

第一章 國際法之產生

第一部分：關鍵概念與名詞界定

1. 國際法產生之動力

人類自從在地球上出現之後，便面對周遭的惡劣環境，最原始之要求就是要能夠「生存」，在這樣的最高目標與最低要求之下，人類知道要達成這樣的目標與要求並不是那麼容易。大自然的壓力與所面臨的生態環境對每一個人而言，更不是件容易的事。經過很長的一段時間，透過學習而獲得經驗，告訴了每一個人不能離群而索居，更不能「孤芳而自賞」，也因此而了解到獨立的個人難以達成「生存」的最低要求，彼此因事實上的需要而開始建立關係，相互合作，共同對抗外力的威脅。就因為這樣的基本觀念之形成，人類開始有了最基本的社會——家族；進而繁衍成小形的社會——部落，更進而擴大到了王國的出現。

為了維持彼此之間的正常關係以及彼此的共同需要；也逐漸建立了共同的信念——在人類社會之中的最基本的條件之下，有了尋求和平、秩序的建立；也因而建立了一些規則作為彼此行為規範——部族或對封建的法制（Feudal Law）的形，進而有了更高層次的「國家法」（Nation-State Law）。在其後，各王國與各王國之往來，彼此也因而有共同的需要而有了區域性的國際關係之形成。在經過長期的各國之實踐，透過習慣、慣例、最高統治者的判決，法律的一般原則、到學者專家所提出之主張，逐漸形成了現在所熟知的早期的國際法（Law of Nations）。

2. 自然法學

原先，「自然法學」（Law of Nature）與神學相結合，經過相當長的一段時間的演變，自然法才從神學的觀念中脫穎而出，也才逐漸的認定自然法是從人類的理性出發而形成的一種理想規範。它是人類理性所依據的

2 當代國際法（上）

自然律令。以自然法為立論依據之學者們，均有一個共同的趨向，認定以「自然法」作為理性、正義、國際社會之共同利益的「化身」。持此一觀點所形成之「自然法學派」的學者，均認為國際社會規範之具有拘束力，乃是將自然法適用於特殊環境之故。易言之，各國之所以會遵守國際法，是因為國與國之間的關係，受到一種更高的法律——自然法——之指導；因為國際法只是因為有自然法的存在，才會發生。

今日仍存有「自然法」學說之遺跡，例如，21世紀的各種國際公約，規定各國要尊重人權與基本自由，即含有「自然法」的意味。又如，二次世界大戰之後對於「戰犯」的懲罰，也是基於自然法的理論，來說明懲罰具有正當性而合乎正義的要求。因為自然法的理論，具有相當程度的理性與理想的特質，所以它對於國際法的發展，發生重大而正面的影響。雖然它欠缺精確的意義，偏向主觀而不是客觀的理論，但是它至少在建立各國注意到國際法的存在與尊重國際法，卻有其不可磨滅的貢獻。它的主要缺點顯然在於它的國際關係的現實，但是它的假定國際關係有其理想與道德之基礎，卻也是有一定之價值。

3.實證法學

「實證法學」（Positivism）的理論是根據幾個假設作為前提：第一，國家是一個「想像實體」（Metaphysical Reality），它的本身具有價值與意義；第二，國家被認為具有意志。而這個「國家意志」（State Will）的抽象觀念，乃是由德國哲學家黑格爾（Hegel）所創設，而這樣的國家意志，具有完全的主權與權威。「實證法學派」的學者認為國家的規則，經由分析到最後，是與國內成文法具有相同的性質。因為二者均是國家意志的表現。他們大致上認為國際法之所以具有拘束力，完全在於國家本身的意志接受了國際法。

實證法學派的學者，為了符合他們前述的立論前提，該學派的學者們認為國際法是國家意志所接受的規則，也就是每一個國家「自願限制」（Auto-Limitation）它本身的主權所接受的一些規則。他們稱此理論為「自我限制」說。如果欠缺此種「同意」的表示，國際法便不能拘束國際

社會的成員。實證法學派的學者承認他們的理論，對於國際法的習慣規則難以符合。他們認為國家有時會受到習慣規則的約束，但卻無法在條約或其他議定文書中國家曾有表示過同意。為此，他們解釋說：國家之所以遵守習慣規則，雖未有「明示同意」，但必須被認為國家嘗作過「默示同意」。可知它在加入國際社會之前，即已予以「默示同意」。如此解釋，顯然是相當牽強。縱使姑且承認他們的理論有部分正確，也只能限於國際法的若干基本原則的說明。

實證法學派的學說，固然有許多缺點；然而，它對於國際法學卻也發生一個相當有價值的正面影響，那就是實證法學派之重視各國的實例。強調只有國家遵守的規則，才是國際法規則。如此的重視實例或許有些過分；但是，這樣可以使國際法的規範更加的務實而產生實際的功能，而省去許多理論上不具有實益的空洞討論。

4. 國際法產生之新趨勢

就當今之國際社會而論，國際法乃是規範國家與國家之間大部分關係，所不可缺少之規則或原理。國際社會如果欠缺了國際法，國家與國家之間就無法實際交往；更重要的是國際社會就難以有和平與秩序，更遑論繁榮與發展了。事實上，國際法是各國在它們相互交往關係上的一種因應實際需要的產物。如果國際法不存在於國際社會，各國在國際社會之中，就難以得到通商貿易、文化交流及相互交往的便利與實益。自20世紀以來，國際法新規則的產生與發展，無可諱言的，比以往任何時期都要來得快，這當然是因為科技發展的直接影響，使得國與國之間增加了相互依存與相互依賴的結果；以往的國際規則與原理已不足以因應新的國際環境，更不足以適應新的世局變遷。因而，過去超過半個世紀的時間，各國締結了許多「多邊條約」（Multilateral Treaty）制定了許多國際法新規則，此類多邊條約可以統稱為「立法條約」（Law-Making Treaties）或「國際立法」（International Legislation），此外，常設仲裁法院、常設國際法院以及現今的國際法院的判決，對於促進國際法的發展，亦有不可忽視的貢獻。而在主題方面，也從傳統的主權研討，擴充到基本人權、環境權及發展權等更多元、更先進的國際法規範。

第二部分：專題研究與論述

■ 專題：國際法產生之探討

壹、前言

要了解國際法是如何產生的？產生的原因？產生的動力……等相關問題，一個最便捷的方法就是從國際法的定義來找出國際法的特性，再由國際法的特性便可回答前面所列的幾個問題。一般來說，我們可以把國際法定義成規範國際社會內，其社會成員之間彼此相互關係的行為準則。從這個定義來看國際法如果把它加以解析，應該至少包含四個要件：1.國際社會；2.社會成員；3.相互關係；以及4.行為準則。因此，國際法的特性即與此四個要素的各種方式的結合有不可分的關係。

首先，因為國際法是國際社會的行為準則。那麼國際法即與國際社會成為孿生兄弟，有社會就有法，有國際社會就有國際法。也就是國際法是國際社會的法。國際法與國際社會是一種共生並存的關係，在這樣的情形之下，一旦國際社會形成，國際法即因為此種相互依存的需要而產生，這是國際法的第一特性。它似乎可以說明國際法產生與存在的理由。其次，從國際法的定義也約略可以看出其產生的原因。因為國際法是規範國際社會中其成員彼此之間的相互關係；簡單的說，國際法就是規範國際社會的成員彼此如何「共處」的行為準則。國際社會如果要生存、圖發展，則其成員必須要學習如何生存、如何發展，而學習必須要有典範、要有準則，以資依據。而此種典範、此種準則，即是國際法；唯有國際法方能實現此目的、發揮此功能。因此，國際法的第二特性就是國際法是國際社會內的共處法。例如：關於不干涉各國內政、尊重國界、承認公海上航行自由、

保護外交代表、遵守締結條約的程序等等國際法，都屬於共處法¹。以上這些所謂的「共處法」，即是國際法產生的第二個原因。因為國際社會中的成員，因為需要「共處」而產生了國際法。

布萊利教授在其所著《國際法之展望》（*The Outlook for International Law*）中指出：「國際法之存在，就是由於相互間必須發生關係的許多國家共同相處所產生的自然結果。有一個沒有例外的真理，是法學家所熟悉的，就是凡有社會，必有法律。有法律也就說明有社會。國際法之存在就是這樣的一例。法律與社會之不可分，理由很簡單。因為人類生活在一處，少不了彼此有所要求，而要求鄰人對自己有某種作為或不作為。可是經驗告訴大家，除非基於互惠，這些要求不會被人接受，也就是說不會成為權利；必須每個人承認對別人也有一種相互的義務，正如別人之對自己一樣……。我們不妨給國際法下一個定義：國際法是一個國家為其本身及其人民向其他國家要求的權利，以及連帶地它必須對其他國家擔負起來的義務之總和」²。以上布萊利所述，基本上是說「互惠」是國際社會成員行為準則的基礎。因此，國際法的第三特性即是國際社會中的成員，彼此以「互惠」作為行為準則的基礎。就國際法的產生而言，則是因為國際社會的成員，因為互惠的需要，需要國際法來規範彼此之間的權利義務關係；國際法遂應運而生。無庸諱言，互惠的需要自然是產生國際法的基本因素之一。

以上所述的三種國際法特性，基本上是從傳統國際法產生的原因，來作為立論基礎所發現的國際法特性。但是我們如果從國際法產生的方法來探討國際法的產生，則就傳統國際法而言，國際法之產生乃是基於國家間之「合意」所形成的法。也就是起源於羅馬法的「合意必須遵守原則」或有學者稱之為「條約必須遵守原則」（*Pacta Sunt Servanda*）。依照傳統國際法的理論來看，規範國際社會成員之間的行為法則，基本上都是經由國際社會成員，彼此的同意而產生。每一個國際社會的成員都是以本身的同

¹ 見黃炳鐘編著，當代國際法，臺北，風雲論壇出版社，民國78年，頁1。

² James Leslie Brierly, *Outlook for International Law* (1994), p.4.

6 當代國際法（上）

意為前提，才會產生拘束它行為的國際法存在。對於特定國際社會成員所未表示同意之行為法則，即無法對該特定國際社會成員，有任何拘束力存在。

雖然傳統國際法亦承認在國際社會中亦存在有國際社會成員的行為法則，如：公平、正義、誠信及善意等，不須經由國際社會成員的合意，即已成立的國際法原理。然而這些行為法則，只能把它們視為判斷的標準，若是要對國際社會成員產生實際上的規範效力，仍然需要各該國際社會成員本身的同意為前提。而在各國際社會成員均一致同意之下，方能成為國際社會的行為法則，也才有國際法產生之效果。而目前現代國際法雖然仍然是以合意為基礎，但是隨著國際社會成員的日益增加，國際社會的結構，也開始隨著時代的發展而不斷地改變；如此隨著國際社會的改變，也使得傳統國際法原則發生本質上的變化。此一本質上的變化就是現代國際法的產生，其方法已由國際社會成員的全體合意改採多數合意的方式；這也就是國際法的第四個特性。而該多數合意的結果，經常表現在國際社會之中；例如：聯合國及各種國際組織對於憲章（基本條約）的制定，或是在習慣國際法法典化的過程當中，都已採用多數決取代傳統上全體一致的合意方式。其結果乃造成一些不同意某些規範的國際社會成員，在面臨無法完全孤立於國際社會的前提之下，亦不得不接受其本身「未合意」的法秩序；雖然此種現象，目前僅出現於國際法秩序的一部分，但是傳統國際法的「絕對」合意原則，無疑地已產生質變，使得國際法的產生、成立，乃至於運作，更能符合現實的國際社會³。而一般而言，現代國際法在「多數合意」方法的運作之下，所產生或創新的基本原則，至少有下列幾項：1.追求正義與人權：例如，尊重民族自決權、人權保障的國際化等；2.追求國際社會的和平與安全：例如，國際社會的組織化，以及集體安全保障等；以及3.追求人類共同福祉：例如，重視人口、糧食、生態環境保護等。

最後，經由以上的探討分析，我們對於促使國際法產生的國際法特

³ 見許慶雄與李明峻合著，現代國際法入門，臺北，月旦出版公司，1993，頁24。

性，如果從國際法產生的原因方面來看有三：1.國際法是因為國際社會成員的相互依存的需要而產生的；2.國際法是國際社會成員的共處法；3.國際法是國際社會成員的互惠法。而如果從國際法產生的方法，這方面來審視國際法的特性，則傳統國際法的國際法特性是「絕對合意」。而現代國際法的國際法特性，則已轉變成所謂的「多數合意」。由國際社會成員中的多數，達成合意，即可使國際法產生或創新出來。

貳、國際社會之發展與國際法之產生

早期人類社會草創之初，一切情況都是混沌未開，「原始部落」（Primitive Tribes）的活動，在人類學家與社會學家的努力之下，逐漸能揭開它的神秘面紗。然而在某些方面的表現實況，仍有待繼續努力。例如：原始社會是如何形成的？部落與部落之間的作戰是如何進行的？部落與部落之間的和平是如何維持的？以及部落與部落之間又是如何相處的？凡此等等問題均已成為學者專家按照人類社會現在的狀態，依賴科學研究的方法反溯人類社會歷史的進程，而獲得一些初步的推論結果。那就是任何一個部落組織或「政治社區」（Political Community）如果已經達到相當的自治程度，那麼多多少少會有一些獨立自主的性質；那麼它們勢必會與本身以外的其他組織、團體、社區或部落「接觸」——和平的或敵對的。因此，它們自然感覺有一種法國大思想家孟德斯鳩（Charles Louis de Secondat Montesquieu, 1689-1755）所謂的「萬民法」（Law of Nations）之需要的感覺，來作為維繫它們彼此之間的「交往關係」（Intercourse）的準則。這也就是孟德斯鳩為什麼會堅持他那讓人爭議不休的主張——所有的國家都有它們的萬民法——的基本因素。

雖然孟德斯鳩的主張，在他的那個時代未必為其他學者所認同。但是無論如何，在早期的原始部落之間確實有一些規則來規範它們之間如何相處，雖然相當的基本與原始而「未健全發展」（Rudimentary）。例如：早期的原始部落時期，他們並不懂得像近代戰爭的集體與組織戰，但是

他們對待部落以外的所謂的「外國人」（*Foreigner*），卻是相當的具有敵意，甚至於不視為人。但是也有初具規模的基本概念，例如：條約必須要遵守以及派遣及接受所謂的「大使」（*Envoy*）……等彼此相處之道的實現。這些早期的法律現象的表現在有文字記載的時代來臨之後就更為顯著了。根據文字歷史的記載，大約是在西元前三千一百年前在亞洲西南部的底格里斯河（*Tigris River*）與幼發拉底河（*Euphrates River*）之間的美索不達米亞平原（*Mesopotamian Plain*）上，存在有今天所謂的「城市國家」（*City-State*），如：拉格斯（*Lagash*）與烏瑪（*Umma*），他們的統治者簽訂了史書上所記載的第一個條約；該條約是以蘇美（*Sumerian*）文字刻在石碑上，而在20世紀的初期被考古學家所發現⁴。該條約在國際法產生的重要性是它包括了一個仲裁條約，要以仲裁的方式，來解決彼此之間的疆界糾紛。

如果檢視希伯來、亞利安、巴比倫、印度，乃至於我們中國的早期的上古史的紀錄，不難發現有關戰爭與外交這兩方面的事務，在我們近代國家的交往關係中，仍然存留有當時的習慣與作法。例如：在古代埃及及中東各國或各民族在彼此交往的關係中，即發展出某些國際關係的規則，與現代國際法中的某些規則頗為類似；像是它們之間彼此訂有條約，使節也享有豁免權等。史書上可以證明的是在古希臘半島上的城邦國家及古印度半島上的王國確實存在有效的國際法制度。在希臘城邦國家時代，在城邦相互間的關係上，逐漸發展出某些習慣規則，作為維持希臘半島上的「國際秩序」（*International Order*），而這樣發展出來的「習慣規則」（*Customary Rules*），即被蘇聯的著名法學家維諾格多夫（*Paul Vinogradoff*）教授稱之為「邦際法」（*Intermunicipal Law*）⁵。這些所謂的「邦際法」至少包含下列兩項：1.交戰前應該先行宣戰；2.交戰時不可侵犯來使。凡此等等均是當時的「習慣規則」；這些規則在當時不但適用於

⁴ Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (N.Y.: The Mac Millan Company, 1954), pp.1-2.

⁵ Barry E. Carter and Phillip R. Trimble, *International Law* (Boston: Little, Brown and Comp., 1995), p.30.

城邦相互之間的關係，也同時適用於希臘城邦與其鄰近國家之間的關係。更重要的是這些「習慣規則」至今未變，而成為近代國際法之嚆矢。另外，那些規則都深受當時宗教的影響，顯示在國際社會形成之初，其所應運而生的國際法，宗教、道德、正義與法律四者之間並未嚴格劃分，而均融入成一體。

在羅馬時代，因為羅馬必須與它的鄰近的「城市國家」相互交往、互通有無，以維持一定程度之穩定的「國際關係」；遂因此由於實際上的需要，而逐漸產生了一些規範羅馬與其鄰國或鄰近民族之間，因為「接觸」之故，而發展出來的習慣法則⁶。這些習慣法則中最重要也最值得注意的就是它們具有「法律性質」，與希臘城邦國家所遵守的習慣規則的具有「宗教性質」有極其顯著的不同。不過羅馬對於國際法的主要貢獻，不在於這些法則，而在於「羅馬法」（Roman Law）的間接影響後世，尤其羅馬法中的若干原則被類推適用來規律近代國家間的關係。

國際社會的發展隨著歷史的進展，到了中古時期（Medieval Period），我們現在所了解的近代主權國家的國際關係原則及現代的國際法觀念……即源起於此時期。而近代國際法之形成應該是與近代國家制度的建立，開始於同一個時期。那是可以歸結到16世紀。首先它源起於16世紀的西歐各國開始承認非歐洲國家在傳統意識下的國際法制度內，也可享有相當的權利；雖然所享有的國家權利相當有限。但是這樣的發展，使得傳統的國際法擴大適用的範圍到非歐洲國家。同樣的，非歐洲國家也開始準備讓歐洲國家在各種不同的非歐洲國家的國際法制度下，也享有一些有限的權利。如此，國際社會下的國際法就開始納入各個法制系統下所認可的國際法。

但是從國際社會的演進來看，國際法的產生與發展，可以發現，傳統國際法乃至於近代國際法，都幾乎是以歐洲白人社會的基督教文化為基礎及中心的國際法。因為大約是到了西元1880年，以歐洲的基督教文化為準的國家，可以說已征服了絕大多數的非歐洲基督教文化國家。為此，在民

⁶ Ibid.

族國家主權觀念相當盛行的當時，似乎是證實了白人基督教文化的優越性。因此在國際法律制度的表現上，似乎也成為了一個「白人俱樂部」（White Club）；那些非歐洲基督教文化以外的國家，如果要成為國際法律體系下的一員，首先就必須要證明它自己已經達到如基督教文化一般的文明，否則它就會被排除在「白人俱樂部」之外。

以上的現象大概一直要延續到第一次世界大戰結束以後國際法才免除了它蘊涵的種族歧視性及文化優越感，才成為真正的國際法。但是一直要到二次世界大戰結束以後，國際法才發生了主要的改變。尤其是自1960年代以來，大量的前西方國家的殖民地——所謂的亞洲、非洲，以及拉丁美洲的國家，紛紛獨立。國際社會的成員已經從以往的以歐洲基督教文化為主的國家，轉變成非歐洲國家。最明顯的例子即是在二次世界大戰以後成立的最重要也是最主要的國際組織——聯合國（United Nations）從原來的52個創始會員國，到了1960年代之後，幾十個新國家相繼獨立，使國際關係形成了歷史上一種空前未有的發展局面；新興的、獨立的非歐洲國家，要求及主張改變某些傳統國際法的陳舊及所謂的帝國主義的腐朽觀念，使國際法能夠適應已經變化了的和還在繼續變化中的國際社會。而這些新興的獨立國家對於傳統歐洲基督教文化所形成的國際法，有強烈的排斥感，舉凡是認為不符合它們利益的，在今天都已經被改變了或者正在改變的過程當中。因此，如果說今天的國際法仍然是用來對非歐洲的新興國家不利的，那就整體來說，已經不再是正確的了。國際法已經隨著國際社會成員的大量增加，而呈現出新的面貌、注入了新的方向，更重要的是增加了新的內容。因此，今天的國際法已經是不僅成為維持國際社會安定與和平的動力，更是成為了在為全體人類謀求福祉的工具。

參、國際法產生之軌跡路線

國際法是從哪裡產生的？是從哪裡來的？這類的問題，可以從各種角度來切入，來回答。可以認為它就是存在於人類社會裡，只是等待人們去