国际法  
**International Law**

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

**助教**助教（邮箱）

**目录**

[第一讲 导论：学习国际法的意义和方法 3](#_Toc161065680)

[一、为什么学习国际法 3](#_Toc161065681)

[（一）国际公法学学科在中国的发展 3](#_Toc161065682)

[（二）个人与国际社会的联系 3](#_Toc161065683)

[（三）国际社会中的国际法之作用 3](#_Toc161065684)

[（四）国际法关注的话题 4](#_Toc161065685)

[二、如何学习国际法 4](#_Toc161065686)

[（一）国际法的法律渊源 4](#_Toc161065687)

[（二）国际法资源的检索 5](#_Toc161065688)

[第二讲 国际法的性质和发展 6](#_Toc161065689)

[一、国际法的概念与特征 6](#_Toc161065690)

[（一）国际法的名称与定义 6](#_Toc161065691)

[（二）国际法与国际关系、国际政治 7](#_Toc161065692)

[（三）国际法的性质与特征 8](#_Toc161065693)

[（四）国际法效力的根据和范围 8](#_Toc161065694)

[二、国际法的形成与发展 9](#_Toc161065695)

[（一）古代社会及中世纪的国际法 9](#_Toc161065696)

[（二）近代国际法的产生与发展 9](#_Toc161065697)

[（三）现代国际法的发展 9](#_Toc161065698)

[（四）当代国际法的趋势与挑战 9](#_Toc161065699)

[三、国际法与非欧洲地区 10](#_Toc161065700)

[四、中国与国际法 10](#_Toc161065701)

[（一）中国古代国际法的遗迹 10](#_Toc161065702)

[（二）近代国际法输入中国 10](#_Toc161065703)

[（三）中国与20世纪上半叶的国际法 10](#_Toc161065704)

[（四）新中国对现在国际法的贡献 10](#_Toc161065705)

[第三讲 国际法的渊源 11](#_Toc161065706)

[一、国际法渊源的内涵与类别 11](#_Toc161065707)

[（一）法律渊源与国际法渊源 11](#_Toc161065708)

[（二）国际法的主要渊源 12](#_Toc161065709)

[（三）国际法的辅助渊源与补充渊源 13](#_Toc161065710)

[（四）国际法渊源的新发展 13](#_Toc161065711)

[二、国际法渊源的位阶与强行法 14](#_Toc161065712)

[（一）国际法渊源的位阶问题 14](#_Toc161065713)

[（二）国际强行法 14](#_Toc161065714)

[三、国际法的编纂 14](#_Toc161065715)

[（一）国际法编纂概述 14](#_Toc161065716)

[（二）联合国编纂国际法的活动 15](#_Toc161065717)

第一讲 导论：学习国际法的意义和方法

2024.2.26

一、为什么学习国际法

（一）国际公法学学科在中国的发展

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

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

我们的“国际法”这门课，主要讨论的是国际公法学。

（二）个人与国际社会的联系

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

（三）国际社会中的国际法之作用

1. 行为规范，定分止争

有社会，必有法。（ubi societas, ibi jus.）

——拉丁语法律格言

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

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

2. 从国家利益到国际社会共同利益

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

3. 履行确保与国家责任

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

（四）国际法关注的话题

1. 被主权国家视为国际社会之法的国际法

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

**国家与国家的交往规则：**国家之间在和平时期的交往涉及许多规则。

2. 国际社会成员包括个人

**国际人权保护：**国际社会已经发展了一套国际人权法体系。

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

3. 国际法所追求的国际社会之和平

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

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

二、如何学习国际法

（一）国际法的法律渊源

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

一、法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

（子）不论普通或特别**国际协约**，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

（丑）**国际习惯**，作为通例之证明而经接受为法律者。

（寅）**一般法律原则**为文明各国所承认者。

（卯）在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。

——《国际法院规约》

（二）国际法资源的检索

1. 国际条约与成文法律法规的检索

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

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

此外，国际法律法规的检索渠道还有：

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

区域组织条约的文件一般可在其官网上找到。

2. 国际习惯的检索

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

检索国际习惯还可根据以下辅助资料：

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

3. 一般法律原则的检索

检索一般法律原则可以根据以下辅助资料：

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

4. 国际法院案例与庭审视频的检索

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

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

5. 域外法律的检索

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

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

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

6. 外文法律学术文献检索

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

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

第二讲 国际法的性质和发展

2024.3.4

一、国际法的概念与特征

（一）国际法的名称与定义

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

1. 西文中国际法的名称起源

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

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

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

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

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

2. 国际法概念进入中国

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

3. 国际法的概念

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

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

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

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

（二）国际法与国际关系、国际政治

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

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

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

（三）国际法的性质与特征

1. 国际法是不是法律

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

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

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

2. 国家间的法律还是国际社会的法律

19世纪近代国际法的社会结构是基于主权概念的民族国家体系。

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

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

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

（四）国际法效力的根据和范围

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

我国的国际法学者一般认为，国际法的效力根据使“各国意志的协调”。

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

二、国际法的形成与发展

（一）古代社会及中世纪的国际法

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

中世纪国际法的发展可分为三个阶段：

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

（二）近代国际法的产生与发展

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

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

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

（三）现代国际法的发展

现代国际法的发展趋势有以下特征：

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

（四）当代国际法的趋势与挑战

当代国际法的趋势有：

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

当代国际法的挑战主要体现在战争、人权、环境、网络、空间等领域。

三、国际法与非欧洲地区

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

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

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

四、中国与国际法

（一）中国古代国际法的遗迹

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

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

（二）近代国际法输入中国

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

（三）中国与20世纪上半叶的国际法

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

（四）新中国对现在国际法的贡献

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

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

第三讲 国际法的渊源

2024.3.11

一、国际法渊源的内涵与类别

（一）法律渊源与国际法渊源

1. 国内法渊源与国际法渊源

与“国际法渊源”有关的说法有以下三种：

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

在本讲，我们主要关注的是国际法的形式渊源。

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

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

2. 对《国际法院规约》第38条之理解

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

一、法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

（子）不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。

（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。

（卯）在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。

二、前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

——《国际法院规约》

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

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

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

（二）国际法的主要渊源

1. 国际条约

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

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

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

国际条约具有法律约束力，这与不具有法律约束力的国际政治文件是不同的。

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

2. 国际习惯（international custom）

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

一般通过“两要素法（two-element method）”判别国际习惯：

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

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

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

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

国际习惯与国际条约的关系有：

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

（三）国际法的辅助渊源与补充渊源

1. 国际法的辅助渊源

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

目前认为，一般法律原则主要包括：

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

2. 国际法的补充渊源

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

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

（四）国际法渊源的新发展

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

1. 国际组织的决议

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

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

2. 单边行动（unilateral act）

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

二、国际法渊源的位阶与强行法

（一）国际法渊源的位阶问题

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

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

（二）国际强行法

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

目前，国际强行法的主要规定来自于1969年的《维也纳条约法公约》第53条：

**第五十三条　与一般国际法强制规律（绝对法）抵触之条约**

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

——《维也纳条约法公约》

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

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

三、国际法的编纂

（一）国际法编纂概述

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

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

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

（二）联合国编纂国际法的活动

1. 国际法委员会（ILC）

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

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

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

2. 联合国其他编纂国际法的机构

除了国际法委员会外，联合国还有其他机构参与到了国际法的编纂中，如：

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