联 合 国 A/CN.4/L.921

大 会

Distr.: Limited
26 July 2018
Chinese
Original: English

国际法委员会
第七十届会议
2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日，纽约和
7 月 2 日至 8 月 10 日，日内瓦

国际法委员会第七十届会议工作报告草稿

报告员：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士

第八章
一般国际法强制性规范(强行法)

目录

页次

A. 导言.....

B. 本届会议审议此专题的情况.....

1. 特别报告员介绍第三次报告.....

2. 辩论摘要.....

(a) 一般评论

(b) 对结论草案的具体评论

(一) 结论草案 10

(二) 结论草案 11

(三) 结论草案 12

(四) 结论草案 13

(五) 结论草案 14

(六) 结论草案 15

(七) 结论草案 16

(八) 结论草案 17

GE.18-12393 (C) 020818 030818

1812393

请回收

(九) 结论草案 18

(十) 结论草案 19

(十一) 结论草案 20

(十二) 结论草案 21

(十三) 结论草案 22

(十四) 结论草案 23

(十五) 今后的工作

3. 特别报告员的总结.....

A. 导言

1. 委员会第六十七届会议(2015 年)决定将“强行法”专题列入工作方案，并任命迪雷 • 特拉迪先生为专题特别报告员。[1] 大会随后在 2015 年 12 月 23 日第 70/236 号决议中注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

2. 委员会第六十八届会议(2016 年)和第六十九届会议(2017 年)分别审议了特别报告员的第一和第二次报告[2]。

3. 委员会第六十九届会议按照特别报告员第二次报告的建议[3]，决定将专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。[4]

B. 本届会议审议此专题的情况

4. 委员会本届会议收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/714 和 Corr.1)，这份报告审议了一般国际法强制性规范(强行法)的后果和法律效力。特别报告员以其分析为基础，提出了十三项结论草案。[5]

---

[1] 在 2015 年 5 月 27 日举行的第 3257 次会议上(《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 286 段)。委员会第六十六届会议(2014 年)按照委员会报告附件所载的建议(同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 23 段)将该专题列入长期工作方案。

[2] A/CN.4/693 和 A/CN.4/706。

[3] A/CN.4/706, 第 90 段。

[4] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 146 段。

[5] 特别报告员在其第三次报告中提出的结论草案 10 至 23 案文如下：

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与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约条款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，各国有义务不承认其合法性。

5. 委员会在 2018 年 5 月 30 日和 6 月 1 日及 7 月 2 日至 4 日和 9 日举行的第 3414 至第 3421 次和第 3425 次会议上，审议了第三次报告。

6. 委员会在 2018 年 7 月 9 日举行的第 3425 次会议上，将特别报告员第三次报告所载的结论草案 10 至 23[6] 转交起草委员会。

7. 在 2018 年 5 月 14 日举行的第 3402 次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会关于“一般国际法强制性规范(强行法)”的临时报告，涉及委员会第七十届会议暂时通过的结论草案 8 和 9。在 2018 年 7 月 20 日举行的第 3434 次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会的另一份临时报告，涉及委员会第七十届会议暂时通过的结论草案 10 至 14。两份报告均仅供参考，可在委员会网站上查阅。[7]

1. 特别报告员介绍第三次报告

8. 特别报告员回顾了第六委员会的辩论，在此过程中指出，虽然各国已普遍同意了起草委员会暂时通过的强行法规范的识别标准，但也有少数国家建议加入一些其他要素，例如不克减、国际社会的基本价值观和实践。他指出，有人呼吁对“接受和确认”的概念予以更明确的澄清。虽然许多国家同意有关规范的强制性应得到“大多数”国家的接受和确认，但一些国家倾向于采用更为严格的限定语，不仅考察接受和确认的国家的数量，还要考察这些国家是否具有代表性。特别报告员还指出，对于哪些法律渊源可构成强制性规范的基础，各国也存在不同意见，但他表示，各国已近乎普遍认可习惯国际法属于此类渊源的一种。

9. 特别报告员随后介绍了第三次报告第四节所载的拟议结论草案。他表示，结论草案 10、11 和 12 参照了 1969 年《维也纳条约法公约》(“1969 年《维也纳公约》”)的条款，结论草案 10 第 3 段除外，该段规定条约的解释应符合强行法，特别报告员认为这是《公约》第三十一条第三款(c)项的必然结果，该项要求在解释条约时考虑国际法的相关规则。此外，特别报告员指出，有大量实践可以佐证结论草案 10 第 3 段的内容。

---

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(强行法)所禁止的犯罪行使国家管辖权

1. 各国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。

[6] 同上。

[7] http://legal.un.org/ilc。

10. 结论草案 13 述及一般国际法强制性规范(强行法)对条约保留的影响，主要参照了委员会于 2011 年通过的《对条约的保留实践指南》[8] 指南 4.4.3。

11. 结论草案 14 载有关于解决条约与强行法规范之间抵触所涉争端的建议程序。特别报告员表示，1969 年《维也纳公约》第六十六条对其第五十三和第六十四条的适用具有至关重要的意义。但在他看来，难以将第六十六条所载的程序纳入这套不具约束力的结论草案。反之，他认为自己提出的结论草案 14 可在 1969 年《维也纳公约》第六十六条不适用(例如因为当事国没有加入《公约》而不适用)的情况下，鼓励各方将争端提交司法解决，包括提交国际法院解决。

12. 关于结论草案 15，特别报告员指出第 1 段参照了各国法院一系列认定强行法规范高于习惯国际法规则的裁决。在他看来，这种裁决结论必然意味着现有的强行法规范会使与之抵触的习惯国际法规则无效或无法产生。结论草案 15 第二段述及习惯国际法规则与新出现的强行法规范抵触的情况，参照了 1969 年《维也纳公约》第六十四条，不仅得到了各国的支持，并有欧洲法院的判决为佐证。特别报告员还指出，关于一贯反对者规则对强行法规范不适用的第 3 段符合强行法的普遍性，已在国家实践中得到接受，包括在国内和区域法院的裁决中得到接受。

13. 结论草案 16 述及与强行法规范抵触的单方面行为无效的问题，关于这条草案，特别报告员指出，使用“无效”一词参考了委员会于 2006 年通过的《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 [9]。

14. 结论草案 17 述及国际组织有约束力的决议。特别报告员指出，第一段主张国际组织具有约束力的决议如与强行法规范抵触，则不创设有约束力的义务，这一主张有大量文献和各国表示安全理事会决议要遵守强行法规范的公开声明为佐证，也得到了国内、区域和国际性法院裁决的支持。特别报告员还表示，结论草案 17 第 2 段与结论草案 10 第 3 段类似，载有一项解释性推定，指出对国际组织的决议应尽可能以符合强行法规范的方式予以解释。不同场合下的各国声明和欧洲法院的判决都支持这种主张。

15. 关于结论草案 18，特别报告员指出，强行法规范创设普遍义务这一点已几乎得到普遍公认。

16. 结论草案 19、20 和 21 述及国际责任的多个方面。结论草案 19 参考了 2001 年通过的国家对国际不法行为的责任条款[10] (下称“国家责任条款”)第 26 条草案，该草案第 1 段确认，一般国际法之下解除不法性的情况不适用于违反强行法规范所产生义务的行为。第 2 段则旨在防止对在强行法规范产生之前发生的违反该规范的行为追溯追责。

17. 结论草案 20 述及进行合作以通过合法手段制止任何严重违反强行法规范的行为的责任。第 1 段参照了国家责任条款第 41 条草案第 1 款。合作义务是一项已明确确立的国际法原则，已明文写入委员会 2016 年通过的发生灾害时的人员

[8] 《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 75 段。

[9] 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 176 段。

[10] 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段。

保护条款草案[11]，并在国际法院隔离墙案咨询意见[12] 和美洲人权法院 La Cantuta 案[13] 中获得了支持。

18. 结论草案 21 规定各国有义务不承认违反强行法规范所致状况的合法性，也有义务不援助或协助以维持这种状况，该项草案参照了国家责任条款第 41 条草案第 2 款。委员会已于 2001 年承认这一义务具有习惯国际法地位，这一点已在国际法院对各国的法律后果案[14] 和隔离墙案的意见中得到确认，安全理事会和大会的决议也予以了证实。特别报告员还指出，结论草案 21 与结论草案 20 不同，并不限于“严重”违反行为，因为不承认或不援助的义务的基础是所涉规范的强制性，而非违反规范的行为的严重性。他指出，在这方面，对各国的法律后果案和隔离墙案的意见均未将严重性列为产生不承认或不援助义务的门槛。此外，这一义务与合作义务不同，并不要求直接作为，义务条件较不繁苛，因此采用较低门槛是合理的。

19. 结论草案 22 述及对强行法规范所禁止的犯罪确立管辖权的问题，参照了委员会于 2017 年一读通过的关于危害人类罪的条款草案[15] 第 7 条草案，但行文更加简略。考虑到国家实践中普遍的不确定性，第 2 段在述及普遍管辖权问题时采取了与第 7 条草案第 3 款相同的方法。

20. 结论草案 23 述及公职的无关性以及不适用属事豁免的问题。第 1 段规定担任公职不构成排除责任的理由，参考了 2017 年一读通过的关于危害人类罪的条款草案第 6 条草案第 3 款，已被普遍公认为习惯国际法的一部分。第 2 段规定，对强行法规范所禁止的罪行，不适用属事豁免，该段主要参照了委员会于 2017 年暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案[16] 第 7 条草案。虽然这项规定草案受到了一些批评，包括有国家实践与之相悖，但特别报告员指出，与之相悖的实践通常涉及民事诉讼和针对国家的诉讼，从几项司法裁决来看，包括从国际法院在国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)案中的裁决来看，此类诉讼并不会被视为刑事豁免的判例。[17]

[11] 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 48 段。

[12] 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。

[13] La Cantuta 诉秘鲁(实质问题、赔偿和费用)，C 辑，第 162 号，判决，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”)。

[14] 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，见第 54 页，第 119 段。

[15] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 45 段。

[16] 同上，第 140 段。

[17] 国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页起，见第 130 页第 70 段(国内法)，和第 141 页第 96 段(判例法)。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

21. 委员会普遍对关于一般国际法强制性规范(强行法)的第三次报告表示欢迎。对于特别报告员突破条约法和国家责任法这两个委员会先前已开展广泛编纂工作的领域、述及强行法所有可能后果的尝试，几位委员表示称赞。有人指出，强行法的后果，例如对国际刑法、习惯国际法和安全理事会决议的后果，已产生了重要的实践问题，并在学术文献中引发了讨论，判例法方面的多方不同意见不应妨碍委员会处理这些问题。

22. 特别报告员在研究这一专题时采取了务实的方法，而没有从学说着手或过于关注理论，对此几位委员表示支持。还有人指出，这一专题缺少相关实践，涉及的政治和道德因素也相对复杂，给有关工作带来了挑战。有人强调，委员会应采取谨慎的方法，以现行法律和既定惯例为基础，均衡地研究强行法后果的所有方面。有人表示，强行法的各项特征与违背强行法的后果密不可分，应将二者一同审议。有人关切地指出，特别报告员对本质上为描述性的要素赋予了法律意义，例如不可克减，它是强行法规范的识别标准，而不是强行法规范的法律后果。有人建议研究 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《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》第五十三条、第六十四条、第六十六条(a)款和其他相关条款的谈判历史。

23. 委员们普遍表示满意的是，特别报告员提出的大多数结论草案都参照了 1969 年《维也纳公约》和委员会通过的其他文书的相关规定。但有人质疑地指出，述及国际法各种渊源与强行法抵触的后果的结论草案并未参照上述规定。一些委员倾向于在述及强行法对条约之外的国际法渊源的后果时采用与 1969 年《维也纳公约》第五十三条和第六十四条相同的结构。他们强调，需要制定有关程序，用于查证某一特定的国际法渊源是否与强行法抵触而无效。

24. 几位委员同意，可以按照背景将结论草案分为几组，以连贯、简明和有效的方式予以组织排列，紧密贴合现有文书的结构。有人表示，委员会应重新考虑将“结论”草案作为其审议该专题的成果是否合适。

25. 有人指出，特别报告员没有提出一项关于一般法律原则的结论草案，这意味着与强行法规范抵触的一般法律原则仍可能有效。一些委员支持不将一般法律原则写入结论草案，理由是一般法律原则不可能与强行法发生抵触。还有人表示，除了委员会过往工作涉及的要素之外，委员会还应将新的要素引入该专题。

26. 有人表示，贯穿整套结论草案，“后果”、“法律效力”、“无效”(void)、“无效”(invalid)等术语的使用应与现有文书的用法一致。有人建议，应澄清结论草案中使用的“抵触”这一概念，以便在决定一项条约或行为在法律上是否与强行法规范抵触时向各国提供指导或标准。

(b) 对结论草案的具体评论

(一) 结论草案 10

27. 一些委员指出第 1 段第一句重复了 1969 年《维也纳公约》第五十三条，并建议对第二句作进一步说明，该句规定，与强行法抵触的条约不产生任何权利或

义务。还有人建议，第二句的行文应更紧密地贴合《公约》第七十一条第 2 款(a)项。还有人认为第二句是多余的。

28. 一些委员承认条约与强行法直接抵触的情况极为罕见，但仍然支持在该项结论草案中加入第 3 段，规定应以符合强行法的方式解释条约，以此作为对各国的解释指导。有人建议在评注中表明这一规定不应凌驾于 1969 年《维也纳公约》和习惯国际法中的解释规则之上。有人表示，解释问题很可能关乎于国际法的所有渊源，最好在一项单独的结论草案中予以论述。还有人提出了几项旨在使该项规定更加明晰的草拟建议。

(二) 结论草案 11

29. 一些委员对第 1 段表示欢迎，该段确认，在缔结时就与强行法规范抵触的条约不可分离。有人表示，宜在结构上将第 2 段所载的可分离性列为一项一般规则，而将(现载于第 1 段的)不可分割性列为适用于 1969 年《维也纳公约》第五十三条所述情形的一项特殊规则。有人呼吁对此种情形适用不同法律后果的依据予以更详细的审议。还有人表示，该项结论草案还可涵盖创设国家义务的国际组织行为。另外有人建议，可重写第 1 段，使之与结论草案 10 第 1 段一致，并且该段应当着重指出，与现有强行法规范抵触的条约条款绝对不可分离。

(三) 结论草案 12

30. 有人认为，结论草案 12 第 1 段段末“依据……条约……的任何行为”一语过于宽泛，无法描述条约与行为之间的关系，可改为“因执行条约而实施的任何行为”。还有人建议，应在第 1 段中仿照 1969 年《维也纳公约》第七十一条加入“尽量”这一限定语，以确保该项规定的实用性，或者，应在评注中解释为什么该段的行文与第七十一条略有不同。还有人建议，应在第 1 和第 2 段之间新增一段，参照第七十一条第 1 款(b)项，规定各国还应使其相互关系符合强行法。另外有人建议第 2 段行文与第七十一条第 2 款(b)项一致，特别是应提到权利、义务或情势的“维持”。有人认为，本应在该项结论草案中加入 1969 年《维也纳公约》第六十九和第七十条的条文，述及所有情势下的条约无效或终止的问题，包括因与强行法抵触而无效或终止的情况。

31. 由于结论草案 12 涉及条约无效或终止的后果，还有人建议，最好将该项规定放在结论草案 14 之后。

(四) 结论草案 13

32. 有人认为结论草案 13 第 2 段与人权条约领域相关，并提到了人权事务委员会关于对《公民权利和政治权利国际公约》的保留的一般性意见[18]，指出对这一人权条约的保留如果违反强制性规范则不符合其目标和宗旨。还有人认为，条约中存在强行法规范本身并不意味着对该条约的任何保留(例如对仲裁条款的保留)

[18] 人权事务委员会，第 24 号一般性意见(1994 年)：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，《大会正式记录，第五十届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/50/40 (Vol. I))，附件五，第 8 段。

均属于无效。还有人建议将这项规定移至其他位置，以免有人误认为关于条约保留的争端也要遵循结论草案 14 所载的建议的司法解决程序。

(五) 结论草案 14

33. 有人表示支持建议的争端解决程序，该程序旨在提供便利，帮助最终决定有关条约是否因与强行法抵触而无效。有些委员认为，可根据该项规定提交国际法院的争端应仅限于涉及条约因与强行法规范抵触而无效的争端，但其他委员会支持扩大该程序的适用范围，也涵盖关于条约是否与强行法规范抵触的争端，以及关于无效后果的争端。有人指出，委员会 1966 年的条款草案仅仅提到所有争端解决手段，但参加联合国条约法会议(维也纳会议)的国家有意设立了一个处理强行法相关争端的特殊机制，即后来的 1969 年《维也纳公约》第六十六条(a)项。与此同时，有人提出不少国家对《公约》第六十六条提出了保留，说明各国在这种情况下颇不愿意接受司法解决，该人询问如何才能克服这一问题。还有人担心诉诸仲裁会提高不一致风险，从而可能与统一国际法律体系和实现法律确定的目标背道而驰。还有人询问，国际法院或某个仲裁法庭的决定是能导致条约无效或终止，还是仅仅具有宣告意义。

34. 一些委员认为，将该程序称为“建议的”程序，会削弱 1969 年《维也纳公约》缔约国承担的有法律约束力的义务，即将其涉及条约因与强行法规范抵触而无效的争端提交国际法院的义务。这种结果可能导致没有可以确定条约是否与强行法抵触的最终程序，恰恰可能产生各国当初将第六十六条纳入 1969 年《维也纳公约》所旨在避免的问题。反之，有人建议，如果一国单方面宣称某项条约因与强行法抵触而无效，可以由另一项程序处理，例如《公约》第六十五条所载的程序；即便国内或区域法院已宣布条约违反强行法规范，也可照此处理。还有人建议，对于涉及强行法的争端，不一定需要国家同意国际法院的管辖权。另一项建议是，可新增一段，规定可诉诸国际法院的咨询管辖权或其他友好的争端解决程序。

35. 其他委员对整项结论草案的必要性提出了质疑，因为最终只有各国才能选择解决争端的适当程序，而联合国宪章第三十三条所列的不同方法之间并没有本质上的高低之分。还有人认为，委员会拟订结论草案的方针是结论草案要反映现行国际法，而该项规定并不符合，特别报告员自己已经承认，该项规定并不反映现行国际法，只是作为一种建议的做法列入草案。

(六) 结论草案 15

36. 委员们表示支持关于强行法对习惯国际法影响的头两段，这两段采用的方法与述及条约法时采用的方法相同。与此同时，有人认为，鉴于国家同意并不是强行法的唯一依据，委员会不应回避以下问题，即是什么使强行法规范有别于习惯国际法？

37. 有人提出修改意见，指出起草委员会暂时通过的结论草案 3 和 5 已经分别证实，强行法规范可被嗣后具有同样性质的规范所更改，并且习惯国际法是形成强行法规范的最常见的基础。据此建议，结论草案 15 应表明，与强行法规范抵触的习惯国际法规则仍然可能产生，前提是这项新的习惯规则必须被接受和确认为不容克减的规范。另一项建议是仿照第 2 段在第 1 段中加入“不具有强行法性质的”几个字，以保留由新强行法规范替代旧规范的可能性。还有人建议修改第 1

段，表明实践和法律确信如果与强行法抵触则不能产生习惯法规则，而不是假定在抵触发生时就已经存在习惯法规则。

38. 第 3 段规定一贯反对者规则对强行法规范不适用，几位委员对此表示满意，认为这符合委员会本届会议二读通过的关于习惯国际法的识别的结论草案中的“不影响”条款。[19] 有人指出，一项规范成为强行法规范，就意味着得到了代表所有区域和所有法律制度的大多数国家的接受和确认。因此，举例而言，集中在同一区域的少数国家的一贯反对不能阻止强行法规范的出现。

39. 但仍有一些委员认为，拟议的第 3 段没有充分反映这一问题的复杂性，问题的关键在于强行法规范的上位地位与国家同意原则之间的关系。有人询问，如果某项习惯国际法规则后来获得强行法地位，那么是否应当剥夺在这项习惯规则的形成阶段确认的一贯反对地位。还有人建议，应进一步审议对强行法现有规范的反对与在强行法规范形成过程中提出的反对之间的区别。另一项建议是，可将一贯反对的问题放到评注中论述。

(七) 结论草案 16

40. 几位委员强调，有必要澄清结论草案中“单方面行为”一语的含义，例如可改为“单方面承诺”，以强调该项结论草案仅涉及产生法律义务的正式单方面行为。有人建议将单方面行为分为三类。有人询问，该项结论草案是否也应适用于国际组织。还有人建议，可在评注中澄清单方面行为与保留之间的区别。

(八) 结论草案 17

41. 一些委员同意结论草案 17 采取的立场，即包括安全理事会决议在内的国际组织决议所创设的具有约束力的义务如果违反强行法，就应当无效。有人认为，结论草案应述及所有国际组织决议，包括大会在安全理事会无法作出决定的情况下通过的关于维护和平与安全的决议。还有人指出，国际组织的其他行为，例如欧洲联盟的条例、指令和决定或某政府间会议的行为，也可能创设法律义务，应在结论草案中予以述及。虽然国家实践很少、国际组织决议与强行法规范直接抵触的可能性也很小，但一些委员考虑到安全理事会决议因《联合国宪章》第一百零三条的适用而具有的独特地位以及在国际法各领域对各国的法律后果，仍然认为有必要将安全理事会的决议单列出来。

42. 其他委员指出本项工作的目的是制定一般规则，或许不宜专门提到安全理事会的决议。有人关切地表示，这样做可能给安全理事会决议的效力和《联合国宪章》建立的集体安全制度带来负面影响。有人建议，该项规定应改变重点，述及强行法规范在各国于国际组织内通过决议时的参考作用。

43. 有人建议，该项规定应表明，违反强行法的决议不仅不再具有约束力，而且也将无效。其他建议包括：明确指出，对国际组织的影响还应包括不予承认的义务以及与强行法规范抵触所产生的所有其他法律后果，并且同条约无效时一样，在国际组织决议无效时也应考虑可分离性的可能。

[19] 见上文第五章。

(九) 结论草案 18

44. 一些委员虽然支持强行法规范确立普遍义务的主张，但建议评注应阐明并非所有普遍义务都源于强行法规范。有人质疑强行法规范“确立”普遍义务的说法是否正确。一些委员建议改写该项规定，以更好地反映强行法规范与普遍义务之间的关系以及产生的后果。还有人建议，该项规定应沿用关于国家责任的条款第 48 条第 1 款的措辞。另一种观点认为，结论草案应仅限于严重违反强行法规范所产生义务的情况，以符合关于国家责任的条款第 40 和第 41 条。还有人认为，强行法与普遍义务之间关系复杂，需要进行更彻底和深入的审议，以便就这一问题提出更广阔的视角并反映最近的事态发展，例如反映关于普遍义务是否可能产生于环境保护相关规则的讨论。

(十) 结论草案 19

45. 普遍同意结论草案 19, 该结论草案依据的是关于国家责任的条款第 26 条。同时，有人建议该项规定应更贴近第 26 条的措辞。还有人提议，该结论草案应包括在国际组织的责任范围内解除不法性的情况。还有人认为，该结论草案也可以涵盖反措施。

(十一) 结论草案 20

46. 有人建议，结论草案 20 第 1 段应更贴近国际法院“对各国的法律后果”咨询意见的案文，指出各国“有义务”[20] 进行合作，以制止任何严重违反强行法的行为。还有人表示，不清楚合作义务是否反映了现行法律，也不明确这种合作义务将产生哪些具体的义务。

47. 有与会者建议使第 2 段与关于国家责任的条款第 40 条第 2 款保持一致，改为：“如果此种违背义务行为涉及责任国严重或一贯不履行该项义务，则为严重的违背义务行为”。

48. 一些委员质疑关于合作形式的第 3 段的必要性，尤其是因为该项规定没有提到联合国集体安全机制，包括安全理事会。另一种观点认为，第 3 段旨在通过制度性合作或特别合作的方式逐步落实合作的义务，这是受欢迎的，应得到支持。

(十二) 结论草案 21

49. 虽然结论草案 21 得到普遍支持，但若干委员表示质疑的是，“违反”之前的限定词“严重”被省略，而关于国家的责任条款第 41 条第 2 款中有这个限定词，省略该词导致该原则超出了这些条款规定的范围。特别是，有人指出，特别报告员提出省略“严重”一词的理由同样适用于合作的义务。另一种观点认为，有强大的法律和政策依据将合作义务限制在严重违反强行法的情况下(根据结论草案 20)，但关于对违反行为不予承认或不提供协助的义务，却没有这样的依据。在这方面，有人指出，国际法委员会应致力于该领域的逐渐发展。

[20] 见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，见第 54 页，第 117-119 段。

50. 有人提议添加一段，表明对违反强行法造成的状况不予承认，不应对与平民有关的行为产生负面影响，例如对出生、死亡和婚姻的登记产生负面影响。

(十三) 结论草案 22

51. 关于在正在制定的结论草案中处理个人刑事责任和属事豁免问题(草案结论 23)的适当性，委员们表达了不同意见。若干委员支持在关于违反强行法的后果的研究中处理这两个问题，所以支持将它们纳入结论草案。其他几位委员认为，结论草案 22 和 23 处理了关于依国家管辖进行刑事起诉的国际刑法主要规则和强行法的一套子规则(即禁止国际罪行规则)的影响。有委员认为，这种做法偏离了该专题范围，该专题仅限于国际法的次要规则，并侧重于强行法所有规则的一般影响。

52. 关于结论草案 22 第 1 段，几位委员指出，第三次报告提供了充分的条约和判例法证据，证明各国有法律义务对强行法所禁止的犯罪确立管辖权，这源于禁止国际罪行和各国为制止严重违反强行法的行为而进行合作的义务。一些委员感到遗憾的是，该规定排除了被动国籍原则，他们建议在评注中处理管辖权冲突问题。

53. 另一些委员认为，第三次报告没有充分证明国家惯例支持国际法的一项规定，即各国有义务对在其领土上实施或该国国民实施的、为强行法所禁止的所有罪行行使管辖权。相反，半数甚至大多数国家没有关于强行法所禁止的罪行的法规，例如危害人类罪、种族隔离罪和侵略罪，这表明普遍不知道国际法规定了此义务。委员们还认为，第三次报告列举的国家在执行条约时行使国家刑事管辖权的例子不一定证实了第 1 段提出的主张。

54. 若干委员支持保留第 2 段的不妨碍规定，以便允许基于普遍管辖权扩大国内管辖权的行使范围。有人建议插入“根据国际法”这一短语，以承认目前国际法在普遍管辖权问题上的模糊状态。

(十四) 结论草案 23

55. 关于结论 23 草案第 1 段，有人认为，公务职位无关性规则已妥为确立。

56. 关于第 2 段，若干委员认为，特别报告员通过审查支持和反对将属事豁免适用于强行法罪行的做法，全面审查了这个问题，正确地得出结论认为，多数判例支持不在违反强行法规范的罪行中适用属事豁免。还有人表示支持在处理属事豁免例外问题时区分刑事和民事管辖权。有人建议在结论草案或评注中说明这种例外适用的具体罪行。

57. 其他委员认为，特别报告员在其第三次报告中提到的惯例不支持他提出的结论草案。有人指出，拟议的结论草案 23 可能比 2017 年第六十九届会议通过的关于国家官员外国刑事管辖豁免的条款草案第 7 条的范围更广泛。[21] 有人表示关切的是，结论草案 23 可能使委员们更难以就关于国家官员外国刑事管辖豁免的

[21] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 140 段。

条款草案达成一致意见，也会使关于危害人类罪的条款草案[22] 更难以被纳入一项公约。

58. 另一种意见是，委员会的两种立场可以通过缩小结论草案的范围来调和，包括制定适用的罪行清单，并在评注中强调不适用属事豁免的例外性。还有一些人提议将该条款暂时搁置，先完成关于国家官员外国刑事管辖豁免和危害人类罪的工作。

(十五) 今后的工作

59. 一些委员对目前采用的程序表示遗憾，按照目前的程序，结论草案留在起草委员会里处理，直至对整套结论草案完成一读，而不是由委员会全体会议每年对附有评注的结论草案进行审议。另一种意见认为，所采用的程序并非真正的障碍，因为各国可以在第六委员会对特别报告员的报告及其拟议的结论草案以及起草委员会各自主席的临时口头报告作出反应。

60. 有人表示支持制定一份强行法规范的说明性清单。有人建议，该清单可以借鉴国际法委员会以往工作中确定的强行法规范。有人强调，必须尽可能考虑到各国就该清单应包含的规范提出的意见。其他人提醒，委员会可能需要很长时间才能就一份说明性清单达成一致意见。

61. 有人指出，确立区域强行法的可能性得到第六委员会一些国家的支持，有人建议对区域强行法规范的存在及其与普遍适用的强行法规范之间的关系进行研究。另一些人质疑区域强行法的存在，并提醒道，任何关于区域强行法的讨论都可能会损害强行法概念(即整个国际社会接受和承认的规范)的完整性，并可能会违反这一概念。

62. 虽然有人表示支持特别报告员在国际法委员会下届会议上结束对结论草案的一读，但另一种观点认为，委员会不应过于匆忙地完成有关该专题的工作。

3. 特别报告员的总结

63. 特别报告员指出，国际法委员会普遍支持他的第三次报告中采取的方法和拟议的结论草案。他同意其他委员的意见，即必须适当阐明强行法规范对国际法律体系稳定性的后果。他认同委员们表达的关切，即如果不包括适当和负责任的保障措施，可能有潜在风险。他重申该专题的目的不是制定新规则，而是使现有规则更易于使用和理解。他承认国家实践的相对缺乏是一个挑战，但他认为这并非不可逾越的障碍，也不应作为对该专题采取保守方法的理由。相反，他强调委员会的作用应该是如实地评估这种做法，结合委员会通常依赖的其他来源，以便对现有国际法作出最准确的描述。他指出，他拟议的许多结论草案都包含 1969 年《维也纳条约法公约》中的措辞。同时，值得回顾的是，制定《公约》的结构时并非只考虑了强行法规范。

64. 关于拟议的结论草案，特别报告员感谢委员们提出的各种意见和修正建议，这些可在起草委员会讨论或反映在评注中。委员们普遍同意结论草案 10 至 13。结论草案 10 的前两段(一并解读)阐述了条约与强行法规范抵触的主要后果，即

[22] 同上，第 45 段。

这种条约可能在缔结时无效，或因之后出现的强行法规范而无效。这两段都源于1969 年《维也纳条约法公约》。他同意一项提议，即基于他对结论草案 10 第 3 段的提议，拟订一条载有解释之通则的结论草案，该草案将适用于所有国际法渊源。相应的评注将阐明此通则应符合 1969 年《维也纳条约法公约》的解释之通则。他还认同，善意是这种解释通则的核心基础，“尽可能”这个限定词就体现了这一点，而且可在评注中进一步解释。鉴于条约必须遵守原则，解释条约时要采用一致和融合的方法，并且在可能符合强行法的情况下，这种方法总是比条约失效更可取。

65. 如结论草案 11 第 1 段所反映的，条约与现行强行法规范抵触时，不可分割规则具有绝对性，一些委员对此表示关切，特别报告员赞同这种关切，但特别报告员认为，没有来自国家惯例的一致的法律依据，就难以偏离 1969 年《维也纳条约法公约》的规定。他不支持关于在结论草案 12 中提及《公约》第六十九条和第七十条的建议，因为这两条并不涉及强行法的具体后果。

66. 关于解决争端的建议程序的结论草案 14, 如果委员普遍同意，特别报告员并不反对插入源于 1969 年《维也纳条约法公约》第六十五条的一个新段。但是，他质疑的是，违反强行法规范的后果取决于两个或两个以上国家通过谈判达成的协定，这种做法是否适当。他重申，结论草案 14 并不试图对任何国家施加任何规定，也不处理管辖权问题或立场，也没有淡化 1969 年《维也纳条约法公约》缔约国具有法律约束力的义务。他同意扩大解决争端的备选办法，并将第二段改写为“不妨碍”条款。他进一步解释道，将结论草案 14 放置于第一组结论草案结尾处并非尽量弱化解决争端程序的重要性，而是为了说明这种程序与涉及条约与强行法规范抵触的结论草案相关。

67. 一些委员对结论草案 15 第 1 段所依据的逻辑表示关切，为此特别报告员建议将该段改写为：“习惯国际法规则所依据的惯例如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则不会形成”。他还同意起草委员会在第 1 段中插入“不具有强行法性质”，以解决通过嗣后强制性规范修改强制性规范的问题。关于第 3 段，他并不反对在以下两者之间建立联系：习惯国际法形成期间一贯反对的影响，以及一旦规范获得强行法地位后不再适用一贯反对。

68. 有委员坚持认为在结论草案 17 中具体提及安全理事会决议是恰当的，特别报告员同意这一点，因为鉴于安理会的独特权力和《联合国宪章》第 103 条的规定，关于强行法规范对国际组织行为的影响的讨论通常是在安全理事会决议的范围内进行。

69. 特别报告员反对在结论草案 18 中插入限定词“严重”，他指出，这在关于国家责任的条款中没有依据，而且加入该词也未能适当反映强行法规范与普遍义务之间的关系。同时，他不反对在起草委员会审议期间考虑使结论草案 18 的案文与巴塞罗那电车公司案判决中的相关段落保持一致。[23] 他还试图解释为何在结论草案 21 中省略限定词“严重”，他指出，难道对于“不严重”的违反强行法的行为，各国就可以承认甚至协助吗？那也未免荒谬。

[23] 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页起，见第 36 页第 33 段。

70. 特别报告员也认同，结论草案 18 至 21 不仅适用于国家，也适用于国际组织。

71. 特别报告员承认，结论草案 22 和 23 不同于其他结论草案，这或许可以为不包含这些结论草案提供一个令人信服的理由。但是，他指出强行法规范对豁免的影响问题已在该专题大纲第 17 段中明确提到，该专题大纲是在决定将该专题列入委员会长期工作方案时编写的。[24] 在委员会审议期间，没有人对该问题提出任何异议，当时也没有会员国或委员会委员提议将豁免从该专题排除。他和一些委员都指出，有大量的惯例支持这两项结论草案，而且委员会以前甚至基于更少的惯例通过了重要的结论草案。有人称包含这两项结论草案将导致委员会正在审议的其他议题无法达成一致意见，他认为这种论点无法令人信服。同样，他也不认同没有足够的惯例来支持结论草案 23。他回顾称，提到有关民事诉讼的案件，如国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，往往是为了证明一种观点，即对具有强行法性质的国际罪行的豁免没有例外，这些案件申明，在与刑事诉讼有关的案件中，它们不能作为例外的权威理由。虽然注意到这两项结论草案得到了委员会的广泛支持，但他指出，为了找到前进的方向，无论从实质性角度还是从委员会达成共识的角度而言，委员会不妨通过一项“不妨碍”条款来处理上述问题。在这方面，他建议起草委员会用一项“不妨碍”条款取代两项结论草案，该条款的内容如下：“本结论草案不妨碍具体/个人/特定一般国际法强制性规范(强行法)的后果。相应的评注表明，属事豁免属于该条款所涉及的此类问题，并将以不具损害的方式起草。

72. 关于将案文留在起草委员会、不编写评注的工作方法的意见，特别报告员指出，委员会先前已同意这种工作方法，作为一种折衷办法。他进一步回顾称，每年都在届会第二期审议该专题，没有足够的时间编写和通过评注。尽管如此，他承诺编写一套完整的评注，供委员会审议，但有一项谅解，即在 2019 年届会第一期会议审议该专题。

73. 最后，特别报告员向委员们保证，在编写第四次报告时，他将仔细考虑他们对未来工作的所有意见。他同意这方面的各种建议，例如列入参考书目，需要保持术语使用的一致性，以及项目中也应涵盖一般原则。

[24] 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，附件。