

国际法渊源问题研究

罗良渊

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年1月11日; 录用日期: 2024年1月24日; 发布日期: 2024年3月29日

摘要

国际法是与国内法相对比来讲的, 是一套被国际社会普遍承认的规则和原则, 用于约束和管理国与国之间的关系。国际法的渊源至少含有“源流”、“过程”和“形式”等因素, 虽然《国际法院规约》第38条第1款有对国际法形式渊源的权威说明, 但是条约并未规定其定义, 在国际法渊源中国际法形式渊源起着重要作用。纵观学术界, 国际法权威学者们对国际法渊源的概念的论述和国际法渊源的外延, 几乎保持一样的观点; 然而在对国际法渊源的定义却迥然各异。本文将从国际法的渊源的定义、国际法渊源的分类及国际法的形式渊源的相关问题进行论述。

关键词

国际法渊源的定义, 国际法渊源的分类, 国际法的形式渊源

Study on the Sources of International Law

Liangyuan Luo

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jan. 11th, 2024; accepted: Jan. 24th, 2024; published: Mar. 29th, 2024

Abstract

International law is a collective term for norms that regulate the rights and obligations of all member States, in contrast to domestic law. The sources of international law contain at least elements such as “source”, “process” and “form”, Although Article 38, paragraph 1, of *the Statute of the International Court of Justice*, contains an authoritative description of the formal sources of international law, the treaty does not provide for its definition. The formal source of international law plays the most important role in the source of international law. This article will discuss the definition of sources of international law, the classification of sources of international law and issues related to the formal sources of international law.

文章引用: 罗良渊. 国际法渊源问题研究[J]. 法学, 2024, 12(3): 1844-1848.

DOI: 10.12677/ojls.2024.123264

Keywords

Definition of Sources of International Law, Classification of Sources of International Law, Formal Sources of International Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

国际法学中存在许多观点和理论，其中国际法的渊源问题是最基本的理论问题之一，对于这一问题的看法，学界的观点各异。在众多法学著作中，不同学者赋予法的渊源以不同的含义，有的是指法的历史渊源，有的是指法的理论渊源，有的是指法的形式渊源。在国际法学领域中，国际法渊源再一次被学者们赋予了多重含义。

2. 国际法渊源的定义

国际条约中明文规定了“国际法渊源”一词。1945年《联合国宪章》序言指出“尊重和遵守由条约与国际法其他渊源而引起的义务”；1969年《维也纳条约法公约》提出明确要求——各缔约国必须承认“条约为国际法渊源之一”。1945年《国际法院规约》第38条作为国际法学界公认的对国际法渊源的权威说明，再次规定了条约、国际习惯和一般法律原则这三个国际法的渊源。由此可见，“国际法渊源”仅是一个法律概念，但是国际条约和国际法并未对国际法渊源有着清晰明确的定义。

在《奥本海国际法》¹中，对于国际法渊源阐述时指出，法律规则的“渊源”是使法律规则得到认定并与其他规则相区别的重要标志之一，因此它的概念是极为重要的。我国国际法学家李浩培先生曾指出，国际法学上的两个基本问题分别是国际法的概念和国际法的渊源。只有当这两个问题被清楚和正确的理解时，才会对国际法的研究打下必要的基础，才可以在国际法的知识方面达到较高的境界[1]。大家认识到了国际法渊源的重要性，但是在国际法学界，对国际法渊源的定义迄今为止未达成基本共识。劳特派特指出，不同的国际法学者使用“法律的渊源”一词是有不同意义的。²同样，在周鲠生先生看来，关于国际法的渊源，不同的学者有不同的看法[2]。³无独有偶，王铁崖先生也提出“关于国际法的渊源，有各种各样的说法”⁴“在国际法上，法律的渊源从来是国际法学者众说纷纭的一个复杂问题”[3]。以上这些我国学界公认的国际法权威学者，⁵他们对于国际法渊源的外延的理论观点几近一致，都认为国际法渊源的外延包括条约、国际习惯和一般法律原则这三种形式；但在对国际法渊源的内涵进行论述时，理论观

¹拉沙·法朗西斯劳伦斯奥本海著有《国际法》上下两卷本(也称《奥本海国际法》)，分别于1905年和1906年首次出版，后经多次修订，被中外法学界奉为国际法的权威著作，参见文献[1]，译者前言。

²同前注[1]，劳特派特修订书，第17页。劳特派特修订了《奥本海国际法》第1版至第8版，其中的第8版于1995年在英国伦敦出版。

³周鲠生：《国际法》上册，商务印书馆1981年版，第9页。周鲠生著有《国际法》上下两册，成稿于1964年，后因健康原因未作修改。该遗著与1976年5月初版，但因“文化大革命”而未能传播，1981年10月由商务印书馆第2次印刷并公开发行。

⁴王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1981年版，第26页。王铁崖主编了新中国第一本《国际法》作为高等学校的法学教材。曾与陈体强教授合译了劳特派特修订的《奥本海国际法》第8版，并组织翻译了詹宁斯、瓦次修订的《奥本海国际法》第9版。

⁵20世纪80年代，在我国国际法学界，几乎同时出版和重印了三部极具影响力的国际法论著。1981年7月，劳特派特修订的《奥本海国际法》第8版中译本重印；同时王铁崖先生主编的新中国第一本《国际法》教科书出版；同年10月，周鲠生教授的《国际法》遗著被再次印刷并公开发行。这是新中国成立后我国国际法学界最早接触到的体系完整的国际法权威论著，它们对我国国际法学界的论文体系影响深远，为我国国际法教学和研究奠定了基础。参见王虎华《契约性条约问题的理论辩证》《法学》2013年第12期。

点却迥然各异[4]。于是矛盾就自然而然地产生了：既然国际法渊源的外延是确定一致的，为何国际法渊源的定义却是截然不同的呢？这种矛盾的理论学说在国际法学界形成了一大理论误区，且至今困扰并影响着国际法学界。还值得一提的是，在国际法学界，“国际法渊源”与“国际法的渊源”这两个概念有着不同的意义，“国际法渊源”作为理论概念，与“国际法的渊源”这一名称是有区别的，两者不应该相互通用，“国际法的渊源”通常是指国际法渊源的具体表现形式，也就是指国际法渊源的外延。

3. 国际法渊源的分类

经过比较分析数个权威学者在国际法渊源的分类这一点上的不同观点，不难看出各学者在国际法渊源的分类——尤其是形式渊源和实质渊源的区分上存有不同意见[5]。

在我国国际法学界，率先对国际法渊源进行分类的是周鲠生教授，周教授提出将国际法渊源分成两类：一类是指国际法作为有效的法律规范所形成的方式或程序；另一类则是指国际法的规范第一次出现的地方。但在周教授看来，后者的只具有历史意义，并不具有法律意义，最多只能说是国际法的历史渊源，不能当然形成国际法，只有前者才是法律意义上的国际法的渊源[2]。劳特派特模糊地提到国际法渊源是有数目的，但并未对国际法渊源进行具体的划分。国际法是以国家的共同意愿为根据的，能够产生这种共同意愿的事实有多少，就有多少个国际法渊源⁶。詹宁斯则在劳特派特的基础上，在其修订的《奥本海国际法》第九版中将法律的渊源分为形式渊源和实质渊源这两种类别。詹宁斯实际是按劳特派特定义的“行为规则所由发生和取得法律效力”一句对法律渊源进行了区分，且与周鲠生教授的“国际法的渊源”和“国际法的历史的渊源”之分有异曲同工之处：“行为规则所由发生”即指形式渊源，相当于周教授的“国际法的历史的渊源”；而“行为规则所由取得法律效力”则是指实质渊源，相当于周教授的“国际法的渊源”。然而不同的是，詹宁斯认为形式渊源才是国际法的渊源，即“行为规则所由发生的历史事实”才是国际法的渊源，而这一点恰好是周教授所否定的所谓“国际法的历史的渊源”。王铁崖教授在其1981年版的《国际法》一书中未对法律渊源进行区分，但在其1995年版的《国际法》一书中提及到对法律渊源的区分。在此基础上，王铁崖教授进而否认了形式渊源，认为国际法只有实质渊源，他认为形式渊源是指产生在法律上有约束力的普遍使用的规则的法律程序和方法，是造法的宪法机构，而国际社会中并不存在造法的宪法机构。因此，他认为国际法渊源只有“提供证明具有法律上约束力的普遍使用的规则已经存在的证据”这一实质渊源。可见，王铁崖教授与周鲠生教授的观点几乎是一致的。

同样李浩培教授在其书中将国际法的渊源区分为实质渊源和形式渊源两类，并认为实质渊源是指在国际法规则产生过程中影响这种规则的内容的一些因素，而形式渊源则是指国际法规则由以产生或出现的一些外部形式或程序[5]。可见，李教授对形式渊源的定义实则也在一定程度上参考了周鲠生教授的表述。但与周教授不同的是，李浩培教授认为形式渊源才是国际法学者应当着重研究的，而所谓实质渊源的研究是其他社会科学的任务[5]。

国际法渊源是国际法作为有效法律规范的表现形式，是国际法规则的来源和基础。实质渊源则是表明国际法规则实质内容出处的资料，它并不具有法律拘束力[6]。通常所说的“国际法渊源”是国际法的形式渊源。

4. 国际法的形式渊源

4.1. 国际法渊源的表现形式

国际法是由世界国家统一制定并遵守的，维护世界公平的法律。国际条约和国际习惯是国际法的主

⁶拉沙·法朗西斯劳伦斯奥本海著有《国际法》上下两卷本(也称《奥本海国际法》)，分别于1905年和1906年首次出版，后经多次修订，被中外法学界奉为国际法的权威著作，参见[英]劳特派特修订：《奥本海国际法》第8版，上卷第一分册，王铁崖、陈体强译，商务印书馆1981年版，译者前言。

要渊源。

4.1.1. 国际条约

国际条约，是指多个国家之间为了某项特定事务而共同达成的具有法律约束力的协议。这种协议在签订时可以是书面的，也可以是口头的。虽然国际条约被视为国际法的主要来源之一，但并不是所有的国际条约都完全适用于国际法的规定。对于国际条约的认可和运用，我们需要采取谨慎和客观的态度。国际条约可以根据缔约国的数量分为双边条约和多边条约。同时根据条约的性质，国际条约还可以分为造法性条约和契约性条约。造法性条约作为国际法的直接渊源，需要多个国家共同遵守。而契约性条约则是国际法的间接渊源。缔结造法性条约的国家通常比较多，这需要各国共同遵守和维护[7]。例如《巴黎协定》就属于造法性条约，该条约由全世界 178 个缔约国共同签署，任何缔约国都必须遵守其中的法律条款，若某个国家不遵守有关的法律条文，将会受到国际社会的制裁。造法性条约是一种开放的国际条约，相对于契约性条约，其参与国家数量通常更多。这种条约对所有参与国都有法律约束力，并持续有效，直到条约被修订或者被废除。与此不同，契约性条约通常只有两个参与国，其约束力仅限于这两个国家之间，且通常在特定事物达成后即失去效力。简言之，造法性条约具有更广泛的参与和持续的法律约束力。

4.1.2. 国际习惯

国际习惯是经过长期实践和交往形成的规定，也被称为不成为的国际法。与国际条约不同，国际习惯没有法律约束力，而是建立在各国的自愿遵守基础之上。它是各国与其他国家交往过程中必须遵守的规则，因此被认为是国际法的渊源之一。简言之，国际习惯是各国在长期交往中形成的默认规定，虽然没有法律约束力，但却是国际法的重要来源之一。

国际习惯主要由两个核心部分构成：物质要素和主观要素。物质要素，也被称为客观要素，是在长时间的习惯影响下形成的，并且通过对某种行为的不断重复而逐渐确立的。另一方面，主观因素强调国际习惯收到法律约束的特点。这两部分都是国际习惯不可或缺的组成部分，共同构成了国际习惯的基础。

4.2. 关于国际法渊源的其他解释

4.2.1. 一般法律原则

一般法律原则是从法律原则中引申而来的，但是目前对于一般法律原则的准确定义，学术界也则众说纷纭，没有统一的定义。目前学术界公认的主流观点为：“所谓一般法律原则，是各国法律体系所共有的原则。”[1]该观点突出了一般法律原则最为重要的两个特质“各国”和“共有”，说明了一般法律原则可包括世界上现存或曾经存在过的所有原则，在这些所有的原则中找到所有国家都共同存在的准则。“各国”和“共有”在横向范围和纵向范围都对法律原则有了较好的认定。一般法律原则具有其独立性和补充性，具备国际法院在判案时需依据的所有要素，具备了国际法渊源的属性。

4.2.2. 国际司法判例和国际法学说

在处理国际争端的过程中，国际司法部门为解决各国间的争议所作出的判例被称为国际司法判例。尽管国际司法判例不具备国际条约的法律约束力，其效力有限，但在国际法规的形成过程中具有参考价值，并推动国际法律原则的发展。国际法学说是由国际上享有崇高地位的国际公法学者所发表的言论、论著和著作等构成的，并且国际法也由这些学者进行编撰。这些学说对国际法的长远发展产生了深远的影响。

4.2.3. 国际法渊源有关问题的探讨

首先是国际习惯和国际惯例之间的区别。国际习惯是具有法律约束力的国际渊源，是各国重复采用

的具有法律拘束力的不成文的法律规范。而国际惯例则是尚未达到具有完全法律效力的惯常行为，一般而言，国际惯例不具备强制性，其仅仅是一个任意性极强的行业规定[8]。国际习惯是相统一和相一致的，而国际惯例则可能存在相互矛盾的情况。简言之，国际习惯是已经被接受为法律的国际惯例，而国际惯例则是尚未被接受为法律的惯常行为。

其次是联合国对国际法渊源所带来的影响。一是联合国通过其各种组织和机构，如国际法院、联合国秘书处等，积极参与国际法的实践和执行；二是联合国通过大会和安全理事会等机构制定了一些重要的国际法规则和原则，例如《联合国宪章》中的规则和原则。此外，联合国还通过推动国际争端的和平解决、促进国际合作等方式，进一步发展了国际法。同时，联合国的某些决议和宣言也对国际法的发展产生了重要影响。例如，联合国大会通过的《关于国家在其对国际法不承担责任的事项中有行使采取措施维护其权利的必要》的决议强调了每个国家有权采取合法措施维护其权利，即使这些措施可能会引发与另一国的争端。联合国安全理事会通过的《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之宣言》也对国际法的发展产生了深远的影响。总之，联合国作为全球最具影响力的跨国政府组织，其在国际法渊源方面的影响是不容忽视的。

5. 结语

尽管国际法权威学者们对国际法渊源的定义各异，但他们均从各自的角度揭示了其某些特征。对国际法渊源的科学定义应当是指确定国际法原则和规则的现实存在及其法律效力的表现形式的总和[4]。这些表现形式就是条约、国际习惯和一般法律原则这三个国际法的渊源。这个定义不仅涵盖了国际法渊源的内涵，也揭示了其外延，体现了两者的一致性[9]，同时揭示出国际法的渊源与国际法规范之间的关系，即条约、国际习惯、一般法律原则与国际法规范之间国际法形式与国际法内容的关系。国际法规范包含在国际法的渊源中，并由其予以确认并表现出来。若没有这些渊源，国际法规范的存在和效力就无法被确定。在实践中，国际法渊源对于正确应用国际法原则和规则具有决定性的作用。

参考文献

- [1] [英]詹宁斯, 瓦次. 奥本海国际法[M]. 第9版. 王铁崖, 等, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995.
- [2] 周鲠生. 国际法(上册)[M]. 北京: 商务印书馆, 1981.
- [3] 王铁崖. 国际法[M]. 北京: 法律出版社, 1981.
- [4] 王虎华. 国际法渊源的定义[J]. 法学, 2017(1): 3-19.
- [5] 张梦怡. 有关国际法渊源的若干理论问题探讨[J]. 法制与社会, 2016(12): 10-11.
- [6] 谈晨逸. 国际法的形式渊源与实质渊源的重新审视[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2020, 19(2): 60-64.
- [7] 王扬扬. 浅论国际法的渊源问题[J]. 法制博览(中旬刊), 2013(10): 89+73.
- [8] 陈倩倩. 浅谈国际法渊源之一般法律原则——与国际习惯法比较分析[J]. 法制与社会, 2017(35): 5-6.
- [9] 黄凯. 国际法“成长”中的渊源关系及互动[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2020, 22(S1): 45-50.