

does not fall within one of the conventions which include extradition provisions, to which the United Kingdom is also a party, could base on the provisions of Section 194 of *Extradition Act 2003* to seek cooperation on passive extradition by special extradition arrangements with the United Kingdom. The territory could be treated as if it was designated as a category 2 territory. In respect of the person's extradition to the territory, the procedures would apply in respect of a request made by a category 2 territory. *Prima facie case* requirement should be met. The case which refused to extradite Brown and other three persons to Rwanda and another case which allowed to extradite Zain Taj Dean to Taiwan indicate that there are possibilities for cooperation on extradition in the absence of extradition treaty. But extradition success also depends on many other factors, such as whether the requesting territories' judicial system is sufficiently impartial and independent and whether the requested persons' human rights could be protected after he is extradited.

Key words: Special extradition arrangements of the United Kingdom; Extradition Act 2003; prima facie case requirement; Bars to extradition

制定防止与惩治危害人类罪公约

——必要性和潜在挑战初探

宋天英*

摘要:2014年7月18日,联合国国际法委员会决定将“危害人类罪”专题列入工作方案并任命了特别报告员。其目标是准备一套条款草案,使之最终形成一个关于危害人类罪的国际公约。目前国际刑事法院实际管辖的三项核心罪行中,灭绝种族罪和战争罪已经分别由1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1949年《日内瓦四公约》及其1977年《第一附加议定书》的“严重违约”条款编纂。但是危害人类罪没有专门的公约。在国际刑事法院已将危害人类罪行纳入其管辖范围的背景下,本文认为仍然有必要制定一个关于危害人类罪的专门公约。本文讨论了起草和谈判这样一个公约可能面临的挑战,如防止义务的范围、普遍管辖、官方身份无关联性等问题。作者认为新公约应当全面考虑各国在关键问题上的立场,补充和支持国际刑事法院的运作,避免加剧国际刑法的两极化。

关键词:危害人类罪专门公约;国际法委员会;国际刑事法院;普遍管辖权;官方身份无关联性

* 红十字国际委员会东亚地区代表处法律官员。本文内容仅代表作者个人观点,与作者工作单位无关。

2014年7月18日,联合国国际法委员会决定将“危害人类罪”专题列入工作方案并任命肖恩·墨菲为该专题的特别报告员。^①国际法委员会的目标是准备一套条款草案,使之最终形成一个关于危害人类罪的国际公约。这是国际法委员会继2013年将“危害人类罪”专题列入其长期工作方案后的进一步举动。^②核心罪行是整个国际社会关注的最严重犯罪。^③目前国际法领域有三项核心国际罪行:灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪,其中灭绝种族罪已由1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》(以下简称《灭种公约》)编纂,^④战争罪由1949年《日内瓦四公约》及其1977年《第一附加议定书》的“严重破坏”条款编纂。^⑤这些全球性公约要求各国防止并惩治专门的罪行并为此目的进行合作。目前没有类似的关于危害人类罪的专门公约。虽然一些国际文件提到了危害人类罪的定义和惩罚义务,但是这些规定相互之间不统一,也没有形成完整的体系。国际法委员会就这一专题的工作可能填补60

多年来危害人类罪在核心罪行法律架构中的缺失。

危害人类罪在世界各地的众多冲突和危机中广泛存在,并且日益突出之势。《日内瓦四公约》及其《第一附加议定书》规定战争罪的“严重破坏”条款只能在国际性武装冲突中适用,在非国际性武装冲突中及其他国内暴力情势下发生的针对平民的大规模暴行不受其规制。^①而灭绝种族罪规定了消灭某一群体的特定意图,其证明门槛很高;该罪还穷尽列举了受保护的群体类型,有时候实际受害的群体并不能被归入其中的任何一类。^②这意味着在很多情况下针对平民的严重暴行难以被现存核心国际罪行的法律框架合理规制。

在国际刑事法院已将危害人类罪行纳入其管辖范围的情况下,国际社会是否还有必要制定一个关于该罪的专门公约?如果制定这样一个公约,应如何处理其与国际刑事法院的关系?会有哪些潜在的挑战?本文将就这些问题进行初步探讨。

一、危害人类罪定义的发展

从危害人类罪在第二次世界大战的战后审判中被确认并应用以来,其定义一直在发展变化。据巴西奥尼统计,目前各国际文件中至少有12种不同版本的危害人类罪定义,这些国际文件包括《纽伦堡宪章》、《东京宪章》、联合国安理会两个特设法庭的规约、《危害人类和平及安全治罪法草案》(以下简称《治罪法草案》)、《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《罗马规约》)等。^③这与灭

^① 《日内瓦四公约》共同第一条,《第一附加议定书》第一条。

^② William A. Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2009, p. 117.

^③ M. Chert/Bassoumi, "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 Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge Press, 2013, p. 58.

^① 联合国大会文件:A/69/70,第258页,第266段。

^② 联合国大会文件:A/68/70,第7页,第22段。

^③ 联合国大会文件:A/68/70,第135页,第1段。《国际刑事法院罗马规约》、《联合国条约汇编》,第2187卷,第38544号,第3页,序言第4段,第5条,第4种核心罪行——侵略罪,法院将在其定义确定及其他条件满足后实施管辖。

^④ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》,1948年,《联合国条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。

^⑤ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(简称《日内瓦第一公约》),1949年,第6卷,第3114页,《联合国条约汇编》,第75卷,第970号,第31页;《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(简称《日内瓦第二公约》),《联合国条约汇编》,第6卷,第3217页,《联合国条约汇编》,第75卷,第971号,第85页;《关于战俘待遇的日内瓦公约》(简称《日内瓦第三公约》),1949年,《联合国条约汇编》,第6卷,第3316页,《联合国条约汇编》,第75卷,第972号,第135页;《关于战时保护平民的日内瓦公约》(简称《日内瓦第四公约》),1949年,《联合国条约汇编》,第6卷,第3526页,《联合国条约汇编》,第75卷,第973号,第287页;《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(简称《第一附加议定书》),1977年,《联合国条约汇编》,第1125卷,第17512号,第3页。《罗马规约》第8条规定的战争罪范围更广,除了“严重破坏”,还包括国际性武装冲突和非国际性武装冲突中严重违反国际人道法的行为。这是目前为止对战争罪比较全面的编纂,但是只适用于国际刑事法院管辖的案件。

绝种族罪的发展有所不同,该罪的定义由《灭种公约》设定后,60年多来基本没有变化。^①危害人类罪的定义有两方面内容,一是所有具体罪目的共同要素(或称为“背景要素”,chapeau/contextual elements),这是下属行为之所以构成危害人类罪的前提要件,属危害人类罪作为核心国际罪行的突出特征;二是具体罪目,如谋杀罪、酷刑罪等,这些罪目涉及的犯罪行为有与普通犯罪类似,当在满足共同要素的背景下实施便构成危害人类罪。以下将分别从这两个方面来分析危害人类罪定义的发展。

(一) 危害人类罪共同要素的发展

本文提及的三类核心罪行在规具体罪罪目的同时,都有特定的“国际化因素”,使之成为国际犯罪。如灭种罪要求有蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体的特定意图;战争罪要求与武装冲突有联系;危害人类罪要求存在针对平民人口的攻击。历史上,违反战争法规和惯例的概念先于灭种罪和危害人类罪出现。危害人类罪的概念出现初期与战争关系密切。战争法的重要文件1899年和1907年《海牙公约》中的“马尔顿条款”(Martens Clause)提出了“人类法”(law of humanity)的概念,这是“危害人类罪”的雏形。马尔顿条款后被1949年《日内瓦四公约》及其1977年的两个附加议定书重述,至今仍是国际人道法的重要原则。^②

《纽伦堡宪章》和《东京宪章》中规定的危害人类罪要求针对

平民的具体罪行在“战前或战时”实施。^③1993年联合国安理会通过的《起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭规约》(以下简称《前南国际刑庭规约》)保留了危害人类罪与武装冲突的联系,无论此种武装冲突是国际性的还是非国际性的。^④1994年安理会通过的《卢旺达问题国际法庭规约》(以下简称《卢旺达刑庭规约》)不再要求危害人类罪与武装冲突有联系,并就其共同要素提出了一个新的表述:“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因,对任何平民人口广泛的或有系统的攻击”。^⑤可以看出《卢旺达刑庭规约》规定的共同要素增加了歧视性的要求,这与卢旺达刑庭处理的具体情势有关,不属于习惯国际法对危害人类罪的要求。^⑥1996年国际法委员会通过的《治罪法草案》中将危害人类罪描述为“政府或任何组织或团体唆使或指令犯下的有系统的或大规模的”一系列具体罪行。^⑦1998年联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议通过的《罗马规约》规定危害人类罪的共同要素为“广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击”。该规定去除了武装冲突联系和歧视性要求,是谈判各国对当时已有定义的综合和发展。

《罗马规约》中的危害人类罪与其他核心罪行,尤其是战争罪的区分更加明显,其定义已趋于成熟。事实上,纽伦堡审判中危害人类罪的适用就是考虑到第二次世界大战期间欧洲以德国为首的轴心国对其犹太裔国民的迫害——由于战争罪只规制敌国国民的

① Charter of the International Military Tribunal, Part of the London Agreement of 8 August 1945, Article 6 (c), <http://www.legal-tools.org/doc/64f6dd/> (Last visited 8 January 2015); Charter of the International Military Tribunal for the Far East, enacted 19 January 1946, Article 5 (c), <http://www.legal-tools.org/doc/a3ed1c/> (Last visited 8 January 2015).

② 联合国安理会文件;UNSC/Res. 827(1993)附件。

③ 联合国安理会文件;UNSC/Res. 955(1994)附件。

④ 刘大群:“论危害人类罪”,载《武大国际法评论》2006年第1期,第11—12页。

⑤ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, UN Doc. A/51/10, para. 50.

① Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, p. 5.

② 《日内瓦第一公约》,第63条;《日内瓦第二公约》,第64条;《日内瓦第三公约》,第142条;《日内瓦第四公约》,第158条;《第一附加议定书》,第1条第2段;《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(简称《第二附加议定书》),《联合国条约汇编》,第1125卷,第609页,序言。

待遇,不惩罚国家机器对本国国民的侵害,在应对此种大规模的非人道待遇时,危害人类罪发挥了重要作用。^① 纽伦堡及东京审判结束半个多世纪后,危害人类罪似回归初衷,明确了其在几类核心罪行中的定位,即惩罚国家对其公民实施的严重暴行,此种暴行无须与武装冲突相关,也无须基于任何歧视性的理由。在这个意义上,危害人类罪超越了传统的“国际化因素”——国家间的冲突,进而承认大规模严重违反人权行为本身有悖人类的价值观,且应当引起整个国际社会的关注。^② 大卫·卢班教授生动地将危害人类罪描述为“政治的癌变”(“politics gone cancerous”)。^③

明确区分危害人类罪和其他核心罪行的适用情形在保护受害者方面有重大意义。当今世界,相对于传统的国际性或非国际性武装冲突,发生在一国边境内的大规模暴行增多,很多情形下虽然受害者众多,但是战争罪和灭绝种族罪因其特定要件限制无法适用,这时危害人类罪存在的意义就得以凸显。当然,危害人类罪的适用不限于国家及其领土上的国民,国家和公民的域外关系及一对外国人的行为都可能导致该罪的适用。

(二) 危害人类罪具体罪目的发展

危害人类罪的具体罪目在第二次世界大战后审判、《前南国际刑庭规约》、《卢旺达刑庭规约》、《治罪法草案》、《罗马规约》等国际文件中得到发展,总体数量呈增长趋势。联合国战争罪行委员会分析了《纽伦堡宪章》、《东京宪章》、《盟军对德国军事管制的

第10号法令》(以下简称《第10号令》)中的危害人类罪定义后,在其1948年的报告中将该罪的具体行为分为两类:一类是谋杀类的罪行;另一类是基于歧视性理由的迫害罪。^① 《纽伦堡宪章》第6条c款规定的谋杀类罪行有“谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他任何非人道的行为”;迫害类罪为“基于政治的、种族的或宗教的理由,而执行或有关本法庭管辖权内之任何犯罪而作出的迫害行为”。《东京宪章》第5条第3款下的危害人类罪与前述定义基本相同,只是没有包括基于宗教理由的迫害行为,这是因为东京审判处理的历史事件中宗教问题并不明显。^② 《第10号令》在此基础上增加了“监禁”、“酷刑”和“强奸”,并且没有要求迫害罪与法庭管辖范围内其他犯罪有联系。^③ 虽然1946年联大通过后,由国际法委员会编纂的《纽伦堡原则》采用了《纽伦堡宪章》的表述,^④ 但是后来的《前南国际刑庭规约》和《卢旺达刑庭规约》都沿用了《第10号令》更宽泛的定义,即包括增加的三个罪目,且不要求迫害罪与刑庭管辖范围内的其他罪行相关。1996年《治罪法草案》在谋杀类罪目中又增加了“强迫失踪”和“基于人种、种族或宗教的理由有系统地进行歧视”,将“强奸”进行扩展,纳入了“强迫卖淫和其他形式的性侵犯”。同时该草案还承认“种族”为迫害罪里歧视理由的一种。^⑤ 1998年《罗马规约》承认“民族”、“种族”、“文化”、“性别”及“根据公认为国际法不容的其他理由”为迫害罪的歧视理由,但是又重新纳入了与法庭管辖权内的犯罪结合发生的要求。

① United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and Development of the Laws of War*, 1948, Chapter VIII, p. 178.

② 刘大群:“论危害人类罪”,载《武大国际法评论》2006年第1期。

③ Control Council Law No. 10, Article 2(1).

④ Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal; Report of the Sixth Committee, U. N. Doc. A/236 (1946), p. 1144; Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950, Principle VI.

⑤ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, U.N. Doc. A/51/10, para. 50.

① United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and Development of the Laws of War*, 1948, Chapter VIII, p. 174.

② Morten Bergsmo and SONG Tianying, “A Crimes Against Humanity Convention After the Establishment of the International Criminal Court”, in Morten Bergsmo and Song Tianying (eds.), *On The Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Turku/Opsahl Academic EPublisher, 2014, p. 4.

③ David Luban, “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law* 85, (2004) 29, p. 90.

一定程度上,危害人类罪的罪目增长与侵害人权的现实及国际人权法的发展相关。1966年,联合国大会宣告种族隔离为危害人类罪的一种,^①大会分别于1973年和1984年通过了《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》^②和《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》(以下简称《禁止酷刑公约》),^③并于1992年和2006年通过《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》^④和《保护所有人免遭强迫失踪公约》(以下简称《强迫失踪公约》)^⑤,这些宣言和公约禁止的侵犯人权行为都被危害人类罪的罪目所涵盖。近年来,随着国际形势的发展变化,有学者提出将更多的罪目纳入到危害人类罪中,如人口贩运、强迫婚姻、恐怖主义等,还有人建议将性取向加入到迫害罪的歧视理由。^⑥

二、需要专门的危害人类罪公约的原因

一个全球性的专门公约可以确定危害人类罪的定义,明确国家将该罪纳入国内法、预防、起诉或引渡及国际合作的义务。在国家责任层面上,公约还可以填补成文规则的空白。《灭种公约》作为第一个将核心国际罪行法典化的公约有着重要的历史意义。但

是,《灭种公约》保护的族群和设定的义务范围都有局限性。过去60多年间,《灭种公约》只在极少数情况下发挥了作用。^①从保护受害族群的角度考虑,需要一个范围更广、更加有效的危害人类罪公约。虽然另外一些公约规定了危害人类罪的特定罪目,如《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《禁止酷刑公约》、《强迫失踪公约》等,危害人类罪包括的大多数行为,如灭绝、监禁、迫害等,尚未被纳入一个全球性的公约。

(一) 建立危害人类罪的个人责任规则体系

前文已经提到,危害人类罪的定义在各国国际性法律文件中并不统一。纽伦堡和东京审判后近半个世纪,危害人类罪的定义并没有得到完善。20世纪90年代,国际社会为应对前南斯拉夫战争中的暴行和卢旺达大屠杀,成立了前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达问题法庭。由于缺乏一个关于危害人类罪的专门公约编纂该罪的定义,制定两个法庭规约的任务艰巨而复杂。最终的结果是这两个同为联合国安理会设立的法庭使用了不同的危害人类罪定义。概念上的分歧削弱了该罪的可预见性,不利于稳固其在国际习惯法中的地位。巴西奥尼在这两个法庭成立之初就指出,缺乏一个特定的危害人类罪公约在国际法规则体系中留下了重大缺口。^②

皮诺切特案则从积极的方面体现了一个确定犯罪定义和管辖权的国际公约对有效惩罚犯罪的重要性。英国上议院在决定是否将智利前领导人皮诺切特从英国引渡到西班牙时,只考虑了皮诺切特在《禁止酷刑公约》对英国、西班牙及智利生效且涉嫌犯下的

① Leila Nadya Sadat, "A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity", p. 3, para. 7, <http://law.wustl.edu/harris/CAH/docs/CompHistoryFinal01-06-11.pdf> (Last visited 8 January 2015).

② M. Cherif Bassiouni, "Crimes against Humanity: The Need for a Specialized Convention", (1994) 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 457.

① *The Policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa*, UNGA Res. 2202 A (XXI), 16 December 1966.

② *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*, UNGA Res. 3068 (XXVIII), 30 November 1973.

③ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UNGA Res. 39/46, 10 December 1984.

④ *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, A/RES/47/133, 18 December 1992.

⑤ *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, A/61/448, 20 December 2006.

⑥ Christen Price, "Trafficking in Persons as a Crime Against Humanity" and Tessa Bolton, "The Proposed Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity: Developments and Deficiencies", in Morten Bergsmo and SONG Tianying (eds.), *On The Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic publisher, 2014.

酷刑罪,而没有考虑谋杀、强迫失踪等其他严重罪行。如果没有《禁止酷刑公约》的明确规定,上议院在没有成文的法律规则作为依据的情况下,很可能就不会支持西班牙的引渡请求。^①另一个体现公约积极作用的例子是比利时诉塞内加尔案。该案中,比利时和塞内加尔均为《禁止酷刑公约》的缔约国,比利时要求塞内加尔引渡前总统哈布雷。塞内加尔既不起诉在其境内的哈布雷,也不同意比利时的引渡请求。国际法院根据《禁止酷刑公约》第6、7条裁定塞内加尔违反了其“引渡或起诉”的公约义务,要求塞内加尔或引渡哈布雷,或不延迟地将案件提交本国当局以进行起诉。^②

(二) 规定与危害人类罪相关的国家责任

在专门公约中明确国家的义务为追诉违反义务产生的国家责任提供了成文法基础。以《灭种公约》为例,其规定国家有防止和惩治灭绝种族罪的义务。另外,国际法院在“《灭种公约》适用案(波黑诉塞黑)”判决中指出,《灭种公约》缔约国还有自己不实施灭绝种族罪的义务。法院认为,虽然公约文本没有明确这一义务,但根据公约精神及其第1条宣布灭绝种族为国际罪行并要求缔约国防止这种罪行的规定,如果裁定公约不禁止国家自己实施灭绝种族罪将是荒谬的。^③该案同时体现了缺乏成文条约给追究与危害人类罪相关的国家责任带来的困难。该案中,国际法院根据《灭

种公约》第9条争端解决条款行使管辖权,因此其判决范围仅限于灭种罪。由于灭种罪证明门槛很高,法院裁定只有1995年7月在斯雷布雷尼察对8000名穆斯林男子的屠杀构成灭种罪。^④据统计,塞族人的种族清洗行动造成了20万人死亡,约5万起强奸,220万人被迫流离失所。^⑤虽然法院认为其中所涉很多行为可能构成危害人类罪,甚至塞黑自己也承认其军队犯下了危害人类罪,但是法院由于管辖权所限不能就危害人类罪的相关国家责任做出裁定。^⑥如果当时存在一个可适用的危害人类罪公约赋予国际法院管辖权,那么法院或能更彻底地对这些暴行进行问责。

(三) 避免不当使用灭绝种族罪

“《灭种公约》适用案(波黑诉塞黑)”还凸显了缺乏危害人类罪公约产生的另一个问题:在一些情况下,当《灭种公约》是可以适用的唯一法律工具时,可能出现削足适履,将不满足灭种罪构成要件的行为归为灭种罪的情形。灭绝种族行为在《灭种公约》通过之前并非一项独立的犯罪,而被视为危害人类罪的一种。“灭绝种族”一词在纽伦堡审判中出现,但不是用作定罪的名词,法庭的法官仍判定对犹太人的屠杀是一项危害人类罪。^⑦《灭种公约》使灭种罪成为一项独立的国际犯罪,并明确了其特定的背景要件。

灭种罪被称为“罪中之罪”,其特定的背景要件设置了很高的证明门槛。^⑧如其背景要件要求行为人有全部或局部消灭某一民

^① Ibid., para. 297.

^② Leila Sadat, “Codifying the ‘Laws of Humanity’ and the ‘Dictates of the Public Conscience’: Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”.

^③ Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I. C. J. Reports 2007, paras. 249, 277, 319.

^④ Leila Sadat, “Codifying the ‘Laws of Humanity’ and the ‘Dictates of the Public Conscience’: Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”.

^⑤ Prosecutor v. Kambanda, Case No. ICTR - 97 - 23 - S, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 16.

^① *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [1999] 1 A. C. 147 (H. L.) (appeal taken from England), pp. 154, 175 - 176, 179, 188. 转引自 Leila Sadat, “Codifying the ‘Laws of Humanity’ and the ‘Dictates of the Public Conscience’: Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”.

^② Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I. C. J. Reports 2002, pp. 454, 460, 461.

^③ Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I. C. J. Reports 2007, para. 166.

族、族裔、种族或宗教团体的特定故意,现实中对这一心理要素往往很难有一个确切的结论。国际刑事法院的预审分庭曾警告,不应过度使用灭绝种族罪,从而导致其平庸化。^①在现实中,受害团体往往认为,将他们所遭受的暴行归为危害人类罪不能凸显其严重性,而坚持这些暴行属于灭绝种族罪;另一方面,各国政府和国际社会纠结于灭种罪构成要素的高度技术性讨论,不能及时采取行动。灭种罪的定性不仅事关惩治,更直接导致国家防止义务的产生。很多情况下,证明灭种罪将要发生或正在发生的条件并不成熟,而等到灭种罪显然正在被实施时,已经很难控制危害结果了。而将这些情形归为危害人类罪可能更为合适,如果一个国际公约规定国家防止危害人类罪的义务,那么国际社会将能更有效地防范和及时制止针对平民的大规模侵害。

三、后《罗马规约》时代的危害人类罪公约

上文提到,《罗马规约》将危害人类罪纳入国际刑事法院的管辖权下,并澄清了其定义,使其完全与其他国际犯罪区分开来,这无疑具有里程碑的意义。国际法委员会指派的危害人类罪专题特别报告员肖恩·墨菲在其2013年提交的报告中指出,危害人类罪公约的起草会大量借鉴《罗马规约》以及相关文书和判例的措词。但是国际刑事法院的机制仍然留下了一些空白,公约的通过将推动《罗马规约》未曾处理的一些关键倡议,又能支持国际刑事法院的使命。^②

第一,《罗马规约》体系调整的是国际刑事法院和缔约国之间的垂直关系,而不调整缔约国之间以及缔约国与非缔约国之间的水平关系。规约序言就申明为有效惩治罪犯,必须加强国际合作;

第九编“国际合作和司法协助”也默认各国就国际刑事法院范围内各项罪行开展的合作将继续在《罗马规约》框架以外进行。一个专门的危害人类罪公约将为国家间在对犯下危害人类罪的人进行调查、逮捕、起诉、惩罚等方面的合作提供有效机制。

第二,《罗马规约》仅在序言中指出,国家“有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”,并没有具体阐述各国将国际罪行纳入国内立法的义务。根据国际刑事法院补充性管辖的原则,国家是起诉国际罪行的首要阵地,国际刑事法院因其资源有限,只能起诉很小一部分犯下国际罪行的人,这些人大多是国家高级官员或组织中的领导人员。如果没有国内法庭处理案件,那么很可能造成大多数犯下危害人类罪的人不会受到惩罚。国际刑事法院上诉分庭在卡丹加(Katanga)案中指出,虽然“国家有义务对国际罪行行使刑事管辖权……根据《罗马规约》,法院没有权力命令国家在国内开展调查或起诉。”^①

国家有合适的国内立法是其行使管辖权的前提。一项调查显示,46%的联合国会员国没有以任何形式将危害人类罪纳入其国内立法,在国际刑事法院缔约国中这个比例是34%。^②一个新的危害人类罪公约不仅可以明确国家的立法义务,还可以要求国家对身处其境内的嫌疑人实行普遍管辖,不管危害人类罪是否是在其境内犯下,嫌疑人是否是所在国国民。这将支持国际刑事法院的补充性管辖机制,加大打击危害人类罪的力度。

第三,《罗马规约》处理的是个人刑事责任,并不涉及国家责任,也没有明确规定缔约国防止国际罪行的义务。危害人类罪公

^① Prosecutor v. Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009, paras. 85-86.

^② Arturo J. Carrillo and Annalise K. Nelson, "Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction", (2014)46 *George Washington International Law Review* 481.

^① Prosecutor v. Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09, Pre-trial Chamber, Judgment, 4 March 2009, para. 53.

^② 联合国大会文件:A/68/10,附件B,第9-11段。

约可以为追究国家责任和引用防止这一罪行的国家义务提供重要文本依据。

第四,目前《罗马规约》有123个缔约国,尚有很多国家如中国、俄罗斯、美国、印度等不是缔约国,这意味着超过半数的世界人口不在法院的机制之内。但是上述四国都加入了《灭种公约》和《日内瓦四公约》,①如果他们对于国际刑事法院的机制持保留态度,可以作为一个专门的危害人类罪公约的谈判和最终通过提供一个新的契机。这些国家可以通过支持一个单独的危害人类罪公约,而在国际刑事法院的机制之外确认危害人类罪的定义,认可防止并惩罚该罪的必要性。美国律师协会(American Bar Association)最近通过一项决议,呼吁美国对危害人类罪进行联邦立法,并领导新的危害人类罪公约的谈判。②一个专门的危害人类罪公约将和《灭种公约》以及《日内瓦四公约》一道,在国家层面建立起防止和惩罚核心国际罪行的机制。

四、起草危害人类罪公约的进程

(一)“关于危害人类罪的倡议”的推动

2008年,华盛顿大学法学院惠特尼·R·哈里斯全球法律研究所启动了“关于危害人类罪的倡议”项目,其主要目标有三:(1)研究当前关于危害人类罪的立法状况和社会现实;(2)提高国际社会对危害人类罪作为一项严重国际犯罪的认可度,尤其是相对于灭种罪而言;(3)起草第一个全面规制危害人类罪的专门公约,以弥补现存国际规则的不足之处。③这个项目在一个由莱拉·萨达

① 联合国条约记录:https://treaties.un.org/,最后访问时间:2014年1月8日。
② ABA Resolution 300, adopted on 18 August 2014, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abnews/2014am_bodres/300.pdf,最后访问时间:2015年1月8日。
③ Leila Nadya Sadat, "A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity".

特、谢里夫·巴西奥尼等杰出国际法专家组成的指导委员会的推动下运行。①

为提出一个危害人类罪公约的建议稿,该项目组织了多次专家会议,听取了近250名专家的意见。2010年8月,指导委员会通过了最终建议稿。②“关于危害人类罪的倡议”的工作引起了国际法委员会对该专题的兴趣。2014年5月,在国际法委员会6月份的会期之前,国际刑法专家和国际法委员会的成员在日内瓦参加了一个专家会议。会议以“关于危害人类罪的倡议”的建议稿为基础对制定一个新的危害人类罪公约可能面临的挑战进行了讨论。③这之后不久,国际法委员会将危害人类罪专题列入其工作方案。该建议稿已被翻译成阿拉伯语、中文、德语、俄语、西班牙语。④此外,制定这么一项公约的想法近年来得到了国际刑事法院和其他国际刑事法庭的众多法官和检察官、联合国和政府官员及学术界人士的支持。⑤

(二)国际法委员会进程

1950年,国际法委员会在总结《纽伦堡原则》时曾对危害人类罪的定义进行阐述。1996年,国际法委员会又在纽伦堡审判的基

① 该指导委员会的成员为莱拉·萨达特(Leila Sadat),谢里夫·巴西奥尼(M. Cherif Bassiouni),汉斯·科利尔(Hans Corell),理查德·戈德斯坦(Richard Goldstone),胡安·门德斯(Juan Méndez),威廉·夏巴斯(William Schabas),克里斯汀·梵·登·温加特(Christine Van Den Wyngaert)。

② "Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity", in Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*.

③ Leila Sadat, *Fulfilling the Dictates of Public Conscience: Moving Forward with a Convention on Crimes Against Humanity*, p. 3, http://law.wustl.edu/harris/documents/Final-CAHGenevaReport-071714.pdf (Last visited 8 January 2015).

④ 关于危害人类罪的倡议网站: http://crimesagainsthumanity.wustl.edu/,最后访问时间:2015年1月8日。

⑤ Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, pp. 579-595.

础上,结合其后的国际法发展,对“危害人类罪”作了界定,将其列为《危害人类和平及安全治罪法草案》的一部分。文章开篇提到,国际法委员会2013年将“危害人类罪”专题列入其长期工作方案,^①这个决定是基于肖恩·墨菲教授准备的题为“危害人类罪”的报告做出的。该报告阐明了一个新的危害人类罪公约需要有的四个关键要素:和《罗马规约》第7条一样的定义;国家将危害人类罪在国内法中入罪的义务;有力的国家间合作机制;明确的起诉或引渡义务。

2013年秋,各国有机会在联合国大会第六委员会就国际法委员会将危害人类罪专题列入长期工作方案发表评论。很多国家对制订一个专门的危害人类罪公约表示支持。例如斯洛文尼亚表示“应当尽一切努力填补这方面的空白”。^②奥地利、捷克、意大利、挪威、秘鲁、波兰和美国都对这一决定表示欢迎。^③马来西亚和英国强调,一个新的公约应当对《罗马规约》起到补充作用。^④也有国家质疑制定一个新的公约的必要性,如伊朗就表示“似乎没有需要通过新的国际文件来填补的空白”。^⑤提出质疑的还有法国、马

① 联合国大会文件:A/68/10,第7页,第22段。

② Slovenia, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703847/slovenia.pdf> (Last visited 8 January 2015).

③ Austria, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703455/austria-part-1.pdf>; Czech Republic, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703565/czech.pdf>; Italy, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703568/italy.pdf>; Norway, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703463/norway-part-1.pdf>; Peru, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703569/peru.pdf>; Poland, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703766/poland-rev.pdf>; United States, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703467/us.pdf> (Last visited 8 January 2015).

④ Malaysia, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703723/malaysia-rev.pdf>; United Kingdom, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703573/uk-rev.pdf> (Last visited 8 January 2015).

⑤ Iran, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/1156427/iran.pdf> (Last visited 8 January 2015).

来西亚、罗马尼亚和俄罗斯等。^①中国则建议国际法委员会“以谨慎的方式处理这个专题,避免任何预先决定的结果”。^②

2014年7月18日,国际法委员会最终决定将“危害人类罪”专题列入工作方案,并任命肖恩·墨菲为该专题特别报告员。^③委员会还请在2015年1月31日之前提供资料,说明以下情况:

(1) 国家的国内法律目前是否明确将“危害人类罪”定为犯罪,如果将其定为犯罪,则:

(2) 提供相关刑事法规的案文;

(3) 说明国家在哪些条件下能够对据称犯下危害人类罪者行使管辖权(例如:在国家领土内发生这类罪行的情况,或由该国国民或居民犯下此类罪行的情况);以及

(4) 国家的国内法院对危害人类罪作出宣判的判决。^④

各国将要提交的国内实践资料会是国际法委员会研究此专题的重要参考。墨菲在其2013年的报告中就指出,这一专题有丰富的国家实践:联合国约一半会员国制订了处理危害人类罪的国内法,并且在过去20年里,各国际刑事法庭如国际刑事法院、前南国际刑庭、卢旺达刑庭、塞拉利昂问题特别法庭、东帝汶重罪特别审判分庭、柬埔寨法院特别法庭等,他们的规约规定和判例都能提供处理危害人类罪的经验。此外,由于存在大量的涉及其他类别罪行的类似公约,目前起草该公约在技术上也可行。起草这项公约也将以委员会先前在这方面开展的工作为基础,例如委员会就相关问题撰写的报告、秘书处关于引渡或起诉义务的研究、1996年

① France, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703468/france-c.pdf>; Malaysia, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703723/malaysia-rev.pdf>; Romania, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703567/romania.pdf>; Russia, <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703751/russia-e-rev.pdf> (Last visited 8 January 2015).

② 联合国大会文件:A/C.6/68/SR.19,第61段。

③ 联合国大会文件:A/69/10,第258页,第266段。

④ 联合国大会文件:A/69/10,第10页,第34段。

《治罪法草案》等,该治罪法草案除规定危害人类罪的定义,还力图促进各国开展合作,起诉和引渡犯下危害人类罪的人。墨菲预计,鉴于危害人类罪相对成熟的发展阶段,委员会有可能在本五年期结束之前(2016年)一读通过一套完整的条款草案。^①

五、制定公约可能面临的争议

(一)“关于危害人类罪的倡议”的建议稿

“关于危害人类罪的倡议”提出的建议稿比较全面地覆盖了公约可能涉及的问题。该稿强调调公约的三大核心——预防危害人类罪、惩治危害人类罪、国家防止与惩治该罪的能力建设。建议稿保留了《罗马规约》第7条危害人类罪的定义,以支持和补充《罗马规约》的机制。其附件二至附件六还列出了详细的国家间合作、引渡和司法协助的规定。建议稿规定了对危害人类罪起诉或引渡的义务,关于个人刑事责任类型、官方身份无关联性、不适用时效等规定均借鉴了《罗马规约》的条款。其他一些建议条款广泛参考了国际刑法和人权法文件,如《强迫失踪公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《禁止酷刑公约》、《联合国反腐败公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《欧洲移交被判刑人公约》等等。^②

(二)是否采用《罗马规约》第7条的定义

危害人类罪的定义一直处于波动状态,如果说这一类罪已经取得习惯国际法地位,那么相关规则的范围还不清晰。一个专门的危害人类罪公约采用《罗马规约》第7条的定义还是采用一个新的定义是一个根本性的问题。两种做法各有利弊。采用一个新的定义可以弥补《罗马规约》定义中可能存在的不足之处。《罗马规

约》规定的共同要素要求对平民的攻击是基于国家或组织的政策,很多学者和法律专家认为这对起诉危害人类罪造成了不必要的阻碍,^①也有观点认为应增加具体罪目。^②但是目前,采用《罗马规约》定义的观点占上风。

第一,重启危害人类罪定义谈判所需时间和最终结果都难以预料。当前形势下谈判得出的定义可能包含更多限制,而不是更加有进步性,这和提倡制定新定义的专家的初衷不符。第二,《罗马规约》的定义是国家广泛参与讨论得出的结果,因而对国家来说更熟悉,也更容易被接受。第三,《罗马规约》目前有123个国家,其中很多国家已经将《罗马规约》的定义纳入国内法中,对这些国家来说执行有相同定义的专门公约更加简便;相反,如果新公约有不同的定义,同为这两个国际条约缔约国的国家可能会对执行不同定义对应的条约义务产生困惑。第四,新的定义会造成法律规则碎片化的问题,进一步加大危害人类罪的不确定性。最后,有观点认为,《罗马规约》的定义已经取得习惯国际法的地位。^③墨菲在其2013年的报告中也强调,新公约的关键要素之一是其对危害人类罪的定义和《罗马规约》一样。综上,新公约很可能就会采纳和《罗马规约》一样的定义。

针对定义中不明确或争议较大的要素,罗宾森教授提出,可以

^① Daryl Robinson, "The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do With the Definition?", in Morten Bergsmo and SONG Tianying (eds.), *On The Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Terket Opsahl Academic Publisher, 2014.

^② 见上文定义部分讨论。

^③ Leila Sadat, "Crimes Against Humanity in the Modern Age", (2013) 107 *American Journal of International Law* 334, p. 373. 相关判例参见 England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *SK (Zimbabwe) v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] EWCA Civ 807, [2012] 2 Cr App R 28, Judgment, 19 June 2012; *Case of Strelitz, Kessler and Krenz v. Germany*, Judgment, 22 March 2001, Application nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001 - II, p. 409, concurring opinion of Judge Loucaides, p. 453; *Prosecutor v. Germain Katanga, Jugement/Rendu en Application de l'Article 74 du Statut*, 7 March 2014, ICC - 01/04 - 01/07 - 3436, para. 1100.

^① 联合国大会文件:A/68/10,附件B,第15,17段。

^② 见公约建议稿, <http://law.wustl.edu/harris/cab/docs/CAHConventionProvisional-Draft-Chinese.pdf>,最后访问时间:2015年1月8日。

附加一个解释性的评论,以消除误解,避免不同国际或国内机构相互矛盾的解釋,提高规则的可预见性。他根据现有的国际法实践对定义中极富争议的“政策要求”提出了建议性的评论。他认为,“政策要求”实际上是有国内和国际司法实践基础的,问题是这些国内判例或国际机构并不为人所熟知,结果是国内和国际层面的法官有时将自己的设想和结论加诸“政策”这一概念,从而在无意间增加了新的要求。因此附加一个解释性评论可以整合这方面的已有信息,消除司法解释的随意性。^①另外,将解释性评论附于条文之后也是国际法委员会通过草案条款时常用的形式。

(三) 普遍管辖

管辖权问题直接关系到公约执行的有效性。很多人认为,危害人类罪属于可以被普遍管辖的一类罪。1995年,前南刑庭上诉庭在塔迪奇(Tadić)案中宣告,“现在针对国际罪行的普遍管辖权已经被承认”。^②与此类似,前南刑庭审判庭在富让迪亚(Furundžija)案中也指出:“国际罪行不论发生在哪里都被举世谴责。正如以色列最高法院在艾希曼(Eichmann)案中宣告并被美国法院在丹姆延居克(Demjanjuk)案中承认的那样,正是国际罪行的普遍危害性赋予了每个国家审判和惩治犯下此类罪行的人的权威。”^③应当看到,这两个案件中,前南刑庭提到的都是国家对国际罪行行使普遍管辖的权利,而非义务。《灭种公约》并没有规定对灭种罪的普遍管辖权,后续的司法解释认为,公约虽然没有规定,但也没有禁止,因此国家可以在立法和司法中承认对灭种罪的普

^① Darryl Robinson, “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do With the Definition?”

^② Prosecutor v. Tadić, Case No. IT - 94 - 1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 62.

^③ Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT - 95 - 17/1 - T, Judgment, 10 December 1998, para. 156.

遍管辖权。^①《日内瓦四公约》及其《第一附加议定书》规定了对“严重破坏”形成的战争罪的普遍管辖义务。^②《禁止酷刑公约》、《保护所有人免遭强迫失踪公约》等也规定了对相关罪行的普遍管辖义务。“关于危害人类罪的倡议”的建议稿采用了《禁止酷刑公约》的相关表述。

国家行使普遍管辖权的实践并不多。欧洲联盟和非洲联盟2009年的一项联合报告显示,其会员国中只有11个欧盟国家和8个非盟国家的国内法规定了对《罗马规约》中所有国际罪行的普遍管辖权。^③国内法庭在行使普遍管辖权时也遇到很多困难,如塞内加尔就表示其不能审判乍得前总统哈布雷是因为审判可能带来沉重的财政负担。^④即使是积极主张结束“有罪不罚”的加拿大,其普遍管辖权的行使也不尽如人意。加拿大2000年6月24日通过了《危害人类罪和战争罪法》,该法第8条规定了对相关罪行的普遍管辖权。^⑤目前加拿大法院根据该法只审判了两个案件。一个是曼亚内扎(Munyaneza)案,该案被告人因其在1994年卢旺达大屠杀中的行为被加拿大法院定了灭种罪、危害人类罪及战争罪。^⑥该案庭审于2009年结束,历时两年,在5个国家进行,花费近400万美元,^⑦2014年魁北克上诉法院驳回了被告人的上

^① Case of Jorgić v. Germany (ECHR Application no. 74613/01), Judgment, 12 July 2007, para. 68.

^② 《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;《第一附加议定书》第85条。

^③ Council Report, The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, 16 April 2009, COM(2009)8672/09, pp. 11, 19.

^④ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I. C. J. Reports 2002, paras. 28, 29.

^⑤ The Crimes against Humanity and War Crimes Act, 24 June 2000, S. C. 2000, c. 24.

^⑥ R. v. Munyaneza, 2009, QCCS 4865 (CanLII), <http://canlii.ca/28842>; R. v. Munyaneza, 2014 QCCA 906 (CanLII), <http://canlii.ca/t/g6vlf> (Last visited 8 January 2015).

^⑦ The Globe and Mail, “Court finds Rwandan Guilty of War Crimes”, <http://www.theglobeandmail.com/news/national/court-finds-rwanda-guilty-of-war-crimes/article1204092/> (Last visited 8 January 2015).

诉,而另一个案件的被告人则被宣判无罪。^①加拿大目前主要通过审慎的移民措施来阻止涉嫌犯下国际罪行的人进入其领土或将这些人驱逐出境,而非采用刑事诉讼手段,因而并没有广泛地行使普遍管辖权。^②

行使普遍管辖权涉及境外取证调查等事项,需要投入大量的人力和物力。在制定新的危害人类罪公约时应当考虑现有的经验。规定普遍管辖的义务是一把“双刃剑”,虽然有学者预期该义务能更有效地结束“有罪不罚”的情况,但是这样的义务也可能使很多原本愿意加入公约的国家望而却步,或做出相关保留。引入“起诉或引渡”条款可能是折衷的办法,其积极意义在于,如果嫌疑人在国不愿意进行起诉,可以将嫌疑人引渡到愿意起诉的国家去。这样一来,虽然规定了普遍管辖权,但也提供了引渡的选择;已有的条约证明这样的规定更易被国家所接受。

(四) 防止的义务

严重的国际犯罪不是天灾,而是可以预见和防止的人祸。因此预防应当是一个关于危害人类罪的专门公约的根本出发点。国际法委员会通过的《国家责任条款草案》第14条第3段这样解释防止义务:“对防止特定事件的国际义务的违反从该事件开始一直到你发生的整个期间都持续存在。”^③国际罪行的发生往往延续一段时间,如危害人类罪本身就具有大规模或有系统这样的要素,在

信息传播发达的全球化社会应当是举世知晓的。在这过程中防止的义务是使危害结果最小化的关键。

在设计新公约的防止义务时,可以考虑其他罪行的相关理论和实践。国际社会处理灭绝种族罪的经验在这方面有一定的参考价值。《灭种公约》第1条规定:“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。”国际法院在“《灭种公约》适用案(波斯尼亚案)”中详细解释了防止灭绝种族罪的义务。法院指出,国家防止灭绝种族罪的义务产生于其知道或正常情况下应当知道存在发生灭绝种族的严重威胁的时候,而非灭绝种族行为实际发生时。自该义务产生起,若缔约国有能力对可能犯下灭绝种族罪的人采取威慑措施,那么该国须在情况允许时执行这些措施。^①

当然,一国是否有能力采取威慑措施,威慑措施的效果如何,和该国对相关行为人的影响力有关。国际法院列出了几条评估影响力的标准,如该国和事件发生地的地理距离,该国政府和行为主体的政治及其他联系等。当然,这种影响的施加必须是在国际法允许的范围之内,即排除了非法使用武力或以武力相威胁。但是这种义务并不是要求国家成功地防止灭绝种族行为的发生,而是要求国家“采取一切合理可能的措施”防止其发生。^②如法院认为根据《灭种公约》,南斯拉夫(南斯拉夫联盟共和国,后来改名为塞尔维亚和黑山共和国,简称塞黑)应当采取其能力范围内的一切措施,确保其控制、指令或影响下的所有武装部队、组织、人员不实施灭绝种族的行为。^③值得一提的是,波斯尼亚曾在1993年宣布其

^① Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I. C. J. Reports 2007, para. 431.

^② Ibid., para. 430.

^③ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Order of 8 April 1993, I. C. J. Reports 1993, para. 52(A).

^① Canadian Center for International Justice, “CCIJ’s Public Cases and Interventions: Jacques Muungwarere”, http://www.ccij.ca/programs/cases/index.php?DOC_INST=19 (Last visited 8 January 2015).

^② Department of Justice, “Canada’s Crimes Against Humanity and War Crimes Program, Modern War Crimes Program”, 2 January 2009, <http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/we-edg/prog.html> (Last visited 8 January 2015).

^③ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Article 14(3), “The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”

向国际法院追诉英国违反防止灭种罪义务的意图。^①虽然波斯尼亚最终没有提起诉讼,这也表明防止灭种种族罪的义务有可能产生于域外。在国际法院2007年做出“《灭种公约》适用案”的判决后,也有人提出,根据法院的影响力产生义务一说,法国对卢旺达大屠杀的发生是否也违反了其防止的义务。^②

危害人类罪公约的建议稿第2条第1段与《灭种公约》第1条类似,其规定如下:“本公约缔约国须承担防止危害人类罪之责任,并有义务调查、起诉、惩治危害人类罪之责任人。”建议稿第8条第1段还规定:“各缔约国须通过必要的立法及其宪法或法律体系所要求之其他手段使得本公约之内容生效,尤其是应当采取符合《联合国宪章》规定之有效的立法、行政、司法及其他方法对任何在其管辖权或控制下的领土上所出现之危害人类罪行为予以阻止与惩治。”第8条将防止的义务具体化到一国管辖权或控制下的领土,有学者提出这样一来是否限制了防止义务的范围,使其比《灭种公约》下的防止义务要狭窄。^③另外,建议稿也强调了教育和帮助他国进行能力建设在防止危害人类罪中的重要作用。^④

(五) 豁免例外问题

很多国际刑法文件都规定了严重国际罪行的豁免例外。从《纽伦堡宪章》、《第10号法令》、《东京宪章》,到《前南刑庭规

约》、《卢旺达刑庭规约》、《塞拉利昂特别法庭规约》、《柬埔寨法院特别法庭规约》、《罗马规约》,这些文件都规定了官方身份不能免除严重罪行的刑事责任。^①《灭种公约》第4条规定:“凡犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者,无论其为依宪法负责的统治者、公务员或私人,均应惩治之。”而《日内瓦四公约》及其《第一附加议定书》没有规定豁免的问题。本文讨论严重国际罪行的豁免问题时区分属事豁免和属人豁免。属事豁免使国家官员的职务行为免受外国法院审查,因为这些行为可视为国家行为。即便不再为政府工作,官员仍然对以官方身份服务时所采取的行动享有属事管辖豁免。而属人豁免规定特定的少数国家高级官员在其任职期间不受外国法院管辖,这种豁免由于和官员在为政府工作时担任的职位有关,属于临时性质,在官员任职时生效,离职时失效。^②一般认为,习惯国际法承认严重国际罪行构成属事豁免的例外,但是在属人豁免问题上争议更大。^③

国际法院在“逮捕令案(刚果诉比利时)”中指出,根据习惯国际法,国家担任高级官方职务的人如国家元首、政府首脑和外交部长,在其他国家享有民事的和刑事的管辖豁免权,而涉嫌的罪行是危害人类罪不构成这种豁免权的例外。^④除非国家通过签订条约

① Nuremberg Charter, Article 7; Control Council Law No. 10, Article 4(a); Tokyo Charter, Article 6; ICTY Statute, Article 7(2); ICTR Statute, Article 6(2); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(2); Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Article 29; Rome Statute, Article 27.

② 国际法委员会特别报告员罗曼·阿·科洛德金:《关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告》,A/CN.4/601,第78-80段。

③ 国际法委员会特别报告员罗曼·阿·科洛德金:《关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告》,A/CN.4/631,第56-69段。Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert, I. C. J. Reports 2002, para. 36. 冯洁清:“浅析《罗马规约》中的豁免规则——以巴歇尔案为视角”,载《法学评论》2010年第3期,第65页。

④ 朱利江、李红云,国际法院:“关于2000年4月11日逮捕令案”(节译),载《北大国际法与比较法评论》2005年第6期,第250,253,254页。

① Statement of Intention by the Republic of Bosnia and Herzegovina to Institute Legal Proceedings Against the United Kingdom Before the International Court of Justice, 15 November 1993, UN Doc. A/48/659 - S/26806, 47 UNYB 465.

② Leila Nadya Sadat, “A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”, p. 43, para. 150.

③ Maria Luisa Piqué, “Beyond Territory, Jurisdiction, and Control: Towards a Comprehensive Obligation to Prevent Crimes against Humanity”; Travis Weber, “The Obligation to Prevent in the Proposed Convention Examined in Light of the Obligation to Prevent in the Genocide Convention”, in Morten Bergsmo and SONG Tianying (eds.), *On The Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic Publisher, 2014.

④ 建议稿第8条第15,19段。

等方式表示放弃其高级官员对某类犯罪的刑事豁免权,否则外国法院行使管辖权将违反其对外国高官的豁免义务。虽然国际法院在判决中没有使用属人豁免和属事豁免的术语,但法院进一步指出,在相关高级官员卸任后可以对其进行起诉,可以看出法院实际讨论的是现任高级官员的属人豁免问题。^①

新的危害人类罪公约的重点目标是在国家层面防止和惩治危害人类罪,其涉及的主要是外国法庭的刑事豁免问题。危害人类罪公约建议稿第6条“官方身份无关性”规定“本公约对任何人一律平等适用,不得因官方身份而差别适用……根据国内法或国际法可能赋予的官方身份之豁免或特别程序规则,并不妨碍法院对该人行使管辖权。”该规定与《罗马规约》第27条“官方身份无关性”几乎一样,只是把第2段中“本法院”改为“法院”(不特指),意为任何依法组成的审判机构均可享有管辖权,这相当于排除了外国法院前的属事豁免和属人豁免,无疑是比较激进的做法。目前国际法委员会正在研究“国家官员在外国法院的刑事豁免权”这一专题。从相关讨论可以看出,国际社会对这个问题争议很大,避免核心罪行有罪不罚的整体目标是否最终胜利过让高级政府官员和平地开展国际关系的愿望还很难说。^② 如果新的危害人类罪公约既要坚持“有罪必罚”的原则,又要最大限度地被主权国家接受,笔者认为可以明确排除属事豁免,而给属人豁免问题留下解释的空间。

六、避免加剧国际刑法的两极化

危害人类罪的专门公约由学术专家牵头,经过广泛征求意见,

几经修改通过了一个建议稿,现在又成为国际法委员会的一个研究专题。这样的发展轨迹并非没有先例,《禁止酷刑公约》的产生就是学术团队和政府共同努力的结果。巴西奥尼认为危害人类罪公约最终通过可能需要6至8年,且公约最终的文本和现在的建议稿也可能相去甚远。^①

笔者认为,不当孤立地来看这样一个公约,而要将其放在国际法秩序的大环境中思考。已故国际刑事法院德国法官汉斯·彼得·考尔曾说过,今天的国际法秩序“是在上百万犹太人、俄罗斯人、中国人和其他受害人第二次世界大战期间遇难后得以建立的”。正是这些第二次世界大战受害者的牺牲催生了纽伦堡审判和东京审判,激励了之后国际刑法的编纂和实践。可以说中国人、以色列人、俄罗斯人切身感受到包括惩罚危害人类罪在内的国际刑法的重要意义。^② 中国不仅在东京审判中做了重要贡献,其后也一直影响着国际刑法的发展。中国作为联合国安理会常任理事国参与了前南刑庭和卢旺达刑庭的设立和运作。^③ 中国虽然没有加入《罗马规约》,但是一贯支持建立一个常设国际刑事法院,并

① Leila Nadya Sadat, "A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity", p. 28, para. 93.

② LIU Yiqiang, "Exploring Peace Through Justice Should Be An Essential Element of China's Anti-Fascist War Memorialisation", *Torkel Opsahl Academic EPublisher*, Brussels, 2014, ISBN 978 - 82 - 93081 - 34 - 0, <https://www.legal-tools.org/en/doc/0f59de/> (Last visited 8 January 2015).

③ 中国对设立前南刑庭的安理会决议投了赞成票(UN Doc. S/RES/827(1993)),对设立卢旺达刑庭的安理会决议投了弃权票(UN Doc. S/RES/955(1994))。前南刑庭一直有中国法官,李浩培先生是前南刑庭第一名中国法官(1993-1997年),后由王铁崖先生继任(1997-2000年),刘大群先生自2000年起担任前南刑庭法官。虽然中国一直支持两个特别法庭的运作,但是中国明确表示不赞成通过安理会决议设立特别法庭的方式,见UN Doc. S/PV.3217, UN Doc. S/PV.3453。关于中国通过安理会决议设立特别法庭的影响的讨论参见: XUE Ru, "China's Policy Towards the ICC Seen Through the Lens of the UN Security Council", *Torkel Opsahl Academic EPublisher*, Brussels, 2014, ISBN - 978 - 82 - 93081 - 30 - 2, <http://www.legal-tools.org/doc/dee821/> (Last visited 8 January 2015).

① 同上,第254页。

② D. Murphy, "Immunity Ratione Personae of Foreign Government Officials and Other Topics: The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission", (2014) 108 *American Journal of International Law* 41, pp. 41, 42, 47.

积极参加了谈判规约的整个过程,为规约的制定做出了贡献。^①对于国际法委员会即将展开讨论的危害人类罪公约问题,中国的态度和行动也至关重要。

当前国际刑法的发展有分化的趋势。前文提到,尚有一半多的世界人口在国际刑事法院的机制之外,各国对国际刑事法院的态度也有两极化的倾向。另外,国际社会在普遍管辖权、国家豁免等问题上也分歧重重。鉴于此种两极化的威胁,有学者指出,应当注意巩固国际刑法的规则,而不应过度扩张而导致更大的分歧。^②各方在起草和谈判危害人类罪公约时应注意这个问题,避免造成国际刑法规则的碎片化和国际社会在该问题上的进一步分化。

The Need for a Specialized Convention for Crimes against Humanity and Potential Challenges

Song Tianying

Abstract: On 18 July 2014, the U. N. International Law Commission moved the topic "crimes against humanity" to its active agenda and appointed a Special Rapporteur. The expectation is that the Commission will prepare a set of Draft Articles which will lead to the adoption of a new global treaty on crimes against humanity. Among the three core international crimes under the International Criminal Court's operative jurisdiction, genocide and war crimes have been respectively codified by the 1948 Convention on the Prevention

and Punishment of the Crime of Genocide and the "grave breaches" provisions in 1949 Geneva Conventions and their 1977 Additional Protocol I. But there is no specialized convention for crimes against humanity. Against the backdrop of the ICC's inclusion of crimes against humanity under its jurisdiction, the author considers it necessary to conclude a specialized convention for such crimes. This article also discusses potential challenges which may face the drafting and negotiation of the convention, including issues such as the scope of the obligation to prevent, universal jurisdiction, irrelevance of official capacity, etc. The author considers it important that the new convention adopt a balanced approach on key issues, supplement and support the ICC system, instead of further polarizing international criminal law.

Key words: Crimes Against Humanity Convention; International Law Commission; International Criminal Court; Universal Jurisdiction; Irrelevance of Official Capacity

① “王光亚谈《国际刑事法院罗马规约》”,载《法制日报》1998年7月29日第四版, <http://www.legal-tools.org/doc/b50b037>,最后访问时间:2015年1月8日。

② 莫滕·伯格斯特,凌岩:“论国家主权与国际法中核心国际罪行的个人责任”,莫滕·伯格斯特,凌岩(主编):《国家主权与国际刑法》,Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012。