

条 约 法

李浩培

条约法是一门很复杂的国际法的科学，也可以说是国际法的一门基础科学。要是仔细研究这个问题，恐怕在大学里讲一年也是不够的。今天讲三个钟点，只能讲一些比较重要的问题，我对条约法没有多少研究，有一些个人的意见，也不一定正确，提出来供各位参考，进一步讨论，提出批评意见。

先谈一谈条约的概念，也可以说定义问题。要讲定义，先从《条约法公约》开始。联合国有一个《条约法公约》是一九六九年订的，在维也纳签订，是联合国召开的条约法公约会议通过的。所以《条约法公约》也叫做《一九六九年维也纳条约法公约》。《一九六九年维也纳条约法公约》对于条约有一个关于用语的叙述。《公约》的第二条说，“就适用本公约而言：(甲)称“条约”者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称为何”。这是联合国条约法公约关于条约的一个叙述。我们要研究一下这个关于条约的叙述是不是条约的定义？因为我们不论研究什么问题，总要给作出一个界说(definition)。我的看法，这个叙述不是条约的定义。第一，从《条约法》的第二条可以看出，它先说是“用语”不是说“定义”，英文叫做(use of term)，并且说“就适用本公约而言”。那么不是适用本公约的条约，就不是这个定义。它只是说本公约里说的那种条约是什么，而不是一般的条约的定义。另外，我们还可以看出，这里所说的条约是指国家间缔结的条约。我们可以想一想，条约是不是只是国家间的条约？国家以

外缔结的条约也有的。一个国际组织同另一个国际组织缔结的协定也是条约。在这个《条约法公约》把条约限定在国家与国家之间缔结的条约，而国家与国际组织之间或者国际组织与国际组织之间的协定，都不叫条约。这样的一个用语作为条约的定义，当然就不适当。因为它没有把一切所谓国际人格者所能缔结的东西叫做条约。因为定义要把这个概念所能包括的一切重要的特点、本质都包括进去，不能遗漏。所以，这个用语不能称为条约的定义。另外，它说是“以国际法为准之国际书面协定”。条约是不是要书面的？条约当然绝大部分是书面的。因为不是书面的话，不容易证明。条约是非常慎重的东西。国家同国家之间订立条约或者国家同国际组织之间订立条约都是非常重要的事情。所以要使之能够证明。但问题在于，书面以外订立的東西是不是可以称为条约。现在，一般认为书面以外订立的東西，比如说口头的東西也可以成为条约的。我们可以想像一个口头订立条约的例子。现在科技很发达，录音机很方便。假如说有两个国家元首碰到一起了，他们讨论一个问题要订一个条约。两个人都是国家元首，可以代表国家来订立条约。大家谈得很好，关于这个问题可以订立条约，但说明不要书面的，就求个音，口头成立一项条约，是不是可以？这没有什么问题。因为录音以后，虽然不是书面的，但录音是很容易证明的。一个人的音同另一个人的音是不同的，完全可以鉴定的。在现代科技发达的条件下，把条约限制一定要书面的协定是不客观的事情。不但口头成立条约，从条约法公约所规定的条文来看，也可以看出不是所有的条约一定是书面的。《条约法》第三十一条规定，第三项对解释条约是那样的，英文本我读一下，“That should take into account

together with the context” 意思说解释条约要根据上下文。下面B款(乙款)说,“Any subsequent practice in the application of treaty which establishes the agreement of the parties regarding the interpretation”。任何订立条约的国家在订立条约以后的实践或惯例,这种惯例就是对条约的适用。这种惯例可以确定当事国解释条约有一种协定(agreement),一种共同的同意。这种协定是不是书面的呢?不是书面的。因为这里文字写的很清楚,any / subsequent practice,任何缔结条约以后的实践或惯例,构成一种关于解释条约的协定。这种实践或惯例当然不是书面的。比如,两个国家订立一个条约,大家要执行这个条约。执行这个条约以后有一种怎么样执行的惯例。比如关于这个条约的一个条文,这个条文大家是怎样认为的,对这个条文的意义是怎样想的,认为这个条文是什么意思,大家都有一种共同的想法。这种共同的想法,大家都有一种实践,有一种惯例。这就可以当作解释这个条文的一个协定。相互意思一致。这样一种协定并不是书面的。这个协定是根据两个国家执行或适用这个条约条文的实践或者惯例来构成的。这样的协定并不是书面缔结的。从《维也纳公约》第三十一条的规定就可以看出,缔结一个条约不一定就要书面协定。假使按照维也纳公约的第二条规定,缔结一个条约一定要书面协定。这个定义也不完全。我就以这一点证明维也纳公约中关于条约用语的规定不能算是条约的定义。

另一个问题是,假使你把它作为定义,还会有缺点。这就是并没有把条约的一个很重要的本质讲明白。条约与一般老百姓订立的

合同一样，就是具有意思一致，当事人的意思表示一致。民法中合同法（或称为契约法）规定，一个合同要先来一个要约，然后来一个承诺。要约与承诺意思一致了，合同就成立了。这是合同成立的一个必要的条件。要约叫 offer，承诺叫 acceptance。要约与承诺意思一致，就构成一个合同。比方举例子来讲，我这里有一顶帽子，卖给你十块钱，你要不要？这就是要约，即 offer。如果说，你要的，两个人意思表示一致了，就是一个合同成立的实质要件。那么条约也是一样，条约也要意思表示一致。假使没有意思表示一致，条约是不可能成立的。所以，条约至少是双方或者是多方的行为，一定要有要约与承诺两方面的一致。到双方关于条件谈判都意思一致了，条约就成立了。这层意思在第二条的用语中没有表示出来，它只是说是“以国际法为准则的书面协定”，以“书面协定”来解释条约，两个差不多是同意语了，没有把条约的本质即一定要两方面的意思表示一致讲清楚。所以，我的想法是这样，说出来供大家参考。这样一个条约的用语，并不是条约的定义，而只是说明在条约法公约中条约这个字有什么意义。在条约法公约里面条约的意义是国家之间订立的条约，不是国家之间订立的条约原则上就不适用这个条约法公约。比如国际组织同国际组织订立的条约就不适用维也纳条约法公约。那么适用什么呢？现在有另外一个公约出来了，就是国家与国际组织之间，或者国际组织同国际组织之间订立的条约，适用另外一个公约。为什么国际组织之间订立的条约不适用维也纳条约法公约呢？因为国际组织同国际组织之间订立的条约有它的特点，不能完全适用维也纳条约法公约。所以维也纳条约法公约把国家与国际组织之间，国际组织与国际组织之间订立的条约

排除掉了。口头的条约也有它的特点，也不能完全适用维也纳条约法公约。所以维也纳公约把口头条约也排除掉了。但这样并不是说口头的条约。国家与国际组织之间或者国际组织之间订立的条约不能称为条约。

在维也纳条约法公约中。除了第二条之外，第三条明文规定，“本公约不适用于国家与其他国际法主体间所缔结之国际协定或此种其他国际法主体间之国际协定或非书面国际协定，此一事实并不影响：（甲）此类协定的法律效力”；就是说这些协定还可以看作条约，这些国家与国际组织之间，国际组织与国际组织之间订立的条约，或者口头订立的协定，还可以当作条约，并不影响这些协定的法律效力，我个人提出一个定义供各位参考。我的定义是：

条约是至少两个国际法主体旨在按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示的一致。

刚才有几个同志提出关于君子协定和口头协定区别和联系不太清楚。我在这里简单谈一谈。所谓君子协定并不一定是口头的，也可以是书面的。君子协定的一个主要特点就是订立协定的个人负道义上的责任，使协定的内容能够执行贯彻。君子协定本身是没有法律效力的。所以君子协定不能称为条约。条约一定要有法律效力，有所谓法律拘束力。两个国家订立条约后，一定要履行条约。称为“条约必须信守”。假使不履行条约，就是违反条约，在国际法上叫做国际的不法行为，英文叫（international delinquency）因此要负国际责任（international responsibility）。这是订条约的法律效果。国际责任是什么呢？或者叫赔偿损失。对方受损失的国家可以报复。这就是要负担国际责任。

君子协定不是条约，没有法律上的拘束力。当事人可以不履行，没有违反法律上的义务，但是违反了道义上的义务。美国与日本的外交官曾经订立关于移民的君子协定，我记得这个协定还不是口头的，是书面的。但是缔结这个协定的当时的意思并不是缔结一项条约，只是说双方保证两个国家都能实行这项条约，并不是当作法律上有效力的条约。君子协定并不是按照国际法产生相互间的权利义务，而只是两方负道义上的责任使条约能够贯彻执行。君子协定最重要的特征就是两方不负有法律上的责任，只负有道义上的义务。订君子协定两方面都要说明的，这个东西我们不算是条约，但要想办法使协定在国内能够实行。各位不要把君子协定同口头协定混淆起来。口头协定可以是一项条约，违反条约就会构成国际不法行为的。两个概念是不同的。

我再谈一谈条约的作用。条约的作用有两个。一个是，条约是作为国际间斗争与合作的法律工具，一个重要的法律工具。第二个作用是，条约是国际法的一个重要渊源。国际法两个重要渊源之一，重要的国际法渊源实际上有三个，一是条约，一是国际习惯，另外就是文明国家所承认的一般法律原则。关于这一点，有的人不承认文明国家所承认的一般法律原则，在理论上是可以争论的。但是前两个渊源是大家都承认的。

我先谈第一个作用。我们注意一下，前天《人民日报》发表一条消息，外交部部长韩叙受国务院委托向全国人民代表大会常务委员会提出提案，请全国人大常委会批准一个条约，加入两个条约，即《一九七三年消除一切形式的种族歧视的条约》以及《关于防止和惩治灭绝种罪的条约》。消除种族歧视的条约我们是要加入的，另外

一个就是一九四八年的防止与惩治灭绝种罪的公约。我们要批准。如果仔细看一看韩付部长的说明，其中讲，为什么要加入消除种族歧视的公约呢？就是因为目前还有些国家实行种族歧视，如南非实行种族隔离的政策。我们要同它斗争，怎么斗呢？要同许多国家合作起来，一起来斗争。所以这个条约我们要加入。我们的目的就是在于对种族歧视、种族隔离这种行为斗争，联合许多加入公约的国家一起来斗争，所以一方面有斗争，另一方面有合作，由许多国家合作来同这种不法行为作斗争。一九四八年防止惩治灭绝种罪公约我们要批准这个公约。我们要防止和惩治灭绝种罪。在第二次世界大战时，是希特勒搞灭种，现在还有一点残余的势力，纳粹分子现在还有。另外呢，现在也有类似的灭种罪行，如以色列，以色列大批杀戮巴勒斯坦人的情况还是有的。我们要同灭种罪斗争，另外还要合作起来斗争。这里我们可以看出条约的作用，就是国家利用条约来进行国际合作与国际斗争的一个法律工具。不论是多边的条约，双边的条约，都是一样的。比如双边的条约，两个国家订立贸易协定，为什么呢？当然是两方面进行合作，一方面有东西卖出去，有需要的东西买进来。还有的条约，比如邮政协定，一个国家要寄信到外国去，外国也要寄到我们这里来，大家互相要进行合作，所以要订立邮政协定。我们还加入了许多国际组织，这些国际组织目的是什么呢？也是要合作，最重要的例子是联合国，我们是联合国宪章的参加国，加入联合国就是参加了联合国的宪章，联合国宪章也就是条约。我们目的也是进行国际合作与斗争，联合国的宗旨就是要联合世界上一切国家，维护世界和平，进行国际合作，要维持世界和平，就要许多国家一起来维持，一个国家没有办法维持，你要进

行国际合作，也要许多国家一起来进行国际合作，不可能一个国家来合作的。我们加入许多国际组织就是加入许多国际组织设立的公约。每个国际组织都有其设立的公约的。这些公约的名称不同，有的叫 constitution，有的叫 statute，叫做规约，或叫规章。名称不同，但内容都一样的。不论什么国际组织，它组织起来的的目的都在于许多国家进行合作来对某一事情进行斗争，加强国际合作。我们加入其他公约也是一样的。比如说航空公约，我们的飞机要飞到外国去，外国的飞机要飞到我们国家来，我们一个国家不能孤立的。既然一个国家不能孤立的，一个国家就有许多事情要同其他国家合作，来进行斗争。所以缔结条约是必要的。你同其他国家要进行合作，进行斗争，也一定要订立一个东西么，来规定两方面的行为规则。这个行为规则就是规定在条约里。所以，条约是国家与国家之间为了进行国际斗争国际合作所必要的法律工具。所谓必要的法律工具，就是这个法律工具是用来规定两方面的行为准则的，两方面一定要有共同的大家都承认的行为规则，这个行为规则就规定在两方面或者多方面的条约里面。这是条约的第一个作用。

第二个作用是，条约是国际法的渊源，这个问题在理论上倒是有点争论的。第一个作用没有多大争论，我们一讲就清楚了。第二个作用就有点争论，这个争论在于究竟什么条约是国际法的渊源？因为有些法学家认为不是一切条约是国际法的渊源，只有一部分条约是国际法的渊源。这一部分条约是什么条约呢？是叫做立法性的条约，或者叫造法性的条约，在法文里叫 *traité-loi* 他们说造法性条约是同契约性条约相对立的。契约性条约法文叫 *traité-contrat* 就是说这种条约是与合同一样的。 *Contrat*

就是合同么。这个区别是从德国的一个国际法学家 Triepel 开始的。Triepel 是德国有名的法学家。他在一八九九年用德文写了一本著作，叫做《国际法与国内法》。在这本著作中，他提出条约有两种。一种是等于法文的 *traité - contrat*。在德文意思中，是指等于一个法律行为的或者一种交易的条约 (*rechts geschäftliche verträge*)。在民法中，这是指法律行为性的条约，就是等于后来法文所译的 *traités - contrats*。就是说这种条约是规定一种两方面规定一笔交易或一个单独的问题。这个单独的问题或者单独的交易的合同履行了以后，这个合同就完了，这个条约也就完了。这叫做 *rechts geschäftliche verträge*。这不是造法性的。所以他认为这不是国际法的渊源。另外一种条约叫立法性或造法性条约，他用另外一个名称，叫 *vereinbarungen*，意思是说，各个国家联合起来，使各个国家意思合一变为一个意思。*im* 在德文里是一个的意思，等于英文的 *one verein* 就是使其变为一个。*barungen* 就是可以使得变为一个的意思。*verein barungen* 意思是说各个国家，每一个国家的意思集合起来成为一个集体的意思。意思在缔结条约以后，制订各国大家都要遵守的法律。这种条约在法文中称 *traité loi*，在中文里译为造法性条约或立法性条约。从 Triepel 开始，从他创始把条约分为二类，他认为下面一类不是国际法渊源，只有上面一类是国际法渊源。举一例子，先举他认为不是国际法渊源的那种条约，这种条约只是规定一笔交易。一笔交易里双方的权利和义务还是规定的，但是条约规定这笔交易履行之后，这笔交易就完成了，条约也就失效了，这种条约就不是国际法的渊源。再举一个例子假使两个国家

订一个互相交换两块土地的条约，甲国的一块土地与乙国的另一块土地互相交换。因为这是相邻的两个国家，甲国一块土地接近乙国而乙国一块土地接近甲国，它们互相交换对双方都有好处。例如中国有一块土地离开我们国家比较远，对方国家另外一块土地比较接近我国国土的地方，双方订立条约，它的地方给我国，我国的地方给对方国，互相交换完了，那么条约也就履行完毕，条约就此失效。Triepel 认为这种是契约性的条约，不是国际法的渊源，为什么不是国际法渊源呢？他认为一桩事情履行以后，条约就完了，他认为没有立什么法律，那么什么是立法性条约呢？立法性条约一般不是孤立地规定一桩行为，而是规定一般性的规则，例如二国订立的商务航行条约要实行许多年，规定的事项也很多，如甲方的船可以到乙国港口来，享受国民待遇或最惠国待遇，乙国的人可以到甲国来定居，可以享受某种权利和承担某种义务，双方的税应该如何征收，规定的条文相当多，但都是一般性的，不是只实行一次，条约所规定的规则可实行许多次，如商务航海条约规定有效期为十年，那么在十年中关于二国间的商务、航行都要按照条约的规定来执行，而不是一笔交易履行以后就完了，他认为这种立法性的条约或者叫造法性的条约，它是国际法的渊源，双边条约对于二国来说都是法律，所以规定一般性条款的双边条约是造法性条约，造法性条约中最重要的是多边条约，如我们要批准和加入的二个条约都是多边公约，按照 Triepel 的观点，属于造法性公约是毫无疑问的，多边公约缔约国多，规定了一般性的规则，缔约国都要遵守，如有名的联合国宪章，它的许多规定都是造法性的，因为它是一般的法律效力，所以联合国宪章也是造法性条约，而且是很重要的造法性

条约。还有1856年《巴黎宣言》规定战争的许多规则，1899年和1907年二次海牙和平会议所规定的许多条约，这些都是造法性条约，《巴黎航空公约》，最近签字的《海洋法公约》，一百多个国家签了字，当然是造法性公约。

现在有这二个区别，问题在于该理论是否大家都认为正确呢？对Triepel的学说，现在一般的国际法学家都是否定的，只是过去有一段时期盛行过。否定这个学说的理由是：任何条约不论什么条约都是造法性的或者立法性的条约，任何条约都是国际法渊源。刚才我举的二国订立互相交换领土的条约，虽然领土一交接完毕，条约就没有用了，但是它也是造法性，为什么缘故呢？因为这个条约对两个缔约国而言是有法律效力，所谓有拘束力的，假如这个条约订立以后，二个国家任何一方不履行的话，它就是违约，违约是要负国际责任的。那么这种条约虽然称为契约性条约（*traite - Contrat*）是不是国际法渊源呢？假使不是国际法渊源，那就意思说二个国家都不要遵守，假如说不是国际法渊源，那就意思说这个条约两个国家都不要遵守，对于二个当事国来说，它就不是法律，既然不是法律就可以不履行，不履行就不是国际侵权行为，也不负国际责任。但实际上还是要履行的，不履行的话是违约的，要负国际责任，所以该条约不能说不是国际法渊源。现在大多数国际法学者对Triepel的理论是持否定的态度。现在国际法学者认为，一切条约都是造法性条约，为什么缘故呢？因为一切条约对于当事国而言都有法律效力，当事国不履行条约，就构成违约，违反条约是一种国际不法行为，就要负国际责任。所以一切条约不论契约性条约、立法性条约、双边条约或者多边条约对于当事国而言都是法

律。因此都是违法性条约。假如要把条约分类，不应该分为契约性条约和违法性条约，而是要分成各种不同的违法性条约，违法性条约里就范围不同还可以分类。如多边条约是最重要的，因为许多国家都是缔约国，都要履行的，都当作法律。那么双边条约则适用范围小，这种双边条约的违法性的范围也小了。这样区分不是把条约分为违法性条约和契约性条约。假如二国缔结了契约性条约，一方违约因而发生争执，提交国际法院审理，国际法院一定要按照这个条约来判断。因为条约规定了双方互相交换领土，国际法院就会用判决来命令违约的一方履行条约。从这里我们可以看出，Triepeel 认为的契约性条约，对于当事国发生法律效力。所以实际上也是一种立法性的条约。虽然这种法律规定的规则适用一次就完了，或者是对个别事情的，但是条约里规定的内容具有法律性质。我可以引用国际法判决书里的一句话来说明。以前的常设国际法院在 1926 年对霍如夫案工厂案子的判决里，讲到：“每一个条约只是对当事国产生法律”。“A treaty only creates law as between the states which are parties treated.” 那就是说任何条约对当事国而言都是法律。所以任何条约当事国都是国际法的渊源。另外可以从国际法公约说明这一点。公约第 38 条规定国际法院在判决书中应适用什么法律。国际法院在判决国家之间争端时第一句话就说：“它应该适用国际法”。那么国际法包括什么东西呢？它下面规定包括：条约。当事国所明白承认的 Conventions, whether general or particular, 不论是一般性的 conventions 或者是特殊性的 conventions, 它都当作法律来使用。我认为这里

conventions 指的是一般性的条约或者是协定，不是多边条约。假如把 convention 解释为多边条约或公约，那么你就接受了 Triepel 的主张了。如果 convention 只限于多边条约或者多边公约。那么这个意义就不对了。只能适用多边条约而双边条约就不能当作国际法来使用。如上述所举的二国缔结双边条约交换领土，后来发生争执，提交国际法院审判。国际法院审判的时候说，国际法院规约规定在审判案子时，适用国际法，而国际法指的是 convention convention 是指多边条约或公约的。那么这条约不是多边条约，所以我不能当作法律来使用。各位想一想。假如国际法院作出这样的结论是否正确，我可以肯定当然不正确。为什么缘故呢？你这样解释，二国交换领土的双边条约就不能适用。该条约就没有拘束力，等于废纸了。也就是说，国际法院在判这案子时，只能适用多边条约，不把双边条约当作二个国家的法律来判决。假如国际法院作出这样的判决。那就成了大笑话，国际法院怎么能把双边条约当作废纸来看待呢？所以，convention 不能当作多边条约或多边公约来解释，而是当作协定来解释，当作国家与国家两方面都同意的刚才所说的意思一致来解释。从法律方面来讲，这是重重要的，这双边条约国际法院是不是可以当作国际法来把它执行。当作国际法使它有效。这在理论和实践上都是非常重要的。所以我在这里都是否定 Triepel 学说。

现在我谈谈为什么 Triepel 要创造这种学说。Triepel 在 19 世纪中叶和 20 世纪初是一位很有名的所谓 positivist 我把他取名为实定法学派。奥本海书里译成实在法学派。我为什么要改为实定法学派呢？因为另外还有一种实在法学派，在美国有一

种叫 *realistic school*，可以译成实在法学派。该派主张法律不能在法律正式条文、法典或者条例里找到，法律规则只是在执行法律人的一种行为里找到。谁是执行法律的人呢？如法官当然是执行法律的，你要真正知道法律是什么东西，那么你到法官的判决里面去找。因为一个法律条文经过法官判决以后，不一定同原来的法律条文完全一致，比如我们人民代表大会所制订的法律或者条例，条文是这样的，但是经过法官一判决以后，法官名义上是根据法律条文，但是实际上法官的判决往往是同原文条文的意义不完全相同，往往是走了样的。所以你要知道真正的法律，不能在法典、法律和条例中去找，也不能从文字里去找法律，而要从法官的判决里去找，同时还要从执行法律的行政机关官员和警察所执行法律的行为里去找以及在执行法律的那种文书里去找。总而言之，*realistic school* 是主张法律不能从法律条文里去找，而只能从执行法律的那种人的行为里去找，执行法律的人的行为就是法官的判决或者行政机关执行法律的行为或者是警察执行法律的行为。

实定法学派是同自然法学派 *natural school* 相对立的。二者区别在于，实在法学派认为法律要符合自然规律或者符合人的本性的那种东西，就是真正的法律。如果人订的法律不符合自然规律或者不符合人的本性，那么这种法律不能认为是真正的法律，有效的法律。假如人订的法律符合人的本性或者符合自然规律，那么可以说是真正的法律，也当作有效的法律。反之是无效的。实定法学派主张：人订的法律是真正的法律，不需要符合自然规律或者人的本性，所以称作实定。人订出的法律从国内法来讲，在有国会的国家里，当然是由国会、国会的议员提出来，比如在中国由人民代表

表大会常务委员会提出来，以及国务院根据宪法、人民代表大会常务委员会的法律、法令订出来，这种都叫 positive law 实定法即实在制订的。国际法也要实在立出来，按照实定法学派的观点：

1) 根据条约立出来，根据双方当事国意思一致；2) 国际习惯，该国际习惯也是各个国家根据默示的同意订出来。按照实定法学派学者的主张有二种办法制订法律。一种是当事国的明示同意，你订条约要明示同意，双方或多方当事国意思一致。另外一种国际习惯也是要同意的，它只不过是默示同意，如一个国家首先这样做了，其它国家不提出抗议，不提出抗议也就是默示同意。所以，他们认为，国际法的渊源只有条约和国际习惯，都是根据国家的意思。不过条约是明示同意，国际习惯则是默示同意。所以，positive law school 认为国际法都是从国家的意思中产生出来的。国家明示同意的如条约，条约可以产生国际法，国家默示同意的就是国际习惯，国际习惯可以产生国际法。因此，他们认为只有一种方法即国家的意思产生国际法，他们称之为意思主义 Voluntarism。实定法学派的意思主义也有二个不同的派别，意思主义的第一派主张一个国家是自己限制自己主权的意生产生的，他们称之为 autolimitation theory。该理论是 19 世纪德国著名的国际法学者 Jellinek 提出来的。各位可以看得很清楚，这样的学说即国家自己限制自己主权来产生国际法，就变成了国家的对外关系法或者国家的对外政策，国家既然可以自己限制自己的主权，它也可以今天限制而明天不限制，今天限制主权，国际法就产生了，明天不限制主权，那么这个国际法就取消了。这样的学说等于否定了国际法，当时国际法转变为国家对外关系法或者国家对外政策。

没有国际法可言。一般的国际法学者抱否定的态度。另外一个
Triepel 学说，也是意思主义。他认为国际法的产生不是一国自
己限制自己的主权意思，而是二个或更多的国家意思集合起来变成
一个意思。这样就可以产生国际法。他的意思主义是要纠正
Jellinek 的 autolimitation theory 的错误。所以他
所发明的是要许多国家意思集合起来，统一为一个集合的意思或者
叫集体意思 collective will。那么集体的意思是怎样产生呢？
那就是 Vereinbarungan 的理论。他说许多国家的意思都统一
为一个意思，用条约制订国家与国家的协议规则。这样的条约就是
立法性条约。各位可以看到他是如何发展这个理论。问题在于是否
有许多国家的意思集合成为一个意思。实际上是没有的，各国还是
各国的意思。这东西实际上是他臆想出来的。法律上叫拟制。

fiction，该理论还有一个缺点，就是在许多条约中一般都规定
相互之间的权利和义务。防止和僭治的条约看起来好象规定一般的
行为规则。实际上许多条文里含有相互间的权利和义务。所以立法
不是空洞的。抽象的立一种行为规则，而实际上还是规定相互间的
权利和义务。立法性条约规定相互间的权利和义务。契约性的条约
也是如此。没有特别的不同。区别在于契约性的条约规定当事国之
间个别的法律规则。立法性的条约则规定当事国之间一般的法律规
则。只有这一点不同而已。它们都是造法性条约。

我的想法是，条约是国际法的渊源。任何条约都是国际法的渊
源。因为任何条约都规定当事国之间的权利和义务。不问这些条约
是双边的还是多边的。也不问这些条约是契约性的或者立法性的。
所以，条约在三个国际法渊源中是一个很重要的国际法渊源。实定

法学派只承认条约和国际习惯。他们不承认第三个国际法渊源即文明国家一般承认的法律原则。我们可以从周鲠生的教本中看出，他是在十九世纪国际法学家的教育之下接受了该学说的。因为当时正是实定法学派盛行时期。他们为什么不承认第三个渊源呢？因为第三个国际法渊源不是国家的意思，同它的意思主义不相符合。文明国家一般承认的法律原则并不一定要求国家表示真正同意。这个法律原则是各个国家的国内法里都有的，所以说文明国家都承认的一般法律原则，而并没有所谓明白的承认，也不需要这样做。如等一会儿我要讲的所谓强行法 *jus cogens*。强行法是各个文明国家的国内法（民法）里都有的，所以这个强行法是文明各国一般都承认的法律原则。实定法学派也是不承认强行法的，因为该法不符合他们的意思主义要求。周鲠生的书里讲到，所谓文明国家一般承认的法律渊源，国际法院应该要适用。作为一种补救的办法，但他并不是把它真正当作国际法的渊源。现在这种理论是行不通的，为什么缘故呢？因为在国际法院规约里作了规定，国际法院对于呈送给它的各项争端应该适用国际法，包括：条约、国际习惯和文明国家一般所承认的法律原则。如果把文明国家一般承认的国际法渊源当作不是国际法的渊源，那就明明白白地与国际法院规约的规定相违背。所以这个学说是不能成立的。

现在谈谈维也纳条约法。维也纳条约法公约是1959年维也纳条约法会议上制订的，会议是由联合国主持召开。会议召开之前，先经过国际法委员会准备，起草条约法公约的条文。起草好以后，方才由联合国召开1958年和1959年两期的条约法外交会议。国际法委员会在起草条约法公约的条文时是很慎重的。一九四七年