

壹、國際法的意義

如何界定國際法，使其與其他法秩序相區隔，一直存有歧見。本書認為，所謂國際法是指國家及其所認可之國際社會主體所共同形成的規定，而此種規定用來規制其間的關係。

現代國際法源自於歐洲國際法。歐洲中古世紀的封建制度，在十三世紀下半葉開始崩解，具有自主性的國家逐漸形成。約在十七世紀中葉，由國家形成的國際社會已告確立。依據大部分法律、政治及歷史學者的見解¹，1684年敏斯特（Münster）及奧斯納布呂克（Osnabrück）和平條約顯示了由國家形成的歐洲國際社會已告成形。另外，教廷則加入此國際社會，而成爲國際社會成員之一。

歐洲國際法不是由某一個國家或某一立法者單方面制定的，而是由歐洲國家共同形成的。析言之，國際法是由國家以共同一致的行爲（習慣）或以意思合致的方式形成的。以前者方式形成的國際法謂之習慣法，以後者方式形成的國際法謂之條約法。歐洲國際法規制的對象是歐洲國家，其規制的標的是其間的關係。

自十六世紀開始，歐洲封建領主或國家開始在海外推展殖民活動，結果把全球大部分的土地納入其殖民地範疇。但十九世紀以返，歐洲國家殖民地紛紛獨立爲新的國家。殖民地獨立是在國際法範疇內發生，亦即依據國際法的規定由其母國脫離而成爲新國家。新國家既然是國際法範疇內的國家，那麼該國家當然適用國際法。另一方面，有些國家未成爲歐洲國家的殖民地，但因其接受歐洲國際法，而適用歐洲國際法，例如：中國及日本在十九世紀時因接受歐洲國際法而適用歐洲國際法²。至此，歐洲國際

¹ Jost Delbrück, Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Band I / 1, 2. Aufl., Berlin / New York, 1989, S. 5.

² 參見：本書，頁 15。

法成爲世界國際法，即今日的國際法。

基本上，國際法是由國家共同形成的，因此國際法以何者爲規制對象以及以何事項爲規制標的，是由國家（即：制定者）爲決定。而國家基於特定目的、需求、價值觀或其他因素而爲決定。因此，國際法所規制的對象及事項爲何，並非一成不變，而是在不同的時間裡隨著不同的因素而爲調整。到目前爲止，國際法所規制的對象，除了國家外，尚包括了：國際組織、教廷、梵蒂岡城國、實體，叛亂團體、託管地、國際紅十字委員會、馬爾他騎士團及個人。當然：國際法也針對這些對象的一些相關事項爲規制。

如前所述，國際法是由國家共同形成的，因此，國家也可能在其形成的國際法中，賦予其他主體形成國際法的能力。基此，國際法賦予一些主體享有締約能力（締結條約的資格），而得以創設條約法。享有締約能力的主體如下：教廷、國際組織、梵蒂岡城國、實體，叛亂團體、國際紅十字委員會、馬爾他騎士團。個人及託管地則無締約能力。具有締約能力之主體，當然得依此能力相互爲締約的意思表示，而形成條約，即國際法。

形成國際組織的條約，經常會授權國際組織的機關經由特定程序，制定一些規定或爲特定之行爲。例如：國際組織的「人事法規」及國際組織所爲之決議。有一種想法認爲，國際組織所制定的規定及所爲之行爲謂之「國際組織內部法」（Internes Staatengemeinschaftsrecht）。由於國際組織內部法的產生方式異於國際法，因此它並非國際法。但是「國際組織內部法」是基於形成國際組織條約而生的規定，因此，「國際組織內部法」的性質應與其植基的基礎條約相同，即國際法。此外，「國際組織內部法」必須在形成國際組織之條約的整個框架內形成其內涵，亦即，延伸條約的原則或者不得違背條約的規定。「國際組織內部法」的解釋，也必須配合其所植基的條約爲之。因此，若把「國際組織內部法」與其所植基的條約（國際法）相區隔，視爲另一個法秩序，是否合理，值得懷疑。此外，有些國際組織之相關行爲，對於國際法主體具有拘束力，則其在性質上亦應屬於國際法性質，例如：聯合國安全理事會所爲有關使用武力之決議。

在學說中流行使用「硬法」(hard law)與「軟法」(soft law)二詞。所謂「硬法」是指國際法。所謂「軟法」是指國際法主體對於國際法未來發展的認知或除國際法外宜予遵行之行為準則的認知。軟法的例子，如：聯合國農糧組織於1990年通過之「責任漁業行為規範」(Code of Conduct for Responsible Fisheries)³。所謂軟法僅是一種知的表達，而不具有法的性質。「硬法」與「軟法」的區分，並無實益，反而會造成混淆，讓人誤以為軟法也是國際「法」的一種。法學研究貴在清楚地釐清概念及運用妥當的文字，而不是運用花俏的文字來模糊概念。

另在學說中常使用「現行法」(*lex lata*)與「發展中法」(*lex ferenda*)二詞。前者指目前尚在生效中的規定，後者則是指在形成中但尚未成為國際法的「想法」。前段所稱的「軟法」，充其量也僅能具有「發展中法」的性質。

國際禮儀(*comitas gentium*; *Völkersitte*; *courtoisie internationale*) (或稱：國際習俗)並非國際法。國際禮儀只是國際社會主體相沿成習的規範，尚不具有法的拘束力，亦即不具有法的性質。國際禮儀，如：船舶在公海上相遇互為致敬，外交書函使用白色紙張，外賓來訪舉行接待儀式等等。由於國際禮儀並非國際法，因此違反國際禮儀之行為不會引起國際法的制裁或責任。但是國際禮儀可能被吸收入國際法，成為國際法的規定，例如：許多外交領事的規定是吸收國際禮儀而形成的。

有些國內法的規定，經常會冠上「國際」一詞，但此種作法並不表示相關規定為「國際法」。國內機關在處理具有涉外因素的案件時，會面臨一個質疑，即：有關案件應適用國內法或外國法。為解決此種選法的困擾，國內法經常會設置一些標準供相關機關遵循。設置選法標準的規定，經常被冠上「國際」一詞，例如：國際私法、國際行政法等。此種用語當然容易造成混淆，而應避免。解決法適用衝突的規定，宜稱之為「衝突法」或

³ 全文載於：<http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.HTM> (檢索日期：2010年7月13日)。

「法適用法」。另外，有些規制對外經貿事項的國內法也經常被冠上「國際」一詞，例如：國際經濟法。此種用法也當然會引起混淆。因為，在國際法中也有一套法秩序稱為國際經濟法。

在早期歐洲曾出現兩個與「國際法」相關的拉丁文：*ius gentium*、*ius inter gentes*。前者外文翻譯，如：*Völkerrecht*、*law of nations*、*droit des gens*、*diritto delle genti*。後者外文翻譯，如：*zwischenstaatliches Recht*、*international law*、*droit international*、*diritto internazionale*、*derecho internacional*⁴。中文的「國際法」一詞，十分恰當。「國際」一詞與「國內」（或：內部）相區隔，進而可以區隔出國際法與國內法或內部法。

美國國際法學者 Jessup 提出所謂的「超國家法」（*transnational law*）一詞，而用此詞來涵蓋所有「規制超越國界之行爲或事件的規定」⁵。若此，則不僅國際法，前述之國內法中之涉外規定，皆屬於超國家法涵蓋的範疇。把兩個性質截然不同的規定放在一起，視為一個法領域，有否意義以及是否有任何實益，值得懷疑。此種作法恐怕只有製造混淆的功能。

⁴ Alfred Verdross, Bruno Simma, *Uniserselles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlin, 1976, S. 23.

⁵ “all law which regulates actions and events that transcend national frontiers”轉引自：Anne-Marie Slaughter, *The Accountability of Government Networks*, in: Paul Schiff Berman (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, 2005, p. 478.

貳、國際法的特質

國際法有三種型態：習慣法、條約法及一般法律原則。國際社會的國家依據基礎規範（Grundnorm; basic norm）創設規定，此規定規制了習慣法及條約法產生的方法⁶。國際社會的國家再依據習慣法及條約法產生方法的規定，進一步創設各種習慣法及條約法。另一方面，國際社會國家依據基礎規範創設一項規定，該規定謂：各國國內法皆採用之自然法原則，應予遵行。基於此項規定，各國國內法皆採用之自然法原則成為國際法法源之一：一般法律原則。無論是習慣法或條約法或一般法律原則，皆是植基於國家的意志（Wille）而產生。因此，無論是習慣法、條約法或是一般法律原則，皆是實證法，簡言之，國際法在性質上是實證法。

國內法是由國家內部有權機關單方面向受規制者所制定的。受規制者無緣參與國內法的制定，而僅能遵行。相對於國內法，國際法是由國家立於對等地位共同形成的，而國際法規制的對象，則是國家自己。換言之，國家自行創設國際法來規制其行爲。基於前述國內法與國際法的差異性，德國學者稱國內法為 Subordinationsrecht（從屬性法），而稱國際法為 Koordinationsrecht（協作性法）⁷。

對於違反國際法之行爲，國際法設有制裁及責任的規定⁸。但此種制裁方法之使用以及責任的主張，皆由因違法行爲而受害的國家自行爲之。國際法上未設置一個獨立於國家之外得單方面對於違法主體施以制裁及執行責任主張的組織及程序。不可否認，目前國際法已對於違反國際法的

⁶ 有關基礎規範的意義及其與習慣法、條約法及一般法律原則的關係，參見本書第一章、肆「國際法的拘束力」中相關說明。

⁷ Verdross, Simma，同註4，頁53。

⁸ 參見本書第十一章及第十二章。

個人設置有強制的制裁組織及程序⁹。相對於國際法，國內法普遍設置得對違法者為強制執行及制裁的機關（法院及強制執行機關）及程序。有些人可能著眼於此方面的差異性，而主張國際法並非法。但國際法與國內法皆具有強制性，只是國際法的強制機制有異於國內法¹⁰。而吾人不能以國內法為標準，進而因為國際法強制機制異於國內法，而否認國際法之「法」的性質。強制機制的不同，反而是國際法與國內法的區別標準之一。

⁹ 參見：本書，頁 230 以下。

¹⁰ 有關「法」的意義以及「法」亦涵蓋國際法的說明，參見：黃異，法學方法，臺北，2009 年，頁 9 以下。

參、國際法與自然法的關係

如上所述，國際法是基於國家意志而產生的規範。因此國際法是實證法。但所有的實證法皆必須植基於自然法，才可以稱為正當的法（richtiges Recht）¹¹，國際法當然亦不例外。

所謂自然法，是指人的理性觀察人的本性（人性）所判斷出來的有關共同生活的原則以及基此原則進一步所判斷出來的原則。自然法原則在性質上是倫理規範。自然法原則可區分為原始自然法原則及派生自然法原則。原始自然法原則是指直接由人性判斷出來的原則以及由該等原則邏輯推演出來的原則¹²。派生自然法原則是指具體化原始自然法原則而生的原則¹³。析言之，針對具體狀況，由原始自然法原則判斷出可適用之原則，或者針對具體狀況思考出可適用但符合原始自然法原則或派生自然法原則之原則¹⁴，謂之派生自然法原則。

最基本的原始自然法原則，是指人所享有的自由範疇¹⁵：

- （一）生存的自由，包括：生命的自由、身體及健康的自由、名譽的自由、財產的自由。
- （二）自我發展的自由，包括：思想的自由、行動的自由、表達的自由、宗教的自由、居住及遷徙的自由。

¹¹ Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München, 1977, S. 74.

¹² Johannes Messner, Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaft, Staatsethik und Wirtschaftsethik, 7. Aufl., Berlin, 1984, S. 359; Alfred Verdross, Statisches und dynamisches Naturrecht, Freiburg, 1971, S. 107 f.; Alfred Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, 2. Aufl., Wien, 1963, S. 275.

¹³ Henkel, 同註 11。

¹⁴ 黃異，周怡良，什麼叫做自然法，軍法專刊，第 67 卷第 1 期，頁 7。

¹⁵ 黃異，周怡良，同註 14，頁 4-5。

(三) 在群體生活中尋求生存及自我發展的自由，包括：結婚的自由、集會的自由、結社的自由（包括形成國家在內）。

人是平等的，因此，人人皆享有前揭的自由範疇。

人在群體中經營生活，因此人與人之間必有互動關係。適用於互動關係的原始自然法原則如下¹⁶：

- (一) 關懷與協助原則。
- (二) 正義原則。
- (三) 誠信原則。
- (四) 信賴保護原則。

人爲了生存及自我發展的目的，形成國家。一些與國家相關的原始自然法原則如下¹⁷：

- (一) 國家應採取措施，來落實人民生存及自我發展。
- (二) 國家應防阻外來侵害，保障人民的生存及自我發展。
- (三) 國家爲落實其功能，在必要範圍內享有權力。
- (四) 國家背離其功能，人民得反抗之（反抗權）。

不可否認的，原始自然法原則不僅適用於個人，也適用於人所形成的各種團體，當然，國家也應遵守原始自然法原則。國家在國家內部關係中，應落實及遵守原始自然法原則以及相關的派生自然法原則。

國家共同形成國際社會。在國際社會中，國家仍然應以落實原始自然法原則爲己任以及遵守原始自然法原則，此外，國家亦應遵守相關的派生自然法原則。下述派生自然法原則適用於國際社會¹⁸：

¹⁶ 黃異，周怡良，同註 14，頁 5。

¹⁷ 黃異，周怡良，同註 14，頁 6。

¹⁸ 黃異，周怡良，同註 14，頁 11。

- (一) 國家享有四項基本權利：政治獨立權、領域管轄權、尊嚴權、交往權。
- (二) 國家應建置國際社會的和平狀況。
- (三) 國家不得以武力解決爭議或以武力來遂行其目的，但國家得以武力防衛自己。
- (四) 國家應互通有無，及相互提供協助。
- (五) 若國家建置法秩序做為建置和平狀況的方法之一，則國家應遵守其所設置的規定。

不可否認的，我們可依據原始自然法原則及已存在的派生自然法原則，判斷出其他的派生自然法原則，特別是在下列各領域中：全球治理、環境保護、自然資源共享、人道救援、善鄰關係等等。

國際法是國際社會制定的規定，它應當以落實自然法為己任。此外，國際社會制定的國際法不得與自然法相牴觸。如前所揭，一個派生自然法原則指出：國家應遵守其制定的規定。基此，國家以一致意思所形成的國際法應予遵行。此即所謂的基礎規範，它是國際法拘束力產生的依據。

國際法既然是立基於自然法，那麼，國際法的解釋與適用亦應符合自然法的要求，特別是應遵守誠信原則。