



土著问题常设论坛

第七届会议

2008年4月21日至5月2日

临时议程* 项目4和7

有关常设论坛六个任务领域和千年发展目标
的建议执行情况

关于土著语言问题的半天讨论

对土著儿童进行教育的形式是危害人类罪吗？**

为土著问题常设论坛编写的专家文件

一. 引言¹

1. 国家教育政策往往强迫母语为土著语言的土著儿童²通过学习该国占主导地位的语言来接受教育。

* E/C.19/2008/1。

** 这篇专家文件的提交者是联合王国阿伯丁大学法学和凯尔特语助教 Robert Dunbar 以及芬兰 Abo Akademi 大学 Tove Skutnabb-Kangas 博士与联合国土著问题常设论坛现任成员 Lars-Anders Baer 以及前成员兼论坛主席 Ole Henrik Magga 合作编写的。也是 Ole Henrik Magga、Ida Nicolaisen、Mililani Trask、Robert Dunbar 和 Tove Skutnabb-kangas 等人合作撰写的关于土著儿童的教育和土著语言 (E/C.10/2005/7) 的专家文件的续篇。

¹ 本文系简短版本，故省略了许多例子，如需参阅较长版本，请发电子邮件至 skutnabbkangas@gmail.com。也可上网 <http://www.samiskhs.no/eng/toveskutnabbkangas.htm>。

² 我们完全赞同联合国教育、科学和文化组织的题为“语言、活力和受到危害”（2003）一文的注 2，其中写到：“在整个文件中，语言一词包括手语、口语语言或濒危语言。社区也指手语社区”。重要的是要记住，土著人民还包括聋人和使用手语为母语的社区。



2. 首先，这些政策在语言转变进程中发挥了重要作用。产生的影响之一是对土著语言本身；由于土著语言没有在学校使用，因此，土著语言在较正规领域的开发不足。另一个影响是对态度：孩子和父母往往开始相信自己的语言比占主导地位的语言的价值低。这种态度对使用土著语言产生了强烈的负面影响。语言、文化、习俗和传统必须在生活和学习中得到传承。如果儿童周围没有至少一些来自本群体的成年人和老年人（被允许）向儿童们传授自己的语言、故事、习俗和传统，包括在学校加以传授，孩子们是不可能熟练掌握这些文化的。如果孩子们不精通其语言，他们将语言传授给自己子女的可能性也就将严重削弱。

3. 其次，把占主导地位的国家语言当作学校教学的唯一语言所产生的有害后果非常广泛。往往明里暗里地禁止儿童使用自己的语言。不允许儿童学习其语言，或通过把儿童与熟练掌握语言的成年人分割开来而阻止儿童学习语言，这种做法意味着禁止在日常交往或在学校里使用某个群体的语言（见第三节）。这种隔离最常见作法体现在，让儿童远离家庭并安置在寄宿学校里；有时，由于所有或大部分的教师来自占主导地位的群体，而且不会讲土著语言，因此也发生这种隔离情况。上述政策不仅往往导致严重的人身伤害，而且也造成非常严重的精神伤害：与社会脱节，造成心理、认知、语言和教育方面的伤害，并在部分程度上通过这种做法，形成经济、社会和政治上的边缘化。Teresa McCarty 援引了美国的研究报告和统计资料，撰写了“教学语言政策”的后果一文（2003年：74）。

4. 土著和其他少数民族学生的教育程度最低，家庭收入也是最低。尤其在土著青年中，抑郁症和青少年自杀事件发生率最高。

5. 现在十分清楚的是，政府往往意识到迫使土著儿童以主导语言接受教育所造成的这些以及其他不利影响。尽管国家认识到这一点，但仍坚持这种政策，这种作法被人描述为一种语言上的和/或文化上的灭绝行为，或用鲁道夫·斯塔文哈根的话说（1990年、1995年）是“民族灭绝”。我们认为把这种在充分了解其破坏性影响的情况下执行的政策算作国际罪行是有可能的，其中包括联合国1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》（种族灭绝公约）³ 涵义内的种族灭绝罪或危害人类罪。

6. 在我们早些时候撰写的专家文件（Magga 等人，2004年）中，我们认为，把主导语言作为对土著和少数民族儿童开展教育的媒介，有可能而且确实对实现重要的人权文书的目标，特别是教育权产生极为负面的后果。引用联合国前教育权特别报告员 Katarina Tomaševski 的解释，我们表明这种以主导语言作为教学工具的做法妨碍了受教育的机会，原因是造成在语言、教学和心理上的障碍。如果不落实具有约束力的教育语言人权，特别是在公立学校主要以母语授课的权利，

³ E793, 1948年, 78《联合国条约汇编》277, 1951年1月12日生效; 全文见 <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/xlcpcpg.htm>.

并让胜任的双语教师把主导语言作为第二语言加以充分教授，大多数土著人民和少数民族不得不接受减式教育，即他们在学习主要语言的同时，以牺牲被忽略的母语为代价，而后来母语又往往被主导语言所取代。接受减式教育的儿童，或至少他们的子女实际上正从语言和文化方面转向主要群体。在社区层面，如果父母一代传授给子女一代的世代间过程被打断，首先就会使土著语言面临灭绝的危险，然后可能会导致土著语言走向灭绝。我们认为，如果不存在替代措施，如果父母对于其“选择”的长期后果没有足够坚实的、以研究为基础的了解，这种转变并不是自愿产生的。

7. 对目前土著和少数民族教育的结果进行的研究结论表明，在预测对双语学生进行教育到底成功与否（其掌握主要语言的程度）的问题上，母语教育的时间长短比任何其他因素（包括社会经济地位）都重要得多，见 Thomas & Collier 2002 年的研究。而今天的土著和少数民族教育则违背了坚实的研究证据，即如何才能最有效地使双语和多语教育达到高水平，如何才能使这些儿童在学校获得学业成果。以主导语言为媒介对土著儿童进行教育往往限制了孩子能力的发展，使贫困永久化，而且造成严重的精神伤害。

8. 在这份文件里，我们探讨了刻意执行这种政策在何种程度上可以、而且应该被视为国际法律文书目前规定的犯罪行为。

二. 把主导语言作为教育媒介的性质和影响——从社会学和教育学方面进行洞察

A. 语言的重要性

9. 我们首先引用载有土著民族和少数民族自己如何理解其语言、文化和特性遭到“破坏”以及他们作为民族遭到“破坏”实例的话语，以及实际破坏和语言/文化破坏之间的关系。

例 1

10. ‘我们的语言正在消亡，这是走向灭绝的第一个迹象。我们民族的生活方式必须基于四个要素——遗产、文化、价值观和语言，如果去除任何一个，生活方式就开始崩溃。我们现在已经出现了这种崩溃的症状，例如酗酒和吸毒’（加拿大安大略戒毒中心主任，兰迪议员 Ojibway，他本人以前也是一个街头醉汉，见理查森 1993 年所著“国土之声在于我们的语言”载于《加拿大 Mi'gmaq 族全国第一部部落长老/语言集锦》）。

11. 在开始进行法律辩论之前，我们先指出利用强力进行减式教育的方法以及这种教育产生的某些负面的教育和社会学后果。减式教育——以牺牲母语教育为代

价来教授（部分）主要语言，因此减少了儿童的语言能力，⁴ 是同化主义行为（见 Skutnabb-Kangas, 2000 年）。这种做法往往直接造成或造成具体伤害，并造成严重的精神伤害以及非常严重的心理、语言、认知、教育、社会（包括与健康有关的）和经济方面的损害。这种损害可能是永久性的：大多数这种类型的损害可能伴随土著人民的整个一生。

B. 利用强力作为土著教育的手段：“大棒”、“胡萝卜”和观念

12. 从社会学-教育学角度来看，我们借用和平研究员 Johan Galtung 的（1980 年）对强力的三种形式所作的区分：掌权的人可使用“大棒”、“胡萝卜”或“观念”来实现同一个目标。

13. 强行将儿童从父母身边带走，由于这些儿童使用了自己的语言，对他们进行体罚或不给他们吃饭，这些都是使用“大棒”的例子。

14. 从 1851 年到 1920 年代，对挪威的老师运用了“胡萝卜”政策，“如果有记录表明老师使挪威的萨米族和 Kven 族儿童在挪威语教育中取得好成绩，就给他们加工资；同样，如果贫穷的父母及其子女表现出‘积极的态度’，例如以牺牲其本身语言为代价，学习和使用挪威语，即可获得食物和衣物的赠款（Eriksen & Niemi 1981 年，第 48 页，第 53 段）。在积极加强主导语言的教育的同时（‘胡萝卜’），对母语进行负面的抵制”（Skutnabb-Kangas & Phillipson 1989 年的 31 页）

例 2

15. 在挪威讲萨米语和芬兰语地区，得到开办电台执照的费用比挪威其他地区便宜。广播节目当然只能用挪威语。在挪威和瑞典，以挪威语 / 瑞典语出版的书籍、报纸和刊物是免费分发的，而这些地区对进口芬兰文书籍有严格限制；芬兰文书籍被视为不爱国文学。1957 年以前，芬兰与瑞典之间的边境城市 Torneå 图书馆公然禁止购买芬兰文书籍。

16. 关于如何利用观念的问题将在第三节详述。

17. 把一个人从心理上与其语言、文化以及族裔认同分割开来并可能转移到另一种语言、文化和认同的做法，往往与（暂时或永久）将此人与其族裔实际隔离开来相关联（即“大棒”）。国家强制利用寄宿学校及其他类似机构，包括让土著儿童离开他们的家园和乡土社区，把他们转移到往往远离家园和社区（有时寄宿在主流社会的家庭里）。

⁴ 相反，如果儿童除了很好地掌握了主要语言（和其他语言）外，也很好地掌握了母语，他们接受的应是加法教育。

例 3

18. 在美国和加拿大,显然许多这类学校都远得毫无必要。所得到的解释往往是,这些学校是教会学校,‘因为我们是圣公会教徒,因此被送往安大略省的 Moose 工厂,圣公会教徒为从安大略到 B. B 的印第安族裔儿童开办了寄宿学校。’(见里查森 1993 年所著第 107 页引述来自魁北克省北部 Mistissini 保留地克里族人 Buckley Petawabano 的话)。这样,首先,强迫土著人民接受基督教里的派系,而基督教对于他们而言没什么意义(他们是人造的‘圣公会教徒’),然后再以此来惩罚他们。有时,孩子们要乘坐飞机到几千英里之外的地方就学。

19. 接受浸入式教育的儿童无论是在学校放假期间还是完成这种教育后往往都不得返回其社区。但有许多例子说明这种返回是有条件的,且国家代表有时是一成不变地力图阻止这种情况。使儿童不受父母影响的要求根本没有结束——我们有许多当前例子可说明这一点。

C. 沉浸式教育的教育、社会、生理和心理影响

20. 使用实际隔离和其他同化“大棒”会产生非常有害的心理、认知、语言和教育影响,并最终摧毁该群体的语言和文化。在此,我们举例(1) 减式教育在成绩和结果方面具有负面的教育影响;我们首份专家文件对此有过详细的讨论。再举一例(2) 负面的社会经济影响以及其他社会影响(如失业率升高、收入下降、经济和社会地位边缘化、异化、精神疾病)。然后是例(3),即从例(2)产生出负面生理影响,包括酗酒、乱伦、自杀、暴力死亡率等。我们还提到例(4) 负面心理影响,特别是寄宿学校造成的破坏。

另外,寄宿学校以及走读学校的许多儿童,甚至在一代时间内,因为这种教育进程而全部或部分丧失了自己的语言。

例 4

21. “近一百年来,美国政府的政策就是在文化上同化纳瓦霍人,以使纳瓦霍人融入白人社会。为了实现这种同化,纳瓦霍儿童被人从家中带走,送到寄宿学校。寄宿学校中几乎所有儿童只说纳瓦霍语,而寄宿学校的多数工作人员只说英语。纳瓦霍儿童如果在学校说家里的语言,将受到惩罚”(Platero1975 年: 57)。

22. 世界各地有成千上万个类似的例子。儿童是否在寄宿学校并非症结所在。主要的问题是学校的目标在多大程度上是为了丰富、而不是削减儿童的语言种类,使儿童成为高水平的双语者,以保持和全面发展自己的语言为明确目标,同时培养高水平的主导语言能力。相反,同化减式教育一直是教育土著和少数群体有听觉的和失聪儿童的最常用办法。即使在过渡性走读学校方案中,特别是过渡性尽早脱离方案中(开始以儿童自己的语言授课,一旦儿童掌握一定的主导语言口语表达能力,就立即转入以主导语言授课的班级),多数儿童的母语能力都很差。

因此他们在家里无法使用母语，也无法向自己的子女传授母语。教育造成的语言同化意味着这些受害者的子孙不再学习母语。这样他们被迫转入另一个语言群体。

23. 除了确定接受以主导语言授课的减式教育，特别是寄宿学校的儿童受到了严重的教育和其他精神伤害，还须确定此类精神伤害是由这些儿童所接受的教育造成的。但这并不容易，因为土著儿童经常遭受的严重负面待遇即来自校内也来自校外。不过教育、语言、心理和社会方面的研究对此有很大的共识。Maffi（2001年版）的许多文章探讨了学校教育和移徙这两个造成语言丧失的最重要因果因素。

24. Tsui 和 Tollefson 在 2004 年版《授课语言政策》中根据全世界的研究做出如下结论：使用外语授课对于外语基本表达不过关的儿童来说，不仅会妨碍他们取得学业成绩和发展认知水平，还会影响他们的自知、自尊、情绪安全感以及有效参与教育进程的能力（2004 年：17）。

25. 许多研究非常清楚地表明，以母语授课的教育的时间长短，是预测双语学生教育成功程度的最重要因素。这也比社会经济地位更重要。社会经济地位对于被支配/被压迫的土著和少数群体学生至关重要。如今在常规沉浸式方案中，学生的母语（L1）完全得不到支持，或者只是作为一个母语学科学习，从而产生了最坏的教育影响。只有主导语言的沉浸式方案“被证明是对少数群体学生的成效最低的教育方式”（May & Hill 2003 年：Aotearoa/新西兰教育部毛利人局委托开展的 14 项研究⁵）。Thomas & Collier（2002 年：7）在对各种西班牙语和英语双语教育形式的大规模研究（约 21 万名学生）的结论中指出，“L2 学生成绩的最大预测相当于正规 L1 教学的成绩。各年级 L1 教学量越大，L2 的成绩越高”。因此很明显，沉浸式教育是土著学生教育失败最重要的因果因素。

26. 多数关于土著民族的统计资料表明，土著民族处于社会和经济边缘地位。即使这种边缘化状态是历史、地理、社会、政治、文化、语言和教育等多种因素造成的，在多数情况下都与早期或现在的殖民地进程有关，但是如今的正规教育特别是减式教育、使用非土著语言的主导语言授课（以及非土著的课程安排和教学办法），对于再次造成土著民族丧失经济和政治权力的状况负有越来越重要的责任。

27. 世界各地都有很多例子表明，土著和少数群体儿童遭受严重的体罚（在寄宿学校和走读学校都有）、缺少食物、性虐待等——下文将再举一些例子。因教育而再次造成的经济边缘化经常会直接伤害到身体健康：没有或缺乏产妇保健、婴儿死亡率高、营养不良、危险工作（如采矿、伐木、农业化工）或失业、童工、

⁵ <http://www.minedu.govt.nz/>。

住房和卫生保健条件差。因酗酒、在家中虐待妇女和儿童、乱伦、自杀和犯罪统计中比例过高而产生的健康方面和其他身心影响也是受到严重生理伤害的例子。若干国家的事实表明，教育系统、特别是寄宿学校是造成此类伤害的直接和重要——经常是主要——的因素（见针对加拿大的研究，Milloy 1999 年，Richardson 1993 年；针对美国的研究，Churchill 1997 年，Crawford 1995 年、1996 年，Costo & Costo（版本）1987 年，Cahn & Hearne 1969 年，McCarty（版本）2005 年；针对澳大利亚的研究，Amery 1998 年，Jordan 1986 年，Fesl 1993 年；针对格陵兰的研究，Bryld 1998 年；针对挪威的研究，Lind Meløy 1980 年，Eriksen & Niemi 1981 年；针对瑞典的研究，Lundemark 1980 年）。

28. 教育经常既造成生理又造成精神伤害。往往难以判断哪种伤害更加严重。寄宿学校“可能是加拿大对该土地上原住民殖民的许多因素中最具破坏性的因素，并且由于这种因素如今还在影响土著居民的生活，因而这仍然是最具破坏性的因素”（Milloy, 1999 年：十四）。Deirdre Jordan（1988 年：190）比较了正规教育对澳大利亚土著居民、挪威的拉普兰人以及格陵兰和加拿大因纽特人的认同感影响。他称：

……历史表明，不仅是从经济利益出发的武力以及割裂土著人民与其土地纽带的、对物质资源的剥削，摧毁了这些土著人民的文化并把土著人民的正面特征替换成他们必须套用的负面特性，而且，动手摧毁土著人民特征和文化的主要势力之一就是学校教学。

29. 许多接受这种教育的儿童与其本族语言、文化、家庭和故乡永久疏远了。

例 5

30. Kee 从小就被送到寄宿学校，按照规定，他说纳瓦霍语就会受到处罚。由于他只允许在圣诞节和夏季回家，因此与家庭失去了联系。Kee 逐渐长大，与白人世界和纳瓦霍人的世界都不接触，因为他无法用白人和纳瓦霍人的语言进行自在的交流。他成为成千上万名无语言的纳瓦霍人之一。Kee 16 岁的时候，酗酒、没有教养、沮丧——没有认同感。Kee 的故事绝不是例外，而是普遍现象。”（Platero 1975 年：57，58）。

31. 从十九世纪初期和中期直至二十世纪中期，甚至到后来，世界许多地方都有无数例子表明，有人公然宣称意图（从肉体上或其他方面）摧毁土著群体/国家/民族。Barrington（1992 年：69）描写了 1950 年以前 Aotearoa/新西兰毛利人的教育情况。他表示，教育同化的目的就是“将毛利人从一个社会提升到另一个社会”。毛利人要通过教育完全改变生活方式，成为殖民者一样的农牧者（见 Simon, 1998 年版）。加拿大寄宿学校也公开表达了同样的正式目标，即“消除印第安问题[……]我们的目标就是让加拿大最后一个印第安人融入政治机制中，杜

绝印第安问题，消取印第安事务部门”（1920年 Duncan Campbell Scott 在国会一个委员会的发言，引自 Milloy 1999: 46）。

32. 显然，现在没有任何一个国家或教育主管部门会公开宣称“摧毁”一个群体或者甚至去“严重伤害”或“将某个群体的成员转移另一个群体”。但是，通过分析这些结构和意识形态因素以及造成摧毁、伤害或转移的做法，还是可以推断出以其他方式表达的这种意图。我们发现了其他若干方式，并与以往更为公开的方式进行了比较。我们认为，如果国家学校主管部门仍奉行以主导语言为土著和少数群体儿童授课语言的教育政策，在早期具体的实验反馈（如加拿大和美国，见下文例 6）和坚实的理论与实验研究证据（至少自二十世纪五十年代初期以来如此；例如见教科文组织 1953 年；另见我们的首份专家文件，Magga 等，2004 年）已经证明这种政策的负面影响之后，从推理分析、社会语言、社会学和政治科学以及教育政策分析的角度，拒绝改变这种政策就足以证明也是一种“意图”。

例 6

33. 在加拿大，“对于学校系统的大部分生活，尽管已经知道真相”，印第安事务部“在自己的档案中已经有近一个世纪的相反证据”，仍“在坚持提供关爱的虚构故事”并辩称开办学校是“为了印第安儿童的福利和教育”（Milloy 1999 年：十三-十四）。这些学校代表了“一种一贯忽视和削弱式伤害的体制”，“其意图是为了基督教文明，以强力‘扼杀儿童心中的印第安文化’”（同上：十四；十五）。印第安事务部最终于 1986 年关闭，该部和教堂“充分认识到事实上”，学校“造成许多儿童——无论是否受到伤害——终生无法融入土著和非土著社区。学校培养了数千名无法过上健康生活或无法为其社区做出积极贡献的人”（同上：十七）。

三. 灭绝种族罪

34. 我们已经指出，以主导语言教育土著儿童对他们极为有害。我们还指出，这种教育具有高度同化作用，这在很大程度上造成了土著语言和文化的毁灭。

35. 这种毁灭常常被称为文化种族灭绝。首先提出种族灭绝一词的Rafael Lemkin 认为，这一概念不仅应当包括被他称为“民族群体”的肉体毁灭，还应当包括“以消灭民族群体本身为目的，对民族群体生活的根本基础的破坏”，他提及“民族群体的文化、语言、民族感情、宗教和经济存在这类政治和社会制度的解体”（Lemkin, 1944 年：79，楷体为本文件所加）。在草拟《灭绝种族罪公约》时，对文化种族灭绝的概念进行了长时间的审议。事实上，在联合国秘书处人权司的初稿⁶中，种族灭绝行为(序言中将这一概念定义为“对一个人类群体的蓄意毁

⁶ 联合国 E/447 号文件。

灭”)被分为三类——肉体种族灭绝、生物种族灭绝和文化种族灭绝。第三类种族灭绝包括“摧毁该群体的具体特征”，并进一步提及下列几点：

- a. 将儿童强制转交给另一个人类群体；
- b. 强制系统性放逐代表某一群体文化的个人；
- c. 禁止甚至在私人交谈中使用本民族语言；
- d. 系统性销毁以该民族语言印刷的书籍或宗教书籍或禁止新的出版物；
- e. 系统性摧毁历史纪念碑或宗教纪念碑，或将其转为其他用途，摧毁或散弃具有历史、艺术或宗教价值的文件和物件以及在宗教礼拜中使用的物件。⁷

36. 文化种族灭绝的概念已纳入到联合国经济及社会理事会设立的特设起草委员会拟订的草案中。第三条草案规定，种族灭绝还包括如下基于一个民族、种族或宗教团体成员的民族或种族或宗教信仰，蓄意摧毁该群体的语言、宗教或文化的行为：

- a. 禁止在日常交谈或在学校使用该群体的语言，或以该群体的语言印刷和发行出版物；
- b. 摧毁或阻止使用该群体的图书馆、博物馆、学校、历史纪念碑、礼拜场所或其他文化机构和物件。⁸

37. 不过最终，主要由于一些西方国家的反对，文化种族灭绝概念没有被列入《灭绝种族罪公约》中。其反对的理由包括，从肉体上摧毁一些群体比摧毁其文化更为严重，文化种族灭绝可能导致一些“有争议的指控”，列入文化种族灭绝将妨碍文化群体或语言群体的同化。具有讽刺意味的是，一些国家包括美国和加拿大的代表也明显担心，列入文化种族灭绝有可能导致土著群体提出索赔(Sautman, 2003年: 183)。⁹

38. 正如我们将看到的，将文化种族灭绝排除在《灭绝种族罪公约》最后案文之外，将大大限制该条约对本文件上文所述政策和做法的适用。不过还是值得更仔细地审视《灭绝种族罪公约》。自1940年代末订立《灭绝种族罪公约》以来，国际法取得了长足的发展，特别是在保护少数群体方面，导致同化政策目前已不符

⁷ 联合国 E/447 号文件。

⁸ 联合国 E/AC.25/12 号文件。

⁹ 在《灭绝种族罪公约》的审议过程中，一些代表团认为，处理意在摧毁文化和语言的政策适当处理办法应当是制定少数民族保护标准，而不是通过《灭绝种族罪公约》。关于联合国根本没有解决摧毁文化和语言问题的讨论，见 Morsink, 1999。

合有关国际标准。¹⁰ 但是尽管这些近期标准禁止这类政策，但是它们并未将其刑事化。《灭绝种族罪公约》本身是一个活的文书，其解释和适用仍在发展之中。

39. 《灭绝种族罪公约》第二条将种族灭绝定义为“为全部或部分消灭某一民族、人种、种族或宗教团体等等”，实施该条(a)款至(e)款所列行为(该清单意在穷尽列举)。尽管并没有特别提及土著问题，但是毫无疑问，土著人民至少不会例如因为其族裔划分而被视为受保护团体。一点也不奇怪的是，由于上述公约的演变情况，(a)款至(e)款所列行为涉及从肉体上摧毁所列团体——杀害该团体成员(a)，致使该团体成员遭受严重身体伤害(b)，故意使该团处于某种生活状况下，以毁灭其生命(c)，强制实施办法，意图防止该团体内的生育(d)。不过，(a)款至(e)款中有两项规定不太容易归入这一模式。

40. 首先，第二条(b)款不仅提及造成团体成员严重身体伤害，还提及造成其严重精神伤害。¹¹ 第二，(e)款提及“强制转移该团体的儿童至另一团体”。这后一项规定尤其有意思，因为这是上述秘书处工作组的初步草案中文化种族灭绝行为之一，却不是公约拟订过程中拟定的肉体或生物种族灭绝定义的一部分。据指出，《灭绝种族罪公约》中加入(e)款“几乎是事后补记，未经实质性辩论或审议”(Schabas 2000年：175)。同样，“精神伤害”概念也是较晚才加入(b)款中的，尽管对该款进行的辩论较多，并在最初遭到一些国家的反对，但是其意义和后果也没有受到很多关注(Schabas, 2000年：159-60)。

41. 第二条(b)款是关于身体上或精神上遭受严重伤害”，这一款并不十分明确。这一款似乎涵盖强奸或其他性暴力行为，有意思的是，似乎尽管所要求的伤害水平较高，但不必是永久性的。¹² 目前有大量事实表明，寄宿学校中过去和现在都经常出现广泛身体暴行和性虐待行为¹³（本文件第一部分已经介绍了其中一些事实），如果“身体上或精神上遭受严重伤害”包括强奸和其他性暴力行为，则完全有理由认为，寄宿学校中许多土著儿童的遭遇也应涵盖其中。正如本文件第一部分所指出的，土著儿童所受到的寄宿学校教育和其他减式教育形式也具有一系列长期实际后果。不过关于(b)款是否涵盖这些后果，这一问题并不十分明确。

¹⁰ 例如，见《公民及政治权利国际公约》第二十七条，或1992年联合国大会《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》，1992年12月18日第47/135号决议（可在以下网址查阅：http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_minori.htm）。在区域一级，违背少数群体意愿的同化政策的不可接受性十分明确：见欧洲委员会《保护少数民族框架公约》，第五条第2款。

¹¹ “致使该团体成员在身体上或精神上遭受严重伤害”（楷体为本文件所加）。

¹² 见例如《检察官诉 Akayesu》一案（ICTR-96-4-T0号案件，1998年9月2日判决，第731和第501段）。

¹³ 应当指出，尽管这类虐待行为在寄宿学校中最为常见，这种普遍肉体虐待在土著儿童所接受的其他形式教育中也很常见。

强奸和性暴力以及寄宿学校中所使用的身体暴行同时具有短期直接后果和长期后果，而缺少短期生理后果可能是对“身体伤害”概念的适用的一个重要制约。

42. 我们还看到，寄宿学校教育和其他减式教育形式具有非常严重的精神后果，我们无法不将这类后果归于“精神伤害”。的确，正如本文件第一部分所指出的，事实上这类伤害往往会成为永久性伤害。正如本文件刚刚指出的，(b)款所述伤害是永久性的，但是伤害不一定要是永久性的，才能归入(b)款所禁止的伤害，这将必然加强关于这种伤害是“严重的”的主张。不幸的是，国际法中“严重精神伤害”的范围仍然不十分明确，仍然存在问题(Schabas, 2000年: 161)。该款认为，精神伤害可以独立于身体伤害而存在(“严重身体或精神伤害”)，因此在未造成身体伤害的情况下造成严重精神伤害就必定有可能构成第二条所述种族灭绝行为。问题是，诸如强奸和性暴力等法庭认定属于(b)款所规定的情形的行为既有精神因素，也有明确的身体因素。通常，某种行为所造成的精神创伤必定会造成类似伴随强奸的精神创伤的后果。尽管难以将不同形式的极端虐待进行比较，但是即便不在道德上将强奸/性暴力和其他极端暴行形式同等看待，从本文件第一部分所提供的材料来看，很明显，减式教育，特别是寄宿学校教育，可能会对接受这类教育的儿童的精神健康造成非常严重而且事实上永久性严重负面后果。因此我们认为，完全有理由支持关于这类教育可以构成“严重精神伤害”的主张。

43. 第二条(e)款的准确范围以及其所涵盖的行为的性质甚至比(b)款更为含糊不清。例如关于“转交”一词，这种转交是否必须是实际转交，即转交涉及将儿童从一个群体分离，并提供给另一个群体，还是儿童被在社会上和文化上从其来源群体隔离即可，即使他们仍然继续生活在该群体中？要想被该款所涵盖，这种转交是否必须是永久性的——这些儿童离开来源群体，永不返回，还是暂时转交一段时间——足以使儿童适应另一群体(通常是主流群体)的文化即可？在许多情况下，寄宿学校教育未将土著儿童从其来源群体永久分离，尽管从本文第一部分所述事实来看，即使接受了这类教育的儿童人返回其家乡社区，但他们的心却往往与本民族文化、语言甚至其家庭产生永久性断裂和隔阂。这种教育对于所有这些联系都具有极为严重的毁灭性。不过很重要的一点是，事实上寄宿学校教育常常也会造成与家乡社区实际的永久分离——甚至对该款的最为严格的解释也都会考虑到这种完全分离。¹⁴

44. (e)款中还有一点不明确的是儿童“强制转移”概念的含义。当然，使用武力肯定构成“强制转移”，但是如果使用强制性较弱的方式呢？例如有人指出，“强制转移”可以包括但不限于威胁或恫吓(Schabas, 2000年: 177, 引用协调人国际刑事法院预备委员会的讨论文件)。至少关于寄宿学校教育可以构成“将该团

¹⁴ 例如，在儿童随后被交给非土著家庭照管，或儿童永不返回其家庭和家乡社区的情况下。

体儿童强制转交给另一个团体”的说法是有争议的(见例如澳大利亚人权和平等机会委员会, 1997年: 270-5)。综上所述, 儿童离开家庭去寄宿学校确实是被迫的。不过由于寄宿学校教育过程中政府不言而喻的绝对强制力, 已不必要实际直接使用武力。特别是对于已经形成惯例的做法尤其如此, 土著父母只能无可奈何地接受这一不可避免的过程。这就是 Galtung(1980年)所说的第三种形式强力的一个例子, 即使用观念。在使用观念强迫一个从属团体接受甚至帮助加强其从属地位时, 有三个过程(见 Skutnabb-Kangas 2000年), 分别是: 美化主流团体、其语言、文化、规范、传统、制度、发展水平和人权遵守状况; **丑化和贬低少数/从属群体**、其语言、文化、规范、传统、制度、发展水平、人权遵守状况等等, 使他们被视为传统、落后、无法适应后现代技术信息社会; 第三, 从经济、政治、心理、教育、社会学和语言学上**将两个群体的关系合理化**, 以便主流群体所作所为看起来总是行之有效, 有益于少数/从属群体(主流群体在“帮助”、“援助”、“使文明化”、“使现代化”、“传授民主”、“赋予权利”和“保护世界和平”)。这种做法所获得的服从和表面“接受”总是由于权力关系的高度不平等造成的, 通常也是由于体验到国家不言而喻的绝对强制力所致(例7)。

例 7

45. 在体制上儿童(和父母)无法逃避。在加拿大, 早在 1894 年就已经规定了所有土著儿童必须上学, 并规定, 可能被父母或监护人阻止上学(在这种情况下其父母或监护人将被判监禁)的儿童“将被逮捕并送往学校, 在校拘留”(Richardson 1993年: 101)。通常使用威胁与胡萝卜的结合: “印第安人事务部过去曾威胁人们, 如果他们不送孩子上学, 就将得不到任何福利”(Richardson 1993年: 107)。

46. 法国社会学家皮埃尔·布迪厄在论述教育问题时明确讨论了这类“制造出的同意”(Herman & Chomsky 1988年), 即父母将不可避免的事情变为自觉认识, 从而在许多情况下“接受”这种做法的合法性。此外, 许多父母(和儿童)害怕(在武力上、经济上和政治上的)力量, 他们知道, 在实践中如果父母(或儿童)拒绝遵守和参加, 国家代表就有能力使用这种他们通常知道是毁灭性的力量。如果国家在确保土著儿童上寄宿学校和类似机构时使用了这种方式, 那么就完全有理由认为其使用了充分的强力。

47. 因此我们认为, 尽管《灭绝种族罪公约》删去了文化种族灭绝概念, 但是根据第二条(b)款和(e)款的规定, 土著儿童教育的许多方面仍可被认为是该条所规定的种族灭绝行为。不过, 《灭绝种族罪公约》中所规定的灭绝种族罪要想成立, 第二条所述行为就必须伴有精神因素。这种意图在第二条起首部分就已作出规定, 即“蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”。这方面是根据《灭绝种族罪公约》对本文件第一部分所述教育形式提出索赔要求的一个最严

重的障碍。如上所述，这类教育形式能够也确实造成土著人民语言和文化的毁灭。不过，这类教育形式通常不是为了从肉体上或生物学上消灭土著人民。¹⁵

48. 最大的困难是，人们似乎普遍一致认为，根据《灭绝种族罪公约》，是否具有从肉体上或生物学上摧毁某群体的意图，对于任何种族灭绝的指控来说都是必要的。这种看法依据了关于将“文化种族灭绝”排除在该公约范围之外的决定。国际法委员会以如下文字表述了其立场：

49. 公约筹备工作明确表明，有关的摧毁是从肉体上或生物学上实际摧毁一个群体，而不是摧毁某一群体的民族、语言、宗教、文化或其他特征……由第六委员会拟订并由大会通过的《公约》案文不包括两个草案中载列的“文化种族灭绝”概念，而仅仅列举了属于“肉体上”或“生物学上”种族灭绝类别的行为。¹⁶

50. 不过《维也纳条约法公约》第三十一和三十二条规定，只有在某项规定的通常意义根据其目的和宗旨看显得“含糊不清”的情况下，方可提及筹备工作的情况。有理由认为，不应参照筹备工作，因为根本不存在这种模糊不清的问题。特别是有理由认为，关于“摧毁”概念仅限于肉体上摧毁的理解不大符合第二条对种族灭绝罪的定义的某些部分。正如上文所指出的，第二条(b)款规定，种族灭绝系指蓄意消灭某一群体而造成身体上或精神上严重伤害。正如本文件所指出的，严重身体伤害和严重精神伤害显然二者有一即可，因此造成严重精神伤害本身就有可能构成种族灭绝行为。不过，如果摧毁某一群体的意图的概念仅包括导致该团体从肉体上毁灭的意图，则难以看出造成严重精神伤害的行为如何能够构成种族灭绝，因为造成这类伤害并不需要造成该群体从肉体上毁灭的意图。奇怪的是，尽管规定了某一类的种族灭绝行为，但其本身却无法认定实施了该公约意义上的种族灭绝行为。

51. 第二条(c)款的案文在这方面提供了额外证据，该款在种族灭绝行为中列入了故意使该团体处于可导致其**肉体上毁灭**的生活状况的种族灭绝行为。《灭绝种族罪公约》在以“肉体上”一词限定(c)款中的毁灭概念时，即暗示“毁灭”概念肯定比仅仅肉体上毁灭要宽泛。如“毁灭”意在仅限于肉体上毁灭，则没有必要在第二条(c)款中如此限定“毁灭”一词。因此《灭绝种族罪公约》第二条的规定本身即要求该条起首部分“毁灭”概念比仅仅肉体毁灭要宽泛。

¹⁵ 如果情况与此相反，则提出关于这类教育构成种族灭绝的指控的难度将大大降低，尽管种族灭绝指控的鉴定总是面临相当大困难。

¹⁶ 委员会提交大会第四十一届会议的工作报告，联合国 A/CN.4/SER.A/1989/Add.1 (Part 2) 号文件，第 102 页，第(4)段。

52. 尽管如此，各国际法庭仍然对将认定种族灭绝罪所需要的意图扩大到肉体上或生物学上毁灭该团体以外持谨慎态度。¹⁷ 同样，学者意见仍然一般将必要的意图解释为仅限于肉体上或生物学上摧毁该团体。有几个法庭认为，可被称为“文化种族灭绝”行为的行为，在确定从肉体上消灭受保护团体的具体意图时，才具有相关性。当然，如果从肉体上或生物学上摧毁某一土著人民的意图已经认定，则第二条(b)款所规定的造成严重精神伤害或(e)款所规定的强迫转交儿童的行为将构成种族灭绝。尽管如此，将上述教育政策认定为这种意图，通常都极为困难。

四. 危害人类罪

53. 在现代背景下，第一次使用“危害人类罪”一词是针对 1915 年屠杀奥托曼土耳其的亚美尼亚人事件。该词一向与武装冲突联系在一起，但现在情况不同了；如今人们承认，和平时期也会有人犯下这种罪行（见 Cassese, 2003 年：74, Schabas, 2001 年：37）。关于何种行为构成“危害人类罪”，最完整的阐述目前载于 1998 年 7 月 17 日的《国际刑事法院罗马规约》（国际刑事法院规约）。《国际刑事法院规约》第七条第一款将“危害人类罪”定义为所列数种“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的”行为中的任何一种。

54. 协助法院执行第七条和其他条款的《犯罪要件》第七条导言第 3 段规定，“针对平民人口进行的攻击”是指“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对平民人口”多次实施《规约》第七条第一款所列行为的行为过程。要认定存在这种攻击平民人口的政策，国家或组织必须有积极推动或鼓励攻击行为的行动。值得注意的是，这些行为“不必构成军事攻击”。

55. 各种可构成危害人类罪的行为很快将予以审议。但是，本文第一部分所述的土著儿童教育形式确实有可能符合上述要求。特别是，假设这类教育形式属于第七条第一款所述行为，这种行为无疑是多次实施的，而且，因为教育是由国家组织的，很难说它不是为了“推行国家政策”以鼓励这些行为。这些行为必须“广泛或有系统”，那么同样难以论证整个教育系统不符合这一描述。

56. 但第七条第一款列举了哪些行为？所列行为包括谋杀（第 1 项）、灭绝(2)、奴役(3)、酷刑(6)、强奸以及其它各种形式的性暴力(7)、强迫人员失踪(9)、种族隔离罪(10)。所列行为中有两种与本文特别相关。第一种是第 8 项列举的“基于……种族、民族、族裔、文化、宗教、……或根据公认为国际法不容的其它理由，对任何可以识别的团体或集体进行迫害，而且与任何一种本款提及的行为或

¹⁷ 例如，见《检察官诉 Blagojević》一案（IT-02-60-T 号案件），2005 年 1 月 17 日判决，第 660 段，或《检察官诉 Krstić》一案（IT-98-33-A 号案件），2001 年 8 月 2 日判决，第 580 段。

任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生”的行为。第七条第二款第7项规定，“迫害”是指违反国际法规定，针对某一团体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利。《国际刑事法院规约》并未具体说明什么是“基本权利”；但是，应用这一概念的国际法庭必然会借助主要的国际人权文书。我们在第一篇专家论文中（Magga 等，2004 年）探讨了土著儿童教育权利的性质，特别是以母语作为教育媒介的问题，并阐述了本文和较早的这篇论文所描述的教育形式构成违反这类权利的程度。我们提出，这些教育权利是《国际刑事法院规约》意义上的“基本权利”。如上所述，剥夺这些基本权利所造成的后果是严重的。又如如上所述，这类政策的选择是故意的。由此推论，可以将这类国家教育政策视为《国际刑事法院规约》意义上的“迫害”，这至少是一个可以争辩的问题。

57. 《国际刑事法院规约》第七条第一款列举的、可与本文相关的第二种行为载于第 11 项，这一实际上包含甚广的条款提到“故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他 [与第一款所述行为] 性质相同的不人道行为”。又如本文第一部分所探讨的，土著儿童常常蒙受的各种教育确实对心理健康造成严重的、往往是永久性的伤害；如上指出，这类教育往往还负面影响蒙受者的长期身体健康。我们认为上述教育形式涉及违反基本权利，但也认为很难断定这类教育引起的身心痛苦同样构成“不人道行为”。

五. 结论

58. 显然，土著儿童一直蒙受并继续蒙受的各种形式的减式教育导致非常严重的、往往是永久性的损害身心健康的后果。这类形式的教育常常伴生带来直接和长期有害后果的暴力行为。如我们在第一篇专家论文中所探讨的，这类教育现在不符合、也显然违反一系列人权标准，我们认为这类教育构成持续违反基本权利。这类教育还具有高度同化主义倾向，因而不符合当前的少数群体保护标准，这些标准本身已成为国际人权标准的基本组成部分。

59. 本文探讨了这类教育可在何种程度上被视为构成灭绝种族罪或危害人类罪。《灭绝种族罪公约》虽然在其商讨和定论的过程中缩小了范围，但《公约》仍然提到的某些行为无疑可以描述蒙受各种形式减式教育的土著儿童的经历，正如我们已论证的。特别是，我们已论证这类教育可导致“严重精神伤害”，它常常伴生“严重身体伤害”，而且可能涉及强迫土著儿童转入另一群体。但是，还必须解释何为精神因素，才能将这些行为构成灭绝种族罪，而这种解释迄今只限于对该群体进行身体或生物毁灭的意图，这种情况迄今对就本文所述教育形式追究种族灭绝罪造成了很大挑战。我们认为，“危害人类罪”这一概念的限制性较小，也可适用于这些教育形式。但是，与减式教育最相关的罪行类别的确切法律内容仍不明确，因而也难以断然适用。我们认为，减式教育不仅对土著语言和文化、而且对土著人民生活造成的破坏性后果，现在已显而易见——实际上，这些后果

显露已久。如同所有法律一样，国际刑事法会随着我们对其所适用实践的理解的发展而演变。“危害人类罪”概念为这样一种演变提供了良好基础，这种演变最终将导致减式教育的实践和政策被法律打上耻辱的烙印。

60. 我们建议联合国土著问题常设论坛在此基础上，考虑可采取的行动。
