

第二节国际法的渊源与编纂 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/50/2021_2022__E7_AC_AC_E4_BA_8C_E8_8A_82_E5_c36_50301.htm 第二节 国际法的渊源

与编纂一、国际法的渊源：国际法的渊源是国际法的原则、规则和规章、制度第一次出现的地方或最初的表现形式，是国际法中证明具有法律的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。关于国际法渊源的内容，学者们的看法并不一致，但把国际条约和国际习惯作为国际法的两个主要渊源却是没有分歧的。因而应重点掌握国际条约和国际习惯这两个概念的要点。（一）国际条约国际条约是国际法的渊源之一，因国际法的多数规则都是在条约中表现出来的。但并非所有的国际条约都是国际法渊源，国际条约按其性质可分为“造法性条约”和“契约性条约”。“造法性条约”（law-making treaty）指多数国家参加的以制定共同遵守的行为规则为目的并载有共同遵守的行为规范的条约。具体讲是指由许多国际法主体参加或承认的能够对国际法原则，规范产生创立、确认、补充或修订意义的国际条约。例如，《联合国宪章》、《海洋法公约》、《维也纳条约法公约》等等，它们都是造法性条约，都创立、认可了许多对众多的参加国具有拘束力的新的国际法规范。因此，造法性条约构成直接的国际法渊源。契约性条约（contractual treaty）指国家之间所订立的确定特定事项具体权利义务的条约。如交通运输协定，贸易协定均属此类，它们多是双边条约，都是对具体事务的协议，在处理具体问题的目的达到后即告终止，并不能创制国际法规则，而且其仅对缔约各方有

拘束力，不具有普遍性质，不直接产生一般国际法规范。因而，契约性条约并不直接成为国际法渊源，只有经过发展，该条约所载规则被反复采用并被公认，或构成国际习惯后才能成为间接的渊源。许多学者认为，由于条约对非缔约国没有拘束力，契约性条约只能在缔约国之间构成“特殊国际法”，不能作为具有普遍拘束力的一般国际法，而造法性条约规定的普遍接受的原则和规划，是“一般国际法”，于是，只有那些以创立新的国际法原则、规范或改变现有国际法原则、规范为目的的造法性条约才可为普遍适用的国际法渊源。也有人主张，在事实上，造法性条约和契约性条约是很难严格区分的，因为条约是复杂的，造法性条约中常常会出现契约性的权利和义务，而契约性条约中有时也体现出“造法性”的原则和规则，因此，把一切合法有效的条约都视为国际法的渊源是较为正确的观点。（二）国际习惯国际习惯，亦称国际习惯法，指长期的国际交往中逐渐形成的不成文的行为规则。国际习惯是因国家默示的共同同意而对所有国家产生拘束力的，它是创立具有普遍法律拘束力规则的方式

1、国际习惯与国际惯例的区别在实践中，“国际习惯”与“国际惯例”（international usage）常常混用，而在国际法中，两词的内涵和性质都有区别。国际习惯专指具有法律拘束力的国际惯例。国际惯例的概念在使用时有广义和狭义之分：广义的惯例既包括有法律拘束力的国际习惯在内，也包括尚未具有法律拘束力的“通例”（general practice）或称“常例”（usus）。在与国际习惯同时使用或者在通常情况下，国际惯例取其狭义含义，即作为未具有法律拘束力的通例使用，《国际法院规约》第38条一项条款对此作了表述。在实

践中，假若惯例经过相当时间后，被各国认为具有了法律拘束力，其便转化为习惯，即“作为通例之证明而经接受为法律者”。在国际法学界一般认为，国际习惯与国际惯例不同：

- (1) 国际惯例是尚未具有完全法律效力的惯常行为，而国际习惯是各国重复采用的具有法律拘束力的不成文的法律规范；
- (2) 惯例可以是相互矛盾的，而习惯应该是相互统一和一致的。

国际习惯是由各国在长期的国际交往实践中重复相同或类似的行为。假若惯常做法或惯例发展成为一种自觉的法律信念，便成为了习惯规范或习惯法。

2、国际习惯由两个要素构成

一是各国重复的类似行为，即物质因素，或称客观因素，指惯例的出现和国家在相当长时期内“反复”和“前后一致”的实践；二是被各国认为具有法律拘束力，即心理因素，或称主观因素，指这项惯例被接受为法律，得到“法律确信”（*opinio juris*）。两个因素缺一不可。此外，还包括持续时间、重复频率或次数、一般默认以及证据等因素。

由于国际习惯是不成文的，没有一个专门法律文件来表现国际习惯的原则和规范，因此，在国际实践中成不成为国际习惯不能单独凭某个国家或某个权威来说明，而须寻找各种证据。这种证据表现于国际习惯形成的下列情况所表现的种种资料之中：

- (1) 国家之间的外交关系方面的实践，主要表现于条约、宣言、声明及各种外交文书中；
- (2) 国际组织的实践，主要表现于决议、判决中；
- (3) 国家内部的行为，表现于国内法规、判决、行政命令等形式中。

例如1990年美国在审理“哈瓦那号案”时找到了“关于在战争时期交战一方在沿海活动的小渔船不受他方拿捕”的规则存在的证据，并证明美国政府在独立战争时期曾经接受了这个规则。在“北海大

陆架案”中，国际法院认为《大陆架公约》第6条所载的中间线原则并没有成为习惯规则，因为从各国的划界实践中找不到这样的证据。由此足见习惯证据的重要作用。国际习惯是比国际条约更古老、更原始的国际法渊源，在国际条约之前就出现了国际习惯。国际习惯曾经是传统国际法上的主要渊源，但自20世纪以来，尤其是近几十年来，国际习惯的作用随着国际条约的大量产生而有所减弱。但国际习惯仍然是国际法渊源中不可或缺的重要形式之一，它在条约所未涉及的国际社会诸多领域仍然起着不可替代的作用。

（三）一般法律原则《国际法院规约》第38条规定，法院裁判案件时可适用“一般法律原则，为文明各国所承认者”。那么“一般法律原则”究竟是指什么？这个概念是不够明确的。因此，各国学者对此产生了几种不同的见解。第一，认为一般法律原则也就是国际法的一般原则或基本原则，前苏联法系多持此说。其实，国际法的一般原则或基本原则已寓于国际条约和国际习惯之中了，不可能再有另一种“一般法律原则”；第二，认为一般法律原则来自“一般法律意识”，这个抽象的说法代表了背后自然法学派的观点。事实上，在以各种不同社会政治经济制度的主权国家为成员的国际社会里，不可能产生“一般法律意识”，而在这抽象的“一般法律意识”中也不可能引伸出国际法的原则和规则；第三，认为“一般法律原则”是各个法律体系的共有的原则，尽管各国法律体系有很大不同，但毕竟还有一些共同的原则如时效、善意、定案禁止翻供等原则，而这些原则在各国法律体系中都是采用的。因此，把“一般法律原则”理解为各国法律体系所共有的原则是可以接受的观点。

（四）确定法律原则的辅助方法

《国际法院规约》第38条规定，法院裁判案件时可以适用作为确定法律原则补助资料的司法判例和权威最高的公法学家的学说，因为这是“确定法律原则的补助资料”，只能作为某些规则存在的证据。所谓“补助资料”，其含义是指辅助性的、将要的方法，这些方法的作用在于确定某项原则或规则是否存在，但其本身并不是法律渊源。司法判例主要是指国际或区域性国际司法机关和国际仲裁法庭所作的判例。权威最高的公法学家学说、著作可以为大量国际法原则规则和规章制度的存在提供证据。此外国际组织和国际会议所通过的决议和宣言等文件一般属于建议性质，不具有法律拘束力，但它反映了现有的或正在形成的国际法原则、规则和规章制度，也起到了确定法律原则辅助方法的作用。

二、国际法的编纂

国际法的编纂就是把散见于国际条约和国际习惯中的各种原则及规范系统化和法典化的活动。编纂的意义在于确定“现有法律”（*lex lata*）和制定“应有法律”（*lex ferenda*），即一是把分散的现有国际法原则、规则订成法典，使分散的原则和规则法典化；二是按法典形式进行整理，统一国际法原则、规则，订成新法律。国际法编纂不同于国际法汇编（*collection of international law*），它要矫正各种规范的矛盾，消除其缺陷，使其明确化、系统化；它又不属于国际立法（*international legislation*），它需要各国普遍接受后才能发生效力，但其对国际法的发展具有影响和促进作用。编纂的形式分为全面法典化和个别法典化。全面法典化即把国际法所有原则、规则纳入一部完整的法典之中。这个任务过于繁重，也很不现实，迄今尚未实现。个别法典化是要把各个部门的原则、规划进行系统而分门别类的编纂，使之成为部门法

的法典，如海洋法，战争法等。这是一种切实可行的编纂形式，这种形式成为国际法编纂的主要形式。政府间的国际法编纂工作迄今为止只采用此种形式。从编纂者来看，有非官方和官方编纂之分。非官方的是指个人或学术团体的编纂，为18世纪英国学者边沁所首倡。官方的指各国政府之间或国际组织进行的编纂。自19世纪开始，出现了官方编纂国际法的活动，1856年巴黎会议签署的《海上国际法原则宣言》可以说是官方国际法编纂的开始。之后两次海牙和平会议以及第一次世界大战后的国际联盟，都承担了官方编纂国际法的工作。随着联合国组织的建立，国际法编纂工作进入到一个新阶段。《联合国宪章》第13条第1款规定：“大会应发动研究并作成建议，以……提倡国际法的逐渐发展与编纂。”为了实现上述职责，联合国大会于1947年作出决议，设立国际法委员会，并于1948年经选举产生。国际法委员会是联合国负责编纂国际法的主要机构。其任务是：就国际法应当规定的一些问题或“各国实施尚未充分发展成为法律的”一些问题草拟公约草案，以促进国际法的进步、发展；编纂现有国际法，即“在那些已经有广泛国家实践、先例和学说的领域内”，使国际法更加精确地条文化和系统化。迄今为止，经国际法委员会草拟的公约草案和条款草案多达数十个，涉及国际法的诸多领域，编纂工作取得了令人瞩目的成就，对国际法的发展产生了相当的影响。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com