



国际法委员会

第六十九届会议

2017年5月1日至6月2日和
7月3日至8月4日，日内瓦

关于危害人类罪的第三次报告

作者：特别报告员肖恩·墨菲**

目录

	页次
导言	5
A. 迄今为止就此专题开展的工作.....	5
B. 2016年第六委员会的辩论情况.....	5
C. 本报告的目的和结构.....	7
第一章 引渡	9

* 由于技术原因于2017年4月11日重新印发。

** 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：Anees Ahmed、Tae-Ung Baik、Robert Beckman、Robert Behlen、Joanna Buckley、Marta Bylica、Arturo Carrillo、Silvia Cartwright、Wen-Chen Chang、Sabin Chung、Julia Currie、Steven Freeland、Sarah Freuden、Sarah Fulton、Richard Goldstone、Hurst Hannum、Garrett Henderson、Yasushi Higashizawa、Nina Jørgensen、Nazhat Shameem Khan、Huna Kamir、Claus Kreß、Rena Lee、Amy Lindsay、Liu Daqun、Nora Mbagathi、Juan Mendez、Rahmat Mohamad、Nikhil Narayan、Lucy Reed、Hugo Relva、Eleanor Ross、Jason Ross、Leila Sadat、William Schabas、Kristin Shaulis、Kristin Smith、Jessica Sparano、Herb Somers、Kelisiana Thynne、Erin Torres、Edmund Wong、以及乔治·华盛顿大学法学院国际人权研究所。



A. 引渡和危害人类罪.....	9
B. 关于具体犯罪的条约中的引渡条款.....	12
1. 双重犯罪.....	12
2. 在现行和今后条约中列为可以引渡的犯罪.....	15
3. “政治犯罪”免于引渡原则不适用.....	17
4. 以订立条约为引渡条件的国家可以采用本条款草案.....	19
5. 不以订立条约为引渡条件的国家应采用本条款草案.....	21
6. 符合被请求国本国法律的其他要求.....	22
7. 将罪行视为发生在请求国.....	23
8. 引渡被请求国国民.....	25
9. 由于可能受到迫害而拒绝引渡.....	26
10. 磋商与合作.....	28
C. 条款草案第 11 条：引渡.....	28
第二章 不驱回.....	32
A. 不驱回原则.....	32
B. 条款草案第 12 条：不驱回.....	36
第三章 司法协助.....	38
A. 简式司法协助条款.....	39
B. 详式司法协助条款.....	41
1. 给予司法协助的一般义务.....	46
2. 当有关国家之间订有司法协助条约时的合作.....	49
3. 当有关国家之间未订司法协助条约时的合作.....	51
C. 条款草案第 13 条：司法协助.....	67
第四章 受害人、证人以及其他受影响的人.....	63
A. 综述.....	63
B. 受害人和其他人的申诉和保护.....	66

C. 受害人参加刑事诉讼.....	69
D. 对受害人的赔偿	71
E. 条款草案第 14 条：受害人、证人及其他人.....	75
第五章 与主管国际刑事法庭的关系.....	77
A. 潜在冲突	77
B. 条款草案第 15 条：与主管国际刑事法庭的关系.....	80
第六章 联邦国家义务.....	81
A. 概述	81
B. 条款草案第 16 条：联邦国家的义务.....	82
第七章 监测机制和争端解决.....	83
A. 现有监测机制	83
B. 公约下的潜在监测机制.....	86
1. 机构类型.....	87
2. 程序类型.....	90
C. 国家间争端解决	93
1. 谈判.....	96
2. 仲裁.....	97
3. 司法解决.....	98
4. 退出国家间争端解决.....	99
D. 条款草案第 17 条：国家间争端解决.....	100
第八章 余下的议题	102
A. 隐瞒危害人类罪	102
B. 豁免	105
C. 大赦	108
第九章 序言	113
第十章 公约的最后条款.....	115

A. 委员会工作中的最后条款.....	115
B. 在对条约的保留方面平衡各种利益.....	115
C. 现有条约对保留采取的方式.....	118
D. 《危害人类罪公约》的保留.....	123
第十一章 今后的工作方案.....	125
附件	
一. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案.....	126
二. 第三次报告中提出的条款草案和序言草案.....	131

导言

A. 迄今为止就此专题开展的工作

1. 2014 年，国际法委员会在第六十六届会议上决定将“危害人类罪”专题列入当前的工作方案，并任命了一位特别报告员。¹2015 年，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了一般性辩论，并暂时通过了四项条款草案及其评注。²

2. 2016 年，委员会在第六十八届会议上就特别报告员的第二次报告举行了一般性辩论，并暂时通过了另外六项条款草案及其评注。³

B. 2016 年第六委员会的辩论情况

3. 2016 年在第六委员会举行辩论期间，39 个国家（其中有一个国家代表北欧国家）就“危害人类罪”专题发表了意见。⁴各国普遍支持委员会迄今开展的工作，强调该专题的总体重要性，⁵并欢迎第六十八届会议期间通过的条款草案。⁶多个国家再次表示赞赏委员会采取的措施，确保委员会的工作不会与现有文书发生冲突，特别是 1998 年《国际刑事法院罗马规约》。⁷此外，一些国家表示支持委

¹见国际法委员会第六十六届会议的工作报告，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 266 段。

²见国际法委员会第六十七届会议的工作报告，《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 113 段。

³见国际法委员会第六十八届会议的工作报告，《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 79-83 段。

⁴下列国家就该专题在第六委员会上发言：阿根廷、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、巴西、智利、中国、克罗地亚、古巴、捷克、萨尔瓦多、埃及、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛（代表北欧国家）、印度、印度尼西亚、爱尔兰、以色列、日本、马来西亚、墨西哥、荷兰、秘鲁、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞士、苏丹、联合王国、美利坚合众国和越南。

⁵例如，见克罗地亚，《大会正式记录，第七十一届会议，第六委员会，第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 47 段；以及萨尔瓦多，同上，第 50 段。

⁶例如，见捷克，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 69 段；以及斯洛伐克，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 141 段。

⁷例如，见阿根廷，同上，《第 29 次会议》(A/C.6/71/SR.29)，第 85 段；澳大利亚，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 90 段；德国，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 35 段；冰岛，代表北欧国家，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 58 段；墨西哥，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 14 段；秘鲁，同上，《第 30 次会议》(A/C.6/71/SR.30)，第 5 段；葡萄牙，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 92 段；瑞士，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 67 段；以及联合王国，同上，第 73 段。

员会在某些情况下采用类似于《国际刑事法院罗马规约》的措辞，⁸例如条款草案第 5 条第 2 款和第 3 款。

4. 一些国家欢迎规定各国有义务通过关于危害人类罪的国家法律，⁹指出统一国家立法¹⁰以便增进国家间合作的重要性。¹¹一些国家还表示支持委员会在如下问题上采取的做法：长官责任、¹²上级命令借口的不适用性，¹³以及限制法令的不适用性。¹⁴与此同时，一些国家认为，关于调查义务的条款草案第 7 条措辞不够明确，¹⁵不妨进一步分析“普遍管辖权”概念¹⁶以及法人的责任。¹⁷此外，一些国家还要求审议其他一些问题，例如引渡、¹⁸司法协助、¹⁹对受害人作出赔偿²⁰以及大赦，²¹其他国家则表示民事管辖权²²和监督机制²³等某些问题不应包含在内。

⁸例如，见阿根廷，同上，《第 29 次会议》(A/C.6/71/SR.29)，第 85 段；爱尔兰，同上，《第 27 次会议》(A/C.6/71/SR.27)，第 14 段；罗马尼亚，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 7 段；以及斯洛文尼亚，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 106 段。

⁹例如，见澳大利亚，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 90 段；巴西，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 89 段；匈牙利，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 78 段；以及冰岛，代表北欧国家，同上，第 58 段。

¹⁰例如，见巴西，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 89 段。

¹¹例如，见澳大利亚，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 90 段；以及冰岛，代表北欧国家，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 58 段。

¹²例如，见智利，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 98 段；克罗地亚，同上，第 48 段；以及瑞士，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 66 段。

¹³例如，见智利，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 98 段；以及瑞士，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 66 段。

¹⁴例如，见智利，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 99 段；罗马尼亚，同上，第 74 段；以及西班牙，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 4 段。

¹⁵例如，见西班牙，同上，第 7 段。

¹⁶例如，见匈牙利，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/24)，第 82 段。

¹⁷例如，见捷克，同上，第 69 段；匈牙利，同上，第 81 段；以及墨西哥，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 18 段。

¹⁸例如，见西班牙，同上，第 3 段；以及瑞士，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 67 段。

¹⁹例如，见墨西哥，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 19 段；荷兰，同上，第 40 段；以及葡萄牙，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 93 段。

²⁰例如，见波兰，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 54 段。

²¹例如，见西班牙，同上，第 3 段。

²²例如，见联合王国，同上，《第 24 次会议》(A/C.6/71/SR.24)，第 73 段。

²³例如，见以色列，同上，《第 25 次会议》(A/C.6/71/SR.25)，第 43 段；以及墨西哥，同上，《第 26 次会议》(A/C.6/71/SR.26)，第 15 段。

5. 一些国家表示支持本条款草案成为一项新的公约，²⁴但一个国家提出项目的核心是制定指导方针而不是一部具有约束力的文书。²⁵另有一个国家表示关切本专题有可能重复现有机制内正在开展的工作。²⁶一些国家指出，若干国家提出了一项单独倡议，对所有严重国际犯罪的司法协助和引渡问题制定一项公约，并鼓励委员会与这一倡议的参与者开展对话。²⁷一个国家敦促委员会“尽快”完成关于该专题的工作。²⁸

C. 本报告的目的和结构

6. 本报告的目的是论述与该专题相关的其他一系列问题，提出适当的序言部分（假如本条款草案发展为公约），并考虑该公约可能的最终条款。这里涉及到如下问题：在引渡被指控罪犯时适用的权利、义务和程序；假如有充足理由认为某人可能遭受危害人类罪的侵害，则不予驱回；适用于司法协助的权利、义务和程序；受害人、证人以及与本条款草案范围内的诉讼程序有关的其他人的参与及保护；向受害人作出赔偿；与主管国际刑事法院的关系；联邦制国家的义务；监督机制和解决争端；序言草案；以及，尚未提出建议的其他问题。

7. 本报告第一章根据多项犯罪问题条约就引渡作出的不同规定，分析了在引渡被指控罪犯时适用的权利、义务和程序。比较简略的引渡条款包含一项一般性义务，考虑条约规定的罪行在一国现行的引渡问题条约以及该国今后可能缔结的引渡问题条约中是否属于可引渡罪行。但是，较为详细的引渡条约允许将条约本身作为引渡的依据，同时涉及到引渡方面可能出现的一系列广泛问题，其中包括：政治犯罪免于引渡原则的不适用性；满足国内立法中关于引渡程序的各项要求；引渡一国的本国公民；假如某人在引渡后将面临迫害禁止引渡；以及关于磋商与合作的要求。第一章最后提出了述及危害人类罪方面上述问题的条款草案。

8. 第二章论述了不驱回原则。此项原则（即，假如有充足理由认为某人在返回领土之后可能受到特定伤害，则禁止将其遣返）广泛存在于各类法律文书，其中包括关于难民和庇护问题、人权和刑法的公约。这些条约规定，假如有充足理由认为某人在返回后可能受到迫害或其他特定伤害，则启动不驱回原则，具体伤害

²⁴例如，见克罗地亚，同上，《第 25 次会议》（A/C.6/71/SR.25），第 47 段；埃及，同上，《第 23 次会议》（A/C.6/71/SR.23），第 42 段；匈牙利，同上，《第 24 次会议》（A/C.6/71/SR.24），第 7 8 段；以及德国，同上，《第 26 次会议》（A/C.6/71/SR.26），第 34 段。

²⁵见，马来西亚，同上，第 66 段。

²⁶见，印度，同上，《第 27 次会议》（A/C.6/71/SR.27），第 40 段。

²⁷例如，见阿根廷，同上，《第 29 次会议》（A/C.6/71/SR.29），第 85 段；智利，同上，《第 25 次会议》（A/C.6/71/SR.25），第 100 段；爱尔兰，同上，《第 27 次会议》（A/C.6/71/SR.27），第 16 段；以及荷兰，同上，《第 26 次会议》（A/C.6/71/SR.26），第 41 段。

²⁸见，联合王国，同上，《第 24 次会议》（A/C.6/71/SR.24），第 73 段。

的内容由条约主题决定。关于难民问题的公约对于不驱回原则规定了极少数例外情况，包括以国家安全为由，但较新的人权条约未规定这种例外情况。第二章最后提出了条款草案，规定危害人类罪背景下的不驱回义务。

9. 第三章根据多项条约规定的不同类型的司法协助条款，论述了各国在刑事诉讼司法协助方面的权利和义务。内容较为简略的条约包含关于尽可能提供协助的一般性义务。条款内容较为详细的条约为所有缔约国规定了某些一般性义务，同时也包含“最低司法协助条约”条款。此类条款基本上相当于在缔约国之间建立起具体的双边司法协助条约关系（假如不存在这种关系，或是这些国家选择采用最低司法协助条约来促进合作）。最低司法协助条约条款涉及如下问题：将被拘留者转移至另一国家，以提供证据；指定一主管部门负责处理司法协助请求；借助视频会议，提供证人证词；以及拒绝司法协助要求的许可理由和不许可理由。第三章最后提出了最适合危害人类罪相关问题的司法协助条款草案。

10. 第四章论述了本条款草案范围内的受害人、证人和其他诉讼相关人员的参与和保护问题以及对受害人赔偿的问题。此前根据国家法律处理犯罪问题的条约往往不包含涉及受害人和证人的条款，最新条约的确包含此类条款。这些条约通常会涉及受害人和证人保护问题以及对受害人的赔偿；有时还会涉及受害人参与针对被指控罪犯的法律诉讼。第四章最后提出了关于上述问题的条款草案。

11. 第五章论述了本条款草案与各国对于国际刑事法院等主管国际刑事法庭的权利和义务的相互关系问题。在起草本条款草案时，通常会避免产生任何此类冲突。即便如此，要避免没有预见到的冲突，还是应当在条款中明确规定，主管国际刑事法庭章程规定的国家权利或义务高于本条款草案规定的国家权利和义务。第五章最后提出了关于这个问题的条款草案。

12. 第六章论述了联邦制国家应承担的义务。文中分析了某些国家在签署或批准条约时作出单方面声明的做法，以表明该条约不适用于本国部分领土。近年来，此类声明颇不受欢迎，某些条约甚至明文规定各国不得作出此类声明。第六章最后提出了处理这个问题的条款草案。

13. 第七章论述了监督机制和解决争端问题。已经存在多种监督机制，可以深入分析危害人类罪本身或是在发生危害人类罪时可能出现的多种侵权行为（比如酷刑）。假如各国希望建立新的监督机制，多项条约，特别是人权条约，都规定了监督机制机构。这一机构可采用委员会、事务委员会、法庭或缔约国会议的形式。除监督机制外，多项条约还包含解决争端条款。这些条款通常要求缔约国采用谈判方式解决争端。假如谈判未能成功，这些条款还规定了强制解决争端的进一步措施，其中包括仲裁和提交国际法院裁决。第七章最后提出了关于解决争端的条款草案。

14. 第八章论述了委员会内部就该专题进行讨论时提出的其他问题，特别是隐瞒危害人类罪、豁免和大赦问题。

15. 第九章提出了序言草案，着重强调了促进和要求各方拟定本条款草案的若干核心内容。

16. 第十章论述了最后条款问题，以应对本条款草案成为公约的情况。委员会通常不会在条款草案中列入最后条款，因而没有就此提出任何建议。即便如此，第十章还是讨论了关于保留的最后条款，各国可以有哪些选择方案。

17. 第十一章论述了关于该专题今后的工作方案，提议在 2017 年完成一读，在 2019 年完成二读。

18. 为方便起见，本报告附件一载有委员会迄今为止暂时通过的十项条款草案，附件二载有本报告提出的七项条款草案和序言草案。

第一章 引渡

A. 引渡和危害人类罪

19. 1973 年，联合国大会 1973 年 12 月 3 日第 3074 (XXVIII) 号决议强调指出，国际合作在被控犯有危害人类罪的罪犯引渡问题上具有重要意义，必要时可以确保对此类罪犯提出起诉和给予惩处。在这个问题上，大会表示：“各国应相互协助，以便侦察、逮捕和审判此等罪行的嫌疑犯，如经判定有罪，应加以惩治”（第 4 段）。此外，“一般原则是，有证据证明犯……危害人类罪的人应在犯罪地国家受审，如经判定有罪，由犯罪地国家加以惩治。为此，各国应在引渡此类罪犯的问题上合作”（第 5 段）。此外，“各国不应采取任何有碍它们就侦察、逮捕、引渡和惩治……危害人类罪犯所承担的国际义务的立法或其他措施”（第 8 段）。2001 年，增进和保护人权小组委员会重申大会第 3074 号决议²⁹规定的各项原则，并敦促“各国进行合作以便侦察、逮捕、引渡和惩治犯有战争罪和危害人类罪的罪犯”。³⁰

20. 本条款草案第 6 条第 2 款规定，假如被指控罪犯身处一国管辖的任何领土内，各国应采取必要措施，确定本国对于条款草案第 5 条所述罪行的管辖权，不必引

²⁹人权委员会，增进和保护人权小组委员会，关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪罪犯和危害人类罪罪犯的国际合作，2001 年 8 月 16 日第 2001/22 号决议，第五十三届会议（E/CN.4/SUB.2/RES/2001/22），第 3 段。小组委员会在其决议中基本上复述了大会提出的各项原则，但也作了部分修改。

³⁰同上，第 2 段。

渡或移交此人。假如被指控罪犯在一国境内，并且已被羁押，则根据条款草案第 8 条第 3 款，该国有义务通报有权起诉被指控罪犯的其他国家，而这可能导致后者要求引渡该名被指控罪犯。此外，条款草案第 9 条要求各国将案件移交主管机关以便提出起诉，除非该国将罪犯引渡或是交给另一国家或主管国际刑事法庭处理。

21. 由此可见，假如被指控罪犯在一国管辖范围内，有可能出于起诉原因被引渡至另一国家。³¹在这种情况下，应针对引渡过程规定明确的相关权利、义务和程序。关于危害人类罪被指控罪犯的引渡，目前尚未出台全球或区域专题公约。相反，引渡此类罪犯，可以依据关于犯罪问题的多边³²或双边引渡协定³³规定的权利、义务和程序（条件是请求国和被请求国之间存在此类协定），或是根据国家法律或政策（条件是被请求国认为相关法律或政策提供了充足理由）。

22. 关于犯罪问题的多边或双边引渡协定尚未遍及全球所有国家。1990 年《联合国引渡示范条约》旨在协助各国制定能够涵盖多种罪犯的双边引渡条约，³⁴但任何特定国家都不可能与其他所有国家逐一缔结此项协定。相反，大多数国家通常只与部分国家缔结引渡协定，由此导致很多国家之间不存在根据条约进行引渡的关系。与此同时，很多国家在没有缔结引渡协定的情况下不会引渡罪犯。

23. 因此，关于酷刑、腐败或强迫失踪等特定犯罪的多项条约采用了如下做法：在条约内列入一项条款，详细规定对于相关特定犯罪的国家间引渡的权利、义务和程序，在没有其他适用引渡条约的情况下适用。针对关于特定犯罪的条约开展的调查表明，引渡条款普遍存在两种模式。第一种处理方法相对简略，载于 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》第 8 条，相关内容只有四款，以及 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 13 条，相关内容只有七款。

24. 第二种处理方法则较为详细，载于 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 16 条以及 2005 年《联合国反腐败公约》第 44 条。这两条内容基本类似，分别载有 17 款和 18 款。例如，《联合国反腐败公约》第 44 条内容如下：

³¹本章不涉及向主管国际刑事法庭移交罪犯的程序，这应由与该法院相关的文书作出规定。

³²例如，见 1957 年《欧洲引渡公约》；另见关于欧洲逮捕证和成员国间移交程序的理事会 2002 年 6 月 13 日框架决定，《欧洲共同体公报》，L 190 号，2002 年 6 月 18 日，第 1 页。

³³一般见 M. Cherif Bassiouni（编辑），《国际刑法、多边和双边执行机制》，第二卷，第 3 版，莱顿，马蒂努斯·尼伊霍夫出版社，2008 年；D. A. Sadoff，《将国际逃犯绳之以法：引渡及其替代办法》，剑桥大学出版社，2016 年。

³⁴大会 1990 年 12 月 14 日第 45/116 号决议，附件（后经大会 1997 年 12 月 12 日第 52/88 号决议修正）。

第 44 条：引渡

1. 当被请求引渡人在被请求缔约国领域内时，本条应当适用于根据本公约确立的犯罪，条件是引渡请求所依据的犯罪是按请求缔约国和被请求缔约国本国法律均应当受到处罚的犯罪。
2. 尽管有本条第 1 款的规定，但缔约国本国法律允许的，可以就本公约所涵盖但依照本国法律不予处罚的任何犯罪准予引渡。
3. 如果引渡请求包括几项独立的犯罪，其中至少有一项犯罪可以依照本条规定予以引渡，而其他一些犯罪由于其监禁期的理由而不可以引渡但却与根据本公约确立的犯罪有关，则被请求缔约国也可以对这些犯罪适用本条的规定。
4. 本条适用的各项犯罪均应当视为缔约国之间现行任何引渡条约中的可以引渡的犯罪。缔约国承诺将这种犯罪作为可以引渡的犯罪列入它们之间将缔结的每一项引渡条约。在以本公约作为引渡依据时，如果缔约国本国法律允许，根据本公约确立的任何犯罪均不应当视为政治犯罪。
5. 以订有条约为引渡条件的缔约国如果接到未与之订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可以将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据。
6. 以订有条约为引渡条件的缔约国应当：
 - (a) 在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时通知联合国秘书长，说明其是否将把本公约作为与本公约其他缔约国进行引渡合作的法律依据；和
 - (b) 如果其不以本公约作为引渡合作的法律依据，则在适当情况下寻求与本公约其他缔约国缔结引渡条约，以执行本条规定。
7. 不以订有条约为引渡条件的缔约国应当承认本条所适用的犯罪为它们之间可以相互引渡的犯罪。
8. 引渡应当符合被请求缔约国本国法律或者适用的引渡条约所规定的条件，其中包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求缔约国可以据以拒绝引渡的理由等条件。
9. 对于本条所适用的任何犯罪，缔约国应当在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。
10. 被请求缔约国在不违背本国法律及其引渡条约规定的情况下，可以在认定情况必要而且紧迫时，根据请求缔约国的请求，拘留被请求缔约国领域内的被请求引渡人，或者采取其他适当措施，确保该人在进行引渡程序时在场。
11. 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，则该国有义务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。

12. 如果缔约国本国法律规定，允许引渡或者移交其国民须以该人将被送还本国，按引渡或者移交请求所涉审判、诉讼中作出的判决服刑为条件，而且该缔约国和寻求引渡该人的缔约国也同意这一选择以及可能认为适宜的其他条件，则这种有条件引渡或者移交即足以解除该缔约国根据本条第 11 款所承担的义务。

13. 如果为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求缔约国的国民而遭到拒绝，被请求缔约国应当在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求缔约国的请求，考虑执行根据请求缔约国本国法律判处的刑罚或者尚未服满的刑期。

14. 在对任何人就本条所适用的任何犯罪进行诉讼时，应当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。

15. 如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。

16. 缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为由而拒绝引渡。

17. 被请求缔约国在拒绝引渡前应当在适当情况下与请求缔约国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和提供与其陈述有关的资料。

18. 缔约国应当力求缔结双边和多边协定或者安排，以执行引渡或者加强引渡的有效性。

25. 下节将分析对于引渡采取的“简略”和“详细”这两种处理方法的核心内容。随后，本章最后将提出“引渡”条款草案，其中包含 13 款。这项条款草案大体上仿照《联合国反腐败公约》第 44 条编写。目前已有 181 个国家加入了这项公约。《联合国反腐败公约》就危害人类罪引渡方面的各项相关权利、义务和程序给予了充分的指导，各国对于其条款有着深刻的理解和认识，特别是借助联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）编写的具体指南和其他资料。³⁵此外，本报告提出的关于司法协助的条款草案（见下文第三章）同样基于《联合国反腐败公约》，在这方面需要建立的某些体制架构（例如国家联络点）

³⁵例如，见毒品和犯罪问题办公室，《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 2 版，2012 年，可查阅：www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/legislative-guide.html；毒品和犯罪问题办公室，《联合国反腐败公约技术指南》，2009 年，可查阅：www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/technical-guide.html；以及毒品和犯罪问题办公室，《拟定联合国反腐败公约谈判准备工作文件》，联合国出版物（出售品编号：E.10.V.13），可查阅：www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/travaux-preparatoires.html。获取更多资料，可访问：www.unodc.org/unodc/en/corruption/publications.html。毒品和犯罪问题办公室为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》也编写了类似资料，其中关于引渡条款的多项规定与《联合国反腐败公约》相同。例如，见毒品和犯罪问题办公室，《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书实施立法指南》，联合国出版物（出售品编号：E.05.V.2），可查阅：www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html；以及《拟订一项打击跨国有组织犯罪公约特设委员会第一届至第十一届会议的工作报告，增编：联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明》（A/55/383/Add.1）。

可以用来实施危害人类罪方面的引渡工作。与此同时，需要根据本条款草案对第 44 条作出某些实质性改动和文体上的修改。

26. 需要指出的是，在出现多项引渡要求的情况下，引渡条约通常不会规定哪一个请求国（如果有的话）享有优先权。例如，《引渡示范条约》第 16 条仅仅规定：“一缔约国如从另一缔约国和第三国收到引渡同一人的请求，应斟酌决定将其引渡给哪个国家。”³⁶某些文书明确提出了需要考虑在内的各项因素，但仍将最终决定权留给被请求国。³⁷在具体情况下，有多项因素可以表明哪个请求国最适合提出起诉，被指控罪犯所在国家历来都会选择将案件提交本国主管机关，以便提出起诉，而非引渡。本报告没有就关于多项引渡要求的条款提出任何建议。

B. 关于具体犯罪的条约中的引渡条款

27. 正如上节所指出的，关于酷刑、腐败或强迫失踪等特定犯罪的条约通常都包含具体条款，涉及缔约国之间就特定犯罪进行引渡的相关权利、义务和程序。这些协定有些差异，但其中较为详细的条款往往体现出某些相同的内容，有关讨论见下文。

1. 双重犯罪

28. 此类条约有时包含的一项内容是“双重犯罪”要求，意指对于具体引渡要求而言，相关行为在请求国和被请求国均属于刑事犯罪时，方存在引渡义务。³⁸这种条约条款通常会出现以下两种情况下。

29. 首先，一般性引渡条约通常都包含双重犯罪要求，这有可能涉及多种行为。在这种情况下，被请求国对于在本国不属于刑事犯罪的行为，或许不希望履行引渡义务。为此，提出双重犯罪要求是为了确保只有在两国均规定相关行为为刑事犯罪时，方存在引渡义务。

30. 其次，关于某一具体犯罪类型的条约往往包含双重犯罪要求，但会将强制性犯罪和非强制性犯罪等同起来，由此导致任意两个缔约国规定的犯罪名目各不相同。例如关于腐败问题，《联合国反腐败公约》规定了强制性犯罪（第 15 条、

³⁶ 《引渡示范条约》（见上文脚注 34），第 16 条。

³⁷ 例如，见理事会 2002 年 6 月 13 日框架决定……（上文脚注 32），第 16 条，第 7 页。

³⁸ 例如，见 M. C. Bassiouni,《国际引渡：美国法律与实践》，第 6 版，牛津大学出版社，2014 年，第 500 页（“双重犯罪系指根据请求国和被请求国的法律规定，陈述者的行为均属于刑事犯罪。对于犯罪性质的这种相互认可，被视为准许引渡的基本要求”）；毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册，第一部分：关于引渡示范条约的订正手册》，第 10 页，第 20 段（“要求引渡的相关罪行根据请求国和被请求国的法律均属于刑事犯罪，这种双重犯罪要求是引渡法的一项根本原则”）。

第 16 条第 1 款、第 17 条、第 23 条和第 25 条) 和非强制性犯罪 (第 16 条第 2 款、第 18 条至第 22 条和第 24 条)。《反腐败公约》当中关于双重犯罪的规定载于第 44 条第 1 款至第 3 款,³⁹基本上允许尚未规定非强制性犯罪的缔约国拒绝与这一犯罪有关的引渡要求。⁴⁰另一方面, 对于《公约》规定的所有强制性犯罪, 各缔约国之间应落实双重犯罪要求。⁴¹

31. 相比之下, 关于特定犯罪类型并且只规定了强制性犯罪的条约往往不包含双重犯罪要求。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》和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》等条约明确规定了具体犯罪, 并要求缔约国采取必要措施, 确保将这些罪行纳入国内刑法, 但这些条约各自的引渡条款均没有提出双重犯罪要求。这样做的理由是, 在根据上述公约提出引渡请求时, 相关罪行在两个缔约国的法律下均应属于刑事犯罪, 因而没有必要满足双重犯罪要求。更深层的理由是, 此类条约在引渡问题上通常没有规定绝对义务, 而是提出了引渡或审判义务, 被请求国只要将案件提交本国主管机关起诉, 就不会选择引渡。

32. 关于危害人类罪的本条款草案第 3 条规定了危害人类罪的定义, 根据这一定义, 条款草案第 5 条第 1 款至第 3 款要求将“危害人类罪”的“犯罪”列入各国国内刑法。⁴²一国就条款草案第 5 条所述犯罪向另一国发出引渡要求时, 相关犯罪在两国均属于刑事犯罪; 自动满足了双重犯罪要求。

33. 条款草案第 3 条第 4 款明确承认, 犯罪的定义“不妨碍任何国际文书或国家法律规定的任何更为宽泛的定义”, 但出于本条款草案的目的, 条款草案第 5 条第 1 款至第 3 款还是界定了“危害人类罪”的“犯罪”定义。任何国际文书或国家法律规定的更为宽泛的“危害人类罪”定义, 均不属于条款草案第 5 条所述的“犯罪”。

34. 条款草案第 5 条第 7 款规定了法人对条款草案第 5 条 (以下指第 1 款至第 3 款) 所述“犯罪”的责任问题, 并指出这种责任“可以是刑事责任、民事责任或

³⁹ 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》, 第 16 条第 1 款至第 2 款 (“1. 本条应适用于本公约所涵盖的犯罪或第 3 条第 1 款 (a) 项或 (b) 项所述犯罪, 涉及有组织犯罪集团且被请求引渡人位于被请求缔约国境内的情况, 条件是引渡请求所依据的犯罪是按请求缔约国和被请求缔约国本国法律均应受到处罚的犯罪。2. 如果引渡请求包括几项独立的严重犯罪, 其中某些犯罪不在本条范围之内, 被请求缔约国也可对这些犯罪适用本条的规定”)。

⁴⁰ 《联合国反腐败公约实施立法指南》(见上文脚注 35), 第 152 页, 第 556 段 (“对于可选择确立的犯罪和有些缔约国可能已经确立而另一些缔约国可能尚未确立的犯罪来说, 这一双重犯罪要求可能会妨碍引渡。在这种情况下, 可将第 44 条第 2 款视为鼓励缔约国在其本国法律允许的范围内, 在并非双重犯罪情况下予以引渡”)。

⁴¹ 同上。

⁴² 条款草案第 3 条第 4 款规定, 本条草案不妨碍任何国家法律为危害人类罪规定的更为宽泛的定义。但是, 依据条款草案第 3 条第 1 款至第 3 款范围之外的被指控犯罪提出的引渡要求, 不同于依据条款草案第 5 条规定的犯罪提出的引渡要求。

行政责任”。由此可见，不同国家的法律在法人责任问题上可能存在着差异，但这种差异并非针对“危害人类罪”的“犯罪”，而是针对法人对此种犯罪应承担的责任。引渡程序毕竟事关自然人的转移。

35. 条款草案第6条第1款允许各国在确定对于相关犯罪者的管辖权时可以采取某些差别对待。与此同时，对于引渡要求，被请求国是被指控罪犯所在国家，这属于条款草案第6条第2款规定的范围，这方面不存在差别对待。即便请求国试图行使被请求国尚未确立的国家管辖权（例如，根据受害人的国籍确定管辖权），这其中的要点是，相关犯罪在请求国和被请求国均属于刑事犯罪。被请求国假如不认可请求国试图行使的那类国家管辖权，可以选择不引渡罪犯，但根据条款草案第9条，被请求国随后必须将案件提交本国主管机关以便提出起诉。

36. 综上所述，没有必要在引渡条款草案中列入《联合国反腐败公约》第44条头三款提出的双重犯罪要求。

2. 在现行和今后条约中列为可以引渡的犯罪

37. 此类条约中常见的第二个要素是，要求缔约国有义务将条约所述罪行在现行引渡条约以及缔约国之间今后缔结的任何引渡条约中均列为可以引渡的犯罪。⁴³

38. 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8条第1款规定：“第4条所述各种罪行应视为属于缔约各国间现有的任何引渡条约所列的可引渡的罪行。缔约各国保证将此种罪行作为可引渡的罪行列入将来相互之间缔结的每项引渡条约。”

39. 与此类似，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第13条第2款和第3款规定如下：

2. 本公约生效前各缔约国之间已有的任何引渡条约，应将强迫失踪罪均视为可予引渡的罪行。
3. 各缔约国承诺，今后彼此之间签订的所有引渡条约，均将强迫失踪罪列为可引渡的犯罪。⁴⁴

⁴³ 见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7条，《1972年……年鉴》，第二卷，第319-320页；以及《危害人类和平及安全治罪法草案》第10条，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32-33页。另见J. J. Lambert,《国际法中的恐怖主义与人质：1979年人质公约评注》，剑桥大学出版社，1990年，第229页；J. H. Burgers和H. Danelius,《〈联合国禁止酷刑公约〉：〈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〉手册》，多德雷赫特，马蒂努斯·尼伊霍夫出版社，1988年，第138-139页和第238页。

⁴⁴ 在起草过程中，有人担心“由于未加入该文书的某一缔约国或若干缔约国可能不同意，不可能要求各缔约国在其缔结的所有引渡条约中均将强迫失踪罪列为可引渡的罪行（第13条，第3款）”（人权委员会，为保护所有人不遭强迫失踪起草一份具有法律约束力的规范性文件闭会期间不限成员名额工作组的报告（E/CN.4/2004/59），第110段）。提出了多项文字修改建议，同时沿用了《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8条第1款和第3

40. 类似的条款还出现在以下文书中：1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》；⁴⁵1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；⁴⁶1973 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》；⁴⁷1979 年《反对劫持人质国际公约》；⁴⁸1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》；⁴⁹1997 年《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；⁵⁰《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；⁵¹以及区域公约。⁵²还应该指出的是，国际法委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 10 条第 1 款规定：“如果各缔约国之间的任何现行引渡条约未将第 17 条、第 18 条、第 19 条和第 20 条所述罪行列为可引渡的罪行，应将这些罪行视为包括在这些条约中的可引渡的罪行。各缔约国承诺在将来彼此间所签订的每一项引渡条约中都将这些罪行列为可引渡的罪行。”⁵³

41. 《联合国反腐败公约》第 44 条第 4 款有着类似的措辞，并为在引渡条款草案中列入相关条款提供了适当依据（见下文条款草案第 11 条第 1 款）。与此同

款的措辞（同上，第 110-114 段）。第 13 条第 3 款的最后案文体现了《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 8 条第 1 款的用语（“各缔约国承诺列入……”）。

⁴⁵第 8 条第 1 款（“前述罪行应看作是包括在缔约各国间现有引渡条约中的一种可引渡的罪行。缔约各国承诺将此种罪行作为一种可引渡的罪行列入它们之间将要缔结的每一项引渡条约中”）。

⁴⁶第 8 条第 1 款（“前述罪行应看作是包括在缔约各国间现有引渡条约中的一种可引渡的罪行。缔约各国承诺将此种罪行作为一种可引渡的罪行列入它们之间将要缔结的每一项引渡条约中”）。

⁴⁷第 8 条第 1 款（“在各缔约国之间的任何现行引渡条约未将第 2 条所列举的罪行列为应该引渡的罪行的范围内，这些罪行应视为属于应该引渡的罪行。缔约国承诺将来彼此间所订的每一项引渡条约中都将这些罪行列为应该引渡的罪行”）。委员会对于这一条款的分析，见《1972 年……年鉴》，第二卷，第 319 页，第（1）段至第（3）段。

⁴⁸第 10 条第 1 款（“第 1 条所称各项罪行，均应视为缔约国间现有任何引渡条约已经列为可以引渡的罪行。各缔约国承诺在以后彼此间缔结的所有引渡条约中将此种罪行列为可以引渡的罪行”）。

⁴⁹第 15 条第 1 款（“如果各缔约国之间的任何现行引渡条约未将第 9 条所列举的罪行列为可引渡的罪行，应将这些罪行视为包括在这些条约中的可引渡的罪行。各缔约国承诺在将来彼此间所签订的每一项引渡条约中都将这些罪行列为可引渡的罪行”）。

⁵⁰第 9 条第 1 款（“第 2 条所述罪行应被视为包括在任何缔约国之间在本公约生效前已有的任何引渡条约中的可引渡的罪行。缔约国承诺将此类罪行作为可引渡的罪行列入它们之间以后将要缔结的每一项引渡条约中”）。

⁵¹第 16 条第 3 款（“本条适用的各项犯罪均应视为缔约国之间现行的任何引渡条约中的可引渡的犯罪。各缔约国承诺将此种犯罪作为可引渡的犯罪列入它们之间拟缔结的每一项引渡条约”）。

⁵²见 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 13 条，相关部分的内容如下：“第 2 条所述罪行应看作是包括在缔约国之间所有引渡条约中的一种可引渡的罪行。缔约国承诺将酷刑罪作为一种可引渡的罪行列入缔约国之间今后缔结的所有引渡条约。”1994 年《美洲被迫失踪人士公约》第五条相关部分的内容如下：“强迫失踪应看作是包括在缔约国之间所有引渡条约中的一种可引渡的罪行”；和 2007 年东盟[东南亚国家联盟]《打击恐怖主义公约》第十三条第 2 款相关部分的内容如下：“本公约第二条所述罪行应看作是包含在本公约生效前缔约国之间已有各项引渡条约中的一种可引渡的罪行。”

⁵³《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 32 页。

时，第4款还增加了一个要素，禁止适用“政治犯罪”免于引渡原则，相关讨论见下一节。

3. “政治犯罪”免于引渡原则不适用

42. 此类条约中常见的第三个要素是，规定“政治犯罪”免于引渡原则不适用于某些犯罪。这就意味着，即便是被请求国认为要求引渡的罪行属于政治犯罪，也要进行引渡。

43. 根据某些犯罪问题引渡条约，被请求国假如认为要求引渡的犯罪属于政治犯罪，则可以拒绝引渡，例如本质上属于寻求政治变革的激进主义行为被作为“叛国”行为列入刑法。⁵⁴但是，“恐怖主义和其他国际及跨国犯罪形式的兴起正在促使某些政府彻底改变立场，试图取消关于国际犯罪和严重暴力犯罪不适用的原则。”⁵⁵

44. 具体说来，有观点认为灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等罪行不应被视为“政治犯罪”，这种观点得到支持。例如，1948年《防止及惩治灭绝种族公约》第七条规定，公约所列各项罪行不得以政治犯罪为由免于引渡：“灭绝种族罪及第三条所列其他行为不得视为政治罪行，俾便引渡”（第七条）。⁵⁶评论人士指出，鉴于《公约》的宗旨是“防止灭绝种族罪的有罪不罚现象”，第七条“在起草过程中并没有引发争议”，⁵⁷而且，“大多数国家都接受这一条作为《防止及惩治灭绝种族公约》的核心条款，并无太大异议”。⁵⁸

45. 出于类似的原因，不得将所指称的危害人类罪视为“政治犯罪”以免于引渡。⁵⁹事实上，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册》指出，

⁵⁴关于政治犯罪和政治犯罪免于引渡原则的一般性讨论，见 G. Gilbert, 《引渡法的各个方面》，多德雷赫特，马蒂努斯·尼伊霍夫出版社，1991年，第113页起及以下各页。

⁵⁵Bassiouni, 《国际引渡》（见上文脚注38），第669-739页，第671页。还出现了完全不提及政治犯罪免于引渡原则的发展趋势。见理事会2002年6月13日框架决定（上文脚注32）；以及《联合王国引渡法》，2003 c. 41，可查阅：www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents。

⁵⁶一般见 R. Roth, “灭绝种族罪的引渡问题”，P. Gaeta（编辑），《联合国种族灭绝罪公约：评注》，牛津大学出版社，2009年，第279页，第283页。

⁵⁷Roth（见上文脚注），第279页。另见 B. Schiffbauer、C. J. Tams, L. Berster 和 B. Schiffbauer（编辑），《防止及惩治种族灭绝罪公约：评注》，慕尼黑，C. H. Beck，2014年，第262-263页。关于谈判制定这部公约的来龙去脉，见 H. Abtahi 和 P. Webb, 《〈种族灭绝罪公约〉：准备工作文件》，莱顿，马蒂努斯·尼伊霍夫出版社，2008年（两卷）。

⁵⁸Roth（见上文脚注56），第284页。另见经济及社会理事会，灭绝种族问题特设委员会，委员会的报告及委员会起草的公约草案（E/794），第37页；以及《大会正式记录，第三十一届会议，第六委员会，第55次会议》（A/C.6/31/SR.55），第8-9页，特别是第30段（澳大利亚在发言中指出，战争罪、灭绝种族罪和侵犯人权罪等罪行的“政治性质不应妨碍引渡”）。

⁵⁹例如，见《Mousa Mohammed Abu Marzook 引渡案》，美国纽约州南部地区地方法院，第924 F. Supp. 565（1996）号，第577页（“假如被控行为为性质极其恶劣，构成危害人类罪，必然不

“国际社会认为，灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等某些罪行极为恶劣，此项引渡限制不应适用于相关犯罪者”。⁶⁰增进和保护人权小组委员会也宣布：“被指控犯有战争罪和危害人类罪的个人不得以其行为属于‘政治犯罪’为借口而免受引渡。”⁶¹

46. 另有几部涉及具体犯罪的多边条约规定，禁止以“政治犯罪”为由免于引渡，包括：《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；⁶²1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁶³以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁶⁴此外，当代双边引渡条约往往会明确说明哪些犯罪不应被视为“政治犯罪”而免于引渡。⁶⁵但是，《反对劫持人质国际公约》⁶⁶和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》⁶⁷均未提出政治犯罪免于引渡的条款。

适用政治犯罪免于引渡原则”); *Ordinola 诉 Hackman 案*, 美国上诉法院第四巡回法庭, 第 478 F.3d 588 (2007) 号 (美国法律概述了政治罪原理); *Nezirovic 诉 Holt 案*, 美国上诉法院第四巡回法庭, 第 779 F.3d 233 (2015) 号 (裁定政治犯罪免于引渡原则不适用于波斯尼亚冲突期间犯下的酷刑行为)。

⁶⁰《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册》(见上文脚注 38), 第 45 页。

⁶¹人权委员会增进和保护人权小组委员会, 第 2001/22 号决议 (见上文脚注 29)。

⁶²第 11 条 (“为了引渡或相互法律协助的目的, 第 2 条所列的任何罪行不得视为政治罪行、同政治罪行有关的罪行或由政治动机引起的罪行。因此, 就此种罪行提出的引渡或相互法律协助的请求, 不可只以其涉及政治罪行、同政治罪行有关的罪行或由政治动机引起的罪行为由而加以拒绝”)。

⁶³第 14 条 (“为引渡或司法互助的目的, 不得视第 2 条所述任何罪行为政治犯罪、同政治犯罪有关的罪行或出于政治动机的犯罪。因此, 对于就此种罪行提出的引渡或司法互助请求, 不得只以其涉及政治犯罪、同政治犯罪有关的罪行或出于政治动机的罪行为理由而加以拒绝”)。

⁶⁴第 13 条第 1 款 (“就缔约国之间的引渡而言, 不应将强迫失踪罪视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的普通犯罪, 或带有政治动机的犯罪。因此, 不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡要求”)。

⁶⁵例如, 见《美利坚合众国与南非引渡条约》, 1999 年 9 月 16 日在华盛顿订立, 可查阅: www.state.gov/documents/organization/124464.pdf, 第 4 条第 2 款 (“为本条约目的, 不得将如下犯罪视为政治犯罪: …… (b) 请求国和被请求国根据多边国际协定均有义务引渡某人或将案件提交本国主管机关以便提出起诉的犯罪; (c) 谋杀; (d) 涉及绑架、劫持、任何形式的非法拘禁、包括劫持人质的犯罪”); 1990 年 9 月 5 日在汉城订立的《大韩民国与澳大利亚引渡条约》, 可查阅: www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39362515.pdf, 第 4 条第 1 款 (a) 项 (“……政治犯罪不应包括…… (二) 缔约国根据其加入的多边国际协定有义务确定管辖权或进行引渡的犯罪; 以及 (三) 违反灭绝种族问题相关法律的犯罪”); 以及, 1990 年 3 月 16 日在墨西哥城订立的《加拿大政府与墨西哥合众国政府引渡条约》, 可查阅: www.oas.org/juridico/mla/en/traites/en_traites-ext-can-mex.html, 第四条 (a) 项 (“……为本款目的, 政治犯罪不应包括缔约国根据多边国际协定有义务引渡某人或将案件提交本国主管机关以便提出起诉的犯罪”)。另见 Bassiouni, 《国际引渡》(见上文脚注 38), 第 670 页。

⁶⁶另见 B. Saul, 《反对劫持人质国际公约》, 介绍性说明, 联合国国际法视听图书馆, 可查阅: <http://legal.un.org/avl/ha/icath/icath.html>。

⁶⁷另见 M. Nowak 和 E. McArthur, 《联合国种族灭绝罪公约: 评注》, 牛津大学出版社, 2008 年, 第 373 页 (指出, “瑞士担心实施酷刑的动机是行刑者可以自称其行为属于政治性质, 从而逃避引渡”, 并建议补充说明, 本公约界定的行为 “不应被视为政治犯罪。”)。

47. 《联合国反腐败公约》第 44 条第 4 款最后一句规定：“在以本公约作为引渡依据时，如果缔约国本国法律允许，根据本公约确立的任何犯罪均不应当视为政治犯罪。”这一句规定，政治犯罪免于引渡原则的不适用范围仅限于根据本公约进行的引渡。《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 13 条第 1 款将政治犯罪免于引渡原则的不适用范围扩大到了缔约国之间的所有引渡，其内容如下：“就缔约国之间的引渡而言，不应将强迫失踪罪视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的普通犯罪，或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡要求。”

48. 关于引渡问题的条款草案不妨采用较为宽泛的措辞（见下文条款草案第 11 条第 2 款）。

49. 需要指出的是，以上措辞的要旨是说明不得将犯下危害人类罪的行为视为“政治犯罪”（换言之，不得将此类行为本身视为某种形式的政治激进主义）。但这个问题要看请求国是否因个人政治见解而要求引渡，也就是说，要看一国是否因个人的政治观点，指控其犯有危害人类罪并要求引渡，试图以此加以迫害。关于迫害问题，下文将单独阐述。

4. 以订立条约为引渡条件的国家可以采用本条款草案

50. 第四个要素将条约本身作为引渡可能的法律依据，以便于那些以订有条约作为引渡条件的国家。⁶⁸《联合国反腐败公约》第 44 条第 5 款就载有这样一项规定，其内容如下：“以订有条约为引渡条件的缔约国，如果接到未与之订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可以将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据。”

51. 以下公约中也载有相同或类似的条款：《关于制止非法劫持航空器的公约》；⁶⁹《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；⁷⁰《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》；⁷¹《反对劫持人质国际公约》；

⁶⁸见 Lambert（上文脚注 43），第 238–239 页；L. M. Olson，“通过一项打击危害人类罪的专门公约加强执行：国家间合作、司法协助和引渡或起诉的义务”，L. N. Sadat（编辑），《制定一项打击危害人类罪公约》，剑桥大学出版社，2011 年，第 323–344 页，第 330 页。

⁶⁹第 8 条第 2 款（“如一缔约国规定只有在订有引渡条约的条件下才可以引渡，而当该缔约国接到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡要求时，可以自行决定认为本公约是对该罪行进行引渡的法律根据。引渡应遵照被要求国法律规定的其他条件”）。

⁷⁰第 8 条第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞相同）。

⁷¹第 8 条第 2 款（“以订有条约为引渡条件的缔约国从未与该缔约国订立引渡条约的另一缔约国接到引渡要求时，如果决定引渡，得视本公约为对这些罪行进行引渡的法律依据。引渡须依照被要求国法律所规定的程序和其他条件办理”）。委员会对于这一条款的分析，见《1972 年……年鉴》，第二卷，第 319–320 页。

⁷²《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》；⁷³《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；⁷⁴《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁷⁵《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；⁷⁶以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁷⁷国际法委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也载有这种条款。⁷⁸

52. 除此项规定外，与其他条约不同的是，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁷⁹（第 16 条第 5 款）和《联合国反腐败公约》⁸⁰（第 44 条第 6 款），这两项公约提出了两项具体要求：（a）以订有条约为引渡条件的缔约国应通知托存机构，说明其是否将把本公约作为与尚未签订引渡条约的其他国家进行引渡合作的法律依据；（b）这两项公约规定，如缔约国不以公约作为引渡合作的法律依据，则应“在适当情况下寻求与其他缔约国缔结引渡条约”。

53. 一名评论人士指出，（a）项“要求缔约国说明是否将行使选择权，将本公约作为开展引渡合作的依据，从而形成透明的程序（将公约作为开展引渡合作的法律依据）”。⁸¹但这项条款能否就透明度问题作出有效规定，目前还不清楚。例如，截至 2016 年，在《联合国反腐败公约》的 181 个缔约国当中大约只有 50 个国家通知秘书长，它们是否将把《公约》作为与尚未缔结引渡条约的其他国家

⁷²第 10 条第 2 款（“以订有条约为引渡条件的缔约国，如收到尚未与该缔约国订立引渡条约的另一缔约国的引渡要求，被请求国得自行决定将本公约视为就第 1 条所称罪行进行引渡的法律根据。引渡应依照被请求国法律规定的其他条件进行”）。

⁷³第 8 条第 2 款（“以订有条约为引渡条件的缔约国，如收到未与其签订引渡条约的另一缔约国的引渡要求，可将本公约视为对此种罪行要求引渡的法律根据。引渡必须符合被请求国法律规定的其他条件”）。

⁷⁴第 9 条第 2 款（“以订有条约为引渡条件的缔约国，如收到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，被请求国可以根据自己的选择，以本公约作为就第 2 条所述罪行进行引渡的法律依据。引渡应符合被请求国法律规定的其他条件”）。

⁷⁵第 11 条第 2 款（与《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》的案文相同）。

⁷⁶第 16 条第 4 款（“以订有条约为引渡条件的缔约国，如接到未与之订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据”）。

⁷⁷第 13 条第 4 款（“以条约为引渡条件的缔约国，当收到另一个与之未签订引渡条约的缔约国提出的引渡要求时，可考虑将本公约作为对强迫失踪罪给予引渡的必要法律依据”）。

⁷⁸《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 32 页，第 10 条第 2 款（“以订有引渡条约作为引渡条件的缔约国，如接到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可自行决定视本治罪法为就这些罪行进行引渡的法律根据。引渡应依照被请求国法律规定的条件办理”）。

⁷⁹第 16 条第 5 款（a）项（“以订有条约为引渡条件的缔约国应：……（a）在交存本公约批准书、接受书、核准书或加入书时通知联合国秘书长，说明其是否将把本公约作为与本公约其他缔约国进行引渡合作的法律依据”）。

⁸⁰第 44 条第 6 款（与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的案文相同）。

⁸¹D. McClean,《跨国有组织犯罪：该联合国公约及其议定书的评注》，牛津大学出版社，2007 年，第 180 页。

开展引渡合作的法律依据。⁸²由此可见，对于三分之二以上的缔约国来说，目前还不清楚这些国家是否将本公约作为与尚未签订引渡条约的国家开展引渡合作的法律依据。

54. (b) 项要求缔约国如不以《公约》作为引渡合作的法律依据，则应“在适当情况下”与其他缔约国缔结引渡条约。虽然说明“在适当情况下”，但联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约国会议报告指出：“根据第 5 款，要求有条约依据但并不将公约视为引渡的法律依据的国家有义务寻求与其他缔约国缔结引渡条约，以便按照公约声明的目的加强刑事事项上的国际合作。”⁸³

55. 综上所述，《联合国反腐败公约》第 44 条第 6 款为在引渡条款草案中增加一款内容提供了适当的依据。但是，可以修改 (a) 项案文，以确立违约条款，以支持将条款草案作为开展引渡合作的法律依据，相关国家另行通知托存机构者除外（见下文条款草案第 11 条第 4 款）。这样做将有力地激励各国明确表明是否将把条款草案作为开展引渡合作的法律依据。

5. 不以订立条约为引渡条件的国家应采用本条款草案

56. 第五个要素规定，不以订有条约为引渡条件的缔约国应承认条约所列各项罪行为可以在本国与其他缔约国之间开展引渡的罪行。《联合国反腐败公约》第 44 条第 7 款作出了此项规定：“不以订有条约为引渡条件的缔约国应当承认本条所适用的犯罪为它们之间可以相互引渡的犯罪。”

57. 涉及犯罪问题的其他多项条约中都载有类似的条款，包括：《关于制止非法劫持航空器的公约》；⁸⁴《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；⁸⁵《反对劫持人质国际公约》；⁸⁶《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或

⁸²2003 年《联合国反腐败公约》“根据第 6 条第 3 款、第 44 条第 6 款 (a) 项以及第 46 条第 13 款和第 14 款发出通知”清单，见联合国条约集数据库，可查阅：https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en#top。

⁸³2000 年联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议，《秘书处的分析报告，联合国打击跨国有组织犯罪公约的执行情况：以第一报告周期内收到的各国补充答复为依据的增订资料》(CTOC/COP/2005/2/Rev.1)，第 69 段。

⁸⁴第 8 条第 3 款（“缔约各国如没有规定只有在订有引渡条约时才可引渡，则在遵照被要求国法律规定的条件下，承认上述罪行是它们之间可引渡的罪行”）。

⁸⁵第 8 条第 3 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的案文相同）。

⁸⁶第 10 条第 3 款（“不以订有条约为引渡条件的各缔约国，应承认第 1 条所称罪行为彼此之间可以引渡的罪行，但须符合被请求国法律所规定的条件”）。

处罚公约》；⁸⁷以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁸⁸委员会的 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也载有类似条款。⁸⁹

58. 综上所述，《联合国反腐败公约》第 44 条第 7 款为在引渡条款草案中增加一款内容提供了适当的依据（见下文条款草案第 11 条第 5 款）。

6. 符合被请求国本国法律的其他要求

59. 第六个要素规定，引渡还须符合被请求国法律规定的各项条件或要求。《联合国反腐败公约》第 44 条第 8 款也提出了类似的规定，其内容如下：“引渡应当符合被请求缔约国本国法律或者适用的引渡条约所规定的条件，其中包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求缔约国可以据以拒绝引渡的理由等条件。”

60. 以下公约中也可能载有类似的条款：《关于制止非法劫持航空器的公约》；⁹⁰《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；⁹¹《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》；⁹²《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》；⁹³《联合国人员和有关人员安全公约》；⁹⁴《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；⁹⁵《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁹⁶《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；⁹⁷以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁹⁸区域公约也载有类似的措辞。⁹⁹

⁸⁷第 8 条第 3 款（“不以订有条约为引渡条件的缔约国，应在相互之间承认此种罪行为可引渡的罪行，但须符合被请求国法律规定的各种条件”）。

⁸⁸第 13 条第 5 款（“不以条约作为引渡条件的缔约国，应承认强迫失踪罪为彼此之间可予引渡的犯罪”）。

⁸⁹《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 32 页，第 10 条第 3 款（“不以订有引渡条约作为引渡条件的缔约国，应承认这些罪行是彼此之间可引渡的罪行，但应依照被请求国法律规定的条件办理”）。

⁹⁰第 8 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡应遵照被要求国法律规定的其他条件。”

⁹¹第 8 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡应遵照被要求国法律规定的其他条件。”

⁹²第 8 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡须依照被要求国法律所规定的程序和其他条件办理。”

⁹³第 8 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡必须符合被请求国法律规定的其他条件。”

⁹⁴第 15 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡应依照被请求国法律规定的条件办理。”

⁹⁵第 9 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡应符合被请求国法律规定的其他条件。”

⁹⁶第 11 条第 2 款相关部分的内容如下：“引渡应符合被请求国法律规定的其他条件。”

⁹⁷第 16 条第 7 款的内容如下：“引渡应符合被请求缔约国本国法律或适用的引渡条约所规定的条件，其中特别包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求缔约国可据以拒绝引渡的理由等条件。”

⁹⁸第 13 条第 6 款（“在所有情况下，引渡均须符合被请求缔约国的法律规定或适用的引渡条约所规定的条件，特别应包括有关引渡的最低处罚要求，和被请求缔约国可能拒绝引渡或要求引渡符合某些条件的理由”）。

61. 此类规定并没有引发争议。例如，回顾《联合国反腐败公约》的谈判历程可以发现，第 44 条第 8 款的案文在谈判过程中始终保持不变，对此没有提出任何明显的反对意见或是修改建议。¹⁰⁰

62. 这种条款的措辞使得被请求国本国法律中常见的引渡法规可以继续适用。相关法律可能包含如下内容：规定相关犯罪须接受某种最低限度的惩罚，例如判处一年监禁，方可进行引渡；¹⁰¹禁止引渡被请求国的公民；假如引渡要求涉及缺席审判，则禁止引渡；必须以要求引渡的罪名对被引渡者提出起诉（特定罪行原则）。¹⁰²应该铭记的是，在本条款草案当中，无论出于何种原因，根据条款草案第 9 条，罪犯所在的被请求国都有义务对案件提出起诉，除非其引渡或移交被指控罪犯。由此可见，尽管被请求国本国法律在某些特定情况下可能禁止与请求国开展引渡合作，但被请求国还是有义务将案件提交本国起诉机关处理。¹⁰³

63. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》¹⁰⁴和《联合国反腐败公约》还载有关于被请求国本国法律的另一项规定，本意旨在鼓励被请求国在国家法律允许的情况下简化其引渡程序。为此，《联合国反腐败公约》第 44 条第 9 款规定：“对于本条所适用的任何犯罪，缔约国应当在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。”

64. 综上所述，《联合国反腐败公约》第 44 条第 8 款和第 9 款为引渡条款草案中的相关条款提供了适当的依据（见下文条款草案第 11 条第 6 款和第 7 款）。

7. 将罪行视为发生在请求国

65. 第七个要素考虑到相关罪行并未发生在请求国的情况。某些条约和国家法律规定，只有在犯罪发生地所在国提出要求的情况下，被请求国才须同意引渡。¹⁰⁵

⁹⁹例如，见《美洲防止和惩处酷刑公约》第 13 条，相关部分的内容如下：“引渡应符合被请求国法律规定的其他条件”；《美洲被迫失踪人士公约》第五条；相关部分的内容如下：“引渡应符合被请求国宪法和其他法律的各项规定”；以及 1999 年《欧洲委员会反腐败刑法公约》，第 27 条第 4 款（“引渡应符合被请求国法律或适用的引渡条约规定的各项条件，包括被请求国可以拒绝引渡的理由”）。

¹⁰⁰见《拟定联合国反腐败公约谈判准备工作文件》（上文脚注 35），第 345-361 页。

¹⁰¹例如，见 Bassiouni，《国际引渡》（上文脚注 38），第 511 页。

¹⁰²例如，见《联合王国引渡法》（上文脚注 55），第 17 条。

¹⁰³见 Saul（上文脚注 66）（“国家律法依然决定着引渡的前提条件，不会因《公约》而改变。由此可见，拒绝引渡本国公民的国家依然可以拒绝引渡；各国依然可以要求对方满足‘特定罪行原则’（即，必须以要求引渡的罪名对被引渡者提出起诉）。相关国家随后必须对案件提出起诉”）。

¹⁰⁴第 16 条第 8 款（“对于本条所适用的任何犯罪，缔约国应在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求”）。

¹⁰⁵《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 33 页，条款草案第 10 条评注第（3）段，“根据一些条约和国家法律，羁押国只能批准罪行发生的所在国提出的引渡请求”）。

为打破这一规则，多项条约规定，相关犯罪应被视为不但发生在实际犯罪国家，而且也发生在根据条约规定必须确定其对相关犯罪拥有管辖权的任何国家，将此作为进行引渡的必要方法。为此，《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 8 条第 4 款规定：“为便于各缔约国之间进行引渡起见，每一罪行应视为不但发生在实际犯罪地点，而且发生于依照第 3 条第 1 款规定必须确定其管辖权的国家的领土内。”

66. 需要指出的是，上述规定并未写入委员会拟定的、将作为《公约》基础架构的条款草案，¹⁰⁶而是由第六委员会将其写入了最后案文。¹⁰⁷以下公约中也载有措辞基本类似的条款：《关于制止非法劫持航空器的公约》；¹⁰⁸《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；¹⁰⁹《反对劫持人质国际公约》；¹¹⁰《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》；¹¹¹《联合国人员和有关人员安全公约》；¹¹²以及《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》。¹¹³较新的提法载于《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 11 条第 4 款：“为缔约国之间引渡的目的，必要时应将第 2 条所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在依照第 7 条第 1 款和第 2 款确立管辖权的国家境内实施。”

67. 此类条款系指根据属地管辖权、国籍管辖权和被动属人管辖权“已经确立管辖权的国家”（《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 7 条第 1 款和第 2 款），而不是依据罪犯在其境内而确定管辖权的国家（《公约》第 7 条第 4 款）。之所

¹⁰⁶ 《1972 年……年鉴》，第二卷，第 319-320 页，第 7 条；《大会正式记录，第二十八届会议，第六委员会，第 1437 次会议》（A/C.6/SR.1437），第 27-28 段（认为委员会提出的条款草案第 7 条第 4 款（涉及相互冲突的引渡要求）“在处理先后顺序问题上过于死板僵化”，并指出已由日本在 A/C.6/L.934 号文件中提出案文取而代之）。另见，同上，《第 1419 次会议》（A/C.6/SR.1419），第 15-16 段（日本介绍了对第 7 条第 4 款的修正，“使其符合《海牙公约》和《蒙特利尔公约》中的相关条款”，理由是“日本代表团认为《海牙公约》和《蒙特利尔公约》相关条款的案文对于确保某些国家在收到犯罪发生地所在国之外的其他国家提出的引渡要求时可以启动其引渡程序具有重要意义”）。

¹⁰⁷ 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 8 条第 4 款。

¹⁰⁸ 第 8 条第 4 款（“为在缔约各国间引渡的目的，罪行应看作不仅是发生在所发生的地点，而且也是发生在根据第 4 条第 1 款要求实施其管辖权的国家领土上”）。

¹⁰⁹ 第 8 条第 4 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞相同）。

¹¹⁰ 第 10 条第 4 款（“为了缔约国间引渡的目的，第 1 条所称罪行应视为不仅发生在实际发生地，而且也发生在按照第 5 条第 1 款的规定须确立其管辖权的国家的领土内”）。

¹¹¹ 第 8 条第 4 款（“为在缔约国间进行引渡的目的，应将此种罪行视为不仅发生在行为地，而且发生在按照第 5 条第 1 款必须确定管辖权的国家领土内”）。

¹¹² 第 15 条第 4 款（“为了各缔约国彼此之间进行引渡，其中每一项罪行应视为不但发生于实际犯罪地点，而且发生于已根据第 10 条第 1 款或第 2 款确定管辖权的缔约国境内”）。

¹¹³ 第 9 条第 4 款（“如有必要，为缔约国间引渡的目的，第 2 条所述的罪行应视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 6 条第 1 款和第 2 款的规定已确立其管辖权的国家的领土内实施”）。

以不涉及后一类国家，原因是要求引渡的国家肯定不是被控罪犯所在国家，因此被请求国没有必要认为相关犯罪发生在由于罪犯在其境内而确立管辖权的国家。

68. 1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第10条第4款¹¹⁴载有类似的规定，国际法委员会在草案评注中指出：“第4款保证了羁押国准许……任何缔约国就治罪法草案所涉罪行提出的引渡请求的可能性。这种较宽泛的办法符合每一缔约国就（相关）罪行确定其管辖权的一般性义务。”¹¹⁵这种办法“进一步的合理性还在于，本治罪法草案不赋予任何特定国家首要管辖权，也不在多项引渡请求中确定优先顺序”。¹¹⁶

69. 但是，近年来的某些公约并不包含此项规定，特别是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《联合国反腐败公约》和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。即便如此，但如遇以下情况，这一条款依然可以发挥作用：由于危害人类罪的实际发生地不在请求国境内，而请求国已根据条款草案第6条第1款或第2款确立了管辖权，被请求国面对引渡要求感到为难。¹¹⁷为此，根据《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，同时对比本条款草案第6条，应将此项规定写入引渡条款草案（见下文条款草案第11条第8款）。

8. 引渡被请求国国民

70. 第八个要素涉及在引渡本国国民的问题上，被请求国的能力受到限制，载于《联合国打击跨国有组织犯罪公约》¹¹⁸第16条第10款至第12款以及《联合国反腐败公约》第44条第11款至第13款。

71. 这些条款涉及三个问题。首先，假如一国无法根据本国法律引渡其国民，则有义务将案件提交本国主管机关以便提出起诉，不得出现任何不应有的延误。此类条款载于《联合国反腐败公约》第44条第11款。考虑到本条款草案第9条，没有必要在引渡条款草案中写入此类条款。

72. 其次，这些条款涉及这样一种情况：被请求国可以引渡本国国民，但条件是被指控罪犯将返回被请求国，以便按照请求国的判决服刑。在这种情况下，该条款明确规定，符合上述条件的引渡是被请求国履行其引渡或审判义务的可行方

¹¹⁴ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页（“对各缔约国之间进行引渡来说，其中每一项罪行应被视为不但发生在实际犯罪地点，而且发生在任何其他缔约国境内”）。

¹¹⁵ 同上，第33页（第10条评注第（3）段）。

¹¹⁶ 同上。

¹¹⁷ 由此可见，这一条款将适用于如下情况：请求国确立管辖权的依据是条款草案第6条，而不是依据危害人类罪发生在本国境内。

¹¹⁸ 第16条第10款至第12款。

式。这种条款载于《联合国反腐败公约》第 44 条第 12 款，对于引渡条款草案很适用（见下文条款草案第 11 条第 9 款）。

73. 第三，在这些条款中，要求引渡被请求国的国民，以便执行判决，例如罪犯已经过审判，但没有服完刑期，目前身在其原籍国。上述两项公约规定，被请求国在本国法律允许的情况下，应考虑由本国执行判决或剩余刑期。这种条款载于《联合国反腐败公约》第 44 条第 13 款，对于引渡条约草案很适用（见下文条款草案第 11 条第 10 款）。

9. 由于可能受到迫害而拒绝引渡

74. 第九个要素基于如下原则——“假如个人可能受到迫害，或因与起诉罪名无关的原因受到歧视，则不应将个人引渡至该国”，多项公约中载有相关要素。¹¹⁹ 此项条款载于《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 16 条第 14 款¹²⁰和《联合国反腐败公约》第 44 条第 15 款，其内容如下：

如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。¹²¹

75. 严格说来，假如条约条款要求一国在被指控罪犯在其境内时确立管辖权，并将案件提交有关部门以便提出起诉，除非此人被引渡，在这部条约中似乎没有必要列入上述规定。此类条约没有规定任何引渡义务，当然也就没有规定个人可能受到伤害时的义务。国家可以出于任何原因拒绝引渡，只要将相关案件提交本国主管机关以便提出起诉。

76. 但是，与本条款草案性质类似的多项多边文书均载有此类条款，例如：《反对劫持人质国际公约》；¹²²1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；¹²³《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；¹²⁴《制止向恐怖主义提供资助

¹¹⁹Lambert（见上文脚注 43），第 211 页。

¹²⁰第 16 条第 14 款的内容如下：“如果被请求缔约国有充分理由认为，提出该请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或政治观点为由对其进行起诉或处罚，或按该请求行事将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何规定作规定了被请求国的引渡义务的解释。”

¹²¹关于不驱回条款中“充分理由”含义的讨论，见下文第二章。不驱回条款不仅包含引渡问题。

¹²²第 9 条相关部分的内容如下：“依照本公约提出引渡某一嫌疑犯的要求不得予以同意，如果收到此项要求的缔约国有充分理由相信：（a）以第 1 条所称罪行为理由而提出引渡要求，但目的在于因某一人的种族、宗教、国籍、民族根源或政治见解而予以起诉或惩罚。”

¹²³第 6 条第 6 款（“被请求国在考虑根据本条提出的请求时，如果有充分理由使其司法或其他主管当局认为按该请求行事就会便利对任何人因其种族、宗教、国籍或政治观点进行起诉或惩罚，或使受该请求影响的任何人由于上述任一原因而遭受损害，则可拒绝按该请求行事”）。

的国际公约》；¹²⁵以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。¹²⁶此项条款也常见于双边引渡协定¹²⁷和国家法律，¹²⁸并写入了《引渡示范条约》。¹²⁹

77. 列入此项条款规定，意在强调假如有充足理由确信要求引渡的某人因上述原因正在或将要遭受迫害，各国可以拒绝引渡要求。为此，该条款有三重目的。首先，有助于确保在某人权利有可能受到侵犯的情况下不会将其引渡。其次，向已将类似规定写入引渡条约或国家法律的国家保证，有充足理由确信某人将受到迫

¹²⁴第 12 条（“如被请求的缔约国有实在理由认为，请求为第 2 条所列罪行进行引渡……的目的，是为了因某人的种族、宗教、国籍、族裔或政治观点而对某人进行起诉或惩罚，则本公约的任何条款不应被解释为规定该国有引渡……的义务”）。

¹²⁵第 15 条（“如果被请求的缔约国有实质理由认为，请求就第 2 条所述罪行进行引渡……的目的，是基于某人的种族、宗教、国籍、族裔或政治观点对该人进行起诉或惩罚，或认为接受这一请求将使该人的情况因任何上述理由受到损害，则本公约的任何条款不应被解释为规定该国有引渡……的义务”）。

¹²⁶第 13 条第 7 款（“如果被请求缔约国有充分理由认为，提出引渡要求的目的是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、政治见解或属于某个特定的社会群体而对其进行起诉或惩罚，或同意引渡将在上述原因的某个方面造成对该人的伤害，则本公约的任何内容均不得解释为强制的引渡义务”）。

¹²⁷例如，见 2003 年 1 月 24 日在巴黎订立的《印度共和国政府与法兰西共和国政府引渡协定》，可查阅：http://cbi.nic.in/interpol/ext_treaties/France.pdf，第 3 条第 3 款（“假如被请求国有充足理由确信，提出引渡要求的目的是因某人的种族、宗教、国籍、政治见解而对其进行起诉或惩罚，或是确信该人的地位会因其中任一原因而受到损害，则不得同意引渡”）；《美利坚合众国与南非引渡条约》（上文脚注 65），第 4 条第 3 款（“假如被请求国行政机关确定，有充足理由确信，提出引渡要求的目的是因某人的性别、种族、宗教、国籍或政治见解而对其进行起诉或惩罚……不得同意引渡”）；《大韩民国与澳大利亚引渡条约》（上文脚注 65），第 4 条第 1（b）款（“假如有充足理由确信，提出引渡要求的目的是，因被请求国的法律将予以拒绝的理由对某人进行起诉或惩罚（或）该人的地位会因其中任一原因而受到损害……根据本条约不得同意引渡。”）；《加拿大政府与墨西哥合众国政府引渡条约》（上文脚注 65），第四条（“假如有充足理由确信，提出引渡要求的目的是因某人的种族、宗教、国籍或政治见解而对其进行起诉或惩罚，或确信在相关案件中，引渡有悖于基本正义原则……不得同意引渡”）。

¹²⁸例如，见《中华人民共和国引渡法：中华人民共和国第 42 号主席令》，2000 年 12 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第 19 次会议通过，可查阅：www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39776447.pdf，第 8 条第 4 款（“外国向中华人民共和国提出的引渡请求，有下列情形之一的，应当拒绝引渡：……被请求引渡人可能因其种族、宗教、国籍、性别、政治见解或者身份等方面的原因而被提起刑事诉讼或者执行刑罚，或者被请求引渡人在司法程序中可能由于上述原因受到不公正待遇”）；以及《联合国引渡法》（上文脚注 55），第 13 条（“出于以下外部因素，将禁止……引渡某人：（a）针对某人出具第一类逮捕证（意在因引渡罪行而出具）的实际目的是因其种族、宗教、国籍、性别、性取向或政治见解而对其进行起诉或惩罚，或（b）假如被引渡，某人会因其种族、宗教、国籍、性别、性取向或政治见解，在接受审判时受到损害或受到惩罚、拘留或被限制人身自由”）。

¹²⁹《引渡示范条约》（见上文脚注 34），第 3 条（b）款（“被请求国有充分理由确信，提出引渡请求是为了某人的种族、国籍、族裔本源、政治见解、性别或身份等原因而欲对其进行起诉或惩处，或确信该人的地位会因其中任一原因而受到损害”）。见《关于引渡示范条约的订正手册》（上文脚注 38），第 47 段（“（b）……并非引发争议，世界各地的引渡条约普遍采用这一款（有时会有改动）”）。

害，可以继续作为拒绝引渡的理由。第三，假如出现这种情况，为在双边安排中没有明确提出这项规定的国家提供文本依据。

78. 为此，有必要将此项条款列入引渡条款草案（见下文条款草案第 11 条第 11 款）。可以考虑仿效《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，在各项因素后面再增加一项——“属于某个特定的社会群体”。应当强调指出的是，在任何情况下，本条款草案第 9 条依然要求被请求国如不引渡，则应将案件提交本国司法机关处理。

10. 磋商与合作

79. 第十个要素内容旨在推动各国在提出引渡要求时开展磋商，并鼓励各国广泛合作，以开展引渡或提高引渡工作的成效。

80. 关于磋商，《联合国反腐败公约》第 44 条第 17 款规定：“被请求缔约国在拒绝引渡前应当在适当情况下与请求缔约国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和提供与其陈述有关的资料。”《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中也有内容完全相同的条款。¹³⁰

81. 关于合作，《联合国反腐败公约》第 44 条第 18 款规定：“缔约国应当力求缔结双边和多边协定或者安排，以执行引渡或者加强引渡的有效性。”《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》¹³¹和《联合国打击跨国有组织犯罪公约》¹³²中也有类似的条款。

82. 有必要根据第 44 条第 17 款和第 18 款，将上述规定写入引渡条款草案（见下文条款草案第 11 条第 12 款和第 13 款）。

C. 条款草案第 11 条：引渡

83. 综上所述，特别报告员认为，关于危害人类罪的引渡条款草案应大体上采用《联合国反腐败公约》第 44 条的案文的模式。目前已有 181 个国家加入了该公约，其条款将为危害人类罪引渡问题的各项相关权利、义务和程序提供实用指南，各国对于《公约》条款也有着深刻的理解和认识，包括通过毒品和犯罪问题办公室编写的立法指南和其他资料。¹³³此外，危害人类罪就其性质而言与腐败犯罪有

¹³⁰第 16 条第 16 款（“被请求缔约国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求缔约国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的资料”）。

¹³¹第 6 条第 11 款（“各缔约国应谋求缔结双边和多边协定，以执行引渡或加强引渡的有效性”）。

¹³²第 16 条第 17 款（各缔约国均应寻求缔结双边和多边协定或安排，以执行引渡或加强引渡的有效性”）。

¹³³见《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35）。

很大区别，但无论犯罪的性质如何，引渡问题是基本相同的。最后，本报告就司法协助拟定的条款草案（见下文第三章）基于《联合国反腐败公约》，在这方面需要建立的某些体制架构（例如国家联络点）可以用来实施关于危害人类罪的引渡工作。

84. 与此同时，在危害人类罪方面，需要对《联合国反腐败公约》第 44 条的案文进行某些修改。文体上的改动是必要的，以便与已暂时通过的条款草案保持一致，例如将“条款”改为“条款草案”，“本公约”改为“本条款草案”，“国内法”改为“国家法律”，以及“缔约国”改为“国家”。同样，在多处还需要适当作出其他改动，以说明相关犯罪系指条款草案第 5 条所述罪行。

85. 此外，还需要作出一些实质性改动。首先，如上所述，《联合国反腐败公约》第 44 条中关于双重犯罪规定的前三款是没有必要的，因此不必写入条款草案第 11 条。

86. 其次，对《联合国反腐败公约》第 44 条第 4 款所载的政治犯罪免于引渡原则，应依照《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 13 条第 1 款扩大其覆盖范围，并应在条款草案第 11 条中单列为一项内容（见下文拟议的条款草案第 11 条第 2 款）。

87. 第三，对于《联合国反腐败公约》第 44 条第 6 款（a）项，应重新拟定措辞，以明确默认规则——假如一国不采取行动，则应采用本条款草案作为与其他国家开展引渡合作的法律依据。假如一国在交存本条款草案的批准书、接受书、核准书或加入书时通知联合国秘书长，则可以避免这一后果（见下文拟议的条款草案第 11 条第 4 款（a）项）。

88. 第四，《联合国反腐败公约》第 44 条并未写入一款规定，在必要情况下，为便于在国家间开展引渡，对于相关犯罪应视为不仅发生在实际事发地点，也发生在根据拟议的条款草案第 6 条确立管辖权的国家领土内。出于上述原因，应将这一款写入条款草案第 11 条（见下文拟议的条款草案第 11 条第 8 款）。

89. 第五，《联合国反腐败公约》第 44 条第 10 款与本条款草案第 8 条第 1 款内容重合，因而不宜写入条款草案第 11 条。

90. 第六，《公约》第 44 条第 11 款内容包含在本条款草案第 9 条当中，因而不宜写入条款草案第 11 条。

91. 第七，《公约》第 44 条第 14 款与本条款草案第 10 条内容重合，因而不宜写入条款草案第 11 条。

92. 最后，《联合国反腐败公约》第 44 条第 16 款规定，缔约国不得仅仅以相关犯罪被视为涉及财务事项为由拒绝引渡要求，此项规定适用于腐败问题（以及跨

国有组织犯罪)，相关罪行可能包括逃税、逃避关税等。但是，这些问题不属于犯下危害人类罪，因而没有必要将此项规定写入关于引渡的条款草案。

93. 基于这些考虑因素，特别报告员提出了下述条款草案：

条款草案第 11 条：引渡

1. 条款草案第 5 条所述各项犯罪均应当被视为缔约国之间现行任何引渡条约中可以引渡的犯罪。缔约国承诺将这些犯罪作为可以引渡的犯罪，列入它们之间将缔结的每一项引渡条约。

2. 为在国家间开展引渡，条款草案第 5 条所述犯罪不应视为政治犯罪、与政治犯罪有关的犯罪、或是因政治动机引发的犯罪。因此，对此类犯罪提出的引渡要求不得仅仅以政治犯罪为由加以拒绝。

3. 以订有条约为引渡条件的国家，如果接到未与之订有引渡条约的另一国家的引渡请求，可以将本条款草案视为对条款草案第 5 条所述任何犯罪予以引渡的法律依据。

4. 以订有条约为引渡条件的国家应当：

(a) 将本条款草案作为与其他国家开展引渡合作的法律依据，在交存本条款草案批准书、接受书、核准书或者加入书时另行通知联合国秘书长者除外；以及

(b) 如果不以本条款草案作为引渡合作的法律依据，则在适当情况下寻求与承认本条款草案的其他国家缔结引渡条约，以执行本条款草案。

5. 不以订有条约为引渡条件的国家应当承认本条款草案适用的犯罪为它们之间可以相互引渡的犯罪。

6. 引渡应当符合被请求国本国法律或者适用的引渡条约所规定的条件，除其他外包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求国可以据以拒绝引渡的理由。

7. 对于本条款草案第 5 条所述的任何犯罪，各国应当在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。

8. 在必要情况下为便于在国家间开展引渡，对于条款草案第 5 条所述犯罪，应视为不仅发生在实际事发地点，也发生在根据条款草案第 6 条第 1 款确立管辖权的国家领土内。

9. 如果一国本国法律规定，允许引渡或者移交其国民须以该人将被送还本国，按引渡或者移交请求所涉审判或诉讼中作出的判决服刑为条件，而且该

国和寻求引渡该人的国家也同意这一选择以及可能认为适宜的其他条件，则这种有条件引渡或者移交即足以解除该国根据条款草案第9条所承担的义务。

10. 如果为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求国的国民而遭到拒绝，被请求国应当在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的请求，考虑执行根据请求国本国法律判处的刑罚或者尚未服满的刑期。

11. 如果被请求国有充分理由认为提出引渡请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本条款草案的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。

12. 被请求国在拒绝引渡前应当在适当情况下与请求国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和提供与其指控有关的资料。

13. 各国应当力求缔结双边和多边协定或者安排，以执行引渡或者加强引渡的有效性。

第二章 不驱回

A. 不驱回原则

94. 不驱回原则要求各国，在有充分理由确认某人将受到迫害或其他具体伤害时，例如酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇，不得将该人遣返至该国。¹³⁴此项原则在二十世纪已写入多项条约，包括《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》），¹³⁵但在大多数情况下则列入国际难民法，特别是 1951 年《关于难民地位的公约》第 33 条，其内容如下：

第 33 条：禁止驱逐出境或送回（“推回”）

1. 任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（“推回”）至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界。
2. 但如有正当理由认为难民足以危害所在国的安全，或者难民已被确定判决认为犯过特别严重罪行从而构成对该国社会的危险，则该难民不得要求本条规定的利益。¹³⁶

95. 涉及难民问题的其他公约在述及此项原则时采用了与《关于难民地位的公约》类似的措辞，包括 1969 年非统组织[非洲统一组织]《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》¹³⁷以及其他一些不具有约束力的文书。¹³⁸正如《关于难民地位

¹³⁴一般见 F. de Weck, 《欧洲人权公约和联合国反对酷刑公约下的不驱回》，莱顿，Brill/Nijhoff 出版社，2016 年。

¹³⁵第 45 条相关部分的内容如下：“男女被保护人在任何情况下不得移送于因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由之国家”。红十字委员会日前关于保护战争受害者日内瓦四公约共同第 3 条的最新评注指出：“共同第 3 条并没有明文禁止驱回，但红十字委员会认为，共同第 3 条所载的明确禁令还是禁止将个人送至有充分理由确认可能对其生命或人身施加暴力的地点或机构，例如谋杀、酷刑或其他形式的虐待。”（红十字委员会，2016 年评注，“第 3 条：非国际性冲突”可查阅：<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>，第 710 段）。

¹³⁶根据 1967 年《关于难民地位的议定书》第一条第 1 款，此项义务同样适用。不同于《关于难民地位的公约》的其他各项条款，第 33 条适用与否，并不取决于难民在缔约国领土内合法居住。关于第 33 条是否约束缔约国在其领土之外的行为，见联合国难民事务高级专员办事处，《1951 年〈关于难民地位的公约〉和 1967 年〈议定书〉规定的不驱回原则的境外适用问题，2007 年 1 月 26 日咨询意见》，可查阅：www.refworld.org/pdfid/45f17a1a4.pdf。

¹³⁷第二条第 3 款（“缔约国对于任何人不得施以在边境拒绝其入境、遣返或驱逐出境等措施，迫使其返回或使其滞留在其生命、人身安全或自由因第一条第 1 款和第 2 款所述原因受到威胁的领土”）。

¹³⁸例如，见 1984 年《关于难民的卡塔赫纳宣言》，由“中美洲、墨西哥和巴拿马关于难民国际保护问题的座谈会：法律和人道主义问题”通过，1984 年 11 月 19-22 日在哥伦比亚卡塔赫纳举行，可查阅：www.oas.org/dil/1984_Cartagena_Declaration_on_Refugees.pdf，结论 5（“重申不驱

的公约》所述的，此项原则较广泛地适用于外国人（无论其是否属于难民），¹³⁹例如 1969 年《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞条约”》¹⁴⁰以及 1981 年《非洲人权和人民权利宪章》，¹⁴¹并且在国际法委员会 2014 年关于驱逐外国人的条款草案中也有涉及。¹⁴²

96. 不驱回原则往往列入关于引渡问题的一般性条约中，说明假如被请求缔约国有充足理由确认提出引渡要求的目的是出于具体说明的理由对被指控罪犯实施迫害，则条约中的任何内容均不得理解为强行规定引渡被指控罪犯的义务。上一章分析的条款草案第 11 条第 11 款就属于此类条款。

97. 不驱回原则还载于针对酷刑或强迫失踪等特定犯罪的条约，这可以视作预防犯罪的一个方面。在这种情况下，此类条约规定，假如有充分理由确认某人将受到条约所述相关罪行的侵犯，禁止将任何人遣返至该国，无论其是否是被指控罪犯，也无论是否在引渡情况下遣返。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 3 条规定：

1. 如果有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返（推回）或引渡至该国。
2. 为了确定这种理由是否存在，有关当局应考虑到所有有关的因素，包括在适当情况下，考虑到在有关国家境内是否存在一贯、公然、大规模侵犯人权的情况。

回原则（包括不得在边境拒绝入境），作为给予难民国际保护这一做法的基石的重要性和意义……”）。

¹³⁹例如，见大会 1967 年 12 月 14 日第 2312 (XXII) 号决议；“亚非法律协商组织 1966 年《关于难民地位和待遇的曼谷原则》最后案文”，第三条第 1 款，在 2001 年 6 月 24 日于新德里举行的亚非法律协商组织第四十届会议上通过，可查阅：www.aalco.int/Final%20text%20of%20Bangkok%20Principles.pdf（“对于根据这些原则寻求庇护者，不得施以在边境拒绝其入境、遣返或驱逐出境等措施，致使其生命或自由因其种族、宗教、国籍、族裔、隶属特定社会团体或政治见解而受到威胁”）；以及欧洲委员会，部长理事会，《关于保护符合〈日内瓦公约〉标准、但未被正式承认为难民者的 R (84) 1 号建议》，1984 年 1 月 25 日通过（“承认不驱回原则为适用于所有人的普遍原则”）。

¹⁴⁰第 22 条第 8 款（“如果一个外国人的生命权或人身自由在某一国家由于其种族、国籍、宗教、社会地位或政治见解等原因而可能受到侵犯，在任何情况下都不得将此人驱逐或遣返至该国，无论该国是否是其原籍国”）。

¹⁴¹第 12 条第 3 款（“每个人在遭到迫害时均有权依照其他国家的法律和国际公约在其他国家寻求和获得庇护”）。

¹⁴²《2014 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 23 条第 1 款（“不得将任何外国人驱逐至其生命可能会因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他状况等理由或因国际法不容许的任何其他理由而受到威胁的国家”）。

98. 第 1 款沿用了《条约》中的不驱回原则。该公约的措辞采用《关于难民地位的公约》的模式，但增加了引渡内容，目的是“涵盖将某人移送至另一国家的所有可行措施”。¹⁴³《欧洲联盟基本权利宪章》中也有类似的条款。¹⁴⁴

99. 人权事务委员会和欧洲人权法院解释了 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》¹⁴⁵和 1950 年《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）¹⁴⁶分别所载的关于禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇的禁令，认为可视其为含蓄地表达不驱回义务，即便这两项公约并未明确规定此项义务。

100. 相关委员会和法院均涉及在落实这种义务时适用的标准。禁止酷刑委员会在审议指控某国违反第 3 条的来文时曾经指出，在判断是否有“充足理由”确认某人可能遭受酷刑时，必须确定遣返“是否将导致可以预见的实际和个人风险，使其被捕和被施以酷刑”。¹⁴⁷人权事务委员会也得出了类似的结论，认为国家不得给个人造成其《公民权利和政治权利国际公约》享有的权利可能受到侵犯的“实际风险”。¹⁴⁸近年来，人权事务委员会指出，“假如有充足理由认为确实可能出现《公约》第 6 条和第 7 条设想的不可弥补的伤害”，国家有义务“不引渡、驱

¹⁴³D.Weissbrodt 和 I.Hörtreiter, “不驱回原则：《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 3 条与其他国际人权条约的不驱回条款之比较”，《布法罗人权法评论》第 5 卷（1999 年），第 7-8 页。

¹⁴⁴第 19 条第 2 款（“任何人均不得被移居、驱逐或引渡至将使其极有可能遭受死刑、酷刑与其他不人道或有辱人格待遇与处罚的国家”）。另见欧洲议会和欧洲理事会 2011 年 12 月 13 日第 2011/95/EU 号指令——第三国国民或无国籍者作为国际保护受益者的资格标准、统一难民地位标准和个人享有附属性保护资格标准以及给予保护的内容，《欧洲联盟公报》，第 L 337 号，2011 年 12 月 20 日，第 9 页，第 2 条（f）款和第 15 条（说明假如“有充分理由确认有关个人……将面临受到严重伤害的实际风险”，而且“相关严重伤害包括：（a）死刑或处决；（b）申请者在原籍国遭受酷刑或不人道或有辱人格的待遇或处罚；（c）由于在国际或国内武装冲突情况下暴力泛滥，严重威胁到平民的生命或人身安全”，则相关个人有权受到保护，不被遣返）。

¹⁴⁵见人权事务委员会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问题的第 20（1992）号一般性意见，《大会正式记录，第四十七届会议，补编第 40 号》（A/47/40），第 9 段（“缔约国不得通过引渡、驱逐或驱回手段使个人回到另一国时可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚”）。

¹⁴⁶Chahal 诉联合王国案，第 22414/93 号申请，1996 年 11 月 15 日判决，欧洲人权法院，第 80 段（“假如有充足理由确认，个人如被移送至另一国家，将面临可能遭受违反第 3 条的待遇（禁止酷刑和不人道或有辱人格的待遇）的实际风险，则缔约国在驱逐时有责任保护此人免受此种待遇”）。

¹⁴⁷Aemei 诉瑞士案，第 34/1995 号来文，禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 44 号》（A/52/44），附件五.B.2，第 9.5 段。另见 A. R. J. 诉奥地利案，第 692/1996 号来文，人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 40 号》（A/52/40），附件六.T，第 6.14 段（认定酷刑风险必须是“驱逐出境的必要且可以预见的后果”）。

¹⁴⁸Chitat Ng 诉加拿大案，第 469/1991 号来文，人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号》（A/49/40），附件九.CC，第 14.1 段。

逐或以其他方式将某人逐出其国境”。¹⁴⁹欧洲人权法院也认定，假如有充足理由确认个人确实可能遭受违反第 3 条的待遇，则国家责任成立。¹⁵⁰

101. 关于什么是“实际风险”，没有确切的定义。禁止酷刑委员会指出，在评估相关风险时绝对不能“仅仅依据理论或怀疑”，但“不必证明这种风险极有可能发生”。¹⁵¹欧洲人权法院也确认，实际风险高于“可能性”，但还没有达到“很有可能”的程度。¹⁵²

102. 欧洲人权法院强调指出，必须“严格”审查实际风险的证据。¹⁵³要判断是否有充足理由确认存在违反第 3 条待遇的实际风险，在“评估”相关风险的证据时“必须主要看缔约国在实施驱逐出境时已知或应该已知的事实”，¹⁵⁴但也要顾及此后了解到的情况。¹⁵⁵人权事务委员会采用了同样的做法，进一步确认没有必要存在“随后发生实际酷刑行为的证据，但关于后续事件的信息对于初步风险评估是有意义的”。¹⁵⁶在判断酷刑风险时，应将所有相关因素考虑在内，“保证的存在及其内容以及执行机制的存在和实施都属于相关因素，关系到总体上判定是否切实存在发生被禁止虐待行为的实际风险”。¹⁵⁷禁止酷刑委员会列出了各国在判断可否遣返时应考虑的不完全清单，其中包含七项内容。¹⁵⁸

¹⁴⁹见关于《公民权利和政治权利国际公约》要求缔约国承担的一般法律义务的性质的第 31(2004)号一般性意见，人权事务委员会的报告，第一卷，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 40 号》(A/59/40)，附件三，第 12 段。

¹⁵⁰见 *Soering* 诉联合王国案，第 14038/88 号申请，1989 年 7 月 7 日判决，欧洲人权法院，《判决和裁定：A 辑》，第 161 卷，第 88 段；和 *Chahal* 诉联合王国案（上文脚注 146），第 74 段。

¹⁵¹关于第 3 条执行情况的第 1(1997)号一般性意见，禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 44 号》(A/53/44)，附件九，第 6 段。

¹⁵²*Saadi* 诉意大利案，第 37201/06 号申请，2008 年 2 月 28 日判决，欧洲人权法院，《2008 年判决和裁定报告》，第 131 段和第 140 段。

¹⁵³同上，第 128 段。

¹⁵⁴同上，第 133 段。

¹⁵⁵*El-Masri* 诉前南斯拉夫的马其顿共和国案，第 39630/09 号申请，2012 年 12 月 13 日判决，欧洲人权法院，《2012 年判决和裁定报告》，第 214 段。

¹⁵⁶*Maksudov* 等人诉吉尔吉斯斯坦案，第 1461/2006 号、第 1462/2006 号、第 1476/2006 号和第 1477/2006 号来文，人权事务委员会的报告，第二卷，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 40 号》(A/63/40)，附件五.W，第 12.4 段。

¹⁵⁷同上。

¹⁵⁸第 1 号一般性意见（见上文脚注 151），第 8 段。此份清单包含如下内容：(a) 是否有证据表明所涉国家一贯严重、公然或大规模侵犯人权；(b) 相关个人是否曾经遭受公职人员或以官方身份行事的个人施行、或煽动、或同意、或默许的酷刑或虐待；(c) 是否有医学证据或其他独立证据证明相关个人关于曾经遭受酷刑或虐待的指控；(d) 所涉国家的国内人权状况是否发生变化；(e) 相关个人是否在所涉国家境内外从事政治活动或其他活动，致使其特别容易遭受酷刑；(f) 是否有证据证明相关个人的可信度；以及 (g) 相关个人的主张中是否存在与事实不符的情况。

103. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 16 条的措辞与《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》基本相同，只是将“强迫失踪”改为“酷刑”，增加了“或她”和“移交”等词语，并在最后补充了“或严重违反国际人道主义法”。其内容如下：

1. 如果有充分理由相信，将某人驱逐、送返（“驱回”）、移交或引渡到另一国家，有造成此人遭受强迫失踪的危险，任何缔约国均不得采取上述行动。

2. 为确定是否存在这种理由，主管当局应斟酌一切有关因素，包括在适用的情况下，考虑有关国家是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道主义法的情况。¹⁵⁹

104. 在起草《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的过程中，部分代表团认为，第 1 款的措辞可以更为宽泛，用以应对在遣返后可能出现严重侵犯人权的情况，但大部分“代表团认为，不遣返个人的义务……仅仅应适用于有可能遭到强迫失踪的情况，而不是有可能遭遇严重侵犯人权的情况，后者的范围过于宽泛”。¹⁶⁰为此，《公约》只针对某人可能遭遇强迫失踪时规定了不驱回义务；关于其他侵犯人权行为的风险则留给其他条约和习惯国际法处理。

105. 《关于难民地位的公约》载有不驱回义务的免责条款，目的是将犯罪或造成严重安全风险的个人遣返。但此后订立的条约并不包含此类例外条款，从而将不驱回义务作为一项绝对义务。¹⁶¹事实上，不驱回义务被视为不可减损。¹⁶²

B. 条款草案第 12 条：不驱回

106. 综上所述，需要将关于不驱回的条款写入本条款草案，相关内容可以仿效上文第 103 段引述的《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的案文。第 1 款将着重说明可能遭受危害人类罪侵犯情况下的不驱回原则。需要指出的是，采用“到另一国家”的说法不会限制针对外国政府官员犯下危害人类罪的相关规定；相反，

¹⁵⁹有关分析内容，见 S. McCrory，“保护所有人免遭强迫失踪国际公约”，《人权法评论》，第 7 卷，第 3 期（2007 年），第 554-555 页。

¹⁶⁰人权委员会，《为保护所有人不遭受强迫失踪起草一份具有法律约束力的规范性文件闭会期间不限成员名额工作组的报告》（E/CN.4/2003/71），第 49 段。

¹⁶¹例如，见 Maksudov 等人诉吉尔吉斯斯坦案（上文脚注 156），第 12.4 段（认定《公民权利和政治权利国际公约》规定的禁止送返原则“不应受到国家安全或个人被指控或涉嫌的刑事犯罪类型等考虑因素的制衡”）。另见 Othman (Abu Qatada) 诉联合王国案，第 8139/09 号申请，2012 年 1 月 17 日判决，欧洲人权法院，《2012 年判决和裁定报告》，第 185 段；以及 Gorki Ernesto Tapia Paez 诉瑞典案，第 39/1996 号来文，禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 44 号》（A/52/44），附件五，第 14.5 段。

¹⁶²联合国难民事务高级专员方案执行委员第四十七届会议的报告，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 12 号》（A/51/12/Add.1），第 21 (i) 段（“回顾不驱回原则不容减损”）；以及大会 1997 年 2 月 12 日第 51/75 号决议，第 3 段（“吁请所有国家……认真尊重不驱回基本原则，这项原则不得减损”）。

风险也可能与另一国家的非国家行为者有关。第 2 款将指导缔约国检视所有相关因素，同时指出特别重要的考虑因素（但不排除其他因素）。

107. 在此提出了下述条款草案：

条款草案第 12 条：不驱回

1. 如果有充分理由相信，将某人驱逐、送返（“驱回”）、移交或引渡到另一国家，有造成此人遭受危害人类罪的危险，任何国家均不得采取上述行动。

2. 为确定是否存在上述理由，主管当局应斟酌一切有关因素，包括在适用的情况下，考虑在有关国家所辖领土是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道主义法的情况。

第三章 司法协助

108. 在发生危害人类罪之后，进行与条款草案第 5 条所述罪行有关的侦查或起诉的国家，可以考虑在通过文件、宣誓声明以及受害人或证人的证言等收集资料和证据方面，寻求另一个国的帮助。一般在对等基础上开展的此种事项上的合作被称为“司法协助”。¹⁶³

109. 目前，没有特别针对危害人类罪背景下司法协助的全球或区域条约。更确切地说，就危害人类罪方面开展此类合作而言，此类合作是作为一种礼节国家之间自愿合作开展的，或者，如果存在的话，通过针对关于一般犯罪的司法协助的双边或多边条约（称为司法协助条约）开展。规定提供此种协助的法律义务被认为更加可取，因为这会提供更可预见的合作框架以及明确合作方式的结构。¹⁶⁴

110. 虽然在区域一级有多边司法协助条约的实例，¹⁶⁵但没有一个全球司法协助条约，大多数合作是根据国家在双边基础上签订的协定开展的。¹⁶⁶多边司法协助条约参考两个相关国家之间现有的双边协定很常见，因为这种协定有可能更加详细，并且经过了调整以考虑到各国国家法律制度的独特性。¹⁶⁷

111. 双边司法协助条约中的条款往往是相似的，其部分原因是各国往往利用以前缔结的双边协定中所含的准则，另一部分原因是“示范”条约或国家法律的影响。¹⁶⁸尤其是，在 1990 年，大会通过了《刑事事项互助示范条约》和《关于犯罪收益的刑事事项互助示范条约的任择议定书》，¹⁶⁹指出“这是一个有用的纲领，对有关国家谈判和缔结双边协定以改进预防犯罪和刑事司法事项方面的合作可

¹⁶³一般见 M. C. Bassiouni, 《国际刑法导论》，第 2 版，莱顿，马蒂努斯·尼伊霍夫出版社，2013 年，第 504–506 页；T. R. Salomon, “刑事事项上的司法协助”，《马克斯·普朗克国际公法百科全书》（2013 年 1 月）；和 J. van der Sanden 和 W.J. van der Wolf（编辑），《国际刑事事项上的司法协助》，Nijmegen, Wolf 法律出版社，2012 年。

¹⁶⁴Bassiouni, 《国际刑法导论》（上文脚注），第 504–506 页。

¹⁶⁵例如，见 1959 年《欧洲刑事事项互助公约》；1992 年《美洲刑事事项互助公约》；2000 年《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》，（对 1959 年《欧洲刑事事项互助公约》和 1978 年《欧洲刑事事项互助公约补充议定书》的补充）；以及 [东盟] 《刑事事宜相互法律协助条约》。

¹⁶⁶有关显示国家之间现有的双边司法协助条约的地图，见 Access Now, “司法协助条约”，可查阅：<https://mlat.info>。

¹⁶⁷见 Olson（上文脚注 68），第 338 页。

¹⁶⁸Bassiouni, 《国际刑法导论》（上文脚注 163），第 506 页。

¹⁶⁹《刑事事项互助示范条约》，大会 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议，附件。

有所助益”。¹⁷⁰2007年，毒品和犯罪问题办公室还制定了《刑事事项互助示范法》，各国可在国家一级通过该法。¹⁷¹

112. 尽管与危害人类罪有关的司法协助可以通过现有的多边和双边司法协助条约进行，但在许多情况下，请求国与被请求国之间没有这样的条约。¹⁷²正如（上文第一章所讨论的）引渡情况一样，一国常常与其他很多国家没有司法协助条约关系，因此，在需要就危害人类罪开展合作时，没有为处理该事项出台国际法律文书。

113. 危害人类罪方面缺乏关于司法协助的多边法律义务，因此呼吁将一个关于司法协助的条款加入关于危害人类罪的新的全球公约中。¹⁷³在2015年和2016年第六委员会辩论期间，各国表达了这样的意见：国际一级缺少关于危害人类罪的司法协助条款，应在本专题中写入该条款。¹⁷⁴

114. 在制定这样一项条款草案时，可以以针对某一类犯罪如酷刑或腐败的现有条约为指导。一般说来，关于司法协助，此种条约或者载有不那么详细的“简式”条款，或者载有更加详细的“详式”条款。不论是简式还是详式，都确立了提供合作的核心义务，但详式对如何开展这样的合作规定得更加详细。事实上，详式条款包含可称作“微型司法协助条约”的内容，阐述了司法协助的主要规定，如果两个相关国家之间没有其他生效的多边或双边司法协助条约，可利用这些条款。

A. 简式司法协助条款

115. 某些关于国家一级犯罪的条约所载的简式司法协助条款很简短。这样一个条款的重点是要求国家间最大程度的合作，但不对应如何开展这样的合作作出具体

¹⁷⁰同上，第1段。另见毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册，第一部分：关于刑事事项互助示范条约的订正手册》，第65页，可查阅：www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf。

¹⁷¹见毒品和犯罪问题办公室，《刑事事项互助示范法》，可查阅：www.unodc.org/pdf/legal_advisor/Model%20Law%20on%20MLA%202007.pdf。

¹⁷²见1998年关于1988年12月20日在维也纳订立的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的评注（E/CN.7/590），第184-185页，第7.22段（认定“仍有许多国家不加入一般性相互法律协助条约，并有在具体事项上无双边条约规范有关国家之间的关系的许多情况”）；另见Olson（上文脚注68），第336页。

¹⁷³同上。

¹⁷⁴例如，见瑞士，《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），第20段（“今后的条款草案应涉及的主要内容包括关于司法协助的条款，要求各国在开展合作时考虑到国家体系中的现有限制”）；和荷兰，《大会正式记录，第七十一届会议，第六委员会，第26次会议》（A/C.6/71/SR.26），第40段（“荷兰代表团关切的另一个问题是，关于禁止危害人类罪的公约应包括国家间提供法律互助和协助的条款”）。

规定，并呼吁在相关国家之间适用任何现有的司法协助条约。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 9 条规定：

1. 缔约各国在就第 4 条所规定的任何罪行提出刑事诉讼方面，应尽量相互协助，其中包括提供它们所掌握的为诉讼所必需的一切证据。
2. 缔约各国应依照它们之间可能订有的关于相互提供司法协助的条约履行其在本条第 1 款下的义务。

116. 同样，《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第 10 条规定：

1. 缔约国应就对第 2 条所列罪行进行的调查和提起的刑事诉讼或引渡程序相互提供最大程度的协助，包括协助取得它们所掌握的为诉讼所需的证据。
2. 缔约国应按照它们之间可能存在的关于相互法律协助的任何条约或其他安排履行本条第 1 款的义务。如无此类条约或安排，缔约国应按照各自的国内法相互提供协助。

117. 此类条款的最新实例载于《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 14 条，该条指出：

1. 缔约国在对强迫失踪罪提起刑事诉讼方面，应彼此提供最大限度的法律协助，包括提供所掌握的诉讼所必需的全部证据。
2. 这种相互的司法协助应符合被请求缔约国国内法规定的条件，或适用的司法互助条约规定的条件，特别是被请求缔约国可藉以拒绝提供司法协助的条件，或可要求其必须满足的条件。¹⁷⁵

118. 包含类似的简式条款的条约有：《关于制止非法劫持航空器的公约》（第 10 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公约》（第 10 条）；¹⁷⁶1996 年《美洲国家反腐败公约》（第十四条）；2002 年《美洲

¹⁷⁵该条的第一个版本载于 1998 年草案第 8 条，其内容如下：“1. 各缔约国在对强迫失踪罪进行的任何刑事调查和刑事程序方面，均应相互提供最大程度的法律援助，其中包括提供它们拥有的对这些程序所必要的证据。2. 各缔约国应当在搜寻、查找、释放和援助失踪人士或在发生死亡时归还其遗体方面相互合作，并应相互提供最大限度的法律援助。3. 各缔约国应当在不妨碍因其相互之间存在的任何法律互助条约所产生的义务的情况下，履行本条第 1 款和第 2 款规定的义务。”（人权委员会，司法问题会期工作组的报告（E/CN.4/Sub.2/1998/19，附件），第 25 页）。一些代表团支持删除条款草案第 8 条第 3 款，认为其语焉不详并且是对第 2 款措辞的重复（见为保护所有人不遭受强迫失踪起草一份具有法律约束力的规范性文件闭会期间不限成员名额工作组的报告（上文脚注 44），第 19 页（第 3 段涉及“以主权、安全、公共秩序或其他被请求国的基本利益方面的理由拒绝给予司法协助”）。用“法律援助”取代了“司法协助”一词，以符合用语方面的变化（人权委员会，为保护所有人不遭受强迫失踪起草一份具有法律约束力的规范性文件闭会期间不限成员名额工作组的报告（E/CN.4/2005/66），第 69 段；另见《经修订的刑事事项互助示范条约手册》（上文脚注 170），第 6-7 段（讨论使用“协助”而不是“法律援助”以避免法律制度中的不同导致的问题）。

¹⁷⁶该公约第 10 条大体以《关于制止非法劫持航空器的公约》第 10 条为基础，有一些改动。见《1972 年……年鉴》，第二卷，第 321 页，第 10 条评注第（2）段（“第 10 条大体照搬了《海牙公

国家反恐怖主义公约》（第 9 条）；以及 2003 年《非洲联盟预防和打击腐败公约》（第 18 条）。

B. 详式司法协助条款

119. 虽然关于司法协助的简式条款出现在几项公约中，但各国也被关于司法协助的详式条款所吸引，这些条款中含有关于应如何提供协助的更多细节。

120. 几项全球公约含有这样的详式条款，包括：《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（第 7 条）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；¹⁷⁷《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（第 18 条）；以及《联合国反腐败公约》（第 46 条）。

121. 从《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的起草历程可以看出使用详式条款的倾向。最初，关于司法协助的条款是一个由两段组成的条款，类似于一个简式条款。¹⁷⁸然而，各国在早期就决定应该用一个以《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 7 条为基础的详细得多的条款来取代该简式条款。¹⁷⁹《联合国反腐败公约》起草人同样选择使用一个更详细的条款，几乎全文照搬了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条。关于司法协助的《联合国反腐败公约》第 46 条包含 30 款，其内容如下：

1. 缔约国应当在对本公约所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助。
2. 对于请求缔约国中依照本公约第 26 条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序，应当根据被请求缔约国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。
3. 可以为下列任何目的而请求依照本条给予司法协助：
 - (a) 向个人获取证据或者陈述；
 - (b) 送达司法文书；

约》第 10 条的规定……为确保不依据有时赋予‘司法协助’一语的狭隘的技术含义而对该条款作有限的解释，增加了‘包括供给缔约国处置为诉讼所必须的一切证据’一语”。

¹⁷⁷第 7 条第 5 款和第 12 条至第 16 条。《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》中的司法协助规定散见于若干条款，在关于协助和引渡的若干条款中涉及司法协助。最新的一些公约，如《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》中的趋势是将司法协助合并并在单一条款中（分别见第 18 条和第 46 条）。

¹⁷⁸见预防犯罪和刑事司法委员会，《拟订一项打击有组织跨国犯罪国际公约的问题》（E/CN.15/199/7/7/Add.1），第 15 页；以及 McClean（上文脚注 81），第 201 页。

¹⁷⁹见《拟订一项打击有组织跨国犯罪国际公约的问题》（上文脚注），第 15 页（澳大利亚和奥地利的建议）。

- (c) 执行搜查和扣押并实行冻结;
- (d) 检查物品和场所;
- (e) 提供资料、物证以及鉴定结论;
- (f) 提供有关文件和记录的原件或者经核证的副本,其中包括政府、银行、财务、公司或者商业记录;
- (g) 为取证目的而辨认或者追查犯罪所得、财产、工具或者其他物品;
- (h) 为有关人员自愿在请求缔约国出庭提供方便;
- (i) 不违反被请求缔约国本国法律的任何其他形式的协助;
- (j) 根据本公约第五章的规定辨认、冻结和追查犯罪所得;
- (k) 根据本公约第五章的规定追回资产。

4. 缔约国主管机关如果认为与刑事事项有关的资料可能有助于另一国主管机关进行或者顺利完成调查和刑事诉讼程序,或者可以促成其根据本公约提出请求,则在不影响本国法律的情况下,可以无须事先请求而向该另一国主管机关提供这类资料。

5. 根据本条第4款的规定提供这类资料,不应当影响提供资料的主管机关本国所进行的调查和刑事诉讼程序。接收资料的主管机关应当遵守对资料保密的要求,即使是暂时保密的要求,或者对资料使用的限制。但是,这不应当妨碍接收缔约国在其诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料。在这种情况下,接收缔约国应当在披露前通知提供缔约国,而且如果提供缔约国要求,还应当与其磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知,接收缔约国应当毫不迟延地将披露一事通告提供缔约国。

6. 本条各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务。

7. 如果有缔约国无司法协助条约的约束,则本条第9款至第29款应当适用于根据本条提出的请求。如果有缔约国有这类条约的约束,则适用条约的相应条款,除非这些缔约国同意代之以适用本条第9款至第29款。大力鼓励缔约国在这几款有助于合作时予以适用。

8. 缔约国不得以银行保密为理由拒绝提供本条所规定的司法协助。

9. (a) 被请求缔约国在并非双重犯罪情况下对于依照本条提出的协助请求作出反应时,应当考虑到第一条所规定的本公约宗旨;

(b) 缔约国可以以并非双重犯罪为理由拒绝提供本条所规定的协助。然而,被请求缔约国应当在符合其法律制度基本概念的情况下提供不涉及强制性行动的协助。如果请求所涉事项极为轻微或者寻求合作或协助的事项可以依照本公约其他条款获得,被请求缔约国可以拒绝这类协助;

(c) 各缔约国均可以考虑采取必要的措施,以使其能够在并非双重犯罪的情况下提供比本条所规定的更为广泛的协助。

10. 在一缔约国领域内被羁押或者服刑的人，如果被要求到另一缔约国进行辨认、作证或者提供其他协助，以便为就与本公约所涵盖的犯罪有关的侦查、起诉或者审判程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可以予以移送：

- (a) 该人在知情后自由表示同意；
- (b) 双方缔约国主管机关同意，但须符合这些缔约国认为适当的条件。

11. 就本条第 10 款而言：

- (a) 该人被移送前往的缔约国应当有权力和义务羁押被移送人，除非移送缔约国另有要求或者授权；
- (b) 该人被移送前往的缔约国应当毫不迟延地履行义务，按照双方缔约国主管机关事先达成的协议或者其他协议，将该人交还移送缔约国羁押；
- (c) 该人被移送前往的缔约国不得要求移送缔约国为该人的交还而启动引渡程序；
- (d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送缔约国执行的刑期。

12. 除非依照本条第 10 款和第 11 款的规定移送某人的缔约国同意，否则，不论该人国籍为何，均不得因其在离开移送国领域前的作为、不作为或者定罪而在被移送前往的国家领域使其受到起诉、羁押、处罚或者对其人身自由进行任何其他限制。

13. 各缔约国均应当指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管机关执行。如果缔约国有实行单独司法协助制度的特区或者领域，可以另指定一个对该特区或者领域具有同样职能的中央机关。中央机关应当确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管机关执行时，应当鼓励该主管机关迅速而妥善地执行请求。各缔约国均应当在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应当递交缔约国指定的中央机关。这项规定不得影响缔约国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关缔约国同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。

14. 请求应当以被请求缔约国能够接受的语文以书面形式提出，或者在可能情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该缔约国鉴定其真伪。各缔约国均应当在其交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关缔约国同意，请求可以以口头方式提出，但应当立即加以书面确认。

15. 司法协助请求书应当包括下列内容：

- (a) 提出请求的机关；
- (b) 请求所涉及的侦查、起诉或者审判程序的事由和性质，以及进行该项侦查、起诉或者审判程序的机关的名称和职能；
- (c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求例外；

- (d) 对请求协助的事项和请求缔约国希望遵循的特定程序细节的说明;
 - (e) 可能时, 任何有关人员的身份、所在地和国籍; 以及
 - (f) 索取证据、资料或者要求采取行动的目的。
16. 被请求缔约国可以要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。
17. 请求应当根据被请求缔约国的本国法律执行。在不违反被请求缔约国本国法律的情况下, 如有可能, 应当按照请求书中列明的程序执行。
18. 当在某一缔约国领域内的某人需作为证人或者鉴定人接受另一缔约国司法机关询问, 而且该人不可能或者不宜到请求国领域出庭时, 被请求缔约国可以依该另一缔约国的请求, 在可能而且符合本国法律基本原则的情况下, 允许以电视会议方式进行询问, 缔约国可以商定由请求缔约国司法机关进行询问, 询问时应当有被请求缔约国司法机关人员在场。
19. 未经被请求缔约国事先同意, 请求缔约国不得将被请求缔约国提供的资料或者证据转交或者用于请求书所述以外的侦查、起诉或者审判程序。本款规定不妨碍请求缔约国在其诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料或者证据。就后一种情形而言, 请求缔约国应当在披露之前通知被请求缔约国, 并依请求与被请求缔约国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知, 请求缔约国应当毫不迟延地将披露一事通告被请求缔约国。
20. 请求缔约国可以要求被请求缔约国对其提出的请求及其内容保密, 但为执行请求所必需的除外。如果被请求缔约国不能遵守保密要求, 应当立即通知请求缔约国。
21. 在下列情况下可以拒绝提供司法协助:
- (a) 请求未按本条的规定提出;
 - (b) 被请求缔约国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或者其他基本利益;
 - (c) 如果被请求缔约国的机关依其管辖权对任何类似犯罪进行侦查、起诉或者审判程序时, 其本国法律已经规定禁止对这类犯罪采取被请求的行动;
 - (d) 同意这项请求将违反被请求缔约国关于司法协助的法律制度。
22. 缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为理由而拒绝司法协助请求。
23. 拒绝司法协助时应当说明理由。
24. 被请求缔约国应当尽快执行司法协助请求, 并应当尽可能充分地考虑到请求缔约国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。请求缔约国可以合理要求被请求缔约国提供关于为执行这一请求所采取措施的现况和进展情况的信息。被请求缔约国应当依请求缔约国的合理要求, 就其处理请求的现况和进展情况作出答复。请求国应当在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求缔约国。

25. 被请求缔约国可以以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或者审判程序为理由而暂缓进行。

26. 被请求缔约国在根据本条第 21 款拒绝某项请求或者根据本条第 25 款暂缓执行请求事项之前，应当与请求缔约国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条件下给予协助。请求缔约国如果接受附有条件限制的协助，则应当遵守有关的条件。

27. 在不影响本条第 12 款的适用的情况下，对于依请求缔约国请求而同意到请求缔约国领域就某项诉讼作证或者为某项侦查、起诉或者审判程序提供协助的证人、鉴定人或者其他人员，不应当因其离开被请求缔约国领域之前的作为、不作为或者定罪而在请求缔约国领域内对其起诉、羁押、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、鉴定人或者其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或者在缔约国所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求缔约国领域内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

28. 除非有关缔约国另有协议，执行请求的一般费用应当由被请求缔约国承担。如果执行请求需要或者将需要支付巨额或者异常费用，则应当由有关缔约国进行协商，以确定执行该请求的条件以及承担费用的办法。

29. 被请求缔约国：

(a) 应当向请求缔约国提供其所拥有的根据其本国法律可以向公众公开的政府记录、文件或者资料；

(b) 可以自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求缔约国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众公开的任何政府记录、文件或者资料。

30. 缔约国应当视需要考虑缔结有助于实现本条目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性。

122. 这样一个详式条款似乎更适合关于危害人类罪的条款草案，原因有几个。首先，这在司法协助方面为各国提供了更多的指导，使得它们可以在相关国家之间没有司法协助条约的情况下依赖于该条款的规定。其次，在跨国犯罪法的重要领域预防和惩治犯罪的背景下，详式条款被各国认为是必要的¹⁸⁰。第三，详式条款在实际当中为各国所接受。例如，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》有 187 个缔约国，《联合国反腐败公约》有 181 个缔约国。没有一个缔约国因为反对这两项公约中的司法协助条款的措辞或内容而提出保留。¹⁸¹此外，详式司法协助条约

¹⁸⁰ 《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》是根据大会和经济及社会理事会的请求在麻醉药品委员会中谈判的。《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》是由大会根据其 1998 年 12 月 8 日第 53/108 号决议和 1996 年 12 月 17 日第 51/210 号决议设立的一个特设委员会制定的。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》是在预防犯罪和刑事司法委员会中谈判的，该委员会是由经济及社会理事会按照大会 1991 年 12 月 18 日第 46/152 号决议的要求在其 1992 年 2 月 6 日第 1992/1 号决议中作为其职司委员会之一设立的。该委员会充当预防犯罪和刑事司法领域联合国的主要政策制定机构。

¹⁸¹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》缔约国对第 18 条第 13 款和第 14 款作了声明，通知了秘书长指定的中央机关以及首选的请求语言。各国同样对《联合国反腐败公约》作了声明，正如第 46 条第 13 款和第 14 款所要求的。

条款的规定在大量指南及其他资料的帮助下为各国所充分理解，例如毒品和犯罪问题办公室为帮助执行《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》编写的指南和资料。¹⁸²

123. 为此，本章结尾处提出的条款草案大体效仿《联合国反腐败公约》第 46 条，作了下文说明的一些改动。下面几个小节将讨论该公约第 46 条的规定，分为三类：（1）给予司法协助的一般义务；（2）两个相关国家之间存在司法协助条约时的合作；以及（3）两个相关国家之间不存在司法协助条约时的合作。

1. 给予司法协助的一般义务

124. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 1 款确定了缔约国就该公约所涵盖的犯罪“相互提供最广泛的司法协助”的一般义务¹⁸³。缔约国有义务不仅在“侦查”而且在“起诉”和“审判程序”中相互给予这样的协助。这样一项义务旨在确保通过可能掌握犯罪方面相关信息和证据的所有缔约国之间的全面合作推进条约更广泛的实施目标。¹⁸⁴第 1 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 1 款）。

125. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 2 款确定了缔约国对于可能追究“法人”责任的犯罪也给予这种合作的一般义务，但只是“根据被请求缔约国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助”。¹⁸⁵这一限制意味着承认各国的法律制度在处理涉及犯罪的法人方面差别很大，因此，这一背景下的司法

¹⁸²例如，见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书实施立法指南》（上文脚注 35）；《联合国反腐败公约实施立法指南》（同上）；《联合国反腐败公约技术指南》（同上）；《关于拟订联合国反腐败公约的谈判准备工作文件》（同上）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明》（同上）。

¹⁸³另见《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 9 条第 1 款（“缔约各国在就第 4 条所规定的任何罪行提出刑事诉讼方面，应尽量相互协助，其中包括提供它们所掌握的为诉讼所必需的一切证据”）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 12 条第 1 款（“缔约国之间应就涉及第 2 条所述罪行进行的刑事调查或提起的刑事诉讼或引渡程序提供最大程度的协助，包括协助取得缔约国所掌握、为提起这些程序所需的证据”）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 1 款（“缔约国应在对本公约所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最大程度的司法协助”）。

¹⁸⁴《1972 年……年鉴》，第二卷，第 321 页，第 10 条评注第（2）段（“显然，如果被指控罪犯将在犯罪地点所在国家之外的一个国家受审，那么，有必要以该国的法律所要求的方式向审理案件的法院提供证词。此外，所需证据的一部分可能位于第三国。因此，所有缔约国都有义务”）。

¹⁸⁵另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 2 款（措辞相同）。在《公约》起草期间，纳入一个关于法人的司法协助条款受到普遍支持，尽管一些代表团认为，第 1 款涵盖了这一事项。见 McClean（上文脚注 81），第 207–208 页。相反，《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》不要求各国在涉及法人的案件中提供协助，而是在第 12 条第 4 款中规定：“每个缔约国可考虑设立机制，与其他缔约国分享必要的信息或证据，以按照[关于法人的赔偿责任的]第 5 条确定刑事、民事或行政责任”。

协助必须依一个刑事案件中根据被请求缔约国的国家法律在多大程度上有可能开展这样的合作而定。¹⁸⁶第 2 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 2 款）。

126. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 3 款列出了一个缔约国可以请求的几大类协助。¹⁸⁷这些协助类别是泛泛划定的，并且大都照搬了其他一些多边¹⁸⁸以及许多双边¹⁸⁹引渡条约所列协助类别。事实上，此种措辞非常宽泛，足以包含可能与侦查和起诉危害人类罪有关的协助范围，包括寻求警方和安全机构的记录；法院卷宗；国籍、移徙、出生、婚姻和死亡记录；健康记录；司法鉴定材料；以及生物特质资料。此外，所列内容并不详尽，因为它在（一）项中作了一项包含一切的规定“不违反被请求缔约国本国法律的任何其他形式的协助”。缺乏第 46 条第 3 款所列合作形式的缔约国之间的任何现有的双边司法协助条约一般被认为“通过那些合作形式自动增补”。¹⁹⁰综上所述，第 3 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 3 款）。

¹⁸⁶关于这一点，可以提及在条款草案第 5 条第 7 款方面查明的国家法律制度中的不同。

¹⁸⁷另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 7 条第 2-3 款（载有与《联合国反腐败公约》大体相同的措辞）；《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 18 条第 3 款（措辞相同）；以及《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 1 条第 2 款（与《联合国反腐败公约》的措辞大体相同）。关于讨论，另见 McClean（上文脚注 81），第 208-212 页；以及《联合国打击跨国组织犯罪公约及其议定书实施立法指南》（上文脚注 35），第 475 段（“一般说来，司法协助条约规定此种形式的合作[正如第 18 条第 3 款中所包含的]”）。

¹⁸⁸例如，见《美洲刑事事项互助公约》，第 7 条（“本公约所设想的协助尤其应包括以下程序： a. 通知裁决和判决； b. 获取证言证词； c. 传唤证人和专家证人作证； d. 固定和封存财产，冻结资产以及协助与查封有关的程序； e. 搜查或查封； f. 检查物品和地点； g. 送达司法文书； h. 传送文件、报告、材料和证据； i. 为本公约之目的移送被拘押者；以及 j. 任何其他程序，只要请求国与被请求国之间有协议”）；以及 [东盟]《刑事事宜相互法律协助条约》，第 1 条第 2 款（“按照本条约提供的协助可包括：（a）取证或获得自愿证词；（b）安排人作证或协助刑事事项；（c）送达司法文书；（d）进行搜查和查封；（e）检查物品和地点；（f）提供相关文件、记录和证据的原件或经核证的复印件；（g）查明或跟踪实施犯罪所得财产及犯罪手段；（h）限制资产交易或冻结可以收回、没收或充公的实施犯罪所得财产；（i）对实施犯罪所得财产进行收回、没收或充公；（j）找出和识别证人和嫌疑人；以及（k）提供可能商定的符合本条约目的和被请求缔约方的法律的其他协助”）。

¹⁸⁹例如，见《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 1 条第 2 款（“按本条约提供的互助可包括：（a）向有关人员征集证词或供述；（b）协助提供被关押者或其他人作证或协助调查工作；（c）递送司法文件；（d）执行搜查和查封；（e）检查物件和场地；（f）提供资料和证据；（g）提供有关文件和记录的原件或经核证副本，包括银行、财务、公司或商务记录”）；1999 年 6 月 17 日在莫斯科订立的《美利坚合众国与俄罗斯联邦间司法协助条约》，可查阅：www.state.gov/documents/organization/123676.pdf，第 2 条（“本条约所述法律协助应包括：（1）获取证词和证言；（2）提供文件、记录和其他物品；（3）送达文书；（4）找出并识别人和物；（5）执行搜查和查封请求；（6）根据本条约为作证或其他目的移送被拘押者；（7）为没收、归还或收取罚金的目的找出并固定资产；以及（8）提供被请求缔约方的法律不禁止的任何其他法律协助”）。

¹⁹⁰《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35），第 170 页，第 605 段（也指出在一些国家的法律制度中，可能需要修改立法以纳入额外的合作基础）。

127. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 4 款鼓励各缔约国向另一缔约国提供资料，甚至无需请求，如果这样做有助于后者进行或者顺利完成调查和刑事诉讼程序，或者可以促成其请求司法协助。¹⁹¹在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中首先使用时，这种条款被认为是一种创新，尽管它“宣称无论如何，一国当局可主动向另一国提供资料”。¹⁹²与此同时，用随意的措辞陈述了该条款，规定一个缔约国“可以”提供资料，进而用“在不影响国内法的情况下”这一短语对其作出限制，明确指出缔约国没有义务提交资料。第 4 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 6 款）。

128. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 5 款与第 4 款有关，涉及提供资料的缔约国要求对资料保密或者限制资料的使用的情况。此种限制应该得到遵守，除非由于资料可以证明被指控罪犯无罪而必须向他披露。¹⁹³《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的起草人决定在《准备工作文件》中纳入一个关于这个问题的“解释性说明”以便提供进一步的指导：

准备工作文件应表明：(a) 当缔约国考虑是否自发提供特别敏感资料或考虑对所提供资料的使用实行严格限制时，该缔约国似宜事先与潜在的接收国协商；(b) 根据本款规定接收资料的缔约国如果已经掌握了类似的资料，即无义务遵守提供资料国所规定的任何限制。¹⁹⁴

第 5 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 7 款）。

129. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 8 款规定：“缔约国不得以银行保密为理由拒绝提供本条所规定的司法协助”。《公约立法指南》指出：

未将该款列入仅仅适用于无司法协助条约情形下的各款中十分重要。各缔约国必须确保其司法协助法律或条约无此类拒绝理由可供援引……因此，如果缔约国的法律目前允许这类拒绝理由，则应当修正立法。如果任何缔约国的司法协助条约列入这类拒绝理由，则该国加入《反腐败公约》的行为应当，从条约所定法角度而言，使先前条约中的相反规定自动失效。如果缔约国的法律制度规定不得直接适用条约，则需要颁布国内立法。¹⁹⁵

¹⁹¹另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 4 款（措辞相同）；以及《联合国反腐败公约技术指南》（上文脚注 35），第 165 页（“这些条款旨在鼓励各缔约国自愿、主动积极地交流关于刑事事项的信息”）。

¹⁹²McClean（上文脚注 81），第 212 页。

¹⁹³另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 5 款（措辞相同）；以及 McClean（上文脚注 81），第 213 页。

¹⁹⁴《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明》（见上文脚注 35），第 37 段。

¹⁹⁵《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35），第 171 页，第 611–612 段。

类似的措辞出现在关于司法协助的多边和双边条约中。¹⁹⁶然而，正如可提出证据加以证明的那样，对本条款草案来说这一款并不必要，因为所讨论的犯罪不是金融性质的。不过，鉴于危害人类罪可能包含在犯罪过程中偷盗资产情况，关于这些资产的司法协助对于证明犯罪可能很有用，这样一条规定可能在这种情况下有一些价值。因此，第 8 款似乎为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 4 款）

130. 最后，《联合国反腐败公约》第 46 条第 30 款呼吁缔约国考虑“缔结有助于实现本条目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性”。¹⁹⁷第 30 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 5 款）。

2. 当相关国家之间订有司法协助条约时的合作

131. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 6 款明确规定，“本条各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务”。换言之，两个缔约国之间存在的任何其他司法协助条约，不论是在《公约》对这些缔约方生效之前还是之后订立的，将继续适用。¹⁹⁸相同的措辞载于《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 6 款，大体相同的措辞载于《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 7 条第 6 款。¹⁹⁹

132. 虽然该款保留了现有司法协助条约规定的义务，但它并未自动给予那些条约优先于《联合国反腐败公约》所载条款的权利。²⁰⁰更确切地说，该款被解释为要求缔约国给予其所同意的最高水平的协助，不论是在《公约》还是其他双边或多

¹⁹⁶见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 8 款（“缔约国不得以银行保密为由拒绝提供本条所规定的司法协助”）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 2 款（“缔约国不得以银行保密为由，拒绝司法互助的请求。”）；《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 4 条第 2 款（“不得完全以银行和类似金融机构的保密为由拒绝提供协助”）；以及[东盟]《刑事事宜相互法律协助条约》，第 3 条第 5 款（“不应仅以银行及类似金融机构保密或该罪行也被认为涉及财政事项为由拒绝予以协助”）。有关讨论，另见 McClean（上文脚注 81），第 215–216 页。

¹⁹⁷另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 20 款（措辞相同）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 30 款（措辞相同）。有关讨论内容，另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（上文脚注 172），第 199 页，第 7.59 段。

¹⁹⁸《1972 年……年鉴》，第二卷，第 321 页，第 10 条评注第（1）段（涉及《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》中一条类似的规定：“司法事项上的协助始终是各国关切的一个问题，并且是大量双边和多边条约的主题。本草案缔约国之间现有的任何此种条约所产生的义务在本条中完全得到了保留”）。

¹⁹⁹第 7 条第 6 款（“本条各项规定不得影响依任何其他全部或局部规范或将规范相互刑事法律协助问题的双边或多边条约所承担的义务”）。

²⁰⁰见 McClean（上文脚注 81），第 214 页。

边司法协助条约中规定的。²⁰¹《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的评注明确指出：

第 6 款体现了关于与现行或将来的相互法律协助条约发生潜在冲突的一项重要规定。它未规定那些条约一般优先于 1988 年《公约》的规定。相反，它的作用是保证根据一般性相互法律协助条约承担的义务不因该公约的具体规定而减少。这就是说，凡是对非法贩运案件该公约规定提供的协助水平高于适用的双边或多边相互法律协助条约条款规定的水平，就执行该公约的规定。在条约规定提供水平较高的协助的相反案件中，本款就起作用了，关于被请求国承担多大的义务，优先执行条约的规定。²⁰²

133. 与此同时，《联合国反腐败公约》第 46 条第 7 款规定，第 46 条第 9 款至第 29 款不适用于有关缔约国之间存在司法协助条约的情况。²⁰³更确切地说，有关条约的相应条款单独适用，只有《公约》第 46 条第 1 款至第 8 款和第 30 款在相关缔约国之间适用。

134. 尽管如此，第 7 款指出，在这种情况下，“大力鼓励缔约国在第 9 款至第 29 款有助于合作时予以适用”。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 7 款使用了相同的措辞，类似的措辞用于《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 7 条第 7 款中。²⁰⁴后一项公约的评注指出：

在有适用的司法协助条约的情况下，《公约》第 8 款至第 19 款提供了必要的规定。在有适用条约的情况下，将执行它的规定，以取代第 8 款至第 19 款中所作的规定；……各对国家也能执行在相互法律协助的一般背景下已经熟悉的程序。然而，在某个具体事项上，有关一般性相互法律协助条约的缔约国可能愿意同意在该背景下适用《公约》规定。²⁰⁵

²⁰¹同上。

²⁰²《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（另见上文脚注 172），第 184 页，第 7.2 0 段。

²⁰³对其他文书必须是一项条约还是可以是某种其他形式的安排进行了争论。比较《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（同上），第 185 页，第 7.24 段（“一些缔约国的一般性司法协助实践由某项文书，例如《英联邦计划》来规范，而该文书又缺少一项正式条约的正规手续。第 7 款案文使用‘一项司法协助条约’的措词，这已经成为一种艺术措词。它看起来不包括不那么正式的协定或安排，其中第 8 款至第 19 款的规定适用于属于《公约》范围的所有案件，除非缔约国另有商定”，McClean（见上文脚注 81），第 215 页（坚持认为，在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 7 条第 7 款中提及一项“司法协助条约”应包含多边公约，并且“如果除了双边司法协助条约外，它也不包含从技术上说不是‘条约’的《英联邦刑事互助计划》等某些安排的话，就令人遗憾了”）。

²⁰⁴第 7 条第 7 款（“本条第 8 款至第 19 款应适用于有关缔约国不受一项相互法律协助条约约束时根据本条规定提出的请求。如果上述缔约国受此类条约约束，则该条约相应条款应予适用，除非缔约国同意适用本条第 8 款至第 19 款以取代之”）。

²⁰⁵《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（另见上文脚注 172），第 185 页，第 7.2 3 段；另见《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35），第 171 页，第 608 段（“如有缔约国之间签有有效条约，则适用条约规则，除非有关缔约国同意适用公约第 46 条第 9 款至第 29 款”）；以及 McClean（上文脚注 81），第 215 页（讨论《联合国打击跨国有组织犯罪公

135. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 6 款和第 7 款的结果是，有一些规定适用于所有缔约国（第 1 款至第 8 款和第 30 款），有一些规定（第 9 款至第 29 款中“小型司法协助条约”式的规定）适用于缔约国，除非相关缔约国之间订有一项双边或多边司法协助条约²⁰⁶（即便如此，也鼓励那些缔约国利用一些或全部“小型司法协助条约”式规定来更好地促进合作。第 6 款和第 7 款为一项关于司法协助的条款草案中的两款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 8 款和第 9 款）。

3. 当有关国家之间未订司法协助条约时的合作

136. 如上所述，《联合国反腐败公约》第 46 条第 7 款规定，在有关缔约国之间没有签订司法协助条约时，第 9 款至第 29 款中“小型司法协助条约”式规定适用。

137. 《公约》第 46 条第 9 款涉及在并非双重犯罪情况下请求司法协助的问题。²⁰⁷正如上文关于双重犯罪一节所指出的，关于危害人类罪的本条款草案旨在确保在请求国和被请求国存在双重犯罪，因此第 9 款似乎不必要或者对于本条款草案来说实在不合适。

138. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 10 款至第 12 款涉及在一缔约国被羁押或者服刑的人必须到另一缔约国进行辨认、作证或提供其他协助的情况。作为一般事项，这些条款为某人可为了这些目的被移送至另一缔约国并且随后被送回规定了基本条件。²⁰⁸第 10 款至第 12 款为一项关于司法协助的条款草案中的几款提供了一个合适的基础（见下文拟议条款草案的第 13 条第 25 款至第 27 款）。

139. 《公约》第 46 条第 13 至 17 款比较详细地规定了一国向另一国发出请求的程序。除其他外，第 13 款和第 14 款要求缔约国指定一个中央机关，负责处理收

约》第 18 条第 7 款，指出“在有一项适用的多边公约或一项双边[司法协助条约]的情况下，其规定将得到遵守，第 9 款至第 29 款所述规定则被取代”，并且，那些取而代之的规定“是在密切注意两个相关国家的国内法律制度原则的情况下谈判的……将在确定在特殊情况下遵守哪套规则方面造成严重的困难”。

²⁰⁶McClean（上文脚注 81），第 215 页（讨论《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 7 款：“尤其是在双边条约的情况下，各项规定是在密切注意两个相关国家的国内法律制度原则的情况下谈判的。没有取代那些规定的打算，否则会在确定在特殊情况下将遵守哪套规则方面造成严重的困难”）。

²⁰⁷有关对这个问题的讨论，另见 McClean（上文脚注 81），第 216–217 页。

²⁰⁸同上；另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条（与《联合国反腐败公约》措辞大体类似）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 10–12 款（与《联合国反腐败公约》措辞相同）。McClean 指出：“移送被羁押者的主题这么早就出现在微型[司法协助条约]中，早于关于请求内容或请求程序的条款，是该案文的古怪之处之一”（McClean（上文脚注 81），第 218 页）。

到和发出的协助请求；²⁰⁹规定请求一般必须是书面的；呼吁各缔约国指定收到的请求能接受的语文；并要求缔约国通知《联合国反腐败公约》保存人（联合国秘书长）所选择的中央机关和能接受的语文。²¹⁰第 15 款指出司法协助请求必须包含的内容，例如说明询问的事由和性质，以及有关事实的概述。²¹¹第 16 款主要是允许被请求缔约国要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。²¹²第 17 款规定请求应当根据被请求缔约国的本国法律执行，在不违反被请求缔约国本国法律的情况下，如有可能，应当按照请求国列明的程序执行。²¹³第 17 款第一句有助于维持被请求国法律制度的完整性，因为被请求的行为将发生在其领域内，而第二句强调最好是满足请求国的特殊要求，以便，例如，所收集的证据根据其法院的程序规则是可采纳的。²¹⁴

140. 第 13 款至第 17 款为一项关于司法协助的条款草案中的几款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 10 至 14 款）。

141. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 18 款涉及证人以电视会议方式作证，这是一项越来越常见的具有成本效益的技术。虽然以电视会议方式作证不是强制性的，但希望各国当“证人不可能或者不宜到请求国领域出庭时，被请求缔约国可

²⁰⁹指定一个中央机关“是许多司法协助条约和协定的一个特色”，因此，是各国习惯于履行的一项义务（《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（见上文脚注 172），第 186 页，第 7.25 段）。

²¹⁰另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 8-9 款（“8. 缔约国应指定一个当局或在必要时指定若干当局，使之负责和有权执行关于相互法律协助的请求或将该请求转交主管当局加以执行。应为此目的指定的当局通知秘书长。相互法律协助请求的传递以及与此有关的任何联系均应通过缔约国指定的当局进行；这一要求不得损害缔约国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下，经有关缔约国同意，通过国际刑警组织渠道传递这种请求和进行这种联系的权利。9. 请求应以被请求国能接受的语文书面提出。各缔约国所能接受的语文应通知秘书长。在紧急情况下，如有有关缔约国同意，这种请求可以口头方式提出，但应尽快加以书面确认”）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 13-14 款（与《联合国反腐败公约》措辞相同）。

²¹¹另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 10 款（措辞相同）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 15 款（措辞相同）；《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 5 款第 1 款（与《联合国反腐败公约》措辞大体类似，但增加了一项要求，因此该请求包括：“(f) 对希望在任何期限内执行有关请求的说明”）；以及《关于刑事事项互助示范条约的订正手册》（上文脚注 170），第 106 段（“包括[《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》]、[《联合国打击跨国有组织犯罪公约》]、[《联合国反腐败公约》]和《英联邦[刑事互助]计划》在内的大多数文书和计划列出了请求内容。虽然在细节和措辞方面有一些不同，但总体上所有这些文书列出的内容非常相似”）。

²¹²另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 11 款（措辞相同）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 16 款（措辞相同）；以及《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 5 条第 3 款。

²¹³另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 12 款（措辞相同）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 17 款（措辞相同）。

²¹⁴见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（上文脚注 172），第 190 页，第 7.35-7.36 段。

以在可能而且符合国内法基本原则的情况下，允许以电视会议方式进行询问”。²¹⁵《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条纳入这一新颖的规定²¹⁶，导致外交会议通过了一项解释性说明，其内容如下：

准备工作文件应表明，意大利代表团就本款所涉事项提出了一项提案（见 A/AC.254/5/Add.23）。在就此项提案进行辩论期间，有人指出，该提案的下述部分虽未反映在《公约》案文中，但缔约国不妨以此作为执行第 18 条第 18 款的指南：

“（a）被请求缔约国的司法当局应负责验证被听审人的身份，并应在结束听审时起草听审记录，说明听审的日期和地点以及所作的任何宣誓。听审应在对被讯问者无任何身心压力的情况下进行；

“（b）被请求国的司法当局如果认为在听审过程中该国法律的基本原则受到侵犯，有权中断听审或者在可能时采取必要措施以便听审能够按照这些原则继续进行；

“（c）必要时被听审人和被请求国司法当局应得到口译人员协助；

“（d）被听审人可行使被请求国或请求国国内法所规定的不作证的权利；对伪证罪依照被请求国的国内法处理；

“（e）召开电视会议的所有费用应由请求国负担，请求国还可提供必要的技术设备。”²¹⁷

第 18 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 24 款）。

142. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 19 款规定未经被请求缔约国事先同意，请求缔约国一般不能将被请求缔约国提供的资料用于请求书所述以外的目的。²¹⁸然而，这项一般性义务有一个例外规定，就是当该资料可以证明被告人无罪时（在这种情况下，可以向所指控罪犯披露资料，但可能的话必须事先通知被请求缔约国）。第 19 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 21 款）。

²¹⁵ 《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35），第 174 页，第 628–629 段。

²¹⁶ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 18 款，其内容如下：“当在某一缔约国境内的某人需作为证人或鉴定人接受另一缔约国司法当局询问，且该人不可能或不宜到请求国出庭，则前一个缔约国可应该另一缔约国的请求，在可能且符合本国法律基本原则的情况下，允许以电视会议方式进行询问，缔约国可商定由请求缔约国司法当局进行询问且询问时应有被请求缔约国司法当局在场”。

²¹⁷ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明》（见上文脚注 35），第 41 段；另见 McClean（上文脚注 81），第 226–227 页。

²¹⁸ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 13 款（“请求国如事先未经被请求国同意，不得将被请求国提供的情报或证据转交或用于请求书所述以外的调查、起诉或诉讼”）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 3 款（与《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》措辞相同）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 19 款（与《联合国反腐败公约》措辞相同）。

143. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 20 款允许请求缔约国要求被请求缔约国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。²¹⁹第 20 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 22 款）。

144. 《公约》第 46 条第 21 至 23 款涉及可以或不可以拒绝提供司法协助的情况。第 21 款列出了一些可以拒绝提供司法协助的理由：（a）请求未按本条的规定提出；（b）被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或者其他基本利益；（c）被请求缔约国的本国法律禁止其机关对任何类似犯罪采取被请求的行动；以及（d）同意这项请求将违反被请求缔约国的法律制度。²²⁰关于最后一个理由，在起草《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的类似段落期间商定了一个解释性说明，其内容如下：

准备工作文件应表明，本条第 21（d）款的规定无意鼓励以任何理由拒绝协助，而应有这样的理解，即把起点提高到被请求国更为基本的国内法原则。准备工作文件还应说明，删去关于因某人的性别、种族、宗教、国籍或政治观点而对其进行起诉或处罚时拒绝给予司法协助的理由以及政治犯罪免于引渡的条款，因为认为，第 21（b）款中“基本利益”一词全面涵盖了这些条款。²²¹

²¹⁹另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 20 款（措辞相同）；以及《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 9 条（“接到请求后：（a）被请求国应对提出协助的请求、请求书内容及其佐证文件以及准许此种协助的事实，尽力保守机密。如该项请求的执行必须打破机密性，则被请求国应将此种情况通知请求国，请求国应随机决定是否仍应执行该请求；（b）请求国应对被请求国提供的证词和资料保守机密，但需用于请求书中所述调查和起诉的证词和资料除外”）。

²²⁰另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 15 款（措辞相同）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 21 款（措辞相同）；《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 4 条第 1 款（“在下列情况下可拒绝提供协助：（a）被请求国认为如准许该请求，会损害其主权、安全、公共秩序或其他根本的公共利益；（b）被请求国认为该罪行属政治性罪行；（c）有充分理由确信，提出协助请求是为了某人的种族、性别、宗教、国籍、族裔本源或政治见解等原因而欲对其进行起诉，或确信该人的地位会因其中任一原因而受到损害；（d）该项请求涉及某项在请求国进行调查或起诉的罪行，或在请求国对该罪行进行起诉将不符合请求国一事不二审的法律；（e）所请求的协助需要被请求国如该罪行在其管辖范围内受到调查或起诉，进行不符合其本国法律和惯例的强制性措施；（f）该行为系军法范围内的罪行，而并非普通刑法范围内的罪行。”）；以及《欧洲刑事事项互助公约》，第 2 条（“可拒绝提供协助的情况：（a）如果请求涉及被请求缔约方认为是政治罪、与政治罪有关的犯罪或者财务犯罪的犯罪行为的话；（b）如果被请求缔约方认为执行该请求有可能危害本国主权、安全、公共秩序或其他基本利益的话”）。

²²¹《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明》（见上文脚注 35），第 42 段。

第 23 款要求被请求国对拒绝司法协助说明理由。²²²第 21 款和第 23 款为一项关于司法协助的条款草案中的几款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 16 款和第 17 款）。

145. 相反，《联合国反腐败公约》第 46 条第 22 款指出了不得以什么理由拒绝请求：“缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为理由而拒绝司法协助请求”。²²³这样一项规定在腐败（以及跨国有组织犯罪）背景下是合适的，在这种情况下，犯罪可能包括逃避进口税、关税、课税等问题。然而，危害人类罪不涉及此种事项，因此，似乎没有必要在一项关于司法协助的条款草案中纳入这样一项规定。

146. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 24 款规定应当尽快执行司法协助请求，指出，除其它外，缔约国“应当尽快执行司法协助请求，并应当尽可能充分地考虑到请求缔约国提出的任何最后期限”。²²⁴第 24 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 15 款）。

147. 与此同时，第 25 款规定，“被请求缔约国可以以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或者审判程序为理由而暂缓进行”司法协助请求。²²⁵第 25 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 18 款）。

148. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 26 款试图通过呼吁被请求国首先“与请求缔约国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条件下给予协助。请求缔约国如果接受附有条件限制的协助，则应当遵守有关的条件”，来避免干脆拒绝或长时间拖延响应一项司法协助请求的情况。²²⁶第 26 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 19 款）。

²²²另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 16 款（“拒绝相互协助时，应说明理由”）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 23 款（与《联合国反腐败公约》措辞相同）；以及《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 4 条第 5 款（“凡拒绝或推迟提供互助，均应说明理由”）。

²²³另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 13 条（“为引渡或司法互助的目的，不得视第 2 条所述任何罪行为财务金融罪。因此，缔约国不得只以事关财务金融罪为理由而拒绝引渡或司法互助的请求”）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 22 款（与《联合国反腐败公约》措辞相同）。

²²⁴另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 24 款（措辞相同）。有关讨论，另见 McClean（上文脚注 81），第 231–232 页。

²²⁵另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 25 款（措辞相同）；《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 4 条第 3 款（“如该项请求的立即执行将干涉被请求国内正在进行的调查或起诉，被请求国可推迟执行请求”）；以及《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 17 款（“相互法律协助可因与正在进行的调查、起诉或诉讼发生冲突而暂缓进行。在此情况下，被请求国应与请求国磋商，以决定是否可按被请求国认为必要的条件提供协助”）。

²²⁶另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 26 款（措辞相同）。有关讨论内容，另见 McClean（上文脚注 81），第 232–233 页。

149. 《公约》第 46 条第 27 款基本上是一个“安全通行证”条款，它给予前往请求缔约国领域的人为作证目的逗留该领域期间免遭起诉、拘留或处罚的保障。²²⁷ 第 27 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 23 款）。

150. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 28 款涉及费用问题，特别指出，“除非有关缔约国另有协议，执行请求的一般费用应当由被请求缔约国承担”。²²⁸ 针对《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中的相同条款的一项解释性说明提供了某些指导：

《准备工作文件》应表明，为遵守第 18 条第 10 款、第 11 款和第 18 款所涉费用，一般应视为特殊性质的费用。另外，准备工作文件将表明这样一项谅解：即使是应付某些一般费用，发展中国家也会有困难，因此应当提供适当援助，使其能够满足本条的要求。²²⁹

第 28 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 28 款）。

151. 《联合国反腐败公约》第 46 条第 29 款涉及被请求国向请求国提供政府记录、文件或者资料的情况，指出“应当”提供此种资料，同时“可以”提供不公开的

²²⁷ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 18 款（措辞相同）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 27 款（措辞相同）；《刑事事项互助计划》（《哈拉雷计划》），第 25 条（“（1）在符合第 24 款规定的情况下，根据第 23 款所述请求出现在请求国的证人或根据第 24 款所述请求被移送到该国的人，在该国应免于因在其离开被请求国之前所实施的犯罪行为、不作为或定罪而遭到起诉、羁押或对人身自由的其他任何限制。（2）该款所规定的豁免应在下述情况下停止：（a）在根据第 23 款所述请求出庭证人的情况下，证人自被请求国主管当局告知刑事事项中行使管辖权的法院不再要求其出庭之日起连续 15 天的时间里有机会离开，但仍逗留在请求国，或者离开该国后又返回；（b）在根据第 24 款所述请求被移送的人的情况下，当他们返回被请求国时依然在押”）；《欧洲刑事事项互助公约》，第 12 条第 1 款（“被传唤到请求国司法机构的证人或鉴定人，无论其国籍是什么，在该国境内不应因其离开被请求国之前的行为或定罪而遭到起诉或羁押或对其人身自由的其他任何限制”）；以及《刑事事项互助示范条约》（上文脚注 169），第 15 条（“1. 在不违反本条第 2 款规定的情况下，遇某人是依照按本条约第 13 条或第 14 条规定提出的请求而来到请求国者：（a）不得因其离开被请求国之前的任何行为或不行为或定罪而在请求国对其进行关押、起诉、惩罚或对其人身自由施加任何其他限制；（b）在未征得本人同意的情况下，不得要求该人在有关请求所涉之诉讼程序或调查之外的任何程序中举证或协助任何调查。2. 如该人可自由离境，但在其被正式告知或通知不再需要其出庭后连续（15 天）内，或有关缔约国另行商定的任何更长期限内，仍未离开请求国，或离开后出于自己的意愿回返者，则本条第 1 款应停止适用。3. 若某人不同意依第 13 条规定提出的请求或不接受依第 14 条规定提出的邀请，尽管在请求书或传票中有任何相反的陈述，他不应因此而受到任何惩罚或遭受任何强制性措施”。有关讨论，见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约评注》（上文脚注 172），第 197-198 页，第 7.55 段；以及 McClean（上文脚注 81），第 233-234 页。

²²⁸ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 19 款（措辞相同）；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 28 款（措辞相同）。

²²⁹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明》（另见上文脚注 35），第 43 段。另见 McClean（上文脚注 81），第 234-236 页。

资料。²³⁰第 29 款为一项关于司法协助的条款草案中的一款提供了一个合适的基础（见下文拟议的条款草案第 13 条第 20 款）。

C. 条款草案第 13 条：司法协助

152. 鉴于上文指出的各种来源，特别报告员认为，关于危害人类罪方面的司法协助的条款草案应该主要效仿《联合国反腐败公约》第 46 条中使用的案文。目前有 181 个国家加入了《公约》案文，其条款为危害人类罪背景下（包括在有关国家之间没有司法协助条约的情况下）可能产生的司法协助方面的所有相关权利、义务和程序提供了广泛的指导，并且各国对其条款有充分的了解，尤其是通过毒品和犯罪问题办公室编制的详细指南和资料。²³¹此外，尽管危害人类罪的性质与腐败罪大不相同，但司法协助方面出现的问题大体相同，与犯罪性质无关。

153. 与此同时，有必要做一些修改。某些文体上的改动对于与已暂时通过的条款草案保持一致是必要的，例如将“条款”改成“条款草案”；“本公约”改成“本条款草案”；在该国“领域内”改成在该国“管辖领域内”；“国内法”改成“国家法律”；以及“缔约国”改成“国家”。同样，在不同的地方，还做了其他一些适当的修改，以明确所述犯罪是“危害人类罪”而非一般的“刑事事项”。就条款草案第 13 条第 9 款而言，用“该条约的相应条款应适用”取代“应适用条约的相应条款”，第 46 条第 7 款可能更加清楚。此外，第 46 条第 4 款和第 5 款指的是“调查和刑事诉讼程序”，而其他大多数款项（例如，第 1 款、第 2 款、第 10 款、第 19 款）指的是“侦查、起诉和审判程序”。为了统一起见，对条款草案第 13 条第 6 和 7 款使用了后一个用语。

154. 一些结构性或实质性改动也是合适的。首先，关于结构性改动，有几款进行了重新排序，以便将涉及类似问题的几款放在一起。为帮助读者识别这些组群，添加了副标题。

155. 其次，关于实质性改动，在第 46 条第 3 款中，由于是在危害人类罪方面而不是腐败罪方面执行司法协助，所列协助类别可以改变。为此，(f) 项中的说明性清单（“包括政府、银行、财务、公司或者商业记录”）被删除，因为它不恰当地强调了金融记录。(j) 和 (k) 项中所列举的最后两类协助²³²只与《联合国反腐败公约》有关，因为它们明确提到了该公约关于追回资产的第五章。因此，它们对本条款草案来说不合适，因此被删除。不过，鉴于危害人类罪可能会引起犯罪期间资产被盗的情况，并且在这种情况下关于这些资产的司法协助可能对于

²³⁰另见《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 29 款（措辞相同）。

²³¹见上文脚注 35。

²³²第 46 条第 3 款 (j) 项至 (k) 项，“(j) 根据本公约第五章的规定辨认、冻结和追查犯罪所得；(k) 根据本公约第五章的规定追回资产”。

证明犯罪是有用的，因此保留了(g)项。为了更好地起草案文，(c)项中的“冻结”一词被挪到(g)项，改写后的(g)项内容如下：“为取证目的而辨认或者追查或冻结犯罪所得、财产、工具或者其他物品”。

156. 第46条第9款涉及在不存在双重犯罪的情况下请求司法协助的问题。由于本条款草案旨在确保危害人类罪方面存在双重犯罪，第9款显得多余，因此被删除。

157. 最后，第46条第22款规定，缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为理由而拒绝司法协助请求。正如上文所指出的，危害人类罪不涉及这些事项，因此，纳入这样一项条款对于关于司法协助的条款草案来说似乎没有必要。

158. 基于这些考虑因素，特别报告员提出了下述条款草案：

条款草案第13条：司法协助

一般合作

1. 各国应当按照本条草案在对条款草案第5条所涵盖犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助。

2. 对于请求国中依照条款草案第5条第7款可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序，应当根据被请求国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。

3. 可以为下列任何目的而请求依照本条草案给予司法协助：

(a) 向个人获取证据或者陈述；

(b) 送达司法文书；

(c) 执行搜查和扣押；

(d) 检查物品和场所；

(e) 提供资料、物证以及鉴定结论；

(f) 提供有关文件和记录的原件或者经核证的副本；

(g) 为取证目的而辨认、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或者其他物品；

(h) 为有关人员自愿在请求国出庭提供方便；或者

(i) 不违反被请求国国家法律的任何其他形式的协助。

4. 各国不得以银行保密为理由拒绝提供本条款草案所规定的司法协助。

5. 各国应当视需要考虑缔结有助于实现本条草案之目的、具体实施或者加强本条草案之规定的双边或多边协定或者安排的可能性。

无须事先请求就提供资料

6. 一国主管机关如果认为与刑事事项有关的资料可能有助于另一国主管机关进行或者顺利完成调查和刑事诉讼程序，或者可以促成其根据本公约提出请求，则在不影响国家法律的情况下，可以无须事先请求而向该另一国主管机关提供此类资料。

7. 根据本条草案第 6 款的规定提供此类资料，不应当影响提供资料的主管机关本国所进行的侦查、起诉和审判程序。接收资料的主管机关应当遵守对资料保密的要求，即使是暂时保密的要求，或者对资料使用的限制。但是，这不应当妨碍接收国在其诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料。在这种情况下，接收国应当在披露前通知提供国，而且如果提出要求，还应当与其磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，接收国应当毫不迟延地将披露一事通告提供国。

与有关国家之间司法协助条约的关系

8. 本条草案各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务。

9. 如果有关国家无司法协助条约的约束，则本条草案第 10 款至第 28 款应当适用于根据本条提出的请求。如果有关国家有这类条约的约束，则该条约的相应条款应适用，除非这些国家同意代之以适用本条草案第 10 款至第 28 款。大力鼓励各国在这几款有助于合作时予以适用。

指定一个中央机关

10. 各国均应当指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管机关执行。如果一国有实行单独司法协助制度的特区或者领域，可以另指定一个对该特区或者领域具有同样职能的中央机关。中央机关应当确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管机关执行时，应当鼓励该主管机关迅速而妥善地执行请求。各国均应当在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应当递交各国指定的中央机关。此项要求不得影响一国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关国家同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。

提出请求的程序

11. 请求应当以被请求国能够接受的语文以书面形式提出,或者在可能情况下以能够生成书面记录的任何形式提出,但须能够使该国鉴定其真伪。各国应当在其交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时,将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。在紧急情况下,如果经有关国家同意,请求可以以口头方式提出,但应当立即加以书面确认。

12. 司法协助请求书应当包括下列内容:

- (a) 提出请求的机关;
- (b) 请求所涉及的侦查、起诉或者审判程序的事由和性质,以及进行该项侦查、起诉或者审判程序的机关的名称和职能;
- (c) 有关事实的概述,但为送达司法文书提出的请求例外;
- (d) 对请求协助的事项和请求国希望遵循的特定程序细节的说明;
- (e) 可能时,任何有关人员的身份、所在地和国籍;以及
- (f) 索取证据、资料或者要求采取行动的目的。

13. 被请求国可以要求提供按照其国家法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。

被请求国对请求的回应

14. 请求应当根据被请求国的国家法律执行。在不违反被请求国国家法律的情况下,如有可能,应当按照请求书中列明的程序执行。

15. 被请求国应当尽快执行司法协助请求,并应当尽可能充分地考虑到请求国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。被请求国应当依请求国的合理要求,就其处理请求的进展情况作出答复。请求国应当在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求国。

16. 在下列情况下可以拒绝提供司法协助:

- (a) 请求未按本条草案的规定提出;
- (b) 被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或者其他基本利益;
- (c) 如果被请求国的机关依其管辖权对任何类似犯罪进行侦查、起诉或者审判程序时,其国家法律已经规定禁止对此类犯罪采取被请求的行动;
- (d) 同意此项请求将违反被请求国关于司法协助的法律制度。

17. 拒绝司法协助时应当说明理由。

18. 被请求国可以以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或者审判程序为理由而暂缓进行。

19. 被请求国在根据本条草案第 16 款拒绝某项请求或者根据本条草案第 18 款暂缓执行请求事项之前，应当与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，应当遵守有关的条件。

20. 被请求国：

(a) 应当向请求国提供其所拥有的根据其国家法律可以向公众公开的政府记录、文件或者资料；以及

(b) 可以自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求国提供其所拥有的根据其国家法律不向公众公开的任何政府记录、文件或者资料。

请求国对资料的使用

21. 未经被请求国事先同意，请求国不得将被请求国提供的资料或者证据转交或者用于请求书所述以外的侦查、起诉或者审判程序。本款规定不妨碍请求国在其诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料或者证据。就后一种情形而言，请求国应当在披露之前通知被请求国，并依请求与被请求国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求国应当毫不迟延地将披露一事通告被请求国。

22. 请求国可以要求被请求国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求国不能遵守保密要求，应当立即通知请求国。

来自被请求国的人的证言

23. 在不影响本条草案第 27 款适用的情况下，对于依请求国请求而同意到请求国管辖领域就某项诉讼作证或者为某项侦查、起诉或者审判程序提供协助的证人、鉴定人或者其他人员，不应当因其离开被请求国管辖领域之前的作为、不作为或者定罪而在请求国管辖内对其起诉、羁押、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、鉴定人或者其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续 15 天内或者在两国所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求国管辖领域内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

24. 当在某一国管辖领域内的某人需作为证人或者鉴定人接受另一国司法机关询问，而且该人不可能或者不宜到请求国管辖领域出庭时，被请求国可以依该另一国的请求，在可能而且符合国家法律基本原则的情况下，允许以电视会议方式进行询问，有关国家可以商定由请求国司法机关进行询问，询问时应当有被请求国司法机关人员在场。

为作证移送被羁押在被请求国的人

25. 在一国管辖领域内被羁押或者服刑的人,如果被要求到另一国进行辨认、作证或者提供其他协助,以便为与条款草案第5条涵盖的犯罪有关的侦查、起诉或者审判程序取得证据,在满足下列条件的情况下,可以予以移送:

- (a) 该人在知情后自由表示同意; 以及
- (b) 两国主管机关同意, 但须符合这些国家认为适当的条件。

26. 就本条草案第25款而言:

(a) 该人被移送前往的国家应当有权利和义务羁押被移送人,除非移送国另有要求或者授权;

(b) 该人被移送前往的国家应当毫不迟延地履行义务,按照两国主管机关事先达成的协议或者其他协议,将该人交还移送国羁押;

(c) 该人被移送前往的国家不得要求移送国为该人的交还而启动引渡程序; 以及

(d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送国执行的刑期。

27. 除非依照本条草案第25款和第26款的规定移送某人的国家同意,否则,不论该人国籍为何,均不得因其在离开移送国管辖领域前的作为、不作为或者定罪而在被移送前往的国家管辖领域使其受到起诉、羁押、处罚或者对其人身自由进行任何其他限制。

费用

28. 除非有关国家另有协议,执行请求的一般费用应当由被请求国承担。如果执行请求需要或者将需要支付巨额或者异常费用,则应当由有关国家进行协商,以确定执行该请求的条款和条件以及承担费用的办法。

第四章

受害人、证人以及其他受影响的人

A. 综述

159. 实施危害人类罪之后，与受害人、证人以及其他受影响的人有关的问题必然会出现。然而，目前没有针对危害人类罪背景下国家法律规定的这种人的权利的全球条约。

160. 首先，受害人、证人及其他人可能希望站出来提供与实施犯罪有关的信息，这些信息可能有助于预防进一步犯罪、逮捕被指控罪犯以及起诉或引渡这些罪犯。然而，在这种情况下，挺身而出的人可能会受到不希望将此种信息提供的人的威胁或恐吓。

161. 其次，受害人可能因为各种原因希望参加对被指控罪犯提起的诉讼，包括能够表达自己的见解和关切、证实情况以及获得对受害人身份的认定。²³³

162. 第三，受害人可能希望从这些对罪行负有责任的人那里获得赔偿，赔偿可能采取复原、补偿、平反或其他一些赔偿形式。²³⁴

163. 关于受害人权利的国际规范制定得较晚，大部分出现在 1980 年代。²³⁵因此，在这一期间之前的许多针对国家法律所述犯罪的条约不包含关于受害人或证人的条款，例如：《防止及惩治灭绝种族罪公约》；《关于制止非法劫持航空器的公约》；1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；《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》以及《反对劫持人质国际公约》。

164. 此外，即使在 1980 年代之后，大多数与恐怖主义有关的全球条约不涉及受害人或证人的权利，²³⁶包括：《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；1999 年非统组织

²³³例如，见检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案，案件编号：ICC-01/04-01/06，关于受害人参加诉讼的裁定，2008 年 1 月 18 日，国际刑事法院第一审判分庭，第 39 段。

²³⁴一些评论员指出了“参加目的”与赔偿的相互联系。例如，见 A. Cassese 等，《卡塞斯国际刑法》，第 3 版，牛津大学出版社，2013 年，第 387 页。

²³⁵Fernández de Casadevante Romani 指出：“与受害人有关的这些国际规范也较新。其中最古老的诞生于 1980 年代。最新的诞生于 2006 年”。此外，他指出：“以前，不论是国际法还是国内法，都忽视了受害人。国内法是因为体现在刑法中的国家的刑罚权传统上只涉及罪犯而不考虑受害人。国际法是因为其在责任事项上采用的方法始终关注不当行为的实施者：国家（在国际人权法中）、个人或国家（在国际人道主义法中）或者个人（在国际刑法）中，但始终忽视受害人。”（C. Fernández de Casadevante Romani，《受害人的国际法》，海德堡，斯普林格出版社，2012 年，第 5-6 页）。

²³⁶见 C. Fernández de Casadevante Romani，“受害人的国际法”，von Bogdandy 和 Wolfrum（编辑），《马克斯·普朗克联合国法年鉴》，第 14 卷（2010 年），第 219-272 页。然而，也有一些例外。见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 8 条第 4 款（“每一缔约国应考虑设立机制，

[非洲统一组织]《防止和打击恐怖主义公约》；2005年《制止核恐怖主义行为国际公约》以及《东盟反恐公约》。

165. 另一方面，有一些1980年代以来通过的关于特定犯罪的条约的确涉及与国家法律中的受害人和证人有关的问题，其中一些条约涉及危害人类罪发生时可能适用的犯罪，如酷刑或强迫失踪。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》涉及受害人和证人的受保护权，以及受害人获得救济和补偿的权利（第13条至第14条）。时间更近的关于腐败和跨国组织犯罪的条约同样包括关于受害人和证人权利的条款。²³⁷此外，对危害人类罪有管辖权的国际法院和法庭的规约在这些法院和法庭的运作背景下列入关于受害人和证人的条款。²³⁸

166. 大会也在包括危害人类罪受害人在内的犯罪受害人权利方面为各国提供了指导。1985年《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》涉及司法救助、公平待遇、恢复原状、补偿和援助等问题。²³⁹2005年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》虽然没有设定“新的国际或国内法律义务”，但还是确定了“国际人权法和国际人道主义法规定的现有法律义务的各种履行机制、方式、程序和方法；国际人权法和国际人道主义法的规范不同，但互为补充”。²⁴⁰

167. 涉及“受害人”的大多数条约，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》，²⁴¹没有给该术语下一个定义，而是让缔约国负责根据

利用从本条所指的没收所得的款项，赔偿第2条第1款(a)项或(b)项所述犯罪的被害人或其家属”；以及《欧洲委员会防止恐怖主义公约》，第13条（“各缔约方应采取保护和支助在其境内实施的恐怖主义行为受害人所需的措施。这些措施可包括，通过适当的国家计划以及根据国内立法，除其他外，对恐怖主义行为受害人及其近亲属的经济帮助和补偿。”）。另见欧洲委员会人权事务管理总局，2005年3月2日部长委员会通过的《保护恐怖行为受害人准则》，载于《人权与打击恐怖主义：欧洲委员会准则》（2005年）。

²³⁷见《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第24条和第25条；以及《联合国反腐败公约》，第32条和第33条。

²³⁸例如，见《国际刑事法院罗马规约》。另见《国际刑事法院程序和证据规则》，第86条（“任何分庭在作出指示或命令时，及本法院其他机关根据《规约》或本规则行使其职能时，应依照第68条考虑所有受害人和证人的需要，特别是儿童、老年人、残疾人和性暴力及性别暴力受害人的需要”），可查阅：www.icc-cpi.int/.../legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf。

²³⁹大会1985年11月29日第40/34号决议，附件。

²⁴⁰大会2005年12月16日第60/147号决议，附件，序言。

²⁴¹虽然《公约》本身没有下定义，但禁止酷刑委员会指出：“受害人系指由于构成违反《公约》的行为或不作为而遭受单独或集体伤害的人，这种伤害包括身体或精神伤害、感情痛苦、经济损失或对其基本权利的重大损害。……‘受害人’还包括受害人的直系亲属或受扶养人以及出面干预以援助受害人或防止受害情况而蒙受损害的人”（禁止酷刑委员会，关于缔约国对第14条的执行的第3号一般性意见（CAT/C/GC/3），第3段）。委员会还指出：“一个人应被视为受害人，无论侵权犯罪人是否被确定身份、逮捕、起诉或定罪，也无论犯罪人和受害人之间是否存在任何家庭或其他关系。”（同上）。委员会的方法建立在《严重违反国际人权法和严重违反国际人

本国法律确定受害人的范围。不过，也有一些例外，例如《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》（第 24 条第 1 款规定，“‘受害人’系指失踪的人和任何因强迫失踪而受到直接伤害的个人。”）²⁴²或 2008 年《集束弹药公约》，该公约提出了一个甚至更加广泛的定义。²⁴³根据一些条约，只有自然人被包括在受害人范围内，而根据其他一些条约，法人也可以是“受害人”。²⁴⁴《国际刑事法院程序和证据规则》第 85 条分则（a）将“受害人”定义为“任何本法院管辖权内的犯罪的受害自然人”。²⁴⁵第 85 条分则（b）将被害人定义扩大到遭受直接伤害的法人，规定“受害人可以包括其专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的目的的财产，其历史纪念物、医院和其他用于人道主义目的的地方和物体受到直接损害的组织或机构”。²⁴⁶

168. 尽管“受害人”一词一般被理解为起码包括直接遭受伤害的人以及在受害人失去生命的情况下其直系亲属，但大多数条约并未试图下一个定义，而是让已经在各种背景下涉及“受害人”概念的国家法律制度对此作出规定。事实上，一些参加起草《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》闭会期间不限成员名额工作组的人指出，应在指定赔偿受益人方面给予国内法院一定的自主权²⁴⁷就本条款草案而言，在准确确定哪些人具有危害人类罪“受害人”资格方面给予各国自主权是合适的。

道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》的基础上（见上文脚注），第 8 段。另见《对武装冲突受害人的赔偿国际法原则宣言草案》，国际法协会，海牙会议（2010 年），第 4 条，可查阅：www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018。

²⁴²另见 D. Shelton，《国际人权法中的赔偿》，第 3 版，牛津大学出版社，2015 年，第 241–242 页。

²⁴³《集束弹药公约》，第 2 条第 1 款（“集束弹药受害人”是指使用集束弹药而被炸死或遭受身心伤害、经济损失、社会边缘化或在实现其权利方面受到严重阻碍的所有人，包括受集束弹药直接影响的人及其家庭和社区”）。

²⁴⁴比较《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣约瑟公约”》第 1 条（该条只确保自然人的权利）与《欧洲人权公约》第 34 条（该条包括“所受侵犯的受害人”包括自然人和法人）。

²⁴⁵《国际刑事法院程序和证据规则》（见上文脚注 238），第 85 条分则（a）。第一预审分庭认为，“第 85 条分则（a）为获得受害人身份规定了必须满足的四个标准：受害人必须是一个自然人；他或她必须受到了伤害；造成伤害的犯罪行为必须属于该法院管辖范围；犯罪行为与所受伤害之间必须有因果关系。”（刚果民主共和国的局势，ICC-01/04 号案件，关于申请参加 VPRS1、VPRS2、VPRS3、VPRS4、VPRS5 和 VPRS6 的裁定，2006 年 1 月 17 日，国际刑事法院第一预审分庭，第 79 段）。

²⁴⁶《国际刑事法院程序和证据规则》（见上文脚注 238），第 85 条分则（b）。根据《国际刑事法院程序和证据规则》第 85 条分则（b）（见上文脚注 238），法人必须遭受了“直接伤害”。第 85 条分则（a）未对自然人做这样的限制。不过，上诉庭认为，只有遭受人身伤害的人才被认为是第 85 条分则（a）所述受害人。见检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案，ICC-01/04-01/06 O A 9 OA 10 号案件，关于检察官和被告方对第一预审分庭 2008 年 1 月 18 日关于受害人参加诉讼的裁定提出的上诉的判决，2008 年 7 月 11 日，国际刑事法院上诉庭，第 32–39 段。

²⁴⁷见人权委员会，《闭会期间不限成员名额工作组的报告》（上文脚注 160），第 83 段。

169. 本章其余部分讨论受害人、证人和其他人方面产生的三个主要问题：保护受害人、证人和其他人；受害人参加诉讼以及对受害人的赔偿。

B. 受害人和其他人的申诉和保护

170. 如上所述，许多涉及国家法律所述罪行的条约不含关于受害人或证人的条款。包含此种条款的条约一般针对：(a) 个人向有关当局申诉的权利；和 (b) 缔约国对申诉人和证人的保护，以使他们挺身而出，不担心受到虐待或恐吓。

171. 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 13 条规定：

每一缔约国应确保凡声称在其管辖的任何领土内遭到酷刑的个人有权向该国主管当局申诉，并由该国主管当局对其案件进行迅速而公正的审查。应采取步骤确保申诉人和证人不因提出申诉或提供证据而遭受任何虐待或恐吓。²⁴⁸

172. 至于一旦提出申诉后国家当局的行动，应该指出的是，本条款草案第 7 条目前规定，“各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为时，其主管机关立即进行公正的调查”。

173. 关于保护，后来的条约将受保护人员类别扩大到申诉人和证人之外的其他人。例如，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》规定为就“根据本公约确立的犯罪作证”的证人提供保护，并“酌情为其亲属及其他与其关系密切者”提供保护。²⁴⁹《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 12 条第 1 款规定：

各缔约国应确保任何指称有人遭受强迫失踪的人，有权向主管机关报告案情，主管机关应及时、公正地审查指控，必要时立即展开全面、公正的调查。必要时应采取适当措施，确保举报人、证人、失踪人家属及其辩护律师，以及参与调查的人得到保护，不得因举报或提供任何证据而受到任何虐待或恐吓。²⁵⁰

174. 相反，各国际刑事法庭规约在应受保护的人的类别方面没有规定得那么宽泛。《国际刑事法院罗马规约》、²⁵¹《前南斯拉夫问题国际法庭最新规约》、²⁵²《卢旺

²⁴⁸另见 Nowak 和 McArthur (上文脚注 67)，第 450 页。

²⁴⁹《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 24 条和《联合国反腐败公约》第 32 条。“及其他与其关系密切者”一语旨在包含因与证人特别密切的关系而有可能遭遇危险但并非是其亲属的人，例如同居伴侣或商业伙伴 (见 McClean (上文脚注 81)，第 260–261 页)。

²⁵⁰见《……基本原则和导则》(上文脚注 240)，第 12 (b) 段 (各国应“在关系到受害人利益的司法、行政或其他程序进行之前、期间和之后采取措施，尽量减少给受害人及其代理人带来的不便，适当保护其隐私不受非法干扰，并确保他们及其家人和证人的安全，使其免遭恐吓和报复”)。

²⁵¹第 68 条第 1 款 (“本法院应采取适当措施，保护被害人和证人的安全、身心健康、尊严和隐私……在对这种犯罪进行调查和起诉期间，检察官尤应采取这种措施……”)。

达问题国际法庭规约》²⁵³和《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》²⁵⁴只规定了对“受害人”和“证人”的保护。²⁵⁵

175. 大多数条约不区分对证人或受害人应采取的保护措施。《国际刑事法院罗马规约》还强调了儿童和性暴力或性别暴力受害人的状况（第 68 条第 2 款），²⁵⁶尽管一位评论员断言：“一般以‘尤其是’几个字开头的这些陈述句不过是告诫的意思”。²⁵⁷

176. 一些条约列出了在保护受害人、证人以及其他方面“可以”采取或者国家“应考虑”采取的具体措施。²⁵⁸例如，《联合国反腐败公约》第 32 条第 2 款规定：

2. 在不影响被告人权利包括正当程序权的情况下，本条第 1 款所述措施可以包括：

(a) 制定为这种人提供人身保护的程序，例如，在必要和可行的情况下将其转移，并在适当情况下允许不披露或者限制披露有关其身份和下落的资料；

(b) 规定允许以确保证人和鉴定人安全的方式作证的取证规则，例如允许借助于诸如视听技术之类的通信技术或者其他适当手段提供证言。

²⁵²见安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827 号决议通过的《前南斯拉夫问题国际法庭最新规约》，第 22 条（“国际法庭应在其程序和证据规则中规定对受害人和证人的保护”）。另见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭程序和证据规则》（IT/2/Rev.50），第 69 条和第 75 条，可查阅：www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence。

²⁵³第 21 条内容如下：“卢旺达问题国际法庭应在其程序和证据规则中规定对受害人和证人的保护”；见《卢旺达问题国际刑事法庭程序和证据规则》（2015 年 5 月 13 日）（ITR/3/REV.1），第 69 条和第 75 条。

²⁵⁴《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 33 条（“审判法院特别法庭应确保审判公平、迅速，并且是按照现有生效程序进行的，同时充分尊重被告的权利和对受害人和证人的保护。”）；另见《柬埔寨法院特别法庭内部规则》（第 9 修订版），第 12 条之二。

²⁵⁵相反，《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 16 条（可查阅：www.rscsl.org/documents.html）提到了针对“出庭证人、受害人以及因为此种证人作证而面临风险的其他人”的保护措施。《黎巴嫩问题特别法庭规约》（安全理事会第 1757（2007）号决议，附件）第 12 条第 4 款规定了“保护受害人和证人的安全、身心健康、尊严和隐私的措施，以及对在特别法庭出庭的证人以及因此种证人提供的证词而面临风险的其他人的其他适当的帮助”。

²⁵⁶另见国际刑事法院，检察官办公室，《儿童政策》，可查阅：www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Eng.PDF；以及《关于性犯罪和基于性别的犯罪的政策文件》，可查阅：www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf。

²⁵⁷William A. Schabas, 《国际刑事法院：罗马规约评注》第 2 版，牛津大学出版社，2016 年，第 1059 页。

²⁵⁸见 2000 年《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》，第 8 条第 1 款（f）项和第 5 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款；《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》，第 6 条第 3 款。

177. 一些条约中提到的其他详细措施²⁵⁹包括：通过电子手段或其他特殊手段提交证据；²⁶⁰保护证人和受害人的隐私和身份；²⁶¹不公开审理；²⁶²如果披露可能导致证人或其家人的安全受到严重威胁的话扣留证据或资料；²⁶³以及重新安置受害人或证人。²⁶⁴

178. 虽然建议或列出可采取的措施有一些好处，但最终的核心义务无非是国家必须保护受害人和证人，为此所采取的具体措施必定会随着具体情况、相关国家的能力以及受害人、证人和申诉人的倾向而变化。因此，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》中阐述的核心规定（上文第 173 段中所引述的）在危害人类罪的背景下似乎是合适的。²⁶⁵

179. 与此同时，各国所采取的保护措施可能会影响被告的权利，例如限制披露证人的身份。因此，一些条约，例如《国际刑事法院罗马规约》、²⁶⁶《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》、²⁶⁷《联合国打

²⁵⁹关于各国际刑事法庭程序规则中概述的详细措施，见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭程序和证据规则》（上文脚注 252），规则第 75 条；《卢旺达问题国际刑事法庭规约程序和证据规则》（上文脚注 253），规则第 69 条；《国际刑事法院程序和证据规则》（上文脚注 238），规则第 87 条和第 88 条；以及《柬埔寨法院特别法庭内部规则》（上文脚注 254），规则第 29 条。

²⁶⁰见《国际刑事法院罗马规约》，第 68 条第 2 款（“法院可以……允许以电子方式或其他特别方式提出证据”）；《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 24 条第 2 款（b）项（“规定可允许以确保证人安全的方式作证的证据规则，例如，允许借助于诸如视像连接之类的通信技术或其他适当手段提供证言。”）；以及《联合国反腐败公约》，第 32 条第 2 款（b）项（与《联合国打击跨国组织犯罪公约》的措辞几乎相同）。

²⁶¹见《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》，第 8 条第 1 款（e）项（“适当保护受害儿童的隐私和身份，并根据本国法律采取措施，避免不当发布可能导致暴露受害儿童身份的消息”）；《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 33 条（“此种保护措施应包含但不限于……保护受害人的身份”）（上文脚注 254）。

²⁶²见《国际刑事法院罗马规约》，第 68 条第 2 款（“为了保护被害人和证人或被告人，本法院的分庭可以不公开任何部分的诉讼程序”）；《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 33 条（“此种保护措施应包含但不限于进行不公开审理”）（上文脚注 254）。

²⁶³见《国际刑事法院罗马规约》，第 68 条第 5 款（“对于在审判开始前进行的任何诉讼程序，如果依照本规约规定披露证据或资料，可能使证人或其家属的安全受到严重威胁，检察官可以不公开这种证据或资料，而提交这些证据或资料的摘要。采取上述措施不应损害或违反被告人的权利和公平公正审判原则”）。

²⁶⁴见《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款（a）项（“制定向此种人提供人身保护的程序，例如，在必要和可行的情况下将其转移，并在适当情况下允许不披露或限制披露有关其身份和下落的情况”）；以及《联合国反腐败公约》，第 32 条第 2 款（a）项（措辞相同）。

²⁶⁵第 12 条第 1 款相关部分的内容如下：“必要时应采取适当措施，确保举报人、证人、失踪人家属及其辩护律师，以及参与调查的人得到保护，不得因举报或提供任何证据而受到任何虐待或恐吓。”

²⁶⁶第 68 条第 1 款（“这些措施不应损害或违反被告人的权利和公平公正审判原则”）。

²⁶⁷《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》，第 8 条第 6 款（“本条的任何规定均不应解释为妨碍或违反被告人享有公平和公正审判的权利”）。

击跨国有组织犯罪公约》²⁶⁸和《联合国反腐败公约》²⁶⁹还规定所采取的任何措施应不影响被告的权利。²⁷⁰

180. 综上所述，似乎应利用《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的案文，在一项关于受害人、证人和其他人的条款草案中纳入一条关于个人向有关当局申诉以及国家对申诉人和其他人的保护的的规定，同时考虑到条款草案第 7 条以及所采取的任何保护措施应不影响被告的权利（见下文拟议的条款草案第 14 条第 1 款）。

C. 受害人参加刑事诉讼

181. 受害人参加对被指控罪犯的刑事诉讼的权利通常未列入针对国家法律所述犯罪的条约中，甚至也未列入（前一小节中所论述的）那些含有关于受害人和证人提出的申诉以及对受害人和证人的保护的条款的条约中。²⁷¹

不过，一些针对国家法律所述犯罪的条约的确包含一项关于受害人参加对被指控罪犯的诉讼的条款。在这种情况下，相关条款给予各国在履行该义务方面极大的灵活性。例如，《联合国反腐败公约》第 32 条第 5 款规定：“各缔约国均应当在不违背本国法律的情况下，在对罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不损害被告人权利的方式使被害人的意见和关切得到表达和考虑”。

182. 正如“在不违背本国法律的情况下”一语所暗示的，在列入参加权的时候，赋予了各国在履行该义务方面极大的灵活性。与该条款类似的实例载于：《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》；²⁷²《联

²⁶⁸ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款（“在不影响被告人的权利包括正当程序权的情况下，本条第 1 款所述措施可包括……”）。

²⁶⁹ 第 32 条第 2 款（与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的措辞几乎相同）。

²⁷⁰ 另见《……基本原则和导则》（上文脚注 240），第 27 段（“本文件的任何内容不应当被解释为减损其他人在国际上或在国内得到保护的權利，特别是被告人得到适用的正当程序标准待遇的權利”）。

²⁷¹ 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》不包含这样的条款。不过，禁止酷刑委员会强调了受害人为获得救济和赔偿参加诉讼的重要性。见第 3 号一般性意见（上文脚注 241），第 4 段。《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》虽然没有明确规定受害人参加诉讼，但含有关于受害人的知情权的条款（第 18 条）以及了解关于强迫失踪情况的真相的权利（第 24 条）。关于在受害人参加诉讼方面各国的做法的概述，见，赔偿和安全研究所，“受害人参加刑事诉讼：国内适用国际犯罪起诉的实践的调查”（2015 年 9 月），可查阅：www.redress.org/downloads/1508victim-rights-report.pdf。

²⁷² 第 8 条（“缔约国应当采取适当措施，在刑事司法程序的各个阶段保护受本议定书所禁止的行为之害的儿童的权利，特别应当：……（c）按照本国法律的程序规则允许在影响到受害儿童的个人利益的程序中提出和考虑受害儿童的意见、需求和问题；”）；《儿童权利公约》，第 12 条第 2 款。

联合国打击跨国有组织犯罪公约》；²⁷³以及 2000 年《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》。²⁷⁴给予这样的灵活性使得各国可以以最适合本国制度的方式特别拟定对受害人参加诉讼的要求。

183. 《前南斯拉夫问题国际法庭最新规约》或《卢旺达问题国际法庭规约》中未涉及受害人参加诉讼问题。不过，《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》允许受害人广泛参与，受害人甚至可以作为民事方参加诉讼，²⁷⁵尽管它要求参加者满足比较严格的标准。²⁷⁶此外，这种方式反映了受法国民法制度影响的柬埔寨国家法律，该国法律允许受害人作为民事方参加刑事诉讼。²⁷⁷《国际刑事法院罗马规约》第 68 条第 3 款也涉及参加诉讼问题，其中规定：

本法院应当准许被害人在其个人利益受到影响时，在本法院认为适当的诉讼阶段提出其意见和关注供审议。被害人提出意见和关注的方式不得损害或违反被告人的权利和公平公正审判原则。在本法院认为适当的情况下，被害人的法律代理人可以依照《程序和证据规则》提出上述意见和关注。²⁷⁸

²⁷³第 25 条第 3 款（“各缔约国均应在符合其本国法律的情况下，在对犯罪的人提起的刑事诉讼的适当阶段，以不损害被告人权利的方式使被害人的意见和关切得到表达和考虑”）。

²⁷⁴第 6 条第 2 款（“各缔约国均应确保本国法律或行政制度中包括各种必要措施，以便在适当情况下向人口贩运活动被害人提供：……（b）帮助被害人，从而使其意见和关切在对犯罪的人提起的刑事诉讼的适当阶段以不损害被告方权利的方式得到表达和考虑”）。《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》对保护遭到《公约》所述行为伤害的移民规定了广泛的义务，但没有单独规定参加诉讼的权利。

²⁷⁵见《柬埔寨法院特别法庭内部规则》（（上文脚注 254），规则第 23 条（“1.向柬埔寨法院特别法庭提起民事方诉讼的目的是：（a）通过支持起诉参加对[柬埔寨法院特别法庭]管辖范围内的犯罪行为的责任人提起的刑事诉讼；以及（b）正如第 23 条之五所规定的，寻求集体道义补偿。2.可以根据目前居住地或国籍之类的标准没有任何区别地行使提起民事诉讼的权利。3.在预审阶段，民事方单独参与。在审判阶段及其后民事方应组成一个单一的综合小组，其利益由《内部规则》第 12 条之三所述民事方牵头共同律师来代表。民事方牵头共同律师由《内部规则》第 12 条之三（3）所述民事方律师提供支持。民事方牵头共同律师应为集体道义补偿提出一项单一的主张。4.民事方不能像案件中的一名普通证人一样接受询问，根据关于调查委托书的第 62 条之规定，只可以在与被指控的人或被告相同的条件下接受询问”）。

²⁷⁶同上，规则第 23 条之二（“1.为了使民事方诉讼可被受理，民事方申请人应：（a）明确自己的身份；（b）证明作为被指控的人被控罪行中至少一项的直接后果，他或她事实上遭受了可据以要求集体道义补偿的身体、物质或精神伤害。在考虑民事方的申请可否受理问题时，共同调查法官应确信该申请所依据的所称事实是真实的可能性更大”）。

²⁷⁷见共同检察官关于民事方参加临时拘留上诉的意见，2008 年 2 月 22 日，案件编号：002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 01)，柬埔寨特别法庭，预审庭，可查阅：www.eccc.gov.kh/en/documents/court/co-prosecutors-submission-civil-party-participation。

²⁷⁸另见《国际刑事法院程序和证据规则》（上文脚注 238），规则第 89-93 条和第 131（2）条；检察官诉 Thomas Lubanga 案，关于受害人参加诉讼的裁定（上文脚注 233），第 85 段（“审判分庭考虑到了向法院提起诉讼是独特的并且法院必须制定符合它应裁定的国际案件的特殊要求的审判程序”）。

184. 一位评论员指出：“在起草《罗马规约》时，很少有人会想到由于参加诉讼现象的增多，这条简短且相当模糊的规定会对法院的诉讼产生重大影响。”²⁷⁹ 2015年8月，书记官处报告说，2014年至2015年，有4 002名受害人被允许参加法院的诉讼。同一期间，法院还收到了受害人要求参加诉讼的1 669份新申请。²⁸⁰

185. 综上所述，似乎应以《联合国反腐败公约》的案文为模式，在一项关于受害人、证人和其他人的条款草案中纳入一条关于受害人参加对被指控罪犯的刑事诉讼的权利的规定（见下文拟议的条款草案第14条第2款）。

D. 对受害人的赔偿

186. 针对国家法律所述犯罪的和包含一个关于受害人和证人的条款的条约一般也涉及对受害人的赔偿问题。此种条款似乎受到1948《世界人权宣言》、²⁸¹《公

²⁷⁹Schabas, 《国际刑事法院》(上文脚注 257), 第 1062 页。Schabas 教授指出, 《国际刑事法院罗马规约》第 68 条第 3 款的措辞来自 1985 年《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(见上文脚注 239), 其第 6 条 (b) 项规定应通过下述方法, 便利司法和行政程序来满足受害人的需要: “让受害人在影响其个人利益的适当诉讼阶段出庭申诉其观点和关切事项以供考虑, 而不损及被告并符合有关国家刑事司法制度”。与此相反, 2005 年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》(见上文脚注 240) 不包含关于参加诉讼权的原则和指导方针。

²⁸⁰《国际刑事法院 2014/2015 年活动报告》(A/70/350), 第 27 段。

²⁸¹见《世界人权宣言》, 大会 1948 年 12 月 10 日第 217 A (III) 号决议, 第 8 条 (“任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时, 有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救”)。关于救济受害人的制度和体系概述, 另见 C. McCarthy, 《国际刑事法院中的补偿和受害人支助》, 剑桥大学出版社, 2012 年, 第 2 章以及 Shelton (上文脚注 242), 第 3 章。

民权利和政治权利国际公约》²⁸²以及区域人权条约中所载的关于“有效补救”权的条款的启发。²⁸³

187. 然而，针对国家法律所述犯罪的条约一般不使用“补救”一词。强调的是寻求赔偿的权利，使用的不是“赔偿”本身一词，就是“补偿”、“康复”或“复原”之类的措辞。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14条规定：

1. 每一缔约国应在其法律体制内确保酷刑受害者得到补偿，并享有获得公平和充分赔偿的强制执行权利，其中包括尽量使其完全复原。如果受害者因受酷刑而死亡，其受抚养人应有获得赔偿的权利。

2. 本条任何规定均不影响受害者或其他人根据国家法律可能获得赔偿的任何权利。

188. 虽然第14条第1款提到的是“补偿”、“赔偿”和“复原”，但禁止酷刑委员会认为第1款体现了“充分赔偿概念”。²⁸⁴据委员会称：

第14条规定的缔约国提供救济的义务有两个方面：程序性救济和实质性救济。为履程序性义务，缔约国应颁布法律并设立申诉机制、调查机关和机构，包括独立司法机构，这些机构能够裁定酷刑和虐待受害者是否有权获得救济并向其判付救济；缔约国还应确保这种机制和机构行之有效而且所

²⁸²第2条第3款（“本公约每一缔约国承担：(a) 保证任何一个被侵犯了本公约所承认的权利或自由的人，能得到有效的补救，尽管此种侵犯是以官方资格行事的人所为；(b) 保证任何要求此种补救的人能由合格的司法、行政或立法当局或由国家法律制度规定的任何其他合格当局断定其在这方面的权利；并发展司法补救的可能性；(c) 保证合格当局在准予此等补救时，确能付诸实施”）。

另见人权事务委员会，第31号一般性意见（上文脚注149），第16-17段。（“16. 第2条第3款规定，缔约国必须向其《公约》权利遭到侵犯的个人作出赔偿。如果不对那些《公约》权利遭到侵犯的个人作出赔偿，对于第2条第3款的效力有关作用的有关提供有效补救的义务就不能予以履行。除了根据第9条第5款和第14条第6款的规定作出明确赔偿之外，委员会认为，《公约》普遍涉及适当的补偿。委员会注意到，赔偿可以酌情涉及复原、康复以及以下的补偿措施：公开道歉、公开纪念、不再重犯的保障措施、对于有关的法律和惯例作出修改以及将侵犯人权的肇事者绳之以法。17. 一般来说，如果没有规定缔约国有义务根据第2条采取措施防止违反《公约》的行为再次发生，是不可能达到《公约》目的的。因此，委员会在根据《任择议定书》审议案件时通常会在其意见中指出，除了为受害者提供补救以外，还必须采取措施以避免这种侵权行为再次发生。采取这种措施可能需要对缔约国的法律或者惯例进行修改”）。

²⁸³见《欧洲人权公约》，第13条（“在依照本公约规定所享有的权利和自由受到侵犯时，任何人有权向有关国家机构请求有效的救济，即使上述侵权行为是由担任公职的人所实施的”）；以及《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣约瑟公约”》，第25条（“1. 人人都有权向主管法院或法庭要求给予单纯和迅速的援助或任何其他有效的援助，以获得保护，而不受侵犯宪法或有关国家的法律或本公约所承认的基本权利的行为的伤害，即使这种侵权行为可能是人们在执行其公务过程中所犯的。2. 各缔约国承诺：a. 保证要求这种补救的任何人均应享有经国家法律制度规定的主管当局所决定的权利；b. 发展采取司法补救的可能性；并且 c. 保证主管当局应实施这些已同意的补救”）。

²⁸⁴见禁止酷刑委员会，第3号一般性意见（见上文脚注241），第2段。

有受害者都可加以利用。在实质性方面，缔约国应确保酷刑或虐待受害者获得充分、有效救济和赔偿，包括补偿和尽量使其完全复原。²⁸⁵

189. 尤其是，应该注意到，第 14 条第 1 款规定“每一缔约国应在其法律体制内*”。这样一个短语强调缔约国有义务拥有必要的生效法律、条例、程序或机制，使得受害人能够为其所遭受的伤害对责任人要求充分且适当的救济。在履行这样一项义务时，缔约国可以《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》所述关于诉诸司法的条款为指导。²⁸⁶

190. 许多与国家法律所述犯罪有关的条约只注重作为赔偿的相关形式的“补偿”。此种条约的实例包括：《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；²⁸⁷《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》；²⁸⁸《联合国打击跨国组织犯罪公约》；²⁸⁹《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》；²⁹⁰以及《联合国反腐败公约》。²⁹¹虽然《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》强调“公平和充分赔偿”（见上文第 187 段中引用的案文），但禁止酷刑委员会强调仅有赔偿可能不足以救济酷刑或虐待的受害人。²⁹²

²⁸⁵同上，第 5 段。

* 强调部分是后加的。

²⁸⁶《……基本原则和导则》（见上文脚注 240），第 12–14 段。

²⁸⁷第 8 条第 4 款（“每一缔约国应考虑设立机制，利用从本条所指的没收所得的款项，赔偿……犯罪的被害人或其家属”）。

²⁸⁸第 9 条第 4 款（“缔约国应当确保本议定书所述罪行的所有受害儿童均有权提起适当程序，在无歧视的情况下要求应负法律责任者作出损害赔偿”）。

²⁸⁹第 25 条第 2 款（“各缔约国均应制定适当的程序，使本公约所涵盖的犯罪的被害人有机会获得赔偿和补偿”）以及第 14 条第 2 款（“根据本公约第 13 条的规定应另一缔约国请求采取行动的缔约国，应在本国法律许可的范围内，根据请求优先考虑将没收的犯罪所得或财产交还请求缔约国，以便其对犯罪被害人进行赔偿，或者将这类犯罪所得或财产归还合法所有人”）。

²⁹⁰第 6 条第 6 款（“各缔约国均应确保本国的法律制度包括各项必要措施，使人口贩运活动被害人可以就所受损害获得赔偿”）。

²⁹¹第 35 条（“各缔约国均应当根据本国法律的原则采取必要的措施，确保因腐败行为而受到损害的实体或者人员有权为获得赔偿而对该损害的责任者提起法律程序”）。

²⁹²见第 3 号一般性意见（上文脚注 241），第 9 段；另见 *Kepa Urra Guridi* 诉西班牙案，第 212/2002 号来文，禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第 44 号》(A/60/44)，附件八.A，第 6.8 段（“《公约》第 14 条不仅承认公平和充分补偿权，而且还规定各国有一项义务确保对酷刑行为受害人的补偿。委员会认为，补偿应涵盖受害人所遭受的一切损害，除其他措施外包括受害人的恢复原状、补偿和康复，以及保障不重犯的措施，同时始终考虑到个案情况”）。

191. 《前南斯拉夫问题国际法庭最新规约》和《卢旺达问题国际法庭规约》含有专门针对财产恢复原状的可能性²⁹³而不是补偿或其他形式的赔偿的条款。不过，在设立其他国际刑事法院和法庭时，似乎认识到，只注重恢复原状是不合适的（而是使用更笼统的措辞“赔偿”而且在大规模暴行的背景下对每位受害人确立个人赔偿权可能成问题。因此，考虑了赔偿个别受害人或集体赔偿的可能性。²⁹⁴例如，《国际刑事法院程序和证据规则》规定根据《国际刑事法院罗马规约》第 75 条对受害人进行赔偿，²⁹⁵考虑到任何损害、损失和损伤的范围和程度，“本法院可以裁定作出个别赔偿，或在本院认为适当的情况下，裁定作出集体或个别与集体赔偿”。²⁹⁶在红色高棉统治下的柬埔寨发生的暴行的背景下，根据《柬埔寨法院特别法庭内部规则》只考虑“集体道义赔偿”。²⁹⁷

192. 也许在委员会 2001 年关于国家对国际不法行为的责任的条款²⁹⁸以及大会 2005 年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》的影响下，²⁹⁹《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》使用了广义术语“补救”，但列出了补救形式清单。第 24 条第 4 款和第 5 款规定：

4. 各缔约国应在其法律制度范围内，确保强迫失踪的受害人有权取得补救，和及时、公正和充分的赔偿。

²⁹³见《前南斯拉夫问题国际法庭最新规约》，第 24 条第 3 款（“除了监禁，审判庭可以下令将通过犯罪行为获得的任何财产和收入返还给其合法所有者”）（上文脚注 252）；以及《卢旺达问题国际刑事法庭规约》（上文脚注 253），第 23 条第 3 款（措辞相同）。

²⁹⁴见《……基本原则和导则》（上文脚注 240），第 13 段（“除了个人可寻求司法救助外，国家还应当努力制定相应程序，酌情允许受害人群体提出赔偿请求并获得赔偿”）；以及国际法协会，对武装冲突受害人的赔偿，《海牙会议报告》（2010 年），第 6 条评注第（2）段（“对集体赔偿概念的探讨不如个人赔偿权那么充分。不过，有一些发展动态表明国际法认可集体赔偿。……集体赔偿还得到了《国际刑事法院程序和证据规则》的支持”）（可查阅：www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018）。

²⁹⁵第 75 条（“1. 本法院应当制定赔偿被害人或赔偿被害人方面的原则。赔偿包括归还、补偿和恢复原状。在此基础上，本法院可以应请求，或在特殊情况下自行决定，在裁判中确定被害人或被害人方面所受的损害、损失和伤害的范围和程度，并说明其所依据的原则。2. 本法院可以直接向被定罪人发布命令，具体列明应向被害人或向被害人方面作出的适当赔偿，包括归还、补偿和恢复原状。本法院可以酌情命令向第 79 条所规定的信托基金交付判定的赔偿金”。在检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案中，上诉庭考虑了对赔偿适用的原则和程序，案件编号：IC C-01/04-01/06-3129，[2015 年 3 月 3 日]关于对 2012 年 8 月 7 日“确定对赔偿适用的原则和程序的决定”提起的上诉的判决，国际刑事法院上诉庭。

²⁹⁶《国际刑事法院程序和证据规则》（见上文脚注 238），规则第 97 条第 1 分则；一般见 McCarthy（见上文脚注 281）。

²⁹⁷《柬埔寨法院特别法庭内部规则》（见上文脚注 254），规则第 23 条和第 23 条之五。

²⁹⁸见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分）及更正，第 26 页，第 76 段。

²⁹⁹《……基本原则和导则》（见上文脚注 240），第 15 段和第 18–23 段。

5. 本条第 4 款中所指的获得补救的权利，包括对物质和精神伤害的赔偿，以及视情况而定，其他形式的补救，如：

- (a) 复原；
- (b) 康复；
- (c) 平反，包括恢复尊严和名誉；
- (d) 保证不再重演。

193. 所有传统类别的赔偿似乎在实施危害人类罪之后可能都相关。³⁰⁰复原，或者恢复原状，可能是一种合适的赔偿形式，包括受害人能够重返家园、归还动产或重建基础设施。补偿可能对于物质和精神损害是合适的。可能需要在某些情况下针对大量人员的康复方案，例如医治、提供假肢、创伤治疗以及重建公共或私人建筑物，包括学校、医院和宗教礼拜场所。平反可能也是一种合适的赔偿形式，例如发表道歉或悔过声明。同样，对危害人类罪的赔偿可能包含保证或保障不重犯。

194. 此外，虽然针对每位受害人进行赔偿可能是必要的，例如通过利用国内法院的常规民事索赔程序或者通过一个特别指定的大规模索赔程序，³⁰¹但在某些情况下只有集体赔偿形式可能是可行或可取的，例如建造纪念馆或重建学校、医院、诊所以及礼拜场所。在其他一些情况下，将个别赔偿与集体赔偿相结合可能是合适的。

195. 因此，似乎应以《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的案文为基础，在一项条款草案中涉及对受害人的赔偿，同时应在此种赔偿应采取的具体性质和形式方面提供灵活性（见下文拟议的条款草案第 14 条第 3 款）。

³⁰⁰ 寻求真相、正义、赔偿和保证不再发生问题特别报告员强调了为大规模侵权行为的受害人采取“协同组织的一系列广泛的措施”的重要性，对含物质性和象征性措施的方案与向个人或集体分配惠益的方案作了区分。（《寻求真相、正义、赔偿和保证不再发生问题特别报告员的报告》，（A/69/518），第 85 段）。

³⁰¹ 例如，见 M. Frigessi di Rattalma 和 T. Treves（编辑），《联合国赔偿委员会：手册》海牙，Kluwer 法律国际，1999 年；H. van Houtte，“战后社会集体财产理赔：波斯尼亚和黑塞哥维那不动产理赔委员会”，常设仲裁法院国际事务局（编辑），《集体财产理赔制度的体制和程序方面》海牙，Kluwer 法国际，2000 年，第 23-42 页；常设仲裁法院国际事务局（编辑），《通过集体索赔程序纠正不公正：以创新方式应对独特的挑战》（牛津大学出版社，2006 年）；H. M. Holtzmann 和 E. Kristjánsson，《国际集体索赔程序：法律和实务视角》，牛津大学出版社，2007 年；H. van Houtte、B. Delmartino 和 I. Yi 等，《战后依据国际法恢复产权，第一卷：机构特点和实务法》，（剑桥大学出版社，2008 年）；H. Dans 和 H. van Houtte，《战后依据国际法恢复产权，第二卷：程序方面》，剑桥大学出版社，2008 年；C. R. Payne 和 P. H. Sand（编辑），《海湾战争赔偿和联合国赔偿委员会：环境赔偿责任》，牛津大学出版社，2011 年；R. P. Alford，“理赔法庭”，C. Giorgetti（编辑），《国际法院和法庭的规则、实践和判例》，莱顿，马蒂努斯·尼伊霍夫出版社，2012 年，第 575-590 页；S. D. Murphy、W. Kidane 和 T. R. Snider，《起诉战争：集体民事伤害与厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会》，牛津大学出版社，2013 年。

E. 条款草案第 14 条：受害人、证人及其他人

196. 基于上述考虑，提出了以下条款草案：

条款草案第 14 条：受害人、证人和其他人

1. 各国应采取必要措施确保：

(a) 凡指称有人遭受危害人类罪侵害的人，有权向主管机关报告案情；以及

(b) 应保护举报人、证人、其亲属及代理人，以及参与调查、起诉、引渡或本条款草案范围内其他程序的人，避免其因举报或提供任何情报、证词或其他证据而受到虐待或恐吓。这些措施应不影响条款草案第 10 条所述被指控的罪犯的权利。

2. 各缔约国均应当在不违背国家法律的情况下，在对被指控罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不损害条款草案第 10 条所述权利的方式使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。

3. 各国应采取必要措施，在其法律制度中确保危害人类罪的受害人有权在个人或集体基础上获得赔偿，赔偿包括以下形式中的一种或多种：恢复原状；补偿；康复；平反；保证不重犯。

第五章 与主管国际刑事法庭的关系

A. 潜在冲突

197. 第六委员会的一些国家在审议委员会关于本专题的工作时强调，关于危害人类罪的条款草案应避免与国家在主管国际刑事法庭方面的权利或义务发生任何冲突，³⁰²许多国家专门提及需要避免与《国际刑事法院罗马规约》发生任何冲突。

³⁰³

198. 铭记这一点，拟定条款草案时避免了任何此类冲突。³⁰⁴例如，条款草案第9条允许一国通过向“主管国际刑事法庭”移交来履行其引渡或起诉义务，这么做，

³⁰²例如，见奥地利，《大会正式记录，第七十届会议，第六委员会，第20次会议》(A/C.6/70/SR.20)，第30段(“如果最终的条款草案明确体现了[条款草案与国际或混合刑事法院基本文书之间的]法律关系，将是有益的”)；德国，同上，《第22次会议》(A/C.6/70/SR.22)，第15段(“为确保获得成功，该项目必须符合国际刑事法的现行规则和惯例”)；匈牙利，同上，《第21次会议》(A/C.6/70/SR.21)，第83段(“认识到需要避免与该领域其他现行法律制度发生冲突”)；印度，同上，第65段(“考虑到现行法律制度和机制，委员会需要进行深入研究和彻底讨论。拟议义务不应与现有条约义务发生冲突，也不应重复现有制度”)；意大利，同上，《第17次会议》(A/C.6/70/SR.17)，第58段(“[意大利]同意委员会的观点，条款草案应避免与国际或‘混合’刑事法院和法庭基本文书下所产生的国家义务发生任何冲突”)；日本，同上，《第22次会议》(A/C.6/70/SR.22)，第130段(“当前的工作应避免与国际法院和法庭基本文书规定的国家义务发生任何冲突”)；马来西亚，同上，《第23次会议》(A/C.6/70/SR.23)，第47段(“应以这样一种方式来起草关于危害人类罪的公约草案，以确保任何的进一步工作补充现有制度，而不是重复现有制度”)；墨西哥，同上，《第21次会议》(A/C.6/70/SR.21)，第51段(“委员会关于该主题的工作应是对相关现有文书的补充”)；葡萄牙，同上，《第22次会议》(A/C.6/70/SR.22)，第61段(“应审慎处理该主题，考虑到关于危害人类罪的现有法律框架。重要的是，要避免与已实施的制度发生冲突”)；以及大韩民国，同上，《第23次会议》(A/C.6/70/SR.23)，第56段(“在起草关于危害人类罪的公约时，应详细审查现有条约中的相关条款以及这些条款之间的关系，避免与其他条约制度发生冲突”)。

³⁰³例如，见荷兰，同上，《第21次会议》(A/C.6/70/SR.20)，第42段(“提及关于危害人类罪的条款草案与《国际刑事法院罗马规约》之间的关系也具有现实意义……《规约》的缔约国有义务在各自国内法律制度中执行规约条款，包括关于危害人类罪的条款。关于该主题的任何后续文书应基于现有的做法”)；斯洛文尼亚，同上，《第23次会议》(A/C.6/70/SR.23)，第4段(“关于危害人类罪的任何新公约必须符合[《国际刑事法院罗马规约》]的规定，并对[《规约》]的规定予以补充”)；联合王国，同上，第36段(“任何其他制度必须是[《国际刑事法院罗马规约》]的补充，而不是与[《罗马规约》]对抗”)；西班牙，同上，《第六十九届会议，第21次会议》(A/C.6/69/SR.21)，第42段(“有必要仔细审议……[公约草案]与[《国际刑事法院罗马规约》]和国际刑事法院之间的确切关系”)；特立尼达和多巴哥，同上，《第26次会议》(A/C.6/69/SR.26)，第118段(“该项目不应减损[《国际刑事法院罗马规约》]，而应该补充[《罗马规约》]”)；以及联合王国，同上，《第19次会议》(A/C.6/69/SR.19)，第160段(“重要的是，国际刑事法院在该领域的工作不应受到影响”)。

³⁰⁴当然，成立了各类法庭来处理性质严重的国际犯罪，有专门根据国际法成立的法庭，有结合国际法和国内法成立的法庭(有时被称为“混合法庭”)，以及专门根据国内法成立的法庭。某一法庭是否是“国际刑事法庭”，取决于该法庭是怎样构成的。此外，与任何特定法庭有关的国家的义务也各不相同。例如，联合国与塞拉利昂成立塞拉利昂问题特别法庭的协议未对其他国

在一国有移交义务的情况下，不会与条款草案第 9 条发生任何冲突。此外，条款草案通常被用来促进与主管国际刑事法庭的基本文书保持一致，例如，为此在条款草案第 3 条中使用《国际刑事法院罗马规约》所载的“危害人类罪”定义。

199. 因此，条款草案中阐述的国家权利或义务与主管国际刑事法庭方面的国家权利和义务之间似乎没有任何冲突。虽然如此，明确提及可能会引起冲突的不可预见情况似乎非常重要。否则，如果按照条款草案通过公约，公约规定的国家权利或义务与设立国际刑事法庭的条约规定的权利或义务之间的冲突，可能取决于哪个文书的制定时间更近。³⁰⁵

200. 试图解决潜在冲突的条款实例很多，都是用一条约下的权利或义务来取代另一个条约下的权利或义务。《联合国宪章》第一百零三条规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”《马拉喀什建立世界贸易组织协定》规定：“当本协议的规定与《多边贸易协议》的规定发生冲突时，应以本协议的规定为准”（第十六条第 3 款）。根据这些实例，又根据条款草案第 9 条提及“主管国际刑事法庭”，本条款草案的一种可能的提法是：“当一国在本条款草案之下的权利或义务与其在主管国际刑事法庭基本文书之下的权利或义务发生冲突时，应以后者为准。”

201. 还审议了是否有必要在本条款草案中纳入关于与其他国际法或国家律法或文书有关的任何冲突的更广泛规定。一般情况下，涉及国家法律中的犯罪的条约以及人权条约不提及与其他权利或义务来源发生冲突的广泛可能性。因此，大多数条约是逐条起草的，以考虑到任何此类冲突，并通过 1969 年《维也纳条约法公约》（下称 1969 年《维也纳公约》）所载的条约法和习惯国际法或涉及冲突的国际法其他规则来解决任何其他可能的冲突。³⁰⁶

202. 虽然如此，一些条约的确载有以广泛形式规定了条约和其他规则之间的冲突可能性的条款。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》载有关于酷刑、引渡或驱逐的其他条约和国家法律方面的“不妨碍”条款。具体来说，《公约》第 16 条第 2 款规定：“本公约各项规定不妨碍任何其他国际文书或国家法律中关于禁止残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚、或有关引渡

家施加与该法庭合作的明确义务。见《塞拉利昂问题特别法庭规约》（上文脚注 255）；以及联合国安全理事会 2000 年 8 月 14 日第 1315（2000）号决议（请秘书长与塞拉利昂政府谈判达成一项协议以设立该特别法庭）。

³⁰⁵1969 年《维也纳公约》，第 30 条。

³⁰⁶见《2006 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第十二章，“国际法不成体系的问题：国际法的多样性和扩充引起的困难”。

或驱逐的规定。”虽然此类条款提及了国际法和国内法，但它未明确提及此类法律提供的保护低于《公约》所载保护的情况。³⁰⁷

203. 其他一些条约仅仅关注条约与国际法之间的关系，声称条约的任何内容“不应影响国家在国际法之下的其他权利、义务和责任”。因此，《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第 19 条第 1 款规定：“本公约的任何规定均不影响国际法特别是《联合国宪章》的宗旨和原则与国际人道主义法规定的国家和个人其他权利、义务和责任。”《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 21 条同样规定：“本公约毫不影响国家和个人按国际法，特别是《联合国宪章》、国际人道主义法和其他有关公约所应享的其他权利、应尽的其他义务和应负的其他责任。”此类条款同样未明确提及其他文书提供的保护低于相关公约所载保护的情况。

204. 与此相反，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》明确提及国际或国家法提供的保护低于《公约》所载保护的情况。该公约第 37 条指出：“本公约的任何内容均不影响对保护所有人不遭受强迫失踪更有利的规定，包括以下法律中的规定：(a) 缔约国的法律；(b) 对该国有效的国际法。”因此，当其他国际法或国家法律较不利于保护所有人不遭受强迫失踪时，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》应居优先。

205. 可以将提及潜在冲突的此类广泛规定纳入本条款草案中，但是，这些条款草案是经过精心制定的，所以一般情况下应优先于有冲突的国家法律，特定条款草案中另有明确说明的除外。例如，条款草案第 3 条载有危害人类罪定义，其第 4 款规定，本条款草案不妨碍“任何国际文书或国家法律”规定的任何更广泛的定义，草案第 5 条第 7 款规定，“在不违反本国法律规定的情况下，*各国应视情况采取措施以规定法人的责任。”条款草案第 6 条第 3 款规定：“本条款草案不排斥一国行使根据其国内法制定的任何刑事管辖权*。”条款草案第 8 条第 1 款规定：“应按照国家法律的规定执行拘留和法律措施，*只有在有必要开始任何刑事、引渡或移交程序时才会延续。”条款草案第 9 条规定，国家当局应决定是否以“与该法律规定的其他严重性质犯罪情况相同的方式”进行起诉。条款草案第 10 条第 1 款规定“根据适用的国内法和国际法”充分保护被指控罪犯的权利，第 3 款规定，如果东道国的法律和规章能够使领事探视权充分生效，“应根据这些法

³⁰⁷据 Nowak 和 McArthur 称，“第 16 (2) 条明确规定，本公约的条款不影响国家法律或国际法中与残忍、不人道或有辱人格的待遇有关的任何更广泛的保护机制。因此，只要其他国际文书或国家法律规定了针对个人的更好保护，他们就有权从中受益；但是，其他国际文书或国家法律决不能限制个人享有本公约之下的保护。适用第 16 (2) 条中的保留条款的典型例子源自[《欧洲人权公约》]第 3 条和[《公民权利和政治权利公约》]第 7 条的不驱回原则，根据相关条约机构的判例，不仅适用于可能遭受酷刑危险（见《欧洲人权公约》第 3 条），也适用于可能遭受残忍、不人道和有辱人格的待遇的危险”（Nowak 和 McArthur（见上文脚注 67），第 575 页，第 78 段）。

* 强调部分是后加的。

律和规章行使”领事探视权。虽然委员会尚未进行审议，但本报告拟议的一些条款也寻求调节本条款草案与其他法律渊源之间的关系，例如拟议的关于引渡的条款草案第 11 条，拟议的关于司法协助的条款草案第 13 条和拟议的关于受害人、证人及其他人的条款草案第 14 条。

206. 在制定关于潜在冲突的广泛规定时，一个难点是，当条款草案与国内法发生冲突时，它可能会无意地损害本条款草案。例如，一项条款允许在国家法律更有利于保护民众免遭危害人类罪时执行国家法律，可能被视为允许一国违反条款草案第 10 条之下给予被指控罪犯的保护。因此，鉴于本条款草案已关注解决特定问题背景下的可能冲突，本报告不建议制定更广泛的规定。

B. 条款草案第 15 条：与主管国际刑事法庭的关系

207. 基于这些考虑因素，特别报告员提出了下述条款草案：

条款草案第 15 条：与主管国际刑事法庭的关系

当一国在本条款草案之下的权利或义务与其在主管国际刑事法庭基本文书之下的权利或义务发生冲突时，应以后者为准。

第六章 联邦国家义务

A. 概述

208. 1969年《维也纳公约》第29条规定：“除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土。”³⁰⁸因此，在通常情况下，条约的约束力及于该国全部领土，包括予以一国组成部分高度自治权的“联邦”制国家。³⁰⁹然而，在签订或批准条约时，通过保留或声明，条约本身或各国可以表述“不同意义”。³¹⁰当发生后一种情况时，其他国家可以通过接受或拒绝这种保留或声明来作出回应。³¹¹为应对这种情况，涉及刑事管辖权等具体事项的条约有时寻求规定条约对不同级别的国家管辖权的范围和适用。³¹²

209. 各项条约用不同方式寻求解决联邦国家义务的问题。³¹³有的条约“纳入‘领土条款’，规定该条约适用于一国的一些联邦以下一级领土单位但不适用于另一些单位”，或“纳入‘联邦国家条款’，将条约义务的范围限定于联邦国家政府承担

³⁰⁸有关评注，见 O. Dörr 和 K. Schmalenbach（编辑），《维也纳条约法公约：评注》（柏林：斯普林格出版社，2012年），第489-503页；O. Corten 和 P. Klein（编辑），《维也纳条约法公约：评注》，牛津大学出版社，2011年；M. E. Villiger，《1969年维也纳条约法公约评注》，莱顿，马蒂斯·尼伊霍夫出版社，第389-394页。

³⁰⁹见 D. B. Hollis 编辑，《牛津条约指南》，牛津大学出版社，2012年，第314页；以及 Dörr 和 Schmalenbach（上文脚注），第493页；另见《1966年……年鉴》，第二卷（A/CN.4/SER.A/1966/Add.1），第213页，第25条评注第（4）段（“一国政府建议，应在该条款中增加第二款，专门规定由不同自治部分组成的国家应有权声明条约适用于该国哪个组成部分。根据此提议，该声明不被视为保留，而是将认可限定于该国的某些部分。委员会的意见是，虽然制定了这一条款，但其引起的问题会和将解决的问题一样多。委员会还认为，目前拟议文本中‘除非条约出现或另外规定不同目的’为规则提供了必要的灵活性，以涵盖与条约适用于领土有关的所有合法要求”）。

³¹⁰Dörr 和 Schmalenbach（见上文脚注308），第493页；另见 A. Aust，《现代条约法和惯例》，第3版，剑桥大学出版社，2013年，第189页（指出“仅在近四十年左右……联邦寻求利用保留来处理其参与条约的问题”）。

³¹¹见 Hollis（见上文脚注309），第719页（“重要的是要认识到，当条约既禁止也不允许根据联邦制度进行调整时，一些联邦国家会作出保留，将其义务限定在联邦政府承担合法管辖权的地区。其他国家有时候反对这种保留”）。秘书长关于联邦条款的惯例是：“将领土适用的声明与根据主题属于组成国家、省或其他领土单位的立法管辖权之内的条约中的‘联邦条款’作出的声明区别对待”（联合国，《秘书长作为多边条约保存人的实务提要》（联合国出版物，出售品号：E/F.94.V.15，ST/LEG/7/Rev.1号文件），第272段）。当根据联邦条款作出声明时，秘书长“依职权传播和记录此类声明”（同上）。

³¹²Dörr 和 Schmalenbach（见上文脚注308），第492-493页。

³¹³Hollis（见上文脚注309），第719页（指出各国可以选择纳入“以下条款：（a）允许有限制地排除针对联邦国家的条约义务；（b）区分联邦和非联邦国家的执行工作；（c）将条约义务限制在‘国家’一级；或（d）拒绝针对联邦国家的任何建议”）关于每一类条款的实例，见同上，第720-723页。

宪法权力的地区。”³¹⁴例如,《1980年联合国国际货物销售合同公约》载有“领土条款”,该条规定:“如果缔约国具有两个或两个以上的领土单位,而依照该国宪法规定,各领土单位对本公约所规定的事项适用不同的法律制度,则该国得在签字、批准、接受、核准或加入时声明本公约适用于该国全部领土单位或仅适用于其中的一个或数个领土单位,并且可以随时提出另一声明来修改其所做的声明”(第93条第1款)。虽然领土条款“大多数情况下限于关于商业法、私法或国际私法的条约,”³¹⁵但联邦国家的条款用于一系列条约。然而,近年来使用联邦国家条款的积极性变低,特别是在人权义务的背景下,区分国家内部的义务被视为是不恰当的。³¹⁶实际上,“‘联邦条款’引发的严重复杂性可能对针对它逐渐产生的不信任负有责任。”³¹⁷

210. 因此,一些条约中的条款明确拒绝任何针对联邦国家的调整。³¹⁸例如,《公民权利和政治权利国际公约》第50条规定:“本公约的规定应扩及联邦国家的所有部分,无任何限制或例外。”³¹⁹《1989年旨在废除死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》第9条载有相同的规定。³²⁰同样,《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第41条规定:“各项规定……适用于联邦国家的全部领土,无任何限制或例外。”

B. 条款草案第16条:联邦国家的义务

211. 基于这些考虑因素,特别报告员提出下述条款草案:

条款草案第16条:联邦国家的义务

本条款草案的规定应适用于联邦国家的全部领土,无任何限制或例外。

³¹⁴Hollis (见上文脚注309),第719页;另见R. B. Loooper,“多边文书中的联邦国家条款”,《英国国际法年鉴1995-6》,第32卷(1957年),第162-203页,第164页(“‘联邦国家’条款是使多边条约义务在一开始便具备资格的方法。这种条款是考虑到特定的宪法结构予以联邦国家的让步。当然,让步的主要影响是造成国际文书的联邦和单一签署国之间的义务不平等”)。

³¹⁵Aust (见上文脚注310),第188页。

³¹⁶例如,见Hollis (上文脚注309),第316页(“近年来,对联邦条款的积极性似乎降低,特别是对于旨在建立普遍最低标准的人权条约”)。

³¹⁷Corten 和 Klein (见上文脚注308),第745页,第41段。

³¹⁸Hollis (见上文脚注309),第316页。

³¹⁹该公约有168个缔约国,包括一些联邦制国家(澳大利亚、加拿大、德国、瑞士和美利坚合众国)。分析见M. Nowak《联合国关于公民权利和政治权利的公约:公民权利和政治权利国际公约评注》,第2版,德国凯尔,N.P. Engel,2005年,第809页(指出,“‘本公约的规定应扩及联邦国家的所有部分,无任何限制和例外’的明确规则仅用于在适用国际法的任何情况下没有联邦条款时作出明确说明”)。

³²⁰第9条。(“本议定书的规定应扩及联邦国家的所有部分,无任何限制和例外”)。《旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》有84个缔约国,包括一些联邦制国家(澳大利亚、加拿大、德国和瑞士)。

第七章 监测机制和争端解决

212. 当本条款草案被用作公约的基础时，应审议用于监测一国执行或遵守公约情况的一个或多个机制的重要性。

213. 本章的目的是分析危害人类罪方面的现有监测机制，各国可考虑的针对一项公约的补充监测机制以及国家间争端解决问题。

A. 现有监测机制

214. 当前有许多机制用来监测潜在的危害人类罪情况，只能简单地进行调查。在联合国系统中，安全理事会、大会和秘书处定期查明和应对潜在的危害人类罪。包括人权理事会和防止灭绝种族罪行特别顾问办公室在内的联合国附属机构或办事处也监测涉及危害人类罪的情况。人权文书设立的条约机构也处理与本机构任务授权有关的危害人类罪。最后，国际法庭和区域法庭帮助查明和处理危害人类罪。

215. 根据《联合国宪章》第三十九条，安全理事会负责确定是否存在和平威胁、破坏和平或侵略行为，并提出建议和作出决定，采取措施以维护或恢复国际和平与安全。因此，危害人类罪的情况属于安理会的任务授权。安全理事会可以从多个来源收到关于潜在危害人类罪的信息，这些来源包括国家³²¹、国家集团³²²和秘书长³²³的来信以及国际刑事法院检察官³²⁴的报告。根据这些信息，安全理事会可

³²¹例如，见 1994 年 1 月 14 日波斯尼亚和黑塞哥维那常驻联合国代表给安全理事会主席的信（S/1994/45，附件）（呈交了图兹拉市市长报告该市危害人类罪情况的信）；1994 年 4 月 15 日土耳其常驻联合国代表给安全理事会主席的信（S/1994/453）（向安全理事会通报，波斯尼亚戈拉日代安全区正在沦为持续的危害人类罪运动的一部分）；1997 年 1 月 30 日阿富汗常驻联合国代表给安全理事会主席的信（S/1997/96，附件）（报告塔利班在阿富汗大规模驱逐塔吉克族人，并声明该国强烈认为这种行为是危害人类罪）；1999 年 1 月 16 日阿尔巴尼亚常驻联合国代表给安全理事会主席的信（S/1999/50*）（呼吁安全理事会对科索沃发生的危害人类罪立即采取行动）；以及 2003 年 1 月 16 日刚果民主共和国常驻联合国代表给安全理事会主席的信（S/2003/52）（报告刚果民主共和国发生的大规模强奸和其他暴行，并呼吁安全理事会采取行动惩罚对危害人类罪负有责任的人）。

³²²例如，见 1999 年 1 月 26 日卡塔尔常驻联合国代表团临时代办给安全理事会主席的信（S/1999/76*）（联合国伊斯兰集团谴责在科索沃犯下的危害人类罪的声明）。

³²³例如，见 1994 年 5 月 24 日秘书长给安全理事会主席的信（S/1994/674），第 72-86 段（传递前南斯拉夫境内犯罪问题调查委员会的调查结果，具体查明了所发生的构成危害人类罪的行为）；以及 2014 年 12 月 19 日秘书长给安全理事会主席的信（S/2014/928）（传递中非共和国调查委员会的调查结果，总结了发生的危害人类罪）。

³²⁴例如，见国际刑事法院，国际刑事法院检察官根据联合国安全理事会第 1593（2005）号决议提交安理会的第十六次报告，可查阅：http://iccforum.com/media/background/general/2012-12_ICC_OTP-16th_Report_of_Prosecutor_to_UNSC.pdf（指出检察官办公室正在继续监测达尔富尔发生的、可能成为持续危害人类罪一部分的被指控攻击平民行为）。

通过决议，³²⁵呼吁秘书处³²⁶成立调查委员会或以安理会所有 15 个理事国的名义发布主席声明。³²⁷

216. 大会也查明了潜在的危害人类罪情况并呼吁各国作出响应。根据《联合国宪章》第十条，大会可在《联合国宪章》的范围内讨论任何问题或事项，其中一项是维护国际和平与安全（第一条）。与安全理事会相同，当提请大会注意关于危害人类罪的信息时，大会可作出响应，通过决议³²⁸或呼吁秘书处管理调查委员会。

217. 秘书处与其他联合国机关共同监测危害人类罪，应安全理事会、大会和人权理事会等附属机构的要求管理调查委员会。在完成调查后，秘书处向要求开展调查的机构报告调查结果。³²⁹秘书处也可以监测安全理事会³³⁰和大会决议³³¹的执行情况。此外，秘书长可提请安全理事会注意可能威胁国际和平与安全的任何事项，包括潜在的危害人类罪情况。³³²

³²⁵例如，见安全理事会 1984 年 10 月 23 日第 556 号决议（谴责南非的种族隔离制度，并承认该制度具有危害人类罪的特征）；安全理事会 2011 年 2 月 26 日第 1970 号决议（认为利比亚针对平民的广泛袭击可能构成危害人类罪）；安全理事会 2011 年 3 月 30 日第 1975 号决议（认为在科特迪瓦境内犯下的罪行可能构成危害人类罪）；安全理事会 2014 年 7 月 14 日第 2165 号决议（对不分青红皂白地攻击叙利亚居民区表示极为震惊，并指出这种行为可能构成危害人类罪）；安全理事会 2014 年 11 月 25 日第 2187 号决议（对有合理理由认为在南苏丹境内犯下危害人类罪行表示严重关切）；以及安全理事会 2015 年 4 月 28 日第 2217 号决议（指出中非共和国境内的暴力行为可能构成危害人类罪）。

³²⁶例如，见安全理事会 2013 年 12 月 5 日第 2127 号决议（呼吁成立中非共和国调查委员会）。

³²⁷例如，见 2014 年 11 月 5 日安全理事会主席的声明（S/PRST/2014/22）（呼吁大湖地区既不庇护也不保护被指控侵犯人权特别是犯下危害人类罪的任何一类人）；2015 年 6 月 11 日安全理事会主席的声明（S/PRST/2015/12）（重申安全理事会谴责上帝抵抗军在中非共和国境内发动的攻击，包括可能构成危害人类罪的行为）；2015 年 11 月 9 日安全理事会主席的声明（S/PRST/2015/20）（敦促刚果民主共和国政府继续努力，将侵犯人权的犯罪者绳之以法，特别是可能构成危害人类罪的人）。

³²⁸例如，大会 1993 年 12 月 20 日第 48/143 号决议（谴责前南斯拉夫境内的性暴力，并申明犯下危害人类罪的人须为这些罪行负个人责任）；大会 1999 年 2 月 9 日第 53/156 号决议（强烈谴责 1994 年卢旺达境内犯下的种族灭绝罪和危害人类罪）；大会 2012 年 8 月 3 日第 66/253/B 号决议（回顾联合国人权事务高级专员指出叙利亚境内的暴力行为可能构成危害人类罪）；大会 2013 年 5 月 15 日第 67/262 号决议（回顾有发言称叙利亚可能发生危害人类罪，并对可能构成危害人类罪的基于性别的暴力行为事件表示关切）。

³²⁹例如，1994 年 10 月 1 日秘书长给安全理事会主席的信（S/1994/1125）（向安全理事会提供卢旺达问题专家调查委员会得出的结论的最新情况，结论是武装冲突双方有个别人员在卢旺达犯下危害人类罪）。

³³⁰例如，见秘书长关于安全理事会第 2139（2014）号决议执行情况的报告（S/2014/208）（发现叙利亚境内犯下了危害人类罪）。另见安全理事会 2014 年 2 月 22 日第 2139 号决议。

³³¹例如，见《前南斯拉夫境内武装冲突地区中妇女遭到的强奸和凌辱》，1996 年 12 月 12 日秘书长关于大会第 51/115 号决议执行情况的报告（A/52/497）。

³³²见《联合国宪章》第九十九条。

218. 特别是，设在秘书处内的防止灭绝种族罪行特别顾问办公室负责收集关于大规模和严重侵犯人权和人道主义法行为的信息。该办公室作为秘书长的预警系统行事，安全理事会通过秘书长处理可能导致种族灭绝的状况。³³³特别顾问办公室通常在联合国系统内部收集关于潜在暴行的信息，并利用该办公室的暴行罪分析框架³³⁴查明关切状况，该框架专门用于查明灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪。特别顾问随后利用这些信息向安全理事会发布声明³³⁵和通报情况。³³⁶

219. 联合国附属机构也监测危害人类罪的发生。例如，人权理事会通常收到来自非政府组织³³⁷或特别报告员³³⁸的信息，涉及查明潜在的危害人类罪。人权理事会可以通过成立调查委员会、³³⁹命令人权事务高级专员办事处针对某一状况开展调查³⁴⁰或通过决议，³⁴¹对这些报告作出回应。此外，人权理事会通过普遍定期审议评估所有联合国会员国的人权记录。³⁴²

³³³见 2004 年 7 月 12 日秘书长给安全理事会主席的信 (S/2004/567)。

³³⁴联合国，《暴行罪分析框架：预防工具》(2014 年)，可查阅：www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/framework%20of%20analysis%20for%20atrocities%20crimes_en.pdf。

³³⁵例如，见联合国新闻稿，《秘书长防止灭绝种族罪行特别顾问阿达马·迪昂和秘书长保护责任问题特别顾问詹妮弗·威尔士关于叙利亚雅穆克局势的声明》，2015 年 4 月 9 日，可查阅：www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/9%20April%202015_%20Special%20Advisers'%20statement%20on%20the%20situation%20in%20Yarmouk%20-%20（指出叙利亚冲突各方据称犯下严重侵犯和滥用人权行为，可能构成危害人类罪）。另见联合国新闻稿，《秘书长防止灭绝种族罪行特别顾问阿达马·迪昂和秘书长保护责任问题特别顾问詹妮弗·威尔士关于也门局势的声明》，2016 年 2 月 16 日，可查阅：www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/2016-02-16%20OSAPG%20Statement%20on%20Yemen%20final.pdf（“收集到的证据表明，其中一些行为可能构成战争罪和危害人类罪”）。

³³⁶例如，见副秘书长/防止灭绝种族罪行特别顾问阿达马·迪昂先生在安全理事会关于中非共和国境内社区间对话和防止犯罪的阿里亚办法的会议上的发言，2014 年 3 月 14 日（“这种基于宗教或种族的普遍和系统性针对平民的行为显示出犯下了危害人类罪”）。

³³⁷例如，见《具有全面咨商地位的非政府组织世界公民参与联盟，列入名册的非政府组织阿拉伯非政府组织发展网络提交的联合书面陈述》(A/HRC/S-15/NGO/1)（敦促人权理事会呼吁安全理事会设立利比亚境内潜在危害人类罪调查委员会）；以及《具有专门咨商地位的非政府组织大赦国际提交的书面陈述》(A/HRC/S-19/NGO/2)（呼吁人权理事会对叙利亚境内发生的危害人类罪和侵犯人权行为采取强硬立场，包括建议安全理事会将此状况移送国际刑事法院处理）。

³³⁸例如，见《朝鲜民主主义人民共和国人权状况特别报告员的报告》(A/HRC/31/70)（得出的结论认为朝鲜民主主义人民共和国境内继续发生危害人类罪，并强调需要有危害人类罪的问责措施框架）。

³³⁹例如，见人权理事会 2013 年 3 月 21 日第 22/13 号决议，《朝鲜民主主义共和国人权状况》(A/HRC/RES/22/13)（设立朝鲜民主主义人民共和国境内潜在侵犯人权行为和危害人类罪调查委员会）；人权理事会 2011 年 8 月 22 日 S-17/1 号决议，《阿拉伯叙利亚共和国人权状况》(A/HRC/S-17/1)（设立叙利亚境内潜在侵犯人权行为和危害人类罪调查委员会）；人权理事会 2013 年 3 月 20 日第 22/24 号决议，《阿拉伯叙利亚共和国人权状况》(A/HRC/RES/22/24)（相同）。

³⁴⁰例如，见人权理事会 2014 年 3 月 26 日第 25/1 号决议，《促进斯里兰卡国内的和解、问责与人权》(A/HRC/RES/25/1)（请高级专员办事处监测斯里兰卡的人权状况并全面调查侵犯人权行为）。另见《联合国人权事务高级专员办事处关于斯里兰卡的全面报告》(A/HRC/30/61)（查明斯里

220. 当危害人类罪与人权条约的主题交叉时，作为回应，人权条约机构通常查明危害人类罪状况并提出建议。例如，当收到缔约国的报告时，人权事务委员会处理违反《公民权利和政治权利国际公约》的行为，例如侵犯生命权或不遭受酷刑的权利，其中包括当这些侵犯行为上升至危害人类罪程度时的状况。³⁴³因此，虽然人权事务委员会和其他附属机构的任务授权并不专门包括监测危害人类罪，但这些机构可以查明危害人类罪并建议对此作出适当的国家响应。

221. 还通过国际法院和法庭监测和处理危害人类罪。这种罪行被纳入国际刑事法院、³⁴⁴前南斯拉夫问题国际刑事法庭³⁴⁵、卢旺达问题国际法庭³⁴⁶及其他专门法院和法庭³⁴⁷的管辖权内。此外，与人权条约机构采取的方式类似，当危害人类罪与区域人权法院基本文书下的侵犯人权行为交叉时，³⁴⁸区域人权法院查明这种罪行并作出提醒。

B. 公约下的潜在监测机制

222. 针对预防和惩罚危害人类罪的公约，缔约国可以考虑一系列补充监测机制。在这方面，秘书处 2016 年关于“关于可能与国际法委员会在‘危害人类罪’主题方面的今后工作有关的现有条约监测机制的信息”的研究是特别有用的资源。

兰卡发生的多项侵犯人权行为，包括基于性别的暴力行为、强迫征兵、酷刑、强迫失踪和可能构成危害人类罪的法外处决)。

³⁴¹例如，见人权理事会 2012 年 3 月 22 日第 19/22 号决议，《阿拉伯叙利亚共和国人权状况》(A/HRC/RES/19/22) (承认叙利亚境内发生的侵犯人权行为可能构成危害人类罪，并建议联合国主要机构采取紧急行动，以处理可能已犯下的危害人类罪)；以及人权理事会 2014 年 3 月 26 日第 25/25 号决议，《朝鲜民主主义人民共和国人权状况》(A/HRC/RES/25/25*) (承认调查委员会收到的信息提供了正当理由以确信犯下了危害人类罪，并建议大会将调查委员会的报告提交给安全理事会，以考虑设立适当的国际刑事司法机制，确保让犯罪人承担责任)。

³⁴²大会 2006 年 3 月 15 日第 60/251 号决议，第 5 (e) 段。

³⁴³例如，见《人权事务委员会关于哥伦比亚第五次定期报告的结论性意见》(CCPR/CO/80/COL) (将关于监禁替代刑罚的拟议立法确认为关切主题，并建议这种立法不适用于犯下危害人类罪的人)。另见消除种族歧视委员会关于达尔富尔局势的第 2 (66) 号决定 (CERD/C/DEC/SDN/1) (建议秘书长，并通过他建议安全理事会，扩大驻达尔富尔的非洲联盟部队，该部队的任务授权是保护平民免遭危害人类罪)。

³⁴⁴见《国际刑事法院罗马规约》第五条。

³⁴⁵见《前南斯拉夫问题国际法庭最新规约》(上文脚注 252)，第 5 条。

³⁴⁶见《卢旺达问题国际法庭规约》(上文脚注 253)，第 3 条。

³⁴⁷见《特别报告员关于危害人类罪的第一次报告》(A/CN.4/680 号和 Corr.1)，第三章，C 节。

³⁴⁸见 A. Huneus, “通过其他方式执行国际刑法：人权法院的准刑事管辖权,”《美国国际法学报》，第 107 卷，第 1 期 (2013 年 1 月)，第 1-44 页、第 14-15 页和第 18 页。

³⁴⁹除其他事项外，该研究调查了现有条约下的体制结构和程序，³⁵⁰指出了可供各国选择的一系列可能选项。下文将概述这些机构和程序。

1. 机构类型

223. 现有条约确立了不同的体制结构，以协助监测、执行和遵守相关条约。通常来说，这些结构可分为四类：(a) 委员会；(b) 专门委员会；(c) 法院；及 (d) 缔约国会议。³⁵¹

224. 首先，委员会通常由身份是条约缔约国国民的独立专家组成，他们由缔约国提名和选举产生。³⁵²对委员会成员的要求往往包括较高的道德或品德标准，在与条约有关的领域内的能力以及公正，这些专家以个人身份在委员会工作。³⁵³此类要求也呼吁公平的地理分布、主要法律制度的代表性或平衡的性别代表性。³⁵⁴

225. 委员会的专门任务授权根据文书有所不同。一些文书会设立有普遍任务授权的委员会，以审查在“执行”³⁵⁵各自条约或“实现在各自条约中承担的义务的过程中”³⁵⁶取得的进展。其他条约会列出委员会的具体职能，例如：审查缔约国提交的报告；³⁵⁷通过一般性评论或建议；³⁵⁸审议个人申诉；³⁵⁹评估国家间申诉；³⁶⁰

³⁴⁹ 《秘书处编写的关于可能与委员会在“危害人类罪”主题方面的今后工作有关的现有条约监测机制的情况的备忘录》(A/CN.4/698)。

³⁵⁰ 例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》；《公民权利和政治权利国际公约》；《消除对妇女一切形式歧视公约》；《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》；《儿童权利公约》；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；以及《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》。

³⁵¹ 《秘书长编写的备忘录》(见上文脚注 349)，第 5 段。

³⁵² 同上。根据下列公约设立了委员会：《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 8 条第 1 款；《公民权利和政治权利国际公约》，第 28 条第 2 款；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第 17 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 17 条第 1 款；《儿童权利公约》，第 43 条第 2 款；《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》，第 27 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 26 条第 2 款；以及 2002 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任择议定书》，第 6 条。

³⁵³ 《秘书长编写的备忘录》(见上文脚注 349)，第 7 段。

³⁵⁴ 同上。

³⁵⁵ 见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 17 条第 1 款。

³⁵⁶ 见《儿童权利公约》，第 43 条第 1 款。

³⁵⁷ 例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 9 条；《公民权利和政治权利国际公约》，第 40 条；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第 18 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》，第 19 条；《儿童权利公约》，第 44 条；及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 29 条。

³⁵⁸ 例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 9 条第 2 款；《公民权利和政治权利国际公约》，第 40 条第 4 款；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第 21 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》第 19 条第 4 款；以及《儿童权利公约》，第 45 条 (d) 项。

开展调查和（或）访问，³⁶¹审议紧急行动请求，³⁶²以及向缔约国大会提供信息。³⁶³委员会也可以有有限的任务授权，重点关注单一职能或特定区域，如《禁止酷刑公约》防范酷刑小组委员会，负责监测缔约国内的监禁场所，³⁶⁴或大湖区问题国际会议防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视区域委员会，其工作仅限于非洲大湖区。³⁶⁵

226. 其次，专门委员会通常是由独立专家组成的专门小组，一般由缔约国选举产生，时限为若干年。³⁶⁶专门委员会的职能有时与委员会类似，但通常重点关注特定的争端或侵犯条约类型。³⁶⁷专门委员会可以是常设机构，³⁶⁸也可以临时召集。³⁶⁹任何特定专门委员会的任务授权多种多样。例如，专门调解委员会通常有有限的任务授权，负责解决通过谈判无法满意解决的国家间争端，³⁷⁰而其他专门委员会可能仅被要求处理被控违反基本条约的行为。³⁷¹其他专门委员会会有更多的普遍

³⁵⁹例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 14 条；《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，第 1 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》，第 22 条；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 1 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 31 条；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 5 条。

³⁶⁰例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 11 条；《公民权利和政治权利国际公约》，第 41 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》，第 21 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 32 条；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 12 条。

³⁶¹例如，见《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 20 条第 3 款；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 8 条第 2 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 33 条；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 13 条。

³⁶²例如，见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 30 条。

³⁶³同上，第 27 条。

³⁶⁴《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》，第 5 条。

³⁶⁵《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》，第 26 条第 1 款和第 38 条。

³⁶⁶《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 11-17 段。

³⁶⁷例如，见设立美洲人权委员会的《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 33 条；设立非洲人权和人民权利法院的《非洲人权和人民权利宪章》，第 30 条；以及设立国际实况调查委员会的 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》），第 90 条。根据与《第一议定书》有关的实况调查委员会，缔约国必须宣布它接受第 90 条；迄今为止，174 个缔约国中只有 76 个国家这么做。虽然委员会有能力开展业务，但从未利用。

³⁶⁸例如，见美洲人权委员会；非洲人权和人民权利委员会；国际实况调查委员会。

³⁶⁹例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 12 条第 1 款（a）项；以及《公民权利和政治权利国际公约》，第 42 条第 1 款（a）项。

³⁷⁰《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 19 段。例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 12 条第 1 款（a）项；以及《公民权利和政治权利国际公约》，第 42 条第 1 款（a）项。

³⁷¹见 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》），第 90 条第 2 款（c）项。

任务授权，如美洲人权委员会，它“对与履行缔约国作出的承诺有关的事项具有广泛的管辖权。”³⁷²

227. 专门委员会也有义务定期向国际机构报告。当前，这种做法是各区域委员会所特有的，美洲人权委员会向美洲国家组织报告，非洲人权和人民权利委员会向非洲联盟报告。³⁷³

228. 第三，条约可以设立法院。这是区域人权公约的独有特征。³⁷⁴此类法院是负责监测缔约国执行条约情况的常设司法机构。³⁷⁵法院通常对与设立法院的条约解释和适用有关的事项具有管辖权，但非洲人权和人民权利法院的管辖权还延伸至“有关国家批准的其他任何相关的人权文书。”³⁷⁶针对提交其审理的案件，各个法院有不同的程序，一些法院允许个人甚至非政府组织提交案件，³⁷⁷而另一些法院将诉讼资格限定于缔约国和条约委员会。³⁷⁸

229. 第四，条约可以设立缔约国会议，缔约国在会议期间履行各种监测职能。³⁷⁹这种会议可以定期召开，³⁸⁰如每年一次或每两年一次，或仅在联合国秘书长³⁸¹、条约保存人³⁸²召集时，或应一个或多个缔约国的请求（随后获得大多数缔约国批准）召开。³⁸³缔约国会议通常有广泛的授权，例如《联合国人员和有关人员

³⁷² 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 20-23 段，第 20 段。见《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 41 条；以及《非洲人权和人民权利宪章》，第 45 条。

³⁷³ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 24 段。另见《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 41 条（g）项；以及《非洲人权和人民权利宪章》，第 54 条和第 59 条第 3 款。

³⁷⁴ 见《欧洲人权公约》，第 19 条；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 33 条；以及《非洲人权和人民权利宪章关于设立非洲人权和人民权利法院的议定书》。

³⁷⁵ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 25 段。

³⁷⁶ 见《非洲人权和人民权利宪章关于设立非洲人权和人民权利法院的议定书》，第 7 条。另见《欧洲人权公约》，第 32 条；以及《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 62 条第 3 款。

³⁷⁷ 《非洲人权和人民权利宪章关于设立非洲人权和人民权利法院的议定书》，第 5 条；以及《欧洲人权公约》，第 34 条。

³⁷⁸ 见《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 61 条。

³⁷⁹ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 32-33 段。例如，见《联合国人员和有关人员安全公约》，第 23 条；《国际刑事法院罗马规约》第一百一十二条；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 32 条；1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》），第 7 条。

³⁸⁰ 例如，见《国际刑事法院罗马规约》，第一百一十二条，第六款；以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 32 条。

³⁸¹ 例如，见《联合国人员和有关人员安全公约》，第 23 条。

³⁸² 例如，见 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》），第 7 条。

³⁸³ 例如，见《联合国人员和有关人员安全公约》，第 23 条。

安全公约》的任务授权是，“审查本公约的执行情况以及其适用方面遇到的任何问题”（第 23 条）。³⁸⁴

2. 程序类型

230. 监测机制可以规定一系列程序，包括：(a) 缔约国的报告；(b) 个人提交申诉、申请或来文；(c) 国家间申诉；(d) 调查或访问；(e) 紧急行动，及 (f) 向缔约国会议陈述信息。³⁸⁵

231. 首先，条约委员会、专门委员会或其他机构可以要求缔约国定期提交报告。³⁸⁶报告通常包括缔约国为执行条约采取的措施，例如制定任何必要的国家法律和规章，以及缔约国在执行或履约过程中遇到的任何困难。³⁸⁷在回应缔约国的报告时，监测机构可以向缔约国，³⁸⁸在一些情况下，还可以向联合国或其他国际机构提供“建议”或“意见”。³⁸⁹

232. 其次，条约还可以规定个人提交申诉、申请或来文。³⁹⁰个人申诉机制一般在缔约国声明其承认各机构有权评估个人申诉³⁹¹或签订任择议定书之后生效，³⁹²但也被用于在没有这种国家行动时开展。³⁹³

³⁸⁴另见《联合国人员和有关人员安全公约》，第 23 条；以及《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 35-37 段。

³⁸⁵ 同上，第 38 段。

³⁸⁶ 同上，第 39-46 段。例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 9 条；《公民权利和政治权利国际公约》，第 40 条；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 42 条；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第 18 条；《非洲人权和人民权利宪章》，第 62 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》，第 19 条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 17 条；《儿童权利公约》，第 44 条；以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 29 条。

³⁸⁷同上。

³⁸⁸ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 47 段。例如，见《公民权利和政治权利国际公约》，第 40 条第 4 款；《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 9 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 19 条第 3 款；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第 21 条第 1 款；以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 29 条第 3 款。

³⁸⁹例如，见《儿童权利公约》，第 45 条 (b) 项（儿童权利委员会将缔约国报告传递给专门机构、联合国儿童基金会和其他主管机构，供其酌情审查）。

³⁹⁰见《欧洲人权公约》，第 34 条；《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 14 条；《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，第 1 条和第 2 条；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 44 条；《非洲人权和人民权利宪章》，第 55 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》，第 22 条；《旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》，第 5 条；《美洲被迫失踪人士公约》，第十三条；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 2 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 31 条；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 5 条。

³⁹¹见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 14 条第 2 款；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 44 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》，第 22 条第 1 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 31 条第 1 款。

233. 这种申诉可以由个人、个人团体或非政府实体提交，这取决于不同的条约。³⁹⁴通常，首先必须用尽本地补救办法，不得有可用于提供有效补救的本地补救办法，或者，补救进程必须出现不应有的延误，此后才可提交个人申诉。³⁹⁵专门的监测机制机构也可能有其他受理标准。³⁹⁶一旦相关机构接收个人申诉，将会启动程序，最终，该机构向所涉缔约国提出提议、建议或意见，然后，缔约国按要求提供书面回复，表明其采取的用来应对这一情况的任何补救办法。³⁹⁷

234. 第三，条约可以规定国家间申诉。³⁹⁸一些条约允许所有缔约国提出此类申诉，而另一些条约仅在被告国作出声明认可这种申诉程序时允许国家间申诉。³⁹⁹根据

³⁹² 《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》。

³⁹³ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 49-56 段。

³⁹⁴ 同上。例如，见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 14 条第 2 款（允许个人和个人联名提出申诉）；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 44 条（允许个人、个人联名或依法承认的非政府实体提出申诉）；《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 22 条第 1 款（允许个人提出申诉）；《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，第 1 条（允许个人提出申诉）；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 2 条（允许个人和个人联名提出申诉）；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 31 条第 1 款（允许受害人或代表受害人提出申诉）；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 5 条（允许个人或个人联名提出申诉）。

³⁹⁵ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 57 段。例如，见《欧洲人权公约》，第 35 条第 1 款；《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 14 条第 7 款（a）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 22 条第 5 款（b）项；《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》，第 2 条和第 5 条第 2 款（b）项；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 4 条第 1 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 31 条第 2 款（d）项；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 7 条第 5 款。

³⁹⁶ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 58-65 段。例如，见《欧洲人权公约》，第 35 条（要求不可匿名申请，同一问题不得与法院处理的另一事项实质性相同，申请不得明显地毫无依据，申请人不得滥用个人申请权利）；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 7 条（在下列情形下，视来文不可受理：“1. 匿名来文；2. 非书面来文；3. 来文滥用提交此类来文的权利，或不符合本公约和（或）其《任择议定书》的规定；4. 同一事项业经委员会审查或已由或正由另一项国际调查或解决程序审查；5. 未用尽一切可用的国内补救办法。本规则不适用于补救办法的应用被不合理拖延或不大可能带来有效补偿的情况；6. 来文明显没有根据或缺乏充分证据；7. 来文所述事实发生在本议定书对有关缔约国生效之前，除非这些事实持续至生效之日后；8. 未在用尽国内补救办法后一年之内提交来文，但提交人能证明在此时限内无法提交来文的情况除外”）。

³⁹⁷ 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 66-69 段和第 71-78 段。

³⁹⁸ 例如，见《欧洲人权公约》，第 33 条；《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 11 条；《公民权利和政治权利国际公约》，第 41 条；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第 45 条；《非洲人权和人民权利宪章》，第 47 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》，第 21 条；《旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》，第 4 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 32 条；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 12 条。

《公民权利和政治权利国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》，如果有关缔约国对申诉解决情况不满意，其各自的委员会将设立专门调解委员会以采取进一步程序。⁴⁰⁰

235. 第四，条约可以规定调查或访问进程。⁴⁰¹关于条约的调查进程，相关机构可以在收到表明缔约国发生严重违反行为的可靠信息后启动调查。⁴⁰²调查可以包括在必要时和缔约国同意时访问该国。⁴⁰³然后将调查结果以及意见、提议或建议传达给缔约国。⁴⁰⁴或者，条约可以规定对缔约国进行定期访问。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任择议定书》规定了“独立国际和国家机构开展定期访问制度，访问民众自由被剥削的地区，以防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”（第 1 条）。

236. 第五，条约可以规定紧急行动程序。但是，只有《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》制定了这种程序以追踪失踪者。经失踪者亲属向强迫失踪问题委员会提出请求，可以启动紧急行动。只有当请求符合以下条件，委员会才会考虑采取紧急行动：(a) 并非明显地毫无依据；(b) 并不构成滥用提交来文请求权利；(c) 已经正式提交有关缔约国的主管机关；(d) 并不违背本公约的规定；及 (e) 同一问题目前未由另一国际调查程序审理（第 30 条）。委员会随后可向有关缔约国传达建议，包括请缔约国采取一切必要措施，以找到有关个人并加以保护（第 30 条第 3 款）。在查明失踪人士的下落之前，紧急行动仍然延续（第 30 条第 4 款）。

³⁹⁹ 《公民权利和政治权利国际公约》，第 41 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 21 条第 1 款；《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 12 条第 1 款。

⁴⁰⁰ 见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第 12 条第 1 款 (a) 项；以及《公民权利和政治权利国际公约》，第 42 条第 1 款 (a) 项。

⁴⁰¹ 见《欧洲人权公约》，第 52 条；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 90 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 20 条；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 8 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任择议定书》，第 4 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 33 条；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 13 条。

⁴⁰² 《秘书长编写的备忘录》（见上文脚注 349），第 88-89 段。例如，见《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 20 条第 3 款；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 8 条第 2 款；以及《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 13 条第 2 款。

⁴⁰³ 同上。

⁴⁰⁴ 例如，见《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 20 条第 4 款；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，第 8 条第 3 款；《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》，第 13 条第 4 款。

237. 第六,也是最后一项,条约可以规定向缔约国会议陈述信息的程序。⁴⁰⁵例如,条约可以允许条约委员会或专业委员会在收到一份或多份来文表明存在普遍或系统性侵犯条约行为的“特别情况下”提请缔约国或(另一个国际组织)立即关注某事项。⁴⁰⁶这进而导致对此状况进行进一步调查研究。⁴⁰⁷

238. 如果要将本条款草案转变为关于预防和惩罚危害人类罪的公约,有可能选择上述一个或多个机制来补充现有机制。这种机制将有助于确保缔约国履行其在公约下的承诺,例如承诺通过国家法律,实行适当预防措施,参与针对被指控罪犯的及时和公正的调查以及遵守引渡或起诉义务。但是,选择某一个或几个特定机制较少地出于法律原因,更多的是出于政治因素、资源的可用性以及任何新机制与已有机制之间的关系。⁴⁰⁸此外,需要在结构方面进行选择,新的监测机制可能会被立即纳入新公约,或者可能会在后期制定,⁴⁰⁹例如在成立经济、社会、文化权利国际公约委员会时制定。⁴¹⁰最后,根据定期呼吁,在制定这种监测机制时,可以协同制定《防止及惩治灭绝种族罪公约》监测机制。⁴¹¹

C. 国家间争端解决

239. 本部分研究国家间争端解决。⁴¹²当然,《联合国宪章》第三十三条第一项规定了和平解决争端的基本方法,要求会员国于争端之继续存在足以危及国际和平

⁴⁰⁵ 《秘书长编写的备忘录》(见上文脚注 349),第 105-107 段。

⁴⁰⁶ 同上。例如,见《非洲人权和人民权利宪章》,第 58 条第 1 款;《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》,第 34 条;《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》,第 38 条第 2 款(c)项。

⁴⁰⁷ 同上。

⁴⁰⁸ 各国最近参与了关于监测国际人道主义法遵守情况可能的新机制的广泛讨论,对最佳办法提出了各种意见。见 J. Pejic,“加强遵守国际人道主义法:红十字委员会-瑞士倡议,”《红十字国际评论》(2016 年),可查阅: www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/div-classtitlestrengthening-compliance-with-ihl-the-icrc-swiss-initiatediv/415157E58381E77C13BBEEC63A85EDC3。

⁴⁰⁹ 见 J. Galbraith,“条约选项:致力于在行为上理解条约制订行为,”《弗吉尼亚大学国际法杂志》,第 53 卷(2013 年),第 309-364 页,第 341 页(经验和行为经济学研究发现,平均而言,相较于选择性条款中的承诺,各国更加愿意接受作为主条约之外的单独文件的任择议定书中提出的监测机制)。

⁴¹⁰ 见经济及社会理事会 1985 年 5 月 28 日第 1985/17 号决议。

⁴¹¹ 见 W. A. Schabas,《国际法中的种族灭绝:罪中之罪》,第 2 版,剑桥大学出版社,2009 年,第 649-651 页。

⁴¹² 一般见 C. Gray 和 B. Kingsbury,“争端解决的发展:1945 年以来的国家间仲裁,”《英国国际法年鉴》,第 63 卷,第 1 期(1993 年),第 97-134 页。

与安全之维持时“应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决”。⁴¹³

240. 目前，各国没有义务解决具体与危害人类罪有关的国家间争端。如果这种争端可以得到解决，将会是发生在更广泛的国家间争端解决义务的背景下，⁴¹⁴可能（或可能不）包括与危害人类罪有关的争端。

241. 除其他外，也可以在涉及危害人类罪的争端中引入与不同罪行有关的机制，例如种族灭绝或酷刑罪，对这两种罪行采用一种国家间争端解决办法。例如，波斯尼亚和黑塞哥维那以及克罗地亚在国际法院对塞尔维亚提起的诉讼，以及塞尔维亚的反诉，焦点是违反预防或惩罚种族灭绝的义务，⁴¹⁵因为没有条约规定该法院对危害人类罪的管辖权。比利时在法院提起的诉讼聚焦于塞尔维亚是否违反其因酷刑罪引渡或起诉侯赛因·哈布雷的义务，这同样是因为没有条约规定该法院对危害人类罪的管辖权。⁴¹⁶这两个案件中也有对危害人类罪的指控。

242. 欧洲人权法院和美洲人权法院在评估公平审判权、⁴¹⁷一罪不二审、⁴¹⁸法无明文者不罚⁴¹⁹和大赦条款的合法性等问题时提及了危害人类罪。⁴²⁰

⁴¹³另见 F. Cede, “通过法律手段解决国际争端——仲裁和司法解决,” J. Bercovitch、V. Kremenyuk 和 I. W. Zartman (编辑), 《SAGE 冲突解决手册》2009 年, 第 358-360 页。

⁴¹⁴例如, 在意大利对德国根据 1957 年《关于和平解决争端的欧洲公约》提交的案件的反诉的背景下, 向国际法院提出危害人类罪诉讼。国家的管辖豁免权(德国诉意大利), 反诉, 2010 年 7 月 6 号法令, 《国际法院 2010 年报告》, 第 310 页, 第 311-312 页, 第 3 段)。但是, 在此案中, 法院认定, 因为意大利的反诉发生在《欧洲人权公约》生效之前, 故不属于该法院管辖权范围(同上, 第 320-321 页, 第 30 段)。

⁴¹⁵《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山), 判决, 《国际法院 2007 年报告》, 第 43 页; 以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚), 2015 年 2 月 3 日的判决, 《2015 年总清单第 118 号》, 第 118 页。

⁴¹⁶与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔), 判决, 《国际法院 2012 年报告》, 第 422 页。

⁴¹⁷Streletz、Kessler 和 Krenz 诉德国, 第 34044/96 号、第 35532/97 号和第 44801/98 号申诉, 2001 年 3 月 22 日的判决, 欧洲人权法院, 大审判庭, 《2001 年判决和裁决报告 II》(Loucaides 法官的同意意见); 以及 K.-H.W. 诉德国案, 第 37201/97 号申诉, 2001 年 3 月 22 日的判决, 欧洲人权法院, 大审判庭, 《2001 年判决和裁决报告 II》(Loucaides 法官的同意意见)。

⁴¹⁸Almonacid-Arellano 等人诉智利案, 2006 年 9 月 26 日的判决, 美洲人权法院, C 辑, 第 154 号, 第 62 页, 第 154 段。

⁴¹⁹Kolk 和 Kislyiy 诉爱沙尼亚案, 第 23052/04 号和第 24018/04 号申诉, 2006 年 1 月 17 日关于是否受理的决定, 爱沙尼亚人权法院, 《2006 年判决和裁决报告 I》。

⁴²⁰Barrios Altos 诉秘鲁案, 2001 年 3 月 14 日的判决, 美洲人权法院, C 辑, 第 75 号, Sergio Garcia-Ramire 法官的同意意见, 第 13 页; 德国诉乌拉圭案, 2011 年 2 月 24 日的判决, 美洲人权法院, C 辑, 第 221 号, 第 198 段和第 210 段; 以及 Marguš 诉克罗地亚案, 第 4455/10 号申诉, 2014 年 5 月 27 日的判决, 欧洲人权法院, 大审判庭, 《2014 年判决和裁决报告》第 130-136 段。

243. 涉及国内法中的犯罪的条约通常包含冲突解决条款，近几十年来，针对争端解决制定了越来越详细的进程。⁴²¹例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条允许缔约国向国际法院提交争端，但未规定其他任何争端解决进程：“缔约国间关于本公约的解释、适用或实施的争端，包括关于某一国家对于灭绝种族罪或第三条所列任何其他行为的责任的争端，经争端一方的请求，应提交国际法院。”⁴²²

244. 同样，《消除一切形式种族歧视国际公约》仅规定了由国际法院解决争端，但是也提及了谈判或其他一些解决模式的可能性。第 22 条规定：“两个或两个以上缔约国间关于本公约的解释或适用的任何争端不能以谈判或以本公约所明定的程序解决者，除争端各方商定其他解决方式外，应于争端任何一方请求时提请国际法院裁决。”

245. 年代较近的条约载有争端解决进程，首先是谈判，然后要求仲裁，最后诉诸国际法院。例如，《关于制止非法劫持航空器的公约》第 12 条第 1 款规定：

如两个或几个缔约国之间对本公约的解释或应用发生争端而不能以谈判解决时，经其中一方的要求，应交付仲裁。如果在要求仲裁之日起六个月内，当事国对仲裁的组成不能达成协议，任何一方可按照国际法院规约，要求将争端提交国际法院。

246. 该措辞被一些条约复制，或是完全相同或是仅作微小修改：《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 13 条）；《反对劫持人质国际公约》（第 16 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》（第 30 条）；《联合国人员和有关人员安全公约》（第 22 条）；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》（第 20 条）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（第 24 条）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（第 35 条）；《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》（第 15 条）；《联合国反腐败公约》（第 66 条）及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》（第 42 条）。

247. 虽然存在其他一些可能性，⁴²³但由谈判、仲裁和司法解决组成的多步骤争端解决进程通常用于涉及国内法中的犯罪的条约。这种规定似乎反映了各国相信争

⁴²¹Cede（见上文脚注 413），第 360 页。

⁴²²相反，《关于战争受害者的日内瓦公约》未规定在国际法院解决争端，但规定保护国出于被保护人的利益采取一类调解程序，“特别是在冲突各方在本公约条款适用或解读方面存在分歧的情况下”。例如，见《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 11 条。迄今未使用过该程序。

⁴²³例如，《非统组织防止和打击恐怖主义公约》不要求各国在向国际法院转交案件之前提交争端进行仲裁。该公约规定，涉及争端的缔约国在谈判后可以选择将此案件提交仲裁或提交国际法院审理（第 22 条）。《东盟打击恐怖主义公约》规定通过协商、谈判或“任何其他和平方式”解决争端（第十九条）。此外，根据存在的体制机制，设立国际刑事法庭的条约可以有替代的争端解决办法。例如，见《国际刑事法院罗马规约》第一百一十九条（“1.关于本法院司法职能的任何争端，由本法院的决定解决。2.两个或两个以上缔约国之间有关本规约的解释或适用的任

端解决进程是有助于确保履行条约承诺的重要机制。虽然最终进行仲裁或提交国际法院审理的案件相对较少，但该进程为国家间谈判提供了可能诉诸仲裁或司法解决的“接近”渠道。下文将简单讨论谈判、仲裁和司法解决这三个步骤。

1. 谈判

248. 国家间争端解决条款普遍包括之前提到的要求，即在诉诸国家间强制争端解决前进行谈判。但是，这些条款一般未明确指出“无法通过谈判解决的”争端的确切含义。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其《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》的准备工作文件指出：“将在广义上理解此条款，以鼓励各国用尽所有和平的冲突解决途径，包括调解、调停和求助区域机构”。⁴²⁴

249. 在马弗罗马蒂斯案中，常设国际法院认为，要求在诉诸强制冲突解决前进行谈判，是为了确保被告国在审理的案件提交之前即得知该案件。⁴²⁵国际法院在西南非洲案中得出类似的结论，它认为，即使未进行直接或正式的谈判，也可以履行谈判责任。⁴²⁶但是，在近年的案件中，法院指出，申请国必须付出真诚努力，通过谈判解决争端。例如，在刚果境内的武装活动案中，法院把仅告知即将审理的案件和真诚务实地参与谈判以期解决争端进行区别分类。⁴²⁷在《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案中，法院指出：

在确定什么构成谈判时，法院认为，谈判不同于仅仅反对和争论。谈判不仅牵涉双方法律观点或利益的简单对立，或存在一系列指责和辩驳，甚至是相互提出权利主张或直接对立的反诉。因此，“谈

何其他争端，未能通过谈判在谈判开始后三个月内解决的，应提交缔约国大会。大会可以自行设法解决争端，或建议其他办法解决争端，包括依照《国际法院规约》将争端提交国际法院”。

⁴²⁴制订一项打击跨国有组织犯罪公约特设委员会，《联合国打击跨国有组织犯罪公约谈判正式记录（准备工作文件），第十届会议》（A/AC.254/33），第 34 段。

⁴²⁵马弗罗马蒂斯巴勒斯坦特许权案 1924 年第 2 号判决，《常设国际法院》，A 辑，第 2 期，第 13-15 页（“[本规则]表明，事实上，在争端可以被当作法律行动的主题之前，本应通过外交谈判明确其主题事项……如果私人 and 当局之间的谈判（正如本案）确定了两国政府之间所有的争论点，就不符合要求两国政府重启谈判的国际关系应具有灵活性，实际上已开启谈判，并且依赖于谈判”（同上，第 15 页））。

⁴²⁶西南非洲案（埃塞俄比亚诉南非；利比里亚诉南非），初步反对意见，1962 年 12 月 21 日的判决，《国际法院 1962 年报告》，第 319 页、第 346 页（“当事各方从未进行过这种直接谈判。但在这方面，与当事各方的态度和意见相比，谈判形式并不影响有关问题的实质性议题。只要当事双方仍然固执己见，这在它们在法庭的口头陈述中显而易见，就没有理由相信，可以通过双方之间的进一步谈判解决争端”）。

⁴²⁷刚果境内的武装活动案（新申诉：2002 年）（刚果民主共和国诉卢旺达），管辖权和可受理情，判决，《国际法院 2006 年报告》，第 6 页，第 40-41 页，第 91 段（尽管刚果民主共和国直接向卢旺达和国际组织内对卢旺达的行动提出多次抗议，但法院认为，证明刚果民主共和国寻求开始谈判的证据并不充分）。

判”概念不同于“争端”概念，至少需要冲突一方真正试图与冲突另一方进行讨论，以期解决争端。

428

250. 法院认定，完成这一步骤并不意味着各国必须通过谈判解决争端，但在陷入僵局或进一步谈判必将失败的阶段之前，它们必须进行谈判。⁴²⁹

251. 此外，大多数条约未明确说明在诉诸国家间强制争端解决之前所需的谈判时间。⁴³⁰在一些情况下，相关条款可能规定，“如果无法在合理时间内通过谈判解决”争端，可将其提交强制争端解决，⁴³¹或规定必须经历具体的谈判时段，但在涉及国家一级犯罪的条约中，这种情况并不普遍。⁴³²

2. 仲裁

252. 正如上文第 246 段所指出的，《关于制止非法劫持航空器的公约》第 12 条第 1 款规定，“如果争端不能以谈判解决，经其中一方的要求，应交付仲裁”，及“如果在要求仲裁之日起六个月内，当事国对仲裁的组成不能达成协议，任何一方可将争端提交”司法解决。该条款为各国组建仲裁法庭和制定程序提供了相当大的灵活性。虽然与这些事项有关的条款规定了进一步的细节，包括指定仲裁机构和登记处，但涉及国内法中的犯罪的条约采取的办法并没有这么做，而是规定，如果未在一定时间段内安排仲裁进程，任一缔约国可诉诸司法解决。

⁴²⁸关于《消除一切形式种族歧视国际公约》适用案（格鲁吉亚诉俄罗斯联邦），初步反对意见，判决，《国际法院 2011 年报告》，第 70 页，第 132 页，第 157 段。

⁴²⁹同上，第 132-133 段，第 158 段。

⁴³⁰第 12 条第 1 款相关部分的内容如下：“如两个或几个缔约国之间对本公约的解释或应用发生争端而不能以谈判解决时，经其中一方的要求，应交付仲裁”。另见《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 13 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）；《反对劫持人质国际公约》，第 16 条（措辞大体相同）；《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 30 条（措辞大体相同）；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 42 条（措辞大体相同）。

⁴³¹《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第 20 条第 1 款相关部分的内容如下：“两个或两个以上的缔约国之间有关本公约的解释或适用的任何争端，如在合理时间内不能通过谈判解决，经其中一方要求，应交付仲裁。”另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 24 条（与《制止恐怖主义爆炸的国际公约》的措辞大体相同）；《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 35 条（与《制止恐怖主义爆炸的国际公约》的措辞大体相同）；《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》，第 15 条（措辞大体相同）；以及《联合国反腐败公约》第 66 条（措辞大体相同）。

⁴³²见《国际刑事法院罗马规约》第一百一十九条第二款相关部分（“两个或两个以上缔约国之间有关本规约的解释或适用的任何其他争端，未能通过谈判在谈判开始后三个月内解决的，应提交缔约国大会”）。

253. 根据《关于制止非法劫持航空器的公约》和其他大多数处理国家法律中的犯罪的条约，起先必须执行的仲裁时间是六个月。⁴³³

254. 在《与起诉或引渡义务有关的问题》中，国际法院认定，缔约国可通过试图诉诸仲裁来满足提交争端进行仲裁的要求，即使另一缔约国拒绝回应。⁴³⁴法院认为，当“比利时在 2006 年 6 月 20 日普通照会中提出诉诸仲裁的直接要求”时，即符合提交案件进行仲裁的要求，在照会中，比利时指出“自 2005 年 11 月起，试图与塞内加尔进行谈判，但未取得成功”，并提及《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 30 条下的义务。⁴³⁵塞内加尔未予以回应，比利时随后寄送了 2007 年 5 月 8 日普通照会，重申“希望组建仲裁法庭”，并指出它“未收到塞内加尔共和国对仲裁提议问题的回应。”⁴³⁶法院裁定：“在本案中，收到仲裁要求的其中一国未作出任何响应，导致当事方无法就仲裁组成达成一致”；鉴于仲裁要求是在此案诉诸法院两年以前提出的，因此，满足了提交案件进行仲裁的要求。⁴³⁷

3. 司法解决

255. 《关于制止非法劫持航空器的公约》第 12 条第 1 款的司法解决条款规定，当发生争端并且当事国对仲裁的组织不能达成协议时，国家可“按照《国际法院规约》要求”，将争端提交国际法院。

256. 《国际法院规约》第三十六条第一款规定，法院的管辖权“包括……现行条约及协约中所特定之一切事件”。通常基于条约或公约所载的仲裁条款行使法院的管辖权。⁴³⁸

⁴³³第 12 条第 1 款相关部分的内容如下：“如果在要求仲裁之日起六个月内，当事国对仲裁的组织不能达成协议，任何一方可按照《国际法院规约》，要求将争端提交国际法院。”。另见《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 13 条（措辞相同）；《反对劫持人质国际公约》，第 16 条（措辞相同）；《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 30 条，第 1 款（措辞相同）；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 22 条，第 1 款（措辞大体相同）；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，第 20 条（措辞大体相同）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 24 条（措辞大体相同）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条（措辞大体相同）；《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》，第 15 条（措辞大体相同）；《联合国反腐败公约》，第 66 条（措辞大体相同）；及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 42 条（措辞大体相同）。

⁴³⁴《与引渡或起诉义务有关的问题》（见上文脚注第 416），第 448 页，第 62 段。

⁴³⁵同上，第 447 页，第 60 段（引用 2006 年 6 月 20 日普通照会）。

⁴³⁶同上（引用 2007 年 5 月 8 日普通照会）。

⁴³⁷同上，第 448 页，第 61 段。

⁴³⁸直接或通过提交常设法院授予法院管辖权的现行条约或公约列表，见：www.icj-cij.org/jurisdicti%20on/index.php?p1=5&p2=1&p3=4。

4. 退出国家间争端解决

257. 涉及国内法中的犯罪的大多数条约规定了国家间争端解决，通常也允许缔约国退出这种争端解决。⁴³⁹例如，《关于制止非法劫持航空器的公约》第 12 条第 2 款规定：“每个国家在签字、批准或加入本公约时，可以声明该国不受前款规定的约束。其他缔约国对于任何作出这种保留的缔约国，也不受前款规定的约束”。

258. 涉及国内法中的犯罪的其他一些条约载有相同的条款，允许缔约国退出整个争端解决机制，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》；⁴⁴⁰《反对劫持人质国际公约》；⁴⁴¹《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》；⁴⁴²《联合国人员和有关人员安全公约》；⁴⁴³《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；⁴⁴⁴《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》⁴⁴⁵及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁴⁴⁶

259. 但是，在近期的一些条约中，缔约国仅能够退出争端解决机制中与仲裁和司法解决有关的部分，而不能退出与谈判有关的部分。因此，《联合国反腐败公约》第 66 条仅允许缔约国退出载有仲裁和司法解决条款的第 2 款。关于谈判的规定单独载于第 1 款中：

1. 缔约国应当努力通过谈判解决与本公约的解释或者适用有关的争端。
2. 两个或者两个以上缔约国对于本公约的解释或者适用发生任何争端，在合理时间内不能通过谈判解决的，应当按其中一方请求交付仲裁。如果自请求交付仲裁之日起六个月内这些缔约国不能就仲裁安排达成协议，则其中任何一方均可以依照《国际法院规约》请求将争端提交国际法院。
3. 各缔约国在签署、批准、接受、核准或者加入本公约时，均可以声明不受本条第 2 款的约束。对于作出此种保留的任何缔约国，其他缔约国也不受本条第 2 款的约束。
4. 凡根据本条第 3 款作出保留的缔约国，均可以随时通知联合国秘书长撤销该项保留。

⁴³⁹一种替代办法允许各国选择适用国家间争端解决，但该办法往往导致较少地实施强制争端解决。见 Galbraith（上文脚注 409），第 330 页（经验和行为经济学研究发现，如果各国有权退出国际法院管辖权，80%的国家不会这么做，然而，如果各国有权选择适用这种管辖权，只有 5%的国家会这么做。）。

⁴⁴⁰第 13 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

⁴⁴¹第 16 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

⁴⁴²第 30 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

⁴⁴³第 22 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

⁴⁴⁴第 20 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

⁴⁴⁵第 24 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

⁴⁴⁶第 42 条，第 2 款（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措辞大体相同）。

260. 该方法最初是在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁴⁴⁷第 35 条及其《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》第 15 条中获得通过。虽然第 3 款和第 4 款使用“保留”一词，但在这种情况下，“声明”一词似乎也是适当的。⁴⁴⁸

261. 截至 2017 年 1 月，《联合国反腐败公约》有 181 个缔约国。其中 42 个缔约国提交了保留，声明不受第 66 条第 2 款约束。⁴⁴⁹同样，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》有 187 个缔约国。其中 43 个缔约国作出保留，声明其不受该公约第 35 条第 2 款的约束。⁴⁵⁰

D. 条款草案第 17 条：国家间争端解决

262. 正如本章第一部分所概述的，有多种现行监测机制用来处理危害人类罪的状况。如果要关于危害人类罪的本条款草案转变为关于预防和惩罚危害人类罪的公约，也有可能选择上述一个或多个机制来补充现有机制，但是，这种选择较少地出于法律原因，更多的是出于政治因素和资源的可用性。此外，这些机制中的一些或全部是可供选择的，可以纳入补充议定书而不是公约本身。因此，本报告未提出关于选择一个或多个新机制的建议。

263. 但是，正如上一节所概述的，涉及国内法中的犯罪的条约通常包含国家间争端解决条款，以谈判、仲裁和司法解决的形式处理涉及条约解释或适用的争端。⁴⁵¹基于这些考虑因素，特别报告员提出了下述条款草案：

条款草案第 17 条：国家间争端解决

1. 各国应当努力通过谈判解决与本公约的解释或者适用有关的争端。
2. 两个或者两个以上国家对于本条款草案的解释或者适用发生任何争端，在合理时间内不能通过谈判解决的，应当按其中一方请求交付仲裁。如果自请求交付

⁴⁴⁷第 35 条（与《联合国反腐败公约》的措辞相同）。

⁴⁴⁸例如，见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 42 条第 2 款和第 3 款（“2. 各国在签署、批准，或在加入本公约时，可声明不受本条第 1 款的约束。其他缔约国对发表此项声明的任何缔约国，也不受本条第 1 款之约束。3. 根据本条第 2 款发表声明的任何缔约国，可随时通知联合国秘书长撤回其声明”）。

⁴⁴⁹欧洲共同体提交了对第 66 条第 2 款的声明，称：“关于第 66 条第 2 款，欧共体指出，按照《国际法院规约》第三十四条第一款，在法院得为诉讼当事国者限于国家。因此，根据该公约第 66 条第 2 款，在涉及欧共体的争端中，仅可通过仲裁进行争端解决。”

⁴⁵⁰欧洲共同体还提交了对第 35 条的声明，指出：“关于第 35 条第 2 款，欧共体指出，按照《国际法院规约》第三十四条第一款，在法院得为诉讼当事国者限于国家。因此，根据该公约第 325 条第 2 款，在涉及欧共体的争端中，仅可通过仲裁进行争端解决。”

⁴⁵¹一般见 Gray 和 Kingsbury（上文脚注 412）。

仲裁之日起六个月内，这些缔约国不能就仲裁安排达成协议，则其中任何一方均可以依照《国际法院规约》请求将争端提交国际法院。

3. 各国在签署、批准、接受、核准或者加入本公约时，均可以声明不受本条款草案第 2 款的约束。对于作出此种保留的任何缔约国，其他缔约国也不受本条第 2 款的约束。

4. 凡根据本条款草案第 3 款作出声明的缔约国，均可以随时撤销该项声明。

第八章 余下的议题

264. 本章处理委员会讨论过程中产生的与以下专题有关的问题：隐瞒危害人类罪、豁免和大赦。

A. 隐瞒危害人类罪

265. 在第六十八届会议期间，有人在委员会中建议，本条款草案应以某种形式规定缔约国有明确义务，采取必要措施，将“隐瞒”危害人类罪定为刑事犯罪。⁴⁵² 换言之，国家有义务将隐瞒条款草案第 5 条目前确认的罪行之一的“事后”行为定为刑事犯罪，即使个人本身未卷入此罪行。但是，一些成员认为，将隐瞒行为列入草案是不适当的，而另一些成员指出，条款草案第 5 条，即条款草案第 5 条第 2 款（c）项已暗含了隐瞒行为。

266. 大多数涉及犯罪的条约未提及，至少未明确提及将“隐瞒”罪定为刑事犯罪。因此，以下条约中没有关于隐瞒的条款：《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；《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》；《反对劫持人质国际公约》；《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》；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；和《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》。

267. 只有少数涉及犯罪的国际条约将“隐瞒”定为刑事犯罪，并且是以与窝藏财产有关的条款形式，而不是将隐瞒罪行本身定为刑事犯罪。《联合国反腐败公约》第 24 条规定：

在不影响本公约第 23 条的规定的情况下，各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：行为所涉及的人员虽未参与根据本公约确立的任何犯罪，但在这些犯罪实施后，明知财产是根据本公约确立的任何犯罪的结果而窝藏或者继续保留这种财产。

268. 根据第 24 条，鼓励各国（“应当考虑采取”），但并非强制采取措施将根据本公约确立的任何犯罪的“结果”而“窝藏财产”的行为规定为刑事犯罪，按照第 24 条的规定，窝藏是：（a）故意的，（b）在犯下根据本公约确立的其他罪行之一以后犯下的，及（c）未参与这种其他犯罪的人犯下的。⁴⁵³

⁴⁵² 见《国际法委员会 2016 年 5 月 12 日第 3297 次会议临时简要记录》（A/CN.4/SR.3297）。

⁴⁵³ 见《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35），第 87 页，第 313 段。

269. 《联合国反腐败公约》第 23 条也规定缔约国有义务采取措施，将对贪污犯罪所得的洗钱行为定为刑事犯罪，这种行为也属于隐瞒。⁴⁵⁴其他一些涉及全球和区域两级犯罪的条约也提及了犯罪所得的洗钱行为方面的隐瞒。例如，关于“洗钱行为的刑事定罪”的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 6 条第 1 款部分内容如下：

各缔约国均应依照其本国法律基本原则采取必要的立法及其他措施，将下列故意行为规定为刑事犯罪：

(a) (一) 明知财产为犯罪所得，为隐瞒或掩饰该财产的非来源，或为协助任何参与实施上游犯罪者逃避其行为的法律后果而转换或转让财产；

(a) (二) 明知财产为犯罪所得而隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、所有权或有关的权利。

270. 以下条约中载有类似条款：《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（第 3 条）；《美洲国家反腐败公约》；⁴⁵⁵2001 年《南部非洲发展共同体反腐败议定书》；⁴⁵⁶和《非洲联盟防治腐败公约》。⁴⁵⁷这些公约均未涉及隐瞒犯罪本身，而是将其范围限定在隐瞒犯罪所得。

271. 《欧洲委员会反腐败刑法公约》中的一项条款涉及与“账户罪行”方面的隐瞒（第 14 条），“账户罪行”指的是制作含有虚假或不完整信息或非法遗漏支付记录的发票等罪行。该条款要求各国通过立法和其他措施，将所犯的这些旨在“犯下、隐瞒或掩饰[《公约》]提及的罪行”的账户罪行规定为“应受到刑事或其他处罚”的罪行（第 14 条）。

272. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》以两种方式提及隐瞒。首先，“强迫失踪”的定义要求剥夺某人自由的行为，之后“拒绝承认剥夺自由之实情，隐瞒失踪者的命运或下落*”（第 2 条）。其次，该公约在伪造、藏匿或销毁证明遭受强迫失踪的儿童，其父母或法律监护人遭受强迫失踪的儿童、或母亲在遭受强

⁴⁵⁴第 23 条（“各缔约国均应当根据本国法律的基本原则采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：……（a）（二）明知财产为犯罪所得而隐瞒或者掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处分、转移、所有权或者有关的权利”）。

⁴⁵⁵第六条第 1 款（“本公约适用于下列腐败行为：……d. 冒用或窝藏源自本条款提及的任何行为的财产”）。

⁴⁵⁶第 3 条（“本议定书适用于下列腐败行为：……（g）冒用或窝藏源自本条款提及的任何行为的财产”）。

⁴⁵⁷第 4 条的相关部分（“本公约适用于下列腐败行为：……（h）冒用或窝藏源自本条款提及的任何行为的财产”）和第 6 条相关部分（“缔约国应采取必要的立法和其他措施以将下列行为规定为刑事犯罪：……（b）明知财产为腐败或相关犯罪所得而隐瞒或者掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处分、转移、所有权或者有关的权利”）。

* 强调部分是后加的。

迫失踪期间出生的儿童真实身份的证件的背景下提及隐瞒（第 25 条第 1 款）。因此，该公约未包括普遍提及隐瞒所发生犯罪的证据的条款。

273. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》均包括关于全面妨碍司法的条款。《联合国反腐败公约》第 25 条内容如下：

各缔约国均应当采取必要的立法措施和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：

(a) 在涉及根据本公约确立的犯罪的诉讼中使用暴力、威胁或者恐吓，或者许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处，以诱使提供虚假证言或者干扰证言或证据的提供；

(b) 使用暴力、威胁或恐吓，干扰审判或执法人员针对根据本公约所确立的犯罪执行公务。本项规定概不影响缔约国就保护其他类别公职人员进行立法的权利。⁴⁵⁸

274. 该条款要求国家根据国家法律将两种行为确定为刑事罪行，即影响证人或提供证据和对司法或执法人员行为的任何干扰。⁴⁵⁹第四章 A 小节和拟议的条款草案第 14 条第 1 款提及了保护证人和其他参与调查或刑事诉讼的个人。关于干扰司法或执法人员的行为，除了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》之外，其他关于犯罪的国际条约似乎未提到这一点。

275. 虽然关于犯罪的国际条约通常本身未提及“隐瞒”犯罪，但在谈判期间考虑了这一问题。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 4 条第 1 款规定，缔约国应保证凡一切酷刑行为均应定为触犯其国家法律的罪行，包括“合谋或参与酷刑之行为”。在负责起草《公约》的工作组第一次提出此案文时，一些代表质疑“合谋或参与酷刑”是否“涵盖了在酷刑犯罪发生后作为从犯的人或以一些方式隐瞒酷刑行为的人”。⁴⁶⁰一些发言者指出，在其国家法律制度下，“合谋”一词包括在犯罪事实发生后的共犯或参与隐瞒发生犯罪的人，但另一些人认为，额外的案文是有必要的。第 4 条的英文文本没有修改，⁴⁶¹但工作组提议，在条款草案第 4 条第 1 款的西班牙文文本中纳入“*o encubrimiento de la tortura*”（“隐瞒酷刑”）短语。⁴⁶²但是，具有同等效力的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》西班牙文文本最终也没有包含这种措辞，而是在第 4 条第 1 款中提到任何人犯下的“*constituya complicidad o participación en la tortura*”（“构成合谋或参与酷刑”）的行为。

⁴⁵⁸另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 23 条（措辞大体相同）。

⁴⁵⁹见《联合国反腐败公约实施立法指南》（上文脚注 35），第 75-76 页，第 255-260 段。

⁴⁶⁰Nowak 和 McArthur（见上文脚注 67），第 232 页；人权委员会和联合国经济及社会理事会，《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草案工作组的报告》（E/CN.4/1367），第 34 段。

⁴⁶¹Nowak 和 McArthur（见上文脚注 67），第 232 页；和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约草案工作组的报告》（见上文脚注），第 35 段。

⁴⁶²同上，第 36 段。

276. 委员会就《危害人类和平及安全治罪法草案》关于个人责任的拟议条款是否应纳入“试图隐瞒罪行”概念也发生了类似的争论。⁴⁶³一些成员指出，隐瞒罪行不如犯下罪行那样严重，不应被视为应受到同等处罚。此外，成员表达了对“隐瞒”一词的确切含义的不确定，例如政府不愿意公布信息是否构成“隐瞒”。最终，委员会决定不在《治罪法草案》第2条中纳入关于隐瞒的明确措辞。

277. 基于这些考虑因素，特别报告员认为，委员会应遵循现有做法，不将关于“隐瞒”危害人类罪的条款纳入这些条款草案。大多数涉及犯罪的条约未寻求将“隐瞒”罪行作为单独罪行，而是交由现行国家法律处理。⁴⁶⁴在提及隐瞒时，通常指的是隐瞒财产或犯罪所得，而不是隐瞒罪行本身。

B. 豁免

278. 当根据国家法律对被指控犯有危害人类罪的人进行起诉时，被指控罪犯可能声称，按照国际法，他或她豁免于国内管辖权。当发生这种情况时，习惯国际法或协议国际法可能阻止一国对外国官员行使国内刑事管辖权。实际上，一些国际公约针对包括外交官、⁴⁶⁵领事官员、⁴⁶⁶参与特别使团的人⁴⁶⁷和国际组织官员⁴⁶⁸在内的某类国家官员规定了详细规则。

279. 委员会在2007年第五十九届会议上决定将“国家官员豁免于外国刑事管辖权”这一专题纳入工作方案。⁴⁶⁹委员会任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员，⁴⁷⁰并请秘书处编写关于该专题的背景研究报告，⁴⁷¹秘书处于2008年编写了

⁴⁶³见《1996年……年鉴》，第一卷，第2437次会议，第38-39页，第59-60段；另见同上，第40页，第76-77段，和第2438次会议，第42-43页，第1-17段。

⁴⁶⁴例如，《联合国国际刑事法院法》，2001 c.17，该法是为执行《国际刑事法院罗马规约》而制定的，第55(1)(d)条包括了辅助罪行，“协助罪犯或隐瞒所犯罪行。”第55条第5款(b)项规定：“隐瞒罪行是指与构成[《1967年刑法》]第5条第1款下的罪行的应予逮捕罪行有关的隐瞒。”随附的解释性说明指出：“本条款为此部分的目的界定了辅助罪行，其中包括《国际刑事法院罗马规约》第二十五条第三款中的从属责任形式，但是根据英格兰和威尔士法律下的从属责任原则界定的。”联合国规约和解释性说明可查阅：www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents。

⁴⁶⁵《维也纳外交关系公约》。

⁴⁶⁶《维也纳领事关系公约》。

⁴⁶⁷《特别使团公约》。

⁴⁶⁸例如，见《联合国特权和豁免公约》。

⁴⁶⁹《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第98页，第376段。

⁴⁷⁰同上。

⁴⁷¹同上，第101页，第386段。。

该报告。⁴⁷²科洛德金先生提交了三份报告，委员会在 2008 年第六十届会议⁴⁷³和 2011 年第六十三届会议⁴⁷⁴上接收并审议了这些报告。报告不包括条款草案。⁴⁷⁵

280. 2012 年，因为科洛德金先生当时不再是委员会成员，康塞普西翁·埃斯科瓦尔·赫尔南德斯女士接替科洛德金先生担任特别报告员。委员会在 2012 年同一届会议上接收并审议了特别报告员的初次报告，⁴⁷⁶并分别在 2013 年第六十五届会议、2014 年第六十六届会议、2015 年第六十七届会议和 2016 年第六十八届会议上接收并审议了其第二次、⁴⁷⁷第三次、⁴⁷⁸第四次⁴⁷⁹和第五次报告。⁴⁸⁰基于特别报告员在第二次、第三次和第四次报告中提出的条款草案，委员会临时通过了五项条款草案及其评注。⁴⁸¹应该注意的是，这些条款草案未提及“国际法特别规则下”存在的豁免，例如豁免外交官、领事官员、参与特别使团的人和国际组织官员。⁴⁸²委员会在该专题方面的工作仍在进行中。

281. 涉及犯罪的条约通常不包括有关豁免问题的条款，而是把此事项留给提及豁免官员类别的其他条约或习惯国际法处理。因此，以下条约不包含关于豁免国家官员或国际组织官员的条款：《防止及惩治灭绝种族罪公约》；1949 年《关于保护武装冲突受难者的日内瓦四公约》；《关于制止非法劫持航空器的公约》；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；《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》；《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；《反对劫持人质国际公约》；《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》；1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》及《联合国打击跨国有组

⁴⁷²关于“官员的外国刑事管辖豁免”的秘书处备忘录（A/CN.4/596 和 Corr. 1）。

⁴⁷³《2008 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/601 号文件，第 157 页（初次报告）。

⁴⁷⁴第二次报告是 A/CN.4/631 号文件，第三次报告是 A/CN.4/646 号文件，可查阅委员会网站（第六十三届会议的文件）。

⁴⁷⁵同上。

⁴⁷⁶A/CN.4/654；可查阅委员会网站（第六十四届会议的文件）。

⁴⁷⁷A/CN.4/661；可查阅委员会网站（第六十五届会议的文件）。

⁴⁷⁸A/CN.4/673；可查阅委员会网站（第六十六届会议的文件）。

⁴⁷⁹A/CN.4/686；可查阅委员会网站（第六十七届会议的文件）。

⁴⁸⁰A/CN.4/701；可查阅委员会网站（第六十八届会议的文件）。

⁴⁸¹关于用语的条款草案第 2 条仍在制定中。

⁴⁸²条款草案第 1 条第 2 款规定：“本条款草案不妨碍根据国际法特别规则享有的刑事管辖权豁免，特别是与外交使团、领事馆、特别使团、国际组织和国家军事部队有关的人员。”

织犯罪公约》。⁴⁸³一些条约规定国家官员负有国际刑事责任或应受惩罚，但不妨碍国家法院予以程序上的豁免。⁴⁸⁴

282. 《美洲被迫失踪人士公约》中有豁免条款，⁴⁸⁵但《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》未照搬这一条。实际上，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的初稿载有明确排除外交官之外的国家官员豁免权的条款，⁴⁸⁶各国决定在《公约》最终版本中删除该条款。⁴⁸⁷《联合国反腐败公约》中也有豁免条款，⁴⁸⁸但该条款关注的是国家官员在其本国获得豁免，而不是国家官员豁免于外国刑事管辖权。

283. 设立国际法院和法庭的条约通常取消对国家官员的豁免，这是由于人们认为，在向由国际检察官和法官组成的法院和法庭起诉时，关于在国家一级起诉的关切是不必要的。根据《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》、《国际军事法庭宪章》（《纽伦堡宪章》）和《临时法庭规约》的案文，《国际刑事法院罗马规约》第 27 条第 2 款规定：“根据国家法律或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍本法院对该人行使管辖权”。如果产生这种问题，国际刑事法庭似乎承认根据国际管辖权和国家管辖权提出的起诉之间的差异，例如，指出“国家当局可能利用起诉不恰当地妨碍或限制外国参与国际行动的能力”，然而“国际法院和法庭未出现这种风险，因为它们完全独立于国家，‘受到严格的公正性规则制约’”。⁴⁸⁹

⁴⁸³ 本公约第 26 条第 3 款述及与执法当局在公约罪行侦查或起诉中予以配合的人免于起诉（“对于本公约所涵盖犯罪的侦查或起诉中予以实质性配合者，各缔约国均应考虑根据其本国法律基本原则规定允许免于起诉的可能性”）。

⁴⁸⁴ 例如，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》第四条（“无论其为依宪法负责的统治者，公务员或私人，均应惩治之”）；和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第三条（“……国家代表，……即应负国际罪责，不论是住在行为发生地的国家的领土内或其他国家”）。无论《防止及惩治灭绝种族罪公约》在豁免方面存在哪些影响，《公约》第六条将犯罪管辖权限制于“犯罪行为发生地国家”和“缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭”。

⁴⁸⁵ 第九条相关部分的内容如下：“这种审判中不应容许特权、豁免或特别特许，不应妨碍《维也纳外交关系公约》载有的规定”。

⁴⁸⁶ 初稿是由人权委员会促进和保护人权小组委员会编制的。见司法问题会期工作组的报告（上文脚注 175），第 10 条第 2 款（“按照《维也纳外交关系公约》的规定，这种审判中不应授予特权、豁免或特别特许”）。

⁴⁸⁷ 该公约述及在向条约专家委员会成员授予豁免的背景下的豁免，见《公约》第 26 条第 8 款。

⁴⁸⁸ 第 30 条第 2 款（“各缔约国均应当根据本国法律制度和宪法原则采取必要措施以建立或者保持这样一种适当的平衡：既照顾到为公职人员履行其职能所给予的豁免或者司法特权，又照顾到必要时对根据本公约确立的犯罪进行有效的侦查、起诉和审判的可能性”）。

⁴⁸⁹ 例如，见检察官诉阿尔·巴希尔案，案件编号：ICC-02/05-01/09，根据《罗马规约》第八十七条第七款对马拉维共和国不遵守法院发布的关于逮捕和交出奥马尔·哈桑·艾哈迈德·阿尔·巴希尔的合作请求做出的裁决，2011 年 12 月 12 日，国际刑事法院，第一预审分庭，第 34 段（引用 A. Cassese,《国际刑事法》）（第 2 版，牛津大学出版社，2008 年，第 312 页）。

284. 按照先前涉及犯罪的条约采取的办法，特别报告员认为，关于危害人类罪的条款草案不应涉及国家官员或国际组织官员的豁免问题，而是应将此事项留给关于豁免某类官员的条约或习惯国际法处理。该办法不应被解读为对委员会关于“国家官员豁免于外国刑事管辖权”的工作有任何影响。

C. 大赦

285. 当根据国家法律起诉被指控犯有危害人类罪的人时，被指控罪犯也可能声称自己受国籍国授予的大赦的保护。大赦指的是具有可能限制刑事起诉的效果的法律措施，在一些情况下，还限制针对某些人或某类人在大赦通过前实施的具体刑事行为的民事诉讼。它也可能指追溯性地取消之前确立法律责任的法律措施。⁴⁹⁰可以根据宪法、法定或行政法律渊源，按照犯罪发生地所在国的国家法律授予大赦，大赦也可能是结束武装冲突的和平谈判协议的产物。这种大赦可能具有普遍性质，也可能以某些要求为条件，如解除非国家行为者团体的武装，被指控罪犯愿意公开为所犯罪行作证，或者被指控罪犯向受害人或其家人道歉。

286. 关于国际法下大赦的可允许性存在着互相矛盾的意见，包括针对危害人类罪的大赦。在条约方面，没有国际条约明确禁止大赦，⁴⁹¹包括：《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《关于保护武装冲突受难者的日内瓦四公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《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》；或《美洲防止和惩处酷刑公约》。

287. 与此相反，有 168 个缔约国的《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二议定书》）第 6 条第 5 款鼓励各国在敌对行动结束时实行大赦。该条款内容如下：“在敌对行动结束时，当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论是被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免。”在红十字委员会赞助下出版的《2005 年关于习惯国际人道主义法的研究》将第 6 条第 5 款解读为排除了疑似、被控或被判犯有战争罪的人，得出的结论认为，国家惯例确立的大赦是适用于非国际武装冲突下的习惯国际法规范。⁴⁹²但这一解读遭到批评。⁴⁹³

⁴⁹⁰联合国人权事务高级专员办事处，《冲突后国家法治工具：大赦》（HR/PUB/09/1），可查阅：www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_en.pdf，第 5 页。本报告区分了大赦、赦免、正式豁免和其他免罪要素。

⁴⁹¹见《贝尔法斯特大赦和问责准则》，乌尔斯特大学和过渡期正义倡议，2013 年，可查阅：www.ulster.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0005/57839/TheBelfastGuidelinesFINAL_000.pdf，准则第 6 (b) 条。

⁴⁹²见 J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编辑，《习惯国际人道主义法，第一卷：规则》，剑桥大学出版社，2005 年，规则第 159 条（“在敌对行动结束后，执政当局应努力向参与非国际武装冲突的人或因武装冲突被剥夺自由的人给以尽可能最广泛的大赦，疑似、被指控或被判战争罪的人除外”）。

288. 近期谈判达成的条约也没有排除大赦，包括涉及严重犯罪的条约。因此，在就《国际刑事法院罗马规约》和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》谈判期间，对纳入大赦条款的可能性进行了辩论，但是这个问题被证明是有争议的，最终条约中排除了任何此类条款。⁴⁹⁴

289. 许多涉及国家一级犯罪的条约规定缔约国有义务将某些罪行进行起诉（除非此人被引渡或被转交给其他有能力的当局起诉），有时还规定缔约国有义务向受害者提供赔偿（见上文第四章 D 节）、一些评注者、⁴⁹⁵条约机构⁴⁹⁶和法院⁴⁹⁷认为，这种条款含蓄地排除了大赦。但是，需要注意的是，这些条约未要求起诉；其要求的事项是提交起诉，留有完整的起诉自由裁量权。此外，这些条约通常规定，当提交罪行进行起诉时，国家当局应决定是否以针对性质严重的普通罪行类似的形式进行起诉。⁴⁹⁸

290. 关于国家惯例，多个国家在历史上颁布过大赦，甚至是针对严重犯罪的大赦。例如，1999 年《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协议》颁布了无限制大赦。其第九条第 2 款内容如下：“在签署本协议之后，塞拉利昂政府还应对截至本协议签署之时所有战斗人员和通敌者为实现目标而做的任何事情给予绝对

⁴⁹³例如，见《贝尔法斯特大赦和问责准则》（上文脚注 491），第 41 页（“有限的证据引用了……似乎与红十字委员会关于重新制订第 6 条第 5 款的合理理由相矛盾”）。

⁴⁹⁴见《贝尔法斯特大赦和问责准则》（上文脚注 491），第 36 页；《起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律约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》（上文脚注 44），第 73-80 段；J. Gavron，“国际法发展和设立国际刑事法院背景下的大赦”，《国际法与比较法季刊》，第 51 卷，第 1 期（2002 年 1 月），第 91-117 页，第 107-108 页；和 Margu s 诉克罗地亚案（上文脚注 420），第 109 段。

⁴⁹⁵例如，见 Cassese 等（上文脚注 234），第 310 页。

⁴⁹⁶例如，见第 20 号一般性意见（上文脚注 145），第 15 段，人权委员会得出的结论认为，大赦法律不符合禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条（“委员会注意到，一些国家对酷刑行为实行大赦，一般而言，这种大赦不符合国家调查此类行为，保证在其管辖范围内无人受此行为伤害，以及保证将来不发生此类行为的责任，国家不得剥夺个人获得有效补救，包括获得赔偿和尽量恢复正常生活的权利”）。

⁴⁹⁷例如，见 Ould Dah 诉法国案，第 13113/03 号申请，2009 年 3 月 17 日关于可否受理的裁决，欧洲人权法院第五庭，《2009-I 判决和裁决报告》，第 438 页；Barrios Altos 诉秘鲁案（上文脚注 420），第 41-44 段；以及关于英萨利对结案令上诉的裁决，案件编号：002/19-09-2007-ECC C/OCIJ（PTC75），2011 年 4 月 11 日，柬埔寨法院特别法庭，第 201 段。

⁴⁹⁸见《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（“主管当局应根据该国法律，以审理情节严重的普通犯罪案件同样的方式作出决定。对于第 5 条第 2 款所指案件，起诉和定罪所需要的证据标准决不应宽于第 5 条第 1 款所指案件的标准”）；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 11 条第 2 款（“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 9 条第 2 款所指的情况下，起诉和定罪所需要的证据标准不得比第 9 条第 1 款所指的情况应采用的标准更宽松”）。

和自由的赦免和缓刑。”⁴⁹⁹与此同时，联合国秘书长特别代表在协议后附了免责声明，指出“本协议第九条载有的大赦条款（‘绝对和自由的赦免’）不应适用于国际种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和其他严重违反国际人道主义法的行为”。

291. 在审议大赦的影响时，也可以在大赦影响在颁布大赦的国家提交起诉的能力与大赦影响在其他国家法庭提交起诉或向国际或“混合”法院提交起诉的能力之间做出区别。关于向其他国家的法院提交起诉，公认的看法是，一国颁布的大赦对在其他国家提交起诉没有直接影响。⁵⁰¹

292. 关于国际或“混合”法院，前南斯拉夫问题国际法庭拒绝国家大赦对其管辖权的任何影响；⁵⁰²此外，该法庭坚持认为，根据国际法，对国际罪行予以大赦通常是无效的，这一立场遭到批评。⁵⁰³在后一点上，其他国际法院或“混合”法院更加谨慎，指出这是一个法律“正在制定”或存在“新共识”的领域。例如，《塞拉利昂问题特别法庭规约》第10条包括的一项条款规定，大赦不妨碍向法院提交起诉。⁵⁰⁴根据第10条，塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭一贯认为，（上文提及的）《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协议》第九条并未限制特别法庭的管辖权。虽然特别法庭认定，“支持指出政府不可对国际法下的严重罪行

⁴⁹⁹塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线 1999 年 7 月 7 日在洛美签署的《和平协议》，可查阅：www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/sierra_leone_07071999.pdf。

⁵⁰⁰《秘书长关于设立塞拉利昂问题特别法庭的报告》(S/2000/915)，第 23 段；另见《冲突后国家法治工具：大赦》(上文脚注 490)，第 11 页。

⁵⁰¹见《贝尔法斯特大赦和问责准则》(上文脚注 491)，准则第 18 (a) 条（“虽然大赦禁止在颁布大赦的国家提起刑事诉讼，但它无法禁止国际、混合或外国法院行使管辖权。此类法院可根据其自身的管辖权裁定是否认可大赦”）。另见 O’Keefe, 《国际刑事法》，牛津大学出版社，2015 年，第 477 页；和 Ould Dah 诉法国案 (上文脚注 497)，第 438 页。

⁵⁰²例如，见检察官诉 Anto Furundžija 案，案件编号：IT-95-17/1-T，1998 年 12 月 10 日的判决，第二审判分庭，第 155 段；另见《贝尔法斯特大赦和问责准则》(上文脚注 491)，准则第 18 条；检察官诉 Karadžić 案，案件编号：IT-95-5/18-PT，关于被告人第二次侦查和披露动议的裁定：大赦问题，2008 年 12 月 17 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭，第 17 段和第 25 段；以及检察官诉 Karadžić 案，案件编号：IT-95-5/18-AR73.4，关于 Karadžić 对审判分庭关于所谓的霍尔布鲁克协定的裁定提起上诉的裁定，2009 年 10 月 12 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭，第 52 段。

⁵⁰³例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭认定，关于酷刑的强制法禁令取消了针对酷刑的任何大赦的合法地位。但是，Roger O’Keefe 断定，“国际刑事禁令的假定强制状态对关于该罪行的追诉时效法或大赦的国际合法性没有逻辑影响” (O’Keefe, 上文脚注 501，第 476 段)。

⁵⁰⁴第 10 条（“向属于特别法庭管辖权内的任何人授予关于本规约第 2 条至第 4 条所提及犯罪的大赦不应构成起诉限制。”类似条款见《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 40 条（“柬埔寨王国政府不应要求对被侦查的人或犯有本法第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条和第 8 条所提及罪行的人颁布大赦或赦免。在颁布本法前可以授予的任何大赦或赦免范围是由特别法庭决定的事项”）；以及《黎巴嫩问题特别法庭规约》(上文脚注 255)，第 6 条（“对任何人授予的关于属于特别法庭管辖权的任何犯罪的大赦不应构成起诉限制”）。

给予大赦是国际法明确规范的陈述”，⁵⁰⁵但它承认这显示了“习惯国际法的发展方向”，⁵⁰⁶采纳了安东尼奥·卡塞斯的分析，即国家尚无普遍义务禁止针对危害人类罪的大赦法律。

293. 柬埔寨法院特别法庭得出的结论认为，基于侦查和起诉严重国际犯罪和惩罚犯罪者的义务，禁止与这些犯罪有关的大赦是一种“新共识”。⁵⁰⁷但是，审判分庭承认，国家惯例无疑不够一致，难以绝对禁止关于这些犯罪的大赦。⁵⁰⁸

294. 区域人权法院裁定大赦是不被容许的，因为大赦阻止按照区域人权条约进行问责，不过，这些法院之间可能存在一些区别。美洲人权法院在其影响深远的 *Barrios Altos* 诉秘鲁案中认定，所有大赦规定都是不可受理的，因为其目的是阻止侦查和惩罚那些对严重侵犯《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞条约”》下不可克减的人权负有责任的人。⁵⁰⁹在 *Almonacid Arellano* 等诉智利案中，法院也裁定，“危害人类罪是不能被容许大赦的罪行。”⁵¹⁰在津巴布韦人权非政府组织论坛诉津巴布韦案中，非洲人权和人民权利委员会认定，“有先后一致的国际判例表明，禁止会导致严重侵犯人权行为有罪不罚的大赦已成为习惯国际法的规则。”⁵¹¹在 *Marguš* 诉克罗地亚案中，欧洲人权法院更谨慎地认识到，“国际法中越来越倾向于”认为，对严重违反基本人权行为予以大赦是不可接受的，因为这不符合国家起诉和惩罚此类犯罪的公认义务。然而，法院指出，在某些情况下

⁵⁰⁵ 检察官诉 *Moinina Fofana* 案，SCSL-2004-14-AR72 (E) 号案件，关于对缺乏管辖权的初次动议的裁定：塞拉利昂非法授权管辖权，2004 年 5 月 25 日，塞拉利昂问题特别法庭，第 3 段。

⁵⁰⁶ 见检察官诉 *Kallon* 和 *Kamara* 案，案件编号：SCSL-2004-15-AR72 (E)、SCSL-2004-16-AR72 (E)，关于对管辖权提出异议的裁定：洛美协议大赦，2004 年 3 月 13 日，塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭，第 71 段和第 82-84 段，特别是第 84 段。另见 *Cassese* 等（上文脚注 234），第 312 段。*Cassese* 进一步指出：“应该补充的是，每当禁止特定国际犯罪的普遍规则要求获得强制性性质时，它们可以被解读为，除其他外，施加了立法或行政法令不取消其禁止的罪行的义务……这种观点也应适用于灭绝种族罪和危害人类罪，因为这似乎是确定性证据，可以证明构成此类犯罪的行为是被国际法强制性规范所禁止的。由此可见，针对此类犯罪通过的大赦是不可适用的，因为违反了国际法”（同上）。

⁵⁰⁷ 见关于英萨利规则第 89 条初步反对意见的裁定（一罪不二审和大赦与赦免），案件编号：002/19-09-2007/ECCC/TC，2011 年 11 月 3 日，柬埔寨法院特别法庭，审判分庭，第 53 段。欧洲人权法院，*Marguš* 诉克罗地亚案（见上文脚注 420），引用该案调停者的呈件，自第二次世界大战以来，各国越来越依赖于大赦法律（第 110 段）。虽然排除国际犯罪的新的赦免法律的数量有了增加，但包含此类犯罪的大赦数量也有了增加。

⁵⁰⁸ 同上。

⁵⁰⁹ *Barrios Altos* 诉秘鲁案（见上文脚注 420），第 41 段。另见 *El Mozote* 及周边各地的大屠杀诉萨尔瓦多案，2012 年 10 月 25 日的判决，美洲人权法院，C 卷，第 252 号，第 283-286 段。

⁵¹⁰ *Almonacid Arellano* 等诉智利案（见上文脚注 418），第 114 段。另见同上，第 129 段。

⁵¹¹ 津巴布韦人权非政府组织论坛诉津巴布韦案，第 245/02 号来文，2006 年 5 月 15 日的裁决，非洲人权和人民权利委员会，第 201 段。

大赦是可行的，例如和解进程和（或）赔偿受害者的形式，但法院认为，在该具体案件中，这些情况不相关。⁵¹²

295. 《贝尔法斯特大赦和问责准则》概述了混合惯例：

《国际刑事法院罗马规约》界定了非国际武装冲突中犯下的危害人类罪和战争罪，如果有管辖权，国际刑事法院（国际刑院）可以起诉这些罪行。这些发展以及国际刑院的判例法和主管当局的意见进一步明确了这些罪行的性质，促成了大量意见，支持对针对国际犯罪的大赦的习惯禁令。但是，国内和混合法庭的其他法律意见渊源以及大赦的国家惯例并未反映对针对国际犯罪的大赦的既有、明确和绝对的习惯禁令。⁵¹³

296. 因此，许多国际法学家认为，难以断定习惯国际法规约是否附有针对大赦（甚至针对严重罪行的大赦）的完整禁令。⁵¹⁴相反，这些国际法学家呼吁考虑到具体情况下的各种因素，例如特定的大赦条款是否等同于无限制大赦或规定了相关条件，或排除了对所犯罪行负有最大责任的人。⁵¹⁵

297. 按照先前涉及犯罪的条约采取的办法，特别报告员认为，本条款草案不应涉及国内法下的大赦问题。必须按照国家在条款草案第 9 条和第 14 条等条款下的义务以及现行的和今后演化的习惯国际法对国家授予的任何大赦进行评价。此外，应该回顾的是，国家大赦不应限制有权限的国际刑事法庭或对犯罪具有同时时效管辖权的外国起诉危害人类罪。

⁵¹²Marguš 诉克罗地亚案（见上文脚注 420），第 139 段。

⁵¹³见《贝尔法斯特大赦和问责准则》（见上文脚注 491），准则第 6（d）条；另见 L. Mallinder，“大赦的终结，还是区域的雄心过大？解读南美洲大赦法律受侵蚀”，《国际法和比较法季刊》，第 6 卷（2016 年 7 月），第 645-680 页。

⁵¹⁴例如，见 R. Cryer 等，《国际人权法律和程序导论》，第 3 版，剑桥大学出版社，2014 年，第 570-572 页；和 O'Keefe（见上文脚注 501），第 468-469 页和第 474 页。

⁵¹⁵见《贝尔法斯特大赦和问责准则》（见上文脚注 491），准则第 7 条和第 8 条。另见关于英萨利规则第 89 条初步反对意见的裁定（见上文脚注 507），第 52 段，柬埔寨法院特别法庭指出，某些有条件的大赦获得了广泛认可，例如在南非，作为和解进程的一部分授予大赦。

第九章

序言

298. 本条款草案的序言将着重强调激发本条款草案并证明其正当性的若干核心要素：在历史进程中，危害人类罪给无数儿童、妇女和男子造成极大伤害和痛苦，使全人类的良知深受震动；这种犯罪危害国际和平与安全；希望惩罚这种犯罪，包括通过在国家一级采取措施和国家间合作的支持；惩罚作为防止这种犯罪再次发生的手段的重要性；以及因此各国有义务对犯有这种罪行的人行使刑事管辖权。此外，序言是用来重申《联合国宪章》基本宗旨和原则的恰当部分，包括与使用武力和不干涉有关的规则，本条款草案遵守这些规则，未试图改变。

299. 在这方面，先前的文书提供了指导。特别是，《防止及惩治灭绝种族罪公约》部分规定：

认为有史以来，灭绝种族行为殃祸人类至为惨烈，以及深信欲免人类再遭此类狞恶之浩劫，国际合作实所必需.....

300. 《国际刑事法院罗马规约》序言部分规定：

注意到在本世纪内，难以想象的暴行残害了无数儿童、妇女和男子的生命，使全人类的良知深受震动，

认识到这种严重犯罪危及世界的和平、安全与福祉，

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，

决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪，

忆及各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权，

重申《联合国宪章》的宗旨及原则，特别是各国不得以武力相威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符的任何其他方法，侵犯任何国家的领土完整或政治独立，

强调本规约的任何规定不得解释为允许任何缔约国插手他国内政中的武装冲突.....

301. 基于这些考虑因素，特别报告员提出了下述序言草案：

序言草案

注意到有史以来，难以想象的暴行残害了无数儿童、妇女和男子的生命，使全人类的良知深受震动，

认识到这种危害人类罪危及世界的和平、安全与福祉，

申明对于危害人类罪，这种整个国际社会关注的最严重犯罪之一，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，

决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪，

忆及各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权，

重申《联合国宪章》的宗旨及原则，特别是各国不得以武力相威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符的任何其他方法，侵犯任何国家的领土完整或政治独立，

强调本条款草案的任何规定不得解释为允许任何缔约国插手他国内政中的武装冲突，

第十章 公约的最后条款

A. 委员会工作中的最后条款

302. 本专题的大纲指出，其目标是，“起草一套条款草案，使之成为一项防止及惩治危害人类罪公约”。⁵¹⁶ 该公约，最终必须拥有最后条款，可能解决以下问题：条约的通过和认证；保存人；参加多边条约；签署；同意接受约束的方式；暂时适用；保留；声明；通知；生效；登记和公布；作准文本；修正；期限；及终止。⁵¹⁷

303. 《委员会章程》未提及委员会可能向大会提议公约草案的最后条款。与此同时，《章程》未对可向大会提交的条款草案类型进行任何限制。《章程》第 22 条仅仅要求委员会编写“最后”草案和解释性报告，并连同其建议一并提交。《章程》第 23 条第 1 款 (c) 项规定，委员会可推荐这项草案，以求缔结一项公约，而不限草案的可能内容。

304. 但是，在实际当中，委员会仅有两次向大会提议过公约草案的最后条款：《减少未来无国籍问题公约草案》和《消除未来无国籍问题公约草案》。⁵¹⁸ 这两项专题列入了委员会选定编纂的国际法专题清单。1950 年，经济及社会理事会注意到这些建议，请委员会承担两份公约的起草任务。⁵¹⁹ 此后，在其 1954 年第六届会议上，委员会通过了《减少未来无国籍问题公约草案》和《消除未来无国籍问题公约草案》，两份公约都载有最后条款。

305. 鉴于先前的这一做法，本报告不建议委员会通过作为公约最后条款的条款草案。但是，考虑到委员会先前在保留专题方面的工作，以及缔约国可能希望未来就此问题专门在《防止及惩治危害人类罪公约》中提供进一步指导，本章剩余部分将讨论与保留相关的最后条款的可能方案。

B. 在对条约的保留方面平衡各种利益

306. 委员会先前在条约所定法中笼统地处理过保留问题，特别是 1969 年《维也纳公约》(第 19-23 条)、1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(第

⁵¹⁶ 见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 140 页，附件 B，第 3 段。

⁵¹⁷ 见《多边条约最后条款手册》(联合国出版物，出售品号：E.04.V.3)，可查阅：<https://treaties.un.org/doc/source/publications/fc/english.pdf>。

⁵¹⁸ 《1954 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/81 号文件，第 26 页。

⁵¹⁹ 经济及社会理事会 1950 年 7 月 17 日第 304 D (XI) 号决议；和经济及社会理事会 1950 年 8 月 11 日第 319 B (XI) 号决议。

20 条) 和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(下文称为“1986 年《维也纳公约》”), 以及最近的 2011 年《对条约的保留实践指南》。⁵²⁰通过综合采纳 1969 年《维也纳公约》⁵²¹和 1986 年《维也纳公约》所载的定义,⁵²² 委员会在 2011 年《对条约的保留实践指南》准则第 1.1 条中对保留定义如下:

“保留”是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约, 或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明, 不论其措辞或名称如何, 该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力。⁵²³

307. 委员会承认, 保留与国家同意接受条约的约束有着实质性联系, 是建立共识和参加多边条约的重要工具。⁵²⁴适当地制定保留允许国家参加条约, 同时提供了一个对其不同的法律和政治体制负责的方法。允许这种灵活性或许对于那些促进制定国家法律的条约和公约尤其相关性。⁵²⁵而且, 委员会得出的结论认为, 没有任何理由对人权条约保留适用不同的规则, 即使是就基本权利而言, 也有可能对之提出保留, 条件是保留不排斥对有关权利的保护, 并且不至于导致法律制度被过度修改。⁵²⁶

⁵²⁰ 《对条约的保留实践指南》,《大会正式记录, 第六十六届会议, 补编第 10 号》(A/66/10/Add.1)。

⁵²¹ 第 2 条第 (1) 款 (d) 项 (“称‘保留’者, 谓一国于签署, 批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明, 不论措辞或名称如何, 其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果”)。

⁵²² 见 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 (1) 款 (d) 项 (“‘保留’指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入一个条约时所作的单方面声明, 不论其措词或名称为何, 其目的在于排除或更改条约中若干规定对该国或该国际组织适用时的法律效力”)。

⁵²³ 《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 521)。

⁵²⁴ 同上, 准则第 4.3 条和评注。另见大会 2013 年 12 月 16 日第 68/111 号决议, 序言 (“确认对条约的保留可发挥作用, 在捍卫多边条约的完整性与促进广泛参与这两项目标之间达成令人满意的平衡”)。

⁵²⁵ 在 2011 年《对条约的保留实践指南》中, 委员会注意到, 国家经常因为条约所施加的义务不符合国内法而制定保留, 国家没有能力进行修正, 至少最初没有能力进行修正。委员会制定了准则第 3.1.5.5 条, 与国内法有关的保留, “其目的是: 与一项错误但相当普遍的理解相反, 只因为着眼于维护国内法特定规则的完整性而提出的保留是无效的——它是基于这样一项理解, 即与任何保留的情形一样, 为这样一种目的提出的保留必须符合它们所涉及的条约的目的和宗旨”(见《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 521)。准则第 3.1.5.5 条, 评注第 (7) 段)。而且, 委员会承认国家或国际组织在原则上同意以一项条约约束其行动自由时对于保留其行动自由的关切特别存在于以下两个情况: “有关条约涉及特别敏感的事项或载有特别重大义务或该条约所约束的国家情况极其特殊, 一套统一的规则不一定符合其需要”(同上, 准则第 1.7.1 条, 评注第 (1) 段)。

⁵²⁶ 同上, 准则第 3.1.5.6 条, 评注第 (5) 段至第 (9) 段。Edward Swaine 教授提出类似的意见, “虽然保留, 根据定义, 寻求单方面地平衡国家的条约义务, 国家仍然默认有提出保留的自由。一般来说, 国家这样做, 是为了在通常高度关系到地方 (以及令人高兴地, 最低程度的国际) 利益的事项中使条约适应国内的法律和政治形势。”见 E. T. Swaine, “对条约的保留”, Hollis 编辑 (见上文脚注 309), 第 277—303 页。Schabas 教授也指出, “不得以保留的合法性为由, 援引

308. 另一方面，在人权条约背景下，一些国家、⁵²⁷条约机构⁵²⁸和评论人员对笼统的、无限制的保留影响条约完整性表示关切。例如，1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》作出保留的程度和影响⁵²⁹便引起了关切。消除对妇女歧视委员会在其第十八届和第十九届会议之后的报告中，通过了一份关于保留的声明，关切地注意到对《公约》提出保留的数目和范围，包括有些保留如此广泛，致使其影响不能仅限于公约中的特定条款。⁵³⁰ 1993年世界人权会议《维也纳宣言和行动纲领》敦促所有国家尽可能避免做出保留。⁵³¹

309. 因此，保留问题在很大程度上可以被视为促进国家参与条约机制的广度（允许国家调整其义务，以符合其难以改变的国家法律）⁵³²与确保机制的深度保持有意义的完整（限制或禁止此类改变）二者之间的辩论。考虑到这一辩论，委员会在关于保留对话的结论中指出，必须铭记“有必要在保护多边条约的完整性与确保尽可能普遍加入条约这两个目标之间达成满意的平衡。”⁵³³

第27条。通常情况下，国家提出保留正是因为其国内法与条约存在冲突。实际上，人权事务委员会特别敦促国家“准确说明[它们认为]与所保留的公约义务不符的国内法律或实践”（W. A. Schabas, “对人权条约的保留：创新与改革时机”，《加拿大国际法年鉴》，第三十二卷（1994年），第39-82页，第59页）。

⁵²⁷ 见人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第40号》（A/50/40，附件），联合王国的评论，第3段。

⁵²⁸ 见《人权事务委员会关于批准或加入〈公约〉或其〈任择议定书〉时提出保留或者依照〈公约〉第41条提出声明所涉问题的第24（1994）号一般性意见》（CCPR/C/21/Rev.1/Add.6）。

⁵²⁹ 见 W. A. Schabas, “对《消除对妇女一切形式歧视公约》和《儿童权利公约》的保留”，《威廉和玛丽妇女与法律杂志》，第3期，第1号（1997年春季刊），第79-112页，第80页。尽管存在这些批评意见，但 Schabas 教授认为：“在许多情况下，这些保留非常准确和有限，使大多数文书保持完整……实际上，[起草人]的意图是特别允许此类细微的保留，以鼓励广泛的批准，并且这一目标已经实现”（同上，第110页）。

⁵³⁰ 见消除对妇女歧视委员会的报告，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第38号》（A/53/38/Rev.1），第47-49页。

⁵³¹ 见《维也纳宣言和行动纲领》（A/CONF.157/24（第一部分）），第一节，第26段。在第二节中，《宣言》指出：“世界人权会议鼓励各国考虑限制它们对人权文书所作出的任何保留的程度，尽可能精确和小幅度地拟出保留，确保任何保留不会与有关条约的目标和宗旨相抵触，并定期予以审查，以期撤销保留”（同上，第二章，第5段）。

⁵³² 例如，在2011年《对条约的保留实践指南》中，委员会注意到莫桑比克对《反对劫持人质国际公约》提出的保留，作为针对国内法的适用提出保留的实例，此类保留“不会引起异议，在现实中也并没有遇到任何异议”（《对条约的保留实践指南》（见上文脚注521），准则第3.1.5.5条评注第（4）段）。莫桑比克根据其《宪法》和国内法宣称不能引渡其国民（同上，准则第3.1.5.5条评注第（4）段的最后脚注）。

⁵³³ 《对条约的保留实践指南》（见上文脚注521），附件，第601页。

C. 现有条约对保留采取的方式

310. 在处理保留问题方面，似乎至少有五种不同的方式。对于每一种方式而言，条约首先受到条约中任何关于保留的相关条款制约，其次，受到协定国际法或习惯国际法所载与保留相关的关于保留的条款制约。

311. 首先，条约可能完全未提及保留问题，如《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》以及《公民权利和政治权利国际公约》。或者，条约可能载有准许作出保留的条款。⁵³⁴

312. 第二，除了准许对条约的争端解决机制提出保留的条款(有时称为声明)外，条约一般可能不提及保留问题。这是条约处理国家法所规定的罪行的主要方式，⁵³⁵正如在以下条约中所见：《关于制止非法劫持航空器的公约》；⁵³⁶《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》；⁵³⁷《反对劫持人质国际公约》；⁵³⁸《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》；⁵³⁹《联合国人员和有关人员安全公约》；⁵⁴⁰《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；⁵⁴¹《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；⁵⁴²《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁵⁴³及其各项议定书；以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁵⁴⁴这种方式并不一

⁵³⁴例如，见《关于为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》，第 14 条第 1 款（“缔约国在进行确定性签署、批准或加入本公约或其任何修正时，可以作出保留”）。

⁵³⁵例外情况包括：《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》，第 9 条（禁止一切保留）；《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》，第 26 条第 1 款（禁止一切保留）；《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》（未提及保留）；以及《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》（未提及保留）。

⁵³⁶第 12 条第 2 款（“各国在签字、批准或加入本公约时，可以声明该国不受前款规定的约束。其他缔约国对于任何作出这种保留的缔约国，也不受前款规定的约束”）。

⁵³⁷第 13 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。

⁵³⁸第 16 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。

⁵³⁹第 30 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。第 28 条载有关于可声明不承认第 20 条所规定的委员会职权的条款。相反，《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任择议定书》第 30 条完全禁止提出保留。

⁵⁴⁰第 22 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。

⁵⁴¹第 20 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。

⁵⁴²第 24 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。

⁵⁴³第 35 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。

⁵⁴⁴第 42 条（与《关于制止非法劫持航空器的公约》的措词大体相同）。在闭会期间不限成员名额工作组第五届会议上，主席指出，缔约国有权在加入时作出保留，但这种保留必须符合国际法。（人权委员会，《起草保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律约束力的规范性文件文书闭会期间不限成员名额工作组的报告》（E/CN.4/2006/57），第 160 段）。

定默示禁止对条约作出其他保留。⁵⁴⁵相反，它仅仅是明确对条约争端解决机制作出保留与条约的目标和目的不抵触。

313. 第三，条约可能载有条款，明确可依据哪些条款提出保留，同时禁止提出所有其他保留。这一方式的实例可见：1949年《和平解决国际争端总议定书》订正本；⁵⁴⁶1961年《麻醉品单一公约》；⁵⁴⁷1971年《精神药物公约》；⁵⁴⁸1982年《联合国海洋法公约》；⁵⁴⁹《旨在废除死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》；⁵⁵⁰以及1992年《欧洲区域或少数民族语言宪章》。⁵⁵¹

⁵⁴⁵1969年《维也纳公约》，第19条(a)项和(b)项，规定可提具保留，除非条约禁止一切保留，或者条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者。这种措辞未直接处理条约允许特定保留的情形，未提及其他保留相关情形。在《对条约的保留实践指南》中，委员会规定：“粗略浏览一下《维也纳公约》第19条(b)项，就可能看出它是硬币的一面，而(a)项则是另一面。但是，这两面并非完全对应。要完全对应，则必须规定：除了条约明文规定的保留外，不得有其他保留。但是，情况并非如此：(b)项有另外两个防止过于简单化的细节。产生于该款的默示禁止某些保留实际上要复杂得多，取决于满足以下三个条件：(a)条约中的保留条款必须允许提出保留；(b)所允许的保留必须是‘特定的’；(c)必须规定‘只有’这些保留‘可以提出’”(《对条约的保留实践指南》(见上文脚注第520)，准则第3.1.2条评注第(1)段)。

⁵⁴⁶第39条第1款和第2款(“1. 除了前一条款所赋予的权力，缔约方得于加入本总议定书时提出，以下一段落里详尽列举的保留为条件接受本议定书。必须在加入时说明这些保留。2. 这些保留可包括在诸如以下方面不接受本议定书所述程序：(a)争端产生于提出保留的缔约方或提出保留的缔约方可能与之存在争端的任何其他缔约方在加入之前的实际情况；(b)依据国际法，完全属于各国国内司法管辖范围的争端；(c)与特定案件或明确予以说明的主题相关的争端，如，领土地位，或属于明确定义类别的争端”)。

⁵⁴⁷第50条(“1. 除依第49条或下列各项规定提出的保留外，不得提出其他保留。2. 任何国家得于签署、批准或加入时对本公约下列各项规定提出保留：第12条第2款和第3款；第13条第2款；第14条第1款和第2款；第31条第1款(b)项；及第48条。3. 凡愿为缔约国但欲获准的依本条第2款或第49条所提保留以外另提其他保留的国家，得将此种意向通知秘书长。自秘书长就此项保留发出通知之日起满12个月后，倘在此期限内已批准或加入本公约的国家对此项保留提出异议者不足三分之一时，则此项保留应视为已获准许，但曾对此项保留提出异议的国家无须对提出此项保留的国家承担本公约内受该项保留影响的任何法律义务”)。

⁵⁴⁸第32条(“1. 除本条第2款、第3款和第4款所规定者外，不得提出任何保留。2. 任何国家得于签署、批准或加入时对本公约下列各项规定提出保留：(a)第19条第1款和第2款；(b)第27条及(c)第31条。3. 凡原为缔约国但欲获准另提本条第2款和第4款所定保留以外之其他保留者，得将此种意向通知秘书长。除非在秘书长就此项保留发出通知之日起满12个月时，有业已不附批准保留而签署公约、已批准或加入本公约之国家中三分之一对此项保留提出异议，则该项保留应视为已获准许。惟并须了解者，即曾对该项保留提出异议之国家毋需对提出该项保留之国家承担任何因该项保留而涉及本公约所定法律义务”)。

⁵⁴⁹第309条(“除非本公约其他条款明示许可，对本公约不得作出保留或例外”)。实际上，《公约》中没有任何条款明确准许作出保留，尽管第298条允许声明对于特定类别的争端，不接受强制程序。《公约》第310条规定，准许解释性声明，“但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力。”

⁵⁵⁰第2条第1款(“本议定书不接受任何保留，唯在批准或加入时可提出这样一项保留：即规定在战时可对在战时犯下最严重军事性罪行被判罪的人适用死刑”)。

⁵⁵¹第21条第1款(“任何国家可在签署或交存批准、接受、核准或加入文书时，对本宪章第7条第2款至第5款提出一项或多项保留。不得提出任何其他保留”)。

314. 第四, 条约可能载有条款, 说明不得对哪些条约条款或哪些类别的条款提出保留, 同时准许提出所有其他保留。这一方式的实例包括: 《关于无国籍人地位的公约》;⁵⁵² 1958年《大陆架公约》;⁵⁵³ 以及 1977年《国际糖协定》。⁵⁵⁴

315. 该方式的一种变异体是条款禁止提出与条约的目的和宗旨相抵触的保留, 但除此之外准许提出保留。该方式的实例包括: 《消除一切形式种族歧视国际公约》;⁵⁵⁵ 《消除对妇女一切形式歧视公约》;⁵⁵⁶ 《儿童权利公约》;⁵⁵⁷ 以及《非统组织防止和打击恐怖主义公约》。⁵⁵⁸ 当然, 国际法院在 1951年关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见中阐述了对“目的和宗旨”的检验,⁵⁵⁹ 法院认为, 《公约》的“目的和宗旨”制约了提出保留的自由和反对保留的自由。⁵⁶⁰ 1969年和 1986年《维也纳公约》第 19条(c)项采用了这一对“目的和宗旨”的检验, 委员会 2011年《对条约的保留实践指南》对此进行了分析。⁵⁶¹

316. 另一种变异体是条约禁止“一般性质的保留”, 该方式旨在避免其影响不明确并因此难以评估的含糊保留。⁵⁶² 该条款的实例载于: 《欧洲人权公约》;⁵⁶³ 《美洲防止和惩处酷刑公约》⁵⁶⁴ 以及《美洲被迫失踪人士公约》。⁵⁶⁵

⁵⁵² 第42条 (“1. 任何国家在签字、批准或加入时, 可以对《公约》第1条、第3条、第4条、第16条第1款、第33条、第36-46条以外的条款作出保留。2. 依本条第1款作出保留的任何国家可以随时通知联合国秘书长撤回保留”)。另见《关于无国籍人地位的公约》, 第38条。

⁵⁵³ 第 12 条 (“1. 任何国家得于签署、批准或加入时对本公约第 1 条至第 3 条以外各条提出保留。2. 依前项规定提出保留之任何缔约国得随时通知联合国秘书长撤回保留”)。

⁵⁵⁴ 第 78 条第 3 款 (“任何有资格成为本协定缔约方的政府得于签署、批准、接受、核准或加入时提出保留, 该保留不得影响本协定的经济运行”)。

⁵⁵⁵ 第 20 条第 2 款 (“凡与本公约的目标及宗旨抵触的保留不得容许, 其效果足以阻碍本公约所设任何机关之业务者, 也不得准许。凡经至少三分之二本公约缔约国反对者, 应视为抵触性或阻碍性之保留”)。对于本公约通过的拟定条款的批评意见, 见委员会《对条约的保留实践指南》, 其中, 委员会指出: “必须承认, 虽然此类条款从知性上看来具有吸引力, 却远不能解决所有的问题: 实际上, 它们并不鼓励缔约国保持应有的特别警惕, 并且没有回答重要问题”(《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 520), 准则第 3.2 条评注第 (4) 段)。

⁵⁵⁶ 第 28 条第 2 款 (“不得提出与本公约目的和宗旨抵触的保留”)。

⁵⁵⁷ 《儿童权利公约》, 第51条第2款 (“不得提出内容与本公约目标和宗旨相抵触的保留”)。

⁵⁵⁸ 第 19 条第 4 款 (“任何缔约国不得提出与本公约目标和宗旨相抵触的保留”)。

⁵⁵⁹ 关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见, 《1951年国际法院报告》, 第15页。一些学者认为, 国际法院1951年咨询意见是分析对国际人权条约保留意见的“起”点。见Schabas, “关于人权条约的保留意见”(见上文脚注527), 第45页。

⁵⁶⁰ 关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留意见的咨询意见(见上文脚注), 第 24 页。国际法院还认为, “保留与《公约》目的和宗旨的一致性, 必须作为国家在加入时提出保留态度以及国家在反对该项保留时进行评判的标准”(同上)。

⁵⁶¹ 例如, 见《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 241), 准则第 3.1.5 条, “保留与条约的目的和宗旨不符”(“一项保留如果影响条约主旨所需的一项基本内容, 从而损害条约的存在理由, 则与条约的目的和宗旨不符”)。

⁵⁶² 同上, 准则第3.1.5.2条, “含糊或笼统的保留”(“保留的措辞应有利于确定其含义, 以便评估其

317. 第五, 条约可能载有禁止所有一切保留的条款。⁵⁶⁶有必要基于其他供选择不承担某些义务的灵活性机制⁵⁶⁷或技巧,⁵⁶⁸认真评估特定条约是否确实禁止一切保留。在禁止一切保留的条约方面, 值得注意的实例包括 1997 年《联合国气候变化框架公约京都议定书》⁵⁶⁹和《国际刑事法院罗马规约》。⁵⁷⁰除了区域和次区域一级的某些条约外,⁵⁷¹大多数禁止保留的条约并不侧重于缔约国应当如何管理国家领土范围内的人员或财产; 少数这样做的条约一般不涉及刑事管辖权。⁵⁷²

318. 关于《国际刑事法院罗马规约》, 禁止提出保留似乎与希望建立对所有缔约国具备完全相同的法律关系的国际制度密切联系在一起。委员会在《国际刑事法院罗马规约》草案中指出: “规约草案被订成一个总体方案, 包含了法院运行方面的一些重要的平衡因素和先决条件: 规约要作为一个整体来发挥作用。这些考虑倾向于支持这一观点: 对规约及其附属条约的保留要么不允许, 要么应有范围

是否与条约的目的和宗旨相符”)。

⁵⁶³第 57 条 (“1.任何国家在签署本公约或交存批准书时, 若在其境内生效的任何法律与本条规定不符, 可对该条款提出保留。不允许根据本条文提出一般性的保留。2.依照本条提出的任何保留应简要说明所涉法律”)。

⁵⁶⁴第 21 条 (“缔约国可在核准、签署、批准或加入时对本公约提出保留, 只要该保留不与本公约目的和宗旨抵触并且涉及一项或多项具体条款”)。

⁵⁶⁵第十九条 (“国家可在通过、签署、批准或加入本公约时对其提出保留, 该保留与公约目的和宗旨抵触除外, 只要它们适用于一项或多项具体条款即可”)。

⁵⁶⁶见《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 521), 准则第 3.1.1 条。

⁵⁶⁷例如, 许多环境和劳工条约载有区别对待的规则。见 L. R. Helfer, “非充分承诺? 保留、风险及条约设计”, 《耶鲁国际法杂志》, 第 31 卷, 第 2 期 (2006 年夏季刊), 第 367-382 页, 第 377 页。另见《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 521), 准则第 1.1.6 条和准则第 1.7 条, 关于替代保留和解释性声明的。《实践指南》援引了国际劳工组织法律顾问在 1968 年联合国维也纳条约法会议上的发言。法律顾问指出, 对国际劳工公约的保留不符合这些公约的宗旨和目标, 不适用于劳工组织, 因为它是一个具备三方特性的组织, 但指出, 将某些国际劳工公约适用于极为不同的情况时, 必须有极大的灵活性 (《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 521), 准则第 1.1.6 条评注第 (3) 段)。

⁵⁶⁸Swaine 教授指出, 一些条约, 包括在贸易、环境和军备控制领域, 乍看来像是禁止一切保留, 但经过检查, 可看出它们实际上准许对附属的协议或者对技术和动态内容提出保留 (Swaine (见上文脚注 527), 第 290 页)。

⁵⁶⁹第 26 条 (“不得对本议定书作出保留”)。

⁵⁷⁰第 120 条 (“不得对本规约作出保留”)。《国际刑事法院罗马规约》第一百二十四条规定了一项过渡条款, 允许缔约国在七年期限内不接受本法院对战争罪的管辖权。

⁵⁷¹例如, 见《经第 11 号议定书修正的保护人权和基本自由公约关于废除死刑的第 6 号议定书》, 第 4 条; 和《欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格待遇或处罚公约》, 第 21 条。

⁵⁷²例如, 见《取缔教育歧视公约》, 第 9 条; 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》, 第 18 条; 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》, 第 19 条; 《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》, 第二十二条 (尽管准许对不符合本公约宗旨和目标的公约各附件作出保留)。但是, 禁止保留并且涉及到国家刑事管辖权的条约也确实存在。见《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》, 第 9 条; 以及《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》, 第 26 条。

限制。”⁵⁷³当然，完全禁止提出保留并不能阻止国家在批准条约时产生争议，因为国家仍然可以提交“声明”，有争议地寻求单方面修改国家的义务。关于《国际刑事法院罗马规约》的一份学术评注指出，禁止提出保留，并且认为可以防止与保留相关的问题，是一种“具有欺骗性的简单的”解决方法。⁵⁷⁴例如，丹麦、芬兰、德国、爱尔兰、荷兰、挪威、瑞典和联合王国反对乌拉圭对《国际刑事法院罗马规约》提出实质上相当于保留的“解释性声明”。⁵⁷⁵

319.对于允许提出保留的条约，有可能载有条款要求缔约国说明提出保留的理由。例如，《欧洲人权公约》要求缔约国应当说明提出保留的理由，专门规定了提出的任何保留“应简要说明所涉法律”。⁵⁷⁶委员会承认本公约属于特别法，并且1969年《维也纳公约》和1986年《维也纳公约》⁵⁷⁷都没有要求说明提出保留的理由，同时，委员会得出的结论认为，“说明保留理由有明显好处”⁵⁷⁸，包括在准则第2.1.2条中规定，“保留应当尽可能说明提出保留的理由”。⁵⁷⁹

320.也可以使用其他未达到保留程度的机制，使国家和国际组织修改其作为缔约方应履行的义务，包括限制条款⁵⁸⁰、例外条款⁵⁸¹、“选择加入”或“缔约加入条

⁵⁷³ 《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第69页，附录一，第3(e)段。委员会还指出：“不论规约草案是否被视为《维也纳条约法公约》第20条第3款意义上的‘一国际组织的组织文件’，规约草案无疑已非常类似于一组织文件，促使起草者按照第20条第3款求得‘该组织主管机构’的同意的一些考虑，以极类似的方式适用于该草案”（同上）。

⁵⁷⁴ 见 Schabas, 《国际刑事法院》（上文脚注257），第1489页。Pellet教授在其作为特别报告员的职务范围以外著述，指出，“并不确定有限制的、范围清晰的保留有可能损害到《罗马规约》的根本目标，它无疑能够促进有诚意国家批准《国际刑事法院罗马规约》努力克服其在技术问题上遇到的总体来说在重要性上处于次要地位的宪法障碍。”（A. Pellet, “《规约》的生效和修正”，A. Cassese, P. Gaeta 和 J. R. W. D. Jones（编辑），《国际刑事法院罗马规约：评注》，第一卷（牛津大学出版社，2002年，第156页）。

⁵⁷⁵ 见《交给秘书长保存的多边条约》（可查阅：<http://treaties.un.org/>），第十八章第10节。解释性声明指出：“作为[《国际刑事法院罗马规约》]的缔约国，乌拉圭东岸共和国应确保本规约完全适用于国家在此方面具备的权限并严格符合共和国的宪法条款。”解释性声明摘自2008年2月26日的联系文件。

⁵⁷⁶ 见《欧洲人权公约》，第57条第2款。

⁵⁷⁷ 《1969年维也纳公约》和1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》。委员会指出：“无论是委员会关于条约法的工作，还是1969年《维也纳公约》和1986年《维也纳公约》，都没有规定提出保留的国家或国际组织必须说明理由，或者指出它为何认为有必要排除或修改条约的某些条款或整个条约在某些特定方面的法律效力”（《对条约的保留实践指南》（见上文脚注第521），准则第2.1.2条评注第（1）段）。

⁵⁷⁸ 同上，准则第2.1.2条评注第（8）段。

⁵⁷⁹ 同上，准则第2.1.2条。

⁵⁸⁰ 定义见《对条约的保留实践指南》，该条款在涉及义务或其有效期间的范围内，“以作出例外规定和施加限制的方式限制该义务的目的”（《对条约的保留实践指南》（见上文脚注第521），准则第1.7.1条评注第（6）段）。

⁵⁸¹ 定义见《对条约的保留实践指南》，该条款为“‘其目的是在特定情况下暂时停止各项一般性义务的适用’，其中提到保留条款和减损条款”（同上）。

款”⁵⁸²、“选择退出”或“缔约退出条款”⁵⁸³、容许缔约国在若干规定中作出选择的条款以及使缔约国能够暂停或修正条约的条款。在《对条约的保留实践指南》中，委员会指出：“这些程序远远没有要求缔约国限制条约的效力，相反，它将有助于使保留的提出不‘太必要’或不太频繁，展现比较灵活的条约技巧”。⁵⁸⁴

D. 《危害人类罪公约》的保留

321. 就本条款草案转化成公约而言，似乎上文所述方式都有可能作为公约最后条款之一。

322. 公约可完全不提及保留问题或者明确准许所有保留，由缔约国自行选择在《维也纳公约》规定的准则限制范围内提具其认为必要的保留。

323. 公约可总体上不提及保留问题，但是为缔约国提供了一个选择退出任何争端解决机制的机会。如果按照提议通过了条款草案第 17 条（上文关于监测机制和争端解决的一章进行了相关讨论），那么，缔约国将有这一机会。在《防止及惩治危害人类罪公约》中采取这样一种方式，将与其他涉及罪行的全球条约所采取的方式保持一致。如果这样做，关于条约所定法的背景准则，不论是公约性质还是习惯性，仍将适用，因此禁止缔约国提出与公约目的和宗旨相抵触的保留。

324. 公约可载有条款，明确说明可根据公约的哪些条款提具保留，同时禁止所有其他保留。相反地，公约可载有条款，明确说明不得对哪些条约条款提具保留，同时准许所有其他保留。这些方式明显要求明确说明缔约国认为对公约中的哪些特定条款十分有必要准许或禁止提出保留。

325. 或者，可拟定一项更加一般性的条款，禁止特定类型的保留，如，与条约目的和宗旨相抵触的保留。虽然从严格意义上说，这样一项条款是不必要的，因为根据国际法，已经禁止这种保留，这一类型的案文出现在许多与人权相关的公约中，并且很明显被视作对缔约国的有益提醒。此外，可列入条款，说明在提出保留时，保留必须侧重于公约的具体条款，从而禁止一般性质的保留。这一补充要素能够有助于避免一个问题，即，保留国作为一个整体提出“宪法”保留或寻求使条约服从于国家法的保留，根据这种保留，很难确定对保留国义务的效力。最后，还可以列入条款，要求缔约国说明提出任何保留的理由或其他缔约国反对保

⁵⁸²定义见《对条约的保留实践指南》，该条款为“缔约国只通过有别于加入整个条约的某一特别接受程序加入的条款”（同上）。

⁵⁸³定义见《对条约的保留实践指南》，该条款为“一国应受多数通过之规则的约束，即使它不曾表示不拟在一定期间内受约束”（同上）。

⁵⁸⁴同上，准则第 1.7 条一般性评注第（1）段，“替代保留的程序和解释性说明”。为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，如：(a)在条约中增列旨在限定其范围或适用的条款；(b)根据条约的一项明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定排除或更改该条约中的某些条款在它们之间的法律效力（同上）。

留的理由，正如《欧洲人权公约》载入与保留相关的条款。如果这样做，则该条款内容如下：

“1.各国可在核准、签署和批准或加入本公约时，对本公约[而不是条款……]提出保留，条件是保留不与本公约目的和宗旨相抵触并且涉及一项或多项具体条款。

“2.各国应尽可能说明根据第1款提出保留或反对保留的理由。”

326. 最后，公约可载有完全禁止保留的条款。这样做可避免从根本上修改公约义务的一些类型的保留，但也会使各国失去机会，以调整公约，使之符合其国家刑事法无可争议的方面，其中一些可能是宪法规定并且因此难以改变。如果是这样，完全禁止可能阻碍各国普遍遵守公约。

第十一章

今后的工作方案

327. 后续工作方案的一个可能时间表是 2017 年完成本专题的一读。或者，如果需要开展补充工作，可于 2018 年提交处理任何其他事项的第四次报告，在此之后可完成一读。

328. 如果 2017 年完成本专题的一读，可于 2019 年完成二读。

附件一

委员会迄今为止暂时通过的条款草案

第 1 条：范围

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

第 2 条：一般义务

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

第 3 条：危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

(a) 谋杀；

(b) 灭绝；

(c) 奴役；

(d) 驱逐出境或强行迁移人口；

(e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；

(f) 酷刑；

(g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；

(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第 3 款所界定的性别或公认为国际法所不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族罪或战争罪有关；

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

(k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第 1 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，特别是断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分人口；

(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为目的，或以进行其他严重违法违反国际法的行为为目的，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关于妊娠的国家法律；

(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，在一个有计划实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第 1 款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

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

3. 为了本条款草案的目的，“性别”一词应被理解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家法律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；和

(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，如武装冲突、国内政局动荡或任何其他公共紧急状态，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

第 5 条：在国家法律中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定危害人类罪构成犯罪。

2. 各国应采取必要措施，确保国家刑法把下列行为定为犯罪：

(a) 实施危害人类罪行；

(b) 企图实施这种罪行；和

(c) 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。

3. 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；和

(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) 项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，或故意不理睬会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；和

(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。

4. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，依照政府或者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。

5. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，本条款草案所述罪行不应受到任何时效限制。

6. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，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。

7. 在不违反本国法律规定的情况下，每个国家应酌情采取适当措施，确定法人对本条草案所指罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任。

第 6 条：确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对条款草案第 5 条所述罪行的管辖权：

(a) 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；

(b) 被控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；

(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，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内，而且本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对条款草案第 5 条所述罪行的管辖权。

3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

第 7 条：调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为时，其主管当局立即进行公正的调查。

第 8 条：当被指控罪犯在境内时的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有条款草案第 5 条所述任何罪行的人在其管辖下的领土之内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内。拘押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但延续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。

2. 该国应立即对事实进行初步调查。

3. 如一国根据本条草案将某人拘押，则应立即向条款草案第 6 条第 1 款所述国家通知该人受到拘押的事实和拘留该人之所以必要的情况。本条草案第 2 款所述进行初步调查的国家应立即向所述有关国家通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

第 9 条：引渡或审判

被指控罪犯在其管辖下的领土之内的国家，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家或主管国际刑事法庭。这些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。

第 10 条：公平对待被指控罪犯

1. 任何因条款草案第 5 条所述罪行而被采取法律措施的人，在诉讼的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利。
2. 在非本人国籍国的监狱、扣押或拘留中的任何此类人员应有权：
 - (a) 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) 接受此类国家代表的探视；和
 - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第 2 款所规定权利的预期目的得到充分落实。

附件二

第三次报告中提出的条款草案和序言草案

条款草案第 11 条：引渡

1. 条款草案第 5 条所述各种罪行应被视为属于缔约国间现有的任何引渡条约所列的可引渡罪行。缔约各国保证将此种罪行作为可引渡罪行列入将来相互之间缔结的每项引渡条约。
2. 为了缔约国间引渡的目的，不应将条款草案第 5 条所述犯罪视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的犯罪，或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡要求。
3. 以订有条约为引渡条件的缔约国，当收到另一个与之未签订引渡条约的缔约国提出的引渡要求时，可考虑将本条款草案作为对条款草案第 5 条所述犯罪给予引渡的法律依据。
4. 以订有条约为引渡条件的缔约国应：
 - (a) 利用本条款草案作为与其他缔约国进行引渡合作的法律依据，除非其在交存本条款草案批准书、接受书、核准书或加入书时通知联合国秘书长，不以本条款草案作为进行引渡合作的法律依据；和
 - (b) 如其不以本条款草案作为引渡合作的法律依据，则在适当情况下寻求与本条款草案其他缔约国缔结引渡条约，以执行本条款草案规定。
5. 不以订有条约作为引渡条件的缔约国，应承认本条款草案所适用的犯罪为彼此之间可予引渡的犯罪。
6. 引渡应符合被请求缔约国的法律规定或适用的引渡条约所规定的条件，特别应包括有关引渡的最低处罚要求和被请求缔约国可能拒绝引渡的理由。
7. 对于条款草案第 5 条所述任何犯罪，缔约国应在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。
8. 如有必要，为了缔约国间引渡的目的，条款草案第 5 条所述罪行应视为不仅在发生地实施，而且也在按照条款草案第 6 条第 1 款的规定已确立其管辖权的国家领土内实施。
9. 如果缔约国本国法律规定，允许引渡或移交其国民须以该人将被送还本国，就引渡或移交请求所涉审判、诉讼中作出的判决服刑为条件，且该缔约国和寻求引渡该人的缔约国也同意这一选择以及可能认为适宜的其他条件，则此种有条件引渡或移交即足以解除该缔约国根据条款草案第 9 条所承担的义务。

10. 如为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求缔约国的国民而遭到拒绝，被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的申请，考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期。

11. 如果被请求缔约国有充分理由认为，提出引渡要求的目的是，因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或政治见解而对之进行起诉或惩罚，或同意引渡将在上述原因的某个方面造成对该人的伤害，则本条款草案的任何内容均不得解释为强制的引渡义务。

12. 被请求缔约国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求缔约国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的资料。

13. 各缔约国均应寻求缔结双边和多边协定或安排，以执行引渡或加强引渡的有效性。

条款草案第 12 条：不驱回

1. 如有充分理由相信任何人在另一国家管辖权范围下将有遭受危害人类罪的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返（驱回）或引渡至该国。

2. 为了确定这种理由是否存在，有关当局应考虑到所有有关因素，包括在适当情况下，考虑到在有关国家境内是否存在一贯严重、公然、大规模侵犯人权行为或严重违反国际人道主义法的情况。

条款草案第 13 条：司法协助

一般合作

1. 缔约国应当在对条款草案第 5 条所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助。

2. 对于请求国中依照条款草案第 5 条第 7 款可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序，应当根据被请求国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。

3. 可以为下列任何目的请求依照本条款草案给予司法协助：

- (a) 向个人获取证据或者陈述；
- (b) 送达司法文书；
- (c) 执行搜查和扣押；
- (d) 检查物品和现场；
- (e) 提供资料、物证以及专家评估；

- (f) 提供有关文件和记录的原件或者经核证的副本；
- (g) 为取证目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或者其他物品；
- (h) 为有关人员自愿在请求国出庭提供方便；或
- (k) 不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助。

4. 缔约国不得以银行保密为理由拒绝提供本条款草案所规定的司法协助。

5. 缔约国应当视需要考虑缔结有助于实现本条款草案目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性。

无须事先请求提供资料

6. 缔约国主管机关如果认为与刑事事项有关的资料可能有助于另一国主管机关进行或者顺利完成侦查、起诉和审判程序，或者可以促成其根据本条款草案提出请求，则在不影响本国法律的情况下，可以无须事先请求而向该另一国主管机关提供此类资料。

7. 根据本条草案第 6 款的规定提供此类资料，不应当影响提供资料的主管机关本国所进行的侦查、起诉和审判程序。接收资料的主管机关应当遵守对资料保密的要求，即使是暂时保密的要求，或者对资料使用的限制。但是，这不应妨碍接收缔约国在其诉讼中披露可以证明被被告人无罪的资料。在这种情况下，接收缔约国应当在披露前通知提供缔约国，而且，如果提供缔约国要求，还应当与其磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，接收缔约国应当毫不迟延地将披露一事通告提供缔约国。

有关缔约国与司法协助条约的关系

8. 本条草案各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务。

9. 如果有关缔约国无司法协助条约的约束，则本条款草案第 10 款至第 28 款应当适用于根据本条提出的请求。如果有关缔约国受此类条约的约束，则适用条约的相应条款，除非这些缔约国同意代之以适用本条草案第 10 款至第 28 款。大力鼓励缔约国在这几款有助于合作时予以适用。

中央机关的指定

10. 各缔约国均应当指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管机关执行。如果缔约国有实行单独司法协助制度的特区或者领域，可以另指定一个对该特区或者领域具有同样职能的中央机关。中央机关应当确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管机关执行时，应当鼓励该主管机关迅速而妥善地执行请求。各缔约国均应

当在交存本条款草案批准书、接受书、核准书或者加入书时，将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应当递交缔约国指定的中央机关。此项要求不得影响缔约国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关缔约国同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。

提出请求的程序

11. 请求应当以被请求国能够接受的语文以书面形式提出，或者在可能的情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该缔约国鉴定其真伪。各缔约国均应当在其交存本条款草案批准书、接受书、核准书或者加入书时，将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关缔约国同意，请求可以以口头方式提出，但应当立即加以书面确认。

12. 司法协助请求书应当包括：

- (a) 提出请求的机关；
- (b) 请求所涉及的侦查、起诉或者审判程序的事由和性质，以及进行该项侦查、起诉或者审判程序的机关的名称和职能；
- (c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求除外；
- (d) 对请求协助的事项和请求国希望遵循的特定程序细节的说明；
- (e) 可能的话，任何有关人员的身份、所在地和国籍；和
- (f) 索取证据、资料或者要求采取行动的目的。

13. 被请求国可以要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。

被请求国对请求的答复

14. 请求应当根据被请求国的本国法律执行。在不违反被请求国本国法律的情况下，如有可能，应当按照请求书中列明的程序执行。

15. 被请求国应当尽快执行司法协助请求，并应当尽可能充分地考虑到请求国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。被请求国应当依请求国的合理要求，就其处理请求的现况和进展情况作出答复。请求国应当在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求国。

16. 在下列情况下可以拒绝提供司法协助：

- (a) 如果请求未按本条草案的规定提出；

(b) 如果被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或者其他基本利益；

(c) 如果被请求国的机关依其管辖权对任何类似犯罪进行侦查、起诉或者审判程序时，其本国法律已经规定禁止对此类犯罪采取被请求的行动；

(d) 如果同意这项请求将违反被请求国关于司法协助的法律制度。

17. 拒绝司法协助时应当说明理由。

18. 被请求国可以以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或者审判程序为理由而暂缓进行。

19. 被请求国在根据本条草案第 16 款拒绝某项请求或者根据本条款草案第 18 款暂缓执行请求事项之前，应当与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应当遵守有关的条件。

20. 被请求国：

(a) 应当向请求国提供其所拥有的根据其本国法律可以向公众公开的政府记录、文件或者资料；和

(b) 可以自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众公开的任何政府记录、文件或者资料。

请求国对资料的使用

21. 未经被请求国事先同意，请求国不得将被请求国提供的资料或者证据转交或者用于请求书所述以外的侦查、起诉或者审判程序。本款规定不得妨碍请求国在其诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料或者证据。就后一种情形而言，请求国应当在披露之前通知被请求国，并依请求与被请求国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求国应当毫不迟延地将披露一事通告被请求国。

22. 请求国可以要求被请求国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求国不能遵守保密要求，应当立即通知请求国。

被请求国人员作证

23. 在不影响本条第 27 款的适用的情况下，对于依请求国请求而同意到请求国所管辖领域就某项诉讼作证或者为某项侦查、起诉或者审判程序提供协助的证人、专家或者其他人员，不应当因其离开被请求国所管辖领域之前的作为、不作为或者定罪而在请求国领域内对其起诉、羁押、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、专家或者其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或者在缔约国所商定的任何期限内，有机会

离开但仍自愿留在请求缔约国所管辖领域内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

24. 当在某一缔约国所管辖领域内的某人需作为证人或者专家接受另一缔约国司法机关询问，而且该人不可能或者不宜到请求国领域出庭时，被请求国可以依该另一缔约国的请求，在可能而且符合本国法律基本原则的情况下，允许以电视会议方式进行询问。缔约国可以同意由请求国司法机关进行询问，询问时应当有被请求国司法机关人员在场。

被请求国被羁押人员为作证予以移送

25. 在一缔约国领域内被羁押或者服刑的人，如果被要求到另一缔约国进行辨认、作证或者提供其他协助，以便为就与条款草案第 5 条所涵盖的犯罪有关的侦查、起诉或者审判程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可以予以移送：

- (a) 该人在知情后自由表示同意；和
- (b) 双方缔约国主管机关同意，但须符合这些缔约国认为适当的条件。

26. 就本条草案第 25 款而言：

(a) 该人被移送前往的缔约国应当有能力和义务羁押被移送人，除非移送缔约国另有要求或者授权；

(b) 该人被移送前往的缔约国应当毫不迟延地履行义务，按照双方缔约国主管机关事先达成的协议或者其他协议，将该人交还移送缔约国羁押；

(c) 该人被移送前往的缔约国不得要求移送缔约国为该人的交还而启动引渡程序；

(d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送缔约国执行的刑期。

27. 除非依照本条草案第 25 款和第 26 款的规定移送某人的缔约国同意，否则，不论该人国籍为何，均不得因其在离开移送国所管辖领域前的作为、不作为或者定罪而在被移送前往的国家所管辖领域使其受到起诉、羁押、处罚或者对其人身自由进行任何其他限制。

费用

28. 除非有关缔约国另有协议，执行请求的一般费用应当由被请求国承担。如果执行请求需要或者将需要支付巨额或者异常费用，则应当由有关缔约国进行协商，以确定执行该请求的条款和条件以及承担费用的办法。

条款草案第 14 条：受害人、证人及其他人

1. 各缔约国均应采取必要措施，确保：
 - (a) 任何声称某人遭受危害人类罪的个人有权向主管机关提出申诉；和
 - (b) 保护申诉人、证人及其家属和代理人以及在本条款草案范围内参加任何侦查、起诉、引渡或其他诉讼程序的其他人不因提供任何申诉、资料、作证或其他证据而受到虐待或恐吓。这些措施应当不损害条款草案第 10 条所述被指控犯罪者的权利。
2. 各缔约国应在不违背本国法律的情况下，在对罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不损害条款草案第 10 条所述权利的方式使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。
3. 各缔约国应在其法律体制内确保危害人类罪受害者有权以个人或个人联名得到补偿，包括以下一种或多种形式：恢复原状、补偿、复原、清偿和保证不再发生。

条款草案第 15 条：与主管国际刑事法庭的关系

如果缔约国根据本条款草案规定产生的权利或义务与根据主管的国际刑事法庭的基本文件产生的权利或义务之间出现冲突，以后者为准。

条款草案第 16 条：联邦国家的义务

本条款草案各项规定适用于联邦国家的全部领土，无任何限制或例外。

条款草案第 17 条：国家间争端解决

1. 缔约国应当努力通过谈判解决与本条款草案的解释或者适用有关的争端。
2. 两个或者两个以上缔约国对于本条款草案的解释或者适用发生任何争端，在合理时间内不能通过谈判解决的，应当按其中一方请求交付仲裁。如果自请求交付仲裁之日起六个月内这些缔约国不能就仲裁安排达成协议，则其中任何一方均可以依照《国际法院规约》请求将争端提交国际法院。
3. 各缔约国在签署、批准、接受、核准或者加入本条款草案时，均可以声明不受本条草案第 2 款的约束。对于作此声明的任何缔约国，其他缔约国也不受本条第 2 款的约束。
4. 凡根据本条草案第 3 款作出声明的缔约国，均可以随时撤销该项声明。

序言草案

注意到有史以来，使全人类的良知深受震动的罪行残害了无数的儿童、妇女和男子，

认识到这种危害人类罪危及世界的和平、安全与福祉，

申明危害人类罪是整个国际社会关切的最严重罪行之一，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过在国家一级采取措施并加强国际合作，

决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而为预防这种犯罪作出贡献，

忆及各国义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权，

重申《联合国宪章》的宗旨和原则，特别是各国不得以武力相威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符的任何其他方法，侵犯任何国家的领土完整或政治独立，

强调本条款草案的任何规定不得解释为允许任何缔约国插手他国的武装冲突或内政。
