



国际法委员会

第六十九届会议

2017年5月1日至6月2日和

7月3日至8月4日，日内瓦

特别报告员迪雷·特拉第关于强行法的第二次报告*

目录

	页次
一. 导言	3
二. 本专题以前的审议情况	3
A. 委员会的辩论	3
B. 第六委员会的辩论	5
C. 辩论中产生的问题	7
三. 强行法的准则	14
A. 一般准则	14
B. 第一个准则：一般国际法的规范	17
C. 第二个准则：确认和接受	28
四. 建议	40
A. 专题的名称	40

* 特别报告员要感谢 Aldana Rohr(布宜诺斯艾利斯大学)和 Juan Pablo Pérez-León-Acevedo(奥斯特陆大学, PluriCourts)。



B. 结论草案	40
结论草案 4 强行法的准则	40
结论草案 5 强行法规范是一般国际法的规范	40
结论草案 6 接受和确认是识别强行法的准则	40
结论草案 7 国家之国际社会全体	40
结论草案 8 接受和确认	41
结论草案 9 接受和确认的证据	41
五. 日后的工作方案	41

一. 引言

1. 国际法委员会在第六十六届会议期间(2014年)决定将题为“强行法”的专题列入其长期工作方案。¹ 大会在第六十九届会议表示注意到已将该专题列入委员会长期工作方案。² 国际法委员会在第六十七届会议(2015年)决定将该专题列入当前的工作方案,并决定任命一名特别报告员。大会在第七十届会议注意到国际法委员会关于将这个专题列入议程并任命一名特别报告员的决定。³

2. 在第六十八届会议,委员会审议了特别报告员的第一次报告,并决定将两项结论草案转交起草委员会。⁴

3. 特别报告员的第一份报告探讨了概念问题。特别报告员在第一份报告中提出,第二份报告将审议强行法的准则。这项建议得到委员会的普遍支持。本报告的目的是就是审议强行法的准则。由于委员会已将1969年《维也纳条约法公约》(以下称《维也纳公约》)作为审议这个专题的基础,本报告将把《公约》作为制订准则的出发点。

二. 本专题以前的审议情况

A. 委员会的辩论

4. 在第一次报告,特别报告员提出了三项结论草案。结论草案1规定了本专题的一般范围。⁵ 结论草案2指出强行法是国际法都是酌定法这项通则的例外。⁶ 结

¹ 参看国际法委员会第六十六届会议工作报告,《大会正式记录,第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第268段和附件。

² 见大会2014年12月10日第69/118号决议,第8段。

³ 见大会2015年12月23日第70/236号决议。

⁴ 参看特别报告员关于强行法的第一次报告(A/CN.4/693)。关于将两项结论草案转交起草委员会的决定,见《大会正式记录,第七十一届会议,补编第10号》(A/71/10),第100段。

⁵ 特别报告员提出的结论草案1(见A/CN.4/693,第74段)规定如下“本结论草案涉及识别强制法规则的方式以及规则产生的法律后果。”起草委员会通过了下列结论草案:“本结论草案涉及识别一般国际法强制性规范(强制法)的法律后果。”见起草委员会主席的发言,2016年8月9日。
(http://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2016_dc_chairman_statement_jc.pdf).

⁶ 特别报告员提出的结论草案2(见A/CN.4/693,第74段)规定如下:

“1. 国际法规则可经规则适用各国之间的协定予以更改、克减或废除,除非所涉规则(酌定法)禁止此种更改、克减或废除。此种更改、克减或废除可通过条约、习惯国际法或其他协定的方式进行。

“2. 第1款所载规则之例外情况是一般国际法强制规范,仅有具有同等性质之规则才能更改、克减或废除强制规范。”

论草案 3 列出了强行法的一般特质。⁷ 第一份报告还提出了一些方法问题，包括委员会应否作为审议这个专题的一部分提出一份符合强行法资格的规范的说明性清单。报告进一步追溯了强行法的历史和理论基础。

5. 该报告获得委员会成员的普遍好评。然而，有些议员批评了某些结论和得出结论的方法。没有必要简述辩论的所有各方面，因为委员会的报告已有很好的报道。⁸ 不过，在辩论中提出的一些问题会影响到委员会今后关于这一专题的工作。报告下面第二节 C 所简要讨论的正是这些问题。这些问题中的第一个涉及专题的名称。几位成员指出，“强行法”这个标题并没有抓住这个专题的精髓。⁹ 有人指出，国内法中不属于这一专题范围的强行法规范。将这个专题称作强行法可能会给人一种印象，认为委员会也在审议这些国内法规范。有些成员则提议最好使用《维也纳公约》所用的名称，即“一般国际法强制性规范(强行法)”。¹⁰ 虽然有其他成员提出用“一般国际法中的强制性规范(强行法)”，但是对“一般国际法强制性规范(强行法)”这个标题的支持还是主要的。虽然有些成员质疑这个专题目前的措词有没有涵盖条约以外的领域，但大多数成员认为，这个专题的确(而且应该)覆盖条约法以外与强行法有关的国际法领域。

6. 就第一次报告进行的辩论侧重于特别报告员编拟的各项结论草案。结论草案 1 获普遍支持，尽管有些成员提议，结论草案应表明有涵盖国家责任法的打算。结论草案 2 几乎被普遍批评，只有少数委员会成员表示支持。¹¹ 面对批评，特别报告员决定撤回结论草案 2 的提案，但结论草案 2 第 2 段将纳入结论草案 3 的定义部分。

7. 对结论草案 3 的意见分歧最为广泛。虽然有一些提出重新起草结论草案 3 第 1 段的提案，但对其内容并没有任何严重的意见分歧。然而，第 2 段导致了激烈的辩论。就这个专题发言的大多数委员会成员都支持该段的内容。¹² 有几个成员反对其内容，认为国际法没有承认强行法规范“保护国际社会的基本价值观，其等

⁷ 特别报告员提出的结论草案 3(见 A/CN.4/693，第 74 段)规定如下：

“1. 国际法强制规范(强制法)指国家之国际社会全体接受并公认为不容更改、克减或废除的规范。

“2. 强制法规范保护国际社会的基本价值观，其等级高于国际法其他规范且普遍适用。”

⁸ 参看 A/71/10，第 112-129 段。

⁹ 例如参看 A/CN.4/SR.3317，Candiotti 先生的发言。

¹⁰ 同上。

¹¹ 参看 A/71/10，第 124 段。关于对结论草案 2 内容的支持，见 A/CN.4/SR.3314，Cafilisch 先生的发言。

¹² 关于结论草案 3 的辩论摘要，见 A/71/10，第 125-127 段。

级高于国际法其他规范且普遍适用”。¹³ 少数成员表示同意第 2 段的内容，但认为第一份报告并没有为其中所识别的核心特质提出充分的依据。

8. 受到委员会重大关注的最后一个问题是委员会应否作为对该专题审议工作的一部分提出一份说明性清单的问题。委员会内支持与反对的意见参半，有些成员认为委员会应按提纲所列原计划提出一份说明性清单，而其他成员则认为不应提出说明性清单。¹⁴ 特别报告员将审议这些意见，包括各国提出的意见，并在适当时候向委员会提出建议。

9. 根据所作的辩论，委员会决定将结论草案 1 和 3 转交起草委员会。

B. 第六委员会的辩论

10. 许多代表团欢迎将专题纳入委员会的工作方案。一般来说，各代表团也欢迎委员会审议这个专题以及特别报告员的第一次报告。少数代表团依然对委员会决定开始审议这一专题持保留意见。法国对特别报告员的做法尤其不满，认为它没有适当考虑到各国的惯例和意见，反而对强行法采取了“过度理论性，或具有意识形态色彩的方法”。¹⁵ 甚至在国家惯例和意见这一问题上，法国在其发言中表示，“尽管[法国]的保留意见是众所周知的”，但特别报告员仍“作出结论认为，法国不是一贯反对者”。¹⁶

11. 将这个专题称为“国际法强制性规范(强行法)”的想法至少得到一个代表团的支持，没有代表团反对。¹⁷ 关于这个专题的范围，不同的代表团表达了不同的看法。一些代表团认为，委员会应将其对强行法的审议限于条约法。¹⁸ 然而，对这个问题发表评论的大多数代表团都认为，这个专题的范围应该是广泛的，应涵盖条约法以外的领域。¹⁹

¹³ 同上。

¹⁴ 参看 A/71/10，第 116-118 段。

¹⁵ A/C.6/71/SR.20，第 77 段。

¹⁶ 参看法国的书面发言(档案存特别报告员处)。“在他的报告中，特拉迪先生对法国的立场特别感兴趣，尽管我国对 *强制法* 概念有着众所周知的保留，但他却作出结论，认为法国不是一贯反对者...而且法国原则上接受强制法。然而，他并没有考虑到法国代表团 *特别是近年来* 对这一概念所表达的保留意见...”(强调是后加的)。

¹⁷ 参看奥地利的发言，大会正式记录，第七十一届会议，第六委员会，第 25 次会议(A/CN.6/71/SR.25)，第 87 段。(“最好用‘国际法强制性规范(强行法)’这种表述方法”)。虽然奥地利关注结论草案 3 第 1 段的措辞，但它确实支持这样的想法，即适当的提法应该是“国际法强制性规范(强行法)”。

¹⁸ 参看法国的发言(A/C.6/71/SR.20，第 77 段)。

¹⁹ 例如参看下列各国的发言：塞浦路斯(A/C.6/71/SR.22，第 55 段)、希腊(A/C.6/71/SR.25，第 39 段)、大韩民国(A/C.6/71/SR.24，第 86 段)、葡萄牙(档案存特别报告员处)、以及俄罗斯联邦(A/C.6/71/SR.25，第 67 段)。

12. 一些代表团对惯例的存在和可用性表示关切。例如，美利坚合众国就担心，从方法学观点看，国际惯例实属有限，因而可能会造成难以作出有效结论的结果。²⁰ 荷兰比较直截了当，指出特别报告员在其第一次报告中引用的大多数来源都称得上是“理论”。²¹ 荷兰继续指出，第一份报告并没有澄清实际上各国如何处理强行法概念，并告诫指出，不管委员会工作的成果如何，都应该考虑到并依据国家的惯例。²²

13. 与国际法委员会的情况一样，第六委员会的辩论侧重于结论草案。一般来说，各代表团对结论草案表示支持，尽管对结论草案 2 确实有微言，也有批评意见。²³ 同样，与国际法委员会的辩论情况一样，对结论草案 3 第 2 段的看法有所不同。可以回顾指出，结论草案 3 第 2 段识别了强行法的三个特质要素，即它们在等级上优于其他规范，它们是普遍适用的，它们反映国际社会的价值观。一些国家拒绝接受这些要素。²⁴ 但其他国家支持这些特质要素。²⁵ 还有一些国家只对结论草案的一些要素发表了评论。²⁶

14. 虽然很明显的是，大多数对结论草案 3 第 2 段表示看法的国家都支持它的内容，因此最好是聚焦于对第 2 段的要素提出的批评。对中国来说，要素的问题在于它们“与《维也纳公约》第五十三条所列的强行法基本要素明显有差异”。²⁷ 第

²⁰ 美国的发言，A/C.6/71/SR.26，第 125 段。

²¹ 荷兰的发言，A/C.6/71/SR.26，第 43 段。

²² 同上。

²³ 希腊对结论草案有批评意见(参看 A/C.6/71/SR.25，第 41 段)。下列国家虽然没有对内容提出批评，但采取了谨慎的做法：罗马尼亚(A/C.6/71/SR.26)、西班牙(A/C.6/71/SR.26，第 12 段(“西班牙不完全认为，结论草案 2 应提到国际法的...酌定法规范”)、和马来西亚(A/C.6/71/R26)。奥地利表示支持结论草案 2 的内容，指出“奥地利同意将酌定法和强制法加以区分的提案”(A/C.6/71/SR.25，第 87 段)。

²⁴ 反对结论草案 3 第 2 段各项要素的国家是：中国(A/C.6/71/SR.24，第 89 段，其中指出这些要素与《维也纳条约法公约》第 53 条‘有所不同’)和美国(A/C.6/71/SR.26，第 126 段)。

²⁵ 支持结论草案 3 第 2 段各项要素的国家是：巴西(A/C.6/71/SR.26，第 91 段)；捷克(A/C.6/71/SR.24，第 72 段：“强行法规范是其他国际法规则的例外。强行法规范保护国际社会的基本价值观，并普遍适用。”)；萨尔瓦多(A/C.6/71/25，第 62 段)；斯洛维尼亚(发言档案存特别报告员处：“注意到委员会详尽地审议了强行法规范的固有特点，并同意宣布强行法规范具有特殊和例外的性质，反映了国际社会所坚持的共性和最重要的价值...[要求]普遍遵守”)；和南非(A/C.6/7/SR.26，第 87 段：“对于委员会未能同意南非认为是基本和没有争议的特质，南非代表团感到失望。大家普遍接受的是，强行法规范是具有普遍约束力的，反映基本的价值与利益，等级是最高的”)。

²⁶ 塞浦路斯表示支持“等级优先”的要素(A/C.6/71/SR.22，第 56 段)，而西班牙则对等级优先概念表示有疑问(A/C.6/71/SR.26，第 12 段)。冰岛代表北欧国家质疑提及“国际社会价值观”的必要性(A/C.6/71/SR.24，第 63 段)，而斯洛伐克则支持强行法反映了“国际社会的基本价值观”的观点(A/C.6/7/SR.26，第 147 段)。伊朗伊斯兰共和国表示支持强制法规范普遍适用的概念(A/C.6/71/SR.26，第 122 段)。

²⁷ A/C.6/71/SR.24，第 89 段。

2段的要素被看作是引入新核心要素或要求。²⁸ 关于等级优先性，中国问到这些“新”要素是否意味着强行法应高于《联合国宪章》，因为根据《宪章》第一百零三条，《宪章》规定的义务高于其他义务。²⁹ 另一方面，美利坚合众国担心第2段的要素，特别是强行法规范普遍适用并反映国际社会基本价值观这种理念，会为企图从含糊不清和有争议的自然法原则制造强行法规范的做法打开大门，而不管这些强行法规范事实上有没有得到各国接受和确认。³⁰

15. 在第六委员会的辩论中出现的需要提及的最后一点是，土耳其代表团对第一次报告使用《保证条约》³¹ 和一些国家依赖它作为适用强行法的范例提出质疑。³² 这一关切让特别报告员有机会作出澄清，说明第一和第二份报告以及今后任何报告中提出的所有例子都仅仅是惯例例子，不损害惯例的质量或无损于有关惯例内含意见的正确性。然而，委员会不能因为某一惯例有国家争议而不让以该惯例作为依据。

C. 辩论中产生的问题

16. 或许最好从关于需要依据惯例的意见开始。特别报告员的看法反映在第一份报告。特别报告员在该报告中指出，“委员会通过彻底分析各种形式的国家惯例、司法惯例、文献和其他任何相关材料处理其专题”。³³ 第六委员会的辩论中的确已强调了这一观点。³⁴ 特别报告员的审慎意见是，第一次报告和本报告所采用的做法一直仍然是这种做法。

17. 虽然像荷兰的发言³⁵ 所指出的那样，“理论”比惯例的成分较多，但在第一次报告或本报告中，没有任何一个结论不是以惯例为依据也同样是真的。特别报告员(举例)指出，委员会关于其他专题的许多案文获得通过，所得惯例支持大大少于结论草案第2段内容所得的支持。³⁶ 这种惯例做法已被准确地分析与评

²⁸ 同上。

²⁹ 同上，第90段。

³⁰ A/C.6/71/SR.26，第126段。

³¹ 参看 A/CN.4/693，第39段(“例如，1964年，塞浦路斯根据强制性规范的概念，对塞浦路斯、联合王国、希腊和土耳其之间的1960年《保证条约》的有效性提出质疑”)。《保证条约》的案文见联合国，《条约汇编》，第382卷，第5475期。

³² 土耳其的发言，A/C.6/71/SR.29，第68段。

³³ A/CN.4/693，第14段。又参看第45段。(“对委员会的工作而言，重要的是各国惯例以及国际和国内法院的判例(委员会工作的重要内容)是否支持强制法。尽管文献中表达的观点有助于了解惯例，并可能提供系统化的框架，但我们应遵循的是国家惯例和司法实践。”)

³⁴ 参看捷克的发言(A/C.6/71/SR.24，第72段：委员会有关这一专题的工作应当以国家和司法惯例为基础，以学术著作作为补充。)又参看爱尔兰的发言(A/C.6/71/SR.27，第18段)。

³⁵ 参看 A/C.6/71/SR.26，第43段。

³⁶ 参看 A/CN.4/SR.3323，特别报告员简述辩论情况的发言。

估。正如法国所指出的那样，特别报告员的确对法国的惯例特别感兴趣。这是因为法国以反对强行法这个概念著称。然而，从法国本身的发言可以看出，实际的做法显示这是不准确的。评估所关切的并非法国是不是一贯反对者，第一份报告在这方面也没有得出任何结论。就法国来说，报告所指出的只是一项有据可查的事实，即在通过《维也纳公约》时，法国并没有反对强行法这个概念。相反，法国表示关切的只是如何应用这方面不明确，而且有被滥用的可能性。

18. 关于结论草案 3 第 2 段，必须回顾指出，与联合王国的发言相反，该段事实上是委员会转交起草委员会的，该段的案文在委员会内和在第六委员会辩论期间都得到很大程度的支持。至于实质方面，最好首先解决美利坚合众国提出的关切问题。如第一次报告所述，特别报告员无意解决自然法对实在法的辩论，也不打算重此轻彼。结论草案 3 第 2 段的要素不应被视为要暗中将自然法纳入委员会工作的企图。正如本报告将要说明的那样，确定一项规范是否符合强行法地位的准则仍然是《维也纳公约》第五十三条所列的准则。同样，为了回应中国的关切，这些要素不应被视增列的要素。相反，它们应被视为强行法规范的描述性要素和特质性要素，而不是组成性要素(或准则)。³⁷ 然而，这些特质可能对评估国际法强行法规范的准则起实际作用。

19. 值得回顾的是，在审议结论草案 3 第 2 段的要素时，所有发言的代表团和绝大多数发言的委员会成员都认为这个专题应以惯例为基础。³⁸ 这些要素在惯例中是普遍存在的，其形式包括国家惯例和司法惯例，又正如南非代表团在第六委员会的辩论中所提到的，它们是“基本和无可争议的”，是“普遍接受的”。特别报告员认为，第一份报告已提供了足够的惯例，可形成这些要素的基础。³⁹ 尽管如此，鉴于委员会若干成员认为⁴⁰ 惯例不足，特别报告员在他的辩论摘要中再提供补充材料。由于补充材料没有反映在第一份报告，尽管结论草案已转交了起草委员会，本报告还是扼要简述了这些材料。

³⁷ 参看 A/CN.4/693，第 72 段：“虽然这些都是强行法的核心特质...但这些特质并未告诉我们如何在当代国际法中识别强行法规范。”

³⁸ 委员会成员中只有 Valencia-Ospina 先生提出委员会应以理论作为工作的依据(参看 A/CN.4/SR.3323)。

³⁹ 参看 A/CN.4/693，第 61-72 段。

⁴⁰ Wood 先生(A/CN.4/SR.3314)、Forteau 先生(A/CN.4/SR.3317)、McRae 先生(A/CN.4/SR.3315)、Valencia-Ospina 先生(A/CN.4/SR.3323)、Hmoud 先生(A/CN.4/SR.3322)和 Murphy 先生，(A/CN.4/SR. 3316)。

1. 基本价值观

20. 除了众多的国家发言外，⁴¹ 国际法院对“波斯尼亚-黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山”案⁴² 和“克罗地亚诉塞尔维亚”案⁴³ 的判决及其关于《对灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见、⁴⁴ 前南斯拉夫问题国际法庭对“Furundžija”案的裁决、⁴⁵ 美洲人权委员会关于“迈克尔·多明格斯”案的决定⁴⁶ 中，均有无数个别意见和反对意见以及学术著作支持强行法规范保护国际社会基本价值观这种看法。这些权威本身就应构成强行法规范保护国际法基本价值观的充分依据。⁴⁷

21. 特别报告员在辩论摘要中提到了更多的权威。在“西德曼·德布莱克诉阿根廷共和国”案中，美利坚合众国第九巡回上诉法院指出，强行法规范“源自国际社会认同的根本价值”。⁴⁸ 同样，在美利坚合众国纽约东区地区法院，法院认为

⁴¹ 例如参看德国的发言(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准则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，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”)；和葡萄牙(A/C.6/56/SR.14, 第 66 段：“强制法、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的共同认识”)。

⁴² 关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案)，判决书，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页。

⁴³ 关于《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)，初步反对意见，判决书，《2008 年国际法院案例汇编》，第 412 页。关于《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)，2015 年 2 月 3 日判决书。

⁴⁴ 关于对《灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 23 页。

⁴⁵ 检察官诉 Furundžija 案，判决书，IT-95-17/1 号案件，1998 年 12 月 10 日，第 153 和 154 段，其中前南问题国际法庭明确将禁止酷刑作为强行法规范的地位与“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，禁止酷刑概念现已成为国际社会最基本标准之一。”欧洲人权法院在 Al-Aldsani 诉联合王国案(诉状号：35763/97)，2001 年 11 月 21 日判决书，第 30 段。

⁴⁶ Michael Domingues 诉美国案，第 12/285 号案件(2002 年)，美洲人权委员会，第 62/02 号报告，见第 49 页。

⁴⁷ 特别报告员在提出辩论摘要时就这些权威的适足性提出了以下的意见：“[相比之下]，委员会核准了对一贯反对者的要求，主要依据渔业案和庇护权案中两份附带意见的效力，那一效力远未达到目前所谈的强制效力。”(A/CN.4/SR.3323, 第 14 页)。

⁴⁸ 西德曼·德布莱克诉阿根廷共和国案，美国上诉法院第九巡回审判庭，965 F.2d 699；1992 年 U.S.App., 第 715 页。该裁决获美国其他几起案件赞同并引用：Hernandez-Rojas 财产托管方诉美国案，2013 US District Lexis 136922 (SD Cal.2013)第 14 页；Hernandez-Rojas 财产托管方诉美国案，2014 US District Lexis 101385 (SD Cal. 2014), 第 9 页；Doe I 诉 Reddy 案，2003 US District Lexis 26120(ND Cal 2003)；McKeown 法官对 Alvarez-Machain 诉美国案 331 F.3d 604(上诉法院第九巡回审判庭，2003 年)发表的意见，第 613 页。另见 Presgerson 法官在 Sarei 诉 Rio Tinto

强行法等同于“国际法律规范中等级最高”的规范。⁴⁹ 其他司法管辖区的法院也表达了同样或类似的看法。⁵⁰ 例如，秘鲁宪法法庭提到了强行法义务的“基本价值观非常重要”。⁵¹ 菲律宾最高法院在界定强行法时指出，有关规范“被认为对公正国际秩序的存在至关重要”。⁵² 在“阿兰西维亚·克拉维尔”案中，阿根廷最高法院指出，强行法的目的是“保护各国不受违反由国家构成的整个国际社会的一些价值观和普遍利益而缔结的协定的约束”。⁵³ 南非宪法法院同样指出，强行法规范“反映了国际社会最基本的价值观。”⁵⁴

22. 从上文可以清楚看出，强行法规范反映和保护国际社会基本价值观。这个观点从未受到严重质疑。例如，一位曾批评这个观念的评论家科尔布表示，它是当今“绝对占主要地位的理论”。⁵⁵ 当然，不同的权威用不同的话语来描述这个中心观念，但是这个观念在国际法已被普遍接受。例如，有些权威指出，强行法规范“保护”基本价值观，而另一些权威则指出这些规范“反映了”基本价值。此外，有些谈到“基本价值观”，而另一些则说到“基本利益”。不管怎样，主调是一样的。

案，PLC 671 F.3d 736(上诉法院第九巡回审判庭，2010年)的反对意见，第778页(“强行法规范是有秩序的国际社会的基本组成部分”)。

⁴⁹ Nguyen Thang Loi 诉 Dow Chem Co 案(橙剂产品责任诉讼) 373 F. Supp. 2d(EDNY, 2005)，第136页。

⁵⁰ 参看例如 R(Al Rawi 和其他人)诉外交和联邦事务大臣和另一人案，[2006] EWCA Civ 1279，第101段。加拿大最高法院将强行法规范视为“对我们的社会正义概念至关重要或非常根本的规范..” Kazemi 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案[2014]加拿大最高法院 62, 3 SCR 176，第151段。俄罗斯联邦最高法院全会也同样将强行法规范描述为“国际法的基本强制性规范”(关于一般管辖法院对国际法普遍认可原则和规范及俄罗斯联邦的国际条约的适用，经2013年3月5日修订的俄罗斯联邦最高法院全会第5号裁决(2003年10月10日))。

⁵¹ EXP. No. 0024-2010-PI/TC Sentencia del Pleno Jurisdiccional Del Tribunal Constitucional del Perú, 2011年3月21日，第53段(“此项[强行法]义务背后的价值观非常重要”)。

⁵² 由 Satur Ocampo 代表等人代表的 Bayan Muna 诉作为执行秘书的 Alberto Romulo 等人案，菲律宾共和国最高法院(2011年)。

⁵³ Arancibia Clavel, Enrique Lautaro 诉 Homicidio Calificado y Asociación Il Ítita y Otros, 第259号案件，2004年8月24日判决书(“保护各国不受违反整个国际社会的一些价值观和普遍利益而缔结的协定的约束”)。

⁵⁴ 南非宪法法庭，Kaunda 及其他人诉南非共和国总统案，2005(4) SA 235(CC)，第169页，赞同地引用特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第一次报告(A/CN.4/506)。

⁵⁵ Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens— A General Inventory* (Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015)，第32页。

2. 等级优先

23. 与强行法反映基本价值的观念一样，强行法规范在等级上高于其他国际法规则和规范这个观点也获普遍接受。⁵⁶ 事实上，委员会已得出结论，认为强行法规范在等级上高于其他规则，⁵⁷而且这一结论应当可以作为将等级优先列为强行法的特征之一的充分依据。

24. 第一份报告除说明委员会以前的工作之外，还提供了支持等级优先的各国发言、⁵⁸ 司法裁决、⁵⁹ 以及学术著作⁶⁰。这里值得一提的是，委员会过去根据少得多的惯例支持就通过案文。尽管如此，在辩论之后，特别报告员即列举了支持这个只能说是明显的强行法特质要素的更多权威。

25. 在卡迪诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会一案中，欧洲法院一审法院将强行法描述为“一套地位较高的国际公法规则”。⁶¹ 欧洲人权法院也同样将强行法描述为“在国际等级中享有比条约法甚至是“普通”习惯规则更高等级的规范。”⁶² 在迈克尔·多明格斯一案中，美洲委员会指出强行法规范源自“最高的法律秩序规范”。⁶³

⁵⁶ 参看 Maarten den Heijer 和 Harmen van der Wilt “强行法与国际法的人性化和不成体系问题”，荷兰国际法年鉴，*Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016)。

⁵⁷ 参看国际法不成体系问题研究组的工作结论，《国际法委员会年鉴》，2006年，第二卷，第二部分，(联合国出版物，出售品编号 12.V.13(Part 2))，第十二章，D.2 节，第(33)和(34)段。

⁵⁸ 参看荷兰的发言(A/C.6/68/SR.25，第 101 段：“无论采取成文法或习惯法的形式，强行法在国际法体系内的等级都最高”)；和联合国(联合国条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，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，(联合国出版物，出售品编号 C.68.V.7)，第 58 段：“在一个组织有序的国际社会，需要有等级更高的国际法规则，这些规则高于性质仅为酌处性、各国可以通过协约方式保证不受之约束的规则”)。

⁵⁹ 参看例如检察官诉 Furundžija 案(前注 45)，第 153 段(禁止酷刑的一个特征“涉及国际规范秩序中的规则等级…这一原则已演变成一项强制规范或强行法，即在国际等级中享有比条约法甚至是“普通”习惯规则更高等级的规范”)。

⁶⁰ 参看例如 Gennady Danilenko “International jus cogens: issues of law-making”, in *European Journal of International Law*, vol. 2, No. 1 (1991); William Conklin, “The preemptory norms of the international community”, in *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 3(Oxford University Press, 2012), 第 838 页(“强制规范的可能性本身再次显示，存在国际法规范的等级，其中强制规范是最高等级的‘国际社会基本标准’”)。又参看 Marjorie Whiteman “Jus cogens in international law, with a projected list”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2 (1977), 第 609 页; Mark Janis “The nature of jus cogens”, in *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2 (1988), 第 360 页。

⁶¹ *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2005] ECR II-3649 (2005年9月21日)，第 226 段。

⁶² *Al-Adsani* 案(前注 45)，第 60 段，引述前南问题国际法庭 *Furundžija* 案(前注 45)。又参看 Rozakis 和 Caflich 法官在 *Al-Adsani* 案的联合反对意见(“大多数人认为，[强行法规范]在等级上高于

26. 美利坚合众国上诉法院普雷格森法官在萨雷里诉力拓集团案的反对意见中确认, 强行法等级优先是不容置疑的。⁶⁴ 值得一提的是, 虽然这出现于一项反对意见, 但在西德曼·德布莱克一案中, 大多数确认强行法规范“应该得到国际法的最高地位”。⁶⁵ 在马恩诉赤道几内亚共和国案, 津巴布韦高等法院将强行法描述为“在构成国际规范秩序的规则等级制度中具有首要地位”的规范。⁶⁶ 强行法也被描述为“在所有其他习惯规范和原则中占据最高等级位置”的规范,⁶⁷ “不仅高于条约法, 还高于一切法律来源”,⁶⁸ “优先于其他国际法规则”,⁶⁹ 是“高于”习惯国际法和条约”两者的规范。⁷⁰ 意大利法院同样认为, 强行法规则的位阶高于其他规范。⁷¹

任何其他国际法规则”)。又参看 *Al-Dumini and Montana Management Inc 诉瑞士一案* 中 Pinto de Albuquerque、Hajiyev、Pejchal 和 Dedov 法官的同意意见, [2016] ECHR 576 (2016 年 6 月 21 日), 第 34 段。

- ⁶³ *Michael Domingues 诉美国案* (前注 46), 第 49 段。又参看 *Hassan 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案*, 初审法院判决书, 2006 年 7 月 12 日的判决, 第 92 段。
- ⁶⁴ *Sarei v Rio Tinto 案* (前注 **错误!未定义书签。**), 第 19395 页。
- ⁶⁵ *西德曼·德布莱克案* (前注 **错误!未定义书签。**), 第 717 页。
- ⁶⁶ 见 *Mann 诉赤道几内亚共和国案* [2008] ZWHHC 1, 2008 年 1 月 23 日判决书。又参看 *Nguyen Thang Loi 案* (前注 **错误!未定义书签。**), 见 136, 其中将强行法描述为“国际法律规范中地位最高”的规范。
- ⁶⁷ *Bayan Muna* (前注 **错误!未定义书签。**)。又参看 *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd 案* [2012] 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)引述 *Furundžija 案* (前注 45), 确定强行法规范“的国际级别高于条约法甚至是“普通”习惯规则”。又参看 *R v (Al Rawi and Ors) 诉外交和联邦事务大臣和另一人案* (前注 50), 第 101 段, 其中引用 *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet (No 3)* [2000] 1 AC 147 一案, 第 198 页。
- ⁶⁸ *Julio Héctor Simón y Otros s/ privación ileg fima de la libertad*, 第 17/768 号案件, 2005 年 6 月 14 日判决书, 第 48 段 (“不仅裁定高于条约, 还高于所有法律来源”)。又参看 *Mazzeo Julio Lilo y Otros s / Rec de Casación e Inconstitucionalidad*, 2007 年 7 月 13 日判决书, 第 15 段 (强行法是国际法的最高来源。” [Se trata de la m à alta Fuente del derecho internacional.”])。
- ⁶⁹ 见 *Hoffman 勋爵在 Jones v Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and Others* [2007] 1 AC 270 一案的同意意见, 第 39 段。
- ⁷⁰ *Mani Kumari Sabbithi et al v. Major Waleed KH N.S. Al Saleh* 605 F. Supp 2d 122 (美国哥伦比亚特区地区法院), 第 129 页。
- ⁷¹ *Mario Luiz Lozano 诉意大利共和国总检察官案*, Appeal Judgment of 24 July 2008 年 7 月 24 日上诉判决书, 最高上诉法院, 第一刑事分庭, 意大利, 第 31171/2008 号案件, 第 6 页 (“dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di jus cogens” [应优先实施强行法级别较高原则])。又参看 *Germany v De Guglielmi and De Guglielmi and Italy (joining)*, 都灵上诉法院 2012 年 5 月 14 日上诉判决书, 第 941/2012 号案件, ILDC 1905 (IT 2012), 第 15 页。

27. 从上述引文应当可以清楚看出，等级优先作为强行法的描述性特质要素是不容严重质疑的。可能会用到不同的术语，但强行法等级优先或具有较高地位的概念已被普遍接受。

3. 普遍适用

28. 强行法规范普遍适用这个观念指出了—个事实，它是适用于所有国家的。与其他两个要素—样，国家惯例和国际司法惯例(此后简称为“国家和司法惯例”)都给予很好的支持。第一份报告以法庭裁决⁷²和学术著作⁷³的形式列出了对这一要素的支持。

29. 美洲法院描述强行法规范为“适用于所有国家”和“对所有国家有约束力”的规范。⁷⁴同样，在迈克尔·多明格斯—案中，美洲人权委员会确定强行法规

⁷²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)，案情实质，判决书，《1986年国际法院案例汇编》，第14页，见第190页。(“美国在其关于管辖权和可受理性问题的辩诉状中，认为重要的是引用学者的意见，即这一原则是“普遍规范”，是“普遍国际法”，“普遍承认的国际法原则”，以及“强制法原则”)；又参看关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见(前注44)，见23，其中国际法院提到“灭绝种族罪…普遍受到谴责”；又参看Moreno Quintana法官对1902年《关于婴儿监护权公约》适用问题—案(荷兰诉瑞典)的个别意见，1958年11月28日的判决(www.icj-cij.org/docket/files/33/2271.pdf)，第106-107页(这些原则…具有“强制性性质和普遍范围”)；和Hanoch Tel-Oren et al v Libyan Arab Republic et al, 1984年2月3日美国哥伦比亚特区地区法院判决书，726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384(有“少数令人发指的行动—每个行动都违反可界定的、普遍的强制规范”)。

⁷³例如参看William Conklin “The peremptory norms of the international community”, in *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 3 (Oxford University Press, 2012)。又参看Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976)第78页；Giorgio Gaja, “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), 第283页；Gennadii Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Dordrecht, Marinus Nijhoff Publishers, 1993), 第211页；Levan Alexidze, “Legal nature of jus cogens in contemporary international law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), 第246页；Pierre-Marie Dupuy and Yann Kerbrat, *Droit International Public*, (11th edition, Paris, 2012), 第322页 [“la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tout 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”]；Aldana Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens* (Buenos Aires, 2015), 第6页；Dan Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (Marinus Nijhoff Publishers, 2009), 第135页 (“无论各国同意与否，强制法…对所有国家均适用”)；和Matthew Saul, “Identifying jus cogens norms: the interaction of scholars and international judges”, in *Asian Journal of International Law* (2014), 第31页 (“强制法规范应该对所有国家具有约束力”)。

⁷⁴应墨西哥合众国请求于2003年9月17日提出的关于无证移民法律地位和权利的OC-18/03号咨询意见，见第4和第5段。又参看联合国大会(在第49/75K号决议)提交国际法院的1995年6月19日墨西哥政府请求对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表咨询意见的书面说明，第7段 (“这些规范…对所有国家具有法律拘束力(强行法)”。书面说明全文见www.icj-cij.org/docket/files/95/8694.pdf。

范“对整个国际社会具有约束力，不管有无抗议、确认或默许。”⁷⁵ 美利坚合众国上诉法院将强行法规范描述为“不依赖个别国家的同意，因其性质而具有普遍约束力。”⁷⁶ 同样，在 *Belhas 诉 Moshe Ya'Alon* 案，美利坚合众国哥伦比亚特区上诉法院将强行法规范描述为“所有国家都普遍接受并认为根据国际法都受其约束”的规范。⁷⁷ 同样，瑞士联邦最高法院裁定，强行法规范“对所有国际法主体都具有约束力”。⁷⁸

30. 上面引述的材料表明，国家和法院在其实践惯例中一贯同意强行法规范保护和反映国际社会的基本价值观，而且普遍适用，并在等级上优于其他国际国际法规范。这些材料有时用了不同的话语来表达相同的基本观念，这不应减损上述特质获广泛接受的情况。

三. 强行法的准则

A. 一般准则

31. 或许提出两个初步要点是有用的。首先，由谁决定是否符合准则的问题超出了这个专题的范围。不过，日后涉及强行法对条约法所生后果的报告，特别是条约失效方面，必须处理关于强制裁决涉及强行法致使条约失效的争端的《维也纳公约》第六十六条。第二，特别报告员第一次报告中提出的结论草案 3 第 2 段所载要素并不是强行法的准则。它们是强行法规范的描述性要素。这些用来识别国际法强行法规范的准则，或要求，指的是在一项规则或原则可称为强行法规范之前应具有的要件。这些准则正是第二次报告本节的主题。

32. 正如苏丹所提及的那样，识别强行法规范是一个复杂的过程。⁷⁹ 同样，在对委员会 1966 年条约法条款草案第 50 条草案的评注中，委员会指出识别强行法规范“没有任何简单的准则”。⁸⁰ 在 2016 年第六委员会的辩论中，许多国家强调，强行法准则应以《维也纳公约》第五十三条为依据。⁸¹ 特别报告员没有像

⁷⁵ *Michael Domingues* (前注**错误!未定义书签。**)，第 49 段。

⁷⁶ *Smith 诉阿拉伯利比亚人民社会主义民众国*, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), 第 242 页。

⁷⁷ *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (哥伦比亚特区 Cir. 2008), 第 1291-2 页。

⁷⁸ *Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部*, 行政上诉, 2007 年 11 月 14 日判决书, 瑞士联邦最高法院, 第 1A 45/2007 号案件, ILDC 461 (CH 2007), 第 7 段。

⁷⁹ 苏丹的发言, A/C.6/71/SR.25, 第 73 段。

⁸⁰ 见关于条约法的条款草案第五十条草案评注第(2)段(1966 年), 《1966 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, (联合国出版物, 出售品编号 67.V.2), 第二部分, 第二章, C 节。

⁸¹ 例如参看捷克的发言 (A/C.6/71/SR.24, 第 72 段)。又参看加拿大的发言(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《维也纳公约》

马来西亚的发言所说的那样，把强行法准则应以《维也纳公约》第五十三条为依据这种意见解释为委员会不能超越第五十三条，即使惯例做法是如此认定的。⁸² 因此，作为出发点，本报告将《维也纳公约》第五十三条的要素作为识别强行法规范的依据。然而，第五十三条的内容与含义取决于国家惯例和国际法院和法庭的裁决。

33. 以第五十三为基础出发的决定不仅是基于各国在大会辩论期间所发表的意见。总的来说它是与惯例做法和学术著作一致的。当提及强行法时，国际法院和法庭通常会提到《公约》第五十三条。⁸³ 此外，大部分学术文献都是以第五十三条提供的强行法定义为出发点。⁸⁴ 而且本专题所依据的提纲还将《维也纳公约》第五十三条视为“任何强行法研究的起点”。⁸⁵

34. 在处理第五十三条的案文之前，必须强调，本报告所制订的准则不是以特别报告员的既定意见或特定哲学倾向为基础，而是以相关惯例材料作为依据。它们没有而且不应该有传播狭义或广义方法、或宣传自然法或实在法的意图。

35. 强行法规范既然是以《维也纳公约》第五十三条作为依据，回顾该条的规定是值得的：

第五十三条提出的两个准则...相反，其目的是清楚说明...准则的含义与范围”)和波兰(A/C.6/71/SR.26, 第56段)。进一步参看爱尔兰的发言(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...”)。

⁸² 见马来西亚的发言(A/C.6/71/SR.26, 第75段: “关于强行法这个专题，马来西亚代表团告诫不要将这个原则扩大到超越《维也纳条约法公约》第五十三条所用措词的范围。鉴于国际法是通过基于同意的文书发展的，将这一原则扩大，使某些普遍规范不管各国同不同意都对它们有约束力，是不明智的。”)。

⁸³ 参看例如以核武器进行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83段；Prosecutor v. Furundžija (前注45)，第155段；Prosecutor v. Jelisić, IT-95-10-T号案件，1999年12月14日，第60段。又参看哥伦比亚宪法法庭，判决书，C-578/95号案件。特别参看杜加尔德专案法官在刚果境内武装活动(新诉状:2002年)(刚果民主共和国诉乌干达)法院管辖权和诉状的可受理性一案的反对意见，(www.icj-cij.org/docket/files/126/10449.pdf)，第8段。

⁸⁴ 例如参看 S'évrine 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”)；Ulf Linderfalk “Understanding the *Jus Cogens* Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism over Legal Idealism”, in *Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016), 第52页。又参看 Stefan Kadelbach “Genesis, Function and Identification of *Jus Cogens* Norms” in *Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016), 第166页，其中指出“关于强行法的论文通常从”《维也纳公约》第五十三条说起。

⁸⁵ 见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，附件，第7段。

“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”

36. 第五十三条的第一句不是定义性的，而是从条约法的角度说明与强行法冲突的后果。第二句才列出国际法强行法规则的定义。⁸⁶ 第五十三条确实提出了就适用《维也纳公约》而言的定义。但是，正如上文第 32 段和第 33 段所述，《维也纳公约》的定义一般被接受为强行法的定义，甚至超越条约法。⁸⁷ 委员会本身在其他专题范围内审议强行法时，都依赖《维也纳公约》第五十三条所载的定义。⁸⁸

37. 第五十三条为识别强行法订立了两个累计准则。首先，相关规范必须是一般国际法的规范。第二，这个一般国际法规范必须被接受和公认为具有某些特质，即它是一个“不许损抑的”，只能被“后来的强行法规则”更改的规范。⁸⁹ 克努切尔认为，第五十三条包括三个要素，即一般国际法的规范，接受和公认为不许

⁸⁶ Dinah Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens”, in *Netherlands Yearbook of International Law: Jus Cogens — Quo Vadis?*, vol. 46 (T.M.C. Asser Press, 2016), 第 26 页。又参看 Ulf Linderfalk, “The creation of jus cogens: making sense of Article 53 of the Vienna Convention”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Heidelberg Journal of International Law]*, vol. 71, No. 2 (2011), 第 359-378 页。

⁸⁷ Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), 第 6 页 (“虽然《维也纳公约》涉及条约法，但仅对签署国有拘束力... 第五十三条反映的概念具有超越条约的法律效力”)。

⁸⁸ 见国家对国际不法行为的责任条款草案(2001)第 26 条评注第 (5) 段，《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分(联合国出版物，出售品编号 E.04.V.17 (Part 2))，第 84 段 (“识别一般国际法强行法规则的准则是严格的。《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范应符合公认为一般国际法准则的所有准则.....而且还应由国家之国际社会全体公认为具有强制性性质。”) 又参看国际法不成体系问题研究组的工作结论 (前注 **错误!未定义书签。**)，第(32)段 (“可依据其内容及其被普遍接受的优先等级来决定一个国际法规则优于其他规则。这是国际法强制规范(强制法，《维也纳条约法公约》第五十三条)的情况。也就是说，“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑”的规范)。虽然不是委员会的产品，但可进一步参看研究组的报告，A/CN.4/L.682，第 375 段 (“[制定准则的]识别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’的规范来识别强制法。”)。

⁸⁹ 又参看爱尔兰的发言(A/C.6/71/SR.27，第 20 段)。特别参看安大略省上诉法院，*Bouzari 及其他人诉伊朗伊斯兰共和国案* (2013) 71 OR (3d) 675，第 86 段，其中安大略省上诉法院在确定强制法是较高形式的习惯国际法的情况下，明确指出第五十三条中的非损抑要素要以公认和接受为条件。“习惯国际法或强行法规则的强制性规范是较高形式的习惯国际法。国家之国际社会接受和公认为不许损抑的规范。” 又参看 Erika de Wet, “Jus cogens and obligations erga omnes” in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), 第 542 页 (“实质上，这意味着某一规范首先要被公认为习惯国际法，然后国家之国际社会全体同意这是不许损抑的规范。”) 又参看 Jure Vidmar, “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, in *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Erika de Wet and Jure Vidmar, eds. (Oxford, Oxford Scholarship Online, 2011), 第 25 页。

损抑的规范，而且这种规范只能被后来的强行法规范更改。⁹⁰ 然而，从下定义的角度来看，第三个要素首先不是一个准则，而只是描述现有的强行法规范可以如何被更改。这是识别强行法规范之后的事，因此不能成为识别的准则。⁹¹ 此外，即使作为定义的一部分，它也不是独立的准则，而是构成“接受和公认”准则的一部分。

38. 在措词方面，还有其他方式可以解释第五十三条。从文字角度来看，可以将“接受和公认”解释为是用来形容“一般国际法”的，而不是形容不许损抑等字。从这个角度看，第五十三条有三个准则如下：(a)国家之国际社会全体公认为一般国际法的规范；(b)不许损抑的规范；(c)只能用另一个强行法规范更改的规范。这样的解释除了第五十三条的惯例和谈判历史都不支持外，还会产生一些困难。首先，这会使第一个准则同义反复，因为“一般国际法”理应就是国际社会普遍接受和公认的法律。第二，以这种形式，第二和第三项准则都不是准则，而分别是强行法的后果，以及如何更改强行法规范描述。

39. 根据上述各点，为了符合强行法规范的要求，它必须是一般国际法的规范，必须被接受和公认为不许损抑的规范。本报告将依次审议这些准则。

B. 第一个准则：一般国际法的规范

40. 第一个准则，即强行法是一般国际法的规范，是第五十三条明确规定的。此外，在对委员会条约法条款第 50 条草案的评注中，多次一再提到强行法是“一般国际法规范”这一观点。⁹² 值得指出的是，在维也纳会议期间，各方提出了许多起草建议来修订委员会的案文，但没有一修订案涉及“一般国际法规范”这个概念。它被接受为既定的概念，所有就强行法各个方面发言的代表都以这些用语来界定强行法。⁹³ 此外，国际和国内的司法裁决一贯采用国际法强行法规范源自一般国际法规范这种见解。⁹⁴ 克努切尔响应同样的观点，认为这个第一准

⁹⁰ Knuchel (前注 **错误!未定义书签。**)，第 49-136 页。又参看伊朗伊斯兰共和国的发言(A/C.6/71/SR.26, 第 118 段)，其中列举的两个准则首先是由国家组成的整个国际社会公认为不许损抑的规范，其次是只有用后来的强行法规范才能更改的规范。

⁹¹ 又参看希腊的发言，第五十二次会议，*联合国条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，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*(联合国出版物，出售品编号 C.68.V.7)，第 19 段 (“在他看来，第三个要素导致一个恶性循环，因为强行法规则只能通过‘具有相同性质’的规则进行更改，这不能成为管理规则‘特性’的条件之一。”)。

⁹² 例如参看第 50 条草案评注第(2)段 (前注 **错误!未定义书签。**)。

⁹³ 例如参看 *联合国条约法会议正式记录*(前注 91)的下列发言：第五十二次会议，苏维埃社会主义共和国联盟，第 3 段；希腊，第 19 段；古巴，第 34 段；第五十三次会议，尼日利亚，第 48 段；奥地利，第 42 段；乌拉圭，第 51 段。

⁹⁴ 例如参看 *与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)*，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，第 99 段 (“禁止酷刑是习惯国际法的一部分，已成为强制性规范(强行法)”); 关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编》，

则“所针对的是创制规范的过程，而不是它取得强行法地位的过程。”⁹⁵ 这意味着第一个准则暗含一个强行法规范出现的两步过程，即在一般国际法下建立一项“正常”规则，然后将该规则“提升到”强行法地位。⁹⁶ 委员会在关于国家责任条款的评注中准确地描述了这一两步过程：

“识别一般国际法强行法规范的准则是严格的。1969年《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范符合获公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，而且应进一步获国家之国际社会全体公认为具有强制性性质。”⁹⁷

41. 因此，将“一般国际法的规范”的概念作为准则无人置疑。可能成为问题的，就是这个准则的精确含义是什么。国际法委员会建立的国际法不成体系问题研究组指出，“‘一般国际法’没有已获接受的定义”。⁹⁸ 然而，这个概念的要素可以从惯例和文献中归纳出来。除其他外，研究组本身将一般国际法⁹⁹ 分别与特别法和条约法¹⁰⁰ 区别开来。一般国际法与条约法和特别法之间的区别看来已由国际法院在*军事和准军事活动*一案中予以证实。¹⁰¹ 可是，这种区别可能会排除一些诸如国际人道主义法等规则，使这些规则无法获得强行法地位。研究组所依赖的加布奇科沃-大毛罗斯项目案¹⁰² 的案文的确说明了这一点。在这个案件中，

第81段（“严重违反一般国际法规范，特别是违反强制性规范(强行法)”）*Buell 诉 Mitchel 案*, 274 F.3d 337 (第六巡回上诉法庭, 1988年) (美利坚合众国), 见373（“国际法的一些习惯准则达到了‘更高的地位’，被‘国家之国际社会公认为强制性...’）；和*Kazemi 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案* [2014] 加拿大最高法院 62, 3 SCR 176, 第209页。

⁹⁵ 见 Knuchel (前注**错误!未定义书签。**)，第49页。又参看 Linderfalk (前注**错误!未定义书签。**)，第371页（“...通过‘创立强行法规则’，我并不是说创立法律规则，而是将法律规则治提升到强行法地位”）。

⁹⁶ Raphaële Rivier, *Droit international public*, 2nd edition (Paris, Presses Universitaires de France, 2013), 第566页（“Ne peut accéder au rang de règle imperative qu’une provision déjà formalisée en droit positif et universellement acceptée comme règle de droit.” [“只有一个已经在实在法中被正式化并获普遍接受为法律的规定才能位列强制规范”]）。

⁹⁷ 国家对国际不法行为的责任条款草案第26条评注第(5)段（前注**错误!未定义书签。**）。

⁹⁸ 《国际法委员会年鉴》，2006年，第二卷，第二部分，第十二章，D.2节（前注**错误!未定义书签。**），第(10)段，脚注976。研究组指出，这个术语的含义视具体情况而定。

⁹⁹ 参看 A/CN.4/L.682, 第8段（“曾经似乎受‘一般国际法’管辖的事项现在已经成为‘贸易法’、‘人权法’、‘环境法’、‘海洋法’、‘欧洲法’等专门体系以及甚至成为‘投资法’或‘国际难民法’等异常和需要高度专业知识的法律所管辖的领域。”）；又参看第81段和第194段。

¹⁰⁰ 同上，第92段。应当指出，研究组在某些方面将条约法作为特别法对待。

¹⁰¹ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，《1986年国际法院案例汇编》，第14页，见第274页。又参看加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)案，判决书，《1997年国际法院案例汇编》，第76页，第132段。

¹⁰² 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(前注**错误!未定义书签。**)，见第132段，其中法院指出，斯洛伐克和匈牙利之间的关系，除其他外，受“一般国际法规则”和“主要是1977年条约作为特别法适用的规则的各项原则”所约束。

法院提到当事方斯洛伐克和匈牙利之间订立的特别规则，这些规则与一般适用于国家之国际社会的规则不同。

42. 因此，就第五十三条而言，看来一般国际法规范中的“一般”指的是适用范围。这种理解似乎与国际法院的判决、咨询意见和个别意见的所采取的方法相一致。虽然在北海大陆架案件中，法院并没有使用“一般”二字来将对某些案件或在某些当事方之间可以通过协议加以克减的“国际法规则”，以及不许损抑的强行法规则区别开来，但前者是一般适用于国家之间，可以通过“一般国际法规则”一词所提的(更)具体规则来克减的规则。¹⁰³ 当法院将“纯公约性规则和允许对它们有限度地作出单方面保留的义务”和“一般或习惯法规则与必须...对国际社会所有成员具有同等效力的义务”区别开来，¹⁰⁴ 就是将研究组提到的一般国际法与特别法之间的区别纳入考虑范围。

43. 一般国际法最明显的表现形式是习惯国际法。¹⁰⁵ 事实上，许多人将习惯国际法视为形成强行法规范的最常见依据。¹⁰⁶ 例如，热拉尔·卡安指出，习惯国际法“即使不是形成强行法规范的唯一方式，也是通常和常见的方式”。¹⁰⁷ 多年以来，习惯国际法规则与强行法规范之间的密切关系均反映在各国在大会上的发言。¹⁰⁸ 国内和国际法庭的判例法同样证实了强行法规范是由习惯国际法规则

¹⁰³ 北海大陆架案，判决书，《1969年国际法院案例汇编》，第3页，第72段。

¹⁰⁴ 同前，第63段。

¹⁰⁵ Antonio Cassese, “For an enhanced role of jus cogens” in Antonio Cassese, ed., *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), 第164页 (“第二个问题等于询问一个国际法庭如何确定国际法的一般规则或原则是否已获得强行法规范的地位。从逻辑上说，前提是存在这样一种习惯规则或原则。”) (强调部分原文如此)。又参看 Erika de Wet (前注错误!未定义书签。), 第542页。

¹⁰⁶ 关于这些问题的讨论，参看 Knuchel (前注错误!未定义书签。), 第86页。

¹⁰⁷ Gérard Cahin, *La Coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, in *Revue générale de droit international public*, No. 52 (Pédone, 2001), 第615页 (“如果不是唯一的方法，也是通常和常见的方法”)。又参看 Raphaële Rivier, *Droit international public* (前注错误!未定义书签。), 第566页 (“Le mode coutumier est donc au premier rang pour donner naissance aux règles destinées à alimenter le droit impératif.”[习惯国际法是构成强制法基础的各项规则的主要渊源])。还可参看 Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford, Oxford University Press, 2005), 第199页 (“一类特殊的通过习惯产生的一般规则，被赋予特殊的法律效力：它们具有强制性性质，并构成所谓的强行法”)。进一步参看 João Ernesto Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Zurich, Schulthess, 2016), 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”)。相反意见可参看 Mark Janis, “The nature of jus cogens”, in *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2 (1988), 第361页。

¹⁰⁸ 参看巴基斯坦在大会第三十四届会议的发言，A/C.6/34/SR.22，第8段 (“不使用武力原则及其必然附带规定都是强行法，其依据不仅是《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”)；又参看联合王国的发言(A/C.6/34/SR.61，第46段)和牙买加(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

构成的。在*与起诉或引渡义务有关的问题*一案中，国际法院承认禁止酷刑是“已成为强制规范(强行法)”的“习惯国际法的一部分。”¹⁰⁹ 同样，法院将“许多人道主义法规则”描述为“国际习惯法不可违反的原则”，确认了法院称为“不可违反的原则”的强行法规范具有习惯法的基础。¹¹⁰

44. 其他国际法庭的裁决确认了习惯国际法与强行法规范之间的关系。例如，前南问题国际法庭指出，禁止酷刑是“习惯国际法规范”，同时“它进一步构成强行法规范”。¹¹¹ 在*富鲁季亚*一案，前南问题国际法庭将强行法规范描述为“在国际法等级体系中享有比条约法甚至比‘普通’习惯规则更高的等级”。¹¹² 这一引文似乎将习惯国际法的“普通”规则和作为习惯国际法特定形式的强行法规范区别开来。同样在*杰利西奇*一案中，法院也指出，“毫无疑问”，《灭绝种族罪公约》禁止种族灭绝属于“习惯国际法”，现已达到“强行法级别”。¹¹³

45. 国内法院同样确认习惯国际法在许多强行法规范的来源。美利坚合众国上诉法院在*西德曼·德布莱克*一案中将强行法规范描述为“被公认为习惯国际法的规范的上层子集”。¹¹⁴ 法院还指出，“与习惯国际法的普通规则相反，强行法规范‘覆盖对所有国家均有约束力的习惯法’”。¹¹⁵ 在*布埃尔*一案，美利坚合众国上诉法院又指出，关于强行法，“有些国际法习惯规范”达到了“更高地位”，即

般国际法的强制性规范)。又参看约旦要求就在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果提出咨询意见的书面声明，2004年1月30日，(<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1559.pdf>)，第5.42-5.45段。

¹⁰⁹ *与起诉或引渡义务有关的问题* (前注**错误!未定义书签。**)，第99段。又参看*军事和准军事活动案* (前注**错误!未定义书签。**)，第190段。

¹¹⁰ *以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见* (前注**错误!未定义书签。**)，第79段。又参看*波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案* (前注42)，第161页。进一步参看西马法官关于*石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)*的个别意见，2003年11月6日判决书(www.icj-cij.org/docket/files/90/9735.pdf)，第6段(“令我感到遗憾的是，法院并没有鼓起勇气更全面地重申，从而更充分地再次申明关于使用武力或者说禁止武装部队的联合国法律和习惯国际法的基本原则(我认为这些原则具有强行法性质)”)。

¹¹¹ 检察官诉*Delalić*等人，判决书，IT-96-21-T, T.Ch.号案件，1998年11月16日，第454段。

¹¹² *Furundžija* (前注**错误!未定义书签。**)，第153段(强调是后加的)。

¹¹³ 检察官诉*Jelisić*，判决书，IT-95-10-T, T.Ch.号案件，1999年12月14日，第60段。

¹¹⁴ *西德曼·德布莱克诉阿根廷共和国案* (前注**错误!未定义书签。**)，第715段，其中援引在*尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案* 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988)，第940页。

¹¹⁵ *同上*。习惯国际法“普通”规则和强行法之间的对比 - 表明后者构成习惯国际法特殊规则，往往是以前南问题国际法庭在*Furundžija*一案(前注45)的裁决为依据的。见第153段，该案作了类似的区分。多项裁决，包括联合王国法院的裁决，一再赞同地提到这种区别。例如参看*R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet*案 (前注**错误!未定义书签。**)，第198页。又参看*R (Al Rawi 及其他人) 诉外交和联邦事务大臣和另一人案* (前注101)，第153段。

强行法的地位。¹¹⁶ 在卡齐米财产托管方一案，加拿大最高法院将强行法规范描述为“较高形式的习惯国际法”。¹¹⁷

46. 阿根廷最高法院同样确认，与战争罪和危害人类罪有关的强行法规范源自业已生效的习惯国际法规则。¹¹⁸ 同样，秘鲁宪法法庭也指出，强行法规则是指“依据法律必要确信的惯国际规范...”。¹¹⁹ 在巴扬·穆纳一案，菲律宾将强行法定义为“在所有其他习惯规范和原则中占最高等级位置的”。¹²⁰ 同样，在《国际法学家委员会肯尼亚分会诉司法部长等人》一案中，法院认定“起诉国际罪行的责任”既是习惯国际法规则也是强行法规范。¹²¹ 肯尼亚上诉法院指出，即使肯尼亚尚未批准《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》¹²²，但它“仍然有义务在其领土内根据习惯国际法取缔酷刑”，法院继续指出，“这是一项强行法原则，是国际法的强制性规范”。¹²³ 同样，意大利法院也确认强行法规范出自习惯国际法规则。¹²⁴

47. 根据以上所述，可以总结指出，就衍生自《维也纳公约》第五十三条的强行法准则而言，习惯国际法规则符合一般国际法规范的要求。

48. 另一个国际法普通来源是文明国家在《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项¹²⁵ 公认的一般法律原则(以下称为“一般法律原则”)。一般法律原则像习惯国际法规则一样，都是普遍适用的。一般法律原则与条约法不同，其适用范围并

¹¹⁶ Buell 诉 Mitchell 案 (前注 错误!未定义书签。), 第 373 页。

¹¹⁷ 见 Kazemi 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案 (前注 错误!未定义书签。), 第 151 段。又参看 Steen 诉伊朗伊斯兰共和国案, 2013 ONCA 30, 114 O.R. (3d) 206, 第 30 段 (“国际法强制性规范或强行法是习惯国际法的高级形式, 不许克减”); Bouzari (前注 错误!未定义书签。), 第 86 段 (“习惯国际法的强制性规范或强行法规则是习惯国际法的较高形式”)。

¹¹⁸ 见 Arancibia Clavel 案 (前注 错误!未定义书签。), 第 28 段。

¹¹⁹ Exp. No 0024-2010-PI/TC (前注 错误!未定义书签。), 见第 53 段 (“Las normas de *jus cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una *opinio juris seu necessitatis*...”)。

¹²⁰ Bayan Muna (前注 错误!未定义书签。)

¹²¹ 国际法学家委员会肯尼亚分会诉司法部长等人一案, 2011 年 11 月 28 日肯尼亚最高法院判决书, [2011] eKLR, 第 14 段。

¹²² 联合国, 《条约汇编》, 第 1465 卷, 第 24841 期。

¹²³ Koigi Wamwere 诉司法部长案, 2015 年 3 月 6 日肯尼亚最高法院判决书, [2015] eKLR, 第 6 段。

¹²⁴ Germany 诉 Milde (Max Josef) 案, 2009 年 1 月 13 日上诉判决书, 第一刑事分庭, 第 1072/2009 号案件, ILDC 1224 (IT 2009), 第 6 段 (“旨在保护不可侵犯人权的习惯规则不许克减, 因为他们属于强制国际法或强行法”)。

¹²⁵ 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项规定, 法院...应适用“文明各国所承认的一般法律原则”。

不限于特定条约缔约方。然而，尽管在惯例实践方面有很多权威支持习惯国际法规则形成强行法规范的基础这种提法，但对于一般法律原则也构成强行法规范的基础这个提法，支持的权威却少得多。

49. 不过，在文献方面有足够的支持。¹²⁶ 此外，当委员会确定强行法规范是“一般国际法的规范”，其中“一般国际法”显然包括一般法律原则。赫什·劳特帕赫特爵士关于条约法的第一份报告(总的第四份报告)首次审议了违反一般国际法规则会致使条约失效这种见解。¹²⁷ 在对条约法第 15 条草案的评注中，劳特帕赫特视强行法规范“为构成国际公共政策的原则”并“形成文明国家普遍公认的原则的一部分”(一般法律原则)。¹²⁸ 委员会成员也普遍同意一般法律原则可产生强行法规范。¹²⁹

¹²⁶ 例如参看 Knuchel (前注**错误!未定义书签。**)，第 52 页 (“[法律]的一般原则可以提升为强行法，如果国家之国际社会公认和接受它们是强行法”)；Shelton (前注**错误!未定义书签。**)，第 30–34 段；Antônio Augusto Cançado Trindade, “Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case law”, in XXXV Curso de Derecho Internacional (Rio de Janeiro, Brazil, 2008), 第 27 页。又参看 Weatherall (前注 87)，第 133 页；Thomas Kleinlein, “Jus Cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, in Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, eds., *Netherlands Yearbook of International Law 2015* (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2015), 第 195 页 (“强制性规范必须首先成为一般国际法，即根据《国际法院规约》第三十八条第一款的国际习惯法或一法律原则”)。又参看 William E. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *European Journal of International Law* vol. 23, No. 3 (2012), 第 840 页；Omar M. Dajani, “Contractualism in the law of treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, No. 1 (2012), 第 60 页；Andrea Bianchi, “Human rights and the magic of Jus Cogens”, *European Journal of International Law* vol. 19, No. 3 (2008), 第 493 页 (“可以通过条约创立强行法建立的观念与强制性规范只能源自习惯法这种看法形成了鲜明的对比”)；Rafael Nieto-Navia, “International peremptory norms (Jus Cogens) and international humanitarian law”, in Lal Chand Vora and others, eds., *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague, 2003), 第 613-615 页 (“可以笼统地说，一般可以从下列已查明的国际法来源得出强行法规范：(一)一般条约[...]及(二)文明国家公认的一般法律原则”)；Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York, Oxford University Press, 2006), 第 126 页；和 Elizabeth Santalla Vargas, “In quest of the practical value of Jus Cogens norms”, *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, 第 214 页 (“强行法源自习惯法和国际法的一般原则”)。

¹²⁷ 特别报告员赫什·劳特帕赫特爵士关于条约法的报告，A/CN.4/63, 《1953 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号 59.V.4, Vol. II)。

¹²⁸ 同上，对第 15 条的评注第 4 段。

¹²⁹ 例如参看 de Luna 先生的发言，其中引用了麦克奈尔爵士的话，《1966 年国际法委员会年鉴》，第一卷(第一部分)(联合国出版物，出售品编号 67.V.1)，第 828 次会议简要记录，第 31 段；以及 Tunkin 先生的发言(第 684 次会议简要记录，第 21 段)；和 Gros 先生，《1963 年国际法委员会年鉴》，第一卷(联合国出版物，出售品编号 63.V.1. Vol. I)，第 682 次会议简要记录，第 70 段。

50. 有人辩称,在维也纳会议上,各代表团不相信一般法律原则可以是强行法规范的来源。¹³⁰这种观点似乎是基于以下的考虑:美利坚合众国对委员会案文提出的一个提案被否决,原因是有些国家把它理解为“其言下之意是强制性规范可衍生自国际法的第三个来源”,即一般原则。¹³¹然而,这看来并不是提案的含义。¹³²该提案的用意似乎不是提出强行法的新来源,而是提出一个附加要求,即除了作为一般国际法的规范外,有关规范应获得国家或区域法律体系的确认。¹³³更准确地说,各国普遍拒绝了美利坚合众国的提案,生怕它会创造额外的要求,从而为订立强行法规范制造了额外的负担。例如,古巴在其发言中表示,反对美利坚合众国的修正案是考虑到一个事实,即它“会使国际法的强行法规则从属于国家和地区体系”,并“使一国可以通过援用其国内立法去阻挠任何强行法规则的实施。”¹³⁴同样,波兰反对美利坚合众国的提案,理由是它似乎暗示国家和地区体系高于国际法律秩序。¹³⁵即使是支持提案的国家也没有普遍认为它所指的是一般法律原则,而只是认为它证实确认和接受有关规范是强行法。¹³⁶此外,即使是将修正案解释为所指的是(或至少关联到)一般法律原则的国家,它们也没有因这个理由而加以反对。例如,乌拉圭反对提议的修正案,是因为它可能被解释为暗指所有一般法律原则都具有强行法地位。¹³⁷换句话说,乌拉圭的发言并没有排除有些一般法律原则可以提升至强行法级别的可能性。

51. 关于一般原则是强行法规范的依据这种说法的实际惯例不多,不能证明一般原则不能形成强行法规范的基础这个结论。¹³⁸显然,第五十三条的案文通过提

¹³⁰ Knuchel (前注**错误!未定义书签。**), 第 44 段 (“各国代表似乎没有认为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项提到的文明国家公认的一般法律原则是一项可能的强行法规范。”)

¹³¹ 同上, 第 45 段。

¹³² 美国提案, 载在 A/CONF.39/C.1/L.302 号文件, 记录于《联合国条约法会议正式记录, 第一届和第二届会议, 维也纳, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日以及 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日: 会议文件》, (联合国出版物, 出售品编号 E.70.V.5) 第 174 页, 其中规定如下: “一项条约如在缔结时与世界上的国家和地区法律体系公认的不许克减的一般国际法强制性规则冲突矛盾, 这项条约是无效的。”

¹³³ 参看美国的发言, 第五十二次会议, 《联合国维也纳条约法会议正式记录, 第一届会议, 维也纳, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日: 全会和全体委员会会议正式记录》, (联合国出版物, 出售品编号 C.68.V.7), 第 17 段。

¹³⁴ 参看古巴的发言, 同前, 第 38 段。

¹³⁵ 参看波兰的发言, 同前, 第五十三次会议, 第 41 段。

¹³⁶ 例如参看哥伦比亚的发言, 同前, 第 30 段。

¹³⁷ 参看乌拉圭的发言, 同前, 第 51 段。不过还要参看特立尼达和多巴哥的发言, 同前, 第五十六次会议, 第 64 段。

¹³⁸ 虽然惯例没有关于习惯国际法的规则那么多, 但也有某种程度确认一般法律原则。例如参看 *Jelisić* 案(前注 113), 第 60 段, 其中法庭指出, 国际法院首先说到禁止种族灭绝是强行法规范, 然后指出, 禁止种族灭绝的基本原则是“为文明国家所确认的原则”。又参看伊朗伊斯兰共和

到“一般国际法”，是要表明一般法律原则可形成强行法规范的基础。正如克努切尔所指出的，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所述的一般原则“构成产生国际法的来源”，由于这样，如它们能满足其余的提升准则，“可提升为强行法”。¹³⁹ 一般法律原则一旦被接受，就可以根据国际法为各国创立一般权利与义务，因此有资格成为一般国际法规范。委员会本身，参照国际法不成体系问题研究组的工作结论，审议了《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项对系统整合所起的作用-应回顾指出，第三十一条第三款(c)项规定，在条约的解释方面，应考虑到“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。¹⁴⁰ 在委员会其结论中就按照第三十一条第三款(c)项的规定解释条约方面，将适用条约法和适用一般国际法两者区别开来。¹⁴¹ 根据委员会，后者包括“习惯国际法和一般法律原则”。¹⁴²

52. 因此，除涵盖习惯国际法外，“一般国际法”也覆盖一般法律原则。

53. 一个业已提出的问题是，条约法虽然表面上不是“一般国际法”，就《维也纳公约》第五十三条而言，条约法也够资格成为一般国际法。表面上看，《维也纳公约》第五十三条并不适用于条约法。如上面所指出的，在国际法不成体系问题研究组的工作结论，委员会为了它称为系统性纳入的目的，将条约法和一般国际法区别开来。¹⁴³ 这可能暗指条约法不符合成为一般国际法的标准。

54. 格里戈里·通金指出，条约法可构成一般国际法。¹⁴⁴ 此外，在维也纳会议期间，有些代表团好像认为条约可以是强行法规范的来源。也许最清楚确认条约法为一般国际法一部分的是波兰的发言，其中指出如下：

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。”)。

¹³⁹ Knuchel (前注 84), 第 52 页。

¹⁴⁰ 国际法不成体系问题研究组的工作结论(前注 57), 第(17)段。

¹⁴¹ 同上, 第(20)段(提到一般国际法), 和第(21)段(条约法)。

¹⁴² 同上, 第(20)段。

¹⁴³ 同上, 见第 19-21 段。又参看研究组的报告(A/CN.4/L.682), 第 77 段。

¹⁴⁴ Grigory Tunkin, “Is general international law customary law only?”, *European Journal of International Law*, vol. 4, 特别是第 541 页 (“我认为国际律师应接受一般国际法包括习惯法规则和公约法规则两者”)。尤其参看强行法方面的论述, Grigory I. Tunkin, “Jus Cogens in Contemporary International Law”, *Toledo Law Review*, vol. 3 (1971), 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”)。又参看 Knuchel (前注错误!未定义书签。), 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造具有普遍约束力且可以提升为强行法的规范。”)。又参看 Nieto-Navia (前注错误!未定义书签。), 第 613 页 (“可以笼统地说, 一般可以从下列已查明的国际法来源得出强行法规范: (一)一般条约[...]及(二)文明国家公认的一般法律原则”)。

“这些规则的形式或来源确定其强制性方面并不是极为重要的。有些是公约法，有些是习惯法。有些首次以习惯法出现，后来被编纂入多边公约。另一方面，有些第一次出现在公约，只在后来才成为习惯法。”¹⁴⁵

55. 然而，比较通常的看法是，条约规则，由于是条约的规则，不会产生能提升到强行法地位的一般国际法规范。¹⁴⁶ 我们审议强行法所依据的第五十三条的案文将强行法描述为有别于条约规则的一般国际法规范，条约规则只适用于缔约各方。委员会对第 50 条草案的评注清楚区别开“一般国际法准则”和条约法。例如，评注区别开“国际法一般规则”和条约规则，国家可以通过条约规则摆脱“国际法一般规则”的约束。¹⁴⁷ 评注第(4)段指出，“今天很可能要通过实施一般性多边条约才能更改一项强行法规则...”。¹⁴⁸ 这句话可以解释为委员会确认条约规则可以形成强行法的基础。但是，跟着的一句却指出这种多边条约不属于本条的范围。¹⁴⁹ “一般国际法规范”这一用语是委员会加插的，用来表示排除多边条约法，这意味着将条约规则和一般国际法规则明确区分。¹⁵⁰

56. 条约规则，作为条约的规则，不构成一般国际法规范，这并不是说条约与一般国际法毫不相干，对识别强行法不起作用。一般国际法 - 尤其是国际习惯法 - 与条约法的关系在*北海大陆架案*中有所描述。¹⁵¹ 在该案中，法院指出，条约规则可编纂(或宣示)一项现有的国际法一般规则，¹⁵² 或者通过一项条约规则可有

¹⁴⁵ 参看波兰的发言，《联合国维也纳条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，1968年3月26日至5月24日：全会和全体委员会会议正式记录》(联合国出版物，出售品编号 C.68.V.7)，第五十三次会议，第 34 段。又参看特立尼达和多巴哥在第五十六次会议的发言，第 63 段 (“《联合国宪章》等一般多边条约也可以是具有强行法性质的规范的来源”)。

¹⁴⁶ 见 Weatherall (前注**错误!未定义书签。**)，第 125-126 页；和 Lauri Hannikainen *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1988)，第 92 页。又参看 Bianchi (前注**错误!未定义书签。**)，第 493 页；Evan Criddle and Evan Fox-Decent, “A fiduciary theory of jus cogens”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34, No. 2, 第 341 页。进一步参看 Alexander Orakhelashvili (前注**错误!未定义书签。**) 第 113 页 (“学术界倾向于把重点放在习惯，看来是由于普遍认为不宜通过条约创造强制性规范...”)；Ulf 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, No. 5, 第 860 页。

¹⁴⁷ 关于条约法的条款草案第 50 条草案评注第(2)段 (前注**错误!未定义书签。**)。委员会进一步指出，“仅仅因为缔约方指出条约规定不容克减就说这些条约规定具有强行法性质是[不]正确的...”。

¹⁴⁸ 同上，第(4)段。

¹⁴⁹ 同上。

¹⁵⁰ 同上。

¹⁵¹ *北海大陆架案* (前注 103)。又参看关于习惯国际法识别问题的结论草案，结论草案 11 (A/71/10, 第五章, C 节)。

¹⁵² *北海大陆架案* (前注 103)，第 61 段。

助于将一项新出现的国际法一般规则加以定型，¹⁵³ 又一项条约规则在获得通过后可在随后的实践惯例基础上反映一项一般规则。¹⁵⁴ 也许一项条约涵括一项符合强行法准则的一般国际法规范的最佳例子就是委员会称为“《宪章》关于禁止使用武力的法律”。¹⁵⁵ 虽然基本规范见诸一项条约，即《联合国的宪章》，它也是以习惯国际法的形式存在的一般国际法规范。

57. 司法惯例反映了条约规则用类似的方法识别强行法规范的作用。在有名的*比利时诉塞内加尔*一案中，国际法院作结论的依据是禁止酷刑是强行法规范，所根据的是它的习惯法地位而不是它的公约法地位。¹⁵⁶ 前南问题国际法庭关于酷刑和种族灭绝的裁决在这方面特别有指导意义。在*富鲁季亚*一案，前南问题国际法庭在确认人权条约¹⁵⁷ 禁止酷刑后，跟着依据习惯国际法确定这种禁止的强行法地位。¹⁵⁸ 在*检察官诉托利米尔*一案，这种做法最为明显，首先前南问题国际法庭确认种族灭绝罪为《灭绝种族罪公约》所禁止，确定这种禁止是强行法，所依据的不是公约规则，而是习惯国际法规则。¹⁵⁹ 美洲人权法院也同样确定，根据其习惯法地位，《日内瓦四公约》共同第三条的禁止是强行法。¹⁶⁰

¹⁵³ 同前，第 61-69 段。

¹⁵⁴ 同前，第 70-74 段。又参看*德意志联邦共和国诉 Margellos 和其他人案*，上诉申请，2002 年 9 月 17 日判决书，特别最高法院第 6/2002 号案件，第 14 段。（“载于... 1907 年《海牙第四公约》所附条款规定已成为国际法习惯规则(强行法)”）。

¹⁵⁵ 见关于第 50 条草案评注第(1)段（前注**错误!未定义书签。**）。这种措词又重复于*军事和准军事活动案*（前注**错误!未定义书签。**），第 190 页。又参看 Alfred Verdross, “Jus dispositivum and jus cogens in international law”, *American Journal of International Law*, 第 60 卷, 第 59 页; Jochen A. Frowein, “Ius cogens”, in Rudiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, online edition (2012); Jordan Paust, “The reality of jus cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, 第 7 卷, 第 82 和 83 页（“强行法是一种习惯国际法的形式。它也可能在条约中得到体现，但作为习惯，其诞生、成长、其他变化和死亡，均取决于一般认为在运行中社会过程互相结合的期望与行为模式。”）。又参看 Ago 先生的发言，第 828 次会议简要记录，《1966 年国际法委员会年鉴》，卷一(第一部分)(联合国出版物，出售品编号 67.V.1)，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的规则。”）

¹⁵⁶ 与*起诉或引渡义务有关的问题 (比利时诉塞内加尔)* (前注**错误!未定义书签。**)，见第 99 段。

¹⁵⁷ *Furundžija 案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 144 段。

¹⁵⁸ 同上，见第 153 段。

¹⁵⁹ *检察官诉 Tolimir 案*，判决书，IT-05-88/2-T.Ch.II 号案件，2012 年 12 月 12 日，第 733 段（“《灭绝种族罪公约》”的这些条款被广泛接受为习惯国际法，已达到强行法级别。”）。又参看 *Jelisić 案* (前注 **错误!未定义书签。**)，第 60 段。进一步参看 *检察官诉 Karadžić 案*，判决书，IT-95-5/18-T 号案件，2016 年 3 月 24 日，第 539 段。

¹⁶⁰ 美洲人权法庭，“*Las Dos Erres*” *Massacre 诉危地马拉案*，判决书，2009 年 11 月 24 日，Ramón Cadena Rámila 特别法官的同意意见（“在本案的事件发生时，《日内瓦四公约》共同第三条规定的禁止酷刑已经是习惯国际法的一部分，甚至属于强行法范畴”）。

58. 当有关规范也存在于条约法时，法庭倾向于根据习惯国际法确定强行法的存在，这种做法在国家惯例包括国内裁决中也很明显。例如，在 *西德曼案*，虽然《禁止酷刑公约》禁止酷刑，但法院将强行法描述为“被公认为习惯国际法的规范的上层子集”。¹⁶¹ 认为条约规则即使本身不构成一般国际法规范仍可反映或体现这种规范，因而可被提升到强行法地位这种意见，也见诸各种学术著作。¹⁶² 本报告指出的做法也得到国际非司法监测机构的调查结果所支持，其中除其他外，这些机构提到国家惯例。例如，任意拘留问题工作组裁定，禁止一切形式任意剥夺自由的行为构成“习惯国际法和强制性规范(强行法)”的组成部分，但它也得出结论认为，禁止任意拘留“出现于众多普遍适用的国际文书，并已纳入几乎所有国家的国内法。最后，在国内和国际论坛中，任意拘留经常受到谴责。”¹⁶³ 在 *贝勒哈吉和另一人诉斯特劳等人* 一案，联合王国最高法院的萨姆欣勋爵(获休斯勋爵赞同)同意工作组识别上述强行法规范，¹⁶⁴ 并通过援引《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条所载的原则，就不可减损的核心国际义务达成几乎完全一致的共识，根据此国际义务，“如果无任何法律依据或没有诉诸法院，这种拘留是非法的”。¹⁶⁵

59. 因此，虽然条约规定本身并不构成能够形成强行法规范的依据的一般国际法规范，但它们可以反映能达到强行法地位的一般国际法规则。

¹⁶¹ *西德曼·德布莱克诉阿根廷共和国案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 715 段。关于将习惯国际法禁止酷刑而不是条约法的禁止作为强行法规范的基础，其他例子很多，其中可参看: *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate (Pinochet)* (前注**错误!未定义书签。**)；*Al-Adsani v. United Kingdom* (前注 45)，第 30 段；*Kazemi 诉伊朗伊斯兰共和国* (前注**错误!未定义书签。**)，第 151 和 152 段。

¹⁶² Weatherall (前注**错误!未定义书签。**)，第 125 页 (“条约法是酌定法的代表，可与强行法相提并论，无论条约在强制性规范的定型中可发挥何种作用，它们本身并不是强制性规范的正式来源”)；又参看 Alexander Orakhelashvili, “Audience and authority—the merit of the doctrine of jus cogens”, in *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, 第 124 页 (“尼加拉瓜案三十年前已设法处理这个分析困境...国际法院选择专谈习惯规则，这些规则是通过数十个甚至数百个国家协调和集体地表达立场，通过参与[特别是]多边条约而订立的...”)；Criddle 和 Fox-Decent (前注**错误!未定义书签。**)，第 341 页。又参看 Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law* (New York, Cambridge University Press, 2009)，第 401-402 页，其中指出犯罪和惩罚的不溯及既往原则除了具有习惯国际法的地位以外，还是强行法规范(或至少是新出现的强行法规范)，这一点一再在“几乎普遍的条约法”中获确认，“由许多国家当作国内法”加以通过，没有面对“当代...反对意见”。

¹⁶³ 参看联合国任意拘留问题工作组关于任何被剥夺自由者行使向法院提起诉讼的权利的报告 (A/HRC/30/37)，第 11 段。

¹⁶⁴ *Belhaj and Another v Straw and Others* [2017] UKSC 3, 2017 年 1 月 17 日判决书，第 271 段。

¹⁶⁵ 同上，第 270 段 (“关于这一点的共识反映在迄今已有 167 个国家批准的[《公民权利和政治权利国际公约》]的条款中...马来西亚是少数不是缔约国的国家之一，但它已宣布会遵守其原则)。

C. 第二个准则：确认和接受

60. 特别报告员在关于强行法专题的第一份报告中指出，大多数国际法规则属于酌定法范畴，可以通过各国之间的合意行为加以更改、克减甚至是废除。¹⁶⁶ 这不仅适用于条约规则，也适用于一般国际法规范。虽然委员会无法核可明白确认酌定法和强行法之间的区别的用语，可是特别报告员认为，这是一个重要的概念区别，在实践惯例和学术著作中都有强大的支持，¹⁶⁷ 希望委员会重新审议。两者的区别之所以重要的，也是因为它有助于证实并非所有“一般国际法规范”都是强行法。大多数这些规范 – 一般国际法的规范 – 都是酌定法。一般国际法的规范有可能成为强行法的规范。但要成为强行法的规范，必须满足《维也纳公约》第五十三条所列的额外要求。

61. 在谈论将一般国际法规范提升到强行法地位的要求之前，必须首先解决一个次序问题。第五十三条的结构 – 强行法规范是被国际社会作为一个整体接受和确认为不可克减的一般国际法的规范 – 表明在规范的形成及其识别方面，首先出现的是一般国际法的规范。一旦有关规范经考验后符合一般国际法规范的要求，下一步就是要表明这一规范符合接受与确认的要求。阿历山大·奥拉赫拉什维利的分析据称是以*尼加拉瓜案*为依据的，其中似乎指出，在确定有关规范是强行法规范之后，就可以证明它符合“一般国际法规范”的要求。¹⁶⁸ 不过，这个工作顺序不能成立。除了对*尼加拉瓜案*有没有确认禁止使用武力为强行法这一点出现

¹⁶⁶ A/CN.4/693, 第 64-65 段。

¹⁶⁷ 见*北海大陆架案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 72 段 (“既不试图讨论强制法问题，更不想就该问题作出任何论断，众所周知，在实践中，在某些情况下或在某些当事方之间，可通过协定克减国际法规则”)；田中法官的反对意见，西南非洲案(*埃塞俄比亚诉南非；利比亚诉南非*)第二阶段，判决书，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 298 页 (“国际法委员会最近审议的强制法，[是]一种强制性法律，它与可经国家间协议更改的酌定法成一对照”)和沙哈布丁法官对有关格陵兰与扬马延岛之间区域的海上划界一案 (*丹麦诉挪威*) 的个别意见，(www.icj-cij.org/docket/files/78/6759.pdf)，第 135 段 (“各国有权以协议方式克减除强制法之外的国际法规则”)。又参看托雷斯·贝纳德斯专案法官对乌拉圭河纸浆厂案(*阿根廷诉乌拉圭*)的个别意见 (www.icj-cij.org/docket/files/135/15891.pdf)，第 43 段 (“鉴于《乌拉圭河规约》第 7 条至第 12 条所载规则不是强制规范(强制法)，双方可以通过‘联合协议’作出决定”)。文献方面，见 Verdross (前注**错误!未定义书签。**)，第 60 页 (“显然，委员会的一致意见是，大多数国际法规范不具有强制性性质”)；Christian Tomuschat, “The Security Council and jus cogens”, in Enzo Cannizzaro, ed., *The Present and Future of Jus Cogens* (Rome, 2015), 第 19 页 (“大多数国际法规则是酌定法”)；Christian Tomuschat, “The Security Council and jus cogens”, in Enzo Cannizzaro, ed., *The Present and Future of Jus Cogens* (Rome, 2015), 第 521 页 (“可由私下达成的协约克减的酌定法规则”)；Aldana Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens* (Buenos Aires, 2015), 第 5 页 (“por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva—jus dispositivum, las más numerosas, creadas por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades” [“大多数[国际法]规则具有酌定性—酌定法，这是协商一致达成的，也可在协商一致后予以克减”])。

¹⁶⁸ Orakhelashvili (前注**错误!未定义书签。**)，第 119-120 页 (“一旦规范成为强行法的一部分，其习惯法地位就可以用不同的准则来证明，这些准则不同于其他规范所适用的准则...”)。

意见分歧外，¹⁶⁹ 尚不清楚的是，一旦确定了某一规范是强行法规范后，再去确定它的习惯性质的目的是什么。

62. 这并不是说一个法院总是要有条不紊地显示其确定某一规范是强行法规范的工作顺序。但无论如何，在识别强行法规范时，必须了解到第五十三条的结构及随之而来的要求。

63. 第五十三条指出，要符合成为强行法规范的资格，一般国际法规范也必须是“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”如上面所解释的，这是一项复合要求。所要求的是接受和公认。但“接受和公认”的要求由其他要素组成，即：(a) “国家之国际社会全体”，(b) “不许损抑”。这些要素描述了《维也纳公约》第五十三条所述接受和公认的不同方面。它们描述了谁必须接受和确认，什么必须被接受和确认。

64. 如前面所指出的，没有规定要表明所有规范是“不许损抑的规范”，也无需表明有关规范“仅有以具有同等性质之一般国际法规律始得更改”。在不预先判断未来报告的内容和结论的情况下，前者是强行法规范的结果，而后者则是对强行法规范可如何更改的描述。为了本报告的目的，特别是就强行法准则而言，这些要素表明，应显示国家之国际社会全体已“接受和公认”了什么。

65. 如上所述，“国家之国际社会全体”必须接受并公认规范的强行法性质。值得回顾的是，委员会本身在通过第 50 条草案时，没有纳入国家之国际社会全体公认和接受这项要素，而只是指出强行法规范是“不容克减”的强行法规范。¹⁷⁰ 然而，即使在委员会的审议期间，委员会各成员也表达了强行法规范与“国家之国际社会”的接受彼此有联系。¹⁷¹

66. 美利坚合众国对委员会案文(第 50 条草案)提出修订建议，使强行法规范符合“世界各国和区域法律体系共同确认的”规范的要求，¹⁷² 据说这是受到确保有关规范的强制性性质得到“整个国际社会的赞同”这个目标所启发。¹⁷³ 尽管美利坚合众国的提案被否决，理由除其他外，是担心这意味着强行法规范从属于国

¹⁶⁹ 见特别报告员关于强行法的第一次报告(A/CN.4/693)，第 46 段。关于这些问题的讨论，参看 James A. Green, “Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, No. 2。

¹⁷⁰ 参看关于条约法的条款草案第 50 条草案(前注**错误!未定义书签。**)。

¹⁷¹ 参看 Luna 先生的发言，前注 129，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...”)。

¹⁷² 参看前注**错误!未定义书签。**。

¹⁷³ 参看美国的发言 (前注**错误!未定义书签。**)，第 17 段。

内法，¹⁷⁴ 而且国际社会接受和公认这个理念已在维也纳会议获广泛接受。芬兰、希腊和西班牙的提案在这一点上更为直接，它将强行法规范简单地描述为“国际社会公认”的不容克减的规范。¹⁷⁵

67. 维也纳会议根据芬兰、希腊和西班牙的共同提案通过了第五十三条的案文。¹⁷⁶ 起草委员会在芬兰、希腊和西班牙的提案中加插了“接受”一词，使国际社会“接受并公认”有关特定规范的不可克减性。¹⁷⁷ 根据起草委员会主席的看法，这是因为《国际法院规约》第三十八条有“公认”和“接受”等字¹⁷⁸ - “公认”一词用于公约和条约以及一般法律原则。而“接受”一词则用于习惯国际法。起草委员会加插了“全体”二字，“以表明，在确认某一规范为强行法方面，没有任何个别国家有否决权”。¹⁷⁹ 起草委员会主席解释说，加插“全体”二字是要表明有关规范的强制性性质不必“由所有国家接受和公认”，而“只要有很大一部分国家这样做”就足够了。¹⁸⁰ 对于有关规范的不可克减性，“全体”一词表示不是要求各国个别接受和确认，而是要求各国集体接受和公认。即使在委员会内，一些成员看来理解到强行法需要集体接受。¹⁸¹

68. 在准备工作文件中没有解释的是起草委员会为什么认为加插“国家之”三字就可以使它成为“国家之国际社会全体”。在委员会内，一些成员理解“国际社会”是指国家间的国际社会，而另一些成员则将其理解为比纯粹国家间的社会更为广泛。¹⁸² 不过，很明显的是，即使没有增加“国家之”三字，维也纳会议的

¹⁷⁴ 参看古巴的发言，第五十二次会议，*联合国维也纳条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，1968年3月26日至5月24日：全会和全体委员会会议简要记录*（联合国出版物，出售品编号C.68.V.7）；波兰的发言，第五十三次会议，第41段；以及乌拉圭的发言，第五十三次会议，第51段，其中指出，虽然美国提案的用意是表示确认，但想法“的表达方式或许不是那么好”。

¹⁷⁵ 参看*联合国条约法会议正式记录*（前注**错误!未定义书签。**），第174页。又参看乌拉圭的发言，*联合国条约法会议正式记录，第一届会议*（前注**错误!未定义书签。**），第五十三次会议，第52段，其中指出，芬兰、希腊和西班牙的提案纳入美国提案的意图。

¹⁷⁶ 参看起草委员会主席 Yaseen 先生的发言，同上，第十八次会议，第4段。

¹⁷⁷ 同上。

¹⁷⁸ 同上。

¹⁷⁹ 同上。

¹⁸⁰ 同上，第12段。又参看 de Wet 和 Vidmar（前注89），第543页（“取得强制地位的这一门槛很高，因为虽然不需要所有国家的一致意见...但它确实需要大部分国家接受”）。进一步参看 Christófolo（前注107），第125页（“[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。”）

¹⁸¹ 参看 de Luna 先生的发言（前注**错误!未定义书签。**），第34段，其中指出强行法“是各国不是作为个体而是作为国际社会的机关创制的实在法。”

¹⁸² 关于广义解释“国际社会”的例子，参看 Verdross 先生的发言，《1966年国际法委员会年鉴》（前注129），第828次会议，第9段（“有一些国际法规则涉及国际社会的利益，换句话说关系

代表也将“国际社会全体”理解为“国家之国际社会全体”。¹⁸³ 例如，美利坚合众国在解释其提案的意图时提到“国际社会全体”的确认，但将它等同于“个别国家和国家集团”在“拟订强行法规范”时的“意见”。¹⁸⁴ 同样，塞浦路斯表示了强行法旨在保护国际社会全体的利益后，进而强调规则的“通过对小国比大国甚至更为有利。”¹⁸⁵

69. 最近有人提出了是不是应该把第五十三条的措辞读作“整个国际社会”的问题，以便在创立强行法规范方面包括国家以外的实体，如国际组织、非政府组织甚至个人。在第六委员会审议委员会的报告时，加拿大的发言虽强调不应产生偏离第五十三条的定义，但仍指出“若将国家接受和承认强制性规范的概念扩大到国际组织和非政府组织等其他实体...将会很有用。”¹⁸⁶ 在《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法公约》的条款草案中，委员会的确曾考虑使用“整个国际社会”一词。¹⁸⁷ 但是，经思考后，委员会决定，“在国际法现况中，被要求订立或确认强制性规范的是国家。”¹⁸⁸

70. 同样，在*与起诉或引渡义务有关的问题上*，国际法院根据国家制定的文书确定了禁止酷刑的强行法性质。¹⁸⁹ 国际刑事法院也指出，强行法需要各国公认。

到全人类的利益。”)。关于较狭义的解释,参看 de Luna 先生的发言 (前注 错误!未定义书签。), 第 34 段, 其中指出强行法是“国家非作为个体而是作为国际社会机关所创立的实在法”。

¹⁸³ 关于“国际社会”概念的一个很有意思的解说,参看见 E.A. Karakulian, “The idea of the international community in the history of international law”, *Jus Gentium: Journal of International Legal History*, vol. 2, No. 1, 特别是第 590 页, 其中作者辩说, 这个概念最初是指“人类的某种共同性”, 但逐步“取得了国家间性质, 而假定存在的一般人类共性仍见诸学问或经典培训的框架内, 却失去了其法律维度。”

¹⁸⁴ 参看美国的发言 (前注 错误!未定义书签。), 第 17 段。

¹⁸⁵ 参看塞浦路斯的发言, 联合国维也纳条约法会议正式记录, 第一届会议, 维也纳, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日: 全会和全体委员会会议简要记录(联合国出版物, 出售品编号 C.68.V.7), 第五十三次会议, 第 67 段。

¹⁸⁶ A/C.6/71/SR.27, 第 9 段。又参看 Petrič 先生在 2016 年委员会辩论强行法时的发言 (A/CN.4/SR. 3322), 第页 (“M. Petrič souscrit à l’analyse et aux conclusions du Rapporteur spécial au sujet de la controverse concernant le rôle du consentement dans la formation du jus cogens et ajoute que le consentement de la communauté internationale des États dans son ensemble renvoie ipso facto au consentement de la société des hommes, car l’un ne saurait aller sans l’autre.” [“Petrič 先生赞同特别报告员对环绕形成强行法方面表示同意的作用的争议所作的分析和结论, 并补充说, 整个国际社会表示同意事实上是指人类表示同意, 因为有此不能没有彼。”])。

¹⁸⁷ 见关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法公约条款草案及其评注第 53 条草案评注第 (3)段, 《1982 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第二部分(联合国出版物, 出售品编号 C.83.V.3 (Part II))。

¹⁸⁸ 同上。

¹⁸⁹ *与起诉或引渡义务有关的问题* (前注 错误!未定义书签。), 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》、《公民权利和政治权利国际公约》、大会第 3452 (XXX)号决议和国内立法。

¹⁹⁰ 国内法院同样继续将强行法规范的确立与国家的确认联系起来。¹⁹¹ 虽然在实践惯例和学术著作中，强行法继续与人类良知的观念联系在一起，¹⁹² 但用来表明确认强行法规范的材料仍然是条约和大会决议等国家制订的材料。

71. 在审议关于识别习惯国际法及与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例等专题时，委员会也设法处理非国家行为人的作用问题。关于习惯国际法的形成和表述方面的惯例，委员会确定实际起作用的“主要是国家的惯例”。¹⁹³ 使用“主要是”三字，在某些情况下其用意是为了反映出国际组织的实践惯例也能对习惯国际法作出贡献。¹⁹⁴ 非政府组织等非国家行为人的实践，即“行为”，不会有助于形成或表述习惯国际法，但“但在评估惯例时可能起作用”。¹⁹⁵ 同样，在嗣后协定和嗣后惯例方面，委员会确定，虽然非国家行为人的实践不等于与解释条约目的有关的嗣后惯例，但“在评估条约缔约国的嗣后惯例时可能起作用。”¹⁹⁶

72. 同样，尽管各国公认和接受对识别强行法规范起实际作用，但其他非国家行为人的实践并不是毫不相干的。它可以导致各国公认和接受规范的强制性性质，或可有助于评估这种公认和接受。但无论如何，起作用的是“国家之国际社会全体”的接受和公认。

73. 为了使一般国际法的规范获得强行法地位，它必须得到“国家之国际社会全体”公认具有某一性质，即不可克减性质。如上面所解释的，不可克减本身不是强行法地位的准则。¹⁹⁷ 相反，接受和确认有关规范具有这种性质构成强

¹⁹⁰ 检察官诉 *Germain Katanga* 案 (ICC-01/04-01/07-34-05-tENG), 有关暂时释放在押证人的申请的裁决，第二审判分庭，2013年10月1日 (“[不驱回原则的]强制性日益获得各国公认..”)。

¹⁹¹ 例如参看 *Buell 诉 Mitchell* 案 (前注 **错误!未定义书签。**)，第 102 段 (“为国家之国际社会全体所公认”)；*Bouzari 等人诉伊朗伊斯兰共和国案* (前注 **错误!未定义书签。**)，第 49 段；*国际法普遍认可原则和规范及俄罗斯联邦的国际条约的适用* (前注 **错误!未定义书签。**)；和 *Arancibia Clavel* 案 (前注 **错误!未定义书签。**)，第 29 段。

¹⁹² 克罗地亚诉塞尔维亚案，2015年2月3日判决书，第 87 段，其中引述波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案 (前注 42)；Antônio Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)* (Leiden, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 第 316 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。”)。

¹⁹³ 参看关于习惯国际法的识别的结论草案，结论草案 4，第 1 段。(前注 151)。

¹⁹⁴ 同上，结论草案 4 第 2 段。又参看结论草案 4 评注第(2)段。

¹⁹⁵ 同前，结论草案 4 第 3 段。

¹⁹⁶ A/71/10, 关于条约解释的嗣后协定和嗣后惯例结论草案，结论草案 5 第 2 段。

¹⁹⁷ 相反意见参看, *Orakhelashvili* (前注 **错误!未定义书签。**)，第 119 页，其中指出不可克减性决定了“哪些规则属于强行法范畴”。他认为，不可克减性意味着“不可能是双边的”。不过，虽然这个理论可能很有意思，但它只不过是理论，而且是一个在实践中没有任何权威支持的理论。又参看 *Kleinlein* (前注 **错误!未定义书签。**)，第 192 页。不过，请参看 *Knuchel* (前注 **错误!未定义书签。**)，注 65 (“[一个规范] 获整个国际社会接受和公认是不可克减的规范，是使其

行法的准则。不可克减本身是强制性质的主要后果，¹⁹⁸ 这一点将会在特别报告员第三次报告(2018年)加以说明。这种后果将强行法规范与国际法大多数其他规范即酌定法区别开来。¹⁹⁹

74. 以后的一份报告中将会更详细地分析不容克减问题，不过为了本报告的目的，只要说明“国家之国际社会全体”必须接受和公认有关规范是不许克减的就够了。换句话说，国家之国际社会全体接受并公认，凡是与有关候选规范不相符的酌定法规则和其他规范都是无效的。特别是，任何酌定法的特殊规范或嗣后规范都不会优先于有关规范，而且如果与有关规范不一致即会失效。²⁰⁰ 因此，与其他国际法的一般规范相反，准则是国家之国际社会全体表示接受并公认有关规范仍将普遍适用，不会破碎到不成体统。²⁰¹ 换句话说，就法律而言，有关规范不可能被“撤销或废止、破坏和削弱其力量和效力、减少其权限范围...”。²⁰²

获得强制性质的决定因素”)。但这并不是说规范的内容是毫不相干的。见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注**错误!未定义书签。**)，第 83 段(“关于一个规范是不是强行法一部分的问题涉及有关规范的法律性质”)。

¹⁹⁸ 国家的管辖豁免(德国诉意大利:希腊参与诉讼)，2012年2月3日判决书，《2012年国际法院案例汇编》，第99页，见第95段(“强制法规则为不许损抑的规范。”); Kolb(前注**错误!未定义书签。**)，第2页(“因此，在有关强制法的经典表述中，关键词是“不容克减”。换言之，强制法是由所涉规范的某项特质，即不容克减这一法律事实来界定的”)。Knuchel(前注**错误!未定义书签。**)，第60页(“克减限度是国际规范的推定特征”); Christófolo(前注**错误!未定义书签。**)，第125页(“强制性规范的不可克减方面是强行法定义中一个不可分的特征，也许是最重要的特征”); Cathryn Costello 和 Michelle Foster, “Non-refoulement as custom and jus cogens? Putting the prohibition to the test”, in Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, eds., Netherlands Yearbook of International Law 2015 (The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, 2015), 第280页(“虽然不可克减性是界定强行法的特性，这是一个必要条件，但却是一个不充分的条件”)。

¹⁹⁹ 北海大陆架案(前注103)，第72段(“既不试图讨论强制法问题，更不想就该问题作出任何论断，众所周知，在实践中，在某些情况下或在某些当事方之间，可通过协定克减国际法规则”)。更明确承认强行法与酌定法之间的区别的看法，参看田中法官在西南非洲案中的反对意见(前注**错误!未定义书签。**)，第298页(“国际法委员会最近审议的强制法，[是]一种强制性法律，它与可经国家间协议更改的酌定法成一对照)。

²⁰⁰ Christófolo(前注**错误!未定义书签。**)，第125-126页。又参看 Knuchel(前注**错误!未定义书签。**)，第60页。

²⁰¹ Orakhelashvili(前注**错误!未定义书签。**)，第118页(“因此，强行法规范...是要对[国际]社会所有成员起一样的作用。不可克减性是指法律上不可能退出规则的实质性范围，也不能摆脱同一规则的强制效力，从而加强了对适用相关规范的持续一致性要求..”)。又参看 Weatherall(前注**错误!未定义书签。**)，第86页(“强行法的这种法律效力反映了强制性规范抗拒个别国家想加以更改或撤销的特别意愿。”)。

²⁰² Orakhelashvili(前注**错误!未定义书签。**)，第73页。

75. 参照《维也纳公约》第四十一条禁止缔结克减或更改前一条约的条约规定不一定是强行法规范。²⁰³ 这样的规定不会是一般国际法的规范，只能在缔约方之间运作。因此，没有加入该条约的其他国家可以有效地缔结被前一条约禁止的条约。此外，对于违反这一条款的条约，其后果不一定是失效，而是受制于国际法的其他规则，包括条约本身的规则。²⁰⁴ 虽然它本身并不是强行法规范，但这样的规定也可反映这种规范。此外，就准则而言，任何此类规定均可用作不容克减规范的证据。

76. 上述的分析解释了需要由谁接受和确认，以及他们必须接受和确认什么。但它没有解释应如何表示接受和确认。接受和确认是将规范提升到强行法地位的核心因素。接受和确认这个要素是识别国际法强行法规范的最重要准则。虽然规范的内容以及这些规范要保护的价值观是规范具有强制性质的根本原因，但识别它们为强行法规范的是国家之国际社会全体接受和公认它们具有这种地位。²⁰⁵

77. 尤雷·维德马和埃里卡·德沃德认为，接受和确认的要求意味着要“双重接受”，因为这样的规范首先必须被接受为“正常的”国际法规范，然后获接受为国际法的强制性规范。²⁰⁶ 只要了解到“第一”和“第二”接受在性质上彼此不同，这种定性就是正确的。在第一接受中，有关规范被接受为国际法规范，或者是通过“接受为法律”（法律必要确信）成为习惯国际法，或由“文明国家”公认为一般法律原则。第二接受是接受该规范所具有的一般国际法规范的特殊性质，即其不可克减性。²⁰⁷ 后一接受被称为强制法律确信。²⁰⁸ 更重要的是，根据上述关于“全体”一词含义

²⁰³ 《维也纳条约法公约》第四十一条第一款规定，“多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约：...(b)有关之修改非为条约所禁止”。

²⁰⁴ 关于这些问题的讨论，参看 Daniel G Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (未发表的博士论文，2013年)，第27页（“《维也纳公约》第四十一条第一款和第五十八条第一款指出，不按有关条款规定更改或中止条约的企图均不具效力，但其确切后果尚仍未明确，或未经验证。由于这些规定不属于《维也纳公约》第五部分第二节(条约失效)，所以这种协议的后果不一定会产生失效的后果”）。

²⁰⁵ 又参看 Knuchel (前注**错误!未定义书签。**)，第66页。

²⁰⁶ de Wet (前注**错误!未定义书签。**)，第542页（“因此，国家之国际社会全体要对强制性规范实行‘双重接受’”）；Vidmar (前注**错误!未定义书签。**)第25页（“可以说强制性规范需由国家之国际社会全体给予‘双重接受’：接受规范的内容，以及接受其特殊性质，即强制性性质。”）

²⁰⁷ 有关问题的讨论，参看 Vidmar (前注**错误!未定义书签。**)，第26页。又参看 Costello 和 Foster (前注**错误!未定义书签。**)，第10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。”）；Asif Hameed, “Unravelling the mystery of jus cogens in international law”, (2014) 84 *British Yearbook of International Law* 52, 第62页。进一步参看 Gordon A. Christenson “Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society” (1987-1988) 28 *Virginia Journal of International Law* 585, 第593页（“证据还要表明规范的头等重要性质已获接受，证明义务是强制性的这一点已存在必要法律确信”）；在**尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案**(前注**错误!未定义书签。**)，（“...为了使这种习惯国际法规范成为强制性规范，必须得到‘国际社会...全体’进一步确认，它是不许克减的规范。”）。

²⁰⁸ Kerstin Bartsch 和 Björn Elberling “*Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in Kalageropoulou et al v Greece and Germany Decision*”

的讨论，这种双重接受不要求各国个别“接受”或“同意”，而是要求国家之国际社会全体或集体地赞同有关规范的不可克减性。²⁰⁹

78. 虽然这种做法被普遍接受，²¹⁰ 但重要的问题是如何表明对不可克减性 – 强制法律确信 – 的接受和确认。这个疑问本身提出了两个问题。第一，可以提出什么材料来表明一个规范已获得强制地位？第二，相关材料的内容应该是什么？

79. 关于可能用来表明接受和确认的材料的性质，应当回顾指出是，“国家之国际社会全体”这个词意味着所涉问题是各国的“接受和确认”。因此，实际起作用的是能够表达有关国家意见的材料。特别是，这就是指各国制订、通过和/或认可的材料。源自从其他来源的材料可能起作用，但只作为辅助来源，可用来作为评估反映各国观点的材料的手段。

80. 国际法院关于与*起诉或引渡义务有关的问题*的做法可能会提供有关强行法规范准则方面的一些宝贵经验教训。首先，根据上述一般做法，法院将禁止酷刑定为“习惯国际法的一部分”，然后指出它“已成为强制性规范(强行法)”。²¹¹ 接下来的是，法院描述其结论所依据的材料包括法律确信。²¹² 清单包括条约和决议，以及提及立法材料：

“禁止酷刑是以广泛的国际惯例和各国的法律确信为基础的。它出现在许多普遍适用的国际文书中(特别是 1948 年《世界人权宣言》、1949 年《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》、1966 年《公民权利和政治权利国际公约》；1975 年 12 月 9 日关于保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的大会第 3452(XXX)

(2003) 4 *German Law Journal* 477, 第 485 页 (“从《维也纳公约》第五十三条可以推论出...强行法规则的演变...除国家惯例和法律确信等要素外，要预先假定绝大多数国家深信有关规则具有根本重要性，因此可能不容克减(强制性法律确信)”。最切题的参看 Kadelbach (前注**错误!未定义书签。**)，第 167 页 (“大多数提案采取中间路线。然而，对于对规则本身的确认，仍需惯例法律确信。但是，不容克减的性质，即强制性法律确信，相应可由条约法中的准则加以确定”)。

²⁰⁹ 例如参看 Alain Pellet “The normative dilemma: will and consent in international law-making” (1992) 12 *Australian Yearbook of International Law* 22, 第 38 页，其中指出第五十三条关于国际社会全体接受和公认的规定 “排除了各国逐一表示接受甚或确认的做法”。

²¹⁰ 参看例如爱尔兰的发言, A/C.6/71/SR.27, 第 20 段。又参看 Linderfalk (前注 84), 尤其是第 65-69 页，其中讨论了不同的非主流做法。他指出，实在法学派辩说，为了要一般惯例，“国家一般不克减从法律规则..它们一般也不会通过普通国际法更改[规则]。其次，必须有一种一般法律确信：各国广泛赞同一种意见，即根据一套权威的惯例规则.....任何克减[规则]都是不容许的”。因此，除了需要通过正常的过程显示规则的存在外，对于实在法学派来说，也必须表明不容克减方面符合惯例和法律确信的惯例要求。

²¹¹ 与*起诉或引渡义务有关的问题* (前注 94), 第 99 段。

²¹² 同上。

号决议), 它已被纳入几乎所有国家的国内法; 最后, 施加酷刑行为经常在国内和国际论坛被谴责。”²¹³

81. 法院没有明确指出它在这里是不是描述强制法律确信, 抑或只是法律必要确信。法院甚至有可能混淆这两者。然而, 法院看来认为这两者是确定不可克减性获得接受和确认的起作用材料。法院提及“普遍适用”文书-强行法规范的核心特质, 这表明法院所关切的是规范的强制性质获接受和确认。或者说, 法院暗指用来评估“正常”法律确信的相关材料与评估国家之国际社会全体是否接受并确认规范的强制性质的相关材料是相同的。

82. 虽然国家和国际法的其他行为人并不总是清楚地表明它们认为某一规范已提升到强行法级别的依据,²¹⁴ 但依赖国际组织的条约和决议作为接受和确认规范的不可克减性的证据是常见的, 对此不应该有争议。²¹⁵ 国际组织的条约和决议, 特别是联合国的条约和决议, 是确定接受和确认不可克减性的起作用材料, 这种意见已反映在各国的发言。这种意见也符合各国的看法对可克减性起决定性作用的观点。

83. 虽然条约和决议是接受和确认不可克减规范的材料例子, 但它们并不是可用来识别强行法规范的唯一材料。任何可以表明各国集体认为某规范是不容克减的规范的材料, 对识别强行法规范来说, 都是相关的。如法律必要确信那样, 接受和确认可“以许多各种各样的形式加以反映”。²¹⁶ 委员会关于习惯国际法的识别的结论草案的结论草案 10 所列法律确信证据形式非穷尽性清单的材料也可作为接受和确认不可克减性的证据。²¹⁷ 因此, 除条约规定和决议外, 以国家名义发表的公开声明、官方出版物、政府法律意见、外交函件和国家法院的裁决,

²¹³ 同上。联合国任意拘留问题工作组的报告沿用了这种措词方式(参看前 163)。值得一提的是, 法院提到的来源下列一案所提的差不多: *Filaritiga v. Pena-Irala* 美国上诉法院 (第二巡回上诉法院), 1980 年 6 月 30 日判决书 (630 F.2d 876), 第 7-11 页。

²¹⁴ 有关讨论, 参看 de Wet (前注**错误!未定义书签。**), 第 544 页。

²¹⁵ 例如参看 *波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案*(前注 42), 第 161 段和 *克罗地亚诉塞尔维亚案*, 2015 年 2 月 3 日判决书(前注 43), 第 87 段。又参看 *艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)案, 初步反对意见*, 2007 年 5 月 24 日判决书, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 582 页, 见第 28 段, 其中提到几内亚的论点, 认为除其他外, 依据各种不同的文书, 公平审判权是强行法; 副院长 Ammoun 对国际法院关于纳米比亚的 1971 年 6 月 21 日的咨询意见的个别意见(www.icj-cij.org/docket/files/53/5601.pdf), 见第 79 页, 其中依据大会和安理会决议作出结论, 自决权是一项强制性权利; 所罗门群岛政府就世界卫生组织鉴于核武器对人类健康和环境的影响要求提出关于使用核武器的合法性的咨询意见向国际法院提交的书面意见(www.icj-cij.org/docket/files/95/8714.pdf), 见第 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..”)

²¹⁶ 关于习惯国际法的识别的结论草案的结论草案 10, 评注第(2)段(前注 151)。

²¹⁷ 关于习惯国际法的识别的结论草案的结论草案 10, 评注第 2 段(前注 151)载有一个法律确信证据形式例子清单。

也都可以作为接受和确认的证据。²¹⁸ 然而, 决定有关证据是否构成接受为法律(就习惯国际法而言)或接受和确认不可克减损性(就强行法而言)的是这些各种形式证据的内容。

84. 由于表明某一规范是强行法所需要的是各国的接受和确认, 所以上面所列的所有形式的材料都源自国家过程。然而, 这并不是说来自民间社会、专家机构和其他来源的资料不可用来评估国家制订的文书的和提供背景参考。例如, 在 *RM 诉总检察长* 一案中, 肯尼亚高等法院依据人权委员会关于非歧视问题的第 18 号一般性评论(1989 年),²¹⁹ 指出非歧视是一般国际法的强制性规范。²²⁰ 同样, 为了提出不驱回原则是强行法规范的结论, 国际刑事法院, 除其他外, 支持了联合国难民事务高级专员的意见。²²¹ 同样, 前南问题国际法庭在富鲁季亚一案的裁决中指出禁止酷刑是强行法的一个规范, 其依据除其他外是美洲人权委员会的意见、人权委员会的意见以及酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员的意见。²²² 这些“其他”材料当然不能成为接受和确认的证据。但它们可以为主要形式的证据提供背景参考, 并有助于评估主要材料。

85. 国际法院和法庭的裁决也经常被用来支持某一规范已达到强行法级别的主张。在检察官诉波波维奇案, 前南问题国际法庭援引了国际法院在 *波斯尼亚诉塞尔维亚案* 的声明(引用 *刚果民主共和国诉卢旺达案*), 大意是说“禁止种族灭绝的规范肯定是国际法强制性规范(强行法)”。²²³ 虽然国际法院在对《灭绝种族罪公约》提出的保留的咨询意见中没有提及强行法,²²⁴ 但该咨询意见多次被引用来

²¹⁸ 例如参看 *检察官诉 Furundžija 案* (前注 **错误!未定义书签。**), 第 156 段, 其中除其他外, 前南问题国际法庭提及以下国内法庭案件: *西德曼·德布莱克诉阿根廷案* (前注 **错误!未定义书签。**); *在尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案* (前注 **错误!未定义书签。**); *Cabiri 诉 Assasie-Gyimah 案*, 921 F. Supp 1189, 1196 (SDNY 1996); *In re Estate Ferdinand E Marcos 案*, 978 F.2d 493 (第九巡回上诉法庭); *Marcos Manto 诉 Thajane 案*, 508 US 972, 125L Ed 2d 661, 113 S Ct. 2960。

²¹⁹ 人权委员会, 关于非歧视问题的第 18 号一般性评论, (参看 HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 第 1 段。

²²⁰ *RM 诉总检察长案*, 2006 年 12 月 1 日肯尼亚最高法院判决书, eKLR [2006] eKLR, 第 18 页。

²²¹ 参看 *检察官诉 Germain Katanga 案* (前注 **错误!未定义书签。**), 第 30 段, 其中提到 2007 年联合国难民事务高级专员关于不驱回义务域外适用问题的咨询意见。法院又提到难民署执行委员会的几项结论。

²²² 见 *检察官诉 Furundžija 案* (前注 **错误!未定义书签。**), 见第 144 和 153 段。法庭提到《美洲人权公约》、联合国人权委员会第 24 号一般性意见和酷刑问题特别报告员的一份报告(E/CN.4/1986/15)。

²²³ *检察官诉波波维奇等人案*, 判决书, IT-05-88-T, T.Ch.II 号案件, 2010 年 6 月 10 日, 第 807 段(注 2910)。关于提到国际刑事法庭有关波斯尼亚和黑塞哥维那一案的判决书的其他案件, 又参看 *Karadžić 案* (前注 **错误!未定义书签。**), 第 539 段(注 1714)。

²²⁴ 有关讨论见特别报告员关于强行法的第一次报告(A/CN.4/693), 第 54 段(注 187), 其中提出, 虽然国际法院没有使用强行法或强制性规范一词, 但它描述禁止种族灭绝所用的措词暗含强制性性质。

支持禁止种族灭绝是强行法规范的结论。²²⁵ 国际法院在关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中就“不容违背的习惯国际法原则”的后果发表的声明也被用来支持严重违反《日内瓦四公约》构成违反强行法规范的结论。²²⁶ 例如，在*检察官诉富鲁季亚案*，法院的结论是，禁止酷刑是强行法的一个规范，除其他外，其依据是禁止的广泛性，包括各国“被禁止驱逐、送返或引渡”人到他们可能遭受酷刑的地方。²²⁷ 为了表明这种禁止的广泛性，除其他外，法院提到了欧洲人权法院的判决。²²⁸ 在埃亚什等人一案，黎巴嫩问题特别法庭的结论是，合法性原则²²⁹ 和公正审判原则²³⁰ 都享有强行法的地位，而在赛义德一案中，获得司法救助的权利已“取得强制性规范(强制法)地位”，²³¹ 除其他外，其所依据的是国家和国际法院的判例。

86. 在评估某一规范有没有取得强行法地位时，国际法委员会也被提及。著名的是，在评估禁止使用武力的地位时，国际法院注意到“国际法委员会……认为‘关于禁止使用武力的宪章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’”。²³² 提供普遍接受的强行法规范清单的大多数文献都以委员会在关于国

²²⁵ 例如参看*检察官诉 Karazić 案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 539 段；*002 号案件 关于英萨利上诉反对封闭令的裁决*，柬埔寨法院特别法庭，第 D427/1/30 号文件 (2011 年 4 月 30 日)，第 244 段；*刚果民主共和国诉卢旺达案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 66 段；*波斯尼亚诉塞尔维亚案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 161 页；*克罗地亚诉塞尔维亚案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 87 段。

²²⁶ *关于英萨利上诉反对封闭令的裁决* (前注 225)，第 256 段。*002/02 号案件 关于通过酷刑取得证供的裁决*，第 350/8 号文件 (2016 年 2 月 5 日)，第 25 段，除其他外，法庭以与*起诉或引渡义务有关的问题案*作为依据 (前注**错误!未定义书签。**)。柬埔寨法院特别法庭在*关于通过酷刑取得证供的裁决*中提到的其他国际裁决包括：*Othman (Abu Qatada) 诉联合王国案*，欧洲人权法院判决书，诉状号 8139/09，以及 *Cabrera Garcia 和 Montiel Flores 诉墨西哥案*，2010 年 11 月 26 日美洲人权法庭判决书。

²²⁷ *检察官诉 Furundžija 案* (前注 45)，第 152 段。

²²⁸ *Soering 诉联合王国案*，欧洲人权法庭判决书，1989 年 7 月 7 日；*Cruz Varas 及他人诉瑞典案*，1991 年 3 月 20 日欧洲人权法庭判决书；和 *Chahal 诉联合王国案*，1996 年 11 月 5 日欧洲人权法庭判决书。

²²⁹ *检察官诉 Ayyash 等人案 (STL-11-01/I)*，2011 年 2 月 16 日关于适用法律的中间裁定：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控，第 76 段，其中提到前南问题国际法庭的案件。

²³⁰ *检察官诉 Ayyash 等人案 (STL-11-01/AC.AR90.1)*，对辩方提出上诉反对审判分庭“关于辩方对法庭管辖权和合法性提出质疑的裁决”，上诉分庭，2012 年 10 月 24 日(其中提到欧洲人权法庭对 *Kadi* 一案的判决书)。

²³¹ *El Sayed (CH/PRES/2010/01)*，将案情交予预审法官令，黎巴嫩特别法庭庭，2010 年 4 月 15 日，第 29 段 (其中提到美洲人权法庭的判决书)。

²³² *军事和准军事活动案* (前注**错误!未定义书签。**)，第 190 段。又参看 *Re V ́tor Ra ́il Pinto, Re, Pinto 诉 Tom ́s Rojas 亲属案*，2007 年 3 月 13 日智利最高法院关于撤销裁决的判决，第 3125-94，ILDC 1093 (CL 2007) 号案件，第 29 和 31 段。

家责任条款草案的第 26 条的评注²³³ 中提供的清单作为依据。委员会本身的工作也有助于识别强行法规范。学术著作也可用作次要材料，用来评估强制性地位获接受和确认的主要形式并提供背景参考。²³⁴

87. 应当清楚看到，上面提到的材料与识别习惯国际法的起作用材料基本上是相同的，即它们可能是被提出来的惯例实践或者是法律确信的证据。如上所述，用来作为强行法准则的接受和确认以及可能用来识别习惯国际法的这种材料两者有区别，对于前者，这些材料必须表明国家之国际社会深信有关规范是不许克减的规范。²³⁵ 禁止保留或撤销的条约规定，以及不可克减的规定，虽然不是确证，也是起作用的材料。

88. 有关材料能否证实国家之国际社会全体认为某一个规范是不可克减的规范这样的结论，要通过审议所有材料及其背景并给予它们相关权重加以确定。在评估现有材料能否提供接受和确认强行法规范的证据时，一些因素可能是起作用的。在材料中明确提及一般国际法规范的不可克减性将是一个重要因素。所有这些材料整体表明，国家之国际社会全体深信其不可克减性，也是重要的。

89. 如上所述，特别报告员在第一份报告所列举的并在本报告进一步阐述的强行法特质并不是识别强行法规范的准则。这些特质是强行法性质的描述性要素。因此，没有必要表明某一规范具有这些特质才能符合作为强行法规范的要求。换句话说，这些描述性要素不是强行法规范的额外要求。然而，鉴于上述强有力的证据，可以提出各国深信某一规范反映这些特质来支持不可克减性。因此，如果将

²³³ 关于国家责任条款草案的第 26 条的评注第(5)段 (前注 **错误!未定义书签。**)。参看 den Heijer 和 van der Wilt (前注 **错误!未定义书签。**)，第 9 页，其中提到清单上的规范是“无可争议”的；参看 Christófolo (前注 **错误!未定义书签。**)，第 151 页；和 Weatherall (前注 **错误!未定义书签。**)，第 202 页。又参看 de Wet (前注 **错误!未定义书签。**) 第 543 页。但她所依据的不是委员会的清单，而是委员会研究报告所提供的清单 (前注 **错误!未定义书签。**)，后一清单将委员会的清单稍为改动。例如，在她提供的清单中，“自卫权”本身被纳入为强行法，而委员会的清单所载的独立强行法规范是“禁止侵略”，不是“自卫”。

²³⁴ 例如参看 *Nguyen Thang Loi 诉 Dow Chem Co 案* (前注 **错误!未定义书签。**)，第 108 页，依据 M. Cherif Bassiouni, “Crimes against humanity” in Roy Gutman and David Rieff, eds., *Crimes of War: What the Public Should Know* (Norton, 1999); *检察官诉 Kallon 和 Kamara: 关于对管辖权提出质疑的裁决: 洛美协定大赦* (SCSL-2004-15-AR72E 和 SCSL-2004-16-AR72E), 2004 年 3 月 13 日, 第 71 段, 依据 Lindsay Moir *The Law of Internal Armed Conflict* (Cambridge, 2004); *Bayan Muna 诉 Alberto Romulo 案* (前注 **错误!未定义书签。**)，引述 M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: Jus cogens and obligatio erga omnes” (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63。又参看西德曼·德布莱克诉阿根廷案 (前注 **错误!未定义书签。**)，第 718 页，其中引述几位作者，包括 Karen Parker 和 Lyn Beth Neylon “*Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*” (1988/89) 12 *Hastings International and Comparative Law Review* 411 和 Kenneth C Randal “*Universal Jurisdiction under International Law*” (1988) 66 *Texas Law Review* 785, 以支持禁止酷刑是强行法规范这个提法。

²³⁵ 见前注 207 和 208 所引述的权威。

这些材料放在其背景中整体加以考虑，表明国家之国际社会全体接受和确认某一般国际法的规范保护或反映了国际社会的基本价值观，在级别上高于其他国际法规范且普遍适用，就可能是各国认为这一规范是不可克减的证据，因而是强行法规范。这些特质的相关性虽然只是参考用的指示性材料，但与国际法院所指出的事实有关，即一个规范是不是强行法规范“与该规范的法律特质有关”。²³⁶

四. 建议

A. 专题的名称

90. 鉴于委员会第六十八届会议期间的辩论，特别报告员建议委员会将专题的名称从“强行法”改为“国际法强制性规范(强行法)”。

B. 结论草案

91. 根据上述分析，特别报告员提出以下结论草案，供委员会审议。

结论草案 4

强行法的准则

要识别一个规范为强行法，必须表明该规范符合两个准则：

- (a) 它必须是一般国际法的规范；和
- (b) 它必须获国家之国际社会全体接受和确认为不容克减的规范。

结论草案 5

强行法规范是一般国际法的规范

1. 一般国际法的规范是具有普遍适用范围的规范。
2. 习惯国际法是形成国际法强行法规范最常见的基础。
3. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所称的一般法律原则也可作为国际法强行法规范的基础。
4. 条约规则可反映一项能提升到一般国际法强行法规范级别的一般国际法规范。

结论草案 6

接受和确认是识别强行法的准则

1. 一个国际法规范如获接受和确认为不容克减的规范，即可识别为强行法规范。

²³⁶ 参看以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注 83)，第 83 段。

2. 接受和确认一项规范为不容克减规范的要求包括须对国家之国际社会全体的意见进行评估。

结论草案 7

国家之国际社会全体

1. 在识别强行法规范中，实际起作用的是国家之国际社会全体的接受和确认。因此，实际起作用的是各国的态度。
2. 国家以外其他行为人的态度虽可有助于评估国家之国际社会全体的接受和确认，但本身不构成国家之国际社会全体的接受和确认。
3. 大多数国家接受和确认即足以识别一项规范为强行法规范。不要求所有国家都接受和确认。

结论草案 8

接受和确认

1. 作为强行法准则的接受和确认要求不同于为识别习惯国际法的目的接受为法律的要求。它与《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所称的一般法律原则的目的所规定的确认要求也同样有区别。
2. 作为强行法准则的接受和确认要求意味着应提供证据，除表明有关规范获各国接受为法律外，还要证明有关规范获接受为不可克减的规范。

结论草案 9

接受和确认的证据

1. 表明一项一般国际法规范获接受和确认为强行法规范的证据可反映于各种材料并可呈现于各种形式。
2. 下列材料可提供获接受和确认的证据，表明一项一般国际法规范已提升到强行法级别：条约、国际组织通过的决议、以国家名义发表的公开声明、官方出版物、政府法律意见、外交函件和国家法院的裁决。
3. 为识别一项规范为国际法强行法规范的目的，国际法院和法庭的判决和裁决也可作为接受和确认的证据。
4. 其他材料，如国际法委员会的工作、专家机构的工作和学术著作，均可作为识别不可克减国际法规范的次要手段。这种材料也可用来协助评估主要材料的权重。

五. 今后的工作方案

92. 本报告的重点是识别强行法规范的准则。特别报告员的第一份报告侧重于强行法的性质和历史演变。在第一份报告中，特别报告员还提供了 2017 年、2018 年和 2019 年的路线图。虽然报告指出，路线图将灵活运用，不过在目前阶段，特别报告员认为没有偏离路线图的必要。

93. 在下次报告，即 2018 年的报告，特别报告员打算开始审议强行法的效力或后果。除其他外，报告将一般性地讨论强行法的后果。报告还将审议强行法在条约法领域以及在国家责任法和管辖权规则等其他国际法领域的效力问题。关于强行法的效力，特别报告员欢迎委员会提意见，提出可得益于研究的其他国际法领域。特别报告员的第四次报告将讨论委员会和第六委员会辩论产生的各种问题。

94. 特别报告员还将根据委员会和第六委员会的辩论，审议应否提出、在何基础上提出和以何种形式提出强行法规范说明性清单的问题。特别报告员将在第四次报告中就这个问题提出建议。
