

# 国际法适用视角下的国际法渊源再认识

孙法柏,李志辉

(山东科技大学 文法学院,山东 青岛 266590)

**摘要:**国际法渊源不仅是国际法的理论基石,也对国际法适用起基础作用。有关国际法渊源的学说丛生,对国际法适用都有所涉及,但鲜有完全体现渊源对国际法适用的基础价值,而且在实践中也未达预想的效果,内涵也处于混沌状态。为研究国际法渊源的内涵,促进国际法适用,从国际法适用角度反观各家学说来分析国际法渊源内涵需要的因素具有现实意义。国际法渊源的内涵可以继承“折衷说”形式渊源与实质渊源的思路,在形式渊源上,吸收“效力渊源”效力外衣的有效性和“方法识别论”识别规则的效率性;在实质渊源上,首先要看到目前渊源发展中实质因素融进的必要性,考量正义因素和规则背景因素融进渊源内涵的必要性。

**关键词:**国际法;法律渊源;国际法适用

中图分类号:D99

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2013)04-0034-09

国际法的发展和体系完善离不开国际法渊源。既有国际法渊源的研究和学说,虽从不同角度揭示了国际法渊源的内涵,但这些内涵的研究在国际法适用问题上尚未发挥其基础性的作用。鉴于此,本文从国际法适用的视角分析国际法渊源的各种学说,力图理清渊源内涵及其在国际法适用上所具有和应该具有的价值,通过重新认识国际法渊源,来回应国际法的时代新变化。

## 一、国际法渊源在国际法适用上的价值

### (一)研究国际法渊源的价值

在法理上,规范法学派的代表人物凯尔森认为“渊源”一词“含混不清似乎使这个术语变得不具什么用处,人们应当不用令人误解的形象的措辞,而应当采用一种明显地、直接地描述在人们心目中的现象的措辞”<sup>[1]</sup>。社会学大师庞德在此基础上,直接用“法的形式”来取代“法的渊源”。<sup>[2]52</sup>也有学者建议用“公认的法律表现”“法律创造”“法的证据”“法的原因”等词来替换。但是这些词的包容性都不如“渊源”一词大,或不能体现法的特征,或仅体现法发展的一个方面。“渊源”一词在法理和实践中都有其存在的合理性和重要性。“渊源”一词,从语义上来说就是指源泉,但是,正如其他词汇,在不同的语境下、不同语境的不同视角下,它所指的具体含义并不相同。在法律之下的“渊源”一词——“法律渊源”的含义就不同于单纯语义下的“渊源”,比起“源泉”的含义,“法律渊源”一词在不同的角度下有不同的含义。例如,詹宁斯指出法的渊源有四种意义:历史意义上的渊源;作为识别法律规则的标准的技术意义的渊源;法律的可接受的和被承认的有形证据;制定、改变和发展法律的方法和程序。<sup>[3]47</sup>同时,也有学者基于渊源自身的性质、效力、发展过程、存在的本质等方面,提出历史渊源、理论渊源、效力渊源及本质渊源等概念。我们发现,这不同的含义或者不同的意义之间是相互联系的,都统一于“法律渊源”一词,这说明“渊源”是不可被

收稿日期:2013-07-02

基金项目:山东科技大学研究生创新基金项目“国际法适用与国际法渊源问题探讨”(YC130343)

作者简介:孙法柏(1970-),男,山东新泰人,山东科技大学文法学院教授,博士。

代替的。此外,“法律渊源的不同意义是与‘渊源’之外的其他概念相联系的,如法的起因、法的依据、法的证据、法的形成过程等”<sup>[3]48</sup>,在此基础上我们可以理解,法的渊源不同角度的认识,是“法的渊源”与“依据或效力”“原因”“过程”“证据”等因素的融合。法律渊源的存在、发展以及价值的体现离不开这些因素的融合,它们之间相互联系,可单独存在,但是彼此融合更能体现价值。就像从国际关系或者法理学的角度研究国际法,彼此领域可单独存在,但是彼此之间又有千丝万缕的联系,以彼此为视角研究更能促进彼此的发展。随着社会的不断发展,必然会有新的因素继续融合到“法的渊源”一词中。因此,从这个角度来看,法的渊源在理论上是一个具有包容性的动态发展的概念。

就国际法渊源而言,王铁崖认为,“国际法的渊源,作为国际法原则、规则和制度存在的地方,还是一个有用的概念,这个概念指明国际法的存在,或者作为一些原则、规则或制度成为国际法的途径,是多数国际法学者采取的”<sup>[3]50</sup>。“渊源”一词,因其不确定性而被“批斗”,同样也因为它在法律意义上的不确定性而体现它不同于其他词汇的价值。首先,国际法渊源最重要的价值是确认一项规则是否属于国际法,是否能够成为国际法主体主张自己权益和解决国际问题、处理国际关系、维持国际和平与发展的可适用之法律依据,即“存在寻找法律的确定方法”<sup>[4]55</sup>;其次,国际法渊源在实践中可以确认有效的国际法律术语;再次,其也有利于表明国际法的本质;最后,国际法的渊源也解释了国际法规则起源的规范性,为国际法规则正名,是一种国际法规则的权威宣示。<sup>[5]163</sup>正如《国际法院规约》(以下简称“《规约》”)第38条第1款所列举的裁判适用规则,正是以渊源的形式规范了其本身的国际法适用规则。虽然学界对该条款的解释各有不同,有形式渊源、实质渊源、技术过程论等,但其目的或结果都是如何确定某规则是否属于国际法渊源,或者是否能被国际法渊源所识别,以便为国际法的适用提供规则来源。

国际法渊源作为国际法体系构建不可或缺的因素,其在学理和实践中的发展完善必然推动国际法的前进。目前,有关国际法渊源的阐释仍百家争鸣、尚无定论,国际法渊源尚未发挥它应有的作用,但是对于国际法渊源的研究不能因其目前的“噎状”而“废食”,而应进行多角度研究。特别是在当今国际法迅速发展的新阶段,既有规则和新生规则不断被质疑其国际法性质,也不断以国际法的名义被滥用,损害了国际法的稳定性和权威性,造成国际法适用的一种乱象。所以,为了国际法适用来研究国际法渊源有其现实和理论之意义。

## (二)从国际法适用角度研究国际法渊源的理

国际法的渊源,观其学理上的各种学说,大体分为动态和静态的两种类型,前者意指“着眼于产生法的行为的能动性的概念。与此相反,后者是所谓作为结果存在的法的形态,即静态观念上的法的存在形式。”<sup>[6]</sup>国际法渊源到底是什么,决定着国际法是什么,进而影响着什么是国际法,从而对国际法的适用起着基础性的作用。因此,国际法的适用离不开对渊源的深入剖析。

国际法渊源,从应然性上讲,其在理论和实践中对于国际法适用发挥最基础的作用,但事实上却并不理想。国际法主体根据他们对于国际法渊源的理解来界定和适用国际法规则,这使得国际法的适用处于一种游离的、散见的状态,影响了国际法的权威性、统一性,进而导致国际法适用上的不一致,甚至出现争端。因此,国际法的渊源之含义理解对国际法的适用至关重要,正确理解国际法渊源可以使国际法的范围趋于明确和统一,凸显国际法的有效性。

渊源是适用的基础,但不断变化的适用环境使得渊源的内涵不再局限于传统,需要应势而变。不论是国际法主体的多元化还是国际关系的变化,还是国际法的整体发展趋势,都已不同于传统的国际法和国际社会的状况,传统渊源的界定已不能满足国际法的适用。从国际法主体上来讲,国家始终是国际社会的主要主体,在国际法渊源的形成和发展中,仍然是国家及其政府通过潜在的国家同意规则在控制着国际法,引导着国际法渊源的含义和范围。但是,随着国际格局和国际形势的变化,新的国际法主体不断涌现并积极参与国际法机制。新的主体通过各种方式制定或参与了国际法律文件的制定和完善,但这些

文件并不当然涵盖到传统的渊源范围中。这些条件的变化使我们不得不从国际法适用的角度重新思考渊源的内涵和范围。同时,从国际关系和国际法的整体发展趋势上来讲,许多因素也都在变化,主权的相对化、国家责任的私法化趋势、各个国家行为动机利益之外的复杂性以及各国对于国际法的越来越尊重等,也让我们不得不考量作为国际法基础的渊源与新环境的适应性。目前,国际法的渊源内涵缺少从国际法适用角度的考量,使得国际法的适用更加混乱,现在许多国家所面临的棘手的政治问题正是渊源争端的历史遗留。因此,渊源的探讨不能仅局限在学理价值上,也不能因艰难而将其束之高阁,而要从国际法适用的角度看其应该怎样发展,以完善国际法渊源的内涵和更好地促进国际法的适用。

## 二、国际法适用视角下国际法渊源学说评述

既有的国际法渊源的有关学说,各从不同的角度对国际法渊源进行了研究,有的注重规则的形式,提出了形式渊源或效力渊源,有的从语言上理解为第一次出现的地方,即所谓“历史渊源”;有的从国际法规则演化的角度提出了各种“形成论”;有的采取“中庸之道”的折衷说,等等。这些学说都从某一角度对国际法渊源进行了理解,不论是哪种角度,完全运用到实践中都有利有弊,能够充分发挥渊源作用的理论仍在不断研究。以国际法适用的视角审视这些学说,我们发现各学说虽然没有直接提及国际法适用,但其效果部分地顾及了国际法适用。为此,我们首先以国际法适用的视角对各学说进行探索和评述,然后分析国际法适用视角下的国际法渊源内涵应该从哪些因素综合考虑。

### (一) 国际法适用角度下效力渊源的评述

研究国际法的渊源,在理论上首先应从法的渊源的角度入手。张文显认为,法的渊源的科学内涵包括两个不可分割的要素:一是它与法的效力直接联系,二是指现行的法律文件须有一定的法律表现形式,二者缺一不可,这实际上是立法或司法的必然要求,<sup>[2]53</sup>强调的是渊源的效力性和表现形式的合法性、有效性,也就是从效力角度对于法的渊源的认识,即“效力渊源”。

可见,效力渊源的前提是确定某规则是否同时具有法的效力法的载体,然而国际法渊源的困难之处就在于如何认定某规则是具有国际法效力的可适用规则。也就是说,“效力渊源说”在解释国际法渊源和用之于国际法适用时存在不适应性。首先,在效力渊源下,最关键的因素是国家的强制力,不论是立法还是司法,国内社会都存在这样一个有强制力的机构,来认可法有效的标准及法存在的合法形式,但是在国际社会却不存在这种机构。其次,国际法与国内法的自身的性质、形成的原因和过程等皆有不同。李浩培认为,“法既可以体现为‘从属法’,即上位者对下位者的命令,也可以体现为‘同位法’,即由同位者共同制定相互遵守的法律,而各国共同认可遵守的有拘束力的行为规则,就是国际法,与国内法同样发生作用”<sup>[7]</sup>。最后,正是由于国际法不同于国内法的上述特性,如果按照效力渊源的观点,国际社会拥有立法权的主体是谁,有哪些,如何判定,这并不是容易确定的。综上可得,法的“效力渊源学说”在国际法适用上有其局限性。

当然,从效力渊源的理论实质上看,其在强调渊源的外在表现形式的同时,突出了形式的效力性。这在《规约》第 38 条表现尤甚。目前无论是理论界还是实践中,提到国际法渊源,大家一般首先想到的是第 38 条,这一条款往往被委以确定国际法渊源范围的重任,主要是将确立诉讼当事国明示承认的规则的国际条约、作为通例的依据而经接受为法律的国际习惯、为文明各国所承认的一般法律原则以及作为法律原则之补助资料的司法判例和各国权威最高之公法家学说作为国际法的渊源。在这种渊源之下的规则才是国际法规则。这一条约的影响是深远的,为国际法院的法官在审判案件时提供了依据,为国际社会界定国际法渊源提供了理论和实践上的方向标,为国际法的适用提供了权威性指导。《规约》第 38 条虽未提及“渊源”一词,但却为渊源确定了效力形式,各国目前的多数实践都来源于此。从国际法的适用角

度上看《规约》第38条在国际法适用上的价值是具前瞻性的,相对明确的国际法渊源在国际法院处理案件时更具适用的价值。

然而,《规约》第38条没有明确提出“渊源”一词,“渊源”的内涵或范围并未因《规约》第38条的存在而确定,各国家各学派基于自己的价值判断对于国际法渊源以第38条为基础有不同的认识,同时,国际社会新元素的不断涌现也对《规约》第38条的规定提出了挑战。学者们在肯定效力形式之外,也在此理解前提下不断调整、不断修正。例如,E·博登海默在《法理学:法律哲学与法律方法》一书中将法律渊源又分为正式渊源和非正式渊源,正式渊源是体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源,非正式渊源是指那些具有法律意义的资料和值得考虑的材料,而这些资料和值得考虑的材料尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述和体现。<sup>[8]</sup>正式渊源仍然是从效力渊源的角度入手,认为渊源是要有权威性的明确的外在形式,但是对于非正式渊源,就不再局限于形式的考量,而是开始伸入到形式背后的东西。但是,博登海默认为非正式渊源应当置于司法框架中极为次要的地位,只有在穷尽正式渊源或者正式渊源与理性、正义相违背时,才考虑非正式渊源。我们无法在实践中判断这种方法是否可行,但这一思路对于国际法渊源内涵确定是有借鉴价值的,这种思路之下,正式渊源和非正式渊源有了位阶之分,但又是相对的,当正式渊源不能定分止争时,非正式渊源是要出来承担补充作用的。

从促进国际法适用的效率角度,我们不得不说,与实质正义相比,程序正义更容易实现。运用到国际法渊源的发展上,我们可以通过先实现其外观的合理性和合法性来推动内在的合理合法——先实现渊源的载体或称表现形式的合理合法再实现渊源的实质内涵。我们也要看到,以《规约》第38条为中心,以条约和习惯为主要形式渊源,国际法渊源载体在扬弃中前进,但是,实质方面却鲜有融进,尚缺乏对国际法渊源之内核的探索,因而在根基上存在一个立论的空缺,也就是说,以效力定渊源缺少一个效力之来源的问题。用之于国际法适用,即存在如何确定所用之“有效力”的规则是不是国际法规则的问题。

## (二) 国际法适用角度下国际法渊源“形成论”的评述

国际法渊源的诸学说中,除上述以“效力”为中心的阐释外,还有从渊源的出现或其过程来阐释的。这种阐释的目的,是想把渊源作为一种识别工具,从规则萌芽初始状态到作为国际法规则的全过程中,静态地或动态地识别某规则是否属于国际法。此所谓渊源顾及了国际法不同于国内法的区别,看重的不是规则的形式,而是识别规则的技术。该种国际法渊源学说,虽没有告诉我们哪些是国际法,但提示我们如何找寻国际法,即适用国际法。当然,其缺点在于主观性较强,不能一目了然。为行文方便,此部分将历史渊源——“第一次出现的地方”、过程论以及方法程序论汇总在一起,从静态和动态及程序方法的角度,分别予以评述,观其对国际法适用的影响。

### 1. 静态角度的形成论

静态“形成论”下的国际法渊源是指国际法规则第一次出现的地方,又称“历史渊源”。这种理论首先是站在语言学的角度,是对“渊源”一词最本质含义的理解。奥本海默认为,“渊源”概念和“起因”概念的混淆回归到“渊源”的一般意义上就可以避免,而“法律的渊源”是一个名称,用以指行为规则所由发生和取得法律效力的历史事实。<sup>[9]</sup>同时,也是对于国际法渊源的广泛意义的理解,国际法规则第一次出现的地方,不仅存在于条约和习惯中,也存在于国内法的法律条文和判例、学者学说、外交声明等中。

此种学说,确实是反映“渊源”含义最准确的理解,同时,因其广泛性,可以涵盖现在不断发展的变化。但是此种渊源理论在国际法适用上的效果却并不乐观。首先,这种理论并没有指明什么样的规则才是国际法规则,而是只能在一项规则已经形成国际法时追溯其渊源在何处;其次,国际法渊源仅体现了它自身的语义价值,在国际法的适用中,只能在理论上包容,不能落实到实践中;最后,在国际法适用中,可以“遵从先例”,可以追根溯源,但是,这种方法或许适合个案,不具有普适性,并不是所有规则追其源头都有适用的基础价值,它或许仅是说明一种静态的源头。但这种学说也并不是没有可取之处,一是,明确了渊源

最本质的含义是其本来的一般的意义——第一次出现的地方；二是，此学说也体现了渊源最本质的理解下的考量，当我们在适用中判定国际法时，不是仅看渊源的形式，这项规则背后的东西也是我们应该考虑的；三是，我们或许应当思考，为国际法适用而理解国际法渊源，看重的是渊源的结果或者渊源的表现形式（及其效力），即可适用的国际法，但作为“第一次出现的地方”之国际法渊源，有时仅为我们提供了形成国际法规则时的背景或状态，该“渊源”本身或许并不再具有国际法的实效，但该“渊源”却是研究可适用之国际法的原始“材料”，为国际法的适用提供“渊源”（历史渊源）的依据。

## 2. 动态角度下的形成论——过程论

国际法不是静态的系统规则，而是一种决策的过程，国际法的规则的识别就是来源于这些过程。<sup>[10]</sup>过程论认为国际法的渊源应从国际法规则形成的过程角度定义，即从一项国际法规则的形成到失效的角度看国际法渊源的涵义。也就是说，国际法规则从雏形（例如草案）开始，就是国际法渊源，然后在规则的整个发展过程中出现的表现形式都是国际法的渊源，因为这些载体承载和包含了国际法规则形成、发展到消灭的整个过程。这是从动态形成的角度对于渊源本意的理解，国际法渊源是国际法规则形成过程中的每个阶段的载体。

这一学说价值在于，过程论能够更好地容纳国际法存在的特性，许多国际法规则的载体并不仅仅是合理有效的条约、习惯，也可能存在于草案或者其他不具有法律约束力的国际文件等中，这一学说能够很好地容纳国际法领域的新发展，许多没有强制拘束力的“软法”也在此找到依靠。同时，我们思考渊源问题时，不应仅局限在静止的角度上——在条约、习惯、一般法律原则以及公法家学说等方面讨论。在过程论角度下，渊源不仅仅是起点，起点之前的形式载体也可能形成规则。那么，仅以单一的是否具有某一形式来判断是否是渊源就存在局限了，因为渊源的形式并不能完全确定。从国际法的适用角度说，在这一学说之下，国际法渊源的范围超越横向思考，加上纵向的过程后更加广泛，虽然涵盖国际法的新变化，但却依然无法确认一项规则是否是国际法，广泛之下的后果依旧不能很好地发挥国际法渊源在国际法适用上的作用，而且可能使得国际法规则被滥用。我们看到过程论是动态角度下对历史渊源发展和对效力渊源的批判，过程论强调的不是渊源外在形式的合法性和效力性，而是国际法规则出现的地方，它所发展的整个过程中的“形式”都是渊源。

## 3. 技术角度下的形成论——方法程序论

周鲠生认为，国际法渊源有两种意义，不仅指国际法作为有效的法律规范所以形成的方式或程序，也指国际法的规范第一次出现的地方。而从法律的观点说，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>[11]</sup>这一观点既认识到渊源的本意，又基于作用角度肯定了渊源的涵义。马尔科姆·肖在其所著的《国际法》一书中也认为渊源是技术层面的，不包括理性或道德的最终渊源，<sup>[4]56</sup>其实质上也是站在了适用的角度，因为程序性的、技术性的渊源是可行可操作的，但是最终渊源确是仁者见仁智者见智的问题。由此，在这种观点下，国际法的渊源是方法和程序，是技术角度之下对于渊源的理解，国际法条约是国际法渊源的首选，而条约多是明示的方法形成，国际习惯多形成于国际社会的约定俗成，是默示的方式形成的。<sup>①</sup>方法程序比起历史渊源更加具有操作性，在此理论之下，按照一定方式方法确定下来的都是国际法，而国际法渊源即是方式程序。乍看之下，这的确是一种好的方式，国际法适用变得明确。只要达成一种国际社会认可的方式方法，渊源问题甚至国际法的效力问题等都迎刃而解。但是，这种观点的缺陷仍在于“方式程序”的非客观性，基于“方式程序”识别国际法规则存在难以达成共识的问题，因此在国际法的适用上也会遇到障碍。

<sup>①</sup> 一项规则或惯例是否是国际习惯需要满足“心理因素”和“物质因素”两个条件，但如何认定是否满足了这两个条件仍然需要一定的程序规则，渊源“方法程序论”学说在此有其理论价值。

#### 4. 折衷说——形式渊源和实质渊源

针对“第一次出现的地方”和“方式程序”学说的利弊,学术界提出了折衷说,试图弥缝两派的分歧,把两种对立的观点协调起来。他们把国际法的渊源分为形式渊源和实质渊源,但在对两种渊源的理解上,并未达成共识。<sup>[12]</sup>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。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”<sup>[13]</sup>。不论是国内还是国外,这种观点既是定义渊源的一种主要方法,也可以说是渊源的一种分类方法。瑞士国际法学者萨曼莎·贝森和哲学学者约翰·塔斯拉斯,在其共同主编的《国际法哲学》中,提到法的渊源是为有效的法律规范的创造、修改和废除提供道路或方法的因素或事件,而国际法的渊源是国际法律规范创造、修改和废除的方法。<sup>[5]169-170</sup>这两位学者认为,渊源是因素或事件等实质的,也是方法和道路等形式的,而在国际法上更加侧重于形式渊源或方法程序。而布朗利在《国际法公法原理》一书中,认为著述者们的这种分类是难以维持的,他认为,通说的形式渊源是指为了制定具有一般适用性并对特定对象具有法律约束力的规则的那些法律程序和方式,而实质渊源是指为规则的存在提供依据,即一旦被证实,就具有一般适用的法律约束力规则的地位。<sup>[14]</sup>对于形式渊源的界定,我们要看到国内法形式渊源与国际法的区别,正如布朗利所认同的,国内法形式渊源多是一种规则制定的宪法体制,而国际社会并不存在这一体制,显然,在国际法适用角度上,照搬目前国内法理上的对于渊源的界定是不确切的。基于此,布朗利认为国际法的形式渊源在某种意义上并不存在(此意义上,形式并非有形的载体,而是一种规定效力的体制),但是,形式渊源同样在某种意义上有其存在的必然性。首先,基于对于“形式”的表面“载体”的理解,不论是条约、习惯还是国际法院的判决、联合国大会决议等都具有一定的外在表现形式;其次,基于逻辑,目前的国际法领域的形式渊源不具有规则制定的宪法体制,但是,这并不能当然推出形式渊源的虚无,目前的国际社会的特征决定着国际规则的形成不能如国内法般成体系,但不能否认它存在着我们尚未认识但却在发展的形式渊源的(存在)体系;最后,形式渊源与实质渊源的这种划分具有国际法适用上的价值,形式渊源较实质渊源更加具有确定性和实践性,不论是存在的载体形式还是规则形成的方法或程序,然而,相对确定范围或方式的渊源在国际法适用上的价值要高于完全不确定的渊源。

综上,从国际法适用角度思量“折衷说”,有其借鉴之处,一是将渊源的形式与实质分开考量的思考方法,让国际法渊源的研究更加明确、更加全面地反应渊源的内涵,它符合国际法适用的渊源的定义方法;二是,形式渊源倾向于“方法程序论”,“方法程序论”的可操作性等优势它也具备;三是,界定渊源内涵时,创新性地将实质因素独立出来进行考量,尽管在此理论之下各学者对于实质渊源应当扮演的角色各有观点,但是,都认同形式渊源之外实质渊源的考量;四是,适合国际法适用的渊源的定义不会是完全“棱角分明”,也不会是完全的“模棱两可”,而是以“内核”为中心的相对确定的内涵。该学说亦有其不足之处,一是,“方法程序论”的非客观性、难成共识的弊端在形式渊源部分也存在;二是,相对确定的渊源的“内核”是什么,这又是一个缺乏权威难成共识的问题;三是,在是实质渊源所包含的规则背后的复杂因素在国际法适用时到底如何取舍,这比形式渊源更困难。

### 三、如何定义国际法渊源才有利于国际法的适用

国际法是为解决国际纠纷、处理国际关系、维护国际秩序以及为全人类利益推动国际公益事务的法律规范,国际法的适用就是如何选择有效的条约、协议等规则处理上述问题。国际法渊源是国际法律规范得以存在的基础。国际法渊源的价值就在于通过渊源的理解,找寻可适用的国际法规则。如上所述,

国内外对于国际法渊源的理解各异,但多从“渊源”一词的语义或外部因素入手,虽然在学理界讨论热烈,但在并不成熟的国际社会实践中,渊源并未发挥学者们预想的效用。为此,我们何不从目的或结果入手,立足国际社会的新发展,从国际法适用角度对国际法渊源进行重新思考?这样我们不仅可以丰富国际法渊源和国际法的理论体系,也可以使国际法渊源的效用能更好落实到效用中,那我们应当如何定义渊源,或许我们尚得不出明确的渊源的内涵,但我们可以从组成渊源的要素上进行分析,立足于如何更好地应用于实践,如何更好地推动国际法的适用。

#### (一)整体思路:形式渊源与实质渊源分开考量

乔治亚大学副教授科恩在其文章中提到,“便于应用所确定的规则也越来越脱离实践,新的渊源理论应该追求的是更好地描绘实际统治国际体系的国际法”<sup>[15]</sup>。也就是说,单纯依靠便利思路下的规则是不足以支撑实践的,而这种应用便利的规则多存在于形式。同时,从效力渊源、历史渊源、过程论等学说的分析中,我们也看到在定义渊源时实质因素融进的必要性,单纯的形式因素并不足以面对现在的国际法现状,也不足以解决国际法适用上的问题。再者,在博登海默的观点里,我们看到作为自然法公平正义观点被优先考虑,而博登海默的观点是在格雷观点之上的发展,奇普曼·约翰·格雷认为,“现存的白纸黑字的法律条文并不是法律而是法律渊源,而法律是法官在审判案件时所适用的规则”<sup>[16]</sup>。也就是说在法律适用时所依据的不仅仅是白纸黑字的“形式渊源”,法官适用规则所考量的因素是会包括规则背后的因素。因此,在界定渊源内涵时是必须考虑实质因素的。同时,实质因素的考量并不舍弃形式因素,形式渊源的存在是肯定的,尤其在促进国际法适用的效率角度,而且,各学说在某种意义上都是围绕着渊源的形式论述的。因此,我们可以在形式渊源的发展中努力推行一种可以得到国际社会普遍认可的国际法渊源的形式或方法程序,同时,鉴于国际社会历史的、政治经济文化的、民族的等各种因素的不同,融入渊源的实质因素以增强国家对于渊源的认同。

由上,渊源的形式因素和实质因素都是必不可少的,也就是说,我们在整体思路上借鉴“折衷说”的分类,将渊源从形式和实质两个角度进行分析。首先,在此种分类之下,国际法渊源可以既涵盖各学说对于外在形式的要求,又考虑规则背后的实质因素,这既符合目前渊源重形式的发展现状,又弥补目前的适用困境,是更加利于国际法适用的思路。其次,我们力图通过这一思路,使得国际法渊源处于相对确定的状态。相对确定的渊源更加具有适用性。“法律,尤其是法律渊源,必须具有明确性和确切性,这虽限制了法律渊源的弹性,但也保证了渊源的品格”<sup>[17]</sup>,我们应看到确定性的价值。完全确定的渊源,僵化而不利於新形势下渊源的发展,但是,完全的不确定的情况之下,渊源又仅会发挥其表面作用,价值不能被挖掘,也就没有了探讨的必要。相对确定的渊源最有价值。但是什么是相对确定,怎样相对确定,我们将在下面在形式和实质两个角度进行探讨。最后,在国际法适用中如何处理形式渊源与实质渊源的关系呢,我们可以借鉴博登海默的思路,亦即只有在穷尽形式渊源或者形式渊源与理性、正义相违背时,才考虑实质渊源。

#### (二)形式渊源的效力因素的考量

效力渊源学说认为,只有具有效力的形式才可以是渊源。那么,渊源的形式渊源是否应具有效力外衣呢?从效力渊源及形成论的三个学说,我们看到,有效力外衣的渊源形态更利于使渊源处于相对确定的状态,更利于国际法的适用。因此,形式渊源应当包含效力因素的考量。但是,考虑效率因素之后我们应该如何界定形式渊源呢。不同学者说法又不同,博登海默将渊源的形式分类进行效力位阶的划分,看是否存在权威的认可使得某几种渊源的类别是合法的、有效的;也有学者用“强硬”和“温和”来进行划分<sup>[18]</sup>,这都是对渊源种类进行的区分。若将得到权威认可的作为正式渊源,没有得到权威认可的作为非正式渊源,条约和习惯是国际社会普遍认可的国际法渊源的形式,但是像一般法律原则、司法判决以及一些软法等是作为正式渊源存在还是非正式渊源存在?虽然各学者都有论证,但从全球目前的认同感来

看,正式渊源仅有条约和习惯,其他的形式材料的存在都因争议而作为非正式渊源。这在国际法适用上是有局限性的,单从一般法律原则来看,它因缺乏国际社会肯定的形式而沦为非正式渊源,在适用中效力就会让位于作为正式渊源的条约和习惯,那么国际法的效力范围就会大大缩小。在这种假设前提下,国际法适用角度下的渊源主要体现在正式渊源上,虽然表面看包含的范围甚广,但却在适用时从效力等级上缩小了国际法渊源的范围,非正式渊源并没有与正式渊源同样的地位,而是补充辅助作用。不过,就形式渊源而言,这也不失为一种解决目前新形式渊源不断涌现的方法,即国际社会普遍肯定的渊源作为正式渊源存在,起主要作用,而这些形式不正式、国家不认可的“后起之秀”归入非正式渊源,起补充作用。

### (三)形式渊源的识别规则因素的考量

技术角度下的识别论,认为国际法渊源是国际法作为有效的法律规范所以形成的方式或程序,通过这种方法或者程序的确定来识别国际法的方法是更加有效率的。《规约》第38条列数渊源的方式正体现了这一点。以第38条为例,并不是所有的条约都能作为有效的法律规范,在此所确立的识别规则或说方法程序就是“诉讼当事国明示承认的规则”。在识别规则明确的情况下,国际法渊源在国际法适用上的基础性价值更能得到发挥,但是,接下来,识别规则如何确定?《规约》第38条仅是给出了五种形式的识别规则。那么,不断涌现的新的形式的材料的识别规则应当如何呢?值得我们进一步研究。

### (四)实质渊源的正义因素的考量

由上我们明确,即使是相对确定的形式渊源,也不能合理地、顺利地解决国际问题,更何况,相对确定的形式渊源的确定又是离不开实质因素的考量。实质渊源的考量对于渊源内涵的确定是必要的。那么,实质渊源应当包含的因素有哪些呢,博登海默认为,在个案中,即使是正式渊源也不能与自然法公平正义观相违背。正义因素也是自然法的主要内容,而道德、信念、社会倾向等因素也可以从正义的内涵中找到根源。实质渊源的内涵离不开正义和理性上的引导,只有基于此,才能更好地引导国际法和国际社会的发展。单纯的依靠形式渊源的效力和识别规则因素容易带来国际法的僵化适用和滥用,我们需要以正义因素的考量来监督和辅佐。

### (五)实质渊源的背景因素的考量

在此的“背景因素”指规则之所以形成的政治、经济、文化等社会因素的集合。背景因素的考量既符合历史渊源对于“根源”的理解,也符合过程论的要求动态看待“渊源”的理念,又符合渊源对于实质渊源的需求。在国际法适用中,虽然增加了不确定性,但是,对于问题的最终解决又提供了可以比照的因素,可以使国际社会更加全面地审视规则和问题。而且,此因素的纳入,同样可以起到防止国际法滥用的作用。目前涉及渊源的争端多处于公法领域,僵化的形式渊源考量并不能得到国际社会的认可,规则背后历史、政治、文化等多元复杂因素是解决问题不得不参考的。我们并没有说以此因素为主,也并不否认在渊源不断发展的环境中,该因素会成为主要矛盾,但是,在便于国际法适用和国际规则的确认上,背景因素的考量是必须的。

国际法渊源到底是什么,是国际法规则第一次出现的地方?是披着效力外衣的条约、习惯?是规则产生发展中的所有载体?是规则产生的方式程序?还是其他?渊源是个多义词,一百个读者就会有一百个“哈姆雷特”。各国学者基于自己的理解或自身立场对渊源会不断提出新的理论,那么国际法渊源到底要朝何处发展?我们看到,形式与实质的区分发展是必要的,正式与非正式的相对发展也是必须的,而在这基础之上的,对于形式上效力的考虑和实质上实质因素的重视都是渊源内涵的必然考量因素。

### 参考文献:

- [1] 汉斯·凯尔森. 国际法原理[M]. 王铁崖,译. 北京:华夏出版社,1989:254.
- [2] 张文显. 法理学[M]. 北京:北京大学出版社,2011.
- [3] 王铁崖. 国际法引论[M]. 北京:北京大学出版社,1998.

- [4]马尔科姆·N·肖. 国际法[M]. 白桂梅, 高建军, 朱利江, 李永胜, 梁晓晖, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [5]BESSON S, TASONALS J. The philosophy of international law [M]. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- [6]村濑信也. 国际立法——国际法的法源论[M]. 秦一禾, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2012:5.
- [7]李浩培文选[M]. 北京: 法律出版社, 2000:487.
- [8]E·博登海默. 法理学: 法哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2011:429.
- [9]劳特派特. 奥本海国际法: 上卷 平时法 第一分册[M]. 王铁崖, 陈体强, 译. 北京: 商务印书馆, 1989:17-18.
- [10]SCHREUER C. Sources of international law: scope and application[R]. Abu Dhabi: Emirates lecture series 28, 2000:10-11.
- [11]周鲠生. 国际法: 上册[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2007:8.
- [12]李振华. 国际法渊源新探[J]. 法学评论, 1993(2):45.
- [13]李浩培. 国际法的概念和渊源[M]. 贵阳: 贵州人民出版社, 1994:52.
- [14]伊恩·布朗利. 国际公法原理[M]. 曾令良, 余敏友, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2007:3-5.
- [15]COHEN H G. Finding international law: rethinking the doctrine of sources[J]. Iowa Law Review, 2007, 93:129.
- [16]刘星. 法律是什么[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998:67.
- [17]G·J·H·范·侯复. 关于国际法渊源的新理论[J]. 王献平, 译; 徐炳, 校. 环球法学评论, 1989(2):48.
- [18]KENNEDY D. The sources of international law[J]. American University International Law Review, 1987(1):20.

## Rethinking the Sources of International Law from the Perspective of the Application of International Law

SUN Fabai, LI Zhihui

(College of Humanities and Law, Shandong University of Science and Technology, Qingdao, Shandong 266590, China)

**Abstract:** The sources of international law are not only the cornerstone of international law, but also play a fundamental role in its application. There are many theories of sources of international law which touch upon the application. However, they usually fail to fully reflect the basal value of being applicable to international law and have not achieved the desired effect in practice. It is of practical significance to analyze the elements indispensable to the connotation of the sources of international law from the perspective of the application of international law. And a compromise of formal sources and material sources could be achieved with regard to their connotation. In the formal sources, we should take the factors of validity and recognition rules into account. In the material sources, it is necessary to consider material factors about justice, background factors of the rules and so on in the development of sources of international law.

**Key words:** international law; sources of law; application of international law

(责任编辑:董兴佩)