

第七章

危害人类罪

A. 导言

108. 委员会第六十五届会议(2013 年)决定按照该届会议工作报告附件B所载肖恩·墨菲先生提出的建议,⁷⁷ 将“危害人类罪”专题列入长期工作方案。⁷⁸ 大会2013年12月16日第68/112号决议第8段注意到委员会将此专题列入长期工作方案。

109. 委员会第六十六届会议(2014 年)决定将该专题列入工作方案, 并任命肖恩·墨菲先生为该专题的特别报告员。⁷⁹ 大会随后在2014年12月10日第69/118号决议第7段里注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

B. 本届会议审议此专题的情况

110. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/680), 在2015年5月21日至28日的第3254次至第3258次会议上审议了该报告。⁸⁰

111. 特别报告员在第一次报告中, 首先评价了拟定一项危害人类罪公约的潜在益处(第二节), 然后概述了危害人类罪的背景(第三节), 并探讨了促进防止各种罪行、将其定为刑事罪及为此进行国家间合作的现有多边公约的某些方面(第四节)。特别报告员进而研究了各国防止和惩治危害人类罪的各种条约制度规定的一般义务(第五节)以及为本专题的目的提出的“危害人类罪”定义(第六节)。报告还介绍了今后关于本专题的工作方案(第七节)。特别报告员分别针对第五节和第六节中探讨的问题, 相应地提出了两条草案。⁸¹

112. 委员会在2015年5月28日第3258次会议上, 将特别报告员第一次报告所载第1和第2条草案转交起草委员会。

113. 委员会在2015年6月5日第3263次会议上, 审议了起草委员会的报告, 并暂时通过第1、第2、第3和第4条草案(见下文C.1节)。

114. 委员会在2015年8月3日和4日第3282次至第3284次会议上, 通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文C.2节)。

⁷⁷ 《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第10号》(A/68/10), 附件B。

⁷⁸ 同上, 第169-170段。

⁷⁹ 同上, 《第六十九届会议, 补编第10号》(A/69/10), 第266段。

⁸⁰ 见第3254至第3258次会议临时简要记录(A/CN.4/SR.3254、A/CN.4/SR.3255、A/CN.4/SR.3256、A/CN.4/SR.3257、A/CN.4/SR.3258号文件)。

⁸¹ 见关于危害人类罪的第一次报告, A/CN.4/680号文件(第1条草案“防止及惩治危害人类罪”和第2条草案“危害人类罪的定义”)。

115. 委员会在 2015 年 8 月 3 日第 3282 次会议上请秘书处编写一份备忘录，提供可能对今后此专题工作有关的关于现有基于条约的监测机制的资料。⁸²

C. 委员会第六十七届会议暂时通过的危害人类罪条款草案案文

1. 条款草案案文

116. 委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文载录如下。

第 1 条

范围

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

第 2 条

一般义务

危害人类罪，不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行，各国承允防止并惩治之。

第 3 条

危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案的目的，“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：

- (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，或与灭绝种族罪行或战争罪行有关；

⁸² 委员会在 2015 年 5 月对特别报告员第一次报告进行全体辩论时，这个问题被提出，人事事务高级专员于 2015 年 7 月对委员会进行访问时也曾讨论过。

(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。

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

第 4 条 预防义务

1. 每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：
 - (a) 在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；
 - (b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。
2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、任何其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。⁸³

2. 委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

117. 委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第 1 条 范围

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

评注

- (1) 第 1 条草案确定本条款草案的范围，即，写明本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。防止危害人类罪所侧重的是排除这种罪行的发生，惩治危害人类罪所侧重的是发生这种行后或在这种行为发生过程中对行为人的刑事诉讼。
- (2) 本条款草案最主要的着重点就是惩治危害人类罪，这种罪行无论发生在何地都属严重国际罪行。本条款草案不处理其他严重国际罪行，诸如灭绝种族罪、战争罪或侵略罪。虽然有一种意见认为本专题或许也可包括这些罪行，但委员会决定此处的焦点应是危害人类罪。
- (3) 此外，本条款草案也将避免与相关的现有条约相冲突。例如，本条款草案将避免与有关时效法、难民、强迫失踪和涉及危害人类罪的其他事项的条约发生冲突。在适当的时候，将考虑通过一项或多项条款草案处理这种冲突。
- (4) 同样，本条款草案将避免与在国际或“混合”（兼有国际法和国内法要素）刑事法庭或裁判庭——包括国际刑事法院（下称“国际刑院”）——组织章程之下产生的国家义务发生冲突。设立国际刑院的《罗马规约》⁸⁴ 规范国际刑院与缔约国的关系（“纵向”关系），而条款草案的着重点则将是国内法的制定和国家间的合作（“横向”关系）。关于“国际合作和司法协助”的第九编默示承认，在处理国际刑院管辖范

⁸³ 本款的位置将在以后讨论。

⁸⁴ 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日订于罗马，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 3 页（下称“罗马规约”）。

围内的罪行问题上的国家间合作将继续存在，而不妨碍《罗马规约》，但没有对这种合作作出规定。本条款草案既涉及在防止危害人类罪方面的国家间合作，也涉及在国家法律系统内调查、缉捕、起诉、引渡和处罚这种罪行的行为人，这是与《罗马规约》一致的目标。通过这样做，本条款草案将有助于实施《罗马规约》规定的补充作用原则。最后，国际或“混合”刑事法庭或裁判庭组织章程处理的是对其管辖内的犯罪人的起诉，不是国家为事先防止此类罪行或在此类罪行发生时而应采取的步骤。

第 2 条 一般义务

危害人类罪，不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行，各国承允防止并惩治之。

评注

(1) 第 2 条草案规定国家防止和惩治危害人类罪的一般义务。这个一般义务的内容将通过在随后从第 4 条草案开始的若干条款草案中规定各种更为具体的义务加以处理。这些具体义务将规定各国在自己国家法律系统内须采取的步骤，以及与其他国家合作、与有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

(2) 第 2 条草案是陈述这个一般义务，承认危害人类罪是“国际法上的罪行”。在纽伦堡设立的国际军事法庭(下称“纽伦堡法庭”)的《组织法》(即“纽伦堡宪章”)⁸⁵将“危害人类罪”列为纽伦堡法庭管辖的内容。除其他外，纽伦堡法庭指出，“个人可因违反国际法而受到惩治。违反国际法的罪行是由人而不是由抽象实体实施的，只有惩处实施这些罪行的个人，国际法的规定才能得到执行。”⁸⁶危害人类罪也在东京法庭的管辖之内。⁸⁷

(3) 联合国大会在 1946 年提到并重申了《纽伦堡宪章》所确认的国际法原则。⁸⁸大会还指示国际法委员会“编订”《纽伦堡宪章》原则并拟订一个治罪法草案。⁸⁹委员会于 1950 年拟出了“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之国际法原则”，说明危害人类罪为“违反国际法应受处罚的罪行。”⁹⁰此外，委员会于 1954 年完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》，其第二条第 11 款中列出了视为罪行的一系

⁸⁵ 《关于控诉和惩处欧洲各轴心国主要战犯的协定》附件《国际军事法庭宪章》第 6 条(c)项，1945 年 8 月 8 日订于伦敦，联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页(下称《纽伦堡宪章》)。

⁸⁶ 国际军事法庭 1946 年 9 月 30 日判决，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》，第 22 卷(纽伦堡，1947 年)，第 466 页。

⁸⁷ 《远东国际军事法庭宪章》第 5 条(c)款，1946 年 1 月 19 日订于东京 (1946 年 4 月 26 日修订)，4 Bevans 20。不过，在东京法庭上无人被判定犯有此罪。

⁸⁸ “确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际法原则”，大会 1946 年 12 月 11 日第 95(一)号决议。

⁸⁹ “纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认原则之编订问题”，大会 1947 年 11 月 21 日第 177(二)号决议。

⁹⁰ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 376 页，第 109 段(原则六)。

列不人道行为，这些行为今天均视为危害人类罪。该草案在第一条中写明：“本法所定之危害人类和平及安全的罪行系国际法上的罪行，其责任人应受惩罚。”⁹¹

(4) 将危害人类罪定性为“国际法上的罪行”，表明这种罪行是自然成立的，不论相关行为在国内法之下是否被定为罪行都一样。《纽伦堡宪章》界定危害人类罪是实施某些行为“，不论是否违反此等行为所在地的国内法。”⁹² 1996年，委员会完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》，其中除其他外规定危害人类罪是“在国际法范围内、就此而论可予惩罚、而不论是否可依国内法予以惩罚的罪行。”⁹³ 这种罪行的严重性是很清楚的；委员会以前就指出过，禁止危害人类罪“被明确接受和承认”为强制性国际法规范。⁹⁴

(5) 第2条草案还确定危害人类罪“不论是否发生于武装冲突之时，”都是国际法上的罪行。提及“武装冲突”应理解为包括国际和非国际武装冲突。经《柏林议定书》⁹⁵修正的《纽伦堡宪章》关于危害人类罪的定义与国际武装冲突的存在相联系，所涉行为构成国际法上的罪行的条件是，其发生“系随实施”纽伦堡法庭管辖范围内“任何罪行”——即危害和平罪或战争罪——“而起或与之有关者”。在这个意义上，处理传统上属一国国内管辖范围的事项的依据在于罪行与国家间冲突的联系。而这种联系又意味着大规模发生最严重罪行，或许作为某种行为形态的一部分。⁹⁶ 负责审判第三帝国高级政治和军事领导人的纽伦堡法庭判定若干被告在战争期间犯危害人类罪，只是有些情况下这些罪行与纽伦堡法庭管辖范围内的其他罪行之间的关系不够明确。⁹⁷

⁹¹ 《1954年……年鉴》，第二卷，第150页，第1条。

⁹² 《纽伦堡法庭宪章》，前注2，第6(c)条。

⁹³ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页，第50段(第1条)。1996年《治罪法草案》列出五类罪行，其中之一是危害人类罪。

⁹⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第85页，第(5)段(关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第26条的评注)(认为“已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止……危害人类罪行……”)；另见国际法委员会研究组：“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，A/CN.4/L.682，第374段(2006年4月13日)，连同更正文件A/CN.4/L.682/Corr.1(2006年8月11日)(指出危害人类罪是“最常援引的具有强制法地位的备选规范”(目标之一)。

⁹⁵ 《关于纠正组织法案文偏差的议定书》，1945年10月6日订于柏林，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》，第1卷(1947年)，第17-18页(下称“《柏林议定书》”)。《柏林议定书》将英文“during the war”之后的分号改为逗号，以便使英文和法文本与俄文本取得一致。同上，第17页。这样就将该项规定的第一部分与后一部分联系在一起(“与本法庭管辖范围内的任何罪行有关者”)，由此也就与国际武装冲突的存在联系在一起。

⁹⁶ 见 United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty's Stationery Office, 1948)，第179页(“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。”)。

⁹⁷ 例如，见检察官诉 Kupreškić 等人，审判分庭的判决，案件号 IT-95-16-T，2000年1月14日，第576段(其中指出 Baldur von Schirach 所犯危害人类罪与纽伦堡法庭管辖范围内其他罪行之间关系薄弱)(下称 Kupreškić 2000)。

(6) 然而，委员会 1950 年“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则”在原则六(三)中界定危害人类罪的方式却并不要求存在与武装冲突的联系。⁹⁸ 在该原则的评注中，委员会强调罪行并非必需是战争期间所发生，但对于战前罪行则主张必须存在与危害和平罪的联系。⁹⁹ 与此同时，委员会主张“行为仍可属危害人类罪，即便该行为是行为人针对本国人口所为。”¹⁰⁰ 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》在第一条(乙)项中写明，“一九四五年八月八日纽伦堡国际军事法庭组织法明定并经联合国大会一九四六年二月十三日第 3(I)号决议及一九四六年十二月十一日第 95(I)号决议确认的危害人类罪，无论犯罪系在战时抑在平时……。”¹⁰¹

(7) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭(下称“前南刑庭”)的管辖范围内包括“危害人类罪”。《前南刑庭规约》第 5 条规定，该法庭可对“国际或国内武装冲突中犯下”一系列“针对平民的”行为(诸如谋杀、酷刑或强奸)负有责任的人提起诉讼。¹⁰² 所以，第 5 条所用的措词保留了与武装冲突的联系，但结合相关背景很容易理解：《前南刑庭规约》是 1993 年拟订的，当时的理解是，前南斯拉夫境内实际存在着武装冲突；联合国安全理事会已经确定局势构成对国际和平与安全的威胁，导致安全理事会行使《联合国宪章》第七章之下的行动权。就此而言，第 5 条所用的措词(“武装冲突”)主要是为了消除一种认为危害人类罪须与“国际武装冲突”存在联系的概念。鉴于这种措词可能被解读为习惯国际法要求须存在与武装冲突的联系，前南刑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”，因为自纽伦堡审判以来，在国家实践中这种联系“已被放弃”。¹⁰³ 上诉分庭还指出，“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”。¹⁰⁴ 事实上，上诉分庭此后还表示认为，《前南刑庭规约》中的这种联系只是限定前南刑庭的属事管辖，并非习惯国际法的编纂。¹⁰⁵

⁹⁸ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 377 页，第 119 段。

⁹⁹ 同上，第 123 段。

¹⁰⁰ 同上，第 124 段。

¹⁰¹ 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，1968 年 11 月 26 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 754 卷，第 73 页。截至 2015 年 8 月，该公约有 55 个缔约国。类似性质的区域公约，见《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》，1974 年 1 月 25 日订于斯特拉斯堡，欧洲委员会，《条约汇编》，第 82 号。截至 2015 年 8 月，该公约有 8 个缔约国。

¹⁰² 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议，S/RES/827 号文件，第 5 条(下称《前南刑庭规约》)。

¹⁰³ 检察官诉 Tadić，上诉分庭对辩方就管辖权问题提出中间上诉的请求所做的裁决，案件号 IT-94-1-AR72，1995 年 10 月 2 日，第 140 段。

¹⁰⁴ 同上。

¹⁰⁵ 例如，见检察官诉 Kordić & Čerkez，审判分庭的判决，案件号 IT-95-14/2-T，2001 年 2 月 26 日，第 33 段(下称“Kordić 2001 案”)；检察官诉 Tadić，上诉分庭判决，案件号 IT-94-1-A，1999 年 7 月 15 日，第 249-251 段(下称“Tadić 1999”)(“证明存在武装冲突即满足了需存在武装冲突的要求；《规约》的要求仅此而已，而这样要求即已超过习惯国际法。”)。

(8) 1994年，安全理事会设立了卢旺达问题国际刑事法庭(下称“卢刑庭”)并规定了它对“危害人类罪”的管辖权。虽然《卢刑庭规约》第3条保留了《前南刑庭规约》中的同样一系列行为，但起首部分没有保留武装冲突的提法。¹⁰⁶ 同样，1998年通过的《罗马规约》第七条也没有再提及武装冲突。

(9) 就此而言，虽然危害人类罪的早期定义要求相关行为须与武装冲突有联系，但这种联系已不再见于包括《罗马规约》在内的当代国际刑事法庭和裁判庭规约。如以下关于第3条草案的讨论所述，取代这种联系的是“起首部分”要求，即，须是为了推行国家或组织政策，针对平民实施广泛或有系统的攻击这个背景下发生的罪行。

第3条 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：

¹⁰⁶ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，安全理事会1994年11月8日第955(1994)号决议，S/RES/955号文件附件，第3条(下称《卢刑庭规约》)；见 *Semanza 诉检察官*，上诉分庭判决，案件号ICTR-97-20-A，2005年5月20日，第269段(“……与《前南刑庭规约》第5条相反，《卢刑庭规约》第3条没有关于犯罪须与武装冲突相关的规定。这是一个重要的差别。”)。

(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”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

评注

(1) 第 3 条草案的头三款为了本条款草案的目的，确定了“危害人类罪”的定义。这三款的案文逐字采用了《罗马规约》第七条的案文，只有三处非实质性改动(下文讨论)，鉴于有关定义的使用语境不同，这些改动是必要的。第 3 条第 4 款草案是一项“不妨碍”条款，表明这一定义不影响国际文书和国内法规定的任何更为宽泛的定义。

其他文书中的定义

(2) 1945 年以来使用的“危害人类罪”的定义有多种，既见于国际文书，也见于将该罪编纂入法的国内法。《纽伦堡宪章》将“危害人类罪”定义为：

“在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关者。”¹⁰⁷

(3) 委员会 1950 年“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则”原则六(三)对危害人类罪的界定是：“对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，基于政治、人种或宗教原因之迫害，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战争罪而起或与之有关者。”¹⁰⁸

(4) 此外，委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》其中确定的一项罪行是：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。”¹⁰⁹

(5) 《前南刑庭规约》第 5 条规定，法庭“应有权对国际或国内武装冲突中犯下……针对平民的”(谋杀、酷刑和强奸等)一系列行为“负有责任的人予以起诉”。¹¹⁰ 虽然联合国秘书长提出该条的报告指出，危害人类罪“指非常严重的不人道行为……基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中……”，¹¹¹ 但这个特定的用语并未写入第 5 条的案文。

(6) 相反，1994 年《卢刑庭规约》第 3 条保留了上述的一系列行为，但起首语采用了 1993 年秘书长报告的用词“在广泛的或有计划的攻击平民中……罪行”，该条中还写明：“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因……”。¹¹² 如此，《卢刑庭规约》就明确规定了，只有具备歧视性意图，此罪方能成立。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》还将“危害人类罪”定义为“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”的一系列所指明的行为，但没有包括关于歧视性意图的表述。¹¹³ 混合刑事法院或法庭的判例也对危害人类罪下过定义。¹¹⁴

¹⁰⁷ 《纽伦堡宪章》，前注 85，第 6 条(c)项。

¹⁰⁸ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 377 页，第 119 段。

¹⁰⁹ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页，第 49 段(第 2(11)条)。

¹¹⁰ 《前南刑庭规约》，前注 102，第 5 条。

¹¹¹ 安全理事会，秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告，S/25704 号文件，第 13 页，第 48 段。

¹¹² 《卢刑庭规约》，前注 106，附件，第 3 条。

¹¹³ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页，第 18 条。

¹¹⁴ 例如，见《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂特别法庭协定》(附《规约》)，2002 年 1 月 16 日订于弗里敦，联合国，《条约汇编》，第 2178 卷，第 137 页，第 145 页；“建立柬埔寨特别法庭以起诉民主高棉期间所犯罪行法”，第 5 条，2004 年 10 月 27 日，案文见于 <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf>(最近查阅日期：2015 年 6 月 22 日)。

(7) 《罗马规约》第五条第(一)款第 2 项将危害人类罪纳入了国际刑院的管辖范围。¹¹⁵ 第七条第(一)款将“危害人类罪”定义为“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”一系列行为中的任何一种。¹¹⁶ 第七条第(二)款载有一系列定义，除其他外，澄清了针对任何平民人口进行的攻击“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。”¹¹⁷ 第七条第(三)款规定，“‘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。”¹¹⁸ 第七条并未保留《前南刑庭规约》所下定义中特有的与武装冲突的联系，也未保留《卢刑庭规约》特有的歧视性意图条件(关于迫害行为的规定除外)¹¹⁹。

(8) 《罗马规约》第七条的“危害人类罪”定义已被该规约的 120 多个缔约国所接受，其中许多国家在通过和修正国内法时，正在使用这一定义。委员会认为《罗马规约》第七条是第 3 条第 1 至第 3 款草案定义此类罪行的适当基础。事实上也确实逐字采用了第七条的案文，仅有三处非实质性改动。鉴于有关定义的使用语境不同，这些改动是必要的。第一处是，第 1 款起首语改为“为了本条款草案目的”，而非“为了本规约的目的”。第二处是对第 3 款的起首语作了相同的改动。第三处是，《罗马规约》第七条第(一)款第 8 项规定属于犯罪的是“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”的迫害行为。仍是为了适应不同语境，第 3 条草案中的这一短语改为“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”。在适当时候，当坎帕拉会议规定的条件得到满足时，国际刑院可能对侵略罪行使管辖权，在这种情况下，委员会可重新审定这一款措辞。

第 1 至第 3 款

(9) 第 3 条第 1 至 3 款草案所列“危害人类罪”的定义含有三项应予讨论的总体条件。这些条件均出现于第 1 款，已经通过国际刑院和其他国际或混合法院和法庭的判例法得到了说明。定义还列出了危害人类罪项下禁止的各种行为，并界定了在这一定义之内使用的若干术语(亦即在定义内提供定义)。无疑，国际刑院和其他国际或混合法院和法庭不断演变的判例将继续帮助包括法院在内的国内当局了解这一定义的含义，从而促进国家层面处理方法的协调。委员会注意到，相关的判例法仍在随时间而发展，因此以下讨论仅是为了说明截至 2015 年这些术语的一些限制要素。

“广泛或有系统的攻击”

¹¹⁵ 《罗马规约》，前注 84。

¹¹⁶ 同上。

¹¹⁷ 同上。

¹¹⁸ 同上。

¹¹⁹ 同上，第七条第(一)款第 8 项。

(10) 第一项总体条件是, 有关行为必须是在“广泛或有系统”的攻击中实施的。这一条件最初出现于《卢刑庭规约》,¹²⁰ 不过前南刑庭的一些裁决认为《前南刑庭规约》也已隐含这一条件, 因为秘书长提出该规约的报告中也包括了这一用语。¹²¹ 前南刑庭和卢刑庭的判例均主张, “广泛”和“有系统”这两个条件是择一条件而非联合条件; 达到其中任意一个, 即能认定犯罪成立。¹²² 对广泛/有系统条件的这一解读也反映在委员会对1996年《治罪法草案》的评注中, 委员会在其中指出, “如果某一行为合乎其中[规模或系统性]任一条件, 即构成危害人类罪行。”¹²³

(11) 在为《罗马规约》审议这一标准时, 一些国家表示认为, “广泛”和“有系统”这两个条件应当是联合条件, 只有二者皆达到, 才能确认罪行存在, 否则这一标准的覆盖面将过宽。¹²⁴ 这些国家认为, 如果仅仅“广泛”实施有关行为就足够, 则同时发生的广泛但无关联的犯罪行为也会构成危害人类罪。出于这一关切, 拟出的是折中的案文, 将这些条件仍列为择一条件,¹²⁵ 但在《罗马规约》第七条第(二)

¹²⁰ 《卢刑庭规约》第3条的法文本与英文本不同, 使用了联合式的表述(“généralisée et systématique”)。在 Akayesu 案中, 审判分庭指出: “在《规约》最初的法文本中, 对这些条件使用了累加式措辞……进而大大提高了适用这一条款的门槛。习惯国际法只要求有关攻击是广泛或有系统的, 鉴此, 有充分理由认为法文本存在翻译错误。” 检察官诉 Jean-Paul Akayesu, 审判分庭的判决, 案件号 ICTR-96-4-T, 1998年9月2日, 第579段, 注144 (下称 Akayesu 1998)。

¹²¹ 检察官诉 Blaškić, 审判分庭的判决, 案件号 IT-95-14-T, 2000年3月3日, 第202段(下称 Blaškić 2000); 检察官诉 Tadić, 审判分庭的意见和判决, 案件号 IT-94-1-T, 1997年5月7日, 第648段(下称 Tadić 1997)。

¹²² 例如, 见检察官诉 Mrkšić, 第二审判分庭的判决, 案件号 IT-95-13/1-T, 2007年9月27日, 第437段(下称 Mrkšić 2007) (“攻击必须是广泛或有系统的, 这是择一条件而非累加条件。”); 检察官诉 Kayishema, 审判分庭的判决, 案件号 ICTR-95-1-T, 1999年5月21日, 第123段(下称 Kayishema 1999) (“有关攻击必须包括广泛或有系统这两个条件中的任意一个。”); Akayesu 1998, 前注120, 第579段; Tadić 1997, 前注121, 第648段 (“只要认定存在广泛性……或系统性……二者之一, 即达到这一条件。”)。

¹²³ 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第47页。另见《大会正式记录: 第五十届会议, 补编第22号》(A/50/22), 第78段(设立国际刑事法院问题特设委员会的报告)(“关于危害人类罪行定义中所应反映的[的]成分……罪行通常涉及广泛或有系统的……攻击”(着重号是本文所加)); 《1995年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第25页, 第90段 (“‘有计划’和‘大规模’侵害等概念是有关罪行的补充要素”); 《1994年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第40页 (“危害人类罪的定义包括……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。”); 《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第103页 (“实现……所列举的任何一项行为, 无论是有系统还是大规模, 只要具有其中一方面, 就足以构成侵害行为。”)。

¹²⁴ 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)号文件, 第148页(印度); 同上, 第150页(大不列颠及北爱尔兰联合王国、法国); 同上, 第151页(泰国、埃及); 同上, 第152页(伊朗伊斯兰共和国); 同上, 第154页(土耳其); 同上, 第155页(俄罗斯联邦); 同上, 第156页(日本)。

¹²⁵ 国际刑庭判例法已经确认, 《罗马规约》第七条中“广泛”和“有系统”这两项条件为择一条件。见“肯尼亚共和国状况”, 第二预审分庭根据《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查肯尼亚共和国状况的决定, ICC-01/09, 2010年3月31日, 第94段(下称“2010年肯尼亚授权决定”); 另见检察官诉 Jean-Pierre Bemba Gombo, 第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第1项和第2项作出的关于指控的决定, ICC-01/05-01/08, 2009年6月15日, 第82段(下称“Bemba 2009”)。

款第 1 项中增加了对“攻击”的定义，正如下文所讨论的，该定义中加入了一项政策要件。

(12) 前南刑庭审判分庭在Kunarac案中指出，“‘广泛’这一形容词说明了攻击的大规模性质及其受害者人数的众多。”¹²⁶ 因此，这一条件指“受害者人数的众多”，¹²⁷ 并排除了孤立的暴力行为，¹²⁸ 例如出于本人意志而非按照某更广泛的计划而谋杀个人受害者的行为。与此同时，个人行为实施的单一罪行，若发生在某个更广泛的运动的背景之下，也可构成危害人类罪。¹²⁹ 攻击行为不需受害者人数达到某具体下限即可属于“广泛”攻击。

(13) “广泛”亦可有地域层面的意思，指攻击发生在不同地点。¹³⁰ 例如，国际刑院预审分庭在Bemba案中，根据广大地域诸多地点的攻击报告，包括上千起强奸、群葬坑和大量受害者的证据，认定证据充分，足以确定有关攻击属于“广泛”攻击。¹³¹ 但所涉地域广大并不是必要条件；前南刑庭认定，在一较小地域内针对大量平民的攻击也属于“广泛”攻击。¹³²

(14) 国际刑院预审分庭在 2010 年肯尼亚授权决定中表示，“评估并非仅考察数量或地域，而是必须根据个体事实予以分析。”¹³³ 若多起不人道行为造成累加影响，或单起不人道行为情节极为严重，有关攻击也可属于广泛攻击。¹³⁴

¹²⁶ 检察官诉 Kunarac, 审判分庭的判决, 案件号 IT-96-23-T, 2001 年 2 月 22 日, 第 428 段(下称 Kunarac 2001); 见检察官诉 Katanga, 第二审判分庭的判决, ICC-01/04-01/07, 2014 年 3 月 7 日, 第 1123 段(下称 Katanga 2014); 检察官诉 Katanga, 第一预审分庭关于确认指控的决定, ICC-01/04-01/07, 2008 年 9 月 26 日, 第 394 段(下称“Katanga 2008”); 检察官诉 Blagojević 和 Jokić, 第一审判分庭的判决, 案件号 IT-02-60-T, 2005 年 1 月 17 日, 第 545-46 段; 检察官诉 Kordić 和 Čerkez, 上诉分庭的判决, 案件号 IT-95-14/2-A, 2004 年 12 月 17 日, 第 94 段(下称“Kordić 2004”)。

¹²⁷ Bemba 2009, 前注 125, 第 83 段; Kayishema 1999, 前注 122, 第 123 段; Akayesu 1998, 前注 120, 第 580 段; 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 47 页, 第 18 条(使用了“大规模”这一短语, 而非“广泛”); 另见 Mrkšić 2007, 前注 122, 第 437 段(“‘广泛’指攻击的大规模性质及其受害者人数的众多”)。在检察官诉 Ntaganda, 第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于检察官对 Bosco Ntaganda 提出指控的决定, ICC-01/04-02/06, 2014 年 6 月 9 日, 第 24 段(下称“Ntaganda 2014”)中, 分庭认定对平民人口的攻击是广泛的, “因为产生了大量平民受害者。”

¹²⁸ 见检察官诉 Ntaganda, 第二预审分庭根据第五十八条作出的关于检察官申请书的决定, ICC-01/04-02/06, 2012 年 7 月 13 日, 第 19 段(下称“Ntaganda 2012”); 检察官诉 Harun, 第一预审分庭根据《规约》第五十八条第(七)款作出的关于检察官申请书的决定, ICC-02/05-01/07, 2007 年 4 月 27 日, 第 62 段(下称 Harun 2007); 另见检察官诉 Rutaganda, 第一审判分庭的判决, 案件号 ICTR-96-3-T, 1999 年 12 月 6 日, 第 67-69 段; Kayishema 1999, 前注 122, 第 122-123 段; 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 47 页; 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 103 页。

¹²⁹ Kupreškić 2000, 前注 97, 第 550 段; Tadić 1997, 前注 121, 第 649 段。

¹³⁰ 例如, 见 Ntaganda 2012, 前注 128, 第 30 段; 检察官诉 Ruto, 第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于确认指控的决定, ICC-01/09-01/11, 2012 年 1 月 23 日, 第 177 段(下称“Ruto 2012”)。

¹³¹ Bemba 2009, 前注 125, 第 117-24 段。

¹³² Kordić 2004, 前注 126, 第 94 段; Blaškić 2000, 前注 121, 第 206 段。

¹³³ 2010 年肯尼亚授权决定, 前注 125, 第 95-96 段。

(15) 与“广泛”一样,“有系统”一词也不包括孤立或没有联系的暴力行为,¹³⁵ 前南刑庭、卢刑庭和国际刑院的判例所反映的对这一术语含义的理解相似。前南刑庭将“有系统”定义为“暴力行为是有组织的,且不是随机发生的”¹³⁶ 并认定,只要有行为规律的证据或方法计划的证据,就可确定有关攻击是有系统的。¹³⁷ 因此,上诉分庭在Kunara案中确认,“‘犯罪的规律,即相似犯罪行为频频非意外的重复发生,是这种有系统攻击的一种常见表现。’”¹³⁸ 卢刑庭也采用了类似的处理方法。¹³⁹

(16) 国际刑院某预审分庭与前南刑庭和卢刑庭判例保持一致,在Harun案中认定,“‘有系统’指‘暴力行为是有组织的,且不是随机发生的。’”¹⁴⁰ 国际刑院某预审分庭在Katanga案中认定,该术语“已被理解为推行某项共同政策的有组织计划,该计划遵循某种规律,并造成有关行为得到不断实施,或被理解为导致有关犯罪构成‘相似犯罪行为频频非意外的重复发生’的‘犯罪规律’。”¹⁴¹ 国际刑院某预审分庭适用了这一标准,在Ntaganda案中认定有关攻击属于有系统攻击,因为“行为人为人采用了相似的方式和方法攻击不同地点:他们聚集许多人同时从不同方向逼近目标、用重武器攻击村庄,且有系统地用相似方法驱赶民众,逐户将民众驱入荒野,同时焚烧所有房地并劫掠财物。”¹⁴² 此外,某预审分庭在Ntaganda案的确认指控决定中裁定,有关攻击是有系统攻击,因为攻击遵循某种“规律”,“反复采用同样的作案手法,包括设立路障、布设地雷,以及协同实施非法行为……以攻击非赫马族平民人口。”¹⁴³ 在Gbagbo案中,国际刑院某预审分庭认定有关攻击属于有系统攻击,因为“攻击预先经过准备”且是有计划并协同实施的,暴力行为表现出了“明显的规律。”¹⁴⁴

“针对任何平民人口”

¹³⁴ 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第47页;另见Bemba 2009,前注125,第83段(认定广泛“指在广大地域实施的攻击或在较小地域针对大量平民实施的攻击”)。

¹³⁵ 见《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第47页;《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第103页。

¹³⁶ Mrkšić 2007,前注122,第437段;Kunarac 2001,前注126,第429段。

¹³⁷ 例如,见Tadić 1997,前注121,第648段。

¹³⁸ 检察官诉Kunarac,上诉分庭的判决,案件号IT-96-23/1-A,2002年6月12日,第94段(下称“Kunarac 2002”)。

¹³⁹ Kayishema 1999,前注122,第123段;Akayesu 1998,前注120,第580段。

¹⁴⁰ Harun 2007,前注128,第62段(引自Kordić 2004,前注128,第94段,原引自Kunarac 2001,前注126,第429段);另见Ruto 2012,前注130,第179段;2010年肯尼亚授权决定,前注125,第96段;Katanga 2008,前注126,第394段。

¹⁴¹ Katanga 2008,前注126,第397段。

¹⁴² Ntaganda 2012,前注128,第31段;另见Ruto 2012,前注130,第179段。

¹⁴³ Ntaganda 2014,前注127,第24段。

¹⁴⁴ 检察官诉Gbagbo,第二预审分庭关于确认对Laurent Gbagbo指控的决定,ICC-02/11-01/11,2014年6月12日,第225段(下称“Gbagbo 2014”)。

(17) 第二项总体条件是，有关行为必须是作为“针对任何平民人口”的攻击的一部分实施的。第3条第2款(a)项草案为了第1款的目的，将“针对任何平民人口进行的攻击”定义为“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”。¹⁴⁵ 如下文所讨论的，前南刑庭、卢刑庭和国际刑院的判例已经解释了以下这些术语的含义：“针对”、“任何”、“平民”、“人口”、“多次实施行为的行为过程”和“国家或组织的政策”。

(18) 前南刑庭认定，“针对”一词要求平民是攻击的首要预定目标，而不是附带受害者。¹⁴⁶ 之后，国际刑院预审分庭在Bemba案和2010年肯尼亚授权决定中采用了这一解释。¹⁴⁷ 国际刑院某审判分庭在Katanga案的审判判决中也采用了相同解释。¹⁴⁸ 在Bemba案中，国际刑院预审分庭认定有充分证据显示，有关攻击是“针对”中非共和国平民的。¹⁴⁹ 分庭根据平民在自己家中或院子里受到攻击的直接证据，断定刚果解放运动(下称“刚解运”)士兵知道受害者是平民。¹⁵⁰ 分庭还认定，平民是刚解运士兵的首要目标，证据是刚解运士兵攻击了一处地点，却并未找到任何他们声称正在追捕的叛军部队。¹⁵¹ “针对”一词强调攻击者的意图而非攻击的实际结果。¹⁵² 必须“针对”目标人口的是攻击本身，而非个别行为人的行为。¹⁵³

(19) “任何”一词表明“平民人口”具有广泛的定义，也应予以广泛地解释。¹⁵⁴ 实施攻击的对象可以是任何平民，“不论其属于哪个民族、族裔或具有任何其他特征”¹⁵⁵，而且攻击对象既可以是本国国民，也可以是外国人。¹⁵⁶ 攻击目标可“包括由(别人认为的)政治从属而划分的群体”。¹⁵⁷ 攻击目标必须本质上“主要”是平民，才可算作武装冲突中的“平民人口”；人口中有一定数量的战斗人员并不改变

¹⁴⁵ 《罗马规约》，前注 84；另见国际刑事法院，《犯罪要件》，PCNICC/2000/1/Add.2 号文件，第 5 页(下称国际刑院，《犯罪要件》)。

¹⁴⁶ 例如，见 Kunarac 2001，前注 126，第 421 段(“‘针对’这一表述说明，在某危害人类罪的罪行中，平民人口是攻击的首要目标。”)。

¹⁴⁷ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125，第 82 段；Bemba 2009，前注 125，第 76 段。

¹⁴⁸ Katanga 2014，前注 126，第 1104 段。

¹⁴⁹ Bemba 2009，前注 125，第 94 段；另见 Ntaganda 2012，前注 128，第 20-21 段。

¹⁵⁰ Bemba 2009，前注 125，第 94 段。

¹⁵¹ 同上，第 95-98 段。

¹⁵² 例如，见 Blaškić 2000，前注 121，第 208 段，注 401。

¹⁵³ Kunarac 2002，前注 138，第 103 段。

¹⁵⁴ 例如，见 Mrkšić 2007，前注 122，第 442 段；Kupreškić 2000，前注 97，第 547 段(“对‘平民’和‘人口’予以广泛定义是有意之举。这首先是人道主义法各项一般原则和规则(特别是禁止危害人类罪的规则)的目的和宗旨所保障的。”)；Kayishema 1999，前注 122，第 127 段；Tadić 1997，前注 121，第 643 段。

¹⁵⁵ Katanga 2008，前注 126，第 399 段(引用 Tadić 1997，前注 121，第 635 段)；另见 Katanga 2014，前注 126，第 1103 段。

¹⁵⁶ 例如，见 Kunarac 2001，前注 126，第 423 段。

¹⁵⁷ Ruto 2012，前注 130，第 164 段。

人口性质。¹⁵⁸ 这一处理方法符合国际人道主义法产生的其他规则。例如,《日内瓦四公约第一附加议定书》写道:“在平民居民中存在有不属于平民的定义范围内的人,并不使该平民居民失去其平民的性质。”¹⁵⁹ 卢刑庭审判分庭在Kayishema案中认定,在和平时期,“平民”一词应包括所有人员,负责维护公共秩序并为此在遇袭时有合法手段行使武力的人员除外。¹⁶⁰ 分析任何给定受害者的法律身份时,必须结合罪行发生时的情况;¹⁶¹ 若对某人的法律身份存在任何疑问,应将其视为平民。¹⁶²

(20) “人口”一词并不意味着某给定地点的所有人口都要遭到袭击;¹⁶³ 而是暗示有关犯罪是对多名受害者的攻击,具有集体性。¹⁶⁴ 正如前南刑庭审判分庭在Gotovina案中提到的,这一概念指攻击的受害者不只是“人数有限的随机选择的个人。”¹⁶⁵ 国际刑院在Bemba案中的决定和2010年肯尼亚授权决定都采用了类似处理方法,宣称检察官必须证实有关攻击针对的对象不只是一群人数有限的个人。¹⁶⁶

(21) 第3条第2款(a)项草案后半部分提到“针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程。”这种表述虽未载入前南刑庭和卢刑庭对危害人类罪的法定定义,但反映了这两个法庭的判例,¹⁶⁷ 并明确见于《罗马规约》第七条第(二)款第

¹⁵⁸ 例如,见Katanga 2014,前注126,第1105段(裁定目标人口“必须主要由平民组成”,“因此,其中存在非平民人员不影响其平民人口的法律身份”);Mrkšić 2007,前注122,第442段;Kunarac 2001,前注126,第425段(“其中存在一定数量的非平民人员不改变人口的性质”);Kordić 2001,前注105,第180段;Blaškić 2000,前注121,第214段(“被蓄意针对的平民人口中存在士兵不改变这一人口的平民性质”);Kupreškić 2000,前注97,第549段(“某人口中存在活跃参与冲突的人员不应影响将这一人口划为平民”);Kayishema 1999,前注122,第128段;Akayesu 1998,前注120,第582段(“若平民人口中有一定数量的人员不符合平民的定义,这并不剥夺这一人口的平民性质”);Tadić 1997,前注121,第638段。

¹⁵⁹ 《一九四九年八月十二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》),第五十条第(三)款,1977年6月8日订于日内瓦,联合国,《条约汇编》,第1125卷,第3页。

¹⁶⁰ Kayishema 1999,前注122,第127段(指“所有人员,负责维护公共秩序并有合法手段行使武力的人员除外。举例而言,非平民包括:卢旺达武装部队、卢旺达爱国阵线、警察和国家宪兵队的成员。”)。

¹⁶¹ Blaškić 2000,前注121,第214段(“在确定受害者是否属于平民时,必须考虑其在犯罪实施时的具体情况而非法律身份。”);另见Kordić 2001,前注105,第180段(“曾经实施过抵抗行为的个人在有些情况下也可成为危害人类罪的受害者”);Akayesu 1998,前注120,第582段(认定平民人口包括“放下武器的武装部队成员和丧失战斗力的人员”)。

¹⁶² Kunarac 2001,前注126,第426段。

¹⁶³ 见2010年肯尼亚授权决定,前注125,第82段;Bemba 2009,前注125,第77段;Kunarac 2001,前注126,第424段;Tadić 1997,前注121,第644段;另见《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第40页(将危害人类罪定义为“针对全体或部分平民人口普遍或有计划地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为”)(着重号是本文所加)。

¹⁶⁴ 见Tadić 1997,前注121,第644段。

¹⁶⁵ 检察官诉Gotovina,第一审判分庭的判决,案件号IT-06-90-T,2011年4月15日,第1704段。

¹⁶⁶ 2010年肯尼亚授权决定,前注125,第81段;Bemba 2009,前注125,第77段。

¹⁶⁷ 例如,见Kunarac 2001,前注126,第415段(将攻击定义为“涉及实施暴力行为的行为过程”);Kayishema 1999,前注122,第122段(将攻击定义为“必定包括所列举罪行的活动”);Akayesu 1998,

1 项。《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，第七条第(二)款第 1 项所述的“行为”“不需要构成军事攻击”。¹⁶⁸ 审判分庭在Katanga案中表示“有关攻击不一定要具备军事攻击的本质，可包括任何形式的暴力侵害某平民人口的行为。”¹⁶⁹

(22) 第 3 条第 2 款(a)项草案前半部分指出，攻击必须是“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”实施的。在《罗马规约》得到通过之前，各国际法院规约对危害人类罪的定义中一直没有包括对“政策”要件的要求。¹⁷⁰ 前南刑庭和卢刑庭规约的危害人类罪定义都不包括政策要件，¹⁷¹ 但一些早期的判例要求有这一要件。¹⁷² 事实上，Tadić案的审判分庭在前南刑庭设立初期就对政策要件进行了重要的讨论，这一讨论后来影响了《罗马规约》的草拟工作。审判分庭认定

“危害人类罪之所以如此撼动人类的良知并要求国际社会予以干预，是因为它们不是个人孤立、随机的行为，而是蓄意试图针对某平民人口的结果。传统上，将这一条件理解为必定存在实施这些行为的某种形式的政策……。然而，重要的是，这一政策不需要具有正式的形式，而是可以从有关行为的发生方式推导得出。”¹⁷³

该审判分庭还指出，因为存在政策要件，此类犯罪“‘不可能仅是单独的个人所造成的。’”¹⁷⁴ 不过，前南刑庭后来在判例中淡化了政策要件，认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已足够。¹⁷⁵

前注 120, 第 581 段(“可将攻击这一概念定义为[《规约》中]列举的非法行为。攻击也可以是性质上并不暴力的行为，比如强制实施隔离制度…或向人口施加压力，要他们以某种特定方式行事…”)。

¹⁶⁸ 见国际刑院，《犯罪要件》，前注 145, 第 5 页。

¹⁶⁹ Katanga 2014, 前注 126, 第 1101 段。

¹⁷⁰ 《纽伦堡宪章》第 6 (c)条没有明确提到计划或政策。但《纽伦堡判决书》在以“攻击”概念为背景整体讨论第 6 (c)条时确实使用了“政策”这一描述词。见 1946 年 9 月 30 日判决，前注 86, 第 493 页(“恐怖政策无疑是大规模实施的，在许多情况下是有组织和有系统地实施的。1939 年大战之前，德国以最无情的方式执行了对可能敌视政府的平民进行迫害、压迫和谋杀的政策。”)管制委员会《第 10 号法》第 II (1) (c)条在对危害人类罪的定义中也未提到计划或政策。

¹⁷¹ 前南刑庭上诉分庭确定，习惯国际法中危害人类罪没有政策要件，见 Kunarac 2002, 前注 138, 第 98 段(“在所称行为发生时，《规约》和习惯国际法均未要求证明存在实施这些罪行的计划或政策”)，但该立场受到了一些文章的批评。

¹⁷² Tadić 1997, 前注 121, 第 644、653-655 和 626 段。

¹⁷³ 同上，第 653 段。

¹⁷⁴ 同上，第 655 段。(引用**检察官诉 Nikolić**，审判分庭，根据《程序和证据规则》规则 61 审查起诉书，案件号 IT-94-2-R61, 1995 年 10 月 20 日，第 26 段)。

¹⁷⁵ 例如，见 Kunarac 2002, 前注 138, 第 98 段；Kordić 2001, 前注 105, 第 182 段(认定“宜将计划或政策的存在视作被指控为危害人类罪的罪行具有系统性的标志”)；Kayishema 1999, 前注 122, 第 124 段(“大规模侵害行为只有包含政策要件，才能构成危害人类罪。具备广泛或有系统这两个条件之一，即足以证明有关行为是作为某更广泛的政策或计划的一部分实施的。”)；Akayesu 1998, 前注 120, 第 580 段。

(23) 在《罗马规约》之前，国际法委员会在治罪法草案的工作中常常要求政策要件。委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》将危害人类罪定义为：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。”¹⁷⁶ 委员会决定加入国家唆使或容忍这一条件，以便排除个人在国家没有任何介入的情况下自行实施的不人道行为。¹⁷⁷ 同时，1954 年《治罪法草案》所载的危害人类罪的定义未包括任何规模(“广泛”)或系统性的条件。

(24) 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也承认了政策条件，将危害人类罪定义为“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。”¹⁷⁸ 委员会之所以加入这一条件，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，在没有任何政府或团体或组织的任何鼓励的情况下”实施的不人道行为。¹⁷⁹ 换言之，该政策要件旨在排除个人出于自身动机，在与国家或组织无关的情况下实施的“普通”罪行。

(25) 第 3 条第 2 款(a)项草案载有与《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项所列的同样的政策要件。《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，“攻击平民人口的政策”要求“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为，”¹⁸⁰ 且“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。”¹⁸¹

(26) 国际刑院的若干案件都涉及了这一“政策”要件。¹⁸² 在 Katanga 2014 案中，国际刑院审判分庭强调，政策条件与“有系统”条件的意义并不相同，若是相同就会违背第七条对攻击的“广泛”或“有系统”择一的要求。¹⁸³ “有系统”要求的是高度的组织性和行为的规律或暴力的反复发生，¹⁸⁴ 而要“确定存在‘政策’，则只需证明国家或组织有意对平民人口实施攻击。因此，分析有关攻击是否具有系统性，不仅是确定是否存在任何旨在消灭、迫害或损害某一社群的政策。”¹⁸⁵ 此外，“政策”条件不要求有正式的设计或预先制定的计划，可以由作为或者不作为

¹⁷⁶ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(着重号是本文所加)。

¹⁷⁷ 同上。

¹⁷⁸ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(着重号是本文所加)。

¹⁷⁹ 同上。委员会在解释为何加入这一政策要件时表示：“个别人单凭自己极难进行第 18 条所指的非人道行为。”

¹⁸⁰ 国际刑院，《犯罪要件》，前注 145，第 5 页。

¹⁸¹ 同上。其他先例也强调，故意不采取行动可满足政策要件。见 Kupreškić 2000，前注 97，第 554-55 段(“批准的”、“纵容的”、“明确或暗中许可”)；《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(第 2(11)条) (“容忍”)；安全理事会，安全理事会第 780(1992)号决议所设专家委员会的报告，S/1994/674 号文件，第 85 段。

¹⁸² 例如，见 Ntaganda 2012，前注 128，第 24 段；Bemba 2009，前注 125，第 81 段；Katanga 2008，前注 126，第 396 段。

¹⁸³ Katanga 2014，前注 126，第 1112 段；另见同上，第 1101 段；Gbagbo 2014，前注 144，第 208 段。

¹⁸⁴ Katanga 2014，前注 126，第 1111-13 段。

¹⁸⁵ 同上，第 1113 段。

实现，也可从有关情况推导得出。¹⁸⁶ 审判分庭认定，政策不需要在攻击之前正式推行或颁布，可从有关行为的重复发生、从准备活动，或从集体动员中推导得出。¹⁸⁷ 此外，政策不需要具体或精确，且可随着时间的推移根据情况的发展而变化。¹⁸⁸

(27) 同样，国际刑院预审分庭在确认起诉Laurent Gbagbo的决定中裁定，“政策”不应与“有系统”混淆。¹⁸⁹ 具体而言，审判分庭表示，“国家或组织计划、组织或指挥有关攻击的证据可能与证明攻击的政策性和系统性有关，但这两个概念目的不同，并且在《规约》第七条第(一)款和第(二)款第 1 项下分别指不同的界限，因此不应混淆。”¹⁹⁰ 政策要件要求有关行为与国家或组织“有关”，¹⁹¹ 且排除了“自发或孤立的暴力行为”，但政策本身并不需要得到正式通过¹⁹²，且不需要证明存在具体的理由或动机。¹⁹³ 在Bemba案中，国际刑院预审分庭根据刚解运部队“遵循同一规律实施攻击”的证据认定，有关攻击是按照组织政策实施的。¹⁹⁴

(28) 第 3 条第 2 款(a)项草案前半部分提到“国家”或“组织”攻击平民人口的政策，与《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项相同。国际刑院预审分庭在 2010 年肯尼亚授权决定中表示，第七条第(二)款第 1 项中“国家”的含义是“不言自明的。”¹⁹⁵ 该分庭随后指出，国家区域机关或地方机关通过的政策可以满足国家政策这一条件。¹⁹⁶

(29) 国际刑院的判例显示，“组织”包括任何有能力和资源计划和实施广泛或有系统攻击的组织或团体。例如，一预审分庭在Katanga案中表示：“制定这种政策的，可以是管理某特定地区的人群，或任何有能力针对平民人口实施广泛或有系统攻击的组织。”¹⁹⁷ 国际刑院某审判分庭在Katanga案中裁定，有关组织必须具有“充足的资源、手段和能力，能够实现涉及多次实施有关行为的行为或行动过程……一系

¹⁸⁶ 同上，第 1108-1109 段和第 1113 段。

¹⁸⁷ 同上，第 1109 段；另见 Gbagbo 2014，前注 144，第 211-212 段，和第 215 段。

¹⁸⁸ Katanga 2014，前注 126，第 1110 段。

¹⁸⁹ Gbagbo 2014，前注 144，第 208 段和第 216 段。

¹⁹⁰ 同上，第 216 段。

¹⁹¹ 同上，第 217 段。

¹⁹² 同上，第 215 段。

¹⁹³ 同上，第 214 段(脚注略)。

¹⁹⁴ Bemba 2009，前注 125，第 115 段。

¹⁹⁵ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125，第 89 段。

¹⁹⁶ 同上。

¹⁹⁷ Katanga 2008，前注 126，第 396 段(引用前南刑庭和卢刑庭判例法，以及委员会 1991 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103 页)；另见 Bemba 2009，前注 125，第 81 段。

列足够高效结构或机制，无论是哪种结构或机制，要能确保具备实施针对平民人口的攻击所需的协调。”¹⁹⁸

(30) 在2010年肯尼亚授权决定中，国际刑院一预审分庭的多数意见不同意“只有类似国家的组织才可算作”符合第七条第(二)款第1项的组织，并进而指出，“团体是否具有正式性质及其组织性的高低不应成为决定性标准。反之……应当区分有关团体是否有能力从事违反基本人道价值观的行为。”¹⁹⁹ 2012年，国际刑院预审分庭在Ruto案中表示，在确定某团体是否属于《罗马规约》第七条所指的“组织”时：

分庭可考虑若干因素，除其他外：(一) 有关团体是否由负责的领导指挥，或具备既定的等级结构；(二) 有关团体事实上是否具备针对平民人口实施广泛或有系统攻击的手段；(三) 有关团体是否控制着一国的部分领土；(四) 有关团体是否将针对平民人口的犯罪活动作为首要目标；(五) 有关团体是否明确或隐晦地表露了攻击平民人口的意图；(六) 有关团体是否属于某符合上述部分或全部标准的更大团体。²⁰⁰

(31) 由于“政策”也可出自非国家组织，第3条第1至3款草案所载的定义并不要求犯罪人是国家官员或代理人。这一处理方法与国际法之下危害人类罪的发展情况相符。1991年，委员会在评论关于危害人类罪条文草案(最终形成1996年《治罪法草案》)时表示：“条文草案没有把可能犯此种罪行的人仅仅局限于政府官员或代表”，且“没有排除这样的可能性：具有实际权力或者加入犯罪团伙或集团的个人也能够犯下本条规定的那种有计划或大规模侵害人权的行爲，遇此情况，他们的行为即属治罪法草案的范围。”²⁰¹ 如先前讨论的，1996年《治罪法草案》增加了一项条件，即不人道行为要构成危害人类罪，必须是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的。”²⁰² 委员会在对这一条件的评注中指出：“政府或可能附属于政府或不附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥，使此种行为具有其重大份量，并使这种行为变成可归因于个人或国家代理人员的危害人类罪行。”²⁰³

(32) 前南刑庭判例接受以危害人类罪起诉非国家行为方的可能性。例如，前南刑庭一审判分庭在Tadić案中表示，“危害人类罪方面的法律已经有所发展，纳入了虽不隶属于合法政府但实际上控制着指定领土，或者可在该领土上自由行动的军事力

¹⁹⁸ Katanga 2014, 前注 126, 第 1119 段。

¹⁹⁹ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125, 第 90 段。Katanga 案的审判分庭也采用了类似理解，表示：“必须进一步确定攻击是广泛的或有系统的，但这并不意味着推动或鼓励有关攻击的组织必须具备国家特征。” Katanga 2014, 前注 126, 第 1120 段。该审判分庭还认定，“‘被接受为法律的一般惯例’……指向由国家和由未被具体界定为需有半国家特点的组织所实施的危害人类罪。”同上，第 1121 段。

²⁰⁰ Ruto 2012, 前注 130, 第 185 段；另见 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125, 第 93 段；科特迪瓦共和国状况，“第三预审分庭根据《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查科特迪瓦共和国状况的决定”的更正，ICC-02/11, 2011 年 11 月 15 日，第 45-46 段。

²⁰¹ 《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103-104 页。

²⁰² 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(第 18 条)(着重号是本文所加)。

²⁰³ 同上。

量。”²⁰⁴ 这一裁决在Limaj案中得到了响应，该案审判分庭认为能够以危害人类罪起诉科索沃解放军的被告成员。²⁰⁵

(33) 国际刑院在Ntaganda案中，确认了对一名与刚果民主共和国境内的刚果爱国者联盟和争取刚果自由爱国力量这两个准军事团体有关的被告的多项指控。²⁰⁶ 同样，在Callixte Mbarushimana案中，检察官对一名与解放卢旺达民主力量有关的被告提出了多项指控，根据该组织条例的描述，这一组织是“旨在‘收回和保卫’卢旺达‘国家主权’的武装团体。”²⁰⁷ 在与乌干达状况有关的诉Joseph Kony案中，被告据称与圣灵抵抗军这一“对乌干达政府和乌干达军队实施叛乱的武装团体”²⁰⁸ 有关，该团体“组织结构采用军事化的等级划分并作为军队从事活动。”²⁰⁹ 关于肯尼亚的状况，一预审分庭确认了对多名被告的危害人类罪指控，因为他们与一“系列”行为人有关，“包括知名的[橙色民主运动(橙民运)]政党代表、媒体代表、肯尼亚前警员和军人、卡伦金长老和地方领袖。”²¹⁰ 同样，对其他被告的指控也得到了确认，这些被告涉嫌参与“群众帮与民族团结党青年在纳库鲁和奈瓦沙不同地区使用查询名单、辨别外貌、设置路障和辨识语言等多种识别手段，针对其认为的[橙民运]支持者的协同攻击”。²¹¹

“在明知这一攻击的情况下”

(34) 第三项总体条件是，行为人必须是“在明知这一攻击的情况下”实施有关行为。前南刑庭和卢刑庭的判例断定，行为人必须对攻击平民人口一事知情，且自身的行为就是该攻击的一部分。²¹² 《罗马规约》之下的《犯罪要件》反映了这一“两部分”处理方法，规定每项禁止的行为的最后一项要件均为：“行为人知晓有关行为是对平民人口广泛或有系统的攻击的一部分，或有意让有关行为成为上述攻击的一部分”。即便如此，

“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

²⁰⁴ Tadić 1997, 前注 121, 第 654 段。关于非国家行为者的进一步讨论，见同上，第 655 段。

²⁰⁵ 检察官诉 Limaj 等人，第二审判分庭的判决，案件号 IT-03-66-T, 2005 年 11 月 30 日，第 212-213 段。

²⁰⁶ Ntaganda 2012, 前注 128, 第 22 段。

²⁰⁷ 检察官诉 Mbarushimana, 预审分庭关于确认指控的决定，ICC-01/04-01/10, 2011 年 12 月 16 日，第 2 段。

²⁰⁸ 乌干达状况，第二预审庭 2005 年 7 月 8 日签发、2005 年 9 月 27 日修正的对 Joseph Kony 的逮捕令，ICC-02/04-01/05, 2005 年 9 月 27 日，第 5 段。

²⁰⁹ 同上，第 7 段。

²¹⁰ Ruto 2012, 前注 130, 第 182 段。

²¹¹ 检察官诉 Muthaura 等人，第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于确认指控的决定，ICC-01/09-02/11, 2012 年 1 月 23 日，第 102 段。

²¹² 例如，见 Kunarac 2001, 前注 126, 第 418 段；Kayishema 1999, 前注 122, 第 133 段。

新出现的情况，最后一项要件的主观要素是指，行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件。”²¹³

(35) 国际刑院一预审分庭在确认对Laurent Gbagbo的指控的决定中认定，“仅需确证该人大体上知道攻击之事。”²¹⁴ 实际上，不需要证明行为人知悉攻击的具体细节；²¹⁵ 相反，行为人知情与否可以从间接证据推导得出。²¹⁶ 因此，国际刑院一预审分庭在Bemba案中认定刚解运部队在行事时对攻击知情，同时指出部队的知情可从“他们采取的攻击方法”中推导得出，这些攻击方法反映出了明确的规律。²¹⁷ 在Katanga案中，国际刑院一预审分庭认定：

对攻击知情与否，以及行为人是否意识到自己的行为是此种攻击的一部分，可从间接证据推导得出，例如：被告在军队等级中的位置；他在更广泛的犯罪活动中是否发挥重要作用；他是否出现在犯罪现场；他是否提到本人所属团体比敌对团体优越；以及发生有关行为的总体历史和政治环境。²¹⁸

(36) 此外，行为人参与攻击的个人动机无关紧要；行为人不需要拥有与更广泛攻击相同的目的或目标。²¹⁹ 前南刑庭上诉分庭在Kunarac案中指出，证明行为人是出于个人原因实施违禁行为的证据最多可以“表示存在一种可反驳的假定，即他没有意识到自己的行为是有关攻击的一部分。”²²⁰ 行为人知道自己的行为是攻击的一部分或有意让自己的行为成为攻击的一部分，这才是与满足这一条件有关的问题。此外，若能证明所涉罪行是直接利用更广泛攻击实施的，或其实施有延长更广泛攻击的效果，亦能满足这一要件。²²¹ 例如，在Kunarac案中，行为人被指控犯下各种形式的针对穆斯林妇女和女童的性暴力、酷刑行为和奴役。前南刑庭审判分庭认定，被告满足知情这一要件，因为他们不仅了解对穆斯林平民人口的攻击，还“直接利用攻击所创造的局面”延长了攻击，并“充分接受这一基于族裔的侵略行为。”²²² 同样，国际刑院某审判分庭认定，行为人一定知道有关行为是针对平民人口的广泛或有系统攻击的一部分，行为人的动机与是否将有关行为定为危害

²¹³ 国际刑院，《犯罪要件》，前注 145，第 5 页。

²¹⁴ Gbagbo 2014，前注 144，第 214 段。

²¹⁵ Kunarac 2001，前注 126，第 434 段(认定知情条件“不需要知晓攻击的详情”)。

²¹⁶ 见 Blaškić 2000，前注 121，第 259 段(认定对攻击广泛背景的知情可从若干事实推测得出，包括：“所犯犯罪的性质及其为人所共知的程度”)；Tadić 1997，前注 121，第 657 段(“虽然因此要求知情这一条件，但知情与否要经过客观分析，并可根据有关情况从事实上推导得出。”)；另见 Kayishema 1999，前注 122，第 134 段(认定“对攻击更广泛的背景实际知情或推定知情”即可)。

²¹⁷ Bemba 2009，前注 125，第 126 段。

²¹⁸ Katanga 2008，前注 126，第 402 段。

²¹⁹ 例如，见 Kunarac 2002，前注 138，第 103 段；Kupreškić 2000，前注 97，第 558 段。

²²⁰ Kunarac 2002，前注 138，第 103 段。

²²¹ 例如，见 Kunarac 2001，前注 126，第 592 段。

²²² 同上。

人类罪无关。行为人不需要了解攻击的所有特点或详情，也不需要赞同“国家或组织的犯罪设想。”²²³

禁止的行为

(37) 与《罗马规约》第七条相同，第3条第1款(a)项至(k)项草案列出了危害人类罪项下禁止的行为。这些禁止的行为也出现在委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第18条所载的危害人类罪的定义中，但用语略有不同。个人实施这些行为之一，即可构成犯危害人类罪；该人的行为不必是多项行为，但行为必须是针对任何平民人口的广泛或有系统攻击的“一部分”。²²⁴ 要满足这一条件，所涉罪行并不需要是在对平民人口的攻击最激烈时实施的；只要可以充分将其与攻击联系起来，就可以是攻击的一部分。²²⁵

定义内的定义

(38) 如上文所述，为了第3条第1款草案的目的，第3条第2款(a)项草案界定了“针对任何平民人口进行的攻击”。第3条第2款草案余下的(b)项至(i)项界定了第1款中出现的其他术语，具体是：“灭绝”、“奴役”、“驱逐出境或强行迁移人口”、“酷刑”、“强迫怀孕”、“迫害”、“种族隔离罪”，以及“强迫人员失踪”。此外，第3条第3款草案提供了“性别”这一术语的定义。这些定义也见于《罗马规约》第七条，委员会认为有必要在第3条草案中予以保留。

第4款

(39) 第3条第4款草案规定：“本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。”这一条款与《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》第1条第2款类似，该款规定：“本条规定并不妨碍载有或可能载有适用范围较广的规定的任何国际文书或国家法律。”²²⁶ 《罗马规约》第十条(见于“第二编管辖权、可受理性和适用的法律”)也包含一项“不妨碍条款”，内容是：“除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则。”

(40) 第4款旨在确保第3条草案所载“危害人类罪”的定义不会使其他国际文书和国内法中可能存在的更为宽泛的定义发生疑问。“国际文书”须宽泛地理解，不单指具有约束力的国际文书。例如，第3条草案所载的“强迫人员失踪”的定义沿

²²³ Katanga 2014, 前注 126, 第 1125 段。

²²⁴ 例如, 见 Kunarac 2002, 前注 138, 第 100 段; Tadić 1997, 前注 121, 第 649 段。

²²⁵ 例如, 见检察官诉 Mrkšić 等人, 上诉分庭的判决, 案件号 IT-95-13/1-A, 2009 年 5 月 5 日, 第 41 段; 检察官诉 Naletilić, 审判分庭的判决, 案件号 IT-98-34-T, 2003 年 3 月 31 日, 第 234 段; Mrkšić 2007, 前注 122, 第 438 段; Tadić 1999, 前注 105, 第 249 段。

²²⁶ 《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 日订于纽约, 联合国, 《条约汇编》, 第 1465 卷, 第 85 页(下称“《禁止酷刑公约》”)。

用《罗马规约》第七条，但与 1992 年《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》²²⁷、《美洲被迫失踪人士公约》²²⁸ 以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》²²⁹ 所载的定义不同。区别主要是后面的三项文书没有包括“目的是将其……置于法律保护之外”这一要件、不包括“长期”这一词语，以及没有提到组织也可在国家没有参与的情况下成为这一犯罪的潜在行为人。

(41) 鉴于上述区别，委员会认为加入第 3 条第 4 款草案是审慎的。实质上，第 3 条草案前三款虽然为了本条款草案的目的定义了危害人类罪，但不妨碍国际文书或国内法中规定的更为宽泛的定义。因此，如果某国希望在国内法中采用更为宽泛的定义，本条款草案并不妨碍它这么做。同时，本条款草案的一项重要目的是协调国内法，以便国内法成为各国间扎实合作的基础。国内法中采用的任何要件不属于本条款草案的范围，因此无法从其中所载的规定获益，包括引渡和法律互助。

第 4 条 预防义务

1. 每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：
 - (a) 在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；
 - (b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。
2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、任何其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

评注

(1) 第 4 条草案提出防止危害人类罪的义务。委员会在审议这一义务时认为，与此相关的工作是考察防止犯罪和其他行为的现有条约实践。很多情况下，这些条约处理的是在一定情形下可能构成危害人类罪的行为(例如种族灭绝、酷刑、种族隔离或强迫失踪)。因此，当有关行为也构成危害人类罪时，这些条约规定的预防义务也延伸到对这些行为的预防。

(2) 早先的一个重要的预防义务例子可见于 1948 年《灭绝种族罪公约》，该公约第一条规定：“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。”²³⁰ 此外，第五条规定：“缔约国承允各依照其本

²²⁷ 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，大会 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议，A/RES/47/133 号文件。

²²⁸ 《美洲被迫失踪人士公约》，1994 年 6 月 9 日订于贝伦杜帕拉，美洲国家组织文件 OEA/Ser.P/AG/doc 3114/94。

²²⁹ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，2006 年 12 月 20 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 3 页(下称《强迫失踪公约》)。

²³⁰ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1948 年 12 月 9 日订于巴黎，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 277 页。

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的行为或第三条所列任何其他行为。”因此，《灭绝种族罪公约》中包含了几个与预防相关的要素：防止种族灭绝的总体义务，制定国家措施以实施《公约》规定的义务，以及缔约国与联合国合作防止种族灭绝的规定。

(3) 这一预防义务是 1960 年代以来处理犯罪问题的多数多边条约的一个特征。例如：《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、²³¹ 《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》、²³² 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、²³³ 《反对劫持人质国际公约》、²³⁴ 《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》、²³⁵ 《美洲防止和惩处酷刑公约》、²³⁶ 《美洲被迫失踪人士公约》、²³⁷ 《联合国人员和有关人员安全公约》、²³⁸ 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、²³⁹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、²⁴⁰ 《联合国打击

²³¹ 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，1971 年 9 月 23 日订于蒙特利尔，联合国，《条约汇编》，第 974 卷，第 178 页。第十条第(一)款规定：“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。”

²³² 《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 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 1035 卷，第 167 页。第四条第 1 款规定：“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：(a) 采取一切切实可行的措施，以防止在各该国领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行……”。

²³³ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，1973 年 11 月 30 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 243 页。第四条(a)项规定：“本公约缔约国承诺……采用任何必要的立法或其他措施，来禁止并预防对于种族隔离罪行和类似的分隔主义政策或其表现的鼓励，并惩治触犯此种罪行的人……”

²³⁴ 《反对劫持人质国际公约》，1979 年 12 月 17 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 1316 卷，第 205 页。第四条(a)项规定：“各缔约国应合作防止第一条所称罪行，特别是：采取一切切实可行的措施，以防止为在其领土内外进行犯罪行为而在其领土上所做的准备，包括禁止鼓励、煽动、策划或参与劫持人质的行为的个人、团体和组织在其领土内从事非法活动的措施。”

²³⁵ 《禁止酷刑公约》，前注 226。第二条第(1)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。”

²³⁶ 《美洲防止和惩处酷刑公约》，1985 年 12 月 9 日订于卡塔赫纳德印第亚斯，美洲国家组织，《条约汇编》，第 67 号。第 1 条规定：“缔约国承诺根据本公约的规定，防止和惩处酷刑。”第 6 条规定：“缔约国同样应采取有效措施，以在其管辖范围内防止和惩处其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。”

²³⁷ 《美洲被迫失踪人士公约》，前注 228。第 1 条(c)至(d)项规定：“本公约缔约国承诺……相互合作协助防止、惩处和消除人员被迫失踪问题；采取立法、行政、司法和其他任何必要措施，从而遵守对本公约所作承诺。”

²³⁸ 《联合国人员和有关人员安全公约》，1994 年 12 月 9 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 2051 卷，第 363 页。第 11 条规定：“缔约国应合作以防止第 9 条所列举的罪行，尤其应：(a) 采取一切切实可行的措施，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) 按照国内法律的规定交换情报，酌情采取行政的或其他方面的措施，以防止发生此种罪行。”

²³⁹ 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，1997 年 12 月 15 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 2149 卷，第 256 页。第 15 条(a)项规定：“缔约国应在防止第 2 条所述的罪行方面进行合作……”。

跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》、²⁴¹《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》、²⁴²和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》²⁴³。

(4) 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》²⁴⁴《消除对妇女一切形式歧视公约》²⁴⁵和《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》²⁴⁶。一些条约没有明确提到“防止”或“消除”此种行为，而是把重点放在采取适当的立法、行政和其他措施的义务上，从而“实施”或“执行”条约；

²⁴⁰ 《联合国打击跨国组织犯罪公约》，2000年11月15日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第2225卷，第209页。第9条第(1)款规定：“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条第(2)款规定：“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条第(1)款规定：“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条第(1)款规定：“缔约国应努力开发和评估各种旨在预防跨国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。”

²⁴¹ 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，2000年11月15日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第2237卷，第319页。第9条第(1)款规定：“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。”

²⁴² 《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日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第2375卷，第237页。序言部分写明：“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、司法或其他措施”。第3条规定：“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……”。

²⁴³ 《强迫失踪公约》，前注229。序言部分写明：“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”。第二十三条规定：“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。”

²⁴⁴ 《消除一切形式种族歧视国际公约》，1966年3月7日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第660卷，第195页。第三条规定：“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习例。”

²⁴⁵ 《消除对妇女一切形式歧视公约》，1979年12月18日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第1249卷，第13页。第二条规定：“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，消除对妇女的歧视。”第三条规定：“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，其目的是为确保她们在与男子平等的基础上，行使和享有人权和基本自由。”

²⁴⁶ 《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》，2011年11月5日订于伊斯坦布尔，欧洲委员会，《条约汇编》，第210号。第4条第(2)款规定：“缔约国谴责对妇女一切形式的歧视，立即采取必要的立法和其他措施来防止歧视，尤其是：在国家宪法和其他适当立法中纳入男女平等原则，并确保该原则在实践中得以实现；禁止歧视妇女，包括适时采用制裁措施等方式；废除歧视妇女的法律和做法。”

可以将此视为包含了防止此类行为的必要或适当措施。例如《公民权利和政治权利国际公约》²⁴⁷ 和《儿童权利公约》²⁴⁸。

(5) 各国际法院和法庭处理过这类预防义务的问题。国际法院在《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)案中指出, 该《公约》语境下的惩治职责与预防职责有联系, 但有区别。虽然“总体上, 预防犯罪的一个最有效的办法是规定对实施此类行为的人的刑罚, 并对实施所要预防的行为的人切实处以此类刑罚,”²⁴⁹ 但法院认定“防止灭绝种族的责任与惩治行为人的责任……是……两项截然不同但彼此联系的义务。”²⁵⁰ 实际上, “每一缔约国防止种族灭绝的义务是规范性和强制性的。这个义务没有并入惩治的职责, 也不能被视为只是惩治职责的一个组成部分。”²⁵¹

(6) 这种条约实践、判例以及深为各国接受的观点——危害人类罪无论是否在武装冲突时发生, 也无论是否被国内法定为犯罪, 都是国际法上应受到惩治的罪行, 意味着国家已经承担起防止危害人类罪的义务。因此, 第4条第1款草案以“每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪……”为开头, 采用与《灭绝种族罪公约》第一条类似的方式制定了一项预防的义务。

(7) 国际法院在《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)案中分析了1948年《灭绝种族罪公约》第一条所载“承允防止”的含义。在临时措施阶段, 法院判定这种承允对缔约国施加了“尽其所能防止将来发生此种行为”的“一项明确义务”。²⁵² 在审理案情阶段, 法院对“承允”一词在该语境下的通常含义描述如下:

“做出正式承诺, 使自身负有义务或允诺, 做出保证或承诺, 同意, 接受义务。该词通常用于规定缔约国义务的条约中……它不仅是为了进行督促或阐明目的。承允是不受条件限制的……; 不应把它仅解读为后文明确提到立法、起诉和引渡之处的引言。这些特征支持的是这样一个结论: 第一条(尤其是承允防止部分)产生了与后续条款中出现的义务明显不同的义务。”²⁵³

²⁴⁷ 《公民权利和政治权利国际公约》, 1966年12月16日订于纽约, 联合国, 《条约汇编》, 第999卷, 第171页。第二条第(二)款规定: “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的步骤, 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。”

²⁴⁸ 《儿童权利公约》, 1989年11月20日订于纽约, 联合国, 《条约汇编》, 第1577卷, 第3页。第4条规定: “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。”

²⁴⁹ 《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219页第426段(下称“波黑诉塞黑”)。

²⁵⁰ 同上, 第425段。

²⁵¹ 同上, 第220页第427段。

²⁵² 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波黑诉塞黑), 临时措施令, 《1993年国际法院案例汇编》, 第22页第45段。

²⁵³ 波黑诉塞黑, 前注249, 第111页第162段。

第 4 条第 1 款草案制定的对防止危害人类罪的承诺，意在表达对国家同样的法律约束力；它也不仅是为了进行督促或阐明目的，并且不仅仅是对之后条款草案的导言。

(8) 国际法院在同案中指出，在采取预防措施时，“各国明显只能在国际法允许的限度内行事。”²⁵⁴ 委员会认为，应该在第 4 条第 1 款草案中把这个要求明确表述出来，因而加入了任何防止措施都必须“按照国际法”的子句。因此，国家为履行本项义务而采取的措施必须符合国际法规则，包括《联合国宪章》、国际人道主义法和人权法中规定的关于使用武力的规则。国家仅有义务根据国际法为防止危害人类罪采取法律允许的措施。

(9) 如第 4 条第 1 款草案所规定，这一预防义务明示或暗示包含四个要素。第一，国家做出这一承诺，便有义务不“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”。²⁵⁵ 国际法院认为，在考虑《灭绝种族罪公约》第一条所载的类似的预防义务时：

“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。”²⁵⁶

(10) 法院还裁决，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。”²⁵⁷

(11) 如果所涉行为根据国家责任规则归属于国家，则违反不直接实施此类行为的义务意味着国家要承担责任。实际上，就可能出现的关于《灭绝种族罪公约》的争端而言，第九条除其他外提到“关于某一国家对于灭绝种族罪……的责任的”争端。虽然《灭绝种族罪公约》的重点主要是起诉犯有灭绝种族罪的个人，但是国际法院强调，违反防止义务不是国家实施的属于刑事犯罪的违反行为，而是一种涉及国家

²⁵⁴ 同上，第 221 页第 430 段。

²⁵⁵ 同上，第 113 页第 166 段。

²⁵⁶ 同上，第 113 页第 166 段。

²⁵⁷ 同上，第 120 页第 183 段。

责任的违反国际法行为。²⁵⁸ 法院的做法同委员会曾经表达过的意见一致，²⁵⁹ 包括关于 2001 年“国家对国际不法行为的责任条款”的评注：“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没有预防或惩罚这种行为的结果负责。”²⁶⁰

(12) 第二，国家做出第 4 条第 1 款规定的承诺，即有义务“采取能够动用的各种手段，……防止不属于本国直接管辖的人或团体实施”此类行为。²⁶¹ 就后者而言，当缔约国在“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。²⁶² 国际法院对《灭绝种族罪公约》中的预防义务的标准做出了如下分析：

“显然，有关义务是行为义务，而不是结果义务，也就是说一国有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者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。”²⁶³

²⁵⁸ 同上，第 114 页第 167 段(国际责任“与刑事责任截然不同”的结论)。

²⁵⁹ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 页第 248 段(结论是：《灭绝种族罪公约》“没有在关于国家责任的第九条中设想国家罪行或国家刑事责任的问题”)。

²⁶⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 142 页(对第 58 条的评注第 3 段)。

²⁶¹ 波黑诉塞黑，前注 249，第 113 页第 166 段。

²⁶² 同上，第 221 页第 430 段。

²⁶³ 同上。

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”²⁶⁴

(13) 第三，承上所述，第 4 条第 1 款草案规定的承诺使缔约国有义务积极推进并事先采取旨在帮助防止该罪行发生的措施，办法包括采取(a)项所述的“在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施”。这一条文受到了《禁止酷刑公约》第 2 条第 1 款的启发，该条款规定：“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。”²⁶⁵

(14) 使用“其他预防措施”这一用语，而不是仅仅用“预防措施”，是为了强化本条款的相关措施仅仅是为了预防这一点。“有效”一词意味着国家应保持其已经采取的相关措施，并在这些措施有缺陷的情况下应通过更有效的措施加以改进。禁止酷刑委员会在关于《禁止酷刑公约》所载类似条款的意见中说：

“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。”²⁶⁶

(15) 至于国家应努力采取哪些具体类别的措施，联合国人权理事会于 2015 年通过了一份关于防止种族灭绝的决议²⁶⁷，使得人们能够有所了解为履行《灭绝种族罪公约》第一条而应采取何种措施。该决议：(1) 重申“每个国家有责任通过适当和必要的手段保护其人民免遭种族灭绝，这就意味着防止此种罪行，包括防止煽动灭绝种族”；²⁶⁸ (2) 鼓励“各会员国建立防止种族灭绝的能力，办法是培养个人专门技能和在政府内部设立适当单位，以加强预防工作”；²⁶⁹ (3) 鼓励“各国考虑指定关于防止灭绝种族罪的协调中心，以便在相互间并与防止灭绝种族问题特别顾问、联合国有关机构及区域和分区域机制进行合作并交流信息和最佳做法”。²⁷⁰

(16) 从区域方面看，1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》²⁷¹ 没有规定“防止”违反该《公约》的行为的明确义务，但欧洲人权法院将已作出解释，(关

²⁶⁴ 同上，第 221 页第 431 段；见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 27 页(《关于国家对国际不法行为的责任的条款草案》，第 13 条第(3)款：“违反国家须防止某一特定事件的国际义务产生于该事件发生时……”。)

²⁶⁵ 《禁止酷刑公约》，前注 226，第 2 条第(1)款。

²⁶⁶ 见禁止酷刑委员会，第 2 号一般性意见，第 4 段(CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)(2007 年)。

²⁶⁷ 文件 A/HRC/28/L.25，(2015 年 3 月 23 日)。

²⁶⁸ 同上，第 2 段。

²⁶⁹ 同上，第 3 段。

²⁷⁰ 同上，第 4 段。

²⁷¹ 《欧洲保护人权与基本自由公约》，1950 年 11 月 4 日于罗马订立，联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 221 页。

于生命权的)第2条第1款含有这一义务,并要求采取适当的防止措施,例如“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。”²⁷²同时,法院确认缔约国在这方面的义务是有限的。²⁷³同样,虽然1969年《美洲人权公约》²⁷⁴未载有“防止”违反该《公约》的明确义务,但美洲人权法院在解释缔约国应“确保”该《公约》认可的各项权利得到自由且充分的行使的义务²⁷⁵时认定,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。法院说:“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,确保任何侵犯行为均被视为非法行为,并当作非法行为来处理,因而可能导致对负责任者加以处罚,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。”²⁷⁶法院也是依据类似的推理对1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》第6条作出了解释。²⁷⁷

(17) 因此,任何具体国家对危害人类罪应采取的具体预防措施取决于这些犯罪行为对该国构成的相关背景和风险。这一义务通常要求国家至少:(1)制定必要的国家法律和政策,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;(2)不断审查这些法律和政策并作出必要改进;(3)就相关条约制度下国家的义务对政府官员进行教育;(4)对警察、军队、民兵和其他相关人员开展必要的培训项目,从而帮助预防危害人类罪的发生;(5)一旦违禁行为发生,即本着诚意履行关于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

²⁷² Makaratzis 诉希腊, 判决(实质问题和公正抵偿),《判决和决定汇编》2004-XI, ECHR, 大审判庭, 第50385/99号申诉, 2004年12月20日, 第57段; 见 Kiliç 诉土耳其,《判决和决定汇编》2000-III, ECHR, 审判庭, 第22492/93号申诉, 2000年3月28日, 第62段(结论:第2条第1款使国家不仅有义务不得故意、非法剥夺生命,且有义务在其国内法律体系中采取适当步骤以保障其辖内人员的生命)。

²⁷³ Mahmut Kaya 诉土耳其, 判决(实质问题和公正抵偿),《判决和决定汇编》2000-III, ECHR, 审判庭, 第22535/93号申诉, 2000年3月28日, 第86段(“考虑到现代社会中维持治安的难度、人的行为的不可预测性,在优先事项和资源方面必须做出实际操作上的选择,对[第2条第1款中]积极义务的解释办法须不得对当局施加难以达成或不成比例的负担。”); 另见 Kerimova 等人诉俄罗斯, 判决(实质问题和公正抵偿), ECHR, 审判庭, 第17170/04、第20792/04、第22448/04、第23360/04、第5681/05和第5684/05号申诉, 2011年5月3日(2011年9月15日最后), 第246段; Osman 诉联合王国, 判决(实质问题和公正抵偿), 1998-VIII, ECHR, 大审判庭, 第87/1997/871/1083号申诉, 1998年10月28日, 第116段。

²⁷⁴ 《美洲人权公约》, 1969年11月22日于圣何塞订立, 美洲国家组织,《条约汇编》, 第36号。

²⁷⁵ 第1条第(1)款规定:“本公约的缔约国承诺尊重本公约认可的各项权利和自由,并确保受其管辖的所有人员得以不受歧视地自由、充分行使这些权利和自由……”。人们注意到,《非洲人权和民族权利宪章》第1条规定,缔约国“应承认宪章所载的权利、义务和自由,应采取立法或其他措施予以落实。”(联合国,《条约汇编》, 第1520卷, 第217页)。

²⁷⁶ Velasquez Rodríguez 诉洪都拉斯, 判决(实质问题), 美洲人权法院 C 辑第4号, 1988年7月29日, 第175段; 另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁, 判决(实质问题、赔偿及费用), 美洲人权法院 C 辑第110号, 2004年7月8日, 第155段; Juan Humberto Sánchez 诉洪都拉斯, 判决(初步反对意见、实质问题、赔偿及费用), 美洲人权法院 C 辑第99号, 2003年6月7日, 第137和第142段。

²⁷⁷ Tibi 诉厄瓜多尔, 判决(初步反对意见、实质问题、赔偿及费用), 美洲人权法院 C 辑, 第114号, 2004年9月7日, 第159段; 另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁, 前注276, 第155段。

以遏制他人今后的行为。²⁷⁸ 某些措施,例如培训计划等,可能在该国已经存在,用以防止与危害人类罪有关的不法行为(诸如谋杀、酷刑、强奸等)。该国有义务视必要对那些措施加以补充,专门防止危害人类罪的发生。在这里,如果缔约国没有视需要和情况尽最大努力动用政府和行政机器尽量防止危害人类罪的发生,也会产生国家的国际责任。

(18) 第4条第1款(a)项草案提到国家应“在其管辖或控制的任何领土内”采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施。应该用与委员会之前在讨论其他背景下的防止问题(如防止损害环境)时所用的相同方式理解这种表述。²⁷⁹ 这种表述方式不仅涵盖一国的领土,也涵盖在该国控制下的其他领土上开展的活动。委员会以前是这样解释的:

“这涵盖一国即便没有法律上的管辖权但却行使事实上的管辖权的情况,例如非法干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院在纳米比亚案中提出的咨询意见。在这份咨询意见中,法院判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任,并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府,但仍认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。”²⁸⁰

(19) 第四,国家做出第4条第1款草案规定的承诺,便有义务彼此间以及与联合国、红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会等组织开展某些形式的合作。各国合作防止危害人类罪的义务第一次出现在《联合国宪章》第一条第三款中:²⁸¹ 《宪章》的宗旨之一是“促成国际合作,以解决国际间属于……人类福利性质之国际问题,且……增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”此外,在《宪章》第五十五和第五十六条中,联合国所有会员国担允“采取共同及个别行动与本组织合作,以达成”某些宗旨,包括“全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守……”。在具体防止危害人类罪的方面,联合国大会在1973年《关于侦察、逮捕、

²⁷⁸ 可与某些特定类别的侵犯人权行为的预防措施进行比较,见消除对妇女歧视委员会第6号一般性建议,第1至2段(A/43/38)(1988年);消除对妇女歧视委员会第15号一般性建议(A/45/38)(1990年);消除对妇女歧视委员会第19号一般性建议第9段(A/47/38)(1992年);儿童权利委员会第5号一般性建议第9段(CRC/GC/2003/5)(2003年);人权事务委员会第31号一般性意见(CCPR/C/Rev.1/Add.13)(2004);儿童权利委员会第6号一般性建议第50至63段(CRC/GC/2005/6)(2005年);消除种族歧视委员会第31号一般性建议第5段(CERD/C/GC/31/Rev.4)(2005年);另见《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》,大会2005年12月16日第60/147号决议附件,A/RES/60/147号文件,第3(a)段(“按相应法律体系的规定尊重、确保尊重和实施国际人权法和国际人道主义法的义务,除其他外,包括下列义务:采取适当的立法和行政措施及其他适当措施,防止违法行为发生”。)

²⁷⁹ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第150至151页第(7)至(12)段(对《关于预防危险活动引起跨界损害的条款草案》第1条草案的评注)。

²⁸⁰ 同上,第151页第(12)段(引述《南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果》,《咨询意见》,《1971年国际法院判例汇编》,第16页,见第54页第118段);另见《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第70页第(25)段(对《关于危险活动造成的跨界损害的损失分配的原则草案》第2条原则草案的评注);《使用或威胁使用核武器的合法性》,《咨询意见》,《1996年国际法院判例汇编》,第226页,见第242页第29段(提到各国应履行一般义务以确保在“其管辖和控制范围内”的活动尊重其他国家或国家控制范围以外地区的环境)。

²⁸¹ 《联合国宪章》,1945年6月26日订于旧金山。

引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》中承认，为了防止实施战争罪和危害人类罪而应开展国家间合作、采取国家间行动的一般义务。除其他事项外，大会宣布“各国应在双边和多边基础上相互合作，以期制止并防止战争罪和危害人类罪，并为此目的，采取必要的国内和国际措施。”²⁸²

(20) 因此，第4条(b)项草案写明各国应互相合作防止危害人类罪，并与有关政府间组织合作。“有关”一词意在表明与任何特定政府间组织的合作将取决于该组织的职能、国家与该组织的关系、需要开展合作的背景，等等。(b)项还规定各国应酌情与其他组织合作。这些组织包括可以在具体国家防止危害人类罪中发挥重要作用的非政府组织。使用“酌情”一词是为了表明合作义务在本质上取决于具体情况，而且对这些组织的适用程度不同于对国家和相关政府间组织的适用程度。

(21) 第4条第2款草案写明，任何情况均不得用来作为危害人类罪的辩护理由。这段文字受到了《禁止酷刑公约》第2条第2款的启发，²⁸³但有所微调，以便更好地切合危害人类罪的上下文。如第2条草案一样，用“武装冲突”一语取代了“战争状态或战争威胁”的表述。另外，用“诸如”一词是为了强调所举例子并非详尽无遗。

(22) 在全球或区域层面处理严重罪行的其他条约中可以找到相似的语言。例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第一条第二款²⁸⁴，以及1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》第5条²⁸⁵都载有类似语言。

(23) 在危害人类罪方面用这种表述方式的好处之一是，这种写法既可以指向国家行为方的行为，也可以指向非国家行为方的行为。同时，本款处理这一问题所联系的仅是预防的义务，而不是刑事诉讼中个人可用的辩护理由或是其他排除刑事责任的理由等，这些理由将在以后处理。

²⁸² 《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》，大会1973年12月3日第3074(XXVIII)号决议，第3段。

²⁸³ 《禁止酷刑公约》，前注226。第2条第2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。”

²⁸⁴ 《强迫失踪公约》，前注229。第一条第二款规定：“任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由。”

²⁸⁵ 《美洲防止和惩处酷刑公约》，前注236。第5条规定：“存在诸如战争状态、战争威胁、戒严状态或紧急状态、国内骚乱或动乱、中止宪法保障、国内政局不稳等情况，或者其他公共紧急状态或灾难，均不得援引或容许为酷刑犯罪的理由。”