

国际强行法与 国际公共政策

万鄂湘 著



武汉大学学术丛书

WUHAN UNIVERSITY ACADEMIC LIBRARY 武汉大学出版社

目 录

第一部分 国际强行法论

第一章 强行法的起源与发展 (1)

第一节 强行法的起源 (1)

一、国内法上强行法的起源 (1)

二、国际法上强行法的起源 (4)

第二节 强行法的集体编纂 (10)

一、国际法委员会的编纂工作 (10)

二、国际会议与强行法的编纂 (13)

1. 希腊拉戈尼西国际会议 (13)

2. 联合国条约法会议 (14)

第三节 《维也纳条约法公约》以后强行法

理论的发展 (16)

一、施图基 (16)

二、罗扎基斯 (17)

三、亚历克斯兹 (17)

四、加雅 (18)

五、小结 (19)

第二章 国际强行法的概念与特征 (25)

第一节 国际强行法的概念 (25)

第二节 国际强行法的特征 (28)

第三节 国际强行法的候选规则 (39)

一、国际法的基本原则	(40)
二、国际人权法规则	(40)
三、合作惩治国际犯罪的规则	(40)
四、人类共同继承财产原则	(41)
第三章 国际强行法与国际法的基本原则	(44)
第一节 国际法基本原则的概念与特征	(44)
第二节 国际强行法与国际法基本原则的异同	(47)
一、共性	(47)
二、异性	(48)
三、小结	(50)
第三节 国际法基本原则的效力	(51)
一、主权原则	(51)
二、不干涉内政原则	(52)
三、禁止使用武力原则	(55)
四、诚意履行宪章义务原则	(59)
1. 条约不约束第三国原则	(59)
2. 条约必须遵守原则	(61)
3. 宪章义务优先原则	(62)
第四节 结论与启示	(63)
第四章 国际强行法与国际人权保护	(68)
第一节 概说	(68)
第二节 现代国际人权法的特点	(69)
第三节 人权法则的强行性的识别标准	(73)
一、个人人权法的强行性的识别标准	(73)
二、集体人权法的强行性的识别标准	(76)
第四节 国际人权法规则的强行性	(77)

一、战争受难者保护规则	(77)
二、禁止种族灭绝规则	(79)
三、废除任何形式的奴隶制和禁止 奴隶贩卖规则	(79)
四、消除种族歧视和惩治种族隔离罪规则	(80)
五、民族自决权原则	(81)
第五节 国际司法实践	(84)
一、克卢普等案	(84)
二、灭种罪公约保留案	(84)
三、西南非洲案	(85)
四、纳米比亚案	(86)
五、巴塞罗纳公司案	(87)
六、伊朗人质案	(88)
七、亚美尼亚灭种罪案	(88)

第五章 国际强行法与国际犯罪 (92)

第一节 国际犯罪的概念与特征	(92)
第二节 国际犯罪与一般国际违法行为	(96)
第三节 惩治国际犯罪的义务与国际强行法	(98)
第四节 国家责任条款中强行法理论的发展	(100)
第五节 以国家为主体的国际犯罪	(104)
第六节 以个人为主体的国际犯罪	(115)
第七节 结论	(119)

第六章 国际强行法与人类共同继承财产原则 (127)

第一节 人类共同继承财产原则的历史沿革 与法律内涵	(127)
一、历史沿革	(127)

二、法律内涵	(129)
第二节 人类共同继承财产原则的强制性特征	(130)
第三节 人类共同继承财产原则与国际区域制度	(138)
一、南极制度	(138)
二、外空制度	(143)
三、国际海底制度	(147)
四、结论	(151)

第二部分 国际公共政策论

第七章 国内公共政策的单向国际化	(157)
第一节 国内法上的公共政策	(157)
第二节 国际私法上的公共政策	(161)
第三节 国内公共政策的单向国际化	(164)

第八章 国内公共政策的双向国际化	(176)
------------------	-------

第一节 外国公共政策的国际化	(176)
第二节 公共政策冲突与国际礼让原则	(179)
第三节 国际礼让原则的效力	(183)
一、美国行使域外管辖权的教训	(183)
二、欧洲各国实践	(193)
三、解决冲突的办法	(197)
第四节 结论	(203)

第九章 国内公共政策的多边国际化(上)	(209)
---------------------	-------

第一节 战时国际公共政策	(209)
第二节 国内经济政策的国际化	(211)
一、货币政策	(212)
二、税收政策	(213)

三、经济制度	(214)
--------	-------

第三节 国际货币政策	(216)
------------	-------

一、国内货币政策与《国际货币基金协定》

第8条2节(b)款	(216)
-----------	-------

二、各国司法实践

1. 联邦德国	(218)
2. 法国	(221)
3. 英国	(222)
4. 意大利	(225)
5. 荷兰	(228)
6. 卢森堡	(229)
7. 美国	(230)
8. 小结	(242)

三、国际货币政策的相对性

四、结论	(251)
------	-------

第十章 国内公共政策的多边国际化(下)

——文物保护与国际公共政策

第一节 国内文物保护立法	(263)
--------------	-------

一、市场国的文物管理法

1. 英国	(263)
2. 法国	(263)
3. 意大利	(264)
4. 联邦德国	(264)
5. 加拿大	(264)
6. 美国	(265)

二、资源国的文物管理法

1. 墨西哥	(265)
2. 扎伊尔	(266)

3. 波兰.....	(266)
4. 中国.....	(266)
第二节 文物保护政策的双边国际化.....	(268)
1. 美盟合作关系.....	(268)
2. 美秘合作关系.....	(269)
3. 比利时与扎伊尔.....	(269)
4. 荷兰与印度尼西亚.....	(269)
第三节 文物保护政策的区域性国际化.....	(270)
1. 欧洲文物保护政策.....	(270)
2. 美洲文物保护政策.....	(270)
第四节 国际文物保护政策.....	(271)
第五节 战时文物保护与国际公共政策.....	(274)
一、传统战争法中的文物保护规则.....	(275)
二、文化国际主义与文化民族主义.....	(278)
三、1954年公约的基本内容.....	(279)
四、国际实践.....	(284)
结束语.....	(285)

第一部分 国际强行法论

第一章 强行法的起源与发展

第一节 强行法的起源

一、国内法上强行法的起源

国内强行法的概念据说可以上溯至罗马法的早期历史。^[1]“私人协议不能改变公法”(Jus publicum privatorum pactis nutari non potest)的古训常被引证为国内强行法的起源。^[2]不过,有些学者认为,这里“公法”的外延要比“强行法”更广,“强行法”只是“公法”的一部分。^[3]在大陆法系和普通法系中,“公共政策”或“公共秩序”常被用作“强行法”的代名词,但是两个法系所赋予这两个概念的内涵却不尽相同。普通法系中的“公共政策”多指执法性的合同履行政策,如法院不得强制执行与基本道德准则和重要公共利益相冲突的合同。而大陆法系中的“公共秩序”除了执法性的合同履行政策之外,还包括立法性的强行政策,比如对某项法规的强制性的立法性宣告,任何合同都不得排除适用和任意减损这类强行规则。^[4]法国有关劳工保护的立法就是“公共秩序”规范,不得由劳动合同排除适用。^[5]

此外,大陆法系还有些学者认为执法性的公共政策也不一定全是强行法。维护基本道德准则的公共政策可以是绝对的,有强

制力的，但维护国家利益的公共政策就不一定都是绝对的，有些可能只是相对的协议规范。^[6]这一观点今天正对国际强行法的理论产生重大影响。

尽管不同的法律体系对同类概念的理解各异，但是各国立法和司法实践都承认“强行法”是任何法律体制中不可缺少的一部分。

英国法早在伊丽莎白时代就把强行法的概念注入了合同法。违反公共利益和基本道德的合同被认为是无效的，^[7]因为私人协定不能排除一些基本准则的适用。1964年《英国转售价格法》规定，如果供应商与销售商之间的合同中有限制转售的最低价格的条款，该合同条款无效。^[8]

在美国法中，反托拉斯法最能体现美国的执法性公共政策。谢尔曼法第1条宣告，任何限制州与州之间，或与外国的商业和贸易行为的合同都是非法的。^[9]克莱顿法明确禁止以限制竞争为目的和旨在谋求垄断的独家经营方式和搭配销售的安排。^[10]联邦贸易法委员会法还禁止“不正当的竞争方法”和“不公平的欺诈行为。”^[11]

大陆法系的许多民法都以立法宣告的方式确立一些民法规则的绝对性或强制性。譬如，劳工法中的劳工福利保护条款不得由私人协定排除适用，否则协定无效；^[12]铁道运输部门对货物的灭失、旅客的意外伤害的赔偿责任不得由合同排除或减免；^[13]对未成年人的缔约能力的限制不得由合同更改。^[14]此外，有些法典规定婚姻必须是一男一女之间的自由、终身组合，因此，如果一对夫妇约定他们的婚约的有效期为一年，该婚约无效。^[15]

然而，大陆法系中最常见的“强行法”规范还是各民法典中的一般规定。比如，《法国民法典》第6条规定：“私人不得以特别协议违反有关公共秩序(order public)和善良风俗(bonnes mœurs)的法律。”其他大陆法系的国家的民法典几乎都沿袭

了这一规定。这类法典条款有：《联邦德国民法典》第134条和第138条；《奥地利民法典》第879条；《葡萄牙民法典》第671条；《西班牙民法典》第1255条；《意大利民法典》第1322条，以及《瑞士借贷法》第19条等等。

东欧国家的法律总是以国家利益高于任何个人利益的观点来检验私人合同和集体协定的合法性，虽然并不完全排除道德标准。《苏联民法典》第30条规定：“以违反法律或规避法律或明显违背国家利益为目的的交易合同一律无效。”《德意志民主共和国民法典》第68条规定，“内容与法规的禁止性规定相抵触”和“为社会主义道德准则所不容的”契约无效。另外，《保加利亚民法典》第9条和《捷克斯洛伐克民法典》第36条也有类似的规定。

发展中国家也把公共秩序和社会基本道德视为不得由私人协定减损的强行法规范。《中华人民共和国经济合同法》第7条宣布：“与国家利益或社会公共利益相违背的合同一律无效”。《印度合同法与特别救济法》第28条规定：“绝对禁止一方按一般法定程序在普通法院行使合同权利或有关合同权利的任何协定，或限制他行使这类权利的时间的协定无效。”^[16]

上述几类不同法律体系的民事法律中有关公共秩序或强行法的规定有以下几个特点：

1. 没有任何法律体系承认个人有绝对的自由缔约权。所有私人契约都不得与其所隶属的法律体系中的强行法规范相抵触，否则，契约无效。

2. 不同法律体系中的公共政策或强行法都维护一个共同的目标——社会公共利益。不过社会主义法系（东欧除外）^[17]似乎对社会公共道德准则的强行性持模糊态度。

3. 各法律体系中载有公共秩序条款或强行法的法典、法规，除了大陆法系的立法性公共政策和普通法系中的反不正当竞争

的规则外,并没有给“公共利益”作明确的界说。这样可能引起的问题是:是否所有的“公共利益”都受强行法保护?如果不是,那么哪一类“公共利益”才是强行法保护的对象呢?这些问题也将是国际强行法理论所要面临的。

二、国际上强行法的起源

国际上强行法的理论萌芽于格老秀斯的近代自然法学说。在《战争与和平法》这部著作中,他把法律分为自然法与制定法两种。“自然法是真正理性的命令,是一切行为善恶的标准。”^[18]人类的理性是至高无上的,自然法因而是绝对的,连上帝也得服从。^[19]格氏认为,国际法上的自然法就是人道主义法则,它高于任何明示的协定规范和默示的习惯规则。协定规范和习惯规则都是制定法,在效力等级上低于自然法则,因为制定法的特征是意志,意志必须屈从于理性。信守条约的规则就是自然法,任何国家都不得违反。^[20]格氏还认为,国际社会成员是相互依存的,因为“没有一个国家会如此强大,以至无论是在对外贸易中,还是在防御外兵联合压境时,都不需要别国的帮助。”^[21]因此,在国际交往中,就需要有一些调整国与国之间的理性原则和道义准则。这些原则、准则,如国际人道主义法则和条约必须信守原则,就是我们今天重新冠名的“强行法”规则。

但是,近代自然法学说在普芬多夫的笔下走上了极端。他认为,所有国际法规则都来源于自然法,因而所有独立的国家都必须绝对服从,不得以任何其他权威为借口加以减损。^[22]这一极端主张即使在当时也与国际实践相去甚远,自然不会被任何新学派继承。

在自然法学派中,第一个把自然法学说与强行法的理论直接联系起来的代表人物是法泰尔。在其《国际法》专著中,他指出:“如果这种法律(自然法)是永恒不变的,它所设立的义务

是必需的和不可缺少的,国家就既不能通过协议改变它和在行动中规避它,也不能相互解除履行这类义务的责任。”^[23]法氏的继承者布伦茨奇和霍尔发展了他的理论,明确指出,人道主义规则和基本道德准则是绝对理性法则,具有强行性。^[24]

近代自然法学说为国际强行法理论的形成起了奠基作用。它关于国际人道主义法则的强行性的理论对当代国际法仍有直接影响。但是,强行法的纯理性的效力渊源之说已不能完全信服当代人。另一方面,人定法或意志法也并不一定是任意性或协议性的规则,在后几章中,我们会发现意志法中亦不乏强行法规范。

强行法的理论在本质上是与实证主义法学派的学说相冲突的,因为后者既不承认在实在法之上有什么自然法学派所主张的理性、道义规范,也不承认在实在法之中有国际社会成员——主权国家不可以用协议排除的绝对规则。该学派的创始人奥斯丁主张法学只应研究“实际上是这样的法”而不管“应当是这样的法”。在其权威著作《法学范围论》一书中,他把法律与道德严加区别,认为两者并无直接联系,不道德的法也是法,具有拘束力。在实定法之外是“实定道德”。国际法就是实定道德而不是法,因为它不是主权者的命令,也没有强制力作后盾。主权、命令和强制力是构成实定法的三要素。这样,不但强行法的理论无从确立,而且国际法的法律性质也被根本否定了。^[25]

不过,奥斯丁的理论很快就被该学派的新学说——共同同意说所取代。该学说以宾克肖克和莫泽为主要代表。他们认为,实证国际法是通过国家明示和默示的同意产生的,因而国际法主要由主权国家明示同意的结果——条约和默示同意的结果——习惯两部分组成。^[27]可是这一学说也走上了极端。国家的主权意志被推上了绝对的地位;没有主权意志的认可就不产生有拘束力的国际法。他们还认为,主权国家可以通过协议排除适用任何与它

们的主权意志相违背的规则,主权国家的缔约权是无限的。〔28〕实证主义法学家李斯特也曾指出:“国际法是实定法,它不能绝对约束国家。在某种情况下,国家可以通过一致协议改变国际法。这一特征来源于每个社会成员所享有的独立的基本权利。”〔29〕法国当代著名国际公法学家卢梭直到1970年还在其专著《国际公法》中坚持认为,由于国际法具有个体性质,它全然不知有公共政策一说。〔30〕

凯尔逊的纯粹法学说可能是实证主义法学派开始吸收部分自然法学派的观点、接受强行法理论的一个转折点。凯尔逊认为,一个规范的效力是从另一个更高的规范中取得的,不能从另一个更高规范中取得效力的规范就是最高规范。最高规范之所以有效力是因为它被预定是有效的。这样,从最高规范派生出来的不同等级的规范就组成了一个类似金字塔的法律体系。在这金字塔的最顶层是他预定为有效的“条约必须信守原则。”〔31〕至于该原则为什么应被预定为有效,他却拿不出比自然法学说更令人折服的解释。〔32〕尽管如此,凯尔逊的层次学说还是对30年代及其以后的国际法理论产生了重大影响。当时常设国际法院的法官安齐洛蒂就采纳了凯尔逊的观点。他认为,国际法的效力来源于一项最基本的原则,这就是国与国之间的条约必须信守原则。该原则是整个国际法体系的绝对理论基础,所有国际法原则、规则的拘束力都是由该原则演绎而生的。〔33〕自从凯尔逊的《纯粹法学》(1934年)发表后,实证主义法学派的许多权威代表都开始接受强行法的理论。一些原来否认强行法学说的著名学者都纷纷改变了原有立场。海德、〔34〕布赖尔利、〔35〕费德罗斯〔36〕是首批承认国际强行法理论的这类学者。劳特派特1937年在海牙国际法学院演讲时还矢口否认国际公共政策的存在,可是到了50年代就先后在其修订的《奥本海国际法》和条约法特别报告中修正了过去的观点。〔37〕古根海姆在1951年还固执旧见,到1966年也开始随了大

流。〔38〕在这一点上,最顽固的是施瓦曾伯格。1965年,他在“国际强行法?”一文中否认国际法上有任何真正的强行法规则。在1966年拉戈尼西国际法讨论会上,他也只是带条件地承认《联合国宪章》第2条具有强行性。这一条件是,全体国际社会成员共同同意和接受了该法则。〔39〕看来,他已预见到对强行法理论的确认将意味着对实证主义法学说的修正或否定。

实证主义法学从全面否认国际法的效力到有条件地承认国际条约和惯例的相对效力再到无条件地认可国际强行法存在(施瓦曾伯格除外)经历了近一个世纪的演进和发展,现已成为国际法学的一个主要理论派别。可是,它的理论仍然无法解答强行法效力的渊源问题。宾客肖克的“同意说”与强行法理论直接冲突,凯尔逊的“层次学说”解决不了“最高规范”的效力之源问题,使得整个实证主义法学面对当代强行法理论的挑战陷入一片混乱。它有求助于自然法理论的主观愿望,但又不忍损毁本学派的理论支柱。不少当代实证主义法学家公开论证国际公共道义规则的强行性,却又不愿修正他们继承下来的关于法与道德的关系的旧论。因此,我们对该学派的评价是:随着强行法理论的确立,实证主义法学派在国际法理论界中的地位将被更新的学说和派别所取代。

第二次世界大战以后,社会学法学派开始在一些国内法体系中占支配地位,其基本理论也开始影响国际法学说。该学派的主要代表之一,美国法学家庞德把社会学法学与实证主义法学和自然法学的区别归纳为四点,其中的第三点对国际法理论有直接指导意义。这就是,社会学法学强调法所要达到的目的,而不是法的制裁。〔40〕庞德认为,法的目的在于最大限度地满足、调和相互冲突的利益。利益是法律保护的基本因素。〔41〕各种可能发生冲突的利益可以分为三类:(1)个人利益,其中包括人格、家庭关系和物质三方面的利益;(2)公共利益,包括国家作为法人在

维护其人格和物质方面以及作为社会利益捍卫者的利益；(3)社会利益，其中包括一般安全，社会组织安全，一般道德，社会资源，一般进步以及个人生活等各方面的社会利益。这第三类中的一些重要利益（附加重号者）无论是在国内法体系中还是在国际法体系中都是最基本的利益。为了保障这类利益，第二次世界大战刚结束不久，他就呼吁建立“新的万民法”或“世界范围的法律秩序”。^[42]在1959年的《法理学》一书中，他又提出了法学家的迫切任务是研究国内立法与世界统一的普遍法律原则之间的关系。他的这些主张无疑为国际强行法理论的确立提供了一条新的研究途径。

从严格意义上说，社会学法学本身并没有在国际法学中形成一个真正的理论派别。它对国际法理论的影响主要是通过其两个支派：社会连带主义法学派和现实主义法学派施行的。现实主义法学派又主要以其新分支，美国耶鲁大学法学院的政策法学派为较新的国际法学流派。

以狄骥为代表的社会连带主义法学派把法律分成客观法和实在法两大部分。客观法就是一切社会规范的基础，即人们的相互依存和共同需要所形成的连带关系。实在法就是国家制定和执行的法。客观法高于实在法，实在法以客观法为生效条件，并以实现客观法为目的。客观法适用于每一个社会成员，没有例外。^[43]狄骥的客观法与格老秀斯的自然法的地位颇为相似，只是自然法虚拟的理性的根基被换成了一个永恒不变的事实——社会成员的共同需要与相互依存。这一点当然不是狄骥的全新发现。格老秀斯的《战争与和平法》早就揭示过社会成员相互依存和合作的客观必要性，只是没有用它来充实自然法虚拟的理性罢了。但是，我们不能忽视自然法与社会连带主义法的一个重大区别，这就是社会连带关系中没有道德成份，道德规范是社会实在规范之一，不属客观法范畴。而自然法则不承认在理性和道义之外有任何客

观法则。简言之，自然法的理性以道义为主要内容，社会连带主义法则只是把客观事实变成了客观法。不难看出，两者各失之偏颇，难成权威之言。

政策法学派的理论正好可以弥补上述两个学派的不足。该学派的创始人 M.S. 麦克杜格尔认为法律的适用就是一种决策活动。决策方式就是人们对人们所希望实现的价值作出适时适度的选择。这类价值体系由八个方面组成：权力、财富、安宁、教化、技巧、感情、正直和尊重。在这个价值体系之上又以维护人类尊严和保障公平地分配和最大限度地利用人类自然资源为社会政策的总目标。这个总目标又常被冠以“国际公共秩序”之名。^[44]从这一整套学说推理中，我们可以觉察到自然法学说和社会连带主义法学说的痕迹：人类尊严与理性的人道主义如出一辙；平等地分配和利用人类自然资源无疑是相互依存的人类的共同愿望；“国际公共秩序”则是国际强行法概念的另一种表达法。

与政策法学派同期而起的还有一个新自然法学派。该学派并不象政策法学派那样极力否认其学说中的自然法因素，而是直接提倡“复兴自然法”。在该学派中，无论是法国马里丹的“新托马斯学说”，^[45]德国施塔姆勒的“内容可变的自然法学说”，^[46]还是美国富勒的“程序自然法学说”^[47]和德沃金的“公平原则学说”^[48]以及哈特的“主要规则学说”^[49]都强调法与道德不但不可分，而且必须以道德原则为基础，不道德的法律应受到谴责。^[50]尽管新自然法学说对当代国际法的影响不如政策法学派，但上述理论却给我们认识国际强行法理论以新的启迪。

社会主义法学虽然在国际法学中并没有形成一个整体流派，但其关于国际法基本原则的理论为解释国际强行法的理论提供了一个新的渠道。有些社会主义国家的国际法教科书甚至认为国际法的基本原则就是国际强行法。^[51]但是，也有些社会主义国家的国际法学者们在联合国成立以后的很长一段时间内坚持绝对国家主权

观念,使强行法的理论大受贬斥。《维也纳条约法公约》签署后,许多社会主义国家国际法学家们还是顺应了世界发展潮流,不仅接受了强行法的理论,而且还为设立确认强行法的标准和认证强行法的内容提出了独家见解。^{〔61〕}中国著名国际条约法专家李浩培先生指出:“任何法律秩序,不可能只含有任意规则,可以由法律主体任意排除适用。认为主权国家有权将一切国际法规则以条约排除适用的理论,倾向于否定国际法的法律性质,这是同国际社会的客观实际和客观需要相违反的。”^{〔62〕}这一论断表明,绝对主权的观念已随着强行法理论的确立成为了历史,社会主义国家正以新的国际法理论为基础参与国际决策和国际合作。

综以上各家之说可以看出,除实证主义法学派的“同意说”和某些社会主义国家的“绝对主权观念”以外,强行法的理论在国际法的各类学说中是有牢固的根基的。近代自然法学说是强行法理论之源,随后的其他各说只要不反对强行法的理论都不免要沿袭部分自然法学说,只是各自依据的理论前提不同罢了。政策法学派虽然较为圆满地解决了其他各派的极端主张和学理性偏颇问题,但仍然没有对强行法中的道德成份的强制力作出令人信服的解释。新自然法学派的崛起,大有填补这一缺憾之势,可惜又走上了唯道德论的极端。这一切都说明了强行法的概念需要用新的理论加以分析和解释。我们所期待的新理论也可能就产生于各派各说的取长补短之中,而国际法委员会和有关条约法公约编纂的国际会议正是各种学说取长补短之处。

第二节 强行法的集体编纂

一、国际法委员会的编纂工作

国际法委员会关于国际条约法的编纂工作始于1953年。当时,劳特派特任特别报告员。正是在他的条约法报告中,当代国

际强行法的理论开始在集体性编纂工作中萌芽。劳特派特的条约法草案第15条拟定:“如果一项条约或条约的任何条款的履行涉及国际法上的违法行为,或这种行为被国际法院宣布为非法,该条约或条款无效。”虽然在该草案条款中,劳氏没有直接采用“公共政策”或“强行法”的概念,但他本人对该条的解释着重阐明了这一意向:“(非法条约的)检验标准不是其完全与国际习惯法相抵触,而是与国际法的一些重要原则相违背。这些原则可以被认为是构成国际公共政策的基本原则。”^{〔64〕}

1958年,菲兹莫内斯接替劳特派特任第二届条约法特别报告员。在劳氏研究成果的基础上,他试图对强行法制度作一个详尽的概括,可是收效甚微。在他的条约法草案第17条中,出现了如下规定:

“终止条约和解除根据该条约产生的某特别当事国义务的情形

自条约签订后,出现了条约与新的国际法规则或禁止相冲突的情况,符合下述条件时条约为非法:

- (1)新规则或禁止是明确无疑的原则且已被广为接受(或已被缔约双方或所有条约当事国接受)。
- (2)条约的继续施行将构成对新规则或禁止的确切违反,或者两者之间的冲突足以构成违反。
- (3)在条约施行的范围内,除了违反新规则和与禁止形成冲突之外,别无他策实现条约的目的。

除非上述各项条件全能满足,未经缔约各方重新安排,条约义务不得解除。”^{〔65〕}

应该指出,菲氏的草案条款比劳氏报告中的有关条款进了一大步。一方面,他强调“新规则”或“禁止”的确切性和普遍性,开始涉及到强行法的实质特征。另一方面,他认定这类不可违反的规则可以是人定的新规则,这就冲破了自然法学说的纯理

性范围, 开创了强行法理论的发展前景。此外, 他认为当事国的接受和认可也可以形成禁止规则, 展现了确立区域性强行法的可能性。当然, 他举出的三个条件并不一定包括强行法的全部特性。从整个条款的立足点来看, 他是以维护条约关系的稳定性为基本宗旨的, 因此对措辞采取了非常谨慎的态度, “公共政策”或“强行法”的字样未在条款中出现也情有可原。

1963年, 瓦尔多克接替菲兹莫内斯任第三届特别报告员。在日内瓦召开的第15届国际法委员会全体会议上, 他又提出了新的条约法草案。其中的第13条拟定了关于非法条约及其后果的规则。该条的全文是:

“(1) 条约的目的或履行违反一般规则或具有强制性的国际法原则者因背离国际法而无效。

(2) 特别是, 如果一个条约的目的或履行牵涉到下列各项行为或不行为时, 条约就因违反国际法而无效:

(甲) 违反《联合国宪章》的原则而使用武力或以武力相威胁;

(乙) 国际法定性为国际犯罪的任何行为或不行为;

(丙) 国际法要求每一个国家合作予以惩治和镇压的任何行为或不行为。

(3) 如果一项条款的目的或履行违反一般规则或有强行性的国际法原则, 但该项条款与条约的主要目的无重要联系并且与条约的其他部分可以明确分离, 仅该条款无效。

(4) 但是以上各项规定不适用于废除和修改一项具有强行性的规则的一般性多边条约。”^[58]

瓦氏草案虽然首次明确提出了国际强行规则的概念, 但以列举的方式界说一项有争议的重要概念, 难免有挂一漏万之嫌。结果本届会议在强行法的定义方式和确认标准上花了不少时间, 可是收效甚微。最后, 委员会决定定义和标准问题留待以后进一步

探讨。瓦尔多克也同意说: “强行法的全部内容只有经过实践, 国际法庭的判决和政治组织的决议才能最后决定。”^[59]

此后, 各种草案、提议又几经讨论和修改, 国际法委员会作成的条约法最后草案中有关强行法的规定是:

“第37条

一个条约如果同一般国际法的一个强行规则相抵触, 是无效的。这种规则不得背离, 且只能由具有同一性质的一个以后的一般国际法规则予以更改。”^[60]

该项规定既无明确定义又无具体范例, 显然不是一副理想之作。

二、国际会议与强行法的编纂

1. 希腊拉戈尼西国际会议

在国际法委员会将条约法最后草案提交给联合国条约法会议之前, 当代世界著名的国际公法学者们云集希腊, 就国际强行法问题进行了专题讨论。^[61]在这次讨论会上, 与会的各种流派的代表一致承认当今国际法体系中确有一些强行法规范。但是, 由于各派学者对强行法的概念有不同的理解, 以致对强行法的内容、渊源、界说方式和适用方法存有很大分歧。以界说方式为例, 有些学者主张根据强行法的目的下定义, 认为强行法制度是整个国际法体系的根基, 破坏强行法制度就会危及整个体系的生存。^[62]会议的主要发言人苏伊教授就采用了这种方式。他认为: “强行法规则是一般法律规则的总和, 对于这些法律规则如果不加遵守, 就可能影响它们所隶属的法律体系的本体。这样大的程度, 因而法律主体就不得以特别契约加以背离, 否则契约就遭受绝对无效的制裁。”^[63]另一些学者认为这种定义方式不合适, 因为强行法规则必须是具体适用的规范, 其定义应着重对强行法规则的效力设立一个具体而明确的标准。根据这类标准, 强行法应

是各国在其相互关系中不得用协议排除而法院又必须主动适用的普遍规则。^[62]

关于强行法的内容,与会学者们基本上对两类规则的强行性达成了一致的意见:(1)禁止使用武力,维护国际和平与安全;(2)最基本的人道主义法则,维持人类的基本生存条件。但是学者们对这两类规则以外的其他候选者各持己见。有的提出,保护国际组织职能的规则,国家主权平等原则和纽伦堡法庭判决原则具有强行性;有的主张,民族自决原则和富国协助贫国发展的义务原则是强行法规范。^[63]但这些都没有获得与会者的一致认可。这次会议给人们留下的印象是:确立识别强行法的具体标准和认证一般国际法规则的强行性仍然是一项非常艰巨而复杂的研究课题。

2. 联合国条约法会议

1966年,联合国条约法公约会议在维也纳召开,国际法委员会提交的条约法公约草案成了会议讨论的中心议题。广大第三世界国家和社会主义国家的代表对公约草案中关于强行法的规定表示赞同,但是一些西方国家的代表对有关条款的措辞提出了尖锐的批评。^[64]

有关草案第50条(原第37条,维也纳公约的第53条)的规定引起了四个方面的批评:(1)无明确定义;(2)无内容识别标准;(3)适用范围不清;(4)适用效果不明。其中又以强行法的定义所引起的争论最为激烈。西方国家的代表对草案第50条的条文提出了一些修正案。美国代表的修正案受到了会议代表的重视。其内容是:“一个条约如果在缔结时间全世界各国和各地方的制度所共同承认的且不得背离的一个一般国际法强行规则相抵触,是无效的。”^[65]该修正案中的“在缔结时”几个字被大会采纳,但“各国和各地方的制度”一语未被接受。此外,芬兰、希腊和西班牙三国联合提出一条修正案,建议在“一般国际法”之

前加上“列国国际社会作为一项规范接受”这一限定语。该联合修正案基本上被采纳。但是,起草委员最后又作了重要修正,把“作为一项规范”改成了“作为整体”。这样,草案第50条几经修正,最后表述为现行《维也纳条约法公约》第53条的文字:“一个条约如在缔结时与一个一般国际法强行规则相抵触,是无效的。就本公约而言,一般国际法强行规则是列国国际社会作为整体接受和承认为不得背离的且只有同一性质的一个以后的一般国际法规则才能予以更改的规则。”

从1953年第一任条约法草案特别报告员劳特派特的第15条到1969年《维也纳条约法公约》的第53条,我们可以看出强行法的理论是一步步确立,概念是一步步完善的。尽管第53条仍有许多不尽如人意的地方,但它毕竟是几代人心血的结晶,是当代国际法发展的一项重大成果。

回顾强行法理论的起源及其形成过程,我们可以得出以下几条结论:

(1)国际法与国内法虽然是两个不同的法律体系,但二者各有一些可供互为借鉴,相互补充的东西。单从国际法方面来看,它从各种国内法体系中借鉴来的概念和规则不少,尤以条约法借用合同法的概念最多,强行法概念就是最典型的一例。它不仅是罗马法古训的移植和发展,也是英美合同法或商法中有关规定的国际化。《维也纳条约法公约》第53条中的“在缔约时”几个字就出自《美国统一商法典》第2—302节第(1)款。^[66]

(2)上述结论给我们的一个重要启示是:国际法的渊源不可能象实证主义法学派所主张的只有国际条约和习惯,“文明”各国所承认的一般法律原则不仅可以成为一般国际法的渊源,而且有时可以创立国际条约和习惯一时难以认可的重要国际法概念和原则。换言之,在当代国际法体系中,《国际法院规约》第38条所确认的“第三渊源”有时会比第一、二渊源的作用更大,更能

反映国际现实。《法国民法典》中的“公共秩序”和“善良风俗”正是国际和平与安全、人道主义法则的渊源。

第三节 《维也纳条约法公约》以后 强行法理论的发展

《维正纳条约法公约》的签署几乎把世界上所有国际条约法学者的注意力引向了第53条。从1989年至今发表的有关评述第53条的专门论著、论文之多，是国际法学史上少见的。许多论著都对公约中有关强行法的条款提出了尖锐的批评，也有的提出了发展性的建议。下面我们将选择几篇有代表性的专著略加评论。

一、施图基

瑞典国际条约法专家施图基在1974年发表了题为《强行法与维也纳条约法公约》的专著。在详尽地分析和比较了国际法院和国内法院的有关判决、各类公约条款和国际法的各派教义之后，他得出的结论是：在过去的国际法实践中，没有适用强行法的证据。他认为，由于现实国际法要求主权各国的一致同意产生义务，即使有强行法的概念存在也与其在国内法中的地位迥异。他几乎否定了其他国际法学者提出的所有强行法候选规则，因为国际法上没有一个真正的权力机关能解决有关强行法适用的争端。如果适用不当，反而会破坏世界秩序的安定。最后，他还主张强行法应是不可变更的，因而新的同类强行法也不可能产生，否则新生的强行法也因违反前强行法而无效。^[67]

施图基用实证主义法学派的观点考察国际强行法的理论，自然不会得出令其满意的结论。然而，他又不得不接受这一新事物、新概念，其变通办法是在实证法理论和强行法理论之间作出调和。殊不知这两者势不两立，水火不相容，残酷的现实只许他二

取其一。那么，他得出的否定强行法理论的结论也就不足为怪了。

二、罗扎基斯

希腊学者罗扎基斯在1976年发表的《条约法上强行法规则的概念》与施图基的观点不同。他对条约法公约中采纳的强行法概念表示赞赏，并积极建议建立一整套适用和解释这一概念的机制，以避免一些国际法原则、规则的强行性在无明确标准的争论中遭到削弱。但是，他对与第53条和第64条有关的程序条款，如第65条，第66条和第71条，大为失望，认为这几条没有为前两条的切实施行作出程序上的保证。这样，强行法概念的整座大厦就有可能毁于适用程序中的任何一个缺口。^[68]

罗扎基斯摆脱了实证主义法学思潮的影响，以现实主义的態度认定强行法的存在及其作用，这一点是难能可贵的。但是，他忽视了法律的制裁效果与社会目的之间的关系。一切以制裁效果论成败就会忽视法律作用的另外一面。当然，我们并不否认他对第65条、第66条和第71条的批评的正确性，只是要谨防他对这几条的绝望情绪会导致与施图基一样彻底否定强行法的客观后果。

三、亚历克斯兹

苏联学者亚历克斯兹运用马列主义的观点全面考察了强行法的概念与特征后归结出了一条新定义：“国际强行法是通过条约或习惯公认为有法律拘束力的规则的总和。这类条约或习惯表达了国际社会成员明示或默示的合作意愿，旨在防止通过区域性协定背离这类规则。无论这类协定是由参与创立该规则的国家还是少数几个公开反对这些规则的国家订立，都将一律无效。”根据这一定义，他把当代国际法中的强行规范分为五部分：（1）确立国家与民族的主权权利的原则；民族自决与平等原则；不干涉

内政原则。(2)维护国际和平与安全的规则：禁止使用武力或以武力相威胁，和平解决国际争端，根据联合国宪章集体打击侵略者。(3)满足人类基本要求的原则：不分种族、性别、语言和信仰，维护人之自由、荣誉和尊严；禁止贩卖奴隶、妇女、儿童、废除奴隶制；禁止海盗行为；维护个人的主要社会、经济、文化、政治和公民权利。(4)纽伦堡和东京军事法庭以及1949年日内瓦四公约确立的防止对全人类犯罪的原则。(5)禁止将对世界上所有国家都有重要意义的空间的任何部分据为己有；公海及其上覆空间自由原则；和平利用外层空间原则以及和平利用南极原则。^[66]

亚历克斯兹的新定义只不过是实证主义法学和社会主义法学思想杂交的产物。他把强行法的渊源限制在条约和习惯的范围之内，无非是“共同同意说”的老调重弹。正如我们论证过的，

“共同同意说”与强行法理论在本质上是相互矛盾的，不可能在同一法律体系中达成调和。他所指的“共同合作意愿”也就是苏联国际法学界常用的“主权国家的协调意志”的另一种说法。也许我们应该提醒亚历克斯兹先生，协调的结果只可能产生协议性规范，否定协调意志及其成果的合法性的规则才是高于协议性规范的强行法规则。不过，亚氏所列举的几类强行法规范中的有些规则突破了苏联传统的国际法学观点。长期以来，苏联学者一直主张个人的自由与权利只受国内法的保护，而亚氏却把保护个人权利与自由的原则提到了国际强行法的地位，这简直是一大飞跃。另一方面，他的主张也预示着道义原则进入强行法领域的最顽固的障碍即将清除，利益原则和道义原则将成为国际强行法的大两部分。

四、加雅

瑞士国际法学家加雅进一步扩展了强行法概念的范围，认为

强行法不仅可以宣布国家之间的双边或多边行为的结果——条约无效，而且也可以宣布国家的单边行为非法。这类单边行为就是国家的犯罪行为。在其论著“维也纳条约法公约以外的国际强行法”一文中，他发现强行法规则同有关惩治国际犯罪的规范寻求的是同一个目的——保护国际社会最基本的利益。因此，他认定，国家责任条款中有关惩治国际犯罪的规定也具有强行性。^[70]

虽然加雅并不是第一个主张把强行法的概念扩展到国家的单边行为与不行为的学者，然而，是他第一个把国际强行法的概念同国际犯罪结合起来。不过，这种结合可能引致的一个难题是，凡是涉嫌于国际犯罪的主体行为都有可能被指控为违反强行法，那么以个人或非国家指导性的集团为主体的国际犯罪也可能成为强行法制裁的对象，于是整个强行法制度就无异于一部国际刑法典了。诚因国际刑法体系还在纸上谈兵，两个概念的超前结合很可能会导致强行法理论长久难以付诸实践，这可能是加雅未曾料想的潜在危机。由此看来，强行法和惩治国际犯罪的规则两个概念不能完全等同，后者可能是前者的一部分，但又不能说只要达到了后者的标准就必定受到前者的制裁。有关这一点，我们将在第五章中作更为详尽的探讨。

五、小结

上述几位学者的论著有一个共通的缺陷：各自以本学派的老观念解释国际法上的新概念，其分析方法及其所得之结论总免不了带着本学派的痼疾和偏见。即使能通过引进其他学派的某个观点作出改良，也无济于根本。看来强行法的理论已演进到了十字路口，现在需要集各学说之长，避各流派之短，对强行法的性质与内容作全新的综合分析与探究。

注 释

[1]参见埃格罗·施韦德,“国际法委员会拟定的国际强行法的某些问题”,载于《美国国际法学报》,1967年,第61卷,第948页。另见J. M. 辛克莱:《维也纳条约法公约》,1973年,英文版,第110页。

[2]参见J. M. 辛克莱:同注[1]引书,同页。

[3]参见苏伊:“国际公法上的强行法概念”,载于《1966年拉文尼西国际法讨论会论文和记录》,1967年,英文版,第18页。

[4]参见M. 福德:“公共秩序,保留与司法管辖公约”,载于《国际法与比较法季刊》,1980年,第29卷,第259页。

[5]参见罗泽斯:“论劳动法上的公共政策”,载于《社会法》,1977年,第311页。

[6]参见汉斯·维尔希,“公共政策与相对性”,载于《荷兰国际法评论》,1979年,第28卷,第109页。

[7]J. M. 辛克莱:同注[1]引书,第111页。

[8]同注[7]。

[9]《美国法典》,1982年,第15编,第1节。

[10]《美国法典》,1982年,第15编,第18节。

[11]《美国法典》,1982年,第15编,第45节(a)款(1)项。

[12]参见罗泽斯,同注[5]引书。

[13]参见埃格罗·施韦德,同注[1]引书,第948页。

[14]参见《法国民法典》第1108条,第(1)款。

[15]参见注[13]引书。

[16]波洛克和马拉:《印度契约与实际救济法》,英文版,第270页。

[17]《德意志民主共和国民法典》第68条第(1)款规定:“为社会主义道德准则所不容的”契约无效。

[18]转引自李达:“各派法理学之批准”,载于《武汉大学法学研究资料》,1980年,第2—6期。参见西南政法学院图书馆编:《各派法理学评介文集》,第16页。

[19]同注[18]引书。

[20]《中国大百科全书·法学卷》,第153页。

[21]格老秀斯:《战争与和平法》,1925年,法文版,第22页。

[22]参见普芬道夫:《自然法与万民法》,1934年,法文版,第1部,第6章,第2部,第3章。

[23]法泰尔:《国际法》,1834年,英文版,第8—9节。

[24]布伦茨奇:《文明国家的现代国际法》,1872年,德文版,第410页。霍尔:《国际法论》,1880年,英文版,第294页。

[25]参见《中国大百科全书·法学卷》,第648页,词条:“新托马斯主义法学派”和“新自然法学派”。另见李达,同注[18]引书,第11—13页。另见迈克尔·赖斯曼,《麦克杜格尔》:“关于国际法的理论:结构法理学序言”,载于《国际法论文集》,1981年,英文版,第72—75页。

[26]参见奥斯特:《法理学范围》,英文版,第156页以下。有关评述参见H. 哈特:《法的概念》,1961年,英文版,第1—70页。另见麦克杜格尔,赖斯曼,同注[25]引书,第61页,注释第29。另参阅《中国大百科全书·法学卷》,第3页,词条“奥斯特”。

[27]参见周敏生:《国际法》,1981年,第23页。

[28]参见乌拉迪赖·保罗:“条约与一般国际强行规范冲突的法律后果”,载于《奥地利国际公法杂志》,新版第21卷,1971年,第21页。

[29]李斯特:《国际法》,第12版,德文本,第12页。

[30]卢梭:《国际法原则》,1944年,法文版,第340页以下;《国际公法》,1970年,法文版,第1卷,第150—151页。

[31]凯尔森:“国际法与国内法的关系”,载于《海牙国际法学院讲演集》,1926年,法文版,第4卷,第299—326页;《法和国家的概念》,1961年,英文版,第16章。

[32]参见周敏生,同注[27]引书,第26页。

[33]安齐洛蒂:《国际法教程》,1928年,意大利文第3版,第43页。

[34]参见冯德·海德:“国与国之间的法律表现形式:国际法上的强

行法与任意法”，载于《ZFVR》第16卷，1932年，第461—487页。转引自费德罗斯：“国际法上禁止的条约”，载于《美国国际法学报》，1937年，第31卷，第571—575页。

[35]参见布赖尔利，《讲演集》，1936年，第58卷，第219页。

[36]参见费德罗斯，同注[34]引文，第571页以下。

[37]参见芬特派特，《讲演集》，1937年，第62卷，第306页。另见《国际法委员会年鉴》，1953年，第2卷，第154页。

[38]参见古根海姆：《国际公法论》，1951年，法文版，第1卷，第57页。但是，他在和马勒克合著的“国际条约”一文（载于施特鲁普—施洛豪尔：《国际法辞典》，第3卷，1962年，德文版，第531—532页）中说：“国际法也包含强行性规则，因为它必须包含这种规则，才能成为一个法律秩序，并且这些规则构成对缔约自由的限制。”转引自李浩培：“强行法与国际法”，载于《中国国际法年刊》，1982年，第43页，注释第19。

[39]参见施瓦曾伯格：“国际强行法？”，载于《得克萨斯法学评论》，1965年，3月号；另见他在1966年拉丁美洲国际法讨论会上的发言，载于苏伊，同注[3]引书，第100页。

[40]参见《中国大百科全书·法学卷》，第514—515页。

[41]参见李达，同注[18]引书，第60—61页。

[42]参见庞德：“国际法的哲学部分”，载于《第6届国际哲学大会记录》，第372页以下；《哲学理论与国际法》，1913年，英文版，第73页以下。

[43]杜吉特：《宪法论》，法文版，第1卷，第550—565页。

[44]参见麦克杜格尔与赖斯曼合著：《当代国际法论》，1984年，英文版。赖斯曼：“从政策的观点看法律”，载于《法与政策》，1976年，第75，79页。麦克杜格尔与赖斯曼：“世界立法程序中的指导职能：国际法是怎样形成的”，载于《耶鲁世界秩序研究杂志》，1980年，第249页；麦克杜格尔：《人权与世界秩序》，1986年，英文版。

[45]同注[25]引书，见“新托马斯主义法学派”词条。

[46]同注[25]引书，见“新自然法学派”词条。

[47]参见富勒：《法的道德性》，1964年。

[48]参见德沃金论文集：《认真对待权利问题》，1977年。

[49]参见哈特：《法、自由和道德》，1963年；《法的概念》，1961年。

[50]有关新自然法学派的评论，参见（苏）士曼诺夫：“‘复兴的自然法’理论”，载于《政法译丛》，1958年第2期。另见高树异：“为垄断资产阶级服务的现代‘新自然法’学说”，载于《政法研究》，1964年第3期。

[51]参见（苏）伊格纳欣科，奥斯塔别科：《国际法》，第81页。另见王铁崖主编：《国际法》，第48—51页。

[52]参见亚历克斯兹：《强行法的法律性质》，载《国际法讲演集》，1981年，第3集。

[53]李浩培：“强行法与国际法”，载于《中国国际法年刊》，1982年，第62页。

[54]《国际法委员会年鉴》，1953年，第2卷，第154—156页。

[55]《国际法委员会年鉴》，1958年，第2卷，第16、20页。

[56]《国际法委员会年鉴》，1963年，第2卷，第36页。

[57]参见苏伊，同注[3]引书，第52页。

[58]《国际法委员会第15届年会报告》，载于《国际法委员会年鉴》，1963年，第2卷，第193页。

[59]参见苏伊，同注[3]引书。

[60]同注[3]引书，第9—10页。

[61]同注[3]引书，译文引自李浩培，同注[53]引文，第39页。

[62]同注[61]引书，同页。

[63]同注[62]引书，第13—14页。

[64]特别是法国、比利时、卢森堡、摩纳哥、瑞士等国的代表。

[65]《联合国条约法会议正式记录》（会议文件），英文版，第174页。

[66]该条款的原文是：

U.C.C.Paragraph (1) of Section 2-302: “If the court as a matter of law or any clause of the contract to have been

unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.”

[67]参见施图基：《强行法与维也纳条约法公约》，1974年，英文版。

[68]参见罗扎基斯：《条约法上强行法的概念》，1976年，英文版。

[69]亚历克斯兹：同往[52]引文，第262页以下。

[70]参见G. 加雅：“维也纳条约法公约以外的强行法”，载《国际法讲演集》，1981年，第3卷，第310页以下。

第二章 国际强行法的概念与特征

第一节 国际强行法的概念

强行法的概念虽然起源于国内法，但是由于人们已经习惯了按罗马法的古训去理解其内涵，因而根据本国法律体系的特点对之给予明确界说的成文和不成文规定为数甚少。《法国民法典》第6条中的“有关公共秩序和善良风俗的法律”这句话，与其说是强行法的定义，^[1]倒不如说是列举强行法内容的两个方面。也许有人认为分类列举也不失为一种定义方式，但是在国内法上可行的方式不一定能适用于国际法。在《维也纳条约法公约》之前，不计其数的国际法学者曾试图以列举的方式表述国际强行法的概念，结果无一被认为是权威性的。^[2]当然，给国际强行法作一个权威性的界说绝非易事，连世界著名的条约法专家麦奈尔也认为：“列举这类规则要比给它们下个定义简单得多。”^[3]可能正是受益于这一教诲，《维也纳条约法公约》以前的强行法概念的表述法都避繁就简，只有一般性的论述。

麦奈尔指出：“强行法规则是那些保护国际社会的公共利益和维持国际社会所公认的公共道德标准的必要规则。”^[4]

奥本海的定义着重于条约目的和条约义务的合法性。他认为：“条约不得含有不道德、违反公认的国际法原则，或与国际公共政策中的基本规则相抵触的义务。”^[5]

童金则主张强行法是各国不得由协议排除的国际法的基本原则。^[6]