

山东大学 法律评论

2011

张海燕 主编

山东大学法律评论

(2011)

张海燕 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 2011/张海燕主编. —济南:山东大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5607-4397-4

I. ①山…

II. ①张…

III. ①法学—文集

IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 163908 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 20 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南铁路印刷厂印刷

787×980 毫米 1/16 17 印张 312 千字

2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

定价: 32.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论》

(2011)

编 委 会

主 编	张海燕	
副主编	焦海博	周彬彬
编 委	李德健	王丽娟

目 录

国际法中的强行法:性质、产生原因及违反的效果 …… 黄异 周怡良 (1)

法理、宪政

英国法学院研究生学习方法剖析…………… 张晏瑜 (15)

偶然事件对宪政制度变迁的意义

——以《大宪章》事件为例的分析…………… 蒋志如 (26)

制度·关系·读者策略

——对《人殃》案的法社会学思考…………… 徐卫华 (39)

法系与法律人才的培养

——读张伟仁先生文章有感…………… 张 平 (49)

论农地征收法律制度的完善

——以农地发展权的创设为中心…………… 金成波 (55)

民商经济社会法

侵权责任一般条款再探讨…………… 周玉辉 丁海俊 (69)

试论将来医疗检查费用之赔偿问题…………… 刘艳阳 李宁 (82)

论文化多样性公约限制视听产品贸易的可能性…………… 宋韦韦 (94)

日本《消费者契约法》…………… 李德健 译 (109)

论用人单位违法解雇“三期”女职工之损害赔偿責任 …… 王莉莉 (139)

关于我国志愿服务立法的若干思考

——以美国加拿大经验为借鉴 朱恒顺 (149)

论公司章程的性质及其动态分析

——公司法律规范下的自由观 潘文军 (161)

我国证券法实施效率的法律金融解析 曾斌 曹晴 (177)

刑事法

危险犯既遂后是否还可成立中止

——对危险状态出现后行为人自我挽救行为的性质
分析 窦春源 (197)

重新审视具体危险犯与抽象危险犯的归类

——以案例为进路分析 陈洪兵 (211)

犯罪构成层次理论视野下犯罪构成要件逻辑顺序新探索 ... 孙道萃 (234)

情节与方法:量刑公正的核心关系范畴..... 南连伟 (248)

Contents

Jus Cogens in International Law: Nature, Incentives and Effect of Violation	Huang Yi Zhou Yiliang(1)
--	-----------------------------

Jurisprudence and Constitutional Law

Study Approaches for Postgraduates at the British Law Schools	Yen-Chiang Chang(15)
The Accidental Events' Significance in Changes of the Constitutional System ——A analysis of the event of the “Magna Carta” ...	Jiang Zhiru(26)
System Relationship Strategy of Readers ——Reflection on the case “Ren yang” from the perspective of sociology of law	Xu Weihua(39)
Legal System and the Education of Legal Talents ——Thoughts based on Zhang Weiping's articles	Zhang Ping(49)
Study on the Improvement of the Legal System of Agricultural Land Expropriation ——From the perspective of creation of the development right of farm land	Jin Chengbo(55)

Civil and Commercial Law, Economic Law and Social Law

Reconsideration of the General Provisions of Tort Liability	Zhou Yuhui Ding Haijun(69)
--	-------------------------------

-
- On the Issue of Medical Monitoring Damages
 Liu Yanyang Li Ning(82)
- On the Possibility of Restricting Audio-visual Products Trade
 According to Cultural Diversity Convention Song Weiwei(94)
- Japan's Consumer Contract Law translated by Li Dejian(109)
- On Employers' Compensation Liability for Damages
 of Dismissing Female Workers Illegally During Periods
 of Their Pregnancy, Confinement and Lactation Wang Lili(139)
- Reflections on the Legislature of Volunteer Service in China
 ——Referring to the Experience of U. S. and Canada
 Zhu Hengshun(149)
- On the Nature of Articles of Association and the
 Dynamic Analysis of It
 ——The Viewpoint of Freedom under the Company
 Legal Norms Pan Wenjun(161)
- Research on the Efficiency of China's *Securities Law*
 from the Legal and Financial Perspectives Cao Bin Cao Qing(177)

Criminal Law

- Whether the Discontinuance can be Formed after the
 Accomplishment of A Potential Damage Offense
 ——Analysis of the nature of the self-saving behavior
 after the emergence of the parlous state Dou Chunyuan(197)
- Reconsidering the Classification of Concrete Potential
 Damage Offense and Abstract Potential Damage Offense
 ——Studying by cases Chen Hongbing(211)
- New Explorations on the Logical order of the Constitutional
 Elements Under the Hierarchy Theory of Constitution
 of Crime Sun Daocui(234)
- Circumstance and Method: the Core Relational Category
 of Fair Sentencing Nan Lianwei(248)

国际法中的强行法:性质、产生原因及违反的效果

黄异* 周怡良**

内容摘要 本文在于重新厘清强行法的性质及其产生的原因以及违反强行法所生的结果。所谓强行法是指实证国际法中的一些规定,其为反映国际社会整体或极大部分国家的价值观的规定,此规定是由国家依据基础规范而创设的。本文借由强行法的性质、强行法性质产生的原因、违反强行法的行为及其效力、违反强行法的制裁、违反强行法的责任等议题间的结合,为连贯而有系统的探讨,呈现其间的关系。

关键词 强行法;基础规范;强制性;普遍性

一、引言

一个规定具有强制性而不可悖离的想法,亦即强行法(jus cogens, zwingendes Recht, peremptory norm)的想法,在学说中可溯源至早期的自然法学者,如:Francisco de Vitoria, Francisco Suarez, Ayola Balthazar, Alberico Gentilis, Hugo Grotius 等。^① 自然法学者认为,自然法的规定具有强行性而不得悖离。19 世纪及 20 世纪的实证法学者则主张,在实证国际法领域中的一些规定具有强制性而不得悖离。^②

在二次大战之前,国际社会的国家大都认为国际法的所有规定都具任

* 德国莱茵兹大学法学博士。曾任台湾海洋大学、台湾中正大学及台湾中原大学教授。

** 武汉大学国际法研究所博士生。台湾海洋大学法学硕士、台湾海洋大学助教。

① 参见 LEVAN ALEXIDZE, LEGAL NATURE OF JUS COGENS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW, Recueil des Cours 172, p. 228(1981, III).

② 参见 LEVAN ALEXIDZE, LEGAL NATURE OF JUS COGENS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW, Recueil des Cours 172, p. 229(1981, III).

意法性质(jus dispositivum)^①,在国际法范畴中,并无所谓的强行法。在二次大战之后,受联合国国际法委员会草拟条约法草案的影响,国际社会的国家逐渐接触强行法问题。^② 联合国国际法委员会草拟的条约法草案,于1969年在维也纳召开的会议中予以修订及通过,而成为1969年维也纳条约法公约(Vienna Convention on the Law of Treaties)。该公约基本上认为国际法领域中存有强行法,并于第53条、第64条及第71条针对强行法相关问题为规制。2001年国家对于国际违法行为责任公约(Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)亦认定国际法中存有强行法,并于第26条、第41条及第48条针对强行法与反制措施及责任的问题为规制。

到目前为止,学说大都已认为国际法中某些规定具有强行性,亦即为强行法。在国家实践范畴中,强行法被主张。而在国际司法机构的裁判中以及在国际法院的不同意见书中,强行法虽未曾被深入叙述,但却对于强行法的存在持肯定态度。^③ 目前强行法所牵连的一些问题正逐渐浮现,而学说也在寻求解决方案。

在台湾的著作中^④,部分教科书仅简略叙述强行法的相关问题,此外,一些硕士论文,则对于强行法为较深入的探讨。本文的目的,在于重新厘清强行法的性质及其产生的原因以及违反强行法所生的结果。本文希望把各项议题予以结合,呈现其间的系统关系。

① Ulrich Scheuner, Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht 29, S. 28(1969).

② Hermann Mosler, Ius Cogens im Völkerrecht, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht XXV, S. 10(1968); Egon Schwelb, "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission", American Journal of International Law 61, p. 946, pp. 950-951(1967).

③ 相关叙述,参见 LAURI HANNIKAINEN, PEREMPTORY NORMS(JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW-HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS, Helsinki, pp. 42-44(1988); MAURIZIO RAGAZZI, THE CONCEPT OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS ERGA OMNES, Oxford, pp. 46-47(1997).

④ 相关叙述,参见俞宽赐《国际法新论》,国立编译馆2002年版,第20、58~60、232~233、306、587、591页;吴锦龙《变动中的 Jus Cogens:缘起、发展与定型》,台湾中正大学法律学研究所2005年硕士论文;姜森《条约法上强制规律之研究》,台湾政治大学外交研究所1995年硕士论文。

二、强行法的性质

早期的自然法学者认为强行法是指自然法的原则。自然法学者认为自然法与实证国际法皆适用于国家。而自然法优于实证国际法。实证国际法应落实自然法,而任何国家皆不得悖离自然法。换言之,自然法具有强制性,是强行法。^①

目前学者的一般见解是:适用于国际社会之国家的规定,仅指实证国际法。因此,所谓的强行法是指实证国际法范畴中的规定。实证国际法的主要法源有三:习惯法、条约法及一般法律原则。所谓强行法不是指在习惯法、条约法及一般法律原则之外的第四种法源,强行法是指在习惯法、条约法及一般法律原则范畴中之某些具有强行法性质的规定。

强行法的基本特性是强制性,亦即一个规定在任何状况下皆不得由其规制对象予以悖离。国际法与国内法的强行法,皆具有此种强制性。但国际法中的强行法概念仍然有异于国内法。

国家与人民立于分立的地位。国家得单方面透过各种有权机关向人民制定不同规定(国内法)。而有权机关单方面决定规定适用的对象为何(全体人民,或部分特定的人民)以及决定是否具强制性。人民仅能遵行有权机关所制定的规定。换言之,在国内法范畴中,一个规定是否具有强行法性质以及其适用对象为何,皆由有立法权之机关为决定。

国际社会的结构异于国家社会。在国际社会中欠缺类如国家所拥有的有权制定规定的机关,来对于国际社会的国家制定规定。国际法是基于国家间的合作而产生的。条约是由缔约国的意思合致而形成的,一般习惯法是基于所有国家的共同一致行为及法的信念而形成的,一般法律原则是因所有国家的共识而形成的。由于国际法是由相关国家的合作而形成,因此,国际法仅规制参与形成的国家,而不能规制未参与形成的国家。形成国际法的国家,当然可以决定有关之国际法是否具有强制性。但具有强制性之国际法,也仅对于参与形成国际法之国家,具有意义。对于未参与形成的国家来说,由于相关国际法不以其为规制对象,因此该规定是否具有强制性,

^① 有关早期自然法学者的主张,参见 LAURI HANNIKAINEN, PEREMPTORY NORMS (JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW-HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS, Helsinki, pp. 36-38(1988); Michael Schweitzer, Ius Cogens im Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 15, S. 197ff (1971/72).

并无意义。

但目前国际法中强行法概念不是如前段所述的情形——仅对于参与形成国际法之国家具有强制性。国际法中之强行法是指对于所有国家皆具强制性的规定,亦即国际法的强行法对于参与形成以及未参与形成的国家皆有强制性。换言之,强行法也适用于非形成的国家。基于以上所述,国际法中之强行法具有两个特性:强制性与普遍性。以下就此两特性为说明。

所谓强制性,是指一个国家在任何状况下皆不得悖离强行法。因此,一个国家不得因他国违反强行法,而拒绝履行强行法的义务。一个国家不得因他国同意或基于自力救济理由,而为违反强行法之行为。一个国家在国际法范畴中,不仅不得为与强行法相抵触的行为,也不得以条约或单方行为来排除强行法的适用。

传统国际法的规定,极大部分属于任意法,因此,国家得以条约方式来排除其适用。国际法规制国家的权利、义务。若国际法的规定属于任意法性质,则相关国家得以条约或单方行为方式另行设置权利、义务来替代任意法所创设的权利、义务。国家基于此种方式,而达到排除任意法适用的目的。相对于任意法,强行法则不得以条约或单方行为方法来排除适用。若国家以条约或单方行为等方式,来排除强行法的适用时,凡条约中与强行法相抵触的规定或单方行为不生效力,亦即自始绝对无效。条约中与强行法不相抵触之规定的效力,则不受影响,亦即仍然生效,但若与强行法相抵触之规定不生效,导致其他生效之规定无法适用时,则条约全体无效。此即所谓的“条约规定可分割原则”(principle of separability of treaty provisions)。

1969年条约法公约第53条基本上承袭前述想法,亦即与强行法相抵触之条约规定应属无效,但前揭第53条却规定,凡条约中规定有与强行法抵触时,全部条约应归于无效,而非仅限于与强行法抵触之规定无效。有些学者认为前揭条约法第53条宜采用条约规定可分割原则^①,但此种意见显然未发生影响。另一方面,也许是条约法公约仅涉及条约问题,因此条约法公约对于单方行为违反强行法之问题未为规定。

^① 参见 Ulrich Scheuner, Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences, Comments on Art. 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Article on the Law of Treaties, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht 27, S. 527ff(1967).

所谓普遍性是指强行规定适用于所有国家,亦即拘束所有国家,对于所有国家产生义务。在外文文献中,常把 *erga omnes* (普遍性)与义务连用,而称之为具普遍性之义务(*obligations erga omnes*)。^① 而强行法所生义务,亦属于具普遍性之义务。普遍性的概念为何,本文不拟讨论。但义务是由规定产生的。义务是否具有普遍性,实取决于规定是否以所有国家为规制的对象而定。因此,普遍性一词,也可以用来描述规定,而称之为具有普遍性的规定。义务具有普遍性与规定具有普遍性,实是“一物的两面”。强行法之所以具有普遍性,是因为强行法是以所有国家作为规制的对象。

强行法对于所有国家产生相同的义务,但此义务并非是指存在于每个国家相互之间的义务,而是每个国家面对“国际社会整体”所负有的义务^②。

当然,国际法本身也会对于强行规定设置例外或限制规定。此例外或限制规定界定强行规定的适用(规制)范畴。例外或限制规定,当然不具有违反强行规定的性质。

目前大都认为下列各种规定具强行法性质:国际人权法、国际人道法、禁止使用武力原则、禁止虐待原则、禁止族群灭绝原则、人民自决原则。有些学者则认为自然资源永久主权原则及环境保护的一些规定,也具有强行法性质。^③

① MAURIZIO RAGAZZI, *THE CONCEPT OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS ERGA OMNES*, Oxford, p. 1(1997); LAURI HANNIKAINEN, *PEREMPTORY NORMS(JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW-HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS*, Helsinki, p. 268(1988).

② LEVAN ALEXIDZE, *LEGAL NATURE OF JUS COGENS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW*, *Recueil des Cours* 172, p. 254(1981, III); Michael Schweifzer, *Ius Cogens im Völkerrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 15, S. 220 (1971/72); LAURI HANNIKAINEN, *PEREMPTORY NORMS(JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW-HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS*, Helsinki, p. 88(1988); Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, S. 196(1992).

③ STEFAN TALMON, “The Duty not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?” in CHRISTIAN TOMUSCHAT, JEAN-MARC THOUVENIN (editors), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, p. 100(2006).

三、强行法性质产生的原因

如前所述,国际社会中共无统一之立法机关。国际法是由国际社会主体—国家—合作创设的,而国际法也仅能规制创设者。基此,逻辑上,创设国际法之国家固然可以决定,但哪些规定具有强制性,却无法决定,其创设之具强制性的国际法应适用于所有——包括参与及非参与创设的国家,即具有普遍性。那么一个国际法的规定基于何种原因,而具有强行法性质?有关此问题的意见,歧异很大。本文将各种意见归纳为两大类,并以意志说及价值说称之。

意志说认为,一个国际法规定具有强行法性质的原因,是国际社会所有国家的意志(will),即“相关规定具有强行法性质”的意志。换言之,一个规定之强行法性质源于所有国家的意志。^① 此项主张可否成立,应就不同法源来予检视。

依据意志说,一个条约是否具有强行法性质,取决于是否全部国家皆有赋予该条约强行法性质的意志。条约可分为全球性条约(缔约国涵盖所有国家)、多边条约(缔约国涵盖部分国家)及双边条约(缔约国涵盖两个国家)。由于全球性条约涵盖全部国家,因此这些国家“有可能”赋予条约强行法性质,并让条约基于此强行法性质而拘束所有国家。但是,何以所有国家的意志能赋予全球性条约强行法性质?很显然,必须要有一个规定存在,来规制此种效果,亦即此规定赋予国家意志产生强行法性质的效果。欠缺此种规定,国家的意志不可能赋予条约强行法的性质。

多边条约及双边条约之“非缔约”国是否愿意赋予该等条约强行法性质,进而使其对自己发生拘束力,值得高度怀疑。今姑且不论此问题,假设非缔约国仍愿赋予多边及双边条约强行法性质,则仍然发生一个问题,即何以非缔约国与缔约国之产生强行法的意志能赋予相关条约强行法的性质?很显然,必须要有一个规定存在,而此规定赋予非缔约国与缔约国意志产生强行法性质的效果。

依据意志说,一个习惯法规定具有强行法性质是基于国际社会所有国家的意志。习惯法分一般习惯法、特别习惯法及双边习惯法。一般习惯法的规制对象,包括所有的国家。因此,在逻辑上有可能所有国家赋予一般习惯法强行法的性质。而在特别习惯法及双边习惯法方面,不受该习惯法拘

^① Stefan Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, Berlin, S. 190(1992).

束的国家愿否给予该等规定强行法性质,而使其对自己发生拘束力,值得怀疑。另一方面,把意志说适用于习惯法,也发生把意志说适用于条约所生的相同问题,即何以国家意志可以对于习惯法产生强行法性质。很显然,国家意志需要一个相关规定,来给予此种意志法律效果。

一般法律原则是指所有国家国内法都采用的原则。因此,国际社会的所有国家有可能赋予一般法律原则强行法的性质,但一如前文针对意志说适用于条约及习惯法所提出的论点:国家意志之所以能赋予规定强行法性质的法律效果,必须是某一规定所规制的结果。

价值说认为,国际社会的所有国家会产生一些共同的价值观。^① 而此种价值观在于保障国际社会的共同利益。^② 若一个国际法的规定是反映此

① LEVAN ALEXIDZE, LEGAL NATURE OF JUS COGENS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW, *Recueil des Cours* 172, p. 261(1981, III); MAURIZIO RAGAZZI, THE CONCEPT OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS ERGA OMNES, Oxford, p. 54(1997); Ulrich Scheuner, Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht* 29, S. 30(1969); Ulrich Scheuner, Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences, Comments on Art. 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Article on the Law of Treaties, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht* 27, S. 8(1967); Alfred Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *The American Journal of International Law* 60, p. 55, p. 58(1966). 但前述各学者所主张之价值观,在性质上,则有不同。此价值观是否为自然法原则或道德规范或其他性质之价值观,见解不一。

② LAURI HANNIKAINEN, PEREMPTORY NORMS (JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW-HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS, Helsinki, p. 46(1988); Hermann Mosler, *Ius Cogens im Völkerrecht*, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* XXV, S. 37(1968); GIORGIO GAJA, JUS COGENS BEYOND THE VIENNA CONVENTION, *Recueil des Cours* 172, p. 289(1981, III); STEFAN KADELBACH, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules—The Identification of Fundamental Norms," IN: CHRISTIAN TOMUSCHAT, JEAN-MARC THOUVENIN(editors), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, p. 23(2006).

种价值观,则该规定即具有强行法性质。^① 依据价值观的看法,多边条约、双边条约及特别习惯法反映国家共同价值观时,即具有强行法性质而对于绝大部分非参与该规定产生之国家亦有拘束力。此种结果,很难令人接受。因此,反映国际社会所有国家价值观的多边条约、双边条约及特别习惯法不可能具有强行法的性质。另一方面,一般习惯法及全球性条约是以所有国家为规制的对象,因此若一般习惯法及全球性条约要具有强行法性质,并无障碍。但是,“反映国际社会的共同价值观”并不足以使一般习惯法或全球性条约取得强行法的性质,其强行法的性质必须是基于另一个规定而生,亦即该规定赋予“反映国际社会价值观”之规定,享有强行法的性质。

综合以上所述可知,一个国际法规定的强行法性质应是植基于某一个规定。而一个国际法规定之所以有强行法性质,必然有其特殊原因。这个原因应是,该规定反映了国际社会的共同价值观,而此价值观不应由任何国家予以悖离。基此,一个赋予国际法规定强行法性质之规定应具如下内涵:凡反映国际社会整体价值观之国际法规定,应具有强行法性质。

但如前所述,若把强行法性质赋予多边条约、双边条约及特别习惯法,则会导致该规定适用于全体国际社会国家之结果。此种结果,显然难令人接受。因此,具有强行法之规定应仅限于一般习惯法及全球性条约及一般法律原则。虽然如此,有一些问题仍待解决。

在传统国际法范畴中有一原则:若一个国家对于某一一般习惯法,自其萌芽开始即一直持反对立场时,该一般习惯法对其不发生拘束力,此即所谓的“持续反对者原则”(principle of persistent objector)。^② 依据此原则,若一个习惯法欠缺一个国家的实践及法的信念,该习惯法仍然产生,但对于反对者无拘束力。若此种“一般”习惯法是反映促成此习惯法产生之国家的共同价值观,则是否亦应具有强行法性质,而对于反对者发生拘束力? 若一个

① Ulrich Scheuner, Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences, Comments on Art. 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Article on the Law of Treaties, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht 27, S. 31(1967); LAURI HANNIKAINEN, PEREMPTORY NORMS(JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW—HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS, Helsinki, p. 110(1988).

② MAURIZIO RAGAZZI, THE CONCEPT OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS ERGA OMNES, Oxford, p. 60(1997); Alfred Verdross, Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, Berlin, S. 282f(1976).

习惯法反映了国际社会极大多数国家的价值观时,则此种习惯法宜应由单一或极少数的反对国家予以遵守,以保障国际社会的和平秩序。而保障国际和平秩序,则是国际法存在的目的。另一方面,一个条约要涵盖全部国家以及反映全部国家的价值观,并不容易。但基于前述相同理由,一个反映绝大部分国家价值观以及以绝大部分国家为缔约国的条约,亦宜由极少数之非缔约国遵守。基于保障国际和平秩序的理由,前揭赋予国际法强行性之规定,应从宽解释,亦即该规定中之“国际社会整体”不仅是指全部国家,也同时指绝大部分的国家。

赋予国际法强行法性质之规定的性质为何?理论上,可以由全体国家依据基础规范(Grundnorm; basic norm)^①,以共识形成此规定。基于基本规范而形成的规定,在性质上并非是习惯法,亦非条约法或一般法律原则;它是在习惯法、条约法及一般法律原则之外的另一种国际法法源,它是直接依据基础规范而生的另一种形态的国际法法源。^②

四、违反强行法的行为及其效力

国家所为之行为与强行法相抵触时,即是违反强行法的行为。违反强行法的行为可分为:在国际法领域中的行为及在国内法领域中的行为。^③在国际法领域中的行为则分为法律行为及事实行为,法律行为则分为条约及单方行为。在国内法领域中之行为,则可分为立法行为、司法行为及行政行为。

若条约缔结时或为单方行为时,已存有某一强行法,且该条约或单方行为与该强行法相抵触时,则该条约或单方行为无效,亦即:条约或单方行为自始绝对无效。举例说明如下:

甲国为取得乙国领土A,而对乙国之A领土发动武装攻击、占领并采取并入领土措施。但甲国在实施武装攻击前与丙国签订条约,依该条约,丙

① 有关基础规范之概念,参见 Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Wien, S. 17ff(1964); Alfred Verdross, Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlin, S. 71ff(1976)。

② 习惯法、条约法及一般法律原则之形成规定,亦是直接基于基础规范而产生之规定。其性质与赋予国际法强行法性质之规定的性质是相同的。有关习惯法、条约法及一般法律原则之形成规定,参见黄异《国际法在国内法领域中的效力》,台北2006年版,第2页以下。

③ 有关国内法领域中行为,亦属于违反强行法之行为,参见 LAURI HANNIKAINEN, *PER-EMPTORY NORMS(JUS COGENS) IN INTERNATIONAL LAW—HISTORICAL DEVELOPMENT, CRITERIA, PRESENT STATUS*, Helsinki, p. 216(1988)。