



CHAPTER

本章重要程度



FOCUS

## 第一章

# 國際公法基礎理論



### 老師說

國際公法範圍廣泛，且與國內法相較，一般民眾較為陌生，故研讀本科目首要瞭解何謂國際公法。本章由國際法之概念與性質說起，展延至其淵源及與國內法之關係，以深入淺出的說明，幫助讀者由源頭建立國際法的正確概念。

本章應注意重點如下：

- 一、何謂國際法？
- 二、國際法之淵源包含哪些？其效力之優先順序為何？
- 三、國際法與國內法之關係。



## 第一節 國際法之概念與性質

### 一、國際法的定義

#### (一) 國際法(international law)

是一個與國內法相對應的法律體系。它是國家間交往中形成的、主要是調整國家之間關係的、有拘束力的原則、規則和制度的總體。國際法與國內法二者共同構成了當代人類社會完整的法律秩序。

#### (二) 內涵

國際法一詞準確地反映出其所覆蓋的法律體系的基本特點和主要調整對象。英國法學家邊沁最早引入國際法一詞，後被廣泛採用。有人使用「國際公法」(Public International Law)一詞來稱呼這一法律體系，強調的即是其調整國家(政府)與國家(政府)間關係的這種特徵。從法律體系看來，國際法體系是與整個國內法體系相對應的，而不是與「國際私法」一詞所指代的內容相對應。後者的主要內容屬國內法範疇，但在其內涵和範圍等方面，仍存在不同的理解和爭議。

#### (三) 依照學者丘宏達之看法之看法，國際法之定義可分為：

##### 1. 傳統國際法定義：

國際法是文明國家間之行為規則，個人或其他政治團體不得為國際法之主體。但此定義僅限「文明」國家，所謂文明國家又僅指接受歐洲基督教文明之國家，故此定義現已被揚棄之。

##### 2. 現代國際法定義：

二次大戰後國際組織大量出現，加上個人(含法人)在國際法上地位日益重要，所以傳統定義已不符當代國際現況。學者認為不能僅限於規範國家之間，國家以外之主體亦應包含。

#### (四) 包括的層面

現代國際法已經成為普遍、涉及國際交往各個領域、龐大的規則體系。概括地說，它的內容主要包括以下方面：

1. 國際法的基本原則，如〈聯合國憲章〉規定的宗旨和原則。

2. 關於國家或國際法主體本身的一些制度，如國際法上的國家和政府、領土、居民、國家的基本權利義務、國家責任、國際爭端的解決等。



3. 國際法各個相對獨立的分支：如海洋法、國際航空法、空間法、條約法、外交領事關係法、國際人權法、國際經濟法、國際環境法、戰爭與武裝衝突法等。

## 二、國際法之性質與特性

### (一) 國際法之性質

國際法之性質究竟為具有法律拘束力之行為規範亦或是僅具道德力量之行為規則，可討論如下：

#### 1. 國際法不是法律：

此說為分析法學派所主張，其認為國際法只是具有道德力量之行為規範。英國法學家奧斯丁(John Austin, 1790-1859)為代表。

#### 2. 國際法是法律：

此說為歷史法學派所主張，德國學者奧本海(Lassa F.L. Oppenheim, 1858-1919)為代表。他認為構成法律之要件有三：

- (1) 必須有一個社會存在。
- (2) 必須有一套規範人類行為之規則。
- (3) 必須得到社會全體之公諾。

以這三要件衡量國際法，國際法的確是法律。

#### 3. 效力薄弱之法律說：

有人認為國際法常遭違犯，違犯者為強國或蠻橫之國，國際法亦莫可奈何。若因此說國際法不是法律，雖不無道理，但亦非完全正確。因為只要是法律就有被違犯之可能，國內法同之。不能因為無法用法律制裁，即推翻法律客觀存在之事實，故有學者稱為國際法是「不完全法律」或「效力薄弱之法律」。

### (二) 國際法的特性

#### 1. 強制力來源：

國際法的依據一般認為是產生於國際交往和發展需要的、國家之間的意志協定或說協定意志。

#### 2. 立法方式：

國際法的規則只能由國家之間在平等的基礎上以協定的方式共同制定，這種協定可以是成文的，也可能是以不成文習慣法的形式表現出來。



### 3. 法律關係的主體：

國際法主要是規範國家之間關係，其主體主要是國家。此外，在某種範圍和條件下，政府間國際組織和某些特定的政治實體，也作為國際法的主體。

### 4. 強制方式：

國際社會沒有超國家之上的強制機構，國際法的強制力是通過國家本身的單獨或集體的行動來實現的。

## 三、國際法的法律基礎

### (一) 拘束力來源

國際法作為法律得到所有國家承認。這不僅從國際條約和國際習慣及各國的國內法中反映出來，還可以從國家處理國際關係問題的其他實踐中得到應證。

國際法身具法律性質，所以也具有規範性、普遍性、強制性、判斷是非的標準、處理事件的依據等與國內法一致的一般法律特性。但是其拘束力從何而來？換言之，國際法拘束力之法理基礎為何？不同學派各有其主張。

#### 1. 自然法學派：

國際法之拘束力來自於「自然法」。自然法是先於條約及習慣而存在之規範，國際間之一切關係都受自然法之規範，國際法是自然法之一部分，所以國家須服從自然法。

#### 2. 實證法學派：

國際法本質與國內法相同，因為兩者來自於國家「意志」，國際法之拘束力也來自於這種意志，這種意志的表示方法就是「同意」，即拘束力須以國家同意為基礎。

### (二) 國際法之制裁

國際法的法律基礎除了拘束力外，制裁力之有無亦是一大重點，國際法之制裁雖不如國內法有效，但並非無制裁效力，大部分違背國際法的行為都受到了法律的追究，實施不法行為的國家皆承擔法律責任。國際社會正常秩序的維持和國家交往的有序進行，本身就表明國際法在被有效地執行著，無論是協議的簽署；領導人的互訪；外交官的派遣；還是和平的維持，爭端的解決；也無論是在天空還是海洋，在外空還是南極，國際法都發揮著法律作用。



## 第二節 國際法之淵源

### 一、定義

國際法的淵源是國際法的原則、規則和規章、制度第一次出現的地方或最初的表現形式；是國際法中證明具有法律的拘束力並普遍適用的規則已經存在的證據和表明這種規則效力的法定形式。

#### (一) 國際條約

國際條約是國際法的淵源之一，因國際法的多數規則都是在條約中表現出來的。但並非所有的國際條約都是國際法淵源，國際條約按其性質可分為：

##### 1. 立法條約(law-making treaty)：

指多數國家參加，以制定共同遵守的行為規則為目的，並載有共同遵守的行為規範的條約，例如：〈聯合國憲章〉、〈海洋法公約〉都創立、認可了許多對眾多參加國具有拘束力的新的國際法規範。因此，立法性條約構成直接的國際法淵源。

##### 2. 契約性條約(contractual treaty)：

指國家之間所訂立的確定特定事項具體權利義務的條約。如交通運輸協定、貿易協定均屬此類。契約性條約並不直接成為國際法淵源，只有經過發展，該條約所載規則被反覆採用並被公認，或構成國際習慣後才能成為間接的淵源。

#### (二) 國際習慣

國際習慣，指長期的國際交往中逐漸形成之不成文的行為規則。國際習慣是因國家默示的共同同意而對所有國家產生拘束力，它是創立具有普遍法律拘束力規則的方式。

#### (三) 一般法律原則

〈國際法院規約〉第 38 條規定，法院裁判案件時可適用「一般法律原則為文明各國所承認者」。國際法得適用時機為：

1. 國內法所普遍承認之原則。如：一事不再理原則。
2. 源於國際關係之一般法律原則。如：國家主權豁免原則。
3. 任何關係皆可適用之一般法律原則。如：誠信原則。



#### (四)公允及善良原則及公平原則

##### 1.公允及善良原則：

〈國際法院規約〉第38條第2項規定，當事國同意時，法院可以適用「公允及善良」原則。其意義為公平地解決一個爭端，必要時可以不顧既存法律。

##### 2.公平原則：

公平原則是否為國際法之法源尚有爭議。歐洲國際法學家認為適用下列三種情況：

- (1)國家或法律適用之機關容許有自由裁量權，則可以決定如何適用該原則。
- (2)當一個決定與法律相衝突，不能用「公平之原因」為由不適用法律，僅在該法庭被授權適用公允及善良原則時，才能如此做。
- (3)事件無法律相關規定，處於空白無依據之情況，則可使用公平原則做決定。

#### (五)司法判例

〈國際法院規約〉第38條第4款規定，法院裁判案件時可以適用作為確定法律原則輔助資料的司法判例。其來源有：

- 1.國際法院判例。
- 2.國際仲裁裁決。
- 3.國內司法判決。

#### (六)學說

〈國際法院規約〉第38條第4款規定，法院裁判案件時可以適用作為確定法律原則輔助資料的權威最高的公法學家的學說。權威最高的公法學家學說、著作可以為大量國際法原則規則和規章制度的存在提供證據。

#### (七)國際組織決議

國際組織和國際會議所通過的決議和宣言一般屬於建議性質，不具有法律拘束力，但它反映了現有的或正在形成的國際法原則、規則和規章制度，也起了確定法律原則輔助方法的作用。

##### 1.宣言：

聯合國大會通過之各種宣言，如能創制新規則或改變舊規則，則對會員國有拘束力。



2. 決議：

聯合國大會決議有準立法效力，對會員國產生拘束力。

3. 國際組織決議：

國際組織在其管轄範圍內，若其組織法無明確規定而生疑義時，該組織有權就其管轄權問題作成決議，此決議有立法效果，若獲授權即可做成有拘束力之決議。

## 二、國際法淵源之效力優先順序

### (一)基本上無優先適用順序

除了司法判例及學說為補助資料外，其他淵源可由法院同時適用或考慮優先適用其中任何一種淵源，無優先適用順序。

### (二)矛盾之解決

雖然各項淵源之適用無先後順序，但仍無法避免當一訴訟要適用淵源時，從甲種淵源與乙種淵源皆探求到規則，但是兩種淵源同時適用將造成互相矛盾結果，然而判決須有一個確定無矛盾之結果，故何者優先適用之問題仍會浮現。

1. 締約國締結條約之原因之一，在於他們認為相關國際習慣規則不適合，故條約生效後，條約效力當然優先習慣規則。
2. 法律一般原則通常主要在條約或習慣皆無所依據時之需要，故條約及習慣優於一般法律規則。
3. 司法判例或學說因為屬於補助資料，故其效力更低於條約、習慣及原則三者，而司法判例通常比學說又更具優先效力。

## 第三節 國際法與國內法之關係

### 一、國際法與國內法關係的理論

國際法和國內法關係何者優先的問題，經過許多學者的爭論，形成了具有代表性的一些觀點，其中最典型的是二元論和一元論。

#### (一)二元論

二元論認為國際法與國內法是兩個不同的法律體系，各自有其不同性質、效力根據和適用範圍，二者互不隸屬，各自獨立。無論國際法整體還是其分支都不能當然地成為國內法的一部分，反之亦然。差異分析如次：



- 1.主體不同：  
國內法規範對象是個人之間或個人對國家之關係，主體是個人；國際法則是國與國之關係，主體是國家。
- 2.效力基礎不同：  
國內法是國家之單獨意志，且國家立法必須服從；國際法是國家之共同意志，且條約必須遵守。
- 3.性質不同：  
國內法為隸屬關係，國家發布，人民遵守；國際法為平等關係，因國家主權對等，互不行使管轄權。
- 4.淵源不同：  
國內法之法源為法律、判例及習慣；國際法主要法源則為條約及慣例，其他採用比例較少。
- 5.生效不同：  
國內法由最高權力公布；國際法基於國際公認。
- 6.制裁方式不同：  
國內法由國家執法機關實施懲處；國際法由被侵權國家或國際組織採取交涉、調停、報復、甚至戰爭等行動。

## (二)一元論

一元論認為國際法與國內法同屬一個法律體系，內容並無差異，分析如次：

- 1.本質相同：  
國際法與國內法都是法律規則，是一種法律結構之兩面，本質完全相同。
- 2.規範主體相同：  
兩者皆是規範人之規則。認為國際法不是規範國家，而是國家內之個人。法律本質上是管理人類行為，國際法也是人類行為之規則。
- 3.淵源相同：  
皆來自於慣例和成文法。
- 4.一般原理相同：  
法律一般原則有普遍性和客觀性之特質，故國際法與國內法之一般原則相同。
- 5.一元論分為「國內法優先說」和「國際法優先說」兩派：
  - (1)國內法優先說：  
認為國際法的效力和權威源自國內法，國際法是低一級的法律，是國內法的一個部門。這實際上導致從根本上取消國際法，因此現在完全支持此一理論的人很少。



(2) 國際法優先說：

認為國際法位於各國並立的國內法之上，各國國內法的效力是由國際法賦予的，而國際法的效力則來自一個最高的規範「條約必守」或整個人類社會的「法律良知」。這種理論忽視了各國意志在國際法和國內法制訂中的作用，並且可能導致對國家主權的全面否定，以世界法代替國際法和國內法，從而脫離了國際社會的現實。

(三) 小結

1. 二元論者認為，既然國際法及國內法效力淵源都是表現「國家意志之主權」，而主權至高無上，所以國內法效力優於國際法。但此說已漸式微，原因如下：

(1) 若認為國家主權至高，因此國內法優於國際法，則世界上有一百多個國家，每個國家之國內法律效力皆優先國際法，如此一來，國際法並無至高性解決問題，形同虛設。

(2) 若國際法效力淵源國家憲法，則憲法消失，國際法效力亦失所附麗。但國際法運作於 1831 年之倫敦會議即明白宣示跟國家革命或國家憲法改變或廢棄完全無關。

2. 一元論者早期認為在不同情況，國際法與國內法之效力各有優先。但後期改主張國際法效力優先於國內法，因為國家之行為能力並非一定來自於領土高權，領域外亦有行為能力，如在公海上行使其管轄權。所以能夠決定國家行為能力之界限是國際法，故國際法效力高於國內法。

## 二、國際法在國內法體系的地位

### (一) 互不干預原則

目前國際法尚無關於國內法與國際法關係的具體、統一、完整的規則。從國際實踐來看，在國際層面上，國內立法不能改變國際法的原則、規則；國家不得以其國內法規定來對抗其承擔的國際義務，或以國內法規定作為違背國際義務的理由來逃避其國際責任。同時，國際法不干預一國國內法制訂，除非該國承擔了相關的**特殊義務**。

### (二) 國際法與國內法衝突時

比較複雜的是在國內層面，主要問題是國際法在國內法律秩序中的地位，包括國際法規則在國內法律框架中的適用，以及國際法規則與國內法衝突時的解決。相關理論討論如下：