国际刑法对环境问题的回应:历史回顾及生态灭绝罪概念的发展前景

冷新宇

【摘　　要】本文从既有国际环境法规则应对国际性环境污染事件面临的挑战入手,阐述了国际刑法应对环境问题的研究视角。本文首先梳理分析了国际刑法回应环境问题的起源和作为战争罪处理的通常做法,指出将环境法益依附于财产法益进行保护导致的缺陷;其次,本文分析了既有国际刑法体系中借用种族灭绝罪、危害人类罪中的某些罪名实现保护环境法益的间接方法的缺陷;而后,本文在应然法的层面论证了以生态环境的保护须抛弃完全的人类中心主义立场、创设单独罪名保护的必要性,梳理了国际法委员会在《危害人类和平与安全治罪法草案》制定期间提出破坏环境罪直至在国际刑事法院框架下纳入生态灭绝罪的发展逻辑;最后,本文预判若生态灭绝罪成第五类国际刑法的核心罪行,国际刑事法院将在实体法和程序法两方面面临众多问题。

【关 键 词】生态灭绝罪;人类中心主义;战争罪;军事必要;比例原则

【作者简介】冷新宇,中国政法大学法学院副教授。

【原文出处】《国际法学刊》(京),2023.2.40～85

一、问题的提出

在2022年乌克兰危机中,扎波罗热核电站外围设备遭受不明人员攻击,核电厂安全面临一定威胁。就核电厂等含有危险力量物的保护,国际人道法有特定规则,但攻击核电厂本身并没有被普遍接受为战争罪,对1977年《第一附加议定书》第56条、第85条第3款c项及《罗马规约》第8条缔约谈判的考察表明,既有法律的规定并不完善,对广泛、持久、严重危害环境的作战行为未能形成强大的威慑作用(见本文第三部分)。除战时规则的局限外,2021年4月13日日本内阁会议决议将"净化"后的福岛核电站核废水排放入太平洋的事实表明,在和平时期国际环境法规则对遏制严重破坏环境行为存在局限。氚的半衰期长达20年,碳—14半衰期长达5370年,超量排放将导致无法恢复的环境损害。国际环境法对此回应的通常思路是通过诉讼、仲裁的临时措施和最终救济,锁定跨国环境损害的责任。惯常思路应对超长时间跨段、超大规模且不可恢复的核污染缺乏有约束力的应对措施,表现如下:(1)诉讼程序繁复冗长,响应缓慢;(2)起诉或提起仲裁系基于国际社会整体利益,能否为国家起诉资格提供足够理由缺乏充足支撑;(3)实体问题方面,如何评价扩散至全世界的环境损害以及排放与损害之间的因果关系成为事实上的难题;(4)实体规则的适用存在障碍。[①]简言之,惯常思路本质上是面向既已发生损害的补救措施,而非面向未来的、对潜在侵害国有威慑力的举措,其低响应性和结果不确定性不言而喻。

是否存在响应国际环境污染事件更有威慑力的方法?2016年国际刑事法院检察官办公室发布的《案件选择和优先性政策文件》(Policy Paper on Case Selection and Prioritization)称,检察官办公室将侧重于考虑将涉及严重环境污染的事件纳入调查、起诉的范围。[②]学术界产生了重要动向:2021年4月,加州大学洛杉矶分校组织专家小组起草并发布了《关于生态灭绝罪的建议定义》(以下简称"加州大学定义");[③]同年6月,伦敦大学学院教授菲利普·桑斯领衔的研究小组发布《独立专家小组关于生态灭绝罪法律定义的评注及核心文本》(以下简称"核心文本"),建议将广泛或持久的严重破坏生态环境的行为编入《罗马规约》,命名为"生态灭绝罪"(crime of

ecocide),与侵略罪、种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪并列,成为国际刑法上的第五类犯罪。[4]此倡议并非空穴来风,1991年,在国际法委员会《危害人类和平与安全治罪法草案》(以下简称"治罪法草案")议题下,起草委员会曾经提出了"破坏环境罪"(crime against environment)的概念,并将其与危害人类罪、战争罪、种族灭绝罪、侵略罪并列,遗憾的是国际法委员会非经正常程序将这一罪名删除。当下的两个文本重提危害环境的国际犯罪,是《治罪法草案》起草委员会最初态度的延续。上述事实表明,国际刑法有可能对环境损害问题作出有效回应:一方面立足于国际刑法的惩治功能;另一方面立足于国际刑法自带的威慑功能,即当一般规则不足以实现保护环境目的时,刑事处罚可承担额外的补强功能。[5]此外,一些国家受到越南战争期间落叶剂破坏环境的影响,在其刑法典中引入了生态灭绝罪的概念,并且将其与战争罪、种族灭绝罪等并列。[6]针对攻击核电厂、核电厂排放放射性同位素的极端事例,以刑事威慑和预防为核心考量的思路或能构成对污染者的达摩克利斯之剑。

关于生态灭绝罪的讨论,已从学理向国际缔约运动发展,标志性事件包括:北欧国家部长理事会于2022年6月呼吁制定执行生态灭绝罪立法,[7]欧洲议会2021/2181(INI)决议呼吁欧盟及其成员国采取促进确认生态灭绝罪的措施,[8]欧洲理事会议会大会第2477(2023)号决议呼吁在国际刑事法院框架下采取有效措施推进生态灭绝罪修正案等云云。[9]

除了增强威慑的考虑外,生态灭绝罪对国际刑法还具有不同以往的意义:(1)战争罪、危害人类罪等,归根到底是国际刑事诉讼途径实现对受害者或受害团体的人权保护问题,既有罪名绝大多数立足于保护人(战争受难者)的权利,而生态灭绝罪意味着环境法益单独成为国际刑法考量的对象,对国际刑法来说是巨大的观念转变;(2)生态灭绝罪概念作为第五类罪名提出后,与其对应的上位概念不限于武装冲突法,国际环境法、外空法、海洋法等领域的特定规则将在国家责任、个人刑事责任领域同时找到其映射,有助于形成初级规则、次级规则的逻辑闭环,并开辟了理论研究的新领域。

基于上述目的,本文论述的起点是一个应然法问题:为国际社会的共同利益计量,使环境免于广泛、持久、严重的损害,是否构成国际刑法不论在战时还是平时都应当保护的独立法益?具体而言,本文讨论如下几个层次的问题:其一,回顾国际刑法应对环境问题的历程;其二,讨论国际刑事法院既有罪名设置应对环境问题的路径及障碍;其三,梳理既有规则和现实因素,阐述环境法益在国际刑法下有无必要以独立罪名保护、是否与武装冲突脱钩、是否应界定为危险犯等方法论问题;其四,阐述《核心文本》对生态灭绝罪的界定对国际刑法既有理论的突破;其五,生态灭绝罪纳入《罗马规约》带来实体法和程序法难题,且具有重要的政治隐喻。

为展开本文讨论,有必要明确人类中心主义视角和环境中心视角的差异。在人类中心主义视角下,与人类生存、健康无关的环境法益不存在独立保护的价值。考察国际刑法的发展历史,其对环境保护的态度经历了自人类中心主义向环境中心主义的转化过程,当下《加州大学定义》《核心文本》的提出恰恰说明了这一转变过程并没有完成。依据笔者考察,本文采取平衡的立场:一方面,应当肯定生态灭绝罪从学理迈向国际法规则的必要性;另一方面,应采取稳妥国际立法路径,兼顾各国利益。

二、国际刑法应对环境问题的历程

(一)国际刑法保护环境的早期实践

国际刑法在其发展早期就触及生态环境保护问题。1907年《海牙第四公约》附件《陆战章程》第22条规定,交战国采取伤害敌对国措施的权利并不是毫无限制的。当时结合公约序言对马尔顿条款的表述,第22条构成早期保护环境的一般性规则。除此之外,第23条a款禁止使用有毒武器;第23条g款禁止在无急迫的军事必要条件下毁损或扣押敌对国财产;第55条要求占领国根据用益物权规则保护被占领国包括森林、农业财产在内的不动产的价值。第一次世界大战后,战争发动者刑事责任委员会向巴黎和会提交了一份报告,为《凡尔赛和约》的刑事处罚部分奠定基础,报告列举了32项属于战争罪的行为,其中第18项为毁损敌对方财产,第32项为对水井下毒。[10]结合《海牙第四公约》和刑事责任委员会报告的观点看,国际刑法在萌芽阶段就已经触及生态环境问题。

第一个涉及环境问题的案件是美国在德国占领区根据《盟军管制委员会第10号法案》起诉的人质案(United States of America v.Wilhlem List et al., Hostage Case)。被告人罗萨尔·伦德里克(Lothoar

Rendlic)被控于1944年9月指挥德军从芬兰撤退途经挪威芬马克省期间,为防止苏联红军追击,命令德军对当地实施焦土政策(scorched policy),严重破坏当地环境。检方指控是依据《陆战章程》第23条g款,罪名是无急迫军事必要情况下毁损公私财产。法庭考虑伦德里克指挥撤退期间遭遇极寒天气、苏联红军可选择陆路或水路追击以及被告人已无可能派遣空中侦察的情况,认为被告实行焦土政策满足了军事必要的条件。[11]尽管伦德里克被免责,但法律不否认环境法益保护的刑法价值。在联合国家战争罪委员会第7150号案中,七名德国占领机构森林管理当局官员被指控于1939至1944年占领波兰期间,劫掠波兰的公共财产。案件涉及被告人过度采伐波兰森林资源,造成了相当于65.25亿兹罗提的损失,对波兰的森林资源构成严重损害。被告人行为被战争罪委员会判断为战争罪。[12]本案涉及《陆战章程》第55条占领国对被占领土内森林的使用、收益权和保护义务,被告人的行为明显超过了必要的限度。

(二)越南战争期间及其影响

越南战争期间,美军为驱赶隐藏在热带丛林的越共游击队,大规模使用落叶剂。橙剂(Agent Orange)、白剂(Agent White)用于破坏森林植被,蓝剂(Agent Blue)用于破坏大米和其他农田。在1962至1968年,456万英亩南越森林遭到破坏,506.56万英亩农田被破坏。[13]尼克松政府在1970年宣布停止使用落叶剂,其重点并不是美国认为使用落叶剂不合法,而是美军转向使用推土机彻底破坏植被的作战方法后不再需要使用落叶剂。[14]1971年4月5日美国防部致函参议员J.威廉·富布莱特(J. WilliamFulbright)称:既有的海牙公约、国际习惯法以及1925年《日内瓦议定书》并不禁止在武装冲突中使用落叶剂。[15]2005年,在橙剂受害者向陶氏化学提起的集体诉讼中,美法院认为:限制使用落叶剂的规则在1961至1975年期间并不存在,虽然美国政府于1977年12月12日签署的《第一附加议定书》(以下采用英文简称"API")包含禁止破坏环境的作战方式和手段的条款,但美国从未批准该议定书,这一事实表明,根据截至1975年被认可的国际法规则,使用落叶剂并不违法。[16]2008年2月,联邦上诉法以禁止使用落叶剂并不是普遍接受的国际法规则因而不符合《外国人侵权法案》的适用前提为由,驳回了诉讼。[17]除了使用落叶剂和推土机破坏生态环境,美国空军还采用了人工降雨的方式,以便在越南及其邻国老挝造成水灾,从而淹没为越共军队提供补给的胡志明小道。[18]

美军在越南战争期间运用的作战方式和武器,在两方面产生了影响:一是以普林斯顿大学教授理查德·福尔克(Richard Falk)为代表的学界试图呼吁国际社会制定《生态灭绝罪公约》;二是美国参议院议员克莱伯恩·佩尔(Clariborne Pell)于1973年建议制定一个禁止和防止在任何地点改变环境或地理并将其作为武器的条约,[19]这一想法演变的结果是1977年《禁止为军事或其他任何敌对目的使用改变环境技术公约》(以下采用其英文简称"ENMOD")。福尔克提出《生态灭绝罪公约》建议稿明显带有效仿1948年《防止和惩治种族灭绝罪公约》模式的痕迹:(1)第1条规定生态灭绝罪不论平时还是战时均为国际法上的犯罪,且国家有防止和惩治生态灭绝罪的义务;(2)第2条是关于生态灭绝罪的定义和具体表现形式;(3)第3条规定缔约国应当予以惩治的各责任模式和未完成犯罪形态,包括:生态灭绝罪、生态灭绝罪共谋、直接且公然煽动实施生态灭绝、生态灭绝罪的犯罪未遂、生态灭绝罪的从犯。福尔克的想法没有得到广泛的支持,这一事实表明当时各国对国际刑法是否要跃进式地扩展到保护和平时期的环境法益存在疑虑。

(三)1977年《第一附加议定书》对国际刑法的意义

1977年API对环境法益的保护包含四个要点:(1)第35条第3款规定:禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、持久而严重损害的作战方法或手段;(2)第55条第1款规定:在作战中,应注意保护自然环境不受广泛、持久和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段;(3)第56条规定:禁止攻击含有危险力量的工程或装置(堤坝、水坝、核电厂),即使这类物体是军事目标,如果这种攻击可能引起危险力量的释放并在平民居民中造成严重的损失,也不应成为攻击的对象;(4)根据第85条第3款c项规定,明知攻击含有危险力量的物体(如堤坝、水坝、核电站)可能违反比例原则情况下发动攻击的,构成战争罪。

需要注意的是,API没有把违反第35条第3款、第55条第1款的破坏生态环境行为列为战争罪。此

后，《罗马规约》对战争罪的规定与API规定完全相反：违反API第35条第3款、第55条第1款被缔约大会确认为战争罪(第8条第2款b项iv目)，而攻击含有危险力量物体入罪的问题因为分歧过大最后作罢(反对加入这一条款的国家为：叙利亚、黎巴嫩、利比亚、韩国、沙特阿拉伯、以色列、智利；支持加入这一条款的国家为：哥斯达黎加、中国、阿联酋、希腊、越南、巴林、丹麦、比利时、塞内加尔)。[20]根据国家责任和个人刑事责任分立的原则，国际法对违反破坏生态环境行为的威慑力是不足的，无法对个人行为形成有效的约束。抛开个人刑事责任不论，国家责任在国际人道法领域有一定的特殊性，常常出现的场景是国家在输掉战争的情况下才有机制保证对其追究责任，例如联合国赔偿委员会是安理会通过687号决议决定建立，用以应对伊拉克在海湾战争中作战方式和手段污染环境的赔偿问题，而越南战争中美军使用落叶剂(主要为橙剂)破坏生态环境、科索沃战争中北约贫铀弹药问题，至今无法通过诉讼追究责任。于是求偿、追责将陷入一个怪圈：国家为了避免被追责，在其认为破坏生态环境也构成军事必要的认知中，更倾向于投入更多的资源实施违法行为，从而逃避可能的追责行为。[21]上述反差体现了API处理个人刑事责任与国家责任规则的不协调性。

(四)ENMOD对国际刑法的意义

ENMOD没有把运用改变环境的技术列为战争罪，理论上不具有直接的国际刑法意义。但该公约对何为生态环境间接给出了定义。公约第2条规定："第一条所使用的'改变环境的技术'一词是指通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物群、岩石圈、水气层和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术。"根据这一规定，"环境"或"生态环境"的界定并不与特定的人口的生存和健康绑定在一起。在学者新近提出的《核心文本》中，对生态环境的界定采用了ENMOD的方法，意味着生态灭绝罪采用的是环境中心主义立场。公约第1条规定，"改变环境技术"要求损害的广泛性、持久性两个条件中的任意一个与严重性并立，即在规制范围之内，这一措辞与API并不一致。根据对ENMOD第1条的谅解规定，"严重性"指改变环境技术对人类生活、自然和经济资源或其他资产造成了严重或相当的干扰或损害。[22]按照这一谅解，对环境的保护和人类生活的保护是并列而非附属的关系。此外，ENMOD的一大特点是其保护环境并不限于战时。就战时的适用而言，ENMOD与API重合和差异之处，如表1总结。

(五)军控条约附带保护环境

一系列军控条约禁止了有毒武器、化学武器、生物武器的使用；此外，在1980年《禁止或限制某些特定常规武器公约》框架下，引起过度伤害和不必要痛苦的武器被禁止和限制使用，其中与环境明显相关的包括地雷、集束炸弹、燃烧武器等。[23]各类军控条约中并不包含对使用违法武器的行为追究刑事责任的条款。违反军控条约构成战争罪是《罗马规约》谈判的结果，具体包含：第8条第2款b项xvii目(使用毒药或有毒武器)、第8条第2款b项xviii目(使用令人

表1

	适用时间		损害的构成要素			侵害对象	是否具有习惯法属性	是否受限于比例原则	是否引起国家责任	是否引起战争罪
	平时	国际性武装冲突(占领)	广泛性	持续性	严重性					
ENMOD	是	是	影响地域范围包括数百平方公里[23]	持续时间达到数月或一个季度之间[24]	严重干扰、损害人类生活、自然和经济资源或其他财产	人或环境均可独立成为侵害对象	否	否	否	否
API第35条第3款	否	是	无明确界定	持续时间10年起步计算	不要求	仅环境均可成为侵害对象	是[25]	是	是	《罗马规约》第8条第2款b项(iv)目
API第55条第1款	否	是	无明确界定	持续时间10年起步计算	对人类生存、健康造成严重影响	对环境造成的损害是对人类生存、健康造成损害的附属产物	是	是	是	

窒息、有毒或其他气体，及使用同类液体、物质或其他装置)、第8条第2款b项xx目(使用其他引起过分伤害或不必要痛苦或在本质上引起不分皂白攻击的武器)，上述三项战争罪适用于国际性武装冲突。对于非国际性武装冲突，还包括第8条第2款e项xiii目(使用毒药或有毒武器)、第8条第2款b项xiv项(使用令人窒息、有毒或其他气体，及使用同类液体、物质或其他装置)。诚然，使用被禁止或限制武器固然可能引发严重的环境损害，但上述罪名所保护的重点在于使人免受过分伤害或不必要痛苦，引起环境损害只是这些武器的附带效果。

(六)联合国赔偿委员会和前南斯拉夫国际刑事法庭实践

在海湾战争期间，伊拉克从科威特撤退之前采取了大量毁损油田、油轮以及向波斯湾排放原油的作战方式。在1992年5月至6月的高峰期，每天约有450万桶原油被纵火烧毁。截至敌对行动结束时，伊拉克军队损毁原油钻井590口，508口钻井被烧毁，其中82口钻井的原油被排放进入波斯湾。[27]这种作战方式引起了广泛的谴责。[28]根据美国国防部1992年提交美国国会的报告，伊拉克企图用焚烧原油造成的烟尘迟滞多国部队的两栖进攻，但这种作战方式能够带来的军事优势十分有限。[29]安理会第687号决议规定，伊拉克须为其入侵和占领科威特期间违反国际法而造成包括科威特环境损害和自然资源损害的行为负责，并且决定责成联合国秘书长建立联合国赔偿委员会(以下采用其英文简称“UNCC”)。[30]一方面，安理会此次采取的措施并不涉及个人刑事责任的追究，会加剧国际刑法与国家责任规则在保护环境问题上的背离；另一方面，UNCC实践测定环境损害方法的局限性对于解释生态灭绝罪界定为危险犯而非结果犯有一定意义(详见本文第三、四部分)。

科索沃战争期间，ICTY检察官办公室成立的调查委员会对北约轰炸南联盟境内化学工厂、使用贫铀弹是否污染环境且构成战争罪进行了调查。第一个问题存在特殊背景：美国当时没有批准API，因此调查委员会需要评估第35条第3款、第55条第1款哪一条属于国际习惯法。值得注意的是，美国政府同时否认第35、55条规定具有习惯法地位，并主张：根据其在API谈判期间的态度，美国是该项规则的一贯反对者。[31]调查委员会认为只有第55条的规定是国际习惯法。[32]按照这一立场，调查委员会实际上采取了人类中心主义的视角看待环境损害问题，即评定损害只有在危及人类生存和健康的情况下才考虑将此种行为确认为战争罪。调查委员会根据API的措辞，认定环境损害的高门槛条件，即损害必须是广泛、持久、严重三个条件同时得到满足，才构成违反第55条。据此，调查委员会否认轰炸石化工厂、损害环境的违法性，其理由为：(1)损害环境违法性受到比例原则限制，调查委员会认为塞尔维亚的石化工厂服务于明确且重要的军事目的；[33](2)人质案的判决表明，破坏环境的被告人在主观故意的情况下才构成战争罪，本案并不符合这一要求。[34]调查委员会的态度揭示了人道法上的难题，即在进攻方预期取得的“军事优势”应当从宏观的、战略层面进行衡量还是从微观的、战役战术的层次进行衡量。在红十字国际委员会的认识中，军事优势是直接且具体的，这就很大程度上排除了从宏观或战略层面解释军事优势的可能性。[35]调查委员会没有给出任何解释，但澳大利亚、比利时、美国等国倾向于从宏观角度解释军事优势的含义。[36]衡量军事优势的尺度，对于判定比例原则是否违反有重要意义，美、澳等国的主张实际上限制了问责破坏环境行为的范围。

对于第二个问题，调查委员会认为没有既有的条约或习惯法禁止使用贫铀弹，同时对于贫铀弹药是否损害环境的问题，也应当遵从对API第35条、55条分析的一般性原理。[37]这一观点实际上与美国国防部针对使用落叶剂的态度相同。

(七)1996年《治罪法草案》起草委员会文本第26条

环境中心主义思路催生了以独立罪名保护环境法益的思潮，并在学术上不断论证和尝试。第一次尝试是国际法委员会编纂《治罪法草案》(一读)中加入了第26条(破坏环境罪)。此前的背景是：国际法委员会注意到《纽伦堡原则》及1954年版的《危害人类和平与安全治罪法草案》没有反映环境问题的考虑；特别报告员在1986年建议在危害人类罪中加入关于严重违反保护自然环境的类型并强调，保护环境的需求催生在《治罪法草案》中加入相应条款是不言而喻的问题。[38]1989年，特别报告员克里斯蒂安·汤姆沙特(Christian Tomuschat)在其第7份报告中正式建议在草案中加入破坏环境罪的条款，当时没有遭到国际法委员会的反对，而后汤姆沙特将其提交给起草委员会。[39]1991年起草委员会将破坏环境罪

编入文本之中，其对破坏环境罪的表述是："一个个人故意造成或者命令另一个个人造成广泛、持久且严重损害自然环境的，应在定罪基础上被判刑[……]年。"起草委员会称：该条文本很大程度上参考了API第55条的措辞，但其适用的范围既包括战时也包括平时。[40]起草委员会还强调：本罪仅在直接故意的基础上成立，基于轻率(recklessness)实施损害自然环境的情况，不能被纳入考虑范围。[41]上述文本在国际法委员会第2241次会议上得到通过，但建议进一步修改。第26条的文本此后收到了一些国家的评论意见，多数评论意见没有表示反对。其中，奥地利甚至建议，故意不应成为责任的前提条件，[42]这一观点实质上是在建议采用严格责任。美国对此提出，一读草案没有考虑既有的和正在发展的条约体系与本条之间的关系。[43]言下之意，美国认为破坏环境罪的前提是既有的初级规则被违反，而非主张破坏环境罪是可独立于初级规则之外的、自成一体的犯罪。

在1995年，特别报告员建议删除起草委员会文本第26条，并在第50届联合国大会期间得到了讨论。在联大辩论阶段，明确表示支持保留破坏环境罪的国家有15个，[44]明确支持删除破坏环境罪条款的国家属于少数。[45]1996年，国际法委员会成立了一个工作小组，专门讨论破坏环境罪是否应纳入《治罪法草案》。工作小组的改进建议包括三个选项：一是保留破坏环境罪罪名并将其作为独立犯罪处理；二是将破坏环境罪纳入危害人类罪之中；三是将破坏环境罪纳入战争罪之中。工作小组的建议没有得到国际法委员会的进一步回应。在国际法委员会的第2431次会议上，主席艾哈迈德·马尤(Ahmed Mahiou)建议将破坏环境罪条款从《治罪法草案》中删除，此举遭到了工作组成员阿尔伯特·斯泽克利(Alberto Szekely)的反对，斯泽克利称：工作小组已经给出了三个建议选项，因此国际法委员会应就采取哪个方案进行投票表决。[46]但马尤称：环境问题应当被包括到草案第21条(危害人类罪草案)之中考虑。[47]特别报告员杜杜·希亚姆(Doudou Thiam)称其反对将破坏环境罪作为单独犯罪处理的方案。[48]随后马尤称：情况已经很清楚地表明没有必要单独制定破坏环境罪的条款，随后他要求委员就是否将破坏环境罪纳入危害人类罪之内进行表决，但表决没有通过(赞成9票，反对9票，弃权2票)。[49]特别报告员杜杜·希亚姆第13份报告指出，其最后制定的一读草案包含的罪行清单应当限制在难以提出质疑的危害人类和平与安全的行为范围之内，根据这一意向，破坏环境罪被排除在外。[50]从上述起草经过看，希亚姆的选择是出于尽量争取广泛国际支持的考虑。回顾国际法渊源理论，缺乏国家共识基础的编纂很难有机会成为准确反映国际习惯法或演化成为广泛接受的条约。经过上述历程，在1996年通过的《治罪法草案》(二读)中，破坏环境的行为没有列为独立的罪名，而是被列入战争罪(第20条g项)的范围之内。此外，《治罪法草案》(二读)第20条b款iii项将故意攻击危险力量物体列为战争罪，此举是对API第56条及第85条第3款c项立法例的拷贝，体现了希亚姆争取广泛共识的思路。

上述历程反映了一个重要的倾向：国际社会普遍在应然法的层面认识到以独立罪名保护环境法益的重要性。按照国际法委员会第2431次会议的结果，把破坏环境行为编纂入战争罪之中似乎是唯一的选择。在切尔诺贝利核电站4号反应堆爆炸后，苏联军民付出巨大努力在乌克兰境内封闭了核事故的影响，避免了此次核事故波及全球。倘若苏联政府的努力失败，再结合海湾战争中科威特及波斯湾环境严重受损的背景考虑，[51]完全应当认识到对破坏环境行为的惩治和威慑应当是战时及平时国际法均予以考虑的问题，国际法委员会应把破坏环境罪作为单独犯罪类型保留在国际刑法的议题之中。

三、《罗马规约》应对环境问题的既有路径和障碍

近年来学术界出现了所谓"绿色导向解释"(green interpretation)的主张，即主张在既有国际法的框架内，以动态演进的方式解释《罗马规约》的相关条款，争取将破坏环境的行为包含在既有罪名之内，以实现对其惩治。[52]这种方法与检察官办公室政策文件的趋向一致，其实质是利用国际刑事法院可适用的既有规则，覆盖破坏环境的罪行。当前，《罗马规约》对环境法益的保护没有完全脱离人类中心主义，在战争罪、种族灭绝罪、危害人类罪各自的定罪中实现环境法益保护，即环境保护是保护人身或财产法益的附属物。

(一)通过战争罪保护环境法益

《罗马规约》的战争罪条款应对环境问题包括三种思路：其一，以特定罪名直接保护环境法益，如第8条第2款b项iv目；其二，以禁止、限制使用特定武器的罪名间接保护环境法益，如《罗马规约》第8条第2

款b项xvii至xx目，其根本目的是禁止作战使用引起不必要痛苦的武器，环境法益仅仅是加以附带保护；其三，将生态环境视为财产予以保护，如第8条第2款b项xiii目、第8条第2款b项xvi目是关于无急迫军事必要毁损、征收敌产和劫掠财产，自然资源作为财产加以保护。后两种思路都是间接保护的方式。

就《罗马规约》中的战争罪对环境法益的保护，在整体上没有超出既有国际人道法条约的规定。缔约大会拒绝将攻击含有危险力量物体的行为列为战争罪，同时造成环境广泛、持久和严重损害的行为在非国际性冲突中并不构成战争罪，说明《罗马规约》的威慑效力存在严重不足。

通过战争罪保护环境法益理论上还与马尔顿条款(Martens Clause)有关。支持马尔顿条款最早出现在1899年《海牙第二公约》、1907年《海牙第四公约》的序言中，主张在条约规则以外，交战行为仍应当受到人性法则和公众良知支配。学术界对马尔顿条款的本质存在多种理解，得到支持较多的包括两种：一是把人性法则和公众良知解释为直接约束交战国的自然法规则；二是把马尔顿条款看作国际人道法条约或习惯法规则的解释性工具。历史上并不缺乏依据马尔顿条款判定交战国武装部队成员须遵守既有法律之外的规则，从而追究其战争罪的案件，例如：二战之前没有国际条约规定禁止对平民实施酷刑和其他不人道待遇，在克令格案(Klinge case)中，法官依据马尔顿条款认定对平民的酷刑和不人道待遇等构成了违反战争法规和战争习惯。[53]又如在科诺诺夫案(Kononov .Latvia)中，当事人被拉脱维亚国内法院判定针对拉脱维亚村庄梅奇巴蒂村(Mazie Bati village)的平民实施了战争罪，其法律依据包括1949年《日内瓦四公约》的若干条款，而被指控罪行发生在1944年5月27日。[54]欧洲人权法院依据马尔顿条款解决了罪刑法定原则与社会正义需求之间的结构性矛盾。[55]在国际法委员会于2019年临时通过的《与武装冲突有关的环境保护原则草案》(一读)文本中，原则12肯定了马尔顿条款扩展至环境保护领域。据此，理论上不乏将马尔顿条款适用于侵害环境行为的主张，[56]效仿克令格案的范式从而将破坏环境行为纳入战争罪的范畴便是这种思路的逻辑延伸。然而，把马尔顿条款扩展用于单纯保护环境法益的罪名，在《罗马规约》体系下还存在障碍：(1)以马尔顿条款为途径扩展罪名的方法意味着国际法的渊源包含了自然法，这与以《国际法院规约》第38条为代表的立场格格不入；(2)之前所有涉及马尔顿条款适用的案件，仅涉及战争受难者人身权利的保护，环境法益是否在“人性法则”“公众良知”包含的范围之内，没有先例；(3)《罗马规约》第21条明确接受罪刑法定原则。法不溯及既往、犯罪构成要件具备特定性、可预见性，被普遍认为是国际刑法上罪刑法定原则的内涵，[57]马尔顿条款是否仍然具有扩展罪名的功能值得商榷。

(二)通过种族灭绝罪、危害人类罪保护环境法益

通过种族灭绝罪或危害人类罪的追究，在国际刑事法院框架下有可能部分实现保护环境法益的功能。第6条c款下种族灭绝罪包含“故意以某种生活状况施加于该团体，意图使其全部或一部在形体上归于消灭”的形式。国际刑事法院在苏丹总统巴希尔案中，曾经讨论过破坏生存环境是否等同于种族灭绝罪中所说的“施加某种生活状况”的问题。检察官指控称：被告人对达尔富尔地区马萨利特(Masalit)、扎格哈瓦(Zaghawa)两个部族发动了攻击，其实现方式为破坏并使当地环境恶化、掠夺自然资源，破坏水井和供水设备、向水源下毒等，致使270万名受害人被迫离开家园，检察官据此要求法官确认上述行为构成种族灭绝罪。预审庭在2009年3月发布的逮捕令中以证据不足为由没有确认这项指控。[58]但乌萨卡(Usacka)法官的反对意见认为：如果着重考虑非洲部落的状况和达尔富尔地区资源贫瘠的具体情况，特别是水资源对当地部族的重要性，那么该案证据已经足够说明受保护团体的生存条件被系统性地摧毁，构成了种族灭绝罪。[59]预审庭及乌萨卡法官观点，肯定了通过种族灭绝罪间接保护环境法益的思路。

间接方式保护环境法益还可通过《罗马规约》危害人类罪中的其他不人道行为罪(第7条第1款k项)实现。其他不人道行为罪是故意实施且对平民人口造成巨大痛苦或造成身体、心理、健康的严重伤害的一系列行为的总称。从构成要件看，其他不人道行为罪并不是对犯罪行为特征的描述，而是对不具备定型化特征的行为导致结果的描述，在危害人类罪中具有类似“口袋罪”的效果，用以涵盖危害性与迫害罪、奴役罪相当的行为。ICTR在早期案件中肯定了侮辱尸体在特定情况下构成其他不人道行为罪。[60]上述情况表明，其他不人道行为罪行具有广阔的延展性，能否成罪的重点不在于行为的特征，而在

于行为的危害性能否达到与其他危害人类罪相提并论的程度。从形式要件上看,过量排放包含碳—14、铯—137在内的放射性核同位素并通过水体循环污染整个太平洋,并且将其作为政府政策的一部分,从表面上看满足了其他不人道行为罪的构成要件。

(三)既有途径缺陷:结果犯定位、环境损害结果确定障碍

分析上述根据战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪保护环境法益的途径及各自的构成要件表明,所涉罪名都属于结果犯。在结果犯理论中,环境损害作为犯罪构成要件需要进行测定。此外,环境损害结果测定对于量刑也有重要意义:《罗马规约》附件《程序和证据规则》第145条第1款c项,"犯罪造成的损害特别对受害人及其家庭造成的损害"是量刑必须考虑的相关因素。在国际刑事法院的实践中,审判庭拒绝构筑量刑基准、法定刑幅度等概念,[61]因此个案中的量刑实际操作是:审判庭在检察官量刑建议中估算的有期徒刑年限的基础上考虑加重或减轻情节,最终得出宣告刑期。鉴于此,第145条第1款c项在很大程度上具有确定犯罪具体危害性(gravity in concreto)的评价功能。依照当前的间接路径,环境损害的确定在个案运作中存在障碍:

首先,在定罪、量刑中是以环境中心主义还是人类中心主义立场看待环境损害的问题。由于危害人类罪、种族灭绝罪是以人的权利保护为核心诉求的,故此,在这两类案件中确定环境损害只可能采取人类中心主义立场;基于环境中心主义确定损害范围,事实上只可能发生在战争罪(第8条第2款b项iv目)中。在这一特殊问题上,国际刑法并没有先例可循;将考察范围扩大到跨境环境损害求偿领域,基于环境中心主义评估赔偿损失的实践并不普遍。在特雷尔冶炼工厂中,美国提出的索赔中多数是基于环境损害导致相关受害人的财产权的损害问题。其中有一个赔偿项目为"未清理土地及后续改造"(uncleared land and improvement),从表面上看该项与财产权保护无关,但仲裁庭没有肯定该项索赔要求,而是采取了将环境损害附属于财产权保护的方法。[62]此后,在多瑙河水坝工程案中,国际法院判定斯洛伐克单方面修改工程方案导致多瑙河河道走向改变构成不法行为,认可匈牙利有权要求赔偿。[63]这一认定暗示匈牙利有权基于环境中心主义的考虑求偿,但国际法院此后建议将匈牙利、斯洛伐克各自要求赔偿问题以一揽子协议的方式解决,[64]因此,国际法院事实上没有就基于环境中心主义测定环境损害给出指导性意见。[65]在人类中心主义视角下,还需要证明环境损害是引起人生存、健康的原因,但在大气污染、核同位素排放、使用贫铀弹药的情况下,损害要在行为实施完毕之后很长时间才能被发现,[66]增加了操作难度。

第二,损害下限问题。危害人类罪、种族灭绝罪、战争罪各自都存损害下限问题。就危害人类罪而言,须证明破坏环境行为构成对平民人口的广泛性或系统性损害;就种族灭绝罪而言,须证明破坏环境行为作为特定生活状况施加于受保护团体,并达到部分或者全部使该团体在物理上归于消灭的程度。就战争罪而言,构成要件要求环境损害必须广泛性、持续性和严重性三者同时具备。晚近的讨论在厄立特里亚——埃塞俄比亚冲突的求偿实践中,仲裁庭曾面临武装部队破坏工厂、森林、树苗的状况,仲裁庭仅确定此破坏并不构成广泛、持久和严重的损害,[67]可见三个条件叠加大大提高了定罪的门槛。

第三,依照何种标准确定破坏环境行为与环境损害之间的因果关系。根据郑斌教授的总结,损害赔偿中因果关系属于一般法律原则的范畴,近因原则占据主导地位。[68]尽管支持近因原则的证据比较充分,但在环境损害界定领域操作却存在一定混乱:在UNCC实践中,F4类赔偿范围为从伊拉克入侵、占领科威特导致的直接损失。[69]但是在2001年专家小组审核第一批赔偿请求中,约旦所有赔偿请求都是基于由伊拉克、科威特进入约旦境内的难民带来的环境问题,而非基于伊拉克军队破坏环境的作战方式提出。这些请求包括:难民到来致地下水超量开采产生的环境损害、难民产生废水排放导致地表水资源污染、难民生活垃圾污染泉水导致细菌含量超标、难民营粪便排放污染水质、难民带来水资源及基础设施损害,以及难民带来沿海、海洋生态环境、沙漠生态环境、湿地环境损害,难民导致灌溉水源较少危害农业生产等。[70]专家小组没有明确因果关系的法律标准,然而,其对约旦遭受环境损害的认定已经远远超出了近因原则的限度,因此该损害测定的方式带有主观性。[71]

综上可见,在《罗马规约》体系下,保护环境主要基于间接保护路径,但所涉罪名作为结果犯的定位导致在损害范围、损害下限以及因果关系认定三个

方面都存在障碍。

四、确立生态灭绝罪的三个方法论问题及其回应

(一)以单独罪名保护环境法益的价值

除了列举战争罪、危害人类罪等保护环境法益的不足,更有必要从正面回答是否有必要用“生态灭绝罪”这一单独的罪名来保护环境法益,并使环境法益的保护与财产法益、人身法益的保护脱钩。在此涉及的问题是应从人类中心主义还是环境中心主义视角为生态灭绝罪定位。从发展趋势看,越来越多的证据表明国际法并不拒绝采用环境中心主义的视角:

第一,《第一附加议定书》第35条第3款与第55条第1款的区分表明,在武装冲突法框架下基于环境中心主义的出发点限制作战方式、手段是得到法律肯定的。缔约资料表明,在1972年的文本草案中,第33条(后发展为正式文本第35条)第3款最初采用了“毁坏自然人类环境条件的作战手段和方式”(means and methods which destroy natural human environment conditions)或“毁坏自然人类环境条件的作战方式和手段”(methods and means which destroy natural human environment)的表述,还有另一种表述方式“干扰自然生活和环境条件平衡的手段与方式”(means and methods which upset the balance of the natural living wand environmental conditions)。[72]1974年缔约大会的第三委员会决定成立一个非正式工作组,决定对草案第33条补充一个条款。工作组建议加入的文本是“禁止采用对使生态系统稳定受到干扰的进而损害环境的作战方式与手段”(It is forbidden to employ methods and means of warfare which damage the environment in such a war that the stability of the ecosystem is disturbed.)[73]第三委员会选择删除其中关于“生态系统”的表述,最后演变为第35条第3款的最终文本。工作组同时还建议,第35条第3款和第55条第1款应当各自保持独立,理由是二者旨在实现不同的功能:前者是对引起不必要损害的作战方式和手段的限制;后者的重点在于防止作战方式和手段侵害环境,进而影响人的健康和生存。[74]缔约过程表明,保护生态系统本身和通过保护自然环境进而保障人类的生存、健康在缔约大会上是两个独立的问题,缔约者的原意应为:二者各自有着独特的价值,并且应当得到国际人道法的保护。从两个条款分离的内在逻辑看,缔约者采用了环境中心视角和人类中心主义视角并用的方式。与人质案、联合国战争罪委员会7150号案相比,API部分承认环境法益有独立的价值,显然具有进步意义。

第二,适用于平时的国际公约尽管没有将破坏环境行为界定为犯罪,但其体系结构和缔约背景表明缔约者采取了环境中心主义的立场。以《联合国海洋法公约》为例:(1)在公约第192条缔约过程中,马耳他工作组提案将海洋环境界定为:“包括海面、其上空、水体和高潮标以外的海床,包括其中或对其有依赖的生物系统。”[75]此后海洋环境(污染)概念的演变被认为超越人类中心立场。[76]公约第192条最后未能包含海洋环境的定义,但公约第1条第4款对“海洋环境污染”的定义表明,环境法益不仅仅包含将危害人类健康的物质或能量引入海洋的行为。诺德奎斯特版公约评注称:“‘海洋环境’一语理所应当地延伸到任何国家管辖范围内和之外的海洋空间的所有部分,而第192条不以任何方式与一国对海洋的管辖权范围具有关系。”[77](2)除公约第12部分外,公约其他部分还包含保护各国管辖范围之外的特定海洋环境的条款,如第145条第6款、第155条第2款、第162条第2款w项、第165条第2款k项,涉及保护“区域”内海洋环境问题;又如第119条、120条涉及公海生物资源养护等。在南方蓝旗金枪鱼案临时措施命令中,国际海洋法法庭认为养护海洋生物资源是保护、保全海洋环境的要素之一。[78](3)在公约第290条第1款下,有管辖权的法庭或仲裁庭,除为保全争端各方的各自权利外,还可为防止对海洋环境的严重损害而指示临时措施。这一规定明显不同于《国际法院规约》第41条第1款(仅规定为保全争端各方权利指示临时措施的情景)。如采取人类中心主义的立场,海洋环境的损害应被包括在“保全争端各方的各自权利”,没有必要单独赋予法庭或仲裁庭指示临时措施的权力,[79]由此可见,公约在程序问题上也接受了环境中心主义的方法。此外,如前文所述,ENMOD对环境的界定也采取了环境中心主义的方法;[80]在国际法委员会《关于大气层保护的指导草案》在对“大气污染”界定时,以1979年《长程跨界空气污染公约》定义为基础,也接受了环境中心主义的立场。[81]

第二,求偿实践支持。在UNCC的实践中,根据安理会第687号决议及赔偿基金管理委员会第7号决定,F4类赔偿(环境赔偿)的范围包括:(a)减少和预

防环境损害，包括直接关系到扑灭石油火灾和阻止沿海石油流动和国际水域的费用；(b)已采取清洁和恢复环境的合理措施；(c)为评估和减轻危害以及恢复环境的目的而对环境损害进行检测和评估的合理措施；(d)为调查和应对作为环境损害结果目的而采取的、对公共卫生和医学检查进行检测的合理措施；(e)自然资源的枯竭或破坏。[82]上述实践表明，赔偿委员会同时承认人类中心主义和环境中心主义视角指导的赔偿活动，独立于人的财产权、健康权之外的环境损害具有单独保护的价值。持同一立场的还包括马绍尔群岛核损害求偿法庭(The Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal)[83]针对艾尼维塔克环礁(Enewetak Atoll)居民的求偿作出的决定，该决定确认将受到核辐射的土壤和植被进行修复的赔偿要求。[84]

第三，国际法院态度转变。在使用核武器合法性咨询意见中，国际法院认为使用核武器对人类生活的环境构成灾难性影响；[85]同时，国际法院确认第35、55条包含了保护环境免受广泛、持续、严重损害的作战方式和手段的一般性义务。[86]至乌拉圭河纸浆厂案，国际法院开始强调乌拉圭、阿根廷就保护土壤、森林、生态平衡、水环境等方面的合作义务。[87]该案判决在乌、阿两国管理乌拉圭河的双边条约上做出，不具有普遍意义，但环境中心主义的方法体现在国际法院对1975年《乌拉圭河行政委员会规约》第40条的解读之中。[88]由此可见，国际法院产生了倾向于环境中心主义的微妙变化。

第四，国际刑法近期的发展倾向于肯定将严重污染环境的行为入罪。2014年非洲联盟《马拉博议定书》(Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights，Malabo Protocol)拟在非洲联盟人权法院的架构之内建立一个区域性国际刑事法庭，该法庭有权管辖包括危害人类罪、战争罪在内的14类犯罪。按照《马拉博议定书》第28L条之二f项规定，在不遵守与保护环境以及人民和工作人员安全有关的规范的情况下开发自然资源构成犯罪行为。[89]该议定书将此类犯罪与国际刑法传统上的核心罪行并列，说明在非洲联盟整体上对保护环境法益重要性的认识提高到了前所未有的高度。

(二)环境法益保护与武装冲突脱钩的必要性

推动保护环境法益与武装冲突脱钩的必要性，可从如下两个方面的因素得到说明：

第一，武装冲突法规则自身的局限：(1)将环境作为财产法益的一种形态保护的情景下，武装冲突法允许急迫军事必要前提下毁损财产，因此环境保护必然受到军事必要的制约；(2)将环境保护作为禁止、限制使用特定武器的附带效果看待，受到其上游军控条约缔约国范围的影响，例如禁止燃烧武器、禁止化学武器、禁止地雷的相应国际公约缔约国数量都是有限的，将环境法益的保护附属于特定武器的禁止性规则，实际上是将破坏环境行为的违法性“托付”于这些条约并不普遍的约束力；(3)将破坏环境的行为作为特定的作战方式处理(《罗马规约》第8条第2款b项iv目)，行为的违法性将受限于武装冲突法上的比例原则限制；(4)在既有国际人道法通过保护财产进而保护环境路径下，受到保护的是敌对国(被占领方)的环境，这些条款并不涉及危害中立国环境(如越南战争期间美军使用人工降雨的作战方式波及老挝)[90]以及危害交战国自身环境的情形(如1938年南京国民政府在花园口决堤，造成大面积黄泛区并致下游农田绝收和严重饥荒)；[91](5)既有条约如1977年《第二附加议定书》没有包括在非国际性武装冲突中保护环境的明确规定，与此对应，《罗马规约》第8条也不包括在非国际性武装冲突中保护环境的条款。

第二，现实因素是催生独立保护环境法益的推手：(1)常规武器的破坏力大增，常规武器已具有对环境造成广泛、持续、严重破坏的能力；(2)核动力武器(如核动力巡航导弹)、核战斗部武器、核动力运载工具(如核动力航母、潜艇、破冰船)等获得极大发展，但其运输、部署、值班并不限于武装冲突环境；(3)网络攻击作为新的作战方式破坏可能破坏自然环境；[92](4)武器智能化发展趋势下，武器攻击基于自主性缺乏对自然环境保护价值的识别和评估；(5)各国对重大自然灾害及次生灾害(地震、海啸等)应对错误；(6)大型能源设施、基础设施破坏环境；(7)对矿产资源破坏性开采；(8)对海洋生物资源过度捕捞导致种群灭绝等。据此，从现实因素判断，国际刑法向生态灭绝罪转向回应了当今高科技对生态环境破坏力显著增强的现实。

(三)生态灭绝罪界定为危险犯的必要性

从国际刑法的方法论角度看，《核心文本》将破坏环境的行为定义为危险犯，是一个重要的理论变化。《核心文本》倡议者认为API第35条第3款、第55条第1款都包含“旨在或可能对环境引起广泛、持久或严重损害的作战方式或手段”，生态灭绝罪作为危

险犯的定位是两个条款适用的关键。[93]危险犯的定位有助于摆脱繁冗复杂的损害测定困难。例如,在核污染场景下,生态灭绝罪的成立只需测定排放同位素浓度超出国际通行标准就足以背书对环境安全的威胁。生态灭绝罪界定为危险犯,还可能产生一个附带性效果:故意攻击包含危险力量物体没有被《罗马规约》缔约国编列进第8条,但生态灭绝罪自然包含这一行为,从而填补这一空白。

在此之前,国际刑法追究的犯罪,大多为结果犯罪,忽略结果也能定罪的属于极少数情况:未完成犯罪理论(主要涉及反和平罪共谋、种族灭绝罪共谋、直接且公然煽动种族灭绝罪三种情况)的确是在不考虑犯罪结果(甚至不考虑未完成犯罪指向的实体犯罪是否发生)情况下予以定罪。例如,ICTR上诉庭在检察官诉加泰特等人案(Prosecutor v. Gatete et al.)中认为:将共谋这一未完成犯罪界定为独立犯罪,除了具备防止种族灭绝罪发生的法益之外,还具备惩治那些下决心实施种族灭绝罪的一群人的协作的作用。不论种族灭绝罪是否被实行,共谋者基于这一目的的协作是始终存在的,这本身就解释了惩治共谋的合理性。[94]简言之,其理论要点是:法律认为未完成犯罪本身侵害了法益,因而定罪无须考虑后续的具体结果。未完成犯罪理论与危险犯不同,后者在犯罪的构成要件中将具体的犯罪结果替换为对法益的现实威胁,讨论危险犯的前提是承认生态灭绝罪属于已完成犯罪的范畴。因此,对损害环境风险可能性的评估将替代具体环境损害的测定,控方可以此回避建立因果关系的难题,在证明责任方面带来了便利。

有必要探讨的是,为何《核心文本》选择将生态灭绝罪定位为危险犯而非未完成犯罪。笔者认为技术上的原因是,未完成犯罪并没有在整体上被《罗马规约》收纳。历史上曾经出现的反和平罪共谋(conspiracy of crime against peace)、种族灭绝罪共谋等,都被缔约大会拒绝,《罗马规约》仅在第25条第3款e项中保留“直接且公然煽动种族灭绝罪”(direct and public incitement of genocide)。《罗马规约》第25条属于责任模式条款,而非罪名条款。由此可见,未完成犯罪的理论与实践在国际刑事法院体系下趋于式微,把责任模式嫁接于生态灭绝罪,与国际刑事法院的规范体系并不兼容。

更进一步的问题是,将生态灭绝罪定义为危险犯是否方法论上的必要性?基于如下两方面原因,生态灭绝罪作为危险犯的定位较之结果犯更为合理:

第一,既有规则是否为危险犯的定位提供了空间。答案是武装冲突法条约或编纂文件并不限制风险预防原则的运用:API第55条第1款中本身包含了风险预防的含义;[95]类似表述还包括1994年《圣雷莫手册》第35条、44条;在红十字国际委员会对“国际人道法习惯法规则”的编纂中,合理注意(due regard)被认为是保护环境的核心考虑(规则44)。美国《海军指挥官手册》在操作层面同样确认了这一原则。[96]对从特定罪名的分析也能得出上述结论。以禁止攻击含有危险力量物体(水坝、堤坝、核电厂)为例,API第56条第1款区分了两种情况:(1)含有危险力量物体本身为民用物体;(2)含有危险力量物体构成军事目标。对于攻击前者,缔约者认为任何情况下都是违法行为,与其对应的罪名是攻击民用物体,比例原则在此并不适用。[97]《罗马规约》附件《犯罪构成要件》规定,攻击民用物体这一款战争罪的构成要件并不包含犯罪结果。[98]在后一种情况下,攻击的合法性受限于比例原则;[99])与此对应,第85条第3款c项规定攻击作为军事目标的含有危险力量物体,在行为人认识到攻击可能造成在违反比例原则后果的情况下构成战争罪。综上可见,不论在哪种情况下,既有条约的缔约资料都兼容了危险犯理论。

第二,生态灭绝罪作为危险犯的定位是否与国际环境法的风险预防原则相匹配。国际刑法与处于上游的国际环境法规则保持协调一致,是考虑该因素的基本落脚点。风险预防原则自《里约宣言》第15项得到确立,意即如果存在严重或不可逆转的损害威胁,不应以缺乏充分的科学确定性为由推迟采取具有成本效益的措施来防止环境退化。早在1989年,联合国环境规划署理事会就认识到:等待关于排放到海洋环境中的污染物的影响的科学证据,可能会对海洋造成不可逆转的损害,由此并建议各国政府采取预防行动原则作为其预防和消除海洋污染的政策基础。[100]国际法院仅承认损害预防原则的习惯法地位,[101]但在纸浆厂案中,国际法院承认风险预防原则之于特定条约解释的相关性。[102]在其他国际诉讼或仲裁案件中,风险预防原则得到了较高程度的认可。在荷尔蒙牛肉案中,WTO上诉机构认定,风险预防原则在国际环境法之外的领域是否具有国际习惯法地位尚待认定。[103]上诉机构的决定暗示风险预

防原则在环境领域已具备习惯法地位。国际海洋法法庭对该原则态度最为开放：在南方蓝鳍金枪鱼案中，法庭在临时措施中称：在保护南方蓝鳍金枪鱼种群的措施在科学上存在不确定性的情况下，当事各方应谨慎行事，确保采取有效的保护措施，以便防止对该种群造成严重损害。[104]在MOX燃料工厂案临时措施中，法庭指出，爱尔兰与英国应就MOX的运作及设计方式谨慎地交换信息。[105]法庭在柔佛海峡土地复垦案中，也肯定了上述思路。[106]在2011年“国家对所担保的自然人和实体在‘区域’内活动的责任与义务咨询意见”中，国际海洋法法庭认为：预防性方法已纳入越来越多的国际条约和其他文书，其中许多文书反映了《里约宣言》第15项原则的制定，这已引发了使这种做法成为习惯国际法的一部分的趋势。[107]综上可见，风险预防原则虽然在初始阶段属于软法性质，但当下至少已经具有了解释条约规则辅助工具的地位。笔者认为，生态灭绝罪作为危险犯的定位可更好地反映初级规则与次级规则的和谐性，从而形成逻辑闭环。反之，将导致国际法的初级规则与作为生态灭绝罪的次级规则相互割裂，也将出现违反风险预防原则导致的国家责任与个人刑事责任不能协调一致的情况。

五、《核心文本》对生态灭绝罪的界定

本文以更具概括性、代表性的《核心文本》为对象展开分析。该文本是对《治罪法草案》起草委员会草案第26条的进一步发展，具体展开包含两部分内容：一是建议在《罗马规约》的序言中增加一段话：“考虑到环境每天都受到严重毁损或破坏的事实，在全球范围内致使人与环境处于严重的危险之中”；二是在《罗马规约》中新增第8条之三(生态灭绝罪)。根据该建议的第8条之三文本，生态灭绝罪被定义为：“明知存在广泛且严重损害环境或持久且严重损害环境的现实可能性的情况下违法或肆意实行的行为。”从其表述看，生态灭绝罪是对包括API、ENMOD、1949年《日内瓦第四公约》既有条约的相关条款以及国际法委员会“与武装冲突有关的环境保护”议题临时草案条款的糅合与嫁接，同时在理论上又突破了以往国际刑法对危害人类罪、战争罪结果犯定位的制约，以环境中心主义为指导，体现了一个完全理想化的目标。具体表现分述如下：

第一，《核心文本》对环境的定义为包括生物群、低温层、岩石圈、水气层、大气层、外层空间在内的地球的组成部分。这一定义在ENMOD第2条的基础上增加了低温层。环境的定义放弃了API第55条第1款要求与人类生存和健康相关联的方法，同时这一定义独立于“财产”概念之外，结合《核心文本》建议增加的序言表述考虑，可见该定义采取了环境中心主义的立场。《核心文本》建议的第八条之三第2款，对“严重性”的解释是损害涉及对任何环境要素非常严重的负面改变、干扰或损害，包括(但不限于)严重影响人类生活或自然、文化或经济资源的改变。[108]根据这一立场，生态灭绝罪将摆脱国际人道法中军事必要原则和比例原则的限制，也将与武装冲突解除关联。

第二，损害的广泛性、持久性、严重性在API中是缺一不可的条件，门槛过高导致迄今没有任何一项基于破坏环境的战争罪指控成立。《核心文本》将三个条件拆分成两组：广泛性与严重性并存，或者持久性与严重性并存，从而降低了损害的门槛。这一提议实际上接近ENMOD第1条第1款采取的方法，但ENMOD迄今为止仅有78个缔约国，其影响力远不及API，《核心文本》的选择实际上并不存在习惯法的基础，能否成立取决于未来各国能否形成共识。

第三，《罗马规约》缔约谈判中曾提出犯罪主观要件能否包含轻率(间接故意)的问题，但缔约大会后来排除了对间接故意的讨论。故此，《罗马规约》第30条第1款对各犯罪意志因素的默认规定为直接故意，在例外情况下可以包括间接故意。[109]《核心文本》中破坏环境的行为是非法或“肆意”的攻击，采用了国际刑法中界定间接故意的范式。[110]《核心文本》的举动大大降低了生态灭绝罪的主观要件标准。尽管如此，《核心文本》却与API第35条第3款、第55条第1款的措辞保持一致。

第四，《核心文本》将生态灭绝罪的行为界定为非法或肆意造成环境损害的行为。根据倡议者的解释：非法性是指特定损害环境的行为已经被既有国际法规则禁止。[111]但《核心文本》将“非法”与“肆意”并列，意味着生态灭绝罪并不要求违反初级规则前置，即生态灭绝罪成立与否与相关国际人道法条约、国际环境法条约是否被违反没有直接相关性。倡议者的观点与美国政府批评起草委员会第26条文本的立场完全相反，说明倡议者继承了国际法委员会的思路，将生态灭绝罪界定为自成一体的犯罪。

六、直接修改《罗马规约》带来的问题

本文认为，肯定生态灭绝罪的理论价值并逐步

纳入条约具有充分必要性，但不应操之过急。假定《核心文本》在国际刑事法院的框架下得到推动并演变为《罗马规约》的一部分，将带来从法律适用到政治效果的一系列难题。

(一)实体法问题

第一，生态灭绝罪与战争罪(第8条第2款b项iv目)的竞合问题，即在武装冲突之中危害环境的行为，若同时满足生态灭绝罪及战争罪的构成要件，应当如何定罪。国际刑法中犯罪竞合规则来自ICTY上诉庭在其切利比奇集中营(Čelibići Case，Prosecutor v.Delalić et al.)案中的归纳：若甲罪包含一个实质上不同于乙罪的构成要件，反之亦然，则两罪为想象竞合关系，两罪同时成立；若仅甲罪包含一个实质上不同于乙罪的构成要件，则构成法条竞合，仅成立甲罪。[112]国际刑事法院在其案例中遵循了上述规则。按照切利比奇案标准，生态灭绝罪与战争罪(第8条第2款b项iv目)相比，后者的构成要件要求：必须与武装冲突有联系，造成环境损害必须同时满足广泛、持久、严重三个条件，犯罪行为必须明显违背比例原则要求，这三个构成要件显然超出生态灭绝罪的范围，生态灭绝罪与战争罪应界定为法条竞合的关系，若两罪名构成要件均满足时仅成立战争罪。如此将产生悖论：制定生态灭绝罪的原因在于用战争罪处罚破坏环境行为的构成要件过于严苛，以生态灭绝罪定罪有利于规避上述障碍；但按照想象竞合的范式，检察官和法官趋向于选择更难的路径来实现保护环境的目的。根据《国际刑事法院法庭工作规则》第55条，预审庭在确定哪项指控进入审判庭程序的问题上将起决定作用，早期案件中预审庭曾以罪名合适与否、加快诉讼进程为由，在检察官提出多项指控的情况下直接排除其中的一部分，选择性地允许一个罪名指控进入审判庭程序。[113]因此，根据国际刑事法院的既有路径，预审庭排除生态灭绝罪而保留战争罪的指控并非不可能。依据上述原因，《核心文本》的方案并不完整，需要考虑本罪与战争罪的关系问题。恰当的方法应该是若接受插入生态灭绝罪，则应当删除第8条第2款b项iv目。

第二，可能带来在国家责任层面和个人刑事责任不同步的问题。就国家责任而言，仍然适用API第35条第3款、第55条第1款判断是否违反国际义务，个人刑事责任的判断依赖于生态灭绝罪的构成要件。按照国际法院在波黑种族灭绝罪案中的观点，国家责任和个人刑事责任是两套责任体系，国际法院可在就种族灭绝罪的个人刑事责任尚未作出判决的情况下，判定基于相同行为成立国家责任。[114]比例原则大大提高了违反第35条第3款、第55条第1款的门槛，而生态灭绝罪作为危险犯的定位又大大降低了成罪的难度，因此可能出现武装部队成员成立生态灭绝罪且依据《国家责任条款草案》第4条归因于国家，但国家无责任的状况。造成这一问题的原因在于生态灭绝罪在倡议中是自成一体、不以约束国家行为的初级规则作为追责前提的犯罪。如果理查德·福尔克当年的建议演变为《防止和惩治生态灭绝罪公约》，且公约中包含与《防止和惩治种族灭绝罪》第1条性质相同的义务(国家负有防止和惩治种族灭绝罪的义务)，那么这一冲突就不会产生。

第三，责任模式是否与生态灭绝罪兼容的问题。国际刑事法院对共同正犯有较为严格的界定，其先例对《罗马规约》第25条第3款a项的演绎，共同正犯在客观上要证明多人对为推进共同目的(common purpose)实现作出基础性贡献(essential contribution)，主观上要求被告人具有直接故意。[115]考虑《核心文本》允许正犯心态为间接故意的背景，问题被重塑为国际刑事法院的共同正犯理论是否适用于间接故意的情况。如机械地按照形式逻辑的推理，当被指控犯罪为间接故意犯罪时，应可套用共同正犯这一责任模式。ICTY曾起诉无军事必要情况下肆意毁损城市、乡镇、村庄行为(ICTY规约第3条b项)，其审判庭认为“肆意毁损”的主观要件为直接故意或间接故意。[116]不过需要注意的是，ICTY关于正犯和犯罪实行的理论完全不同于国际刑事法院，因此并没有直接参考价值，且迄今为止，国际刑事法院尚未起诉和审判过间接故意犯罪，目前无从知晓基于间接故意的生态灭绝罪能否与共同责任模式兼容。依笔者的理解，若被告人对破坏环境行为持间接故意，共同正犯的构成却要求对多人参与的共同目的积极推进，二者并不相容。

(二)程序法问题及政治效果

若生态灭绝罪直接写入《罗马规约》，预计国际刑事法院倾向于将管辖权扩张到非缔约国，从而实现其管辖权外溢的目的。那样非缔约国在生态灭绝罪问题上就面临国际刑事法院对其国内政治侵入的严峻问题。该问题在《核心文本》和《罗马规约》文本之中并没有明确的表现，但从法院对其管辖权条款

的解释中可以得到明确推论：法院预审分庭对孟加拉国/缅甸情势(Situation in the People´s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar)授权检察官办公室进行调查，明确地体现了其根据犯罪结果的属地性把管辖权扩张至非缔约国的倾向。按照《罗马规约》第12条第2款b项规定，国际刑事法院就缔约国提交、检察官调查两种情势建立管辖权的前提是满足："有关行为"(conduct in question)发生在缔约国境内或犯罪发生在缔约国为注册国的船舶、航空器上。预审庭的逻辑是：第一，国际刑事法院的管辖权来自缔约国的委托，而根据国际公法的一般原理，国际法并不禁止国家实行域外管辖权，由此推论国际刑事法院也可以将管辖权扩张至缔约国境外；[117]第二，将第12条中的"有关行为"进行扩张解释，认为"有关行为"既包含符合犯罪构成要件的行为，也包括犯罪的结果；[118]第三，驱逐出境罪是结果犯，其客观要件包括受害人从一国进入另一国的结果，此犯罪结果属于第12条第2款b项的"有关行为"之列；[119]第四，国际刑事法院为了调查管辖权内的犯罪可以考虑管辖权外的事实，[120]由此预审庭授权检察官办公室调查《罗马规约》下所有犯罪。[121]上述思路缺陷是：一些罪犯的构成要件具有跨国因素，法院的管辖权基础是客观属地原则；但对构成要件不具有跨国性因素的犯罪而言，管辖权是基于效果原则建立。此种将非成员国纳入管辖的做法是否违背条约于第三国无损益原则有待商榷。

就生态灭绝罪而言，环境损害的跨国性经常发生。催生起草委员会《治罪法草案》第26条的事件即为伊拉克燃烧科威特油井及向波斯湾排放原油事件。而根据汤姆沙特的观点，应当被规制的场景包括：多国河流的污染、核电站事故导致跨国污染。[122]时至今日，《核心文本》中关于环境的定义甚至将外层空间都算作环境的一部分。[123]由此可见，若按照预审庭解释"有关行为"的逻辑，任何一个国际刑事法院的成员国都可以因为其受到的损害或损害的可能性而将非成员国拖入诉讼程序之中。这种诉讼必然产生复杂的政治后果，可以预见的初步结论是：

第一，忍受由扩张的属地管辖权带来对本国国内政治的影响，是很多国家都不愿付出的代价。生态灭绝罪是否给国际刑事司法冲击各国内政的机会，必须予以重视。

第二，扩张管辖权带来对发展中国家工业化进程干扰或阻碍。例如《加州大学定义》主张将大规模排放温室气体算作生态灭绝罪的类型。[124]一国的工业化必然带来一定的环境污染问题，此问题本质上涉及发展权与环保义务如何平衡。国际立法采用激进态度可能使发展中国家的工业化进程被外力阻滞或干扰。

第三，生态灭绝罪的出现对一些侵害国际社会整体利益的难题提出了新的解法，例如以科学考察为名滥用捕鱼权、原油污染等，都可能列入生态灭绝罪的威慑清单之中。

结论与展望

《核心文本》目前仅在学术阶段进入了讨论热潮，其直指国际法应对跨国乃至影响全球环境问题的缺陷和痛点。生态灭绝罪的概念并非凭空产生，而是伴随环境法益成为独立于人身及财产法益之外显现出独立保护价值的过程而逐步浮出水面的，在当今世界面临核污染重大风险的背景下，应当受到格外重视。国际环境法在过去的几十年内未能向个人刑事责任领域延展，《斯德哥尔摩宣言》《里约宣言》只是原则性地将与武装冲突有关的环境问题"委托"给国际人道法规则规制，在客观上限缩了国际刑法应对环境问题的范围。纽伦堡国际军事法庭判决的逻辑揭示：国家系抽象实体，而犯罪行为最终由人去实行，因而只有追究个人刑事责任才使国际法的实施具有意义。[125]上述论断带有典型的自然法逻辑特征，但就严重侵害各国共同依赖的生态环境的行为而言，这一逻辑未尝不可。鉴于此，生态灭绝罪在应然法的意义上具有坚实的基础。

引入生态环境罪将带来复杂的后果，只有从不同的维度评价，才能对其形成全面认识。从积极角度看，生态环境罪回应的是人与自然和谐共存的愿景。我国传统哲学中历来存在"天人合一"的理念，强调人与自然的共生关系；近年来，"绿水青山就是金山银山"的观念更是深入人心，人与自然的和谐关系是"人类命运共同体"理念的重要着力点。生态环境罪与上述理念有一定程度的契合。国际性环境污染事件在高技术背景下频频出现，国际刑法回应环境问题应当坚持其内在的逻辑。从消极角度看，生态环境罪若在国际刑事法院的规则体系下发育，与当下国际刑事法院过度扩张管辖权的取向结合，将不可避免地侵入非成员的内政，对非成员国来说并不公平。工业化必然带来一定程度的环境污染，在

工业化和环保之间取得动态的平衡，是保障各国发展权的内在需求。国际刑事法院过度扩张管辖权，意味着国际法对能源、水利、交通领域的大型基础设施工程将采取更为挑剔的态度，有可能在事实上否定发展中国家的发展权。

综上所述，生态环境罪作为一种应然法概念，其未来的发展路径存在激进和保守之争。前者如《核心文本》所言，直接修改《罗马规约》，一步到位；后者可考虑模仿国际法委员会设立危害人类罪的议题，以此推进各国共识，择机出台相应国际公约，在充分评估国际刑事法院扩张管辖权带来政治后果的基础上再讨论是否纳入《罗马规约》规制的问题。一个显见的问题是，针对特定犯罪的国际公约通过存在"或引渡或起诉条款"为缔约国间司法合作提供法律基础。[⑲]在或引渡或起诉义务有关问题案中，国际法院认为没有必要就该义务是否具有国际习惯法地位进行讨论；[⑳]此后，国际法院委员会关于"或引渡或起诉义务"议题编纂过程表明，各国对或引渡或起诉义务条款是否具有习惯法地位存在很大分歧，委员会据此决定不再继续该议题编纂。[㉑]故此，各国只能在既有多边条约或引渡或起诉条款的基础上推进司法合作。选择直接修改《罗马规约》的路径，无法解决国际刑事法院的成员国与非成员国的合作问题，更无法解决非成员国与国际刑事法院的合作问题，因此，后者应为更稳妥的选择。

注释：

①如1972年《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》第3条第1款下，"倾倒"行为是故意从船舶、航空空气、平台或其他海上人工构筑上倾倒废弃物的行为。福岛核电站排放包含核同位素废水行为是否构成在其适用范围之内，依赖于能否对该条做出扩张解释。又如，根据《联合国海洋法公约》第194条第1款、第3款a项，缔约国有义务采取"一切必要措施""旨在最大可能范围内尽量减少污染"的措施。国家责任规则中，国际义务有"行为义务"(obligation of conduct)和"结果义务"(obligation of result)的区分，根据其措辞第194条下义务属于行为义务，据此，只要缔约国采取了措施，即便出现环境污染结果也不能追究其国家责任。

②OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 September 2016, para. 41.

③Proposed Definition of Ecocide Promise Institute for Human Rights(UCLA)Group of Experts, 9 April 2021, available at <https://promiseinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/2022/08/Proposed-Definition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf#:~:text=On%20February%2029%2C%202020%2C%20the%20Promise%20Institute%20for,of%20Ecocide%20established%20by%20the%20Stop%20Ecocide%20Foundation.>(last visited on 10 March 2023).

④Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, available at <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>(last visited on 10 March 2023).

⑤Julian Wyatt,"Law-making at the Intersection of International Environmental, Humanitarian and Criminal Law: the Issue of Damage to the Environment in International Armed Conflict", 92(593)International Review of the Red Cross(2010), pp. 616-617.

⑥例如：《俄罗斯联邦刑法》第358条；《哈萨克斯坦刑法》第161条；《吉尔吉斯斯坦刑法》第374条；《塔吉克斯坦刑法》第400条；《亚美尼亚刑法》第394条；《越南刑法》第278条。

⑦Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development,"Environmental Impact of Armed Conflict", Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 15674.

⑧Human rights and democracy in the world and the European Unions policyon the matter-annual report 2021, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2021/2181(INI)>(last visited on 10 March 2023).

⑨Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2477(2022), para. 10. 1. 5.

⑩"Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties", 14(1/2)American Journal of International Law(1920), pp. 114-115.

⑪UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Volume VIII(London: His Majesty´s Stationery Office, 1949), pp. 67-68.

⑫UN War Crimes Commission, History of the U. N. War Crimes Commission and the Development of the Laws of War(London: His Majesty´s Stationery Office, 1948), p. 496.

⑬Richard A. Falk,"Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals", 9(1)Revue Belge de Droit International(1973), p. 9.

⑭Richard A. Falk,"Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals", 9(1)Revue Belge de Droit International(1973), p. 13.

⑮Richard A. Falk,"Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals", 9(1)Revue Belge de Droit International(1973), p. 11.

⑯United States, Eastern State District Court, Agent Orange Case, Judgment, 28 March 2005, p. 207.

⑰Vietnam Association for Victims of Agent Orange et al. v.

Dow Chemical Co. et al.,(5-1953-cv), 517 F. 3d 104(2008), Judgment, pp. 23-33.

⑱ Richard A. Falk,"Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals", 9(1)Revue Belge de Droit International(1973), pp. 17-18.

⑲S. Res. 71, 93d Congress(1973).

⑳ William A. Schabas, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute(Oxford University Press, 2012), p. 231.

㉑)Michael N. Schmitt,"Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict", in Michael N. Schmitt, ed., Essays on Law and War at the Fault Lines(TMC Asser Press, 2012), p. 458.

㉒ Understanding Regarding the Convention, Annex to ENMOD, Understanding Relating to Article 1.

㉓ Understanding Regarding the Convention, Annex to ENMOD, Understanding Relating to Article 1.

㉔ Understanding Regarding the Convention, Annex to ENMOD, Understanding Relating to Article 1.

㉕红十字国际委员会编纂成果认为属于习惯法规则,但美国表示反对;ICTY 检察官办公室调查委员会认为 API 第 35 条第 3 款不具有习惯法属性,详见下文。

㉖上述条约包括:1907 年《海牙第四公约》附件《陆战章程》、1925 年《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》、1975 年《禁止生物武器公约》、1993 年《禁止化学武器公约》、1980 年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》及其各附加议定书(《关于无法检测的碎片的议定书》《禁止或限制使用地雷(水雷)、饵雷和其他装置的议定书》《禁止或限制使用燃烧武器议定书》《激光致盲武器议定书》《战争遗留爆炸物议定书》)等。

㉗ Michael N. Schmitt, ed., Essays on Law and War at the Fault Lines(TMC Asser Publisher, 2012), pp. 379-380.

㉘Yoram Dinstein,"Protection of the Environment in International Armed Conflict", in J. A. Frowein and R. Wolfrum, eds.,, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 5(kluwer law international, 2001), pp. 543-548.

㉙ Department of Defense, Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, Appendix on the Role of the Law of War, 31(3)International Legal Materials(1992), pp. 612-644.

㉚ Security Council Resolution 687, S/RES. 687(1991), paras. 16, 18.

㉛John B. Bellinger III and William J. Haynes II,"A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law", 89(866) Review of International Red Cross(2007), pp. 455, 457.

㉜ ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 15.

㉝ ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 22.

㉞ ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 23.

㉟ ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 23.

㊱ <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docindex/v1_rul_rule14#Fn_A9C8FAD0_00027> (last visited on 10 March 2023).

㊲ <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docindex/v1_rul_rule14#Fn_A9C8FAD0_00027> (last visited on 10 March 2023).

㊳ United Nations, Yearbook of International Law Commission 1986, Vol. II, Part One, UN Doc. A/CN. 4/398, pp. 67, 85-86.

㊴ Mr. Christian Tomuschat, Document on Crimes against the Environment, Document ILC(XLVIII)/DC/CRD. 3, 2(1)United Nations Yearbook of the International Law Commission(1996), paras. 6-8, p. 18.

㊵Titles and Texts of Articles adopted by the Drafting Committee: Parts One and Two: Article 1-26, UN Doc A/CN. 4/L. 459 [and corr. 1]and Add. 1, para. 60.

㊶Titles and Texts of Articles adopted by the Drafting Committee: Parts One and Two: Article 1-26, UN Doc A/CN. 4/L. 459 [and corr. 1]and Add. 1, para. 61.

㊷ Mr. Christian Tomuschat, Document on Crimes against the Environment, Document ILC(XLVIII)/DC/CRD. 3, 2(1)United Nations Yearbook of the International Law Commission(1996), para. 9, p. 18.

㊸ 3)Mr. Christian Tomuschat, Document on Crimes against the Environment, Document ILC(XLVIII)/DC/CRD. 3, 2(1)United Nations Yearbook of the International Law Commission(1996), para. 25, p. 19.

㊹支持第 26 条的国家为:危地马拉、保加利亚、克罗地亚、瑞士、智利、斯洛文尼亚、白俄罗斯、特立尼达和多巴哥、摩洛哥、埃及、牙买加、布基纳法索、马来西亚、意大利、孟加拉国。

㊺主张删除第 26 条的国家包括:法国、巴西、捷克。

㊻Summary of the ILC 2431st Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. I, UN Doc. A/CN. 4/SER. A/1996, p. 14.

㊼Summary of the ILC 2431st Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. I, UN Doc. A/CN. 4/

SER. A/1996, p. 14.

㊽Summary of the ILC 2431st Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. I, UN Doc. A/CN. 4/SER. A/1996, p. 14.

㊾Summary of the ILC 2431st Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. I, UN Doc. A/CN. 4/SER. A/1996, p. 14.

㊿ Doudou Thiam, Thirteenth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, A/CN. 4/466, paras. 1-8.

51 Doudou Thiam, Thirteenth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, A/CN. 4/466, paras. 49-50.

52 Rosemary Mwanza,"Enhancing Accountability for Environmental Damage under International Law: Ecocide as a Legal Fulfillment of Ecological Integrity", 19(2)Melbourne Journal of International Law(2018), p. 596.

53See Antonio Cassese,"The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", 187(11)European Journal of International Law 2000, p. 207.

54 Case of Kononov v. Latvia(Application No. 36376/04), Judgment of Grand Chamber, para. 216.

55)Case of Kononov v. Latvia(Application No. 36376/04), Judgment of Grand Chamber, para. 218.

56 United Nations Environment Programme, Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law(UN Publication, 2009), p. 47.

57 Joanna Nicholson,"Strengthening the Effectiveness of International Criminal Law through the Principle of Legality", in Joanna Nicholson ed., Strengthening the Validity of International Criminal Tribunals(Brill, 2018), pp. 104-120.

58Prosecutor v. Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution´s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 4 March 2009, para. 93.

59Prosecutor v. Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution´s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 4 March 2009, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka, paras. 98-102.

60 Prosecutor v. Bagasora et al., Appeal Judgment, ICTR-98-41-A, para. 729.

61 See Prosecutor v. Lubanga, Trial Chamber Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, paras. 92-93.

62Philip Sans et al. eds., Principles of International Environmental Law, 3rd Edition(Cambridge University Press, 2019), pp. 716-717.

63)Case concerning Gabćikovo-Nagymaros Project(Hungary v. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, para. 152, p. 78.

64 Case concerning Gabćikovo-Nagymaros Project(Hungary v. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, para. 153, p. 78.

65Philip Sans et al. eds., Principles of International Environmental Law, 3rd Edition(Cambridge University Press, 2019), p. 720.

66《塞尔维亚律师团就贫铀弹赔害诉讼北约》,央视网,2021年1月21日,<https://news.cctv.com/2021/01/21/ARTI57unXxT998KSLgkjLGpF210121.shtml>(访问日期:2023年3月10日)。

67 Eritrea- Ethiopia Claims Comssion, Ethiopia´s Central Front Claim, Partial Award, 2003, para. 100. See also Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Ethiopia´s Damages Claims, Final Award, 2009, paras. 421-425.

68[英]郑斌:《国际法院与法庭适用的一般法律原则》,韩秀丽、蔡从燕译,法律出版社2012年版,第260页。

69 Governing Council of the United Nations Compensation Commission Decision 7, UN Doc. S/AC. 26/1991/7/Rev. 1, para. 34.

70Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning the First Installment of "F4" Claims, UN Doc. S/AC. 26/2001/16, paras. 305-360.

71Donald K. Anton, Adding a green focus: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Highlights the ´Environment´ in Case Selection and Prioritisation(Griffith Law School Research Paper No. 17-03), p. 3.

72C. Pilloud et al., Commentary on Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949(ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), para. 1444, p. 411.

73 C. Pilloud et al., Commentary on Additional Protocols 1977 to the Geneva Conventions 1949(ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), para. 1444, p. 412.

74 C. Pilloud et al., Commentary on Additional Protocols 1977 to the Geneva Conventions 1949(ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), para. 1449, p. 414.

75Sea-Bed Committee, Malta: Draft Articles on the Preservation of the Marine Environment, UN Doc. A/AC. 138/SC. III/L. 33 (1972).

76 Alexander Proelss ed., United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary(Nomos Verlagsgesellschaft, 2017), p. 1287.

77[美]迈伦·H.诺德奎斯特编:《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》(第4卷),吕文正、毛彬译,海洋出版社2018年版,第39页。

78ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases(New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 Au-

gust 1999, ITLOS Reports 1999, p. 295, para. 70.

⑲例如：在MOX核燃料工厂案中，虽然核燃料问题涉及环境，国际海洋法法庭认为将其放在是否对爱尔兰的权利造成不可恢复的损害的范畴中理解临时措施必要性[参见：MOX Plant(Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 110, para. 84.]。

⑳见表1。

㉑ Draft Guidelines on The Protection of The Atmosphere with Commentaries, 2021, UN Doc. A/76/10, pp. 21-22.

㉒ Governing Council of the United Nations Compensation Commission Decision 7, UN Doc. S/AC. 26/1991/7/Rev. 1,para. 35.

㉓美国军方曾于1946至1957年期间在马绍尔群岛比基尼环礁(Bikini Atoll)、艾尼维塔克环礁(Enewetak Atoll)等地进行空爆核试验，其间马绍尔群岛处于美国托管之下。根据1983年美国与马绍尔达成的一揽子协议，比基尼环礁、艾尼维塔克环境等地有权根据该协议第177节向马绍尔群岛核损害求偿法庭请求赔偿。

㉔avor Pevec,"The Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal: The Claims of the Enewetak People", 35(1)Denver Journal of International Law & Policy(2006), pp. 233-234.

㉕Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226, para. 29.

㉖Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226, paras. 30-31.

㉗Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, paras. 178-189.

㉘Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, para. 198.

㉙此款制定的背景为跨国公司在非洲各国境内开采自然资源污染环境导致破坏社会稳定后果，如尼日尔三角洲油井溢出事件导致三角洲区域湿地大规模污染，进而破坏该区域生物多样性；又如2011年英国公司开采坦桑尼亚金矿期间，其雇佣的安全部队对坦桑尼亚本地居民过度使用武力，造成居民被杀害、伤害和强奸实践，见：UNEP, Environmental Assessment of Ogoniland, 2011, available at <http://postconflflict.unep.ch/publications/OEA/UNEP_OEA.pdf>(last visited on 10 March 2023); De Jong, D., & Stewart, J.(2019). Illicit Exploitation of Natural Resources. In C. Jalloh, K. Clarke, & V. Nmehielle (eds.), The African Court of Justice and Human and Peoples´ Rights in Context: Development and Challenges(Cambridge University Press, 2019), pp. 613-614.

㉚1907年《海牙第五公约》仅19条涉及交战国在急迫军事必要情况下征用中立国财产(铁路材料)问题，没有关于毁损财产(环境)的特别规定。

㉛《第一附加议定书》缔约谈判中，第56条禁止的攻击含有危险力量物体的行为，仅适用于交战方境内被敌对方控制的领土，但并不禁止交战方、占领方攻击自身领土或被其占领的领土之内的含有危险力量的物体，C. Pilloud et al., Commentary on Additional Protocols 1977 to the Geneva Conventions 1949(ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 669.

㉜《塔林手册2.0版》将有关网络行动破坏自然环境编列如被禁止的行为(第143条)，该条文本为："(a)自然环境是民用物体且应该受到免于网络攻击及效果的一般保护；(b)《第一附加议定书》缔约国被禁止使用意图或可能造成对自然环境广泛、持续、严重损害的网络作战方式和手段。"参见：Michael N. Schmitt and Liis Vihul ed., Tallinn Manual 2. 0 on the International Law Applicable to Cyber Operations(Cambridge Unviersity Press, 2017), p. 537.

㉝Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, available at <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE + Foundation + Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>, p. 12(last visited on 10 March 2023).

㉞Prosecutor v. Gatete et al., ICTR-00-61-A, para. 263.

㉟第55条第1款的第一句话为："在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。"

㊱United States, The Commander´s Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1- 14M/MCWP 5- 12. 1/COMDTPUB P5800. 7, issued by the Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters, US Marine Corps, and Department far as military of Homeland Security, US Coast Guard, July 2007, $ 8. 4.

㊲ C. Pilloud et al., Commentary on Additional Protocols 1977 to the Geneva Conventions 1949(ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 669, para. 2153.

㊳Elements of Crimes, ICC-PIOS-LT-03-002/15_Eng,p. 12.

㊴ C. Pilloud et al., Commentary on Additional Protocols 1977 to the Geneva Conventions 1949(ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 997.

㊵UNEP Governing Council Decision 15/17(1989).

㊶Corfu Channel Case(United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1949, p. 22; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I), p. 242, para. 29; Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, para. 101, p. 45.

㊷Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, para. 164, p. 61.

㊸Report of the Appellate Body, 16 January 1998, WT/DS48/AB/R, para. 123.

㊹Southern Bluefin Tuna(New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 296, paras. 77 and 79.

㊺MOX Plant(Ireland v. United Kingdom), Provisional Mea-

sures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, para. 84, p. 110.

⑯Land Reclamation in and around the Straits of Johor(Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 26, para. 99.

⑰Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area(Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011, p. 47, para. 135.

⑱Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, available at <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE + Foundation + Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>(last visited on 10 March 2023).

⑲Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a)and(b)of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, paras. 360-369; Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Public redacted Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06-3121-Red, paras. 445-450.

⑳例如"无军事必要情况下广泛毁损和扣押财产,且非法和肆意执行"(《罗马规约》第8条第2款a项iv目),为间接故意犯罪。

㉑Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, available at <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE + Foundation + Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>(last visited on 10 March 2023).

㉒Prosecutor v. Delalić et al., Appeal Judgment, IT-96-21-A, paras. 412-413.

㉓Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7) (a)and(b)of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, paras. 72, 202, 204.

㉔Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 43, paras. 180-182.

㉕Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, para. 1012.

㉖Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial Judgment, IT-95-14/2-T, para. 341.

㉗Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People´s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, paras. 56-61.

㉘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People´s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, paras. 46-50.

㉙Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People´s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, paras. 51-53.

㉚Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People´s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19, para. 93.

㉛Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People´s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19, para. 130.

㉜Mr. Christian Tomuschat, Document on Crimes against the Environment, Document ILC(XLVIII)/DC/CRD. 3, 2(1)United Nations Yearbook of the International Law Commission(1996), pp. 46-50.

㉝Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, available at <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE + Foundation + Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>(last visited on 10 March 2023).

㉞UCLA School of Law, Proposed Definition of Ecocide, 9 April 2021, p. 2.

㉟International Military Tribunal(Nuremberg), Judgment and Sentence, October 1, 1946, 41(1)American Journal of International Law(1947), p. 221.

㊱肖恩·墨菲教授在其起草的《危害人类罪条款草案》中加入了或引渡或起诉条款;1948年《防止和惩治种族灭绝罪公约》起草文本中,也包含或引渡或起诉条款,法国强烈反对或引渡或起诉条款带来的普遍管辖权问题,此后或引渡或起诉条款遭到了美国、苏联、法国、荷兰的反对。公约文本的最初起草人之一、实质上指挥发展中国家谈判的拉法耶·莱姆金教授(Raphael Lemkin)最后选择放弃,因此在联大第六委员会的讨论中最后删除了该条款[Douglas Irvin-Erickson, Raphael Lemkin and the Concept of Genocide(University of Pennsylvania Press, 2017), pp. 190-191.]。

㊲Case concerning Question Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Judgment, I. C. J. Reports 2012, paras. 53-55, p. 422.

㊳ILC, The Obligation to Extradite or Prosecute(aut dedere aut judicare): Final Report of the International Law Commission, 2014, paras. 51-52.