

## 2. 国际法的渊源

### 2.1 国际法的渊源

#### 一、法律渊源的涵义

何为渊源？英文单词 source，在法律术语中指渊源，其含义有两个：

(1) origins of the relevant, substantive norms and principles; 也就是有关实体规范或原则的**源头**，这是 source 一词的本意；

(2) identifying the actual texts involved in the process. 找到法律程序中具体的文本，即**法律的具体法律表现形式**。

The “sources” articulate what the law is and where it can be found, 结合上述两点，我们可以发现，渊源包含两个层面的含义，即法的主要表现形式以及法的历史源头。

#### 二、国际法渊源的涵义

关于国际法的渊源，历来有不同的理解。

第一种观点认为国际法的渊源是指国际法原则、规则和制度第一次出现的地方；

第二种观点从法律生成的角度出发，认为国际法渊源是指国际法规范的形成方式或程序。

第三种观点受到普遍认可，即**国际法的渊源是指国际法的具体表现形式**。

国际社会是无政府状态（*Anarchy*）的，国家之上没有一个更高的立法、执法和司法机关对什么是国际法、什么不是国际法做出一个明确的有权威的界定和解释，本质上主要依靠国家间的共识和实践。

国际法的渊源是认识和适用国际法的基础，只有了解和掌握了国际法渊源，知道了国际法的具体表现形式，我们才有可能认识国际法、了解国际法并在实践中运用国际法。

关于国际法渊源，目前国际社会并没有一个明确的权威的界定，《国际法院规约》第 38 条规定了国际法院在处理国际争议时应当依据的国际法规范，这一条被视为国际法渊源的比较权威的解释。第 38 条规定如下：

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

- a. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. International custom, as evidence of a general practice accepted as law;

- c. The general principles of law recognized by civilized nations.
  - d. 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.
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto."

- 《国际法院规约》第 38 条

一、法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

（子）不论普通或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。

（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。

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

二、前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

## 2.2 国际法渊源的类别

依照《国际法院规约》第 38 条，国际法渊源的类别主要有国际条约、国际习惯、一般法律原则、司法判例和各国权威公法学家的学说四类。

### 一、国际条约

国际条约是当代国际法最主要的渊源。

依照 1969 年《维也纳条约法公约》第 2 条和 1986 年《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》第 2 条规定，国际条约是国家之间、国家与国际组织间或国际组织相互之间所缔结的受国际法支配的书面协议。

其主要特征是：

- （1）由有**缔约能力（Capacity to conclude treaties）**的国际法主体缔结。
- （2）受国际法支配。
- （3）书面协议。

### 二、国际习惯

#### （一）概念

国际习惯，或称习惯国际法，是指被接受为法律的一般实践或通例。

依照《国际法院规约》第 38 条，国际习惯需要满足两个的条件：*general practice* 一般实践或通例 + *accepted as law* 被接受为法律。这两个条件也被视为国际习惯形成须具备的两个要件：（1）物质要件(*material element*)，即必须有“通例(*general practice*)”的存在。通例是指各国重复的类似行为，即长期的实践被一致且反复地采用。即指各国重复的类似行为。（2）心理要件(*psychological element*)，即法律确信(*opinion juris*)，也就是存在的通例已被各国接受为法律。

## （二）物质要件

国际习惯的物质要件，即一般实践(*general practice*) 方面的要求有：

- ◆ 实践的持续性(*duration and frequency*)
- ◆ 实践的一贯性(*consistency*)
- ◆ 实践的主体应结合具体案情(*Subjects: who and how many*)
- ◆ 实践的具体方式：国家间的外交实践（如条约、宣言、外交文书等）；国际组织和机构的实践（如国际组织的决议、决定或判决等）；一国内部的实践（如国内法规、法院判决、仲裁裁决、行政命令等）

## （三）心理要件

国际习惯在法律确信(*opinion juris*) 方面，需要注意的是：

- ◆ 一贯反对者原则
- ◆ 速成习惯国际法的出现
- ◆ 近几十年来国际习惯的作用随着条约的大量产生有所减弱，但习惯国际法仍具有其存在的独立价值。条约与习惯相互补充和配合共同构成国际法的主要渊源。

## 三、一般法律原则

关于一般法律原则的范围，有三种较有代表性的解释：

- 一是认为一般法律原则是一般逻辑性原则，如后法优于先法、特别法优于普通法；
- 二是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、善意、当事人意思自治、一事不再理原则等；
- 三是除来自各国国内法的一般原则外，还应当有国际法的一般原则，如国家主权平等、尊重和保护人权、国际环境法中的预警原则、可持续发展原则等。

## 四、司法判例和各国权威公法学家的学说

司法判例包括国际法院与国际仲裁庭的裁决。

各国权威公法学家，对国际法进行总结、归纳和评价，对法院认识国际法具有重要贡献

和价值。

依照《国际法院规约》第 38 条，国际法的渊源主要包括条约、习惯国际法和一般法律原则。这三种被称为是形式意义上的国际法渊源的 formal sources，司法判例和各国权威公法学家的学说，不是严格意义上的国际法渊源，而是确定国际法渊源的辅助资料，对于我们追溯国际法渊源的历史源头具有重要意义，也有学者称之为实质意义上的国际法渊源（material sources）。

## 2.3 本章小结——国际关系视角下的国际法渊源

关于《国际法院规约》第 38 条和国际法渊源的一些说明：

### 1. 《国际法院规约》第 38 条不是严格意义上的国际法的渊源的规定。

《国际法院规约》是指导国际法院的工作程序和规范，它的相关规定不必然具备国际法的宏观概括和指导功能。因此，第 38 条仅仅指导国际法院在审理国际争议时的法律适用的工作规范。但是由于国际法院是影响最广泛的国际组织——联合国的司法机构，所以，法院关于适用国际法的工作规范具有重要的地位，被视为是国际法渊源的比较权威的说明，从而被广泛接受和采用。

### 2. 《国际法院规约》第 38 条的两款规定充分体现了国际法的本质。

《国际法院规约》第 38 条两款规定，充分说明了国际法的本质是国家间的意志协调。

### 3. 《国际法院规约》第 38 条的两款规定体现了实在法与自然法理念的统一。

《国际法院规约》第 38 条两款规定，既有体现实在法理念的国际条约和习惯，且被置于最重要的地位，也有反映自然法理念的“公允及善良原则”、一般法律原则等。

### 4. 国际法的渊源不是一成不变的，它随着历史的演进而不断发展。

20 世纪之前，国际法的大多数规范都是以习惯的方式表现的，条约仅占很小一部分。但是 20 世纪以后，伴随着国际社会组织化程度的加深，国际条约的数量和种类也迅速增加。同时，在国际组织的努力下，原有的国际习惯以国际条约方式编纂和固定下来，这样国际条约取代国际习惯成为国际法最主要的渊源。21 世纪，国际社会的格局、力量对比、国际问题与挑战都发生的巨大的变化，这其中既有有利于推动国际法发展的变化，如全球治理理念的出现，也有阻碍国际法发展的变化，如反全球化的趋势。随着时代的发展，为了应对当今国际社会面临的问题与挑战，《国际法院规约》所列举的国际法渊源也有必要做出相应的调整。

国际法渊源的新发展：国际组织的决议和单边行为。

## 5. 国际法的渊源存在位阶的问题。

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。如条约是否优于习惯,双边条约是否优于多边条约等。

《国际法院规约》第 38 条对此没有规定。迄今为止,无明确的国际法规则确定渊源的位阶。在世界法律发展过程中的一些普遍规则有时可以解决规则之间的冲突问题,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的特别法”等。

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。

1969 年的《维也纳条约法公约》第 53 条,归纳了强行法的特征是:普遍性、强制性、优先性。国际强行法所包含的规则主要有三个方面:

- ◆ 维护人类基本安全:例如,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

国际强行法适用于国际社会一切成员。但是国际法上并没有明确规定哪些是强行法,哪些不是,也没有超国家机构来认定某项条约是否与强行法相抵触。在实践中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。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. 与国际法渊源有关的一个重要的概念是国际法的编纂。

国际法的编纂 Codification of IL 又称国际法的法典化,即将国际法的原则、规则和制度编制成为系统化和成文化的条文。由于国际社会没有统一的立法机构,国际法原则、规则和制度多以条约和习惯为主要表现形式。国际法的编纂能够改善国际法不成体系和不够精确的现象,对于国际法的发展具有重要作用。其取向有两个:现有法订成法典;建立新的原则、规则和制度。

从形式的角度看,国际法的编纂分为全面编纂和个别编纂。

从主体的角度看,分为民间的非官方编纂和官方编纂。