

国际法委员会危害人类罪条款草案中 防止义务的地域范围

宋天英*

摘要：2014年，联合国国际法委员会将“危害人类罪”专题列入其工作方案，该专题的总体目标是通过可作为拟订一项防止及惩治危害人类罪公约基础的条款草案。2015年，委员会暂时通过了四条条款草案。这四条草案规定了整套条款草案的范围，国家防止与惩治危害人类罪的一般义务，以及防止危害人类罪的具体义务，还给出了该罪的定义。草案中相关义务的内容和措辞借鉴了一些现有公约的文本，尤其是1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1984年的《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》。本文将探讨条款草案规定的防止义务的地域范围，尤其是，将具体的防止义务限于缔约国管辖或控制的领土是否影响到没有地域限制的一般义务，或者与一般义务的规定相矛盾。本文将结合这四条草案的制定历史及国际法院在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案”的判决中对防止灭绝种族罪义务的分析等，讨论条约制定过程中的技术问题和价值取向。

关键词：国际法委员会 危害人类罪专门公约 防止义务 地域范围

2014年，联合国国际法委员会（International Law Commission of the United Nations，以下简称“国际法委员会”或“委员会”）将“危害人类罪（crimes against humanity）”专题列入其长期工作方案，并任命肖恩·墨菲（Sean D. Murphy）教授为该专题的特别报告员。该专题的总体目标是通过可作为拟订一项防止及惩治危害人类罪公约（以下简称“危害人类罪公约”）基础的条款草案。^①特别报告员在其2015年2月提交的第一份报告中研究了处理危害人类罪现有的理论和实践，并提出了2条条款草案：第1条阐明了国家防止和惩治危害人类罪的一般及具体义务，第2条给出该罪的定义。^②委员会于2015年5月21日至28日的第3254次至3258次会议上审议了特别报告员的报告，并在2015年5月28日第3258次会议上将报告所载第1和第2条草案转交起草

* 红十字国际委员会东亚地区代表处法律顾问。本文内容仅代表作者个人观点，与作者工作单位无关。作者在此感谢两位匿名专家对本文提出的建议。

① 2013年，在肖恩·墨菲委员的建议下，国际法委员会将题为“危害人类罪”的专题列入其长期工作方案，其后联合国大会表示注意到这一情况。2014年，国际法委员会决定将该专题列入目前的工作方案，其后大会也表示注意到这一步骤。参见联合国大会文件：《国际法委员会第六十五届会议工作报告》，A/68/10（2013），第116页，第170段和附件B；《国际法委员会第六十三和六十五届会议工作报告》，A/CN.4/666（2014），第17—18页，第72段；《国际法委员会第六十六届会议工作报告》，A/69/10（2014），第247页，第266段；联合国大会决议：A/RES/69/118（2014）。

② 联合国国际法委员会文件：《关于危害人类罪的第一次报告》，A/CN.4/680（2015），附件。

委员会。^① 起草委员会由部分国际法委员会委员组成, 承担起草条款的具体工作。起草委员会根据国际法委员会对报告的讨论情况, 将这2条条款草案进行分割并加上第1条“范围”, 调整措辞, 最后形成4条条款草案。^② 国际法委员会随后在2015年6月5日第3263次会议中, 审议了起草委员会的报告, 并暂时通过了第1、2、3、4条草案。^③ 本文将分析这4条草案中规定的防止危害人类罪义务, 及其与现有的防止核心罪行义务的关系, 尤其是防止灭绝种族罪的义务。文章将重点讨论防止危害人类罪义务是否应有地域限制。为此目的, 下文将先简要说明“危害人类罪”专题被列入国际法委员会工作方案的背景情况及制定危害人类罪公约的必要性。^④

一 关于制定危害人类罪公约的倡议

(一) 学界的推动

早在1994年, 国际刑法学者谢里夫·巴西奥尼 (M. Cherif Bassiouni) 就撰文呼吁制定一部专门的危害人类罪公约。^⑤ 14年后的2008年, 华盛顿大学法学院惠特尼·R. 哈里斯全球法律研究所 (Whitney R. Harris World Law Institute) 启动“关于危害人类罪的倡议 (Crimes Against Humanity Initiative)”项目, 对制定专门的危害人类罪公约问题进行系统研究。该项目的指导委员会由莱拉·萨达特 (Leila Sadat) 和巴西奥尼等国际法学者组成,^⑥ 对“危害人类罪”专题最终纳入国际法委员会的工作方案起了重要的作用。

“关于危害人类罪的倡议”旨在研究关于危害人类罪的立法状况和社会现实, 提高国际社会对危害人类罪作为一项严重国际犯罪的认识, 尤其是相对于灭绝种族罪而言; 并起草一个全面规制危害人类罪的专门公约, 作为进一步立法行动的参考。^⑦ 该项目指导委员会召开了多次专家会议, 听取了近250名专家的意见后, 于2010年通过了一份危害人类罪公约建议稿。^⑧ “关于危害人类罪的

① International Law Commission, *Provisional summary record of the 3258th meeting (Crimes against humanity)*, A/CN.4/SR.3258 (2015), p. 17.

② International Law Commission, *Provisional summary record of the 3263rd meeting (Crimes against humanity)*, A/CN.4/SR.3263 (2015).

③ International Law Commission, *Provisional summary record of the 3284th meeting (Crimes against humanity et al.)*, A/CN.4/SR.3284 (2015), pp. 9-10.

④ 对制定危害人类罪公约必要性的具体分析参见宋天英:《制定防止与惩治危害人类罪公约—必要性和潜在挑战初探》, 载《中国国际法年刊(2014)》, 法律出版社2015年版, 第521—546页。

⑤ M. Cherif Bassiouni, “‘Crimes against Humanity’: The Need for a Specialized Convention,” (1994) 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 457.

⑥ 目前, 该指导委员会的成员有7位, 分别为莱拉·萨达特 (Leila Nadya Sadat), 谢里夫·巴西奥尼 (M. Cherif Bassiouni), 汉斯·科利尔 (Hans Corell), 理查德·戈德斯通 (Richard Goldstone), 胡安·门德斯 (Juan Méndez), 威廉·夏巴斯 (William Schabas), 克里斯汀·梵·登·温加尔 (Christine Van Den Wyngaert), 参见“Facts about the Crimes Against Humanity Initiative”, Crimes Against Humanity Initiative, http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1301 (last visited February 2, 2016).

⑦ Leila Nadya Sadat, “Preface and Acknowledgement”, in Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity* (New York: Cambridge Press, 2nd edn, 2013), pp. xxiii-xxiv.

⑧ “Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”, in Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity* (New York: Cambridge Press, 2nd edn, 2013), p. 359.

倡议”更为国际法委员会成员参与到相关讨论中创造机会，肖恩·墨菲报告员就既是国际法委员会的成员，也是华盛顿大学法学院的教授，正是他建议将“危害人类罪”专题纳入委员会的工作。^① 2014年5月，在国际法委员会6月份的会期之前，“关于危害人类罪的倡议”在日内瓦召开了题为“履行公众良知的要求：朝着一个危害人类罪公约前进（Fulfilling the Dictates of Public Conscience: Moving Forward with a Convention on Crimes Against Humanity）”的会议，与会的国际刑法专家和国际法委员会的成员们以“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。^② 不久后，国际法委员便会将危害人类罪专题列入其长期工作方案。

国际法委员会的宗旨是“促进国际法的逐渐发展和编纂”，逐渐发展意指“就国际法尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成法律的各项主题拟订公约草案”。^③ 制定危害人类罪公约属于“逐渐发展国际法”的范围。^④ 在国际法委员会开始相关工作后，“关于危害人类罪的倡议”继续通过学术出版、媒体宣传等方式在学术界及美国国内展开讨论。^⑤ 特别报告员墨菲也与学术界开展充分交流。2015年11月，墨菲为准备其第二份报告，在德国纽伦堡组织了“关于起草防止和惩治危害人类罪公约研讨会”（Workshop on the Drafting of a Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity），来自世界各地的27名法律专家在此次会议中讨论了“危害人类罪”专题下一步的工作内容。^⑥

（二）危害人类罪专门公约的作用

首先，全球性的专门公约可以统一危害人类罪的定义。一个统一的定义有助于建立该罪的可预见性，符合罪刑法定的原则。危害人类罪在第二次世界大战后的审判中出现以来，其定义就一直处于发展与变化当中。据巴西奥尼的统计，目前国际层面至少有12个版本的危害人类罪定义，给出定义的国际文件包括《欧洲国际军事法庭宪章》、《远东国际军事法庭宪章》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际法庭规约》、《危害人类和平及安全治罪法草案》、《国际刑事法院罗马规约》（以下简称《罗马规约》）等等。^⑦ 反观灭绝种族罪，在《防止及惩治

① “Crimes Against Humanity Initiative Objectives Gain Support from UN International Law Commission”, Washington University Law, <http://law.wustl.edu/news/pages.aspx?id=9778> (last visited February 2, 2016).

② 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 February 2, 2016).

③ 参见《国际法委员会章程》第1条和第15条，国际法委员会，http://www.un.org/chinese/law/ilc/ilc_statute.htm，最后访问时间：2016年2月2日。

④ Sean Murphy, “Toward a Convention on Crimes against Humanity?”, *La Revue des droits de l’homme*, mis en ligne le 27 mai 2015, <http://revdh.revues.org/1185> (last visited February 2, 2016).

⑤ 相关活动见“关于危害人类罪的倡议”网站：http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1441，最后访问时间：2016年1月28日。

⑥ “Statement by Professor Sean D. Murphy, Member of the International Law Commission, on his Candidacy for Re-election”, United States Mission to the United Nations, 3 November 2015, <http://usun.state.gov/remarks/6950>; “Recent Developments: Workshop on the Drafting of a Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”, Crimes Against Humanity Initiative, http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1441 (last visited February 2, 2016).

⑦ M. Cherif 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 Leila Nadya Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity* (New York: Cambridge Press, 2nd edn, 2013), p. 58.

灭绝种族罪公约》(以下简称《灭种公约》)以后通过的上述国际文件都采用了《灭种公约》的定义。第二,危害人类罪公约可以使缔约国承担起一系列的义务,如将该罪纳入国内法;预防、调查、起诉该罪、就该罪相关事项与他国展开引渡行为人等国际合作。自《灭种公约》生效以来,很多国家陆续将《灭种公约》的相关规定纳入国内法,^①例如中国的香港、澳门地区刑法典中也有“灭绝种族”这一罪名。^②再以《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》)为例,其在“皮诺切特案”和“或起诉或引渡义务的问题案(比利时诉塞内加尔)”中就分别为英国上议院法庭和国际法院就相关起诉、引渡义务的决定提供了条约法基础。^③第三,危害人类罪公约可以对《灭种公约》进行补充,更好地保护大规模暴行的受害者。《灭种公约》保护的族群有限,其心理要件要求行为人有全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体的特定故意,现实中对这一特定故意往往很难有一个确切的结论。由于满足灭绝种族罪的定义需要的高标准,《灭种公约》在其生效后的60多年里,仅在极少数的情况下发挥了作用。^④很多针对平民的严重暴力行为可能达不到灭绝种族罪的要求,但足以构成危害人类罪。

(三)危害人类罪公约与《国际刑事法院罗马规约》的关系

危害人类罪公约还要解决与《罗马规约》的关系。在已经有一个常设国际刑事法院对危害人类罪行使管辖权的情况下,为什么还需要一个专门的公约呢?有国家在该专题被列入国际法委员会长期工作方案时就指出应当协调新公约与国际刑事法院之间的关系。^⑤特别报告员也强调新公约不应与现有机制,尤其是国际刑事法院的制度相冲突,而应支持国际刑事法院的使命。^⑥

由于《罗马规约》中并不涉及国家与国家之间的关系,因此国际刑事法院和缔约国之间更像一种“纵向”的关系,缺乏国家间合作的“横向”调整,而危害人类罪专门公约可谓是正好填补了这一空白。专门公约既可以规定缔约国防止危害人类罪的义务,也可以就该罪事项规定展开合作的义务。^⑦另外,《罗马规约》处理的是个人刑事责任,并不涉及国家责任,危害人类罪公约可以为追诉国家责任提供重要的文本依据。最后,对于国际刑事法院机制持保留态度的国家

① 相关国家的国内法统计可参见:“Implementing the Genocide Convention in Domestic Law”, Prevent Genocide International, <http://www.preventgenocide.org/law/domestic/> (last visited February 2, 2016).

② 参见《香港侵害人身罪条例》,第9A条, http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/F8DD9956A1AC9EE5482575EE004D53F7?OpenDocument&bt=0;《澳门刑法典》,第230条, <http://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpencn/codpen0201.asp>,最后访问时间:2016年2月2日。

③ 两个案件分别见 *R v. Bow Street Metropolitan Magistrate Stipendiary and others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, House of Lords, [2000] 1 A. C. 147, pp. 154, 175 - 176, 179, 188; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, I. C. J. Reports 2012, pp. 454, 460 - 461.

④ Leila Nadya Sadat, “A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”, 1 December 2010, Washington University Law, p. 3, para. 7, <http://law.wustl.edu/harris/CAH/docs/CompHistoryFinal01-06-11.pdf> (last visited February 2, 2016)。也见威廉·A·沙巴斯,《〈防止及惩治灭绝种族公约〉介绍》,联合国视听图书馆,2009年, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cppepg/cppepg_c.pdf,最后访问时间:2016年2月2日。

⑤ A/CN.4/680 (2015), 第7-8页。这些国家是马来西亚、英国、西班牙、挪威。

⑥ 同上,第9页。

⑦ 同上,第6、9、10页。

可以通过谈判和加入专门公约来确认危害人类罪的定义，承担防止并惩治该罪义务。这样一来，危害人类罪公约与得到广泛签署的《灭种公约》、《日内瓦四公约》和《日内瓦四公约第一附加议定书》一起，^①可以在国家之间的层面建立起防止和惩治核心罪行的机制。如特别报告员在其第一次报告中指出，若设计得当，“一个新的危害人类罪公约将有助于弥补现有条约制度的缺口”，并加强现有的制度。^②而让国家防止危害人类罪行为的出现无疑是这样一个专门公约独特而必要的功能。

二 《灭种公约》规定的防止义务及国际法院的解释

从起源及性质来说，危害人类罪与灭绝种族罪的关系尤为密切。下文提到的规定防止义务的条款草案直接借鉴了《灭种公约》的文本，其评注也确认了国际法院在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山）”中（以下简称“2007年《灭种公约》适用案”）对该义务的分析。为了更好地理解危害人类罪条款草案中防止危害人类罪义务的范围，本文将首先阐述《灭种公约》的相关条文和国际法院的判决。

《防止及惩治灭绝种族罪公约》其名称中就有“防止”一词，明确防止和惩治是该公约的核心目标。《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。”这一条言简意赅，明确了缔约国防止灭绝种族罪的一般义务。其中“战时（in time of war）”的表述系当时的用语习惯，后来战争一词在国际文件中逐渐被“武装冲突（armed conflict）”取代。《灭种公约》第5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”，由此可以推出缔约国有义务采取国内立法措施防止与惩治灭绝种族罪。最后，第8条提到了国际合作的可能，即“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”。但是这里的国际合作只是防止及惩治的可能措施，并无强制性，且只提到联合国机构，不包括其他国家间或非政府间国际组织。

《灭种公约》由联合国大会于1948年通过，是第一个关于核心罪行的专门公约。“灭绝种族罪”这一罪名并没有出现在当时刚结束的第二次世界大战战后审判中，如纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭审判等，因此其定义及惩治方式也尚不明晰。^③《灭种公约》的制定以总结历史教训为基础，虽然在条文中规定了灭绝种族罪的定义以及一些防止及惩治措施，但当时并没有太多的法律理论和实践可作为参考。该公约总共19条，除去条约程序性的规定，实质性的条款只有9条，且这9条侧重惩治，在防止方面仅上述3条一般性的规定。《灭种公约》在现代国

① 《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》）；《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》）；《关于战俘待遇的日内瓦公约》（简称《日内瓦第三公约》）；《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》）。

② A/CN.4/680 (2015)，第11页。

③ Sheila Paylan and Agnieszka Klonowiecka-Milart, “Examining the Origins of Crimes against Humanity and Genocide”, in Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3* (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2015), pp. 569–577.

际刑法的发展中具有开创性的意义,至今已有147个缔约国,^①公约体现的主要原则构成习惯国际法。^②国际法委员会通过的危害人类罪条款草案第2条就是以《灭种公约》的第1条为模板制定的。

《灭种公约》的概括性条文也留下了很大解释和适用的空间。国际法院在“2007年《灭种公约》适用案”中分析了第1条规定的防止灭绝种族罪的一般义务。法院认为,“承允(undertake)”意味着“做出正式承诺,以约束自己或使自己受到约束,是给予一个保证或诺言来表示同意、接受某一义务……这并非只被用来提倡或表示某种目标”。因而防止灭绝种族罪是缔约国的一项法律而非道德义务,具有强制性。国际法院同时明确指出“不应把它仅解读为后文明确提到的立法、起诉和引渡之处的引言”,^③此种一般的防止义务是一项独立的义务,不受后文的具体规定所限。

此外,国际法院还阐明了这项义务对国家的具体要求。第一,国家有义务不“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因于相关国家的人,实施此类行为”。这个要求看似是国家自己不实施灭绝种族罪的消极义务,事实上也需要国家采取一系列积极措施来防止某些其行为能归因于国家的组织或个人行为实施灭绝种族罪。其次,对于“不直接受其权力支配的个人或群体”,国家应当“利用所掌握的手段”防止其实施此类行为。^④这是指缔约国在“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)防止相关行为的发生,而这种能力取决于缔约国同所涉个人或团体的地域、政治和其它联系。^⑤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。^⑥如在该案中国际法院裁定,南斯拉夫联盟共和国(后来被塞尔维亚和黑山共和国所继承)有能力影响波斯尼亚塞族武装的行为,且知道后者很可能实施灭绝种族行为的情况下,没有采取任何行动防止斯雷布雷尼察大屠杀,因此违反了防止的义务。^⑦当然,这里提到的国家尽最大努力防止相关行为发生的义务是以不违反国际法为前提的,包括《联合国宪章》、国际人法和人权法的规定。^⑧

根据国际法院的解释,《灭种公约》第1条规定的防止义务是一项独立的积极法律义务,且不受地域限制,即不仅在本国有防止的义务,在能力范围内对于域外的行为体也有此义务。可以说国际法院对第1条中“承允”一词的解释是较为宽泛的。该案中南斯拉夫联盟共和国与实施

① United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en, 最后访问时间:2016年1月10日。

② *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 23; *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 of 26 February 2007, I. C. J. Reports 2007, p. 111, para. 161.

③ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, para. 162.

④ 同上,第166段。

⑤ 同上,第430段。

⑥ 同上,第431段。

⑦ 同上,第433—438段。

⑧ 同上,第430段。

灭绝种族罪的团体联系较为紧密，其责任似较容易认定，但是推而广之，是否当时还有其他国家也有可能采取措施防止发生在斯雷布雷尼察的灭绝种族行为？比如联合国安理会是否有义务通过决议来防止即将发生的种族灭绝事件？^① 还有其他对灭绝种族罪的实施者有任何程度影响力的《灭种公约》缔约国，是否同样有义务采取相应措施？根据国际法院的分析，这些国家似都有义务尽最大的努力防止斯雷布雷尼察灭绝种族事件的发生。现实情况却相去甚远。那么这样的解释是否过于宽泛？但是防止的义务不是绝对的，其要在一国能力范围内且不能违反国际法，该义务并非要求国家做不可能之事。虽然单凭一国之力往往不能阻止灭绝种族行为的发生，但如果每个国家都尽最大的努力，成功阻止灭绝种族发生的可能性就更大。《灭种公约》的序言就声明，缔约国“深信欲免人类再遭此类狞恶之浩劫，国际合作实所必需”。在国际法委员会起草和讨论危害人类罪条款草案的过程中，《灭种公约》及国际法院在“2007年《灭种公约》适用案”中对防止义务的解释也得到反复引用和确认。

三 国际法委员会条款草案中防止义务的地域限制

在“危害人类罪”专题之前，国际法委员会曾在1950年拟定的《纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之国际法原则》、1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》、1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》中处理过危害人类罪的问题，但关注的都是对罪行的惩治，而非防止。

（一）特别报告员条款草案对具体防止义务的地域限制

特别报告员提出了两条草案，提及防止义务的是第1条的第1、2款：

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。^②

第1款关于一般义务的规定与《灭种公约》第1条的模式、用语都一样。报告指出，本条款草案与得到广泛遵守的另一核心罪行公约相一致，^③ 似希望草案因此更容易被各国接受。报告还强调《灭种公约》规定的这种一般义务在措辞上不受地理范围的限制，^④ 可见报告对使用相同模式规定的防止危害人类罪的一般义务也无意设置地理限制。

第2款提出了防止的具体措施。报告指出，1960年以来，很多涉及危害人类罪定义所列举

① 1993年5月25日，联合国安理会通过了附有《前南国际法庭规约》的第827号决议，前南斯拉夫问题国际刑事法庭成立，专门负责审判自1991年以来在前南联盟境内违反国际人道主义法律的犯罪嫌疑人。但是，1995年灭绝种族行为仍在斯雷布雷尼察发生了。

② 《关于危害人类罪的第一次报告》，附件。

③ 《关于危害人类罪的第一次报告》，第112段。

④ 同上。

犯罪类型（如酷刑和种族隔离）的条约中、在涉及跨国犯罪（如跨国有组织犯罪）的条约中、以及在人权条约中都规定了防止的义务，其中一些条款明确缔约国应采取立法、行政、司法或其他措施，防止被禁止的行为，对本条款草案有借鉴意义。^①在此背景下，第2款直接采用了1984年《禁止酷刑公约》第2条第1款的措词：“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。”报告指出，从《禁止酷刑公约》的起草来看，使用这样的措辞是为了使各缔约国可以通过灵活的方式履行义务，而限于采取某一种性质的措施。“其管辖的任何领土”包括主权领土、属该国国籍的船舶和飞机以及该国管辖下的占领领土和其他领土，因而比一国“境内”更宽泛。

特别报告员将“管辖”与国家实际行使权力的地域联系起来，这在近年对人权条约的解释中较为常见。如《欧洲保护人权与基本自由公约》第1条规定“缔约国应当确保其管辖下的每个人都有本公约第一节规定的权利和自由”，欧洲人权法院在“罗兹多诉土耳其（Loizidou v. Turkey）案”中认为“管辖”一词不限于缔约国法律管辖下的领土，而是延伸到缔约国领土之外但在其有效控制下的地域。^②在“被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中，国际法院认为以色列加入的相关人权条约适用于其占领的巴勒斯坦领土。^③另外，国际法院在“刚果境内的武装活动案（刚果民主共和国诉乌干达）”中裁定，乌干达在占领伊图里（Ituri）地区期间，有义务防止第三方行为体在该地区进行违反国际人道法和人权法的行为。^④

草案第1条第2款将具体的防止义务与各有日常能力采取行动的领土相关联，设置了明确的地域限制。^⑤《禁止酷刑公约》目前为止已有158个缔约国，^⑥可见其措辞被广为接受，特别报告员采取同样的模式，也是希望有更多的国家能接受可能成为公约的条款草案。但这也造成了第1条第1款和第2款中的防止义务地理范畴明显不同：第1款规定的一般义务如果采取国际法院的解释，其适用并无地域限制；而第2款中关于具体义务的规定只要求缔约国在其管辖领土内有防止危害人类罪行为发生的义务。

（二）国际法委员会部分委员对设置地域限制的质疑

2015年5月21日至28日，国际法委员会在其第3254次至第3258次会议上审议了特别报告员的第一次报告。^⑦在审议过程中，多名国际法委员会委员对第1条第2款具体防止义务中“其管辖的任何领土”的限制条件表示异议。如埃尔南德斯（Hernández）委员认为不应给防止的义

① 相关条约见《关于危害人类罪的第一次报告》，第86、87段。

② *Loizidou v. Turkey*, App. no. 15318/89, European Court of Human Rights, Judgment (preliminary objections), 23 February 1995, para. 62; *Loizidou v. Turkey*, App. no. 15318/89, European Court of Human Rights, Judgment (merits), 28 November 1996, paras. 52–57; 欧洲人权法院在“塞普洛斯诉土耳其案”中也持同样的立场，参见 *Cyprus v. Turkey*, App. no. 25781/94, European Court of Human Rights, Judgment, 10 May 2001, paras. 77, 78.

③ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004, para. 109.

④ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, I. C. J. Reports 2005, para. 179.

⑤ 《关于危害人类罪的第一次报告》，第115段。

⑥ United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-9&chapter=4&lang=en (last visited February 2, 2016).

⑦ 联合国大会：《国际法委员会报告：第六十七届会议》，A/70/10（2015），第47页。

务设定任何地域限制，且应将保护延伸至“其管辖下的任何人”。^① 哈穆德（Hmoud）委员认为可以规定防止危害人类罪的国际集体措施，如制裁等。另外也可以规定一国有义务在其国内采取措施防止境外的危害人类罪，如起诉在其境内策划或煽动在境外实行危害人类罪的行为。^② 类似地，辛格（Singh）委员指出国家的义务应当是在其领土上采取措施防止危害人类罪在其境内或境外发生。^③ 也就是说，国家采取的措施一般是针对其管辖的领土，但是防止的危害人类罪不一定是预期在其领土上发生的。福尔托（Fordeau）委员甚至认为应当删除第1条第2款，以免限制防止危害人类罪义务的范围。他强调，危害人类罪和灭绝种族罪同属一类，其防止义务应与灭绝种族罪相当。^④ 诺尔特（Nolte）委员也注意到，报告一方面在条款草案中规定地域限制，一方面又认可国际法院防止灭绝种族罪义务不限于该国管辖领土的判决，令人费解。诺尔特指出，一些人权公约要求缔约国“在其管辖范围内”尊重并保障相关权利，并没有将适用范围限于该国的领土，至少没有这样解释此类条款。诺尔特提议，或者删除第2款中的“管辖的任何领土”的措辞，或者将其修改，使之与“2007年《灭种公约》适用案”的判决相呼应：“每一缔约国应根据其影响力，在国际法允许的范围内采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止危害人类罪。”^⑤ 巴伦西亚—奥斯皮纳（Valencia-Ospina）委员则分析说，根据条款草案第2条的定义，危害人类罪的背景要素要求广泛或有系统的攻击，换言之需要国家或其他组织的参与；将防止的义务限定在国家管辖的领土内，相当于让国家自己防止自己实施危害人类罪，其实际效果有限。^⑥ 萨博亚（Saboia）和维斯努穆尔蒂（Wisnumurti）委员也表示第2款中的防止义务不应限于一国管辖下的领土。^⑦

另外，村濑信也（Shinya Murase）委员提议将第1条第2款的适用范围改为“在其管辖或控制的任何领土”。^⑧ 瓦科（Wako）委员也认为，根据报告中的解释，“任何其管辖下的土地”这一用语似包括域外管辖的情形，鉴于此，应在管辖后加上“或控制”一词。^⑨ 特别报告员墨菲在其总结发言中表示，根据审议的情况，可以删去第2款中的地域限制。^⑩

可以看出，以上各委员反对具体防止义务地域限制的程度是不一样的。如哈穆德和辛格认为，就具体防止措施而言，地域限制应加诸措施实行地，而非犯罪结果发生地；村濑信也和瓦科则认为具体防止义务可以有地域限制，但在文本中须明确其范围既包括法律上管辖的领土也包括实际控制的领土。更多的委员认为就具体防止措施而言，无论是措施实行地还是预防行为的发生

① International Law Commission, *Provisional summary record of the 3255th meeting, Crimes against humanity (continued)*, A/CN.4/SR.3255 (2015), p. 4. 类似观点见: María Luisa Piqué, “Beyond Territory, Jurisdiction, and Control: Towards a Comprehensive Obligation to Prevent Crimes against Humanity”, in Morten Bergsmo and SONG Tianying (eds.), *On The Proposed Crimes Against Humanity Convention* (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014), pp. 135 – 172.

② A/CN.4/SR.3255 (2015), p. 7.

③ A/CN.4/SR.3258 (2015), p. 11.

④ International Law Commission, *Commission du droit international Compte rendu analytique provisoire de la 3256e séance, Crimes contre l'humanité (suite)*, A/CN.4/SR.3256 (Prov.), p. 8.

⑤ 同上，第10页。

⑥ 同上，第14页。

⑦ 同上，第21页、第25页。

⑧ 同上，第4—5页，正文中着重处为本文作者标出，原文为“sous sa juridiction ou son contrôle.”

⑨ A/CN.4/SR.3258 (2015), pp. 4 – 8.

⑩ 同上，第14页。

地都不应该有地域限制。而特别报告员在听取各委员的意见后也同意删除相关地域限制的措辞。审议结束后,国际法委员会将特别报告员第一次报告所载第1和第2条草案移交起草委员会进行修改完善。^①

(三) 国际法委员会条款草案对地域限制的改变

根据国际法委员会委员们审议时提出的意见,起草委员会将特别报告员的2条草案条款进行拆分,再加上第1条“范围”,形成4条草案。这4条草案被国际法委员会暂时通过。草案第3条保留了与《罗马规约》相同的危害人类罪的定义,与防止义务相关的第1、2、4条表述如下:

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。^②

可以看出,国际法委员会通过的一般防止义务,除了将“不论发生于平时或战时”改为“不论是否发生于武装冲突之时”,删去了“每一缔约国确认”的前置语,其措辞和内容与特别报告员提出的条款是一样的,也就是和《灭种公约》的第1条相符。“武装冲突”取代“战争”反映了近几十年来战争现实变化带来的用语变化,对条款内容没有实质性的影响。而在争论最激烈的防止义务是否有“地域限制”的问题上,起草委员会对特别报告员的条款做了实质性修改。特别报告员的措辞是“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”,国际法委员会通过的文本是“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”。

(四) 地域限制的变化带来的影响

地域限制词的位置改变,使得国家义务的地域限制从原来的危害人类罪发生地变成了采取措施地。换言之,特别报告员的草案没有限制立法、行政、司法等措施在哪里实施,但其目标仅限于防止其管辖领域内发生的危害人类罪。而国际法委员会通过的草案规定国家采取相关措施的义务仅限于其管辖或控制的领土,但是其目标是防止可能在任何地方发生的危害人类罪。另外,后

^① 同上,第17页。

^② A/70/10 (2015),第48—50页。

来通过的文本在“管辖”后增加“控制”一词，明确适用地域范围既包括法律上的领土，也包括实际控制的土地。^①事实上，“管辖和控制”与特别报告员赋予“管辖”的范围是一样的。近年来条约的适用越来越多地与实际控制联系起来，但是上文提及的将“管辖”解释为包括实际控制仍需要解释和论证，^②直接在文本中加上“控制”一词，避免了以后的争议。

可见国际法委员会采取了折中的办法，既没有摒弃地域限制，也没有完全采用原先的草案。但是新旧两个条款都在一定程度上限制了防止义务的范围。特别报告员的草案中，“立法、行政、司法或其他措施”只需防止国家管辖领土内发生的危害人类罪，而对管辖领土之外危害人类罪的行为似无义务采取相关措施。而后来通过的文本规定国家只需在其管辖或控制的领土内采取防止措施，但鉴于立法、行政、司法等行为一般只能在国家权力所及之处实行，地域限制对其影响相对较小；且该义务没有限制防止对象的地域范围，即要求防止任何地方的危害人类罪，因而国家应通过国内法的措施防止可能在域外发生的危害人类罪。相较而言，国际法委员会后来通过的条款中防止义务的范围更大。但由于具体措施的规定还包括“其他措施”，没有穷尽列举，那么是否意味着采取任何措施的义务都仅限于其管辖或控制的领土？当然，第4条第1款第2项也规定了与他国及国际组织合作的义务，这部分义务是没有地域限制的。

（五）一般义务与具体义务地域范围的潜在冲突

国际法委员会通过的草案评注广泛引用了“2007年《灭种公约》适用案”的解释，强调防止危害人类罪的一般义务是一项独立的义务，没有地域限制。^③然而，《灭种公约》在第1条规定一般义务以后，其余条款并没有设置地域限制，其第5条要求“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”，与第1条中的一般义务规定并无冲突。而危害人类罪条款草案虽然一般义务的规定和《灭种公约》基本一致，但是具体措施的条文增加了地域限制的措辞，条文之间似有潜在的冲突。

在现今条件下制定条约，确实可将已有条约的相关规定作为参考，特别是在条约处理的问题相似的情况下，措辞的借用似是顺理成章的。特别报告员的报告和后来国际法委员会通过的评注都明确表示，虽然国际法委员会通过的草案对其做了实质修改，但其关于防止危害人类罪的一般义务是参照《灭种公约》制定，而具体义务则采用了《禁止酷刑公约》的措辞。起草人通过使用已被广泛接受的条约的措辞，希望其条款草案也同样能被广泛接受。但在同一文本中使用不同条约的措辞时也应注意条约的完整性和一致性，如果相关措辞不兼容，可能会给后来的解释和适用带来问题。特别报告员在总结审议会议时提到，此阶段国际法委员会的目标就是将其认为有用、有效、可能被国家接受的条文纳入草案中。^④在特别报告员提交第一份报告之前，就有学者就防止危害人类罪义务是否应设定地域限制进行过讨论，^⑤在条款草案的暂时通过之后，围绕

① A/CN.4/SR.3263 (2015), p. 7.

② *Banković and Others v. Belgium and Others*, European Court of Human Rights, App. No. 52207/99, Grand Chamber Decision, 12 December 2001, para. 71.

③ A/70/10 (2015), 第74页。

④ A/CN.4/SR.3258 (2015), p. 12.

⑤ 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* (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014), pp. 1 – 16.

“地域限制”的争议也并不会就此尘埃落定。

根据国际法委员会的章程,在条款草案及其评注初步通过后,委员会应请各国政府在合理期间内提供有关这一文件的评论,之后报告员应参照这些评论重新审议草案并编写最后草案和解释性报告,提请委员会审议和通过。^①所以在整个危害人类罪条款草案完成后,国家还有机会就防止义务相关的条款草案和评注发表意见。如果今后就制定专门公约召开国际大会,各国可能将国际法委员会的草案条款作为讨论的基础,进一步审视草案的内容。以《罗马规约》为例,国际法委员会的草案十分精简,并没有给出各罪的定义,关于刑事原则和程序性的规定也很少,其后设立国际刑事法院预备委员会对国际法委员会的草案进行了大量的补充和修改,形成新的草案,作为外交大会谈判的基础文本。^②

四 危害人类罪专题的下一步工作及可能的专门公约

特别报告员在其第一次报告中表示将于2016年提交第二份报告,该报告将转而讨论对危害人类罪的惩治。因而随着国际法委员会通过相关条款草案,关于防止义务的草案制定将暂告一个段落,直到各国政府对整个条款草案发表评论。从国际法委员会的审议情况来看,大多数发表意见的委员认为防止危害人类罪的具体义务应当和防止灭绝种族罪一样,没有任何地域限制,特别报告员最后也同意这样的观点。^③另有观点认为就具体防止义务而言,可以对预防措施实行地或危害人类罪发生地加诸地域限制。^④这里的讨论涉及条款草案甚至将来可能形成的国际条约的定位问题。若不设置任何地域限制,则国家的具体义务是彻底的,与现有的《灭种公约》中的防止义务也较为一致,不会造成同根同源的两个核心罪行其防止义务不一样的规则碎片化现象,最重要的是可以最大限度地防止危害人类罪的发生。如果对具体的防止义务加以限制,可能更容易被国家接受,但解释相关条文时很难与其不设限的一般义务相协调,也与现有防止灭绝种族罪义务范围不一致。

危害人类罪所禁止的是针对平民的广泛或有系统的攻击,这类攻击在世界各地的众多冲突和危机中广泛存在,并有日益突出之势。^⑤惩治危害人类罪势在必行,但是这类大规模的暴行往往有一定的酝酿期,有事先预防、事中阻止的可能性,这也是危害人类罪公约相比国际刑事法院等专门的惩治机制的特殊之处。防止危害人类罪应当是未来专门公约的核心目标,对防止危害人类罪的相关规定应予以重视。危害人类罪的专门公约被认为是应对危害人类罪的“新一代”法律

① 《国际法委员会章程》,第16条。

② See “Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session”, A/49/10 (1994), Chapter II, paras. 23 – 41, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_49_10.pdf&lang=EFSXP (last visited February 2, 2016); “Report of Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court”, A/CONF.183.2, in *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* (Rome, 17 June – 17 July 1998, Official Records), A/CONR183/13 (Vol. III), pp. 5 – 92.

③ A/CN.4/SR.3258 (2015), p. 14.

④ A/CN.4/SR.3255 (2015), pp. 7, 11.

⑤ Leila Nadya Sadat, “A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”, p. 7.

工具,^①而这“新一代”法律工具的形成和运作可能需要一代人的努力。^②另外,在防止和惩治大规模暴行的大目标下,应避免新公约的制定和实施的政治化。

The Geographical Scope of the Obligation to Prevent in the ILC Draft Articles on Crimes against Humanity

Song Tianying

Abstract: In 2014, the International Law Commission of the United Nations included the topic “crimes against humanity” in its programme of work. The overall objective for this topic is to draft articles for what could become a convention on the prevention and punishment of crimes against humanity. In 2015, the Commission provisionally adopted four draft articles. These four draft articles set out the scope of the entire draft articles, States’ general obligation to prevent and punish crimes against humanity, concrete measures of prevention, and the definition of crimes against humanity. The substance and wording of the obligations draw on existing conventions, especially the 1948 Genocide Convention and 1984 Convention Against Torture. This article explores the scope of the obligation to prevent in the current draft articles, in particular if the geographical constraints on concrete measures of prevention affect the general obligation to prevent, which is not geographically limited, or if there is contradiction between the general and concrete obligations to prevent. Analysing the drafting history of the current draft articles and the International Court of Justice’s judgment on the Application of the Genocide Convention in 2007, this paper touches upon technical and philosophical questions in the process of treaty-drafting.

Keywords: International Law Commission, Specialised Convention on Crimes Against Humanity, Obligation to Prevent, Geographical Scope

(责任编辑:何田田)

^① D. Murphy, “Inside the International Law Commission: Towards a Convention on Crimes Against Humanity”, Lecture at Asser Institute, 16 December 2015, <http://www.asser.nl/about-the-institute/news/scl-lecture-inside-the-international-law-commission-towards-a-convention-on-crimes-against-humanity/> (last visited February 2, 2016).

^② Morten Bergsmo and SONG Tianying, “A Crimes Against Humanity Convention After the Establishment of the International Criminal Court”, p. 13.