

战争犯在克罗地亚国内法庭中的责任

伊沃·约西波维奇 著 / 刘毅强^{*} 译

摘要

这篇文章分析了克罗地亚共和国作为一个正在转型中的国家在审判战争犯的过程中所遇到的问题。在前南斯拉夫领土上所发生的战争罪行都有一个主要特征,那就是不管冲突各方参与冲突的政治动机或其他动机如何,它们都不同规模地实施了这些罪行。缺乏政治意愿,是包括克罗地亚在内的各国国内法庭没有根据国际通行的标准来审判战争犯的主要原因。国际社会也正因为这个原因设立了前南斯拉夫国际刑事法庭。法庭的主要职责是主持正义,还受害者以公道,并确定历史事实。毫无疑问,尽管前南斯拉夫国际刑事法庭的工作遭到了政治和其他方面的反对,它同时也在帮助在前南斯拉夫领土上新建立的国家界定一个适合民主社会的法律和道德标准。因为所有这些国家都希望能够尽早加入欧盟,所以上述工作的作用显得尤为重要。因此,前南斯拉夫国际刑事法庭的工作以及各国国内法庭的工作,就成为了所有国家加入欧盟进程中重要的法律、政治和道德上的催化剂。而克罗地亚的例子充分说明了这一点。

前南斯拉夫联盟的解体导致了一系列战争的爆发,无数的暴行,尤其是反人类罪、战争罪和种族灭绝罪,在这些战争中发生。1991年到

* 伊沃·约西波维奇,克罗地亚萨格勒布大学法学院刑事诉讼法教授。

** 中国人民大学法学院国际法硕士研究生。

1995 年间,克罗地亚〔 1 〕和波斯尼亚发生的武装冲突以及随后在科索沃和马其顿发生的武装冲突的残暴,震惊了国际社会。因为当时各当事国的国内司法机构还没有为追诉战争罪做好准备,同时也因为国际社会已经明确表示,希望通过包括政治和军事手段(磋商、国际力量、北约轰炸前南斯拉夫联邦共和国)以及国际司法程序在内的手段来“影响”巴尔干半岛事态发展,第二次世界大战之后的第一个国际刑事法庭(即前南斯拉夫国际刑事法庭)建立起来了。〔 2 〕除了一些法律问题以及对法庭工作的置疑以外,对前南斯拉夫国际刑事法庭及其“双胞胎兄弟”卢旺达国际刑事法庭〔 3 〕的一般性评价是,它们都是有选择性地建立起来的。尽管如此,这两个法庭还有在波黑、塞拉利昂、柬埔寨和东帝汶〔 4 〕建立的所谓混合型法庭,毫无疑问地为发展国际刑法以及证实普遍性原则做出了重要的贡献。而国际刑法加速发展的最高成就是常设国际刑事法院的建立。

东南欧国家的转型以及战争罪的责任

对前南国际刑事法庭的工作也应该放到前南斯拉夫解体分出的国家〔 5 〕所经历的转型背景下来进行评价。这个转型是一个双重的过程,即:(1)从战争到和平社会,尤其是司法准则和对武装冲突责任的国际标准的接受;同时(2)从一党制社会到一个建立在通常所说的西方民主

〔 1 〕 克罗地亚战争具有复杂的历史、政治和经济的根源,并且以一个新建立的国家的军队和一个支持塞族利益和塞尔维亚民族的联邦的军队之间的冲突的形式展开。For more details see Nikica Barić, *Srpska pobuna u Hrvatskoj 1990 – 1995, Golden Marketing – Tehnička knjiga*, Zagreb, 2005.

〔 2 〕 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之人的国际法庭,通过联合国安理会第 827(1993)号决议建立,1993 年 5 月 25 日。

〔 3 〕 通过联合国安理会第 955(1994)号决议建立。

〔 4 〕 For these courts see Ivo Josipović (ed.), *Responsibility for War Crimes: Croatian Perspective – Selected Issues*, Faculty of Law, University of Zagreb, Zagreb, 2005, pp. 30 – 61.

〔 5 〕 斯洛文尼亚(除了短时间的武装冲突以外,并没有受到战争影响)、克罗地亚、波黑、塞尔维亚和黑山(因为黑山和科索沃希望独立,它的最后法律地位还没有确定),还有马其顿。

之上的多极化社会。除了为这些新成立国家的发展提供了一个光明的展望外,这两种形式的转型也显示了比较消极的一面。具体以战争罪的责任为例,就存在着一个对战争罪责任的双重标准问题,也就是“我们的”或“他们的”。在一些自己一方针对敌人实施的最严重的犯罪还没有被惩罚的同时,又有一些对交战的对方的人员的刑事追诉却以一种没有任何法律依据、歧视性的并且没有任何对公平审判的权利的尊重的方式进行着。除了这些,在战争和社会的转型期,从专业的角度和道德的角度上来说,国内司法已经被摧毁了,并且它常常被指责为腐败不堪并且与黑手党相勾结。因此,在评价战争犯罪的责任上的不同政治、法律和道德标准以及司法能力的问题,让所有的转型国家都很难以符合国际标准的方式运行国内的司法体系。

对于前南斯拉夫解体后的建立起来的这些国家来说,前南斯拉夫国际刑事法庭在很多方面都扮演着很重要的角色。首先,当这些国家的国内法庭没有准备好去惩罚自己国家的人所犯下的罪行时,法庭能保证实现正义,并且将公正送到受害者手中。其次,前南斯拉夫国际刑事法庭在其工作中为认定战争罪、反人类罪以及种族灭绝罪的责任设定了新的标准。也因为如此,它不仅推进了国际刑法的发展,为国际刑事法院的建立提供了宝贵的经验,同时它也让各国的国内司法体系开始将自己的标准与前南斯拉夫国际刑事法庭所制定的标准看齐。这不仅仅帮助国内法庭提高了审理战争罪的质量,同时也帮助这些新建立起来的国家提高了国内的法律意识和本国司法的质量。事实上,对公众的调查显示,无论是在国内法庭还是在南斯拉夫国际刑事法庭进行审判,大部分人仍然拒绝追究“自己”国家的犯罪人的责任。受到指控的爱国者仍然享受着公众英雄的待遇,他们可能承担的责任最多就是被媒体偶尔的提及,而且很少会引起广泛的公众关注。

指挥官责任

《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条中的指挥官责任原则对于

提高人们对战争罪责任的意识有着很重要的意义。尤其是第7条第3款,根据这一条款,对战争中所发生的罪行的责任集中在那些有真正权力的人身上,而不管其具有的是军事上的还是政治上的权力,因为正是这些人的决定或者不作为才导致了那些直接的施暴者犯下了种种战争罪行。根据这一原则,那些掌有权力的人是由可能为身份不明行为人所实施的犯罪的主要责任人。这一原则以及共同犯罪集团的原则,被有些人认为是缺乏法律依据、具有政治性,尤其是在那些宣称自己是在进行自卫战争的国家。前南斯拉夫国际刑事法庭在它的第一个案件中接受了共同犯罪集团的概念,^[6]只要该原则只适用于在政治上处于边缘地带的被告,专业人士和普通大众都没有群起反对。但是当它适用于高级别的军事和政治官员时,就会面临很强的抵制。^[7]

完成战略

在安理会决定法庭应该在2010年以前完成它的工作以后,前南斯

[6] Tadić case, IT - 94 - 1.

[7] 例如,米洛舍维奇案, IT - 02 - 54, 安特·戈托维纳案, IT - 01 - 45。在克罗地亚,将坚定的军事解放行动称为联合犯罪行为在政治上和情感上都是个十分敏感的话题。将戈托维纳将军作为被告在克罗地亚引起了广泛的讨论。See the opinion of Mirjan Damaska, an esteemed Croatian professor at Yale University, in his article "How to defend Croatia in The Hague", in the NACIONAL weekly, No. 529, 3 January 2006, available in English at, <http://www.nacional.hr/articles/view/22379/18/> (Last visited 15 January 2006).

拉夫国际刑事法庭开始实施它的“完成战略”。〔 8 〕 它要求,一方面,法庭要将工作集中在高级别的将领所犯下的罪行上。法庭需要遵守一个日程表,在 2004 年以前完成调查工作并完成起诉,在 2008 年以前完成一审工作并且在 2010 年以前完成法庭的所有工作。另一方面,它意味着,国际社会希望以前的交战各方能够通过与前南斯拉夫国际刑事法庭的合作以及在自己的国内法庭审判战争罪来证明自己是一个民主国家并且有“资格”加入欧盟。这些审判应该以公平并且遵行民主社会设定的标准。公平就意味着一国愿意审判“己方”实施战争罪的人,而这到现在为止都很少发生。社会整体环境,尤其是政治环境的改善以及前南斯拉夫各国希望加入欧盟的愿望也很明显地导致了这些国家在追诉战争罪行方面的改变。在克罗地亚和波黑,国内法官队伍已经得到加强,并且开始接受为展开诸如审理战争罪的复杂审理程序而进行的专业培训;有关执行犯罪刑事责任国际标准的法规已经获通过;同时建立了审判战争罪的单独法庭或者在这些法庭中建立了组织性的单位审理战争罪。不仅如此,法庭和法官显得更加专业,为保护证人和受害者的新的措施被采纳,双边合作正在国家间建立(尤其是收集证据和收集证人方面)还有一些其他的措施被采取以加强司法所扮演的角色。在波黑和科索沃,因为它们的特殊情况,国际社会在战争罪责任的决定和适用方面扮演着很重要的角色,因为战争罪是由一个由国内和国际法官以及检察官

〔 8 〕 在第 1503(2003)号决议中,安理会“希望前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达刑事法庭采取一切可行的措施在 2004 年以前完成调查工作,在 2008 年以前完成所有的审判工作,并且将在 2010 年以前完成所有的工作(完成战略)……”安理会在 2004 年 4 月 6 号的第 1532(2004)号决议中再次提到完成战略。为了能够按照要求完成工作,2004 年 4 月 6 号前南斯拉夫国际刑事法庭的法官修改了法庭《程序和证据规则》第 28 条,并且授权法庭可以决定一个新提起的起诉书是否与另一个肯定了完成战略的安理会 1534 号决议规定的提交起诉书的限制性方式(对大多数案件做了限制)相符合。法庭检察长 Carla Del Ponte 不满意这一修改[see text: “ Del Ponte to bring disagreement with judges before the Security Council ” of 28 April 2004, at, www.vijesti.net(last visited 15 January 2006)]。但法庭庭长 Theodor Meron 表示如果追诉一些重要的被告(Karadžić , M ladić)的工作在设定的期限之前没有完成的话,他会要求安理会延长法庭的工作期限(see text: “ Del Ponte to bring disagreement with judges before the Security Council ” of 28 April 2004, at , www.vijesti.net (Last visited 15 January 2006)]。

组成的混合型法庭来决定。这一方案无疑显示出这些国内法庭还没有条件依据国际接受的标准来开展对战争罪行的公平审判。

在克罗地亚追诉战争罪行

克罗地亚今天常被人们称为一个向着正确方向前进的国家,同时也因为它跟欧盟展开的入盟谈判而经常被人们所议论。但它也同样经历了跟司法工作和惩罚战争罪行有关的转型期问题。^[9]正因为克罗地亚与前南法庭的合作,尤其是在寻找和逮捕海牙法庭的被告安特·戈托维纳将军的事件上出现了问题,该国加入欧盟的谈判被长期搁置。除了追诉战争罪以外,克罗地亚的司法体系也受到其他转型期问题的困扰,这集中反映在它的低效率和缓慢的工作上。包括那些几十年前的案子在内的 150 万件没有解决的案件,大量刑事犯罪嫌疑人从来没有被追诉或者审判过,还有公众对司法腐败的指责,都只是这些转型期问题中的最典型的特征。在克罗地亚,刑事司法改革是一个最大也是最重要的工程,而在最近几年,这一工作已经取得了一些进展。^[10]

在克罗地亚的对战争罪行的审判

直到最近,克罗地亚都是在它的警察、检察官和法官活动的基础上

[9] 克罗地亚加入欧盟的意愿在 2000 年的政府更替以后变得十分得强烈。被认为有民族主义倾向且不愿意与前南法庭开展合作的前克罗地亚民主联盟政府下台后,由社会民主党领导的多党联盟开始执政。他的一个主要执政理念就是与前南斯拉夫国际刑事法庭进行合作并且加强克罗地亚的司法和法治。尽管取得了很大的进步,但因为政治上的强大阻力,与国际刑事法庭的合作并没有完全地达到预期目标。克罗地亚民主联盟在 2003 年重新取得大选胜利后,克罗地亚出乎意料地开始和前南斯拉夫国际刑事法庭开展了全面的合作。这一切使入盟谈判在经历了早些时候的延期后有望恢复,并有可能在 2005 年 10 月 3 日通过欧盟部长理事会决议后,开始在首届欧盟—克罗地亚政府间会议上交换意见。

[10] 本文不希望对克罗地亚的司法提供一个深入的考察。For details of planned comprehensive reforms and of those already carried out, see the website of the Ministry of Justice, <http://www.pravosudje.hr/default.asp?nu5121&sid5&akcija5jezik51> (last visited January 2006) .

通过适用国内法来审判战争犯。但是,作为其结束战略的一部分,并根据前南斯拉夫国际刑事法庭的《程序和证据规则》第 11 之二条的授权,^[1]前南斯拉夫国际刑事法庭将会把一些案件移交给包括克罗地亚在内的各国当局来审判。也就是说,前南斯拉夫国际刑事法庭移交案件的愿望必须与各国国内司法体系依法(lege artis)进行审判的能力相匹配。这就要求这些国家具有相应的法律文件,一个高质量和有能力的司法体系以及有关的政治意愿。在克罗地亚,从海牙接手案件被认为不仅仅是一个专业问题,也同时是一个重要的政治问题,因为自己的国民被从一个有权力进行审判的国际刑事法庭转移到了自己国家的国内法庭,这意味对这个国家的民主地位的肯定并减轻了由在海牙审判所时不时引起的严重的政治问题。

克罗地亚实际上已经进行了很多与战争罪有关的审判,但是它们大部分都是审判交战对方的成员,而很少有针对自己的武装力量代表的审判。此外,这些程序中有些部分是不公平的,有时甚至完全没有正义可言。尽管恰当开展的诉讼(大多是针对塞尔维亚人)的数量可能会大大

[1] Rules of Procedure and Evidence, Rev. 37 (16 Nov. 2005), Rule 11 bis, Referral of the Indictment to Another Court: A. After an indictment has been confirmed and prior to the commencement of trial, irrespective of whether or not the accused is in the custody of the Tribunal, the President may appoint a bench of three Permanent Judges selected from the Trial Chambers (hereinafter referred to as the Referral Bench¹), which solely and exclusively shall determine whether the case should be referred to the authorities of a State: (i) in whose territory the crime was committed; or (ii) in which the accused was arrested (Amended 10 June 2004); or (iii) having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case (Amended 10 June 2004), so that those authorities should forthwith refer the case to the appropriate court for trial within that State. (Revised 30 September 2002, amended 11 February 2005). B. The Referral Bench may order such referral proprio motu or at the request of the Prosecutor, after having given to the Prosecutor and, where applicable, the accused, the opportunity to be heard and after being satisfied that the accused will receive a fair trial and that the death penalty will not be imposed or carried out. (Revised 30 September 2002, amended 10 June 2004, amended 11 February 2005). C. In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Referral Bench shall, in accordance with Security Council resolution 1534 (2004), consider the gravity of the crimes charged and the level of responsibility of the accused. (Revised 30 September 2002, amended 28 July 2004, amended 11 February 2005) . . .

地高于那些通过强迫、拒绝启动程序或者整个程序都是为了无罪释放克罗地亚人而进行的不当诉讼的数量,但这些审判给人的总体印象会摧毁克罗地亚的司法体系和整个国家。尽管克罗地亚的司法体系的确拥有专业人员和其他条件来审判所有案件,但很显然的是,整体的政治和道德气候不能有效启动和正确开展对战争犯的刑事诉讼。有很多原因造成了这一现象,例如:政治、媒体的影响;不同宗教团体的关系;以及不同社会集团的结合等。克罗地亚所面临的真正问题是,国家当局有没有能力在一个较短的时间内改变大众以及整个国家官僚机构对这一问题的态度。正是因为以上原因,国际社会很谨慎地对在克罗地亚的审判进行了监控。由著名的保护人权的非政府组织开展的“面对过去——监控战争罪行审判”的工程,旨在改善克罗地亚的司法实践的质量并且帮助建立对国内法庭的信任。^{〔2〕} 这个工程希望通过在国内法庭审判战争罪行,为受害者主持正义,给被告一个公正的审判,让社会从法律上和政治上远离犯罪,并且将克罗地亚的道德、种族、法律和政治标准提高到能够加入欧盟的水平。^{〔3〕} 在总结其调查结果时,这个非政府组织强调:克罗地亚法院在将国内司法的工作提高到符合前南斯拉夫国际刑事法庭标准方面,执行保护和支 持证人的法律和制度条件方面,建立追诉战争犯罪的区域合作方面以及在诉讼的公开和对外界监督的公开等方面,都取得了积极的进步。而另一方面,该组织也认识到一些不足,如:司法偏

〔12〕 这个工程由奥西耶克和平、非暴力和人权中心与斯普利特保护人权和公民自由的 A ltru ist 中心,克罗地亚人权公民委员会和赫尔辛基人权委员会合作开展,同时得到了欧盟驻克罗地亚代表团、美国驻克罗地亚大使馆以及开放社会协会(克罗地亚)的支持。监督克罗地亚战争罪审判的成果发表于 M onitoring of W ar C rime T rials: Annual Report 2005, Centre for Peace, Non - violence and H um an R ights, O sijek, 2005.

〔13〕 同上,第6页。

袒,^[4]大量的缺席(in absentia)审判,^[5]起诉书质量不高以及对证人、受害人和原告的不当待遇。^[6]同样的问题也可从法院技术设备不足中看到(审判室的硬件设备、安全措施、不受干扰的审讯条件、录音和录像设备等)。欧洲安全与合作组织的观察团也发现了相类似的不足。^[7]

在克罗地亚,从1991~2005年,有4774人被报告为犯有战争罪,1675人被起诉,778人被定罪,245人被释放。在1993年,克罗地亚的检察长宣布将对很大一部分战争罪案件进行审查,这一审查在2005年被实施。检察长后来公开宣布,这一审查导致了大概800多件诉讼程序的

[14] 依据犯罪者种族而产生偏袒的结论是建立以下基础之上:根据被告的民族定罪和无罪释放的比例;被追诉的塞尔维亚人和克罗地亚人数量不成比例;克罗地亚人仅因谋杀罪被诉,而塞族人还会因其他违法行为受到起诉以及对待证人的态度。

[15] 在克罗地亚法中,缺席(in absentia)审判对其他犯罪也适用,因此一般认为那些有政治动机的,可能会耗时很长和无效的,可能会需要召开很多听证会从而导致多重伤害和经济上的原因等都会导致适用缺席(in absentia)审判,而不光光是在审理战争犯时适用。根据克罗地亚刑事诉讼法案,可以在被告逃跑或者因其他原因没有办法被当局抓获并且有十分重要的理由要将他审判的情况下适用缺席(in absentia)审判(official gazette Narodne novine, Nos. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02 and 62/03)。缺席(in absentia)审判的判决由审判庭根据检察官的意见做出。

[16] 和平中心的报告,参见注释[12],第12页。尽管从方法论的角度上来说,报告中的有些结论有点仓促,但是它的确强调了在克罗地亚进行的战争犯审理的最重要的问题。

[17] 欧洲安全与合作组织在参考了克罗地亚总检察官的年度报告和自己的来源以后,在它的“克罗地亚战争犯审理程序的背景信息和监控审理的结论”的报告中写到:“从1991年以来,克罗地亚开始了对战争罪犯的大规模审理。大概有5000人被调查,其中约1700人被起诉。约有800~900人的审判已经结束,其中有超过800人被定罪,还有大概100人被无罪释放。大部分的诉讼都是针对那些对克罗地亚人犯下罪行的塞族人的,同时绝大部分的有罪判决都是在缺席(in absentia)审判的情况下针对塞族被告的。还有大概1400~1500人的程序仍然在继续,包括450~500人被起诉,850~900人被调查。根据观察团的统计报告,在2003年,有37人被逮捕,53人被起诉,101人被审判,37人被定罪,4人被无罪释放,有12人的起诉被撤回,同时还有83人上诉到了最高法院。”奇怪的是,欧洲安全与合作组织的数据,克罗地亚检察官的数据还有和平中心的数据(参见注释[12])有些不一致,这可能是运用了不同的方法和数据来源。

中止。^{〔8〕} 在从 2003 年到 2005 年间,新的程序也不断开始,但是数量大大少于以前。

从 2000 年开始,在克罗地亚为处理与审判战争罪有关的问题展开了广泛的努力。这当中的问题可以被分为现实的和法律的问题。很大一部分是因为这些罪行从发生到现在已经经历了很长一段时间,很多证人已经去世或者迁移,不能很清楚地记得那些事情或者因为恐惧,被威胁或者其他原因不愿作证。而且,根据到现在为止的经验,一些团体或者普通大众仍然会给司法机关以压力。为了解决这一问题,克罗地亚已经开始尝试通过大规模的教育计划来提升警察、法官和检察官以及非政府组织和媒体的专业水准。

法律问题

在可能发生的国内诉讼中,尤其是那些前南斯拉夫国际刑事法庭根据其《程序和证据规则》的第 11 之二条交给克罗地亚审判的那些案件中,最大的问题是克罗地亚的刑事实体法不承认根据《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款所确定的指挥官责任原则。第二个问题是关于对前南法庭可能移交给克罗地亚检察当局的证据使用的问题,或者在那些不是由前南斯拉夫国际刑事法庭自己启动的程序中的证据使用问题。

克罗地亚的法律(跟其他欧洲国家的法律一样)并没有像《前南斯

〔18〕 克罗地亚检察官 Mladen Bajić 表示:“克罗地亚检察当局从 90 年代开始已经推迟了对 800 多人的刑事诉讼。”Bajić 表示这些人大多数都是塞族人,也有少数的克罗地亚人,都是因为没有足够展开诉讼的条件。到目前为止,有关赦免交战中叛乱人员的法律赦免了大概 22000 名塞族人,但是有超过 500 个塞族人被缺席(in absentia)审判,并且被判处长期的监禁。最高法院驳回了一些判处塞族人有罪和克罗地亚人无罪的判决,但是事实是仍然只有四个克罗地亚人因为犯下了对塞族人的罪行而被判有罪(HTnet/Vecernji list, 29 May 2004)。某种程度上,针对塞族人和克罗地亚人的刑事诉讼的数量反映了战争中两方犯下的罪行的数量,但是同时也有克罗地亚司法当局(或者更理想的情况,因为政治意愿)不愿意处理“自己一方”的英雄的原因。

拉夫国际刑事法庭规约》中那样确认指挥官责任。尽管它已经在 2004 年通过法律修正案和补充条文的形式将这一原则融入到了刑法典中,但是这些条文因为宪法的原因(法不溯及既往原则和罪刑法定原则)而不能被适用到对前南战争中战争犯的审理当中来。因此,指挥官责任仍然在很大程度上由只能通过解释现存的实体法来涵盖,尤其是那些关于不作为犯罪的条文。从专业的角度看,在这个方面的发展很值得关注,因为到目前为止,克罗地亚的司法当局都还没有对现有的立法采取过解释性的方法,尤其是在刑法规范中。因此,最高法院在这一问题上发挥决定性的角色。到目前为止,大部分的案件都是在行为人直接实施犯罪或者命令实施犯罪的基础上被审判的。几乎无一例外的是,他们都是那些职位较低或者中等职位的人。仅有的例外是对塞族部队或者前南斯拉夫部队的高职位工作人员的审判,而针对他们的案子又大多是缺席(in absentia)审判的。到现在,仍然没有一个狭义上(《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款)的根据“指挥官责任”原则进行的审判。很大数量的针对塞族部队以及前南斯拉夫部分的诉讼是缺席(in absentia)审判的方式进行的,这些审判的质量很差。在这些诉讼中有一个共同的问题,那就是证人一般都不愿意出庭作证,尤其是那些塞族和黑山族的证人。尽管这样,在有些案件中,克罗地亚的法庭部分或全部采用了严格意义上(stricto sensu)的指挥官责任这一概念。例如,在 1998 年到 2000 年,对亚塞诺瓦茨集中营^[19]阿斯塔沙指挥官丁科·萨纪奇的审判。他被从阿根廷引渡回克罗地亚后,在萨格勒布对他进行了审判。^[20]遗憾的是,也有一些案件在克罗地亚的审判并不是以一种法律

[19] 在第二次世界大战中,沙基奇是独立克罗地亚国家的军事部队的一员。跟大部分的克罗地亚反法西斯运动不同的是,这是一个与德国和意大利合作的傀儡政府。亚塞诺瓦茨是一个发生了大量屠杀和其他暴行的臭名昭著的集中营,大量的犹太人、塞族人、罗马天主教徒和反法西斯的克罗地亚人在这里被杀害。

[20] 萨格勒布的第一审法庭在 1999 年 10 月 4 日,判处了他 20 年有期徒刑(克罗地亚刑法典中规定的最高刑罚)。克罗地亚最高法院通过 No. 1Kž-210/00-5 判决在 2000 年 9 月肯定了这一刑罚。

和道德意义上可以接受的方式进行的。^[1] 但让人鼓舞的是,这些案件的判决已经被克罗地亚最高法院撤销并发要求回重审。

在克罗地亚,对战争犯的审判只有在客观的处理了现有问题的前提下才可能取得成功。跟刚才提到的那个非政府组织的工程一样,欧洲安全与合作组织在关于战争罪审判的报告中提到了一些进步。^[2] 但它也同样批判了克罗地亚国内司法的状况和对战争罪的诉讼,并强调了跟前一个报告相同的不足,即不公开审判所具有的弱点,^[3]“在启动诉讼和进行诉讼阶段,以及最终裁决上”基于种族原因的歧视,对证人的不适当待遇,程序的过分延长,在证据开示中的弱点,公众的压力,起诉书质量不高,不当的辩护(尤其是在审判不公开进行时),判决书中推理不足和不一致的司法实践等。^[4] 除此以外,欧安组织的报告还强调克罗地亚司法当局“很大程度上将《防止及惩治灭绝种族罪公约》第2条中对种族灭绝的定义”理解成“强制人口消失”。^[5] 但奇怪的是,欧洲安全与合作组织没有强调刚才提到的那两个被克罗地亚专业人士认为从前南

[21] 媒体定期地报告了“罗拉案”和在 Gospić 对 Karan 的审判。另一方面,大部分人都认为在里耶卡进行的针对 Norac 将军和其他人的审判是公正的。因为这些案件目前仍然在审理 (sub judice), 这里不讨论这些案件。

[22] 根据欧洲安全与合作组织在 2005 年 4 月 26 日发布的报告, Background Report: Domestic War Crime Trials 2004, “2004 年的种种迹象显示,总体上,塞族战争犯审理的公平性比以往几年提高了很多。检察官取消了很多针对塞族人的没有实质依据的诉讼。塞族人定罪的比例比前几年低了很多,同时也有很多针对塞族人的指控在审判中也被撤回了。尽管时不时的有针对塞族人的在没有实质依据的或者已经被撤销的指控的基础上的逮捕,但是 2004 年塞族人被逮捕后因为指控被取消又被释放的数量增加了。在检察官,最高法院和司法部的干预下,完全的缺席 (in absentia) 审判的数量显著下降了。这些事实都表明克罗地亚的司法正朝着一个没有民族偏见的司法目标前进,而基于种族原因的不公正一直都是它的主要特征”(报告第 3 页)。立法中的变化和撤回针对 370 人,其中大部分对塞族人的没有法律依据的诉讼都表明克罗地亚司法的积极发展(报告第 9 页)。

[23] 关于缺席 (in absentia) 审判的不足,参见 Mohamed El Zeidy, “Universal Jurisdiction in Absentia: Is it a Legally Valid Option for Repressing Heinous Crimes?”, Oxford University Comparative Law Forum, 2003, Oxford University Comparative Law Forum 4 at, <http://ouclforum.com/articles/zeidy.shtml> (last visited January 2006) .

[24] 同上,第 31 ~33 页。这些结论被很多的法庭判决支持,有些也被克罗地亚公众深恶痛绝。

[25] O S C E Background Report, above note 22, p. 20 .

国际刑事法庭接受案件而审理战争罪的最大挑战的问题(也就是关于“指挥官责任”和证据的使用)。

克罗地亚的立法和对战争犯的惩罚

在克罗地亚共和国,惩罚战争罪犯^[6]或者对惩罚有十分重要意义^[7]的国内法渊源,主要是南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法典。它的有效期一直到1991年,后来被作为克罗地亚的法律带到了克罗地亚法律体系中,并经过修订后命名为克罗地亚共和国基本刑法典;^[8]从1998年1月起开始生效的新的刑法典;^[9]1996年关于克罗地亚共和国和国际刑事法庭合作的宪法法案;^[10]2003年关于实施国际刑事法院规约和追诉违反国际法和国际人道法的刑事犯罪法案;^[11]保护证人的法

[26] 为了简洁,本文中所述的“战争犯”,是武装冲突中针对国际法所保护的价值和克罗地亚刑法典中包含的刑事犯罪以及在前南斯拉夫国际刑事法庭和国际刑事法院所认定的犯罪。

[27] 详细的重要国际法渊源,尤其是对克罗地亚有约束力的渊源,请参见 Ivo Josipović, Davor Krpacic and Petar Novoselec., “Stalni međunarodni kazneni sud”, HPC - Narodne novine, Zagreb, 2002, pp. 36 - 45.

[28] 参见克罗地亚第53/1991号政府公报 Narodne novine(延用前南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法典)以及第39/1992号和第91/1992号政府公报上的修订案和更名。统一的文本发表在第108/1995号、第16/1996号和第28/1996号政府公报上。在由前南斯拉夫各个省和共和国调整的问题由克罗地亚刑法典(以前的克罗地亚社会主义共和国刑法典)调整。因为这部法律没有包含关于战争罪的内容,在这里将不讨论。1998年1月1日生效的新刑法典,将这些问题纳入其中并且发表在 Narodne novine 110/1997上。法律文本更正,修正案和补充案在发表在 Narodne novine 27/98, 50/00(宪法法院判决), 129/00, 51/01, 111/03, 190/03(宪法法院关于推迟修正案和补充案的决定发表在 Narodne novine 111/03上因为他们没有能够获得议会多数票通过)和 105/04。不仅如此,最后采纳的一个修正案包含了一个关于战争犯的修正案。

[29] 见上一注释。

[30] Narodne novine, 32/1996. 尽管在它生效时有很多的争论,来自高层政治人士的挑战以及很多对它的合宪性(至今没有能够解决)进行审查的要求,这部法案仍然是我们最有毅力的法案。更重要的是,它完全实现了自己的目标(完成克罗地亚和前南斯拉夫国际刑事法庭的合作)。很显然的是政治原因也对它有贡献。尽管宪法法案本身并没有包含关于战犯的实体法,但它规定了克罗地亚和前南法庭的合作。

[31] Narodne novine, No.175/103. 这部法对指挥官责任没有直接的影响,但是它的关于决定进行战争犯诉讼的条文也很重要。

律；^{〔2〕} 刑事诉讼法案；^{〔3〕} 关于国际刑事协助的法律；^{〔4〕} 以及关于国际性限制措施的法律。^{〔5〕} 克罗地亚也同时受到所有的最重要的关于战争法和国际人道法的国际条约的约束，包括 1949 年的保护武装冲突中受害者的《日内瓦公约》及其两个《附加议定书》（克罗地亚通过条约继承的方式加入）；1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》（克罗地亚通过条约继承的方式加入）；1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》；《国际刑事法院罗马规约》（克罗地亚通过了专门法律来批准该规约）。^{〔6〕}

与前南斯拉夫刑事法庭的合作

克罗地亚与国际刑事法庭的合作以及履行自己的义务主要是通过 1996 年关于克罗地亚共和国和国际刑事法庭合作的宪法法案来开展的。通过这个法案，克罗地亚可以与国际刑事法庭开展所有模式的合作，其中包括移交或引渡被告等。^{〔7〕} 正因如此，它成为了那些反对与前南刑庭全面合作的政治家、专家和分析家们的攻击目标。但是这一法案并没有规范克罗地亚法院战争审理中的一些特定的条件。批准《罗马公约》，为克罗地亚在 2003 年底提供了一个将“指挥官责任”的概念引入到克罗地亚刑法典中来的机会。虽然《罗马规约》的转化过程对整个克罗地亚刑法体系都产生效力，克罗地亚的宪法法院却以这些刑法典的修正案没有达到克罗地亚议会多数，而全部（不光是关于指挥官责任的问

〔32〕 Narodne novine, No. 163 /03.

〔33〕 Narodne novine, Nos. 110 /97, 27 /98, 58 /99, 112 /99, 58 /202, 143 /02, 62 /03, 178 /04.

〔34〕 Narodne novine, No. 178 /04.

〔35〕 同上。

〔36〕 Narodne novine, Međunarodni ugovori (International Conventions), 5 /2001 .

〔37〕 详细的关于这部宪法法案适用和采纳中出现的问题以及它被争论的原因，参见 Ivo Josipović, The Hague Implementing Criminal Law, Hrvatski pravni centar and Informator, Zagreb, 2000.

题) 否决了这些修正案。新的政府向议会提交了不那么野心勃勃的刑法修正案和补充案, 这些修正案和补充案数量远为减少, 但指挥官责任条款和修正的反人类罪条款与先前的案文相同。这些修正案和补充案在 2004 年被采纳, 指挥官责任按照与德国法一致的方式来规范。^[8] 这最终消除了《罗马规约》和克罗地亚刑法典在理论上和现实上的对立。^[9] 但是怎样处理在刑法修正案通过以前有关指挥官责任的案件仍然是一个问题。

刑事犯罪

在克罗地亚共和国的刑法典和基本刑法典中, 与前南斯拉夫国际刑事法庭有关的刑事犯罪(罪行) 的规定是从前南斯拉夫的刑事立法中继承来的。这些刑事犯罪包括: “ 种族灭绝罪 ”(刑法典第 156 条), “ 针对平民的战争罪 ”(第 158 条), “ 针对伤病员的战争罪 ”(第 159 条), “ 针对战俘的战争罪 ”(第 160 条), “ 非法杀害和伤害敌人 ”(第 161 条), “ 非法从战场上受伤者身上没收财物 ”(第 162 条), “ 以非法手段杀害战斗员 ”(第 163 条), “ 伤害谈判人员 ”(第 164 条), “ 对伤病员和战犯的不人道待遇 ”(第 165 条), “ 归还战俘的不当迟延 ”(第 166 条) 及“ 破坏文化财产和包含文化财产的物品 ”(第 167 条)。克罗地亚立法还确立了(第 157 条) 与反和平罪相呼应的“ 侵略罪 ”。两部法律中的描述基本上都是相同的, 但是在这里都被提及, 因为人们可能会对在哪些情况下适用那部法律而产生疑问。值得一提的是, 直到 2004 年克罗地亚的刑法典中都没有关于反人类罪的规定, 但最近的一个刑法修正案将这一罪

[38] See *Volkerstrafgesetzbuch* of 26 June 2002, paras. 4, 13 and 14.

[39] 关于在克罗地亚适用指挥官责任的最重要的理论问题障碍, 参见 Petar Novoselec, “ Materijalno pravne odredbe Rimskog statuta ”, in Josipović, Krapac and Novoselec, above note 27, pp. 106 ff. See also Davor Derčinović, *Kritički o institutu zapovjedne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1 /2001, and Mirijan Danaska, “ The shadow side of command responsibility ”, *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3 (1986).

行引入了进来,并且几乎完全采用了罗马公约的用语。但是很难想象一些在国际法中被认为是反人类罪的行为(尤其是在《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第5条)在克罗地亚的立法中不被认为是反人类罪。尤其是因为刚刚提到的规约条款并不区分军事和非军事的上级,因此对惩罚平民“指挥官”责任的怀疑都被打消了。大多数刚刚提到的条款中,都以这样的格式开头“任何人,只要违反国际法……”^[40]更重要的是,在对其他犯罪罪行的描述中,对战争责任的描述不仅仅限于军事指挥官。^[41]相类似的是,采取“任何人,只要违反国际法”的形式,是一个空白条款,它的全部内容是在采取相关国际法规范以后形成的:“考虑到针对平民的战争罪行只能在违反国际法时发生,法院在认为受控告的人应该对这些罪行负责的时候,必须要准确地表示哪一些国际法的规范被违反了。”^[42]值得强调的是刑法典中规定了一种单独的犯罪,“组织一个群体和煽动种族灭绝和战争罪”(第123条),并且在2004年最新的刑法典的修正案中,引入了“指挥官责任”这一单独的刑事犯罪形式(第167a条)^[43]“计划针对国际法保护的价值的罪行”(第187a条)和“协助针对国际法保护的价值的犯罪的人”(第187b条)。

[40] 种族灭绝,针对平民的战争罪,针对伤病员的战争罪,针对战俘的战争罪,非法杀害和伤害平民,伤害谈判人员,对伤病员和战俘的非人道待遇,毁损文化财产,非法的作战手段(第2段)。

[41] 因此我们可以看到这样的格式:“无论谁命令……”(在战场上从伤病员手中非法没收财物)或者“无论谁制造或者改善,生产,购买……”(非法的作战手段)

[42] 克罗地亚宪法法院案件 U - III - 368 /98, 克罗地亚最高法院案件 Kž - 213 /01 和 Kž - 588 /02。

[43] 指挥官责任:(1)一个军事指挥官或者一个实际上扮演者军事指挥官角色的人或者平民高级领导或任何一个在平民组织中有领导或者监督角色的人,如果他知道他的下属已经构成了这些罪行并且没有采取所有的合理措施来阻止,将会根据本法典的第156条到167条受到处罚。(2)本条第一款中提到的人如果知道他的下属将要去实施第156条到167条中的一种或者数种罪行而没有适当的监督并采取措施避免这些罪行的发生的话,将会被处以一年到八年的有期徒刑。(3)本条中第一款中所提到的人如果没有将案件交由有关当局进行调查和对施行罪行的人进行处罚的话,将会被处以一到五年的有期徒刑。

宪法性条款

以上提到的法律渊源对惩罚战争犯有十分特别的意义。但是,在考察法律条文具体含义之前,应该首先回顾一下克罗地亚宪法中的相关条款。首先,在克罗地亚宪法中规定了关于适用国际法规则的条款。克罗地亚宪法第 140 条^[44]规定“根据克罗地亚宪法程序签订、批准和公布的并且生效的国际条约,将作为整个克罗地亚国内法律秩序的一个部分,并且在法律效力上优先于法律”。这一表述清楚的表明了哪些国际条约形成了它的国内法体系,但同时也清楚地表明它排除了国际习惯法对国内法的直接适用。它也同时消除了人们对如何解决《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款的适用问题的争论,因为有些人认为指挥官责任应该作为国际习惯法来适用。^[45]至少对这篇文章来说,它同时也让关于指挥官责任是否是国际习惯法以及其形成于何时的争论变得多余。因为指挥官责任是形成于第一附加议定书的生效、还是形成于特设国际刑事法庭开始工作时或其他时间,对这些问题的回答只有在我们有可能通过国际习惯法将指挥官责任适用到前南斯拉夫领土上发生的罪行时才有意义。^[46]

除此以外,我们还需要铭记对刑事立法和刑事立法中相关规则的适用具有重要性的宪法条款。宪法第 31 条第 1 款(第一句)规定:“任何人在他的行为被法律和国际法定义为非法之前都不能受到处罚,也不能以一种没有被法律规定的刑罚对他进行处罚”(合法性原则和暗含的法

[44] 克罗地亚宪法——统一文本, Narodne novine, No.41 /2001.

[45] 但是当克罗地亚刑法典将不同的犯罪描述为“违反国际法”(既空白条款),这也包括了违反国际习惯法。

[46] See also Jean - Marie Henckaerts and Louise Doswald - Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules, ICRC /Cambridge, 2005, Rules 152 /3, pp. 556 - 63 and the references mentioned there.

不溯及既往原则)。^[7] 此外,宪法也规定,“ 如果犯罪行为在施行以后,法律创设了一种更轻的刑罚,那么他也应该受这种更轻刑罚的处罚 ” (第 31 条第 1 款,第二句——从轻处罚原则)。在罪刑法定原则(法不溯及既往原则)和从轻处罚原则方面,刑法典的规定更向前走了一步,“ 如果一个人的行为在其发生时没有被法律或国际法规定为可处罚的犯罪并且法律没有规定相应的刑罚种类和措施,那么不得对该人实施处罚和其他形式的刑事制裁 ”。^[8] 刑法典中的罪行法定原则明确要求就某项罪行事先制定刑罚的种类和措施。同样,根据从轻处罚原则,刑法典明确要求“ 在犯罪实施后,如果法律被一次或数次修改,则必须对犯罪行为适用刑罚最轻的法律 ”。^[9] 跟宪法中只是适用较轻的法律进行处罚不一样的是,刑法典中对适用刑罚较轻的法律的规定有着更加广泛的范围,它将这个原则不仅和处罚联系还和其他可能的标准联系起来(比如,追诉时效)。^[10] 应该强调的是,在克罗地亚战争期间(1991—1995),刑法中规定的最重的刑罚就是二十年监禁。根据上述分析,可以很容易地得出克罗地亚的法院很难将战争期间的罪行处以二十年监禁以上的刑罚。当然,很多人都会认为这种惩罚对那些严重的刑事罪行(尤其是种族灭绝罪)来说实在太轻了。

实施国际刑事法院规约

《关于实施国际刑事法院规约和追诉违反国际法和国际人道法的刑事犯罪法案》(以下简称《实施法案》),可能是一个特殊、甚至是不寻常的、但在克罗地亚国内法庭中追诉战争犯时很实用的重要法律渊源。这个法案的名字就已经清楚地表明通过它的目的就是为了在克罗地亚实

[47] 显然,这种形式排除了适用宪法第 89 条第 5 款“ 只有法律条文的个别条款能够在存在特别的理由时具有溯及力 ”的可能性。

[48] 合法性原则,刑法典第 2 条第 2 款。

[49] 强制的从轻原则,刑法典第 3 条第 2 款。

[50] Compare Bačić, Franjo, Kazneno pravo, opci dio, peto izdanje, Zagreb 1998.

施国际刑事法院《罗马规约》。但是《实施法案》除了实施《罗马规约》的部分以外,还有其他的独立于国际刑事法院管辖权的、补充国内立法和用于追诉战争犯的条文。这些条文在追诉那些从1991年到1995年间战争中的战犯时也适用。不仅如此,法案中的一些方案是专为便利和更有效追诉在那段时间中发生的战争罪,尤其是那些前南国际刑事法院移交的案件而设计的。^[1]立法者希望通过几种重要的方式来达到希望的目标。首先,这一《实施法案》让(选择性的,由检察官提议,并且由克罗地亚最高法院的院长批准)所有的或者实际的战争犯罪的诉讼可以在四个“大的”县进行:奥西耶克、里耶卡、斯普利特和萨格勒布(第12条)。此外,由优秀调查官组成的特别调查部门在四个县都设立起来(第13条第1款和第3款)。为了能够满足审理战争罪的特别的、专业的需要和抵制可能的压力,对战争罪都会由一个由三个专业的,经过专门训练的法官来审理,而不是由法官和陪审员共同审理(第13条第2款、第3款和第4款)。一个特别的检察官已经被任命,他的职权是全国性的(第14条)。在警察局内部也已经建立起了特别的调查部门(第15条)。因为战争罪是最严重的罪行,并且一般都以有组织的方式由数人一同实施,法案的第16条规定针对反腐败和有组织犯罪的法律也同样适用于战争罪,而这些法律可以允许在起诉前实施更长的审前拘留(最长到一年),赋予检察官更多的权利和使用帮助证人的组织。同时,这一法案也

[51] 根据克罗地亚政府在2001年的结论,克罗地亚警察和司法组织在揭露、调查和追诉在国土上发生的战争中和战争后的战争罪行上没有一个适当的结果。除此以外,结论还强调克罗地亚需要在调查针对它的侵略战争中更加有效率,并且必须将这些调查的结果向前南斯拉夫国际刑事法庭汇报。与此同时,除了上述的情况继续延续以外,有些克罗地亚法庭的程序进行地十分荒谬。这些包括在斯普利特法庭进行的“罗拉案”和哥斯皮奇法院进行的“卡然案”。他们都受到媒体的广泛关注。在后一个案件中,判决中认定被告有罪的理由是建立在“他的人民的历史罪恶的基础上”。后来,最高法院撤销了这两个判决并且将两个判决发回重审。但是,当法案在议会进行二读的时候,代表耶卡·明达斯—宏达克表示反对那些以这一方式支持议案通过的人,因为“有些法案甚至敢指明和适用到最近发生的具体案件中,例如斯普利特法院的那个案件。这样的行为绝对不能容忍,因为他不仅容许政治介入到司法当中并且会鼓励对自己国家的司法的不信任”(Transcript, 493/6/KM)。See Josipović, above note 4, p. 201, ref. 53.

要求实施更高的证人保护和受害人保护的标准(第8条和第9条)。^[2]

从前南斯拉夫国际刑事法庭接收案件:一个测试克罗地亚作为一个转型的社会是否已经成熟的标志

由国际法庭审判自己的最高军事和行政长官,这对任何国家来说都是在法律、道德和政治方面所面临的严重挑战。首先,它表明,至少国际社会认为,这个国家的法律和道德体系没有充分发展到足以审判这些犯罪的程度。而且就像前南斯拉夫各国所经历的那样,本国人对战争中发生的事件的(包括对战争犯罪和战犯)态度和国际社会通过前南斯拉夫国际刑事法庭对这些事件的看法有很大的区别,前者可能会把受法庭控告的人看做英雄。与前南斯拉夫国际刑事法庭的合作,尤其是将受控告的人引渡到海牙,在相当多的一部分人看来是一种背叛国家利益的行为。因此,前南斯拉夫各国都曾表示希望将诉讼从前南刑事法庭转移到自己国家中来,但是这会带来新的挑战。首先,如果要前南斯拉夫国际刑事法庭将诉讼程序转移,它需要确认一国的国内司法完全能够公平和按照国际社会接受的标准来进行诉讼。这要求一国有合适的立法和独立的并具有合适的职业和道德水平的法官。上述“背叛国家利益”的观念变成了对一国(国内)法院审判“自己的英雄”的不满。能否进行一个公平的审判会由前南斯拉夫国际刑事法庭在决定是否转移刑事控告时进行评估,这些程序自身也会通过详细的监控而被评估。如果评估结果是肯定的,它当然会打开加入欧盟的大门,而如果是否定的话,那么无疑将会把这一大门关闭很长一段时间。

[52] 证人保护法在当需要保护证人时就会适用。Narodne novine, No.163/03.

第一个案件

作为前面提到的“完成战略”的一部分，^{〔3〕}也是为了减少它的工作量，前南斯拉夫国际刑事法庭已经决定将一些案件移交给国内的司法程序。该法庭程序和证据规约第11之二条允许它将一部分案件交给国内法院。^{〔4〕}克罗地亚当局已经多次表示希望能够将自己国民的案件或者在克罗地亚领土上发生的案件交给它自己审判。到目前为止，有两次可能的机会。在武科瓦尔帝诺、什利万查宁、拉迪奇和姆尔斯克西奇(Case No. IT - 95 - 13 / 1 - PT)一案中，检察官办公室提议法庭将案件交由一国国内法庭来审理，克罗地亚和波黑都表示希望接受。虽然两个国家都有自己的理由，表面上都是以法律为理由但实际上是出于政治考虑，检察官办公室没有特别指明案件应该交给哪个国家。克罗地亚的要求是建立在法律和道德的基础上，希望能在罪行发生地，即克罗地亚来进行审判。这是一个非常重要的原则，因为这一案件是发生在克罗地亚战争期间的最严重的犯罪之一。而另一方面，波黑强调是它将罪犯引渡到海牙而不是第三国来进行审判的，而且波黑的宪法也不允许引渡到第三国。因此，如果将案件移交给克罗地亚的话，将会意味着违反波黑的宪法。对两国进行公正审判的能力，仍存在怀疑。这个敏感的问题最后以检察官办公室撤回请求而告终，案件也最终由前南国际刑事法庭自己来进行审理。^{〔5〕}

另一个克罗地亚希望接手的案件是克罗地亚将军拉希姆·阿代米和米尔科·诺拉茨案(Case No. IT - 04 - 78 / PT)。检察官办公室不无激情地强调，鉴于犯罪的严重性和被告的责任，案件应在海牙审判，但是因为法庭的完成计划和法庭超负荷的工作量，它最终提议将案件交由克

〔53〕 参见注释〔8〕。

〔54〕 The section on the referral of cases is from Josipović, above note 4, pp. 230 - 2.

〔55〕 See Decision on Prosecutor's motion to withdraw motion and request for referral of indictment under Rule 11 bis (30 June 2005).

罗地亚审判。^{〔6〕} 这里不去过多地介绍其中的细节,但是值得提出的是,检察官办公室,被告和他们的辩护律师,克罗地亚还有法庭之友^{〔7〕}都向法庭提交了非常有意思的动议。在这一过程中,一些关于克罗地亚司法在开展审前听证会的客观性、独立性和专业性是否有一个让人满意的法律框架来根据前南斯拉夫国际刑事法庭总检察长提出的起诉书进行诉讼等非常重要的问题都被提出来。在2005年2月11日举行的听证会中,法庭非常仔细地考察了克罗地亚国内根据《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条第3款的指挥官责任原则来追究战犯责任的可能性。^{〔8〕} 法庭之友的结论是,在对“现有的立法进行创造性解释”的基础上,按照规约规定的指挥官责任进行追诉是可能的。^{〔9〕} 前南斯拉夫国际刑事法庭最终决定将案件移交给克罗地亚。法庭在移交案件的决定中,认为克罗地亚的实体法和法院规约只有“很有限的不一致”,并且克罗地亚的证人保护措施能够保证一个公平的审判,克罗地亚法院也能够开展一个公平的审判并且死刑在案件中并不会适用。但是,在决定转移案件的同时,法庭也命令对审判进行监控,要求检察官向它定期汇报。这一决定在克罗地亚的媒体和政治家中受到了普遍的欢迎。

〔56〕 See Request by the Prosecutor under Rule 11 bis for referral of the indictment to another court, filed 2 September 2004.

〔57〕 萨格勒布大学的著名教授达沃·卡拉派克和耶鲁大学的米兰·大马斯卡作为法庭之友在审判中出席。

〔58〕 在听证会上,法庭之友达沃·卡拉派克的陈述和回答有着十分重要的地位。简言之,他认为克罗地亚的司法已经有足够的专业技能来进行战争犯的诉讼,同时他也指出关于实施国际刑事法院规约和追诉违反国际法和国际人道法的刑事犯罪法案(特别专家组,特别检察官,四个法庭的集中决策制定措施,关于证据的条款,等等),新的证人保护法案和其他一些支持将案件移交给克罗地亚的情况。他同时也强调了将克罗地亚的实体法和国际法结合以及合法性和法不溯及既往原则。

〔59〕 See Prof. Krpac's detailed, professionally grounded statement at the hearing, as per transcript, p. 80 ff. Available at, <http://www.un.org/icty/transe78/050217MH.htm> (last visited January 2006).

主要的法律问题

克罗地亚国内司法在处理由前南斯拉夫国际刑事法庭移交的案件中所面临的主要问题^[60]是:

(1) 将海牙的起诉书从内容和形式上“翻译”成符合克罗地亚刑事訴訟法典的起诉书;

(2) 由前南斯拉夫国际刑事法庭收集的证据的可采性;

(3) 将《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》所确立的指挥官责任原则运用到已有的克罗地亚刑事立法中的个人刑事责任的模式中。

当然这些问题都是相互交叉并且在检察官一开始提交起诉书就会开始出现,原因很明显,克罗地亚国内的诉讼必须根据它的国内法来进行。^[61] 如果适用法案的第 28 条特别规定,那么从前南斯拉夫国际刑事法庭接收的案件必须适用克罗地亚的实体法和程序法。虽然克罗地亚的检察官要根据克罗地亚法律来提出起诉书,但它是建立在前南斯拉夫国际刑事法庭起诉书中认定的事实的基础上。根据规则,^[62] 它可以仅仅将自己的起诉书建立在前南斯拉夫国际刑事法庭收集的证据的基础上。实施法案的第 28 条第 4 款规定,所有根据前南斯拉夫国际刑事法庭和它的检察官办公室根据程序和证据规则得到的证据都可以用到克罗地亚法庭中。在审查起诉阶段,这一规则可以适用,但是到了审判阶段问题则可能会出现。根据克罗地亚法律,有些信息是不能被用做证据,因为刑事訴訟法典明确地排除通过某种方式获得的证据。除了在第

[60] 可以预见的是,因为适用了新的关于实施国际刑事法院规约和追诉违反国际法和国际人道法的刑事犯罪法案(专门的法庭和专门的专家组)还有国内的和专业的专家会监控这些庭审,不会有像以前在战争犯诉讼中经常出现的“非法律”问题(欧洲安全与合作组织, Background Report: Domestic War Crime Trials 2004, 参见注释[22])。

[61] 出于对国家主权的考虑,也因为前南斯拉夫国际刑事法庭的规约是被单独的和特别的为法庭创设的,克罗地亚的法官和其他的参与者可能会有同样的法律文化,还有一个法律体系中进行的诉讼程序应该统一等原因。

[62] 克罗地亚的检察官可以要求进行调查和收集其他证据。但是,这将意味着从前南斯拉夫国际刑事法庭接受的证据被认为不足以提交起诉书。可能这也有一些政治因素涉及其中。

9 条第 2 款中关于非法证据的条款外,^[3] 刑事诉讼法案还明确地规定了哪些形式的证据是非法的。这些证据包括:(1) 通过采用非法的监视措施获得的证据;^[4] (2) 非法搜查获得的证据;^[5] (3) 以禁止的方式对被控诉的人进行讯问的记录;^[6] 以及(4) 因为讯问的内容和情况而不能采用的证人讯问的记录,例如,一个不能作为专家的人以专家身份进行讯问的讯问记录。^[7] 在有关提交给前南刑事法庭检察官的证人证言尤其是由被控诉的人提交的证人证言的可采性,情报数据的可采性方面(尤其是由秘密录音录像生成的数据),前南斯拉夫国际刑事法庭通过复印而取得的非原件证据的可采性,还有那些不能到法庭参加诉讼的人的证人证言的可采性等,都可能会发生问题。辩方非常有可能会攻击那些由前南斯拉夫国际刑事法庭收集的而由国内法庭使用的证据的合法性。

即使在起草起诉书的阶段,克罗地亚的检察官可能也会在将前南斯拉夫国际刑事法庭第 7 条第 3 款(指挥官责任)下的个人责任转化中面临问题,因为现在的刑法典中关于指挥官责任的新条文(第 167a)是从 1994 年时加入的,因此根据罪行法定和法不溯及既往原则不能适用战争期间的犯罪行为(1991—1995)。不过,指挥官责任也可以在一定程度上适用其他的当时生效的法律来追究责任。关键的问题是,当指挥官是直接的犯罪行为人时,指挥官责任可以包括哪些形式。它应该既包括指挥官下命令进行犯罪,或者通过不作为,也就是以不采取任何行为的方式(法庭规约第 7 条第 1 款)。当指挥官是一个具有监护职责的人时,他的下属是实施犯罪行为的人。

建立指挥官责任的第一条标准是当指挥官知道下属将要实施犯罪

[63] “通过违反宪法,法律或者国际法保证的被告人的权利、尊严、荣誉和个人人身和家庭生活不受侵犯的方式取得的证据,还有通过违反本法和其他有关刑事诉讼的法律中关于证据收集的条款而取得的证据都属无效”。

[64] 《刑事诉讼法》,第 182 条第 6 款。

[65] 同上,第 217 条。

[66] 同上,第 225 条第 9 款。

[67] 同上,第 235 条和 250 条第 1 款。

而没有采取必要和合理的措施去阻止其犯罪(法庭规约第7条第3款)。这种形式的刑事责任毫无疑问也可以根据国内法在国内法庭中适用,因为它涉及没有采取行为(不作为)的共同犯罪。当指挥官没有采取措施来防止一个他知道正要发生的犯罪时,他明显的同意了那些禁止发生的结果。克罗地亚国内的法律实践已经多次适用了与《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条第1款和第7条第3款(指挥官责任的第一个标准)相对应的责任。^[8]但是,根据仍具争议的规约的第7条第3款,建立指挥官责任还有另外的标准,即下属犯罪的其他两种情况:在第一种情况下,指挥官不知道他的下属将要犯罪,但是他有理由知道,并且因为他“没有知道”,他就没有采取必要和合理的措施来防止犯罪。这种责任形式面临的问题是,克罗地亚刑法典只是在法律有明确规定的情况下才惩罚疏忽过失犯罪。考虑到刑法典并没有在战争罪中惩罚疏忽犯罪的条款(根据对战争罪刑事责任占主导性的理解,这甚至可以被认为是语义上相互矛盾),仅仅适用刑法典不能导致根据规约第7条第3款的指挥官责任来惩罚指挥官。同时,这种责任形式也导致了指挥官的不作为和罪行的因果关系问题。

[68] 在丁科·沙基奇有罪的判决中,萨格勒布法院认定被告丁科·沙基奇有罪,因为他“作为控制了斯塔拉·格拉的斯卡和亚塞诺瓦茨集中营的阿斯塔沙防卫部队的成员和将领期间违反了1907年《海牙第四公约》的第46条和50条”;通过指挥和其他形式的管理(做出决定和实施决定)他命令并亲自参与了实施暴力、酷刑和谋杀战犯的行为,同时他作为集中营的指挥官并没有采取任何措施来阻止阿斯塔沙防卫部队中他的直接下属实施这些暴行”。在K-19/02-81中,卡诺瓦奇法院将被告米兰·斯图亚斯案判处12年监狱(最高法院通过IKz-743/03号判决肯定了这一刑罚),因为他领导的卡拉计那军队“以违反《战时保护平民之日内瓦公约》第3、27、32、53条的方式制定了攻击和围攻斯勒季市的决定……并且在进入没有任何部队驻守的Hrvatski Blagaj, Donja and Gornja Glina, Pavlovac, Donji and Gornji Niksic, Cerovac, Cvitovic, Marindolsko Brdo and Gornji and Donji Kremen,命令下属在没有遇到任何抵抗的情况下,用他们所有的武器向房屋和农场的建筑射击,而且他的部队也的确实施了这一行为”,因此这些行为导致了谋杀、严重的伤害、毁损和盗窃,就像判决中所描述的那样。

第二种根据《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条第3款的具有争议的指挥官责任,是指指挥官作为一个负有一定要惩罚犯下罪行的下属的责任。在此种情形下,指挥官不知道或者也不可能知道他的下属将要犯罪(因为这样他也没有采取措施),或者他知道并采取了所有可能的方式来阻止,但是罪行还是发生了;但是他在知道罪行以后没有采取必要的措施来惩罚犯罪的施行者。在克罗地亚的法律中,这意味着要提交一份刑事报告,采取一些限制措施(当然,不包括采取刑事惩罚),如根据刑事诉讼法典第94条第1款,逮捕实施罪行的人等。根据克罗地亚刑法典,在这种情况下,指挥官自己不会承担责任。但是,如果指挥官没有报告,刑法典的第300条“没有能够在罪行发生后报告”就可能适用,如果发生了协助犯罪的人的情况(*auxilium post delictum*),刑法典第301条也可能适用(在罪行发生后协助施行者)。刑法典第300条所规定的犯罪适用于所有知道报告可以帮助或者协助查清罪行或者发现犯罪行为人而没有提交报告的人。根据这条法律,没有提交报告的人可能会被处于三年以下有期徒刑(第300条第1款)。它同时还规定,任何在履行其职责的过程中而得知发生严重罪行的官员或责任人员没有提交报告都有可能被判处同样的刑罚(三年以下有期徒刑)。尤其应该注意的是,在上述情况下,指挥官对战争罪没有任何意图,放任或者疏忽,同时他的行为和犯罪之间也没有因果关系。在2004年修正的克罗地亚刑法典[刑法典第167a(3)],和德国刑法典一样,将这类犯罪作为一类独立的刑事罪行。值得一提的是,如果指挥官没有能够采取必要和合理的措施来防止犯罪时,他不能仅仅以采取措施惩罚了犯罪人就免除刑事责任。简言之,在犯罪发生时(1991—1995)没有适当的刑事定罪的情况下,除非克罗地亚的检察官和法庭结合国内法和国际法来解释法律,从而找到适用指挥官责任的方法,否则前面提到的指挥官责任将不能够被适用到克罗地亚国内进行的审判中来。就国际法而言,《日内瓦公约第

一附加议定书》、^{〔9〕}《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》^{〔10〕}和《欧洲保护人权和基本自由公约》等的适用都是应予以优先考虑的。^{〔11〕}《欧洲人权公约》第7条第2款包含了对罪刑法定原则的例外,同时它还暗含了禁止溯及既往原则的例外。这一条文可能可以导致法庭适用(通过解释)刑法典中新的条文来审理在1991年到1995年中发生的战争罪行(溯及既往)。^{〔2〕}但是不管怎样,克罗地亚的法庭的判例法还没有确立起能够完全适用指挥官责任的先例。但是,克罗地亚刑事追诉(起诉和审判)的可能前景会是检察官尽量地避免适用克罗地亚刑法典中没有

〔69〕日内瓦公约的第一附加议定书在1977年6月8日通过并且在1978年12月7日生效。克罗地亚通过条约继承的方式成为它的成员国。第一附加议定书包含了两条关于指挥官责任的条款。第86条,名为“没有采取措施”,第1款指出:缔约方“应该阻止严重违反公约的行为,并且采取一切措施来阻止其他的有责任的人违反公约和附加议定书的行为”。第86条第2款更详细地指出“由下属违反本公约和它的附加议定书,并不能解除他的上级的刑事和纪律责任,如果他们知道或者有信息能够让他们在当时得出他的下级正在或者将要严重地违反公约的结论,而他们没有采取所有可能的措施来阻止或者避免这一违反公约的行为”。附加议定书第87条要求缔约方应该要求他们的军事指挥官采取各种各样的措施来阻止犯罪和惩罚施行犯罪的人,包括启动形式程序。尽管第86条和87条的文字用的是“指挥官”而且只在一个地方提到了“军事指挥官和在他们指挥下的武装部队的成员”,但是很明显的是第86条和87条要求的是军事指挥官。类似的是,第一附加议定书只适用于国际性武装冲突,而不是像第二附加议定书那样适用于国内武装冲突而又没有规定相应的指挥官责任。

〔70〕在1970年11月11日生效。克罗地亚以条约继承的方式成为签约方。这个条约规定对战争犯都不应该适用任何法规加以限制,即使那些行为并没有违反该国的国内法,这包括了那些通过1945年远东军事法庭宪章规定的罪行,严重违反日内瓦公约的罪行,危害人类罪(无论是在战时还是在平时),因种族隔离政策而引起的犯罪,种族灭绝罪(第1条第b款)。克罗地亚刑法典第18条第2款同样也包含一个对种族灭绝、侵略罪、战争罪和其他国际法规定的犯罪不适用法规限制的条款。

〔71〕公约于1950年11月4日通过。克罗地亚通过立法的形式在1997年签署了欧洲人权公约和它的第1、4、6、7、11附加议定书(Narodne novine, 国际条约,18/1997)。克罗地亚随后还签署了其他的议定书和附加议定书,但是这些都跟本文没有关系。

〔72〕《欧洲人权公约》第7条第1款,跟克罗地亚宪法很相似要求一个行为如果要被作为刑事罪行惩罚的话必须在行为时被国内法或者国际法规定为犯罪。但是它的第2款也同时规定“这一条款并不妨碍根据在行为时被文明各国的承认的普遍原则来进行追诉和刑罚”。这个很重要的例外是因为这个公约在“二战”以后制定,当时正在对纳粹的暴行进行追诉和审判。而在这一过程中无数的法律问题出现,尤其是这些诉讼是否跟合法性原则相符合。克罗地亚宪法并没有将“法律的普遍原则”规定为它的法律渊源(并且不是刑法规范的渊源),因此在适用国内法认定指挥官责任时一个关于法律渊源的问题就会出现,即它只能通过国际条约的方式引入法律体系中来,而国际条约效力只能高于法律而不能高于宪法。

规定的责任形式。同时,出于法律(也为政治)的原因,他也可能会避免适用包括共同犯罪集团在内的概念。

可能的发展和结论

鉴于克罗地亚追诉战争犯的重要性,以及克罗地亚司法体系承受着一个转型社会的诸多弊端的事实,在克罗地亚追诉战犯的过程中可能的发展包括:

(1)很多案件由克罗地亚司法当局自身启动,并会一直持续下去。国际社会对这些案件的持续监控会导致质量更高的审判,更少的基于被追诉的人的种族而产生的歧视以及通过案件的选择将放弃那些因为政治原因而启动的诉讼和没有充分证据的诉讼。

(2)可以预计的是,前南斯拉夫国际刑事法庭不会移交太多的案件给克罗地亚法庭。除了那些它已经起诉了的案件,可能不会再有其他的案件。另一方面,前南斯拉夫国际刑事法庭仍然会就一些还没有起诉的案件转交证据和文件。国际社会则会谨慎地监控那些从海牙移交过来进行审理的案件的公平性。

最终,就像跟前南斯拉夫国际刑事法庭合作(尤其是在戈托维纳案中)是启动加入欧盟谈判的关键因素一样,就战争罪开展刑事诉讼的质量和公平性会是就此达成一个肯定结论的重要因素。可以确定的是,上述评论将成为克罗地亚的一个明显标志,即它从战争到和平、从一党制的社会到实现西方多极化民主社会的转型已经几乎或者完全完成了。

朱文奇 校