

# 導 論

## § 1 國際法的概念

### 1. 定義

與在國家內共同生活的人民相類似，國家間（國際社群）的秩序也需有拘束力的法規則加以規範，此等法規範具體形塑國與國間的關係。過去幾百年來，此等法規範是由若干不成文規則或載明國家領域、領土取得、海域之承認或使用收益的條約條文所構成。這些法規範自古以來即會對國家政治自主空間產生限縮效果，不論是出於政治正確的動機或因過失而違反國際法規則，都被視為非法行為。

19 世紀末起，尤其是二次世界大戰後，國家間法規範網絡日益完善與綿密。國家在 20 世紀初期仍享有以發動戰爭作為政治手段的自由，第一次世界大戰後禁止發動侵略戰爭，1945 年制定的《聯合國憲章》則全面禁止使用武力，國家發動戰爭的自由已不復存在。國家間的合作與爭端解決多透過成立國際組織（例如國際聯盟和聯合國、歐洲理事會、北約或世界貿易組織）的方式為之。這些由國家設立的組織，扮演除國家以外得享有權利、義務與權限者，例如可以發布對其會員國有拘束力的法規範或締結條約。

此外，尚有另一重要領域也發展出國家行為規則，亦即國家權力對內行使之拘束。其中尤具重要意義的是，肯認人權得對抗國家權力，以及由全球或區域性公約逐漸建立的人權保障標準。雖然國際法上有若干針對特定群體為保障（集體人權、少數族群保障）之規定，人權主要仍係強調對個人之保障。

- 3 國際法的概念內涵反映了前揭發展歷程。傳統國際法上，不論是平時或戰時，原則上只有國家得為自身權利與義務歸屬之主體，甚至在與個人保護有關的國際法規定，例如涉及戰俘或被占領區內平民保護的規定，有很長一段時間也是如此。現今國際法仍以規範作為原始的（生來的）國際法主體與國際社會主要行為者之國家間的關係為主，惟必須澄清的是：國際法只規範國與國間有關統治行為之事項、或基於系爭國家自主決定不再以內國法規範之事項的關係。

兩國就投資促進或保護事項締結條約，或就刑事犯罪者簽訂雙邊引渡條約，屬於國際法關係。反之，烏托邦國為購買一塊柏林的土地以設置使館與德國簽訂契約，或類此性質之私人間不動產交易契約，應適用德國內國法規定。

除了國與國間的關係，現今國際法也規範那些具有享受與承擔自身權利與義務之國際法主體地位的國際組織，及其他國際團體或聯盟的地位（例如教廷、國際紅十字委員會或解放運動組織）。最後，國際法的概念也延伸到限制國家權力對內行使的面向，特別是與人權保障有關之事項。

- 4 據上，國際法應定義為規制國家、國際組織與其他國際法主體間（涉及公權力行使）關係之法規範及國際社會（或國際社會之一部分）所關注之個人權利義務之法規範的總稱。

如果認為國際法的概念不再以國家為現今國際社會的重心所在，且國際法已非以規制國與國關係為主之法規範，如此理解「國際法」

的概念是有誤的。必須說明的是，德文國際法（*Völkerrecht*）這個字是拉丁文萬民法（*ius gentium*）的直譯，而萬民法是羅馬時代規範羅馬人與外國人的法律關係（尤其是商業行為）。大概在西班牙晚期經院哲學時期（*Spätscholastik*）與 17、18 世紀的古典國際法學家，將萬民法的概念（也稱 *droit des gens*）用於國與國間關係的脈絡。在英文裡，國際法的概念之表述以 1789 年由 *Jeremy Bentham* 所創「*(public) international law*」（早期稱：*law of nations*）具代表性，在法文是「*droit international public*」，西班牙文為「*derecho internacional público*」。

此外，德文用 *Völkerrecht* 表述國際法概念，尤有正當性的理由在於：一則，國際法規範之最終目的並非衡平國與國間或代表國家進行行為的政府間利益，而是追求群體（*Völker*）與個體間之利益平衡。二則，目前逐漸浮現脫離由國家作為國民與少數民族之中介協調的趨勢。由人民自決權、少數保護、聯合國在國家權力崩解狀況下介入，或得基於確保民主意志之建立起見對抗執政當局，可見此新趨勢。 5

以適用區域為準，可以將國際法分為普世國際法與特別國際法， 6  
後者指只適用於一部分的國際社群，或甚至只適用於兩個國家間（例如區域性習慣或條約法）。

## 參考文獻

- A. D'Amato, *International Law: Process and Prospect*, 2. Aufl. 1995, Kap. 1;  
W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964; M. W. Janis, *Jeremy Bentham and the Fashioning of "International Law"*, *AJIL* 78 (1984), S. 405 ff.; R. Jennings, *What is international law and how do we tell it when we see it?*, *SchwJIR* 37 (1981), S. 59 ff.

## 2. 國際法與其他法規範體系之區別

7 國際法應與其他亦用以規範國際事務的法規範體系作區隔。

### a) 歐盟法

8 歐盟法是立基於歐盟條約、歐盟運作條約與歐洲原子能共同體條約（先前尚有歐洲共同體條約），亦即是依據迄今數目已達 28 個會員國之國際協定所建立。鑑於會員國將主權移轉予歐盟，歐盟條約與歐盟機關法律行為在會員國內具特殊效力，已不能將歐盟法（之前是歐體法）體系定性為單純的國際法。歐體基礎條約與嗣後之歐盟條約，毋寧是已建立了一個獨立的法秩序。就此，歐洲法院在幾十年前就已揭示：

不同於普通的國際條約，歐體條約已創設了一個獨立的法秩序，其生效時已被納入各會員國之法秩序中，且內國法院有適用之義務。藉由建立一永續之共同體，其具有自己的機關、權利及行為能力、國際法上的行為能力，特別是因為會員國權限受到限制，或者說是會員國將主權移轉給它，使其真正具有行使主權之權限。會員國之主權權利因而受到限縮，同時創造了一個對其成員及自己均有拘束力的法律主體（歐洲法院裁判，案件卷宗號第 C-6/64 號，EU:C:1964:66 *Costa/E. N. E. L.*案）。

9 歐洲法院暗示，會員國已自己同意不得再任意改變條約體系的核心要素（1/94 號意見書，EU:C:1994:384，第 72 段——*EWK* 案）（譯者按：歐洲經濟區德文為 *Europäische Wirtschaftsraum*，縮寫 *EWK*）。歐

洲法院在此脈絡下稱歐體基礎條約為一個法律共同體的基本憲章（前揭意見書第 21 段）。歐盟法初以國際法為基礎，過程中逐漸加入若干只能在聯邦國家系統才有的元素後，最終形成歐盟法秩序。鑑於此等從傳統國際法的分類難以理解的平衡狀態，實難以回答以下這些持續受關注的問題：歐盟會員國在多大的範圍內仍為條約的主人？其在多大限度內能改變、甚至終止歐盟的體系？以及在符合哪些前提要件下可以脫離歐盟？

2009 年年底生效的里斯本條約將歐盟法整個放進一個新的條約框架中。歐洲共同體（不包括繼續存在的歐洲原子能共同體）隨里斯本條約的生效併入歐盟中，而歐盟則為一具有國際法主體地位的組織。

歐盟與歐洲原子能共同體之所以被稱為超國家組織，是因為各國將主權移轉給它們，且歐盟的法律行為可以直接在內國法律體系中發生效力。但是歐盟在共同外交暨安全政策領域內（GASP）的措施，大部分仍採傳統國際法以締結條約進行合作的模式，因為會員國未將主權移轉予歐盟，惟歐盟是以一個新的國際法主體的身分參與其中。

## b) 衝突法（涉外私法、涉外公法與涉外刑法）

任一個國家的衝突法，是用以規範系爭事實涉及多個國家（多個法秩序）時，應該適用哪一國的法律。內國法院的法官面臨這種的問題時，總是按照其所屬國家的法律規定（*lex fori*，即法院所在地法）進行選法，該國法律可能視情況規定適用該國自己的法律或者指向另一國家的法規範。此時依據事務領域的不同，可能涉及國際私法、國際刑法或國際公法的法規範。國際私法規定私法關係（例如債法、公司法或物權法）應適用之內國法律為何。

例如：一法國公司與德國公司簽訂一項有關運送建材至俄羅斯的

契約。國際私法（各個法庭地法）規定此契約關係何種狀況下應適用德國、法國或俄羅斯的法律。

11 涉及國際公法之衝突法則，規範哪些內國法可以適用於法律事實牽涉兩個或多個國家的公法關係。例如法庭地的衝突法在污染防治法中，就位於境外之對環境資源造成負擔的設備，其自外國主管機關取得之使用許可在該法庭地國的法律效力為何加以規定。相關國家就此議題亦可進行協商，以締結國際協議的方式解決（參照德國聯邦憲法法院裁判選輯第 72 冊，第 66 頁，德國與奧地利關於位於邊界之薩爾斯堡機場營運條約）。有時候國際法本身也有關於外國（公）法得否作為判準的規則，例如國籍之取得或喪失取決於所屬母國之法律規定。其他國家僅在個體與授予其國籍之國家間有足夠緊密的聯繫關係時，才須承認該國籍之授予（參見 § 25 邊碼 6）。

12 內國刑法規定適用於有涉外因素的行為（例如自己的國民參與外國毒氣工廠之興建或自境外從事間諜活動），則由涉外刑法加以規範（在德國是規定於刑法第 3 條以下）。

須與涉外刑法（內國法的分支）區別的是國際刑法，後者係國際法上有關刑事制裁（例如嚴重之危害人權犯罪或戰爭罪）的規定。

### c) 商事規則

13 若干針對（私人）國際貿易發展出來的規範，促進了以下的觀點：就貿易夥伴關係存在一套特有的、從國際商業慣例、國際契約實務及一般法律原則發展出來的法秩序：商事規則（在此脈絡下也有稱之為「跨國法」者），這種非國家法律的存在是有爭議的。長期以來多數意見認為，所有法律關係不是適用國際法就是適用國內法，不存在這種介於兩者間的第三種法秩序。若干內國法院，尤其是西歐國家

的法院新近見解，逐漸願意在國際商業交易的脈絡下，尤其是在仲裁程序中承認契約中提及之商業規則或契約法的一般法律原則，得作為處理交易關係之法規範（參見法國最高法院 *Compania Valenciana de cementos Portland c. Primary Coal* 案，Rev. Arb. 1992；英國上訴法院 *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr-Gesellschaft M.B.H. v. Ras Al Khaimah National Oil Co.*案 [1987] 3 W. L. R. 1023；德國仲裁程序法規範規定於民事訴訟法第 1051 條第 1 項）。

各個法庭地國作這樣承認的基礎在於當事人私法自治，他們想讓彼此間法律關係不受內國法拘束。這種可能性尤其對在私人與外國（或外國國家企業）間成立的契約有意義：當契約雙方想要迴避適用國家身分之契約當事人的內國法、及私人身分之契約當事人所屬國家之法律、或第三國之法規範體系。不過，成立於一國及一外國私人企業間成立的契約關係，也有可能直接適用國際法加以規範（詳後述 § 13 邊碼 2）。



## 參考文獻

有關 a) 歐盟法者：

*U. Everling*, Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge? Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht, in: Festschrift für H. Mosler, 1983, S. 173 ff.; *ders.*, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als „Herren der Verträge“, in: Festschrift für R. Bernhardt, 1995, S. 1161 ff.; *M. Herdegen*, Europarecht, 20. Aufl. 2018; *T. Oppermann/D. Classen/M. Nettesheim*, Europarecht, 8. Aufl. 2018; *S. Weatherill/P. Beaumont*, EU Law, 4. Aufl. 2004; *S. Weatherill*, Cases and Materials on EU Law, 12. Aufl. 2016.

有關 b) 衝突法者：

*K. Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018; *C. von Bar/P. Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. 1 (2. Aufl. 2003), Bd. 2 (1991); *G. Kegel/K. Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004; *J. Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006.

有關 c) 商事規則者：

*K. P. Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996; *ders.*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2. Aufl. 2010; *B. Goldman*, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: Réalité et perspectives, *Clunet* 106 (1979), S. 475 ff.; *E. Langen*, Transnationales Recht, 1981; *V. Piergiovanni* (Hrsg.), From lex mercatoria to commercial law, 2005; *U. Stein*, Lex mercatoria: Realität und Theorie, 1995.

### 3. 國際法作為一個法體系

- 15 從內國法的角度來看，對「法規範」之想像迄今仍不離「期待或禁止誡命之執行得以強制方式為之」。法規範似乎是以其具有對於違反應然規範者施以強制與制裁力之要素為表徵。在內國法上，警察及其他秩序法的手段、行政強制執行、法院的強制執行及刑事處罰確保法律在該國管轄範圍內被遵循。國際法法體系的落實並未以同等有效的方式受到確保。對國際法上的爭端既不存在強制、普遍的法院管轄權，亦無一全球性之立法中心機關，也沒有一為有效及一致地落實國際法原則而隨時待命的警察強制力。

特別是在上個世紀，不乏以國際法欠缺執行力否認國際法為一法



體系者，當時國際社會在全球或區域層次僅以有限的形式進行制度化的合作，且那時國家行為自由空間不論在平時與戰時都只受到極少的規範限制。尤其是法實證主義派的奧斯丁（*John Austin*）將缺乏具有制定國家間法律的立法權及國際法制裁力微弱引為論據（參見 *Lectures on Jurisprudence*，第 1 冊，1885，第 1 講，第 86 頁以下；第 5 講，第 172 頁）。據此，國際法僅有道德上的拘束力。

然而，有關國際法法體系法律性質的爭論早已過時，原因尤在於近幾十年來，被公認為具有行為引導與強化正當性效用之國際法規範數量明顯地增加。

惟近來有若干對於各國實踐之詮釋，強力質疑國際法規則具有行為引導效力（例如主張各國之實踐是基於「理性選擇」所為，參見 *J. L. Goldsmith & E. A. Posner, The Limits of International Law, 2005*），認為在國與國之間很大程度是由政治或經濟適當性來決定行為模式。不過，國際習慣法規則及一般法律原則具法拘束力的主觀意識，往往從明示之意思表示即足以讀出。在國際條約的情況，法拘束意思無論如何是條約適用的前提要件。

一個可以作為說明國家同意受國際法拘束且遵守國際法的概念是「相互性」（*Reziprozität*），亦即權利義務的相互依存。據此，一個國家願受國際法義務之拘束並履行，也可以作為要求其他國家有合於國際義務行為的基礎。相互性概念作為形成之基礎，且最初係作為行為引導的動機，這在外交關係規則及戰時法（國際人道法）領域明顯可見，並也解釋了何以前揭兩領域是國際法最古老的層面。

依據《日內瓦紅十字公約》關於國際性武裝衝突中平民保護第一附加議定書第 96 條第 2 項第 2 句，參與武裝衝突之締約方受本議定書規定拘束，且得據以對抗非本議定書締約方之參與武裝衝突他方，如果後者接受且適用本議定書之相關規定。