

国际强行法与国际法的基本原则

万 鄂 湘

近几年来,各国著名法学家们发表了不少专著分析国际强行法的性质作用、识别标准和适用范围等方面的问题。这方面的理论研究在我国似乎没有受到应有的重视,除李浩培先生就此发表过专论之外,还不见有更深入系统的研究。不过我国高等院校教科书《国际法》倒是提出了一个值得探讨的问题:国际强行法与国际法基本原则的关系,书中断言:“国际法的基本原则属于强行法的范畴”^①。笔者试图通过比较两者的概念与特征谈一谈不同的看法。

一、强行法的概念与特征

《维也纳条约法公约》(1969年)起草之前就曾有过两部专著、近十篇论文论述过国际强行法的概念与特征,但无一被认为是具权威性的。从条约法公约起草到正式签署的这一段期间内(1965—1971年)又有三部著作、近四十篇论文研讨过这一问题。72年以后有关这一论题的论著更多,如伊里斯的《现代条约法》(1974)和辛克莱的《论维也纳条约法公约》(1973)都用专章讨论了强行法的理论问题。最重要的恐怕是罗扎基斯所著的《条约法上强行法的概念》和斯图基的《强行法与维也纳条约法公约》,这两部专著系统地论述了强行法的性质、概念、特征、作用等有争议的问题,并引用大量的事实和资料证明了强行法的存在和效力,指出了在这些问题上存在着各种分歧意见,以及表述强行法概念的各种不同方式。

根据条约法公约第53条约的规定,大致可以归纳出强行法以下几个基本特征:

1. 强行法是经过列国国际社会作为整体接受与承认的法律规范,即对强行法规范的接受与承认具有整体性。“作为整体接受”的含义在于,不需要国际社会的成员毫无例外地全体一致接受,而只需要“绝大多数的成员表示接受”就行了,个别或是为数极少的国家或国家集团执意反对某一规则的强行效力,也丝毫不损于该规则的强行性质。如此解释,维也纳条约法公约的外交会议起草委员会主席雅森先生的话可以为证。他说:“起草委员会意欲强调:不存在要求一个规则被全体国家接受或承认为具有强行性的问题。如果经大多数接受或承认,那就够了,这就意味着,如果一个国家孤立地拒绝接受一个规则的强行性,或者该国得到一个很少数目的国家的支持,国际社会作为整体对该规则的强行性的接受和承认并不因而受到影响”。^②但令人费解的是我国有关资料和教科书把这一富有特征性概念译成了“全体接受”^③,不知译著们的用意及理论根据何在。

对强行法的接受或承认与一般的法律规则不同,必须经过从形式到本质两方面的验证,即起草委员会所强调的“双重同意”。这里形式上的同意是指,可以成为强行法的规则首先必须是在形式上具有一般国际法规则的特点,而本质上的同意是指,经过形式上检验过的一般国际法原则或规则还要进一步被认为是在本质上具有强行性质的特点,才是真正的强行法规

则。如果一项基本原则、规则只经第一道同意被确认为国际法的一般原则或规则，而并没有从强行性上受到确认，那么该规则或原则，无论其重要性多大，效力范围多广，效力的持续性多长，也不属于强行法范畴。

2. 强行法规范高于一般的法律规则，任何国际社会成员都不得以任何形式背离和损抑，也就是说，强行法规范的效力具有绝对性。这是强行法的本质特征。由于被“作为整体接受”的强行法规范是为了“满足整个国际社会的较高利益而存在的，而不是为了某个国家的个别利益而存在的”，因此，任何与这类强行法规范相抵触的一般规则和条约约定都应视为无效。可见强行法效力的绝对性体现在两个方面：一是使与强行法规范相冲突的国家单边行为非法，即使该行为符合一般国际法规则也构成国际法上的违法或犯罪，并且导致该一般规则无效。二是使与强行法规则相冲突的国家双边或多边行为无效，即双边或多边条约的个别条款内容违反强行法导致整个条约失效。但是，强行法的这一特征并不是象个别西方学者所认为的那样，会使整个国际法体系变成“垂直体系”，即类似金字塔式的层次结构，下一层的法律的效力来源于高一层法律。这一方面是因为国际法体系中没有一个权威立法机关规定最高一级法律的强行性，对某一原则、规则的强行性的认证必须由各主权国家协调形成大致统一的认识。另一方面，强行法本身也可以是很具体的规则，也就不可能从这类强行法则中再派生出次一级的一般法律规则。这样看来，强行法上无效力来源，下无派生隶属，自然不能使国际法构成类似国内法的垂直体系。实质上，垂直体系说只不过是实证法学派“层次学说”的翻版而已。

3. 强行法适用于国际社会的一切成员国，毫无例外，即强行法的效力具有普遍性。任何国家，虽然具有主权的属性，都不能以此为借口主张不受强行法约束而违背整个国际社会的利益。强行法的这一特征是对国际法的传统法则“条约不约束第三国”的重大限制，因为任何国家都不得以不是条约的当事国为借口而否定载有强行法规范的条约对它的强制效力。《联合国宪章》第二条第六款就是基于这来要求非会员国遵守该条第一至五款的规定以维护国际社会的和平与安全。事实上，许多非会员国如瑞士，南北朝鲜对这类义务的强制性也从未表示过异议。此外，联合国大会的一些决议也根据这对非会员国施加强行性的义务。

4. 强行法应随着国际社会的不断进步而更新，即强行法规范具有可变更性。不同的社会时代，具有不同的法律观念，从而产生与时代相符的行为准则。强行法规定的强制性也应符合社会进步的要求而不断更新，否则就会成为社会进步最顽固的阻力。强行法的这一特征是由其内容决定的。由于强行法可以是具体的行为准则，因而很容易受到社会进步性的检验，不符合社会进步要求者，必然被社会所遗弃。

但是，对强行法内容更新的限制是非常严格的：必须是“具有同一性质的一个以后的一般国际法规则才能予以更改”^④。也只有这样才能确保强行法效力的绝对性和普遍性。

由于强行法首先必须具备一般国际法的性质，因此其渊源主要是条约和习惯。这样，现行的强行法规范将来既可以被“具有同一性质”的一个以后的条约规则所代替，也可以被“具有同等性质”的一个以后的习惯规则所代替。

强行法这几方面的特征使得几百年来各类法学派争论不休的国际法效力问题有了明确的答案，更使国际法体系具备了新的活力。毫无疑问，强行法理论的确立必将对整个国际法领域产生非常重大的影响。

二、国际法基本原则的概念与特征

国际法基本原则的概念与特征一直是东欧社会主义国家的国际法学者们颇费心血研究的

课题，我国的学者们也非常重视这方面的研究并形成了自己独特的体系。我国高校法学教科书用专章论述了国际法的基本原则。教科书认为：国际法的基本原则“是那些被各国公认的、具有普遍意义的、适用于国际法一切效力范围的、构成国际法的基础的法律原则”。并指出，各国公认，具有普遍意义和构成国际法的基础是国际法基本原则的主要特征^⑤。苏联高校法学教科书《国际法》给国际法基本原则所下的定义与上述概念基本上一致：它们是“公认的、具有普遍拘束力的准则。”^⑥但是，如果该两个类似的定义是为了将基本原则区别于国际法的一般具体规则（因为我国教科书所论及的其他两项特征就是针对一般具体规则而言的），那么“各国公认”则并不是基本原则所特有的属性。不被各国公认的国际法规则只能是区域性国际法或特别国际法，一般国际法规则也得具备“公认”这一特征。

苏联教科书概念的另一个组成部分是“具有普遍拘束力”，这比我国教科书中所说的“具有普遍意义”之特征更具科学性，因为国际法基本原则的普遍拘束力是不难论证的，但其“普遍意义”的性质就有些令人琢磨不透。

近年来，西方国际法学界似乎也开始热心于国际法基本原则概念与特征的研究了。耶鲁大学法学院的学者们就指出了几项国际法基本原则须备的要件。一是其内容必须符合国际社会的要求，即具备合理、平等和进步性；二是这类原则应有权威机关认可通过（如联合国组织机构）；三是原则确立、形成后要有监督实施的机关和监督的意思。这三方面的要件，虽非我们能全部接受，但确有可取之处。我们不妨兼采其之长，推导出下述几个特征或要件：

1. 国际法的基本原则是各国公认为符合国际社会进步要求的准则，即基本原则的内容必须具备进步性，而且这一进步性必须经过正当的国际立法程序认可。这里“公认”既不同于上述强行法概念中的“作为整体接受”，也不同于耶鲁法学院所主张的“经某个权威立法机关的认可”，它旨在强调基本原则只有通过包括所有重要国家都参加的国际立法性公约和全球性国际组织的宪章以及这类组织所通过的决议和宣言的确认才能真正具有进步性。在一个无统一立法权的国际社会里，要想象国内法一样通过一个权威立法机关制定或确认某项原则内容是不可能的，但国际法的群体立法形式又确能体现所有社会成员的协调意志，其所确认的内容确能代表绝大多数成员国的整体利益。毫无疑问，这样的原则内容是符合社会发展趋势的，并具有推动社会进步的力量。

2. 国际法的基本原则对所有的社会成员国都具有拘束力，即原则的效力有普遍性。这一特征与强行法规范的特征基本相似。被经正当立法程序确认为具有进步性的原则内容代表了绝大多数成员国的普遍利益，因而决不允许个别国家为了其本国的个体利益而违反这些基本原则，损害整体利益。虽然国际公约和国际组织的宪章、决议和宣言原则上只对当事国有拘束力，但载入这类国际文件的基本原则对非当事国也有约束力。这不仅仅是因为习惯法能对非当事国产生效力，更重要的是由于有些基本原则本身的进步性和重要性使之具有强行性，要求每一个国家承担遵守这类原则的绝对义务，而不仅在当事国相互间负担遵守的相对义务。

3. 国际法的基本原则是从国际法的一般规则中提炼出来的，因而有高度的概括性和基础性，同时亦不免具有一定的抽象性。基本原则是整个国际法体系的基础，从这些基础性的原则中可以派生、引伸出许多新的具体规则，从而使整个国际法体系具有无限的生命力。另一方面，所有现行的或新生的具体规则都应受到基本原则的检验，否则具体规则的效力就会引起质疑。由于基本原则具有一定的抽象性，其具体实施还需要通过符合原则精神的具体规则来进行，否则基本原则效力的普遍性永远只能体现在理论上。

三、强行法与国际法基本原则的异同

通过分别研讨强行法和国际法基本原则的概念与特征,不难看出两者在有些方面存在着共性,但各自的异性似乎又比其共性更突出。现分别归纳如下:

1. 共性:

(1) 两者虽然在确认的程序规定上稍有措辞不同(强行法需经“整体接受”,基本原则要受到“公认”),但双方所维护的是同一对象——国际社会的整体利益,因而两者的具体内容必然都会客观地体现时代的进步性。

(2) 由于两者都是为了维护国际社会的普遍利益而确立的,其各自本身的重要性便之对所有社会成员都具有拘束力,因此对载有这两类法则的条约的非当事国也具有强制性,即两者的效力都具有普遍性。

(3) 正是由于这两类法则在国际法体系中占有举足轻重的地位,使得识别这两类法则的标准难以权威性地确立。这无疑会给两者的切实施行带来不同程度的困难。

2. 异性:

(1) 基本原则的抽象性实质上在国际实践中削弱了其本身应具有的功效,使其很难具有类似强行法的绝对性,也限制了所有抽象的基本原则都成为强行法的可能性。大多数抽象的基本原则需要具体规则的辅助实施才能充分体现其功效,不然,很容易让违反基本原则的行为者以各种借口开脱责任,不能使之受到应有的制裁。强行法则不同,其功效的绝对性能确保违法者受到制裁,《维也纳条约法公约》第六十五,六十六和第七十一条还具体规定了各项制裁措施、程序和后果。因此强行法的内容大部分应是具体法则,虽然并不排除某些有具体规则辅助实施的抽象基本原则成为强行法的可能性。

(2) 由于基本原则具有基础性或高度概括性,其接受和承认只要在立法形式和基本内容上得到绝大多数国际成员的认可而成立。而强行法的接受与承认除了这一步外,还需要得到本质特征——强行性上的认可。也就是说,强行法的标准比基本原则更严、更高。已经被接受为基本原则的东西并不一定具备强行性,反之,具有强行性的规范并不都是基本原则。比如,不使用武力原则是基本原则并具有强行性,因而可以成为强行法规范,尊重人权原则被认为具有基本重要性但很难证明其强行性;而有关惩治国际犯罪行为(海盗、空中劫持,贩奴、贩毒等)的规则被认为具有强行性,但并不是基本原则。

(3) 虽然两者的识别标准都难以权威性地确立,但强行法的绝对性使之不能容忍任何与它相冲突的东西,并且遇有新的强行法规范产生时,现行的所有与之相冲突的条约规定都得失效。基本原则却不然,虽然有些基本原则确实是被公认的,但是基于不同的社会意识形态和不同的政治经济条件,对公认的基本原则也有完全不同的理解。比如人权原则,社会主义法系认为其主要内容是民族自决权,即所谓“集体人权”,而西方法学界却普遍主张是对个人的基本权利和自由的国际保护。这样,不干涉内政原则的实际功效就受到了直接威胁,其结果是给侵略战争的发动者提供了借口——人道主义干涉。法国和日本以北为口实发动侵略战争已成为血的教训。如果把人权原则和不干涉内政原则都纳入强行法范畴,人道主义干涉权就披上了强行法的外衣,其后果只怕不仅仅是其强行性受到质疑,就连其进步性也会遭到否定。可见理解上有冲突的基本原则就难得成为强行法规则。

(4) 从国际实践上看,基本原则理论上的重要性是众所周知的,很难说会有某国故意在条约中订出违反基本原则的条款,各国实践中也很少有直接违反基本原则的行为发生。大多

数违法行为都是通过违反具体规则从理论上危及基本原则。即使在这种情况下，违法者也总是以各种借口否认其直接违反基本原则的意愿。这说明有些基本原则理论上的重要性并不弱于强行法规范。但是，这些基本原则理论上的重要性难得在实践中体现出来，和平解决国际争端原则面对当今数起区域性冲突恐怕只具有体现国际社会进步力量良好愿望的一般号召力。而强行法的效力在实践中是显而易见的。在订条约时，有些强行法规则正在形成阶段。条约中有违反强行法的条款存在的可能性，一旦新的强行法规则受到确认，现行与之相冲突的条约便无法找借口逃避强行规则的约束，只能完全失效。

(5) 强行法效力的绝对性本身就暗含着对某些国际法重要的基本原则的挑战。现代国家拥有主权，对外缔约权是主权的具体表现形式之一。主权的独立性使主权国家有同外国缔结任何一类条约、协定的权利。但是，强行法今天却对国家的缔约权利作出了限制：不能订立与整个国际社会的普遍利益相违背的条约或协定。这实质上也就是对国家主权的一种直接限制。但这种限制又是必要的，并且无损于国家主权的本质。

四、结束语

强行法与国际法的基本原则纵然有些相似的地方，都具有维护国际社会整体利益的进步性和拘束力的普遍性，但基本原则并不当然就是强行法，强行法的范畴也不仅限于基本原则。强行法的识别标准比基本原则更严格，内容更具体。基本原则要成为强行法规范还必须经其特别验收程序受到强行性上的认证，而在理解上有冲突的基本原则显然难得过此一关。基本原则理论上的重要性并不一定能在国际实践中得到充分的体现，强行法规范在某种程度上可以弥补基本原则这方面的不足，因为它并不需要具备抽象的原则性，具体规则往往更能体现其效力的绝对性。

另一方面，强行法与基本原则之间也存在着一些必然的联系。强行法可以对某些基本原则产生限制作用，但限制的结果会使基本原则更具权威性，也能使其内容更具进步性。由于基本原则具有类似强行法的两项特征，整个基本原则的体系又为确定强行法的范围提供了一定的依据，并且基本原则最接近于强行法，最有可能成为强行法规范。此外，从基本原则派生出来的大量的具体规则也可以成为强行法范围扩充的对象从而使强行法能不断丰富和完善，永保其进步性。

总而言之，强行法与国际法的基本原则是两个既有区别又有联系、既相冲突又能统一的概念，你中有我，我中有你，两者不能完全分割，也不能完全等同。

注解：

- ①⑤ 铁崖主编，《国际法》，第48—51页。
- ② 《联合国条约法会议第一期正式记录》，英文版，第472页。
- ③④ 王铁崖、田如萱：《国际法资料选编》第711，715页。
- ⑥ (苏)伊格纳饮料，奥斯塔频科：《国际法》第81页。