

国际法强制性规范的识别问题研究

朱明新*

内容摘要:1969年《维也纳条约法公约》的“姐妹条款”宣告了国际法中存在强制性规范,但此种规范的识别仍是一个未解难题。就国际法强制性规范的识别理论而言,主要存在着法律理想主义和法律实证主义的分歧,这可能导致识别结果的不可预期性和投机性。国际法强制性规范不仅是学术研究的兴趣点,也逐渐成为司法裁决的依据。在此背景下,国际法委员会将国际法强制性规范的编纂列入工作议程,并在其二读通过的结论草案中,最终为国际法强制性规范的识别确立了“累加双要素”标准。这种以“累加双要素”为基础的识别标准同样存在不足,特别是具有方法论缺陷、识别机构不明确等缺点,同时也体现了国际法的危机模式,需要予以重视。

关键词:国际法强制性规范 识别 理想主义 实证主义 累加双要素

引言

国际法强制性规范的识别一直是当代国际法学者们挥之不去的难题。阿诺德·麦克奈尔教授曾指出,举例说明国际法强制性规范比定义它们更容易。^①在希腊举行的拉贡尼斯会议上,多数与会代表认为现代国际法中存在着某些强制性规范,但对其内容、渊源及识别等存在分歧。^②在拟定1969年《维也纳条约法公约》[Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT(1969)]的过程中,联合国国际法委员会(International Law Commission of the United Nations, ILC)在条约法草案条款及其评注中指出,并不存在一个简单的标准可以识别哪些国际法的普遍规范具有国际法强制性规范性质。因此,正确的做法是概括性地规定,如果条约与国际法强制性规范冲突,则该条约无效。^③最终通过的VCLT(1969)第53条因其自身非精确的表述和语义赘述,很快成为学术研究批评的

* 苏州大学王健法学院副教授。

本文系教育部人文社科青年项目(16YJC820058)的阶段性成果。

① See Arnold D. McNair, *The Law of Treaties* 215 (Clarendon Press 1961).在国内学者中,张辉教授和何志鹏教授的研究同样表明国际法强制性规范导致了诸多困惑。参见张辉:《国际法效力等级问题研究》,中国社会科学出版社2013年版,第47-137页;何志鹏:《漂浮的国际国际法强制性规范》,《当代法学》2018年第6期,第106-122页。

② See George Abi-Saab, Introduction, in *The Lagonissi Conference on International Law Papers and Proceedings II: The Concept of Jus Cogens in International Law* 8-9 (Carnegie Endowment for International Peace 1967).

③ See *Yearbook of the International Law Commission*, pp.247-248, 1966.

对象。^①当前,国家实践和司法裁决均承认国际法中存在强制性规范,但对其识别等关键问题的看法仍存分歧。在此背景下,国际法委员会将国际法强制性规范纳入工作议程。2022年,国际法委员会二读通过了《一般国际法强制性规范(国际法强制性规范)的识别和法律后果的结论草案》(以下称《国际法强制性规范的结论草案》)及评注,为其识别提供了指导原则。本文以《国际法强制性规范的结论草案》确立的“累加双要素”识别标准为主要研究对象,并指出国际法强制性规范的识别标准可能再现国家间的竞争,中国应当对该识别标准可能导致的地域歧视作出应对。

一、国际法强制性规范识别的理论分歧

VCLT(1969)第53条并未规定国际法强制性规范的识别程序。^②各国和司法机构承认国际法强制性规范的存在,但对国际法规范如何获得这种强制性有不同理解。作为确定国际法规范的辅助性方法的学者学说,也无法对国际法强制性规范的识别达成一致观点。^③学者们将国际法强制性规范义务来源构建在不同理论之上,即法律理想主义和法律实证主义,并以此为基础进行国际法强制性规范的识别。

(一)法律理想主义

法律理想主义秉承“手段—目的”关系识别国际法强制性规范,将太多国际法规范界定为强制性规范。法律理想主义者认为,任何法律义务是否存在都应该以该义务与特定法律理想之间存在着“手段—目的”关系为先决条件。^④将某个特定规范界定为国际法强制性规范,都以将该国际法规范界定为强制性规范所产生的法律后果与某些假定的法律理想之间存在一种工具性关系为前提。

通常,不同的法律理想主义者对这种关系有不同的解读。丹·杜波依斯认为,国际法强制性规范具有权威性,原因在于它们的内容或者有助于确保一种或多种基本的善,或者能够满足实际理性的基本要求。^⑤其他学者将这种工具性关系表述为一种必要性关系,柯尔斯顿·马伦巴赫认为,如果不授予某个规范以国际法强制性规范地位,就不可能实现某个目标。^⑥

^① See Karol Wolfke, *Jus Cogens in International Law (Regulation and Prospects)*, 6 Polish Yearbook of International Law 145 (1974).

^② See Karl Zemanek, *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?*, in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* 384-385 (Oxford University Press 2011).

^③ See Sévrine Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* 3 (Schulthess 2015).

^④ See Ulf Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse* 113 (Edward Elgar Publishing 2020).

^⑤ See D. Dubois, *The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law*, 78 *Nordic Journal of International Law* 160 (2009).

^⑥ See Kirsten Schmalenbach, *Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law (“Jus Cogens”)*, in Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* 909 (Springer 2012).

(二)法律实证主义

国际法实证主义存在着经验主义学派、共同意志学派和唯意志论学派。经验主义学派又被称为归纳学派,强调国家通过自身的集体行动制定国际法。共同意志学派认为国际法由国家间的明示协议组成,主要包括成文条约。唯意志论学派主张,国际法律义务源自单个国家对国际法规则的自愿接受。^①

经验主义学派的核心信念是,国际法的内容是(或至少应该)在经验和观察基础上,通过研究国家实践进行识别。对经验实证主义者而言,国家实践实际上是制定法律,而不仅仅是揭示法律。共同意志学派认为国际法规则是国家间协议的结果,法律规则是由两个(或以上)国家的联合意志产生的,最明显的表现形式是书面条约。唯意志论学派强调单个国家意志是法律的来源,其实质是每个国家的主权者是唯一能够为该国制定或接受法律拘束的代理人,任何外部机构都不能违背一国意愿,将法律义务强加于该国。

VCLT(1969)对国际法强制性规范的识别标准保持沉默,^②这使得识别国际法强制性规范成为后续学术研究和司法实践争议的焦点。国际法强制性规范识别结果的不确定性部分构成了国际法委员会就此问题进行编纂的前因,最终国际法委员会为国际法强制性规范的识别确立了“累加双要素”标准。

二、国际法强制性规范识别的“累加双要素”标准

VCLT(1969)第53条仅规定与国际法强制性规范冲突的条约无效,从而将确定国际法强制性规范全部内容的任务留给国家实践和国际法庭的裁判。在诸多识别标准中,以VCLT(1969)第53条定义为基础的法律实证主义理论主导的识别标准更具普遍性。不过,在法律实证主义主导的识别标准中,不同学者仍可能对具体的识别标准存在分歧,并导致冲突的识别结果。^③国际法委员会决定将国际法强制性规范纳入编纂议程,最终二读通过的《国际法强制性规范的结论草案》采取了“累加双要素”的识别标准。

(一)国际法委员会对国际法强制性规范识别的态度变化

学界虽然对国际法强制性规范是当代国际法组成部分的这个观点基本没有争

^① See Stephen C. Neff, *Justice among Nations: A History of International Law* 226-243 (Harvard University Press 2014).

^② See Report of the International Law Commission Covering the Work of Its Fifteenth Session (6 May-2 July 1963), 2 *Yearbook of the International Law Commission*, pp.198-199, 1963.

^③ 克里斯托·罗扎阐述国际法强制性规范识别的双要素标准。See Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* 52-84 (North-Holland Publishing Company 1976). 受 ILC 国际法强制性规范编纂议题的影响,阿涅尔·比尔也支持双要素识别标准,并认为习惯国际法是国际法强制性规范最可能的渊源。See Aniel C. De Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism* 69-77 (Martinus Nijhoff 2019). 塞弗林·努切尔认为国际法强制性规范的识别包括三个要素。See Sévrine Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* 49-163 (Schulthess 2015). 洛里·汉尼卡宁认为国际法强制性规范的识别标准包含五个要素。See Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, Historical Development, Criteria, Present Status* 207-292 (Finnish Lawyers' Publishing Company 1988).

议,^①但对国际法强制性规范的性质、内容及国际法强制性规范在国际法中的影响存在分歧。1993年,ILC委员雅各维迪斯向规划工作组提交了关于将国际法强制性规范作为ILC备选专题的建议,并指出自VCLT(1969)生效后,尚未出现确定国际法强制性规范内容或确定国际法律规范达至国际法强制性规范地位之过程的权威标准。^②尽管如此,ILC仍然拒绝将该专题纳入其工作方案。工作组主席鲍温特对此的解释是,因为关于国际法强制性规范的实践“尚不存在”,所以开展这类研究显然为时过早。

上述观点表明,如果有充分实践作为基础,ILC便有可能进一步阐述与国际法强制性规范相关的规则。随着与国际法强制性规范相关的实践迅速发展,国内法院和国际法院在裁判过程中常提及国际法强制性规范。^③在国际法院于武装冲突案(2006)中明确承认了国际法强制性规范的概念后,^④国际法强制性规范开始逐渐呈现出更多的实践意蕴。

(二)国际法强制性规范的“累加双要素”识别标准

2014年,长期工作方案工作组建议ILC研究国际法强制性规范,且将研究重点集中于国际法强制性规范的性质、将一项规范识别为国际法强制性规范的条件、列举已具有国际法强制性规范性质的规范清单以及的影响或效力四个方面。^⑤ILC第67届会议决定将“国际法强制性规范”专题列入工作方案,并任命迪雷·特拉迪为专题特别报告员。^⑥2022年7月27日,ILC二读通过了《一般国际法强制性规范(国际法强制性规范)的识别和法律后果的结论草案》^⑦。《国际法强制性规范的结论草案》将VCLT(1969)第53条的定义作为起点,在法律实证主义基础上确立了国际法强制性规范识别的“累加双要素”标准。

首先,国际法强制性规范的识别标准由两个要素组成。根据结论4的规定,要确定一项规范具有强制性,必须证明存在(it is necessary to establish)这些规范。“必须确定”表明必须证明这些规范存在,而不应假定它们存在。接着,结论4指出,国际法强制性规范的识别标准由两个要素组成:(1)有关规范必须是一般国际法规范;(2)它必须是被国

① See Yearbook of International Law Commission, Commentary to Draft Article 50, 2, 247, p.247, para.1, 1996.

② See Yearbook of International Law Commission, p.213, para.2, 1993.

③ 关于国内法院裁判过程中援引国际法强制性规范的案件以及介绍,参见Aristoteles Constantenides, *Jus Cogens*, in Andre Nollkaemper *et al.*, (eds.) *International Law in Domestic Courts: A Casebook* 278-310 (Oxford University Press 2018)。

④ 主流观点认为,国际法院在武装冲突案中第一次明确承认存在国际法强制性规范,但也有少数学者认为国际法院在尼加拉瓜军事和准军事行动中已经承认了国际法强制性规范的概念。See Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* 41 (Oxford University Press 2006)。

⑤ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-sixth Session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2014), 2 Yearbook of the International Law Commission, pp.198-199, 1963.

⑥ See Report of the International Law Commission on Sixty-seventh Session (4 May-5 June and 6 July-7 August 2015), 2 Yearbook of the International Law Commission, p.85, 2015.

⑦ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), 2 Yearbook of the International Law Commission, pp.10-11, 2022.

家组成之国际社会全体接受和承认的不许损抑的规范,且只能由具有相同性质的规范加以变更。^①

其次,国际法强制性规范的识别标准可以细分为具有先后顺序的两个步骤。根据结论4的规定,需要采用两步走的方法识别一般国际法强制性规范,即先需要切实证明有关规范是一般国际法规范,然后表明该规范是国家组成之国际社会全体接受和承认的不许损抑的规范。早在2001年《国家责任条款草案》第26条的评注中,ILC已经描述了这种两步走方法:识别一般国际法强制性规范的标准非常严格,VCLT(1969)第53条不仅要求有关规范符合被承认为一般国际法规范的所有标准且具有一般国际法规范的约束力,还进一步要求它被国家组成之国际社会全体承认具有强制性。^②由此可知,结论4规定的双要素具有先后顺序,且累加适用,它们都是确定一般国际法规范强制性的必要条件。^③

三、国际法强制性规范“累加双要素”识别标准之客观要素

随着司法机构和国家等开始承认和适用国际法强制性规范,国际法强制性规范超越了传统的学术研究范畴,开始具有更多实践意蕴。鉴于国际法强制性规范识别的重要性的对识别存在的分歧,ILC以VCLT(1969)第53条的定义为基础,确立了国际法强制性规范识别的“累加双要素”标准。根据《国际法强制性规范的结论草案》结论4(a)的规定,如果要识别一项规范为一般国际法强制性规范,首先必须确定该规范是一般国际法规范。从某种意义上看,该条规定了识别国际法强制性规范的客观标准,即一般国际法规范构成国际法强制性规范的基础和来源。作为对结论4第一个要素的进一步阐释,结论5规定,习惯国际法是国际法强制性规范的最常见基础,而条约规定和一般法律原则也可作为国际法强制性规范的基础。“也可”(may also)这个术语表明,条约规定和一般法律原则构成国际法强制性规范基础的情况并非不可能。^④结论4(a)和结论5两者结合在一起表明,作为国际法强制性规范基础的国际法规范需要满足两个条件:一是这些规范必须是一般国际法规范;二是这些规范必须具有明确的表现形式。

(一)作为基础的一般国际法规范

结论4(a)表明,识别一项国际法规范是国际法强制性规范的前提之一是,该规范必须是一般国际法规范。结论5的标题表明,一般国际法规范构成了国际法强制性规

^① See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, p.29, 2022.

^② See Yearbook International Law Commission, II (Part Two), p.85, 2001.

^③ See Report of the International Law Commission on the work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, pp.29-30, 2022.

^④ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, II, Part Two, pp.30-35, 2022.

范的基础。这两个条款的规定凸显了两个重要概念,分别是“一般国际法”和“基础”。

在拟定条约法草案的过程中,IILC起草委员会表明第53条仅涉及一般国际法,排除了区域国际法。1969年,国际法院(International Court of Justice, ICJ)在北海大陆架案中指出,依据其性质,一般或习惯国际法规则和义务是“必须对国际社会所有成员具有同等效力”的国际法规范。^①尽管尚不存在关于一般国际法规范的公认定义,但学者通常认为,一般国际法规范是一种适用于所有国际法主体的国际法。^②因此,就国际法强制性规范而言,一般国际法规范中的“一般”指的是相关规范的适用范围。

结论5使用了“基础”(basis or bases)的表述,对于该表述我们应作灵活和广义解释。事实上,这些表述是为了反映各种国际法渊源可能导致一般国际法强制性规范产生的各种不同方式。^③

(二)一般国际法规范的表现形式

通常认为,尽管《国际法院规约》第38条没有穷尽所有的国际法形式渊源,^④但基本概括了一般国际法规范的主要表现形式。结论5(1)条指出,习惯国际法是一般国际法强制性规范最常见的基础,但《国际法院规约》第38条第1款所列的其他渊源只要是一般国际法规范,也可以构成一般国际法强制性规范的基础。为此,结论5(2)规定,条约规定和一般法律原则也可作为国际法强制性规范的基础。在上述基础中,习惯国际法作为一般国际法规范最可能的渊源,在法律上和事实上都构成国际法强制性规范的最重要渊源。^⑤

1. 作为最常见基础的习惯国际法

自弗朗西斯科·苏亚雷兹提出万民法主要由非成文的习惯法组成后,^⑥习惯国际法一直是国际法最显著的表现形式,^⑦甚至是最古老的表现形式。尽管如此,仍然有学者持相反观点,认为习惯国际法不是国际法强制性规范的基础。^⑧

① See North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, pp.38-39, 63.

② See Samantha Besson, Theorizing the Source of International Law, in Samantha Besson & John Tasioulas (eds.), The Philosophy of International Law 168 (Oxford University Press 2010).

③ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, 31, 2022.

④ 关于国际法渊源的详细阐述以及针对《国际法院规约》第38条的批评,参见 Wade Mansell & Karen Openshaw, International Law: A Critical Introduction 33-35 (Hart Publishing 2019)。

⑤ See J. E. Christófolo, Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law 115 (Schulthess 2016).

⑥ See Peter Haggemacher, Sources in the Scholastic Legacy: Ius Naturae and Ius Gentium Revisited by Theologians, in Samanta Besson & Jean D'Aspremont (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law 59 (Oxford University Press 2017).

⑦ See Antonio Cassese, For an Enhanced Role of *Jus Cogens*, in Antonio Cassese (ed.), Realizing Utopia: The Future of International Law 164 (Oxford University Press 2012).

⑧ See Mark W. Janis, The Nature of *Jus Cogens*, 3 Connecticut Journal of International Law 361 (1988).

自弗朗索瓦·惹尼在《实证私法的解释方法与来源》(1899)中将必要的法律确信引入习惯国际法后,^①《常设国际法院规约》及其后的《国际法院规约》将国际习惯视为国际司法机构可以适用的法律,使得习惯国际法事实上成为国际法渊源,并得到国际司法机构经典裁决的确认,即习惯国际法构建在国家实践和法律确信之上。在ILC关于习惯国际法的识别的结论草案第3-4部分,同样采取了传统的双要素论。^②

尽管习惯国际法已经成为国际法渊源,但围绕着习惯国际法识别产生的争议持续存在。学者针对习惯国际法构成要素的争议主要体现在以下几方面:《国际法院规约》第38(1)(b)条确立的习惯国际法识别标准是单要素(德康公式)还是双要素;该条定义只能解释现存习惯国际法但无法解释新习惯国际法如何创设;该条规定无法解释习惯国际法形成过程中的时间悖论;两个要素之间是否存在先后关系;两个要素之间是否可以相互补充^③以及可能存在着双重计算等风险。^④

在当前的国际司法实践中,例如,在威胁使用或使用核武器的合法性的咨询意见案中,国际法院将许多人道主义规则描述为构成习惯国际法中的不可违背的原则(*intransgressible principles*),表明国际法强制性规范具有习惯国际法的基础。^⑤此后,在与起诉或引渡义务有关的问题案中,国际法院确认禁止酷刑是习惯国际法的一部分,现在已成为国际法强制性规范(强制法)。^⑥

2.也可作为国际法强制性规范基础的条约规定

现代国际法中,国际条约是国际法的最重要渊源和分支。鉴于条约更多类似于国内法中的合同,其具有相对性并且以约定必守为基础,故国际条约通常不是适用于所有国际法主体的一般国际法规范。《国际法强制性规范的结论草案》结论5(2)条还规定,条约规定也可成为国际法强制性规范的基础。这里使用了“条约规定”而不是“条约”,表明条约所载的某项或多项规范而非条约本身也有可能成为国际法强制性规范的基础。^⑦通常,条约规定可以通过两种方式成为国际法强制性规范的基础:一是条约规定自身;二是条约规定转变成为习惯国际法。

^① See Malcolm N. Shaw, *International Law* 55 (Cambridge University Press 2017).

^② See Michael Wood (Special Rapporteur), Fifth Report on Identification of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/717, International Law Commission Seventieth Session New York (30 April-1 June 2018, 2 July-10 August 2018), pp.14-37.

^③ See Jr. Frederick L. Kirgis, Custom on a Sliding Scale, 81 *American Journal of International Law* 146 (1987).

^④ See Patrick Dumberry, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law* 316-321 (Cambridge University Press 2016).

^⑤ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p.257.

^⑥ See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, ICJ Reports 2012, p.457.

^⑦ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, pp.33-34, 2022.

对于第一种情况,ILC将联合国宪章中关于禁止使用武力的规则列为一个国际法强制性规范的典型例子。^①此外,相关学者的研究已经表明,条约规定可以构成国际法强制性规范的基础。比如童金认为,国际法强制性规范的原则包括已被条约明文规定或习惯默认接受的规则,一般国际法许多规范都是由条约和习惯共同创造的。^②此外,努切尔也指出,当代国际法包括具有普遍或准普遍性质的文件,没有任何东西可以排除未来的公约能够创造具有普遍约束力的规范,并可提升为强制性规范。^③

对于第二种情况,可以认为条约构成一般国际法强制性规范(强制法)的基础是条约规则与习惯国际法之间关系的必然推论。在北海大陆架案中,国际法院描述了条约规则与习惯国际法之间的关系,认为条约可以宣告、促进和转化成为习惯国际法。^④具体而言,两者之间的关系大体可分为以下情况:首先,条约规定可以宣告现有的一般国际法规则;其次,条约规定可能有助于加速正在浮现的新习惯国际法规则的结晶化;最后,条约规定通过后可以在嗣后实践的基础上形成新习惯国际法。^⑤

3.也可作为国际法强制性规范基础的一般法律原则

在拟定《常设国际法院规约》的过程中,为避免法院因法律不明而拒绝司法,^⑥十人组成的法学家起草小组在比利时代表德康的提议下,纳入了文明国家承认的一般法律原则。^⑦作为国际法渊源的一般法律原则通常需要满足两个条件:该原则必须是绝大多数国内法律体系共有的原则,且该原则可以被移植至国际层面。^⑧结论5(2)的“一般法律原则”指的是《国际法院规约》第38(1)(c)条的一般法律原则。将一般法律原则视为构成国际法强制性规范的可能基础具有适当性,因为一般法律原则是一般国际法规范的一部分,对国际社会所有成员具有同等效力。ILC在《国际法碎片化》报告中区分了条约法和一般法律,认为后者包括“习惯国际法和一般法律原则”。^⑨在学者的学术著作中,也能找到将一般国际法原则作为一般国际法强制性规范来源的证据。比如克莱因林认为,一项国际法强制性规范必须首先成为一般国际法,即习惯国

① See Yearbook of International Law Commission, p.247, 2016.

② See Grigory I. Tunkin, *Jus cogens in Contemporary International Law*, 3 The University of Toledo Law Review 116 (1971).

③ See Sévrine Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* 50 (Schulthess 2015).

④ See North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, pp.38-43, 61-74.

⑤ 关于国际条约和习惯国际法间的转化关系,可参见 Robert Kolb, *Theory of International Law* 126-134 (Hart Publishing 2017)。

⑥ See Anders Henriksen, *International Law* 29-30 (Oxford University Press 2017).

⑦ See Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* 1-26 (Cambridge University Press 2005); Marija Oreska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)* 9-30 (Brill 2020).

⑧ See Jan Wouters, *et al.*, *International Law: A European Perspective* 157 (Hart Publishing 2019).

⑨ See Conclusions of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc. A/CN.4/L.702, paras.20-21.

国际法或一般法律原则。^①纳维亚认为国际法强制性规范可以源自下列确定的国际法渊源：一般条约和文明国家承认的一般法律原则。^②

对结论4(a)和结论5的整体分析表明,如果要认定某项国际法规范是国际法强制性规范,首先必须认定该规范是一般国际法规范。虽然习惯国际法、条约规定和一般法律原则均可构成国际法强制性规范的基础,但结论5的规定表明,在识别国际法强制性规范的过程中,这些基础处于不同位阶,可能具有不同权重。习惯国际法构成国际法强制性规范的第一位阶基础,而条约规定和一般法律原则构成国际法强制性规范的第二位阶基础。如果在识别国际法强制性规范的过程中,存在着第一位阶基础,则无须考虑第二位阶基础;仅在不存在第一位阶基础时,才需要考虑第二位阶基础。

四、国际法强制性规范“累加双要素”识别标准之主观要素

根据《国际法强制性规范的结论草案》结论4(b)的规定,要将一项国际法规范识别为国际法强制性规范,则该规范必须被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容损抑的规范,且只能由具有同等性质之规范加以变更。从某些意义上讲,该标准构成识别国际法强制性规范的主观要素。结论6-9对该要素进行了详细解释,为此需要结合结论6-8才能充分理解这个要素。首先需要明确,该要素的本质指国家组成之国际社会全体的“接受和承认”,不容损抑和变更是“接受和承认”要素的组成部分,这是一个单一复合要素;^③其次需要明确,该单一要素由多个分要素组成,包括国家组成之国际社会全体、接受和承认以及接受和承认的证据等。

(一)国家组成之国际社会全体

结论7(1)的规定表明,国家组成之国际社会全体的接受和承认在识别国际法强制性规范时具有重要意义。需要注意,国家组成之国际社会全体并非ILC在该结论中独创的概念。^④事实上,该概念可以追溯至VCLT(1969)缔结过程中芬兰—希腊—西班牙三国的修正案,并经1968—1969年维也纳外交会议而最终形成。在结论7(2)和7(3)中,ILC又分别对国际社会全体的构成和其他行为体的立场进行了解释。对此,我们需要从以下几个方面进行解读:

首先,该条表明在识别国际法强制性规范的过程中,具有决定性意义的是国家组成之国际社会全体的接受和承认。虽然有国家如加拿大认为,应该扩大接受和承认

^① See Thomas Kleinlein, *Jus Cogens as the “Highest Law”?* Peremptory Norms and Legal Hierarchies, in M. den Heijer & H. van der Wilt (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law* (2015) 195 (T.M. C Asser Press 2016).

^② See Rafael Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, in Lal Chand Vohrah, *et al.* (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* 613 (Brill 2003).

^③ See Dire Tladi, *The International Law Commission’s Draft Conclusions on Peremptory Norms* 66 (Oxford University Press 2024).

^④ See Jean Allain, *Jus Cogens and the International Community “of States” as a Whole*, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* 68-91 (Brill 2021).

国际法强制性规范的含义,使其包括国际组织和非政府组织等其他实体。^①但经过考虑后,ILC决定将接受和承认国际法强制性规范的主体限于国家。

其次,结论7(2)将“全体”和“国家组成之国际社会”组合起来,这表明,一项规范要成为国际法强制性规范,必须由作为一个整体的国家组成之国际社会全体接受和承认其具有不容损抑性。在这里,“全体”一词的含义指绝大多数国家,而不是所有国家。同时,对于“绝大多数国家”含义的理解不能僵化地计算国家的数量,需要综合考虑国家的地域性、不同的法律制度和法律文化。这种解读符合VCLT(1969)制定过程中起草委员会主席亚辛所作的说明,即“全体”是要表明有关规范的强制性不必由所有国家接受和承认,只需要绝大多数国家接受和承认就可以了。^②即便“全体”并不意味着所有国家,但其仍然构成一个非常高的门槛条件。^③由此可知,国家组成之国际社会全体的表述事实上否定了单个国家,特别是大国,在识别国际法强制性规范过程中的否决权。

最后,虽然国家的接受和承认对识别国际法强制性规范具有决定作用,但这并不意味着其他行为体不起作用。结论7(3)的规定表明,其他行为体可以提供背景资料,并有助于评估由国家组成之国际社会全体的接受和承认。^④但同时需要注意,国家以外实体的立场本身不够构成国际社会全体承认和接受的一部分,不足以将一般国际法规范提升为国际法强制性规范。

(二)接受和承认

根据《国际法强制性规范的结论草案》结论4(b)的规定,“接受和承认”构成识别国际法强制性规范的主观要素的核心。诚然,“接受和承认”沿用了VCLT(1969)第53条的表达,而该条表达基于芬兰—希腊—西班牙的联合提案(增加了“承认”)和VCLT(1969)起草委员会(增加了“接受”)的共同努力。^⑤对此,起草委员会主席的解释是,这样做是因为《国际法院规约》第38条包括“承认”和“接受”,“承认”用于公约、条约以及一般法律原则,而“接受”用于习惯国际法。^⑥接下来,ILC在结论6对该分要素进行了解释。

^① See UN, General Assembly Seventy-first Session, Sixth Committee, Summary Record of the 27th Meeting, UN Doc. A/C.6/71/SR.27, para.9.

^② See UN, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Sessions (26 March-24 May 1968), Vol.I, Mr. Yasseen, Chairperson of the Drafting Committee, 80th Meeting, Vol.1, 1968, p.472, para.12.

^③ See Erika de Wet, *Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* 543 (Oxford University Press 2013).

^④ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, p.39, 2022.

^⑤ See UN, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions (26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969), Doc. A/CONF.39/C.1/L.306 and Add.1 and 2, 174, 1969.

^⑥ See UN, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Sessions (26 March-24 May 1968), Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, p.471, para.4.

首先,结论6(1)规定,作为识别国际法强制性规范分要素的“接受和承认”是一个整体要求,无须首先证明“承认”,然后再证明“接受”。此外,识别国际法强制性规范的“接受和承认”与“接受和承认”一般国际法规范的要求并不相同,两者之间存在质的差别。^①换言之,这里的“接受和承认”指国家组成之国际社会全体认为某个规范是国际法强制性规范的法律确信,不同于某个规范属于一般国际法规范的法律确信。^②该条规定表明,就国际法强制性规范的识别而言,存在着两个层面的法律确信,即一般国际法规范的法律确信和国际法强制性规范的法律确信。^③这两种法律确信的叠加事实上表明,国际法强制性规范的识别需要确定双重同意(double consent)。^④双重同意将识别标准构建在国家共识的基础之上,鉴于在确定国家同意方面的困难,这显然会增加识别的难度。

其次,结论6(2)规定,“接受和承认”的内容是利用证据证明,该规范不容损抑,且只能由后续具有同等强制性性质的一般国际法规范更改。该条规定表明了两个方面的含义:一是要识别某项规范是国际法强制性规范,必须提供证据表明该规范被“接受和承认”为不容损抑;^⑤二是该规范只能由后续具有同等性质的规范加以更改。

在国际司法实践中,对于将一般国际法准则提升到国际法强制性规范地位,已有裁决将其与国家的接受和承认联系起来。例如,在与起诉或引渡义务有关的问题案中,国际法院援引了各国制定的国际文件,比如《世界人权宣言》《关于保护战争受害者的日内瓦公约》《公民及政治权利国际公约》等,以此确定“禁止酷刑”构成国际法强制性规范。^⑥

(三)接受和承认的证据

《国际法强制性规范的结论草案》结论6(2)中的“证据”表明,仅仅声称某项规范被国家组成之国际社会全体接受和承认为不允许损抑的规范是不够的,这意味着必须通过提供证据来证实这种主张。为此,在结论8中,ILC规定了国家组成之国际社会全体“接受和承认”某个规范具有强制性的必要证据类型,主要包括一般声明和具

^① See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, p.36, 2022.

^② 有学者认为,法律确信和同意是不同概念。See Olufemi A. Elias & Chin L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* 14-16 (Kluwer Law International Olufemi A. Elias & Chin L. Lim 1998).

^③ See Wladyslaw Czaplinski, *Jus Cogens and the Law of Treaties*, in Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* 83 (Martinus Nijhoff 2006).

^④ See Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* 74-76 (North-Holland Publishing Company 1976).

^⑤ 关于损抑的含义及损抑和违反之间的关系,参见 Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* 72-78 (Oxford University Press 2006); Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* 64-67 (Cambridge University Press 2017).

^⑥ See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, ICJ Reports 2012, p.457, para.99.

体的材料类型。

1. 证据的一般声明

结论8(1)表明,“接受和承认”的证据具有多种形式。为此,证据形式本身并不具有决定性作用。鉴于国家组成之国际社会全体“接受和承认”是关键所在,所以任何能够表达这种“接受和承认”的材料都可作为证据。由迈克尔·伍德担任特别报告员并由ILC二读通过的关于《习惯国际法的识别》的结论10同样表明,“被接受”为法律的证据可以具有多种形式。^①此外,在与起诉或引渡义务相关的问题案的判决中,国际法院依据各种材料证明禁止酷刑具有强制性。^②

2. 证据的具体形式

结论8(2)采取正面列举方式,表明证据形式包括但不限于:以国家名义发表的公开声明、官方出版物、政府法律意见、外交信函、立法和行政行为、各国法院判决、条约规定、国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议等。因此,该条所载清单并不是一个封闭清单,该条未提及的其他形式的证据,如果表达了各国的“接受和承认”,仍然可以证明一项规范的强制性。^③对于该条规定需要从以下方面理解:首先是清单所列的证据形式具有一个共同功能,即它们能够表达或反映各国意见,揭示各国立场和观点;其次是这些材料必须说明规范是否具有强制性,因为问题的关键不是某个特定规范是否在这些材料中得到反映,而是这些材料是否表达了国家组成之国际社会全体的“接受和承认”;最后是通常情况下,单个材料并不能确定一项规范的强制性,需要综合权衡和评估这些材料,并确定它们是否明显体现出国家组成之国际社会全体对有关规范具有强制性的“接受和承认”。

通过将国际法强制性规范识别的主观要素,即国家组成之国际社会全体接受和承认,分解为三个具体的分要素,ILC在一定程度上客观化了国际法强制性规范的识别标准,为识别者提供了可靠的操作工具,能够提高识别的效率和可靠性。需要注意,这个阶段的识别构建在某些抽象模糊的概念之上。一方面,该识别因素强调国际法强制性规范的法律确信不同于一般国际法规范的法律确信,这可能在事实上造成需要证明双重同意的困难;另一方面,在确定“承认和接受”的证据材料时,结论未表明不同证据材料是否具有不同权重,因此可能导致识别结果的随机性。

五、国际法强制性规范“累加双要素”识别标准的改进空间

ILC二读通过的《国际法强制性规范的结论草案》选择了“累加双要素”标准,通过

^① See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventieth Session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), Extract from the Yearbook of International Law Commission, Vol.2, 2018.

^② See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, ICJ Reports 2012, p.457, para.99.

^③ See Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-third Seventy-third session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), Extract from the Yearbook of International Law Commission, Vol.2, pp.41-43, 2022.

将抽象的国际法强制性规范识别标准细分为两个具体步骤,在某种程度上具体化了识别标准,使得国际法强制性规范的识别更具可预期性和一致性。托马斯·弗兰克曾指出,合法的规则更有可能被遵守,而使规则合法的两个因素分别是对次级规则的遵守和它们的确切性。^①毫无疑问,ILC 通过编纂进行的解释活动,可以强化国际法的权威性。^②尽管如此,国际法委员会的这种“累加双要素”识别标准仍存在以下改进空间。

(一)“累加双要素”识别标准存在着方法论的缺陷

ILC 确立的“累加双要素”识别标准存在着方法论缺陷。^③该识别标准以普遍国际法为基础,而普遍国际法本身存在着某些无法解决的难题。该识别标准认为习惯国际法是国际法强制性规范的最主要基础,但国际法学界对于习惯国际法的识别仍无法达成共识。^④国际法中关于习惯国际法识别的争议大体经历了四个阶段:整体论、二元论、分立论和伪装整体论。^⑤

整体论阶段(1920—1927年)。国际联盟理事会在 1920 年设立了法学家咨询委员会,以便为设立常设国际法院制定条约草案,并列出该法院适用的法律渊源。^⑥法学家咨询委员会主席德康将国际习惯定义为:被接受为法律的国家间惯例(*being practice between nations accepted by them as law*)。在最终版本中,法学家咨询委员会删除了“国家间”的表述,将国际习惯定义为:作为被接受为法律的普遍惯例的证明(*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*)。^⑦

二元论阶段(1927—1986年)。在荷花号案中,常设国际法院需要处理是否存在船舶碰撞情况下刑事案件由船旗国管辖的习惯国际法,并引入了一个明确的主观因素,即“义务的意识”(conscious of having a duty)。^⑧在庇护权案中,国际法院指

① See Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* 30-34, 40-46 (Oxford University Press 1995).

② See Danae Azaria, “Codification by Interpretation”: The International Law Commission as an Interpreter of International Law, 31 *The European Journal of International Law* 198-199 (2020).

③ See Mary H. Hansel, “Magic” or Smoke and Mirrors? The Gendered Illusion of *Jus Cogens*, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* 490-505 (Brill 2021).

④ 习惯国际法的识别和解释也会交织在一起,进而增加习惯国际法识别的难度。鉴于国际法强制性规范的识别可能构建在习惯国际法识别的基础之上,这会增加国际法强制性规范识别的困难。See Manna Fortuna, *Different Strings of the Harp - Interpretation of Rules of Customary International Law, Their Identification and Treaty Interpretation*, in Panos Merkouris, *et al.* (eds.), *The Theory, Practice and Interpretation of Customary International Law* 404-407 (Cambridge University Press 2022).

⑤ See Jean d’Aspremont, *The Discourse on Customary International Law* 17-33 (Oxford University Press 2021).

⑥ See Alain Pellet & Daniel Müller, Article 38, in Andreas Zimmermann, *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* 827 (Oxford University Press 2019).

⑦ 有学者将《常设国际法院规约》中的国际习惯定义表述为德康公式(Descamps formula),并认为该定义体现了国际习惯的整体性方法(monolithic approach)。See Jean d’Aspremont, *The Discourse on Customary International Law* 17-22 (Oxford University Press 2021).

⑧ See *Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment of 7 September 1927, PCIJ Series A, No.10, p.28.

出,哥伦比亚政府必须证明其援引的规则符合相关国家进行的一贯的和统一的惯例,且这种惯例是庇护国享有权利和领土国承担义务的表达。^①法院通过指出需要分别确定惯例和与责任感相对应的法律确信,进而普遍化了惯例和主观因素间的区别。

分立论阶段(1986—2018年)。在北海大陆架案中,国际法院强调,国家实践本身不能构成法律确信,习惯国际法的形成必须满足两个条件。国家之所以如此行为是因为存在着要求国家如此行为的法律信念。这种信念隐含在必要的法律确信中,相关国家必须感到它们正在遵守法律义务。^②在尼加拉瓜案中,国际法院在坚持了习惯确定的双要素和区分两个要素的同时,保留了仅根据一个要素确定习惯国际法的可能性。^③在后尼加拉瓜案时代,尽管双要素仍然是确定习惯国际法的首要模式,但仍然存在着一个要素确定习惯国际法的可能性,这使得习惯国际法的确定产生了极大的不稳定性。^④

伪装整体论阶段(2018年至今)。上述不确定状态一直持续至国际法委员会通过的《关于习惯国际法的识别的草案条款》,其结论草案10(2)中明确承认可以从相同行为中确定国家惯例和法律确信。^⑤此后,两要素论的主导地位开始下降,习惯国际法的识别开始进入了伪装整体论阶段。

(二)未明确指定负责识别国际法强制性规范的机构

《国际法强制性规范的结论草案》并未明确国际法强制性规范的识别者,可能导致识别的垄断化或自动化。目前,就国际法强制性规范的识别者而言,主要存在着两种观点,即单一论和多元论。单一论者将国际法院作为识别国际法强制性规范的唯一权威机构,多元论者认为多种机构都可以进行国际法强制性规范的识别。

持单一论观点的学者认为,为了避免国家对国际法强制性规范的存在和运行作出单方面的识别和解释,应该将国际法强制性规范的识别任务强制性地赋予中立的司法机构,特别是国际法院。唯有法官才可以最终确定适用于特殊情况的国际法强制性规范。^⑥值得注意的是,如果将识别国际法强制性规范的任务赋予国际法院,有可能导致国际法院事实上享有垄断权,进而获得事实上的造法权。这种通过国际法委员会和国际法院的联合进行国际造法的方式,值得国家和国际法学者进一步关注

^① See *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgment of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, pp.276-277.

^② See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p.44, para.77.

^③ See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p.98, para.186.

^④ See Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*, 15 *European Journal of International Law* 523-553 (2004).

^⑤ See *Yearbook of the International Law Commission*, Vol.2, p.141, para.2, 2018.

^⑥ See Eric Suy, *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, in *The Lagonissi Conference on International Law Papers and Proceedings II: The Concept of Jus Cogens in International Law 73* (Carnegie Endowment for International Peace 1967).

和研究。^①

持多元论观点的学者认为,多种主体均可进行国际法强制性规范的识别,比如由此形成的国家实践、司法裁决以及学者学说等。^②尽管这种观点符合国际法的“去中心化”结构,但《国际法强制性规范的结论草案》在识别机构方面保持沉默的事实,可能会赋予国际法中的不同行为者以自动识别权。鉴于存在着多元化且持有不同识别标准的识别机构,这很可能会导致最终识别结果的多元化、主观性和随机性。

(三)确立的识别方法体现了国际法的危机模式

特别报告员特拉迪在提交的第四次报告中区分了三类规范,分别是已确认具有国际法强制性规范地位的规范(确认规范)、可能具有国际法强制性规范地位但尚未确认的候选规范(候选规范)以及确定未获得国际法强制性规范地位的规范(排除规范)。^③

在非穷尽式的示例清单中,《国际法强制性规范的结论草案》主要列举了以下获得公认的国际法强制性规范:(a)禁止侵略或侵略性使用武力;(b)禁止种族灭绝;(c)禁止奴役;(d)禁止种族隔离和种族歧视;(e)禁止危害人类罪;(f)禁止酷刑;(g)自决权;(h)国际人道主义法的基本规则。

就《国际法强制性规范的结论草案》列举的国际法强制性规范而言,这些具体的国际法强制性规范的示例整体上体现了国际法的危机模式。这种模式常优先考虑国际法中与危机相关的规范,并狭隘地识别了国际法强制性规范,从而将国际法中处理日常问题的规范排除在外。^④

六、结语

《国际法强制性规范的结论草案》构建的“累加双要素”识别标准可能会对发展中国家产生地域歧视。^⑤地域歧视会使“累加双要素”识别标准过度依赖某些国家的实践,从而忽视或降低其他国家实践的重要性。此外,国际法强制性规范的识别标准强化了国际法委员会和国际法院之间的互动,并在事实上使得这两个机构共享“国际造

^① 国内有学者研究了国际法院对国际法强制性规范的发展,并指出国际法院的国际法强制性规范识别具有合理之处。参见邓华:《国际法院对国际法强制性规范的发展:规则和方法》,《南大法学》2020年第3期,第83-87页。

^② See Joao Christófolo, Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law 137-146 (Schulthess 2016).

^③ See Dire Tladi (Special Rapporteur), Fourth Report of the Special Rapporteur on Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), UN Doc. A/CN.4/727, International Law Commission, Seventy-first Session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019), pp.21-24.

^④ See Mary H. Hansel, From Crisis to Quotidian: Countering the Temporal Myopia of *Jus Cogens*, in Kathryn McNeilly & Ben Warwick (eds.), *The Times and Temporalities of International Human Rights Law* 203 (Hart Publishing Bhupinder S. Chimni 2023).

^⑤ See B. S. Chimni, Customary International Law: A Third World Perspective, 112 *American Journal of International Law* 20-36 (2018).

法”(international law-making)权,^①挑战了国家独享国际造法权的传统观点。鉴于国际法强制性规范的识别标准可能再现国家间的竞争关系,中国需要对国际法强制性规范的识别标准,以及国际法委员会和国际法院的联合“国际造法”保持谨慎态度。中国一方面需要在国际层面积极发出本国声音,并尽可能联合具有共同利益的国家,形成一致性的法律确信;另一方面应同时重视本国的法律实践特别是国内法院的实践,使之系统化和文本化,并采取专门方式和渠道予以公布。

Research on the Identification of Peremptory Norms of International Law

Abstract: The existence of peremptory norms in international law is proclaimed by the “sister clause” of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), but their identification remains an unsolved problem. As far as the theory of identification of peremptory norms of international law is concerned, there is mainly a divergence between legal idealism and legal positivism, and it may lead to unpredictable and speculative results of identification. Peremptory norms are not only a point of interest for academic research, but also gradually becoming the basis for decisions by domestic and international judicial authorities. Against this background, the International Law Commission has placed the codification of peremptory norms on its agenda and, in its draft conclusions adopted on second reading, has finally established the criterion of a “cumulative two-factor” approach to the identification of peremptory norms. This “cumulative two-factor” identification criterion also has shortcomings that require attention, in particular methodological shortcomings, lack of clarity as to the identifying authority and the fact that it reflects the crisis patterns of international law.

Key words: peremptory norms; identification; idealism; positivism; cumulative two-factor

(责任编辑:钱静 彭芩萱)

^① See Marija Dordeska, The Process of International Law-Making: The Relationship between the International Court of Justice and the International Law Commission, 15 International and Comparative Law Review 7-57 (2015).