蔡斯 Chayes, 埃利希 Ehrlich, 洛温菲尔德 Lowenfeld, 主张探寻国际法作为一种法律在强制、判断和影响国际事务过程中的作用。

New Methodologies:

1. 批判的国际法方法 critical international legal studies
2. 女权主义者的国际法方法 feminist approach to IL
3. 国际法和国际关系交叉研究的方法 IL & international relations interdisciplinary approach
4. 法律的经济分析方法 economic analysis of law .

## 第四节 国际法与国内法的关系 Sec 4 Relationship between IL & Domestic Law

### 一、国际法与国内法关系理论 Theories about relationship between IL & Domestic Law

#### （一）一元论 Monism

Middle Ages: 国际法和国内法（IL & Domestic Law）都从属于自然法（Natural Law），是一个法律体系

- 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，国际法无须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。

#### 国内法优先说 The supremacy of national law

19 世纪末期: 耶利内克 Jellinek, 佐恩 Zorn, 温策尔 Wenzel

国际法是次一级的法律，是从属于国内法的法律；在同一法律体系中，低于国内法。

国家的意志表现在国内法，国际法的效力是国内法派生出来的，来自国内法，依靠国内法主要观点：

1. 国家主权是绝对的，国家的意志是至高无上的。



2. 国际法是国家对其主权意志“自我限制”的表现。
3. 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”。 International law = **external state law** 国家“对外的公法”
- 这种学说使国际法失去了应有的价值 (deny effect of IL)，不仅在理论上是片面的 (One-sided)，也不符合国际社会国际法和国内法关系的普遍实践。

### 国际法优先说 The supremacy of IL

After WWI: 波利蒂斯 Politis, 赛尔 G.Scelle, 凯尔逊 H.Kelsen

主要观点

- 1、同一法律体系中，国内法地位低，从属且效力依靠国际法（规范法学派）
- 2、国际法律秩序对国内法律秩序的最高命令，主权国家是被国际法律秩序委托部分法律秩序  
International legal system controls all national systems, which are subordinate to it; international values override national ones
- 3、国际法优先于国内法适合人类发展需要。（自然法学派）劳特派特自然法思想，强调人权保护，认为国际法具有最高性、有能力把建立在尊重人权和公共福利基础上的道德目标和正义渗透到国际秩序。
- 4、片面的，否认了制定国内法的国家主权这一客观事实 One-sided, deny national sovereignty  
国际法优先说是对二次世界大战反思的基础上发展而来的，有利于国际和平与发展，它能够解释现实中存在的一个符合国内法而违背国际法的行为为何应当承担国际责任。

### （二）二元论 Dualism

- 1、又称为平行说：国际法和国内法是不同法律体系，不逾越、冲突
- 2、19 世纪：特里佩尔 Triepel, 安齐洛蒂 Anzilotti
- 3、国际法和国内法因法律渊源、所调整的社会关系、基于的原则而根本不同，是 2 种法律体系。国际法只有转化成国内法才能在国内法院适用。  
IL law and municipal legal system constitute two distinct and formally separate categories of legal orders (国际法和国内法构成了两种截然不同的法律体系)
- 4、对国际法和国内法内在的联系忽视和否认 Ignorance and denial of connections between IL and Domestic Law

### （三）我国学者的观点

#### 1、协调论

代表人物：我国的周鲠生、王铁崖、程晓霞等。二元论有一定道理，但是过于强调国际法和国内法的区别。

主要观点：

- (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) 由于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。
- 2、内在联系理论 Connections between IL & Domestic Law:
- (1) 国家是国际法与国内法发生内在联系的最重要纽带和动力。
  - (2) 国家的对内政策和对外政策密切相关，加强二者在实践中的联系。
  - (3) 国际社会和国内社会存在密切联系

梁西：“国际法与国内法相互联系论”：对立统一

国际法与国内法调整对象、主体、形成和实施方式区别明显

两个各自独立的法律体系，互不从属，但密切相关：

1. Link：国家是国际法和国内法联系的纽带

2. Foundation：国际社会和国内社会是国际法和国内法联系的基础

3. Necessity：国际法和国内法相互联系是其实现自身职能的需要

国际法和国内法的联系是“多样的发展不平衡”（Diverse and Unbalanced）的联系，关系是多样性的发展不平衡的关系

## 二、国际法在国内法律秩序中的适用 Application of IL in Domestic Law

（一）国际习惯法在国内法律秩序中的适用 Application of International Customary Law in Domestic Law

1、基本原则：大多数国家的占主导地位的理论 and 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、国际法的规定 Rules of IL

1970《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》：每一国均有责任一秉诚意履行其依公认之国际法原则与规则所负之义务 Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under the generally recognized principles and rules of IL

公认国际法原则和规则对国际社会所有成员有约束力；各国有责任通过国内立法、司法等在国内法中适用。

3、国内法的规定 Rules of Domestic Law

国际习惯法是国内法的一部分: Principle in Common Law and many Continental Constitutions

E.g. 所有被普遍承认或为英国所接受的国际习惯法规则本身，就是英国法律的一部分 Accepted International Customary Law = UK Law direct application 直接应用

General International Customary Law, not all 公认的国际习惯法规则

①习惯国际法优先于国内立法：意大利、德国等

②国内立法优先于习惯法：英国、荷兰

4、国内法院的实践 Practice of Domestic Courts

UK 1746 Triquet v. Bath 案明确指出国际法是英国法的一部分 The Law of Nations was part of the law of England

US 1900 夏瓦拿号案 (the Paquete Habana Case)：国际习惯是美国法的一部分，法院可以适用 IL is part of our law and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination.

（二）国际条约在国内法的适用 Application of International Treaties in Domestic Law

1、国际法规则 Rules of IL

**国际法的基本原则（Principle of IL）条约必须遵守：**凡现行有效的条约对各当事方均有约束力，必须由其善意履行。条约各当事方在善意履行条约中，最根本是使其行为符合条约宗旨和精神，依法行使条约规定权利，承担条约规定义务。

1969《维也纳条约法公约》（《Vienna Convention on the Law of Treaties》）明确指出条约必须遵守在国际法上的地位和作用，进而第 26 条：凡有效之条约对各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行 A26 Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith

## 2、国内法规定 Rules of Domestic Law

1) **并入 adoption**: 将条约作为国内法的一部分在国内法律秩序中直接予以适用, 不需制定新国内法

美国 1787 年宪法第六条 (US 1787 Constitution A6): 在美国权力下缔结的条约是美国最高法律的一部分, 法院可以适用, 国家机关和个人应遵守。

在实践中美国的司法判例, US Courts 作出了“自动执行的条约” (Self-executing treaty) 和“非自动执行的条约” (non self-executing treaty) 的区别, 自动执行的条约无需经过国内立法就可以由法院适用, 非自动执行的条约必须经过国内立法才能由法院适用。

荷兰 (Netherlands) 宪法: 内容可以拘束个人的条约, 自公布之日起具有拘束力

2) **转化 transformation**: 制定新的国内法, 赋予条约规则以国内法效力, 使条约规则在国内得以适用

英国 UK: 批准条约后须经国会将条约的内容制定为法律, 法院才能适用。Exceptions: 但欧共体的法律直接适用

总之, IL 在国内法律体系中适用情况复杂, 当今 IL 在国内适用普遍, 各国国内法在适用 IL 中渐趋协调

## 3、效力位阶

①国际条约与国内宪法同等效力: 荷兰、秘鲁

②国际条约的效力低于宪法, 高于国内一般立法: 俄罗斯、法国

③国际条约与国内立法具有同等效力: 美国、韩国, 依据后法优于前法的原则处理二者冲突  
美国制定的《与台湾关系法》、《与台湾交往法》是否违背其国际义务?

1、美国《与台湾关系法》严重违背了“不干涉内政”的基本原则: 美国制定《与台湾关系法》, 其目的是借助立法形式全面加强 与台湾的军事联系。毫不掩饰地武装台湾当局, 这是赤裸裸地干 涉我国内政, 严重违反甚至粗暴践踏了《联合国宪章》中明确规定 的“不干涉内政”的基本原则; 2、严重违反了“国际法优于国内法”的基本原则《与台湾关系法》不仅是对“不干涉内政”这一国际法基本原则的破坏, 而且它构成违反《维也纳条约法公约》、拒绝承担条约义务的国际不法行为, 破坏了“条约必须遵守, 凡有效之条约对其各当事国有拘束力, 必须由各该国善意履行”、“当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”等国际法准则。国内法不得优于国际法, 这是国际 (武装冲突) 法中公认的基本原则, 但美国为了达到自己不可告人的目的, 公然以国内法形式——《与台湾关系法》向国际法进行对抗和挑战、拒绝履行国际法律义务、破坏国际法律秩序。依照国际法准则, 任何国家不得 其国内法来规避或违反其根据国际法所要承担的义务。《与台湾关系法》只是美国国内法, 并不是国际公约, 不具备国际条约的法律约束力, 因此不受国际法保护, 美国不能引用该国内法作为干涉台湾问题的法律凭证, 更不能将其作为指导中美关系的法律基础。美国政府及其国会都应当遵守其签署的国际条约, 不得以任何国内法的形式对抗其应承担的国际条约义务。 3、破坏了“主权平等”的基本原则。在国际法中, 任何国家不论强弱、大小, 都应做到相互尊重主权, 平等对待, 把“国家主权平等”原则作为国际法其他原则、规则和制度的出发点。主权是国家最主要的标志物, “主权标志着国家具有独立自主 处理自己对外事务的最高权力”, “国家主权具有在国内是最高的, 在国外是独立的两方面属性”。台湾问题在很大程度上引发了中美两国在国家主权问题上的分歧和斗争, 台湾自古以来都是中国的固有领土, 这是不容争辩的事实。台湾问题严重影响到了我国的国家主权和领土完整。4、突破了“禁止以武力相威胁或使用武力”的基本原则 “所有会员国在国际关系中, 不得以武力相威胁或使用武力 来分割任何其他国家的领土完整或政治独立, 亦不得以任何其他同联合国宗旨不符的方式以武力相威胁或使用武力。(联合国宪章)

“一旦出现任何足以危及台湾安全的情况, 美国将依照宪法程序来决定美国应付任何这类危险的适当举动”, 美国利用该规定为自己插手台湾问题提供了“合法”的外衣, 提出要提供“防御性武

器”给台湾，使台湾“保持抵御会危及台湾人民的安全或社会、经济制度的任何诉诸武力的行为或其他强制形式的能力”，以新的形式复活了美台“共同防御条约”，使之成为美国继续对台军售和提供其它“防务保障”的有力“法律”依据；强调“凡当美国法律 授权或根据美国法律同外国或同其他民族、国家、政府或类似实体时，上述名词含义应包括台湾，此类法律亦应适用于台湾”，以法律的形式将台湾的地位予以确认，明显将台湾当作一个“独立的国家”来看待，将台湾视为“主权国家”来对待和处理。无论从国际法条约，还是从权威国际法著作的内容中；无论从美国宪法对条约效力的认定，还是从美国国内学者的论述中，都不难看出，美国政府及其国会都应当遵守国际法基本原则，不得以任何国内法的形式对抗其应承担的国际条约义务。美国应尽快否决该法，使其不成为一项阻碍我国统一的法律，这不但是符合美国国家利益的做法，更重要的，这也是美国政府应当履行的一项国际条约义务。

### 三、国际法与国内法的冲突 Conflict between IL & Domestic Law

#### （一）冲突的原因 Reasons of Conflict

1. 冲突是两个法律体系所调整的社会关系相互关联的反映和表现 Connections between social relations
2. 冲突是两个独立的法律体系相互矛盾的反映和表现 Conflicts between 2 legal systems
3. 冲突是国际社会整体利益与国家个体利益之间矛盾的反映和表现 Conflicts between common interests of international community & individual states

#### （二）处理冲突的国际法规定与实践 Rules & Practice in IL

1. 1969/1986 《Vienna Convention on the Law of Treaties》A27 国家国内法、国际组织规则与条约之遵守：一当事国/国际组织不得援引其国内法规定/该组织的规则为理由不履行条约
  2. 国际法院在审判案件时应适用国际法规则，是国际法院必须遵循的基本原则 Principle of International Courts: Application of IL
- 1910 北大西洋沿岸渔业仲裁案，海牙常设仲裁庭法院：每个国家都应诚实履行条约义务  
国际常设法院、国际法院在一系列判例中指出：国家应诚实遵守并执行其所承担的条约义务，违反条约义务将引起国际法律责任

#### （三）处理冲突的国内法规定与实践 Rules & Practice in Domestic Law

1. 国际条约优先于国内法，冲突时优先适用国际条约 The Priority of International Treaties (France, Greece, Germany ,Italy) Netherlands 荷兰：条约甚至优于宪法
  2. 国际条约地位与国内法（指一般国内法，不包括宪法）相等，冲突时采取后法优于前法原则 The Priority of Recent Law (US,UK)
- 缺陷 Disadvantage：违背“善意履行条约义务”国际法基本原则

### 四、中国的国内法规与实践 Rules and Practice in Domestic Law in China

#### （一）习惯国际法在中国适用的方式

##### 1、宪法层面 Rules in the Constitution

习惯国际法是各国反复适用的国际法规范，它在我国国内发生效力的方式同各国实践相一致，是不需要任何法律程序的。我国未直接规定国际法与国内法的关系 No direct rule on relationship between IL and Domestic Law，但是直接将习惯国际法条款纳入到我国的法律条款中。1982 年宪法，将国际法的基本原则以宪法的形式规定下来，和平共处五项原则 Rules on Five Principles of IL：

《宪法》序言：中国坚持独立自主的对外政策，坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则，坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略，

发展同各国的外交关系和经济、文化交流

Rules on Conclusion of Treaties 规定条约缔结

A67 全国人民代表大会常务委员会：决定条约和重要协定的批准和废除

A81 国家主席：批准和废除条约和重要协定

A89 国务院：缔结条约和协定

宪法第 32 条：中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利。

## 2、一般法层面 Rules in Laws

(1) 《刑法》11 条：享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。

(2) 《刑事诉讼法》17 条：对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。

(3) 《民事诉讼法》261 条：对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

1986《民法通则》A142：没有国内法和国际条约适用情况下，可适用国际惯例。从法律上承认了国际惯例的法律效力，在缺乏国内立法和国际条约时，国内法院可以直接适用国际惯例。

### (二) 国际条约在中国适用的方式

#### 1. 直接适用“自身可执行”的条约或条款

(1) 法律规定中国法律、法规与国际条约有不同规定的，适用国际条约的规定。

(2) 法律规定依照有关国际条约承担义务。

(3) 法律规定条约有特殊或具体规定的适用条约的规定。

(4) 法律规定在相关领域适用相关条约。

国内法明确规定直接适用国际条约 Direct Application of International Treaties

1980《中外合资经营企业所得税法》A16：中国政府和外国政府之间订有避免双重征税协定的，所得税的抵免，应当按照各该协定的规定办理

1982《商标法》A9;1985《继承法》A36;1991《民事诉讼法》A239、247;1992《专利法》A18

#### 2、间接适用“非自身可执行”的条约或条款

(1) 根据国际条约的内容制定单行法，并按照中国国情作一些变通或补充。

(2) 通过修改或补充国内法的方式履行条约义务。

国内法没有明确规定直接适用国际条约，而采用修改或补充立法的方式使国际条约的规定在国内得到适用 No direct application of International Treaties, application by amendment or supplementation of legislation

1986《外交特权与豁免条例—《外交关系公约》

补充立法争议：直接适用？不直接适用？分类适用？（WTO 协议）

No rule on position of international customs in China

## 3、国际法与中国法冲突的解决

### (1) 习惯国际法与中国法冲突的解决

我国在立法活动中一般都要考虑习惯国际法的相关规范。所以，应当把我国法律与习惯国际法做一致的解释。

### (2) 国际条约与中国法冲突的解决

条约优先于国内法的原则是我国处理条约与国内法冲突问题的一般原则

国内法明确规定国际条约与国内法冲突时优先适用国际条约 Priority of Application of International Treaties in Conflict between International Treaties & Domestic Law

1986《民法通则》A142：中国缔结或参加的国际条约同国家的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中国声明保留的条款除外

1987 全国人大常委会决定：中国在其承担条约义务的范围内，对公约所规定的犯罪行为行使管辖权——普遍管辖权

(三) 法院的司法审判实践 Rules in Judicial Practice  
Gazette of the Supreme People's Court 《最高人民法院公报》  
Direct Application of International Treaties 包括刑法性质和民商事法性质的国际公约  
1985 劫机案—按照公约不引渡则起诉  
Application of International Customs 适用国际惯例  
1998 海事运输欺诈案—适用海洋运输国际惯例

国际法适用的进一步提升 Further Improvements in Application of IL:  
应重视**宪法 (The Constitution)** 在保证国际法适用方面的作用  
应重视**补充立法 (Legislation)** 在保证国际法适用方面的作用  
应重视国际法研究和国际法文化 (Research & Culture of IL) 在保证国际法适用方面的作用  
国际法是建设社会主义法治国家的重要法律组成部分 important part of law in the construction of a socialist country under the rule of law

## 五、国内法对国际法的影响

(一) 国内私法对国际法实体规则的影响  
构成国际公法的各种法律关系的内容通常是按照或者类比某种私法观念加以塑造的。  
1. 国内私法上的自然人、法人的主体制度对国际法上的主体制度的影响：监护制度与保护国、被保护国；自然人的代理制度和委托统治与新国家的产生及其承认和继承；私法中公司等团体的人格与国际组织的国际法律人格制度等  
2. 国内私法上的所有权制度对领土主权制度的影响：所有权共有关系对“人类共同继承财产”的影响；所有权的取得和丧失对领土的取得和丧失的影响；所有权转让与领土的割让制度  
3. 国内私法的契约法对国际法上条约制度的影响：条约必须遵守原则来源于契约中的约定必须信守原则；合同解释与条约解释；条约的与第三方的关系；条约的生效、撤销与合同的关系

(二) 国内公法对国际法实体规则的影响  
1、国内公法对国际人权法的人权理念的影响：人人平等，生命权、自由权来源于国内法，尤其是独立宣言。  
2、国内公法对国际法原则的影响：法国《宪法》中的不干涉他国内政；庇护制度；政治犯不引渡等

(三) 国内法对国际法程序规则的影响  
1、国内法对联合国国际法院的程序规则的影响  
联合国国际法院的诉讼程序规则绝大部分来自国内诉讼程序规则。例如：《国际法院规约》第一章规定了“法院之组织”，第二章规定了“法院之管辖”，第三章规定了“程序”。这和国内民事诉讼法的规定相似。

2、国内法对国际刑事法院的程序规则的影响  
《国际刑事法院规约》规定的刑事诉讼程序规则直接来自国内刑事诉讼程序规则。例如：第 66 条关于“无罪推定”的规定；第 67 条关于“被告人权利”的规定

(四) 国内法在国际司法机构的适用  
1、基本原则：国家不能以国内法律情势为依据来为它违反国际法的行为辩护；不能以国家遵循国内法行事来为违反国际义务的行为抗辩；不能将国内法规则作为违反国际义务的借口；不能援引国内法作为逃避国际责任的借口：VCLT 第 27 条

- 2、国内法在解释国家对重要问题上的立场时可以发挥作用，比如领海宽度、取得国籍的条件、管辖权等重要的国际法问题，一国是通过国内立法作为媒介来表达观点的。
- 3、国内法规则还可以用来作为是否履行国际义务的依据：此时国内法就像是法律判决和行政措施一样，仅仅表达国家意志，并构成国家行为的事实。

## 第二章 国际法渊源的概述 Chapter 2 Sources of International Law

### 第一节 国际法渊源的概述

#### 一、概念

国际法的渊源，即国际法的表现形式，国际法的原则和规则第一次出现的地方，使国际法的规范具有“合法性”的法律形式。

#### 二、内容

与国内社会不同，国际社会无政府性，对于什么被视为国际法，什么不属于国际法，没有一个自上而下的权威说明，本质上靠的是各国的公示和实践。尽管如此，由于种种原因，《国际法院规约》第 38(1)条被广泛认为是关于国际法渊源的最权威和最完整的说明。

### 第二节 《国际法院规约》第 38 条 Article 38 of ICJ Statute

一、《国际法院规约》第 38 条是对国际法渊源最权威、最全面的表述。虽然 ICJ statute 本身没有创立国际法渊源的意图，但 ICJ 是最具影响力的国际组织——联合国的司法机构。

#### 二、第三十八条 ICJ Article 38

(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：

1.The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(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。international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

(丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。the general principles of law recognized by civilized nations;

(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。subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. (实在法)

(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。

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto. (自然法)

#### 三、《国际法院规约》第 38 条存在的问题

1、对国际法渊源列举不详尽 Not exclusive in the list of sources of IL

沿用 1920 《常设国际法院规约》(Statute of the Permanent Court of International Justice)

的规定，无国际组织决议

2、列举顺序未能反映国际法渊源的不同地位 Order of list not reflect different positions of sources of IL

1998 年《国际刑事法律规约》：考察国际法渊源的另一个重要材料

第 21 条规定：

1. 本法院应适用的法律依次为：

(1) 首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；

(2) 其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；

(3) 无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该犯罪行为行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范和标准。

2. 本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。

3. 依照本条适用和解释法律，必须符合国际承认的人权，而且不得根据第 7 条第 3 款所界定的性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰政见或其他见解、民族本源、族裔、社会出身、财富、出生或其他身份等作出任何不利区别。

对比上述两个规约的规定，至少有以下不同：

第一，《国际刑事法院规约》区分并强调了适用法律的秩序。《国际法院规约》虽然也将条约列在第一位，但并不表明应首先适用条约。

第二，《国际刑事法院规约》明确了“一般法律原则”的含义以及适用一般法律原则的限制。

第三，《国际刑事法院规约》所适用的法律包括“缔约国大会通过的特定规则”。

第四，《国际法院规约》第 59 条规定，法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。而《国际刑事法院规约》则肯定了法院可以适用其以前裁判所阐释的法律原则和规则。

第五，《国际刑事法院规约》强调适用法律“必须符合国际承认的人权”。

第六，《国际刑事法院规约》强调适用法律的明确性，强调对强行法规则的遵守。这也反映了国际刑法规则的特点。

综上所述，国际法的渊源有国际条约、国际习惯、一般法律原则以及国际组织决议。不同的国际司法机关在适用不同的国际法渊源规则时，根据本机关的特点对渊源进行排序处理。

### 第三节 国际法的渊源

#### 一、国际条约 Treaties

##### (一) 概念

国际条约是具有缔约能力的国际法主体间以国际法为准而缔结的确立其权利、义务的国际书面协议。

**VCLT 《维也纳条约法公约 Vienna Convention on the Law of Treaties》** 的界定：谓‘条约’者，谓国家间（或国家与国际组织间、国际组织间）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。

“treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation。

国际法的基本原则：**条约必须遵守 “pacta sunt servanda”**



## （二）条约的分类

### 1、按照缔约国数量

双边条约 Bilateral Treaty ; 多边条约 Multilateral Treaty

### 2、按照条约的法律性质

根本区别目的不同：造法性条约一般指创立、修改缔约方必须遵守的国际法律规则的开放性、多边性条约；契约性条约一般指规定缔约方具体权利、义务的双边条约。

#### ①造法性条约 Law-making Treaty

多数国家参加的以制定共同遵守的行为准则为目的并载有共同遵守的行为规范的条约。通俗一点就是，许多国际法主体参加或承认的能够对国际法原则、规范生产创立、确认、补充或修订意义的国际条约。比如：《联合国宪章》、《海洋法条约》、《维也纳条约法公约》，造法性条约构成直接的国际法渊源。

#### ②契约性条约 Contractual Treaty

国家之间就特定事项具体权利义务所订立的条约。比如：交通运输协议、边界条约、投资协定等，一般属于双边条约，仅仅对缔约国有约束力，不具有普遍约束力，不直接产生一般国际法规范

## （三）条约作为国际法渊源的特点

1、条约是当代国际法最主要的最主要的渊源：数量、调整范围、条约内容

2、绝大多数条约是特别法，而非普遍法：仅约束成员国

3、约束力来源：“约定必须遵守”（pacta sunt servanda）

## 二、国际习惯 International Customs

### （一）概念

国际习惯，更准确的称谓是**习惯国际法（customary international law）**，是指被接受为法律的一般实践或通例或做法。

《国际法院规约》第38条：“作为通例之证明而经接受为法律者”

国际习惯的价值和意义：

第一，条约总有不能适用的时候，或者说国家之间可能根本没有就有关问题订立条约。

第二，国家之间在没有明确法律依据的时候，很多时候法官会去寻找国际习惯。当今的国际司法机构，无论是国际法院（ICJ）还是国际刑事法院（ICC）均把国际习惯作为国际法的渊源。

### （二）构成要素

ICJ在北海大陆架案（the North Sea Continental Shelf cases，界定了习惯国际法的构成要素）

中的观点：an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, state practice, including that of states whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked, and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved。（不可或缺的要求是，在所讨论的一段时间内，尽管可能是国家的实践，包括特殊影响的州的国家实践，就条件而言，应该既广泛又几乎是统一的，发生的方式是表明涉及法治或法律义务的普遍认可。）

#### 【案情介绍】

1969年北海大陆架案”：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%，而丹麦和荷兰分别占10%和11%。而丹麦和荷兰则坚持认为，1958年《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。

#### 【法院判决及其理由】

法院认为，1958年《大陆架公约》第6条所指的原则——即相邻国家按等距离原则来划界，这个原则不是一项习惯国际法规则，这是因为(1)批准的国家尚属有限；(2)公约允许对第6条保留；(3)除公约外以及在签订该公约以后，没有普遍和实际统一的实践说明了这一原则已取得普遍的承认。因此，没有任何证据证明，一定有义务使用等距离原则来划分相邻国家之间的大陆架疆界。如果不顾现实情况，硬把等距离原则适用于某些地理环境，那就可能导致不公平。法院在判决本案中提出了按公平原则划分大陆架的疆界，对大陆架划界的发展产生了重要的作用，得到了广大沿海国家，特别是第三世界国家的重视。

Nicaragua case (尼加拉瓜案): for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned 'amount to a settled practice', but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is 'evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*.' (为了制定新的习惯规则，不仅必须“构成稳定的实践”的行为，而且还必须伴随着法律确信的必要性。采取这种行动的国家或有能力对此作出反应的其他国家必须表现出来，以便他们的行为是“一种信念的证据，这种信念由于法律的存在而成为强制的。对这种信念的需求，即主观要素的存在，是隐含在这个观点的概念中的法律确信的必要性)

#### (三) 习惯国际法的法律因素 Legal factors of customary international law:

1、客观因素/物质要件 (Material Factors): 一般实践或**通例 (state/general practice)** 存在，通例指各国重复的类似行为，即长期的实践、反复的采用。

国际习惯在一般实践方面的要求:

- ①实践的持续性 (continuity): 实践的时间性;
- ②实践的一贯性 (consistency): 在给定的范围内一贯的行为，不存在矛盾行为;尤其需要注意受该实践特别影响国家的行为
- ③实践主体应当结合具体案情: 区域习惯或特殊习惯
- ④实践的具体方式: 国家外交机构; 国际组织; 国内其他机构

如何理解“一般实践或通例的存在” (general practice) ?

时间上的连续适用 (持续性)、空间上的普遍适用 (广泛性)、数量上的多次不断重复和方式上对同类问题采取一致 (尤其需要注意受该实践特别影响的国家的做法 (一致性))。

所谓“通例的存在”，即各国在其相互关系上，对某种事项长期重复地采取类似行为（或不行为）这一客观事实的存在。有些学者称这个客观要件为形成国际习惯的“物质因素”。它要求：**第一，对实践主体的要求：实践主体只需包括利益攸关方，没有数量上的绝对要求。**虽然习惯国际法试图设立一种普遍法，但并不是每个案件都需要证明该实践被所有国家采用或接受。在国际司法的经验中，可能存在着区域实践（如“庇护权案”），也可能存在着双边实践（如“通行权案”）。并不要求全世界所有国家都参与一个习惯国际法规则的形成（如，既无海岸又无船舶的国家显然很难参与有关海洋的一般习惯国际法的形成）。所以，国家实践或普遍实践的存在，只须包括所有实际上能参与该普遍实践或对该实践的客体具有利害关系的那些国家的行为，就应认定为存在。实际上，为了证明任何一个习惯国际法规则的存在，最多也只能找到几十个先例。但是，在理论上，一个一般习惯国际法规则的成立，应以整个国际社会的同意为条件。在

这种情形下，为了论证一个习惯国际法规则是得到整个国际社会的同意的，国际法学说通常使用拟制的方法，认为体现在一些国家关系中的一个法律规则，由于其他国家并未反对，即属默许。（如我国在南海的权利）

**第二，对实践时间上的要求：实践的持续性**，即在时间上要求有较长的延续性，且在数量上要求有多次不断的实践。（参考 north sea continental shelf case）

对实践时间的要求并不是特别的明确，延续时间的长短应当根据具体情况而定，一般要求有较长时间的延续性，且必须是多次反复的行为，但是绝对不能说很短的时间就可以形成一个习惯。

对于实践的时间要求，还取决于国际关系频繁和密集的程度。在以前交通不便、科技不发达的时代，各国之间交往较少，国家实践也少，那时的国际法就要求长达 30-100 年的实践才能成为习惯国际法，如不干涉内政原则。随着科学技术的不断进步和国际交往的大量增加，形成习惯国际法所要求的时间大幅缩短，例如有关大陆架、外层空间等方面的制度，在不长时间内即被各国接受而成为国际习惯。

**第三，对实践方式的要求：实践的一贯性**，即在方式上要求对同类问题采取经常和一致的做法尽管习惯的具体时间上没有一个明确的要求，但一个非常明确的要求是，如果主张一种行为模式有资格成为国际习惯，应当是一种在给定范围内一贯的行为，而不是既存在此种行为，又存在与此相矛盾的行为。（例如：“荷花号”案）

作为国际习惯的国家行为，可以是积极的行为，也可以是消极的不作为，只要保持一贯性即可。（例如：“通行权”案）

#### **第四，对实践存在证明的要求**

作为通例存在的证据，主要包括三个方面：一，国家间的外交实践，表现为条约、宣言及各种外交文书、国家元首、政府首脑或外交部长的行为和表示等；二，国际组织和机构的实践，表现为它们的决议、决定和判决；三，一国内部的实践，表现为国内法律法规、法院判决或者仲裁裁决、国家政策行政命令、新闻公报、关于武装部队行为规范等法律问题的官方手册等。

以上三方面的资料表明了国家的实践和意志，可作为国际习惯法的证据。

注意：一个国家国内法院的判决时可以作为国际习惯存在的证据的（例如，加拿大法院关于魁北克的判决，可以被看成构成习惯国际法的国内实践）。

如果查找不到证据，则该项国际习惯不能确立（例如，“北海大陆架案”）。

#### **【“庇护权”案】：区域实践的存在**

##### **【案件事实】**

1948 年 10 月 3 日，在秘鲁首都的港口利玛爆发了暴动，但没有成功，当天即被政府镇压下去了。次日，秘鲁共和国总统宣布特别戒严令，并颁布法令宣布领导暴动的正当“美洲人民革命同盟”不受法律保护，同时，以军事罪，即参加军事暴动罪行开始对该党的首脑阿亚·德·托雷进行起诉，政府于 10 月 25 日下令对托雷进行逮捕。

秘鲁人民党首领托雷发动政变失败后，一直躲避政府的追捕。1949 年 1 月 3 日，托雷潜入哥伦比亚驻利玛的大使馆，请求给予“外交庇护”。

哥伦比亚大使将托雷隐藏于大使馆后，于 1949 年 1 月 4 日将此事通知秘鲁外交部长，并要求发给托雷出境的“通行证”。但秘鲁政府拒绝发给通行证，于是两国发生所谓庇护权的争端。哥伦比亚政府和秘鲁政府的代理人于 1949 年 8 月 31 日在利玛签订了一项协定来解决“由于驻利玛的哥伦比亚使馆要求发给通行证而发生的”争端，并决定将争端提交国际法院裁决。

##### **【双方的请求】**

哥伦比亚政府请求，国际法院判决并宣布：

（1）根据 1911 年 7 月 18 日《玻利维亚印度协定》、1928 年 2 月 20 日《哈瓦那庇护公约》和美洲国家一般国际法，庇护国哥伦比亚有权为了该项庇护的目的，确定避难者被指控的罪行的性质；

(2) 美洲国家间存在庇护方面的区域或地方习惯。

秘鲁政府请求法院驳回哥伦比亚政府的上述诉讼请求，判决并宣布：对托雷的庇护和维持该庇护的行为违反了《哈瓦那庇护公约》第1条第1款关于不的庇护普通刑事罪犯的规定，以及第2条第2款关于庇护只能在紧急情况下进行及其他有关条款的规定。

#### 【法院的判决】

1950年11月20日，国际法院对此案作出判决，认定哥伦比亚对托雷的庇护行为违反了《哈瓦那庇护公约》第2条。

#### 【判决理由】

在本案中，哥伦比亚除了依据其他国际法规则外，还提出其行为符合美洲国家间的一般国际法，它主张美洲国家间存在庇护方面的区域或地方习惯。

为此，哥伦比亚必须证明：(1) 其所主张的区域习惯法存在；(2) 该习惯对被告一方有拘束力。法院认为，国家在实施外交庇护上的做法十分不统一，官方观点也很不一致，在对待庇护公约的态度上也有分歧，几乎不可能发现任何一致和统一的被接受为法律的惯例。因此，法院最后认为哥伦比亚没有证明其主张的美洲国家间的习惯国际法存在。

#### 【“通行权”案】：双边实践的存在

##### 【案件事实】

1947年，印度摆脱了英国的殖民统治取得独立以后，在印度次大陆一些地区发生了若干争端，争端的发生主要与属于葡萄牙的位于西海岸的达曼、飞地达德拉-纳加尔哈维利有关。即，葡萄牙在印度次大陆上占有少数领土，统称为葡属印度。

1953年以后，葡萄牙一向享有的出入这些地区而在印度领土上的通行权已受到印度方面的某些限制。

1954年夏天，印度的民族主义集团占领了飞地达德拉-纳加尔哈维利，逮捕了葡萄牙的地方当局官员，并建立了印度的地方政府。当葡萄牙请求印度允许其从达曼派一定数量的官员和士兵到被占领的飞地以恢复葡萄牙的政权时，印度拒绝允许任何葡萄牙人再通过其领土。

为此，葡萄牙于1955年12月19日声明接受国际法院的管辖权。3天之后，即1955年12月22日，葡萄牙将其与印度之间的争端以请求书的形式提交国际法院，印度于1940年12月28日声明接受常设国际法院的强制管辖。

##### 【诉讼请求】

葡萄牙请求国际法院判决：其有在印度领土上为进出其飞地达德拉-纳加尔哈维利而通行的权利，并要求印度必须尊重此项权利，印度违反了其对葡萄牙应承担的义务。印度必须结束其为对抗葡萄牙在其领土上的通行权而采取的措施。

##### 【法院判决】

1960年4月12日，法院以11票对4票判定葡萄牙在1954年享有为进出其飞地以及在飞地之间和飞地与海岸的达曼地区之间往来而在印度领土上通行的权利，这种权利只限于由私人、文职官员和一般货物享有，而且在通行时要遵守印度的法律规章并要接受印度的管辖。

以8票对7票判定葡萄牙的武装部队、警察、武器和弹药等在1954年不享有在印度领土上的通行权。

##### 【判决理由】

法院认为，在英国统治时期以及在印度独立初期，葡萄牙的私人、文职官员的通行除接受一般管理外，不受任何特别的限制，非武器、弹药的商业目的的通行，也除了在特别时期出于安全和税收的目的，只要遵守海关法规和服从行政管理，就可以自由通行。

据此，法院得出结论认为，在印度和葡萄牙之间，进出飞地的惯例已经形成，它们之间长时间和连续不断的实践，已经说明相互间的权利义务关系已经建立，不过这项惯例仅仅适用于私人、文职官员和一般货物

#### 【“荷花号”案】

##### 【案件事实】

1926年8月2日，法国油船“荷花号”在公海上与土耳其煤轮“包兹库特号”相撞，土耳其船被撞沉，有8名

土耳其海员死亡。第二天，当“荷花号”抵达伊斯坦布尔时，土耳其当局对碰撞事件进行了调查，随后根据土耳其法律将“荷花号”的瞭望员和船长逮捕，并以过失杀人罪在土耳其法院对他们起诉并判决。

该案判决后立即引起法国政府的外交抗议。法国政府认为，土耳其法院无权审讯法国公民，且船舶碰撞是发生在公海上，“荷花号”的船员只能由船旗国——即法国法院进行审理，并主张这是一项习惯国际法规则。但土耳其法院则依据《土耳其刑法典》第6条的规定，“任何外国人在国外犯有侵犯土耳其公民的罪行，应该按刑法处理”，因此，土耳其政府认为，对本案行使管辖权并不违反国际法。

1926年10月12日，法国和土耳其签订了一项特别协议，将该争端事件提交常设国际法院（PCIJ）审判，请求法院判定：土耳其根据其法律对法国船员进行刑事诉讼是否违背习惯国际法原则。

#### 【法院判决】

法院于1927年9月7日对本案作出了判决，认为土耳其对法国船员进行刑事诉讼并没有违反习惯国际法规则。

#### 【判决理由】

为了证明按照习惯国际法，属于不同国籍的船舶在公海上互撞而发生的刑事管辖权专属船旗国，法国代表巴黎大学教授巴德望（Basdevant）向法院提出了几个国内法院的判决，这些判决都涉及非船旗国法院对由这些互撞事件而发生的民事损害赔偿诉讼的管辖权。

巴主张，由于非船旗国法院一般都受理从这些互撞事件所发生的民事损害赔偿诉讼，而没有受理刑事诉讼，这就证明了非船旗国一般都避免对这种事件行使刑事管辖权，从而这些反复进行的、一致的消极行为产生了一个习惯国际法规则，即属于不同国籍的两艘船舶互撞而发生的刑事管辖权专属船旗国。

但是，该法院驳回了这个主张，其理由是：首先，巴氏所引证的各国国内法院判例只有三个，因而不能构成通例；其次，有些非船旗国法院实际上对这些刑事案件行使了管辖权，而船旗国对之并未提出过抗议，因而这些国内法院的判决更不能构成“通例之存在”。

## 2. 主观因素/心理要件（Psychological Factors）：一般的实践或通例被各国接受为法律，即“**法律确信**”（**opinion juris**）

国际习惯在法律确信方面的要求：

- ①各国将以某种方式行事，因为它们确信这对它们有法律约束力，而不是道德或政治上的要求
- ②证明法律确信的存在时越来越频繁参考国际组织的行为，尤其是在联合国的行为。比如 ICJ 多次使用联大决议（General Assembly Resolution）证明法律确信，重点是有关决议的内容和通过的条件。此外，ICJ 还会考虑 ILC 的工作、公约编纂情况等。
- ③注意受该实践特别影响国家的看法

### 如何理解“法律确信”（**opinion juris**）？

所谓“法律确信”，即存在的通例已被各国接受为法律。具体而言，各国对这种通例体现出来的行为规则认为是一种需要遵守的规则，即在主观上对这种通例有一种法的信念。这个主观要件常被称为国际习惯的“心理因素”。

#### **第一，一贯反对者原则（persistent objector）**

1951年“英挪渔业案”（Anglo-Norwegian Fisheries Case）

案情：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。

双方主张及理由：英国认为，挪威1935年敕令确定的直线基线不是依照国际法划出的，国际法上通行的标准是低潮线，即以退潮时海水退出最远的那条海岸线作为领海基线；直线基线法

仅适用于海湾；此外，直线基线的长度不能超过 10 海里。挪威则反驳说，这些规则不适用于挪威，它所采用的划定基线的方法，无论从哪一方面来说都是符合国际法的。挪威划定直线基线的以前敕令并未遭到包括英国在内的任何外国的反对。因此，应该认为英国已默认了这一方法的效力。英国对此则称它以前并不知晓挪威的这种划界制度

国际法院判决及理由：

（1）国际法院以 10 票对 2 票做出如下裁定：挪威 1935 年法令所采取的划定渔区的方法是不违反国际法的；以 8 票对 4 票裁定：该法令所划定的直线基线是不违反国际法的。

（2）法院认为有必要指出，虽然 10 海里的规则为一些国家在其国内法和它们之间的条约或公约中采用，虽然一些仲裁决议在这些国家之间适用了这种规则，但是其他国家采用了不同的规则。因此，10 海里规则尚未取得一项国际法一般规则的效力。并且，无论如何 10 海里规则也不可用来对抗挪威，因为挪威始终反对将该项规则适用于其海岸的任何企图。（The Court noted that 'in any event the rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she had always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast'.）

**即，被视为习惯国际法的规范对于一直反对该项规则的国家没有约束力。**

注意：1.对于某一规则提出反对意见的时间，应当是在这一规则正在形成习惯法规则的阶段。也就是说，持续反对者规则仅仅适用于那些在习惯国际法规则形成的过程中、确立之前一贯持反对态度的国家。如果一个习惯国际法规则已经确立才表示反对，则显得过于迟缓，持续反对的方式就不再被认可。2.一个国家对习惯国际法规则所持的反对态度必须由始至终。如果在此类规则刚刚呈现的时候表示反对，后来却提出了相反的观点，或采取了相反的行动，则会被视为是对规则的接受和默认，反对立场的持续性遭到破坏，会使反对主张失效。3.提出反对的方式可以是多样化的。既可以通过言语声明的方式进行表达，也可以通过具体实践行动的方式予以表达，但是从态度上必须足够清晰明了，足以构成有效的反对意见，使得相关国家或国际组织能够了解。

**第二，速成习惯国际法（instant customary international law）主张的利弊。** 即，认为国际习惯法的形成只讲究法律确信，不再考虑反复实践。英国华裔学者郑斌教授（Bin Chen）提出速成习惯国际法，强调 *opinio juris* 的重要性。这种观点容易沦为大国霸权的工具，大国可以对其单次行动做泛化解释，使之被视为国际习惯，例如武装干涉行动。

### （三）当代国际法中习惯国际法的地位

认为重要：能够准确反映社会最直接、真实的要求；能够得到很好执行等

认为不重要：与条约相比，重要性越来越低；内容不够明确；无法满足社会发展的需要等

### （四）国际习惯法与条约的关系

国际习惯同条约相比，是国际法更为古老或原始的渊源。在条约尚未发达的时代里，国际习惯是用以调整国家间权利义务关系的一种非常重要的手段。近几十年来，习惯国际法的作用随着条约的大量产生而有所减弱，但习惯国际法仍然有其存在的独立价值，它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体现在如下几个方面：

第一，条约与习惯互补。条约因为其明确、细致、可操作性，可以为一些习惯确立程序方面的规范；反之，习惯相对模糊、宽泛，可以在没有条约的领域发挥作用。二者相互补充和配合，共同发挥着调整国际关系的作用。条约和习惯在作为国际法渊源时具有并列性。

第二，国际习惯可以转化为条约，即通过对国际习惯法规则的编纂（codification）。国际社会的很多多边条约，如 1961 年《维也纳外交关系公约》、1969 年《维也纳条约法公约》等，都是在习惯的基础上编纂而成的。

第三，条约的内容可以转化为国际习惯。即条约（尤其是多边条约）的规定如果被绝大多数国家接受为习惯或惯例，因而成为习惯国际法规则，则该项规定不仅对条约缔约国有效，对非缔约国也有一定的拘束力。这种情况，并不是条约对第三国产生了权利和义务，而是习惯国际法附着于条约而产生。

因此，条约与国际习惯是相互补充、渗透和转化的。在国际条约和国际习惯的交互影响中，国际法的原则、规则和制度不断发展和完善。

### 三、一般法律原则（general principles of law）（补充渊源）

一般法律原则是各国法律体系所共有的原则

《国际法院规约》第 38 条：（寅）一般法律原则为文明各国所承认者 the general principles of law recognized by civilized nations

（一）“一般法律原则”在国际法渊源的意义上，至少包含以下三个方面：

- 1、法律的一般逻辑原则。比如“后法优于前法”（lex posterior derogat legi priori）、“特别法优于普通法”（lex specialis derogat generali）等。
- 2、各国在其国内法律体系中所共有的原则，例如诚实信用原则、一事不再理原则等等。国际司法机构适用此类一般法律原则的机会不多，但并非没有（如，“巴塞罗那电车案”、“西南非洲案”、“德士古诉利比亚案”等）。
- 3、有学者提出，除了来自各国国内法的一般原则之外，还应当有国际法的一般原则。例如国家主权平等、尊重和保护人权、国际环境法中的预警（precaution）原则、可持续发展原则等等此外，规约第 38 条第 2 款规定了“公允及善良原则”（ex aequo et bono），一些学者曾经将此作为国际法的“一般原则”，但按照规约的文义，它指的是一种工作方式，即在获得当事国各方同意的前提下，法院可以不严格按照国际法裁判。从实践上看，国际法院尚无依照此原则进行裁判的事例。

【巴塞罗那电车案】

【案情介绍】

巴塞罗那牵引机车、电灯、电力公司，是一家在加拿大注册并取得加拿大国籍的公司，该公司的部分股东是比利时国民。巴塞罗那公司因为不能支付债券利息，被西班牙地方法院于 1949 年 2 月 12 日宣告破产。巴塞罗那公司的外国股东，包括英国、加拿大、美国、比利时等国的股东，在西班牙法院起诉，指控破产公司的委托人侵犯了各国股东的权利。后来这些股东的国籍国代表他们向西班牙政府提出交涉，但都没有得到解决。比利时政府于 1958 年向国际法院起诉了西班牙，称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承担赔偿责任。

【案件分析】巴塞罗那电车案牵涉国际法上的外交保护的问题。通常，一个国家只能针对本国国民的损害提出外交保护，因而比利时只能就其本国国民——巴塞罗那电车有限公司的比利时股东的权益受到损害提起外交保护。但是，比利时的诉讼请求却是代表巴塞罗那公司提出来的，这实际上就牵涉一个前提判断：巴塞罗那公司在西班牙的破产程序中是否具有独立的法律人格？如果巴塞罗那公司没有独立法律人格，则国际法院应该驳回比利时政府的诉讼请求；如果巴塞公司有法律人格，才有接下来的实体裁判。但无论是条约法还是国际习惯法，对于公司人格问题都没有特别规定，因此，国际法院面临的是在国际法上无法律规则可以适用的情形。为此，国际法院需要适用国际法上有关法人制度的一般法律原则解决该问题。

对一个公司的外交保护只能由该公司的国籍国行使。巴塞罗那具有加拿大国籍，与加拿大保持密切的联系，加拿大政府一直为该公司所受损失与西班牙交涉，虽然交涉业已停止，加拿大仍保有行使外交保护的能力。比利时是为其国民因该公司的损失而行使外交保护的，这些股东所受的损失，是对一个外国公司采取措施的结果而不是这些股东的“直接权利”受到损害的结果。公司国籍国的权利是第一位的，股东国籍国的权利是第二位的，当第一位的权利仍然存在时，第二位的权利就不得行使。

## (二) 一般法律原则在国际司法机构裁判中的适用：

一般法律原则的含义和范围，比较抽象、很广泛、难于掌握、不易确定。理论上，一般法律原则只在国际习惯法或条约没有相应的规则适用的情况下才发挥作用，只是作为一种弥补国际法空白的办法，而且第 38 条对其有一个限制，即该项原则必须是“主权国家所承认的”，所以其地位是辅助性的。

实践中，国际司法实践中几乎没有纯粹按照原则作出审判的先例。因此，一般法律原则很难成为一种独立的严格法律意义上的国际法的渊源。中国在提出国际主张时，经常会用到国际法的原则，如和平共处五项原则。但其它国家的实践、包括国际法院的实践，适用原则的机会都不多，例如科索沃独立案，忽视了国家主权及其领土完整原则。

## (三) 国际法上的一般法律原则（国际法基本原则）

国际法基本原则的特征：

1、国际社会公认；2、具有普遍意义；3、适用于国际法各个领域；4、构成国际法整个体系的法律基础

《联合国宪章》第 2 条确立的七项原则：会员国主权平等、善意履行国际义务、和平解决国际争端、禁止以武力相威胁或使用武力、集体协助、确保非会员国遵守宪章、不干涉内政

联合国大会通过的 1970 年《国际法原则宣言》确立了七项原则：（1）禁止以武力相威胁或使用武力；（2）和平解决国际争端；（3）不干涉任何国家内政；（4）各国依照宪章彼此合作；

（5）各民族权利平等与自决；（6）各国主权平等；（7）善意履行宪章义务

和平共处五项原则：第一，互相尊重主权和领土完整；第二，互不侵犯；第三，互不干涉内政；第四，平等互利；第五，和平共处。

### 联合国宪章原则：

#### 1、国家主权平等原则（the principle of sovereign equality）p63

含义：各国一律享有主权平等；各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同，均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国；主权平等包括下列要素：（1）各国法律地位平等；

（2）每一国均享有充分主权之固有权利；（3）每一国均有义务尊重其他国家之人格；（4）国家之领土完整及政治独立不得侵犯；（5）每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度；（6）每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务，并与其他国家和平相处。

#### 2、禁止以武力相威胁或使用武力（threat or use of force）原则

《联合国宪章》第 2 条第 4 款规定：所有会员国在它们的国际关系中，不得以武力相威胁或使用武力来侵害任何其他国家的领土完整或政治独立，也不得以任何其他同联合国宗旨不符的方式以武力相威胁或使用武力。

从上述规定及其史料来看，“禁止武力”是一项具有强行法性质的规范，其含义不仅在原则上重申禁止正规的侵略战争，而且进一步确认一切武装干涉、进攻或占领以及以武力相威胁的其它行为，都是违反国际法的。

例外：宪章也规定，依宪章有关规定安理会采取的执行行动或者授权区域机构采取的强制行动（第 42 条、53 条）、单独或集体自卫（第 51 条），不受这一原则的限制。此外，殖民地或半殖民地的人民为摆脱殖民统治而进行的武装斗争，是实行民族自决权的合法途径，不应被解释为与禁止武力相威胁或使用武力原则相抵触。

法律效果：该原则已构成习惯国际法（1968 年国际法院“尼加拉瓜案”）

#### 3、和平解决国际争端原则

和平解决国际争端，是第二次世界大战后正式确立的一项国际法的基本原则，也是从上述禁止使用武力威胁或使用武力原则中直接引申出来的。《联合国宪章》第 2 条第 3 款规定：所有会员国应该用和平的方法解决它们的争端。经宪章确认，这一原则构成宪章解决国际争端各条款



的基础，并成为国际法上集体安全制度的重要原则之一。

《国际法原则宣言》《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》及其他有关国际文件对该原则做了进一步澄清和解释。

《联合国宪章》第 33 条还专门规定了一些和平方法，如谈判、调查、调停、和解、斡旋、仲裁、司法解决、利用区域机构或区域协定等。

和平解决国际争端原则表明，一项国际争端的解决过程和结果必须是和平的，和平方式是解决国家间争端的唯一手段，当事方应平等自由地选择一种或多种和平方法解决争端，和平解决国际争端原则本身是强制性的，至于具体采取哪种和平方法，有关国家可以任意选择，但必须用尽和平方法。

#### 4、不干涉内政原则（the principle of non-intervention）

含义：不干涉内政原则，又称禁止干涉原则，是指任何国家或国家集团在国际关系中不得以任何理由或任何方式，直接或间接地干涉其他国家主权范围内的一切内外事务，同时也指国际组织不得干涉成员国国内管辖的事项。

“保护的责任”（the responsibility to protect）：“人道主义干涉”

第一，国家主权意味着责任，保护公民的首要责任在国家；

第二，如果一国内战、叛乱、镇压或者国家失败使其人民遭受大规模伤害，而该国不能或不愿制止或避免此种事态，那么不干涉内政原则就应该让位于保护的责任。

#### 5、善意履行国际义务原则（fulfill international obligations in good faith）

基本内容：各国均有责任一秉善意履行其依《联合国宪章》所负之义务；各国均有责任一秉善意履行其依公认国际法原则与规则所负之义务；各国均有责任一秉善意履行其根据公认国际法原则与规则生效之国际协定所负之义务；如依其他国际协定所负之义务与《联合国宪章》所负之义务发生抵触时，宪章义务优先。

#### 6、民族自决原则（self-determination）

《联合国宪章》第 1 条 2 款宣布：“发展国家间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增进普遍和平。”宪章是第一个正式规定民族自决的条约，使它成为具有约束力的国际法规范。

联大通过一系列宣言和决议，使民族自决原则进一步发展。国际法院分别在“西南非洲案”“西撒哈拉案”“巴勒斯坦隔离墙案”的咨询意见以及“东帝汶案”的判决中指出，民族自决权不仅是联合国倡导和促进的一项指导性原则，而且是一项权利（即可以主张建立独立主权国家），具有对一切义务的性质。

适用情形：第一，这一原则包含了一个现存国家的人民自由选择其政治、经济、社会和文化制度。第二，当领土主权的存在处于不确定的情况下，该领土上的民族拥有自决的权利。第三，凡是殖民地、半殖民地或其他非自治领土的民族和人民，均享有自由决定其政治命运的权利。第四，民族自决还适用于受种族歧视的民族有自由表达其意愿，争取其政治地位的权利。

#### 7、国际合作原则（international co-operation）

含义：国际合作原则是指各国均有义务在国际关系的各个方面彼此合作，同时也指各国和国际组织之间以及各国际组织之间需互相合作，以解决国际间属于经济、社会、文化以及人类福利性质之国际问题，共同维护国际和平与安全。

现代国际合作的发展趋势：合作形式日益多样；合作层次日益增多；合作领域不断拓宽。

#### 8、保护基本人权原则

《联合国宪章》序言“重申基本人权，人格尊严与价值，以及男女与大小各国平等权利之信念”，并将“增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”列为联合国的宗旨之一。

《世界人权宣言》、国际人权两公约、区域人权公约等国际法律文件

尊重基本人权已经成为具有普遍约束力的国际规范，甚至构成“对一切义务”的规则，具有强行

法律性质。其普遍约束力，一方面表现在承载其内容的一系列人权公约或与人权有关的公约的缔约国和其它国际法律文件获得通过的广泛性和普遍性，另一方面体现在国际实践越来越确认：尊重基本人权的根本在于禁止和惩处大规模粗暴违反基本人权与自由的行为。即，尊重基本人权不仅仅是国家之间的相互义务，也是国家对任何其他国家或整个国际社会和世界上所有人的义务，即“对一切”的义务或“共同体义务”。

#### 四、司法判例

《国际法院规约》第 38 条：在 59 条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之辅助资料者

subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

第 59 条 法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。

#### 如何理解作为国际法辅助渊源的“司法判例”（judicial decisions）？

首先，从文本上分析：

- 1、第 38 条规定的 judicial decisions 是指国际司法判例，包括国际法院和国际仲裁法庭的裁决
- 2、《规约》对司法判例所作的第一个限制是，as subsidiary means for the determination of rules of law，即只是用来作为确定法律规则的辅助资料的。仅仅是确定国际法规则的辅助手段，其地位与条约、习惯、一般法律原则不同。
- 3、《规约》对司法判例所作的第二个限制是，subject to the provisions of Article 59，即根据第 59 条的规定，“法院的裁判，只对当事国及本案发生法律效力”。这条规定的目的在于说明，国际法院并不是要按照英美法系的传统建立起判例法制度。国际法院和国际仲裁法庭的裁决，不是一种独立的渊源，而是国际习惯存在的证明，作为一种 general practice 而存在。

其次，从实践上分析：国际法院和国际仲裁法庭的裁决在一定程度上形成了判例法。

- 1、实践中，常设国际法院、国际法院的判决经常被援引，不仅被其他国际司法机构引用，它自身也经常援引自己先前的判决包括常设国际法院的判决。这种援引有时是作为国际习惯存在的证据（被习惯吸收了），有时则直接作为法律来使用。

比如，国际法院自 1946 年 4 月开始工作以来，所受理的诉讼和咨询案件中，一些重要案件的判决和咨询意见，对划定领海及其他海域的原则、国际组织的法律地位、外交关系、禁止使用武力原则等重大国际法问题，具有重要的理论和现实意义。国际法院的裁决能够作为“判例法”存在，原因在于“论证路径依赖”从这个意义上讲，国际法院在事实上形成了一定程度的判例法

- 2、《国际刑事法院规约》直接规定了判例的作用，在第 21 条“适用的法律”中，第 2 款规定，“本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则”。这种规定提升了国际刑事法院中判例的地位。很多其他处理国际问题的司法机构也经常援引相关的司法判例。

#### 五、公法学家学说

《国际法院规约》第 38 条：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（teachings of the most highly qualified publicists of the various nations），作为确定法律原则之辅助资料者。

（一）如何理解“各国权威最高之公法学家学说”？

- 1、与司法判例一样，权威公法学家的学说只是确定国际法规则的辅助资料，在国际法渊源中仅具有辅助性的地位。它仅仅是国际法存在的证明，不是国际法本身。

- 2、从国际法院自身的实践看，在裁决或咨询意见中直接引述国际法学家观点的情况非常少，在法官的个别意见（separate opinion）、反对意见（dissenting opinion）中体现的比较多。
- 3、国际仲裁机构的裁决、英美等国的国内法院判决经常引述国际法学家的观点。
- 4、在引用法学家观点方面，很难区分“权威”与“非权威”的界限，在司法实践中，也很少做这样的区分。

#### 《国际法院规约》第 38 条能否穷尽国际法的渊源？

不能。因为《国际法院规约》制定于 1940 年代，而且是建立在常设国际法院规则的基础上的，不可能预见到未来国际组织的迅速发展及其在国际法发展上的重要作用。国际组织的迅速发展是 20 世纪国际联盟运作以后的新景观，规约草拟之时对此尚无预计。

1945 年以后，国际组织迅猛发展，无论是联合国还是欧盟还是北美自由贸易区，形成了很有特色的国际组织治理方式。

## 六、国际组织决议

不同国际组织**决议（Resolution）**的性质和效力不一样，应当根据国际组织的章程来确定。

第一类：如果根据国际组织形成的创设条约（章程），这个组织本身对某些事项有立法权，则该国际组织作出的关于这些事项的决议可以具有国际法上的约束力，构成国际法的渊源。

（1）**联合国安理会（Security Council, SC）**的决议。安理会有权根据《宪章》第 24-25 条，“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”，对威胁国际和平与安全的事项通过决议，这些决议具有拘束联合国所有成员国的效力。也被 ICJ 认为是国际法渊源。

（2）EU 的理事会和委员会，根据《欧洲联盟条约》和《欧洲联盟运行条约》，都可以在权限范围内通过 regulation 条例和 directives 指令，这些文件对成员国具有约束力，欧盟不同形式的次级立法（或者叫做二级立法）对成员国具有不同的约束力。

（3）属于国际组织“内部法”（internal law）的决议，如人员的职能安排，薪水

（4）属于技术领域内“准立法”的决议。例如，国际民航组织、国际卫生组织、世界气象组织等这些具有直接约束力的国际组织决议可以视为新的**有约束力的国际法渊源(binding international law sources)**

第二类：除上述情况外，如果根据国际组织形成的创设条约（章程），该组织本身没有立法权，则该组织决议不能构成国际法的渊源。（例如，联合国大会的绝大多数决议没有约束力。）

但是，没有约束力、不能构成国际法渊源的国际组织决议，并非没有影响和意义。它作为国际社会主流观念的证明、国际法的发展导向，被国际法院多次援引，其法律价值应被置于公法学家学说之上。

例如：联大决议

（一）决议的内容被条约采纳，从而拘束条约当事国。

（二）决议的内容可以因得到各国嗣后实践的遵循而成为习惯国际法。例如，在国际法院“对尼加拉瓜的军事行动和准军事行动”案和“使用或威胁使用核武器合法性”案中，联大决议被当做法律确信的证明。

（三）决议中所宣告的一些原则，也可以通过各国在联大表决该决议的前后或中间以一致的单边声明或其他方式认为在国际法上具有拘束力，而成为《国际法院规约》第 38 条规定的一般法律原则。

（四）如果一个或几个国家在联大通过建议性决议的前后或中间声明接受该决议的拘束力，那么该决议对它们也有拘束力。

上述决议对各国以及国际社会产生影响或者有推动作用，称为“国际软法” **international soft**

**law**，即国际法中不具有直接约束力的规范，一般是国际组织决议、非政府组织提出的**行为准则 code of conduct**、一些专家提出的**良好行为模式 best practice**。不能说国际法整体上是软法（soft law），而是国际法是弱法（weak law）。

国际软法对国际硬法有一个基础性的准备作用，可以为未来的条约和习惯形成打基础，例如 1948 年《世界人权宣言》，为 1966 年的人权两公约奠定基础；儿童权利宣言和妇女权利宣言为后面儿童和妇女公约奠定基础，这些软法可以视为硬法的准备。另外，国际组织通过的宣言和决议直接影响国家认知，国家可能在这些方面形成法律确信，这类宣言可能在一定程度上成为国际习惯的基础。在有些国际司法判决中，此类宣言、决议可能被作为司法判决的基础。从一定意义上说，它们具有独立国际法渊源的地位。当然，国际软法在发展中，软法具有良好前景，但地位有待进一步国际实践的确认。

## 七、单边行为在国际法上的意义

1.含义：在国际法上，**单边法律行为（unilateral act）**是指仅仅一个或几个国际法主体作为一方意欲产生法律效果而作出的，且国际法依其意欲赋予法律效果的意思表示。

2.有效要件：第一，必须是一个国际法主体在其权利能力和行为能力的范围内作出的。第二，必须由有权对外代表该国际法主体的机关作出。第三，客体和目的必须合法。第四，构成单边法律行为的意思表示必须足够明确。第五，构成单边法律行为的意思表示必须告知对方。独立的单边法律行为无须对方国际法主体接受，因为一个独立的单边法律行为如果得到对方接受，就失去其单边性而成为双边法律行为，即双边条约。

3.类型：单边法律行为可以分为两类：

- （1）附属于条约缔结程序的单边法律行为，如保留、批准、加入、通知或退出或终止条约；
- （2）独立的单边法律行为，分为：许诺（unilateral promise）；承认（recognition）；抗议（protest）；放弃（renunciation）；通知（notification）。

4.意义：单方行为具有国际法上的意义，有些单方行为是国际法制度的一部分，所有这些行为都可能被作为习惯存在的证据。（例如，澳大利亚和新西兰诉法国核试验案）

## 第四节 国际法渊源的位阶与国际强行法

### 一、国际法渊源的位阶问题

1.含义：国际法渊源的位阶，是指在国际法不同种类的渊源之间，以及在同一种类的不同渊源之间，是否存在着优先适用的问题。例如，条约是否优于习惯、双边条约是否优于多边条约等等。

2.迄今为止，尚无明确的国际法规则确立渊源的位阶。国际法的**碎片化或不成体系性（fragmentation）**决定了在国际法的规范内部并不存在一个清晰的位阶体系。

3.世界法律发展过程中形成的普遍性规则适用于国际法，如“后法优于先法”、“特别法优于普通法”、“后出普通法不废止先前特别法”等。

### 二、国际强行法（jus cogens/peremptory norms）

又称强制法或绝对法，与**任意法（jus dispositivum）**相对称，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。

1969 年《维也纳条约法公约》首次正式使用了强行法的概念。公约第 53 条规定：“一般国际法强制规范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

法规范始得更改之规范。”“条约在缔结时与一般强制规律抵触者无效。”

价值基础：国际社会最基本和最高的价值为基础，即人权和主权。类似于国内法律秩序的公共秩序和公共政策。

## 2、国际强行法观念的起源和发展

(1) 自然法理论在国际法领域的影响

(2) 菲德罗斯将强行法的概念引入国际法范畴

(3) 一定程度上扭转了国际法的传统地位，被赋予很高的期望

## 3、国际强行法的特征：普遍性、强制性、优先性

普遍性：对一切义务（*obligation erga omnes*），大部分国际法规定的义务是相对性的，有特定的权利主体和义务主体，只有特定的主体可以要求违法者承担责任和履行义务。对国际强行法的违反会引起对一切的义务，比如种族隔离。

强制性：任何违反国际强行法的国际法律行为都无效，并需要承担法律后果。VCLT 第 53 条规定条约在缔结时与国际强行法抵触的无效；如果遇到新的国际强行法出现，那么任何现有条约与这项法律抵触的无效。

优先性：具有最高法律约束力，公认为不需损抑，非经同等强制性质国际法规则不得更改。

## 4、国际强行法所包含的规则

维护人类基本安全：如对侵略罪、危害人类罪、战争罪等国际公认罪行的普遍管辖和全球惩治保护基本人权：例如，禁止种族隔离、禁止酷刑和其他有辱人格待遇、禁止奴隶、保护妇女和儿童免受贩运的权利等

保护国家基本利益：例如，国家主权平等、不干涉内政、禁止使用武力或武力威胁等

（实际上，当前就强行法的内容争议颇多，仅就个别规则达成一致，比如禁止侵略、种族灭绝、种族歧视、奴隶制、禁止酷刑、民族自决等）

5、实践中适用：国际强行法规范应适用于国际社会的一切成员。但是，国际法上并没有明确规定哪些规则是强行法、哪些规则是任意法，也没有超国家的权威性机构来裁判某项条约是否与国际强行法相抵触。在实践中，强行法主要是通过国际司法机构的判例在具体案件中予以辨识和确认。在国际范围内，对于公认的强行规范有时也没有很好地遵行，从而严重削弱了强行法的实际意义。

## 6、国际强行法的形成

(1) 只有习惯和条约规则才能构成强行法形成的基础，为此必须确立一般国际法规则的存在；

(2) 国家构成国际社会接受该规则为强制规则。国家必须普遍将该规则接受为法律规则，并且压倒性的多数国家。无论是否有思想意识和政治上的分歧，都将其承认为强行法规则。

(3) 国际强行法与联合国宪章第 103 条的关系，即宪章义务和强行法义务优先性的问题。

## 第五节 国际法的编纂（codification of international law）

### 一、国际法编纂的含义和类型

（一）国际法编纂的含义

又称国际法的法典化

取向：现有法，订成法典；建立新的原则、规则和制度。

（二）国际法编纂的社会意义

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

（三）国际法编纂的类型

从形式的角度看：全面编纂；个别编纂

从主体的角度看：非官方编纂（ILA 国际法编撰、国际法研究院的编撰活动，ICRC 国际人道法，不具有法律约束力，但是具有很强的学术研究价值，促进国际法的发展）；官方编纂（编撰为有约束力的国际公约，比如海牙和平会议对战争法规则的编撰；）

#### （四）国际法编纂的历史

非官方编纂：法学家的个人编纂；学术团体的编纂活动

官方编纂：1.各国政府编纂，例如，《利伯尔法典》2.国际会议的编纂，19 世纪初到 20 世纪上半叶 3.国际组织的编纂，主要是联合国和国际联盟

## 二、联合国编纂国际法的活动

### （一）国际法委员会（ILC）

运行机制/工作程序：由委员会和联合国大会确定需要编纂的项目；指定**特别报告员**（特别报告员的作用非常大，真正负责国际法制定；我国没有特别报告员，西方主导）负责研究并提出报告；委员会在报告的基础上草拟公约草案，然后提交联合国大会讨论通过。编纂工作的一个重要特点在于：委员会应将草拟的条款草案直接分发各国政府并提交联合国大会第六委员会(法律委员会)征求意见，并在考虑上述意见的基础上形成最后的草案。开放给各国签署和批准。

为每一专题任命一个特别报告员；制定适当的工作规划；适当时，要求各国政府提供有关法律、法令、司法裁决、条约和外交信件的案文；特别报告员提交报告，国际法委员会以该报告为基础通过一个临时草案，这一草案一般采取条款形式，并附有说明判例、国际法委员会委员所表示的任何意见分歧及考虑采取的各种解决办法的评注。该临时草案作为国际法委员会的文件分发，并提交大会，同时也提交各国政府征求其书面评论。鉴于经验表明，在较短时间内，相当一部分政府是不会做出答复的，所以，根据现行程序，各国政府一般可有一年多的时间来研究这些临时草案和提出它们的书面评论。特别报告员对所收到的答复，连同联合国大会第六委员会辩论中所提出的任何意见一并进行研究；然后提出另一份报告，建议对临时草案作出适当的修改。国际法委员会再以该报告及评论为基础通过一项最后草案，并将该草案连同有关采取进一步行动的建议，一并提交大会。国际法委员会规约第 23 条第 1 款规定：“国际法委员会可向大会建议：(a)报告既已发布，不必采取行动；(b)以决议方式表示注意，或通过这项报告；(c)向会员国推荐这项草案，以求缔结一项公约；(d)召集会议以缔结一项公约。”

职能：①国际法的逐渐发展②国际法的编纂

(According to Article 13, paragraph (1)(a), of the Charter of the United Nations, the General Assembly is mandated to encourage the progressive development of international law and its codification. The progressive development of international law encompasses the drafting of legal rules in fields that have not yet been regulated by international law or sufficiently addressed in State practice. In contrast, the codification of international law refers to the more precise formulation and systematization of rules of international law on subjects that have already been extensively covered by State practice, precedent and doctrine.

根据《联合国宪章》第 13 条第(1)款(a)项，大会的任务是鼓励国际法的逐步发展及其编纂。国际法的逐步发展包括起草国际法尚未规定或在国家实践中尚未充分处理的领域的法律规则。相比之下，国际法的编纂是指对已被国家惯例、先例和学说广泛涵盖的问题更精确地制定和系统化的国际法规则。)

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会议上的特定专题编写研究报告和调查报告。

ILC 工作程序：

ILC 工作的特点：通过国际法委员会这一辅助性的国际造法活动机构，把各国政府的意志、成员国代表的要求和国际法专家的研究结合起来了。这一过程，有助于联合国为通过此种条款草

案而召开的国际外交会议易于取得成果。

成就：国际法委员会成立以来，几十项议题被列入委员会的工作计划，涉及国际法渊源、主体、国家继承、国家管辖与豁免、国际组织法、个人在国际法中的地位、国际刑法、国际海洋法与空间法、国际关系法、争端解决法等领域。

国际法编纂的意义：另，联大第六（法律）委员会、国际贸易法委员会、联合国人权理事会、和平利用外层空间委员会、联合国秘书处以及国际劳工组织、国际海事组织、世界卫生组织、世界银行集团、国际货币基金组织等一些联合国的专门机构都在各自领域从事过法律编纂活动

## 第四章 国际法的主体 Chapter 4 The Subjects of International Law

### 第一节 国际法主体的概念（concept）

《中国大百科全书》：国际法的主体，即国际法律关系的主体，一般是指独立参加国际关系并依国际法直接享受权利和承担义务的国际法律人格者。（行为能力+权利能力）

国际法主体的基本特征：

- 1、国际法主体是国际法律关系的独立参与者
- 2、国际法主体是国际法权利、义务的直接承担者
- 3、国际法主体是依国际法确定的国际法律人格

#### （一）学者观点

索伦森：承担国际法义务，违反义务可以承担国际责任；主张其在国际法上的权利；缔结国际法律关系

王铁崖教授：独立参加国际关系的能力；承受国际权利与义务的集合体

#### （二）国际关系参与者 vs 国际法律人格者（international personality）

- 1、国际法律人格：享有权利、承担义务和履行责任的能力（缔结国际条约的能力、履责能力）
- 2、国际关系参与者：国家、国际组织、区域组织、政府组织、非政府组织、上市公司、个人。参与与人格是两个概念，但是个人与各种不是国际法主体的实体在国际关系和国际法发展中所起到的作用也是非常巨大的。

#### （三）国际法主体的构成要素

（1）行为能力：必须具备以自己的行动独立参加国际法律关系的行动能力，要有作为物质和行为载体的同一的实体，要有独立的意思能力；

（2）权利能力：即能够依法享受权利和承担义务的资格；

For example: 东印度公司（×）、百慕大自治领（×）、红十字国际委员会（√）、东北伪满洲国（×）、法国流亡政府（√）、国际法院（×）

#### （四）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，除了承认民族国家的独立人格外，并不排斥其他个体的法律主体地位；

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：民族国家出现，实在法学派崛起，甚至只承认欧洲基督教文明国家才是国际法的主体，这个时期国际法主体制度比较封闭。

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。

- 1、转型过程中的不稳定因素太多：比如流亡政府、傀儡政府承认与否的问题；非殖民化带来的托管领土问题、殖民地独立过程中争取独立民族的法律地位问题；
- 2、对人的保护提高到前所未有的程度，自然法重新兴起，个人的国际法主体地位问题重新引起

热议

## 第二节 国际法主体的分类 categories

### （一）国家 states

国家曾是国际法唯一主体，随着国际关系发展，国际法中其他主体形成和发展，国家成为基本主体 States: only subject of international law → fundamental subject of international law

国家作为国际法主体的特点：

- 1、国家是国际法的基本主体：在国际法律关系中处于主要地位和起着主要作用的主体，国家即是基本主体；
- 2、国家是国际法的当然主体：不需要证明，取得国际法主体资格也不需要任何其他条件，只要行为体构成国家即可称为国际法的主体
- 3、国家是国际法的原生主体：与国际组织不同，不是派生的
- 4、国家是国际法的完全主体：具有完整的主体资格

国家是国际法的基本主体主要取决于：

- 1、国家具有主权，可以自主参与和发展各类国际法律关系
- 2、国家是国际法规范的基本对象
- 3、国家既是制定和发展国际法的基本主体，又是遵守和实施国际法的基本主体

### （二）国际组织是国际法的重要主体 International Organizations Are Important IL Subjects

#### 1、国际组织作为国际法主体的依据

- （1）许多国际文件与条约明文规定：《联合国宪章》等国际组织章程
- （2）国家实践确认：国家与国际组织签署的各类协定
- （3）国际法院咨询意见肯定：1949年执行联合国职务时遭受损害赔偿案
- （4）国际法学界普遍承认

国际组织作为国际法的重要主体主要取决于：

- （1）国际组织是各国进行国际合作的重要法律形式
- （2）国际组织是国际法规范的重要对象
- （3）国际组织既是参与制定和发展国际法的重要主体，又是遵守和实施国际法的重要主体

#### 2、国际组织构成国际法主体的要件

一个组织在国际法上是否享有具体人格取决于其组织文件的地位、其实际权力和实践。在这种情况下需要考虑的因素包括与国家或其他国际组织建立关系、与它们的缔约能力以及根据国内法给予它的法律地位。

- （1）行为能力：物质条件、意思能力，具有常设机构，以独立意志参与国际关系
- （2）权利能力：一方面，国际组织在各成员国内有资格订立契约、购置财产、进行诉讼。且其会所、成员国代表、机关官员均享有特权和豁免；另一方面，在国际范围内，有资格缔结条约、派遣使节、主持国际会议、调节国际争端、承担国际责任等。

#### 3、国际组织作为国际法主体的特殊性

A.能力派生性 Derivative: 派生性——国际组织的权利能力和行为能力是成员国通过协议赋予的 (v. 国家具有主权，其权利能力和行为能力是自身固有的)

B.职权有效性 Limited: 有限性——国际组织的职权一般通过组织章程明确限定在一定范围内 (v. 国家具有主权，具有完全的权利能力和行为能力)

#### 4、国际组织国际法律人格的创设理论

- （1）固有权利说：人格是客观的、独立存在的

国际组织的权利已经被习惯国际法所确认，因此，它的法律人格是客观的，不依赖章程的授



予或国家的承认而独立存在。

A. 国际组织除了具备习惯国际法所确认的权利能力外，还应具备该组织所特有的其他权利能力，这种特有的权利能力在范围上是不可限定的，只要组织章程没有禁止并且依照该组织的行能力可能实际达到，都可以享有

B. 国际组织的法律人格既然是一般的、客观的，当然对成员国和非成员国都一样，都具有国际法主体资格

C. 在所有国家的国内法体系和整个国际法体系都有法律人格

(2) 授权说或暗含权利说：章程明确授权、暗含赋予或成员国实践的事后承认

多数学者认为并不存在由习惯国际法所确认的一般权利能力，每一个国际组织所享有的权利能力，或者是章程明确授权的，或者是章程隐含的（隐含权），或者是由成员国对其实践事后承认而设定的。权利的范围限于“为实现宗旨所必须”，而划定范围的最终标准是创立国际组织的国家的意志。

(三) 争取独立的民族是国际法主体 Nations Striving for Independence Are Subjects of international law

Examples: Czechoslovakia 捷克斯洛伐克、Poland 波兰 (WWI), more examples after WWII

民族自决原则是争取独立的民族具有国际法主体资格的法律基础 Legal Foundation: The Principle of Self-determination of Peoples

过渡性的国际法主体——实际能力局限限制了实际享受国际法上的权利和义务，最终目的是建立独立的民主国家 Limitation: Transitional (过渡的) Subjects

(四) 关于个人的国际法主体资格 Are Individuals Entitled Subjects of IL?

争议：主体 or 客体？Controversy: Subjects v. Objects? (个人处于所属国家的管辖之下，不具有独立参与国际关系的能力，不具有直接承受国际法上权利和义务的能力)

欧美 (+日韩)：个人是国际法主体；中俄印等：反对个人是国际法主体

承认个人是国际法主体有利于个人保护自己的权利（如 ILO，个人来文机制），但是人权 > 主权，不利于国家对自己内政的保护，尤其是对发展中国家。

国际公约明确承认个人的权利和义务 Individuals' Rights and Obligations in International Conventions

国际刑法明确规定个人在国际刑事法律关系中的权利和义务 International Criminal Law:

E.g. 1998 Rome Statute of the International Criminal Court “个人的刑事责任”，“被告人的权利”，“被害人和证人的保护和参与”

Natural Persons & Legal Persons: 自然人和法人都是国际刑法主体

Limited Application: 个人即使具有国际法主体资格，范围也很有限

(五) 法人作为国际法的主体问题

非政府国际组织：传统理论认为他们只是国内法上的法人，也有学者认为应保障其一定的国际地位，如 ICRC、国际奥委会；

跨国公司的国际管制：对跨国公司进行国际调控的必要性已得到承认，但由此而提出的跨国公司在国际法上消极和积极的主体地位问题，仍存在争议；国际软法管制

企业法人与一国间的“国际契约”问题：对这类国际企契约是否属于“准国际条约”仍值得深入研究

国际联合企业问题：既非普通的国内企业法人，又不同于政府间国际组织，介于二者之间，从而对主体地位的认定带来困难

### 第三节 国际法上的承认 recognition in international law

#### 一、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：

- 1、主体是现存国家和国际组织，对象为新国家和新政府，也包括交战团体和叛乱团体
- 2、单方面的政治行为，是否承认、何时承认、以何种方式承认，完全由承认国自由裁量和决定，无需征得对方同意，因此具有很强的政治色彩。
- 3、既是政治行为也是法律行为：承认一经宣布，将产生重要的法律后果

承认的方式

##### 1. 明示承认和默示承认 (implied recognition)

明示承认：发表照会、函电或者声明、宣言

默示承认：建立外交、领事关系、缔结双边条约

现存国家与新国家或新政府维持非官方的联系，参加国际会议和作为同一国际组织的成员共同签订多边公约的行为，并不构成对新国家的默示同意

##### 2. 法律上的承认和事实上的承认

**法律上的承认 De jure recognition**：完全的、永久的承认，它表明承认者愿意与被承认者进行全面交往，构成两者发展正常国际关系的基础，该承认不可撤销

**事实上的承认 De facto recognition**：暂时的、不稳定的，可能随着政治关系的变化而被撤销或者收回，只愿意在经贸领域进行交往，不愿意在政治领域交往

##### 3. 单独承认和集体承认 (collective recognition)

单独承认是指一个国家单独作出的承认行为。

集体承认是指由若干国家集体作出的承认行为（如欧共体在处理 1991 年苏联解体后出现的新国家的承认问题）

#### 二、对国家的承认

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这一事实的确认，并表示愿意与其建立外交关系的单方面国家行为。

##### （一）国家承认的法律性质与作用

1、构成说 (constitutive theory)：流行于 19 世纪欧洲，一个国家只有经过既存国家的承认才能构成国际法的主体；承认具有创造国际法主体的作用，国家之所以能够成为国际人格者从而成为国际社会的成员，是承认的结果。虽然这一学说被认为违反国家主权平等原则，但是表明了承认与国家资格的标准之间存在密切的联系，尤其是在新产生的实体是否具备国家资格问题上存在争议的情况下。承认范围越大，证明构成国家的证据就越少。

2、宣告说 (declaratory theory)：体现在国际法院的裁决中，承认只是既存国家对新国家存在的事实给予确认或宣告，并不具有创设国际人格的作用，国家的成立及其国际法主体资格的取得不决定于他国的承认。缺陷在于未进一步揭示国家承认所产生的法律后果。

##### （二）国家承认发生的情形

国家承认的对象是新对象：合并、分离、分立和独立

##### （三）特殊情况

过早承认：构成国家的要素尚未完全具备（比如利比亚）

**史汀生不承认主义（The Stimson Doctrine of Non-recognition）**：1931 年九一八事变以后，日本在中国东三省扶植了一个所谓“满洲国”傀儡政府，为此美国国务卿史汀生于 1932 年 1 月 7 日照会中日两国政府，声明不承认用违反 1928 年巴黎非战公约义务的手段所造成的任何情势、条约或协定，同时宣称坚持美国对华的“门户开放”政策，史称“史汀生主义”。史汀生主义关于不承认傀儡政府的声明于同年 3 月 11 日在国际联盟大会上作为决议得以通过，并被确定为国联成员国的义务。以后“史汀生主义”成为国际法上承认制度的一项重要规则。根据该制度，违反国际法使用武力建立的国家，国家和国际组织不仅不应给予承认，而且应该反对。

### **不承认原则 Principle of Non-recognition**

定义 Definition: 承认主体对于违反国际法基本原则造成的事实或情势（建立的政治实体）不得予以承认

After WWII: 一系列国际文件

E.g. ①《1970 年国际法原则宣言》（1970 Declaration on Principles of IL）

②1974 年《关于侵略定义的决定》（Resolution on Definition of Aggression）：因侵略行为而取得的任何领土或特殊利益，均不得亦不应承认为合法

③1965 联合国安理会关于不承认南非罗得西亚种族主义政权的决议，要求所有国家不承认这个非法的种族主义政权 SC Resolutions on Southern Rhodesia

④1971 Advisory Opinion on Namibia（关于纳米比亚的咨询意见）：不承认南非吞并纳米比亚

（四）国家承认的效果：对新国家承认将产生一系列的政治和法律效果 p87

- 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

### **三、政府承认（recognition of government）**

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。

（一）政府承认的主要特征

- 1、政府承认的对象是新政府
- 2、现存国家和国际组织通常依“有效统治原则”对新政府予以承认
- 3、政府承认对于承认双方的权利义务关系具有重要影响。

（二）政府承认的条件

- 1.有效统治
- 2.“正统主义”“托巴主义”“威尔逊主义”“艾斯特拉达主义”：这三种行为都涉及对它国内部事务的审查，违反不干涉内政原则，不符合国际法，已为国际实践所否定

（三）政府承认的法律效果：类似于国家承认

现存国家对新政府的承认，往往成为建立外交关系的基础

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

#### 第四节 国际法上的继承 Succession in IL

指国际法上的权利和义务由一个承受者转移给另一个承受者所发生的法律关系。

继承的主体：国家、政府和国际组织，但不包括个人

继承的对象：国际法上的权利和义务

继承的发生的原因：国家领土的变更、涉及国家政权性质发生重大变化的新政府的产生、国际组织的改组或解散

##### 一、国家继承 Succession of States

###### （一）概述 Introduction

定义：一国由于领土变更的法律事实，其在国际法上的权利和义务依法转移给他国

特征：

1. Subjects: 主体是国家——Predecessor State 被继承国 / Successor State 继承国
2. Objects: 对象与所涉领土有关的国际法上的特定权利和义务，不是国家固有的基本权利和义务——必须符合 IL
3. Reason: 发生的原因是国家的领土变更
  - (1) Transfer/Exchange: 转让或交换领土，领土的部分变更，如印度孟加拉交换领土事件
  - “飞地”：指领土的一小部分在邻近的他国（一国或数国），领土范围内的与本国的领土不相毗邻
  - (2) Integration: 合并，领土的全面变更，如两德统一
  - (3) Separation: 分离，领土的部分变更，如克里米亚
  - (4) Disintegration: 分立，领土的全面变更，如苏联、南斯拉夫解体
  - (5) Newly Independent State: 新独立国家，领土的全面变更

新独立国家：领土在国家继承日期之前原是由被继承国负责其国际关系的附属领土的继承国

国家继承日期：被继承国对国家继承所涉领土的国际关系所附的责任，由继承国取代的日期——必须符合 IL 基本原则

###### （二）国家继承的内容

###### 1、条约的继承

- ①“人身条约”不予继承：与国际法主体人格有关的条约，比如和平友好、同盟互助、共同防御等条约
- ②政治性条约由于情势变迁，一般不继承
- ③“非人身条约”应予继承：领土、河流、交通等与领土有关的条约

###### 2、条约以外事项的继承

- ①国家财产的继承：不动产随领土转移、动产按照“所涉领土实际生存”原则
- ②国家档案的继承：通常通过协议解决
- ③国家债务的继承：国家债务继承、恶意债务不继承

##### 二、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。

政府继承与国家继承的区别：原因、主体、范围

政府继承的一般规则

- 1、新政府根据条约的具体内容来决定是否继承
- 2、旧政府的一切国家财产及权益都应转属新政府
- 3、对旧政府的债务不予继承或者根据善意或恶意区别对待

中华人民共和国政府继承的实践

- 1、条约：承认、废除、修改或修订
- 2、国家财产
- 3、国家债务
- 4、国际组织的代表权

## 第五章 国际法上的国家 Chapter 5 States in International Law

### 第一节 国家的要素与类型

#### 一、国际法上国家的构成要素

国际法上的国家是指由定居的居民和特定的领土组成的、有一定的政府组织和对外独立交往能力的政治实体。

定居的居民 (Citizenship)：永久性的居民

确定的领土 (Territory)：无论大小，其地位在国际法上均平等

一定的政权组织或政府 (Government)：有效政府

主权 (Sovereignty)：国家具有的对内的最高权力和对外的独立地位

#### 二、国家的类型

(一) Divided by structural forms of States 按国家结构形式划分

##### 1、单一制国家 (Unitary state)

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、司法和行政权力

##### 2、复合制国家 ( Composite State )：邦联和联邦

(1) 联邦制：根据联邦宪法组成的国家；特点是统一的宪法、最高权力机关和最高行政机关、统一的国籍；联邦政府与各成员之间的权限范围由宪法划定。各成员有自己的宪法、立法机关和行政机关、司法机关。联邦的成员具有较大的自主性，但是对外权力主要由联邦政府行使，联邦国家作为一个整体构成国际法的主体；成员单位不是国际法的主体。代表：现代美国、德国、加拿大、印度

(2) 邦联制：若干主权国家根据条约组成的国家联合体。没有统一的中央权力机关和行政机关，没有统一的国籍。组成联邦的各成员国是独立的主权国家。其公民具有本国国籍。对外关系上，邦联本身不是国际法主体，各成员国才是国际法主体。代表：早期美国、独联体

**政合国 Political Constituted States**：两个或以上国家缔结条约组成国家联合，同受一个国家元首的管理，制定共同宪法，设立行使一定联盟政府职能的共同机构，在对外关系中是一个主体，但各成员国内政独立，有自己的宪法、议会和政府。E.g. 1867—1918“奥匈帝国”

**君合国 Personal Union**：两个国家以某种条约同意由一个君主进行统治，实现国家联合，但两国均有自己的宪法和权力机关，在国际关系中都有主权地位。E.g. 1385—1569“波兰立陶宛共和国”

(二) 按国家行使主权的状况划分 Divided by how States exercise their sovereignty

1. **独立国 Independent States**：行使全部主权的国家，既可以是单一国，也可以是复合国，现代国家的主体。

2. **附属国 Dependent States**：主权受到控制而从属他国的国家，只行使部分主权。

a. 附庸国 Vassals: 对外关系权全部或大部分受他国控制的国家。控制国称宗主国。E.g. 1914—1922 埃及(英国)

b. **被保护国 Protectorates**: 根据条约将其重要的对外事务交由一个强国处理而处于该国保护之下的国家, 行使主权受到限制, 但作为一个国家, 仍是国际法的主体。E.g. 1912—1956 摩洛哥(法国)

1952 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案 (法国诉美国) : Morocco had in the circumstances of the case remained a sovereign state.

### (三) 永久中立国:

根据条约或国际承认, 对外关系中承担永久中立义务的国家。

1、自愿承担永久中立义务: (1) 不得对他国进行战争或参与战争, 但是有权自卫; (2) 不得缔结与中立义务相抵触的条约, 比如军事同盟条约、共同防御协定; (3) 不得卷入战争行动或承担这方面的义务, 比如驻军、建立军事基地等。

思考: 中立国能否加入联合国? 加入欧盟? 加入北约?

2、国际条约加以保证: 由其他国家 (主要是强国) 通过缔结条约保证中立国的中立地位不受侵犯。与自我宣称永久中立的最大区别。

目前中立国主要由: 瑞士、土库曼斯坦

## 第二节 国家的基本权利与义务

辨析:

1、国家的基本权利: 由国家主权直接派生出来的国家所固有的权利, 这些权利是国家在国际法上享有的根本性权利, 是国家不可剥夺不可侵犯的权利。

2、国家的派生权利: 从基本权利中引申出来的, 它是国家形势基本权利的结果。

### 一、独立权 Independence

国家按照自己的意志处理本国内外事务不受他国控制和干涉的权利。

独立权是国家主权的根本体现。

1、各国有权自由行使一切合法权利, 包括其政体之选择, 不接受其他国家之命令。A1 of 1949 Draft Declaration on Rights and Duties of States : Every State has the right to independence & hence to exercise freely, without dictation by any other State, all its legal powers, including the choice of its own form of government.

2、各国对任何他国之内政外交, 有不加干涉之义务。A3 of 1949 Draft Declaration on Rights and Duties of States : Every State has the duty to refrain from intervention in the internal or external affairs of any other State.

1949 科孚海峡案 (英国诉阿尔巴尼亚) : Between independent states, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations.

### 二、平等权 Equality

国家作为国际法主体在国际法律关系中所具有的地位平等的权利。

1、各国与他国在法律上平等之权利。A5 of 1949 Draft: Every State has the right to equality in law with every other State.

2、各国有一秉诚信履行由条约与国际法其他渊源而产生之义务，并不得借口其宪法或法律规定而不履行此种义务。A13 of 1949 Draft: Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties & other sources of IL, & it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.

Exception: 各国在国际组织中平等的投票权之例外——安理会常任理事国的否决权。

### 三、自卫权 Right of Self-defence

国家在受到外来武装攻击时进行单独或集体自卫的权利。自卫权原属于自保权的范畴，有时也称自保权。自保权是指国家保卫自己的生存和独立的权利，传统国际法认为是国家最基本的权利，现代国际法已不认为是国家固有的权利。

1、各国负责任不得以战争为施行国家政策工具，并不得使用威胁或武力，或以与国际法律秩序抵触之任何其他办法，侵害他国之领土完整或政治独立。A9 of 1949 Draft: Every State has the duty to refrain from resorting to war as an instrument of national policy, & to refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of another State in any other manner inconsistent with IL & order.

2、各国受武力攻击时，有行使单独或集体自卫之权利。A12 of 1949 Draft: Every State has the right of individual or collective self-defence against armed attack.

Limits: 以受到武力攻击为条件，应立即向安理会报告。

Progress: 承认集体自卫权。

### 四、管辖权 Jurisdiction

国家通过立法、行政和司法等措施对其领域内的人、物和事件以及境外特定的人、物和事件进行管辖的权力和权利。管辖权是国家的一项基本权利，是国家主权的重要体现。

1、各国对其领土以及境内之一切人与物，除国际法公认豁免者外，有行使管辖之权。A2 of 1949 Draft: Every State has the right to exercise jurisdiction over its territory & over all persons & things therein, subject to the immunities recognized by IL.

2、各国对其管辖下之所有人民，有不分种族、性别、语言或宗教，尊重其人权及基本自由之义务。A6 of 1949 Draft: Every State has the duty to treat all persons under its jurisdiction with respect for human rights & fundamental freedoms, without distinction as to race, sex, language, or religion.

3、各国在保证其领土内之情况不威胁国际和平与秩序之义务。A7 of 1949 Draft: Every State has the duty to ensure that conditions prevailing in its territory do not menace international peace & order.

Importance: 国家管辖权是国家的基本权力和权利，是国家主权的重要内容。国家管辖权关系到不同国家之间权力的分配，也关系到国家和国际组织之间权力的安排。因此，规范国家管辖权的范围和内容成为国际法的重要领域。

Forms: 国家的管辖权表现为立法权、行政权和司法权。

领土 Territory: 国家在其领土内行使管辖权，但受国际法限制。

对主权的保护 Protection of Sovereignty: 国家除依据领土主权享有领土管辖权外，还依据国际法的规定取得域外管辖权。域外管辖权可能危害国家主权。因此需要保护主权。E.g. A15 of 2000《联合国打击跨国有组织犯罪公约》

#### (一) 管辖权的分类：

## 1、属地管辖权 Territorial Jurisdiction

- (1) 概念：指国家对其领土范围内的一切人、事、物享有完全的和排他的管辖权。
- (2) 属地管辖权的优先性
- (3) 限制：外交豁免；主权豁免；领海无害通过；属人管辖权的限制
- (4) 域外管辖权问题：Extra-territorial Jurisdiction

## 2、国籍管辖权 Nationality Jurisdiction

也称属人管辖权原则，是基于国家主权所具有的属人优越权这种主权权力所产生的，无论国民在国内还是国外国家对其国民都有管辖权。

- a. 主动的属人原则 Subjective Nationality: 被告人国籍原则，罪犯的国籍国对犯罪进行管辖。一国对该国国民在国外犯罪有刑事管辖权。
- b. 被动的属人原则 Objective Nationality: 受害人国籍原则，犯罪中受害者的国籍国对犯罪进行管辖。一国对外国人在外国对本国公民的犯罪有刑事管辖权。

## 3、保护性管辖权 Protective Jurisdiction

对于危害国家基本利益的犯罪行为，其基本利益受到危害的国家有权进行管辖。对于外国人在外国所做的危害本国的犯罪行为，该国也有权进行管辖。

Differences:

- a. 属地原则：强调犯罪的地点。
- b. 国籍原则：强调犯罪者和受害者的国籍。
- c. 保护原则：强调受犯罪危害的国家基本利益。该利益不可能由其他国家保护或其他国家考虑不到这种利益。多指危害国家主权、安全、独立以及政府职能等的犯罪

4、普遍性管辖权 (Universal Jurisdiction)：指根据国际法的规定，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。

- (1) 适用罪行：海盗；奴隶贸易；战争罪；种族灭绝；贩卖走私毒品；危害人类等国际罪行
- (2) 限制：一国只能在本国管辖范围内或者不属于任何国家管辖的区域行使普遍管辖权
- (3) 对传统豁免权理论的冲击：皮诺切特案；逮捕令案；比利时起诉卢旺达

## (二) 国家管辖权的冲突与协调 Conflict & Harmonization of States Jurisdiction

冲突：多种管辖权原则并存时可能出现冲突。即使采取同一管辖权原则也不能完全避免冲突。

### 1、解决机制 Settlement Mechanism:

- a. 单边体制 Unilateral Mechanism: 国家通过各种有效措施自我限制行使刑事管辖权。
- b. 双边或多边体制 Bilateral / Multilateral Mechanism: 国际社会通过双边、多边协定规定解决冲突的规则和办法，包括在必要时将争端提交有关国际法院解决。

### 2、解决方法 Ways of Settlement:

- a. 规定优先管辖权：通常领域原则在第一位，普遍管辖原则在末一位。E.g. 犯罪地国
- b. 规定专属管辖权：限制公海的共同管辖权。E.g. 船旗国
- c. 一事不再理规则的适用：一罪不二罚，一个人就同一犯罪不受二次处罚。E.g. 欧盟适用一事不再理规则的协定
- d. 有关国家协商解决：一些国际协定确定。E.g. 欧洲刑事诉讼移管公约
- e. 被请求国的自由裁量权：刑事司法协助中几个国家就同一犯罪案件提出司法协助请求，除条约明文规定外，通常由被请求国自由决定。E.g. 引渡模式协定
- f. 司法解决：提交国际法院等。E.g. 反对劫持人质国际公约



### 第三节 国家豁免 State Immunity

#### 一、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。具体地说, 就是国家及其机构和财产在外国法院享有管辖豁免权(jurisdictional immunities)。

管辖权有三种类型: 立法、执行管辖权和司法。豁免的对象主要针对司法管辖权和执行管辖权

1、一国法院不得受理以外国国家为被告或以外国国家财产为标的的诉讼。国有企业的财产能否成为诉讼的标的? (国有企业及财产不享有国家豁免)

2、国家可以作为原告在另一国法院起诉, 此时, 该法院可受理被告提出的同本诉有直接关系的反诉

3、即使国家在外国法院败诉, 该国也不受强制执行的约束

4、国家豁免在性质上是程序性的

#### 二、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。

##### (一) 绝对豁免主义

国家的一切行为和财产均免受外国法院的司法管辖。

##### (二) 相对豁免主义: 产生于 20 世纪尤其是第二次世界大战之后

1、政治、外交以及军事行为(主权行为、统治权行为): 享受豁免

2、私人或法人从事的行为(私法行为或商业交易行为): 不享受豁免

##### (三) 有关国家豁免的法律: 国际法和国内法的混合体

1、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》等

2、国际法层面: 习惯国际法或普遍性条约, 如《联合国国家及其财产管辖豁免公约》

#### 三、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

国有企业的豁免问题:

1、《公约》第 10 条第 3 款规定国家豁免不因那些具有独立法律人格的国有企业涉诉而受到影响; 该条款不影响揭开公司面纱原则的适用

2、中国学界和实务界的看法

1、中国的国有企业是具有独立法人资格的实体, 不享有主权豁免;

2、中国作为一个主权国家享有国家豁免, 中国本身及其财产不受任何外国法院的强制管辖;

3、中国赞成通过国际协议来消除各国在国家豁免问题上的分歧, 如果外国国家侵犯我国的国家及其财产豁免权, 我国有权采取对等措施

#### 四、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 17 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；雇用合同；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机构；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。

#### 五、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

注意：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

### 第六章 国家领土法 Law of State Territory

#### 第一节 国家领土的概念 Concept and Composition of State Territory

##### 一、国家领土的概念 Concept of State Territory

国家领土（state territory）是指隶属于国家主权的地球的特定部分，是国家的构成要素之一，是国家主权活动和行使排他性权力的空间。

##### 二、国家领土的构成 Composition of A State's Territory

###### （一）领土 land territory

国家疆界内的所有陆地，包括岛屿。

###### （二）领水 territorial waters

位于陆地疆界以内或与陆地疆界邻接的一定宽度的水域。它包括内水和领海。

###### （三）subsoil (底土)

###### （四）airspace (领空)

#### 第二节 领土的取得与变更 Acquisition and Change of Territory

##### 一、取得 Acquisition of Territory in Traditional International Law

1、先占（occupation）：一国有意识地占有无主地并取得其主权的行為。先占必须具备以下两个条件，即先占的客体必须是无主地以及实行有效的占领。

2、时效（prescription）：一国对他国领土进行长期占有之后，在很长时期内利益相关的国家对此都不曾进行抗议和反对，或者曾经有过抗议和反对，但后来都停止了抗议和反对，等于是默认了这个国家对该领土的占有行为，从而由于逐渐符合国际秩序而取得领土的一种方式，而不论其当时最初的占取是处于恶意还是善意。在现代国际法中以时效作为取得领土的方式，已失去其现实意义了。

3、添附（accretion）：分为自然添附与人为添附

4、割让（cession）：分为强制性领土转移与非强制性领土转移；许多国家的宪法对这种重大的国家行为都有限制性的规定，如公民投票等。

5、征服 (conquest): 一国以武力兼并他国的全部或部分领土, 从而取得该领土的主权。有效的征服必须具备以下条件, 即占有的意思表示以及保持占有的能力。自从现代国际法废止战争以来, 征服已不再是取得领土的合法方式了。

## 二、变更 Change of Territory in Modern International Law

### (一) 民族自决 (self-determination of peoples)

根据民族自决原则, 一切处于外国殖民统治、外国占领和外国奴役下的民族, 具有自己决定自己的命运与政治地位、建立独立的主权国家和自主地处理其内外事务的权利。

可以采取和平的方式, 也可以通过武装斗争来实现

### (二) 全民公决 (referendum)

又称公民投票, 是指由当地居民以投票方式决定有关领土的归属。引起领土变更的全民公决应该具备以下几个条件, 即合法与正当的理由、居民能够自由表达意思、应由联合国监督投票。

## 三、领土争端及其解决 Territorial Dispute and Its Settlement

### (一) 原因 Cause of the territorial dispute

引发领土争端的原因是多方面的, 既可能是两国间边界线的位置或走向不明确, 也可能是双方对边界条约中有关边界线的规定有不同的解释, 或者由于边境被侵占、边界线被单方面移动等。

### (二) 解决手段 Means of Territorial Disputes Settlement

1. 通过双方谈判, 签订边界条约。

2. 提交仲裁或国际司法程序。

## 第三节 领土主权及其限制 Territorial Sovereignty and Its Limitations

### 一、领土主权 Territorial Sovereignty

(一) 定义: 领土主权 (territorial sovereignty) 是指国家对其领土范围内的人和物所行使的最高的和排他的权力。

### (二) 组成 content of territorial sovereignty

第一、领土管辖权。

第二, 领土所有权。

第三, 领土完整和不可侵犯权。

### 二、领土主权的限制 Limitation of Territorial Sovereignty

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) 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;

### (二) 特殊限制:

1. 共管 (condominium): 两个或两个以上国家共同行使主权。

2. 租借 (Lease): 以平等自愿为前提, 通过租界条约进行才合法。

3. 势力范围 (Sphere of Influence): 既破坏了一国领土, 也违反了国际原则。

4. International Servitude: 分为积极地役与消极地役。

## 第四节 边界和边境制度 Borders and Border Measure

### 一、边界的形成和划定 Formation and Delimitation of Boundary

#### (一) 边界的形成

边界又称国家边界 (state boundary) 或国界, 是划分国家领土范围的界线。

国家边界的形成主要有两种情况:

1. 是在长期的历史过程中根据双方历来行政管辖所及的范围而逐渐形成的传统边界线;
2. 是有关国家依条约划定的条约边界线。

#### (二) 划定边界 Delimitation of Boundary

第一, 自然划界法。自然划界法是指国家利用天然地形, 如河流、湖泊、山脉、沙漠和森林等为界, 来划定边界线的方法。

第二, 几何学划界法。几何学划界法是指以两个固定点之间的直线作为国家的边界线的方法。

第三, 天文学划界法。天文学划界法是指以一定经纬度来确定国家边界的方法。

### 二、边境措施 border measures

#### (一) 边界标志的维护

#### (二) 地方居民的往来

#### (三) 界河和边境土地的利用

#### (四) 边境争端的处理

### 三、中国边境现状 Current Situation of China's Border

同我国接壤的陆上邻国有 14 个: 朝鲜、俄罗斯、蒙古、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、阿富汗、印度、巴基斯坦、尼泊尔、不丹、缅甸、老挝和越南。

到目前为止我国已与 12 个邻国签订了边界条约, 全部或基本解决了与这些国家的陆地边界问题。

在海上与我国相邻或相向的国家有 8 个: 朝鲜、韩国、日本、菲律宾、马来西亚、文莱、印度尼西亚和越南。

我国与邻国的陆界问题尚未完全解决, 特别是海域划界和岛屿归属面临复杂严峻的形势。

## 第五节 南极和北极

### 一、南极洲的法律地位 Legal Status of Antarctica

#### (一) Background of Antarctic Treaty

#### (二) 《南极条约》( Antarctic Treaty ) 的主要内容

第一, 南极只能用于和平之目的(non-military purpose)

第二, 各国在南极洲享有科学调查的自由, 并为此目的而进行国际合作。

第三, 冻结对南极的领土要求。

第四, 缔约各方有权指派观察员在任何时间进入南极任何地区进行视察。

第五, 建立缔约国协商会议制度。

#### (三) 南极条约体系, Antarctic Treat System

《南极条约》与 1972 年《南极海豹保护公约》、1980 年《南极海洋生物资源保护公约》、1988 年《南极矿物资源活动管理公约》和 1991 年《南极条约环境保护议定书》等公约共同构成了“南极条约体系”。

### 二、北极的法律地位 Legal Status of Arctic

- 1、迄今为止，还没有国际协议对北极的法律地位问题加以规定。
- 2、**扇形原则 (sector principle)**：该国的领土范围可以达到以东西两端界线为腰，以极点为圆心，以该毗邻国的东西海岸线为底而构成的扇形空间。
- 3、1973 年，加拿大、丹麦、挪威、美国和苏联签订了《保护北极熊协定》。1990 年，北极地区有关国家成立了国际北极科学委员会。同年，加拿大、丹麦、芬兰、冰岛、挪威、瑞典、美国 and 苏联等 8 个国家共同签订了《八国条约》。该条约主要规定的是各国在北极的科学研究行为规范和环保责任，并没有对各国领土和资源的分配做出界定。1991 年，北极国家首脑会议发表了《保护北极环境宣言》，并制定了《北极环境保护战略》。
- 4、1996 年 9 月，芬兰、瑞典、挪威、丹麦、冰岛、加拿大、美国和俄罗斯等 8 个北极沿岸国家，在加拿大渥太华成立了北极理事会。
- 5、北极理事会 2013 年 5 月 15 日批准中国为正式观察员国，一同被批准的还有日本、韩国、印度等 5 个国家。近些年来，我国多次派遣科研人员赴北极进行科学考察活动，2004 年建立北极科考站-黄河站。
- 6、北极航道出现以后，引起了新一轮的争夺。

## 第七章 国际法上的个人 Individuals in International Law

### 第一节 国籍 Nationality

#### (一) 国籍的概念及意义

国籍 (nationality)，是指一个人属于某一国家的国民或公民的法律资格。它表明一个人同某一特定国家之间固定的法律联系。

意义：1. 国籍是一个国家确定某人为其国民或公民的根据。2. 国籍对于国家行使管辖权具有重要意义。3. 国籍是一国区分本国人和外国人以及给予境内居民不同待遇的前提。4. 国籍是国家对居民提供外交保护的依据

国籍法 Nationality Law：是规定个人国籍的取得、变更（包括国籍的恢复）、丧失以及处理国际冲突的规则和原则的法律规范的总体。

迄今为止，国籍法主要体现为国内法。欧盟虽然确立了欧盟公民资格，但是并没有取代各成员国的国籍法律规范。

国籍法纯属于一国主权范围内的事项。(1923 年 PCIJ 对“突尼斯-摩洛哥国籍命令案”的咨询意见，1955 年 ICJ 对“诺特波姆案”的判决都认为，国籍属于国家国内管辖事项)

其他主要的约定 Other Main Conventions:

1930 关于某种无国籍情况的议定书；1930 关于双重国籍某种情况下兵役义务的议定书；1933 美洲国家间国籍公约；1933 美洲国家间关于妇女国籍的公约；1954 关于无国籍人地位的公约；1957 已婚妇女国籍公约；1961 减少无国籍状态公约

#### (二) 国籍的取得与丧失：

##### 1、国籍的取得 Acquisition of Nationality：

(1) 出生 by birth（自始取得）：原始国籍、固有国籍

①出生地主义 (jus soli)：一个人的国籍不依父母的国籍而取决于其出生的地方。如美国墨西哥。

②血统主义 (jus sanguinis)：依据父母的国籍来确定一个人的国籍。单系（父系）血统原则和双系（父母）血统原则。

③混合主义：依血统原则和出生地原则相结合的混合原则取得国籍。有的以血统原则为主、出生地为辅，有的则反之或平衡采纳。

(2) 加入 by Accession (继受取得，即入籍)：后来国籍、继有国籍。狭义入籍，仅指申请入籍；广义入籍还包括其他原因的入籍。

①申请入籍 Voluntary Application。旧称归化 (naturalization)，是指外国人或无国籍人按照一国法律规定，通过本人自愿申请并经批准而取得该国国籍。

②婚姻入籍 Marriage：是指一国公民与另一国公民结婚而取得另一国国籍。三种情形：一、无条件妻随夫籍；二，外国女子与本国男子结婚，采取妻随夫籍，无条件取得本国国籍；本国女子与外国男子结婚，采取女子国籍独立原则，不必然变更国籍；三，有条件的妻随夫籍。现代国籍立法大多倾向于男女平等原则和国籍独立原则，规定婚姻不影响国籍。

③收养 Adoption 或认领非婚生子女入籍：三种情形：一，收养影响国籍；二，收养不影响国籍；三，收养虽不影响国籍，但养父母所属国可按优惠条件给被收养人以该国国籍。

④交换领土 Territory Transfer：两国平等交换部分领土，双方依协议解决。

## 2、国籍的丧失 Loss of Nationality

一个人丧失某一特定国家的国民或公民的资格。

根据各国的立法和国际实践，国籍的丧失可分为自愿丧失国籍和非自愿丧失两种情况。

(1) 自愿丧失国籍 Voluntary Loss：国籍的丧失是基于当事人的意愿

①申请退出某一国籍 Application：当事人提出申请，经国籍国批准后丧失该国国籍。E.g. A10 of 1980 中国籍法——外国人近亲属、定居国外、有其他正当理由

②自愿选择某一国籍 Voluntary Choice：

在领土交换的情况下，交换地区的居民因自愿选择他国国籍则丧失原有国籍；在双重国籍的情况下，双重国籍人因自愿放弃一国国籍而丧失该国国籍。

(2) 非自愿丧失国籍 Involuntary Loss：国籍的丧失基于法律规定的原因或事实而自动丧失

①由于婚姻而丧失国籍；

②由于收养而丧失国籍；

③由于剥夺而丧失国籍：不符合现代人权理念，实施得很少。

Consideration of IL Principle of Fundamental Human Rights Protection: E.g. 1948 Universal Declaration of Human Rights “人人享有国籍，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。” E.g. Convention on the Reduction of Statelessness “缔约国不得以种族、民族、宗教或政治理由取消任何人的国籍。”

### (三) 国籍的抵触 (冲突) Conflict of Nationality 及其解决

一个人同时具有两个或两个以上国籍或不具有任何国籍。

#### 1、国籍的积极冲突与消极冲突 Positive & Negative Conflict of Nationality

①国籍的积极冲突 Positive Conflict of Nationality：一个人同时具有两个或两个以上国家的国籍 Dual Nationality & Multiple Nationality 双重国籍和多重国籍，主要由于各国国籍取得和丧失的规定不同，出生、婚姻、收养、认领入籍等情况下出现。

影响：为相关国家和个人带来不利后果。(1) 使个人陷入困难境地，如服兵役、纳税等义务，战争状态等。(2) 对国籍国而言，使它们陷入行使属人管辖权的冲突；(3) 对第三国而言，给第三国对外国人的管理带来不便，尤其是在国籍国同时行使外交保护时，第三国无所适从。

解决：

国际私法：认可事实、选择国籍，即当存在双重国籍时如何选择、确定相关个人的国籍；

国际公法：解决问题本身、避免发生，即消除已经存在的个人双重国籍以及防止今后产生双重

国籍问题。

(1) 国内立法 Domestic Law

(2) 双边条约 Bilateral Treaty：比较有效的方法，如 1955 年《中华人民共和国和印度尼西亚共和国关于双重国籍问题的公约》：“凡是同时具备中国与印尼国籍的人，都应就中国和印尼国籍中选择一种国籍。”

(3) 多边公约 Multilateral Treaty：理想但难以奏效。各国利益、历史、人口、文化传统的差异及国际社会复杂性。

②国籍的消极冲突 Negative Conflict of Nationality: 一个人不具有任何国家的国籍。不具有任何国家国籍的人被称为无国籍人。主要由于各国国籍取得和丧失的规定不同，出生、婚姻、收养和国籍剥夺等情况下出现。

影响：Stateless Persons: 无国籍人由于不具有任何国家的国籍，无论其处于何处，都不可能享受该国国民待遇，也无法享受根据互惠原则而给予特定国家国民的优惠待遇，在其利益遭到侵害时，也难以寻求任何国家的外交保护。

解决：(1) 签订国际公约 Multilateral Treaty，如 1954 年《关于无国籍人地位的公约》、1961 年《减少无国籍状态公约》(2) Domestic Law: 国内立法，这是更为有效的办法。

#### (四) 中国的国籍法 Nationality Law in China

History: 中华人民共和国成立前，中国曾制定三部国籍法：1909 年《大清国籍条例》；1914 年《民国三年修正国籍法》和 1929 年《民国十八年修正国籍法》。均采取父系血统主义原则。

Nationality Law in PRC: 1980 年 9 月 10 日，第五届全国人大三次会议通过了《国籍法》，共计 18 条，其基本原则和主要包括：

1. 采取血统主义和出生地主义相结合的原则。

(1) 父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。

(2) 父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍。

(3) 父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍

2. 不承认双重国籍。

(1) 父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。

(2) 定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。

(3) 被批准加入中国国籍的，不得再保留外国国籍。

(4) 被批准恢复中国国籍的，不得再保留外国国籍。

我们国家不承认双重国籍的问题：好处是，可以避免国际冲突，比如在印尼和马来的华人，中国不会因为这些人权益受损进行外交保护，但真的权益受损时，中国无法提供外交保护，比如印尼、马来排华辱华事件，这时候中国就没有理由进行保护，只剩文化联系了。限制了我国政府的立场和行为，两会代表提出应当承认双重国籍，且实际中有很多人用两本护照，所以承认双重国籍可能也有一定必要性。

3. 防止和减少无国籍人。

(1) 父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍。

(2) 外国人或无国籍人，愿意遵守中国宪法和法律，并具有下列条件之一(中国人近亲属、定居中国、有其他正当理由)的，可以经申请批准加入中国国籍。

4.自愿申请和审批相结合的原则。中国国籍的取得、丧失和恢复,除第九条规定的以外,必须办理申请手续。加入、退出和恢复中国国籍的申请,由公安部审批。

## 第二节 外国人的法律地位和待遇 Legal Status and Treatment of Foreigners

### (一) 外国人的概念与法律地位

1、外国人 Aliens: 在一国境内不具有居住国国籍而具有其他国籍的人,包括自然人和法人。居住国为了便于管理,往往将无国籍人也视为外国人。具有双重国籍的人,当他们处于所具有国籍的任一国家时,原则上就是该国国民而不是外国人。

2、外国人的法律地位 Legal Status of Aliens: 就外国人的法律地位而言,外国人可分为两类:一类是根据国际法享有外交特权和豁免的外国人(管辖豁免);另一类是一般外国人(居住国属地管辖和国籍国属人管辖的双重管辖,国籍国有权提供外交保护)。

3、外国人入境、居留和出境制度 Entry, Residence & Exit of Aliens

各国一般通过国内立法,对外国人的入境、居留和出境作出明确规定。给予外国人何种法律地位,是一国主权范围内的事项,不受别国干涉。但是,对外国人法律地位的规定,不得违背国家依据条约所承担的国际义务或国际法的一般原则、规则,并应考虑外国人国籍国的属人管辖权。外国人必须遵守居留国的法律法规,也可以申请本国的外交保护。

#### 【入境 Entry】

Practice: 一国是否准许外国人入境,完全是国家主权范围内的事项。国家在国际法上不具有必须准许外国人入境的义务,外国人在国际法上也不具有要求非国籍国准许其入境的权利。通常在互惠基础上允许外国人为合法目的入境。一般要求护照和签证,也有互惠基础上通过协议互免签证。

Limits: 国家有权为本国合法利益限制某些外国人入境,通常包括精神病患者、传染病患者、刑事罪犯和从事不正当职业者,但不得违反国际法基本原则。E.g. 1882/1904 美种族歧视法律限制华工入境。

#### 【居留 Residence】

Practice: 国家没有允许外国人居留的义务,是否允许外国人居留是一国主权范围内的事。合法进入一国境内的外国人,根据所在国的法律和有关的国际条约或协定,可以在该国短期、长期或永久居留。外国人未经请求并许可,不能在一国领土内长期居留。

Rights: 通常保护外国人的合法民事权利,不享有国民的政治权利,也没有服兵役的义务。

#### 【出境 Exit】

Practice: 外国人出境,只要符合所在国有关出境的规定,就应被允许出境。一国不得禁止外国人合法离境。外国人出境的条件,由居留国法律规定。一般须了结司法案件或债务,付清捐税,办理出境手续。

Limits: 为维护公共秩序或公共安全,居住国有权限令外国人离境或将其驱逐出境,但不得滥用——1990 保护所有移徙工人及其家庭成员的权利,国际公约禁止集体驱逐移徙工人及其家庭成员,每个驱逐案件须单独审查。

驱逐出境的情形: 教材 232 页。例子,疫情期间,澳洲华人在北京小区违反隔离规定,不戴口罩跑步,经社区和民警劝阻仍然反应恶劣,最终被限期离境。

### (二) 外国人待遇的一般原则

对于外国人的待遇,国际法上没有统一的规定。一国给予外国人何种待遇,属于一国自主决定的事项范围。国家通常以国内法的方式明确规定外国人的待遇。国家之间也以条约的方式规定相互给予对方国家的公民和法人的待遇。

1. 国民待遇 National Treatment

一国给予外国人与本国人相同的待遇。即在同样条件下,外国人所享受的权利和承担的义务与



本国人相同。

Practice: 一般限于民事权利和诉讼权利, 不包括政治权利(选举和被选举权、公职、兵役)。通常在互惠基础上给予。

## 2. 最惠国待遇 Most-favoured-nation Treatment

一国(施惠国)给予另一国(受惠国)国民或法人的待遇, 不低于现在或将来给予任何第三国的国民或法人的待遇。一般通过条约中的最惠国条款给予。主要目的在防止和减少国际经济贸易中的歧视现象。国民待遇强调外国人与本国人平等, 最惠国待遇强调外国人之间平等。

最惠国待遇通常不是“最”优惠的待遇, 只是所有外国国家都一样, 比如区域贸易协定等等。

1978 关于最惠国待遇的条款草案 Draft Convention:

(1) 一国的国民或法人在他国作为外国人享受的最惠国待遇来源于其国籍国与他国所订立的最惠国条款。

(2) 一国的国民或法人在他国作为外国人享受的不低于现在或将来给予任何第三国的国民或法人的待遇, 是在约定的领域, 并不是在所有领域。

(3) 最惠国待遇不应影响国际社会普遍认可的给予发展中国家的优惠待遇。

适用范围和不适用范围: 教材 P234

3.互惠待遇 reciprocal treatment: 是指一国给予外国国民的某种权利、利益或优惠待遇须以该外国给予本国国民同等的权利、利益或优惠待遇为前提。是外国人待遇中的基础性原则。

## 4. 差别待遇 Differential Treatment

一国给予外国人与本国公民不同的待遇, 或对不同国籍的外国人给予不同的待遇。

歧视 Discrimination: 国际法承认各国在不违反国际法的限度内自由决定对外国人的待遇, 包括合理的差别待遇, 但如果根据种族、民族、性别等原因而规定的差别待遇, 则是违反国际法的歧视待遇。

1985 通过非居住国公民个人人权宣言 Declaration

### (三) 外交保护

一国对在外国的国民(包括本国法人)的合法权益遭到所在国家非法的侵害而得不到救济或适当救济时, 通过外交途径向加害国进行交涉和寻求补偿的行为。通常实施外交保护的都是各国的外交机关。

当具有一国国籍的个人受到他国的不法行为侵害时, 其国籍国为其提供保护的重要措施就是提供外交保护。

提供外交保护的是各国的外交机关: 国内的外交机关、国外的外交机关。

外交保护与行使外交保护 Diplomatic Protection & Its Exercise

根据国际法规定和国际实践, 一国要行使外交保护, 一般应遵循下述规定:

1.本国国民的合法权益遭受非法侵害, 损害因另一国的国际不法行为所致, 即本国国民受损害的事实与另一国的国际不法行为存在因果联系的情况下, 受损害国民的国籍国才能行使外交保护。

2.有权行使外交保护的国家是国籍国——自然人的国籍国(寻求外交保护的个人以不违反国际法的方式取得了其国籍的国家)和公司的国籍国(公司依照其法律组建并在其领土内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家)。

3.寻求外交保护的个人应具有保护国的持续国籍(从受害人受到损害之时到正式提出求偿之日持续具有保护国国籍), 即“国籍持续原则”或“国籍实际联系原则”。

4. “用尽当地救济原则”(exhaust local remedies) P236 (在寻求外交保护的受害人没有用尽当地补救办法之前, 受害人的国籍国不得提出国际要求)。当地补救办法指受害人可以在据称应对损

害负责的国家的普通或特别的司法或行政法院或机构获得的合法补救办法。Exceptions:

- a. 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性。
- b. 补救过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的。
- c. 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或依据案情，用尽当地补救办法实为不合理。
- d. 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。

外交保护领域国际法的新发展 Newly Development in IL in Diplomatic Protection:

- (1) 对无国籍人和难民的保护。该人自受到损害之时至正式提出求偿之日在该国须有合法的惯常居所。
- (2) 多重国籍国民的外交保护。针对第三国求偿时，任一国籍国可单独或共同行使外交保护。针对国籍国求偿时，除非一国在该人受损害时和正式提出求偿之日都是主要国籍国才可行使外交保护。
- (3) 公司国籍国的保护与股东的国籍国的保护。公司受损一般情况下股东的国籍国无权行使外交保护，除非一国的国际不法行为对股东本人的合法利益造成直接损害。

#### (四) 外国人在中国的法律地位 Legal Status of Aliens in China

History: 1982 宪法 A18、A32

旧法: 1985 外国人入境出境管理法已废止。

新法: 2013 出境入境管理法，一些原则不变。

- (1) 维护国家主权原则。
- (2) 保护外国人的合法权利原则。
- (3) 外国人的入境和居留。
- (4) 外国人的出境。
- (5) 对外国人的惩罚。

### 第三节 国际法中的引渡 Extradition /rendition in International Law

#### 一、引渡的概念和发展历史

概念: 一国的主管机关应他国主管机关的请求，将在本国境内而被他国指控犯罪或判刑的人交给请求国审判或执行处罚的国际司法协助行为。

依据: 国家没有一般性的引渡义务，除非它根据条约承担了这种义务。

在没有条约的约束下，国家是否向他国引渡罪犯，完全是它根据主权自由决定的事。但是，如果一国与他国签订了引渡条约，缔约双方就应根据条约的规定承担引渡义务。引渡条约，有双边条约，也有多边条约。前者比如 1924 年《美国和罗马尼亚间引渡条约》、1971 年《美加引渡条约》、1953《匈牙利和保加利亚间司法协助条约》等；后者如 1933 年《美洲国家间引渡公约》、1957 年《欧洲引渡罪犯公约》等。

发展历史: 1278BC 埃赫引渡双边条约；1794 美英杰伊条约；1833 比第一部引渡法；1933 美洲国家间引渡公约；1957 欧洲引渡公约；1988 禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约；1990 引渡示范条约

历史: 现代意义的引渡制度产生于 18 世纪的欧洲，到现在为止，从国家间签订的引渡条约、各国的引渡法和引渡实践来看，在引渡罪犯的问题上已经形成了一些公认的习惯国际法规则。

## 二、引渡的特点

1. 内容 Content: 引渡的内容是一国将在该国受到他国通缉的人送交他国审判或惩处。
2. 性质 Nature: 引渡是国家间的刑事司法合作行为。一般由中央机关负责。
3. 使用的法律 Law: 引渡的法律根据是国际法和国内法的有关规定。
4. 主体 Subject: 有权请求引渡的国家: (1) 罪犯本人国籍国; (2) 犯罪行为发生地国; (3) 受害国。如果这三类国家同时对同一罪犯提出引渡要求, 原则上被请求国有权决定把罪犯引渡给何国。
5. 对象 Object: 引渡的对象是被请求国指控犯有可引渡之罪的人。

## 三、国际法关于引渡的一般原则

### 1、政治犯不引渡原则 Non-extradition of Political Criminal

政治犯不引渡原则是在资产阶级革命时期提出的一项原则。最早见 1793 法国宪法。何为政治犯由被请求国自定。国际公约通常将国际犯罪行为排除在政治犯罪外。

就引渡的对象和可引渡的罪行而言, 19 世纪以前, 主要是政治叛乱者、异教徒、逃兵, 18 世纪末开始, 尤其到了 19 世纪, 由于资产阶级革命胜利, 罪刑法定与民主原则确立, 使引渡对象发生了根本改变, 各国不再引渡政治犯罪者、宗教犯罪者、违反军规者, 而仅限于普通刑事犯罪者, 因为不同政见者应有自由、不应受到迫害, 均不构成引渡对象, 即政治犯不引渡原则。但这项原则实施有困难: 1, 政治犯的含义和范围不明确; 2, 对是否属于政治犯, 决定权属于被引渡的国家, 可能被歪曲或滥用。

### 2、双重犯罪原则 Double Crime

(1) 又称相同原则, 通常是指引渡所涉对象的行为, 只有依请求国与被请求国的法律均构成犯罪并应受刑罚处罚时, 才能引渡。国际公约通常规定国际犯罪是可引渡之罪。

(2) 罪名不需要完全相同, 也不需要位于同一个部门法律或者法律条目之下, 比如《中国埃塞俄比亚引渡条约》中规定: “确定某一行为是否根据双方法律均可处以刑罚时, 不应考虑:

- (一) 双方法律是否将构成犯罪的该作为或者不作为归入同一犯罪种类或者使用同一罪名;
- (二) 根据双方法律犯罪构成要件是否不同。”

### 3、罪名特定原则 Limited Extradition/principle of identity

如死刑犯、政治犯、军事犯等。又称同一原则, 是指请求国对被引渡的人, 只能就引渡请求书中所指控的罪行进行追诉或处罚。如果请求国对被引渡的人就另外的罪名审判和处罚, 被请求引渡人有抗议的权利。又称引渡与追诉效果一致原则, 引渡效果有限原则, 目的是防止请求引渡的国家以引渡为借口迫害。

被引渡的罪犯是否可以由原来的请求国转交给第三国, 国际实践并不一致。有些条约规定, 未经被请求国同意, 请求国不得将被引渡人转交(再引渡)给第三国。

### 4、本国国民不引渡原则 Non-extradition of Natives

许多国家在引渡中坚持不引渡本国国民的原则。同时常规定“或起诉或引渡”原则, 在不引渡本国国民时对罪犯提起公诉。

### 5、死刑犯不引渡原则

所谓的死刑不引渡就是死刑犯不引渡原则, 是指根据请求方法律, 被请求引渡人可能因引渡请求所针对的犯罪被判处死刑, 除非请求方作出被请求方认为足够的保证不判处死刑, 或者在判处死刑的情况下不执行死刑”, 否则, 被请求方“应当拒绝引渡”。

## 四、引渡的程序和后果

### （一）引渡的程序

- （1）被请求国应请求国的要求对被引渡人临时逮捕
- （2）请求国提出正式的引渡请求（附有关文件）
- （3）被请求国有关机关对引渡请求进行审查并将决定交由有关机关批准
- （4）被请求国按约定的时间、地点、方式与请求国完成对罪犯的移交

引渡的后果：引渡成功后，请求引渡国即可根据其法律对罪犯进行审判

## 五、我国有关引渡的立法 Extradition Law in China

### （一）2000 年颁布并施行的《引渡法》是我国第一部关于引渡的专门立法，主要内容如下：

1、引渡的一般准则 General Principles：我国与外国在平等互惠的基础上进行引渡合作；引渡合作，不得损害我国的主权、安全和社会公共利益；我国与外国的引渡应依照我国引渡法进行；我国和外国之间的引渡，通过外交途径联系；我国外交部为指定的进行引渡的联系机关；按照我国与外国缔结或者共同参加的引渡条约或载有引渡条款的其他条约的规定处理引渡问题

2、外国向我国请求引渡应遵循的原则和规则 Principles & Rules When China is Requested  
引渡的条件 Conditions of Extradition：引渡请求所指的行为，依照中华人民共和国法律和请求国法律均构成犯罪；为了提起刑事诉讼而请求引渡的，根据中华人民共和国法律和请求国法律，对于引渡请求所指的犯罪均可判处一年以上有期徒刑或者其他更重的刑罚；为了执行刑罚而请求引渡的，在提出引渡请求时，被请求引渡人尚未服完的刑期至少为六个月。

3、应当拒绝引渡的情形 Refusal of Extradition：根据中华人民共和国法律，被请求引渡人具有中华人民共和国国籍的；在收到引渡请求时，中华人民共和国的司法机关对于引渡请求所指的犯罪已经作出生效判决，或者已经终止刑事诉讼程序的；因政治犯罪而请求引渡的，或者中华人民共和国已经给予被请求引渡人受庇护权利的；被请求引渡人可能因其种族、宗教、国籍、性别、政治见解或者身份等方面的原因而被提起刑事诉讼或者执行刑罚，或者被请求引渡人在司法程序中可能由于上述原因受到不公正待遇的；根据中华人民共和国或者请求国法律，引渡请求所指的犯罪纯属军事犯罪的；被请求引渡人在请求国曾经遭受或者可能遭受酷刑或者其他残忍、不人道或者有辱人格的待遇或者处罚的；请求国根据缺席判决提出引渡请求的。但请求国承诺在引渡后对被请求引渡人给予在其出庭的情况下进行重新审判机会的除外。

4、可以拒绝引渡的情形 Optional Refusal of Extradition：中华人民共和国对于引渡请求所指的犯罪具有刑事管辖权，并且对被请求引渡人正在进行刑事诉讼或者准备提起刑事诉讼的；由于被请求引渡人的年龄、健康等原因，根据人道主义原则不宜引渡的。

5、引渡请求的提出 Request for Extradition：请求国的引渡请求应当向中华人民共和国外交部提出。请求国请求引渡，应当作出如下保证：请求国不对被引渡人在引渡前实施的其他未准予引渡的犯罪追究刑事责任，也不将该人再引渡给第三国。但经中华人民共和国同意，或者被引渡人在其引渡刑事诉讼终结、服刑期满或者提前释放之日起三十日内没有离开请求国，或者离开后又自愿返回的除外；请求国提出请求后撤销、放弃引渡请求，或者提出引渡请求错误的，由请求国承担因请求引渡对被请求引渡人造成损害的责任。

6、引渡请求的审查 Review of Request：外交部收到请求国提出的引渡请求后，应当对引渡请求书及其所附文件、材料是否符合本法和引渡条约的规定进行审查。最高人民法院指定的高级人民法院对请求国提出的引渡请求是否符合本法和引渡条约关于引渡条件等规定进行审查并作出裁定。最高人民法院对高级人民法院作出的裁定进行复核。

7、引渡的执行 Enforcement of Extradition：引渡由公安机关执行。对于国务院决定准予引渡的，外交部应当及时通知公安部，并通知请求国与公安部约定移交被请求引渡人的时间、地

点、方式以及执行引渡有关的其他事宜。

## （二）我国参与缔结的引渡条约

截止 2018 年 2 月，中国已对外缔结 50 个引渡条约，但其中有 37 项已生效。从数量上来看，数量非常少；从质量上来看，主要是和发展中国家缔结引渡条约，只和个别欧美发达国家缔结引渡条约。这种情势对我国进行海外追逃、保护我国公民和财产利益而言非常不利。

## 六、我国向外国请求引渡 Principles & Rules When China Requests

General Principles: 我国引渡法的规定使双重犯罪原则、政治犯不引渡原则、本国国民不引渡原则、保护被请求引渡人合法权益原则等有关引渡的一般国际规则在我国国内法中进一步具体化和明确化。E.g. 2014-2015 猎狐行动

特殊规则 Specific Rules: 请求外国准予引渡或者引渡过境的，通过外交部向外国提出请求。在紧急情况下，可以在向外国正式提出引渡请求前，通过外交途径或者被请求国同意的其他途径，请求外国对有关人员先行采取强制措施。引渡、引渡过境或者采取强制措施的请求所需的文书、文件和材料，应当依照引渡条约的规定提出。被请求国就准予引渡附加条件的，对于不损害中华人民共和国主权、国家利益、公共利益的，可以由外交部代表中华人民共和国政府向被请求国作出承诺。对于限制追诉的承诺，由最高人民检察院决定；对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。在对被引渡人追究刑事责任时，司法机关应当受所作出的承诺的约束。

## 第四节 国际法中的庇护 Section two Asylum in International Law

### 一、概念及分类

1、庇护 Asylum:指一国对因政治原因遭受追诉或迫害而来请求避难的外国人，给予保护并拒绝将其引渡给另一国的行为。

2、领土庇护 Territorial Asylum 是指以国家的属地优越权为依据，对遭受追诉的外国人入境和居留，给予保护并拒绝将他引渡给另一国的行为。

3、域外庇护 Extra-territorial Asylum，或外交庇护，是指一国在本国境外的特殊场所，如驻外使领馆、军舰或商船内庇护外国人。

理论基础是使领馆的“治外法权说”和军舰的“浮动领土说”，但这种法律上的拟制并不为现代国籍法所承认。ICJ 在 1950 年的“庇护权案”中指出，哥伦比亚驻秘鲁大使馆给托雷（秘鲁反对派领袖）庇护权是不正当的事情。之后，哥伦比亚又向国际法院提出新的请求书，请求法院判定它是否有义务把托雷移交给秘鲁当局。法院在 1951 年的判决中指出，哥伦比亚虽然没有义务把托雷移交给秘鲁当局，但庇护应立即停止。在拉美国家间，外交庇护虽然已为它们普遍承认，并且签订有 1928 年底护公约和 1933 年底护权公约，但公约只适用于拉丁美洲，而且即使在拉丁美洲，这种庇护也只是在“紧急情况”下座位一种例外来加以适用的。而且，当时有些国家还对域外庇护提出了保留。例如，美国在签署 1928 年底护公约时就不承认域外庇护是国际法的一部分。实际上，域外庇护也一直没有得到国际社会的普遍接受。

### 二、进行庇护的要求

1、庇护是国家的主权行为，是国家从它的属地优越权引申出来的权利，对于请求政治避难的外国人是否给予庇护，由给予庇护的国家自行决定。

2、庇护的主要法律依据是国内法，也有一些国际法文件。如，1948 年世界人权宣言、1967 年联大的《领土庇护宣言》。

3、庇护的对象仅限于政治犯，反对殖民统治、维护公共利益、从事科学进步事业和创作活动而受迫害的人士（包括争取民族解放的士兵），政治避难者。真正由于非政治性的罪行或违背 UN

宗旨或原则的行为而被起诉的人，不得庇护。如危害和平罪、战争罪或危害人类罪。

4、给予庇护的国家不得准许享受庇护之人从事违反联合国宗旨与原则的活动。

1967 Declaration on Territorial Asylum 《领土庇护宣言》

(1) 一国行使主权，对有权援引 A14 of 1948 UDHR 的人给予庇护时，各国应尊重。它规定“(一)人人有权在其他国家寻求和享受庇护以避免迫害。(二)在真正由于非政治性的罪行或违背联合国的宗旨和原则的行为而被起诉的情况下，不得援引此种权利。”

(2) 犯“危害和平罪”、“战争罪”、“危害人类罪”不在庇护之列。

(3) 庇护的理由由庇护国决定。

(4) 对受庇护者不得予以驱逐或强迫遣返至可能受迫害之任何国家。

(5) 庇护国不得准许享受庇护之人从事违反 UN 宪章宗旨与原则之活动。

## 第五节 难民 Section three The Refugees

(一) 难民和国际难民法的概念 Refugee and Refugee law

难民 (Refugee)，是指那些由于惧怕战争、种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解等原因遭受迫害而逃离到其本国之外，并由于这种迫害不能或不愿受其本国保护的人，或者不具有任何国籍的人。广义上的难民指因政治迫害、战争或自然灾害而被迫离开其本国或经常居住国而前往别国避难的人，包括政治难民、战争难民、经济难民。狭义上的难民，仅指政治难民。

国际难民法，即关于难民保护的国际法律规范，始于 20 世纪 20 年代。

(二) 难民身份的确定 Determination of Refugee Status

### 1、条件 Conditions

该人迁移或滞留于本国或经常居住国之外

不能或不愿受本国保护和不能或不愿返回经常居住国

该人有正当理由畏惧因种族等原因受到迫害

### 2、排除标准 Exclusion Criteria

已取得联合国保护：排除了已经获得联合国难民署以外的联合国机关或机构保护的人。否则将造成重叠保护不符合《难民公约》对于难民保护的宗旨。

被认为无须保护：被居住地国家的主管当局认为具有附着于该国国籍权利和义务的人

被认为不得保护的人：不保护被确认为犯有国际文件规定的罪行的人或者是犯有各国国内法规定的非政治性的严重罪行的人

### 3、Determination Procedure

无国际法上的明确规定，各国基于主权自行处理

(三) 难民的 legal 地位 Legal Status Of Refugees

《关于难民地位的公约》、《关于难民地位的议定书》规定：

### 1、Entry, Residence and Exit of Refugees

边界不拒绝

不推回原则 (Principle of Non-refoulement) : 1951 年《难民地位公约》“任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回至其生命或自由因为他的种族、宗教、民族、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界”

对于合法在缔约国的难民，不得将其驱逐；决定驱逐的，给予其合理时间

### 2、Treatment of Refugees

一个人经申请获准取得难民地位后，在缔约国境内负有服从接受国管辖、遵守所在国的法律、

规章以及该国为维持公共秩序所采取的措施的一般义务，同时享受所在国赋予的权利和待遇。

（四）中国保护难民的基本立场和实践 China's basic position and practice in protecting refugees

#### 1、中国难民保护法律制度

多边国际公约：1982 年加入《关于难民地位的公约》、《难民地位议定书》

双边条约：《中老难民议定书》

国内立法：《外国人出入境管理法》

#### 2、我国的难民保护机构

由外交部国际司协调联合国难民署及各有关国家，并与民政部等国内有关部门合作，针对个案制定政策。

#### 3、我国的难民保护实践

中国政府一向支持国际社会解决难民问题的努力，在实践中接受并安置了大量难民。Eg：对正常来华的缅甸公民，采取就地融合的做法。

## 第八章 国家责任法 Responsibility in International Law

### 第一节 概述

#### 一、国际责任的概念

##### （一）定义

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。

##### （二）特征

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

#### 二、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。

2001 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》

### 三、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。

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

## 第二节 国际不法行为的责任

### 一、国际不法行为责任的概念

#### （一）界定

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。

#### （二）特征

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。

### 二、国际不法行为责任的构成要件

可归责于国际责任主体的行为

1.可归责于国家的行为：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

2.可归于国际组织的行为：国际组织的机构及其职员在其职权范围内的行为归责于国际组织的行为

**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

1.一般国际不法行为

2.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

### 三、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

不可抗力 (force majeure)：损害发生唯一原因

反措施 (countermeasure)：针对性、适当性、程序性

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

### 四、国际不法行为的责任形式

1、限制实施国际不法行为国家的主权：全面限制主权，如二战后对德国与日本主权的全面限



制；部分限制主权

2、恢复原状(restitution): 一般与其他赔偿形式相结合、一种任择性而非绝对的责任形式

3、补偿(compensation)

①道歉: 一般与其他赔偿形式相结合、形式多样

②保证不再犯: 着眼点在于将来的行为, 具有预防性

③惩罚性的赔偿金

4、抵偿(satisfaction): 主要包括道歉、保证不再犯及惩罚性的赔偿金等形式。

### 第三节 国际法不加禁止行为造成损害性后果的国际责任

一、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区别:

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:

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

二、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;

三、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道歉、恢复原状、赔偿损失等。

赔偿原则和范围: 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。

## 第九章 条约法 Law of Treaty

### 第一节 概述

一、条约的概念与特征

(一) 定义

条约是国家之间、国际组织之间以及国家与国际组织之间缔结的受国际法支配的书面国际协议。

(二) 特征

由国家、国际组织缔结; 受国际法支配; 书面协议

二、条约的名称与种类

(一) 条约的名称

条约; 公约; 宪章、规约、盟约、组织法; 协定; 议定书; 换文; 备忘录或谅解备忘录; 宣言、声明、公报。

(二) 条约的种类

造法性条约与契约性条约

双边条约与多边条约  
政治条约、经济条约……

### 三、条约法的编纂

编纂和审议条约法议题的进程

1949 年至 1966 年，国际法委员会编纂并通过了《条约法条款草案》及其《评注》

1969 年，联合国会议通过了《维也纳条约法公约》对习惯国际法的编撰

1970 年至 1982 年，国际法委员会编纂并通过了《关于国家和国际组织或国际组织相互间条约法条款草案》及其《评注》

1986 年，联合国会议通过了《关于国家和国际组织或国际组织相互间条约法的维也纳公约》

1993 年至 2011 年，国际法委员会编纂并通过了《条约保留实践指南》及其《评注》

2008 年，国际法委员会着手关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的编纂工作

2012 年，国际法委员会着手关于条约的临时适用的编纂工作

## 第二节 条约的缔结

### 一、缔约权能

#### （一）缔约权能概述

缔约能力（capacity），是指国际法主体作为国际人格者依照国际法所享有的缔结条约的权利能力或法律资格。

缔约权（competence），是指国际法主体的特定机关或其授权的人所享有的根据缔约方的国内法或内部法代表该主体缔结条约的权限。

#### （二）国家的缔约能力和缔约权

每一国家皆有缔结条约之能力

“全权证书”（full powers）

全权证书是指一国主管当局或一国际组织主管机关所颁发，指派一人或数人代表该国或该组织谈判、议定或认证条约约文，表示该国或该组织同意受条约约束，或完成有关条约之任何其他行为之文书。

全权证书的互免和无需出示：

如果各方同意，可以互免其缔约代表的全权证书。

担任特定国家职务的人无需出示全权证书也被认为是代表其国家：

- 1、国家元首、政府首脑及外交部长
- 2、国家任命出席国际组织或国际会议的代表
- 3、常驻国际组织代表团团长

#### （三）国际组织的缔约能力和缔约权

国际组织章程规则的授权

### 二、缔约程序

#### （一）议定约文

#### （二）约文的认证（authentication）

约文的认证、签署、待核准签署、草签

#### （三）表示同意受条约约束

#### （四）通知批准、交换或交存批准书

签署（signature）；交换构成条约之文书（exchange of instruments constituting a treaty）；批准（ratification）；接受（acceptance）或核准（approval）；任何其他同意之方式

### 三、条约的加入 (accession)

### 四、条约的保管、登记与公布

### 五、中国的缔结条约程序法

1982 年《宪法》、1990 年《缔结条约程序法》

#### 1、缔约权限

- ①国务院、全国人民代表大会常务委员会、国家主席、外交部
- ②谈判和签署条约、协定的代表委派和全权证书
- ③香港特别行政区和澳门特别行政区的缔约权

#### 2、缔约程序：

- ①谈判和签署条约、协定的决定程序
- ②全国人民代表大会常务委员会决定批准（条约和重要协定）  
友好合作条约、和平条约等政治性条约；有关领土和划定边界的条约、协定；有关司法协助、引渡的条约、协定；同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；缔约各方议定须经批准的条约、协定；其他须经批准的条约、协定
- ③国务院核准
- ④外交部登记
- ⑤国务院备案
- ⑥以外交照会方式相互通知
- ⑦多边条约、协定的加入
- ⑧多边条约、协定的接受

## 第三节 条约的保留

### 一、条约保留的定义

#### （一）定义

条约的保留 (reservation) 是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约，或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明，不论其措词或名称如何，该国或该组织意图借此排除或更改条约中某些规定对该国或该组织适用时的法律效果。

#### （二）条约的保留与其他单方声明的区别

保留具有排除或更改条约中某些规定对该国或该组织适用时的法律效果，其他单方声明则没有这种效果

### 二、条约保留的范围

缔约方只能在允许保留的条约或条款的范围提出保留，以下三种情况不得提出保留：

- 1、条约禁止保留
- 2、条约仅准许特定的保留，而有关保留不在其内  
两种情况：条约明确规定不得保留的条款，其余条款均可保留；条约明确规定可以保留的条款或事项，其余条款或事项均不得保留
- 3、该项保留不符合条约的目的与宗旨

### 三、条约保留的接受与反对及其法律效果

#### （一）保留的接受与反对

- 1、对明文许可保留的条约提出的保留的成立，一般无须各缔约国和缔约组织事后予以接受
- 2、保留须经全体当事方接受才能成立的情形
- 3、保留须经国际组织主管机关接受的情形
- 4、不属以上所述情况的：
  - ①如果保留经一缔约国或一缔约组织接受，在与接受保留的国家或组织的关系上，保留国或国际组织即成为该条约的当事方，但以该条约对保留国或国际组织和接受国或国际组织均已生效或开始生效为条件
  - ②如果保留经一缔约国或一缔约组织反对，并不妨碍该条约在反对国或国际组织与保留国或国际组织之间生效，除非反对国或国际组织明确地表示了相反的意思
  - ③一国或一国际组织表示同意承受条约拘束的行为如附有一项保留，只要至少有一缔约国或一缔约组织接受该项保留，该项保留就发生效力

## （二）保留及反对保留的法律效果

保留的效果只及于保留国或国际组织与其他缔约国或国际组织之间的关系

凡是依公约有关规定对另一当事方成立的保留，在保留国或国际组织与该另一当事方之间的关系上，依保留的范围排除或更改保留所涉及的条约规定

在其他当事方相互之间，则不排除或更改保留所涉及的条约的规定

如果反对保留的国家或国际组织并未反对条约在该国或国际组织与保留国或国际组织之间生效，则在这些国家或国际组织之间仅在保留所排除或修改的范围内不适用保留所涉及的条约规定

## 四、条约保留的程序：书面形式

### 第四节 条约的生效和暂时适用

#### 一、条约的生效（entry into force）

- 1、双边条约生效的方式
- 2、多边条约生效的方式
- 3、条约本身的生效 v. 条约对某一国生效

#### 二、条约的暂时适用（provisional application）

- 1、条约暂时适用的情形：条约生效之前
- 2、条约暂时适用的终止：条约生效；对暂时适用者生效；相关国家或国际组织通知不会成为当事国

#### 三、条约的有效期

- 1、无期限条约 Indefinite treaty : law-making treaties; boundary treaties
- 2、有期限条约 treaty of limited duration : 《中日和平友好条约》

### 第五节 条约的遵守与适用

#### 一、条约必须遵守

##### “条约必须遵守”（pacta sunt servanda）

各当事方必须遵守条约；各当事方必须遵守所有对其有效的条约；各当事方必须善意履行条约义务；各当事方不得以国内法或国际组织的规则为由而不遵守条约

#### 二、条约的适用 application of treaty

### （一）Time dimension

条约的有效期

条约有无溯及力

### （二）spatial dimension

条约适用于当事方的全部领土

条约适用于当事方的全部领土的例外

### （三）冲突的条约 conflicts of treaty

如果条约明文规定，该条约不得违反先订或后订的条约，或不得视为与先订条约或后订条约不符，则该先订条约或后订条约优先

在条约没有明文规定的情况下，如果先后两个条约的缔约方完全相同，则先约仅在其规定与后约相符的范围内才适用，即后订条约优于先订条约

如果先后两个条约的缔约方不完全相同，在每一方均为前后两个条约的当事方间，适用后订条约优于先订条约的办法；在一方为前后两个条约当事方而一方则仅为其中一个条约当事方间，适用双方均为当事方的条约

UN Charter: Article 103 In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

## 第六节 条约与第三方

### 一、条约的相对效力原则 Principle of relative validity

一般规则是条约只对缔约方 High contracting parties 有拘束力，而不涉及第三方 Third party (**pacta tertiis nec nocent nec prosunt, 约定对第三方无损益**)

### 二、条约相对效力原则的例外问题：

#### 1、条约为第三国规定权利 Treaties providing for rights for third States

Intention (treaty)

Consent (third party), presumed consent 推定同意

#### 2、条约为第三国规定义务 Treaties providing for obligations for third States

intention

expressly accepts that obligation in writing 以书面形式明确接受该义务

#### 3、条约所载规则因国际习惯而对第三国有拘束力 rules in a treaty becoming binding on third states through international custom

#### 4、由条约建立的客观制度和一般国际法强制规范

客观制度 (objective regime): Theory of public goods, “**普遍的为国家创设的规则**”in favour of states generally

一般国际法强制规范：《联合国宪章》第二条第 6 款 article 2 para 6 of UN Charter: The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.本组织在维持国际和平与安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵守联合国的原则。

## 第七节 条约的解释

### 一、条约解释的意义 The meaning of treaty interpretation

条约的解释 (interpretation)，是指条约当事方或其授权的解释机关按照一定的规则对有分歧的

条约条款或其他条约的适用问题作出明确具体的说明。

## 二、条约解释的主体 subjects of interpretation

条约当事方

经条约授权的国际组织的有关机关:ILO

有管辖权的国际仲裁和国际司法机关:ICJ

## 三、条约解释的原则和方法 principles and methodology of treaty interpretation

### (一) 有关学说 theories of treaty interpretation

1、客观解释方法 (the objective approach) /约文解释 (textual approach);

2、主观解释方法 (the subjective approach);

3、目的解释方法 (theteleological approach)

### (二) 条约解释的一般规则 General principles for treaty interpretation

《维也纳条约法公约》第 31 条规定 Article 31, para 1 of VCLT: A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.条约应依其用语按其上下文并参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义, 善意予以解释。

在善意解释的基础上, 条约约文 (the terms of the treaty)、它的上下文 (the context) 和条约的目的及宗旨 (object and purpose)

就解释条约而言, 上下文除指连同序言及附件在内之约文外, 并应包括: (a)全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定; (b)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) 补充性解释方法 Supplementary means of interpretation

《维也纳条约法公约》第 32 条规定: 为证实由适用第 31 条所得之意义起见, 或遇依第 31 条作解释而: (a) 意义仍属不明或难解; 或 (b) 所获结果显属荒谬或不合理时, 为确定其意义起见, 得使用解释之补充资料,包括条约之准备工作 (travaux preparatoires) 及缔约之情况在内。

Example:

Article 2, para.4 of UN Charter:

All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

(1) how to define "force"? Is political or economic coercion included? What about use of computer network? Cross border pollution/ massive influx of refugees?(2) is use of force directed against the "territorial integrity or political independence of any state"?

如何理解 force? 经济、政治胁迫构成 force 吗? 计算机网络系统? 跨界污染损害/故意引起难民大量涌入? 使用武力是否针对"任何国家的领土完整或政治独立"?

## 第八节 条约的修订、终止与无效 revision, termination and invalidity of treaties

### 一、条约的修改 revision of treaties

条约的修订 (revision) 是指条约当事方在缔结条约后于该条约有效期内改变其规定的行为

条约的修正 (amendment): 全体当事方对条约的修订

条约的修改 (modification): 部分当事方对条约的修订

### 二、条约的无效 Invalidity

条约的无效是指条约因不符合国际法所规定的条约成立的实质要件而自始或自撤销同意时无效

#### （一）条约自撤销同意时无效的理由

违反一国国内法或一国际组织的规则关于缔约权限的规定；  
违反关于表示一国或一国际组织同意的权力的特定限制；  
错误；诈欺；贿赂

#### （二）条约自始无效的理由

强迫；  
以威胁或使用武力对一国或一国际组织施行强迫；  
与一般国际法强制规范（强行法）相抵触的条约

### 三、条约的终止和中止 termination & suspension

#### （一）条约的终止 termination

条约生效以后由于国际法所承认的原因的出现条约所规定的权利和义务不再拘束原有的当事方  
条约的终止一般包括如下情况：

- 1、依照条约规定终止或全体当事国同意终止或退出条约；
- 2、依照当事方的原意或条约的性质默示的权利解除或退出条约；
- 3、依照条约规定于多边条约的当事国减少至条约生效所必需的数目以下时终止条约；
- 4、条约因缔结后订条约而终止；
- 5、条约因重大违约而终止；
- 6、因实施条约所必不可少之标的物永久消失或毁坏等意外情况以致不可能履行；
- 7、情况的基本改变；
- 8、断绝外交或领事关系；
- 9、爆发战争或武装冲突；
- 10、新的一般国际法强制规范的产生。

#### （二）条约的暂停施行 suspension

又称条约的中止，是指全体或部分当事方在一定期间内暂停施行条约的一部或全部，在停止施行期间中止条约的效力。

条约的暂停施行与条约的终止的区别：

- 1、条约的终止是从终止之日起终止条约的效力，解除当事方履行条约的义务；
- 2、条约的暂停施行只是在暂停施行期间解除当事方履行条约的义务，此外并不影响其他当事方之间的法律关系，嗣后必要时，可依一定程序恢复条约的施行，但也可能导致条约效力的终止

## 第十章 国际组织法 Law of International Organization

### 第一节 国际组织的概念和法律地位 Sec 1 Concept & Legal Status of International Organizations

#### 一、国际组织与国际组织法的概念 Concept of International Organizations & Law of International Organizations

Encyclopedia of Public IL: The term “international organizations” denotes an association of States established by & based upon a treaty, which pursues common aims & which has its own special organs to fulfil particular functions within the organizations.

“国际组织”含义有广义与狭义。广义上，凡由两个以上国家或其政府、民间团体或个人基于特

定目的，以一定协议形式建立的各种机构，都可称为国际组织。由国家或其政府创立的国际机构称政府间国际组织(Inter-governmental Organizations)或国际公共组织(public international organizations)。由民间团体或个人设立的国际机构称非政府国际组织(International Non-governmental Organizations)或国际民间组织(private international organizations)。国际法着重研究作为国际法主体的政府间国际组织，即由两个以上国家或其政府为实现特定目的，依据国际条约建立的常设机构，即狭义的国际组织。

#### (一) 国际组织的特征 Characteristics of International Organizations:

(1) Inter-States: 国际组织是国家之间的组织。

a. 国际组织是主权国家的集合体。

b. 国际组织建立在国家间而非凌驾于国家上。

(2) Based on Treaties or IL Documents: 国际组织根据国际条约或其他受国际法制约的文件而创立。少数时候无条约。

(3) Specific Purposes & Aims: 国际组织有特定的宗旨和目的。

(4) Headquarters: 国际组织必须有一套常设的组织机构。

#### (二) 国际组织的类型 Types of International Organizations

(1) Nature of Members: 依国际组织成员的性质，可分为政府间组织和非政府间组织。

(2) Function of Organizations: 依国际组织的职能，可分为一般性国际组织(general international organization)和专门性国际组织(special international organization)。

(3) District Characters: 依国际组织成员的地域特点，可分为全球性(global)国际组织和区域性(regional)国际组织。

(4) Power & Relationship with Members: 依国际组织的权力及其与成员国关系的性质，可分为国家间组织(interstate organization)和超国家组织(supranational organization)。超国家组织部分机关独立于成员国，部分决议或决定直接约束成员国自然人和法人，有某些超国家权力。

#### (三) 国际组织法的概念与性质 Concept & Nature of Law of International Organizations

国际组织法是调整国际组织的创立、法律地位、组织的内部和外部活动以及有关法律关系问题的法律规范的总称。

可分为：

1、调整国际组织与成员方、非成员方及其他国际组织等外部关系的外部法(external law)

2、调整国际组织内部各种关系的内部法(internal law)。

内部法又称国际组织的规则(rules of an international organization)，包括组成文件、根据约章通过的各种决定(decisions)、决议(resolutions)和其他文件(other acts)，组织已确立的惯例(established practice)等。

国际组织的组成文件 (Constituent Instruments of International Organizations) 是国际组织据以成立与运作的、由各成员国政府缔结的协议，常称国际组织的基本文件(basic instrument)、组织法(constitution)、组织约章(constitutive regulations)、组成条约(constituent treaty)等。它是国际组织的“宪法”，在内部法律体系中居于最高地位。

国际组织内部法的法律性质 (Legal Nature of Internal Law of International Organizations:) 争议问题。有学者认为已实现高度一体化(a high degree of integration)的国际组织规则属特殊情况。ILC 部分委员认为应根据国际组织规则的来源和主题(source & subject matter)区分，如剔除



部分行政管理规章(administrative regulations)。无争议的国际法规则包括作为一项条约或另一受国际法调整的文件、国际组织的组织法(constitution)，以组织约章为依据的有约束力的决议或规范(norms)等。

## 二、Legal Status of International Organizations 国际组织的法律地位

### (一) 国际组织的法律人格 Legal Personality of International Organizations

Definition of Legal Personality of International Organizations: 国际组织的法律人格，是国际组织具有的能够独立参加国际关系并直接承受国际法上权利和义务的主体资格。

国际组织的法律人格问题在 1949 年执行联合国职务时遭受损害赔偿案中得到了系统的阐释。

【案件】1949 年国际法院关于联合国服务期间所受损害赔偿的咨询意见 1949 ICJ Advisory Opinion of Reparation for Injuries Suffered in Service of UN

#### 【Facts】

1948 年 9 月 17 日，联合国瑞典籍调解专员伯纳多特伯爵和法籍首席观察员塞雷上校在耶路撒冷的以色列控制区内遭到暗杀（以色列当时不是联合国成员国）。事后，联合国秘书长承担了对那些在联合国领取薪金或津贴的受害人支付适当赔偿的责任，同时将国家对联合国应负责任的问题提交联大讨论。联大于 12 月 3 日通过决议，就以下问题请求国际法院发表咨询意见。

一、倘联合国人员于执行职务时遭受损害，而其情形牵涉某一国家之责任问题者，联合国能否以一组织资格向负责之法律上或事实上政府提出国际要求，对于下列损害取得应有之赔偿：(a)对于联合国损害之赔偿，(b)对于被害人或其继承人之赔偿？

二、倘对于第一点(b)为肯定之答复，则联合国之行动与被害人所属国家所有之权利，应如何调整？

#### 【Opinions】

关于第一点中的(a)、(b)两个问题，国际法院依照该负有责任国家是否为联合国会员国对情况作了区分。法院对第一点中的问题(a)一致作了肯定性的答复。关于第一点中的问题(b)，法院以 11 票对 4 票认为：不论该负有责任国家是否联合国会员国，联合国组织都有资格向其提出国际要求。

关于第二点，国际法院以 10 票对 5 票认为：当联合国作为一个组织就对其人员造成的损害提出赔偿要求时，它只能以违反其承担的义务为基础提出赔偿要求；对这一规则的尊重通常会防止联合国的行动和该人员的国籍国所有的权利之间的冲突；此外，这种协调必须依赖于适用于每一特定案件的各种考虑，并且依赖于联合国组织和各个国家之间订立的协定。

#### 【Explanations】

法院对提交它的问题发表了一些初步看法。它对咨询意见申请书中的一些词语下了定义，接着它分析了“提出国际要求的行为能力”这一提法的要旨。当然，这种行为能力属于一个国家。它也属于联合国组织吗？这等于问联合国组织是否具有国际人格。在回答这个未被宪章的条文解决的问题时，法院接下去对宪章打算赋予联合国组织什么特性进行了审议。在这一点上，法院指出宪章赋予了联合国组织与其会员国所具有的不相同的权利和义务。法院进一步强调了联合国组织的重要政治任务：维护国际和平与安全。因此，国际法院的结论是：尽管它肯定不是一个超国家，但联合国组织，由于它具有权利和义务，同时也具有很大程度的国际人格和在国际上行动的行为能力。

法院接着检讨了问题的核心，即联合国组织的国际权利中是否包括就该组织人员在执行职务过程中所受损害提出国际要求以从一个国家取得赔偿的权利。

关于第一点，咨询意见申请书中的一(a)，国际法院一致得出结论：联合国组织有就一国因违反其对联合国组织承担的义务而造成的损害对该国(不论是联合国会员国或不是联合国会员国)提出国际要求的行为能力。法院指出，它未被请求确定联合国组织有权取得的赔偿的确切数额，赔偿数额的大小应根据若干因素决定，对这些因素法院举了一些例子。然后法院开始检讨第一点中的问题(b)，即联合国作为一个组织是否能因不是对联合国组织自己而是对被害人或通过他取得权利的人造成的损害，提出国际要求得到赔偿。在处理这个问题时，法院分析了国民的外交保护问题。在这一点上，法院指出，确实只有联合国组织才有

在前面提及的情况下提出要求的行能力，因为任何国际要求都必须以被告国违反了对联合国承担的义务作为依据。在本案中，被害人为其国民的国家不能抱怨说被告国违反了对它承担的义务。这里义务是对于联合国组织承担的。不过，法院承认，与对在国外的国民的外交保护的规则相类似这一点本身不能证明应给予肯定的答复。实际上，在联合国组织和其人员之间不存在国籍方面的联系。这是一种新情况，必须对它进行分析。宪章的条款中与联合国组织的职能有关的部分含有后者被授权确保对其人员的有限保护的意思吗？这些权力是履行联合国组织职能必不可少的，必须认为这些权力是宪章中必然的含义。在履行其职能中，联合国组织可能会发现委托其人员在世界动乱部分执行重要任务是必要的。必须确保这些人员受到有效保护。只有这样，该人员才能圆满地执行任务。因此，法院得出了联合国组织具有对其人员行使职能上保护的行能力的结论。对会员国来说，情况比较简单，因为这些国家已经对联合国承担了各种义务。

但是，当一个要求是对非联合国组织会员国的一个国家提出时，情况会是怎样呢？法院的意见是，联合国的会员国创立了一个具有客观国际人格的实体，该实体具有的不止是仅被它们承认的人格。因此，像对第一点中的问题(a)一样，国际法院对第一点中的问题(b)也做了肯定的回答。

大会的第二个问题是，联合国的行动与被害人为其国民的国家所有的权利的协调问题。换句话说，这涉及的是外交保护权与职能保护权这两个方面之间可能发生的对抗。在这点上，法院没有说这两种类型的保护中哪种应当享有优先权，对于会员国它强调了它们应尽力给予宪章第二条规定的各种协助的义务。它又说道，联合国组织与被害人国籍国之间对抗的危险可用一个一般性公约或在每个特定案件中订立的协定减少或消除，它还提到那些已经发生的已经找到可行的解决办法的案件。

最后，国际法院研究了被害人具有被告国国籍的情况。由于联合国组织提出的要求不是基于被害人的国籍而是基于其作为联合国人员的地位，对之提出要求的国家是否把该人员看作自己的国民是无关紧要的。因此，法律情况不会有所改变。

关于国际组织国际法律人格嗣后司法实践：

1、ICJ Advisory Opinion 1980.12.20 Interpretation of Agreement of 25 March 1951 between WHO & Egypt 世界卫生组织同埃及之间 1951 年 3 月 25 日协定的解释咨询意见：国际组织是国际法主体，因此受到国际法一般规则、国际组织的组织法或其参加的国际协议所规定的任何义务的约束。

ICJ Advisory Opinion 1996.7.8 Legality of Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict 一国在武装冲突中使用核武器的合法性咨询意见：本法院几乎无须指出，国际组织是国际法主体。与国家不同，国际组织不具有一般的权限(competence)。

## (二) 国际组织法律人格的体现 Reflection of Legal Personality of International Organizations

### 1. 缔约能力 Treaty-making Capacity

国际组织的缔约能力依组织约章、暗含权和嗣后的惯例(subsequent practice)确定。

### 2. 使节权 Right of Legation

各国可向国际组织派遣常驻代表团。有时国际组织也向成员国、非成员国或其他国际组织派遣常驻人员与机构。国际组织的使节权不要求对等，且仅限于有关组织的职能范围内的特定领域。

### 3. 享受特权与豁免 Privileges & Immunities

国际组织及其代表和资产在东道国与常驻地国享受一定范围特权与豁免。

IL Documents:

a. 1946 Convention on Privileges & Immunities of UN 联合国特权和豁免公约

b. 1947 Convention on Privileges & Immunities of Specialized Agencies 联合国各专门机构特权及豁免公约

c. 1973 Convention on Prevention & Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons including Diplomatic Agents 关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约

ICJ Advisory Opinion 1989.12.15 Application of Article VI, Section 22, of Convention on Privileges & Immunities of UN 《联合国特权及豁免公约》第六条第 22 节的适用性咨询意见: 实践中, 根据秘书长提供的资料, UN 需要将性质越来越不同的各种任务交给不具有 UN 官员身份的人员……关于特权与豁免的实质, 不在于他们的行政职务, 而在于他们任务的性质。

#### 4. 其他权能 Other Competence

##### (1) 承认与被承认权 Right of Recognition & being Recognized

国际组织在同其他国际法主体发生关系时, 承认其他国际法主体和被其他国际法主体承认的问题, 以及当成员国中出现 2 个或多个政治实体时, 国际组织承认其中一个为该成员国的代表。

##### (2) 国际组织的国际责任能力 Ability to Bear Responsibility of International Organizations

## 第二节 国际组织的一般法律制度 Sec 2 General Legal Systems of International Organizations

### 一、国际组织参与者 Participants of International Organizations

Members of International Organizations: 政府间国际组织的成员原则上只是国家。

一国在武装冲突中使用核武器的合法性咨询意见 ICJ Advisory Opinion 1996.7.8 Legality of Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict: 国际组织受特定性原则(principle of speciality)的调整, 创建这些组织的国家赋予它们权力, 该权力的限度取决于共同利益, 而创建国委托这些组织来增进这种利益。

Mixed Membership: ILC 认为国际组织参与者的多样化现象反映出实践中的一个重要趋势, 即为了在某些领域内实现更有效的合作, 国际组织日益倾向于拥有混合成员。

#### (一) 国际组织成员的种类 Types of Members of International Organizations:

- a. Full Member 正式成员: 完全成员, 基本上是国家, 参加全部活动, 有全部权利和义务。
- b. Associate Member 联系成员: 准成员, 无表决权, 不能在主要机关任职, 财政义务较低。
- c. Partial Member 部分成员: 国际组织部分机关的正式成员。
- d. Affiliate Member 附属成员: 世界旅游组织特有。
- e. Observer 观察员: 非成员国、民族解放运动组织、其他国际组织, 无表决权。

Start of Membership: original members 创始成员; additional members 附加/纳入成员, 权利义务一致。

Termination of Membership: withdrawal 自愿退出, 需事先通知; expulsion 驱逐/开除, 少见

### 二、国际组织的主要机构及其职能 Main Organs of International Organizations & Their Functions

#### 1. 决策机构 Policy-making Organs

作为最高决策的审议机构, 根据组织约章设立的最高权力机关。所有成员派代表参加, 一般称“大会”或议会。职能是制定方针政策、审查预算、接纳新成员、选举行政首长、选举执行机构成员并审议其报告、制定及修改有关条约、就有关事项提出建议或作出决定、实行内部监督等。1-2 年召开一次常会/全体会议(plenary meetings)。各成员享有平等投票权, 多数票作出决定。

## 2. 执行机构 Executive Organs

一般称执行局(executive board)、理事会或委员会。职能是执行最高决策机构的决定, 处理本组织管辖范围内的事项, 提出建议、计划和工作方案并付诸实施。大会休会时行使职权。一般由最高权力机构推举的少数成员国组成、一定任期内轮换或按定额委派。

## 3. 行政管理机构 Administrative Organs

“秘书处”, 以**秘书长(Secretary-General)**或**总干事(Director-General)**为首的常设机构。任务是负责处理组织中的各种经常性工作, 协调组织中各常设机构的活动并为其提供各种服务。一般秘书长和所有职员为国际公务员(civil servant), 只对本组织负责, 保持中立。

司法机关 Judicial Organs: 少数组织设有司法机构, 用以解决某些国际争端。法官一般经成员国推荐并通过特定程序正式选举产生。

辅助性机构 Subsidiary Organs: 还可设立必要的辅助性机构。

国际组织一般具备至少两个机构, 即全体成员参与机构(大会)和负责日常管理机构(秘书处)。设立机构的最重要目的是使国际组织具有行为能力

### 三、国际组织的表决制度和决议 Voting System & Resolutions of International Organizations

#### (一) 国际组织的表决制度 Voting System of International Organizations

国际组织成员对组织文件草案的赞成或反对的表示方式称表决。表决是国际组织决策程序(decision-making process)中最重要的部分。国际组织的表决规则和制度由该组织的组织约章决定。

1. 全体一致同意 Unanimity: 又称全体一致通过规则, 指国际组织的议案必须取得出席及投票的所有成员的一致同意才可通过。19C 通常采取, 国联沿用。议案难以通过, 故当今国际组织大多不再使用。

2. 多数同意制 Required Majority, 也称多数通过制, 指议案经出席及投票的成员多数同意即可通过。

(1) 简单多数 Simple Majority: 指有超过半数成员的同意票即可获得通过。主要用于程序性事项或其他不很重要决议。

(2) 特定多数 Qualified Majority: 指要求达到一定比例的多数时议案才能通过。通常要求三分之二多数。多适用于对重要问题或特定事项的决议。

(3) 多数加特定成员通过 Majority & Qualified Consent: 指除了要求特定数目的多数之外, 还要求包括特定成员的同意票方可通过。为个别国际组织或机构采用。

3. 加权表决制 Weighted Voting System: 又称加重投票制, 指依据一定标准和规则分别给予国际组织成员以不同票数或不等值的投票权的表决制度。部分金融等国际经济性组织因有股份制性质, 按成员对组织的贡献或责任大小分配表决权。

4. 协商一致 Consensus: 国际组织通过决议的新方法, 是成员国之间进行广泛协商后, 达成不经投票而一致合意的通过议案方式。并不表明决议的每一项规定都为所有国家所同意。即协商基本一致, 介于全体一致同意与多数同意两种程序之间。

#### (二) 国际组织决议 Resolutions/Acts of International Organizations

国际组织决议指国际组织某一机构依程序规则以书面形式通过的决定, 现多采协商一致通过决议。国际组织决议的形式和名称(Forms & Names)多种多样, 但关键是某一决议的意图是什么。国际组织决议的效力依据是国家的同意或意志。

a. 国家明示同意——国际组织的组织约章明文规定。

- b. 国家默示同意——国际组织所享有的必要的暗含权力，即组织约章的默示条款。
- c. 国家基本同意——国家意志协商和妥协的结果，一定条件下的协商一致。

1、内部决议 Internal Resolutions: 国际组织为其内部工作之目的而制定的、关于组织本身职能的决议，称为“内部决议/内部法”。主要用于管理国际组织的内部事务，对国际组织内部(组织的官员和其所有下属机构)以及成员国产生法律拘束力。拘束力由国际组织基本文件明文赋予，或来自基本文件的暗含规定。

ICJ Advisory Opinion 1962.7.20 Certain Expenses of UN 联合国的某些经费问题咨询意见: A18 of UN Charter 涉及大会关于“重要问题”的决定。这些决定的确包括某些建议，但其他的决定具有处分性效力和效果。例如关于会员国权利和特权的中止、会员国的开除、预算问题。

2、外部决议 External Resolutions: 国际组织为外部目的（针对会员国）而制订的、扩展到组织本身职能之外的决议，谓为“外部决议”。外部决议一般没有法律效力，但特殊情形下有，如安理会的决定。

### 第三节 联合国法律制度 Sec 3 Legal Systems of UN

联合国 UN: 当今世界上最大的一般政治性国际组织，世界上最具代表性和权威性的综合性国际组织。

#### 一、《联合国宪章》与联合国的建立 UN Charter & UN Establishment

##### (一) 《联合国宪章》UN Charter

《联合国宪章》是创立联合国的一项多边国际条约，是联合国的基本文件。规定了联合国的主要机构、职权、活动程序、成员国的权利义务等，是联合国运作的法律依据。联合国各机构的活动范围与权限不得超出《宪章》的规定。序言加 19 章，共 111 条。包括所附 1945 《国际法院规约》Statute of International Court of Justice。

《联合国宪章》的性质: 本质是多边国际条约，造法性公约。规定了 UN 成员国的权利义务，确立了公认的 IL 原则规范。具有双重性或两面性：既是国际条约，又是组织约章。还具有国际社会宪法/基本法(constitution)地位，这是《宪章》与其他国际组织基本文件最大区别。为 UN 各机构设定了在国际社会范围内履行的基本职能。A2(6)授权 UN 在维持国际和平及安全的必要范围内，保证非会员国遵行《宪章》原则。

A103 优先条款: In the event of a conflict between obligations of Members of UN under present Charter & their obligations under any other international agreement, their obligations under present Charter shall prevail. (联合国会员国在本宪章项下之义务与其在任何其他国际协定项下之义务发生冲突时，以其在本宪章项下之义务为准。)即《宪章》本身及其规定的义务是“更高级的法律”。

ICJ Advisory Opinion 1962.7.20 Certain Expenses of UN 联合国的某些经费问题咨询意见: 《宪章》是“一项具有某些特殊特征的条约”。

##### (二) 联合国的建立 UN Establishment

UN Establishment: 1945 年，50 个国家（后又加上波兰）的代表在美国旧金山举行的联合国国际组织会议上起草了《联合国宪章》。在中国、法国、苏联、联合王国和美国以及多数其他签字国批准《宪章》之后，《宪章》于 1945 年 10 月 24 日生效，联合国宣布正式成立。10 月 24 日这一天成为“联合国日”。签署并批准《宪章》的 51 个国家成为联合国的创始会员国。申请加入

联合国的国家必须经安理会推荐，并由大会三分之二多数通过。今天，世界上的国家几乎都加入了联合国。截至 2015 年 11 月，联合国共有 193 个成员国(member states)。

## 二、联合国的宗旨与原则 UN Purposes & Principles

### 1、UN Purposes: A1 of UN Charter

(1)维持国际和平及安全。(2)发展国际间的友好关系。(3)促进国际合作。(4)构成一协调各国行动的中心，以达成上述共同目的。

### 2、UN Core Aim: 促进发展。

### 3、UN Principles: A2 of UN Charter

(1)主权平等原则；(2)善意履行《宪章》义务原则；(3)和平解决国际争端原则；(4)禁止使用武力或以武力相威胁原则；(5)集体协助原则；(6)保证非成员国遵守《宪章》原则；(7)不干涉内政原则。1-4 项和 7 项已构成现代 IL 基本原则。

## 三、联合国的主要机关及其职权 UN Principal Organs & Their Authorities

主要机关：六个——大会、安全理事会、经济及社会理事会、托管理事会、秘书处和国际法院。1-5 在纽约联合国总部，6 在荷兰海牙。

1. 大会 General Assembly。大会由联合国全体成员国组成。每国代表不超过 5 人。每年开常会一次，通常在 9 月的第三个星期二举行常会，一般在 12 月 25 日前闭幕。大会具有广泛的职权，可以讨论《宪章》范围内的任何问题或事项，除安理会正在处理者外，它可向成员国或安理会提出关于这些问题或事项的建议。大会主要是一个审议和建议的机关，联大做出的决议反映了会员国的政治意愿和看法，可以造成一定的国际舆论并具有道义上的力量。大会和安理会一道在联合国各主要机关中居于中心地位。

2. 安全理事会 Security Council。安全理事会由中、法、苏（1991 年 12 月由俄罗斯联邦继承）、英、美 5 个常任理事国和 10 个非常任理事国组成。非常任理事国由联大按地区分配名额以三分之二多数票选出，任期二年，每年改选五名，交替进行，不得连选连任，但必须由同一地区的国家接替。安理会在维持国际和平和安全方面负主要责任，且是 UN 中唯一有权采取行动来维护国际和平和安全的机关。其决议对成员国有拘束力。A41-42 of UN Charter 规定安理会为维持或恢复国际和平和安全而采取的强制执行安理会决议的措施或行动，包括武力行动和非武力制裁措施。

《安全理事会表决程序》Voting Procedure of Security Council: A27 of UN Charter 规定“大国一致”原则，即“否决权”(veto power)。中、法、俄、英、美专享，只适用于非程序性事项。为确认程序性事项和非程序性事项，五大国享有“双重否决权”(double veto)。

3. 经社理事会 Economic & Social Council。经社理事会由 54 个理事国组成。理事国由联合国大会选举，任期 3 年，交替改选，每年改选三分之一，可以连选连任。从 1971 年起，中国一直是经社理事会的理事国。经社理事会是大会权力下负责协调联合国及联合国系统各组织的经济与社会工作的机构，它在加强国际合作及促进发展方面发挥关键作用。它还就其职权范围内的事项同非政府组织磋商。

4. 托管理事会 Trusteeship Council。托管理事会由安理会 5 个常任理事国组成，是联合国负责监督托管领土行政管理的机关。到 1994 年，所有托管领土都已实现自治或独立，有的成为单独国家，有的加入邻近的独立国家。鉴于其工作已大致完成，托管理事会已修订议事规则，使其能够在需要时开会。

5. 秘书处 Secretariat。秘书处根据大会、安理会和其他机关的指示，执行联合国事务工作和行

政工作。秘书处由秘书长、副秘书长、助理秘书长以及其他行政工作人员组成。秘书处首长是秘书长(Secretary-General), 由大会根据安理会的推荐委派, 任期 5 年。秘书长负责提供通盘行政指导, 在大会、安理会、经社理事会及托管理事会的一切会议中, 以秘书长资格行使职务并执行各主要机关委托的任务。秘书长和秘书处职员还要在解决国际争端中进行斡旋和调停, 管理维持和平行动, 组织国际会议等。秘书长和秘书处职员只对联合国负责, 在执行职务时, 不得请求或接受联合国以外的任何政府或其他当局的指示。

6. 国际法院 International Court of Justice。亦称 World Court, PCIJ 继任者, UN 主要司法机关, 1946 年 4 月荷兰海牙成立。《国际法院规约》是《宪章》组成部分, 规定了国际法院的组织、管辖权和程序等。1946 年 5 月 ICJ 通过的《国际法院规则》(Rules of ICJ)规定法院的组织制度和诉讼程序。Charter, Statute & Rules 是 ICJ 重要法律文件。ICJ 由大会和安理会联合选出的 15 名法官组成, 负责裁决国家间争端。国家自愿参与诉讼程序, 但如同意参与, 就有义务遵守裁决。ICJ 还根据请求向大会和安理会提供咨询意见(advisory opinion)。

#### 四、UN Specialized Agencies 联合国专门机构

根据特别协定同联合国建立关系的或根据联合国决定而创设的对某一特定业务领域负有广泛的国际责任的政府间专门性国际组织。此种协定或决定把各专门机构纳入联合国体系。

Characteristics of UN Specialized Agencies:

- (1)政府间国际组织;
- (2)某一特定领域的全球性专门性组织;
- (3)与 UN 有法律关系;
- (4)有独立法律地位。

目前联合国专门机构有 17 个, 其中 16 个是按《宪章》第 63 条订立协定设立。目前我国为各专门机构的成员国。

- (1) 国际劳工组织 International Labor Organization: 旨在制订政策和方案以改善工作条件和增加就业机会, 并确定供世界各国使用的劳工标准。
- (2) 联合国粮食与农业组织 UN Food, Agricultural Organization: 致力于提高农业生产力和加强粮食安全, 并提高农村居民的生活水准。
- (3) 联合国教育、科学及文化组织 UN Educational, Scientific & Cultural Organization: 目的在于促进教育的普及、文化发展、世界自然和文化遗产的保护, 以及在科学、新闻自由和通讯方面的国际合作。
- (4) 世界卫生组织 World Health Organization: 致力于协调各个方案以解决保健问题, 使所有人达到最高可能的健康水平; 在免疫、保健教育和提供基本药物等领域中开展工作。
- (5) 国际复兴开发银行(世界银行)World Bank
- (6) 国际金融公司 International Finance Corporation
- (7) 国际开发协会 International Development Association: 上述三个国际组织统称为世界银行集团(World Bank Group), 该集团旨在向发展中国家提供贷款和技术援助, 以减少贫穷和促进可持续的经济增长
- (8) 国际货币基金组织 International Monetary Fund: 目的是帮助国际货币合作和金融稳定, 是一个就金融问题进行协商、提供咨询和援助的常设论坛。
- (9) 国际民用航空组织 International Civil Aviation Organization: 主要就空中交通运输的安全、保障和效率制订必要国际标准, 并对民航所有领域中的国际合作进行协调。
- (10) 万国邮政联盟 Universal Postal Union: 旨在为邮政服务制订国际规则, 提供技术援助, 促进邮政事项上的合作。
- (11) 国际电信联盟 International Telecommunications Union: 致力于促进国际合作以改进各类电

信，对无线电和电视频率的使用进行协调，促进采取安全措施并开展研究。

(12) 世界气象组织 World Meteorological Organization: 旨在促进对地球大气层和气候变化的研究，帮助在全球交流气象数据。

(13) 国际海事组织 International Maritime Organization: 致力于改进国际海运程序，提高海事安全标准，减少船舶造成的海洋污染。

(14) 世界知识产权组织 World Intellectual Property Organization: 旨在促进国际对知识产权的保护，推动版权、商标、工业设计和专利方面的合作。

(15) 国际农业发展基金 International Fund for Agricultural Development: 致力于筹集资金以提高发展中国家穷人的粮食产量并改善其营养状况。

(16) 联合国工业发展组织 UN Industrial Development Organization: 旨在通过技术援助、咨询服务和培训促进发展中国家的工业发展。

(17) 国际原子能机构 International Atomic Energy Agency: 也属联合国专门机构，根据 1954 年第 9 届联大决议成立的一个在联合国主持下的自治的政府间组织，致力于促进原子能的安全与和平使用。

## 第四节 区域性国际组织 Sec 4 Regional International Organizations

### 一、概述 Introduction

区域性国际组织简称“**区域性组织**”(regional organization)，是在相同地域内的国家或虽不在相同地域内，但以维护区域性利益为目的的国家所组成的国际组织与集团。

特点：

(1) Specific Regions: 特定地区内国家为主

(2) Common Opinions: 具有共同意识

(3) Regional Issues: 处理区域性问题

职能由联合国宪章规定 Functions of Regional International Organizations: UN Charter

a. Achieve Pacific Settlement of Local Disputes 和平解决地区争端

b. Enforcement Action 协助安理会实施强制行动，以安理会授权为限

### 二、主要的区域性国际组织 Major Regional Organizations

a. Europe: 北大西洋公约组织、西欧联盟(Western European Union)、欧洲理事会(Council of Europe)、经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation & Development)、欧洲联盟(European Union)、欧洲安全与合作组织、独立国家联合体(Commonwealth of Independent States, 简称“独联体”)等。

b. America: 美洲国家组织(Organization of American States)、拉美一体化协会(Latin American Integration Association)、安第斯集团(Andean Group)等。

c. Asia & Pacific: 东南亚国家联盟(Association of South East Asian Nations)、阿拉伯国家联盟(League of Arab States)、亚太经济合作组织(Asia-Pacific Economic Cooperation)、上海合作组织等。

d. Africa: 该地区最大的国际组织为非洲统一组织，该组织被 2001 年建立的非洲联盟(African Union)所取代。

1. 非洲联盟 African Union

非洲联盟(简称“非盟”)于 2001 年正式成立，截至目前共有 54 个成员国。非盟的主要机构有：(1)



非盟首脑会议(Assembly), 它是非盟的最高决策机构和最高权力机构, 其主要职责是制定非盟的共同政策、监督政策和决议的执行情况、向执行理事会和委员会下达指示等。(2)执行理事会(Executive Council), 它是非盟的执行机构, 由成员国外长或其他部长组成, 每年举行两次会议, 负责实施大会决议和对成员国的制裁。(3)泛非议会(Pan-African Parliament), 它是非盟的立法机构。(4)非洲法院(the Court of Justice)它是非盟的司法机构。2003 年非洲联盟在埃塞俄比亚首都亚的斯亚贝巴举行首届特别首脑会议, 该大会通过的《非洲联盟宪章》修订案增添了和平与安全理事会为组织的正式机构, 这使该组织在促进非洲和平、稳定与繁荣发展方面进入了一个新阶段。

## 2. 美洲国家组织 Organization of American States

美洲国家组织是历史最悠久的区域性组织, 其总部设在美国华盛顿。截止目前, 该组织有 34 个成员国, 古巴于 1962 年被取消成员国资格。尽管美洲国家组织于 1948 年随着《美洲国家组织宪章》(Charter of OAS, 又称《波哥大公约》Pact of Bogota)的生效而成立, 但它的历史可以追溯到“美洲共和国联盟”(Union of American Republics), 该联盟以及作为其常设秘书处的泛美联盟(the Pan American Union)在 20 世纪的头 10 年就已经存在。美洲国家组织实行集体安全体制(collective security system)。其主要机关包括: 作为最高机构的大会(General Assembly), 行使广泛权力的外长协商会议(meetings of consultation of Ministers of Foreign Affairs), 作为执行机构的常设理事会(Permanent Council)等。

## 3. 东南亚国家联盟 Association of South East Asian Nations

1967 年, 马来西亚、菲律宾、新加坡、泰国、印度尼西亚五国外长在泰国曼谷签署《东南亚国家联盟宣言》(ASEAN Declaration), 宣布东南亚国家联盟(简称“东盟”)正式成立, 总部设在印尼首都雅加达。1999 年, 东盟增加了柬埔寨、越南、老挝、缅甸和文莱 5 个成员国, 使东盟成员国扩大为 10 个。东盟是一个具有经济和政治目标的国际组织。其活动主要是由东盟常务委员会(Standing Committee) 和一系列常设委员会主持每年的部长会议, 议题涵盖科技、航运和商业等各领域。20 世纪 90 年代, 东盟决定开展“外向型”经济合作, “10+3”、“10+1”机制应运而生。2002 年 11 月 4 日, 中国与东盟签署了《中国与东盟全面经济合作框架协议》, 决定到 2010 年建成中国——东盟自由贸易区。2003 年 10 月, 中国政府宣布加入《东南亚友好合作条约》, 并与东盟签署了宣布建立“面向和平与繁荣的战略伙伴关系”的联合宣言。

## 4. 欧洲联盟 European Union

简称“欧盟”, 前身是欧洲共同体(简称“欧共体”)。1993 年 11 月 1 日, 《欧洲联盟条约》(又称《马斯特里赫特条约》)生效, 欧共体演化为欧洲联盟, 总部设在比利时首都布鲁塞尔。截至目前, 欧盟拥有 28 个成员国。欧盟是迄今一体化程度最高的区域性国际组织, 它具有某种超国家性质而被称为“超国家组织”(supranational organization)。同时, 欧盟是欧洲最重要的国际组织和迄今为止最复杂的区域性组织。欧盟有 4 个主要机构: 理事会(Council)、欧洲委员会(European Commission)、欧洲议会(European Parliament)和欧洲法院(European Court of Justice)。理事会是欧盟的主要决策机构, 分为欧洲理事会(欧盟首脑会议)和欧盟理事会(部长理事会)。欧洲委员会是欧盟的常设执行机构, 就理事会和欧洲议会所决定的措施提出建议并负责落实。欧洲议会是欧盟的监督和咨询机构, 拥有部分参与立法权。欧洲法院是欧盟的司法机构, 由 15 名法官组成。法院多次确认: 欧共体法高于成员国国内法, 可以在成员国国内法律层面直接适用(supremacy of Community Law over national law & its direct applicability on national legal plane)。

## 第五节 非政府国际组织 Sec 5 International Non-governmental Organizations

非政府国际组织, 或简称“非政府组织”(NGO), 指非由一国政府或政府间协议建立, 能够以其活动在国际事务中产生作用、其成员享有独立投票权的民间组织。这种由各国民间团体或个人组

成的跨国组织，其成员不具有政府权力。

(一) 非政府组织和政府间组织的关系 Relationships between International Non-governmental Organizations & Inter-Governmental International Organizations: 作为国际社会的两种重要力量，非政府组织和政府间国际组织在实践中形成了相互协商与合作的关系。许多非政府组织是为实现某个专门领域中的目标而建立的，其成员所具有的专门知识对国际组织的工作很有帮助。许多政府间国际组织允许非政府组织参加其会议和活动。

(二) 国际非政府组织类别 Categories of International Non-governmental Organizations: 经社理事会将符合一定条件的非政府组织分为三类，分别授予它们对联合国的不同权利和特权 (rights & privileges vis-à-vis UN)，与经社理事会建立协商(或“咨询”、“咨商”)关系(consultative relations):

(1)一般咨商地位，或简称第一类(咨商地位)。这种地位授予那些与经社理事会的大部分活动有关的组织。

(2)特别咨商地位，或简称第二类(咨商地位)。具有这种地位的是那些与经社理事会的少数活动领域有关、具有专长并享有国际声誉的组织。

(3) Roster: 列入名册。这类组织包括仅具有临时咨商地位的其他组织。这些组织和经社理事会的工作没有多大的联系，但在某些方面与联合国的工作有关。

Status: Category I & II 可派代表以观察员身份列席经社理事会及其下属机构的公开会议、发表意见等，Roster 只能参加与其相关的公开会议，但都无表决权。ICRC 在联大取得观察员地位并获准参加联大有关会议和工作。中国全国妇女联合会、中国残疾人联合会和中国人权研究会取得咨商地位。

(三) 国际非政府组织的法人资格 Legal Personality of International Non-governmental Organizations: 国际社会至今仍没有任何国际条约对非政府组织的法律地位作出统一规定，更不存在这方面的国际习惯法规则。除了个别的非政府组织(如国际红十字委员会)具有特殊的地位外，绝大多数非政府组织不具有国际法律人格，不构成国际法主体。

(四) 国际非政府组织的意义 Significance of International Non-governmental Organizations: 在全球化发展背景下，非政府组织越来越多地构成国际事务领域中的新行为体(actor)，给现代国际法带来了冲击和影响。

- a. 非政府组织通过游说和舆论影响各国政府的对外政策，影响 IL 的制定工作。
- b. 非政府组织借助国际司法机构的“法庭之友”(amicus curiae)制度介入国际司法程序，对 IL 的解释和适用产生一定影响。
- c. 非政府组织通过提供知识、技术、热情、非官方的信息和对话渠道，及一些来源于大众的态度，对国际条约的实施加以监督，甚至参与特定国际条约的实施。

## 第十一章 外交和领事关系法 Law of Diplomatic and Consular Relations

### 第一节 概述

#### 一、外交与外交关系

##### (一) 外交

外交主要是指国家通过其外交机关和授权代表与其他国家和政府间国际组织所进行的职业化对外交往行为。

##### (二) 外交关系

国际法上的外交关系一般可定义为国家通过其外交机关和授权代表与其他国家和政府间国际组

织以和平方式进行交往所形成的关系。

## 二、外交关系法的编纂与发展

(一) 外交关系法的定义：适用于外交关系领域的国际法原则、规则和制度的总称。

(二) 外交关系法的主要内容：

中央外交代表机关和官员的地位；国与国之间外交关系的建立；常设/临时性外交代表机构的设立和人员派遣；外交代表的等级和优先位次；外交特权与豁免；外交代表机关及其人员对接受国的义务。

(三) 外交关系法的主要渊源：

传统外交法的渊源主要是国际习惯；

二战之前：1815 年《维也纳规章》、1928 年的《哈瓦那外交官公约》等；

二战后，由联合国主导：1961 年《维也纳外交关系公约》、1969 年《特别使团公约》、1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1975 年《维也纳关于国家在其对国际组织关系上的代表权公约》等。

## 第二节 外交关系机关和外交人员

### 一、国内外外交机关

#### 1、国家元首

国家元首是国家在对外关系上的最高代表；国家元首可以是个人，也可以是集体。

中国的国家元首是中华人民共和国主席。

#### 2、政府

作为国家最高行政机关的中央政府或联邦政府，一般也是国家对外关系的管理和执行机关。

中国国务院是中华人民共和国的中央人民政府。

#### 3、外交部门

各国政府中都设有一个主管外交事务的专门机关或部门，通称外交部

### 二、外交代表机关

(一) 临时外交与使馆制度的产生

临时外交是古代外交关系的基本形式。15 世纪欧洲开始出现作为常设外加代表机关的使馆，并发展成为各国普遍接受的制度。

(二) 外交关系和使馆的建立

国家之间建立外交关系和互派常驻使节必须经过双方的同意，这是一项公认的国际法原则。

在建立外交关系和互设使馆之后，一国在认为必要时可以单方面决定暂时或长期撤回驻另一国的使馆，中止或中断与另一个国家的关系。

(三) 使馆的职务

1、在接受国中代表派遣国；

2、在接受国中保护派遣国及其国民的利益；

3、与接受国办理交涉；

4、以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形，并向派遣国政府报告；

5、促进派遣国与接受国间之友好关系，及发展两国经济、文化与科学关系；

6、其他。

(四) 使馆人员

1、外交职员，指具有外交官职位的使馆人员，包括使馆馆长和其他外交人员。使馆馆长和其他外交职员统称为“外交代表”。

- 2、行政和技术职员，指承办使馆行政及技术事务的使馆职员。
- 3、事务职员，指为使馆服务的使馆职员。
- 4、享有一定的特权与豁免，但不属于使馆职员：私人仆役；构成同一户口之家属。

#### （五）使馆馆长的等级和优先地位

以大使、公使或代办为馆长的驻外代表机构，相应地称为大使馆、公使馆或代办处；除关于优先位次及礼仪事项外，各使馆馆长不应因其所属等级而有任何差别；国家之间互派什么等级的使馆馆长，应由有关国家商定。

#### （六）使馆人员的委派与接受

使馆人员原则上是由派遣国自由委派的，但也应当是接受国能够接受的。国家有权拒绝接受某一特定的人为外交代表，而且不必说明拒绝的理由。

《维也纳外交关系公约》相关规定：

- 1、使馆馆长和陆、海、空武官的委派，需要接受国的同意；
- 2、其他使馆职员的委派，原则上可以自由委派，无需接受国同意，但委派具有接受国国籍的人为使馆职员时需要接受国的同意；
- 3、不受欢迎和不能接受的人员；
- 4、递交国书。到达接受国后应当立即递交国书。

### 三、特别使团

#### （一）概说

特别使团是指一国经另一国同意，为了就特别问题同该另一国进行交涉，或为了执行同该另一国有关的特别任务，而派往该国的、代表其本国的临时使团；具有临时性。

#### （二）特别使团的派遣和组成

- 1、不以双方存在外交关系或领事关系为必要前提；
- 2、由派遣国的代表组成，可以从其中指定一人担任团长；
- 3、接受国可以不说明理由而拒绝接受任何一人为特别使团成员。

#### （三）特别使团的职务

特别使团的职务应由双方同意而予以决定；

特别使团团长或代表有权代表特别使团行事，并与接受国之间相互递送文件；

派遣国委托特别使团同接受国办理的一切公务，应同接受国的外交部或通过外交部，或者同可能商定的接受国其他机构进行。

### 四、外交团

外交惯例上的概念，包括驻在一国首都的所有使馆馆长和这些使馆的所有外交职员；

外交团不是实体外交代表机关，不具有任何法律职能；

外交团团长一般由驻在一国的使馆馆长中等级最高、开始执行职务最早的担任；

外交团的作用主要是礼仪性的，也可以进行相关信息的传递。

### 五、外交代表职务的终止

任期届满；本国召回；接受国要求召回；派遣国与接受国断绝外交关系；发生革命产生新政府；经有关国家达成协议

## 第三节 外交特权与豁免

### 一、外交特权与豁免的根据

#### （一）概念

外交特权与豁免，是外交代表机关及其人员根据国际法或有关协议在接受国所享有的特别权利和优惠待遇的总称。

## （二）理论根据

治外法权说：拟制领土

代表性说：代表派遣国，平等者之间无管辖权

职务需要说：维持国家间正常关系所必不可少的

1961年《维也纳外交关系公约》：以条约的形式肯定了职务需要说和代表性说。

## 二、使馆的特权与豁免

### （一）使馆馆舍不得侵犯

接受国官吏非经使馆馆长许可，不得进入使馆馆舍；

接受国负有特殊责任，采取一切适当步骤保护使馆馆舍免受侵入或损害，并防止一切扰乱使馆安宁或有损使馆尊严之情势；

使馆馆舍及设备以及馆舍内其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押和强制执行。

### （二）使馆档案及文件不得侵犯

这些档案和文件必要时应带有易于识别的外部标识。

### （三）通信自由

接受国应允许使馆为一切公务目的自由通信，并予以保护；

使馆来往公文不得侵犯；

外交邮袋不得予以开拆或扣留；

外交信使享有人身不得侵犯权。

### （四）免纳捐税、关税

但必要费用除外

### （五）使用国旗、国徽

包括使馆馆舍、使馆馆长寓邸与交通工具

## 三、使馆人员的特权与豁免

### （一）外交代表的特权与豁免

a 人身不可侵犯：不受任何形式的逮捕或拘禁；b 寓所、文书、信件和财产不可侵犯；c 管辖豁免①刑事管辖豁免：没有例外②民事及行政管辖豁免：四个例外，即关于接受国境内私有不动产的物权诉讼；继承事件的诉讼；商务活动的诉讼；与主诉讼直接相关的反诉。d 管辖豁免与执行豁免的放弃：只能由派遣国放弃，且外交代表仅仅出庭辩护不构成豁免的放弃；e 作证义务的免除；f 免纳捐税；g 免除关税和免受查验；h 其他特权与豁免

### （二）使馆其他人员的特权与豁免

1、外交代表的家属的特权与豁免：除非是接受国的国民，享受与外交代表本人一样的特权和豁免；

2、行政和技术人员及其家属的特权与豁免：限制条件（1）执行职务范围以外的行为不享有民事和行政豁免；（2）免纳关税仅限于最初安家时进口的物品；（3）行李不免受海关查验

3、事务职员与私人服务人员的特权与豁免

（1）事务职员：就其执行公务的行为享有豁免，其受雇所得免纳税；也免除适用接受国施行的保险办法的规定。

（2）使馆人员之私人服务人员如果不是接受国国民或永久居留者，其受雇所得酬报免纳捐税。在其他方面，依接受国规定

### （三）外交特权与豁免的开始与终止

外交特权与豁免的开始：自其进入接受国国境前往就任之时起；已在该国境内者，自其委派通知外交部或另经商定之其他部之时开始享有。

外交特权与豁免的终止：①职务终止：享有特权与豁免人员的职务如已终止，此项特权与豁免通常于该员离境之时或听任其离境之合理期间终了之时停止；不受武装冲突影响②死亡：其家属在听任其离境之合理期间应继续享有其所应享的特权与豁免。

#### （四）使馆人员在第三国的地位

根据惯例，一般由有关国家在互惠的基础上作出安排或签订双边条约予以规定；

《维也纳外交关系公约》的相关规定：第40条规定遇外交代表前往就任或返任或返回本国，道经第三国国境或在该国境内，而该国曾发给所需之护照签证时，第三国应给予不得侵犯权及确保其过境或返回所必需之其他豁免。享有外交特权或豁免之家属与外交代表同行时，或单独旅行前往会聚或返回本国时，本项规定同样适用。

### 四、特别使团及其人员的特权与豁免

#### （一）特别使团的便利、特权与豁免：《联合国特别使团公约》

特别使团的房舍不可侵犯：例外情况；特别使团的档案和文件不可侵犯；通信自由；免纳捐税、关税；使用国旗、国徽的权利

#### （二）特别使团派遣国代表和外交人员的特权与豁免

人身不可侵犯；私人住所不可侵犯；行动自由；豁免司法管辖；免缴捐税、免除关税和检查；国家元首和高级人员的地位：除了享有本公约规定的特权和豁免外，还应享受国际法所赋予的便利、特权与豁免

#### （三）其他人员的特权与豁免

包括：派遣国外交代表和外交人员的家属；行政和技术人员及其家属；服务人员。

### 五、外交代表机关及其人员对接受国的义务

#### （一）使馆及其人员对接受国的义务

尊重接受国的法律和规章；不干涉接受国内政；通过外交部进行公务联系；使馆馆舍不得用于与使馆职务不相符合的用途；不从事专业或商业活动

#### （二）特别使团及其人员对接受国的义务

特别使团及其人员对接受国的义务与使馆及其人员基本相同。

### 六、防止和惩处侵害应受国际保护人员

概述：1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》

- 1、应受国际保护人员的定义
- 2、侵害应受国际保护人员的罪行及其特征
- 3、国家对侵害应受国际保护人员罪行的管辖权
- 4、“或起诉或引渡”原则
- 5、国际合作措施

## 第四节 领事关系法

### 一、领事关系法的编纂

#### （一）领事关系概说

领事：一国派驻在他国承办领事职务的人员。

领事关系：国家间根据协议，相互在对方境内派驻领事官员执行领事职务所形成的国家间关系  
领事裁判权：

## （二）领事关系法的编纂

1963 年制定《维也纳领事关系公约》；

国际习惯法；

双边、区域性条约。

## 二、领事关系的建立与领馆的设立

《维也纳领事关系公约》第 2、3 条：

第 2 条规定：国与国间领事关系之建立，以协议为之。除另有声明外，两国同意建立外交关系亦即谓同意建立领事关系。断绝外交关系并不当然断绝领事关系。该条规定表明，与外交关系一样，领事关系也是一种国家间关系，必须建立在相互同意的基础之上。

第 3 条规定：领馆须经接受国同意始得在该国境内设立。领馆的设立地点、领馆类别及其辖区由派遣国决定，但须经接受国同意。

## 三、领事职务

《维也纳领事关系公约》第 5 条具体规定了 13 项领事职务，包括外交、政治、商业、司法和海事等各种职务。相比于使馆职务，区别在于非全面性、经常性、区域性。

领事职务和使馆职务的联系和区别：

（1）联系：同一系统；统一领导；相互兼顾

（2）区别：代表范围；活动范围

## 四、领馆人员

### （一）领馆人员的类别

领事官员（职业/荣誉）、领馆雇员及服务人员

### （二）领馆人员的委派及承认

- 1、领馆馆长由派遣国委派，并由接受国承认准予执行职务，但不需要接受国提前同意；
- 2、领馆馆长以外的领馆人员，原则上由派遣国自由委派，但应及时、充分地通知接受国；
- 3、派遣国依其本国法律规章确有必要时，得请接受国对领馆馆长以外的领事官员发给领事证书；
- 4、随时宣告不受欢迎人员

## 五、领事特权与豁免

领事特权与豁免与外交特权与豁免基本上相同。

### （一）领馆的特权与豁免

领馆馆舍不可侵犯；领馆档案及文件不得侵犯；通信自由与行动自由；与派遣国国民通信及联络；免纳捐税、关税；使用国旗和国徽

### （二）领馆人员的特权与豁免

领事官员人身不得侵犯：犯有严重罪行，并依主管机关裁判执行的不在此限；

管辖豁免：例外，契约诉讼；交通事故损害赔偿诉讼；

作证义务及其免除：领馆人员就职务事项没有作证义务，领馆雇员或服务人员不得拒绝作证；

免除捐税、关税和免受查验；

其他特权与豁免。

## 六、领馆及其人员对接受国的义务

《维也纳领事关系公约》第 55 条、第 57 条

第 55 条规定，在不妨碍领事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。这些人员并负有不干涉该国内政之义务。领馆馆舍不得充作任何与执行领事职务不相符合之用途。

第 57 条规定，职业领事官员不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动。

## 第五节 中国关于外交和领事特权与豁免的立法和制度

### 一、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》

关于有关用语的含义；使馆人员的派遣与接受；使馆的特权与豁免；外交代表的特权与豁免；使馆其他人员的特权与豁免；其他人员的特权与豁免；对等原则；享有外交特权与豁免人员的义务

### 二、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》

领馆的地位；领馆的特权与豁免；领馆成员的特权与豁免；对等原则；享有领事特权与豁免人员的义务

### 三、中华人民共和国驻外外交人员法

2009 年 10 月 31 日，第十一届全国人大常委会第十一次会议通过了《中华人民共和国驻外外交人员法》：

#### （一）适用范围：

《驻外外交人员法》第 2 条规定本法的适用范围为：在中国驻外外交机构中从事外交、领事等工作，使用驻外行政编制，具有外交衔级的人员。

#### （二）外交职务和衔级制度：

《驻外外交人员法》第 11 条规定，驻外外交人员的职务分为外交职务和领事职务。第 12 条规定了驻外外交人员实行外交衔级制度。

#### （三）驻外外交人员的职责、条件、义务和权利

2009 年 10 月 31 日，第十一届全国人大常委会第十一次会议通过了《中华人民共和国驻外外交人员法》：

#### （四）馆长负责制：《驻外外交人员法》第 21 条

#### （五）驻外外交人员的工资福利制度：《驻外外交人员法》第八章

## 四、有关领事保护与协助工作的法律制度

《中华人民共和国领事保护与协助工作条例（草案）》（征求意见稿），共 38 条，分总则、领事保护与协助案件处置、预防性措施与机制、法律责任和附则五章：

（一）领事保护与协助的职责概述与履责原则（二）中国公民、法人和非法人组织的基本权利义务（三）不同情形下的领事保护与协助职责（四）预防性领事保护有关措施与机制（五）法律责任

## 第十二章 国际海洋法

### 第一节 国际海洋法的发展

一、海洋的重要性：生命起源于海洋；海洋是人类生存的基本空间；海洋是国际政治斗争的重要舞台；世界强国无一不是海上大国；我国是一个海洋国家。

### 二、Introduction of Law of The Sea

传统的海洋法主要研究领海（territorial sea）和公海制度(high seas)。

现代海洋法，又称国际海洋法，是指有关各种海域的法律地位和在各种海域中从事航行、资源



开发和利用, 海洋科学研究和环境保护等活动的原则、规则和规章制度的总称。

现代海洋法不再局限于传统的领海和公海制度, 涉及海洋的各个领域, 涉及世界上所有的国家。

新的海洋法主要内容包括领海、毗连区、专属经济区、大陆架、公海、国际海底区域、用于国际航行的海峡、群岛及群岛水域、海洋科学研究、海洋环境保护和海洋争端解决等一系列制度。

### 三、《LOS》的编纂和发展 Codification and Development of the LOS

#### (一) Codification

##### 1、1930 年海牙国际法编纂会议

2、1958 年 4 月 24 日至 4 月 27 日, 联合国第一次海洋法会议, 通过了《领海及毗连区公约》、《公海公约》、《大陆架公约》和《公海渔业和生物资源保护公约》;

3、1960 年 3 月 17 日至 4 月 27 日, 联合国第二次海洋法会议, 讨论领海宽度和渔区范围问题, 没有达成一致;

4、1973 年 12 月 3 日开始历时 9 年的第三次联合国海洋法会议, 围绕具体的海洋制度展开讨论;

5、1982 年 4 月 30 日, 第四次联合国海洋法会议以 130 票赞成、4 票反对和 17 票弃权的表决结果通过了《联合国海洋法公约》, 《公约》1994 年 11 月 16 日正式生效(公约的生效方式)。

#### (二) New Developments

1. 1994 年 7 月 28 日, 通过了《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》, 并于 1996 年 7 月 28 日生效。

2. 1995 年 12 月 4 日, 通过了《关于执行〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》。该协定发展了《公约》有关养护公海渔业资源的规定, 确立了关于养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群两种资源的一般制度。

3、2015 年联大 69/292 号决议决定, 根据《联合国海洋法公约》的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性(BBNJ)养护和可持续利用问题拟订一份具有法律约束力的国际协定, 这将是 UNCLOS 项下的第三份执行协定。BBNJ 国际协定是《联合国海洋法公约》生效以来最重要的谈判, 所涉及的海洋遗传资源及其惠益分享以及包括海洋保护区在内的划区管理工具、环境影响评价、能力建设和海洋技术转让, 是当前海洋和海洋法领域最重要、最前沿的热点问题。

## 第二节 领海与毗连区

### 一、领海基线 Baseline

领海基线是国家内水与领海的分界线, 又称领海的内部界限。根据海洋法公约, 它是指沿海国测算其领海、毗连区、专属经济区和大陆架宽度的起算线。

领海基线有三种: 正常基线、直线基线和混合基线。

#### 1、正常基线 Normal Baseline:

海水退潮时退到距离海岸最远的那条线, 即沿岸低潮线, 又称自然基线。沿着这条基线的走向, 向海洋方向量出一定宽度的海域, 这条海水带就是国家的领海。这一测算领海宽度的方法称为正常基线法。《联合国海洋法公约》第 5 条规定: “正常基线是沿海国官方承认的大比例尺海图上所标明的低潮线”。

在国际实践中, 正常基线多用于那些海岸比较平直的情况, 一般适用于陆海分界明显、海岸线比较平直且近岸又无岛屿的海域。

#### 2. 直线基线 Straight Baseline:

是在海岸上(多半是向外突出的地方)和海岸附近的岛屿上(群岛国则在外缘岛屿上)选定一

系列基点，在这些基点之间画出一条条相互连接的直线，构成一条折线，这条折线即为领海基线。沿着这条折线向海洋方向量出一定宽度的海域，这条海水带就是国家的领海。这一测算领海宽度的方法称为直线基线法。

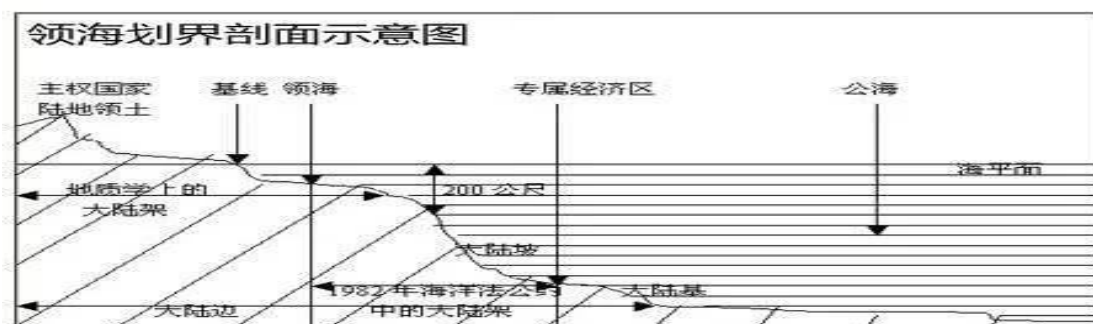
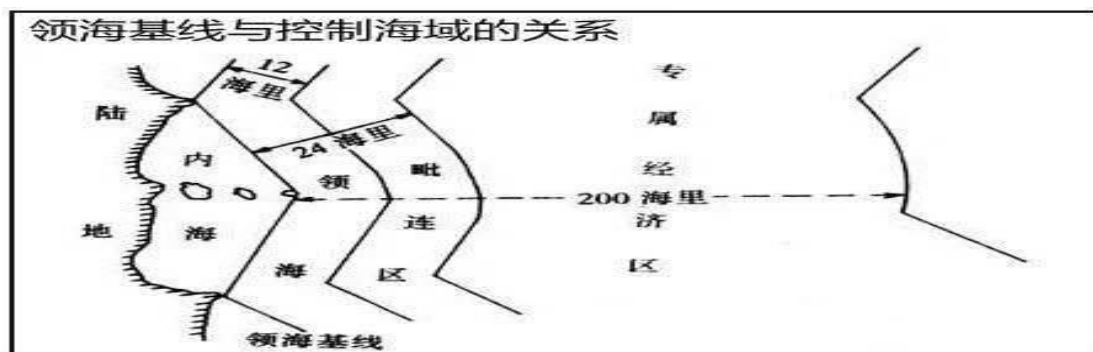
采用直线基线法一般是海岸线比较曲折，沿海有许多岛屿的国家。

一国是否有权采用直线基线法，国际上曾有过争执。20C50D 初，国际法院审理的英挪渔业案判决认为，挪威的直线基线法不违反国际法。1958 年《领海及毗连区公约》和 1982 年《海洋法公约》肯定了直线基线的合法性。

根据我国 1992 年《领海及毗连区公约》“中华人民共和国领海基线采用直线基线法划定，由各相邻基点之间的直线连线组成”。

一般说来，直线基线法确定的领海基线要比正常基线离陆地更远，沿海国可以借此获得更大的利益，因此对直线基线的确定方法进行了限制。

3.混合基线 mixed baseline：两种方法交替使用。



## 二、领海 Territorial Sea

1.领海的定义：领海（territorial sea）是邻接沿海国陆地领土或内水以外受国家主权支配和管辖下的一定宽度的海水带，在群岛国的情况下则及于群岛水域以外邻接的一代海域。

2.领海的宽度：（航程论、视野论、大炮射程论、海上要塞围墙论）

《联合国海洋法公约》规定：每一国家有权确定其领海的宽度，直至从按照本公约确定的基线量起不超过 12 海里的界限为止。

领海的外部界限是一条其每一点同基线最近点的距离等于领海宽度的线。

确定领海的外部界限的三种方法：平行线法、圆弧法、直线法

3.海岸相向或相邻国家间领海界限的划定：“等距线”或“中间线”+“特殊情况”的公平原则

根据《联合国海洋法公约》第 15 条的规定：

通常情况下在相邻或相向国家间没有相反协议时，通过友好协商可以按照中间线或等距线划定彼此的领海界限。

在领海界限划定的谈判中，彼此均无权将其领海伸延至一条其每一点都同测算两国中每一国领海宽度的基线上最近各点距离相等的中间线以外。

如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与上述规定不同的方法划定两国领海的界限,则不适用上述规定。

包括政治、经济、地质等在内的特殊情况必须予以慎重考虑,而且要在中间线或等距线的基础上,充分考虑特殊情况,以便通过谈判求得公平的结果。

#### 4.领海的法律地位 Legal Status : 领海主权+无害通过权的限制

领海是国家领土的一部分,受沿海国主权支配。国家对领海的主权无须宣告。

沿海国对其领海内的一切人和物享有排他的管辖权。即属地最高权,领海内一切人和事物均受沿海国管辖;沿海国对领海内一切资源开发和利用享有专属权;沿海国享有沿海航运的专属权利,沿海国有权制定和颁布有关领海的法律和规章等。

领海主权及于领海的上空、水域、海床和底土。

领海主权是受某种限制的领土主权。沿海国在领海的主权要受到《海洋法公约》所规定的无害通过权及其他国际法规则的限制。

#### 无害通过权 Innocent Passage:

1、UNCLOS 第 17、18、19、20、21 条规定了无害通过制度

2、概念: 外国的非军用船舶(主体? 军舰? 飞机?)可以在不损害沿海国和平、安全和良好秩序(“无害”?)的原则下无须事先通知或征得许可而通过(“通过”?)一国的领海。

3、构成要件: (1) 通过是指为了下列目的,通过领海的航行: (a) 穿过领海但不进入内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施; 或 (b) 驶往或驶出内水或停靠这种泊船处或港口设施。

(2) 通过应继续不停和迅速进行。通过包括停船和下锚在内,但以通常航行所附带发生的或由于不可抗力或遇难所必要的或为救助遇险或遭难的人员、船舶或飞机的目的为限。

(3) 通过必须是无害的,即不损害沿海国的和平、良好秩序或安全。

4、在领海内,潜水艇和其他潜水器,须在海面上航行并展示其旗帜。

5、沿海国可以制定关于无害通过的法律和规章。

#### 外国军舰是否可以通过其他国家的领海?

China: a. 1992 领海及毗连区法对外国军用船舶通过领海规定了批准(approval)制度: 外国军用船舶进入中华人民共和国领海,须经中华人民共和国政府批准。

b. 1996 变化, 1996 批准 UNCLOS1982 声明: 公约有关领海内无害通过的规定,不妨碍沿海国按其法律规章要求外国军舰通过领海必须事先得到该国许可或通知(give prior notification)该国的权利。

至于飞机,未得到沿海国的同意是不能飞越一国领海上空的。

#### **A19: 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:(以下情况皆不属于“无害”):**

(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。

沿海国不应妨碍外国船舶无害通过领海, 沿海国不应:

(a) 对外国船舶强加要求, 其实际后果等于否定或损害无害通过的权利; 或(b) 对任何国家的船舶、或对载运货物来往任何国家的船舶或对替任何国家载物的船舶, 有形式上或事实上的歧视。

沿海国应将其所知的在其领海内对航行有危险的任何情况妥为公布。

沿海国可制定关于无害通过领海的法律和规章。

沿海国考虑到航行安全认为必要时, 可要求行使无害通过其领海权利的外国船舶使用其为管制船舶通过而指定或规定的海道和分道通航制。

沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过。如为保护国家安全包括武器演习在内而有必要, 沿海国可在对外国船舶之间在形式上或事实上不加歧视的条件, 在其领海的特定区域内暂时停止外国船舶的无害通过。

### 领海内的管辖权 Jurisdiction in Territorial Sea:

①专属管辖权 Exclusive Jurisdiction: 沿海国对其领海内的人、物或事件享有排他性管辖, 但这种管辖权受国际条约或国际习惯的限制。对享有外交特权与豁免的人以及军舰和其他用于非商业目的政府船舶就不能行使管辖权。此外, 沿海国管辖权的行使还不应妨碍外国船舶的无害通过。沿海国对通过其领海的外国船舶行使管辖权包括刑事管辖权和民事管辖权两个方面。

②民事管辖权 Civil Jurisdiction: 沿海国不应为对通过领海的外国船舶上某人行使民事管辖权的目的而停止其航行或改变其航向。沿海国不得为任何民事诉讼的目的而对船舶从事执行或加以逮捕, 但涉及该船舶本身在通过沿海国水域的航行中或为该航行的目的而承担的义务或因而负担的责任, 则不在此限。这种限制不妨害沿海国按照其法律为任何民事诉讼的目的而对在领海内停泊或驶离内水后通过领海的外国船舶从事执行或加以逮捕的权利。

③刑事管辖权 Criminal Jurisdiction: 沿海国不应在通过领海的外国船舶上行使刑事管辖权, 以逮捕与在该船舶通过期间船上所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的任何调查, 但下列情形除外: (a) 罪行的后果及于沿海国; (b) 罪行属于扰乱当地安宁或领海的良好秩序的性质; (c) 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; 或(d) 这些措施是取缔违法贩运麻醉药品或精神调理物质所必要的。上述规定不影响沿海国为在驶离内水后通过领海的外国船舶上进行逮捕或调查的目的而采取其法律所授权的任何步骤的权利。地方当局在考虑是否逮捕或如何逮捕时, 应适当顾及航行的利益。除 UNCLOS 1982 第十二部分有所规定外或有违反按照第五部分制定的法律和规章的情形, 如果来自外国港口的外国船舶仅通过领海而不驶入内水, 沿海国不得在通过领海的该船舶上采取任何步骤, 以逮捕与该船舶驶进领海前所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的调查。

甲国船东的货轮“欢乐号”(在乙国注册)在丙国港口停泊期间, 非丙国国籍船员詹某和卡某在船舱内因口角引发斗殴。根据国际法相关规则和实践, 下列判断哪些是正确的? (BD )

A. 丙国通常根据詹某或卡某的请求, 对该事件进行管辖 B. 丙国通常根据该船船长的请求, 对该事件进行管辖 C. 丙国通常根据甲国驻丙国领事的请求, 对该事件进行管辖 D. 丙国通常根据乙国驻丙国领事的请求, 对该事件进行管辖

甲国的一个航海航空爱好者组织“碧海蓝天协会”准备进行一次小型飞机“蓝天号”和赛艇“碧海号”的海上联合表演, 计划涉及我国的领海和领海上空。对此, 根据国际法的有关规则和我国的相关法律, 下列哪些判断是正确的? ( AD )

A. “蓝天号”如在我国领海上空进行, 必须得到我国的允许 B. “碧海号”如在我国领海中进行, 必须得到我国的允许 C. “蓝天号”在前往表演空域途中, 如果仅以通过为目的, 从而飞过我国的领海上空, 则无须得到我国的许可 D. “碧海号”在前往

表演的途中，如果仅仅是以通过为目的，从而穿越我国领海，则无须得到我国的许可

按照《海洋法公约》的规定，外国船舶在通过领海时从事哪种活动即构成非无害通过？（BCD）

A. 为救助遇险或遭难的人员而停船 B. 严重的污染行为 C. 进行研究及测量活动 D. 捕鱼

根据《中华人民共和国领海及毗连区法》的规定（ABD）

A. 外国军用船舶进入我国领海，须经中国政府批准 B. 外国非军用船舶享有依法通过我国领海的权利 C. 外国潜水艇不得在我国领海航行 D. 外国潜水艇通过我国领海必须在海面航行并展示其国旗

潜水艇在通过他国领海时，下列行为中哪些违反了无害通过规则？（ABCD）

A. 在水下继续不停和迅速地通过 B. 在水面连续不停地迅速通过，但未展示国旗 C. 浮出水面行驶，并对沿岸国进行侦察活动 D. 在水下行驶，同时进行演习活动

下列说法中正确的有（ACD）

A. 我国领海基线采用直线法划定，由各相邻基点之间的直线连线组成 B. 外国船舶享有依法无害通过我国领海的权利，包括潜艇在水下通过 C. 我国领海为邻接我国陆地领土和内水的一带海域，其宽度从领海基线量起为 12 海里 D. 我国的有关机关对违反我国法律、法规的外国船舶有权依法处理

### 三、毗连区 Contiguous Zone

1. 定义：毗连区是邻接领海并由沿海国对某些事项行使必要管制的一定宽度的海域。它是国家管辖范围的水域，是由习惯法发展而来的一项国际法制度。

2. 毗连区的宽度：《领海与毗连区公约》规定毗连区的宽度为从领海基线算起，不超过 12 海里。UNCLOS1982 改为不超过 24 海里，即毗连区从测算领海宽度的基线量起，不得超过 24 海里。

3. 毗连区的法律地位 Legal Status of Contiguous Zone

沿海国可在其毗连区行使下列事项所必要的管制：

- 1、防止在其领土或领海内违反其海关、财政、移民或卫生的法律规章。
- 2、惩治在其领土或领海内违反上述法律和规章的行为。

由于毗连区不构成沿海国领土的组成部分，沿海国仅可就上述特定事项行使管辖权。

第三次海洋法会议对此做了两点修改：

- 1、取消毗连区属于公海的提法
- 2、把毗连区的外部界限从领海基线量起 12 海里延至 24 海里

其他国家在毗连区的权利：航行和飞越自由、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他国际合法用途

全国人大常委会于 1992 年 2 月 26 日通过了《领海及毗连区法》，以国家立法形式确定了我国的领海及毗连区法律制度，具体包含以下内容：

中华人民共和国领海为邻接其陆地领土和内水的一带海域；

领海的宽度为 12 海里；

中华人民共和国领海主权及于领海上空、领海的海床及底土；

中华人民共和国毗连区为领海以外邻接领海的一带海域；

外国非军用船舶，依照本法享有无害通过中华人民共和国领海的权利；

外国船舶通过我国领海，必须遵守我国有关法律、法规和规章规定；

任何外国、国际组织、外国法人或者自然人，在我国领海内进行法定活动，须经中华人民共和国

国政府或其有关主管机关批准；  
可自内水、领海或者毗连区开始行使紧追权。

### 第三节 专属经济区 Exclusive Economic Zone

#### 一、专属经济区的概念 Exclusive Economic Zone

专属经济区是 UNCLOS1982 确立的一项新的海洋法律制度，是指领海以外并邻接领海的一个区域，其宽度从测算领海宽度的基线量起，不超过 200 海里。

专属经济区概念的形成：

1945 后：杜鲁门总统公告后，南美国家开始 200 海里海洋权的斗争；1952 智利、厄瓜多尔、秘鲁签署《关于领海的圣地亚哥宣言》“200 海里海洋区域”；1972《圣多明各宣言》，提出“承袭海”概念；1972 阿尔及利亚等 17 个非洲国家在雅温得举行关于海洋法的讨论会上，正式提出了“经济区”的概念；1972 肯尼亚代表向海底委员会提交了一个《关于专属经济区概念的条款草案》，规定 200 海里为专属经济区的最大宽度；1973 非洲 14 国向海底委员会又联合提出了“专属经济区条款草案”；1982《联合国海洋法公约》第五部分

#### 二、专属经济区的法律地位 Legal Status of EEZ

专属经济区（Exclusive Economic Zone）属于国家管辖海域，具有特殊的法律地位。

沿海国在专属经济区内的权利主要是与自然资源和经济活动有关的权利，包括：

- 1.以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源（不论为生物或非生物资源）为目的的主权权利，以及关于在该区内从事经济性开发和勘探。
- 2.本公约有关条款规定的对下列事项的管辖权：人工岛屿、设施和结构的建造和使用；海洋科学研究；海洋环境的保护和保全。
- 3.本公约规定的其他权利和义务。

各国在专属经济区内根据公约行使其权利和履行其义务时，应适当顾及沿海国的权利和义务，并应遵守沿海国按照公约的规定和其他国际法规则所制定的与公约不相抵触的法律和规章。所以，专属经济区是《联合国海洋法公约》产生的一个新的国家管辖海域，具有特殊的法律地位。

A58: 在专属经济区内，所有国家，不论为沿海国或内陆国，均享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他国际合法用途。

A88-115: 有关适用于公海的一般规定以及其他国际法有关规则，只要与本部分不相抵触，均适用于专属经济区。但是，各国在专属经济区内行使其权利和履行其义务时，应适当顾及沿海国的权利和义务，并应遵守沿海国制订的与本部分不相抵触的法律和规章。

独特的 Sui Generis: 专属经济区既不是领海，也不是公海，而是自成一类的国家管辖海域。

#### 三、专属经济区法律制度 Legal Regime of EEZ

根据《联合国海洋法公约》的规定,沿海国在该区域的权利具体规定如下：

1. 勘探和开发、养护和管辖海床和底土及其上覆水域的自然资源为目的的主权权利。
2. 沿海国对专属经济区内的人工岛屿、设施和结构的建造和使用享有专属管辖权。
3. 对海洋科学研究的专属管辖权。
4. 对海洋环境保护和保全的专属管辖权。
5. 国际法所赋予的其他权利和管辖。

如沿海国有勘探和开发专属经济区生物资源的权利，那么就有保全、养护、管理该区域内生物

资源的义务，有防止、减少和控制专属经济区环境污染，保全和保护环境的义务等。

其他国家在 EEZ 的权利和义务：

- 1、在专属经济区内，所有国家，不论是沿海国或内陆国，在公约限制下，都享有“航行和飞越的自由、铺设海底电缆和管道的自由”
- 2、内陆国和地理不利国家可以根据双边或多边协议开发同一个分区域或区域的所谓剩余资源。
- 3、经沿海国同意进行科学研究的权利

EEZ 的剩余权利问题：这一问题涉及到专属经济区的性质和地位的确认。广大发展中国家和苏、美等海洋大国对此有严重分歧。发展中国家根据专属经济区属国家管辖区的情况，主张剩余权利应属于沿海国，海洋大国坚持专属经济区属于公海的一部分，强调剩余权利应该归属于国际社会。其中军事活动的权利备受争议。

#### 四、中国的专属经济区制度

我国于 1996 年 5 月 15 日正式批准《联合国海洋法公约》，并于 1998 年颁布了《专属经济区和大陆架法》，宣布中华人民共和国的专属经济区为其领海以外并邻接领海的区域，从领海基线量起向外延伸至 200 海里。

中华人民共和国与海岸相邻或者相向国家关于专属经济区和大陆架的主张重叠的，在国际法基础上按照公平原则以协议划定界限。

#### 第四节 大陆架制度 Continental Shelf Regime

##### 一、Concept

大陆架 (Continental Shelf)，又称“大陆礁层”，是指沿海国陆地领土在领海外部界限水下向海的自然延伸部分。

《联合国海洋法公约》第 76 条 (1) 款规定：“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底和底土，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 200 海里，则扩展到 200 海里的距离”。

《联合国海洋法公约》关于大陆架的定义含有三个特点：

- 1.重申了《大陆架公约》关于大陆架的法律概念以及它与自然延伸的自然事实之间的关系。
- 2.建立了大陆架作为一个法律概念与大陆架作为一个地貌概念的联系。
- 3.引入了距离标准，使一个沿海国无论是否有自然意义上的自然延伸，可以主张从领海基线量起远至 200 海里的大陆架。

##### 确立超过 200 海里的外划分大陆架的方式：

###### 1.两条公式线：

1%沉积岩厚度标准——以最外各定点为准划定界线，每一定点上沉积岩厚度至少为从该点至大陆坡脚最短距离的百分之一

坡脚线+60 海里——以离大陆坡脚的距离不超过 60 海里的各定点为准，划定界线。

###### 2.两条制约线：

不超过领海基线 350 海里

不超过 2500 米等深线+100 海里

对 200 海里以外的大陆架界限的问题，由大陆架界限委员会负责。

大陆架界限委员会是根据《联合国海洋法公约》成立的机构，1997 年正式运作，由 21 位地质学、地球物理学或水文学方面的专家组成，负责审议沿海国关于 200 海里以外的大陆架外部界

限的资料和其它材料，并向沿海国提出建议。

其职能包括：1，审议沿海国提出的关于扩展到 200 海里以外的大陆架外部界限的资料和其它材料，并按照《公约》第 76 条和 1989 年 8 月 29 日第三次联合国海洋法会议通过的谅解声明提出建议；2，在编制这些资料期间，应有关沿海国的请求，提供科学和技术咨询意见。

## 二、大陆架的法律地位 Legal Status of Continental Shelf

沿海国为勘探和开采自然资源的目的，对大陆架行使主权权利。上述权利是专属性的、固有的。如果沿海国自己不勘探开发，任何人未经沿海国同意，不得开发。沿海国对大陆架的权利，不取决于有效的占领、象征性的占领或明文公告。沿海国为了勘探开发大陆架，有建造人工岛屿设施和结构的专属权利。

沿海国对大陆架权利的行使，不应影响大陆架上覆水域或水域上空的法律地位，即其上覆水域或上空的法律地位受专属经济区的法律地位支配。

沿海国对大陆架权利的行使，不应对其他国家的依本公约享有的其他权利和自由有所侵害或不当干扰。所有国家有权在其它国家大陆架海底铺设电缆和管道，但其路线的划定要得到沿海国的同意。

200 海里以外的大陆架的法律地位是一种特殊的法律地位。对其非生物资源的开发，应缴纳费用或实物，200 海里以外大陆架的上覆水域和上空属于公海地位。

## 三、大陆架在相邻或相对的国家之间的划界 Delimitation of The Continental Shelf Between Adjacent or Opposite States

1958 年《大陆架公约》中规定的划界原则：等距原则；“北海大陆架划界案”中，国际法院使用了自然延伸原则(principle of natural prolongation)。

大陆架界限划定的原则是公平原则(equity principle)，这是各有关条约和判决中一直强调和适用的原则。

《联合国海洋法公约》第 83 条本身具有四层含义：

- (1) 划界所依据的法律是《国际法院规约》第 38 条所指国际法
- (2) 以协议划定
- (3) 在达成大陆架划界协定以前，有关各国应该基于谅解和合作的精神尽一切努力作出实际性的临时安排，并不危害或阻碍最后协定的达成
- (4) 有关国家如在合理期间内未能达成任何协定，应诉诸本公约第 15 部分所规定的程序

## 四、中国的大陆架制度

中国是世界上宽大陆架国家之一。

中国对邻接本国陆地领土的大陆架地区拥有主权权利。

中国政府一贯主张同有关国家协商确定划界问题。

对于有关国家单方面宣布划定与我国大陆架的重叠区范围的行为，对其他国家侵犯中国大陆架权利的行为，我国坚决反对，不予承认。

甲国为沿海国，但从未发表过任何关于大陆架的法律或声明，也从未在大陆架上进行过任何活动。现乙国在甲国不知晓的情况下，在甲国毗连区海底进行科研钻探活动。对此，下列判断哪些是错误的 (bcd )

A.乙国的行动非法，应立即停止并承担相应责任 B.根据海洋科研自由原则，乙国行为合法 C.乙国行为合法，因为甲国从来没有提出过有关大陆架的主张 D.乙国行为合法，因为甲国从未在大陆架上进行任何活动或有效占领



## 第五节 用于国际航行的海峡及群岛水域 Straits And Archipelagic Waters Used For International Navigation

### 一、用于国际通行的海峡和过境通行制度

#### (一) 用于国际通行的海峡 (Straits Used for International Navigation):

连接两端都是公海或专属经济区，而又用于国际航行的海峡，即用于国际航行的海峡，又称国际海峡。

随着领海宽度的扩大，导致许多重要的国际海峡成为沿岸国的领峡。据统计，有 116 个海峡处于一国或几国的领海范围内，而其中有 30 个海峡被认为是用于国际航行的海峡。

#### (二) 过境通行制度 (transit passage)

1. 过境通行是用于国际航行的海峡实行的一种特殊制度，该制度规定各国船舶和飞机享有过境通行的权利。

2. 过境通行与无害通过是有区别的。

无害通过适用于领海，主要指商船，飞机没有事先批准绝对不能飞越一国领海上空，潜水艇须浮出水面并展示国旗。

过境通行适用于用于国际航行的海峡，不仅包括商船，还包括军舰和飞机，潜水艇可以不浮出水面而在水下潜行。

3. 过境通行必须连续不断地、迅速地通过，不对沿海国主权和领土完整进行威胁，遵守海上安全的规章制度和国际惯例等。沿海国也有义务对不利于航行的情况随时公布；沿海国不应妨碍过境通行，也不应对过境通行予以禁止。

4. 过境通行不影响这种海峡的水域的法律地位，也不影响海峡沿岸国对这种水域及其上空、海床和底土行使其主权或管辖权。

过境通行制度不适用于以下三种情况：

(1) 海峡是在公海或专属经济区的一部分和外国领海之间；

(2) 海峡是由海峡沿岸国的一个岛屿和该国大陆形成，而且该岛向海一面有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或专属经济区的航道；

(3) 穿过某一用于国际航行的海峡有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或专属经济区的航道。

以上三种情况中，(1)(2) 适用无害通过制度。(3) 适用航行与飞越自由制度。

此外，如果某些海峡的通过已全部或部分地规定在长期存在、现行有效的专门关于这种海峡的国际公约中，则这种海峡的法律制度不受过境通行制度的影响。

由于台湾海峡两岸都是中国领土，且海峡宽度在 200 海里以下，依据中国所加入的《联合国海洋法公约》第二及第五部分规定，台湾海峡水域的法律性质除了中国的“领海”外，大部分为中国的“专属经济区”。

台湾海峡中国领海部分的航行问题领海是指一国领海基线以外不超过 12 海里的水域，根据《公约》第二部分第三节规定，他国船舶在此有“无害通过权”，即“不损害沿海国的和平、良好秩序或安全”的情况下“连续不停地迅速通过”，且“潜水艇及其他潜水器须在海面上航行并展示其旗帜”，但航空器则无权飞越领海上空。

对于他国军舰能否在台湾海峡的中国领海中行使无条件的无害通过权的问题，1983 年的《中华人民共和国海上交通安全法》第 11 条规定，“外国籍军舰船舶，未经中华人民共和国政府批准，不得进入中华人民共和国领海”。这一规定在 1992 年的《中华人民共和国领海与毗连区

法》中得到再次确认。

《公约》第 57 条规定,“专属经济区是指从测算领海宽度的基线量起不超过 200 海里的海域”,由于台湾海峡宽度不足 200 海里(平均宽度 108 海里),所以台湾海峡水域中领海之外的大部分水域属于中国的“专属经济区”。理论上各国均有权在台湾海峡的中国专属经济区部分行使航行飞越自由权。《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第 11 条也规定,“任何国家在遵守国际法和中华人民共和国的法律、法规的前提下,在中华人民共和国的专属经济区享有航行、飞越的自由”。但如果有国家频繁派军舰穿行台湾海峡,虽然其宣称是在行使所谓“航行自由权”,但目的显然是为台湾有关分裂势力打气撑腰,那么这事实上已经和《公约》有关专属经济区应用于和平目的以及《联合国宪章》有关尊重他国主权与领土完整的精神相背离。

(三) 船舶和飞机在行使过境通行权时应 Duties of Ships & Aircraft during Transit Passage:

(a) 毫不迟延地通过或飞越海峡;

(b) 不对海峡沿岸国的主权、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;

(c) 除因不可抗力或遇难而有必要外,不从事其继续不停和迅速过境的通常方式所附带发生的活动以外的任何活动;

(d) 遵守本部分的其他有关规定。

过境通行的船舶应: (a) 遵守一般接受的关于海上安全的国际规章、程序和惯例, 包括《国际海上避碰规则》; (b) 遵守一般接受的关于防止、减少和控制来自船舶的污染的国际规章、程序和惯例。

过境通行的飞机应: (a) 遵守国际民用航空组织制定的适用于民用飞机的《航空规则》; 国有飞机通常应遵守这种安全措施, 并在操作时随时适当顾及航行安全; (b) 随时监听国际上指定的空中交通管制主管机构所分配的无线电频率或有关的国际呼救无线电频率。

(四) 海峡沿岸国可对下列各项或任何一项制定关于通过海峡的过境通行的法律和规定: States bordering Straits Used for International Navigation:

(a) 航行安全和海上交通管理;

(b) 使有关在海峡内排放油类、油污废物和其他有毒物质的适用的国际规章有效, 以防止、减少和控制污染;

(c) 对于渔船, 防止捕鱼, 包括渔具的装载;

(d) 违反海峡沿岸国海关、财政、移民或卫生的法律和规章, 上下任何商品、货币或人员。

海峡沿岸国可于必要时为海峡航行指定海道和规定分道通航制, 以促进船舶的安全通过。海峡沿岸国不应妨碍过境通行, 并应将其所知的海峡内或海峡上空对航行或飞越有危险的任何情况妥为公布。过境通行不应予以停止。

## 二、群岛与群岛国(Archipelago And Archipelagic State)

### (一) 群岛与群岛国制度

群岛国(如, 印尼、菲律宾)不包括其本身拥有一个或多个沿海群岛的大陆国家

### (二) 群岛水域及其法律地位

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基线。

群岛基线内的水域构成群岛水域, 是国际法上的一个新的概念和水域。

群岛国的主权及于群岛水域, 及于群岛水域的上空、海床和底土, 以及其中所包含的资源。

群岛国对群岛水域的主权要受到其他第三国所享有之权利的限制

划定群岛国的直线基线应受三个条件限制:

- 1、面积上的限制。在基线所包围的区域内，水域面积和陆地面积的比例应为 1: 1 到 9: 1。
- 2、基线长度一般不超过 100 海里，在基线总数中，最多是 3%能超过这个长度，最长者不超过 125 海里。
- 3、基线的划定，不应在任何明显的程度上偏离群岛的一般轮廓。

#### 群岛国对群岛主权受到的限制：

群岛水域既不属于内水，又不是领海，而是具有特殊法律地位的新的水域。群岛国的主权及于群岛水域及其上空，海床和底土以及其中所包含的自然资源。

群岛国应尊重与其他国家间的现有协定，并应承认直接相邻国家在群岛水域的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动，以及尊重其他国家所铺设的通过其水域而不靠岸的现有海底电缆。

#### 关于群岛水域的通过制度，公约规定：

(1) 所有国家的船舶均享有通过群岛水域的无害通过权。

(2) 群岛国可指定适当的海道和空中航道，以便外国船舶和飞机继续不停地和迅速通过或飞越其群岛水域和邻接的领海。所有外国船舶和飞机均享有这种群岛海道通过权。群岛海道通过是专为在公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间继续不停、迅速和无障碍地过境的目的，行使正常方式的航行和飞越的权利。但群岛海道通过制度不影响包括海道在内的群岛水域的地位，或影响群岛国对这种水域及其上空、海床和底土以及其中所含资源行使其主权。而且船舶和飞机在通过时应遵守适用于“用于国际航行的海峡”在过境通行时的所有义务。

### 三、南海诸岛、钓鱼岛的法律地位

南海诸岛的法律地位：

1. 中国对南海诸岛及相关海域拥有无可争辩的主权

2. 菲律宾单方提起的南海仲裁案

2014 年 12 月 7 日，中国外交部受权发表《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，从各个方面论证了仲裁庭对仲裁事项无管辖权。

钓鱼岛的法律地位：钓鱼岛及其附属岛屿是中国领土不可分割的一部分。无论从历史、地理还是从法理的角度来看，钓鱼岛都是中国的固有领土，中国对其拥有无可争辩的主权。

## 第六节 公海 High Seas

### 一、公海的概念：

公海 (high seas) 指不包括国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域在内的全部海域。即指各国内水、领海、群岛水域和专属经济区以外不受任何国家主权管辖和支配的海洋部分。

公海概念出现于 17 世纪，在 19 世纪获得普遍承认。1958《公海公约》第 1 条规定，公海是“不包括在一国领海或内水内的全部海域”。UNCLOS III 确立了新的专属经济区和群岛国制度，公海的概念发生相应变化。UNCLOS1982 第 86 条规定，公海是指“不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域”。

在联合国第三次海洋法会议以前，大陆架以外的国际海底区域也属于公海的范围，但由于第三次海洋会议建立了一个新的国际海底区域制度，国际海底不再是公海的组成部分，并且实行了一种与公海完全不同的制度。国际海底制度的建立，引起了公海概念的变化，公海的范围明显

缩小了。

## 二、公海的法律地位：公海自由原则（ Freedom of High Seas ）

1、含义：公海自由是现代国际海洋法的基本原则之一，指公海对所有国家开放，不论其为沿海国或内陆国；在《联合国海洋法公约》和其它国际法规则所规定的条件下，各国均有行使公海自由的权利；公海是全人类的共同财富，供所有国家平等地、共同地使用，不属于任何国家的领土组成部分，不在任何国家的管辖之下。

2、内容：根据 1958 年《公海公约》的规定，公海自由的内容包括：航行自由；飞越自由；铺设海底电缆和管道的自由；捕鱼自由。以上称为“公海四大自由”。

1982 年《海洋法公约》增加了“建造人工岛屿和其它设施的自由”和“科学研究的自由”，合称为“公海六大自由”。

3、限制：公海自由不是绝对和无限制的。一，公海自由是在《联合国海洋法公约》和其它国际法规则所规定的条件下进行的；二，各国在行使公海自由时，须适当地顾及其它国家行使公海自由的利益，并适当顾及公约所规定的同“区域”内活动有关的权利；三，公海应只用于和平目的，不应把公海变成进行军事活动、侵略和战争的场所。

## 三、公海法律制度 Legal Regime of The High Seas

如果国际法只有公海自由和公海不受任何国家管辖的原则，其结果将使公海成为无政府状态。为了避免无政府状态，长期以来形成了有关公海的习惯国际法规则，同时国际社会还制定了一些有关公海的公约，从而保证了公海即使不是任何国家的领土，却有一定的法律秩序。

### （一）公海航行和船旗国专属管辖权（ Exclusive Jurisdiction of Flag States ）

公海航行是自由的，任何国家都可以在公海上行驶其悬挂自己国家旗帜的船只。1982 年海洋法公约确认内陆国也有在公海航行的权利。

船舶在公海上航行，只服从国际法和本国的法律，称为“船旗国专属管辖权”（Exclusive Jurisdiction of Flag States）。船旗国专属管辖是公海管辖的一般原则。这种管辖取决于船舶航行时所悬挂的旗帜。船舶航行应仅悬挂一国的旗帜，一般在公海上受该国的专属管辖。每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制。军舰、政府公务船舶（如海关船），在公海上享有完全豁免权，不受船旗国以外任何其他国家管辖。遇有船舶在公海上碰撞或任何其他航行事故涉及船长或任何其他为船舶服务的人员的刑事或纪律责任时，对此种人员的任何刑事诉讼或纪律程序，仅可向船旗国或此种人员所属国的司法或行政当局提出。船旗国当局以外的任何当局，即使作为一种调查措施，也不应命令逮捕或扣留船舶。

船旗国的确定及方便旗船的问题。

### （二）船旗国专属管辖权的例外：

#### 1. 登临权（Right of Visit）

（1）含义：登临权是指各国的军舰在公海上对于有合理根据被认为犯有国际罪行或其他违反国际法行为嫌疑的商船，有登临和检查的权利。

（2）适用情形：根据 1982 年《联合国海洋法公约》第 110 条规定，有下列情况之一者可以进行检查：

- (a) 从事海盗行为；
- (b) 从事奴隶贩卖；
- (c) 从事未经许可的广播；
- (d) 没有国籍；或(e)虽悬挂外国旗帜或拒不展示其旗帜，事实上却与军舰属同一国籍。

（3）方式及限制：军舰遇到上述情况可以进行临检，必要时还可以进行进一步的彻底检查。在公海上商船遇到军舰要立即升起国旗表明国籍，如果一国商船没有升起国旗，而军舰主动升起

了国旗，军舰就可以进行临检了。军舰可查核该船悬挂其旗帜的权利。可派一艘由一名军官指挥的小艇到该嫌疑船舶。如检验船舶文件后仍有嫌疑，可进一步在该船上进行检查，但检查须尽量审慎进行。如嫌疑经证明为无根据，且被登临的船舶未从事嫌疑的任何行为，对该船舶可能遭受的任何损失或损害应予赔偿，即临检权不能滥用，检查错了要道歉并赔偿损失。

## 2. 紧追权(Right of Hot Pursuit)

(1) 含义：紧追权指沿海国对违反其法律和规章并从其管辖海域逃向公海的外国船舶进行追逐以拿捕的权利。

(2) 行使紧追权的条件：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，可对该船舶进行紧追。行使紧追权的条件是累积的，只有满足每项条件，紧追才合法。无正当理由行使紧追权时，在领海外被命令停驶或逮捕的船舶，对可能因此遭受的任何损失或损害应获赔偿。

1. 紧追须在沿海国内水、群岛水域、领海、毗连区开始，如外国船舶在专属经济区或大陆架上违反沿海国有关规章时，紧追也可以在该海域开始。

2. 追逐只有在外国船舶视听所及的距离内发出视觉或听觉的停驶信号后，才可开始。

3. 紧追不能中断，须继续进行，一旦中断，紧追权就告结束。如该外国船舶进入其本国或第三国领海，紧追应立即停止。

4. 紧追权可由军舰、军用飞机或其他清楚标志为政府服务并经授权进行的船舶或飞机行使。如不符合上述要求，沿海国应负赔偿责任。

5. 违法的船舶被追上后，可以押回本国领海并进行处理，被紧追的船舶不能以公海自由为理由而拒绝拿捕。

《中华人民共和国领海及毗连区法》第十四条：“中华人民共和国有关主管机关有充分理由认为外国船舶违反中华人民共和国法律、法规时，可以对该外国船舶行使紧追权。追逐须在外国船舶或者其小艇之一或者以被追逐的船舶为母船进行活动的其他船艇在中华人民共和国的内水、领海或者毗连区内时开始。如果外国船舶是在中华人民共和国毗连区内，追逐只有在本法第十三条所列有关法律、法规的权利受到侵犯时方可进行。追逐只要没有中断，可以在中华人民共和国领海或者毗连区外继续进行。在被追逐的船舶进入其本国领海或者第三国领海时，追逐终止。本条规定的紧追权由中华人民共和国军用船舶、军用航空器或者中华人民共和国政府授权的执行政府公务的船舶、航空器行使。”

## 第七节 国际海底区域制度 International Seabed Area Regime

### 一、概念

**国际海底区域 (international seabed area)**，简称“区域”(the area)，指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土，也就是各国大陆架或专属经济区以外的深海洋底及其底土。区域是《联合国海洋法公约》设立的一个崭新的概念。有丰富多金属结核。

### 二、法律地位

1、区域及其资源是人类共同继承财产。

2、区域开放给所有国家，不论沿海国或内陆国，专为和平目的利用。

3、任何国家都不能对区域及其资源主张或行使主权权利。

4、任何国家或自然人或法人都不能把国际海底区域及其资源的任何部分占为己有。对资源开发的一切权利属于全人类，由国际海底管理局代表全人类进行管理。

5、区域内的开发活动应为了全人类的利益，各国公平享受海底资源收益，特别是要考虑到发展中国家和还没有取得自治地位的人民的利益而进行。

6、对国际海底区域的规定，不影响其上覆水域及其水域上空的法律地位。

**7、“人类共同继承财产原则”(principle of common heritage of mankind):** (1) 共同所有和共同管理国家管辖范围以外的海床洋底及其资源。(2) 任何国家或国家集体不得占有或分割国家管辖范围以外的海床洋底及其资源。(3) 在所有国家间公平分配所有利益, 应特别考虑发展中国家的特别需要和利益。

三、海底区域开发和管理的国际制度 International Regime For The Development And Management Of Seabed Areas

区域实行平行开发制度 ( Paralleled System ), 即由海底管理局企业部和其他国家及私人公司同时进行开发。

区域开发制度是国际海底法律制度的一项最基本的内容。

开发制度的实施已进入准备阶段。有一些国家已开始预备性投资, 进行可行性研究, 称为开辟活动, 这些国家被称为“先驱投资者”。

1990 年, 我国在法、日、俄、印后成为第五个先驱投资国。

四、关于实施《联合国海洋法公约》第十一部分的协定

1990 年 7 月, 联合国秘书长哈维尔·佩雷斯·德奎利亚尔先生主动召开非正式协商会议, 以期使《联合国海洋法公约》得到普遍参加。

自 1990 年至 1994 年, 一共召开了 15 次会议。

联合国第 48 届大会于 1994 年 7 月 28 日表决通过了海洋法的两个文件:《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》和《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定的决议》。

协定对公约中 9 个未解决问题的协商作为附件载于协定之后。

## 一、当前国际法的总体发展态势

（一）全球治理体系和国际秩序变革加速推进，制度性权力和未来秩序主导权之争成为大国博弈的主战场。

“冷战”结束以来，以相对稳定的中美俄欧双边和三边关系为机轴的大国关系、以世界贸易组织规则为核心的国际贸易体系、以美俄核裁军条约为基础的国际军控体系、以《联合气候变化框架公约》及其《巴黎协定》为指引的应对气候变化机制、以联合国安全理事会为核心的集体安全体制等旧国际关系和国际机制，受到了不同程度的冲击，全球治理面临严重“赤字”和重大挑战。未来，国际秩序主导权之争仍将在国际关系的各个领域深入发展。

（二）国际竞争从传统陆地疆域向包括海洋、极地、外空、网络在内的新疆域拓展的态势愈发明显，海洋领域规则制定和实施持续走深走实。

国家管辖范围以外区域生物多样性养护和可持续利用问题、公海保护区、深海基因、大陆架和专属经济区划分、国际海底资源开发、极地治理、海平面上升等前沿问题以及争端解决机制问题受到各国高度重视。涉及海域管辖、岛礁归属、大陆架划界等海上热点问题多发频发，且呈常态化、多边化、司法化之势，国际海底资源勘探开发竞争激烈，极地形势更趋复杂。我国在涉海方面面临的挑战有所增加。21 世纪是海洋世纪，中国确定了海洋强国战略。新的形势要求我国国际法学界紧密跟踪海洋法的最新理论与实践发展，不断提高运用海洋法服务建设海洋强国目标的能力，丰富和强化我国海洋权益主张的法理依据，在人类命运共同体思想的指引下，努力推动构建更加公平合理的国际海洋法律秩序。

（三）网络空间战略地位不断上升，在国际议程中的位置加速前移，制网权之争已悄然拉开帷幕

各方围绕网络技术、网空治理、网络安全和规则制定展开激烈较量<sup>5</sup>。一方面，信息技术、智

能技术和网络技术发展方兴未艾，新一轮社会化互联网技术革命正在酝酿；另一方面，网络国际治理严重滞后。大网在网络空间的军力角逐不断升级，网络战风险增加；网络安全、信息安全危机四伏，网络攻击事件愈演愈烈，网络犯罪尤其是网络金融诈骗多发高发；网络领域渗透与反渗透、垄断与反垄断国际斗争日趋复杂；网络领域发展不平衡、规则不健全、秩序不合理等问题亟待解决，网络空间安全事关各方重大利益，已成为集政治、外交、安全、法律、经济和文化等多因素于一体的重大战略问题。美西方与中俄等新兴国家阵营对垒的态势日渐清晰。双方围绕网络自由与网络主权、网络空间军事化与网络和平利用、民间与政府、技术垄断与公平参与这几对矛盾展开博弈，核心的一点是抢抓网络技术和网络空间秩序的主导权。

#### （四）气候变化谈判进入转折期，各方加紧谋划未来全球环境治理体制

2015年巴黎气候大会达成历史性的《巴黎协定》，并快速生效，“巴黎路线图”谈判进程终结硕果。然而，美国特朗普新政府推行“逆全球化”的“美国优先”政策，宣布将退出《巴黎协定》，对全球气候治理带来一定冲击，但《巴黎协定》将继续有效，国际合作应对气候变化的势头依然强劲。当前重点是继续合作落实《巴黎协定》，制定相关细化规则，推动协定有效运行。后续细则谈判由20多项议题组成。经过各国的共同努力和艰苦谈判，2018年12月16日在波兰卡托维兹闭幕的联合国气候变化大会成功通过《巴黎协定》实施细则，细则谈判如期收官。

2017年以来，在法国总统马克龙的推动下，法国积极倡议制定《世界环境公约》，经过多轮磋商，第72届联合国大会于2018年5月10日通过了题为《迈向世界环境公约》的程序性决议，这项决议的通过，标志着国际环境法领域的“造法”努力取得了阶段性进展。

#### （五）国际法成为对外斗争和扩大国际影响的重要抓手

围绕西亚北非局势、伊朗核问题、朝鲜半岛局势、安理会改革、南海争议、中美贸易战等热点和难点问题，相关各方均十分注重以法律为抓手谋划应对之策、抢占道义高地，国际博弈中的法律战更趋激烈。即使特朗普政府大肆推行单边主义贸易保护措施，表面上也打着维护世界



贸易组织“公平”贸易体制的旗号，并在世界贸易组织内娴熟地玩弄“法律牌”。法理之争成为塑造国际秩序、赢得制度性权力的重要方面，特别是中小国家越来越重视利用国际司法和仲裁程序谋利或造势。国际立法、国际司法对国际关系的影响不断上升，外交与法理愈加密不可分。

一个值得关注的新动向是，中小国家在国际舞台上联合发声、发挥影响，甚至联手向大国提出挑战的趋势在发展。前者如，51 个小岛国在联合国大会第六委员会联合提议，请国际法委员会审议海平面上升对小岛国的影响问题；非洲联盟成员集体要求请国际法委员会审议“普遍管辖权”问题。后者如，在众多中小国家的强力推动下，联合国大会通过了《禁止核武器条约》，引来安理会“五常”发表联合声明，集体反对，这在联合国历史上十分罕见；在联合国大会关于提请国际法院就涉及查戈斯群岛的两个问题出具咨询意见的决议表决中，安理会“五常”中无一赞成票，不是反对，就是弃权，这也十分罕见；在 2017 年 11 月举行的国际法院法官选举中，竞选连任的英国籍法官格林伍德意外地在 6 选 5 的竞选中败给了来自索马里、巴西、黎巴嫩、印度等国的候选人，成为唯一一个出局者。1946 年国际法院成立以来，美国首次在该法院丧失法官席位，此前，在 2016 年 11 月举行的联合国国际法委员会换届选举中，法国提名的候选人竞选连任失败，英国和俄罗斯候选人以本区域最低得票当选，险遭淘汰。

## 二、当前国际法前沿值得关注的十大问题

### (一)人类命运共同体与国际法

准确把握人类命运共同体思想的国际法内涵，积极探索在国际治理的各具体领域融入命运共同体思想，既是推进新时代中国特色大国外交的必然要求，也是中国国际法学界的共同使命。人类命运共同体理念已写入了联合国相关决议，《中华人民共和国和俄罗斯联邦联合声明》《上海合作组织成员国元首理事会青岛宣言》《中非合作论坛北京峰会宣言》等多双边文件。下阶段，应积极推动通过具体国际规则体现和落实上述理念，使其真正落地生根，并焕发持久生命力

### (二)“一带一路”法治保障

一是条约网络的构建。当前“一带一路”条约网络构建工作已经起步并已初具雏形，但还存在不少短板。一是覆盖的国家和领域还不全面，需要拓展；二是现有经贸条约还不太适应新形势，需要升级换代；三是如何用好已有多边条约和机制，深入参与制定新公约新机制，需要加强研究。二是风险防范机制。与“一带一路”建设相关的法律问题相当复杂，风险不小。有效应对法律风险。一个重要环节就是要立足各国现实情况，将相关政策问题法律化。利用法律的正式性、稳定性、可预测性等特质克服政治和商业决策中的不确定性，从而使“一带一路”合作与交往走上法治化轨道，在相对稳定的法律框架下实现共同发展和互利共赢。这个法律框架应遵循“共商共建共享”和平等互利的原则，尊重当事人选择可适用法律的自由，发生法律冲突时选择相应规则来解决。三是争端解决机制。“一带一路”国际合作。分歧争端难免，迫切需要建立高效、公正、便捷的争端解决机制。有两种基本思路：一是用好用足现有机制；二是在充分调研的基础上考虑设立新机制，考虑也到“一带一路”聚焦经济领域的合作，国家、公民、法人等不同主体间争端都可能存在，需要区分情况分类施策。

#### (四)国际司法机构与国际法的解释与适用

国际司法机构，特别是联合国国际法院，一直被许多国家视为公平正义的化身，在国际法的解释与适用中发挥重要作用，不仅决定有关争端个案的解决，也在很大程度上影响国际法的发展方向，一直是大国博弈和争夺的重要阵地。近年来，国际性司法裁判机制趋于加强。主权国家接受国际司法机构管辖的压力增大，在人权、环境、海洋法领域尤其明显。

1、国际海洋法法庭和其他第三方争端解决机构或机制在受理、审理国家间涉海争端时出现了严重的“扩权和滥权”问题。

2、普遍司法管辖权趋于扩大，对侵犯人权的追诉趋于国际化。最新趋势是将所谓侵犯人权的罪行列入所谓的“普遍管辖权”，并限制司法豁免的适用范围，对一国现任或前任领导人进行刑事追诉的案例增加。国际管辖的范围在扩展，“国内和国际混合管辖区域”在增多，深刻影响国家决策空间和行为模式。而国际法院、国际刑事法院、国际海洋法法庭、欧洲人权法院、美洲人

权法院等国际或区域司法机构，愈来愈多地直接或间接地介入了一些国际热点问题或敏感问题。争权、扩权、滥权倾向日趋明显。

#### (五)条约履约机构和缔约国大会扩权动向

除国际司法机构外，条约履约机构等具有一定准司法或监督职能的机构，也不同程度地出现了扩权倾向。

1、主权的人本化趋势进一步加强，消除所谓的“有罪不罚”的呼声日高，道义天平明显向个人倾斜。自2009年联合国人权高级专员办事处启动有关改革进程以来，人权条约机构监督职责不断强化，工作的选择性和政治化倾向日益严重）。

2、环境类条约缔约国会议也有类似趋势：《联合国防止荒漠化公约》缔约国会议决定，在公约框架下就全球土地退化问题建立工作组，这可能会超出公约规定的防治荒漠化目标的适用范围。《濒危野生动植物种国际贸易公约》的管辖范围应该是进出口贸易，但是公约缔约方会议以保护濒危野生动植物为由，对缔约国国内贸易措施也提出要求。

#### (六)国际法院“查戈斯群岛咨询意见案”

2017年6月22日，第71届联合国大会以94票赞成、15票反对、65票弃权的表决结果，通过了白毛里求斯推动非洲组国家提出的第71/292号决议，提请国际法院就涉及查戈斯群岛的两个问题出具咨询意见：1)在查戈斯群岛与毛里求斯分裂的情况下，毛里求斯1968年独立时非殖民化进程是否已经完成；2)英国继续管理查戈斯群岛有何法律后果。这是一个政治上很敏感的问题，既牵涉非殖民化进程中的历史纠葛，又有双边领土主权争端特征，还涉及国际法院的咨询管辖权。毛里求斯及其支持方认为非殖民化是联合国大会的职权，国际法院有权应联合国大会的请求发表咨询意见。英、美等国则认为查戈斯群岛问题本质上属于毛英间的双边争端，根据“当事国同意原则”，未经当事另一方(英方)的同意，不能诉诸国际法院。毛里求斯在道义上获得众多发展中国家同情，声势不容小觑。另一方面，查戈斯群岛问题涉及英美重大利益，两国势必选用国际政治和法律领域的软硬实力，全力阻止国际法院发表对其实质不利的意见。

## (七)朝鲜半岛局势相关法律问题

### 1、停和机制转换以及缔结和平协定问题

和平协定涉及一系列复杂的国际法问题，比如中方是否有权成为新的和平协定的当事方?如何看待我国在和平协定谈判中的法律地位?我国不仅是当年朝鲜战争的主要参战方还是 1953 年《朝鲜军事停战协定》的主要缔约方，当然有必要参与和平机制构建

### 2、半岛无核化问题

半岛问题的关键在于如何实现无核化，核心问题是通过何种政治方案解决这一问题。除政治方案外，还需要法律解决方案，例如，该法律文件的形式、签署方、执行监督和争议解决机制、与联合国安理会的关系以及朝鲜加入“核不扩散”体系等一系列问题，都需要深入研究。

### 3.安理会系列涉朝决议问题

朝鲜弃核，半岛建立和平机制，涉及“朝鲜战争”“联合国军”及集体强制制裁的诸多安理会决议，包括被视为“联合国军”存在的“法律基础”的安理会 1950 年第 82、83、84 号决议应该如何处理的问题，重要而复杂，需要深入研究。为推进半岛问题政治解决进程，增进相关各方的互信，“联合国军”应适时解散，安理会制裁决议应逐步放松，乃至最终完全取消。

### 4、国际刑事法院

2010 年 12月6日，国际刑事法院检察官奥坎注(Luis Moreno-Ocampo)宣布，依据投诉，已对朝鲜启动初步审查程序，以判定朝鲜在当年 3月“天安号事件”和当年 11月“延坪岛炮击事件”中是否存在严重违反国际人道法的行为。这是国际刑事法院继对苏丹总统发出逮捕令，对肯尼亚展开危害人类罪调查后，再次插手地区紧张局势，凸显其政治化倾向，使本已严峻的半岛局势增添新的复杂因素，受到众多质疑

## (八)美英法对叙利亚动武的合法性问题

2018 年 4月14日，美国联合英国和法国，对叙利亚发动空袭，并称空袭是为了“惩罚或报复叙利亚政府使用化学武器的行为”，以震慑叙利亚政府，防止其再次使用化学武器。英国政府还公布了其司法大臣的法律意见，声称空袭叙利亚属于必要的“人道主义干预”，是为了缓解叙利亚日益严重的人道危机。单边“人道主义干预”背离联合国集体安全机制，对禁止使用武力原则造

成冲击，值得密切关注。首先是如何更有效发挥安理会作用的问题，安理会是联合国集体安全机制的核心，但常常会因为大国博弈而无法有效运作，这往往给一些国家采取单边措施提供借口。如何维护安理会权威，需要研究和探索。其次是如何应对“人道主义干预”卷土重来。此次英国重弹“人道主义干预”老调，虽在实证法上站不住脚，但仍不乏支持者。

#### (九)全球海洋治理及“南海仲裁案”后续法律问题

制定一份具有法律约束力的关于国家管辖范围以外区域生物多样性(Biodiversity Beyond National Jurisdiction, BBNJ)养护和可持续利用问题国际协定是当前全球海洋治理中的当务之急，该协定被视为《联合国海洋法公约》框架下的第三份执行协定。目前，谈判正在进行之中，主要涉及下列五大问题：海洋遗传资源、海洋保护区的划区管理工具、环境影响评价、能力建设和技术转让以及跨领域问题。

关于公海保护区问题、在他国专属经济区内的军事活动问题、岩礁和低潮高地的法律地位问题、大陆架和专属经济区划界的新动向、第三方争端解决机制问题、国际海底资源开发规章、南极和北极的国际治理以及“南海仲裁案”的后续法律问题，都值得进行深入研究。

#### (十)推进理论和实践创新，构建中国特色国际法学体系

随着综合国力和国际地位提升，中国越来越多地承担国际规则的引领者和塑造者的角色。国际社会高度关注中国的国际法治观，我们参与国际规则的博弈也需要以中国的国际法治观为引领。为此，我们要配合中国特色大国外交理论和实践的发展需要，打造和完善中国特色国际法治观，从理论和实务的角度深入研究人类命运共同体等外交思想，推动国际法理论创新符合中国国际法治观的对外宣示，还要做好机制体制创新。