

第

1

章

國際法 基本概念與淵源



符號說明

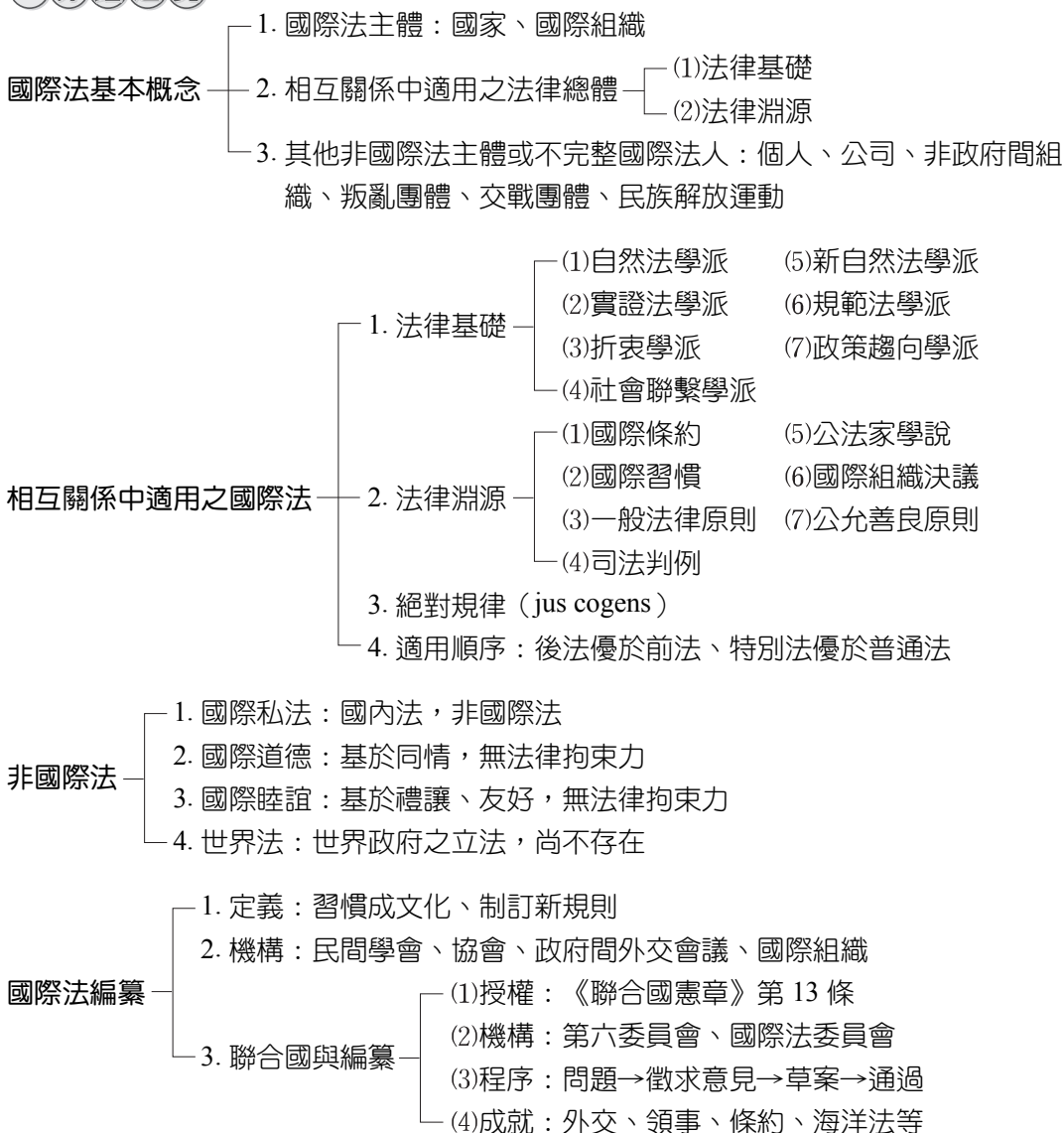
★ 普通

★★ 重要

★★★ 非常重要

★★★★ 極為重要

一分鐘速覽



一、國際法定義

(一) 奧本海國際法

國際法是對國家在它們彼此往來中有法律拘束力的規則之總體。

(二) 史塔克 (J.G. Starke)

國際法大部分是包括國家在其相互關係中，認為應該遵守並經常遵守的原則與規則的法律之總體，並包括：

1. 有關國際組織運作以及國際組織相互間及與國家或個人間關係的法律規則；

2. 某些國際社會關切的非國家的個體及個人的權利義務的法律規則。

因此國際法具有以下幾個特徵：

- (1)主體主要是國家：國家為公法人，由多數國家組成的國際組織亦為法人，然無法完全行使國家擁有的法人權利，除國家與國際組織外，國際法可能規範到某些非國家實體，例如民族解放運動、交戰團體、甚至於個人等等，然個人在國際法上仍被視為客體，但在國內法上無疑是主體。
- (2)存在國際關係：國家彼此互動產生相互關係後，這些互動與交往便為國際關係，倘無相互關係，各國孤立不相往來，便不需要國際法。
- (3)相互關係遵守的原則與規則是法律：國際法是法律，倘無法律性質，則僅僅是國際道德或是國際睦誼行為，不構成國際法之一部分。

二、國際法簡史

時期	時間	背景	國際法發展特點
古代國際法	16 世紀以前	1. 資本主義發展前，各民族與各地區處於閉塞狀態，缺乏密切聯繫。 2. 雖有某些領域國際法之實踐，但卻無法成為具有系統性的法律體系。	1. 以古代印度、古代希臘、古代羅馬甚至是中國春秋戰國時期發展出的地區性的制度為主。 2. 以使節法、條約法、戰爭法最多見。 3. 另涉某些與非區域內人民權益制度及一些海洋法規則。
近代國際法	16 世紀至 20 世紀初	1. 地理大發現，世界市場形成，打破孤立狀態。 2. 30 年宗教戰爭，1648 年威斯伐利亞和約簽訂後，民族國家形成，國際法迅速發展。	1. 國際法主體確認。 2. 國家擁有戰爭權與戰爭法發展。 3. 領土制度發展。 4. 海洋法急速發展。 5. 國籍與個人問題衍生引渡與庇護問題。 6. 外交與領事關係。 7. 條約法。 8. 國際組織的出現。 9. 中立制度發展。
現代國際法	20 世紀初 歷經兩次世界 大戰至今	1. 在近代國際法的基礎上大力發展。 2. 科技進步，國際法新領域不斷擴增。	1. 武力非法化與和平解決爭端，運用國際性司法機構解決爭端數目增加。 2. 國家與國際組織迅速增加。 3. 國際法新部門（包括經濟、環境、金融、科技等法規陸續出現。 4. 維護人權與管轄到個人之國際刑事法院出現。

三、國際法存在與否爭論

論點	否定說	肯定說
主張	1. 霍布斯根本否定國際法存在，認為從國際關係角度觀察，國家存在是自然而非法律或道德。 2. 奧斯汀不否認國際法存在，但認為無法律性質，只是道德規範。 3. 奧斯汀認為法律的構成要素包括主權者、命令、制裁，由於國家間彼此平等，國家之上無更高主權者，無需接受任何命令，亦不需受到制裁，所以國際法沒有法律效力。	1. 國際法普遍存在國際社會，以國際條約和習慣作為其表現形式。 2. 國際條約由眾多國家依一定程序制定的，例如透過國際會議完成立法條約。 3. 世界多數國家已表明遵守國際法，某些國家憲法明訂為國內法一部分，例如美國憲法第 6 條規定條約為最高法律。 4. 國際法在某些部分也具有強制力，例如可透過集體安全制度對侵略行為進行制裁。 5. 《國際法院規約》規定，法院依國際法來解決提交於法院的爭端。

勞特派特（Lauterpacht）修改的《奧本海國際法》中認為法律的要件有三：(1)必須有一個社會的存在；(2)在這社會裡必須有一套規則來規律社會中各分子間的關係；(3)這個社會共同認為得以外力來執行法律（制裁）。倘以這三個要件來衡量國際法，它確實具備法律要件；不過與國內法比較，國際法的制裁力較弱，它沒有一個中央集權的執法機構，但也不是完全沒有中央集權的制裁，例如在聯合國制度下的集體干涉，就是一種制裁的方法。雖然國際法是法律，但應了解到它在立法及司法執行方面均不如國內法完備，是一種「弱法」（weak law）。

反對「弱法論」者主張：除任意法外的一切法律，包括國內法和國際法，都具有強制性，必須遵守執行的，強制實施方式雖有不同，但法律本身強制性並無強弱之分，且法律本身強制性與對法律的強制執行是兩回事，前者屬法律內在屬性，後者為保證實施法律的外力採取的強制措施，不應混為一談。從國際實踐觀察，某些國際法強制執行措施不見得會比國內法弱。

四、國際法之法律基礎（國際法學派分類）

「國際法之法律基礎」（the legal basis of international law），指的是國際法何以對國家及其他國際法主體有拘束力。例如「條約必須遵守原則」及「國家主權原則」等都是有拘束力的，但其拘束力的根據為何？對這些問題有不同的答案，於是產生不同的學派，主要有：

（一）自然法學派（Naturalists）

否認任何實證國際法，自然法學說產生很早，盛行於 18 世紀。自然法學派的主要論點是：法律本身就是自然法，或者說，在制定法、習慣法的上面或後面是自然法，實證法是從自然法獲得效力的。他們一般認為自然法是普遍的、絕對公正的、恒久不變的；自然法高於實證法；自然法可以由理性發現，而不需要國家的同意。對於什麼是自然，這一學派的學者

們認為，自然就是本性、理性、正義，是人的本性要求成為社會的一員，因此，人們結成政治組織，人與人之間要互相寬容等等。自然法學派的早期代表人物之一維多利亞（Victoria，1483～1546）給國際法（當時的用語是「萬國法」jus gentium）所下的定義是：「自然理性在所有國家之間建立的法」。有的極端自然法學派人物根本否定實證法，否認國際法。例如普芬道夫（Samuel Pufendorf, 1632～1694），完全排斥實證法概念，主張只有自然法在支配國家間的關係；條約是從自然法取得其合法性和拘束力；國際法是自然法的一部分，此外再也沒有什麼基於普遍同意的實在國際法。

（二）實證法學派（Positivists）

該學派把國際法主要地建立在習慣和條約基礎之上，即強調人定法，而不是自然立法。該學派在 18 世紀以後盛行，該學派認為國際條約和國際習慣是國際法的主要表現形式。條約是基於國家的共同同意，習慣被認為是基於國家的默示同意。這兩者都是實在的（positive，或譯實定的），由這兩者所構成的國際法是人所造的，是國家所同意的。所以，國際法效力的根據是體現於習慣或條約的國家的共同同意，也就是「共同同意說」（common consent theory）之概念。代表人物有蘇區（Richard Zouch, 1590～1660），他認為：「國際法是由大多數國家間根據符合理性的習慣所接受，或者是由個別國家所同意之法。除了一般習慣以外，個別國家同其他個別國家所一致同意的任何東西，例如協議、公約或條約，也應被認為是國際法，因為一個國家的正式諾言是能創立法律的，全體人民正如同個別人一樣，都要受他們自己同意的拘束。」

（三）折衷學派（格勞秀斯學派）（Grotians）

1625 年荷蘭法學家格勞秀斯（Hugo Grotius, 1583～1645）名著《戰爭與和平》（De Jure Belli ac Pacis, On the Law of War and Peace）的出版適應了這種需要。他把國際法分為兩類，一類是「萬國法」，即習慣國際法，屬於意志法。他認為萬國法「見之於被信守的習慣和那些精於此道的人們的闡述」；「萬國法從所有國家的意志得到它的拘束力。」另一類是關於國家之間關係的自然法，他稱之為自然國際法，後者的根源在於人類理性。

除上述三個學派外，到 20 世紀，又出現下列幾種重要學派：

學派名稱	主張
新自然法學派	人的尊嚴和理念是至高無上的，是自然法或上帝法，是至高無上的法律；法律觀念和法律標準是超越時代法的。 勞特派特認為：「現在一般都承認以各國的實例為基礎的法律規則如有不足之處，國際法可以借助正義的規則或法律的一般原理得到適當的補充或幫助」，「公認的法律觀念、法律標準一有超越任何一個主權國家的實證法之上的持久的效力。」
社會聯繫學派	以法國學者杜驥（Leon Duguit, 1859～1929）為代表，他主張國家既沒有主權，也不是法人，一群人居住在一起，由於他們有群性，彼此便發生交往，由於他們是社會動物，他們便自然結成社會，為了達到大家的慾望，最少是為了維持人的生存，便須彼此發生聯繫，為了加強聯繫，就非有某些法律規則不可，這些規則的拘束力，就是來自聯繫的需要；國家和個人一樣，在國際關係上也需要聯繫，既要聯繫，就需要一些規則，因而國際法規則的拘束力，也來自加強或維持聯繫的實際需要。

學派名稱	主張
規範法學派	代表人物是美國籍奧地利人凱爾森（Hans Kelsen, 1886～1973），他從法律的基本規範入手研究，倡導「純粹法學」（pure science of law），認為次級法律規範的效力來源於更高一級的法律規範，而最高級的法律規範即法律的「基本規範」。那麼這個基本規範的效力根據又是什麼呢？他解釋：「這是從法律角度解釋國家行為時假設的。」
政策趨向學派	偏重政策或以政策為依歸的研究方法。其代表人物是美國人麥克道格（Mc Dougal）。他認為，政策是政治的根本，決策是權力的核心。按照這種觀點，國際法是「一種決策的循環」，一種決策的過程。政策的制定過程就是法律的制定和執行過程，而國際法就是國家對外政策的表現，其效力最終取決於制定國家對外政策的機構和個人的心態和決定。

五、國際法之編纂（codification） ➡ ★★

（一）編纂定義

1. 狹義：指把現有的國際法規則，特別是習慣法規則，加以準確表述和條文化、系統化。
2. 廣義：包括修訂、補充原有規則或提出新的規則，將它們編成條款草案，由一個有權確定的機構，通常是外交會議，予以認可，並通過一定程序，形成為國際公約。

（二）編纂意義

1. 習慣國際法的形成和發展常常要經過比較長甚至漫長的時間。編纂可以縮短或甚至直接完成這個過程。
2. 習慣法規則往往缺乏明確性和精密性，編纂可以彌補習慣法的這一欠缺。
3. 習慣法的證明往往不太容易，因而給其適用帶來很大不便，編纂對促進國際法的形成、發展和適用的巨大意義。

（三）聯合國在國際法編纂角色

1. 最早提出國際法編纂的是 18 世紀英國學者邊沁（Bentham）。一些民間學術團體，如成立於 1873 年的國際法學會（Institut de Droit International）和國際法協會（International Law Association）從事這方面的工作。
2. 1899 年和 1907 年兩次海牙和平會議，對和平解決國際爭端和戰爭法的編纂作出了重要的貢獻。
3. 《聯合國憲章》第 13 條中規定，聯合國大會的職權之一，是「發動研究並作成建議，提倡國際法之逐漸發展及編纂」。
4. 編纂機構：
 - （1）聯合國大會第六委員會（即法律委員會）：此委員會也有編纂國際法的任務，如 1948 年通過的《關於防止和懲治滅絕種族罪公約》的起草就是在第六委員會的工作基礎上完成的。
 - （2）為了進行專項的編纂工作，有時根據聯大決議成立特別委員會，例如《國際法原則宣言》就是由一個特別委員會草擬的，或是召開外交會議草擬。
 - （3）聯合國國際法委員會（International Law Commission, ILC）：依《聯合國憲章》第 13

條的規定於 1947 年成立，從 1949 年開始進行國際法的編纂工作。主要任務是促進國際法的逐漸發展（progressive development）和編纂。「國際法的編纂」指「在已經有廣泛的各國實踐、先例和學說的領域內對國際法規則進行更精確的制定和系統化」；「國際法的逐漸發展」則指「對尚未為國際法所調整的或在各國實踐中法律尚未充分發展的問題擬訂公約草案」。

- (4)編纂程序：先就所要編纂的專題內容列出問題清單，提請各國政府提出意見，意見收回後經過綜合研究，提出一部分的或全部初步條款草案，再送各國政府徵求意見，如此反覆若干次，經委員會三讀通過，形成最終草案。這種草案經聯合國大會認可，並召開外交會議討論通過，最後形成公約。
- (5)重要成就：1958 年《日內瓦海洋法四公約》、1961 年《維也納外交關係公約》、1963 年《維也納領事關係公約》、1969 年《特別使團公約》、1969 年《維也納條約法公約》、1973 年《關於防止和懲處侵害應受國際保護人員包括外交代表的罪行的公約》、1975 年《關於國家在其對普遍性國際組織關係上的代表權的維也納公約》、1978 年《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》、1983 年《關於國家對國家財產、檔案和債務的繼承的維也納公約》、1986 年《關於國家和國際組織間或國際組織相互間條約法的維也納公約》。

六、觀念澄清 ➡ ★

（一）國際法與國際私法（Private International Law）不同

國際私法是國內法，其規則只規範外國人間的民事案件，於外國當事人隸屬兩個或兩個以上法域，這些法域的規定又彼此衝突時，則由國際私法來確認應適用何國法律。例如我國的《涉外民事法律適用法》。

（二）國際法與國際睦誼（International Comity）不同

國際睦誼是基於友誼、便利、禮讓或好感，是國家與國家間以善意和尊重的態度，在禮貌上作友好的表示，不是出於責任感、義務感或被迫感。縱使地主國不作睦誼表示，不給予便利或禮讓，也不違法，不引起國家責任或義務的問題，只會使有關的外國不方便或不愉快。

（三）國際法與國際道德（International Morality）不同

國際道德是基於同情、人道、互助、正直、善意等觀念，不是源自法律義務感。國家固然應遵守道德規則，不遵守也無受法律制裁的理由，例如友邦地震、水災予以救助，出於道德，非源自法律義務。

（四）國際法與世界法（World Law）不同

世界法須先有一個世界國家，然後設立一個世界政府，由政府中的立法機關依一定程序制訂法律，經公布生效後，通行全球，各國無論是否同意接受，都必須遵守。世界政府也可以設立執法機關，以制裁不守法的國家。但是，現在仍然沒有世界國家或政府，也沒有世界性的立法機關，一切國際法則須經有關國家明示或默示接受，才對它有拘束力，現在設於海牙的聯合國「國際法院」，如對國家行使管轄權，也非經涉訟國同意不可。

七、國際法之淵源：《國際法院規約》第 38 條 ★★★★★

國際法淵源包括形式淵源（formal sources）¹ 與實質淵源（material sources）²，本節以《國際法院規約》（Statute of International Court of Justice）第 38 條規定的各項國際法淵源分別加以討論國際法之淵源：該條文規定：「國際法院應依據國際法裁斷其所受理之國際爭端；裁判時應適用：

- （子）不論普通或特別國際協約（international convention），確立訴訟當事國明白承認之規條者。
- （丑）國際習慣（international custom），作為通用之證明而經接受為法律者。
- （寅）一般法律原則（general principles of law）為文明各國所承認者。
- （卯）在第 59 條規定之下，司法判例（judicial decisions）及各國權威之公法學家學說（teachings），作為確定法律原則之輔助資料者。」

因此，一般國際法淵源可分為以下五類：

淵源種類	性質	重要內容
1. 國際協約 （條約）	主要淵源 （實證法）	1. 條約定義：1969 年《維也納條約法公約》第 2 條規定：「稱條約者，謂國家間所締結而以國際法為準之國際書面協定，而不論其載於一項單獨文書或兩項以上相關文書內，亦不論其特定名稱為何。」 2. 條約分類：依締約國數區分雙邊與多邊條約、依性質區分立法條約與契約條約、依執行次數分規律性條約與處分性條約。請參閱本書第九章「條約法」。 3. 現代國家仍受主權獨立觀念的支配，條約在基本上只能拘束締約國。因此，每一立法條約只能對締約國生效，亦即基於國家共同同意，因之《國際法院規約》才明定：「確立訴訟當事國明白承認之規條者。」倘條約未經某一國家同意，且某一原則之條款尚未具有「創法性」（norm-creating character），則對該國並不產生拘束力。例如「國際法院」在 1969 年「北海大陸礁層案」中便指出，「等距離原則」劃界法對西德無效，且 1958 年「大陸礁層公約」第 6 條「等距劃界原則」被列舉在「談判協議」之後，是協議失敗後的例外辦法；而且公約明白允許批准或加入該約的國家對「等距原則」提出保留。

1 指為了制定具有一般適用性，並對特定對象具有法律約束力的規則的那些法律程序和方式。在國內法上，指法律制定的憲法體制，規則的地位是由憲法予以確立的，例如法規在英國具有約束力是基於議會至上原則。

2 指為規則的存在提供依據，即一旦被證實，就具有一般適用的法律拘束力規則地位。

淵源種類	性質	重要內容
2. 國際習慣	主要淵源 (實證法)	1. 是各國在反覆實踐中形成，具有法律約束力的不成文行為規則，因此《國際法院規約》才稱：「通用之證明而經接受為法律者。」 2. 國際習慣的形成 (evolution of custom)，須經複雜的歷程。例如某甲國最初採取「睦鄰政策」，豁免他國外交官的納稅義務；歷久而形成該國一項傳統 (tradition)。繼而很多其他國家，或至少某些國家起而效尤；再久之便形成一種「普遍實踐」 (general practice) 或習尚 (usage)；最後演變到各國產生一種法之信念，認為此一豁免行為乃是一項法律義務，被公認為是維持和發展國際關係、在法律上所必需的行為；於是便形成了國際習慣規則。 3. 存在時間上的連續性，空間上的普遍性，心理上具有「法之信念」 (Opinio juris sive necessitatis)³ 等要件。
3. 一般法律原則	主要淵源 (自然法)	1. 指「通過法律比較得出的實體法、程序法或者法律結構上的原則，與對國內法一樣，他們約束文明國家並適用於國際法。」 2. 第 38 條授權國際法院適用的一般法律原則究竟指何而言？原始提案人菲利摩爾 (Phillimore) 和魯特 (Root) 認為係指「一切文明國家國內法所接受的規則」。 3. 世界各國法律固然各不相同，但是在原則上卻有主要法系可循。《國際法院規約》將其列為國際法淵源，主要理由既在使國際法院遇有缺乏適當條約及習慣規則可資適用時，得以找到適法的準據以斷案，那麼「一般法律原則」的涵義愈廣泛，則國際法院找到適法準據的機會愈大。 4. 類別：(1)國內法所普遍承認的原則：因疏忽或違反約定而應負賠償責任的原則、不當致富 (unjust enrichment) 者應回復原狀或負責補償他人損失、拒絕正義 (denial of justice) 構成國際違法行為、時效 (Prescription) 原則等；(2)導源於國際關係：國家 (主權) 豁免、國際法優於國內法、不干涉義務、公海自由、用盡當地救濟原則、締約國一方違約時他方有權廢止條約等；(3)可適用於一切關係：誠信 (good faith)、條約必須遵守 (pacta sunt servanda)、禁反言 (estoppel)、尊重基本人權等。

3 認為某一行為或實踐的採行和遵守，乃為一項法律義務，深信唯有採行和遵守它，才符合國際法的要求，善盡法律義務。

淵源種類	性質	重要內容
4. 司法判例	輔助淵源	1. 在《國際法院規約》第 59 條「法院之裁判除對於當事國及本案外，無拘束力」⁴ 前提下，國際司法機構的判決或意見，對國際法習慣規則之形成、新規則的發展或舊規則的修改，都可以有重大的影響。 2. 司法造法：就創法而言，例如「國際法院」在某一爭訟案中裁示某項新的國際法規則，裁定後經國際間普遍接受，便可演進成新的國際法規則。例如： (1) 1948 年「為聯合國服務傷亡賠償諮詢意見案」：「國際法院」認定聯合國具有國際法人資格，有為其工作人員請求傷亡賠償的法律行為能力。 (2) 1950 年「防止及懲治殘害人群罪公約之保留諮詢意見案」：「國際法院」認為：「一國對條約某部分提出之保留須得其他締約國同意」這一傳統規則，不適用於某些條約；殘害人群罪公約便是其一。易言之，「國際法院」認為，某甲國如對殘害人群罪公約提出某項保留，只要此一保留不抵觸公約之目的和宗旨，則雖有若干締約國反對此項保留，甲國仍可成該公約之締約國。這一裁示，後來被國際間遵循，並已被寫入 1969 年的《維也納條約法公約》。 (3) 1949 年「英挪漁業權案」：「國際法院」裁定領海的「直線基線法」（the method of straight baselines）之合法性，後來被 1958 年《領海及鄰接區公約》及 1982 年《聯合國海洋法公約》採納寫成正式條文。 3. 就習慣規則之形成言，國際司法機關之判決可以一方面確認國家實踐之趨勢，另方面又找出必要的法之信念，以加速國際習慣規則之形成。 4. 除「國際法院」的判例外，仲裁法庭與國內法院的判例，亦可能導致國際習慣規則之形成，或是作為國際習慣規則存在之證據。
5. 公法學家學說	輔助淵源	1. 法學家意見之重要性僅在對國際法規則提出解說及使習慣規則較易形成。 2. 遇到缺乏條約、也缺乏行政或立法規則之場合，法院必須訴之於文明國家間的習慣或習尚；同時也必須訴之於法學家的學說，作為習慣的證據。

淵源種類	性質	重要內容
5. 公法學家學說	輔助淵源	3. 積極功能：一是當某項規則模糊不清時，學說可以發揮澄清作用或作為既存國際習慣規則存在之證據，例如在哈巴那與羅拉號案中，學者學說即曾發揮此種功能。二是對形成中的規則也有催化作用。換言之，在從國際習尚演進成習慣的過程中，學者的學說可以預斷「國家實踐」發展的趨向，鼓勵國家依照其所預斷的方向去實踐，以助國家實踐的普遍性之形成。 4. 必須注意其所參考的學說確實符合規約之規定，是代表各主要文化體系的共同看法，而不是一、二國學者的意見。

八、公允善良原則 (ex aequo et bono) ➡ ★

《國際法院規約》在第 38 條第 2 項強調：上述規定（指同條第 1 項所稱國際法之淵源部分）不妨礙該法院經當事國同意，本「公允善良」（Ex aequo et bono）原則裁判案件之權。既非一般法律原則，也不是習慣規則，而是在公平和善意的基礎上，即可不嚴格依照國際法進行裁判，條件是必須得到當事國各方的同意。實際上「國際法院」截至目前為止尚無按照公允及善良原則裁判的案件。

論者或認為，公允便是衡平，「衡平原則」（equitable principles）是依據「衡平法」學理能夠發生效力的原則。「衡平法」（law of equity）則為用來解決爭端的自然正義原則（principles of natural justice），所以又稱「義理法」，此法原係往日英國御前法官（the chancellor of the English King）所執行的特別法（extraordinary justice），後來發展成一套原理和規則，以補充普通法的不足和矯正其剛性；現在則常與普通法和制定法（statute law）合併為一體。

衡平原則之適用，可以發生三種功能：(一)使法律與個案事實相調適；(二)輔助法律之不足；(三)作為拒絕適用不合正義的法律之理由。

國際法學者布朗利（Ian Brownlie）則認為，衡平法應被包含在《國際法院規約》第 38 條第 1 項第 3 款「一般法律原則」，而非第 38 條第 2 項，所謂「公允善良」，他認為裁判案件的權力含有妥協和調解的成分，而衡平法則作為正常司法職能的組成部分。

九、國際組織決議 ➡ ★★

《國際法院規約》第 38 條並無提到國際組織的決議，但二次大戰後的發展，國際組織在國際關係中的角色日益加重，其所通過的決議也對國際法發展造成影響。國際組織決議之法律效力，可從五方面說明：

- (一)如果決議機關是由會員國代表組成、而決議的內容又非關於該組織內部的問題，則此項決議即可反映諸成員國對特定國際法問題的見解。
- (二)如果決議的內容係關於該組織內部的事項（如預算案），則對該組織各機關及全體會員國均有充分法律效力。
- (三)如其決議係由全體一致通過，而內容係關於某一尚無條約或習慣規則的國際所繫之新事項。例如聯合國大會通過的決議，以宣言性質呈現，一般是建議性質，沒有法律拘束