

# 漂浮的国际强行法

何志鹏

**【摘要】**对于国际强行法的追求表达了一些国际法理论家和实践者在国际关系的规则中确立基本价值和共同伦理的意愿,在一定程度上体现了国际社会契约理念在思想和制度层面的初步成果。但是由于国际社会的无政府特征和国际法的初级性,强行法意图在国际关系实践中得以落实仍然存在着诸多困难。不仅如此,在强行法的范围和具体内涵列表上也还存在着诸多不同见解。因而,国际强行法观念的现有价值主要在于确立国际法的相对等级(位阶)性,也就是形成一个以国际强行法为最高标准的国际法体系,由此逐渐凝聚国际社会的共识,从变更国际法不成体系的状态入手提升国际法治的水平。

**【关键词】**强行法;国际法;渊源;不成体系;相对等级(位阶)性

**【作者简介】**何志鹏,“2011计划·司法文明协同创新中心”研究人员,吉林大学理论法学研究中心、法学院教授,博士生导师,法学博士。

**【原文出处】**《当代法学》(长春),2018.6.106~122

**【基金项目】**本文研究受到国家社科基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”(17@ZH014)和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(16JJD820010)的支持。

## 一、问题的提出

强行法的概念于20世纪中期出现于国际法规范系统之中,<sup>①</sup>为国际法构想了一种新格局。<sup>②</sup>理论界和实践界清楚地认识到,在相当长的历史时期内,国际法框架结构内的绝大多数规则是任意法(jus dispositivum),也就是以国家同意(state consent)为基础的“议定法”。<sup>③</sup>在此情况下,国际法规则由当事国通过自己的意志而确定,同时也可以通过当事国家意志所更改、排除或者撤销。此种法律规则都以国家意志、国家间协定为基础和主要方面的事实,印证了国际社会的分散、非中心化的状态,也强化着此种状态;由此国际法作为“法”的权威性也一直遭到怀疑。针对这一现实,国际社会试图有所提升、有所发展,试图确立一类具有更高地位的规则,<sup>④</sup>为所有的国际社会成员确立起一种不以国家的意愿而转移

的、不可以随意更改而变化的、具有强行性的规范,<sup>⑤</sup>此类规范就被称为强行法。<sup>⑥</sup>其中包括条约订立的程序,外交特权与豁免的范围,国家及其财产豁免的范围和使用方法等等。强行法的概念是一个来自西方传统,也就是罗马法文化的词汇。在古代罗马法(特别是罗马私法)中给了当事人很多的自由,在此之上,确立了一些被视为是不可更改的强制性规则,在这些法律规则上,当事人不能通过约定予以排除,试图排除的行为都会归于无效。这就是“公法规范不得由私人之间的协议而变更”(jus publicum privatorum pactis mutari non potest)的法谚。<sup>⑦</sup>

时代的迅速发展,不断出现的新实践,给强行法的理论和观念带来反思的机会和更新的挑战。不仅在西方学界呈现出接续的研究,<sup>⑧</sup>中国学者对此也予以关注。20世纪80年代初,李浩培教授就对这一问

题进行了专题讨论,<sup>⑩</sup>10余年后,万鄂湘教授、张潇剑教授在这一领域较早地出版了专门著作,<sup>⑪</sup>此后国内学者不断有新的论述出现,特别是张辉教授在著作中对此进行了较细致的分析。<sup>⑫</sup>从实践上看,尽管韩国大法院、意大利宪法法院等国内司法机构试图采用强行法的概念强制要求某些外国国家进行赔偿,<sup>⑬</sup>但是2012年国际法院针对德国诉意大利案的判决<sup>⑭</sup>还是给过于乐观的国际强行法预期较为冷静的反思机会。<sup>⑮</sup>

## 二、国际强行法的设计目标与终极指向

从人们的愿望上讲,强行法是使得国际法从弱法走向强法的一个非常重要的媒介,<sup>⑯</sup>是使国际法成为人们心中的“法”的关键。<sup>⑰</sup>在相当长的时间内,学术界针对强行法的讨论都需要首先面对有没有此类规则、是否应当存在的提问。<sup>⑱</sup>这也就要求我们审视强行法概念所依托的时代背景、所提出的具体主张和预期达到的目标。

### (一)强行法的观念基础和思想环境

在强行法概念出现之前的时代,所有的国际法都是任意法,国家在国际法面前总是处于一种超然的状态,没有任何一项制度性力量能够要求国家必须认真履行国际法律义务。这对于国际法的权威、对于国际秩序的稳定、对于各国预期的实现是非常不利的。尽管强国可能暂时借助于没有强行法的状态而暂时获益,但鉴于无法强国恒强,这种国家在变弱的时候更可能处于风雨飘摇的被威胁状态。因此,如果抛除国家在特定时期的个别意愿,国际社会是希望有强行法的。有了强行法,则国家的一些基本权利在国家的任何状态下都能得以认可和维持,这很显然更符合“无知之幕”<sup>⑲</sup>之下国家的选择。所以,强行法的出现是使得国际法更加接近人们的所理解的“法律”,而不仅仅停留在“国际实证道德”<sup>⑳</sup>阶段的重要指标。

从国际关系的应然层面上,应当有一些即使国家不愿意、没有任何其他国家的威胁也必须遵守的规范。在国际关系中出现超越实证法的自然法,是国际事务伦理指向的体现和要求。强行法所要体现

和维护的是国际公共秩序,类比于国内法的公共秩序。<sup>㉑</sup>强行法的概念具有非常深刻的国内法实践,无论是英美法常用的“公共政策”观念,还是大陆法系的“公共秩序”理念都导致在私人之间尽管尊重当事人意思自治,但是与一些公共的价值相抵触的时候,这些私人约定要服从于公共价值。国际强行法所要做的就是超越大国政治,实现国际社会契约。<sup>㉒</sup>从传统国际法上,如果出于对于主权的尊重,那么国家之间的关系必须以国家的主观意愿为前提和基础,而不能任意超越。但强行法就意味着对于国家任意的一种遏制。从这个意义上讲,当我们说国家主权意味着国家在国际事务上的主导地位 and 独立自主权利的话,那么强行法很显然对此提出了约束,但是如果把主权看成是国家在国际社会上得以与其他行为体进行交往的资格的话,那么这种权利并没有因强行法的出现而被剥夺和限制。

从性质上看,强行法是人们长期所关注的“自然法”在国际关系中的一种体现。所谓自然法就是超越人定法的道德准则。通过确立强行法,国家之间可以确认国际社会的共同价值,由此避免国际关系中实用主义的强权政治;国际关系实现了伦理转向、凸显了人文关怀,促动了国际法的人本主义变革。在历史上,很多国家都对于国际关系和国际法提出了很多伦理期待,第一次世界大战之后的“威尔逊主义”和第二次世界大战之后罗斯福提出的“四大自由”,以及1949年以后中华人民共和国政府提出的“和平共处五项原则”“求同存异”的国际议事都意味着国际关系应当具有伦理内涵。21世纪的中国国家领导人也明确指出,国际社会的交往应当有一些共同的价值。<sup>㉓</sup>

### (二)对强行法功能的理想期待

强行法规范确立的最初目标,或者说强行法的设计功能,就是确立一系列高标准规范,即使国家之间采用条约的方式也不能排除。在条约与强行法存在冲突时,条约相应的规定(约定)归于无效。1969年《维也纳条约法公约》(以下简称《条约法公约》)第53条受到了所有国家的认可。例如,一个关于实施灭

种行为的协定会归于无效(void);<sup>③</sup>再如,《联合国宪章》所规定的:一个国家不能侵略其他国家的政治独立或者领土完整。当国际社会形成此种共识之时,国家之间如果仍然订立条约来瓜分一个国家,这个条约会归于无效。<sup>④</sup>有人认为强行法的界定有一个循环界定的逻辑问题,即强行法的认定以可超越条约为标准,其目标则是超越条约,构成了循环。对此,包括莱帕德在内的国际法专家认为并不存在此种缺陷,<sup>⑤</sup>所谓强行法能够超越条约,仅仅是对其规范自身的质量要求,仅仅是国家、国际社会的信念,而并非以实际上已经否定、超越了条约为判断标准。由此可见,强行法的基本定位是提供可以衡量人定法正当性的一种“超级规则”,可以裁断和否决不符合人们所形成的全球性伦理共识的条约和区域、双边习惯。这恰恰就是人们所期待的自然法在人类社会功能与作用的体现。强行法具有最高的位阶性,不能被其他的规则所推翻;除非有后来出现的强行法,先前的条约才是可撤销的(voidable)。

但是人们的期待可能不止于此。在很多学者看来,强行法存在着即使人们没有通过条约和习惯等实证规则确立义务,人们也会认为一些规则有能力约束国家之间的关系。也就是确立国家的普遍义务(obligation *erga omnis*),使得强行法具备高级法的特征。<sup>⑥</sup>此种观念体现在《条约法公约》对于强制性规则的阐述。《条约法公约》明确宣示强行法存在的目的,是为了限制缔约国由于国力相差悬殊而导致的表面缔约自由、实质上不公正的情况。所以李浩培先生认为,《条约法公约》明文规定了强行法在国际法理论和实践上具有重大的意义。<sup>⑦</sup>国际法院在1970年的巴塞罗那电气电车与电力公司案中间接承认了强行法的存在。在法院的判决中提到:

应当将国家对整个国际社会承担的义务同一国与另一国在外交保护领域而承担的义务进行必要的区分。从其性质上判断,前者为所有国家所关注的,虑及其所涉及权利的重要性,应认为所有国家对此均有法律上的利益,它是国家的对世义务。在当代国际法中,这种义务源于侵略种族灭绝的非法性,也

源于对人的基本权利有关的那些规则和原则,包括使人免遭奴役和种族歧视,这些相应的受保护的权力一部分成为一般国际法的主要部分,其他则被国际文件赋予普遍性或者准普遍性的特征。<sup>⑧</sup>

强行法显然是国际法发展进步的一个体现,而不是国际法在传统意义上平面前进就可能得到的规则,它是以往国际自然法在学术思想层面走向实践层面的一个明显的实例,也是国际法从平面的碎片化走向位阶化、体系化的一个重要表现。<sup>⑨</sup>或者更准确地,我们可以适用马克思主义的辩证唯物主义原理,将强行法的出现解释成为国际法从量变走向质变的一个标志。在历史上,国际法长期都是通过规范增加的方式进行发展,在条约的种类、内容和数量上增益,同时在“一般实践”和“法律确信”的维度增加习惯国际法的数量,并且进而对于习惯国际法进行编纂,使之更有体系。但无论如何,这些都仅仅是量变。只有当规则进一步发展,彼此关系日益复杂,达到了一种人们已经看到规则之间彼此冲突、需要很精细的法律解释、法律适用的技巧的时候,人们才会更加意识到规范的位阶有多么重要。也正是在这样的前提下,才会出现整个国际法律体系迎来新的规则模式。此时,具有最高位阶的国际强行法就出现了。国际强行法有利于理清规则之间的关系、使得规则的效力能具有一个最终的判断标准,形成了规范地位的试金石。这就是国际法的质变,是国际法走向了一个新的时代、一个新的高度的标志和体现。

### 三、强行法的漂浮状态:外延困境与功能困境

强行法所代表的国际法的理想主义设计,<sup>⑩</sup>虽然在国际法学理论的话语体系上占据优势地位,但是在国际关系的实际运作之中却存在着诸多障碍,<sup>⑪</sup>此种障碍是国家利益和国家实力作为核心关切的国际关系现实状况所决定的。所以有学者不无揶揄地说,强行法像福尔摩斯一样,很多人都认为是真的,但此种真实性完全基于追随者想象力丰富的阐述。<sup>⑫</sup>从一个国家的视角看,国际法应该服务于国家利益,在国家之间的利益存有冲突的时候,国际法服

务于哪一方、服务到何种程度是由国家的讨价还价能力决定的。

### (一)外延困境及其体现

如前所述,强行法的出现是国际法体系的一个新发展,国际关系各行为体对于现代国际社会应当存在、实际上也存在强行法并无异议。然而,这仅是一个初步的共识。对于属于强行法范围的、更为细节、更具操作性的问题并没有形成一致,其中较为显著的是强行法的具体边界并不清楚,<sup>③</sup>这使得强行法在认知层面、运行层面存在诸多问题。这种范围认知上的差异可称为外延困境。进一步说,外延困境包括两个方面:

第一,强行法的具体规则范围。国际法认可数量有限的强制性规则具有最高效力,不能因为一般的条约或者习惯而予以改变。现在强行法的外延还没有特别明确的列表,<sup>④</sup>但在国际关系发展的过程中,国际社会通过《联合国宪章》和一系列的国际法律文件、国际会议,努力促成各国对于强行法的共识。<sup>⑤</sup>根据这些文献,认同程度比较高的规则涉及以下几个层次:

第一层次是各国已经普遍认可的国际法的基本原则,例如禁止使用武力和以武力相威胁(当然是存在例外的,所以归于非法使用武力);根据国际法院的判决,《联合国宪章》第2条第4款的规范被视为是即使对非当事方也具有约束力的习惯法,因此就具有了强行法的特征。<sup>⑥</sup>此外还包括和平解决国际争端、人民自决原则等。

第二层次是武装冲突方面的国际人道法基本准则(例如对于被保护者的待遇和军事目标、民用目标的区分原则,对于战争受难者的具体保护方式);国际人权法的一些规则,包括禁止酷刑、禁止贩卖和使用奴隶(奴役)、禁止贩卖妇女和儿童等等。<sup>⑦</sup>

第三层次是国际刑法的一些规则,即对几种国际罪行的禁止和惩治,例如禁止和惩治海盗、禁止种族灭绝、种族隔离、禁止侵略等。<sup>⑧</sup>

《奥本海国际法》第9版指出,强行法等价于普遍国际法,代表最高的道德原则和超越一切的国际利

益,在任何情况下都应当具有约束力。第一种是国际社会存在的基石;第二是基于国际法文明社会共同认定的原则;第三是一些关于外交豁免、公海自由、战俘待遇;第四是一些具有普遍性的国际条约。<sup>⑨</sup>有的学者将强行法从保卫和平、人道性质、防止破坏国家独立与主权平等、享有人类共同财产这样的角度去认识,<sup>⑩</sup>但其他学者的列举和分类都不相同,且以上均为“无权解释”。一些著述认为,强行法可能还包括对外交人员的打击,或者其他的恐怖主义行为。<sup>⑪</sup>而在强行法的范围方面不甚清楚的事项则包括不干涉内政,还涉及环境保护<sup>⑫</sup>、难民不推回<sup>⑬</sup>、天然资源永久主权等方面。也就是说,为明确边界而做的努力,究竟哪些是具有此种效力的规则,即强行法的具体外延,还没有形成确定、明晰的一致观点,很多国家所主张的强行法并不为其他国家所承认。而且,在强行法的框架之下并没有形成明确的操作性规则,而大多仅为泛泛的观念。由此,就会导致不同国家对于一个具体的强行法问题在细节认识上存在很大差距的状况,也就会使得人们在法律论争上无法就一项行为是否真正违背了强行法达成一致。这种范围与具体规范的差距妨碍了强行法的作用。

第二,哪个机构可以决定强行法的列表?从宗旨上讲,国际强行法反映了基本的伦理原则;但是从程序上看,这些伦理原则是不会自动成为强行法的,需要一个认可的程序与形式,特别是需要具有不同法律、政治、社会背景体系的国家的共识。<sup>⑭</sup>人类社会对于探索强行法的内涵已经作出了一系列的努力,通过纽伦堡审判、东京审判,以及此后联合国大会对纽伦堡国际刑事法庭的宪章所进行的首肯,一般被视为强行法在国际社会的初步展示。但是不同的机构对于强行法规则产生的程序及其范围和内容没有足够明确的规定,也没有明确的分工,更没有哪一机构的主张更有权威性的认可,这导致了国际社会对于什么是强行法在范围方面存在诸多不一致。

国际法委员会从2015年开始对于强行法问题置于其工作项目之中,并持续报告,于第67次会议探讨

强行法的性质、强行法确定的具体要求、强行法的列表和违反强行法的后果。<sup>⑤</sup>不过在国际法委员会的内部存在着诸多的不同理解,所以在适用上容易产生争议,而且争议有时无法解决。<sup>⑥</sup>但是面临最大的问题是,很多国家认为相关的实践不足,有的国家则认为对此讨论并无必要,前者是美国的立场,后者是法国的立场。

国际法院作为受到高度重视的全球性、普遍性司法机构,虽然没有任何立法权能,却在其工作进程中形成了“事实上的判例法”。所以其在强行法的确认方面屡被关注就不足为奇了。在尼加拉瓜诉美国的军事行动和准军事行动案中,国际法院认为禁止使用武力成为习惯,乃至国际法的一项基本原则,甚至具有强行法的性质。<sup>⑦</sup>这种将强行法视为具有一般国际法、习惯国际法、国际法基本原则的方式,很具有启发性,但在几种国际法渊源的关系上,也令人深思。国际法院还将具有对世义务性质的规则视为强行法。例如,在巴塞罗那电车案的判决提到了国家所具有的对世义务;<sup>⑧</sup>同样在东帝汶案<sup>⑨</sup>和在巴勒斯坦被占领土建筑隔离墙的咨询意见<sup>⑩</sup>中,都提到了对世义务的概念,进而,在刚果案中将反灭种罪作为强行法的一部分,<sup>⑪</sup>而且,国际法院通过一系列的规则说明,强行法规则至少包括禁止奴役、<sup>⑫</sup>惩处战争罪<sup>⑬</sup>、惩处反人类罪<sup>⑭</sup>、制裁侵略罪<sup>⑮</sup>、禁止酷刑<sup>⑯</sup>。在国际法院为确立强行法的列表作出一系列努力的同时,其他一些国际司法机构(例如前南刑庭在Furundzija案之中、卢旺达刑庭在卡伊西玛案<sup>⑰</sup>之中,都试图为划定强行法的内容提出一些观点。

不过,值得一提的是,联合国安理会在这方面没有过多评论,联合国大会虽然曾经就侵略的概念这样的问题进行过研讨、通过一些文件,但在强行法方面也没有严肃涉及。

## (二) 实施困境及其体现

强行法面临的第二个问题就是这类规则的操作方式与实施效果并不清楚,<sup>⑱</sup>即现存国际法体制认可的功能与前面提到的预期存在着不容忽视,甚至可以说很大的差距。一些理想主义的国际法学者以强

行法、对一切义务、国际罪行等的出现为根据,<sup>⑲</sup>提出了位阶理论,主张国际法规范已经产生类似于国内法的“规范等级”。<sup>⑳</sup>在实践中,被指为高级法的强行法在实践中起到的作用很小,以强行法而否定条约的案例历史上出现的很少。进而言之,《维也纳条约法公约》第64条规定:“遇有新一般国际法强行规律产生时,任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止。”此时,在理论上出现的一个问题是,如果历史上的条约违背了强行法,可否因此主张强行法的追溯力,认为先在条约为无效?<sup>㉑</sup>对于该条约之后产生的国际权利义务又应当如何认识?<sup>㉒</sup>这个问题对于很多发展中国家而言尤为困惑,例如中国面对的一些“不平等条约”应持何种态度,学者之间存在着争论。<sup>㉓</sup>也就是说,强行法的指引功能比较多,评价功能比较少。这同时也就意味着,位阶理论在确定国际法效力等级以及发挥社会作用的层次上,作用极为有限。

由此不难理解,即使一个国家在某些时候违背了国际社会所公认的强行法,却并没有真正受到国际法的处罚。<sup>㉔</sup>在国际法委员会乃至国际司法机构已经认可的可以列入强行法规范的规则范围内,其功效也相当值得怀疑。例如在尼加拉瓜案中,国际法院非常明确地表示,禁止武力使用已经构成了具有基本原则性质的一般国际法,构成了对一切的义务,因而属于一种强行法。然而非常明显的是,在武力使用这一最敏感的领域仍然存在着诸多违背规则的状况;而且每逢涉及违背此种规则的情况,当事方都振振有词,提出各种各样的借口。这实际上就冲淡了强行法,使得强行法失去了真正的操作层面的意义。针对1996年的核武器案、特别是2012年的意大利诉德国案,国际法院的咨询意见和判决在某种程度上仅仅是指明某些义务具有基础性,而不能证明强行法规范具有高于一般规范的效力;<sup>㉕</sup>特别是通过实体-程序的二元分析划分了国家豁免和强行法之间的先后关系。<sup>㉖</sup>由此可见,现在的强行法还没有直接与国际法律责任建立有效的联结。<sup>㉗</sup>有鉴于此,很多人会认为强行法形同虚设:对于强国来

说,即使违背了强行法,也不一定会受到惩罚;对于弱小国家而言,即使没有违背强行法,也有可能被其他国家所干涉,2012年,利比亚已遭劫难,此后,叙利亚险步后尘。倘若强行法都处于此种尴尬的地位,国际法在整体上的约束力就更是很难确保,国际法的权威性也很难形成。

退而言之,即使仅仅要求国家之间的约定不得与强行法相冲突,在现实生活中也还是困难重重。其机理在于,如果国家之间不出现争端,则彼此约定是否违背了强行法,经常并不引起公众的注意。即使联合国秘书长得登记相关条约,却并不负有内容审查之权利和义务。故而,从运行的环节,国际强行法仍然漂浮在国际关系之中,不能有力地约束某些国家、某些行为。

#### 四、强行法漂浮状态的内在机理

国际强行法的这种漂浮状态与国际关系的性质和现行状态密不可分,有着深刻的国际社会心理基础。如果这种作为前提、系统的大环境不能改变,则试图片面地推进强行法的功能,显然会有些操之过急。

##### (一)外延困境的原因

国际法中的强行法之所以会有这种外延困境,实际上是由两个相对应的因素而导致:

第一个因素是这些被称为强行法规本身还有待验证。也就是说它们的强行性还不够成熟。对于国际社会还没有形成价值共识和规范共识的一些要求而言,过急地宣称它们已经构成了国际社会的强行法,对于很多国家来说,是不能接受的。

国际社会更适合于被描述成一个多种不同方向和能力的行为体相互较量博弈和制衡的大集市,在这个大集市上有可能存在一些基本的共同理念,但这些理念是初步而粗疏的,在具体的问题上可能有多种解释。在实施层面则更为复杂精致,但与国家之间基于自身的形势和要求形成普遍共识尚需时间。这就像在没有充分的国家实践和法律认同的前提下,就过早地说明某些规则已经成为习惯国际法一样,会引起一些国家的反对。这些规则自身的效

力也无法按照那些乐观的支持者们所预期的那样实现。由此推知,在世界上意图推进强行法的外延,还需要通过国际社会的实践与协商去渐进促动,而不能采取急功近利的手段,更不能采取大国、强国利用自己的经济、政治、军事实力、道德实力、话语实力的方式,企图压服他国去认可所谓的强行法。

第二个因素是国家之间的观念并不一致。国际社会对于伦理只有粗略的认同,只要具体、细致到可操作的层面,即出现争议,各国对于同样的问题做出的理解、给出的解决方案是不同的,而在政治利益的导向之下,可能因为出现问题的国家与本国的关系而更加不同。国际强行法必须建立在民主、文化多元的视野之上,防止某些国家和文明的高度自我优越感和对他种文化的偏见,避免霸权和文化歧视。一方面在强行法的内涵和外延上进行更为深入的研究,尽快取得国际社会的普遍共识;另一方面在实施机制上提升国际法在国际关系上的适用能力。当代社会的很多国家仍然意图在国际关系中维持较大的独立性。所谓独立性,也就是处理国内国际事务的自由度。它们不希望国际社会轻易干涉属于国家自身内部的事务。尽管国际法在第二次世界大战之后,通过《联合国宪章》和一系列国际组织机构的建立和运行,在性质上已经有了很大的变化,具体显示为在很多事务上国际社会越来越渗透到主权的坚硬壳之中去观察和评判一国内部的事务。不过,即使如此,很多国家仍然对此抱有十分谨慎的态度,它们不希望国际法在这一领域走得太远,尤其不希望国际社会从观察和评价走向以法律运行为具体操作方式的监督、审议和约束。所以,国家更盼望国际法仍然处于一种较为软弱的状态,希望国家在国际法面前具有更大的自由度,希望国际法在国家事务上有更大的弹性。因而,很多国家,特别是大国不愿意被国际法所约束。尽管它们可能并不明确地主张大国例外,但是在心理上它们仍然有着一种道德例外心里或者政治上的优越感。当然,某些大国不愿意在国际法设定的轨道之内行为,急于遵守一些国际机构和专家所倡导和认可的强行法,对于国际社会

而言,显然是一个很大的负面示范。因为各国都不会对于大国的行为无视,或者接受他们的主张。既然那些自认为具有道德优势的大国都没有很好地遵守国际国际法,或者以各种各样的理由辩护,那么小国又有什么心理上的积极意愿去遵守这些规则呢?由此,国际法就会长期处于较为软弱和边缘的地位。就是在这样两种相互映衬的力量之下,国际强行法显得较为被动,仍然在国家意志面前无所用力。在确认强行法的范围方面,伦理原则对于使国家加入国际共同体非常重要。但问题在于,当今的国际关系如何界定?有没有形成国际“共同体”?还是仍然仅仅是国际“社会”?虽然“国际共同体”这个概念在西方已经流传了很久,但是共同体的精神并没有真的建立起来。正如中国所倡导的人类命运共同体的主张虽然已经在很多联合国层面的决议中被认可,<sup>⑥</sup>但仍不乏很多国家质疑的声音。这就意味着,想在国际社会对于强行法形成规范共识,仍然路途遥远。

## (二)实施困境的原因

在无政府的整体国际社会格局之下,在国际事务中具有举足轻重地位的因素,既不是法律或者用任何名称来表达的规则,也不是听起来令人心驰神往的伦理道德标准,而是国家的力量和利益。没有什么因素能够强制要求国家必须采取何种行为、不得采取何种行为。就像20世纪30年代日本可以退出国际联盟一样,<sup>⑦</sup>21世纪,英国可以脱离欧盟,<sup>⑧</sup>美国可以宣布退出TPP、主张退出联合国教科文组织、要求退出联合国人权理事会。<sup>⑨</sup>所以,尽管有人倡导在包括经济<sup>⑩</sup>、商事仲裁<sup>⑪</sup>的领域都实施强行法,但本质上,国家除了受自身利益考虑的约束之外,毫无约束。虽然这种利益可以区分为远期利益、近期利益,总体利益、局部利益,核心利益、一般利益,物质利益、精神利益,但是林林总总,不出利益的大格。<sup>⑫</sup>利益决定了国家行动的方向和目标,力量则决定了能够达到目标的手段和效果。摩根索70年前的论断依然熠熠生辉:国际法仅有在与国家力量的方向相一致时,才会发挥作用。<sup>⑬</sup>从强制力的角度论断,国际

法仍然是弱法;而且,在国际格局不发生根本变革的境况下,弱法的地位很难改变。在这样的国际法大环境下,想要使强行法更具备强制约束力,是很难做到的。即使国际社会广泛地认为,一种行为模式应当被普遍采用,另一些做法应当被普遍禁止,某些国家却可以不顾及这些观念认同,我行我素。故而,企图以强行法而约束国家行为殊为不易。

国际强行法虽然远非完美,但是在很大程度上仍然带动了国际法律观念和国际法律行为的发展和进步,必须要看到强行法存在的积极性。具体言之,在整个国际关系与国际法的大环境、大背景之下,强行法并不包涵着强制实施的意思。在考虑强行法的运行和作用的时候,不能超越整个国际法所处的状态,不能超越当代国际关系的整体格局。虽然从最初的意愿上讲,我们对强行法的期待可能包括着它能够具有强制实施的功能;但是国际法在整体上的操作能力强制执行程度都非常低,国际法从性质上仍然属于弱法。也就是说,当在所有的国际关系环境之中,起作用的仍然是国家的实力和大国意志的时候,试图使强行法真正的落实成为所有国家的行为指南,是很难做到的。故而,迄今为止,强行法仅仅体现着它能够判断其他法律合法性的功能。我们不能因为有一些强行法的原则或规则在现实中被忽视、被违背,就哀叹强行法不存在,或者是根本没有作用;我们只能要求它在判断规则的合法性、正当性上形成一个有效的标准。也就是,它能够对于法律规则本身的合理性和妥当性予以判断,并且在道德和法律效力的层面认定哪些规则是可以接受的,哪些规则是存在问题的。国际强行法存在的最低标准,就是在国际社会上所有的行为体都认可了这一规则的存在和效力,或者没有任何一个行为体公开表示这一规则是无效的。至于在现实中是否能够真正地转化成国际秩序,则不在我们当前的国际环境中所能够达到的效果之内。

## 五、国际强行法地位与功能的澄清

在《法的形而上学原理》中,康德曾经提出过一个论断:当我们的世界还需要用武力的方式来确立

权利和秩序的话,那么我们就还不是一个法律的世界。<sup>⑥</sup>康德所谓的法律和奥斯丁所说的严格意义上的法律<sup>⑦</sup>是一样的,都期盼着一种普遍认同、广泛遵守、严格实施的规则体系。也就是说,人们盼望在国际社会的领域,应当确立起法律的权威应当形成法律被完好遵守且有效实施的状态。当我们对今天所处的世界进行观察的时候,我们不得不遗憾地说,康德的论断尽管已经过了200多年仍然是有效的。所以严格意义上的法律,也就是强行法,还仅仅是一个理想化的目标,而不是国际社会中的真正实践。<sup>⑧</sup>

### (一) 认知国际强行法的基本原则

如果说,在法律和政治之间不应当予以割裂的话,那么这个原则不仅仅适用于国内法的领域,更适用于国际法的领域。这也就预示着,在讨论强行法问题的时候,必须高度关注国际事务的政治格局、国家的政治倾向和政治选择。

在观察和分析国际法问题的时候,不能拘泥于原则和教条,而必须高度关注国际社会的鲜活实践,只能用实践来归纳和修正理论与教条,而不能用教条和理论来要求实践的根本变革。尽管强行法作为理想中的法确实具有很高的道德意义,但是我们的国际社会仍然不是一个由道德来主导的社会。这是因为道德主导在很大程度上是非常令人忧虑的。因为道德主导会形成片面的自我中心,会导致那些自认为道德崇高的人将社会的底线拉高,从而给社会带来很大的压力,甚至恐怖。所以,对于强行法有可能产生的效果也不宜过于乐观,而必须非常谨慎。在这一前提下,我们必须注重现实中人们对于强行法的种种疑虑,也就是说,强行法在很大程度上仍然不是国际社会共识,不是现有国际法的实然规范,而仅仅存在于人们的理念之中。理想主义的高调总是能够容易引起人们的欢心,然而在现实的残酷面前却经常显得用处很少。现实主义的论述可能会让很多人觉得失落,甚至觉得世上都是灰色的调子、缺少鲜亮的色彩,但是却指引着人们找到正确的航向。

国际社会的事务发展非常迅速,国际法作为国际事务的一部分,也一直处在发展变化之中,强行法

就是在这个发展与变化之中一个特别值得关注的方面。但发展和变化都必须基于社会需求、社会实际,既不能走的太急,也不能罔顾社会实践而拘泥于教条。从现有法的角度,必须关注国际社会的司法和守法实践,而不能仅仅依据自己心中的道德情操、理想信念而确立我们所认可的强行法。

不能拘泥于现有的国际法主张和理想取去想象国际法的状况。所以,认为国际法已经形成了一个严整的体系,或者在某些方面已经具有了强行性的、不以当事国的意志为转移的规范,仍然是比较幼稚的态度。<sup>⑨</sup>

### (二) 在“一般国际法”的范畴内认知“国际强行法”

对于强行法在国际法体系中的位置,有必要进行规范等级意义的探究,也就是说,应当在国际法规范体系、规范位阶的角度来看待强行法,而不能超越国际法的整体状态,单纯在法律的实施效力、社会效果的角度认知强行法。在这个意义上,强行法属于一种特殊形式的一般国际法。对此进行以下几个环节的论证:

第一,在国际法的实践之中,我们同样经常会看到“一般国际法”(general international law)这样的概念。有很多国际争端解决双方所提交的司法协议之中,都会提到用“一般国际法”来补充条约、习惯等特别国际法来裁决事实、解决其间的争议,由此产生的问题就是:什么是一般国际法?到底是不是存在着一般国际法?如果存在一般国际法的话,“强行法”和“一般国际法”是什么关系呢?

“一般国际法”的概念具有相对性。“一般国际法”是一个相对的概念。“一般国际法”总是、且仅仅是与“特别国际法”相对应的,它仅仅体现为认可的主体广泛,适用的范围广泛,除此之外,它就是一种普通的国际法规范,有着各种各样的解释空间,有着各种各样的例外可能。“特别法优于普通法”(lex specialis derogat lex generalis)是一个常见的法律术语。即使有特别法的存在,普通法依然具有作用:可以补充特别规则的缺位、可以矫正特别规则的误差、可以

用来说明特别规则的含义。相比两个国家在某个具体问题上的特别约定,这两个国家之间解决此类问题的一般约定或者习惯就算是一般国际法。例如,与中日之间约定解决遗留在中国的化学武器问题的方案相比,中国与日本在第二次世界大战结束后约定放弃一切赔偿的基本原则就属于一般国际法。如果我们放大视野,比起两个国家针对一类问题的约定,多数国家之间在这一问题上较为普遍的做法就可以被视为是一般国际法。例如,与中日之间所做出的中国放弃日本一切战争赔偿的约定相比,二战以后绝大多数国家放弃了对于战败国的索赔(苏联、印度等除外)就属于一般国际法。国际法院还曾经用这种一般性的安排来作为德国诉意大利案的参照。与中国与韩国之间涉及商品进出口关税管制问题的特别协定相比,中韩共同参加的《世界贸易组织协定》和1994年《关税与贸易总协定》就是一种一般国际法。与中国和很多国家单独签署的领事协定相比,《维也纳领事关系条约》就是一种一般国际法。而当我们进一步扩大视野,还会发现,国家之间在某一问题、某一领域的普遍做法还会受制于该领域的某些基本原则。例如环境法领域的“可持续发展”,国际争端解决领域的“关键日期”,领土法领域的“时际法”,国际人道法领域的“区分原则”“军事必要原则”等等。这些原则就属于这些领域的一般国际法。如果我们把视野拓展到整个国际的领域,就不难发现,在各个领域中有一些共同的准则,这些准则就是整个国际法层次的“一般国际法”,此种一般国际法可以从习惯中抽取。<sup>⑩</sup>例如,“约定必须信守”(pacta sunt servanda)就是国际法中最基本的一般国际法。此外,还包括国家的独立与法律人格的平等,国家之间不得采用武力或以武力相威胁,等等。

第二,“一般国际法”的存在程度限于态度而非行动。在国际法的整个体系之中,我们确实看到大量存在的规则都是“特别国际法”(specific/special international law),即使是全球性的多边公约,也有一些国家处于此种规范的体系之外。例如有190多个成员的《儿童权利公约》,美国没有参加;再比如《经济、

社会文化权利公约》,美国没有参加;《联合国海洋法公约》,美国仍然没有参加。而与此相对应,所有其他的公约,也总有一些国家处于该条约体系之外。针对这种状况,我们就不得不认可这样一个事实:全球性的国际规范并不等于一般的普适的国际法规则。在认可了这样一个基本情况之后,我们还需要进一步认清更广阔的规则处境,那就是多边的国际法规范、区域的国际法规范就更不可能是普遍国际法了。至于双边的国际法规范,以及具有国际法意义的单边法律行为,它们的普适性根本就不在预期之内的。因此,在国际法版图之内的绝大部分规则都是特别法,而不是一般法。

这些适用于国际关系一切领域的原则在很大程度上获得了国际法各种主体的普遍认同。如果再考虑到遵守的问题,就会使这个状况变得更加令人不安。当今世界上的国际法规则几乎没有一项没有被违背过。反观国际法实践,所有类型的国际法规范都存在着被国家行为所突破的事实。区别仅仅在于,有一些违背国际法的状况被国际社会所关注,甚至受到了惩罚;另外还有很多则直接被国际社会所忽略。或者即使被国际社会所关注,也没有任何形式的惩治。也就是说,法律规范即使存在相应的责任也付诸阙如,这样一来,问题就变得更为尖锐:在世界上是否存在着普世性的一般国际法?

要回答这样一个问题,我们必须对普适性一般国际法所应达到的条件、所具备的标准进行分析。当我们从“应然”和“实然”的角度进行探讨的时候,首先需要明确,并不是理论家或者道德倡导者头脑中所设想的、应当普遍适用的规则就是普遍适用的国际法,而必须是在现实之中已经得到普遍认可的规则。所以在衡量和认定普遍适用的一般国际法之时必须排除那些仅仅处于想象状态的规则。进而,还要区分一个差异,那就是“法律规范的应然”和“现实遵从的实然”。之所以强调要做这样的区分,是鉴于这样一种现实:不能指望法律规范在实践中得到完全完美的遵守。即使从国内法的维度看,在所有的国家,所有的法律,无论它们被称为普遍适用还是

严格适用,都始终存在着被违背的状况。甚至可以说,法律就是为了违背而准备的。如果一项法律在颁布之后就从来没有被违背过,那么这部法律的颁布是缺乏针对性、甚至没有意义。

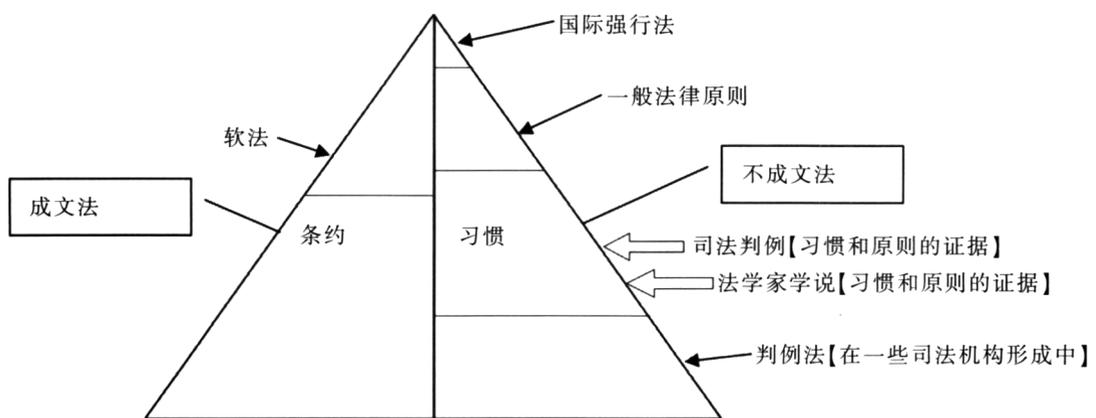
强行法是国际共同体共同认可的规则,<sup>④</sup>如果不违背强行法,国家可以随意地签订和修改条约,<sup>⑤</sup>多数国际法规则都是可以修订的,但是强行法不同,<sup>⑥</sup>《维也纳条约法公约》第53条将强行法的内涵界定为“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”,进而规定:“条约在缔结时与一般国际法强行法规律抵触者无效”。从环境法的角度看,很多作者认为,虽然在环境领域和人权领域可能并不存在内在的法律规则位阶,也不存在强行法,但是如果有强行法规则,这些规范是可以具有优先性的。<sup>⑦</sup>在领土方面,国际司法机构认为,除非强行法的约束,否则国家可以设置国际地役。<sup>⑧</sup>

如果了解了这样一个现实,我们就可以进一步推理:国际法的普遍适用性并不要求是相关的规则得到自始至终广泛的遵守,而只要得到世界各国的认可就可以。如果说“一项规则得到世界各国认可”的标准还比较难于验证、甚至无法进行认定的话,我们还可以将这一个标准进一步降低,那就是:一项意图具有普遍适用效力的国际法规则没有被国际社会任何一个行为体公开的表示反对;或者即使表达了

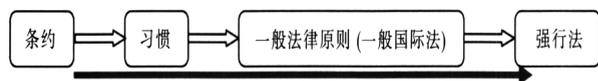
反对,也被国际社会认为是无效的。这个标准其实包括了两个方面的含义:其一,这个规则本身就带有普适性的意图,换句话说,如果仅仅是约定一个具体事项的双边条约和多边条约,就不能视为具有普适性的意图。其二,具有普适性意图的规则获得了国际社会的默示认可,换句话说就是没有公开的有效反对。达到了这样的标准,就可以认为这个法律是具有普适性的。

第三,“国际强行法”是特种的“一般国际法”。根据这样的分析,不难发现,因为一般国际法在范围上更为宽广,在主体上更为普遍,所以其中必然包含着国际强行法。

国际强行法在规范的类型上应当属于“一般国际法”,而从表现形式上看则应当主要表现为习惯国际法,<sup>⑨</sup>不以条约为标准。如果我们从渊源角度对国际法进行一个简单的二分,就会看出,国际法包含了成文法和不成文法两种形式。成文法,最主要的形式就是我们常见的条约。无论其具体名称为何,只要是国家之间、国家与国际组织之间或者其他类型的国际关系行为体,也就是国际法主体之间所确立的成文规则,都是条约。而不成文法,无论是具体体现为何种方式,我们均可称为习惯。根据Lepard的观点,在《国际法院规约》第38条中所规定的“一般法律原则”实际上也是一种习惯,这种观点在理论上是很有说服力、在实践中是很具操作性的。从国际强



行法存在的形式上分析,即使在有些条约中可能包含了强行法的内容,但是,在相关的规则仅仅存在于条约自身的时候,也就是说这些规则仅仅体现于条约之中的时候,它们是不可能成为强行法的。这是由于条约有一个非常重要的规则,那就是一般而言条约对第三方既不产生权利,也不呈现义务。迄今为止的国际条约都不能够在参加方上涵盖所有的国际关系行为体,因而,条约的规定就不可能成为对所有成员都具有约束力的强行法。所以,如果条约中确立的规则想要成为具有强行性的规范,就必须再提升一个水平,也就是转化成为习惯,以习惯国际法的方式让各个国际关系行为体接受。由此得到如下的动态流程图:



凝炼升华的过程

据前番论述可见,强行法并不是普通的一般国际法。一般国际法作为一种一般规则,遵循法律规范的基本逻辑,也就是一般法和特别法的关系之“特别法优于普通法”(lex specialis derogat lex generalis)原则。强行法则有显著差异。除具备范围的宽广性、主体的广泛性,还具有优先适用性和强制适用性,因为它构成了整个国际关系的基础。对于多数普通的一般国际法而言,特别法具有优先性质;但是如果那些特别法遇到了国际强行法,则此种特别法应当给强行法让路。

根据现有的关于国际法规范的界定,特别是《国际法院规约》第38条所列举的各个项目,很难说明在规则之间存在着位阶关系,也就是说,在习惯和条约之间并没有习惯优于条约的序列。到1969年的《维也纳条约法公约》则对此进行了修正:第53条提出了可以通过强行规范来使条约无效的规则,而64条则进一步依据“后法优于先法”原则而提出了在强行法之间进行排序的关系。

很多学者在研讨一般法律原则的时候都认为一般法律原则是要从自然法的角度,补充条约和习惯

作为实证法所可能留下的空白,并且为法院和其他司法机构不至于对一个案件认定无法裁量而使公正实现出现缺位。循着这样的思路,继续推进,就不难看出:强行法作为一般国际法,作为习惯法中具有普遍性的规则,作为一般法律原则中的一般国际法原则,而且是具有普遍性的一般国际法原则。

### (三)现实境况下强行法功能的再认识

理想不能超越时代,正如法律不能超越社会。强行法在整个的国际法的体系之中具有最高的地位。但是即便如此,强行法也不能超越整个国际法体系所具有的“弱法”的特征。并不因为它在国际法中的至高地位而使其能够强制约束国家,要求国家为哪些行为、不为哪些行为;如果国家或相关行为体违背了相关的强行法规范,也并不必然导致国家的法律责任。<sup>⑥</sup>正如一个不论多么智慧的人也无法超越他/她所处的时代一样,无论位阶多么高的强行法也无法超越国际法整体的状况,无法形成真正的强制性规则,而仅仅是对下位的规范进行判断的一种准则。如果脱离了国际关系的无政府状态这一总体环境,那就等于脱离了讨论国际法问题的基本场域,等于放弃了研究国际法规范的基本前提条件。同样,如果我们脱离了国际法整体处于初级阶段这一论断,例如哈特和凯尔森所揭示的;忽视了国际法总体上属于平位法、协定法、弱法这些表现的话,就等于将国际法放到与国内法同等的位置上,就等于回到了“国际法是不是真正的法”这样一个传统的老问题,就等于于是把法律的概念限缩到了国内法的框架之中,因而不适当的。

国际法的构成与国内法有很大的差异,其认定标准与国内法也必然不同:首先,不能以国际强行法的遵守或强制实施为目标。其次,不能以国际强行法被制定为标准。再次,应当以国际法被国际社会所普遍认可为判断标准。也就是说,即使是国际社会的强行法,也并不必然要求所有的国家都严格的遵守和实施,只要在国际社会存在着一种价值上的共识,也就是各国都认为此种行为是妥当的,属于国家的或者是个人的权利,比如国家的独立自主权、国

家的自卫权以及个人的基本人权,则此种规则就应当视为是一种强行法。<sup>⑧</sup>反之,如果国际社会都认为某种做法是不妥当的,例如奴役、种族灭绝、海盗、种族隔离,那么这些规则就可以作为禁止性的强行法。在某种程度上强行法,甚至可以被进一步宽容的标准所界定。也就是降低评价的标准,因为在很多时候想要得到国际社会普遍认可这一证据仍然难于得到,因此可以采取消极的定义模式,也就是如果没有明示的反对意见,则可以通过强行法确立或者普遍国际法存在的标准检验。

由是论之,国际强行法在现实社会中是存在的,而且在发挥着作用。它处于整个国际法体系的最上端,是最高的判断准则。国际强行法所代表的是一个时代国际关系的道德准则,在很大程度上体现了这个时代所有国际法中最终极、最主要的伦理标准。其内核是国际关系的一种伦理指向,也就是一个时代国际关系的自然法。它在整个国际法的规则位阶中,处于最高的地位,对于其他类型的规则具有裁判的能力,这正是在传统的法律学说之中自然法所具备的地位和功能。所以,国际强行法是所有国际法规则最终、最高的判断准绳和尺度,它的存在是整个国际法律规范体系的道德基石,也是国际法发展和完善的一个重要的里程碑。但是,它同时又不是坚固地处于国际关系体系的最高位置,因为整个的国际法都处于一种薄弱的状态,所以强行法尽管位置很高,也仅仅是漂浮在国际关系的上层、却无法落地。

国际法律体系的基本状态就是国家之间实力角逐、反复博弈的结果。此时,强行法所代表的人类共同价值的考量,最多只能作为国家阐明和维护自身立场的一种话语方式(当然也可能被滥用),妥善地表达可能增强其软实力,却不能作为真正决定国际事务最终结局的因素。而就目前国际格局的发展趋势看,强行法的此种漂浮状态还将在相当长时间持续下去,它更多是对其他的国际法规范进行道德伦理上的评判,而并不必然能够真正的转变成国家的行为方式。这既是强行法在历史上所取得的巨大进

步,同时也不得不说是在当代国际关系的现实中不得不面对的困境和需要进一步完善的方面,是国际强行法要进一步提升所必须面对的挑战。这也就意味着,国际法的不成体系将长期存在,国际法的宪政化、人本化距离真正实现为时尚远。

## 结论

基于前面的分析和讨论,不难看出,强行法在国际法理论与实践中的具有很高的地位,体现了国际法的伦理追求,代表了古往今来人们对于国际法中自然正义的理想,传达了自然法学派对于国家之间应当尊崇某种自然秩序、遵从人类理性的共识的论断。但从当代的国际关系环境而言,这种追求、理想和论断仍然是漂浮在空中的遐思,而不是已经落地的坚实制度。不过,即使是这种漂浮的规则,也仍是国际关系与国际法的进步,因为这毕竟意味着国际社会在观念的层面认可了一些共同的原则和规范,而且这种认可的范围,无论是从主体还是从内容上看,都在扩大。这就是国际社会走向文明,并且最终走向法治的必由之路。

强行法理论不仅有现行困境,也有发展生机。国际强行法处于漂浮的状态,也意味着它是漂浮在国际关系的整体格局中的一个美好梦想。不过,国际社会仍然可以在这个状态下积极合作、有所作为,使得国际社会更趋向于法治化的前景。如果说,强行法在现行法方面显得薄弱,那么在未来法方面则显得充满理想主义的光芒。强行法概念的提出,至少在思想观念的层次使得特定国际法规范的效力在某种程度上超出“同意”,在一定程度上解决了条约义务与国际社会根本义务相冲突的情形。<sup>⑨</sup>尽管梦想和现实总有差距,但是我们却不能因为尚未实现就放弃梦想。<sup>⑩</sup>有梦想,就有方向;有梦想,就有目标;有梦想,就有希望。人类总是生活在梦想之中,从中国古代思想家孔子的“天下大同”,<sup>⑪</sup>到空想社会主义者的“乌托邦”“太阳城”“伊加利亚”,<sup>⑫</sup>直至马克思与恩格斯的共产主义,<sup>⑬</sup>都寄托着伟大的思想者对于世界未来发展的梦想;从格老秀斯的自然法观念<sup>⑭</sup>到康德的永久和平构想,<sup>⑮</sup>乃至罗尔斯的“万民法”

(law of peoples),<sup>④</sup>人们也从来没有停止对于国际法构筑梦想、追寻梦想、实现梦想的脚步。而从莱比锡审判到纽伦堡审判、东京审判,再通过前南特别刑庭(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)、卢旺达特别刑庭(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)到国际刑事法院(International Criminal Court, ICC),国际法的司法化露出了超越国家同意的端倪;从国际联盟<sup>⑤</sup>到联合国<sup>⑥</sup>,使国际社会组织化、国际法硬化的尝试见证了人类坎坷艰辛地凝聚国际社会的法治共识、提升国际社会法治程度的努力。尽管在实践之中还有诸多不够令人满意的方面,但是探索之路所积累的经验教训都是人类制度世界的宝贵财富。从这个意义上看,国际强行法这个漂浮在人们心目的梦想将不断指引着人们在完善全球治理方面勇敢前进(当然也必须警惕盲目冒进),克服国家间的无谓纷争,避免国家的非理性选择,警示国家的短视应激反应,抵制国家之间以邻为壑的行为,提升国家对共同未来、共同命运、共同规制的共识,并最终促进人类走向全球共同体。

#### 注释:

①从立法的视角看,强行法的概念呈现于1969年《维也纳条约法公约》第53条,但是从实践的角度看,显然与第二次世界大战之后的纽伦堡审判、东京审判有非常密切的关联。这种观念也被包括美国在内的很多国家的国内法院所接受,例如“A jus cogens norm is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.” *Sarei v. Rio Tinto, PLC.*, 456 F. 3d 1069(2006)。

②Maarten den Heijer and H. G. Van der Wilt, “Jus Cogens and the Humanization and Fragmentation of International Law”, 46 *Netherlands Yearbook of International Law* 3–21(2015)。

③Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994, p. 18; Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, pp. 158–165。

④Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., Longman, 1992, p. 7。

⑤Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?” 77 *American Journal of International Law* 413–442 (1983); Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 4 *European Journal of International Law* 305–340(1993); Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law”, 100 *American Journal of International Law* 291(2006)。

⑥有学者提出,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。张崇波:《论强行法上的国际犯罪》,《金陵法律评论》2012年第2期,第140–145页。另有学者认为,直接适用强行法以弥补实在国际法的缺失。罗国强:《实在国际法的危机与强行法的作用——从朝鲜进行核试验说起》,《法学》2007年第2期,第43–52页。

⑦张文彬:《强行法在国际法上的存在及其内容:一个比较国内法的研究》,《比较法研究》1992年2–3期合刊本,第112–117页。

⑧重要的专著和文集,包括E. Suy, et al., *The Concept of Jus Cogens in International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, European Centre, 1967; Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties—A Critical Appraisal*, Springer, 1974; Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, North-Holland, 1976; Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin(eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Brill, 2005; Erik Fußhoeller, *The Obligation to Make Reparation for a Breach of Jus Cogens: Is the Obligation to Make Reparation for the Breach of a Jus Cogens Obligation a Jus Cogens Obligation on Itself?*, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2013; Silva Liziero, *Jus Cogens, Nações Unidas e Direito Bélico: A Segurança Coletiva como Pedra Angular do Direito Internacional Contemporâneo*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013; Fernando Bolaños(ed.), *Jus Cogens y Derechos Laborales: La no discriminación en el empleo y la jurisprudencia internacional*, Editorial Académica Española, 2016; Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt(eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*(vol. 46, 2015): *Jus Cogens: Quo Vadis?*, Springer, 2016; Robert Kolb, *Peremptory International Law—Jus Cogens*, Hart Publishing, 2017; Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, 2017; Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law*

and Social Contract, Cambridge University Press, 2017.

⑨李浩培:《强行法与国际法》,《中国国际法年刊(1982)》,收入《李浩培文选》,法律出版社2000年版,第489-514页。万鄂湘:《从国际条约对第三国的效力看强行法与习惯法的区别》,《法学评论》1984年第3期,第69-72页;万鄂湘:《国际强行法与国际法的基本原则》,《武汉大学学报(社会科学版)》1986年第6期,第48-52页。

⑩万鄂湘:《国际强行法与国际公共政策》,武汉大学出版社1991年版;张潇剑:《国际强行法论》,北京大学出版社1995年版。万鄂湘的著作是我国第一部较为系统地论述和探讨国际强行法问题的专著。王献枢:《国际强行法的新理论——评〈国际强行法与国际公共政策〉》,《武汉大学学报(社会科学版)》1992年第3期,第126-127页。

⑪张辉教授从国际法规范效力等级的视角对于强行法进行了较为细致的研究。其中阐释了强行法的起源、条约法公约起草前关于强行法的讨论、条约法公约起草过程中强行法的定义和相关条文、条约法公约中强行法的定义、特征,说明了强行法规范的范围、判断标准、类型划分(维护国际秩序、维护国际公共道德和伦理价值、维护国际公共利益),分析了强行法与普通国际法规范(条约、习惯、一般法律原则、国家单方行为)的冲突与效力等级关系的一般情况,也特别从国家及其财产豁免、国家代表豁免的角度探讨了强行法与普通国际法规范效力等级关系中的特殊情况,并且将强行法与自然法原则进行比较,分析其效力等级关系。张辉:《国际法效力等级问题研究》,中国社会科学出版社2013年版,第三章。

⑫Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, paras. 31-36; Judgment of No. 238 of 2014(Italian Constitutional Court), p. 14.

⑬Ibid., p. 99.

⑭Stefan Talmon, “Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished”, 25 Leiden Journal of International Law 979-1002(2012); Andrea Bianchi, “Gazing at the Crystal Ball(again): State Immunity and Jus Cogens beyond Germany v. Italy”, 4 Journal of International Dispute Settlement 457-475(2013).

⑮作为强化国际法“硬度”的补益性规则,国际强行法在约束国家行为,维护国际秩序方面发挥了重要作用。田昕清:《试析国际强行法自然主义回归的必要性》,《时代法学》2018年第2期,第99-105页。

⑯国际强行法的出现使得国际法成为名副其实的“国际公法”。国际强行法与《联合国宪章》第103条共同促使国际

法律体系出现了一定规范的等级秩序。陈海明:《国际强行法的基本法理思考》,《太平洋学报》2013年第4期,第13-19页;李居迁:《强行法与国际法的性质》,《研究生法学》1998年第2期,第12-16页。

⑰前引⑦,张文彬文,第112-117页;前引⑩,张潇剑书,第14-21页。

⑱无知之幕(veil of ignorance)是美国政治哲学家约翰·罗尔斯的重要理论假设。在人根本无法获知其未来进入社会的具体状况(贫富、性别、贤愚)时,其对于社会的期望最符合一个正义的社会的基本架构。相关讨论,参见姚大志:《打开“无知之幕”——正义原则与社会稳定性》,《开放时代》2001年第3期,第65-70页;葛四友:《论无知之幕和社会契约的作用》,《中国人民大学学报》2012年第5期,第45-51页。

⑲John Austin, The Province of Jurisprudence Determined (edited by Wilfrid E. Rumble), Cambridge University Press, 1995, pp. 11-20, 112-123.

⑳David Bederman, International Law Frameworks, Foundation Press, 2010, p. 31.

㉑Jean D'Aspremont, “Jus Cogens as a Social Construct without Pedigree”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 85-114(2015).

㉒“和平、发展、公平、正义、民主、自由,是全人类的共同价值,也是联合国的崇高目标。”习近平:《携手构建合作共赢新伙伴同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》(2015年9月28日,纽约),<http://politics.people.com.cn/n/2015/0929/c1024-27644905.html>, 2018年9月11日访问。

㉓David Bederman, supra note(20), p. 31.

㉔参见朱文奇:《现代国际法》,商务印书馆2013年版,第108页。

㉕Brian D. Lepard, Customary International Law, Cambridge University Press, 2010, p. 244.

㉖David Bederman, supra note(20), p. 25.

㉗前引⑨,李浩培文,第489页。

㉘Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd(Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, Second Phase, I. C. J. Reports 1970, p. 3, paras. 33-34.

㉙Thomas Kleinlein, “Jus Cogens as the ‘Highest Law’? Peremptory Norms and Legal Hierarchies”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 173-210(2015).

㉚Ulf Linderfalk, “Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism”,

46 Netherlands Yearbook of International Law 51-84(2015).

⑳强行法被冠之以“国际宪法”“国际至高法”的美誉,在理论上却有无法解决的矛盾和难以走出的灰色地带,在实践中体现出疲软和单薄。邱冬梅:《论国际强行法的演进》,《厦门大学法律评论》2005年第1期。

㉑Dinah L. Shelton, “Sherlock Holmes and the Mystery of Jus Cogens”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 23-50(2015).

㉒关于“强行法”的更为明确或具体的范畴国际社会远未达成普遍共识,因而在“强行法”规范的识别及具体适用上存在相当困难。国际法上的“强行法”规范更有可能通过习惯国际法的方式产生,在条件成就时,再由习惯国际法规则演变或制定为条约国际法规则。李浩:《国际法上的“强行法”规范初探》,《现代法学》2009年第1期,第113-119页。

㉓I. A. Shearer, *Starke's International Law*, 11th ed., Butterworths, 1994, pp. 49-50.

㉔Robert Kolb, *The Law of Treaties: An Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 106.

㉕Kamrul Hossain, “The Concept of Jus Cogens and the Obligation under the U. N. Charter”, 3 Santa Clara Journal of International Law 72(2005).

㉖在国际人权法上有一些人权属于“受国际强行法保护的人权”。白桂梅:《国际强行法保护的人权》,《政法论坛》2004年第2期;酷刑禁止已成为国际强行法律规范,因为“尊重人的尊严的价值在重要性上要远远超出对酷刑所做的任何辩解”。赵琪:《论国际强行法之酷刑禁止》,《河北法学》2009年第3期,第155-159页;联合国安理会1267号决议提出,安理会的反恐机制受到个人享有公正审判权这一核心权利的限制。王孔祥:《强行法与公正审判权的冲突——联合国安理会1267号决议评析》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期,第33-37页。赵宇霆则进一步说明,普遍的、笼统的人权国际保护原则不属于国际强行法规范,不可以此为由随意对他国进行指责、制裁,甚至干涉他国内政。只是在某些具体的人权保护领域才存在国际强行法规范。赵宇霆:《人权国际保护与国际强行法》,《甘肃政法学院学报》1999年第3期,第51-55页。

㉗参见前引㉔,朱文奇书,第110页。

㉘Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note④, p. 1292.

㉙Roberto Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, 134 *Recueil des Cours* 320, 324(1971).

㉚Louis Kotze, “Constitutional Conversations in the Anthropocene: In Search of Environmental Jus Cogens Norms”, 46 Neth-

erlands Yearbook of International Law 241-271(2015).

㉛参见前引㉔,朱文奇书,第110页。

㉜C. Costello and M. Foster, “Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 273-327(2015).

㉝Brian D. Lepard, *supra* note㉚, p. 243

㉞Kennedy Gastorn, “Defining the Imprecise Contours of Jus Cogens in International Law”, 16 *Chinese Journal of International Law* 643-662(2017).

㉟E. Lauterpacht(ed.), *International Law: The Collected Papers of Hersch Lauterpacht: 1 General Works*, Cambridge University Press, 2009, pp. 113-114.

㊱Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America), *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 392, para. 73.

㊲Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, para. 81.

㊳East Timor(Portugal v. Australia), Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 90, para. 29.

㊴Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, paras. 155-157.

㊵Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, para. 56.

㊶Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, para. 93.

㊷Ibid., p. 99, para. 93.

㊸Ibid., p. 99, paras. 93-95.

㊹Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2010, p. 403, para. 81.

㊺Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite(Belgium v. Senegal), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 422, para. 99.

㊻Prosecute v. Kayishema et al., ICTR-95-1, Trial Judgment 21 May 1999, paras. 88, 99.

㊼Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note④, p. 8.

㊽理论界的基本共识是,违反国际强行法规范的行为在很多情况下构成国际犯罪。值得一提的是,张崇波认为,根据罪刑法定原则的要求,作为追究国际犯罪法律依据的国际强行法规范,必须是获得国际社会的普遍承认和共同遵守,表现

为通过国际造法程序签订的各国承诺信守的国际条约。前引⑥,张崇波文,第140-145页。这种讲强行法局限于条约法的观点值得推敲。

⑦潘德勇:《论国际法规范的位阶》,《北方法学》2012年第1期,第125-133页;前引①,张辉书。

⑧明文规定国际强行法的《条约法公约》第53条则具有追溯力,对于违反国际强行法而订立的条约或实施之行为应视不同情况分别给予“无效”或“成为无效而终止”的制裁,并应消除因此而产生的一切抵触性后果。张潇剑:《论国际强行法的追溯力及其违反的制裁——兼评〈维也纳条约法公约〉的有关规定》,《中国法学》1995年第1期。张潇剑教授针对国际强行法的其他方面也进行了研讨,张潇剑:《国际强行法溯源初探》,《法论坛》1992年第5期,第16-20页;张潇剑:《国际强行法作用分析》,《中外法学》1994年第6期,第45-49页;张潇剑:《论国际强行法的定义及其识别标准》,《法学家》1996年第2期,第49-51页;张潇剑:《强行法在国际商事仲裁中的适用》,《现代法学》2006年第1期,第131-137页;张潇剑:《国际强行法之理论考察》,《河北法学》2009年第8期,第30-34页。

⑨Robert Jennings and Arthur Watts, supra note④, p. 705.

⑩周鲠生先生对于不平等条约进行细致分析之后,认为处于不利地位的国家可以秉持“情势变迁”的原则而单方宣布废除不平等条约,也可以通过协商的方式废除,不过并没有直接可以废除的观点。王铁崖、周忠海编:《周鲠生国际法论文选》,海天出版社1999年版,第313-371页。

⑪黄昇、周怡良:《国际法中的强行法:性质、产生原因及违反的效果》,《山东大学法律评论》2011年卷,第1-14页。

⑫前引⑥,潘德勇文,第125-133页。

⑬“The ‘narrow’ version of the jus cogens doctrine, notably in cases relating to State immunity, represents not an accurate statement of the legal position, but political and ideological choices made and maintained by national and international courts.” Alexander Orakhelashvili, “Audience and Authority—The Merit of the Doctrine of Jus Cogens”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 115-145(2015).

⑭国际法院在“德国诉意大利案”判决中认定,即使是德国违反了国际法,仍然不能剥夺其国家豁免权,国际强行法再一次让位于国家豁免。李本、谢文武:《也谈国际强行法与国家豁免权的冲突》,《法律科学》2013年第6期,第178-183页;同时,国际法院从人权保护的角度出发,确立了国家豁免权和强行法不冲突,并不解除国家保护人权的义务。谢海霞:《论豁免权与强行法关系的新趋势——以“德国诉意大利案”为

例》,《法学论坛》2014年第6期,第114-124页;随着人权保护观念的兴起和普遍管辖原则等理论的发展,国际强行法规则如禁止侵略、奴役、贩卖人口、酷刑、种族灭绝、种族歧视与隔离,对国家豁免理论普遍的权威地位提出了挑战。国家豁免与国际强行法两者并不矛盾、可相协调。田佳敏、张晏瑜:《论国家豁免与国际强行法的关系》,《山东大学法律评论》2013年卷,第187-210页;在司法实践中国际强行法规则屡屡让步于国家豁免权。为了协调二者的关系,可以考虑将国家管辖豁免权加以限制,将违反国际强行法规则的行为作为国家管辖豁免权的一种例外。郭玉军、刘元元:《国际强行法与国家豁免权的冲突及其解决——以德国诉意大利案为视角》,《河北法学》2013年第1期,第24-32页。

⑮2017年3月23日,联合国人权理事会第34次会议通过关于“经济、社会、文化权利”和“粮食权”两个决议,“构建人类命运共同体”理念首次载入联合国人权理事会决议。2017年11月1日,第72届联大一委(裁军和国际安全事务)会议通过了“防止外空军备竞赛进一步切实措施”和“不首先在外空放置武器”两份安全决议,“构建人类命运共同体”理念载入这两份联合国决议,这也是这一理念首次纳入联合国安全决议。2018年3月23日,联合国人权理事会第37届会议通过了中国提出的“在人权领域促进合作共赢”决议。决议呼吁各国共同努力,构建相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系,构建人类命运共同体,强调各国要坚持多边主义,加强人权领域对话与合作,实现合作共赢。

⑯张道行:《日本退出国联及其义务》,《世界知识》1935年第2期,第72-75页;武寅:《从退出国联看日本外交的失败》,《世界历史》1992年第4期,第37-45页;武向平:《九一八事变与日本退出国联》,《历史教学(下半月刊)》2011年第6期,第15-19页。

⑰金玲:《英国脱欧:原因、影响及走向》,《国际问题研究》2016年第4期,第24-36页;王玫黎、曾磊:《英国公投脱欧及影响的对策分析》,《法学杂志》2018年第2期,第79-88页。

⑱贺平:《TPP向何处去:美国对亚太区域经济一体化的政策嬗变》,《教学与研究》2017年6期,第58-64页;张田园:《美国退出TPP对亚太经济合作与一体化的影响》,《国际研究参考》2017年第6期,第10-17页;韩一元:《美国退出联合国教科文组织背后的逻辑》,《世界知识》2017年第21期,第58-59页。

⑲Thomas Cottier, “Improving Compliance: Jus Cogens and International Economic Law”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 329-356(2015).

⑳Valentina Vadi, “Jus Cogens in International Investment

Law and Arbitration”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 357-388(2015).

④参见何志鹏:《国家利益维护:国际法的力量》,法律出版社2018年版,第一章。

⑤Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Alfred A. Knopf, 1948, pp. 169-174, 211-213, 228-230.

⑥Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*(Introduction, translation, and notes by Mary Gregor), Cambridge University Press, 1991, p. 161; [德]康德:《法的形而上学原理原理》,沈叔平译,商务印书馆2001年版,第191页。

⑦John Austin, *supra* note④, pp. 11, 16, 110-112.

⑧Jochen A. Frowein, “Jus Cogens”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2013, vol. VI, pp. 443-446.

⑨有些西方学者天真地认为,西方国家在2012年对于利比亚的武力干涉就是强行法成功实践, Thomas Weatherall, *supra* note⑧, pp.409-430, 笔者认为,这种不考虑利比亚社会安定和国际难民潮后果的鲁莽行为,很难被认为是国际法中强行法的积极作用。

⑩Brian D. Leppard, *Rethinking Humanitarian Intervention: A Fresh Legal Approach Based on Fundamental Ethical Principles in International Law and World Religions*, The Pennsylvania State University Press, 2002.

⑪Patricia Birnie, Alan Boyle, and Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd ed., Oxford University Press, 2009, p. 24.

⑫Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note④, p. 1217.

⑬Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note④, p. 1292.

⑭Patricia Birnie, Alan Boyle, and Catherine Redgwell, *supra* note⑪, pp. 109, 115.

⑮Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note④, pp. 671-672.

⑯Brian D. Leppard, “Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law”, Anna Williams Shaves, “Using Customary International Law to Improve Women’s Lives”, both in Brian D. Leppard(ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 240-244, 304.

⑰Elizabeth Santalla Vargas, “In Quest of the Practical Value of Jus Cogens Norms”, 46 Netherlands Yearbook of International Law 211-239(2015).

⑱“A rather narrow notion with respect to the functions of the jus cogens principle…the concept of jus cogens denotes basic conditions of collective and individual self-determination, most notably in the area of human rights.” Stefan Kadelbach, “Genesis, Function and Identification of Jus Cogens Norms,” 46 Netherlands Yearbook of International Law 147-172(2015).

⑲前引⑩,潘德勇文,第125-133页。

⑳梁琨:《践行国际强行法基本义务》,《中国社会科学报》2016年3月30日,第5版。

㉑匡亚明:《孔子评传》,齐鲁书社1985年版,第252页(南京大学出版社1990年修订版);杨晓林:《理想国、大同世界和小康社会——论柏拉图和孔子的政治理想》,《广西民族学院学报(哲学社会科学版)》2001年社会科学专辑,第154-157页;陈景磐、王彬:《试论孔子的大同思想》,《孔子研究》1986年1期,第26-29页;关于“大同”并非孔子观点的分析,参见裴传永:《“大同小康”之论非关孔子辨》,《孔子研究》2003年6期,第12-21页。

㉒闫志民:《空想社会主义的产生和发展》,《科学社会主义》2013年第5期,第30-32页;侯涯宾、余华:《试论三大空想社会主义者的社会历史观》,《社会主义研究》1998年第5期,第62-64页。

㉓[德]马克思、恩格斯:《共产党宣言》,《马克思恩格斯文集(第二卷)》,人民出版社2009年版,第44-66页。

㉔Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*(edited and with an Introduction by Richard Tuck, Jean Barbeyrac trans.), Liberty Fund, 2005, pp. 150-154.

㉕Immanuel Kant, *Political Writings*(Hans S. Reiss ed., H. B. Nisbet trans., 2nd ed.), Cambridge University Press, 1991, pp. 93-130.

㉖John Rawls, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Harvard University Press, 1999, pp. 35-43.

㉗参见王绳祖主编:《国际关系史·第四卷(1917-1929)》,世界知识出版社1995年版,第84-91页。

㉘参见王绳祖主编:《国际关系史·第七卷(1945-1949)》,世界知识出版社1995年版,第7-17页。