



国际法委员会

第六十八届会议

2016年5月2日至6月10日和
7月4日至8月12日，日内瓦

特别报告员迪雷·特拉第关于强制法的第一次报告*

目录

	页次
一. 导言	3
二. 第六委员会关于本专题的辩论	4
三. 方法	6
四. 强制法概念的历史演变情况	8
A. 第二次世界大战之前的期间	8
B. 第二次世界大战后通过《维也纳条约法公约》前的时期	14
五. 强制法的法律性质	22
A. 强制法在国际法中的地位	23

* 特别报告员想感谢德国研究基金会，特别是 Georg Nolte 教授，其慷慨邀请使特别报告员能够以柏林洪堡大学柏林波茨坦国际法治问题研究小组研究员的身份撰写本报告。特别报告员尤其感谢 Julian Kulaga，他是研究小组的一名学生助理，自愿翻译本报告中提到的几份德文案文。特别报告员还要感谢下列人员针对本报告所涵盖的各个方面提供宝贵研究成果：Emily Buist-Catherwood(纽约大学)；Manar Mohsen(日内瓦国际人道主义法和人权学院)；Mawuse Vormawor(哈佛大学)；Tjasa Tanko 和 Evelyn Mogere(卢森堡马克斯·普朗克程序法研究所)；Aniel de Beer(比勒陀利亚大学)；Romain Pinchon(欧洲委员会艾克斯-马赛大学)；Marija Đorđeska(乔治·华盛顿法学院)；Christina Hioureas、Amy Belsher 和 Aldana Rohr(布宜诺斯艾利斯大学)；Annelize Nienaber(比勒陀利亚大学)。我还要感谢法律事务厅编纂司为研究提供协助。我还要感谢每个阅读本报告较早的草稿并就其发表评论意见的人。



B. 强制法的强制性的理论基础	28
C. 强制法的核心要素	36
六. 委员会成果的形式	42
七. 结论	42
结论草案 1	
范围	43
结论草案 2	
国际法规则的更改、克减和废除.....	43
结论草案 3	
强制法规范的一般性质	43
八. 未来工作	43

一. 引言

1. 国际法委员会在 2014 年第六十六届会议期间决定将题为“强制法”的专题列入其长期工作方案。¹ 大会第六十九届会议表示注意到已将该专题列入委员会长期工作方案。² 国际法委员会在 2015 年第六十七届会议上决定将该专题列入目前的工作方案，并决定任命特别报告员。自那时起，大会已注意到这一事态发展。³

2. 这份第一次报告有两个主要目的，并提出三份结论草案，其中确定该专题的范围，并阐明国际法强制法的一般性质。本报告的第一个目的是规定特别报告员就该专题采取的总办法，并在此基础上获得委员会对可取办法的看法。第二个目的是提供一份一般概览，说明与强制法有关的概念问题。总办法和概念问题都必然将是临时性的。随着关于该专题的工作继续进行，将需要对其重新进行评估，或许也将需要对其进行调整。换言之，关于该专题的工作必须流畅、灵活，才能得以随着项目推进进行调整。

3. 本报告的第一个目的涉及全面审议该专题的方法问题。该专题的性质引发了若干方法问题。其中第一个问题是处理在概要中确定的主要问题的时间顺序。⁴ 第二个问题涉及应给予各种材料的相对比重。关于强制法主题的文献远远多于国家惯例或判例。这就引起一个问题，即委员会应如何为得出结论处理这些材料。第三个方法问题涉及项目是否应如概要所述的那样旨在提供一个说明目前可被认定为强制法的规范的清单，还是最好不列入这样一份清单。最后，作为一个方法问题，报告还将涵盖工作方案。

4. 第二个目的，即概念问题的一般概览，更具有实质性。它主要涉及强制法的性质和定义。虽然本报告本可应对其他概念问题，比如强制法和普遍义务之间的关系，以及强制法和不克减之间的关系，但特别报告员认为，在后续报告中处理这些问题比较谨慎。普遍义务和强制法之间的关系将被视为强制法的后果或影响的一部分，而人权条约中的不克减条款问题将在关于确定具有强制性质的规范的第二次报告中处理。因此，本报告限于确定强制法的核心性质。将对强制法、国家惯例、委员会以前的工作、判例和文献进行一次简短的历史调查，并在此基础上

¹ 国际法委员会第六十六届会议工作报告(2014 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日)，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 268 段和附件。Andreas Jacovides 先生早些时候提出的关于将该专题列入委员会工作方案的建议可查阅《1993 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/454，第 213 页

² 见大会 2014 年 12 月 10 日第 69/118 号决议，第 8 段。

³ 见大会 2015 年 12 月 23 日第 70/236 号决议，第 7 段。

⁴ 概要确定了需要审议的四个主要问题，即：(a) 强制法的性质；(b) 确定为强制法须满足的要求；(c) 说明性规范清单；(d) 强制法的后果或影响。见前注 1，附件，第 13 段。

上解决这一问题。正如已经指出的那样，随着项目推进，以及随着更多惯例得到评估，将需要重新研究定义问题，特别是强制法的性质问题。

5. 在处理上述问题之前，为了提供重要的背景，本报告将在第二节开始简要调查各国对将这一专题列入委员会议程的看法。本报告第三节将简述上文确定的方法问题。第四节将阐述强制法的历史演变，以揭示其目前的性质，确定其核心要素。第五节将对强制法的性质进行一般性的综合分析，并提供一个工作定义。第七节将提出三份结论草案，第八节将阐述今后的工作方案。

二. 第六委员会关于本专题的辩论

6. 首先，有必要阐明，总的来说，各国欢迎委员会决定将这一专题首先列入其长期工作方案并随后列入其目前的工作方案。例如，2014年，有18人在发言中对委员会作出的将该专题列入其长期工作方案的决定发表了评论意见，其中有13人(代表48个国家)表示支持这一决定。2个国家的态度模棱两可。波兰没有对当前专题发表意见，而是提出了与强制法有关的另外一个专题，即对于因一国严重违反强制法的强制性规范产生的义务而造成的情况，有责任不承认其为合法；日本对这一专题既表示怀疑，又表示感兴趣。只有3个国家，即法国、荷兰和美利坚合众国，对委员会选择这一专题的可行性和适当性表示怀疑。⁵

7. 同样，2015年，很多国家在第六委员会表示支持将该专题列入委员会议程。⁶ 不过，少数几个国家继续对委员会作出的将该专题列入其议程的决定表示了保留意见。⁷ 一些国家，包括那些通常支持该专题的国家，表示委员会应谨慎处理本专题。⁸

⁵ 美国“认为委员会将强制法这一专题加入其议程成效不大”，A/C.6/69/SR.20，第123段。法国“怀疑能否就此专题达成共识”，A/C.6/69/SR.22，第36段。荷兰认为，“就编纂或逐渐发展强制法的概念而言，很难确定各国之间的具体需要”，A/C.6/69/SR.20，第13段。

⁶ 例如，见厄瓜多尔的发言(代表拉美及加勒比国家共同体)，A/C.6/70/SR.17，第32段；秘鲁的发言，A/C.6/70/SR.17，第51段；罗马尼亚的发言，A/C.6/70/SR.17，第96段；联合王国的发言，A/C.6/70/SR.18，第9段；日本的发言，A/C.6/70/SR.18，第23段；萨尔瓦多的发言，A/C.6/70/SR.18，第50段。

⁷ 除了在第六十九届会议上表示保留意见的这3个国家，另见以色列的发言，A/C.6/70/SR.18，第6段。另见中国的发言，A/C.6/70/SR.18，第19段，其中请委员会“在就此主题进行深入研究之前，收集关于国家惯例的资料”。另见荷兰的发言，A/C.6/70/SR.17，第78段；法国的发言，A/C.6/70/SR.20，第25段，以及美国的发言，A/C.6/70/SR.19，第17段。

⁸ 例如，见西班牙的发言，A/C.6/70/SR.18，第60段。

8. 很多国家指出,虽然各国普遍接受强制法的概念,但其确切范围和内容仍不明确。⁹ 其中很多国家认为,委员会关于这个专题的研究可能有助于澄清与强制法有关的国际法。¹⁰ 不过,侧重点各有不同。一些国家认为,概要中确定的所有四项要素均应得到处理。¹¹ 很多国家都认为,委员会可对理解强制法作出的最大贡献是将某一规范提升到强制法地位须满足的要求。¹²

9. 不过,在委员会是否应当提供一个说明性清单方面,存在更多分歧。有几个国家,包括普遍支持这一专题的国家,对说明性清单提出了一些关切。北欧国家注意到,委员会告诫,从定义来看,说明性清单不会是详尽无遗的,令其关切的是,说明性清单会带来一种风险,即实际上会将其他同样重要的国际法规则置于低下地位。¹³ 西班牙同样认为,即使谨慎地预先声明清单系说明性清单,编制清单也会被视为一种物权法定原则。¹⁴ 南非在其发言中提出了一个问题,即说明性清单即使在出版时可靠,最终仍会变得不完整。¹⁵ 不过,很多国家认为,编制一份说明性清单会对国际法作出重要贡献。斯洛伐克表示,它“期待看到确立强制法规范”。¹⁶ 奥地利同样认为,委员会“应列出清单说明已经取得强制法地位的规范”。¹⁷ 对大不列颠及北爱尔兰联合王国来说,与确定哪些规范已达到强制法水平同样重要的是,哪些规范尚未达到这一水平的问题。¹⁸ 另一方面,新

⁹ 例如,见奥地利的发言,A/C.6/69/SR.19,第110段;芬兰的发言(代表北欧国家),A/C.6/69/SR.19,第86段;日本的发言,A/C.6/69/SR.20,第50段;斯洛伐克共和国的发言,A/C.6/69/SR.20,第76段。南非指出,“强制法规范的概念仍然模糊不清”,A/C.6/69/SR.20,第109段。法国指出,“有关强制法的理论依据的分歧意见[及有关其]适用范围和内容的意见分歧仍普遍存在”,A/C.6/69/SR.22,第36段。

¹⁰ 例如,见北欧的发言,同上,第86段。另见联合王国的发言(“委员会的工作将有助于阐明强制法的概念包含哪些内容,不包含哪些内容。说明这一概念不包含哪些内容也同样重要”),A/C.6/69/SR.19,第178段;萨尔瓦多的发言,A/C.6/69/SR.20,第91段;南非的发言,同上,第109段;新西兰的发言,A/C.6/69/SR.20,第33段;塞浦路斯的发言,A/C.6/69/SR.24,第69段。

¹¹ 例如,见奥地利的发言(前注5),第110段;联合王国的发言,同上,第178段。另见罗马尼亚的发言,A/C.6/69/SR.19,第146段。

¹² 见南非的发言(前注9),第109段。另见北欧的发言(前注9),第86段(委员会的工作可能有助于“澄清强制法的确切法律内容,包括国际规范可被认定为强制性规范的过程”)。荷兰虽然不支持该项目,但指出“或许应该提出一个笼统的概述……说明确定某项规则属强制法的方式”,荷兰的发言(前注5),第14段。

¹³ 北欧国家的发言(前注9),第87段。

¹⁴ 西班牙的发言,A/C.6/69/SR.21,第42段。

¹⁵ 南非的发言(前注9),第113段。

¹⁶ 斯洛伐克共和国的发言(前注9),第76段。

¹⁷ 奥地利的发言(前注9),第110段。

¹⁸ 联合王国的发言(前注10),第176段。

西兰采取了观望态度，并指出，在提升到强制法地位须满足的要求方面开展的基本工作应“为考虑以下问题奠定基础，即编制一个说明已取得强制法地位的规范的清单是一项甚至更为艰巨的工作，开展这项工作是否有成效”。¹⁹

10. 很多国家代表团思索了关于强制法专题的判例增加的情况。芬兰代表北欧国家发言，提到“在国际和国家层面”有若干裁决提及强制法。²⁰ 芬兰认为，委员会审议这一专题会有助于法官，特别是国内法院的法官理解强制法的概念，他们现在越来越频繁地援引强制法。²¹ 不过，司法实践问题引出了一个重要的方法问题。有些国家提出，应根据相关国家惯例而不是司法实践审议这一专题。实际上，美国表示不支持该项目，其发言部分基于这一事实，即尽管概要概述了国际法院如何处理强制法，但其中提到的国家惯例实例很少。²² 这可能说明，委员会如果确实开始研究这一专题，则应该根据实际国家惯例而不仅仅是根据司法实践开展研究。其他国家，尤其是北欧国家，认为应该根据司法实践(特别是国际法院的判例)审议这一专题。²³

11. 大多数国家认识到，这一专题很重要，需要委员会谨慎、敏感地处理。例如，特立尼达和多巴哥欢迎将这一项目列入委员会长期工作方案，同时强调这个专题“应该审慎处理”。²⁴ 特别报告员同意这些告诫之言，打算格外用心确保他的报告反映当代做法，而不是误入未经证实理论的迷途。特别是，应该强调，尽管将不得不提到理论辩论，但委员会研究该专题的目的不是要解决此类辩论，而是要提供一套结论，以反映与强制法有关的国际法的现状。

三. 方法

12. 概要确定了将由委员会处理的四个实质性要素，即强制法的性质，将某项规范提升到强制法地位须满足的要求，制订一份强制法规范的说明性清单以及强制法的后果或成效。所有这些问题都以某种方式相互关联。强制法的性质无疑将影响到要求。强制法的理论依据将影响到将某个规范提升为强制法规范所适用的规

¹⁹ 新西兰的发言(前注 10)，第 33 段。

²⁰ 北欧的发言(前注 9)，第 85 段。其他表示存在强制法判例的发言包括南非的发言(前注 9)，第 108、109 和 110 段；大韩民国的发言，A/C.6/69/SR.20，第 46 段；美国的发言(前注 5)，第 123 段。

²¹ 见北欧的发言(前注 9)，第 85 段，以及南非的发言(前注 9)，第 86 段。另见罗马尼亚的发言(前注 11)，第 146 段。

²² 见美国的发言(前注 5)，第 123 段。

²³ 见北欧的发言(前注 9)，第 85 段。

²⁴ 特立尼达和多巴哥的发言，A/C.6/69/SR.26，第 118 段。另见日本的发言，A/C.6/69/SR.20，第 50 段(“委员会因此应谨慎稳妥行事”)；新西兰(前注 10)，第 33 段(要求“委员会进行认真细致的分析”)；大韩民国的发言(前注 20)，第 46 段。

则。例如，实在法方法更有可能与所谓的双重同意理论联系起来，²⁵ 而自然法方法可能会依赖不以各国意志为转移的价值观。²⁶ 此外，强制法的性质和提升为强制法的要求对确定哪些规范构成强制法至关重要。然而，仍须通过分析可认定为强制法的一些规范来增进对强制法的性质和要求的认识。显然，《维也纳条约法公约》从强制法的后果角度将其界定为“不许损抑的规律”。²⁷ 因此，后果问题也影响到其他三个要素并受其影响。

13. 概要中确定的各要素之间相互关联的性质引起了与研究顺序相关的方法问题。可以说，这一先后顺利问题取决于采取演绎法还是归纳法。特别报告员认为，没有必要在这一方法问题上采取严格的办法。相反，特别报告员认识到各要素之间相互关联的性质，并打算采取流畅、灵活的办法。有时需要根据就后续要素作出的新决定重新审议拟议或已通过的结论草案。为了避免不必要的复杂情况，在一读通过结论草案之前可以对其作出调整。特别报告员考虑到这一点，打算遵循在概要中提出各项要素的顺序。

14. 第六委员会的辩论产生的一个方法问题是委员会的工作应该基于国家惯例、判例还是书面材料。如上文所述，国家惯例的作用问题可能至少部分说明，一些国家在是否应完全接受这一专题方面犹豫不决。²⁸ 特别报告员认为，没有必要背离委员会的正常工作方法。委员会应该继续采用综合审议各种材料和来源的既定做法。按照惯例，委员会通过彻底分析各种形式的国家惯例、²⁹ 司法实践、文献和其他任何相关材料处理其专题。委员会将需要评估给予各种材料的特别重视，其他专题的情况正是如此。

15. 如上文所述，第六委员会各代表团对提供说明性清单的建议发表了不同的意见。一些国家表示关切的是，无论委员会多么谨慎地解释说，说明性清单只是说明性的，它都仍然会被视为封闭式清单。不过，特别报告员认为，委员会不应仅

²⁵ 例如，见 Lauri Hannikainen *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, 1988), at 12 (“第五十三条要求‘双重同意’”)。见 Jure Vidmar “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?” in Erika de Wet and Jure Vidmar (Eds.) *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford, 2012), at 25。

²⁶ 例如，见 Mark Janis “The Nature of Jus Cogens” in Larry May and Jeff Brown (Eds.) *Philosophy of Law: Classical and Contemporary Readings* (Chichester, 2010)。

²⁷ 《维也纳公约》第五十三条。见 Robert Kolb *Peremptory International Law: Jus Cogens* (Oxford, 2015), at 2 (“换言之，强制法是由有关规范的一个特有特性界定的，即它不允许克减的法律事实”)。

²⁸ 见美国的发言(前注 5)，第 123 段。

²⁹ 根据起草委员会通过的关于习惯国际法的识别的结论草案建议草案 6，“国家惯例的形式包括但不限于：外交行为或来往公文；与国际组织通过的决议或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；执行行为，包括‘实地’业务行为；立法和行政行为；国家法院的判决”。见 A/CN.4/L.869。

仅因为，尽管作出相反的确切解释，但说明性清单仍可能会被误解为是一份详尽无遗的清单，就不编制这样的清单。

16. 然而，重新考虑说明性清单可能有不同理由。概要中建议的这一专题从本质上看是关于程序和方法的，而不是具体规则和规范的内容。换言之，与委员会审议习惯国际法专题一样，它不涉及实质性规则；相反，该专题事关确定强制法规则的程序及其后果。说明性清单可能会使讨论重点转向具体规范的法律地位，而不是确定强制法的广泛要求和影响，从而导致本专题从根本上注重程序的性质变得模糊不清。

17. 不过，即使没有提供说明性清单，委员会也需要提供一些强制法规范的例子，以就哪些规范构成强制法提供一些指导。换言之，通过处理该专题的各项要素，比如强制法的性质、提升到强制法地位须达到的标准和强制法的后果，委员会将需要在评注中提供实例来证实其结论。这样就会产生(即使是间接产生)一份说明性清单。委员会甚至可以在结束该专题的审议时决定将在强制法规范评注中采用的实例收集起来，作为已提及规范的说明性汇编列为附件。特别报告员将感谢委员会和会员国就这一非常重要的问题发表意见。特别是，评论的重点可放在到底是否应编制这样一个附件上；如果决定编制这样一个附件，如何确定要提及哪些例子，例如，仅提及委员会一致认为达到强制法标准的规范，还是提及委员会为举例说明强制法各个方面而采用的所有规范，还是提及委员会依赖的法院判决书中所载规范。

四. 强制法概念的历史演变情况

A. 第二次世界大战之前的期间

18. 现代国际法中的强制法的性质是由历史决定的，这一历史可谓源远流长。有些作者将强制法在国际法中的兴起追溯到 20 世纪上半叶，并经常提到 Alfred Verdross 的有影响力的著作。³⁰ 不过，国际法本身涵盖不可克减的基本规范，这

³⁰ Markus Petsche “Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order” (2010) 29 Penn State International Law Review 233, at 238-239. 另见 Levan Alexidze “The Legal Nature of Ius Cogens in Contemporary International Law” (1981-III) 172 Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye 229, at 228, 其中指出“在国际法理论中，强制法一词最近才出现(自 1930 年代之初)”。见 Alfred Verdross “Forbidden Treaties in International Law” (1937) 31 American Journal of International Law 571. 但见 Paul B Stephan “The Political Economy of Jus Cogens” (2011) 44 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1073, at 1081, footnote 21, 其中指出，Westlaw 数据库中最早提及强制法的是 Ernest G Lorenz “Commercial Arbitration – International and Interstate Aspects” (1934) 43 Yale Law Journal 716. 另见 Jochen Frowein “Ius Cogens” in Rudiger Wolfrum (ed.) Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (2012, online edition), at 1, 其中指出，“从 20 世纪上半叶的国际法角度来看，强制法看起来几乎是无法想象的，因为那时候国家意志被视为至高无上”。

一概念或理念和原则可追溯到更早的时候。³¹ 此处有必要预先发表声明。虽然下文的历史分析可能对确定强制法的一些要素具有一定的影响，但这一历史性调查的主要目的仅仅是确定哪些事态发展促进了强制法的演变。一些事态发展尽管可能与强制法类似，但其本身不构成强制法。不应当得出这样的结论，即事态发展本身就是国际法强制性规范的例证。相反，这些事态发展为国际法强制性规范获得接受奠定了基础。

19. 看来不可克减的法律规则概念在传统罗马法中有其先例。强制法这一术语本身首次出现在《查士丁尼法学汇编》中，但上下文不相关。³² 不过，不容克减的规则这一概念本身出自罗马法。在该《法学汇编》的几个段落中出现了这样的评论，即“*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”，意思是说，“私人协定不能克减公法。”³³ Kaser 认为，“*jus publicum*”的含义比“公法”更广，是指个人不可能通过单独协议违背的所有规则。³⁴ 换言之，“*jus publicum*”指的是不容克减的规则，甚至不容通过协议克减的规则，这些规则可称之为强制法。³⁵ 同样，《查士丁尼法典》指出，“*Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*”，³⁶ 意思是说，“违反法律或宪法或违背良好道德的协议无效。”违背良好道德的协议没有法律效力，这一概念在强制法出现的过程中发挥了作用。

20. Eric Suy 等知名法学家在 1965 年撰写的一份报告指出，“19 世纪之前的任何文献中都没有出现过”强制法这一术语，但不容克减的更高一级的法律这一概念“像一条线一样贯穿着整个法律理论和法律体系”。³⁷ 该报告查到首次使用强制法一词的是罗马法编撰学派(19 世纪德国专门研究《查士丁尼法学汇编》(又称《罗马法汇编》)的运动)，该学派承认，“‘强制法’与‘酌定法’之间的区别不言自明”。³⁸

³¹ 强制法这一概念或理念和术语的详细历史见 Carnegie Endowment for International Peace “The Concept of Jus Cogens in Public International Law” in Papers and Proceedings: Report of a Conference in Lagonisi, Greece, April, 1966 (Geneva, 1976) at 18.

³² 见 D.39.25 Pr 1.29, 其中 Papinius 指出: “*Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*” (大致译文是“捐赠之物是指并非因权利而获得之物”)。

³³ D. II 14.38. 这一引文也出现在 D.XI.7 部分。

³⁴ Max Kaser *Das Römische Privatrecht* (Munich, 1955), at 174-175.

³⁵ Carnegie Endowment (前注 31) at 18.

³⁶ *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex, Libri Secundus, 2.3.6.*

³⁷ Carnegie Endowment (前注 31), 第 19 页。

³⁸ 同上。

21. 不过，有些国际法规则的适用不以国家意志为转移，这一概念的出现大大早于 19 世纪，往往归功于 Hugo de Groot (国际法学者通常称其为“Grotius”)、Emer de Vattel 和 Christian Wolff 等作家。³⁹ 这些作家代表了自然法思想，这种思想本身可追溯到希腊哲学，其中预先假定存在着一个“基本、不可改变和往往不成文的”“法律体系”。⁴⁰ Grotius 的《战争与和平法》第一册第一章到处提到一成不变的法律，在他看来这就是自然法。⁴¹ 在人们经常引用的一段中，他表示，“自然法则是如此的不可改变，以至于连上帝本人都无法改变它。例如，由于上帝无法让 2 乘 2 不得 4，他也不能让本质上邪恶的事物变得不邪恶。”⁴² 他指出，自然规则不仅是不可改变的，而且还是“公正”和“普遍”的。⁴³ Vattel 在 Grotius 所提理论的基础上指出，“必要的自然法则是一成不变的”，因为这一点，国家“既不能通过公约对它作任何修改，不能在其行为中摒弃它，也不能相互免除遵守它的义务。”⁴⁴ 他继续指出，这“就是我们可据以区分合法和非法公约或条约以及区分无害、合理的惯例和不公正或该受指责的惯例的原则。”⁴⁵ 主导 17 世纪学说的自然法思想家欣然接受这一理念，即自然法是一成不变的，而实在法——条约法和习惯国际法——必须符合自然法。⁴⁶

³⁹ 见 Alexidze(前注 30)，第 228 页，他指出：“资产阶级国际法科学之父——Francisco de Vitoria、Francisco Suarez、Ayala Balthazar、Alberico Gentili、Hugo Grotius——强调自然法规则的强制性性质，将其置于实在法之上。”另见 A. Jacovides “Treaties Conflicting with Peremptory Norms of International Law and the Zurich-London Agreement” in Andrew Jacovides (ed.) *International Law and Diplomacy* (The Hague, 2011), at 18。

⁴⁰ 完整的演变历史见 Lord Lloyd of Hampstead and MDA Freeman Lloyd’s *Introduction to Jurisprudence* (London, 1985), at 106 et seq。

⁴¹ Hugo Grotius *The Rights of War and Peace* (共分三编)(Paris, 1652, translated by J Barbeyrag, 1738)。

⁴² 同上，第一编，第一章，第十.5 节。另见第一编，第一章，第十七节(“由此可推断，凡法律所允许的，不得违背自然法则”)。

⁴³ 同上，第一编，第一章，第十七.1 节(“由于自然法则……是恒久不变的，上帝不能控制任何事物，他可能不公正，这违背了这一法则”)；第一编，第一章，第十.6 节(“尽管自然法则始终如一，没有被改变，但自然法则决定的事物[可能发生某些变化]”)；第一编，第一章，第三.1 节(“与有理性的人组成的社会的性质相互矛盾的规范是不公正的”)；第一编，第一章，第十二节(“所有国家，或至少最文明的国家，一般都认为自然法则[具有普遍性]。要具有普遍效力，必须具备一个普遍理由。除了所谓的常识，不可能为这种一般性意见找到任何其他理由。”)。

⁴⁴ Emer de Vattel *Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (1758, translated by CG and J Robinson, London, 1797), at §9。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 见 J.L.Brierly *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford, 6th Edition, edited by Humphrey Waldock, 1963), at 18-20。

22. 19 世纪实证主义国际法观的兴起使国家主权和国家意志成为理解国际法及其约束力的主导理论。⁴⁷ 反过来，自然法理论以及与其伴随的法律一成不变的理念逐渐退居到不引人注目的位置。不过，以自然法方法研究国际法的做法，即使在实证主义时期都没有完全被消除，可见于 19 世纪和 20 世纪的法律文献。⁴⁸ Hannikainen 指出，19 世纪有些作家依赖自然法思想或至少依赖实在法以外的内容，还有些作家依赖实在法，以支持这样一种概念，即有些国际法规则保护国际社会的利益，而此类规则不可通过协约方式确保不受其约束，也就是说，不容克减。⁴⁹ 此外，即使随着实证主义的兴起，仍持续存在这样一种想法，即有一定的规则为共同利益服务。⁵⁰ 为此，Alexidze 指出，“19 世纪和 20 世纪的实证主义者，除了最激进的那些以外，都不承认国家有制订条约的充分自由的意志，而且使‘文明国家普遍公认’的国际法基本原则具有强制特点。”⁵¹ 1880 年，Georg Jellinek 写道，如果一项条约的义务不可能履行，该条约可能就是无效的，这种

⁴⁷ 关于实证主义在国际法中的兴起及其对立法的影响，见 Dire Tladi and Polina Dlagnekova “The Will of the State, State Consent and International Law: Piercing the Veil of Positivism” (2006) 21 SA Public Law 111, at 112 et seq.

⁴⁸ 例如，见 Antonio Gómez Robledo, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico Crítico* (Mexico, 1982), at 5-6, 其中提及 Christian Friedrich Glück 和 Bernhard Windscheid 的著作。

⁴⁹ Hannikainen(前注 25), 第 45-48 页。据 Hannikainen 称对不容克减的规则提出自然法解释或类似自然法的解释的作者包括: Phillimore *Commentaries upon IL* Vols I-II (1879), von Martens, *Precis de Droit de gens* (1864), Kolhler *Grundlagen des Völkerrechts*, (1918)。据 Hannikainen 称利用实在法理论解释强制性规则概念的作家包括 Otfried Nippold *Der Völkerrechtliche Vertrag – seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das international recht* (1894)。

⁵⁰ Hannikainen(前注 25), 第 35 页。另见 Lassa Oppenheim *International Law: A Treatise* (London, 1905), at 528 和 William Hall, *A Treatise on International Law*, (8th Edition 1924, originally published in 1884), 382-83(声称“国际法基本原则”可能“证明[]与其矛盾的国际协定无效，或至少可以撤销，”)。另见 Christian Tomuschat “The Security Council and Jus Cogens” in Enzo Cannizzaro (ed.) *The Present and Future of Jus Cogens* (Rome, 2015), at 11, 他更谨慎地指出，“在 19 世纪，以自然法作为法律依据的做法已最终被放弃，国际法源自各国协调一致的意志，从这个意义上说，实证主义理论日益被接受，但即便如此，一些作者仍认为，有一些层次等级更高的规范限制国家制订条约的权力。”

⁵¹ 见 Alexidze(前注 30), 第 229 页。例如，见 Antoine Pillet “Le Droit International Public, Ses Éléments Constitutifs, Son Domaine, Son Object” (1894) *I Revue Générale de Droit International Public* 1, at 20, 他援引“droit absolu et impératif”(“绝对和强制性的法律”)，即“le droit commun de l’humanité”(“人类的共同法”)。在第 13 和 14 页，Antoine Pillet 并未把这一人类的共同法与传统自然法等同起来，部分原因是“la pratique des nations a toujours reconnu et observe”(“国家惯例一向承认并遵守”人类共同法)。另见 Antoine Rougier “La Théorie de l’intervention d’humanité” *1910 Revue Générale de Droit International Public* 468, 他提出的关于“l’existence d’une règle de droit supérieure aux législations positives, le droit humain”(“存在一个高于实在法的法律规则，即人类法”)的假定可能听起来像撤销自然法，他表示，“la notion de droit naturel, beaucoup plus morale que juridique ne permettait pas d’arriver à précision suffisante dans la détermination des actes permettait ou prohiber cette règle suprême”(“自然法的道德性高于合法性，这一概念使人无法足以准确地确定最高规则允许或禁止哪些行为”)。

不可能包括身体和道德上的不可能。⁵² Hans Kelsen 在其《纯粹法理论》一书中充分解释了实证主义对“一成不变的法律”这一理想的矛盾态度。⁵³ 例如, Ottfried Nippold 确认, 根据国际法, 不道德的条约, 比如允许奴役制的条约, 是无效的。⁵⁴ 不过, 这一结论完全基于实在法和现有条约。⁵⁵ Hannikainen 本人评估了第二次世界大战结束之前的文献, 就强制性规范概念提出了以下观点:

不能认为理论为具有非法目的的条约的非法性或无效性提供了重要证据。然而, 有很多人坚持认为此类条约不合法或无效, 这说明很多作家坚信, 有一些具有绝对性质的规范保护各国重要的共同利益和国际秩序, 这些规范不容克减。⁵⁶

23. 这一说法的实质是, 虽然根据不可克减规则对条约的非法性提出了很多理论主张, 但几乎没有国家惯例形式的证据来支持这些主张。不过, Hannikainen 的叙述表明, 假设不可克减的著作从数量和密集度上看都有所减少。⁵⁷ 虽然情况可能确实如此, 但 Hannikainen 本人在 19 世纪就已经指出, “禁止海盗行为是一

⁵² Georg Jellinek *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag Zur Juristischen Construction des Völkerrechts* (Wien, 1880), at 59-60 (Daher kann ein vertrag nur zu stande kommen, wenn eine zulässige causa vorhanden ist. Dass nur das rechtlich und sittlich mögliche gewollt werden darf, ergibt sich vor Allem aus der erwägung dass man durch die zulässigkeit des rechtlich und sittlich unmöglichen als vertragsinhalte dem volkenrechtliche unrecht könnte ja sonst dadurch zum rechte erhoben werden, dass man es zum rechtsgiltigen inhalt eines vertrages erhebt ...[und] ganze vertragenrecht wäre somit illusorisch. Was insbesondere das sittliche mögliche anbelangt, so folgt die ausschliessliche zulässigkeit derselben als vertraginshalt aus dem ethischen character des rechts, welches seiner natur nach nie das aus dem ethischen gebiete gänzlich ausgewiesen billigen darf. [“……只有在存在允许的理由的情况下, 才能签订一项条约。我们只想要在法律上和道德上可以接受的规范, 主要原因在于这一考虑因素, 即如果允许在法律上和道德上不可接受的规范成为条约内容, 就相当于挖了国际法的墙角。国际法规定的每个不公正都可以通过提升到某一条约中具有法律约束力的内容提升为法律……整个国际法可能仅仅成为一种幻想。至于在道德上不可接受的规范, 只允许它作为某项条约内容的原因在于法律的道德性质, 法律从性质上看不可核准道德领域完全摒弃的规范”])。另见 Tomuschat(前注 50), 第 11 页, 其中讨论 Wilhelm Heffter 的著作, 他同样把在法律和道德上不可接受作为条约无效的实在法依据。

⁵³ Hans Kelsen *The Pure Theory of Law: Its Method and Fundamental Concepts*, 1934, translation by Charles H Wilson in (1934) 50 *The Law Quarterly Review* 474, at 483-484 (Chapter II, para. 10) (“实际上, 法律不再被视为一个永恒或绝对的类别……不过, 绝对法律价值观念并未完全丧失, 而是继续存在于司法的道德观念中, 实证主义法学仍坚持这一观念……法学尚不完全是实证主义法学, 但实证主义占主导地位”)。

⁵⁴ Nippold(前注 49), 第 187 页。

⁵⁵ 同上, at 187(“Die beispiele welche die völkerrechtliche geltung jenes postulates beweisen sollen dürfen nur aus positiven vertragen geschöpft werden. Sobald man anfängt selbst beispiele zu konstruieren, predigt man – naturrecht.” [“应根据国际法证明这些假定有效的例子只有从实在条约中才能获取。一旦开始自己举例, 就相当于开始宣扬自然法”])。

⁵⁶ Hannikainen(前注 25), 第 48 和 49 页。

⁵⁷ 同上。

种根深蒂固的规则，海盗被视为人类的敌人。”⁵⁸ 因此，可以推测，各国甚至在那个阶段都无法为订立便利实施海盗行为的条约达成一致。关于历史上作为国家惯例签订的不道德条约执行方面的历史事实，Jellinek 指出，“由此产生的法律效力与私法的法律效力一样微不足道，私法的出现是因为订立和履行了各种各样不道德的合同。”⁵⁹ 因此，即使是在实在法占主导地位的 19 世纪末和 20 世纪初，在第一次世界大战之前，国家不能通过协约方式保证不受之约束的规则概念似乎已被接受，至少在理论上如此。

24. 在第一次世界大战后出现了等级较高的规范理论复苏的现象。《国际联盟盟约》的通过在不可克减的规则这一概念作为一派重要的国际法思想成为主流的过程中发挥了重要作用。例如，Hannikainen 以《国际联盟盟约》为例说明了强制性规范或与其类似的规范。⁶⁰ 当然，《国际联盟盟约》中有若干规定体现出强制性的理念，这并不是说它们属于强制法。⁶¹ 首先，从上述历史演变可以看出，“社会”或“共同利益”的理念是理解不可克减性的一个重要因素，无论它是基于自然法还是实在法理念。《盟约》第十一条声明，“战争或战争之威胁……为有关联盟全体之事。”更重要的是，《盟约》第二十条规定，《盟约》废止了所有与其条款相抵触的义务，会员国“不得订立”与《盟约》条款“相抵触的协约”。第二十条本身就是一项条约规则，只适用于条约缔约方，可通过以后的任何协定修订甚至废除，因此不可用作强制性的例子，至少在对强制法的传统认识中是如此。不过，这是不可克减性方面的国家惯例根据国际社会的核心价值观演进的一个重要例证。在战争之间，Alfred Verdross 关于被禁止条约的著名文章记述了这一演进过程。他的研究方法基于自然法，他写道“[没有任何]法律秩序会……承认司法主体之间的那些显然违背某个社会道德操守的条约。”⁶² 实际上，Verdross 本人系委员会成员，他表示，委员会条款草案中关于强制法的案文受到这篇文章的影响。⁶³ Stephan 写道，正是第二次世界大战的恐怖，特别是纳粹暴行，迫使法律学者“尝试把[强制法]概念当做与”这些暴行“抗争的手段”。⁶⁴

25. 除了文献和 Hannikainen 提及的有限国家惯例，还有一些司法惯例提及强制性规范。1934 年 Schücking 法官在常设国际法院审理的 Oscar Chinn 一案中提出

⁵⁸ 同上，第 36 页。

⁵⁹ Jellinek(前注 52)，第 59 页。

⁶⁰ Hannikainen(前注 25)，第 114-116 页。

⁶¹ 《国际联盟盟约》，1919 年 4 月 29 日在巴黎通过。

⁶² Verdross(前注 30)，第 572 页。

⁶³ 见 Alfred Verdross, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law” (1966) 60 *American Journal of International Law* 55, at 55.

⁶⁴ Stephan(前注 26)，第 1081 页。另见 Frowein (前注 30)，第 1 页。

的个人意见明确提及强制法。⁶⁵ 在其意见中，Schücking 法官确定某项条约无效，理由是它与《柏林总议定书》中的另一条国际法规则相抵触。⁶⁶ 在其个别意见中，Schücking 法官承认，“与这类问题有关的国际法学说不是特别成熟。”⁶⁷ 不过，他指出，有可能“制订一部强制法，其效果将是，一旦各国已经商定某些法律规则，并承诺这些规则不能由只有同样多的国家更改，那么违反这项承诺而通过的任何法案都将自动无效。”⁶⁸ 虽然这是基于一项条约的不克减，没有普遍约束力，而是对以前条约的参与者有约束力，但它确实反映对不可克减性这一概念持开放态度。

26. 法国-墨西哥混合索偿委员会在 Pablo Najera 一案的仲裁裁定书中也援引了强制法。⁶⁹ 在该裁定书中，索偿委员会解释说，《国际联盟盟约》第十八条(要求对条约进行登记的一该条款)是这样一种规则，即它具备“国际联盟成员国不可通过其相互之间的特别规定自由克减的法律规则的特点(强制法)。”⁷⁰ 当然，索偿委员会认为，该规则只适用于国际联盟成员之间，它并不适用于成员和非成员之间的关系。⁷¹ 索偿委员会的这一决定虽然不是根据当代对强制法规范的认识作出的，但它对原则上有一些规则不容克减这一概念获得接受很重要。

27. 虽然几乎没有什么惯例来支持不可克减的规则概念——可找到的惯例涉及条约中的不克减条款，而不是典型的强制法——有些规则国家不能通过协约方式保证不受其约束，这一概念甚至在第二次世界大战之前就在很大程度上得到了接受，至少在文献中得到了接受。可能存在争端的是原则的基础，而不是原则本身。

B. 第二次世界大战后通过《维也纳条约法公约》前的时期

28. 在第二次世界大战之后的时期，有关强制法最重要的事态发展是《维也纳条约法公约》(以下简称为《维也纳公约》)⁷² 的通过以及委员会为该公约通过所做的工作。像《国际联盟盟约》第二十条一样，《联合国宪章》第一百零三条也是

⁶⁵ Schücking 法官对 Oscar Chinn 一案的个别意见，1934 年 12 月 12 日的判决，常设国际法院，Ser. A/B No.63，第 65 页，见第 148 页。

⁶⁶ 同上。

⁶⁷ 同上，第 148 页。

⁶⁸ 同上。

⁶⁹ Pablo Najera(法国)诉墨西哥合众国，1928 年 10 月 19 日第 30-A 号裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第 466 页，见第 470 页。

⁷⁰ 同上。(第 18 条“具备国际联盟成员国不可自由克减的规则的特点”。)

⁷¹ 同上，第 472 页。

⁷² 联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

一个不克减条款的例子。⁷³ 正如就《盟约》所述，第一百零三条是一项规定优先顺序的条约规则，它本身不是一项强制法规范。但是，也可以说，它表明了对国际法等级的接受。不过，促进将强制法的概念巩固为国际法一部分的是委员会所做的工作以及《维也纳公约》的随后通过。因此，必须简要叙述最终成为《维也纳公约》第五十三条的条款历经委员会内部的辩论、各国对委员会案文的评论以及联合国条约法会议上的辩论的演变过程。虽然《公约》还有其他关于强制法的条款——第六十四条(新强制规律之产生)和第六十六条(a)项(关于第五十三条和第六十四条之解释和适用之争端)，本次首份概念报告的重点是成为第五十三条的文本，因为按照目前的理解，是该条款提供了关于强制法性质的框架。

29. “强制法”这一术语是在杰拉德·菲茨莫里斯爵士的第三份报告，总体来看也就是关于条约法的第八份报告中，首次出现的。⁷⁴ 在该报告中，菲茨莫里斯提出了两项援引强制法的条款。菲茨莫里斯提出的案文确认，一个有效的条约“应该符合或不违反，或者其执行不应涉及违反具有强制法性质的国际法原则”。⁷⁵ 案文承认各国相互间始终可以通过相互间协定背离国际法规则——酌定法。⁷⁶ 但是，只有在所涉及的国际法一般规则不属于强制法性质时，才允许背离这样的一般规则。⁷⁷ 菲茨莫里斯在解释该规则时提到了强制性规则(强制法)和那些“允许根据商定的制度对其变更或修改的”规则之间的区别——后者即酌定法。⁷⁸ 评注解释说，作为一项一般规则，各国可以商定在其相互关系中修改普遍适用的规则。⁷⁹ 评注解释说，“只有在涉及具有绝对和不可违反性质的国际法规则(这样的规则不容许‘有所选择’)时”才会出现条约无效的问题。⁸⁰

30. 尽管菲茨莫里斯的报告提到了强制法，但一项条约因不符合国际法而无效的概念早在关于这一专题的第四份报告(即赫希·劳特帕赫特爵士的首份报告⁸¹)中就已出现。劳特帕赫特提出的条款宣布，首先，如果一项条约的执行涉及到“根据

⁷³ 《宪章》第一百零三条规定，与“依任何其他国际协定所负”之义务相比，“在本宪章下之义务应居优先”。

⁷⁴ 见特别报告员杰拉德·菲茨莫里斯先生关于条约法的第三次报告，A/CN.4/115 和 Corr.1，题为“目的的合法性”部分，《1958 年……年鉴》，第二卷，第 26 和 27 页。

⁷⁵ 同上，第 16(2)条，第 26 页。

⁷⁶ 同上，第 17 条，第 27 页。

⁷⁷ 同上。

⁷⁸ 同上，评注第 76 段，第 40 页。

⁷⁹ 同上。

⁸⁰ 同上(着重部分由作者标明)。

⁸¹ 特别报告员赫希·劳特帕赫特先生关于条约法的报告，A/CN.4/63，《1953 年……年鉴》，第二卷。

国际法是非法的行为”，其次，如果国际法院作出这样的宣布，则该条约无效。⁸² 虽然劳特帕赫特在其评注中认同所制定的这一原则“通常——如果不是普遍——被接受”的观点，但这一原则被非常谨慎地对待。⁸³ 他谈到违反第三方权利的条约的无效性，认为在这种情况下无效的“真正原因”是此类条约作为一个对象带有“根据习惯国际法是非法的行为”。⁸⁴ 然而，即使在条约没有直接影响第三国利益的情况下，它可能仍是非法的。⁸⁵ 在劳特帕赫特看来，这种非法性的依据是，此类条约违反了已具有“被普遍接受并在此意义上成为习惯的国际法规则的性质”的规则。⁸⁶ 在这个意义上，劳特帕赫特的非法条约的概念是不符合国际法的条约。然而，这也许暗示一项条约不能背离习惯国际法规则。这样的论点得不到国际法支持。为解决这一明显的矛盾，劳特帕赫特爵士解释说，非法性的检验标准“不是纯粹简单地不符合习惯国际法”，而是“不符合可被视为国际公共政策构成原则(国际公共秩序)的高于一切的国际法原则”。⁸⁷

31. 继菲茨莫里斯之后，汉弗莱·沃尔多克爵士，即委员会关于条约法工作的最后一位特别报告员，同样提出了关于条约因不符合强制法规范而具有非法性的案文。⁸⁸ 在相应的条款草案中，汉弗莱·沃尔多克爵士提出，一项条约“是违反国际法和无效的，如果其目的及其执行涉及违反具有强制法性质的国际法一般规则或原则”。⁸⁹ 他在该条款的评注中指出，尽管强制法的概念有争议，⁹⁰ 但“认为归根到底不存在国际公共秩序，不存在各国不能按照自由意愿以合约方式保证不受之约束的规则，这样的观点已变得越来越难以维持”。⁹¹ 尽管如此，他警告说，具有强制法性质的规则是例外而非规律。⁹²

⁸² 同上，第 15 条，第 154 页。

⁸³ 同上。

⁸⁴ 同上。

⁸⁵ 同上。

⁸⁶ 同上，第 155 页。

⁸⁷ 同上。

⁸⁸ 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士先生关于条约法的第二份报告，A/CN.4/156 和 Add.1-3，《1963 年……年鉴》，第二卷，第 36 页。

⁸⁹ 同上，第 13 条，第 52 页。

⁹⁰ 同上，第 13 条的评注第 1 段，第 52 页。

⁹¹ 同上。

⁹² 同上，第 13 条的评注第 2 段，第 53 页(“此外，不可否认的是，大多数国际法一般规则不具有这种性质，各国可以通过订立条约的方式保证不受之约束”)。

32. 不符合国际法基本规则的条约是无效的，这样的构想在委员会内外受到广泛欢迎。⁹³ 委员会成员认为，条约因不符合强制法而无效的原则很重要。⁹⁴ 尽管关于措辞以及法律和理论基础存在不同意见，但这一基本论点本身没有受到质疑。⁹⁵ 1966年，Yasseen先生对各国政府核准委员会的案文表示满意，他指出，“国际法中的强制法概念无可置疑……没有任何国际法专家能够质疑这样的论点，即没有哪两个国家能够就实行奴隶制或允许海盗行为达成协议，或任何为这两个目的之一而缔结的正式协定只能是无效的”。⁹⁶ 因此，在其对最终成为关于条约法的条款草案第五十条的这一版案文的评注中，⁹⁷ 委员会指出，“它在编纂条约法时必须采取的立场是当今存在某些各国无权通过条约安排克减的规则和原则。”⁹⁸ 同样，在第五十条草案的评注中，委员会指出，“认为不存在各国不能按照自由意愿以合约方式保证不受之约束的规则，这样的观点已变得越来越难以维持”。⁹⁹ 因此，委员会显然力图表明，其提出的案文不是拟议法而是现行法。

33. 委员会认为，在关于条约法的条款草案通过时的国际法确认存在不允许克减的国际法一般规则，这一观点在委员会工作期间以及在维也纳会议上得到各国广

⁹³ 例如，见 Alexidze(前注 30)，第 230 页。

⁹⁴ 例如，见第 682 次会议的简要记录，《1963 年……年鉴》，第 18 段，第 54 页，Rosenne 先生说，该原则从政治和道义的角度来看“至关重要”。另见第 683 次会议的简要记录，第 37 段，第 63 页，Yasseen 先生说，该原则“重要性与敏感性并重”；第 44 段，第 63 页，Tabibi 先生认为，没有“国家能够无视国际法的某些规则”；第 64 段，第 65 页，Pal 先生说，“毫无疑问，现在存在一种国际公共秩序，某些国际法原则具有强制性性质”；第 684 次会议的简要记录，第 6 段，第 68 页，Lachs 先生指出，强制法概念“是当代国际法的一个重要概念”。

⁹⁵ 例如，见同上，第 683 次会议的简要记录，第 29 段，第 61 页，Briggs 先生对“强制法”这一术语的使用提出质疑，接着提议第十三条草案案文应改为：“条约与一般国际法强制规律，即除通过此后被接受的一般国际法规律外不许损抑之规律抵触者无效。”同样，阿马多先生建议，提及“基本法律规则”可能更合适(第 684 次会议的简要记录，第 16 段，第 68 页)。关于哲学基础的问题，见 de Luna 先生，第 684 次会议的简要记录，第 58 及其后各段，第 71 页。另见第 685 次会议的简要记录，第 19 段，de Luna 先生在听取关于强制法的哲学基础的辩论后，提出下列意见：“与会者普遍承认强制法是实在法的一部分；关于实在法的内容存在意见分歧，这是困难的来源。如果‘实在法’一词是指各国制定的规则，那么强制法按照定义不是实在法。但如果‘实在法’被理解为意味着国际社会惯例中现行的规则，那么强制法的确是实在法”。另见 Evan Criddle and Evan Fox-Decent “A Fiduciary Theory of Jus Cogens” (2009) 34 *The Yale Journal of International Law* 331, at 337。

⁹⁶ 第 828 次会议的简要记录，《1966 年……年鉴》，第一卷(第一部分)，第 26 段，第 38 页。

⁹⁷ 见委员会暂时通过的关于条约法的条款草案第三十七条草案评注第 1 段，《1963 年……年鉴》，第二卷，第 17 段，第 189 页。

⁹⁸ 同上，关于条约法的条款草案第三十七条草案评注第 1 段(着重部分由作者标明)。

⁹⁹ 关于条约法的条款草案第五十条草案评注第(1)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 187 段，第 247 页。该评注的同一段还作出如下阐述：“在编纂条约法时，必须以以下基础为出发点，即当今有一些各国无权通过条约安排损抑、只能通过同一性质的另一条规则改变的规则。”

泛认同。例如，荷兰在给委员会的评论意见中“赞同该条款基于的原则”。¹⁰⁰ 同样，葡萄牙认为，委员会所采取的立场是“平衡的”。¹⁰¹ 虽然无法复述所有表示支持的评论意见，但可以把握地说，几乎所有国家都表示支持。

34. 虽然各国的评论意见广泛表示支持，但仍有一些国家表示保留。但是，除一个国家外，没有国家表示反对该条款。¹⁰² 例如，联合王国不反对关于因不符合一项强制性规则而导致非法性的主张，但告诫说，“其适用必须非常有限”。¹⁰³ 伊拉克则指出，难以将国内法的等级转换到国际法，在国际法中，“一项规则是协定规则还是习惯规则并不决定其价值”。¹⁰⁴ 尽管如此，伊拉克认为，虽然必须非常谨慎，但国际法中的“强制法概念是无可争议的”。¹⁰⁵ 只有卢森堡一个国家表示不赞同该条款。¹⁰⁶ 卢森堡认为该条款可能会造成混淆。¹⁰⁷ 卢森堡指出，该国认为该条款旨在“作为一个导致无效的原因引入诸如国内法中使用的道德和‘公共秩序’标准”，该国质疑“这些概念是否适合转移到国际关系中，国际关系的特点是缺乏能够向所有国家施加国际司法和道德标准的任何政治或司法权威。”¹⁰⁸ 除卢森堡以外，没有其他国家质疑委员会的基本论点，即当时的国际法规定了不符合一些基本准则的条约的无效性。基于对这种立场的压倒性支持，委员会通过了第五十条草案，规定如下：

¹⁰⁰ 见特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第五份报告，A/CN.4/183 和 Add.1-4, 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 1 页，见第 21 页。

¹⁰¹ 同上。另见，例如，美国的意见，第 21 页(“本条所载概念，如果运用得当，将大大促进国际关系中的法治”)；阿尔及利亚，第 21 页(“阿尔及利亚代表团赞同委员会就强制法问题采取的这一办法”)；巴西，第 21 页(“无论可能存在什么样的理论分歧，自第二次世界大战以来国际社会的发展显示，必须确认某些规则的强制性质”)；捷克斯洛伐克，第 22 页，(“该条款在很大程度上得到国家惯例和国际法的支持，并得到许多当局的赞同”)；厄瓜多尔，第 22 页(“赞同委员会关于将违反强制法纳入为条约失效理由的倡议”)；法国，第 22 页(“是条款草案真正关键的条款之一”)；加纳，第 22 页(“赞同委员会就强制法概念采取的办法”)；菲律宾，第 22 页(“欢迎委员会确认存在国际法强制性规范的决定”)。

¹⁰² 见第五十条草案的评注(前注 99)第(1)段(“此外，尽管有些政府在其评论意见中对该条款的可取性表示怀疑，除非其伴随有关于独立裁决的条款，但只有一个国家质疑强制法规则在当今国际法中的存在”)。

¹⁰³ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 22 页。

¹⁰⁴ 同上。

¹⁰⁵ 同上。

¹⁰⁶ 同上，第 21 页。但见 Grigory Tunkin “Jus Cogens in Contemporary International Law” (1971) 3 *University of Toledo Law Review* 107, at 112(“然而，美国、联合王国、法国和其他一些国家政府的评论意见……表明这些政府实际上是反对关于强制法的条款的”)。

¹⁰⁷ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 21 页。

¹⁰⁸ 同上。

条约与一般国际法强制规律，即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抵触者无效。

35. 委员会第五十条草案的案文是现在《维也纳公约》第五十三条的前身。对第五十条草案背后原则的支持趋势可从后来成为《维也纳公约》第五十三条的条款谈判历史中看到。例如，苏联表示，“违背[强制法]的条约必须从一开始就被视为无效”，指出这个概念不仅被委员会，也被“知名法学家”承认。¹⁰⁹ 同样，墨西哥指出，“[强制法]的性质是毫无疑问的”，¹¹⁰ 而以色列则表示，“强制法概念本身是当代实在国际法一个得到接受的组成部分”。¹¹¹

36. 不过，还有一些国家，虽然支持案文，但表示或默示有些怀疑它是否属于现行法。¹¹² 但总的来说，各国在维也纳会议上接受了强制法是国际法的一部分的想法，讨论更多地涉及强制法的基础以及审议起草建议。正如捷克斯洛伐克指出，

¹⁰⁹ Khlestov 先生(苏联)，《联合国条约法会议正式文件，第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11)，第52次会议，1968年5月4日，第3段。

¹¹⁰ Suarez 先生(墨西哥)，同上，第6-8段。另见 Castrén 先生(芬兰)，同上，第11段(“第五十条正确地指出了一项必须保留在草案中的重要原则”)；Yasseen 先生(伊拉克)，同上，第21段(“第五十条的内容是任何条约法公约的一个基本要素。该条款通过阐明在条约法领域存在强制法规则的后果，表达了一种现实。这种规则的存在是不容置疑的。没有法学家会否认，违反诸如禁止奴隶贸易这样的规则的条约是无效的”)；Mwendwa 先生(肯尼亚)，同上，第28段(“通过在草案中列入一项关于强制法的条款，国际法委员会承认了一个明确存在的事实，同时对国际法的编纂和逐渐发展作出了积极贡献”)；Fattal 先生(黎巴嫩)，同上，第42段(“几乎所有的法学家和几乎所有国家都一致确认存在一些不许克减的国际法基本准则，它们是国际社会组织安排的基础”)；Ogundere 先生(尼日利亚)，同上，第48段(“国际道德作为国际法的一个重要因素已得到接受，知名法学家基于对源于一般国际法强制性规范原则的持久国际公共政策的普遍承认，已确认存在强制法原则”)；Ruiz Varela 先生(哥伦比亚)，同上，第53次会议，第26段(“全世界原则上承认存在由各国不能克减的规则构成的国际公共秩序”)；Nahlik 先生(波兰)，同上，第32段(“国际法规则的等级……是现代国际法发展合乎逻辑的结果，再也不能怀疑”)；Jacovides 先生(塞浦路斯)，同上，第68段(“国际法委员会认识到公共国际法中存在相应的规则，对国际法的编纂和逐渐发展作出了重大贡献。”)；de le Guardia 先生(阿根廷)，同上，第54次会议，第22段(“著作者们对强制法存在有争议。不过，他愿意承认各国不能克减的一般国际法的确存在；确认存在强制法国际规范不过是承认现实。”)；de Castro 先生(西班牙)，同上，第55次会议，第1段(“强制性国际法规则的存在似乎太明显，即使提到它们都是多余的。但是，鉴于少数派要么坚持完全拒绝强制法存在，要么严重限制其范围，国际法委员会在公约草案中纳入第五十条的做法是正确的。”)；Fleischhauer 先生(德国)，同上，第31段(“只有少数几个发言者否认国际法中存在某些强制法规则，他说德国代表团也同样认为，在国际法中存在这些规则”)。

¹¹¹ Rosenne 先生(以色列)，同上，第54次会议，第36段。

¹¹² Alvarez Tabio 先生(古巴)，同上，第52次会议，第34段(“第五十条是对国际法逐渐发展的一个重要的贡献，古巴代表团坚决予以支持。”)；Fattal 先生(黎巴嫩)，同上，第52次会议，第42段(“尽管存在意识形态上的困难，但一个共同的价值观念正在出现”)；Ratsimbazafy 先生(马达加斯加)，同上，第53次会议，第21段(“一旦这一概念像这样得到确定和承认，它在国际社会的法律和生活中变得日益重要”)。

关于委员会条约法条款草案第五十条的分歧涉及“如何定义强制法以保护合约关系的稳定”。¹¹³ 该条草案大多数的拟议修正案以及相应的大量讨论围绕的中心是确定强制法规则的实质性和程序性规则。例如，往往被视为维也纳会议上强制法主要反对方的法国并未反对该原则，而是坚持要求明确性。¹¹⁴ 法国毫不含糊地支持强制法的概念，在维也纳会议期间宣布，“强制法的实质反映了全体良知无可争辩的表现，各民族人民视为神圣不可侵犯的共同标准，即尊重和保护人权”。¹¹⁵ 法国像一些其他代表团一样，对委员会第五十条草案的关切核心是确定这些规则的标准以避免通过单方面援引滥用强制法。¹¹⁶ 美国的关注在这方面同样具有启发性。美国“接受强制法原则以及将其纳入公约”。¹¹⁷ 但是，美国认为，“一国不能通过突然在其国际规则中采用强制法的单方面概念来寻求免除某一条约，不能妄求主张自己对强制法中体现的更高道德的见解来对抗其他国家。”¹¹⁸ 因此，美国像法国一样，提出了一项修正案，更明确地规定确定强制法规范的标准。同样，联合王国“按照第五十条中采用的该术语的意义来讲，对国际法中现已载有某些强制性规范也没有异议”。¹¹⁹ 然而，该国“关切地注意到，在没有足够清楚地表明确定有关强制性规范的手段的情况下，第五十条将导致不确定性”。¹²⁰

¹¹³ Smejkal(捷克斯洛伐克)，同上，第 55 次会议，第 24 段。

¹¹⁴ de Bresson 先生(法国)，同上，第 54 次会议，第 27 段(法国“很难对此[强制法]提出反对”)。

¹¹⁵ 同上，第 32 段。

¹¹⁶ 同上，第 28 段(“处在道德和法律之间不明确的界限上的问题是，怎样知道提议确认哪些原则具有使国际协定无效、无论缔结这些协定的国家意愿如何的严重后果”)；第 29 段(“以现状来说，该条款没有说明一项法律规则如何可被视为具有强制性性质，在讨论中关于强制法的内容提出了不同甚至是相互矛盾的解释……而且，没有拟订关于对适用这一不精确的新概念的司法管制的条款”)。另见 Rey 先生(摩纳哥)，同上，第 56 次会议，第 32 段(“摩纳哥欢迎将强制法引入实在国际法，但担心其可能的适用情况”)；Dons 先生(挪威)，同上，第 56 次会议，第 37 段(“该条款没有就一些重要问题提供指导，即有哪些现有的强制法规则，这些规则是如何形成的？委员会的案文指出了这些规则的影响，但没有定义这些规则，因此国家之间可能出现严重的争端；而且案文没有提供解决这种争端的有效手段。因此，它将严重损害国际条约关系的稳定与安全”)；Evrigenis 先生(希腊)，同上，第 52 次会议，第 18 段(“各国普遍承认对应于国际法发展的某一阶段存在着强制法，但关于其内容还有一些怀疑”)；但见 Bolinteanu 先生(罗马尼亚)，同上，第 54 次会议，第 58 段(“不认为有任何稳固的基础来支持以下论点，即很难客观地确定强制法的内容，存在各国任意决定其内容的风险”)，以及 Koutikov 先生(保加利亚)，同上，第 70 段(“感到惊讶的是，其他代表团不愿接受第五十条所述的原则，仅仅因为其范围尚不能确定。此前从未有任何指导国际生活的重大原则必须等到其所有可能的实际应用被详细分类后才被宣布为一项原则”)。同样，Fattal 先生(黎巴嫩)(前注 112)，第 45 段，在回应关于滥用的担心时表示，这“不是什么新鲜事；任何国际法规范都可能用于这一借口。”

¹¹⁷ Sweeney 先生(美国)，同上，第 52 次会议，第 16 段。

¹¹⁸ 同上，第 15 段。

¹¹⁹ Sinclair 先生(联合王国)，同上，第 53 次会议，第 53 段。

¹²⁰ 同上。另见 Fujisaki 先生(日本)，同上，第 55 次会议，第 30 段(“日本代表团坚信，在未接受法院强制管辖权的情况下，任何国家都无权诉诸第五十条”)。

因此，尽管就强制法条款肯定进行了大量辩论并表达了一些关切，但这主要涉及案文中所载规则的细节和适用，而不是规则本身。为了解决一些国家就不确定性提出的关切，维也纳会议通过了第六十六条(a)项，允许关于维也纳公约中强制法相关条款的解释或适用的争端当事国“将(争端)提请国际法院裁决”。

37. 但是，有少数几个国家在维也纳会议上对强制法原则本身表达了保留态度。当时，土耳其的立场是，强制法概念及其在委员会条款草案中阐述的方式“是全新的”。¹²¹ 该国认为，第五十条草案涉及的“不是一项确立的规则，而是一项新规则，试图以这种方式，通过一项条约将‘公共政策’概念(即公共秩序)引入国际法”。¹²² 因此，土耳其表示该国不能支持纳入该条款。¹²³ 同样，澳大利亚指出，缺乏关于强制法的惯例，并表示“鉴于没有任何全面的清单或明确的定义，哪怕是以例证的方式，来说明什么样的一般国际法规范具有强制法性质，澳大利亚政府的结论是，不应在条约法公约中以现有措辞纳入该条款”。¹²⁴

38. 从以上情况可以确定，在通过《维也纳公约》时，除少数例外，委员会成员及各国普遍接受强制法的构想。此外，当时的著作者也普遍认为，存在一些各国不能以合约方式保证不受之约束的一般国际法规则。例如，McNair 在委员会关于条约法的条款草案通过五年前指出，“很难想象一个社会……其法律没有对合约自由作出任何限制”。¹²⁵ 他继续指出，就国际法而言也是一样，“尽管司法和仲裁来源未就适用这些原则提供多少指导”。¹²⁶

39. 此外，在有些情况下，甚至是在委员会条款草案或《维也纳公约》通过前，已有国家援引强制法的效力。例如，1964 年，塞浦路斯根据强制性规范的概念，对塞浦路斯、联合王国、希腊和土耳其之间的 1960 年《保证条约》的有效性提出质疑。¹²⁷ 此外，虽然国际法院在此期间没有适用强制法，但这显然是在其关注范围内的一个概念。法院本身在未就强制法作出裁决的情况下，在北海大陆架案中提到了强制法。¹²⁸ 此外，在国际法院法官的个人意见中已明确援引了强制法的概念。例如，Fernandez 法官表示，作为特别法规则的一项例外，“若干绝对

¹²¹ Miras 先生(土耳其)，同上，第 53 次会议，第 1 段。

¹²² 同上，第 6 段。

¹²³ 同上。

¹²⁴ Harry 先生，同上，第 55 次会议，第 13 段。

¹²⁵ McNair *Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), at 213 et seq.

¹²⁶ 同上，第 214 页。

¹²⁷ Hannikainen(前注 25)，第 148 页。充分讨论见 Jacovides 先生(前注 39)，特别是第 39 页及其后各页。

¹²⁸ 北海大陆架案(德意志联邦共和国/丹麦；德意志联邦共和国/荷兰)，1969 年 2 月 20 日的判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 72 段(“既不试图讨论强制法问题，更不想就该问题作出任何论断，众所周知，在实践中，在某些情况下或在某些当事方之间，可通过协定克减国际法规则”)。

规则优先于任何特别规则”。¹²⁹ Tanaka 法官在其在西南非洲案(第二阶段)的反对意见中表示,“关于保护人权的法律可被认为属于强制法”。¹³⁰ 甚至有证据显示,在《维也纳公约》通过前的时期,强制法在国内法院被援引。¹³¹

40. 在广泛的讨论显示强制性规范得到广泛支持后,维也纳会议通过了委员会案文稍作修改的版本,作为第五十三条:¹³²

条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言,一般国际法强制规律指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。

41. 这一简短的历史分析表明,至少直到 1969 年《维也纳公约》通过时,国际法强制性规则的构想一直是国际法的一部分。质疑将其列入《维也纳公约》的国家这样做并不是因为认为强制性规范不是国际法的一部分,而是由于担心已取得强制法地位的特定规范缺乏明确性。正如上文第 36 段所述,这一具体问题得到了解决,办法是列入一项争端解决条款,允许在发生有关强制法的争端时诉诸国际法院。该概念经历了国际法发展的各个阶段,经历了用来解释国际法基础及其约束性质的不同哲学构想。不过,历史分析还显示,强制性规则的内容和标准一直难以捉摸,尤其是在《维也纳公约》通过前的编纂阶段。

五. 强制法的法律性质

42. 虽然强制法是国际法的一部分(即现行法)的构想未受到严重质疑,¹³³ 但其确定标准和内容一直是存在分歧的主题。关于强制法规范的确定标准以及一些构成强制法的规范的意见分歧在很大程度上源自关于强制法基础的哲学分歧以及

¹²⁹ 印度境内通行权案(葡萄牙诉印度),案情实质,1960年4月12日的判决,《1960年国际法院案例汇编》,第6页,专案法官 Fernandez 的反对意见,第29段。

¹³⁰ 西南非洲案(埃塞俄比亚诉南非;利比里亚诉南非),第二阶段,1966年7月18日的判决,《1966年国际法院案例汇编》,第6页, Tanaka 法官的反对意见,第298页。另见北海大陆架案(前注118), Tanaka 法官的反对意见,第182页,表示与强制法原则存在冲突的保留是无效的;又见 Moreno Quintana 法官对 1902 年《关于婴儿监护权公约》适用问题一案(荷兰诉瑞典)的个别意见,1958年11月28日的判决,《1958年国际法院案例汇编》,第55页,见第106和107页,承认若干规则具有“强制性和普遍范围”。

¹³¹ 例如,见 *Beschluss des Zweiten Senats*, 7 April 1965, BVerfGE, 18, 441 (449), 其中德国宪法法院支持了一项条约,除其他外,因为被用来反驳一项条款的规则“würde nicht zu den zwingenden Regeln des Völkerrechts gehören”(“不属于国际法强制性规则”)。

¹³² 委员会还列入了第六十四条(一般国际法新强制规律之产生)和第七十一条(条约因与一般国际法强制规律相抵触而失效之后果)。

¹³³ Pavel Šturma, “Human Rights as an Example of Peremptory Norms of General International Law”, in Pavel Šturma, Narciso Leandro Xavier Baez (Eds.) *International and Internal Mechanisms of Fundamental Rights Effectiveness* (Bayern, 2015), at 12.

对其内容的不同解释。一些基本依据，从自然法理论到实证主义，被用来解释强制法。虽然解决关于强制法的理论辩论不是本报告或者审议这一专题的目标，但任何尝试提炼其确定标准甚至其后果的努力都必须基于对有关其基础的理论辩论的理解。因此，辩论是无法避免的。此外，即使不为理论辩论提供“解决办法”，委员会的工作必须基于对强制法性质的合理和切合实际的理解，这就需要研究已经提出的一些理论依据。正是在这种背景下，本节将概述关于强制法的理论辩论。

43. 强制法的法律性质涉及的不只是该概念的理论或哲学基础。除此之外，它还涉及到已被委员会承认的《维也纳公约》之外的强制法的作用。¹³⁴ 虽然强制法被普遍接受为国际法的一部分，但仍然有人怀疑其在实在国际法中的地位。因此需要简要评注，介绍其在国际法中的地位，¹³⁵ 同时考虑到自《维也纳公约》通过以来的事态发展。

A. 强制法在国际法中的地位

44. 多份出版物讨论了对强制法的批评和反对。¹³⁶ 尽管如上所述，质疑这个概念的人数迅速减少，¹³⁷ 但仍有必要明确指出，强制法已被确立为现行国际法的组成部分。关于它不是以及在某些情况下不应是国际法组成部分的论据各不相同。例如，Orakhelashvili 提出反对强制法的论据包括，缺乏惯例，¹³⁸ 担心条约的神

¹³⁴ 例如，见关于国家对国际不法行为的责任的条款第 26 和 40 条，2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议，附件；对《对条约的保留的实践指南》准则草案 3.1.5.4 和 4.4.3 的评注，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10/Add.1)；国际法委员会研究小组关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的报告，2006 年 4 月 13 日，A/CN.4/L.682，第 374 段，以及“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究小组的工作结论第 33 项，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段。

¹³⁵ 例如，见 Michael Glennon, “De l’absurdité du Droit Imperatif (Jus Cogens)” (2006) 11 *Revue G é n é r a l e de Droit International Public* 529; Arthur M Weisburd “The Emptiness of the Concept of Jus Cogens as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina” (1995) 17 *Michigan Journal of International Law* 1; Gordon Christenson “Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society” (1988) 28 *Virginia Journal of International Law* 585. Robert Barnidge “Questioning the Legitimacy of Jus Cogens in the Global Legal Order” (2008) 38 *Israel Yearbook of Human Rights* 199. 另见专案法官 Sur 对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的反对意见，2012 年 7 月 20 日的判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，第 4 段(“让我们考虑理由陈述部分出现的对强制法的提及，这样的提及完全是多余的，并且无助于解决争端，正如我们将会看到的那样。本附带意见的目的是承认一个有争议的概念并给予其法律分量，该概念的实质尚有待确定”)。

¹³⁶ 例如，见 Kolb(前注 27)，第 15-29 页。另见 Alexander Orakhelashvili *Peremptory Norms in International Law*(2006)，32-35。

¹³⁷ Ulf Linderfalk “The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did you Ever Think About the Consequences?” (2008) 18 *European Journal of International Law* 853, at 855。

¹³⁸ Orakhelashvili(前注 136)，第 32 页，引述 Guggenheim。

圣性以及条约必须遵守原则相抵触。¹³⁹ 同样, Kolb 提出, 反对强制法的评论意见包括, 强制法的理念与国际法的性质和结构完全矛盾,¹⁴⁰ 国际法律秩序不承认强制法,¹⁴¹ 强制法作为实际问题没有任何实效,¹⁴² 以及强制法可能破坏国际法律秩序的基础。¹⁴³

45. 没有必要对各种评论提出理论主张, 无论如何这一问题已在别处得到了充分解决。¹⁴⁴ 对委员会的工作而言, 重要的是各国惯例以及国际和国内法院的判例(委员会工作的重要内容)是否支持强制法。¹⁴⁵ 尽管文献中表达的观点有助于了解惯例, 并可能提供系统化的框架, 但我们应遵循的是国家惯例和司法实践。如上节所述, 在通过《维也纳公约》时, 各国普遍认为强制法是国际法的组成部分。

46. 通过《维也纳公约》后, 也许正是因为通过了该《公约》, 各国和司法裁决提到强制法的次数大大增加。国际法院在司法实践中多次明确提到强制法, 这很能说明问题。1969 年通过《维也纳公约》以后, 国际法院的多数判决或命令 11 次

¹³⁹ 同上, 引述 Schwarzenberger。

¹⁴⁰ 见 Kolb(前注 27), 第 15-22 页。Kolb 实际上提到了若干评论意见, 似乎都是关于矛盾性的评论的变体。这些评论如下: 首先, 强制法概念预先假定, 存在“负责执行这些规范的上级机关”, 这不符合国际法(第 16-18 页); 其次, 强制法预先假定, 国际法中的“一般立法机构”和“主体”存在区别, 这不符合国际法, 因为立法者和国家也是国际法的主体(第 18-21 页); 强制法预先假定, 规范有等级之分, 但国际法尚欠发达, 还未对规范进行这类分级(第 21 和 22 页)。

¹⁴¹ 同上, 第 23 页。

¹⁴² 同上, 第 23 和 24 页。

¹⁴³ 同上, 第 25-27 页。Kolb 指出, 对强制法的这种评论具有多个要素, 包括它“存在危险, 某些精英阶层为了自己的秘密议程, 假装为国际社会发声(豪言壮语背后其实是利益作祟), 在强制性规范缓和及宽容的幌子下, 强加自己对适当意识形态的愿景”。另见南非的发言, A/C.6/66/SR/13, 第 7 段, (“一些法律评论家指出, 对普遍管辖权原则至关重要的强制法和普遍义务概念, 实际上常常被用作霸权斗争的工具。”)。比较 Tomuschat(前注 50), 第 20 页, 指出“强国从未将强制法视为朋友。它们认识到, 强制法可能导致权力平衡偏向国际司法机构……”。有意思的是, 法国在对委员会拟订强制法案文提出反对意见时, 指出表达不清会损害“较弱小”的国家。见 de Bresson 先生(法国)的发言, 《联合国条约法会议正式记录, 第一届会议, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日, 维也纳, 全体会议和全体委员会会议简要记录》, A/CONF.39/11, 第 54 次会议, 第 28 段。

¹⁴⁴ 见 Kolb(前注 27), 第 15 页及其后各页以及 Orakhleshvili(前注 136), 第 32 页及其后各页。

¹⁴⁵ 见美国的发言(前注 7), 第 20 段(鉴于关于该专题的案例法相对匮乏, 他敦促委员会重视条约惯例, 尤其是《维也纳公约》的各项规则, 并重视阐述强制法的性质和内容及其形成标准和影响的其他国家惯例。只有基于各国意见的研究和分析才有可能创造价值)。

明确提及强制法，它们都认定(或似乎认定)强制法是现代国际法的组成部分。¹⁴⁶ 例如，在军事和准军事活动案中，法院没有明确认可强制法理念，但指出各国和委员会都认为禁止使用武力是强制法。¹⁴⁷ 法院关于强制法的陈述模棱两可，但这种模糊似乎主要针对这种禁止是否构成强制法，而非强制法的概念本身。¹⁴⁸ 关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见再次表明，法院接受强制法，而没有对此作出决定。¹⁴⁹ 尽管法院指出，“法院没有必要对这一问题发表意见”，但这点很明确，因为法院评估认为，它面对的问题不需要回答“适用于使用核武器的人道主义法的性质问题。”¹⁵⁰ 但法院明确阐释了强制法的性质，似乎接受它是国际法的一部分。¹⁵¹ 在刚果境内的武装活动案中，法院对接受强制法是现行国际法的态度明确得多，法院不仅提到了强制法，还认定禁止灭绝种族罪“肯定”具有强制法性质。¹⁵²

¹⁴⁶ 法院最近在下列案件中提及强制法：关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用一案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案)，2007年2月26日的判决，《2007年国际法院案例汇编》，第43页，第147至184段；关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的案件，2010年7月22日的咨询意见，《2010年国际法院案例汇编》，第403页；国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，《2012年国际法院案例汇编》，第99页，第92段及其后各段；与起诉或引渡义务有关的问题一案(比利时诉塞内加尔)，2012年7月20日的判决，《2012年国际法院案例汇编》，第422页，第99至100段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，国际法院2015年2月3日的判决，第87段。

¹⁴⁷ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国)，《1986年国际法院案例汇编》，第14页，第190段(“国家代表发言时经常提到”，强制法“不仅是习惯国际法的原则，而且是该法的根本或首要原则……[而且]国际法委员会在编纂条约法的工作中，提出‘《宪章》关于禁止使用武力的法律本身就是具有强制法性质的规则的明显例证’”)。

¹⁴⁸ 比较 James Green “Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force”(2011) *Michigan Journal of International Law* 215, at 223(“作者认为，法院在此得出结论，禁止使用武力是一项强制性规范，但必须指出，其他人对该段落有不同的解释”)。

¹⁴⁹ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性一案，1996年7月8日的咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页。

¹⁵⁰ 同上。

¹⁵¹ 同上。(“规范是否属于强制法的问题涉及该规范的性质”)。

¹⁵² 刚果境内的武装活动案(新申请书：2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，2006年2月3日的判决，《2006年国际法院案例汇编》，第6页，第64段。

47. 除了国际法院的多数判决或意见明确提及强制法以外，该法院法官在表达个人意见时 78 次明确提到强制法。¹⁵³ 其他国际法院和法庭的判例也明确承认强制法。¹⁵⁴ 以 *Kayishema* 案为例，卢旺达问题国际刑事法庭指出，“[禁止]灭绝种族罪被视为国际习惯法的组成部分以及一项强制法规范。”¹⁵⁵ 同样，在 *Nyiramasuhuko* 案中，该法庭的上诉分庭指出，安全理事会界定危害人类罪的酌处权“遵照国际法的强制性规范(强制法)。”¹⁵⁶ 国内法院的决定也提到了强制法。¹⁵⁷ 例如，在 *Yousuf* 诉 *Samantar* 案中，美国上诉法院指出，“从国际法和国内法角度看，违反强制法的行为按其定义，是指主权国家没有正式授权的行为。”¹⁵⁸ 同样，肯尼亚高等法院在国际法学家委员会肯尼亚分会诉司法部长一案中认定，“起诉国际罪行的责任已经演变为强制法和习惯国际法”。¹⁵⁹ 南非宪法法院则指出，“国家防止有罪不罚的责任……在被广泛视为强制性而不容克

¹⁵³ 《维也纳公约》通过后的个人意见举例如下：Ammoun 法官对巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案第二阶段的个别意见(新申请书：1962 年)(比利时诉西班牙)，1970 年 2 月 5 日的判决，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 304 页(“因此，通过联合国的冗长做法，《宪章》序言中的原则获批成为必须遵守的国际法规范，使强制法概念发挥更大的成效”)；副院长 Ammoun 关于南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的个别意见，1971 年 6 月 21 日的咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，见第 77 页及其后各页(“……正确看待使用武力的行为，目的是阻止自决权用于侵略行为，这特别严重，因为自决权是具有强制法性质的规范，任何情况下都不容克减”)；Schwebel 法官对在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)的反对意见，法院管辖权和申请的可受理性，1984 年 11 月 26 日的判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 392 页，第 88 段(“尽管对强制法范围的分歧很大，但必须回顾，国际法委员会和维也纳条约法会议的与会者普遍认同一点，如果强制法具有任何商定的核心，那便是第二条第 4 款”)；Lauterpacht 法官对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用一案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫(塞尔维亚和黑山))的个别意见，要求指明临时措施的进一步请求，1993 年 9 月 13 日的命令，《1993 年国际法院案例汇编》，第 325 页，第 100 段(“这是因为……人们已普遍接受，禁止灭绝种族罪不是普通的国际法规则，它具备强制法的地位。事实上，禁止灭绝种族罪长期被视为强制法少数不容置疑的例子之一”)；Ranjeva 法官关于东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)的个别意见，1995 年 6 月 30 日的判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 90 页，见第 45 页(“强制法属于实在法的范畴”)；Can çado Trindade 法官关于国家管辖豁免案(德国诉意大利)的反对意见，反驳，2010 年 7 月 6 日的命令，《2010 年国际法院案例汇编》，第 310 页(“法律面前平等和不歧视的基本原则贯穿国家权力的整个运作过程，如今已进入强制法的范畴”)。

¹⁵⁴ 例如，见检察官诉 *Furundžija* 案(IT-95-17/1)，1998 年 12 月 10 日(前南问题国际法庭)，以及几内亚比绍和塞内加尔间海洋划界案，仲裁裁决，1989 年 7 月 31 日，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第 119 页。

¹⁵⁵ 检察官诉 *Kayishema* 等人案(ICTR-95-1)，审判判决，1999 年 5 月 21 日(卢旺达问题国际法庭)，第 88 段。

¹⁵⁶ 检察官诉 *Nyiramasuhuko* 案(ICTR-98-42)，上诉判决，2015 年 12 月 14 日，第 2136 段。

¹⁵⁷ 见著名的 *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte*(No. 3)，24 March 1999，House of Lords，[2000] 1 AC p. 147。

¹⁵⁸ *Yousuf v. Samantar*，Judgement of 2 November 2012 of the United States Court of Appeal，699 F.3d 763，776–77(4th Cir. 2012)，at 19)。另见 *Farhan Mahamoud Tani Warfaav Yusuf Abdi Ali*，Judgment of 1 February 2016 of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit，No 14-1880，at 18，法院拒绝推翻 *Samantar* 案的法庭意见。

¹⁵⁹ *Kenya Section of the International Commission of Jurists v Attorney General & Another*，Judgement of 28 November 2011 of the High Court of Kenya，[2011] E-Kenyan Law Reports at 14。

减的规范(例如禁止酷刑)方面尤其突出”。¹⁶⁰ 区域司法和准司法实践也体现了国际法中的强制性规范概念。¹⁶¹ 在被驱逐多米尼加人和海地人案中,美洲人权法院指出,“平等和有效的法律保护及不歧视原则”构成强制法。¹⁶²

48. 各国也时常在各种论坛上诉诸强制法或强制性规范。除了专门针对委员会条约法工作的发言以外,还有很多其他发言,例如在大会、特别是第六委员会面前的发言。¹⁶³ 同样,各国也经常在国际理事会的发言中提到强制法。¹⁶⁴ 应谨慎

¹⁶⁰ *National Commissioner of the South African Police Service v the Southern African Human Rights Litigation Centre and Others*, Judgment of 30 October 2014 of the South African Constitutional Court, 2014(12) BCLR 1428(CC) at para. 4. 另见 *East German Expropriation case: Mr. van der M.*, judgment of 26 October 2004 of the German Constitutional Court, *B v R 955/00 ILDC 66(DE)*, para. 97(“基本法逐步承认强制性规定的存在……不受各国讨论的影响(强制法)”); *Prefecture of Voiotia v Federal Republic of Germany*, Judgement of 4 May 2000 of the Hellenic Supreme Court, Case No 11/2000, 法院认定党卫军对一个希腊村庄中的平民犯下的罪行违反了强制法规范。另见 *Ferrini v Repubblica Federale di Germania*, Judgement of 11 March 2004 of the Italian Corte di Cassazione, Case no. 5044, 法院认为驱逐出境和强迫劳动是属于强制法范畴的国际罪行。

¹⁶¹ 例如,见 *Al-Adsani v. UK*(Application No. 35763/97), Judgment of 21 November 2001 of the European Court of Human Rights; 另见 *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands*, App No. 65542/12(ECHR 2013), Judgment of 11 June 2013 of the European Court of Human Rights, para.4.3.9; (“关于国籍权,法院重申,强制法要求国家(原文)……不要制定歧视性法规……”); 另见 *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v. The Republic of Djibouti*(Communication 383/10), Decision of May 2014 of the African Commission on Human and Peoples' Rights, para. 179. 对美洲和欧洲法院判例的详细评估见 Šturma(前注 133), 第 15 页及其后各页。

¹⁶² *Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic(Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, Judgment of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 264. 另见 *Case of Mendoza et al v Argentina*, Judgment of 14 May 2013 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 199(“首先,法院重申其案例法,指出绝对禁止身心折磨目前是国际强制法的组成部分……”)。

¹⁶³ 当然,委员会在工作中,特别是条约法方面的工作中,无数次提到了强制法。不过,强制法在其他情况下也占据突出位置。例如,见哈萨克斯坦的发言, A/C.6/63/SR.7, 第 55 段(赞成严格和无条件遵守国际法的强制性规范,这些规范构成了现代世界秩序的基础,并支持国际社会作出努力,在国际法的基础上解决当今的重要问题); 阿塞拜疆的发言, A/C.6/63/SR.8, 第 12 段; 突尼斯的发言, A/C.6/64/SR.12, 第 16 段。

¹⁶⁴ 例如,见 Nisirobu 先生(日本)的发言,安全理事会 1982 年 4 月 3 日第 2350 次会议(“我们强调……这不仅是《宪章》最基本的原则之一,还是一般国际法最重要的规范之一,国际社会不容克减。换言之,不使用武力的原则是国际法的强制性规范”); Elaraby 先生(埃及)的发言,安全理事会 1995 年 2 月 28 日第 3505 次会议(S/PV.3505)(“在法律方面,国际社会的共识是,存在国际法的强制性(原文)规范,人称强制法。不得违反这些规范”); Koštunica 先生(塞尔维亚和黑山)的发言,安全理事会 2005 年 10 月 24 日第 5289 次会议(S/PV.5289)(“……我们讨论的并非国家不具约束力的义务,而是最严格的国际法规范——强制法规范,遵守这些规范是整个国际社会运作的必要条件”); Adekanye 先生(尼日利亚)的发言,安全理事会 2006 年 6 月 22 日第 5474 次会议(S/PV.5474)“在通知受影响国家前,便将个人或实体列入名单的做法违反了公平审判的强制性规范和法治的原则。因此,尼日利亚反对任何违反这些强制性规范的行为”); Mayoral 先生的发言,安全理事会 2007 年 5 月 22 日第 5679 次会议(S/PV.5679)(“……打击恐怖主义的斗争必须符合以国际刑法及其基本原则为基础的法律机制。让我们回顾,这些是国际法的强制法规范,因此我们不能置之不理”); Al-Nasser 先生(卡塔尔),安全理事会第 5779 次会议(S/PV.5779)(“《宪章》第一百零三条规定,《宪章》规定的义务高于其他义务,但这并不意味着它们高于或取代强制法的强制性(原文)规范”)。

对待在国际法院和法庭上的发言，因为国家的动机往往是实现某个特定结果。但各国经常在国际法院和法庭的书状中提到强制法，而且特别报告员发现，在国际法院或法庭的案件中，各国从未质疑强制法概念是现行国际法的一部分，这很能说明问题。¹⁶⁵ 但更能说明问题的是，即使在特定情况下否认强制法符合国家的最佳利益，它们也没有这样做。¹⁶⁶ 在实践中提及强制法的做法并不限于各项发言。联合国各机关也在决议中认可这一概念是国际法的一部分。除了关于委员会工作的决议提到强制法以外，大会还在至少 12 项决议中提到了强制法，主要是在酷刑领域。¹⁶⁷ 还值得一提的是，通过条约法条款草案以后，委员会本身也承认了强制法及其影响，甚至超越了协议法。¹⁶⁸

49. 因此，虽然对现行国际法中是否存在强制法可能存在学术辩论，但各国并没有质疑其存在。即使质疑委员会研究本专题的 3 个国家也没有质疑强制法概念本身。¹⁶⁹ 如 Paulus 指出的，“强制法概念似乎已不再引起争议”，以及“据说各国中仅剩的一贯反对者法国也愿意接受这一概念”。¹⁷⁰ 对委员会就该专题开展的工作而言，这一辩论很可能推动发现强制法的一些难点，但这不应掩盖出发点，即国际法承认，有些规则是不容克减的。

B. 强制法的强制性的理论基础

50. 上文明确表明，在关于强制法的辩论中，强制法规范的强制性的理论基础是最持久的争议之一。在强制法概念的不同发展阶段，人们提出了各种理论方法来

¹⁶⁵ 例如，见与起诉或引渡义务有关的问题一案(比利时诉塞内加尔)比利时方的律师的陈述，口头诉讼，2012 年 3 月 13 日(CR 2012/3)，第 3 段。

¹⁶⁶ 例如，尽管德国在管辖豁免案中试图限制强制法的影响，但它自己的陈述不仅没有质疑强制法的存在，反而还积极主张某些规范具有强制法的性质。例如，见德意志联邦共和国对管辖豁免案的诉状(前注 146)，2009 年 6 月 12 日，第 86 段，其中德国指出：“例如，强制法无疑禁止灭绝种族罪。”另见与起诉或引渡义务有关的问题一案(比利时诉塞内加尔)塞内加尔方的律师的陈述(前注 146)，口头诉讼，2012 年 3 月 15 日(CR 2012/4)，第 39 段；另见与起诉或引渡义务有关的问题一案(比利时诉塞内加尔)的塞内加尔辩诉状，第 51 段。

¹⁶⁷ 例如，见大会关于酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的第 68/156 号决议第 3 段(“又回顾禁止酷刑是一项强制性国际法准则，国际、区域和国内法院都确认禁止残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚为习惯国际法”)；大会关于酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的第 60/148、61/153 和 62/148 号决议的第 3 段(“又回顾包括起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭在内的若干国际、区域和国内法院确认禁止酷刑是强制性国际法规范，并认为习惯国际法禁止残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”)。

¹⁶⁸ 见前注 134 引述的例子。

¹⁶⁹ 见上文第二节。

¹⁷⁰ Andreas Paulus “*Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at Re-appraisal*” (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 297, at 297-298. 但见 Tomuschat(前注 50)，第 18 页(“然而，《维也纳条约法公约》第五十三和六十四条仍然是该《公约》少数具有争议的条款之一，体现了法律逐渐发展的理念”)。

解释国际法下强制法规范的强制性。试图解释强制法性质的主要有两个学派，即自然法和实证主义。¹⁷¹除了这些更普遍的理论以外，还有人提出了其他理论。不过，自然法和实在法理论主导了这场法理辩论，因此在开始评估前先简要概述和评估这些理论十分有用。该分析的目的不是解决实在法和自然法之争。与整个国际法背景下的实在法和自然法之争一样，这场争论或许无法解决，也没必要解决。分析和评估了用于解释强制法的各项理论，以期确定强制法概念的关键性质。需要在此提醒的是：不存在强制法的自然法理论，或强制法的实在法理论；只有自然法理论和实在法理论。不过，详细阐述两项理论在时间和篇幅上都不允许，而且无论如何，本文的目的不是撰写理论专著。本文要做的是阐述每个学派的主要思想。

51. 不妨先讨论自然法方法，因为强制法无疑源于国际法的自然法方法(见上文第四.A节)。¹⁷²此外，由于强制法意味着存在等级之分，那么基于较高规范理念的自然法(来自神学、推理或其他道德来源)成为强制法的基础似乎顺理成章。¹⁷³自然法方法的支持者包括 Mark Janis 和 Mary-Ellen O'Connell 等人。¹⁷⁴这些学者

¹⁷¹ Asif Hameed “Unravelling the Mystery of *Jus Cogens* in International Law”(2014)84 *British Yearbook of International Law* 52, 提出应对立的理论视作“基于同意”和“不基于同意”的理论，当前的讨论是出于对国际法的实证主义的误解。特别见第 55 页。

¹⁷² 另见 Gennady Danilenko *Law Making in the International Community*(Dordrecht, 1993), at 214 and Bruno Simma “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”(1995) 6 *European Journal of International Law* 33, at 50. 另见 Orakhelashvili(前注 136), 第 37-38 页, (“可以说，由于强制法源于自然法学派，因此‘只要强制法不以自然法等价值观的哲学为基础，它的概念就仍然不完整’……强制法类似于自然法，不是国家意志的产物，因此不能从严格的实证主义角度来理解”)。

¹⁷³ 关于强制法的等级含义，见 Danilenko, 同上，第 211 页。另见 Hugh Thirlway *The Sources of International Law*(Oxford, 2014), 第 155 页(“强制性规范的概念意味着规范存在等级之分：从其定义来看，强制法的规则高于与其对立的条约规定”)。另见 Pierre-Marie Dupuy and Yann Kerbrat *Droit International Public*, (11th Edition, Paris, 2012), at 323, 关于一种新逻辑(“celle, révolutionnaire, de l’objectivisme inhérent à la notion de normes impératif, lesquelles s’imposent aux Etats devenus ainsi, au sens le plus littéral, sujets d’un ordre juridique alors doté d’une hiérarchie normative, dominé par le *jus cogens*.”)[“强制性规范概念的固有客观性的革命性逻辑对国家有约束力，使它们成为真正意义上的法令主体，这种法令具有一定的规范等级，强制法在其中占据主导地位。”]另见 Raphaële Rivier *Droit International Public*(2nd Edition, Paris, 2013), at 565。

¹⁷⁴ 例如，见 Mark Janis “The Nature of *Jus Cogens*”(1987) 3 *Connecticut Journal of International Law* 359, at 361(“我认为，强制法的独特性如此突出，它的概念能与自然法的传统概念相结合”)；Janis *An Introduction to International Law*(New York, 2008), at 66 et seq；Louis Sohn *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than the State*(1981) 32 *American University Law Review* 1, at 14-15, 提到强制法“几乎一成不变”，这令人想到自然法原则。Dan Dubois “The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?”(2009) 78 *Nordic Journal of International Law* 133, at 134.(“……得出的结论是，关于强制性规范的任何条理清楚的理论，都不可避免地回到自然法的一些概念”)。另见 Mary-Ellen O’Connell “*Jus Cogens*: International Law’s Higher Ethical Norms” in Donald Childress(ed.) *The Role of Ethics in International Law*(New York, 2012), especially at 97。

指出，国际规则高于和超越国家同意(或国家的自由意志)的理念只能用高级法的自然法概念来解释，而高级法基于道德和价值观。

52. 尽管自然法方法(与强制法的形成具有历史渊源而且与强制法相似)很有吸引力，但也面临挑战。¹⁷⁵ 主要挑战仍是由谁来确定自然法的内容。O'Connell 指出，“当代自然法理论似乎仍然在主观上依赖于学者、法官或官员的意见。”¹⁷⁶ 同样，Kolb 在评论自然法方法时表示，“我们每个人都能提出司法规范，[但]这些规范是否为实在法的一部分[仍然]没有答案。”¹⁷⁷ 除了不确定性问题以外，强制法的自然法方法不可避免地与《维也纳公约》案文冲突，除非接受该《公约》也是无效的。如 Kolb 指出的，第五十三条规定，强制性规范只能被其他强制性规范修正，由此承认强制法规范不是“一成不变”的，而这是自然法的标志。¹⁷⁸ 同样，如果自然法的存在与时间和空间无关(不可变性)，那么《维也纳公约》第六十四条(承认可能形成“新强制规律”)，至少可说十分奇怪。¹⁷⁹ 强制法的自然法方法的另一个问题可能在于，第五十三条规定，该规范应得到“国家之国际社会公认”，意味着国家“意志”在强制法规范的形成中发挥一定的作用。

53. 因此，许多当代作者从实证主义学派角度来研究强制法。¹⁸⁰ 最本质的实在法基于国家自由意志的理念，认为国际法立法的前提是获得同意。因此，国家不同意的规则对其没有约束力。¹⁸¹ 按照强制法的实证主义方法，只有国家以某种方式表示同意后，规范才能获得强制法地位。但这似乎违反了即使通过国家同意

¹⁷⁵ 关于这些问题的讨论见 Kolb(前注 27)，第 31 页。另见 Prosper Weil ‘Le droit international en quête de son identité cour général de droit international public’(1992) 237 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 11, at 274; Maurice Kamto “La volonté de l’Etat en droit international”(2004) 310 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 133, at 353。

¹⁷⁶ O'Connell(前注 174)，第 86-87 页。她在第 79 页描述许多自然法支持者的方法时指出，“目前看来，法官和学者在确定强制法规范时，似乎完全是凭良知。”

¹⁷⁷ Kolb(前注 27)，第 31 页。

¹⁷⁸ 同上，第 33 页。关于不可变性，见前注 43 引述的权威看法。

¹⁷⁹ Matthew Saul “Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges” (2015) 5 *Asian Journal of International Law* 26 at 31(“……自然法理论侧重于识别某些固定的自然法价值观，包括与人的需要有关的价值观，但强制法的数量和性质假定随着国际社会的不断变化而发展”)。

¹⁸⁰ 见 Criddle and Fox-Decent(前注 95)，at 339。例如，见 Tunkin(前注 106)，at 115(“我感觉到，和其他一般国际法规范一样，可通过国家间协定来建立或实际建立拥有强制法性质的一般国际法规范”)。

¹⁸¹ 见 Criddle and Fox-Decent(前注 95)，at 339。

或是国家意志也不容克减的较高规范的理念，或至少与该理念矛盾。¹⁸² 毕竟，甚至有人说强制法是针对“冷淡的实证犬儒主义”的革命。¹⁸³ 还有一点难以理解，如果国家可自由行使意志，制定任何规则，那么为什么不能在表示同意后克减某些规则。¹⁸⁴ 即使有办法解决通过同意或共识形成强制性规则的问题，仍不清楚达成共识的国家以后为何不能撤回同意，从而破坏共识。¹⁸⁵ 如上文所述，接受习惯国际法为强制法的基础是否为实在法方法的一种表现，是第二次报告的专题。¹⁸⁶

54. 这两种方法都得到司法实践的支持，这也不足为奇。国际法院的判决对强制法基础的态度并不明确。国际法院有时似乎采取强制法的自然法方法，而有时却似乎依赖实证主义和基于同意的思想。¹⁸⁷ 同样，国际法院法官的个人意见也十

¹⁸² 例如，见 Rivier(前注 173)，at 565 (“l’introduction du droit impératif en droit international est une révolution ... Avec le droit impératif, l’accord de volonté n’est plus en tout hypothèse un mécanisme créateur de droit. La validité des relations dépend aussi de leur contenu. Une définition matérielle du droit est ainsi consacrée, et l’on passe d’une conception traditionnelle du droit international à un modèle objectif dans lequel l’Etat souverain est assujéti à des exigences matérielles supérieures à sa volonté.”) [“在国际法中引入强制性规范是一场革命……建立强制性规范后，[国家]意志间的协定在任何情况下都不再是创造性的法律机制。关系的有效性也取决于其内容。实体法的目标十分明确，从国际法的传统概念转变为客观模式，主权国家必须遵守高于其意志的重要义务”]。

¹⁸³ Alain Pellet “Conclusions” in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Boston, 2005)，at 419。

¹⁸⁴ 同上。见 Kolb(前注 27)，第 30 页，他在解释自然法理论对强制法的实证主义方法的评论时，指出它“源于国家的同意或意志，而这是强制法要限制或避免的。因此，从同意或意志的角度来解释强制法只会原地绕圈。”另见 Tladi 和 Dlagnekova(前注 41)，第 112 页。

¹⁸⁵ Criddle and Fox-Decent(前注 95)，第 342 页。

¹⁸⁶ 对于将习惯国际法视为强制法基础必然意味着实在法方法的观点，见同上，第 339 页(“主要的强制法实证主义理论认为，强制性规范是通过国家惯例和法律确信已经获得强制性地位的习惯国际法”)。

¹⁸⁷ 尽管法院在对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留意见(1951 年 5 月 28 日的咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 23 页)中没有将禁止灭绝种族罪称为强制法，但它描述这种禁止的措辞似乎暗示它是强制法，而且没有多谈国家同意是法律要件这一点(法院认为“灭绝种族罪是‘国际法规定的罪行’，涉及剥夺整个人群的生存权，冲击人类良知，给人类造成巨大损失，违背道德法律……这个概念的第一个影响是，《公约》的基本原则是文明国家公认对各国具有约束力的原则，即使公约没有规定任何义务。第二个影响是各国普遍谴责灭绝种族罪，并开展广泛的合作，使人类摆脱这种可憎祸害。……其目标是保障某些人群的生存，以及确认并支持最基本的道德原则”)。另见第 24 页，法院指出，禁止灭绝种族罪的“基础是道德和人道主义原则”。另见检察官诉 Jelisić 案(IT-95-10-T)，1999 年 12 月 14 日(前南问题国际法庭)，第 60 段，法庭称，在关于对《灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见中，国际法院将灭绝种族罪纳入强制法的范畴。但在与起诉或引渡义务有关的问题一案中(这或许是法院对强制法最明确的一次援引)(前注 146，第 99 段)，法院采用了可被解释为基于同意的办法来识别强制法，至少将习惯国际法视为基于同意(禁止的依据是普遍国际惯例和各国的法律确信)。同样，法院在军事和准军事活动案(前注 146，第 190 页)中，迟疑地提到禁止使用武力构成强制法，这不仅基于委员会的工作，还基于各国对禁止的接受。在该案中，法院不仅引述了委员会的工作，还指出各国代表频繁提到禁止构成强制法，而且争端双方都接受禁止构成强制法。

分多样。许多此类意见认为，强制法不接受实证主义，而是信奉一成不变的自然法方法，另一些意见则支持强制法的实在法方法。¹⁸⁸

55. 对于强制法规范的约束性的基础，其他法院和法庭的判例也同样没有明确结论。例如，在 *Furundžija* 案中，前南斯拉夫问题国际法庭将禁止酷刑的强制法性质与关于禁止的价值观联系起来。¹⁸⁹ 另一方面，该法庭又强调了各国对强制法规范的接受。¹⁹⁰ 美洲人权法院在援引强制法的一项早期裁决中采用了明显的自然法方法，同时提到“国际法的唯意志论概念”和“遵守法律，寻求正义……构建更有凝聚力的国际社会的理想”，后者反映了“从酌定法到强制法”的转变。¹⁹¹ 同样，法院先前对酷刑的强制法性质的裁决侧重于酷刑的性质和严重程度，而非

¹⁸⁸ 例如，见 *Bedjaoui* 法官在对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见中的声明(前注 146, 第 21 段) (“所有这些事态发展的标志是，国际法现在给予普遍义务和强制法规则等概念的地位……本世纪初还存在国际法的专断实证主义和唯意志论方法……它们已经被国际法的客观概念取代”)；见专案法官 *Kreca* 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用一案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)的反对意见，初步反对意见，1996 年 7 月 11 日的判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 595 页，第 43 段(“强制法奠定了基础，可促进全球国家主权关系向国际社会法律秩序转变，并创造条件，使法治能够战胜国家的自由意志”)；*Ranjeva* 法官对喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋边界一案(喀麦隆诉尼日利亚；赤道几内亚参加)的个别意见，2002 年 10 月 10 日的判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页，第 3 段(“只有强制法规范的影响才使人有理由对协商一致原则提出任何质疑”)；见专案法官 *Dugard* 对刚果境内的武装活动案提出的个别意见(新申请：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，法院管辖权和申请的可受理性，2006 年 2 月 3 日的判决，《2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页，第 10 段；*Cançado Trindade* 法官对国家管辖豁免案(德国诉意大利)的反对意见，反驳，2010 年 7 月 6 日的命令，《2010 年国际法院案例汇编》，第 310 页，第 134 段及其后各段和第 141 页(“国家同意和强制法是完全对立的。”)。*Schücking* 法官对 *Oscar Chinn* 案提出的个别意见(前注 61, 第 149 页)明显采用了实在法方法，其中提出，规范的强制法性质基于各国对特定规则的同意，而且它们承诺该规则不会因其中一些国家而改变；另见 *Ammoun* 法官对巴塞罗那电车公司案的个别意见(前注 153)，第 311-312 页。特别见 *de Castro* 法官对核试验案(澳大利亚诉法国)的反对意见，1974 年 12 月 20 日的判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 253 页，见第 388 页(“关于《莫斯科条约》本质上带有习惯法或强制法性质的想法受到一些质疑，因为它缺乏普遍性”)。

¹⁸⁹ 例如，见 *Furundžija* 案(前注 154)，第 153 段(“由于[禁止酷刑]的价值观提供保护，这一原则已演变成强制法的强制性规范”)。另见检察官诉 *Galić* 案(IT-98-29 -T)，2003 年 12 月 5 日(前南问题国际法庭)，第 98 段。另见 *Jelisić* 案(前注 187)，第 60 段，前南问题国际法庭采用了国际法院对灭绝种族罪的基于价值观的定义。

¹⁹⁰ 检察官诉 *Stakić* 案(IT-97-24-T)，2003 年 7 月 31 日(前南问题国际法庭)，第 500 段(“人们普遍接受，《公约》设定的法律是习惯国际法的一部分，并构成强制法”)。另见 *Jelisić* 案(前注 187)，第 60 段，法院在灭绝种族罪方面提到，《灭绝种族罪公约》已成为“最广为接受的与人权有关的国际文书”)。

¹⁹¹ *Constantine et al v Trinidad and Tobago*, Judgment of 1 September 2001 (Inter-American Court of Human Rights), para. 38.

任何国家对禁止的同意。¹⁹² 但美洲人权法院在若干裁决中侧重于同意和共识，将其作为某些规范的强制法性质的基础。¹⁹³ 此外，美洲人权法院的若干裁决指出，强制法规范会发生演变，这与自然法方法的不可变性相反。¹⁹⁴ 国内判例也同样支持基于同意和自然法这两种方法。¹⁹⁵

56. 上述分析表明，国际法院和法庭认为，这两种用于解释强制法约束性的主要理论单独来看都不充分。¹⁹⁶ 当然，还有人提出其他理论来解释强制法的性质。¹⁹⁷ 不过，有些理论主要解释的并非强制法的约束性，而是描述可构成强制法的规范

- ¹⁹² *Tibi v Ecuador*, Judgment of September 2004(IACHR), para. 143, (“有种国际法律制度绝对禁止一切形式的酷刑……该制度现在是强制法的一部分。”); 另见 *Gómez-Paquiyaury Brothers v Peru*, Judgment of 8 July 2004(Inter-American Court of Human Rights), para. 112 and *Maritza Urrutia v Guatemala*, Judgment of 27 November 2003, para. 92. 关于被迫失踪的强制法性质的早期裁决也显示了类似的趋势。例如，见 *Goiburú et al v Paraguay*, Judgment of 22 September 2006(Inter-American Court of Human Rights), para. 84(“面对这类特别严重的犯罪和被侵害权利的性质，禁止人员被迫失踪以及履行相应的调查义务……已获得强制法的地位”)。
- ¹⁹³ *Osorio Rivera and Family Members v Peru*, judgment of 26 November 2013(Inter-American Court of Human Rights), para. 112, 法院认定，禁止被迫失踪获得了强制法的地位，其依据包括“国际协定”等; *Mendoza et al v Argentina*, Judgment of 14 May 2013(Inter-American Court of Human Rights), para. 199, 法院提出，禁止酷刑的强制法性质的依据包括：“规定这种禁止以及不受酷刑的权利不容克减”的“普遍性和区域性条约”，以及“规定这一权利和重申该禁止的大量国际文书，甚至包括国际人道主义法。”同样，见 *Almonacid-Arellano et al v Chile*, Judgment of 26 September 2006, para. 99-99, 法院得出结论认为，根据大会若干决议和《日内瓦四公约》的共同第 3 条，禁止危害人类罪在 1973 年已经成为强制法。
- ¹⁹⁴ 例如，见 *Nadege Dorzema et al v Dominican Republic*, Judgment of 24 October 2012 (Inter-American Court of Human Rights), para. 225(“在国际法的当前发展阶段，平等和不歧视的基本原则已进入强制法范畴”); 另见 *Atala Riffo and Daughters v Chile*, Judgment of 24 February 2012(Inter-American Court of Human Rights), para. 79. 特别见，*Dacosta Cadogan v Barbados*, Judgment of 24 September 2009(Inter-American Court of Human Rights), para. 5(“必须达成普遍共识，在强制法的框架内，像禁止酷刑一样，禁止死刑，现在离该目标还有一段距离”)。
- ¹⁹⁵ 明显的自然法方法，见 *Siderman v Argentina*, Judgment of 22 May 1992 of the United States Court of Appeal, Ninth Circuit, 965 F.2d 699, especially at 715, 其中界定和讨论了国际法的强制法性质，它与习惯国际法的关系和区别(酌定法)，特别是同意在强制法规范形成中的地位(或没有地位)，强制法高于国际法其他规范的地位(“虽然强制法和习惯国际法相互关联，但有一个重要差别。习惯国际法与条约和其他国际协定所制定的国际法一样，依赖于国家的同意。如果一国一贯反对一项习惯国际法规范……则这项规范对该国没有约束力。……与此相反，强制法……源于国际法律界的基本价值观……构成强制法的基本和普遍规范高于这种同意”)。另见 *Kenya Section of the International Commission of Jurists v Attorney General & Another*(前注 161) at 14. 见 opinion of Lord Hope in *Pinochet*(前注 161), at 247, 提出了看似更实证主义的方法，其中提到，*Siderman* 诉阿根廷案提供了酷刑的强制法性质得到“普遍同意”的证据。
- ¹⁹⁶ 例如，见 *Criddle and Fox-Decent*(前注 95), 第 332 页(“实证主义学派将强制性规范与国家同意相联系的做法不能令人信服，因为这无法解释为什么国际社会的大多数国家可能要求持反对意见的少数国家履行法律义务。自然法理论虽然避开了这个一贯反对者问题，但它难以制定识别强制性规范的分析标准”)。
- ¹⁹⁷ 见 Kolb(前注 27), 第 30 页及其后各页。

类型。¹⁹⁸ 例如，将强制法解释为公共秩序规范，主要反映了该义务的性质，而非其强制性的来源。¹⁹⁹ 换言之，将禁止灭绝种族罪或使用武力称为公共秩序规范并没有解释它为何具有强制性，而只是说明这些规范反映了国际社会的基本价值观。公共秩序规范的强制性可以用基于同意或不基于同意的理论来解释。

57. 仔细研究其他理论后发现，它们是主要理论的变体。²⁰⁰ 例如，Kolb 提出的另一种强制法理论，似乎是对实证主义方法的应用。²⁰¹ Kolb 在提到这一理论时指出，强制法是“立法机构整合到若干国际规范的法律手段，目的是避免它们分成按照特别法原则在当事方之间优先适用的特定法律行为。”²⁰² 至于 Kolb 提出的强制法规范的特定“类型”或类别是否合理，涉及到强制法的识别，²⁰³ 这是第二次报告的专题。对本次讨论(了解强制法规范的强制性或不容克减性)而言，更重要的是认识到，Kolb 理论的前提是“立法机构”或国家作出决定，因此反映了实证主义或基于同意的倾向。²⁰⁴

58. Criddle 和 Fox-Decent 关于强制法的信托理论提出的目标是摆脱自然法和实在法，但该理论本身也存在问题，包括它是否真的摆脱了主要理论以及它的实质内容。²⁰⁵ 该理论指出，“国家及其人民间的关系遵循信托原则，这一关系要求

¹⁹⁸ 其中最重要的是将强制法列为公共秩序规范，下文将进一步讨论。其他理论包括，认为强制法是国际宪法规则，以及在陆续订立之条约出现冲突时遵循的规则。

¹⁹⁹ 讨论见 Criddle and Fox-Decent(前注 95)，第 344 页。

²⁰⁰ 例如，尽管 Kolb 指出 Can çado Trindade 法官对新的万国法提出了另一种替代理论，但仔细研究 Can çado Trindade 的个人意见和著作后发现，这也是从自然法角度出发对强制法的理解。例如，见 Antônio Cançado Trindade “*Jus Cogens: The Material and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case Law*”(2008)35 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* 3, at 6(“后者[万国法]的来源并非国家“意志”，我认为它基于人们的良知”)。Can çado Trindade 法官的诸多反对意见和个别意见的例子见，对国家管辖豁免案的反对意见(前注 136)，第 139 段(“现在没人敢否认《马顿斯条款》援引的“人道原则”和“公众良知原则”属于强制法范畴”)。

²⁰¹ 大致内容见 Robert Kolb “*Conflicts Entre Normes de Jus Cogens*” in Nicolas Angelet(ed.), *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit: Manges Offerts à Jean Salmon*, (Bruxelles, 2007) and Kolb(前注 27)。

²⁰² Kolb(前注 27)，第 9 页。比较 Andrea Bianchi “*Human Rights and the Magic of Jus Cogens*”(2008) 19 *European Journal of International Law* 491, at 495(“认为强制法只不过是一种法律手段，目的是将部分程序性规范设定为不容克减以保护制度的形式完整，这种观点等同于无视强制法应当履行的职能”)。

²⁰³ Kolb(前注 23)，第 46 页，提出了 3 种强制法规范，指出，“更明确地说，是导致一项规范不容克减或必须保持完整的 3 个原因。”它们分别是公共秩序法律秩序规范，或国际法的基本规范(不过他对接受这类强制法有所迟疑)；公用事业强制法和逻辑强制法。Kolb 在别处提出了 4 类强制法，增加的类型是《联合国宪章》第一百零三条规定的强制性法律。见 Kolb(前注 201)，第 486 页。

²⁰⁴ Kolb(前注 27)，第 9 页。事实上，即使对于公共秩序强制法，Kolb 也嘲笑了“国际社会基本规则”的“崇高情感和有时童话般的崇拜”(第 47 页)。

²⁰⁵ 大致内容见 Criddle and Fox-Decent(前注 95)。

国家遵守强制性规范。”²⁰⁶ 首先，信托责任的目的是包括处理“‘国际良知’或‘规范的更高等级’等模糊概念”，²⁰⁷ 但它本身也同样含糊不清。更重要的是，认为强制法基于国家及其国民间的信托关系的概念根本无法解释很多得到普遍接受的强制法规范，因为它们不仅仅禁止针对本国国民的行为。例如，如果灭绝种族罪的受害者是其他国家的国民，那么这种行为同样违反了强制法。公平地说，Criddle 和 Fox-Decent 的确提到了“国家承担尊重国家权力下每位国民的人权的信托义务，”但这既没有解释为什么这一义务来自强制法，也没有解释该理论如何处理本身不构成侵犯人权的违反强制法行为。²⁰⁸ 此外，任何试图通过国家与个人间关系来解释强制法的理论，都难以解释为何禁止使用武力构成强制法，因为这种禁止涉及国家间的关系，而不是国家与个人间的关系，至少不是直接相关。

59. 没有单个理论能够充分解释国际法中强制法的独特性，即某些义务的强制性。甚至有可能像 Koskeniemi 在关于来源的一般性理论中指出的，理解强制法的约束性和强制性的最佳办法是将自然法和实证主义结合起来。²⁰⁹ Koskeniemi 在谈到来源及自然法和实在法之争时表示，“自然法需要实在法客观地展示其内容”，而“实在法需要自然法来回答‘为什么行为、意志或兴趣会产生约束性的义务’的问题？”²¹⁰ 实际上本项工作没必要解决这场理论辩论。不过，理论辩论十分重要，因为可以从中破解各种理论观点广泛认同的强制法核心要素。

²⁰⁶ 同上。第 347 页。

²⁰⁷ 同上。第 248 页。

²⁰⁸ 同上。第 359 页。作者在第 333 页中认为，禁止“军事侵略”构成强制法，特别是在这种侵略行为没有侵犯人权的情况下。

²⁰⁹ 见 Martti Koskeniemi *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument*(Reissue with new Epilogue)(Cambridge, 2006), at p. 307 *et seq.*, especially at p. 308(“……不能一直偏向于这两种对立观点中的任何一种，因为它们相互依赖”)。他在第 323 页(具体关于强制法)提到：“首先，强制法似乎是从上而下而非基于共识的。无论各国是否同意，似乎都会受到约束。但不提国家所同意内容的法律似乎属于自然道德，[然而]提到“国际社会”的认可[使之变成]从下而上且基于共识的。”另见 Simma(前注 172)，第 34 页(“我认为没有一种[法律哲学]能为法律现象提出兼收并蓄的确切解释或理由，但我也深信，它们并不相互排斥，恰恰相反，每种哲学都能揭示和阐明别的哲学无法研究或了解的国际法方面。”另见 Orakhelashvili(前注 136)，第 49 页(提到“实在法和道德是两个互不相同但相辅相成的概念”)。

²¹⁰ 同上。另见，Martti Koskeniemi *The Politics of International Law*(Oxford, 2011)，52，指出同意(实证主义)和正义(自然法)“单独来看，理由都不充分……关于同意的争论必须解释其关联以及什么是正义的内容。关于正义的争论必须参考国家同意的内容，以证明其正确性。”另见 Daniel Costelloe *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(unpublished PhD thesis, University of Cambridge, 2013)，at 3(“尽管‘人类的基本考虑’不是国际法义务的独立来源，但它们可能促进识别国际社会对其健全和执行具有浓厚兴趣的规范和义务”)。另见 Hameed(前注 171)，第 54 页，提出关于强制法不基于共识的理论，其基础是道德，但该理论却似乎基于国家的接受(“这篇论文将努力说明，我们如何在不依赖同意理念的情况下，更有效地解释强制法的制定。我提议将现有国际法规则设为强制法，因为某些法律官员(主要是国家)，认为它在道德方面至关重要”)。

60. 在今后的报告中，这些更加理论性的问题将有助于了解司法实践和国家惯例。

C. 强制法的核心要素

61. 《维也纳公约》第五十三条载有强制法的基本要素。第一，强制法规范不容克减。第二，它是一般国际法规范。第三，强制法规范指国家之国际社会全体接受并公认为不容克减之规范。但除此以外，实践和理论揭示出一套核心要素，为强制法概念赋予了更多内涵。

62. 不克减这一要素发挥双重功能。首先，它是强制性的结果。但它也是强制性性质之关键要素。²¹¹ 事实上，正如以下分析所示，不克减是强制法思想的核心。某项规范成为强制法的要求是该规范必须是一般国际法规范，这也是强制性的一个关键要求。该要求不仅是强制性的一项要求，也是识别强制性的一个要素。这一要素将在第二次报告中审议，不仅将其作为识别强制法的一个要素，而且还为了澄清何种渊源的法律产生了强制性。同样，有关强制法规范必须是“国家之国际社会全体公认”的要求，也将作为识别强制法的一个要素，或者作为一般国际法普通规范升级为强制法规范的一个要素在第二次报告中予以审议。

63. 但是，除了《维也纳公约》第五十三条明确提及的要素之外，理论和实践显示，存在某些形成强制法规范特质的核心要素。首先，强制法规范是普遍适用的。第二，强制法规范优于国际法其他规范。最后，强制法规范有助于保护国际社会的基本价值观——该价值观通常被称为国际公共秩序。虽然《维也纳公约》第五十三条未明确阐述上述要素，但以下分析将显示，它们构成强制法的关键要素，这一点已被普遍接受。

64. 理论和实践显示，强制法规范是不容克减的规范。虽然，如上文所述，这是强制性产生的结果，但它也是强制法规范的一个基本特质。应该指出，在国际法领域，有关某些规则是强制性规则，不能通过普通立法手段予以克减的想法属例外情况。²¹² 大多数国际法规则属于酌定法范围，可以通过各国之间的合意行为加以更改、克减甚至是废除。²¹³ 但文献还确认，存在一套国家无法通过协约方

²¹¹ Kolb(前注 27)，第 2 页(“因此，在有关强制法的经典表述中，关键词是‘不容克减’。换言之，强制法是由所涉规范的某项特质，即不容克减这一法律事实来界定的”)。

²¹² Carnegie Endowment (前注 31)，第 27 页(“一般国际法规范的基本特质是酌定性”)。

²¹³ Alfred Verdross“Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”(1966) 60 *American Journal of International Law* 55, at 60(“显然，委员会的一致意见是，大多数国际法规范不具有强制性性质。”)。Tomuschat (前注 50)，第 19 页(“大多数国际法规则是酌定法”)。Merlin Magallona “The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties” (1976) 51 *Philippine Law Journal* 521, at 521(“可由私下达成的协约克减的酌定法规则”)。另见 Alexidse (前注 30)，第 245 页。另见 Aldana Rohr *La Responsabilidad Internacional Del Estado Por Violación Al Jus Cogens* (Buenos Aires, 2015), at 5 (“por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva-jus dispositivum-las más numerosas, creada por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades” [“大多数[国际法]规则具有酌定性——酌定法，这是协商一致达成的，也可在协商一致后予以克减”])。

式保证不受之约束的规范，这是国际法一般架构中的例外情况。²¹⁴ 一位评论家曾指出，这些规范“效力之强，足以使各国之间合意拟订的抵触性规则失去效力。”²¹⁵ 简而言之，国际法著作，无论其理论分歧为何，一致认为大多数规则是酌定法，“可以根据各国适当表达的意愿排除或更改”，但在例外情况下，一些规则是强制法，不能以这种方式排除或更改。²¹⁶

65. 司法实践还证明了以下事实，即虽然通常各国可自由更改、克减和废除国际法规则，但可能会有一些规则是如此重要，以至于各国既不能更改，也不能经协商同意后予以克减。²¹⁷ 在北海大陆架案中，虽然国际法院不愿就强制法问题发

²¹⁴ 例如，见 Rohr (前注 213)，第 5 页(“por otro lado, las normas de derecho perentorio o imperativo-jus cogens-pertencientes a un sistema que podría entenderse como de cuasi-subordinación normativa, que limita, en cierta manera, la voluntad estatal derivada de su propia soberanía.” [“另一方面，存在强制规范、强制性规范——强制法，从规范角度而言，其所属体系可以被认为是准从属性的，该体系以某种方式限制国家的主权意愿，推动纵向法律体系。”]。另见 Stefan Kadelbach “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules: The Identification of Fundamental Norms” in Tomuschat and Thouvenin (前注 183)，第 29 页; Thirlway (173) (“并非所有国际规则都属于酌定法范畴，即……如果没有相反协议即可适用，但经协商一致之后……可置之不理的规则。”)。另见 Hannikainen (前注 214)，第 1 页。

²¹⁵ Janis “The Nature of Jus Cogens”，(前注 174)，第 359 页。另见 Dubois (前注 174)，第 135 页(“强制法或强制规范被认为是如此重要的规范，以至于不许克减，无论是通过国家行为还是通过条约均如此……。由于强制法原则具有根本性，它使源自条约的原则失去效力……。这一点将强制法规范与酌定法规范区分开来，后者是指国家可明确示意排除或更改的规范。”)。另见 Alexidze (前注 30)，第 246 页(“……国家在现有国际法律秩序方面的意愿并非不受限制。大多数国际法规则仅在该国表示愿意接受某项规则时才对其具有约束力，但是，当代国际法载有一些规则，它们对国家之国际社会的每个成员具有绝对的法律效力。”)

²¹⁶ 为讨论目的，见 Orakhelashvili (前注 136)，第 8 和 9 页。

²¹⁷ 见检察官诉 Kupreškić 等人案(IT-95-16-T)，2000 年 1 月 14 日(前南问题国际法庭)，第 520 段(“大多数国际人道主义法规范，尤其是那些禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的规范，也是强制规范或强制法，即其性质是不容克减且压倒一切的。”)。另见 RM & another v Attorney General, Judgment of 1 December 2006 of the High Court of Kenya Kenyan Law Reports, at 12。另见 Siderman 诉阿根廷案(前注 195)。

表意见，但它已提请注意强制法和酌定法之间的区别。²¹⁸ 因此，强制法具有限制国家订立合约自由的效力。²¹⁹

66. 各国自身也确认了酌定法(以各国之间的协定为前提)与强制法(各国无法通过达成协定来规避)之间的区别。²²⁰ 显然，在筹备通过《维也纳公约》的进程中，这种区别被各国普遍接受，并构成了商定《公约》第五十三条案文的基础。²²¹ 在维也纳会议上，有关存在各国无法通过达成协定来保证不受之约束的规则这种想

²¹⁸ 见北海大陆架案(前注 128)，第 72 段(“既不试图讨论强制法问题，更不试图就该问题作出任何论断；众所周知，在实践中，在某些情况下达成协议，或在具体各方之间达成协议之后，国际法规则可以克减。”)。欲了解更明确地承认强制法与酌定法区别的情况，见西南非洲案中 Tanaka 法官(前注 130)的反对意见，第 298 页(“国际法委员会最近审议的强制法，[是]一种强制性法律，它与经国家间协议方式能被更改的酌定法相反”)，以及 Shahabuddeen 法官在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案(丹麦诉挪威)中的个别意见，1993 年 6 月 14 日的判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页，第 135 段(“各国有权以协议方式克减除强制法之外的国际法规则”)。另见专案法官 Torres 在乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)中的个别意见，2010 年 4 月 20 日的判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，第 43 段(“鉴于《乌拉圭河公约》第 7 条至第 12 条所载规则不是强制规范(强制法)，双方可以通过‘联合协议’作出决定”)。

²¹⁹ 关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见(前注 187)，第 24 页(“因此，《公约》目的及宗旨限制作出保留的自由”)。另见 Schücking 法官在 Oscar Chinn 案中的个别意见，1934 年 12 月 12 日的判决，常设国际法院 A/B 辑，第 63 号，第 65 页，见第 148 页(“我简直无法相信，国际联盟已开始编纂国际法，因为时至今日，仍不可能创设强制法；该法律的效力是，一旦各国已经商定某些法律规则，并承诺这些规则不能由只有同样多的国家更改，那么违反这项承诺而通过的任何法案都将自动无效。”)；Fernandes 法官在通行权案中的反对意见(前注 129)，第 29 段(“某些强制性规则优于任何具体规则。我下文将提及的一般原则构成强制法的真正规则，没有任何具体惯例可优于这些规则”)；Sette-Cama 法官在军事和准军事活动案中的个别意见(前注 146)，第 199 页；Weeramantry 法官在 1989 年 7 月 31 日仲裁裁决案(几内亚比绍诉塞内加尔)中的反对意见，1991 年 11 月 12 日的判决，《1991 年国际法院案例汇编》，第 53 页，见第 155 页。(“……如果一个条约违反强制法规则，尽管该条约完全遵守拟订条约时有关程序正当性的所有要求，但依然可能无效，原因是那些程序要求之外的一个因素。”)，另见 de Castro 法官在核试验案(澳大利亚诉法国)中的反对意见，1974 年 12 月 20 日的判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 253 页，见第 389 页，其中条约某项条款的强制法地位受到质疑，原因包括退出权。

²²⁰ 例如，见 Elaraby 先生(埃及)在 1995 年 2 月 28 日安全理事会第 3505 次会议上的发言(S/PV.3505) (“**在法律方面**，国际社会的共识是，存在国际法强制规范，即更为人知的强制法。这些规范是不得违反的……根据这些全面且具有约束力的规则，任何一方都不能争辩说，某项双边协定(无论何种)使其能够否认国际社会有权履行其基本责任”)；Mayoral 先生在 2007 年 5 月 22 日安全理事会第 5679 次会议上的发言(S/PV.5679) (“**……这些都是国际法的绝对准则**，因此，我们不能置它们于不顾”)。特别见瑞典的发言，《大会正式记录，第二十届会议，第六委员会简要记录，第 844 次会议》，第 11 段。

²²¹ 例如，见 Jacovides 先生(塞浦路斯)的发言，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》，A/CONF.39/11，第 52 次会议，第 68 段(“除酌定法之外，存在强制法”)；Yasseen 先生(伊拉克)的发言，同上，第 23 段，以及 Ogundero 先生(尼日利亚)的发言，同上，第 48 段。另见 Sinclair 先生(联合王国)的发言，同上，第 53 次会议，第 58 段(“在一个组织有序的国际社会，需要有等级更高的国际法规则，这些规则高于性质仅为酌处性、各国可以通过协约方式保证不受之约束的规则”)。

法没有太多争议。²²² 委员会自身有关最终成为《公约》第五十三条条款的工作基于下列认识，即在国际法领域，可以在酌定法和强制法之间做区分。²²³

67. 与酌定法不同，强制法规范通常也被确认为普遍适用的规范。²²⁴ 作为出发点，就条约而言，大多数国际法规则对同意这些规则的国家具有约束力，或者就习惯国际法(酌定法)而言，大多数国际法规则至少对未一贯提出异议的国家具有约束力。²²⁵ 作为这一基本规则的例外情况，强制法假定存在“对国际社会所有成员具有约束力”的规则。²²⁶ 实际上，普遍适用这一特质源自不容克减的概

²²² 见 Suarez 先生(墨西哥)的发言，同上，第 52 次会议，第 9 段(“强制法新规则的出现将避免今后订立与其抵触之条约”)；Evrigenis 先生(希腊)，同上，第 18 段(“表明了无法通过协议意愿逾越的界限”)；Sweeney 先生(美国)的发言，同上，第 16 段(“委员会最基本的主张，即强制法包括不容克减的规则……”)；Tabio Alvarez 先生(古巴)的发言，同上，第 34 段(强制法“有压倒与其抵触的任何其他规则的效力……即使是效力较低的规则是条约所体现的规则，因为不允许以协议方式保证不受一般国际法强制规范约束)。但是，见 Miras 先生(土耳其)，同上，第 53 次会议，第 1 段，以及 Harry 先生(澳大利亚)的发言，同上，第 13 段。

²²³ 例如，见特别报告员菲茨莫里斯先生关于条约法的第三次报告(前注 74)，第 40 页，第 76 段(“在这种情况下，国际法规则大致分成两类——一类是任何情况下都是强制性的规则(强制法)，另一类是仅在缺乏其他商定体系时适用的规则(酌定法)，或者更准确地说，是那些允许根据商定体系变更或更改的规则，前提是国家地位和权利不受影响。”)。

²²⁴ 例如，见 William Conklin “The Preemptory Norms of the International Community” (2012) 23 *European Journal of International Law* 837, at 837. 另见 Christos Rozakis *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, 1976), at 78. 另见 Giorgio Gaja “Jus Cogens Beyond the Law of Treaties” (1981) 172 *Recueil de Cours de l’Académie de droit international de La Haye* 271, at 283. 另见 Hannikainen (前注 214)，第 5 页(“因为强制法的目的是保护国家之国际社会某些最高利益和价值观，国际社会有必要履行这些强制性义务；只有强制性义务具有普遍性，才能确保强制法得到执行”(强调部分原文如此)。

²²⁵ 关于一贯反对者规则，见有关习惯国际法识别的结论草案的结论草案 15(前注 29)。

²²⁶ 例如见 Danilenko(前注 172)，第 211 页；Alexidze(前注 30)，第 246 页；Dupuy and Kerbrat(前注 170)，第 322 页(“la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d’un minimum de règles impératives” [“这套规范的融合要求所有主体承认数量已削减至最低限度的强制性规则”])；Rohr(前注 213)，第 6 页；Criddle and Fox-Decent(前注 95)，第 361 页(“强制规范必须体现一般和普遍原则”)；Dubois(前注 174)，第 135 页(“无论各国同意与否，强制法……对所有国家均适用”)。另见 Orakhleshvili(前注 136)，第 40 页。另见 Saul(前注 179)，第 31 页(“强制法规范应该对所有国家具有约束力”)。见军事和准军事活动案(前注 146)，第 190 段(“美国在其关于管辖权和可受理性问题的辩诉状中，认为重要的是引用学者的意见，即这一原则是“‘普遍规范’，是‘普遍国际法’，‘普遍承认的国际法原则’，以及‘强制法原则’”)；另见关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见(前注 187)，第 23 页，其中国际法院提及“灭绝种族罪…普遍受到谴责”；Moreno Quintana 法官在 1902 年《公约》适用案中的个别意见(前注 130)，第 106 页(“这些原则……具有强制性和普遍范围”)；专案法官 Kreca 在关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案中的反对意见(前注 188)，第 101 段(“作为一项普遍规范，禁止灭绝种族罪这一规范对世界各地的国家具有约束力”)；Cançado Trindade 法官在与引渡或起诉义务有关的问题案中的个别意见(前注 135)，第 102 段(“强制法的[基础]正是真正具有普遍性的国际法的根基”)；见 Jelisić 案(前注 187)，第 60 段，经同意引述了国际法院关于禁止灭绝种族罪普遍适用的发言，并将其与禁止该罪行的强制性性质直接挂钩。见 *Tel-Oren v Libyan Arab Republic, Judgment of 3 February 1984 of the United States Court of Appeal, District of Columbia, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384*(有“少数令人发指的行动——每个行动都违反可限定的、普遍的强制规范”)。

念，即难以想象，某项不容克减的规则仅对某些国家适用。的确，正如委员会在1966年条款草案第五十条草案评注中指出，许多质疑强制法是否存在的人提出质疑的依据是，国际法规则不是普遍适用的。²²⁷ 但这也源自《维也纳公约》第五十三条的思想，即强制法规范是一般国际法规范——这种特质将在下一份报告中更详细地进行研究。

68. 强制法规范是普遍适用的这种观点本身有两层含义，这些含义将在今后的报告中更详细地研究——因此，此处的说法仅为暂时性的。首先，一贯反对者的理论，无论其在习惯国际法规则方面的地位如何，不适用于强制法。²²⁸ 但是，这一方面值得进一步研究，将在有关强制法后果的报告中更充分地加以讨论。普遍适用的第二个而且更加复杂的含义是，强制法规范不是在区域或双边基础上适用的规范。²²⁹ 虽然一些作者认为，有可能存在区域强制法，²³⁰ 但这一观点的依据依然有些模糊。因为，如果存在区域强制法，它将是强制法规范普遍适用这种普遍原则的例外情况。关于国际法是否允许区域强制法理论的专题，将在有关杂项问题的最后报告中予以审议。

69. 强制法规范在等级上高于国际法其他国际法规范，这与强制法规范不容克减密切相关。²³¹ 关于存在一种能够使其他规则无效、且自身不容克减的规则的思想

²²⁷ 见条约法条款草案第五十条草案评注第(1)段(前注 99) (“一些法学家否认国际法中存在任何强制法规则，因为他们认为，即使是最一般的规则仍然达不到普遍性的要求”)。

²²⁸ Criddle and Fox-Decent(前注 95)，第 340 页及其后各页。Rohr (前注 213)，第 19 页。另见 Dino Kritsiotis “On the Possibilities Of and For Persistent Objection” (2010) 21 *Duke Journal of Comparative and International Law* 121, at 133 et seq. 但见 Gennady Danilenko “International Jus Cogens: Issues of Law-Making” (1991) 2 *European Journal of International Law* 42, at 54 et seq.

²²⁹ Orakhelashvili (前注 136)，第 39 页及其后各页。

²³⁰ 例如，见 Władysław Czapliński “Jus Cogens and the Law of Treaties” in Tomuschat and Thouvenin (前注 183)，第 93 页和 Kolb (前注 27)，第 98 页。见 Mathias Forteau “Regional International Law” in Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2006, online edition), para. 21, 但应当指出，作者对“区域国际法”，包括强制法采取了一种相当具有限制性的观点 (“当今，如果某项国际规则是区域性的，那么就其本身而言已丧失任何自动的法律后果。区域国际法本身显示，它仅仅是一个事实概念，而非法律概念”)。

²³¹ 见 *Furundžija* 案(前注 154)，第 153 段(禁止酷刑的一个特征“涉及国际规范秩序中的规则等级……这一原则已演变成一项强制规范或强制法，即在国际等级中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级的规范”)。另见 Lauterpacht 法官在《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案件中的个别意见(前注 153)，第 100 段 (“强制法的概念作为一个优于习惯国际法和条约的概念发挥作用”)；专案法官 Dugard 在刚果境内的武装活动案中的个别意见(前注 188)，第 10 段。另见 Al Khasawneh 法官在 2000 年 4 月 11 日逮捕令一案(刚果民主共和国诉比利时)中的反对意见，2002 年 2 月 14 日的判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 7 段。另见荷兰的发言，A/C.6/68/SR.25，第 101 段 (“在国际法体系内，无论采取成文法或习惯法的形式，强制法的等级都较高”)。但是，见 Kolb(前注 27)，第 37 页，建议应当避免使用等级这种措辞，重点应放在无效性上，因为前一个概念——等级导致混淆和误解。

法意味着，存在规范性等级。²³² 强制法可以使其他法律规则无效，这种思想既是规范上的优越性产生的结果，也是这种优越性的体现。²³³

70. 在对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见中，国际法院指出，“一项规范是否属于强制法，与该规范的法律性质有关”。²³⁴ 强制法规范的法律性质往往涉及与公共秩序有关的价值观。Kolb 本人对以公共秩序/价值观的办法对待强制法持怀疑态度，指出这“是当今绝对占主要地位的理论”。²³⁵ 简而言之，这些公共秩序规范的内容旨在保护国际社会的基本价值观。²³⁶ 如前文所述，虽然公共秩序往往作为另一种理论提出，与解释强制性渊源的自然法理论和实在法理论抗衡，但它似乎更适于解释规范的质量。事实上，公共秩序规范即可以用实在法理论来解释，也可以用自然法理论来解释。

71. 受强制法规范保护的观念——那些构成“国际法律界基本价值观”的观念——是那些被称为“所有文明的本质”的观念。²³⁷ 它们涉及人性的基本考虑

²³² 见国际法委员会 2006 年第五十八届会议通过并作为委员会涵盖该届会议工作报告部分内容提交给大会的“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究小组的工作结论结论 6(A/61/10, 第 251 段),《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分), 第 177 页, 见第 182 页(“可依据其内容及其被普遍接受的优先等级来决定一个国际法规则优于其他规则。这是国际法强制规范(强制法,《维也纳条约法公约》第五十三条)的情况。也就是说,“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑”的规范)。另见,例如 Danilenko(前注 228), 第 42 页。Conklin(前注 224), 第 838 页(“强制规范的可能性本身再次显示, 存在国际法规范的等级, 其中强制规范是最高等级的‘国际社会基本标准’)。另见 Marjorie Whiteman “Jus Cogens in International Law, With a Projected List” (1977), 7 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 609, at 609; Janis “The Nature of Jus Cogens”, (前注 174), 第 360 页。另见国际法委员会国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难研究小组的报告(Martti Koskeniemi 最后定稿), 2006 年 4 月 13 日 (A/CN.4/L.682); Tomuschat “Reconceptualising the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes: Concluding Observations” in Tomuschat and Thouvenin (前注 183), 第 425 页(“但有一点是肯定的：国际社会现在接受存在等级优于‘普通’国际法规则的一类法律规范”)。另见 Dupuy 和 Kerbrat (前注 170), 第 323 页。

²³³ Antonio Cassese “For an Enhanced Role of Jus Cogens” in Antonio Cassese (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), at 159。

²³⁴ 对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见(前注 146), 第 83 段。

²³⁵ Kolb(前注 27), 第 32 页。尽管该传统源自国内法, 尤其是源自民法传统, 现在, 这种传统已牢牢植根于国际法。见 Orakhelashvili(前注 136), 第 11 页及其后各页; Rivier(前注 173), 第 567 页。关于民法公共秩序和国际法公共秩序之间的联系, 另见 Moreno Quintana 法官关于《1902 年公约》适用案件的个别意见, 第 106 页。

²³⁶ Furundžija 案(前注 154), 第 153 段, 指出禁止酷刑是强制法“是因为它保护的价值观的重要性”。另见 Can çado Trindade 法官在国家管辖豁免案中的反对意见(前注 153), 第 143 段。

²³⁷ Kolb(前注 201), 第 482 页。

因素。²³⁸ 国际法院对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的基本价值观的描述虽然未明确援引强制法，但却恰当地描述了作为强制法特性的价值观。²³⁹ 在该案中，法院阐述《防止及惩治灭绝种族罪公约》的基本价值观如下：

显然，《公约》纯粹是为了人道主义和文明目的通过的……以保障人类某些群体自身的生存……确认和认可最基本的道德原则。

72. 虽然这些都是强制法的核心特质，而非强制法的要求，但这些特质并未告诉我们如何在当代国际法中识别强制法规范。此外，虽然其中一些特质还体现了强制法的后果，但后果问题将是今后一份内容更详细的报告的专题。本报告先前部分已提及本专题各要素——性质、要求和结果之间不断变化的相互作用，本节所述的联系就是这种相互关系的体现。

六. 委员会成果的形式

73. 特别报告员认为，结论草案是委员会关于这一专题工作的最适当成果。委员会启动本项目的决定以概要为依据，这份概要建议结论草案是适当的成果形式。此外，条款草案这种形式不太合适，因为，正如委员会关于习惯国际法的识别和条约解释方面的嗣后惯例和后续协定的工作一样，本专题工作的基本性质应该是根据现有惯例澄清强制法所处状况。委员会的结论草案将反映有关强制法的现有法律和惯例，避免牵扯常常随着强制法问题的讨论而出现的理论辩论。

七. 结论

74. 考虑到上述分析，特别报告员提出以下结论草案供委员会审议。

²³⁸ 关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用的案件(2007年)(前注 146)，第 160 段(“即便据称违反的义务是强制规范规定的义务，或者是保护基本人道主义价值观的义务，情况也是如此”)，关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用的案件(2015年)(前注 146)，第 85 段。另见 Koroma 法官在关于核武器的咨询意见中的反对意见(前注 136)，第 573 段(强制法有“人道主义基础”，以“会员国的价值观”为依据)；另见 Al Khasawneh 法官在逮捕证案(前注 231)中的反对意见，第 7 段。另见 Sideman 诉阿根廷案(前注 195)，第 715 页。

²³⁹ 关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见(前注 187)，第 23 页及其后各页。另见 Patrizia Bisazza“Les crimes à la frontiers du jus cogens” in Laurent Moreillon, Andre Kuhn, Aude Bichovsky, Aline Willi-Jayet, Baptiste Viredaz (eds) Droit Pénal Humanitaire (Bruxelles, 2006), at 78, 其中援引了“人类共同的良知”, and Laurence Boisson de Charzounes “Commentaire” in Karel Wellens, Rosario Huesa Vinaixa (eds) L’ influence des sources sur l’ unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 Mai 2005 (Bruxelles, 2006), at 77, 其中提及“普遍良知”。另见 Stefanie Schmahl“An Example of Jus Cogens: The Status of Prisoners of War” in Tomuschat and Thouvenin (前注 183)，第 49 页。

结论草案 1

范围

本结论草案涉及识别强制法规则的方式以及规则产生的法律后果。

结论草案 2

国际法规则的更改、克减和废除

1. 国际法规则可经规则适用各国之间的协定予以更改、克减或废除，除非所涉规则(酌定法)禁止此种更改、克减或废除。此种更改、克减或废除可通过条约、习惯国际法或其他协定的方式进行。
2. 第 1 款所载规则之例外情况是一般国际法强制规范，仅有具有同等性质之规则才能更改、克减或废除强制规范。

结论草案 3

强制法规范的一般性质

1. 国际法强制规范(强制法)指国家之国际社会全体接受并公认为不容更改、克减或废除的规范。
2. 强制法规范保护国际社会的基本价值观，其等级高于国际法其他规范且普遍适用。

八. 未来工作

75. 委员会成员将在下一个五年期内决定委员会今后的工作。但是，特别报告员建议，下一份报告专门讨论识别强制法规范的规则。其内容将包括强制法渊源问题，即强制法是源自条约法、习惯国际法、一般法律原则还是其他来源。除涉及渊源问题之外，第二次报告还将更广泛地涉及强制法识别问题，并考虑强制法与人权条约中不容克减的条款之间的关系问题。

76. 2018 年的第三次报告不妨审议强制法的后果。第四次报告不妨讨论委员会内部辩论引起的杂项问题以及各国评论。这份报告还将为评估已通过的结论草案提供一个机会，以期加强结论草案的整体一致性。

77. 如先前所述，需要采取灵活办法处理本专题，此处所述路线图不应是一成不变的。该路线图可以随着委员会的指导方向发生变化。