



## 国际法委员会

### 第七十届会议

2018年4月30日至6月1日和

7月2日至8月10日，日内瓦

## 特别报告员迪雷·特拉关于一般国际法强制性规范(强行法) 的第三次报告\*

### 目录

	页次
一. 导言 .....	2
二. 以往审议本专题的情况.....	2
A. 委员会内的辩论 .....	2
B. 大会第六委员会的辩论 .....	4
三. 一般国际法强制性规范(强行法)的后果.....	7
A. 概述 .....	7
B. 一般国际法强制性规范(强行法)的后果.....	10
C. 一般国际法强制性规范(强行法)对国家责任法产生的后果.....	27
D. 一般国际法强制性规范(强行法)的其他影响.....	39
四. 拟议结论草案 .....	59
五. 今后的工作 .....	61

\* 特别报告员谨感谢 Aldanah Rohr(布宜诺斯艾利斯大学)、Paula Kates(纽约大学)和 Sean Yau(莱顿)提供宝贵的研究支持。



## 一. 引言

1. 国际法委员会在第六十六届会议期间(2014年)决定将题为“强行法”的专题列入其长期工作方案。<sup>1</sup> 大会第六十九届会议表示注意到该专题已列入委员会长期工作方案。<sup>2</sup> 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当前的工作方案并任命一名特别报告员。<sup>3</sup> 大会第七十届会议注意到国际法委员会关于将这个专题列入议程的决定。<sup>4</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>5</sup> 并决定将两项结论草案转交起草委员会。<sup>6</sup> 委员会在第六十九届会议(2017年)上收到特别报告员的第二次报告。<sup>7</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。

3. 本报告审议强行法规范的后果和法律效力。在此之前,本报告将简要概述委员会在第六十八届会议上审议该专题的情况。

## 二. 以往审议本专题的情况

### A. 委员会内的辩论

4. 在第二次报告中,特别报告员提出了六项结论草案。<sup>8</sup> 关于识别强行法规范的结论草案依据是《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)第五十三条。根据在委员会第六十八届会议上的辩论,特别报告员还在该报告中提议将专题的名称从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。<sup>9</sup> 改名称的提议获得委员会成员的普遍欢迎。<sup>10</sup>

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

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

<sup>3</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>4</sup> 见大会2015年12月23日第70/236号决议,第7段。

<sup>5</sup> A/CN.4/693。

<sup>6</sup> 见委员会第六十八届会议工作报告,《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>7</sup> A/CN.4/706。

<sup>8</sup> 同上,第91段。

<sup>9</sup> 同上,第90段。

<sup>10</sup> 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。但是西塞先生曾建议将专题的名称改为“国际法强制性规范的识别”(A/CN.4/SR.3373)。奥拉尔女士虽然同意改变名称,但称“一般国际法”一词不应理解为排除专门制度下的准则(同上)。

5. 特别报告员提议的结论草案 4 提出对识别某一规范为一般国际法的一项强制性规范的两项要求。该结论草案提议, 该规范首先必须是“一项一般国际法规范”, 第二“必须是由国家组成的整个国际社会公认并接受为不许减损的规范”。特别报告员提出的结论草案 5 力图详细说明什么是“一般国际法规范”。该条规定, 习惯国际法是“形成强行法规范的最常见依据”, 一般法律原则“也可作为强行法规范的基础”, 条约规则“可能反映一项能提升到强行法级别的一般国际法规范”。

6. 结论草案 6 试图强调的是, 作为一项一般国际法规范并不足以识别强行法, 还必须获得接受和确认。结论草案 7 试图描述由国家组成的整个国际社会的概念。该条除其他外指出, 在识别强行法规范方面重要的是各国的态度。该条指出, 国家以外其他行为体的态度虽“本身不构成接受和确认”, 但可有助于提供“背景和评估各国的态度”。最后, 该条强调“大多数国家”接受和确认就足够, “不要求所有国家都接受和确认”。

7. 特别报告员提出的结论草案 8 涉及对“接受和确认”要求的含义。该条草案区分了为识别强行法目的的“接受和确认”与为国际习惯法目的的“接受”和为一般法律原则目的的“确认”。最后, 结论草案 9 说明了可作为接受和确认不许减损性的证据的证据(和证据的权重), 包括条约、决议、国家发表的声明、法院的判决以及委员会的工作。

8. 报告和拟议结论草案获得委员会成员普遍好评。委员会报告中介绍了这次辩论, 此处无需全面说明。<sup>11</sup> 对特别报告员第二次报告中提出的结论草案的主要批评是结论草案有重复。因此大多数成员强调需要精简结论草案。<sup>12</sup> 起草委员会在很大程度上已做到了这一点。

9. 就实质内容而言, 一些委员提出, 结论草案 4 的第二个要素“接受和确认”不仅应包括“不许减损性”, 也应包括 1969 年《维也纳公约》第五十三条中规定的修改要素。<sup>13</sup> 关于结论草案 5, 有人质疑“一般国际法”的定义, 尤其是是否有必要对一般国际法作出更精炼的定义。<sup>14</sup> 还有人质疑了特别报告员的提议中隐含的明显的等级划分, 因为这似乎将习惯国际法置于一般法律原则和条约所定法之上。<sup>15</sup> 有许多委员认为, 条约所定法、特别是多边条约, 不仅可以反映而且

<sup>11</sup> 国际法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 162-210 段。

<sup>12</sup> 例如, 见贾洛先生(A/CN.4/SR.3372)、朴先生(A/CN.4/SR.3369)、墨菲先生(A/CN.4/SR.3370)、哈穆德先生(同上)、哈苏纳先生(同上)、诺尔特先生(同上)、莱赫托女士(A/CN.4/SR.3372)、鲁达·桑托拉里亚先生(同上)、赖尼施先生(同上)、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(A/CN.4/SR.3373)。

<sup>13</sup> 例如见墨菲先生(A/CN.4/SR.3369)、奥拉尔女士(A/CN.4/SR.3373)和莱赫托女士(A/CN.4/SR.3372)。但是, 源先生(A/CN.4/SR.3369)提出了一个三步方针: (一) 一般国际法的规范; (二) 不许减损的规范; (三) 由国家组成的整个国际社会接受并确认的规范。

<sup>14</sup> 例如, 见村濑先生(A/CN.4/SR.3369)和哈穆德先生(A/CN.4/SR.3370)。

<sup>15</sup> 例如, 见奥拉尔女士(A/CN.4/SR.3373)。

可以产生一般国际法强制性规范。<sup>16</sup> 有人特别提到,《联合国宪章》中的规范产生了强行法规范。<sup>17</sup> 另一些委员质疑结论草案中一般法律原则作为一般国际法强制性规范基础的地位。<sup>18</sup> 不过,特别报告员提出的结论草案 5 整体上得到了委员会成员的支持。

10. 委员会成员就结论草案 8 提出的主要问题涉及用“大多数国家”这一词语作为强行法所需接受和确认程度的标准。许多委员认为,这项要求应该更高,许多委员提议用“极大多数”。<sup>19</sup> 其他评论涉及在各国接受和确认方面使用“态度”一词。<sup>20</sup> 许多委员对第一次报告中讨论的问题提出了宝贵的评论意见,第二次报告中也对此作了简要论述。这些问题包括是否需要一份说明性清单<sup>21</sup> 的问题,以及强行法规范的核心特征问题。<sup>22</sup>

11. 所有结论草案均提交起草委员会。起草委员会在国际法委员会委员有益发言的基础上,得以暂时通过结论草案 2(一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质)、结论草案 4(一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准)、结论草案 5(一般国际法强制性规范(强行法)的依据)、结论草案 6(接受和确认)和结论草案 7(由国家构成的整个国际社会)。<sup>23</sup> 特别报告员已经表示他倾向于将这些结论草案留在起草委员会,因此没有将其提交全体会议。

## B. 大会第六委员会的辩论

12. 大多数国家继续表示支持委员会审议这一专题,但少数国家继续表示关切。<sup>24</sup> 一些代表团表示特别支持特别报告员、委员会和起草委员会采用的方法。<sup>25</sup> 在第

<sup>16</sup> 例如,见格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3370)和埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(A/CN.4/SR.3373)。然而,见哈穆德先生(A/CN.4/SR.3370)和迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3372)。

<sup>17</sup> 例如,见科洛德金先生(A/CN.4/SR.3372)和加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3373)。相反看法的例证见巴斯克斯-贝穆德斯先生(A/CN.4/SR.3372)、鲁达·桑托拉里亚先生(同上)和赖尼施先生(同上)。

<sup>18</sup> 例如,见村濑先生(A/CN.4/SR.3369)、斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3370)和墨菲先生(A/CN.4/SR.3369)。但是,见哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3370)。

<sup>19</sup> 例如,见村濑先生(A/CN.4/SR.3369)、拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3369)和格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3370)。

<sup>20</sup> 哈穆德先生(A/CN.4/SR.3370)、迈克尔·伍德爵士(摘要载于 A/CN.4/SR.3372)、格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3370)。

<sup>21</sup> 见委员会第六十六届会议工作报告(A/69/10),第 180 段。

<sup>22</sup> 同上,第 167-168 和 178 段。

<sup>23</sup> 起草委员会主席关于一般国际法强制性规范(强制法)的声明,2017 年 7 月 26 日,附件。

<sup>24</sup> 对这一专题表示支持的国家有:澳大利亚(A/C.6/72/SR.26)、白俄罗斯(同上)、克罗地亚(A/C.6/72/SR.20)、捷克共和国(A/C.6/72/SR.26)、丹麦代表芬兰、冰岛和瑞典(A/C.6/72/SR.25)、希腊(同上)、日本(A/C.6/72/SR.26)、葡萄牙(A/C.6/72/SR.25)、罗马尼亚(A/C.6/72/SR.26)、新加坡(A/C.6/72/SR.25)、斯洛伐克(A/C.6/72/SR.26)、斯洛文尼亚(A/C.6/72/SR.25)、南非(A/C.6/72/SR.24)、特立尼达和多巴哥代表加勒比共同体(A/C.6/72/SR.25)和联合王国(A/C.6/72/SR.26)。表示关切的国家有:法国(A/C.6/72/SR.25)、土耳其(A/C.6/72/SR.26)和美国(同上)。

<sup>25</sup> 例如见阿根廷(A/C.6/72/SR.26)、萨尔瓦多(同上)、罗马尼亚(同上)和斯洛伐克(同上)。

六委员会，一些国家讨论了起草委员会暂时通过的特定结论草案。一些国家表示沮丧的是，起草委员会通过的结论草案没有在报告中得到反映，指出这引起了混乱。<sup>26</sup> 这个问题应由委员会在工作方法问题工作组中处理。

13. 一些国家表示不同意起草委员会暂时通过的结论草案 2(特征)。<sup>27</sup> 例如，大不列颠和北爱尔兰联合王国虽然未必不同意内容，但认为加上这些特征并无助益，并指出这可能影响到 1969 年《维也纳公约》第五十三条中规定的识别强行法规范的标准。<sup>28</sup> 但其他国家表示赞赏和支持结论草案 2。<sup>29</sup> 新加坡指出，必须澄清特征与标准之间的准确关系，不妨在评注中加以说明。<sup>30</sup> 除了确定标准外，伊朗伊斯兰共和国认为还必须解决由谁来确定标准是否已经达到的问题。<sup>31</sup>

14. 大多数国家表示支持将 1969 年《维也纳公约》第五十三条作为识别强制性规范的标准的出发点。<sup>32</sup> 但是，联合王国更进一步，称第五十三条不仅应是起点，还应是终点。<sup>33</sup> 泰国则回顾，依赖第五十三条时也应考虑到 1969 年《维也纳公约》第三十一条所载解释规则。<sup>34</sup> 关于标准，大多数国家同意起草委员会确定的两个标准。然而，俄罗斯联邦建议再增加“不许减损”这个要素，作为识别强行法规范标准的一个鲜明要素。<sup>35</sup> 相反，伊朗伊斯兰共和国表示，不许减损是一种后果，而不是标准。<sup>36</sup> 希腊则提出应考虑纳入反映国际社会基本价值观的内容，将其作为第三项标准。<sup>37</sup> 联合王国则认为，“接受和确认”的要求是不够的，惯例也应发挥作用。<sup>38</sup> 对于“接受和确认”，斯洛伐克也建议需要加以澄清，<sup>39</sup> 而斯洛文尼亚则建议考虑默许。<sup>40</sup> 在这一点上，或许有必要回顾克罗地亚

<sup>26</sup> 例如，见奥地利(摘要载于 A/C.6/72/SR.25)。

<sup>27</sup> 见中国(A/C.6/72/SR.23)、法国(A/C.6/72/SR.25)、以色列(A/C.6/72/SR.26)、俄罗斯联邦(A/C.6/72/SR.19)、联合王国(A/C.6/72/SR.26)和美国(同上)。

<sup>28</sup> 联合王国(A/C.6/72/SR.26)。另见荷兰(同上)。

<sup>29</sup> 例如见阿根廷(A/C.6/72/SR.26)、奥地利(A/C.6/72/SR.25)、白俄罗斯(A/C.6/72/SR.26)、秘鲁(A/C.6/72/SR.25)、葡萄牙(同上)和斯洛文尼亚(摘要载于同上)。

<sup>30</sup> 新加坡(A/C.6/72/SR.25)。

<sup>31</sup> 伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>32</sup> 例如，见俄罗斯联邦(摘要载于 A/C.6/72/SR.19)、泰国(A/C.6/72/SR.26)、特立尼达和多巴哥代表加共体(A/C.6/72/SR.25)。

<sup>33</sup> 联合王国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>34</sup> 泰国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>35</sup> 俄罗斯联邦(A/C.6/72/SR.19)。

<sup>36</sup> 伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>37</sup> 希腊(A/C.6/72/SR.25)。

<sup>38</sup> 联合王国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>39</sup> 斯洛伐克(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>40</sup> 斯洛文尼亚(A/C.6/72/SR.25)。

亚提出的告诫，即该专题应考虑到委员会关于“习惯国际法的识别”专题工作的进展，如果增列入议程的话，还要考虑到“一般法律原则”专题的进展。<sup>41</sup>

15. 有一个吸引了大量讨论的议题涉及强行法的渊源问题。虽然绝大多数国家都认为习惯国际法是强制性规范最明显的依据，但对于其他渊源的作用存在不同意见。例如，捷克共和国和德国对其他渊源构成强制性规范基础的可能性表示怀疑。<sup>42</sup> 另一方面，有一种观点认为，所有三个渊源均构成强制性规范的基础。其他国家表示，除习惯国际法外，一般法律原则也可成为强制性规范的基础。<sup>43</sup> 还有人提出，条约规则也可构成强制性规范的基础(而不仅仅是反映强制性规范)。<sup>44</sup> 另一种意见是，一般原则可构成强制性规范基础的看法没有依据。<sup>45</sup> 以色列表示同意构成强制性规范基础的渊源与反映强制性规范的渊源之间存在区别。<sup>46</sup>

16. 各国还普遍同意，特别报告员提出的结论草案中“大多数”国家的标准是不充分的。因此，许多国家表示支持起草委员会暂时通过的“很大一部分”的标准。但是中国评论说，“很大一部分”的标准同“大多数”一样不精确。<sup>47</sup> 但其他国家支持采取更严格的标准。在这方面，罗马尼亚支持“很大一部分”的标准，称在实践中这意味着“准一致同意”。<sup>48</sup> 然而，有些国家告诫，不要使用可能暗示需要得到所有国家同意的措辞。<sup>49</sup> 无论如何，波兰正确地指出，“大多数”这个问题不仅应从数量角度看待，也要从那些国家的代表性特点角度来看。<sup>50</sup>

17. 区域强行法的问题是一个有待特别报告员下一次报告审议的专题，也被提出讨论。有人认为，区域强行法是没有可行性的。<sup>51</sup> 德国同意区域强行法在国际法中是不可能实现的，并认为最好根本不要讨论这一问题。<sup>52</sup> 关于本专题的范围，也有一些国家指出，委员会对本专题的审议应更广泛，不仅限于条约所定法。<sup>53</sup>

<sup>41</sup> 克罗地亚(A/C.6/72/SR.20)。

<sup>42</sup> 捷克共和国(A/C.6/72/SR.26)和德国(同上)。

<sup>43</sup> 克罗地亚(A/C.6/72/SR.24)。

<sup>44</sup> 白俄罗斯(A/C.6/72/SR.26)和俄罗斯联邦(A/C.6/72/SR.19)。然而，见西班牙(A/C.6/72/SR.25)。

<sup>45</sup> 中国(A/C.6/72/SR.23)、西班牙(A/C.6/72/SR.25)称条约仅仅是“反映”强行法规范，美国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>46</sup> 以色列(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>47</sup> 中国(A/C.6/72/SR.23)和德国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>48</sup> 罗马尼亚(A/C.6/72/SR.26)。另见俄罗斯联邦(A/C.6/72/SR.19)和联合王国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>49</sup> 斯洛文尼亚(A/C.6/72/SR.25)。

<sup>50</sup> 波兰(A/C.6/72/SR.24)。

<sup>51</sup> 例如见波兰(A/C.6/72/SR.24)。

<sup>52</sup> 德国(A/C.6/72/SR.26)。另见日本(同上)。

<sup>53</sup> 日本(A/C.6/72/SR.26)和荷兰(同上)。

18. 特别报告员提出的结论草案 9 中的材料也成为一些讨论的主题。斯洛文尼亚强调指出，这份清单并非详尽无遗。<sup>54</sup> 美国质疑将国际性法院和法庭的判决列入各国接受的证据的做法。<sup>55</sup> 许多国家继续讨论是否应包括一份说明性规范清单的问题。虽然一些国家支持一份说明性清单，但还有一些国家不支持。<sup>56</sup> 其他一些国家对于清单适宜性的关切则表达得更为含蓄。<sup>57</sup>

19. 特别报告员表示注意到大部分评论意见。其中一些意见可在评注中加以讨论。其他评论则可能在委员会今后的辩论的基础上或在起草委员会最后确定结论草案过程中，促成修改起草委员会暂时通过的结论草案。然而，应当强调指出，在委员会一读通过结论草案之前的某个阶段，这些评论意见将得到考虑。

### 三. 一般国际法强制性规范(强行法)的后果

#### A. 概述

20. 作为将该专题列入委员会工作方案依据的大纲指出，“审议强制法的效力 and 后果很可能是这项研究中最具挑战的部分……”。<sup>58</sup> 强行法的效力和后果被描述为不仅最具有挑战性，而且最重要。<sup>59</sup> Costelloe 将识别强行法的后果描述为‘比确定规范自身更大的奖品’。<sup>60</sup> 同样，Focarelli 注意到关于强行法的许多文献重点是其识别，但写道，“如果不确定这一特征涉及的具体法律效力，事实可能证明，今天了解某一规范具有强制性是毫无意义的。”<sup>61</sup> 为此，Kolb 将后果和效力问题描述为‘既微妙，又错综复杂，又重要’。<sup>62</sup>

<sup>54</sup> 斯洛文尼亚(A/C.6/72/SR.25)。另见智利(A/C.6/72/SR.23)。

<sup>55</sup> 美国(A/C.6/72/SR.26)。

<sup>56</sup> 不支持说明性清单的国家有：澳大利亚(A/C.6/72/SR.26)、德国(同上)、荷兰(同上)、波兰(A/C.6/72/SR.24)、俄罗斯联邦(A/C.6/72/SR.19)、西班牙(A/C.6/72/SR.25)、泰国(同上)和土耳其(A/C.6/72/SR.26)。支持说明性清单的国家有：奥地利(A/C.6/72/SR.25)、萨尔瓦多(A/C.6/72/SR.26)、日本(同上)、墨西哥(A/C.6/72/SR.25)、新西兰(A/C.6/72/SR.24)、葡萄牙(A/C.6/72/SR.25)和斯洛文尼亚(同上)。

<sup>57</sup> 例如，以色列(A/C.6/72/SR.26)指出，在确定标准和后果之前起草一份清单为时尚早；新加坡认为，这是否是一个好的想法将取决于所采用的方法(同上)；俄罗斯联邦(A/C.6/72/SR.19)则说这个问题应该谨慎对待。

<sup>58</sup> 委员会第六十六届会议工作报告(A/69/10)，附件，第 17 段。另见 Ulf Linderfalk, “Understanding the jus cogens debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 51-84, at p. 53.

<sup>59</sup> 荷兰(摘要载于 A/C.6/72/SR.26)。

<sup>60</sup> Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017), p. 15。另见 Elizabeth Santalla Vargas, “In quest of the practical value of jus cogens norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 211-239。

<sup>61</sup> Carlo Focarelli, “Promotional jus cogens: a critical appraisal of jus cogens’ legal effects’ (2008), *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), pp. 429-459, at p. 440 补充说：“今天了解某一规范为强制性规范似乎并不充分；具有最终决定意义的是它带来了什么样的特别效力”。

<sup>62</sup> Robert Kolb, *Peremptory international law-jus cogens: a general inventory* (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), p. 104.

21. 如果考虑到强行法的后果在实践中的匮乏，后果问题的重要性和复杂性就更加显著。<sup>63</sup> 人们常常认为，虽然法院和法庭都提及强行法，甚至指明了一些符合强行法资格的规范，但指明具体法律后果的情况很少。<sup>64</sup> 特别报告员充分注意到这一点，但认为，委员会评估国际法强制性规范法律后果的做法应当遵循特别报告员第一次报告所概述的相同做法：

委员会应该继续采用综合审议各种材料和渊源的既定做法。按照惯例，委员会通过彻底分析各种形式的国家惯例、司法实践、文献和其他任何相关材料处理其专题。<sup>65</sup>

22. 有关后果的另一方法问题涉及强行法标准与后果之间的关系。有些学者坚持认为，指明后果比识别一个规范为强行法规范更重要，其中一些人认为，是后果使一项规范具有强制性。<sup>66</sup> 换言之，要确定某一规范是否为强行法规范，适用某些事先确定的理论标准是不够的。相反，必须指明该特定规范产生的后果，并确定这些后果是否涉及“不可减损性”，然后才意味着该规范是强行法。<sup>67</sup> 然而，正如特别报告员第二次报告所表明的那样，认定某一规范具备强制法资格存在着

<sup>63</sup> 例如见德国(A/C.6/72/SR.26)、荷兰(同上)和美国(同上)。

<sup>64</sup> Dinah Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 23-50, at p. 35 (“关于两种功能的国家惯例或判例寥寥无几：实际功能似乎更类似于夏洛克·福尔摩斯的作用，是一个重要但具有象征意义的社会价值观表达或宣告”)；Louis J. Kotzé, “Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental jus cogens norms”, *ibid.*, pp. 241-272, at p. 246；Stefan Kadelbach, “Genesis, function and identification of jus cogens norms”, *ibid.*, pp. 147-172, at p. 165 (“虽然[1969年《维也纳条约法公约》]和[《国家对国际不法行为的责任条款》]的起草专家心中清晰地预想到在实践中的后果，但法院采用了一个相当抽象的强制性规范概念，没有阐明具体法律效力。”)；Thomas Kleinlein, “Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *ibid.*, pp. 173 - 210, at p. 175 (“强行法的等级地位令人不安的不确定性可以说反映于这样一个事实，即在法院成功援引强行法解决规范冲突的情况实际上是非常罕见的”)。但是，见 Sévrine Knuchel, “Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms” (Zurich, Schulthess, 2015), p. 3, 其中列出了实践已确认强行法效力的若干领域。

<sup>65</sup> A/CN.4/693, 第14段。

<sup>66</sup> 例如见 Stefan Kadelbach, “Jus cogens, obligations erga omnes and other rules - the identification of fundamental norms”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, eds. (Leiden and Boston, Martin Nijhoff, 2006), p. 29. 另见 Kleinlein, “Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (上文脚注 64), p. 176 (“[1969年《维也纳条约法公约》]第五十三条第二句规定的强制性规范定义将不许减损作为其特殊地位的决定性因素”)。

<sup>67</sup> Kolb, *Peremptory international law-jus cogens* (见上文脚注 62), 第2页(“强制法是由所涉规范的某项特质，即不许减损这一法律事实来定义的”)和第39-40页，称正确的做法是在定义强制法时“注重其后果”，而不是“实质内容”。Kolb称，委员会已经通过不“注明哪些规范属于强行法或此类规范可根据什么样的实质性标准来界定”(同上，第39页)，采用了这一做法。另见 Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(见上文脚注 60), 第15页(“国际法中某些主要规范的实质内容当然促成了强制性规范概念的发展，但从严格的法律角度来看，规范正是通过其后果才能以与其他国际法律规范不同的方式得到展示。在实践中，当不可能指出使一项‘强制性规范’有别于其它国际法律规范的特定后果时……就难以看出该术语所描述的是哪个法律特征，如果有法律特征的话。”)。

特殊标准。<sup>68</sup> 这种做法符合 1969 年《维也纳公约》第五十三条和惯例。一旦某一规范符合这些标准，就会产生特定后果。本报告的目的是查明这些后果。

23. 特别报告员在这里暂停一下，以回顾头两份报告表达的一种情绪，即他的做法是避免理论辩论。因此，大部分关于强行法后果的辩论似乎侧重于应当采用狭义还是广义的办法来对待强行法的后果。<sup>69</sup> 采用广义还是狭义办法的选择往往是出于政策考虑。<sup>70</sup> Knuchel 将现代学者的趋势概括如下：

学术文献描绘的强行法效力令人困惑：纵览各类观点，在其一端，强行法被否认具有任何特别的法律效力，而在另一端，强行法又似乎是一种‘万能’规范。<sup>71</sup>

24. 在本报告中，特别报告员既没有采用狭义做法，也没有采用广义做法，也没有试图在这两种方法之间居中调和。相反，特别报告员采取与上一次报告中提出的办法一致的办法，试图利用委员会的传统方法和材料查明强行法的后果。

25. 就结构而言，有许多方法可用于评估国际法中强行法的效力。我们可以通过渊源评估强行法的效力，即：条约所定法、习惯国际法、一般法律原则和单边行为。还可以根据功能评估强行法的后果，例如：促进问责的功能、解决国际法规则之间相抵触的功能、宣布无效的功能或宣示功能。<sup>72</sup> 还可以通过分析作为强

<sup>68</sup> 见 A/CN.4/706。另见起草委员会主席关于一般国际法强制性规范(强制法)的声明，2017 年 7 月 26 日，附件。

<sup>69</sup> 有关讨论见 Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, “Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 3-22, p. 4, 其中指出，对一些人而言，“强行法不过是魔术师挥舞魔杖高声念出的咒语，可以终结一切讨论。”特别是，见 Alexander Orakhelashvili, “Audience and authority-The merit of the doctrine of jus cogens”, *ibid.*, pp. 115 - 146, at p. 117(“因所属听众群体的不同，人们对强行法的看法大相径庭：要么认为强行法具有广泛的透明后果，可确保提高问责，要么认为强行法范围很窄，有意避免对更适于通过高层政治和外交处理的事项进行任何重大司法介入”)和第 118 页(“因此，‘狭义’强制法观的支持者目前与几十年前否定强制法的人占据着相同的一小块理论阵地”)。另见 Gennady Danilenko, *Law-making in the International Community* (Dordrecht, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1993), p. 212(“事态发展表明，国际社会希望在更广泛的情况下依靠强行法”)；Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press), 2014, p. 144。

<sup>70</sup> Thomas Giegerich, “Do damages claims arising from jus cogens violations override State immunity from the jurisdiction of foreign courts?”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat and Thouvenin (见上文脚注 66), 第 205 页。

<sup>71</sup> Knuchel, “Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms” (见上文脚注 64), 第 4 页。另见 Christian Tomuschat “Reconceptualizing the debate on jus cogens and obligations erga omnes-concluding observations”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat and Thouvenin (见上文脚注 66), 第 426 页。另见 Jean d’Aspremont, “Jus cogens as a social construct without pedigree” *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 85 - 114, p. 94(“确实，由于强行法，国际法学者感到其系统性和道德自治的法律秩序大有可为。正因如此，他们逐渐认为，强行法传统的法律效力太小，受到太多局限。由于强行法，据称系统性和道德自治的国际法律秩序仍然是一个‘未完成的革命’，使国际法学者们渴望利用其不可抗拒的力量来完成这一事业。”)。另见 Focarelli, “Promotional jus cogens”(上文脚注 61), 第 440 页(“法院和学者们逐步认定，强行法必须带来实际上无限制的‘凌驾性’效力，甚至是‘宪法性’效力。”)。

<sup>72</sup> Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens” (见上文脚注 64), 第 35 页起。另见 Kadelbach, “Genesis, function and identification of jus cogens norms” (上文脚注 64), 第 161 起。

行法主要后果的‘可减损性’含义来评估强制法的后果。<sup>73</sup> 还可以从国际法不同主题的角度研究强制法的后果，如人权、豁免法、环境法、和平与安全等。

26. 肯定还有其他可能的办法，这些不同的系统性方法各有其优劣之处。因此，特别报告员决定不采用任何一种特定的系统性方法，而是侧重于最经常被确定的强行法的可能后果。这可包括与条约有关的强行法后果和与国家责任有关的强制法后果。

27. 然而，还有其他已被指明的效力应予以考虑。关于违反国际刑法的个人刑事责任的强行法效力也经常提出。此外，强行法对习惯国际法和安全理事会决议所生后果，也应予以考虑。

28. 在过去的两次辩论中，在国际法委员会和第六委员会中，特别报告员提议的核心特征一直是某些讨论的主题，并已被纳入起草委员会暂时通过的结论草案 2。委员会一些委员和一些国家提出的问题之一是，这些特征是后果，因此应当在后果中处理。特别报告员一贯认为，这些特征本身产生后果。例如，等级优先的后果之一是产生使国际法其他规范失效的效力。这一可能的后果可以在强行法对条约或习惯国际法所生后果等主题下进行评估。本报告将在适当的场合结合具体后果提及有关特征。

29. 本章的下一节(B 节)将讨论强行法对条约所生后果。C 节将讨论强行法对国家责任所生后果，随后 D 节探讨强行法的其他后果，包括对个人刑事责任所生效力、对其他渊源所生后果和对国际争端解决所生后果。

## B. 一般国际法强制性规范(强行法)的后果

### 1. 条约因与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效

30. 与一项规范的强行法地位最具等同性的法律后果是条约之无效。<sup>74</sup> 对一些人而言，这是一项规范的强行法地位的首要，或者甚至是唯一后果。<sup>75</sup> 对其他人而言，鉴于条约因不符合强行法规范而无效的惯例很少，因此有必要提出以下问

<sup>73</sup> 一般见 Kolb, *Peremptory international law-jus cogens* (上文脚注 62)。

<sup>74</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community*(见上文脚注 69), 第 212 页(“正如与条约法有关的编纂过程所最初设想的那样，强行法的概念只适用于条约关系。其主要功能……是使违反被确认为‘更高级’法律的社会基本规则的双边和多边协定无效)。另见 Kleinlein, “Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (上文脚注 66), 第 181 页。

<sup>75</sup> 大致内容见 Kyoji Kawasaki, “A brief note on the legal effects of jus cogens in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), pp. 27-43, and Den Heijer and Van der Wilt, “Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law” (上文脚注 69), 第 7 页。另见 Thirlway, *The Sources of International Law*(上文脚注 69), 第 145 页(“根据《维也纳公约》第五十三条，强行法规范性质的重要性就在于使旨在与规范抵触或逃避该规范的任何协定失效。学者们难免倾向于为这一概念赋予更广泛的影响，因为……强行法……[将获得]尽可能最大的影响力”)。参看 Antonio Cassese, “For an enhanced role of jus cogens”, in *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Antonio Cassese, ed., (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 158(“此外，迄今为止，无人反对以下看法，即强行法已经或可能对缔约之外的国际法特定领域(例如国家的承认、对条约的保留、管辖豁免等)产生影响”)。

题，即条约因强行法而无效这种后果是否可能已成为一纸空文式的法律。<sup>76</sup>当然，这样说也许言过其实，因为某些学者指出了援引条约与强行法抵触而无效的案件。<sup>77</sup>甚至有人提出，《非洲人权和民族权宪章》和《阿拉伯人权宪章》因与自决的强行法规范相抵触而无效。<sup>78</sup>

31. 多年来，许多国家提及了它们认为因不符合强行法规范而无效的条约。<sup>79</sup>就目前而言，这些条约是否的确与强行法规范不符并不重要。就本报告目的而言，重要的是特定条约因不符合强行法而无效这种看法。在东帝汶案中，澳大利亚在探讨葡萄牙的论点所涉及的问题时指出，如果法院接受葡萄牙的意见，即自决权是强行法规范，并随后认定《帝汶沟条约》<sup>80</sup>与自决权有抵触，“那么，该条约将因此而无效”。<sup>81</sup>美国也表示，《苏联和阿富汗友好条约》<sup>82</sup>可能因与强行法

<sup>76</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (见上文脚注 60), 第 55 页(“[1969 年《维也纳公约》]的相关规定范围很窄，它们是否还有太大的意义或者说……目前基本上是一纸空文这个问题是有道理的”); Hilary Charlesworth and Christine Chinkin, “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), pp. 63-76, at pp.65-66(“尽管早期有人担心纳入[1969 年《维也纳公约》]第五十三条[将颠覆约定必须遵守原则, 从而破坏条约义务带来的确定性, 但是强行法原则在此背景下被援引的情况较为罕见。因此, 该原则对条约运作几乎没有实际影响”); Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms” (见上文脚注 64), 第 161 页(“因条约载有非法主题事项而产生直接冲突是理论上的情况”)。参看 Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*” (见上文脚注 75), 第 159-160 页(“我们是否应该得出结论认为, 因此通常被称为是 1969 年《维也纳公约》取得的一项重大进展的内容[……]实际上多年来已被证明是一个彻底的失败?”)。

<sup>77</sup> 例如见, Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*” (上文脚注 64), 第 36 页; Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms” (上文脚注 64), 第 152 页。关于这些问题的讨论, 参看 Knuchel, *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*(上文脚注 64), 第 141 页。

<sup>78</sup> Robert P. Barnidge, “Anti-Zionism, *jus cogens*, and international law: the case of the Banjul Charter and the Arab Charter”, *Journal of the Middle East and Africa*(即将出版)。

<sup>79</sup> 荷兰(A/C.6/SR.781), 第 2 段(关于强行法问题, “1938 年 9 月 29 日在慕尼黑签署的有关苏台德德国领土的协定是极少数被视为违反国际公共秩序的条约的一个例子”)。塞浦路斯, (A/C.6/SR.783), 第 18 段, 列举了就与强制性规范, 即禁止使用武力相抵触而无效作出了一些条约(“《国际联盟盟约》、《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(称为《白里安-凯洛格条约》); 《纽伦堡法庭宪章》; 审判远东主要战争罪犯的《国际军事法庭宪章》以及最近的《联合国宪章》第二条第四项使以下内容成为当代国际法中的现行法, 即通过非法使用武力缔结的条约自始无效)。另见以色列(A/C.6/SR.784), 第 8 段。

<sup>80</sup> 澳大利亚和印度尼西亚共和国关于印度尼西亚东帝汶省和北澳大利亚之间的一个地区的合作区的条约。

<sup>81</sup> 东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚), 澳大利亚辩诉状, 1992 年 6 月 1 日, 第 223 段。

<sup>82</sup> 《阿富汗与苏维埃社会主义共和国联盟友好、睦邻与合作条约》。

规范相抵触而无效。<sup>83</sup> 大会本身已确定，与自决原则相抵触的协议无效。<sup>84</sup> 例如，大会决定，《戴维营协议》<sup>85</sup> 与自决权冲突之处无效。<sup>86</sup> 尽管大会未提及强行法，但提出的无效理由是自决权这一强行法规范。<sup>87</sup> 还有一些法院的裁判考虑了条约因不符合强行法规范而无效的问题。在检察官诉泰勒案中，塞拉利昂问题特别法庭必须确定法庭自身《规约》中取消豁免的规定是否无效。<sup>88</sup> 法庭认为，鉴于此项规定“不与任何一般国际法强制性规范相抵触”，因此法庭“……必须[予以]认定”。<sup>89</sup> 同样，在著名的 *Aloeboetoe* 诉苏里南案中，所依据的是荷兰与萨拉马卡人社区之间缔结的一项协定。<sup>90</sup> 法院指出，根据该条约，萨拉马卡人承诺抓获逃脱的奴隶并使其重新为奴。<sup>91</sup> 有鉴于此，法院认为，该条约“无效，因为它与新的强行法规范相抵触。”<sup>92</sup>

32. 无论如何，即使在缺乏惯例的情况下，条约无效也是一项规范的强行法地位最明显、因此也是最无争议的后果。这种后果既是规范的强行法地位等级优先产生的结果，也是其等级优先的体现。与此同时，无效是一个意义深远的后果，因其触及到国际法一个基本且根本要素的核心，即约定必须遵守。<sup>93</sup> 这种后果极

<sup>83</sup> 见 1979 年 12 月 29 日美国国务院法律顾问 Roberts B. Owen 给国务院代理国务卿 Warren Christopher 的备忘录，载于 *Digest of United States Practice in International Law*, 第 2 章, 第 4 段, 转载于 Marian L. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), pp. 418-432, at p. 419 (“苏联与阿富汗之间的条约是否……有效也不清楚。如果它实际上确实有助于支持苏联在阿富汗进行的所涉类型的干预, 那么根据当代国际法原则它就是无效的, 因为它与《维也纳公约》所述的‘一般国际法强制性规范’……, 即《宪章》第二条第四项所载规范相抵触”)。

<sup>84</sup> 例如, 见大会 1979 年 11 月 29 日第 34/65 B 号决议, 第 2 段。另见大会 1981 年 11 月 24 日第 36/51 号决议和大会 1984 年 12 月 5 日第 39/42 号决议, 这两项决议都促请各国终止有关纳米比亚的投资协定并宣布这些协定为非法。

<sup>85</sup> 1978 年 9 月 17 日在华盛顿特区签署的戴维营协议达成的中东和平框架。

<sup>86</sup> 大会 1978 年 12 月 7 日第 33/28 A 号决议。该决议第 2 段重申, 必须以“实现巴勒斯坦人民不可剥夺的权利, 包括……并在巴勒斯坦实现国家独立和主权的权利”为基础实现任何解决中东冲突的解决, 第 4 段宣布“旨在解决巴勒斯坦问题的协定”, 只有以这种权利为基础“才能生效”。

<sup>87</sup> Giorgio Gaja, “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1981-III, vol. 172, pp. 271-316, at p. 282 (“与强行法抵触是协定被宣布无效的最可能的原因”)。

<sup>88</sup> 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案, 2004 年 5 月 31 日塞拉利昂问题特别法庭的裁定书, 案件号 SCSL-2003-01-I, 上诉法庭, 塞拉利昂问题特别法庭, 第 53 段。另见检察官诉 Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara, 关于对管辖权提出质疑的裁定书: 洛美协定大赦, 2004 年 3 月 13, 案件号 SCSL-2004-15-AR72(E) 和 SCSL-2004-16-AR72(E), 上诉法庭, 塞拉利昂问题特别法庭。

<sup>89</sup> 检察官诉泰勒案, 裁定书(见上文脚注), 第 53 段。

<sup>90</sup> *Aloeboetoe* 及其他人诉苏里南(赔偿和费用)案, 1993 年 9 月 10 日美洲人权法院判决书, C 辑, 第 15 号。

<sup>91</sup> 同上, 第 57 段。

<sup>92</sup> 同上。

<sup>93</sup> 例如, 见 Christian Tomuschat, “The Security Council and jus cogens” in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus cogens* (Rome, Sapienza, 2015), p. 17 (“因此危及到条约的‘神圣性’”)。Christos L. Rozakis, “The conditions of validity of international agreements”, *Revue Hell*

大地限制了国家在缔结条约，乃至造法方面的权威。<sup>94</sup> 正如特别报告员第一次报告所述，虽然在联合国条约法会议(以下简称“维也纳会议”)期间几乎所有国家都支持强行法的概念，但是一些国家对这一概念给约定必须遵守原则和条约关系稳定性带来的威胁感到关切。<sup>95</sup>

33. 1969年《维也纳公约》第五十三条和第六十四条对条约无效这一后果做出了规定。<sup>96</sup> 第五十三条规定如下：

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

34. 特别报告员的第一次报告介绍了该条款在委员会工作中以及在维也纳会议期间的演变，此处不再重复，除非在有必要强调无效后果的某一特定层面之时。<sup>97</sup> 如第二次报告所述，该条款第二句提供了强行法的定义，从中得以确定识别强行法规范的标准。<sup>98</sup> 第五十三条第一句将条约无效这一后果设定为不许减损的一种形式。换言之，强行法地位的主要后果是不许减损，而无效是不可减损性的一种表现。第五十三条规定，条约在缔结时与强制性规范抵触者，自始就绝对无效。

35. 文献中未对“抵触”一词给予太多关注。<sup>99</sup> 有关1969年《维也纳公约》第五十三条内涵中的“抵触”一词含义的惯例也很少。该词的通常含义是指不可调和的分歧或相互排斥的冲突。<sup>100</sup> 因此，如果一项条约旨在通过订约来解除强行法所规定的义务、或旨在允许(或要求)从事违反强行法规范的行为，那么就可以

---

énique de Droit International, vol. 26/27(1973-1974), p. 226, at p. 248, 将第五十三条规定的因强行法而无效的情况称为“无效的革命性理由”。另见 Georg Schwarzenberger, “International jus cogens?”, Texas Law Review, vol. 43(1964-1965), pp. 455-478, at pp. 459-460.

<sup>94</sup> Tomuschat, “The Security Council and jus cogens” (见上文脚注), 第 26 页(“[这]正是强行法最初意义的……目标, 即剥夺各国……因其彼此承诺的不良性质而滥用其权力的权利。就原则而言, 这等同于明确地使国家的缔约权降级”)。见 Charlesworth and Chinkin “The gender of jus cogens” (上文脚注 76), 第 65-66 页(“因此, 各国缔结条约的自由受到国际社会基本价值观的限制。尽管有人担心列入这项规定将破坏约定必须遵守原则, 并可能动摇条约义务带来的确定性, 但是强行法原则很少被援引”)。

<sup>95</sup> A/CN.4/693, 第 36 段。

<sup>96</sup> 虽然将提及 1969 年《维也纳公约》, 但是《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986 年)逐字转载了相同案文。

<sup>97</sup> A/CN.4/693, 第 28-37 段。

<sup>98</sup> 见 A/CN.4/706, 第 36-37 段。但另见上文脚注 72 和 73 所载著作, 其中指出后果(不许减损)也构成标准。

<sup>99</sup> 但是, 见 Costelloe, Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law(见上文脚注 60), 第 67 页起。

<sup>100</sup> 见特别报告员菲茨莫里斯先生关于条约法的第三次报告, 《1958 年……年鉴》, 第二卷, A/CN.4/115 号文件, 第 26 页(“因此, 只有在条约偏离或抵触国际法中具有强行法性质的绝对或必要规则或禁止规定时, 才产生无效的原因”)。

说条约与强行法规范相抵触。<sup>101</sup> 从这个角度来看，与强行法规范“抵触”就等于(不可允许的)减损。

36. 1969年《维也纳公约》第六十四条也做出了有关因强制性规范而无效的规定，指出如“遇有新一般国际法强制规律产生时，任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止”。第六十四条就以下情况做出规定，即条约在缔结时不与强制性规范相抵触，但是一项新的强制性规范产生，导致随后产生冲突。第六十四条的措辞(“成为无效而终止”)明确指出，条约不是自始就无效，而是在强制性规范产生之时成为无效。<sup>102</sup> 委员会在其1966年条约法条款草案中也明确指出，与第50条条款草案(后成为1969年《维也纳公约》第五十三条)相比，第61条条款草案(后成为《公约》第六十四条)没有(具追溯性地)使条约自缔结时即无效的效力。<sup>103</sup>

37. 第五十三条的案文明确，清楚地说明缔结时不符合强行法规范的条约整体无效。第五十三条未受到任何限定：例如，其中未规定与强行法抵触的“条约规定”无效，也没有规定条约“与强行法抵触之处”无效。换言之，因不符合强行法而无效的条约规定与条约不可分离。对第五十三条这种明显含义的解读得到1969年《维也纳公约》其他条款的支持。《公约》就存在失效、终止、退出或停止理由时条约规定分离的可能性做出了笼统规定。<sup>104</sup> “可分离”的这种一般可能性对第五十三条不适用。<sup>105</sup> 尽管 Shelton 似乎指出，第五十三条暗含着可分离性，但她几乎未提供理由。<sup>106</sup> 她指出，“例如，因[安全理事会]的一项行动被视为违反强行法而宣布整个[《联合国宪章》]无效，似乎完全没有道理”。<sup>107</sup> 但是这一主张忽略了重要的一点。安全理事会所采取的违反强行法的行动并未质疑《宪章》，而只是在质疑安全理事会的相关决议。

<sup>101</sup> Cannizzaro, “A higher law for treaties?” in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 428.

<sup>102</sup> 可与《维也纳公约》第五十三条进行对比，该条指出条约无效。

<sup>103</sup> 见条约法条款草案第50条的评注第(6)段，《1966年……年鉴》，第二卷，第177页，见第248-249页(第50条条款草案“须结合第六十一条(强行法新规则的产生)来解读，并且委员会认为，毫无疑问本条具有追溯力。它涉及的是由于条约规定与已经存在的强行法现有规则抵触，因此条约在缔结时无效的情况。条约因其实际缔结与一般国际法强制性规范抵触而整体无效……另一方面，第六十一条所涉情况是，一项条约在缔结时有效，因其规定与嗣后拟定的一项强行法新规则抵触而成为无效并终止。“成为无效并终止”的措辞极为清楚地说明，委员会认为，新的强行法规则的出现对条约效力将不具追溯力。无效仅是从拟定新的强行法规则之时起产生效力)。

<sup>104</sup> 1969年《维也纳公约》第四十四条。

<sup>105</sup> 1969年《维也纳公约》第四十四条第五款(“在第五十一条、第五十二条及第五十三条所称之情形下，条约之规定一概不许分离”)。

<sup>106</sup> Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens” (见上文脚注64)，第36-37页。

<sup>107</sup> 同上，第36页。

38. 此外，为 1966 年条约法条款通过做准备的一些委员认为，即便是在因不符合强行法而无效的情况下，也必须允许可分离性。<sup>108</sup> 但是，委员会最终决定，强行法规范“之性质如此重要，在各方缔结了”与现有强行法规范抵触“的一项条约时，条约必须被视为整体无效。”<sup>109</sup> 委员会认为，各方始终可以“自己修订条约”，并以这种方式来达到可分离的结果。<sup>110</sup>

39. 同第五十三条一样，关于在条约缔结之后产生的新强制性规范的第六十四条并未规定与强行法规范抵触的条约“规定”无效，也没有规定条约只是其无效的部分无效。第六十四条规定条约无效，这可以被理解为是暗示与第五十三条一样，强行法新规范产生之后的条约无效对整个条约都适用。但是，第四十四条第五款未将第六十四条作为“条约之规定一概不许分离”的条款列入，亦即对第六十四条而言，分离是有可能的。委员会条约法条款草案第 61 条草案评注证明这种理解是正确的。委员会指出在缔结时不符合强行法的条约不可分离，但是“认为”与新的强行法规范相抵触的条约“适用不同的考虑”。<sup>111</sup> 委员会认为，在这种情况下，如“有适当理由认为这些规定可与条约其余部分分离，条约其余部分应被视为依然有效。”<sup>112</sup> 一项规定是否可被视为可“适当”分离，可通过适用 1969 年《维也纳公约》第四十四条来确定。根据第四十四条，下列情形之下一项规定可以分离：

- (a) 在适用上可与条约其余部分分离；
- (b) 该规定之接受并非缔结条约之必要根据；
- (c) 条约其余部分之继续实施不致有失公平。

40. 条约(或者在可分离的情况下，则是条约规定)无效是不符合强行法规范的结果。但是，条约(或条约规定)无效也是其自身带来的后果。1969 年《维也纳公约》第六十九条规定了条约失效之一般后果。但是，也列出了因不符合强行法规范而失效的具体后果。

41. 对于在缔结时即与强行法不符，因此自始就无效的条约，其后果应该是相当直接了当的。鉴于未缔结条约——自始无效之实质——因此不得以条约规定为依据。尽管如此，可能一秉诚意地依据该无效条约采取了行动，并产生了特定后果。1969 年《维也纳公约》第七十一条规定，条约依第五十三条规定无效者，“依据”

<sup>108</sup> 见条约法条款草案第 41 条的评注第(8)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 177 页，见第 239 页(“一些成员认为，规定因条约一部分——而且是一小部分——与强行法规则抵触而使整个条约无效的做法不可取”)。

<sup>109</sup> 同上。

<sup>110</sup> 同上。(“在这种情况下，当事方可以自己修订条约，以便使之与法律相符；如果它们不这样做，法律必须载有使整个条约无效这种制裁办法”)。

<sup>111</sup> 条约法条款结论草案第 61 条第(3)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 177 页，见第 261 页。

<sup>112</sup> 同上。

与强行法相抵触之条约规定“所实施行为之后果”应予消除。<sup>113</sup> 首先应指出，第七十一条第一款(a)项仅要求消除“依据与任何强制规律相抵触之规定”所实施行为之后果。换言之，没有义务“消除”依据不与强行法相抵触之规定所实施行为之后果。因此，尽管整个条约可能无效，依据本身不与强行法相抵触之规定所实施的某些行为可予以承认。其次，该项要求是“尽量消除”<sup>114</sup> 依据无效条约规定所实施行为之后果；亦即承认行为的某些后果很有可能依然存在，即可能无法消除全部后果。

42. 与随后产生的强行法规范相抵触的条约或条约规定无效这种后果较复杂一些。首先，鉴于自条约缔结至新强制性规范产生之间的条约效力依然不受影响，因此，在强行法产生之前依据无效条约或条约规定实施的行为应该依然有效。大概是不可要求予以消除。1969年《维也纳公约》第七十一条第二款涉及因强行法新规范产生而无效的后果。第七十一条第二款(b)项规定，条约(或条约规定)依第六十四条而终止之情形，“不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势”。因此，对于自条约缔结至强行法规范产生这段时间，第七十一条承认条约(或条约规定)的效力及其后果。但是，在强行法规范产生之后，此等权利、义务或情势之保持“仅以与”国际法“新强制规律不相抵触者为限”。这一立场与第五十三条(条约在缔结时与强行法相抵触)所规定无效的立场形成鲜明对比。就第五十三条而言，经由实施条约所确立的任何权利、义务和情势根本不予承认，无论此种权利、义务或法律情势本身是否符合强行法。

43. “经由实施”条约(因新的强制性规范产生而嗣后无效)“而产生”之任何权利、义务或法律情势，只要本身不违反强行法，则继续得到承认，但条约本身规定的义务不再具约束力。<sup>115</sup> 毋庸置疑，在条约规定可分离的情况下，条约其余条款规定的义务将继续适用。

44. 就其实质内容而言，强行法与条约无效有关的后果可概述如下：

(a) 条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触者无效。这样一项条约不产生任何权利或义务；

(b) 若与条约缔结之后产生的新的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，现有条约即成为无效而终止。条约当事国继续履行条约之义务解除；

(c) 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，条约任何一部分均不可分离或分割；

(d) 因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而成为无效的条约整体终止，除非：

<sup>113</sup> 1969年《维也纳公约》第七十一条第一款(a)项。

<sup>114</sup> 着重部分由作者标明。

<sup>115</sup> 《维也纳公约》第七十一条第二款(a)项规定，第六十四条规定的条约终止“解除当事国继续履行条约之义务”。

(一) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条款就其适用而言, 可与条约的其余部分分隔;

(二) 与一般国际法强制性规范(强行法) 抵触的条款不构成同意该条约的必要基础;

(三) 该条约其余部分继续施行不致有失公正;

(e) 因在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的条约缔约方有消除依据该条约实施的任何行为之后果的法律义务;

(f) 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, 除非此种权利、义务或法律情势本身与一般国际法强制性规范(强行法)抵触。

## 2. 条约因与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的程序

45. 第一份报告回顾, 在维也纳会议期间, 各国普遍支持强行法, 如果说存在对第五十三条和六十四条的关切, 其原因是人们担心使条约无效的权利可能会被单方面援引第五十三条和六十四条的国家滥用, 从而危及条约关系的稳定。<sup>116</sup> 为了应对这一关切, 1969年《维也纳公约》规定, 以第五十三条和第六十四条为依据行事, 须受到包含司法解决争端程序的进程的制约。<sup>117</sup> 至于《公约》所确定的程序是否为习惯国际法, 最多也只能说是不明确。不过, 即使单方面使条约关系无效问题的敏感性导致这些规定不是习惯国际法, 特别报告员依然认为, 在目前的结论草案中做出类似的保障规定是适宜的。

46. 1969年《维也纳公约》第六十五条规定了条约失效、终止、退出条约或停止施行条约的一般程序。简而言之, 第六十五条规定, 除其他外, 寻求使条约无效的当事国必须通知其他当事国, 同时规定了具体的通知期限; 在该期间届满之后若无异议, 即无效。如有异议, 第六十五条还就友好解决争端做出了规定。但是第六十五条并未具体说明, 在表示反对的当事国与发出通知的当事国之间无法找到此种解决办法之时, 此事将如何解决。

47. 若未能根据第六十五条获得友好解决, 第六十六条规定了两种不同的程序。其中第一个程序适用于不涉及强行法的情况, 《公约》附件就其细节做出了规定, 包括由联合国秘书长设立的一个和解委员会。<sup>118</sup> 归根结底, 该程序也是一个友好解决程序。<sup>119</sup> 对于以第五十三条为依据的无效或者以第六十四条为依据的无效而终止的情况, 《公约》规定了一个更为明确的争端解决程序。其中第六十六条(a)款规定, 倘若未能依第六十五条程序获得解决, “关于第五十三条或第六十四

<sup>116</sup> A/CN.4/693, 第36段(“因此, 尽管[就]强行法条款肯定进行了大量辩论并表达了一些关切, 但这主要涉及案文中所载规则的细节和适用, 而非规则本身”)。

<sup>117</sup> 同上。

<sup>118</sup> 见结合1969年《维也纳公约》附件解读的第六十六条(b)款。

<sup>119</sup> 见《维也纳公约》附件第四至六段。

条之适用或解释之争端之任一当事国得以请求书将争端提请国际法院……，但各当事国同意将争端提交公断者不在此限”。

48. 第一个初步要点是，有必要指出第六十六条(a)款并未规定无效的条件。<sup>120</sup> 第五十三条毫不含糊地明确指出，与强行法规范抵触的条约无效；第六十四条同样明确地指出，与新产生的强行法规范抵触的条约成为无效而终止。这些条款规定，与强行法抵触的条约绝对而且自动无效。第六十六条没有任何改变这种绝对和自动无效立场的规定。<sup>121</sup> 第六十六条(a)款规定的国际法院或仲裁法庭的裁判并未导致无效，而只是予以宣布或确认。<sup>122</sup> 有意见指出，“难以”按照第五十三条以“单方面声明”为依据来“提出条约无效的权威性主张”；虽然情况的确如此，但这不是强行法产生的后果所导致的。<sup>123</sup> 相反，这是没有强制裁断制度的分散法律体系造成的自动解释所引发的一个国际法普遍问题。在因诈欺或强迫而无效的情况下，同样存在这个问题。

49. 第二个初步要点是，鉴于第六十六条(a)款的案文提及“关于第五十三条或第六十四条之适用或解释之争端”，该条款似乎显然是限于强行法的某一具体层面，即条约失效。在这方面，应该结合《公约》第五编第四节、即失效之程序来解读第六十六条(a)款。因此，不能为了以下目的援引第六十六条(a)款，即为确定某项具体规范是否为强行法规范，或是为识别强行法的其他后果。对该条的这种狭义解读在刚果境内武装活动案中得到证实。<sup>124</sup> 刚果民主共和国在请求书中主张，1969年《维也纳公约》第六十六条(a)款确立了“法院解决因违反强制性规范而引发的争端的管辖权”。<sup>125</sup> 但是该争端并不涉及条约失效的狭义问题，因为刚果民主共和国并未主张某一特定条约因强行法而失效。但正是(失效)这一狭义问题才是第六十六条的主题。<sup>126</sup>

50. 第六十六条(a)款至少提出了两个问题。首先，在发生涉及条约效力的争端时，何方可诉诸国际法院并不明确。不是条约缔约国的第三国也可根据第六十六条(a)款诉诸法院吗？其次，可否在1969年《维也纳公约》范畴之外以第六十六条(a)

<sup>120</sup> 例如见维尼亚斯基法官在《联合国行政法庭所作赔偿裁定的影响》中的个人意见，1954年7月13日咨询意见，《1954年国际法院案例汇编》，第47页，见第65页（“以下观点在国际法中得不到支持，即只有在为无效相关规则目的确定了某种程序的情况下才能以该规则为依据……缺乏有条理的程序并未废除无效；而且以下观点并非理所当然，即除非有适当的法院予以确认，否则不可能存在无效”）。

<sup>121</sup> 但是，见 Gaja, “*Jus cogens beyond the Vienna Convention*” (上文脚注 87), 第 282 页(“与强制性规范相抵触并不会使一项条约无效，除非其中一方为此目的采取了行动” )。

<sup>122</sup> 参见 Merlin M. Magallona, “The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Philippine Law Journal*, vol. 51 (1976), 第 521-542 页, 见第 529 和 533 页。

<sup>123</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(见上文脚注 60), 第 76 页。

<sup>124</sup> 刚果境内的武装活动案(新申请: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达), 管辖权和受理、判决书,《2006 年国际法院案例汇编》, 第 6 页。

<sup>125</sup> 同上, 第 1 和 15 段(着重部分由作者标明)。

<sup>126</sup> 在这方面, 见卢旺达对刚果民主共和国主张的回应, 同上, 第 123 段。有关讨论, 见 Focarelli, “Promotional jus cogens” (上文脚注 61), 第 431-433 页。

款规定的程序为依据，例如，不是《公约》缔约国的国家可否以此为依据，或者可否以此为依据来针对不是《公约》缔约国的国家？

51. 也许最好先提出以下问题，即可否在《公约》范畴之外以第六十六条(a)款的程序为依据。有关该问题的国际法是相当明确的。一般而言，条约仅对相关条约的缔约方具有约束力，为其提供惠益(并使其承担责任)。<sup>127</sup> 当然，存在《公约》规定的此条一般规则的例外情况。<sup>128</sup> 国际法还确认，对第三国不具约束力的条约规则如果通过惯例和法律确信成为习惯国际法，则可对第三国有约束力。然而，没有任何惯例或法律确信方面的证据来支持第六十六条(a)款的程序是习惯国际法这种结论。然而，即使没有该程序，依然存在单方面提出无效主张的可能性，这种可能性虽微乎其微，<sup>129</sup> 却影响深远。毕竟，正如特别报告员在第一次和第二次报告提出并得到委员会成员一致接受的那样，即便在条约法和 1969 年《维也纳公约》范畴之外，强行法的确是一般国际法的一部分。<sup>130</sup> 因此，如果第六十六条的程序在《维也纳公约》范畴之外不是一般国际法的组成部分，而第五十三和六十四条却是其组成部分，那么各国就可以在第六十六条的保障未得到利用的情况下，单方面宣布条约与强行法抵触而无效。<sup>131</sup>

52. 有鉴于此，特别报告员提议委员会提出以下建议：即便在《维也纳公约》因一国未加入或两国均未加入而不适用的情况下，第六十六条(a)款的程序应可作为一项惯例适用。<sup>132</sup> 任何结论草案如获通过，需附有评注，在其中明确指出该条款仅为推荐做法，并不反映国际法现状。无论如何，这一推荐做法将始终受到国际法院《规约》第三十六条规定的管辖权要求的制约，即该做法不能因为结论草案的施行就变成法律。不过，如果一国不同意司法解决，则另一国有可能单方面宣布一项条约因与强行法抵触而无效，或者相反，该国有关条约因与强行法抵触而无效的声明得不到承认。有了这些实际的考虑，再加上委员会的结论草案，也许就可以促使寻求使条约无效的当事方以及寻求维持条约的当事方将争端提交国际裁断。

<sup>127</sup> 大致内容见 1969 年《维也纳公约》第三十四条。

<sup>128</sup> 见 1969 年《维也纳公约》第三十五条，其中规定“如条约当事国有意以条约之一项规定作为确立一项义务之方法，且该项义务经一第三国以书面明示接受，则该第三国即因此项规定而负有义务”。另见第三十六条，其中规定了条约为第三国规定权利的可能性以及产生该权利的条件。

<sup>129</sup> 这种可能性微乎其微的证据是，寻求以条约与强行法相抵触为由而使条约无效的主张数目有限。

<sup>130</sup> A/CN.4/693，第 46-49 段，A/CN.4/706，第 32 段。讨论内容见 Santalla Vargas，“In quest of the practical value of jus cogens norms”（上文脚注 60），第 213 页起。

<sup>131</sup> 但是，见 Magallona，“The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of Treaties”，虽然 Magallona 得出了相反的结论，但其结论似乎是基于一个错误的看法，即一项与强行法抵触的条约在根据第六十六条的程序如此宣布时，则成为无效。

<sup>132</sup> 委员会曾按照 1969 年《维也纳公约》第六十六条的模式拟订武装冲突对条约的影响条款草案第 9 条，《2011 年……年鉴》、第二卷(第二部分)，第 100-101 段。

53. 有意见认为，就其条款而言，第六十六条(a)款只能由所涉条约的缔约方援引。<sup>133</sup> 但以下这一点并不明确，即第六十六条(a)款就其条款而言仅对据称无效的条约缔约方适用。诚然，第六十六条(a)款提及了“当事国”，1969年《维也纳公约》第二条将“当事国”界定为“同意承受条约拘束及条约对其有效之国家”。<sup>134</sup> 然而，第六十六条(a)款不只是说“当事国”，而是说“关于第五十三条或第六十四条之适用或解释之争端之任一当事国”（着重部分由作者标明）。这一措辞的字面意思似乎超出了第二条第一款(g)项所界定的“当事国”，而是包括关于第五十三条或第六十四条之解释之争端之任一当事国。

54. 当然，不是条约缔约方的国家不太可能卷入关于条约解释或适用的争端。从这一角度而言，对第六十六条(a)款的另一种解释是，认为“争端之当事国”是指“涉及关于条约与强行法抵触之争端的条约缔约国”。然而，如果对第六十六条(a)款做出不允许其他国家为确定条约效力而诉诸国际法院这种解释，就有可能造成不确定性。不是条约缔约方的国家如果认为该条约与强行法抵触，就有义务不承认该条约及由其产生的后果。<sup>135</sup> 毕竟，强行法要求绝对无效和不予承认，其性质就应该允许任何国家在条约与强行法规范抵触时援引强行法，以使条约无效。<sup>136</sup> 因此，为了做到确定无疑，应该以上述限制为条件在结论草案中做出如下规定，即关于一项条约是否与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的任何争端均应提交国际法院裁判，除非争端各方商定将争端提交仲裁。

### 3. 一般国际法强制性规范(强行法)对条约解释的影响

55. 国际法律制度一个最根本的规则是约定必须遵守。这一国际法原则已被纳入1969年《维也纳公约》第二十六条的规定。<sup>137</sup> 通过规定自由缔结的条约失效，《公约》第五十三条和第六十四条规则的适用可能损害这项极其重要的原则。虽

<sup>133</sup> Knuchel, “Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms” (上文脚注 64), 第 152 页。另见 Christian Tomuschat, “Obligations arising for States without or against their will”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1993, vol. 195, pp. 241-374, at p. 363, (“《维也纳公约》的起草者……甚至将条约与强行法规范抵触的情况当作这样一种法律后果，即同样应该完全在条约缔约方之间处理的一种后果，并且如果缔约方未提出由第三国援引无效的主张，则第三国不允许援引无效”(着重部分由作者标明)); Karl Zemanek, “The metamorphosis of jus cogens: from an institution of treaty law to the bedrock of the international legal order?” in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro (上文脚注 101), 第 392 页(“只有缔约方可主张无效”)。

<sup>134</sup> 1969 年《维也纳公约》第二条第一款(g)项。

<sup>135</sup> 更多讨论内容，见下文第 95-101 段。

<sup>136</sup> Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 177 (“似乎，应该将类似于《维也纳公约》有关条约无效规定的习惯规则解释为，任何有关国家，无论是否为条约缔约方，均可援引强行法”); Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 142 (“第五十三条规定的客观无效的另一层含义是……援引无效资格不限于条约缔约国”)。

<sup>137</sup> 1969 年《维也纳公约》第二十六条规定如下：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由该国善意履行。”

然《公约》规定了使条约失效的其他理由，<sup>138</sup> 但是无效的强行法理由(第五十三条和第六十四条)是唯一违背约定必须遵守原则的理由。所有其他理由涉及的情况是协议所依据的共识存在某些“缺陷”。因此，强行法对条约效力的影响是对约定必须遵守这一重要原则的一种令人震惊的限制。强行法对条约效力产生了深远影响，因此一位评注法学家将其称为“严酷的”。<sup>139</sup>

56. 显然，必须避免使体现了条约缔约方真正共识的条约失效这种“严酷的”影响。但是第五十三条和第六十四条的含义清晰明确：与强行法规范抵触的条约无效，或成为无效。尽管如此，一项条约是否与强行法规范抵触只能在明确条约的含义之后确定，而条约的含义只有在适用《公约》第三十一条和第三十二条所载习惯国际法解释通则之后才能予以明确。<sup>140</sup>

57. 解释的基本规则要求条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，予以善意解释。<sup>141</sup> 作为这一基本规则的部分内容，维也纳规则要求解释者考虑到包括嗣后协定(第三十一条第三款(a)项)和嗣后惯例(第三十一条第三款(b)项)在内的其他因素。第三十一条第三款(c)项尤为重要，其中规定解释者“应”考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。国际法委员会不成体系问题研究组指出，“在解释条约过程中参照国际法的一般规则是解释过程中平淡无奇而且往往无意识的一部分”。<sup>142</sup> 研究组称这条规则的重要性是“进行解释，以便围绕着某一可理解的……目标看待这些规则”和“将更重要的关切摆在优先位置”<sup>143</sup> ——简而言之，即推动等级的划分。这些规则包括强行法规范。<sup>144</sup>

58. 上文的阐释揭示了两个法律事实。首先，在可能的情况下，按照条约必须遵守原则，应避免使一项反映各方之间共识的条约失效。换言之，不应因条约与强行法规范不一致就轻易接受条约失效，而应尽量力求条约的有效性。上述第二个法律事实是，在探求条约含义时，应该考虑到强行法规范。综合来看，这两个法律要素要求在适用第三十一和三十二条中的解释规则时，应尽可能设法达成与强

<sup>138</sup> 缺乏权力(第四十六和四十七条)；错误(第四十八条)；诈欺(第四十九条)；对一国当局之贿赂(第五十一条)；强迫(第五十二条)。

<sup>139</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(见上文脚注 60)，第 69 页。

<sup>140</sup> 委员会一读通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案案文第 2 条结论草案第 1 段，《国际法委员会第六十八届会议报告》(A/71/10)，第 75 段(“《维也纳公约》第三十一和三十二条分别规定了补充解释资料的通则和规则。这些规则也作为习惯国际法适用”)。关于该看法的理由，见结论草案 2 评注第 4 段，同上，第 76 段。

<sup>141</sup> 1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款。

<sup>142</sup> “国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(可查阅委员会网站，第五十八届会议文件；最终文本将作为《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)增编发布)，第 414 段。

<sup>143</sup> 同上，第 419 段。

<sup>144</sup> Cezary Mik, “Jus cogens in contemporary international law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33(2013), pp.27-93, p.74.

行法相一致的含义，从而避免导致条约无效的“严苛”结果。当然，这并不意味着为得出与强行法相一致的含义，可以忽略 1969 年《维也纳公约》中的其他解释要素。后一做法不是“解释”而是“修改”，这项工作应留给各缔约方。

59. 虽然未明确援引第三十一条第三款(c)项，但国际性法庭的惯例、裁判和意见似乎支持这样的看法，即作为一般规则，解释者应在可能的情况下，以不与强行法规范相抵触从而使条约失效的方式，解释一项条约。塞浦路斯、希腊、土耳其和联合王国之间的《保证条约》提供了一个很好的例子。<sup>145</sup> 鉴于第一次报告中对该条约的提及受到批评，有必要在此停顿，并回顾对任何国家惯例或国际性法院裁判的提及不应被视为认同该材料的实质内容。但是，特别报告员不能仅仅因为一些国家提出质疑就无视惯例。《保证条约》第四条规定如下：

在出现违背本条约规定的情况时，希腊、土耳其和联合王国约定就旨在确保遵守这些规定的交涉或措施共同协商。

在并且只在可能无法采取共同或协同行动时，三个保证国均保留采取行动的权利，行动的唯一目的是重新确立本条约所创造的现状。

60. 1963 年，塞浦路斯致函安全理事会主席，投诉土耳其使用武力的行为。<sup>146</sup> 有的国家，特别是土耳其和联合王国认为，第四条允许使用武力措施。<sup>147</sup> 虽然《保证条约》通常被作为一个国家(塞浦路斯)宣称条约无效的例子提及，但塞浦路斯做的远不止于此。该国认为，如果该条约被解释为允许单方面使用武力，那么该条约就会因与强行法相抵触而无效。塞浦路斯在安全理事会的发言中指出以下几点：

[第四条]的案文中没有出现“军事干涉、使用或威胁使用武力”这一用语。然而，土耳其似乎将这一条款解释为赋予它单方面军事干预的权利……显然，按照土耳其的解释，《保证条约》违背了国际法强制性规范即强行法。<sup>148</sup>

61. 实际上，联合王国在维护条约时提出了一种符合禁止使用武力这一强行法规范的解释。<sup>149</sup> 在针对这次辩论通过的决议中，安全理事会没有就该条约作出声明，但的确要求“立即停止外国军事干预”，促请相关国家“尊重塞浦路斯领土

<sup>145</sup> 有关讨论参见 Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”(上文脚注 87), 第 288 页; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing, 1988); Andrew Jacovides, “Treaties conflicting with peremptory norms of international law and the Zurich–London ‘Agreements’” in *International Law and Diplomacy*, Andrew Jacovides, ed. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011)。

<sup>146</sup> 1963 年 12 月 26 日塞浦路斯代表给安全理事会主席的信, S/5488 号文件。

<sup>147</sup> 例如, 见联合王国, 安全理事会第 1098 次会议, 1964 年 2 月 27 日(S/PV.1098), 第 66-68 和 79 段, 其中指出根据第四条采取的行动不违背《联合国宪章》第二条第四项。一般性论述另见土耳其, 安全理事会第 1095 次会议, 1963 年 2 月 18 日(S/PV.1095)。在第 1098 次会议期间, 塞浦路斯部长引述称, 土耳其外长曾说: “土耳其决定根据《保证条约》第四条, 使用本国单方面干预的权利”(S/PV.1098, 第 90 段)。

<sup>148</sup> 第 1098 次会议, 1964 年 2 月 27 日(S/PV.1098), 第 91-95 段。另见希腊, 第 1097 次会议(S/PV.1097), 第 168-169 段。

<sup>149</sup> 联合王国, 第 1098 次会议, 1964 年 2 月 27 日(S/PV.1098), 第 66-67 段。

完整”。<sup>150</sup> 这似乎表明，该条约被赋予了使之能够符合禁止使用武力的强行法的含义。同样，大会也通过了一项决议，促请各国“遵照”依《联合国宪章》“第二条第一项及第四项”所负强行法义务行事。<sup>151</sup> 促请按照强行法行事但不反驳条约本身的做法表明对该条约的解释符合强行法。

62. 2006 年《欧洲共同体和摩洛哥王国渔业合作伙伴协定》<sup>152</sup> 提供了说明强行法对于条约解释的作用的另一个例证。该协定的领土适用范围可能包括西撒哈拉沿海水域，这无视了西撒哈拉人民有自决权这一被普遍接受为强行法的规范。<sup>153</sup> 在欧洲联盟法院普通法院，波利萨里奥阵线设法成功地以触犯自决权为由使《渔业合作伙伴协定》失效。<sup>154</sup> 但是，在上诉时，大审判庭努力以使《渔业合作伙伴协定》符合自决权的方式解释该协定。<sup>155</sup> 虽然大审判庭的裁判一定程度上依据的是协定不约束第三方规则，<sup>156</sup> 但裁判的首要依据是适用自决原则，法院将自决原则称为“国际法基本原则之一”及普遍义务。<sup>157</sup> 法庭援引《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项指出，在解释《渔业合作伙伴协定》时，必须考虑到该原则。<sup>158</sup> 大审判庭特别根据这一评定指出，“因此，在达成《渔业合作伙伴协定》时，该协定不能被理解为领土范围包括西撒哈拉领土”。<sup>159</sup>

63. 然而，在确认应如上文所述谨慎地认为适用这一条解释规则“并不意味着为得出与强行法相一致的含义，可以忽略 1969 年《维也纳公约》中的其他解释要

<sup>150</sup> 安全理事会第 353(1974)号决议，1974 年 7 月 20 日，第 1 和 3 段。

<sup>151</sup> 大会第 2077(XX)号决议，1965 年 12 月 18 日，第 2 段。

<sup>152</sup> 见 2006 年 5 月 22 日欧盟理事会关于缔结《欧洲共同体和摩洛哥王国渔业合作伙伴协定》的第 764/2006 号条例，《欧洲联盟公报》，L 141/1(2006 年 5 月 29 日)。

<sup>153</sup> 关于自决原则的强行法性质，见关于国家对国际不法行为的责任条款第 26 条草案的评注，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。特别是关于因不符合自决这一强行法原则而导致的协定非法性问题，另见 Hans Corell, “The legality of exploring and exploiting natural resources in Western Sahara” in *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Neville Botha, Michèle Olivier and Delarey van Tonder, eds. (Pretoria, VerLoren van Thermaat Centre, 2008), pp. 242-243。

<sup>154</sup> 波利萨里奥阵线诉欧洲联盟理事会案，T-512/12 号案件，欧洲联盟法院普通法院第八分庭的判决书，2015 年 12 月 10 日，第 247 段(波利萨里奥阵线的行动“必须得到支持，而有争议的決定，因其核准适用该协定，故必须被宣告无效”)。判决书的命令部分本身第 2 段(同上，第 251 段)案文如下：“宣布理事会关于缔结[《渔业合作伙伴协定》]……的决定，因其核准该协定适用于西撒哈拉，故无效。”

<sup>155</sup> 欧洲联盟理事会诉波利萨里奥阵线案，C-104/16 P 号案件，大审判庭判决书，欧洲联盟法院，2016 年 12 月 21 日，《欧洲联盟公报》，C 53/19(2017 年 2 月 20 日)。参看 Brita 有限公司诉汉堡港海关案，Case C-381/08 号案件，法院(第四分庭)判决书，欧洲联盟法院，2010 年 2 月 25 日，《欧洲联盟公报》，C 100/04(2010 年 4 月 17 日)。

<sup>156</sup> 欧洲联盟理事会诉波利萨里奥阵线案(见上文脚注)，第 100 段。

<sup>157</sup> 同上，第 88 段。

<sup>158</sup> 同上，第 89 和 86 段。

<sup>159</sup> 同上，第 112 段。

素”的同时，<sup>160</sup> 大审判庭特别将其解释与《渔业合作伙伴协定》中措辞的通常含义联系在一起。<sup>161</sup>

64. 石油平台案中也提供了一个通过运用解释来避免不符合强行法规范的含义的例子。<sup>162</sup> 在解释《美国和伊朗友好、经济关系和领事权利条约》第二十条时，伊朗伊斯兰共和国更明确地采用了这一论点，提出了下列意见：

根据《维也纳公约》第五十三条，与强行法规范相抵触的条约规定无效……，也就是说，整个条约无效。这些严格的条款必须进而产生严格的解释规则，以便任何条约的任何规定尽可能地以不违背此项规定的方式得到解释。<sup>163</sup>

65. 尽管法院本身没有明确提到强行法，但法院指出，对第二十条第 1 款(d)项的解释必须使之符合强行法地位已得到普遍接受的另一规范，即禁止使用武力。<sup>164</sup> 法院指出：

根据条约解释的一般规则……解释必须考虑到“适用[于各缔约方]的任何相关国际法规则”……法院不认同第二十条第 1 款(d)项……旨在完全独立于国际法关于使用武力的相关规则而发挥作用，从而能够成功地被援引……于非法使用武力的情况。<sup>165</sup>

66. 西马法官在这方面的意见更加明确。他在个别意见中指出：

因此，法院在判决书第 41 段中恰当地认同该原则，根据该原则，在解释和适用任何条约规定时，应考虑到适用于缔约方的条约所定法以及一般国际法规则……如果这些国际法一般规则具有强制性，那么刚才提到的解释原则就成为法律上无法逾越的对可允许的条约解释的限制，而本案中的国际法规则毫无疑问具有强制性。<sup>166</sup>

67. 委员会本身已确认，“强有力的解释”原则适用于与条约解释有关的强行法规范。委员会指出，如果表面上看合法的条约规定和一项强行法规范之间发生抵

<sup>160</sup> 见本报告第 58 段。

<sup>161</sup> 欧洲联盟理事会诉波利萨里奥阵线案(上文脚注 155)，第 94-96 段。

<sup>162</sup> 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，判决书，《2003 年国际法院案例汇编》，第 161 页。

<sup>163</sup> 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美国)，伊朗伊斯兰共和国对反诉的答复和抗辩书，第一卷，1999 年 3 月 10 日，第 164-165 段。伊朗在联合国安全理事会关于波斯尼亚和黑塞哥维那共和国局势的一次会议期间，就一份联合国安全理事会决议提出了类似的观点。见 Velayati 先生(伊朗)，安理会第 3370 次会议，1994 年 4 月 27 日(“第 713(1991)号决议在完全不同的情况下并且在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国存在之前通过，现在不能以违背《联合国宪章》或强行法原则的方式对该决议加以解释。这样的解释显然会使该决议本身失效和非法。”)。

<sup>164</sup> 关于自决原则的强行法地位，关于国家对国际不法行为的责任条款，《国际法委员会年鉴》，2001 年，第二卷(第二部分)和更正，第 26 条评注第 5 段。

<sup>165</sup> 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美国)，判决书，《2003 年国际法院案例汇编》，第 161 页，第 181-182 段，第 40-41 段。

<sup>166</sup> 同上，西马法官的个别意见，第 9 段。另见哈苏奈法官的反对意见，第 8-9 段。

触，这样的情况将得到解决，因为一般国际法强制性规范会产生强有力的解释原则，足以解决所有的或大部分的表面抵触情况。<sup>167</sup>

68. 上述分析可总结如下：对条约条款的解释应尽可能使之符合一般国际法强制性规范(强行法)。

#### 4. 一般国际法强制性规范(强行法)对于对条约的保留的效力

69. 委员会在 2011 年《对条约的保留实践指南》中已经讨论过强行法和对条约的保留之间的关系。<sup>168</sup> 《实践指南》虽然不具约束力，却是委员会协同工作的成果，相对而言是近期通过的，并参考了多种资料，包括国家惯例。特别报告员认为，委员会应该尽可能依据这项工作得出结论。

70. 可能有必要复述《实践指南》中有关强行法的准则：

准则 4.4.3 对一般国际法强制性规范(强行法)不产生效果

(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质，该强制性规范应继续作为此种规范在保留国或组织与其他国家或国际组织之间适用。

(2) 保留不得以违背一般国际法强制性规范的方式排除或更改条约的法律效力。

71. 第一段源自国际法的通常运作。对反映强行法的条约规定的保留，在符合有关对条约的保留的国际法规则前提下，可能影响条约规则本身的适用性，但不会影响条约规则中反映的强行法规范。这并无特别之处，甚至不取决于强行法规范的等级优先性。它源于这样一个事实，即就其提出保留的条约规定与相关强行法规范是各自独立的存在。<sup>169</sup> 如果相关条约规则反映了另一项条约规则、习惯国际法、甚至一般的法律原则，该准则同样适用。<sup>170</sup> 重要的是，委员会决定不列入不允许对反映强行法规范的条约规定提出保留的规定。是否允许提出保留取决于该项保留是否符合条约目的和宗旨或是否为条约所禁止。<sup>171</sup> 作为一种警告，应当指出的是，在特别报告员看来，很难(但不是不可能)设想一项对体现强行法规范的条约规定的

<sup>167</sup> 关于国家对国际不法行为的责任条款第 26 条草案的评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正。

<sup>168</sup> 《对条约的保留的实践指南》，委员会第六十三届会议通过，《委员会关于第六十三届会议的报告》，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号，增编》(A/66/10/Add.1)。

<sup>169</sup> 关于尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 93-94 页，第 175 段。

<sup>170</sup> 见《对条约的保留的实践指南》，准则 3.1.5.3(“一项条约规定反映了一项习惯国际法规则，这一事实本身并不妨碍对该项规定可提出保留。”)特别见准则 3.1.5.3 的评注第(19)段。

<sup>171</sup> 见 1969 年《维也纳公约》第十九条。

保留能够符合 1969 年《维也纳公约》第十九条。<sup>172</sup> 但是，委员会并不认同，因此决定不排除对体现强行法规范的条约规定提出保留的可能性。<sup>173</sup>

72. 虽然准则 4.4.3 不禁止对反映或体现强行法规范的条约规定的保留，但明确指出，一国不能通过对反映该规范的条约规定提出保留来逃避该强制性规范的约束性质。

73. 一个不同但相关的问题是，是否能够有效地就有关争端解决或执行机制的规定提出保留。准则 4.4.3 已经从多方面回答了这一问题。但是，鉴于这个问题的重要性，本报告后面部分更充分地讨论了这个问题。<sup>174</sup>

74. 准则 4.4.3 第 2 段涉及并非针对反映强行法规范的条约规定提出，但将导致以违背强行法规范的方式适用条约的保留。准则 4.4.3 的评注中指出的典型例子是“意图将某一类人排除在外，使其不能受益于条约所赋予的某些权利”的保留。<sup>175</sup> 使用避孕药具的权利很可能不是一项强行法规范。因此，对条约规定提出的保留不会是对强行法规范的保留。但是，如果一项保留限定对某一特定种族群体落实这一权利，或不让特定种族群体享有这一条约权利，则违背了禁止种族歧视这一普遍承认的强行法规范。<sup>176</sup>

75. 意图以违背强行法规范的方式“排除或更改条约的法律效力”的保留不能生效且没有效力。因此，相关国家仍将受到条约规定约束，无法从保留中受益。的确，1969 年《维也纳公约》并未提到无效保留的效果。此外，正如准则 4.5 的评注所述，委员会审议期间或维也纳会议期间起草 1969 年《维也纳公约》的历史也均未就此提供助益。<sup>177</sup> 如准则 4.5.1 规定，无效的保留“不具任何法律效力”。但是，这样的保留并不影响条约的继续适用。

76. 上述讨论可总结如下：

(a) 对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约条款的保留不影响该强制性规范的约束性，该强制性规范应继续适用；

(b) 意图以违背一般国际法强制性规范的方式排除或更改条约法律效力的保留无效。

<sup>172</sup> 例如，见人权事务委员会，第 24(1994)号一般性意见，关于批准或加入《公约》或其《任择议定书》时提出的保留或者有关《公约》第四十一条下声明的问题，人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第 40 号》(A/49/40)，第一卷，附件五，第 8 段。另见 Kleinlein, “*Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies*”(上文脚注 66)，第 174 页(“不符合强制性规范的对多边条约的保留被认为不可接受”)。

<sup>173</sup> 《对条约的保留实践指南》，准则 3.1.5.3 的评注第(17)段。

<sup>174</sup> 见下文第 133-136 段的讨论。

<sup>175</sup> 《对条约的保留实践指南》，准则 4.4.3 的评注第(5)段。

<sup>176</sup> 例如，关于国家对国际不法行为的责任条款第 26 条草案的评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。

<sup>177</sup> 《对条约的保留实践指南》，准则 4.5 的评注第(3)-(18)段。

## C. 一般国际法强制性规范(强行法)对国家责任法产生的后果

### 1. 概述

77. 强行法规范最明显的后果涉及到条约,这主要是因为与强行法有关的法律在很大程度上是作为编纂条约法的 1969 年《维也纳公约》的结果形成的。关于强行法对国家责任法的影响,似乎也存在很大程度的共识。<sup>178</sup> 这也不应令人惊讶,因为强行法对国家责任法的影响在颇具影响的 2001 年关于国家对国际不法行为的责任条款(以下简称“关于国家责任的条款”)中已有论述。<sup>179</sup> 虽然有些人坚持认为,强行法规范对国家责任法没有影响,<sup>180</sup> 但这种观点是基于“无效”和“不减损”是强行法规范仅有的后果这样的假设。<sup>181</sup> 但是,没有必然的理由说明为什么必须如此。这些观点所依据的 1969 年《维也纳公约》第五十三条提到,(条约)无效是强制性的一个结果,而“减损”(或“不减损”)则用于定义强制性,第二次报告介绍了其中的细微差别。

78. 根据关于国家责任的条款,“强制性规范对国家施加的义务”关系到“国际社会全体的切身利益”,因此“要求的责任制度可能比适用于其他国际不法行为的责任制度更严格”。<sup>182</sup> 条款确定了强行法规范的两个一般性后果。条款第 26 条中提到的第一个后果是,不得以第五章中解除行为不法性的情况作为解除任何违背强行法规范的行为之不法性的理由。第二,严重违背强行法规范规定的义务影响到国家之国际社会全体,从而对第三国产生法律效果。<sup>183</sup> 这一后果本身包括所有国家有责任首先合作制止任何严重违背强行法规范的行为,其次,不得承认违背强行法规范行为所造成的情势,也不得援助以维持该情势。<sup>184</sup> 虽然在关于国家责任的条款中未明确与强行法联系起来,但除违背行为直接受害国以外的国家援引违背国责任的权利是强行法的一个潜在后果。

<sup>178</sup> 例如, D'Aspremont, “*Jus cogens as a social construct without pedigree*”(见上文脚注 71), 第 94 页,将“新的法律效果”和“条约法中传统的不可减损性或国家责任法中关于严重违背强行法情况下的结果”加以对比。同样,要求在审议本专题时采取比条约法更广的办法的国际法委员会成员一般都提到了国家责任法。见委员会第六十八届会议工作报告(A/71/10), 第 112 段。

<sup>179</sup> 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议,附件。委员会通过的条款草案及其评注载于《2001 年……年鉴》,第二卷(第二部分)及更正,第 76-77 段。

<sup>180</sup> 例如,见 Knuchel, “*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*”(上文脚注 64), 第 180 页; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(见上文脚注 60), 第 185-186 页。

<sup>181</sup> Knuchel “*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*”(上文脚注 64), 第 180 页(“强行法规范的强制性对国家责任没有直接影响;它使相互抵触的规范而不是相互抵触的行为无效”); Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(见上文脚注 60), 第 185-186 段(“作为一个术语上的问题,必须指出……违背强制性规范规定的义务的行为,无论多么严重,并不‘减损’这一规范。违背强制性规范所规定的义务会导致违背普通义务的法律后果”)。

<sup>182</sup> 关于国家责任的条款草案第 12 条的评注第(7)段。

<sup>183</sup> 同上,第二部分,第三章。

<sup>184</sup> 同上,第 41 条。

79. 特别报告员在此略作停顿，以提及违背强行法规范还有其他潜在后果，虽然这些后果与国家责任有关，<sup>185</sup> 但本章将不予讨论。这些问题包括就违背强制性法规范行为进行起诉或者引渡的责任、起诉的责任和拒绝豁免的责任。他认为，这些问题作为强行法规范对个人刑事责任的影响来考虑更为适当，因为它们牵涉的国家责任较少，个人责任和刑事责任较多，这一点将在下文进一步论述。

## 2. 解除行为不法性的情况的不适用性

80. 关于国家责任的条款第一部分第五章题为“解除行为不法性的情况”，确定了六种可以解除行为不法性的情况，如果不是由于存在这些情况，这些行为将属不法行为。这些情况是同意、<sup>186</sup> 自卫、<sup>187</sup> 反措施、<sup>188</sup> 不可抗力、<sup>189</sup> 危难<sup>190</sup> 和危急情况。<sup>191</sup> 但第 26 条规定，如果被违背的义务源自强行法规范，则这些情况均不能解除行为不法性。

81. 第 26 条是一项保留条款，防止在义务源自强行法规范的情况下援引第一部分第五章来解除行为不法性。换言之，在并且只在强行法规范本身包含解除行为不法性的理由的情况下，这类理由的存在对于确定强行法规范是否被违背才有意义。以禁止使用武力为例，虽然一国不能以第 21 条(自卫)作为解除使用武力行为不法性的理由，但自卫权对于一国使用武力的责任问题显然具有相关性，因为使用武力自卫不违背强行法规范。同样，在某些情况下，一国对另一国在前者领土上的军事存在的同意可能排除表面违背强行法规范行为的不法性。<sup>192</sup> 不过，这些问题更多地涉及到相关强制性规范的范围，而不是解除不法性的情况，可在今后涉及说明性清单的任何报告中加以审议，如果起草这样一份清单被认为适宜的话。

82. 作为解除不法性的一种情况，同意问题尤为重要。禁止将同意作为解除行为不法性的理由，是 1969 年《维也纳公约》中原则的延伸。在《公约》中，如果一国明确或默认同意条约仍然有效，则该国丧失援引条约失效理由的权利(即实质

<sup>185</sup> 例如，见 Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (见上文脚注 60)，第 191-192 页，他在国家责任法项下讨论这些问题，但认为它们是强行法的后果而不予考虑。

<sup>186</sup> 关于国家责任的条款，第 20 条。

<sup>187</sup> 同上，第 21 条。

<sup>188</sup> 同上，第 22 条。

<sup>189</sup> 同上，第 23 条。

<sup>190</sup> 同上，第 24 条。

<sup>191</sup> 同上，第 25 条。见 *Impreglio S.P.A. v. Argentine Republic* 案，International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/07/17, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of 24 January 2014, para. 203。

<sup>192</sup> 例如，见 Christopher J. Le Mon, “Unilateral intervention by invitation in civil wars: the effective control test tested”, *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 35 (2002-2003), pp. 741-793; Eliav Lieblich, “Intervention and consent: consensual forcible interventions in internal armed conflicts as international agreements”, *Boston University International Law Journal*, vol. 29 (2011), 第 337-382 页，特别是第 364 和 366 页。Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(见上文脚注 60)也考虑了这一方面，第 225-227 页。

上同意无效条约)，但这种对适用一项本来无效的条约的同意不适用于因违背强行法规范而无效的条约。<sup>193</sup> 第 45 条的评注为支持该原则作了如下表述：

[在放弃的有效性方面]特别重要的问题是受害国在依一般国际法强制性规范所产生的一项义务……遭到违背后表示同意的问题。由于这种违背义务行为引起了整个国际社会的兴趣，即使受害国表示同意或默许，国际社会也有可能表示关注，以确保按国际法解决这一问题。<sup>194</sup>

83. 虽然解除行为不法性的情况一般都不适用，但仍须区分在有关行为发生时已存在的强行法规范及在有关行为之后产生或出现的强行法规范。1969 年《维也纳公约》中确认了这种区别。具体而言，第 53 条适用于现行规范，第 64 条适用于正在出现的规范。第 53 和 64 条适用于条约有效性而不是国家责任问题。

84. 但是，1969 年《维也纳公约》规定的因现有和正在出现的强制性规范而产生的条约无效性的后果对于国家责任法也具有相关性。第 26 条规定的原则适用于违背现有强行法规范的行为，因为就违背现有强行法规范的行为，存在“尽量消除……行为之后果”的责任。<sup>195</sup> 然而，对于正在出现的强行法规范，只是解除当事国“继续”履行条约之义务。<sup>196</sup> 因此，在强制性规范出现之前，违背(尚未形成的)强行法规范的行为不导致国家责任方面的后果。事实上，《公约》确认，出现新的强行法规范“不影响……任何权利、义务或法律情势”，条件是“嗣后此等权利、义务或情势之保持”符合该强行法。<sup>197</sup> 同样，“嗣后”一词表明，保持此等情况(权利、义务和情势)的义务在强行法规范出现后才适用。因此，正如新的强制性规范对条约法没有追溯效力一样，这种规范对于国家责任法同样也没有追溯效力。虽然没有关于追溯性的单独规定，但关于国家责任的条款评注中确认了关于新的或正在出现的强行法规范不具有追溯性的基本原则：

但即使在一般国际法一项新强制性规范产生时，如[1969 年《维也纳公约》]第六十四条所设想的，这也不要追溯承担责任。<sup>198</sup>

85. 上述讨论可总结如下：

(a) 对于违反一般国际法强制性规范(强行法)产生的义务的任何行为，不得提出任何情况以解除其不法性。

(b) (a)中的结论不适用于行为实施之后出现新的一般国际法强制性规范(强行法)的情况。

<sup>193</sup> 1969 年《维也纳公约》第四十五条。

<sup>194</sup> 关于国家责任的条款，第 45 条的评注第(4)段。

<sup>195</sup> 1969 年《维也纳公约》第七十一条第一款。

<sup>196</sup> 同上，第七十一条第二款(a)项。

<sup>197</sup> 同上，第七十一条第二款(b)项(着重部分由作者标明)。

<sup>198</sup> 关于国家责任的条款，第 13 条的评注第(5)段。

### 3. 严重违背一般国际法强制性规范(强行法)的特定后果

#### (a) 概述

86. 除违背国际义务导致的通常后果外,关于国家责任的条款确定了违背强行法规范导致的其他一些特定后果。第 41 条规定,首先,“各国应进行合作,通过合法手段制止……任何严重违反[强行法规范所产生的]义务行为”。<sup>199</sup> 第二,该条规定,“任何国家均不得承认……严重违反[强行法规范所产生的]义务行为所造成的情势为合法”,“也不得协助或援助维持该情势”。<sup>200</sup> 这些特定义务因一国违背义务而产生,施加给第三国(未直接受害)。如 Tomuschat 指出,作为强行法规范被违背的一个后果,“第三国被授权或被促请,在一些情况下甚至有义务进行干预并采取措施”对违背行为进行补救。<sup>201</sup>

87. 关于国家责任的条款第 41 条中所确定的强行法规范的后果仅适用于严重违背强制法规范的行为,而不是所有违背行为。<sup>202</sup> 根据条款的评注,严重性依据的是违背行为的“规模或性质”。<sup>203</sup> 因此,并非每一违背行为都属于严重违背并应适用第 41 条中规定的特定后果。该条仅适用于与强行法有关且性质严重的违背行为。<sup>204</sup>

88. 第 40 条将严重违背强制性规范行为定义为涉及“严重或系统性”违背的行为。<sup>205</sup> “严重”一词指的是违背行为的规模或强度,而“系统性”指的则是违背行为是否“是有组织和蓄意”进行的。<sup>206</sup> 委员会在涉及危害人类罪时,已将“系统性”定义为不包括“孤立或没有联系的行为”。<sup>207</sup> 同样,在 Goiburú 案中,美洲人权法院认为,“禁止人员被迫失踪”是强行法,<sup>208</sup> 并且“当失踪构成国家实施或容忍的系统性模式或做法的一部分时,国家的国际责任增加。”<sup>209</sup> 就第 40 条而言,此种违背行为足以满足该定义的强度或系统性要素。

89. 关于违背行为严重性的要求不适用于以下原则,即解除行为不法性的情况不适用于违背强行法规范的行为。这不仅符合该规定的通常含义,而且也符合常理,

<sup>199</sup> 同上,第 41 条,第 1 款。

<sup>200</sup> 同上,第 41 条,第 2 款。

<sup>201</sup> Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order*(上文脚注 71),第 429 页。

<sup>202</sup> 关于国家责任的条款,第 40 条第 1 款:“本章适用于严重违反……所产生的国际责任”。

<sup>203</sup> 同上,第二部分第三章的评注第(1)段。

<sup>204</sup> 同上,第 40 条的评注第(1)段。

<sup>205</sup> 同上,第 40 条,第 2 款。

<sup>206</sup> 同上,第 40 条的评注第(7)-(8)段。

<sup>207</sup> 见一读通过的关于危害人类罪的条款草案,委员会关于第六十九届会议的报告(A/72/10),第 3 条草案的评注第(15)-(16)段。根据卢旺达问题国际刑事法庭和前南斯拉夫问题国际刑事法庭的判例,委员会还认为,“系统性”表示一种有组织的含义(同上)。

<sup>208</sup> Goiburú 等人诉巴拉圭案(案情、赔偿和费用),2006 年 9 月 22 日,判决书,美洲人权法院,第 84 段。

<sup>209</sup> 同上,第 82 段。

因为对解除行为不法性的情况不予承认并不会像第 41 条那样对其他第三国产生特定义务。考虑到第 41 条中规定的具有深远影响的义务，有更高的门槛也是可以理解的。例如，很难期望各国因为一个归于一国的单一的具体种族歧视案件，以第 41 条中所预见的方式“合作”。这一门槛要求并不是严重性门槛首次适用于与强行法有关的后果。在军事和准军事活动案中，法院对“最严重的使用武力形式”(那些构成武力攻击的形式)和“其他不太严重的形式”作了区分。<sup>210</sup>

## (b) 合作的义务

90. “合作以合法手段制止”严重违反强制性规范行为的义务来自于国际法规定的一般合作义务。<sup>211</sup> 尽管在通过关于国家责任的条款时，委员会表示，第 41 条表达的合作的积极义务是逐渐发展，<sup>212</sup> 但委员会此后已承认这样的义务根据一般国际法存在。<sup>213</sup> 在国际法院关于“修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中，也认定它是在国际法下由违反强行法行为产生的义务。<sup>214</sup> 同样，美洲人权法院在 *La Cantuta* 案中确认，“各国(为消除违反行为目的)开展合作的义务”是强行法的后果。<sup>215</sup> 合作，顾名思义，意味着多个国家协同行动。<sup>216</sup> 因此，这项义务可能指在国际集体安全体系、如安全理事会或大会<sup>217</sup> 或非洲联盟下采取的行

<sup>210</sup> 关于尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见 101 页，第 191 段。

<sup>211</sup> 例如见，《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件，第 1 段(“各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所产生歧视之国际合作”)。

<sup>212</sup> 关于国家责任的条款，第 41 条评注第(3)段(“当今一般国际法是否规定了合作的积极义务，容有争议，在这方面第 1 款可能反映了国际法的渐进发展。”) )

<sup>213</sup> 例如见，关于发生灾害时的人员保护的条款草案及其评注，《国际法委员会关于第六十八届会议的报告》(A/71/10)，第 7 条评注第(1)段(“合作的义务是一项公认的国际法原则，在众多国际文书中均有表述”)。

<sup>214</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 200 页，第 159 段(“所有各国在遵守[《联合国宪章》]及国际法的同时，应确保终止任何通过……[造成阻碍的行为]”)。

<sup>215</sup> *La Cantuta* 诉秘鲁案(案情实质、赔偿和费用)，判决书，2006 年 11 月 29 日，美洲人权法院，第 160 段(“正如一再指出的那样，本案所涉行为违反了国际法强制性规范(强行法)……鉴于事件的性质和严重性……需要消除有罪不罚，对国际社会而言，这表现为国家间有义务进行合作”)。

<sup>216</sup> 关于国家责任的条款，第 41 条评注第(3)段(“面对严重违约行为所需要的，是所有国家同心协力，抵消违约行为的影响。”) )

<sup>217</sup> 《联合国宪章》，第十和十二条以及第六和七章。

动。<sup>218</sup> 国际法院在关于“修建隔离墙的法律后果”的意见中，认定巴勒斯坦人民的自决权受到侵害，<sup>219</sup> 提出了如下意见：

本法院认为，联合国，尤其是大会和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止修建隔离墙及相关制度所造成的非法状况，……<sup>220</sup>

91. 虽然合作更有可能在集体安全机制下展开，但这一概念的范围更加广泛。“制止”严重违反强制性规范行为的合作可由其他机构开展，也可根据与特定强制性规范有关的文书开展。例如，这些机制可能包括《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》下的禁止酷刑委员会，或区域人权机构和机制。它们也可能包括“非制度化”形式的合作，如一组国家共同采取行动，以制止有关违反行为。<sup>221</sup> 事实上，关于“修建隔离墙的法律后果”的意见可被理解为建议，除集体行动外，单个国家也有义务在国际法限制范围内努力制止违反行为造成的状况。<sup>222</sup>

92. 在 1960 年代，埃塞俄比亚和利比里亚试图使南非对纳米比亚(当时称西南非洲)的委任统治终止，但没有成功，这也许是为制止违反自决这一强行法规范开展非机构形式合作的最早例子之一。<sup>223</sup> 例如，埃塞俄比亚在诉状中主张，它“有法律上的权益，……要确保委任统治产生的文明的神圣信托不受侵犯”，以及国际联盟成员有权“提起诉讼，维护该委任统治地居民的权利。”<sup>224</sup> 国际法院赞同埃塞俄比亚和利比里亚有原告资格，指出，“确保履行这一信托的义务和权利赋予国际联盟及其行政院、大会……和所有成员”。<sup>225</sup> 确实，这项裁决依据的是协议(委任统治)，不是一般性原则，但它一直激励着形成这样的思想，即国家有权利(和义务)进行干预，以确保遵守强行法规范。

<sup>218</sup> 《非洲联盟组织法》，第 4 条(h)款，结合《联合国宪章》第八章解读。另见安全理事会第 2033(2012)号决议。

<sup>219</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见(见上文脚注 214)，第 147、149、157 和 159 段。

<sup>220</sup> 同上，第 160 段。

<sup>221</sup> 关于国家责任的条款，第 41 条评注第(1)段。

<sup>222</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见(见上文脚注 214)，第 159 段(“所有各国在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，应确保终止任何通过修建隔离墙而对巴勒斯坦人民行使自决权造成阻碍的行为。”)。另见 Al-Kadhe 先生(伊拉克)在 2002 年 3 月 29 日安全理事会第 4503 次会议上的发言(S/PV.4503)(“我们呼吁安全理事会和国际社会及全世界一切爱好自由的人民，强烈地谴责这些罪行并利用一切现有措施来迫使这一实体按照国际强行法行事，确保迫使它立即撤出被占领的巴勒斯坦城镇和领土”)。

<sup>223</sup> 有关讨论见 Jean Allain, “Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes*”, *Ethiopian Yearbook of International Law* 2016, pp. 35 - 60。

<sup>224</sup> 《国际法院书状、口头辩论和文件，西南非洲案(埃塞俄比亚诉南非；利比里亚诉南非)》，第一卷(1966 年)，埃塞俄比亚政府提交的诉状，第 92-93 页。

<sup>225</sup> 西南非洲案(埃塞俄比亚诉南非；利比里亚诉南非)，初步反对意见，1962 年 12 月 21 日判决书，《1962 年国际法院案例汇编》，第 319 页起，见第 336 页(着重部分由作者标明)。

93. 在关于国家责任的条款第 41 条第 1 款中，包含了一个重要的限定语，即为“制止”违反强制性规范采取的集体措施本身必须合法。这一点很重要，特别是考虑到上文指出的广泛合作范围。例如，为“制止”有关违反行为使用武力措施必须符合国际法规则，即必须满足(集体)自卫的要求或由安全理事会授权。

94. 以上讨论可概括如下：

(a) 各国有义务合作以合法手段制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为；

(b) 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为涉及责任国严重或系统性地不履行义务；

(c) 设想的合作可通过制度化合作机制或通过特设合作安排开展。

(c) 不承认或不提供援助的义务

95. 关于国家责任的条款第 41 条第 2 款包含了两项不同的义务。第一项义务是，不承认严重违反国际法强制性规范造成的状况为合法。第二项义务是，不协助或援助以保持严重违反国际法强制性规范造成的状况。虽然在通过关于国家责任的条款时，委员会认为第 1 款中的合作义务是逐渐发展，但第 2 款中的义务(不承认和不援助)已被委员会视为构成现行法。<sup>226</sup> 可援引若干渊源支持这一立场，其中一些渊源已在关于国家责任的条款的评注中提及。<sup>227</sup>

96. 关于“纳米比亚”的咨询意见主要基于终止南非的神圣信托以及联合国各机构(特别是大会和安全理事会)的决定，但其核心涉及自决权的适用。<sup>228</sup> 国际法院在该咨询意见中指出，“将状况界定为非法本身不会终止这一状况。”<sup>229</sup> 法院首先裁定，南非“对造成并维持(非法状况)负有责任”，“有义务结束这一状况”。<sup>230</sup> 其次，法院宣布，联合国会员国“有义务承认南非的持续存在是非法和无效的”，应避免“在占领纳米比亚问题上向南非提供任何支持或任何形式的援助”。<sup>231</sup> 关于“纳米比亚”的咨询意见主要依据安全理事会决议，但是，其也来自于一般国际法、特别是强行法义务的普遍性质，这一点清晰地体现在以下事实中，即法院裁定，“在普遍禁止状况合法性的意义上”，不承认和不提供援

<sup>226</sup> 关于国家责任的条款，第 41 条评注第(6)段(“针对严重违背强制性规范所定义务，负有不予承认的义务这一点，已在国际惯例中和在[国际法院]的裁判中找到依据”(强调系本文所加))。另见，关于不援助的义务，第 41 条评注第(12)段。

<sup>227</sup> 关于国家责任的条款，第 41 条评注第(8)段。

<sup>228</sup> 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，如见第 31 页，第 52 段。特别见第 83 段，其中，南非对纳米比亚领土的主张据称依据吞并，违反了强行法规范。

<sup>229</sup> 同上，第 111 段。

<sup>230</sup> 同上，第 118 段。

<sup>231</sup> 同上，第 119 段。在第 121-124 段中列举了各类援助、协助和承认。

助的义务“可施用于所有国家”，即，这样的义务不是仅可施用于联合国会员国。<sup>232</sup> 法院对这一结论的基本理由总结如下：

所有国家应铭记，受害实体是一个民族，在逐步实现实行神圣托管的目标[自决]的进程中，它必定要依靠国际社会获得援助。<sup>233</sup>

97. 关于“修建隔离墙的法律后果”的咨询意见提供了另一个例子，说明国际法院对违反强行法规范(即自决权)行为产生的法律义务采用的办法。<sup>234</sup> 在处理对以色列的后果时，法院裁定，以色列“有义务不再违背这些国际义务”。<sup>235</sup> 关于对“其他国家”的后果，法院指出，自决权是创设普遍义务的权利，因此，“涉及所有的国家”。<sup>236</sup> 由于“所涉权利和义务的性质和重要性”，法院裁定，“所有国家都有义务不承认因(违反行为)而导致的非法状况”。<sup>237</sup> 此外，法院认为，各国还有义务“不为维护(违反行为)所致局势而提供帮助或者援助”。<sup>238</sup> 在大赦国际诉内政大臣案中，也承认在违反强行法规范情况下可产生施加于其他第三国的义务，在该案中，联合王国上议院援引关于国家责任的条款第 41 条，指出，“各国义务……拒绝酷刑的果实”。<sup>239</sup> 根据上议院的说法，这项义务产生于的这样一个事实，即“禁止酷刑的强行法普遍性质要求会员国不能仅仅是避免酷刑做法”。<sup>240</sup>

98. 类似后果可从安全理事会和大会决议中找到。例如，安全理事会在第 276(1970)号决议中确定，“南非当局继续留驻纳米比亚”是非法的，“南非政府所采一切行为”是无效的。<sup>241</sup> 该决议还促请“所有国家……勿与(南非)进行任何……交易”。<sup>242</sup> 换言之，促请其他国家不承认违反纳米比亚自决权所造成的非法状况。大会响应国际法院在西南非洲案中的判决，<sup>243</sup> 通过了第 2145(XXI)

<sup>232</sup> 同上，第 126 段。

<sup>233</sup> 同上，第 127 段。

<sup>234</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见(见上文脚注 214)，第 122 段以及(特别是)第 155 段。

<sup>235</sup> 同上，第 149-151 段。

<sup>236</sup> 同上，第 154-155 段。

<sup>237</sup> 同上，第 159 段。

<sup>238</sup> 同上。

<sup>239</sup> *A, Amnesty International and Commonwealth Lawyers Association v. Secretary of State for the Home Department*, Judgment of the House of Lords of 8 December 2005 [2006] 1 All ER 575, para. 34.

<sup>240</sup> 同上。

<sup>241</sup> 安全理事会第 276 (1970)号决议，第 2 段。

<sup>242</sup> 同上，第 3 段。

<sup>243</sup> 西南非洲，第二阶段，判决书，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页。见 Allain，“Decolonisation as the source of the concepts of jus cogens and obligations erga omnes” (上文脚注 223) (“比愤怒的言辞更令人印象深刻的是大会的行动。1996 年 10 月 27 日，大会重申，‘西南非洲人民……享有……自由及独立之不移权利’”)。

号决议，其中重申，纳米比亚享有“自决……之不移权利”，南非侵犯了这一权利。<sup>244</sup> 由于这一决定，决议吁请南非“立即禁制并停止以任何方式改变或可能改变(纳米比亚)目前国际性地位之任何……行动”，<sup>245</sup> 同时还请“所有国家热衷合作，并协助……”结束非法占领。<sup>246</sup> 这些决议及其对各国不承认南非的占领并协助结束占领的非强制性呼吁，可被视为现在可作为现行一般国际法接受的规范的前身。<sup>247</sup> 另一项针对南非政府的政策、特别是建立班图斯坦(本土)的决议，是呼吁不承认由违反强制性义务(禁止种族歧视)产生的状况的另一个例子。大会第 3411(XXX)号决议涉及南非政府的种族隔离政策。涉及班图斯坦的第 3411 D 号决议谴责建立班图斯坦是，“以图巩固不人道的种族隔离政策，永久维持白种少数统治，剥夺……非洲人”不可剥夺的自决权。<sup>248</sup> 因此，决议促请“所有各国政府和组织不与班图斯坦的任何机关或当局来往，也不给予任何形式的承认”。<sup>249</sup>

99. 违反强行法规范造成的状况的典型局面可能包括，控制通过非法使用武力获得的领土，或在与人民自决权相抵触的情况下继续控制领土。同样，在实施危害人类罪或灭绝种族罪基础上获得权力，也可能成为违反强行法规范造成的状况的示例。因此，除非法行为(违反强行法)外，违反行为造成的事实状况也蒙上污点，根据关于国家责任的条款第 41 条第 2 款，也不应受到承认。有鉴于此，国际法院在关于“修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中裁定，“所有国家都有义务不承认因(违反强行法义务)……而导致的非法状况”。<sup>250</sup> 法院还裁定，各国还有义务“不为维护(违反行为)所致局势而提供帮助或者援助”。<sup>251</sup>

100. 第 41 条第 2 款是绝对的，因为它适用于所有国家。它适用于受害国、违反强制性规范的国家 and 第三国。<sup>252</sup> 对于受害国，它确认了受害国不能同意违反强行法规范的行为的原则。对于第三国，这一义务强制执行集体责任和普遍适用的国际法强制性规范。对于违反国，这一义务的效力是，国家对最初的违反行为(违反强行法规范的行为)负责，也对任何承认或巩固违反强行法规范造成的状况的行为负责。然而，不是每一项由违反强行法规范产生的行为都不应得到承认。<sup>253</sup>

<sup>244</sup> 大会 1966 年 10 月 27 日第 2145 (XXI)号决议，第 1-3 段。

<sup>245</sup> 同上，第 7 段。

<sup>246</sup> 同上，第 9 段。

<sup>247</sup> 另见 Opinion of the Advocate General Wathelet, 10 January 2018, on *Western Sahara Campaign UK, The Queen v. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, Case C-266/16, paras. 187 et seq.

<sup>248</sup> 大会 1975 年 11 月 28 日关于班图斯坦的第 3411D 号决议，第 1 段。

<sup>249</sup> 同上，第 3 段。

<sup>250</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见(见上文脚注 214)，第 159 段。

<sup>251</sup> 同上。

<sup>252</sup> 关于国家责任的条款，第 41 条评注第(9)段。

<sup>253</sup> 同上，第 41 条评注第(10)段。

国际法院在关于“纳米比亚”的意见中宣布，不承认的后果不应受受影响民众造成负面影响或不利状况，因此，尽管存在违反行为，但涉及平民的行为(如出生、死亡和婚姻登记)应受到承认。<sup>254</sup>

101. 值得注意的是，上文所述的决定和决议基于有关规则的特征和重要性，而非实施违反行为的强度或系统方式。合作以制止违反行为造成的状况的义务要求采取积极的协调一致(或许是繁重的)行动，但是，不承认、不协助或不援助的义务仅要求各国避免采取行动。因此，可以理解，其在案例法中的门槛不像有义务进行合作以制止违反行为造成的状况的门槛那样高。

102. 以上讨论可概括如下：

(a) 对于违反一般国际法强制性规范(强行法)所造成的状况，各国有义务不承认其合法性；

(b) 各国不应援助或协助以维持违反一般国际法强制性规范(强行法)行为造成的状况。

#### 4. 一般国际法强制性规范(强行法)和普遍义务

103. 关于国家责任的条款第 41 条所述强行法规范的特定后果依据的是强行法与普遍义务之间的关系。从第二部分第三章的评注中，似乎可以清楚地得出这一结论。委员会在叙述了一些涉及普遍义务的重要判决后指出，“一个有密切联系的进展情况是，(……)承认国际法强制性规范概念”。<sup>255</sup>

104. 在普遍义务的出现及其与强行法规范的联系方面，巴塞罗那电车公司案也许是最重要的进展。<sup>256</sup> 在该案中，国际法院对一国“对于另一国的义务”和“一国对整个国际社会的义务”进行了区分。<sup>257</sup> 法院指出，后者事关所有国家，“可认为所有国家在其保护方面具有合法利益；它们是普遍义务”。<sup>258</sup> 正如上文的解释，关于国家责任的条款第 41 条中的义务的关键要素是，它们将违反义务的责任延伸至第三国，即它们的适用不限于应对违反行为承担责任的国家和受害国。

105. 虽然国际法院没有提到一般国际法强制性规范，但是，法院的论述清楚地表明，强制性规范具有普遍效力。国际法院对以下二者做出了区分：一方面是“普

<sup>254</sup> 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见(见上文脚注 228)，第 125 段。

<sup>255</sup> 关于国家责任的条款，第二部分第三章评注第(2) - (4)段。

<sup>256</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决书，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页。见 Allain, “Decolonisation as the source of the concepts of jus cogens and obligations erga omnes” (上文脚注 223)，第 53 页(“[巴塞罗那电车案]的意见将普遍义务概念嵌入国际法结构中”)；Theodor Meron, “On a hierarchy of international human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 80 (1986), pp. 1-23, at p. 1.

<sup>257</sup> 同上，第 33 段。

<sup>258</sup> 同上。

遍性或准普遍性国际文书赋予的”普遍义务，另一方面是“如在当代国际法中，禁止侵略行为和灭绝种族行为产生的普遍义务，以及与人的基本权利(包括受到保护以免遭受奴役和种族歧视)有关的原则和规则产生的普遍义务”。<sup>259</sup> 法院确定的所有规范都被称为强行法规范。在东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案中，国际法院还裁定另一项强行法规范(这次是自决权)“具有普遍性”。<sup>260</sup> 值得一提的是，法院在该案中裁定，规范的普遍性对法院的管辖权不产生影响，<sup>261</sup> 不过，这是本报告稍后考虑的问题。法院在 2015 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)案的判决书中，更明确地指出强行法和普遍义务之间的联系。<sup>262</sup> 其中，法院确认先前的判决，即“《灭绝种族罪公约》含有普遍义务”，以及“禁止灭绝种族罪有强制性规范(强行法)的特性”。<sup>263</sup>

106. 强行法规范与普遍义务之间的联系也在国家实践中得到承认。在 *Nulyarimma* 等人诉 *Thompson* 案中，澳大利亚联邦法院确认，禁止灭绝种族是习惯国际法强制性规范，产生每个国家对整个国际社会承担的不可减损义务，法院还指出，它是独立于《防止及惩治灭绝种族罪公约》存在的义务。<sup>264</sup> 同样，在 *Kane* 诉 *Winn* 案中，美国马萨诸塞地区法院裁定，“禁止酷刑”是普遍义务，其“作为强行法规范……，是‘不可减损的，也是强制性的’”。<sup>265</sup> 在大会第四十九届会议审议委员会报告期间，捷克共和国指出，“强行法的义务是普遍义务，那并不允许任何的减损”。<sup>266</sup>

107. 上述渊源清楚地表明，在强行法与普遍义务之间存在关系，但是，这一关系的确切性质是更重要的问题。在文献中一般认为，虽然所有的强行法规范都具

<sup>259</sup> 同上，第 34 段。

<sup>260</sup> 东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决书，《1995 年国际法院案例汇编》，第 90 页起，见第 102 页，第 29 段。

<sup>261</sup> 同上。《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用，初步反对意见，判决书，《1996 年国际法院案例汇编》，第 595 页起，见第 615-616 页，第 31 段，其中，国际法院宣布另一项强行法规范(灭绝种族罪)创设普遍义务。另见刚果境内的武装活动(新诉状：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)(上文脚注 124)，第 64 段。

<sup>262</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决书，《2015 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

<sup>263</sup> 同上，第 87 段。

<sup>264</sup> *Nulyarimma and Others v. Thompson*, Appeal Judgment of the Australian Federal Court of 1 September 1999, para. 18. Whitlam J 法官在意见中，特地使用了与国际法院大体相同的语言，特别提到义务的普遍性(“禁止灭绝种族是习惯国际法强制性规范(强行法)，产生每个民族国家对整个国际社会承担的不可减损的普遍义务”)，第 81 段。

<sup>265</sup> *Kane v. Winn*, Judgment of 27 May 2004 of the United States Court for the District of Massachusetts, 31 F. Suppl. 2d 161 (D Mass), para. 93. *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs*, Appeal Judgment of 12 October 2006 of the High Court, [2006] ALL ER (D) 138, para. 102, 提及“普遍强行法”。另见 *Jorgic case*, J (a Bosnian Serb), *Individual Complaint*, Judgment of 12 December 2000 of the German Constitutional Court, 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), para. 17。

<sup>266</sup> 捷克共和国(A/C.6/49/SR.26)，第 19 段。另见布基纳法索(A/C.6/54/SR.26)。

有普遍效力，但并非反之亦然，即并非所有的普遍义务都构成强行法规范。<sup>267</sup> Villalpando 形象地描述了两个概念之间的关系：

用于描述普遍义务与强行法规范之间关系的经典形象是同心圆：施加普遍义务的规范范畴是更大的集合，它包含但不限于所有的强制性规范。<sup>268</sup>

108. 虽然这一想法已有牢固的立足点，但其准确性至少令人怀疑。它提出了一个问题：是否有任何并非源自于强行法规范的普遍义务。确实，不是由一般国际法强制性规范产生的条约义务可能创设对所有条约缔约方承担的义务，即所谓的“缔约方之间的普遍”义务。但是，这些不是“名副其实”的普遍义务，因为它们没有创设对所有国家承担的义务，而是创设了对所有缔约国承担的义务。<sup>269</sup> 不过，似乎巴塞罗那电车公司案确实提供了一些有关这一关系基本要素的线索。在该案中，国际法院指出，“义务源于……”构成强行法的禁令。<sup>270</sup> 因此，这两个概念不是完全相同的。一个概念源于(或来自于)另一个概念。特别报告员认为，这是这一关系的实质。Pellet 对这一实质做出如下阐述：

‘国际法的基本规则’、特别是强行法和普遍义务——但不十分清楚它们构成一个单一概念，或是两个不同的事务，不过，就我而言，……我认为有两个不同的概念：规范的强行法特性涉及规范的性质或实际内容；普遍适用的表述则提请注意其接受者。<sup>271</sup>

109. 因此，对 Pellet 来说，强行法和普遍义务是不同的概念，但一个概念来自于另一个概念，即强行法规范涉及实质内容，普遍义务则涉及强行法规范的接受

<sup>267</sup> 例如见，Francisco Forrest Martin, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), pp. 333–368, at p. 353 (“普遍义务有别于强行法规范，因为其在某些情况下可以减损，但所有强行法规范都是普遍义务”)。不过，见 Evan J. Criddle 和 Evan J. Fox-Decent, “A fiduciary duty of jus cogens”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), pp. 331–388, at pp. 384–385, 反驳强行法规范具有普遍效力的观点。

<sup>268</sup> Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans de la responsabilité des États* (Paris, 2005), p. 107。(用于描述普遍义务与强行法规范之间关系的经典形象是同心圆：施加普遍义务的规范范畴是更大的集合，它包含但不限于所有的强制性规范)。

<sup>269</sup> 例如见，Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (上文脚注 71), p. 430 (“对于源于多边条约的义务，也可以在某种程度上宽泛地将其称为普遍义务。不过，如果这样做，那么这一概念在提供指引，说明由国际社会支配的可能惩罚措施方面，会丧失(原文如此)其解释性本质”)。

<sup>270</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决书(上文脚注 256)，第 34 段(强调系本文所加)。

<sup>271</sup> Alain Pellet, *The Fundamental Rules of the International Legal Order*(的“结论”)，Tomuschat 和 Thouvenin(见上文脚注 66)，第 418 页(“‘国际法的基本规则’、特别是强行法和普遍义务——但不十分清楚它们构成一个单一概念，或是两个不同的事务，不过，就我而言，……我认为有两个不同的概念：规范的强行法特性涉及规范的性质或实际内容；普遍适用的表述则提请注意其接受者”)。

者，因此，是从强行法规范中产生的。同样，Bassiouni 指出，强行法“指(特定规范)的法律地位”，而“普遍义务涉及强行法特征……产生的法律影响。”<sup>272</sup>

110. 正如关于国家责任的条款第 41 条的做法，强行法规范的普遍特征不为第三国创设义务。然而，强行法的普遍特征解释了第三国在一国对另一国实施的不法行为中的利害关系。对第三国义务的法律后果是由实践以及国际法院和法庭的司法裁判确立的，委员会的工作也发挥了推动作用。

111. 以上讨论可概括如下：一般国际法强制性规范(强行法)确立普遍义务，对这些义务的违反涉及所有国家。

#### D. 一般国际法强制性规范(强行法)的其他影响

112. 强行法对条约和国家责任的影响主要依据委员会的工作——关于条约法的条款和关于国家责任的条款。不过，强行法规范还有其他应加以考虑、但尚未得到委员会重点研究的潜在影响。这些包括强行法对以下问题的影响：

- (a) 国际刑法中的个人刑事责任；
- (b) 国际法院的管辖权；
- (c) 习惯国际法；
- (d) 依照《联合国宪章》第一百零三条的安全理事会决议。

##### 1. 一般国际法强制性规范(强行法)对国际刑法中的个人刑事责任的影响

113. 近来，强行法对国际刑法、特别是对个人刑事责任的影响受到激烈讨论。<sup>273</sup> 大多数情况下，讨论的问题集中于国内法院对强制性国际法禁止实施的犯罪(仅为方便起见，本文有时将其简称为强行法罪行)的管辖权。这些包括，是否存在行使管辖权义务的问题，以及豁免对强行法罪行的影响。

114. 这些问题主要涉及强行法罪行的内容和后果。构成强行法规范的禁止实施罪行包括危害人类罪、<sup>274</sup> 灭绝种族罪、<sup>275</sup> 战争罪<sup>276</sup> 和酷刑。<sup>277</sup> 委员会已

<sup>272</sup> M. Cherif Bassiouni, “International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), pp. 63–74, at p. 63.

<sup>273</sup> 有关赞同加强强行法对个人刑事责任的影响的主张，见 Cassese, “For an enhanced role of jus cogens” (上文脚注 75)和 Bassiouni, “International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes” (上文脚注 272)。

<sup>274</sup> 关于国家责任的条款，第 26 条评注第(5)段；关于危害人类罪的条款草案，序言，特别是序言评注第(4)段。

<sup>275</sup> 关于国家责任的条款，第 26 条评注第(5)段；第 40 条评注第(4)段。

<sup>276</sup> 关于国家责任的条款，第 40 条评注第(5)段；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 257 页，第 79 段。

<sup>277</sup> 关于国家责任的条款，第 26 条评注第(5)段；第 40 条评注第(5)段；与不起诉就引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457 页，第 99 段。

在各专题下处理了一些与这些罪行相关的问题。<sup>278</sup> 因此，本文对这些问题的考虑将相对简短。

115. 在开始考虑强行法是否对行使管辖权产生特定后果时，也许应当指出，有不同的文书规定，国家有义务对相关强行法罪行行使管辖权。例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定，缔约国有义务“对于犯灭绝种族罪……者……规定……惩治”。<sup>279</sup> 当然，该《公约》中的惩罚义务是一项条约义务，不一定在条约范围外适用。不过，除《公约》中的惩罚义务外，还有大量要求起诉灭绝种族罪的国家实践。<sup>280</sup> 此外，在国家实践中，也有许多在国内起诉灭绝种族罪的例子或允许起诉灭绝种族罪的案例。<sup>281</sup> 德国宪法法院在 *Jorgic* 案中的裁定特别具有启发性。宪法法院在该裁决中，对《防止及惩治灭绝种族罪公约》仅允许领土国行使管辖权的论点做出回应。该法院的结论是，《公约》不排除行使普遍管辖权，尽管《公约》没有强制规定普遍管辖权。<sup>282</sup>

116. 同样，国际法规定有义务起诉战争罪。有 196 个缔约方的 1949 年日内瓦四公约规定，缔约方有义务“制定必要之立法”，对于实施“严重破坏本公约之行为”，“处以有效之刑事制裁”，也有义务“搜捕被控为曾犯”严重违反行为的

<sup>278</sup> 委员会关于不引渡就起诉的义务的最后报告，《国际法委员会第六十六届会议工作报告》(A/69/10)，特别见第(45)-(48)段；关于危害人类罪的条款草案，第 2 条、第 4 条、第 6 条第 5 款和第 10 条以及第 10 条评注第(8)段；关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案，《国际法委员会第六十九届会议工作报告》(A/72/10)，第 7 条。另见特别报告员关于危害人类罪的第三次报告(A/CN.4/704)；特别报告员(康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯)关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告(A/CN.4/701)；特别报告员(罗曼·科洛德金)关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告(A/CN.4/631)。

<sup>279</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第五条。另见第四条(“凡犯灭绝种族罪……者，……均应惩治之”)。

<sup>280</sup> 例如见 Burkina Faso, Penal Code, Law No. 043/96/ADP of 13 November 1996, art. 313; Ethiopian Penal Code, art. 281; Ghana, Criminal Code Amendment Act of 1993, sect. 1; Rwanda, Organic Law No. 08/96 of 30 August 1996, art. 1; United States, 18 US Code § 1091; Brazil, Law No. 2.889 of 1 October 1956, art. 1; Nicaragua, Penal Code § 549; Fiji, Penal Code, Laws of Fiji, Chap. 17, sect. 69; Armenia, Criminal Code, art. 393; Switzerland, Penal Code, art. 264; Albania, Criminal Code, art. 73; Austria, Penal Code, Chap. 25, sect. 321; Estonia, Criminal Code, art. 611; Italy, Law No. 962 of 9 October 1967; art. 1; Spain, Penal Code, Book II, Title XXIV, art. 607。

<sup>281</sup> 例如见 Ethiopia, *Special Prosecutor v. Hailemariam (Mengistu) and 173 Others*, Preliminary Objections, Criminal File No. 1/87, Judgment of Ethiopian Federal Court of 9 October 1995; Uganda, *Kwoyelo Alias Latoni v. Uganda*, Judgment of the Constitutional Court, 22 September 2011; Canada, *The Queen v. Munyaneza (Désiré)*, Trial Judgment of the Quebec Superior Court, 22 May 2009; Argentina, *Office of the Prosecutor v. Priebke (Erich)*, Judgment of Supreme Court, 2 November 1995; Bosnia and Herzegovina, *Prosecutor v. Trbić (Milorad)*, Judgment of the Criminal Division of the Court of Bosnia and Herzegovina, 16 October 2009; Spain, *Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharuis (Association of Families of Saharawi Prisoners and Disappeared) and Others v. Hachem and Others*, Indictment Order, National Court, 9 April 2015; Spain, *Fundación Casa del Tibet and Others v. Jiang (Zemin)*, Appeal Judgment on Admissibility by the National Court, 10 January 2006; Germany, *Sokolović*, Revision Judgment of the Federal Court of Justice, Criminal Division, 21 February 2001; Germany, *Jorgic*, Judgment of the Constitutional Court, 12 December 2000。

<sup>282</sup> *Jorgic* 案(见上文脚注)，特别是第 40 段。

人，并“应将此种人，不分国籍”送交该国法庭。<sup>283</sup> 此外，许多国家已在国内法中将战争罪定为刑事犯罪。<sup>284</sup>

117. 在关于危害人类罪的第二次报告中，该专题的特别报告员提供了关于起诉危害人类罪的国内法的有用资料。<sup>285</sup> 特别报告员在报告中指出，有许多国家拟订了关于危害人类罪的国内法，但也有许多国家尚未这样做。<sup>286</sup> 他记录到，截至 2013 年，约有 104 个国家有明确将危害人类罪行定为这样的犯罪的国内法律。<sup>287</sup> 虽然特别报告员就此得出的结论是，“各国似乎并不认为”有义务通过国内法律，将危害人类罪定为犯罪行为，<sup>288</sup> 但 104 部法规是数量相当大的国家惯例。由于《国际刑事法院罗马规约》本身并未要求对《规约》中的危害人类罪(或任何罪行)进行国内定罪，这一数字更令人印象深刻。<sup>289</sup> 这不一定意味着，

<sup>283</sup> 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，第四十九条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，第五十条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，第一百二十九条；《关于战时保护平民之日内瓦第四公约》，第一百四十六条。

<sup>284</sup> 见国家立法实例：Armenia, Penal Code, 2003, arts. 383, 386, 387 and 390; Bangladesh, International Crimes Tribunal Act of 1973, sect. 3; Bulgaria, Penal Code of 1968, arts. 410–415; China, Law Governing War Criminals, 1946, art. 3; Democratic Republic of the Congo, Code of Military Justice, 1972, arts. 262–264; Finland, Criminal Code, 1889 (第 212/2008 号修正案), chap. 11, sect. 5 (1); Jordan, Military Penal Code, 2002 (2006 年修正), art. 41; Portugal, Penal Code, 1996, art. 242; South Africa, Implementation of the Geneva Conventions Act, 2012, sect. 5. See further Australia, Defence Force, *Law of Armed Conflict: Commanders Guide*, March 1994, sect. 1306 (“各国必须搜查、起诉、并在必要时引渡涉嫌违反武装冲突法的个人”); Canada, Law of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, 1999, sect. 5–2; Colombia, Ministry of Defence, *Derecho Internacional Humanitario: Manual Básico para las Personerías y las Fuerzas Armadas de Colombia*, 1995, p. 27; France, Général de Corps d’Armée Voinot, *Fiche de Synthèse sur les Règles Applicables dans les Conflits Armés*, 1992, sect. 3.4; Germany, Federal Ministry of Defence, *Humanitäres Völkerrecht in Bewaffneten Konflikten*, 1996, sect. 803; Israel, Military Advocate General’s Corps Command, *Rules of Warfare on the Battlefield*, 2006, p. 11; Russian Federation, Ministry of Defence, *Regulations on the Application of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the Russian Federation*, 2001, sect. 86; South Africa, National Defence Force *Revised Civic Education Manual* 2004, chap. 4, sect. 57; Switzerland, Swiss Army, *Lois et Coutume de la Guerre (Extrait et Commentaire)* 1987, art. 198; United States, Department of the Navy, *The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations*, 2007, sect. 6.2.6.

<sup>285</sup> 特别报告员关于危害人类罪的第二次报告(A/CN.4/690)，第 17-19 段。

<sup>286</sup> 同上，第 17-18 段。

<sup>287</sup> 同上。第 18 段。另见关于危害人类罪的条款草案，第 6 条评注第(3)段。

<sup>288</sup> 同上，第 18 段。

<sup>289</sup> 尽管《罗马规约》本身没有创设起诉义务，但国家起诉危害人类罪或主张有权这样做的案例见：Democratic Republic of Congo, *Ituri District Military Prosecutor v. Kahwa Panga Mandro*, First Instance Judgment of the Military Tribunal, 2 August 2006; Mexico, *Federal Prosecutor assigned to the Special Office of the Attorney-General for Federal Crimes Committed by Public Servants against Persons Related to Past Social and Political Movements and Another v. Echeverria and Moya-Palencia*, Appeal Judgment of the Supreme Court of Justice, 15 June 2005; Peru, *Guillén de Rivero v. Peruvian Supreme Court*, Appeal Judgment of the Constitutional Court, 12 August 2005; Paraguay, *Pavon and Others v. Criminal Public Prosecutor*, Judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Court, 5 May 2008; Chile, *Re Víctor Raúl Pinto v. Relatives of Tomás Rojas*, Decision on Annulment of the Supreme Court of 2007, para. 23.

根据习惯国际法存在将危害人类罪定为犯罪的义务——除非有必要的法律确信。然而，大量惯例为这一义务(如果它尚不存在的话)的演进奠定了坚实基础。正是在这一基础上，委员会决定，在关于危害人类罪的条款草案第6条中规定，各国应“采取必要措施，确保国家刑法规定危害人类罪构成犯罪”，这一规定受到各国广泛欢迎。<sup>290</sup>

118. 就数量和地域分布而言，国家对危害人类罪、战争罪、灭绝种族罪、酷刑等构成强行法规范的禁止实施行为行使刑事管辖做法十分普遍。<sup>291</sup> 不过，实践显示，虽然在一些国家行使普遍管辖权，但也有些国家的法律要求与行使管辖权的国家有某种联系。有关战争罪的立法可以很好地说明这方面的差异。<sup>292</sup> 例如，在美国，尽管战争罪法律<sup>293</sup> 规定，“无论何人”，“在美国境内或境外”犯下战争罪，都应受到惩罚，<sup>294</sup> 但这仅限于“犯下此类战争罪的人是美国武装部队的成员或美国国民”的情况。<sup>295</sup> 但是，南非《执行〈罗马规约〉法》规定，即使与南非没有联系，如果被指控犯罪的人“在实施犯罪后，出现在(南非)境内”，也可行使管辖权。<sup>296</sup> 这样的方法上的差异也反映在委员会工作中。1996年，委员会要求各国对强行法罪行确立管辖权，“而不论这些罪行的实施地点或实施者为谁”。<sup>297</sup> 委员会在最新的相关案文中规定，各国有义务在下列情况下确立管辖

<sup>290</sup> 见特别报告员关于危害人类罪的第三次报告(A/CN.4/704)，第4段。

<sup>291</sup> 关于酷刑，见与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书(见上文脚注277)，第99段(禁止酷刑“已被纳入几乎所有国家的国内法”)。

<sup>292</sup> 见上文脚注284。

<sup>293</sup> 18 US Code, sect. 2441.。

<sup>294</sup> 同上，(a)款。

<sup>295</sup> 同上，见 *South Africa, National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another, Judgment of the Constitutional Court of South Africa, CCT 02/14. Dire Tladi, “National Commissioner of the South Africa Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre (Sup. Ct. S. Afr.) — Introductory Note”*, *International Legal Materials*, vol. 54 (2015), pp. 152–174. 另见 *United Kingdom, International Criminal Court Act 2001, sect. 51 (2)*，其中规定，该节适用于“在英格兰或威尔士实施的行为”或“在联合王国境外，由联合王国国民、联合王国居民或接受[联合王国]军事司法管辖者”实施的行为；*Japan, Penal Code Law No. 45 of 1907(经修正)*，第1-3条，其中包括对非日本国民在国外针对日本国民实施的行为的管辖权([www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan](http://www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan))；*Republic of Korea, Act on the Punishment of Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Republic of Korea)*, art. 3 规定对以下行为行使管辖权：(a) 在大韩民国境内实施的行为；(b) 大韩民国国民在境外实施的行为；(c) 外国人在大韩民国船只或飞机上实施的行为；(d) 外国人在大韩民国境外对大韩民国或其国民实施的行为。

<sup>296</sup> 见 *the Implementation of the Rome Statute Act of South Africa, 2002*。关于讨论，见南非，国家警察署署长诉南非诉讼中心(上文脚注295)。另见 *further Finland, Criminal Code (footnote 284 above)*, chap. 11, sect. 5，其中仅提及“个人”。另见 *Germany, Act to Introduce the Code of Crimes against International Law, June 2002, sect. 1* (“本法适用于根据本法构成严重犯罪的所有违反国际法的刑事罪行……即便罪行在国外实施，与德国没有关系”)；*Canada, Crimes against Humanity and War Crimes Act, 2000, chap. 24, sect. 4 (b)*，加拿大可对外国人在加拿大境外犯下的罪行行使管辖权，条件是，“在被控罪行据称已实施后，犯罪人在加拿大境内”。

<sup>297</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案，《1966年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第8条。

权：(a) “罪行发生在(该国管辖的)任何领土内”；(b) “被控罪犯为该国国民”，或“惯常在该国领土内居住的”无国籍人；(c) “受害人为该国国民，而该国认为应予管辖”。<sup>298</sup> 关于危害人类罪的条款草案的最新案文留下了可能性，即在国际法允许情况下，国家可行使更广泛的管辖权，如普遍管辖权。<sup>299</sup>

119. 虽然大家普遍接受存在起诉义务，但 Costelloe 依据以下理由对这项一般性义务做出反驳：

国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案中，指出尽管“禁止酷刑”[是强行法]，但认定“根据《公约》起诉被指控罪犯实施酷刑的义务仅适用于《公约》对有关国家生效后发生的事实”。<sup>300</sup>

120. 这种说法虽然是正确的，但忽视了国际法院仅承担《公约》规定的起诉被指控罪犯的义务，即国际法院关注的是条约义务，而非一般国际法规定的义务。造成这种情况的原因是显而易见的。国际法院在该案中的管辖权仅限于违反《公约》的行为，而不涵盖违反强行法等习惯国际法的行为。<sup>301</sup> 因此，国际法院的陈述并非有关对酷刑行使管辖权义务的一般性陈述，而是关于《公约》规定的义务。

## 2. 一般国际法强制性规范(强行法)对豁免的影响

121. 强行法规范对国家豁免和官员豁免的影响或许比其他任何潜在后果都更具有争议性，更与时事相关。<sup>302</sup> 豁免和强行法罪行问题一直是国际性和区域法院

<sup>298</sup> 关于危害人类罪的条款草案，第 7 条。

<sup>299</sup> 同上，第 7 条第 3 款。

<sup>300</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (见上文脚注 60), p. 191。

<sup>301</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决书(见上文脚注 277)，第 55 段(“在提交请求书时，当事方之间的争端与违反习惯国际法所规定的义务无关，故国际法院不具有就比利时相关诉讼请求作出裁判的管辖权。因此，只有在涉及解释和适用《禁止酷刑公约》的争端方面，法院才必须确定管辖权是否存在法律依据”)。另见同上，第 63 段。

<sup>302</sup> 关于所选部分文献，见 Antonio Cassese, “When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case”, *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), 第 853-875 页；Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State officials, international crimes, and foreign domestic courts”, *European Journal of International Law*, vol. 21 (2011), 第 815-852 页；Thomas Weatherall, “*Jus cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46 (2015), 第 1151-1212 页；A.P.V. Rogers, “War crimes trials under the Royal Warrant: British Practice 1945-1949”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), 第 780-800 页；Annemarieke Vermeer-Künzli, “Immunities and consent to jurisdiction in international law”, in *The Pursuit of a Brave New World In International Law: Essays in Honour of John Dugard*, Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis and Dire Tladi, eds. (Leiden, Brill, 2017), 第 172-192 页，参看第 180 页起；Paul B. Stephan, “The political economy of *jus cogens*”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), 第 1073-1104 页，参看第 1074-1080 和 1092-1093 页；Kawasaki, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law” (上文脚注 75)，第 31 页；Andrea Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), 第 491-508 页；Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (上文脚注 62)；Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (上文脚注 60)，第 259 页起；Knuchel, “*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms” (上文脚注 64)，第 202 页；Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate” (上文脚注 58)，第 54 页；Orakhelashvili, “Audience and authority” (上文脚注 69)，第 138 页起；Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms” (上文脚注 60)，第 218 页起。

与法庭以及国内法院众多裁判的主题，也是委员会内部辩论的主题。<sup>303</sup> 因此，本报告不会重复所有辩论内容，而是仅会指出可能有助于委员会处理强行法规范对豁免的法律影响问题的要点。

122. 国家官员豁免问题特别报告员在她关于该专题的第五次报告<sup>304</sup> 中提出一项规定属事豁免不适用于强行法罪行的条款草案，委员会经过表决，以 21 名成员赞成、8 名反对、1 名弃权的结果通过了该条款，但对其作出了大幅修正。<sup>305</sup> 在辩论中，强行法问题特别报告员表示，虽然他支持就违反强行法的罪行规定属事豁免的例外情况，但关于豁免的第五次报告提出的依据无法令他信服。<sup>306</sup> 本报告不会重复这些看法，仅指出以下内容与这些看法一致。

123. 在评估这一问题时，有必要作出若干区分，其中有些区分往往被忽视。第一，必须像委员会在处理危害人类罪专题时采取的做法一样，在强行法罪行责任问题上区分豁免与官方身份的无关性。<sup>307</sup> 前者是管辖权面临的程序性障碍，而后者则有实质性影响。<sup>308</sup> 就后者而言，官方身份不能作为为强行法罪行脱责的实质性辩护理由。第二，在豁免问题上，应当区分属人豁免和属事豁免，这种区分争议较小。<sup>309</sup> 人们普遍接受的一点是，在属人豁免问题上，即便是强行法罪

<sup>303</sup> 关于国际性法院的判决，见以下著名案例：2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页；国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页。关于区域法院判决的例子，见：*Jones and Others v. the United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, European Court of Human Rights, ECHR 2014; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], No. 35763/97, European Court of Human Rights, ECHR 2001-XI。关于委员会就豁免相关问题开展的工作，除脚注 278 引述的材料外，委员会就关于国家官员外国刑事管辖豁免的第五次报告(A/CN.4/701)进行的辩论载于 A/CN.4/SR.3360-3365、SR.3378 和 3387-3388。

<sup>304</sup> A/CN.4/701，附件三。

<sup>305</sup> A/CN.4/SR.3378。

<sup>306</sup> A/CN.4/SR.3361。

<sup>307</sup> 见关于危害人类罪的条款草案，第 6 条第 5 款(“各国应采取必要措施，确保根据国家刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由”)。但另见检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案，根据《罗马规约》第八十七条第七款就南非不遵守国际法院关于逮捕和移交奥马尔·巴希尔的要求所作的裁定，ICC-02/05-01/09 号案，2017 年 7 月 6 日，马克·佩兰·德布里尚博法官的个别意见，第 22 段。

<sup>308</sup> 关于危害人类罪的条款草案，特别见第 6 条评注第(31)段(“为本条款草案的目的，第 5 款意味着，被控犯罪者不能以他或她担任公职的事实作为实质性辩护理由，借以否定任何刑事责任。相形之下，第 5 款对于外国国家官员面对国家刑事管辖可能享有的任何程序性豁免没有影响”)。另见 Dire Tladi, “Of heroes and villains, angels and demons: The ICC AU tension revisited”, *German Yearbook of International Law* (即将出版)，关于危害人类罪的条款草案，特别见第 6 条评注第(31)段(“为本条款草案的目的，第 5 款意味着，被控犯罪者不能以他或她担任公职的事实作为实质性辩护理由，借以否定任何刑事责任。相形之下，第 5 款对于外国国家官员面对国家刑事管辖可能享有的任何程序性豁免没有影响”)。另见 Dire Tladi, “Of heroes and villains, angels and demons: The ICC AU tension revisited”, *German Yearbook of International Law* (即将出版)，对马克·佩兰·德布里尚博法官的个别意见作出评论。

<sup>309</sup> 见关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案第 3 和 4 条。另见 *United Kingdom, R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet*, Judgment of the House of Lords of 24 March 1999, 转载于 *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581, Opinion of Lord Phillips, at p. 653, 菲利普斯勋爵的意见指出，皮诺切特若仍为国家元首，则可享有属人豁免。

行也无任何例外。<sup>310</sup> 这方面一个值得关注的案例是南非最高上诉法院在司法部长诉南非诉讼中心案中所作的裁判，<sup>311</sup> 作为确定国际法规则的辅助手段，该法院的裁判支持这样一种主张，即按照习惯国际法，属人豁免没有任何例外，即便根据南非法律，这条规则存在基于国家惯例的例外。<sup>312</sup> 尽管如此，该裁判本身还是承认其无法构成习惯国际法，<sup>313</sup> 这项裁判仍然是支持强行法罪行属人豁免例外的孤例。因此，可以认为，根据目前法律，属人豁免不因有关罪行的强行法性质而存在任何例外。所以，真正的问题是属事豁免是否不适用于强行法罪行。

124. 评注法学家的结论总体上是基于涉及民事程序的国家惯例以及国际性法院和法庭的裁决。经常被引述的国际法院判决涉及民事管辖豁免，其中认为，豁免规则和强行法规范之间无“直接抵触”，因为强行法规范对国家行为作出实质性禁止，而豁免则是程序性的，在另一层面运作。<sup>314</sup> 此外，还会发现，国际法院在国家管辖豁免案中所依据的作为国家惯例的全部证据也都涉及民事管辖豁免。<sup>315</sup> 支持强行法存在豁免例外的人士往往还提及与民事诉讼有关的国家案例。<sup>316</sup> 与强行法罪行存在豁免例外有关的任何国际法规则都必须以刑事责任方面的惯例为依据。

125. 当然，有许多案例涉及在国内法院的刑事诉讼中援引属事豁免。<sup>317</sup> 例如，罗杰斯探讨了与联合王国 1945 年皇家逮捕证有关的若干案例，签发该逮捕证的目的是审判第二次世界大战的战犯。<sup>318</sup> 被起诉者包括确定享有属事豁免的外国军事人员。<sup>319</sup> 卡塞塞也提供了一系列关于强行法罪行不享有属事豁免的国内法

<sup>310</sup> 见关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案，第 7 条，特别是第 7 条评注第(2)段。见更加重要的 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决书(上文脚注 303)。

<sup>311</sup> *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*, Judgment of the South African Supreme Court of Appeal, 2016 (4) BCLR 487 (SCA).

<sup>312</sup> 同上，第 84 段(“我不得不遗憾地得出如下结论，违反强行法(不变规范)的行为不再享有主权豁免这一说法有些极端。对案例和文献的审议仅表明，迪加尔教授关于‘习惯国际法在违反强行法规范行为的刑事和民事豁免问题上变化不定’的说法是正确的。在这种情况下，我无法认定，在习惯国际法目前的发展阶段，国家元首在访问外国和面对外国国家法院时享有的豁免权和不受侵犯权在涉及国际罪行时存在例外”)。

<sup>313</sup> 同上(“但习惯国际法的内容并非由我确定”)。

<sup>314</sup> 见国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书(上文脚注 303)，第 95 段。为佐证即便是强行法罪行也不存在属事豁免例外的论点而经常引述的其他民事诉讼相关判决包括 Jones 等人诉联合王国案(上文脚注 303)和 Al-Adsani 诉联合王国案(上文脚注 303)。

<sup>315</sup> 国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书(上文脚注 303)，第 70 段(国家立法)和第 96 段(案例法)。

<sup>316</sup> 见因罪行的强行法性质而拒绝给予豁免的民事诉讼相关案例，*Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, 776-77(4th Cir. 2012)。

<sup>317</sup> 见关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案第 7 条评注第(5)段，委员会关于第六十九届会议工作的报告(A/72/10)，特别是脚注 762。

<sup>318</sup> 关于这方面的讨论，见 Rogers, “War crimes trials under the Royal Warrant” (上文脚注 302)，特别是第 790 页起。

<sup>319</sup> 见同上，提及 Rauer 等人，*Peleus* 审判，对 Helmuth von Ruchteschell 和 von Manstein 的审判。

院判例。<sup>320</sup> 显然享有属事豁免者受国内法院管辖的部分较著名案例包括艾希曼案(以色列)、<sup>321</sup> 巴比案(法国)、<sup>322</sup> 鲍特瑟案(荷兰, 尽管该案被推翻, 但是推翻并非由于豁免问题, 而仅仅是由于禁止法律适用溯及既往的规则)、<sup>323</sup> 皮诺切特案(西班牙)、危地马拉灭绝种族案(西班牙)、<sup>324</sup> 西林戈案(西班牙)<sup>325</sup> 等。与因强行法罪行而丧失属事豁免的原则最为相关的案例或许是联合王国的皮诺切特案。在该案中, 布朗-威尔金森勋爵、霍普勋爵和菲利普斯勋爵都在意见中强调, 属事豁免不适用于具有强行法性质的国际罪行。<sup>326</sup>

126. 在委员会审议国家官员豁免问题时, 委员会部分成员指出, 鲍特瑟案和皮诺切特案无法佐证属事豁免不能适用的论点。<sup>327</sup> 不过, 如上所述, 荷兰最高上诉法院在鲍特瑟案中并非因豁免而推翻判决。该判决之所以被推翻, 是由于法律适用不溯及既往原则。豁免对起诉而言是程序性障碍, 可阻止审议实质性问题。对法律适用可否溯及既往这一问题的审议本身即表明豁免不适用。应当忆及, 有待讨论的问题并非法院指出豁免适用还是不适用, 而是法院是否行使了管辖权; 在此案中, 法院显然行使了管辖权, 但认为没有理由进行起诉, 因为法律不能溯及既往。关于皮诺切特案, 部分成员指出, 相关意见并非基于强行法本身, 而是基于条约义务。但如上所述, 其中三项意见具体提及罪行的强行法性质, 作为豁免不适用的依据。此外, 这些意见还全部基于罪行的酷刑性质, 而酷刑已被广泛接受为强行法罪行。<sup>328</sup> 这些成员还质疑执行《罗马规约》的法律是否具有相关性。<sup>329</sup> 不过, 这种质疑或许只有在涉及履行《罗马规约》所规定义务的国内法条款时才是正确的。因此, 为逮捕并最终向国际刑事法院移交人员这项《罗马规约》规定的义务而拒绝给予豁免的情形可能与国内法下的豁免问题无关。不过,

<sup>320</sup> Cassese, “When may senior State officials be tried for international crimes?” (见上文脚注 302), 第 870 页起。

<sup>321</sup> Israel, *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, Judgment of the Supreme Court, English translation available in *International Law Reports*, vol. 36 (1968), p. 277。

<sup>322</sup> 更多讨论见 Nicholas R. Doman, “Aftermath of Nuremburg: the trial of Klaus Barbie”, *University of Colorado Law Review*, vol. 60 (1989), 第 449-469 页。

<sup>323</sup> Netherlands, *Bouterse*, Judgment of the Supreme Court of 18 September 2001.

<sup>324</sup> Spain, *Guatemala Genocide, Menchú Tumm and Others v. Two Guatemalan Government Officials and Six Members of the Guatemalan Military*, Judgment of the Constitutional Court of 26 September 2005.

<sup>325</sup> Spain, *Scilingo Manzorro (Alolfo Francisco) v. Spain*, Judgment of the Supreme Court of 1 October 2007.

<sup>326</sup> United Kingdom, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet* (见上文脚注 309), 布朗-威尔金森勋爵的意见(第 56 段)、霍普勋爵的意见(第 196 段)、米利特勋爵的意见(第 330 段起)及菲利普斯勋爵的意见(第 366 段)。

<sup>327</sup> 关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案, 第 7 条评注第(8)段, 委员会关于第六十九届会议工作的报告(A/72/10), 特别是脚注 765。

<sup>328</sup> 例如, 见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔), 判决书(上文脚注 277), 第 99 段。

<sup>329</sup> 关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案, 第 7 条评注第(8)段, 委员会关于第六十九届会议工作的报告(A/72/10), 特别是脚注 765。

由于《罗马规约》不要求任何国家必须根据《罗马规约》起诉个人，更不必说起诉拥有豁免的官员，任何规定豁免不适用的法律都与确定一般国际法规则相关。

127. 当然，有些国家法院的案例在刑事诉讼中支持豁免。例如，法国最高上诉法院认为，“根据国际法，无论受到起诉的罪行多么严重，在任国家元首在外国法院享有管辖豁免这一原则都不存在例外”。<sup>330</sup> 同样，在皮诺切特案之后的若干判决中，联合王国法院认为国家官员享有豁免。<sup>331</sup> 不过，会注意到的一点是，这些裁决涉及享有属人豁免的在任国家元首。卡扎菲案和穆加贝案的裁决均表明，相关官员若不再担任国家元首职务(委员会已认定在这一情形下属事豁免适用<sup>332</sup>)，则不享有属人豁免。例如，在卡扎菲案中，法院明确指出，豁免提供的保护是针对“现任国家元首”。在穆加贝案中，法院指出，穆加贝只能“在担任国家元首期间”(着重部分由作者标明)享有可适用的豁免。

128. 当然，有些裁决认为非国家元首享有豁免，其中包括联合王国治安法院裁定的薄熙来案和穆法兹案。<sup>333</sup> 不过，在这两个案例中，法院都或正确或错误地采用了一个前提：有关官员，即国防部长(穆法兹)和商务部长(薄熙来)，享有属人豁免。例如，在穆法兹案中，法院认定，“国防部长将与外交部长一样，自动获得豁免”。同样，在薄熙来案中，法院回顾了国际法院在逮捕证案中的判决，认定中国商务部长的职能“等同于外交部长行使的职能”。

129. 国家案例支持属事豁免的最佳例证或许是侯赛因·哈布雷引渡请求案。<sup>334</sup> 在该案中，哈布雷作为前国家元首，不再享有属人豁免，仅享有(余留的)属事豁免。法院在该案中认定，哈布雷虽然不再是国家元首，但仍继续享有豁免。<sup>335</sup> 尽管这项裁决肯定是一种惯例，但应当指出，这项裁决错误地将逮捕证案作为依据。<sup>336</sup>

<sup>330</sup> France, *Gaddafi*, Judgment of the French Court of Cassation of 13 March 2001 (No. 00-87215) *International Law Reports*, vol. 125 (2001), p. 490, para. 9. 另见 Belgium, *H.S.A et al. v. S.A. et al (Ariel Sharon case)*, Judgment of the Court of Cassation, 12 February 2003, No. P.02.1139.F, pp. 599-600.

<sup>331</sup> United Kingdom, Decision In Re Mugabe, Judgment of 14 January 2004, Bow Street Magistrates Court (“我确信，罗伯特·穆加贝是津巴布韦总统和国家元首，并在担任国家元首期间享有这种豁免。他不应受到任何形式的逮捕或拘禁，因此我无法签发所申请的逮捕证” )。

<sup>332</sup> 关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案，第6条第(3)款，委员会关于第六十八届会议工作的报告(A/71/10)。

<sup>333</sup> United Kingdom, *Re Mofaz*, Judgement of 12 February 2004, and *Re Bo Xilai*, Judgment of 8 November 2005, Bow Street Magistrates Court.

<sup>334</sup> Senegal, Hissène Habré Request, Judgment of 25 November 2005, Court of Appeal of Dakar.

<sup>335</sup> 同上，第6段。

<sup>336</sup> 同上，第5段(“Considérant que Hissène Habré doit alors bénéficier de cette immunité de juridiction qui, loin d’être une cause d’exonération de responsabilités pénales, revêt simplement un caractère procédural au sens de l’arrêt Yéro Abdoulaye Ndombasi du 14/02/2002 rendu par la Cour Internationale de Justice dans le litige opposant le Royaume de Belgique à la République démocratique de Congo”[“考虑到侯赛因·哈布雷因此一定受益于这种管辖豁免，而这种管辖豁免并非对刑事责任有罪不罚，而仅仅是国际法院2002年2月14日在比利时王国和刚果民主共和国的争端中对耶罗·阿卜杜拉耶·恩东巴希作出的判决所指的程序特征”])。

在哈布雷案中，相关豁免是属事豁免，而逮捕证案则涉及属人豁免。事实上，逮捕证案中的多数判决对不再担任公职者的案例明确不予考虑。<sup>337</sup> 因此，虽然哈布雷案无疑构成了惯例，但不应将其作为确定法律规则的辅助手段，予以过多重视，因为该案是基于对国际法院原始判决的误解。<sup>338</sup>

130. 即使忽略哈布雷案中误用依据的做法，上文也表明，多数判例支持不在刑事诉讼中适用属事豁免。不过，国家管辖豁免案存在逻辑问题。该案的逻辑似乎在民事和刑事问题上都适用于豁免。换言之，根据推理，国家管辖豁免案中阐明的规则没有任何理由适用于民事问题而不适用于刑事问题。可就此简要提出两点。第一，事务权和统治权的区分适用于民事问题，但显然不适用于刑事问题。因此，在涉及豁免时，这两类程序必然存在差异。第二，更重要的一点是，正如开始审议本专题时所商定的那样，委员会应当以国家惯例而非理论考量为指导。尤其重要的是，应当在这方面注意到，某些支持在民事问题上准予豁免的案例指出，适用于刑事问题的规则可能有所不同。<sup>339</sup> 若以国家法院案例为形式的国家实践支持这种区分，则委员会应当遵循这一做法。

131. 认为在刑事诉讼中属事豁免不适用于强行法规范所禁止行为的看法现已反映在关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案第 7 条中。<sup>340</sup> 这为在条款草案中纳入一项关于豁免的条款提供了更多支持。

<sup>337</sup> 见 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决书(上文脚注 303)，第 61 段(“第三，该人不再担任[相关职务]后，便不再享有国际法赋予的一切豁免”)。

<sup>338</sup> 见关于习惯国际法的识别的条款草案，委员会关于第六十八届会议工作的报告(A/71/10)，结论 13 评注第(3)段(“这类判决的价值大不相同，取决于每项判决的推理过程……以及各国及其他法院对判决的接受程度”)。

<sup>339</sup> 例如，见 Al Adsani 诉联合王国案(上文脚注 303)，第 61 段。另见 Yousuf 诉 Samantar 案(上文脚注 316)，第 20 页(“外国国家法院的若干裁决反映了它们愿意在刑事案件中拒绝就被控违反强行法的行为准予官方行为豁免”，同时指出，“强行法的例外似乎在民事案件中不是那么明确”)。关于对这种立场的批评，见 Orakhelashvili, “Audience and authority”(上文脚注 69)，第 139 页。

<sup>340</sup> 2017 年暂时通过的第 7 条草案如下：

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：

- (a) 种族灭绝罪；
- (b) 危害人类罪；
- (c) 战争罪；
- (d) 种族隔离罪；
- (e) 酷刑；
- (f) 强迫失踪。

2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

132. 以上讨论可概述如下：

(a) 各国义务对该国国民实施或在受该国管辖的领土上实施的、为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的犯罪行使管辖权；

(b) (a)中的规定不妨碍根据国际法，以该国国内法允许的其他任何理由确立管辖权；

(c) 为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的罪行系由担任公职的人实施这一事实不应构成排除刑事责任的理由；

(d) 属事豁免不适用于一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的任何罪行。

### 3. 一般国际法强制性规范(强制法)对国际性法院和法庭管辖权的影响

133. 国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)中的原则，即豁免规则作为程序性规则与涉及强行法罪行的实质性规则不抵触的原则，还被适用于强行法与国际性法院和法庭管辖权之间的关系。<sup>341</sup> 如上所述，在刚果境内武装活动案(刚果民主共和国诉卢旺达)中，刚果民主共和国在试图证明国际法院拥有管辖权时采用的依据是，相关涉嫌违法行为构成了违反国际法强制性规范的行为，即尽管卢旺达没有按照《国际法院规约》的要求，同意接收国际法院的管辖权，国际法院也依然拥有管辖权。特别是刚果民主共和国称，1969年《维也纳公约》第六十六条“确立了国际法院解决违反强制性规范行为所产生争端的管辖权”。<sup>342</sup> 此外，刚果民主共和国还称，卢旺达在《防止及惩治灭绝种族罪公约》下排除仲裁条款(该条款本来会使国际法院拥有管辖权)的保留意见无效，因为“该保留意见旨在‘阻止……国际法院履行其维护强制性规范的崇高使命’”。<sup>343</sup> 国际法院驳回了这一论点，指出“一项争端涉及遵守[强行法规范]的事实本身不能作为国际法院管辖权的依据”，因为“根据《国际法院规约》，管辖权永远基于当事各方的同意”。<sup>344</sup> 国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)中重申了这一原则。<sup>345</sup>

134. 无论国家管辖豁免案中区分程序和实质的做法可能受到何种批评，<sup>346</sup> 在管辖权问题上，似乎难以批评对程序性规范和实质性规范的区分。任何援引强行法的做法都会在争端中赋予国际法院管辖权，这种说法过于极端。这样的主张确实会使同意接受管辖权的要求毫无意义。先不论在豁免问题上区分实质和程序正确与否，得出如下结论似乎是合理的：豁免的程序性规则与作为强行法规范基础

<sup>341</sup> 国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书(上文脚注 303)，第 95 段。

<sup>342</sup> 刚果境内武装活动案(新请求：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)(上文脚注 124)，第 15 段。

<sup>343</sup> 同上，第 56 段。

<sup>344</sup> 同上，第 66 段。

<sup>345</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决书(上文脚注 262)，第 88 段。

<sup>346</sup> 见针对管辖豁免案提出的批评实例，Orakhelashvili，“Audience and authority” (上文脚注 69)，第 138 页；*Military Prosecutor v. Albers and Others*, Judgment of the Italian Court of Cassation of 9 August 2012, para. 5。

的实质性规则之间的关系比要求同意接受管辖权的程序性规则与作为强行法规范基础的实质性规则之间的关系更加密切。

135. 在当事方未同意接受管辖权的情况下，对违反强行法行为的指控不会赋予国际性法庭管辖权，这项原则必须结合 1969 年《维也纳公约》第六十六条予以解读。因此，在《公约》适用的案件中，即当争端当事双方均为《公约》缔约方时，关于某项条约违反强行法规范的指控可能构成国际法院管辖权的依据。不过，根据第六十六条，这仅适用于条约无效问题，而不适用于涉及强行法的一般问题。因此，这项规定仅在涉及条约有效性问题时适用。

136. 以上的简短讨论可概述如下：在适用 1969 年《维也纳公约》第六十六条的前提下，若当事方未依照国际法作出接受国际法院管辖权的必要同意，则争端涉及一般国际法强制性规范(强行法)这一事实不足以确立国际法院的管辖权。

#### 4. 一般国际法强制性规范(强行法)对国际法其他渊源的影响

137. 虽然强行法对条约有效性的影响主要因为 1969 年《维也纳公约》第五十三条而较为明确，但强行法对其他渊源有效性的影响并不是那么明确。本报告这一节将探讨强行法对习惯国际法、单方面行为和安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的决议等其他主要渊源的影响。

##### (a) 习惯国际法

138. 特别报告员的第二次报告中提出的结论草案 5 第 2 段指出，“习惯国际法是形成国际法强行法规范最常见的基础”。<sup>347</sup> 川崎根据习惯国际法与强行法之间的关系指出，强行法和习惯国际法不可能相抵触。<sup>348</sup> 首先，他指出，“作为在具有集体义务意识的情况下收集国家惯例的事实性进程”，习惯国际法并非创建“权利、义务或其他某种法律状况”的“法律行为”，因而不可能是无效的。<sup>349</sup> 其次，他指出，由于这一进程，习惯国际法规则与强行法规范不可能相抵触，因为强行法规范的存在排除了这种可能性。<sup>350</sup>

139. 关于川崎的第一项反对意见，必须指出的是，他所述的事实性进程产生了一项规则，而这项规则无论起源于何处，都能够与强行法规范相抵触。事实上，即便是条约进程也涉及谈判这一事实性进程，随后表示同意的行为会产生权利和义务。关于第二项反对意见，值得一提的是，根据 1969 年《维也纳公约》，与原有的强行法规范相抵触的条约也自始无效，换言之，此类条约不会存在。该条约条款之所以不会存在，是因为它与原有的强行法规范相抵触。由于同样的原因，

<sup>347</sup> 2017 年，起草委员会暂时通过了这项条款，基本没有作出更改。见起草委员会主席关于一般国际法强制性规范(强行法)的声明，2017 年 7 月 26 日，附件，结论草案 5，第 2 段。（“习惯国际法是形成一般国际法强制性规范(强行法)最常见的基础”）。

<sup>348</sup> Kawasaki, “A brief note on the legal effects of jus cogens in international law” (见上文脚注 75)，第 31 页。

<sup>349</sup> 同上。

<sup>350</sup> 同上。

即使各国认为某种广泛存在的惯例是法律，这种惯例也不会产生习惯国际法规则，因为这种规则与等级更高的强行法规范相抵触，故自始无效。有人可能认为，各国极不可能将任何此类惯例接受为法律。但即便在这个问题上，与条约法的类比也是相关的，因为正如惯例所示，各国极不可能缔结与强行法相抵触的条约。不过，这种现实并不意味着，不必制定一项规则，规定在习惯国际法与强行法规范可能相抵触时(即使这种情况不太可能发生)，该习惯国际法无效。无论如何，还可能出现某些特别习惯国际法(区域或地方习惯国际法)，或许会与强行法相抵触。任何关于不符合强行法的习惯国际法无效的结论都会同时适用于认定特别习惯国际法无效。<sup>351</sup>

140. 本报告现在开始探讨强行法在实践中对习惯国际法的影响。与强行法规范相抵触的习惯国际法规则无效这一概念源自等级优先性，并反映在各国惯例中。在旅居尼加拉瓜美国公民委员会诉里根案中，美国哥伦比亚特区上诉法院指出，强行法规范“在国际法中享有最高地位，并优先于习惯国际法和条约”。<sup>352</sup> 在联合王国，英格兰和威尔士高等法院王座庭在女王(Mohamed)诉外交和联邦事务大臣案中也提及强行法规范的等级优先性，并据此指出，“各国不得通过不拥有同等地位的条约或习惯法规则作出减损”。<sup>353</sup> 阿根廷最高法院同样指出，危害人类罪具有“强行法性质，这意味着[该禁止规定]高于条约法和国际法所有其他渊源”。<sup>354</sup> 在国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长案中，肯尼亚高等法院指出，强行法规范“使其他任何与其相抵触的强制性规则无效”。<sup>355</sup> 这种认为强行法规范优先于其他习惯国际法的概念还在区域法院的判例中得到确认。例如，在Al-Adsani案中，欧洲人权法院认定，强行法规范是那些“在国际等级中”享有“比条约法甚至是‘普通’惯例规则更高等级”的规范。<sup>356</sup> 罗扎基斯法官和卡夫利施法官在他们的联合反对意见(得到维尔德哈贝尔法官、科斯塔法官、卡布拉尔·巴雷托法官和瓦伊奇法官的支持)中甚至更加明确，提出以下意见：

<sup>351</sup> Kleinlein, “*Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies*” (见上文脚注 64), 第 187 页(“强行法与区域或地方惯例规则之间存在等级架构, 认识到这一点相对容易”)

<sup>352</sup> United States, 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), p. 940 (着重部分由作者标明)。另见 *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992) at 715。另见 *Sabbithi v. Al Saleh*, 605 F. Supp. 2d 122 (D.D.C. 2009), p. 129。

<sup>353</sup> United Kingdom, *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009] 1 WLR 2579, p. 142 (ii).

<sup>354</sup> Argentina, *Simón, Julio Héctor y otros/ privación ilegítima de la libertad, case No. 17.768, judgment of 14 June 2005, Supreme Court of Argentina*. [原文: “el carácter de ius cogens de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho” ]。

<sup>355</sup> Kenya, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney-General and others*, Judgment of the High Court, p. 14.

<sup>356</sup> Al-Adsani 诉联合王国案(见上文脚注 303), 第 30 段, 引述检察官诉 Anto Furundžija 案, IT-95-17/1-T 号案, 判决书, 前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭, 1998 年 12 月 10 日, 《1998 年司法报告》, 第一卷, 第 153 段。

大多数法官接受禁止酷刑规则是强行法规则这一事实，从而确认了这项规则在等级上高于其他任何国际法规则……因为强行法规则的基本特征是……优先于其他任何不拥有同等地位的规则。在强行法规则与其他任何国际法规则相抵触时，以强行法规则为准。<sup>357</sup>

141. 无论围绕习惯国际法规则是否可能与强行法规范相抵触这一问题有何理论上的争论，有一点是明确的，即根据惯例，若这种冲突产生，则以强行法规范为准，与其相抵触的习惯国际法无效。这适用于涉及原有强行法规范的案件和强行法规范在习惯国际法规则出现后产生的案件。根据 1969 年《维也纳公约》第五十三条，这项原则唯一的例外情况是，有关习惯国际法本身是能够修改原有强行法规范的强行法规范。

142. 与之相关的一个问题涉及一贯反对者原则是否适用于强行法规范。委员会已经认定，当一国一贯反对某项习惯国际法规则时，“该规则不可施用于该国”。<sup>358</sup> 不过，委员会意识到，列入这项条款“不影响强行法的任何问题”。<sup>359</sup> 已提出的一个理论问题是，若存在一贯反对者，强行法规范是否还有可能产生。<sup>360</sup> 特别报告员认为，一贯反对习惯国际法规则的形成无法阻止强行法规范产生。一旦习惯国际法规则已经形成，必须处理的问题便是“整个国际社会”（如特别报告员第二次报告所述，并由结论草案 7 界定）是否接受和认可有关规范的不可减损性。<sup>361</sup> 不必说，若反对者够多，则不会产生强行法规范，这并非由于一贯反对者规则，而是因为不会有足够数量的多数国家构成“国家之国际社会全体……公认”这一条件。因此，关键问题在于有关规范的不可减损性经检验得到接受和认可的情况，无论一贯反对国是否将受有关强行法规范约束。

143. 正如特别报告员第一和第二次报告所述，并如起草委员会于 2017 年暂时通过的结论草案所反映的那样，强行法规范普遍适用。<sup>362</sup> 虽然可以说，强行法规范对于“一贯反对者”不可施用，但这恰恰会违背强行法普遍适用的概念。在这方面，瑞士联邦法院在 *Nada* 案中指出，强行法规范“对所有国际法主体都具有约束力”。<sup>363</sup> 此外，在 *Belhas* 诉摩西·亚阿隆案中，美国哥伦比亚特区上诉法

<sup>357</sup> *Al-Adsani* 诉联合王国案(见上文脚注 303)，罗扎基斯法官和卡夫利施法官的联合反对意见(得到维尔德哈贝尔法官、科斯塔法官、卡布拉尔·巴雷托法官和瓦伊奇法官的支持)，第 1 段。

<sup>358</sup> 见关于习惯国际法的识别的结论草案，结论 15。

<sup>359</sup> 同上，结论 15 评注第(10)段。

<sup>360</sup> 例如，见 Mik，“*Jus cogens in contemporary international law*”（见上文脚注 179），第 50 页。

<sup>361</sup> 起草委员会主席关于一般国际法强制性规范(强行法)的声明，2017 年 7 月 26 日，附件，结论草案 7。

<sup>362</sup> [A/CN.4/693](#)，第 67-68 段；[A/CN.4/706](#)，第 28-30 段。

<sup>363</sup> *Switzerland, Nada (Youssef) v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal, Judgment of 14 November 2007, Federal Supreme Court, Case No 1A 45/2007, ILDC 461 (CH 2007), para. 7(着重部分由作者标明)。

院将强行法规范称为“得到普遍接受以至于根据国际法所有国家都被视为受其约束的规范”。<sup>364</sup> 美洲人权法院同样得出了强行法规范“约束所有国家”的结论。<sup>365</sup>

144. 在强行法的普遍适用性得到接受(首先是得到接受)的情况下,若要使一贯反对者原则有可能成立,则必须通过明确无疑、毫不含糊的惯例规定这种例外情况。这是因为按照定义,若一贯反对者规则适用于强行法规范,则表示允许减损。但强行法规范的特征和地位由其不可减损性界定。特别报告员在编写本报告时并未发现有任何惯例可以作为强行法规范普遍适用规则的例外情况,证明一贯反对者原则适用于强行法规范。相反,倒是存在反面的惯例。特别是在 *Michael Domingues* 案中,美洲人权委员会认定,强行法规范“对整个国际社会具有约束力,不管有无抗议、确认或默许”。<sup>366</sup> 这是一项重要的声明,因为它针对的是明确援引一贯反对者原则的行为。

145. 以上讨论可概述如下:

(a) 一项习惯国际法规则若与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触,则不会产生;

(b) 不具有强行法性质的习惯国际法规则如与新产生的一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则停止存在;

(c) 由于一般国际法强制性规范(强行法)约束所有国际法主体,一贯反对者原则不适用。

(b) 单方面行为

146. 委员会已经认识到,现在的国际法确认国家可以通过单方面行为承担义务。<sup>367</sup> 在适当情况下可能产生法律义务的单方面行为包括声明和其他行为。<sup>368</sup> 如果不允许各国通过条约方式承担与强行法抵触的义务,但却允许各国通过单方面行为承担此类义务,不太合情理。

<sup>364</sup> *United States, Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (DC Cir. 2008), at 1291-1292(着重部分由作者标明)。

<sup>365</sup> *Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003 on the juridical condition and rights of undocumented migrants, requested by the United Mexican States*, Series A, No. 18, paras. 4-5.另见大会在第四十九届会议上向国际法院提交的墨西哥政府 1995 年 6 月 19 日关于请求发表咨询意见的书面声明(第 49/75 K 号决议),第 7 段(“这些规范……对所有国家具有法律拘束力(强行法)”)。另见伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/68/SR.26),第 4 段(“‘一贯反对者’……在强行法的形成中没有任何位置”)。

<sup>366</sup> *Michael Domingues v. United States*, Case 12.285, report No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, Decision of 22 October 2000, para. 49.

<sup>367</sup> “适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则”,委员会第五十八届会议工作报告,《2006 年……年鉴》,第二卷(第二部分)。另见 Mik, “Jus cogens in contemporary international law”(上文脚注 144),第 44 页。

<sup>368</sup> 关于各类单方面行为的全面说明,见 Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(上文脚注 60),自第 152 页起。在本报告中,不需要对单方面行为的不同类型作出区分。

147. 委员会已经确认，与一般国际法强制性规范发生抵触的单方面行为无效。<sup>369</sup> 在“适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则”中，委员会在原则 8 的评注中指出，与国际法强制性规范抵触的单方面行为无效这一规则“依据的是 1969 年《维也纳公约》第五十三条的类比规则”。<sup>370</sup> 该规则是对强行法禁止任何克减这一事实的确认。旨在创设与强行法不一致的权利和(或)义务的单方面行为相当于克减，因此不被允许。在刚果民主共和国诉卢旺达案中，国际法院的判决被解释为承认本身即为单方面行为的保留有可能因为与强行法规范抵触而无效。<sup>371</sup>

148. 委员会在研究对条约的保留问题时也承认就单方面行为而言，强行法不容克减。<sup>372</sup> 在这方面应回顾，对条约的保留虽然不在“适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则”范围内，但其本身就是单方面行为。委员会在研究对条约的保留时指出，“禁止克减强制法规则的规则不仅适用于条约关系，而且适用于一切法律行为，包括单方面行为。”<sup>373</sup> 本报告上文得出的结论与委员会关于保留问题的结论一致，即对条约的保留不一定无效，但是这种保留“不影响该规范具有约束力的性质，该规范应继续适用”。<sup>374</sup> 这是因为保留是对条约规则的保留，而不是对一般国际法强制性规范的保留。正是出于这一原因，尽管对于条约而言保留可能有效，但并不影响一般国际法的强制性规范(强行法)。

149. 如果单方面行为的目的或意图是创设权利和(或)义务，则这些权利和义务必须符合一般国际法的强制性规范。因此，与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的单方面行为无效。

(c) 国际组织的决议，包括安全理事会决议

150. 作为一项规则，国际组织的决议在国际法下没有约束力。因此，在正常情况下，一个国际组织的决议并不创设权利和义务，因此无法减损国际法的酌定规则，更不用说强行法规范。然而，安全理事会的决议可能会载列对联合国会员国有约束力的规则。<sup>375</sup> 作为一项法律行为，可以预期，强行法规范不容克减的规则

<sup>369</sup> “适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则”，指导原则 8。

<sup>370</sup> 同上，指导原则 8 的评注。

<sup>371</sup> 刚果境内的武装活动(新请求: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)(上文脚注 124)，第 69 段(“至于[刚果民主共和国]进一步诉称卢旺达的保留与一般国际法的强制性规范抵触，法院只需指出一点即可，即目前不存在此种要求一个国家同意法院管辖权以解决与《灭绝种族罪公约》有关争端的规范”)。见“适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则”，指导原则 8 的评注(“法院没有排除如果卢旺达的单方面声明违反强制法规则失去其有效性的可能——然而，这并非不是实际发生的情况”)。又见 Knuchel, “Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms” (上文脚注 64)，第 160 页(“这一点……已得到[国际法院]的间接承认。在武装活动案中，法院没有排除卢旺达的保留当与强行法抵触时无效的可能性，但却认定这不是实际情况。”)。

<sup>372</sup> 《对条约的保留实践指南》，准则 3.1.5.3 的评注第(18)段。

<sup>373</sup> 同上。

<sup>374</sup> 见上文第 76 段。

<sup>375</sup> 《联合国宪章》，第二十五条(“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”)。

同样适用于安全理事会决议。<sup>376</sup> 然而，安全理事会决议中有约束力的决定不同于其他法律行为之处在于，就像强行法规范那样，安理会决议的独有特点是它们在等级上高于其他规则。根据《联合国宪章》第一百零三条，“宪章下之义务”优先于“任何其他国际协定……之义务”。必须强调的是，《宪章》第一百零三条不同于1969年《维也纳公约》第五十三条，没有规定“其他国际协定”无效，只是提供了一项优先性规则。<sup>377</sup>

151. 与条约的情况一样，安全理事会通过一项显然与国际法强制性规范抵触的决议，可能性极小，但也并非不可能，而且，只要有任何实践显示如何解决这种冲突，就有必要提供一些结论。

152. 与强行法规范抵触的安全理事会决议无效，这一观点得到大量文献的支持。<sup>378</sup> 确实，人们普遍赞同，安全理事会的决议受制于强行法和《宪章》的宗旨及原则，其中一些宗旨及原则可能构成了强行法。<sup>379</sup> Costelloe 对安全理事会决议如与强行法抵触则无效这一理念的正确性表示怀疑。<sup>380</sup> 他提出，除其他事项外，没有任何实践支持这种理念。<sup>381</sup>

153. 各国已在若干场合表示，安全理事会的决议必须符合强行法规范。例如，瑞士在安全理事会关于恐怖主义问题的一次会议上指出，“一些法院也表示愿意确保安全理事会的决定符合”强行法规范，而强行法规范是指“会员国和联合国均不得克减的规范。”<sup>382</sup> 同样，卡塔尔指出，根据《宪章》第一百零三条，安全理事会各项决议产生的义务高于其他义务，但这并不适用于强行法规范。<sup>383</sup> 芬

<sup>376</sup> 例如见《对条约的保留实践指南》，准则 3.1.5.3 的评注第(18)段（“[禁止克减强制法规则的规则不仅适用于条约关系，而且适用于一切法律行为，包括单方面行为]……这肯定是对的”）。

<sup>377</sup> 见 João Ernesto Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Geneva, Schulthess, 2016), 第 98-100 页，供讨论。

<sup>378</sup> 大体上，见 Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2004) 和 Anne Peters, “The Security Council, Functions and Powers – Article 25”, in *The Charter of the United Nations: A Commentary* (volume I), 3rd ed. Bruno Simma and others, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012)。另见 Kleinlein, “Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (上文脚注 64), 第 186 页（“似乎得到普遍接受的是，国际组织具有约束力的法律行为，如联合国安全理事会的决议，如果与强行法抵触也无效”）。

<sup>379</sup> Dire Tladi and Gillian Taylor, “On the Al Qaida/Taliban sanctions regime: due process and sunseting”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10 (2011), pp. 771–789; Kleinlein, “Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies” (见上文脚注 64), 第 186 页。另见 Hennie Strydom, “Counter-terrorism sanctions and human rights”, in *The Pursuit of a Brave New World in International Law* Maluwa, du Plessis and Tladi (上文脚注 302)。

<sup>380</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (见上文脚注 60), 第 128-136 页。

<sup>381</sup> 同上，第 133 页。

<sup>382</sup> 瑞士，第 5446 次会议，2006 年 5 月 30 日(见 [S/PV.5446](#))。另见阿根廷和尼日利亚，第 5474 次会议，2006 年 6 月 22 日(见 [S/PV.5474](#))；以及卡塔尔，第 5679 次会议，2007 年 5 月 22 日([S/PV.5679](#))。

<sup>383</sup> 卡塔尔，第 5779 次会议，2007 年 11 月 14 日([S/PV.5779](#))。

兰指出，存在一种“广泛持有的观点，即安全理事会的权力虽然特别宽泛，但却受到国际法强制性规范的限制。”<sup>384</sup> 伊朗伊斯兰共和国更直接地指出，“安全理事会受制于并有义务遵守……国际法强制性规范(强行法)。”<sup>385</sup> 只有美国对强行法规范重于安全理事会决议表示了一些疑虑：

重要的是，委员会不应通过任何可能被解释为对《宪章》义务或安全理事会权威的首要地位加以限制的规则。考虑到强行法、普遍义务和《宪章》第一百零三条这三个类别的相应内容存在不确定性，应避免就这些类别之间的关系作出概括性宣告。<sup>386</sup>

154. 一些司法裁判也确认，安全理事会的权力受到强行法规范的限制并应遵从强行法规范。最著名的是，本身就是由安全理事会决议设立的前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为，安全理事会的权力“须尊重国际法强制性规范(强行法)”。<sup>387</sup> 英国上议院也确定，安全理事会决议优先于其他国际义务，包括《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)所载义务，“除非一项义务是强行法。”<sup>388</sup> 欧洲联盟法院的初审法院也指出，强行法规范是“一套地位更高的国际公法规则，对所有国际法主体，包括联合国各机构都具有约束力，不容克减。”<sup>389</sup> 该法院继续指出，“安全理事会的决议具有约束力这一原则只有一个限制：即它们必须遵守强行法的基本强制性规定”。该法院认为，如果安全理事会决议所载义务与一项强行法规范抵触，则这些决议“既不能约束联合国会员国，因此也不能约束共同体。”<sup>390</sup> 瑞士联邦最高法院在这方面态度更为明确：

<sup>384</sup> 芬兰，在大会第六十届会议期间，就议程项目 80 代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）发言。

<sup>385</sup> 伊朗伊斯兰共和国，大会第六十六届会议，议程项目 82。

<sup>386</sup> 美国(A/C.6/60/SR.20)，第 36 段。

<sup>387</sup> 检察官诉达斯科·塔迪奇，案件编号 IT-94-1-A，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭判决书，1999 年 7 月 15 日，第 296 段。

<sup>388</sup> United Kingdom, R v. Secretary of State for Defence (On the Application of Al-Jedda), Judgment of 12 December 2007, House of Lords [2008] All ER 28 (Lord Bingham)。另见 United Kingdom, R and Justice (On the Application of Al-Jedda), Judgment of 29 March 2006, Appeal Court, para. 71 (“如果安全理事会根据《宪章》第七章行事，认为和平面临的威胁造成的紧急状态必须优先于……人权公约的要求(似乎不属于不容克减的强行法)，则《联合国宪章》已经赋予安理会这样做的权力”)。

<sup>389</sup> Yassin Abdullah Kadi v. Council of the Europe and Commission of the European Communities, Case T-315/01, Judgment of 21 September 2005, Court of First Instance of the European Communities, para. 226。

<sup>390</sup> 同上，第 230 段。虽然在 Yassin Abdullah Kadi 和 Al Barakaat International Foundation 诉欧洲联盟理事会和欧洲联盟委员会(合并案件 C-402/05 P 和 C-415/05 P)中，欧洲法院大审判庭 2008 年 9 月 3 日的判决书推翻了一审法院的判决，但在这样做的时候并没有得出结论认为联合国安全理事会的决议无须遵从强行法。大法庭只是决定，其任务是审查共同体的行为，而非审查其他组织的行为(第 286-289 页)。

“然而，对一切国际法主体均有约束力的强制性法律，即强行法，为安全理事会决议的适用义务划定了界限。因此，必须确定是否如申诉人所言，包含制裁措施的安全理事会决议违反了强行法。”<sup>391</sup>

155. 尽管有些人可能会说上文所述的做法并不广泛，但有两点必须提及。首先，鉴于安全理事会决议被指违反强行法规范的情况实属罕见，这种做法不像相反情况那么广泛也不足为奇。其次，除了上文所述的美国立场(本身也不坚定)之外，几乎没有证据支持相反结论。持有不同看法的国家都已有过充分机会来表达它们对其他国家的发言和委员会关于不成体系问题报告的不同意见。国际法不成体系问题研究组的工作结论确定，安全理事会的行动应符合强行法规范。<sup>392</sup>

156. 关于安全理事会决议不得背离强行法规范这一理念的最好说明，莫过于劳特帕赫特法官在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案中那份著名的个别意见。<sup>393</sup> 劳特帕赫特法官指出，安全理事会通过《宪章》第一百零三条获得的优先地位“不能扩展至安全理事会决议与强行法之间的抵触，这是一个简单的规范等级问题。”<sup>394</sup> 劳特帕赫特法官的意见特别有力，因为他推进了该原则的逻辑必然性：“事实上，只要说出如下相反命题，其不可接受性即显而易见：一项安全理事会决议甚至可以要求各国参与灭绝种族行为。”<sup>395</sup>

157. 上文指出，即使是安全理事会决议也受制于强行法规范不容克减规则。然而，与条约法一样，鉴于安理会决议具有重要功能，估计只要有可能，就会借助解释规则来避免无效后果。<sup>396</sup> 确实，尽管安全理事会的决议不是条约，还是有人

<sup>391</sup> Switzerland, *Nada (Youssef) v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal Judgment of 14 November 2007, Federal Supreme Court, para. 7 (“Grenze der Anwendungspflicht für Resolutionen des Sicherheitsrats stellt jedoch das *ius cogens* als zwingendes, für alle Völkerrechtssubjekte verbindliches Recht dar. Zu prüfen ist deshalb, ob die Sanktionsbeschlüsse des Sicherheitsrats *ius cogens* verletzen, wie der Beschwerdeführer geltend macht” 【Yet *ius cogens*, the peremptory law binding on all subjects of international law, marks the limited of the obligation to apply Resolutions of the Security Council. For this reason, it must be determined whether, as the petitioner asserts, the Resolutions of the Security Council containing the sanction violate *ius cogens*.】英文译文由 Oxford International Law in Domestic Courts 友情提供)。另见 *A v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative First Instance Judgment, Federal Supreme Court, First Public Law Division, para. 7。

<sup>392</sup> “国际法不成体系：国际法多样化和扩展引起的困难”问题研究小组的工作结论第(40)段，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第251段。另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，国际法委员会研究组的报告，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(见上文脚注 142)，第360段。

<sup>393</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用，临时措施，1993年9月13日命令，《1993年国际法院案例汇编》，第325页，劳特帕赫特法官的个别意见，第407页。

<sup>394</sup> 同上，第100段。

<sup>395</sup> 同上。

<sup>396</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(上文脚注 60)，第151页。

建议可将维也纳解释规则适用于对安全理事会决议的解释。<sup>397</sup> 黎巴嫩问题特别法庭确定，维也纳解释规则适用于其规约，“无论其规约”被视为一项条约还是一项安全理事会决议，因为这些解释规则必须“被认为可适用于任何具有国际约束力的文书，不论文书的规范性渊源是什么。”<sup>398</sup> 如上文所述，由于解释规则要求解释符合一般国际法，包括强行法，因此，对安全理事会决议应尽可能采取符合强行法的解释。

158. 各国也曾表达过同样的意见，即安全理事会决议应尽可能采取使其符合强行法规范的解释方式。波斯尼亚和黑塞哥维那在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案请求书中主张，“对安全理事会全部决议的解释必须采取”与禁止使用武力的强行法规范“相符合的方式”。<sup>399</sup> 同样，伊朗伊斯兰共和国曾指出，安全理事会第 713(1991)号决议(恰好是波斯尼亚和黑塞哥维那提到的同一份决议)“现在不能被解释为与《联合国宪章》或强行法诸原则相背离”。<sup>400</sup> 认为安全理事会决议在可能的情况下必须被解释为符合国际法的想法，实际上已被用于国际法其他规则。例如，在 *Al-Dulimi* 案中，欧洲法院大审判庭认为，必须选择“与[《欧洲人权公约》]最为契合”的解释，并且，“只有当一项决议包含清楚、明确的语言，向各国表明其有意采取与各国义务相抵触的措施，才能推翻上述推定。”<sup>401</sup>

159. 上述讨论可总结如下：

(a) 国际组织具有约束力的决议，包括联合国安全理事会的此类决议，如与一般国际法的强制性规范(强行法)抵触，则不创设具有约束力的义务；

(b) 在可能的情况下，对国际组织的决议，包括联合国安全理事会的决议，必须采取符合一般国际法强制性规范(强行法)的方式加以解释。

<sup>397</sup> Dire Tladi, “Interpretation of protection of civilians mandates in the United Nations Security Council resolutions”, in *By All Means Necessary: Protecting Civilians and Preventing Mass Atrocities in Africa*, Dan Kuwali and Frans Viljoen, eds. (Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017), p. 75. 另见 2017 年 4 月 7 日南非在国际刑事法院的口头辩诉 2017 (ICC-02/05-01.09-T-2-ENG ET WT 07-04-2017 1-92 SZ PT), 第 26 页。另见 *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, Seabed Disputes Chamber, International Tribunal for the Law of the Sea, p. 10, at p. 29, para. 60. 另见, 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法, 咨询意见, 《2010 年国际法院案例汇编》, 第 403 页, 见第 442 页, 第 94 段, 该咨询意见更谨慎地指出, 虽然维也纳规则提供了指引, 但解释联合国安全理事会的决议可能要求考虑其他因素。

<sup>398</sup> “关于适用法律的中间决定: 恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控”, 案件号 STL-11-01/1, 黎巴嫩问题特别法庭上诉分庭 2011 年 2 月 16 日判决书, 第 26 段。

<sup>399</sup> “波斯尼亚和黑塞哥维那共和国提交的提起诉讼请求书”, 1993 年 3 月 20 日, 第 122 段, 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案, 临时措施(见上文脚注 393)。

<sup>400</sup> 伊朗伊斯兰共和国, 安全理事会第 3370 次会议, 1994 年 4 月 27 日(见 [S/PV.3370](#))。

<sup>401</sup> *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Grand Chamber, No. 5809/08, European Court of Human Rights, ECHR 2016, para. 140. 另见 *Nada v. Switzerland*, Grand Chamber, No. 10593/08, European Court of Human Rights, ECHR 2012, para. 172. 特别见 *Al-Jedda v. the United Kingdom*, Grand Chamber, No. 27021/08, ECHR 2011, para. 102 (“在这个背景下, 法院认为, 在解释安全理事会决议时, 必须推定安全理事会不打算向会员国施加义务从而使其违反基本人权原则”)。

## 四. 拟议结论草案

160. 在本报告基础上, 提出以下结论草案:

### 结论草案 10

#### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效

1. 条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触者无效。这样一项条约不产生任何权利或义务。
2. 若与条约缔结之后产生的新的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触, 现有条约即成为无效而终止。条约当事国继续履行条约之义务解除。
3. 为避免与一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 对条约条款的解释应尽可能使之符合一般国际法强制性规范(强行法)。

### 结论草案 11

#### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约条款的可分离性

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, 条约任何一部分均不可分离或分割。
2. 因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而成为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)抵触的条款就其适用而言, 可与条约的其余部分分隔;
  - (b) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条款不构成同意该条约的必要基础;
  - (c) 该条约其余部分继续施行不致有失公正。

### 结论草案 12

#### 消除依据无效条约实施的行为的后果

1. 因在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的条约缔约方有消除依据该条约实施的任何行为之后果的法律义务。
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, 除非此种权利、义务或法律情势本身与一般国际法强制性规范(强行法)抵触。

### 结论草案 13

#### 一般国际法强制性规范(强行法)对条约保留的影响

1. 对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约条款的保留不影响该强制性规范的约束性, 该强制性规范应继续适用。
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。

#### 结论草案 14

##### 关于解决条约与一般国际法强制性规范(强行法)之间抵触所涉争端的建议程序

1. 在遵守国际法院管辖权规则的前提下,关于一项条约是否与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的任何争端,均应提交国际法院裁判,除非争端各方商定将争端交付仲裁。
2. 尽管有第 1 段的规定,但是若当事方未依照国际法作出接受国际法院管辖权的必要同意,则争端涉及一般国际法强制性规范(强行法)这一事实不足以确立国际法院的管辖权。

#### 结论草案 15

##### 一般国际法强制性规范(强行法)对习惯国际法的影响

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。
2. 不具有强行法性质的习惯国际法规则如与新产生的一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则停止存在。
3. 由于一般国际法强制性规范(强行法)约束所有国际法主体,一贯反对者规则不适用。

#### 结论草案 16

##### 一般国际法强制性规范(强行法)对单方面行为的影响

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的单方面行为无效。

#### 结论草案 17

##### 一般国际法强制性规范(强行法)对国际组织有约束力的决议的影响

1. 国际组织具有约束力的决议,包括联合国安全理事会的此类决议,如与一般国际法的强制性规范(强行法)抵触,则不创设具有约束力的义务。
2. 在可能的情况下,对国际组织的决议,包括联合国安全理事会的决议,必须采取符合一般国际法强制性规范(强行法)的方式加以解释。

#### 结论草案 18

##### 一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间的关系

一般国际法强制性规范(强行法)创设普遍义务,对这些义务的违反关乎所有国家。

#### 结论草案 19

##### 一般国际法强制性规范(强行法)对解除不法性的情况产生的影响

1. 对于违反一般国际法强制性规范(强行法)产生的义务的任何行为,不得提出任何情况以解除其不法性。
2. 第 1 段不适用于行为实施之后出现新的一般国际法强制性规范(强行法)的情况。

**结论草案 20****合作义务**

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为。
2. 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)指的是重大或系统性违反。
3. 本结论草案中设想的合作可通过制度化合作机制或通过特设合作安排开展。

**结论草案 21****不予承认或不提供协助的义务**

1. 对于违反一般国际法强制性规范(强行法)所造成的状况，各国负有义务不承认其合法性。
2. 各国不应援助或协助以维持违反一般国际法强制性规范(强行法)行为造成的状况。

**结论草案 22****有义务对一般国际法强制性规范所禁止的犯罪行使国家管辖权**

1. 各国负有义务对该国国民实施或在受该国管辖的领土上实施的、为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的犯罪行使管辖权。
2. 第 1 段不妨碍一国根据其国内法所允许的任何其他理由确立管辖权。

**结论草案 23****公务职位无关性以及不适用属事豁免**

1. 为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的罪行系由担任公职的人实施这一事实不应构成排除刑事责任的理由。
2. 属事豁免不应适用于一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的任何罪行。

161. 在起草委员会审议期间，一些成员建议最好把结论草案划分为不同部分。特别报告员认为，由于结论草案已经充分成形，现阶段有必要划分部分。这方面的建议将向起草委员会提出。

**五. 今后的工作**

162. 在国际法委员会和第六委员会的前几届会议上，国际法委员会成员和各国已就是否应当提供一份强行法规范的说明性清单提出了自己的意见。下一次报告将在这些评论和意见基础上，就如何处理强行法规范的说明性清单问题提出建议。下一次报告还将基于在国际法委员会和第六委员会已经表达的意见，讨论区域性强行法问题。最后，该报告将进一步审议国际法委员会和各国提出的杂项问题。视今后的审议情况而定，有可能在委员会下届会议上一读通过结论草案。