



一、国际法之意义

国际法 (international law) 一名万国公法 (law of nations) , 此是规律国家与国家的关系之法, 而不是规律私人关系之法。然以在主权国家之上, 再无更高的权力, 学者乃说万国公法是存于列国间之法, 而不是加于列国上之法; 换句话说, 万国公法是列国自己公认之法, 而不是从上级权力加诸列国之法。所以从边沁^① (Bentham) 以来, 通称为国际法 (international law , droit international) , 定名较为确切。

国际法是法学的一分支, 但是一个比较幼稚的分支。国际法之研究虽已历数世纪, 然而学者对于斯法之研究方法及其内容性质, 所见迄不一致。因之他们对于国际法所下之定义, 亦殊多歧。今为讲述之便利计, 姑采一个比较明确的定义, 即国际法是“ 那部习惯的及协定的规则, 世界文明国家所认为在他们相互关系上, 对于他们有法律的拘束力者。 ” 简单地讲, 国际法是规律文明国家相互关系之行为的规则。^②

从边沁以来, 国际法常说是有国际公法 (public international law) 与国际私法 (private international law) 两支之分别。实则惟有国际公法是国际法, 国际私法则尚不能说是国际法。国际法是规律国家间相互关系之规则总体。而所谓国际私法之规则, 则不过在指导国内法廷, ^③ 遇特种案件应当适用何国法律。此是国内法之特殊的部分, 与国际关系全不相涉, 当无取得国际法称号之权利。实则有些英美学者的书全然抛弃国际私法之名称, 而名为“ 法律之冲突 ” (conflict of laws) 。所以严格地说, 凡说国际法, 即是专指国际公法而言: 公 (public) 之形容词, 似乎可以不用。现今属于所谓国际私法之规则, 将来依习惯及条约之作用, 固然亦可以取得国际法的性质。^④

二、国际法之性质

就形式上说, 国际法是法律中之特别的一种。国际法是一部规律文明国家的行为之规则。但若是文明国家各营孤立生活, 不相接触, 则无

边沁 (1748—1832) 英国人, 功利主义法学派的代表人物。 —— 勘校者注。

② Oppenheim: *International Law*, Vol. I, p. 1.

现一般称为“ 法庭 ”。 —— 勘校者注。

④ Lawrence: *Principles of International Law*, pp. 5—9.

国际法存在之必要。实际上国家与国家之间有密切的不断的交际。他们组成一个社会，即国际社会（family of nations）。因此，为规律他们的相互关系，一部行为的规则是必要的。

然而虽说有一个真的国家社会，而此社会向来是缺乏组织的。现今国际联盟 League of Nations 成立，国家社会虽已初具组织，然比之真正政治的组织之社会，性质仍大有差殊。国际社会是自由的独立的个体之社会；组成此社会之国家不受何项最高权力之支配。换句话说，国际社会虽以国家为组成分子，而自身不构成一个国家之形式。因之，国际社会之法与国内法有殊。国内法所依附之国家，是具有政治的权力之组织体；国际法则不是依据最高权力而存在之法律，而是依国际社会各分子“公认”（common consent）之法律。如果说国内法之最后的渊源是国家之组织的意志，则国际法最后的渊源是列国之一般同意（consensus gentium, general agreement）。假设所有文明世界的国家合成一个世界大帝国（Civitas Maxima）而具有一个联合政府，如今之美国然，则真正的国际法将不存在。此将成为一大联邦之宪法；此将与国内法同一。^②

然则国际法是否真是法律，而自成一个系统？

普通法理学书上关于法律（law）一名词之定义，常不能适用于国际法。因为他们总离不开政治的主权组织，而在国际法之后，则未有此种权力组织。从国际法学创始以来，即有国际法是否为法律之一个问题。有许多学者对于此问题作否定的解答，而认国际法只具有道德的规则之性质。^③ 英国有名的法学家俄斯丁^④（Austin）之说，最能代表此派见地。俄斯丁说法律是政治的主权者之命令。如果他的法律之定义是正确的，^⑤ 则国际法当然不得为法律，因为在国际社会无所谓主权者，亦不能有命令。但是如此的法律之定义究不正确，则已为后来的法学家

原文为“粗”。——勘校者注。

② 关于国内法与国际法之关系可参看 Oppenheim: *International law*, Vol. I, Chapter IV.

实则国际法规则之外，国际社会另有国际道德（international morality）的规则，其效力并不同。参看 Lawrence: *Principles of International Law*, pp. 9—10, Hershey: *Essentials of International Public Law and Organization*, pp. 2—4。

今译为奥斯丁，（1790—1859），分析法理学的创始人，周鲠生书中均译成俄斯丁。——勘校者注。

⑤ 原文为“确的”，今改为“正确的”。——勘校者注。

辨明。俄斯丁派之法律命令说已失势于法学界；现代法学家，渐认为法律是社会内公认的行为之规则，对于社会内各员有拘束力。依此定义，则法律之存在不限于国家，而可推及于国家所组成之国际社会。社会之观念较国家之观念为广，国家是一个社会，国际社会也是一个社会。国内法是法律，国际法也是法律；则因为国际法乃是国际社会公认之行为的规则，而对于此社会内之列国有拘束力。诚然，在各国家之上尚未有中央政府可以厉行国际法规；因为如此，国际法比较国内法为弱。但是软弱的法律仍不失为法律。况且国际联盟创立的结果，国际法的效力，亦将不如以前之弱。^①

实则惟有学者理论家关于国际法之是否为真正的法律意见分歧。^②在事实上，则国际法固是继续不断的被认为法律。文明国家的政府及议会自认在道义上法律上均受国际法之支配。文明各国的舆论，亦无不认定国家在法律上有遵从国际法规之义务。此等国家不但是在许多条约中承认国际法的规则有法律的拘束力，并且依国内法承认此项法律，例如欧战后德奥的新宪法。^③如值有一国破坏国际法，文明世界之舆论及各国政府即将加以指斥，视同违反普通的法律。

国际法之违犯，诚是国际社会内亦有的事，尤其在战时惯见之。但违法者常力图证示他们的行为并不构成违法之事，而说他们依国际法有如此行动之权利，或至少亦说当时并未有何国际法规禁止此等行为。而在现代国际社会，则已有一个增长的倾向，将国际法上之争论问题与一般国际争议，提交仲裁法庭或其他国际机关，求一法律的解决。此皆足以证示国际法被认为法律之事实。

三、国际法之历史的发达

(A) 国际法何以说是近世文明的产物？

世人竟说国际法是近世文明的产物，它的元祖是荷兰法学家格罗特^④ (Hugo Grotius)。格罗特于一六二五年刊行他那有名的《De Jure

^① *oppenheim; International Law, Vol. I, pp. 3—14.*

原文为“分歧”。——勘校者注。

^③ *McBain and Rogers; The New Constitutions of Europs, p. 177, p. 257.*

今译为格老秀斯，(1583—1645)，被称为“国际法之父”，周鯉生书中均译为格罗特。——勘校者注。

Belli ac Pacis》（战时及平时法），^① 树欧洲国际法之始基；而国际法之在国际关系上成为现实的势力，则始于卫斯特华里和约^②（*Peace of Westphalia*, 1648）。此其为说，仅部分正确；^③ 如其作绝对的说法，则不免启人误解，故有特加说明之必要。

说国际法是近世的产物，如其意是谓，前乎近世，对于国家之行为即无何等规则规律他们，则其说是不确切的。我们知道有许多的国际规则为欧洲古代国家所承认。同样的规则也存在于欧洲中世。^④ 不过后者不似前之多，则因为其时代之状态不同。质言之，即古代纪录中可求出古代的国际法，中世纪录中可寻出中世纪的国际法，亦如近世有近世的国际法然。

而在他方面，则国际规则之观念，惟至宗教改革（*Reformation*）以后始明白认识出来，则是的确的。欧洲古代社会尽管有国际规则，但古代的人尚未看作国际的规则。他们以为此等规则是一般的拘束列国人民的，而不说是拘束组合体之国家的。自他们视之，国际规则是一般的，共通的国内法，而不是国家相互间之法，古代世界之国际法并未明白的成一个独立的法系，以别于国内法。中世纪的人关于国际法亦未达到确定的观念。于是国际行为之规则乃与国内法规不可分别。

其次，国际法学（*science of international law*）起于近世，亦是的确的。从未见有古代国际法学著述传于今世者。在中世纪，诚征现有国际法学之先兆：战争及战争规律，辄亦有人注意。但中世论战争之著作家，大多肤浅，其所论述殊幼稚而无条理，不足以当学之名。

将国际法定为一分明的独立的研究部分，而为有条理的说述，仅始于十六世纪之初头，宗教改革之后。格罗特不是最先讲国际法的一人。他之所以称为国际法学之元祖，并不是因为他是此学之创造者，而是因为他的著作之效果。在格罗特以前，已经有许多先觉。当时欧洲有些情势令人不能不考究国际行为及其规则。格罗特的那些先辈将他们工作的结果刊成书籍；此等书籍即是国际法学之萌芽。此学自然有大影响于国

该书英译名为《*Of the law of War and Peace*》。—— 勘校者注。

今译为威斯特伐里亚和约。—— 勘校者注。

原文“的确”，点校者已修正。—— 勘校者注。

本文中，所谓欧洲中世即欧洲中世纪（公元 476—1640 年）。—— 勘校者注。

际法本身；依法学家的说述，国际法成为更确定的更有系统的规则。于是可说惟在近世，国际法始自成一部系统的学说而存在。

复次，国际法在十七世纪之上半期，于格罗特的书刊以行后。开始其新进的生涯，亦是的确的。近世国际制度可说是从一六四八年卫斯特华里和约开始。自宗教改革教皇失权以后，全欧洲骤现出无法的局面。欧洲国家自以为已未有何项义务可拘束他们，且并此国际法之观念而亦否认之。在十六世纪，当国际法停顿之时，此学发达出来。国际无政府状态，正是一种新情势，促人研究国际行为，著书立说者，国际法学。于此开始。初期的著述家之力量尚不大；格罗特的书则有大效果，从此将法律导入国际社会。

最末，如果世人意中之国际法是特指一部包罗丰富的国际规则而言，则说国际法是近世的产物，亦是的确的。古代国际规则比较的少，中世的国际法亦然。近世国际法较之以前的国际规则内容丰富。近世国家关系密切，交通频繁，因此，行为的规则亦特别加多。

(B) 近世国际法出现之时期——从宗教改革至卫斯特华里和约

在此时期中，欧洲社会有可注意者数点如下：

一、许多国家卒达于政治的成熟之域。封建制度破裂，统一的中央政府渐兴。尤其是法、英、西班牙诸国已成为完全发达的民族国家。

二、世界主权 (universal sovereignty) 之观念消灭。宗教改革给世界主权一致命的打击。在政治的宗教的争斗之中，欧洲国家争得独立；而国际社会成为一不受何项共同统治者或宗主支配之国家的集团。

三、种种引人注意国际关系之情势产生国际法学。第一，世界主权破坏之直接的效果，是为国际的无法状态之出现。当时的的问题，是在如何使各国恢复其守法的精神，使他们的统治者知道在他们相互关系上仍然受许多规则之支配，他们的自由不得流于无法。第二，在十六世纪中，有几个新问题发生。新大陆发见，^① 富于进取心的国民争攘取之。殖民国的利益自然互相冲突，而“未占有地”（无主地）之取得及其相关联之问题，乃大引起争论。“海洋自由”之问题，亦随地理的发见，贸易的扩张而引起。在十六世纪中，互相维持常设使馆之惯习，渐成长

本文中，“发见”同“发现”。——勘校者注。

于欧洲；此亦是发生关于国际行为之新问题者。此种问题，皆有以使
人注意国际行为问题及其规则。

(C) 格罗特的先辈之创立国际法学

国际法学起于十六世纪，因为当时欧洲情势促人注意国际关系之问
题。初期的著作家须应付的问题有两个：

第一，他们须说服欧洲国家，使知各国家新得的自由，不是无政府的
意思。他们须为国际行为的规则别求一个根据，以代替神圣罗马帝国
皇帝及罗马教皇所行使之权力。

其次，他们须为列国确立一部国际规则。中世纪的惯例不足以应现
在的需要。新问题发生需有新规则，尤其是一部规则可以抑制战争之惨
毒行为者。

此两问题中之第一个，得着一巧妙的解决。在宗教改革之后，有一
种学说，名为“自然法”或“性法”（law of nature）者出现，说是，
不服从何项共同统治者之国家，受制于一种超乎人间权力之上之规则，
因为此项制度是出于理性所命（dictates of reason）。依此学说，世有一
部万国规则，而此部规则主由自然法组成。于是为大部分国际法而立之
根据是理性。其次一个根据也同时定出，是即“公认”（common con-
sent）。国际法包括一协定的部分，其根据在一般的承认。于是依十六
世纪之学说，国际法以两个根据不同的部分组成：主要的部分是自然
法，其有拘束力，因其合于理性；次要的部分是意志法（voluntary
law），其有拘束力，因其为国家所承认。

第二个问题，即制出一部详细规则之问题，则部分的依哲理的方法
推论，部分的借助于历史，尤其是古代史，部分的利用国内法，尤其罗
马法，而告解决。

初期的著作家多为西班牙的神学家，他们总名为西班牙神学派。而
在他方面，则意大利人詹易利^①（Gentilis, 1552—1608）对于国际法贡
献特大。因之有些学者主张詹易利应得国际法元祖之称号。他所著战争
法（De Jure Belli, 1598），说是为格罗特的著作示一模范。

初期的著作家未发生多大的效果。在十六世纪中，国际法只存在于

今译为贞提利斯，周鯨生书中均译为詹易利。——勘校者注。

纸上，而不是一个活势力。所谓国际义务尚未得到当时统治者与军人之一般接受。

(D) 格罗特 (Hugo Grotius) 著作

所谓近世国际法元祖之格罗特为荷兰人，以一五八三年四月十日生于荷兰之 Delft 省。他除以法律家国际法学者著名外，且为有名的历史学者及神学者。在他之患难奔波中，曾投身于外交生涯。他有许多学术的著作，他死于一六四五年。

下列之两著作为格罗特在国际法上主要的贡献：

一、*De Jure Praedae Commentarius*, 1604—1605，在一六〇四年，要求东方贸易独占权之葡萄牙人谋将荷兰东印度公司用武力驱逐出东方。荷兰公司则捕拿葡船以报复之，于是格罗特草有题为 *De Jure Praedae* 之著作，主张荷兰公司之权利。但此书迟至一八六八年始刊行于世。惟在一六〇九年当葡萄牙继续迫害荷兰人之时，此书之第十二章未经格罗特许可而刊行，题为 *Mare Liberum*。^① 在 *Mare Liberum* 中，格罗特主张海洋自由说，否认葡萄牙有对于外国商业封锁海洋之权利。

二、*De Jure Belli ac Pacis* 格罗特所以称为国际法的元祖，即因为他著有此书。格罗特于一六二三年在其流寓外国中，着手草此著作；书成于一六二四年，而刊行于一六二五年。虽说格罗特的前著 *De Jure Praedae* 已经从事于同类的工作，然 *Jure Belli ac Pacis* 完成之速亦大可注意。观于格罗特此书之出，则谓在他以前，未有人曾对于国际法为更包罗的系统的论述亦不为过言。此书之主要的动机，是在防止国际无秩序状态及战争之乱暴的行为。

De Jure Belli ac Pacis 之内容，适与近世一般国际法著作之配置，成一好对比。近世一般国际法的著作，总是从实体法开始，先说国家的权利，此部分一名为平时法 (*Law of Peace*)。于实体法说完之后，始说战争法 (*Law of War*)。但在上述格罗特之书中，如其书名所示，战争为其最初而最重要的部分。实体法则反在战争法之后说述。^②

格罗特的 *Mare Liberum*，现已有英译本如下：*Hugo Grotius; The Freedom of the Seas, translated by Magoffin, 1917 (Carnegie Endowment)*

格罗特的 *De Jure Belli ac Pacis*，各国译本有多种。最新者为美国卡列基平和基金团 (*Carnegie Endowment*) 出版的英译本，共为三卷，译为 *Kelsey* 等。

格罗特所采之国际法学说，并不新奇；此即是他的先辈之学说，即谓国际法所包容者，主要的为自然法，而一部分为意志法或协定法（voluntary or conventional law）。但格罗特究有较他的先辈进步之处。他的新颖的处所，在其书中之最重要的部分，而此则为他的著作所以发生大效果之原因。

格罗特之书，在方法上诚多可疵议，但自其效果上评断之，则不能不说是最重要的著作。此书对于欧洲国际关系之观念为革命；对于玛基维尼^①（Machiavelli）一派专重权术的政治主义，加一致命的打击，而致卫斯特华里和约得以完成。

格罗特的学说大部分后来为政府及军人所接受。欧洲统治者始觉得他们的自由不是无政府。在国际争议中，格罗特之书惯见援引，有时且引以攻击野蛮的战争。即在他的生前，此书已重版加注，刊行于世，如同经典。大半因为格罗特此书出世的影响，自然法与万国公法之讲座乃设于欧洲各大学，而此书到处用为教科书。战争行为，亦即时因之有改良之象。在十八世纪初头，西班牙王位继承战争中的行为，较之三十年战争时已大有改善。观于如此的大效果，格罗特之称为国际法元祖（Father of International Law），亦不为过誉。

但有须注意者，格罗特的学说并未即时全部为一般国家所接受。不过可以说至十七世纪之末，文明国家自认受国际法之拘束，其规则大半是格罗特所主张的。

（E）卫斯特华里和约（Peace of Westphalia, 1648）与国际法

近世国际法之成为一个活势力，影响于国际行为，实从卫斯特华里和约起始。卫斯特华里和约可说是近世国际法之诞生期，其理由如下：

一、卫斯特华里公会是近世史上处决^②国际关系的欧洲大会议之创举。此公会在欧洲外交史上开一新纪元。实际几乎所有的基督教国家均到会。不到会的惟有英国（时正有内乱），俄罗斯及波兰；他们仍列名于公会条约上。惟有异教的土耳其则既未到会，亦未列名于条约上。此

今译为马基雅维里，（1469—1527），意大利的政治家思想家，周鯨生的书中均译为玛基维尼。——勘校者注。

意为“处理”。——勘校者注。

公会之召集，足以证示一个国际社会之存在。此国际社会在一六四八年专以基督教国祖 成；换句话说，即近世国际法之发起者为基督教的欧罗巴。从那时以后，此社会日益扩张，而包容着非基督教的国家及非欧罗巴的国家。

二、在卫斯特华里公会所立之协定下，神圣罗马帝国治下之复多^②的社会，实际成为独立的国家。其结果是国际社会成为一个极广大的社会。国际社会员数之如此增多，有利于国际法之发达，因此实给国际习惯规则以成长之地步。

三、新教国家脱离教皇的支配；德意志诸邦离帝国而独立。如是则卫斯特华里和约正式否认世界主权。世界主权之说，事实上已打破于宗教改革，兹则正式的永远取消。

四、卫斯特华里和约之条件，暗示承认格罗特主义。例如领土主权，国家独立之观念于此承认，因为和约上保障德意志诸小国之领土主权。一切国家以平等的权力集于一个社会，是伸张国家平等之原则。

五、从卫斯特华里和约以后，常设使馆之惯习 成立。此有以坚固国际社会之结合，而发达其友谊关系。

（F）国际法学派之分歧

在近世国际法著作中，关于国际法的根据之学说，与格罗特及其先辈之学说有大差别。格罗特及其先辈说，国际法大部分之有拘束力，因其为自然法，依据于理性，而其小部分之有拘束力，因其是依据公认（common consent）。换句话说，依旧来的学说，国际法的根据有两重：其主力的首要的根据是理性，而其次的根据是一般的同意。

近世学说则谓国际法全体之有拘束力，因为他依据于一般的同意。国际法之惟一的根据为 *consensus gentium*。此学说摈斥曾为主要的根据之理性，而将那向来属于次要的根据之“公认”视为独重要。此项革命行于格罗特以后之三世纪中。欲将自然法元来 在国际法上所占之地位推翻，不是一件容易的事。实则十七世纪后期及十八世纪前期，有些

① 应为组成。——勘校者注。

② 原文如此。——勘校者注。

③ 即“习惯”，本书中多为“惯习”。——勘校者注。

④ 应为“原来”。——勘校者注。

学者所赋予自然法之职役，较之以前格罗特所赋予者更大。普芬多夫（Samuel Pufendorf,^① 1632—1694）在海德堡（Heidelberg）大学担任第一任自然法讲座，宣言，自然法是国际法惟一的根据，国际法中只包含自然法，而未含有依据一般同意的部分。所以国际规则不能求之于国际交涉之纪录中，而当依哲学的方法，或于国家之本性及其存在之目的以推求之。

有少数极端论者附和普芬多夫，而共同的冠以“自然法派”（Naturalists）之名。

十七、八世纪之学者大多数承受格罗特之学说，通称为“格罗特派”（Grotians）此派之最有名的学者为 Wolff（1679—1754）及 Vattel（1714—1767）。^② 他们一面说国际法主依据自然法，同时亦承认其包含有协定的（conventional）部分。理性仍旧为国际法主要的根据；而同意则为其次要的根据。然而即在此时期中，国际法学已表现有脱离格罗特传习之征兆。有少数学者确已将同意作为国际法最重要的根据，虽则他们尚未全然抛弃自然法。他们将自然法视为不重要，而置重于同意。英人佐施（Zouche, 1590—1660）及荷兰人边凯绍克（Bynkershoek, 1673—1743）是此派之显例：他们说国际法主成于协定的习惯的规则，不能依哲理的推论以求之，而当求之于国际纪录中。此派的学者是视国际法全依据于公认的，是近世“实在法派”（Positivists）之创立者。

在十九世纪前二三十年，国际法学者如 Klüber, Heffter, Phillimore, Twiss 等，名义上仍属格罗特派，而其实已不然。他们已近乎“实在法派”。他们虽然宣言国际法部分的依据自然法，而在阐述其详的时候，他们全然忘掉自然法，而只认有那些得着列国公认的规则。

惟至十九世纪之末，始有全然打破格罗特传习之事。“格罗特派”退，而“实在法派”代兴。今日所谓“实在法派”者，实包括近世国际法学者之大多数，尤其是英美学者。他们较之此派的创立者更进一步，完全的最后的抛弃自然法。依此派之说，国际法那一部规则之有效

其姓名应为：Samuel von Pufendorf。——勘校者注。

克里斯第安·沃尔夫（Christian Wolff, 1679—1754）和爱默瑞切·德·瓦泰尔，是格老秀斯主义折中学派后来有两位代表人物，他们有选择地以折中的自然法与实在法为基础阐述了国际法的规范。——勘校者注

力，不是因其为理性之所命，而其规则不是可依推理的程序发见的。国际法之有拘束力，因为国家自身承认之，而此等规则，当依归纳的方法，从国际交涉史上求之。但他们宣言“公认”是国际法之惟一的基
础，此不是说国际法是一部不合理的规则。“实在法派”的主旨，不过
是说任何规则不能徒因其合理而即视为属于国际法系。在列为国际法规
则之先，须先证明此规则实为国际社会内列国所承认。

国际法学发达以来，分为三派，即“自然法派”，“格罗特派”及
“实在法派”，而“实在法派”最后制胜，已如上述。近世多数学者所
以舍“自然法派”，“格罗特派”而归依“实在法派”之理由，至易明
白。将自然法与国际法视为一事之旧学说，原来是应付特殊的情势而立
的。一旦此种情势消灭，则此学说之需要失去，而不复能成立。在宗教
改革之后，欧洲国家不承认自己受何项规则拘束。为应付此情势，乃不
得不诉诸自然法。格罗特及其先辈说，即令是独立国家，也须服从理性
所命，因为此是不依赖何项人间的权力而自其有拘束力的。惟其宣言国
际法系依据自然法，他们乃得导欧洲于行为的规则之轨道上。但一旦赖
自然法学说之力致欧洲国家接受一部国际规则，则此部规则便是依据于
“公认”，而旧根据之需要乃失去。

虽说格罗特的学说久已不真确，^①然其说究为未成无价值的。反
之，依此学说之助，有许多改革引入国际法。加之，现今旧学说有时仍
有用处。有时国际社会亦有诉诸自然法之机会。关于有些事情，并未有
明了的国际舆论之表示。法律有时暧昧不确定。在国家之上，既无法院
或立法部，则惟一的方法是在诉诸理性，在考虑何者最合理的解决。自
然法尚可以解决法律上的疑难或填补法规之缺陷。不过如此采定之规
则，非有已得国际社会之承认后，当然不能改变国际法原则。

四、国际法之根据

近世国际法的根据是“公认”（common consent），已如上述。然所
谓公认，不是说国际社会内的一切国家均须明示的就各项规则一一承认
之；如此的公认决不能成事实。国际社会以国家组成，国家之生命说是
永久不绝的；因之，国际社会之分子比较的是固定的，不过有时偶然有

应为“正确”。——勘校者注。

旧员丧失新员加入之事。新员之加入，但依明示的或默示的承认行之。

国际法之习惯的规则依各国家之公认以成长，习惯的规则成长之程序大略如次。国家相互间的交际，需要许多国际行为的规则。在国家相互关系上，各国遇事依同样的方式行动，于是单独的习惯渐次成长出来。因为有些国际行为的规则从中世纪之末已迫切需要，自然法学者乃依据宗教的、道德的、哲理的、历史的思考，创造许多规则，树其成长之基。格罗特的书（*De Jure Bellie ac Pacis*）供给一部系统的规则，如此的能适应时代之需要，致成为后来发达的基础。若不是文明国家之政府及舆论具有觉悟，觉得对于国际行为应当具备有法律的拘束力之规则，而事实上各国家又迫于他们的利益及此等规则成长之必要，则此等规则不会成长出来。及至后来，尤其是十九世纪，单是惯习的规则，明明犹嫌不足，或不充分明确，新规则乃依“造法的条件”（*law-making treaties*）以造成此等条约是为未来的国际行为立法者。如是，而协定的规则渐与习惯的规则并行的成长出来。

新产生的国家依明示的或默示的承认加入国际社会，也就由此承认了在加入当时现行有效的那一部国际行为的规则。所以今不必就国际法所有的规则一一证明其得有国际社会内列国之承认。任何一国，在其加入国际社会之时，不能说他是愿意服从国际法之某项规则，而不愿意服从其他的规则。加入国际社会，带着服从一切现行国际法规之义务，惟条约之特别指明专适用于缔约当事国或随后加入条约的国家者，于此为例外。

在他方面，国际社会内之国家，不能随时宣言不再服从国际法上某项公认的规则。此部法规只能依列国同意以变更，而不能徒以任何一国之单独的宣言变更之。此项原则不仅适用于习惯的规则，并且适用于依造法的条约而成立之协定的规则。但若在条约上明认缔约国有宣告退出之权者，则此原则不适用。

五、国际法之渊源

关于国际法源之种数，学者意见常不一致，其理由在各人对于法源（*source of law*）之观念有差异。狭义地说，法源是指法律的规则所依以成立之方式或程序。依此解说，吾人可说国际法源（*sources of international law*）是指国际法的规则所依以成立之方式或程序。

从实在法派之见地观察，国际法之根据在于组成国际社会的列国之

公认。国际法全以文明国家公认之原则与规律构成，于是则凡一切的方式为“公认”所依以表白者，即是国际行为的规则所以成为国际法之方式，即是国际法源。

公认之表白，或是默示的，即各国在一定的情事，继续依同样的方式行动；或是明示的，即列国缔结条约的，定出行为的规则，相约将来共同遵守。换句话说，公认或是默示的表白于惯例，或是明示的表白于条约。惯例（custom）与条约（treaties）是国际法之两个渊源。

惯例 国际惯例之成立，基于列国的惯行；换句话说，即由于他们有相互关系上继续取同一的行为。但国家是一个抽象物，不能自己有所作为。国家之行为必依国家之机关或代表以实现。国际法所关涉者，通常为行政部之行为，或其他由政府委任主持军事动作的海陆军统帅之行为。有时立法部与司法部之行为，于此亦关重要。

列国的惯行，不一定都造成国际法。国际惯行之能构成惯例，产生国际法，必是国际社会已有一种感觉，觉得此类规则在法律上有拘束力。至于此种国际惯例，何时始为成立，则是一个事实问题，而非理论问题。理论上所解说者是：凡值列国惯取的某项国际行为，一经认为在法律上正当而有拘束力，则从此种行为推出的规则，即是惯习的国际法规则（rule of customary international law）。

惯例是国际法之最初的渊源。惯例是国际法中实体法部分之主要的渊源。在国际法之此部分，协定的成分殊少。

条约 国际条约之缔结，有种种不同的目的。多数条约，于国际法规则之创造无关系，例如割让条约、同盟条约、保障条约等。条约之能为国际法源，必其是为未来的国际行为立出新规则，或是确认或解释或废止既存的规则者。

有两类条约可为国际法之渊源

（一）一对国家间或一小群国家间缔结之条约，其目的在使缔约国放弃法律上的权利或承受法律的义务之可对于一切国家遵守者。假定一国依同盟条约对于他国约定：如被攻击，当相援助。因此而生之国际义务是不能对于一切的国家履行的。此种条约，在国际法上自无造法的效果。但若是一国对于他国约定交出逃入境内之罪犯，因此而生之义务，则得对于一切国家履行。于是当一对国家或一小群国家缔结此类条约

时，其所规定之行为，对于缔约当事国之各方课有义务，但对于其他国家不发生效力。既存的法律于此并未有何变更。而在他方面，如果许多对或许多群国家缔结同样的条约，皆规定有如此同一的新行为，其结果则吾人可由此识得一个国际惯例，而法律可因之变更。换句话说，凡值多对或多群国家间订立之条约，如其涉及如许多的国家，致新行为成为通例，则此种条约具有造法的（law-making）效果。

（二）在国际公会订立之条约，其内容涉及国际行为的规则，适用于一般国家者。此等条约称为“造法的条约”（law-making treaties）。国际公会之可为立法的工具，于十九世纪中始渐认识出来。

立法的事业最初试行于维也纳公会^①（一八一四——五年）。维也纳公会所成就的立法工作尚不甚大。国际立法事业之更重要的一步，实行于一八五六年之巴黎公会。^②巴黎公会于处决政治问题以后，尚签订有一个重要的国际文件，即“巴黎宣言”（Declaration of Paris）；此项宣言，制定了几条重要的海战法规范。

在最近三十年内，国际立法事业盛行，有几个国际会议与战争无关系，而完全直接具有立法的目的。不过一般的说来，此等国际会议尚只议及战争法规及国际争议平和处决方法，而未涉及于实体法。说者谓此等立法的公会皆是战争的公会，此其意不是说他们是为收束战争而开，而是说他们是专为战争立法，即所谓海牙平和会议，亦是如此的性质。惟有一九一九年之巴黎和会，于此开一新纪元；此公会一方面为收束欧战，同时又对于一般国际问题，成就有根本的立法事业。

在公会中所订之条约，通常冠以宣言（declaration）或最终调书或总约（final act）之名；他们在国际法上视为与国内法之议会条例（statute）相当部分。不过两者之类似不可过于夸张；国际条约与国内立法，实有重大的差别，不可视同一律。

除惯例与条约之外，学者当列举有其他国际法源，兹述其重要者如下：（一）各国政府关于国际事务之文书（在条约以外的）；（二）仲

又 称 1815 年维也纳会议。——勘校者注。

又 称 1856 年巴黎会议。——勘校者注。

裁判决；（三）有名的公法家学说；（四）捕获审检法廷之判决及其他国内法廷判决；（五）政府为指导官吏及法廷而下的训令。凡此诸项，虽对于国际法之发达，多少有所贡献，然将他们与惯例及条约同视为国际法源，则是错误。

六、国际法之分割

由上所说，吾人已知国际法是法律之一分支。国际法学亦即是法学之一分支，其所考究者不是哲理道行，而是实用的规则。从国际法之起源上着眼，分国际法为自然法与意志法之两大部，其不合于实在法派之立场，自不待说。依实在法派之说，国际法惟一的根据在于公认，此外则不认有所谓自然法可以构成国际法之一部分者；如是则旧来的自然法与意志法之分别当然不能成立。

惟一个合理的分划标准，是在从国际法之内容上着眼，从他包容的材料上着眼。然而旧来依内容以分划国际法部类者，亦多不能满足科学的要求。

依内容分部之最古而最有势力者，为战时法与平时法之分法。此种分法，表现于格罗特之书名（虽则未应用于内容），而为后来大多数学者所采用，以至于近时犹盛行。此项分法之可取处，在能于平和状态之国际关系与战争状态的国际关系之间，表出一个极明显的区别。然而在国际法之继续的发达中，两部分之间已生出不均衡的关系。虽说在国际法之起初，战时法几占有全般的注意，而今则平时法之范围日扩大，日见其重要，而战时法有降成例外法之倾向。并且上项分法亦易使人起误解，以为对于不同的情势有不同的法律，此实有伤法律之单一性。加之战时法之观念有时可广可狭，而在其广的观念上所包含之规则可涉及防免战事之手段，如是则分划明了之度更为之减。然而多数学者尤其是英美学者，仍固守平时法（或国际常规的关系之法）与战时法（或国际变则的关系之法）之分划。

有的大陆学者将国际法分为关于人（*personnes*）之法，关于物（*choses*）之法，关于义务（*obligations*）之法，及关于诉权（*actions*）之法；此项分法原来取自私法。古代学者未精心将国际法之材料与国内