



国际法委员会

第七十三届会议

2022 年 4 月 18 日至 6 月 3 日和

7 月 4 日至 8 月 5 日，日内瓦

国际法委员会第七十三届会议工作报告草稿

报告员：帕维尔·斯图尔马先生

第四章

一般国际法强制性规范(强行法)

增编

2. 结论草案案文及其评注

1. 委员会二读通过的关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案案文及其评注载录如下。

一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果

第一部分

引言

结论 1

范围

本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。

评注

(1) 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注草案来解读。

(2) 本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)，这些规范越来越多地被国际和区域性法院、国家法院、各国和其他行为体所提及/援引。本结论草案旨在为所有可能需要确定一般国际法强制性规范(强行法)的存在及其法律后果的人提供指导。鉴于强制性规范的重要性和可能具有的深远影响，必须按照一个普遍接受的方法，系统地识别这些规范及其法律后果。



(3) 结论草案 1 具有导言性质，说明了本结论草案的范围。它简单地规定，本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。本结论草案处理的是识别和法律后果，主要涉及方法，而不是要讨论具体的一般国际法强制性规范(强行法)的内容。还应指出的是，评注将援引不同材料来说明实践中采用的方法。作为实例提及的材料，包括各国的意见，是为了说明一般国际法强制性规范(强行法)的识别方法及其后果，并不表明委员会同意或认可其中表达的看法。

(4) 本结论草案主要涉及确定一项一般国际法规范是否具有强制性这一额外性质的方法(即被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范(强行法)加以变更)。因此，本结论草案不涉及确定强制性规范本身的内容。识别一项国际法规范是否是强制性规范，需要适用本结论草案中制定的标准。

(5) 结论草案基本上用“识别”一词来指确定一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)的过程。不过，有些地方也用了“确定”一词。因此，除上下文另有说明外，“识别”和“确定”交替使用。

(6) 除了一般国际法强制性规范(强行法)的识别外，本结论草案还涉及这些规范的法律后果。使用“法律后果”一词是因为它含义广泛。虽然一般国际法强制性规范(强行法)可能具有非法律后果，但本结论草案只讨论法律后果。此外，具体的一般国际法强制性规范(强行法)可能会有不同于所有强制性规范一般后果的特定后果。不过，本结论草案不涉及这种特定后果，也不试图确定具体强制性规范是否具有特定后果。本结论草案仅述及一般国际法强制性规范(强行法)的一般法律后果。

(7) 在国家实践、国际判例和学术著作中，“强行法”、“强制性规范”和“一般国际法强制性规范”有时交替使用。¹ 委员会决定采用“一般国际法强制性规范(强行法)”一语，因为它更加明确，而且也是 1969 年《维也纳条约法公约》(1969 年《维也纳公约》)中的用语。²

(8) “一般国际法强制性规范(强行法)”一语还有助于表明，本专题仅涉及一般国际法规范。例如，国内法律体系中的强行法规范不构成本专题的一部分。同样，纯双边性质和区域性质的规范也被排除在本专题范围之外。

(9) 之所以使用“规范”一词，是因为该词被认为具有比其他相关词语如“规则”和“原则”更广泛的含义，并包括后两者。但应当指出的是，在有些情况下，“规则”、“原则”和“规范”可以交替使用。委员会在 1966 年条约法条款草案中，在后来成为 1969 年《维也纳公约》第五十三条的第 50 条草案中使用了“规范”一词，在评注中则用了“规则”一词。³ 该公约第五十三和第六十四条均使用了“规范”一词，为与该公约相一致，保留了“规范”一词。

¹ 关于术语的讨论，见 D. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, 2017, at pp. 11 et seq.

² 例如，见 1969 年《维也纳公约》第五十三条。

³ 见条约法条款草案第 50 条草案，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 183 页，其中使用了“规范”一词。但是，评注中则提到“国际法上具有强行法性质的一般规则”和“强行法规则”(同上，第 248 页，第 50 条草案的评注第(2)-(3)段)。

(10) 总的来说，本结论草案适用于作为国际法主要主体的国家。因此，本结论草案的案文主要提到“国家”。但有些情况下，结论草案也适用于国家以外的实体，特别是国际组织。然而，即使在这些情况下，结论草案也主要是指国家。如果某一条结论草案适用于国家以外的实体，特别是国际组织，评注将会明确说明这一点。

结论 2

一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质

一般国际法强制性规范(强行法)反映并保护国际社会的基本价值观。这些规范普遍适用，其等级高于国际法其他规则。

评注

(1) 结论草案 2 描述了一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质。该一般性质是通过一般国际法强制性规范(强行法)的三个基本特点来描述的。本条结论草案放在关于范围的规定之后，是为了表明它为一般国际法强制性规范(强行法)提供了一个总的方向。

(2) 结论草案 2 提到的第一个特点是，一般国际法强制性规范“反映并保护国际社会的基本价值观”。委员会选择使用“反映并保护”一语来强调基本价值观对一般国际法强制性规范的双重作用。“反映”一词是为了表明，这些基本价值观为相关一般国际法规范的强制性地位提供了部分依据。此外，“反映”一词旨在确立一种观念，即相关规范可以落实特定的价值观。“保护”一词意在传达强制性规范对价值观产生的效果，即特定的强制性规范有助于保护相关价值观。换言之，它表明了基本的强制性规范是整个国际社会共同的特定价值观这一观点。从某种程度上说，这两个概念是相辅相成的。一般国际法强制性规范(强行法)所反映的价值观将通过对该规范的遵守而得到保护。

(3) 一般国际法强制性规范(强行法)反映并保护国际社会基本价值观的特点与相关规范的内容有关。早在 1951 年，即通过 1969 年《维也纳公约》或 1966 年条约法条款草案之前，国际法院就已将如今被广泛接受和承认为强制性规范的禁止灭绝种族与基本价值观联系起来，指出这种禁止源于如下承诺：“谴责和惩治灭绝种族行为，视之为‘国际法上的一种罪行’，因为此等行为否认整个人类的生存权，此种否认震撼人类良知，致使人类蒙受重大损失，与道德法以及联合国的精神和宗旨大相悖谬。”⁴

(4) 国际法院在关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见中提到的“人类良知”和“道德法”让人想到国际社会共同的基本价值观。在后来的裁决中，国际法院重申了这种关于禁止灭绝种族的依据的说法，同时申明了禁止灭

⁴ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 23 页。另见 P. Bisazza, “Les crimes à la frontière du *jus cogens*”, in L. Moreillon, et al., (eds.), *Droit pénal humanitaire*, Series II, vol. 4, Brussels, Bruylant, 2009, 第 164 页，她引用 Bassiouni 的论述，提到“人类的良知”；以及 L. Boisson de Chazournes, “Commentaire”, in R. Huesa Vinaixa and K. Wellens (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international : travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 Mai 2005*, Brussels, Bruylant, 2006, 第 76 页，其中提到“普遍良知”。

绝种族的强制性地位。⁵ 此外，法院在 2007 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)的判决中，同时提到强制性规范和“保护基本人道主义价值观的义务”，从而指明了二者之间的关系。⁶ 同样，在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(冈比亚诉缅甸)中，法院称禁止灭绝种族罪的普遍性部分上基于“共同的价值观”。⁷ 其他国际性法院和法庭也提到价值观与规范的强制性之间的联系。⁸

(5) 对一般国际法强制性规范(强行法)与基本价值观之间联系的支持可在国家实践中找到。例如，许多国家都在正式发言，包括在联合国的发言中，承认了基本价值观与强制性规范之间的联系。⁹ 在各国法院的判决中，对这种联系的承认尤

⁵ 例如，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 110-111 页，第 161 段；以及《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)，判决，《2015 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 46 页，第 87 段。

⁶ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)(见上文脚注 5)，第 104 页，第 147 段。

⁷ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(冈比亚诉缅甸)，临时措施，2020 年 1 月 23 日的命令，《2020 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 17 页，第 41 段(“鉴于《灭绝种族罪公约》缔约国共同的价值观，确保防止灭绝种族行为符合该公约所有缔约国的共同利益”)。关于一般国际法强制性规范(强行法)和普遍义务之间的关系，见下文结论草案 17。

⁸ 见检察官诉 Anto Furundžija 案(案件号 IT-95-17/1-T，前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭 1998 年 12 月 10 日的判决，《1998 年司法案例汇编》，第一卷，第 466 页起，见第 569 页，第 153-154 段)，其中法庭明确将禁止酷刑作为一般国际法强制性规范(强行法)的地位与“它所保护的价值观的重要性”联系起来，指出“显然，禁止酷刑的强行法性质表明了如下观念，即禁止酷刑现已成为国际社会最基本的标准之一”。欧洲人权法院在 Al-Aldsani 诉联合王国案中赞同地引用了这一裁决，申诉号：35763/97，欧洲人权法院大审判庭 2001 年 11 月 21 日的判决，《判决和决定汇编》，2001 年第十一辑，第 30 段。在 Goiburú 等人诉巴拉圭案(美洲人权法院 2006 年 9 月 22 日关于实质问题、赔偿和费用的判决，C 辑，第 153 号，第 128 段)中，法院将强行法禁止的罪行描述为“损害国际社会基本价值观和权利”的罪行。另见 Michael Domingues 诉美国案(第 12.285 号案件，实质问题，美洲人权委员会 2002 年 10 月 22 日的判决，第 62/02 号报告，第 49 段)，在该案中，美洲人权委员会将一般国际法强制性规范(强行法)与“公共道德”联系起来，更重要的是，该委员会指出，“其地位源于国际社会持有的基本价值观”，并指出违反强制法的行为“使人类的良知受到震撼”。

⁹ 例如，见以下国家的发言：德国(A/C.6/55/SR.14，第 56 段：“[德国政府]重申需要对保护基本人道主义价值观的国际法强制性规范作出更明确的界定”；意大利(A/C.6/56/SR.13，第 15 段：“《维也纳条约法公约》中载有一项强制性法律的重复定义，法律原则和判例力求把这项定义解释为一个守则框架，用于禁止某些行为，这些行为由于威胁到国家和人民的生存以及最基本的人类价值观，而被视为不可容忍”；墨西哥(A/C.6/56/SR.14，第 13 段：“强制性规范的概念的制订正是为了保障国际社会最宝贵的法律价值观”；葡萄牙，同上，第 66 段：“强行法、普遍义务和国家的国际罪行或严重违背一般国际法强制性规范规定的义务等概念均基于对国际法某些基本价值观的共同认识”。另见 Federal Council of Switzerland, “La relation entre droit international et droit interne. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats ...”, 5 March 2010, FF 2010 2067, at 2086: *Il s'agit donc d'une disposition si fondamentale pour la communauté internationale qu'aucune violation ne saurait être admise*; and Federal Council of Switzerland, “Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805”, 12 June 2015, at p. 13: *Ces normes ont pour la communauté internationale un caractère fondamental tel qu'elles s'imposent à tous les Etats. Aucun d'eux ne peut les violer, sous aucun prétexte*。

为明显。¹⁰ 例如，在 *Siderman de Blake* 诉阿根廷案中，美国第九巡回上诉法院赞同地引述了如下说法，即一般国际法强制性规范(强行法)“‘源自国际社会认同的基本价值观’”。¹¹ 秘鲁宪法法庭提到强行法义务“所体现的价值观非常重要”。¹² 同样，在 *Arancibia Clavel* 案中，阿根廷最高法院认为，一般国际法强制性规范(强行法)的目的是“保护各国不受违反国家组成之国际社会全体的普遍价值观和利益而缔结的协定的约束”。¹³ 加拿大最高法院将强制性规范描述为具有“根本重要性”的规范。¹⁴ 德国联邦宪法法院在其 2004 年 10 月 26 日的命令中，称一般国际法强制性规范“牢牢植根于国际社会的法律信念，[是]国际公法存在所不可或缺的”规范。¹⁵

(6) 一般国际法强制性规范(强行法)与价值观之间的关系在学术著作中也得到接受。Kolb 指出，关于一般国际法强制性规范(强行法)与基本价值观有某种联系的

¹⁰ 例如，见由 Satur Ocampo 代表所代表的 Bayan Muna 等人诉作为执行秘书的 Alberto Romulo 等人案，菲律宾共和国最高法院在该案中指出，强行法规范“被视为……一个公正的国际秩序存在的基础”(G.R. 案件号 159618, 菲律宾共和国最高法院 2011 年 2 月 1 日的判决, ILDC[*International Law in Domestic Courts*] 2059 (PH2011), 第 56 页)。另见 Kaunda 等人诉南非共和国总统等人(南非废除死刑协会作为法庭之友介入)案, 2005(4)SA235(CC); 司法和宪法发展部长等人诉南非诉讼中心等被告案(案件号 867/15, 南非最高上诉法院 2016 年 3 月 15 日的判决, [2016] ZASCA 17, 法院在该案中表示同意以下观点: “由于国家主权越来越被视为取决于对国际社会某些共同价值观的尊重, 所以光有主权已不足以对高级官员提供绝对保护, 使之免受对违反强行法行为的起诉, 这或许不足为奇”; 以及 Alessi 等人诉德国和意大利共和国部长理事会主席(参与诉讼)案(转交意大利宪法法院, 2014 年 1 月 21 日第 85/2014 号命令, 托斯卡纳, 佛罗伦萨一审法院, ILDC 2725(IT 2014): “无可争议的事实是, 本案的主题本质上是一项国际罪行, 对《意大利宪法》和《欧洲联盟基本权利宪章》(2000/C 364/01)所载的基本人权具有潜在的有害影响。另外还考虑到, 在意大利法律制度中, 《宪法》承认的基本人权必然与国际法中保护基本人权的强行法规范融合在一起, 突出保护人类尊严的同样基本的普遍价值观。”

¹¹ *Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国案, 美国第九巡回上诉法院, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992), 见第 715 页(引述 D. F. Klein, “A theory for the application of the customary international law of human rights by domestic courts”, *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1998), pp. 332-365, at p. 351)。该裁决得到第九巡回法院下级法院的赞同和引用, 包括在以下案件中: *Hernandez-Rojas* 财产托管方诉美国案, 加利福尼亚南区联邦地区法院, 2013 U.S. Dist. LEXIS136922 (S.D. Cal. 2013), 第 13 页; *Hernandez-Rojas* 财产托管方诉美国案, 加利福尼亚南区联邦地区法院, 2014 U.S. Dist. LEXIS101385 (SD Cal. 2014), 第 9 页; 以及 *Doe I* 诉 *Reddy* 案, 加利福尼亚北区联邦地区法院, 2003 U.S. Dist. LEXIS26120 (N.D. Cal 2003), 第 32 和 34 页。另见第九巡回法院在 *Alvarez-Machain* 诉美国案(331 F.3d 604 (9th Cir. 2003))中发表的意见, 第 613 页。尽管该裁决最终被最高法院在 *Sosa* 诉 *Alvarez-Machain* 案(542 U.S. 692 (2004))中推翻, 但美国最高法院没有讨论强制性规范反映国际社会价值观这一观点本身。

¹² 25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo 第 1097 号案, 备审案件号 0024-2010-PI/TC, 秘鲁宪法法庭, 司法全体会议 2011 年 3 月 21 日的判决, 第 53 段(*de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal [jus cogens] obligación* (“[强行法]义务所体现的价值观非常重要”))。

¹³ *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* 案, 第 259 号案件, 阿根廷最高法院 2004 年 8 月 24 日的判决, 第 29 段(*es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto*)。

¹⁴ 耐森资源有限公司诉 *Araya* 案, 加拿大最高法院 2020 年 2 月 28 日的判决, 2020 SCC 5, 第 99 段。

¹⁵ 德国联邦宪法法院 2004 年 10 月 26 日的命令, 2 BvR 1038/01, 第 97 段。

观点是国际法中“绝对占主要地位的理论”。¹⁶ 同样，Gagnon-Bergeron 将“基本价值观”这一特点称为“强行法的唯一决定性特点”。¹⁷ Hannikainen 在描述一般国际法强制性规范(强行法)的作用时指出，“法律界可能认为有必要确立强制性规范来保护其本身的这些最高利益和价值观”。¹⁸ 同样，Pellet 认为一般国际法强制性规范(强行法)为建立一个更加“以道德价值观为导向的公共秩序”铺

¹⁶ R. Kolb, *Peremptory International Law—Jus Cogens: a General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, at p. 32. 另见 P. Galvão Teles, “Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the fundamental values of the international community”, in D. Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputations*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021. 另见 M. M. Mbengue and A. Koagne Zouapet, “Ending the splendid isolation: *jus cogens* and international economic law”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*”(同上), pp. 509-574, at p. 513; S. Karvatska, “*Jus cogens*: problem of the role in treaty interpretation”, *Indonesian Law Journal*, vol. 9, No. 2 (2021), pp. 305-318, at p. 307 (“强行法概念是国际法律秩序的一个恒久不变的基础, 旨在保护根本利益”); H. Olasolo Alonso, A. Mateus Rugeles and A. Contreras Fonseca, “La naturaleza imperativa del principio ‘no hay paz sin justicia’ respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada ‘justicia de transición’”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 49 (2016), pp. 135-171; C. Zelada, “*Ius cogens* y derechos humanos: luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos”, *Agenda Internacional*, vol. 8, No. 17 (2002), pp. 129-156, at p. 139; A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, *XXXV Course of International Law organized by the OAS [Organization of American States] Inter-American Juridical Committee in Rio de Janeiro from 4 to 29 August 2008*, Washington D.C., OAS (2009), pp. 3-29, at pp. 6 and 12; F. J. Lara Castro, “El *ius cogens*: criterio de justicia universal”, *Revista Perspectiva Jurídica*, UP 15 (2020, Semester II), pp. 127-159, at p. 130; K. Hossain, “The concept of *jus cogens* and the obligation under the U.N. Charter”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3, No. 1 (2005), pp. 72-98, at p. 73; L. Henkin, “International law and the inter-State system”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 216 (1989), pp. 21 *et seq.*, at p. 60; J. R. Argés, “*Ius cogens*: descripción, valoración y propuestas de aplicación actual de un tópico jurídico clásico”, doctoral dissertation, Universidade de Santiago de Compostela, 2017, at p. 273; A. C. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism*, Leiden, Brill, 2019, pp. 79-83; E. Petrič, “Principles of the Charter of the United Nations: *jus cogens*?”, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 7 (2016), pp. 3-17; W. A. Schabas, “Le droit coutumier, les normes impératives (*jus cogens*), et la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 33 (2020), pp. 681-704, at p. 698; K. Crow and L. Lorenzoni-Escobar, “From traction to treaty-bound: *jus cogens*, *erga omnes* and corporate subjectivity in international investment arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 13, No. 1 (March 2022), pp. 121-152; and M. A. Rodríguez Bolaños and S. Portilla Parra, “Aplicación y límites de la inmunidad diplomática, a la luz de las normas del ‘*ius cogens*’”, *Opinión Jurídica*, vol. 19, No. 38 (January-June 2020), pp. 259-281, at p. 267. 关于批评意见, 一般见 R. Kolb, “Peremptory norms as a legal technique rather than super norms”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*”(见上文)。

¹⁷ N. Gagnon-Bergeron, “Breaking the cycle of deferment: *jus cogens* in the practice of international law”, *Utrecht Law Review*, vol. 15, No. 1 (2019), pp. 50-64, at p. 64.

¹⁸ L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988, at p. 2.

平了道路，¹⁹ Tomuschat 则将这些规范称为“保护国际社会基本价值观的一类规范”。²⁰

(7) 对结论草案 2 述及的基本价值观加以具体说明，是不必要的，实际上也是不可行的。²¹ 这些价值观不是静态的，会随着时间的推移而改变。虽然通常与强行法有关的价值观一般具有人道主义性质，但其他价值观，只要是国际社会的共同价值观，也可能成为一般国际法强制性规范(强行法)的基础。²²

(8) 从上面的讨论可以看出，法院和学术著作采用了不同说法来表明基本价值观的相关性。例如，“基本价值观”²³ 和“利益”²⁴ 或其不同表述形式被交替使用。但这些不同的措词并不相互排斥，它们表明了有关规范的重要规范背景和道德背景。

(9) 另一个术语问题是，结论草案 2 提到的是“国际社会”，其他结论草案，包括结论草案 3、结论草案 4 和结论草案 7，提到的则是“国家组成之国际社会整体”。在一般国际法强制性规范(强行法)的标准方面使用“国家组成之国际社会全体”，是因为就标准的适用而言，重要的是国家的意见。然而，就强制性规范所体现的价值观而言，具有相关性的是更全面意义上的“国际社会”。这个更全面的国际社会当然包括国家，但也包括国家以外可能在基本价值观的形成中发挥重要作用的其他行为体。

(10) 关于第二个特点，结论草案 2 规定，一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用。一般国际法强制性规范(强行法)的普遍适用性意味着这些规范对其述及的所有国际法主体具有约束力，包括国家和国际组织。一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用的概念同其等级优先的概念一样，源于不容克减。一项规范不容

¹⁹ A. Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), pp. 83-90, at p. 87.

²⁰ C. Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, in E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Rome, Sapienza Università Editrice, 2015, at p. 8, 其中将强行法描述为“保护国际社会基本价值观的一类规范”。另见 H. Ruiz Fabri, “Enhancing the rhetoric of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 4 (2012), p. 1049, at p. 1050; M. den Heijer and H. van der Wilt “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 3-21, at p. 15; and D. Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, 同上, 第 23-50 页, 特别是自第 42 页起。

²¹ 不过, 见 Galvão Teles (上文脚注 16), 第 47 页, 他认为人的固有尊严是国际社会的基本价值观之一。

²² J. E. Viñuales, “The Friendly Relations Declaration and peremptory norms”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* (上文脚注 16), 第 668-688 页, 见第 668 页, 其中指出强制性规范“主要(但不完全)基于人道主义考虑”。另见 N. Oral, “Environmental protection as a peremptory norm of general international law: is it time?”, 同上, 第 575-599 页, 见第 577 页, 其中称这些价值观为“人类的基本价值观”。

²³ Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (见上文脚注 20), 第 8 页。另见 Sideman de Blake 诉阿根廷案(上文脚注 11), 第 715 页, 其中美国上诉法院提到“国际社会认同的基本价值观”, 秘鲁宪法法庭在 25% del número legal de Congresistas 案中提到“价值观非常重要”(上文脚注 12)。

²⁴ 例如, 见 O. Quirico, “Towards a peremptory duty to curb greenhouse gas emissions?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 44, No. 4 (April 2021), pp. 923-965, at p. 947 (“保护根本利益”)。另见 Hannikainen (上文脚注 18), 第 2 页, 其中提到“最高利益”; 以及 Arancibia Clavel 案(上文脚注 13), 其中阿根廷最高法院提到“国际社会的普遍利益”是强制性规范的基本来源。

克减，引申开来的话，意味着它适用于所有国家，因为各国不能通过制定与之相抵触的特殊规则来对其进行克减。一般国际法强制性规范(强行法)的普遍适用性既是一般国际法强制性规范(强行法)的特点，也是其后果。

(11) 国际法院在关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见中提到“灭绝种族行为普遍受到谴责”，认为这是因为灭绝种族“震撼人类良知，致使人类蒙受重大损失，与道德法大相悖谬”。²⁵ 前南斯拉夫问题国际法庭的判决也确认了一般国际法强制性规范(强行法)的普遍性。²⁶ 美洲人权法院称一般国际法强制性规范(强行法)“适用于所有国家”，并“对所有国家具有约束力”。²⁷ 同样，在 *Michael Domingues 诉美国案* 中，美洲人权委员会认定，一般国际法强制性规范(强行法)“对整个国际社会具有约束力，无论抗议、确认或默许与否”。²⁸

(12) 一般国际法强制性规范(强行法)的普遍性进一步反映在各国法院的裁决中。在 *Tel-Oren 诉阿拉伯利比亚共和国一案* 中，美国哥伦比亚特区上诉法院将一般国际法强制性规范(强行法)称为“普遍的强制性规范”。²⁹ 在 *Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案* 中，瑞士联邦最高法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“对所有国际法主体都具有约束力”的规范。³⁰ 德国宪

²⁵ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(见上文脚注 4)，第 23 页。国际法院在最近的判决中重申了这一说法。例如，见下文脚注 48 中提到的判决。

²⁶ 例如，见检察官诉 *Anto Furundžija* 案(上文脚注 8)，第 571 页，第 156 段。另见检察官诉 *Jelisić* 案，案件号 IT-95-10-T，前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭 1999 年 12 月 14 日的判决，《1999 年司法案例汇编》，第 399 页起，见第 431-433 页，第 60 段。

²⁷ 无证移民的法律地位和权利，美洲人权法院应墨西哥合众国请求，于 2003 年 9 月 17 日提出的 OC-18/03 号咨询意见，A 辑，第 18 号，第 113 页，第 4-5 段。

²⁸ *Michael Domingues 诉美国案*(见上文脚注 8)，第 49 段。

²⁹ *Tel-Oren 诉阿拉伯利比亚民众国*，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院，726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)。另见 *Smith 诉阿拉伯利比亚人民社会主义民众国案*，101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996)，第 242 页，美国第二巡回上诉法院在该案中指出，强制性规范“不依赖具体国家的同意，因其性质而具有普遍约束力”(引自 A. C. Belsky, M. Merva and N. Roht-Arriaza, “Implied waiver under the FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law”, *California Law Review*, vol. 77, No. 2 (March 1989), pp. 365-415, at p. 399)。

³⁰ *Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案*，第 1A 45/2007 号案件，瑞士联邦最高法院 2007 年 11 月 14 日的行政上诉判决，BGE 133 II 450，第 7 段。

法法院称一般国际法强制性规范(强行法)是“普遍适用的国际公法”。³¹ 一般国际法强制性规范(强行法)具有普遍性的观点还反映在学术著作中。³²

(13) 一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用的特点本身有两个含义。第一,一贯反对者规则或理论不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。这个方面将在结论草案 14 中进一步讨论。如结论草案 1 评注第(8)段所述,一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用的第二个含义是这些规范不适用于区域或双边层面。³³

(14) 作为第三个特点,结论草案 2 指出,一般国际法强制性规范的等级高于国际法其他规范。一般国际法强制性规范(强行法)在等级上高于其他国际法规范,这既是一般国际法强制性规范(强行法)的特点,也是其后果。说它是一种后果,是因为识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法),即产生该规范高于其他规范的后果。等级的一些影响反映在本结论草案第三部分所述强制性规范的后果中,例如无效的后果。等级优先也是一个特点,因为它描述了一般国际法强制性规范(强行法)的性质。但它也是一个特点,因为它说明了一般国际法强制性规范(强行法)的性质。

(15) 国际性法院和法庭经常提到一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。例如,前南斯拉夫问题国际法庭认为,禁止酷刑的一个特征“涉及国际规范秩序中的规则等级”,这一禁令“已演变成一项强制性规范或强行法,即在国际等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级的规范”。³⁴ 美洲人权法院同样接受一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。³⁵ 在 Kadi 诉理事会和委员会案中,欧洲共同体初审法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“一

³¹ 德国联邦宪法法院 2004 年 10 月 26 日的命令(见上文脚注 15),第 117 段。

³² 例如见 W. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 3; C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland, 1976, at p. 78; G. Gaja, “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), pp. 271-289, at p. 283; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, at p. 211; L. A. Alexidze, “Legal nature of jus cogens in contemporary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), pp. 219-263; P.-M. Dupuy and Y. Kerbrat, *Droit international public*, 11th ed., Paris, Précis Dalloz, 2012, at p. 322 (*la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un minimum de règles imperatives* (“这套标准的一致性要求所有主体都公认有最低限度的强制性规则”)); A. Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015, at p. 6; D. Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), pp. 133-175, at p. 135 (“无论各国同意与否, 强行法或强制性规范……对所有国家均适用”); and M. Saul, “Identifying jus cogens norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2014), pp. 26-54, at p. 31 (“强行法规范应该对所有国家具有约束力”)。

³³ 各国在这点上的意见几乎是一致的: 例如, 见芬兰(代表北欧国家)(A/C.6/73/SR.24, 第 126 段)、希腊(A/C.6/73/SR.27, 第 9 段)、马来西亚(同上, 第 104 段)、葡萄牙(A/C.6/73/SR.26, 第 119 段)、南非(A/C.6/73/SR.27, 第 46 段)、泰国(A/C.6/73/SR.26, 第 96 段)、联合王国(A/C.6/73/SR.22, 第 84 段)和美国(A/C.6/73/SR.29, 第 34 段)。

³⁴ 检察官诉 Anto Furundžija 案(见上文脚注 8), 第 569 页, 第 153 段。

³⁵ García Lucero 等人诉智利案, 美洲人权法院 2013 年 8 月 28 日的判决, C 辑, 第 267 号, 第 123 段, 注 139, 其中赞同地引述了检察官诉 Anto Furundžija 案(见上文脚注 8)。另见 Michael Domingues 诉美国案(上文脚注 8), 第 49 段, 其中将强行法规范描述为源于“更高等级的法律规范”。

套地位较高的国际公法规则”。³⁶ 欧洲人权法院在 *Al-Adsani* 诉联合王国案中，也同样将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“在国际等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级的规范”。³⁷

(16) 在国家实践中也可看到对一般国际法强制性规范(强行法)优先等级的承认。例如，津巴布韦最高法院在 *Mann* 诉赤道几内亚共和国案中，将一般国际法强制性规范(强行法)称为“在构成国际规范秩序的规则等级体系中具有首要地位”的规范。³⁸ 美国的法院也同样承认了一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。在 *Siderman de Blake* 诉阿根廷案中，美国第九巡回上诉法院指出，免遭酷刑是一项一般国际法强制性规范(强行法)，是“应在国际法中享有最高地位”的规范。³⁹ 不同国家法院使用了各种表示等级优先的用语来描述一般国际法强制性规范(强行法)。这些规范被认为是“在所有其他习惯规范和原则中占据最高等级位置”的规范，⁴⁰ “不仅高于条约法，还高于一切其他法律渊源”，⁴¹ 是“高于习惯国际法和条约”的规范。⁴² 各国在其发言中也提到一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。⁴³

³⁶ Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案，案件号 T-315-01，欧洲共同体初审法院第二分庭 2005 年 9 月 21 日的判决，[2005] ECR II-3649，第 226 段。另见 Hassan 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案，案件号 T-49/04，欧洲共同体初审法院第二分庭 2006 年 7 月 12 日的判决，第 92 段。

³⁷ *Al-Adsani* 诉联合王国案(见上文脚注 8)，第 60 段。

³⁸ *Mann* 诉赤道几内亚共和国案，第 507/07 号案件，津巴布韦最高法院 2008 年 1 月 23 日的判决，[2008] ZWHHC 1。

³⁹ *Siderman de Blake* 诉阿根廷案(见上文脚注 11)，第 717 页。

⁴⁰ Bayan Muna 等人诉 Alberto Romulo 案(见上文脚注 10)，第 92 段。另见 Sidhu 和 Sons Nursery 有限公司的某些员工等人案，第 61942、61973、61966、61995 号案件，2012 年 2 月 1 日的裁决，BCLRB No. B28/2012，第 44 段，其中不列颠哥伦比亚省劳工关系理事会(加拿大)指出一般国际法强制性规范(强行法)“在国际等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高的等级”。另见女王(Al Rawi 等人)诉外交和联邦事务大臣及另一人案，案件号 C1/2006/1064，英格兰上诉法院(民事分庭)2006 年 10 月 12 日的判决，[2006] EWCA Civ 1279 ILR[《国际法案例汇编》]，第 136 卷，第 624 页；以及女王诉 Bow Street 都市领薪专职治安官：皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)，英国上议院 1999 年 3 月 24 日的裁决，[2000] 1 A.C. 147，《国际法案例汇编》，第 119 卷(2002 年)，第 198 页。

⁴¹ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad 案，第 17/768 号案件，阿根廷最高法院 2005 年 6 月 14 日的判决，S. 1767. XXXVIII，第 48 段(*que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho* (“不仅高于条约，甚至高于一切法律渊源”))。另见 Julio Lilo Mazzeo y otros s/rec. de casacion e inconstitucionalidad 案，阿根廷最高法院 2007 年 7 月 13 日的判决，第 15 段(*se trata de la más alta fuente del derecho internacional* (强行法是“国际法的最高渊源”))。

⁴² Sabbithi 诉 Al Saleh 案(美国哥伦比亚特区联邦地区法院，605 F. Supp. 2d 122, (D.D.C. 2009)，第 129 页。另见 Mario Luiz Lozano 诉意大利共和国总检察长案，第 31171/2008 号案件，意大利最高上诉法院第一刑事分庭 2008 年 7 月 24 日的上诉判决，第 6 页(“应优先考虑强行法等级较高原则”)。

⁴³ 例如，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，强行法的等级都较高”)；以及联合王国的发言(《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，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11)，第 53 次会议，第 53 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”)。

(17) 委员会国际法不成体系问题研究组的工作结论承认一般国际法强制性规范(强行法)在等级上优先。⁴⁴ 这一特点在学术著作中也得到普遍承认。⁴⁵

(18) 结论草案 2 所载的特点本身并不是识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准。因此,结论草案 2 不应理解为对一般国际法强制性规范(强行法)的识别规定了额外标准。识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准载于结论草案第二部分。要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法),没有必要提出结论草案 2 中所载特点的证据。提出结论草案 2 中的特点也不能取代一般国际法强制性规范(强行法)的标准。

(19) 结论草案 2 所载的特点本身虽然不是标准,但其存在可为评估识别一般国际法强制性规范(强行法)的证据提供背景。例如,关于一项规范反映和保护国家组成之国际社会整体的基本价值观、在等级上高于国际法其他规范且普遍适用的证据,可能有助于支持或确认一项规范的强制性地位。然而,这一补充证据本身并不能构成依据。应始终提供支持本结论草案第二部分所述标准的证据。

⁴⁴ 见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组的工作结论,结论(32)(A/CN.4/L.702),第 20 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。这是国际法强制性规范(强行法)的情况”)。又见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组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(《2006 年……年鉴》,第二卷(第一部分)(更正 2),A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件)。

⁴⁵ 关于文献中对一般国际法强制性规范(强行法)等级优先的支持,见 C. Ene, “Jus cogens (peremptory norms): a key concept of the international law”, *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 8, No. 2 (December 2019), pp. 302-304, at p. 303; I. Handayani, “Concept and position of peremptory norms (jus cogens) in international law: a preliminary study”, *Hasanuddin Law Review*, vol. 5, No. 2 (August 2019), pp. 235-252, at p. 241; T. Fleury Graff, “L’interdiction de l’esclavage, norme de jus cogens en droit international et droit inconditionnel en droit européen”, *Les cahiers de la Justice*, vol. 2 (2020), pp. 197-206, at p. 205 (*Une règle de jus cogens est une règle hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit international, si bien qu’une règle qui ne s’y conformerait pas encourrait la nullité* (“强行法规则在等级上高于任何其他国际法规则,因此不符合强行法规则将导致无效”)); A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, at p. 8; G. M. Danilenko, “International jus cogens: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, No. 1 (1991), pp. 42-65, at p. 42; and Conklin, (上文脚注 32), at p. 838 (“强制性规范的可能性本身再次显示,存在国际法规范的等级,其中强制性规范是最高等级的‘国际社会基本标准’”)。另见 M. M. Whiteman, “Jus cogens in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2 (1977), pp. 609-626, at p. 609; and M. W. Janis, “The nature of jus cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2 (Spring 1988), pp. 359-363, at p. 359。例如, Tomuschat 称一般国际法强制性规范(强行法)高于其他规范这一点是肯定的。见 C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate on jus cogens and obligations erga omnes: concluding observations”, in C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, at p. 425 (“但有一点是肯定的:国际社会如今接受存在等级优于‘普通’国际法规则的一类法律规范”)。另见 A. Cassese, “For an enhanced role of jus cogens”, in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 158-171, 第 159 页。相反的观点见 Kolb, “Peremptory norms as a legal technique ...”(上文脚注 16), 第 37 页,其中建议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——等级概念——导致混淆和误解。

结论 3

一般国际法强制性规范(强行法)的定义

一般国际法强制性规范(强行法)是指被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范, 此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

评注

(1) 结论草案 3 给出了一般国际法强制性规范(强行法)的定义。它以 1969 年《维也纳公约》第五十三条为基础, 为适合本结论草案的情况作了修改。首先, 只照搬了 1969 年《维也纳公约》第五十三条第二句。第一句涉及与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约的无效, 并不是定义的一部分, 而是一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果, 法律后果问题在结论草案 10 中述及。其次, 定义中省略了“就适用本公约而言”一语。如下文所示, 第五十三条中的定义虽然最初是为了适用 1969 年《维也纳公约》, 但已被接受为一般国际法强制性规范(强行法)的一般性定义, 其适用范围超出了条约法。最后, 为与本专题的一般做法保持一致, 委员会决定在“一般国际法强制性规范”之后添加“强行法”一词, 并放在括号内。

(2) 之所以选择这一表述, 是因为它是国家实践及国际性法院和法庭裁决中最广为接受的定义。学术著作也常用这一定义。各国普遍支持以 1969 年《维也纳公约》为基础的想法。⁴⁶ 各国法院的判决在界定一般国际法强制性规范(强行法)时, 一般也会提到第五十三条, 包括在条约法范围之外。⁴⁷ 同样, 国际性法院和法庭在不同情况下处理一般国际法强制性规范(强行法)时, 也以 1969 年《维也

⁴⁶ 例如, 见捷克共和国的发言(A/C.6/71/SR.24, 第 72 段)。另见加拿大(A/C.6/71/SR.27, 第 9 段)、智利(A/C.6/71/SR.25, 第 101 段)、中国(A/C.6/71/SR.24, 第 89 段)、伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/71/SR.26, 第 118 段)(“委员会关于这个专题的工作的目的并不是要质疑……第五十三条确立的两个标准……相反, 其目的是要清楚说明这两个标准的含义与范围”)和波兰(同上, 第 56 段)的发言。又见爱尔兰的发言(A/C.6/71/SR.27, 第 19 段)(“爱尔兰代表团同意这样的观点, 即 1969 年《维也纳条约法公约》第五十三条和第六十四条应为就该专题开展工作的核心”)。

⁴⁷ 例如, 见 Al Shimari 等人诉 CACI Premier Technology 公司案, 美国弗吉尼亚东区联邦地区法院 2019 年 3 月 22 日的意见, 368 F. Supp. 3d 935 No. 1:08-cv-827 (LMB/JFA), 2019 WL 1320052 (E.D. Va. 2019), 第 26 页; 在尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案, 美国哥伦比亚特区巡回上诉法院, 859 F.2d 929(D.C. Cir.1988), 第 940 页; Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案(上文脚注 30), 第 7.1 段; 南非警察总署国家专员诉南部非洲人权诉讼中心和另一被告案, 案件号 CC 02/14, 南非宪法法院 2014 年 10 月 30 日的判决, [2014] ZACC 30, 第 35 段; Priebke, Erich s/ solicitud de extradición 案, 第 16.063/94 号案件, 阿根廷最高法院 1995 年 11 月 2 日的判决, 第 70 段; Bouzari 诉伊朗伊斯兰共和国案, 备审案件号 C38295, 安大略省上诉法院 2004 年 6 月 30 日的决定, 71 OR (3d) 675 (Ont CA), ILDC 175 (CA 2004), 第 86 段; 以及 Gabriel Orlando Vera Navarrete 案, 备审案件号 2798-04-H/TC, 秘鲁宪法法庭 2004 年 12 月 9 日的裁决, 第 8 段。另见 Jorgić 案, 德国联邦宪法法院 2000 年 12 月 12 日的命令, 2BvR 1290/99, 第 17 段。

纳公约》第五十三条作为基础。⁴⁸ 在学术著作中, 1969 年《维也纳公约》第五十三条也被接受为一般国际法强制性规范(强行法)的一般定义。⁴⁹ 虽然 1969 年《维也纳公约》第五十三条的措辞是“就适用本公约而言”, 但它也适用于其他情况, 包括与国家责任有关的情况。⁵⁰ 委员会在其他专题中述及一般国际法强制性规范(强行法)时, 也使用了 1969 年《维也纳公约》第五十三条中的定义。⁵¹ 因此, 本结论草案依据第五十三条来定义一般国际法强制性规范(强行法)是适当的。

(3) 第五十三条中强制性规范的定义包含两个主要要素。第一, 有关规范必须是一般国际法规范。第二, 它必须被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范, 只能由具有相同性质的规范加以变更。这两个要素构成了识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准, 在结论草案 4 至 9 中有进一步的阐述。

⁴⁸ 例如, 见以核武器相威胁或使用核武器的合法性, 咨询意见, 《1996 年国际法院案例汇编》, 第 226 页起, 见第 258 页, 第 83 段; 检察官诉 Anto Furundžija 案(上文脚注 8), 第 571 页, 第 155 段; 以及检察官诉 Jelisić 案(上文脚注 26), 第 431-433 页, 第 60 段。另见 Jaime Córdoba Triviño 案, 案件号 C-578/95, 哥伦比亚宪法法庭 1995 年 12 月 4 日的判决。特别见杜加尔德专案法官在刚果境内武装活动案(新申诉: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)中的个别意见, 管辖权和可否受理, 判决, 《2006 年国际法院案例汇编》, 第 6 页起, 见第 88 页, 第 8 段。

⁴⁹ 例如, 见 Mbengue and Koagne Zouapet (上文脚注 16), 第 510 页; S. Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zurich, Schulthess, 2015, 第 19 页(“鉴于第五十三条提供了关于强行法效力的唯一书面法律定义……以及这些规范形成的过程……第五十三条是分析这个概念的必要出发点”); S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), 第 147-172 页, 见第 166 页, 其中指出, “关于强行法的论文通常以”《维也纳公约》第五十三条为起点, 和第 162 页, 依据 1969 年《维也纳公约》第五十三条评估强化的责任和强行法的普遍效力; 以及 U. Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, 同上, 第 51-84 页, 见第 52 页。一般而言, 另见 Costelloe (上文脚注 1), 他虽然从未指出 1969 年《维也纳公约》第五十三条是定义, 但无疑是以此为基础的。同样, 见 Hannikainen (上文脚注 18), 特别是第 5-12 页; 以及 Alexidze (上文脚注 32), 第 246 页。

⁵⁰ 见 T. Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, 2015, 第 6-7 页(“虽然《维也纳公约》涉及条约法, 并且仅对签署国有约束力……但第五十三条反映的概念具有超越条约范围的法律效力。……国际和国内司法机关在审议强行法时参照第五十三条的当代实践, 与这种认为存在超越条约范围的概念的观点相一致”); E. Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), 第 211-240 页, 见第 223-224 页(“不过, 强行法的潜在效力不仅超出了条约法, 而且在与条约法无关的情况下甚至更为显著”); 以及 Cassese(上文脚注 45), 第 160 页(“幸运的是, 国家、各国法院和国际司法机构在缔约以外的领域援引了强制性规范。通过这种做法, 这些实体扩大了强制性规范的范围和规范性影响”(强调是原有的))。另见 H. Charlesworth and C. Chinkin, “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), 第 63-76 页, 见第 63 页(“关于国际法强行法概念的正式程序性定义见《维也纳条约法公约》”)。

⁵¹ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条的评注第(5)段, 《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)和更正, 第 85 页(“识别一般国际法强制性规范的标准是严格的。1969 年《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范应符合被承认为一般国际法准则的所有标准……而且还应被国家之国际社会全体承认具有强制性性质”)。另见国际法不成体系问题研究组的结论(上文脚注 44), 结论(32)(“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。这是国际法强制性规范(强行法, [1969 年《维也纳公约》第五十三条])的情况。也就是说, ‘国际社会全体接受并公认为不许损抑’的规范”)。又见国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(同上), 第 375 段(“[制定标准的]起点必须是第五十三条本身的措辞, 参照‘国家之国际社会全体接受并公认’的规范来识别强行法”)。

第二部分

一般国际法强制性规范(强行法)的识别

结论 4

一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准

要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须确定该规范符合以下标准：

(a) 它是一般国际法规范；并且

(b) 被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

评注

(1) 结论草案 4 规定了识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准。这些标准参照了 1969 年《维也纳公约》第五十三条所载、结论草案 3 照搬的强制性规范的定义。要确定一项规范具有强制性，必须证明存在这些标准。

(2) 本条结论草案的起首部分指出，“要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须确定该规范符合以下标准”。“必须确定”一语表示，必须证明这些标准存在，而不应假定它们存在。因此，要证明一项规范的强制性，仅仅指出它的重要性或作用是不够的，而是“必须确定”存在本条结论草案中所列的标准。

(3) 根据结论草案 3 所载的定义，结论草案 4 列出了两个标准。第一，有关规范必须是一般国际法规范。这项标准源于强制性规范(强行法)定义中的“一般国际法规范”一语，也是结论草案 5 的主题。第二，该规范必须被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，并且只能由具有相同性质的规范加以变更。值得指出的是，第二个标准虽然由各种要素组成，但却是一个单一的综合标准。这一标准是结论草案 6 至 9 的主题。这两个标准是累加性的：它们都是确定一般国际法规范强制性所必须的。

(4) 1969 年《维也纳公约》第五十三条的措辞很复杂，产生了不同的解释。例如，“此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更”可能会视为一项单独的标准。⁵² 然而，第二个标准的实质是国家组成之国际社会全体接受和承认：该规范不仅是不容克减的规范，而且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。因此，不容克减和变更这两个要素本身不是标准，而是“接受和承认”标准的组成部分。从这个意义上说，第二个标准虽然由几个要素组成，却是一个单一的标准。

(5) 也有人认为，“被接受和承认”修饰的是“一般国际法”，而不是不容克减和变更从句。从这个角度看的话，第五十三条就有三个标准来证明一项规范具有强制性：(a) 该规范必须是被国家组成之国际社会全体接受和承认(为一般国际法规范)的一般国际法规范；(b) 它必须是不容克减的规范；(c) 它必须是只能由嗣

⁵² 但参见 Knuchel (上文脚注 49)，第 49-136 页。另见伊朗伊斯兰共和国的发言(A/C.6/71/SR.26，第 118 段)，其中表示，所确立的两个标准是：首先，是由国家组成的整个国际社会公认为不容克减的规范，其次，是只能由以后的强行法规范加以变更的规范。

后的一般国际法强制性规范(强行法)变更的规范。但这种解释至少有两个问题。首先,它会使第一个标准显得同义反复,因为“一般国际法”理应就是国际社会普遍接受和/或承认的法律。其次,按这种形式,第二和第三项标准都不是标准,而分别是强行法的后果和对如何变更一般国际法强制性规范(强行法)的描述。

(6) 综上所述,结论草案 4 中的两个累加标准意味着采用两步法来识别一般国际法强制性规范(强行法)。首先,需要有证据证明有关规范是一般国际法规范。第二,必须表明该规范是国家组成之国际社会全体接受和承认为具有强制性的规范。委员会在国家对国际不法行为的责任条款草案评注中恰当地描述了这种两步法:

识别一般国际法强制性规范的标准是严格的。1969 年《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范符合被承认为一般国际法规范的所有标准,具有一般国际法规范的约束力,还进一步要求它被国家组成之国际社会全体承认具有强制性。⁵³

结论 5

一般国际法强制性规范(强行法)的基础

1. 习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的最常见的基础。
2. 条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础。

评注

(1) 结论草案 5 涉及一般国际法强制性规范(强行法)的基础。它述及结论草案 4 规定的识别一般国际法强制性规范(强行法)的第一个标准,即有关规范必须是“一般国际法”规范。本条结论草案由两段组成。第 1 段述及作为一般国际法强制性规范(强行法)基础的习惯国际法,第 2 段则述及可能作为此类规范基础的条约规定和一般法律原则。

(2) 委员会设立的国际法不成体系问题研究组指出,“‘一般国际法’没有公认的定义”。⁵⁴ 一般国际法的含义将始终根据具体情况而定。⁵⁵ 在某些情况下,

⁵³ 《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条草案的评注第(5)段,《2001 年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第 85 页(强调是后加的)。另见 R. Rivier, *Droit international public*, 2nd ed., Paris, Presses universitaires de France, 2013, 第 566 页(*Ne peut accéder au rang de règle impérative qu'une provision déjà formalisée en droit positif et universellement acceptée comme règle de droit* (“只有已在实在法中正式确立并被普遍接受为法律的规定才能达到强制性规范的等级”))。另见 U. Linderfalk, “The creation of *jus cogens* - making sense of article 53 of the Vienna Convention”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 71 (2011), 第 359-378 页, 见第 371 页(“我说的‘创立强行法规则’,并不是指创立法律规则,而是将法律规则提升到强行法地位”)。

⁵⁴ 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组的报告(A/CN.4/L.702), 第 14(10)段, 注 11。另见 A. Zdravković, “Finding the core of international law: *jus cogens* in the work of the International Law Commission”, *South Eastern and European Union Legal Issues*, vol. 5 (December 2019), pp. 141-158, at p. 144。

⁵⁵ 同上。另见关于习惯国际法的识别的结论草案结论 1 的评注第(2)段脚注 667,《大会正式记录,补编第 10 号》(A/73/10), 第 123 页, (“‘一般国际法’有多种不同用法(含义并非始终明确),包括用于指代通用国际法规则,不论是条约法、习惯国际法,还是一般法律原则”)。

“一般国际法”可解释为与特别法相对。⁵⁶但在一般国际法强制性规范(强行法)范围内,“一般国际法”并不是指一般法或特别法以外的法律。实际上,在强制性规范范围内,“一般国际法规范”中的“一般”一词指的是有关规范的适用范围。因此,一般国际法规范是——用国际法院的话来说——“必须对国际社会所有成员具有同等效力”的国际法规范。⁵⁷

(3) 结论草案5第1和第2段中的“基础”应作灵活和广义的理解。该词意在反映各种国际法渊源可能导致产生一般国际法强制性规范的一系列方式。委员会决定不使用“来源”一词,因为该词可能会与《国际法院规约》第三十八条第一款中的国际法渊源概念相混淆。

(4) 结论草案5第1段指出,习惯国际法——指被接受为法律(法律确信)的一般惯例——是一般国际法强制性规范(强行法)最常见的基础。这是因为,习惯国际法是一般国际法最明显的表现形式。⁵⁸这一立场得到国家实践的支持,国家实践证实,习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)最常见的来源。⁵⁹例如,阿根廷最高法院确认,与战争罪和危害人类罪有关的强制性规范源自已经生效的习惯国际法规则。⁶⁰同样,秘鲁宪法法庭也指出,一般国际法强制性规范(强行法)是指“依据法律必要确信的惯例国际规范”。⁶¹在Bayan Muna诉Alberto Romulo案中,菲律宾最高法院将强行法界定为“在所有其他习惯规范和原则中占据最高

⁵⁶ 例如见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),实质问题,判决,《1986年国际法院案例汇编》,第14页起,见第137-138页,第274段。另见加布奇科沃—大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院案例汇编》,第7页起,见第76页,第132段。

⁵⁷ 北海大陆架案,判决,《1969年国际法院案例汇编》,第3页起,见第38-39页,第63段。

⁵⁸ 见Cassese(上文脚注45),第164页(“第二个问题等于是问一个国际法庭如何确定一项国际法一般规则或原则是否已获得强制性规范的地位。从逻辑上说,须先存在这样一种习惯规则或原则”);G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pédone, 2001年,第615页,其中指出,习惯国际法即使不是形成强行法规范的“唯一方式,也是通常的方式”(voie normale et fréquente sinon exclusive)。另见Rivier(上文脚注53),第566页(*Le mode coutumier est donc au premier rang pour donner naissance aux règles destinées à alimenter le droit impératif*)(“因此习惯国际法是构成强行法基础的各项规则的主要渊源”))。又见J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Zurich, Schulthess, 2016年,第115页(“作为一般国际法的最有可能的来源,习惯规范将构成强行法规范的事实上和法律上的优先来源”);Gagnon-Bergeron(上文脚注17),第53页;以及A. Bianchi, “Human rights and the magic of jus cogens”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), 第491页起,见第493页(“可以通过条约创立强行法的观念与强制性规范只能源自习惯法的看法形成了鲜明的对比”)。相反的观点见Janis(上文脚注45),第361页。

⁵⁹ 关于各国的发言,见巴基斯坦在联大第三十四届会议上的发言(A/C.6/34/SR.22,第8段)(“不使用武力原则及其必然结果都是强行法,其依据不仅是《[联合国]宪章》第一百零三条,而且也是因为它们已成为国际社会公认的习惯国际法规范”)。另见联合王国(A/C.6/34/SR.61,第46段)和牙买加的发言(A/C.6/42/SR.29,第3段)(“人民自决和独立的权利是习惯国际法规定的权利,或许甚至是一般国际法强制性规范”)。

⁶⁰ Arancibia Clavel案(见上文脚注13),第28段。

⁶¹ 25% del número legal de Congresistas案(见上文脚注12),第53段(*Las normas de ius cogens parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una opinio iuris seu necessitatis* (“强行法规范似乎更多地指的是国际习惯规范,而不是法律必要确信”))。

等级位置”。⁶² 同样，在国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人案中，肯尼亚高等法院认定“起诉国际罪行的责任”既是习惯国际法规则，也是一般国际法强制性规范(强行法)。⁶³ 在 *Kazemi* 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案中，加拿大最高法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“较高形式的习惯国际法”。⁶⁴ 在 *Siderman de Blake* 诉阿根廷案中，美国第九巡回上诉法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“被承认为习惯国际法的规范的上层子集”。⁶⁵ 该法院还指出，与习惯国际法的普通规则相反，强行法“包含对所有国家均有约束力的习惯法”。⁶⁶ 在 *Buell* 诉 *Mitchell* 案中，美国第六巡回上诉法院指出，“有些国际法习惯规范”达到了“更高地位”，即一般国际法强制性规范(强行法)的地位。⁶⁷ 将一般国际法强制性规范(强行法)描述为习惯国际法的一个子集，也反映在耐森资源有限公司诉 *Araya* 案中。⁶⁸ 在确定禁止死刑不是一般国际法强制性规范(强行法)时，法院提出以下意见：“此外，由于废除死刑不是国际法习惯规范，因此不可能上升到被整个国际社会承认为强行法或不容克减的规范的地位。”⁶⁹

(5) 国际法院的判例也为一般国际法强制性规范(强行法)的习惯国际法基础提供了有力证据。在与起诉或引渡义务有关的问题案中，国际法院承认禁止酷刑是“习惯国际法的一部分”，“已成为一项强制性规范(强行法)”。⁷⁰ 同样，法院将“人道法[的]许多规则”描述为“不可违反的国际习惯法原则”，表明强制性规范——即这里所称“不可违反的原则”——具有习惯法的基础。⁷¹

⁶² *Bayan Muna* 诉 *Alberto Romulo* 案(见上文脚注 10)，第 92 段。

⁶³ 国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人案，2010 年杂项刑事申诉第 685 号，肯尼亚高等法院 2011 年 11 月 28 日的判决，[2011] eKLR，第 14 页。

⁶⁴ *Kazemi* 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案，案卷号 35034，加拿大最高法院 2014 年 10 月 10 日的上诉裁决，2014 SCC 62，[2014] 3 S.C.R. 176，第 249 页，第 151 段。另见德国诉 *Milde* (*Max Josef*) 案，第 1072/2009 号案件，意大利最高上诉法院第一刑事分庭 2009 年 1 月 13 日的上诉判决，ILDC 1224 (IT 2009)，第 6 段(“旨在保护不可侵犯的人权的习惯规则不容克减，因为它们属于强制性国际法或强行法”)。

⁶⁵ *Siderman de Blake* 诉阿根廷案(见上文脚注 11)，第 715 页，其中援引了在尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案(见上文脚注 47)，第 940 页。

⁶⁶ 同上。习惯国际法“普通”规则和强行法之间的这种对比——表明后者构成习惯国际法特殊规则——往往是以前南斯拉夫问题国际法庭在检察官诉 *Anto Furundžija* 案(见上文脚注 8)中的裁决为依据的，见第 569 页，第 153 段，该案作了类似的区分。一些裁决，包括联合国王国法院的裁决，赞同地提到这种区分。例如见女王诉 *Bow Street* 都市领薪专职治安官：皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)(上文脚注 40)，第 198 页。另见女王(*Al Rawi* 等人诉外交和联邦事务大臣案(同上))。

⁶⁷ *Buell* 诉 *Mitchell* 案，美国第六巡回上诉法院，274 F.3d 337 (6th Cir. 2001)，第 372-373 页。

⁶⁸ 见耐森资源有限公司诉 *Araya* 案(上文脚注 14)，第 83 段。

⁶⁹ *Buell* 诉 *Mitchell* (见上文脚注 67)，第 373 页。

⁷⁰ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457 页，第 99 段。

⁷¹ 以核武器相威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注 48)，第 257 页，第 79 段。

(6) 其他国际性法院和法庭也接受习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的基础。⁷² 例如,前南斯拉夫问题国际法庭指出,禁止酷刑是一项“习惯国际法规范”,并“进一步构成强行法规范”。⁷³ 在检察官诉 Anto Furundžija 案中,该法庭将强制性规范描述为“在国际法等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级”的规范。⁷⁴ 同样,在检察官诉 Jelisić 案中,该法庭指出,“毫无疑问”,《防止及惩治灭绝种族罪公约》禁止灭绝种族的规定属于“习惯国际法”,现已达到“强行法级别”。⁷⁵

(7) 虽然习惯国际法是形成一般国际法强制性规范(强行法)的最常见基础,但《国际法院规约》第三十八条第一款所列的其他渊源只要可被视为一般国际法规范,也可以构成一般国际法强制性规范(强行法)的基础。为体现这一点,结论草案 5 第 2 段指出,“条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础”。“也可”二字是为了表明,虽然在强制性规范产生于这些来源方面鲜有实践支持,但不能先验地排除这些国际法其他渊源构成一般国际法强制性规范(强行法)基础的可能性。

(8) 结论草案 5 第 2 段中的“一般法律原则”一语是指《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。提及一般法律原则构成一般国际法强制性规范(强行法)基础的可能性是适当的。⁷⁶ 一般法律原则是一般国际法的一部分,因为它们有对国际社会所有成员具有同等效力的普遍适用范围。⁷⁷ 在根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项解释条约方面,国际法不成体系问题研究组的结论区分了条约法和一般国际法的适用。⁷⁸ 委员会认为后者包括

⁷² 例如见“Las Dos Erres”大屠杀诉危地马拉案,美洲人权法院 2009 年 11 月 24 日的判决, C 辑,第 211 号,第 41 页,第 140 段。

⁷³ 检察官诉 Delalić 等人案,案件号 IT-96-21-T,前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭 1998 年 11 月 16 日的判决,第 454 段。

⁷⁴ 检察官诉 Anto Furundžija 案(见上文脚注 8),第 569 页,第 153 段。

⁷⁵ 检察官诉 Jelisić 案(见上文脚注 26),第 431-433 页,第 60 段。

⁷⁶ 虽然支持以一般法律原则作为一般国际法强制性规范(强行法)基础的实践极少,但除其他外,以下案件可视为与此问题相关:检察官诉 Jelisić 案(见上文脚注 26),第 431-433 页,第 60 段,在该案中,前南斯拉夫问题国际法庭接受禁止灭绝种族是强行法规范,指出禁止灭绝种族的基本原则是“为文明国家所承认的原则”。美洲人权法院在其关于无证移民的法律地位和权利的咨询意见(见上文脚注 27)第 99 页第 101 段中,根据平等权具有的一般法律原则地位而认定其为一般国际法强制性规范,“因此,本法院认为,法律面前平等、受到法律平等保护和歧视的原则属于强行法,因为国家和国际公共秩序的整个法律结构都以此为基础,这是贯穿所有法律的一项基本原则。”另见伊朗伊斯兰共和国的发言(A/C.6/71/SR.26,第 120 段):“《国际法院规约》第三十八条提到的一般法律原则是强制性规范的最佳规范性基础”。

⁷⁷ 见北海大陆架案(上文脚注 57),第 38-39 页,第 63 段,法院在该案中将一般国际法描述为“就其本质而言,必须对国际社会的全体成员具有平等效力”的规则。

⁷⁸ 国际法不成体系问题研究组的结论(见上文脚注 44),第 20-21 段。

“习惯国际法和一般法律原则”。⁷⁹ 此外，在学术著作中也能找到对将一般国际法原则作为一般国际法强制性规范来源的支持。⁸⁰

(9) 根据《国际法院规约》第三十八条第一款(子)项的规定，条约是国际法的一个重要渊源。结论草案 5 第 2 段指出，条约规定也可能是一般国际法强制性规范的基础。使用“条约规定”一词而不是“条约”，是为了表明，这里涉及的是条约所载的一项或多项规范，而不是条约本身。在大多数情况下，条约不是“一般国际法”，因为它们通常不具备“对国际社会所有成员具有同等效力”的普遍适用范围。⁸¹ 然而，在学术著作中可以找到对条约规定可构成国际法强制性规范(强行法)基础的支持。⁸² 在承认《联合国宪章》特殊性质的同时，值得注意的是，委员会在 1966 年条约法条款草案第 50 条草案的评注中，指出“[联合国]宪章中关于禁止使用武力的法律”是一个“具有强行法性质的国际法规则的突出例子”。⁸³ 条约作为一般国际法强制性规范(强行法)例外基础的作用可以理解为国

⁷⁹ 同上。

⁸⁰ 例如见 Knuchel (上文脚注 49)，第 52 页(“一般[法律]原则可以提升为强行法，如果国家组成之国际社会全体承认和接受它们是强行法的话”)；Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*” (上文脚注 20)，第 30-34 页；以及 A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens* ...” (上文脚注 16)，第 27 页。另见 Weatherall (上文脚注 50)，第 133 页；以及 T. Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), 第 173 页起，见第 195 页(“强制性规范必须首先成为一般国际法，即[《国际法院规约》]第三十八条第一款规定的习惯国际法或一般法律原则”)。另见 Conklin (上文脚注 32)，第 840 页；O. M. Dajani, “Contractualism in the law of treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012)，第 1 页起，见第 60 页；R. Nieto-Navia, “International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law”, in L. Chand Vorah, et al. (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003 年，第 595 页起，见第 613 页及以下各页(“可以笼统地说，强行法规范一般源于下列已确定的国际法渊源：(一) 一般条约……及(二) 文明国家承认的一般法律原则”)；Orakhelashvili (上文脚注 45)，第 126 页；以及 Santalla Vargas (上文脚注 50)，第 214 页(“强行法源于习惯法和国际法一般原则”)。

⁸¹ 北海大陆架案(见上文脚注 57)，第 38-39 页，第 63 段(“因为，一般而言，纯公约性规则和义务的一个特点是，允许对它们有限度地作出单方面保留的某些能力；——而对于一般或习惯法规则和义务则不允许，习惯法规则和义务根据其性质，必须对国际社会所有成员具有同等效力”)。另见 Bianchi (上文脚注 58)，第 493 页(“可以通过条约创立强行法的观念与强制性规范只能源自习惯法的看法形成了鲜明的对比”)。

⁸² G. I. Tunkin, “Is general international law customary law only?”, *European Journal of International Law*, vol. 4 (1993)，第 534 页，特别是第 541 页(“我认为国际律师应当接受，一般国际法现在包括国际法的习惯规则和公约性规则两者”)。尤其是在强行法方面，见 G. I. Tunkin, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *The University of Toledo Law Review*, vol. 1971, Nos. 1-2 (Fall-Winter 1971)，第 107 页起，见第 116 页(“强行法原则包括‘通过条约明示接受或通过习惯默示接受的规则……’。一般国际法的许多规范都是通过条约和习惯共同创立的”)。另见 Knuchel (上文脚注 49)，第 50 页(“用[国际法院]的话来说，当代国际法包括‘普遍或准普遍性质的文书’，没有任何规定不容日后的公约创立具有普遍约束力且可以提升为强行法的规范”)。另见 Nieto-Navia (上文脚注 80)，第 613 页(“可以笼统地说，强行法规范一般源于下列已确定的国际法渊源：(一) 一般条约……及(二) 文明国家公认的一般法律原则”)。不过，见 Weatherall (上文脚注 50)，第 125-126 页；Hannikainen (上文脚注 18)，第 92 页；以及 E. J. Criddle and E. Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009)，第 331 页。又见 Orakhelashvili (上文脚注 45)，第 113 页(“学术界倾向于把重点放在习惯上，似是出于普遍认为不宜通过条约创立强制性规范”)；以及 U. Linderfalk, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora’s box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007)，第 853 页起，见第 860 页。

⁸³ 条约法条款草案第 50 条评注第(1)段，《1996 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 247 页。

际法院在北海大陆架案中所描述的条约规则与习惯国际法之间关系的结果。⁸⁴ 在该案中，法院认为，条约规则可以编纂(或宣示)一项现有的一般国际法规则，⁸⁵ 或者，缔结一项条约规则可有助于将新出现的一般国际法规则具体化，⁸⁶ 或条约规则通过后，可以在嗣后实践的基础上反映一般规则。⁸⁷ 在其他国际性法院和法庭的判决中也可以看到这种一般做法。⁸⁸

(10) “接受和承认”一语对可作为一般国际法强制性规范(强行法)基础的来源而言尤为重要。联合国条约法会议通过的“国家组成之国际社会全体接受和承认”的案文，是基于芬兰、希腊和西班牙就后来成为第五十三条(“国际社会承认”)提出的联合提案，⁸⁹ 会上，起草委员会在该条中添加了“接受”一词。正如起草委员会主席解释的那样，这样做是因为《国际法院规约》第三十八条既包括“承认”一词，也包括“接受”一词；“承认”用于公约和条约以及一般法律原则，“接受”则用于习惯国际法。⁹⁰ 这一措辞似乎表明，委员会考虑到条约和一般原则也可能构成一般国际法强制性规范(强行法)的基础。因此，即使没有这方面的实践，委员会也决定在结论草案 5 中列入条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础的可能性。

结论 6

接受和承认

1. 结论草案 4 的(b)项中提到的“接受和承认”标准不同于接受和承认为一般国际法规范的标准。
2. 要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须有证据表明该规范被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

⁸⁴ 北海大陆架案(见上文脚注 57)。另见关于习惯国际法的识别的结论草案结论 11,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 143-146 页。

⁸⁵ 北海大陆架案(见上文脚注 57,第 38 页,第 61 段。

⁸⁶ 同上,第 38-41 页,第 61-69 段。

⁸⁷ 同上,第 41-43 页,第 70-74 段。另见 Margellos 等人诉德意志联邦共和国案,第 6/2002 号案件,上诉申请,希腊特别最高法院 2002 年 9 月 17 日的判决,第 14 段(“载于 1907 年《海牙第四公约》所附《海牙章程》的规定已成为国际法习惯规则(强行法)”。

⁸⁸ 例如,见检察官诉 Tolimir 案,案件号 IT-05-88/2-T,前南斯拉夫问题国际法庭第二审判分庭 2012 年 12 月 10 日的判决,第 733 段(“[《防止及惩治灭绝种族罪公约》]的这些条款被广泛接受为已达到强行法级别的习惯国际法”);以及与起诉或引渡义务有关的问题案(上文脚注 70)。另见 Ago 先生在 1966 年委员会第 828 次会议上的发言,《1966 年……年鉴》,第一卷(第一部分),第 37 页,第 15 段(“即使一项强行法规则来源于条约,它也不是从条约本身取得这种性质,之所以有这种性质,是因为尽管它衍生自条约……,却本已是一般国际法规则”)。

⁸⁹ 《联合国条约法会议正式记录,第一届和第二届会议,1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日,维也纳,第三卷,会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2),A/CONF.39/C.1/L.306 及 Add.1 和 2 号文件,第 174 页。

⁹⁰ 《联合国条约法会议正式记录,第一届会议……》(见上文脚注 43),全体委员会第八十次会议简要记录,第 471 页,第 4 段。

评注

(1) 识别一般国际法强制性规范(强行法)的第二个标准是, 有关规范必须是被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范, 且只能由嗣后具有相同性质的规范加以变更。如结论草案 4 的评注第(4)段所指出的, 这是一个由不同要素组成的单一标准。结论草案 5 涉及结论草案 4 的(a)项中提到的第一个要素, 即有关规范必须是一般国际法规范, 而结论草案 6 涉及结论草案 4 的(b)项中提到的第二个要素, 即有关一般国际法规范必须是“被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范”。这一标准的重点在于“接受和承认”。第二项标准的其他要素表明了接受和承认的两个方面。首先, 这些要素表明了必须接受和承认的内容, 即该规范是不容克减的规范, 且只能由具有相同性质的规范加以变更。其次, 这些要素表明了必须得到谁的接受和承认, 即国家组成之国际社会全体。结论草案 7 述及后一个方面。

(2) 结论草案 6 第 1 段旨在表明, 本条结论草案中提到的接受和承认不同于其他国际法规则所要求的接受和承认。换言之, 结论草案 6 中提到的“接受和承认”不同于作为识别习惯国际法之要素的接受为法律(法律确信), 或作为识别一般法律原则之要素的承认。接受为法律(法律确信)涉及的是国家是否接受某一实践为法律规则的问题, 它是习惯国际法的一个构成要素。承认为一项一般法律原则, 涉及的是一项原则是否根据《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项得到承认的问题。结论草案 6 中提到的接受和承认有本质上的不同。作为一般国际法强制性规范(强行法)的标准, 接受和承认涉及国家组成之国际社会全体是否承认一项国际法规则具有强制性。

(3) 第 2 段解释了将一项一般国际法规范提升到一般国际法强制性规范(强行法)的地位所需的接受和承认的含义。它指出, 有关规范必须被接受和承认为不容克减的规范, 且只能由嗣后具有相同性质的规范加以变更。这意味着, 要表明一项规范是一般国际法强制性规范(强行法), 必须提供证据证明该规范被接受和承认为具有上述性质, 换言之, 它是一项不容克减的规范, 且只能由嗣后具有相同性质的规范加以变更。如 Gagnon-Bergeron 所解释的, 除了关于国际法规则存在的标准之外, 还有一般国际法强制性规范(强行法)必须满足的另一个标准。⁹¹ 结论草案 6 提到的就是这另一个标准。

(4) 根据结论草案 3 中源自 1969 年《维也纳公约》第五十三条的一般国际法强制性规范的定义, 结论草案 4 的(b)项提到了接受和承认。但它们并不是必须独立证明的两项独立要求。换句话说, 没有必要分别证明“接受”和“承认”。接受和承认作为识别一般国际法强制性规范的一个标准, 意在说明, 各国可以通过各种方式表明其认为某项规范具有强制性。因此, 一般来说, 只要表明接受和承认一般国际法规范具有强制性就可以了。

(5) “证据”一词用于表明, 仅仅声称一项规范被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范是不够的。必须提供证据来证实这种说法。结论草案 8 和 9 述及可以依赖的证据。

⁹¹ Gagnon-Bergeron (见上文脚注 17), 第 52 页。

(6) 国家组成之国际社会全体接受和承认这一框架基于对 1969 年《维也纳公约》第五十三条作出的普遍接受的解释。⁹²

(7) 结论草案 6 涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别。这种确定涉及对证据的权衡和评估。结论草案 6 以及对证据的要求,无意损害结论草案 8 中指出的不同材料作为证据的价值。这些材料显示了各国对特定规范的立场,即使其本身没有证据支持,也可以作为证据提出。因此,各国关于规范强制性的意见,无论有没有证据,仍将构成结论草案 8 第 2 段述及的材料。

结论 7

国家组成之国际社会全体

1. 在识别一般国际法强制性规范(强行法)时,具有相关意义的是国家组成之国际社会全体的接受和承认。
2. 识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)需要具有代表性的绝大多数国家接受和承认;不要求所有国家都接受和承认。
3. 其他行为体的立场虽可有助于提供背景和评估国家组成之国际社会全体的接受和承认,但这些立场本身不能构成此种接受和承认的一部分。

评注

(1) 如结论草案 6 所已经指出的,关于一项规范强制性的第二个标准是有关规范必须被接受和承认为具有强制性。结论草案 7 涉及在识别一般国际法强制性规范(强行法)方面谁的接受和承认具有相关性的问题。它笼统地规定,一项规范的强制性必须得到“国家组成之国际社会全体”的接受和承认。

(2) 值得回顾的是,委员会本身在通过 1966 年条约法条款草案第 50 条时,并没有纳入国家组成之国际社会全体接受和承认这项要素,只是指出一般国际法强制性规范(强行法)是“不容克减”的规范。⁹³ 实际上,这一要素是各国在使 1969 年《维也纳公约》得以通过的 1968-1969 年联合国条约法会议期间添加的。然而,

⁹² 见在尼加拉瓜居住的美国公民委员会案(上文脚注 47),第 940 页, (“最后,为了使这种国际法习惯规范成为强制性规范,必须得到‘……国际社会全体’进一步承认,[该规范]是不许克减的规范”);以及 *Michael Domingues 诉美国案*(上文脚注 8),第 85 段(“此外,委员会根据所收到的资料,确信本规则已被承认具有不可磨灭的性质,时至今日,足能构成强行法规范,这是委员会早在 *Roach 和 Pinkerton 案* 的裁决中就已预料到的事态发展”)。另见检察官诉 *Simić 案*,案件号 IT-95-9/2-S,前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭 2002 年 10 月 17 日的判决,第 34 段。讨论情况见 J. Vidmar, “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, in E. de Wet and J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights*, Oxford, 2011, 第 26 页。另见 C. Costello and M. Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), 第 273 页起,见第 281 页(“要成为强行法,一项规范必须符合习惯国际法的正常要求……此外,其不可克减性还要得到更广泛的认可”);以及 A. Hameed, “Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), 第 52 页起,见第 62 页。又见 G. A. Christenson, “*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1987-1988), 第 585 页起,见第 593 页(“证据还要通过表明规范的头等重要性质已获接受,来证明义务是强制性的这一点已存在必要的法律确信”)。

⁹³ 见条约法条款草案第 50 条,《1966 年……年鉴》,第二卷, A/6309/Rev.1 号文件,第二部分,第 247 页。

在委员会审议期间，就有一些委员认为一般国际法强制性规范(强行法)与“国家组成之国际社会”的接受和承认之间有联系。⁹⁴

(3) 结论草案 7 第 1 段指出，在识别一般国际法强制性规范(强行法)时，具有相关意义的是国家组成之国际社会全体的接受和承认。该段旨在明确说明，具有相关性的是国家的立场，而不是其他行为体的立场。虽然有人呼吁列入其接受和承认可能与确立一般国际法强制性规范(强行法)相关的其他行为体，⁹⁵ 但国际法现状是仍将国家作为其接受和承认具有相关性的实体。在国家与国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案中，委员会曾考虑使用“整个国际社会”一语，不含“国家”二字。⁹⁶ 但是，经思考后，委员会决定，“在国际法现状中，被要求确立或承认强制性规范的是国家”。⁹⁷

(4) 国家实践及国际性法院和法庭的决定继续将一般国际法规范提升到强制性地位的问题与国家的接受和承认相联系。例如，国际刑事法院指出，一般国际法强制性规范(强行法)需要各国承认。⁹⁸ 同样，国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案中，根据各国制定的文书确定了禁止酷刑的强制性。⁹⁹ 国内法院也继续将一般国际法强制性规范(强行法)的确立与国家的承认联系起来。例如，美国第六巡回上诉法院在 *Buell 诉 Mitchell* 案中认定禁止死刑不是一般国际法强制性规范(强行法)时，指出“只有 61 个国家，即大约 32% 的国家，完全废除了死刑”。¹⁰⁰ 虽然在实践和学术著作中，一般国际法强制性规范(强行法)继续与人类良知概念联系在一起，¹⁰¹ 但用来表明有关规范被承认为一般国际法强制性规范(强行法)的材料仍然是国家的行为和实践，包括在国际组织内的行为和实践，例如条约和联大决议。

⁹⁴ 见 de Luna 先生在委员会第 828 次会议上的发言，《1966 年……年鉴》，第一卷(第一部分)，第 39 页，第 34 段(“[强行法]是国家非作为个体而是作为国际社会机关所创立的实在法”)。

⁹⁵ 例如，见加拿大(A/C.6/71/SR.27，第 9 段)，其中指出，“委员会……若将接受和承认强制性规范的观点扩大到国际组织和非政府组织等其他实体，将会很有用。”

⁹⁶ 见国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案第 53 条评注第(3)段。《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 56 页。就本专题而言，另见加拿大的发言(上文脚注 95)。

⁹⁷ 国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案第 53 条评注第(3)段。

⁹⁸ 见检察官诉 *Katanga* 案，案件号 ICC-01/04-01/07-34-05-tENG，国际刑事法院第二审判分庭 2013 年 10 月 1 日就暂时释放在押证人的申请作出的决定，第 30 段(“[不推回原则的]强制性日益获得各国承认”)。

⁹⁹ 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 70)，第 457 页，第 99 段。除其他外，法院援引了《世界人权宣言》、关于保护战争受难者的日内瓦四公约、《公民及政治权利国际公约》、联大 1975 年 12 月 9 日第 3452 (XXX)号决议和国内立法。

¹⁰⁰ 例如见 *Buell 诉 Mitchell* 案(上文脚注 67)，第 373 页。另见“关于一般管辖权法院对普遍公认的国际法原则和规范及俄罗斯联邦国际条约的适用”，2003 年 10 月 10 日第 5 号裁决(2013 年 3 月 5 日修正)，俄罗斯联邦最高法院全体会议的决定，第 1 段(“普遍公认的国际法原则应理解为国家组成之国际社会全体接受和承认的国际法基本强制性准则，偏离这些准则是不允许的”)。

¹⁰¹ 《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)(见上文脚注 5)，第 46 页，第 87 段；以及 A. A. Cançado Trindade, “International law for humankind: towards a new *jus gentium* (I)”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 第 316 卷(2005 年)，第 9-312 页，见第 183 页(“我认为，在我们这个时代的多元文化世界中，有一个不能再低的起码标准，就制订国际法而言，其所依据的最最重要的来源是：人类的良知”)。

(5) 虽然结论草案 7 指出,在识别一项规范是否有强制性时,具有相关意义的是国家的接受和承认,但这并不意味着其他行为体不起作用。其他行为体可以提供背景,并可有助于评估国家组成之国际社会全体的接受和承认。委员会在其他专题中承认了其他行为体的这种辅助作用。在关于习惯国际法的识别的结论草案中,委员会指出,“主要……是有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践”,并同时指出,“在某些情况下,国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。”委员会还指出,非国家行为体的行为即使不是这一目的方面的实践,但“在评估”国家“实践时可能相关”。¹⁰² 同样,在与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践专题中,委员会得出结论认为,就 1969 年《维也纳公约》第三十一条的目的而言,非国家行为体的行为不构成实践,但“在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关”。¹⁰³ 在确定一项规范是否具有强制性时,国际组织的行为和实践可以提供国家接受和承认的证据。¹⁰⁴ 但归根结底,国家以外实体的立场本身不足以确定将一般国际法规范提升到强制性地位所需的接受和承认。这一考虑反映在结论草案 7 第 3 段中。

(6) 结论草案 7 第 2 段旨在解释“全体”的含义。它指出,所需要的是具有代表性的绝大多数国家的接受和承认。如起草委员会主席在联合国条约法会议上解释的那样,“全体”二字是要表明有关规范的强制性无需“所有国家……接受和承认”,“只要绝大多数国家接受和承认”就可以了。¹⁰⁵ 这一立场得到瑞士联邦法庭的确认。¹⁰⁶ 这种含义也体现在使用了“国家组成之社会”一语,而不仅仅是“国家”。将“全体”和“国家组成之社会”这两个短语组合起来,是为了强调,一项规范要成为一般国际法强制性规范(强行法),必须由作为一个集体或社会的各国接受和承认其不容克减性。

(7) 委员会认为,简单“多数”国家的接受和承认不足以确立规范的强制性地位。这一多数必须是绝大多数。但是,确定是否绝大多数国家接受和承认一项规范的强制性地位,并不是机械地计算国家的数量。这种评估必须是定性评估,而不是确定多数的纯粹的定量评估。

¹⁰² 关于习惯国际法的识别的结论草案结论 4,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 130-132 页。

¹⁰³ 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案的结论 5,同上,第 132-133 页。

¹⁰⁴ 见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(上文脚注 4),第 23 页:“《公约》的起源表明,联合国欲谴责和惩治灭绝种族行为,……因此,大会和缔约国欲使《灭绝种族罪公约》在适用范围上具有绝对普遍性”。另见关于习惯国际法的识别的结论草案结论 12,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 147-149 页。

¹⁰⁵ 起草委员会主席 Yasseen 先生,《联合国条约法会议正式记录,第一届会议……》(见上文脚注 43),第 80 次会议,第 12 段。另见 E. de Wet,“*Jus cogens and obligations erga omnes*”,in D. Shelton (ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, 第 541 页起,见第 543 页(“取得强制性地位的这一门槛很高,因为它虽然不要求所有国家的一致意见……但确实需要大多数国家接受”)。又见 Christófolo (上文脚注 58),第 125 页(强制性规范的形成反映“代表绝大多数国家表示同意的共同意愿。任何一个国家和少数国家都不能阻挠强制性规范的形成过程”)。

¹⁰⁶ 见 A 诉联邦经济部,案件号 2A.783/2006 /svc,瑞士联邦法庭 2008 年 1 月 23 日的判决,第 8.2 段 (*Les mots « par la communauté internationale des Etats dans son ensemble » ne permettent pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des Etats. Il suffit d'une très large majorité (“ ‘由国家组成之国际社会全体’ 并不意味着一项规范必须被各国一致接受和承认为具有强制性。只要绝大多数国家接受和承认即可”)*)。

(8) 需要进行的评估是定性评估这种想法，体现在用“具有代表性的”一词来修饰“绝大多数”的做法上。国家组成之国际社会全体的接受和承认要求各种区域、法律制度和文化的接受和承认。¹⁰⁷ 结论草案 7 第 2 段的效果是，接受和承认规范的强制性的多数国家应是绝大多数，并具有代表性。

结论 8

接受和承认的证据

1. 表明一项一般国际法规范被接受和承认为强制性规范(强行法)的证据可具有广泛多样的形式。
2. 证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；宪法规定；立法和行政行为；各国法院的判决；条约规定；国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议；其他国家行为。

评注

(1) 要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须表明国家组成之国际社会全体接受和承认该规范的不可克减性。如结论草案 7 第 2 段所暗示的，这要求必须举出接受和承认的证据。结论草案 8 涉及确定国家组成之国际社会全体接受和承认一项规范具有强制性所需的必要证据类型。结论草案 9 讨论了可能与识别一般国际法强制性规范(强行法)相关的其他辅助材料。

(2) 结论草案 8 第 1 段是一般性声明。其中规定，接受和承认的证据可具有广泛多样的形式。在与起诉或引渡义务有关的问题案的判决中，国际法院依据各种材料作为禁止酷刑强制性的证据。¹⁰⁸ 应当指出，国家组成之国际社会全体接受和承认是关键所在。因此，任何能够表达或反映各国意见的材料都可以作为接受和承认的证据。

(3) 结论草案 8 第 2 段描述了可用作一般国际法强制性规范(强行法)的证据的材料形式。根据上文关于接受和承认的证据可具有广泛多样形式的说法，结论草案 8 第 2 段指出，证据的形式“包括但不限于”。因此，结论草案 8 第 2 段所载清单并不是一个封闭的清单。结论草案 8 第 2 段中未提及的其他形式的证据，如果反映或表达了各国的接受和承认，即可援引这些证据来证明一项规范的强制性。“任何其他国家行为”一语旨在涵盖所有情况，以考虑到清单中虽未列出但却表明了各国立场的其他材料的可能性。

(4) 应当指出，结论草案 8 第 2 段所列的证据形式与委员会关于习惯国际法的识别的结论草案结论 10 第 2 段所规定的形式相似，该段涉及被接受为法律(法律确信)的证据形式。¹⁰⁹ 之所以存在这种相似性，是因为所列证据形式一般来说是体现各国立场、意见和看法的形式。必须对可能使用这些材料满足一般国际法强制性规范(强行法)的接受和承认标准的情况及将其用于识别习惯国际法的情况加以

¹⁰⁷ 见 Michael Domingues 诉美国案(上文脚注 8)，第 85 段(“接受这一规范超越了政治和意识形态界限，国际社会成员强烈谴责偏离这一标准的做法，这是当代人权标准所不允许的”)。

¹⁰⁸ 见与起诉或引渡义务有关的问题案(上文脚注 70)，第 457 页，第 99 段。

¹⁰⁹ 关于习惯国际法的识别的结论草案结论 10，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 140-142 页。

区分。在前一种情况中，这些材料必须确定国家组成之国际社会全体接受和承认有关规范不容克减，在后一种情况中，这些材料被用于评估各国是否接受该规范为习惯国际法规则。

(5) 结论草案 8 第 2 段中非详尽无遗的清单所列证据形式有一个共同之处，即它们是表达或反映各国意见的材料。这些材料是能够表明各国立场和意见的各种进程的结果。各国通常通过公开声明和在国际论坛上的发言来表达其对特定规范强制性的看法。¹¹⁰ 各国法院的判决同样也可反映各国的意见，并被用作确定规范强制性的依据。¹¹¹ 同样，国家宪法规定以及立法和行政措施是各国表达意见的其他渠道，因此也可以为一般国际法规范的强制性提供证据。¹¹²

(6) 各国在国际组织或政府间会议上通过的条约和决议可能是这种材料的一个明显实例，因为它们也可能反映各国的观点。¹¹³ 在评估这些条约的权重时，必须考虑到与条约和决议有关的各种国家行为。其中包括解释投票立场的发言、通过赞成或反对票和弃权票表示的支持程度、所作的保留以及条约的批准数目等。

¹¹⁰ 例如见：关于侵略：加纳(《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(上文脚注 43)，第 53 次会议，第 15 段)；荷兰(A/C.6/SR.781，第 2 段)；乌拉圭(《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(上文脚注 43)，第 53 次会议，第 48 段)；日本(S/PV.2350)；白俄罗斯(A/C.6/73/SR.26，第 90 段)；及莫桑比克(A/C.6/73/SR.28，第 3 段)。在这方面，在与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 70)中，国际法院在断言禁止酷刑具有强制性时，提到“国家和国际论坛经常谴责酷刑行为”的事实。

¹¹¹ 例如，见检察官诉 Anto Furundžija 案(上文脚注 8)，第 569 页，注 170。另见 Al-Adsani 诉联合王国案(同上)，第 60-61 段，法院在评价禁止酷刑的强制性时，除其他外依据的是女王诉 Bow Street 都市领薪专职治安官：皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)(上文脚注 40)及“各国法院……审理的其他案件”。

¹¹² 在得出禁止酷刑具有强制性的结论时，国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 70)中提到，这一禁令“已被纳入几乎所有国家的国内法”(第 457 页，第 99 段)。同样，美洲人权委员会在 Michael Domingues 诉美国案(见上文脚注 8)关于禁止处决未满 18 岁的人的裁决第 85 段中，考虑到各国已对国家立法提出了相关修正。

¹¹³ 见关于黑海、亚速海和刻赤海峡沿海国权利的争端案(乌克兰诉俄罗斯联邦)，常设仲裁法院第 2017-06 号案件，2020 年 2 月 21 日关于俄罗斯联邦初步反对意见的裁决，常设仲裁法院，第 173 段及以下各段，其中谈到联大决议的价值。在与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 70)第 457 页第 99 段中，国际法院提到两项条约(“1949 年《关于保护战争受害者的日内瓦公约》；1966 年《公民及政治权利国际公约》”)及不同决议(“1948 年《世界人权宣言》；……联大 1975 年 12 月 9 日关于保护所有人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的第 3452/30 号决议”)，表示它承认禁止酷刑是一项一般国际法强制性规范(强行法)。另见检察官诉 Mucić 案，案件号 IT-96-21-T，前南斯拉夫问题国际法庭 1998 年 11 月 16 日的判决，以及检察官诉 Delalić 等人案(见上文脚注 73)，第 454 段，该案的依据包括 1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)、1966 年《公民及政治权利国际公约》、1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，及 1969 年《美洲人权公约》(“哥斯达黎加圣何塞公约”)。另见检察官诉 Anto Furundžija 案(上文脚注 8)，第 563 页，第 144 段。美洲人权委员会在 Michael Domingues 诉美国案(见上文脚注 8)第 85 段中就禁止处决未满 18 岁的人的强制性作出裁决时，依据的是各国批准的条约，如 1966 年《公民及政治权利国际公约》、1989 年《儿童权利公约》和 1969 年《美洲人权公约》(“哥斯达黎加圣何塞公约”)，该委员会指出，“这些条约承认这一禁止是不容克减的”。另见副院长安蒙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)对各国法律后果的个别意见，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 79 页，其中依据联大和安全理事会决议得出结论，认为自决权是一项强制性规范。另见所罗门群岛政府应世界卫生组织从使用核武器对人的健康和环境产生的影响出发，就其合法性问题征求咨询意见的请求向国际法院提交的书面意见，第 39-40 页，第 3.28 段(“国际法中最常见和最根本的规则被重申并一再纳入各项条约是相当正常的”)。

(7) 除了需要注意结论草案 8 第 2 段的证据形式并非详尽无遗外，还应当指出，这些材料必须说明规范是否具有强制性。问题并不是某一特定规范是否在这些材料中得到反映，而是这些材料综合来看，是否能确定国家组成之国际社会全体的接受和承认。

(8) 最后，应当指出，结论草案 8 中所列材料提供的是证据。这些材料单独来看并不能确定一项规范的强制性。因此，一项联合国决议、一条条约规定、一项国家法院判决、一份公开声明或一国的任何其他行为表明国家认为某项规范具有强制性地位，并不足以确定该规范为一般国际法强制性规范(强行法)。要确定这些材料是否表明国家组成之国际社会全体对有关规范强制性的接受和承认，必须结合其背景对它们一起进行权衡和评估。

结论 9

确定一般国际法规范强制性的辅助手段

1. 国际性法院和法庭的决定，特别是国际法院的决定，是确定一般国际法规范强制性的辅助手段。还可酌情考虑各国法院的判决。
2. 各国或国际组织设立的专家机构的工作成果和各国权威最高的公法学家学说也可作为确定一般国际法规范强制性的辅助手段。

评注

(1) 要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须提供证据，表明该规范被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。如在结论草案 8 中所解释的，表达或反映各国意见的材料是与此目的相关的证据形式。不一定反映各国意见的其他材料也可作为确定一项规范强制性的辅助手段。结论草案 9 涉及一些此类辅助手段。必须强调的是，这里的“辅助”一词并不是要削弱这类材料的重要性，而是旨在表达这些材料有助于对“接受和承认”加以识别，但其本身并不构成这种接受和承认的意思。¹¹⁴

(2) 结论草案 9 第 1 段包含两句。第一句规定，国际性法院和法庭的决定是确定一般国际法规范强制性的辅助手段。这条规定仿效了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，其中除其他外规定，“司法判例”是“确定法律原则之补助资料者”。正是部分出于这一原因，结论草案 9 第 1 段使用了“确定……的手段”，而非本结论草案中经常使用的“识别”一词。

(3) 有大量关于国际性法院的决定以其他国际性法院和法庭的决定作为依据的实例。¹¹⁵ 例如，前南斯拉夫问题国际法庭在检察官诉 Anto Furundžija 案中裁定，禁止酷刑是一项一般国际法强制性规范(强行法)，其依据除其他外包括禁止国家

¹¹⁴ 另见关于习惯国际法的识别的结论草案结论 13 的评注第(2)段，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 149 页(“‘辅助手段’的措辞表明了这类判决在阐明法律方面的补充作用，而并非(像条约、习惯国际法或一般法律原则那样)本身就是国际法的渊源。‘辅助手段’一词的使用不是表明也无意表明这类判决对于习惯国际法的识别不重要”)。

¹¹⁵ 为此，Cançado Trindade 指出，前南斯拉夫问题国际法庭和美洲人权法院为推动强制性规范法作出了重大贡献(见 Cançado Trindade, “International law for humankind ...” (上文脚注 101)，第 296 页)。

将个人“驱逐、遣返或引渡”到他们可能遭受酷刑的地方这一禁令的广泛性。¹¹⁶ 为了证明这种禁止的广泛性，该法庭提到了欧洲人权法院等法院的判决。¹¹⁷ 前南斯拉夫问题国际法庭对检察官诉 Anto Furundžija 案的判决本身也常常被提及，以说明禁止酷刑的强制性地位。¹¹⁸ 黎巴嫩问题特别法庭在检察官诉 Ayyash 等人案的结论中指出，“国际性刑事法院在对罪行进行国际起诉方面如此频繁地坚持合法性原则(法无明文不为罪)，因此完全有理由认为，该原则现已具有强制性规范(强行法)的地位”。¹¹⁹ 黎巴嫩问题特别法庭在 El Sayed 案中裁定，诉诸司法的权利已“获得强制性规范(强行法)的地位”，除其他外，其依据包括国家法院和国际性法院的判例。¹²⁰ El Sayed 案的裁决特别恰当地说明，国际性法院和法庭的决定可作为识别一般国际法强制性规范(强行法)的辅助手段。在该案中，法庭当时的庭长安东尼奥·卡塞塞在判决书中采用了各种证据形式，包括结论草案8所列的证据，从而得出结论认为，从整体上看，证据表明，诉诸法院的权利的强制性得到了接受和承认。¹²¹ 该判决随后提及 Goiburú 等人诉巴拉圭案的裁决，在该案中，美洲人权法院裁定诉诸法院的权利是一项一般国际法强制性规范(强行法)，目的是为所依赖的主要证据提供背景，并固化这一证据。¹²²

(4) 结论草案9第1段第一句明确提及国际法院是确定规范强制性的辅助手段之一。明确提到国际法院有若干原因。首先，它是联合国的主要司法机关，其成员由联合国主要政治机关选出。其次，它仍然是唯一具有一般属事管辖权的国际法院。此外，虽然该法院不愿就强制性规范发表意见，但其判例在强制性规范一般概念的发展和特定强制性规范的发展中留下了印记，即使在没有明确援引一般国际法强制性规范(强行法)的情况下也是如此。具体而言，法院在关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留、南非继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果、在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果等问题的咨询意见，以及关于巴塞罗那电车公司案、东帝汶案和尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的決定，都为理解一般国际法强制性规范(强行法)及其演变作出了重大贡献，尽管这些咨询意见和決定在得出结论时都没有明确和清楚地援引强制性规范。

¹¹⁶ 检察官诉 Anto Furundžija 案(见上文脚注 8)，第 144 段。

¹¹⁷ Soering 诉联合王国案，第 14038/88 号申诉，欧洲人权法院 1989 年 7 月 7 日的判决；Cruz Varas 等人诉瑞典案，第 15576/89 号申诉，欧洲人权法院 1991 年 3 月 20 日的判决，《A 辑：判决和決定》，第 201 卷；及 Chahal 诉联合王国案，第 22414/93 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 1996 年 11 月 15 日的判决。

¹¹⁸ 例如，见 Al-Adsani 诉联合王国案(上文脚注 8)，第 30 段，及 García Lucero 等人诉智利案(上文脚注 35)，第 123-124 段，尤其见注 139。另外，一般见女王诉 Bow Street 都市领薪专职治安官：皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)(上文脚注 40)，其中几位上院议员提到检察官诉 Furundžija 案(上文脚注 8)。

¹¹⁹ 检察官诉 Ayyash 等人案，案件号 STL-11-01/I，黎巴嫩问题特别法庭上诉分庭 2011 年 2 月 16 日关于适用法律的中间裁决：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、加重指控，第 76 段。在作出这项裁决时，法院除其他外依据了前南斯拉夫问题国际法庭对检察官诉 Duško Tadić 案的判决(案件号 IT-94-1-AR-72，前南斯拉夫问题国际法庭 1995 年 10 月 2 日对辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议作出的決定；检察官诉 Delalić 等人案(见上文脚注 73)；及检察官诉 Akayesu 案，案件号 ICTR-96-4-T，卢旺达问题国际法庭第一审判分庭 1998 年 9 月 2 日的判决。

¹²⁰ El Sayed 案，案件号 CH/PRES/2010/01，2010 年 4 月 15 日关于将事项分配给预审法官的命令，黎巴嫩问题特别法庭庭长，第 29 段，其中特别提到 Goiburú 等人诉巴拉圭案(见上文脚注 8)。

¹²¹ 见 El Sayed 案(上文脚注 120)，第 21 至 28 段。

¹²² 同上，第 29 段。

范。¹²³ 当国际法院就强制性规范作出明确裁决时，这些裁决甚至更具影响力。例如，法院对与起诉或引渡义务有关的问题案的判决确认了禁止酷刑的强制性地位。¹²⁴

(5) 结论草案 9 第 1 段第二句规定，还可酌情考虑各国法院的判决。可以指出的是，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项提到“司法判例”，包括国际性法院的决定和国家法院的判决。第二句想要表达的是，各国法院的判决作为确定一般国际法规范(强行法)强制性的辅助手段，也具有相关性。委员会决定使用“还可”和“酌情”这两个短语来表明，各国法院的判决可以作为确定一般国际法强制性规范(强行法)的辅助手段，但应谨慎使用。具体而言，给予这种国家判决的权重将取决于具体判决中的推理。

(6) 各国法院的判决除了作为《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项规定的辅助手段外，也可构成结论草案 8 下的主要证据。在根据结论草案 8 作为依据时，各国法院的判决提供有关国家接受和承认的证据。在这种情况下，法院判决的相关性不太取决于其推理。

(7) 结论草案 9 第 2 段涉及确定一般国际法规范强制性的其他一些辅助手段。与国际性法院和法庭的决定一样，这些其他手段也属于辅助手段，因为它们有助于确定国家是否接受和承认，但它们本身并不是这种接受和承认的证据。作为其他辅助手段的实例，该段列举了专家机构的工作成果和各国权威最高的公法学家学说，也称为学术著作。与第 1 段中用来限定国际性法院和法庭决定的“是”一词不同的是，第 2 段中使用的“也可”一词表明，给予专家机构的工作成果和学术著作的权重可低于司法决定。其他这些材料作为辅助手段的相关性取决于另一些因素，包括工作成果或著作的推理、表达的意见在多大程度上为各国所接受，以及这些意见在多大程度上得到结论草案 8 所列其他形式的证据或国际性法院和法庭决定的证实。

(8) 第一类涉及专家机构的工作成果。“各国或国际组织设立的”一语指的是由国际组织设立的机关和此类组织的附属机构，如国际法委员会和专家条约机构。这一限定是必要的，以强调有关专家机构必须具有政府间任务授权，而且必须由各国设立。使用“各国或国际组织设立的”一语意味着没有政府间任务授权的私营组织不属于专家机构类别。这并不意味着没有政府间任务授权的专家机构的工作成果无关紧要。例如，根据结论草案 9 第 2 段，国际法学会或国际法协会的工作成果可被视为“权威最高的公法学家学说”。¹²⁵ “工作成果”一词不仅包括专家机构的最终成果，而且还包括形成最终成果的工作。

¹²³ 见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(上文脚注 4)；南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 113)，第 16 页；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页；以核武器相威胁或使用核武器的合法性(上文脚注 48)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页；东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案，判决，《1995 年国际法院判例汇编》，第 90 页；及尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案，实质问题，判决(上文脚注 56)，第 190 段。

¹²⁴ 见与起诉或引渡义务有关的问题案(上文脚注 70)，第 99 段。

¹²⁵ 关于习惯国际法的识别的结论草案结论 14，评注第(5)段，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 151 页。

(9) 法院也支持使用其他材料作为依据。例如，在 *RM 诉总检察长* 一案中，肯尼亚高等法院以人权事务委员会关于不歧视的第 18 号一般性意见¹²⁶ 为依据，确定不歧视是一般国际法强制性规范(强行法)。¹²⁷ 同样，为了提出不驱回原则是一般国际法强制性规范(强行法)的结论，国际刑事法院除其他外，以联合国难民事务高级专员公署的一项咨询意见作为依据。¹²⁸ 同样，前南斯拉夫问题国际法庭在检察官诉 *Anto Furundžija* 案的裁决中指出，禁止酷刑是一项强行法规范，其依据除其他外包括美洲人权委员会的意见、人权事务委员会的意见以及特别报告员科艾曼斯先生的一份报告。¹²⁹

(10) 在评估某项规范是否已达到强制性地位时，国际法委员会也常被提及。国际法院在评估禁止使用武力的地位时，注意到“国际法委员会……认为‘[联合国]宪章中关于禁止使用武力的法律本身就是一个具有强行法性质的国际法规则的突出例子’”。¹³⁰ 提供普遍接受的一般国际法强制性规范(强行法)清单的学术著作，往往以委员会在国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条的评注中提供的清单为依据。¹³¹ 因此，委员会本身的工作也可能有助于识别一般国际法强制性规范(强行法)。

¹²⁶ 人权事务委员会，关于不歧视的第 18 号一般性意见(1989 年)，(《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/45/40 (Vol. I))，附件六，A 节，第 1 段。

¹²⁷ *RM 诉总检察长* 案，第 1351 2002(O.S.)号民事案件，内罗毕肯尼亚高等法院 2006 年 12 月 1 日的判决，[2006] eKLR，第 18 页。见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)(初步反对意见，2021 年 2 月 4 日的裁决，国际法院，总目录第 172 号)，其中法院虽然承认消除种族歧视委员会等专家机构的决定应受到高度重视，但指出，法院“在行使司法职能时绝无义务参照这些专家机构的观点来解释”人权条约(第 101 段)。

¹²⁸ 见检察官诉 *Katanga* 案(上文脚注 98)，第 30 段，其中提及联合国难民事务高级专员公署(难民署)2007 年关于 1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年《议定书》规定的不驱回义务域外适用问题的咨询意见(可查阅难民署网站：www.unhcr.org/4d9486929.pdf)。国际刑事法院还提及难民署执行委员会的若干结论。

¹²⁹ 见检察官诉 *Anto Furundžija* 案(上文脚注 8)，第 144 和 153 段。法庭提到了《美洲人权公约》、人权事务委员会关于第 7 条的一般性意见和第 24 号一般性意见，以及特别报告员科艾曼斯的一份报告。

¹³⁰ *尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*，实质问题，判决(见上文脚注 56)，第 100-101 页，第 190 段。另见 *Re Víctor Raúl Pinto、Re、Pinto(Víctor Raúl)诉 Tomás Rojas* 的亲属案，第 3125-94 号案件，智利最高法院 2007 年 3 月 13 日关于宣告判决无效的裁决，ILDC 1093(CL 2007)，第 29 和 31 段。

¹³¹ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(5)段(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页)。见 *den Heijer and van der Wilt* (上文脚注 20)，第 9 页，其中提到清单上的规范是“无可争议”的。另见 *Christófolo* (上文脚注 58)，第 151 页；及 *Weatherall* (上文脚注 50)，第 202 页。另见 *de Wet* (上文脚注 105)，第 543 页。但她所依据的不是委员会的清单，而是委员会研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)第 374 段提供的清单((见上文脚注 44)，第 77 页)，并对研究组报告中的清单略作改动。例如，在 *de Wet* 提供的清单中，“自卫权”本身被列为一般国际法强制性规范(强行法)，而研究组的清单所载的独立强行法规范是“禁止侵略”，而不是“自卫”。

(11) 第 2 段提到“权威最高的公法学家学说”，这些学说也可用作识别国际法强制性规范的辅助材料。¹³² 这指的是学术著作和其他作品也可作为次要材料，用于评估接受和承认强制性地位的主要形式并提供背景参考。必须强调的是，给予这类学说的权重将因其推理的质量以及它们在国家实践中以及国际性法院和法庭的决定中得到的支持程度而大不相同。¹³³

(12) 值得指出的是，结论草案 9 第 1 和第 2 段中列出的辅助手段并不是详尽无遗的。但是，该结论草案中列出的手段的确是在识别一般国际法强制性规范(强行法)时所依据的最常见的辅助手段。

第三部分

一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果

结论 10

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约

1. 条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触者无效。此种条约的规定无法律效力。
2. 在不违反结论草案 11 第 2 段的前提下，如有新的一般国际法强制性规范(强行法)出现，与该项规范相抵触的任何现行条约即为无效并终止。条约缔约方继续履行条约之义务解除。

评注

(1) 结论草案 10 涉及与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效和终止的问题。当然期望各国不会缔结与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约。但如果缔结了这种条约，这种条约将无效。条约无效是与一般国际法强制性规范最

¹³² 例如，见 Nguyen Thang Loi 诉陶氏化学公司案，美国纽约东区联邦地区法院，373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005)，第 135 页，依据的是 M. C. Bassiouni, “Crimes against humanity”, in R. Gutman and D. Rieff (eds.), *Crimes of War: What the Public Should Know*, Norton, 1999; 检察官诉 Kallon 和 Kamara 案，案件号 SCSL-2004-15-AR72(E)和 SCSL-2004-16-AR72(E)，2004 年 3 月 13 日关于对管辖权提出异议的裁定：洛美协议大赦，塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭，第 71 段，依据的是 L.Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; 及 Bayan Muna 诉 Alberto Romulo 案(见上文脚注 10)，第 55 页，其中引述了 M.C.Bassiouni, “International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), p. 63。另见 Sideman de Blake 诉阿根廷案(上文脚注 11)，第 717 页，其中引述了几位作者的著述，包括 K.Parker 和 L.B. Neylon, “Jus cogens: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, No. 2 (Winter 1989), pp. 411-463; 及 K.C.Randall, “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, vol. 66 (1987-1988), pp. 785-841, 来支持禁止酷刑是一般国际法强制性规范(强行法)的主张。

¹³³ 另见关于习惯国际法的识别的结论草案结论 14 的评注第(3)段，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 151 页(“在借鉴论著时必须保持警惕，因为它们在确定某项习惯国际法规则存在方面的价值可能有差异：‘可用作’这一措辞即反映了这种提醒。首先，著述者有时不仅试图记录法律的现状(现行法)，还设法支持其发展(拟议法)。在这么做时，他们并不总是区分(或清楚地区分)法律的现状和他们所设想的法律状况。其次，论著可反映著述者本国的观点或其他个人观点。第三，论著的质量参差不齐。因此，评估特定著述的权威性至关重要”)。

密切相关的法律效果。¹³⁴ 1969 年《维也纳公约》第五十三条很少用作条约无效的依据，以致该条是否仍然有效受到质疑。¹³⁵ 然而，条约很少因与强制性规范相抵触而无效，这一事实并不是因为第五十三条所载规则不为各国所接受，而只是因为各国一般不缔结与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约。¹³⁶ 因此，与强制性规范相抵触的条约无效的规则继续适用，尽管该规则很少适用。

(2) 虽然因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而使条约无效的情况很少，但这并不意味着根本没有或许与此问题相关的实践。有些国家作出了声明，评估某一特定条约是否符合一般国际法强制性规范(强行法)，以及是否因此可能被视为无效的问题。¹³⁷ 联大也通过了相关决议，¹³⁸ 这些决议被解释为承认某些协定的有效性取决于它们是否提及其符合某些基本原则。还有一些司法决定认为某些

¹³⁴ Danilenko, *Law-Making in the International Community*(见上文脚注 32)，第 212 页(“正如最初在条约法编纂进程中设想的那样，强行法的概念只适用于条约关系……使违反被公认为‘更高级法律’的基本共同体规则的双边和多边协定失效”)。另见 Kleinlein(上文脚注 80)，第 181 页；K.Kawasaki, “A brief note on the legal effects of jus cogens in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), p. 27; 及 den Heijer and van der Wilt(上文脚注 20)，第 7 页。

¹³⁵ 见 Costelloe(见上文脚注 1)，第 55 页(“[1969 年《维也纳公约》的相关规定]范围很窄，它们是否还有太大的意义……目前基本上是一纸空文这个问题是有道理的”)。见 Charlesworth and Chinkin(上文脚注 50)，第 65-66 页(“尽管担心纳入[《维也纳公约》第五十三条]将破坏条约必须遵守的原则，并可能打破条约承诺提供的确定性，但在这方面极少援引强行法理论。因此，它对条约的实施几乎没有实际影响”)；及 Kadelbach(上文脚注 49)，第 161 页(“从条约有非法主题事项的意义上说，直接抵触是一种理论上的情况”)。另见 Cassese(上文脚注 45)，第 159-160 页(“我们是否应得出结论认为，通常所称的 1969 年《维也纳公约》所取得的重大进展……经过这些年后实际上证明是彻底的失败?”)。例如，见 Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens”(上文脚注 20)，第 36 页；及 Kadelbach(上文脚注 49)，第 152 页。讨论情况见 Knuchel(同上)，第 141 页。

¹³⁶ 见 C. Maia, “Jus cogens and (in)application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the jurisprudence of the International Court of Justice”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*(上文脚注 16)，第 342-365 页，见第 355 页。

¹³⁷ 关于这方面的一般性声明，见荷兰在第六委员会第十八届会议期间的发言(A/C.6/SR.781，第 2 段)(关于强行法问题，“1938 年 9 月 29 日在慕尼黑签署的《关于苏台德德国领土的协定》是少数被认为违反国际公共秩序的条约之一”)。在同届会议上，为了表明支持因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而导致无效的做法，塞浦路斯列出了一些条约，这些条约对因与禁止使用武力这一强制性规范相抵触而无效的问题作了规定(A/C.6/SR.783，第 18 段)(“《国际联盟盟约》、《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(称为《白里安-凯洛格公约》)、《纽伦堡法庭宪章》、《审判远东重要战犯的国际军事法庭宪章》以及最近的《联合国宪章》第二条第四项使通过非法使用武力达成的条约自始无效成为现代国际法中的现行法”)。另见乌克兰苏维埃社会主义共和国在第六委员会第十八届会议期间的发言(A/C.6/SR.784，第 8 段)。更具体的陈述，见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案，澳大利亚政府 1992 年 6 月 1 日的辨诉状，第 223 段(可查阅：www.icj-cij.org)，其中宣布《帝汶沟条约》(1989 年 12 月 11 日就帝汶海上合作区签署的关于在印度尼西亚东帝汶省与澳大利亚北部之间地区建立合作区的条约，联合国《条约汇编》，第 1654 卷，第 28462 号，第 105 页)如果与自决权相抵触，则因违反强行法规范而无效；以及国务院法律顾问 Roberts B. Owen 1979 年 12 月 29 日致代理国务卿 Warren Christopher 的备忘录，载于 U.S. Digest，第 2 章第 1 节，第 4 段，转载于 M.L.Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”，《美国国际法学报》，第 74 卷，第 2 号(1980 年 4 月)，第 418 页，第 419 页(“也不清楚苏联和阿富汗之间的条约……是否有效。如果该条约真的支持苏联对阿富汗的这类干预，根据当代国际法原则，条约无效，因为它与《维也纳条约法公约》所称的‘一般国际法强制性规范’……，即《联合国宪章》第二条第四项所载规范相抵触”)。

¹³⁸ 联大 1978 年 12 月 7 日第 33/28A 号决议、1979 年 11 月 29 日第 34/65 B 号决议、1981 年 11 月 24 日第 36/51 号决议及 1984 年 12 月 5 日第 39/42 号决议。

条约因可能不符合一般国际法强制性规范(强行法)而无效。在检察官诉 Taylor 一案中,塞拉利昂问题特别法庭必须确定其《规约》中取消官员豁免的规定是否无效。¹³⁹ 该法庭认为,因为这些规定“并未与任何一般国际法强制性规范相抵触”,所以法院“必须赋予[其]效力”。¹⁴⁰ 由此似可推断,如果该规定存在抵触情况,法院就不会赋予其效力。同样,美洲人权法院审理的 Aloeboetoe 等人诉苏里南案依据的是荷兰出于赔偿目的与萨拉马卡社区之间缔结的一项协定。¹⁴¹ 该法院指出,根据该条约的某些规定,萨拉马卡人承诺抓获逃脱的奴隶并使其重新为奴。¹⁴² 有鉴于此,法院认为,如果所涉协定是一项条约,则该条约“无效,因为它与新的强行法规范相抵触”。¹⁴³

(3) 结论草案10遵循1969年《维也纳公约》的做法,对以下两种情况作了区分:一种是在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约(第1段),另一种是在缔结后产生的与一般国际法强制性规范相抵触的条约(第2段)。¹⁴⁴ 1969年《维也纳公约》第五十三条第一句处理了第一种情况,该公约第六十四条处理了第二种情况。本条结论草案第1和第2段非常贴近1969年《维也纳公约》的案文。

(4) 结论草案10第1段第一句仅声明,条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触者无效。这一句密切仿效了《维也纳公约》第五十三条第一句。这句话的意思是,这样一项条约自始无效。结论草案10第1段第二句摘自该公约第六十九条第一款,规定因在缔结时与强制性规范相抵触而无效的条约的规定没有法律效力。

(5) 结论草案10第2段涉及新出现的一般国际法强制性规范对现有条约的后果。该段规定,这样一项条约即为无效并终止。“即为无效并终止”的措辞说明,该条约不是自始就无效,而是在强制性规范产生之时成为无效。从有关规范被承认和接受为不容克减的规范那一刻起,条约方告无效。条约无效的后果是,终止的只是条约规定的持续法律效力或随后的法律效力。正因为如此,第2段第二句规定,这样一项条约的缔约方继续履行条约之义务解除。这一措辞源自1969年《维也纳公约》第七十一条第二款(a)项。该案文的效果是承认条约规定在一般

¹³⁹ 检察官诉 Taylor 案,案件号 SCSL-2003-01-I,塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭 2004 年 5 月 31 日关于管辖豁免问题的裁决,第 53 段。另见检察官诉 Kallon 案,案件号 SCSL-2004-15-AR72(E),塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭 2004 年 3 月 13 日关于合宪性和缺乏管辖权的裁决。

¹⁴⁰ 检察官诉 Taylor 案(见上文脚注 139),第 53 段。

¹⁴¹ Aloeboetoe 等人诉苏里南案,美洲人权法院 1993 年 9 月 10 日关于赔偿和费用的判决, C 辑,第 15 号。

¹⁴² 同上,第 57 段。

¹⁴³ 同上。

¹⁴⁴ 见条约法条款草案第 50 条的评注第(6)段,《1966 年……年鉴》,第二卷, A/6309/Rev.1 号文件,第二部分,第 248 页(第 50 条草案“须结合第 61 条(强行法新规则的产生)来解读,并且委员会认为,本条绝无追溯力。它涉及的是条约在缔结时由于其规定与已经存在的强行法现有规则抵触而无效的情况。条约因其实际缔结与一般国际法强制性规范抵触而整体无效……另一方面,第 61 条所涉情况是,一项条约在缔结时有效,但因其规定与嗣后拟定的一项强行法新规则抵触而成为无效并终止。‘成为无效并终止’的措辞极为清楚地说明,委员会认为,新的强行法规则的出现对条约效力将不具追溯效果。条约仅是从拟定新的强行法规则之时起无效”)。

国际法强制性规范(强行法)出现之前是有效的,并可能产生法律后果。依照结论草案 12,受到任何条约终止影响的只有“继续”履行的义务。在规范得到接受和承认之前,受质疑的条约规定的权利和义务是完全有效和适用的。

(6) 结论草案 10 第 2 段所载的规则应与结论草案 11 一并解读,后者对某些情况下的可分离性作了规定。为此,第 2 段以“在不违反结论草案 11 第 2 段的前提下”开头。

(7) 关于条约因与强制性规范相抵触而无效的结论草案 10 还应与关于建议的程序的结论草案 21 一并解读。根据结论草案 21,条约缔约方不能单方面宣布因为该条约违反强制性规范而解除其根据该条约履行的义务。在将条约无效的任何后果作为依据之前,应遵循结论草案 21 规定的程序,客观地确认条约无效。

结论 11

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约规定的可分离性

1. 条约如在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触则整体无效,条约任何规定均不可分离。

2. 条约如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触则整体无效并终止,除非:

(a) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的规定就其适用而言,可与条约的其余部分分离;

(b) 条约本身规定或通过其他方式确定,接受有关规定并非缔约方同意受整个条约约束之必要基础;并且

(c) 该条约其余部分继续实施不致有失公正。

评注

(1) 结论草案 11 涉及的是一项条约的某些规定与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触,而另一些规定与这种规范并无抵触的情况。与关于条约无效的结论草案 10 一样,这项结论草案遵循了 1969 年《维也纳公约》的一般性做法,即对以下两种情况作了区分:一种是在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约,另一种是在缔结后与新出现的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约。这项结论草案也十分贴近 1969 年《维也纳公约》有关规定所载案文。

(2) 结论草案 11 第 1 段涉及条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的情况。根据 1969 年《维也纳公约》,在这种情况下,条约整体无效。《公约》第五十三条规定“条约无效”,而不是有关条约的有关规定无效。此外,1969 年《维也纳公约》第四十四条第五款明确规定,在这种情况下,受质疑的规定与条约不许分离。条约整体自始无效。因此,结论草案 11 明确指出,整个条约都是无效的,不可能将那些与强制性规范相抵触的规定与条约的其他规定分离。首先,结论草案中的“整体无效”一语意在澄清,整个条约无效,而不仅仅是存在抵触的规定无效。第二,为了强调这一基本点,这句话的第二部分明确声明,“条约任何规定均不可分离”。该句第一部分贴近 1969 年《维也纳公约》第五十三条的案文,第二部分以该公约第四十四条第五款为依据,该款将第五十三条规定的无效情况排除在第四十四条关于可否分离的规则之外。

(3) 第 2 段涉及条约(或条约的特定规定)与在条约缔结后产生的强制性规范相抵触的情况。第 2 段的措词非常贴近 1969 年《维也纳公约》第四十四条第三款的措辞。该款承认在条约缔结后因一般国际法强制性规范的出现而使条约无效的情况下分离的可能性。

(4) 第 2 段的起首语直白地表明, 作为一般规则, 如果一项条约与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触, 即使强制性规范(强行法)是在条约缔结后出现的, 条约也整体无效。因此, 结论草案 11 第 2 段起首语的第一部分规定, 因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而无效的条约整体终止。起首语末尾处的“除非”一词表示, 只有在(a)至(c)分段所涵盖的有限情况下, 才可能进行分离。(a)至(c)分段所列要素为累加性质。换言之, 所有这三个要素都必须存在, 才可以将与强制性规范相抵触的规定与条约的其他部分分离。

(5) 结论草案 11 第 2 段列举的要素取自 1969 年《维也纳公约》第四十四条第三款。(a)分段规定的第一项要素是, 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的规定就其适用而言, 必须可与条约的其余部分分离; 这意味着, 必须有可能排除与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的规定而适用条约的其余部分。如果其他规定的作用是促进执行受质疑的规定, 则该规定的适用显然不能与条约的其他规定分开。

(6) 仅有可能排除受质疑的规定而适用条约是不够的。结论草案 11 第 2 段(b)分段声明, 必须通过条约本身规定或通过其他方式确定, 接受有关规定并非缔约方同意受整个条约约束之必要基础。即使一项条约可以排除受质疑的规定而适用, 将作为缔结条约之“必要基础”的规定排除在外而适用条约的情况也会违背条约的协商一致性质, 因为如果没有这项规定, 就不会有对条约的同意。

(7) 根据(c)分段, 将一项与条约缔结后产生的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的规定分离, 必须满足最后一个条件, 即条约继续实施不致有失公正。在这里, “有失公正”一词指的是条约产生的权利和义务的基本平衡, 只有在一些规定被分离而另一些规定被保留的情况下, 才会破坏这种平衡。此外, 确定继续实施条约是否“有失公正”, 不仅需要考虑对条约缔约方的影响, 如果相关且必要, 还应考虑在缔约方以外产生的影响。第 2 段所列条件是否存在, 应通过考虑所有相关情况来确定, 包括该规定的主题、它与条约其他条款的关系、准备工作文件以及其他因素。¹⁴⁵

结论 12

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效和终止的后果

1. 因在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的条约的缔约方有以下法律义务:

(a) 尽量消除依据与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约之任何规定所实施的任何行为的后果; 以及

(b) 使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。

¹⁴⁵ 见条约法条款草案第 41 条草案评注第(5)段, 同上, 第 238 页。

2. 一项条约因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而终止,不影响缔约方在该条约终止前因实施该条约而产生的任何权利、义务或法律情势,条件是此后这些权利、义务或情势的保持仅以与新的一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触为限。

评注

(1) 与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的后果之一是条约无效,或在条约通过后出现强制性规范的情况下,条约成为无效。然而,一项条约,即使是一项无效的条约,也可能产生后果,例如因为缔约方根据条约行事而产生后果。这些后果可能通过产生权利和义务或通过确立事实情况而表现出来。结论草案 12 涉及条约因为与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效的后果。因此,结论草案 10 和结论草案 12 之间存在密切关系。结论草案 12 涉及被宣布无效的条约的后果。

(2) 与结论草案 10 和 11 一样,结论草案 12 的表述参照了 1969 年《维也纳公约》第五十三条和第六十四条之间的区别:即因与现有的一般国际法强制性规范相抵触而无效的情况,以及因与条约通过后产生的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效的情况。此外,与结论草案 10 和 11 一样,结论草案 12 也十分贴近 1969 年《维也纳公约》的案文。最后,与结论草案 10 一样,条约无效的后果也受结论草案 21 中所述建议的程序的影响。

(3) 结论草案 12 第 1 段涉及条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的情况。本款的措词密切仿效了 1969 年《维也纳公约》第七十一条第一款关于“条约依第五十三条无效者”的措词。鉴于在这种情况下未缔结条约——这也是自始无效之实质——因此不得以条约规定为依据。尽管如此,可能已一秉诚意地依据该无效条约采取了行动,并产生了特定后果。为了处理这些后果,结论草案 12 第 1 段提到两项义务。

(4) 无效条约缔约方的第一项义务是尽量消除依据与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约之任何规定所实施的任何行为的后果。首先应当指出的是,这项义务是要“尽量”消除。因此,该义务不在于结果,而在于行为。该段认识到,也许不可能消除相关后果,但要求各国尽最大努力消除任何此类后果。第二,这里的义务不是消除因依据条约任何部分而实施的任何行为的后果,而只是消除依据条约受质疑的规定而实施的那些行为的后果。因此,虽然条约整体无效,但并没有义务消除依据不与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约规定而实施的行为的后果。第二项义务源自第一项义务,即各方应使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。这意味着,今后,条约缔约方应确保彼此关系符合所涉强制性规范。因此,第一项义务涉及过去的行为,而第二项义务则涉及未来的行为。

(5) 第 2 段涉及 1969 年《维也纳公约》第六十四条处理的情况,即条约因其通过后产生的强制性规范而失效的情况。结论草案 12 第 2 段的措词非常贴近 1969 年《维也纳公约》第七十一条第二款的案文。必须重申,在这种情况下,条约只有在一般国际法强制性规范(强行法)出现之后才会无效。换言之,在条约通过和强制性规范出现之间的这段时间内,条约仍然有效,因此,根据条约实施的行为和产生的权利和义务仍然有效。因此,不存在消除实施有效行为所产生的后果的义务。结论草案指出,一项条约因与其通过后产生的强制性规范抵触而终止,不

影响在该条约终止前因实施该条约而产生的任何权利、义务或法律情势。因此，虽然条约成为无效，但通过合法实施条约而产生的权利、义务或法律情势不会受到影响。然而，只有在这些权利、义务或法律情势的继续存在本身不违反一般国际法强制性规范(强行法)的情况下，才可以对它们予以保持和以之作为依据。

(6) 结论草案 12 第 2 段与 1969 年《维也纳公约》第七十一条一样，规定不受影响的是“缔约方”的权利、义务或法律情势。但这并不意味着在条约失效之前产生的第三国的权利、义务或法律情势必然会受到影响。委员会决定明确指出“缔约方”，是因为结论草案 12 涉及条约关系。因此，在条约失效之前通过实施条约而产生的第三国或第三人的权利和义务也将得到保持，只要保持这些权利和义务本身不与一般国际法强制性规范(强行法)相冲突。

结论 13

对条约的保留对一般国际法强制性规范(强行法)不具效果

1. 对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定的保留不影响该强制性规范的约束性，该规范应继续作为强制性规范适用。
2. 保留不得以违反一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约的法律效力。

评注

(1) 结论草案 13 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对关于条约保留的国际法规则的影响。其目的不是为了规范 1969 年《维也纳公约》第十九条至第二十三条处理的保留问题。本条结论草案着眼于该公约规定的保留的效果。

(2) 第 1 段涉及对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定提出保留的情况。结论草案 13 第 1 段的措辞依据的是委员会《对条约的保留实践指南》。¹⁴⁶ 该段指出，对反映强制性规范的条约规定的保留不影响该规范的约束性，该规范应继续作为强制性规范适用。“作为强制性规范”一语意在表明，一般国际法强制性规范(强行法)即使反映在条约规定中，仍保持其有效性，不受条约规定的影响。这意味着，虽然保留很可能影响条约规则和条约规则的适用，但该规范作为一般国际法强制性规范(强行法)，将不受影响，并将继续适用。结论草案 13 这一段所反映的规则源于国际法的正常施行。它尤其源于一个事实，即根据国际法院的判例，反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定独立于该强制性规范而

¹⁴⁶ 准则 4.4.3。委员会通过的构成《对条约的保留实践指南》的准则案文及其评注转载于《2011 年……年鉴》，第二卷(第三部分)和 Corr.1-2，第 23 页及以下各页。另见联大 2013 年 12 月 16 日第 68/111 号决议，附件。

存在。¹⁴⁷ 因此，对这种条约规定提出的保留可能影响条约规定，但不影响一般国际法强制性规范(强行法)本身。¹⁴⁸

(3) 结论草案 13 第 1 段中的规则与保留的有效性无关。在许多情况下，对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定的保留预计会违背条约的目的和宗旨，因此无效。但保留是否有效，以及任何无效的后果，都属于 1969 年《维也纳公约》所载规则而不是关于一般国际法强制性规范(强行法)的规则所管辖的事项。因此，直接禁止对条约中反映一般国际法强制性规范(强行法)的规定提出保留是过分的，因为这种决定应始终取决于对有关条约的目的和宗旨的确定——这项工作只能通过对每项具体条约的解释来进行。然而，必须强调的是，无论有关保留的有效性如何，一国不能通过对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定提具保留的办法，逃避该规范的约束性。

(4) 结论草案 13 第 2 段涉及表面上为中性、与强制性规范无关，但其适用会违反一般国际法强制性规范(强行法)的保留。这类保留是无效的。根据《对条约的保留实践指南》所载准则 4.4.3 第 2 段，结论草案 13 指出，保留不能以违反一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约的法律效力。准则 4.4.3 的评注中指出的典型例子是“意图将某一类人排除在外，使其不能受益于条约所赋予的某些权利”的保留。¹⁴⁹ 受教育权虽然非常重要，但目前并不是一般国际法(强行法)的强制性规范。因此，对宣称受教育权的条约规定提出保留本身并不违反一般国际法强制性规范(强行法)，也不构成对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定的保留。但是，如果一项保留限定对某一特定种族群体落实这一权利，或不让某一特定种族群体享有这一条约权利，则可认定该保留违反了禁止种族歧视这一公认的一般国际法强制性规范。¹⁵⁰

结论 14

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的习惯国际法规则

1. 习惯国际法规则如与现有的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则不会形成。这不妨碍一般国际法强制性规范(强行法)由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更的可能性。
2. 不具有强制性的习惯国际法规则如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则在抵触范围内停止存在。
3. 一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。

¹⁴⁷ 见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)，管辖权和可受理性，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 392 页起，见第 424 页，第 73 段(“得到公认的上述原则已编纂或体现在多边公约之中，这一事实并不意味着这些原则已不再作为习惯法原则存在或适用”)。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案，实质问题，判决(见上文脚注 56)，第 93-94 页，第 174 段。北海大陆架案也隐含了这一观点(上文脚注 57)，第 41 页及以下各页，第 71 段及以下各段。

¹⁴⁸ 见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案，实质问题，判决(见上文脚注 56)，第 93-94 页，第 175 段(在对一项根据《国际法院规约》第三十六条第二款承认法院管辖权强制性的声明提出保留的背景下处理此问题)。

¹⁴⁹ 《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 146)，准则 4.4.3 评注第(5)段。

¹⁵⁰ 例如，见国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条的评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。

评注

(1) 结论草案 14 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对习惯国际法的影响。结论草案 14 分为 3 段。第 1 段涉及现有一般国际法强制性规范(强行法)对形成新的习惯国际法规则的影响。第 2 段涉及新的一般国际法强制性规范(强行法)对现有习惯国际法规则的影响。第 3 款论述一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范(强行法)的问题。前两段反映了结论草案 10,该草案区分了与条约缔结时已存在的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况和与条约缔结后才出现的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况。

(2) 结论草案 14 第 1 段第一句规定,如果习惯国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触,则该规则不会形成。“不会形成”一词意在表明,即使习惯国际法的组成要素存在(实践和法律确信),在假定规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况下,该习惯国际法的规则不会形成。与条约不同的是,“无效”或“失效”这两个术语不合适,因为习惯国际法的假定规则根本就不存在。

(3) 一般国际法强制性规范(强行法)在等级上优越于其他国际法规范,因此在相互抵触情况下可以否定后一类规范。各国法院的判决承认,一般国际法的强制性规范(强行法)优先于与之相抵触的习惯国际法规则。在 *Siderman de Blake* 诉阿根廷一案中,美国第九巡回上诉法院认为 “[i]事实上……强行法的至高无上超越了国际法的所有规则”,并指出“已达到强行法地位的规范优先于并使与之相抵触的国际协定和其他国际法规则无效”。¹⁵¹ 阿根廷最高法院同样指出,危害人类罪具有“强行法的性质,这意味着[禁令]高于条约法和所有其他国际法渊源”。¹⁵²

(4) 国际性法院和法庭的决定也承认一般国际法强制性规范(强行法)优先于相抵触的习惯国际法规则的立场。在国家管辖豁免案中,国际法院注意到意大利的主张,即“强行法规则总是优先于任何不一致的国际法规则,无论是条约还是习惯国际法所载国际法规则”。¹⁵³ 法院未驳回这一立场,但拒绝认定民事诉讼中的国家豁免规则与一般国际法强制性规范(强行法)之间存在冲突。¹⁵⁴ 一般国际法强制性规范(强行法)相对于习惯国际法的等级优势也在 *Al-Adsani* 诉联合王国一案中得到承认,欧洲人权法院在该案中参照检察官诉 *Anto Furundžija* 案的结论认定,一般国际法强制性规范(强行法)是那些“在国际等级中比条约法甚至‘普

¹⁵¹ *Siderman de Blake* 诉阿根廷案(见上文脚注 11),第 716 页(引述《美国外交关系法注释汇编》(第三版)(1987 年),§102 评论 k)。

¹⁵² *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad* 案(见上文脚注 41),第 48 段(*el carácter de ius cogens de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho*(“强行法的性质使得它不仅高于条约,甚至高于所有法律渊源”))。

¹⁵³ 国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参加诉讼),判决,《2012 年国际法院案例汇编》,第 99 页起,见第 140 页,第 92 段。

¹⁵⁴ 同上,第 92-93 段。就此问题,见 U. Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse*, Edward Elgar, 2020, 第 1.3.1 节(实例包括国际法院在国家的管辖豁免案中(见上文脚注 153)间接确认的优先规则:当一项强行法规范与一项习惯国际法规则相抵触时,国家必须依照前者行事)。

通’习惯规则享有更高等级”的规范。¹⁵⁵ 一般国际法强制性规范(强行法)对与之相抵触的习惯国际法规则的存在产生的后果,在罗萨基斯(Rozakis)法官和卡弗利施(Caflisch)法官在 Al-Adsani 诉联合王国案中的联合反对意见中体现得恰如其分:

大多数人接受禁止酷刑规则是一项强行法规则,因此承认它在等级上高于国际法的任何其他规则……。因为强行法规则的基本特征是……它优先于不具有同样地位的任何其他规则。如果强行法规则与任何其他国际法规则发生冲突,前者优先。¹⁵⁶

(5) 结论草案 14 第 1 段第一句中的规则指出,如果习惯国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触,则该规则不会形成,这源于一个事实,即一般国际法强制性规范(强行法)优先于与之相抵触的习惯国际法规则。因此,肯尼亚高等法院在国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人一案中指出,一般国际法强制性规范(强行法)“使任何其他与之抵触的既定规则无效”。¹⁵⁷

(6) 结论草案 14 第 1 段第二句规定,第一句中的一般原则不妨碍嗣后具有相同性质的一般国际法规范对一般国际法强制性规范(强行法)加以变更的可能性。¹⁵⁸ 这是基于这样一种认识,即如结论草案 5 所述,习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)最常见的基础。因此,通过嗣后接受和承认习惯国际法规则为一般国际法强制性规范(强行法),或出现一个被如此接受和承认的习惯国际法新规则,可能需要对一般国际法强制性规范(强行法)进行变更。

(7) 虽然目前的结论草案不涉及对一般国际法强制性规范(强行法)加以变更的问题,但第 1 段第二句强调,原则上,存在对一般国际法强制性规范(强行法)加以变更的可能性。但是,对一般国际法强制性规范(强行法)加以变更的门槛很高。¹⁵⁹ 为了能够变更一般国际法强制性规范(强行法),有关习惯国际法的规则必须与需要变更的一般国际法强制性规范(强行法)具有相同的性质。取自 1969 年《维也纳公约》第五十三条的“具有相同性质”一语表明,必须承认和接受这种习惯国际法规则本身为不允许克减的规则,并且只能由嗣后的一般国际法强制性规范(强行法)加以变更。在实践中,这意味着,在一般国际法强制性规范(强行法)出现之时,必须有被接受为法律(法律确信)的一般惯例,同时,整个国际社会必须接受并承认这种惯例具有强制性。一项习惯国际法规则只有在其本身也具有强制性的

¹⁵⁵ Al-Adsani 诉联合王国案(见上文脚注 8),第 60 段。另见检察官诉 Anto Furundžija 案(上文脚注 8),第 153 段。

¹⁵⁶ 罗萨基斯法官和卡弗利施法官(后维尔德哈伯法官、科斯塔法官、卡布拉尔·巴雷托法官和瓦吉奇法官加入)在 Al-Adsani 诉联合王国案中的联合反对意见(见上文脚注 8),第 1 段。另见 Kleinlein(上文脚注 80),第 187 页(“认为强行法与区域或地方习惯规则之间存在结构等级是一个相对简单明了的论述”)。

¹⁵⁷ 国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人案(见上文脚注 63)。另见 C 诉入境事务处处长案,HCAL 132/2006、[2008] 2 HKC 165、[2008] HKCFI 109、ILDC 1119 (HK 2008),2008 年 2 月 18 日,第 75 段。

¹⁵⁸ 关于对一般国际法强制性规范加以变更的问题的讨论见 M. Payandeh, “Modification of peremptory norms of general international law”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*...(上文脚注 16), pp. 92-131。

¹⁵⁹ 同上,第 122 页。另见 D. Tladi, “Grotian moments and peremptory norms of general international law: friendly facilitators or fatal foes?“, *Grotiana*, vol. 42 (2021), pp. 335-353, at p. 346 (“极其繁重的门槛”)。

情况下，才能对一项一般国际法强制性规范(强行法)予以克减并变更。英格兰和威尔士高等法院女王王座法庭在 *R (Mohamed)* 诉外交和联邦事务大臣一案的判决中支持这一观点。判决提到一般国际法强制性规范(强行法)的优越等级后，指出“不允许国家通过不具有同等地位的条约或习惯法规则克减这些规范”。¹⁶⁰

(8) 结论草案 14 第 2 段涉及习惯国际法规则形成时与现有一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触，但在习惯国际法规则形成后与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况。该段规定，这种习惯国际法规则“如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则在抵触范围内停止存在”。“停止存在”一词表明，在新的一般国际法强制性规范(强行法)出现之前，习惯国际法规则已经生效，但在一般国际法强制性规范(强行法)出现时，则停止存在。“如……则在抵触范围内”一语意在表明，习惯国际法规则只有与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的部分将停止存在。这一短语的作用就像一个分离条款，目的是保留习惯国际法规则中与一般国际法强制性规范(强行法)相一致的部分。限定词“如……则在抵触范围内”不适用于结论草案 14 的第 1 段，因为就先前存在的一般国际法强制性规范(强行法)而言，所涉习惯国际法规则根本不存在。

(9) 结论草案 14 第 3 段涉及一贯反对者规则。该段规定，一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。委员会关于习惯国际法的识别的结论草案之结论 15 指出，在习惯国际法规则形成过程中，只要一个国家坚持反对，该习惯国际法规则就不对一贯反对该规则的国家适用。然而，关于习惯国际法的识别的结论草案之结论 15 也指出，这一规则不妨碍一般国际法强制性规范(强行法)所涉任何问题。¹⁶¹

(10) 一贯反对不适用于一般国际法强制性规范(强行法)的规则源于结论草案 3 所反映的一般国际法强制性规范的普遍适用和等级优越。¹⁶² 这意味着一般国际法强制性规范(强行法)适用于所有国家。在这方面，瑞士联邦最高法院在 *Youssef Nada* 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案中指出，强行法规范“对国际法的所有主体都具有约束力”。¹⁶³ 美洲人权法院的结论认为，一般国际法强制性规范(强行法)“约束所有国家”。¹⁶⁴ 由于普遍适用和等级优越，一般国际法

¹⁶⁰ *R (Mohamed)* 诉外交和联邦事务大臣案，[2008] EWHC 2048 年(Admin)，[2009] 1 WLR 2579，第 142(ii)段。另见 A. C. de Beer and D. Tladi, “The use of force against Syria in response to alleged use of chemical weapons by Syria: a return to humanitarian intervention?”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 79, No. 2 (2019)，第 217 页，作者在其中指出，如果禁止使用武力被视为一般国际法的强制性规范(强行法)，只有当习惯国际法的嗣后规则被“接受和承认”为具有强制性时，才能出现，从而修改以前存在的一般国际法强制性规范(强行法)。

¹⁶¹ 关于习惯国际法的识别的结论草案之结论 15，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 152-154 页。

¹⁶² 关于这些规范的普遍适用，例如，见 1995 年 6 月 19 日墨西哥政府关于联大第四十九届会议请求国际法院提出咨询意见的书面声明(第 49/75K 号决议)，第 7 段(“规范……对所有国家都具有法律约束力(强行法)”)。

¹⁶³ *Youssef Nada* 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案(见上文脚注 30)，第 7 段(强调是后加的)。

¹⁶⁴ “无证移民的法律地位和权利”(见上文脚注 27)，第 113 页，第 4-5 段。

强制性规范(强行法)不受制于一贯反对者规则的规定也反映在各国的论述中。¹⁶⁵ 具体针对一贯反对者规则的一个论点,美洲人权委员会在 *Michael Domingues 诉美国案* 中裁定,一般国际法强制性规范(强行法)“对整个国际社会具有约束力,无论是抗议、承认或默许”。¹⁶⁶

(11) 学术著作中产生的一个问题是,一项一般国际法强制性规范(强行法)面对一个或几个国家的一贯反对,是否还会出现?¹⁶⁷ 答案是还会出现,因为少数国家对习惯国际法规则的一贯反对并不妨碍该规则的出现;相反,这种反对只是使该规则不对坚持反对意见的一个或多个有关国家适用。因此,一贯反对者规则不妨碍基于一个或更多国家一贯反对的习惯国际法规则的一般国际法强制性规范(强行法)的出现。与此同时,如果一国一贯反对的习惯国际法规则被整个国际社会接受和承认为不可克减的规则,并且只能由嗣后具有同样性质的一般国际法规范加以变更,则一贯反对的效果就会消失

(12) 一项一般国际法规则(强行法)是否得到这种接受和承认,可能受到对规则确立的一贯反对影响。根据结论草案 7 第 2 段,“国家组成之国际社会全体”一词不要求所有国家接受和承认,但要求绝大多数国家接受和承认。因此,如果一项习惯国际法规则遭到若干国家的一贯反对,这种反对可能不足以妨碍习惯国际法规则的出现,但可能足以妨碍该规范被承认为一项一般国际法强制性规范(强行法)。换句话说,如果这种一贯反对意味着有关规范不被国家组成之国际社会全体接受和承认为不可克减的规范,那么一般国际法强制性规范(强行法)可能不会出现。

¹⁶⁵ 另见伊朗伊斯兰共和国,“一贯反对者”……在强行法形成过程中没有地位”(A/C.6/68/SR.26,第 4 段)。另见各国 2016 年和 2018 年在第六委员会会议上的发言(议程项目 78:国际法委员会的报告),特别是以下发言:巴西“欢迎[关于习惯国际法的识别的结论草案]结论草案 15 的澄清,即纳入一贯反对者规则不影响任何强行法问题”(A/C.6/71/SR.22,第 18 段);智利指出,“就强行法规则而言,一贯反对者制度不适用(A/C.6/71/SR.21,第 102 段);塞浦路斯“欢迎关于习惯国际法识别的结论草案之结论草案 15 第 3 段……不妨碍关于一般国际法强制性规范(强行法)的任何问题”(A/C.6/73/SR.23,第 43 段);萨尔瓦多“同意特别报告员的意见,即一贯反对者的理论不适用于强行法规范”(A/C.6/71/SR.25,第 63 段);芬兰代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)发言,“欢迎在结论草案中纳入[关于习惯国际法识别的]一贯反对者规则。然而,应顾及国家反对的规则类别,必须特别考虑普遍尊重各个基本规则,特别是与保护个人有关的规则”(A/C.6/71/SR.20,第 52 段);希腊“重申[该国代表团对一贯反对者规则既适用于强行法规则,也适用于更广泛的国际法一般原则表示怀疑”(A/C.6/71/SR.22,第 10 段);冰岛代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)发言说,“一贯反对者的概念与强行法的概念不相符合”(A/C.6/71/SR.24,第 63 段);墨西哥指出,“可能一贯反对强制法规则的情况并不存在”(A/C.6/71/SR.22,第 25 段);斯洛文尼亚“同意宣布强行法规范具有特殊和例外的性质,这反映了国际社会所坚持的共同和最重要的价值。为此原因,斯洛文尼亚代表团重申其意见,认为一贯反对者是与强行法的性质不符的”(A/C.6/71/SR.26,第 114 段);南非“同意[特别报告员的]初步意见,即不能对强行法规范提出异议”(同上,第 86 段);西班牙指出,“令人遗憾的是,[关于习惯国际法的识别的结论草案]之结论草案 15 中没有具体说明不能一贯反对一般国际法的强制性规范”(A/C.6/73/SR.21,第 91 段)。

¹⁶⁶ *Michael Domingues 诉美国案*(见上文脚注 8),第 49 段。

¹⁶⁷ C. Mik, “Jus cogens in contemporary international law”, 《波兰国际法年鉴》,第 33 卷,第 27 号(2013 年),第 50 页。另见 Costelloe (上文脚注 1),第 21-23 页。

(13) 结论草案 14 第 3 段提及一贯反对者“规则”。委员会决定使用“一贯反对者规则”一词，因为这一概念经常被称为“规则”，而且委员会在以前的工作中已经将其称为“规则”或“理论”。¹⁶⁸

(14) 结论草案 14 的适用应与结论草案 20 中提出的解释性规则和结论草案 21 中提出的建议的程序一并解读。

结论 15

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国家单方面行为所创设的义务

1. 表明有意接受与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际法义务约束的国家单方面行为，不创设此种义务。
2. 国家单方面行为所创设的国际法义务如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则在抵触范围内停止存在。

评注

(1) 结论草案 15 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对表明有意接受国际法义务约束国家的单方面行为的法律后果。¹⁶⁹ 结论草案 15 基于这样一项理解，即单方面行为，在下述某些条件下，可以对实施此种单方面行为的国家产生义务。结论草案 15 第 1 段涉及单方面行为在实施时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况。该段规定，在这种情况下，单方面行为不产生任何此种义务。一般国际法强制性规范(强行法)的这一后果与本结论草案之结论 10 第一句和结论 14 第 1 段所述的后果是一致的，即根本不会产生任何义务。

(2) 结论草案 15 第 1 段受 1969 年《维也纳公约》第五十三条的启发。¹⁷⁰ 委员会在其《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》中，对这一规则使用以下措辞：“与一般国际法强制性规范冲突的单方面声明无效”。¹⁷¹ 虽然《指导原则》使用了声明“无效”一词，但本结论草案使用了更宽泛的术语，即“不创设此种义务”和“停止存在”，以便更充分地反映结论草案的更宽泛背景，即从更广泛意义上处理单方面行为。因此，重点是有关单方面行为打算产生的法律义务。如第 1 段所述，这种义务如果与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，则不会产生。

(3) 第 2 段涉及一般国际法强制性规范(强行法)在单方面行为产生国际法义务以后才出现的情况。该段的范围不同于第 1 段，第 2 段涉及单方面行为业已产生的义务。第 2 段规定，如果这种义务在产生以后与新的一般国际法强制性规范(强

¹⁶⁸ 例如，例如，见关于习惯国际法的识别的结论草案第四部分的评注，以及结论 15 的评注第(4)段，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 153 页。

¹⁶⁹ 因此本结论草案的范围比 2006 年《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》的范围更为宽泛，那些原则“仅涉及严格意义上的单方面行为，即那些以国家出于创立国际法义务之意图而所作的正式声明为形式的单方面行为”(序言部分第 5 段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 161 页及以下各段，见第 176-177 页)。

¹⁷⁰ 见《对条约的保留实践指南》(上文脚注 146)，第 224 页，准则 3.1.5.3 评注第(18)段，其中指出，“禁止减损强行法规则的规则不仅适用于条约关系，而且适用于所有法律行为，包括单方面行为”。

¹⁷¹ 《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》的指导原则 8(见上文脚注 169)，第 165 页。

行法)相抵触,此种义务将停止存在。结论草案 15 第 2 段反映了结论草案 10 第 2 段和结论草案 14 第 2 段的论述。该段承认,在这些情况下,义务已经确实形成,只有在新的一般国际法强制性规范(强行法)出现后停止存在。结论草案 15 第 2 段的规则受到 1969 年《维也纳公约》第六十四条的启发。

(4) 单方面行为所产生的义务与单方面行为实施后出现的新的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触,这种义务只有在与新的一般国际法强制性规范(强行法)不一致的范围内停止存在。如同结论草案 14 第 2 段,“如……则在抵触范围内”一语意在表明,有关义务只有与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的那些方面将停止存在。义务的其他方面将继续存在和适用,但前提是在相抵触的方面停止存在的情况下其他方面仍有可能维持。

(5) 结论草案 15 不涉及所有单方面行为,也不涉及创设义务的所有行为。它关注的是仅一国打算对该国本身创设义务的单方面行为。本结论草案不涉及义务的来源,如条约和习惯国际法,这些在以前的结论草案中都有涉及。同样,本结论草案也不涉及结论草案 13 中论述的保留。此外,结论草案 15 不涵盖与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的其他行为,那些行为由关于国际法之下不法行为的责任的其他结论草案处理。例如,不打算对国家创设义务但却构成违反一般国际法强制性规范(强行法)的单方面行为见本结论草案的结论 17、18、19 和 22。结论草案 15 只涉及一国表示有意单方面承担义务的单方面行为,而不涉及其他行为。¹⁷²

(6) 结论草案 15 第 1 段将有关的单方面行为描述为“表明有意接受国际法义务约束的单方面行为”。因此,实施单方面行为的国家必须有意确立国际法下的义务。这需要确定实施单方面行为国家的意图。在边界争端案(布基纳法索/马里共和国)中,国际法院裁定,单方面行为是否能够产生义务“完全取决于有关国家的意图”。¹⁷³“表明有意”一词旨在表明,尽管寻求的是国家的主观意图,但这一意图必须根据每个具体案件的总体事实和情况来确定。¹⁷⁴因此,主观意图要依靠客观事实来寻求。用国际法院的话说,单方面行为是否有意创设法律义务,将“通过对该行为的解释来确定”。¹⁷⁵同样,结论草案 15 第 2 段仅适用于第(5)款所述的单方面行为。

(7) 结论草案 15 适用于国家的单方面行为。结论草案 16 论述国际组织为该国际组织创设或打算创设义务的单方面行为。结论草案 15 涉及国家的单方面行为,这一事实不影响一般国际法强制性规范(强行法)可能对非国家行为者单方面行为产生的法律后果。

¹⁷² 见 2006 年《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》指导原则 2 的评注(同上,第 162 页)。

¹⁷³ 边界争端案(布基纳法索/马里),判决,《1986 年国际法院案例汇编》,第 554 页起,见第 573 页,第 39 段。另见核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974 年国际法院案例汇编》,第 253 页起,见第 267 页,第 43 段(“当发表声明的国家打算根据其条款接受约束时,这一意图赋予声明以法律承诺的性质,从那时起,法律要求该国遵循与声明相一致的行为方针”)。

¹⁷⁴ 边界争端案(见上文脚注 173),第 574 页,第 40 段。

¹⁷⁵ 核试验案(澳大利亚诉法国)(见上文脚注 173),第 267 页,第 44 段。

(8) 结论草案 15 的适用问题应与结论草案 20 中提出的解释性规则和结论草案 21 中提出的建议的程序一并解读。

结论 16

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际组织决议、决定或其他行为所创设的义务

国际组织本应具有约束力的决议、决定或其他行为如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则在抵触范围内不创设国际法义务。

评注

(1) 结论草案 16 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对国际组织的决议、决定和其他行为的法律后果。

(2) 结论草案 16 适用于国际组织的决议、决定或其他行为,无论其名称如何。国际组织的“决议、决定或其他行为”一语意在表达关于习惯国际法的识别结论草案之结论草案 12 评注第(2)段中对“决议”的称谓。¹⁷⁶ 它还涵盖国际组织表明有意接受约束的单方面行为。“本应具有约束力”一语希望将结论草案的范围限制在通常具有约束力的国际组织的决议、决定和行为,除非与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触。国际组织“本应具有约束力”的决议、决定或行为的实例包括安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的一项决议中的决定¹⁷⁷,或联大接纳一国成为本组织成员的决定。这种决定是否具有约束力(或者本应具有约束力)的问题将通过对相关决定的解释来确定。¹⁷⁸ 欧洲联盟还以指令、条例和决定的形式产生对成员国具有约束力的法规。其他国际组织,如国际民用航空组织、非洲联盟和世界贸易组织也可能产生具有约束力的决议、决定或其他行为,但本结论草案中规定的情况除外。因此,结论草案 16 意在宽泛,涵盖本应产生国际法义务的所有决议、决定和行为。

(3) 遵循结论草案 14 和 15 的措辞,结论草案 16 指出,第(2)段所述决议、决定和其他行为如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则在抵触范围内不创设国际法义务。与结论草案 14 第 2 段和结论草案 15 第 2 段一样,“如……则在抵触范围内”一语的意思是,只有那些与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的义务才会受到结论草案实施的影响。与一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触的其他义务不受结论草案 16 实施的影响。国际组织的决议、决定或其他行为中与一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触的部分,如果可以分离,将继续适用。

(4) 结论草案 16 中一项决议、决定或行为如与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触则不创设国际法义务的规则,源于一般国际法强制性规范(强行法)的等级优

¹⁷⁶ 见关于习惯国际法的识别的结论草案结论 12 的评注第 2 段,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 147 页。

¹⁷⁷ 《联合国宪章》第二十五条规定,“联合国会员国同意接受并履行安全理事会之决议”,根据该条,安全理事会根据《联合国宪章》第七章作出的决定具有约束力。

¹⁷⁸ 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 113),第 53 页,第 114 段。(“在得到结论认为一项安全理事会决议具有约束力之前,应仔细分析该决议的措辞。鉴于第二十五条规定的权力的性质,实际上是否行使了这些权力的问题应根据每一种情况来加以确定,同时考虑到需要解释的决议的条款、通过该决议前的讨论、援引的《宪章》条款以及总的来说可能有助于确定安全理事会决议的法律后果的所有情况”)。

越性。如果不能通过条约、习惯国际法和单方面行为产生与一般国际法强制性规范(强行法)不一致的国际法规则,那么也不能通过国际组织的决议、决定或其他行为产生此种规则。然而,安全理事会的决议、决定或行为则另当别论,因为根据《联合国宪章》第一百零三条,《联合国宪章》规定的义务优先于国际法的其他规则。¹⁷⁹ 因此,委员会认为,考虑到一般国际法强制性规范(强行法)的等级优越性,必须强调,结论草案 16 同样适用于安全理事会具有约束力的决议、决定和行为。¹⁸⁰

(5) 结论草案 16 中规则的适用应与结论草案 20 中提出的解释性规则和结论草案 21 中提出的程序一并解读。虽然结论草案 21 所列的程序规则也适用于其他义务渊源,但这些规则对于根据《联合国宪章》第七章通过的联合国决议尤其重要。¹⁸¹ 因此,结论草案 16 不应被解读成为单方面放弃源自联合国具有约束力的决议的义务提供借口。事实上,虽然评注明确指出,结论草案 16 涵盖安全理事会决议,但委员会意识到,安全理事会决议从表面上看极不可能与一般国际法强制性规范(强行法)相冲突。¹⁸² 因此,首先,在确定安全理事会决定与一般国际法强制性规范(强行法)之间存在冲突之前,应适用结论草案 20 所载的解释规则,以便

¹⁷⁹ 《联合国宪章》第一百零三条规定,“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先”。虽然这一条款只提到国际协定,但它被解释为适用于习惯国际法,当然也适用于其他国际组织的决议、决定和行为。关于讨论,见国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿), (上文脚注 44), 第 344-345 段,特别是第 345 段。(“因此,似乎不妨赞同普遍的看法,即第一百零三条应当加以广泛解释,以便肯定宪章义务也优先于联合国会员国的习惯法义务”)。

¹⁸⁰ 各国的发言,例如,见瑞士代表德国、瑞典和瑞士:“一些法院也表示愿意确保安全理事会的决定符合”一般国际法强制性规范(强行法),“会员国和联合国均不得加以克减”(S/PV.5446, 第 28 页);以及卡塔尔:虽然根据《联合国宪章》第一百零三条,安全理事会决议产生的义务优先于其他义务,但这不适用于一般国际法强制性规范(强行法)(S/PV.5779, 第 23 页)。另见阿根廷和尼日利亚(分别见 S/PV.5474, 第 20 页;和 S/PV.5474(续会 1), 第 19 页);芬兰代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)发言说,“人们普遍认为,安全理事会的权力虽然非常广泛,但受到国际法强制性规范的限制”(A/C.6/60/SR.18, 第 18 段);伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/66/SR.7, 第 84 段)。其他国家的意见,见美国(A/C.6/60/SR.20, 第 36 段),其中提醒说,“应当避免”对一般国际法强制性规范(强行法)和源自《联合国宪章》第一百零三条的义务(一个突出实例是安全理事会决议)之间的“关系做出笼统声明”;大不列颠及北爱尔兰联合王国(A/C.6/73/SR.27, 第 73 段,引述书面陈述附件第 5 段),声明没有任何“国家实践支持一国可以违反强行法规范为由拒绝遵守一项有约束力的[安全理事会]决议的论点”;俄罗斯联邦(A/C.6/73/SR.26, 第 131 段),其中强调,就安全理事会决议问题与强行法规范有关的讨论“不是以任何实践为基础的”,结论草案可能会被误解,“从而破坏安全理事会的活动”。不同法院的意见,例如,见 R (Al-Jedda 的申诉)诉国防部长案,2007 年 12 月 12 日上诉判决,上议院, [2008] 3 All ER 28 (宾汉勋爵), 第 35 段;Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案(见上文脚注 30), 第 7 段。(“然而,强行法,即对国际法所有主体具有约束力的强制性法律,限定了适用安全理事会决议的义务。为此,正如请愿人所声称的,必须确定安全理事会通过的制裁决议是否违反强行法”);检察官诉 Duško Tadić 案,案件号 IT-94-1, 1999 年 7 月 15 日判决,前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭,第 296 段;Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案(见上文脚注 36), 第 226 段(上诉案,欧洲法院未处理此事)。

¹⁸¹ 关于程序规则对适用一般国际法强制性规范(强行法)的重要性,见 M. Wood, “The unilateral invocation of *jus cogens* norms”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*...(上文脚注 16), pp. 366-385。

¹⁸² 见 D. Costelloe, “Peremptory norms and resolutions of the United Nations Security Council”, 同上, 第 441-467 页。

尽可能避免这种冲突。¹⁸³ 第二, 在由于认为具有约束力的安全理事会决议与一般国际法强制性规范(强行法)相冲突而采取任何措施之前, 一国则应遵循结论草案 21 中规定的程序。

结论 17

一般国际法强制性规范(强行法)作为对整个国际社会承担的义务(普遍义务)

1. 一般国际法强制性规范(强行法)产生对整个国际社会承担的义务(普遍义务), 关乎所有国家的合法利益。
2. 根据关于国家对国际不法行为的责任的规则, 任何国家均有权援引另一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任。

评注

(1) 结论草案 17 涉及普遍义务问题, 由两个段落组成。第 1 段指出, 一般国际法强制性规范(强行法)产生对整个国际社会承担的义务(普遍义务)。一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间的关系, 已在国家实践当中得到承认。例如, 刚果民主共和国在联大第六委员会的一次发言中提议缔结一项禁止使用武力条约, 并指出, 鉴于禁止使用武力是一项一般国际法强制性规范(强行法), 所提议的条约应具有普遍效力。¹⁸⁴ 同样, 捷克共和国指出, “强行法义务是普遍义务, 不容有任何克减, 包括协议克减。”¹⁸⁵ 澳大利亚联邦法院在 *Nulyarimma* 等人诉 *Thompson* 案中也接受了当事方的主张, 即“禁止灭绝种族是一项习惯国际法强制性规范(强行法), 产生不可克减的普遍义务, 即每个国家对整个国际社会承担的强制执行义务”。¹⁸⁶ 同样, 美国马萨诸塞州联邦地区法院在 *Kane* 诉 *Winn* 一案中裁定“禁止酷刑”是一项普遍义务, “作为一项强行法规范……是‘不可克减且具有强制性的’”。¹⁸⁷ 德国联邦宪法法院也指出, 属于强行法的规范具有普遍适用的效力。¹⁸⁸

(2) 国际法院尚未明确宣布一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间存在的关联。尽管如此, 可以从该法院的一些判决和咨询意见当中推断出此种关联。

¹⁸³ 同上, 第 444 页(“根据上下文并参照其他适用的国际法规则来解释安全理事会决议或许已经提供了答案”)。

¹⁸⁴ 刚果民主共和国(旧称扎伊尔)(A/C.6/35/SR.32, 第 38 段)。另参见荷兰在联大第四十九届会议期间在第六委员会第 25 次会议上的发言。荷兰在发言中指出, “国际罪行总会涉及到违反强行法或普遍义务”(A/C.6/49/SR.25, 第 38 段)。

¹⁸⁵ 捷克共和国(A/C.6/49/SR.26, 第 19 段)。另见布基纳法索(A/C.6/54/SR.26)。

¹⁸⁶ *Nulyarimma* 等人诉 *Thompson* 案, 1999 年 9 月 1 日的上诉裁定, [1999] FCA 1192, 165 ALR 621, 96 FCR 153, ILDC 2773(AU 1999), 第 81 段。

¹⁸⁷ *Kane* 诉 *Winn* 案, 美国马萨诸塞联邦地区法院, 31 F. Supp.2d 162, 199(D. Mass. 2004)。另见 R 和联合国难民事务高级专员公署诉外交和联邦事务大臣和内政大臣案, 高等法院 2006 年 10 月 12 日的上诉判决, [2006] ALL ER (D) 138, 第 102 段, 提及“普遍强行法”。

¹⁸⁸ *Jorgić* 案(见上文脚注 47), 第 17 段。

首先，曾被该法院描述为具有普遍性的每一项规范，¹⁸⁹ 均同时出现于委员会以往提出的具有强制性地位的规范的非详尽清单。该清单载于本结论草案附件。其次，国际法院曾针对违反此类普遍义务行为适用《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 41 条之下的法律后果(涉及违反强制性规范行为)。¹⁹⁰ 在承认普遍义务与一般国际法强制性规范(强行法)之间关系密切方面，委员会本身的态度更为明确。¹⁹¹ 强制性规范与普遍义务之间的关系在学术著作当中也得到承认。¹⁹²

(3) 虽然所有一般国际法强制性规范(强行法)均产生普遍义务，但普遍认为，并非所有的普遍义务均源自一般国际法强制性规范(强行法)。¹⁹³ 例如，某些与共同空间有关的规则，尤其是共同遗产制度，无论是否具有强制性地位，均可产生

¹⁸⁹ 例如，见 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，2019 年 2 月 25 日的咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编》，第 95 页起，见第 139 页，第 180 段(将自决权视为具有普遍性)。另见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案(上文脚注 123)，第 102 页，第 29 段，法院将自决具有普遍性一说描述为“无懈可击”。在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)案(见上文脚注 5)中，法院申明，“《灭绝种族罪公约》内含普遍义务”，且“灭绝种族禁令具有强制性规范(强行法)性质”(同上，第 47 页，第 87 段)。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(冈比亚诉缅甸)(上文脚注 7)；见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(上文脚注 123)，第 88、第 149 和第 155 段；以及巴塞罗那电车公司案(同上)，第 32 页，第 33-34 段，法院在其中裁定，“义务源自……法律上对侵略行为和灭绝种族行为的禁止……包括对免遭奴役和种族歧视的保护”。另见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 44)。上述结论另见《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段。但就“当事方之间的普遍义务”而言，另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用—临时措施(冈比亚诉缅甸)(上文脚注 7)。

¹⁹⁰ 见国家对国际不法行为的责任条款草案(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，以及条款草案评注，第 77 段)。上述条款另见经 A/56/49(Vol. I)/Corr.4 修改的联大 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议附件。特别参见，1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(上文脚注 189)，第 139 页，第 180 段；和在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 123)，第 159 段。

¹⁹¹ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第二部分第三章，尤其是：该章总评注第(4)段，其中将“承认国际法强制性规范概念”称为一个与普遍义务“有密切联系”的进展情况；总评注第(7)段，其中委员会指出普遍义务与一般国际法强制性规范(强行法)之间“至少存在着相当大的重叠”(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 111-112 段)。

¹⁹² 例如，见 R. J. Barber, “Cooperating through the General Assembly to end serious breaches of peremptory norms”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71 (2022), pp. 1-35, at p. 4; A. Pigrau, “Peremptory norms in the advisory opinion of the International Court of Justice on the decolonisation of Mauritius and the Chagos Archipelago”, in T. Burri and J. Trinidad (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos Advisory Opinion*, Cambridge University Press, 2021, at p. 119; Ene (上文脚注 45), at p. 302; M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*” (上文脚注 132); I. Scobbie, “The invocation of responsibility for the breach of ‘obligations under peremptory norms of general international law’”, *European Journal of International Law*, vol. 13, No. 5 (2002), p. 1210 (“在巴塞罗那电车公司案之后，委员会认为，‘对国际社会全体承担的’强制性规范和义务基本上是一枚硬币的两面”)；F. Forrest Martin, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 353; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 106; Tomuschat, “Reconceptualizing the debate ...” (上文脚注 45), p. 430; A. Pellet, “Conclusions”, in Tomuschat and Thouvenin (*ibid.*); and M. M. Bradley, “*Jus cogens*’ preferred sister: obligations *erga omnes* and the International Court of Justice—fifty years after *Barcelona Traction* case”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*”(上文脚注 16), pp. 193-226.

¹⁹³ 例如，见 Villalpando(上文脚注 192); Forrest Martin(上文脚注 192); and P. Lorenzo, “The protection of the environment as an imperative norm of international law (*ius cogens*)”, *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 37 (2020), pp. 41-69, at p. 48.

普遍义务。国际海洋法法庭根据 1982 年《联合国海洋法公约》确定了与公海和深海海底有关的义务，以确立普遍义务。¹⁹⁴

(4) 结论草案 17 第 1 段意在从总体上把握上文所述一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间的关系。该段指出，一般国际法强制性规范(强行法)“产生”普遍义务。这一措辞系基于委员会的《国家对国际不法行为的责任条款草案》，在上述条款当中，普遍义务被描述为“一般国际法强制性规范产生”的义务。¹⁹⁵“关乎所有国家的合法利益”语句描述了一般国际法强制性规范(强行法)具有普遍性的主要后果。¹⁹⁶“合法利益”词语涵盖对法律规范本身的保护，包括权利和义务在内。

(5) “关乎”(in relation to which)一词旨在涵盖普遍义务可能涉及国家利益的各种方式。例如，在巴塞罗那电车公司案中，国际法院提到“保护”普遍义务所涵盖的权利所具有的合法利益。¹⁹⁷在与起诉或引渡义务有关的问题¹⁹⁸、关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见¹⁹⁹、关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见²⁰⁰以及东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案的判决²⁰¹中，也使用了保护与义务有关的权利中存在合法利益的表述。在巴塞罗那电车公司案的判决中，法院提到所有国家在“遵守”有关义务方面有合法利益。²⁰²与起诉或引渡义务有关的问题一案²⁰³和《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(冈比亚诉缅甸)中也反映了所有国家“遵守”或“遵从”义务合乎其利益

¹⁹⁴ 担保个人和实体从事“区域”内活动的国家所负责任和义务，咨询意见，《2011 年国际海洋法法庭报告》，第 59 页，第 180 段。

¹⁹⁵ 第二部分第三章总评注第(7)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 111-112 页。

¹⁹⁶ 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(见上文脚注 189)，第 139 页，第 180 段(“所有国家都有保护该权利的合法利益”)；巴塞罗那电车公司案(上文脚注 123)，第 32 页，第 33 段(“可认为所有国家都有对其进行保护的合法利益”)。另见检察官诉布拉斯基奇案，案件号 IT-95-14-AR108 bis，根据克罗地亚共和国的请求而复查第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日判决的裁决，1997 年 10 月 29 日的裁决，上诉分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，ILR，第 110 卷(1998 年)，第 688 页，第 26 段(“[前南斯拉夫问题国际法庭规约]第 29 条规定了‘所有当事方的普遍义务’……同样，第 29 条假定遵守该条符合群体利益。换言之，联合国所有会员国对履行第 29 条规定的义务均具有合法利益”)。

¹⁹⁷ 见巴塞罗那电车公司案(上文脚注 123)，第 32 页，第 33 段。

¹⁹⁸ 与起诉或引渡义务有关的问题(见上文脚注 70)，第 449 页，第 68 段(“这些义务可被界定为‘所有当事方的普遍义务’，因为每一缔约国在任何特定情况下都有遵守这些义务的利益”)。

¹⁹⁹ 见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 123)，第 155 段。

²⁰⁰ 见 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(上文脚注 189)，第 139 页，第 180 段。

²⁰¹ 见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)(上文脚注 123)，第 102 页，第 29 段。

²⁰² 巴塞罗那电车公司案(上文脚注 123)，第 32 页，第 35 段(“在一个具体案件中，当一项具体义务[外交保护]受到质疑时，不能认为所有国家都对遵守这项义务有合法利益”)。

²⁰³ 与起诉或引渡义务有关的问题(见上文脚注 70)，第 449 页，第 68 段(“这些义务可被界定为‘所有当事方的普遍义务’，因为每一缔约国在任何特定情况下都有遵守这些义务的利益”)。

的概念。²⁰⁴ 法院还提到国家预防普遍义务所涵盖的行为也合乎其合法利益。²⁰⁵ 在关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留的咨询意见中，法院提到了“实现那些构成公约存在理由的崇高宗旨”中的“共同利益”。²⁰⁶ 短语“关乎”意在涵盖所有这些不同的表述。

(6) 结论草案 17 第 2 段在第 1 段基础上更进一步，描述了普遍义务与一般国际法强制性规范(强行法)之间联系的一个确切后果。该段以更精确的语言，描述了第 1 段当中“关乎所有国家的合法利益”语句的含意。上述后果是，任何国家均有权就另一国违反一般国际法强制性规范(强行法)情况援引后者的责任。结论草案 17 第 2 段所采用的措辞系遵循委员会《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 48 条案文。该条规定，“任何国家有权……对另一国援引责任……被违反的义务是对整个国际社会承担的义务。”²⁰⁷

(7) 结论草案 17 第 2 段所载的规则得到国际法院和法庭司法裁决的支持。在适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》(冈比亚诉缅甸)案中，国际法院裁定，一国即使不是“特别受影响的国家”，也可以就另一缔约国“未履行其普遍义务的指称”援引后者的责任。²⁰⁸ 在此基础上，法院得出结论认为，冈比亚有初步证据就据称在缅甸发生的违反《公约》义务的行为提交争端，即使该国没有受到这些违反行为的特别影响。²⁰⁹ 虽然该案涉及所有当事方的普遍义务，但该原则同样一般性地适用于普遍义务。同样，在担保个人和实体的国家所负责任和义务一案中，国际海洋法法庭裁定，“考虑到与保护公海和‘区域’环境有关的义务的普遍性质”，《公约》的每个缔约国都有权提出损害索赔。²¹⁰

(8) 根据结论草案 17 第 2 段，一国援引另一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)责任的权利，须根据关于国家对国际不法行为的责任相关规则行使。这一限定旨在强调受害国援引责任与任何其他国家援引责任之间的区别。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》，受害国援引另一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)责任的权利须根据第 42 条行使，而第三国则有权根据第 48 条就此类违反情况援引责任。²¹¹ 受害国在以受害国身份援引另一国责任时，有权就《国家对国际不法行为的责任条款草案》第二部分第二章规定的所有形式赔偿提出主张。但是，受害国以外的国家援引另一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任时，只可主张“停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保

²⁰⁴ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(冈比亚诉缅甸)(见上文脚注 7)，第 17 页，第 41 段(“这些规定产生了‘可界定为“所有当事方的普遍义务”的义务，因为每一缔约国在任何特定情况下都有遵守这些义务的利益’”)。

²⁰⁵ 同上。(“鉴于《灭绝种族罪公约》所有缔约国的共同价值观，确保防止灭绝种族行为，并确保在发生灭绝种族行为时，犯罪人不会逍遥法外，符合它们的共同利益”)。

²⁰⁶ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(见上文脚注 4)，第 23 页。

²⁰⁷ 第 48 条第 1 款(b)项，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 126 页。

²⁰⁸ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(冈比亚诉缅甸)(上文脚注 7)，第 17 页，第 41 段。

²⁰⁹ 同上，第 42 段。

²¹⁰ 担保个人和实体的国家所负责任和义务(见上文脚注 194)，第 59 页，第 180 段。

²¹¹ 见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 126 页，第 48 条评注第(1)段。

证”。²¹² 受害国以外的国家只可为“受害国或被违反之义务的受益人”，提出赔偿主张，不可为使本国获益提出赔偿主张。²¹³

(9) 结论草案 17 第 2 段规定的援引国家对违反强行法行为的权利也适用于其他有关组织，特别是国际组织。这具有两层含义。首先，一国际组织可援引另一行为者对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任。第二，另一行为者可援引一国际组织对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任。

(10) 结论草案 17 中的规则也适用于国际组织的概念反映在国际组织的责任条款草案第 49 条中²¹⁴，根据该条，一国或一国际组织有权因一国际组织违反对国家组成之国际社会全体承担的义务而援引该国际组织的责任。国际海洋法法庭在关于担保个人和实体的国家所负责任和义务的咨询意见中，承认国际组织可以援引国家对违反普遍义务的责任。²¹⁵

结论 18

一般国际法强制性规范(强行法)和解除不法性的情况

对于违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何国家行为，不得援引关于国家对国际不法行为的责任的规则所规定的任何解除不法性的情况。

评注

(1) 结论草案 18 涉及解除违反一般国际法强制性规范(强行法)行为不法性的情况。一般规则是，特定情况的存在可有助于解除原本不合法之国家行为的不法性。²¹⁶ 结论草案 18 规定在相关违反行为涉及一般国际法强制性规范(强行法)时不得援引解除不法性的情况，从而为上述有关国际法下责任的一般规则阐明了一种例外情况。

(2) 结论草案 18 系基于《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条²¹⁷，该条不允许就违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的任何行为，援引条款草案第一部分第五章所列解除不法性的理由。该规则的效力在于，在援引一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任的情况下，因违反行为而被援引责任的国家不能通过提出任何通常情况下可能解除不法性的情况，寻求为本国免除责任。即便在解除不法性情况本身涉及到一般国际法强制性规范(强行法)时，

²¹² 同上，第 48 条，第 2(a)段。

²¹³ 同上，第 48 条，第 2(b)段。

²¹⁴ 《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 89-91 页。

²¹⁵ 担保个人和实体从事“区域”内活动的国家所负责任和义务(见上文脚注 194)，第 59 页，第 180 段。

²¹⁶ 一般见国家对国际不法行为的责任条款草案第一部分第五章，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 71 页起。第一部分第五章总评注第(1)段指出，上述理由的存在“可提供一面盾牌，用以对抗否则便是理由充分的对违背某项国际义务的权利主张”(同上，第 71 页)。

²¹⁷ 同上，第 84-85 页。

该规则也同样适用。正如委员会此前指出的那样，不能援引灭绝种族作为以牙还牙的正当理由。²¹⁸

(3) 这项规则在 *Bernhard von Pezold* 及其他人诉津巴布韦共和国案中得到适用，在此案中，国际投资争端解决中心的法庭认定，津巴布韦不能就违反禁止歧视行为提出任何解除不法性的理由(在此案中即必要性)，而法庭将禁止歧视描述为一项普遍义务。²¹⁹ 虽然该法庭没有得出禁止种族歧视是一般国际法强制性规范(强行法)的结论，但它确实依据《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条，认定津巴布韦没有违反禁止歧视的必要性。²²⁰ 在另一项裁决，即 *CMS 天然气输送公司诉阿根廷共和国案* 中，国际投资争端解决中心法庭裁定，它不能因为不存在一般国际法强制性规范(强行法)的问题而拒绝承认必要性。²²¹ 德国联邦宪法法院也根据第 26 条草案指出，解除不法性的情况不适用于一般国际法强制性规范(强行法)产生的义务。²²²

(4) 结论草案 18 同样适用于国际组织及其他实体援引此类情况。国际组织的责任条款草案第 26 条²²³ 还规定，国际组织违反一般国际法强制性规范(强行法)之行为的不法性，不会因援引解除该行为不法性的情况而解除。

结论 19

严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何行为。
2. 任何国家均不得承认因一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务而造成的状况为合法，也不得为维持这种状况提供援助或协助。
3. 违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务如涉及责任国严重或系统性地不履行该义务，则为严重违反。
4. 本条结论草案不妨碍一国违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何行为可能依国际法引起的其他后果。

评注

(1) 结论草案 19 涉及严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的特定后果。此结论草案系基于《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 41 条。结论草案 19 仅涉及严重违反一般国际法强制性规范(强行法)引起的“更多的后

²¹⁸ 见同上，第 85 页，第 26 条评注第(4)段。

²¹⁹ 见 *Bernhard von Pezold* 及其他人诉津巴布韦共和国，案件号 ARB/10/15, 2015 年 7 月 28 日的裁决，国际投资争端解决中心，第 657 段。

²²⁰ 同上。

²²¹ *CMS 天然气输送公司诉阿根廷共和国*，案件号 ARB/01/08, 2005 年 5 月 12 日的裁决，国际投资争端解决中心，第 325 段。

²²² 见德国联邦宪法法院 2004 年 10 月 26 日的命令(上文脚注 15)，第 121 段。

²²³ 《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 75 页。

果”。²²⁴ 此结论草案不涉及违反不具强制性的国际法规则所产生的后果，也不涉及性质并不严重的违反强制性规范行为所产生的后果。

(2) 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的第一个特定后果见结论草案 19 第 1 段。本结论草案第 1 段系基于《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 41 条第 1 款，该款规定各国应进行合作，制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的行为。“进行合作，通过合法手段制止”严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为的义务，是基于在国际法下进行合作的一般义务。²²⁵ 虽然在通过《国家对国际不法行为的责任条款草案》时，委员会对条款草案 41 条草案第 1 款中表述的义务是否构成习惯国际法表达过一些疑问²²⁶，但合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务之行为的义务，如今可以说在国际法下得到了承认。²²⁷

(3) 最近的事件提供了国家合作终止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所造成局势的例子，包括合作制止违反行为本身。例如，关于俄罗斯对乌克兰的干预，联合国各机构尤其是联大，通过了若干项决议，旨在制止“俄罗斯联邦违反《联合国宪章》第二条第四项，对乌克兰进行侵略”。²²⁸ 这些决议除其他外，谴责俄罗斯联邦对乌克兰的干预和冲突各方违反强制性规范的其他行为²²⁹，并要求停止相关违反行为。²³⁰ 此外，根据这些谴责和要求，各国在联合国内共同

²²⁴ 见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，国家对国际不法行为的责任条款草案第二部分第三章一般性评注第(7)段，第 111-112 页。另见 C. Gutiérrez Espada, *De la alargada sombra del 'ius cogens'*, Granada, Comares, 2021, p. 3.

²²⁵ 例如，见《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，联大 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV)号决议，附件，第 1 段(各国不问在政治、经济及社会制度上有什么差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所生歧视之国际合作。另见发生灾害时的人员保护条款草案，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条草案评注第(1)段，第 37 页(“合作的义务是一项公认的国际法原则，在众多国际文书中均有表述”)。

²²⁶ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 114 页。

²²⁷ 同样的观点另见，R. M. Essawy, “The responsibility not to veto revisited under the theory of ‘consequential *jus cogens*’”, *Global Responsibility to Protect*, vol. 12 (2020), pp. 299-335, at p. 329. 另见 Barber (上文脚注 192)，第 16 页。

²²⁸ 关于将俄罗斯联邦对乌克兰的干预描述为侵略，见大会 2022 年 3 月 2 日第 ES-11/1 号决议，第 2 段。另见大会 2022 年 3 月 24 日第 ES-11/2 号决议，第 1 段；人权理事会 2022 年 3 月 4 日的第 49/1 号决议，第 1 段。

²²⁹ 大会第 ES-11/1 号决议，第 2 段(“最强烈地斥责俄罗斯联邦违反《宪章》第二条第四项，对乌克兰进行侵略”)，第 5 段(“斥责俄罗斯联邦 2022 年 2 月 21 日关于乌克兰顿涅茨克州和卢汉斯克州某些地区的地位的决定，认为此决定侵犯了乌克兰的领土完整和主权，不符合《宪章》的原则；”，和第 11 段(“谴责一切违反国际人道法以及侵犯和践踏人权的行为”)；大会第 ES-11/2 号决议，第 9 段(“谴责一切违反国际人道法及侵犯和践踏人权的行为”)；以及人权理事会第 49/1 号决议，第 1 段(“最强烈地谴责俄罗斯联邦对乌克兰的侵略造成的侵犯和践踏人权及违反国际人道法的行为”)。

²³⁰ 例如，见大会第 ES-11/2 号决议第 2 段(“要求俄罗斯联邦立即停止对乌克兰的敌对行动，特别是停止对平民和民用物体的任何袭击”)；以及人权理事会第 49/1 号决议，第 4 段(“呼吁俄罗斯联邦部队和俄罗斯支持的武装团体迅速和可核查地从乌克兰……全境撤出”)。

行动，采取了特别行动，例如暂时取消俄罗斯联邦在人权理事会的成员资格²³¹，并为冲突期间犯下的严重违反行为建立追责机制。²³²

(4) 此外，反映进行合作以终止严重违反一般国际法强制性规范(强制法)所造成形势之义务的做法并不仅限于乌克兰的情况。例如，针对 2011 年以来叙利亚境内令人震惊的侵权行为，其中许多构成了对一般国际法强制性规范(强行法)的严重违反，人权理事会决定为叙利亚局势建立一个追责机制。²³³ 同样，2016 年，针对以色列在巴勒斯坦被占领土扩大定居点，安全理事会称以色列的定居点政策“公然违反国际法”²³⁴，并宣布“不容许以武力夺取领土”，并通过了一项决议，要求“以色列在被占领的巴勒斯坦领土……立即完全停止一切定居点活动”。²³⁵

(5) 合作终止严重违反强制性规范后果的义务也见于司法判决。在国内法院的一个例子中，联合王国上议院在 A、大赦国际(参与诉讼)和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣案中明确提到根据国际法“进行合作，通过合法手段制止任何严重违反一般国际法强制性规范所产生义务之行为”的义务，并援引了《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 41 条和国际法院关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见。²³⁶ 德国联邦宪法法院 2004 年的一项命令在规定不合作的义务时，也提到了《国家对国际不法行为的责任条款草案》。²³⁷

(6) 国际法院的裁决同样确认了合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的义务。国际法院在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见当中确认，存在着合作以制止违反“尊重……自决权的义务以及根据国际人道主义法应遵守的某些义务”的义务。²³⁸ 国际法院确认，因违反这类义务而产生的义务之一是，其他国家“在遵守[联合国宪章]及国际法的同时，应确保终止任何”因违反“造成阻碍”的行为。²³⁹ 同样，国际法院在关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见当中确认，所有国家均“必须与联合国合作”，制止违反因民族自决权所产生义务的行为。²⁴⁰

²³¹ 大会 2022 年 4 月 7 日第 ES-11/3 号决议，第 1 段(“决定暂时取消俄罗斯联邦在人权理事会的成员资格”)。

²³² 见人权理事会第 49/1 号决议，第 10-11 段。

²³³ 人权理事会 2021 年 8 月 22 日第 S-17/1 号决议，第 13 段(“决定紧急派遣由人权事务理事会主席任命的独立的国际调查团，调查 2011 年 3 月以来在阿拉伯叙利亚共和国境内所有侵犯国际人权法行为的指控，确认形同此类侵犯的事实和情况，并在可能时，查明负有责任者，与确保追究违反者的责任”)。

²³⁴ 安全理事会 2016 年 12 月 23 日第 2334(2016)号决议，第 1 段。

²³⁵ 同上，第 2 段。

²³⁶ A、大赦国际(参与诉讼)和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣，上议院 2005 年 12 月 8 日的判决，[2006] 1 All ER 575，第 34 段。

²³⁷ 见德国联邦宪法法院 2004 年 10 月 26 日的命令(上文脚注 15)，第 98 段。

²³⁸ 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 123)，第 155 段。

²³⁹ 同上，第 159 段。

²⁴⁰ 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(见上文脚注 189)，第 139-140 页，第 182 段。

(7) 关于区域法院的例子，美洲人权法院在 *La Cantuta* 诉秘鲁案中，将“各国之间”以消除违反行为为目的“进行合作之责”本身确认为违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的一个后果。²⁴¹

(8) 虽然在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见和关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见中，国际法院都没有明确提及一般国际法强制性规范(强行法)，但法院赋予合作制止严重违反行为之义务的规范具有强制性。法院没有提及一般国际法强制性规范(强行法)，而是提及普遍义务。如上文结论草案 17 评注第 1 和第 2 段所述，一般国际法强制性规范(强行法)和普遍义务之间存在大量重叠，因此，推断法院在这些裁决中意指一般国际法强制性规范并非没有根据。²⁴² 联合王国上议院在 *A、大赦国际(参与诉讼)*和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣案中作出了类似的推论，即国际法院指的是强制性规范。²⁴³ 无论如何，鉴于普遍义务产生合作制止所有严重违反行为的义务，而所有一般国际法强制性规范(强制法)产生普遍义务，可得出结论，所有强制性规范也将产生这一义务。

(9) 合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务之行为的义务，须“通过合法手段”履行。这意味着违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为不得成为违反其他国际法规则的合理理由。虽然国际法并不禁止采取单边措施制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)之行为，只要此类单边措施符合国际法，但结论草案 19 第 1 段的重点在于集体措施。这是“合作”的精髓。²⁴⁴

(10) 取决于违反行为的类型以及相关强制性规范的类型，联合国的集体机制是首选的合作行动框架。出于这一原因，鉴于国际法院已裁定违反了“自决权”和“人道法基本原则”，该法院指出，“联合国，尤其是联大和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止……的非法状况。”²⁴⁵ 同样，国际法院在关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见当中提到了“所有会员国与联合国合作”以终止相关违法行为的义务。²⁴⁶ 也可在其他享有授权的国际组织之下采取集体措施，以制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为。另一个任务职权准许其采取措施制止严重违反一般国际法强制性规范(强行

²⁴¹ *La Cantuta* 诉秘鲁案，实质问题、赔偿和费用，2006 年 11 月 29 日的判决，美洲人权法院，第 160 段(“正如已反复指出的那样，本案所涉行为违反了国际法强制性规范(强行法)。……鉴于事件的性质和严重程度……消除有罪不罚现象的必要性已向国际社会表明，各国之间有责任进行合作。”)

²⁴² 见 *Pigrau* (上文脚注 192)，第 129 页。

²⁴³ *A、大赦国际(参与诉讼)*和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣(上文脚注 236)。

²⁴⁴ 例如，见国家对国际不法行为的责任条款草案，第 41 条评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 114 页(“面对严重违约行为所需要的，是所有国家同心协力，抵消违约行为的影响。”)。

²⁴⁵ 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 123)，第 160 段。

²⁴⁶ 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(见上文脚注 189)，第 139-140 页，第 182 段。

法)行为的组织实例是非洲联盟。²⁴⁷ 同样,欧洲联盟也可在其职权范围内采取措施,处理严重违反强制性规范的行为。²⁴⁸

(11) 不仅是在制度化合作机制之下可采取措施。合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为的义务也可通过非制度化合作来履行,包括为此对一组国家共同行动进行特定安排,以制止违反强制性规范。²⁴⁹ 事实上,国际法院在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见当中似乎间接表示,除集体行动外,单个国家有义务作出努力,以终止违反行为所造成的局势。²⁵⁰ 在上述意见当中,国际法院除提到联大和安全理事会可以采取的措施外,还指出“所有各国……应”采取措施制止违反一般国际法强制性规范(强行法)行为。²⁵¹ 但要求是,此类措施应符合国际法。²⁵² 作为对俄罗斯在乌克兰干预的回应,包括欧洲联盟及其成员在内的一些国家协调努力,筹措资金向乌克兰提供军事援助,这提供了一个非制度化合作的例子,其目的是终止违反一般国际法强制性规范(强行法)行为造成的局势。²⁵³ 一些国家和国际组织协调实施制裁,同样为合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)之行为提供了范例。²⁵⁴

(12) 各国集体采取行动制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为的义务,对于联合国机构的内部合作和对其他国际组织有着特别的影响。该义务意味着,在面临严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为时,国际组织应在国际法许可的情况下,在各自的授权范围内采取行动制止此类违反行为。由此,在国

²⁴⁷ 见《非洲联盟组织法》(2000年)第4条第h款,其中允许非洲联盟进行干预,以制止违反灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪禁令之行为。

²⁴⁸ 欧洲联盟委员会:“应对俄罗斯入侵乌克兰的进一步措施:高级代表/副主席何塞·博雷利的新闻声明”,2022年2月27日;以及“在凡尔赛举行的欧盟领导人非正式会议:高级代表/副主席何塞·博雷利抵达时的讲话”,2022年3月11日。另见德国联邦政府,“德国联邦总理安格拉·默克尔关于乌克兰局势的政策声明”,2014年3月13日,对俄罗斯2014年对克里米亚干预的回应,宣布将采取协调措施回应俄罗斯的干预,“包括旅行禁令、资产冻结和取消欧盟—俄罗斯峰会”。

²⁴⁹ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第41条评注第(2)段,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第114页。

²⁵⁰ 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注123),第200页,第159段。

²⁵¹ 同上,另见 Barber(上文脚注192),第23页(“安全理事会的独特权力和责任并不免除其他国家利用其所能利用的一切手段,包括其作为其他国际组织成员的权利,合作制止严重违反强制性规范行为的义务”)。

²⁵² 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注123),第200页,第159段(“所有各国在遵守《联合国宪章》及国际法的同时,应确保终止任何通过修建隔离墙而对巴勒斯坦人民行使自决权造成阻碍的行为”)(强调是后加的)。

²⁵³ 美国国务院,“新闻稿:向乌克兰提供2亿美元的新安全援助”,2022年3月12日;白宫,“美国对乌克兰安全援助概况”,2022年3月16日;澳大利亚总理,“联合媒体声明:向乌克兰提供进一步军事援助”,2022年3月31日(宣布资助7000万美元用于军事支持);加拿大国防部,“加拿大宣布向乌克兰提供火炮和其他额外军事援助”,2022年4月22日;日本外务省,“新闻稿:签署并交换向乌克兰赠送日本自卫队装备和货物的照会”,2022年3月8日。另见韩国外交部,“外交部发言人关于乌克兰局势的声明”,2022年2月25日(“韩国政府将支持并加入国际社会遏制武装入侵的努力,包括经济制裁”);以及印度尼西亚,2022年第22号条例禁止向俄罗斯出口食用油和其他原材料。

²⁵⁴ 例如,见美国国务院,“七国集团外长关于俄罗斯对乌克兰侵略战争的声明”,2022年4月7日(“鉴于俄罗斯正在与白俄罗斯共谋对乌克兰进行侵略,我们已经对俄罗斯采取了前所未有的协调一致的经济和金融制裁,会对其经济造成重大损失”)。

际组织具备采取行动的酌处权情况下，合作之义务赋予该国际组织成员采取行动的责任，使组织能够行使上述酌处权，以制止违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为。²⁵⁵ 国际组织以旨在制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为的方式行使酌处权的责任，是结论草案 19 第 1 段所规定之合作义务推导出的一个必然结果。

(13) 结论草案 19 第 2 段指出，各国不得“承认”因违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务而造成的状况为“合法”，也不得为维持这种状况“提供援助或协助”。结论草案 19 第 2 段系源自《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条第 2 款，内含两项不同的义务。第一项是不承认严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所造成状况为合法的义务。第二项是不为维持严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所造成状况提供援助或协助的义务。上述两项义务各自独立、各有不同，但是，不协助义务是从不承认某种状况为合法的义务中推导出的必然结果，从这个意义上讲，二者之间是相互关联的。与结论草案 19 第 1 段所载义务不同的是，不承认和不协助的责任是消极责任。换言之，结论草案 19 第 1 段要求各国采取某种行动，即进行合作以制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为，而第 2 段所载的不承认和不协助责任则要求各国不要采取行动。可见，结论草案 19 第 2 段所载责任较易履行。

(14) 委员会早在 2001 年即已承认不承认和不协助之责是习惯国际法的组成内容。²⁵⁶ 联合国上议院在科威特航空公司诉伊拉克航空公司及其他方案中，拒绝赋予伊拉克入侵科威特所产生之行为以法律效力——伊拉克入侵科威特系违反与使用武力有关的一般国际法强制性规范(强行法)。²⁵⁷ 不承认义务已在国际法院的决定以及在国际组织内行事的各国的实践当中得到承认。例如，国际法院在关于南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果的咨询意见当中回顾指出，“将某种状况定性为非法本身并不能终止”该状况。²⁵⁸ 国际法院认为，第三方国家有义务“承认南非继续留驻的非法性和无效性”。²⁵⁹ 此外，国际法院在关于在被

²⁵⁵ 见 Barber(上文脚注 192)，第 23 页(“至于安全理事会成员，通常应期望大会尽责的成员支持旨在制止严重违反强制性规范行为的决议，除非它们有充分理由不这样做”)。另见 Essawy(上文脚注 227)，第 303 页。

²⁵⁶ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第 41 条评注第(6)、第(11)和第(12)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 114-115 页。见 O. Corten and V. Koutoulis, “The *jus cogens* status of the prohibition on the use of force: what is its scope and why does it matter?”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*”(上文脚注 16)，pp. 629-667, at p. 664, 其中表明不承认严重违反国际法行为的义务毫无疑问已被接受为国际法的一部分。另见 A. Lagerwall, “The non-recognition of Jerusalem as Israel’s capital: a condition for international law to remain relevant?”, *Questions of International Law*, vol. 50 (2018), pp. 33-46, 其中认为不承认的义务除了适用于严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为外，还适用于违反国际法行为。另见 Barber(上文脚注 192)，第 16 页。但另见 H. P. Aust, “Legal consequences of serious breaches of peremptory norms in the law of State responsibility: observations in the light of the recent work of the International Law Commission”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*(上文脚注 16)，pp. 227-255, at p. 254, 其中认为“并非所有与义务相关的问题都是良好和得到支持的”。

²⁵⁷ 科威特航空公司诉伊拉克航空公司及其他方案(第 4 和第 5 号)[2002] UKHL 19, [2002] 2 AC 883, 第 29 段。另见 A. 大赦国际(参与诉讼)和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣(上文脚注 236)，第 34 段。

²⁵⁸ 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 113)，第 111 段。

²⁵⁹ 同上，第 119 段。

占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见当中确认，“所有国家都有义务不承认”违反被广泛承认为具有强制性义务“所导致的非法状况”。²⁶⁰ 同样，国际刑事法院在检察官诉 Bosco Ntaganda 案中也回顾说，“作为一般法律原则，存在不承认某些严重违反国际法的行为所造成状况的义务”。²⁶¹

(15) 安全理事会也承认各国有义务不承认违反种族隔离禁令所造成的状况，且有义务承认尊重自决权。²⁶² 对违反自决权及种族隔离禁令等强制性规范所产生义务之行为不予承认的义务，另见联大要求不承认被视为违反禁止使用武力、侵犯领土完整和民族自决权的行为²⁶³ 以及其他国家行为²⁶⁴ 的决议。不为维持严重违反强制性规范之下义务所产生状况提供协助或援助的义务，也已在国际法院的决定以及联合国的决议当中得到承认，例如关于南非在纳米比亚实行种族隔离²⁶⁵ 和关于乌克兰局势²⁶⁶ 的决议。

(16) 虽然不予承认的义务已经确立，但这一责任的履行不应损害受影响人口，剥夺其可从国际合作中获得的利益。²⁶⁷ 国际法院在关于南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果的咨询意见当中宣布：不予承认所导致的后果不应对受影响人口造成消极影响或使其沦入不利境地；因此，诸如出生、死亡和婚姻登记等与平民人口有关的行为，尽管存在违反行为，亦应得到承认。²⁶⁸

²⁶⁰ 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 123)，第 159 段。

²⁶¹ 检察官诉 Bosco Ntaganda 案，案件号 ICC-01/04-02/06-1707，就 2017 年 1 月辩方对法院在第 6 和第 9 条罪名上的管辖权提出的质疑的第二次裁决，国际刑事法院第六审判分庭，第 53 段。

²⁶² 见安全理事会 1970 年 1 月 30 日第 276 (1970)号决议。

²⁶³ 关于不承认克里米亚局势中非法使用武力和威胁领土完整所造成的状况的义务，见大会 2014 年 3 月 27 日第 68/262 号决议，第 6 段(“促请所有国家、国际组织和专门机构不承认在上述全民投票基础上对克里米亚自治共和国和塞瓦斯托波尔市地位的任何变更，也不实施任何可能被解释为承认此种变更地位的行动或交往”)。关于不承认在耶路撒冷非法建立的定居点的义务，见安全理事会第 2334 (2016)号决议，第 3 段(“强调安理会将不承认对 1967 年 6 月 4 日界线包括涉及耶路撒冷的界线的任何改变，但不包括各方通过谈判商定的改变”)；和大会 1975 年 11 月 28 日第 3411 D (XXX)号决议，第 3 段。特别见大会第 ES-10/19 号决议，第 1 段(“申明任何宣称已改变圣城耶路撒冷性质、地位或人口组成的决定和行动都不具法律效力，是无效的，且必须遵照安全理事会相关决议予以撤销，并在这方面促请所有国家不在圣城耶路撒冷设立外交使团”)。

²⁶⁴ 例如，见美国，不承认吞并克里米亚法(H.R. 596)，2019 年 3 月 13 日；伯利兹的声明，大会第十一届特别紧急会议，第 3 和第 4 次会议，2022 年 2 月 28 日，联合国新闻稿 GA/12406(“[伯利兹代表]谴责这一非法袭击及其对国际法的严重违反，并表示伯利兹不承认‘所谓的顿涅茨克人民共和国’或所谓的‘卢汉斯克人民共和国’”)；以及阿根廷的声明，同上(“通过威胁使用无力或使用武力获得的土地不能被承认为合法——这是尊重主权和领土完整的合乎逻辑的结果”)。

²⁶⁵ 例如，见南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 113)，第 119 段，其中指出各国有义务“不就南非占领纳米比亚向其提供任何支持或任何形式的协助”。另见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(上文脚注 123)，第 159 段；联大第 3411 D (XXX)号决议，第 3 段。

²⁶⁶ 大会第 ES-11/1 号决议，第 10 段(“斥责白俄罗斯参与这一对乌克兰非法使用武力的行为，并促请白俄罗斯遵守其国际义务”)。

²⁶⁷ 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 113)，第 125 段。

²⁶⁸ 同上。

(17) 必须强调的是，结论草案 19 第 2 段中的义务涉及“严重违反……而造成的状况”，而不是违反行为本身。因此，促成或支持实际违反行为，虽然可能引起对违反行为的责任，但不包括在本结论草案中。²⁶⁹

(18) 结论草案 19 所载义务适用于严重违反一般国际法强制性规范(强行法)行为。结论草案 19 第 3 段将严重违反界定为“涉及责任国严重或系统性地不履行[相关义务]”。这一定义源自《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 40 条第 2 款。²⁷⁰ 必须强调指出的是，委员会提及“严重违反”并不是意在指出存在不那么严重的违反一般国际法强制性规范(强行法)行为。²⁷¹ 而是意在传达违反一般国际法强制性规范(强行法)会造成特定后果，满足第 3 段规定的标准。

(19) 结论草案 19 第 4 段规定，结论草案 19 所载义务不妨碍一国违反强制性规范(强行法)所产生义务的任何行为可能依国际法引起的其他后果。²⁷² 例如，结论草案 19 并未具体谈及违反行为(无论是否满足第 3 段规定的门槛)对于责任国有何后果。国际法院的惯常做法是宣布责任国有义务停止其行为。²⁷³ 未谈及的违反国际法义务引起的其他后果实例，可见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第二部分第一章和第二章。²⁷⁴ 因此，本结论草案没有涉及所违反义务的强制性是否会影响赔偿数额等问题。²⁷⁵ 相关责任的上述其他后果虽在本结论草案当中未予谈及，但依然适用。

(20) 和结论草案 17 和 18 一样，结论草案 19 在适当情况下适用于国际组织。²⁷⁶ 因此，如果国家有义务不承认严重违反强制性规范而造成的状况为合法，或有义务不协助或维持这种状况，那么国际组织也有同样的义务。

²⁶⁹ 见对国家间使用武力的人道主义干预和政治支持：荷兰外交部长设立的专家组的报告，2019 年 12 月，第 43 段。荷兰政府在 2020 年 4 月 17 日致荷兰众议院主席的信中支持了这一立场，尽管指出国际法庭可能会得出不同的结论(“虽然内阁同意这一解释，但不能事先排除国际法庭可能会得出不同的结论”)。

²⁷⁰ 关于严重违反行为(即严重或系统性的违反行为)要素的详细阐述，见国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(7)和第(8)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 113 页。

²⁷¹ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(7)段，同上(“‘严重’一词……无意表明，违反这类义务的有些情形不算严重，或在某些方面可以原谅”)。

²⁷² 一般见国家对国际不法行为的责任条款草案第 41 条评注第(13)段，同上，第 115 页。

²⁷³ 例如，见：1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(上文脚注 189)，第 139 页，第 178 段；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(上文脚注 123)，第 149 段及以下各段；南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 113)，第 118 段。

²⁷⁴ 一般见国家对国际不法行为的责任条款草案第二部分，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 86 页及以下各页。后果包括停止和不重复(第 30 条)以及赔偿(第 31 条)。赔偿本身可以不同形式进行，包括恢复原状(第 35 条)、补偿(第 36 条)、抵偿(第 37 条)和利息(第 38 条)。

²⁷⁵ 讨论见 R. Elphick (with J. Dugard), “Jus cogens and compensation”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* (上文脚注 16), pp. 413-440.

²⁷⁶ 关于国际组织，见《国际组织的责任条款草案》第 41 和第 42 条。委员会通过的《国际组织的责任条款草案》及其评注载于《2011 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 40 页及以下各页，第 87-88 段。另见联大 2011 年 12 月 9 日第 66/100 号决议附件。

第四部分

一般规定

结论 20

解释和适用与一般国际法强制性规范(强行法)相一致

在一般国际法强制性规范(强行法)似与另一国际法规则抵触的情况下，后者的解释和适用应尽可能与前者相一致。

评注

(1) 结论草案 20 载有一条适用于一般国际法强制性规范(强行法)与其他国际法规则之间存在潜在抵触情况的解释性规则。结论草案 10、14、15 和 16 规定，与一般国际法强制性规范(强行法)相冲突的国际法规则无效或不存在。一项国际法规则是否与一般国际法的强制性规范(强行法)相抵触，是一个要通过解释来确定的问题。结论草案 20 中的规则作为依照适用的解释规则开展解释过程的一部分加以适用。²⁷⁷ 结论草案没有对冲突下定义，但在这方面，可以将冲突理解为两项国际法规则不能同时适用，否则会彼此违反或减损的情况。²⁷⁸

(2) 结论草案 20 并不适用于所有关于解释一项规则或确定其内容的情况。只有在非强制性的国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)之间“似与……抵触”的有限情况下，才能适用。²⁷⁹ 在这种情况下，解释者应按照与一般国际法强制性规范(强行法)相一致的方式解释不具有强制性的国际法规则。结论草案中的“尽可能”一词旨在强调，在以符合一般国际法强制性规范(强行法)的方式解释国际法规则时，不得超出其解释范围。换言之，为实现与一般国际法强制性规范的一致性，有关规则可能不被赋予非源于正常适用解释规则和方法的含义或内容。

(3) 结论草案 20 使用了“解释和适用”一语。规则的解释和适用是相互关联而又相互独立的概念。《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条评注第(3)段也使用了“解释和适用”一词，其中涉及一般国际法强制性规范(强行法)的这一解释效果。它承认，在某些情况下，可能有争议的不是对有关规则的解释，而是对规则的适用。例如，如果一项规则表面上符合有关的一般国际法强制性规范(强行法)，但以特定方式适用它将违反相关的强制性规范，可能就是这种情况。

(4) 就条约规则而言，结论草案 20 中的规则可被视为对 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项的适用，该款规定，在解释条约时，“一并考虑者尚有”“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。一般国际法强制性规范

²⁷⁷ 见 D. Costelloe, “Peremptory norms and resolutions of the United Nations Security Council”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* (上文脚注 16), pp. 441-467, at pp. 443 et seq.

²⁷⁸ 讨论见 E. Vranes, “The definition of ‘norm conflict’ in international law and legal theory”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, No. 2 (2006), pp. 395-418. 另见 V. Jeutner, “Rebutting four arguments in favour of resolving *ius cogens* conflicts by means of proportionality tests”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 89, No. 3 (2020), pp. 453-470, at p. 455.

²⁷⁹ S. B. Traoré, “Peremptory norms and interpretation in international law”, in Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* (上文脚注 16), pp. 132-176.

(强行法)是主要适用于国家与国际组织之间关系的国际法规则，因此在解释条约时必须酌情加以考虑。²⁸⁰

(5) 虽然结论草案 20 中的解释性规则构成 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项的具体适用，但它不仅适用于条约，而且适用于所有其他国际法规则的解释和适用。在这方面，委员会指出，“在一些主要义务看来互相抵触的情况下，若其中有一项义务属于一国直接根据一般国际法强制性规范而具有的义务，则显然必须优先遵守该义务……一般国际法强制性规范会产生强有力的解释原则，足以解决所有的或大部分的明显抵触情况”。²⁸¹

(6) 如本评注第(2)段所述，“尽可能”一词意在表明，本结论草案中的规则不得超出解释的限度。如果不能对非强制性的规则作出与一般国际法强制性规范(强行法)相一致的解釋，则不具有强制性的规则将根据结论草案 10、14、15 和 16 而无效。

(7) 结论草案 20 中的“另一国际法规则”一语应理解为指国际法规定的义务，不论是条约、习惯国际法、一般法律原则、单方面行为或国际组织的决议、决定或其他行为所产生的义务。因此，结论草案 20 适用于对结论草案 10、14、15 和 16 所确定的规则或义务的解释。

结论 21

建议的程序

1. 一国如援引一般国际法强制性规范(强行法)作为一项国际法规则无效或终止之理由，应将其主张通知其他有关国家。通知应以书面形式发出，并说明拟就有关国际法规则采取的措施。
2. 如其他有关国家在除特别紧急情况外不短于三个月的期间内无一表示反对，则援引国可采取其所提议的措施。
3. 然而，如任何有关国家表示反对，则有关国家应通过《联合国宪章》第三十三条所述方法寻求解决。如在十二个月内未能达成解决办法，而表示反对的国家提出将该事项提交国际法院或可作出具有约束力的裁决的某一其他程序，则在争端解决之前，援引国不得采取其所提议的措施。
4. 本条结论草案不妨碍《维也纳条约法公约》、关于国际法院管辖权的有关规则或有关国家商定的其他适用的争端解决规定所载的程序。

²⁸⁰ 例如，见国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(上文脚注 44)，第 85 页，第 414 段。例如，欧洲联盟理事会诉萨基亚阿姆拉和里奥德奥罗人民解放阵线(波利萨里奥阵线)C-104/16 P 号案，2016 年 12 月 21 日的判决书，欧洲联盟法院大审判庭，《欧洲联盟公报》，C 53/19(2017 年 2 月 20 日，第 88 段及以下各段，特别是第 114 段，其中，法院确定自决原则是“国际法的一项基本原则”，也是确立普遍义务的原则之一(第 88 段)，随后以尊重这一规则的方式解释了欧洲联盟委员会与摩洛哥之间的一项条约：“因此，在缔结《自由化协定》时，不能将之理解为其领土范围包括西撒哈拉领土”(第 114 段)。

²⁸¹ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。另见国际法不成体系问题研究组的结论(42)(上文脚注 44)；以及 Mik(上文脚注 167)，第 73 页及以下各页。

评注

(1) 结论草案 21 涉及援引和依据包括条约在内的国际法规则因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效的建议程序。必须回顾指出,在联合国条约法会议期间,各国普遍支持与一般国际法强制性规范(强行法)有关的规定,对第五十三条和第六十四条的关切源于另一个关切,即国家可能通过单方面援引第五十三条和第六十四条,滥用援引条约无效的权利,从而威胁到条约关系的稳定。²⁸²为处理这一关切,1969 年《维也纳公约》规定,任何依据第五十三条和第六十四条的情况都必须经过涉及司法解决程序的进程。就本结论草案而言,在没有某种可避免单边措施的机制的情况下援引第三部分提出的规则,会引起与联合国条约法会议提出的关切类似的关切。因此,结论草案 21 旨在避免或尽量减少在一般国际法强制性规范(强行法)方面出现单边主义和自行解释的可能性。²⁸³

(2) 然而,为本结论草案的目的拟订一项适当的规定并非没有困难。主要困难在于,详细的争端解决条款已纳入条约,而不是作为习惯国际法的问题出现。它们在条约法范围内运作,只适用于已接受适用这些规则的国家。因此,关于一般国际法强制性规范(强行法),1969 年《维也纳公约》载有一个详尽的争端解决框架。²⁸⁴在这一框架下,一国以任何理由宣称一项条约无效,包括以与一般国际法强制性规范相抵触为由宣称条约无效,必须将宣称的内容通知其他缔约国。如果在指定期限结束后,没有收到对其通知的反对意见,则可以实施无效的后果。但是,如果收到反对意见,1969 年《维也纳公约》要求有关国家通过《联合国宪章》规定的手段寻求解决办法。这些手段包括谈判、调停、和解、仲裁、司法解决、诉诸区域机构或其他和平手段。²⁸⁵如果依据与第五十三条或第六十四条规定的强制性规范相抵触而提出无效主张,并且不能使用这类手段找到解决冲突的办法,则争端的任何当事方都可以将此事提交国际法院,除非各方同意对其进行仲裁。

(3) 在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中,国际法院声明,“双方同意,《维也纳条约法公约》第六十五至六十七条如果不是对习惯国际法的编纂,至少总体反映了习惯国际法,并载有某些基于善意行事义务的程序原则”。²⁸⁶法院的这一观察主要指的是导致任何协议终止的协商进程。法院做出这一声明并非决定存在一项习惯国际法规则来确定法院在处理有关基于一般国际法强制性规范(强行法)的条约无效问题的争端解决方面的管辖权。1969 年《维也纳公约》第六十五至第六十七条的规定,特别是关于向国际法院提交争端的规定,不能被视为反映了习惯国际法。它们是条约规定,不能被强加于非 1969 年《维也纳公约》缔约国的

²⁸² 见《联合国条约法会议正式记录,第一届会议……》(见上文脚注 43),1968 年 5 月 4 日,以下国家的发言:法国,第 54 次会议,第 29 段(“现有的条款没有说明法治如何被承认具有强行法的性质,在讨论期间对条款内容提出了不同、甚至是相互矛盾的解释。……此外,也没有关于对这一不精确的新概念的适用实行任何管辖权控制的规定”);及挪威,第 56 次会议,第 37 段(“该条款没有就一些重要问题提供指导,即有哪些现有的强行法规则,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”)。

²⁸³ 一般见 Wood (上文脚注 181)。

²⁸⁴ 见 1969 年《维也纳条约法公约》第六十五和第六十六条

²⁸⁵ 见《联合国宪章》第三十三条第一款。

²⁸⁶ 加布奇科沃—大毛罗斯项目(见上文脚注 56),第 66 页,第 109 段。

国家。此外，即使是在该公约缔约国中，也有一些国家对争端解决机制的适用提出了保留，特别是有关向国际法院提交争端和仲裁问题的保留(1969 年《维也纳公约》第六十六条(a)款)。²⁸⁷

(4) 委员会在就国际法规则因为不符合一般国际法强制性规范(强行法)而无效的问题拟订解决争端的规定时，必须一方面确保该规定并非旨在将条约规则强加给不受这类规则约束的国家，而另一方面还要确保考虑到关于有必要避免单方面使规则无效的关切。此外，委员会还必须确保，根据 1969 年《维也纳公约》或任何其他条约规定确立的程序不会因列入任何规定而受到损害。结论草案 21 列出了旨在实现这种平衡的建议程序。本结论草案使用的是劝诫性措辞，以避免暗示其内容对各国具有约束力。

(5) 结论草案 21 的前两段仿照了 1969 年《维也纳公约》第六十五条。第 1 段要求因国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而对其加以非难的国家将其主张通知其他国家。虽然该段紧贴 1969 年《维也纳公约》的措辞，但有两点重要区别。首先，和结论草案通篇一样，“应”一词用于表示该规定不具有约束力。其次，该段提及“国际法规则”，以表明该段适用于条约和源自其他国际法来源的其他国际义务。因此，该段用“有关国家”的表述，以表明通知的潜在对象比条约缔约方更广泛。“有关国家”一词还用来表明，就成员有限的条约而言，通知的要求仅限于条约缔约方。根据结论草案 1 的评注第(10)段，本结论草案中的“国家”和“有关国家”应广义理解为包括会受到可能采取的任何措施影响的国家以外的实体，特别是国际组织。

(6) 结论草案 21 第 1 款还规定，通知的目的是为了指明拟就对冲突予以补救采取的措施。这些措施可以是结论草案第三部分中提到的措施。具体说明拟议措施的要求符合通知的目的，即让其他国家能够在必要时作出适当回应。通知可以通过各种方式分发给其他国家，包括通过联合国秘书长分发。

(7) 结论草案 21 第 2 段指出，如果其他国家无一对通知表示反对，则提出请求的国家可采取其所提议的措施。然而，采取这些措施的权利只能在“除特别紧急情况外不短于三个月的期间”之后行使。这意味着，首先，第 1 段所指的通知应明确规定必须对通知提出反对的期限。这个期限应是一个合理的时间段，而委员会曾决定，作为一般性规则，至少三个月是一个合理的时间段。其次，只有在所述期限到期之后，且如果无人表示反对，则援引一项条约无效的国家才能采取提议的措施。在某些情况下，三个月的期限可能太长。因此，结论草案 21 第 2 段规定了在“特别紧急情况”下缩短期限的可能性。结论草案没有界定“特别紧急情况”。这须依据每个具体情况的事实而定。然而，可以说，“特别紧急情况”将是那些时间至关重要的情况。

(8) 结论草案 21 第 3 段涉及任何有关国家对国际法规则因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效的主张提出反对的情况。如果出现这种反对情况，则援引国不能单方面采取提议的措施。在这种情况下，有关国家以及援引国应通过自己选择的《联合国宪章》第三十三条所述手段寻求解决办法。

²⁸⁷ 对 1969 年《维也纳公约》保留的完整清单，见联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 131 页。

(9) 结论草案 21 第 3 段还处理了有关国家无法通过《联合国宪章》第三十三条所述手段找到解决办法的情况。它规定，在这种情况下，如果反对国提出将该事项提交国际法院或具有约束力的某一其他程序，则援引国不得采取其所提议的措施。委员会的依据是，因一项国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)不一致而援引其无效性，本身并不构成国际法院管辖权的基础。²⁸⁸ 然而，本着避免单边主义的精神，委员会认为，鼓励将争端提交国际法院而不强迫将争端提交国际法院，是适当的。因此，本结论草案第 3 段的目的是鼓励将未解决的争端提交司法解决。

(10) 结论草案 21 是一项程序性规定，对可能采取的任何措施的合法性没有影响。如果其他有关国家在十二个月期限到期后没有提出将此事提交国际法院，则援引国不再受制于阻止其采取措施的结论草案 21 的程序性规定。必须强调的是，根据这条规定，不存在将此事提交国际法院的义务，该规定也没有确定强制管辖权。相反，如果其他有关国家提出将该事项提交国际法院，则这条规定排除了援引无效的国家采取所提议措施的可能性。如果有国家提出将此事提交国际法院，那么援引无效的国家只有在争端解决后，且根据法院关于这些措施依照国际法属于合理措施的决定，才有权采取提议的措施。

(11) 第 4 段是一个不妨碍条款。如上文所述，结论草案 21 既没有确立国际法院的管辖权，也没有规定任何国家向法院提交事项或接受法院管辖权的义务。同样，结论草案 21 不影响国际法任何其他规则下可能存在的管辖权依据，包括 1969 年《维也纳公约》下的争端解决机制或有关国家(包括援引国)商定的其他适用的争端解决规定。

结论 22

不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能引起的其他后果

本结论草案不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能依国际法引起的其他后果。

评注

(1) 结论草案 22 是一个不妨碍条款。它规定，本结论草案不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能依国际法引起的其他后果。

(2) 本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。正如结论草案 1 评注第(3)段所述，本结论草案无意处理具体的一般国际法强制性规范(强行法)的内容。除了识别一般国际法强制性规范(强行法)的方法和程序外，结论草案还涉及一般国际法强制性规范(强行法)产生的一般法律后果。这包括对条约规则、习惯国际法、单方面行为和具有约束力的国际组织决议、决定或其他行为的后果。具体的一般国际法强制性规范(强行法)的内容本身可能产生的法律后果不同于本结论草案所确定的一般法律后果。因此，结论草案 22 意在表明，结论草案不妨碍一般国际法特定强制性规范(强行法)可能产生的任何此类法律后果。

²⁸⁸ 刚果境内武装活动案(见上文脚注 48)，第 32 页，第 64 段(“这同样适用于一般国际法强制性规范(强行法)与确立法院管辖权之间的关系：一项争端涉及是否遵守具有这种性质的规范(禁止灭绝种族罪无疑属于这种情况)这一事实本身不能为法院的管辖权提供依据”)。

(3) 提出具体强制性规范的法律后果问题的一个领域是一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的犯罪后果,例如禁止灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪,特别是可能对豁免和国家法院管辖权产生的后果。这些后果并非一般国际法强制性规范(强行法)的一般后果,而是与具体的一般国际法强制性规范有关。因此,本结论草案没有涉及这些问题。

结论 23

非详尽无遗的清单

在不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现的情况下,本结论草案附件载有国际法委员会以前提到的具有这种地位的规范的非详尽无遗清单。

评注

(1) 结论草案 1 阐述了本结论草案的范围,涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。正如结论草案 1 评注第(3)段和结论草案 22 评注第(2)段所述,本结论草案的本质是方法问题,无意处理具体的一般国际法强制性规范(强行法)的内容。因此,本结论草案无意详细列出一般国际法强制性规范(强行法)的清单。

(2) 拟订一份一般国际法强制性规范(强行法)清单,包括一份非详尽无遗的清单,需要对许多可能的规范进行详细严格的研究,以首先确定其中哪些可能的规范符合本结论草案第二部分所载的标准,其次,哪些符合标准的规范应列入一份非详尽无遗的清单。这种做法超出了拟订关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案的范围。

(3) 虽然识别具有强制性的具体规范不属于本结论草案的范围,但委员会决定在附件中列入一份非详尽无遗的清单,列出委员会以前提到的具有强制性的规范。结论草案 23 提及该附件。委员会强调,在编制这份清单时,委员会没有采用结论草案 4 至 9 中提出的方法。这份清单的目的是参照委员会以前的工作,说明通常被识别为具有强制性的规范类型,而清单本身目前没有对这些规范作出评估。

(4) 结论草案 23 规定,首先,该附件不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现。“在不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现的情况下”一语意在表明,将该清单列入附件绝不排除目前可能具有强制性性质的其他规范的存在,亦不排除今后出现具有此种性质的其他规范。其次,作为事实说明,结论草案 23 规定,附件所载的规范是委员会以前提到的具有强制性地位的规范。最后,结论草案 23 指出,附件所载清单并非详尽无遗,这强化了该清单并不妨碍具有同样性质的其他规范这一事实。²⁸⁹ 清单在两个方面并非详尽无遗。首先,它并非详尽无遗,因为在清单所确定的规范之外,还有或可能有其他一般国际法强制性规范(强行法)。第二,它并非详尽无遗,因为除了附件

²⁸⁹ 另见国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(6)段,其中述及这些条款中提到的规范并非详尽无遗,《2001 年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第 113 段(“应当强调指出,上文所举的例子可能不是详尽无遗的。而且,1969 年《维也纳公约》第六十四条考虑到,如第五十三条所言,一般国际法的强制性规范随着整个国际社会的接受和承认还会有新的强制性规范出现。因此,此处所举的例子并不损害能够满足第五十三条下强制性规范标准的现有和正在制订中的国际法规则”)。

所列的规范外，委员会以前还提到过其他具有强制性的规范。因此，不应视附件为排除了其他规范的强制性。

(5) 结论草案 23 中提到的附件载有委员会以前提到的规范，这一事实显示出关于清单的两个含义。首先，每一项规范的表述都基于委员会以前使用的一种表述。因此，委员会没有试图重新拟订清单上的规范。从结论草案 23 评注的以下段落中不难看出，在某些情况下，委员会在以前的工作中采用了不同的表述。第二个含义是没有对确定的规范的范围、内容或适用范围加以界定的企图。该附件仅列出了委员会以前确定的规范，依据的是同样的表述，并不涉及规则内容的任何方面。

(6) 在以前的工作中，委员会使用了不同的措辞来限定它所提到的规范。在条约法条款草案第 50 条的评注中，委员会在提及其中两项规范时分别使用了“明显的例子”和“例子”这两个短语。²⁹⁰ 在《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条草案的评注中，委员会提到其清单上的规范是“被明确接受和承认的”，²⁹¹ 而在同一条款第 40 条的评注中，委员会使用“一般都同意”一词将“禁止侵略”的规范限定为强制性规范，并说该段所列其他规范“似乎也得到广泛认同”。²⁹²

(7) 附件中确定的第一个规范是禁止侵略。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款草案》的评注中提到了禁止侵略。²⁹³ 1966 年，委员会指出，“《[联合国]宪章》中关于禁止使用武力的规则本身即构成具有强行法性质的国际法规则的一个显著例子”。²⁹⁴ 虽然严格说来并非委员会本身的产出，但委员会的国际法不成体系问题研究组 2006 年的工作也值得注意。如同《国家对国际不法行为的责任条款草案》的评注一样，国际法不成体系问题研究组的结论也提到禁止侵略是一项强制性规范。²⁹⁵ 国际法不成体系问题研究组的报告在提到委员会确定的禁止侵略之后，将“禁止侵略性使用武力”列入其“最常援引的具有强行法地位的备选规范”清单。²⁹⁶

(8) 附件中确定的第二个规范是禁止灭绝种族。委员会在其所有相关工作中都以一致的措辞提到了禁止灭绝种族。具体而言，《国家对国际不法行为的责任条款草案》，无论是在第 26 条草案的评注中，还是在第 40 条草案的评注中，都提到

²⁹⁰ 条约法条款草案第 50 条草案评注第(1)和(3)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 247-248 页。

²⁹¹ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。

²⁹² 同上，第 40 条评注第(4)段，第 112-113 页。

²⁹³ 见同上。(“在这些禁令中，一般都同意，禁止侵略应视为强制性的。”)。另见第 26 条评注第(5)段(“已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止实行侵略”)。

²⁹⁴ 见条约法条款草案第 50 条草案评注第(1)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 247 页。在同一评注第(3)段中，委员会提到“违反《宪章》原则非法使用武力”。

²⁹⁵ 见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 44)。

²⁹⁶ 国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段。应当指出，研究组的报告还作为一项单独的规范提到自卫权。

禁止灭绝种族。²⁹⁷ 同样，国际法不成体系问题研究组的结论和报告都提到禁止灭绝种族。²⁹⁸

(9) 禁止危害人类罪是附件所载的第三项规范。2019 年危害人类罪条款草案序言第四段忆及“禁止危害人类罪是一项一般国际法强制性规范(强行法)”。²⁹⁹ 在《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条的评注中，委员会没有单独提到禁止危害人类罪，而是提到禁止“危害人类罪和酷刑”。³⁰⁰ 国际法不成体系问题研究组的报告还提到，禁止危害人类罪是具有强行法地位规范中“最常援引的……备选规范”之一。³⁰¹

(10) 国际人道法的基本规则是附件中的第四项规范，委员会在其《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 40 条的评注中提到了这一规范。³⁰² 国际法不成体系问题研究组的结论提到适用于武装冲突的国际人道法的基本规则。³⁰³ 另一方面，国际法不成体系问题研究组的报告提到“禁止针对平民的敌对行动(‘国际人道法基本规则’)”。³⁰⁴

(11) 附件中的第五项规范是禁止种族歧视和种族隔离。《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 40 条的评注提到禁止种族歧视和种族隔离。³⁰⁵ 但是，《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条的评注只提到禁止种族歧视，而没有提到种族隔离。³⁰⁶ 国际法不成体系问题研究组的报告也提到禁止种族歧视和种族隔离。³⁰⁷ 然而，国际法不成体系问题研究组的结论提到禁止种族隔离和酷刑，而没有提到种族歧视。³⁰⁸

(12) 附件还将禁止奴隶制列为委员会以前提到的一般国际法强制性规范(强行法)清单上的第六项规范。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款草案》第

²⁹⁷ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(5)段和第 40 条草案评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页和第 112-113 页。

²⁹⁸ 国际法不成体系问题研究组结论(33)(见上文脚注 44)和研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段。

²⁹⁹ 另见危害人类罪条款草案序言，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第四章，E.1 节，第 44 段。

³⁰⁰ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。

³⁰¹ 国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(见上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段。

³⁰² 国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 113 页。

³⁰³ 国际法不成体系问题研究组结论(33)(上文脚注 44)。

³⁰⁴ 国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(见上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段。

³⁰⁵ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 112-113 页。

³⁰⁶ 同上，第 85 页，第 26 条评注第(5)段。

³⁰⁷ 见国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(见上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段。

³⁰⁸ 见国际法不成体系问题研究组结论(33)(上文脚注 44)。

26 条的评注中提到，禁止奴隶制是一项一般国际法强制性规范(强行法)。³⁰⁹ 同一条款草案第 40 条的评注中提到禁止奴隶制和奴隶贸易。³¹⁰ 条约法条款草案的评注提到禁止奴隶贸易。³¹¹

(13) 禁止酷刑是附件中的第七项规范。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 40 条的评注中提到禁止酷刑。³¹² 在同一条款草案第 26 条的评注中，委员会提到禁止“危害人类罪和酷刑”。³¹³ 另一方面，国际法不成体系问题研究组的结论提到禁止“种族隔离和酷刑”。³¹⁴

(14) 附件所列的最后一项规范是自决权。在将规范描述为具有强制性时，委员会使用了“the right of self-determination”(自决权)这一行文，尽管有时委员会会使用“the right to self-determination”(自决权)。³¹⁵

(15) 正如第(2)段所解释的那样，该清单并非详尽无遗，不仅因为它无意涵盖可能存在或将来可能出现的所有一般国际法强制性规范(强行法)，而且也因为它没有反映委员会以某种方式提到的所有具有强制性的规范。这包括委员会在审议过程中审议的规范。例如，委员会在条约法条款草案第 50 条的评注中，除其他外，提到禁止海盗行为和《联合国宪章》中的一项基本原则——主权“国家平等”原则。³¹⁶ 委员会还提及《联合国宪章》的重要作用，尤其是《宪章》中为联合国发展一般国际法强制性规范(强行法)规定宗旨和原则的条款。在 1976 年一读通过的“国家的责任”专题条款草案中，委员会还提到“对保护和维持人类环境至关重要的”义务，“例如禁止大规模污染大气层或海洋”的义务，作为一般国际法的强制性规范(强行法)。³¹⁷

³⁰⁹ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。

³¹⁰ 同上，第 112-113 页，第 40 条评注第(4)段。这是国际法不成体系问题研究组的报告中使用的表述(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(见上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段。

³¹¹ 条约法条款草案第 50 条草案评注第(3)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 248 页。

³¹² 国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 113 页。国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(见上文脚注 44)，第 77 页，第 374 段，也提到禁止酷刑是一般国际法强制性规范(强行法)的一个例子。

³¹³ 国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。

³¹⁴ 见国际法不成体系问题研究组结论(33)(上文脚注 44)。

³¹⁵ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第 40 条评注第(5)段，委员会在其中提到“尊重自决权的义务”，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 113 页。另见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 44)和国际法不成体系问题研究组的报告(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(同上)，第 77 页，第 374 段。在条约法条款草案第 50 条草案的评注第(3)段中，委员会提到“自决原则”，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 248 页。在国家对国际不法行为的责任条款草案第 26 条的评注第(5)段中，委员会提到自决权，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页。

³¹⁶ 条约法条款草案第 50 条草案评注第(3)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第二部分，第 248 页。

³¹⁷ 见国家的责任条款草案，第 19 条草案第 3 款(d)项，《1976 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 95-96 页，结合第 19 条草案评注第(17)和(18)段阅读(同上，第 102 页)。

(16) 附件中的规范未按特定顺序列出。排列顺序丝毫不代表它们之间的重要性排序。

附件

- (a) 禁止侵略；
 - (b) 禁止灭绝种族；
 - (c) 禁止危害人类罪；
 - (d) 国际人道法的基本规则；
 - (e) 禁止种族歧视和种族隔离；
 - (f) 禁止奴隶制；
 - (g) 禁止酷刑；
 - (h) 自决权。
-