



国际法委员会

第七十一届会议

2019年4月29日至6月7日和
7月8日至8月9日，日内瓦

特别报告员迪雷·特拉迪关于一般国际法强制性规范(强行法) 的第四次报告*

目录

	页次
一. 导言.....	3
二. 以往审议此专题的情况.....	3
A. 委员会内的辩论.....	3
B. 大会第六委员会内的辩论.....	6
三. 区域强行法.....	11
四. 说明性清单.....	21
A. 应否汇编(说明性清单).....	21
B. 委员会先前承认具有强制性质的规范.....	24
1. 概述.....	24
2. 禁止侵略.....	26
3. 禁止酷刑.....	30
4. 禁止灭绝种族罪.....	34



5. 禁止危害人类罪	37
6. 禁止种族隔离和种族歧视	41
7. 禁止奴隶制	44
8. 自决权	47
9. 国际人道主义法基本规则	50
C. 委员会在先前工作中未予识别的其他或有强行法规范	53
五. 拟议结论草案	60
六. 今后的工作	61

一. 引言

1. 国际法委员会在第六十七届会议(2015 年)上决定将该专题列入委员会现行工作方案并任命一名特别报告员。¹
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,² 并决定将两项结论草案转交起草委员会。³ 委员会在第六十九届会议(2017 年)上收到了特别报告员的第二次报告。⁴ 在第二次报告中, 特别报告员力求确定一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准。委员会决定将全部 6 项结论草案转交起草委员会。⁵ 委员会还决定将专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。
3. 委员会在第七十届会议(2018 年)上收到了特别报告员的第三次报告。在该报告中, 特别报告员探讨了一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果。⁶ 委员会决定将 12 项结论草案转交起草委员会。⁷
4. 本报告旨在探讨两个重要的未决问题: 一是在第三次报告中承诺探讨的区域强行法的问题, 二是说明性清单的问题。

二. 以往审议此专题的情况

A. 委员会内的辩论

5. 在第七十届会议期间, 第三次报告引发了热烈辩论, 辩论前后共持续了七天时间, 共有 27 名委员会委员发言。几乎所有委员都表示认同特别报告员的意见, 即第三次报告的主题极具复杂性和敏感性。虽有部分发言措辞强烈,⁸ 但

¹ 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。

² A/CN.4/693。

³ 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。

⁴ A/CN.4/706。

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

⁶ A/CN.4/714 及 Corr.1。

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

⁸ 作出严厉的批评性发言的委员如下: 扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3416); 墨菲先生(A/CN.4/SR.3416); 拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3418); 黄先生(A/CN.4/SR.3419); 迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421); 以及巴伦西亚-奥斯皮纳先生(A/CN.4/SR.3421)。值得一提的是, 巴伦

整体而言,委员会委员们对特别报告员所采取的方法及其提出的结论草案表示支持。⁹ 特别报告员针对辩论情况和辩论期间提出的主要批评意见作出了全面回应。¹⁰ 关于辩论摘要,可查阅委员会的报告,在此不做赘述。¹¹ 因此,本报告将仅重点探讨招致较强烈批评的问题。

6. 有必要先从诺尔特先生¹² 就工作方法提出的并得到格罗斯曼先生、¹³ 村濑先生¹⁴ 和拉吉普特先生¹⁵ 附和的批评意见入手,特别是鉴于这条针对工作方法的批评意见在第六委员会审议委员会报告当天竟意外成为讨论热点。这几位委员在发言中对委员会就此专题采取的工作方法提出了批评,因为目前的做法是,结论草案在起草委员会通过后,迟迟不提交委员会与评注一并通过。他们认为,这种工作方式降低了联合国会员国对委员会工作施加影响的可能性。

7. 有若干委员就术语一致性提出了建议。¹⁶ 某些委员的发言则更具实质性,他们认为,报告(及其结论)援引为证的国家实践不够充分。¹⁷ 但其他委员持相反意见,认为报告援引为证的实践十分充分。¹⁸

西亚-奥皮纳先生认为特别报告员做得不够,而非像其他持批评意见的委员那样,认为特别报告员做得太过。另外还值得一提的是,诺尔特先生(A/CN.4/SR.3417)虽整体持批评意见,但远不及其他委员那般严厉。

⁹ 大多数委员整体上对报告和结论草案持肯定意见,不过,有部分委员建议在措辞上作出改动:萨博亚先生(A/CN.4/SR.3415);阮先生(同上);斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3416);朴先生(同上);鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3417);莱赫托女士(同上);贾洛先生(A/CN.4/SR.3418);瓦扎尼·恰迪先生(同上);巴斯克斯-贝穆德斯先生(同上);加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3419);哈苏纳先生(同上);奥拉尔女士(同上);赖尼希先生(同上);西塞先生(A/CN.4/SR.3420);格罗斯曼·吉洛夫先生(同上);哈穆德先生(同上);马里先生(同上);彼得先生(A/CN.4/SR.3421);埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(同上);以及戈麦斯-罗夫莱多先生(同上)。

¹⁰ A/CN.4/SR.3425。

¹¹ 见 A/73/10, 第 111 至 152 段。

¹² A/CN.4/SR.3417。

¹³ A/CN.4/SR.3420。

¹⁴ A/CN.4/SR.3418。

¹⁵ 同上。

¹⁶ 例如,见巴斯克斯-贝穆德斯先生(A/CN.4/SR.3418)和迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)关于使用“效果”一词而非“后果”的发言。

¹⁷ 例如,见扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3416)。墨菲先生(同上)、拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3418)和迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)等其他委员则表示,报告某些具体部分及相关结论草案缺乏实践为证,但未作出报告缺乏实践证据的整体断语。

¹⁸ 例如,见萨博亚先生(A/CN.4/SR.3415);斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3416);鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3417);莱赫托女士(同上);贾洛先生(A/CN.4/SR.3418);巴斯克斯-贝穆德斯先生(同上);奥拉尔女士(A/CN.4/SR.3419);以及哈穆德先生(A/CN.4/SR.3420)。

8. 许多委员都提到，报告对国际法渊源中的一般法律原则未加审议。¹⁹ 委员们指出，结论草案还应述及强行法对一般原则的法律后果。

9. 有两名委员提出了一些基本的结构问题，²⁰ 但总体而言，委员们对第一组拟议结论草案的结构和内容感到满意。²¹ 然而，亦不乏一些关于在措辞上作出改动的建议，其意图是使结论草案与《维也纳条约法公约》(下称“1969年《维也纳公约》”)²² 相符。此外，对于有关强行法对解释的效果的结论草案 10 第三段，大多数委员表示支持，²³ 不过，也有若干委员表示，该段应为适用于国际法所有渊源的一般规定。²⁴

10. 关于与条约有关的那组结论草案，主要讨论点在于结论草案 14(解决争端的建议程序)的适当性。结论草案 14 虽获得部分委员支持，²⁵ 但也面临两种批评意见，而且这两种批评意见截然相反，相互抵触。一方面，一些委员认为，该规定尽管具有建议地位，但试图对非 1969 年《维也纳公约》缔约国的国家以及通过对《维也纳公约》争端解决条款提出保留来明确表示反对的国家强行施加条约义务。²⁶ 另一方面，其他委员认为，该规定既未纳入 1969 年《维也纳公约》的完整框架，而且还将争端解决条款简化为单纯的建议程序，这就减少了就 1969 年《维也纳公约》中的强行法条款(第五十三和六十四条)达成一致的要素。²⁷

¹⁹ 例如，见扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3416)；巴斯克斯-贝穆德斯先生(A/CN.4/SR.3418)；格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3420)；以及埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(A/CN.4/SR.3421)。

²⁰ 墨菲先生(A/CN.4/SR.3416)和奥莱尔女士(A/CN.4/SR.3419)。关于结论草案结构的相反观点，见萨博亚先生(A/CN.4/SR.3415)和阮先生(同上)。

²¹ 关于所提出的问题，在此仅举一例以示说明：为达到可分离的目的，是否应保留新产生的强行法与原已存在的强行法之间的区别。

²² 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页。

²³ 但是，萨博亚先生(A/CN.4/SR.3415)、朴先生(A/CN.4/SR.3416)和莱赫托女士(A/CN.4/SR.3417)告诫称，不应使用这种解释性主张来规避强行法的效果。

²⁴ 例如，见诺尔特先生(A/CN.4/SR.3417)；贾洛先生(A/CN.4/SR.3418)；以及埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(A/CN.4/SR.3421)。

²⁵ 例如，见萨博亚先生(A/CN.4/SR.3415)；阮先生(同上)；以及斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3416)；

²⁶ 例如，见朴先生(A/CN.4/SR.3416)；扎加伊诺夫先生(同上)；以及加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3419)。

²⁷ 特别见墨菲先生(A/CN.4/SR.3416)和迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)。

11. 结论草案 15 和 16 的内容获得普遍支持, 仅有几点在措辞上加以完善的小建议。²⁸ 同样, 结论草案 17 的内容也得到普遍支持。主要争论点在于该结论草案的案文是否应明确提及安全理事会的决定。²⁹ 结论草案 18、19、20 和 21 的内容同样获得普遍支持。³⁰ 除了一些小问题外, 委员们主要讨论了两个问题。第一个问题是, 一位委员抱怨, 2001 年通过的国家对国际不法行为的责任条款(下称“国家责任条款”)第 48 条所反映的地位问题未纳入拟议结论草案。³¹ 特别报告员同意这一批评意见, 希望起草委员会能够在结论草案 18 中纳入一项大意如此的规定并将之列为第二段。第二个问题是, 有几位委员批评称, 将“严重”一词剔除除在结论草案之外与国家责任条款背道而驰。³²

12. 然而, 结论草案 22 和 23 引发了最激烈的辩论。部分委员提出了强烈批评。³³ 其他委员则对这两项结论草案表示支持。³⁴ 特别报告员针对辩论情况, 就结论草案 22 和 23 所受的批评作出了回应, 并提议用一项“不妨碍”条款取代结论草案 22 和 23。³⁵

B. 大会第六委员会内的辩论

13. 特别报告员在介绍联合国大会第七十三届会议期间第六委员会内有关此专题的辩论情况(并在某种程度上针对辩论情况作出回应)之前, 表示希望先向国际法委员会第七十届会议主席在辩论结束时所作的发言致以深切谢意, 感谢他在发

²⁸ 但另请参见扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3416)、拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3418)和迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)的发言。

²⁹ 这个问题引发了两场小型辩论(见 A/CN.4/SR.3420 和 A/CN.4/SR.3421)。

³⁰ 但另请参见拉吉普特先生提出的强烈批评意见(A/CN.4/SR.3418)。

³¹ 奥拉尔女士(A/CN.4/SR.3419)。关于国家责任条款, 见 2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议, 附件。委员会通过的该套条款草案及其评注已录入《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)及更正, 第 76 至 77 段。

³² 特别见墨菲先生(A/CN.4/SR.3416)、拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3418); 以及迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)。关于对剔除“严重”一词的强势辩护, 见哈穆德先生(A/CN.4/SR.3420)。

³³ 反对这两项结论草案的委员如下: 扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3416); 墨菲先生(同上); 诺尔特先生(A/CN.4/SR.3417); 拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3418); 黄先生(A/CN.4/SR.3419); 以及迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)。

³⁴ 萨博亚先生(A/CN.4/SR.3415); 阮先生(同上); 斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3416); 鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3417); 莱赫托女士(同上); 贾洛先生(A/CN.4/SR.3418); 瓦扎尼·恰迪先生(同上); 加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3419); 哈苏纳先生(同上); 奥莱尔女士(同上); 西塞先生(A/CN.4/SR.3420); 格罗斯曼·吉洛夫先生(同上); 哈穆德先生(同上); 彼得先生(A/CN.4/SR.3421); 以及埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(同上)。但另请参见赖尼希先生(A/CN.4/SR.3419), 他虽未质疑结论草案 23 的实质内容, 但不建议将之纳入这套结论草案, 因为该项结论草案尚在另一专题中讨论。

³⁵ A/CN.4/SR.3425。

言中解释指出，国际法委员会委员，包括特别报告员在内，均属自愿且自费出席第六委员会会议，³⁶ 从而纠正了某代表团所作即席发言造成的不良印象，因为该代表团称特别报告员假公济私，挥霍联合国经费，在迈阿密海滩吃喝玩乐。³⁷

14. 虽然一些国家对国际法委员会的工作方法表示关切，但大多数国家对特别报告员和委员会各自就此专题开展的工作表示欢迎。³⁸ 除了就具体结论草案发表评论外，会员国还讨论了一系列问题，包括特别报告员和国际法委员会对此专题的处理方法。虽然区域强行法和说明性清单两个问题在辩论中亦有涉及，但在报告本节中暂不作探讨，而是留待后面的章节中再行讨论。

15. 与国际法委员会的若干委员一样，许多国家表示不满意国际法委员会所采用的方法，即整套结论草案在全部完成之前，暂且留在起草委员会。³⁹ 值得注意的

³⁶ 巴伦西亚-奥斯皮纳先生(A/C.6/73/SR.30)。

³⁷ 需要强调的是，特别报告员经常出席第六委员会会议，但一切费用均由他本人自行承担，并非由联合国、南非政府或任何其他机构资助。

³⁸ 在就此专题发表评论的国家中，以下国家整体上采取了消极立场：中国(A/C.6/73/SR.25)；法国(A/C.6/73/SR.26)；罗马尼亚(同上)；以色列(A/C.6/73/SR.27)；土耳其(同上)；以及美利坚合众国(A/C.6/73/SR.29)。整体上采取了积极立场的国家如下：代表加勒比共同体(加共体)的巴哈马(A/C.6/73/SR.20)；奥地利(2018年10月26日发言；另见A/C.6/73/SR.25)(重申，奥地利代表团赞赏国际法委员会就此专题开展的工作)(本报告中所引述的各国在第六委员会所作的所有发言，均可查阅联合国节纸型门户网站 <http://papersmart.unmeetings.org>)；巴西(A/C.6/73/SR.25)；塞浦路斯(同上)；埃及(同上)；墨西哥(同上)(“欣见特别报告员所提出的结论草案大多数是基于国际法委员会既已通过的文书中的条款，特别是《维也纳公约》、国家对国际不法行为的责任条款以及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的条款。墨西哥支持列入一项关于强行法规范对一般法律原则的后果的结论草案，以便涵盖国际法所有渊源”)；新加坡(2018年10月30日发言；另见A/C.6/73/SR.25)(新加坡代表团强调，其所作评论并非意在减损其对既已开展的所有工作的赞赏之情以及为编制报告而既已开展的深入分析)；爱沙尼亚(A/C.6/73/SR.26)；日本(同上)(“日本代表团支持特别报告员所采取的方法……”)；新西兰(同上)；葡萄牙(同上)；泰国(同上)；希腊(A/C.6/73/SR.27以及2018年10月30日发言)(“称赞特别报告员在缺乏相关国家实践的情况下，仍设法在第三次报告中采取了务实和整体办法……”，希腊代表团还对起草委员会持续审议结论草案的努力表示赞赏)；伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/73/SR.27)；马来西亚(2018年10月30日发言；另见A/C.6/73/SR.27)(对特别报告员迄今所做的工作表示赞赏)；大韩民国(A/C.6/73/SR.27以及2018年10月30日发言)(“尽管相关国家实践和判例匮乏，但特别报告员仍就编写出了一份全面的报告，试图澄清国际法的这些基本问题”，大韩民国代表团高度称赞特别报告员和国际法委员会所作的宝贵工作)；南非(A/C.6/73/SR.27)；越南(同上)；以及莫桑比克(A/C.6/73/SR.28)。其他国家就各种规定发表了意见，但没有对此专题的处理方式表现出积极或消极的整体倾向。其中包括：捷克共和国(A/C.6/73/SR.25)；波兰(同上)；德国(A/C.6/73/SR.26)；印度(同上)；荷兰(同上)；斯洛伐克(同上)；以及大不列颠及北爱尔兰联合王国(A/C.6/73/SR.27)。意大利(A/C.6/73/SR.25)有点难以归类。意大利代表团所作发言的总体基调似乎是积极的，但其关于国际法委员会应该通过一份报告的建议却又表露出强烈的消极倾向。

³⁹ 法国(A/C.6/73/SR.20)(“起草委员会暂时通过了关于‘一般国际法强制性规范(强行法)’专题的若干结论，但国际法委员会全体会议至今尚未讨论或通过其中任何一项结论，而且也未编写任何评注。加之专题数量庞大，各国很难按照国际法委员会的要求，逐年提交评论意见。因此，

是，这种方法早在几年前就已被国际法委员会明确采用，⁴⁰ 现在却又在辩论中被当作问题提出来。此外，这还造成了一种错误印象，使人误以为这是国际法委员会第一次以这种方式开展工作。国际法委员会自 2012 年起将“习惯国际法的形成与证据”（后更名为“习惯国际法的识别”）专题列入委员会议程。随后，委员会在 2012 年、2013 年、2014 年、2015 年审议了该专题，并于 2016 年通过了整套结论草案及其评注。国际法委员会关于该专题的报告第一次载有任何附带评注的结论草案是在 2016 年——一读通过整套结论草案的年份——但当年，既无任何国际法委员会委员也无任何会员国对这种方法提出任何关切。有意思的是，法国代表团在第六委员会辩论期间所作的发言中还曾将“习惯国际法的识别”专题的处理方式谓为理想的工作方法。⁴¹ 现在，同样的工作方法被转用于“一般国际法强制性规范（强行法）”专题，而法国代表团却对此表示关切。特别报告员针对最初提出该问题的三名委员会委员发表的批评意见作出了回应，回应的大致内容可在国际法委员会的报告中查阅，但报告所载版本与特别报告员在辩论总结中实际作出的回应相比，道歉意味有偏浓之嫌。⁴² 因此，有必要在此提供该回应的逐字记录誊本：

首先，我先来回答诺尔特先生在工作方法上所担心的问题，而这也是拉杰普特先生、格罗斯曼先生和村濑先生所抱有的关切……。

应当指出，就此专题采取的工作方法最初是由特别报告员在第一次报告中概述辩论情况时，向国际法委员会提议的一种折衷办法，之所以有此提议，是为了顾及诺尔特先生、墨菲先生、伍德先生等委员的关切，因为他们对第一次报告中提出的委员会应该采取流畅方法——即先通过一些结论，之后再随着工作的推进加以调整——的建议存在疑虑。当时，本人窃以为，他们所建议采用的替代方法与委员会的惯例偏离更甚，因为他们所建议的方法是特别报告员先编写几份不含任何结论草案的报告，待至所有问题都明确后再编写结论草案。也许当事人已经忘记了，但南非谚语有云：受害者永不忘记。

必须恢复委员会早先的做法，即限定每届会议审议的专题数目，使会议能够对专题展开详细分析并审查评估世界各地的实践和判例。”）；芬兰（代表北欧国家）（A/C.6/73/SR.24）；中国（A/C.6/73/SR.25）；新加坡（同上）；德国（A/C.6/73/SR.26）；罗马尼亚（同上）；以色列（A/C.6/73/SR.27）；以及美国（A/C.6/73/SR.29）。

⁴⁰ 例如，见 A/72/10，第 210 段（“特别报告员重申，他倾向于起草委员会在完成他打算在一读期间提出的所有结论草案建议的工作后再将它们转交回全体会议”）。另见起草委员会主席（斯图尔马先生）2016 年 8 月 9 日关于强行法的发言和起草委员会主席（拉吉普特先生）2017 年 7 月 26 日关于一般国际法强制性规范（强行法）的发言。

⁴¹ 法国（A/C.6/73/SR.20）（“出于这个原因，必须努力确保特别报告员能够收到关于不同法律制度的有用信息。国际法委员会就‘习惯国际法的识别’专题采取的工作方法可作为模板，在今后的工作中加以采用”）。

⁴² A/73/10，第 162 段。

尽管我最初作出提议的初衷是将之作为一种折衷办法，但事实是，在作出这项提议之后，作为特别报告员，我的的确确看到这种方法的其他好处，所以我对这种方法的态度转变为后来的欣然接受。

但是，我还要补充一点，此专题一向是在会议后半部分进行审议，这一点有会议记录为证，这并非特别报告员的刻意选择。在所有审议此专题的会议期间，待至起草委员会对此专题的审议工作结束，会议就只剩下两三个星期，根本不可能在这么短的时间内编写评注、提交评注供编辑和翻译并将评注准备妥当以待国际法委员会通过。

的确，这项工作也可以留待下一年进行，将 2016 年审议的结论草案留待 2017 年通过，将 2017 年审议的结论草案留待 2018 年通过，将今年审议的结论草案推迟至 2019 年通过。但如此一来，国家所面临的情况可能会更加混乱，因为届时它们会同时收到关于本年度尚未通过的案文的辩论摘要与上一年度报告中通过的案文。

16. 若干代表团就工作方法提出的第二个问题涉及实践在此专题审议中的重要性。一些国家质疑特别报告员依赖理论和学说而非国家实践。⁴³ 应当指出，虽然有少数国家提出质疑，但这绝非大多数国家的意见，事实上，一些国家明确指出，尽管国家实践匮乏，但特别报告员的第三次报告仍立足于国家实践之上。⁴⁴ 对于那些指称特别报告员和委员会在工作中主要是采用理论推导法而非倚重实践的批评意见，实在很难作出回应，因为没有一个国家指出有哪一项结论草案毫无实践支撑。第三次报告(或任何往期报告)中所载的拟议结论草案没有一项是完全基于学

⁴³ 捷克共和国(A/C.6/73/SR.25)(“特别报告员就此专题采取的方法主要是基于对学说的参考，而不是基于国际实践”)；法国(A/C.6/73/SR.26)；罗马尼亚(同上)(“委员会在审议此专题时，必须要立足于国家实践，而不是依据理论性方法”)；斯洛伐克(同上)(“斯洛伐克关切地注意到，特别报告员就此专题提出的若干结论草案纯粹是基于学说观点，而非国家实践”)；以及以色列(A/C.6/73/SR.27 以及 2018 年 10 月 30 日发言)(以色列代表团对特别报告员采用的方法抱有若干一些关切，其中包括“特别报告员过度依赖理论和学说，而不是相关国家实践”)。另见美国(A/C.6/73/SR.29)(“更广泛地说，此项目中所涉及的大部分问题缺乏国家实践或判例的支撑，这对就此专题通过的任何结论草案的作用和职能都有明显的影响。此项目中所包含的陈述虽被冠名为“结论草案”，但却非植根于法律依据，不过是反映了特别报告员试图通过演绎推理，设想某些原则可通过哪些方式适用于假设情况而已。”)。

⁴⁴ 明确作此评论的国家除其他外包括奥地利(2018 年 10 月 26 日发言；另见 A/C.6/73/SR.25)(奥地利代表团欢迎最初提出的结论草案 10 至 12，认为这三项结论草案基本反映了 1969 年《维也纳公约》所确立的规则以及相应习惯国际法的现状)；巴西(A/C.6/73/SR.25)(“应当对特别报告员表示称赞，因为他所作的研究不仅水准高，而且还反映了国家实践，与《维也纳条约法公约》一脉相承”)；日本(A/C.6/73/SR.26)(“日本代表团支持特别报告员的做法……即倚重国家实践以及国际性法院和法庭所作裁决，以赋予该条以内容和意义”)；葡萄牙(同上)(“委员会第七十届会议期间就此专题开展的工作很好地统筹兼顾了理论与实践”)；以及南非(A/C.6/73/SR.27)。

说。虽然只有极少数国家提出质疑，但鉴于它们措辞严厉且言之凿凿，⁴⁵ 在此有必要举一些例子，予以反驳。第三次报告不仅提供了大量国家司法决定形式的国家实践实例、⁴⁶ 国家发言、⁴⁷ 条约实践、⁴⁸ 大会决议⁴⁹ 和安全理事会决议，⁵⁰ 还援引了大量国际和区域判例。⁵¹

17. 与国际法委员会中的情况一样，许多国家将注意力集中在起草委员会 2018 年暂时核准的结论草案 14 上，⁵² 该项草案内容涉及条约无效问题中的争端解决机制。在许多方面，各国所表达的评论指向不同方向，从侧面揭示了起草委员会所达成的解决方案是最佳解决方案的原因。一方面，有些国家认为该程序应与 1969 年《维也纳公约》的模式保持高度一致，否则可能会削弱《公约》所载争端解决条款的重要性，而这些条款又是《公约》所载强行法制度的一个重要组成部分。⁵³ 另一方面，其他国家认为，尽管该项结论草案是以 1969 年《维也纳公约》为基础，但将之列入即是将一项条约规则强加于非该条约缔约国的国家，因为该

⁴⁵ 考虑到特别报告员为避开理论性方法和侧重于实践所付出的心血，批评意见不免太过严厉。见第三次报告(A/CN.4/714 和 Corr.1)，第 23 段。

⁴⁶ 见从第三次报告中随机选取的例子(引文从略)：脚注 363，其中提及 Nada(Youssef)诉国家经济事务秘书处案(瑞士)；脚注 352，其中除其他外提及 Sabbithi 诉 Al Saleh 案(美国)；脚注 264，其中提及 Nulyarimma 诉 Thompson 案(澳大利亚)。本人未收录与结论草案 22 和 23 有关的案件，因为关于这两项结论草案的争议点显然并不在于有无援引国家实践，而是在于所援引的国家实践是否充分。

⁴⁷ 见从第三次报告中随机选取的例子(引文从略)：第三次报告脚注 79，其中载有荷兰、塞浦路斯和以色列关于各种条约的发言；脚注 81，其中载有澳大利亚在东帝汶案中与《帝汶沟条约》有关的论点；脚注 83，其中载有关于美国对《苏联和阿富汗友好睦邻合作条约》的看法；脚注 126，其中提及卢旺达关于 1969 年《维也纳公约》第六十六条的发言；脚注 147，其中提及若干国家(联合王国、土耳其)在安全理事会会议上就塞浦路斯指称土耳其在塞浦路斯使用武力的申诉所作的发言；脚注 266，其中提及布基纳法索和捷克共和国关于普遍适用义务与强行法之间关系的发言。

⁴⁸ 在此，完全可以说第三次报告(A/CN.4/714 和 Corr.1)中的大部分内容都是以 1969 年《维也纳公约》为基础。

⁴⁹ 见从第三次报告中随机选取的例子(引文从略)：脚注 86，其中提及 1979 年 12 月 7 日大会第 33/28 A 号决议；脚注 248，其中提及 1975 年 11 月 28 日大会第 3411 D 号决议。

⁵⁰ 见随机选取的例子(引文从略)：脚注 150，其中提及安全理事会第 353(1974)号决议；脚注 241，其中提及安全理事会第 276(1970)号决议。

⁵¹ 见从第三次报告中随机选取的例子(引文从略)：脚注 88，其中提及检察官诉 Taylor 案(塞拉利昂特别法庭)；脚注 124，其中提及对 1969 年《维也纳公约》第六十六条作出狭隘解读的刚果领土上的武装活动案(国际法院的判决)；脚注 154，其中提及欧洲联盟理事会诉萨基亚阿姆拉和里奥德奥罗人民解放阵线(波利萨里奥阵线)案；脚注 163，其中提及石油平台案(国际法院)。

⁵² 可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>。

⁵³ 例如，见印度(A/C.6/73/SR.26)；荷兰(同上)；以及联合王国(2018 年 10 月 30 日发言；另见 A/C.6/73/SR.27)。

项结论草案无法构成习惯国际法的一项规则。⁵⁴ 特别报告员认为，这两种关切都有其一定道理，但也都有其缺陷。起草委员会暂时通过的结论草案 14 恰是旨在协调这两种相互抵触的关切。

18. 本报告接下来将讨论两个间接关涉实践作用的问题，并澄清对第三次报告某些方面的误解。首先，以色列在发言中声称，结论草案 20 和 21 是不可接受的，因为二者完全是以国家责任条款为基础，而在以色列看来，国家责任条款并未反映习惯国际法。⁵⁵ 国际法委员会一贯立足于其以往的工作，在当前这种情况下，如果委员会未给出任何充分理由即偏离其以往的工作，未免反常。但更重要的是，这两项结论草案的依据并非仅限于国家责任条款，还有司法决定(国家、区域和国际)、⁵⁶ 国家发言⁵⁷ 以及安全理事会和大会的决议。⁵⁸ 因此，要说这两项结论草案完全以国家责任条款为基础，根本不准确。特别报告员认为，就 2018 年而言，国际法委员会无论如何都很难让人产生各国不合作终结违反强行法行为所致状况是符合国际法之举这种认识，更不会让人产生各国援助维持这种状况之举为国际法所容许这种认识。土耳其在发言中表示，特别报告员认为“不可克减是强行法的一项标准……而不是强行法的一种后果”。⁵⁹ 这显然是一个错误，因为特别报告员的报告多处明确指出，他认为不可克减是一种后果。⁶⁰ 在第二次报告中被称为强制法律确信的“接受并公认”具有不可克减性才是标准。

19. 在结论草案 17 明确提到安全理事会的问题上，各国存在意见分歧。毫无疑问，起草委员会在审议结论草案 17 时将会考虑这些意见。

20. 与国际法委员会中的情况一样，许多国家谈到了个人刑事责任的问题。鉴于特别报告员已提议列入一项“不妨碍”条款，因此这个问题毋庸再予多言。

⁵⁴ 例如，见波兰(A/C.6/73/SR.25)；新加坡(A/C.6/73/SR.25)；希腊(A/C.6/73/SR.27)；以及以色列(A/C.6/73/SR.27)。

⁵⁵ 以色列(A/C.6/73/SR.27)。另见联合王国(2018 年 10 月 30 日发言；另见 A/C.6/73/SR.27)。

⁵⁶ 例如，见从第三次报告中选取的例子：脚注 222，其中提及修建隔离墙的法律后果，咨询意见；脚注 225，其中提及西南非洲案，初步反对意见；脚注 228，其中提及纳米比亚问题，咨询意见；脚注 239，其中提及 A 等人诉大臣案；以及脚注 215，其中提及 La Cantuta 诉秘鲁案。

⁵⁷ 见第三次报告脚注 222，其中提及伊拉克在安全理事会辩论中的发言(S/PV.4503)。

⁵⁸ 例如，见从第三次报告中选取的例子：脚注 241，其中提及安全理事会第 276(1970)号决议；脚注 244，其中提及 1966 年 10 月 27 日大会第 2145(XXI)号决议。

⁵⁹ 土耳其(A/C.6/73/SR.27)。

⁶⁰ 例如，见第二次报告(A/CN.4/706)，第 38 段，其中，特别报告员指出，不可克减“不是标准，而是强行法的后果”。另见第一次报告(A/CN.4/693)，第 62 段(“[不可克减]是强制性的后果”)。

三. 区域强行法

21. 第三次报告宣布,将在第四次报告中讨论区域强行法问题。⁶¹ 此前,特别报告员已经在第一次报告中就区域强行法问题表达了初步意见:

强行法规范普遍适用这种观点本身有两层含义……其第二层含义要更为复杂,即强行法规范不适用于区域或双边层面。虽然一些学术作者认为,区域强行法有存在的可能性,但他们据以提出这一观点的依据依然有些模糊。因为区域强行法如果存在,那它将是强行法规范普遍适用这项一般原则的例外情况。关于国际法是否容许区域强行法学说这个问题,将在关于杂项问题的最后报告中予以审议。⁶²

22. 各国长期以来一直关注国际法委员会最终将如何处理区域强行法的问题。⁶³ 在 2018 年就委员会报告展开辩论的过程中,各国对区域强行法问题发表了评论。那些就区域强行法问题发表评论的国家在发言中普遍否决了区域强行法存在的可能性。马来西亚期待就区域强行法问题展开进一步讨论,但也指出区域强行法的适用“可能会与……强行法不符”,而且区域强行法这个概念“可能会造成混乱,因此应予避免”。⁶⁴ 联合王国“不知道考虑‘区域’强行法究竟有何效用”,⁶⁵ 在其看来,“‘区域’强行法的概念会损害普遍适用的强行法规范的完整性。”泰国在发言中表示,泰国认为“如果接受区域强行法存在,将与强行法概念(即‘国家之国际社会全体接受并公认的规范’)相抵触,而且会损害这一概念”,因此,“在国际法上,断无此等可能性”。⁶⁶ 同样,芬兰代表北欧国家表示“不确定有无可能实现‘区域强行法’与强行法概念(即一般国际法强制性规范)之间的协调”。⁶⁷ 希腊的措辞则要更为强硬,表示坚信区域强行法的概念与在定义上具有普遍性的强行法概念背道而驰”。⁶⁸ 同样,南非表示“担心对区域强行法这样一个概念予以考虑会淡化强行法的至高无上性和普遍性。”⁶⁹ 美国本身“质疑考虑‘区域强行法’的效用,而且与其他代表团一样,

⁶¹ A/CN.4/714 和 Corr.1, 第 162 段。

⁶² A/CN.4/693, 第 68 段。

⁶³ K. Gastorn, “Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 16(2017), pp. 643–662, at pp. 659–660.

⁶⁴ 马来西亚(A/C.6/73/SR.27)。

⁶⁵ 联合王国(2018 年 10 月 30 日发言; 另见 A/C.6/73/SR.27)。

⁶⁶ 泰国(A/C.6/73/SR.26)。

⁶⁷ 芬兰(代表北欧国家)(A/C.6/73/SR.24)。

⁶⁸ 希腊(A/C.6/73/SR.27)。

⁶⁹ 南非(A/C.6/73/SR.27)。

认为这一概念似乎与强行法是‘国家之国际社会全体接受并公认’的规范这一观点相悖”。⁷⁰ 葡萄牙尽管表示，“从智力的角度而言”，研究区域强行法问题不失为“一项吸引人的工作”，但也力劝审慎行事，因为“一般国际法强制性规范作为普遍确认和适用的规范的完整性不应受到任何损害”。⁷¹

23. 正如特别报告员第一次报告所指出的那样，一些学术作者提出了区域强行法的概念。⁷² 其中，最主要的作者当属罗伯特·科尔布。⁷³ 关于科尔布对强行法的处理方法，之前已在第一次报告中作了详细探讨。科尔布的方法缺乏普遍主义、绝对主义和等级优先野心，然而，与委员会所采用的方法相比，可能与区域强行法的概念相符。⁷⁴ 他认为强行法是一种可多方适用和加以运用的“法律手段”。⁷⁵ 在他看来，“强行法分为多种不同类型，其各自在国际法中的作用和效果亦不相同。⁷⁶ 根据他的理论，任何不可更改的规则，包括国际法院的程序性规则，皆可构成强行法。⁷⁷ 例如，争端各方不得请求国际法院为其提供咨询意见，也不得请求法院向其提供有关法院审议结果的任何非官方提示这项规则即为强行法规范的一个例子。⁷⁸ 根据他对强行法的宽泛理解，构想区域(甚至双边)强行法并非难事，因为凡国家之间达成的关于不得克减某一规则(任何规则)的协议，都有资格被确立为强制性规范。⁷⁹ 强行法概念在国家实践中有其体现，这在第一次、第二次和第三

⁷⁰ 美国(A/C.6/73/SR.29)。

⁷¹ 葡萄牙(2018年10月26日发言；另见 A/C.6/73/SR.26)。

⁷² 关于辩论情况介绍，见 U. 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 ff., at pp. 70, 72 and 81. 另见 R. Hasmath, “The utility of regional *jus cogens*”, 该论文在 2012 年 8 月 30 日至 9 月 2 日举行的美国政治科学协会年会(美国新奥尔良)上宣读。

⁷³ 另见 W. Czaplinski, “*Jus Cogens* and the law of treaties” in C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin(eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*(Leiden, Martinus Nijhoff, 2006), pp. 83-98, at pp. 92-93. 另见 G. Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1981-III*, vol. 172, pp. 271-278, at p. 284.

⁷⁴ 相关概况，见 R. Kolb, *Peremptory International Law(Jus Cogens): A General Inventory*(Oxford, Hart, 2015)，特别是见第 97 页及以下各页。相关讨论，见关于强行法问题的第一次报告(A/CN.4/693)，特别是第 57 段。

⁷⁵ 相关介绍，见 T. Kleinlein, “*Jus cogens* re-examined: value formalism in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 28(2017)，第 295-315 页，其中在第 297 页，作者称 Kolb 对该问题的研究方法为“非意识形态性的、技术性的和分析性的方法”。

⁷⁶ Kolb, *Peremptory International Law(Jus Cogens) ...*(前注 72)，见第 45 页。

⁷⁷ 同上，第 51 至 54 页。

⁷⁸ 同上，第 51 至 52 页。

⁷⁹ 同上。第 97 页(“如果接受本专题论文中所主张的观点，即强行法是一种法律手段，那就没有理由否认区域强制性规范的存在”)。

次报告中均有详述。国家实践中所反映的强行法概念证实，这一概念系基于“(规范的)等级[，而且]反过来又与凭借等级优先性保护人类价值观中最重要的、所谓普世的共同核心这一思想相挂钩。”⁸⁰

24. 然而，即使是一些普遍接受“绝对主义”式强行法思想的学术作者似乎也接受区域强行法至少在理论上存在的可能性这种观点，只是他们的态度要更为谨慎。例如，艾瑞卡·德威特初步认为，《欧洲人权公约》⁸¹所规定的义务已经成为“区域习惯法，甚至可以说是……区域强行法”。⁸²她说，该《欧洲公约》在成员国中所享有的“特殊地位”即可证明这一点。⁸³察普林斯基所采取的态度看似有些自我矛盾。首先，他重复了前文所述的国家观点，指出“区域(特定)规范未必具有强制性”，因为1969年《维也纳公约》第五十三条中对强行法的定义“完全是由国家之国际社会全体接受并公认的一般国际法规范构成”。⁸⁴但他旋即又声称，这一概念早在1969年就已经形成，而且他在理论上可以接受区域强行法是存在的。⁸⁵国际法委员会前委员兼国际法院法官乔治·加亚也对区域强行法问题持开放态度：

《公约》表明，强制性规范必然属于“一般国际法”并适用于“国家之国际社会全体”。至今尚无任何令人信服的理由能够证明可以排除非普遍或“区域”强制性规范存在的可能性。区域集团中盛行的价值观未必就与在更大框架内流行的价值观相抵触。仅在区域范围内具有强制性特征的规范或可存在。⁸⁶

⁸⁰ H.R. Fabri, “Enhancing the rhetoric of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 23(2012), pp. 1049–1058, at p. 1050。见 C. Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, in E. Cannizzaro(ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*(Rome, Sapienza, 2015), 第7至98页，其中在第8页中，作者将强行法描述为“保护国际社会的基本价值观的一类规范”，其后又在第23页中指出，“强行法带有强烈的道德色彩”。特别见2017年起草委员会暂时通过的关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案2(2017年7月26日起草委员会主席的发言(前注40)，附件)。起草委员会主席在解释该项结论草案时指出，“大多数成员的观点是，这是一项为后面的条款提供大方向的重要条款”(同上)。关于这一方法在国家实践以及国际性法院和法庭所作裁决中的实证，见第一次报告(A/CN.4/693)，第61至72段；以及第二次报告(A/CN.4/706)，第18至30段。

⁸¹ 《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950年11月4日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第213卷，第2889号，第221页。

⁸² E. de Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19(2006), 第611–632页，见第617页。

⁸³ 同上。

⁸⁴ Czaplinski, “*Jus cogens* and the law of treaties”(前注73)，第92至93页。

⁸⁵ 同上，第93页。

⁸⁶ Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”(前注73)，第284页。

25. 另一名国际法委员会前委员阿兰·佩雷特亦持类似态度。⁸⁷ 首先，他正确地——特别报告员认为是正确的——指出，一项普遍适用的强行法规范，其出现往往是顺应民间社会(他泛指非国家行为体)和区域的需求而来。⁸⁸ 此话貌似意为普遍强行法的规范必然首先是区域强行法，但实非如此。相反，按照我的理解，佩雷特的真正意思是，在区域范围内形成的规范性规则往往是强行法规范出现的推动力。但他又的确确地在括号中⁸⁹ 明确补充指出，他认为可能存在“区域强行法——欧洲就存在强制性人权体系，而且与世界一级甚为宽松的‘强制性’人权网络相比，这个体系无疑更为严密，要求也更高”。⁹⁰

26. 虽然区域强行法的概念为某些学术作者所支持，但这个概念至少存在两个问题。第一个问题是没有实践能够证实区域强行法存在。第二个问题要更偏于理论，这也是各国所提反对意见的核心。为方便起见，报告先从第二个更具理论性的问题入手。这个问题在亚非法律协商组织秘书长肯尼迪·加斯托恩所提出的一系列问题中得到恰如其分的反映。⁹¹ 他提出的问题包括：“确立仅适用于某些国家的强行法规范……并对其强制性质与普通的具体区域性惯例的性质加以区分，这样做是否有意义？”，以及“如果只是一些国家而非所有国家受一项强制性规范约束，那么该规范是否仍具有强制性？”⁹²

27. 奥拉赫拉什维利同样质疑区域强行法存在的可能性。⁹³ 他的论点与 2018 年各国在第六委员会进行辩论期间提出的论点非常相似。他特别指出，区域强行法的概念与 1969 年《维也纳公约》第五十三条所载强行法定义⁹⁴——国际法委员会基本接受的定义——无法相容。德国著名学者(兼国际法委员会前委员)托姆沙赫特同样指出，强行法“永远都不可能作为纯粹的‘双边’规范存在，因为强行法的权威根源于国际社会的利益。”⁹⁵ 根据上述推理，貌似可以排除区域强行法存在的可能性。然

⁸⁷ A. Pellet “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17(2006), 第 83 页。

⁸⁸ 同上，第 89 页。

⁸⁹ 意即，他将评论置于括号内，并指出括号内为其评论。

⁹⁰ Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin...”(前注 87)，第 89 页(着重号为原文所有)。

⁹¹ Gastorn, “Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law”(前注 63)，第 661 页。

⁹² 同上。

⁹³ A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law*(Oxford, Oxford University Press, 2006), 第 38 至 39 页。

⁹⁴ 同上。第 39 页。

⁹⁵ Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”(前注 80)，第 28 页。

而，除了这些针对定义提出的问题外，区域强行法概念还引发其他根本性的困难。⁹⁶ 这些概念上和实践中的困难源于强行法“处处”适用的固有普遍性”。⁹⁷

28. 第一点概念上的困难涉及区域强行法的确立(或形成)。理论上很难解释一个国家究竟凭什么在一个区域内，甚或是一个对该国有敌意的区域内，要完全像受强行法规范约束那般，受一项既不属于普遍强行法也未获得该国同意(或者已获得该国同意，但其强制性地位以及所有随之而来的后果未获同意)的规范约束。就一般国际法强制性规范(强行法)而言，强行法约束未予同意国家的特殊权力及其有能力作此约束的可能性有其事实依据，即这些规范对国际社会至为重要，不容克减。因此，这项特殊权力恰是源于科尔布所否定的作为强行法本质的绝对主张。⁹⁸ 国际法委员会最近已然接受区域习惯国际法——委员会称之为“特定习惯国际法”——存在的可能性。⁹⁹ 由此发散开去，我们可以问一个问题，那就是：既然我们已经根据理论推理扫清了区域习惯国际法这一障碍，那么，现在再根据同一理论推理，以类似的方式清除区域强行法这个障碍，是否就断无可能？答案必然是明确的否定。虽然区域习惯国际法必须遵守一贯反对者规则(至少如果一般习惯国家法必须遵守一贯反对者规则)，但这可能不适用于任何区域强行法概念，否则它就不再是任何意义上的强行法。如果在这个问题上，区域习惯国际法必须遵守一贯反对者规则或任何反对规则，那么它将丧失强制性特征。

29. 第二点概念上的困难涉及“区域”的定义问题。普遍适用很容易被定义为所有国家。然而，作为一个法律问题，区域强行法存在不确定性。南部非洲作为一个区域是否包括布隆迪(该国已申请加入南部非洲发展共同体)；就区域强行法而言，欧洲作为一个区域是否包括东欧，特别是俄罗斯联邦。对于美洲，上述问题同样适用，因为美洲由多个部分组成，而且具体组成部分又因情境不同而异。一般情况下，这些概念取决于国家为特定目的表示的同意，而且在大多数情况下必须以此等同意为前提。因此，南部非洲区域在非洲联盟内和在联合国内所指不同。有鉴于这种不确定性，区域强行法这个概念会导致无论在概念上还是在实践中都难以知晓哪些国家受区域强行法特定规范约束。

⁹⁶ 将托姆沙赫特的著述作为一个整体加以客观解读，即可证实这一结论。特别是见第 33 页(同上)，在该页中，托姆沙赫特驳斥了科尔布关于强行法的相对主义(解读为非绝对主义)论(“最近，罗伯特·科尔布试图证明两点，一是完全立足于国际价值体系之上是不正确的，二是强行法应从更加宽泛的意义上加以解读。但他列举的例子全都文不对题。一方面，科尔布认为，国家不能更改国际法律秩序的某些价值论前提，故有条约必须遵守原则。但这些问题在单个国家的司法管辖权所及范围之外。根本无需假借强行法准则之名来否定企图破坏国际法律秩序这座法律大厦的合法性”。)。

⁹⁷ 同上，第 25 页。

⁹⁸ 见 Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)*...(前注 74)，第 97 页及以下各页。

⁹⁹ 见国际法委员会二读通过的的习惯国际法的识别结论草案 16, A/73/10, 第 56 段，见第 154 页。

30. 第三点困难与上述第二点困难有关，即尚不清楚区域强行法是否必须始终与现行区域条约制度挂钩。能够证明区域强行法概念的实践实例——相关讨论见下文——均与欧洲或美洲人权体系下的权利保护有关。然而，条约体系是建立在有关各方对相应区域制度表示的同意之上，尚不清楚这些体系究竟能够在何种程度上生成严格意义上的强行法规范。¹⁰⁰ 对区域条约制度确立区域强行法的能力表示怀疑并不能排除这些区域条约规范最终演变成严格意义上的强行法规范的可能性。可以说(在这一点上，特别报告员也许有点操之过急)，无疑源自美洲区域的禁止强迫失踪就是区域条约或习惯规范如何演变为一项强行法规范的一个例子。

31. 用来证明区域强行法概念的最常见例子是欧洲——欧洲共同体的规范或《欧洲人权公约》的规范。¹⁰¹ 因此，科尔布在提出区域强行法的概念时，提到“欧洲公共秩序在民主、法律至上和权力分立的问题上要比普遍公共秩序走得更远”。¹⁰² 同样，德威特提到了《欧洲人权公约》所规定的“义务”，她认为，这些义务已经演变为“[……]甚至可以说是区域强行法规范”。¹⁰³ 这些论点通常是立足于特定联合群体全体成员合力缔就的共同身份的同一体性，以及因此对该联合群体具有约束力的规则所具有的特殊性质。然而，这种推理将特定规则在特定国家群体部分成员中所具有的特殊作用或地位误认为强制性地位。对某一特定国家群体具有约束力的一套规则对该国家群体而言具有特殊地位，但这并不能让这套规则成为强行法，无论是在区域层面还是在其他层面。强行法规范是符合特别报告员第二次报告中所规定的一系列特定要求并伴有特定后果的特定类型的规范。

32. 第四点困难源自前三点原因，即应当指出，强行法具有例外性。一般而言，国际法规则是可克减的，而且可以通过行使主权自由加以修改。¹⁰⁴ 不应贸然假定，除非国家自主限制其不遵守国际法规则的权利，否则在被普遍接受的强行法规范之外，还存在对国家有约束作用的规范。只要区域强行法的规范被认为是国家自由行使意志以限制自身主权的結果，那么这些规范就不是严格意义上的强行法规范。国家同意受其约束的规则类似于条约中不构成——至少不是以 1969 年

¹⁰⁰ 相关讨论，见特别报告员第二次报告(A/CN.4/706)，第 53 至 59 段。

¹⁰¹ 虽然在论证区域强行法时，美洲体系也被诸多提及，但与欧洲的例子不同，美洲体系通常是在论证具体规范时被提及。因此，这个例子将在审议是否存在支撑强行法概念的实践时，再加以审议。

¹⁰² Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens)*...(前注 74)，第 97 页。

¹⁰³ De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”(前注 82)，第 617 页。

¹⁰⁴ 北海大陆架案，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 42 页，第 72 段(“无须试图开始讨论任何强行法问题，更无须就任何强行法问题作出表态，不言而喻，在实践中，国际法规则可以通过特定情况下或特定各方之间达成的协定予以克减”)；西南非洲案，第二阶段，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页，田中法官的反对意见，第 298 页(“国际法委员会最近研讨的强行法[是]一种强制性法律，它与可通过国家之间的协定予以更改的任意法相对立”)。

《维也纳公约》所默许的方式构成——强行法的不可克减条款。类似条款的一个例子是《国际联盟盟约》¹⁰⁵ 第二十条，该条首先规定，凡与《盟约》条文相抵触的义务，均告废止，而且会员国此后“不得订立”与《盟约》条文“相抵触的任何协约”。正如第一次报告所指出的，第二十条本身就是一项条约规则，只适用于会员国，而且可通过以后的任何协定予以修订甚至废止，因此根本不足以作为证明强制性规范的有力例子。

33. 从概念(和实践)的角度来看，区域强行法概念所面临的困难与其说在于区域强行法规范的形成，倒不如说在于其后果。在此，特别报告员将以第三次报告所识别的强行法的后果为基础，作进一步探讨。虽然国际法委员会尚未通过任何结论草案，而且尽管在全体辩论中，委员们就拟议结论草案的措辞提出了很多问题，但无人就特别报告员提出的结论草案的实质内容提出任何重大问题。¹⁰⁶ 就区域强行法而言，很难预料这些后果会被赋予何种效力，特别是考虑到缺乏相关实践。对于这些困难，可参照第三次报告中识别的后果加以阐明。

34. 与强行法规范相抵触的条约无效的后果——强行法的主要后果和 1969 年《维也纳公约》第五十三条规定的后果——就是一个非常好的切入点。根据第五十三条，条约在缔结时与强行法规范抵触者无效。¹⁰⁷ 同时，第六十四条规定，现行条约如果与将来新出现的强行法规范相抵触，即告无效。暂且撇开前文所述的形成问题——即假定区域强行法的规范有可能出现——不谈，无效作为区域强行法的一种后果，可能意味着该区域成员国不得相互缔结与区域强行法规范相抵触的条约，而且该区域成员国之间缔结的任何此种条约将归于无效(或自动失效)。但如若认为与第三国缔结的此类条约同样将归于无效，着实让人无法置信。当然，也许有人会说，区域强行法可以有其特殊后果，即不影响与非该区域成员国缔结的条约。但那样的话，即意味着这些规范确实容许克减，因此也就没有资格被确立为我们迄今所理解的强制性规范。

35. 关于习惯国际法规则如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则不会形成这项结论，虽有部分委员会委员提出了一些理论方面的问题，¹⁰⁸ 但没有一位委员提出质疑。然而，面对一项已被接受为法律的一般惯例，区域强行法无法阻止该一般惯例升级成为习惯国际法规范，即使该一般惯例未被接受并公认为具有不可克减性(强制法律确信)。实际上，就区域强行法而言，为何一项在一个区域内

¹⁰⁵ 《国际联盟盟约》(1919 年 4 月 28 日，凡尔赛)，国际联盟，《公报》，第 1 号，1920 年 2 月，第 3 页。

¹⁰⁶ 相关概况，见 A/73/10。

¹⁰⁷ 另见起草委员会暂时通过的结论草案 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”(见起草委员会主席 2017 年 7 月 26 日发言(前注 40)，附件)。

¹⁰⁸ 扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3416)、拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3418)和迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3421)就一贯反对者规则的作用提出了问题，墨菲先生(A/CN.4/SR.3416)提出了修改的问题。另见国际法委员会第七十届会议工作报告(A/73/10)，第 128 段。

广泛适用且被该区域成员接受为法律的惯例不能取代所谓的区域强行法规范(即便这项新的规范不具有该惯例的强制性性质),原因尚且不明。

36. 若再考虑到其他后果,问题就变得更加复杂了。在第三次报告所识别的后果中,有一项后果在国际法委员会内得到了广泛支持,¹⁰⁹即国际组织有约束力的决定如果与强行法规范相抵触,则不创设法律义务。然而,至于为什么联合国或诸如安全理事会等联合国机构有约束力的决定如果与区域强行法规范相抵触,就不能对该区域成员国创设具有约束力的义务,原因不明。困难不单单存在于规则无效方面。第三次报告还提出,对于违反强行法规范所造成的状况,各国有义务不承认其合法性。那么,对于违反区域国际法强制性规范所造成的状况,受区域强行法约束的区域成员国是否有义务不承认其合法性?

37. 区域强行法的可能性引发许多理论上的问题。对于这些理论问题,确实可以作出一些回应。¹¹⁰但要作出回应,就必须做智力体操,其最终结果必然是将不可克减性从区域强行法中剔除出去。然而,即便对这些理论问题作出的回应是可接受的,区域强行法的概念依然还存在一个更加严重(且不可逾越的)的问题,即缺乏佐证这种概念的国家实践。在这方面,联合王国在发言中指出,这一概念“在国家实践中”得不到“任何强有力的佐证”。之所以说缺乏国家实践的支撑,是因为在主张区域强行法的学术作者的著述中无例可循。

38. 以佩雷特为例。虽然他明确表示(尽管是在括号中)他认为“欧洲就存在强制性人权体系,而且与世界一级甚为宽松的‘强制性’人权网络相比,这个体系无疑更为严密,要求也更高”,¹¹¹但他既没有提供有关欧洲强制性人权体系的任何例子,也没有援引任何例子来说明为何这些权利属于强制性权利而非任意法,或者为何这些权利仅限于欧洲,即这些权利在非洲、亚洲和拉丁美洲区域是否并非同为权利。科尔布同样提到了欧洲公共秩序,他说,欧洲公共秩序在民主、法律至上和权力分立等问题上要比普遍公共秩序走得更远。¹¹²同样,德威特强调,欧洲体系“可以说”是“区域强行法”。¹¹³她提到了“[《欧洲人权公约》]在成员国中享有的特殊地位”,认为这便是欧洲人权可能拥有区域强制性法地位的证据。¹¹⁴然而,无论是享有特殊地位,还是区域规则比普遍规则更为严格的事实,皆不足以使之提升为区域内的强行法。

¹⁰⁹ 除措辞问题外,唯一的真正争论点在于是否应在该结论草案中明确提及安全理事会的决定。

¹¹⁰ 特别见 Kolb, *Peremptory International Law(Jus Cogens)*...(前注 74), 第 97 至 98 页。

¹¹¹ Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin……”(前注 87), 第 89 页(着重号为原文所有)。

¹¹² Kolb, *Peremptory International Law(Jus Cogens)*...(前注 74), 第 97 页。

¹¹³ De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”(前注 82), 第 617 页。

¹¹⁴ 同上。

39. 美洲人权委员会 1987 年就 Roach 和 Pinkerton 案作出的裁决¹¹⁵ 也被援引为例子，用来论证区域强行法存在。¹¹⁶ 的确，在 Roach 和 Pinkerton 案中，美洲委员会认为“在[美洲国家组织]成员国中，存在一项公认的强行法规范，即禁止国家对儿童执行死刑”，并指出该规范“为美洲体系的所有国家所接受……”。¹¹⁷ 但应当指出，这是美洲委员会的裁决，而非任何国际、区域或国际性法院的裁决。此外，除了所提到的规范是“被接受的”这一事实以外，美洲委员会的这一结论缺乏事实根据，即该委员会并未断言该规范的不可克减性已被接受。再者，即便所引述的观点应理解为提及接受不可克减性，但是其中没有任何字眼能够表明接受的主体是国家之国际社会全体。事实上，美洲委员会曾在 2002 年得出结论称，禁止处决不满 18 岁者属于一般国际法强制性规范。¹¹⁸

40. 尽管美洲体系(委员会和法院)更乐于认为存在强行法规范，¹¹⁹ 但这与接受区域强行法概念是两码事。虽然美洲法院和美洲委员会在承认强行法规范的问题上态度更加开放，但从未将这些强行法规范定性为区域强行法。因此，美洲人权体系不能为区域强行法的概念提供支撑。

41. 在冷战高峰时期，格里戈里·汤金提出了存在于“社会主义阵营国家”中的“特定”强行法规范的概念——一种不以地理为基础的区域强行法。¹²⁰ 他竭力主张，这种“等级更高的国际法——社会主义国际法”即将取代当代一般国际法，但这种取代仅仅发生在“实行社会主义制度的国家中”或“世界社会主义体系国

¹¹⁵ Roach 和 Pinkerton 诉美国案，案件编号 9647，第 3/87 号决议，美洲人权委员会，1987 年 9 月 22 日。相关讨论，见 Hasmath, “The utility of regional *jus cogens*”(前注 72)。

¹¹⁶ Kolb, *Peremptory International Law*(Jus Cogens)...(前注 74)，第 97 页。

¹¹⁷ Roach 和 Pinkerton 案(前注 115)，第 56 段。

¹¹⁸ Michael Domingues 诉美国案，案件编号 12.285，案情实质，美洲人权委员会，2002 年 10 月 22 日，第 85 段(“此外，委员会根据所收到的资料，确信本规则已被承认具有不可磨灭的效力，时至今日，足能构成强行法规范，这是委员会早在 Roach 和 Pinkerton 案的裁决中就已预料到的事态发展。”)

¹¹⁹ 相关概况，见 L. Burgorgue-Larsen and A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*(Oxford, Oxford University Press, 2011)。关于裁决实例，见 Maritza Urrutia 诉危地马拉案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2007 年 11 月 27 日，C 辑，第 103 号，第 92 段(“绝对禁止一切形式的酷刑现已成为国际强行法的一部分。”)；“马皮里潘市大屠杀”诉哥伦比亚案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2005 年 9 月 15 日，C 辑，第 134 号，第 178 段，法院认为“平等和不歧视原则”已取得强行法地位；Goiburú 等人诉巴拉圭案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2006 年 9 月 22 日，C 辑，第 153 号，第 84 段(“禁止强迫人员失踪以及与之相对应的调查和惩处责任人的义务已经取得强行法地位”)。关于强迫失踪的另一宗案例，见 Trujillo Oroza 诉玻利维亚案，命令(监督判决执行情况)，美洲人权法院，2009 年 11 月 16 日，C 辑，第 92 号，第 34 段。

¹²⁰ G.I. Tunkin, *Theory of International Law*, 第 444 页。见 Hasmath, “The utility of regional *jus cogens*”(前注 72)。

家之间的关系中”。¹²¹ 虽然此处汤金并未提到地理概念意义上的“区域”法律，但他所描述的这种法律与委员会“习惯国际法的识别”结论草案所载的“特定”惯例概念相类似。¹²² 例如，他指出，他所提到的原则“适用于社会主义联邦国家之间的关系”，其“适用范围要比一般国际法狭窄得多”。¹²³ 按照特别报告员(和起草委员会)对这一概念的定义，这些原则将具有强制性，因为它们是“等级更高”的法律且表现出“更高的水准”。¹²⁴

42. 如今，冷战早已结束，适用于社会主义联邦国家间关系的法律与受汤金口中的“资产阶级学说”影响至深的一般国际法之间的分歧也一并随之烟消云散，汤金的论点很可能会被斥之为过时论调。¹²⁵ 然而，冷战时期适用于社会主义国家的区域或特定强行法虽已效力不再，但其存在表明区域强行法有其存在(至少在理论上)的可能性。

43. 然而，若要援引汤金的主张来证明区域强行法存在，至少有两点问题有待商榷。首先，与科尔布一样，汤金对强行法的理解与特别报告员所提出的且为委员会大多数委员所接受的理解截然不同。更重要的是，特别报告员各次报告所立足的强行法概念是 1969 年《维也纳公约》和国家实践例中所反映的概念，而汤金提出的理论无疑是建立在国家同意和各个国家的意志之上。在汤金看来，强行法规则“[与]所有其他一般国际法的原则和规范一样……可以通过国家间协定加以更改。”¹²⁶ 然而，正如特别报告员的第二次报告所述，1969 年《维也纳公约》第五十三条所述的接受并公认远不止国家同意。¹²⁷ 以纯粹的国家同意理论为基础的强行法概念与区域(或特定)强行法的概念更为契合。汤金关于适用于“社会主义联邦”国家的更高法律的理论并不能援引来论证区域强行法，因为单个国家很可能会脱离联邦，从而不再受该更高法律的约束。

44. 更重要的是，由于特别报告员坚持并且各国要求这项工作必须以实践为基础，而不是以号召社会主义国家团结一致的意识形态呼吁为基础，结论就是根本不存在可以论证适用于社会主义国家的特定强行法概念的实践。尽管汤金确实提供了“适用于社会主义联邦国家间关系的一般国际法原则和规范”的例子，但这些原则和规范都不是强行法规则，而且汤金也未暗示它们是强行法规则，这一点值得

¹²¹ 同上，第 444 至 446 页。

¹²² 习惯国际法的识别结论草案，结论草案 16(见前注 99)。

¹²³ Tunkin, *Theory of International Law*(前注 120)，第 445 页。

¹²⁴ 同上，第 444-445 页。

¹²⁵ 同上，第 158 页。

¹²⁶ 同上，第 159 页。

¹²⁷ 见第二次报告(A/CN.4/706)，第 68 段及以下各段。

称赞。¹²⁸ 如果非要说汤金的主张有何值得赞同之处，充其量在于他(非常正确地)坚持认为，一组国家可以在一般国际法之外，确立一些仅在它们中间适用的别样国际法规则，并且在它们彼此之间的关系中，优先适用这些规则，而非一般国际法。然而，这不是强行法，甚至连强行法的分类都算不上，因为如前文所述，它容许通过几种方式加以克减。

45. 区域或特定强行法的概念缺乏实践的支撑并不意味着区域或国家群体不能确立一套共同的具有统一性(且具有约束力)的规范，并在这些国家中间赋予这套规范比其他规则更高的地位。¹²⁹ 在这一点上，人权领域也许是最佳例证，因为不同区域所适用的人权概念很可能不同。例如，非洲人权体系以其独特的集体诉求而闻名。¹³⁰ 非洲主要人权文书的名称“非洲人权和民族权宪章”即反映了这种独特特征。另外，《非洲宪章》中载有多项集体权利，例如发展权和环境权。除权利外，其中还规定了个人应尽的责任。¹³¹ 同样，正如德威特、科尔布和佩雷特所言，欧洲的人权概念无疑亦有其独特性。¹³² 欧洲人权法院在就 *Loizidou* 诉土耳其案所作判决中对“欧洲公共秩序”的呼吁即是欧洲人权概念的一个例子。¹³³ 甚至可以说，美洲人权体系识别规范的方法更为与众不同(也可能会有观点认为这种方法实属一般)，这一点可从该体系所宣布的强行法规范的数量中略窥一二。

46. 然而，一套共同的具有统一性且具有约束力的规范在不同区域内存在并不能让它被承认为区域强行法。这只不过是对国际法一般结构的一种体现而已，即国家有权自主确立与国际法一般规则相异的特定规则。

47. 综合上述分析，可以得出结论认为，区域强行法的概念在国家实践中得不到任何佐证。虽然也可以提出一项结论草案，明确指出国际法不承认区域强行法的概念，但特别报告员认为，这样做实无必要，在评注中加以适当解释即可。基于这一原因，未就区域强行法提出结论草案。

¹²⁸ Tunkin, *Theory of International Law*(前注 120), 第 446 页。

¹²⁹ 见 De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”(前注 82), 第 617 页。

¹³⁰ 《非洲人权和民族权宪章》(1981 年 6 月 27 日, 内罗毕), 联合国, 《条约汇编》, 第 1520 卷, 第 26363 号, 第 217 页。

¹³¹ 同上, 例如, 第十八至二十条。

¹³² 见 De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”(前注 80), 第 617 页; Kolb, *Peremptory International Law*(*Jus Cogens*)...(前注 74), 第 97 页; Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin ...”(前注 82), 第 89 页。

¹³³ *Loizidou* 诉土耳其(初步反对意见), 判决, 欧洲人权法院, 1995 年 3 月 23 日, A 辑, 第 310 号。

四. 说明性清单

A. 应否汇编(说明性清单)

48. 国际法委员会关于此专题的提纲将是否汇编说明性清单列为需要解决的问题之一。在通过提纲前的辩论中，与提纲所列的其他三个问题不同，说明性清单的问题充满争议。大多数委员支持汇编一份说明性清单，但若干委员质疑委员会编制一份强行法规范说明性清单是否适当。有一位委员表示，编制这样一份清单固然“极具价值”，但此举也可能会改变此项目的性质，因此委员会不应该过早作出决定，而应待至工作渐进尾声之时再作决定。¹³⁴ 现在是委员会就此作出决定的时候了。

49. 特别报告员停顿了一下指出，委员会在通过 1966 年条约法条款草案时，就曾考虑纳入一份非详尽清单，但碍于以下两点顾虑，最终决定作罢：一是担心此举可能会在委员会内部引发长时间的讨论，二是担心此举可能导致对未列入清单的规范的地位产生误解。在 1968 年和 1969 年在维也纳举行的联合国条约法会议(以下简称“维也纳会议”)期间，联合王国表示，对于强行法清单“不应不加研究即予否定”。¹³⁵ 其后，联合王国就纳入强行法规范清单提出了两种备选办法：详尽清单或非详尽清单。¹³⁶ 因此，这并不是第一次考虑是否纳入某种清单的问题。

50. 在委员会审议特别报告员的第一次报告期间，委员会有些委员对是否应编列一份说明性清单表示怀疑，¹³⁷ 但表示赞成的委员亦不在少数。¹³⁸ 在审议特别报告员的第二次报告期间，新当选的委员会委员和先前没有机会就说明性清单问题发表意见的其他委员借机说明了他们的偏好。其中许多委员表示赞成编列一份说明性清单。¹³⁹

¹³⁴ 唐纳德·麦克雷先生(A/CN.4/SR.3315)。

¹³⁵ 关于联合王国的观点，见《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，全体会议简要记录和全体委员会会议简要记录》，(A/CONF.39/11，联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，第53次会议，1968年5月6日，第55段。

¹³⁶ 同上，第55至56段。

¹³⁷ 反对纳入说明性清单或对此表示怀疑的委员如下：迈克尔·伍德爵士(A/CN.4/SR.3314)；诺尔特先生(A/CN.4/SR.3315)；以及墨菲先生(A/CN.4/SR.3316)。

¹³⁸ 赞成纳入说明性清单的委员如下：村濑先生(A/CN.4/SR.3314)；卡弗利施先生(同上)；吉滴猜萨里先生(A/CN.4/SR.3315)；朴先生(A/CN.4/SR.3316)；萨博亚先生(同上)；坎迪奥蒂先生(A/CN.4/SR.3317)；福尔托先生(同上)；巴斯克斯-贝穆德斯先生(A/CN.4/SR.3322)；埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(同上)；以及尼豪斯先生(A/CN.4/SR.3323)。

¹³⁹ 阮先生(A/CN.4/SR.3369)；斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3370)；贾洛先生(A/CN.4/SR.3372)；赖尼希先生(同上)；加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3373)；以及奥莱尔女士(同上)。

但有一位委员表示，纳入一份说明性清单“可能不是明智之举。”¹⁴⁰ 此外，还有一些委员建议采取某种折衷办法。¹⁴¹

51. 在是否应该拟订一份说明性清单的问题上，不仅国际法委员会委员存在意见分歧，各国同样莫衷一是。各国在第六委员会关于国际法委员会第六十六届会议工作报告的辩论中纷纷发表了意见。与国际法委员会内的情况一样，在发言的国家中，表示支持拟定一份说明性清单的国家占微弱多数。¹⁴² 各国还在审议国际法委员会 2018 年报告期间表明了各自的观点。同样像国际法委员会内的情况那般，一些国家表示支持编制一份说明性清单，¹⁴³ 有些国家表示反对，¹⁴⁴ 还有一些国家似乎持开放态度。¹⁴⁵

52. 表示支持拟定一份说明性清单的国际法委员会委员和国家认为应予纳入一份说明性清单的理由主要有两个。其中主要理由是，列举符合强行法标准的规范示例是有用和有益之举。另一个理由是，说明性清单可以说明国际法委员会所定标准的适用情况。这两个理由都有一定道理。那些表示反对拟定一份说明性清单者所给出的论据亦不无道理。首先，他们指出，不论多么审慎地预先声明清单仅供说明之用，清单的编制都会给人造成其他规范不是强行法的印象。这一理由不禁使人联想起委员会在起草 1966 年条约法条款草案之时，就为何不在条款草案中纳入一份说明性规范清单给出的理由。¹⁴⁶ 其次，还有观点指出，拟定一份说明性清单之难将超乎预料。的确，有位前委员在一次非正式会议上打趣称“制定这样一份清单可能只需要五分钟，也有可能需要五十年。”应当指出，特别报告员本

¹⁴⁰ 拉吉普特先生(A/CN.4/SR.3369)。

¹⁴¹ 例如，哈苏纳先生建议在评注中提供一份说明性清单(A/CN.4/SR.3315)；莱赫托女士(A/CN.4/SR.3372)和瓦扎尼·恰迪先生(A/CN.4/SR.3373)附议。在审议特别报告员的第二次报告时，诺尔特先生(A/CN.4/SR.3315)也持这一观点。

¹⁴² 见第一次报告(A/CN.4/693)，第 9 段。

¹⁴³ 奥地利(A/C.6/73/SR.25)；塞浦路斯(同上)；日本(A/C.6/73/SR.26)以及大韩民国(A/C.6/73/SR.27)。

¹⁴⁴ 芬兰(代表北欧国家)(A/C.6/73/SR.24)；德国(A/C.6/73/SR.26)；荷兰(同上)；泰国(同上)；以色列(A/C.6/73/SR.27)；南非(同上)；以及苏丹(A/C.6/73/SR.28)。

¹⁴⁵ 巴西(A/C.6/73/SR.25) (“有必要在尊重委员会应该讨论程序和方法问题而非强制性规范的内容这一谅解的前提下，另辟蹊径，寻找编制强行法规范说明性清单的创新性方法。”)；新西兰(A/C.6/73/SR.26)；葡萄牙(同上) (“一份说明性清单不会损害强行法的逐步发展。然而，关于这一问题的辩论可能既耗时又复杂”)；以及斯洛伐克(同上) (“斯洛伐克代表团在是否拟订一份强制性规范的说明性清单以及今后是否将之列入该专题成果的问题上持开放态度。如果案文本本身未列入这一清单，不妨在个别结论草案的评注中提及这一清单”)。

¹⁴⁶ 条约法条款草案第 50 条评注第(3)段，《1966 年……年鉴》，第二卷 (“关于某些条约因与强行法规则相抵触而无效的提述，即便是采用至为谨慎的措辞，仍可能会让人对委员会之于该条未提及的其他条约的立场产生误解”)。

人在两种意见之间踌躇不决。特别报告员在介绍其第一次报告时，曾请委员会委员就说明性清单的可取性发表评论，并表示他尚且举棋不定，其原话如下：

在这个问题上，特别报告员的观点是，委员会不应因担心清单可能会被误解就将其排除出考虑之列。换句话说，既然我们已经明确地将清单称为“解释性清单”，那么我们就不能仅仅因为有些人可能会将之解读为封闭式清单，就决定不提供说明性清单。

虽是如此，我确实也想弄明白提供一份说明性清单是否会导致我们这个专题的性质发生实质性改变。此专题所涉及的是方法论和次要规则，而不是国际法不同领域的实质性或规范性规则。举例来说，国际法委员会如果要将禁止灭绝种族罪列为强行法，是否必须先对灭绝种族罪进行深入研究？这是否符合此项目的性质？我们固然都同意禁止灭绝种族罪属于强行法，但其他一些规范可能就没有这般明确，在将之列入清单之前，可能需要先进行深入研究。关键在于，决定提供一份说明性清单可能会使讨论重点转向具体规范的法律地位，从而可能会导致此专题在根本上以程序/方法为依归的性质略显模糊。¹⁴⁷

53. 换句话说，说明性清单固然极具价值，但问题是这样一份清单的拟订是否会从根本上改变此项目的性质。对于那些将来可能会成为国际法委员会审议专题的具体规则，委员会必须详加研究。实际上，拟议列入说明性清单的备选规范“禁止危害人类罪”即是委员会当前正在审议的一个专题。此外还提到“自决权”这项备选规范今后也有可能成为委员会审议的专题。或有观点认为，对于那些“显见的”规范来说，实在没有必要详加研判，但对于那些尚未获得国际法院或国际法委员会等机构承认的其他规范来说，这肯定是必要的。这一矛盾在巴西关于委员会 2018 年报告的发言中表露无疑。巴西在发言中鼓励特别报告员“在尊重委员会应该讨论程序和方法问题而非强制性规范的内容这一谅解的前提下，另辟蹊径，寻找编制强行法规范说明性清单的创新性方法。”¹⁴⁸

54. 虽然关于为何不应纳入一份说明性清单的最后一项理由很有说服力，但特别报告员认为，国际法委员会如不趁此提供点“东西”，势将痛失良机。在这方面，或可从巴西的鼓励之言中获得启发，即寻找创新性方法，以求统筹兼顾说明性清单的价值与此专题在根本上以方法为依归的性质这两项竞争性利益。特别报告员认为，荷兰提出的替代办法在这方面特别有用。荷兰虽然不支持拟定一份说明性清单，但发表了以下评论意见：

¹⁴⁷ 特别报告员在介绍第一次报告(A/CN.4/693)时的发言(有文件可查考)。

¹⁴⁸ 巴西(A/C.6/73/SR.25)。另见麦克雷先生(A/CN.4/SR.3315)。

如果列入清单仍被认为是必要的，那么应提及关于国家对国际不法行为的责任条款第 26 条和第 40 条的评注，其中包含了强行法规范的临时和非限制性清单。¹⁴⁹

55. 综上所述，特别报告员建议在一项结论草案中提及国际法委员会既已承认的规范，并对结论草案附上适当的限定条件。但是，仅仅提及国际法委员会和国际法院的工作是不够的。还必须在评注中列明接受并承认的证据。至此，报告接下来将转向国际法委员会和国际法院既已承认的规范，同时再提供一些其他证据。

B. 委员会先前承认具有强制性质的规范

1. 概述

56. 1969 年《维也纳公约》第五十三条的前身，也即国际法委员会 1966 年条约法条款草案第 50 条的评注将“《宪章》中关于禁止使用武力的规则”列为一个“具有强行法性质的国际法规则的显著例子。”¹⁵⁰ 委员会审议的其他规范包括禁止“国际法上的犯罪行为……奴隶贸易、海盗行为或灭绝种族”以及“人权、国家平等[以及]……自决”。¹⁵¹ 该评注指出，“委员会决定不在该条中列入任何强行法规则的例子……”¹⁵² 有必要指出的是，评注并未说委员会决定不纳入任何其他强行法规则示例。评注仅是指出委员会决定不“在该条中列入任何……例子(着重号为后加)”。因此，彼时委员会对其他强行法规则示例的态度是模棱两可的——既可以将其解读为委员会在对这些规则进行审议后，认为这些规则不具有强制性地位，也可以将其解读为委员会在对所有强制性规范进行审议后，决定仅在评注中提及这些规范，而不在该条草案本身当中加以提及。后者即意味着委员会在 1966 年认为评注中提到的所有规范都属于强行法。实际上，在国家责任条款的评注中，委员会的观点似乎是，1966 年条款草案中的所有规范构成委员会认为已取得强行法地位的规范清单。¹⁵³ 另一种可能的、也是最有可能的情况是委员会并未就这些规范中除“《宪章》中关于禁止使用武力的规则”以外的其他规范是否具有强制性地位采取任何立场。无论委员会在 1966 年的立场如何，该清单中所载规范的类型可以为识别强行法提供一个有益的切入点。

¹⁴⁹ 荷兰(A/C.6/73/SR.26)。

¹⁵⁰ 条约法条款草案第 50 条评注第(1)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第二章，C 节，第 247 页。

¹⁵¹ 第(3)段，同上。

¹⁵² 同上(着重号为后加)。

¹⁵³ 见国家责任条款草案第 40 条评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 至 77 段，见第 112 页(“委员会在第 53 条的评注中列出的其他例子，即禁止奴隶制和奴隶贸易、禁止灭绝种族罪、禁止种族歧视和种族隔离，似乎也得到了广泛认同”)。另见美国的发言，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议》(前注 135)，第 52 次会议，1968 年 5 月 4 日，第 16 段(“评注中，委员会举例说明了强行法的外延范围，例如谋划或纵容侵略战争、灭绝种族、海盗行为或奴隶贸易的条约，但决定不在该条本身当中列入例子”)。

57. 从该评注中可以清楚地看出，委员会并非认为关于禁止使用武力的规则是唯一一项强行法规范，但从中同样可以清楚地看出，委员会所采取的立场是强行法规范寥寥无几。¹⁵⁴ 这一立场是恰当的，因为一般国际法规范是不可克减的，具有例外性，此等规范数量很少理所当然。

58. 除条款草案第 50 条的评注外，委员会还在其他成果文件中对强行法规范作了识别。“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究组(以下称“国际法不成体系问题研究组”)的报告确认，“最常援引的具有强行法地位的备选规范”分别如下：禁止“侵略性使用武力”、自卫权、禁止灭绝种族罪、禁止酷刑、禁止危害人类罪、禁止奴役制和奴隶贸易、禁止海盗行为、禁止“种族歧视和种族隔离”以及禁止“针对平民的敌对行动(‘国际人道主义法基本规则’)”。¹⁵⁵ 研究组结论中所列清单与委员会 2006 年报告中所列清单的不同之处在于，报告中提到了“自卫”，而结论中没有提到“自卫”。¹⁵⁶ 研究组决定将自卫排除在外或许是合乎道理的，因为根据定义，禁止使用侵略性武力不包括在自卫中使用武力的权利。换句话说，提及“侵略性武力”而不仅仅是“使用武力”就已经顾及到在自卫中有权使用武力这项强行法规范。结论没有提到在自卫中使用武力的权利，而是提到了研究组 2006 年报告中未予纳入的自决权。¹⁵⁷

59. 在国家责任条款中，委员会提供了最常被援引的强行法规范示例。¹⁵⁸ 在第 26 条的评注中，委员会确认，“禁止侵略、禁止灭绝种族罪、禁止奴隶制、禁止种族歧视、禁止危害人类罪、禁止酷刑以及自决权”是已被“明确接受并公认的规范”，已经取得强行法地位。¹⁵⁹ 委员会在对第 40 条的评注中就其认为构成强行法规范的规范开列了一份清单，这份清单似乎是根据 1966 年条约法条款草案

¹⁵⁴ 条约法条款草案第 50 条评注第(2)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第二章，C 节，见第 248 页(“此外，国际法的一般规则大多不具有该性质”)。

¹⁵⁵ 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，定稿人：马尔蒂·科斯肯涅米(A/CN.4/L.682 及 Corr.1 和 Add.1)(关于第五十八届会议的文件，可登录委员会网站查阅；最终文本将作为《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)的增编发布)，第 374 段。

¹⁵⁶ 见国际法不成体系问题研究组的工作结论，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段，见第(33)段。

¹⁵⁷ 同上。

¹⁵⁸ M. den Heijer 和 H. van der Wilt, “*Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), 第 3 页，见第 9 页，其中，作者称，国家责任条款中所载规范的强行法地位“毫无争议”。另见 J.E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*(Geneva, Schulthess, 2016), pp. 151–152; 以及 T.Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*(Cambridge, Cambridge University Press, 2015),p. 202。

¹⁵⁹ 见国家责任条款草案第 26 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 至 77 段，见第 85 页。

第 50 条的评注列定。首先，该评注与 1966 年条款草案评注第(1)段一样，提到了禁止侵略¹⁶⁰——在 1966 年条款草案中被称为“《宪章》中关于禁止使用武力的规则”。其次，该评注确认，1966 年条款草案第 50 条的评注第(3)段中提到的规范，即“禁止奴隶制和奴隶贸易、禁止灭绝种族罪、禁止种族歧视和种族隔离”已经取得强行法地位。¹⁶¹ 如上所述，虽然在 1966 年条款草案第 50 条的评注中，委员会对这些规范所具地位的态度仍相当模糊，但在第 40 条的评注中，其态度就已经十分明了，即这些规范已经取得强行法地位。¹⁶² 除上述规范外，委员会还在条款草案第 40 条的评注中对当初未在 1966 年条款草案第 50 条“评注中明确列出”的其他规范作了识别。¹⁶³ 这些规范包括“‘禁止’《禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚公约》(下称“《禁止酷刑公约》”)¹⁶⁴ 中所界定的‘酷刑’”、适用于武装冲突的国际人道法基本规则和“尊重自决权的义务”。¹⁶⁵

60. 委员会——包括其国际法不成体系问题研究组——对其所提及的已经取得强行法地位的规范的态度，虽然偶显谨慎，但向来高度一致。综合上文所述，委员会承认已经取得强制性规范地位的规范有：

- 禁止侵略或使用侵略性武力(有时称为“《宪章》中关于禁止使用武力的规则”);
- 禁止灭绝种族罪;
- 禁止奴隶制;
- 禁止种族隔离和种族歧视;
- 禁止危害人类罪;
- 禁止酷刑;
- 自决权; 以及

¹⁶⁰ 第 40 条评注第(4)段，同上，见第 112 页。

¹⁶¹ 同上。

¹⁶² 同上。“委员会在条款草案第 50 条(后获通过成为 1969 年《维也纳公约》第五十三条)的评注中列出的其他例子，即禁止奴隶制和奴隶贸易、禁止灭绝种族罪、禁止种族歧视和种族隔离，似乎也得到了广泛认同。这些行为也已经被广获批准的国际条约和公约所禁止，而且不承认存在任何例外情形。”

¹⁶³ 第 40 条评注第(5)段，同上，第 113 页。

¹⁶⁴ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1456 卷，第 24841 号，第 85 页。

¹⁶⁵ 国家责任条款第 40 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 至 77 段，见第 113 页。

- 国际人道主义法基本规则。

61. 虽然这份清单已为各国和学术作者所普遍接受和承认，¹⁶⁶ 但仍然值得结合国家实践和国际性法院和法庭的判例，简要评估这些规范的强制性是否已被“国家之国际社会全体接受并公认”。¹⁶⁷ 为便于评估，假定上述规范全部符合第二次报告中确立的并获起草委员会暂时通过的第一项标准，即所涉规范是一般国际法的规范，因为这些规则均属一般国际法规则无疑。其次，鉴于本专题的方法论性质，无意做到面面俱到。本着后一项限定性前提，特别报告员在大多数情况下对反对意见和同意意见未作提及，尽管这些意见十分重要。

2. 禁止侵略

62. 关于禁止侵略，宜从评估委员会宽泛界定的禁止使用武力这项强行法规范除了在委员会工作中获得承认之外，在实践中是否同样得到承认这一点切入。关于术语，本报告自此处开始，将使用禁止侵略来代替可能的替代提述，即禁止使用武力、禁止使用侵略性武力和《宪章》中关于禁止使用武力的规则，惟在直接引用的情况下除外。

63. 在承认禁止侵略这一规范方面，被引用频次最高的例子非军事和准军事活动方案莫属。在该案中，国际法院发表了著名的如下声明：

《联合国宪章》第二条第四项所述的禁止使用武力原则作为习惯国际法的效力另有实证，即各国代表在发言中屡屡提及这项原则，认为它不单是习惯国际法的一项原则，而且还是习惯国际法的一项根本或基本原则。国际法委员会在条约法编纂的工作过程中表明观点称，“《宪章》中关于禁止使用武力的规则”本身即构成具有强行法性质的国际法规则的一个显著例子。¹⁶⁸

64. 关于法院的评论可否被视为禁止侵略构成强行法规范这一主张的证据，此前已多有论述。¹⁶⁹ 虽然法院不愿把将这项禁令识别为强行法的功劳“据为己有”，而是更愿意称之为“各国代表的发言”和国际法委员会在“编纂条约的工作过程中”表明的观点，但特别报告员与格林一样认为，总体而言，可以说法院已经核

¹⁶⁶ 一个值得注意的例外是以色列(A/C.6/73/SR.27)，该国质疑自决权是否属于强行法规范。

¹⁶⁷ 试比较，见 C. Mik, “*Jus cogens in contemporary international law*”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33(2013), pp. 27–94, at p. 56.

¹⁶⁸ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美国)，实质问题，判决书，《1986年国际法院案例汇编》，第14页，见第100页，第190段(着重号为后加)。

¹⁶⁹ 第一次报告(A/CN.4/693)，第46段。

可了禁止侵略的强制性。¹⁷⁰ 此外，国际法委员会本身在对国家责任条款第 40 条的评注中认为，在军事和准军事活动案中，国际法院承认了该禁令的强行法地位，¹⁷¹ 然而，法院在军事和准军事活动案中的含糊其辞并没有削弱委员会在 1966 年条约法条款草案和 2001 年国家责任条款的评注中所作认定——即禁止侵略是强行法的一项规范——的价值。首先，法院随后稍微明确地重申，禁止侵略具有强行法地位。在关于科索沃问题的咨询意见中，法院指出，先前的单方面声明之所以不合法，“并非是因为这些声明本身的单方面性质，而是因为它们曾经或者日后定会牵扯到非法使用武力行为或者其他严重违反一般国际法规范，特别是强制性规范的罪行”。¹⁷² 无可否认，法院也有可能是将“非法使用武力”排除在了“其他严重违反一般国际法规范，特别是强制性规范的行为”之外。然而，作此解读充其量只是牵强附会。第二，委员会关于禁止侵略具有强行法地位的结论有国家实践强力支撑。接下来，报告将转而探讨这一国家实践。

65. 大会关于侵略定义的第 3314(XXIX)号决议是禁止侵略这一规范被接受并公认为具有不可克减性的明证。该项以协商一致方式通过的决议将侵略定义为“非法使用武力的最严重和最危险的形式”和“充满着可能发生世界冲突及其一切惨烈后果的威胁”。¹⁷³ 此外，序言明确指出“一国的领土，不应成为别国违反宪章实行——即使是暂时的——军事占领或以其他武力措施侵犯的对象。”¹⁷⁴ 此外，这项禁令不容许任何克减。¹⁷⁵

66. 在国家责任条款第 40 条的评注中，委员会即是以“各国政府在维也纳会议期间无可辩驳的发言”为例，来证明禁止侵略这项强行法规范已获承认和接受。¹⁷⁶ 在维也纳会议上，有若干国家明确将禁止侵略作为现代强行法的几个例

¹⁷⁰ J. Green, “Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32(2011), pp. 215–258, at p. 223(“在本文作者看来，法院在此得出的结论是，禁止使用武力是一种强制性规范，不过必须指出，其他人对这一段落有不同解读。”))

¹⁷¹ 国家责任条款第 40 条评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 至 77 段，见第 112 页，其中，委员会将“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案双方提交的材料和法院本身在该案中所持的立场”认定为禁止侵略具有强制性地位的证据。

¹⁷² 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 437 页，第 81 段。

¹⁷³ 见 1974 年 12 月 14 日大会第 3314(XXIX)号决议，附件，序言。

¹⁷⁴ 同上。

¹⁷⁵ 同上，特别是见第五条。虽然第七条可能暗含容许克减之意，但该条更多地是关于侵略的定义而不是任何克减(“本定义，特别是第三条，绝不妨碍《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》里所述被强力剥夺了渊源于《宪章》的自决、自由和独立权利的人民，特别是在殖民和种族主义政权或其他形态的外国统治下的人民取得这些权利，亦不得妨碍这些人民按照《宪章》的各项原则和上述《宣言》的规定，为此目的而进行斗争并寻求和接受支援的权利”)。

¹⁷⁶ 国家责任条款第 40 条评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 至 77 段，见第 112 页。

子之一加以列举,¹⁷⁷ 还有其他一些国家泛泛地提到了《联合国宪章》第二条中枚举的原则,这其中当然也包括第二条第四项。¹⁷⁸ 即便是在 1966 年条约法条款草案获得通过之前,各国在评论委员会的工作时,就曾频频将禁止侵略拿来作为具有强行法地位的规范示例。¹⁷⁹ 在安全理事会,各国也经常将禁止侵略认定为强行法。¹⁸⁰ 在此专题审议期间,各国亦已承认禁止侵略具有强行法地位。¹⁸¹ 此外,还有许多国内法院在裁决中也援引禁止侵略作为强行法的一个例子。¹⁸² 德国联邦行政法院在就一名人员拒绝遵守与伊拉克战争——一场被认为是非法的战争——有关的命令一事举行的纪律聆讯中作出的裁决尤为引人关注。¹⁸³ 在该裁决中,法院指出“国际强行法,除其他外,包括《联合国宪章》第二条第四项所反映的禁止使用武力的国际禁令”。¹⁸⁴

67. 除了上文所述的国家实践和军事和准军事活动案的例子之外,在国际性法院法官的反对和个人意见中,禁止侵略也被作为强行法规范广泛提及。实际上,在军事和准军事活动案中,施韦贝尔法官指出,“众所公认,如果说强行法有任何一

¹⁷⁷ 见加纳,《联合国条约法会议正式记录,第一届会议》(前注 135),第 53 次会议,1968 年 5 月 6 日,第 15 段;乌拉圭,同上,第 48 段;塞浦路斯,同上,第 70 段;苏联,同上,第 52 次会议,1968 年 5 月 4 日,第 3 段;以及肯尼亚,同上,第 31 段。

¹⁷⁸ 例如,见塞拉利昂,同上,第 53 次会议,1968 年 5 月 6 日,第 9 段;马达加斯加,同上,第 22 段;波兰,同上,第 35 段;古巴,同上,第 52 次会议,1968 年 5 月 4 日,第 34 段;以及黎巴嫩,同上,第 43 段。

¹⁷⁹ 例如,见荷兰(A/C.6/SR.781,第 2 段);塞浦路斯(A/C.6/SR.783,第 18 段);巴西(A/C.6/SR.793,第 14 段);以及德意志联邦共和国(A/C.6/41/SR.14,第 33 段)。

¹⁸⁰ 日本(S/PV.2350)(“不使用武力的原则,换句话说,就是一项国际法强制性规范。”);葡萄牙(S/PV.2476)(“任何有关国家安全的论点均不得援引为使用武力危害国际社会公认强行法原则和公认规范的借口”);塞浦路斯(S/PV.2537), (“违反国际法强制性规范,向塞浦路斯共和国境内出动其武装部队,因此犯有侵犯塞浦路斯共和国之罪”);阿塞拜疆(S/PV.6897), (“特别是其强制性规范,例如禁止威胁使用或使用武力的规范”);秘鲁(S/PV.8262), (“如果法治得不到尊重,国际和平与安全就无以维持。例如,国际秩序的基石之一是禁止以与《联合国宪章》不符的任何方式使用武力。”);以及希腊(S/PV.8262)(“《宪章》中关于禁止在国际关系中使用或威胁使用武力或侵略行为的强制性规则至为重要。”)。

¹⁸¹ 例如,见南非(A/C.6/69/SR.20,第 111 段)(“众所公认,禁止使用武力在本质上是强行法”);塞浦路斯(A/C.6/73/SR.25)(“违反诸如禁止威胁使用或使用武力等强制性规范被认为是严重的行为,国家必须承担相应责任。”);莫桑比克(A/C.6/73/SR.28)(“强行法规范包括《联合国宪章》规定的原则,例如禁止国家间使用武力”);以及罗马教廷(观察员)(同上)。

¹⁸² A 诉联邦经济事务部案,瑞士联邦最高法院 2008 年 1 月 23 日判决,ILCD 1200(CH 2008),第 8.2 段(“A titre d'exemple, on cite généralement les normes ayant trait à l'interdiction du recours à la force” [例如,我们通常可以引用有关禁止诉诸武力的规范]);侨居尼加拉瓜美国公民委员会等诉里根总统等案,859 F2d 929,见第 941 页;RM 诉总检察长案,肯尼亚高等法院 2006 年 12 月 1 日判决,ILDC 699(KE 2006),第 42 段。

¹⁸³ 联邦行政法院,2005 年 6 月 21 日命令——BVerwG 2 WD 12.04。

¹⁸⁴ 同上。译文由德意志联邦共和国友情提供。

致同意的核心原则，那就是《联合国宪章》第二条第四项。”¹⁸⁵ 此禁令也已在诸多学术作者的著述中得到普遍承认。¹⁸⁶

68. 上述调查简明扼要，无意做到面面俱到，也无意划定禁止侵略的外延范围或阐明与此禁令有关的所有细微差别，例如例外、自卫权的外延范围和围绕此禁令展开的其他有趣辩论。¹⁸⁷ 目的只是为了表明，委员会对禁止侵略这项强行法规范的承认确有实践和其他辅助材料支撑。

¹⁸⁵ 《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，管辖权和可受理性，判决书，1984年国际法院案例汇编》，第392页，施韦贝尔法官的反对意见，见第615页。关于其他例子，见军事和准军事活动案(前注168)，院长纳格德拉·辛格先生的个人意见，见第151页；使用或威胁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，科罗马法官的反对意见，见第561页；《渔业管辖权(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，1998年国际法院案例汇编》，第432页，副院长威拉曼特里的反对意见，见第502页，第25段；《石油平台(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，科艾曼斯法官的反对意见，见第262页，第46段，以及西马法官的个人意见，见第326至327页，第5段；《尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，临时措施，2011年国际法院案例汇编》，第6页，杜加尔德专案法官的个人意见，见第65页，第15段。另见检察官诉 Jandrako Prlić, IT-04-74-T, 前南斯拉夫问题国际法庭 2013年5月29日判决，让-克洛德·安托内蒂的个人和部分反对意见，见第249页。又见 D. Tladi, “The use of force against non-State actors, decline of collective security and the rise of unilateralism: whither international law?” in M.E. O’Connell, C. Tams and D. Tladi, *Max Planck Trialogues on War and Peace: Vol I – The Use of Force against Non-State Actors*(Cambridge, 2019, 即将出版), 脚注48。

¹⁸⁶ 例如，见 M.E. O’Connell, “Self-defence, pernicious doctrines, peremptory norms” in O’Connell, Tams and Tladi, *Max Planck Trialogues on War and Peace ...*(前注185), (“关于扩大诉诸武力权的论点……与禁止使用武力这项强制性禁令相抵触”)。见 C. Tams “Self-defence against non-State actors: making sense of the ‘armed attack’ requirement”, 同上(“自卫与武力禁令效力等级相同。关于[禁止使用武力]强制性地位的论点应同样反映出：禁止非法使用武力的规则具有强制性”)；D. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(Cambridge, Cambridge University Press, 2017), p. 16；S. Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*(Schulless, Zurich, 2015), p. 41；Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*(前注152), 第153页(“禁止使用武力是一项无可否认具有强行法特征的一般国际法规范……强行法理论中获得一致同意的事项为数甚少，[它]是其中之一”)；A.C. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law(Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism*(Brill, 2019, 即将出版), 特别是第5章；Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law*(前注93), 第113页；L. Hannikainen, *Peremptory Norms(Jus Cogens) in International Law*(Helsinki, Finnish Lawyers’, 1988), pp. 323 and 356；J.A. Frowein, “Jus cogens” in R. Wolfrum(ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VI(Oxford, Oxford University Press, 2009), pp. 443 ff., at p. 444, para. 8；J. Crawford, *The Creation of States in International Law*(2nd ed., Oxford, Clarendon, 2006), p. 146；T. Kleinlein, “Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 173–210, at p. 180；E. Santalla Vargas, “In quest of the practical value of jus cogens norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 211–240, at p. 229；以及 T. Cottier, “Improving compliance: jus cogens and international economic law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 329–356, at p. 330。

¹⁸⁷ 关于这一点，见 U. Linderfalk, “The effect of jus cogens norms: whoever opened Pandora’s box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18(2008), pp. 853–871, at pp. 859–863。

3. 禁止酷刑

69. 国际法院对禁止酷刑的承认态度明确、毫不含糊。国际法院在比利时诉塞内加尔一案中明确指出，在其“看来，禁止酷刑是习惯国际法的一部分，而且已经成为一项强制性规范(强行法)。”¹⁸⁸ 前南斯拉夫问题国际法庭审判庭早在 1998 年就在检察官诉 Delalić 一案中裁定，禁止酷刑是一项强行法规范。¹⁸⁹ 一个月后，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭又在检察官诉 Furundžija 一案中确认，“有鉴于……其所保护之价值观”，禁止酷刑“已经演变成一项强制性规范或强行法。”¹⁹⁰ 前南斯拉夫问题国际法庭审判庭作出的这些判决在上诉庭亦得到维持。¹⁹¹

70. 除了国际法院和前南斯拉夫问题国际法庭的判例外，区域法院和其他机构也承认禁止酷刑具有强制性地位。美洲人权法院一贯认为，禁止酷刑是一项强行法规范。例如，在 Espinoza Gonzáles 诉秘鲁一案中，该法院就酷刑发表了以下评论：

禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚这项禁令具有绝对性和不可克减性，即使在战争、面临战争威胁、打击恐怖主义和任何其他罪行的斗争、紧急状态或者内部动乱或冲突、宪法保障中止、内部政治不稳定或其他突发公共事件或灾难等最困难的情况下，也不例外。如今，这项禁令是国际强行法的一部分。¹⁹²

71. 美洲体系中第一次将禁止酷刑谓为强行法的提法出现在坎卡多·特林达德法官就 Blake 诉危地马拉案发表的详细个人意见中。¹⁹³ 在该份个人意见中，坎卡多·特林达德法官指出，禁止酷刑做法“为我们迈入国际强行法的新世界铺平了

¹⁸⁸ 《有关或起诉或引渡义务的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，见第 457 页，第 99 段。

¹⁸⁹ 检察官诉 Zejnil Delalić, Zdravko Mucić(别名“Pavo”), Hazim Delić, Esad Landžo(别名“Zenga”)案，案件编号 IT-96-21-T，判决，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭，1998 年 11 月 16 日，《1998 年判例汇编》，第 454 段(“综上所述，可以说禁止酷刑是一项习惯国际法规范，进而构成一项强行法规范。”)。另见检察官诉 Dragoljub Kunarac 等人案，案件编号 IT-96-23-T，判决，前南斯拉夫问题国际法庭，2001 年 2 月 22 日，第 466 段，以及该法庭关于承认禁止酷刑是强行法的若干其他判决。

¹⁹⁰ 检察官诉 Anto Furundžija 案，案件编号 IT-95-17/1，判决，前南斯拉夫问题国际法庭。1998 年 12 月 10 日，《1998 年判例汇编》，第 153 至 156 段。

¹⁹¹ 检察官诉 Zejnil Delalić, Zdravko Mucić(别名“Pavo”), Hazim Delić, Esad Landžo(别名“Zenga”)案，案件编号 IT-96-21-A，判决，前南斯拉夫问题国际法庭上诉庭，2001 年 2 月 20 日，第 172 段，特别是脚注 225。

¹⁹² Espinoza Gonzáles 诉秘鲁案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2014 年 11 月 20 日，C 辑，第 289 号，第 141 段。

¹⁹³ Blake 诉危地马拉案，判决(案情实质)，美洲人权法院，1998 年 1 月 24 日，C 辑，第 36 号，坎卡多·特林达德法官的个人意见。

道路。”¹⁹⁴ 其后，2000年，美洲人权法院本身在审理 *Bámaca-Velásquez* 诉危地马拉案时，也承认禁止酷刑属于强行法。¹⁹⁵ 这一立场又在美洲法院后来作出的诸多判决中得到重申和确认。¹⁹⁶ 美洲人权委员会也在 *Ortiz Hernández* 诉委内瑞拉等案件中确认了这项一贯判例。¹⁹⁷

72. 与美洲法院一样，欧洲人权法院也明确承认禁止酷刑这项规范具有强行法性质，态度毫不含糊。在经常被作为权威实例援引论证即便是违反强行法行为也不存在豁免例外情形这一观点的 *Al-Adsani* 诉联合王国一案中，欧洲人权法院在对国际实践展开调查后，“根据[该实践]，承认禁止酷刑已经取得国际法强制性规范的地位”。¹⁹⁸ 在 *Jones* 诉联合王国一案中，欧洲人权法院同样是在假定禁止酷刑是强行法的基础上展开审理，并在所有重大方面都维持了其在 *Al-Adsani* 案中作出的判决。¹⁹⁹ 同样，非洲人权和民族权委员会也在 *Mohammed Abdullah Saleh al-Asad* 诉吉布提一案中承认禁止酷刑是一项强行法规范。²⁰⁰

73. 国际性法院和机构在这方面有大量判例在很大程度上是受到 1986 年酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员科艾曼斯先生(后来

¹⁹⁴ 同上，第 15 段。

¹⁹⁵ *Bámaca-Velásquez* 诉危地马拉案，判决(案情实质)，美洲人权法院，2000 年 11 月 25 日，C 辑，第 70 号，第 25 段。

¹⁹⁶ 例如，见 *Mendoza* 等人诉阿根廷案，判决(初步反对意见、案情实质和赔偿数额)，美洲人权法院 2013 年 5 月 14 日，C 辑，第 260 号，第 199 段(“法院对其判例作了重申，大意是：现如今，绝对禁止酷刑，包括身体酷刑和精神酷刑，是国际强行法的一部分”)；*莫苏迪村和附近地方屠杀诉萨尔瓦多案*，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2012 年 10 月 25 日，C 辑，第 252 号；*Barrios* 家族诉委内瑞拉案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2011 年 11 月 24 日，C 辑，第 237 号，第 50 段；*杜斯艾雷斯屠杀诉危地马拉案*，美洲人权法院 2009 年 11 月 24 日判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，C 辑，第 211 号。

¹⁹⁷ *Johan Alexis Ortiz Hernández* 诉委内瑞拉案，案件编号 12.270，《美洲人权委员会报告》，2015 年 1 月 29 日第 2/15 号报告，第 212 段。另见 *Omar Maldonado Vargas, Alvaro Yóñez del Villar, Mario Antonio Cornejo* 等人诉智利案，案件编号 12.500，《美洲人权委员会报告》，2013 年 11 月 8 日第 119/13 号报告；*Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira* 等人诉巴西案，案件编号 11.566 和 11.694，《美洲人权委员会报告》，2011 年 10 月 31 日第 141/11 号报告，第 167 段。

¹⁹⁸ *Al-Adsani* 诉联合王国案，案件编号 35763/91，判决，欧洲人权法院大审判庭，2001 年 11 月 21 日，ECHR 2001-X，第 61 段。

¹⁹⁹ *Jones* 等人诉联合王国案，案件编号 34356/06 和 40528/06，判决，欧洲人权法院，2014 年 1 月 14 日，ECHR 2014，特别是见第 205 至 215 段。另见 *A* 诉荷兰案，案件编号 4900/06，判决，欧洲人权法院，2010 年 7 月 20 日，第 133 段，该法院认为“禁止将外国人驱逐至其可能面临酷刑或虐待的任何目的地国规则……可以说也已经取得强行法地位，意即该规则已经成为一项强制性的、不可克减的国际法规范”。

²⁰⁰ *Mohammed Abdullah Saleh al-Asad* 诉吉布提共和国案，第 383/10 号来文，2014 年 4-5 月裁决，第 179 段(“禁止酷刑是国际法中的一项强行法规则”)。

成为国际法院的法官)第一份报告所作结论的启发。²⁰¹ 特别报告员在报告开篇第一段就将酷刑的事实性质描述为“二十世纪下半叶的瘟疫”，继而又对禁止酷刑的法律性质作了如下说明：

反对酷刑的斗争已成为国际社会的主要主题之一。现在，根据国际法，不管在和平或战争时期，都绝对且毫无保留地禁止酷刑。在所有人权文书中，禁止酷刑都是不可克减的权利之一。国际法院已将尊重基本人权(毫无疑问，不受酷刑的权利也在此之列)这项义务定性为普遍适用义务……鉴于上述既已做出的定性，禁止酷刑可被视为属于强行法规则的范畴。²⁰²

74. 正如国际法院所言，酷刑几乎在所有国家的法律法规中都是被禁止的。²⁰³ 除了法律法规之外，将禁止酷刑定为不可克减义务的条约实践同样普遍可见。《禁止酷刑公约》禁止酷刑，并要求缔约国采取措施防止酷刑。该《公约》现有 165 个缔约国。²⁰⁴ 《禁止酷刑公约》第 2 条规定，“任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑的理由”。²⁰⁵ 同样，《公民权利和政治权利国际公约》第七条亦禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。更重要的是，第七条是作为一项不可克减的权利条款被纳入该《公约》。²⁰⁶ 免遭酷刑的权利还被载入了《世界人权宣言》。²⁰⁷ 此外，这项禁令在区域人权条约中同样得到反映。²⁰⁸

²⁰¹ 酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员彼得·科艾曼斯先生的报告(E/CN.4/1986/15)。

²⁰² 同上，第 3 段。

²⁰³ 有关或起诉或引渡义务的问题(前注 188)，第 99 段。关于各国禁止酷刑的法律法规的综合清单，见防止酷刑协会，《反酷刑法律汇编》，可查阅 <https://apt.ch/en/resources/compilation-of-torture-laws/>(2019 年 2 月 15 日检索)。见随机选取的绝对禁止酷刑的法律法规实例：《宪法》第 25 条，《刑法》第 74、86 和 87 条，以及《刑事诉讼法》第 5 条(阿尔巴尼亚)；《宪法》第 34 和 132 条，以及《刑法》第 263 条之二、之三和之四(阿尔及利亚)；《刑法》第 274 条(澳大利亚)；《宪法》第 5 条(巴西)；《宪法》第 38 条(柬埔寨)；《刑法》第 259A 条(捷克共和国)；《民事刑法》第 157A 条，以及《军事刑法》第 10A 和 27A 条(丹麦)；《宪法》第 44 条(冰岛)；《刑法》第 401 条(黎巴嫩)；《宪法》第 36 条，《刑法》第 486 条，《刑事诉讼法》第 227 条(马耳他)；以及《宪法》第 31 条(科威特)。

²⁰⁴ 《禁止酷刑公约》，第 1 条、第 2 条第 1 款、第 4 条和第 5 条。

²⁰⁵ 同上，第 2 条第 2 款。

²⁰⁶ 《公民权利和政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页，见第四条第 2 款(“不得根据本规定而克减第六条、第七条、第八条(第 1 款和第 2 款)、第十一条、第十五条、第十六条和第十八条”)。

²⁰⁷ 《世界人权宣言》(1948 年)，第五条(“任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚”)。

²⁰⁸ 例如，见《非洲人权和民族权宪章》，第五条(人人都有权得到对人所固有的尊严的尊重和对对其法律地位的承认。对人的一切形式的剥削和侮辱，尤其是奴隶制、奴隶贸易、酷刑和其他残忍、

75. 在国家层面，承认禁止酷刑属于强行法规范的法院裁决也是处处可见。在澳大利亚，联邦法院在 *Habib* 诉澳大利亚联邦一案中承认，禁止酷刑是“国际法强制性规范，不容克减”。²⁰⁹ 禁止酷刑的强行法地位在加拿大、²¹⁰ 法国、²¹¹ 意大利、²¹² 南非、²¹³ 美国、²¹⁴ 联合国²¹⁵ 及其他法域²¹⁶ 内同样受到承认。各国在第六委员会中也表达了禁止酷刑构成强行法规范的观点。²¹⁷

不人道或有辱人格的处罚或待遇，均应予以禁止”);《美洲人权公约》(1969年11月22日，圣何塞)，联合国，《条约汇编》，第1144卷，第17955号，第123页，第五条第二款(“任何人都不应遭受酷刑或遭受残忍的、不人道的或侮辱性的处罚或待遇”);《欧洲人权公约》，第三条(“任何人都不应遭受酷刑或遭受残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或处罚。”)。特别见第十五条第二款，该款禁止克减第三条。

- ²⁰⁹ *Mamdouh Habib* 诉澳大利亚联邦案，判决，澳大利亚联邦法院，2010年2月25日[2010]FCAFC 1518，第9段。
- ²¹⁰ *Bouzari* 诉伊朗伊斯兰共和国及加拿大总检察长案，判决，安大略省上诉法院，加拿大，2004年6月30日，第36段(“第一，该诉讼的事由是外国实施了酷刑，违反了国际人权和国际公法强制性规范”)。
- ²¹¹ *Lydienne X* 诉检察官案，上诉判决，法国上诉法院(刑事庭)2013年3月19日，*ILDC* 2035(FR2013)，第10.4段(“interdiction de la torture a valeur de norme imperative ou jus cogens en droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et constitue une restriction légitime à l’immunité de juridiction.” [禁止酷刑具有强行法的强制性，在等级上高于国际法的其他规则，构成对管辖豁免的合法限制])。
- ²¹² *Lozano* 诉意大利案，判决，意大利上诉法院(第一刑事分庭)，2008年7月24日，*ILDC* 1085，第6段。
- ²¹³ *S* 诉 *Mthembu* 案，判决，南非最高上诉法院，2008年4月10日，第31段(“[《禁止酷刑公约》]绝对禁止酷刑，不容任何克减，即便在社会紧急状态下也不例外。因此，该禁令是一项国际法强制性规范”)。
- ²¹⁴ 例如，见 *侨居尼加拉瓜美国公民委员会等诉里根总统案*(前注182)，第56段；*Siderman de Blake* 诉阿根廷案，判决，美国第九巡回上诉法院，见第714页(“我们同意几位 *Siderman* 姓原告的意见，即他们指称阿根廷实施的官方酷刑行为构成违反强行法”)；*Yousuf* 诉 *Samantar* 案，判决，美国第四巡回上诉法院，见第19页。
- ²¹⁵ 见 *Belhaj* 诉 *Straw* 案；*Rahmatullah* 诉国防部长案，联合国最高法院2017年1月17日判决，特别是桑普森勋爵的意见，见第717页(“该禁令具有普遍适用强行法的地位。这就是说，它是一项国际法强制性规范，其所创设的义务是每一个国家对所有其他国家应尽的义务，而且不得援引任何反补贴的公共利益为由克减这项禁令”)；*Jones* 等人诉沙特阿拉伯内政部案，判决，联合国上议院，2006年6月14日，第43和44段(“毫无疑问，禁止酷刑即为此种[强行法]规范……禁止酷刑属于强行法”)。
- ²¹⁶ 见 *Koigi* 诉总检察长案，判决，肯尼亚上诉法院，2015年3月8日，见第6页(“禁止酷刑这项绝对禁令是一项强行法原则，是一项国际法强制性规范，其约束力独立于条约、公约或盟约之外”)；*Mann* 诉赤道几内亚共和国案，判决，津巴布韦高等法院，2008年1月23日，见第12页(“禁止酷刑原则已演变为强制性规范或强行法，即这项原则在构成国际规范秩序的规则等级体系中具有优先地位”)；*A* 诉联邦经济事务部案(前注182)，见第8.2段。
- ²¹⁷ 例如，见南非(A/C.6/69/SR.20)，第109段；以色列(A/C.6/70/SR.18)，第6段；伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/71/SR.26)，第116段；联合国(A/C.6/71/SR.28)，第29段；以及阿根廷(A/C.6/72/SR.26)，第13段。

76. 除了大量的实践之外，禁止酷刑在文献中也被视为强行法。²¹⁸ 例如，托姆沙赫特认为，“败坏受影响个人的声誉、侵犯他/她的尊严和存在的罪行必须纳入强行法范畴内相应规范的适用范围，包括“禁止□……酷刑。”²¹⁹

77. 与前面就禁止侵略所作的讨论一样，上述讨论仅意在表明国际法委员会关于禁止酷刑构成强行法规范的结论有实践和理论双重支撑。此讨论无意解决其他附带问题，例如，与此禁令有关的其他方面，例如不驱回，是否也是此强行法禁令的一部分。而且此讨论也不涉及禁令的外延范围。

4. 禁止灭绝种族罪

78. 国际法院对禁止灭绝种族罪作为一项强行法规范的承认态度，与其对禁止酷刑的态度一样，毫不含糊。虽然在对《灭绝种族罪公约》的保留咨询意见中，国际法院没有使用“强行法”、“强制性规范”、甚至是“普遍适用义务”等术语，但法院用来描述禁止灭绝种族罪的语言与其对强行法的描述契合。²²⁰ 在该咨询意见中，国际法院作出了下述常被引证的评论：

《公约》的起源表明，联合国欲谴责和惩治灭绝种族行为，视之为“国际法上的一种罪行”，因为此等行为否认整个人类的生存权，此种否认震撼人类良知，致使人类蒙受重大损失，与道德法以及联合国的精神和宗旨大相悖谬（联合国大会第 96(I)号决议，1946 年 12 月 11 日）。这一概念产生的第一个后果是，《公约》的基本原则是文明国家承认对国家具有约束力的原则，即便《公约》未约定任何义务。第二个后果是谴责灭绝种族罪行和进行必要合作以“免

²¹⁸ 相关概况，见 E. de Wet, “The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law”, *European Journal of International Law*, vol. 15(2004), pp. 97–121. 另见 De Beer(前注 186)。又见 De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”(前注 82), 第 616 页。

²¹⁹ Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”(前注 80), 第 36 页。另见 Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin ...” (前注 87), 第 83 页; K. Parker and L.B. Neylon, “*Jus cogens*: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 11(1988-1989), pp. 411–464, at p. 414; A.A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, *Curso de Derecho Internacional*, vol. 35(2008), pp. 3–30, at p. 5; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*(前注 186), 第 41 页; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (前注 186), 第 16 页; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*(前注 158), 第 209 至 212 页; A. Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19(2008), pp. 491–508, , at p. 492; M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*” *Law and Contemporary Problems*, vol. 59(1996), pp. 63–74, at p. 70; 以及 Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”(前注 186), 第 180 页。

²²⁰ 《对《灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页。

人类再遭此类野蛮之浩劫”(《公约》序言)均具有普遍性质。因此,联合国大会和缔约方欲使《灭绝种族罪公约》在适用范围上具有绝对普遍性。²²¹

79. 当彼之时,国际法院虽未认定《防止及惩治灭绝种族罪公约》(以下称“《灭绝种族罪公约》”)²²²中所载的禁止灭绝种族罪具有强行法地位,但所用语言反映了起草委员会2017年暂时通过的此专题结论草案2所述强制性规范的一般性质。²²³更重要的是,半个多世纪之后,法院在确认禁止灭绝种族罪的强行法性质时,又引述了1951年咨询意见中的这段话,作为权威实例,以资佐证。²²⁴当时,法院先是复述了1951年咨询意见中这段经常被引用的名语,继而指出,“由此可见”,《灭绝种族罪公约》中所载的这项禁令构成普遍适用义务和强行法规则。²²⁵更为重要的是,国际法院明确且毫无保留地断言,禁止灭绝种族罪属于强行法。²²⁶不仅如此,国际法院在其后审理的案件中再度确认了禁止灭绝种族罪的强行法性质。²²⁷这一观点在国际法院诸多法官的反对意见和个人意见中亦可得到佐证。²²⁸与禁止酷刑一样,禁止灭绝种族罪同样为前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭所承认。²²⁹

²²¹ 同上,见第23页。

²²² 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日,巴黎),联合国,《条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。

²²³ 见起草委员会主席2017年7月26日的发言(前注40),附件。

²²⁴ 《刚果领土上的武装活动(新诉请书:2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达),管辖权和可受理性,2006年国际法院案例汇编》,第6页,见第31-32页,第64段。

²²⁵ 同上。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山),2007年国际法院案例汇编》,第43页,见第110至111页,第161段,其中,国际法院先是引证了1951年咨询意见,继而指出,法院在2006年判决中即已“重申1951年的……声明[]……,当时,法院还曾补充指出,禁止灭绝种族罪这项规范无疑是一项国际法强制性规范(强行法)”(着重号为后加)。

²²⁶ 刚果领土上的武装活动案(前注224),见第31至32页,第64段(“争端事涉对具有[强行法]性质的规范——禁止灭绝种族罪是为此种规范毋庸置疑——的遵守问题,这一事实本身不能构成法院行使管辖权的基础”)。

²²⁷ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)(前注225),第162段;《防止及惩治灭绝种族罪公约的适用(克罗地亚诉塞尔维亚),2015年国际法院案例汇编》,第3页,见第47至48页,第88段。

²²⁸ 其中首先当属专案法官劳特派特爵士在《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》中的个人意见,第325页,见第440页,第100段(“禁止灭绝种族罪长期以来一直被认为是少数几个无可置疑的强行法例子之一”)。例如,见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)(前注227),坎卡多·特林达德法官的反对意见,第234和238页,第83和92段;以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注185),威拉曼特里法官的反对意见,见第496页。

²²⁹ 例如,见检察官诉Zoran Kupreškić等人案,案件编号IT-95-16-T,判决,前南斯拉夫问题国际法庭审判庭,《2000年判例汇编》,第520段;检察官诉Radislav Krstić案,案件编号IT-98-33-T,判决,前南斯拉夫问题国际法庭审判庭,2001年8月2日,第541段;检察官诉Milomir Stakić

80. 禁止灭绝种族罪的强行法地位在文献中同样获得普遍接受。早在 1971 年，罗伯托·阿戈就承认禁止灭绝种族罪是一项强行法规范。²³⁰ 克里德尔和福克斯-德森特在其合著专论中提出了信托式强行法的概念，他们声称，信托式强行法限制一个国家的立法和行政权力，并借此方式禁止灭绝种族等罪行。²³¹ 比安奇认为，强行法规范可以被称为“人权”，而无需作任何进一步的限定，或者是指特定的人权义务，如禁止灭绝种族或酷刑。²³² 谢里夫·巴西奥尼提出了“强行法上的罪行”的概念——这个概念亦为特别报告员在第三次报告²³³ 中所引用——其中就包括他认为“震撼人类良知”的灭绝种族行为。²³⁴ 同样，阿兰·佩雷特在证明当代国际法中存在强行法时指出，今时今日，禁止灭绝种族罪的绝对不可克减性毋庸置疑。²³⁵

81. 除了确认禁止灭绝种族罪具有强行法地位的国际判例提供的有力支撑外，还有大量国家实践承认并接受禁止灭绝种族罪是一项强行法规范，包括国内法院的裁决。例如，瑞士联邦法院在 A 诉联邦经济事务部一案中就承认禁止灭绝种族罪

案，案件编号 IT-97-24-T，判决，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭，2003 年 7 月 31 日；检察官诉 Vidoje Blagojević 和 Dragan Jokić 案，案件编号 IT-02-60-T，判决，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭，2005 年 1 月 17 日。关于卢旺达问题国际法庭的裁决实例，见检察官诉 Clément Kayishema 和 Obed Ruzindana 案，案件编号 ICTR-95-1-T，判决，卢旺达问题国际法庭，1999 年 5 月 21 日，《1999 年命令、裁决和判决汇编》，第二卷，第 88 段（“《灭绝种族罪公约》是众所公认的国际人权文书。此外，灭绝种族罪被视为国际习惯法上，乃至强行法规范意义层面上的一种罪行。”）。

²³⁰ R. Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 134(1971), pp. 297–332, at p. 324, 脚注 37。

²³¹ E.J. Criddle and E. Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34(2009), pp. 331–388, at p. 369。

²³² Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, (前注 224), 第 491 至 492 页。另见 Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”(前注 186), p. 180; 以及 Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law”(前注 186), 第 380 页。

²³³ A/CN.4/714 和 Corr.1。另见 D. Tladi, “The International Law Commission’s recent work on exceptions to immunity: charting the course for a brave new world in international law?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31(2019)。

²³⁴ Cherif Bassiouni, “International crimes ...”(前注 219), 第 70 页; 以及 A. Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*” in Cassese(ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*(Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 158–171, at p. 162。

²³⁵ A. Pellet, “Conclusions” in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin(eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*(Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), pp. 417–424, at p. 419(“Personne aujourd’hui ne peut sérieusement prétendre qu’un traité organisant un génocide ou une agression n’est pas entaché de nullité” [今时今日，无人敢认真严肃地声称策划实施灭绝种族或侵略的条约绝非无效])。

属于强行法规范。²³⁶ 同样，肯尼亚高等法院在 *RM 诉总检察长* 一案中，虽不承认禁止歧视非婚生子女(及其母亲)具有强行法地位，但却将禁止灭绝种族列入其认为有资格作为强行法的规范清单。²³⁷ 德国宪法法院在审理一名因实施灭绝种族行为而被定罪的波斯尼亚塞族人提起的上诉案件时，即是以国际法院关于禁止灭绝种族罪构成普遍适用义务和强行法规范这一认定结论为依据。²³⁸ 加拿大上诉法院在关于一名卢旺达国民涉嫌参与实施 1994 年卢旺达灭绝种族屠杀的 *R 诉 Munyaneza* 案中裁定，“1994 年灭绝种族罪行违反了所有习惯国际法强制性规则”。²³⁹ 美国上诉法院在 *Sarei 诉力拓案* 中也认为，“灭绝种族罪作为强行法规范意义层面上一种罪行的地位始终无可争议”。²⁴⁰

82. 在条约实践方面，将灭绝种族行为定为犯罪的，除了 1951 年《灭绝种族罪公约》之外，还有《国际刑事法院罗马规约》²⁴¹ 以及《非洲法院规约马拉博议定书》。²⁴² 另外，《前南斯拉夫问题国际法庭规约》和《卢旺达问题国际法庭规约》虽非条约，但也将灭绝种族行为绝对地定性为犯罪。²⁴³ 这些文书均未规定对此禁令予以克减的任何可能性。虽然可以提供排除责任的理由，²⁴⁴ 但这并不是克减，只会影响犯罪的要件，例如所涉行为的非法性和犯罪意图。²⁴⁵ 此外，承认禁止灭绝种族罪具有不可克减性的立法实践同样广泛存在。²⁴⁶ 关于禁止灭绝种族罪是一项强行

²³⁶ *A 诉联邦经济事务部案*(前注 182)，第 8.2 段；另见 *侨居尼加拉瓜美国公民委员会案*(前注 182)，见第 941 页；*Siderman de Blake 案*(前注 214)，见第 714 页；*Yousuf 诉 Samantar 案*(前注 214)，见第 19 页；*Lozano*(前注 212)，见第 6 段。

²³⁷ *RM 诉总检察长案*，判决，肯尼亚高等法院，2006 年 12 月 1 日，[2006] *EKL*。

²³⁸ *Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 12. Dezember 2000* [联邦宪法法院 2000 年 12 月 12 日命令]，2 BVR 1290/90。

²³⁹ *R 诉 Munyaneza 案*，判决，加拿大高等法院(刑事庭)，2009 年 5 月 22 日，第 75 段。

²⁴⁰ *Sarei 等人诉力拓股份公司案*，判决，美国第九巡回上诉法院，2011 年 10 月 25 日，见 19360。

²⁴¹ 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页，第六条。

²⁴² 《非洲司法和人权法院规约议定书修订议定书》(2014 年 6 月 27 日，马拉博)，可查阅 www.au.int，附件，第 28 条(b)款。

²⁴³ 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》，S/25704，附件，第四条；《卢旺达问题国际法庭规约》，安全理事会第 955(1994)号决议，附件，第二条。

²⁴⁴ 例如，见《罗马规约》，第三十一条。

²⁴⁵ 例如，对于患有精神病的(《罗马规约》，第三十一条第(一)款第 1 项)，可排除其过错责任，对于实施自卫的(《罗马规约》，第三十一条第(一)款第 3 项)，可排除其任何行为的非法性。

²⁴⁶ 例如，见《布基纳法索刑法》第 313 条；《科特迪瓦刑法》，第 317 条；加纳 1993 年《刑法修正案》，第 1 条；《卢旺达关于对 1990 年 10 月 1 日起实施的构成灭绝种族罪或危害人类罪的罪行进行起诉的组织法》，第 2 条；《南非实施国际刑事法院罗马规约法》，附表 1，第 1 部分；《美国法典》，第 50A 章，第 1091 条；《巴西 1956 年第 2.889 号法》，第 1 条；《墨西哥刑法》，第 149 条之二；《尼加拉瓜刑法典》，第 549 和 550 条；《古巴刑法》，第 116 条；《以色列关于

法规范的观点还可见诸各国在联合国各机构内所作的发言。²⁴⁷ 今天，根本无法想象还有人会去质疑禁止灭绝种族罪的强行性地位。

83. 综上所述，可以得出结论认为，国际法委员会在先前拟定的强行法规范清单中列入禁止灭绝种族罪在现有实践中有其合理依据。

5. 禁止危害人类罪

84. 国际法委员会除了在以往工作中提供清单列明被普遍接受的强行法规范外，还在其对第六十九届会议期间一读通过的危害人类罪条款草案的序言评注中承认禁止危害人类罪是一项强行法规范。²⁴⁸ 委员会在序言评注中指出，国际法院在比利时诉塞内加尔案²⁴⁹ 中承认禁止酷刑属于强行法，“更不消说，法院认为禁止实施构成危害人类罪的更加广泛或更具系统性的酷刑这项禁令也具有强行法的性质了”。前南斯拉夫问题国际法庭也在多项判决中申明，禁止危害人类罪具有强制性地位。在检察官诉 Kupreškić 案中，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭认为，禁止危害人类罪以及禁止灭绝种族罪均为一般国际法强制性规范。²⁵⁰ 前南斯拉夫问题国际法庭还在某些判例中将构成危害人类罪的酷刑认定为违反一般国际法强制性规范的罪行。在检察官诉 Simić 案中，被告人“被判犯有两项酷刑罪，也即危害人类罪”。²⁵¹ 该国际法庭审判庭指出，酷刑是一种危害人类罪。²⁵² 审判庭虽未直接认定禁止危害人类罪具有强行法地位，但称免遭酷刑的权利或禁止酷刑这项禁令“为习惯法和传统法律所承认，是一项强行法规范”。²⁵³ 从被告

防止及惩治灭绝种族罪的第 5710-1950 号法》；《斐济群岛刑法》，第八章；《塔吉克斯坦共和国刑法》，第 398 条；《阿尔巴尼亚共和国刑法》，第 73 条；《奥地利刑法》，第 321 条；《比利时关于制止严重违反国际法行为的法律》，第 1 条；《捷克共和国刑法》，第 259 条；《法国刑法》第 211-1 条；《芬兰刑法》，第 6 条；《德国刑法》第 220 条；《爱尔兰〈灭绝种族公约〉法》，第 2 条；1967 年第 962 号法；《葡萄牙刑法》，第 239 条；《西班牙刑法》，第 607 条；《俄罗斯联邦刑法》，第 357 条。

²⁴⁷ 例如，见白俄罗斯(A/C.6/73/SR.26)；莫桑比克(A/C.6/73/SR.28)；西班牙(A/C.6/73/SR.29)。另见阿塞拜疆 2012 年 10 月 17 日在安全理事会的发言(S/PV.6849)。

²⁴⁸ 危害人类罪条款草案序言评注第(4)段，A/72/10，第 45 至 46 段，见第 23 页。

²⁴⁹ 有关或起诉或引渡义务的问题(前注 188)，见第 99 段。

²⁵⁰ Kupreškić 案(前注 229)，第 520 段。

²⁵¹ 检察官诉 Milan Simić 案，案件编号 IT-95-9/2-S，量刑判决，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭，2002 年 10 月 17 日，第 34 段。

²⁵² 同上。

²⁵³ 同上。

被判定实施的酷刑被视为危害人类罪中可以推断出，审判庭接受禁止酷刑这项危害人类罪构成强行法规范。国际刑事法院同样将禁止危害人类罪描述为强行法。²⁵⁴

85. 同样，美洲体系内的判例也称禁止危害人类罪具有强制性地位。在 Miguel Castro-Castro 监狱诉秘鲁案中，美洲人权法院裁定，禁止危害人类罪是一般国际法强制性规范的一部分。²⁵⁵ Miguel Castro-Castro 监狱案的判决本身是根据 Almonacid-Arellano 诉智利一案的判决作出，在后一项判决中，法院先从《纽伦堡原则》切入，对实践进行了评估，继而得出结论认为，禁止危害人类罪是一项强行法规范。²⁵⁶ 美洲委员会同样也确认了禁止危害人类罪的强行法地位。²⁵⁷

86. 禁止危害人类罪的强制性地位在国内法院的裁决同样也已得到肯定。例如，在美国，纽约州东区地区法院引证谢里夫·巴西奥尼的观点指出，²⁵⁸ 禁止危害人类罪“在习惯国际法中已经存在了逾一个世纪之久”，并且“也已被视为强行法——居于国际法律规范金字塔的最顶端——的一部分”。²⁵⁹ 阿根廷最高法院在 Mazzeo, Julio Lilo 一案中，称强行法是各国必须无条件遵守的级别最高的国际法，并指出强行法“禁止实施危害人类罪，即使在战争时期也是如此”。²⁶⁰ 在其他法

²⁵⁴ 例如，见检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang 案，案件编号 ICC-01/09-01/11，国际刑事法院审判庭 2013 年 6 月 18 日就 Ruto 先生免于出庭受审的请求作出的裁决，第 90 段（“众所公认，禁止危害人类罪享有强行法地位。相比之下，民主作为一项国际法律规范，其强行法地位迄今未获公认。因此，倘或发现两种规范之间存在任何冲突，必须先将对民主的考量暂搁一旁，首先彻查民选官员对危害人类罪行应负的刑事责任”）。

²⁵⁵ Miguel Castro-Castro 监狱诉秘鲁案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2006 年 11 月 25 日，第 402 段。

²⁵⁶ Almonacid-Arellano 等人诉智利案，判决(初步反对意见、案情实质和诉讼费用)，美洲人权法院，2006 年 9 月 26 日，C 辑，第 154 号，第 99 段。另见 Goiburú 案(前注 119)，第 128 段，在该段中，法院称禁止酷刑和禁止强迫失踪均构成危害人类罪，属于强行法方面的罪行。又见 Manuel Cepeda Vargas 诉哥伦比亚案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2010 年 5 月 26 日，C 辑，第 213 号，第 42 段。

²⁵⁷ 例如，见 Manuel Cepeda Vargas 诉哥伦比亚共和国案，案件编号 12.531，裁决，美洲人权委员会，2008 年 11 月 14 日，脚注 66；Julia Gomes Lund 等人(Guerrilha do Araguaia)诉巴西案，案件编号 11.552，裁决，美洲人权委员会，2009 年 3 月 26 日，第 185 段(其中，调查和起诉危害人类罪行的责任被认定属于强行法)；Juan Gelman 等人诉乌拉圭案，案件编号 12.607，裁决，美洲人权委员会，2010 年 1 月 21 日，第 66 段；Marino Lopez 等人(Operation Genesis)诉哥伦比亚案，案件编号 12.573，案情实质，裁决，美洲人权委员会，2011 年 3 月 31 日，第 64/11 号报告，第 256 段，见脚注 275。

²⁵⁸ M. Cherif Bassiouni, “Crimes against humanity”, in R. Gutman and D. Rieff(eds.) *Crimes of War: What the Public Should Know*(New York, Norton, 1999), pp. 135–136。

²⁵⁹ 橙剂产品责任诉讼，判决，美国纽约州东区地区法院，2005 年 3 月 28 日，见第 136 页。

²⁶⁰ Mazzeo, Julio Lilo 等人案，判决，阿根廷最高法院，2007 年 7 月 13 日，第 15 段（“Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra” [该法是级别最高的国际法渊源，各国必须无条件遵守，该法禁止实施危害人类罪，即使在战争时期也是如此]）。另见 Arancibia

域内，有裁决认为，与惩治危害人类罪有关的规则(例如不适用任何法定时效以及预防和惩治义务)构成国际法强制性规范。²⁶¹ 同样，南非宪法法院在其就警察总监诉南非诉讼中心案作出的判决中，虽未明确将禁止危害人类罪称为强行法，但似乎认可此禁令的强行法地位：

除了酷刑之外，对于海盗行为、奴隶贸易、战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪和种族隔离等国际罪行，各国必须予以禁止，即使在没有具有约束力的国际条约法的情况下也须如此，因为这类行为“违背了世界公共秩序赖以系的价值观，关乎所有国家的利益”。²⁶²

87. 上段中引证的这段摘录虽与危害人类罪作为强行法方面的一种罪行的地位没有直接关系，但其中有两点值得注意。第一点，除海盗罪行外，国际法院所确定的罪行清单与国际法委员会在国家责任条款中给出的最被广泛援引的强行法规规范示例清单相吻合。第二点，国际法院在描述这些罪行时所使用的语言与起草委员会暂时通过的描述性特征，即保护“世界公共秩序赖以系的价值观”，大致无二。²⁶³ 此外，其他一些裁决，例如肯尼亚上诉法院的裁决，用以描述禁止危害人类罪的语言亦肯定了此禁令的不可克减性。²⁶⁴

88. 如前所述，国际法委员会在 2017 年一读暂时通过的危害人类罪条款草案的序言中承认，禁止危害人类罪是一般国际法强制性规范。各国就该套条款草案序言段落作出的书面答复也表明，各国普遍承认禁止危害人类罪具有强制性。截至本报告²⁶⁵ 撰写之时，特别报告员共收到 33 份书面评论，²⁶⁶ 这当中，只有法国这一个国家对纳入该序言段落提出了质疑。值得注意的是，法国在其提交的书面材料中并没有质疑该序言段落的正确性，仅是表示初步怀疑纳入该序言段落是

Clavel, Enrique Lautaro 案，判决，阿根廷最高法院，2004 年 8 月 24 日，第 28 段，以及检察官办公室诉 Priebke 案，判决，阿根廷最高法院，1995 年 11 月 2 日，第 2 至 5 段。

²⁶¹ 例如，见 Exp No. 0024-2010-PI/TC，判决，秘鲁宪法法院，2011 年 3 月 21 日，第 53 段。

²⁶² 警察总监诉南非诉讼中心案，判决，南非宪法法院，2014 年 10 月 30 日，第 137 段。

²⁶³ 起草委员会暂时通过的结论草案 2(见起草委员会主席 2017 年 7 月 26 日发言(前注 40)，附件)提到了保护“国际社会的基本价值观”。

²⁶⁴ 见总检察长等人诉国际法学家委员会肯尼亚分会案，判决，肯尼亚上诉法院，2018 年 2 月 16 日，见第 44 页。

²⁶⁵ 危害人类罪专题特别报告员肖恩·墨菲先生在第四次报告(A/CN.4/725 和 Add.1)中，不仅研究了所收到的书面评论，还审议了各国在第六委员会辩论期间的口头发言。报告显示，其他国家在第六委员会进行发言时，对纳入该序言段落提出了质疑，它们给出的理由多种多样，其中包括：所涉强制性规范目前尚在另一个专题中进行审议；该序言段落的评注几乎不能为该段提供任何支持；就一个侧重于刑事定罪和个人刑事责任的专题而言，该序言段落格格不入。

²⁶⁶ 阿根廷、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、巴西、加拿大、智利、哥斯达黎加、古巴、捷克共和国、萨尔瓦多、爱沙尼亚、法国、德国、希腊、以色列、日本、列支敦士登、马耳他、摩洛哥、新西兰、北欧国家(丹麦、冰岛、瑞典、芬兰、挪威)、巴拿马、秘鲁、葡萄牙、塞拉利昂、新加坡、瑞士、乌克兰、联合王国和乌拉圭。见 A/CN.4/726。

否适当，因为强行法这个问题当时尚在另一个专题中进行审议。²⁶⁷ 大多数评论甚至根本没有提到这个将禁止危害人类罪称为国际法强制性规范的段落——这表明，在这些国家看来，该段落只不过是陈述了一个再明显不过的事实，实无提及之必要。除法国外，其他就此作出评论的国家均表示赞同。例如，比利时称，“序言草案非常恰当地指出，禁止危害人类罪是一项一般国际法强制性规范(强行法)”。²⁶⁸ 联合国仅表示注意到该段，指出“国际法委员会先前就已经提出过此观点”。²⁶⁹ 同样，塞拉利昂在书面评论中也仅在评论大赦问题时，表示注意到禁止危害人类罪的强行法地位。²⁷⁰

89. 不出所料，禁止危害人类罪属于强行法规范这个观点在学术著作中亦得到充分佐证。²⁷¹ 凡提供强行法规范清单的学术作者，无不将禁止危害人类罪列入其中。²⁷² 即便那些未明确将禁止危害人类罪认定为强行法的作者，也倾向于认为此禁令具有强制性地位。²⁷³ 例如，蕾拉·萨达特。她虽然没有明确表示禁止危害人类罪就是强行法，但却评论称，委员会危害人类罪条款草案“包含详尽周密的国家间合作、司法协助和执法条款，宜被确立为针对违反强行法罪行的公约”。²⁷⁴ 在这方面，克里斯托弗洛指出，“禁止危害人类罪的强制性质镌刻在其他强行法规范的规范发展之中”。²⁷⁵

²⁶⁷ 同上(“尽管如此，对于将禁止危害人类罪界定为一般国际法强制性规范是否可取仍存在一定质疑，一方面是因为委员会关于“一般国际法强制性规范(强行法)”专题的工作目前尚在进行中，另一方面是因为《罗马规约》的序言本身并未予以提及。”)。

²⁶⁸ 同上。另见巴拿马的书面评论。

²⁶⁹ 同上。

²⁷⁰ 同上。

²⁷¹ 例如，见 Den Heijer 和 Van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”(前注 158)，第 9 页。

²⁷² 例如，见 Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate ...”(前注 72)，第 53 页； Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”(前注 186)，第 197 页； L.J. Kotzé, “Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 241–272, at p. 243; Criddle and Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”(前注 231)，第 369 页；以及 E. de Wet, “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, in D. Shelton(ed.)*The Oxford Handbook of International Human Rights Law*(Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 541–561。

²⁷³ 例如，见 D. Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), 第 23–50 页，特别是见第 37 页，其中，作者指出，除了令条约归于无效外，强行法还有为追究危害人类罪行实施者的责任提供法律依据这项功用。

²⁷⁴ L.N. Sadat, “A contextual and historical analysis of the International Law Commission’s 2017 draft articles for a new global treaty on crimes against humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16(2018), pp. 683–704, at pp. 688 and 700(“同样，考虑到当前的国家和国际实践，并且有鉴于禁止危害人类罪的强制性性质，此处的措辞应该更为强烈才对”)。

²⁷⁵ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*(前注 186)，第 219 页。

90. 以上关于来源的简短调查表明，禁止危害人类罪作为一项被接受并公认为不容克减的规范，无论在实践中还是在理论中都有其稳固根基。

6. 禁止种族隔离和种族歧视

91. 同前文讨论禁止侵略时一样，在审议禁止种族隔离时，有必要先从一个术语问题切入。此专题的名称，在某些情况下，被提述为“禁止种族隔离”，而在某些情况下，又被提述为“禁止种族歧视”。在本第四次报告中，特别报告员将全文沿用国家责任条款草案第 40 条评注中的提述，即“禁止种族隔离和种族歧视”，惟在直接引语使用不同术语的情况下除外。就本专题而论，这一短语既非分指两项禁令，即禁止种族歧视与禁止种族隔离(也分单指禁止种族歧视或禁止种族隔离)。相反，它旨在表示一种综合行为，即禁止以种族歧视为重要组成部分的种族隔离。为此，《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》从广义上对种族隔离作了界定，其中包括“南部非洲境内所推行的种族分离和种族歧视的类似政策和办法”，并涵盖若干具体行为。²⁷⁶

92. 第二个切入点是，种族隔离行为是被作为危害人类罪加以禁止。如果恰如上文分析所示，即危害人类罪属于强行法上的罪行，那么不言而喻，构成危害人类罪的种族隔离行为本身也会被强制禁止。与危害人类罪一样，国际法院并未明确认定禁止种族隔离和种族歧视就是一项强行法规范。不过，国际法院在就巴塞罗那电车有限公司案发表的著名声明中，将禁止种族歧视划入了具有普遍适用性的规范之列。法院称，该普遍适用义务

在当代国际法中，源自禁止侵略行为和灭绝种族行为两项禁令，以及关于人的基本权利，包括免遭奴役和种族歧视的原则和规则。²⁷⁷

93. 值得注意的是，国际法院提供的例子在国际法委员会的强行法规范示例清单中均有涵盖。此外，特别报告员与佩雷特和谢里夫·巴西奥尼一样认为，普遍适用义务和强行法虽为两个不同的概念，但二者之间有其关联性，即一者(强行法)涉及规则的内容，另一者(普遍适用)指明规则的适用对象，并且是前者的一种后果。²⁷⁸ 法院在就纳米比亚问题发表的咨询意见中认定，南非境内推行的种族隔

²⁷⁶ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973 年 11 月 30 日，纽约)，联合国，《条约汇编》。第 1015 卷，第 14861 号，第 243 页，第二条。第二条中明令禁止的行为包括：用特定方式剥夺一个或一个以上种族团体的一个或一个以上成员的生命和人身自由的权利；对一个或一个以上种族团体故意加以旨在使其全部或局部灭绝的生活条件；旨在阻止一个或一个以上的种族团体参与该国政治、社会、经济和文化生活的任何立法措施及其他措施；旨在通过为一个或一个以上种族团体的成员建立单独的保留区或居住区这种方式，按照种族界线分化人民的任何措施，包括立法措施；剥削一个或一个以上种族团体的成员的劳力；迫害反对种族隔离的组织或个人，剥夺其基本权利和自由。

²⁷⁷ 《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，见第 32 页，第 34 段。

²⁷⁸ Pellet, “Conclusions”(前注 235)，第 418 页(“Les règles fondamentales de l’ordre juridique international”, en particulier le *ius cogens* et les obligations *erga omnes* – sans d’ailleurs que l’on sache très bien s’il s’agit d’un seul et même concept ou de deux choses différentes – même si pour ma part ...

离和种族政策构成“剥夺基本人权，公然违反了《宪章》的宗旨和原则”。²⁷⁹ 这无疑是一种迹象，虽然并不确定，但至少表明国际法院会将禁止种族隔离和种族歧视作为强行法的一个例子。

94. 承认禁止种族隔离和种族歧视是一般国际法强制性规范的国家实践同样十分充分。例如，联合国大会和安全理事会各有多项决议证明禁止种族隔离和种族歧视具有不可克减性。1960年，大会确定“各民族之受异族奴役、统治与剥削，乃系否定基本人权，违反《联合国宪章》……”。²⁸⁰ 虽然该宣言没有具体涉及种族隔离和种族歧视，但它为后续宣言声明抵制种族隔离和种族歧视政策奠定了基础。例如，1965年，大会宣布“所有国家均应致力于各种形式及表现之种族歧视及殖民地主义之彻底消除。”²⁸¹ 值得注意的是，该决议为所有国家，而不仅仅是受影响国家，创设了一项致力于彻底消灭对人民之种族歧视和统治的义务。第三次报告指出，这是国际法强制性规范的主要后果之一——所有国家都负有合作消除违反强行法行为所致法律后果的义务。

95. 此外，有关决议不仅要求各国合作消除歧视性政策，而且它们似乎还，或可以被解读为还免除了打击种族隔离和种族歧视祸害的解放运动遵守国际法特定规则的义务，目的是让受影响民族从种族统治和种族隔离下解放出来。例如，大会关于侵略定义的决议附有一项限制性规定，即该定义“绝不”妨碍“在殖民和种族主义政权或其他形态的外国统治下的人民……”为取得这些权利而“进行奋斗并寻求和接受支援”的权利。

96. 大会还通过了多项专门针对南非和种族隔离问题的决议和宣言。1975年，大会通过了关于联合国对南非被压迫人民的特别责任的决议，在该决议中，大会宣布“联合国和国际社会”对“南非被压迫人民和他们的解放运动”负有特别责任，

je pense qu'il s'agit de deux notions distinctes: la caractèrè *cogens* d'une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l'expression *erga omnes* attire plutôt l'attention sur ses destinataires” [“国际法的基本规则”，特别是强行法和普遍适用义务——虽然并不十分清楚二者是共同构成一个单一的概念还是两个不同的概念——但我个人认为，它们是两个不同的概念：规范的强行性质涉及规范实际内容的特质；而普遍适用这一表述则是提请注意规范的适用对象]；Cherif Bassiouni, “International crimes ...”(前注 219)，第 63 页，其中，作者指出，强行法一词“指的是特定规范的法律地位”，而“普遍适用义务……属于强行法的特征所产生的法律影响”。

²⁷⁹ 《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留住纳米比亚(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，见第 57 页，第 131 段。

²⁸⁰ 1960 年 12 月 14 日大会第 1514(XV)号决议，《关于准许殖民地国家及民族独立的宣言》，第 1 段。

²⁸¹ 1965 年 12 月 21 日大会第 2131(XX)号决议，《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》，第 6 段。另见大会第 2625(XXV)号决议，《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》，附件，第 1 段(兹郑重宣布[下列原则]……各国应合作促进对于一切人民人权及基本自由之普遍尊重与遵行，并消除一切形式之种族歧视……)。

助力推动终结种族隔离。²⁸² 其后，大会又在第 32/105 J 号决议中重申“南非被压迫人民……的斗争是合法的”，将南非境内推行的政策描述为“种族隔离的罪恶政策”。²⁸³ 在该决议中，大会甚至认可民族解放运动有“以他们所选择的一切可用和适当的手段进行夺权斗争包括武装斗争的不可剥夺权利”。²⁸⁴ 重要的是，在该决议中，大会还宣告“国际社会应向南非民族解放运动[为推翻种族隔离而进行的斗争]提供一切援助”，这与所有国家必须合作以终结违反强行法行为的义务相一致。²⁸⁵ 大会在很长一段时间内通过了许多类似的决议，用“不人道”等词语来形容种族隔离，并呼吁国际社会协助消除种族隔离。²⁸⁶ 虽然这些决议没有使用“强行法”或“强制性规范”等字眼，但其中用以描述此项禁令的语言与关于灭绝种族行为和酷刑的描述性语言大致无二。

97. 必须指出，不仅大会通过了一系列关于种族隔离和种族歧视非法性和不人道性的决议，安全理事会也通过了多项决议。1984 年，安全理事会在一项措辞强硬的决议中，将种族隔离和种族歧视描述为“违背人类良知、破坏人类尊严的罪行”，并谓之“有违人的权利和尊严”²⁸⁷——这一语言让人联想到国际法院关于对《灭绝种族罪公约》的保留问题的咨询意见中被广为征引的对灭绝种族罪行的描述。²⁸⁸ 安全理事会规定，联合国会员国必须采取各种措施制裁南非，这反映了所有国家必须合作以终结严重违反强行法行为(此处即为“种族隔离和种族歧视”)且不得援助保持此种违反强行法行为所致状况这一义务。²⁸⁹

98. 种族隔离政策及其附带的其他歧视性政策是一种震撼人类良知的危害人类罪行，必须坚决彻底地予以抵制，这一点已经明文载入《禁止并惩治种族隔离罪行国

²⁸² 1975 年 11 月 28 日大会第 3411 C(XXX)号决议，《联合国和国际社会对南非被压迫人民的特别责任》，第 1 段。

²⁸³ 1977 年 12 月 14 日大会第 32/105 J 号决议，《援助南非民族解放运动》，第 2 至 3 段。

²⁸⁴ 同上，第 3 段。

²⁸⁵ 同上，第 4 段。

²⁸⁶ 除上述决议外，见 1976 年 10 月 26 日大会第 31/6 A 号决议，《所谓独立的特兰斯凯和其他的班图斯坦》，第 1 段(“强烈谴责建立班图斯坦，意图巩固不人道的种族隔离政策。”)。另见 1979 年 12 月 12 日大会第 34/93 O 号决议，《关于南非的宣言》；1984 年 12 月 13 日大会第 39/72 A 号决议，《全面制裁种族隔离政权和支持南非境内的解放斗争》；以及 1984 年 12 月 13 日大会第 39/72 G 号决议，《采取协调一致的国际行动消灭种族隔离》。

²⁸⁷ 安全理事会第 473(1980)号决议，第 3 段。另见安全理事会第 418(1977)号决议；安全理事会第 554(1984) 号和第 569(1985)号决议。

²⁸⁸ 对《灭绝种族罪公约》的保留(前注 220)，见第 23 页(“联合国意欲谴责和惩治灭绝种族行为，视之为‘国际法上的一种罪行’，因为此等行为否认整个人类的生存权，此种否认震撼人类良知，致使人类蒙受重大损失，与道德法以及联合国的精神和宗旨大相悖谬”)。

²⁸⁹ 例如，见安全理事会第 418(1977)号决议；安全理事会第 569(1985)号决议；以及安全理事会第 591(1986)号决议。

际公约》。²⁹⁰ 在序言部分,《公约》缔约国谴责“种族分离和种族隔离”并承诺“防止、禁止和根除[种族分离和种族隔离]的一切办法”。²⁹¹ 《公约》缔约国宣布,种族隔离是“危害人类的罪行”,与种族隔离罪行有关的“不人道行为”,例如种族分离和种族歧视,“都是违反国际法原则,特别是违反《联合国宪章》的宗旨和原则的罪行”。²⁹² 此外,《公约》规定,凡实施或协助实施或协同实施种族隔离罪行的,“不论出于什么动机”,即应承担罪责,这与严重违反强行法行为的后果相吻合。²⁹³

99. 禁止种族隔离和种族歧视的强制性在国内法院的司法判决中同样得到承认。例如,在瑞士 A 诉联邦经济事务部案中,禁止种族歧视和不平等被视为强行法规范的一个例子。²⁹⁴ 同样,在侨居尼加拉瓜美国公民委员会一案中,美国上诉法院将禁止种族歧视归入了强行法规范之列。²⁹⁵ 在 Sarei 诉力拓案中,美国上诉法院表示,“关于国家有系统地实施种族歧视的行为构成违反强行法规范这一主张有大量实证支撑”。²⁹⁶

100. 学术著述也普遍承认禁止种族隔离和种族歧视属于强行法规范。²⁹⁷ 关于这些对禁止种族隔离和种族歧视作为强行法规范的明确承认,佩雷特的评论可谓一针见血,他说,“毫无疑问,是对种族歧视的普遍(官方)谴责促成了禁止种族歧视的‘强制化’(至少就大规模和(或)有系统地实施的种族歧视而言是如此)”。²⁹⁸

101. 上述讨论表明,委员会将禁止种族隔离和种族歧视列入最常被援引的强行法规范示例清单的决定有理有据。

²⁹⁰ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》。

²⁹¹ 同上,序言部分第四段(着重号为后加)。

²⁹² 同上,第一条。

²⁹³ 同上,第三条。

²⁹⁴ A 诉联邦经济事务部案(前注 182),第 8.2 段。

²⁹⁵ 侨居尼加拉瓜美国公民委员会诉里根总统案(前注 182),见第 941 页。另见 *Siderman de Blake* 诉阿根廷案(前注 214),见第 717 页。

²⁹⁶ Sarei 诉力拓案(前注 240),见第 19378 页。

²⁹⁷ 见 J. Dugard, *Confronting Apartheid: A Personal History of South Africa, Namibia and Palestine* (Johannesburg, Jacana, 2018), pp. 86 and 137。另见 Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”(前注 230),第 324 页,脚注 37; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(前注 186),第 16 页; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*(前注 150),第 222 页; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*(前注 186),第 41 页; De Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”(前注 82),第 616 页; Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*”(前注 234),第 162 页; 以及 Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law”(前注 186)。

²⁹⁸ Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin ...”(前注 87),第 85 页。

7. 禁止奴隶制

102. 众所周知，现代世界中可以称得上典型奴隶制的案例并不多见。因此，国际法院不曾就禁止奴隶制作出任何裁决，因而也就没有触及禁止奴隶制作为强行法规范的地位。与处理禁止种族隔离和种族歧视的方式一样，法院对禁止奴隶制所享强行法地位的承认是间接的，是通过将此禁令列入创设普遍适用义务的规则清单来实现的。²⁹⁹ 然而，禁止奴隶制是几乎被普遍接受的国际法强制性规范经典例子之一。³⁰⁰ 此禁令作为一项不容克减的规范的地位，在国家实践中，特别是在多边文书中已获承认。

103. 禁止奴隶制具有强行法地位的证据可在国家通过多边文书的实践中找到。首先对奴隶制发出谴责的国际文书是 1815 年《关于普遍废除奴隶贸易的宣言》。³⁰¹ 1948 年，《世界人权宣言》获得通过，其中规定，“任何人不得使为奴隶或奴役”，而且“一切形式的奴隶制度和奴隶买卖，均应予以禁止”。³⁰² 在《反对种族主义德班宣言》中，世界各国领导人承认“奴役和奴隶贸易……是人类历史上令人震惊的悲剧”，其原因“不仅在于其骇人听闻的野蛮”。³⁰³ 《宣言》进一步承认“奴役和奴隶贸易……是危害人类罪，这一点自始至终不变……”。³⁰⁴

104. 禁止奴隶制的绝对性和不可克减性在条约实践中同样明显可见。在 1926 年《禁奴公约》中，缔约各国承诺防止和惩罚“奴隶制”和“奴隶的贩卖”。³⁰⁵ 《公约》所载的这项承诺受到若干限定性表述的制约，这些限定性表述使人不禁怀疑此禁令当时的不可克减性。³⁰⁶ 首先，缔约各国承诺“逐步地和尽速地”结束奴隶

²⁹⁹ 巴塞罗那电车有限公司案(前注 277)，第 32 页，第 34 段。

³⁰⁰ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (前注 158)，第 216 页(“禁止奴隶制被归入当代国际法中出现的首批无可争议的强制性规范之列”)。

³⁰¹ 《关于普遍废除奴隶贸易的宣言》(1815 年 2 月 8 日)，《条约汇编丛书》，第 63 卷，第 473 号。另见 D. Weissbrodt 和反奴隶制国际，《废除奴隶制及其当代形式》(联合国，2002 年，纽约和日内瓦；HR/PUB/02/4)，第 3 页。

³⁰² 第四条。

³⁰³ 反对种族主义、种族歧视、仇外心理和相关不容忍行为世界会议通过的《德班宣言》，见载于《反对种族主义、种族歧视、仇外心理和相关不容忍行为世界会议(2001 年 8 月 31 日至 9 月 8 日)报告》，A/CONF.189/12，第 5 页，见第 13 段。

³⁰⁴ 同上。

³⁰⁵ 《禁奴公约》(1926 年 9 月 25 日，日内瓦)，国际联盟，《条约汇编》，第一零九卷，第 1414 号，第 253 页，第二条(甲)和(乙)项。

³⁰⁶ 见 Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (前注 158)，第 216 页(“但 1926 年《公约》并未强制废除[]奴隶制。第二条仅是规定，缔约各国承诺逐步地促成完全消灭一切形式的奴隶制”)。

制。³⁰⁷ 这一限定性表述似乎暗含缔约各国认为此禁令可予克减之意。然而，关于该限定性表述，与其说是一种规范性的限定性表述，倒不如说是一种实证性接受：奴隶制固然完全违法，但它的的确确已然发生。就像危害人类罪一样，尽管它为强行法规范所绝对禁止，但今天仍有发生之可能。这种观点有事实佐证：处以严厉刑罚的义务是即时义务，不受逐步消灭这一限定性表述的制约。³⁰⁸ 虽是如此，《公约》确实规定，在某些严格条件下，“强迫劳动”可以继续合法地存在，由此确立了处理强迫劳动问题的过渡安排。³⁰⁹ 然而，当时强迫劳动并未被定性为奴隶制。该《公约》对奴隶制的定义是被施加某种形式的所有权的人所处的状况，³¹⁰ 而在强迫劳动中，劳动者无一例外地能够获得报酬，而且不得强迫他们变更习惯居住地点。³¹¹ 1956年《补充公约》将此禁令的适用范围扩大至涵盖类似奴隶制的做法，包括强迫劳动。³¹²

105. 除1926年《禁奴公约》及其1956年《补充公约》外，其他非奴隶制专项条约也规定必须绝对且毫不克减地禁止奴隶制。《公民权利和政治权利国际公约》这个例子就很可能说明问题。其中，第八条规定，“一切形式的奴隶制度和奴隶买卖”以及“役使”均应予以禁止。该《公约》虽然规定某些权利可予克减，但明文排除了对禁止“一切形式的奴隶制度和奴隶买卖”和“役使”加以克减的可能性。³¹³ 《1949年内瓦四公约第二附加议定书》同样规定，“各种形式的奴隶制度和奴隶贩卖”“在任何时候和在任何地方均应禁止”。³¹⁴ 还有其他一些条约以某种方式，绝对地禁止奴隶制和(或)将奴隶制定性为犯罪，其中包括《非洲人权和

³⁰⁷ 《禁奴公约》，第二条(乙)项。

³⁰⁸ 例如，见第六条，该条规定，缔约国有义务对奴隶制采取“严厉的刑罚”措施。这项义务不受第二条(乙)项中“逐步地”这一限定词的制约。

³⁰⁹ 同上，第五条。

³¹⁰ 同上，第一条(“奴隶制为被施加附属于所有权的任何或一切权力的人所处的状况或条件”)。

³¹¹ 同上，第五条第(二)款(“在此项强迫或义务劳动持续期间，只有在给予适当报酬并且在不强加变更习惯居住地点的条件，才能以破格的名义，予以雇用”)。

³¹² 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》(1956年9月7日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第226卷，第3822号，第40页。

³¹³ 《公民权利和政治权利国际公约》，第四条第2款。

³¹⁴ 《一九四九年八月十二日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)(1977年6月8日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17513号，第609页，第四条第二款第(六)项。

民族权宪章》、³¹⁵ 将奴役列为一种危害人类罪行的《国际法院罗马规约》³¹⁶ 以及《关于预防和惩治贩运人口行为的补充议定书》。³¹⁷

106. 除了多边文书形式的国家实践之外，国内法院也承认禁止奴隶制是强行法规范。³¹⁸ 此禁令的强制性地位在区域法院的裁决中，特别是在美洲法院的裁决中同样得到承认。例如，在 *Aloeboetoe 诉苏里南* 一案中，美洲法院认为，荷兰与萨拉马卡族群之间就奴隶运输订立的条约是“无效的，因为它与在其之后出现的强行法规范相抵触”。³¹⁹ 在 *内格罗河屠杀诉危地马拉案* 中，美洲法院认为，不予调查和起诉“奴隶制和非自愿奴役”的做法违反了“不可克减的规范(强行法)”。³²⁰ 禁止奴隶制在学术著述中也被承认为强行法规范。³²¹ 禁止奴隶制这项强行法禁令被接受程度如此之高，以至于特林达德法官曾下断言称，“据我认为，没有人……敢否认，诸如奴隶工作等现象……同样是对普遍法律良知的践踏，有效地

³¹⁵ 《非洲人权和民族权宪章》，第五条(“对人的一切形式的剥削和侮辱，尤其是奴隶制、奴隶贸易、酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的处罚或待遇，均应予以禁止”)。

³¹⁶ 《国际刑事法院罗马规约》，第七条第(一)款第3项和第七条第(二)款第3项。

³¹⁷ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(2000年11月15日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2237卷，第39574号，第319页。特别是见第3条(a)项中关于“人口贩运”和“剥削”的定义。另见第3条(b)项，该项规定，被害人表示的“同意”并非对其施以剥削的正当理由。

³¹⁸ *Okenyo 诉总检察长案*，2012年3月29日判决，第61段；*RM 诉总检察长案*(前注237)；*侨居尼加拉瓜美国公民委员会诉里根总统案*(前注182)，见第941页；*美国诉 Yousef 案*，判决，美国第二上诉法院，2003年4月4日，见第94页及其后各页，其中，法院指出，具有强行法性质的国际法规则为数寥寥，并举出如下例子加以说明：就开展奴隶贸易订立的条约定然无效，而就开展象牙贸易订立的条约，即便有违某些国际法规则，也不会告于无效；*Siderman de Blake 诉阿根廷案*(前注214)，见第714页；*Yousuf 诉 Samantar 案*(前注214)，见第19页。另见 *R 诉 Tang 案* 中卡比法官的意见，判决，澳大利亚高等法院，2008年8月28日，第110至117段。

³¹⁹ *Aloeboetoe 等人诉苏里南案*，赔偿数额和诉讼费用，判决，美洲人权法院，1993年9月10日，C辑，第15号，第57段。

³²⁰ *内格罗河屠杀诉危地马拉案*，判决，美洲人权法院，2012年9月4日，C辑，第250号，见第227段。

³²¹ 例如，见 Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”(前注230)，第324页，脚注37。另见 A. Verdross, “*Jus dispositivum and jus cogens in international law*”, *American Journal of International Law*, vol. 60(1966), pp. 55–63, at p. 59; Mik, “*Jus cogens in contemporary international law*”(前注167)，第59页；S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 147–172, at p. 151; Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”(前注232)，第495页；Criddle and Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”(前注231)，第355页；Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*(前注186)，第41页；Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(前注186)，第16页；Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*”(前注234)，第162页；Cherif Bassiouni, “International crimes ...”(前注219)，第70页；以及 Cottier, “Improving compliance: *jus cogens* and international economic law”(前注186)，第133页。

与强行法的强制性规范大相悖谬”。³²² 同样，邓·海耶尔和万·德·威尔特也将禁止奴隶制划入强行法规范之列，认为此归类“无可争议”。³²³ 克里斯托弗洛亦是如此，他说“全面禁止奴隶制和奴隶贸易在国际公法中已经取得普遍的强制性，这一点似乎已无可争议”。³²⁴

107. 从上述简短说明中可以得出结论，委员会将禁止奴隶制列入强行法规范显著范例清单理据充分。上述讨论虽然没有列明全面禁止奴隶制和奴隶贸易具体禁止哪些类型的行为，但鉴于所述文书无一例外地规定“一切形式”的奴隶制均应予以禁止，可以说现代形式的奴隶制，无论其定义为何，都在此禁令的适用范围之内。

8. 自决权

108. 自决权是委员会先前认定属于强行法规范的另一项规范。自决权是强行法的一项经典规范，其强制性地位几乎被普遍接受。在第六委员会关于国际法委员会第七十届会议(2018年)工作报告的辩论期间，确有一个国家所持意见与委员会先前的结论相反，认为自决权的强行法地位“值得商榷”。³²⁵ 特别报告员认为，国际法委员会先前关于自决权的结论有实践为据，而且委员会在先前提供的清单中列入此权利并无错误，具体理由将在本报告下文几个段落中加以阐明。

109. 前文已对普遍适用义务与强行法之间的关系加以论述，并指明特别报告员的观点是后者源于前者。国际法院在对东帝汶案的判决中指出，“认为人民自决权系从《宪章》和联合国惯例演变而来，因而具有普遍适用性的主张无可指摘”，³²⁶ 它将自决原则称为“当代国际法的基本原则之一。”³²⁷ 早在东帝汶案之前，国际法院就曾分别在关于纳米比亚问题和西撒哈拉问题的咨询意见中强调自决权的重要性。³²⁸ 另外，国际法院还在关于隔离墙问题的咨询意见中承认尊重自决权的义务具有普遍适用性。³²⁹ 不仅如此，国际法院还对违反尊重自决权这项义务的行为适用了

³²² Cançado Trindade, “*Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*”(前注 219), 第 13 页。

³²³ Den Heijer and Van der Wilt, “*Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law*”(前注 158), 第 9 页。

³²⁴ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (前注 158), 第 219 页。

³²⁵ 以色列(A/C.6/73/SR.27)。

³²⁶ 《东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)》, 1995 年国际法院案例汇编》, 第 90 页, 第 102 页, 第 29 段。

³²⁷ 同上。

³²⁸ 相关概况, 见纳米比亚问题(前注 279); 《西撒哈拉问题, 咨询意见》, 1975 年国际法院案例汇编》, 第 12 页。

³²⁹ 《在被占巴勒斯坦领土上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, 特别是见第 171 至 172 页和第 196 页, 第 88、149 和 155 段。

严重违反强行法的后果——特别是必须合作以结束严重违反强行法行为所致状况的义务。³³⁰

110. 自决权的强行法地位在多方文书领域的国家实践中同样已获承认。例如，联合国大会已在诸多决议中宣告自决权的这一根本性质。在这方面，1960年《给予殖民地国家和人民独立宣言》大概算是最重要的文书之一了，该《宣言》将自决权规定为一项绝对权力，国际法院亦援引该《宣言》来论证此项权力具有普遍适用性。³³¹ 与之处于同等重量级的文书还有1970年《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》。³³² 该《宣言》序言部分称自决原则“至为重要”，³³³ 而且《宣言》还数度强调了自决权的重要性。³³⁴ 此外，1965年《不容干涉各国内政和保护各国独立和主权的宣言》规定，“所有国家均应尊重各民族及国家之自决及独立权利，俾能在不受外国压力并绝对尊重人权及基本自由之情形下，自由行使。”³³⁵ 自决权的重要性和根本性质在联合国大会关于侵略定义的第3314(XXIX)号决议中显而易见，该决议规定，大会所识别的关于侵略的任何规则“绝不妨碍……自决……权利”。³³⁶ 自决权的根本性质在针对具体国家的决议中亦得到申明。³³⁷ 大会还曾宣布某项协定因与自决权相抵触而告于无效。³³⁸

³³⁰ 同上，第159段(“所有国家[都有义务]……确保终止任何通过建墙而对巴勒斯坦人民行使自决权造成阻碍的行为”)。

³³¹ 大会第1514(XV)号决议，特别是第1和2段。见纳米比亚问题(前注279)，第31页，第52段，其中，国际法院认为《宣言》是自决权普遍适用性发展过程中的“又一重要阶段”，涵盖了“尚未实现独立”的所有民族和领土。

³³² 1970年10月24日大会第2625(XV)号决议，附件。

³³³ 同上，序言部分第十四段。

³³⁴ 例如：“根据《联合国宪章》所尊崇之各民族享有平等权利及自决权之原则，各民族一律有权自由决定其政治地位，不受外界之干涉，并追求其经济、社会及文化之发展，且每一国均有义务遵照宪章规定尊重此种权利”；“每一国均有义务依照《宪章》规定，以共同及个别行动，促进各民族享有平等权利及自决权原则之实现，并协助联合国履行《宪章》所赋关于实施此项原则之责任”；以及“每一国皆有义务避免对阐释各民族享有平等权利与自决权原则时所指之民族采取剥夺其自决、自由及独立权利之任何强制行动”。

³³⁵ 大会第2131(XX)号决议，附件，第6段。

³³⁶ 大会第3314(XXIX)号决议，附件，第七条。

³³⁷ 例如，见2011年12月19日大会第66/146号决议，其中，大会先是在序言部分回顾指出，国际法院曾将自决权称为一项普遍适用义务，继而在执行部分第1段中重申了巴勒斯坦人民的自决权利。另见2012年11月29日大会第67/19号决议，《巴勒斯坦联合国的地位》，其中，除其他外，提到“巴勒斯坦人民不可剥夺的权利，首先是自决权……”(序言部分第九段)。关于针对南非的决议例子，见大会第32/105 J号决议，第2段；及第34/93 O号决议，第3段。

³³⁸ 1978年12月7日大会第33/28 A号决议，《巴勒斯坦问题》，第4段(“旨在解决巴勒斯坦问题的协定只有在联合国及其《宪章》和决议的范围内，以巴勒斯坦人民充分实现和行使其不可剥夺的权利为基础，包括返回其家园并在巴勒斯坦实现国家独立和主权的权利，并有巴勒斯坦解放组织参加，才能生效。”)。

111. 安全理事会本身对自决权亦有申明，只是不像大会那般经常或直接。³³⁹ 安理会在第 384(1975)号决议中确认东帝汶人民享有“不容剥夺的自决……权利”，并呼吁所有国家尊重这一权利。³⁴⁰ 该决议还对侵犯东帝汶人民自决权的行为适用了严违反强行法的后果，即必须合作以结束严重违反强行法行为所致状况的义务。³⁴¹

112. 自决权在条约实践中同样得到反映。《联合国宪章》规定，联合国之宗旨除其他外包括“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系”。³⁴² 《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》均宣称“所有人民都有自决权。他们凭这种权利自由决定他们的政治地位，并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展”。³⁴³ 人权事务委员会在第 12 号一般性意见中指出，“自决权具有特别重要的意义，因为自决权的实现是有效地[保护人权]的基本条件”。³⁴⁴ 该委员会认为，正是基于这一原因，缔约国将自决权“载列在两项公约的成文法条款中，并将此权利与由两项公约所提的其他权利加以区别，作为第一条列于所有其他权利之前”。³⁴⁵ 该委员会还将之称为一项“不可剥夺的权利”。重要的是，该委员会认为，与该权利相对应的义务独立于两项公约而存在。³⁴⁶ 《非洲人权和民族权宪章》规定“一切民族均拥有生存权”，并且他们均享有“无可非议和不可剥夺的自决权”。³⁴⁷

113. 自决权的强行法地位在国内和区域法院的裁决中也已得到确认。例如，德国宪法法院将自决权划归强行法规则，并将后者描述为“牢固植根于国家群体法律

³³⁹ 关于间接申明自决权的例子，见安全理事会第 554(1984)号决议，序言(“重申南非被压迫人民为铲除种族隔离，为建立一个南非全体人民不分种族、肤色、性别或信仰均能享有平等和完全的政治权利及其他权利并能自由参加决定自己命运的社会而进行斗争的合法性”)。

³⁴⁰ 安全理事会第 384(1975)号决议，序言和第 1 段。

³⁴¹ 同上，第 4 段(“敦促各国和其他有关方面，同联合国所作的努力充分合作，使当前的局势得到和平解决，并促进该领土的非殖民化”)。另见安全理事会第 389(1976)号决议。

³⁴² 《联合国宪章》，第一条第二项。

³⁴³ 《公民权利和政治权利国际公约》与《经济、社会、文化权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14531 号，第 3 页，共同第一条。

³⁴⁴ 人权事务委员会第 12(1984)号一般性意见，《大会正式记录，第三十九届会议，补编第 40 号》(A/39/40)，附件六，第 1 段。

³⁴⁵ 同上。

³⁴⁶ 同上。第 2 段和第 6 段(“无论享有自决权的人民是否附属于本《公约》缔约国，这项义务都应予以承担。为此，《公约》缔约各国应采取积极的行动，促进人民自决权的实现，并尊重这种权利”)。

³⁴⁷ 《非洲人权和民族权宪章》，第二十条第一款。

信念的法律规则……”。³⁴⁸ 在欧洲联盟理事会诉萨基亚阿姆拉和里奥德奥罗人民解放阵线(波利萨里奥阵线)一案中,欧洲法院大审判庭将自决权称为国际法原则,一项“法律上可执行的普遍适用权利,国际法的基本原则之一。”³⁴⁹ 此外,非洲人权和民族权委员会也肯定了自决权的根本重要性。³⁵⁰

114. 学术作者也普遍承认自决权是一项强行法规范。³⁵¹ 卡德尔巴赫将自决权划归“普遍公认”具有强行法地位的规范之列。³⁵² 阿列克谢泽同样认为,自决权的强行法地位无可争议。³⁵³ 他明确指出,“地球上没有一个角落”不承认自决的根本重要性。³⁵⁴ 他声称,诸如“各民族权利平等和自决”之类的“原则绝对禁止任何克减,即便是彼此之间的克减也不容许。”³⁵⁵ 他将自决权纳入具有“显见”强行法地位的规范之列。³⁵⁶ 米克指出,本身即是原则的规范不应被赋予强行法地位。³⁵⁷ 这当中就包括像自决权这样的规则。但是,他又指出,像自决权这样的原则可能具有规制影响,因此可被视为强行法规范。³⁵⁸

³⁴⁸ 联邦宪法法院 2004 年 10 月 26 日命令——2 BVR 1038/01(英文译文)由德意志联邦共和国常驻联合国代表团(纽约)提供。另见阿拉伯撒哈拉民主共和国等诉 Cherry Blossom 等案,南非高等法院 2016 年 6 月 15 日判决,特别是第 39 段及以下各段。

³⁴⁹ 欧洲联盟理事会诉萨基亚阿姆拉和里奥德奥罗人民解放阵线(波利萨里奥阵线)案, 案件编号 C-104/16 P, 判决, 欧洲法院大审判庭, 2016 年 12 月 21 日,《欧洲联盟公报》, C 53/19(2017 年 2 月 20 日), 第 88 段。

³⁵⁰ 加丹加人民大会诉刚果民主共和国案, 第 75/92 号来文, 裁决, 非洲人权和民族权委员会, 第 4 段, 以及 Kevin Mgwanga Gunme 等人诉喀麦隆案, 第 266/03 号来文, 裁决, 非洲人权和民族权委员会。在这两宗案件中, 委员会均强调, 这项权利可通过分离以外的其他方式行使。

³⁵¹ 例如, 见 S.Y. Marochkin, “On the recent development of international law: some Russian perspectives”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 8(2009), pp. 695–714, 见第 710 页; Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (前注 80), 第 35 页; Frowein, “*Jus cogens*”(前注 186), 第 443 页, 第 3 段; Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*”(前注 234), 第 162 页; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*(前注 186), 第 16 页。

³⁵² Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”(前注 321), 第 152 页; Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms” (前注 186), 第 227 页。另见 Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin ...”(前注 87), 第 86 页。

³⁵³ L. Alexidze, “The legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1981-III*, vol. 172, 第 219 页及其后各页, 见第 229 页。

³⁵⁴ 同上, 第 251 页。

³⁵⁵ 同上, 第 260 页。他进一步指出, 虽然领土完整原则也是一项基本原则, 但于自决原则得到遵行的情形下, 可予克减。

³⁵⁶ 同上, 第 262 页。

³⁵⁷ Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law”(前注 167), 第 34 页。

³⁵⁸ 同上。关于其对强行法之强制性地位的确认, 另见第 36、82 和 83 页。

115. 上述讨论承袭本报告所采用的整体方法，并未试图解决自决权由哪些要素构成这个更为复杂的问题，即此项权利是否仅适用于非殖民化的情形，以及在此项权利所适用的情形下，是否允许外部自决(分离)，如果是，又是在哪些情形之下。讨论仅意在表明，不管自决权作何定义，委员会选择将之纳入被广泛接受的强行法规范之列理据俱全。

9. 国际人道主义法基本规则

116. 同前面几节一样，在本节伊始，有必要先就术语略作说明。此处所称的“国际人道主义法基本规则”，在别处还被称为“人道主义法原则”、“国际人道主义法原则”、“严重违法行为”和“禁止战争罪”。本报告选择使用“国际人道主义法基本规则”这一提述，因为这正是据以编写报告本节内容的委员会国家责任条款中所采用的短语。

117. 国际人道主义法基本规则的强行法地位业已在国际性法院和法庭的判例中得到确认。国际法院在就核武器问题发表的咨询意见中，审议了“人道主义法规则和原则”是否已提升至强行法级别的问题。³⁵⁹ 然而，法院并未对这个问题作出正面回答，³⁶⁰ 虽是如此，法院却是的确地间接地承认了国际人道法的一些原则具有强行法地位，当时，法院将这些原则称为“不可侵犯”的原则。³⁶¹ 也许有人会反驳说，“不可侵犯”这个词与强行法强制性规范所指非同。但是，在该语境之下，除了强行法强制性规范，真不知道这个词语还能有何他指，反正肯定不是指不得违反的规则——“不可侵犯”的字面含义——因为从定义上讲，所有规

³⁵⁹ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注 185)，见第 258 页，第 83 段。另见《科孚海峡案，1949 年 4 月 19 日判决，1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页，见第 22 页(“这些义务的依据，不是适用于战时的 1907 年《海牙第八公约》，而是基于某些一般性的且获得公认的原则，即：最基本的人道考量，这些考量在和平时期比在战时更为严苛”)。

³⁶⁰ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注 185)，见第 258 页，第 83 段(“判断一项规范是否属于强行法，需要结合规范自身的法律性质来定。联合国大会向法院提出的请求只会令人怀疑人道主义法的原则和规则是否适用于诉诸核武器的案件，以及其适用对诉诸这类武器的合法性有何后果，但并不会使人怀疑适用于使用核武器案件的人道主义法的性质。因此，法院没有必要就此事发表意见。”) 试比较：《国家管辖豁免(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，见第 140 页，第 93 段，其中，法院在未作出裁定的情况下，暂且假定德国涉嫌违反的人道主义法原则具有强行法的性质(“为此目的，假定禁止在被占领土上谋杀平民、禁止驱逐平民居民从事奴役性劳动和禁止驱逐战俘从事奴役性劳动的武装冲突法规则是强行法规则，这些规则与国家豁免规则并不抵触”)。

³⁶¹ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注 185)，见第 257 页，第 79 段(“毫无疑问，正是因为适用于武装冲突的许多人道主义法规则对于做到对人的尊重和“最基本的人道考量”至关重要……《海牙公约》和《日内瓦公约》才拥有如此广大的加入国群体。此外，对于这些基本规则，所有国家都必须遵守，不论它们已经批准包含这些规则的公约与否，因为这些规则构成不可侵犯的国际习惯法原则”)。

则，包括具有任意法属性的规则，都具有这种性质。³⁶² 不管怎样，核武器问题咨询意见中的一些法官的个人意见确是直截了当地就该规则的强行法地位问题作出了回答。³⁶³ 此外，国际法院后来又又在关于隔离墙问题的咨询意见中宣布，国际人道主义法部分规则具有普遍适用性质。³⁶⁴

118. 国际法院对国际人道主义法基本原则之强行法地位的承认既不确定也不直接，相比之下，其他法院和法庭的态度则要明确得多。在 *Kupreškić* 案中，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭指出，“国际人道主义法的大多数规范”，特别是“禁止战争罪行……的规范”也属于国际法强制性规范或强行法，即具有不可克减性和至高无上性。”³⁶⁵ 同样，在 *Tadić* 一案中，前南斯拉夫问题国际法庭上诉庭在就关于管辖权的中间上诉抗辩动议作出的裁决中，在确定适用的国际法规则时认为，凡“不与国际法强制性规范相抵触或不会克减国际法强制性规范”的条约，均可适用，而“国际人道主义法的大多数习惯规范皆是如此。”³⁶⁶

119. 禁止战争罪作为人道主义法基本规则的一部分，其强行法地位也已在国内法院的裁决中得到承认。在橙剂产品责任诉讼案中，美国地区法院认为“禁止酷刑、战争罪和灭绝种族罪的规则”都是强行法。³⁶⁷ 阿根廷最高法院同样持类似观点，认为禁止战争罪，包括不适用任何法定时效，属于强行法。³⁶⁸ 哥伦比亚宪法

³⁶² 见 *Christófolo, Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (前注 158), 第 231 页。

³⁶³ 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(前注 185)，贝德贾维法官的声明，见第 27 页，第 21 段(“我毫不怀疑人道主义法的大多数原则和规则属于强行法，而且无论如何都不会怀疑禁止使用具有滥杀滥伤作用的武器和禁止使用会造成不必要痛苦的武器这两项原则构成强行法原则”)；同上，威拉曼特里法官的反对意见，见第 496 页(“战时人道主义法规则显然已经取得强行法地位，因为它们是具有人道主义性质的基本规则，不得克减，除非全盘否定它们所旨在保护的基本人道考量”)；同上，科罗马法官的反对意见，见第 573 页及以下各页，特别是第 574 页，其中，科罗马法官对法院“‘不置可否’的司法政策”提出了批评。

³⁶⁴ 隔离墙(前注 329)，第 199 页，第 155 段(“以色列所违反的普遍适用义务是尊重巴勒斯坦人民自决权利的义务，以及国际人道主义法规定的某些应尽义务”)。

³⁶⁵ *Kupreškić* (前注 229)，第 520 段。

³⁶⁶ 检察官诉 *Dušan Tadić* 等人案，案件编号 IT-94-1，上诉庭 1995 年 10 月 2 日关于管辖权问题中间上诉抗辩动议的裁决，《1994-1995 年判例汇编》，第 143 段。另见检察官诉 *Stanislav Galić* 案，案件编号 IT-98-29-T，判决，前南斯拉夫问题国际法庭审判庭，2003 年 12 月 5 日，第 98 段。

³⁶⁷ 橙剂产品责任诉讼(前注 259)。

³⁶⁸ *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y Otros*，案件编号 259，判决，阿根廷最高法院，2004 年 8 月 24 日(“Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario” [这部《公约》仅确认不适用任何法定时效，这对于承认已经生效且形同源于习惯法之国际公法的规范(强行法)具有重要意义])。

法院也认为，人道主义法的规则“对武装冲突中的国家和所有各方都具有约束力，即使他们碍于[相关条约的]强制性尚未批准这些条约。”³⁶⁹

120. 人道主义法基本规则的强行法地位在文献中亦获普遍承认。³⁷⁰ 克莱因林对国际法院认定为强行法的规范(禁止酷刑和禁止灭绝种族罪)表示认同，并指出“还有很多总括性清单也提到了禁止战争罪和国际人道主义法基本原则。”³⁷¹

121. 关于强行法和国际人道主义法基本规则，显然还有些问题存在不确定性，其中最明显的莫过于究竟哪些国际人道主义法规则有资格被称为“最基本的”规则，从而符合强行法的标准。作此讨论的目的不在于划定范围——这很有可能成为今后工作的一个专题。然而，讨论至少表明，委员会将这些国际人道主义法基本规则列入国家责任条款的决定理据确凿。

C. 委员会在先前工作中未予识别的其他或有强行法规范

122. 如上所述，委员会在国家责任条款评注中提供的清单仅收列了最被广泛援引的强行法规范示例。特别报告员认为，也恰是这些规范应该列入结论草案。这是确定哪些规范应予纳入潜在非详尽或说明性清单以及哪些规范应予排除在外的唯一客观判定方法，因为按照此专题的工作方法倾向，无法对所有或有规范逐一展开全面评估。但有一点在此必须承认，那就是这份清单可能会——实际上任何清单，无论多么准确、多么全面，都可能会——引发质疑，并且可能无法让某些人满意，至少从规范制定的角度来说可能会如此。³⁷² 而且这份清单尤其有可能会因未纳入其他符合条件的规范而受到指摘。对此，本人谨此作出(初步)答复，具体有两点。第一点，结论草案中的示例清单只不过是案文(而非评注)形式对委员会先前开列的强行法规范清单加以确认而已。在已识别的强行法规范之外，肯定还存在其他强行法规范，结论草案将明确表明该清单并非详尽无遗。第二点，倘有任何规范完全符合条件，但因尚未获得国家之国际社会全体充分接受并公

³⁶⁹ 哥伦比亚宪法法院第 C-225/95 号判决。

³⁷⁰ 见 Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*(前注 158); Den Heijer and Van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”(前注 158), 第 12 页; Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate ...”(前注 72), 第 53 页; A. Orakhelashvili, “Audience and authority—the merit of the doctrine of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 115–146, at pp. 138 *et seq.*; Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”(前注 186), 第 184 页; Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*(前注 186), 第 41 页; Cherif Bassiouni, “International crimes ...”(前注 219), 第 70 页; 以及 Frowein, “*Jus cogens*”(前注 186), 第 443 页, 见第 3 段。

³⁷¹ Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”(前注 186), 第 197 页。

³⁷² 关于批评意见, 见 H. Charlesworth and C. Chinkin, “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15(1993), 63–76。

认而未取得强行法地位，那么这一规范将来完全可以被提升至强行法地位而不受任何阻碍。实际上，在许多情况下，关于一项具体规范所享地位的证据之所以不充分，要么仅仅是因为国家和法院——包括国内法院和国际法院——尚未动念对其进行处理，要么仅仅是因为与该规范有关的问题尚未出现。希望本报告(以及委员会可能通过的任何结论和评注)能发挥抛砖引玉之效，推动生成进一步的证据，证明其他规范的强制性特征亦已为国家之国际社会全体接受并公认。

123. 除了此处提出的清单之外，还有其他一些规范被引证为强行法规范，而且其强行法地位亦享有一定程度的支持，这些规范包括禁止强迫失踪、生命权、不驱回原则、禁止人口贩运、正当程序权(公平审判权)、禁止歧视、环境权利和禁止恐怖主义。被提议作为强行法备选规范的规范数目庞大，类型多样。对此，谢尔顿有如下评述：

支持者主张将所有人权、所有人道主义规范(人权和战争法)、不造成跨界环境损害的义务、暗杀独裁者的义务、动物的生命权、自决与领土完整(纵然将一国领土转移给他国的条约不在少数)列入。³⁷³

124. 本节将简要介绍上述部分规范的强制性地位分别有何实践和理论支撑。无论是在规范的总数(广度)方面，还是单就特定规范(深度)而言，均无意做到面面俱到。本节的目的是阐明在拟议列入结论草案的规范之外，还有其他一些规范被列举为强行法的例子。为此目的，本节将重点针对三项虽未列入结论草案但不乏广泛支持的规范展开讨论。

125. 禁止强迫失踪的强行法性质受支持程度甚高。关于禁止强迫失踪的主要文书当属《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(下称“《强迫失踪公约》”)。³⁷⁴ 该《公约》第一条即以绝对的措辞规定，“任何人不应遭到强迫失踪。”《强迫失踪公约》还规定，“任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由”，该款规定即是此禁令不容克减的明证。³⁷⁵ 《公约》还进一步规定，“大规模或有组织的”强迫失踪行为构成危害人类罪(第五条)。

³⁷³ Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”(前注 273), 第 47 页。另见 Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”(前注 186), 第 197 至 198 页(“人的一般基本权利和环境法基本原则两项备选规范稍欠确当。所有这些规范，因其主题事项不同，分别具有特定的规范性权重。这种规范性权重正是‘规范的重要性等级’确立的基础。然而，强行法的界定不仅取决于其权重，还取决于其权重背后的原因。”)。

³⁷⁴ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2716 卷, 第 48088 号, 第 3 页。

³⁷⁵ 同上, 第一条第 2 款。

126. 美洲体系在承认禁止强迫失踪属于强行法规范方面的一贯立场尤为突出。在 *Goiburú* 一案中，美洲人权法院不仅认为“禁止强迫人员失踪”是强行法规范，而且还认为“与之相应的调查和惩处[强迫失踪行为]责任人的义务”也具有强行法地位。³⁷⁶ 在 *Osorio Rivera* 及家人诉秘鲁一案中，美洲人权法院先是指出，强迫失踪“构成严重侵犯人权”，“公然违反基本原则”，继而申明禁止强迫失踪是一项强行法规范。³⁷⁷

127. 禁止强迫失踪的强行法性质在一些国内法院的判例中同样已获承认。阿根廷最高法院指出，《强迫失踪公约》所载的禁止规定是为了一项不容克减的强行法规范。³⁷⁸ 同样，秘鲁宪法法院声称，禁止强迫失踪不仅是秘鲁宪法框架的一部分，也是“强制性国际法不容克减的核心规则”的一部分。³⁷⁹ 在 *Siderman de Blake* 一案中，美国上诉法院在提到《第三次重述》时，还提到禁止“导致个人失踪”是强行法规范。³⁸⁰ 在学术著述中，禁止强迫失踪作为强行法规范的地位同样得到承认。提出强行法信托论并认为信托式强行法有助于防止“公然滥用国家权力

³⁷⁶ *Goiburú*(前注 119)，第 84 段。

³⁷⁷ *Osorio Rivera* 及家人诉秘鲁案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2013 年 11 月 26 日，C 辑，第 274 号，第 112 段。关于其他案例，另见 *García* 及家人诉危地马拉案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2012 年 11 月 29 日，C 辑，第 258 号，第 96 段(“总之，强迫失踪的恶行与美洲人权体系赖以系的基本原则大行悖谬，实属令人发指，禁止强迫失踪已经取得强行法地位。”)；*Gudiel Álvarez* 等人(“*Diario Militar*”)诉危地马拉案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2012 年 11 月 20 日，C 辑，第 253 号，第 232 段；*Contreras* 等人诉萨尔瓦多案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2011 年 8 月 30 日，C 辑，第 232 号，第 83 段；*Gelman* 诉乌拉圭案，判决(案情实质和赔偿数额)，美洲人权法院，2011 年 2 月 24 日，C 辑，第 221 号，第 75 段(“强迫人员失踪的做法构成违反美洲人权体系所赖以系的基本原则，实属不可原谅，禁止强迫人员失踪已取得强行法的性质”)；*Gomes Lund* 等人(“*Guerrilha Do Araguaia*”)诉巴西案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2010 年 11 月 24 日，C 辑，第 219 号，第 105 段；*Ibsen Cárdenas* 和 *Ibsen Peña* 诉玻利维亚案，判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2010 年 9 月 1 日，C 辑，第 217 号，第 61 和 197 段；*Chitay Nech* 等人诉危地马拉案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2010 年 5 月 25 日，C 辑，第 212 号，第 193 段；*Radilla-Pacheco* 诉墨西哥案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2009 年 11 月 23 日，C 辑，第 209 号，第 139 段(“强迫失踪构成违反美洲人权体系所赖以系的基本原则，实属不可原谅，禁止强迫失踪已取得强行法的性质。”)；以及，*Anzualdo Castro* 诉秘鲁案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用)，美洲人权法院，2009 年 9 月 22 日，C 辑，第 202 号，第 59 段。

³⁷⁸ *Simón*(*Julio Héctor*)诉检察官办公室案，判决，阿根廷最高法院，2005 年 6 月 14 日，第 38 段。

³⁷⁹ *Guillén de Rivero* 诉秘鲁最高法院案，判决，秘鲁宪法法院，2005 年 8 月 12 日。

³⁸⁰ 例如，见 *Hanoch Tel-Oren* 诉利比亚案，判决，美国哥伦比亚特区上诉法院，1984 年 2 月 3 日，第 391 页；另见 *Siderman de Blake* 诉阿根廷案(前注 214)，见第 714 页。

[否认]以供受益人安全和平等的自由”的克里德尔和福克斯-德森特想必也会将禁止“强迫失踪”列为一项强行法规范。³⁸¹

128. 对于生命权的强制性,或者至少对于禁止任意剥夺生命(生命不被任意剥夺的权利)的强制性,也存在一定的支持。在 *Nada* 诉经济事务秘书处一案中,瑞士联邦最高法院认定,“强行法包括基本人权,如生命权”。³⁸²在 *RM* 诉总检察长一案中,肯尼亚高等法院驳回了父母权利是强行法的论点,称父母权利和强行法之间关系最紧密的纽带是生命权(这才是强行法),但并不同意被控诉行为会威胁到这一权利。³⁸³

129. 生命不被任意剥夺的权利在条约法中也被定性为不可克减的权利。《公民权利和政治权利国际公约》第六条规定,人人“有固有的生命权”,并进一步规定“不得任意剥夺任何人的生命”。³⁸⁴ 《公民权利和政治权利国际公约》第六条所规定的权利,在第四条中被列为不可克减的权利之一。同样,《欧洲人权公约》也规定了生命权,并且规定,除具体列明的情形外,不得剥夺任何人的生命。³⁸⁵ 同《公民权利和政治国际公约》一样,该《欧洲公约》也将生命权规定为不可克减的权利。³⁸⁶ 这一权利在欧洲体系下地位之重要从判例中可见一斑,在判例中,此项权利被称为“《公约》中最根本的条款之一,不容克减”,而且“彰显了欧洲委员会成员国之民主社会的基本价值观之一。”³⁸⁷ 禁止任意剥夺生命还已被庄严载入《非洲宪章》³⁸⁸ 和《美洲人权公约》³⁸⁹ 等其他人权文书。人权事务委员会在

³⁸¹ Criddle and Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”(前注 231), 第 369 至 370 页。另见 J. Sarkin, “Why the prohibition of enforced disappearance has attained *jus cogens* status in international law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81(2012), pp. 537–584; A.A. Cançado Trindade, “Enforced disappearances of persons as a violation of *jus cogens*: the contribution of the Inter-American Court of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81(2012), pp. 507–536; Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”(前注 273), 第 39 页; 以及 Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”(前注 321), 第 168 页。

³⁸² *Nada* 诉经济事务秘书处案(前注 46), 第 7.3 段(Allgemein werden zum *ius cogens* elementare menschenrechte wie das Recht auf Leben”[一般而言,生命权等基本人权已升级为强行法])。

³⁸³ 见 *RM* 诉总检察长案(前注 237)(“关于这一点,经仔细阅读权威来源和国际判例发现,上诉人关于上述强行法定义及其当前分类的论据都是正确的,但其中并不包括父母责任及与之相关的权利。最紧密的纽带是生命权,而我们根本不相信被质疑条款会威胁到生命权”)。

³⁸⁴ 《公民权利和政治权利国际公约》, 第六条第 1 款。

³⁸⁵ 《欧洲人权公约》, 第二条。

³⁸⁶ 同上, 第十五条。

³⁸⁷ *Makaratzis* 诉希腊案, 案件编号 50385/99, 判决, 欧洲人权法院大审判庭, 2004 年 12 月 20 日, ECHR 2004-XI, 第 56 段。

³⁸⁸ 《非洲人权和民族权宪章》, 第四条。

³⁸⁹ 《美洲人权公约》, 第四条。

第 29 号一般性意见中虽然承认并非所有权利都在第四条规定的不可克减的权利之列，并非所有权利都是强行法，但也认为生命不被任意剥夺的权利是一项强行法规范。³⁹⁰ 同样，非洲人权和民族权委员会也明确表示，“生命不被任意剥夺的权利被认定为是习惯国际法的一部分……并且还被认定为是强行法规范，在任何时候都具有普遍约束力。”³⁹¹

130. 特别报告员认为，允许执行死刑并不妨碍生命不被任意剥夺的权利成为强行法规范。不管认为死刑与国际法一致与否，³⁹² 都不会对禁止任意剥夺生命的强制性问题产生任何影响，因为凡在严格遵守正当程序标准的基础上判处的死刑，不论对错，就几乎可以肯定不是“任意的”。

131. 在具有强制性地位的备选规范中，另一项广获支持的国际法原则是不驱回原则。³⁹³ 美洲人权法院在关于移民情形中和(或)需要国际保护的儿童的权利与保障的咨询意见中，将不驱回原则与禁止酷刑关联起来，并且认为，由于不驱回原则与禁止酷刑之间的关系，此项原则是“一项绝对原则，而且也已成为习惯国际法，也即强行法的一项强制性规范。”³⁹⁴ 对此，拉丁美洲国家承认美洲法院就“区域人权文书庄严载明的寻求和获得庇护的权利”及其“与国际难民文书的关系[以及]不驱回原则的强行法性质”作出的判例。³⁹⁵ 此项原则还被联合国大会谓为“一项基本原则”，

³⁹⁰ 人权事务委员会，第 29(2001)号一般性意见：紧急状态期间的克减问题，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/56/40(Vol. I))，附件六，第 11 段。法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员的报告(A/HRC/23/47)，第 36 段(“特别报告员回顾指出，无论是条约还是习惯国际法，都规定生命权至高无上，不可克减”)。

³⁹¹ 非洲人权和民族权委员会，第 3 号一般性意见：《非洲人权和民族权宪章》：生命权(第四条)，第 5 段。另见“Marzo”13 号拖轮遇难者诉古巴案，案件编号 11.436，裁决，美洲人权委员会，1996 年 10 月 16 日，第 47/96 号报告，第 79 段(“美洲人权委员会必须强调的另一点是，生命权被视为《美洲宣言》以及各类具有区域和普遍适用性的国际文书中庄严载明的一项基本人权，具有强行法地位。也就是说，它是国际法的一项强制性规则，因此不得克减。强行法的概念源于古代即已确立的、等级更高的、人类法或万国法不得与之相抵触的规范。”)。

³⁹² 见 S 诉 Makwanyane 及另外一人案 [1995](6) BCLR 665，第 36 段。

³⁹³ 关于对不驱回的强制性地位展开深入分析的学术著述实例，见 C. Costello and M. Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46(2015), pp. 273–323; 以及 J. Allain, “The *jus cogens* nature of non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 13(2001), pp. 533–558。关于对其影响的讨论，见 A. Farmer, “Non-refoulement and *jus cogens*: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23(2008), pp. 1–38。但另请参见 Sale 诉海地议会中心案，判决，美国最高法院，1993 年 6 月 21 日，该判决维持了允许驱回的行政命令。相关讨论，见 H. Hongju Koh, “Reflections on *refoulement* and the Haitian Centres Council”, *Harvard International Law Journal*, vol. 35(1994), p. 1。

³⁹⁴ 移民情形中和(或)需要国际保护的儿童的权利与保障，咨询意见，美洲人权法院，2014 年 8 月 19 日，第 225 段。

³⁹⁵ 2014 年 12 月 3 日《关于拉丁美洲和加勒比地区加强对难民、流离失所者和无国籍人国际保护的的合作及区域声援框架的巴西宣言》。

“不得克减”。³⁹⁶ 大会还“痛惜难民和寻求庇护者遭到推回和非法驱逐”。³⁹⁷ 2009年，非洲联盟承允“采取一切必要措施，确保充分遵守不驱回这项基本原则”³⁹⁸

132. 此项原则还有大量条约实践相支撑，在与难民有关的公约中尤为多见。1951年《关于难民地位的公约》(下称“《难民公约》”)第三十三条规定了不驱回原则。³⁹⁹ 根据《难民公约》，不驱回原则必须服从于有关国家的安全利益。⁴⁰⁰ 非洲统一组织《关于非洲难民问题具体方面的公约》中也载有不驱回原则，其中规定的例外情形也与《难民公约》类似。⁴⁰¹ 《禁止酷刑公约》规定了酷刑情形下的不驱回原则，但与《难民公约》不同的是，未对其适用作任何限制。⁴⁰² 同样，《强迫失踪公约》规定，对于可能造成被驱回者遭受强迫失踪的驱回，绝对予以禁止。⁴⁰³

133. 有一些作者将不驱回原则称为强行法规范，这当中包括阿莱恩、奥拉赫拉什维利和法默。⁴⁰⁴ 当然，也有作者得出结论认为不驱回原则不是强行法规范。⁴⁰⁵

³⁹⁶ 1996年12月12日大会第51/75号决议，《联合国难民事务高级专员办事处》，第3段。另见1979年11月29日大会第34/60号决议，《联合国难民事务高级专员的报告》，第3段，其中，大会促请促各国政府“对寻求收容的难民予以收容并严格遵守不推回原则。”

³⁹⁷ 2008年12月18日大会第63/148号决议，《联合国难民事务高级专员办事处》，第13段。

³⁹⁸ 2009年10月23日《关于非洲难民、回返者和境内流离失所者的坎帕拉宣言》，第6段。

³⁹⁹ 《关于难民地位的公约》(1951年7月28日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第189卷，第2545号，第137页，第三十三条(“任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回(“推回”)至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界”)。

⁴⁰⁰ 同上，第三十三条第二款(“但如有正当理由认为难民足以危害所在国的安全，或者难民已被确定判决认为犯过特别严重罪行从而构成对该国社会的危险，则该难民不得要求本条规定的利益”)。见Farmer, “Non-refoulement and *jus cogens* ...”(前注394)，他认为，如欲认定不驱回原则具有强制性地位，就必须对第三十三条第二款作出限制性解释。

⁴⁰¹ 非统组织《关于非洲难民问题具体方面的公约》(1969年9月10日，亚的斯亚贝巴)，联合国，《条约汇编》，第1001卷，第14691号，第45页，第二条第三款，须结合第一条第五款加以解读。另见《美洲人权公约》，第二十二条款第八款(“如果将一名外国人驱逐或送返到另一国家，有可能导致该人的生命权或人身自由因为其种族、国籍、宗教、社会地位或政治见解等原因而遭到侵犯，则无论在何种情况下，都不得将该人驱逐或送返该国，不论该国是其原籍国与否”)。

⁴⁰² 《禁止酷刑公约》，第3条(“如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国”)。

⁴⁰³ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十六条第一款(“如果有充分理由相信，将某人驱逐、送返(“驱回”)、移交或引渡到另一国家，有造成此人遭受强迫失踪的危险，任何缔约国均不得采取上述行动”)。

⁴⁰⁴ 见Allain, “The *jus cogens* nature of non-refoulement”(前注394); Farmer, “Non-refoulement and *jus cogens* ...”(前注394); 以及Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law*(前注93)，第56页。

⁴⁰⁵ 例如，见A. Duffy “Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 20(2008), pp. 373–390，其中，作者对不驱回的强行法地位表示怀疑。

凯瑟斯认为不驱回原则充其量只是一项正在形成中的强行法规范。⁴⁰⁶ 对此，科斯特洛和福斯特作出了精湛的深入分析，二人在研判赞成和反对两种论点的基础上得出结论称，不驱回原则是一项强行法规范。⁴⁰⁷

134. 对于本节所述规范是否有资格被确立为强行法规范，本报告不发表意见。但特别报告员要指出的是，这些规范的强行法地位存在强有力的支撑。此外，还有其他一些规范，其强行法地位亦有一定证据支撑，其中包括禁止任意逮捕、⁴⁰⁸ 正当程序权⁴⁰⁹ 和禁止恐怖主义⁴¹⁰ 等等。另外，环境保护责任(或该责任的某些方面)和禁止歧视等其他规范也被列举为强行法，而且其不可克减性未来或有可能获得必要的承认和接受。

135. 非歧视原则的强制性地位同样存在一定支撑，但这项原则也引发了一些耐人寻味的问题(并例证了说明性清单的危险)。其中一个高频问题就是：为什么禁止种族歧视得以跻身大多数清单，而禁止性别歧视却不能⁴¹¹ (在此，特别报告员暂且抛开一个事实不论，即报告中所列入的并非禁止种族歧视本身，而是禁止种族隔离和种族歧视，是一项综合禁令)? 毫无疑问，认为禁止一切歧视(包括种族和性别歧视以及其他形式的歧视在内)是为强行法规范这种观点有一定佐证可依。而且认为禁止一切歧视是一项强制性规范的主张大多见于美洲人权法院的判例。⁴¹² 从规范和道德的角度来看，没有任何论据能够驳斥这种认为禁止

⁴⁰⁶ Cassese, “The enhanced role of *jus cogens*”(前注 234), 第 162 至 163 页。

⁴⁰⁷ Costello and Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”(前注 394)。

⁴⁰⁸ Belhaj 诉 Straw 案; Rahmatullah 诉国防部长案(前注 215), 桑普逊勋爵的意见, 第 271 段(“联合国工作组认为这个不可克减的核心是强行法……在我看来, 他们这样做是对的”); 侨居尼加拉瓜美国公民委员会诉里根总统案(前注 182), 见第 941 页。另见任意拘留问题工作组的报告, 《联合国与任何被剥夺自由者向法院提起诉讼的权利有关的补救措施和程序的基本原则和准则》(A/HRC/30/37), 特别是见第 11 段。

⁴⁰⁹ AA 诉奥地利案, 判决, 奥地利最高法院, 2008 年 9 月 30 日。但另请参见 A 诉经济事务秘书处和联邦经济事务部案, 判决, 瑞士联邦最高法院, 2008 年 4 月 22 日, 以及, Nada 诉经济事务秘书处案(前注 46)。

⁴¹⁰ 相关讨论, 见 De Beer(前注 186)。

⁴¹¹ 相关概况, 见 Charlesworth and Chinkin, “The gender of *jus cogens*”(前注 372)。特别报告员在一项规范性提议中认为, 对性别歧视的禁止应该同其他强行法规范那般绝对, 但这一提议必须克服的障碍之一是性别歧视问题主要公约——也即《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979 年 12 月 18 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1249 卷, 第 20378 号, 第 13 页——缔约方对该《公约》提出的大量保留, 目前, 保留数量共计已逾 55 项。见有关《消除对妇女一切形式歧视公约》的声明、保留、异议和撤销保留的通知(CEDAW/SP/2006/2)。

⁴¹² 例如, 见 Yatama 诉尼加拉瓜案, 判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用), 美洲人权法院, 2005 年 6 月 23 日, C 辑, 第 127 号, 第 184 段(“在国际法演变进程中的现阶段, 平等和不歧视这项基本原则已经归入强行法的范畴”); Servellón-García 等人诉洪都拉斯案, 判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用), 美洲人权法院, 2006 年 9 月 21 日, C 辑, 第 152 号, 第 94 段(“本法庭认为, 平等和不歧视这项基本原则属于强行法范畴, 具有强制性, 创设对所有国家具有

任意歧视应被赋予强行法地位的主张。然而，关于禁止一切歧视(或更具体地说，禁止性别歧视)的明示强制法律确信⁴¹³ 实在有限。

136. 旨在保护环境的规范(至少其中某些规范)因其主题事项的重要性以及破坏环境可能带来的灾难性后果，⁴¹⁴ 获得强行法地位似乎再顺理成章不过。⁴¹⁵ 但问题是，尽管确有经验性事实表明环境规则对人类和地球的生存至关重要，⁴¹⁶ 似乎并无证

约束力且对包括个人在内的第三方产生影响的普遍适用的保护义务”); 遭驱逐多米尼加人和海地人诉多米尼加共和国案, 判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用), 美洲人权法院, 2014年8月28日, C辑, 第282号, 第264段(“本法院重申, 法律的平等有效保护和歧视这一强行法原则要求各国在规管国籍授予机制方面, 不得制定对行使自身权利的不同人口群体实行差别对待的歧视性法规或条例”); Norín Catrimán 等人(马普切土著人民领袖、成员和维权人士)诉智利案, 判决(案情实质、赔偿数额和诉讼费用), 美洲人权法院, 2014年5月29日, C辑, 第279号, 第197段(“关于法律面前平等和不歧视的原则, 本法院之前业已指出, ‘平等的概念直接来自于人类大家庭的一体性, 与个人的基本尊严相挂钩。’ 因此, 凡认为某一群体优于另一群体并因此对其予以特权优待的情形, 或其相反情形, 即认为某一特定群体是劣等群体并因此以敌意相待或在该群体享有未被归类为劣等群体的其他群体所享权利方面对其施以歧视, 都与这一概念水火不容。本法院的判例还已表明, 在国际法演变进程中的现阶段, 平等和不歧视这项基本原则已经进入强行法的范畴。这项基本原则构成了国家和国际公共秩序法律框架的基础, 并且已渗透至整个法律体系”); Veliz Franco 等人诉危地马拉案, 判决(初步反对意见、案情实质、赔偿数额和诉讼费用), 美洲人权法院, 2014年5月19日, C辑, 第277号, 第205段(“在国际法演变进程中的当前阶段, 平等和不歧视这项基本原则已进入强行法的范畴”))。

⁴¹³ 这指的是国家之国际社会全体接受并公认。相关概况, 见第二次报告(A/CN.4/706)。

⁴¹⁴ 关于环境的重要性, 见《加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)》, 判决, 1997年国际法院案例汇编, 第7页, 威拉曼特里法官的个人意见, 见第91至92页(“保护环境同样是当代人权理论的一个重要组成部分, 因为它是健康权和生命权等诸多权利的绝对必要条件。这一点无须多加阐释, 因为对环境的破坏势必会损害和破坏《世界人权宣言》和其他人权文书中所述的所有人权”))。

⁴¹⁵ 关于对此专题的探讨, 见 E.M. Kornicker Uhlmann, “State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11(1998), pp. 101–136。她这篇论文“……所立足的大前提是, 今天国家群体利益在基本国际规范的制定工作中发挥着至关重要的作用, 而且保护全球环境是国家群体利益的原型”。另见 Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law*(前注 93), 第 65 页(“环境法体系, 与人权法体系一样, 其保护对象是群体利益, 而不仅仅是国家间利益”))。

⁴¹⁶ 例如, 见 P. Birnie, A. Boyle, and C. Redgwell, *International Law and the Environment*(3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009), pp. 109–110(“关于对这些国际环境法[强行法]规范的确认, 至今无一做到令人信服”)。Kornicker Uhlman 在深入分析(“State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms”(前注 416))的基础上得出结论称, 尽管禁止在武装冲突期间故意严重损害环境是强行法规范, 但“一般性禁止造成或防止发生危及整个国际社会的环境损害”尚未完全演变为强行法”(同上, 第 35 页)。另见 N.A. Robinson “Environmental law: is an obligation *erga omnes* emerging?”, 这篇论文曾在 2018 年 6 月 4 日联合国小组讨论会上宣读, 可查阅 www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2018/environmental_law_is_an_obligation_erga_omnes_emerging_interamcthradvisoryopinionjune2018.pdf(2019 年 1 月 15 日检索)。但另请参见 Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law*(前注 93), 第 65 页。

据能够证明环境规范(或其中某些规范)已然满足取得强制性地位所必须具备的前提条件,即已经为“国家之国际社会全体接受并公认”。克瑞斯塔·辛格尔顿-坎贝奇注意到这一悖论,他指出,尽管全球环境保护关乎整个国际社会所有人的基本利益,但当时(1995年),“环境权利和责任尚不被认为具有“强行法地位”。⁴¹⁷在国际法委员会的工作中,虽然大气层的重要性已作为一个经验性事实得到承认,但保护大气层——地球上万物赖以生存的一种资源——的强制性地位却一直未获承认。⁴¹⁸关于环境的宣言和条约固然为数不少,但没有一项宣言和条约能够有力地证明相关规范具有不可克减性。奥拉赫拉什维利曾对环境相关具体规范的强行法地位作出有力论证,但即便是他,也不得不承认“缺乏证据”。约翰·杜加尔德在提到有关保护环境的特定规则时,虽未将之述为强行法规范,但却认为它们创设了普遍适用义务。⁴¹⁹事实很可能是,某些规则,如某些与环境有关的规则,具有强行法地位,只是尚未被国家之国际社会全体接受并公认,以致其作为强行法的法律效力尚未产生。⁴²⁰

五. 拟议结论草案

137. 综上所述,特别报告员现仅就说明性清单问题提出一项结论草案,暂不针对区域强行法提出结论草案。拟议结论草案内容如下:

结论草案 24

一般国际法强制性规范(强行法)非详尽清单

在不妨碍一般国际法其他强制性规范(强行法)之存在的前提下,获得最广泛承认的一般国际法强制性规范(强行法)示例如下:

- (a) 禁止侵略或使用侵略性武力;

⁴¹⁷ K. Singleton-Cambage, “International legal sources and global environmental crises: the inadequacy of principles, treaties, and custom”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 2(1995), pp. 171–188, at p. 185.

⁴¹⁸ 见委员会一读通过的关于保护大气层的指南草案及序言案文, A/73/10, 第 77 段, 见序言(“承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的”)。

⁴¹⁹ 尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 尼加拉瓜共和国应向哥斯达黎加共和国支付的赔偿金, 判决, 国际法院, 2018 年 2 月 2 日, 杜加尔德专案法官的反对意见, 第 35 段(“乱砍滥伐森林会导致大气层中的碳排放量增加, 致使森林丧失温室气体固存能力, 因此, 不乱砍滥伐森林的义务无疑是一项普遍适用义务”)。

⁴²⁰ 相关讨论, 见第一次报告(A/CN.4/693), 第 59 段。另见 M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument*(Cambridge, Cambridge University Press, 2006), 第 307 页及以下各页, 特别是见第 308 页(“……在这两种对立观点中, 没有哪一种观点能够始终占据上风, 因为二者既相互对立, 又互为依存”)。在后文第 323 页, 作者专门提到强行法, 他说: “最初, 强行法看似是自上而下硬性加强而来, 不以同意为前提。它似乎对所有国家都具有拘束力, 而不论该国同意与否。但是, 一项法律如果对国家同意与否只字不提, 似会陷入自然道德的泥沼, [但]如果提到已获“国家之国际社会”承认, [则即呈]在同意的基础上自下而上自然生发而来之象。”。

- (b) 禁止灭绝种族罪；
- (c) 禁止奴隶制；
- (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；以及
- (f) 国际人道主义法基本规则。

138. 对于那些尚未列入清单但又享有一定支持的其他规范，将在评注中加以提及，并附上必要的注意事项和限定条件。

六. 今后的工作

139. 预计整套结论草案可在 2019 年一读时通过。特别报告员打算在起草委员会通过全套结论草案后着手编写评注，并于 2019 年 5 月初之前编写完毕。

140. 如果此专题的一读能在 2019 年底完成，那么二读便可在 2021 年即本五年期最后一年完成。