



国际法委员会

第六十八届会议

2016年5月2日至6月10日和

7月4日至8月12日，日内瓦

关于危害人类罪的第二次报告

作者：特别报告员肖恩·墨菲*

目录

| | 页次 |
|------------------------|----|
| 本报告援引的多边文书 | 4 |
| 本报告援引的文献 | 7 |
| 导言 | 15 |
| A. 迄今为止就此专题开展的工作 | 15 |
| B. 2015年第六委员会的辩论 | 15 |
| C. 本报告的目的与结构 | 17 |
| 第一章. 在国内法中定为犯罪 | 19 |
| A. 国内法中的危害人类罪 | 20 |

* 特别报告员谨感谢下列人士和机构为编写本报告提供宝贵协助：Hervé Ascensio、Olympia Bekou、Sarah Bessell、Arturo Carillo、Hans Corell、Anne Dienelt、Sarah Freuden、Beatrice Gatti、Rainier Huhle、Florian Jeßberger、Wolfgang Kaleck、Gregory Kehoe、Lauren Koester、Nora Mbagathi、Annalise Nelson、Robert Petit、Matevž Pezdirc、Hugo Relva、Christian Ritscher、Leila Sadat、Herb Somers、Jennifer Summerville、Julie Tenenbaum、Christine Van den Wyngaert、Zelda Vassar、Laura Withers、国际纽伦堡原则学院、乔治·华盛顿大学法学院国际人权研究所。



| | | |
|----|--------------------------------|----|
| B. | 规定各国有义务在国内法中将行为定为刑事罪的现行条约..... | 22 |
| C. | 实施罪行、企图实施罪行、参与罪行..... | 25 |
| D. | 指挥责任或其他上级责任..... | 33 |
| E. | 上级命令 | 38 |
| F. | 时效 | 41 |
| G. | 适当的惩罚 | 46 |
| H. | 第 5 条草案在国内法中定为刑事犯罪..... | 50 |
| | 第二章. 确定国家管辖权..... | 51 |
| A. | 国家对罪行管辖权的类型..... | 52 |
| B. | 不排除其他国家管辖权..... | 63 |
| C. | 第 6 条草案. 国家管辖权的确定..... | 64 |
| | 第三章. 开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯 | 64 |
| | 第 7 条草案. 第二次报告中提出的条款草案 | 69 |
| | 第四章. 被指控罪犯所在地行使国家管辖权 | 69 |
| A. | 开展初步调查 | 70 |
| B. | 确保留在境内 | 72 |
| C. | 通知其他有关国家..... | 74 |
| D. | 第 8 条草案. 被指控罪犯所在地行使国家管辖权..... | 74 |
| | 第五章. 引渡或审判原则 | 75 |
| | 条款草案 9. 引渡或审判 | 83 |
| | 第六章. 公平对待被指控罪犯 | 83 |
| A. | 公平待遇 | 86 |
| B. | 公平审判 | 88 |
| C. | 充分保护人权 | 94 |
| D. | 与国籍国或其他有关国家联系..... | 94 |
| E. | 第 10 条草案. 公平对待被指控罪犯..... | 96 |

| | |
|-----------------------------|----|
| 第七章. 今后工作方案..... | 96 |
| 附件 | |
| 一. 委员会第六十七届会议临时通过的条款草案..... | 97 |
| 二. 第二次报告中提出的条款草案..... | 99 |

本报告援引的多边文书

特权与豁免、外交和领事关系等

《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》第596卷,第8638号,第261页。

人权

《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日, 巴黎) 联合国,《条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。

《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950年11月4日, 罗马) 同上,第213卷,第2889号,第221页。

《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日, 纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。

《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》(1969年11月22日, 圣何塞) 同上,第1144卷,第17955号,第123页。

《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日, 纽约) 同上,第1015卷,第14861号,第243页。

《非洲人权和人民权利宪章》(1981年6月27日, 内罗毕) 同上,第1520卷,第26363号,第217页。

《禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日, 纽约) 同上,第1465卷,第24841号,第85页。

《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985年12月9日, 卡特赫纳德印第亚斯) 美洲组织,《条约汇编》,第67号。

《儿童权利公约》(1989年11月20日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第1577卷,第27531号,第3页。

《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000年5月25日, 纽约) 同上,第2171卷,第27531号,第227页。

《美洲被迫失踪人士公约》(1994年6月9日, 贝伦杜帕拉) 美洲组织,《条约汇编》,第60号。

《欧洲联盟基本权利宪章》(2000年12月7日, 尼斯) 《欧洲共同体公报》,C 364号,2000年12月18日,第1页。

《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年12月20日, 纽约) 《大会正式记录,第六十一届会议,补编第49号》(A/61/49),第一卷,第61/177号决议,附件。

《欧洲委员会预防和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(2011年5月11日, 伊斯坦布尔) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第210号。

麻醉药品和精神药物

《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》,第1582卷,第27627号,第95页。

交通和通信

《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年12月16日, 海牙) 联合国,《条约汇编》,第860卷,第12325号,第105页。

《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, 蒙特利尔) 同上, 第 974 卷, 第 14118 号, 第 177 页。

《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》(1988 年 2 月 24 日, 蒙特利尔) 同上, 第 1589 卷, 第 14118 号, 第 474 页。

刑法事项

《取缔伪造货币国际公约》(1929 年 4 月 20 日, 日内瓦) 国际联盟,《条约汇编》, 第一百一十二卷, 第 623 号, 第 112 页。

《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定及其附件 D. Schindler and J. Toman, *The Laws of Europe International Military Tribunal Charter* (“纽伦堡宪章”)(1945 年 8 月 8 日, 伦敦) Armed Conflicts, Martinus Nihjoff, 1988, pp. 912–919。

《远东国际军事法庭宪章》(1946 年 4 月 26 日修订)(1946 年 1 月 19 日, 东京) Charles I. Bevans, ed., *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776–1979, vol. IV (1946–1949)*, Washington D.C., Department of State Publications, p. 20。

《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(1968 年 11 月 26 日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第 754 卷, 第 10823 号, 第 73 页。

《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》(1971 年 2 月 2 日, 华盛顿) 同上, 第 1438 卷, 第 24841 号, 第 194 页。

《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, 纽约) 同上, 第 1035 卷, 第 15410 号, 第 167 页。

《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, 斯特拉斯堡) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》, 第 82 号。

《欧洲制止恐怖主义公约》(1977 年 1 月 27 日, 斯特拉斯堡) 联合国,《条约汇编》, 第 1137 卷, 第 17828 号, 第 93 页。

《非洲统一组织消除非洲雇佣军制度公约》(1977 年 7 月 3 日, 利伯维尔) 同上, 第 1490 卷, 第 25573 号, 第 89 页。

《反对劫持人质国际公约》(1979 年 12 月 17 日, 纽约) 同上, 第 1316 卷, 第 21931 号, 第 205 页。

《南亚区域合作联盟制止恐怖主义活动区域公约》(1987 年 11 月 4 日, 加德满都) 可查阅 saarc-sec.org。

《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989 年 12 月 4 日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第 2163 卷, 第 37789 号, 第 75 页。

《美洲国际贩卖未成年人问题公约》(1994 年 3 月 18 日, 墨西哥城) 美洲组织,《条约汇编》, 第 57 号。

《联合国人员和有关人员安全公约》(1994 年 12 月 9 日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第 2051 卷, 第 35457 号, 第 363 页。

《美洲国家反腐败公约》(1996 年 3 月 29 日, 加拉加斯) E/1996/99 号文件。

- 根据《欧洲联盟条约》K.3 条制定的《保护欧洲共同体金融利益公约》第二议定书(1997 年 7 月 19 日, 卢森堡) 《欧洲共同体官方公报》, 1997 年 7 月 19 日 C 221 号, 附件, 第 12 页。
- 《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他有关材料公约》(1997 年 11 月 14 日, 华盛顿) 联合国,《条约汇编》, 第 2029 卷, 第 35005 号, 第 55 页。
- 《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(1997 年 12 月 15 日, 纽约) 同上, 第 2149 卷, 第 37517 号, 第 256 页。
- 《阿拉伯制止恐怖主义公约》(1998 年 4 月 22 日, 开罗) 可查阅 www.unodc.org/tldb/pdf/conv_arab_terrorism.en.pdf。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日, 罗马) 联合国,《条约汇编》, 第 2187 卷, 第 38544 号, 第 3 页。
- 《反腐败刑法公约》(1999 年 1 月 27 日, 斯特拉斯堡) 同上, 第 2216 卷, 第 39391 号, 第 225 页。
- 《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1999 年 2 月 15 日, 巴黎) 可查阅 www.oecd.org。
- 《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》(1999 年 7 月 1 日, 瓦加杜古) 《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》, 联合国出版物(出售品编号 E.08.V.2), 第 204 页。
- 《1999 年非统组织防止和打击恐怖主义公约》(1999 年 7 月 14 日, 阿尔及尔) 联合国,《条约汇编》, 第 2219 卷, 第 39464 号, 第 179 页。
- 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999 年 12 月 9 日, 纽约) 同上, 第 2178 卷, 第 38349 号, 第 197 页。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000 年 11 月 15 日, 纽约) 同上, 第 2225 卷, 第 39574 号, 第 209 页。
- 《网络犯罪公约》(2001 年 11 月 23 日, 布达佩斯) 联合国,《条约汇编》, 第 2296 卷, 第 40916 号, 第 167 页。
- 《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003 年 7 月 11 日, 马普托) 《国际法材料》, 第 43 卷, 第 1 号(2004 年 1 月), 第 5 页。
- 《制止核恐怖主义行为国际公约》(2005 年 4 月 13 日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第 2445 卷, 第 44004 号, 第 89 页。
- 《欧洲委员会防止恐怖主义公约》(2005 年 5 月 16 日, 华沙) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》, 第 196 号。
- 《联合国反腐败公约》(2005 年 12 月 14 日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第 2349 卷, 第 42146 号, 第 41 页。
- 《欧洲委员会打击人口贩运公约》(2005 年 5 月 16 日, 华沙) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》, 第 197 号。
- 《东盟反恐公约》(2007 年 1 月 13 日, 宿务) 可查阅 asean.org。

武装冲突期间适用的法律

- 《关于保护国际性武装冲突受害者的日内瓦四公约》(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦) 联合国,《条约汇编》, 第 75 卷, 第 970-973 号, 第 31 页。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》)(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦) 同上, 第 970 号, 第 31 段及以下各段。

《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》)(1949年8月12日,日内瓦) 同上,第971号,第85段及以下各段。

《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》)(1949年8月12日,日内瓦) 同上,第972号,第135段及以下各段。

《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)(1949年8月12日,日内瓦) 同上,第973号,第287段及以下各段。

《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第一议定书)(1977年6月8日,日内瓦) 同上,第1125卷,第17512号,第3页。

《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年3月26日,海牙) 同上,第2253卷,第3511号,第172页。

海洋法

《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日,罗马) 联合国,《条约汇编》,第1678卷,第29004号,第221页。

条约法

《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳) 联合国,《条约汇编》,第1155卷,第18232号,第331页,

环境

《核材料实物保护公约》(1979年10月26日,维也纳) 联合国,《条约汇编》,第1456卷,第24631号,第101页。

《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989年3月22日,巴塞尔) 同上,第1673卷,第28911号,第57页。

本报告援引的文献

AKHAVAN, Payam

“The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, pp. 28–42.

AMANN, Diane Marie

“Capital punishment: corporate criminal liability for gross violations human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, No. 3 (Spring 2001), pp. 327–337.

AMBOS, Kai

Treatise on International Criminal Law, vol. I: *Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, 520 p.

“Article 25: individual criminal responsibility,” in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Munich, C. H. Beck, 2d ed. 2008, 1954 p.

大赦国际

Fair Trial Manual, 2nd ed., 2014, London, Amnesty International Publications, available from www.amnesty.org/en/documents/POL30/002/2014/en/, 254 p.

BAIR, Johann

The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol: a Short Commentary Based on Views, General Comments, and Concluding Observations by the Human Rights Committee, Frankfurt, Peter Lang, 2005, 212 p.

BANTEKAS, Ilias

International Criminal Law, Oxford, Hart Publishing, 2010, 666 p.

“The contemporary law of superior responsibility,” *American Journal of International Law*, vol. 93, No. 3 (1999), pp. 573–595.

Bassiouni, M. Cherif, ed.

International Criminal Law: International Enforcement, vol. III, 3rd ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 722 p.

BASSIOUNI, M. Cherif and Edward M. WISE

Aut Dedere Aut Judicare: the Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

BERGSMO, Morten, Mads HARLEM and Nobuo HAYASHI, eds.

Importing Core International Crimes into National Law, 2nd ed., Oslo, Tokel Opsahl Academic EPublisher, 2010.

BOSSUYT, Marc J.

Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, 851 p.

BRICKEY, Kathleen F.

“Corporate criminal accountability: a brief history and an observation,” *Washington University Law Review*, vol. 60, No. 2 (1982), pp. 393–423.

BROWN, Bartram S.

“International criminal law: nature, origins and a few key issues,” in Bartram S. Brown, ed., *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 3–16.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 7th ed., Oxford University Press, 2008.

BURGERS, J. Herman and Hans DANIELIUS

The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 272 p.

BUSH, Jonathan A.

“The prehistory of corporations and conspiracy in international criminal corporations law: what Nuremberg really said”, *Columbia Law Review*, vol. 109, No. 5 (June 2009), pp. 1094–1262.

CASSESE, Antonio

International Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, 612 p.

CASSESE, Antonio *et al.*

International Criminal Law: Cases and Commentary, Oxford University Press, 2011, 600 p.

CLAPHAM, Andrew

Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations, 7th ed., Oxford University Press, 2012, 576 p.

“Extending international criminal law beyond the individual to corporations and armed opposition groups”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, No. 5 (November 2008), pp. 899–926.

COSTELLO, Declan

“International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, Nos. 2–3 (August–December 1975), pp. 483–501.

COUTURIER, G éard

“Répartition des responsabilit és entre personnes morales et personnes physiques”, *Revue des soci é s*, vol. 111 (April 1993), pp. 307–314.

CRAWFORD, James

Brownlie’s Principles of Public International Law, 8th ed., Oxford University Press, 2012, 888 p.

CRYER, Robert

“International criminal law”, in Malcolm David Evans, ed., *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, pp. 752–782.

CRYER, Robert *et al.*

An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3rd ed., Cambridge University Press, 2014, 616 p.

DAMASKA, Mirjan

“The shadow side of command responsibility”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, No. 3 (Summer 2001), pp. 455–496.

D’AMATO, Anthony

“National prosecution for international crimes”, in M. Cherif Bassiouni, ed., *International Criminal Law: International Enforcement*, vol. III, 3rd ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 288–296.

DE DOELDER, Hans and Klaus TIEDEMANN, eds.

Criminal Liability of Corporations/La criminalisation du comportement collectif, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 420 p.

Doswald-Beck, Louise.

“Fair trial, right to, international protection”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Oxford University Press, 2013, pp. 1104–1112.

DUPUY, Pierre-Marie and Yann KERBRAT

Droit International Public, 12th ed., Dalloz, 2012, 960 p.

ESER, Albin *et al.*, eds.

National Prosecution of International Crimes (2003–2007), available from www.mpicc.de/en/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/nationale_strafverfolgung.html.

FERSTMAN, Carla J.

“Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (1997), pp. 857–877.

FINNIN, Sarah

Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, 234 p.

FISSE, Brent and John BRAITHWAITE

Corporations, Crime and Accountability, Cambridge University Press, 1993, 279 p.

GAETA, Paola

“The defence of superior orders: the Statute of the International Criminal Court versus customary international law”, *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), pp. 172–191.

GARCÍA FALCONÍ Ramiro

“The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States”, *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 453–459.

GOBERT, James and Ana-Maria PASCAL, eds.

European Developments in Corporate Criminal Liability, London, Routledge, 2011, 384 p.

GUILLAUME, Gilbert

“Terrorisme et droit international”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 215 (1989-III), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 290–371.

THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION

“Developments in the law—international criminal law: V. Corporate liability for violations of international human rights law,” *Harvard Law Review*, vol. 114, No. 7 (May 2001), pp. 2025–2048.

HASNAS, John

“The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, *American Criminal Law Review*, vol. 46 (2009), pp. 1329–1358.

HELLER, Kevin Jon

The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law, Oxford University Press, 2011, 509 p.

HOOD, Roger and Caroline HOYLE

The Death Penalty: a Worldwide Perspective, 5th ed., Oxford University Press, 2015.

INGELSE, Chris

The UN Committee against Torture: an Assessment, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 464 p.

国际法学家委员会

Military Jurisdiction and International Law: Military Courts and Gross Human Rights Violations, vol. 1 (2004), available from icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY LAW SCHOOL

Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction, 2013, 128 p., updated and reprinted in part in A. J. Carrillo and A. K. Nelson,

“Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction”, *The George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), pp. 481–530.

国际军事法庭

“Judicial decisions: International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, Judgment”, *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), pp. 172–333.

IRELAND-PIPER, Danielle

“Prosecutions of extraterritorial criminal conduct and the abuse of rights doctrine”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, No. 4 (September 2013), pp. 68–89.

JAIN, Neha

Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes, Oxford, Hart Publishing, 2014, 250 p.

JENNINGS Robert and Arthur WATTS, eds.

Oppenheim's International Law, vol. I: Peace, 9th ed., Oxford University Press, 1992.

KELLY, Michael J.

"Grafting the command responsibility doctrine onto corporate criminal liability for atrocities", *Emory International Law Review*, vol. 24, No. 2 (2010), pp. 671–696.

KOK, Ruth A.

Statutory Limitations in International Criminal Law, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007, 440 p.

KYRIAKAKIS, Joanna

"Prosecuting corporations for international crimes: the role for domestic criminal law," in Larry May and Zachary Hoskins, eds., *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, 2010, pp. 108–137.

"Corporate criminal liability and the ICC Statute: the comparative law challenge", *Netherlands International Law Review*, vol. 56, No. 3 (December 2009), pp. 333–366.

LAEL, Richard L.

The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility, Lanham, Maryland, Rowman and Littlefield, 1982, 177 p.

LAMBERT, Joseph J.

Terrorism and Hostages in International Law: a Commentary on the Hostages Convention 1979, Cambridge, Grotius, 1990, 418 p.

THE LAW LIBRARY OF CONGRESS

Crimes against Humanity Statutes and Criminal Code Provisions in Selected Countries, 2010, available from www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php.

LEHTIMAJA, Lauri and Matti PELLONPÄÄ

"Article 10", in Asbjorn Eide, et al., eds., *The Universal Declaration of Human Rights: a Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, 474 p.

MACEDO, Stephen, ed.

Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006, 383 p.

MCCLEAN, David

Transnational Organized Crime: a Commentary on the UN Convention and Its Protocols, Oxford University Press, 2007, 512 p.

MITCHELL, Claire

Aut Dedere, aut Judicare: the Extradite or Prosecute Clause in International Law, Graduate Institute Publications, 2009, available from books.openedition.org/iheid/301#tocto2n4.

NAQVI, Yasmin Q.

Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010, 418 p.

NOWAK, Manfred

“Dignity and physical integrity: legal controversies relating to torture”, in Klaus Slavensky, ed., *Implementing Human Rights: Essays in Honour of Morten Kjaerum*, Danish Institute for Human Rights, 2007, pp. 233–256.

NOWAK, Manfred and Elizabeth MCARTHUR

The United Nations Convention against Torture: a Commentary, Oxford University Press, 2008, 1 680 p.

ODENDAHL, Kerstin

“Article 28. Non-retroactivity of treaties”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Springer, 2012, pp. 477–487.

OHLIN, Jens David

“Three conceptual problems with the doctrine of joint criminal enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, No. 1 (March 2007), pp. 69–90.

O’KEEFE, Roger

International Criminal Law, Oxford University Press, 2015, 688 p.

PICTET, Jean, ed.

Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, vol. I: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, ICRC, 1952, 466 p.

PIETH, Mark and Radha IVORY, eds.

Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht, Springer, 2011, 396 p.

RAMASASTRY, Anita and Robert C. THOMPSON

Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law: a Survey of Sixteen Countries, Oslo, Fafo, 2006, executive summary available from www.faoarkiv.no/pub/rapp/536/536.pdf.

REYDAMS, Luc

Universal Jurisdiction: International and Municipal Perspectives, Oxford University Press, 2003, 258 p.

RONEN, Ya’el

“Superior responsibility of civilians for international crimes committed in civilian settings”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), pp. 313–356.

SAUL, Ben

“The implementation of the Genocide Convention at the national level,” in Paola Gaeta, ed., *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, pp. 58–83.

SCHABAS, William A.

The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, 2010, 1 330 p.

Genocide in International Law: the Crime of Crimes, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009, 760 p.

“Article 29,” in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 523–526.

“Article 67”, 同上.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law, vol. I: *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3rd ed., London, Stevens and Sons Ltd., 1957, 808 p.

SCOVAZZI, Tullio and Gabriella CITRONI

The Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

SEN, B.

A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, 3rd rev. ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 606 p.

SEPINWALL, Amy J.

"Failures to punish: command responsibility in domestic and international law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, No. 2 (Winter 2009), pp. 251–303.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 7th ed., Cambridge University Press, 2014, 981 p.

STAKER, Christopher

"Jurisdiction", in Malcolm D. Evans, ed., *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, pp. 309–335.

Stewart, James G.

"The turn to corporate criminal liability for international crimes: transcending the Alien Tort Statute", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 47, No. 1 (Fall 2014), pp. 121–206.

"A pragmatic critique of corporate criminal theory: lessons from the extremity", *New Criminal Law Review*, vol. 16, No. 2 (Spring 2013), pp. 261–299.

"The end of 'modes of liability' for international crimes", *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), pp. 165–219.

STOITCHKOVA, Desislava

Towards Corporate Liability in International Criminal Law, Antwerp, Intersentia, 2010, 318 p.

THALMANN, Vanessa

"National criminal jurisdiction over genocide", in Paola Gaeta, ed., *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, pp. 231–258.

VAN DEN HERIK, Larissa

"The Dutch engagement with the project of international criminal justice", *Netherlands International Law Review*, vol. 57, No. 2 (August 2010), pp. 303–322.

VAN DER WILT, Harmen

"Corporate criminal responsibility for international crimes: exploring the possibilities", *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, No. 1 (2013), pp. 43–77.

"Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: reflections on the *van Anraat* case", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, No. 2 (May 2006), pp. 239–257.

VAN DER WOLF, Willem-Jan

Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts, The Hague, International Courts Association, 2011.

VAN SCHAACK, Beth

“Command responsibility: the anatomy of proof in *Romagoza v. Garcia*”, *University of California Davis Law Review*, vol. 26, No. 5 (June 2003), pp. 1 213–1 259.

VAN SLIEDREGT, Elies

Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, 2012, 376 p.

VERMEULEN, Gert, Wendy DE BONDT and Charlotte RYCKMAN

bility in the EU of Legal Persons for Offences, Antwerpen, Maklu, 2012, 201 p.

WEISSBRODT, David and Rüdiger WOLFRUM

The Right to a Fair Trial, Berlin, Springer, 1998.

WELLS, Celia

Corporations and Criminal Responsibility, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, 216 p.

WOOD, Michael C.

“The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, No. 4 (1974), pp. 791–817.

ZAPPALÁ, Salvatore

“The rights of the accused”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2002, pp. 1 181–1 206.

导言

A. 迄今为止就此专题开展的工作

1. 2014年7月，国际法委员会在第六十六届会议上将“危害人类罪”专题列入当前工作方案，并任命了特别报告员。¹ 2015年5月，委员会在第六十七届会议上就特别报告员的第一次报告举行一般性辩论，并于2015年7月暂时通过4项条款草案及其评注。²

B. 2015年第六委员会的辩论

2. 2015年在第六委员会举行辩论期间，38个代表团³就此专题发表意见，普遍赞同委员会开展的工作，强调此专题具有重要性，⁴并且欢迎4个条款草案，⁵认为在很大程度上反映了现有国家实践和判例。⁶各国表达的看法包括，赞赏此项专题工作与《国际刑事法院罗马规约》⁷制度相辅相成，并强调需要避免规定与《规约》或其他条约相冲突的新义务。⁸许多国家同意委员会在第3条草案中采

¹ 见委员会第六十六届会议工作报告，《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第266段。

² 见委员会第六十七届会议工作报告，《2015年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第113段。

³ 下列国家在第六委员会发了言：阿根廷，奥地利共和国、白俄罗斯共和国、智利共和国、中华人民共和国、克罗地亚共和国、捷克共和国、萨尔瓦多共和国、法兰西共和国、德意志联邦共和国、希腊共和国、匈牙利、劳动妇女论坛、印度尼西亚共和国、伊朗伊斯兰共和国、以色列国、意大利共和国、日本国、大韩民国、马来西亚、墨西哥合众国、新西兰、荷兰、秘鲁共和国、波兰共和国、葡萄牙共和国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡共和国、斯洛伐克共和国、斯洛文尼亚共和国、南非共和国、西班牙王国、瑞典(代表北欧国家)、瑞士联邦、土耳其共和国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

⁴ 例见：中国，《大会正式记录，第七十届会议，第六委员会，第22次会议》(A/C.6/70/SR.22)。以色列，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第73段；日本，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第129段；马来西亚，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第46段。

⁵ 例见：斯洛伐克，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第12段；南非，同上，第13段。

⁶ 例见：捷克共和国，同上，第20次会议(A/C.6/70/SR.20)，第59段；西班牙，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第94段；斯洛文尼亚，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第4段；瑞士，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第18-19段。

⁷ 例见：意大利，同上，第17次会议(A/C.6/70/SR.17)，第59段；墨西哥，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第51段。

⁸ 例见：匈牙利，同上，第83段；印度，同上，第65段；意大利，同上，第17次会议(A/C.6/70/SR.17)，第58段；日本，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第130段；马来西亚，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第47段；葡萄牙，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第61段；瑞典(代表北欧国家)，同上，第20次会议(A/C.6/70/SR.20)，第62015段；联合王国，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第36段。

用《国际刑事法院罗马规约》第七条规定的危害人类罪定义，⁹ 同时有两个国家表示希望改进该定义。¹⁰

3. 几个国家指出，此项目值得重视的问题包括：防止危害人类罪；¹¹ 通过和统一国家法律；¹² 引渡或审判；¹³ 国家所犯和非国家行为者所犯的罪行；¹⁴ 促进国家间合作，包括引渡犯罪人和提供法律互助。¹⁵ 与此同时，一些国家要求进一步澄清什么是预防义务，¹⁶ 要求采用不同的术语(例如将危害人类罪称为“国际关切的最严重罪行”或“国际罪行”，而不是“国际法规定的罪行”¹⁷)，要求处理某些问题(例如不适用诉讼时效、¹⁸ 豁免、¹⁹ 对受害者的赔偿²⁰ 或国家法院需要考虑到国际判例²¹ 等问题)，或敦促避免某些问题(如民事管辖权、²² 豁免²³ 或建立监测新公约执行情况的体制结构等问题²⁴)。

⁹ 阿根廷，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 72 段；奥地利，同上，第 20 次会议(A/C.6/70/SR.20)，第 32 段；捷克共和国，同上，第 59 段；法国，同上，第 20 段；德国，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 15 段；日本，同上，第 130 段；大韩民国，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 56 段；新西兰，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 31 段；波兰，同上，第 21 次会议(A/C.6/70/SR.21)，第 68 段；葡萄牙，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 61 段；罗马尼亚，同上，第 21 次会议(A/C.6/70/SR.21)，第 79 段；俄罗斯联邦，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 18 段；斯洛伐克，同上，第 12 段；斯洛文尼亚，同上，第 4 段；南非，同上，第 14 段；瑞典(代表北欧国家)，同上，第 20 次会议(A/C.6/70/SR.20)，第 6 段；瑞士，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 18 段；联合王国，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 36 段。

¹⁰ 克罗地亚，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 78 段；墨西哥，同上，第 21 次会议(A/C.6/70/SR.21)，第 52-54 段。

¹¹ 新西兰，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 31 段；斯洛文尼亚，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 5 段；南非，同上，第 13 段。

¹² 秘鲁，同上，第 21 次会议(A/C.6/70/SR.21)，第 93 段；俄罗斯联邦，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 18 段。

¹³ 瑞典(代表北欧国家)，同上，第 20 次会议(A/C.6/70/SR.20)，第 6 段；联合王国，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 36 段。

¹⁴ 以色列，同上，第 21 次会议(A/C.6/70/SR.21)，第 74 段。

¹⁵ 例见：德国，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 14 段；葡萄牙，同上，第 61 段；瑞士，同上，第 20 段。

¹⁶ 印度尼西亚，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 29 段；

¹⁷ 奥地利，同上，第 20 次会议(A/C.6/70/SR.20)，第 31 段；法国，同上，第 20 段。

¹⁸ 瑞士，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 20 段。

¹⁹ 马来西亚，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 48 段；瑞士，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 20 段。

²⁰ 萨尔瓦多，同上，第 105 段；波兰，同上，第 21 次会议(A/C.6/70/SR.21)，第 68 段。

²¹ 德国，同上，第 22 次会议(A/C.6/70/SR.22)，第 15 段。

²² 联合王国，同上，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)，第 37 段。

²³ 同上。

²⁴ 法国，同上，第 20 次会议(A/C.6/70/SR.20)，第 21 段。

4. 许多国家表示支持为制定一项新公约起草这些条款。²⁵ 一些国家指出有一项不同的倡议，即：仅就法律互助和引渡问题制定一项新公约，而且不仅包含危害人类罪，还包含最严重的国际罪行。²⁶ 有三个国家对于就危害人类罪制定新公约是否可取和必要表示怀疑，认为《国际刑事法院罗马规约》等现有文书已足够，²⁷ 还有两个国家认为采用制定新条约以外的成果形式也许更合适。²⁸

5. 除第六委员会的辩论外，本报告还得益于从各国收到的书面意见。委员会2014年提出请求²⁹ (2015年再次提出该请求³⁰)，希望各国说明其关于危害人类罪的现行国家法律和案例法。上述意见就是应该请求提供的。

C. 本报告的目的与结构

6. 本报告的目的是论述各国根据本国法律就危害人类罪将采取的各种行动。此类罪行是整个国际社会关切的最严重罪行。本文论及下列问题：为确定与危害人类罪相关的罪行制定国家法律；确定在此类罪行发生时处理罪行的国家管辖权；为查明被指控犯罪人开展一般调查与合作；当被指控犯罪人身在某国领土时，行

²⁵ 见：奥地利，同上，第20次会议(A/C.6/70/SR.20)，第30段(欢迎特别报告员关于今后就此专题制定公约的结论)；智利，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第86段(指出委员会为在这方面制定新条约作出的贡献是至关重要的)；克罗地亚，同上，第75段(强烈支持旨在制定全球性国际文书的一切努力)；萨尔瓦多，同上，第103段(同意必须专门就此类罪行制定新的公约草案，以填补现有的空白)；德国，同上，第14段(认为制定新公约不仅能补充关于核心罪行的条约法，还能促进国家间合作)；匈牙利，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第83段(指出目前没有起诉危害人类罪的统一条约依据，而对于战争罪和灭绝种族罪则有此种依据，因此需要填补这一法律空白)；印度尼西亚，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第29段(提出制定新公约对于国际社会努力消除有罪不罚现象是不可或缺的，而且是当前框架中的一个关键的空白点)；以色列，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第74段(表示以色列若能为起草新条约作出贡献将感到荣幸)；意大利，同上，第17次会议(A/C.6/70/SR.17)，第58段(深信就此问题制定公约具有潜在的好处)；秘鲁，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第93段(欢迎为今后可能制定公约而努力)；葡萄牙，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第61段(认为制定新公约有助于消除有罪不罚现象，也有助于保障问责)；斯洛伐克，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第12段(认为起草新公约以处理此专题是明智的决定，因为这是唯一可行的办法)；瑞士，同上，第22次会议(A/C.6/70/SR.22)，第18和第20段(希望制定简明扼要的公约)；美国，同上，第41段(认为就制定公约起草条款可能是有益的)。

²⁶ 阿根廷，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第71段；希腊，同上，第20次会议(A/C.6/70/SR.20)，第48段；荷兰，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第41-43段；斯洛文尼亚，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第6段。

²⁷ 白俄罗斯，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第30段；希腊，同上，第20次会议(A/C.6/70/SR.20)，第47-48段；伊朗伊斯兰共和国，同上，第23次会议(A/C.6/70/SR.23)，第67段。

²⁸ 马来西亚，同上，第48段(建议制定准则草案)；新加坡，同上，第21次会议(A/C.6/70/SR.21)，第59段(建议采用其他成果形式，但未具体说明)。

²⁹ 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第34段。

³⁰ 《2015年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第24段。

使国家管辖权；将被指控犯罪人送交起诉，或将其引渡，或将其移交(引渡或审判)；在此过程的各个阶段公平对待被指控犯罪人。

7. 本报告第一章阐述缔约国有义务为确定与危害人类罪相关的罪行制定国家法律。针对罪行的条约通常有此种义务的规定。具体内容是国家刑法在出现下述情况时应判定犯罪人负有刑事责任：犯罪人“实施”相关行为(有些国家法律将其称作“直接”实施该行为、“犯有”该行为，或称作身为实施该行为的“主犯”)；犯罪人企图实施该行为，或以某种其他方式参与该行为或企图实施该行为(有些国家法律将其称作“教唆”、“协助”或“煽动”该行为，或充当该行为的“共犯”或“从犯”)。此外，有关国际文书以及许多国家的法律还规定，在某些情况下，指挥官和其他上级人员对下级的行为负有刑事责任。此类文书和法律还规定，单单因为下级根据上级命令而实施罪行，并不能作为下级不承担刑事责任的理由。有些文书和法律还规定时效限制不适用于此类罪行。最后，此类文书和法律通常还规定处罚应充分顾及罪行的严重性。第一章最后就如何处理这些有关危害人类罪的问题提出一项条款草案。

8. 本报告第二章论述确定在此类罪行发生时处理罪行的国家管辖权的相关问题。为确保此类危害人类罪的犯罪人没有庇护所，本章列出了针对各类罪行的条约通常要求缔约国确定的各种国家管辖权。通常，不仅罪行发生地点所在国必须确定此类管辖权，而且其他关联国家也必须予以确定，关联原因包括被指控犯罪人的国籍，也包括其所在之处。这些条约通常还规定，虽然条约要求国家确定某些形式的管辖权，但并不排除国家确定其他刑事管辖权。第二章最后就如何处理这些有关危害人类罪的问题提出一项条款草案。

9. 本报告第三章阐述，缔约国只要有理由认为在其管辖或控制的任何领土上已经发生或正在发生危害人类罪，便有义务迅速进行公正的调查。有些针对罪行的条约规定，一国只要有理由相信其境内发生了相关的罪行，便有义务进行调查。但是，也有许多条约无此规定。理想的情况是，一国如确定已经发生或正在发生此类罪行，并且认为其他国家的国民涉入该罪行，则会通知这些国家，以使其也能对该事项进行调查。在任何情况下，如果确定危害人类罪已经发生或正在发生，所有国家均应酌情携手努力查明并找到的人实施与罪行相关行为的人。鉴于为查明被指控罪犯而进行调查和合作如此重要，第三章最后就此种义务提出一项条款草案。

10. 本报告第四章论述了一国在被指控的罪犯出现于其境内时行使管辖权的问题。针对罪行的条约通常有此种义务的规定，其内容往往包括三个要求，即：该国应进行初步调查；该国应酌情采取措施，将被指控犯罪人送交刑事诉讼，或将其引渡，或将其移交，为此可能需要羁押此人；该国应通知其他对此事项拥有管辖权的国家，向其通报本国已采取何种行动，并说明本国是否打算将事项提交其主管当局进行起诉。第四章最后就如何处理这些有关危害人类罪的问题提出一项条款草案。

11. 本报告第五章论述一国有义务将被指控的犯罪人送交起诉，或将其引渡，或将其移交他国或相关国际法庭。针对罪行的条约通常载有此种引渡或审判义务的规定。此外，最近的一些条约还确认，国家履行此义务的一个可能途径是将被指控的罪犯移交给某国际刑事法院或法庭，由后者予以起诉。第五章最后就如何处理这些有关危害人类罪的问题提出一项条款草案。

12. 本报告第六章讨论在对被指控犯罪人进行诉讼过程的各个阶段有义务“公平对待”此人。针对罪行的条约通常都确认有此义务。这项义务包括公平审判被指控的犯罪人。此外，一如既往，各国还有一项较广义的义务，即保护此人的人权，包括在任何拘留期间保护其人权。如被指控犯罪人的国籍不属该国，则该国还有义务允许此人与本国代表联系并获得其探视。第六章最后就如何处理这些有关危害人类罪的问题提出一项条款草案。

13. 本报告第七章论述未来可能采用的工作方案。附件一载有 2015 年委员会第六十七届会议暂时通过的 4 个条款草案。附件二载有本报告提出的条款草案。

第一章 在国内法中定为犯罪

14. 纽伦堡国际军事法庭(纽伦堡法庭)确认必须惩治犯有危害人类罪等罪行的个人，宣布：“犯下违反国际法罪行的是人，而不是抽象的实体，只有通过惩治犯有此种罪行的人才能够执行国际法的规定”。³¹ 根据这一判决，《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》所确认的委员会国际法原则规定，“任何人所犯行为如构成国际法规定之罪行，则须为其承担责任并受到处罚”。³² 同样，1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》序言部分宣布，“有效惩治……危害人类罪为防止此种罪行、保障人权与基本自由、鼓励信心、促进民族间合作、及增进国际和平与安全的一个重要因素”。³³

15. 起诉和惩治危害人类罪的犯罪人可在国际刑事法院和法庭实施，但还必须在国家一级采取相关行动才能充分生效。《国际刑事法院罗马规约》的序言申明，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”。事实上，一些作者认为，由于国际法院和法庭能力有限，有时管辖权也有限，“多数情况下只有通过使用国家法院才能执行国际刑事法”。³⁴ 此外，一些作者还指出，“国家起诉不仅是执行国

³¹ “司法决定：国际军事法庭(纽伦堡)……”，第 221 页。

³² 《原则一，1950 年……年鉴》，第二卷，第 374 页。

³³ 截至 2015 年，该《公约》有 55 个缔约国。

³⁴ Brown，第 16 页。

际刑事法的主要手段，而且往往被视为开展国际起诉的上策，理由包括政治、社会、实用性、合法性等方面的因素”。³⁵

16. 本章讨论国内法律对危害人类罪犯罪人确立刑事责任的问题。本章首先讨论了目前针对危害人类罪通过国内法律的情况，表明许多国家均未这样做。然后，本章指出各种条约规定各国义务针对其他罪行通过国家法律，而这有助于为针对危害人类罪编制条款草案提供指导。本章随后分析了针对危害人类罪的国内法律和针对各种罪行的条约通常规定了哪些不同类型(或形式)的责任，特别是针对实际犯罪、企图犯罪、参与实际犯罪、参与犯罪企图等罪行规定了哪些刑事责任。本章随后讨论了因指挥责任或其他上级责任而发生犯罪的情况。讨论的内容包括以上级命令作为无法避免犯罪的理由这一问题，还包括对罪行适用法定时效的问题。然后探讨了关于给予适当惩罚的规定。本章最后提出了题为“由国内法律规定为刑事罪”的拟议条款草案，其中包括 3 个段落。

A. 国内法中的危害人类罪

17. 许多国家的国内法均以某种方式就危害人类罪作出规定，要求国家起诉此类罪行。³⁶ 特别是，在《国际刑事法院罗马规约》影响下，一些国家的法律以与《规约》第七条所述相同或非常相似的词语针对危害人类罪作出规定。事实上，2015 年委员会请求各国说明其国内法律后，下列国家均回复说其国内关于危害人类罪的法律与《规约》中的定义基本相符：奥地利、³⁷ 比利时、³⁸ 捷克共和国、³⁹ 芬兰、⁴⁰ 法国、⁴¹ 德国、⁴² 大韩民国、⁴³ 荷兰、⁴⁴ 瑞士⁴⁵ 和联合王国。⁴⁶ 古巴⁴⁷ 和西班牙⁴⁸ 也规定了危害人类罪，但规定方式不同于《规约》。

³⁵ Cryer, 第 70 页。另见：同上，第 587 页(“国际刑事法的大多数预定执法地点均为国家系统，而非国际法院”)；和 Saul, 第 59 页。

³⁶ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/680 号文件，第 53-56 段。另见 Eser 等人；Bergsmo、Harlem 和 Hayashi；García Falconí, 第 453 页；以及 van der Wolf。国别研究的例子见 Ferstman, 第 857 页；以及 van den Herik, 第 303 页。

³⁷ 奥地利给国际法委员会的书面评论(2015 年)(“将《国际刑事法院罗马规约》所特定的国际罪行纳入《奥地利刑法》的法案草案”)。

³⁸ 同上，比利时，其中援引其《刑法》第 136 条之三(“根据《国际刑事法院规约》，危害人类罪”)。

³⁹ 同上，捷克共和国。

⁴⁰ 同上，芬兰。

⁴¹ 同上，法国。

⁴² 同上，德国。

⁴³ 同上，大韩民国。

⁴⁴ 同上，荷兰。

⁴⁵ 同上，瑞士。

⁴⁶ 同上，联合王国(“[危害人类罪]的定义依据《国际刑规约》中的定义”)。

⁴⁷ 同上，古巴。

⁴⁸ 同上，西班牙。

18. 与此同时，许多国家尚未就危害人类罪通过国内法律。如关于此主题的第一次报告所述，⁴⁹ 2013 年进行的一项研究显示，根据对早些时候的研究进行审查，至多 54% 的联合国会员国(193 个国家中的 104 个)有某种形式的、明确针对危害人类罪的国内法律。⁵⁰ 其余会员国(193 个中的 89 个)似乎没有与危害人类罪有关的国内法。此外，2013 年的研究还发现，以前各项研究显示，最多只有 66% 的《罗马规约》缔约国(121 个中的 80 个)有某种形式的与危害人类罪有关的国内法，其余 34% 的《规约》缔约国(121 个中的 41 个)没有任何此类法律。⁵¹ 因此，各国似乎并不认为习惯国际法要求其通过国内法律，明确将危害人类罪定为犯罪行为。

19. 尚未就危害人类罪通过国内法律的国家，其刑法通常对谋杀、酷刑、强奸等多种行为确有某种形式的惩治规定，而此类行为在某些情况下可能构成危害人类罪。⁵² 然而，由于这些国家尚未将危害人类罪本身定为犯罪，可能妨碍对犯罪行为进行与其严重性相符的起诉和处罚。关于国际法规定的酷刑罪，禁止酷刑委员会对一些国家未能按 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》对酷刑的定义⁵³ 通过国内法、将酷刑定为刑事罪表示关切。该委员会在其《第 2 号一般性意见》中指出：

《公约》中的定义如与国内法中纳入的定义有重大差距，就会出现实际或可能的漏洞，从而导致有罪不罚现象。在某些情况下，尽管用语也许相近，但国内法或司法解释可能对其含义作了限定，因此委员会要求每一缔约国确保政府所有部门都根据《公约》中的

⁴⁹ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/680 号文件，第 58-61 段。

⁵⁰ 国际人权研究所，第 8 页；另见国会法律图书馆。

⁵¹ 国际人权研究所，第 8 页。

⁵² 给国际法委员会的书面评论(2015 年)，美利坚合众国。另见：《科特迪瓦共和国局势，检察官诉西蒙·巴博案，案件号 ICC-02/11-01/12 OA，2015 年 5 月 27 日对科特迪瓦 2014 年 12 月 11 日就第一预审分庭裁决所提上诉的判决书，题为“关于科特迪瓦质疑诉西蒙·巴博案件可受理性的决定”》，国际刑事法院，上诉分庭，第 99 段(其中认定国家起诉扰乱和平、组织武装团伙和破坏国家安全等国内普通罪行不是基于和本案行为大体相同的行为，即所指称的谋杀、强奸、其他不人道行为、迫害等危害人类罪)。

⁵³ 例见：《禁止酷刑委员会的结论和建议，斯洛文尼亚》(CAT/C/CR/30/4)，第 5(a)和 6(a)段(表示关切的是：“实质性刑法未具体列出酷刑罪，因为《刑法典》虽提及该罪行，却未加以定义”，并建议缔约国“迅速按计划通过酷刑定义，其中涵盖《公约》第一条的所有要素，并对国内刑法作出相应修订”)；《禁止酷刑委员会的结论和建议，比利时》(CAT/C/CR/30/6)，第 6 段(建议“比利时当局切实将《公约》第一条所载定义的所有要素列入比利时刑法所规定的一般定义”)。另见：同上，危地马拉(CAT/C/GTM/CO/4 和 Add.1)，第 10 段；同上，沙特阿拉伯(CAT/C/CR/28/5)，第 4(a)和 8(a)段；同上，法国(CAT/C/FRA/CO/3 和 Add.1)，第 5 段；同上，波斯尼亚和黑塞哥维那(CAT/C/BIH/CO/1 和 Add.1-2)，第 9 段。各国政府关于此问题的评论例见：关于禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录》，第五十七届会议，补编第 44 号(A/57/44)，第 30-35 段(贝宁)；同上，第五十五届会议，补编第 44 号(A/55/44)，第 49(a)段(奥地利)，第 54(a)段(芬兰)、第 68(a)段(阿塞拜疆)、第 74(a)段(吉尔吉斯斯坦)、第 80(a)段(乌兹别克斯坦)、第 87 段(波兰)、第 150(b)段(巴拉圭)、第 160 段(萨尔瓦多)、第 179(a)段(美利坚合众国)。

定义来界定国家义务。同时委员会也确认，只要国内的定义至少包含《公约》的标准并按《公约》标准予以适用，则国内定义即便较广泛，仍可促进《公约》的宗旨和目标。⁵⁴

有些作者认为，各国虽然无需逐字照搬《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》所载的定义，但至少须充分涵盖《公约》的定义，并须将其纳入国家法律，尤其是纳入《刑法典》。⁵⁵

B. 规定各国义务在国内法中将行为定为刑事罪的现行条约

20. 许多国家已批准或加入国际人道主义法、人权法或国际刑事法方面的各种条约，其中规定将某些类型的行为定为刑事犯罪。⁵⁶ 例如，1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定，“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有(公约)第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治”(第五条)。《公约》缔约国以通过国内法的方式执行了这项义务，如荷兰1964年7月2日通过了《灭绝种族罪公约执行法》，⁵⁷ 汤加也通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约落实法》。⁵⁸ 已为落实《公约》而颁布法律的国家还包括：阿尔巴尼亚、⁵⁹ 亚美尼亚、⁶⁰ 奥地利、⁶¹ 巴西、⁶² 保加利亚、⁶³ 克罗地亚、⁶⁴ 古巴、⁶⁵ 捷克共和国、⁶⁶ 斐济、⁶⁷ 德国、⁶⁸ 加

⁵⁴ 禁止酷刑委员会，《第2号一般性意见》(CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)，第9段。关于该委员会在第二条方面做法的评估，见Nowak和McArthur，第94-107页。

⁵⁵ Nowak和McArthur，第239页(其中援引CAT/C/CR/30/6(见以上脚注53)，第6段；《禁止酷刑委员会的结论和建议》，爱沙尼亚(CAT/C/CR/29/5，第6(a)段)。另见Ingelse，第222页。

⁵⁶ 总体情况见，Ambos, *Treatise on International Criminal Law*，第93-95页；Dupuy和Kerbrat，第587-588页。

⁵⁷ 1964年7月2日《灭绝种族罪公约执行法》，可查阅 wetten.overheid.nl/BWBR0002453/geldigheidsdatum_wijkt_af_van_zoekvraag/geldigheidsdatum_01-05-2002。

⁵⁸ 《汤加法律》，第19章，《1969年第8号法案》，《防止及惩治灭绝种族罪公约落实法》，可查阅 www.pacii.org/to/legis/consol_act/ga75.rtf。

⁵⁹ 《阿尔巴尼亚共和国刑法典》，《1995年1月27日第7895号法律》(2013年修订)，第73条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁶⁰ 2003年4月18日《亚美尼亚共和国刑法典》(2013年修订)，第393条，同上。

⁶¹ 给国际法委员会的书面评论(2015年)，奥地利。

⁶² 巴西，1956年10月1日《第2889号法律》，可查阅 www.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/brasil.htm。

⁶³ 保加利亚，《刑法典》，第26/02.04.1968号(2010年修订)，第416条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁶⁴ 克罗地亚，《刑法典》，1997年10月21日《第110号政府公报》(2003年修订)，第156条，同上。

⁶⁵ 古巴，《刑法典》，1987年12月29日《第62/87号法令》，第116条，第1款，可查阅 www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=242550。

⁶⁶ 捷克共和国，《刑法典》，《第140/1961号法案》，第259条，可查阅 www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/country_profiles/legislation/CT%20Legislation%20-%20Czech%20Republic%20Criminal%20Code.pdf。

⁶⁷ 斐济群岛，《刑法典》，第69条(由1969年第25号法令增列，经1970年11月13日命令和1973年第15号法令修订)，可查阅 www.preventgenocide.org/law/domestic/fiji.htm。

⁶⁸ 德国，2002年6月26日《违反国际法罪行法引入法案》，第二编，第一章，第6条，可查阅 www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf。

纳、⁶⁹ 匈牙利、⁷⁰ 以色列、⁷¹ 意大利、⁷² 列支敦士登、⁷³ 墨西哥、⁷⁴ 葡萄牙、⁷⁵ 罗马尼亚、⁷⁶ 俄罗斯联邦、⁷⁷ 斯洛文尼亚、⁷⁸ 西班牙、⁷⁹ 瑞典⁸⁰ 和美国。⁸¹ 一些国家不是就灭绝种族罪通过详细的国内法，而是干脆以对照索引方式将《防止及惩治灭绝种族罪公约》纳入国内法。⁸²

21. 同样，1949 年关于保护战争受难者的日内瓦四公约也分别规定，“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有……严重破坏本公约之行为之人，予以有效的刑事制裁”，相关定义如公约所述。⁸³ 红十字国际委员会对各国法律进行了

-
- ⁶⁹ 加纳，1960 年《刑法典》，《第 29 号法案》(截至 2003 年的修正版)，第 49A 条，可查阅 www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1787。
- ⁷⁰ 匈牙利，《刑法典》，2012 年《C 号法案》(2012 年 7 月 13 日颁布)，第 142 条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。
- ⁷¹ 以色列，1950 年 3 月 29 日《第 5710-1950 号灭绝种族罪(预防和处罚)法》，可查阅 preventgenocide.org/il/law1950.htm。
- ⁷² 意大利，1967 年 10 月 9 日《第 962 号法》，可查阅 preventgenocide.org/it/legge.htm。
- ⁷³ 列支敦士登，1987 年 6 月 24 日《刑法典》，第 321 条，可查阅 www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=10181。
- ⁷⁴ 墨西哥，1931 年 8 月 14 日《联邦刑法典》，第 149 条之二(2014 年 7 月 14 日更新)，可查阅 www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14542。
- ⁷⁵ 葡萄牙，《刑法典》，1995 年 3 月 15 日《第 48/95 号法令》，第 239 条，可查阅 www.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/portugal.htm。
- ⁷⁶ 罗马尼亚，《刑法典》，2009 年 7 月 17 日《第 286 号法律》(2012 年修订)，第 438 条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。
- ⁷⁷ 俄罗斯联邦，《刑法典》，1996 年 6 月 13 日《第 63Fz 号法》(2012 年修订)，第 357 条，同上。
- ⁷⁸ 斯洛文尼亚，《刑法典》(KZ-1)，第 100 条(2008 年)，同上。
- ⁷⁹ 西班牙，《刑法典》，《第 10/1995 号组织法》，第 607 条 (1995 年 11 月 23 日)，同上。
- ⁸⁰ 瑞典，《刑法典》，《第 1964: 169 号法》，可查阅 preventgenocide.org/se/lag169.htm。
- ⁸¹ 《美国法典》，第 18 卷，第 1091 条(2012 年)，可查阅 www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-partI-chap50A-sec1091。
- ⁸² 例见：《安提瓜和巴布达法律》，第 191 章，《灭绝种族罪法》，第 3 条，可查阅 www.laws.gov.ag/acts/chapters/cap-191.pdf；《巴巴多斯法律》，《灭绝种族罪法》，第 133A 章(1980-18)，第 4 条，可查阅 208.109.177.6/en/ShowPdf/133A.pdf；爱尔兰，《第 28/1973 号灭绝种族罪法》，第 2(1) 条，可查阅 www.preventgenocide.org/law/domestic/ireland.htm；塞舌尔，1969 年《灭绝种族罪法》(海外领土)，1970 年，第 1(1) 条，可查阅 www.seylli.org/sc/legislation/consolidated-act/88。
- ⁸³ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《第一公约》)，第四十九条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》)，第五十条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》)，第一百二十九条；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)，第一百四十六条。

全面分析，发现已有 98 个国家通过了执行关于保护战争受害者的《日内瓦四公约》此项规定的国内法，至少有 30 个国家在其军事手册中就此问题作出规定。⁸⁴

22. 事实上，在国内法中将某些行为“定为犯罪”这一义务存在于一系列国际公约中，包括：1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》；⁸⁵ 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的纽约公约》；⁸⁶ 1979 年《反对劫持人质国际公约》；⁸⁷ 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》；⁸⁸ 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》；⁸⁹ 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》；⁹⁰ 1994 年《美洲被迫失踪人士公约》；⁹¹ 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；⁹² 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁹³ 1999 年《非统组织[非洲统一组织]防止和打击恐怖主义公约》；⁹⁴ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》；⁹⁵ 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；⁹⁶ 2007 年《东盟[东南亚国家联盟]反恐怖主义公约》。⁹⁷

⁸⁴ 见红十字国际委员会(红十字委员会)，习惯国际人道主义法数据库，“第 43 章：与第一百五十一条有关的实践。个人责任”(见关于国内法和军事手册的部分)，可查阅 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter43_rule151。

⁸⁵ 第二条(“各缔约国承允对上述罪行给予严厉惩罚”)。

⁸⁶ 第二条第 2 款(“每一缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”)。

⁸⁷ 第二条(“各缔约国应根据罪行的严重性质，对[本公约]所列罪行规定处以适当刑罚”)。

⁸⁸ 第四条(“各缔约国应确保其刑法将所有酷刑行为定为犯罪。……各缔约国应规定按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”)。

⁸⁹ 第六条(“缔约国应确保其刑法将所有酷刑行为和试图实施酷刑的行为均定为犯罪，并应规定按照这类行为的严重性给予严厉惩罚”)。

⁹⁰ 第九条第 2 款(“各缔约国应规定对于[本公约]所列罪行应根据其严重性处以适当刑罚”)。

⁹¹ 第三条(“缔约国承诺采取……必要立法措施将强迫失踪定为犯罪，并规定处以与其极端严重性相符的适当惩罚”)。

⁹² 第四条(每一缔约国应酌情采取必要措施：(a) 在本国国内法下规定本公约……所述罪行为刑事犯罪；(b) 使这些罪行受到适当惩罚，这种惩罚应考虑到罪行的严重性”)。

⁹³ 第四条(每一缔约国应酌情采取必要措施：(a) 在本国国内法下规定[本公约]所述罪行为刑事犯罪；(b) 使这些罪行受到适当惩罚，这种惩罚应考虑到罪行的严重性”)。

⁹⁴ 第 2(a)条(“缔约国承诺……审查国内法，将本公约界定的恐怖主义行为定为刑事犯罪，并规定对此类罪行依其严重性处以适当刑罚”)。

⁹⁵ 第 5 条第 1 款(“各缔约国均应采取必要的立法和其他措施，将本议定书……所列行为规定为刑事犯罪：”)。

⁹⁶ 第七条第一款(“各缔约国应考虑到强迫失踪罪的极端严重性，对之给予相应的处罚”)。

⁹⁷ 第九条第 1 款(“各缔约国应采取可能必要的措施，包括在适当情况下制定国内法，确保本公约第二条所述罪行，尤其是意在恐吓某一群体的罪行，或意在迫使某国政府或某国际组织从事或不从事某种行为的罪行，在任何情况下都不因政治、哲学、意识形态、种族、族裔、宗教方面的理由或其他类似性质的理由而被视为正当”)。

23. 国际法院在审理关于起诉或引渡义务问题的案件(比利时诉塞内加尔)时曾回顾, 各种条约、特别是《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》均接受此类义务, 指出:

许多旨在打击国际犯罪的国际公约均规定, 国家有义务将酷刑定为刑事罪, 并有义务确定国家有权管辖此类罪行。有关国家在接受该《公约》的约束后, 必须立即履行此义务, 而该义务尤其具有预防和威慑性质, 因为缔约国一旦为起诉这类罪行确立必要的法律工具, 便确保其法律制度可为此开展活动, 而且也承诺协同消除任何发生有罪不罚现象的风险。随着缔约国数目不断增加, 这种预防性质也日益明显。⁹⁸

C. 实施罪行、企图实施罪行、参与罪行

24. 调查表明, 国际文书和国内法均就危害人类罪的各类(或各种形式)个人刑事责任作出了规定。首先, 所有已将危害人类罪定为犯罪的司法管辖机构, 均规定“实施”罪行者(有的国内法称之为“直接”实施罪行者, 有的称之为“犯下”罪行者, 有的称之为实施罪行的“主犯”)承担刑事责任。例如, 《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》及其附件《欧洲国际军事法庭宪章》(《纽伦堡宪章》)规定, 国际军事法庭对“无论作为个人还是组织成员、为欧洲轴心国之利益行事而犯有任何下列罪行之人”具有管辖权(第六条)。同样, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》⁹⁹ 和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》¹⁰⁰ 也规定, 凡“实施”危害人类罪的人“应当为该项犯罪负个人责任”。《国际刑事法院罗马规约》规定, “实施本法院管辖权内的犯罪的人, 应依照本规约的规定负个人责任, 并受到处罚”, 而且“有下列情形之一的人, 应依照本规约的规定, 对一项本法院管辖权内的犯罪负刑事责任, 并受到处罚……单独[或]伙同他人, 实施这一犯罪”(第二十五条第(一)款和第(三)款第1项)。同样, 塞拉利昂问题特别法庭、¹⁰¹ 东帝汶重罪特别审判小组、¹⁰² 柬埔寨法院特别法庭、¹⁰³ 伊拉克最高刑事法庭、¹⁰⁴ 在

⁹⁸ 《判决书》, 《2012年国际法院案例汇编》, 第442页, 第451页第75段。

⁹⁹ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》更新版, 经安全理事会1993年5月25日第827(1993)号决议通过, 第七条第1款。

¹⁰⁰ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》, 经安全理事会1994年11月8日第955(1994)号决议通过, 附件, 第6条第1款。

¹⁰¹ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》, 可查阅 www.rscsl.org/documents.html, 第6条第1款。

¹⁰² 联合国东帝汶过渡行政当局, 《关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的审判小组的第2000/15号条例》(UNTAET/REG/2000/15)第5节。

¹⁰³ 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》, 第5条。另见《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定》(大会2003年5月22日第57/228 B号决议)。

¹⁰⁴ 《伊拉克特别法庭规约》, 《国际法材料》, 第43卷, 第236页, 第10(b)条。2005年, 伊拉克临时政府在原规约的基础上颁布了新的规约, 将法庭更名为“伊拉克最高刑事法庭”。见《伊拉克特别法庭法》, 第10号决议, 《伊拉克共和国政府公报》, 第47卷, 第4006号(2005年10月18日)。

塞内加尔司法系统内设立的非洲特别法庭¹⁰⁵ 的规约文书均规定，“实施”危害人类罪的人负有刑事责任。

25. 针对危害人类罪的国家法律一概将“实施”此类罪行定为刑事犯罪。委员会请求各国提供资料，说明其国家立法。几乎所有作出答复的国家(澳大利亚、¹⁰⁶ 奥地利、¹⁰⁷ 比利时、¹⁰⁸ 古巴、¹⁰⁹ 捷克共和国、¹¹⁰ 芬兰、¹¹¹ 法国、¹¹² 德国、¹¹³ 荷兰、¹¹⁴ 西班牙、¹¹⁵ 瑞士、¹¹⁶ 大韩民国¹¹⁷ 和联合王国¹¹⁸)均表示其将“实施”危害人类罪定为刑事犯罪。¹¹⁹

26. 虽然危害人类罪是依据国家政策或组织政策实施，表明可能在最高一级共谋犯罪，但犯下罪行的较低级别人员也负有刑事责任。根据一些作者的说法，此类人员必须承担参与犯罪的刑事责任，因为大规模的国际罪行“不仅需要策划者和实施者，也需要众多行为者参与——有时这些人的参与途径仅仅是完成‘工作任务’，或是因为他们想保持和睦或不愿反对权力更大的人——这些人共同使大规模犯罪成为可能”。¹²⁰ 此外，“实施”罪行也“可能涉及未履行规定行为(即未尽义务行为)。”¹²¹

¹⁰⁵ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》，《国际法材料》，第 52 卷，第 4(2013)号，第 1028-1029 页，第 4(b)和第 6 条。

¹⁰⁶ 给国际法委员会的书面评论(2016 年)，澳大利亚，其中援引该国《刑法典》第 268 条。

¹⁰⁷ 给国际法委员会的书面评论(2015 年)，奥地利，其中援引该国《刑法典》第 321 条。

¹⁰⁸ 同上，比利时，其中援引该国《刑法典》第 136 条之六。

¹⁰⁹ 同上，古巴，其中援引该国《刑法典》第 18 条。

¹¹⁰ 同上，捷克共和国，其中援引该国《刑法典》第 401 条。

¹¹¹ 同上，芬兰，其中援引该国《刑法典》第 11 章第 3 条。

¹¹² 同上，法国，其中援引该国《刑法典》第 212-1 条。

¹¹³ 同上，德国，其中援引该国《刑法典》第 7 条。

¹¹⁴ 同上，荷兰，其中援引该国《刑法典》第 4 条。

¹¹⁵ 同上，西班牙，其中援引该国《刑法典》第 451 条。

¹¹⁶ 同上，瑞士，其中援引该国《刑法典》第 264 a 条。

¹¹⁷ 同上，大韩民国，其中援引该国《刑法典》第 9 条。

¹¹⁸ 同上，联合王国，其中提到 2001 年《国际刑事法院法》。

¹¹⁹ 针对其他类型罪行的条约也一概要求缔约国通过禁止直接犯下相关罪行的国内法。例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定实施灭绝种族罪的须负个人刑事责任(第三(a)条)。

¹²⁰ Cassese 等人，第 381 页。另见 Bantekas, *International Criminal Law*, 第 51-75 段。

¹²¹ O'Keefe, 第 169 页。

27. 第二,所有这些司法管辖机构在某种程度上也迫使以“实施”罪行以外的方式参与罪行的人承担刑事责任。这种行为可能采取“企图”实施犯罪的形式,或作为犯罪行为或未遂犯罪行为的“从犯”或“共犯”。关于“企图”实施犯罪,前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和塞拉利昂问题特别法庭规约均没有对这类责任做出规定。¹²² 相比之下,《国际刑事法院罗马规约》规定了企图实施犯罪者的刑事责任,除非此人放弃实施犯罪或以其他方式防止完成犯罪(第二十五条,第3(f)段)。在班达和杰宝案中,预审分庭指出,对未遂罪承担刑事责任“的前提是:若非不受犯罪人控制的外部环境干预,则犯罪人的行为在正常情况下本来会导致完成犯罪。”¹²³ 关于“从犯”责任,国际文书通过各种不同的术语界定这一概念,如“命令”、“唆使”、“引诱”、“煽动”、“鼓动”、“伙同作案”、“进行共谋”、“作为共犯”、“参与”或“共同犯罪活动”。¹²⁴

28. 因此,《纽伦堡宪章》规定,“凡参与拟订或执行旨在实施此类罪行之一的共同计划或密谋的领导者、组织者、发动者和同谋者,他们对为执行此类计划而犯罪的任何个人的一切行为负有责任。”(第6条)。委员会在《纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之国际法原则》原则七中指出,“共同实施”危害人类罪之行为“在国际法上为犯罪行为”。¹²⁵

29. 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》第二条同样规定:

遇犯有第一条所称各罪情事,本公约的规定适用于以正犯或从犯身份参加或直接煽动他人犯各该罪,或阴谋伙党犯各该罪的国家当局代表及私人,不问既遂的程度如何,并适用于容许犯此种罪的国家当局代表。

30. 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》规定“凡计划、教唆、命令、犯下或协助或煽动他人计划、准备或进行本规约第2至5条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任”,¹²⁶ 《卢旺达问题国际法庭规约》使用的措词几乎如出一辙。¹²⁷ 两个法庭均已就被告参与其各自管辖范围内的罪行将被告定

¹²² 前南问题国际刑事法庭最新规约(见上文脚注99)。

¹²³ 检察官诉班达和杰宝案,ICC-02/05-03/09号案,关于2011年3月7日确认指控的决定的更正,国际刑事法院第一预审分庭,第96段。

¹²⁴ 一般情况见 van Sliedregt and Jain。将这种参与罪行的行为定为刑事犯罪的某些方面引起了批评。例如,见 Ohlin。关于所有这些类型的责任均可视为属于一种关于犯罪行为的统一理论的论点,见 Stewart, “The end of ‘modes of liability’ for international crimes”。

¹²⁵ 《国际法委员会年鉴》,1950年,第二卷,第377页。

¹²⁶ 第7条第1款。法庭的各项决定分析了此类刑事责任。例如,见检察官诉塔迪奇,IT-94-1-A号案件,1999年7月15日的判决,前南问题国际法庭,上诉分庭,第220段(判决“习惯国际法中牢固确立了共同设计是共犯责任的一种形式的概念”)。

¹²⁷ 《卢旺达问题国际法庭规约》(见上文脚注100),第6条,第1款。

罪。¹²⁸ 同样，管辖塞拉利昂问题特别法庭、¹²⁹ 东帝汶重罪特别审判分庭、¹³⁰ 柬埔寨法院特别法庭、¹³¹ 伊拉克最高刑事法庭¹³² 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭¹³³ 的文书均规定，以任何形式参与实施危害人类罪的人负有刑事责任。

31. 委员会在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 2 条中，规定了个人刑事责任的若干类型，其中除其他外涉及危害人类罪，特别是针对犯罪人的下述行为：

- (a) 故意实施罪行；
- (b) 下令实行实际发生或未遂的该罪行；
- (c) 没有防止或制止该罪行[身为犯罪者的上级或对其有指挥关系时]；
- (d) 在知悉的情况下帮助、唆使或以其他方式直接和实际地协助实行该罪行，包括提供实施该罪行的手段；
- (e) 直接参与计划或共谋实行实际发生的该罪行；
- (f) 直接和公开地煽动另一个人实行实际发生的该罪行；
- (g) 企图实施该罪行，即采取行动开始实施犯罪，但罪行由于不以其意图为转移的情况才没有实际发生。¹³⁴

32. 《国际刑事法院罗马规约》规定，如果某人“通过……另一人实施这一犯罪”，如果此人“命令、唆使、引诱实施这一犯罪，而该犯罪事实上是既遂或未遂的”，如果此人“为了便利实施这一犯罪，帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施这一犯罪，包括提供犯罪手段”，或如果此人在符合某些条件的情况下“以任何其他方式支助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪”，则应负刑事责任。¹³⁵

¹²⁸ 例如，见检察官诉 *Anto Furundžija*，IT-95-17/1-T 号案件，1998 年 12 月 10 日的判决，第二审判分庭，及《国际法律素材》，第 38 卷，第 2 号(1999 年 3 月)，第 246 段(认定“如果他很可能将实施一些罪行之一，而且实际上确实实施了其中一个罪行，那么他意图协助实施这一罪行，并犯有协助和煽动罪”)。

¹²⁹ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注 101)，第 6 条，第 1 款。

¹³⁰ UNTAET/REG/2000/15(见上文脚注 102)，第 14 节。

¹³¹ 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103)，第 29 条。

¹³² 《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注 104)，第 15 条。

¹³³ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》(见上文脚注 105)，第 10 条。

¹³⁴ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 18-19 页。

¹³⁵ 第二十五条，第(三)款第 1-4 项。评注见 Finnin。

33. 这些不同文书中的“命令”犯罪这一概念不同于下一分节讨论的“指挥”或其他上级责任的概念，并补充了后者。在这里，“命令”涉及上级明确指示实施构成犯罪的行为的刑事责任。相比之下，指挥或其他上级责任涉及上级未采取行动的刑事责任；具体而言，是上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者的情况。此外，在这些不同文书中，“唆使”、“引诱”、“协助”和“教唆”犯罪的相关概念包括鼓励、要求或煽动他人从事构成犯罪的行为；这些概念不需要任何上级/下属关系。¹³⁶

34. 在谈到“从犯”参与犯罪的刑事责任的范围时，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在塔迪奇案中做出如下解释：

所有那些参与无论以何种方式犯下的严重违反国际人道主义法行为的人，或参与实施这些侵权行为的人，都必须被绳之以法。如果是这样的话，则合理的结论是，《规约》并不局限于就计划、唆使、命令、实际实施犯罪或以其他方式教唆计划、准备或实施犯罪的人作出管辖规定。……《规约》并不排除以如下方式参与实施犯罪：几个拥有共同目的的人着手进行犯罪活动，随后联合进行犯罪活动，或由这个团伙中的一些成员进行犯罪活动。凡协助一个团伙或该团伙中的某些成员为执行一个共同犯罪目的实施犯罪的人，将可追究其刑事责任，但须符合某些条件。¹³⁷

35. 许多国家的法律还使用略有出入的术语和表述，规定这种参与犯下危害人类罪的人负有刑事责任。例如，古巴《刑法》规定了各种形式的危害人类罪责任，其范围超出“实施”相关行为，所规定的犯罪人包括：

- (a) 实施该罪行的人本身；
- (b) 计划罪行及其实施方法的人；
- (c) 导致另一个负有刑事责任的人实施犯罪的人；
- (ch) 通过采取非此无法实施犯罪行为的行动参与实施了犯罪行为的人；
- (d) 通过另一人犯下罪行者，但另一人不是行为人或不须受惩罚，或不为该罪行负刑事责任，因为他们是由于暴力、胁迫或欺骗等手段而采取的行动。¹³⁸

36. 古巴进而规定，“就危害人类、人类尊严……和国际条约规定的罪行而言，所有应承担刑事责任的人，无论其参与的性质，均被视为犯罪者。”¹³⁹ 其他国

¹³⁶ 一般而言，见 Ambos，第 743-770 页；O’Keefe，第 188-192 页。

¹³⁷ 检察官诉 *Duško Tadić* (见上文脚注 126)，第 190 段)。另见检察官诉 *Radoslav Brđanin* 案，IT-99-36 A 号案件，2007 年 4 月 3 日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭；检察官诉 *Milan Martić* 案，IT-95-11 A 号案件，2008 年 10 月 8 日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭。

¹³⁸ 向国际法委员会提出的书面评论意见(2015 年)，古巴，援引其《刑法》第 18 条第 2 款。另见同上，德国，援引其《刑法》第 2 节第(5)款。

¹³⁹ 同上，古巴，援引其《刑法》第 18 条第 4 款。

家也规定了企图或参与实施危害人类罪的行为。例如，芬兰在其法规适用于危害人类罪的部分中规定“惩处未遂行为”。¹⁴⁰ 大韩民国惩处构成危害人类罪的“任何未遂犯罪”。¹⁴¹ 联合王国“规定了危害人类罪的主犯和从犯责任。尤其是……2001年[国际刑事法院(国际刑院)]法案明确规定，下列行为构成危害人类罪方面的‘附属’罪行：(a) 协助、教唆、指导或促成实施犯罪，(b) 煽动他人实施犯罪，(c) 意图或共谋实施犯罪，或(d) 帮助罪犯或隐瞒实施了罪行”。¹⁴²

37. 在 *Zazai* 诉加拿大案中，一个加拿大上诉法院如此解释在起诉危害人类罪方面共谋的性质：

在普通法中，按照加拿大刑法，[共谋]曾是、而且仍然是一种实施犯罪的形式。这是指一个人的行为或不作为帮助促进一种犯罪，或其目的是为了帮助促进一种犯罪。此时，共犯因实际实施、协助实施或推动实施的犯罪而被控告，并接受审判。换言之，无论从我国国内法角度还是国际法的角度来看，共犯均谋划协助实施犯罪。¹⁴³

38. 因此，该案中的被告被认定有罪，

原因是他自愿成为一个组织成员并从中获益，该组织的存在只有一个范围有限而野蛮的目的，即消除反政府活动和实施构成危害人类罪或可定性为危害人类罪的犯罪。他知道自己参与并协助的组织正在犯下酷刑罪和谋杀罪。¹⁴⁴

39. 针对危害人类罪以外罪行的条约通常规定参与实施罪行者承担刑事责任，其使用的宽泛术语并不试图要求各国改变国内法中已牢固确立的首选术语或方式。换言之，这些条约使用通用术语而不是具体用语，使各国能够在国家法律或判例内规定刑事责任的范畴。例如，《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约的1999年第二议定书》第15条第2款规定：

各缔约国应采取必要措施，依据国内法对本条款所列之各种违约行为加以指控，并通过适当刑罚制止此类行为。在这样做时，缔约国应遵守法律的一般原则和国际法，尤其是遵守把个人刑事责任扩大到直接行为者以外之其他人的规则。*

40. 尽管当代条约就实施犯罪、企图实施犯罪、参与犯罪所使用的一般措辞可能各不相同，但最近在《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第6条第1(a)款中使

¹⁴⁰ 同上，芬兰，援引其《刑法》第11章第3节。另见同上，奥地利，援引其《刑法》第321 b节第4-5款；加拿大，援引2000年6月29日危害人类罪和战争罪法(S.C.2000, c.24)，第4节第(1.1)款，可查阅 laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/FullText.html；《美国联邦法典》，标题18，第1091节。

¹⁴¹ 向国际法委员会提出的书面评论意见(2015年)，大韩民国，援引其《刑法》第9条第(5)款。另见同上，比利时，援引其《刑法》第136条之六-之七。

¹⁴² 同上，联合王国。

¹⁴³ *Zazai* 诉加拿大(公民和移民部长)，第2005 FCA 303号，2005年9月20日的判决，联邦上诉法院的判决，第13-14段。

¹⁴⁴ 同上，第26段。

用了简洁的措词，即：“各缔约国应采取必要措施，至少追究下列人员的刑事责任：……所有制造、指令、唆使或诱导制造或企图制造强迫失踪的人，以及同谋或参与制造强迫失踪的人。”

41. 在大多数国际和国家司法管辖范围内，刑事责任涉及自然人而不是法人(例如企业)的责任。然而，近年来，许多国家司法管辖的案件涉及到企业的刑事责任。¹⁴⁵ 此外，在一些国家司法管辖范围内此类责任还涉及国际罪行。¹⁴⁶ 这促使人们呼吁制定此领域的法律。¹⁴⁷ 即便如此，企业的刑事责任并没有得到全世界一致承认，¹⁴⁸ 而且承认该责任的各司法管辖机构所采取的做法也存在较大差异。¹⁴⁹

42. 迄今为止，企业刑事责任尚未在任何国际刑事法院或法庭中扮演重大角色。《纽伦堡宪章》授权国际军事法庭指认任何团体或组织为罪犯，¹⁵⁰ 在国际军事法庭诉讼过程中以及随后按照监督委员会第 10 号法的诉讼中，¹⁵¹ 若干纳粹组织被指认为犯罪组织。但最终只有自然人受到这些战后法庭审判和惩罚。¹⁵² 同

¹⁴⁵ 见 de Doelder 和 Tiedemann(对各国进行普遍调查); Brickey(讨论企业刑事责任在美国的历史); Hasnas(同上); Gobert 和 Pascal(评估 16 个欧洲司法管辖机构的企业刑事责任); Vermeulen, De Bondt 和 Ryckman(指出企业刑事责任直至 1976 年在荷兰实行才进入欧洲国家)。另见 Couturier; Fisse 和 Braithwaite; Wells; Kyriakakis, “因国际罪行起诉企业”; Pieth and Ivory; Stewart, “转向企业刑事责任……”。

¹⁴⁶ 见 Ramasastry 和 Thompson(调查 16 个法律制度并发现其中许多法律制度规定了国际罪行的企业刑事责任)。另见 Amann; Stewart, “一种务实的企业犯罪理论评论”。

¹⁴⁷ 例如，见 Clapham, “扩大国际刑事法……”; Kelly; Stoitchkova; van der Wilt, “国际罪行的企业刑事责任”。

¹⁴⁸ 例如，见 the Harvard Law Review Association, 第 2 031 页(认为许多国家国内法中不承认企业责任)。

¹⁴⁹ 例如，在瑞士，只有当作为一项商业活动的一部分实施的一项罪行或不端行为无法归咎于与该商业活动有关的某一具体个人时，才会产生企业刑事责任。见瑞士刑法典，第 102(1)条，SR311.0。

¹⁵⁰ 第 9 条(“在对任何集团或组织的个别成员进行审判时，法庭可以(对于被告被判有罪的任何行为)宣告被告所属的集团和组织为犯罪组织”)。

¹⁵¹ 监督委员会第 10 号法律，载于 *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. I, Washington D.C., United States Government Printing Office, pp. XVI–XIX。

¹⁵² 例如，见 *United States v. Krauch et al.*, (“The I.G. Farben Case”), in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vols. VII–VIII, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1952。法庭在此案中认定，如果“个人或法人通过计划和执行一项明确界定的永久获取公共或私人财产的设计参与非法没收这种财产，在这种情况下没收之后的购买构成违反海牙章程的行为”。同上，第 VIII 卷，第 1132-1133 页。法庭还裁定“证据证明有合理理由相信，[I.G.] Farben 犯下了监督委员会第 10 号法律中定义的侵犯财产，并且这些罪行与上述德国对被占领国家政策有关联，是其不可分割的一部分。……在这种情况下，[I.G.] Farben 及其代表的行为无法与德意志帝国军官、士兵、或公共官员的掠夺行为区别对待。”同上，第 1140 页。然而，最终“企业被告[I.G.] Farben 没有在本法庭出庭，也不能受到这些诉讼的刑事处罚。”同上，第 1153 页。关于对纽伦堡法庭在这方面遗产的分析，见 Bush。

样，前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对企业或其他法人没有任何刑事管辖权，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、伊拉克最高刑事法庭和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭也没有刑事管辖权。《国际刑事法院罗马规约》的起草者指出，“对于规约中是否应包括法人刑事责任的问题看法有重大的分歧”，¹⁵³ 虽然有人提议列入一项关于企业刑事责任的规定，但最终《规约》并未载入此类规定。¹⁵⁴

43. 但是，最近的一次例外似乎是修正《非洲司法和人权法院章程》的 2014 年 6 月非洲联盟议定书；该议定书一旦生效，将授予重新设立的非洲法院审理企业国际罪行、包括危害人类罪的管辖权。¹⁵⁵ 此外，虽然未明文规定黎巴嫩问题特别法庭对企业有管辖权(或对危害人类罪有管辖权)，但该法庭的一个上诉分庭于 2014 年得出结论认为，可以按藐视法庭罪起诉企业(原因是据称泄漏了受保护证人的身份)。¹⁵⁶ 除其他外，该分庭得出结论认为，“当前的国际人权标准允许对“人”这个术语进行解释，[在藐视法庭的管辖权问题上]将法律实体包括在内。”¹⁵⁷

44. 许多针对犯罪的条约中没有明确纳入这种刑事责任，包括《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《关于保护国际性武装冲突受难者的日内瓦四公约》、《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》、《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》、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。最近的一些条约，通常是针对金融交易的条约，¹⁵⁸ 确实呼吁针对企业责任颁布国家法律。¹⁵⁹ 但即便如此，有关规定通常不要求进行刑事制裁，而是规定“在

¹⁵³ 国际刑事法院规约草案，载于设立国际刑事法院筹备委员会的报告(A/CONF.183/2/Add.1)，第 23 条，第 6 款，脚注 3。

¹⁵⁴ 见 Kyriakakis，“企业刑事责任和国际刑事法院规约”。

¹⁵⁵ 见截至 2014 年 5 月 15 日星期四的《非洲司法和人权法院规约议定书》修正案议定书草案(STC/Legal/Min/7(I) Rev.1)，第 46C 条，第 1 款(规定“为本规约的目的，本法院拥有对除国家之外的法人的管辖权”)。

¹⁵⁶ New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1，上诉分庭，2014 年 10 月 2 日关于就藐视法庭的诉讼中属人管辖权问题提出的中间上诉的判决，黎巴嫩问题特别法庭。

¹⁵⁷ 同上，第 60 段。经过对提到企业刑事责任的条约的简短调查，上诉分庭发现“企业对于严重伤害承担责任是世界上大多数法律制度的一个特点，因此有资格作为一项一般法律原则。各国之间仍然存在分歧的是，这种责任应属民事责任、刑事责任，还是两者兼而有之。但是，上诉分庭认为，鉴于所有上述情况，企业刑事责任即将至少取得可在国际法下适用的一项一般法律原则的地位”。同上，第 67 段。

¹⁵⁸ 但是见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第一条，第(2)款(“本公约缔约国宣布：凡是种族隔离罪行的组织、机构或个人即为犯罪。”)。

¹⁵⁹ 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第 2 条第 14 款(“为本公约的目的：……‘人’是指任何自然人或法人”)和第 4 条第 3 款(“各缔约国认为危险废物或其他废物的非法运输为犯罪行为”)。

不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可以包括刑事责任、民事责任或者行政责任。”¹⁶⁰

D. 指挥责任或其他上级责任

45. 大多数司法管辖机构除了就命令他人实施罪行的情况作出规定外(前一分节对此加以讨论)，还将下级在某些情况下实施罪行的刑事责任归咎于其军事指挥官或其他上级，这种刑事责任被称为“指挥责任”或“上级责任”。¹⁶¹ 但并非所有下级的行为均可归咎于其指挥官，而须以指挥官某种形式的玩忽职守为前提。因此，在“最高司令部”案中(由美国当局审判的 12 项纽伦堡审判之一)，法庭指出：

高级指挥官不可能对下属的军事行动详情保持完全知情，更不可能对每个行政措施均了如指掌。他有权假定交给负责下属的具体任务将依法执行。美国总统是其军队的总司令。军队犯下的罪行本身不能按照下属理论归罪于总统。指挥系统内的其他高级指挥官也同样如此。不能仅仅因为有人属于这一指挥系统内的一员而将犯罪归罪于此人。前提是必须存在个人玩忽职守的情况。只有在行为可直接溯查至某人时，或其未能妥善监督下属构成本人的刑事疏忽罪时，才能归罪于此人。在后一种情况下，必须存在个人忽视达到不道德地肆意无视其下属的行动，达到默许的程度。对国际法的任何其他解释将远远超出文明国家所了解的刑法基本原则。¹⁶²

46. 值得注意的是，纽伦堡法庭和远东国际军事法庭针对军事和文职指挥官均运用了指挥责任概念，¹⁶³ 这一做法影响到后来的法庭。正如卢旺达问题国际法庭审判分庭在检察官诉 *Musema* 案中所述，“对于《[卢旺达问题国际法庭]规约》第 6(3)条中所述个人刑事责任的形式是否也适用于军事和文职当局人员，

¹⁶⁰ 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 5 条第 1 款(“每一缔约国应根据其本国法律原则采取必要措施，以致当一个负责管理或控制设在其领土内或根据其法律设立的法律实体的人在以该身份犯下了……罪行时，得以追究该法律实体的责任，这些责任可以是刑事、民事或行政责任”)；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 10 条，第 2 款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可包括刑事、民事或行政责任”)；《联合国反腐败公约》第 26 条第 2 款(同上)。另见《欧洲委员会防止恐怖主义公约》第 10 条，第 2 款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可包括刑事、民事或行政责任”)；《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》第 2 条(“每一缔约方应依照其法律准则采取必要措施以确定法人因行贿外国公职人员而承担的责任”)和第 3 条第 3 款(“每一缔约方应采取必要措施，规定行贿外国公职人员的钱财和收入或价值与此类收入相当的财产可予以查封和没收，或可采用同等效力的货币处罚”)；根据《欧洲联盟条约》K.3 条制定的《保护欧洲共同体金融利益公约》第二议定书第 3 条第 1 款(关于“法人责任：各成员国应采取必要措施，确保可以为任何人单独或作为在法人内具有领导地位的一个机构的一部分为法人的利益而实施的欺诈、主动腐败和洗钱行为，追究法人的责任”)；第 4 条(对法人的制裁：“各成员国应采取必要措施，确保依据第 3 条第 1 款采取有效、适度 and 劝阻性的制裁措施追究法人的责任，其中包括刑事或非刑事罚款”)。

¹⁶¹ 评注见 Lael; Bantekas, “关于上级责任的当代法律”; Damaška; Sepinwall。

¹⁶² *United States v. von Leeb, et al.* (“The High Command Case”), in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1950, pp. 543–544。

¹⁶³ 例如，见 Bassiouni, 第 461 页；Heller, 第 262-263 页。

必须注意的是，在远东国际军事法庭审判期间，根据这项原则宣判民政当局犯有战争罪行”。¹⁶⁴

47. 进而，当代一些国际刑事法院和法庭规定指挥官负有刑事责任。《前南斯拉夫问题国际法庭规约》规定，“如果一个部下犯下本《规约》第 2 至 5 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任”，¹⁶⁵ 前南斯拉夫问题国际法庭已依据此种指挥责任将若干名被告定罪。¹⁶⁶ 同样的措辞出现在《卢旺达问题国际法庭规约》中。¹⁶⁷ 该法庭也依据指挥责任将几名被告定罪。¹⁶⁸ 类似的措词出现在塞拉利昂问题特别法庭、¹⁶⁹ 黎巴嫩问题特别法庭、¹⁷⁰ 东帝汶重罪特别审判分庭、¹⁷¹ 柬埔寨法院特别法庭、¹⁷² 伊拉克最高刑事法庭¹⁷³ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭¹⁷⁴ 的规范文书中。

48. 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 6 条指出：

如果上级知道或者在当时的情况下应当知道其下级正在或将要实行危害人类和平及安全罪行，而且如果他们不在其权力范围内采取一切必要措施，以预防或制止该罪行，则该罪行系由下级实行的事实并不免除其上级的刑事责任。¹⁷⁵

¹⁶⁴ 检察官诉 *Musema*, *ICTR-96-13A* 号案件, 2000 年 1 月 27 日的判决, 卢旺达问题国际法庭, 第一审判分庭, 第 132 段。

¹⁶⁵ 前南问题国际刑事法庭最新规约(见上文脚注 99), 第 7 条, 第 3 款。

¹⁶⁶ 例如, 见检察官诉 *Aleksovski* 案, *IT-95-14/1-T* 号案件, 1999 年 6 月 25 日的判决, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 审判分庭, 1999 年司法报告, 第 535-761 页, 载于第 565-573 页, 第 66-77 段; 检察官诉 *Delalić* 等人案, *IT-96-21-T* 号案件, 1998 年 11 月 16 日的判决, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 审判分庭, 第 330-400 段和第 605-810 段。

¹⁶⁷ 《卢旺达问题国际法庭规约》(见上文脚注 100), 第 6 条, 第 3 款。

¹⁶⁸ 见检察官诉 *Akayesu*, *ICTR-96-4* 号案件, 1998 年 9 月 2 日的判决, 卢旺达问题国际法庭, 审判分庭。见检察官诉 *Kambanda*, *ICTR-97-23-S* 号案件, 1998 年 9 月 4 日的判决, 卢旺达问题国际法庭, 审判分庭。

¹⁶⁹ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注 101), 第 6 条, 第 3 款。

¹⁷⁰ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(S/RES/1757(2007), 附件), 第 3 条, 第 2 款。

¹⁷¹ UNTAET/REG/2000/15(见上文脚注 102), 第 16 节。

¹⁷² 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103), 第 29 条。

¹⁷³ 《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注 104), 第 15 条。

¹⁷⁴ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》(见上文脚注 105), 第 10 条, 第 4 款。

¹⁷⁵ 《危害人类和平及安全治罪法草案》(见上文脚注 134), 第 25 页。

49. 《国际刑事法院罗马规约》¹⁷⁶ 第二十八条载有将对他人行为的刑事责任适用于军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人的详细标准。¹⁷⁷ 一般而言，在下列情况下会发生刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 指挥官知道或本应知道他的部下正在实施或即将实施罪行；(c) 指挥官未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请就此事进行调查和起诉。这一标准已开始影响到“指挥责任”理论在国家法律制度中的发展，对刑法和民法均有影响。¹⁷⁸

50. 第二十八条还论及非军事或文职方面出现的“上下级关系”问题。这种上级包括“担任领导”但不“参与”军事活动的平民。¹⁷⁹ 在这里，在下列情况下会发生刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 文职上级知道或有意忽视关于罪行的信息；(c) 罪行涉及该上级人员有效负责和控制的活动的；(d) 上级未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止所有这些罪行的实施，或报请就此事进行调查和起诉。¹⁸⁰

¹⁷⁶ 第二十八条题为“指挥官和其他上级的责任”，其第一款规定：

“军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人，如果未对在其有效指挥和控制下的部队，或在其有效管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任：

- “1. 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪；和
- “2. 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉”。

¹⁷⁷ 例如，见检察官诉 *Kordić* 和 *Čerkez* 案，IT-95-14/2-T 号案，2001 年 2 月 26 日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭，第 369 段(“应当强调的是，指挥责任原则不会仅仅因为上级处于权威地位就追究其上级责任，因为，要追究上级责任，就必须证明他‘知道或有理由知道’那些罪行，却没有采取行动防止其发生或施加惩罚。上级责任是一种推定责任，因此不是一种严格责任”)。

¹⁷⁸ 例如，见 *Ford* 诉 *Garcia*，289 F.3d 1283 (11th Cir. 2002)；另见 *Van Schaack*，第 1217 页。

¹⁷⁹ *Ronen*，第 347 页。

¹⁸⁰ 第二十八条第二款规定：

对于第一款未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其有效管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任：

1. 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理睬明确反映这一情况的情报；
2. 犯罪涉及该上级人员有效负责和控制的活动的；和
3. 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。”

51. 国家法律还就战争罪、种族灭绝、危害人类罪规定了这类刑事责任，但各国采用的标准略有不同，有的并未照搬《国际刑事法院罗马规约》的标准。例如，加拿大的国内法规定：

如果上级未能对在其有效管辖和控制下的人适当行使控制权，上级便犯下可公诉罪行……；该上级知道此人即将实施或正在实施此种罪行，或有意忽视明确表明此人即将实施或正在实施此种罪行的信息；犯罪涉及到在上级有效管辖和控制下的活动；上级随后未尽早采取在其权力内的切实可行的所有必要合理措施，防止或制止实施犯罪或进一步实施犯罪。¹⁸¹

其他一些国家也作出类似规定，包括：澳大利亚、¹⁸² 法国、¹⁸³ 德国、¹⁸⁴ 马耳他、¹⁸⁵ 荷兰、¹⁸⁶ 新西兰、¹⁸⁷ 西班牙、¹⁸⁸ 联合王国、¹⁸⁹ 美利坚合众国¹⁹⁰ 和乌拉圭。¹⁹¹ 阿根廷¹⁹² 和厄瓜多尔¹⁹³ 等一些国家最近通过了法律，以执行《国际刑事法院罗马规约》。这些国家没有在这些法律中就指挥责任问题作出规定。

¹⁸¹ 2000 年 6 月 29 日危害人类罪和战争罪法(S.C. 2000, c. 24), 第 5(2)(a)-(d)节, 可查阅 laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/FullText.html。

¹⁸² 2002 年国际刑事法院(相应修正)法, 第 42 号, 2002 年, 第 268.115 条, 可查阅 www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00993。

¹⁸³ 向国际法委员会提出的书面评论意见(2015 年), 法国, 援引其《刑法》第 214-4 1 条。

¹⁸⁴ Act to Introduce the Code of Crimes Against International Law of 26 June 2002, sects.4, 13 and 14, 可查阅 www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf。

¹⁸⁵ International Criminal Court Act, Act XXIV of 2002, part 54E, 可查阅 www.iccnw.org/documents/MaltaDraftICCImpLeg.pdf。

¹⁸⁶ 2003 年 6 月 19 日法案载有关于严重违反国际人道主义法行为的规则(国际罪行法案), 第 9 节, 可查阅 [www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/2a6d559625223f62c12577d0003be499/\\$FILE/60466371.pdf/Netherlands%20International%20Crimes%20Act%202003%20EN.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/2a6d559625223f62c12577d0003be499/$FILE/60466371.pdf/Netherlands%20International%20Crimes%20Act%202003%20EN.pdf)。

¹⁸⁷ International Crimes and International Criminal Court Act of 6 September 2000, sect. 12, 可查阅 www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0026/latest/DLM63091.html。

¹⁸⁸ 向国际法委员会提出的书面评论意见(2015 年), 西班牙, 援引其《刑法》第 451 条。

¹⁸⁹ International Criminal Court Act 2001, sect. 65, 可查阅 www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents。

¹⁹⁰ Principals, United States Code, Title 10, sect. 950q (2012), 可查阅 www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2014-title10/pdf/USCODE-2014-title10-subtitleA-partII-chap47A-subchapVIII-sec950q.pdf。

¹⁹¹ Ley No. 18.026, Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, 4 October 2006, art. 10, 可查阅 www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=。

¹⁹² Ley 26.200, Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal, 5 January 2007, 可查阅 www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm。

¹⁹³ Código Orgánico Integral Penal, 2014, 可查阅 www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf。

52. 各国采用的军事手册也确定了这种形式的刑事责任。例如，阿根廷的军事手册规定：“部下实施的违法行为并不使其上级免除按照情形所应负的刑事或纪律责任，如果上级知悉其部下正在从事或将要从事这种破约行为，而且如果上级不在其权限内采取措施防止或取缔该破约行为”。¹⁹⁴ 其他例证可见喀麦隆、¹⁹⁵ 法国、¹⁹⁶ 俄罗斯联邦、¹⁹⁷ 乌克兰、¹⁹⁸ 联合王国¹⁹⁹ 和美利坚合众国的军事手册。²⁰⁰

53. 许多针对危害人类罪之外的其他罪行的条约也确认有指挥责任。虽然《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《关于保护国际性武装冲突受害者的日内瓦四公约》没有这样做，但《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》(第一议定书)第86条第2款做出了一般规定，已得到其174个缔约国接受。这一条款的规定如下：

部下破坏各公约或本议定书的事实，并不使其上级免除按照情形所应负的刑事或纪律责任，如果上级知悉或有情报使其能对当时情况作出结论，其部下是正在从事或将要从事这种破约行为，而且如果上级不在其权力内采取一切可能的防止或取缔该破约行为的措施。²⁰¹

¹⁹⁴ Argentina, *Leyes de Guerra*, PC-08-01, Público, Edición 1989, Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, aprobado por Resolución No. 489/89 del Ministerio de Defensa, 23 Apr. 1990, sect. 8.07 (见 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule153).

¹⁹⁵ *Droit des conflits armés et droit international humanitaire, Manuel de l'instructeur en vigueur dans les forces de défense*, Ministère de la Défense, Présidence de la République, Etat-major des Armées(2006), p. 296, sect. 662(见 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_cm_rule153).

¹⁹⁶ *Manuel de droits des conflits armés*, Ministère de la Défense (2001), p. 113 (见 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule153).

¹⁹⁷ *Instructions on the Application of the Rules of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the USSR*, Appendix to Order of the USSR Defence Minister No. 75 (1990), sect. 14(b) (见 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ru_rule153).

¹⁹⁸ *Manual on the Application of IHL Rules*, Ministry of Defence (2004), sect. 1.8.8 (见 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ua_rule153).

¹⁹⁹ *The Law of War on Land being Part III of the Manual of Military Law*, The War Office, HMSO (1958), sect. 631 (见 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_gb_rule153).

²⁰⁰ Department of Defense Law of War Manual, Office of General Counsel, Department of Defense, sect. 18.23.3.2 (June 2015), 可查阅 www.defense.gov/pubs/Law-of-War-Manual-June-2015.pdf.

²⁰¹ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》中也出现关于指挥责任的规定，其第6条第1款规定：“各缔约国应采取必要措施，起码追究下列人员的刑事责任：

“.....

“(b) 上级官员：

“(-) 知情，或已有清楚迹象表明受其实际领导或控制的下属正在或即将犯下强迫失踪罪而故意对有关情况置若罔闻者；

“(一) 对与强迫失踪罪有牵连的活动，实际行使过责任和控制；

“(二) 没有在本人的权限范围内采取一切必要、合理的措施，防止或制止强迫失踪，阻止犯下此种罪行，或将有关问题提交主管机关调查或起诉；

“(c) 以上第(一)款并不影响相关国际法对于军事指挥官或实际上担任军事指挥的人所适用的更高标准的责任。”

54. 因此，有关危害人类罪的国家法律和国际文书以及针对其他罪行的相关条约通常规定，在上级玩忽职守的情况下，有可能就下属所实施行为追究军事指挥官或其他上级的刑事责任，并将此作为参与实施犯罪的一个方面。

E. 上级命令

55. 所有处理危害人类罪的司法管辖机构均在一定程度上允许依据某些理由免除刑事责任。例如，如果被控施害者患有精神疾病，无法认识到其行为是非法的，则大多数司法管辖机构会免除其刑事责任。²⁰² 有些司法管辖机构规定，至少在某些情况下，也免除处于醉酒或药物麻醉状态者的刑事责任。²⁰³ 为自卫采取的行动²⁰⁴以及因直接伤害或死亡的威胁带来的胁迫所采取的行动也可以免负责任。²⁰⁵ 在有些情况下，当事人必须达到一定的年龄，才须负刑事责任。²⁰⁶ 各司法管辖机构允许提出的确切理由各不相同。就国内制度而言，这些理由通常适用于该司法管辖机构处理刑事责任的一般做法，而并不单单针对危害人类罪。²⁰⁷

56. 与此同时，大多数处理危害人类罪的司法管辖机构规定，犯下这类罪行的人不能以上级命令他们犯下该罪行作为辩护理由。²⁰⁸ 《纽伦堡宪章》第八条规定：“被告不得因按照政府或上级命令犯罪而免除刑事责任，但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑。”因此，纽伦堡法庭按照第八条和“所有国家的法律”判决：“被告不得因按照政府或上级命令犯罪而免除刑事责任，但此种情况在减刑方面可加以考虑。”²⁰⁹

57. 同样，《远东国际军事法庭宪章》第六条规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及被告系遵从其政府或上级长官之命令而行动之事实，均不足以免除其被

²⁰² 例如，见《国际刑事法院罗马规约》，第三十一条第(-)款第1项；克罗地亚共和国刑法(上文脚注 64，第 40 条)；芬兰共和国刑法(1889)(2012 年修正)，第 3 章，第 4(2)-(3)节，可参阅 <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/32>。

²⁰³ 例如，见《国际刑事法院罗马规约》，第 31 条第 1(b)款；克罗地亚共和国刑法(上文脚注 64)，第 41 条；芬兰共和国刑法(上文脚注)，第 3 章，第 4(4)节。

²⁰⁴ 见《国际刑事法院罗马规约》，第三十一条第(-)款第 3 项；克罗地亚共和国刑法(上文脚注 64)，第 29-30 条；芬兰共和国刑法，第 4 章，第 4 节(上文脚注 202)。

²⁰⁵ 见《国际刑事法院罗马规约》，第三十一条第(-)款第 4 项；克罗地亚共和国刑法(上文脚注 64)，第 31 条；芬兰刑法(上文脚注 202)，第 4 章，第 5 节。

²⁰⁶ 见《国际刑事法院罗马规约》，第二十六条；克罗地亚共和国刑法(上文脚注 64)，第 10 条；芬兰刑法(上文脚注 202)，第 3 章，第 4(1)节。

²⁰⁷ 见《危害人类和平及安全治罪法草案》(上文脚注 134)，第 23 页和第 42 页，第 15 条(“法院在判刑时应按照一般法律原则酌情顾及减罪情况”)及其评注。

²⁰⁸ 一般情况见 D'Amato，第 288-289 页；Nowak and McArthur，第 102 页。

²⁰⁹ “司法决定：国际军事法庭(纽伦堡)……”，第 221 页。

控所犯任何罪行之责任。但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑。”

58. 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 5 条规定：“被控有危害人类和平及安全罪行的个人系按照政府或上级命令行事的事实并不免除其刑事责任，但如符合公正审判之需要，该事实在减刑方面可加以考虑。”委员会对于这一条指出：²¹⁰

实际犯罪的下级具有的罪责和不可缺少的作用是不能忽视的。否则，禁止国际法上之罪行的法律力量和效果就会由于这些残暴罪行的具体实施者不负任何责任或不受任何惩罚而被大为削弱，失去对潜在案犯的威慑力量。²¹¹

59. 虽然《国际刑事法院罗马规约》第三十三条允许以上级命令为由作出有限辩护，但仅针对战争罪；实施种族灭绝行为或危害人类罪的命令不属于该例外规定的范围(第三十三条)。²¹² 规范前南斯拉夫问题国际刑事法庭、²¹³ 卢旺达问题国际刑事法庭、²¹⁴ 塞拉利昂问题特别法庭、²¹⁵ 黎巴嫩问题特别法庭、²¹⁶ 东帝汶重罪特别审判分庭、²¹⁷ 柬埔寨法院特别法庭、²¹⁸ 伊拉克最高刑事法庭²¹⁹ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭²²⁰ 的文书中均同样不允许将上级命令作为辩护理由。2005 年红十字委员会关于习惯国际人道主义法研究报告第 155 条规定：“如果下属知道被命令实施的行为是违法的，或由于所命令行为明显的违法性质而本应知道该行为是违法的，服从上级命令并不免除下属刑事责任。”²²¹

²¹⁰ 《危害人类和平及安全治罪法草案》(见上文脚注 134)，第 23 页(第 5 条)；另见《纽伦堡法庭宪章》以及法庭判决所确认的国际法原则，《1950 年……年鉴》，第二卷，第 375 页(原则四)。

²¹¹ 《危害人类和平及安全治罪法草案》(见上文脚注 134)，第 24 页。

²¹² 分析见 Gaeta; Cryer，第 768-769 页。

²¹³ 前南问题国际刑事法庭最新规约(见上文脚注 99)，第 7 条第 4 款。

²¹⁴ 《卢旺达问题国际法庭规约》(见上文脚注 100)，第 6 条，第 4 款。

²¹⁵ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注 101)，第 6 条，第 4 款。

²¹⁶ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(见上文脚注 170)，第 3 条，第 3 款。

²¹⁷ UNTAET/REG/2000/15(见上文脚注 102)，第 21 节。

²¹⁸ 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103)，第 29 条。

²¹⁹ 《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注 104)，第 15 条。

²²⁰ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》(见上文脚注 105)，第 10 条，第 5 款。

²²¹ 见红十字国际委员会，习惯国际人道主义法数据库，“第 43 章：有关规则 155(以上级命令为辩护理由)的实践”，可查阅 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule155。

60. 一系列针对犯罪的条约中均做出了此类不允许将上级命令作为辩护理由的规定,例如:《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》、²²² 《美洲防止和惩处酷刑公约》、²²³ 《美洲被迫失踪人士公约》、²²⁴ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。²²⁵ 在《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》中,禁止酷刑委员会批评了允许以此作为辩护理由的国家立法和在此问题上暧昧不清的国家立法。因此,委员会在评价 2006 年危地马拉履约情况时指出:“缔约国应修订其法律,以明确规定上级官员或公共权力机构所发出的命令不可作为进行酷刑的正当理由。”²²⁶ 除其他事项外,委员会还表示其“感到关注的是,缔约国法律中有关《公约》[这一点].....的规定含糊不明确”。²²⁷ 在某些情况下,问题源于国家的国内法允许以所谓“正当服从”作为辩护理由。²²⁸ 例如,在审查 2004 年智利执行《公约》情况时,禁止酷刑委员会表示关切的是,“《军法法典》.....条款中仍有正当服从原则的规定,虽然也明确规定下属有权抗议可能涉及犯下违禁行为的命令”。²²⁹

61. 虽然不允许将上级命令作为犯罪诉讼的辩护理由,但上述一些国际和国家司法机关允许在量刑阶段将上级命令作为一种减刑因素。《危害人类和平及安全治罪法草案》第 5 条指出了这一点,表明依据命令采取的行动“在合乎法理的情况下,可于量刑时将上级命令视为一种减刑因素。”²³⁰ 委员会在该条的评注中指出:

由于害怕不执行命令会给本人或其家人带来严重后果而不情愿地按照命令犯下罪行的下级与愿意参与犯罪的下级负有的罪责程度是不同的。下级为了避免不执行命令会给自己或其家人带来的严重后果而在当时的情况下不情愿地按照命令犯罪的情况可以成为使得

²²² 第 2 条,第 3 款(“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由”)。

²²³ 第 4 条(“按照上级命令行事这一事实不能豁免相应的刑事责任”)。

²²⁴ 第八条(“不应受理以正当服从规定、授权或鼓励强迫失踪的上级命令或指示作为辩护理由。所有接受此类命令的人均有权利和义务不服从命令”)。

²²⁵ 第 6 条第 2 款(“任何文职的、军事的,或其他方面的公共当局下达的命令或指示,都不得用以作为强迫失踪罪的辩护理由”)。这一规定在起草阶段“得到广泛批准”。见人权委员会,闭会期间不限成员名额工作组关于拟订一项具有法律约束力的规范性保护所有人免遭强迫失踪文书草案的报告(E/CN.4/2004/59),第 72 段;另见《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》,联合国大会 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议,第 6 条。

²²⁶ 禁止酷刑委员会的结论和建议,危地马拉(CAT/C/GTM/CO/4 and Add.1),第 13 段。

²²⁷ 同上。

²²⁸ Nowak and McArthur, 第 102 页。

²²⁹ 禁止酷刑委员会的结论和建议,智利(CAT/C/CR/32/5),第 6(-)段。另见禁止酷刑委员会的结论和建议,阿根廷(CAT/C/CR/33/1),第 3(a)段(赞扬阿根廷宣布其正当服从法案“绝对无效”)。

²³⁰ 见《危害人类和平及安全治罪法草案》(上文脚注 134),第 23 页。

原应实施的惩罚减轻以便考虑到程度较轻的罪责的理由。在此使用“如合乎法理”的短语来表明，即使是在这种情况下，给予较轻的惩罚也必须合乎公理。²³¹

62. 正如这一案文所述，各国际刑事法庭规约均认识到上级命令在量刑阶段的相关性。²³² 然而，《国际刑事法院罗马规约》并没有论及上级命令在量刑阶段是否相关。红十字国际委员会的研究报告得出结论认为，“各国军事手册、国家立法和官方声明中广泛显示了这方面的国家实践”，但也指出，一些国家“对依据明显非法的命令实施违法行为不减轻处罚”。²³³

F. 时效

63. 就危害人类罪起诉个人，可能受到的一种限制是适用“时效”（“时效期限”），即禁止就早于开始起诉前特定年数的犯罪对被指控罪犯提出起诉。²³⁴ 此类规则的主要目的是，把起诉限制在实物和目击者证据依然新鲜、未发生劣变的时限内。

64. 《纽伦堡宪章》或《远东国际军事法庭宪章》或前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际法庭或塞拉利昂问题特别法庭的组成文书都没有就国际罪行（包括危害人类罪）规定时效规则。²³⁵ 相比之下，占领德国的盟国在 1945 年为确保继续起诉被指控罪犯通过了管制委员会第 10 号法令，规定在任何关于危害人类罪（以及战争罪和危害和平罪）的审判或起诉中，“被告无权获益于任何有关 1933 年 1 月 30 日至 1945 年 7 月 1 日期间的时效限制”。²³⁶ 同样，《国际刑事法院罗马规约》明确处理这一问题，规定“本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效”（第 29 条）。《规约》起草者坚决支持将这一规定适用于危害人类罪。²³⁷ 同样，《设

²³¹ 同上，第 24 页，第(5)款。另见 D'Amato，第 288 页。

²³² 关于允许在量刑阶段减刑的规定，见《纽伦堡宪章》第 8 条；《远东国际军事法庭宪章》，第 6 条；前南问题国际刑事法庭最新规约（见上文脚注 99），第 7 条第 4 款；《卢旺达问题国际法庭规约》（见上文脚注 100），第 6 条，第 4 款。《塞拉利昂问题特别法庭规约》（见上文脚注 101），第 6 条，第 4 款。规范东帝汶重罪特别审判分庭的文书，UNTAET/REG/2000/15（上文脚注 102），第 21 节。

²³³ 见上文脚注 221。

²³⁴ 总体参见 Kok。

²³⁵ 见 *The International Criminal Court...*, p. 429, and “Article 29”。

²³⁶ 管制委员会第 10 号法令（见上文脚注 150），第 52 页，第二条，第 5 款。

²³⁷ 《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议正式记录，1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日，罗马，第二卷，全体会议和全体委员会会议简要记录》（A/CONF.183/13 (Vol. II)），第二次会议，第 45 至第 74 段。另见 Schabas, *The International Criminal Court...*, p. 469（援引 A/CONF.183/C.1/SR.8，第 76 和第 82 段）

立柬埔寨法院特别法庭法》以及伊拉克最高刑事法庭和东帝汶重罪特别审判小组的规范文书都明确界定危害人类罪是不适用时效的罪行。²³⁸

65. 关于时效是否可在国内法院适用于对被指控罪犯的起诉，联合国大会 1967 年坚称“国内法关于普通罪行之时效规则适用于战争罪及危害人类罪，为世界舆论极感忧虑之事，因其足以防止诉究与惩治犯该罪之人”。²³⁹ 次年，各国通过了《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，规定缔约方采取“必要立法或其他措施，以确保法定或他种时效不适用于(这两类罪行)之追诉权及行刑权”(第四条)。同样，欧洲委员会 1974 年通过了《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》，采用的措辞大体相同。不过，加入这些公约的国家有限；截至 2015 年，1968 年《公约》有 55 个缔约国，1974 年《公约》有 8 个缔约国。

66. 与此同时，似乎没有一个国家通过禁止在一段时间后提出起诉的危害人类罪法律。²⁴⁰ 相反，众多国家专门立法反对此类限制，包括阿尔巴尼亚、阿根廷、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、布隆迪、中非共和国、古巴、爱沙尼亚、埃塞俄比亚、法国、德国、匈牙利、以色列、马里、荷兰、尼日尔、秘鲁、波兰、大韩民国、拉脱维亚、俄罗斯联邦、卢旺达、西班牙、乌克兰、乌拉圭和乌兹别克斯坦。²⁴¹ 例如，法国在 1964 年颁布法律，规定大会 1946 年 2 月 13 日第 3(I)

²³⁸ 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103)，第 5 条；《伊拉克特别法庭公约》(见上文脚注 104)，第 17(d)条；东帝汶重罪特别审判小组的规范文书 UNTAET/REG/2000/15(见上文脚注 102)，第 17.1 节。此外，此外，应该指出，柬埔寨法院特别法庭获得对在其成立前数十年(即 1975 年至 1979 年红色高棉执政时期)犯下的危害人类罪的管辖权。

²³⁹ 大会 1967 年 12 月 18 日第 2338(XXII)号决议。另见大会 1970 年 12 月 15 日第 2712(XXV)号决议和 1971 年 12 月 18 日第 2840(XXVI)号决议。

²⁴⁰ Schabas, *The International Criminal Court*, p. 469。

²⁴¹ 见《阿尔巴尼亚刑法典》(上文脚注 89)，第 67 条；阿根廷，《战争罪和危害人类罪不受时效限制法》(1995 年)；《比利时刑法典》，第 91 条(1867 年，2003 年 8 月 5 日修订)；《波斯尼亚和黑塞哥维那刑法典》，第 19 条(2003 年)；《布隆迪刑法典》，第 150 和第 155 条(2009 年)；《中非共和国刑事诉讼法》，第 7(c)条(2010 年)；古巴(上文脚注 65)，第 64 条，第 5 款；《爱沙尼亚刑法典》，第 81 节，第(2)款(2002 年)；埃塞俄比亚，《宪法》，第 28 条，第 1 款(1994 年)；法国，《刑法典》，第 213-5 条(1994 年)；德国(上文脚注 68)，第 1 条，第 5 节；匈牙利，《1978 年关于刑法典的第四号法》，第 33 条，第(2)款(1998 年修订)；以色列，《纳粹及其合作者(处罚)法》，第 12 条(1950 年)；《拉脱维亚刑法典》，第 57 节(2000 年)；《马里刑法典》，第 32 条(2001 年)；荷兰，《国际犯罪法》，第 13 节(2003 年)；《尼日尔刑法典》，第 208.8 条(1961 年，2003 年修订)；秘鲁，《第 27998 号议会决议》，第 1 条(2003 年)和《第 082-2003-RE 号总统令》，第 1 条(2003 年)；《波兰刑法典》，第 109 条(1997 年)；大韩民国，《国际刑事法院管辖范围内罪行处罚法》，第 6 条(2007 年)；俄罗斯联邦，《战犯惩处法令》(1965 年)；《卢旺达宪法》，第 13 条(2003 年)；《西班牙刑法典》，第 131 条，第 4 款(1995 年，2010 年 6 月 23 日修订)；《乌克兰刑法典》，第 49 条，第 5 款(2010 年)；乌拉圭，《与国际刑事法院合作法》，第 7 条(2006 年)；《乌兹别克斯坦刑法典》，第 64 条(1994 年)。总体参见红十字委员会，*Practice relating to Rule 160. Statutes of Limitation*，可查询：www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule160。

号决议(关于第二次世界大战战犯的引渡与处罚)和《纽伦堡宪章》界定的危害人类罪“就其性质而言,不受时效限制”。²⁴² 在随后几十年,法国就 Klaus Barbie、Maurice Papon 和 Paul Touvier 等数人很多年前在第二次世界大战中犯下的危害人类罪进行了起诉。在 *Barbie* 案中,法国最高法院认定“禁止对危害人类罪适用时效现已成为习惯法的一部分”。²⁴³

67. 其他国家法院也处理过有关危害人类罪指控是否受时间限制的问题。耶路撒冷地区法院在 *Eichmann* 案中,拒绝了被告有关对其的指控受时间限制的说法,指出“由于危害犹太人民罪行、危害人类罪行和战争罪行的极端严重性,以色列立法者规定此类罪行决不因法定期限完结而失效。”²⁴⁴ 特别检察官办公室在“门格斯图审判”中指出,《埃塞俄比亚宪法》规定“法定时效不适用于危害人类罪。这一概念源于国际公认的原则”。²⁴⁵ 在“橙剂产品责任诉讼”案中,美国联邦地区法院坚称,《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》和《国际刑事法院罗马规约》“表明需要根据习惯国际法确认一条规则,即时效不应适用于战争罪和危害人类罪”。²⁴⁶ 阿根廷最高法院也曾裁定时效不适用于战争罪和危害人类罪,这是一个习惯国际法和绝对法原则问题。²⁴⁷

68. 许多处理国内法其他罪行的条约没有载列禁止时效的规定。例如,国际法委员会提议在其关于防止及惩治侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案中纳入第 9 条,内容是“关于可就第 2 条所列罪行提出起诉的时限的法定时效,应是每一缔约国根据国内法为最严重犯罪确定的时效。”²⁴⁸ 但各国拒绝把这一条款纳入《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》。《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》也没有载列禁止对酷刑相关罪行适用时效的规定,但禁止酷刑委员会坚称,考虑到此类罪行的严重性质,这些罪行不应受到任何时效限制。²⁴⁹ 同样,虽然《公民权利

²⁴² 法国,《第 64-1326 号法》(1964 年 12 月 26 日)。

²⁴³ “被驱逐和监禁的抵抗运动战士和爱国者全国联盟等诉 *Barbie*”, 1985 年 12 月 20 日判决, 法国, 最高法院(刑事分庭), 《国际法案例汇编》, 第 78(1988)卷, 第 125 至第 131 页。

²⁴⁴ “以色列政府检察长诉 *Eichmann*”, 40/61 号刑事案件, 1961 年 12 月 11 日判决, 耶路撒冷地区法院, 第 53 段。另见 *Ambos, Treatise on International Criminal Law*, p. 428。

²⁴⁵ “埃塞俄比亚诉 *Mengistu* 及他人”, “特别检察官就被告律师提交的反对意见提交的答复”(1995 年 5 月 23 日), 埃塞俄比亚, 特别检察官办公室, 第 6.1.1 节。

²⁴⁶ “橙剂产品责任诉讼, 373 F.Supp.2d 7(E.D.N.Y. 2005)”, 第 63 页。

²⁴⁷ “检察官办公室诉 *Priebke (Erich)*”, P/457/XXXI 号案件, 普通上诉判决, 引渡请求, 1995 年 11 月 2 日, 阿根廷最高法院。

²⁴⁸ 《1972 年...年鉴》, 第二卷, 第 320 页。

²⁴⁹ 如见, 审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告, 禁止酷刑委员会的结论性意见, 黑山(CAT/C/MNE/CO/1 and Add.1); 审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告, 结论和建议, 意大利(CAT/C/ITA/CO/4), 第 19 段。

和政治权利国际公约》没有直接论及这一问题，但人权事务委员会呼吁对严重违反该《公约》的罪行取消时效限制。²⁵⁰

69. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》确实谈到时效问题，规定“对强迫失踪案件实行诉讼时效的缔约国，应采取必要措施，确保对刑事诉讼的时效……有较长的时段，并与此种犯罪的极端严重性相称”。²⁵¹ 《公约》的准备工作材料表明，这一条款旨在区分两类罪行，一是可能构成危害人类罪的罪行，此类罪行不应有时效限制，二是《公约》规定的所有其他罪行。²⁵² 具体来说，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的起草者似乎一致认为：

在国际法中，对构成危害人类罪的强迫失踪不应有时效限制。关于构成普通法犯罪的强迫失踪，应适用国内法规定的最长时效期限，或无论如何，适用与罪行严重性相称的时效期限。²⁵³

70. 一些国家决定不加入《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，关键理由包括对禁止时效规定具有追溯效力感到关切。《公约》第一条规定，“不论其犯罪日期”，所涉罪行不适用法定时效(第一条)，从而要求缔约国取消有追溯效力的法定时效。在新公约中规定此类禁止的替代办法是，通过明确说明或不处理这一问题的方式，禁止法定时效，但没有追溯效力。《维也纳条约法公约》第二十八条规定，“除条约表示不同意思，或另经确定外，关于条约对一当事国生效之日以前所发生之任何行为或事实或已不存在之任何情势，条约之规定不对该当事国发生拘束力”。²⁵⁴ 国际法院在“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”案中，在针对(酷刑)罪行的条约方面适用了第二十八条，法院认定，“根据《公约》起诉被指控罪犯实施酷刑的义务仅适用于《公约》对有关国家生效后发生的事实”。²⁵⁵ 因此，如不明确说明相反意向，条约通常不适用于完全在国家接受条约前实施的行为。²⁵⁶

71. 同时，第二十八条并不适用于在条约生效前没有结束的持续事件。²⁵⁷ 正如国际法委员会 1966 年所言：

²⁵⁰ 如见，审议缔约国根据《公约》第 40 条提交的报告，人权事务委员会的结论性意见，巴拿马(CCPR/C/PAN/CO/3)，第 7 段。

²⁵¹ 第 8 条，第 1(a)款。相比之下，《美洲被迫失踪人士公约》规定，所有强迫失踪的刑事起诉和惩罚不应受时效限制(第七条)。

²⁵² 人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2003/71)，第 43 至第 46 和第 56 段。

²⁵³ 同上，第 56 段。

²⁵⁴ 另见《危害人类和平及安全治罪法草案》(上文脚注 134)，第 13 条，第 1 款，第 32 页(“任何人不得因本治罪法生效前的行为而被依照本治罪法定罪”)。

²⁵⁵ “与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”(见上文脚注 98)，第 457 页，第 100 段。另见“O. R. M. M. 和 M. S. 诉阿根廷”，1/1988、2/1988 和 3/1988 号来文，禁止酷刑委员会 1989 年 11 月 23 日的意见，《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 44 号》(A/45/44)，附件五，第 112 页，第 7.5 段(就《公约》而言，“酷刑”仅指《公约》生效后发生的酷刑)。

²⁵⁶ Crawford, p.378; Shaw, p. 671; 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 211 至第 213 页。

²⁵⁷ Odendahl, p.483。

如果……在条约生效前发生或出现的行为或事实或情况在条约生效后继续发生或存在，则将受到条约规定约束。把条约适用于条约有效时发生或存在的事项并不会损害不溯及既往原则，即便这些事项首先开始于较早日期。²⁵⁸

72. 欧洲人权法院和人权事务委员会都遵循这一办法。因此，如果是“持续侵犯”人权，而不仅仅是有持续影响的“瞬时行为或事实”，则法院和委员会认为该事项在其管辖范围内。²⁵⁹ 法院认为，“持续情况”的概念指国家(或国家一方)为使申请者受害而持续采取活动造成的事态”。²⁶⁰ 人权事务委员会宣布，“其不能审议据称在《公约》对缔约国生效前发生的被指控侵犯人权行为，除非该侵权行为在生效日后继续存在，或在生效日后产生的影响本身构成违反《公约》”。²⁶¹

73. 此外，虽然国家根据新公约承担的义务只针对公约对该国生效后出现的行为或事实，但公约(至少本条款草案目前的表述)不以任何方式规定国家应如何对公约生效前实施的危害人类罪适用国家法律。如果一个国家先前有能力对在公约生效前发生的行为或事实提出危害人类罪起诉，则其在公约生效后依然能够这么做。换言之，虽然此类起诉不属于公约的范畴，但公约不排除这样的起诉。对于这些国家能否起诉此类罪行，相关的时限可能是国家就危害人类罪颁布国内法的日期，因为国际法和大多数国家法律制度禁止处罚在行为发生时不属于刑事犯罪的行为。²⁶² 不过，即便如此，仍有人支持下述主张，即：对在颁布把危害人类罪定为刑事犯罪的国内法之前犯下的此类罪行，也可以在国内提出起诉，因为至少从第二次世界大战开始，国际法已将此类行为认定为刑事犯罪。²⁶³

²⁵⁸ 《1966年……年鉴》，第二卷，第212页，第24条草案的评注第(3)段。

²⁵⁹ 见“Loizidou诉土耳其”(第50条)(40/1993/435/514)，大审判庭1998年7月28日判决，欧洲人权法院；“Kalashnikov诉俄罗斯”，第47095/99号申请，审判庭2002年7月15日判决，欧洲人权法院，第三节，第111段；“Posti和Rahko诉芬兰”，第27824/95号申请，审判庭2002年9月24日判决，欧洲人权法院，第四节，第39段；“Blečić诉克罗地亚”，第59532/00号申请，审判庭2004年7月29日判决，欧洲人权法院，第一节，第73及以下各段；“Gueye等人诉法国”，第196/1985号来文，人权事务委员会意见，《大会正式记录，第四十四届会议，补编第40号》(A/44/40)，第189和第191至第192页。

²⁶⁰ “Posti和Rahko诉芬兰”(见上文脚注)，第39段。

²⁶¹ “Gueye等人诉法国”(见上文脚注259)，第191至第192页，第5.3段。

²⁶² 在这方面，常提及禁止 ex post facto(追溯既往)的法律或 nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali(法无明文者，不构成犯罪，亦不得处罚)原则。

²⁶³ 如见“Kolk和Kislyiy诉爱沙尼亚”，第23052/04和24018/04号申请，2006年1月17日关于可受理性的裁决，欧洲人权法院，第四节(拒绝申请人的主张，即对他们犯危害人类罪的定罪违反《欧洲人权公约》第7条的规定，该条禁止追溯适用刑法，因为“即便申请人的行为可根据有关时期的苏联法律被认为合法，但爱沙尼亚法院依然可根据实施行为时的国际法认定这些行为构成危害人类罪”)。另见“Penart诉爱沙尼亚”，第14685/04号申请，2006年1月24日关于可受理性的裁决，欧洲人权法院，第四节(相同)；“Kononov诉拉脱维亚”，第36376/04号申请，2010年5月17日判决，欧洲人权法院，大审判庭(相同但涉及战争罪)；但见“Vasiliauskas诉立陶宛”，第35343/05号申请，2015年10月20日判决，欧洲人权法院，大审判庭(认定非法追溯适用关于以杀害政治团体方式实施灭绝种族行为的国内法，因为在行为发生时，国际协议法未把“政治团体”纳入灭绝种族定义，习惯国际法也没有明确规定)。黎巴嫩问题特别法庭认定“预计并要求个人知晓某一行为已在国际法中被定为刑事犯罪：至少从相同行为也在国家法令中被定为刑事犯罪时开始，因此，国内法院可因在通过国家法律前实施的行为处罚个人”，“2011年2月16日关于适用法律的中间决定：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控”，STL-II-01/1号案件，黎巴嫩问题特别法庭，第13段。

G. 适当的惩罚

74. 国际法委员会在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》中规定，“应对危害人类和平及安全罪行负责的个人应该受到与该罪行的性质和严重性相称的惩罚”。²⁶⁴ 评注进一步解释说，“某一罪行的特性是它有别于另一罪行的性质……，某一罪行的严重性是从实行该罪行的情况和促使案犯犯罪的意图加以推论的。”因此，“虽然从法律上说同样是罪行，所使用的手段和方法却因堕落和残忍的程度不同而有所不同。这一切因素应该作为法院量刑的准则。”²⁶⁵

75. 在国际法院或法庭对危害人类罪有管辖权的情形下，对此类罪行适用的惩罚可能是不同的，但要求其与该罪行的严重性相称。《前南问题国际刑事法庭规约》规定，“审判分庭判处的刑罚只限于监禁。审判分庭在决定监禁期限时应诉诸前南斯拉夫法庭适用的徒刑惯例”（第 24 条第 1 款）。此外，法庭应“考虑到像罪行的严重性和被定罪者的个人情况这样的因素”（第 24 条第 2 款）。《卢旺达问题国际法庭规约》有相同的措辞，区别是诉诸“卢旺达问题法庭适用的徒刑惯例”。²⁶⁶ 即便对国际社会关注的最严重国际罪行的定罪，这也可能导致各种量刑结果；因此，卢旺达问题国际法庭“在灭绝种族罪起诉中，实施四十五年、三十五年、三十二年、三十年、二十五年、十五年、十二年、十年、七年和六年的监禁期”。²⁶⁷ 《国际刑事法院罗马规约》第七十七条第(一)款第 2 项也考虑到这种灵活性，规定最高不超过三十年的有期徒刑或无期徒刑，“以犯罪极为严重和被定罪者的个人情况而证明有此必要的情形为限”。在塞拉利昂问题特别法庭、²⁶⁸ 黎巴嫩问题特别法庭、²⁶⁹ 东帝汶重罪特别审判小组、²⁷⁰ 柬埔寨法院特别法庭、²⁷¹ 伊拉克高等刑事法庭²⁷² 和在塞内加尔司法系统内设立的非洲特别法庭²⁷³ 的规范文书中，都可发现类似的表述。

²⁶⁴ 《危害人类和平及安全治罪法草案》(见上文脚注 134)，第 3 条，第 22 页。

²⁶⁵ 同上，第 23 页

²⁶⁶ 《卢旺达问题国际法庭规约》(见上文脚注 100)，第 23 条，第 1 款。

²⁶⁷ Schabas, *Genocide in International Law*, 第 464 至第 465 页(引文从略)。

²⁶⁸ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注 101)，第 19 条。

²⁶⁹ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(见上文脚注 170)，第 24 条。

²⁷⁰ UNTAET/REG/2000/15(见上文脚注 102)，第 10 节。

²⁷¹ 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103)，第 39 条。

²⁷² 《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注 104)，第 24 条。

²⁷³ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》(见上文脚注 105)，第 24 条。

76. 同样，在国家司法管辖机构把危害人类罪定为刑事犯罪的情形下，对此类罪行适用的惩罚也可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。例如，在法国，如果 “[l]orsqu’ils sont commis en temps de guerre en exécution d’un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique”²⁷⁴ (在战争期间因针对抵抗意识形态系统者采取一致行动而实施危害人类罪行)，或 “participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l’un des crimes définis”²⁷⁵ (参与成立的团体或建立的协会，以准备实施所界定的罪行，并有一项或多项具体行动)，则可用终身监禁处罚相关罪行。但在法国，对于其他构成危害人类罪的罪行仅处以 10 年或 15 年监禁。²⁷⁶ 奥地利也“根据实施具体罪行的严重性处以不同的[监禁刑期]。例如，可对在危害人类罪攻击中实施谋杀者处以无期徒刑……，可对实施强奸者处以五年到十五年的徒刑”。²⁷⁷ 大韩民国也是一样，规定构成危害人类罪的谋杀的最低刑期为七年，任何其他构成危害人类罪的罪行为五年。²⁷⁸

77. 西班牙也规定可对构成危害人类罪的罪行适用各种刑罚：如对造成死亡者的监禁期限为 15 年至 20 年；对强奸者为 12 年至 15 年，对实施任何其他类型性侵犯者为 4 年至 6 年；对造成伤害者为 12 年至 15 年；对危及受害者生命或严重损害受害者健康的犯罪者为 8 年至 12 年；对驱逐受害人的犯罪者为 8 年至 12 年；对强迫受害人怀孕者为 6 年至 8 年；对强迫受害人失踪者为 12 年至 15 年；对实施非法监禁者为 8 年至 12 年；对实施酷刑者为 4 年至 8 年；对犯卖淫罪者(包括为性剥削目的进行贩运者)为 4 年至 8 年；对实施奴役者为 4 年至 8 年。²⁷⁹ 芬兰国家法律规定可对危害人类罪判处一年有期徒刑至无期徒刑，如果犯罪者犯下“加重”的危害人类罪，则最低刑期是八年。²⁸⁰ 瑞士规定危害人类罪的最低刑期为五年，“[s]i l’acte est particulièrement grave”²⁸¹ (如果罪行特别严重)，可判处终身监禁。

78. 许多国家不允许对任何犯罪、包括危害人类罪适用死刑(自纽伦堡审判结束以来，国际刑事法庭也是如此)，其他许多尚未废除死刑的国家也没有在实践中适用

²⁷⁴ 给国际法委员会的书面意见(2015 年)，法国，援引法国《刑法典》第 212-2 条。

²⁷⁵ 同上，援引法国《刑法典》第 212-3 条。

²⁷⁶ 同上，援引法国《刑法典》第 213-1 条。

²⁷⁷ 同上，奥地利。

²⁷⁸ 同上，大韩民国，援引其《刑法典》第 9 条。

²⁷⁹ 同上，西班牙，援引其《刑法典》第 607 之二条，第 2 款。另见同上，德国，以及给国际法委员会的书面意见(2016 年)，澳大利亚，列举其他对不同类型犯罪规定各种刑期的国家。

²⁸⁰ 同上，芬兰，援引其《刑法典》第 11 章第 3 至 4 节。

²⁸¹ 同上，瑞士，援引其《刑法典》第 264(a)条。

死刑。许多国家进而认为适用死刑违反人权法。即便如此，仍有相当一部分国家允许死刑，认为国际法允许死刑。这些国家包括孟加拉国、白俄罗斯、博茨瓦纳、中国、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、伊拉克、日本、约旦、科威特、黎巴嫩、利比亚、马来西亚、尼日利亚、阿曼、新加坡、泰国、乌干达、越南、阿拉伯联合酋长国和美利坚合众国。²⁸² 迄今为止，关于在国内法中把罪行定为刑事罪的条约不排除适用死刑，显然是认识到目前各国在这方面的做法各不相同。

79. 事实上，针对犯罪的国际条约没有规定缔约国应施加(或不施加)什么惩罚，而是由缔约国自由裁量，依据特定犯罪者和罪行的情况，决定施加的惩罚。²⁸³ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》仅规定，“对于犯灭绝种族罪或有[……]所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治”(第五条)。在国家实践中，这一义务的灵活性导致可对灭绝种族罪行规定各种惩罚，从各种期限的监禁到无期徒刑或死刑。对《公约》第二条(a)至(e)项所列的五种不同灭绝种族罪行为，惩罚是不同的(杀害行为通常受到最严重的惩罚)，对不同形式的刑事参与，惩罚也是不同的(意图、预谋以及直接公然煽动灭绝种族行为有时会受到较轻的惩罚，特别是后者，因为要关注对表达自由的影响)。²⁸⁴ 一位作者称：

取决于具体的情况，大多数国内法律制度对[灭绝种族罪]共犯的处理同对主犯的处理一样严苛。因此，帮助犯和教唆犯可能受到最严厉的处罚。在许多司法体系中，对未遂犯罪适用大幅减轻的处罚，灭绝种族罪也应适用相同原则。在国内立法中，直接公然煽动罪被认为远不及其他形式的参与灭绝种族罪行为严重。²⁸⁵

80. 关于保护战争受难者的日内瓦四公约也规定了一条普遍性标准，但赋予各国制订恰当处罚的自由裁量权，公约仅规定“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于[本身犯有或令人犯有下条所列之]严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁”。²⁸⁶

²⁸² 概况见 Hood 和 Hoyle。

²⁸³ 如见，人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 58 段(表示“若干代表团欢迎(该条款)赋予缔约国灵活的余地”)；Cassese，第 219 至第 220 页；另见起草反对劫持人质国际公约特设委员会报告，《大会正式记录，第三十二届会议，补编第 39 号》(A/32/39)，第 13 次会议，第 68 至第 69 页，第 4 段(美利坚合众国的意见)。

²⁸⁴ 如见，“检察官和十五名无名受害者诉 Van Anraat”，22-000509-06-2 号案件，2007 年 5 月 9 日裁决，海牙上诉法院。另见 van der Wilt，“Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: reflections on the van Anraat case”；以及 Saul, p.72。

²⁸⁵ Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, p. 470。

²⁸⁶ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《第一公约》)，第 49 条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《第二公约》)，第 50 条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)，第 129 条；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《第四公约》)，第 146 条。

81. 新近有关国家法律制度所定罪行的条约通常规定，惩罚应是“适当的”。虽然国际法委员会最初提议在其关于外交代表和其他应受保护人员的条款草案中使用“严厉惩罚”一词，但实际上各国在 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》中使用了“适当的惩罚”。²⁸⁷ 这一术语成为后续各项条约的模板。²⁸⁸ 同时，在 1973 年《公约》中，除规定“适当的惩罚”外，还呼吁在确定如何惩罚时考虑到罪行的“严重性”。²⁸⁹ 国际法委员会评论说，这样的提法意在强调在惩治此类犯罪时，确定处罚措施时应考虑到其中所涉的重要“全球利益”。²⁹⁰ 自 1973 年以来，每一“缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”这一办法已被众多条约采纳，其中包括《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》。²⁹¹ 一些条约使用罪行的“极端严峻性”、“严重性”或“极端严重性”等词语来表述严重性问题。²⁹²

82. 思考这样的措辞，一位作者建议：

在这样的措辞中，存在某些故意模糊的因素……，反映出各国间的处罚体系各不相同，因此，《公约》要为罪行制定任何具体的惩罚或惩罚范围是困难的，也是不可取的(从许多国家的观

²⁸⁷ 见第 2 条第 2 款(“每一缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”)。关于删去“严厉”一词的原因分析，见 Wood，第 805 页(发现委员会“严厉”惩罚的提议“受到批评，因其意味着只因受害者是受国际保护人员，因此惩罚应更加严厉”)。

²⁸⁸ 见 Nowak and McArthur，第 232 页。在起草《反对劫持人质国际公约》的过程中，使用“适当”而不是“严厉”的惩罚被认为更可取，这主要是因为，各国间通常无法就国家一级“严厉”惩罚的内容达成一致。见起草反对劫持人质国际公约特设委员会报告(上文脚注 283)，第 14 次会议，第 77 至第 78 页，第 25 段(墨西哥)；同上，第 80 页，第 39 段(荷兰)；和第 15 次会议，第 85 页，第 12 段(丹麦)。在谈判过程中，数个国家表示倾向于“适当的惩罚”，因为它们认为，这样的措辞更能体现“法律公正的保障”；它们担心，更武断的措辞可能导致人权在国家法律体系中受到侵害。同上，第 13 次会议，第 72 页，第 17 段(伊朗)；同上，第 14 次会议，第 75 页，第 7 段(智利)；同上，第 77 至第 78 页，第 25 段(墨西哥)；同上，第 15 次会议，第 83 页，第 3 段(尼加拉瓜)。最后，《公约》规定“按照……所称罪行的严重性处以适当的惩罚”。见《反对劫持人质国际公约》，第 2 条。

²⁸⁹ 见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第 2 条第 2 款(“按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”)。另见起草反对劫持人质国际公约特设委员会报告(上文脚注 283)第 74 至第 75 页，第 6 段。

²⁹⁰ 《1972 年……年鉴》，第二卷，第 316 页，第 2 条草案的评注第(12)段。

²⁹¹ 第 4 条。另见《联合国人员和有关人员安全公约》，第 9 条，第 2 款(“应按照……所列举的罪行的严重性，对各罪行处以适当的惩罚”)；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，第 4 条(b)款(“使这些罪行受到适当惩罚，这种惩罚应考虑到罪行的严重性”)；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 4 条(b)款(“根据罪行的严重性质，以适当刑罚惩治这些罪行”)；非统组织《防止和打击恐怖主义公约》，1999 年，第 2(a)条(“根据犯罪的严重性质，以适当刑罚惩治这些犯罪”)

²⁹² 如见，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 7 条第 1 款(“应考虑到强迫失踪罪的极端严重性，对之给予相应的处罚”)；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 6 条(“考虑到其严重性的严厉处罚”)；《美洲被迫失踪人士公约》，第三条(“与其极端严重性相称的适当处罚”)。

点来看)。当然，可以这样说，根据针对国际社会关注的罪行的公约，国家可能只是作为拘押国而对犯罪者提出起诉，因此，这样的公约应规定一套统一的惩罚措施，既可以保持一致性，也可以确保最终施加某种处罚。但各国似乎没有准备好接受任何这样的义务。²⁹³

83. 即便如此，要求惩罚反映罪行严重性的措辞有助于强调“确立的惩罚应近似于缔约方通常就重罪、而不是轻罪规定的惩罚”，同时仍遵从各国国家制度的安排。²⁹⁴

H. 第 5 条草案在国内法中定为刑事犯罪

84. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

第 5 条

草案在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保国家刑法把下列行为定为犯罪：实施危害人类罪行；企图实施这种罪行；命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

2. 各国还应采取必要措施，确保国家刑法将下列行为定为犯罪：

(a) 军事指挥官或实际担任军事指挥官的人员，在以下情况下应对其实际指挥和控制或实际管理和控制(视情况而定)但却未能进行适当控制的部队所实施的危害人类罪行承担刑事责任：

(一) 军事指挥官或人员知晓或在当时情况下应该知晓部队正在或将要实施这种罪行；

(二) 军事指挥官或人员未能在其权力范围内采取一切必要与合理措施，防止或制止犯罪，或将事项提交主管当局进行调查和提起诉讼；

(b) 关于(a)款中没有述及的上下级关系，在以下情况下，上级应对其实际管理和控制但却未能进行适当控制的下级所实施的危害人类罪行承担刑事责任：

(一) 上级知晓或有意无视明确显示下级正在或将要实施这种罪行的信息；

(二) 犯罪涉及上级实际负责和控制的活动的；

(三) 上级未能在其权力范围内采取一切必要与合理措施，防止或制止实施罪行，或将事项提交主管当局进行调查和提起诉讼。

²⁹³ Lambert, p. 102。

²⁹⁴ 见 Ingelse, p. 320; Lambert, p. 103; and Nowak and McArthur, p. 249。

3. 各国还应采取必要措施，确保：
 - (a) 依照军事或文职上级的命令实施本条款草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由；
 - (b) 本条款草案所述罪行不应受到任何时效限制；
 - (c) 对本条款草案所述罪行，应考虑到罪行的严重性，处以适当的惩罚。

第二章 确定国家管辖权

85. 每当国家通过把罪行定为刑事犯罪的国家法律，国家还必须确定在发生此类犯罪时国家管辖权²⁹⁵的范围。因此，只有当犯罪在境内发生，或只有当本国国民实施犯罪时，或单独或综合依据一些其他条件，国家才可能确定管辖权。例如，关于危害人类罪，第一次报告指出，对 83 个国家的国内法进行的研究显示，其中只有 21 个国家对被指控在境外针对非本国国民实施危害人类罪的非本国国民确定了管辖权。²⁹⁶

86. 一般说来，国际文书力求鼓励各国根据国内法确定相对广泛的各种管辖权依据，以处理国际社会关注的最严重犯罪，使实施犯罪者没有庇护所。因此，依照国际法委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，“每一缔约国应采取必要措施，确定其对(治罪法草案)所载罪行(侵略罪除外)的管辖权”，“而不论这些罪行的实施地点或实施者为何”。²⁹⁷ 这样的管辖权范围是必要的，因为“委员会认为，为了有效实施本治罪法，应以尽量宽广的国家法院管辖权加上可能的国际刑事法院管辖权为基础综合处理管辖权问题”。²⁹⁸ 《国际刑事法院罗马规约》序言规定，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”，以及“各国负有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

87. 因此，针对犯罪的条约在处理国内法实施时，通常会纳入确定国家管辖权的规定。例如，人权理事会起草强迫失踪问题国际文书工作组的讨论决定，“为了

²⁹⁵ 一般说来，国内法中的“管辖权”说明国家制订(或“规定”)、适用并执行与个人有关的行为规则的范围，管辖权可能有多种形式；见 *Staker*。即便国际法允许行使某种形式的国家管辖权，国家也可能没有制定允许最大程度行使这一管辖权的国家法律；总体参见 *Naqvi*。

²⁹⁶ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/680 号文件，第 61 段。另见 *Mitchell*，第 34 至第 35 段(发现“在 94 个申明管辖权立场的国家中，只有 52% 的国家制订了充分的国家法律，可以对被指控在该国境外实施危害人类罪的非本国国民提出起诉”)。

²⁹⁷ 《危害人类和平及安全治罪法草案》(见上文脚注 134)，第 8 条，第 27 页。

²⁹⁸ 同上，第 28 页，第(5)段。

使今后文书行之有效，看来在强迫失踪问题上必须为国内刑事法庭确定尽可能广泛的管辖权”。²⁹⁹ 与此同时，虽然大多数针对国际犯罪的条约规定“国家必须对指定罪行‘确定’管辖权，……但这并不产生对任何特定案件行使这种管辖权的义务”。³⁰⁰ 实际做法是，此类条约通常只规定缔约国必须在被指控罪犯位于其境内时行使管辖权(见本报告第四章)，结果可能是在该缔约国把事项提交起诉，或者是把被指控罪犯引渡或移交给另一缔约国或主管国际法庭(见本报告第五章)。

88. 下面的分析论述根据针对犯罪的条约通常必须确定哪些类型的国家管辖权。

A. 国家对罪行管辖权的类型

89. 如上文所述，关于犯罪行为的条约一个关键目标是规定各国义务确定国家管辖权，使被控罪犯难以在世界任何其他地方寻求庇护。例如，《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 5 条规定每一缔约国有义务确定国家对酷刑罪管辖权的若干类型。该条规定：

1. 每一缔约国应采取各种必要措施，确定在下列情况下，该国对[本条约]所述的罪行有管辖权：

- (a) 这种罪行发生在其管辖的任何领土内，或在该国注册的船舶或飞机上；
- (b) 被控罪犯为该国国民；
- (c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 每一缔约国也应采取必要措施，确定在下列情况下，该国对此种罪行有管辖权：被控罪犯在该国管辖的任何领土内，而该国不按第 8 条³⁰¹ 规定将其引渡至本条第 1 款所述的任何国家。

3. 本公约不排除按照国内法行使的任何刑事管辖权。

90. 因此，第 5 条第 1 款(a)项规定在罪行发生在一国领土内的情况下应确定管辖权，此类管辖权通常称为“属地管辖权”。第 5 条第 1 款(b)项要求在被控罪犯为该国国民的情况下应确定管辖权，此类管辖权有时称为“国籍管辖权”或“主动属人管辖权”。第 5 条第 1 款(c)项要求在犯罪受害人为该国国民的情况下应确定管辖权，此类管辖权有时称为“被动属人管辖权”。值得注意的是，《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》中最后这类管辖权是选择性的：如果“该国认为应予管辖”就可以确定管辖权，但国家没有义务这样做。

²⁹⁹ 人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2003/71)，第 65 段。

³⁰⁰ McClean，第 167 页。

³⁰¹ 第 8 条规定与引渡有关的问题。

91. 第 5 条第 2 款应对其他类型的管辖权可能不存在、但被控罪犯“在”国家管辖的领土内的情况。在这种情况下，即使罪行不是在该国管辖的领土内发生的，被控罪犯不是其国民，犯罪受害人不是其国民，但鉴于被控罪犯在该国领土内，该国仍有义务确立管辖权。这一义务有助于防止被控罪犯在本来与罪行没有任何关联的国家寻求庇护。然而，如果被控罪犯不在某国领土内，该条并不强行规定国家有义务确立对罪行的管辖权。

92. 最近许多关于犯罪的条约，包括《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第九条)也有与第 5 条类似的条款。虽然还没有关于危害人类罪的公约，但希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在“逮捕证”案的单独意见中指出：

一系列多边条约及其特别管辖权条款反映了国际社会的决心，即实施战争罪、劫持、劫持人质[和]酷刑者不能逍遥法外。虽然危害人类罪尚不是一项明确的公约的客体，但国际社会对此类行为同样愤慨是不容置疑的。³⁰²

93. 确定这些类型的国家管辖权对于支持在《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》中规定“引渡或审判”义务的单独条款也十分重要。³⁰³ 纪尧姆法官在“逮捕证”案的单独意见中谈及这类条约建立的“制度”：

一经发现这些公约所述罪行的犯罪人在一国领土内，该国就有义务将其逮捕，然后将其引渡或起诉。该国首先必定已授予法院管辖权，若不将其引渡就对其进行审判。^{*} 这样便可保证全世界都惩罚所有罪行，因为所有国家都拒绝给予犯罪人以庇护。³⁰⁴

94. 下文简要讨论这些管辖权的每一个类型。

1. 罪行发生在一国领土内

95. 国家刑事管辖权的主要重点是发生在一国领土内的罪行。实际上，许多国家的国内法往往假定刑法只适用于该国领土内发生的行为，而不适用于在境外发生的行为，但不包括国内法另有说明的情况。³⁰⁵ 国际法历史上已认识到国家可以确定和行使此类“属地管辖权”，将其视为国家主权固有的一个方面。³⁰⁶

³⁰² 《2002 年国际法院案例汇编，2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决书》，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合单独意见，第 78 页，第 51 段。

³⁰³ Crawford, pp. 469-471; and McClean, p. 170。

³⁰⁴ 《2000 年 4 月 11 日逮捕证》(见以上脚注 302)，纪尧姆院长的单独意见，第 39 页，第 9 段。

³⁰⁵ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 332; 另见 Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Lambert, p. 144; Nowak and McArthur, pp. 264 and 308; Staker, p. 316; and Thalmann, p. 237(援引荷花号案)。

³⁰⁶ 一般情况见 Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Crawford, pp. 458-459; Lambert, p. 147; Shaw, pp. 474-475; and Dupuy and Kerbrat, p. 602。

96. 已通过关于危害人类罪的国内法的国家都确定了对发生在该国领土内此类罪行的管辖权，在委员会收到的关于这一专题的书面评论中可以看到这一点。³⁰⁷ 因此，比利时惩罚“[l]’*infraction commise sur le territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers*”³⁰⁸ (比利时人或外国人在王国领土内犯下的罪行)。荷兰“在下列情况下对被控罪犯实施的危害人类罪能够行使管辖权：危害人类罪发生在荷兰境内(属地原则——《刑法典》第 2 条)；危害人类罪发生在荷兰注册的船舶或飞机上(旗帜原则——《刑法典》第 3 条)”。³⁰⁹ 法国《刑法典》“*est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L’infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu’ un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire’, et dans d’autres cas particuliers concernant les infractions commises à bord des navires battant un pavillon français*”³¹⁰ (“适用于发生在共和国领土内的罪行。罪行的构成事实之一发生在共和国领土内，该罪行即被视为发生在这一领土内”，以及涉及发生在悬挂法国国旗的船舶上的罪行的其他特殊案件)。西班牙规定，“法院有权审理涉及发生在西班牙领土内或在西班牙船只或飞机上的罪行或轻罪的案件”。³¹¹ 大韩民国同样将其关于危害人类罪的法律适用于“在大韩民国境内犯下本法案规定的罪行的任何韩国国民或外国人”和“在大韩民国领土外的大韩民国注册船只或飞机上犯下本法案所规定罪行的任何外国人”。³¹²

97. 正如在这里的部分例子中所指出的，属地管辖权往往包括对发生在某国注册的船只或飞机上的罪行的管辖权；³¹³ 事实上，已通过关于危害人类罪的国家法律的国家通常确定就发生在此类船只或飞机上的行为确立管辖权。³¹⁴

98. 许多已通过一项关于危害人类罪的法规的国家没有在法规中明确规定管辖权问题。相反，根据国家刑事法律制度的结构，一旦确定为国家法律范围内的刑事罪行，对该罪行的属地管辖权就自动存在。因此，保加利亚《刑法典》适用于

³⁰⁷ 除此处的讨论外，见给国际法委员会的书面评论(2015 年)，芬兰；同上，德国；1937 年 12 月 21 日《瑞士刑法典》，第 3 条，可查询：www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes；给国际法委员会的书面评论(2015 年)，联合国。

³⁰⁸ 同上，比利时，其中援引其《刑法典》第 3 条。

³⁰⁹ 同上，荷兰。

³¹⁰ 同上，法国。

³¹¹ 同上，西班牙，附件二，第 23 条。

³¹² 同上，大韩民国，其中援引其《刑法典》第 3 条。

³¹³ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 337; and Cassese et al., p. 275。

³¹⁴ 例见：给国际法委员会的书面评论(2015 年)，法国；同上，荷兰；同上，大韩民国，其中援引其《刑法典》第 3 条第(1)和(3)款；同上，西班牙，附件二，第 23 条。

“发生在保加利亚共和国领土内的所有罪行”。³¹⁵ 古巴、³¹⁶ 德国、³¹⁷ 匈牙利、³¹⁸ 墨西哥、³¹⁹ 俄罗斯联邦³²⁰ 和土耳其³²¹ 等国的情况也是这样。

99. 如上文关于《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5条的讨论所指出，关于犯罪的条约通常规定缔约国有义务确定对罪行的属地管辖权。³²² 类似规定还载于《关于制止非法劫持航空器的公约》(第四条)；《制止危害民用航空安全非法行为公约》(第五条第1款(a)-(b)项)；《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第三条)；《反对劫持人质国际公约》(第五条第1款(a)项)；1985年《美洲酷刑公约》(第十二条(a)项)；《联合国人员和有关人员安全公约》(第十条第1款(a)项)；《美洲被迫失踪人士公约》(第四条)；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第1款(a)-(b)项)；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第七条第1款(a)-(b)项)；1999年《非统组织防止和打击恐怖主义公约》(第六条第1款(a)-(b)项)；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(第十五条第1款(a)-(b)项)；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第九条第1款(a)项)；《东盟打击恐怖主义公约》(第七条第1款(a)-(b)项)。

100. 在起草后来的《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》时，委员会明确指出“各国普遍承认属地原则在管辖权问题上具有首要地位”。³²³ 正如一些著述者所指出，管辖权的属地基础不存在争议，在起草这些条约的过程中一般不受到质疑。³²⁴

³¹⁵ 《保加利亚刑法典》(见以上脚注63)，第3条。

³¹⁶ 《古巴刑法典》(见以上脚注65)，第4条第1款。

³¹⁷ 1998年11月13日《德国刑法典》，第3节，可查询：germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752。

³¹⁸ 《匈牙利共和国刑法典》(见以上脚注70)，第3节，第(1)款a)项。

³¹⁹ 《墨西哥联邦刑法典》(见以上脚注74)，第1和第5条。

³²⁰ 《俄罗斯联邦刑法典》(见以上脚注77)，第11条。

³²¹ 《土耳其刑法典》，2004年9月26日第5237号法，第8条第(2)款。可查询：www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

³²² 《防止及惩治灭绝种族罪公约》第六条规定，如犯罪发生在本国领土内，缔约国必须行使管辖权(“凡被诉犯灭绝种族罪或有[本公约]所列其他行为之一者，应交由行为发生地国家的主管法院审理”)。为此，缔约国通过国内法直接履行条约义务，或通过执行规约履行条约义务。例如，美国规定了对“罪行全部或部分发生在美国境内”的灭绝种族罪以及煽动、企图和共谋实施灭绝种族罪的管辖权(《美国联邦法典》，第18篇，第1091(e)节)。

³²³ 《1972年……年鉴》，第二卷，第320页，外交代表和其他依国际法应受特别保护人员的保护和不可侵犯的条款草案第8条评注，第(6)段。

³²⁴ 见 Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Lambert, p. 144; Nowak and McArthur, pp. 264 和 308; Shaw, p. 477; and Thalmann, p. 237。

2. 实施犯罪者为某国国民

101. 国家法律还可能允许确定对一国国民在该国领土以外犯下的罪行确立管辖权。此类管辖权经常称为“国籍管辖权”或“主动属人管辖权”。³²⁵ 正如已经指出的那样，“即便在领土所属国提出与其相互抵触的要求的情况下，一国之所以有权仅凭国籍起诉其国民，依据的是国内法规定的效忠于国籍国的义务”。³²⁶

102. 委员会要求提供资料说明国内法关于危害人类罪的情况，大多数对委员会的请求作出答复的国家表示，其国内法规定了此类管辖权。³²⁷ 例如，比利时确定对“*tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale sur le territoire du royaume qui, hors du territoire du royaume, se sera rendu coupable*”³²⁸ (在王国领土外犯罪的任何比利时人或主要居住地在王国领土内的任何人)确立了管辖权。荷兰“对被控犯下危害人类罪的罪犯能够行使管辖权……所犯危害人类罪系由荷兰国民在荷兰境外实施的(包括被控罪犯在犯罪之后才成为荷兰国民的情形)(实际国籍原则——《国际罪行法案》第 2 条)；根据双重犯罪的条件，所犯危害人类罪系由荷兰居民在荷兰境外实施的(主动属人管辖——《刑法典》第 7 条(1)[和](3)款)”。³²⁹ 法国的法律确定“*la compétence pénale active des juridictions françaises, lorsque l’auteur est français(Article L 113-6 du Code pénal: ‘la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République’)*”³³⁰ (在应负责任者系法国人的情况下法国法院具有主动刑事管辖权(《刑法典》L 1136 条: ‘法国刑法适用于法国国民在共和国领土以外犯下的任何罪行’)。大韩民国可以将其关于危害人类罪的法律规定适用于“在大韩民国领土以外犯下本法案所规定罪行的任何韩国国民”。³³¹

103. 无论是《防止及惩治灭绝种族罪公约》还是《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》都没有要求缔约国确定国籍管辖权，但前者的准备工作文件表明存在

³²⁵ 见 Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, p. 242; Crawford p. 459; Dupuy and Kerbrat, p. 602; and Shaw, p. 479。

³²⁶ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 338。另见 Lambert, p. 147; Crawford, pp. 459 和 461; Shaw, pp. 279 和 482; and Staker, pp. 318-319。

³²⁷ 除这里的讨论外，见给国际法委员会的书面评论(2015 年)，奥地利；同上，古巴，其中援引其《刑法典》第 5 条第 2 款；同上，芬兰；同上，德国，其中援引其《刑法典》第 153f 节，第 (2)款第 1 项；同上，西班牙，附件二，第 23 条；同上，联合王国。

³²⁸ 同上，比利时，其中援引其《刑事诉讼法》总则第 6 条第 1 款。

³²⁹ 同上，荷兰。

³³⁰ 同上，法国(着重部分为原文所标)。

³³¹ 同上，大韩民国，其中援引其《刑法典》第 3 条第 2 款。

这一观点，即各国应对被控罪犯行使国籍管辖权。³³² 即便如此，国籍管辖权仍是几乎所有关于罪行的当代条约的一个特点，其中包括《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第三条)、《反对劫持人质国际公约》(第五条第 1 款(b)项)、《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 5 条第 1 款(b)项)、《美洲防止和惩处酷刑公约》(第十二条(b)款)、《联合国人员和有关人员安全公约》(第十条第 1 款(b)项)、《美洲被迫失踪人士公约》(第四条(b)款)、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第 1 款(c)项)、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第七条第 1 款(c)项)、1999 年《非统组织防止和打击恐怖主义公约》(第六条第 1 款(c)项)、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第九条第 1 款(b)项)以及《东盟打击恐怖主义公约》(第七条第 1 款(c)项)。但是，《关于制止非法劫持航空器的公约》则没有这种措辞。

104. 此类公约没有规定确定缔约国对非国民合法居民有义务确立管辖权。因此，国内法是否确定对居民也确立管辖权的问题，留给缔约国决定。³³³ 然而，如下文所述，这些公约规定缔约国通常有义务确定对在其领土上的任何被控罪犯、包括居民或无国籍人士确立管辖权。

3. 实施的罪行针对一国国民

105. 国家法律也可能对发生在一国领土以外、受害人为该国国民的罪行确定管辖权，此类管辖权有时称为“被动属人”或“被动国籍”管辖权。³³⁴ 国家确定这类管辖权的情况不如确定属地管辖权和国籍管辖权普遍；一些国家已经至少对某些类型的罪行确定了此类管辖权，而另一些国家则不这样做，还有其他一些国家对此强烈反对。表示支持的国家认为，此类管辖权有助于填补管辖权漏洞，而且国家有强烈的意愿保护其国民至少不受某些类型的严重罪行、如劫持人质的侵害。³³⁵ 反对此类管辖权的国家对促进此类管辖权表示关切，因为此类管辖权可能被滥用或至少引起不必要、相互冲突的管辖权主张。³³⁶

³³² 见灭绝种族罪公约草案审议结论[E/794]：经济及社会理事会的报告[A/633]，1948 年 12 月 2 日 (A/C.6/SR.134)，第 715-718 页。

³³³ 例见：Ireland-Piper, p. 74。

³³⁴ Crawford, p. 461; and Shaw, p. 482。

³³⁵ 起草反对劫持人质国际公约特设委员会的报告，《大会正式记录，第三十三届会议，补编第 39 号》(A/33/39)，第 23 次会议，第 41 页，第 15 段(法国)；第 44 页，第 32 段(阿尔及利亚)；第 45 页，第 33 段(尼日利亚)。

³³⁶ 同上，第 39 页，第 6 段(荷兰)；第 40 页，第 11 段(联合王国)；第 42 页，第 20 段(德国)；第 43 页，第 24 段(美利坚合众国)；第 44 页，第 29 段(苏维埃社会主义共和国联盟)。

106. 委员会要求提供资料说明国内法关于危害人类罪的情况，许多作出答复的国家表示，其国内法规定了此类管辖权。³³⁷ 例如，比利时对“commise contre une personne qui, au moment des faits, est un ressortissant belge ou un réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence habituelle ... ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique”³³⁸ (侵害当时是比利时公民或是在比利时得到承认且在比利时有惯常居住地的难民的人……或实际、惯常和合法地在比利时居住至少三年的人)的严重违反国际人道主义法行为确立了管辖权。同样，“荷兰能够对实施危害人类罪的被控罪犯行使管辖权……危害人类罪是在荷兰境外针对荷兰国民实施的(被动国籍原则——《国际犯罪法》第 2 条)；根据双重犯罪的条件，危害人类罪是在荷兰境外针对荷兰居民实施的”。³³⁹ 法国法律允许行使“de la compétence pénale passive lorsque la victime est française au moment de l’ infraction (Article L 113-7 du Code pénal: ‘La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu’ à tout délit puni d’ emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l’ infraction’)”³⁴⁰ (被动刑事管辖权，如果罪行发生时受害人是法国人(《刑法典》L 1137 条: ‘法国刑法适用于法国人或外国人在共和国领土外对罪行发生时具有法国国籍的受害人实施的任何犯罪以及应判处监禁的任何罪行’)。最后，大韩民国对“在大韩民国境外犯下本法案规定的侵害大韩民国或其人民的罪行的任何外国人”确立了管辖权”。³⁴¹

107. 鉴于各国在这一管辖权方面的实践不一致，针对罪行的条约通常没有强制确定此类管辖权；相反，此类管辖权被确定为具体缔约国可行使或不行使的一种选择。³⁴² 这种做法反映了人们希望尽可能多确立管辖权，以促进对罪犯的惩治，同时在处理对该国国民造成的损害时保护和尊重国家的主权和酌处权。³⁴³

³³⁷ 除这里的讨论外，见给国际法委员会的书面评论(2015 年)，奥地利；同上，芬兰；同上，德国，其中援引其《刑法典》第 153f 节，第(2)款第 2 项；同上，西班牙，其中援引其《刑法典》第 23 条第 4 款(a)项；同上，瑞士，其中援引其《刑法典》第 264m 条。

³³⁸ 同上，比利时，其中援引其《刑事诉讼法》总则第 10 条第 1 款和第 1 款之二。

³³⁹ 同上，荷兰。

³⁴⁰ 同上，法国(着重部分为原文所标)。

³⁴¹ 同上，大韩民国，其中援引其《刑法典》第 3 条第(4)款。

³⁴² 《2000 年 4 月 11 日逮捕证》(见以上脚注 302)，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合意见，第 76-77 页，第 47 段(“长期以来被视为有争议的被动属人管辖权，目前反映在……不同国家的立法中……，而至少就特定的罪行类别而言，现在遇到的反对相对较少”)。

³⁴³ 见 Lambert, pp. 152-154; and Nowak and McArthur, pp. 310-312。

108. 无论是《防止及惩治灭绝种族罪公约》还是《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》都没有要求缔约国确定“被动属人”管辖权，但此类管辖权在许多针对罪行的条约中被确定为一种选择。这些条约包括经《关于制止非法劫持航空器的公约》补充议定书修正的《关于制止非法劫持航空器的公约》(第四条第1款(a)项)、³⁴⁴ 《反对劫持人质国际公约》(第五条第1款(d)项)、《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5条第1款(c)项)、《美洲防止和惩处酷刑公约》(第十二条(c)款)、《联合国人员和有关人员安全公约》(第十条第2款(b)项)、《美洲被迫失踪人士公约》(第四条(c)款)、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第2款(a)项)、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第七条第2款(a)项)、1999年《非统组织防止和打击恐怖主义公约》(第六条第(2)款(a)项)、《联合国打击跨国组织犯罪公约》(第十五条第2款(a)项)、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第九条第1款(c)项)和《东盟打击恐怖主义公约》(第七条第2款(a)项)。

4. 被控罪犯在某国领土内

109. 国家法律还可以被控罪犯在领土内为唯一依据确定对发生在该国领土以外的罪行的管辖权。如上文所指出，此类管辖权与国籍无关，因此涵盖非国民(无论是否为该国的居民)以及无国籍人。就危害人类罪而言，《奥本海国际法》第九版(1992年出版)认为：

虽然尚不能提出实在国际法的一般规则，使各国像有权惩处海盗行为那样有权惩处犯有危害人类罪的外国国民，但有明确的迹象表明正在朝着这样一个重要的国际法原则的方向逐步演变。³⁴⁵

110. 委员会要求提供资料说明国内法关于危害人类罪的情况，许多作出答复的国家表示，其国内法规定了此类管辖权。³⁴⁶ 例如，奥地利对“惯常居所在奥地利领土内或身处奥地利境内并且不能被引渡的外国人”有管辖权。³⁴⁷ 芬兰法律也“适用于在芬兰境外实施的犯罪。在这种情况下，无论犯罪在何处发生，该行为是否要受到惩处取决于对芬兰有约束力的国际协定或对芬兰有国际约束力的其他法规或条例(国际犯罪)。危害人类罪、战争罪和灭绝种族罪属于此类罪行。”³⁴⁸ 法国法律“*est également applicable à tout crime ou à tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis hors du territoire de la République par un étranger*

³⁴⁴ 截至2015年，14个国家是议定书的缔约国。一旦缔约国达到22个，该议定书将生效。

³⁴⁵ Jennings and Watts, p. 998.

³⁴⁶ 除此处的讨论外，见给国际法委员会的书面评论(2015年)，古巴，其中援引其《刑法典》第5条第3款；同上，捷克共和国；同上，德国，其中援引其《刑法典》第153 f 节，第2款；同上，西班牙；同上，瑞士；同上，联合王国。

³⁴⁷ 同上，奥地利。

³⁴⁸ 同上，芬兰。

dont l'extradition ou la remise a été refusée à l'État requérant par les autorités françaises”³⁴⁹ (也适用于法国当局拒绝向请求国引渡或移交的外国人在共和国境外犯下的任何重罪或应处以至少 5 年监禁的任何罪行)。另外，大韩民国也将管辖权适用于“任何在大韩民国领土外犯下灭绝种族罪等罪行但居住在大韩民国领土内的外国人”。³⁵⁰ 肯尼亚、毛里求斯、南非和乌干达等其他国家往往由于执行了《国际刑事法院罗马规约》，也允许就危害人类罪确定此类管辖权。³⁵¹ 2012 年，非洲联盟通过了一项供非洲国家使用的示范法。该法的规定包括，只要被控罪犯在“国家的领土内”，该国在起诉危害人类罪方面即拥有管辖权。³⁵²

111. 赞成即使在没有条约的情况下也确定此类管辖权的观点认为，这一做法推动国际社会阻止和惩罚国际罪行的意愿。³⁵³ 即便如此，此类管辖权往往似乎是根据一项条约义务而确定的。虽然《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有设想此类管辖权，但《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》规定：

各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国内法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。³⁵⁴

《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)通过引用纳入了这一规定(第八十五条第 1 款)。根据皮克泰《1949

³⁴⁹ 同上，法国。

³⁵⁰ 同上，大韩民国，其中援引其《刑法典》第 3 条第(5)款。

³⁵¹ 见 2008 年《肯尼亚国际刑事法院法案》，第 18 节(c)(2008 年)(规定“对被指控犯下第 9 至 17 节所述罪行，如……犯罪后人在肯尼亚，可以在肯尼亚对其进行审判和惩处”)；2011 年《毛里求斯国际刑事法院法案》，2011 年第 27 号法案，第 4 节，第(3)款(c)项(规定“在毛里求斯境外犯下国际罪行，如……(c) 犯罪后人在毛里求斯，应视同在毛里求斯犯罪”)；《南非实施国际刑事法院罗马规约 2002 年第 27 号法案》，第 4 节，第(3)款(c)项(规定“为确保本章所述南非法院的管辖权，任何人在共和国领土外犯下第(1)分节所述罪行，如……(c) 此人在犯罪后在共和国领土内，应视同在共和国领土内犯罪”)；《乌干达国际刑事法院法》，2010 年，第 18 节(d)(同样允许对在乌干达领土外犯罪者提出起诉，如果“此人在犯罪后在乌干达境内”)。

³⁵² 见非洲联盟执行理事会亚的斯亚贝巴第 21 届常会(2012 年 7 月 9 日至 13 日)通过的“非洲联盟关于国际罪行普遍管辖权的国家示范法”，EX.CL/731(XXI)c 号文件，第 4a)条和第 8 条。第 4a)条全面规定：“法院有权审判被指控犯有本法所述任何罪行之一的任何人，而不论此种罪行据称是发生本国领土内或国外，也不论受害者的国籍如何，条件是此人应在本国领土内。”

³⁵³ 见检察官诉 Anto Furundzija 案(以上脚注 128)，第 156 段：“看来国际社会赋予禁止酷刑的强制性性质的后果之一是，每一个国家都有权进行调查、起诉和惩处或引渡身处其管辖领土内的被指控实施酷刑的个人。……普遍认为由于国际罪行不论发生在何处都受到普遍谴责，每个国家都有权起诉和惩罚应对这类罪行负责者。”另见《检察官诉杜什科·塔迪奇案，案件号 IT-94-1，1995 年 8 月 10 日对辩方就管辖权问题提出的请求所作的裁决》，前南问题国际法庭，审判分庭，第 42 段(指出前南问题国际法庭管辖范围内的罪行“不是纯属国内性质的罪行”，而“是真正具有普遍性质、被国际法公认为严重违反国际人道主义法并且超越任何单一国家的利益的罪行”)；以及 Ingelse, pp. 320-321。

³⁵⁴ 见《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，第四十九条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，第五十条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，第一百二十九条；《关于战时保护平民之日内瓦公约》，第一百四十六条。另见红十字委员会，习惯国际人道主义法数据库，“与规则 157(对战争罪的管辖权)有关的惯例”，可查询：www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule157。

年 8 月 12 日日内瓦四公约评注》，第一个句子规定的义务要求缔约国搜捕可能在其领土内的罪犯，³⁵⁵ 而不是在世界范围内的罪犯。此外，从第二句可以看出，这类管辖权通常附有一项声明，即国家可以通过将相关人员引渡给另一缔约国完成行使此种管辖权的义务。

112. 许多较近的公约规定缔约国有义务对公约针对的罪行确定此类管辖权，这些公约包括《关于制止非法劫持航空器的公约》(第四条)、《制止危害民用航空安全非法行为公约》(第五条第 2 款)、《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第三条第 2 款)、《反对劫持人质国际公约》(第五条第 2 款)、《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 5 条第 2 款)、《美洲防止和惩处酷刑公约》(第十二条)、《联合国人员和有关人员安全公约》(第十条第 4 款)、《美洲被迫失踪人士公约》(第四条)、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第 4 款)、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第七条第 4 款)、1999 年《非统组织防止和打击恐怖主义公约》(第六条第 4 款)、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(第十五条第 4 款)、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第九条第 2 款)和《东盟打击恐怖主义公约》(第七条第 3 款)。

113. 根据一项条约行使此类管辖权的一个众所周知的例子是“皮诺切特”案。在该案中，联合王国上议院认为，由于批准《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》，“如在一国领土内发现被控犯有酷刑的人，该国有引渡或起诉的义务”。³⁵⁶ 各个国家和地区还有行使这种基于条约的管辖权的其他实例。³⁵⁷ 此类管辖权有时被称为“普遍管辖权”，但有人对这一特殊背景下使用这一术语表示质疑，原因是存在一项条约而且条约规定被控罪犯须在缔约国领土内。³⁵⁸

³⁵⁵ 见 Pictet, pp.365-366。

³⁵⁶ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) and Regina v. Evans and Another and the Commissioner of the Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), Opinion of the Lords of Appeal for Judgment in the Case, Opinion of Lord Lloyd of Berwick, p.28.禁止酷刑委员会的意见，见禁止酷刑委员会的结论和建议，南斯拉夫(CAT/C/SR.354)，第 39 段(认为“第五条第 2 款要求缔约国采取必要的措施，确定在被控罪犯在该国管辖的任何领土上而该国决定不将其引渡至另一国的情况下对第四条所述各种罪行的管辖权”)；以及禁止酷刑委员会的结论和建议，法国(CAT/C/FRA/CO/3 和 Add.1)，第 13 段(认为“缔约国仍应承诺起诉并审判身处其管辖的任何领土内的被控酷刑行为犯罪人，而不论其国籍为何”)。

³⁵⁷ 例见：欧洲联盟理事会，非盟-欧盟关于普遍管辖权原则的专家报告，2009 年 4 月 16 日第 8672/1/09 REV 1 号文件，可查询：www.africa-eu-partnership.org/en/documents/au-eu-expert-report-principle-universal-jurisdiction。另见 Macedo； and Reydam。

³⁵⁸ 因此，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在“逮捕证”案的联合单独意见中提到“这些条约中被错误地称为‘普遍管辖权’的原则”(《2000 年 4 月 11 日逮捕证》(见以上脚注 302)，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的单独意见，第 75 页，第 44 段)。相反，他们指出，此类管辖权最好应定义为“对人的强制性属地管辖权，尽管与在其他地方犯下的行为有关”(同上，第 74-75 页，第 41 段)。

114. 与此同时,《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》等条约并不要求缔约国对不在该国领土内的被控罪犯确定管辖权。因此,国家法院在实施这些条约时,通常谨慎地将管辖权限制在被控罪犯在该国领土内的情形。例如,在 *Bouterse* 案中,荷兰最高法院明确指出,对被指控犯有酷刑罪的人行使管辖权(根据《荷兰禁止酷刑公约执行法》)的依据应是诉讼涉及荷兰籍人员或提出起诉时被控罪犯身在荷兰境内。³⁵⁹ 因此,法院拒绝对缺席的被告行使管辖权,原因是与荷兰法律秩序没有直接联系,被告(*Bouterse*)在苏里南,而且据称受害人没有一人是荷兰国民。³⁶⁰ 纪尧姆院长在“逮捕证”案的个别意见中考虑了这种做法,得出结论认为,有关条约都没有“考虑对犯罪人不在有关国家境内的情况下对外国人在国外针对外国人犯下的罪行确立管辖权”。³⁶¹

115. 此外,此种条约通常并不寻求解决下述问题,即:如果多个国家对刑事罪行都有国家管辖权并且希望行使此类管辖权,那么某个缔约国是否应有优先权?³⁶² 虽然一些双边协定和区域协定试图解决这一问题,但此事十分复杂,其部分原因是存在拒绝引渡的理由,包括在不驱回义务方面拒绝引渡的理由。³⁶³ 相反,这些事项的解决办法往往是通过缔约国之间的礼让和合作,同时考虑到证据的地点、证人、受害者和其他有关事项。³⁶⁴ 在实际操作上,如果被控罪犯所在的缔约国愿意并且有能力提出起诉,则该国提出起诉比较合适。³⁶⁵

116. 最后,规定只要被控罪犯在一国境内就有义务确定管辖权的条约总是包括一项规定,用以代替对具体的被控罪犯行使管辖权。大多数针对罪行的条约考虑采用缔约国向另一缔约国引渡被控罪犯的替代办法。这些条约在当代国际刑事法

³⁵⁹ Prosecutor-General of the Supreme Court v. Desir éBouterse, Case No. LJN: AB1471, Judgment of 18 September 2001, Supreme Court of the Netherlands, paras. 8.2-8.3.5.

³⁶⁰ 同上,第 8.5 段。

³⁶¹ 《2000 年 4 月 11 日逮捕证》(见以上脚注 302),纪尧姆院长的单独意见,第 39-40 页,第 9 段。另见:同上,希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的个别意见,第 75 页,第 44 段(认为“对国家惯例和法院判决的理性分析表明,[没有领土关系的普遍管辖权]目前并没有得到行使”);以及:同上,第 76 页,第 45 段(认为“几乎所有国家立法都考虑到与法院地国的某种联系”以及“不存在由纯粹普遍管辖权形成管辖权基础的案例法”)。

³⁶² 例见:非盟-欧盟关于普遍管辖权原则的专家报告(以上脚注 357),第 14 段(“实在国际法不承认它允许的各种管辖权依据之间存在等级”)。

³⁶³ 有关引渡问题见下文关于今后工作方案的第七章。

³⁶⁴ 例见: *Kumar Lama v. Regina*, [2014] EWCA Crim.1729 (Court of Appeal) (7 Aug. 2014), para.71(3)(高等法院得出结论认为,“《禁止酷刑公约》并没有确立可能的管辖权的等级或体现任何适当法院的原则。在任何具体的案件中,依据一种管辖权而不是另一种管辖权提出起诉可能更方便或更有效,例如,提供证据会更方便;这样做虽然正确,却只不过是出于对具体案件情况的一种考虑”)。

³⁶⁵ 至少有一位著述者认为,“各国必须考虑到有更充分理由行使管辖权的国家行使管辖权的希望”(Ingelse, p. 326)。

院和法庭设立之前就已存在，因此大多没有明确考虑将被控罪犯移交国际法院或法庭这一替代办法。但是，最近的条约明确承认这一可能性。例如，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第九条第二款对此类管辖权的表述如下：

各缔约国还应采取必要措施，在指称的罪犯留在任何该国管辖的领土上时，确定对该强迫失踪罪案的司法管辖权，除非该国根据其国际义务将嫌犯引渡或移交给另一国家，或移交给该国承认其管辖权的某个国际刑事法庭。³⁶⁶

B. 不排除其他国家管辖权

117. 如上所述，《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5条第3款明确指出，尽管《公约》规定每一缔约国有义务确定某些类型的管辖权，但《公约》并不排除根据该缔约国内法可以确定的任何其他管辖权。³⁶⁶事实上，为维护缔约国在条约范围之外确定国家管辖权的权利，国际条约通常留有余地，让缔约国可以有其他管辖权的理由，据以追究被控罪犯的责任。³⁶⁷希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在“逮捕证”案的联合单独意见中提到的事项包括第5条第3款，指出：

我们反对这一建议，即打击有罪不罚现象的斗争已“移交”给国际条约和法庭，而国家法院在此类事项上没有权限。在制定相关条约规定时开展了极为细致的工作，力求不排除其他可以在自愿的基础上行使管辖权的理由。³⁶⁸

118. 许多国际和区域文书都载有这一规定。这些文书包括：《关于制止非法劫持航空器的公约》(第四条)、《制止危害民用航空安全非法行为公约》(第五条第3款)、《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第三条)、《反对劫持人质国际公约》(第五条第3款)、《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5条第3款)、《美洲防止和惩处酷刑公约》(第十二条)、《联合国人员和有关人员安全公约》(第十条第5款)、《美洲被迫失踪人士公约》(第十条)、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第5款)、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第七条第6款)、《联合国打击跨国组织犯罪公约》(第十五条第6款)、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第九条第3款)和《东盟打击恐怖主义公约》(第七条第4款)。

119. 在为保留缔约国确定或保持其他形式国家管辖权的能力制定条款时，一个令人关切的问题是如何避免暗示条约是在对此类其他国家管辖权予以授权，或这类管辖权不需要符合适用的国际法规则。例如，出于这一原因，《制止向恐怖主

³⁶⁶ 有关分析见 Burgers and Danelius, p.133。

³⁶⁷ 拟议一项打击跨国组织犯罪国际公约特设委员会，联合国打击跨国组织犯罪公约修订草案(A/AC.254/4/Rev.4)，第20页，脚注102。另见 Lambert。

³⁶⁸ 《2000年4月11日逮捕证》(见以上脚注302)，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的个别意见，第78-79页，第51段。

义提供资助的国际公约》载有关于管辖权的一项条款，案文如下：“在不妨碍一般国际法准则的情况下，本公约不排除缔约国根据其国内法所确定任何刑事管辖权的行使。”³⁶⁹

第 6 条草案 国家管辖权的确定

120. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

第 6 条草案 国家管辖权的确定

1. 各缔约国应采取必要措施，确定在下列情况下对第 5 条草案第 1 款和第 2 款所述罪行有管辖权：

- (a) 罪行发生在该国管辖或控制的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；
- (b) 被控罪犯为其国民；
- (c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国也应采取必要措施，确定在被控罪犯位于一国管辖或控制的任何领土内的情况下，该国对第 5 条草案第 1 款和第 2 款所述罪行有管辖权，除非它按照第 9 条草案第 1 款引渡或交出相关人员。

3. 在不妨碍适用的国际法规则的情况下，本条草案不排除一国根据其国内法确定其他刑事管辖权。

第三章 开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯

121. 如果出现一国所管辖或控制领土可能已发生危害人类罪的情况，有必要促使该国对是否已经发生或正在发生此类罪行进行一般性调查。这种对可能的危害人类罪情况进行的一般性调查(在本章讨论)应与对某人是否犯下危害人类罪进行的较具体调查(在下文第四章讨论)有所区分。这种较一般性的调查允许该国作为一般事项确定是否已经或正在发生危害人类罪，这可使该国立即采取措施防止罪行继续发生，并帮助形成一个一般性的基础，以便该国或被指控罪犯可能逃往的国家对其进行更具体的调查。

³⁶⁹ 第七条第 6 款。另见《联合国反腐败公约》，第四十二条第 6 款(“在不影响一般国际法准则的情况下，本公约不排除缔约国行使其依据本国法律确立的任何刑事管辖权”)。

122. 在起诉被指控罪犯之前，在危害人类罪发生地进行调查，这一设想出现在了不同的国际文书中。例如，1973年，联合国大会通过了《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》，其中规定“危害人类罪，无论发生于何处，均应加以调查；对有证据证明犯此等罪行的人，应该加以追寻、逮捕、审判，如经判定有罪，应加以惩治。”³⁷⁰ 一些更早的大会决议也确认必须调查危害人类罪，并呼吁各国在这方面采取必要措施。³⁷¹

123. 许多条约表示期待一国对据认为在其境内发生的罪行进行调查。这些条约规定，只要有合理依据认为发生了条约所述罪行，缔约国就有义务进行调查。³⁷² 例如，《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12条规定，“每一缔约国应确保在有适当理由认为在其管辖的任何领土内已发生酷刑行为时，其主管当局立即进行公正的调查。”此项一般性义务不同于《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6条第2款所规定的国家对涉及某一具体被指控罪犯的事实真相进行专门查询或调查的义务(在本报告第四章讨论)。此外，“触发”此项一般性“调查义务的并不是犯罪嫌疑人在缔约国境内这一事实，而是缔约国主管当局怀疑[相关]行为可能已在其管辖的任何领土内发生。”³⁷³ 因此，这一调查有所不同，因为该调查“不论嫌疑人是否已知或是在现场都必须进行”。³⁷⁴

124. 在以下文书中可以找到以不同方式表述的进行一般性调查的类似义务：《美洲防止和惩处酷刑公约》（“如有指控或切实理由认为在其管辖境内发生了酷刑行为，则缔约国应保证其主管当局将立即采取适当行动，对该案件进行调查，并酌情启动相应的刑事诉讼程序”（第八条））；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》

³⁷⁰ 1973年12月3日大会第3074(XXVIII)号决议，第1段。

³⁷¹ 例如见1969年12月15日大会第2583(XXIV)号决议序言和第1段（“深信战争罪及危害人类罪之彻底调查……实构成防止此等罪行、保障人权与基本自由、鼓励信任、增进民族间合作及促进国际和平及安全之一重要条件…… 1. 促请一切有关国家采取必要措施，以彻底调查战争罪及危害人类罪”）；1970年12月15日大会第2712(XXV)号决议序言和第5段（“深信战争罪及危害人类罪之彻底调查以及犯有此等罪行——不论犯罪地点为何——之逮捕、引渡及惩治……乃现在及今后防止同类罪行之重要因素…… 5. 再请尚未采取必要措施之关系国家采取此类措施，以彻底调查战争罪及危害人类罪”）；1971年12月18日大会第2840(XXVI)号决议序言（“坚信对战争罪及危害人类罪……进行彻底调查……需要国际的合作”）。

³⁷² 关于保护战争受难者的日内瓦四公约中有关于这一一般性调查观点的不同表述，尽管该表述更多地侧重于确定具体犯罪人。这些公约规定，国家普遍有义务“搜捕被控为曾犯”严重违反公约行为“之人”。见《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第49条（“各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人。”）；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》第50条(同前)；《关于战俘待遇的日内瓦公约》第129条(同前)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》第146条(同前)。

³⁷³ Nowak and McArthur, p. 414.

³⁷⁴ Ingelse, p. 335.

(“如有合理依据认为有人遭到强迫失踪，即使没有人提出正式申诉，[主管当局]也应进行调查”(第十二条第2款)；2011年欧洲委员会《预防和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(“缔约方应采取必要的立法或其他措施，确保与本公约所涵盖的一切形式暴力行为有关的调查和司法程序立即进行，不得无故拖延，同时在刑事诉讼程序的所有阶段考虑到受害人的权利”)。³⁷⁵

125. 这一开展一般性调查的义务只是针对可能发生犯罪行为的国家，而并不是针对其他国家。在发生危害人类罪的情况下，对于似乎发生罪行的领土具有管辖或控制权的国家最适合进行这样的初步调查，以便确定罪行是否真的发生。如果确实发生了，则确定犯罪者是该国控制的政府军队、另一国控制的军队还是非国家组织。这样的调查不仅可以为搜捕被指控的罪犯奠定基础，还可以为通过确定源头以利防止此类罪行再度发生奠定基础。

126. 这样的义务通常要求只要有理由或合理依据认为发生了犯罪行为就应当进行调查。³⁷⁶事实上，由于很可能“在某个国家酷刑做法越是有系统，则正式提出酷刑申诉的数目就会越少”，即使国家没有接到任何个人申诉，也可能发生违反《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12条的行为。³⁷⁷同样，禁止酷刑委员会认为，只要有合理依据认为发生了酷刑或虐待，国家当局就必须“自动进行”调查，而“无需特别注重是否有怀疑的依据”。³⁷⁸

127. 禁止酷刑委员会还认为，如果国家调查做不到“及时而公正”，就违反了第12条。³⁷⁹关于及时性的要求意味着一旦怀疑有犯罪发生，就应立即或毫不拖延地启动调查。³⁸⁰在委员会认为不够及时的大多数案件中，要么没有进行任何调查，要么只是在过了很长时间以后才开始。例如，委员会认为“对酷刑指控的调

³⁷⁵ 第49条第1款。另见第55条第1款(“缔约方应确保本公约第35、36、37、38和第39条认定的犯罪行为如全部或部分在其境内发生，则对该罪行的调查或起诉将不完全取决于受害人的举报或申诉，并且，即使受害人撤回其陈述或申诉，司法程序也可以继续进行”)。

³⁷⁶ 见 *Blanco Abad* 诉西班牙，第59/1996号来文，禁止酷刑委员会的意见(CAT/C/20/D/59/1996)，第8.2段。另见 *Dimitrijevic* 诉塞尔维亚和黑山，第172/2000号来文，禁止酷刑委员会决定选编，第一卷，第十一至第三十八届会议(1993年11月至2007年5月)，联合国出版物(出售品编号E.08.XIV.8)，第89-92页，见第92页，第7.3段。

³⁷⁷ Nowak, p. 246。

³⁷⁸ *Dhaou Belgacem Thabti* 诉突尼斯，第187/2001号来文，禁止酷刑委员会的意见(CAT/C/31/D/187/2001)，第10.4段。另见 *Blanco Abad* 诉西班牙(上文脚注376)，第8.2-8.6段。

³⁷⁹ 例如，见禁止酷刑委员会，*Bairamov* 诉哈萨克斯坦，第497/2012号来文，禁止酷刑委员会的意见(CAT/C/52/D/497/2012)，第8.7-8.8段。

³⁸⁰ Nowak and McArthur, p. 434。

查如耽搁 15 个月才启动，属于时间过长，违反了《公约》第 12 条的规定。”³⁸¹ 及时性要求背后的理由是，可证明酷刑的物质痕迹可能会很快消失，提出申诉的受害人也有再次遭受酷刑的危险，而及时的调查有可能防止这一点。³⁸²

128. 公正性要求通常意味着各国必须以严肃、有效和不偏不倚的方式着手进行调查。³⁸³ 这是一个基本要求，因为“任何调查如以假设这种行为没有发生为前提，或想要保护涉嫌官员，就不能认为是有效调查。”³⁸⁴ 禁止酷刑委员会曾在一些案例中建议，对犯罪行为的调查应“处于司法机构独立成员的直接监督之下”，³⁸⁵ 并在另一些案例中表示：“应严格禁止所有无权进行刑事案件调查的政府机构进行此种调查。”³⁸⁶ 该委员会指出，公正的调查对犯罪行为发生或未发生的说法给予同等重视，然后通过适当的调查渠道追查，例如检查现有的政府记录、审查相关政府官员、或下令挖尸检验。³⁸⁷

129. 一些条约没有明确载列这种调查义务，但被理解为其行文暗含这一义务。例如，《公民权利和政治权利国际公约》没有载列这样的明确义务，但人权事务委员会一再申明各国必须秉持诚意调查违反《公民权利和政治权利国际公约》的情况。³⁸⁸ 除其他外，该委员会还指出：

³⁸¹ 禁止酷刑委员会 *Halimi-Nedzibi* 诉奥地利，第 8/1991 号来文，禁止酷刑委员会决定选编，第一卷，第十一至第三十八届会议(1993 年 11 月至 2007 年 5 月)，联合国出版物(出售品编号 E.08.XIV.8)，第 15 页，第 13.5 段。

³⁸² *Blanco Abad* 诉西班牙(见上文脚注 376)，第 8.2 段(“委员会评论说，及时性必不可少，不仅是因为要确保受害人不再继续遭受此种行为，而且是因为一般而言，除非所采用的方法具有永久或严重后果，否则酷刑特别是残忍、不人道或有辱人格的待遇在身体上造成的痕迹会很快消失”)。见 *Burgers and Danelius*, pp. 144-145。

³⁸³ *Nowak and McArthur*, p. 435。

³⁸⁴ *Burgers and Danelius*, p. 145。

³⁸⁵ 禁止酷刑委员会的报告(审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告——厄瓜多尔)，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 44 号》(A/49/44)，第 17 页，第 105 段。

³⁸⁶ 禁止酷刑委员会的报告(审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告——危地马拉)，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 44 号》(A/56/44)，第 34 页，第 76(d)段。

³⁸⁷ *M'Barek* 诉突尼斯，第 60/1996 号来文，禁止酷刑委员会的意见(CAT/C/23/D/60/1996)，第 11.9-11.10 段。另见 *Nowak and McArthur*, p. 435。

³⁸⁸ 例如，见 *Shukurova* 诉塔吉克斯坦，第 1044/2002 号来文，人权事务委员会的意见(CCPR/C/86/D/1044/2002)，第 8.2 段；*Kouidis* 诉希腊，第 1070/2002 号来文，人权事务委员会的意见(CCPR/C/86/D/1070/2002)，第 9 段；*Agabekova* 诉乌兹别克斯坦，第 1071/2002 号来文，人权事务委员会的意见(CCPR/C/89/D/1071/2002)，第 7.2 段；*Karimov and Nursatov* 诉塔吉克斯坦，第 1108/2002 和第 1121/2002 号来文，人权事务委员会的意见(CCPR/C/89/D/1108&1121/2002)，第 7.2 段。

特别要求设立行政机制，以便履行有关通过独立和公正的机构迅速、彻底、有效地调查关于侵犯权利指控的一般性义务。……如果缔约国不对侵犯权利行为的指控进行调查，可能会引起对于《公约》的再次违反。³⁸⁹

130. 一些区域机构对其法律文书的解释意见也认为包含进行一般性调查的义务，即使这些文书并没有明确阐述这一义务。在解释《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）时就提出了这一概念，以便有效处理土耳其某些地区的特殊情形，包括虐待、失踪及破坏村庄案件。³⁹⁰ 在这些案例中，“法院所依赖的证据包括当局没有进行有效调查或没有开展任何调查，认为这些都是违反第 2 条(生命权)、第 3 条(禁止酷刑)、第 5 条(人身安全和自由权)……第 8 条(家庭和家庭生活权)……[以及]第 13 条(有效补救权)的证据。³⁹¹ 例如，在“Ergi 诉土耳其”一案中，法院认为《公约》隐含地规定了这样的义务，以便确保对据指控由于国家工作人员使用武力而造成的任何死亡“进行有效、独立的调查”。³⁹² 法院推理认为，如参照《公约》第 1 条规定的“保障其管辖下的每个人的权利和自由”的一般义务来看《公约》第 2 条，则第 2 条关于“生命权”的条款隐含了这一规定。³⁹³ 由于“缺乏适当有效的调查”等原因，法院认定违反了《公约》第 2 条。³⁹⁴ 更近一些的“Bati 等诉土耳其”一案确认，如有足够明确的迹象表明发生了相关罪行，即使无人申诉，也必须进行调查。³⁹⁵ 美洲人权法院也适用了类似概念。³⁹⁶

³⁸⁹ 人权事务委员会关于《公约》缔约国一般法律义务的性质第 31 号一般性意见(CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)，第 15 段。

³⁹⁰ Crawford, p. 667(援引欧洲人权法院案例: Aksoy v. Turkey, Application no. 21987/93, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 18 December 1996, European Court of Human Rights; Timurtaş v. Turkey, Application no. 23531/94, Report of the Commission adopted on 19 October 1998, European Commission of Human Rights; Kurt v. Turkey, Application no. 24276/94, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 25 May 1998, European Court of Human Rights; Çakici v. Turkey, Application no. 23657/94, Judgment of 8 July 1999, European Court of Human Rights, Grand Chamber; Menteş and Others v. Turkey, Application no. 23186/94, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 28 November 1997, European Court of Human Rights, Grand Chamber; Ergi v. Turkey, Application no. 23818/94, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 28 July 1998, European Court of Human Rights; and Kaya v. Turkey, Application no. 22729/93, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 19 February 1998, European Court of Human Rights)。

³⁹¹ 同上。

³⁹² 见 *Ergi 诉土耳其*(上文脚注 390)，第 85 段。

³⁹³ 同上，第 82 段。

³⁹⁴ 同上，第 86 段。

³⁹⁵ *Bati 等诉土耳其*，第 33097/96 和第 57834/00 号诉状，欧洲人权法院 2004 年 6 月 3 日判决，第一节，第 133 段。

³⁹⁶ 见 Brownlie, p. 579(援引 Paniagua Morales et al. and Extrajudicial Executions and Forced Disappearances v. Peru)。

第 7 条草案**开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯**

131. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

第 7 条草案**开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯**

1. 每个国家应确保只要有理由认为其管辖的任何领土内已发生或正在发生危害人类罪行为，其主管当局即进行及时、公正的调查。

2. 如某国认定危害人类罪行为发生或已经发生，只要有理由认为任何他国国民参与或卷入该罪行，就应酌情将调查的一般结果向该国通报。此后，该国即应对此事进行及时公正的调查。

3. 所有国家均应酌情开展合作，确定可能犯有第 5 条草案第 1 或第 2 款所述罪行者的身份和所在地。

第四章**被指控罪犯所在地行使国家管辖权**

132. 一旦发生国际关注的罪行并有一个或多个国家对此事进行一般性调查，一国随后可能会接获关于被指控罪犯在该国境内的情报。如发生此种情况，该国通常会进行初步调查，以确定是对此事提起公诉，还是将被指控罪犯引渡或交给其他主管当局。此外，该国可以将被指控罪犯拘押(或采取其他措施)，以确保被指控罪犯留在其境内。有意起诉被指控罪犯的其他国家抑或国际法庭可要求引渡或移交。

133. 联合国大会和安全理事会均认识到在危害人类罪方面采取此种措施的重要性。因此，大会促请“一切有关国家采取必要措施，以彻底调查……危害人类罪，并对所有尚未交付审判或惩治之……危害人类罪犯施行侦查、逮捕、引渡及惩治”。³⁹⁷ 同样，大会还申明“各国拒绝合作，不肯逮捕、引渡、审判和惩治……危害人类罪犯，便是违反联合国宪章的宗旨和原则以及国际法的公认规律”。³⁹⁸ 安全理事会强调，“各国负责任遵守相关义务，终止有罪不罚的现象，彻底调查并起诉应对……危害人类罪或其他严重违反国际人道主义法行为负责的人，以防止违犯行为，避免这类行为重演，寻求持久和平、正义、真相与和解。”³⁹⁹

³⁹⁷ 大会 1969 年 12 月 15 日第 2583(XXIV)号决议，第 1 段。

³⁹⁸ 大会 1971 年 12 月 18 日第 2840(XXVI)号决议，第 4 段。

³⁹⁹ 安全理事会 2009 年 11 月 11 日第 1984(2009)号决议，第 10 段。

134. 处理犯罪问题的条约通常会规定相关的权利和义务，当被指控罪犯在某一缔约国境内时对其进行调查并可能予以羁押。例如，源于《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》并“略加简化”⁴⁰⁰的《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十条在第一和第二款中规定，缔约国在研究所收到的关于被指控罪犯的资料后，应展开初步调查，(如有必要)应将被指控罪犯拘留，并应将其采取的措施通知其他有关国家，并表明是否打算就此事行使管辖权。国际法院在审视《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》行文中这一条款时解释说，⁴⁰¹这些条款的目的是“在嫌疑人未被引渡的情况下对其展开司法程序，实现《公约》的宗旨和目标，即通过避免这类行为实施者有罪不罚的现象提高打击酷刑斗争的成效”。⁴⁰²

135. 这种当被指控罪犯在境内时采取的处理办法被认为是任何此类条约发挥效力所必不可少的基本做法，在起草此类条约时从未有过争议。⁴⁰³以下论述条约关于这一问题的一项条款的三个要素：开展初步调查的义务；确保被指控罪犯留在国家境内的义务；通知被指控罪犯所涉其他有关国家的义务。在关于“公正对待被指控罪犯”的第六章中，将论述此类条款中有时会出现的第四个要素，即非国民的被指控罪犯有权与其本国领事官员联系。

A. 开展初步调查

136. 一国在接获关于被指控罪犯在该国管辖或控制领土上的情报后，一个常见步骤是对该事项进行初步调查。如情报是自另一国或其他某种来源获得，则初步调查可能包括确认此人的身份和所在地点。无论如何，这样的初步调查将可使该国查明相关事实，决定是在国内就该事项提起诉讼，还是将被指控罪犯引渡或移交给其他主管当局。

137. 这一初步调查应与本报告第四章所述较一般性的调查对比来看。那种调查旨在笼统确定危害人类罪是否已经发生或正在发生。如果发生了，则确定罪犯可能是谁、身在何处。而此处所述的调查，鉴于已确定某个被指控罪犯可能的所在地，所以由所在国家对此人展开初步调查，以确定其身份、是否有可以起诉罪行，然后决定是就该事项提起诉讼还是引渡或移交。⁴⁰⁴开展初步调查还有助于确认

⁴⁰⁰ 人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 89 段。

⁴⁰¹ 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)(见上文脚注 98)，第 450 页，第 72 段(“将适当立法纳入国内法……可使嫌疑人所在国家立即对事实真相进行初步调查……这是使该国在了解事实后将案件提交其主管当局以便起诉的必要步骤”)。

⁴⁰² 同上，第 451 页，第 74 段。另见 Nowak and McArthur，第 337 页(就《禁止酷刑和其他成员、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》行文中这一国家义务作出解释说明)。

⁴⁰³ Lambert, p. 168。

⁴⁰⁴ Nowak and McArthur, p. 340。

有合理依据起诉被告或予以引渡或移交，从而确保对被告适用“公正和平等的基本原则”。⁴⁰⁵ 与此同时，这一初步调查应当与作为实际起诉工作一部分在被指控罪犯被发现的国家或者引渡或移交的国家或法庭进行的全面调查有所不同。

138. 各国刑法通常规定进行这种初步调查，以确定是否存在可起诉的罪行。例如，挪威规定，“当由于报告或其他情形有合理依据调查是否存在任何需要公共机关提出起诉的刑事事项时，则应进行刑事调查”。⁴⁰⁶ 这一调查的目的之一是“获取必要的信息……以决定是否应提起公诉”。⁴⁰⁷ 其他国家，如俄罗斯联邦⁴⁰⁸ 和乌克兰，⁴⁰⁹ 同样要求对所有潜在刑事事项进行初步调查。

139. 虽然《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》没有载列进行初步调查的义务，但当代关于犯罪问题的各项条约通常载有这项义务。这些条约包括《关于制止非法劫持航空器的公约》(第六条);《制止危害民用航空安全非法行为公约》(第六条第二款);《反对劫持人质国际公约》(第六条第1款);《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6条第2款);《美洲防止和惩处酷刑公约》(第八条);《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第1款);《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第九条第1款);1999年《非统组织防止和打击恐怖主义公约》(第七条第1款);《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第十条第2款);《东盟反恐怖主义公约》(第八条第2款)。

140. 国际法院强调了《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6条第2款行文所述这一初步调查的重要性，认为这种调查与主管当局进行的任何调查一样，是为了证明对所涉人员的怀疑是否属实。负责起草案卷的机关开展调查，收集事实和证据;“这可能包括与所讨论的事件和与嫌疑人在相关事件中可能的参与情况有关的文件或目击者证词”。⁴¹⁰ 法院还指出，“选择什么方式进行调查仍然取决于缔约国”，但“确定嫌疑人在该国境内之后，应立即采取步骤对该案件进行调查。”⁴¹¹

⁴⁰⁵ 同上，第342页。

⁴⁰⁶ 挪威，1981年5月22日第25号《刑事诉讼法》(包括其后各项修正，最近的修正是2006年6月30日第53号法案第224节作出的，见 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁴⁰⁷ 同上，第226节。

⁴⁰⁸ 俄罗斯联邦《刑事诉讼法》，2001年12月18日第184-FZ号(2012年3月1日修订)，第21章，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁴⁰⁹ 乌克兰《刑事诉讼法》，1960年12月28日法令颁布(2010年修订)，第111条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁴¹⁰ 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)(见上文脚注98)，第453页，第83段。

⁴¹¹ 同上，第454页，第86段。关于此案及其意义的概括性讨论，见 Cryer *et al.*, pp. 75-76。

B. 确保留在境内

141. 在进行调查以确定事项是否应提交起诉之前，将被指控犯有严重罪行者拘押，是国家刑事诉讼程序中常见的一步，特别是为了避免进一步的犯罪行为和被指控罪犯逃跑的风险。例如，德国法律规定，“如被告人有很大的犯罪嫌疑，而且有理由实施逮捕，可下令将其拘押候审……如根据某些事实……考虑到个别案件的具体情形，被告人有可能逃避刑事诉讼(有逃跑风险)，则有理由逮捕。”⁴¹² 其他许多司法管辖区也有类似的规定，如挪威、⁴¹³ 俄罗斯联邦、⁴¹⁴ 瑞士、⁴¹⁵ 乌克兰⁴¹⁶ 和美利坚合众国。⁴¹⁷ 此外，德国等一些国家还专门允许在“被告人根据《违反国际法罪刑法典》有犯刑事罪的严重嫌疑”时实施这种拘押。⁴¹⁸

142. 关于犯罪问题的条约通常列有一项条款，规定有义务确保被指控罪犯留在境内，如有必要可实施拘押。虽然《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有这样的条款，但《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》间接提及这一事项，规定每个缔约国均有义务在“本国法院起诉”被控严重违反《公约》者。⁴¹⁹ 更近一些的当代条约明确规定缔约国有义务拘押被指控罪犯或采取其他必要的法律措施，以确保其留在境内。这些条约包括：《关于制止非法劫持航空器的公约》(第六条)；《制止危害民用航空安全非法行为公约》(第六条第 1 款)；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第三条第 1 款)；《反对劫持人质国际公约》(第五条第 1 款)；《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》(第六条第 1 款)；《联合国人员和有关人员安全公约》(第十三条第 1 款)；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第六条第 2 款)；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第九条第 2 款)；1999 年《非统组织关于预防和打击恐怖主义的公约》(第七条第 2 款)；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(第十六条第 9 款)；《保护

⁴¹² 德国《刑事诉讼法》，1987 年 4 月 7 日(2008 年 10 月 31 日修订)第 21 章，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁴¹³ 挪威，《刑事诉讼法》，1981 年 5 月 22 日第 25 号(见上文脚注 406)，第 171 节。

⁴¹⁴ 俄罗斯联邦《刑事诉讼法》，2001 年 12 月 18 日第 184-FZ 号(见上文脚注 408)，第 91 和第 108 条。

⁴¹⁵ 瑞士《刑事诉讼法》，2007 年 10 月 5 日(截至 2015 年 1 月 1 日文本)第 225-226 条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁴¹⁶ 乌克兰《刑事诉讼法》，1960 年 12 月 28 日法令颁布(见上文脚注 409)第 98-1 条，可查阅 www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes。

⁴¹⁷ United States Code, Title 18, section 3142(e)-(f)(1)。

⁴¹⁸ 1987 年 4 月 7 日德国《刑事诉讼法》(见上文脚注 412)，第 112 节。

⁴¹⁹ 见《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第 49 条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》第 50 条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》第 129 条；《关于战时保护平民之日内瓦公约》第 146 条。

所有人免遭强迫失踪国际公约》(第十条第 1 款);《东盟反恐怖主义公约》(第八条第 3 款)。

143. 在列有确保留在境内义务的条约中,总体目标是使被指控罪犯留在缔约国境内“一段必要时间,以便启动引渡或刑事诉讼程序”。⁴²⁰ 首要选择通常是“逮捕和拘留,即警方拘押几天,然后是审前羁押和(或)驱逐出境前拘押”。⁴²¹ 是否需要在整个审前期间或驱逐前期间实施羁押,将取决于案件的实际情况,包括是否有逃跑或销毁证据的可能性。⁴²² 一些著述者认为,如缔约国认为持续羁押没有必要,则必须采取其他“法律措施”确保嫌疑人出庭受审。要履行这些条约规定的义务,“缔约国应采取其国内法在任何情节严重的普通犯罪案件方面规定的相同措施”,这可能包括“软禁、保释、没收旅行证件、规定定期向警方报告以及类似的行动限制”。⁴²³

144. 当然,“一国在这方面采取的”任何“行动‘必须考虑到……有理由认为被指控罪犯犯有一项或多项既定罪行’”。⁴²⁴ 虽然缔约国有很大的自由评估是否有必要拘押被指控罪犯,但必须本着诚意行使这一裁量权。⁴²⁵ 在行使裁量权时,各国应“审查……本国法律所规定的条件,特别是就必要嫌疑程度和是否存在逃跑风险规定的条件”。⁴²⁶ 只要不妨碍“引渡或起诉的一般义务”,缔约国也可考虑本国法律对拘留的时间限制,决定是否应继续拘押。⁴²⁷ 归根到底,应由“境内发现[被指控罪犯]的缔约国……”承担义务,“采取适当措施防止其在国家决定是引渡还是将案件提交本国主管机关起诉之前逃脱。”⁴²⁸

145. 禁止酷刑委员会在被指控罪犯 Ely Ould Dah 的案件中考虑了这一义务。此人 1999 年在法国被捕并被起诉,但随后获释待审。Ould Dah 先生逃离了法国,被缺席审判、定罪并量刑。委员会对该缔约国没有按照《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》规定的义务“采取必要步骤使 Ould Dah 先生留在境内并确保其出庭受审”感到遗憾。委员会建议,“就缔约国所管辖任

⁴²⁰ Lambert, p. 173. 见《1972 年……年鉴》,第二卷,第 317 页。

⁴²¹ Nowak and McArthur, p. 338。

⁴²² 同上,第 339 页。

⁴²³ 同上,第 338-339 页。另见 Burgers and Danelius, p. 135。

⁴²⁴ Lambert, p. 170(援引《1972 年……年鉴》,第二卷,第 317 页(关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第 5 条的评注))。

⁴²⁵ Burgers and Danelius, p. 134; and Lambert, pp. 168 and 171。

⁴²⁶ Burgers and Danelius, p. 134。

⁴²⁷ 同上。

⁴²⁸ 《1972 年……年鉴》,第二卷,第 317 页,关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第 5 条的评注,第(5)段。

何领土上的案件而言，如果该国认定对被指控罪犯的酷刑行为有管辖权，则应采取必要步骤对当事人实施拘押，或确保其留在境内。”⁴²⁹

C. 通知其他有关国家

146. 在不存在条约关系的情况下，没有多少权威依据支持下述主张，即：行使刑事管辖权的国家有义务通知可能与诉讼有关的其他国家(暂且不谈本报告第六章 D 节的领事通知义务)。不过，关于犯罪问题的条约往往会列入一项条款，规定已对被指控罪犯实施拘押(或采取确保其留在境内的其他必要法律措施)的缔约国有义务通知其他有关的缔约国，也即那些也有可能行使国家管辖权(例如基于“领土”、“国籍”或“被动属人”管辖权)起诉被指控罪犯的缔约国。这类通知通常必须说明其初步调查的一般性结论、缔约国已采取的措施(如拘押被指控罪犯)、缔约国是否打算行使管辖权对该事项提起诉讼。

147. 虽然《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》没有载列上述这样的条款，但更近一些的当代条约有这样的条款。这些条约包括：《关于制止非法劫持航空器的公约》(第六条)；《制止危害民用航空安全非法行为公约》(第六条第 4 款)；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第六条第 1 款)；《反对劫持人质国际公约》(第六条第 2 和第 6 款)；《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 6 条第 4 款)；《联合国人员和有关人员安全公约》(第十三条第 2 款)；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第七条第 6 款)；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第九条第 6 款)；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第十条第 2 款)；《东盟反恐公约》(第八条第 6 款)。

148. 这一义务“是一般性的”，“即使已坚决打算在逮捕当事人的国家起诉当事人”也应履行。⁴³⁰ 该义务满足了下述重要目的，即：使其他“国家可以决定是否要向羁押国提出引渡要求”。此外，被指控[罪犯]是其国民的国家也可采取适当的外交或领事保护措施”。⁴³¹

第 8 条草案 被指控罪犯所在地行使国家管辖权

149. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

第 8 条草案 被指控罪犯所在地行使国家管辖权

⁴²⁹ 《禁止酷刑委员会的结论和建议(法国)》(CAT/C/FRA/CO/3 和 Add.1)，第 14 段。

⁴³⁰ Burgers and Danelius, p. 135. 另见 Lambert, pp. 174-175(援引《1972 年……年鉴》，第二卷，第 318 页(指出这一规定的双重目的，即“宜通知正在搜捕被指控犯罪人的国家此人已被发现”，并且“这将允许任何与该犯罪有特别关系的国家决定是否要提出引渡请求，并开始准备必要的文件，收集所需证据”)。

⁴³¹ Nowak and McArthur, p. 341. 另见 Burgers and Danelius, p. 135; and Lambert, p. 183。

1. 如一国接获情报,表明其管辖或控制领土内某人可能犯有第5条草案第1或第2款所指罪行,该国应立即展开初步调查,确定涉及到此人的相关事实。

2. 如情况需要,该国应对此人实施拘押,或采取为确保其在调查期间以及在刑事、引渡或移交程序期间留在境内所必要的其他法律措施。拘押及其他法律措施应遵守该国法律规定,但也应符合国际法,并应只维持合理时间。

3. 该国应向第6条草案第1款所述国家通报其初步调查的一般性结论、任何需要实施拘押的情形、是否打算将该事项提交其主管当局起诉。

第五章

引渡或审判原则

150. “引渡或起诉原则”通常被称为引渡或审判原则,规定被指控罪犯所在的国家有义务在该国的本国系统内将其提交起诉,或引渡到另一个愿意在其国家体制内这样做的国家。这种义务载于许多有关罪行的多边条约。⁴³²

151. 联合国大会曾援引“引渡或审判原则”,呼吁各国拒绝向各种不同的、往往与恐怖主义有关的罪行的犯罪者给予庇护。⁴³³ 同样,联合国安理会也多次提及该原则。⁴³⁴ 但是在这些情况中,主题都不是危害人类罪,尽管一些此种决议涉及强迫失踪等在某些情况下可能构成危害人类的罪行,或涉及在武装冲突中保护平民或联合国人员。国际法院尚未提及“引渡或审判原则”的习惯国际法地位,但一些法官在几个意见中曾提及这一点。⁴³⁵

⁴³² 大致可见对与国际法委员会就“引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务”专题工作可能有关的多边公约的调查:秘书处的研究报告,(A/CN.4/630)。另见 Bassiouni & Wise。

⁴³³ 例如,见以下大会决议:1979年12月17日第34/145号决议;1983年12月19日第38/130号决议;1985年12月9日第40/61号决议;1987年12月7日第42/159号决议;1989年12月4日第44/29号决议;1991年12月9日第46/51号决议;1992年12月18日第47/133号决议;1994年12月9日第49/60号决议;1996年12月17日第51/210号决议;1996年12月12日第51/60号决议;1999年12月17日第54/164号决议;2006年12月14日第61/133号决议。另见秘书长关于消除国际恐怖主义措施的报告:2001年7月3日的A/56/160号文件和2005年8月12日的A/60/228号文件。

⁴³⁴ 例如,见以下安理会决议:1999年10月15日第1267(1999)号决议;1999年10月19日第1269(1999)号决议;2000年12月19日第1333(2000)号决议;2003年1月20日第1456(2003)号决议;2003年8月26日第1502(2003)号决议;2004年10月8日第1566(2004)号决议;2005年9月14日第1624(2005)号决议;2006年4月28日第1674(2006)号决议;2006年12月23日第1738(2006)号决议。

⁴³⁵ 见《洛克比空中事故引起的1971年蒙特利尔公约的解释和适用问题(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国),临时措施,1992年4月14日的法令》,《1992年国际法院案例汇编》第3页,见第24页,第2段(Evensen、Tarassov、Guillaume和Aguilar Mawdsley法官的联合宣言:“根据一般国际法,不存在不引渡而引起的起诉义务”);第38页,第12段(Bedjaoui法官的反对意见:同);第69页(Weeramantry法官的反对意见:“引渡或审判原则是国家对其国民的主权的一个重要方面,并且这一原则在习惯国际法中显然已被广泛接受”);第82页(Ajibola法官的反对意见:同)。分析见 Bassiouni and Wise,第58-69页。在逮捕证案中,希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官承认引渡或起诉原则的重要性,特别是在有关危害人类罪方面,但没有提及作为习惯国际法的地位(2000年4月11日的逮捕证案(见前注302)),希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官的个别意见,第78至79页,第51-52段。

152. 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条为“危害人类罪”作了定义，并在第 9 条中规定，“在不妨害国际刑事法院管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第 17、第 18、第 19 或第 20 条所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”⁴³⁶ 对这一规定有如下评注：

“(2) 第 9 条确定的一般性原则是，被控犯有第二部分第 17 至第 20 条所列罪行的个人所在领土的任何国家有义务引渡或起诉案犯……这一原则的根本目的是，规定主管的司法机关对犯有特别严重罪行的个人进行有效的起诉和惩治，以确保将其绳之以法。

(3) 案犯所在领土的羁押国被规定有义务起诉或引渡。羁押国有义务采取行动，确保此种个人受到该国国家主管部门的起诉，或受到请求引渡罪犯、表示愿意起诉该案的另一国家起诉。由于案犯在羁押国领土之内，该国特别适合确保本治罪法得到实施。因此，羁押国有义务采取必要和合理的步骤缉拿任何案犯，并确保主管的司法机关对此种个人进行起诉和审判。引渡或起诉的义务适用于“被控犯有罪行的个人”的羁押国。该称呼是指并非根据证据不足的指控、而是按照有关事实材料被鉴别出的个人。

(4) 关于提起刑事起诉或批准引渡请求所需要证据的足够程度，各国的国家法律制度不同，羁押国在有充分证据表明对其境内的案犯进行起诉属国内法事务时，除非决定批准所收到的引渡请求，否则有义务对此种个人进行起诉……

(5) 提起国家刑事诉讼所需要达到的证据充分程度由国内法决定，而批准引渡请求所需要的证据充分程度则在多项双边和多边条约中作出了规定……

(6) 羁押国可在两种行动之间作出选择，其中每一种行动的用意均为达到起诉被控罪犯这一结果。羁押国履行义务的方式可以是批准另一国提出的引渡案犯请求，也可以是在本国法院起诉相关个人。第 9 条没有规定优先选择其中哪一种行动。

……

(8) 第 9 条的引言部分确认，羁押国为履行确保在其领土上查到的案犯受到起诉的义务，还可采取第三种替代行动。羁押国可将案犯移交给国际刑事法院起诉。第 9 条没有规定针对哪些案件允许或要求羁押国采取这种行动，因为这将由未来法院的规约决定。”⁴³⁷

153. 2014 年，委员会通过了其工作组关于引渡或审判(*aut dedere aut judicare*)义务的最后报告，其中述及了此种义务，但没有得出结论确认习惯国际法中是否存在此种义务，包括在危害人类罪方面。该报告称：

“(54) 1996 年委员会通过治罪法草案时，其中关于引渡或起诉的义务的规定体现了国际法的逐渐发展……自 1996 年治罪法草案完成以来，国际法也许有了进一步发展，反映了这方面的国家实践和法律确信。

(55) 委员会指出，2012 年国际法院在“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”案件中裁定，法院不具管辖权，不能受理比利时就塞内加尔

⁴³⁶ 《危害人类和平及安全治罪法》草案(见前注 134)，第 30 页。

⁴³⁷ 同上，第 31 至 32 页。

据称违反习惯国际法义务提起的申诉，因为在比利时提交申请之日，比利时与塞内加尔之间的争议不涉及违反习惯国际法义务的行为。因此，法院尚不能决定引渡或起诉的义务是否具有习惯国际法地位。”⁴³⁸

154. 与此同时，委员会还指出“在关于引渡或起诉义务在目前公约制度中存在着一些重要缺陷，可能需要加以弥补。尤其是缺乏就大多数危害人类罪规定此种义务的国际公约”。⁴³⁹

155. 如在本章初始所指出的，引渡或审判义务载于多个述及罪行的多边条约中。其中一些条约规定，仅在另一缔约国提出引渡要求而有关缔约国拒绝交出被指控罪犯时，该缔约国才有义务将这一案件提交起诉。⁴⁴⁰ 另一些条约规定，只要被指控罪犯在缔约国领土上，不管其他缔约国是否要求引渡，该国都有此种义务。⁴⁴¹ 在这两种方式下，该缔约国可以通过同意引渡被指控罪犯履行其义务。⁴⁴²

156. 后一种方式是条约中最常见的，而此种方式最常用的套语来自关于制止非法劫持航空器的(海牙)《公约》，因此通常被称为“海牙套语”。该《公约》第7条规定：

在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。该当局应按照国家法律以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式作出决定。

⁴³⁸ 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第65段(援引“与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)”判决(见上文脚注98)，第461页，第120段)。

⁴³⁹ 同上。另见 Akhavan。

⁴⁴⁰ 例如，见《取缔伪造货币国际公约》，第9条(“提起诉讼的义务须以引渡请求已提出而被请求引渡国由于某种与该罪行无关的原因不能移交被告人为条件”)。另见《取缔非法贩卖危险药品公约》，第7条和第8条；《防止和惩治恐怖主义公约》，第9条；《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》，第9条；《麻醉品单一公约》，1961年，第36条第2(a)(iv)款；《精神药物公约》，第22条第2(a)(iv)款。

⁴⁴¹ 例如，见《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，第49条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，第50条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》第129条；《关于战时保护平民之日内瓦公约》，第146条：“各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。”

尽管没有缔约国对保护战争受害者的日内瓦公约这一引渡或审判规定作出保留，在其他条约中对这一套语的支持很少。《1949年8月12日与保护国际武装冲突受害者有关的日内瓦公约附加议定书》(第一议定书)，是使用这一套语的唯一其他多边公约，而且是以反致方式使用(第85条第(1)款和第(3)款以及第88条第(2)款)。见秘书处的研究报告，(上文脚注432)，第22页。

⁴⁴² 同上，第126段。另见“与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)”判决(上文脚注98)，第422页(Yusuf法官的个别意见)。

157. 尽管经常被称为引渡或“起诉”义务，但《关于制止非法劫持航空器的公约》所规定的义务是“将案件提交”检方，意味着将案件提交检察当局，该当局可能寻求起诉，也可能不寻求起诉。如果主管当局确定没有足够证据定罪，则不需要起诉被指控罪犯，也不需要对其进行审判或惩处。⁴⁴³《公约》的准备工作文件显示，该套语规定“有义务逮捕被指控罪犯，有可能引渡，有义务提交主管当局，并有可能进行起诉。”⁴⁴⁴

158. 没有缔约国对《1970年关于制止非法劫持航空器的公约》中影响有关引渡或起诉原则的规定作出保留。此外，在1970年以后起草的包含引渡或提交起诉义务的多边条约中，约四分之三的条约使用了海牙套语。⁴⁴⁵很多这些条约逐字复述或几乎逐字复述了《关于制止非法劫持航空器的公约》的用语，其中作出了很少或适度的实质性修改，另一些公约则以海牙套语为依据，但用语较随意。例子包括：《关于制止危害民用航空安全的非法行动的公约》；⁴⁴⁶《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》；⁴⁴⁷《反对劫持人质国际公约》；⁴⁴⁸《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公

⁴⁴³ 见秘书处的研究报告(上文脚注432)，第74至75段，第147页。

⁴⁴⁴ 国际民航组织法律委员会主席 Gilbert Guillaume(法国代表)的发言，《关于非法劫持航空器问题的会议记录 and 文件》(8877-LC/161号文件)，第15段，第17届会议(1970年2月9日至3月11日，蒙特利尔)第13次会议(1970年3月3日)。

⁴⁴⁵ 见秘书处的研究报告(上文脚注432)，第41-43页，第108段。这些公约包括(按时间顺序排列)：《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(1971年)，第7条；《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纽约公约》(1973年)，第7条；《反对劫持人质国际公约》(1979年)，第8条；《核材料实物保护公约》(1979年)，第10条；《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)，第7条；《制止危害民用航空安全非法行为公约的制止国际民用航空机场非法暴力行为补充议定书》(1988年)，第三条；《制止危及海上航行安全非法行为公约》，第10条第1款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年)，第6(9)条；《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989年)，第13条；《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年)，第14条；《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997年)，第10条第3款；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(1997年)，第8条；《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二议定书》(1997年)，第1条第1款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年)，第10条第1款；《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000年)，第5(5)条；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000年)，第16条第10款；《联合国反腐败公约》，第44条第11款；《制止核恐怖主义行为国际公约》，第11条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年)，第11条。

⁴⁴⁶ 第7条(“在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。该当局应按照本国法律以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式作出决定”)。

⁴⁴⁷ 第7条(“其境内存在被指控罪犯的缔约国，如不引渡罪犯，应毫无例外并且不作过分拖延，将案件交付主管当局，以便通过该国法律规定的程序进行起诉”)。

⁴⁴⁸ 第8条第1款(“领土内发现嫌疑犯的缔约国，如不将该人引渡，应毫无例外地而且不论罪行是否在其领土内发生，通过该国法律规定的程序，将案件送交该国主管机关，以便提起公诉。此等机关应按该国法律处理任何普通严重罪行案件的方式作出判决”)。

约》；⁴⁴⁹ 《联合国人员和有关人员安全公约》；⁴⁵⁰ 《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；⁴⁵¹ 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁴⁵² 《联合国打击跨国组织犯罪公约》；⁴⁵³ 《联合国反腐败公约》；⁴⁵⁴ 《制止核恐怖主义行为国际公约》；⁴⁵⁵ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；⁴⁵⁶ 《东盟打击恐怖主义公约》。⁴⁵⁷

- ⁴⁴⁹ 第 7 条(“1. 缔约国如在其管辖领土内发现有被控犯有第 4 条所述任何罪行的人, 在第 5 条所指的情况下, 如不进行引渡, 则应将该案提交主管当局以便起诉。2. 主管当局应根据该国法律, 以审理情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出判决。对第 5 条第 2 款所指的情况, 起诉和定罪所需证据的标准决不应宽于第 5 条第 1 款所指情况适用的标准”)。
- ⁴⁵⁰ 第 14 条(“嫌疑犯所在地的缔约国如不将该犯引渡, 应毫无例外地立即将案件提交本国主管当局, 以便按照本国法律规定的程序提起诉讼。这些当局应按本国法律以处理情节严重的普通犯罪案件的方式作出判决”)。
- ⁴⁵¹ 第 8 条第 1 款(“在第 6 条适用的情况被指控的罪犯所在领土的缔约国, 如不将罪犯引渡, 则无论罪行是否在其领土内实施, 应有义务毫不作无理拖延, 即将案件送交其主管当局, 以便通过其国内法律规定的程序进行起诉。主管当局应以处理本国法律中其他严重犯罪案件相同的方式作出决定”)。
- ⁴⁵² 第 10 条第 1 款(“在第 7 条适用的情况下, 犯罪嫌疑人在其境内的缔约国如不将该人引渡, 则无论在任何情况下且无论罪行是否在其境内实施, 均有义务不作无理拖延, 将案件移送其主管当局, 以按照该国法律规定的程序进行起诉。主管当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定”)。
- ⁴⁵³ 第 16 条第 10 款(“如果被指控罪犯被发现在某一缔约国而该国仅以该人为本国国民为理由不就本条所适用的犯罪将其引渡, 则该国在寻求引渡的缔约国提出请求时将该案提交本国主管机关以便起诉, 而不得有任何不应有的延误。这些机关应当以与根据本国法律针对性质的其他任何犯罪所采用的相同方式作出决定和进行诉讼程序。有关缔约国应当相互合作, 特别是在程序和证据方面, 以确保这类起诉的效率”)。
- ⁴⁵⁴ 第 44 条第 11 款(“如果被指控罪犯被发现在某一缔约国而该国仅以该人为本国国民为理由不就本条所适用的犯罪将其引渡, 则该国在寻求引渡的缔约国提出请求时将该案提交本国主管机关以便起诉, 而不得有任何不应有的延误。这些机关应当以与根据本国法律针对性质的其他任何犯罪所采用的相同方式作出决定和进行诉讼程序。有关缔约国应当相互合作, 特别是在程序和证据方面, 以确保这类起诉的效率。”)
- ⁴⁵⁵ 第 11 条第 1 款(“在[关于管辖权]的条款适用的情况下, 被指控罪犯在其境内的缔约国, 不将该人引渡的, 无论犯罪是否在其境内实施, 均有义务毫无例外地不作无理拖延, 将案件送交其主管当局, 以便通过该国法律规定的程序进行起诉。主管当局应以处理本国法律规定的任何其他严重犯罪的方式作出决定”)。
- ⁴⁵⁶ 第 11 条(“一、缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人, 如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家, 或移交该缔约国承认其司法权的某一国际刑事法庭, 则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。二、主管机关应按该缔约国的法律规定, 以审理任何性质严重的普通犯罪案件相同的方式作出判决。在第九条第二款所指的情况下, 起诉和定罪的证据标准, 不得比第九条第一款所指的情况应采用的标准宽松”)。
- ⁴⁵⁷ 第十三条第 1 款(“在第七条适用的情况下, 被指控罪犯在其境内的缔约国, 不将该人引渡的, 无论犯罪是否在其境内实施, 均有义务毫无例外地不作无理拖延, 将案件送交其主管当局, 以便通过该国法律规定的程序进行起诉。主管当局应以处理本国法律规定的任何其他严重罪行的方式作出决定”)。

159. 海牙套语还可见于许多其他区域性公约中。⁴⁵⁸ 实际上, 1957年《欧洲引渡公约》(第6(1)(d)条)是《关于制止非法劫持航空器的公约》的样本。⁴⁵⁹ 五十个国家批准了该公约, 包括所有欧洲理事会的成员国, 以及三个非欧洲国家(以色列、大韩民国和南非)。

160. 在“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”案中, 国际法院分析了《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7条中的海牙套语:

“90. 从《公约》的准备工作文件中可以明显看出, 第7条第1款是基于1970年12月16日在海牙签署的[《关于制止非法劫持航空器的公约》]中载有的一个类似规定。有关将该案提交主管当局以便起诉的义务(以下称“起诉义务”)的规定是以交由主管当局决定是否要开始诉讼程序的方式作出的, 从而显示对缔约国司法系统的独立性的尊重。此外, 这两项公约都强调主管当局应根据该国法律, 以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定([《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7条第2款和[《关于制止非法劫持航空器的公约》]第7条)。因此, 有关国家当局仍有责任决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。

91. 第7条第1款中规定的起诉义务通常是在该国已履行《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》该条款之前条款中规定的其他义务后履行的, 其中要求该国通过适当立法, 使其可以将酷刑定为刑事罪、赋予其法院对该问题的普遍管辖权, 并对事实展开调查。这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素, 这一公约机制的目的是防止嫌疑人逃脱其经证实的刑事责任承担后果……

……

94. 法院认为, 第7条第1款要求有关国家将案件提交其主管当局以便起诉, 无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第6条第2款规定, 自嫌疑人入境之时起, 该国必须立即

⁴⁵⁸ 见秘书处的研究报告(2010)(上文脚注432), 第41至43页, 第108段。这些公约包括(按时间顺序排列):《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》(1971年), 第5条; 非洲统一组织《消除非洲雇佣军制度公约》(1977年), 第8条和第9条第2款及第3款;《欧洲制止恐怖主义公约》(1988年), 第7条;《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985年), 第14条; 南亚区域合作联盟(南盟)制止恐怖主义活动区域公约(1987年), 第4条;《美洲被迫失踪人士公约》(1994年), 第6条;《美洲国际贩卖未成年人问题公约》(1994年), 第9条;《美洲国家反腐败公约》(1996年), 第十三条第6款; 1997年《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他有关材料公约》, 第十九条第6款; 1998年《阿拉伯制止恐怖主义公约》, 第6条;《反腐败刑法公约》(1999年), 第27条第5款;《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》(1999年), 第6条;《网络犯罪公约》(2001年), 第24条第6款;《非洲联盟防止和打击腐败公约》(2003年), 第15条第6款;《欧洲委员会防止恐怖主义公约》(2005年), 第18条;《欧洲委员会打击人口贩运公约》(2005年), 第31条第3款;《东南亚国家联盟反恐公约》(2007年), 第13(1)条。

⁴⁵⁹ 国际民航组织法律委员会, 关于非法劫持航空器问题的会议记录(和文件)》(8877-LC/161号文件), 第17届会议(蒙特利尔, 1970年2月9日至3月11日)第13次会议(1970年3月3日), 第69页, 第33段; 纪尧姆, 第354和368页。

进行初步调查。第7条第1款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会，也可能不会导致提起诉讼，这要看当局关于嫌疑人所受指控得到的证据。

95. 然而，如果嫌疑人所在国已经在《公约》条款中设想的任一情况下收到了引渡请求，该国可以通过接受此请求免除起诉的义务。由此可见，《公约》虽然规定可以选择引渡或选择交付起诉，但不意味着两种选择分量相当。引渡是《公约》提供给国家的一个备选办法，而起诉是《公约》规定的一项国际义务，违反这项义务属于不法行为，国家为此要承担责任。

.....

114. 尽管《公约》第7条第1款没有关于履行其规定义务的时间框架的规定，在案文中必定暗示此种义务须在合理的时间内以符合条约的宗旨和目的的方式履行。

115. 法院认为，《公约》第7条第1款中规定国家有起诉义务，其意图是实现《公约》的宗旨和目的，即“在全世界更有效地开展反对酷刑的斗争”（《公约》序言）。为此，应毫不拖延地开展诉讼程序。

.....

120. 这些条约规定的目的是防止被指控的酷刑行为犯罪人免受处罚，方法是确保他们无法在任何缔约国避难。嫌疑人所在国家确实可选择将其引渡到提出此种要求的国家，但根据公约第5条，这样做的条件是引渡的目的地国具有起诉和审判嫌疑人方面的管辖权。”⁴⁶⁰

161. 法院还认定，下述多种因素无法成为不履行这些义务的理由：国家财政困难；⁴⁶¹ 将问题提交区域组织；⁴⁶² 或根据国家的国内法难以履行此种义务。⁴⁶³

162. 最近几年，特别是在设立国际刑事法院和其他国际法庭或特别法庭的情况下，还有文书提出通过将被指控罪犯移交国际法院或法庭(有时被称为“第三选择”或“第三选择”的一部分)来履行缔约国义务。⁴⁶⁴ 例如，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第11条第1款中规定：

缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人，如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家，或移交该缔约国承认其司法权的某一国际刑事法庭，则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。

163. 此种套语中使用的“国际刑事法院”一词，意在不仅包括国际刑事法院，还包括将国际法和国家法结合使用的特设国际刑事法庭和特别法院或法庭。⁴⁶⁵ “该缔约国承认其司法权的”这句话似乎是不必要的，但它含蓄地承认，并非所

⁴⁶⁰ “与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”(见上文脚注98)，第454-461页，第90-91、94-95、114-115和120段。

⁴⁶¹ 同上，第460页，第112段。

⁴⁶² 同上。

⁴⁶³ 同上，第460页，第113段。

⁴⁶⁴ 《2014年年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/680号文件，第27段。

⁴⁶⁵ 见《2014年年鉴》，第二卷(第二部分)，第35段；以及 Scovazzi and Citroni，第303页。

有国家都接受了相同的国际刑事法庭的管辖权，因此向此种法庭提交案件的能力将因国家而异。

164. 大多数载有海牙套语的条约还包括一个条款，大意是“主管当局应根据该国法律，以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定”。⁴⁶⁶ 此种条款的目的是帮助避免可能因政治原因利用这一情况，导致在虚假指控和伪造证据的基础上进行审判，从而导致国家之间的摩擦。⁴⁶⁷ 因此，在这些诉讼程序中，“在引渡和刑事诉讼中，均应适用与严重罪行有关的通常程序，并应适用通常的证据标准。”⁴⁶⁸

165. 《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》和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》中还添加了一句话，其中规定，如果缔约国仅仅因为被指控罪犯身在其境内而有管辖权，则起诉和定罪的证据标准不得宽于具有管辖权的其他国家(例如根据属地或国籍原因而有管辖权的国家)适用的标准。这句话旨在确保被指控罪犯不是由第三国根据不充足或不适当的证据起诉。据一些著述者称，如果第三国的证据不充分，并且属地国或国籍国不能或不愿提供必要证据，则第三国应在可能的情况下将被指控罪犯引渡到证据所在的管辖区域，或应延迟诉讼，以与有关国家协商解决。⁴⁶⁹ 但是，此种义务实际实行起来有一个困难，即它假定缔约国的检察官和法官可以随时确认和适用在对该事项有管辖权的其他缔约国适用的起诉和定罪所需的证据标准。

条款草案 9

引渡或审判

166. 如前所述，委员会在 2014 年指出“在关于引渡或起诉义务的目前公约制度中存在着一些重要缺陷，可能需要加以弥补。尤其是相对于大多数危害人类罪而言，缺乏含有这一义务的国际公约”。⁴⁷⁰ 在此方面，委员会还回顾，委员会已在 2014 年工作方案中列出此专题，“其中包括使就这些罪行引渡或起诉的义务成为新条约的一项内容”。⁴⁷¹ 此外，委员会还建议“各国在着手弥补目前公约制度中的缺陷时，考虑海牙套语。”⁴⁷² 最后，委员会将关于“第三种选择”的规定(换言之，可以通过将被指控罪犯移交一个主管国际主管法庭履行这一义务)称

⁴⁶⁶ 见上文脚注 446 至 457。

⁴⁶⁷ 见 Nowak and McArthur, 第 365 页。

⁴⁶⁸ 同上，第 366 页，其中援引了 Burgers and Danelius, 第 138 页。

⁴⁶⁹ 同上，第 366 页。

⁴⁷⁰ 《2014 年年鉴》，第二卷(第二部分)第(14)段；另见同上，第(31)段。

⁴⁷¹ 同上。

⁴⁷² 同上。

为当代引渡或审判套语的一个重要组成部分，特别是提到《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十一条第 1 款。⁴⁷³

167. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

条款草案 9：引渡或审判

1. 缔约国如在其管辖或控制领土内发现有被控犯有第 5 条第 1 款和第 2 款所述任何罪行的人，则应将该案提交主管当局以便起诉，除非该国将犯罪人引渡或提交另一国或主管国际刑事法庭。

2. 如果该国将该案提交本国主管机关以便起诉，这些机关应当以与根据本国法律针对性质严重的任何普通罪行所采用的相同方式决定是否和如何进行诉讼程序。

第六章

公平对待被指控罪犯

168. 所有国家的国内法均规定在不同程度上保护该国就刑事犯罪而调查、拘留、审判、惩罚的人。这种保护可能是在宪法、规约、行政法规或司法判例中作出的明确规定。此外，还可能会编纂详细规则，或确立大略标准，提及“公平待遇”、“正当程序”、“司法保障”、或“平等保护”。这种保护极为重要，因为它能避免国家刑事司法机构将其超常权力不当地施加于嫌疑人，其效果包括使该个人能够向独立法庭充分质疑该国的指控(因而保障“权利平等”)。

169. 现在，此种保护在国际刑事法和人权法中已得到明确承认。⁴⁷⁴ 在最普遍的层面上，《1948 年世界人权宣言》提出了此种保护，其第 10 条规定“人人于其权利与义务受判定时及被刑事控告时，有权享受独立无私法庭之绝对平等不偏且公开之听审”。⁴⁷⁵ 此外，第 11 条也规定“凡受刑事控告者，在未经依法公开审判证实有罪前，应视为无罪，审判时并须予以答辩上所需之一切保障”，而且“任何人在刑事上之行为或不行为，于其发生时依国家或国际法律均不构成罪行者，应不为罪。刑罚不得重于犯罪时法律之规定”。⁴⁷⁶

170. 关于此种保障的普遍原则性声明见于《公民权利和政治权利国际公约》第十四条。第十四条规定了一系列权利，包括：(1) 所有的人在法庭和裁判所前一律平等；(2) 人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行

⁴⁷³ 同上，第(34)-(36)段。

⁴⁷⁴ Doswald-Beck(“自《世界人权宣言》公布以来，获得公正审判的权利……便被确立为防止个人遭受任意处置的国际法的基本支柱之一”)。

⁴⁷⁵ 1948 年 12 月 10 日大会第 217A(III)号决议。另见 Lehtimaja and Pellonpää。

⁴⁷⁶ 1948 年 12 月 10 日大会第 217A(III)号决议。

公正的和公开的审讯；(3) 只有在列明原因下，才可拒绝记者和公众旁听审判；(4) 除了有限的几种情况下，对刑事案件的任何判刑决应公开宣布；(5) 凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪；(6) 应迅速以一种被指控人懂得的语言详细地向其告知对他所提出指控的性质和原因；(7) 人人有充足时间和便利准备辩词并与他自己选择的律师联络；(8) 人人应不受延迟地得到审判；(9) 人人有权出席受审并亲自替自己辩护或经由他自己所选择的法律援助人员进行辩护(并被告知享有这种权利；在司法利益有此需要的案件中，为他提供法律援助)；(10) 人人都可以讯问或业已讯问对他不利的证人；(11) 如他不懂或不会说法庭上所用的语言，能免费获得口译员的援助；(12) 人人都不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪；(13) 对少年的案件，在程序上应考虑到他们的年龄和帮助他们重新做人的需要；(14) 凡被判定有罪者，应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审；(15) 任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者，不得就同一罪名再予审判或惩罚(“一罪不二审”原则，即防止“一案两审”)。《公民权利和政治权利国际公约》第十四条的目的显然是确保对被指控罪犯应用正当的司法程序。⁴⁷⁷

171. 普遍而言，设立国际法院或法庭或为其规定准则的文书一般均致力于相当具体地复述《公民权利和政治权利国际公约》第十四条中规定的那种标准，而关于国内法的文书则通常采用大略的标准，意图是确认和容纳第十四条的具体标准。

172. 《纽伦堡宪章》载有关于“对被告公平审判”的条款，其中谈及起诉书的清晰程度、司法程序中使用的语言、聘请律师的权利以及被告获取证据的权利等要素(第十六条)。委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》⁴⁷⁸ 并未载有保护被指控罪犯的条款。但是，1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 11 条规定向被控犯有危害人类和平及安全罪行的人提供多种保护。⁴⁷⁹ 委员会在

⁴⁷⁷ 人权委员会第 32 号一般性意见(CCPR/C/GC/32)。

⁴⁷⁸ 《1954 年年鉴》，第二卷，第 151 至 152 页。

⁴⁷⁹ 特别是，第 11 条规定：

“司法保证

“1. 被指控有危害人类和平及安全罪行的个人在被证明为有罪之前应推定为无罪，应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度保证，并应有权：

“(a) 在一个根据法律正式建立的有管辖权的、独立和公正法庭上接受公平而公开的审理，由该法庭确定对他的指控有无根据；

“(b) 以他所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质与理由；

“(c) 具有必要的时间和便利条件为自己的辩护做好准备，并与自己选择的律师联系；

“(d) 不过分延迟地接受审判；

“(e) 在本人出庭的情况下接受审判，并亲自或通过自己选择的法律协助为自己辩护；如果没有法律协助，应通知他有权获得法律协助；如果他无力支付法律协助的报酬，则应免费为他提供法律协助；

“(f) 讯问控诉证人或使其接受讯问，并在适用于控诉证人的同样条件下使辩护证人出庭并接受讯问；

“(g) 如果他不懂或不会说法庭所使用的语文，应免费得到口译员的协助；

“(h) 不被迫作不利于自己的证明或供认有罪。

对第 11 条的评注中着重提及 1954 年治罪法草案，该草案“没有述及在对被控罪犯进行调查和起诉方面应遵循的程序”，因为“该项治罪法草案被设想为一项实体刑法文书，由国内法院、或在可能情况下由国际刑事法院依照主管的国内或国际管辖机构的程序和证据规则加以适用”。⁴⁸⁰ 但是，关于 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，委员会则：

认为象本治罪法这样一项具有普遍性的文书，应当规定遵守《公民权利和政治权利国际公约》第十四条提出的正当程序和公正审理的国际标准。因此，第 11 条沿用了《公约》第十四条的一些基本条款，目的是规定对因治罪法所载的危害人类和平及安全罪而受到一国内法院或一国际法院审理的人适用这些基本司法保证。⁴⁸¹

173. 有关前南斯拉夫问题国际刑事法庭、⁴⁸² 卢旺达问题国际刑事法庭、⁴⁸³ 塞拉利昂问题特别法庭、⁴⁸⁴ 黎巴嫩问题特别法庭、⁴⁸⁵ 东帝汶重罪特别审判分庭、⁴⁸⁶ 柬埔寨法院特别法庭、⁴⁸⁷ 伊拉克最高刑事法庭、⁴⁸⁸ 在塞内加尔司法系统内设立的非洲特别法庭⁴⁸⁹ 的文书载有涉及保护被告人的各种规定。在国际刑事法院方面，《国际刑事法院罗马规约》专门有条款规定法无明文不为罪(第二十二條)、法无明文者不罚(第二十三條)、对未满十八岁者不具管辖权(第二十六條)、个人在调查期间有各种权利(第五十五條)、被告出庭受审(第六十三條)、无罪推定(第六十六條)、被告有各种权利(第六十七條)。最后一项条款极为详细地将对被告的保护分类，类似于《公民权利和政治权利国际公约》第十四条中的分类。⁴⁹⁰

174. 相比之下，大多数关于国家法律体系如何处理罪行和酷刑等特定类型侵犯人权行为的条约并不复述这些对被指控罪犯的多种保护。相反，这些条约载有对被指控罪犯的一般保护义务的规定，基本上就是注明参照其他文书或国际习惯法

“2. 已被判罪的个人应有权要求对其定罪和刑罚依法进行复审。”《危害人类和平与安全治罪法草案》(见上文脚注 134)，第 33 至 36 页。

⁴⁸⁰ 同上，第 33 页，第 11 条草案评注第(1)段。

⁴⁸¹ 同上，第 34 页，第 11 条草案评注第(6)段。

⁴⁸² 最新版《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注 99)，第 21 条。

⁴⁸³ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注 100)，第 20 条。

⁴⁸⁴ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注 101)，第 17 条。

⁴⁸⁵ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(见上文脚注 170)，第 16 条。

⁴⁸⁶ UNTAET/REG/2000/15(见上文脚注 102)，第 12-13 节。

⁴⁸⁷ 《设立起诉民主柬埔寨时期所实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103)，新条款第 33-35 条。

⁴⁸⁸ 《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注 104)，第 20 条。

⁴⁸⁹ 《塞内加尔法院内的为你起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日在乍得所实施的国际罪行设立的非洲特别法庭规约》(见上文脚注 105)，第 21 条。

⁴⁹⁰ 例如，见 Zappalà，第 1325 页；Schabas，“第 67 条”，第 845-868 页。

中所载的较详细保护规定。此种规定的一个很好的例子可见于《联合国人员和有关人员安全公约》，其中在第十七条(公平待遇)规定：

1. 任何人因第九条所列举的任何罪行而受到调查或被提起诉讼时，应在调查或诉讼的各个阶段中保障其受到公平待遇，受到公平审判，各项权利受到充分保护。

2. 任何嫌疑犯均有权：

(a) 立即与其国籍国或有权保护其权利的国家或如该嫌疑犯为无国籍人士则经其请求愿意保护其权利的国家的距离最近的适当代表取得联系；

(b) 由该国或其他国家的代表前往探视。

175. 以下各小节论述公平待遇、公平审判、普遍人权保护、有权与国籍国或其他相关国家进行联系等问题。

A. 公平待遇

176. 如上所述，大多数在国家法律制度内针对罪行或特定类型侵犯人权行为的条约不重复对被指控罪犯的各种各样人权保护规定，而是包含一项表述一般保护义务的条款。这通常采取的形式是规定国家有责任在诉讼的所有阶段给予被指控罪犯“公平待遇”。

177. 这种“公平待遇”条款的实例可参见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；⁴⁹¹ 《反对劫持人质国际公约》；⁴⁹² 《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》；⁴⁹³ 《制止危及海上航行安全非法行为公约》；⁴⁹⁴ 《儿童权利公约》；⁴⁹⁵ 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》；⁴⁹⁶ 《制止恐怖主义爆炸的国

⁴⁹¹ 第九条(“任何人因第二条所列举的任何罪行而被提起诉讼时，应保证他在诉讼的一切阶段中受到公平待遇”)。

⁴⁹² 第八条第2款(“对于因涉及第一条所列任何罪行而正在受到追诉的任何人，应确保其在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国法律所提供的一切权利和保障”)。

⁴⁹³ 第七条第3款(“任何人因第四条规定的任何罪行而被起诉时，应保证他在诉讼的所有阶段都得到公平的待遇”)。

⁴⁹⁴ 第十条第2款(“对于因涉及第三条所列任何罪行而正在受到追诉的任何人，应确保其在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国法律所提供的一切权利和保障”)。

⁴⁹⁵ 第四十条第2款(b)项(所有被指称或指控触犯刑法的儿童至少应得到下列保证：……(三)：要求独立公正的主管当局或司法机构在其得到法律或其他适当协助的情况下，通过依法公正审理迅速作出判决，并且须有其父母或法定监护人在场，除非认为这样做不符合儿童的最大利益，特别要考虑到其年龄或状况”)。

⁴⁹⁶ 第十一条(“对于因涉及本公约所列任何罪行而正在受到追诉的任何人，应在追诉程序的所有阶段保证给予公平待遇和有关国家的法律所规定的一切权利和保证。也应考虑到适用的国际法规”)。

际公约》；⁴⁹⁷ 《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》；⁴⁹⁸ 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁴⁹⁹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；⁵⁰⁰ 《联合国反腐败公约》；⁵⁰¹ 《制止核恐怖主义行为国际公约》；⁵⁰² 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；⁵⁰³ 《东盟打击恐怖主义公约》。⁵⁰⁴

178. 这些公约没有定义“公平待遇”一词，⁵⁰⁵ 但该词被视为包括被指控罪犯拥有的具体权利，如《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定的权利。因此，委员会在起草关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第八条时指出，“在诉讼的所有阶段受到公平待遇”的表述“旨在涵盖被拘留者或被告的所有公认保障规定”，并指出“这类保障的一个例子见《公民权利和政治权利国际公约》第十四条”。⁵⁰⁶ 此外委员会还指出“‘适当程序’、‘公平审理’或‘公平审判’等较常见的表述可能被人从狭义的技术意义上加以解释。与之相比，‘公平待遇’的表述比较广义，因此更可取。”⁵⁰⁷ 最后，委

⁴⁹⁷ 第十四条(“应保证根据本公约被拘留或对其采取任何其他措施或被起诉的人获得公平待遇，包括享有一切符合其所在国法律和包括国际人权法在内可适用的国际法规定的权利与保障”)。

⁴⁹⁸ 第十七条第 2 款(“在不违背国际法惯例的情况下，依据《公约》或本《议定书》受到司法程序审查的任何人在整个过程中依据国内法和国际法享有得到公正待遇和审判的保障，而且这种保障在任何情况下都不能低于国际法所认可的保障”)。

⁴⁹⁹ 第十七条(“应保证根据本公约被拘留或对其采取任何其他措施或被起诉的人获得公平待遇，包括享有一切符合其所在国法律和包括国际人权法在内可适用的国际法规定的权利与保障”)。

⁵⁰⁰ 第十六条第 13 款(“在对任何人就本条所适用的犯罪进行诉讼时，应确保其在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国本国法律所提供的一切权利和保障”)。

⁵⁰¹ 第四十四条第 14 款(“在对任何人就本条所适用的犯罪进行诉讼时，应确保其在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国本国法律所提供的一切权利和保障”)。

⁵⁰² 第十二条(“应保证根据本公约被拘留或对其采取任何其他措施或被起诉的人获得公平待遇，包括享有一切符合其所在国法律和包括国际人权法在内可适用的国际法规定的权利与保障”)。

⁵⁰³ 第十一条第 3 款(“因强迫失踪罪而受到起诉的任何人，应保证其在起诉的各个阶段受到公正待遇。因强迫失踪罪而受到审判的任何人，应在依法设立的主管、独立和公正的法院或法庭受到公平审判”)。

⁵⁰⁴ 第八条第 1 款(“应保证根据本公约被拘留或对其采取任何其他措施或被起诉的人获得公平待遇，包括享有一切符合其所在国法律和包括国际人权法在内可适用的国际法规定的权利与保障”)。

⁵⁰⁵ Lambert, 第 204 页。

⁵⁰⁶ 关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案，《1972 年……年鉴》，第二卷，第 320 页，第八条草案及其评注。另见 Costello, 第 492 页(“关于根据《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》被控犯有罪行的人，如果有任何违反《[公民权利和政治权利]国际公约》第十四条所述权利的情况，缔约国有权提出发生了违反该公约第九条规定的一国义务的情况”)。

⁵⁰⁷ 《1950 年……年鉴》，1972 年，第二卷，第 320 页。

员会还解释说，“诉讼的各个阶段”的表述“旨在于被指控罪犯被发现和采取措施使其留在境内的时刻起直至就案件作出最后裁决期间保障其权利”。⁵⁰⁸

179. 笼统提及“公平待遇”而不是具体的权利还避免了重复任何人根据国际人权法有权享有的一系列权利，并由此避免了无意中限制这些权利。例如，《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》的准备工作文件显示，出于此原因，起草者放弃了荷兰提出的向被指控的酷刑施行者提供较狭义的“公正和公平审判保障”的提案，而更赞成瑞典提出的较宽泛的“在诉讼的所有阶段受到公平待遇”这一措辞。⁵⁰⁹ 根据准备工作文件，这个较笼统的表述涵盖《公民权利和政治权利国际公约》第十四条中所阐述的所有公平审判义务，可确保在诉讼的预审和审判两个阶段对被指控罪犯提供保护。⁵¹⁰ 同样，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的起草者也采用了“公平待遇”的概念作为涉及被告权利条款的模板，目的也是为了不限制权利的范围。⁵¹¹

B. 公平审判

180. “公平待遇”的概念通常被视为包括获得公平审判的权利。不过，正如下文讨论所述，因获得公平审判的权利被认为极其重要，因此某些针对罪行的条约特地同时提出“公平待遇”和“公平审判”的权利。

181. 各国根据其国家法律给予正在因刑事罪行受审者的保护包括给予公平审判的权利。⁵¹² 这样的权利在《世界人权宣言》第十条得到了确定，其中规定，“人人完全平等地有权由一个独立而公正的法庭进行公平的和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控”。⁵¹³ 《美洲关于人的权利和义

⁵⁰⁸ 同上。

⁵⁰⁹ Nowak and McArthur, pp. 366-367。

⁵¹⁰ 同上，第 367 页(“涉嫌实施酷刑者必须享《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定的公平审判的所有保障”)。

⁵¹¹ 例如，见人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 91 段。

⁵¹² 大体情况参见，Weissbrodt and Wolfrum。另见红十字国际委员会，习惯国际人道主义法数据库，“有关第 100 条规则的习惯。公平审判的保障”，可查阅 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule100(提供以下国家的立法：阿富汗、阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、阿塞拜疆、孟加拉国、白俄罗斯、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、博茨瓦纳、保加利亚、布隆迪、柬埔寨、加拿大、中国、哥伦比亚、刚果、库克群岛、克罗地亚、塞浦路斯、刚果民主共和国、丹麦、爱沙尼亚、埃塞俄比亚、芬兰、法国、格鲁吉亚、德国、匈牙利、印度、伊拉克、爱尔兰、以色列、约旦、肯尼亚、立陶宛、卢森堡、马拉维、马来西亚、马里、毛里求斯、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、尼日尔、尼日利亚、挪威、巴布亚新几内亚、秘鲁、波兰、大韩民国、摩尔多瓦共和国、罗马尼亚、卢旺达、塞内加尔、塞尔维亚、塞舌尔、新加坡、斯洛文尼亚、索马里、南非、西班牙、斯里兰卡、苏丹、塔吉克斯坦、泰国、乌干达、联合王国、美利坚合众国、乌拉圭、瓦努阿图、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、南斯拉夫和津巴布韦)。

⁵¹³ 大会 1948 年 12 月 10 日第 217 A(III)号决议。

务宣言》、⁵¹⁴ 《开罗伊斯兰人权宣言》⁵¹⁵ 和《欧洲联盟基本权利宪章》等区域人权宣言中也存在类似的规定。⁵¹⁶

182. 《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第1款也确定了这一具体权利，包括指出“人人有资格由一个依法设立的主管的、独立的和公正的法庭进行公平的和公开的审讯”(第十四条第1款)。同样，《欧洲保护人权与基本自由公约》、⁵¹⁷ 《美洲人权公约》：“哥斯达黎加圣何塞公约”(第八条)、《非洲人权和人民权利宪章》(第七条)和《阿拉伯人权宪章》等区域人权条约也规定了这一权利。⁵¹⁸

183. 人权事务委员会认为，获得公平审判的权利是“人权保护的一项关键内容”，是“保障法治的一项程序手段”。⁵¹⁹ 委员会2007年第32号一般性意见的内容包括：

18. 第十四条第1款关于“裁判所”的概念指依法设立的机构，不论其名称如何，但须独立于政府的行政和立法机构，或在司法性质的诉讼中裁定具体案件的法律事项时享有司法独立性。第十四条第1款第二句保障所有人在被指控刑事犯罪时可以由上述法庭审判。这项权利不能受到限制，而且由法庭之外的机构判处的刑事罪行均违反本条规定。……

19. 第十四条第1款关于法庭必须有资格、独立、公正的规定是一项绝对的权利，不得有任何例外。独立性的要求尤其针对委任法官的程序和条件，也包括保障对法官任用法定退休年龄或其规定任期届满，还包括晋升、调职、停职和中止职务的条件，并且规定切实做到司法部门不受行政部门和立法机构的政治干预。各国应采取具体措施，保证司法机构的独立性，保障他们在裁决中不受政治干扰，包括制订或通过法律，就司

⁵¹⁴ 1948年在波哥大举行的第九届美洲国家国际会议上通过，《美洲国家国际会议，第二补编，1942-1954年》，华盛顿特区，泛美联盟，1958年，第262页，第十八条(公平审判权：每个人都可以诉诸法院，以确保尊重其法律权利。同样，应该向他提供一个简短的程序，根据该程序，法院将保护他免遭当局不利于他、侵犯任何基本宪法权利的行为)和第二十六条(按正当法律程序审判的权利：每一被告在被证明有罪之前是无罪的)。被控犯罪的每个人都有权得到公正和公开的审讯，由事先根据现行法律设立的法庭审判，不遭到残忍、不名誉或不寻常的惩罚”。

⁵¹⁵ 1990年7月31日至8月5日在开罗举行的伊斯兰外交部长会议通过。英文译文可查阅《世界人权会议出版物、研究和文件的编制情况，秘书处的说明，增编：伊斯兰会议组织的意见》(A/CONF.157/PC/62/Add.18)。第十九(e)条如下：“被告是无罪，直至他在公平审判中被证明有罪，他在审判中应被给予所有辩护保证”。

⁵¹⁶ 第四十七条(“有效补救和公平审判权：凡联盟法律保障的权利和自由遭到侵犯者遵照本条规定的条件有权在法庭获得有效补救。每个人都有权在合理的时间由事先经法律设立的独立和公正的法庭公平和公开地审判”。

⁵¹⁷ 第六条(公平审判权)。关于《公约》公平审判权的分析，见 *Golder v. United Kingdom, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, European Court of Human Rights, Judgments and Decisions: Series A, vol.18, para.28.*

⁵¹⁸ 2004年5月在突尼斯进行的阿拉伯国家联盟第16次首脑会议上通过(英文版见 *Boston University International Law Journal*, vol.24, No.2(2006), p.147)。第十三条第1款规定，“人人有权得到提供充分保障的公平审判，审判由一个依法设立的合格、独立和无偏倚的法庭开展，评判对他提出的刑事指控的理由或确定他的权利和义务”。

⁵¹⁹ 人权事务委员会，第32号一般性意见(CCPR/C/GC/32)，第2段。另见 *Bair*，第56页。

法人员的任命、薪酬、任期、晋升、停职、撤职、对其采取纪律制裁措施规定明确的程序和客观的标准。……

……

21. 公正性的规定涉及两方面。第一，法官作判决时不得受其个人倾向或偏见之影响，不可对其审判的案件存有成见，也不得为当事一方的利益而损及另一当事方。第二，法庭也必须达到合理程度的公正。例如，根据国内法规，本应被取消资格的法官若参加审理而使审判深受影响，则通常不能被视为公正的审判。

……

25. 公平审判的概念包括保障得到公平和公开审讯。诉讼公正意味着不受任何一方以任何动机的直接或间接影响、压力或恐吓或侵扰。例如，在刑事诉讼中，法庭若容忍公众在法庭上对被告表示敌对情绪，或容忍其对一方表示支持，从而损及辩护权，或具有同样后果的以其他方式表示的敌对情绪，则这种审讯就不是公正的。

……

28. 所有刑事案件或涉及诉讼案件的审判均应以口头方式公开进行。审讯公开可以确保诉讼的透明度，因此能为个人和整个社会的利益提供重要的保障。⁵²⁰

184. 被告获得公平审判的权利在许多国际刑事法庭的规约中也得到明确承认。因此，《纽伦堡宪章》中纳入了这一权利(第十六条)，而《纽伦堡法庭宪章》及法庭判决所确认的委员会的国际法原则中承认了这一权利。⁵²¹ 同样，公平审判权也载于《前南斯拉夫问题国际法庭规约》、⁵²² 《卢旺达问题国际法庭规约》⁵²³ 和《国际刑事法院罗马规约》(第六十七条第1款)。该权利同样载于规范塞拉利昂问题特别法庭、⁵²⁴ 黎巴嫩问题特别法庭、⁵²⁵ 柬埔寨法院特别法庭、⁵²⁶ 伊拉克最高刑事法庭⁵²⁷ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭的文书中。⁵²⁸

⁵²⁰ 人权事务委员会，第 32 号一般性意见(CCPR/C/GC/32)，第 18-19、21、25 和 28 段。委员会关于请愿的各项决定也阐明了委员会关于第十四条第 1 款的观点。例如，见 *Gridin* 诉俄罗斯联邦，第 770/1997 号来文，人权事务委员会的意见(CCPR/C/69/D/770/1997(2000))，第 8.2 段。学术评注见 *Bossuyt*，第 284 页。

⁵²¹ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 375 页(原则五规定“被控有违反国际法罪行的人有权在事实和法律上得到公平的审判”)。

⁵²² 更新的《前南问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注 99)，第 21 条第 2 款。

⁵²³ 《卢旺达问题国际法庭规约》(见上文脚注 100)，第 20 条，第 2 款。

⁵²⁴ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注 101)，第 17 条，第 2 款。

⁵²⁵ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(见上文脚注 170)，第 16 条，第 2 款。

⁵²⁶ 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》(见上文脚注 103)，新的第 33 条。

⁵²⁷ 《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注 104)，第 20 条。

⁵²⁸ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》(见上文脚注 105)，第 21 条，第 2 款。

185. 值得注意的是，《关于保护国际性武装冲突受难者的日内瓦四公约》共有第三条第一款(丁)项禁止“未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪……”，而且《关于战俘待遇之日内瓦公约》(第一百三十条)、《关于战时保护平民之日内瓦公约》(第一百四十七条)和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第八十五条第四款第(五)项)认为在国际武装冲突中剥夺受保护的人受公平审判的权利是一种严重破约行为。这种行为在《前南斯拉夫问题国际法庭规约》、⁵²⁹《卢旺达问题国际法庭规约》⁵³⁰和《国际刑事法院罗马规约》(第八条第二款第1项第6目和第3项第4目)中还被列为战争罪。

186. 正如先前指出的，大多数在国家法律制度内处理诸如酷刑等罪行或特定类型侵犯人权行为的条约不重复对被指控罪犯的各种各样人权保护规定，而是规定各缔约国有一项宽泛的义务，即在诉讼的所有阶段给予被指控罪犯“公平待遇”。这一义务被理解为包括保证被指控罪犯将受到公平审判。不过，某些条约中的相关条款还单独强调有权获得主管、独立、公正的法院或法庭进行公平审判。

187. 因此，《联合国人员和有关人员安全公约》提到了“公平待遇”和“公平审判”二者(第十七条)。同样，《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约二议定书》指出，“依据《公约》或本《议定书》受到司法程序审查的任何人在整个过程中依据国内法和国际法享有得到公正待遇和审判^{*}的保障，而且这种保障在任何情况下都不能低于国际法所认可的保障”(第十七条，第2款)。《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也用一句话进一步对“公平待遇”的通常保障进行了补充，即在第十一条第三款中指出：“因强迫失踪罪而受到审判的任何人，应在依法设立的主管、独立和公正的法院或法庭受到公正审判”。虽然参加该公约谈判的一些代表团认为第二句没有必要，但另一些代表团则认为承认这一具体的权利有重要意义。⁵³¹

188. 人权事务委员会第32号意见还讨论了公平审判是否可以包括使用军事法庭审判的问题。其中第22段指出：

第十四条的规定适用于该条范围内的所有法庭和裁判所，不论是普通还是特别法庭和裁判所，也不论是民事还是军事法庭和裁判所。委员会指出，许多国家设有审判平民的军事法庭或特别法庭。《公约》里不禁止由军事法庭或特别法庭审判平民，但要求这种审判完全符合第十四条的规定，同时该条的保障规定不得因这类法庭具有军事或特别性质而受到限制或变更。委员会还指出，从公平、公正、独立司法的角度来看，由军事法庭或特别法庭审判平

⁵²⁹ 更新的《前南问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注 99)，第 2(f)条。

⁵³⁰ 《卢旺达问题国际法庭规约》(见上文脚注 100)，第 4(g)条。

⁵³¹ 人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 95 段。

民可能产生严重问题。因此，有必要采取一切必要措施，确保这种审判在真正提供第十四条所规定的全部保障的条件下进行。如由军事法庭或特别法庭审判平民，只能在例外情况下进行，即仅限于下述情况：缔约国能证明采用这种审判是必要的，并能提出客观和充分理由证明是合理的，而且普通民事法庭无法审判该具体类别的个人和罪行。⁵³²

189. 像《公民权利和政治权利国际公约》一样，几乎所有在国家法律制度内针对罪行或特定类型侵犯人权行为的条约均未禁止使用军事法庭审判被指控罪犯。唯一的例外是《美洲被迫失踪人士公约》载有这样的禁令。⁵³³ 对这一禁令的一种解释可能与强迫失踪这一具体罪行有关。美洲人权法院在2009年说，该罪行“绝不能视为合法的、可接受的执行军事任务手段”。⁵³⁴ 对1994年《美洲公约》产生影响的1992年《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》规定，被指控罪犯“只应在各国普通主管法院受审，不应在任何其他特别法庭、特别是军事法庭受审”。⁵³⁵ 即便如此，这样的禁令也未列入《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，也没有出现在任何其他全球条约中，包括《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》。⁵³⁶ 因此，国际法学家委员会2004年的一份报告认为：“除《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》和《美洲被迫失踪人士公约》外，在国际人权法中，无论是条约还是宣言形式的文书，都没有具体规范军事罪行、军事管辖权或军事‘司法’”。⁵³⁷

190. 此外，作为全世界国家法调查⁵³⁸的一部分，国际法学家委员会的报告指出，“军事管辖权和‘军事司法’在许多国家作为制度存在。在世界许多地区，让实施侵犯人权行为的军事人员在军事法庭受审也仍然是普遍的做法”。⁵³⁹ 与此同时，国际法学家委员会发现国家法律制度内的“趋势”是取消或至少改革军事法庭，如通过加强民事法官在军事法庭的作用，使军事法庭的程序符合普通法

⁵³² 人权事务委员会，第32号一般性意见(CCPR/C/GC/32)，第22段。

⁵³³ 第九条。截至2015年9月，该公约有15个缔约国。

⁵³⁴ Radilla-Pacheco v. Mexico, Case No. 777/01, Judgment of 23 November 2009, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No.209, para.227.

⁵³⁵ 《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，第16条第2款。

⁵³⁶ 另外，更新《打击有罪不罚现象的一套原则》独立专家的报告(E/CN.4/2005/102/Add.1)载有2005年更新的《采取行动打击有罪不罚现象、保护和增进人权的一套原则》，其中在原则29中将军事法庭的管辖权限定为“完全限于军人所犯的具体军事罪行，不包括侵犯人权行为”，但该套原则未获得人权委员会通过。

⁵³⁷ 国际法学家委员会，第17页。

⁵³⁸ 同上，第169-378页(调查30个国家的法律)。

⁵³⁹ 同上，第158页。

院采用的议事规则，或禁止使用军事法庭审判平民。⁵⁴⁰ 按照这种趋势，联合国人权委员会在2006年审查和确认了军事法庭司法工作指导原则草案(“德科”原则)，⁵⁴¹ 其中列出了改革军事法庭的各种手段。德科原则的主要规定包括：“军事法庭在原则上没有审判平民的司法管辖权”，⁵⁴² 而且“在所有情况下，应搁置军事法庭的管辖权，支持普通法院的管辖权，由其调查严重侵犯人权行为，例如法外处决、强迫失踪和酷刑案件，并起诉和审判被控犯有此类罪行者”。⁵⁴³ 同样，尽管《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》中没有禁止使用军事法庭，但强迫失踪问题委员会在2015年主张：“考虑到《公约》的规定以及国际法的逐渐发展，为确保统一执行国际标准，委员会重申在发生严重侵犯人权行为、包括强迫失踪的情况下应排除军事管辖权”。⁵⁴⁴

191. 一些具体针对危害人类罪的国家法律禁止使用军事法庭起诉被指控罪犯。⁵⁴⁵ 对于使用军事法庭的关切事项集中在以下方面：在此类法庭起诉严重侵犯人权行为(如《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》中规定的强迫失踪)是否适当；⁵⁴⁶ 如何在军事法庭给予被审判者权利和保护；使用此类法庭起诉国家军事人员以外的其他人；⁵⁴⁷ 与某些国家军事司法制度有关的问题。与此同时，这些改革通常继续允许军事人员就“军事罪行”、特别是在武装冲突期间犯下的罪行在军事法庭接受审判。

⁵⁴⁰ 同上，第 158-164 页。在拉丁美洲对使用军事法院实行宪法限制，其管辖权仅限于军事性质的罪行(而且不包括国际罪行)，实例见多民族玻利维亚国：《新国家宪法》(2009)，第 180 条，第三款(“普通法庭不承认特别法庭的管辖权或特权。军事法庭根据法律审判军事罪行”)；厄瓜多尔共和国 2008 年宪法，第 160 条(“武装部队或国家警察成员由司法机关审判；在他们在执行各自任务时犯下罪行的案件中，他们将由属于同一司法职能的军事或警务特别法庭审判。违纪行为将由依法设立的主管机关裁判”)；萨尔瓦多共和国宪法(1983 年)(经修正)，第 216(3) 条(“对正在服役的武装部队成员仅就军事罪行适用军事司法”)；[巴拉圭]国家宪法，1992 年，第 174 条(“军事法庭仅审判由正在服役的军事人员实施的被法律界定为军事性质的罪行。可在普通法庭对其判决提出上诉”)。另见国际法学家委员会，第 164-168 页。

⁵⁴¹ 增进和保护人权小组委员会特别报告员埃马纽埃尔·德科向人权委员会提交的报告(E/CN.4/2006/58)。

⁵⁴² 同上，原则 5。

⁵⁴³ 同上，原则 9。

⁵⁴⁴ 强迫失踪问题委员会第八届会议的报告(A/70/56)，附件三，第 10 段。

⁵⁴⁵ 例如，见乌拉圭 2006 年 9 月 25 日第 18.026 号法律，第 11 条(“本法案规定的罪行不能被视为在履行军事职责过程中实施的罪行，它们将不被视为军事罪行，不能在军事法庭审判”)。

⁵⁴⁶ 例如，见《审议缔约国根据<公约>第 19 条提交的报告：禁止酷刑委员会的结论性意见——哥伦比亚》(CAT/C/COL/CO/4)，第 16 段(“缔约国应立即制止这类罪行，充分履行确保由普通法院系统对严重侵犯人权案件进行公正调查以及对肇事者进行惩处的义务。这类罪行的严重程度和性质清楚地表明，它们不属于军事管辖权的范畴”)；大赦国际，第 218 页(呼吁仅使用军事法院审判违反军事纪律的军事人员，而不是任何国际法规定的罪行，包括战争罪和危害人类罪)。

⁵⁴⁷ 例如，见《审议缔约国根据<公约>第 40 条提交的报告：人权事务委员会的结论性意见——智利》(CCPR/C/79/Add.104)，第 9 段(建议智利法律“作出修订，以便将军事法庭的管辖权限定为仅审判被控犯有完全属于军事性质的军事人员”)；*Durand and Ugarte v. Peru, Judgment of 16 August 2000*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 68, para. 117; *Mapiripán Massacre v. Colombia, Judgment of 15 September 2005*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No.122, para.202; 《增进和保护所有人人权、公民、政治、经济、社会和文化权利，包括发展权：任意拘留问题工作组的报告，增编——对赤道几内亚的访问(A/HRC/7/4/Add.3)，第 100(f)段。

192. 这些国家和国际层面的发展仍在继续，它们可能表明一种新观点，即：保障“公平审判”意味着不应当用军事法庭、裁判所或委员会来审判被控犯有危害人类罪的人员，除非被指控罪犯是军事部队成员，而且实施犯罪行为与武装冲突相关。

C. 充分保护人权

193. 除在任何诉讼中或对其采取措施时给予被指控罪犯“公平待遇”、特别是给予其“公平审判”外，被指控罪犯还有权享有其人权一直存在的更广泛的保护。这些权利载于全球人权条约的广泛规定中，如《公民权利和政治权利国际公约》，和各种区域人权条约，⁵⁴⁸ 在其他文书中也有所涉及。⁵⁴⁹

194. 鉴于被指控罪犯可能被拘押和审讯，因此《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》规定的各国义务特别值得一提。该公约的规定包括：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的领土内出现酷刑的行为”（第二条第1款）。该公约还进一步规定，“每一缔约国应保证防止公职人员或以官方身份行使职权的其他人在该国管辖的任何领土内施加、唆使、同意或默许未达……酷刑程度的其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为”（第十六条第1款）。

195. 毫无疑问，由于这一原因，针对罪行的条约往往在“公平待遇”条款中补充提及“其各项权利受到充分保护”、⁵⁵⁰ “享有他所在地国家法律规定的一切权利和保障”、⁵⁵¹ “享有符合所在国法律和包括国际人权法在内的国际法适用规定的一切权利与保障”⁵⁵² 或类似的措词。

D. 与国籍国或其他有关国家联系

196. 如果一国拘押了不具有该国国籍的被指控罪犯，该被指控罪犯可能希望联系其本国的代表，特别是联系可能就各种问题(包括聘请律师和翻译)提供协助的领事官员。1963年《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款第(二)项规定：

遇有领馆辖区内有派遣国国民受逮捕或监禁或羁押候审、或受任何其他方式之拘禁之情事，经其本人请求时，接受国主管当局应迅即通知派遣国领馆。受逮捕、监禁、羁押或拘禁之人

⁵⁴⁸ 见上文脚注 517-518，《美洲人权公约》：“哥斯达黎加圣何塞公约”（第八条）和《非洲人权和人民权利宪章》（第七条）。

⁵⁴⁹ 例如，见《世界人权宣言》，大会 1948 年 12 月 10 日第 217A(III)号决议；《美洲关于人的权利和义务宣言》（见上文脚注 514）；《开罗伊斯兰人权宣言》（见上文脚注 515）；《欧洲联盟基本权利宪章》。

⁵⁵⁰ 《联合国人员和有关人员安全公约》，第十七条。

⁵⁵¹ 《反对劫持人质国际公约》，第八条第二款。

⁵⁵² 《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，第 14 条。

致领馆之信件亦应由该当局迅予递交。该当局应将本款规定之权利迅即告知当事人。

197. 此外，第三十六条第一款第(三)项也包括下述规定：“领事官员有权探访受监禁、羁押或拘禁之派遣国国民，与之交谈或通讯，并代聘其法律代表”。⁵⁵³

198. 委员会拟定最终载有这些规定的条款草案时，依据的是按照双边协定和习惯国际法行事的已有领事惯例。截至2015年，有177个国家加入了《维也纳领事关系公约》。此外，许多国家还将类似规定纳入了其双边协定。⁵⁵⁴ 即使在没有条约的情况下，“各国的惯例表明，通常给予外交代表或领事官员会见被监禁国民的权利”。⁵⁵⁵ 这是因为“不言而喻”，剥夺这一磋商权“将违反国际法原则，因此是不合法的”。⁵⁵⁶

199. 尽管各国普遍遵守《维也纳领事关系公约》，而且在其他条约和习惯国际法中也存在类似条款，但针对罪行的条约通常会重申被指控罪犯有权联系其国籍国并接受其探视(对无国籍者而言，则有权联系其通常居住的国家或其他愿意保护此人权利的国家)。虽然《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《关于保护国际性武装冲突受难者的日内瓦四公约》未载有这类规定，但当代许多条约的确载有这类规定，如《关于制止非法劫持航空器的公约》(第六条)；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(第六条第3款)；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第六条第2款)；《反对劫持人质国际公约》(第六条第3款)；《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》(第六条第3款)；《联合国人员和有关人员安全公约》(第十七条第2款)；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第七条第3款)；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(第九条第3款)；1999年《非统组织关于预防和打击恐怖主义的公约》(第七条第3款)；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(第十条第3款)；《东盟打击恐怖主义公约》(第八条第4款)。

200. 委员会指出，允许在押人员与其国家联系的义务“旨在保障被指控罪犯的权利”。⁵⁵⁷ 此外，有著述者解释说，联系领事代表的权利具有防止可能的国家

⁵⁵³ 另见 Lambert，第 180-181 页。

⁵⁵⁴ 例如，见 1998 年 10 月 19 日在北京签署的《越南社会主义共和国和中华人民共和国领事条约》，2001 年第 37 期宪报第 5 号特别副刊，第 39 条，可查阅 www.doj.gov.hk/lawdoc/bilateral/cavietnam_e.pdf。关于联合王国和其他国家之间签订的 39 份双边协定，见 1984 年《警察和刑事证据法》，“守则 C：警察拘留、对待和讯问人员业务守则”，附件 F——与其签订的要求就逮捕和拘留其国民作出通知的双边领事公约或协定在 2003 年 4 月 1 日已生效的国家，可查阅 www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117588/pace-code-c.pdf。关于美国和其他国家签订的 59 份双边协定，见国土安全部移民及海关执法局，8 CFR Part 236.1(e)，Federal Register, vol. 72, No. 10(17 January 2007)。

⁵⁵⁵ Sen，第 372 页。

⁵⁵⁶ 同上；另见 Schwarzenberger，第 194 页。

⁵⁵⁷ 见 Lambert，第 177 页(引用《1972 年……年鉴》，第二卷，第 318 页)。

虐待行为的作用，因为通过联系能够确定“囚犯是否获得人道待遇和享有国际法所保障的其他程序性权利”。⁵⁵⁸

第 10 条草案 公平对待被指控罪犯

201. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

第 10 条草案 被指控罪犯的公平待遇

1. 任何人因第5条草案第1款和第2款规定的罪行而被采取法律措施时，在诉讼的所有阶段应给予其公平待遇，包括公平审判，并充分保护适用的国内法和国际法、包括人权法所规定的其各项权利。

2. 任何被非国籍国扣押的人均应：

(a) 获准立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家，如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；

(b) 获准接受此类国家代表的探视；

(c) 立即获告知其根据本项条款所享有的权利。

第七章 今后工作方案

202. 本专题今后工作方案将由委员会2017-2021五年期当选成员确定。一个可能的时间表是2017年提交第三次报告。第三次报告将讨论适用于被指控罪犯引渡的权利和义务；适用于有关刑事诉讼司法互助的权利和义务；在某些情况下不驱回的义务；争端解决和监督机制；避免与《国际刑事法院罗马规约》等条约相矛盾的问题。

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

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

⁵⁵⁸ 同上。

附件一

委员会第六十七届会议临时通过的条款草案¹

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：

¹ 见《2015年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第116段。

(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。

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、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

² 本款的位置将在以后讨论。

附件二

第二次报告中提出的条款草案

第 5 条草案. 根据国内法进行刑事定罪

1. 各国应采取必要措施, 确保国家刑法把下列行为定为犯罪: 实施危害人类罪行; 企图实施这种罪行; 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

2. 各国还应采取必要措施, 确保国家刑法将下列行为定为犯罪:

(a) 军事指挥官或实际上以军事指挥官身份行事的人, 如果未对在其实际上指挥和控制下的部队, 或在其实际上管辖和控制下的部队适当行使控制, 在下列情况下, 应对这些部队实施的危害人类罪行负刑事责任:

(一) 该军事指挥官或该人知道, 或者由于当时的情况理应知道, 部队正在实施或即将实施这些犯罪;

(二) 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施, 防止或制止这些犯罪的实施, 或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

(b) 对于(a)款未述及的上下级关系, 上级人员如果未对在其实际上管辖或控制下的下级人员适当行使控制, 在下列情况下, 应对这些下级人员实施的危害人类罪行负刑事责任:

(一) 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪, 或故意不理睬明确反映这一情况的情报;

(二) 犯罪涉及该上级人员实际上负责和控制的活动的;

(三) 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施, 防止或制止这些犯罪的实施, 或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

3. 各国还应采取必要措施, 确保:

(a) 依照军事或文职上级的命令实施本条款草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由;

(b) 本条款草案所述罪行不应受到任何时效限制;

(c) 对本条款草案所述罪行, 应考虑到罪行的严重性, 处以适当的惩罚。

第 6 条草案. 国家管辖权的确定

1. 各国应采取必要措施, 确定在下列情况下对第5条草案第1款和第2款所述罪行有管辖权:

(a) 罪行发生在该国管辖或控制的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；

(b) 被控为其国民；

(c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国还应采取必要措施，确定在被控罪犯在一国管辖或控制的任何领土内的情况下，该国对第5条草案第1款和第2款所述罪行有管辖权，除非它按照第9条草案第1款引渡或交出相关人员。

3. 在不妨碍适用的国际法规则的情况下，本条草案不排除一国根据其国内法确定其他刑事管辖权。

第7条草案. 为确定被指控罪犯进行一般调查和合作

1. 各国应确保在有理由认为在其管辖或控制的任何领土内已发生危害人类罪行时，其主管当局立即进行公正的调查。

2. 如果一国认定危害人类罪行正在或已经实施，该国应在有理由认为另一国的国民已经或正在参与该罪行时，酌情向另一国通报一般调查结果。此后，该另一国应迅速、公正地调查此事。

3. 所有国家均应酌情合作，确定实施第5条草案第1款或第2款所述罪行者的身份和所在地。

第8条草案. 当被指控罪犯在境内时行使国家管辖权

1. 如果一国获得或收到的信息表明在其管辖或控制的领土内的人可能实施了第5条草案第1款或第2款中所述的罪行，该国应立即展开初步调查，以确定与该人有关的相关事实。

2. 在必要情况下，该国应将该人拘押，或采取其他必要措施，以确保其在调查期间以及在刑事诉讼、引渡或移交诉讼时留在境内。拘押和其他法律措施应根据该国法律规定，但应符合国际法，而且仅持续合理的时间。

3. 该国应向第6条草案第1款所述国家通告其初步调查的一般性结果、拘留所依据的情况以及是否打算将该事项提交其主管当局以便起诉。

第9条草案. 引渡或审判

1. 缔约国如在其管辖或控制领土内发现有被控犯有第5条第1款和第2款所述任何罪行的人，则应将该案提交主管当局以便起诉，除非该国将犯罪人引渡或移交另一国或主管国际刑事法庭。

2. 如果该国将该案提交本国主管机关以便起诉，这些机关应当与根据本

国法律针对性质严重的任何普通罪行所采用的相同方式作出决定是否和如何进行诉讼程序。

第 10 条草案. 被指控罪犯的公平待遇

1. 任何人因第5条草案第1款和第2款规定的罪行而被采取法律措施时，在诉讼的所有阶段应给予其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护适用的国内法和国际法、包括人权法所规定的其各项权利。

2. 任何被非其国籍国扣押的此类人员应：

(a) 获准立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家，如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；

(b) 获准接受此类国代表的探视；

(c) 立即获告知其根据本项条款所享有的权利。