



## 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

## 特别报告员迪雷·特拉迪关于一般国际法强制性规范(强行法) 的第五次报告

### 目录

	页次
一. 导言 .....	5
二. 第五次报告的目的和做法 .....	6
三. 从各国收到的评论和意见 .....	7
A. 一般性评论 .....	7
1. 国家实践 .....	7
2. 结论草案的性质 .....	11
3. 杂项 .....	13
B. 具体评论 .....	14
结论草案 1: 范围 .....	14
1. 各国的评论和意见 .....	14
2. 特别报告员的建议 .....	15
结论草案 2: 一般国际法强制性规范(强行法)的定义 .....	15
1. 各国的评论和意见 .....	15



2.    特别报告员的建议 .....	15
结论草案 3: 一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质 .....	15
1.    各国的评论和意见 .....	15
2.    特别报告员的建议 .....	21
结论草案 4: 一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准 .....	21
1.    各国的评论和意见 .....	21
2.    特别报告员的建议 .....	22
结论草案 5: 一般国际法强制性规范(强行法)的基础 .....	22
1.    各国的评论和意见 .....	23
2.    特别报告员的建议 .....	25
结论草案 6: 接受和承认 .....	26
1.    各国的评论和意见 .....	26
2.    特别报告员的建议 .....	27
结论草案 7: 国家组成之国际社会全体 .....	28
1.    各国的评论和意见 .....	28
2.    特别报告员的建议 .....	32
结论草案 8: 接受和承认的证据 .....	32
1.    各国的评论和意见 .....	32
2.    特别报告员的建议 .....	35
结论草案 9: 确定一般国际法规范强制性的辅助手段 .....	35
1.    各国的评论和意见 .....	35
2.    特别报告员的建议 .....	36
结论草案 10: 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约 .....	36
1.    各国的评论和意见 .....	36
2.    特别报告员的建议 .....	38
结论草案 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 .....	38
1.    各国的评论和意见 .....	38
2.    特别报告员的建议 .....	40

结论草案 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.....	40
1. 各国的评论和意见.....	40
2. 特别报告员的建议.....	41
结论草案 13: 对条约的保留对一般国际法强制性规范(强制法)不具效果.....	41
1. 各国的评论和意见.....	41
2. 特别报告员的建议.....	42
结论草案 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.....	42
1. 各国的评论和意见.....	42
2. 特别报告员的建议.....	45
结论草案 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.....	45
1. 各国的评论和意见.....	45
2. 特别报告员的建议.....	46
结论草案 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.....	46
1. 各国的评论和意见.....	46
2. 特别报告员的建议.....	48
结论草案 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).....	49
1. 各国的评论和意见.....	49
2. 特别报告员的建议.....	50
结论草案 18: 一般国际法强制性规范(强行法)和解除不法性的情况.....	50
1. 各国的评论和意见.....	50
2. 特别报告员的建议.....	51
结论草案 19: 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的特定后果.....	51
1. 各国的评论和意见.....	51
2. 特别报告员的建议.....	55
结论草案 20: 解释和适用与一般国际法强制性规范(强行法)相一致.....	55
1. 各国的评论和意见.....	55

---

2.    特别报告员的建议 .....	56
结论草案 21：程序性要求 .....	56
1.    各国的评论和意见 .....	56
2.    特别报告员的建议 .....	60
结论草案 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 ....	61
1.    各国的评论和意见 .....	62
2.    特别报告员的建议 .....	62
结论草案 23：非详尽无遗的清单 .....	62
1.    各国的评论和意见 .....	62
2.    特别报告员的建议 .....	65
四. 一读通过后按照修改建议调整的结论草案案文标注版 .....	66
五. 按照特别报告员的修改建议调整的结论草案案文清洁版 .....	72
六. 最终成果 .....	78

## 一. 引言

1. 国际法委员会在第六十七届会议(2015 年)上决定将该专题列入委员会现行工作方案并任命一名特别报告员。<sup>1</sup>
2. 委员会在第六十八届会议(2016 年)上审议了特别报告员的第一次报告,<sup>2</sup> 并决定将两项结论草案转交起草委员会。<sup>3</sup> 委员会在第六十九届会议(2017 年)上收到了特别报告员的第二次报告。<sup>4</sup> 在第二次报告中,特别报告员力求确定一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准。委员会决定将全部 6 项结论草案转交起草委员会。<sup>5</sup> 委员会还决定将专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。
3. 委员会在第七十届会议(2018 年)上收到了特别报告员的第三次报告。在该报告中,特别报告员探讨了一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果。<sup>6</sup> 委员会决定将 12 项结论草案转交起草委员会。<sup>7</sup>
4. 委员会在第七十一届会议(2019 年)上审议了特别报告员专门探讨说明性清单的第四次报告。<sup>8</sup> 委员会决定将特别报告员第四次报告所载的一项结论草案转交起草委员会,但有一项谅解,即结论草案所载清单将移至附件,并仅限于委员会以前提到的那些一般国际法强制性规范(强行法)。<sup>9</sup>
5. 在第七十一届会议期间,委员会在审议起草委员会的报告后,一读通过了关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案。<sup>10</sup> 委员会还根据其章程第 16 至 21 条决定通过秘书长将结论草案转交各国征求评论和意见,并要求最迟于 2020 年 12 月 1 日将这些评论和意见提交秘书长。<sup>11</sup> 由于冠状病毒病(COVID-19)大流

<sup>1</sup> 见委员会第六十七届会议工作报告,《大会正式记录,第七十届会议,补编第 10 号》(A/70/10),第 286 段。

<sup>2</sup> A/CN.4/693。

<sup>3</sup> 《大会正式记录,第七十一届会议,补编第 10 号》(A/71/10),第 100 段。

<sup>4</sup> A/CN.4/706。

<sup>5</sup> 见委员会第六十九届会议工作报告,《大会正式记录,第七十二届会议,补编第 10 号》(A/72/10),第 146 段。

<sup>6</sup> A/CN.4/714 及 Corr.1。

<sup>7</sup> 见国际法委员会第七十届会议工作报告,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 96 段。

<sup>8</sup> A/CN.4/727。

<sup>9</sup> 见国际法委员会第七十一届会议工作报告,《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),第 56 段。

<sup>10</sup> 同上,第 52 段。

<sup>11</sup> 同上,第 54 段。

行和第七十二届会议推迟，委员会决定将各国提交评论的截止日期延长至 2021 年 6 月 30 日。<sup>12</sup>

## 二. 第五次报告的目的和做法

6. 按照委员会的惯例，本报告的目的是根据各国提出的评论，在必要时提出修改结论草案的提议。在本报告定稿时，<sup>13</sup> 已收到 23 份书面意见。<sup>14</sup>

7. 除书面意见外，52 个国家还对委员会一读通过的整套结论草案发表了评论。<sup>15</sup> 本报告未探讨在大会前几届会议上提出的评论，原因有二。首先，特别报告员以前的报告已经提到了各国的这些评论。其次，也是更重要的是，这些评论不是以委员会通过的最后案文为基础的，因为在第七十一届会议之前，委员会将结论草案留存在起草委员会内，直至完成整套结论草案。虽然确实有一些国家提到起草委员会在大会前几届会议上通过的案文，但这些评论并没有得益于评注。总而言之，这意味着有 57 个国家发表了对一读通过的整套结论草案的看法。如果考虑到塞拉利昂代表非洲集团和挪威代表北欧国家提出的立场，这意味着有 113 个国家就这一专题发表了看法，尽管诚然，并非所有这些说明都是实质性的。

<sup>12</sup> 见大会 2020 年 12 月 15 日第 75/135 号决议，第 5 段。

<sup>13</sup> 本报告定稿于 2021 年 8 月 11 日。

<sup>14</sup> 从各国收到的评论和意见可在国际法委员会网站查阅([https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_14.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml))，并将适时转载于 A/CN.4/748 号文件。收到了澳大利亚、奥地利、比利时、哥伦比亚、塞浦路斯、捷克、萨尔瓦多、法国、德国、以色列、意大利、日本、荷兰、北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典的联合说明)、葡萄牙、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛文尼亚、南非、西班牙、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国的书面评论。应当指出，虽然联合国秘书处要求的日期(2021 年 6 月 30 日)之前收到了德国的评论，但特别报告员直到 2021 年 9 月 16 日才收到这些评论。作为例外，并且由于这些评论是在截止日期之前收到的，特别报告员已力求将这些看法纳入本报告。

<sup>15</sup> 阿根廷(A/C.6/74/SR.24)；亚美尼亚(A/C.6/74/SR.26)；澳大利亚(A/C.6/74/SR.24)；奥地利(A/C.6/74/SR.23)；白俄罗斯(A/C.6/74/SR.24)；巴西(A/C.6/74/SR.24)；保加利亚(A/C.6/74/SR.26)；喀麦隆(A/C.6/74/SR.27)；智利(A/C.6/74/SR.26)；中国(A/C.6/74/SR.23)；克罗地亚(A/C.6/74/SR.25)；古巴(A/C.6/74/SR.25)；塞浦路斯(A/C.6/74/SR.27)；捷克(A/C.6/74/SR.23)；厄瓜多尔(A/C.6/74/SR.27)；埃及(A/C.6/74/SR.26)；萨尔瓦多(A/C.6/74/SR.25)；爱沙尼亚(A/C.6/74/SR.26)；法国(A/C.6/74/SR.23)；德国(A/C.6/74/SR.25)；希腊(A/C.6/74/SR.24)；洪都拉斯(A/C.6/74/SR.26)；印度(A/C.6/74/SR.26)；印度尼西亚(A/C.6/74/SR.27)；伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/74/SR.27)；爱尔兰(A/C.6/74/SR.24)；以色列(A/C.6/74/SR.24)；意大利(A/C.6/74/SR.24)；日本(A/C.6/74/SR.26)；马来西亚(A/C.6/74/SR.26)；墨西哥(A/C.6/74/SR.25)；密克罗尼西亚联邦(A/C.6/74/SR.24)；荷兰(A/C.6/74/SR.24)；尼加拉瓜(A/C.6/74/SR.23)；挪威(代表北欧国家)(A/C.6/74/SR.23)；秘鲁(A/C.6/74/SR.27)；菲律宾(A/C.6/74/SR.27)；波兰(A/C.6/74/SR.23)；葡萄牙(A/C.6/74/SR.25)；大韩民国(A/C.6/74/SR.26)；罗马尼亚(A/C.6/74/SR.23)；俄罗斯联邦(A/C.6/74/SR.26)；塞拉利昂(A/C.6/74/SR.27)；塞拉利昂(代表非洲集团)(A/C.6/74/SR.27)；新加坡(A/C.6/74/SR.24)；斯洛伐克(A/C.6/74/SR.24)；南非(A/C.6/74/SR.27)；西班牙(A/C.6/74/SR.26)；苏丹(A/C.6/74/SR.24)；瑞士(A/C.6/74/SR.25)；泰国(A/C.6/74/SR.24)；多哥(A/C.6/74/SR.26)；土耳其(A/C.6/74/SR.26)；联合王国(A/C.6/74/SR.23)；美国(A/C.6/74/SR.24)；乌兹别克斯坦(A/C.6/74/SR.26)；越南(A/C.6/74/SR.26)。

8. 按照委员会最近的做法，本报告对第六委员会辩论中的书面评论和口头发言给予同等重视。但是，为了提高效率，对于在大会同时提供书面评论和口头发言的国家，报告将只提及它们的书面意见，除非有必要提供背景情况，<sup>16</sup> 从而避免重复，同时确保最大的覆盖面。

9. 必须强调的是，特别报告员认为，委员会二读的作用不仅仅是采纳各国的看法(撇开各国往往持有不同看法的事实不谈)。委员会的作用——因此也就是本报告采用的做法——是根据收到的评论评估是否有必要作出任何修改。这涉及到定性分析，需要考虑很多因素。这些不仅包括提出具体建议的国家数目(当然，还要权衡没有提出这项建议或提出不同建议的国家数目)，而且还包括该建议是否基于委员会一读时未审议的新观点或新信息。还必须强调的是，语言上的喧嚣在评估各国评论和意见时绝无一席之地。

10. 特别报告员还坚信各国看法一律平等，因此，所有国家无论大小，其看法都得到同等重视，并且所有国家都被视为“特别受影响国家”。

11. 就做法而言，报告一开始依次阐述各国在每项结论草案下的评论和意见。阐述之后是对评论和意见的评估，特别报告员在此基础上提出了必要时的任何修改建议。

12. 特别报告员注意到关于修订评注的许多有趣和有用的建议。虽然本报告提到了其中一些建议，但其目的并不是探讨评注。因此，报告不会对评注提出任何修订。不过，特别报告员确实打算编写一份经过修改的评注初稿，并将在第七十三届会议第一期会议结束前转交委员会成员。

13. 本报告的结构如下：第三节审议从各国收到的评论和意见，包括一般性和具体评论，以及各国的评论和意见和特别报告员的建议；第四节介绍一读通过的结论草案案文，并明确标出拟议的修改；第五节列出结论草案案文的干净文本以及特别报告员提议的修订；第六节介绍特别报告员关于委员会关于一般国际法强制性规范(强行法)工作的最后形式的提案，包括提交大会的建议草案。

### 三. 从各国收到的评论和意见

#### A. 一般性评论

##### 1. 国家实践

14. 一些国家认为，结论草案更多地基于理论和学术，而不是实践。例如，美利坚合众国表示，一般而言，“涉及一般国际法强制性规范的国家实践少之又少”，<sup>17</sup> 指出评注“没有列举任何新的国际法规则与现有的强行法规范相抵触的例子”，该国也“未知有任何这种例子”，而且现有条约违反后来形成的强行法的情况极

<sup>16</sup> 在某些情况下，在本报告编写工作结束之后收到各国的书面评论；这些国家在第六委员会的一些评论可列入报告。

<sup>17</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

为罕见。该国关于处理这一事项的具体建议是，委员会在评注中明确指出它在哪些方面参与了逐步发展的进程。荷兰也在认可委员会关于这一专题的“一般做法”的同时，对结论草案“更多地依赖于司法裁决和学术著作，而不是国家实践”表示遗憾。同样，以色列表示，它对特别报告员的做法感到关切，尽管有“各国”和“几个成员”提出看法，但这种做法“在很大程度上依赖于理论和学说，而不是对国家实践……的彻查”。<sup>18</sup> 同样，马来西亚在赞扬特别报告员的报告质量上乘的同时表示，这些报告中提议的结论是基于学说和理论。<sup>19</sup> 与美国一样，土耳其也表示对整个专题持保留意见，理由是没有充分的国家实践和判例法。<sup>20</sup> 喀麦隆表示，委员会应侧重于国家实践和法律确信，但并未指出结论草案没有反映这一点，这一发言较为含糊不清。<sup>21</sup>

15. 事实上，“缺乏国家实践”的论点有两种变体。首先，除了委员会对这一问题的处理之外，根本没有足够的实践。因此，问题不在于委员会没有利用现有的国家实践。相反，问题在于实践并不存在。例如，德国表示同意其他国家表达的看法，即“关于……专题的实质性国家实践不足”。<sup>22</sup> 这不是一个新问题。它是在首次提出这一专题时，由三个国家(法国、荷兰和美国)在长期工作方案的背景下提出的。特别报告员的第一次报告已经谈到了这一问题。<sup>23</sup> 无论如何，正如本第五次报告将表明的那样，现有足够的实践，委员会的评注也确实依赖于这种实践。

16. 大不列颠及北爱尔兰联合王国也就缺乏国家实践提出了观点，但根据特别报告员的理解，这一观点的含义略有不同。因此，它值得单独考虑。联合王国与美国一样，认为“在英国和国际上都缺乏关于一般国际法强制性规范(强行法)的实践”。<sup>24</sup> 不过，联合王国表示，尽管如此，它仍然支持委员会的工作。事实上，它指出，委员会在编写评注时应“充分考虑到缺乏实践的情况”，而且评注“鉴于缺乏实践的情况将特别重要”。<sup>25</sup> 对英国来说，这意味着委员会应该“非常小心和关注”地开展工作。<sup>26</sup> 特别报告员不能不同意委员会应极其谨慎行事的说法。由于上述原因以及随后的原因，特别报告员不同意出发点，即不存在实践。

<sup>18</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。该意见继续指出：“以色列认为，缺乏对相关国家实践的严格分析有可能损害该项目各部分的准确性和法律权威性”。虽然总的来说，以色列的意见可能表明这是普遍持有的看法，但事实上，少数国家和委员会少数成员持有这种看法。

<sup>19</sup> 马来西亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 102 段。

<sup>20</sup> 土耳其，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 73 段。

<sup>21</sup> 喀麦隆，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 55 段。

<sup>22</sup> 德国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>23</sup> [A/CN.4/693](#)，第 14 段。

<sup>24</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>25</sup> 同上。

<sup>26</sup> 同上。

17. 与联合王国一样，北欧国家在其联合说明中也提到“相对有限和各异的国家实践”，它们认为因此需要采取“谨慎做法”。<sup>27</sup> 因此，北欧国家呼吁结论草案“密切贴合已确定的、有充分依据的解释”。<sup>28</sup>

18. 这一论点的第二个变体是，存在现有的国家实践，但委员会<sup>29</sup> 选择不依赖这种实践，而是选择依赖学说和理论。这种反复出现的批评——来自同样的极少数国家——完全没有现实依据。正如在委员会工作成果中所理解的那样，评注中充斥国家实践证据的例子。<sup>30</sup> 事实上，部分问题在于，各国常常在没有指出任何具体条款的情况下作出这一断言，因此很难有效作出回应。有帮助的是，在其一般性评论中，美国确实提供了一些例子来说明它所说的缺乏实践的意思。美国的意见如下：

评注没有列举新条约、习惯国际法或国际组织行为与现有强行法相抵触的例子，美国也未知有任何这种例子，而且现有条约违反后来形成的强行法的情况极为罕见。<sup>31</sup>

19. 这是有帮助的，因为它澄清了何为一些国家所理解的实践。在这方面也可指出荷兰的意见。荷兰“持批评态度，因为结论草案及其评注更多地依赖于司法裁决和学术著作”。<sup>32</sup> 这表明，这些国家对实践的看法相当狭隘，认为实践必须包含构成违反的行为。<sup>33</sup> 虽然本报告在讨论个别结论草案时将论及这些问题，但在此足以强调的是，就美国所提主张而言，评注实际上确实提到了各种形式的国家实践，包括各国在各种论坛上的声明、国家法院的裁决以及以 1969 年《维也纳条约法公约》(以下简称“《维也纳公约》”)第五十三条的规则等为形式的条约实践。因此，特别报告员不同意评注没有包含充分实践的主张。

20. 所幸的是，大多数国家不同意评注没有得到实践支持的看法。白俄罗斯、<sup>34</sup> 萨尔瓦多和苏丹<sup>35</sup> 等其他国家也回顾了实践作为结论草案基础的重要性，但它们

<sup>27</sup> 北欧国家，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>28</sup> 同上。

<sup>29</sup> 以色列和马来西亚认为，不是委员会而是特别报告员的决定。

<sup>30</sup> 见委员会第七十届会议工作报告，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 51 段，关于嗣后协定和嗣后实践(习惯国际法)的识别的结论 6。

<sup>31</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>32</sup> 荷兰，各国的评论和意见(前注 14)：值得一提的是，阿根廷对援引其管辖范围内的判例法作为一种实践形式表示赞赏(见 A/C.6/74/SR.24，第 7 段)。

<sup>33</sup> 看待与委员会工作相关的材料的这种狭隘做法可能与塞拉利昂代表组成非洲集团的 53 个国家提出的看法形成鲜明对比(见 A/C.6/74/SR.23，第 36 段)：“国际法的逐渐发展和编纂进程要全面，包括审议法律文本、国家实践、先例和准则。”

<sup>34</sup> 白俄罗斯，A/C.6/74/SR.24，第 81 段。在表示委员会的工作应以实践为基础之前，白俄罗斯评论指出“欢迎……结论草案版本……该版本变得更加平衡和具有实质性”(第 80 段)。

<sup>35</sup> 苏丹，A/C.6/74/SR.24，第 48 段：应该指出的是，这一评论似乎不是针对当前专题，而是针对委员会的一般工作。

并未暗示委员会的工作未以国家实践为基础。事实上，许多国家明确表示，它们支持委员会的做法。例如，西班牙表示，它“赞扬委员会和特别报告员努力使结论草案及其评注以关于该专题的实践、判例和学说为基础”。<sup>36</sup> 例如，南非表示，“委员会在国际法院和法庭的实践和司法裁决的支持下，设法拿出了一份颇为平衡的结论草案案文”。<sup>37</sup> 塞浦路斯也表示支持委员会的工作。<sup>38</sup> 就日本而言，该国强调了在“理论和现实”之间取得平衡的重要性，表示支持委员会以《维也纳公约》为指导的决定，称这一决定是“明智的”。<sup>39</sup>

21. 保加利亚的发言也反映了在理论与实践之间取得平衡的概念，保加利亚在发言中“欢迎建设性的做法”，该做法“在国家实践与理论之间取得了平衡”。<sup>40</sup> 罗马尼亚先对关于这一专题的工作方法(上文所述将结论草案留存在起草委员会的做法)表示怀疑，后对结论和评注“以平衡和谨慎的方式起草，并密切遵循《维也纳公约》”表示高兴。<sup>41</sup> 爱尔兰评论说，“《维也纳条约法公约》第五十三条和第六十四条是委员会审议这一专题的核心”，这一评论也可视作对委员会方法的支持。<sup>42</sup> 泰国还“同意使用《维也纳公约》第五十三条中的强行法定义的一般做法”。<sup>43</sup>

22. 因此，结论草案不是在普遍接受的方法基础上得出的，不依赖于实践，而是依赖于理论和学说，这一观念非但没有根据，而且没有得到大多数国家的支持。实际上，有些国家批评委员会对理论依赖得太少。在此，意大利的意见特别有指导性。意大利对一读通过的结论草案案文“部分缺乏理论深度，无以查明强行法概念在规范方面的主要复杂情况”表示遗憾。<sup>44</sup> 同样，亚美尼亚恳请委员会审议如何根据自然法理论识别强制性规范。<sup>45</sup>

23. 特别报告员认为关于这一专题的工作实际上得到了国家实践的支持，同时他也想强调，令他感到奇怪的是，对于依赖各国际法院的判例，包括联合国主要司法机关——国际法院的判例，少数振振有词的国家却如此不屑一顾。他要指出，委员会自 1966 年条约法条款通过以来所处理的最成功专题之一(如果不是最成功

<sup>36</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。不过，西班牙的确批评委员会(和特别报告员)没有更多地依赖西班牙文来源。虽然委员会确实依赖了一些西班牙文来源，特别是来自拉丁美洲的来源，但这一批评当然是站得住脚的，委员会将恳请委员会的西班牙语成员提供更多参考资料。

<sup>37</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>38</sup> 塞浦路斯，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>39</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>40</sup> 保加利亚，A/C.6/74/SR.26，第 105 段。

<sup>41</sup> 罗马尼亚，A/C.6/74/SR.23，第 75 段。

<sup>42</sup> 爱尔兰，A/C.6/74/SR.24，第 39 段。

<sup>43</sup> 泰国，A/C.6/74/SR.24，第 107 段。

<sup>44</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>45</sup> 亚美尼亚，A/C.6/74/SR.26，第 65 段。

的专题),即2001年国家国际不法行为的责任条款<sup>46</sup>在很大程度上依赖于各国际法院的判例。事实上,这套条款中的基本原则,即第1条,完全依赖于国际判例和学术著作。<sup>47</sup>第2条也是如此。<sup>48</sup>委员会在五年期间通过的专题也是如此。例如,关于识别习惯国际法的结论的基本规则,即结论2提出了两个构成要素,而其评注中只包括各国际法院的裁决。<sup>49</sup>同样,结论5的评注没有提及任何国家实践。<sup>50</sup>委员会关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论也是如此。<sup>51</sup>对特别报告员来说,这不是对委员会这些工作的批评。恰恰相反,这是对各国际法院特别是国际法院的判决被视为具有权威性的事实的承认。

24. 不过,在特别报告员提议修改评注时,将铭记所有这些关于国家实践的评论。特别报告员特别注意到西班牙请求纳入西班牙文来源,他将努力提供这种来源,并希望委员会的西班牙语成员也提供这种来源。他特别感谢那些在评论中分享本国国家实践实例的国家。<sup>52</sup>

## 2. 结论草案的性质

25. 一些国家质疑委员会结果的性质。事实上,这个问题在某些方面与国家实践问题有关,甚至可视为该问题的第三种变体。在许多方面,这是一个系统性问题,适用于许多专题。虽然委员会的工作方法问题工作组目前正在审议这一问题,但不讨论这些意见是不合适的,因为各国已经就这一专题提出了这些意见。事实上,在这方面,新加坡表示对委员会关于其工作术语表的讨论结果感兴趣。<sup>53</sup>

26. 美国的评论意见是一个恰当的起点。美国称,这些结论草案“体现了缺乏明确方向”对委员会产出的不同含义造成的混乱。<sup>54</sup>美国认为,诸如“结论”、“原则”、“准则”或“指南”等文件,由于其局限性,“应努力编纂现行法律”,并避免说明法律应该是什么。<sup>55</sup>虽然这是针对委员会一般工作的一般性声明,但

<sup>46</sup> 国家对国际不法行为的责任条款,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)。

<sup>47</sup> 同上,第1条及其评注。

<sup>48</sup> 同上,第2条及其评注。

<sup>49</sup> 见关于识别习惯国际法的结论草案2评注第(3)-(6)段,国际法委员会第七十届会议工作报告,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第10号》(A/73/10),E.1节。

<sup>50</sup> 同上,结论5评注。

<sup>51</sup> 见关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案,国际法委员会第七十届会议工作报告,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第10号》(A/73/10),E.1节。虽然可以指出几项结论,但鉴于这套结论的篇幅和结构,特别报告员将只提及结论2的几个组成部分,该结论也提出了基本框架。基本主张(见结论2第1段)是关于解释习惯国际法的维也纳规则只得到各国际法院和法庭的裁决以及学术文献的支持(见结论2评注第(5)段)。

<sup>52</sup> 这方面的一个例子是瑞士的评论和意见,其中所载脚注提及主管部门(前注14)。

<sup>53</sup> 新加坡,A/C.6/74/SR.24,第31段。虽然新加坡提出了书面意见,但提及这一点是恰当的,因为这是针对委员会整体工作的一般性意见。

<sup>54</sup> 美国,各国的评论和意见(上文注14)。

<sup>55</sup> 同上。

就这一专题而言，美国随后表示，委员会应在结论草案的评注中明确指出其何时是在编纂现行法、何时是在提议逐渐发展国际法。<sup>56</sup>

27. 法国也提出了这个问题。法国似乎赞同地注意到，结论草案 1 的评注指出，案文“仅仅是为了‘提供指导’”，但结论草案却包含“一些规范性文件”。<sup>57</sup> 有鉴于此，法国建议委员会应尽可能区分哪些属于编纂范围，哪些属于逐渐发展国际法。<sup>58</sup> 此外，法国还建议，在可能的情况下，委员会应将其认为属于确立法律义务的规则的那些规定与其可以认为仅仅是准则的那些规定区分开来。<sup>59</sup> 这一观点得到了联合王国的响应。<sup>60</sup> 然而，土耳其明确认为结论草案作为一个整体属于逐渐发展。<sup>61</sup>

28. 然而，大多数国家没有质疑结论草案的地位。事实上，从表示支持委员会一般做法的国家数量之多可以推断，它们认为一读通过的结论草案反映了现行国际法。事实上，克罗地亚等一些国家已经明确表示了这一点。<sup>62</sup> 例如，哥伦比亚将结论草案视为“国际法具体化的重要巩固工作”。<sup>63</sup> 在这方面，西班牙提供了一种相当微妙的观点。西班牙指出，就其性质而言，委员会通过的案文没有法律约束力，但这并不妨碍该案文“产生一定的法律效力”。<sup>64</sup> 西班牙认为，结论草案既不具有约束力，也不打算真正解释《维也纳公约》。<sup>65</sup> 因此，西班牙认为，目前的工作并不完全属于所谓的“通过解释进行编纂”——而如下文所解释的那样，特别报告员认为这个术语是一个恰当的描述。意大利将当前的工作描述为“解释性编纂”的一个例子，<sup>66</sup> 这也是特别报告员认为很有吸引力的另一个术语。确实，法国在开篇对该工作性质提出质疑的同时，自己也提出了一些与特别报告员的想法类似的建议，即结论草案“具有审查和修改的功能”。<sup>67</sup>

29. 的确，结论草案本身并不具有规定性。结论草案所载的案文本身并不具有约束力。但是，我们的意图是，除了将在具体结论草案中讨论的一些例外情况外，表述现行国际法的立场。短语“审查和(重新)制定”以及“通过解释编纂”都是

<sup>56</sup> 同上。

<sup>57</sup> 法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>58</sup> 同上。

<sup>59</sup> 同上。

<sup>60</sup> 联合王国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>61</sup> 土耳其，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 76 段。

<sup>62</sup> 克罗地亚，[A/C.6/74/SR.25](#)，第 55 段。

<sup>63</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>64</sup> 西班牙，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>65</sup> 同上。

<sup>66</sup> 意大利，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>67</sup> 法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

有用的描述语。与委员会以往通过的结论草案一样，<sup>68</sup> 此处提出的结论草案应被视为法律重述，旨在指导那些被要求确定强行法规范并适用这些规范的后果的人。有鉴于此，特别报告员将审议前两套结论草案的评注，以确定是否有可能进一步澄清结论草案的目的是什么。

### 3. 杂项<sup>69</sup>

30. 一些国家评论了委员会在这一专题上采取的工作方法，即委员会将结论草案保留在起草委员会内，直到一读结束。<sup>70</sup> 例如，波兰说，一读通过结论草案“相当出人意料”，“没有提供任何评注供各国评论”。<sup>71</sup> 斯洛伐克方面则表示，尽管“许多代表团发出警告信号……委员会……大胆地”在一读时通过了结论草案，称这一做法产生了“仓促结果”。<sup>72</sup> 以色列表示“与一些国家一样”对这一程序问题表示关切。<sup>73</sup> 特别报告员已经讨论了这一方法论问题，<sup>74</sup> 在此不再重复。

31. 比利时在评论中指出，评注没有提供足够的无论是来自实践还是假设性的具体例子来说明结论草案将如何发挥作用。<sup>75</sup> 特别报告员在重新审议评注时将考虑这一意见。

32. 意大利在评论中建议修改结论草案的标题，以更好地反映其范围。<sup>76</sup> 意大利建议将标题改为“关于强制性规范的识别和法律后果的结论草案”。特别报告员不反对这项修正，并请委员会成员就这一可能的改动发表意见。

33. 法国对法文本提出了一些一般性意见，<sup>77</sup> 认为委员会和秘书处不仅应在法文本中考虑这些意见，还应在联合国其他正式语文案文中考虑在内。

<sup>68</sup> 见关于习惯国际法的识别的结论草案，国际法委员会第七十届会议工作报告，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第五.E 节；关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案，同上，第四.E 节。

<sup>69</sup> 有一些评论是作为一般性评论提出的，但特别报告员认为这些评论是具体评论，将在具体条款下处理。例如，以色列关于强行法的门槛应高于习惯国际法门槛的评论涉及具体条款，将在那里讨论。以色列，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>70</sup> 尽管罗马尼亚暗示了这一点，但特别报告员没有将罗马尼亚列入试图重新说明这一事宜的国家，因为罗马尼亚指的是其过去的批评，并在结论中指出它对结果感到高兴(A/C.6/74/SR.23，第 75 段) (“罗马尼亚代表团……曾对处理这一问题所用方法持批评态度，因为这种方法妨碍了各国的密切参与……[但是]因此高兴地注意到，结论草案及其评注是以良好平衡的方式仔细起草的。”)。虽然德国在第六委员会关于委员会报告的辩论中是持这一立场的国家中声浪最大之一，但没有在书面意见中重复这一立场(见德国，A/C.6/74/SR.25)。

<sup>71</sup> 波兰，A/C.6/74/SR.23，第 118 段。

<sup>72</sup> 斯洛伐克，A/C.6/74/SR.23，第 85 段。斯洛伐克的评论很奇怪，因为事实上它对案文实质内容的评论总的来说是积极的。

<sup>73</sup> 以色列，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>74</sup> A/CN.4/727，第 1-6 段。

<sup>75</sup> 比利时，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>76</sup> 意大利，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>77</sup> 法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

34. 最后，各国大多表示支持该专题、结论草案和委员会采用的方法。<sup>78</sup> 这包括荷兰等对某些方面表示关切的国家。<sup>79</sup>

35. 特别报告员赞赏地注意到捷克和法国的意见中所载正式更正，这些更正将在评注定稿时使用。<sup>80</sup>

## B. 具体评论

### 结论草案 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。

#### 1. 各国的评论和意见

36. 收到的关于结论草案 1 的评论很少。例如，尼加拉瓜仅指出其同意结论草案 1 的评注内容。<sup>81</sup> 然而，法国提到了这样一个事实，即至少在法文中，识别和断定这两个概念的含义是不同的。<sup>82</sup> 法国建议，在法文本中，最好使用“断定”一词，而在英文本中，评注应明确指出，“断定”和“识别”两词可以互换使用，就像关于习惯国际法识别的结论草案中所做的那样。法国还反对第二段中的一项明显暗示，即相对多数行为者可以断定强制性规范的存在。

37. 关于第二点，特别报告员完全不清楚所引用的句子是否暗示了谁可以或不可以断定是否存在强制性规范。尽管如此，这两个问题都与评注有关，特别报告员考虑修改评注时将予以审议。

38. 关于结论草案 1 的评注中提到的区域强行法，若干国家发表了一些评论，但由于没有任何评论要求对结论草案的案文或评注进行任何修改，此处将不再重复这些评论。

<sup>78</sup> 例如见中国，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 52 段(“……一读通过了结论草案，可为国家和国际机构提供有益的参考”)；尼加拉瓜，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 71 段(“一般而言，……关于该专题的结论草案可作为参与适用国际法的各类人员的实用指南”)；罗马尼亚，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 75 段(“相信……结论草案将达到预期目的……[并]高兴地注意到，结论草案及其评注是以良好平衡的方式仔细起草的……”)；白俄罗斯，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 80 段(“欢迎委员会……通过的结论草案版本，与以前的版本相比，该版本变得更加平衡和具有实质性”)；密克罗尼西亚联邦，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 98 段(“结论草案对国际法的研究和执行作出了重大贡献”)；克罗地亚，[A/C.6/74/SR.25](#)，第 55 段；马来西亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 102 段；西班牙，各国的评论和意见(上文注 14)；葡萄牙，各国的评论和意见(上文注 14)，(“葡萄牙重视这套结论草案和附件草案，并强调强行法的相关性及其在一般国际法律架构中的中心地位。……葡萄牙感到高兴的是，特别报告员和委员会关于这一专题的工作到目前为止并没有沦为简单地重复 1969 年《维也纳公约》第 53 条规定的内容……也没有沦为对强行法的传统讨论。”)。

<sup>79</sup> 荷兰，各国的评论和意见(上文注 14)(“荷兰王国赞同国际法委员会关于这一专题的总体方针。”)。另见俄罗斯联邦，各国的评论和意见(上文注 14)，对广泛的工作表示感谢，并认为结论草案评注中描述的方法是正确的，应予以支持。

<sup>80</sup> 捷克，各国的评论和意见(上文注 14)；法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>81</sup> 尼加拉瓜，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 71 段；另见联合王国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>82</sup> 法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

## 2. 特别报告员的建议

39. 基于以上，不建议修改结论草案 1 的案文。

### 结论草案 2

#### 一般国际法强制性规范(强行法)的定义

一般国际法强制规范(强行法)是指得到国家组成的整个国际社会的接受和承认和不容减损的规范，此类规范只能由以后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

## 1. 各国的评论和意见

40. 结论草案 2 完全以《维也纳公约》第 53 条为基础，阐述了一般国际法强制性规范(强行法)的定义。提到这一规定的国家评论中普遍对其表示支持。<sup>83</sup> 古巴指出，结论草案 2 应反映这样一个事实，即接受和承认不仅仅关乎国家数量，还应寻求尽可能具有代表性。<sup>84</sup> 特别报告员同意该评论的实质内容。然而，这一具体问题不是在结论草案 2 中，而是在结论草案 7 及其评注中讨论的。

41. 法国指出，法文本偏离了《维也纳公约》的规定，并建议修改法文本，使其与《维也纳公约》法文本完全一致。<sup>85</sup> 尽管荷兰对结论草案 2 发表了一些评论，但这些评论似乎与结论草案 3 更相关，<sup>86</sup> 将在那里讨论。

## 2. 特别报告员的建议

42. 鉴于以上，除修改法文本以使其与《维也纳公约》完全一致外，没有提出任何修改建议。

### 结论草案 3

#### 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，其等级高于国际法其他规范且普遍适用。

## 1. 各国的评论和意见

43. 结论草案 3 在委员会内外都引起了极大的兴趣。该草案题为“一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质”，规定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”，而且这种规范“等级高于……其他规范”，并“普遍适

<sup>83</sup> 例如见捷克，各国的评论和意见(上文注 14)；联合王国，各国的评论和意见(上文注 14)；塞浦路斯，各国的评论和意见(上文注 14)；但是，见美国的评论，其中既不表示支持也不表示反对，称“总的来说，这一结论反映了《维也纳公约》在条约法中的规定。”

<sup>84</sup> 古巴，A/C.6/74/SR.25，第 17 段。

<sup>85</sup> 法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>86</sup> 荷兰，各国的评论和意见(上文注 14) (“关于结论草案 2 的评注，荷兰王国建议国际法委员会进一步阐述作为强行法基础的基本价值观，以及这些基本价值观中哪些部分受到强制性规范的保护。”)

用”。虽然大多数国家在评论中表示热烈支持结论草案 3，但少数国家表示强烈反对。还有国家对评论提出了一些修改建议。鉴于这一条款的重要性及其引起的强烈情绪，在处理各国对该条款提出的评论和意见时必须特别全面。

44. 法国在其评论中建议删除结论草案中提及的“基本价值观”。<sup>87</sup> 首先，法国认为，这一基本价值观概念没有反映在《维也纳条约法公约》中。其次，法国表示，这一概念“受到各种解释和争议”。<sup>88</sup> 第三，在其看来，从方法论的角度看，强行法规范的定义基于不容减损性和一般性两个标准。<sup>89</sup> 第四，法国指出，引入这一概念似乎引入了第三个实质性标准。<sup>90</sup> 在许多方面，所有这些问题实际上都是一种批评的变体：这是《维也纳公约》中未包括的一项额外要求。鉴于这一问题的重要性，本报告将依次对每一点作出回应。

45. 关于普遍适用性，法国的评论针对的是评注中似乎存在的矛盾。结论草案 3 评注第(15)段指出，强制性规范“不适用于区域或双边层面”，同时结论草案 1 评注第(7)段宣称，“本专题仅涉及一般国际法准则”，不涉及双边或区域规范。法国建议委员会澄清排除是因为这些规范超出了范围，还是因为委员会认为这些规范不存在。在法国看来，区域强行法的概念对国际法律秩序的统一是危险的。

46. 美国在评论中说，该结论草案(作为一个整体)是不必要的，而且“仅会混淆结论草案 2 中相对明确的标准和结论草案 4 中识别强行法规范的标准”。<sup>91</sup> 此外，美国认为，该结论草案是一个没有充分国家实践基础的结论草案的实例。<sup>92</sup> 美国还指出，不清楚“基本价值观”这一概念是什么意思，<sup>93</sup> 并指出，虽然该语“似乎是[从西德曼·德布莱克诉阿根廷共和国案中]改写而来”，<sup>94</sup> 但委员会的结论草案省略了“被认为的价值”中的“被认为”一词，并补充说，无论如何，西德曼·德布莱克案本身并没有澄清该短语的意思。<sup>95</sup> 美国还表示，“等级高于”一语是多余的。<sup>96</sup>

47. 出于这些原因，美国提议删除结论草案 3。如果保留结论草案 3，美国将提议插入“国家组成的整个”，这样该条款措辞为“国家组成的整个国际社会的基

<sup>87</sup> 法国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>88</sup> 同上。

<sup>89</sup> 同上。

<sup>90</sup> 同上。

<sup>91</sup> 美国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>92</sup> 同上。

<sup>93</sup> 同上。

<sup>94</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals, 965 F.2d 699 (9th Cir 1992), p. 715.

<sup>95</sup> 美国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>96</sup> 同上。

本价值观”。或者，美国建议，如果保留原文，则应在评注中解释原文与结论草案 2 中提到的“国家组成的整个国际社会”的不同之处。

48. 联合王国也提出意见，认为结论草案 3 没有必要且无益。<sup>97</sup> 联合王国认为，评注中关于结论草案 3 的理由说明“不能令人信服”，其理由是“有争议的，基本上是理论上的”。<sup>98</sup> 这等同于美国提出的关于实践不充分的批评。荷兰也表达了这一观点，但仅限于等级优先论。

49. 联合王国还回顾说，由于结论草案的目的是规定强行法规范识别的相关方法以及强行法规范的法律后果，强制性规范的一般性质不属于本专题的范围。<sup>99</sup> 与美国一样，联合王国表示，结论草案 3 使结论草案 2 和 4 中“委员会原本明确的说法”复杂化。<sup>100</sup> 联合王国表示认为，结论草案 3 的内容有可能被解读为创造了新增标准。<sup>101</sup>

50. 俄罗斯联邦也批评了结论草案 3。<sup>102</sup> 俄罗斯称，其中规定的特征更多的是描述性的，而不是法律性的。<sup>103</sup> 俄罗斯警告说，按照目前的草案，这样的标准似乎被视为强行法识别的新增标准。<sup>104</sup> 此外，俄罗斯认为，委员会提出的支持这些特征的判例并不令人信服。<sup>105</sup> 俄罗斯特别指出，依赖 1951 年国际法院的咨询意见<sup>106</sup> 是不适当的，因为国际法院在该意见中并未试图给强行法下定义。<sup>107</sup> 在俄罗斯看来，各国并不认为“提及道德律[是]强制性规范的相关法律特征”。<sup>108</sup> 俄罗斯联邦还与美国一道提请注意结论草案 3(和结论草案 17)与结论草案 2、4、7 之间的不一致，并指出，后者措辞为“国家组成的整个国际社会”，而前者只提及“整个国际社会”。<sup>109</sup> 最后，与法国一样，俄罗斯认为结论草案 3 的内容没有反映《维也纳公约》。俄罗斯联邦认为，这些特征应被视为“一般国际法强制性规范(强行法)的一般目标，而不是其相关的法律特征……”。<sup>110</sup>

<sup>97</sup> 联合王国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>98</sup> 同上。

<sup>99</sup> 同上。

<sup>100</sup> 同上。

<sup>101</sup> 同上。

<sup>102</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(上文注 14)。另见德国，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>103</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>104</sup> 同上。

<sup>105</sup> 同上。

<sup>106</sup> 《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》。

<sup>107</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>108</sup> 同上。

<sup>109</sup> 同上。

<sup>110</sup> 同上。

51. 在近 60 个表达了对这一专题看法的国家中，只有上述 6 个国家对结论草案 3 提出反对意见。<sup>111</sup> 然而，除了极少数国家持有反对结论草案 3 的立场这一事实外，所提出的论点也存在实质性问题。首先，联合王国和美国提出的论点<sup>112</sup> 是，没有足够的实践证明结论草案 3 是合理的，这一论点是完全没有道理的。例如，与美国的评论可能造成的“基本价值观”特征完全基于西德曼·德布莱克案的印象相反，评注中提及大量国家实践和国际法院和法庭裁决。<sup>113</sup> 同样，也有大量反映国家实践和国际司法实践的材料支持等级优先论的要素。<sup>114</sup> 在许多其他情况下，这些例子足以作为委员会结论草案或条款草案的基础。

52. 第二，关于法国和俄罗斯联邦关于结论草案 3 的内容不符合《维也纳公约》的评论，这当然是正确的；委员会工作的目的不是重写或重新表述《维也纳公约》。如上所述，只要这些要素反映在实践中，那么无论这些术语是否在《维也纳公约》中，将其列入都是适当的。《维也纳公约》是这一专题的起点，但不是困住委员会的笼子。第三，对于法国、联合王国和美国的评论、即这一概念是有争议的并受到不同的解释，这一关切并非来自绝大多数国家提交的评论，如下所述，绝大多数国家赞同并欢迎列入结论草案 3。

53. 第四，法国认为强行法的特征是基于一般性和不容减损性这两个标准，这是一种误解。事实上，这一批评间接地与联合王国和美国的批评一致，即该结论草案有可能在标准方面造成混乱。结论草案 3 根本不构成新增的标准。因此，虽然特别报告员接受法国的“两个标准”说法——尽管完全不能确定第二项标准是否得到适当描述——但他强调，结论草案 3 并不影响“两个标准”的要求。虽然他相信评注在这一点上是清楚的，但他会考虑对评注进行哪些调整，以使这一点更清楚。如果他不能令自己满意地澄清这个问题，他会请委员就此提出建议。

54. 关于俄罗斯联邦和美国提出的建议，即如果保留结论草案 3，应插入“国家组成的整个”一语，特别报告员要指出，结论草案 3 中“国际社会的价值观”这一概念反映了与结论草案 2 中内容(即“国家组成的整个国际社会”)不同但相关的一些东西。结论草案 3 中提到的价值观不仅仅是国家的价值观。然而，由于在确定国际法规则时，我们必须着眼于各国的态度，因此关于规则识别的结论草案

<sup>111</sup> 为谨慎起见，特别报告员还列入了荷兰，尽管荷兰仅批评了结论草案 3 的一个要素，即等级优先论。事实上，欲了解荷兰意见的背景，有必要参阅 Brölman, C.M.; van Alebeek, R; Den Dekker, Guido; van Ginkel, Bibi; van den Herik, L.J.; De Hoogh, André; Lammers, Johann; Ryngaert, Cedric; Rosenboom, Annebeth, 《关于国际法委员会关于一般国际法强制性规范结论草案的咨询报告》，国际公法问题咨询委员会，第 37 号咨询报告，外交部，阿姆斯特丹，2020 年 7 月。荷兰政府请特别报告员在审议其意见时注意到该报告。该咨询报告指出，委员会“认为这些基本特征确实反映了强制性规范的一般性质……。”然而，该报告继续表示，这些基本特征确实需要更多一些评论。因此，看来委员会(因而荷兰)实际上支持结论草案 3，但认为有一些问题可以在评注中更好或更彻底地表达出来。

<sup>112</sup> 法国没有将该立场作为其批评的基础。

<sup>113</sup> 见国际法委员会报告第七十一届会议报告，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)；国家实践的例子见结论草案 3 评注中的脚注 707-710；国际司法惯例的例子见结论草案 3 评注中的脚注 703-706。

<sup>114</sup> 同上，见结论草案 3 评注中的脚注 717-726。

2 和结论草案 4 必须以“国家组成的整个国际社会”的接受和承认为基础。国家作为全球不同群体的代表，通过其行为赋予国际社会基本价值观以法律形式。特别报告员指出，美国提出的改动实际上会增加该标准与一般主题混为一谈的可能性。此外，深究评注中的两个概念(“国际社会”和“国家组成的国际社会”)之间的差异，将迫使委员会转向理论脱轨，而这正是美国所警告不应做的。尽管如此，特别报告员将对评注向这个方向作出一些拟议修改。

55. 关于法国对区域强行法方面明显矛盾的质疑，特别报告员强调，他不仅赞同所提出的一般性观点，而且实际上同意法国的立场，即区域强行法“与强行法的定义不符”，“事实上将对国际法律秩序的统一特别危险”。<sup>115</sup> 因此，特别报告员不反对删除法国提到的评注第(7)段中提及结论草案 1 之处，从而表明委员会的立场是不存在区域强行法。尽管如此，应该指出两点。首先，所讨论的案文是经过充分辩论后达成妥协的结果。<sup>116</sup> 第二，虽然特别报告员同情法国的观点，但他不认为这两段是矛盾的。结论草案 3 的评注第(15)段涉及一般国际法(强调字体为特意所加)强制性规范的普遍适用性——而结论草案 1 的评注第(7)段一般性涉及强行法，即不一定属于一般国际法。因此，特别报告员本人不会提出建议，但如果委员提出建议，他不会反对按照法国建议的方向修改评注。

56. 当然，还有其他批评似乎并不是针对结论草案本身。例如，波兰批评“等级优先论”的措辞，因为无论是该条款还是评注都没有规定对此优先次序的任何例外。<sup>117</sup> 特别报告员不确定波兰所指的例外类型，因此无法全面回答这一评论。例如，如果波兰这一质疑指的是其他规则(或义务)、如联合国安全理事会决议所产生的义务高于强行法的可能性，那么特别报告员就不同意这种看法，而且无论如何，这个问题在结论草案的其他地方(见结论草案 16)得到了处理。同样，北欧国家的联合声明认为结论草案 3 进一步澄清更好，特别是指出结论草案所在位置可能会给人留下这样的印象，即它是额外标准的基础。<sup>118</sup>

57. 总体而言，各国表示压倒性地支持结论草案 3。<sup>119</sup> 许多对其他条款提出评论的国家对结论草案 3 保持沉默，在大多数情况下，这可视为支持或至少接受其内容。但更重要的是，关于结论草案 3，许多国家决定明确宣布支持。例如，西班牙认为，尽管“一些国家表示怀疑”，但显然强制性规范“反映并保护国际社会

<sup>115</sup> 见 [A/CN.4/727](#)，第 28 段及以下各段。特别报告员谨补充指出，委员会的大多数委员也采取这一立场。

<sup>116</sup> 见塞拉利昂在这方面的意见，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 9 段(“它还注意到关于区域强行法概念的折衷结果……”)。

<sup>117</sup> [A/C.6/74/SR.23](#)，第 119 段。

<sup>118</sup> 北欧国家，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>119</sup> 然而，见意大利的立场，其立场不能轻易地归结为支持或反对。虽然意大利在第六委员会的口头发言([A/C.6/74/SR.24](#)，第 62 段)中质疑结论草案 3 的目的，但并没有在其书面评论中质疑结论草案 3，而且确实赞扬了罗伯托·阿戈和埃塔塔诺·阿兰焦-鲁伊斯等伟大的意大利法学家在铸造违反普通准则和违反“保护整个国际社会价值观”的准则之间的概念区别方面所发挥的作用。见意大利，各国的评论和意见(上文注 14)。

的基本价值观，其等级高于国际法其他规则且普遍适用”。<sup>120</sup> 同样，古巴、<sup>121</sup> 塞浦路斯、<sup>122</sup> 捷克、<sup>123</sup> 厄瓜多尔、<sup>124</sup> 萨尔瓦多、<sup>125</sup> 希腊、<sup>126</sup> 爱尔兰、<sup>127</sup> 密克罗尼西亚联邦、<sup>128</sup> 秘鲁、<sup>129</sup> 葡萄牙、<sup>130</sup> 塞拉利昂、<sup>131</sup> 斯洛文尼亚、<sup>132</sup> 南非、<sup>133</sup> 瑞士<sup>134</sup> 和多哥<sup>135</sup> 明确表示支持结论草案 3。特别是，葡萄牙不仅表示支持结论草案 3，而且先发制人地驳斥了反对意见，指出结论草案中的说法“不会引起混淆，也不会产生将一项规范识别为强行法的新标准”。

58. 然而，应指出，即使是支持结论草案 3 的国家也提出了改进建议。白俄罗斯建议进行文字改动，<sup>136</sup> 特别是建议插入“普世人类价值观”，看来是为了取代“普遍适用”，或者可能是作为一个附加特征。虽然特别报告员不会反对插入该词，但他担心这可能会增加更多问题，不必要地使案文复杂化。或许可以在评注中解释这些词语也曾用于其他上下文。在语言学的层面上，瑞士提议将法文修改为“*des valeurs fondamentales*”，瑞士称这与英文更一致。<sup>137</sup>

59. 奥地利对结论草案 3 表示欢迎，并要求委员会澄清等级优先论的含义，指出它可能有两种不同的含义。<sup>138</sup> 奥地利认为，这一概念“可能意味着较高等级规范的存在和适用是创建较低等级规范的必要条件”，或者“较高等级规范的存在导致与较高等级规范相冲突的较低等级规范的减损”。<sup>139</sup> 同样，荷兰在其意见

<sup>120</sup> 西班牙，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>121</sup> 古巴，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>122</sup> 塞浦路斯，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>123</sup> 捷克，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>124</sup> 厄瓜多尔，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 35 段。

<sup>125</sup> 萨尔瓦多，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>126</sup> 希腊，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 36 段。

<sup>127</sup> 爱尔兰，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 40 段。

<sup>128</sup> 密克罗尼西亚联邦，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 99 段。

<sup>129</sup> 秘鲁，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 63 段。

<sup>130</sup> 葡萄牙，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>131</sup> 塞拉利昂，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 9 段。

<sup>132</sup> 斯洛文尼亚，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>133</sup> 南非，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>134</sup> 瑞士，各国的评论和意见(上文注 14)。特别报告员特别感谢瑞士政府提供了额外的国家实践，这可以用来补充结论草案 3 的评注。

<sup>135</sup> 多哥，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 27 段。

<sup>136</sup> 白俄罗斯，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 81 段。

<sup>137</sup> 瑞士，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>138</sup> 奥地利，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>139</sup> 同上。

中指出，可以在评注中进一步阐明基本价值观的作用。<sup>140</sup> 特别是，荷兰似乎是在要求委员会解释哪些基本价值观及其具体方面与强行法的哪些规范有关。

60. 南非吁请委员会澄清，结论草案 3 并没有消除结论草案 4 所要求的表示接受和承认的必要性。<sup>141</sup> 然而，日本请委员会探讨结论草案 3 中的特征是否可以补充结论草案 4 中的标准。<sup>142</sup> 希腊也表达了这种看法，认为这些特征“也[为强行法规范识别]提供了标准”，因为“要使一个规范被承认为强制性规范，它就应该得到国家组成的整个国际社会接受和承认为反映和保护这种[基本]价值观的规范”。<sup>143</sup>

61. 特别报告员将根据对本报告的辩论、最重要的是考虑到对评注的任何拟议修正，审议上述关于评注的建议。

## 2. 特别报告员的建议

62. 根据上述情况，特别报告员不建议对案文作任何修改。但是，特别报告员不会反对将结论草案 3 上移到紧接结论草案 1 之后的任何提议，以避免人们认为结论草案 3 是标准的一部分。

### 结论草案 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) 它是一般国际法规则；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则加以变更。

## 1. 各国的评论和意见

63. 结论草案 4 规定了强制性规范的识别标准，得到了各国的普遍支持。中国、<sup>144</sup> 塞浦路斯<sup>145</sup> 和捷克<sup>146</sup> 表示支持结论草案 4 中确定的标准。联合王国和美国在评论结论草案 3<sup>147</sup> 时称，结论草案 4 的内容是“明确的”，在这种情况下，这或许可被视为表示热烈支持。

<sup>140</sup> 荷兰，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>141</sup> 南非，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>142</sup> 日本，各国的评论和意见(上文注 14)。

<sup>143</sup> 希腊，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 36 段。

<sup>144</sup> 中国，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 52 段。

<sup>145</sup> 塞浦路斯，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>146</sup> 捷克，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>147</sup> 联合王国和美国，各国的评论和意见(前注 14)。

64. 爱沙尼亚就结论草案 4 提出了起草问题。<sup>148</sup> 它说,“必须确定”这一短语不明确,在评注中澄清这一短语的尝试并未成功。意大利认为,结论草案 4 的评注第(2)段是多余的,因为该段涉及的问题(即“必须确定”和“不应假定它们存在”这两个短语的含义)是“安全的假定”。<sup>149</sup> 显然,根据爱沙尼亚的意见,情况并非如此,更好的做法是进一步澄清这个问题,即使这么做会有陈述显而易见的事实风险。意大利还建议,如果委员会坚决要用“标准”一词,则应避免使用“条件”等其他词语。<sup>150</sup> 委员会在审议评注时,毫无疑问会认真考虑所有这些问题。

65. 然而,亚美尼亚倾向于重新拟定结论草案 4 中的标准,使该标准不以实在法为基础,而是以自然法为基础。<sup>151</sup> 例如,亚美尼亚建议交叉参考结论草案 3 可能有助于实现这一目的。荷兰仅建议把普遍适用性这一概念列为强制性的一个额外标准,这么做更狭隘。<sup>152</sup> 特别报告员对亚美尼亚表达的看法表示赞同。不过,委员会在审议这一专题的早期阶段就决定避免理论辩论,关于一般国际法强制性规范的讨论往往以这种辩论为主。关于荷兰的建议,即把普遍适用性列为标准,这并非轻而易举。首先,因为普遍适用性是强行法的结果,很难理解它如何也能在不创造循环逻辑的情况下成为一个标准。如果建议是把“接受和承认”视为规范是普遍适用的,甚至是视为“相信规范是普遍适用的”,那么情况就不同了。

66. 法国在提到对结论草案 4 的评注时表示,评注第(6)段提到 2001 年关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第 26 条评注第(5)段,<sup>153</sup> 这与两标准办法的理念相矛盾。<sup>154</sup> 不过,特别报告员认为,两要素标准是明确的,没有任何令人困惑之处。第一个标准是,规范必须是一般国际法规范。这一标准本身可能由几个要素组成,这一事实无关紧要,根本不会影响这两标准办法。事实上,值得注意的是,只有法国提出了这一关切。

## 2. 特别报告员的建议

67. 根据上述讨论情况,特别报告员没有提出对结论草案 4 的案文作任何修正。

### 结论草案 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。

<sup>148</sup> 爱沙尼亚, A/C.6/74/SR.26, 第 80 段。

<sup>149</sup> 意大利,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>150</sup> 同上;法国也提出了这一点,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>151</sup> 亚美尼亚, A/C.6/74/SR.26, 第 64 段。

<sup>152</sup> 荷兰,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>153</sup> 见国际法委员会第七十一届会议报告,《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),对一般国际法强制性规范(强行法)结论草案 4 的评注第(6)段。

<sup>154</sup> 法国,各国的评论和意见(前注 14)。

## 1. 各国的评论和意见

68. 结论草案 5 涉及一般国际法强制性规范的基础,并不是很多国家评论的主题。法国对“结论草案 5 是否有用表示怀疑”。<sup>155</sup> 法国和西班牙认为,草案第 5 条的附加值是“有限的”,因为结论草案 4 已经规定,强制性的标准是有关规范是否是一般国际法的一部分。<sup>156</sup> 同样,美国认为,考虑到结论草案 6 和 7,这一条款基本上多余的。<sup>157</sup> 这一立场很难维持下去。关于美国的立场,与涉及所谓的强制性法律确信的结论草案 6 和 7 相反,结论草案 5 涉及的第一个要素根本不牵涉“接受和承认”。法国的立场同样不可持续。如果结论草案 5 是多余的,因为结论草案 4 提到了第一个标准,那么结论草案 6、7、8 和 9 就是多余的,因为结论草案 4 也涉及第二个标准。

69. 在更实质性的层面上,比利时、法国、意大利、斯洛文尼亚和西班牙建议将“基础”一词(英文为复数形式,即“bases”)改为“渊源”(英文为复数形式,即“sources”)。<sup>158</sup> 特别报告员会指出,国际法的渊源不是强行法规范的渊源。这种解释将意味着法律的渊源(例如,习惯国际法)是法治的渊源(例如,禁止使用武力)。更好的解释是把法律的渊源(习惯国际法)视为强行法规则的重要基础。这就是结论草案 5 评注第(3)段所作解释的含义,该段指出,“基础”(“basis”或“bases”)一词“应作灵活和广义的理解”,它们指“各种国际法渊源可能导致产生……强制性规范的一系列方式”。对此,意大利认为这样的描述仅仅是指“来源”。在日常使用中,意大利当然是正确的。然而,问题是,在国际法中,以及笼统地说,在法律中,“渊源”一词有特殊含义。不过,虽然特别报告员不相信理由充分,但似乎也可以在不造成太大损害的情况下进行修改,而且可以在评注中解释传统意义上的“来源”与结论草案中使用的“渊源”之间的区别。

70. 不过,克罗地亚建议重新拟定结论草案 5 第 2 段,以纳入这样一个事实,即条约规定和一般法律原则除了可能构成制定强制性规范的基础外,还可以反映这些规范。<sup>159</sup> 虽然这项建议中表达的观点并非不正确,但特别报告员不支持拟议的修正,原因有两个。首先,国际法的渊源可能反映强行法规范,这一概念对习惯国际法同样适用,但并未建议对该结论草案第 1 段作出这样的修改。其次,结论草案 5 涉及强行法规范的基础。它并不涉及国际法渊源和强行法渊源之间关系的所有方面。不过,特别报告员指出,提到反映强行法规范的渊源是完全妥当的,

<sup>155</sup> 法国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>156</sup> 同上;另见西班牙,各国的评论和意见(前注 14),指出结论草案 5“似乎多余、因此不必要”。

<sup>157</sup> 美国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>158</sup> 比利时,各国的评论和意见(前注 14),法国,各国的评论和意见(前注 14),意大利,各国的评论和意见(前注 14),斯洛文尼亚,各国的评论和意见(前注 14),西班牙,各国的评论和意见(前注 14)。联合国,各国的评论和意见(前注 14)和捷克,各国的评论和意见(前注 14),仅决定表示注意,这表明至少有一定程度的不安。

<sup>159</sup> 克罗地亚, A/C.6/74/SR.25, 第 55 段。

前提是其意图是要表明渊源本身不能因此成为强行法规范的基础。这就是特别报告员提出的关于条约可能反映强行法规范的提议的精神。

71. 这后一点与法国提出的观点有关。法国对结论草案 5 第 2 段提出批评，该段预见条约规范本身可以构成强行法的基础。<sup>160</sup> 出于类似原因，斯洛文尼亚提议删除结论草案 5 第 1 段中的“最常见的”一词。<sup>161</sup> 特别报告员无法赞同法国和斯洛文尼亚提出的看法。正因为如此，特别报告员本人在第二次报告中提出了一项草案，指出条约规则可以反映构成强行法规范基础的一般国际法规范，但条约规则本身不能构成强制性规范的基础。<sup>162</sup> 澳大利亚和比利时在其书面意见中也令人信服地表达了这一立场。<sup>163</sup> 特别报告员仍然认为这是正确的立场。不过，由于这些国家提出的论点(特别报告员同意这些论点)是在一读期间提出的，而且大多数国家并未建议作出这样的修改，因此特别报告员无法提出在这方面作任何修正。不用说，如果委员会成员提议作任何此类修改，并且此种提议得到其他成员的支持，特别报告员将予以支持。

72. 同样，美国批评结论草案 5 将条约规则和一般法律原则放在“与习惯国际法平等的地位上”。<sup>164</sup> 特别报告员必须指出，这没有准确反映结论草案。正如评注中解释的那样，在第 2 段中选择使用“也可”一词是为了表明，虽然这些其他渊源构成强制性规范基础的情况“并非不可能”，但这种情况并不常见，而且确实没有这样的实践。<sup>165</sup> 如果保留结论草案 5，特别报告员愿意在评注中更明确地说明这一点。特别报告员还注意到，澳大利亚、捷克和美国等国要求委员会举例说明有哪些实践支持一般法律原则可构成强行法基础的这一概念。<sup>166</sup> 这些意见背后的看法是，列入一般原则是没有依据的。俄罗斯联邦发表了类似的意见。<sup>167</sup> 当然，这个问题在委员会内部进行了充分的辩论。委员会承认，没有条约规则或一般原则构成强行法的基础的实践，但这并不排除条约和一般原则可能在强行法规

<sup>160</sup> 见法国，各国的评论和意见(前注 14)。另见南非，各国的评论和意见(前注 14)，以及日本，各国的评论和意见(前注 14)；日本似乎认为，虽然把条约规则视为能够构成强行法的基础是妥当的，但如果把一般法律原则也视为如此，则不太妥当。

<sup>161</sup> 斯洛文尼亚，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>162</sup> A/CN.4/706，第 45 页；拟议结论草案 5 第 4 段规定，“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”。

<sup>163</sup> 澳大利亚，各国的评论和意见(前注 14)(“……条约规定本身不能作为一般国际法强制性规范的基础，因为条约仅对其当事方具有约束力。”)；比利时，各国的评论和意见(前注 14)(条约可作为强行法的基础，“但原因仅限于[该条款]草案评注第(9)段所列具体原因)。斯洛文尼亚，各国的评论和意见(前注 14)，表示了类似的想法，但也包括一般原则。

<sup>164</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)；另见荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>165</sup> 见国际法委员会第七十一届会议报告，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，结论草案 5 评注第(7)段。

<sup>166</sup> 澳大利亚，各国的评论和意见(前注 14)；捷克，各国的评论和意见(前注 14)；美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>167</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)；另见德国，各国的评论和意见(前注 14)。

范产生过程中发挥的作用。<sup>168</sup> 正是出于这一原因，委员会选择了“也可”一词，旨在强调没有实践，同时保留这种可能性。特别报告员将提出一些建议，以便在评注中更加明确地说明这一点。

73. 相反，意大利、俄罗斯联邦和瑞士建议，条约规则应与习惯国际法得到同样方式的对待。<sup>169</sup> 然而，这一主张有几个问题。首先，它与结论草案 5 评注中概述的实践<sup>170</sup> 背道而驰。其次，意大利声称《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《禁止酷刑公约》“体现了已获得强行法地位的现行习惯国际法”，<sup>171</sup> 这一说法没有使论证更进一步。构成强行法规范的基础的是习惯国际法地位，而不是条约规范。

74. 虽然有四个国家表示支持删除结论草案 5，但很多其他国家保持沉默，表明它们不认为该条草案有问题。此外，若干国家，包括比利时、<sup>172</sup> 克罗地亚、<sup>173</sup> 萨尔瓦多、<sup>174</sup> 日本、<sup>175</sup> 斯洛文尼亚<sup>176</sup> 和南非，<sup>177</sup> 通过建议可能作出修改，明确表示赞成结论草案 5 第 2 段。

## 2. 特别报告员的建议

75. 根据上述讨论，特别报告员愿意提议将“基础”一词改为“渊源”。结论草案 5 因此内容如下：

### 一般国际法强制性规范(强行法)的基础渊源

1. 习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的最常见的基础渊源。

<sup>168</sup> 特别报告员对委员会采取的办法、包括没有实践支持这一主张的情况总结如下：“鉴于缺乏实践，而且委员会内部意见存在明显的理论分歧，委员会对条约规定和一般法律原则是否可以作为强制性规范的基础采取了模棱两可的办法。结论草案中‘也可作为……强制性规范的基础’这一措词留下这样一种可能性，即条约和一般法律原则可能在强制性规范的识别方面发挥某种作用，但没有明确说明是哪种作用。”见 Tladi, Dire, “The International Law Commission’s Draft Conclusions on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*): Making Wine from Water or More Water than Wine” (June 2020), *Nordic Journal of International Law*, vol. 89, issue 2, para. 244, p. 263。

<sup>169</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)；瑞士，各国的评论和意见(前注 14)；俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>170</sup> 见国际法委员会第七十一届会议报告，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案 5 评注第(4)至(6)段。

<sup>171</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>172</sup> 比利时，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>173</sup> 克罗地亚，A/C.6/74/SR.25，第 55 段。

<sup>174</sup> 萨尔瓦多，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>175</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>176</sup> 斯洛文尼亚，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>177</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

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)的渊源。

## 结论草案 6

### 接受和承认

1. 作为识别一般国际法强制性规范(强行法)标准的“接受和承认”要求不同于接受和承认为一般国际法规范的要求。

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。

#### 1. 各国的评论和意见

76. 结论草案 6 涉及“接受和承认”的含义,仅是少数国家实质性评论的主题。有人指出,需要拟定一项题为“强行法规则识别方面的‘接受和承认’”的结论草案,意大利对此表示支持。<sup>178</sup> 但意大利认为第 1 段“不必要,而且可能令人困惑”。遗憾的是,意大利没有真正解释这一重要条款为什么或如何令人困惑。<sup>179</sup> 无论如何,特别报告员认为,提出第 1 段所述要点极为重要,否则,那些被要求确定某个规范是否是强行法的人可能会简单地假定,法律确信的证据是充分的。

77. 与此相关的是,美国建议将结论草案 6 第 1 段的措词修改为:

“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的问题。”<sup>180</sup>

78. 这一表述基于结论草案 6 评注第(2)段最后一句。特别报告员不反对这项提议,因为它对法律确信与该结论草案中所理解的“接受和承认”作了明确的区分。不过,他担心,这可能会影响该结论草案的平衡。

79. 除了建议删除第 1 段,意大利还建议删除它认为使案文不那么有条不紊且更具准司法性的评文案文。<sup>181</sup> 法国在其意见中也提出了类似的建议。<sup>182</sup> 特别报告员在修订评注时将更仔细地研究这一点。就目前而言,只要说特别报告员同意不应造成以下印象就够了:“国与国……之间针对某特定规范的强行法性质提出的任何主张如果未佐以相关证据,就没有法律价值。”<sup>183</sup> 恰恰相反,一国提出的任何此类主张都将是这些国家接受和(或)承认该规范是强行法的证据。如果能够提供“绝大多数国家”具有类似倾向的证据,这将表明该规范已获得强制性地位。

<sup>178</sup> 意大利,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>179</sup> 意大利在其评论中解释了评注为什么是重复的,但这是一个涉及评注的问题,委员会在二读通过评注时可对此进行审查。

<sup>180</sup> 美国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>181</sup> 意大利,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>182</sup> 法国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>183</sup> 意大利,各国的评论和意见(前注 14)。

评注可能会被解读为表明情况并非如此，在这个意义上讲，委员会当然应该重新考虑这一点。各国提到的评注中的表述与这种证据无关。相反，它针对的是必须权衡这一证据的决策者。例如，对于法官，它意味着，仅有诉讼当事人主张规范具有强制性地位这一事实不足以表明该规范的强制性。这一主张必须佐以证据，包括意大利指出的我们的评注会认为“没有法律价值”的形式的证据。

80. 联合王国建议在第 2 段中插入“国家组成之国际社会全体”这一短语。特别报告员认为落实这一建议没有困难。<sup>184</sup>

81. 爱沙尼亚在表示支持结论草案 6<sup>185</sup> 的同时，建议在该结论草案第 1 段末尾插入“法律确信”一词。<sup>186</sup> 特别报告员虽然赞同这一建议，但担心这可能会使问题不必要地复杂化，因为第 1 段中使用的措词是“一般国际法”，而不是“习惯国际法”。

82. 以色列对结论草案 6 的关切与对结论草案 6、7、8 和 9 的更广泛关切有关。<sup>187</sup> 更广泛的关切是，鉴于强制性规范的重要性和特殊性质，其识别门槛应该“特别严格而缜密”。特别报告员同意这一观点，但正如以下段落将说明的那样，他不赞同以色列对“特别严格而缜密”的理解。

83. 关于结论草案 6，以色列表示，它认为“‘接受和承认’一词要求各国必须明确肯定地支持某一特定规范作为一种强行法的地位。”<sup>188</sup> 以色列在第六委员会的发言中解释说，这种“明确肯定地支持”的要求源自《维也纳公约》第五十三条。<sup>189</sup> 然而，《维也纳公约》第五十三条并未提及任何明确和(或)肯定的字眼或与这些词语类似的字眼。鉴于各国显然坚持有关这一专题的工作应以国家实践为基础，特别是以色列坚持这一点，应当指出，特别报告员不知道有任何国家实践可证明这一特定标准是合理的，以色列国也没有提及任何这样的国家实践。

## 2. 特别报告员的建议

84. 根据上述评论，特别报告员建议按照联合王国的建议，在第 2 段中插入“国家组成之国际社会全体”。因此，结论草案 6 第 2 段内容如下：

<sup>184</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>185</sup> 另见斯洛伐克的支持，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 120 段。

<sup>186</sup> 爱沙尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 81 段。

<sup>187</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>188</sup> 原文无着重标示。

<sup>189</sup> 以色列，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 17 段(“另一关切是，委员会一读通过的结论草案并不总是准确地反映强行法规范的特殊性，以及第 53 条规定的识别强行法规范的极高门槛。例如，根据该条，接受规范是不够的(若一项规范仅仅获得接受，可能足以形成和识别习惯国际法)，还需要明确肯定地承认一项规范是具有强行法性质的规范。”) (原文无着重标示)。

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。

### 结论草案 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。

#### 1. 各国的评论和意见

85. 结论草案 7 旨在说明“国家组成之国际社会全体”的含义。虽然该结论草案获得了普遍支持, 但也有一些评析意见应予以回应。

86. 哥伦比亚认为, 委员会应澄清“绝大多数”的含义。<sup>190</sup> 哥伦比亚建议对此加以澄清, 更加具体地说明“满足这一要求所需的国家数量……”。<sup>191</sup> 但对其他国家而言, 数量并非最重要的问题。波兰认为, “国家的绝对数量固然重要, 代表性也很重要”。<sup>192</sup> 为此, 波兰建议将“绝大多数”改为“占压倒性多数且具有代表性的国家”。<sup>193</sup> 法国在其意见中也坚持这一理念, 认为在评定国家组成之国际社会是否接受和承认一项规范为强制性规范时, 不应只关注国家的数量。<sup>194</sup> 越南同样告诫指出, 应当“仔细解释”“绝大多数”一词, “确保国家组成之社会全体……得到代表”。<sup>195</sup> 越南对此比较小心的原因是担心“资源有限的国家可能受阻, 无法充分参与编制”<sup>196</sup> 强行法规范, 特别报告员对此关切表示完全同意。另有其他几个国家也关切地提到, 不应只以数量为标准。<sup>197</sup> 在呼吁增加限定方面, 新加坡建议将结论草案 7 评注第(6)段中目前提到的“……各种区域、法律制

<sup>190</sup> 哥伦比亚, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>191</sup> 同上。

<sup>192</sup> 波兰, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 121 段。

<sup>193</sup> 同上。

<sup>194</sup> 法国, 各国的评论和意见(前注 14)(“De l’avis de la France, la détermination du caractère impératif d’une norme ne peut procéder d’une logique majoritaire, fût-elle qualifiée.”)。

<sup>195</sup> 越南, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 52 段。另见菲律宾, [A/C.6/74/SR.27](#), 第 50 段。

<sup>196</sup> 越南, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 52 段。

<sup>197</sup> 另见联合国, 各国的评论和意见(前注 14)(“联合国进一步强调, 证明国家组成之国际社会全体的接受和承认这一要求不光是数量问题, 还要求所有地理区域和法律制度的国家接受和承认……”); 西班牙, 各国的评论和意见(前注 14); 哥伦比亚, 各国的评论和意见(前注 14)(“有必要说明需要多少个主要区域、法律制度和和文化……”)。

度和文化的接受和承认”移至结论草案 7 的案文之中。<sup>198</sup> 新加坡还建议将结论草案 7 评注第(5)段的表述加入结论草案 7。俄罗斯联邦同意委员会的意见,认为寻求“国家组成之国际社会全体”的接受和承认不能“机械地计算国家的数量”。<sup>199</sup> 俄罗斯联邦认为,应当要求“各种区域、法律制度和文化的接受和承认”。<sup>200</sup> 但它指出,尚不清楚“应如何确定国家对一项规范的强制性地位的承认”。<sup>201</sup>

87. 特别报告员同意标准不应仅仅是绝对数量,还应涉及代表性(和其他因素)。这一点已在评注中指出。<sup>202</sup> 但是,如果这一点还不够明确,特别报告员将考虑对评注进行修改。特别报告员还同意,在结论草案中插入“有代表性的”一词可能比较有益,或许能够回应各国所表达的许多意见。然后,评注可以按照新加坡根据一读通过的评注第(6)段所提出的案文解释“有代表性的”一词的含义。特别报告员不支持将这两段移至该结论草案的案文之中,并非因为这些提议不好,而是因为起草委员会已经考虑了这两种可能性,经过仔细审议,决定在评注中予以澄清。特别报告员指出,西班牙认为,目前的表述(至少在西班牙文版本当中)已经包含不仅限于数量的代表性含义。<sup>203</sup>

88. 关于俄罗斯联邦的评论及其不能接受委员会所提表述的原因,特别报告员要指出,俄罗斯联邦认为,该表述意味着“一组国家形成的意愿或立场,可能会给非该组成员的国家带来国际法律义务”,此观点提出了许多关键点。<sup>204</sup> 第一,应当回顾指出,一项规范的强制性地位本身并不确立“法律义务”。确立法律义务的是强制性规范所依据的一般规范,例如,习惯国际法。第二,这一立场不够细致精准。比如,如果“一组国家”指的是 192 个国家,而排除 2 个国家,则当然足以确定一项规范的强制性。但是,比如“一组国家”指的是 3 个或 4 个国家,则当然不足以确定一项规范的强制性,无论是结论草案还是评注,当中都没有另作暗示。

89. 若干国家提出了“绝大多数”所隐含的数量问题。例如,以色列和新加坡建议,根据《维也纳公约》第五十三条,适当的标准措辞应为“几乎所有国家”。<sup>205</sup> 特别报告员指出,说《维也纳公约》第五十三条要求“几乎普遍接受”并不正确。事实上,《公约》没有提及所需的国家数量。以色列对门槛的评论比较广泛,但其他

<sup>198</sup> 新加坡,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>199</sup> 俄罗斯联邦,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>200</sup> 同上。

<sup>201</sup> 同上。

<sup>202</sup> 见国际法委员会第七十一届会议报告,《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),结论草案 7 的评注第(6)段。

<sup>203</sup> 西班牙,各国的评论和意见(前注 14)(“这一措辞(至少在西班牙文当中)不仅指绝大多数(数量标准),还要求具有地域(区域集团)和具体情况代表性,且没有暗示要求一致。”)。

<sup>204</sup> 俄罗斯联邦,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>205</sup> 以色列,各国的评论和意见(前注 14);新加坡,各国的评论和意见(前注 14)。

方面涉及结论草案 8,将在下文予以讨论。<sup>206</sup> 俄罗斯联邦本身没有提出替代办法,但表示不满意委员会针对选择“绝大多数”所作的解释。<sup>207</sup> 俄罗斯联邦指出,该结论草案评注第(6)段中提供了一些备选办法,建议委员会解释为何从这些备选办法中选择了“绝大多数”。<sup>208</sup> 亚美尼亚认为,“绝大多数”难以量化,特别报告员对此表示同意。<sup>209</sup> 因此,亚美尼亚建议用“完全接受”一词替换“绝大多数”。<sup>210</sup> 特别报告员不能支持这一提议,因为该提议充其量也只能说模棱两可,甚至是不正确的。日本则对能否从《维也纳公约》的要求中提炼出一个数量表示怀疑。<sup>211</sup> 这一立场或许是对的,因为《维也纳公约》本身没有提及这一点。

90. 美国的立场比较巧妙一些。<sup>212</sup> 美国提议,与其在结论草案本身中规定任何标准,还不如简单地规定,重要的是国家组成之国际社会全体的接受和承认。<sup>213</sup> 美国认为,这样做的原因是评估要逐案进行。特别报告员同意美国的整体立场,但认为这一点已经在评注中提出。但是,如果美国所提关于删除第 2 款的建议获得委员会的大力支持,特别报告员虽不情愿,但也随时准备接受这一建议。尽管如此,特别报告员不接受美国提出的其他理由。<sup>214</sup> 第一,众所周知,在北海大陆架案中,虽然国际法院在谈到习惯国际法时确实提到了“基本上统一”,但法院也使用了不同的短语来描述这一检验标准,而这些短语可以有多种解释。<sup>215</sup> 此外,相关段落中的“基本上一致”不是指数量,即有多少国家,而是指性质,即实践的类型。换言之,问题不在于有多少国家参与相关实践,而在于那些参与的国家,无论数量多少,其实践是否统一。事实上,北海大陆架案中的定量成分为“广泛”一词。<sup>216</sup> 第二,虽然委员会确实没有在其关于习惯国际法的结论草案

<sup>206</sup> 以色列,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>207</sup> 俄罗斯联邦,各国的评论和意见(前注 14)。俄罗斯联邦认为,在这方面仅依赖《维也纳公约》起草委员会主席的陈述是不够的。

<sup>208</sup> 同上。

<sup>209</sup> 特别报告员同意这一点,但要回顾指出,目的并非要量化,因为这一过程要复杂得多。

<sup>210</sup> 亚美尼亚, A/C.6/74/SR.26, 第 66 段。特别报告员注意到,哥伦比亚暗示“全体”是指普遍。特别报告员不同意对“全体”作这种解释。

<sup>211</sup> 日本,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>212</sup> 关于类似观点,见澳大利亚,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>213</sup> 美国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>214</sup> 同上,“美国坚决反对将‘国家组成之国际社会全体’定义为‘绝大多数’……。这样的定义有若干不利影响。首先,它破坏了国际法院在北海大陆架案中确立的公认的习惯国际法标准。其次,它不符合习惯国际法方面的结论,其中没有包括“绝大多数”标准。第三,国际法委员会的‘绝大多数’标准可能会让一个国家、法院或强行法的其他评估者将一项规范界定为强制性规范,即使有相当多的国家不承认该规范为强制性规范”。(脚注略)。

<sup>215</sup> 渔业管辖权(联合王国诉冰岛),案情实质,判决,《1974 年国际法院案例汇编》,第 3 页,第 58 段(“日益增加且广泛存在”)。缅甸湾区域海洋边界划界(加拿大诉美利坚合众国),判决,《1984 年国际法院案例汇编》,第 246 页,第 111 段;海洋划界和领土问题(卡塔尔诉巴林),判决,《2001 年国际法院案例汇编》,第 40 页,第 205 段(“足够广泛”)。

<sup>216</sup> 北海大陆架案(德意志联邦共和国/丹麦;德意志联邦共和国/荷兰),判决,《1969 年国际法院案例汇编》,第 3 页,第 4 段。

中列入“绝大多数”标准，但却列入了一个可以说相对较低的门槛，即“足够广泛”和“一般性”，<sup>217</sup>这一标准理论上甚至可能低于简单多数的要求。最后，认为“绝大多数”即意味着未得到“相当多国家”承认的规范可能会被定性为强行法规范的观点是不正确的。正如美国在其意见中正确地指出，评估标准不光是数量，还取决于每项规范的事实和具体情况。在特别报告员的报告中提供假设性例子并不明智，因为这些例子肯定会被断章取义。

91. 特别报告员希望讨论一些关于量化的意见中所隐含的一个问题。一些国家的意见可能暗示，强行法的门槛在数量上必然高于习惯国际法的门槛。<sup>218</sup>这种认识是错误的。识别习惯国际法的标准与识别强行法的标准彼此不同，不具有可比性。这两个进程之间具有很大的性质差别。就习惯国际法而言，所寻求的是各国广泛认为一项规范构成国际法规则(酌定权)。就强行法而言，所寻求的是各国(集体)认为一项规范不仅是习惯国际法(或一般国际法)规则，而且实际上是作为一般国际法不可克减的规则。因此，应避免将习惯国际法的数量门槛与强行法进行比较。

92. 白俄罗斯认同重要的是“绝大多数”，而不只是多数。<sup>219</sup>喀麦隆、塞浦路斯、日本、荷兰和斯洛文尼亚等其他国家也表示支持以“绝大多数”为标准。<sup>220</sup>西班牙同意不应将这一表述解释为要求“一致”接受和承认。<sup>221</sup>德国支持这一标准，同时对评注解释指出这意味着“压倒性多数”表示满意。<sup>222</sup>同样，爱沙尼亚和乌兹别克斯坦建议对“绝大多数”一词进行补充解释，即使只是在评注中作出解释也可，以方便提高统一性。<sup>223</sup>委员会在审查这些评论时，肯定会考虑这些建议。

93. 古巴和联合王国都回顾指出，结论草案7提到国家而非其他非国家行为体的意见，这是正确之举。<sup>224</sup>但法国进一步建议，应排除国家以外行为体对强行法规范作出任何贡献的可能性。<sup>225</sup>不过，这一立场似乎并不合理，特别是考虑到往往正是非国家行为体的观点激发国家形成法律确信。此外，正如案文所指出，其他

<sup>217</sup> 见关于习惯国际法的识别的结论8(前注30)。

<sup>218</sup> 例如，见以色列，[A/C.6/74/SR.24](#)，第17段；另见美国，各国的评论和意见(前注14) (“确立强行法的标准定然不能低于确立习惯国际法所需的标准”)。

<sup>219</sup> 白俄罗斯，[A/C.6/74/SR.24](#)，第82段。

<sup>220</sup> 喀麦隆，[A/C.6/74/SR.27](#)，第57段；塞浦路斯，[A/C.6/74/SR.27](#)；日本，各国的评论和意见(前注14)；荷兰，各国的评论和意见(前注14)；斯洛文尼亚，各国的评论和意见(前注14)；另见秘鲁，[A/C.6/74/SR.27](#)，第63段，不过，只是在讨论区域强行法时顺便提到了这一点。

<sup>221</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注14)。

<sup>222</sup> 德国，各国的评论和意见(前注14)。

<sup>223</sup> 爱沙尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第81段；乌兹别克斯坦，[A/C.6/74/SR.26](#)，第34段。

<sup>224</sup> 见古巴，[A/C.6/74/SR.25](#)，第18段。联合王国，各国的评论和意见(前注14)。

<sup>225</sup> 法国，各国的评论和意见(前注14)。

行为体的意见也可提供背景。因此，认为这种观点与强行法的识别完全无关是不对的。

94. 在这方面，值得注意的是，比利时认为结论草案 7 第 3 款“非常平衡”。<sup>226</sup> 而意大利则建议在第 3 款中添加“主体”一词。<sup>227</sup> 特别报告员认为，这项提议或许比较有益。

95. 特别报告员注意到西班牙和联合王国关于将第 3 款移至结论草案 9 的建议。<sup>228</sup> 特别报告员认为，该段既能很好地融入结论草案 9，也能很好地融入结论草案 7。因此，特别报告员不会就此建议提出任何具体建议。<sup>229</sup>

## 2. 特别报告员的建议

96. 特别报告员将在以上讨论的基础上提出一些建议。关于第 2 款，特别报告员提议插入“有代表性的”一词，对定量描述进行限定。第二，虽然特别报告员不会提议修正“绝大多数”，但如果这一提议在委员会得到足够多的支持，他不会反对将其替换为“压倒性多数”。关于第 3 款，如上所述，虽然特别报告员认为没有必要，但他也不反对将第 3 款移至结论草案 9。因此，结论草案 7 第 2 款案文将会如下：

2. 识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)需要绝大多数且有代表性的国家接受和承认；不要求所有国家都接受和承认。

### 结论草案 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. 此种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；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。

## 1. 各国的评论和意见

97. 结论草案 8 涉及接受和承认一项规范的强制性的证据。许多对案文其他部分发表意见的国家没有对结论草案 8 发表意见，表明其对结论草案 8 比较满意。一些国家表示同意结论草案 8。<sup>230</sup>

<sup>226</sup> 比利时，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>227</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。北欧国家联合声明中的意见支持这一说法，认为“其他行为体”一词需要澄清。

<sup>228</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)；联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>229</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>230</sup> 萨尔瓦多，各国的评论和意见(前注 14)；另见古巴，A/C.6/74/SR.25，第 19 段，其中指出该清单不应被视为限制性清单。

98. 俄罗斯联邦在“未暗示任何等级的情况下”提出了一般性建议，认为“应优先考虑在国际领域公布和记录的国家观点和立场”。<sup>231</sup> 特别报告员认为，没有理由确定这一优先次序。当然，决策者在评估证据时应当考虑到所有因素，赋予各种形式的证据以适当的权重。但是，不能因为特定证据是在国际论坛上表达的，就提前断定应当给予其更大的权重。

99. 以色列、日本和联合王国建议将“国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议”改为“与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的国家行为”，以确保与习惯国际法的识别相关结论草案保持一致。<sup>232</sup> 同样，德国建议“统一结论草案 8 与”习惯国际法的识别相关结论草案，因为德国认为，“正是与通过这种文书有关的国家行为构成接受和承认强行法规范的重要指标”。<sup>233</sup> 特别报告员指出，起草委员会审议了该备选办法，决定直接采用“决议”一词。意大利提出了类似的建议，因为它担心，否则可能会包括国际组织本身的决议，而不是该国际组织成员国的行为。<sup>234</sup>

100. 法国也支持“与……决议有关的国家行为”这一措辞，指出“*la conduite des États par rapport à une résolution adoptée dans le cadre d'une organisation internationale est sans doute au moins aussi importante que le texte même de ladite résolution*”。<sup>235</sup> 这句似乎表明，决议案文本本身不包括在“与决议有关的行为”范围之内。这是特别报告员的理解，也是起草委员会选择“决议”而非“与……有关的行为”的原因。事实上，美国的意见清楚地说明了这一点。美国认为，与决议“有关联的国家实践”“可能构成相关证据”，但“……决议本身不是证据”。<sup>236</sup> 虽然法国、联合王国和美国的意见依据的是习惯国际法的识别相关结论草案，但这些意见似乎忽视了这样一个事实，即与美国的具体措辞相反的是，<sup>237</sup> 这些结论草案规定：“国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据……”。<sup>238</sup> 此外，“与决议有关的行为”一语可能适合于寻找实践以识别习惯国际法的工作，但不适合于强行法，因为这里寻找的不是实践，而是各国认为一项规则具有强制性的态度(强制性法律确信)。正是出于这个原因，特别报告员不打算作出所建议的修改。

<sup>231</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>232</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)；日本，各国的评论和意见(前注 14)；联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>233</sup> 德国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>234</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>235</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)：非正式翻译：“与在国际组织框架内通过的决议有关的国家行为无疑至少与该决议的实际案文一样重要”。

<sup>236</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>237</sup> 同上。

<sup>238</sup> 见关于习惯国际法的识别的结论 12，第 2 款(前注 30)。

101. 哥伦比亚和萨尔瓦多等国建议澄清结论草案 8 第 2 款指的是哪些国际组织或政府间会议。<sup>239</sup> 这一点很可能会在评注中予以阐述。

102. 美国提出，并非国内法院的所有判决都构成强制性的证据。<sup>240</sup> 为此，美国建议插入“相关”一词，以限定“各国法院的判决”。不过，这一点可以说适用于结论草案 8 第 2 款所列的所有材料。同样，虽然特别报告员同意美国的意见，认为相关法院在国内司法等级中的级别是一个重要因素，但不认同美国的意见可能暗示的意思，即下级法院的判决无关紧要或毫不相关。级别很可能影响判决的权重，但下级法院的判决仍是确定接受和承认的相关证据。同样，特别报告员同意法国所提出的意见，认为在上诉中被推翻的判决可能会在确定规范的强制性方面失去相关性。<sup>241</sup> 但在这种情况下，必须查明下级法院判决被推翻的原因。如果原判被推翻的原因与宣示规范的强制性无关，则该判决可能仍然具有相关性。以色列同样建议，在将法院判决作为国家实践时应当谨慎。在这方面，以色列提出了应在评注中加入的若干严格条件，作为法院判决的限定条件。<sup>242</sup> 特别报告员认为这些建议意义不大，但委员会可在通过评注时对这些建议进行讨论。

103. 若干国家发表了其他评论，提出应对接受和承认证据的具体例子相关评注进行修改。比利时没有质疑结论草案 8 的案文，但指出，关于在法院审理程序中发表的公开陈述，该陈述必须由国家代理人或共同代理人作出，不能由律师、证人或鉴定人作出，才能被视为接受和承认的证据。<sup>243</sup> 特别报告员同意，应谨慎对待在法院审理程序中所作的一般性陈述，但认为不可能作为一项规则确立比利时意见中所提出的那种排除原则。其他关于修改公开声明、政府的法律意见和行政行为相关评注的建议也普遍表达了同样的看法。

104. 如上文所述，以色列的评论体现了一种总体性关切，认为结论草案在拟订规范识别方法时，没有显示出强行法规范的例外性质所应有的足够高的门槛。同样，为了确保妥善处理这一广泛主题，这些关切将单独予以回应。关于结论草案 8 第 1 款，以色列表示：

未以国家名义采取行动或作出反应，不得作为接受和承认的证据。这是因为有关国家保持沉默或不作出反应，可能是出于外交、战略或其他非法律考虑，并不反映该国的法律观点。<sup>244</sup>

<sup>239</sup> 见哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。另见萨尔瓦多，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>240</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。另见亚美尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 67 段：“关于结论草案 8……和结论草案 9……，‘辅助手段’这一表述颠倒了在实践中承认强制性规范的过程”。在讨论结论草案 9 时对该评论进行了进一步探讨。

<sup>241</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>242</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>243</sup> 比利时，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>244</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

105. 特别报告员再次回顾指出，以色列主要关切的是，结论草案应以国家实践为基础。但据特别报告员所知，没有任何国家实践显示，不作出反应不得作为接受和承认的证据，以色列也没有提出证据证明存在这样的国家实践。<sup>245</sup> 当然，沉默不能轻易被接受为证据，但如果说沉默永远都不能作为接受的证据，未免说得太过。

## 2. 特别报告员的建议

106. 根据上述讨论，特别报告员不提议对结论草案 8 的案文作任何修改。必须根据上述评论和意见对评注进行认真审议。

### 结论草案 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。
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。

## 1. 各国的评论和意见

107. 结论草案 9 规定了确定一般国际法规范强制性的辅助手段。与结论草案 8 一样，尽管结论草案 9 不是许多国家评论的主题，但也收到一些评论。古巴对将国际性法院和法庭的决定及专家机构的工作描述为“辅助”表示满意。<sup>246</sup> 而亚美尼亚则认为，将法院的决定定性为“辅助”可能“颠倒了强制性规范在实践中得到承认的过程。[因为]主导这一进程的是法院，而不是国家……”。<sup>247</sup> 特别报告员赞同这一立场。不过，尽管在实践中，国际法院的决定发挥着极其重要的作用，但这种实践并不能改变如下事实：即使法院发挥主导作用，但其裁断仍然具有辅助性质，是因为首先，裁断应以国家实践为基础，其次，如果国家不承认国际性法院(包括国际法院)关于某一规范是强行法的裁断，则很难接受此种规范为强行法。

108. 西班牙提出了一个不同但相关的问题，认为在实践中，无论是否由国家设立，专家机构的工作都发挥着主导作用，因此应明确列入结论草案第 2 段。<sup>248</sup> 特别报告员不太赞同这一建议。首先，如评论所述，评注已指出，专家机构若非由国家设立，则可视为具有学说性质。<sup>249</sup> 第二，更重要的是，没有理由通过在案文中作出明确规定的方式突出这些专家机构的产品。最后，与亚美尼亚上文提到的

<sup>245</sup> 当然，不能忽视的是，可能在某个地方有某一国家作出这一断言的一些隐藏实例，或与之类似的例子，但这本身是不够的。

<sup>246</sup> 古巴，[A/C.6/74/SR.25](#)，第 20 段。

<sup>247</sup> 亚美尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 67 段。

<sup>248</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>249</sup> 同上。

情况相反，西班牙所称非国家所设专家机构在确定特定规范的强制性方面发挥重要作用的观点没有得到太多支持。

109. 西班牙的立场可与德国形成对比。德国认为，需要对专家机构作出更详细的区分，因为专家机构多种多样，其组成、任务、与国家的关系等各不相同。<sup>250</sup> 特别报告员同意这一观点，但认为可在评注中适当体现这一点。

110. 俄罗斯联邦反对委员会决定将专家机构作为确定规范强制性的辅助手段。<sup>251</sup> 俄罗斯指出，这一决定不符合《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的规定。<sup>252</sup> 特别报告员坚决反对认为结论草案 9 的立场与《法院规约》第三十八条第一项(卯)款不符的观点。法院本身虽明确表示不受专家机构决定的约束，但却依赖这些决定；<sup>253</sup> 除这一事实外，第三十八条第一项(卯)款并未将专家机构排除在外。

## 2. 特别报告员的建议

111. 基于上述情况，特别报告员不提议对一读通过的结论草案作任何修改。

### 结论草案 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. 新的一般国际法强制性规范(强行法)产生时，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。

## 1. 各国的评论和意见

112. 结论草案 10 涉及与一般国际法强制性规范抵触的条约。结论草案所载规则源自《维也纳条约法公约》第五十三条和第六十四条。大多数国家选择不对结论草案 10 发表任何评论。智利、萨尔瓦多、爱沙尼亚、希腊、日本和荷兰等一些国家表示赞同结论草案 10 及其内容。<sup>254</sup> 哥伦比亚虽然表示总体上支持草案案文，但建议委员会考虑条约经过谈判但尚未生效的情况与条约生效的情况是否具有

<sup>250</sup> 德国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>251</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>252</sup> 同上。

<sup>253</sup> 见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)，《国际法院 2021 年 2 月 4 日判决书》，第 100 段。

<sup>254</sup> 智利，[A/C.6/74/SR.26](#)；萨尔瓦多，各国的评论和意见(前注 14)；爱沙尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)；希腊，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 40 段；日本，各国的评论和意见(前注 14)；荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。希腊虽然没有具体提及结论草案 10，但支持如下观点：与强行法相抵触将导致包括条约在内的国际法规则无效。白俄罗斯和比利时等其他国家在评论结论草案 10 时，重点关注可分离性。因此，将在讨论结论草案 11 时考虑这些意见。

有不同影响。<sup>255</sup> 特别报告员认为,《维也纳公约》第五十三条所载原则同样适用于所有与强行法规范相抵触的已缔结条约,无论这些条约是否已经生效。

113. 法国建议简化措词,直接照搬《维也纳公约》第五十三条和第六十四条。<sup>256</sup> 值得指出的是,委员会审议了这一备选办法,但决定也列入《维也纳公约》第七十一条产生的后果。

114. 关于结论草案 10 第 2 段,哥伦比亚提出一个棘手的问题:何时引发失效的后果。<sup>257</sup> 是在强行法规范出现时,还是在结论草案 21 中的程序完成时?<sup>258</sup> 基本上,答案必须是无效和无效的后果不取决于程序。因此,作为一个实体法问题,如果一项条约客观上违反了[出现的][新出现的?]强行法规范,则条约立即失效,而结论草案 12 所列举的终止和义务解除的后果立即生效。然而,这并不意味着任何国家可以自由决定这种客观情况何时发生。因此,结论草案 21 的目的正是防止这种自动解释。无论如何,特别报告员同意哥伦比亚的一般性意见,即一旦出现强制性规范,就会引发失效的后果。不过,特别报告员认为,没有必要在结论草案案文中阐明这一点,而可以在评注中加以解释。

115. 美国在评论中提议删除结论草案 10,因为美国认为没有国家实践支持其中所载的论点。<sup>259</sup> 事实上,美国提议删除所有关于渊源无效的结论草案(结论草案 10 至 14 和 16)。<sup>260</sup> 不过,美国指出,如果保留这些结论草案,那么委员会应明确指出,它们是“关于国际法逐渐发展的提议”。<sup>261</sup> 特别报告员根本不理解这一主张。特别报告员不清楚美国的这项建议是否试图表明,根据目前的国际法,两个或两个以上国家为实施灭绝种族而缔结的条约是有效的。对于这项建议,特别报告员可以说,很少有国际法规则是真正不言自明的老生常谈:与禁止灭绝种族规范相抵触的条约无效这项规则正是其中之一。

116. 同样,特别报告员认为难以理解或接受美国关于结论草案 10 第 2 段与结论草案 11 第 2 段相抵触的说法。理解和运用最基本的解释原则将清楚地表明,这种说法完全错误。事实上,即使在不适用这些基本解释原则的情况下,结论草案 11 第 2 段的起首部分也表明,它与结论草案第 1 段一致,“除非”一词表明结论草案 10 所载一般规则的例外。结论草案 11 中的“除非”一词使美国建议的插入内容变得多余。

<sup>255</sup> 哥伦比亚,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>256</sup> 法国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>257</sup> 哥伦比亚,各国的评论和意见(前注 14)。埃及也提出类似问题, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 5 段: (“不妨考虑如何、何时和由谁宣布一项新的强制性规范已经出现,同时铭记这种规范的出现是一个可能需要数十年的累积过程” )。

<sup>258</sup> 哥伦比亚,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>259</sup> 美国,各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>260</sup> 同上。

<sup>261</sup> 同上。

117. 然而，特别报告员的确同意美国的说法，即结论草案 11 第 2 段中的“出现”一词是指“接受和承认”一项规范具有强制性。特别报告员将在审查评注时考虑这一点。

118. 关于结论草案 10 第 2 段，白俄罗斯提出一个问题，即与现有条约相抵触的强行法规范是否有可能出现，因为强行法规则往往以习惯国际法为基础。<sup>262</sup> 特别报告员不认为这有什么困难。双边条约当然如此，即使是多边条约，这种可能性也依然存在。

## 2. 特别报告员的建议

119. 根据上述讨论，特别报告员不提议对结论草案 10 作任何修改。

### 结论草案 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. 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，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，接受有关规定并非任何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。

### 1. 各国的评论和意见

120. 结论草案 11 涉及受结论草案 10 实施影响的条约规定的可分离性。关于这一结论草案，许多国家表示支持，或就此作出明确声明，<sup>263</sup> 或干脆不发表评论，<sup>264</sup> 但一些国家建议，应重新审议关于缔结时与强行法抵触的条约整体无效且不可分离的规则。

121. 联合王国的意见恰当地反映了一些国家就本结论草案提出的问题以及委员会寻求实现的平衡。联合国回顾了广泛的看法，即条约因与强行法抵触而失效，“如果是整个条约都无效”，则有可能“在许多情况下破坏良好的国际关系”。<sup>265</sup> 然而，关于结论草案 11 第 1 段，联合王国的立场似乎表明，鉴于该段与《维也纳公约》一致，第 1 段应按原样保留。联合国提出，应对结论草案 11 评注第

<sup>262</sup> 白俄罗斯，A/C.6/74/SR.24，第 84 段。

<sup>263</sup> 埃及，A/C.6/74/SR.26，第 4 段；爱沙尼亚，A/C.6/74/SR.26，第 82 段；西班牙，各国的评论和意见(前注 14)，西班牙将这一特定规定称为“通过解释进行编纂”。

<sup>264</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>265</sup> 联合国，各国的评论和意见(前注 14)。

(2)段的声明作出解释，<sup>266</sup> 这一意见将在审议评注时处理。然而，人们可能记得，由于委员会在二读时不保留少数派的意见，因此这句话不太可能保留。简言之，联合王国的立场可以解释为承认可分离性的价值，但倾向于保留《维也纳公约》的做法。

122. 一些国家还指出条约关系稳定的重要性，因此建议结论草案还应规定分离的可能性。例如，白俄罗斯表示，尽管与结论草案 10 相关，但“最好不要说，如果一项条约与强制性规范抵触则整个条约无效”。<sup>267</sup> 白俄罗斯认为，这是“基于条约关系稳定的重要性，并承认各国在缔结国际条约时……”，这样做不太可能是“有意违反强制性规范……”。<sup>268</sup> 南非则表示，委员会“过于拘泥于《维也纳公约》”，并指出“无论在实践中还是在逻辑上，都没有理由在可能情况下不对可分离性作出规定，即使对于缔结条约时无效的情况也是如此”。<sup>269</sup> 奥地利也表达了这一观点，它质疑道，“严格遵守不可分离制度”对于涉及第五十三条的……情况，“是否依然是最适当的做法”。<sup>270</sup> 奥地利认为，将结论草案 11 第 2 段中的规则扩展到第 1 段将符合“倾向于承认合同有效”的原则。除了其他国家提到的理由外，比利时还补充说，没有实践支持不可分离规则这一事实也是规定分离可能性的理由。<sup>271</sup>

123. 关于结论草案 11 第 2 段的案文，奥地利和西班牙建议替换“不公正”一词；奥地利建议采用以下措辞：“违背缔约方的共同利益”。<sup>272</sup> 虽然特别报告员赞同这一观点，但他确实认为，“不公正”一词也可能顾及其他利益，因此可能比“违背缔约方的利益”更加广泛。

124. 美国则指出，结论草案 11 没有得到国家实践的支持，而且《维也纳公约》在这一问题上并不明确。<sup>273</sup> 然而，美国似乎同意结论草案 11 第 1 段所载基本主张准确反映了《维也纳公约》第四十四条第五款，该款明确规定不允分离。<sup>274</sup> 关于之后出现的强行法，美国称，第 2 段“使《维也纳条约法公约》可被理解为假定但未明确说明的内容变得明确”。<sup>275</sup> 美国关于第 2 段内容在《维也纳公约》中没有明确规定的论断是对《维也纳公约》的误读。美国的评论仅集中在《维也

<sup>266</sup> 联合王国提到的语句如下：“有意见认为，在某些情况下，也许将一项条约的不同条款分离是合理做法”。

<sup>267</sup> 白俄罗斯，A/C.6/74/SR.24，第 83 段(着重标示为新加)。

<sup>268</sup> 同上。

<sup>269</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>270</sup> 奥地利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>271</sup> 比利时，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>272</sup> 奥地利，各国的评论和意见(前注 14)；西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>273</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>274</sup> 同上，(“正如 Mark Villiger 解释的那样……‘条约的规定不许分离……’”)。

<sup>275</sup> 同上。

纳公约》第四十四条第五款，而忽视了第四十四条第三款对这一“假定”作出了明确规定。

125. 特别报告员同意那些支持在适当情况下、甚至在缔结条约时与强行法抵触的情况下允许分离的意见，而且如果委员会内有这方面的提议，特别报告员也将予以支持。同时，特别报告员承认，在委员会和各国意见都广泛支持的情况下，偏离《维也纳公约》的提议将面临困难。

126. 在一个不相关的问题上，爱沙尼亚表示，“重要的是不仅要分析结论草案对国家的影响，也要分析对国际组织的影响。”<sup>276</sup> 由于结论草案 10 和 11 广泛提及“条约”和“缔约方”，特别报告员认为这一立场已得到考虑。然而，这一问题也涉及国际法上的责任的规定，因此将在那里讨论国际组织的问题。

## 2. 特别报告员的建议

127. 根据上述讨论，特别报告员不提议对结论草案 11 作任何修改。

### 结论草案 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之后果；以及

(b) 使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。

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。

## 1. 各国的评论和意见

128. 结论草案 12 阐明了与强行法规则相抵触的条约无效所产生的具体后果。这项规定没有太多评论。这可能是因为在结论草案 12 非常贴近《维也纳公约》第七十一条的规定。<sup>277</sup> 一些国家对结论草案 12 的主旨进行了描述，暗示总体上予以支持。<sup>278</sup>

129. 但哥伦比亚建议，第 1 段(b)分段规定缔约方有义务使其相互关系符合一般国际法强制性规范(强行法)，而这项义务应仅限于条约框架内的关系。然而，这将涉及偏离《维也纳公约》的情况，除此之外，问题在于，履行条约可能导致缔约方之间在条约范围之外的相互关系也与强行法相抵触。这项规定的目的也是为

<sup>276</sup> 爱沙尼亚，A/C.6/74/SR.26，第 82 段。

<sup>277</sup> 例如见荷兰，各国的评论和意见(前注 14)；日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>278</sup> 例如见哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。

了涵盖这种情况，而且如果认为这种关系即使与强行法相抵触也依然不受强行法的影响，则似乎有违法律精神。

130. 只有美国提议删除结论草案。不过，美国也建议，如果委员会保留这项规定，则应在结论草案 12 第 2 段中插入《维也纳公约》第七十一条第(2)款(b)项所载“当事国”一词。<sup>279</sup> 特别报告员认为，案文最好不要加上“当事国”一词。例如，在失效之前履行条约可能使第三方受益。不清楚的是，如果这种利益本身不与强行法相抵触，为什么此类第三方在条约有效时因条约履行而获得的权利会受到之后条约失效的影响。

## 2. 特别报告员的建议

131. 根据上述讨论，特别报告员不提议对结论草案 12 作任何修改。

### 结论草案 13

#### 对条约的保留对一般国际法强制性规范(强制法)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。

## 1. 各国的评论和意见

132. 结论草案 13 涉及强行法对条约保留的影响。结论草案 13 虽然不是以《维也纳公约》的任何规定为基础，但也没有引起各国的太多评论。同样，只有美国建议删除结论草案 13，理由与建议删除结论草案 10 至 13 的理由相同。<sup>280</sup>

133. 关于结论草案 13 第 1 段，哥伦比亚建议这种情况应与多边条约本身确立强行法规范的情况加以区分。<sup>281</sup> 特别报告员认为，无论构成强制性规范基础的法律渊源如何，结论草案 13 的两个段落均适用。

134. 然而，一些国家对第 1 段提出质疑，该段没有规定与强行法相抵触的保留无效，而仅规定强行法继续作为强制性规范适用。这些国家建议委员会应规定此种保留无效。例如，南非表示，委员会“应重新审议这一结论草案”，因为南非认为，“应宣布与强制性规范相抵触的保留无效”。<sup>282</sup> 波兰和罗马尼亚表达了类似观点，指出这种保留可能违背条约的目的和宗旨。<sup>283</sup> 虽然特别报告员同意这一说法，但最终结果是，这种保留无效不是因为规范的强制性，而是因为保留违背条约的目的和宗旨。

<sup>279</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>280</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>281</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>282</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>283</sup> 波兰，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 122 段；罗马尼亚，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 76 段。

135. 正如南非指出，委员会作出这一决定的部分原因是，宣布此种保留无效可能导致未经国家同意而强加法庭的管辖权。<sup>284</sup> 为此，南非建议，对这一问题的补救办法是在结论草案 13 中添加一个不妨碍条款。然而，特别报告员希望指出，另一个原因是认识到，即使强制性规范载于条约，也有不同基础，即以一般国际法为基础。因此，保留可能影响条约规则，但不影响强制性规范本身。这一点由荷兰提出；也许委员会还应考虑在评注中更明确地说明这一点。<sup>285</sup>

136. 关于第 2 段，奥地利和西班牙虽然同意第 2 段的内容，但建议委员会恢复特别报告员最初提出的措辞。<sup>286</sup> 特别报告员显然同意奥地利和西班牙的意见，即更直接的用语可以更明确地表达这种保留的后果。“不得排除或更改”的用语相当模糊，这一观点是正确的。虽然特别报告员同意西班牙和奥地利的逻辑，但鉴于它们是提出这一建议的仅有的两个国家，特别报告员将不提议作出修改，但将支持委员会成员关于恢复特别报告员最初提议的任何建议。

137. 法国请委员会对评注的某些方面进行澄清。特别报告员表示注意到这一建议。

## 2. 特别报告员的建议

138. 基于上述情况，特别报告员不提议对结论草案 13 作任何修改。

### 结论草案 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)。

## 1. 各国的评论和意见

139. 结论草案 14 涉及强制性规范对习惯国际法的后果。虽然有许多关于重新表述的建议，但结论草案得到了会员国的总体支持。白俄罗斯提出了一个问题，与该国的条约提出的问题类似，即与习惯国际法相抵触的强制性规范是如何产生的，因为这要求存在被接受为法律的一般惯例。<sup>287</sup> 捷克、法国、意大利、荷兰、斯洛文尼

<sup>284</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>285</sup> 荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>286</sup> 奥地利，各国的评论和意见(前注 14)。西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。见特别报告员的第三次报告(A/CN.4/714 和 Corr.1, 第 76(b)段) (“意图以违背一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约法律效力的保留无效。”)。

<sup>287</sup> 白俄罗斯，A/C.6/74/SR.24, 第 84 段。

亚和美国也提出了类似的问题。<sup>288</sup> 结论草案 14 的评注包含对该问题的答复。<sup>289</sup> 不过, 由于多个国家提出了这个问题, 可能需要进一步编写评注, 以回答这一问题。

140. 爱沙尼亚欣见结论草案 14 第 1 段。<sup>290</sup> 然而, 该国认为, 委员会应明确指出, 习惯国际法的要素不足以确立强制性规范。特别报告员认为, 结论草案 4、5、6、7 和 8 的内容表明了这一点, 但他愿意考虑如何在评注中加强这一点。

141. 意大利赞同结论草案 14 中提出的中心思想, 但认为结论草案的内容和所附评注都可以进一步完善。<sup>291</sup> 意大利认为, 第一段所载规则包含意大利所说的一项强制性规范与一项不会形成的习惯国际法规则相抵触的“不可能情况”。法国也将这一问题描述为“逻辑和一致性”问题, 并表示该国感到困惑(或者可能委员会感到困惑)。<sup>292</sup> 俄罗斯联邦也提出了这一点。<sup>293</sup> 特别报告员仅指出, 委员会选择所用措辞的原因恰恰是为了避免暗示首先可能出现这种规范。不过, 特别报告员认为, 意大利的看法或有道理, 因为此条款先提到习惯国际法规则, 之后又说“不会形成”(指习惯国际法规则)。纠正这一明显矛盾的一种选择是说“习惯国际法规则如可能与……强制性规范……抵触”。使用“可能”一词表明, 习惯国际法规则实际上并未形成。这一措辞似乎与西班牙提出的重新表述结论草案 14 第 1 段的建议一致。<sup>294</sup>

142. 美国也发现了类似的问题。<sup>295</sup> 该国建议, 为了解决这一矛盾, 将“不会形成”改为“无效”(“void”)。这与法国的提议(无效(nullity))相似。<sup>296</sup> 特别报告员并非难以接受这项建议, 正如美国所指出的那样, 这项建议将使第 2 段不必要列入。问题是, 这种表述可能意味着存在与强行法规范相抵触的习惯国际法, 这是委员会决定使用“不会形成”一语的原因。但委员会认为, 如果一项假定规则可能违反强制性规范, 则广泛惯例和法律确信并不能创立一项习惯国际法规则。此外, 还存在是否可以说法国际法规则“无效”的问题。

143. 法国不同意委员会的提议。该国认为, 如果存在被接受为法律的一般惯例(这种惯例违反强行法), 就会产生一项习惯国际法规则, 造成两种规范相抵触,

<sup>288</sup> 捷克, 各国的评论和意见(前注 14); 法国, 各国的评论和意见(前注 14); 意大利, 各国的评论和意见(前注 14); 荷兰, 各国的评论和意见(前注 14); 美国, 各国的评论和意见(前注 14); 另见联合国, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>289</sup> 见国际法委员会第七十一届会议工作报告, 《大会正式记录, 第七十四届会议, 补编第 10 号》(A/74/10), 第 57 段, 关于强制性规范的结论 14 评注第(6)段。

<sup>290</sup> 爱沙尼亚, A/C.6/74/SR.26, 第 83 段。

<sup>291</sup> 意大利, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>292</sup> 法国, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>293</sup> 俄罗斯联邦, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>294</sup> 西班牙, 各国的评论和意见(前注 14)(“如果结果有可能与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触, 则习惯规则的形成过程就不会完成或具体化”)。

<sup>295</sup> 美国, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>296</sup> 法国, 各国的评论和意见(前注 14)。

致使规范等级规则发挥作用。<sup>297</sup> 委员会就这一问题进行了长时间的辩论，认定不会产生习惯国际法规则。此外，虽然有修改建议，但大多数国家似乎对委员会提出的总体方针感到满意。

144. 意大利还提议删除评注第(7)段，该段就在结论草案第 1 段中列入“如……则在抵触范围内”一语作了解释。<sup>298</sup> 特别报告员认为，对“如……则在抵触范围内”一语作出解释是有益的。尽管如此，在委员会通过评注时可以考虑这一问题。

145. 塞浦路斯和希腊确认同意以下观点，即根据第 3 段，一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范。<sup>299</sup> 法国和美国同意一贯反对者原则不适用于强制性规范，但两国认为，一贯反对将关系到首先能否出现强制性规范。<sup>300</sup> 特别报告员同意这一论断，但认为这已反映在评注中。<sup>301</sup> 联合王国是唯一一质疑一贯反对者原则不适用于强制性规范这一规则的国家。<sup>302</sup> 日本同意结论草案第 3 段，但建议对一贯反对者规则不适用于强制性规范的适当解释是，这些规范具有反映基本价值观的特性。<sup>303</sup> 因此，该国建议将这一性质纳入结论草案 3 的评注。

146. 以色列也提议删除第 3 段，但理由与联合王国提出的理由不同。以色列认为，面对一贯反对，强行法绝不可能出现，因为强行法若要存在，该规范就必须获得几乎普遍接受和承认。<sup>304</sup> 同样，俄罗斯联邦建议委员会重新评价第 3 段，以便充分考虑到一贯反对可能会防止强行法规范出现这一事实。<sup>305</sup> 如果俄罗斯联邦这样建议是想表明，几个国家的一贯反对可能妨碍实现“绝大多数”，那么在二读通过这些评注时，应认真考虑这一建议。关于以色列的论点，可以提出两点。第一，以色列的观点是在采用“几乎普遍”这一错误标准的基础上提出的，关于结论草案 7 的讨论已经述及这一问题。第二，即使假设“几乎普遍”的标准是正确的，几乎普遍并不等同于普遍，因此，在一国一贯反对的情况下，有可能会产生强行法规范。<sup>306</sup>

<sup>297</sup> 同上。

<sup>298</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>299</sup> 塞浦路斯，各国的评论和意见(前注 14)；希腊，A/C.6/74/SR.24，第 37 段。

<sup>300</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)；美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>301</sup> 见国际法委员会第七十一届会议工作报告，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 57 段，关于强制性规范的结论 14 评注第(11)段。

<sup>302</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>303</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>304</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>305</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>306</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

## 2. 特别报告员的建议

147. 根据上述讨论，特别报告员建议委员会在评注中进一步解释，在存在相对立的习惯国际法情况下，新的一般国际法强制性规范如何可能出现。此外，特别报告员提议修改第一段第一句，使第一段的内容如下：

1. 习惯国际法规则如可能与现有的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则不会形成。~~习惯国际法规则如与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。

### 结论草案 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。

### 1. 各国的评论和意见

148. 结论草案 15 涉及强制性规范对单方面行为的后果。这一结论草案没有引起重大争议。一些国家明确支持结论草案 15，<sup>307</sup> 而大多数国家决定完全不发表意见。

149. 西班牙支持结论草案第一段的措辞，但该国建议提及“法律效力”可以更好地体现这一规则。<sup>308</sup> 在此基础上，西班牙提议将结论草案 15 第二段改写为：

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，则在抵触范围内无效。<sup>309</sup>

150. 与习惯国际法条款的情况一样，委员会就沿用“无效”或“失效”说法进行了审议，但决定最好保留不创设义务(或在第 2 段的情况下停止存在)的概念。虽然特别报告员不认为西班牙的提议应予反对，但鉴于该措辞已经经过审议，而且大多数国家对结论草案 15 感到满意，最好不要重启辩论。

151. 与其对结论草案 14 的评论一样，捷克要求对可分离性进行解释。<sup>310</sup> 美国也提出了这个问题。<sup>311</sup> 可在评注中论述这一问题。法国则想知道结论草案 15 的

<sup>307</sup> 例如，见古巴，[A/C.6/74/SR.25](#)，第 21 段；另见法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>308</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>309</sup> 着重部分由西班牙标明。

<sup>310</sup> 捷克，各国的评论和意见(前注 14)；另见俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>311</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)；美国，各国的评论和意见(前注 14)。

内容与一贯反对者原则不适用于强行法这一规则有何关联。<sup>312</sup> 特别报告员找不到结论草案 15 与一贯反对者原则之间的任何明显关联。

## 2. 特别报告员的建议

152. 根据上述讨论，特别报告员认为没有必要对结论草案 15 作任何修改。

### 结论草案 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。

## 1. 各国的评论和意见

153. 结论草案 16 涉及强制性规范对国际组织决定的后果。许多国家对这一结论草案提出了评论意见，大多数国家表示大力支持，而其他国家则表示严重关切。总之，绝大多数国家支持这一结论，只有少数国家反对。<sup>313</sup> 不过，应该考虑到存在一些细微差别。具体而言，一些表示支持结论草案 16 的国家还对结论草案 16 的案文没有明确提及安全理事会的决定表示遗憾，而其他可以说不支持结论草案 16 的国家有可能愿意接受这一结论草案，但对在评注中提到安全理事会表示关切。

154. 只有两个国家明确反对结论草案 16 本身。美国反对结论草案 16，理由是没有实践支持将其列入。<sup>314</sup> 该国还指出，一个国际组织的机关极不可能通过一项违反一般国际法强制性规范的决议。<sup>315</sup> 法国也认为，结论草案 16 应予删除或作重大修改。该国认为，该条款“目前有严重损害安全理事会权威的危險……”。<sup>316</sup> 为此，法国建议结论草案案文或评注明确排除安全理事会的决议。<sup>317</sup> 同样，联合王国表示，该国“不能接受结论草案 16”，因为在评注中提到了安全理事会决议。<sup>318</sup> 实际上，联合王国的建议是，应重新审议这一结论草案的范围，以明确排除安全理事会。

155. 中国在对结论草案 16 的评论中，实际上没有讨论结论草案本身的案文，只是叙述了其内容。中国的批评意见是，“在评注中明确提及安理会决议与强行法

<sup>312</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>313</sup> 关于明确支持结论草案 16 的实例，见比利时，各国的评论和意见(前注 14)。巴西，A/C.6/74/SR.24，第 94 段；古巴，A/C.6/74/SR.25，第 21 段；斯洛文尼亚，各国的评论和意见(前注 14)；西班牙，各国的评论和意见(前注 14)；瑞士，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>314</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14) (“鉴于这一风险，再加上没有任何明显的必要涉及这一假设，美国强烈认为必须删除结论草案 16” )。

<sup>315</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>316</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>317</sup> 同上。

<sup>318</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

的关系是不适宜的”。<sup>319</sup> 中国认为，“很难设想这些决议会违反强行法”。<sup>320</sup> 中国表示担心，明确提及安全理事会，即使只是在评注中提及，“极有可能导致以强行法为借口逃避执行安理会决议或挑战安理会决议的权威”。<sup>321</sup> 因此，中国建议将评注中涉及安理会决议的措辞删去。<sup>322</sup> 同样，俄罗斯联邦反对在结论草案 16 的评注中提到安全理事会。<sup>323</sup> 俄罗斯表示，该国“不认为结论草案 16 可适用于联合国安全理事会的决议”。<sup>324</sup> 该国认为，委员会反而应该指出，根据《联合国宪章》第一百零三条，结论草案不妨碍《联合国宪章》的规定。<sup>325</sup> 美国除了反对结论草案本身外，还质疑在评注中提及安全理事会，指出这有可能“破坏联合国安全理事会(安理会)的权威和安理会根据第七章发布的决议的约束性……”。<sup>326</sup> 同样，联合王国指出，提及安全理事会造成了“一种明显的危险，即这一结论可能被用来减损对安全理事会决议的尊重，从而降低其效力”。<sup>327</sup> 以色列认为，没有实践支持评注中的看法，即联合国安全理事会的决议受制于强行法。<sup>328</sup> 因此，以色列建议在评注中删除这一提法。

156. 德国虽然不反对结论草案 16，但表示同意“各国表达的关切，即几乎没有实践支持这一结论”。<sup>329</sup> 该国也重复了结论草案 16 可能损害安全理事会效力的说法。<sup>330</sup> 有趣的是，德国建议，委员会或可在评注中更详细地阐述这一结论草案与《联合国宪章》第二十五条和第一百零三条之间的关系。这一建议的有趣之处在于，鉴于在评注中已经表达的观点，这将需要更加突出结论草案 16 与安全理事会行为之间的关系。特别报告员当然愿意这样做。

157. 不过，大多数国家支持结论草案 16。尽管如此，在支持结论草案的国家中，一些国家对没有将安全理事会明确列入结论草案案文表示不满。例如，巴西表示该国“希望在结论草案案文中明确提及安全理事会的决定”。<sup>331</sup> 该国认为，委员会不应回避“承认安全理事会也受强行法规范的约束”。<sup>332</sup> 同样，多哥认为，

<sup>319</sup> 中国，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 54 段。

<sup>320</sup> 同上。

<sup>321</sup> 同上。

<sup>322</sup> 同上。

<sup>323</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>324</sup> 同上。

<sup>325</sup> 同上。

<sup>326</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。另见俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>327</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>328</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>329</sup> 德国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>330</sup> 同上。

<sup>331</sup> 巴西，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 94 段。

<sup>332</sup> 同上。

结论草案 16 应明确提及安全理事会。<sup>333</sup> 伊朗伊斯兰共和国解释了为什么该国认为安全理事会决议受制于强行法，并对委员会没有保留特别报告员关于明确提及安全理事会的建议表示遗憾。<sup>334</sup> 同样，南非认为应明确提及安全理事会。<sup>335</sup>

158. 那些不希望在结论案文或评注中明确提及安全理事会的国家的观点中贯穿的主题是，这可能被用以通过单方面援引来破坏安全理事会决议的权威。为此，意大利建议列入一项关于根据国际组织法律设立的适用程序和机制的不妨碍条款。<sup>336</sup> 西班牙同样认为，有必要澄清，这并不意味着一国可以决定单方面拒绝遵守具有约束力的安全理事会决议。<sup>337</sup> 南非提出了类似的建议，即列入一项条款，规定结论草案 16 的适用须遵守结论草案 21 中的解决争端程序。<sup>338</sup> 特别报告员的理解是，在插入这一条款的同时，要在案文本中明确提到安全理事会的决议。无论如何，特别报告员认为，这一立场是正确的，同样适用于条约、习惯国际法规则和单方面行为。

159. 由于本专题的敏感性，特别报告员决定相当全面地描述各国的这些意见。在特别报告员看来，这种意见分歧表明，委员会一读就案文达成的妥协很好。

160. 除了关于结论草案 16 对安全理事会决议的影响的评论外，法国还建议委员会考虑将结论草案的范围扩大到不具约束力的决定，因为这些决定也可能具有规范价值。<sup>339</sup> 这可以在评论中加以讨论。同样，捷克关于国际组织决定的可分离性的评论也将在评注中讨论。<sup>340</sup>

161. 在起草方面，西班牙建议委员会明确区分法律文书所载的规范性条款和文书本身。<sup>341</sup> 特别报告员指出，委员会考虑到了这一问题。在一定程度上，“如与……强制性规范……抵触，则在抵触范围内”的措辞旨在承认与强行法规范相抵触的条款与整个案文之间存在区别，从而解决这一问题。

## 2. 特别报告员的建议

162. 根据这一讨论，特别报告员提议这一结论草案的案文保持不变。特别报告员还特别就评注提出以下建议：

- (a) 在评注中保留明确提及安全理事会的决议、决定或行为的内容；

<sup>333</sup> 多哥，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 27 段。

<sup>334</sup> 伊朗伊斯兰共和国，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 27 段。

<sup>335</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>336</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)；

<sup>337</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>338</sup> 南非，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>339</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>340</sup> 捷克，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>341</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)(“西班牙建议澄清结论草案的措辞，以区分法律文书(国际组织的决议、决定或其他行为)所载的规范性条款与法律文书本身”。)。

(b) 评注设法以清楚的方式阐明，这一条款无意允许为逃避安全理事会决议规定的义务而单方面援引。

### 结论草案 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。

#### 1. 各国的评论和意见

163. 结论草案 17 是关于强行法和国家责任的一组结论草案中的第一条。该条笼统地涉及普遍义务和强制性规范两个概念之间的关系。各国在书面评论和意见中没有对这条结论草案发表太多评论，这或许可以理解为各国至少对结论草案 17 的内容感到满意。<sup>342</sup>

164. 法国建议，根据国际法院的判例，结论草案 17 第 1 段或许可以澄清，保护或尊重这些权利或规范关乎所有国家的利益。<sup>343</sup>

165. 西班牙在相关评论中虽然支持结论草案 17，但表示“关乎所有国家的合法利益”一语或许具有误导性，可能暗示所有国家都受到伤害。<sup>344</sup> 相反，西班牙建议，更好的措辞是“……确保其得到尊重关乎所有国家的合法利益”。特别报告员同意西班牙的观点，但认为这种起草措辞程度较重，会造成一些问题。例如，“确保”一词可能暗示结果义务，而非行为义务。

166. 瑞士提出一项相关建议，指出第 1 段的法文版似乎不恰当。瑞士建议，应当明确指出，尊重产生普遍义务的强行法规范关乎各国的合法利益。<sup>345</sup>

167. 特别报告员认为，所有这些建议都很有可取之处。但他认为，这些建议可以在评注中体现。特别报告员认为，问题在于，以上每种阐述方式所认定的“合法利益”各不相同。从起草委员会主席的发言可以明显看出，国际法委员会审议了所有这些阐述方式，即利益是否与规范本身有关、来自规范的权利、规范施加的义务、对义务的遵守等。<sup>346</sup> 国际法委员会认定，所有这些要素都是相关的，因

<sup>342</sup> 有关明确表示支持的例子，见亚美尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 68 段；爱沙尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 83 段；密克罗尼西亚联邦，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 100 段。

<sup>343</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>344</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>345</sup> 瑞士，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>346</sup> 见起草委员会主席克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生关于一般国际法强制性规范(强行法)的发言，2019 年 5 月 31 日([A/CN.4/SR.3472](#))。

此决定在评注中作进一步解释。特别报告员在审查评注后同意，评注可以更明确地说明何为“合法利益”。

168. 日本还建议国际法委员会解释与第 2 段有关的国家实践是否有任何发展。<sup>347</sup> 这一问题可在评注中探讨。意大利表示支持这条结论草案，建议在评注中提及前特别报告员罗伯托·阿戈先生的报告。<sup>348</sup> 美国也对评注提出一些建议，这些建议将由特别报告员并在适当时候由国际法委员会处理。<sup>349</sup> 第一，美国请国际法委员会澄清为何在之前各条结论草案(结论草案 2、4 和 7)中选择使用“国际社会全体”，而非“国家之国际社会全体”。第二，美国希望国际法委员会指出，这条结论草案中使用的“规则”一词不会使结论草案或国家对国际不法行为的责任条款具有法律约束力。特别报告员同意对“规则”一词的这种理解，但认为这一理解适用于全部结论草案，包括与《维也纳公约》相关的各条结论草案，因为《公约》本身的确对非缔约方具有法律约束力。

## 2. 特别报告员的建议

169. 根据上述讨论，特别报告员不建议对这条结论草案的案文作任何修改。但将在适当时候提出改进相关评注的建议。特别需要考虑到最近的发展动态，如要求国际法院在冈比亚诉缅甸案中发布临时措施令的请求(该命令在结论草案经一读通过后发布)。

### 结论草案 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。

## 1. 各国的评论和意见

170. 结论草案 18 涉及解除不法性的情况。该条收到的各国评论很少。

171. 法国指出，出人意料的是，国际法委员会没有列入关于使用武力与自卫之间关系的讨论。<sup>350</sup> 意大利同样指出，评注没有探讨“自卫……与禁止使用武力之间的关系这一棘手问题”。<sup>351</sup> 虽然这是非常有意义的问题，而且特别报告员对此特别感兴趣，并有许多著述，但特别报告员认为，本专题从根本上说具有方法论的性质，即使将上述讨论表述为涉及解除不法性的情况，也会超出本专题这一性质的范围。比利时就同意问题发表相关评论。比利时建议，评注应明确指出，同意可以在解释某些强行法规则方面发挥作用，并以邀请干预的情况为例。<sup>352</sup> 特

<sup>347</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>348</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>349</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>350</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>351</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>352</sup> 比利时，各国的评论和意见(前注 14)。

别报告员虽然同意这一主张，<sup>353</sup>但也认为这超出了本专题的范围。该主张更多涉及的是澄清关于国家责任的规则和解除不法性的情况，而非澄清强行法规则对解除不法性的情况的影响。因此，至少在编写本报告时，特别报告员倾向于不在评注中探讨这一问题。国际法委员会最多可能会考虑指出这些问题，解释为何选择不加以探讨。

172. 美国对结论草案 18 发表了与对结论草案 17 相同的评论，评论涉及“规则”一词的使用。<sup>354</sup>

## 2. 特别报告员的建议

173. 特别报告员认为，不必建议对结论草案 18 作任何修改。

### 结论草案 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严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务可能依国际法引起的其他后果。

## 1. 各国的评论和意见

174. 结论草案 19 涉及严重违反强制性规范的特定后果。与结论草案 18 不同，各国对结论草案 19 发表了许多意见。一些国家支持该条结论草案，另一些国家则质疑该条是否反映了习惯国际法，还有一些国家提出一些修改意见。

175. 塞浦路斯表示支持结论草案 19，指出其高度重视该条。<sup>355</sup>塞浦路斯强调了合作制止严重违反强行法所产生义务的行为这一习惯义务。<sup>356</sup>该国认为，“合作、不承认和不协助义务的习惯性质要求各国必须履行这些义务，无论是否存在要求其采取这一做法的……司法或政治决定”。<sup>357</sup>尼加拉瓜也表示坚定支持这

<sup>353</sup> 有关特别报告员的意见，见 Tladi, Dire, “The Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors” (2021), Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 223, at p. 317 及以下各页。

<sup>354</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>355</sup> 塞浦路斯，各国的评论和意见(前注 14)。有关支持的例子，另见希腊，A/C.6/74/SR.24，第 35 段；密克罗尼西亚联邦，A/C.6/74/SR.24，第 100 段。

<sup>356</sup> 塞浦路斯，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>357</sup> 同上。

条结论草案，指出国际法院最近已对该条予以确认。<sup>358</sup> 古巴指出，结论草案 19 反映了关于违反强制性规范(强行法)后果的“国际共识”。<sup>359</sup> 荷兰虽然没有明确表示支持结论草案 19 和其中所载义务，但指出，荷兰认为，“各国未必要在国际组织框架内采取这些集体措施”，这一说法只能理解为表示相信存在一定的行动义务，而这种义务可通过各种方式履行——特别报告员完全同意这一立场。<sup>360</sup>

176. 其他国家质疑结论草案 19 究竟是否反映了习惯国际法。例如，以色列指出，结论草案 19 第 1 段所依据的国家对国际不法行为的责任条款第 41 条第 1 款在通过时反映了国际法的逐渐发展，而非基于国家实践，直至今日依旧如此。<sup>361</sup> 联合王国同样表达了这一立场。<sup>362</sup> 美国指出，其“强烈反对”结论草案 19，因为其中“所列的假定义务……没有反映习惯国际法”。<sup>363</sup> 俄罗斯联邦在相关但略有不同的评论中指出，结论草案 19 的起草方式更像是条款草案，而非结论草案。<sup>364</sup>

177. 日本同样质疑评注中提及的案例是否支持结论草案 19 的内容。<sup>365</sup> 例如，日本指出，国际法院关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见或关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见均未明确提及强行法。以色列和美国也指出，这两项咨询意见没有明确提及强行法。<sup>366</sup> 因此，这些国家建议，国际法委员会如果希望保留结论草案 19，则应在评注中提供更多国家实践的证据。澳大利亚、<sup>367</sup> 荷兰<sup>368</sup> 等其他国家请求进一步阐述新的国家实践。波兰鼓励国际法委员会更多地提及可用于支持这条结论草案的最新发展动态。<sup>369</sup> 意大利虽然也指出两项咨询意见涉及普遍义务，但请国际法委员会澄清其是否认为国际法院在这两项咨询意见中虽未明示但已识别强行法规范。如果是这样，意大利请求在评注中明确表达这一观点。<sup>370</sup>

<sup>358</sup> 尼加拉瓜，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 73 段。

<sup>359</sup> 古巴，[A/C.6/74/SR.25](#)，第 21 段。

<sup>360</sup> 荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>361</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>362</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>363</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>364</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>365</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>366</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>367</sup> 澳大利亚，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>368</sup> 荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>369</sup> 波兰，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 124 段。

<sup>370</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

178. 日本还表示，由于结论草案 19 仅提及合作、不承认和不协助的义务，因此可能会引发有关其他义务是否不存在的疑问。日本特别提出不对违反强行法的问题行使否决权的义务，作为另一项义务的例证。<sup>371</sup>

179. 特别报告员首先从提及的最后一点谈起，认为讨论所引述的这一具体例子既无必要也不合适，如果法律的确朝着这一方向发展，则这个例子很可能只是说明了一项现有义务，即合作制止严重违反义务的任何行为的义务。关于这一点，特别报告员表示注意到法国就评注第(5)段所涉问题发表的关于安全理事会的评论。<sup>372</sup> 应当强调的是，第(5)段绝不是指导安理会或其成员在面临严重违反行为时采取何种措施。因此，《联合国宪章》第四十二条规定的自由裁量权仍然不受影响。

180. 关于依赖未明确提及强行法的国际法院判例的问题，正如特别报告员在关于这一问题和两项咨询意见的几次辩论中所指出的那样，他不认为国际法委员会的唯一职能就是重复国际法院的意见。国际法委员会不仅有权而且有义务评估其所依赖的各种材料在法律的作用方面所隐含的含义，并得出结论。就国际法院的判例而言，国际法委员会有义务就该判例的含义得出结论。<sup>373</sup> 尽管如此，特别报告员的确认为，如澳大利亚、意大利、日本和荷兰所建议的那样，可通过确定与这一问题相关的更多实践例证，改进评注。特别报告员将在适当时候就这一点向国际法委员会提出建议。

181. 荷兰还提出一个问题，即国际法委员会是否不能在评注中探讨作为应对严重违反行为的合法手段的反制措施问题。<sup>374</sup> 法国和意大利似乎更进一步。<sup>375</sup> 法国指出，国际法委员会明确排除单方面措施，似乎超越了 2001 年国家国际不法行为的责任条款“较为平衡的妥协”。<sup>376</sup> 特别报告员认为，反制措施是这些条款中有争议的部分，其法律地位尚未确定。在这方面，结论草案 19 在不影响反制措施法律地位的情况下，用“通过合法手段”一语限定合作义务，从而未对这一问题作出定论。特别报告员认为，国际法委员会不应在关于本专题的工作中解决国家责任法中尤其与强制性规范无关的未决问题。在这方面，应当忆及，法国和意大利提及的国家对国际不法行为的责任条款第 54 条并未具体规定规则，仅仅是一项“不妨碍”条款。<sup>377</sup> 国际法委员会不应轻易将“不妨碍”条款变为权利声明。

<sup>371</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>372</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>373</sup> 特别报告员认为，这是意大利所提建议(即澄清国际法委员会是否认为国际法院虽未明示但已识别强行法规范)的含义。

<sup>374</sup> 荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>375</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)；意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>376</sup> 同上。

<sup>377</sup> 国家对国际不法行为的责任条款(前注 46)第 54 条：“本章不妨碍依第 48 条第 1 款有权援引另一国责任的任何国家，为了受害国或被违背之义务的受益人的利益对该另一国采取合法措施以确保其停止该违背义务行为和进行赔偿。”

182. 西班牙虽然表示支持结论草案 19，但建议删除第 3 段。西班牙指出，该段不涉及违反行为的后果，而是描述了何为严重违反。<sup>378</sup>

183. 结论草案 19 涉及所谓的“严重”违反强行法规范的行为。<sup>379</sup> 结论草案 19 评注第(9)段指出，“有意见认为，‘严重’一词应从结论草案 19 中删除”。在这方面，联合王国指出，关于“何为‘严重违反’”的辩论将影响这条结论草案的效用。<sup>380</sup> 哥伦比亚指出，“严重”一词暗含的意思可能是，没有义务制止不被视为严重的违反强制性规范的行为。<sup>381</sup> 因此，哥伦比亚建议审查措辞，确保任何违反强制性规范的行为也都会产生后果，特别强调严重行为。<sup>382</sup> 哥伦比亚还指出，评注并未澄清何为“严重”。<sup>383</sup> 同样，波兰表示，只有严重违反才会招致不承认这一后果的观点“需作进一步审议”。<sup>384</sup> 波兰尤其质疑是否“可能存在……‘简单’违反强行法规范的行为”，特别报告员假定这是指“不严重的违反”。埃及发表类似声明，即结论草案 19 应适用于所有违反行为，而不仅仅是严重违反行为。<sup>385</sup>

184. 特别报告员仍然认为，结论草案 19 中认定的后果也应适用于所有违反行为。但鉴于各国意见分歧，包括一些国家认为根本不应列入这条结论草案，他认为最好不要修改这条结论草案的案文。此外，特别报告员经过思考认为，如波兰的疑问所表明的那样，所有违反强制性规范的行为都是严重的。

185. 关于结论草案 19 第 2 段，美国对“状况”一词的使用提出质疑。<sup>386</sup> 美国指出，很可能存在一些因违反强行法规范所造成的状况不得不予以承认，因为此类承认会产生保护。例如，这些状况包括因违反禁止使用武力的规定而造成的武装冲突局势，为此需适用国际人道法。特别报告员并不反对美国所提立场的基本前提，但认为这正是插入评注第(8)段的原因。特别报告员将考虑扩充评注，以明确这一点。事实上，根据美国的评论，或许有必要更宽泛地解释国际法委员会选择“状况”一词的原因，而非仅仅指出该词是国家对国际不法行为的责任条款所用的字眼这一事实。

<sup>378</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>379</sup> 见国际法委员会第七十一届会议工作报告，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 57 段，结论草案 19 评注第(1)段(“……也不涉及性质并不严重的违反强制性规范情事所产生的后果。”)。

<sup>380</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>381</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>382</sup> 同上。

<sup>383</sup> 同上。

<sup>384</sup> 波兰，A/C.6/74/SR.23，第 124 段。

<sup>385</sup> 埃及，A/C.6/74/SR.26，第 4 段。

<sup>386</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

186. 关于结论草案 17、18 和 19 的一些评论还涉及一个可能具有一般性的问题，即各条结论草案对国际组织的适用性。一些国家，如白俄罗斯、<sup>387</sup> 爱沙尼亚、<sup>388</sup> 法国<sup>389</sup> 和意大利，<sup>390</sup> 特别详细地解释了评注中应予修正的相关部分，包括删除第(11)段。上述国家建议明确指出这些结论草案也适用于国际组织。如意大利所述，这一点特别适用于国家责任条款；这也是起草委员会内部长期辩论的主题。又如意大利正确指出的那样，评注仅在“不影响”声明的基础上提及国际组织。但起草委员会主席的发言指出，对“国家”的提法应被视为包括国际组织。<sup>391</sup> 荷兰同样提出强行法规范的适用性问题，建议国际法委员会拟订评注，说明这些规范是否适用于国家以外的行为体。<sup>392</sup> 法国还就结论草案 19 建议国际法委员会澄清国际组织的作用，特别是<sup>393</sup> 澄清评注第(4)、(5)和(7)段与第(11)段之间的明显差异。<sup>394</sup> 特别报告员将再次考虑重新拟订评注，以解决他认为合理的这一关切。

## 2. 特别报告员的建议

187. 根据上述讨论，特别报告员不建议对这条结论草案的案文作任何修改。但特别报告员认为，可能不得不对评注作大幅修改，以便考虑到各国发表的评论。

### 结论草案 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。

## 1. 各国的评论和意见

188. 结论草案 20 涉及国际法规则的解释与强制性规范相一致的问题。该条结论草案没有引起太大争议，大多数国家决定不对委员会的结论草案发表评论。

189. 法国没有对结论草案 20 表示反对，但对“尽可能”一词提出质疑。<sup>395</sup> 法国认为，“尽可能”一词有问题，原因是“une règle risquant d'être en conflit avec

<sup>387</sup> 白俄罗斯，A/C.6/74/SR.24，第 81 段(“应当明确指出，一般国际法强制性规范适用于国际法的所有主体，包括国际组织。这一意见也适用于结论草案 17 至 19……”)。

<sup>388</sup> 爱沙尼亚，A/C.6/74/SR.26，第 82 段(“……重要的是分析结论草案对各国和国际组织的影响。”)。

<sup>389</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>390</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>391</sup> 见起草委员会主席克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生关于一般国际法强制性规范(强行法)的发言，2019 年 5 月 31 日(A/CN.4/SR.3472)：“虽然此规定表明，如国家责任条款第 41 条指出的那样，各国负有合作义务，但评注将阐明，如 2011 年国际组织的责任条款的相应条款规定，合作义务也适用于国际组织。”

<sup>392</sup> 荷兰，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>393</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>394</sup> 前几段似乎暗示国际组织负有义务，而第(11)段则指出这条结论草案不会造成影响。

<sup>395</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

une norme de *jus cogens* devrait – en raison de la nature même de ces normes – ne pas être appliquée du tout plutôt qu’être ‘autant que possible’” ……。<sup>396</sup> 特别报告员不能同意法国的意见。不适用规则适用于“实际”存在抵触的情况，而不是“une règle risquant d’être en conflit” (可能相抵触)的情况。事实上，结论草案 20 所载规则意在确定是否存在此种抵触。

## 2. 特别报告员的建议

190. 根据这一讨论，特别报告员不建议对结论草案 20 作任何修改。

### 结论草案 21

#### 程序性要求

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. 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。
4. 如在十二个月内未能达成解决办法，而表示反对的一个或多个有关国家提出将该事项提交国际法院，则在争端解决之前，援引国不得采取其所提议的措施。
5. 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性要求。

## 1. 各国的评论和意见

191. 结论草案 21 提出了一项程序，用于确定是否存在违反强行法规范的情况以及结论草案 10 至 19 概述的违反行为后果的适用。与结论草案 20 不同，结论草案 21 吸引了各国的极大兴趣并引起很多评论。

192. 一些国家对结论草案 21 提出质疑。澳大利亚认为，结论草案 21 “无益且不必要”，“应该删除”。<sup>397</sup> 主要原因似乎是，并未打算将结论草案作为一项条约通过。

<sup>396</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。非正式译本：“由于强行法规范的性质，一项有可能与这些规范抵触的规则，应该根本不适用，而不是‘尽可能’适用”。

<sup>397</sup> 澳大利亚，各国的评论和意见(前注 14)。

法国、<sup>398</sup> 德国、<sup>399</sup> 以色列、<sup>400</sup> 意大利、<sup>401</sup> 日本、<sup>402</sup> 新加坡、<sup>403</sup> 西班牙、<sup>404</sup> 俄罗斯联邦<sup>405</sup> 和美国<sup>406</sup> 等若干国家都提出了这一关切。俄罗斯联邦特别指出，将所设想机制扩大到涵盖安全理事会的决议(结论草案 16 及其评注保持现有形式就会有此含意)，还将对维护国际和平与安全造成损害。<sup>407</sup> 此外，澳大利亚认为，结论草案并未明确规定如果有关各方未在规定时间内达成一致，会有怎样的结果。

193. 法国认为，若要保留该结论草案，就需要做出一些改进。<sup>408</sup> 首先，法国认为，应当明确区分《维也纳公约》第六十五和六十六条规定的制度所涵盖情况与该制度未涵盖的情况。<sup>409</sup> 同样，日本指出《维也纳公约》缔约方同意第六十五和六十六条所载程序<sup>410</sup> ——该意见表明委员会不能干预或损害该条约体制。<sup>411</sup> 另一方面，日本还指出，不能将《维也纳公约》中的程序强加于非缔约国(此外，还可以加上对《维也纳公约》的争端解决机制提出保留的国家)。<sup>412</sup> 关于这一问题，萨尔瓦多指出，该条结论草案应当明确，它并未规定将某一事项提交裁决的义务。<sup>413</sup> 哥伦比亚还回顾说，国际法院仅在争端各方接受其管辖权的情况下才能拥有管辖权。<sup>414</sup>

194. 另一个相关但有些不同的关切，是哥伦比亚<sup>415</sup> 和美国<sup>416</sup> 提出的关切，即委员会不应被视为在暗示国际法院是处理特定法律问题的首选论坛。

<sup>398</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。在这方面，法国指出，结论草案 21 引起对整个结论草案的地位的混淆。

<sup>399</sup> 德国，各国的评论和意见(前注 14)

<sup>400</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>401</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>402</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>403</sup> 新加坡，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>404</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>405</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>406</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>407</sup> 俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>408</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>409</sup> 同上。

<sup>410</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>411</sup> 同上；另见俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>412</sup> 日本，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>413</sup> 萨尔瓦多，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>414</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。对哥伦比亚而言，强调这一点显然是重要的；哥伦比亚以不同方式数次提出这一点。

<sup>415</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>416</sup> 美国，各国的评论和意见(前注 14)。

195. 法国在其第二点中指出，有必要澄清谁可能援引强制性规范，即非条约缔约国可否援引该程序，或该程序仅限于相关条约的缔约方？<sup>417</sup> 此外，关于“有关国家”，法国指出，有必要澄清哪些国家应当是通知的接收方，特别是在涉及习惯国际法的情况下，捷克也提及了这一点。<sup>418</sup> 这些国家表示，不可能期望通知国向参与形成一项习惯国际法规则的所有国家发出通知。与此相关的一点是，意大利坚持认为，使用“一国”一词存在问题，因为这可能意味着必然只有一个国家可能对某项规定感到关切。<sup>419</sup> 意大利还表示，使用“有关国家”一词可能暗示某些国家不是有关国家。<sup>420</sup>

196. 法国在第三点中指出，应当修改“有关国家”的提法，以便有可能通知有关国际组织。<sup>421</sup> 最后，法国指出，结论草案的法文译文并不总是遵循英文。<sup>422</sup>

197. 捷克提出了一个有趣的理论问题，即如果国家法院寻求使一项习惯国际法无效，是否需要遵循这一程序。<sup>423</sup>

198. 关于法国提出并由日本进一步阐述、涉及该条结论草案与《维也纳公约》争端解决制度之间关系的第一点，特别报告员认为，这是一项有价值的评论。特别报告员要指出，这就是第5款不妨碍条款的目的。特别报告员希望这一点也回应了哥伦比亚和萨尔瓦多有关该条结论草案不应规定提交裁定的责任的评论。但如果有可能，特别报告员愿意考虑加强评注，以便使这一点更加明确。

199. 关于谁可以发出通知的问题，即非缔约国是否有资格发出通知，特别报告员指出法国是正确的，即结论草案采取了与强行法规范的普遍适用性相一致的更开放办法。在回应有关这一更开放的办法与《维也纳公约》是否协调一致的评论时，特别报告员要指出，《维也纳公约》顾名思义适用于条约关系，当然采取了范围较窄的办法。然而，在此特别报告员要提及法国的第一点评论，即在《维也纳公约》第六十五和六十六条对其适用的缔约国之间，范围较窄的制度继续适用；如上所述，本条规定是一项建议程序，因此，依据法律，不影响其中任何一条规则。

200. 同样，正如法国所正确指出的那样，委员会还决定就通知接收方问题采取宽泛的办法。法国指出，向所有推动习惯国际法形成的国家发出通知存在实际困难。<sup>424</sup> 但根据这些结论草案，所涉国家不仅包括积极参与该实践的国家(和实体)，而且包括该规则适用的所有国家。对委员会而言，法国提出的实际困难并不构成

<sup>417</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>418</sup> 同上；捷克，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>419</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>420</sup> 同上。

<sup>421</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>422</sup> 同上。

<sup>423</sup> 捷克，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>424</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

障碍，原因有两个。首先，就多边条约而言，通知可以转交给保存人。其次，在其他情况下，如评注第(5)段所述，通知可以通过联合国秘书长分发。特别报告员同意法国关于“有关国家”的建议，即结论草案还应提及国际组织。特别报告员注意到有关翻译问题的第四点。这是应该由委员会解决的问题。

201. 关于意大利提出的问题，即“一国”必然意味着仅有一个国家感到关切，特别报告员难以理解这种逻辑。第1款的所有目的就是指出一国、任何一国或任何国家在发现可能存在抵触时应当采取的步骤。所选措辞并未排除其他国家也发出通知的可能性。同样，特别报告员不认同意大利对使用“有关国家”一词的关切。可以设想以下情况，即一项条约有5个缔约国，另一国(无论是否缔约国)认为该条约与强行法相抵触。不清楚为什么第1款提及的通知，即认为该条约无效的国家发出的通知，依照规则，也应当发送给并非该条约缔约国的其他国家。

202. 关于捷克提出的问题，特别报告员完全不明白为什么仅在涉及条约以外的国际法规则的情况下才产生这个问题——仔细阅读捷克的意见就会发现，它的关切与该条结论草案对其他来源的适用问题有关。毕竟，在《维也纳公约》制度适用的情况下，国家法院很有可能会决定使其代表的国家与另一国(或其他国家)之间适用的条约无效。特别报告员认为，这种情形，无论涉及习惯国际法还是条约法，将不取决于结论草案20中的程序或《维也纳公约》制度的适用，除非有关国家希望使这种无效在国际层面产生效力。

203. 捷克还指出，脚注所载关于捷克共和国根据《维也纳公约》第六十六条(甲)款接受国际法院管辖权的状况的信息需要更新。<sup>425</sup> 特别报告员感谢捷克，并将建议委员会简化脚注，以便不提供详细信息，因为这些信息今后可能会发生变化。

204. 以色列倾向于删除结论草案21，但指出，如要保留，就应在评注中指出，整个条款不反映现行法律。<sup>426</sup> 希腊没有对该条结论草案表示反对，它倾向于将其作为建议性条款，而不是作为具有约束力的条款(它认为目前是如此)。<sup>427</sup> 同样，西班牙指出，若要保留该条结论草案，就应体现出国际法院的一贯意见，即仅援引违反强制性规范不能作为其管辖权的依据。<sup>428</sup> 这些都是委员会在二读通过评注时可以处理的问题。

205. 但一些国家表示支持结论草案21。例如，斯洛文尼亚指出委员会达成了平衡，一方面遵循了《维也纳公约》的程序，另一方面又没有将其强加给非缔约国。<sup>429</sup> 爱

<sup>425</sup> 捷克，各国的评论和意见(前注14)。

<sup>426</sup> 以色列，各国的评论和意见(前注14)。

<sup>427</sup> 希腊，A/C.6/74/SR.24，第37段。希腊在其发言中提及了“应”、和“不得采取……措施”等词的使用。

<sup>428</sup> 西班牙，各国的评论和意见(前注14)。

<sup>429</sup> 斯洛文尼亚，各国的评论和意见(前注14)(“斯洛文尼亚共和国赞赏委员会为在结论草案21中建立一个机制所作努力，该机制总体上遵循《维也纳公约》第六十五条至第六十七条规定的程序……，但也考虑到许多国家对国际法院的管辖权提出的保留意见，同时仍保护法律确定性，并为‘补救’一项规则可能与强制性规范相抵触的情况提供了可能性”。)

沙尼亚也表示支持结论草案 21，指出该条草案符合《维也纳公约》。<sup>430</sup> 古巴表示，它高兴地看到该条结论草案提及了《联合国宪章》第三十三条的机制和国际法院。<sup>431</sup> 联合王国也认为该条款有价值，同时承认它造成一些压力。<sup>432</sup> 在这方面，联合王国提出了有益的修改建议，并提出可考虑对评注作出修改。<sup>433</sup> 特别是，联合王国建议可删除标题中提及的“要求”一词，因为该词让人感觉这是一种义务。<sup>434</sup> 联合王国还建议重新考虑该条款的位置，不将其列为“法律后果”的部分内容。<sup>435</sup> 这些都是有益的建议。希腊还建议，应当在案文和评注中明确指出，结论草案 21 是建议性的。<sup>436</sup>

206. 同样，罗马尼亚对结论草案 21 采取了似乎是积极的态度，提出了一些有关其含意的问题。<sup>437</sup> 特别是，罗马尼亚认为，结论草案不妨在第 4 款中谈及法院管辖权没有启动时的情况。当然，这是一个难题，也许可以在评注中进一步澄清。

207. 哥伦比亚建议，可以更明确地指出，第 1 款所提及措施“符合国际公法”。<sup>438</sup> 特别报告员理解这一关切，但认为，鉴于结论草案没有对措施的合法性采取立场，因此没有必要作此说明。尤其是，特别报告员认为，这些措施实际上是否“符合国际公法”，本身会通过适用结论草案 21 体现出来。

208. 结论草案 21 引发许多评论，而且很多国家提出类似的难点，对此都不应感到惊讶。正如委员会试图在评注中明确说明的那样，该条结论草案并不反映国际法。此外，它力求平衡两个极难平衡的因素，即一方面需要确保违反强制性规范的后果的效力，另一方面并不鼓励单方面援引该条结论草案所载规则。特别报告员认识到，鉴于这些问题的棘手性，各国的评论和关切不能得到全面处理。尽管如此，特别报告员认为，直接删除该条结论草案会是危险的。考虑到上述原因，重要的是尽可能多地在结论草案案文及其评注中处理提出的评论。

## 2. 特别报告员的建议

209. 根据所述的各国意见，特别报告员认为，需要对结论草案 21 作出重大修改。这些建议主要是为了说明结论草案 21 不具约束力，也不意味着确立管辖权，而且不影响争端解决程序：

- (a) 首先，特别报告员建议将结论草案更名为“建议程序”；

<sup>430</sup> 爱沙尼亚，A/C.6/74/SR.26，第 84 段。

<sup>431</sup> 古巴，A/C.6/74/SR.25，第 22 段。

<sup>432</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>433</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>434</sup> 同上。

<sup>435</sup> 同上。

<sup>436</sup> 希腊，A/C.6/74/SR.24，第 37 段。

<sup>437</sup> 罗马尼亚，A/C.6/74/SR.23，第 77 段。

<sup>438</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)。

(b) 其次，可以改变该条结论草案的位置。目前该条草案在涉及(法律)后果的第三部分，这可能暗示所述程序是强行法的法律后果。特别报告员建议将该条结论草案放在第四部分(一般规定)；

(c) 还建议插入新的一款，明确说明缔约方与《维也纳公约》等条约之间的关系，规定特定的争端解决程序不受该条结论草案的影响；

(d) 在第 1 款中，可以用“有关国家和其他适当实体”取代“有关国家”；

(e) 最后，需要修改评注，以处理各国的其他评论。

## 结论草案 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。

#### 1. 各国的评论和意见

210. 结论草案 22 是一项不妨碍条款，与许多不妨碍条款一样，有着相当悠久的历史。该条结论草案基本为各国所接受，大多数国家选择根本不对这条草案发表评论。例如，意大利对结论草案 22 发表评论主要是为了就委员会所选方法论办法提出意见，以期对结论草案 23 提出更实质性的评论。<sup>439</sup>

211. 伊朗伊斯兰共和国要求删除结论草案 22，因为它认为不妨碍条款不符合该专题的范围。<sup>440</sup> 特别报告员不明白这是什么意思，因为该条结论草案的目的正是为了说明不属于该专题的内容。联合王国欢迎该条结论草案，认为它完善了特别报告员最初提出的条款，但认为如果能将其完全删除会更好。<sup>441</sup> 关于所附评注，联合王国对评注中“强调”豁免权提出质疑，同时还提及了国家的管辖豁免案件。<sup>442</sup> 关于联合王国的评论，特别报告员不同意“强调”了豁免权，因为豁免权是与结论草案中未涉及的其他潜在后果一起提及的。特别报告员还认为，提及国家的管辖豁免案件有些前后矛盾，因为讨论该案，顾名思义就需要强调豁免权，而对豁免权的这种强调正是联合王国抱怨的问题。

<sup>439</sup> 意大利，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>440</sup> 伊朗伊斯兰共和国，A/C.6/74/SR.27，第 28 段。

<sup>441</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)；另见意大利，各国的评论和意见(前注 14)；应该提及，意大利有关结论草案 22 的意见表明，它更希望委员会考虑按照特别报告员的提议处理豁免权问题(“一个更全面、影响更深远的项目还将使国际法委员会有机会处理有关禁止危害人类罪和国际人道法的强行法规对国家豁免权规则的法律效力的一些最相关和最有争议的问题(该议题仅在结论草案 22 的评注第 4 段中提及，意大利对此最为重视。”)。

<sup>442</sup> 联合王国，各国的评论和意见(前注 14)。

212. 法国和意大利等其他国家认为,<sup>443</sup> 委员会选择不就特定规范讨论强行法的后果令人遗憾。它们认为, 如果加以讨论, 结论草案就会比现有版本更有用。<sup>444</sup>

213. 荷兰请委员会在评注中解释为什么某些后果仅适用于某些规范, 而不适用于其他规范。<sup>445</sup> 日本不同意有关豁免权的程序规则是特定的、而不是一般性的。<sup>446</sup> 该立场的依据显然是国际法院在国家的管辖豁免案中的判决, 但特别报告员看不出后果的一般性或特殊性与法院判决之间的联系。无论如何, 在回答这些问题时, 仅需指出, 举例而言, 豁免权等规则的后果, 根据定义, 仅适用于那些若被违反, 则违反行为构成国际法规定的犯罪的强行法规范。例如, 违反自决原则不构成犯罪, 因此不会引起与豁免权有关的后果。

## 2. 特别报告员的建议

214. 特别报告员不建议对结论草案 22 的案文作任何修改。

### 结论草案 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。

#### 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) 禁止奴役;
- (g) 禁止酷刑;
- (h) 自决权。

## 1. 各国的评论和意见

215. 结论草案 23 及所附清单载有委员会以前认为具有强制性的规范的清单。各国对该条结论草案及其附件所作评论各不相同, 数目众多。考虑到委员会在进行一读时采取的办法, 就有关具体规范优缺点的单独意见发表评论并无成效。因此,

<sup>443</sup> 法国, 各国的评论和意见(前注 14); 意大利, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>444</sup> 同上。

<sup>445</sup> 荷兰, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>446</sup> 日本, 各国的评论和意见(前注 14)。

本部分报告将主要侧重于是否要有清单的问题，而不是某项规范是应当列入还是排除在外。

216. 在讨论各国的评论之前，有必要简要回顾委员会就说明性清单(或更恰当而言，非详尽无遗的清单)所作选择。委员会决定，自己编制一份清单不切实际。据了解，依据结论草案中采用的方法编制一份清单将需要数十年。此外，委员会认为，编制此种清单不符合本专题根本上以方法为依归的性质。有鉴于此，委员会决定在结论草案后附上一份委员会在以往工作中识别的具有强制性的规范的非详尽无遗清单。<sup>447</sup>

217. 关于委员会的办法，有必要强调三个方面。首先，该规范清单不妨碍委员会可能提及的具有强制性的其他规范。其次，附件所载规范清单不妨碍今后强行法的出现。第三，该清单不妨碍目前具有强行法地位、但委员会此前未提及的其他规范。

218. 若干国家表示，结论草案不应当包括载有强行法规范清单的附件。对一些国家而言，任何清单的列入都必须基于对相关规范所作评估，同时适用委员会在结论草案中制定的标准。<sup>448</sup> 实际上，其中大多数国家认为，清单中的某些规范不符合强行法的标准，或换言之，委员会没有就这些规范的识别提出与其标准相一致的理由。<sup>449</sup> 不保留清单的另一个理由是，列出一份清单将违背该专题以方法为依归的性质。<sup>450</sup> 一些国家还对识别特定规范的方式提出了质疑。<sup>451</sup> 一些国家认为，仅根据委员会以往识别的规范列入一份清单不会带来太多附加值。<sup>452</sup>

<sup>447</sup> 委员会的决策进程恰当地体现在法国的书面意见以及各国的评论和意见中(前注 14)。

<sup>448</sup> 澳大利亚，各国的评论和意见(前注 14)；另见亚美尼亚，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 69 段；中国，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 55 段；捷克，各国的评论和意见(前注 14)；法国，各国的评论和意见(前注 14)；印度，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 8 段；伊朗伊斯兰共和国，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 28 段；爱尔兰，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 41 段；以色列，各国的评论和意见(前注 14)；意大利，各国的评论和意见(前注 14)；北欧国家，各国的评论和意见(前注 14)；俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)；土耳其，[A/C.6/SR.26](#)，第 73 段；联合王国，各国的评论和意见(前注 14)；美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>449</sup> 中国，[A/C.6/74/SR.23](#)，第 55 段；俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)；印度，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 8 段；以色列，各国的评论和意见(前注 14)；意大利，各国的评论和意见(前注 14)；乌兹别克斯坦，[A/C.6/74/SR.26](#)，第 35 段；美国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>450</sup> 哥伦比亚，各国的评论和意见(前注 14)；尼加拉瓜([A/C.6/74/SR.23](#))，第 71 段；俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)；伊朗伊斯兰共和国，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 28 段。

<sup>451</sup> 例如见法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>452</sup> 爱尔兰，[A/C.6/74/SR.24](#)，第 41 段；法国，各国的评论和意见(前注 14)；德国，各国的评论和意见(前注 14) (“人们仍担心，采用特定强行法规范的列举式清单可能会导致错误结论，并有可能确立一种现状，阻碍强行法的未来发展。”)；俄罗斯联邦，各国的评论和意见(前注 14)；伊朗伊斯兰共和国，[A/C.6/74/SR.27](#)，第 28 段；荷兰，各国的评论和意见(前注 14)；西班牙，各国的评论和意见(前注 14)。

219. 但其他国家支持列入一份非详尽无遗的清单。<sup>453</sup> 尤其是, 巴西赞扬委员会设法提出它所称的均衡办法, 以化解以下两方面之间的矛盾, 一方面是需要有某种清单, 另一方面是存在上文确定的实际困难。<sup>454</sup> 同样, 瑞士祝贺委员会创造性地化解了这种矛盾。<sup>455</sup> 但即便是支持该清单的一些国家也更希望委员会在适用某种方法的基础上提出规范清单。<sup>456</sup> 智利提议重新起草该条结论草案的起首部分, 以明确并非对每项规范都进行了审议。<sup>457</sup>

220. 一些国家支持该清单, 但更希望委员会列入其他规范。<sup>458</sup> 密克罗尼西亚联邦感到高兴的是, 评注具体提及它认为符合强制性标准的环境保护。<sup>459</sup> 其他国家建议重新阐述附件所识别的一些规范。<sup>460</sup>

221. 其他国家指出, 强行法规范中缺乏特定规范, 尤其是《联合国宪章》的原则, 并建议应将其列入该清单。<sup>461</sup> 葡萄牙更广泛地建议在最终确定清单之前, 由委员会开展深入分析, 以便识别现有的强行法。<sup>462</sup>

222. 还有其他一些国家采取了略为含糊的办法。有些国家建议委员会谨慎地处理这个问题, 但并未明确反对该清单。<sup>463</sup>

<sup>453</sup> 奥地利, 各国的评论和意见(前注 14); 白俄罗斯, [A/C.6/74/SR.24](#), 第 85 段; 比利时, 各国的评论和意见(前注 14); 巴西, [A/C.6/74/SR.24](#), 第 92 段; 智利, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 114 段; 克罗地亚, [A/C.6/74/SR.25](#), 第 56 段; 爱沙尼亚, [A/C.6/S74/SR.26](#), 第 85 段; 墨西哥, [A/C.6/74/SR.25](#), 第 11 段; 密克罗尼西亚联邦, [A/C.6/74/SR.24](#), 第 98 段; 葡萄牙, 各国的评论和意见(前注 14); 罗马尼亚, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 79 段; 塞拉利昂, [A/C.6/74/SR.27](#), 第 27 段; 斯洛伐克, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 86 段; 斯洛文尼亚, 各国的评论和意见(前注 14); 南非, 各国的评论和意见(前注 14); 瑞士, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>454</sup> 巴西, [A/C.6/74/SR.24](#), 第 92 段。

<sup>455</sup> 瑞士, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>456</sup> 斯洛伐克, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 85 段。

<sup>457</sup> 智利, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 114 段。

<sup>458</sup> 罗马尼亚, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 79 段。

<sup>459</sup> 密克罗尼西亚联邦, [A/C.6/74/SR.24](#), 第 99 段。

<sup>460</sup> 例如见奥地利, 各国的评论和意见(上文注 12); 法国, 各国的评论和意见(前注 14); 斯洛文尼亚, 各国的评论和意见(前注 14); 西班牙, 各国的评论和意见(前注 14), 建议应以“《宪章》关于禁止使用武力的法律……”取代侵略; 瑞士, 各国的评论和意见(前注 14), 建议将“国际人道法的基本规则(basic rules)”改为“国际人道法的基本规则(fundamental rules)”。

<sup>461</sup> 奥地利, 各国的评论和意见(前注 14); 中国, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 55 段; 哥伦比亚, 各国的评论和意见(前注 14); 法国, 各国的评论和意见(前注 14); 尼加拉瓜, [A/C.6/74/SR.23](#), 第 71 段; 俄罗斯联邦, 各国的评论和意见(前注 14); 克罗地亚, [A/C.6/74/SR.25](#), 第 56 段;

<sup>462</sup> 葡萄牙, 各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>463</sup> 保加利亚, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 105 段; 乌兹别克斯坦, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 35 段; 大韩民国, [A/C.6/74/SR.26](#), 第 59 段。

223. 法国在其意见中建议，考虑到有关该清单的问题，最好有一个说明委员会早先工作的介绍性评注。<sup>464</sup> 捷克建议删除附件，但保留该条结论草案(经必要修改)。<sup>465</sup>

224. 上述讨论阐明了以下几点。首先，与委员会内部曾出现的情况相同，各国在是否制定说明性清单问题上存在立场分歧，即大多数国家支持该清单，但也有不少国家反对。其次，一些支持该清单的国家希望予以扩大。第三，赞成和反对的论据与在委员会内提出的论据完全相同。对特别报告员而言，这一动态发展的最终结果是该条结论草案及其附件和评注应当保持不变。

## 2. 特别报告员的建议

225. 根据这一讨论，特别报告员不建议对结论草案 23 的案文或其附件作任何修改。

---

<sup>464</sup> 法国，各国的评论和意见(前注 14)。

<sup>465</sup> 捷克，各国的评论和意见(前注 14)。

## 四. 一读通过后按照修改建议调整的结论草案案文标注版

### 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。

#### 结论 2

##### 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。

#### 结论 3

##### 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, 其等级高于国际法其他规则且普遍适用。

### 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。

#### 结论 5

##### 一般国际法强制性规范(强行法)的基础渊源

1. 习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的最常见的基础渊源。

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)的基础渊源。

## 结论 6

### 接受和承认

1. 作为识别一般国际法强制性规范(强行法)标准的“接受和承认”要求不同于接受和承认为一般国际法规范的要求。
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。

## 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)需要绝大多数且有代表性的国家接受和承认；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。

## 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. 此种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；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。

## 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。
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。

## 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. 新的一般国际法强制性规范(强行法)产生时, 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。

#### 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. 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, 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, 接受有关规定并非任何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。

#### 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之后果; 以及

(b) 使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。

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。

#### 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。

#### 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. 习惯国际法规则如可能与现有一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 则不会形成。习惯国际法规则如与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)。

#### 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。

#### 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。

#### 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。

#### 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。

#### 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严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务可能依国际法引起的其他后果。

## 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。

## 第四部分

### 一般规定

#### 结论 21[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。

#### 结论 22[21]

##### 程序性要求建议程序

1. 建议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和其他适当实体通知其他有关国家。通知应以书面形式发出, 并应说明拟就有关国际法规则采取的措施。
2. 如得到通知的其他有关国家或实体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. 如任何有关国家或其他适当实体表示反对, 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。
4. 如在十二个月内未能达成解决办法, 而表示反对的一个或多个有关国家或其他实体提出将该事项提交国际法院, 则在争端解决之前, 援引国不得采取其所提议的措施。
5. 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性要求。
6. 涉强制性规范争端任何当事方之间的关系所适用的任何争端解决机制, 不受本结论草案规定的影响。

## 第四部分

### 一般规定

#### 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。

## 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) 禁止奴役；
- (g) 禁止酷刑；
- (h) 自决权。

## 五. 按照特别报告员的修改建议调整的结论草案案文清洁版

### 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。

#### 结论 2

##### 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。

#### 结论 3

##### 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, 其等级高于国际法其他规则且普遍适用。

### 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。

#### 结论 5

##### 一般国际法强制性规范(强行法)的渊源

1. 习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的最常见的渊源。
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)的渊源。

#### 结论 6

##### 接受和承认

1. 作为识别一般国际法强制性规范(强行法)标准的“接受和承认”要求不同于接受和承认为一般国际法规范的要求。

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。

#### 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)需要绝大多数且有代表性的国家接受和承认; 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。

#### 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. 此种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; 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。

#### 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。

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。

### 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. 新的一般国际法强制性规范(强行法)产生时, 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。

**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. 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，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，接受有关规定并非任何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。

**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之后果；以及
  - (b) 使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。

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。

**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。

**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. 习惯国际法规则如可能与现有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则加以变更的可能性。
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)。

**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。

**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。

**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。

**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。

**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严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务可能依国际法引起的其他后果。

## 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。

## 第四部分

### 一般规定

## 结论 21

### 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。

## 结论 22

### 建议程序

1. 建议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和其他适当实体。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. 如得到通知的其他国家或实体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. 如任何有关国家或其他适当实体表示反对, 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。
4. 如在十二个月内未能达成解决办法, 而表示反对的一个或多个有关国家或其他实体提出将该事项提交国际法院, 则在争端解决之前, 援引国不得采取其所提议的措施。
5. 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性要求。
6. 涉强制性规范争端任何当事方之间的关系所适用的任何争端解决机制, 不受本结论草案规定的影响。

## 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。

### 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) 禁止奴役；
- (g) 禁止酷刑；
- (h) 自决权。

## 六. 最终成果

226. 特别报告员沿袭委员会近期就旨在澄清国际法特定方面规则、尤其是渊源相关规则的专题所采取的做法，建议把本专题工作的最终形式称为“结论”。“结论”一词意在表明，产出的案文本本身不具约束力，其目的是对法律的状况进行陈述、为法律的妥善适用提供指导。特别报告员的确考虑过其他名称，比如“指南”或“原则”，但认定“结论”是这类产出的适当叫法。鉴于之前的类似专题——“习惯国际法的识别”和“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”——都采用了这一名称，所以就更是如此。

227. 特别报告员提议，委员会建议大会：

(a) 在一项决议中表示注意到国际法委员会关于识别一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案，将结论草案作为该决议的附件，并确保在最大范围内予以分发；

(b) 提请各国和所有可能需要识别一般国际法强制性规范(强行法)并适用其后果者注意结论草案及其评注。

---