

④由於條約乃最清楚且最容易舉證之法源，兩國締結之條約當然得成爲彼此間特殊事項之規範基礎。⁴

(5)立法條約必然是多邊條約（multilateral treaty），但並非所有多邊條約均屬立法條約，必須一多邊條約係規範普遍性或區域性國際法規則或設立國際組織者，始稱爲立法條約。此外，目前實踐顯示，立法條約幾乎皆屬開放性條約（open treaty），得由各國自由選擇加入。聯合國成立後，普遍性立法條約之存放機構幾乎都是聯合國秘書處，惟較專門性或技術性之立法條約則存放於該約簽訂的聯合國專門機構之秘書處。⁵

(6)契約條約在以下三種情形中，可促進國際習慣法之形成：

①若眾多雙邊條約中皆採納某項規則，則該規則可能產生新的國際習慣規則。

②原爲少數國家間締結之條約，其中規定之一項規則，若隨後爲許多國家接受或仿效而予以普遍化，則此類契約條約即成爲國際習慣法形成之初步階段。

③一契約條約對於證明一逐漸形成之國際法規則的存在具有相當之證據價值。⁶

2. 國際習慣法：

(1)依ICJ規約第38條第1項(b)款之定義，國際習慣法係指「作爲通例之證明而經接受爲法律者」。依據勞特派特之見解，國際習慣法是指「一種明確而繼續從事某種行爲的習性，而此種習性源於堅信根據國際法有義務或權利來這樣做。」⁷

(2)依據上述定義，國際習慣法必須兼具以下要件：

①普遍性（generality），即必須有普遍之國家實踐，本要件須同時展現以下數項特徵：

A. 空間普遍性，指世界上絕大多數國家皆有相同或類似之實踐。

4 姜皇池，國際公法導論（台北：新學林，2006年），頁89。

5 丘宏達，註2，頁73-74。

6 *Ibid*, p.77-8.

7 L. Oppenheim, *supra* note 1, p.27.

- B. 實踐一致性，指並不要求各國實踐必須完全相同，僅須「實質上一致」（substantial uniformity）即可。所謂一致性並非僅從國家實踐外觀判斷，蓋國家實踐同時包括作為與不作為，故應探究國家行為之本質，藉以判定國家實踐是否與國際法規則相一致。
- C. 代表性，即不僅須世界上絕大多數國家採納一致之實踐外，尚須考量代表性國家，包括對其利益有特別影響之國家是否有相同之實踐。國際法院於1969年「北海大陸礁層案」（*North Sea Continental Shelf Case*）之判決理由中提到，要有廣泛與具代表性之國家，包括對其利益有特別影響之國家參加1958年《大陸礁層公約》，該公約第6條揭櫫之「等距中線原則」（principle of equidistance-median line）始可能創設習慣規則。⁸
- ② 時間持續性（continuity），即該一致性普遍實踐需經過相當時期之經過，而展現出其持續之性質。所謂「持續性」為一不確定法律概念，無法給予明確標準，須依個案判定。一般而論，需歷經一段相當長之時間，惟鑑於科技之日新月異與國際組織之大量成立，藉由科技之便以及國際組織召開外交會議等途徑，使各國專家代表能利用多邊談判場合針對特定議題進行討論與協商，使得國際習慣法形成之時間大幅縮短。因此，時間持續性要件對於當前國際習慣法形成之重要性已明顯降低。
- ③ 主觀要件——法之確信（或稱法之信念，*opinio juris*），即強調絕大多數國家認為有從事某項行為之法律義務，深信該慣例具有強制力，且願受其所拘束。換言之，一項國家實踐縱使具備前述之客觀要件（即前述之國家實踐普遍性、一致性、代表性與時間持續性），若各國主觀上不認為應受該慣例之拘束，則該實踐至多僅為「國際習慣」（international custom），尚未成為「國際習慣法」。
- ④ 至於如何證明國家具有對某項普遍實踐之法確信，可從以下層面判斷：

⁸ North Sea Continental Shelf Case (Denmark/ Netherlands v. Federal Republic of Germany), I.C.J. Reports 1969, 3, 42.

- A. 國家外交關係方面之實踐：例如一國政治家之言行、政府法律顧問之意見、雙邊條約、政府發言人之新聞或官方聲明等；
- B. 國際機構之實踐：此種實踐可逐漸形成有關該機構地位、權力及責任方面之習慣規則；
- C. 國內法、國內法院判決及國內軍事或行政方面之實踐：各國在某一方面之法令、判決或實踐，若大都顯示採用同一規則，則可認定各國承認有某一國際法規則之存在；⁹
- D. 對於他國特定行為之反應：有時正面探求國家法信念之有無，誠有困難（蓋國家從事特定行為往往不會明白宣稱其乃依據國際法義務），此時倒不如反向思考，確定對其他國家所採行特定與國際慣例不相一致的行為時，是否指責該國與國際慣例相違背行為之作成國，違反國際法予以判斷。¹⁰
- (3) 條約規則與習慣規則之關係（條約規則如何轉化為習慣規則）：
- ① 條約規則：基於國家同意，條約原則上僅對「締約國」（contracting party）產生拘束力，此明定於1969年《維也納條約法公約》第26條：「凡有效之條約對其各當事國有拘束力，必須由各該國善意履行之。」換言之，非締約國由於未簽署條約，故其原則上亦不受條約義務之拘束，惟當條約有意為非締約國課予義務，而非締約國對此予以書面同意，該約始例外對非締約國產生拘束力。
 - ② 習慣規則：習慣規則可視為條約規則之例外，蓋依據《條約法公約》第38條之規定，「條約不為第三國創設義務或權利」原則（即公約第34條至第37條之規定）不妨礙條約所載規則成為對第三國有拘束力之公認國際法習慣規則。換言之，若一國際條約某項條款已具備國際習慣法之地位，則非締約國仍須受該條款之拘束，惟此時該條款之拘束力來源乃源於習慣法，而非條約。
 - ③ 習慣規則之例外——**持續反對者原則**（principle of persistent objector）：國際法院少數法官曾於1950年「庇護權案」（*The Asylum Case*）與1951年「英挪漁業案」（*Anglo-Norwegian*

9 J. G. Starke, *An Introduction to International Law* (10th ed., London: Butterworths, 1989), p.36-7.

10 姜皇池，註4，頁98-99。

Fisheries Case) 判決理由 (*obiter dicta*) 中表示，若一國在國際習慣形成的過程中對其持續性地表示反對，則該國際習慣對此反對國不生拘束力。然而，此項原則在適用時有限制條件，即反對國之反對必須明白，若該國於國際習慣形成之過程中僅單純保持沈默或默示其形成，則該國仍受國際習慣之拘束。然而此原則僅出現於國際法院少數法官於「庇護權案」和「英挪漁業案」中之附帶意見以及英、挪二國於「英挪漁業案」所提交之答辯狀中，故其並未獲得多數國家實踐與國際司法機構判例之有力支持。

- ④ 條約規則如何轉化為習慣規則：條約原則上僅拘束締約國而對非締約國無法律效力，欲使條約成為國際習慣法，從而例外拘束非締約國，則必須同時滿足以下兩要件：第一，條約規定應具備「創設規範」(norm-creating) 性質，亦即為創立一般性或區域性之國際法規則，並明確賦予締約國權利義務；第二，條約規定必須有廣泛與具代表性之國家加入，同時包括對其利益具有特別利害關係之國家參加該約。若符合上述條件，則條約規定即因具備客觀普遍國家實踐與主觀之法確信，而具備習慣法之性質。

3. 一般法律原則：

- (1) 一般法律原則之意義：一般法律原則為ICJ規約第38條第1項規定之第三項法源，係指世界上主要法系國家內國內所共通或承認之法律原則。凡拉里 (Michael Virally) 認為，一般法律原則是指國際條約或習慣法以外之法律原則，ICJ規約授權國際法院，當系爭案件並無相關國際條約或習慣法可資適用時，則可訴諸內國法上通用之規則以審判案件。¹¹換言之，當國際條約與習慣法不足以解決問題時，國際法院可推類適用 (或稱比附援引，analogy) 內國法上之一般法律原則裁決案件，惟該原則必須取自絕大部分國家內國法體制中之共通規定。¹²
- (2) 依照上述定義，一般法律原則具備以下二特徵：第一，避免國際司法

¹¹ Michael Virally, "The Sources of International Law," in Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (New York: St. Martin's Press, 1968), p.147.

¹² *Id.*, p.147-8.