



国际法委员会

第六十七届会议

2015年5月4日至6月5日

和7月6日至8月7日，日内瓦

关于危害人类罪的第一次报告

由特别报告员肖恩·墨菲编写\*

\* 特别报告员感谢 Daniel Aum、Jennifer Babaie、Gwendelynn Bills、Arturo Carrillo、Túlio Di Giacomo Toledo、Anne Dienelt、Joshua Doherty、Sarah Freuden、Beatrice Gatti、Caitlin Johnson、Larry Johnson、Annalise Nelson、Darryl Robinson、Leila Sadat、Elizabeth Santalla、Herb Somers、Jennifer Summerville、Larissa van den Herik、Beth Van Schaack、Laura Withers 以及乔治·华盛顿大学人权研究所为本报告编写提供的宝贵协助。



## 目录

	页次
一. 导言 .....	4
A. 专题列入委员会工作方案 .....	4
B. 本报告的目的与结构 .....	4
二. 为何需要危害人类罪公约? .....	6
A. 危害人类罪公约的目标 .....	6
B. 各国的反应 .....	7
C. 危害人类罪公约与包括《罗马规约》在内的其他条约的关系 .....	9
三. 危害人类罪的背景 .....	11
A. 危害人类罪的概念 .....	11
B. 禁止危害人类罪的规定的历史 .....	13
C. 当代国际性法院和特别法院及法庭审理的危害人类罪 .....	19
D. 国内法中的危害人类罪 .....	26
四. 促进防止各种罪行、将其定为刑事罪及为此进行国家间合作的现有多边公约 .....	31
A. 1948 年《灭绝种族罪公约》 .....	31
B. 1949 年日内瓦四公约及其《第一附加议定书》 .....	32
C. 其他可能相关的公约 .....	34
五. 防止及惩治危害人类罪 .....	35
A. 防止危害人类罪的义务 .....	37
1. 条约 .....	37
2. 条约机构的评论 .....	41
3. 联合国决议 .....	43
4. 判例法 .....	43
5. 国际法学家 .....	47
B. 防止及惩治危害人类罪的义务 .....	49
1. 防止及惩治的一般义务 .....	49
2. 预防的具体措施 .....	50

---

3. 不克减规定 .....	51
C. 第 1 条草案：防止及惩治危害人类罪 .....	52
六. 危害人类罪的定义 .....	52
A. “广泛或有系统的”攻击 .....	55
B. “针对任何平民人口” .....	59
C. 非国家行为体 .....	64
D. “明知这一攻击” .....	67
E. 禁止的行为的类型 .....	68
F. 第 2 条草案：危害人类罪的定义 .....	78
七. 今后工作方案 .....	80
附件	
拟议条款草案 .....	81

## 一. 引言

### A. 专题列入委员会工作方案

1. 国际法委员会在 2013 年第六十五届会议上决定将题为“危害人类罪”的专题列入其长期工作方案。<sup>1</sup> 2013 年在第六委员会辩论<sup>2</sup>之后，大会表示注意到这一情况。<sup>3</sup> 国际法委员会在 2014 年第六十六届会议上决定将本专题列入目前的工作方案，并任命了特别报告员。2014 年第六委员会辩论之后，大会也表示注意到这一步骤。<sup>4</sup>

### B. 本报告的目的与结构

2. 本报告的目的是探讨拟订条款草案的潜在益处，条款草案可能作为拟订一项危害人类罪国际公约的基础。此外，本报告还介绍危害人类罪的概念作为国际法的一个方面出现的一般背景、各国际法院和法庭适用这一概念的情况以及一些国家国内法采用这一概念的情况。最后，本报告提议两个条款草案：一条是关于防止及惩治危害人类罪，另一条是关于这种罪行的定义。

3. 本报告第二节讨论订立危害人类罪公约的潜在益处。这样的公约如果得到各国的遵守，益处包括能促进各国通过有关国内法，其中包含关于这类罪行的广泛接受的定义，并在行为人在缔约国管辖的领土时允许行使广泛的管辖权。这一公约的条款还可规定缔约国有义务防止危害人类罪，有义务在法律互助方面予以合作，以便国家法院调查和起诉这类罪行，并有义务引渡或起诉被指控的行为人。第二节提及 2013-14 年各国对委员会选择这一专题的反应，大多是积极的，但在一些情况下也对这一公约与其他条约制度的关系提出问题。

4. 为此，第二节也探讨了这一公约与其他条约制度的关系，尤其是与《国际刑事法院罗马规约》<sup>5</sup> 的关系。国际刑事法院在处理灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪问题方面处于中心地位，该法院的设立是国际法领域的突出成就之一。截至 2015 年 1 月《罗马规约》已有 122 个缔约国。《罗马规约》为在国际层面调查和

<sup>1</sup> 见国际法委员会第六十五届会议工作报告，《联合国大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 116 页，第 170 段和附件 B(2013)。

<sup>2</sup> 见国际法委员会第六十三和六十五届会议工作报告：秘书处编写的大会第六十八届会议期间第六委员会讨论专题摘要(A/CN.4/666，第 17-18 页，第 72 段(2014))(下称“专题摘要”；另见下文第二(B)节)。

<sup>3</sup> 见大会 2013 年 12 月 18 日第 68/112 号决议第 8 段。

<sup>4</sup> 见国际法委员会第六十六届会议工作报告，《联合国大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 247 页，第 266 段(2014)(下称“2014 年报告”)；大会 2014 年 12 月 10 日第 69/118 号决议。第六委员会的辩论情况，见下文第二(B)节。

<sup>5</sup> 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 90 页(下称“《罗马规约》”)。

起诉这些罪行提供了一个关键手段。一项关于危害人类罪的公约可帮助促进在国家层面对这类罪行的调查和起诉，从而加强国际刑事法院所依赖的互补制度，并促进不涉及《罗马规约》的国家间合作。

5. 本报告第三节概述危害人类罪作为国际法的一个概念出现的背景，包括从与国际武装冲突有关的罪行发展成以某种令人发指的行为广泛或有系统地攻击平民人口的罪行的过程。第三节提及包括国际刑事法院在内各个当代国际刑事法庭处理危害人类罪的情况。如上文所述，国际刑事法院是以互补原则为基础设立的，有关罪行首先应由国家法院起诉，只有在国家当局不能或不愿调查并起诉罪行时，才由国际刑事法院接手。考虑到这一点，第三节还探讨了各国是否已经通过关于危害人类罪的国内法，这些法律是否与《罗马规约》第七条中关于这些罪行的定义相符，这些法律是否使有关国家能够对在其境内发生的罪行、由其国民实施的罪行、伤害其国民的罪行和(或)由非国民对非国民实施但行为人身处其境内的罪行行使管辖权。

6. 第四节指出，为订立一项危害人类罪公约，现有一系列多边文书，包括推动关于跨国犯罪的预防、将其定为罪行及国家间合作的文书，可作为潜在模式。这些公约涉及灭绝种族罪、战争罪、国家支持的酷刑、强迫失踪、跨国腐败和有组织犯罪、侵害应受国际保护人员的罪行、与恐怖主义有关的犯罪等。同样，关于引渡、法律互助和时效的多边公约在这些问题上也能提供重要的指导。

7. 第五节评估各国防止及惩治犯罪行为的现有各种条约制度规定的一般义务。由于惩治的义务在后面的条款草案中将予更加详细的叙述，本节重点阐述防止的义务，因为防止的义务存在于许多多边条约，并探讨条约机构的评论、联合国决议、判例法及学者著述中讨论的这一义务的轮廓。根据这些信息，第五节提议广泛处理“防止及惩治危害人类罪”问题的一个初步条款草案。

8. 第六节为本条款草案的目的提出危害人类罪的定义。《罗马规约》第七条是将近 100 年来危害人类罪概念发展的结晶，其中列出这一罪行的核心要件。具体而言，这一罪行涉及：“广泛或有系统”的攻击；“针对任何平民人口进行的”攻击，即“根据国家或组织……的政策，或为了推行这种政策”实施的行为过程；行为人“明知这一攻击”；通过多次实施诸如谋杀、酷刑或强奸等某些特定行为的攻击。国际刑事法院当代判例法在一定程度上依赖此前各个法庭的判例进一步调整并明确了这些术语的含义。考虑到《罗马规约》第七条所载定义现已得到各国的广泛接受，为了推进各国和国际社会应对这一罪行的协作，拟议条款草案采用了第七条中危害人类罪定义的措辞，仅作了三处非实质性的改动。这些改动之所以有必要，是因为使用定义的框架不同(例如在提及《规约》之处均以“本条款草案”取代)。

9. 最后，第七节简要叙述了今后关于本专题的工作方案。

## 二. 为何需要危害人类罪公约？

### A. 危害人类罪公约的目标

10. 如国际法委员会在 2013 年第六十五届会议上通过的专题建议所述，在国际法领域由国际刑事法庭管辖的通常有三种核心罪行：战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪。全球性条约仅涵盖这些罪行中的两种(战争罪和灭绝种族罪)，要求各国防止及惩治这种行为，并为此目的相互合作。目前没有专门处理防止及惩治危害人类罪问题的条约。

11. 但实施危害人类罪的情况可能比灭绝种族罪或战争罪更多。这种罪行可能会发生在不涉及武装冲突情况下，不需要确立灭绝种族罪所需的特别意图。<sup>6</sup> 此外，对于许多严重程度轻得多的犯罪行为，如腐败、贿赂或有组织犯罪，都已订立了关于预防、惩治及国家间合作的条约。一些条约处理各种犯罪问题，如国家支持的酷刑或强迫人员失踪，而这些行为在某些条件下也可能构成危害人类罪，但这些条约没有直接处理危害人类罪问题。

12. 由此可见，关于防止、惩治危害人类罪以及在这方面开展国家间合作的一项全球性公约似乎是当前国际法框架的一个关键缺口，对于国际人道主义法、国际刑法及国际人权法而言尤其如此。这样的公约可帮助使这一恶行臭名昭著，能使大家更加注意有必要防止及惩治这种行为，并有助于通过和统一关于这种行为的国家法律，从而为预防、调查、起诉这种罪行及引渡行为人开展更加有效的国家间合作开辟途径。为应对其他犯罪行为，现已建立了合作网络。如果为应对危害人类罪也这样做，行为人为人将找不到庇护所。希望此举将帮助防患于未然，并确保事发后即予追究责任。<sup>7</sup>

13. 因此，本专题的总体目标是拟订可用于防止及惩治危害人类罪公约(下称“危害人类罪公约”或“公约”)的条款草案。该公约利用《罗马规约》关于危害人类罪的定义，可要求所有缔约国在其管辖领土上采取有效措施防止危害人类罪。措施之一将是由缔约国在其国内法里把这种行为的整体定为犯罪，而目前多数国

<sup>6</sup> 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)，判决，2015 年国际法院案例汇编，第 139 段(下称 2015 年克罗地亚诉塞尔维亚案判决)(“法院回顾说，2007 年法院认定摧毁民族、族裔、种族或宗教群体的意向是灭绝种族的特定要件，使这种犯罪与诸如危害人类罪、迫害等其他有关犯罪行为相区分。”) (《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，2007 年国际法院案例汇编，第 43 页，第 187-188 段(下称 2007 年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案判决))。

<sup>7</sup> 学术界要求订立这一公约的呼吁，见 M.C. Bassiouni, “‘Crimes against Humanity’: The Need for a Specialized Convention,” *Columbia J. of Transnat'l L.*, vol. 31, p. 457 (1994); M.C. Bassiouni, “Crimes against Humanity: the Case for a Specialized Convention,” *Washington University Global Studies L. Rev.*, vol. 9, p. 575 (2010); L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (Cambridge University Press, 2011) (completed as part of an initiative of the Whitney R. Harris World Law Institute at Washington University in St. Louis); M. Bergsmo & T. Song (eds.), *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention* (Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014)。

家尚未这样做。另外，公约可要求每一缔约国不仅对本国境内发生或由其国民实施的行为行使管辖权，而且对由非国民在国外实施的行为也行使管辖权，如果实施者后来在缔约国管辖的领土内。

14. 此外，公约可要求各方通过法律互助和引渡等途径，开展有力的国家间合作，以调查、起诉和处罚这种犯罪行为。如果所称行为人身在一缔约国管辖的领土内，公约也可强制规定起诉或引渡的义务。公约可载列其他相关义务，如在公约的解释或适用有争议时国家间强制解决争端的义务。

15. 公约将不处理其他严重罪行，如灭绝种族罪或战争罪，因为关于这些罪行，现已订立得到广泛遵守的全球性条约。可以指出的一点是，关于灭绝种族罪和战争罪的现有全球性条约可通过了一项新文书加以更新，一些国家<sup>8</sup> 和非国家行为<sup>9</sup> 体表示支持扩大这方面的工作。考虑到若干国家已建议关于本专题的工作应作为现有法律制度的补充，而不是与其重叠，<sup>10</sup> 本专题将注重这些制度中最明显的缺口，而这些缺口似乎最需要由一项新文书加以填补。委员会在开始本专题工作时，当然继续听取各国和其他方面的意见，最终要由各国来决定何为委员会的最佳工作范围。

## B. 各国的反应

16. 2013 年秋在第六委员会辩论过程中，若干代表团支持将危害人类罪专题列入委员会议程，<sup>11</sup> 并认为订立这样一项公约很有价值。例如，北欧国家指出：

为调查、起诉和处罚此类犯罪而开展有力的国家间合作至关重要，起诉或引渡无论国籍为何的被控行为人的义务也至关重要。因此，委员会关于危害人类罪的工作必须从法律角度分析引渡或起诉的义务。此外，同样重要的是，关于后者的明确原则也必须予以确定。进一步澄清这项义务适用范围将有助于确保最佳效果，确保现有规则得到遵守。<sup>12</sup>

<sup>8</sup> 见阿根廷、比利时、荷兰和斯洛文尼亚 2013 年 11 月在第六委员会分发的一份非正式文件，题为“订立涉及最严重的国际犯罪行为法律互助和引渡交由本国起诉问题的一项多边条约”。一项关于这一举措的决议草案曾在联合国预防犯罪和刑事司法会议上提出，但经过全体委员会广泛辩论后被撤回，在全体委员会上若干代表团对预防犯罪和刑事司法委员会在此问题上的权限提出“严重关切”。见预防犯罪和刑事司法委员会第二十二届会议报告(2012 年 12 月 7 日和 2013 年 4 月 22-26 日)，《经济及社会理事会正式记录，补编第 10 号》(E/2013/30)，第 64-66 段(2013)。

<sup>9</sup> 见 M. Zgonec-Rozej and J. Foakes, *International Criminals: Extradite or Prosecute?*, Chatham House Briefing Paper No. IL BP 2013/01, at 16 (July 2013)。

<sup>10</sup> 例如见专题摘要，上文注 2，第 18 页，第 72 段。

<sup>11</sup> 奥地利(A/C.6/68/SR.17, 第 74 段)；捷克共和国(A/C.6/68/SR.18, 第 102 段)；意大利(A/C.6/68/SR.19, 第 10 段)；日本(可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703457/japan-part-1.pdf>)；蒙古(A/C.6/68/SR.19, 第 79 段)；丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典(由挪威为代表 A/C.6/68/SR.17, 第 36 段)；秘鲁(A/C.6/68/SR.18, 第 28 段)；美国(A/C.6/68/SR.17, 第 51 段)。

<sup>12</sup> 挪威代表北欧国家在第六委员会的发言(2013 年 10 月 28 日)，第 5 页，可查阅[错误!超链接引用无效。](#)

17. 同时，其他代表团告诫说，这样的一项公约必须予以谨慎对待，<sup>13</sup> 特别强调应避免与包括国际刑事法院在内的现有制度的冲突。<sup>14</sup> 一些代表团对是否真正需要拟订关于本专题的公约表示怀疑，<sup>15</sup> 而一些其他代表团则支持起草比危害人类罪范围更广的新公约。<sup>16</sup>

18. 2014 年秋在第六委员会提及这个问题的 23 个国家中多数对将本专题列入委员会当前的工作方案一事表示欢迎。<sup>17</sup> 三个国家没有表示支持本专题，但承认现有关于危害人类罪的条约制度存在缺口，值得进一步研究，<sup>18</sup> 另一个国家认为应“十分谨慎”对待本专题。<sup>19</sup> 但有四个国家认为，鉴于已有《罗马规约》，现有国际法框架在危害人类罪方面没有缺口。<sup>20</sup> 最后，有两个国家赞成订立新

<sup>13</sup> 中国(A/C.6/68/SR.19, 第 61 段); 印度(同上, 第 21 段); 马来西亚(同上, 第 33 段); 罗马尼亚(A/C.6/68/SR.18, 第 116 段); 西班牙(A/C.6/68/SR.17, 第 133 段); 联合王国(A/C.6/68/SR.18, 第 22 段)。

<sup>14</sup> 例如见马来西亚在第六委员会的发言, 第 3 段(2013 年 10 月 30 日), 可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703723/malaysia-rev.pdf> (“马来西亚认为, 这项研究不应损害《罗马规约》要实现的普遍性。此外, 与此有关的任何进一步工作不应与现有制度重叠, 而应作为现有制度的补充。”); 联合王国在第六委员会的发言(2013 年 10 月 28-30 日), 可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703573/uk-rev.pdf> (强调“该领域的任何新公约都必须与《罗马规约》保持一致, 并作为《罗马规约》的补充”); 西班牙在第六委员会的发言, 第 2 页(2013 年 10 月 28 日), 可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703785/spain-e.pdf> (“如果开展本专题的工作, 则需要仔细分析应列入相关公约的具体限制方面, 尤其是该公约与《罗马规约》及国际刑事法院的作用的确切关系, 而不逾越其规定。”); 挪威(以北欧国家的名义)在第六委员会的发言, 上文注 12:

虽然十分值得欢迎的是本专题的发展将使预防责任与国家间合作的义务得到进一步承认, 但北欧国家强调, 这类义务不得被视为是限制针对其他罪行的类似的现有义务, 或限制该领域已有的法律义务。

<sup>15</sup> 法国(A/C.6/68/SR.17, 第 106 段); 伊朗伊斯兰共和国(可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/1156427/iran.pdf>, 第 7 页); 俄罗斯联邦(A/C.6/68/SR.19, 第 56 段); 南非(A/C.6/68/SR.18, 第 51-58 段)。

<sup>16</sup> 荷兰(A/C.6/68/SR.18, 第 37 段); 斯洛文尼亚(A/C.6/68/SR.21, 第 56 段)。

<sup>17</sup> 奥地利(A/C.6/69/SR.19, 第 111 段); 克罗地亚(A/C.6/69/SR.20, 第 92-93 段); 捷克共和国(同上, 第 10 段); 萨尔瓦多(同上, 第 91 段); 芬兰以北欧国家名义(A/C.6/69/SR.19, 第 81 段); 以色列(A/C.6/69/SR.20, 第 67 段); 牙买加(A/C.6/69/SR.27, 第 33 段); 日本(A/C.6/69/SR.20, 第 49 段); 大韩民国(A/C.6/69/SR.21, 第 45 段); 蒙古(A/C.6/69/SR.24, 第 94 段); 新西兰(A/C.6/69/SR.21, 第 33 段); 波兰(A/C.6/69/SR.20, 第 36 段); 西班牙(A/C.6/69/SR.21, 第 42 段); 特立尼达和多巴哥(A/C.6/69/SR.26, 第 118 段); 美国(A/C.6/69/SR.20, 第 121 段)。

<sup>18</sup> 智利(A/C.6/69/SR.24, 第 52 段); 意大利(A/C.6/69/SR.22, 第 53 段); 联合王国(A/C.6/69/SR.19, 第 160 段)。

<sup>19</sup> 罗马尼亚(A/C.6/69/SR.19, 第 147 段)。

<sup>20</sup> 法国(A/C.6/69/SR.22, 第 37 段); 马来西亚(A/C.6/69/SR.27, 第 54 段); 荷兰(A/C.6/69/SR.20, 第 15-16 段); 南非(同上, 第 114 段)。



公约，但应在另一论坛进行，采用另一方式，重点注意涵盖更多的犯罪行为，而目标更为狭窄，仅限于引渡和法律互助。<sup>21</sup>

19. 提出正面意见的国家指出，本专题的工作将有助于发展国际刑法，<sup>22</sup> 并将在委员会先前的工作的基础上再接再厉，<sup>23</sup> 例如审议引渡或起诉制度对于危害人类罪如何运作的问题。<sup>24</sup> 同时，若干国家认为，本专题的工作必须避免与现有法律文书的冲突，特别是与《罗马规约》的冲突。<sup>25</sup> 总的来说，各国政府目前的意见似乎是拟订新公约是有价值的，但必须谨慎行事，特别注意新公约与现有国际制度的关系，特别是与《罗马规约》的关系。

### C. 危害人类罪公约与包括《罗马规约》在内的其他条约的关系

20. 危害人类罪公约与其他条约的关系是指导委员会的工作的极为重要的一个问题。许多属于危害人类罪范畴的行为(作为广泛或有系统地针对平民人口的攻击的一部分行动实施时)也属于诸如 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》、<sup>26</sup> 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》<sup>27</sup> 等现有条约制度处理的行为。危害人类罪公约应以现有相关条约制度的案文和技术手段为基础拟订，但应避免与这些制度相冲突。

21. 危害人类罪公约尤其应避免与《罗马规约》相冲突。毫无疑问，起草一项新公约时，凡在适用之处，均应借鉴《罗马规约》以及相关文书和判例的用语。但鉴于为数众多的国家已经成为《罗马规约》缔约国，新公约应避免与《罗马规约》有任何冲突。例如，如果《罗马规约》缔约国接到国际刑事法院关于移交某人的请求，并另外接到其他国家根据拟议的公约提出的引渡同一人的请求，《罗马规约》第九十条已规定了解决竞合请求的程序。起草条款草案时应确保《罗马规约》缔约国即使在加入危害人类罪公约之后也能遵循这一程序。此外，通过一项公约在若干方面能推进《罗马规约》未触及的一些可取的目标，同时又支持国际刑事法院的任务。

22. 第一，《罗马规约》规定了缔约国与国际刑事法院的关系，但没有规定缔约国之间事项(也没有涉及缔约国与非缔约国之间的事项)。换言之，《罗马规约》的

<sup>21</sup> 荷兰(A/C.6/69/SR.20, 第 15-17 段); 爱尔兰(A/C.6/69/SR.19, 第 177 段)。

<sup>22</sup> 克罗地亚(A/C.6/69/SR.20, 第 94 段); 日本(同上, 第 49 段)。

<sup>23</sup> 克罗地亚(同上, 第 94-97 段); 捷克共和国(同上, 第 10 段)。

<sup>24</sup> 智利(A/C.6/69/SR.24, 第 52 段); 芬兰(以北欧国家的名义) (A/C.6/69/SR.19, 第 82 段); 联合王国(同上, 第 159 段)。

<sup>25</sup> 智利(A/C.6/69/SR.24, 第 52 段); 意大利(A/C.6/69/SR.22, 第 53 段); 蒙古(A/C.6/69/SR.24, 第 94-95 段); 罗马尼亚(A/C.6/69/SR.19, 第 147 段); 特立尼达和多巴哥(A/C.6/69/SR.26, 第 118 段); 联合王国(A/C.6/69/SR.19, 第 160 段)。

<sup>26</sup> 1948 年 12 月 9 日, 联合国,《条约汇编》, 第 78 卷, 第 1021 号(下称《灭绝种族罪公约》)。

<sup>27</sup> 1984 年 12 月 10 日, 联合国,《条约汇编》, 第 1465 卷, 第 85 页(下称《酷刑公约》)。

重点在于国家与国际刑事法院的“纵向”关系，而不在于国家间合作的“横向”关系。《罗马规约》关于“国际合作和司法协助”的第九编默示承认在处理国际刑事法院管辖范围内的罪行问题上的国家间合作应继续在《罗马规约》范围之外进行，但没有对这种合作作出规定。危害人类罪公约可明示提及在国内法律系统中对实施危害人类罪的人进行调查、逮捕、起诉和处罚的国家间合作问题。<sup>28</sup> 这一目标完全符合《罗马规约》的目标和宗旨。

23. 第二，国际刑事法院重点在于处罚实施其管辖范围内的罪行的人，而不是各国为在这类犯罪发生之前加以防止而应采取的措施。如下文第五节所述，关于危害人类罪的新公约可借鉴《灭绝种族罪公约》、《酷刑公约》等其他条约中可予相比的义务，规定与防止有关的义务。因此，危害人类罪公约可明确提出国家防止危害人类罪的义务，并为追究国家在这方面的责任奠定基础。

24. 第三，国际刑事法院虽然是起诉实施这类罪行的高层人士的一个关键国际机构，但不是用于起诉对危害人类罪负有责任的所有人(资源也不够)。国际刑事法院所依据的概念是，如果适当国家法律已经到位，起诉犯罪首先属国家管辖范围(补充原则)。<sup>29</sup> 再者，在一些情况下，国际刑事法院可能希望将其羁押的嫌疑人移交给国家管辖，但又可能无法这样做，因为相关国家当局没有能力以危害人类罪控告嫌疑人。<sup>30</sup> 鉴于国际刑事法院没有能力起诉对危害人类罪负有责任的所有人，或也无法在这方面加强国家法律系统，订立一项新公约可帮助在国家层面发展防止及惩治这类罪行的能力，从而加强国际刑事法院。<sup>31</sup>

25. 第四，与前文所述相关的是，危害人类罪公约将要求颁布国内法，把危害人类罪定为犯罪行为。如上文第二节所述，目前许多国家，包括《罗马规约》的许多缔约国，尚未这样做。新公约尤其可要求各国对身在其境内的行为人行使管辖权，甚至在该行为人不是本国国民、且罪行是在国外实施的情况下也要这样

<sup>28</sup> 见 L. Olson, “Re-enforcing Enforcement in a Specialized Convention on Crimes Against Humanity: Inter-State Cooperation, Mutual Legal Assistance, and the *Aut Dedere Aut Judicare* Obligation,” in L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 上文注 7, p. 323.

<sup>29</sup> M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (MartinusNijhoff, 2008); J. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford, 2008).

<sup>30</sup> 例如，卢旺达问题国际刑事法庭在 *Bagaragaza* 案中曾遇到这种情形。见检察官诉 *Bagaragaza*, 上诉分庭，关于规则 11 之二上诉的裁决，案件号 ICTR-05-86-AR11bis, 第 18 段(2006 年 8 月 30 日)(“上诉分庭不能核准将案件交给一个不能将此行为作为严重违反国际人道主义法的行为指控的司法当局审判”)。

<sup>31</sup> 见奥地利在第六委员会的发言，第 5 页(2013 年 10 月 28 日)，可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703455/austria-part-1.pdf>(“《国际刑事法院罗马规约》无疑不是起诉这类犯罪行为和打击有罪不罚现象的努力的最后一个步骤。法院只能处理少数主要行为人，但这不应使各国摆脱起诉危害人类罪的主要责任。”)。

做。<sup>32</sup> 没有颁布这种法律的国家加入公约后，将有颁布这种法律的明确的义务。已有这种法律的国家将有义务审查这些法律，以确定这些法律是否包含公约涵盖的恶行的所有方面内容，并允许对行为人行使管辖权。

26. 因此，经周全考量的危害人类罪公约不仅不会与其他条约制度冲突，而且将有助于弥补现有条约制度的缺口，<sup>33</sup> 在这样做的同时也能加强现有制度。

### 三. 危害人类罪的背景

#### A. 危害人类罪的概念

27. 通常认为“危害人类罪”概念具备两个普遍特征。首先，罪行令人发指，被视为对人类根本属性的攻击。<sup>34</sup> 其次，罪行令人发指，不仅是对直接受害者的攻击，还是对全人类的攻击，因此整个人类社会都希望予以惩罚。有人指出：

禁止战争罪的规定涉及行为人对受保护的直接对象实施的犯罪行为，而禁止危害人类罪的规定涉及的行为人行为不仅针对直接受害者，还针对全人类……这些行为由于令人发指且规模庞大，构成对人类尊严和人性根本理念的骇人听闻的攻击。它们因而或应该影响到每个人类成员，不论其国籍、族裔群体和地点。<sup>35</sup>

28. 如下文所述，“危害人类罪”的概念在过去一个世纪中发展演变，在《国际军事法庭宪章》（“纽伦堡宪章”）和《远东国际军事法庭宪章》（“东京宪章”）

<sup>32</sup> 见 P. Akhavan, “The Universal Repression of Crimes against Humanity before National Jurisdictions: The Need for a Treaty-Based Obligation to Prosecute,” in L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 上文注 7, 第 31 页(其中指出, “无论是否可认为[《罗马规约》]中包含了某种默示的起诉责任, 这种规定均不涵盖普遍管辖权”, 截至 2009 年, 仅有欧洲联盟的 11 个国家和非洲联盟的 8 个国家已颁布了允许对危害人类罪行使这种管辖权的法律)。

<sup>33</sup> 例如见斯洛文尼亚在第六委员会的发言, 第 7 页(2013 年 10 月 30 日), 可查阅 <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703847/slovenia.pdf> (“国际法的这一法律缺口得到人们承认已有一段时间。在国家合作领域, 包括在法律互助和引渡方面, 这一缺口尤其明显。我们认为应尽一切努力弥补这一缺口。”)

<sup>34</sup> Hannah Arendt 将大屠杀定性为“新罪行, 危害人类罪—’针对人类地位’, 或针对根本人性的罪行。” H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, at 268 (Viking Press, 1965)。

<sup>35</sup> 检察官诉 Erdemovic, 上诉分庭, 判决书, 前南问题国际法庭案件号 IT-96-22-A, 第 21 段(1997 年 10 月 7 日)(下称“1997 年 Erdemović 案”)(McDonald 法官和 Vohrah 法官的联合个别意见); 见 D. Luban, “A Theory of Crimes against Humanity,” *Yale J. of Int’l L.* vol. 29, at 85, para. 90 (2004) (“我们的本性迫使我们在社会中生活, 但这样就离不开人为政治组织, 而这种组织不可避免会威胁我们的福祉, 并在一定程度上威胁我们的生存。危害人类罪在这些威胁中最为严重; 它们是为数不多的政治沦为毒瘤的案例。”); 另见 R. Vernon, “What is Crime against Humanity? ”, *J. of Pol. Phil.*, vol. 10, p. 231 (2002); C. Macleod, “Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity” , *European J. of Int’l L.*, vol. 21, p. 281 (2010)。

中有了分水岭式的发展，在国际刑事法院等当代国际刑事法庭的规约和判例法又有了重大调整。<sup>36</sup> 虽然该罪行的编纂和适用引发了一些理论分歧，但这一概念包含了该罪行的所有表述所共有的若干基本要素。此类罪行是一种国际罪行，而无论发生该行为所在国的法律是否将这种行为定为犯罪行为。此类罪行针对一地平民，因此具有一定规模或系统性，通常超出纯粹出于个人目的实施的孤立暴力事件或罪行。这种罪行可在一国境内或跨界实施。最后，此类罪行涉及人类所知的最令人发指的暴力和迫害行为。众多学术著作对上述各种要素进行了分析。<sup>37</sup>

<sup>36</sup> 通常见 B. Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective* (iUniverse, 2004); O. López Goldaracena, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad* (Asociación Americana de Juristas, 2006); P. Parenti (ed.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional* (Ad-Hoc, 2007); M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge University Press, 2011); N. Geras, *Crimes against Humanity: Birth of a Concept* (Manchester University Press, 2011)。

<sup>37</sup> E. Schwelb, "Crimes against Humanity," *British Yearbook of International Law*, vol. 23, p. 181 (1946); J. Dautricourt, "Crime against Humanity: European Views on its Conception and its Future," *J. of Crim. L. and Criminology*, vol. 40, p. 170 (1949); J. Graven, "Les Crimes contre l'Humanité" *Recueil des Cours*, vol. 1950-I, p. 433 (1950); E. Aron éanu, *Le Crime Contre l'Humanité* (Daloz, 1961); P. Ramella, *Crímenes contra la humanidad* (Ediciones Depalma, 1986); P. Ramella, *Crimes contra a humanidade* (Forense, 1987); P. Sturma, "Kn ávrhu kodexu zlocinu proti m fu a bezpecnosti lidstva," *Pra òni k*, vol. 128 (9/10), p. 879 (1989); G. Richard (ed.), *L'Histoire Inhumaine: Massacres et G énocides des Origines à Nos Jours* (A. Colin, 1992); M. Delmas-Marty et al., "Le crime contre l'humanité les droits de l'homme et l'irréductible humain," *Revue de Science Criminelle et de Droit P énal Compar é* vol. 11, p. 477 (1994); A. Becker, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts* (Duncker & Humblot, 1996); Y. Dinstein, "Crimes against Humanity," in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century, Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski*, p. 891 (Kluwer, 1996); M. Lippman, "Crimes Against Humanity," *Boston College Third World L. Rev.*, vol. 17, p. 171 (1997); S. Chalandon & P. Nivelles, *Crimes contre l'Humanité Barbie, Bouvier, Bousquet, Capon* (Plon, 1998); B. Van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence," *Columbia J. Transnat'l L.*, vol. 37, p. 787 (1999); M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law* (Kluwer, 2d ed. 1999); J. Bazelaire & T. Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye* (Presses Universitaires de France, 2000); A. Gil Gil, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 112, p. 381 (2000); E. Greppi, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale* (UTET, 2001); K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 85 (2001); Y. Jurovics, *R éflexions sur la sp écificité du crime contre l'humanité* (LGDJ, 2002); F. Palombino, "The Overlapping between War Crimes and Crimes against Humanity in International Criminal Law," *Italian Y.B. Int'l L.*, vol. 12, p. 123 (2002); A. Cassese, "Crimes against Humanity," in A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, p. 375 (Oxford University Press, 2002); M. Lattimer and P. Sands (eds.), *Justice for Crimes against Humanity* (Hart Publishing, 2003); G. Manske, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit* (Duncker & Humblot, 2003); A. Romero Mendoza (ed.), *Crímenes de lesa humanidad: un enfoque venezolano* (El Nacional, 2004); S. Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des*

## B. 禁止危害人类罪的规定历史

29. “危害人类罪”概念的一个重要先驱是《陆战法规和惯例公约》和《关于陆战法规和惯例的公约》(1899年和1907年海牙各公约)的“马顿斯条款”，后者在

---

*ISrGH* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004); K. Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, p. 303 (Universidad Católica Andrés Bello, 2005); D.L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* (Macmillan Reference, 2005); L. May, *Crimes against Humanity: A Normative Account* (Cambridge University Press, 2005); M. Capellà i Roig, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad* (Tirant lo Blanch, 2005); L. Moir, “Crimes against Humanity in Historical Perspective,” *N.Z. Y.B. Int’l L.*, vol. 3, p. 101 (2006); K. Ambos and S. Wirth, “El Derecho Actual sobre Crímenes en Contra de la Humanidad,” in K. Ambos (ed.), *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, p. 167 (Pons, 2006); R. C. Slye, “Refugee Jurisprudence, Crimes against Humanity, and Customary International Law,” in A.F. Bayefsky (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers* (2006); A. Cassese, *International Criminal Law*, p. 98 (Oxford University Press, 2nd ed. 2008); M. del Carmen Márquez Carrasco, *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad* (Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008); C. Eboe-Osuji, “Crimes against Humanity: Directing Attacks against a Civilian Population,” *African J. of Legal Stud.*, vol. 2, p. 188 (2008); A. Morlachetti, “Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad,” in H. Romero Villanueva, *La Prescripción Penal*, p. 137 (Abeledo Perrot, 2008); M. Delmas-Marty et al., *Le crime contre l’humanité* (Presses Universitaires de France, 2009); J. Doria, “Whether Crimes against Humanity Are Backdoor War Crimes,” in J. Doria et al. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honor of Professor Igo Blishchenko*, p. 645 (Martinus Nijhoff Publishers, 2009); S. Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (Peter Lang, 2009); S. Kirsch, “Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity,” *Leiden J. of Int’l L.*, vol. 22, p. 525 (2009); B. Kuschnik, *Der Gesamtbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen* (Duncker & Humblot, 2009); S. Garibian, *Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’Etat moderne* (Schulthess Verlag, 2010); E. Amati, “I Crimini contro l’Umanità” in E. Amati et al. (eds.), *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, p. 411 (Giuffrè 2d ed. 2010); W. van der Wolf (ed.), *Crimes Against Humanity and International Law* (International Courts Association, 2011); L. van den Herik, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity,” in S. Darcy and J. Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (2010); M. DeGuzman, “Crimes against Humanity,” in B. Brown (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, p. 62 (Edgar Elgar Publishing, 2011); G. Acquaviva & F. Pocar, “Crimes against Humanity,” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 855 (2012); J. Dondé Matute, *Tipos Penales en el Ámbito Internacional*, p. 97 (Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2d ed. 2012); M. Bettati, “Le crime contre l’humanité” in H. Ascensio et al. (eds.), *Droit international pénal*, p. 103 (Pedone, 2d ed. 2012); H.D. Bosly & D. Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice* (LGDJ, 2012); P.M. Dhena, *Droit d’ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l’humanité et crime de génocide* (l’Harmattan, 2012); C. Focarelli, *Diritto Internazionale*, vol. I, p. 485 (CEDAM, 2d ed. 2012); A. Valencia Villa, “Los Crímenes de Lesa Humanidad: Su Calificación en América Latina y algunos Comentarios en el Caso Colombiano,” in H. Olásolo Alonso et al. (coord.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, vol. I, p. 119 (Tirant lo Blanch, 2012); L. Sadat, “Crimes Against Humanity in the Modern Age,” *American J. Int’l L.*, vol. 107, p. 334 (2013).

编制战时人员保护时提到“人性法则和……公众良心的要求”。<sup>38</sup> 通常将该条款理解为规定在出现战争法的全面编纂前，根据“人性”原则提供剩余保护。<sup>39</sup>

30. 海牙各公约涉及国家间武装冲突中发生的行为，而非一国政府对其人民的暴力行为。在第一次世界大战后，就国际法是否应约束一国政府在国内实施的暴行进行了进一步审议。1919年，战争策动者责任和执行处罚委员会向第一次世界大战后的巴黎和平会议提交了一份报告，其中参照马顿斯条款确定了可就战争期间行为对人员提出起诉的各种罪行。<sup>40</sup> 委员会倡导将政府对其人民实施的暴行列入随后推出的《凡尔赛和约》范畴，以便在国际和国家法庭上起诉违反“既定战争法规和惯例”和“基本人性法则”的罪行。<sup>41</sup> 委员会因而呼吁设立一个负责起诉高级领导人的国际委员会，其适用法律为“文明人民间确立的惯例、人道法及公众良心要求产生的万国法原则。”<sup>42</sup>

31. 然而，《凡尔赛条约》第228和229条最终未列入“危害人类罪”；<sup>43</sup> 那些条款仅涉及战争罪。因此，没有就与第一次世界大战有关的危害人类罪提出起诉，<sup>44</sup> 但为第二次世界大战后提出此类起诉撒播了种子。<sup>45</sup> 在纽伦堡确定<sup>46</sup> 并经《柏

<sup>38</sup> 《陆战法规和习惯公约》，1907年10月18日，序言，36 Stat 2277, 187 Consol. T.S.227。1907年版本的条款规定：

在颁布更完整的战争法典前，缔约方认为可暂且宣布，对于未列入缔约方通过之条例的案件，居民和交战各方仍处于文明人民间确立的惯例、人道法律和公众良心要求产生的万国法原则的保护和约束之下。

<sup>39</sup> 见 See T. Meron, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience,” *Am. J. of Int'l L.*, vol. 94, p. 78 (2000)。

<sup>40</sup> 战争策动者责任和执行处罚委员会向初步和平会议提交的报告(卡内基国际和平基金会，国际法司，活页文章第32号，1919年)，*Am. J. of Int'l L.* 部分重印，vol. 14, p. 95 (1920)。

<sup>41</sup> 同上，115。

<sup>42</sup> 同上，122。见 M.C. Bassiouni, “World War I: ‘The War to End All Wars’ and the Birth of a Handicapped International Criminal Justice System,” *Denver J. of Int'l L. & Policy*, vol. 30, p. 244 (2002)。

<sup>43</sup> 《同盟国与协约国及德国之间的和平条约》，第228-29条，1919年6月28日，225 C.T.S. 188, 285, 2 Bevans 43, at 136 - 37。

<sup>44</sup> 《同盟国与土耳其之间的和平条约》，*American J. of Int'l L.* , vol. 15, p. 179, at 235 (Supp. 1921)，列入一项关于起诉“危害人类罪”的条款，但该条约从未生效。

<sup>45</sup> 见 R. Clark, “History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity,” in L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 上文注 7, p. 8。关于赫什·劳特帕赫特爵士在将危害人类罪确定为纽伦堡审判的一项起诉条目方面的作用，见 E. Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, p. 272 (Cambridge University Press, 2010) 和 S. Schwebel 在《英国国际法年鉴》中的审查意见，vol.83, p.143(2013)。

<sup>46</sup> 《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》，附件，《国际军事法庭宪章》，第6(c)条，1945年8月8日，82《联合国条约汇编》(下称纽伦堡宪章)。

林议定书》修正<sup>47</sup>的《国际军事法庭宪章》将“危害人类罪”列为法庭管辖范围的构成部分。《纽伦堡宪章》第6(c)条将此类罪行界定为：

在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，且随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关，不论是否违反实施行为所在国的国内法律。

32. 危害人类罪的这一定义与存在国际性武装冲突挂钩；只有“随实施法庭管辖范围内任何罪行”而起或与之有关的行为才构成国际法所述的罪行，这里指的是危害和平罪或战争罪。因此，对传统上属于一国国家管辖范围内事项进行干预的理由依据是罪行与国家间冲突有关。这种关联是指发生大规模的令人发指的罪行，并可能是作为一种行为模式组成部分发生。<sup>48</sup> 负责审判第三帝国高级政治和军事领导人的国际军事法庭认定若干被告在战争期间犯有危害人类罪，<sup>49</sup> 尽管在一些案件中，这些罪行与军事法庭管辖范围内其他罪行的关系薄弱。<sup>50</sup>

33. 在对德国高级领导人进行首轮审判后，<sup>51</sup> 占领当局继续根据管制委员会第10号法令进行审判，其间有更多人员被判犯有危害人类罪。<sup>52</sup> 例如，美利坚合

<sup>47</sup> 《纠正宪章案文偏差的议定书》，1945年10月6日，在国际军事法庭审判主要战犯期间发表，第一卷(纽伦堡，1947年)。《柏林议定书》将“战争期间”后的分号替换为逗号，以便英文和法文案文与俄文案文相互统一。这种做法的效应是将条款上半部分与条款下半部分连接起来(“关于在本法庭管辖范围内的任何罪行”)，从而与国际性武装冲突联系起来。

<sup>48</sup> 见联合国战争罪行委员会，《联合国战争罪行委员会的历史和战争法的发展》，p.179 (Her Majesty's Stationery Office, 1948)(“只有当罪行的规模、野蛮程度、数量或在不同时期和地点采用的类似模式危及到国际社会或震撼人类良知时，发生上述罪行所在国或国民沦为受害者的国家以外的国家才有理由进行干预。”)。

<sup>49</sup> 见 R. Clark, “Crimes against Humanity at Nuremberg,” in G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, p.177(Martinus Nijhoff Publishers, 1990); L. Mansfield, “Crimes against Humanity: Reflections on the Fiftieth Anniversary of Nuremberg and a Forgotten Legacy,” *Nordic J. Int'l L.*, vol. 64, p. 293 (1995)。

<sup>50</sup> 例如，见检察官诉 Kupreškić 等人，审判分庭，判决书，前南问题国际法庭案件号 IT-95-16-T，第 576 段(2000 年 1 月 24 日)(其中指出 Baldur von Schirach 所犯危害人类罪与国际军事法庭管辖范围内其他罪行之间关系薄弱)(下称“2000 年 Kupreškić 案”)。

<sup>51</sup> 危害人类罪也在东京法庭管辖范围内。见《远东国际军事法庭宪章》，第 5(c)条，1946 年 1 月 19 日，4 Bevens 20, at 20(1946 年 4 月 26 日修正)，(下称“东京宪章”)。然而，该法庭没有对任何此类罪行定罪；相反，定罪均涉及在日本外对非日本国民犯下的战争罪。见 N. Boister & R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, at 32, 194, 328-30 (Oxford University Press, 2008)。

<sup>52</sup> 管制委员会第 10 号法令，《惩处犯有战争罪、危害和平罪和危害人类罪的人员》，1945 年 12 月 20 日，载于《德国管制委员会政府公报》，第 3 卷，第 50 页(1946 年)。管制委员会第 10 号法令将危害人类罪确认为：“下列暴行和罪行，包括但不限于对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐、拘禁、酷刑、强奸及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，不论是否违反实施行为所在国的国内法。”同上，第二(1)(c)条。

众国占领当局随后进行的所有 12 次审判中均涉及危害人类罪。<sup>53</sup> 管制委员会第 10 号法令并未明确规定危害人类罪必须与危害和平罪或战争罪有关；虽然有些审判维持这种关联，但另一些审判并非如此。<sup>54</sup> “正义案件”没有维持这种关联，但确定危害人类罪不仅指孤立的暴行或迫害案件，更需要“证明有意识地参与政府系统性组织或核准的程序。”<sup>55</sup> 德国国家法院在数百起案件中也适用管制委员会第 10 号法令，而且并未要求与战争罪或危害和平罪有关。<sup>56</sup>

34. 1945-1946 年，大会指出并重申《纽伦堡宪章》确认的国际法原则，<sup>57</sup> 指示国际法委员会“表述”这些原则并编写一份治罪法草案。<sup>58</sup> 委员会随后于 1950 年研究了这些原则，并将其提炼为“纽伦堡法庭宪章和法庭判决书确认的国际法原则”，其原则六(c)对危害人类罪的界定是：“对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施系随实施任何危害和平罪或任何战争罪而起或与之有关。”<sup>59</sup> 在对这一原则的评注中，委员会强调罪行无须在战争期间实施，但表示战前罪行必须与危害和平罪有关。<sup>60</sup> 与此同时，委员会表示，“即便是犯罪人对自己民众实施的行为也可构成危害人类罪。”<sup>61</sup>

35. 虽然委员会的“1950 年纽伦堡原则”仍要求危害人类罪与战争罪或危害和平罪存在关联，但委员会的“1954 年危害人类和平及安全治罪法草案”未提及这种关联。治罪法草案将危害人类和平与安全的罪行确定为：“国家当局或在上述当局唆使或纵容下行使的个人基于社会、政治、种族、宗教或文化原因对任何一地

<sup>53</sup> T. Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*, at 69, 92, 118-19 (1949); see J. Brand, “Crimes against Humanity and the Nürnberg Trials,” *Oregon L. Rev.*, vol. 28, p. 93 (1949); J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, p. 85 (Oxford University Press, 2011).

<sup>54</sup> 例如，见美利坚合众国诉弗利克等人，3 L.R.T.W.C. 1212 - 14 (1952)。

<sup>55</sup> 例如，见美利坚合众国诉 Altstoetter 等人。(“正义案件”)，3 L.R.T.W.C.974, 982 (1951)。

<sup>56</sup> 见 U. Vultejus, “Verbrechen gegen die Menschlichkeit,” *Strafverteidiger*, vol. 12, p. 602 (1992)。

<sup>57</sup> 见“引渡和惩处战争罪犯”，大会第 3(I)号决议，第 9-10 段(1946 年 2 月 13 日)；“申明纽伦堡法庭宪章确认的国际法原则”，大会第 95(I)号决议，联合国文件 A/64/Add.1，第 188 段(1946 年 12 月 11 日)。

<sup>58</sup> 大会第 177(II)号决议(1947 年 11 月 21 日)。

<sup>59</sup> “纽伦堡法庭宪章和法庭判决书确认的国际法原则，附有评注”，国际法委员会第二届会议工作报告，联合国大会正式记录，第 5 届会议，补编第 12 号，原则 6(c)，联合国文件 A/1316 (1950)，《国际法委员会年鉴》重印，第二卷，第 374 页(1950 年)。

<sup>60</sup> 同上，第 123 段。

<sup>61</sup> 同上，第 124 段。



平民实施的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等非人道行径。”<sup>62</sup> 委员会如此解释关于这一罪行的最后定语：

为避免将个人实施的任何非人道行径均定为国际罪行，认定有必要规定构成国际罪行的行为必须是个人在一国当局唆使或纵容下实施。<sup>63</sup>

36. 有代表团希望在 1950 年代设立一个常设国际刑事法院，但大会推迟了对委员会《1954 年治罪法草案》采取行动，提出应先界定侵略罪。<sup>64</sup> 其后的一些重点集中在就上述罪行制定国家法律。在这方面，1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》呼吁各国在国内将“危害人类罪”定为刑事犯罪，并撤销关于起诉罪行的法定时效。<sup>65</sup> 作为在若干国家起草并遵守的多边公约中首次出现的危害人类罪定义，需要提到的是，第 1(b)条提及“1945 年 8 月 8 日纽伦堡《国际军事法庭宪章》确定并经联合国大会 1946 年 2 月 13 日第 3(I)号决议和 1946 年 12 月 11 日第 95(I)号决议确认的战时或平时时期实施的危害人类罪……”

37. 仅列有 4 项实质性条款的 1968 年公约只是将重点放在法定时效；然而公约呼吁缔约国采取步骤“以期能够”引渡罪行的行为人，公约并未明确授权缔约国对危害人类罪行使管辖权。截至 2015 年 1 月，该公约已有 55 个缔约国。

38. 1981 年，大会请委员会继续就治罪法草案开展工作。<sup>66</sup> 1991 年，委员会完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》一读。<sup>67</sup> 大会随后请委员会在治罪法草案框架内进一步审议设立处理此类罪行的国际刑事审判机构问题，包括设立一个常设国际刑事法院的提案。<sup>68</sup> 前南斯拉夫和卢旺达问题特设国际刑事法庭(下文讨论)先后设立，对常设国际刑事法院的支持度也有了提高，完成上述项目变得特别重要。

<sup>62</sup> 《危害人类和平及安全治罪法》，附有评注，国际法委员会第六届会议工作报告，联合国大会正式记录，第 9 届会议，补编第 9 号，第 3 章，第 2(11)条，联合国文件 A/2693(1954)；见 D. Johnson, “The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind,” *International and Comparative Law*, vol. 4, p. 445 (1955)。

<sup>63</sup> 《国际法委员会年鉴》，第二卷，第 150 页(1954 年)。

<sup>64</sup> 大会第 898(IX)号决议(1954 年 12 月 14 日)；大会第 1187(XII)号决议(1957 年 12 月 11 日)。

<sup>65</sup> 1968 年 11 月 26 日，联合国，《条约汇编》，第 754 卷，第 73 页；见 R. Miller, “The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity,” *American J. of Int'l L.*, vol. 65, p. 476 (1971)。关于类似性质的区域性公约，见《危害人类罪和战争罪不适用法定时效的欧洲公约》，1974 年 1 月 25 日，《欧洲条约汇编》第 82 号。截至 2015 年 1 月，该公约有 7 个缔约国。

<sup>66</sup> 大会第 36/106 号决议(1981 年 12 月 10 日)。

<sup>67</sup> 国际法委员会的报告，联合国大会正式记录，第 46 届会议，补编第 10 号，联合国文件 A/46/10, at 265(1991)，(下称 1991 年国际法委员会报告)。1991 年治罪法草案包括 26 个罪行类别。

<sup>68</sup> 大会第 46/54 号决议(1991 年 12 月 9 日)。

1996年，委员会完成了《治罪法草案》二读。<sup>69</sup> 1966年《治罪法草案》第18条列出了构成危害人类罪的一系列行为，前提是“系统性或大规模实施，并受一国政府或任何组织或团体煽动或唆使。”<sup>70</sup> 在解释开头语时，委员会评论说：

(3) 本定义的开头确定，将某一被禁行为定为草案所述的危害人类罪必须满足两个一般条件。第一个条件要求行为是“系统性或大规模实施”。上述第一个条件包括两个可选要求。第一个可选要求是非人道行径是“系统性实施”，即依照有预谋的计划或政策实施。实施该计划或政策会导致反复或持续实施非人道行径。这一要求的主旨是排除不是作为更广泛计划或政策组成部分实施的随机行为。《纽伦堡法庭宪章》并未列入这一要求。尽管如此，纽伦堡法庭强调，当审议非人道行径是否构成危害人类罪时，此类行径应是作为恐怖政策组成部分实施，且“在许多情况下有组织性和系统性”。

(4) 第二个可选要求是非人道行径是“大规模”实施，即行为针对众多受害者。这一要求排除了行为人自行采取行动并针对单个受害者实施的非人道行径。《纽伦堡法庭宪章》也没有列入第二个要求。尽管如此，纽伦堡法庭进一步强调，当审议可能构成危害人类罪的非人道行径时，恐怖政策“必须是大规模开展”。一读通过的治罪法草案案文使用了“mass scale”一词，表示需要有众多受害者。该词后来被“large scale”一词替代，后者的范围足以涵盖涉及众多受害者的各种情形，例如一系列非人道行径的累积效应或超大规模非人道行径的单独效应的结果。上述两个可选要求表述第一个条件。因此，如果行为满足上述任何要求，就可构成危害人类罪。

(5) 第二个条件要求行为是“一国政府或任何组织或团体煽动或唆使”。这种煽动或教唆可来自一国政府或来自一个组织或团体。这种可选要求是为了排除以下情形，即不存在一国政府或一个团体或组织的鼓励或唆使下个人根据自身犯罪计划自行实施的非人道行径。此类单人的孤立犯罪行为将不构成危害人类罪。单人独自行动极难实施第18条所述的非人道行径。一国政府或与一国政府有或没有附属关系的任何组织或团体的煽动或唆使会使行为具有广泛涉及面，使其成为可归咎于个人或一国代理人的危害人类罪。

(6) 与《纽伦堡法庭宪章》不同，第18条所载危害人类罪的定义没有要求行为在战时实施或与危害和平罪或战争罪有关。随后的法律文书均未列入这一要求，确认了危害人类罪的自主存在性……前南斯拉夫问题国际法庭

<sup>69</sup> 《危害人类和平及安全治罪法草案》，国际法委员会第48届会议工作报告，《国际法委员会年鉴》，1996年，第二卷(第二部分)at 17(1996)。1996年治罪法草案载有5个罪行类别。见 E. Vargas Carreño, “El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional,” in *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio*, vol. II, p. 1523 (Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998)。

<sup>70</sup> 同上，第47段。

也确认不要求将国际武装冲突作为危害人类罪的先决条件：“目前习惯国际法既定规则不要求危害人类罪与国际武装冲突有关。”<sup>71</sup>

39. 自 1996 年以来，委员会曾论述过危害人类罪。2001 年，委员会表示禁止危害人类罪“被明确接受并确认”为国际法强制性规范。<sup>72</sup> 国际法院也表示，禁止国家支持的酷刑等特定行为具有强制法性质，<sup>73</sup> 这更有理由表明，禁止广泛或系统地实施上述行为也将具有强制法性质。

### C. 当代国际性法院和特别法院及法庭审理的危害人类罪

40. 安全理事会通过第 827(1993)号决议设立了起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭，并通过了法庭规约。规约第 5 条把“危害人类罪”纳入了前南斯拉夫问题国际法庭管辖权范围。<sup>74</sup> 第 5 条内容如下：

#### 第 5 条 危害人类罪

国际法庭应有权对国际或国内武装冲突中犯下下列针对平民的罪行负有责任的人予以起诉：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境；
- (e) 监禁；
- (f) 酷刑；

<sup>71</sup> 同上，第 47-48 段(省去脚注)。

<sup>72</sup> 关于国家责任的条款草案，对第 26 条的评注，第 5 段，大会正式记录，第五十六届会议，联合国文件 A/56/10，第 283 页(2001 年)(表示“被明确接受和承认的强制性规范包括禁止……危害人类罪”)；另见《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，国际法委员会研究组的报告，联合国文件 A/CN.4/L.682，第 374 段(2006 年 4 月 13 日)，经联合国文件 A/CN.4/L.682/Corr.1(2006 年 8 月 11 日)更正，(Marti Koskenniemi 定稿)(将危害人类罪确定为“最经常提到的应具有强制法地位的候选之一”)；另见国家管辖豁免案(德国诉意大利；希腊参加诉讼)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，第 95 段(表示逮捕证案所涉危害人类罪“无疑具有强制法性质”)；*Almonacid Arellano* 等人诉智利，美洲人权法院，判决书，初步反对意见，案情、赔偿和费用，系列 C 第 154 号，第 96 段(2006 年 9 月 26 日)(承认危害人类罪的强制法地位)。

<sup>73</sup> “与起诉或引渡义务有关的问题”(比利时诉塞内加尔)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，第 99 段；另见检察官诉 *Furundžija*，审判分庭，判决书，前南问题国际法庭案件号 IT-95-17/1，第 153 段(1998)；*Al-Adsani* 诉联合王国，判决书，欧洲人权法院判决书，申请号 35763/97，第 61 段(2001)。

<sup>74</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(S/25704，附件)，第 5 条。

- (g) 强奸；
- (h) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害；
- (i) 其他不人道行为。

虽然提出第 5 条的秘书长报告指出，危害人类罪“是指在大规模或有计划的攻击平民中……非常严重的不人道行为”，<sup>75</sup> 但是这一提法并没有写入第 5 条。第 5 条采用的提法保留了与武装冲突的联系，把“国际或国内武装冲突中犯下针对平民的”一些具体行为定为犯罪。这一措辞于 1993 年拟订，结合其出台的背景很容易理解，当时认为前南斯拉夫确实存在武装冲突(导致安理会根据《宪章》第七章的规定行使权力)，提出这一措辞的主要目的是消除危害人类罪必须与国际武装冲突相联系的概念。鉴于这一措辞可能暗示习惯国际法要求这一行为需与武装冲突有联系，法庭上诉分庭后来澄清说，保留与武装冲突的联系“没有逻辑或法律基础”，因为在纽伦堡之后在国家实践中这种联系“已被放弃”。上诉分庭并指出，“关于种族灭绝和种族隔离的国际公约显示，联系要求已经过时，这两项公约都禁止某些种类的危害人类罪而不论是否与武装冲突有联系。”<sup>76</sup> 的确，上诉分庭后来坚持认为，前南问题国际法庭规约中的这种联系仅仅是为了规定法庭的属事管辖权范围，而不是为了编纂习惯国际法。<sup>77</sup> 法庭还通过判例发展了关于起诉危害人类罪行为人所必须证明的要件的重要指导原则。<sup>78</sup> 此后，法庭判决多名被告犯有危害人类罪。<sup>79</sup>

41. 安全理事会通过第 955(1994)号决议设立了起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 12 月 31 日期间在卢旺达境内的灭绝种族和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内灭绝种族和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭，并通过了法庭规约。规约第 3 条把“危害人类罪”列入了卢旺达

<sup>75</sup> 秘书长根据安全理事会第 808 号决议第 2 段提交的报告，S/25704 号文件，第 13 页，第 48 段 (1993 年 5 月 3 日)。

<sup>76</sup> 检察官诉塔迪奇，上诉分庭，对辩方就管辖权问题提出中间上诉做出的裁决，前南问题国际法庭 IT-94-1-AR72 号案件，第 140 段 (1995 年 10 月 2 日)(下称“塔迪奇 1995”)。

<sup>77</sup> 例如见检察官诉塔迪奇，上诉分庭，判决，前南问题国际法庭 IT-94-1-A 号案件，第 249-51 段 (1999 年 7 月 15 日)(下称“塔迪奇 1999”)(“存在武装冲突的情况得到证明，即满足了关于武装冲突的要求；这就是《规约》的全部要求，提出的要求超过了习惯国际法。”)；另见检察官诉 Kordić & Čerkez，审判分庭，判决，前南问题国际法庭 IT-95-14/2-T 号案件，第 33 段 (2001 年 2 月 26 日)(下称“Kordić 2001”)。

<sup>78</sup> 例如见“塔迪奇 1999”，第 227-29 段。

<sup>79</sup> 例如见 M.C. Roberge, “Jurisdiction of the Ad Hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over Crimes Against Humanity and Genocide,” *International Review of the Red Cross*, vol. 321, p. 651 (1997); G. Mettraux, “Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda,” *Harvard Int'l L. J.*, vol. 43, p. 237 (2002); S. Meseke, “La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité,” in M. Chiavario (ed.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, p. 173 (2003); Sadat, 上文注 37, at 342-46.

问题国际刑事法庭的管辖范围。<sup>80</sup> 虽然第 3 条保留了同样的行为清单(谋杀、灭绝等),但是开首用语没有再提及武装冲突,而是使用了 1993 年秘书长报告中(S/25704,第 48 段)“基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有机会的攻击平民中犯下的罪行”的提法。据此,规约明确规定,要确立此种犯罪,必须要有歧视性动机。和前南斯拉夫问题国际法庭一样,卢旺达问题国际刑事法庭的判例也进一步发展了起诉危害人类罪行为人必须证明的关键要件。<sup>81</sup> 同样,该法庭也判决多名被告犯有危害人类罪。<sup>82</sup>

42. 同样在 1994 年,委员会完成了常设国际刑事法院规约的起草工作,把危害人类罪写入了第 20 条(d)款,并列入了拟设法院的管辖范围。委员会在该条的评注中指出:

根据委员会的理解,危害人类罪的定义涵盖针对全体或部分平民人口普遍或有计划施加暴行的、性质非常严重的不人道行为。这种罪行的特点在于其大规模或有计划的性质。同行为的规模和蓄意的政策以及针对全体或部分平民人口等因素相比,不法行为的具体形式(谋杀、奴役、驱逐出境、酷刑、强奸、监禁等)对于定义不是最重要的。这种想法本拟在[前南斯拉夫问题国际法庭]规约第 5 条“针对任何平民百姓”一语中反映出来,但在条款草案[第 18 条]<sup>83</sup> 中表述得更加明确。“针对任何平民人口”一语应理解为基于国家、政治、民族、种族或宗教原因进行普遍和有计划攻击行为的一部分。定义中提到的具体行为是指作为这种攻击一部分的蓄意做出的行为。<sup>84</sup>

43. 此后,大会决定设立一个特设委员会,审查委员会起草的规约产生的重大实质和行政问题,并考虑为召开国际全权代表会议作出安排。<sup>85</sup> 为此,又成立了

<sup>80</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》,安全理事会第 955 号决议, S/RES/955, 附件,第 3 条(1994 年 11 月 8 日); 一般情况见 L.J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law* (Brill, 2005)。

<sup>81</sup> 例如见“检察官诉 Akayesu”, 审判分庭, 判决, ICTR-96-4-T 号案件, 第 578-98 段 (1998 年 9 月 2 日) (下称“Akayesu 1998”); 另见 van den Herik, 上文注 7, at 160-96; R. Kolb, “The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes,” *British Yearbook of Int'l L.*, vol. 71 (2000), pp. 259, 291-300; R. Kolb, “The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004),” *British Yearbook of Int'l L.*, vol. 75 (2004), pp. 269, 310-326; R. Kolb, “The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2004-2013),” *British Yearbook of Int'l L.*, vol. 84 (2014), p. 131 at 163-72。

<sup>82</sup> 例如见“Akayesu 1998”, 第 23 段; 另见 van den Herik, 上文注 7, at 151-98, 270-73; G. Mettraux & J. Cerone, “The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity—The Evolution of the Nexus Requirement,” *New England J. of Int'l and Comp. L.*, vol. 14, p. 191 (2008); Sadat, 上文注 37, at 346-49。

<sup>83</sup> 发表评注时, 相关条款草案一读通过时为第 21 条, 二读时改为第 18 条。

<sup>84</sup> 国际法委员会第四十六届会议工作报告, 联合国, 《大会正式记录, 第四十九届会议, 补编第 10 号》, A/49/10 号文件, 第 40 页(1994)。

<sup>85</sup> 大会第 49/53 号决议(1994 年 12 月 9 日)。

筹备委员会进一步讨论委员会起草的规约产生的重大问题，以期编写能够得到普遍接受的综合案文。<sup>86</sup> 综合案文在外交会议上得到了进一步审议和修改。<sup>87</sup> 1998年7月17日，外交会议在罗马通过了设立国际刑事法院的《罗马规约》。<sup>88</sup> 截至2015年1月，已有122个国家成为《罗马规约》缔约国。

44. 《罗马规约》第五条第一款第2项把危害人类罪列入了国际刑事法院的管辖范围。<sup>89</sup> 第七条第一款确定，危害人类罪是指“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”一系列行为。<sup>90</sup> 第七条第二款进一步明确指出，这种攻击“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，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程”。<sup>91</sup> 第七条(将在下文第六节中详述)既没有保留作为前南斯拉夫问题国际法庭规约特点的与武装冲突的联系，也没有保留作为卢旺达问题国际刑事法庭规约特点的歧视性动机的要求(迫害行为除外)。

<sup>86</sup> 大会第50/46号决议(1995年12月11日)。

<sup>87</sup> 大会第51/207号决议(1996年12月17日)。

<sup>88</sup> 《罗马规约》，上文注5。

<sup>89</sup> 同上，第五条第一款第2项。

<sup>90</sup> 同上，第七条第一款。关于“在明知这一攻击的情况下”新提法的讨论，见下文第六节(D)。第7条通过时发表的一般性评注，见P. Hwang, “Defining Crimes Against Humanity in the Roman Statute of the International Criminal Court,” *Fordham Int’l L. J.*, vol. 22, p. 457, at 497–501 (1998); D. Robinson, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference,” *American J. of Int’l L.*, vol. 93, p. 43 (1999); H. von Hebel, “Crimes Against Humanity under the Roman Statute,” in P. van Krieken (ed.), *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, p. 105 (T.M.C. Asser Press, 1999); D. Cattin, “A General Definition of Crimes against Humanity under International Law,” *Revue de Droit Penal et des Droits de l’Homme*, vol. 8, p. 83 (1999); H. von Hebel and D. Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court,” in R. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Roman Statute: Issues, Negotiations, Results*, p. 79 (Martinus Nijhoff Publishers, 1999); R. Clark, “Crimes against Humanity and the Roman Statute of the International Criminal Court,” in R. Clark et al. (eds.), *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs*, p. 139 (Kluwer Law International, 2001); D. Robinson, “The Elements of Crimes against Humanity,” in R. Lee et al. (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, p. 57 (Transnational Publishers, Ardsley, 2001); A. Gil Gil, “Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘los Elementos de los Crímenes,’” in K. Ambos (coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollos Post-Roma*, at 65, 68–94, 104 (Tirant lo Blanch, 2002); T. McCormack, “Crimes Against Humanity,” in D. McGoldrick, et al. (eds.), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, p. 179 (Hart Publishing, 2004); P. Currat, *Les crimes contre l’humanité é dans le Statut de la Cour pénale internationale* (Schulthess, 2006); C.K. Hall et al., “Article 7, Crimes against Humanity,” in O. Triffterer & K. Ambos (eds.), *Commentary on the Roman Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, p. 159 (Hart Publishing, 2d ed. 2008); W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Roman Statute*, at 137–87 (Oxford University Press, 2010); Sadat, 前注37, at 350–55。

<sup>91</sup> 《罗马规约》，上文注5，第七条第二款。

45. 在《罗马规约》生效筹备过程中, 会员国拟定了《犯罪要件》文件, 为起诉危害人类罪行为时必须证明的要件提供了重要指导。<sup>92</sup> 《罗马规约》2002年7月生效以来, 国际刑事法院已经对若干被告提起危害人类罪的起诉, 其中一些被告已被定罪。<sup>93</sup> 比如, 2014年3月国际刑事法院第二审判庭作出判决, 认定在2003年对刚果民主共和国 Bogoro 村庄的袭击中 Germain Katanga 通过他人实施谋杀, 犯有危害人类罪。该审判庭并认定, 被告通过他人实施性奴役和强奸, 犯有危害人类罪。<sup>94</sup>

46. 危害人类罪还被列入了同时适用国际法和国内法的“混合”法庭的管辖范围。塞拉利昂问题特别法庭根据塞拉利昂和联合国的协定于2002年设立。给协定把危害人类罪列入了特别法庭的管辖范围。<sup>95</sup> 法庭规约第2条规定, “特别法庭有权起诉在广泛或有系统地针对任何平民人口的攻击中, 作为攻击的一部分而实施下列犯罪的人”, 并列出了九类行为。特别法庭以危害人类罪对一些被告提出起诉, 其中一些人已被定罪, 包括利比里亚前总统查尔斯·泰勒。<sup>96</sup>

47. 相反, 安全理事会2007年设立的黎巴嫩问题特别法庭适用黎巴嫩法律而非国际法, 其规约没有把危害人类罪列入法庭的管辖范围。<sup>97</sup> 秘书长认为, 特别法庭所审理的恐怖袭击的模式“可能符合国际刑事法庭判例中发展起来的关于这

<sup>92</sup> 见国际刑事法院, 《犯罪要件》, 联合国 PCNICC/2000/1/Add.2 (2000)号文件(下称国际刑事法院《犯罪要件》)。《罗马规约》第九条第一款规定, “本法院在解释和适用第七条时, 应由《犯罪要件》辅助。” 一般情况见 S. Chesterman, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity,” *Duke J. of Comp. and Int'l L.*, vol. 10, p. 307 (2000); R. Lee et al. (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001); M. Badar, “From the Nuremberg Charter to the Roman Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity,” *San Diego Int'l L. J.*, vol. 5, p. 73 (2004)。根据第七条, 确立涉及多种被禁行为的危害人类罪必须具有两个要件: (1) 在广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击中实施的行为; (2) 行为人知道其行为是或有意把其行为作为广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。2010年国际刑事法院审查会议对《犯罪要件》进行了修订, 以考虑到更多要件。见《犯罪要件》, ICC-PIDS-LT-03-002/11\_Eng (2011)。

<sup>93</sup> “检察官诉 Dyilo”, 审判分庭, 判决, ICC-01/04-01/06-2842 号案件(2012年3月14日); “检察官诉 Katanga”, 第二审判分庭, 判决, ICC-01/04-01/07 号案件(2014年3月7日)(下称“Katanga 2014”); Sadat, 上文注 37, at 355-68。

<sup>94</sup> “Katanga 2014”, 第 436、443-44 段。鉴于所有上诉都已中止, 本判决为终审判决。

<sup>95</sup> 塞拉利昂和联合国关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定, 第 2 条, 2002 年 1 月 16 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 2178 卷, 第 138 页。

<sup>96</sup> 例如见“检察官诉泰勒”, 第二审判分庭, 判决, SCSL-03-01-T 号案件(2012年5月18日); “检察官诉泰勒, 上诉分庭, 判决, SCSL-03-01-PT (2013年9月26日); 另见“检察官诉 Fofana and Kondewa”, 上诉分庭, 判决, SCSL-04-14-A 号案件 (2008年5月28日); “检察官诉 Brima 等人”, 上诉分庭, 判决, SCSL-04-16-A 号案件(2008年2月22日); 一般情况见 W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, at 40 (Cambridge University Press, 2006); C. C. Jalloh & S. Meisenberg (eds.), *The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012) (2 vols.); R.W.F. van der Wolf (ed.), *The Case Against Charles Taylor* (2013); Sadat, 上文注 37, at 349-50。

<sup>97</sup> 安全理事会第 1757 号决议(2007年5月30日)。



种罪行的初步定义”。<sup>98</sup> 但是，将危害人类罪列入法庭的管辖范围的设想在安全理事会没有得到足够的支持。<sup>99</sup>

48. 在一些国家法律体系内设立了几个特别法庭(有时有国际法官参与审判)，其中一些法庭对危害人类罪行使了管辖权。2000年设立的东帝汶重罪特别审判小组对1999年1月1日至10月25日期间在东帝汶境内犯下的危害人类罪拥有管辖权。有关提法与《罗马规约》第七条几乎一字不差，<sup>100</sup> 特别审判小组判决数名被告罪名成立。<sup>101</sup>

<sup>98</sup> 秘书长关于设立黎巴嫩问题特别法庭的报告，联合国S/2006/893号文件，第6页，第24段(2006年11月15日)。

<sup>99</sup> 同上，第25段；主管法律事务副秘书长尼古拉斯·米歇尔先生的发言，联合国S/2006/893/Add.1号文件，第2页(2006年11月21日) (“规约的案文、报告的字里行间以及到目前为止的谈判均清楚地表明：法庭没有资格将袭击行为定为危害人类罪。”)。

<sup>100</sup> 见联合国东帝汶过渡行政当局关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的特别审判小组的第2000/15号条例，§5, UNTAET/REG/2000/15 (2000)；另见K. Ambos & S. Wirth, “The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000,” *Criminal Law Forum*, vol. 13, p. 1, at 2 (2002)。

<sup>101</sup> “检察官诉 Marques 等人”，东帝汶重罪特别审判小组，判决，9/2000号案件(2001年12月11日)；“副检察长诉 Pedro”，同上，判决，1/2001号案件(2005年4月14日)；“检察官诉 Leite”，同上，判决，04b/2001号案件(2002年12月7日)；“检察官诉 Cardoso”，同上，判决，04c/2001号案件(2003年4月5日)；“检察官诉 Carvalho”，同上，判决，10/2001号案件(2004年3月18日)；“检察官诉 Martins 等人”，同上，判决，11/2001号案件(2003年11月13日)；“检察官诉 Santos”，同上，判决，16/2001号案件(2002年9月9日)；“检察官诉 Sarmento 等人”，同上，判决，18./2001号案件(2003年7月16日)；“检察官诉 Sarmento”，同上，判决，18a/2001号案件(2003年8月12日)；“检察官诉 Mendonça”，同上，判决，18b/2001号案件(2003年10月13日)；“检察官诉 Correia”，同上，判决，19/2001号案件(2004年3月29日)；“检察官诉 Tacaqui”，同上，判决，20/2001号案件(2004年12月9日)；“检察官诉 Soares”，同上，判决，02/2002-B号案件(2004年12月1日)；“检察官诉 Ena 等人”，同上，判决，5/2002号案件(2004年3月23日)；“检察官诉 Soares”，同上，判决，7a/2002号案件(2003年12月9日)；“检察官诉 Olivera 等人”，同上，判决，12/2002号案件(2004年2月23日)；“检察官诉 Da Costa Nunes”，同上，判决，1/2003号案件(2003年12月10日)；“检察官诉 Atolan”，同上，判决，3/2003号案件(2003年6月9日)；“检察官诉 Cloe 等人”，同上，判决，4/2003号案件(2004年11月16日)；“检察官诉 Sufa”，同上，判决，4a/2003号案件(2004年11月25日)；“检察官诉 Beno”，同上，判决，4b/2003号案件(2004年11月16日)；“检察官诉 Metan”，同上，判决，4c/2003号案件(2004年11月16日)；“检察官诉 Gusmão”，同上，判决，7/2003号案件(2003年2月28日)；“检察官诉 Mau”，同上，判决，8/2003号案件(2004年2月23日)；“检察官诉 Lao”，同上，判决，10/2003号案件(2004年12月3日)；“检察官诉 Soares”，同上，判决，11/2003号案件(2003年12月11日)；“检察官诉 Ludji 等人”，同上，判决，16/2003号案件(2004年5月19日)；“检察官诉 Guterres”，同上，判决，18a/2003号案件(2005年2月28日)；“检察官诉 Da Costa 等人”，同上，判决，22/2003号案件(2005年4月25日)；“检察官诉 Maubere”，同上，判决，23/2003号案件(2004年7月5日)；“检察官诉 Fernandes”，同上，判决，25/2003号案件(2005年4月19日)；“检察官诉 Correia”，同上，判决，27/2003号案件(2005年4月25日)；“检察官诉 Mesquita 等人”，同上，判决，28/2003号案件(2004年12月6日)；“检察官诉 Perreira”，同上，判决，34/2003号案件(2005年4月27日)；“检察官诉 De Deus”，同上，判决，2a/2004号案件(2005年4月12日)；另见审查1999年东帝汶境内严重侵犯人权行为起诉情况专家委员会给秘书长的报告(2005年5月26日)，联合国S/2005/458号文件，附件二(2005年7月15日)；C. Reiger & M. Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect* (International Center for Transitional Justice, 2006)。



同样，2001年柬埔寨设立的柬埔寨法院特别法庭<sup>102</sup>和2003年柬埔寨和联合国之间协定<sup>103</sup>在特别法庭规约第5条中规定，“特别法庭有权对所有犯有危害人类罪的被告进行审判”。该法院已经进行了这样的审判。<sup>104</sup>2003年伊拉克管理委员会设立的伊拉克最高刑事法庭也将危害人类罪列入了管辖范围。<sup>105</sup>同样，与《纽伦堡宪章》不同的是，规定由这些法庭审理的犯罪行为不需要与武装冲突有联系。<sup>106</sup>

49. 根据塞内加尔和非洲联盟之间的协定于2012-2013年在塞内加尔司法系统内设立的非洲特别法庭有权审判“1982年6月7日至1990年12月1日在乍得犯罪以及严重违反国际法、国际人道主义法和惯例以及乍得和塞内加尔批准的国际公约”的责任人。<sup>107</sup>法庭规约第4(b)条规定其有权管辖危害人类罪，第6条界定了危害人类罪，该定义借鉴但不重复《罗马规约》第七条。

50. 最后，危害人类罪有时还出现在区域人权法院和法庭的判例中，<sup>108</sup>如美洲人权法院<sup>109</sup>和欧洲人权法院的判例。例如，欧洲法院大审判庭在2008年分析

<sup>102</sup> 见大会第57/228 B号决议(2003年5月13日)。

<sup>103</sup> 《柬埔寨和联合国关于按照柬埔寨法律起诉民主柬埔寨期间所犯罪行的协定》，2003年6月6日，联合国，《条约汇编》，第2329卷，第117页。

<sup>104</sup> “检察官诉 Kaing Guek Eav alias Duch”，审判分庭，判决，001/18-07-2007/ECCC/TC 号案件(2010年7月26日)(下称“Duch 审判分庭判决”)；“检察官诉 Nuon Chea 等人”，共同调查法官办公室，结案令，002/19-09-2007-ECCC-OCIJ 号(2010年9月15日)。

<sup>105</sup> 《伊拉克最高特别法庭规约》，第10(b)条，2003年12月10日，43 I.L.M. 231 (2004)。2005年，伊拉克临时政府在原规约的基础上颁布了新的规约，把法庭更名为“伊拉克最高刑事法庭”。见 Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, Law No. 10, Official Gazette of the Republic of Iraq (Oct. 18, 2005); 另见 M. Scharf, “The Iraqi High Tribunal: A Viable Experiment in International Justice?,” *J. of Int’l Crim. Just.*, vol. 5, p. 258 (2007); B. Kuschnik, “The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?,” *Chinese J. of Int’l L.*, vol. 7, p. 459 (2008); E. van Heugten & P.A. van Laar (eds.), *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Dujail Case* (International Courts Association, 2011)。

<sup>106</sup> 例如见“Duch 审判分庭判决”，前注104，第291段(“武装冲突的概念也没有纳入当今危害人类罪的习惯定义。”)。

<sup>107</sup> Agreement on the Establishment of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese Judicial System, Senegal-African Union, Aug. 22, 2012, 52 I.L.M. 1024 (2013); Agreement on the Statute of the Chambers, Senegal-African Union, Jan. 30, 2013, 52 I.L.M. 1028。

<sup>108</sup> 见 A. Huneeus, “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Bodies,” *Am. J. Int’l L.*, vol. 107, p.1 (2013)。

<sup>109</sup> 例如，见 J. Dondé Matute, “Los Elementos Contextuales de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” in K. Ambos et al.(eds.), *Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Tomo II, p. 205 (Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011)。

了“危害人类罪”概念在 1956 年的含义，认定即使在当时，危害人类罪惯用定义最初包含的与武装冲突的联系可能已经消失。<sup>110</sup>

51. 鉴于这些事态发展，现在公认，国际法中的刑事责任包含个人犯下的危害人类罪。正如塔迪奇案的审判分庭指出的，“自纽伦堡宪章以后，禁止危害人类罪和追究犯罪者的个人刑事责任的习惯法地位没有受到过严重质疑”。<sup>111</sup>

#### D. 国内法中的危害人类罪

52. 委员会在其第六十六届会议的年度报告中，<sup>112</sup> 请各国提供以下资料：(a) 国家目前的国内法是否明确将“危害人类罪”定为刑事犯罪，如果是的话；(b) 相关刑法的案文；(c) 国家在什么条件下能对被控犯下危害人类罪的行为人行使管辖权(例如，当罪行发生在其领土内或罪行系由其国民或居民实施)；(d) 国家的国内法院已对危害人类罪作出判决。截至 2015 年 2 月初，委员会已收到 4 个国家的答复。本报告已纳入了这些答复中的资料。

53. 一些国家的国内法以某种方式处理危害人类罪，因此国家起诉工作在这些法律的范围之内。<sup>113</sup> 例如，《芬兰刑法典》第 11 章编纂了关于危害人类罪(以及灭绝种族罪和战争罪)的规定。<sup>114</sup> 该章第 3 节界定了这项罪行，第 4 节则指出了应加重处罚该罪行的情况。总的来说，芬兰刑法只适用于：在芬兰境内犯下的罪行；芬兰国民或居民，或在芬兰被捕的丹麦、冰岛、挪威或瑞典国民或永久居民在另一国境内犯下的罪行；在另一国境内犯下的针对芬兰国民、并且可判处 6 个月以上监禁的罪行。不过，这条一般规则存在例外情况。因此，根据《刑法典》第 1 章第 7(1)节，“芬兰法律适用于在芬兰境外实施的犯罪，在这种情况下，无论犯罪发生

<sup>110</sup> *Korbely v. Hungary*, E.Ct.H.R. Grand Chamber Judgment, No. 9174/02, para. 82 (Sept. 19, 2008)。国际判例也可能出现在非洲司法和人权法院。见非洲司法和人权法院规约议定书第 28A 条(前提是该法院的国际刑法科有权对个人犯下的危害人类罪进行审判)，在马拉博举行的第二十四届非洲联盟首脑会议(2014 年 6 月)对议定书进行了修正。但截至 2015 年 1 月，该议定书和修正尚未生效。

<sup>111</sup> 检察官诉塔迪奇案，审判分庭，意见与判决书，前南问题国际法庭案件号 IT-94-1-T，第 623 段(1997 年 5 月 7 日)(下称 1997 年塔迪奇案)；另见检察官诉 Sesay、Kallon 和 Gbao 案(革命联合阵线案)，第一审判分庭，判决书，案件号 SCSL-04-15-T，第 58 段(2009 年 3 月 2 日)。

<sup>112</sup> 见 2014 年报告，上注 4，第 34 段。

<sup>113</sup> 一般例子见：A. Eser et al. (eds.), *National Prosecution of International Crimes* (2003-2007)(6 vols.); M. Bergsmo et al. (eds.), *Importing Core International Crimes into National Law* (Tokel Opsahl Academic EPublisher, 2d ed. 2010); R. Falconí, “The Codification of Crimes against Humanity in the Domestic Legislation of Latin American States,” *International Criminal Law Review*, vol. 10, p. 453 (2010); W.J. van der Wolf, *Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts* (International Courts Association, 2011)。具体国家的例子见：C. Ferstman, “Domestic Trials for Genocide and Crimes against Humanity: The Example of Rwanda,” *African J. of Int’l and Comp. L.*, vol. 9, p.857(1997); L. van den Herik, “The Dutch Engagement with the Project of International Criminal Justice,” *Netherlands Int’l L. Rev.* vol.55, p.303 (2010)。

<sup>114</sup> 《芬兰刑法典》，第 39/1889 号法律(2012 年修订)，可查阅 <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>(非正式英文译文)。

地法律如何,该行为是否要受到惩处取决于对芬兰有约束力的国际协定或者是对芬兰有国际约束力的其他法规或条例(国际犯罪)”。危害人类罪被视为这类犯罪。

54. 同样,《瑞士刑法典》<sup>115</sup> 第 12 章之二编纂了关于灭绝种族罪和危害人类罪的规定,第 264a 条界定了危害人类罪的定义。瑞士法律适用于在瑞士境内犯下的罪行(第 3 条),以及在瑞士境外犯下的以下罪行:针对瑞士国家的罪行(第 4 条)、针对未成年人的罪行(第 5 条)、瑞士根据一项国际协定承诺起诉的罪行(第 6 条)、或其他涉及在犯罪发生地国应受处罚的行为,行为人在瑞士,并且根据瑞士法律规定,该行为可能导致引渡,但行为人没有被引渡(如果行为人不是瑞士国民,而且罪行并非针对瑞士国民,那么只有当引渡请求因行为性质以外的原因被拒或行为人为人实施了国际社会禁止的特别严重罪行时,才可能进行起诉)(第 7 条)。

55. 相比之下,其他国家的国内法没有明确将“危害人类罪”定为刑事犯罪,不过它们可能有相关的法规,能够起诉在某些情况下构成危害人类罪的行为。例如,美国没有关于危害人类罪的国内法。虽然美国有禁止酷刑、战争罪和灭绝种族罪的刑事法规,<sup>116</sup> 但这些法规没有将可能构成危害人类罪的一切行为都定为刑事犯罪,而且美国国内法中没有某些国际文书中规定的构成危害人类罪的部分行为。同时,其他域外适用法规可能在某些情况下适用,如针对恐怖主义罪行或暴力罪行的法规。古巴也没有将“危害人类罪”定为刑事犯罪,但其法律将危害人类罪作为搁置国内法限制的依据,这些限制可能在其他情况下适用。<sup>117</sup>

56. 在《纽伦堡宪章》通过后的十年,出现了多个国家起诉案件,例如以色列的 Eichmann 和 Demjanjuk 案,<sup>118</sup> 荷兰的 Menten 案,<sup>119</sup> 法国的 Barbie 和 Touvier 案<sup>120</sup>

<sup>115</sup> 《瑞士刑法典》,第 311.0 号法律(2015 年修订),可查阅 <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>。

<sup>116</sup> 见 18 U.S.C. § 2340A (2012) (禁止酷刑);18 U.S.C. § 2441 (2012) (禁止战争罪);18 U.S.C. § 1091 (2012) (禁止灭绝种族罪)。

<sup>117</sup> 见 Código Penal de la República de Cuba, Ley No. 62, art. 5, para. 3; art. 18, para. 4, 可查阅 [http://www.tsp.cu/ley\\_62\\_codigo\\_penal\\_cuba](http://www.tsp.cu/ley_62_codigo_penal_cuba)。

<sup>118</sup> *Attorney General for the Government of Israel v. Eichmann*, I.L.R., vol. 36, p. 1 (District of Jerusalem), p. 277 (Supreme Court of Israel) (1968); *Attorney General for the Government of Israel v. Demjanjuk*, Trial Judgment (Apr. 18, 1988) (Israel District Court); *Demjanjuk v. State of Israel*, Isr. S.C. 221 (1993) (Israel Supreme Court); 见 Hans W. Baade, “The Eichmann Trial: Some Legal Aspects,” *Duke Law Journal*, vol. 10, p. 400 (1961); J.E.S. Fawcett, “The Eichmann Case,” *British Year Book of Int’l L.*, vol. 38, p. 181 (1962); Georg Schwarzenberger, “The Eichmann Judgment,” *Current Legal Problems*, vol. 15, p. 248 (1962)。

<sup>119</sup> *Menten Case*, 75 I.L.R. 362 (1987) (Dutch Supreme Court)。

<sup>120</sup> *Barbie Case*, 78 I.L.R. 125 (1988); 100 I.L.R. 331 (1995) (French Court of Cassation); *Touvier Case*, 100 I.L.R. 338 (1995) (French Court of Cassation); 见 L. Sadat Wexler, “The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again,” *Columbia J. of Transnat’l L.*, vol. 32, p. 289 (1994); S. Chalandon & P. Nivelle, *Crimes contre l’humanité—Barbie, Touvier, Bousquet, Papon* (1998)。

以及加拿大的 *Finta*、*Mugesera* 和 *Munyanzeza* 案。<sup>121</sup> 这类案件可能在豁免、追诉时效法和国内大赦法的效果等方面引起棘手的问题。以巴西正在起诉的 *Rubens Paiva* 案为例，初级法院起诉了被控犯有危害人类罪的前军警人员，尽管巴西曾在 1979 年颁布了大赦法。<sup>122</sup> 在某些情况下，起诉以外的国家程序，如引渡<sup>123</sup> 或移民<sup>124</sup> 程序中会出现危害人类罪问题。由于受到《罗马规约》的影响，<sup>125</sup> 近年来许多国家已经通过或修订了国内法，将危害人类罪及其他罪行定为刑事犯罪。<sup>126</sup>

<sup>121</sup> *Regina v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, [1997] 104 I.L.R. 284 (Supreme Court of Canada); *Munyanzeza v. R.*, 2014 QCCA 906 (Quebec Court of Appeal)。

<sup>122</sup> 联邦上诉法院同意初审法院搁置大赦法的裁决见 *Brasil. Tribunal Regional Federal da 2a Regi ão. 2a Turma Especializada. Habeas Corpus* n.o 0104222-36.2014.4.02.0000. Impetrantes: Rodrigo Henrique Roca Pires e Outro. Impetrado: Juízo da 4a Vara Federal Criminal - RJ. Autuado em 26 de Agosto de 2014 [Brazil. Federal Regional Court of the 2nd Region. 2nd Specialized Chamber. *Habeas Corpus* no. 0104222-36.2014.4.02.0000. Rodrigo Henrique Roca Pires and Another v. 4th Federal Criminal Court, Judiciary Section of Rio de Janeiro. Issued on: August 26, 2014]。不过，联邦最高法院在决定大赦法的适用性前中止了案件诉讼程序。见 *Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl 18686 MC/RJ*, Relator: Min. Teori Zavascki, Decisão de 29 de setembro de 2014, publicado eletronicamente no DJe-191 em 1 de outubro de 2014 [Brazil. Federal Supreme Court. Rcl 18686 MC/RJ, Rapporteur: Min. Teori Zavascki, Decision of September 29, 2014, published electronically at the DJe-191 on October 1st, 2014], 可查阅 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=263694199&tipoApp=.pdf>。

<sup>123</sup> 例如，见 *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1016(1986)。

<sup>124</sup> 例如，见 *Mugesera v. Canada*, [2005] 2 SCR 100 (Supreme Court of Canada)。关于加拿大依赖移民程序来应对危害人类罪的分析(分析发现这种补救措施是不完善的)，见 J. Yap, “*Aut Deportare Aut Judicare: Current Topics in International Humanitarian Law in Canada*,” in D. Jinks et al. (eds.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, p. 355 (TMC Asser Press, 2014)。

<sup>125</sup> 关于《罗马规约》的互补性如何促进通过国内立法，以及评估在《罗马规约》中找到通过国内立法的义务的正反两方面论据的分析，见 J. Kleffner, “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive Criminal Law,” *J. of Int’l Crim. Just.*, vol. 1, at 91 (2003) (“The Statute is ambiguous on this issue, and States as well as academic writers differ on it”)。

<sup>126</sup> 例如，见 A. Alvarez, “The Implementation of the ICC Statute in Argentina,” *J. of Int’l Crim. Just.*, vol. 5, p. 480 (2007); *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 (CAHWCA) (Canada); F. Lafontaine, “Parties to Offences under the Canadian *Crimes against Humanity and War Crimes Act*: an Analysis of Principal Liability and Complicity,” *Les Cahiers de Droit*, vol. 50, p. 967 (2009); R.J. Currie & J. Rikhof, *International and Transnational Criminal Law* (2d ed. 2013) (调查加拿大法律对国际犯罪的处理); *Code of Crimes against International Law*, *Bundesgesetzblatt*, § 7,I, p.2254(2002)(Germany),可查阅 [http://www.bmjv.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Strafrecht/InternationalesStrafrechtEuropaeischeMultilateraleStrafrechtlicheZusammenarbeit/\\_doc/Gesetz\\_zur\\_Einfuehrung\\_des\\_Voelkerstrafgesetzbuches\\_in\\_Kraft.html](http://www.bmjv.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Strafrecht/InternationalesStrafrechtEuropaeischeMultilateraleStrafrechtlicheZusammenarbeit/_doc/Gesetz_zur_Einfuehrung_des_Voelkerstrafgesetzbuches_in_Kraft.html); N. Capus, Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht, *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, vol. 24, p. 247 (2006); G. Werle & F. Jessberger, “International Criminal Justice Is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law,” *Criminal Law Forum*, vol. 13, p. 191 (2002); C. Fournet, *Genocide and Crimes Against Humanity — Misconceptions and confusion in French Law and Practice* (Hart Publishing, 2013); M. Roscini,

57. 各类研究不仅试图汇编关于危害人类罪的现有国内法,而且还试图分析这些法律的范围,包括实质性罪行以及在何种情况下可以行使对这种罪行的管辖权的问题。<sup>127</sup> 在评估这些法律时要考虑的重要因素是:(a) 是否有关于“危害人类罪”的具体法律(相对于处罚暴力行为或迫害的普通刑法);(b) 如果有关于“危害人类罪”的具体法律,该法律是否包括该罪行的当代最相关定义(即《罗马规约》第七条)的所有组成要素;(c) 如果有关于“危害人类罪”的具体法律,该法律只适用于发生在该国境内的行为,还是也适用于本国国民在国外的行为或在国外发生的针对本国国民的行为,或甚至适用于非本国国民在外国实施的针对非本国国民的行为。<sup>128</sup>

58. 在2013年7月完成的一项相关研究提出了若干结论。首先,这项研究发现,以前各项研究的综合结果显示,只有54%的联合国会员国(193个中的104个)有某种形式的与危害人类罪有关的国内法。<sup>129</sup> 其余会员国(193个中的89个)似乎没有与危害人类罪有关的国内法。此外,2013年的研究还发现,以前各项研究的综合结果还显示,最多只有66%的《罗马规约》缔约国(121个中的80个)有某种形式的与危害人类罪有关的国内法,其余44%的《罗马规约》缔约国(121个中的41个)没有任何此类法律。<sup>130</sup>

59. 其次,2013年研究对83个抽样国家(按英文字母顺序从A至I排列的联合国会员国)的国内法进行了深入的定性审查。由于以前的研究认为,其中的12个国家没有与危害人类罪有关的法律,因此定性审查重点评估了其余71个国家的法律。

---

“Great Expectations—The Implementation of the Rome Statute in Italy,” *J. of Int’l Crim. Just.*, vol. 5, p. 493 (2007); Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, Act No. 27 of 2002, *Rep. S. Africa Gov’t Gazette*, vol. 445, No. 23642 (South Africa) (July 18, 2002); M. du Plessis, “South Africa’s Implementation of the ICC Statute—An African Example,” *J. of Int’l Crim. Just.*, vol. 5, p. 460 (2007).关于南非法规的域外适用,见 *National Commissioner of the South African Police Service v Southern African Human Rights Litigation Centre* (485/2012) [2013] ZASCA 168 (Nov. 27, 2013)。

<sup>127</sup> 见 Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011); Bassiouni, 上注 36 (特别是第九章,关于“A Survey of National Legislation and Prosecutions for Crimes Against Humanity”); *International Committee of the Red Cross, International Humanitarian Law National Implementation Database* (定期更新),可查阅 <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>; International Human Rights Law Clinic, George Washington University Law School, *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction*(2013),部分更新和重印见 Arturo J. Carrillo & Annalise K. Nelson, *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction, The George Washington Int’l Law Rev.*, vol. 46, p. 481 (2014) (下称乔治·华盛顿大学法律研究所研究)。

<sup>128</sup> 关于国家对国际犯罪的管辖权的一般性讨论,见 A. Cassese & M. Delmas-Marty (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Presses Universitaires de France, 2002)。

<sup>129</sup> 乔治·华盛顿大学法律研究所研究,上文注 127, 487。

<sup>130</sup> 同上, 488。

审查的结论是，事实上只有 41%的抽样国家实际拥有专门针对“危害人类罪”的国内法(83 个中的 34 个)。<sup>131</sup> 83 个抽样国家中有 58 个《罗马规约》缔约国，审查表明，其中 48%的国家拥有专门针对“危害人类罪”的国内法(58 个中的 28 个)。

60. 第三，34 个国家拥有专门针对“危害人类罪”的国内法，2013 年的研究仔细分析了这些法律的规定。这些国家中，只有 29%逐字采纳了《罗马规约》第七条的罪行定义案文(34 个中的 10 个)。<sup>132</sup> 因此，在 83 个抽样国家中，只有大约 12%采纳了《罗马规约》第七条的全部内容(83 个中的 10 个)。然而，在拥有专门针对“危害人类罪”的国内法的 34 个国家中，大部分偏离了第七条的组成要素，例如：省略第七条第一款的起首部分；省略第七条第一款第 1 至第 11 项禁止的一些行为；省略第七条第二或第三款，包括与推动“一个国家或组织的政策”有关的部分。总的来说，在拥有专门针对“危害人类罪”的国内法的 34 个国家中，71%(34 个中的 24 个)的国内法缺乏第七条定义的关键要素，存在一系列或大或小的实质性差异。<sup>133</sup>

61. 最后，2013 年研究分析了拥有专门针对“危害人类罪”的国内法的 34 个国家能否对在国外针对非本国国民犯下罪行的非本国国民行使管辖权。研究结论是，近 62%(34 个中的 21 个)的国家可以行使这种管辖权。然而，这意味着只有 25%的抽样国家能对“危害人类罪”行使这种管辖权(83 个中的 21 个)。此外，在 58 个《罗马规约》缔约国中，33%拥有专门针对“危害人类罪”的国内法并能够行使这种管辖权(58 个中的 19 个)。<sup>134</sup>

62. 若干国家已在其法律系统内设立了专门的检察机关或程序，以调查和起诉危害人类罪和其他国际罪行。<sup>135</sup> 这些机构已经开始建立合作网络，例如针对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪责任人的欧洲联络点网络。<sup>136</sup> 国际刑事警察组织设立了逃犯调查支助分局，专门协助逮捕和引渡被控犯有此类罪行的人。<sup>137</sup>

<sup>131</sup> 同上，493。相比之下，20%的抽样国家没有实际针对“危害人类罪”的法律，但可以说其法律提到了一些与该罪行共有的特点，如禁止《罗马规约》第七条第一款第 1 至第 11 项禁止的一种或多种行为(83 个中的 17 个)。其中，有些国家的相关法律标有“危害人类罪”，但实际上只涉及战争罪和灭绝种族罪。同上，490-91。其余 39%的抽样国家没有与危害人类罪明确相关的法律(83 个中的 32 个)。

<sup>132</sup> 同上，492。

<sup>133</sup> 同上，493-95, 497-503。

<sup>134</sup> 同上，505-13。

<sup>135</sup> 例如，见 Canada's Crimes Against Humanity and War Crimes Program, 可查阅 <http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/wc-cdg/index.html>。

<sup>136</sup> 该网络是根据欧洲理事会第 2002/494/JHA 号决定设立的，理事会第 2003/335/JHA 号决定进行了确认。

<sup>137</sup> 见国际刑警组织的战争罪行方案，可查阅 <http://www.interpol.int/Crime-areas/War-crimes/War-crimes>。

63. 除了刑事起诉危害人类罪的法规以外，一些国家还在移民规则中规定禁止危害人类罪。<sup>138</sup> 这些规定表明，被控犯下危害人类罪的人可能被禁止进入这些国家，可能被移送出境和(或)遣返，也可能在入境时因欺诈行为受到起诉。

64. 各国采纳与危害人类罪有关的国内法方面的不平衡对国家间惩处罪行的合作产生了附带后果。关于法律互助和引渡的现有双边和多边协定通常要求所涉罪行在请求国和被请求国的管辖权内被定为刑事犯罪(称为“双重”或“两国共认”罪行)；如果两国的国内法没有可比性，则通常不需要进行合作。许多国家没有关于危害人类罪的国内法，而将该罪行定为刑事犯罪的国家的国内法存在重大差异，因此国家间合作目前面临很大的障碍。此外，大多数国家的国内法无法对非本国国民在国外犯下的针对非本国国民的危害人类罪行使管辖权，这意味着行为入常常只需搬到非犯罪发生地国就可以逍遥法外。即使有些国家已经通过了关于危害人类罪的一致的国内法，但国家间可能没有义务为应对该罪行开展合作，包括引渡或起诉被指控的行为人的义务。

#### 四. 促进防止各种罪行、将其定为刑事罪及为此进行国家间合作的现有多边公约

65. 为了实现上文第二节提出的目标，委员会不妨以促进预防跨国罪行、将其定为刑事罪及为此进行国家间合作的现有多边公约为指导。委员会此前曾帮助起草过一项这种性质的公约：1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》。<sup>139</sup> 特别重要的是有关种族灭绝和战争罪行的公约，以及旨在全面处理特定罪行的其它条约，诸如涉及国家支持的酷刑、强迫失踪、跨国腐败和有组织犯罪以及恐怖分子相关罪行的公约。同样，关于引渡、司法互助以及时效法的多边公约可以就这些问题提供重要的指导。下面的讨论简要探讨这些条约的某些方面。

##### A. 1948年《灭绝种族罪公约》

66. 1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》<sup>140</sup> 第一条规定，各缔约国“确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩

<sup>138</sup> 例如，见 Canada, Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, C.27 (2014年12月16日修订)；U.S. Presidential Proclamation 8697(Aug. 4, 2011)—Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons Who Participate in Serious Human Rights and Humanitarian Law Violations and Other Abuses, Fed. Reg., vol. 76, p. 49277 (2011)。

<sup>139</sup> 1973年12月14日，联合国，《条约汇编》，第1035卷，第167页。1972年委员会第二十四届会议拟订的草稿；该公约后来由大会于1973年谈判通过，于1977年生效，截至2015年1月有178个缔约国。

<sup>140</sup> 《灭绝种族罪公约》，上文注26；也见 Gil Gil, *El genocidio y otros crímenes internacionales* (UNED, 1999)；P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford University Press, 2009)；C. Tams et al. (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary* (Hart Publishing, 2013)。

治之。”第二条然后界定该罪行，所用术语后来逐字得到采用，成为《罗马规约》第六条。第三条确定，灭绝种族行为本身应予惩治，但预谋、煽动及意图灭绝种族以及共谋灭绝种族均应予以惩治。第四条规定，犯灭绝种族罪或有第三条所列(如共谋种族灭绝)其他行为的人应受到惩罚，“无论其为依宪法负责的统治者、公务员或私人。”

67. 第五条规定：“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。”第六条规定，凡被诉犯灭绝种族罪者，应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理之”。第七条涉及引渡问题，指出，灭绝种族罪不得视为“政治罪行”，并且缔约国“承诺遇有此类案件时，各依照其本国法律及现行条约，予以引渡”。第八条回顾道，任何缔约国得提请联合国的主管机关采取行动，以防止及惩治灭绝种族的行为。第九条规定，关于本公约的争端，经争端一方的请求，应提交国际法院。

68. 同危害人类罪一样，灭绝种族罪已被列入各国际刑事法庭的规约，并在这些法庭的判例中得到发展。此外，1948年《灭绝种族罪公约》作为一个特例已经出现在国际法院有关该公约的解释的一些裁决中。<sup>141</sup>

## B. 1949年日内瓦四公约及其《第一附加议定书》<sup>142</sup>

69. 1949年日内瓦四公约<sup>143</sup>有一个共同条款，<sup>144</sup>规定了起诉被指控“严重破坏”<sup>145</sup>公约行为者的相同机制。根据共同条款第1款，各缔约国应“担任制定

<sup>141</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留，咨询意见，《1951年国际法院案例汇编》，第15页；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)，《关于对管辖权的初步反对意见的判决》，《1996年国际法院案例汇编》，第595页；《2007年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案判决》，上文注6；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，《关于对管辖权的初步反对意见的判决》，《2008年国际法院案例汇编》，第412页；《2015年克罗地亚诉塞尔维亚灭绝种族案判决》，上文注6。

<sup>142</sup> 该小节中的分析摘自秘书处的研究报告——《对国际法委员会就“引渡或起诉的义务”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查》，联合国文件A/CN.4/630，第17-18页、22-23页(2010年6月18日)。

<sup>143</sup> 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，1949年8月12日，联合国，《条约汇编》，第75卷，第31页(日内瓦第一公约)；《改善海上武装部队遇船难者境遇之日内瓦公约》，1949年8月12日，联合国，《条约汇编》，第75卷，第85页(日内瓦第二公约)；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，1949年8月12日，联合国，《条约汇编》，第75卷，第135页(日内瓦第三公约)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》，1949年8月12日，联合国，《条约汇编》，第75卷，第287页(日内瓦第四公约)。

<sup>144</sup> 《日内瓦第一公约》，第49条；《日内瓦第二公约》，第50条；《日内瓦第三公约》，第129条；《日内瓦第四公约》，第146条。

<sup>145</sup> 每项公约里都有一个条款，叙述什么样的行为构成“严重破坏”该特定公约的行为。《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》的条款(分别为第50条和第51条)完全相同：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑



必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁。”共同条款第2款明确规定：

“各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。”

70. 对被指称的行为人采取措施的义务不以行为人所在的缔约国对行为人的管辖权关系为条件。该义务属于起诉义务，将引渡被指控者的可能性作为备选。此外，不论另一缔约国是否提出引渡请求，搜捕和起诉被指称的行为人的义务都是存在的。<sup>146</sup>

71. 虽然上述义务仅限于严重破坏公约行为，但共同条款第3款还规定，缔约国应采取措施，制止除严重破坏公约行为之外的所有违反公约行为。最后，共同条款第4款规定，被指控者在所有情况下都“享有适当的审讯及辩护之保障”，且此种保障“不得次于《关于战俘待遇之日内瓦公约》第105条及其以下各条所规定者”。其他条款简要阐述了缔约国对于破坏公约的责任以及就据称破坏公约行为制定一个调查程序的可能性。<sup>147</sup>

72. 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)在1949年日内瓦四公约共同条款中关于惩罚行为人的规定基础上作了规定。<sup>148</sup>本质上，该共同条款被反致适用于《第一议定书》。《第一议定书》第85条第1款规定，“各公约关于取缔破约行为和严重破约行为的规定，经本编加以补充，应适用于破坏和严重破坏本议定书的行为的取缔。”<sup>149</sup>《第

及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”《日内瓦第三公约》第130条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利。”《日内瓦第四公约》第147条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利，以人为质，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

<sup>146</sup> 见 Jean Pictet(编)《对1949年8月12日日内瓦四公约的评论》，第四卷，第593页，(红十字国际委员会，1958年)。

<sup>147</sup> 例如，见《日内瓦第三公约》，第131-32条。

<sup>148</sup> 1977年6月8日，《联合国条约汇编》，第3卷，第1125号(《第一议定书》)。

<sup>149</sup> 《第一议定书》第11条以及第85条第2-4款确定了“严重破坏”《第一议定书》的行为。

一议定书》还以日内瓦四公约为基础通过一系列条款来帮助打击破坏行为：第 86 条涉及国家的不作为；第 87 条涉及指挥官的职责；第 88 条涉及刑事事项上的互助；<sup>150</sup> 第 89 条事关在日内瓦四公约或《第一议定书》受到严重违反的情况下的国家间合作；第 90 条规定应成立一个国际实况调查委员会，负责调查据称的严重破坏行为；第 91 条涉及缔约国因违反日内瓦四公约或《第一议定书》的行为而支付赔偿的责任。

### C. 其他可能相关的公约

73. 危害人类罪的当代定义涵盖“酷刑”、“奴役”和“强迫人员失踪”等行为，如果对平民大规模或有系统地实施此类行为，可构成危害人类罪。这样，在起草危害人类罪公约时，应考虑到处理这类行为的各项公约。

74. 例如，《禁止酷刑公约》规定了一系列界定这种罪行的条款，要求各缔约国防止这种罪行，把该行为定为刑事犯罪，确立对该行为的管辖权，并规定如果行为人出现在缔约国领土上，则该国负有义务进行引渡或起诉。其他许多规定涉及缔约国义务的其他方面，以及国家间合作和争端解决。截至 2015 年 1 月，该公约有 156 个缔约国。国际法院最近比较详细地探讨了该公约载列的引渡或起诉的义务。<sup>151</sup> 这一义务成为 2014 年委员会报告的主题。<sup>152</sup>

75. 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>153</sup> 有一个《联合国关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的议定书》。<sup>154</sup> 该议定书规定了贩运人口的罪行的定义，要求缔约国把该罪行纳入本国法律，并要求它们采取预防措施。该公约的规定作必要的更改后适用于该议定书，提出了有关起诉、管辖权、裁决和制裁以及引渡、司法互助及其他事项的各种义务。截至 2015 年 1 月，该公约有 166 个缔约国。

76. 同样，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》<sup>155</sup> 载有关于界定该罪行、在国家法律中把该行为定为刑事犯罪、或引渡或审判、司法互助以及引渡的条款。

<sup>150</sup> 第 88 条第 1 款规定，缔约各方“应在对严重破坏各公约或本议定书的行为提出刑事诉讼方面，彼此提供最大限度的协助。”第 88 条第 2 款规定，在情况许可下，《第一议定书》缔约各方应在引渡事项上合作，包括对罪行发生地国家的请求应给予适当的考虑。第 88 条第 3 款规定，被请求国的法律在任何情况下均适用，并且上述各款不应“影响对刑事事项上互助的全部或部分问题加以规定或将加以规定的属于双边或多边性质的条约的规定所产生的义务。”

<sup>151</sup> 《同起诉或引渡的义务有关的问题》，上文注 73。

<sup>152</sup> 2014 年报告，上文注 4，第 130-52，第 65 段。

<sup>153</sup> 2000 年 11 月 15 日，联合国，《条约汇编》，第 2225 卷，第 209 页。截至 2015 年 1 月，该公约有 179 个缔约国。

<sup>154</sup> 2000 年 11 月 15 日，联合国，《条约汇编》，第 2237 卷，第 319 页。

<sup>155</sup> 2006 年 12 月 20 日，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 3 页。截至 2015 年 1 月，该公约有 44 个缔约国。

值得注意的是，该公约第 5 条规定：“大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果。”<sup>156</sup> 截至 2015 年 1 月，该公约有 44 个缔约国。

77. 当然，有许多其他全球性条约涉及预防危害人类罪、在国家法律中将其定为刑事犯罪、引渡或起诉、司法互助、引渡、争端解决等问题，以及可能同危害人类罪公约相关的其它问题。此外，也有一些在区域或次区域层面发挥作用的相关条约，诸如《非洲(大湖区)防止及惩治灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪及一切形式歧视议定书》。<sup>157</sup> 鉴于必须根据具体情况评估具体条款的价值和有效性，委员会在工作过程中应该考虑到所有这些条约。

## 五. 防止及惩治危害人类罪

78. 关于将这类行为定为刑事犯罪的各种努力的条约主要侧重于在实施犯罪以后对犯罪人的惩罚，但很多条约也载有某种类型的义务，规定缔约国也要防止这类罪行。这类义务可以在广泛涵盖预防问题的一个条款中提出，也可植入设法共同达到同样目标的数个条款中。

79. 在最一般的层面上，这类义务仅仅要求缔约国承诺防止(及惩治)有关行为。例如，1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条规定，“各缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之。”<sup>158</sup> 公约其余许多内容然后侧重于对个人进行惩治的具体措施，但有些条款也涉及防止问题。<sup>159</sup>

80. 这种一般性的防止义务体现在两个方面。首先，缔约国有义务不要“通过本国的机关或者本国能够稳固控制、因而根据国际法其行为可归属于相关国家的人，实施此类行为。”<sup>160</sup> 第二，缔约国有义务“采取能够动用的各种手段，……

<sup>156</sup> 同前第 5 条；见 M. Lot Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, at 60-62 (Intersentia, 2012)。

<sup>157</sup> 2006 年 11 月 29 日(2008 年生效)。制定该议定书的大湖区问题国际会议组成国家有：安哥拉、布隆迪、中非共和国、刚果、刚果民主共和国、肯尼亚、卢旺达、南苏丹共和国、苏丹、乌干达、坦桑尼亚联合共和国和赞比亚。该文书是《大湖区安全、稳定和发展公约》的议定书，2006 年 12 月 15 日(2012 年修正)。

<sup>158</sup> 《灭绝种族罪公约》，第一条

<sup>159</sup> 第五条规定：“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。”第八条规定：“任何缔约国得提请联合国的主管机关遵照联合国宪章，采取其认为适当的行动，以防止及惩治灭绝种族的行为或第三条所列任何其他行为。”

<sup>160</sup> 《2007 年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案判决》，上文注 6，第 166 段。

防止不属于本国直接管辖的人或团体实施”此类行为。<sup>161</sup> 后一种义务仅期望缔约国在“有能力对很可能实施、或者已经在实施灭绝种族行为的人的行动产生有效影响的情况下”尽最大努力(尽责标准)，而这种能力反过来又取决于缔约国同所涉个人或团体的地域、政治和其它联系。此外，缔约国仅仅有义务采取符合国际法的措施。<sup>162</sup>

81. 如果所涉行为(无论是实施被禁止的行为，还是没有采取必要、适当及合法措施防止另外一个国家实施被禁止的行为)根据国家责任规则归属于国家，则违反该一般性义务意味着国家要承担责任。的确，就可能出现的关于《灭绝种族罪公约》的争端而言，第九条提到了“与一国对灭绝种族罪的责任”有关的争端等事。虽然《灭绝种族罪公约》的一个主要重点是起诉灭绝种族罪的行为人，但国际法院强调，违反防止义务不是国家实施的属于刑事犯罪的违反行为，而是一种涉及传统国家责任的违反国际法行为。<sup>163</sup> 法院的做法同委员会曾经表达过的意见，<sup>164</sup> 包括在对 2001 年关于国家对国际不法行为的责任的评注中表达的意见，是一致的：“当国家官员实施违反国际法罪行时，经常是国家对此行为负责或对没有预防或惩罚这种行为的结果负责。”<sup>165</sup>

82. 许多公约也载有不同类型的“防止”义务，即采取具体措施，旨在帮助防止违法行为发生的义务，诸如责成缔约国采取有效的立法、执行、行政、司法或其他措施，以防止行为在其管辖下的任何领土内发生。根据所涉的特定罪行，以及缔约国开展活动的情形，可以通过各种方式采取此类措施。可以期望缔约国采取举措，就相关条约制度下国家的义务对政府官员进行教育。可能需要为警察、军队、民兵和其他人员制定培训方案，以帮助防止被禁止的行为。很可能需要制定国家法律和政策，培养人们对此类行为犯罪性质的认识，促使早发现此类行为发生的风险。无疑，一旦被禁止的行为发生，这一义务就强化了条约中的其他义

<sup>161</sup> 同上，第 430 段；另见 B. Simma, “Genocide and the International Court of Justice,” in C. Safferling and E. Conze (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years After Adoption*, p. 259, at 262 (Asser 2010)。

<sup>162</sup> 《2007 年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案判决》，上文注 6，第 430 段(其中裁定，“显然，每一个国家只能在国际法允许的限度内采取行动”)；见 C. Tams, “Article I,” in Tams et al., 上文注 140, at 51 (“预防的义务可能要求缔约国利用现有选项，但没有创造新的干预权利——因此，举一个例子来说，承认预防义务对关于在所谓‘人道主义干预’中使用武力制止灭绝种族行为的辩论没有什么补充。”)。

<sup>163</sup> 《2007 年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案判决》，上文注 6，第 167 段(其中裁定，国际责任“在性质上同刑事责任非常不同”)。

<sup>164</sup> 见国际法委员会第五十届会议工作报告，《1998 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 65 页，第 249 段(其中裁定，《灭绝种族罪公约》“在其关于国家责任的第九条中未曾设想国家罪行或国家的刑事责任。”)。

<sup>165</sup> 国际法委员会第五十三届会议工作报告，《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 142 页(第 58 条的评注，第 3 段)。

务，即要求缔约国调查并起诉或引渡行为人，因为这样做将部分地有助于遏制其他人以后的行为。在这种情况下，如果缔约国没有视需要和情况尽最大努力动用政府机器尽量减少被禁止行为发生的可能性，也会产生国家的国际责任。

83. 至于极其严重的违法行为，此类条款经常伴随另外一个条款，规定不得援引特殊情形(诸如存在武装冲突或突发公共紧急事件)为此类违法行为开脱。这样的一般性声明有时放在条约开头，强调不实施违法行为的义务不可减损。

84. 下文讨论的重点是与危害人类罪相关的一系列条约中、设法解释这种义务的条约监测机构的评论中、大会决议中、国际案例法中以及国际法学家的著述中，是如何处理“防止的义务”问题的。本节在最后提出一个由三款组成的拟议条款草案，题为“防止及惩治危害人类罪。”

## A. 防止危害人类罪的义务

### 1. 条约

85. 如上文及本报告第四.A 节所述，1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的标题含有下述概念，即缔约国不仅有义务惩治灭绝种族罪的犯罪人，还有义务采取措施防止犯下该罪行。如本报告第四.B 节所述，1949 年日内瓦四公约确定某些行为属于严重违约行为，并规定：“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁。”<sup>166</sup> 四公约还规定：“各缔约国应采取必要之措施，以制止下条所列严重破坏本公约之行为以外之一切违反本公约之规定之行为”。<sup>167</sup>

86. 自 1960 年代以来，大多数有关跨国犯罪的多边条约均列出了这些防止和制止犯罪的义务。例如：

- 《制止危害民用航空安全非法行为公约》，1971 年 9 月 23 日，联合国，《条约汇编》，第 974 卷，第 14118 号(第十(1)条)：“缔约各国应根据国际法和本国法，努力采取一切可能的措施，以防止发生第一条所指的罪行。”)
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，1973 年 12 月 14 日，联合国，《条约汇编》，第 1035 卷，第 15410 号(第四(1)条)：“各缔约国应特别以下列方式进行合作，以防止第二条所列举的罪行：采取一切切实可行的措施，以防止在各该领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行……。”)

<sup>166</sup> 《日内瓦第一公约》第四十九条；《日内瓦第二公约》第五十条；《日内瓦第三公约》第一百二十九条；《日内瓦第四公约》第一百四十六条。

<sup>167</sup> 同上。

- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，1973年11月30日，联合国，《条约汇编》，第1015卷，第14861号(第四(a)条：“本公约缔约国承诺：采用必要的立法或其他措施来禁止并预防对于种族隔离和类似的分隔主义政策或其表现的鼓励，并惩处触犯此种罪行的人……。”)
- 《反对劫持人质国际公约》，1979年12月17日，联合国，《条约汇编》，第1316卷，第21931号(第4(l)条：“各缔约国应合作防止第一条所称罪行，特别是：采取一切实际可行的措施，以防止为……进行此等犯罪行为而在其领土内所作的准备，包括禁止鼓励、煽动、策划或参与劫持人质行为的个人、团体和组织在其领土内从事非法活动的措施。”)
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，1984年12月10日，联合国，《条约汇编》，第1465卷，第24841号(第2(l)条：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的领土内出现酷刑的行为。”)
- 《美洲防止和惩处酷刑公约》，1985年12月9日，美洲组织，《条约汇编》第67号(第1条：“缔约国承诺按照本公约规定防止和惩治酷刑。”；第6条：“缔约国还应采取有效措施，在其管辖范围内防止和惩罚其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。”)
- 《美洲强迫失踪人员公约》，1994年6月9日，美洲组织 OEA/Ser.P/AG/Doc3114/94 号文件(第一(c)条：“本公约缔约国承诺……相互合作，以协助预防、惩治和消除强迫失踪现象；采取立法、行政、司法和其他必要措施，遵守在本公约中作出的承诺。”)
- 《联合国人员和有关人员安全公约》，1994年9月12日，联合国，《条约汇编》，第2051卷，第34547号(第11条：“缔约国应合作防止第9条所列举的罪行，尤其应：(a) 采取一切实际可行的措施，以防止在其各自境内策划在其境内或境外犯下此种罪行；(b) 按照本国法的规定交换情报，酌情协调采取行政的或其他方面的措施，以防止发生此种罪行。”)
- 《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，1997年12月15日，联合国，《条约汇编》，第2149卷，第37517号(第十五(a)条：“缔约国应合作防止第二条所列举的罪行……。”)
- 《打击跨国有组织犯罪公约》，2000年11月15日，联合国，《条约汇编》，第2225卷，第39574号(第9(1)条：“除本公约第8条所列各项措施外，各缔约国均应在适当时并在符合其法律制度的情况下，采取立法、行政或其他有效措施，以促进公职人员廉洁奉公，并预防、调查和惩治腐败行为”；第9(2)条：“各缔约国均应采取措施，确保本国当局在预防、调

查和惩治公职人员腐败行为方面采取有效行动，包括使该当局具备适当的独立性，以免其行动受到不适当的影响”；第 29(1)条：“各缔约国均应在必要时为其执法人员，包括检察官、进行调查的法官和海关人员及其他负责预防、侦查和控制本公约所涵盖的犯罪的人员开展、拟订或改进具体的培训方案”；第 31(1)条：“缔约国应努力开发和评估各种旨在预防跨国有组织犯罪的国家项目，并制订和促进这方面的最佳做法和政策。”)

- 《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议定书》，2000 年 11 月 15 日，联合国，《条约汇编》，第 2237 卷，第 39574 号(第 9(1)条：“缔约国应制定综合政策、方案和其他措施，以便：(a) 预防和打击人口贩运；并(b) 保护人口贩运活动被害人特别是妇女和儿童免于再度受害。”)
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》，2002 年 12 月 18 日，联合国，《条约汇编》，第 2375 卷，第 24841 号(序言：“忆及有效防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚要求进行教育并综合采取立法、行政、司法和其他措施”；第 3 条“每一缔约国应在国内一级设立、指定或保持一个或多个预防酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的查访机构……”)
- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，2006 年 12 月 20 日，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 48088 号(序言：“决心防止强迫失踪，制止犯有强迫失踪罪而不受惩罚的现象”；第 23 条：“一、各缔约国应确保，对执法人员、文职或军事人员、医务人员、国家官员和其他可能参与监押或处置任何被剥夺自由者的人的培训，应包括对本公约相关规定的必要教育和信息，以便：(一) 防止这类官员卷入强迫失踪案件；(二) 强调防止和调查强迫失踪案件的重要性；(三) 确保认识到解决强迫失踪案件的迫切性。二、各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示，指令、授权或鼓励制造强迫失踪。各国应保证，拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。三、各缔约国应采取必要措施，确保当本条第一款所指的人有理由相信强迫失踪案件已经发生或正在计划之中时，应向上级报告，并在必要时报告拥有审查权或补救权的有关当局或机关。”)<sup>168</sup>
- 《防止及惩治灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪以及一切形式歧视议定书》，2006 年 11 月 29 日，(第 8(1)条：“各成员国认识到种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪是违反国际法的罪行，也是危害人民权利的罪行，因此承诺防止和惩治此类罪行。”)

<sup>168</sup> 见 Vermeulen，上文注 156，第 66-76 页。

87. 一些多边人权条约虽然不侧重于防止和惩治此类罪行，但载有与防止和制止严重侵犯人权行为相关的义务。例如：

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》，1965年12月21日，联合国，《条约汇编》，第660卷，第9464号(第3条：“缔约国特别谴责种族分离和种族隔离，并承诺在受其管辖的领土内，防止、禁止和根除这种性质的一切作法。”)
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》，1979年12月18日，联合国，《条约汇编》，第1249卷，第20378号(第二条：“缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视，协议立即用一切适当办法，推行政策，消除对妇女歧视”；第三条：“缔约各国应承担在所有领域，特别是在政治、社会、经济、文化领域，采取一切适当措施，包括制定法律，保证妇女得到充分发展和进步，其目的是确保她们能在与男子平等的基础上，行使和享有人权和基本自由。”)
- 《欧洲委员会预防和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(《伊斯坦布尔公约》)，2011年5月11日，欧洲委员会，《条约汇编》，第210号(第4(2)条：“缔约国谴责对妇女一切形式歧视，并毫不拖延地采取必要的立法措施和其他措施，防止此种行为，尤其是：在国家宪法或其他适当立法中体现男女平等原则，确保切实实现这项原则；禁止对妇女的歧视，包括为此酌情使用制裁措施；废除歧视妇女的法律和做法。”)

一些条约未明确提及“防止”或“消除”该行为，而是侧重于有义务采取适当的立法、行政和其他措施，“落实”或“执行”条约，这可被视为包含采取必要或适当的措施防止该行为。<sup>169</sup> 例如：

- 《公民权利和政治权利国际公约》1966年12月16日，联合国，《条约汇编》，第999卷，第14688号(第2(2)条：“凡未经现行立法或其他措施予以规定者，本公约每一缔约国承担按照其宪法程序和本公约的规定采取必要步骤，以采纳为实施本公约所承认的权利所需的立法或其他措施。”)
- 《儿童权利公约》，1989年11月20日，联合国，《条约汇编》，第1577卷，第27531号(第4条：“缔约国应采取一切适当的立法、行政和其他措施以实现本公约所确认的权利。”)

88. 因此，在涉及危害人类罪定义所列举犯罪类型(如酷刑或种族隔离)的条约中，在涉及跨国犯罪(如跨国有组织犯罪)的条约中，以及在人权条约中，通常都包括防

<sup>169</sup> 例如，见 U. Kriebaum, “Prevention of Human Rights Violations,” *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, p. 156 (1997) (viewing ICCPR Article 2(2) as entailing “preventive measures to ensure the necessary conditions for unimpeded enjoyment of the rights enshrined in the Covenant.”)。



止此类行为的义务。关于该义务陈述可能采取笼统形式，也可能在一定程度上具体规定缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止被禁止的行为。

## 2. 条约机构的评论

89. 某些情况下，此类条约设立的委员会阐述了相关条约所规定防止罪行义务的含义。<sup>170</sup> 例如，禁止酷刑委员会在其第 2 号一般性意见中提出，缔约国有义务防止 1984 年《禁止酷刑公约》第二条所规定的有国家支持的酷刑。委员会提出的意见包括：

2. 根据第 2 条第 1 款，每一缔约国有义务采取行动，包括立法、行政、司法或其他行动，以加强禁止酷刑的规定，而这些行动必须最后能够有效地防止酷刑。为了保证确实采取防止或惩罚任何酷刑行为的措施，《公约》在其后各条中载明缔约国有义务采取其中所规定的各项措施。

3. 第 2 条中规定的防止酷刑的义务的范围十分广泛……。

4. 缔约国有义务消除任何阻碍根除酷刑和虐待的法律或其他障碍，并有义务采取积极有效措施，确保有效防止此类行为的发生和重演。缔约国还有义务不断审查其本国法律和执行《公约》的情况，并按照委员会就个别来文通过的意见和结论性意见加以改进。如果缔约国采取的措施未能实现杜绝酷刑行为这一目标，则按照《公约》的要求，缔约国须作出改进和(或)采取新的、更为有效的措施。同样，由于酷刑和虐待的形式不幸地一直在翻新，委员会对有效措施的理解和建议也一直在与时俱进。<sup>171</sup>

90. 消除种族歧视委员会在第三十一号一般性建议中提出，缔约国有义务防止种族歧视。在该建议中，委员会就各国可用何种方法履行其防止歧视义务提供了指导。此类方式包括：执行国家战略或执行“消除结构性种族歧视的行动计划”，<sup>172</sup> 废除针对特定群体的法律，<sup>173</sup> “通过适当的教育课程对执法官员进行培训，促进其尊重人权，增进各种族或族裔群体之间的相互容忍和友好共处，提高对不同文化间关系的认识。”<sup>174</sup>

<sup>170</sup> 见 B. Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, at 100-04 (Martinus Nijhoff, 2011)。

<sup>171</sup> 见禁止酷刑委员会，第 2 号一般性意见，联合国 CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4 号文件，第 2 至 4 段(2007 年 11 月)关于委员会在第 2 条方面的做法有一篇评估，见 M. Nowak & E. McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, at 94-107 (Oxford University Press, 2008)。

<sup>172</sup> 消除种族歧视委员会，第三十一号一般性建议，主题为在刑事司法系统管理和运作中防止种族歧视，联合国 CERD/C/GC/31/Rev.4 号文件，第 5(i)段(2005 年)。

<sup>173</sup> 同上，第 5(a)段。

<sup>174</sup> 同上，第 5(b)段。

91. 同样，消除对妇女歧视委员会也提出缔约国有义务防止违反《消除对妇女歧视公约》的行为(主要在其第 6、15 和 19 号一般性建议中提出)。在第 6 号一般性建议中，委员会建议缔约国“在政府的较高级别建立和(或)加强有效的国家机制、机构和程序，给予足够的资源、承诺和授权，以……监测妇女的状况，协助制定新政策以及有效执行消除歧视的战略和措施”，并“采取适当步骤确保《公约》的传播……。”<sup>175</sup> 在第 15 号一般性建议中，委员会建议缔约国报告其如何努力防止歧视感染艾滋病的妇女。<sup>176</sup> 在第 19 号一般性建议中，委员会强调：

《公约》第 2(e)条呼吁缔约国采取一切适当措施消除任何个人、组织或企业对妇女的歧视。根据一般国际法和具体的人权盟约规定，缔约国如果没有尽力防止侵犯权利或调查暴力行为并施以惩罚及提供赔偿，也可能为私人行为承负责任。<sup>177</sup>

92. 美洲人权委员会在其关于“公民安全和人权”的报告中指出，一个国家在维护人权方面的主要义务“涉及在司法上澄清有关的犯罪行为，以消除有罪不罚现象和防止暴力重现……毫无疑问，司法机关适当和有效的司法行动……在降低风险和暴力程度方面发挥根本性作用，纪律单位的工作在一定程度上也发挥这种作用。”<sup>178</sup>

93. 一些条约的重点放在缔约国有义务采取适当的立法、行政和其他措施，“落实”或“执行”条约。对此，相关条约机构也发表了意见。因此，人权事务委员会在其第 3 号一般性意见中强调的一点是，所有“行政和司法当局均应意识到缔约国根据《公约》规定承担的义务。为此目的，应以缔约国的一切正式语文来宣传《公约》，并应采取步骤使各有关当局熟悉《公约》内容，以此作为其训练的一部分。”<sup>179</sup> 儿童权利委员会在第 5 号一般性意见中力求澄清什么是“一般执行措施”，并确定此类措施：

旨在促进全面享有公约规定的所有权利……相关途径包括立法，建立协调和监测机构……全面收集数据，提高认识和开展培训，制定和实施适当的政策、服务和方案。<sup>180</sup>

<sup>175</sup> 消除对妇女歧视委员会，第 6 号一般性建议，联合国 A/43/38 号文件，第 1 和 2 段(1988 年)。

<sup>176</sup> 消除对妇女歧视委员会，第 15 号一般性建议，联合国 A/45/38 号文件，(d)段(1990 年)。

<sup>177</sup> 消除对妇女歧视委员会，第 19 号一般性建议，联合国 A/47/38 号文件，第 9 段(1992 年)。

<sup>178</sup> 美洲人权委员会，《公民安全和人权报告》，OEA/Ser. L/V/II，第 57 号文件，第 35 段(2009 年)。

<sup>179</sup> 人权事务委员会，第 3 号一般性意见，第 2 条(国家一级的执行)，第 2 段(1981 年 7 月 29 日)，《人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，第 1 卷，联合国 HRI/GEN/1/Rev.9 号文件，第 175 页(2008 年)。

<sup>180</sup> 儿童权利委员会，第 5 号一般性意见，《执行儿童权利公约的一般措施》，第 4、42 和 44 条，联合国 CRC/GC/2003/5 号文件，第 9 段(2003 年 11 月 27 日)。

在第 6 号一般性意见中，委员会提出的指导意见涉及如何采取各种措施防止虐待原籍国境外的无人陪伴和失散儿童，包括防止对其进行贩卖和性剥削，防止其被招募入伍，以及防止其被拘留。<sup>181</sup>

### 3. 联合国决议

94. 联合国大会时常指出各国义务防止危害人类罪。例如，大会在 1973 年《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》中确认，各国普遍有责任开展国家间合作和国内行动，以防止犯下战争罪和危害人类罪。除其他外，大会宣布“各国应在双边和多边基础上互相合作，以制止和防止战争罪和危害人类罪，并应为此目的采取必要的国内和国际措施。”<sup>182</sup> 大会在其 2005 年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》中指出：“各国义务尊重并确保其他方尊重和实施各法律文书规定的国际人权法和国际人道主义法，包括有义务……采取适当的立法和行政措施及其他适当措施，防止发生违法行为。”<sup>183</sup>

### 4. 判例法

95. 在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案”中，国际法院分析了 1948 年《灭绝种族罪公约》第一条所载的“承诺防止”的含义。在临时措施阶段，法院裁定，第一条中的承诺规定双方拥有“尽一切所能防止在今后实施任何此类行为”的“明确义务”<sup>184</sup> 在案情实质阶段，法院将这一承诺称为“正式的许诺……而不是仅仅是劝告性的或有目的的。……而且不应被理解为仅仅是以后明确提及法律、起诉和引渡的开端。”<sup>185</sup>

96. 法院接着说明了与第一条有关的两类义务，首先是一国本身不实施灭绝种族的义务：

根据第一条，各缔约国有义务防止实施此类行为，该条将此类行为称为“国际法认定的犯罪行为”。该条没有明文规定各国自己不要实施灭绝种族。不过，法院认为，考虑到该《公约》的既定目的，第一条的含义就是要禁止各国自己实施灭绝种族。推定这一禁止含义的第一个依据是，该条将灭绝种族归为“国际法认定的罪行”：而缔约国要是同意这一归类，在逻辑上就必须保证不实施所述行为。第二个依据是，明确规定有义务防止实施灭绝种族

<sup>181</sup> 儿童权利委员会，第 6 号一般性意见，联合国 CRC/GC/2005/6 号文件，第 50 至 63 段(2005 年)。

<sup>182</sup> 大会第 3074(XXVIII)号决议，《联合国大会正式记录补编》，第 28 卷(30A)，联合国 A/9030/Add.1 号文件，第 3 段(1973 年)。

<sup>183</sup> 大会第 60/147 号决议，附件，第 3(a)段(2005 年 12 月 16 日)。

<sup>184</sup> “《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)案”，关于临时措施的命令，《1993 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 22 页。

<sup>185</sup> 2007 年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案的判决，上文注 6，第 162 段。

行为。这一义务要求缔约国在该判决书后文具体说明的情况下，利用所掌握的手段，防止不直接受其权力支配的个人或群体实施灭绝种族行为或第三条所述的任何其他行为。因此，如果说一方面规定国家有义务在其权力范围内防止它们能施加一定影响力的个人实施犯灭绝种族行为，另一方面却又不禁止各国通过自身的机关或通过受其严密控制因而根据国际法其行为被归为国家行为的个人实施此类行为，那将是自相矛盾的。简言之，防止灭绝种族的义务必然意味着禁止实施灭绝种族。<sup>186</sup>

97. 法院还裁定，第一条所反映的实质性义务表面上并非受地域限制，而是适用于“可能正在或也许能以与履行有关义务[]相适合的方式行事的国家。”<sup>187</sup> 法院在判决书后文更深入地谈到了缔约国利用其所掌握的手段防止不受其权力支配的个人或群体实施灭绝种族的义务。法院指出：

显然，有关义务是行为义务，而不是结果义务，也就是说一国义务在无论何种情况下成功防止实施灭绝种族：缔约国的义务是采取它们可合理掌握的一切手段，尽可能防止实施灭绝种族。一国并不仅仅因为所希望的结果没有实现而承担责任；不过，一国如未明确采取其权力范围内的一切或可有助于防止灭绝种族的措施来防止灭绝种族，则就要承担责任。在这一方面，要求进行具体评估的“尽责”概念至关重要。在评估一国是否已尽责地履行相关义务时要考虑到各种参数。第一项显然是能否有成效地影响有可能实施或正在实施灭绝种族行为的个人的行动，这一项在国与国之间差别很大。该能力本身取决于有关国家机关至事发现场的地理距离、该国当局与事件中的主要行为体之间的政治联系和所有其他联系的力度等等。还必须以法律标准来评估国家施加影响的能力，因为很明显，每个国家仅可在国际法允许的限度内采取行动。例如，一国施加影响的能力，可能视其对面临灭绝种族危险的境况和个人或灭绝种族的现实情况所持的具体法律立场而不同。另一方面，涉及这种责任的国家会称，即便它采用了合理掌握的一切手段，也不足以防止灭绝种族罪的实施，但是否作出这种声称、甚至作出这种证明，都是不相干的。这一点除了通常难以证明外，对是否违反有关的行为义务来说是无关紧要的。而且如果若干国家联合作出努力，每个国家都履行防止的义务，就可能达到仅凭一国之力难以产生的效果，也就是避免灭绝种族的发生。要是考虑到这种可能性，有关国家是否如此声称就更不无关紧要。<sup>188</sup>

98. 法院接着指出，在这种情况下，

一国防止的义务以及采取行动的相应责任从该国获悉或通常应当获悉发生灭绝种族的重大风险的存在那一刻即已产生。从这一刻起，如果该国拥有有

<sup>186</sup> 同上，第 166 段。

<sup>187</sup> 同上，第 183 段。

<sup>188</sup> 同上，第 430 段。

可能对准备实施灭绝种族的嫌疑人或被合理怀疑怀有特别意图者产生威慑作用的手段，它就有义务在情况许可时使用这些手段。<sup>189</sup>

99. 法院强调，这类义务的违反“源自仅仅未能采取和执行适当措施来防止实施灭绝种族。换言之，……违反防止义务源自不作为”，按此，“防止职责使各国负有尽最大努力确保这些行为不会发生的积极义务”。<sup>190</sup> “国家知悉或通常应当已经知悉发生灭绝种族行为的重大危险的存在就足以”引起责任。<sup>191</sup> 同时，法院认为，“只有灭绝种族实际发生时，才能追究有关国家违反防止灭绝种族义务的责任”。<sup>192</sup>

100. 法院还讨论了防止与惩处之间的区别。尽管“总的来说，防止发生犯罪行为的最有效方式之一，就是规定对此类行为的实施者加以惩处，而有成效地惩处实施这种行为的人，那就是预防这种行为”，<sup>193</sup> 但法院认为，“防止灭绝种族的义务与惩处其实施者的义务……是……两种不同但相互关联的义务。”<sup>194</sup> 事实上，“每个缔约国负有的防止灭绝种族的义务既是规范性的，也是强制性的。这种义务未被并入惩处的义务，也不能被视为仅仅是该项职责的一部分。”<sup>195</sup>

101. 法院告诫说，“关于预防的职责，按有关条款的措辞，根据要预防的行为的性质，其内容在不同文书中有差异”，因此法院的裁定并非“旨在确立一种具有普遍性的判例，以适用于条约文书或其他具有约束力的法律规范含有国家防止某些行为义务的所有情形”。<sup>196</sup>

102. 1950年《欧洲保护人权与基本自由公约》<sup>197</sup> 没有规定“防止”违反该《公约》行为的明确义务，但欧洲人权法院将具体条款解释为含有这样一项义务。因此，在“*Kilic 诉土耳其*”案中，该法院裁定，该《公约》关于生命权的第2条第1款规定缔约国不仅有义务避免故意和非法剥夺生命，而且还要在其国内法律制

<sup>189</sup> 同上，第431段。

<sup>190</sup> 同上，第432段。

<sup>191</sup> 同上。

<sup>192</sup> 同上，第431段。见关于国家责任的条款草案，上文注72，第14条，第3款(认为“如果一项国际义务要求一国防止一特定事件的发生，则该事件发生的时刻即为违反义务行为发生的时刻……”)；J. Salmon, “Duration of the Breach,” in J. Crawford et al. (eds.), *The Law of International Responsibility*, p. 383 (Oxford University Press, 2010); 同上的 C. Economides, “Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result,” p. 371。

<sup>193</sup> 2007年“波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案”的判决，上文注6，第426段。

<sup>194</sup> 同上，第425段。

<sup>195</sup> 同上，第427段。

<sup>196</sup> 同上，第429段。

<sup>197</sup> 《欧洲保护人权与基本自由公约》，1950年11月4日，联合国，《条约汇编》，第213卷，第221页，《欧洲条约汇编》第5号，由《欧洲条约汇编》第155号修正。

度内采取适当措施，保护其管辖范围内的人的生命。<sup>198</sup> 法院在“Makaratzis 诉希腊”案中对同一条款作出解释时，认定这“涉及国家保障生命权的首要职责，国家应订立适当的法律和行政框架来阻遏危害人身的罪行的发生，通过执法机关预防、打击及处罚违反此类条款的行为”。<sup>199</sup>

103. 同时，法院确认缔约国在这方面的义务是有限的。在“Mahmut Kaya 诉土耳其案”中，法院裁定：

考虑到维持现代社会治安方面的困难、人的行为难以预测以及在优先事项和资源方面必须作出的实际选择，对[第 2 条第 1 款]积极义务的解释，不得给有关当局强加不可能或过度的负担。因此，并非每一次有人声称生命面临威胁时，都要求当局按《公约》要求采取实际措施来防止威胁成真。一项积极的义务若要产生，就必须确定有关当局已经知道或理应知道已确认的一人或多数人的生命面临第三方犯罪行为造成的迫在眉睫的真实威胁，但有关当局没有在其权力范围内采取经合理判断认为可望避免那种威胁的措施。<sup>200</sup>

104. 1969 年《美洲人权公约》<sup>201</sup> 也未载有“预防”违反该《公约》行为的明确义务。即便如此，在解释缔约国“确保”自由、充分行使该《公约》所确认权利的义务<sup>202</sup> 时，美洲人权法院认为，这一义务意味着缔约国有“预防的职责”，而这又要求缔约国采取某些步骤。具体而言，法院在“Velasquez Rodriguez 诉洪都拉斯案”中裁定：

166. ……这项义务意味着缔约国有责任对政府机构以及通过其行使公共权力的一般的所有机构作出安排，使它们能在司法上确保人民自由充分地享有人权。由于这一义务，各国必须预防、调查并惩处任何侵犯《公约》所确认权利的情事，此外，如果有可能，还应努力恢复遭到侵犯的权利，并就侵犯所产生的损害提供必要的补偿。

174. 国家在法律上有责任来采取合理步骤防止人权受到侵犯，并运用它所掌握的手段，对其管辖范围内的侵犯事件进行认真调查，以查明负责任者，给予适当处罚，并确保受害者得到适当的补偿。

<sup>198</sup> “Kiliç 诉土耳其案”，E. Ct. H.R., Judgment, App. 22492/93, para. 62(2000)。

<sup>199</sup> “Makaratzis 诉希腊案”，E. Ct. H.R., Judgment, App. 50385/99, para. 57(2004)。

<sup>200</sup> “Mahmut Kaya 诉土耳其案”，E. Ct. H.R., Judgment, App. 22535/93, para. 86(2000); 另见“Osman 诉联合王国案”，E. Ct. H.R., Judgment, App.87/1997/871/1083, para.116(1998); “Kerimova a. P. 诉俄罗斯案”，E. Ct. H.R., Judgment, App. Nos. 17170/04, 22448/04, 3360/04, 5681/05 and 5684/05, para. 246 (2011)。

<sup>201</sup> 《美洲人权公约》，《美洲国家组织正式记录》OEA Ser K/XVI/1.1, Doc. 65, Rev.1, Corr.1(1970 年 1 月 7 日)。

<sup>202</sup> 第 1 条第 1 款规定：“本公约各缔约国承诺尊重本公约确认的权利和自由，并确保受其管辖的所有人能自由和充分地行使这些权利和自由，不得有任何歧视……”。

175. 这一预防职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段，促进保护人权，确保任何侵权行为均被视为非法行为，并当作非法行为来处理，因而可能导致对责任者加以处罚，并产生对损害的受害者提供补偿的义务。此类措施不可能详细列出，因为它们因每个缔约国的法律和情况的不同而存在差异。当然，尽管国家有义务防止侵犯人权行为，某一具体的侵权行为存在本身并不能证明国家没有采取预防措施。另一方面，如果官方机构采取镇压手段，肆无忌惮对人施行酷刑，进行谋杀，即便有关人士没有遭受酷刑或被杀害，或在具体案件中这些情形无法加以证明，这本身也违反了防止侵犯生命权和人身安全的义务。<sup>203</sup>

105. 法院依据类似的推理对 1996 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 6 条作出了解释。例如，在“Tibi 诉厄瓜多尔案”中，法院认定厄瓜多尔违反了第 6 条，因其在关于虐待囚犯的投诉提出后，没有展开正式调查。<sup>204</sup>

## 5. 国际法学家

106. 国际法学家也分析了与预防有关的此类条约义务。关于一般的预防义务，最近学术研究的一个核心关注重点一直是国际法院 2007 年在“《防止及惩治灭绝种族罪》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案”中的判决。<sup>205</sup> 由于《灭绝种族罪公约》中没有明示指出缔约国不得实施灭绝种族行为，有些学者对法院认为“预防”义务内含该项义务是否正确进行了辩论。<sup>206</sup> 不过，前法官布鲁诺·西马在回忆他参与的一项判决时表示：“在 2007 年的判决中最终得到解决的很有意思的问题之一涉及《公约》缔约国自身是否有义务不实施灭绝种族。法院的答案是明确的，缔约国有这样的义务。”<sup>207</sup>

<sup>203</sup> “Velasquez Rodriguez 诉洪都拉斯案”，Inter-Am 4. Ct. H.R. (ser. C), paras. 166, 174-75；另见“Juan Humberto Sánchez 诉洪都拉斯案”，Inter-Am. Ct. H.R., Judgment (Ser. C), no. 99, para. 137, 142 (2003)；另见“Gómez-Paquiyaqui 兄弟诉秘鲁案”，Inter-Am. Ct. H.R., Judgment (Ser. C), No. 110, para. 155(2004) 认定该国未能有效调查酷刑指控，使行为不受惩罚，这意味着该国没有采取有效措施来防止此类行为的发生，因而违反了《美洲酷刑公约》第 6 条规定的义务。

<sup>204</sup> “Tibi 诉厄瓜多尔案”，Inter-Am. Ct. H.R., Judgment (Ser. C) No. 114, para. 159 (2004)；另见“Gómez-Paquiyaqui 兄弟诉秘鲁案”，Inter-Am. Ct. H.R., Judgment (Ser. C) No. 110, para. 155 (2004)。

<sup>205</sup> 例如，见 M. Piqué, “Beyond Territory, Jurisdiction, and Control: Towards a Comprehensive Obligation to Prevent Crimes Against Humanity,” in Bergsmo & Song, 前注 7, 第 135 页；T. Weber, “The Obligation to Prevent in the Proposed Convention Examined in Light of the Obligation to Prevent in the Genocide Convention, 同上, 第 173 页。

<sup>206</sup> 将下列两者加以对比，一方面是 P. Gaeta, “On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?,” *European J. Int’l L.*, vol. 18, p. 631 (2007), 另一方面是 C. Tams, “Article I,” in Tams et al., 前注 140, 见第 56-60 页；A. Seibert-Fohr, “The ICJ Judgment in the ‘Bosnian Genocide’ Case and Beyond: A Need to Reconceptualise?,” in Safferling & Conze, (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years After its Adoption*, 第 245 页 (Asser 2010)。

<sup>207</sup> Simma, 上文注 161, 见第 264 页。

107. 关于采取具体的预防措施的义务，国际法学家往往认为该义务是一种采取行为或手段的义务。例如，

就采取手段的义务而言，国家可能必须采取积极的预防或保护措施，以达到某一具体目标。……所使用的用语因条约而异(“采取一切措施”、“一切适当的保护措施”、“必要措施”、“有效措施”、“适当措施”、“尽一切所能”、“在其权力范围内竭尽全力”、“恪尽职守”)，但它们的共同特点是它们的提法较为笼统，没有确切说明达到特定结果的手段。<sup>208</sup>

108. 其他国际法学家把重点放在特定条约(如《灭绝种族公约》第一条<sup>209</sup> 或《禁止酷刑公约》第 2 条第 1 款)规定的预防义务上。例如，参与起草《禁止酷刑公约》第 2 条第 1 款的两名法学家对其作出了如下分析：

根据该条第 1 款，……每一缔约国均应采取有效措施来防止酷刑。这些措施的性质由有关国家酌情决定。该款仅表明有关措施可以是立法措施、行政措施、司法措施或其他一些类别的措施，但无论如何它们必须是有成效的。该款还应与《公约》第 4 条相对照，后者具体要求采取立法措施，以使所有酷刑行为成为顾及其严重性的适当处罚惩处的刑事罪行。

第 2 条规定的义务不仅是要禁止酷刑行为，而且是要防止酷刑行为。这进一步强调有关措施应有成效：仅仅正式禁止是不够的，酷刑行为实际上应加以预防。

当然，这并不意味着一国可以保证在其境内不出现任何酷刑行为。国家做到人们合理地期望它为防止此类行为的发生应做的事就够了。但如果发生此类行为，则《公约》规定的其他义务就适用，根据第 2 条第 1 款国家就有义务采取进一步的有效措施，以防止其再次发生。这类措施可包括更换有关单位的人员、实行更严格的监督、发布新的指示问题等等。<sup>210</sup>

109. 还有另外一些国际法学家对判例法中所表述的预防义务进行了分析。例如，对“Velasquez Rodriguez 案”的一种分析认为：

<sup>208</sup> C. Economides, 前注 192, 见第 378 页。

<sup>209</sup> 例如，见 W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, at 520-25 (Cambridge University Press, 2d ed. 2009); C. Tams, “Article I,” in Tams et al., 上文注 140, 第 45-54 页; P. Ben-Naftali, “The Obligation to Prevent and Punish Genocide,” in Gaeta, 上文注 140, 第 26 页, 见第 33-44 页。

<sup>210</sup> J. Burgers 和 H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, at 48, 123 (Martinus Nijhoff Publishers, 1988) (Burgers 为参加联合国人权委员会的荷兰代表团成员，曾任负责起草《公约》初稿的工作组主席; Danelius 为瑞典代表团成员，曾任上述工作组成员，并编写了初稿)。



预防职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段，促进保护人权，确保任何侵权行为均被视为非法行为，并当作非法行为来处理，因而可能导致对责任者加以处罚，并产生对损害的受害者提供补偿的义务。不过，法院澄清说，尽管国家有义务防止侵犯人权行为，发生某一具体的侵犯行为本身并不能证明其没有采取预防措施。另一方面，如果官方机构采取镇压手段，肆无忌惮对人施行酷刑，进行谋杀，即便有关人士没有遭受酷刑或被杀害，或在具体案件中这些情形无法加以证明，这本身也违反了防止侵犯生命权和人身安全的义务。<sup>211</sup>

110. 国际法学家似乎承认，采取具体预防措施的义务实际上并未硬性规定必须采取哪些具体步骤，而是接受此类步骤可根据所涉行为性质以及缔约国运作的环境而不同。例如，一名国际法学家分析了判例法和其他来源中条约监督机构所表述的预防义务，以便大体说明《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》缔约国应采取的具体措施。这些措施包括：(a) 采取保护措施来防止没有被拘留的人被迫失踪；(b) 对逮捕和拘留采取保障措施，以防止随后发生强迫失踪事件；(c) 在发生强迫失踪事件后采取措施防止其再次发生。<sup>212</sup>

## B. 防止及惩治危害人类罪的义务

111. 鉴于以上原因，似乎应将三个重要因素列入危害人类罪公约的初步条款草案。首先，可以在该条草案开头笼统地提到缔约国有防止及惩治危害人类罪的义务。这一规定将在一开始就表明缔约国在危害人类罪这一特定罪行方面承担的广泛义务。其次，可以在该条草案中进一步规定，缔约国有义务以适当的立法、行政、司法或其他措施形式采取具体预防措施。与之前的条约一样，该条款将只涉及预防问题，因为危害人类罪公约其余大部分内容将更详细地列出各缔约国为惩治危害人类罪必须采取的具体措施，包括有义务将危害人类罪纳入国内法，对被指控的行为人行使国家管辖权。最后，该条款草案还应提到禁止危害人类罪的规定具有不可克减性质，在公约一开始就提到这一要点，突出这一罪行的严重性。下文将逐个讨论这些要素。

### 1. 防止及惩治的一般义务

112. 根据上文提到的先前条约做法，危害人类罪公约可以通过各种方法表述防止及惩治的一般义务。1948年《灭绝种族罪公约》和1949年日内瓦四公约中的条款内容是早期为确定此类义务所做的努力。即便如此，《灭绝种族罪公约》第一条所采用的方法——“确认”灭绝种族行为是国际法范畴内的一种罪行，并呼吁缔约国采取步骤，防止并惩治这种行为——仍是防止危害人类罪公约一般义务可以采用的一个有用模式。《灭绝种族罪公约》中的提法是：

<sup>211</sup> Ramcharan, 上文注 170, 第 99 页。关于欧洲法院和美洲法院所述的“合理”标准的分析, 见 Vermeulen, 上文注 156, 第 265-268 页。

<sup>212</sup> Vermeulen, 上文注 156, 见第 268-312 页。

缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之。

这一提法“确认”危害人类罪目前违反了习惯国际法；将明确确认，不管是在平时或战时，这种罪行历来都属犯罪行为；通常预示着在随后的条款中呼吁缔约国采取具体步骤，例如通过任何必要的国内刑事法律。此外，这一提法将有助于使本条款草案与得到广泛遵守的关于国际法另一核心罪行的公约(截至2015年1月，《灭绝种族罪公约》有146个缔约国)相一致。

113. “承允”一词仍然适用，因为国际法院分析认为，“‘承允’”一词的平常含义是作出正式许诺，约束自己或作出承诺，以保证或许诺，同意接受一项义务。”<sup>213</sup> 如上所述，这项义务包括两种义务：(a) 国家有义务承诺不通过其机构或通过受其控制因而根据国际法其行为被归为国家行为的个人施行此类行为；(b) 国家有义务必要时通过已有的合理、适当、合法手段，防止不属于其直接管辖下的其他人施行此种行为。<sup>214</sup> 《灭绝种族罪公约》第一条的提法在措辞上不受地理范围的限制。因此，该《公约》禁止缔约国在其管辖领土外实施种族灭绝，并规定各国有一义务在其领土之外对其他行为方采取行动，但要视上文讨论的要素而定。

## 2. 预防的具体措施

114. 与此同时，如上文所述，多个条约都规定，缔约国有义务为防止该罪行采取特定类型的措施。1984年《禁止酷刑公约》第2条第1款中有已得到广泛接受的提法(截至2015年1月，156个国家已加入该《公约》)。该款规定：

每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为。<sup>215</sup>

115. 起草《禁止酷刑公约》时的理解是，使用这一措辞是为了使各缔约国在待采取措施的性质方面具有灵活性和酌处权，前提是这些措施能推进《条约》的基本目标。<sup>216</sup> “其管辖的任何领土内”发生行为的措辞比仅提及在国家“境内”发生的行为更宽泛，<sup>217</sup> 但却比各国有义务制定立法、行政、司法或其他措施，防止世界各地的任何行为的措辞更狭隘。“其管辖的领土”包括主权领土、属该国国籍的船只

<sup>213</sup> 2007年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山判决，上文注6，第162段。

<sup>214</sup> 同上，第166段。

<sup>215</sup> 第2条第3款规定，“不得援引上级官员或政府当局的命令作为施行酷刑的理由。”特别报告员在今后的报告中关于缔约国义务方面将论述该条款涉及的问题，确保根据缔约国刑法，危害人类罪构成犯罪行为。

<sup>216</sup> 同上。

<sup>217</sup> 例如见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第4条第1款，1973年12月14日，1035 U. N. T. S. 167(责成各国采取“一切可行措施，防止准备在本国境内施行罪行”)；《反对劫持人质国际公约》，第4条第1款，1979年12月17日，1316 U. N. T. S. 205(同样)；《联合国人员和有关人员安全公约》，第11条(a)款，1994年12月9日，2051 U. N. T. S. 363(同样)。

和飞机以及该国管辖下的占领领土和其他领土。<sup>218</sup> 除《禁止酷刑公约》外，当代许多条约通过规定各国义务采取具体措施，防止“其管辖领土内”的行为，似乎都支持这一地理提法；<sup>219</sup> 该措辞将义务侧重在各国有日常能力采取行动的领域，而不是提出更多无限制、因此可能在采取具体措施方面不那么明确的义务。

116. 如上文所述，必须采取的具体措施部分取决于特定缔约国的国情和面临的风险。但这一义务通常要求缔约国：(a) 通过必要的国家法律、设立机制、制订政策，认识到该行为犯罪性质，帮助及早发现发生该行为的风险；(b) 不断审查这些法律和政策，并在必要时加以改进；(c) 采取各项举措，教育政府官员，让他们了解《公约》规定的缔约国义务；(d) 为警察、军队、民兵和其他相关人员制定必要的培训方案，帮助防止危害人类罪的发生；(e) 一旦违禁行为发生，即本着诚意履行《公约》要求缔约国调查并起诉或引渡行为人的其他义务，因为这样做在一定程度上可以遏制他人今后的行为。当然，大多数国家可能已经制订了这些措施，因为大多数国家的法律制度中已经禁止与危害人类罪(谋杀、酷刑等)有关的不法行为。

117. 根据上面引述的案文制订的防止危害人类罪的更具体的一般义务将借鉴已有的防止发生有关不法行为(甚至包括孤立发生的行为)的义务。把这些内容合并为一个条款草案时，应在文本中统一称“每一缔约国”(《禁止酷刑公约》中的用法)而不是“缔约国”(《灭绝种族罪公约》中的用法)。

### 3. 不克减规定

118. 如前所述，在规定具体的一般预防义务同时往往还进一步规定不可援引任何特殊情况(例如存在武装冲突或社会紧急状态)作为施行罪行的理由。这一一般性措辞通常放在涉及严重罪行的条约的起首部分，好处是强调不施行这类罪行的义务具有不可克减的性质。

119. 例如，《禁止酷刑公约》第2条第2款明确规定，不得将任何特殊情况援引为施行酷刑行为的理由；因此，所规定的义务具有不可克减的性质。<sup>220</sup> 具体而言，该款规定：

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。<sup>221</sup>

<sup>218</sup> Nowak and McArthur, 上文注 171, 第 116 至 17 页。

<sup>219</sup> 例如见《消除一切形式种族歧视公约》，第3条，1965年12月21日，660 U. N.T.S. 195(责成各国“防止……其管辖下领土发现此种性质的一切做法”)；《美洲防止和惩处酷刑公约》第6条，O. A. S.正式记录 OAS/Ser. L.V.I.4, Doc.67, Rev.9(1985年12月9日，责成各国“采取有效措施，防止……其管辖范围内发生酷刑”)。

<sup>220</sup> 见 Burgers and Danelius, 第 124 页，上文注 10；Nowak and McArthur, 第 116-17 页，上文注 171。

<sup>221</sup> 《禁止酷刑公约》，上文注 27, 第 2 条第 2 款。《禁止酷刑公约》第 2 条第 3 款规定“不得援引上级官员或政府当局的命令作为施行酷刑的理由。”该条款提出的问题将在特别报告员今后报告关于缔约国义务方面论及，确保根据缔约国刑法，危害人类罪构成犯罪行为。

在全球或区域一级关于严重罪行的其他条约中也会看到类似措辞。例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的第1条第2款中含同样的措辞，1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》第5条中也有类似措辞。在危害人类罪方面采用这一提法的好处是，按此方式起草的案文既可以指国家行为方的行为，也可以指非国家行为方的行为。

### C. 第1条草案：防止及惩治危害人类罪

120. 考虑到上述问题，特别报告员提议下列条款草案：

#### 第1条草案

##### 防止及惩治危害人类罪

1. 每一缔约国确认危害人类罪，不论发生于平时或战时，均系国际上的一种罪行，承允防止并惩治之。
2. 每一缔约国均应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现危害人类罪。
3. 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，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

## 六. 危害人类罪的定义

121. 正如上文第三节所述，过去一个世纪以来，对危害人类罪的定义有不同的表述。但最普遍接受的提法是《罗马规约》第七条的表述，其中借鉴了《纽伦堡宪章》和《东京宪章》、纽伦堡原则、1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》、1993年《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》、1994年《卢旺达问题国际法庭规约》、国际法委员会1994年国际刑事法院规约草案以及委员会1966年《危害人类和平及安全治罪法草案》中的提法。《罗马规约》第七条反映了截至2015年1月已批准或加入该规约的123个国家达成的一致意见。

122. 经常有人认为第七条有改进的余地，而且在第七条是否反映了习惯国际法<sup>222</sup> 或对第七条某些方面的最佳解释是什么<sup>223</sup> 的问题上可能存在分歧。尽管

<sup>222</sup> 例如见 A. Cassese, “Crimes against Humanity,” 第375页，上文注37。例如，虽然第七条中有“政策”因素，但前南问题国际法庭上诉分庭2002年在 *Kunarac* 案中认为，习惯国际法中没有任何规定要求有任何政策要素，而是“有极其充分的”理由不强加这样的要求。2002年 *Kunarac*，第98段；另见 *Mettraux*，上文注79，第270至82页。但随着时间的推移以及许多国家遵守《罗马规约》，似乎第七条正在产生明确习惯国际法的效果。一般情况见 R. Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, *British Yearbook of Int’l L.*, vol. 41 (1965), p. 275。

<sup>223</sup> 例如见 D. Robinson, “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do with the Definition?,” in Bergsmo & Song, *supra* note 7, at 103, 105(但最后指出，“大家普遍认为，利用《罗马规约》第七条既定定义的好处多于起草新定义的好处”)。

如此，毫无疑问，作为危害人类罪的定义，第七条得到了各国国家的广泛支持。事实上，2014年秋天，在第六委员会上谈到这一问题的每个国家都认为，委员会不应为新公约通过一个与《罗马规约》第七条不一样的“危害人类罪”定义。<sup>224</sup>此外，任何一项公约，只要其部分目的是推进《罗马规约》互补制度，都应使用第七条的定义，以促使国内法与《罗马规约》保持一致。更广泛地说，利用第七条定义将有助于尽量减少国际刑法领域不可取的不成体系状况。

123. 《罗马规约》第七条规定：

第七条

危害人类罪

(一) 为了本规约的目的，“危害人类罪”是指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下列任何一种行为：

1. 谋杀；
2. 灭绝；
3. 奴役；
4. 驱逐出境或强行迁移人口；
5. 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
6. 酷刑；
7. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
8. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别，或根据公认为国际法不容的其他理由，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任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生；
9. 强迫人员失踪；
10. 种族隔离罪；
11. 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性质相同的不人道行为。

<sup>224</sup> 见奥地利(A/C.6/69/SR.19, 第111段)；克罗地亚(A/C.6/69/SR.20, 第94段)；芬兰代表北欧国家(A/C.6/68/SR.19, 第81段)；意大利(A/C.6/69/SR.22, 第53段)；波兰(A/C.6/69/SR.20, 第36段)；新西兰(A/C.6/69/SR.21, 第33段)；大韩民国(同上, 第45段)；蒙古(A/C.6/69/SR.24, 第94段)。2013年各国就这个问题的发言也表达了类似观点。例如见，挪威(代表北欧国家)在第六委员会的发言，上文注12：“(“北欧国家坚定地认为，在这一进程中，不能再重新审议《罗马规约》中商定的措辞。特别是，必须保留《罗马规约》第七条中危害人类罪的定义作为国际法委员会就这一议题进行任何进一步工作的资料基础。”)。

(二) 为了第一款的目的：

1. “针对任何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，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程；

2. “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

3. “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

4. “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

5. “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

6. “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

7. “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；

8. “种族隔离罪”是指一个种族团体对任何其他一个或多个种族团体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

9. “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

(三) 为了本规约的目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

124. 如上文第三节所述，危害人类罪的早期定义要求基本行为必须是在武装冲突中实施的，这一要求很可能部分是为了解决该罪行在国际法中是否得到公认的问题，也是为了将国际罪行与大规模国内暴力犯罪区别开来。<sup>225</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭规约载有与武装冲突相关联的规定，因为该规约正是在这种冲突的背景下制定的；但自 1993 年以来，国际刑事法庭规约，包括《罗马规约》，没有这

<sup>225</sup> Bassiouni, 上文注 36, 第 21 页。

种相关性的规定。<sup>226</sup> 取而代之的是“总括”要求，即该罪行必须是为推行国家或组织攻击平民人口的政策，在广泛或有系统的针对平民人口的攻击中实施的。

#### A. “广泛或有系统的”攻击

125. 有关“广泛或有系统的攻击”的规定最早出现在卢旺达问题国际刑事法庭规约中，<sup>227</sup> 但前南斯拉夫问题国际法庭的一些裁决认为，这一要求已隐含在该法庭的规约中，因为在秘书长提议该规约的报告中列入了此类措辞。<sup>228</sup> 两法庭的判例认为，“广泛”和“有系统”这两个条件任居其一即可，而不是合并要求；满足两者中的任一条件即可认定存在该罪行。<sup>229</sup> 例如，卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭在检察官诉 Akayesu 一案中认为：“该行为可以是广泛或有系统的攻击的一部分，不必同时是两项条件的一部分。”<sup>230</sup> 对“广泛/系统性”要求的这一解读也反映在委员会对 1996 年危害人类和平及安全治罪法草案的评注中，其中指出，“一个行为如果满足[系统性或规模]这两个条件之一，即可构成危害人类罪”。<sup>231</sup>

<sup>226</sup> Ambos 和 Wirth, 前注 99, 第 3-13 页。

<sup>227</sup> 见下文第二部分。卢旺达问题国际刑事法庭规约第 3 条的法文版与英文版不同，法文版中使用了并合规定一词(“généralisée et systématique”)。在 Akayesu 案中，审判分庭指出：“在《规约》原始法文版中，这些规定的措辞是累加的……，从而大大增加了该条款的适用门槛。由于习惯国际法只要求攻击是广泛的或者是有系统的，有充分理由推定，法文版是在翻译中出现了错误。”1998 年 Akayesu 案，第 579 段，脚注 144。

<sup>228</sup> 1997 年塔迪奇案，第 648 段；检察官诉 Blaškić 案，判决，前南问题国际法庭 IT-95-14-T 号案件，第 202 段(2000 年 3 月 3 日)(下称 2000 年 Blaškić 案)；见 G. Sluiter, “‘Chapeau Elements’ of Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the UN Ad Hoc Tribunals,” in L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 上文注 7, 第 102 页。

<sup>229</sup> 例如，见 1998 年 Akayesu 案，第 579 段；检察官诉 Kayishema, 审判分庭的判决，ICTR-95-1 号案件，第 123 段(1999 年 5 月 21 日)(下称 1999 年 Kayishema 案)(“攻击必须包含广泛或系统性这两个选择条件之一”)；检察官诉 Mrkšić 案，审判分庭的判决，前南问题国际法庭 IT-95-13/1 号案件，第 437 段(2007 年 9 月 27 日)(下称 2007 年 Mrkšić 案)(“攻击必须是广泛或系统性的，该要求任居其一即可，而不是累加的”)；1997 年塔迪奇案，第 648 段(“认定广泛性……或系统性……两者之一即可满足这项要求。”)。

<sup>230</sup> 1998 年 Akayesu 案，第 579 段。

<sup>231</sup> 国际法委员会第四十八届会议工作报告，《1996 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(下称“1996 年国际法委员会报告”)。另见特设委员会关于建立常设国际刑事法院的报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第 22 号》，联合国文件 A/50/22, 第 17 页(1995)(下称“1995 年特设委员会报告”)(“危害人类罪的定义应当反映的要素包括……罪行通常涉及广泛或有系统的攻击”)(着重部分由作者标明)；国际法委员会第四十七届会议工作报告，《1995 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)第 25 页(下称“1995 年国际法委员会报告”)(“‘系统性’和‘大规模’侵犯行为的概念是有关罪行的补充性要素”)；国际法委员会第四十六届会议工作报告，《1994 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页(下称“1994 年国际法委员会报告”)(“危害人类罪的定义包含性质非常严重的涉及广泛或系统性侵害行为的非人道行为”)(着重部分由作者标明)；国际法委员会第四十三届会议工作报告，《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103 页(下称“1991 年国际法委员会报告”)(“在列举的任何行为中，满足系统性或大规模这两个条件之一……就足以认定发生了这种罪行”)。

126. 在为拟订《罗马规约》审议这一标准时，一些国家认为，“广泛”和“有系统”这两个条件应该是并合要求，两者必须同时存在才能认定存在该罪行，否则该标准即包含范围过宽。<sup>232</sup> 事实上，这些国家认为，如果“广泛”实施行为这一条件本身就足够了的话，自发出现的一波又一波大规模、但相互无关联的罪行就可构成危害人类罪。<sup>233</sup> 由于存在这种担心，做了折中处理，即在第七条第(二)款第1项中对“攻击”的定义做了补充，如下文所述，该定义包含一项政策要素。<sup>234</sup>

127. 国际刑事法院的判例法确认，“广泛”和“有系统”这两个条件任居其一即可。例如，在其“关于根据罗马规约第十五条授权调查肯尼亚共和国局势的裁判”(以下称 2010 肯尼亚授权裁判)中，法院第二预审分庭指出，“[广泛或有系统的]这一关联要素的适用为两者择一，即要将指控的行为归类为危害人类罪，这种行为必须要么是广泛的，要么是有系统的”。<sup>235</sup>

128. 第一个条件要求攻击是“广泛的”。根据前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在 *Kunarac* 一案中的判定，“形容词‘广泛的’意指攻击是大规模性质的，而且针对的人数众多”。<sup>236</sup> 因此，这一要求系指“受害者众多”，<sup>237</sup> 排除孤立的暴

<sup>232</sup> 见联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议，A/CONF.183/13(Vol II)，第 148 页(印度)、第 150 页(大不列颠及北爱尔兰联合王国，法国)、第 151 页(泰国，埃及)、第 152 页(伊朗伊斯兰共和国)、第 154 页(土耳其)、第 155 页(俄罗斯联邦)、第 156 页(日本)；B. Van Schaack, “The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence,” *Columbia J. of Transnat’l L.*, vol. 37, at 787, 844 (1999)。

<sup>233</sup> D. Robinson, “Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference,” 上文注 90, 第 47 页。

<sup>234</sup> P. Hwang, “Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court,” *Fordham Int’l L. J.*, vol. 22, at 457, 497 (1998); M. deGuzman, “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes Against Humanity,” *Human Rights Quarterly*, vol. 22, at 335, 372 (2000) (citing the author’s notes of debate, Committee of the Whole (June 17, 1998), taken while the author was a legal advisor on the delegation of Senegal to the Rome Conference); Van Schaack, 上文注 37, 第 844-45 页。

<sup>235</sup> 见“关于根据《罗马规约》第十五条授权调查肯尼亚共和国局势的裁判”，预审分庭，ICC-01/09，第 94 段(2010 年 3 月 31 日)(下称“肯尼亚授权裁判”)(加重字句原文如此)；另见检察官诉让-皮埃尔·本巴·贡博案，第二预审分庭，“根据《罗马规约》关于指控的第六十一条第(七)款第 1 和 2 项所做裁判”，ICC-01/05-01/08，第 82 段(2009 年 6 月 15 日)(下称 2009 年 Bemba 案)。

<sup>236</sup> 检察官诉 *Kunarac* 一案，审判分庭的判决，前南问题国际法庭 IT-96-23 号案件，第 428 段(2001 年 2 月 22 日)(2001 年 *Kunarac* 案)；见检察官诉 *Katanga* 案，预审分庭关于确认指控的裁决，ICC-01/04-01/07，第 394 段(2008 年 9 月 30 日)(下称 2008 年 *Katanga* 案)；另见检察官诉 *Kordić* 和 *Čerkez* 案，上诉分庭的判决，IT-95-14/2-A，第 94 段(2004 年 12 月 17 日)；检察官诉 *Blagojević* 和 *Jokić* 案，审判分庭的判决，前南问题国际法庭 IT-02-60-T 号案件，第 545-46 段(2005 年 1 月 17 日)。

<sup>237</sup> 2009 年 Bemba 案，第 83 段；1996 年国际法委员会报告，第 47 页(所用短语为“大规模的”而不是广泛的)；1998 年 *Akayesu* 案，第 580 段；1999 年 *Kayishema* 案，第 123 段；另见 2007 年 *Mrkšić* 案，第 437 段(“广泛是指攻击具有大规模性质，且受害者人数众多”)。



力行为，<sup>238</sup> 比如出于个人意志而不是为实施更广泛的举措而谋杀个体受害者。与此同时，肇事者个人实施的单一行为如果是在更广泛的运动中发生，则可能构成危害人类罪。<sup>239</sup> 对于攻击行为的受害者必须达到多少人才被视为“广泛的”，没有一个具体数字门槛值，而是取决于据称受到攻击的平民人口的规模。<sup>240</sup> 例如，在检察官诉 **Kunarac** 一案中，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭就确定攻击是否具有广泛性规定了以下检验标准：

因此，审判分庭必须“首先查明攻击所针对的目标人口，并根据对人口实施攻击所采用的手段、方法、资源以及攻击行为的结果，确定攻击是否确实是广泛的……”。为确定对平民人口的攻击是否同时满足“广泛”或“有系统的”这两项要求或其中之一，可考虑攻击目标人口所产生的后果、受害者人数、行为的性质……。<sup>241</sup>

129. “广泛”也可包含地域层面，即攻击发生在不同地点。<sup>242</sup> 因此，在 **Bemba** 案中，国际刑事法院第二预审分庭裁定，有足够证据证明攻击是“广泛的”，依据是报告称在广大地理区域内的不同地点发动了攻击，包括有数千次强奸、乱葬坑和大量受害者的证据。<sup>243</sup> 但很大的地理区域并不是所要求的一个条件；前南斯拉夫问题国际法庭认为，攻击可以是在一个小的地理区域内针对大批平民实施的。<sup>244</sup>

130. 在 2010 年肯尼亚授权裁判中，国际刑事法院第二预审分庭指出，“评估即不完全取决于数量，也不完全取决于地理区域，而是必须依据具体事实来进行”。<sup>245</sup>

<sup>238</sup> 见检察官诉博斯科·恩塔甘达案，第二预审分庭，“关于第五十八条规定的检察官申请的裁决”，ICC-01/04-02/06，第 19 段(2012 年 7 月 13 日)(下称 2012 恩塔甘达案)；检察官诉哈伦案，第一预审分庭，“关于《规约》第五十八条第七款规定的检察官申请的裁决”，ICC-02/05/01//07，第 62 段(2007 年 4 月 27 日)(下称 2007 年哈伦案)；另见检察官诉恩塔甘达案，审判分庭的判决，ICTR-96-3-T，第 67-69 段(1999 年 12 月 6 日)；1999 年 **Kayishema** 案，第 122-123 段；1996 年国际法委员会报告，第 47 页 1991 年国际法委员会报告，第 103 页。

<sup>239</sup> 2000 年 **Kupreškić** 案，第 550 段；1997 年塔迪奇案，第 649 段。

<sup>240</sup> 见检察官诉 **Kunarac** 案，上诉分庭的判决，前南问题国际法庭 IT-96-23 号案件，第 95 段(2002 年 6 月 12 日)(下称 2002 年 **Kunarac** 案)。

<sup>241</sup> 同上(引文从略)。

<sup>242</sup> 例如，见 2012 年恩塔甘达案，第 30 段；检察官诉 **Ruto** 案，第二预审分庭，“关于根据《罗马规约》第六十一条第七款第 1 和 2 项确认指控的裁决”，ICC-01/09-01/11，第 177 段(2012 年 1 月 23 日)(下称 2012 年 **Ruto** 案)。

<sup>243</sup> 2009 年 **Bemba** 案，第 117-124 段。

<sup>244</sup> 2000 年 **Blaškić** 案，第 206 段；检察官诉 **Kordić** 和 **Čerkez** 案，上诉分庭的判决，前南问题国际法庭 IT-95-14/2-A 号案件，第 94 段(2004 年 12 月 17 日)(下称 2004 年 **Kordić** 案)。

<sup>245</sup> 2010 年肯尼亚授权裁决，第 95 段。

多种不人道行为产生的累积效应或者严重的单一不人道行为产生的结果均可能使攻击具有广泛性。<sup>246</sup>

131. 第二个选择条件要求攻击是“有系统的”。委员会在对 1996 年危害人类和平及安全治罪法草案的评注中指出，“有系统的”这一要求意味着不人道行为是根据“事先确定的计划或政策”实施的，而且“实施这一计划或政策可能导致重复或继续实施不人道行为”。<sup>247</sup> 与“广泛性”要求一样，“有系统的”一词排除孤立或无关联的暴力行为，<sup>248</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的判例体现出对该词的含义有相似的理解。前南斯拉夫问题国际法庭将“有系统的”定义为“暴力行为具有组织性，且不可能随机发生”，<sup>249</sup> 并认为，如有证据表明存在某种模式或严密计划，即可认定攻击是有系统的。<sup>250</sup> 因此，上诉分庭在 *Kunarac* 一案中确认，“存在犯罪模式，即非偶然性的经常重复发生类似的犯罪行为，是这种有系统行为的共有表现”。<sup>251</sup> 审判分庭在 *Kunarac* 一案中认定，对穆斯林平民人口进行了有系统的攻击，依据是有证据表明存在一贯的模式，即一旦塞族部队控制了一个城镇或村庄，他们就搜查或烧毁穆斯林公寓或房屋；之后包围或抓捕穆斯林村民，在此过程中这些村民有时遭到殴打或杀害；男女村民被隔离并投入多个拘留中心或监狱。<sup>252</sup> 同样，卢旺达问题国际刑事法庭将“有系统的”定义为遵循一贯的模式或根据一项政策或计划实施有组织的行为。<sup>253</sup>

132. 与前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例一样，国际刑事法院第一预审分庭在哈伦案中认为，“‘有系统的’是指‘暴力行为具有组织性，且不可能随机发生’”。<sup>254</sup> 国际刑事法院第一预审分庭在 *Katanga* 一案中认为，对这一用语的理解是“为推行一项共同政策而执行的有组织的计划，遵循一

<sup>246</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 47 页；另见 2009 年 *Bemba* 案，第 83 段(认为广泛性“意味着攻击是在广大地理区域内发生，或者在小的地理区域内针对大批平民实施的。”)

<sup>247</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 47 页；另见 1991 年国际法委员会报告，第 103 页(“系统性要件涉及一贯做法或实施此类侵犯行为的严密计划。”)

<sup>248</sup> 见 1996 年国际法委员会报告，第 47 页；1991 年国际法委员会报告，第 103 页。

<sup>249</sup> 2007 年 *Mrkšić* 案，第 437 段；2001 年 *Kunarac* 案，第 429 段。

<sup>250</sup> 例如，见 1997 年塔迪奇案，第 648 段。

<sup>251</sup> 2002 年 *Kunarac* 案，第 94 段。

<sup>252</sup> 2001 年 *Kunarac* 案，第 573 和 578 段。

<sup>253</sup> 1998 年 *Akayesu* 案，第 580 段(“系统性可以定义为根据一项共同政策进行严密组织并遵循正规模式”)；1999 年 *Kayishema* 案，第 123 段(“有系统的攻击意指攻击是根据预定政策或计划实施的”)。

<sup>254</sup> 2007 年哈伦案，第 62 段(援引检察官诉 *Kordic* 和 *Cerkez* 案，上诉判决，IT-95-14/2-A 号案件，第 94 段(2004 年 12 月 17 日)，后者又援引 2001 年 *Kunarac* 案，第 429 段)；另见 2010 年肯尼亚授权裁决，第 96 段；2012 年 *Ruto* 案，第 179 段；2008 年 *Katanga* 案，第 394 段。

种经常模式，导致不断实施行为；或理解为是指‘犯罪模式’，即罪行构成‘非偶然性的经常重复发生类似的犯罪行为’”。<sup>255</sup> 第二预审分庭在恩塔甘达案中适用了这一标准，裁定攻击是系统性的，因为“犯罪人采用相似的手段和方法攻击不同地点；他们人数众多，从不同方向同时接近攻击目标，他们使用重型武器攻击村庄，采用相似方法系统性地追逐平民，逐户搜查并搜索丛林，烧毁所有财产并实施抢劫”。<sup>256</sup>

## B. “针对任何平民人口”

133. 《罗马规约》第七条规定的第二项一般要求是，行为必须是“针对任何平民人口”实施的攻击的一部分。《罗马规约》第七条第(二)款第1项规定，为了第一款的目的，“针对任何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，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程。<sup>257</sup> 此外，前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的判例对“针对”、“任何”、“平民”和“人口”等词的含义逐一做了解释。

134. 前南斯拉夫问题国际法庭裁定，“针对”一词要求预定的主要攻击目标是平民人口而不是偶然的受害者。<sup>258</sup> 国际刑事法院第二预审分庭随后在 Bemba 案和 2010 年肯尼亚授权裁判中采用了这一解释。<sup>259</sup> 在 Bemba 案中，预审分庭裁定，有足够证据表明攻击是“针对”中非共和国平民人口实施的。<sup>260</sup> 该分庭认为，刚果解放运动(刚果解运)士兵知道他们行动的受害者是平民，因为有直接证据表明平民在自家房屋或庭院中遭到攻击。<sup>261</sup> 分庭还认定，刚果解运士兵主要针对平民人口发动攻击，证据是他们曾攻击一个地点，声称是追逐反叛部队至此，但在那里却没有发现任何反叛部队。<sup>262</sup> “针对”一词重点强调的是发动攻击的意图而不是攻击的实际结果。<sup>263</sup> 攻击、而不是个别肇事者的行为必须是“针对”目标人口实施的。<sup>264</sup>

<sup>255</sup> 2008 年 Katanga 案，第 397 段。

<sup>256</sup> 2012 年恩塔甘达案，第 31 段；另见 2012 年 Ruto 案，第 179 段。

<sup>257</sup> 另见国际刑事法院，“犯罪要件”，上文注 92，第 5 页。

<sup>258</sup> 例如，见 2001 年 Kunarac 案，第 421 段(“‘针对’这一用语意指在实施危害人类罪时，平民是主要攻击目标。”)。

<sup>259</sup> 2009 年 Bemba 案，第 76 段；2010 年肯尼亚授权裁决，第 82 段。

<sup>260</sup> 2009 年 Bemba 案，第 94 段；另见 2012 年恩塔甘达案，第 20-21 段。

<sup>261</sup> 2009 年 Bemba 案，第 94 段。

<sup>262</sup> 同上，第 95-98 段。预审分庭的裁决还基于有证据表明，刚果解运士兵抵达此地时，反叛部队已经撤离。同上，第 98 段。

<sup>263</sup> 例如，见 2000 年 Blaškić 案，n. 401。

<sup>264</sup> 2002 年 Kunarac 案，第 103 段。

135. “任何”一词表明“平民人口”的定义宽泛，应从广义来解释。<sup>265</sup> 攻击可以是针对任何平民人口实施的，“不论其国籍和族裔如何，或具有任何其他特点”，<sup>266</sup> 攻击可以是针对本国居民或外国居民实施的。<sup>267</sup> 攻击的目标可“包括由其(被认为所属的)政治派别决定的人群”。<sup>268</sup> 要符合武装冲突时的平民人口的定义，攻击所针对的目标人口必须“主要”是平民性质；<sup>269</sup> 平民中存在某些战斗人员并不改变其性质。<sup>270</sup> 这一办法符合源自国际人道主义法的其他规则。例如，日内瓦四公约第一附加议定书指出：“在平民人口中存在有不属于平民定义范围内的人，并不使该平民人口失去其平民的性质”。<sup>271</sup> 在和平时期，“平民”应包括除有义务维持公共秩序且为此目的在受到攻击时有合法手段行使武力的个人以外的所有人。<sup>272</sup> 对任何特定受害者的身份评估必须是基于其在犯罪行为实施之时的身分；<sup>273</sup> 如对某人的身份存有疑问，应将其视为平民。<sup>274</sup>

136. “人口”一词并不意味着必须是某一地理位置的整个人口受到攻击；<sup>275</sup> 相反，该词意指罪行的集体性质，即对多个受害者发动攻击。<sup>276</sup> 对任何特定受害

<sup>265</sup> 例如，见 2007 年 Mrkšić 案，第 442 段；1997 年塔迪奇案，第 643 段；2000 年 Kupreškić 案，第 547 段(“意在对平民和人口做一个宽泛定义。这首先是由人道主义法的一般原则和规则的目标和宗旨决定的，特别是禁止危害人类罪的规则。”)；1999 年 Kayishema 案，第 127 段。

<sup>266</sup> 2008 年 Katanga 案，第 399 段(引述检察官诉塔迪奇案，审判判决，IT-94-1 号案件，第 635 段(1991 年 5 月 7 日))。

<sup>267</sup> 例如，见 2001 年 Kunarac 案，第 423 段。

<sup>268</sup> 2012 年 Ruto 案，第 164 段。

<sup>269</sup> 例如，见 2007 年 Mrkšić 案，第 442 段；1997 年塔迪奇案，第 638 段；2001 年 Kunarac 案，第 425 段；2001 年 Kordić 案，第 180 段；1999 年 Kayishema 案，第 128 段。

<sup>270</sup> 例如，见 2007 年 Mrkšić 案，第 442 段；1997 年塔迪奇案，第 638 段；2001 年 Kunarac 案，第 425 段(“在其中存在某些非平民并不改变其平民人口的性质。”)；2000 年 Blaškić 案，第 214 段(“在蓄意攻击的平民中存在士兵并不改变人口的平民性质”)；2000 年 Kupreškić 案，第 549 段(“存在积极参与冲突的人员不应妨碍将人口定性为平民”)；2001 年 Kordić 案，第 180 段；1998 年 Akayesu 案，第 582 段(在平民人口中存在不属于平民定义范围内的人，并不使该平民人口失去其平民的性质。”)；1999 年 Kayishema 案，第 128 段。

<sup>271</sup> 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(第一议定书)，第 50(3)条，1977 年 6 月 8 日，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 3 页。

<sup>272</sup> 1999 年 Kayishema 案，第 127 段。

<sup>273</sup> 2000 年 Blaškić 案，第 214 段(“在认定受害者为平民身份时，必须考虑到其在罪行发生时的具体情况而不是其身份。”)；另见 2001 年 Kordić 案，第 180 段(“在某一时刻曾实施抵抗行为的人在某些情况下可能是危害人类罪的受害者。”)；1998 年 Akayesu 案，第 582 段(认为平民人口包括“放下武器的武装部队成员和失去战斗力的人员”)。

<sup>274</sup> 2001 年 Kunarac 案，第 426 段。

<sup>275</sup> 见 2010 年肯尼亚授权裁决，第 82 段；2009 年 Bemba 案，第 77 段；2001 年 Kunarac 案，第 424 段；1997 年塔迪奇案，第 644 段；另见国际法委员会 1994 年报告，见第 40 页(将危害人类罪定义为“针对全体或部分平民人口实施的广泛或有系统的性质十分严重的无人道行为”)(着重部分由作者标明)。

<sup>276</sup> 例如，见 2001 年 Kunarac 案，第 423 段。

者的攻击绝不应是因其个人特点，而是因为其属于攻击所针对的平民人口。<sup>277</sup> 国际刑事法院在 *Bemba* 案和 2010 年肯尼亚授权裁判中所做的决定采用了与此相类似的办法，申明检察官必须证明攻击是针对平民人口而不是人数有限的一群人实施的。<sup>278</sup>

137. 《罗马规约》第七条第二款第 1 项为了第一款的目的，界定了“针对任何平民人口进行的攻击”。该定义的第一部分提到“针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程”。尽管为前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭确定的危害人类罪的法定定义未使用这种语言，但两法庭的判例体现了这一措辞。<sup>279</sup> 国际刑事法院“犯罪要件”规定，第七条第二款第 1 项所指的“行为”“不必构成军事攻击”。<sup>280</sup>

138. 该定义的第二部分要求，攻击是“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”。在通过《罗马规约》之前，政策要素并没有作为一项要求纳入国际法庭规约对危害人类罪的定义。<sup>281</sup> 前南问题国际法庭规约和卢旺达问题国际法庭规约对危害人类罪的定义不包含对政策要素的要求，<sup>282</sup> 但一些早期的判例对此作出要求。<sup>283</sup>

<sup>277</sup> 同上；另见 2001 年 *Kunarac* 案，第 90 段；检察官诉 *Gotovina* 案，审判分庭的判决，前南问题国际法庭 IT-06-90 号案件，第 1704 段(2011 年 4 月 15 日)(认为攻击必须是针对平民“而不是有限和随意选定的一些个人实施的”)。

<sup>278</sup> 2009 年 *Bemba* 案，第 77 段；2010 年肯尼亚授权裁决，第 81 段。

<sup>279</sup> 例如，见 2001 年 *Kunarac* 案，第 415 段(将攻击定义为“实施暴力行为的一个行为过程”)；1999 年 *Kayishema* 案，第 122 段(将攻击定义为“所列罪行必须属于其中一部分的活动”)；1998 年 *Akayesu* 案，第 581 段(“攻击的概念可以定义为属于[规约]所列举类型的非法行为。攻击也可能是非暴力性的，比如实行种族隔离制度……或者是给平民施压，迫使其以某种方式行事。……”)。

<sup>280</sup> 国际刑事法院，“犯罪要件”，上文注 92，第 5 页。

<sup>281</sup> 《纽伦堡宪章》第 6(c)条没有明确提及计划或政策。然而，《纽伦堡判决书》在“攻击”概念在总体范围内讨论第 6(c)条时，的确使用了“政策”这一描述语。见 *IMT, Judgment (Oct. 1, 1946), in The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nürnberg, Germany, Part 22, at 468 (Aug. 22, 1946 to Oct. 1, 1946)*(恐怖政策无疑得到大规模推行，而且在许多情况下是有组织和有系统的。在 1939 年战争之前，德国采取了对可能敌视政府的平民进行了最无情地迫害、镇压和屠杀政策。)管制委员会第 10 号法律第二(1)(c)条在危害人类罪的定义中也没有提到一项计划或政策。一般情况见 G. Mettraux, “The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a ‘Policy’ Element, in L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 上文注 7, 第 142 页。

<sup>282</sup> 前南问题国际法庭上诉分庭认为，习惯国际法没有对危害人类罪作出任何政策要素的规定，见 *Kunarac 2002*, 第 98 段。(在被指控的行为发生时，《规约》和习惯国际法并没有作出任何规定，要求证明存在一项实施这些罪行的计划或政策)，不过，有人撰文对这一立场提出批评。例如，见 W. Schabas, “State Policy as an Element of International Crimes,” 98 *J. Crim. L. & Criminology*, vol. 98, p. 953, at 954 (2008)。

<sup>283</sup> 检察官诉 *Tadic*, 判决，案件编号 IT-94-1, 第 644、653-55、626 段(1997 年 5 月 7 日)(“针对平民人口”……要求，行为的实施具有广泛性或系统性，并且为了推行一项政策。”(着重部分由作者标明))。

然而，后来的判例淡化了政策要素，认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已足够。<sup>284</sup>

139. 在《罗马规约》之前，国际法委员会制定治罪法草案的工作往往要求包含政策要素。国际法委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》对危害人类罪的定义是：“国家当局或个人在国家当局煽动和容忍下，藉社会、政治、种族、或文化的理由对平民所犯的非人道行为，如暗杀、灭绝、奴役、驱逐出境或迫害等行为”。<sup>285</sup> 委员会决定列入对国家煽动或容忍的要求，以排除个人在没有任何国家参与的情况下自己实施的不人道行为。<sup>286</sup> 与此同时，1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》对危害人类罪的定义没有包括对规模（“广泛”）或系统性作出的任何要求。

140. 国际法委员会负责拟定的 1994 年国际刑事法院规约草案未包含关于危害人类罪的定义。相反，规约草案提及《前南问题国际法庭规约》第 5 条和 1991 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 21 条中的定义，这两个条款均未提出对国家政策要素的要求。<sup>287</sup> 即便如此，委员会的确提到政策问题，指出：“不法行为的具体形式……同行为的规模和蓄意的政策以及针对全体或部分平民人口等因素相比，对于下定义不是最重要。”<sup>288</sup> 国际法委员会负责拟定的 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也承认应对政策要素作出规定，并将危害人类罪界定为“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的任何下列行为。”<sup>289</sup> 委员会纳入这一要求，是为了排除个人“按其自己的犯罪计划，出于个人自己的动机”而实施的不人道行为。<sup>290</sup> 换言之，这一政策要素试图排除个人自行行事、而且与一个国家和或组织没有任何关联的“普通”犯罪。<sup>291</sup>

<sup>284</sup> 例如见 *Kordić 2001*, 第 182 段(认定“一项计划或政策的存在应最好被视为作为危害人类罪被起诉的罪行具有系统性的指标”); *Kunarac 2002*, 第 98 段; *Akayesu 1998*, 第 580 段; *Kayishema 1999*, 第 124 段(“大规模伤害行为若要构成危害人类罪，它必须包括一项政策要素。对广泛性或系统性的规定两者之一足以排除那些并非作为一项更广泛的政策或计划的一部分实施的行为。”)

<sup>285</sup> 国际法委员会第六届会议工作报告，《大会正式记录，第九届会议，补编第 9 号》联合国文件第 A/2693 号，第 150 页(1954)(下称“1954 年国际法委员会报告”)(着重部分由作者标明)。

<sup>286</sup> 同上，第 150 页。

<sup>287</sup> 1994 年国际法委员会报告，第 40 页。

<sup>288</sup> 同上。

<sup>289</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 47 页(着重部分由作者标明)。

<sup>290</sup> 同上。委员会在解释纳入政策要求这一做法时指出，“个别人单凭自己极难进行第 18 条所指的非人道行为。”

<sup>291</sup> 见 M.C. Bassiouni, “Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining - the Need for a Specialized Convention,” in *Forging a Convention*, 上文注 7, 第 54-55 页。

141. 《罗马规约》第七条第二款第 1 项在“针对任何平民人口的袭击”的定义中使用了“政策”要素。国际刑事法院《犯罪要件》进一步规定，“攻击平民人口的政策”是指“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为”。<sup>292</sup>《犯罪要件》的一项脚注规定，“在特殊情况下，这种政策的实施方式可以是故意不采取行动，刻意以此助长这种攻击。”<sup>293</sup>其他先例还强调，故意不采取行动可以满足对政策要素的要求。<sup>294</sup>

142. 国际刑事法院已在若干案件中论及这一“政策”要素。<sup>295</sup>例如，国际刑事法院预审分庭在“2010 年肯尼亚授权裁定”中指出，第七条第二款第 1 项中“国家”的含义“不言自明”。<sup>296</sup>分庭接着指出，国家的地区或地方机构所采取的政策可以满足对国家政策要素的要求。<sup>297</sup>考尔法官在其反对意见中认为，尽管地区或地方机关的行为可归咎于国家，但是“对责任归属问题的考虑不能回答谁能够制定国家政策这一问题。”<sup>298</sup>即便如此，他认为，“考虑到案件的具体情况，一个机构可以采取一项政策，而这个机构尽管属于地区一级，如一个省的最高官员或地区政府，有办法在其行动领域范围内制定政策。”<sup>299</sup>

143. 国际刑院第二审判分庭在“Katanga 2014”的裁定中认为，这种政策不需要在实施攻击之前正式制定或颁布，可以从屡犯、筹备活动、或集体动员加以推断。<sup>300</sup>此外，这种政策不必是具体或确切的，可能会随着情况的发生逐步变化。<sup>301</sup>审判分庭强调，不应把对这种政策的要求等同于“具有系统性”，因为这样做违反了第七条中对“广泛”和“系统”攻击作出的两者必居其一的要求。<sup>302</sup>相反，尽管

<sup>292</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 5 页。

<sup>293</sup> 同上。

<sup>294</sup> Kupreškić 2000，第 551-55 段(“准许,”“宽恕,”“明示或暗示准许”); 国际法委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》(“容忍”); 安全理事会第 780(1992)号决议所设专家委员会的报告(1992),联合国文件, S/1994/674, 第 85 段 (1994 年 5 月 27 日); Ambos & Wirth, 上文注 99, 第 31-34 页。

<sup>295</sup> 例如见 Ntaganda 2012, para. 24; Katanga 2008, para. 396; Bemba 2009, para. 81。

<sup>296</sup> 2010 年肯尼亚授权裁定, 第 89 段。

<sup>297</sup> 同上。

<sup>298</sup> 2010 年肯尼亚授权裁定, Hans-Peter Kaul 法官的反对意见, 肯尼亚共和国局势, ICC-01/09, 第 43 段(2010 年 3 月 31 日)(下称 2010 年肯尼亚授权裁定反对意见)。

<sup>299</sup> 同上, 第 43 段。

<sup>300</sup> Katanga 2014, 第 1109 段, 另见“检察官诉 Gbagbo”案, 第一预审分庭, 关于核实对洛朗·巴博的指控的决定, ICC-02/11-01/11, 第 211-12, 215 段(2014 年 6 月 12 日)(下称 Gbagbo 2014)。

<sup>301</sup> Katanga 2014, 第 1110 段。

<sup>302</sup> 同上, 第 1112 段; 另见同上, 第 1101 段; Gbagbo 2014, 第 208 段。

“具有系统性”是指具有类似特征的重复行为计划，但对“政策”的要求更多地是指以集体攻击平民人口为目的采取的这种行为。<sup>303</sup>

144. 国际刑事法院第一预审分庭在其确认起诉洛朗·巴博的决定中认为：

为了《规约》的目的，必须把“政策”理解为国家或组织积极推动或鼓励攻击平民人口。分庭指出，无论是《规约》还是《犯罪要件》都没有把这种政策的某种理据或动机作为定义的必要内容。然而，证实潜在的动机可能对于发现各种行为的共同特征和相互关联是有益的。此外，依照《规约》和《犯罪要件》，只需证明有关人士总体上对这一攻击知情。事实上，《犯罪要件》明确指出，对知情的要求“不应被解释为要求提供证据，证明实施者对攻击的所有特征或者对国家或组织的计划或政策的准确细节知情”。<sup>304</sup>

在“Bemba”案中，国际刑院预审分庭认定，这次袭击是根据一项组织政策实施的，因为有证据证明，刚果解放运动部队“实施了相同模式的攻击”。<sup>305</sup> 学术文献正在对这些决定作出审慎的分析。<sup>306</sup>

### C. 非国家行为体

145. 委员会在 1991 年就后来纳入 1996 年《治罪法草案》的危害人类罪条款草案发表意见，指出“该条草案不把可能的犯罪人仅仅限于政府官员或代表”，而且该条款草案“不排除拥有实际权力或组成犯罪团伙或集团的个人也可能犯下该

<sup>303</sup> Katanga 2014, 第 1113 段(“只是为了表明国家或组织打算发动针对平民人口的攻击而制定一项“政策”); Gbagbo 2014, 第 216 段(“国家或组织参与规划、组织或指挥的证据可以用来证明这项政策和攻击的系统性, 但不应把这两个概念混为一谈, 认为它们有不同的用途并暗示《规约》第七条第一款和第二款第 1 项规定了不同的门槛”)。

<sup>304</sup> Gbagbo 2014, 第 214 段(脚注从略)。

<sup>305</sup> Bemba 2009, 第 115 段。

<sup>306</sup> 例如, 见 M. Halling, “Push the Envelope — Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes Against Humanity,” *Leiden J. Int'l L.*, vol. 23, p. 827 (2010); W. Schabas, “Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: Closing the Loopholes,” *Leiden J. Int'l L.*, vol. 23, p. 847 (2010); C. Kress, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision,” *Leiden J. Int'l L.*, vol. 23, p. 855 (2010); G. Mettraux, “The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a ‘Policy’ Element,” in *Forging a Convention*, 上文注 7, at 142; C. Jalloh, “Case Report: Situation in the Republic of Kenya,” *American J. Int'l L.*, vol. 105, p. 540 (2011); T. Hansen, “The Policy Requirement in Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya,” *George Washington University Int'l L. Rev.*, vol. 43, p. 1 (2011); G. Werle & B. Burghardt, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization?,” *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 10, p. 1151 (2012); Sadat, *supra* note 37, at 335-36, 368-74; C. Jalloh, “What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity,” *American University Int'l L. Rev.*, vol. 28, p. 381 (2013); D. Robinson, “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do With the Definition?,” in Bergsmo & Song, *supra* note 7, p. 103; D. Robinson, “Crimes Against Humanity: A Better Policy on ‘Policy,’” in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015) (forthcoming)。



条款所涉及的这种系统的或大规模的侵犯人权行为；在这种情况下，其行为将属于《治罪法草案》的范畴”。<sup>307</sup> 即便如此，委员会对这一议题进行了一次辩论。1995年国际法委员会的报告论及这次辩论，一些成员采取的立场是，治罪法只适用于国家行为体，而其他成员则赞成把作为非国家行为体的实施者包括在内。<sup>308</sup> 如前文所述，1996年《治罪法草案》补充了一项要求，即若要构成危害人类罪，不人道行为必须“由政府或任何组织或团体唆使或指挥”。<sup>309</sup> 委员会在其关于这一要求的评注中指出：“政府或可能不附属于政府的任何组织或团体的唆使和指挥，使此种行为具有其重大份量，并使这种行为变成可归于个人和国家代理人员的危害人类罪行”。<sup>310</sup>

146. 前南问题国际法庭的判例接受以危害人类罪对非国家行为体提出起诉的可能性。例如，前南问题国际法庭审判分庭在“塔迪奇”案中指出，“有关危害人类罪的法律已取得发展，在考量中纳入了那些虽然不隶属于合法政府，但对特定领土拥有事实上的控制、或能够在该领土内自由行动的势力”。<sup>311</sup> 这一结论在“Limaj”案中得到附和，审判分庭在该案中认为，可以危害人类罪对科索沃解放军成员中的被告提出起诉。除其他外，审判分庭还指出：

存在一项政策或计划的证据虽然不是[《前南国际法庭规约》]第5条的一项法律要素，但这是一个重要标志，表明有关行为并非只是个人根据偶然、个别的谋划行事，而是在组织协调和得到的支持方面达到相当的水平 and 规模，足以将这些行为提升到危害人类罪的高度。有理由认为，如果所涉行为是在重大的国家行动的背景下实施的，并且可以发现正规的指挥渠道，那么，对平民人口的攻击通常表明存在着政策要素……。然而，在考虑一个国家以下的部门或武装反对派集团（不论其是否具有反叛或跨界性质）是否显示已制定发动直接攻击的政策时，会出现某些特殊问题。对领土拥有一定程度的实际控制，是证明一个组织单位有足够能力制订一项政策的必要条件。<sup>312</sup>

最后，审判分庭认定，虽然“科索沃解放军的一项政策是把与塞尔维亚当局合作的科索沃阿族人作为攻击目标，……并没有对塞族或阿族平民人口进行攻击”。<sup>313</sup>

<sup>307</sup> 1991年国际法委员会报告，第103-04段。

<sup>308</sup> 1995年国际法委员会报告，第25段（“一些成员认为，治罪法应该只载述国家人员或代表或在国家授权、支持和纵容之下行事的个人所犯下的罪行，另一些委员则主张把与国家没有关系的个人的行为也包括在内。”）。

<sup>309</sup> 1996年国际法委员会报告，第47段。

<sup>310</sup> 同上。

<sup>311</sup> Tadić 1997，第654段。关于对非国家行为体的进一步讨论，同上，第655段。

<sup>312</sup> “检察官诉Limaj等人”案，前南问题国际法庭第二审判分庭，案件编号IT-03-66-T，第212-13段（2005年11月30）。

<sup>313</sup> 同上，第228段。

147. 《罗马规约》第七条第二款第 1 项规定，攻击必须“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”，因此，第七条明确考虑到非国家行为体实施的危害人类罪。国际刑事法院的判例表明，“组织”包括有能力和资源来计划和实施一项大规模或蓄意攻击的任何组织或团体。例如，预审分庭在“Katanga”案中指出，“具体管辖的任何领土的团体或有能力对平民人口实施一种广泛或系统攻击的任何组织可以制定这一政策”。<sup>314</sup>

148. 国际刑事法院第二预审分庭在“2010 年肯尼亚授权裁定”中采取了类似做法，指出“一个团体的正式性质及其组织程度不应作为界定标准。相反，如其他人已令人信服地指出的那样，应当根据某一团体是否有能力实施侵犯基本人类价值的行为作出区分”。预审分庭在 2012 年指出，在确定某一团体是否可以作为《罗马规约》第七条所述的“组织”时：<sup>315</sup>

分庭可考虑多个因素，例如：(一) 该团体是否接受负责人的指挥，或拥有固定的上下级架构；(二) 该团体是否在事实上拥有广泛或有计划地攻击平民人口的手段；(三) 该团体是否对一国的部分领土实施控制；(四) 该团体是否把针对平民人口的犯罪活动作为一个主要目的；(五) 该团体是否直接或间接地表示有意攻击平民人口；(六) 该团体是否是一个符合上述某些或所有标准的一个更大团体的一部分。<sup>316</sup>

149. 多数法官在其 2010 年的决定中，明确反对认为“只有类似于国家的组织才能被视为”第七条第二款第 1 项中所述的组织的意见。<sup>317</sup> 考尔法官在表达反对意见时，认为“可以得出结论认为‘组织’可能是私营实体(非国家行为者)，而不是国家机关或代表国家行事”，但他指出，“这些‘组织’应具备国家的一些特征”。<sup>318</sup>

150. 在恩塔甘达案中，关于被告与刚果民主共和国的刚果爱国者联盟和刚果解放爱国力量这两个准军事团体有关联的指控得到了确认。在该案中，检察官认为“刚果爱国者联盟/刚果解放爱国力量是严密而有序的政治军事组织，类似于国家政府，

<sup>314</sup> *Katanga 2008*, 第 396 段(引用前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的判例法，以及委员会 1991 年《治罪法草案》；另见 *Bemba 2009*, 第 81 段。

<sup>315</sup> 2010 年肯尼亚授权裁定，第 90 段。

<sup>316</sup> *Ruto 2012*, 第 185 段；另见 *Kenya Authorization Decision 2010*, 第 93 段；根据《罗马规约》第十五条的规定授权对科特迪瓦共和国局势进行调查的决定，更正，ICC-02/11-14-Corr., 第 45-46 段(2011 年 10 月 3 日)。

<sup>317</sup> 2010 年肯尼亚批准决定，第 90 段；另见 G. Werle & B. Burghardt, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization?,” *J. of Int’l Crim. Just.*, vol. 10, p. 1151 (2012)。

<sup>318</sup> 2010 年肯尼亚授权决定，反对意见，第 45 和 51 段。考尔法官提出的特征包括：(a) 由人组成的集体；(b) 为了一个共同的目标建立组织并采取行动；(c) 持续很长一段时间；(d) 拥有负责的统率或采取了一定程度的等级结构，至少包括某种政策层面的结构；(e) 有能力对其成员实施政策并处罚他们；(f) 有能力和手段对任何平民人口发动大规模攻击。

恩塔甘达先生利用该组织犯下了危害人类罪”。<sup>319</sup> 同样，在卡利克斯特·姆巴鲁希马纳案中，检察官起诉了与解放卢旺达民主力量有关联的被告，并将该团体描述为“试图‘收回和捍卫（卢旺达的）国家主权’的武装团体”。<sup>320</sup> 尽管在该案中，多数意见和反对意见对于解放卢旺达民主力量是否具有攻击平民人口的政策意见不一，但大家似乎都认同，解放卢旺达民主力量这个团体可以归入第七条所述的范围。在与乌干达局势有关的约瑟夫·科尼案中，被告涉嫌与上帝抵抗军有关联，该组织是“反叛乌干达政府与乌干达军队的武装团体”，<sup>321</sup> “具有军队等级结构并实行军队化运作”。<sup>322</sup> 关于肯尼亚的局势，第二预审分庭确认了对被告的危害人类罪指控，因为他们与由“橘子民主运动的知名政治代表、媒体代表、肯尼亚前警察和军队成员、卡伦金族长老和当地领袖”组成的行为人“网络”有关联。<sup>323</sup> 同样，对其他被告的指控也得到了确认，他们与“孟吉齐和亲民族团结党的青年在纳库鲁和奈瓦沙各地发动的协同攻击”有关联，攻击“针对被视为[橘子民主运动的]支持者，采用了名单、身体特征、路障、语言等各种识别手段”。<sup>324</sup>

#### D. “明知这一攻击”

151. 第3项一般要求是，行为人必须在“明知这一攻击”的情况下实施该行为。根据前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例，行为人必须明知这是对平民人口的攻击，而且明知其行为是攻击的一部分。<sup>325</sup> 这个包含两部分的方法体现在国际刑事法院的《犯罪要件》中，其中规定每项禁止行为的最后一项要件都是：“行为人知道或有意使该行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分”。尽管如此，

最后一项要件不应被解释为必须证明行为人知道攻击的所有特性，或国家或组织的计划或政策的详情。如果广泛或有系统地针对平民人口进行攻击为新出现的情况，最后一项要件的故意要素是指，行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件的该当性。<sup>326</sup>

<sup>319</sup> 2012年恩塔甘达案，第22段。

<sup>320</sup> 检察官诉姆巴鲁希马纳案，第一预审分庭，关于确认指控的决定，ICC-01/04-01/10，第2段(2011年12月16日)。

<sup>321</sup> 2005年7月8日签发、2005年9月27日修正的Joseph Kony逮捕令，ICC-02/04-01/05，第5段(2005年9月27日)。

<sup>322</sup> 同上，第7段。

<sup>323</sup> 2012年鲁托案，第182段。

<sup>324</sup> 检察官诉Muthaura等人案，第二预审分庭，根据《罗马规约》第六十一条第七款第1和2项确认指控的决定，ICC-01/09-02/11，第102段(2012年12月23日)。

<sup>325</sup> 例如，见2001年库纳拉茨案，第418段；1999年卡伊谢马案，第133段。

<sup>326</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注92，第5页。

不必证明行为人知道攻击的具体细节；<sup>327</sup> 而是可以通过间接证据来推断行为人对了解这些情况。<sup>328</sup> 因此，国际刑事法院第二预审分庭在贝姆巴案中认定刚果解运部队明知这一攻击时指出，可以从“他们使用的攻击方法来推断”部队了解这一情况，这体现了一种明确的模式。<sup>329</sup> 在加丹加案中，法院的第一预审分庭认定

可以从以下间接证据来推断行为人明知这一攻击而且行为人知道其行为是这种攻击的一部分：被告在军队中的职位；被告在更广泛的犯罪活动中发挥重要作用；被告出现在犯罪现场；被告提到其所在团体相对于敌对团体的优势；以及行为发生的总体历史和政治环境。<sup>330</sup>

152. 此外，行为人参加攻击的个人动机无关紧要；行为人不需要提出更广泛攻击的宗旨或目标。<sup>331</sup> 在庫纳拉茨案中，前南斯拉夫问题国际法庭的上诉分庭认定，关于行为人因个人原因实施违禁行为的证据最多可以“提出他不知道其行为是攻击的一部分这个可以反驳的假设”。<sup>332</sup> 行为人知道其行为是攻击的一部分或故意这么做才与满足这一要求有关。此外，如果能证明实施该罪行直接利用了更广泛的攻击或导致更广泛的攻击长期持续，这项要件的要求就得到了满足。<sup>333</sup> 例如，在庫纳拉茨案中，行为人被控对穆斯林妇女和女童犯下了各种形式的性暴力、酷刑和奴役行为。法院的审判分庭认定，被告了解必要的情况，因为他们不仅知道对穆斯林平民的攻击，还“通过直接利用所造成的局面”和“完全接受基于族裔的侵略”导致攻击长期持续。<sup>334</sup>

## E. 禁止的行为的类型

153. 《罗马规约》第七条第一款第 1 至第 11 项列出了禁止的危害人类罪的基本行为。委员会 1966 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条的危害人类罪定义也提到了这些禁止的行为，尽管措辞略有不同。第七条第二款第 2 至第 9 项提出了这些禁止行为的进一步定义。实施其中某项行为的个人可能犯有危害人类罪；此人无需实施多种行为，但其行为必须属于广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻

<sup>327</sup> 2001 年库纳拉茨案，第 434 段(认定了解情况的要求“不包括知道攻击的细节”)。

<sup>328</sup> 见 1997 年塔迪奇案，第 657 段(“因此尽管需要了解情况，但应进行客观审查，可以从情况来推断事实。”)；另见 1999 年卡伊谢马案，第 134 段(认定“实际或推定知悉攻击的更广泛背景”即可)；2000 年布拉斯基奇案，第 259 段(认定可以从一系列事实，包括“所犯罪行的性质以及该罪行在多大程度上属于常识”来推测被告了解攻击的更广泛背景)。

<sup>329</sup> 2009 年贝姆巴案，第 126 段。

<sup>330</sup> 2008 年加丹加案，第 402 段。

<sup>331</sup> 例如，见 2002 年库纳拉茨案，第 103 段；2000 年库普雷斯克奇案，第 558 段。

<sup>332</sup> 2002 年库纳拉茨案，第 103 段。

<sup>333</sup> 例如，见 2001 年库纳拉茨案，第 592 段。

<sup>334</sup> 同上。

击的“一部分”。<sup>335</sup> 即使该罪行不是发生在激烈攻击平民人口时，也同样满足这项要求；如果该罪行与攻击有充分的联系，则可以算作攻击的一部分。<sup>336</sup>

154. 谋杀。《罗马规约》第七条第一款第1项将谋杀列为禁止的行为。根据国际刑事法院的《犯罪要件》，谋杀行为是指“行为人杀害一人或多人”。<sup>337</sup> “杀害”一词可以与“致死”通用。<sup>338</sup> 《纽伦堡宪章》第6(c)条、盟国管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约、国际法委员会1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》和1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》都将谋杀列为危害人类罪行为。<sup>339</sup>

155. 灭绝。《罗马规约》第七条第一款第2项将灭绝列为禁止的行为。第七条第二款第2项规定，灭绝“包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口”。根据国际刑事法院的《犯罪要件》，为实施灭绝行为，行为人必须“杀害一人或多人，包括施加某种生活状况，目的是毁灭部分的人口”。<sup>340</sup> 这些条件“可以包括断绝粮食和药品来源”。<sup>341</sup> 灭绝行为中的杀害可以是直接或间接的，可以采取各种形式。<sup>342</sup> 行为还必须“构成大规模杀害平民人口的成员，或作为这种杀害的一部分发生”。<sup>343</sup> 虽然灭绝与灭绝种族罪类似，都涉及大规模毁灭的要件，但不同于灭绝种族罪的是，灭绝还包括以下情况：一群没有任何共同特征的人被杀害，以及一个群体中的一些成员被杀害而另一些则幸免于难。<sup>344</sup> 《纽伦堡宪章》第6(c)条、盟国管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及国际法委员会的《治罪法草案》都将灭绝列为危害人类罪行为。<sup>345</sup>

156. 奴役。《罗马规约》第七条第一款第3项将奴役列为禁止的行为。第七条第二款第3项规定，奴役是指“对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括

<sup>335</sup> 例如，见1997年塔迪奇案，第649段；2002年库纳拉茨案，第100段。

<sup>336</sup> 例如，见2007年Mrkšić案，第438段；1999年塔迪奇案，第248段；检察官诉Naletilić案，审判分庭，判决书，前南问题国际法庭案件号IT-98-34-T，第234段(2003年3月31日)。

<sup>337</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注92，第5页。

<sup>338</sup> 同上，n.7。

<sup>339</sup> 见《1996年国际法委员会报告》，第48页。

<sup>340</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注92，第6页。

<sup>341</sup> 同上，n.9。

<sup>342</sup> 同上，n.8。

<sup>343</sup> 同上，第6页。

<sup>344</sup> 《1996年国际法委员会报告》，第48页。

<sup>345</sup> 同上。

在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力”。国际刑事法院的《犯罪要件》规定，行使这种权力包括“买卖、租借或交换这些人，或以类似方式剥夺其自由”。<sup>346</sup> 《犯罪要件》还指出：“这种剥夺自由在某些情况下，可能包括强迫劳动或使一人沦为《1956年废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》所界定的奴役地位”。<sup>347</sup> 《纽伦堡宪章》第6(c)条、盟国管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及国际法委员会的《治罪法草案》都将奴役列为危害人类罪行为。<sup>348</sup> 2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防止、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》第3(a)条<sup>349</sup>规定，“人口贩运”是指“为剥削目的而通过暴力威胁或使用暴力手段，或通过其他形式的胁迫，通过诱拐、欺诈、欺骗、滥用权力或滥用脆弱境况，或通过授受酬金或利益取得对另一人有控制权的某人的同意等手段招募、运送、转移、窝藏或接收人员”。

157. 驱逐出境或强行迁移人口。《罗马规约》第七条第一款第4项将强行迁移人口列为禁止的行为。第七条第二款第4项规定，驱逐出境或强行迁移人口是指“在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区”。国际刑事法院的《犯罪要件》指出，“强行”一词不限于针对人身的武力，也可以包括“针对这些人或另一人”实行胁迫威胁或武力，“例如以暴力恐惧心理、强迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成胁迫的情况，或利用胁迫环境”。<sup>350</sup> 根据《犯罪要件》，行为人还必须知道确定这些人合法留在被迁离地区的事实情况。<sup>351</sup> 《犯罪要件》还指出，“驱逐出境或强行迁移”可以与“强迫迁离”通用。<sup>352</sup> “国际法容许的理由”可以包括公共卫生或福利等合法的迁移理由。<sup>353</sup> 《纽伦堡宪章》第6(c)条、盟国管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及国际法委员会的《治罪法草案》都将驱逐出境列为危害人类罪行为。<sup>354</sup>

158. 监禁或以其他方式严重剥夺人身自由。《罗马规约》第七条第一款第5项将监禁或以其他方式严重剥夺人身自由列为禁止的行为。为实施《罗马规约》禁

<sup>346</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注92，第6页。

<sup>347</sup> 同上，n. 11。

<sup>348</sup> 《1996年国际法委员会报告》，第48页。

<sup>349</sup> 2000年11月15日，联合国，《条约汇编》，第2237卷，第319页。

<sup>350</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注92，n.12。

<sup>351</sup> 同上，7。

<sup>352</sup> 同上，n. 13。

<sup>353</sup> 《1996年国际法委员会报告》，第49页。

<sup>354</sup> 同上。

止的这项行为，行为人必须“监禁一人或多人或严重剥夺一人或多人的人身自由”。<sup>355</sup> 此外，该行为必须“违反国际法基本规则”。<sup>356</sup> 任意监禁侵犯了《世界人权宣言》第 9 条和《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条规定的个人人权。<sup>357</sup> 第 5 项还包括大规模或有系统的监禁案件，如集中营。<sup>358</sup> 根据国际刑事法院的《犯罪要件》，行为人还必须“知道确定行为严重程度的事实情况”。<sup>359</sup> 盟国管制委员会第 10 号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及国际法委员会 1996 年《治罪法草案》都将监禁列为危害人类罪行。<sup>360</sup>

159. 酷刑。《罗马规约》第七条第一款第 6 项将酷刑列为禁止的行为。第七条第二款第 5 项规定，酷刑是指“故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦”。国际刑事法院的《犯罪要件》规定，“无需为本罪证明特定目的”。<sup>361</sup> 这项关于酷刑的定义与《禁止酷刑公约》第 1(1)条类似，但不包括特定目的要求。<sup>362</sup> 盟国管制委员会第 10 号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及国际法委员会 1996 年《治罪法草案》都将酷刑列为危害人类罪行。<sup>363</sup>

160. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力。《罗马规约》第七条第一款第 7 项将强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力列为禁止的行为。下文将逐个讨论这些行为。

<sup>355</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 7 页。

<sup>356</sup> 同上。

<sup>357</sup> 《1996 年国际法委员会报告》，第 49 页。《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条规定：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由”。《公民权利和政治权利国际公约》，1966 年 12 月 16 日，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 171 页。

<sup>358</sup> 《1996 年国际法委员会报告》，第 49 页。

<sup>359</sup> 同上。

<sup>360</sup> 同上。

<sup>361</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92, n. 14。

<sup>362</sup> 《禁止酷刑公约》第 1(1)条规定，“‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内”。同上。

<sup>363</sup> 《1996 年国际法委员会报告》，第 48 页。

161. 强奸。盟国管制委员会第 10 号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及国际法委员会 1996 年《治罪法草案》都将强奸列为危害人类犯罪行为。<sup>364</sup> 由于据报在前南斯拉夫存在广泛或有系统的强奸行为，大会在 1995 年一致重申，当满足罪行的其他要件时，强奸属于危害人类罪的范围。<sup>365</sup>

162. 国际刑事法院的《犯罪要件》规定，强奸行为是指“行为人侵入某人身体，其行为导致以性器官不论如何轻微地进入被害人或行为人身体任一部位，或以任何物体或身体其他任何部位进入被害人的肛门或生殖器官的行为”。<sup>366</sup> 侵入必须“以武力实施，或以针对该人或另一人实行武力威胁或胁迫，例如以暴力恐惧心理、强迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成胁迫情况的方式实施，或利用胁迫环境实施，或者是针对无能力给予真正同意的人实施的”。<sup>367</sup> 《犯罪要件》指出，有关的人可能因“自然、诱发或与年龄有关的因素而无能力”等原因，无法给予真正的同意。<sup>368</sup> 《犯罪要件》还指出，《罗马规约》中危害人类罪的强奸行为不分性别。<sup>369</sup> 第二审判分庭在加丹加案和恩乔洛·楚伊案中首次深入解释了这些要件。<sup>370</sup>

163. 性奴役。性奴役在《罗马规约》第七条第一款第 7 项中列为一项单独的受禁止行为，而非第七条第一款第 3 项所述的一种奴役形式。国际刑事法院的《犯罪要件》将性奴役界定为符合以下案情的行为：“行为人对一人或多人行使附属于所有权的任何或一切权力，如买卖、出租或互易这些人，或以类似方式剥夺其自由。”<sup>371</sup> 这种剥夺自由的行为可包括“强迫劳动或使一个人降至《1956 年废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》所界定的奴隶地位”。<sup>372</sup> 此外，行为人必须已经“使一人或多人进行一项或多项与性有关的行为”。<sup>373</sup> 《犯罪要件》还指出，由于“此罪行的复杂性，认识到实施犯罪的可

<sup>364</sup> N. Weiss, “Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid,” MenschenRechtsMagazin, vol. 6, p. 132 (2001); A. Adams, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht (Duncker & Humblot, 2013).

<sup>365</sup> 大会第 50/192 号决议，联合国大会正式记录，第五十届会议，联合国文件 A/RES/50/192 (2004 年 2 月 23 日)。

<sup>366</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 8 页。

<sup>367</sup> 同上。

<sup>368</sup> 同上，n. 16。

<sup>369</sup> 同上，n. 15。

<sup>370</sup> 2014 年加丹加案，第 963-72 段。审判分庭认定，在 2003 年 2 月攻击博戈罗村时，民兵营地的恩吉蒂族战斗人员实施了强奸，这属于战争罪和危害人类罪。然而，法庭的两名被告被宣判无罪，因为他们是这些强奸(以及此后的性奴役)的从犯。除其他决定以外，该审判分庭还认定，没有证实这类具体罪行属于攻击的共同目标的一部分。

<sup>371</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 8 页。

<sup>372</sup> 同上，注 18。

<sup>373</sup> 同上，第 8 页。



能不止一个行为人，而且可能是一个共同犯罪目的的一部分”。<sup>374</sup> 第二审判分庭在“加丹加”和“恩乔洛·楚伊”案中也首次对这些要件作了较深入的诠释。<sup>375</sup>

164. 强迫卖淫。曾有人表示，在《罗马规约》中列入“强迫卖淫”罪，是为了“包含那些尚未达到类似奴役的案情”。<sup>376</sup> 国际刑事法院的《犯罪要件》对强迫卖淫定义如下：

行为人迫使一人或多人进行一项或多项与性有关的行为，并为此采用武力，或针对这些人或另一人实行武力威胁或胁迫，例如以暴力恐惧心理、强迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成胁迫情况，或利用胁迫环境或这些人无能力给予真正同意的情况。<sup>377</sup>

《犯罪要件》还确定了另一个要件：“行为人或另一人已经或预期以这种性行为换取，或因这种性行为取得金钱或其他利益”。<sup>378</sup> 在国际法委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》中，强迫卖淫被列为属于危害人类罪范围的行为。<sup>379</sup>

165. 强迫怀孕。《罗马规约》第七条第一款第 6 项对“强迫怀孕”<sup>380</sup> 的定义是“有影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律”。<sup>381</sup>

166. 强迫绝育。第二次世界大战之后，一些被告因在集中营里从事包括绝育手术在内的医学实验而被认定犯有战争罪和危害人类罪。<sup>382</sup> 强迫绝育如果含有摧毁某一群体整体或一部分的这一必要的意图，作为《罗马规约》第六条第四款所述的一种“强制施行办法，意图防止该团体内的生育”，则也构成灭绝种族罪。<sup>383</sup> 国际刑事法院《犯罪要件》将强迫绝育界定为“行为人剥夺一人或多人的自然生殖能力”的行为。<sup>384</sup> 此外，《犯罪要件》规定，这种行为必须“缺乏医学或住

<sup>374</sup> 同上，注 17。

<sup>375</sup> “2014 年加丹加案”，第 975-84 段。

<sup>376</sup> C.K.Hall, et al., “Article 7, Crimes against Humanity,” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, p.213(2d ed.2008)。

<sup>377</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 9 页。

<sup>378</sup> 同上。

<sup>379</sup> 1996 年国际法委员会报告。

<sup>380</sup> 大体情况见 N.Weiss, “Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid,” *MenschenRechtsMagazin*, vol.6, p.132(2001)。

<sup>381</sup> 《犯罪要件》没有就这一定义作进一步阐述。

<sup>382</sup> Hall 等人，前注 90，第 213 至 24 页，注 255。

<sup>383</sup> 《罗马规约》，上文注 5，第六条第四款。

<sup>384</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 9 页。

院治疗这些人的理由，而且未得到本人的真正同意”。<sup>385</sup> 《犯罪要件》包含对第一要件脚注，指出：“剥夺行为不包括实际上不具有长期作用的节育措施。”<sup>386</sup>

167. 严重程度相当的任何其他形式的性暴力。在卢旺达问题国际刑事法庭审理 Akayesu 案中，起诉被告的罪名是危害人类罪的性暴力，依据是这种暴力行为属于“其他不人道行为”。<sup>387</sup> 审理 Akayesu 案的审判分庭在界定危害人类罪案情下的“性暴力”时说：

法庭认为包括强奸在内的性暴力是在胁迫情况下对人实施的任何性行为。性暴力不限于对人体的有形侵入，而且也可包括不涉及侵入人体的行为或甚至无身体接触的行为。<sup>388</sup>

法庭认为，强迫妇女在一群人面前脱掉衣服和表演体操构成了等同于不人道行为的性暴力。<sup>389</sup> 法庭还指出，在这情况下，要表明有胁迫的情形，无需实际使用武力的证据。<sup>390</sup> 1966 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也在危害人类罪的定义中将“其他形式的性虐待”列为受到禁止的行为。<sup>391</sup> 国际刑事法院的《犯罪要件》对这一受禁止的行为界定如下：“行为人对一人或多人实施一项性行为，或迫使这些人进行一项性行为，为此采用武力，或针对这些人或另一人实施武力威胁或强制手段，例如以对暴力的恐惧、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成强制性情况，或利用强制性环境或这些人无能力给予真正同意的情况”。<sup>392</sup> 这一要件似乎与审判分庭对 Akayesu 案的做法是一致的，并采纳了同样范围宽泛的定义。此外，该行为的严重程度必须相当于《罗马规约》第七条第一款第 7 项列举的其他罪行。<sup>393</sup> 《犯罪要素》还规定，行为人必须“知道确定行为严重程度的事实情况”。<sup>394</sup>

168. 对任何可以识别的团体或集体地进行迫害。《罗马规约》第七条第一款第 8 项认为以下行为是受禁止的：“基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第

<sup>385</sup> 同上，第 8 页。

<sup>386</sup> 同上，注 19。

<sup>387</sup> 1998 年 Akayesu 案，第 688 段。

<sup>388</sup> 同上。

<sup>389</sup> 同上。

<sup>390</sup> 同上(“利用恐惧或绝望心理进行威胁、恐吓、勒索以及其他形式的胁迫可能构成胁迫，而某些情形本身就可能含有胁迫的成分，例如武装冲突或在社区中心图西族难民妇女中有联攻派民兵的情况。”)；另见检察官诉 Brima、Kamara 和 Kanu，判决，案件号 SCSL-2004-16-A(2008 年 2 月 22 日)。

<sup>391</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 50 页。

<sup>392</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 10 页。

<sup>393</sup> 同上。

<sup>394</sup> 同上。关于国际刑院检察官处理这类罪行方式的最近一份说明，见国际刑事法院检察官办公室，关于性和基于性别的罪行的政策文件(2014 年 6 月)。

三款所界定的性别，或依据公认为国际法不容的其他理由，对任何可识别的团体或集体进行迫害，而且与任何一种”第1款提及的“行为”或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生。第七条第二款第7项对“迫害”的定义是“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《罪行要件》解释说，迫害罪涵盖的行为包括因某人属于某一群体或集体而以这些人为目标，或以整个群体或集体为目标。<sup>395</sup> 迫害可采取许多形式，其核心特征是剥夺人人有权不加区别地享有的基本人权。<sup>396</sup> 这一概念的重要性见《联合国宪章》第一条第三项，其中规定“对于全体人类之人权及基本自由之尊重”“不分种族、性别、语言或宗教”，并可参见《公民权利和政治权利国际公约》。<sup>397</sup> 《罗马规约》第七条第一款第8项适用于不存在构成灭绝种族罪的必要的具体意图的迫害行为。<sup>398</sup> 基于政治、种族或宗教原因的迫害在下列文书中列为属于危害人类罪范围的行为：《纽伦堡宪章》第6条(c)、管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭规约、卢旺达问题国际刑事法庭规约及国际法委员会的治罪法草案。<sup>399</sup>

169. 《罗马规约》第七条第1款第8项禁止对任何可识别的群体或集体，包括根据性别可予识别的群体，进行迫害。《罗马规约》是明确地将性迫害列为罪行的第一份国际法律文书。<sup>400</sup> 第七条第3款将性别界定为“社会上的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思”。在联合国的用法中，“‘性’一词是指妇女和男子的自然生物特性，而‘性别’是指对基于社会的角色分配而注意到的男女区别的解釋。”<sup>401</sup> 据此，第3款中“社会上的”一语可诠释为系指两性由社会确定的作用以及差异。<sup>402</sup> 因此，《规约》中使用“性别”，而不是“性”，涵盖范围更广一些。<sup>403</sup>

<sup>395</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 10 页(“1. 行为人违背国际法，严重剥夺一人或多人的基本权利。2. 行为人因某一团体或集体的特性而以这些人为目标，或以该团体或集体为目标。”)(着重部分由作者标明)。

<sup>396</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 49 页。

<sup>397</sup> 《联合国宪章》，1945 年 6 月 26 日，联合国，《条约汇编》，第一卷第十六章；上文注 355，第 2 条(“本公约每一缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等任何区别。”)。

<sup>398</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 49 页。

<sup>399</sup> 同上；另见 R. Ana Alija Fernández, *La persecución como crimen contra la humanidad*(2011)。

<sup>400</sup> V.Oosterveld, “The Making of a Gender-Sensitive International Criminal Court”, *International Law Forum du Droit International*, 第 1 卷, 第 38 页、第 40 页(1999 年); 一一见 V.Oosterveld, “Gender-Based Crimes against Humanity”, in L.Sadat(编辑), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 上文注 7, 第 78 页。

<sup>401</sup> 第四次妇女问题世界会议成果的执行情况，秘书长的报告，联合国文件，[A/51/322](#)，第 9 段(1996 年)。

<sup>402</sup> Hall 等人，上文注 90，第 273 页。

<sup>403</sup> Oosterveld，上文注 400，第 40 页。

170. 强迫人员失踪。《罗马规约》第七条第一款第 9 项将强迫人员失踪定为一种受禁止的行为。第七条第二款第 9 项对“强迫人员失踪”的定义是“国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外”。1992 年，大会通过了《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，指出“被强迫失踪损害了一切尊重法治、人权和基本自由的社会的最重要价值观念，而且此类有计划有组织的行为是一种危害人类的罪行”。<sup>404</sup> 《罗马规约》第七条第二款第 9 项中关于强迫失踪定义的使用了与 1992 年联合国宣言几乎相同的语言。<sup>405</sup>

171. 强迫失踪在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》中列为危害人类罪范围内的行为。该草案评注中提及 1992 年联合国宣言和《美洲被迫失踪人士公约》中关于此受禁止行为的定义。<sup>406</sup> 委员会在其评注中指出，强迫失踪“由于其极端的残忍性和严重性”被列为属于危害人类罪范围的行为。<sup>407</sup> 如上文第 86 段指出，2006 年大会通过了《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。《公约》第 5 条规定：“大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果。”<sup>408</sup>

172. 国际刑事法院的《犯罪要件》未单独地列出行为人参与剥夺自由行为的要件及参与拒绝或否认行为的要件，而是将这两种行为一并处理。根据第一项要件，行为人必须已经“逮捕，羁押或绑架一人或多人”或“拒绝承认这种逮捕，羁押或绑架行为，或透露这些人的有关命运或下落”。<sup>409</sup> 脚注解释说，“羁押”一词涵盖行为人维持现有羁押状态的行为，而且“在某些情况下，逮捕或羁押可能是合法的”。<sup>410</sup> 第二个要件要求在逮捕、羁押或绑架期间或在其后，拒绝承认这种行为，或透露有关信息，或者“上述拒绝承认或透露的行为，在剥夺自由期间或在其后

<sup>404</sup> 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》。大会，第 47/133 号决议，第四十七届会议，大会正式记录，补编第 49 号，联合国文件，A/RES/47/133，第 207 页(1992 年 12 月 18 日)(着重部分由作者标明)。

<sup>405</sup> 1992 年的联合国宣言将强迫失踪界定为以下的情形：“政府不同部门或不同级别的官员，或一些代表政府行事或得到政府直接或间接支持、同意或默许的有组织团体或个人，违反本人的意愿而予以逮捕、拘留或绑架，或剥夺他们的自由，随后又拒绝透露有关人员的命运或下落，或拒绝承认剥夺了他们的自由，结果将这些人置于法律保护之外。”同上。

<sup>406</sup> 1996 年国际法委员会报告，第 50 页。

<sup>407</sup> 同上。

<sup>408</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，2006 年 12 月 20 日，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 3 页；另见联合国人权理事会强迫或非自愿失踪问题工作组，“关于强迫失踪作为危害人类罪的一般性意见”，载于强迫或非自愿失踪问题工作组报告，联合国文件 A/HRC/13/31(2009 年 12 月 21 日)，可查看 [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCas\\_crime\\_against\\_humanity.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCas_crime_against_humanity.pdf)。

<sup>409</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》，上文注 92，第 11 页。

<sup>410</sup> 同上，注 25-26。

发生”。<sup>411</sup> 第三个要件要求行为人知道“在一般情况下，逮捕、羁押或绑架后，将拒绝承认这种剥夺自由的行为”或“上述拒绝承认或透露的行为，在剥夺自由期间或在其后发生”。<sup>412</sup> 第四个要件要求“这种逮捕、羁押或绑架是国家或政治组织进行的，或是在其同意、支持或默许下进行的”。第五个要件要求这种拒绝“是上述国家或政治组织”“同意或支持下进行的”。<sup>413</sup> 第六个要件要求“行为人打算将有关的人长期置于法律保护之外”。<sup>414</sup> 一个脚注说明：“基于本罪的复杂性，认识到犯罪可能涉及多个行为人，为一个共同犯罪目的的一部分。”<sup>415</sup>

173. 种族隔离。1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第1条规定：“本公约缔约国宣布种族隔离为危害人类罪”<sup>416</sup> 1996年的治罪法草案将基于种族、族裔或宗教理由的制度化的歧视定为危害人类罪，从而纳入了委员会称之为“属于更为广泛范围的种族隔离罪。”<sup>417</sup>

174. 《罗马规约》第七条第一款第9项明确将种族隔离罪界定为一种受禁止的行为。第七条第二款第8项将“种族隔离罪”界定为“一个种族团体对任何其他一个或多个种族团体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在”。

175. 其他不人道行为。《罗马规约》第七条第一款第11项认为，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性质相同的不人道行为，是受禁止的行为。<sup>418</sup> 委员会在1996年对治罪法草案的评注中解释列入其他不人道行为的理由时承认“无法确定可能构成危害人类罪的详尽无遗的不人道行为清单”。1996年治罪法草案中有可列为危害人类罪的“其他不人道行为”的两类行为的例子：截肢和严重伤害身体。<sup>419</sup> 《纽伦堡宪章》第6条(c)、管制委员会第10号法和前南斯拉夫问题国际法庭规约和包括卢旺达问题国际刑事法庭规约在关于危害人类罪的定义中包括了“其他不人道行为”。<sup>420</sup>

<sup>411</sup> 同上，第11页。

<sup>412</sup> 同上。

<sup>413</sup> 同上。

<sup>414</sup> 同上。

<sup>415</sup> 同上。

<sup>416</sup> 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，1973年11月30日，联合国，《条约汇编》，第1015卷，第243页。

<sup>417</sup> 同上，具体而言，1996年的治罪法草案规定“基于种族、族裔或宗教原因；涉及侵犯基本权利和自由的制度化的歧视，并导致一部分人处于严重的不利于境况”是一种危害人类罪。同上。

<sup>418</sup> 1996年国际法委员会报告，第50页。

<sup>419</sup> 同上。

<sup>420</sup> 同上。

## F. 第 2 条草案：危害人类罪的定义

176. 《罗马规约》第七条中的危害人类罪的定义是广为接受的既定国际法定义。<sup>421</sup> 因此，本条款草案应逐字采用，但三个非实质性改动除外，这是因为采用定义的情况不同，因而有必要予以改动。首先，第一款开头应改为“为本条款草案目的，而非“为本规约目的”。第二，第三款开头有必要做出同样改动。第三，《罗马规约》第七条第一款第 8 项规定，“与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生”所实施的迫害行为是刑事犯罪。为适合不同情况，这一表述也应改为“与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关”。<sup>422</sup>

177. 鉴于这些考虑因素，特别报告员提出以下条款草案：

### 第 2 条草案 危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案目的，“危害人类罪”是指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下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
- (h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关；

<sup>421</sup> 例如，见朝鲜民主主义人民共和国人权状况调查委员会的报告，联合国文件 [A/HRC/25/63](#)，第 21 段(2014)（“对与危害人类罪有关的问题，是根据习惯国际法的定义和《国际刑事法院罗马规约》评估的。”）

<sup>422</sup> 在适当时候，侵略罪可能加到国际刑院的管辖范围，在这种情况下，委员会可重新审议这一措辞。至少，这一问题可以标记在委员会的评注中，供各国在谈判和通过一项危害人类罪公约时审议。

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

(k) 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性质相同的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何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，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

(c) “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 为了本条款草案目的，“性别”一词应被理解是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

## 七. 今后工作方案

178. 完成本专题工作的暂定“路线图”如下。

179. 将于 2016 年提交的第二份报告有可能会探讨下列问题：缔约国有义务采取一切必要措施，确保国内法规定危害人类罪构成一项犯罪；缔约国有义务采取一切必要措施，确立其对该罪行行使管辖权的权限；每一缔约国都有义务羁押其所管辖领土上的被控行为人并调查所指控的罪行；缔约国有义务将案件提交主管当局起诉，除非行为人被引渡到另一个国家或被移交给一个国际法院或法庭；被控行为人有权获得公平待遇，包括有权得到公正审判。

180. 本专题今后工作方案将由委员会 2017-2021 五年期当选成员确定。一个可能的时间表是，2017 年提交第三次报告。第三次报告将讨论缔约国在被控行为人不在的情况下调查被指控罪行的义务、适用于被指控行为人引渡的权利和义务以及针对被控危害人类罪提起刑事诉讼时适用于司法互助的权利和义务。

181. 将于 2018 年提交的第四次报告可以探讨所有其他事项，如争端的解决以及公约序言和最后条款。

182. 如果这一时间表保持不变，预计到 2018 年可以完成全部条款草案的一读，到 2020 年可完成二读。



## 附件

### 拟议条款草案

#### 第 1 条草案

##### 防止和惩处危害人类罪

1. 每一缔约国确认，危害人类罪，不论发生于平时或战时，均系国际法上的罪行，承允防止并惩治之。

2. 每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现危害人类罪。

3. 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，均不得用来作为危害人类罪的辩护理由。

#### 第 2 条草案

##### 危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案目的，“危害人类罪”是指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下列任何一种行为：

- a. 谋杀；
- b. 灭绝；
- c. 奴役；
- d. 驱逐出境或强行迁移人口；
- e. 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- f. 酷刑；
- g. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
- h. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关；
- i. 强迫人员失踪；
- j. 种族隔离罪；
- k. 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性质相同的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

a. “针对任何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，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程；

b. “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

c. “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

d. “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

e. “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

f. “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违法国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

g. “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

h. “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

i. “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 为了本条款草案目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。