



土著问题常设论坛

第十届会议

2011年5月16日至27日，纽约

临时议程** 项目7

常设论坛今后的工作，包括经济及
社会理事会的问题和新出现的问题

关于国际刑法和土著人民权利的司法保护的研究

特别报告员提交

摘要

常设论坛第九届会议决定任命论坛成员 Bartlomé Clavero Salvador 为特别报告员，就国际刑法和土著人民权利司法保护问题编写研究报告，提交论坛第十届会议。

* 由于技术原因于 2011 年 2 月 28 日重新印发。

** E/C.19/2011/1。



一. 导言

1. 2010 年举行的土著问题常设论坛第九届会议决定任命论坛成员 Bartlomé Clavero 为特别报告员,就“国际刑法和土著人民权利司法保护问题”开展研究。¹《土著人民权利宣言》宣明:“土著人民享有作为独特民族,自由、和平、安全地生活的集体权利,不应遭受种族灭绝(……)行为的侵害”(第 7 条第 2 款)。之所以有必要在此具体提及对土著人民的灭绝种族行为,是因为这些土著人民作为民族被剥夺了甚至其最基本权利的国际刑事保护。该研究是对该条规定的范围的评估。

2. 现有国际刑法典源自 1948 年末几乎与《世界人权宣言》同时通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》。《宣言》和《公约》可说是构成联合国自成立以来所确认和促进的国际人权法的核心文件。然而,《宣言》和《公约》不是互补性的规范,因为两者不是关于同一类权利。《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有对《世界人权宣言》所列权利提供国际刑事保护,而只是暗示保护集体性质的另一项权利:任何“民族、族裔、种族或宗教群体”的存在和应加上的享有尊严的权利。建议各国应保护《宣言》宣明的人权,将有关罪行定为刑事罪并使起诉这些罪行成为可能。

3. 如上所述,“国际刑法和土著人民权利司法保护”研究力图参照《土著人民权利宣言》研究对土著人民实施的灭绝种族的新罪行。其目的是查明哪些因素导致难以提供此种国际刑事保护,并审议现有的各项备选办法。因此,在关注目前并展望未来之前将有必要审查该问题的历史。

二. 《灭绝种族罪公约》和土著人民

4. 可将土著人民顺理成章地称作一个民族、族裔、种族群体,在一些情况下甚至称作一个宗教群体;这意味着其有尊严地生存的权利本应由《灭绝种族罪公约》并基于该公约得到确认和保护。然而,实际并非如此。我们必须首先考虑这种排除的原因。

5. 土著人民显然被列入联合国秘书长提交的《灭绝种族罪公约》正式草案,因为该草案提及对族群文化的可能侵害。这种侵害客观上与国家对这些人民的惯常政策相对应。巴西表示反对,认为这将使“少数群体”得以反对对建设国家和实现一国公民平等而言必要的政策。新西兰、南非和加拿大同意巴西的意见。英国、法国和比利时等美洲和欧洲的现殖民国或前殖民国也支持巴西的立场。它们要求在《公约》中列入一个“殖民条款”,允许宗主国决定是否将公约

¹ E/C.19/2010/15, 第 144 段。

规定适用于其殖民地，或者在加以修改后适用。这导致该条规定实际上从《公约》最后案文中消失，并导致后来确立另外一种形式的灭绝种族：文化种族灭绝。²

6. 《公约》中仅余的提及文化种族灭绝或通过不直接涉及暴力的手段实施的更一般范围的灭绝种族之处涉及极其严重的同化政策，诸如“造成团体成员严重身体伤害或精神伤害”或“强制转移该团体的儿童至另一团体”。无论怎样，灭绝种族的定义不仅包括“杀害团体成员”以“毁灭其全部或局部之生命”，也包括意图在于全部或局部毁灭根据《公约》第二条所载定义构成土著人民的群体的非暴力行为。³ 但是，巴西表达了当时普遍持有的联合国立场，即土著人民作为一个少数群体有朝一日将融入国家的一般人口，不再作为一个民族存在。只有蓄意在肉体上全部或部分毁灭土著人民的行为才被视为构成灭绝种族。

7. 对土著人民而言的这种极其有限的灭绝种族定义适用在理论中，但很少在实践中适用。《公约》在 1951 年生效时，人们认识到在适用该定义方面的困难。例如，一个民权团体立即向联合国提交了关于蓄意部分消灭美国的非裔美国人群体的案件，但没有收到任何回复。⁴ 出现一些明显的问题，诸如美国之所以尚未批准该公约就是因为对非裔美国人的种族暴力犯罪不受惩罚等问题；⁵ 另外还指出，根据《公约》，只有国家才有权向联合国，特别是向国际法院提出对其他国家的灭绝种族指控，因为该法院是《公约》规定的具有管辖权的国际法院(第八和九条)。

8. 对于长期、公开的殖民情况，《公约》最初不适用于受影响土著人民的保护；由于上述的殖民条款，其适用性被限制在批准国的宗主领土。批准国需随后致函联合国秘书长，以便“将本公约适用于该缔约国负责办理外交之一切或任何领土”(第十二条)。《灭绝种族罪公约》是在将殖民地排除在国家的国际承诺之外的条

² William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 184-185; 另见 Hiram Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), pp. 2070-2071。

³ 第二条案文如下：“本公约内所称危害种族系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者：(甲) 杀害该团体之分子；(乙) 致使该团体之分子在身体上或精神上遭受严重伤害；(丙) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部之生命；(丁) 强制施行办法意图防止该团体内之生育；(戊) 强迫转移该团体之儿童至另一团体”。

⁴ Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historic Petition to the United Nations for Relief for a Crime of the United States Government against the Negro People* (1951) (New York, International Publishers, 1970)。

⁵ Lawrence J. LeBlanc, *The United States and the Genocide Convention* (Durham, Duke University Press, 1991)。

约法范畴内拟订的；因此，《世界人权宣言》有必要纳入与之相反的具体规定(第二条)。⁶

9. 将殖民地排除在《灭绝种族罪公约》适用范围之外的这一重要规定不适用于生活在一国疆界之内的土著人民，但存在沾染的可能；这使得《公约》对所有土著人民而言的有效性变得更小。还有其他可能影响他们的问题；在实践中，当巴西的立场获得采纳并且土著人民被排除在国际法范畴之外后，甚至连涉及蓄意在肉体上部分消灭土著人民行为的案件在联合国内都不被视为灭绝种族行为，而且没有国家准备将此类案件提交国际法院。⁷ 无论如何，程序问题不是唯一的问题。自空开的殖民时期以来，甚至在今天，至少在美洲等区域，几乎看不到对土著人民的灭绝种族行为。⁸

10. 鉴于灭绝种族的国际定义显然无法保护土著人民，能够推翻试图消灭土著人民的政策的其他概念开始蔓延。1970年代以来，“文化灭绝”(ethnocide)日益流行，替代“文化种族灭绝”(cultural genocide)但含义相同，而“灭绝种族”仅指肉体上的灭绝种族。这既没有解决任何老问题，还造成了一个新问题。文化灭绝作为一个类别未提供土著人民国际司法保护的依据。在国际法中，灭绝种族的确提供这种可能性，而《公约》规定的灭绝种族的含义比肉体消灭要宽泛得多，但这一含义在文化灭绝这一新概念中却不见了。⁹

11. 后来为使灭绝种族的国际定义适用于土著人民的保护而提出的更近期的提议也有同样的问题。这些提议中包括确立“灭绝土著种族”这一具体类别，但这只是在国际刑法中完全无效的另一个类别。¹⁰ 就法律的目的而言，并就土著人民

⁶ 第二条案文如下：“人人有资格享有本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等任何区别。并且不得因一人所属的国家或领土的政治的、行政的或者国际的地位之不同而有所区别，无论该领土是独立领土、托管领土、非自治领土或者处于其他任何主权受限制的情况之下”。

⁷ 最著名的案件见 Alejandro Parellada and Maria de Lourdes Beldi, eds., *Los Aché de Paraguay: Discusión de un Genocidio* (Buenos Aires, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA)), 2008。

⁸ Bartolome Clavero, *Genocidio y Justicia: La Destrucción de las Indias Ayer y Hoy* (Madrid, Marcial Pons, 2002); Elazar Barkan, Genocides of Indigenous Peoples, in Robert Gellately and Ben Kiernan, eds., *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective* (New York, Cambridge University Press, 2003), pp. 117-139; and Ward Churchill, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential Schools* (San Francisco, City Lights, 2004), 特别是关于灭绝种族类别, pp. 3-12。

⁹ Robert Jaulin, *La paix blanche. Introduction a l'ethnocide* (Paris, Seuil, 1970) and *Le livre blanc de l'ethnocide en Amérique* (Paris, Fayard, 1972)。

¹⁰ Raymond Evans, “Crime without a Name: Colonialism and the Case for “Indigenocide”, in A. Dirk Moses, ed., *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History* (New York, Berghahn Books, 2008), pp. 133-147。

的国际刑事保护这一更具体的目的而言，重要的不是确定和划分对民族、族裔、种族或宗教群体各种形式侵害的多种分类；问题在于这种侵害是否对应国际法界定的犯罪，以便能为保护受影响群体提出诉讼。

12. 近来有一种趋势，要将根据国际法确定的“灭绝种族”定义可被证明为具有灭绝种族性质的政策界定为“种族清洗”。这是逃脱责任、甚至助长有罪不罚现象的一种途径。就新闻甚至科学目的而言，“种族清洗”可能是一个理想用语，因为其内容具有渲染性，但其无效性使其成为法律领域的一个糟糕选择。作为与刑法界定的“灭绝种族”完全不同的“文化灭绝”和“文化种族灭绝”用语也是一样。¹¹ 使用这些表述的一种或两种常常是规避甚至是在证据面前使用“灭绝种族”一词的法律后果的一条途径。¹²

13. 在联合国内，在考虑土著人民的存在和尊严并根据《灭绝种族罪公约》拟订国际刑法时，“文化灭绝” (ethnocide) 一词被用来指文化灭绝行为：这种类型的灭绝种族被排除在灭绝种族定义之外，而灭绝种族在国际法中实际已有界定，并不排除最严重形式的文化种族灭绝。¹³ 考虑到国际刑法的发展，此类事项的主管法院——国际刑事法院的规约没有在《公约》所列定义之外增加灭绝种族的新形式；它走了一条不同的途径，其中也存在问题。

三. 《国际刑事法院规约》和土著人民

14. 2002 年生效的《国际刑事法院规约》逐字逐句转录了《公约》所载的灭绝种族定义，没有记录任何更改或增订内容。《规约》第六条除了以“为了本规约的目的”取代开头的“本公约内所称”之外，完全复制了《公约》第二条的内容。《规约》起草者没有抓住机会，将《公约》原始草案所载、但在《公约》定稿中删掉的案文重新纳入灭绝种族的刑事定义，也没有更好地确定土著人民等受保护群体或受保护的权，例如，作为人民生存的权利、拥有自己的文化的权利或拥有自己的土地及土地上重要资源的权利。尽管如此，灭绝种族这一旧有的罪行虽

¹¹ Benjamin Lieberman, “ ‘Ethnic Cleansing’ versus Genocide ”, in Donald Bloxham y A.D. Moses, eds., *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (Oxford and New York, Oxford University Press, 2010), pp. 42–60.

¹² Bartolome Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1922–2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words* (Milan, Giuffrè Editore, 2008); 特别见第八.4 章, “Behind Chutzpah: Indigenous Peoples and Practical Denial”.

¹³ José Martínez Cobo, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, 1981–1983*, chapter 15 (E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.3), para. 136; Benjamin Whitaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (E/CN.4/Sub.2/1985/6), part II, section B.3; and Erica Irene A. Daes, *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples* (E/CN.4/Sub.2/1993/28), para. 3.

然定义仍然未变，但是其新的法定和管辖范畴却带来了新的要素，这些要素可能有益于国际社会保护土著人民及其权利。

15. 首先，出于实际程序目的，在国际法中，灭绝种族不再被视为只有国家才能正式谴责、也只有国家才能因其被追究刑事责任的国家间专属问题。《公约》本身已预见到个人有可能被追究责任，但是《公约》却赋予国家裁断此类责任的专属管辖权。根据《公约》，“公务员或私人”可因灭绝种族罪交由“行为发生地国家之主管法院”或“缔约国接受其管辖权之国际刑事法庭”审理；这里指的是国家官员和国际法院。可对个人提出起诉的国际刑事法院是在半个多世纪之后才设立的。鉴于在国际法院面前证明一个国家领导人的刑事责任极其困难，正如我们所见，对于土著人民而言这更是难上加难的工作，因此可由国际刑事法院起诉犯有国际法所定罪行的此类个人，包括公务员，是令人鼓舞的。

16. 根据《国际刑事法院规约》，灭绝种族罪不再是国际法界定的唯一有关罪行。根据《规约》第七条第一款，可被视为国际罪行或真正危害人类罪的罪行包括：有针对性地杀人或强迫失踪，例如，有针对性地杀害土著人领袖或强迫其失踪；强迫流离失所或通过其他方式夺取一族人民的领土或重要资源；集体监禁或拘禁；剥夺作为人民参与的权利；给这些人民造成巨大痛苦、但未必对其身心造成永久性伤害的不人道行为或政策，其中当然包括性攻击。¹⁴ 从本质上讲，对土著人民进行任何种类的“广泛或有系统的攻击”，无论行为人是谁，均可构成危害人类罪，如今可向国际刑事法院报告或由该法院起诉这类罪行，而不必提出正式申诉。

17. 另一个重要的新要素是，与国际法院不同的是，国际刑事法院设有可自行采取行动的检察官办公室。《规约》第十五条第一和第二款规定：“检察官可以自行根据有关本法院管辖权内的犯罪的资料开始调查。检察官应分析所收到的资料的严肃性。为此目的，检察官可以要求国家、联合国机构、政府间组织或非政府组织，或检察官认为适当的其他可靠来源提供进一步资料，并可以在本法院所在地接受书面或口头证言”。为了起诉国际法所界定罪行的目的，国际刑事法院可采取主动积极的姿态，而国际法院在这方面的灵活性很低。

¹⁴ 第七条规定：“为了本规约的目的，“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：1. 谋杀；2. 灭绝；3. 奴役；4. 驱逐出境或强行迁移人口；5. 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；6. 酷刑；7. 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；8. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别，或根据公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的团体或集体进行迫害，而且与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生；9. 强迫人员失踪；10. 种族隔离罪；11. 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”。

18. 在已批准《国际刑事法院规约》或已接受该法院对某一具体案件的管辖权但尚未进行有关调查和审判的国家，土著人民或人权组织可直接向检察官办公室提供与灭绝种族罪或危害人类罪的迹象或证据有关的资料，使该办公室能够对有关事项进行调查。此类资料当然可提及被控行为人——私人或《灭绝种族罪公约》所述“公务员或私人”——这些人均以个人身份被加以考虑，这对于裁断刑事责任而言是最妥当的；或者，此类资料可仅仅表述事实，将查明被控行为人的工作留给检察官办公室。此类资料还可涉及不仅构成灭绝种族罪而且构成危害人类罪的被控行为，这些罪行的定义本身似乎描述了仍然对世界各地土著人民例行实施的政策和行为。

19. 人们通常认为，危害人类罪与灭绝种族罪一样已涵盖在国际习惯法中，并且随着国际刑事法院的设立，如今对这些罪行的预防和起诉得到了保证。¹⁵ 或许情况的确如此，不过，国际习惯法在保护土著人民及其作为人民的基本权利方面却未规定任何措施。习惯国际刑法在第二次世界大战之后到《灭绝种族罪公约》通过之前的部分适用的确说明，习惯并非刑法的良好来源，也不保证刑法规定的平等。既然现已针对除灭绝种族罪之外的罪行制订成文的国际刑法，并已设立相应法院，因此不为土著人民作为人民的基本权利提供有效的国际刑事保护，既是没有理由的，也是无法解释的。

四. 《土著人民权利宣言》和国际犯罪

20. 《土著人民权利宣言》草案由土著居民问题工作组拟订，并于 1994 年提交给人权委员会，其中包括上述有关灭绝种族的规定（“土著人民享有作为独特民族，自由、和平、安全地生活的集体权利，不应遭受种族灭绝行为的侵害”）以及从 2007 年最后版本中删除的另一项规定：“土著人民集体和个人均有权不遭受文化灭绝和文化种族灭绝行为的侵害”。随着宣言草案案文从工作组转到大会，这是少数修改中的一处，¹⁶ 也是我们感兴趣之处。删除第二条规定，实际上失去什么呢？在现行国际刑法、尤其是《土著人民权利宣言》的范畴内，仅第一条提及种族灭绝，其所剩的意义和范围为何？

¹⁵ M.Charif Bassiouni, ed., *International Criminal Law, vol.I, Sources, Subjects and Contents* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008)。

¹⁶ Asbjorn Eide, “The indigenous peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of the indigenous peoples”, and Erica Irene A. Daes, “The Contribution of the Working Group on Indigenous Populations to the Genesis and Evolution of the UN Declaration on the Rights of the indigenous peoples”, in Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen, eds., *Making the Declaration Work: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 2009), pp. 32-46 and 48-76。

21. 最终被删除的该条规定具有明确的目的。就《灭绝种族罪公约》而言，虽有上述局限，但其目的是将通过从根本上危害土著文化的政策实施的灭绝种族行为定为刑事罪。就《国际刑事法院规约》而言，其目的——虽措辞不同——是将现有灭绝种族定义中没有涵盖的危害人类罪纳入其中。在实践中，“文化灭绝”和“文化种族灭绝”等措辞在国际刑法中并没有反映，可能被《国际刑事法院规约》中使用的“危害人类罪”一词所替代。但这些措辞是在没有任何替代的情况下的一笔勾销的，其明显意图是削弱对作为民族的土著人民及其权利的国际刑事保护。问题是这一目标达到了吗？

22. 《国际刑事法院规约》从具体涉及法院的所有宗旨出发保留《灭绝种族罪公约》的措辞，其中包括查明其存在和尊严受到保护的主体——即任何“民族、族裔、种族或宗教团体”——虽然“团体”一词没有以集体主体体现在国际人权法中。《土著人民权利宣言》纠正这一不足；集体主体就是土著人民，其基本权利必须在国际上得到保护，包括通过国际刑法提供保护。国际刑事法院必须从检察官办公室做起，在根据《宣言》考虑对土著人民作为民族的存在和尊严进行刑事保护的宗旨和提供保护时，特别注意这一身份特征。

23. 《宣言》本身列有必须保护的各项权利，包括通过刑法提供保护的權利。这些权利并没有因为不提设想提供这种保护的文化灭绝和文化种族灭绝而消失。《宣言》不仅提到“享有作为独特民族，自由、和平、安全地生活的集体权利”和不应遭受种族灭绝行为的侵害(第7条第2款)，而且将“文化灭绝”和“文化种族灭绝”的措辞改为“享有不被强行同化或其文化被毁灭的权利”(第8条第1款)。虽然可以说这一权利并没有受到灭绝种族定义的保护，但由于增加已确立的危害人类罪，因而无论如何这一权利将受到保护。总之，对《土著人民权利宣言》的适当解释结合《国际刑事法院规约》，表明与土著人民作为民族的生存和尊严最为相关的权利是享有由国际刑法规定既而由国际刑事法院提供的明确保护。

24. 对任何规范的解释都不应脱离其所属或被纳入其中的一整套立法。对于属于国际人权法文书的《土著人民权利宣言》所涉的各种问题来说，这是值得注意的。宣言或条约性质的人权规范通常不涉及土著人民及其权利的刑事保护问题。《土著人民权利宣言》提及灭绝种族问题是一个例外，但这一例外丝毫不会影响对这些权利的刑事保护。根据《国际刑事法院规约》，不能将《宣言》理解为排除或减少向面临可能导致灭绝种族或任何危害人类罪的政策或行动的土著人民的基本权利提供的国际刑事保护。

25. 《土著人民权利宣言》第42条规定：“联合国、联合国机构，包括土著问题常设论坛、专门机构，包括国家一级的机构和各国，应促进尊重和全面执行本《宣言》的规定，跟踪本《宣言》的实际效果”。该条尤其对所有国际机构、联合国

系统各机构和实体具有约束力。¹⁷ 国际刑事法院不能回避这一义务，削弱或拖延为作为民族的土著人民的基本权利提供必要的国际刑事保护。

26. 另一方面，鉴于第 42 条赋予《宣言》的规范性价值以及大会于 2005 年批准的《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》，联合国有义务建立机构或机制，以纠正严重侵犯人权的行為，如在制订国际刑法、条约和规约之前土著人民遭受其害的行为。¹⁸

五. 结论

27. 《土著人民权利宣言》和《国际刑事法院规约》为根据国际法对土著人民的权利进行刑事保护开辟许多途径。这些仍是尚未探讨的途径，主要是因为以往尤其是在《防止及惩治灭绝种族罪公约》中确立并且在国际刑法中根深蒂固的一个立场，即土著人民没有资格获得刑事保护。从理论上讲，《灭绝种族罪公约》赋予他们这种保护，但在实践中却没有提供这种保护。这就是《宣言》有必要提及土著人民有权不遭受“任何种族灭绝行为”的侵害的原因所在。

28. 《土著人民权利宣言》呼吁改变观念：能够且必须保护土著人民获得生存和享有尊严的基本权利免遭任何类型的人员——不仅仅是国家人员——所采取的仍很普遍的政策和行动的侵害。这些政策和行动构成实际上的灭绝种族罪或危害人类罪。国际刑事法院有权审理有关这些犯罪——土著人民仍是这些犯罪的受害者——且涉及《法院规约》缔约国的案件。其检察官办公室在最严重的案件中也必须自行采取行动。

29. 总之，特别是对于超越国际刑事法院管辖权的事项，根据《宣言》第 42 条，联合国有义务建立机制，以纠正严重侵犯土著人民权利的行为，并就所犯行为提供赔偿。

¹⁷ E/C.19/2009/14, 附件。

¹⁸ Federico Lenzerini, ed., *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative perspectives* (Oxford, Oxford University Press, 2008), 其中考虑到《宣言》和《原则》; and Walter R. Echo-Hawk, *In the Courts of the Conqueror: The 10 Worst Indian Law Cases Ever Decided*, (Golden, Colorado, Fulcrum, 2010), 特别是第 14 章, “Was Genocide Legal?”