

# 国际人道法和国际刑事法庭的关系

奥滕西娅·古铁雷斯·波斯 著/李强\* 译

## 摘要

国际人道法是以习惯和条约为基础的国际实在法的分支,其目的是限制作战的方法和手段并保护武装冲突的受难者。严重破坏国际人道法规则的行为构成战争罪,个人要对此直接承担责任并由主权国家予以起诉。然而,如果一个国家不愿意或者不能够起诉,那么这些罪行就可能由通过条约或联合国安理会有约束力的决议建立的国际刑事法庭来审判。对法律和政治情势的上述描述,反映了21世纪初法律的实际状态。然而,这并不是一朝一夕之功。相反,这是国际社会在长期面对战争带来的恐慌及其对人类造成的难以言表的痛苦之后逐渐积累的意识,即必须限制暴力并将这些限制建立在法律的基础上,那些应负责的人必须受到惩罚以防止未来的行为者超越这些限制。

## 简要的历史回顾

由于战争法规、惯例以及保护受难者的规则,都属于国际人道法的重要内容,因此它在国际刑事法庭的发展中起到了决定性的作用。事实上,为了起诉违反1864年通过的《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦

---

\* 奥滕西娅·古铁雷斯·波斯(Hortensia D. T. Gutierrez Posse),布宜诺斯艾利斯大学国际公法教授。

\*\* 中国人民大学法学院2006级国际法博士研究生。

公约》的行为,早在 19 世纪就有人提出通过协议建立国际刑事法院。

1907 年,各国将适用于陆战的战争法规和惯例编纂于《海牙第四公约》及其所附章程。该公约规定其规则中列明的义务只拘束缔约国,但第一次世界大战结束后,1919 年在凡尔赛签订的和平条约<sup>[1]</sup>则确定,被公开指控严重破坏国际道德和条约神圣性的德国皇帝威廉二世以及执行其命令的那些人应负个人责任。因此《凡尔赛和约》承认协约国政府有权建立军事法庭以起诉被指控犯有战争罪的人。<sup>[2]</sup>

因此,不仅是国家责任,而且还有个人责任,都作为国际法上的一项原则被确立起来,该原则允许为此建立的国际法庭对严重违反国际人道法的行为予以起诉。

形势在继续发展。第二次世界大战期间,许多同盟国政府都表示希望调查、审判和惩治战犯。1943 年 10 月通过的《莫斯科宣言》为 1945 年的《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》——其附件为《欧洲国际军事法庭宪章》(即《纽伦堡法庭宪章》)——奠定了基础。出于同样的目的,在日本的占领军总司令也建立了东京法庭。<sup>[3]</sup>由此可见,国际社会再次达成一致,即某类行为可能会根据国际法被界定为犯罪,并且那些被认为应对此负责的人可能会依法受到起诉。

《纽伦堡法庭宪章》和《东京法庭宪章》的通过有力地促进了国际人道法的编纂:条约规则第一次清楚地规定了一系列个人可能承担责任的刑事犯罪,与此同时,国际社会还设立了采取有效行动并申明了一系列

[1] 1919 年《凡尔赛和约》的第八部分(第 231 ~247 条)规定,德国负有赔偿协约国所受损害的义务;赔偿的数额由一个赔偿委员会来确定。

[2] See J. F. Wills, Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War, Greenwood, Westport, Conn., 1982, and Yoram Dinstein and Mala Tabory, War Crimes in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996, pp. 149 - 50.

[3] 有关《伦敦协定》、《欧洲国际军事法庭宪章》、驻东京的盟军总司令的声明以及《远东国际军事法庭宪章》的文本,请参见: M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 579 - 86 and 604 - 11.

被普遍承认的原则的法院。<sup>[ 4 ]</sup> 然而,我们必须牢记,在国际人道法发展的这一阶段,被认为非法的行为必须与战争——即两个或多个国家之间的武装斗争——相联系。

20 世纪末,在前南斯拉夫境内武装冲突期间发生了一系列严重违反国际人道法的行为,这使得起诉犯罪嫌疑人的国际刑事法庭不是以主权国家之间的协议,而是以联合国安理会决议的方式设立;<sup>[ 5 ]</sup> 此后不久,由于在卢旺达内部发生的严重事件,还成立了另外一个特设国际刑

---

[ 4 ] See also Report of the Secretary - General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), S /25704, 3 M ay 1993, paras. 41 - 44. 该报告指出,纽伦堡法庭承认《海牙规则》包含的许多规定已被所有文明国家所承认,并被视为战争法规和惯例的宣告,而且《纽伦堡宪章》第 6 条第 2 款所定义的战争罪已被承认为国际法上的战争罪并被包含在《海牙规则》之内,犯罪的个人应当受到惩罚; see inter alia George A. Finch, " The Nuremberg Trial and International Law ", A JIL, Vol. 41 (1947), pp. 20 ff.; Quincy Wright, " The Law of the Nuremberg Trial", ibid., pp. 38 ff.; F. B. Schick, " The Nuremberg Trial and the International Law of the Future", ibid., pp. 770 ff.

[ 5 ] 在安理会第 808(1993)号决议中,安理会这一次在适用《联合国宪章》第七章规定的规则时,决定设立起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人的国际刑事法庭(前南斯拉夫国际刑事法庭),法庭对严重违反 1949 年《日内瓦公约》的行为、违反战争法规和惯例的行为、灭绝种族罪和危害人类罪拥有管辖权。在其第一个上诉判决中,前南斯拉夫国际刑事法庭指出,安理会设立一个国际法庭,是采纳《联合国宪章》第 41 条规定的使用武力以外的措施,为维持在前南斯拉夫的国际和平与安全,安理会有权根据《联合国宪章》第七章作出决定(The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT - 94 - 1 - AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995)。在一个案件的裁决中(The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Case No. IT - 00 - 39 - PT, Decision on Motion Challenging Jurisdiction - with Reasons, 22 September 2000),前南斯拉夫国际刑事法庭又提及了上述先例,并补充说尽管《联合国宪章》铭记主权原则和联合国不干涉在本质上属于一国国内管辖事项的原则,但其第 2 条第 7 款规定了一个例外,即上述原则不妨碍第七章内执行办法的适用;因此,当安理会根据《联合国宪章》第七章的授权行事时,它就代表了联合国所有会员国的利益。See inter alia M. Cherif Bassiouni and Peter Manikas, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Transnational Publishers, New York, 1996, and Karine Lescure, International Justice for Former Yugoslavia: The Workings of the International Criminal Tribunal of the Hague, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

事法庭。<sup>〔 6 〕</sup> 换句话说,采取集体的和有效的措施以预防和消除对和平的威胁是国际法发展的形式,且国际法的这一发展导致了有权起诉被指控犯有国际法上罪行的个人的国际性司法机构的设立。但这些司法机构不是造法或立法性质的国际机构,其任务是适用现行法。

最后一步就是以条约的方式建立了国际刑事法院。该法院作为一个常设的机构,其任务是起诉被全体国际社会认为最严重的不法行为,这当然包括战争罪。<sup>〔 7 〕</sup>

因此,在国家不愿意或不能够起诉个人的情况下而授权国际刑事法庭起诉个人的制度,与国际人道法的内容和将严重破坏国际人道法的行为界定为战争罪有关,并直接受到它们的影响。在接下来的篇幅中,我们将试着简要地逐步探索这种相互影响以便概括出它目前的范围。

## 现状

国际人道法的发展过程一直伴随着适用于战争罪的原则的形成和多边条约的通过,这些原则和条约力图具有普遍性。国际刑事法庭规约中的规则以及这些法庭在各自权限内已经完成或正在进行的工作,反映出这种发展,并且同时彰显出国际人道法的目的和宗旨与法庭设立之间的直接联系。法庭的判例尽管不是一个独立的造法过程,但仍是确定法律规则的存在,以及确立其意义和范围的一个特别有用的附加手段。

---

〔 6 〕 安理会第 955(1994)号决议。See inter alia M ubiala M utoy, “ Le tribunal international pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie? ”, RGD IP, Vol. 99 (1995), pp. 929 ff.; M ame M andiaye N iang, “ Le Tribunal P énal International pour le Rwanda. Et si la contumace était possible! ”, RGD IP, Vol. 103 (1999), pp. 379 ff.; Catherine C issé, “ The end of a culture of impunity in Rwanda? ”, Yearbook of International Humanitarian Law, 1998, pp. 161 ff.

〔 7 〕 《国际刑事法院罗马规约》的缔约国在其序言中即宣告它们意识到各国人民唇齿相依、休戚与共,他们的文化拼合组成人类共同财产,因此确信存在代表整个国际社会而需要保护的价值; see Bruce B room hall, International Justice and the International Criminal Court, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 41 ff.

## 不溯及既往

法无明文不为罪(*nullum crimen sine lege*)是刑法的一项基本原则。该原则要求:只有根据实施某行为时事先(*ante factum*)制定的明确的法律规则认定该行为是犯罪时,行为人才可能对该不法行为负责。这一适用于国内法律体系的原则,在国际法中也有重要意义。最终,无论国内法的规定如何,个人都会因其国际法上的不法行为而承担国际责任。<sup>[ 8 ]</sup>在纽伦堡法庭,辩护方援引了“不溯及既往”原则,认为该原则是“法无明文不为罪”原则的必然结果。法庭则判称,建立该法庭的宪章并没有体现战胜国对权力的滥用,而只是表述了当时有效的国际法,法庭还进一步指出,战争法不仅源于条约,还源于逐渐获得普遍承认的国家习惯和实践,以及被法律专家和军事法庭所适用的一般司法原则。法律不是静态的,它不断地被调整以适应变化着的世界的需要,这种调整采取了这样一种形式,即许多条约只是用更具体的条款反映并界定现有的法律原则。

## 个人刑事责任

纽伦堡法庭因此强调了禁止某些个人行为的国际人道法条约和习惯规则与其作为有权适用那些实在法律规则的法庭之间的关系。

1949年保护武装冲突受难者的《日内瓦公约》将一系列行为界定为严重破坏其规则的行为,还规定缔约国有义务搜捕被指控实施或命令实施此行为的人,并将其送交各自的法庭,或者如果缔约国愿意,还可将他们移交另一缔约国审判,但以该国能指出案情显然者为限。<sup>[ 9 ]</sup>前国际

---

[ 8 ] 《公民权利及政治权利国际公约》第14和15条;Luigi Condorelli, “La définition des infractions internationales, Présentation de la II<sup>ème</sup> Partie”, in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux and Alain Pellet (eds.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, pp. 241 ff.

[ 9 ] 《日内瓦第一公约》第49条;《日内瓦第二公约》第50条;《日内瓦第三公约》第129条;《日内瓦第四公约》第146条。

刑庭和卢旺达国际刑庭的规约<sup>[10]</sup>以及《国际刑事法院罗马规约》<sup>[11]</sup>也都规定个人应承担刑事责任。最终,由于没有任何反对而得到普遍接受,这一类型的责任成为国际法的一部分,这与传统国际法不同。国际法最初只调整国家之间的关系,并且在国际法的框架下只有国家才能对一项国际不法行为负责,即使该责任在性质上可能是民事的。<sup>[12]</sup>

从另一方面说,刑事责任只能由实施被国际法明确界定为犯罪行为的自然人承担。这是直接涉及个人的国际法领域,因此可把它纳入国际人权法规则的范畴,尽管两者的内容和宗旨不同,但这两个法律分支的直接对象都是人。<sup>[13]</sup>

当然,这种责任可以采取不同的形式。根据《凡尔赛和约》、《纽伦堡法庭宪章》、《东京法庭宪章》以及1949年《日内瓦公约》的规定,很明确的一点是,战争罪的刑事责任不仅要由犯有这些罪行的个人承担,而且那些命令实施这些罪行的人也要承担刑事责任,而不论其官方职务为何。前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭的规约以及《罗马规约》都明确提到了这两种形式的责任,这些规定也反映了习惯法并具体说明了责任的范围,即那些计划或引诱实施犯罪及以任何方式帮助计划、准备或实施犯罪的人也应受到惩罚。<sup>[14]</sup>当然,为了认定某人因为以任何方式帮助不法行为的实施而应受惩罚,必须确定那些承担主要责任的人的行为与那些被指控提供帮助的人有联系。<sup>[15]</sup>因此,根据具体情况,承担责任的

[10] 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条;《卢旺达国际刑事法庭规约》第6条。

[11] 《国际刑事法院罗马规约》第25条。

[12] 在这方面,参见国际法委员会的报告以及在此基础上联合国大会通过的关于国家对国际不法行为的责任的第A/56/83号决议。

[13] Victoria Abellán Honrubia, "La responsabilité internationale de l'individu", R.C.A.D.I., Vol. 280 (1999), pp. 172 ff.

[14] 根据前南斯拉夫国际刑事法庭的论证,那些参与实施犯罪而应承担次级责任的人也应当受到惩罚,如果这种参与是直接的和实质的,这一点《罗马规约》第25条第3款第1项并未明确予以表述;see *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 691 and 692.

[15] See ICTY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Judgment, 24 March 2000, which reiterates the criteria set down in *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, paras. 174-186.

人不仅包括那些实施犯罪的人,还包括其同谋、那些包庇他们的人以及那些命令、提议或引诱实施犯罪的人或者预备实施犯罪的人。〔6〕

此外,个人刑事责任不仅可因作为而产生,还可因不作为而产生,即由于故意或过失而忽视了一项规则,而该规则规定了以某种方式行为的明确义务。由于不作为而应受惩罚的例子包括以停止供应食物或援助的方式故意杀害、拒绝给予战俘公正与公平审判的权利等。基本上,这是由于军事领导人或其他上级未能采取必要和合理的措施以预防或制止其下级实施不法行为而在法律上(de jure)和事实上(de facto)产生的责任。这就是指挥官责任,〔7〕它产生于存在着上下级关系、并有一定组织性的机构中。〔8〕

## 指挥官责任

军事领导人负有责任是指指挥官责任的起源,而军事领导人的责任来源于战争法,并被编纂进1907年《海牙第四公约》及其附件《陆战法规

---

〔16〕 前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭在参考了第二次世界大战结束后英国军事法庭和德国法院的论证以及它们对盟军管制委员会第10号法令的适用之后,均裁定共同实施或帮助实施一项不法行为并不必然要求直接造成后果的行为;对向实施犯罪的人提供道义支持或促使其实施犯罪的人来说,只要这种支持或鼓励对实施该行为的人有实质影响,就已满足上述情形;ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija, above note 15; ICTR, Le Procureur c. Jean - Paul Akayesu, ICTR - 96 - 4 - T, Jugement, 2 September 1998.

〔17〕 这种类型的责任是习惯法的一部分,在1949年《日内瓦公约》的《第一附加议定书》的第86和87条中得到确立,并为前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的论证所确认;ICTY: The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Case No. IT - 96 - 21 - T, Judgment, 16 November 1998, para. 383; The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case No. IT - 95 - 14 - T, Judgment, 3 March 2000, para. 290; The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case No. IT - 95 - 14 / 2 - PT, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss for Lack of Jurisdiction. Portions of the Amended Indictment alleging Failure to Punish Liability, 2 March 1999; The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, above note 5; ICTR: The Prosecutor v. Jean Kambanda, Case No. ICTR - 97 - 23 - S, Judgment and Sentence, 4 September 1998.

〔18〕 前南斯拉夫国际刑事法庭发现一个军事单位的临时性质本身并不能充分排除该单位成员与其指挥官之间的上下级关系;The Prosecutor v. Dago Ijub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case No. IT - 96 - 23 - T and No. IT - 96 - 23 / 1 - T, Judgment, 22 February 2001, para. 399.

和惯例章程》。<sup>〔 9 〕</sup> 军事领导人或以此身份行事的人对在其指挥、权力之下或其有效控制之下的那些人的行为负有责任,<sup>〔 0 〕</sup> 因为他不仅应当而且事实上有义务知道那些人正在做什么,并在其权限内采取必要和合理的措施预防或制止不法行为的实施。<sup>〔 1 〕</sup> 这项义务,连同上级“知道或有理由知道”犯罪将要发生或已实施完毕的事实,以及存在上下级关系,成为指挥官责任的三个构成要素。<sup>〔 2 〕</sup>

另一方面,根据习惯法,这类责任还延伸于不是军事领导人的其他上级领导方面(指政府方面中的行政领导),前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭在解释其规约的相应规则时对此予以了确认。在有关判决中,这两个法庭都判定政府官员、代理机构或者被政府当局授予特权的个人或者事实上代表政府并有效控制其下级的个人,均可能对其不作为承担责任,但该责任的承担以假定该人必定知道这些不法行为为前提,而不是仅仅未履行其注意义务而允许了这类行为发生,就如同军事领导人承担

---

〔 19 〕 《章程》第 1 条第 1 款规定武装部队成员必须由一个对部下负责的人指挥。

〔 20 〕 前南斯拉夫国际刑事法庭认为有效控制源于上级的职务,即他可以对那些接受其指挥的人发布命令,但不要求该命令必须以书面或任何特定的形式发布;Prosecutor v. Tihomir Blaskic, above note 17; The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case No. IT - 95 - 14 / 2 - T, Judgment, 26 February 2001, para. 388.

〔 21 〕 《第一附加议定书》第 86 和第 87 条;《罗马规约》第 28 条第 1 款;see Ilias Bantekas, Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law, Manchester University Press, Manchester, 2002, and ICTY, The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Case No. IT - 96 - 21 - A, Judgment, 20 February 2001, para. 241;在上述案件中,前南斯拉夫国际刑事法庭裁决上级因“有理由知道”其下级正在实施犯罪而应负刑事责任的原则暗示出上级仅在他可以得到可使其注意到其下级正在实施犯罪的信息时才负有责任;这一解释也在“布拉什基奇案”中得到重申(The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case No. IT - 95 - 14 - A, Judgment, 29 July 2004)。

〔 22 〕 ICTY, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, above note 15, paras. 74 - 76.



责任的情形。<sup>[ 3 ]</sup>

换句话说,这意味着对于军事领导人和其他上级来说,不作为所产生的责任均要求存在上下级关系,上级知道、有理由知道或根据具体情况应当知道不法行为已实施或正在实施,并且该上级未能采取必要和合理的措施预防该行为或惩罚行为人。<sup>[ 4 ]</sup>当然,他们可能承担的责任是独立于其下级可能承担的责任,因为无论不法行为是否实施完成,该责任都存在。<sup>[ 5 ]</sup>上级知道将要实施犯罪而故意不阻止其下级实施该犯罪的情况是不同的,因为就后者而言,上级不是因为不作为而承担责任,而是因为参与实施该项行为承担责任。<sup>[ 6 ]</sup>这类同于上级由于其职务的要求而计划、唆使或参与其下级计划、准备或实施的犯罪行为的情况,因为

---

[ 23 ] ICTR : Le Procureur c. Jean Paul Akayesu, above note 16; Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, ICTR - 95 - 1 - T, Jugement et Sentence, 21 May 1999; ICTY : The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Case No. IT - 96 - 21, Judgment, 16 November 1998, and above note 21, para. 241; The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT - 95 - 14 / 1 - T, Judgment, 25 June 1999, paras. 66 - 81. 这些案件只是第二次世界大战后所审判的案件中的一部分,而二战后审理的案件都认为这种类型的责任可以由平民和军事领导人承担,如果前者利用其影响力命令实施一项犯罪或不发挥其影响力阻止一项犯罪。《罗马规约》第 28 条第 2 款。

[ 24 ] 前南斯拉夫国际刑事法庭认为上级必须掌握表明需要进行补充调查的信息并且法庭必须个案确定是否上级已在其实际可能的范围内采取了措施。在“德拉里奇案”(The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., above note 17, para. 354)中,上诉庭阐明一个可以有效控制其下级的事实上的指挥官对其下级的行为负有责任,如果他可以得到可使其注意到其下级行为的信息(The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Judgment, 20 February 2001, para. 241)。法庭随后又具体说明了在犯有酷刑行为的情况下,上级仅掌握其下级对被拘留者进行毒打折磨的信息是不够的,为了禁止酷刑的目的,他必须也要掌握——尽管是大体上的——警告他存在对被拘留者毒打折磨风险的信息。The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No. IT - 97 - 25 - A, Judgment, 17 September 2003, para. 155.

[ 25 ] 前南斯拉夫国际刑事法庭裁决计划、煽动或命令其下级实施一项不法行为的上级具有加重情节,该情节会导致其更长的刑期。The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, above note 15, para. 183.

[ 26 ] See also ICTY, The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No. IT - 97 - 25 - A, Appeal Judgment, 17 September 2003, para. 52, and The Prosecutor v. Radislav Krstic, Case No. IT - 98 - 33 - A, Appeal Judgment, 19 April 2004, paras. 137 - 40.

在所有这些情况下其责任都源于他所做的事情。<sup>[7]</sup> 因此,不能认为一个人可以同时作为上级和犯罪行为的实施者来承担责任。更确切地说,他作为上级的身份可能构成一个加重情节从而导致更严厉的惩罚。<sup>[8]</sup>

作为个人刑事责任内容之一的指挥官责任与实施犯罪的下级的责任是联系在一起的。我们同样可以从《纽伦堡法庭宪章》中找到这个一般原则的渊源,宪章规定被告人遵照其政府或上级的命令而行动的事实不能免除其责任,但如果法庭认为出于公正司法的需要,就可以酌情减轻处罚。<sup>[9]</sup> 前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭的规约<sup>[10]</sup>使用了类似的措辞,规定被告人遵照政府或上级的命令而行动的事实不能免除其刑事责任,但如果法庭认为出于公正司法的需要,就可以酌情减轻处罚。<sup>[11]</sup> 尽管在军事系统中,服从命令是天职,但每个人都应为其在完全正常的

---

[27] See also ICTY, *The Prosecutor v. Radovan Karadzic and Ratko Mladic*, Case No. IT - 95 - 5, Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 83; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, above note 20, para. 371; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, above note 21. 在最后一个案件中,前南斯拉夫国际刑事法庭裁决,知道其命令执行时一项犯罪可能被实施而仍命令作为或不作为的上级,要有必要的犯罪意图(*mens rea*)才能被认为应对与其发布的命令有关的犯罪负个人刑事责任。在这个案件中,前南斯拉夫国际刑事法庭的意见是明知如此仍发出命令就等于承认了该罪行。

[28] See also ICTY, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case No. IT - 95 - 14 / 2 - A, Appeal Judgment, 17 December 2004, para. 34, which reiterates the opinion set down in *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, above note 21, paras. 90 - 91, and *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, above note 15, para. 183.

[29] 《纽伦堡法庭宪章》第8条; see O. Sara Liwerant, "Les exécutants", in A. Scencio, D. Deaux and Pellet, above note 8, pp. 211 ff., and M. J. Osiel, "Obeying orders: atrocity, military discipline, and the law of war", *Cal. Law Rev.*, Vol. 86 (1998), pp. 939 ff.

[30] 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条第4款和《卢旺达国际刑事法庭规约》第6条第4款。

[31] 在前南斯拉夫国际刑事法庭,辩护方援引的论据是被告人有遵守命令的强制义务,理所当然地在那种假定下法庭应当逐个审查被告人是否可以不服从命令,是否在做或试图这样做时有道德上的选择。法庭还补充说强制不能成为一个因杀害无辜的人而被指控犯有危害人类罪和(或)战争罪的士兵的全部辩护理由。The *Prosecutor v. Drazan Erdemovic*, Case No. IT - 96 - 22 - T, Sentencing Judgment, 12 November 1996, para. 19, and Judgment in the Appeals Chamber, 7 October 1997, para. 19; see Peter Rowe, "Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: A Laboratory for a Permanent Court?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1 (1998), pp. 210 ff.

智力状态下而自由实施的行为负责,这就假定他可以判断他所接到的命令的合法性,也就是说,对于该命令是否违反国际习惯法或条约法,他都能够做出此种判断。

### 在所有类型武装冲突中的战争罪

当因犯有战争罪而承担个人刑事责任被《凡尔赛和约》和《纽伦堡法庭宪章》规定为一般国际法的原则时,一定要记住:该和约中所提到并由纽伦堡国际军事法庭审判的罪行,是战争中实施的违反战争法规和惯例的行为。1949年《日内瓦公约》及其《附加议定书》将其适用范围扩大到任何国际性的武装冲突,但没有关于这种罪行是否也能够非国际性的武装冲突中实施的任何规定。在这方面,前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑庭的判例法对确定国际人道法的范围特别有价值,这是因为它们是第一个被要求起诉发生在非国际性武装冲突中的罪行的国际性法庭。

安理会通过第827(1993)号决议批准《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》时,英国、法国和美国均表示,规约中授予法庭对违反战争法规和惯例的行为行使管辖权的条款,涵盖了那些行为发生时在前南斯拉夫领土范围内有效的国际人道法所确定的义务,包括1949年四个《日内瓦公约》的共同第三条以及1977年两个《附加议定书》。这意味着,按照联合国安理会这三个常任理事国的观点,战争罪不仅可以在国际性武装冲突中实施,还可以在非国际性武装冲突中实施,因为共同第三条和1977年《第二附加议定书》都是关于非国际性武装冲突的规定并禁止在这些冲突中实施某些行为。

然而,《第二附加议定书》规则只适用于特定类型的非国际性的武装冲突:在缔约一方领土内发生的、该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行该议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的

武装冲突。<sup>〔2〕</sup> 另一方面,共同第三条规定它适用于在缔约国的领土内发生的非国际性武装冲突的情况,它没有任何更多的限制条件,其适用范围完全依赖于对该条如何解释。人们可以推断,共同第三条的适用范围不限于《第二附加议定书》提及的那些情况,即使其所确定的权利和义务构成冲突各方应当遵守的最低标准。

在这方面,前南国际刑庭认为其规约赋予法庭的管辖权不仅在与敌对行为有关的战争法方面,而且也包括对共同第三条的违反,考虑到如果共同第三条规定的禁止行为构成卷入非国际性武装冲突的各方应遵守的最低标准,那么这个最低标准一定也适用于任何类型的武装冲突。按照法庭的看法,根据由于习惯法,违反共同第三条的禁止性规定的行为构成战争罪,因为习惯法规定一切对国际人道法规则的违反行为都应引发个人刑事责任。<sup>〔3〕</sup> 必须指出,在产生这种判例的情况下,起诉是基于违反共同第三条和违反1907年《海牙第四公约》的附件——《陆战法规和惯例章程》方面的指控,如禁止抢劫,这些指控都在前南国际刑庭所拥有的起诉违反战争法规和惯例的行为的管辖权范围之内。在前南国际刑庭得出的结论中,它第一次认为规约应被解释为赋予法庭起诉规约其他条款所未涵盖的违反国际人道法的行为的管辖权,也就是说,它既包括所谓的日内瓦法——尤其是四个《日内瓦公约》(在某种程度上被两个附加议定书所补充),也包括我们所熟知的海牙法,尤其是1907年通过的并为各议定书的其他规则所补充的规则。而且,法庭在判决中通过明确引用国际法院<sup>〔4〕</sup>和卢旺达国际刑庭<sup>〔5〕</sup>的判例、联合国秘书长

〔32〕 《第二附加议定书》第1条第1款。

〔33〕 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第3条规定,该国际法庭有权起诉违反战争法规和惯例的人; see also ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, above note 5; ICTY, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, above note 17, a view confirmed by the Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001, paras. 140 - 3; ICTY, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case No. IT - 95 - 14 /2PT, Decision on Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3, 12 March 1999.

〔34〕 ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States*), ICJ Reports 1986.

〔35〕 ICTR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, above note 16.

根据联合国安理会第 808 (1993) 号决议提交安理会的报告、美国对通过规约所做的声明和该声明没有遭到任何反对的事实,重述了共同第三条内容的习惯法的性质。同时,针对被告人关于这一解释违背了“法无明文不为罪”原则的主张,法庭表示,共同第三条中确立的罪行即便根据行为实施时有效的国内立法,同样也构成犯罪。因此法庭认为,在 1907 年《海牙公约》中列举的并为其规约第 3 条所包含的犯罪行为是明确的,并且规约也授予该法庭审判任何违反习惯国际人道法行为的管辖权,尽管上述法律文件没有将其认定为严重破坏 1949 年《日内瓦公约》的行为,灭绝种族罪或危害人类罪。<sup>[6]</sup> 根据法庭的意见,之所以制定这些规定,是为了防止出现法庭不能起诉一项犯罪以至于不能保证安理会确立的宗旨得到实现的情况,换句话说,无论犯罪嫌疑人无论在什么情况犯罪都将逃脱不了惩罚。在法庭的推理中所体现的目的解释方法和有效性规则是很明显的。

从法庭的分析中可以明显地看到,共同第三条的规定构成了卷入任何性质的武装冲突中的当事方都应遵守的最低程度的义务。鉴此,考虑到《第二附加议定书》发展和补充了共同第三条的规则,符合逻辑的结论就是适用共同第三条的非国际性武装冲突并不必然需要满足《第二附加议定书》关于该议定书适用的所有要求。这事实上就是前南国际刑庭对武装冲突是否存在所作的结论,即只要存在国家之间诉诸武力、政府当局与有组织的武装集团之间或一国内部有组织的武装集团之间长时间的武装暴力对抗的情况,武装冲突即存在。<sup>[7]</sup> 最后一项当然不是

---

[36] 法庭规约中本条规则的“保护伞”性质在“富伦基亚案”(The Prosecutor v. Anto Furundzija, above note 15)中得到重申,在该案中波斯尼亚的克罗地亚领导人也被指控针对波斯尼亚的穆斯林违反战争法规和惯例。法庭发现本案中的酷刑和损害人性尊严,包括强奸,都是根据法庭规约第 3 条的规定有管辖权可以起诉的罪行。在“阿列克索夫斯基案”(The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, above note 15)中,法庭表达了同样的意见,在该案中波斯尼亚的塞尔维亚集中营的指挥官依据指挥官责任被指控以损害个人尊严的形式违反战争法规和惯例以及在身体和心理上虐待被拘留者。在“耶里希奇案”(The Prosecutor v. Goran Jelusic, Case No. IT - 95 - 10 - T, Judgment, 14 December 1999)中,被告人被指控犯有谋杀、酷刑和劫掠等违反战争法规和惯例的行为以及危害人类罪中的谋杀和其他不人道的行为。

[37] ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, above note 5.

《第二附加议定书》对事的适用范围的一部分,因为它并非涉及政府武装部队的敌对行动的形式。但共同第三条的规定仍然具有拘束力。<sup>[ 8 ]</sup>

由于这个原因,前南国际刑庭在考虑了国家实践、国家的军事手册、履行 1949 年《日内瓦公约》规定的义务的国内立法、联合国安理会的意图、对法庭规约和习惯法的合理解释等所有这些因素后认为,根据一般国际法,刑事责任也可因严重违反共同第三条的行为而产生,而无论其是未能向有权受到保护的受难者提供保护还是违反了有关作战手段和方法的规则。法庭断定不管这些行为是在国内武装冲突中还是在国际性武装冲突中实施的,法庭均对其有管辖权。法庭进一步地解释道,根据习惯法,这一规则明确适用于任何类型的武装冲突,无论是国际性的还是非国际性的,因为它包含了有关各方应当尊重的最低标准义务。<sup>[ 9 ]</sup>

### 一个扩大的战争罪概念?

既然前南国际刑庭在成立时,联合国安理会赋予该法庭的属事管辖权就已经涉及国际习惯法和条约法的规则,那么该法庭的判决就将告诉我们在纽伦堡法庭建立的若干年后战争罪的概念是否已经被扩大了。事实上,战争罪的概念不仅适用于在战争中实施的严重违反国际人道法的行为,还包括实施与武装冲突有关的行为,而无论该武装冲突是国际性的还是非国际性的。即便积极参与长时间武装暴力活动的成员是一

---

[ 38 ] See Paul Tavernier, " The experience of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda ", International Review of the Red Cross, No. 321, Nov. - Dec. 1997, pp. 605 - 21. 这种解释被卢旺达国际刑事法庭在“ 阿卡耶苏案 ”中 ( Le Procureur c. Jean Paul Akayesu, above note 16 ) 所重申,在该案中法庭裁决国际人道法在其适用范围上应当对各种武装冲突的情形作一个清晰的区分,包括其全部规则都适用的国际性武装冲突、适用共同第三条和《第二附加议定书》的非国际性武装冲突和只适用共同第三条的非国际性武装冲突。

[ 39 ] ICTY : The Prosecutor v. Anton Furundzija, Case No. IT - 95 - 17, Decision on the Defendant's Motions to Dismiss Counts 13 and 14 of the Indictment ( Lack of Subject Matter Jurisdiction ), 29 May 1998; Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., above note 21, para. 143.

国内部有组织的武装集团,情况也是如此。<sup>[ 0 ]</sup>

当联合国安理会建立卢旺达国际刑庭时,它特别授予该法庭起诉违反共同第三条和《第二附加议定书》行为的权限,而共同第三条和《第二附加议定书》均适用于非国际性武装冲突。这一事实肯定了上述对战争罪概念的扩大解释。<sup>[ 1 ]</sup> 卢旺达国际刑事法庭认定,冲突的激烈程度并不依赖于有关当事方的主观意图,并补充说明,共同第三条具有习惯法的性质,它确立了严重违反其规则的个人刑事责任,因为该规则保护重要价值并要求对受难者承担严重后果。<sup>[ 2 ]</sup>

《卢旺达国际刑事法庭规约》规定的这种违反行为包括(但不限于)侵害人的生命、健康以及身心幸福,特别是谋杀以及虐待,如酷刑、残伤肢体或任何形式的体罚;集体惩罚;扣留人质;恐怖行为;对人身尊严的侵犯(特别是侮辱性和有辱人格的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯);抢劫;未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判而遽行判罪及执行死刑;以从事任何上述行为相威胁。值得注意的是,《第二附加议定书》<sup>[ 3 ]</sup>和共同第三条<sup>[ 4 ]</sup>以几乎相同的条款禁止对那些没有或不再参加敌对行动的人实施上述行为,而无论他们是否被剥夺了人身自由。

共同第三条规定其保护的应延及那些不实际参加敌对行动的

---

[ 40 ] See D jam chid Mom taz, " War crimes in non - international armed conflict under the Statute of the International Criminal Court ", Yearbook of International Humanitarian Law , 1999 , pp.177 ff. , and Daryl Robinson and Herman von Hebel, " War crimes in internal conflicts: article 8 of the ICC Statute ", *ibid.* , pp. 193 ff.

[ 41 ] 《卢旺达国际刑事法庭规约》第 4 条。

[ 42 ] ICTR , Le Procureur c. Jean Paul Akayesu , above note 16 . 必须指出,就像卢旺达国际刑事法庭在其判决中所提到的,卢旺达已于 1964 年 5 月 5 日加入了《日内瓦公约》并于 1984 年 11 月 19 日加入了《第二附加议定书》。根据“阿卡耶苏案”的证人之一 Dallaire 将军的证言,卢旺达境内发生的是政府军(FAR)和 Kagame 将军领导的“卢旺达爱国阵线”(RPF)之间的内战,二者都是有组织的武装集团。“卢旺达爱国阵线”在 1994 年 5 月中旬后开始逐渐扩大其所控制的领土范围并继续实施军事行动直至 1994 年 7 月 18 日停火,法庭的判决因此声称《第二附加议定书》适用的条件已得到满足。

[ 43 ] 《第二附加议定书》第 4 条第 2 款。

[ 44 ] 四个《日内瓦公约》的第 3 条第 1 款,尤其是第 4 项。

人,其中包括已放下武器的武装部队成员以及那些因患病、负伤、拘留或任何其他原因丧失战斗力的人,并规定不得对这些人员施以不利区别。<sup>〔5〕</sup>前南国际刑庭认为,针对被敌方部队拘留的人实施的违反本规则的行为,无论当时被拘留人员参与敌对行动的行为性质如何,都应当被视作对因拘留而丧失战斗力的武装部队成员所实施的行为。从根本上说,这类人员有权享有适用于武装冲突的诸如共同第三条所规定的习惯国际法规则的保护。<sup>〔6〕</sup>

从前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭的规约以及两个法庭在解释国际人道法时的判例来看,实施共同第三条所禁止的行为在任何武装冲突中都构成战争罪。但必须记住,《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》包含两方面不同的规则,一方面是授予法庭起诉违反战争法规和惯例行为的权限,<sup>〔7〕</sup>另一方面是对严重违反1949年《日内瓦公约》的行为进行审判。<sup>〔8〕</sup>与后者相联系,法庭有权起诉规约所列举的针对公约规定所保护的人或物体而实施的任何行为,这种情况所涉及的行为只与一种类型的武装冲突有关,即国际性的武装冲突。

### 控制的问题

在这方面,前南斯拉夫国际刑事法庭指出,与有关违反战争法规和惯例行为的规定相反,法庭规约的本项规定适用的武装冲突必须是国际性的。这不仅包括两个国家之间冲突的情形,还包括第三国派遣军队介入冲突或者冲突的当事一方为另一国利益行事的情形。进一步说,如果准军事部队或其他非正规军从属于武装冲突中的一方,并受该方控制,且两者之间存在效忠与依附关系,那么该准军事部队和其他非正规军的成员可被视作战斗员。按照前南斯拉夫国际刑事法庭的意见,能使有

〔45〕 四个《日内瓦公约》的第3条第1款。

〔46〕 ICTY, The Prosecutor v. Zejn il Delalic et al., above note 17.

〔47〕 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第3条。

〔48〕 同上,第2条。



关团体被视为国家的事实上的代理人的控制关系,不仅包括该国资助和武装该团体,而且还包括能计划和监督其军事行动。然而,有关国家并非必须对每项军事行动发布命令或指示,换句话说,该国必须行使全面的控制权。<sup>[ 9 ]</sup>

在国内武装冲突中由于对有关当事方行使全面控制权的第三国的干涉,从而使该武装冲突具有了国际性,这对适用 1949 年《日内瓦公约》的规则而言特别重要,因为对于界定为战争罪的行为来说,其被害人必须是公约含义之内的被保护人。在这方面,《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》第 4 条规定,在冲突或占领之场合,于一定期间内及依不论何种方式,处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人,即为受本公约保护之人。换句话说,该公约适用的条件之一是被拘留人不是拘留国本国的“国民”。按照前南斯拉夫国际刑事法庭的意见,并且考虑到《日内瓦第四公约》的目的和宗旨,保护应当延及于那些在一当事国的权力之下但不享有该国外交保护的人以及对该国不具有效忠关系的被拘留人。<sup>[ 10 ]</sup> 按照这种解释,法庭所使用的标准就是在许多年前就已经被国际法院所确立的有效国籍的标准。<sup>[ 11 ]</sup> 因此,合理的结论就是,只有国籍反映了该人和该国之间的真实联系,它在国际法上才会产生效果,在这种情况下,这种效果会阻止该人被给予他在国际人道法下才会享有的待遇。<sup>[ 12 ]</sup>

---

[ 49 ] ICTY, The Prosecutor v. D usko Tadic, Case No. IT - 94 - 1 - A, Judgment, 15 July 1999; The Prosecutor v. Z latko A leksovski, above note 15, paras. 145 - 51.

[ 50 ] ICTY, The Prosecutor v. D usko Tadic, Case No. IT - 94 - 1 - A, above note 49; The Prosecutor v. Z latko A leksovski, above note 15, paras. 151 - 52.

[ 51 ] ICJ, Nottenbohm case, Liechtenstein v. Guatemala, ICJ Reports 1955.

[ 52 ] 前南斯拉夫国际刑事法庭在考虑所出示的证据后认为在 Tadic 案中受难者是那些对南斯拉夫联盟共和国没有效忠义务的受保护的人,并且冲突是国际性的,因为波斯尼亚的塞尔维亚部队是为南斯拉夫联盟共和国的利益行事的。在 A leksovski 案中,法庭裁决因为克罗地亚的参加,冲突也是国际性的并且受难者——波斯尼亚的穆斯林——是受保护的人,法庭还补充说在某些情况下,即使受保护的人与抓捕他们的人具有相同的国籍,他们也必须被赋予该地位。

## 与武装冲突的联系

战争罪是“严重违反”了国际条约或习惯所体现的规则的行为，这些规则昭示了基本价值、要求对受害人承担严厉后果和引起犯罪者责任。这类罪行的实施必须与国际性或非国际性武装冲突有直接联系。然而，行为和冲突之间的这种联系并不必然意味着必须在战区或攻击的过程中实施这些行为。事实上，国际人道法规则的适用并不依赖于当事方的意愿，而是依赖于存在着武装冲突的客观事实。<sup>〔3〕</sup> 前南斯拉夫国际刑事法庭详细说明了因此所承担的义务的范围，指出被告的行为必须与武装冲突有关的事实并不意味着该行为是在战区中实施的。战争法适用于冲突各方的全部领土，或者在非国际性武装冲突的情况下，适用于当事一方控制之下的全部领土，直到和平恢复或者——第二种假设是——敌对各方之间找到了和平解决问题的方法。<sup>〔4〕</sup> 前南斯拉夫国际刑事法庭在随后的一个判决中重申了该见解，指出存在大量的事实来确定有关行为是否与武装冲突具有充分的联系从而构成战争罪。例如：行为人是否是战斗员；受害人是非战斗员还是敌方成员；是否有可能断定该行为有利于军事行动的目的；实施的犯罪行为是否为被告的官方职责范围或该职责的一部分。<sup>〔5〕</sup> 被害人可能是敌方武装部队的成员、来自敌方的平民或者应受国际保护的人员——那些没有或不再直接参与敌对行动的人员<sup>〔6〕</sup>——并且实施犯罪的行为可能采取针对个人的暴力行为或者使用被禁止的作战手段和方法。

---

〔53〕 1949年四个《日内瓦公约》共同第1条规定各缔约国承诺在一切情况下尊重这些公约。

〔54〕 ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, above note 5, para. 70.

〔55〕 ICTY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vucovic*, Case No. IT - 96 - 23 and IT - 96 - 23 / 1A, *Appeals Judgment*, 12 June 2002, para. 59.

〔56〕 ICTY, *The Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigid and Dragoljub Prac*, Case No. IT - 98 - 30 / 1 - T, *Judgment*, 2 November 2001, para. 124.

## 国际刑事法院的管辖权

前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭根据国际人道法的发展,解释了其规约中的规则,法庭的这些判例强调了国际人道法的许多原则。同时为了限制暴力,通过了许多多边条约。在1998年由联合国在罗马主持召开的通过《国际刑事法院规约》(《罗马规约》)的外交大会考虑了这些条约的规定和法庭的判例。国际刑事法院有权对其行为在发生时构成法院管辖权内犯罪的个人<sup>[7]</sup>行使管辖权,<sup>[8]</sup>个人的官方身份不能免除该人的责任,<sup>[9]</sup>并且《罗马规约》在确立指挥官和其他上级的责任<sup>[10]</sup>的同时,还规定原则上根据政府命令或上级命令实施犯罪的事实不免除有关人员的责任。<sup>[11]</sup>

国际刑事法院对包括战争罪在内的犯罪拥有管辖权。<sup>[2]</sup>诚然,《罗马规约》关于战争罪的清单是最详尽的,但它对战争罪处理却稍有不同,因为一国在成为规约缔约国时可以声明,在规约对其生效后7年内,如果其国民被指控实施一项犯罪,或者有人被指控在其境内实施一项犯罪,该国不接受法院对战争罪的管辖权。<sup>[3]</sup>并且,仅就战争罪而言,如果被告有服从政府或上级命令的法律义务,他不知道该命令是不法的且该命令的不法性也不明显,那么该被告可因遵守政府或上级命令而主张免责。<sup>[4]</sup>同时,仅就战争罪而言,才能援引自卫这一说法,并且该自卫并非为了个人,而是为了保护该人生存或者完成一项军事任务所必需的物品。<sup>[5]</sup>

---

[57] 《罗马规约》第1条和第25条。

[58] 同上,第22和23条。

[59] 同上,第27条。

[60] 同上,第28条。

[61] 同上,第33条。

[62] 同上,第5条。

[63] 同上,第124条。

[64] 同上,第33条。

[65] 同上,第31条第1款第3项。

《罗马规约》反映了前南法庭和卢旺达法庭规约和判例所强调的习惯法的发展,它界定了四种类型的战争罪,其中两类与国际性武装冲突有关,<sup>[6]</sup>另外两类与非国际性武装冲突有关。<sup>[7]</sup>然而,缔约国大会通过的用以辅助法院解释和适用其管辖权<sup>[8]</sup>的《犯罪要件》却规定,它不要求行为人做出法律评价断定是否存在武装冲突,或断定冲突的国际性质或非国际性质,也不要求行为人知道据以确定冲突的国际性质或非国际性质的事实;它只要求行为人知道据以确定存在武装冲突的事实情况,因为战争罪必须在此武装冲突的情况下发生并与之有关。

然而,尽管在习惯法中战争罪可以由个人在没有收到命令的情况下以自己的名义实施,但就国际刑事法院对这类犯罪行使管辖权而言,《罗马规约》“特别”要求这类犯罪是“作为一项计划或政策的一部分或作为大规模实施这些犯罪的一部分而实施的”。<sup>[9]</sup>考虑到法官在管辖权方面的自由裁量权以及他必须在此基础上确定是否存在起诉个人案件的法律理由,“特别”一语使得法院能够自行解释该项规则的范围。<sup>[10]</sup>

在国际性武装冲突中被界定为第一类犯罪的是严重破坏1949年《日内瓦公约》的行为。<sup>[11]</sup>参照前南国际刑庭的解释性论证,《犯罪要件》规定行为人没有必要知道被害人的国籍,而仅需知道他们属于敌方人员,因为即使被害人与行为人拥有相同的国籍,有关国家也不可能再保护他们,因为他们属于少数族裔。第二类犯罪涉及“在国际法既定范围内”严重违反适用于国际武装冲突的法规 and 惯例的其他行为。<sup>[12]</sup>提及国际法可能会导致这种解释,个人无论何时违反国际人道法的原则,

[66] 同上,第8条第2款第1项和第2项。

[67] 同上,第8条第2款第3项和第5项。

[68] 同上,第9条。

[69] 同上,第8条第1款。

[70] H. Von Hebel and D. Robinson, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, in Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, on this point in particular, p. 124.

[71] 《罗马规约》第8条第2款第1项第1目至第8目。

[72] 同上,第8条第2款第2项。

例如战斗员和平民之间的区分原则、比例原则和军事必要原则,都会承担责任。

上述被确定的犯罪与海牙法<sup>[ 3 ]</sup>有关,并且《日内瓦公约第一附加议定书》将其视为战争罪。<sup>[ 4 ]</sup>而且,这一类犯罪也包括对依照《联合国宪章》执行的人道援助或维持和平行动的侵犯,但前提是这些人员或物体有权得到武装冲突国际法规给予平民和民用物体的保护,也就是说,他们没有直接卷入敌对行动。<sup>[ 5 ]</sup>另外,故意发动攻击,明知这种攻击将致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏,其程度与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比显然是过分的,<sup>[ 6 ]</sup>以及故意指令攻击专用于非军事目标的宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念物、医院和伤病人员收容所,<sup>[ 7 ]</sup>上述也是法院管辖范围内的战争罪。值得注意的是,相比较直接用于武装冲突时专门保护文化财产的规则而言,《罗马规约》的这一规定仅提到了故意攻击这种财产中的一类:用于艺术或纪念的建筑物。考古遗址、书籍或其他对人类文化遗产具有重要意

---

[ 73 ] 1907 年《海牙第四公约》附件《陆战法规和惯例章程》第 23 条和第 28 条。

[ 74 ] 《第一附加议定书》第 11 条,第 85 条第 2 款、第 3 款和第 4 款,即使其措辞不完全相同。

[ 75 ] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 3 目;1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》。

[ 76 ] 同上,第 8 条第 2 款第 2 项第 4 目;在《第一附加议定书》中,第 35 条第 3 款作为一项基本的规则,禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段,而第 55 条又规定在作战中应注意保护自然环境不受这种损害并禁止作为报复对自然环境的攻击。1976 年,联合国通过了《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》。

[ 77 ] 同上,第 8 条第 2 款第 2 项第 9 目。

义的动产或不动产似乎还未被考虑在内。<sup>〔8〕</sup> 占领国将部分本国平民人口间接或直接迁移到其占领的领土,或将被占领领土的全部或部分人口驱逐或迁移到被占领领土内或外的地方,也是战争罪的一种。<sup>〔9〕</sup> 本条中的其他规定还提到了 1899 年和 1925 年的国际条约禁止使用的某些武器——毒物,窒息性、有毒或其他气体,易于膨胀的子弹等,这些已成为习惯法的一部分。<sup>〔10〕</sup> 然而,就具有造成过分伤害或不必要痛苦的性质或滥杀滥伤性质的现代武器(核武器、杀伤人员地雷或生物和化学武器)而言,对它们的使用仅在其被《罗马规约》生效 7 年后缔约国大会或

---

〔78〕 1954 年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》第 1 条。1999 年通过的《保护文化财产公约第二议定书》第 10 条和第 15 条规定各缔约国必须依据其国内法将攻击文化财产的行为确定为犯罪,按照公约的定义,文化财产是指属于对全人类具有最重大意义的文化遗产,系国内有关法律和行政措施视为具有特殊的文化与历史价值并予以最高级别保护的文化财产以及未被用于军事目的或用以保护军事设施,并且控制它的缔约国已声明确保它不会用于此类目的的文化财产。《第一附加议定书》第 85 条第 4 款第 4 项规定在构成各国人民文化或精神遗产以及给予特别保护的公认历史纪念物、艺术品或礼拜场所不紧靠军事目标的情形下,将这些财产作为攻击的对象构成战争罪。前南斯拉夫国际刑事法庭根据《第一附加议定书》的第 52 条(对民用物体的一般保护)和第 53 条(对文物和礼拜场所的保护)的规定裁定,这两种保护,一种是一般性的,一种是特殊的。前者适用于民用物体,据此民用物体不能成为攻击或报复的对象,除非在攻击发生时它们构成了为攻击方提供明确的军事优势的军事目标。特别保护的目的是为了保护构成人类文化或精神遗产一部分的文化财产和礼拜场所,对这些财产实施敌对行为是被绝对禁止的。按照前南斯拉夫国际刑事法庭的意见,学校和普通礼拜场所应受一般保护。ICTY, Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, above note 28, paras. 89 - 90.

〔79〕 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 8 目,在议定《罗马规约》的约文时,以色列认为该规则没有反映当时有效的习惯法,因为它不仅涉及对被占领领土人口的迁移,还涉及占领国将本国平民人口迁移到其占领的领土,根据这个理由,以色列决定对《罗马规约》投反对票。然而,前南斯拉夫国际刑事法庭主张非法驱逐和迁移平民人口可以被定义为战争罪,因为这是严重破坏四个《日内瓦公约》的行为。法庭还补充说,目的是将人从被占领领土迁出或迁入被占领领土的作为或不作为构成了该罪的实质要件,也就是说这种行为并非基于人口的安全或者紧迫的军事需要。主观要件则是迁移人口的行为人的意图。ICTY, The Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, Case No. IT - 98 - 34 - T, Judgment, 31 March 2003, paras. 519 - 21.

〔80〕 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》; 1899 年《禁止使用在人体内易于膨胀或变形的投射物,如外壳坚硬而未全部包住弹心或外壳上刻有裂纹的子弹的宣言》。

审查会议通过的附件所全面禁止后,才能成为法院管辖范围内的一项犯罪。<sup>[1]</sup> 根据国际法最近的发展,另一项重要规则是将征募不满 15 岁的儿童加入国家武装部队或利用他们积极参与敌对行动视为犯罪。这一规定的前身是《儿童权利公约》和 1949 年《日内瓦公约第一附加议定书》。<sup>[2]</sup> 被《日内瓦公约》或《第一附加议定书》所禁止但并未被其定义为产生个人刑事责任的严重破坏行为或战争罪的其他类型的行为被《罗马规约》定义为犯罪,也就是:损害个人尊严,特别是侮辱性和有辱人格的待遇;<sup>[3]</sup> 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或构成严重破坏《日内瓦公约》的任何其他形式的性暴力;<sup>[4]</sup> 将平民或其他被保护人置于某些地点、地区或军事部队,利用其存在使该地点、地区或军事部队免受军事攻击;<sup>[5]</sup> 故意以断绝平民粮食作为战争方法;<sup>[6]</sup> 或者故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医

---

[81] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 20 目。仍然应当考虑那些已通过的限制作战手段的多边国际人道法条约;1972 年《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储积以及销毁这类武器的公约》;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》及其议定书(《关于无法检测的碎片的第一议定书》、《禁止或限制使用地雷(水雷)、饵雷和其他装置的第二议定书》、《禁止或限制使用燃烧武器的第三议定书》、《关于激光致盲武器的第四议定书》和经 1996 年 5 月 3 日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》);1993 年《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》;1997 年《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》;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》及其第一、第二和第三议定书的 2001 年修正案;2003 年《战争遗留爆炸物议定书》。

[82] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 26 目;《儿童权利公约》第 38 条;《第一附加议定书》第 77 条。

[83] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 21 目;《第一附加议定书》第 75 条第 2 款第 2 项。

[84] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 22 目;《日内瓦第四公约》第 27 条。

[85] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 23 目;《日内瓦第四公约》第 28 条;《第一附加议定书》第 51 条第 7 款。

[86] 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 25 目;《第一附加议定书》第 54 条第 1 款。

疗单位和运输工具及人员。<sup>〔7〕</sup>

《罗马规约》还对两类在非国际性武装冲突中实施的战争罪进行了界定。第一类由严重违反共同第三条的行为所构成,<sup>〔8〕</sup>同时它规定《罗马规约》的有关条款不适用于内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为。<sup>〔9〕</sup>第二类提到了严重违反国际法既定范围内适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为。<sup>〔10〕</sup>《罗马规约》规定,该规则适用于一国境内发生的政府当局与有组织武装集团之间或这种集团相互之间长期进行武装冲突,<sup>〔11〕</sup>因此政府武装部队的参与对于为适用该规则而对冲突进行定性而言并无必要。这类战争罪包括《第二附加议定书》中所禁止的一些行为,即故意指令攻击平民人口本身或未直接参加敌对行动的个别平民,<sup>〔12〕</sup>故意指令攻击按照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及人员;<sup>〔13〕</sup>故意指令攻击专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念物或医院和伤病人员收容所,除非这些地方是军事目标。<sup>〔14〕</sup>被列为战争罪的其他行为还有性犯罪;<sup>〔15〕</sup>征募不满15岁的儿童加入武装部队或集团,或利用他们积极参加敌对行动;<sup>〔16〕</sup>基于

---

〔87〕 《罗马规约》第8条第2款第2项第24目;《日内瓦第一公约》第19、20、24、35、53条;《日内瓦第二公约》第22、23、36、39、41-45条;《日内瓦第四公约》第18、20-22条;《第一附加议定书》第8、12、18、21、22、24、38条和第85条第3款第6项均将背信弃义地使用红十字和红新月标志定义为战争罪,这些标志是国际人道法中的重要记号,因为在武装冲突时它们是公约和议定书所赋予医疗人员和运输工具保护的可见的表现形式,国家必须通过国内立法规范其使用。

〔88〕 《罗马规约》第8条第2款第3项。

〔89〕 同上,第8条第2款第4项;《第二附加议定书》第1条第2款。

〔90〕 《罗马规约》第8条第2款第5项。

〔91〕 同上,第8条第2款第6项。

〔92〕 同上,第8条第2款第5项第1目;《第二附加议定书》第13条第2款。

〔93〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第2目;《第二附加议定书》第9、10条,第11条第1款和第12条。

〔94〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第4目;《第二附加议定书》第16条。

〔95〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第6目,只要它们也构成对共同第三条的严重破坏。

〔96〕 同上,第8条第2款第5项第7目;《第二附加议定书》第4条第3款第3项。



与冲突有关的理由下令平民人口迁移,但因所涉平民的安全或因迫切的军事理由而有需要的除外;〔7〕 抢劫即使是突击攻下的城镇或地方,〔8〕 以及致使在冲突另一方权力下的人员肢体遭受残伤;或对其进行任何种类的医学或科学实验,而这些实验不具有医学、牙医学或住院治疗有关人员的理由,也不是为了该人员的利益而进行的,并且导致这些人员死亡或严重危及其健康。〔9〕 最后,《罗马规约》规定的战争罪还包括在非国际性武装冲突的情况下被1907年《海牙第四公约》所附章程禁止的一些作战方法,例如以背信弃义的方式杀、伤属敌对方战斗员,〔10〕 宣告绝不纳降,〔11〕 或者摧毁或没收敌对方的财产,除非是基于冲突的必要,〔12〕 以及故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道援助或维持和平行动的所涉人员、设施、物资、单位或车辆,如果这些人员和物体有权得到武装冲突法规给予平民和民用物体的保护。〔13〕

## 结论

严重破坏国际人道法的行为构成战争罪,会导致那些因作为或不作为实施这些行为的人承担个人刑事责任。

当然,这一法律规则体系适用于国际性武装冲突的情形,即国家之间诉诸武力的情形。但当第三国派遣军队介入冲突或冲突一方为全面控制它的另一国的利益行事时,它也适用于在一国领土内部爆发的冲突。

〔97〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第8目;《第二附加议定书》第17条。

〔98〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第5目;《第二附加议定书》第4条第2款第7项。

〔99〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第11目;《第二附加议定书》第5条第2款第5项。

〔100〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第9目;《陆战法规与惯例章程》第23条第2款。

〔101〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第10目;《陆战法规与惯例章程》第23条第4款;《第二附加议定书》第4条最后一款。

〔102〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第12目;《陆战法规与惯例章程》第23条第7款。

〔103〕 《罗马规约》第8条第2款第5项第3目;1994年《联合国人员和有关人员安全公约》。

另一方面,内部的动荡和冲突不包括在这一体系之内,因为维持或恢复秩序以及保卫其领土统一是国家的责任。然而,如果政府当局和有组织的武装集团之间或一国内部这样的武装集团之间发生长时间的武装暴力行为,有关各方就享有国际人道法所确立的权利和承担国际人道法所确立的义务,并且他们实施被禁止的行为也将最终构成战争罪。

起诉行为人的责任首先应由国家来承担,但如果国家不愿意或不能够这样做,实践就导致了国际刑事法庭的建立,以便使那些实施被禁止的行为的人无法逃脱惩罚,而无论该行为是在何种环境下发生的。惩罚那些应负责任的人明显构成法律的有效适用,这种适用赋予那些代表整个国际社会利益的规则以充分的效果。因此将来向受难者提供更好的保护是可能的,但如果因此认为人类将决定一劳永逸地根除暴力,则会显得过于理想化。

朱文奇 校