

# 上 编 总 论

## 第一章 国际法导论

### 第一节 国际法的概念

#### 一、国际法的名称

国际法的名称，并非与国际法规则同时产生的。在 17 世纪以前，虽然出现了一些调整国家间关系的规则，却没有一个表述国际法的专门名称。

国际法最早在西方文献中出现采用了拉丁文“*jus gentium*”(万民法)一词。近代国际法的奠基人荷兰学者格老秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645)在其名著《战争与和平法》中使用了“万民法”，并称万民法是指其拘束力来自所有国家或许多国家的意志的法律，实质上他指的万民法是万国法，也就是国际法。万民法的概念源于罗马法，本是国内法概念。罗马法由市民法(*jus civile*)和万民法组成，总的来说，市民法调整罗马人之间的关系，而万民法调整罗马人和外国人之间的关系。之后，有的学者将国际法称为“万国法”，到了 1650 年牛津大学教授苏支(Richard Zouche, 1590—1661)采用了“国家间的法”(law of nations)。18 世纪末，英国哲学家和法学家边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832)在其《道德和立法原则绪论》中提出使用“国际法”(international law)这个名称，由于国际法这一

名称科学地反映了这门法律的本质特征，为各国普遍接受并沿用至今。为了与国际私法相区别，人们习惯于把国际法称为“国际公法”（public international law）。

对中国而言，国际法是外来的，国际法的名称也是外来的。当国际法最早传入中国时使用了“万国公法”<sup>①</sup>，到了清末“国际法”的名称由日本传入中国，并开始成为普遍使用的中文名称。从其内涵上讲，中文的“国际法”名称是比较恰当的，充分表明了国家之间的法律的意思。

## 二、国际法的定义

由于国际法学者研究国际法律关系的立场、观点和方法各异，他们给国际法所下的定义也不相同。

凯尔逊认为：“国际法或万国公法是一些规则的总体的名称，这些规则，按照通常的定义，规定各国在其相互往来中的行为。这些规则被称为法”<sup>②</sup>。

劳特派特修订的《奥本海国际法》（第8版）认为：“万国法或国际法是一个名称，用以指各国认为它们彼此交往上有拘束力的习惯和条约规则的总体”<sup>③</sup>。詹宁斯和瓦茨修订的《奥本海国际法》（第9版）认为：“国际法是对国家在它们彼此往来中有法律拘束力的规则的总体。这些规则主要是支配国家的关系，但是，国家不是国际法的唯一主体”<sup>④</sup>。

科热夫尼柯夫（苏联<sup>⑤</sup>）认为：“现代国际法是以一般公认原则和规范为其主要内容，这些原则和规范的使命是调整国际交往中各主体间基于和旨在于确保国际和平、并首先是和平共处（在一种场

例如，惠顿的《国际法原理》被翻译为《万国公法》，布伦奇理的《近代国际法》被翻译为《公法千章》。

② Kelsen: Principles of International Law, Rhine Hart Co. 1952, p. 1.

③ 《奥本海国际法》（中译本）商务印书馆 1971年版，上卷第一分册，第3页。

④ 《奥本海国际法》（中译本），中国大百科全书出版社 1995年版，上卷第一分册，第3页。

⑤ 指前苏联。——编者注

合)和社会主义国际主义(在另一种场合)的各种各样的关系。’

周鲠生教授指出：“国际法是在交往过程中形成出来的，各国公认的，表现这些国家统治阶级的意志，在国际关系上对国家具有法律拘束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体”<sup>②</sup>。

王铁崖教授认为：“国际法，简言之，是国家之间的法律，或者说，主要是国家之间的法律，是以国家之间的关系为对象的法律”<sup>③</sup>。

各国学者对国际法所下的定义是不统一的，但都从不同的角度揭示了国际法的法律性质和基本特征。本书借鉴前人之长，结合当代国际法的特点提出：国际法是在国际关系中形成的，调整国际法主体之间权利和义务关系的，以条约和国际习惯为其表现形式的，具有法律拘束力的行为规范的总体。

### 三、国际法的分类

国际法是国家及其他国际法主体在其相互交往中产生和发展起来的。倘若依据不同分类方法，可将国际法分为诸多种类。本书仅着重介绍常见的分类方法。

#### (一)传统国际法与现代国际法

——国际法按其发展阶段所作的分类。

传统国际法(tradition international law)是国际法学者对近代国际法的习称，是指以欧洲为中心的具有完整体系的国际法。1648年的威斯特伐里亚公会是其产生的标志，“一战”是近代(传统)国际法与现代国际法的分界线。这一点得到许多国际法学者的认可：阿尔及利亚学者贝贾维认为：“在国家联盟成立之前，这个(传统)国际法只是欧洲法。它由地区实际情况同物质力量结合而成，后来为一个统治所有国际关系的法律。”<sup>④</sup>日本学者也认为，威斯特伐里亚

科热夫尼柯夫著：《国际法》(中译本)，商务印书馆1985年版，第3页。

② 周鲠生著：《国际法》商务印书馆1976年版，上册，第3页。

王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第1页。

穆罕默德·贝贾维：《争取建立国际经济新秩序》(中译本)中国对外翻译出版社1982年版，第35页。

公会以条约形式确立了欧洲国家的近代国际社会的存在，同时这次会议揭开了近代国际法的序幕。近代国际法以独立主权国家的兴起为标志，其确定了一些重要的国际法原则——主权平等、领土主权。但当资本主义发展到帝国主义阶段，国际关系中充满弱肉强食，原有的一些进步原则名存实亡，并出现了许多与帝国主义政策相适应的原则、规范，阻碍了国际法向和平与正义的方向发展。

现代国际法 (contemporary international law) 是传统国际法或近代国际法的对称，以第一次世界大战结束为标志。其打破了传统国际法以欧洲为中心的局面，使国际法逐渐走向和平与正义。现代国际法确认了一系列指导现代国际关系的新的国际法原则，扩大了调整的对象和范围，更新了国际法的内容，产生了许多分支。加之国际法的编纂，使得现代国际法更加系统化、法典化。

现代国际法是在传统国际法的基础上发展而来的，因此二者具有密切的联系。这种联系一方面表现为现代国际法沿用了一些传统国际法的原则、规范，另一方面表现为现代国际法扩展、完善了传统国际法的内容。同时，现代国际法与传统国际法之间有着重大区别，两者是不同“质”的国际法。传统国际法是殖民主义、帝国主义的产物。正如贝贾维所称，传统国际法“包括一整套规则，这些规则具有：法理基础（它是一个欧洲法）、宗教伦理思想（它是一个基督教法）、经济动机（它是一个重商主义法）、政治目的（它是一个帝国主义法）”<sup>②</sup>这一论述是对传统国际法的绝妙概括，也是现代国际法与传统国际法的根本区别所在。随着国际关系的进一步发展，现代国际法的和平性、民族性和多元性更加突出。

为突出体现“二战”后国际法的飞速发展，本书将第二次世界大战后至今的现代国际法称为“当代国际法”。

日本国际法学会：《国际法词典》，世界知识出版社 1985 年版，第 521 页。

穆罕默德·贝贾维：《争取建立国际经济新秩序》（中译本）中国对外翻译出版社 1982 年版，第 35 页。

## （二）一般国际法与特殊国际法

——国际法按其适用效力所作的分类。

一般国际法 (general international law) 指对世界上大多数国家有拘束力的国际法原则和规范的总和。一般国际法是对不分社会政治经济制度、不分区域范围的所有国家普遍具有约束力的国际法。从本质上讲，一般国际法才是真正意义上的国际法。

特殊国际法 (particular international law) 指那些仅仅适用于某些特殊国际关系或仅对某些少数国家具有拘束力的国际法。特殊国际法可能是基于某些特殊的环境和关系而规定的某些特殊规则。特殊国际法不应限制或排除一般国际法，更不能违背一般国际法的基本原则，应受一般国际法的制约。

## （三）普遍国际法与区域国际法

——国际法按其适用范围所作的分类。

普遍国际法 (universal international law) 是指适用于普遍性国际关系的国际法；国际法就其本质而言，是普遍适用世界各国的，也就是说，对于所有国家及其他国际法主体都有法律拘束力。

区域国际法 (regional international law) 是指只适用于区域性国际关系的国际法，即产生并适用于世界某个区域的国家间彼此关系的国际法原则和规则的总和。区域国际法中最显著的例子是所谓“美洲国际法”和之后出现的“亚洲国际法”和“非洲国际法”。在实质内容上区域国际法与普遍国际法是基本一致的，但由于特殊的历史环境，其也确立了一些仅在本区域适用的特殊的国际法原则、规则。当然，任何区域国际法，都不构成对普遍国际法的限制，或排除普遍国际法的适用。也就是说，一个区域如果形成自己的国际法，也只能适用于本区域内国家间的关系，而与本区域以外国家的关系则必须适用普遍国际法的原则和规则。

## （四）协定国际法与习惯国际法

——国际法按其表现形式所作的分类。

协定国际法 (conventional international law) 指通过各国间协

议来确定各国交往的行为规则，或者确认、改变或废止已有习惯规则所形成的国际法原则、规则的总和。它通常是根据国际法主体间的明示协议而确立的，往往只适用于接受这一协议的各个国际法主体，由于世界上很少有普遍性国际公约，于是协定国际法经常作为特别国际法而存在<sup>①</sup>，国际条约所包含的原则和规则往往要通过国际习惯才能成为一般国际法的内容。

习惯国际法（*customary international law*）指通过各国习惯做法所形成的国际法原则和规则的总和。国际习惯法是整个国际法体系的重要组成部分，也是国际法的最初表现形式。由于习惯国际法是以国际习惯为基础确立的，是作为约束所有国际法主体的一般国际法而存在的<sup>②</sup>。随着国际法的编纂和各国协议确认，许多国际习惯法原则、规则已经转化为协定国际法，但仍然有许多的国际法原则、规则表现为习惯法，而且在国际实践中，还会有新的国际习惯规则不断出现，补充习惯国际法的内容。

前苏联学者提出了“社会主义国际法”，即适用于所有社会主义国家之间关系的国际法的主张。但随着苏联解体和东欧社会主义国家的政治变化，这种主张也逐渐消失了。

从国际关系的内容来看，可分为政治、经济、军事、外交、科技……等关系，国家之间在这些不同领域的交往过程中，逐渐形成一些为各国所公认和遵守的原则、规则，有些领域的原则和规则日益完善，而形成国际法中的部门法，如海洋法、空间法、条约法、外交与领事关系法、国际组织法、国际经济法、国际人权法、武装冲突与战争法等。这些部门的国际法均为国际法的组成部分。

日本国际法学会：《国际法词典》，世界知识出版社 1985 年版，第 34 页。

日本国际法学会：《国际法词典》，世界知识出版社 1985 年版，第 34 页。

## 第二节 国际法的性质

### 一、国际法的特性

假若我们把国际法与国内法相比较,就会发现无论在适用上、效力上、权利义务承担上均有其特性。可归纳为<sup>①</sup>:

#### (一) 实施需要补充性

任何国际法规则,不论是规定国家权利还是义务的规则,都须通过国内法的补充才能实施。因为国际法只规定国家的权利和义务,并不详细规定国家应由哪些具体机关、按照哪些具体的程序和方式行使其权利和履行其义务。即使在国际社会设有国际机关以执行国际法的场合,国际法仍然需要国内法的补充。例如,联合国大会和安理会虽然都以各会员国组成,但各会员国的代表仍需由各该国依其国内法指派。

#### (二) 间接适用个人性

国际法在原则上只是直接规定国际法主体的权利和义务,不直接约束到个人,个人只有通过国家的中介才同国际法发生关系,也就是说国际法只有通过国家的“转化”行为,才能约束到个人。

#### (三) 主体集体责任性

国际法原则上只规定国际法主体的权利和义务,通常情况下当一国际法主体违反国际法义务时,由构成该主体的全体成员(如某国的全体居民)或其代表集体负责,个人不承担直接责任。“二战”后,国际法只发生集体责任的原则有所突破,纽伦堡法庭对战犯的审判就是例证。但应注意这种突破仅限制在特定领域。

#### (四) 规则多数任意性

由于国际法主要是国家之间的法,国家是有主权的,国家之间

<sup>①</sup> 主要参考李浩培著:《国际法的概念和渊源》,贵州人民出版社1994年版第32页。

可以协议变更国际法的一般规则；此外国际法所确定的权利和义务是相对的，当事国可以抉择接受或不接受。不过，国际法的规则也有强行法规则，强行法规则是为整个国际社会共同遵守的，不能任意选弃的，而且国际法的强行法有上升趋势。当然，目前情况下国际法规则绝大多数是任意法规则。

### （五）权利义务相互性

由于国家主权的存在，各国在国际关系中地位的平等，于是当代国际法具有“相互性”的明显特征。相互的因素是促成习惯国际法成立的重要原动力，也是条约得以缔结的动力因素。均衡、对等、互利都是相互性的体现，反报、报复也是相互性的负面影响。由于国际社会相互原则的作用，绝大部分国际法规则可以无需制裁得到遵守，许多争端可以无需裁决得到解决。我国倡导的和平共处五项原则充分反映了国际关系和国际法相互性的特点。

### 二、国际法属于法律规范体系

鉴于以上特性，在国际法学界对国际法的性质，乃至国际法是否是法发生了争议，出现了否定国际法是法的主张：他们认为国际法并非真正实际有效的法，其主要论据有：（1）认为在主权国家不能受到处于它们之上的国际法的约束，因为它们之上并无更高的掌权者对它们发号施令，所以在理论上不可能有真正的法律可言；（2）法是有上下位的，即由上位对下位施令，不可能同位者共同制定并共同遵守。自然不会形成有拘束力的国际法；（3）国际法不能被认为是一种真正的法律，而属于一种“实在的国际道德”<sup>①</sup>；（4）认为由于各国都有实力，违反国际法的事例时有发生，而国际社会对违法行为却无法防止和制裁，所以在实际上并无有效的国际法。其代表人物有：意大利学者马基雅维利（Machiavelli, 1469—1527）、英国学者霍布斯（Hobbes, 1588—1679）、德国学者黑格尔（Hegel, 1770—1831）、英国学者奥斯汀（Austin, 1790—1859）、惠顿

<sup>①</sup>《法学流派与法学家》，知识出版社1982年版，第401—403页。

(Wheaton, 1785—1848)、德国学者耶利内克(Jellinek)和佐恩(Zorn)等等。他们从不同的角度和观点印证上述论据<sup>①</sup>。

当代国际法认为这些主张是错误的，第一种论据从绝对主权的观念出发，过分扩大了主权的绝对化。国家是主权的，也是平等的，每个国家都是对外独立的，但都不能以单方的意志决定或改变国际法的内容和不承认国际法的拘束力。各国的保持主权以互相尊重主权为必要条件，而互相尊重主权以承认国际法的拘束力为必要条件。倘若国家之间处于无法无天的状态，根本谈不上主权的保持。

第二种论据混淆了国际法与国内法的差异，忽略了国际法的特点。从法理上看，将国内法的立法与守法，说成是上下位的从属法，姑且可以接受；但在国际关系中，各个主权国家地位平等，没有高度一致的组织机构、没有统一的立法机关，各国往往通过协议制定共同遵守的法，自我并相互约束，这是实实在在的并列法，其在各国都认为对自己有拘束力的共同行为规则的前提下发挥着法的作用。研究这个问题的关键在于什么是法律，如果把法律等同于国内法，那么国际法就不是法律，因为国际法在许多方面与国内法不同的。由于人们生活在一定的国内法律秩序中，往往习惯于以国内法来说明国际法。这种观点的症结在于其法律观念上先入为主地把衡量国内法的标准用于国际法理论的结果。但是，正象国内法不能用来说明国际法一样，国际法也不能用来说明国内法，因为它们是两种不同性质的法。

第三种论据混淆了法律与道德的差别，国际道德(international morality)指调整国家之间相互关系的伦理性行为准则和规范。不遵守这些规范只被认为是不道德的或不友好的国际行为，有可能影响有关国家之间的和睦关系，但不构成国际不法行为，不产生法律

参见李浩培著：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社 1994 年版，第 32 页。  
王铁崖主编：《中华法学大辞典》(国际法卷)，中国检察出版社 1996 年版，第 179

后果。道德规则只要求由良知的内部力量来强制执行，而法律规则需要由外力来强制执行<sup>①</sup>。斯塔克在批驳国际法是国际道德的论据时指出：如果国际法仅是一种道德，那么关于外交政策的国家文书的制定者，就会全力集中在道德论据上。然而，事实上他们不是这么做的，并不求助于一般的道德正义的情感，而求助于先例、条约和公法学家的学说。他们认为，在国际事务中，摆在政治家和国际法学家面前的，是不同于道德义务的法律义务<sup>②</sup>。从而阐述了国际法属于法律而非道德的道理。

第四种论据越来越脱离现实，<sup>③</sup> 在实践中国际法不断地被各国政府承认为法律，它们的行动自由在法律上是受国际法约束的。国际实践充分说明了国际法是法律，国际法一直作为国际交往中有法律拘束力的行为规则而不断得到发展：首先，各国常常通过各种不同方式明确表示愿意遵守国际法，很多国家在其宪法中明文确认国际法的效力。有些国家即使违反了国际法，也总是要来找各种借口为自己的违法行为进行辩解；其次，在国际关系中，国际法的原则、规则通常被各国遵守的，从第二次世界大战后的国际关系来看，遵守国际法占了主流；另外，在国际法上，对于违法行为，有关国家不仅应承担责任，而且还受到法律的制裁。众多的国际文件都明确规定了国际法的效力。《联合国宪章》还明确规定了采取强制行动的条款。

### 三、国际法效力的根据

国际法效力的根据是指国际法依据什么对国家发生法律效力的问题。这是国际法理论中的一个十分重要的问题，由于对国际法效力根据的认识不同，致使国际法上形成了各种不同的国际法学流

周鯨生著：《国际法》商务印书馆 1976 年版，上册，第 5 页。

斯塔克著：《国际法导论》（中译本）法律出版社 1984 年版，第 19—21 页。

《奥本海国际法》（中译本）中国大百科全书出版社 1995 年版，上卷第一分册，

派<sup>①</sup>。他们从不同的方法和角度解释国际法效力的根据：

格老秀斯学派认为，国际法的效力根据是自然人和国家意志的合一。国际法对国家有拘束力，一部分是依据自然法和理性，另一部分是依据各国的同意；

自然法学派认为，国际法是自然法的一部分，国际法之所以有效力，是因为国际法以自然法则为依据，而自然法则是指人类的良知、理性和法律意识等；

实在法学派认为，国际法的效力根据不是抽象的“人类理性”、“人类良知”而是现实的“国家意志”。国家意志表现为习惯和条约。主张“公认”是国际法的唯一基础，即某个原则在列为国际法规范之前，必须先证明它确实为各国公认；

社会连带法学派认为，国际法的根据是社会连带关系的事实，并由统治阶级把这种连带关系的事实制成条约或法律的形式，于是“各民族的法律良知”成了国际法的唯一根据。

规范法学派认为，一切法律规则的效力都出自上一级的法律，全部法律可归纳为一个体系，国际法为最上级。每一规则的效力渊源于上一级规则，最后溯源至国际法及“最高规范”，这个最高规范是唯一的法理依据；

权力政治学派主张“势力均衡”是国际法存在的基础，是国际法效力的根据；

政策定向学派认为国际法的效力根据取决于国家对外政策。

以上各种学派都未能正确说明国际法效力的根据。研究这一问题，最重要的是要认清国际法主要是国家之间的法律，国家受国际法的约束，同时又参与国际法的制订。因此，我们认为，国际法的效力根据应该是国家之间的协议。因为，各国间协议表达了各自的意志，承诺了国际法上的权利和义务，自愿受自己承诺的约束。因此，各国之间的协议成为各国必须和应该遵守的具有法律拘束力的

关于各个国际法学流派，详见本书《国际法学》一章。

规范，同时，它是各国强制执行国际法的根据。国际法的强制性是国际法效力的本质表现。国际法之所以与国际道德和国际礼让不同，就在于国际法具有强制性，而国际法能够强制实施的根据也在于国家之间的协议。应当注意，国家意志不是指某国意志，而是各国意志，也非各国“共同的意志”，而是各国在合作与斗争的交往过程中形成的协调的意志。可见，体现各国的协调意志的协议，构成了国际法效力的根据。

应该指出，在国际关系中，各国并不能完全凭着自己的意志而达成协议。国家间的协议是各国间斗争与合作关系发展的产物。国家间之所以能够达成协议，制订某些彼此遵守的原则、规则是因为国家在彼此交往中有这种需要。国际法正是适应这种需要而产生的，国际法的作用就在于维护和促进国家之间的正常往来关系。从这个意义上说，国际法是和平共处的法律，是相互依赖的法律，但各国达成协议的过程，是各国矛盾、利益和要求相互冲撞的过程，也是一个斗争与合作的过程。

#### 四、国际法是一个特殊的法律体系

通过以上分析可见，国际法具有了规范性和强制性等一切法律所具有的共性，但又有别于其他法律。倘若从宏观上将国际法与国内法作法律体系的比较，可以说国际法是一个特殊的法律体系，这种特殊主要从国际法不同于国内法的特征体现出来。主要包括：

(1) 国际法主要是国家之间的法律，而不是国家之上的法律，也不是国家之内的法律。在国际社会之上没有一个超国家的立法机构制订法律并强加于国家，它是调整国家之间关系的法律，其区别于国内法主要调整国内公民、法人之间的关系。

(2) 国际法的主体主要是国家，国家是有主权的，它决定了国际法是平等者之间的法律。除国家外，在一定情况下民族解放组织和政府间国际组织也作为国际法主体。国内法的主体则主要是自然人、法人，而自然人和法人却是国际法的客体。

(3) 国际法是各国通过协议制订的。在国际社会中没有任何超

国家的立法机关来制订各国都应遵守的国际法。因此，在法律的制订方面，国际法与国内法不同：前者是分散的，后者是集中的；前者是国家参与并以协议或认可方式形成的，后者是国内立法机关通过立法程序制订的。

(4) 国际法的强制力主要依靠国际法主体自身的行动。在国际社会上，没有一个处于各国之上的强制执行或适用和解释国际法的机关。尽管有联合国国际法院和国际仲裁机构，但它们并无强制管辖权。国际法主要靠国际法主体本身的行动，靠主体本身单独的或集体的力量来实施。各国间的协议是各国强制执行国际法的依据，而国内法则依靠国家的强制机关——法院、警察和军队来强制实施和执行的。

(5) 国际法的效力根据是国家之间的协议。而国内法是按照国家的统治阶级的意志制定并生效的。

### 第三节 国际法的渊源

#### 一、国际法渊源概述

##### (一) 国际法渊源的涵义

国际法渊源 (sources of international law) 在国际法理论界一直被作为一个重要问题而受到重视，学者们对国际法渊源的认识不一致，对其涵义和种类均存在较大分歧。

有人根据立法者是产生法规的渊源的观念，把立法者称为法的渊源；有人从赋予约束力的角度，把法规的价值渊源称为法的渊源；自然法认为，人的理性是法的渊源；实在法学者认为，给予法律秩序内的法规以价值的根本规范是其法的渊源<sup>②</sup>。本书认为，从当代国际法的角度衡量，以上观点均侧重于对法的价值来源的探讨，应

约翰·奥斯汀著：《法学》第28讲。

汉斯·凯尔逊：《主权问题和国际法理论》第26、27、33节。

当归属于“国际法的效力根据”范畴，而不应当混淆于“国际法的渊源”。

李浩培教授认为：国际法渊源，正如国内法渊源一样，主要可以区分为实质渊源和形式渊源两类。国际法的实质渊源指国际法规则产生过程中影响这种规则的内容的一些因素，如法律意识、正义观念、连带关系、国际互赖、社会舆论、阶级关系等等。国际法的形式渊源是指国际法规则由以产生或出现的一些外部形式或程序，如条约、国际习惯、一般法律原则。

詹宁斯·瓦茨也将国际法渊源分类为形式渊源和实质渊源，但解释为形式渊源“是法律规则产生其有效性的渊源，而实质渊源则表明该规则的实质内容的出处。并将渊源同起因、根据、证据加以区分<sup>②</sup>。

周鲠生教授认为：“所谓国际法渊源可以有两种意义：其一是指国际法作为有效的法律规范所以形成的方式或程序；其他是指国际法渊源第一次出现的处所。从法律的观点说，前一意义的渊源才是国际法的渊源；后一意义的渊源只能说是国际法的历史渊源。”<sup>③</sup>

王铁崖教授坚持认为：国际法渊源是国际法原则、规则、规章、制度第一次出现的地方。

梁西教授认为：国际法渊源，第一，是指国际法作为有效法律规范所由形成的方式；第二，是指国际法渊源第一次出现的地方。两种解释各有独见，可以兼采<sup>④</sup>。

程晓霞教授认为：把国际法的渊源看成是国际法规则所形成的造法方式更为精确一些<sup>⑤</sup>。

李浩培著：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社1994年版，第52页。

詹宁斯·瓦茨修订：《奥本海国际法》中国大百科全书出版社，1995年版，第13页。

② 周鲠生著：《国际法》商务印书馆1976年版，上册，第10页。

王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1981年版，第25页；1995年版，第10页。

③ 梁西主编：《国际法》武汉大学出版社1993年版，第26页。

④ 程晓霞主编：《国际法的理论问题》天津教育出版社1989年版。

归纳以上主要观点，国际法渊源被分别理解为实质渊源、形式渊源、历史渊源、规范形式、规范出处、造法方式等等。实际上各有其道理，只是表现了不同的角度。有的提法远离了提出国际法渊源的本意。例如，从影响国际法规则内容形成的一些因素来考察，就混淆了与国际法原因的差异<sup>①</sup>；又如，将国际法渊源解释为国际法作为有效法律规范所形成的方式，其结果就把法的渊源说成是“基于不同形式产生的规范分类”，使法的渊源的定义与这一词的来源全然无关了<sup>②</sup>。再如，假若把国际法渊源看成是法律规范第一次出现的地方，会造成混淆不清的结果，除了追寻各个规范的初次出现的地方非常困难外，这种追寻本身并无多大法律意义，因为其第一次出现的地方对国际法规范的效力不产生任何影响。

本书认为，应从在国际法上具有意义的角度来理解国际法的含义。在国际实践中，往往在两种情况下援引国际法渊源：（1）在国际法规范适用于国际关系和国际社会之前，首先应知道相关的法律规范主要在哪里？明白它们如何存在着？（2）在探讨某个国际法制度或规范时，首先应考证其是否已被国际法认可？它们以怎样的法律形式表现出来？国际法学者注重研究国际法的渊源，是因为只有研究这种渊源才能辨别一个规则是否为国际法规则。于是，我们主张，国际法的渊源是国际法中证明具有法律上拘束力并普遍适用的规则已经存在的证据和表明这种规则效力的法定形式。这个定义既从“实质渊源”上寻找了国际法规范的证明，又在产生法律效力的形式上指明了“程序渊源”。

## （二）国际法渊源的内容

关于国际法渊源的内容，学者们的看法也不一致。归纳起来主要有三类主张：

<sup>①</sup> 国际法原因是指促使国际法产生和发展的政治、经济、文化等因素。见王铁崖主编《国际法》法律出版社1981年版，第26页。

日本国际法学会《国际法词典》，世界知识出版社1985年版，第521页。

1. 单一渊源说。英国国际法学者郑斌持此观点，其主张，国际习惯是唯一的国际法渊源，国际条约不是国际法的渊源。他认为，国家接受的规则是作为在法律体系内所有主体间都适用的一般国际法，条约只是双方同意的协议，不得对第三国生效。如果它对第三国也产生约束的话，则应成为习惯法，所以条约只是证据，不是渊源<sup>①</sup>。

2. 双重渊源说。认为国际条约和国际习惯都是国际法的渊源，这类观点主张，条约和习惯是国际法的渊源是从国际法的性质推出来的：国际法是国家间公认的国际关系上的行为规范，而在公认的国际法规范上表现为各国的协调的意志不外两种形式：（1）通过习惯；（2）通过条约。所以，习惯和条约很正确地被肯定为国际法的渊源<sup>②</sup>。

3. 多重渊源说。认为国际法的渊源不仅限于条约和习惯，还有其他渊源。威尔逊在国际法渊源的名目下列举有：（1）习惯；（2）条约及其他国际协定；（3）国际法庭的裁决；（4）国内法庭的判决；（5）教本著者的意见；（6）外交文件<sup>③</sup>。目前，许多学者援引《国际法院规约》第 38 条的规定解释国际法渊源：如，李浩培教授认为：关于国际法的形式渊源，《国际法院规约》中有明文规定<sup>④</sup>；王铁崖教授认为：无论如何，《国际法院规约》被认为是对国际法渊源的权威说明。按照这条规定分别说明国际法的各种渊源是适宜的<sup>⑤</sup>。于是，国际法渊源被列举为：（1）国际条约；（2）国际习惯；（3）一般法律原则；（4）司法判例；（5）公法学家的学说；（6）公允及善

<sup>①</sup> [英] 郑斌著：《国际法教学与实践》，1982年版，第 3—9 页。

持此观点的有：苏联科学院法律研究所，见《国际法》（中译本）世界知识出版社 1959年版 第 6 页；Tunkin, see *Forty Year of Co-existence and International Law*, in *Soviet Year Book of International Law* . 1958, pp. 42—43; Hyde, see *International Law*, 1947, Volume I, p. 10; Brierly, *Law of Nations*, 4th ed. . 1949, p. 57.

Wilson, *International Law*, 3rd edit, 1939, p. 7.

李浩培著：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社 1994 年版，第 52 页。

<sup>⑤</sup> 王铁崖主编：《国际法》法律出版社 1995 年版，第 11 页。

良原则等等，并进而将前两项或前三项明确为主要渊源，而将后几项等界说为辅助性渊源<sup>①</sup>。有的学者还将“国际组织的决议”也列为国际法渊源<sup>②</sup>。

通过分析可见：单一渊源说，有其合理的一面，但把条约排除在渊源之外显得失之过激。把国际习惯看成是国际法唯一的渊源从而使之与一般国际法等同起来，显然与当代国际法的现状不尽相符。况且，把一般国际法与为数较少的一般习惯法等同起来，把未经习惯的发展过程而由条约直接产生的国际法规范，硬说成为习惯法的结果，也显得牵强附会。而多重渊源说，简单套用《国际法院规约》的法院适用法律的规定，对国际法渊源作了扩大解释，从而使在国际法渊源的探讨方面出现了混乱和对其概念的任意解释。《国际法院规约》第 38 条是这样规定的：“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，确定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 59 条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确立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’。上述规定具有明显的针对性，是专用来指明国际法院审理案件时应适用什么样的法律的，并没有解释国际法渊源的表示。再说，国际法院审理案件“应依国际法裁判之”，但未必为国际法院适用的全都是国际法，就如同国内法院也可依据国际条约裁判。国际条约仍非国内法的道理一样，国际法院也可适用诸如司法判例、学者学说、公允及善良原则裁判，但其同样不能证明它们就是国际法。况且，尽管不少学者

① 王铁崖主编：《国际法》法律出版社 1981 年版，第 26 页；李浩培著：《国际法的概念和渊源》贵州人民出版社 1994 年版，第 53 页。

② 王铁崖主编：《国际法》法律出版社 1995 年版，第 18 页；李浩培著：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社 1994 年版，第 131 页。

③ 程晓霞主编：《国际法的理论问题》，天津教育出版社 1989 年版，第 8 页。