



## 前南斯拉夫国际刑事法庭十年：其司法判例对国际人道法之影响

ICRC

让·弗朗斯瓦·凯吉内 (Jean-François Quéguiner) \*

“我通过经验认识到一个事实，一个重要的事实，即：一个新的科学真理并不是靠征服对手和让他们看见希望取胜的，而是因为他们的对手最终逝去，熟悉这个新事物的新一代最终成长起来了。”(马克思·布朗克 (Max PLANCK)，诺贝尔物理学奖获得者)

建立前南斯拉夫国际刑事法庭<sup>1</sup>的目的，是使那些自 1991 年以来在前南斯拉夫领土内犯有严重违反国际人道法<sup>2</sup>罪行的个人承担个人刑事责任以及致力于维护国际安全与和平<sup>3</sup>。然而，在刚成立时，它能否履行这一使命是令人怀疑的。但到了 21 世纪末，所有这些最初的顾虑全都得被放入历史的档案馆里；设立法庭可以被认为是实施国际人道法机制发展过程中的重要事件。事实上，在法庭建立后的十年左右时间里，关于这一司法机构活动大致粗略的统计报告显示：有 31 个被告正处于诉讼预备阶段，8 个正在审理过程中，37 个则已被审判（其中 17 个已经被定罪）<sup>4</sup>。因此，可以毫无疑问的确定：法庭已经成功完成了所赋予它的今天和未来适用国际人道法方面的双重作用。双重作用首先是惩治的作用，法庭的审判活动改变了曾经盛行在这一领土内的不予以惩治的政策（至少是部分的）；其次是威慑的作用，由于法庭显而易见的国际性质，享有极高的道德权威以及法庭所作判决对国际政策的影响力等等，都使国际法庭得以被重视<sup>5</sup>。此外，前南国际刑事法庭除了在详细适用国际人道法上所作的贡献以外，它还具有催化的重要性，能对国际刑事制度机制的实施起极大推动作用，从而成为在国际范围内、国际刑事法庭再次重新发展的发源点<sup>6</sup>。前南国际刑事法庭的设立，带动了卢旺达特设国际刑事法庭的成立<sup>7</sup>、以及于 1998 年 7 月 17 日在罗马签署的《国际刑事法院规约》。

然而，尽管前南国际刑事法庭在对国际人道法发展方面发挥了重要的作用，但如果仅仅将前南国际刑事法庭贡献限制在这一简单作用上是不够的。事实上，如果所有法官从其职能出发、都有解释法律权力的话，他们就可以为了实现法庭成立的初衷来解释法律，并根据个案情况有节制地使用法律。在此要安排一个错误的悬念没有任何作用：前南国际刑事法庭的法官们被要求适用非常复杂的法律，其中条约性的规定并不总是清楚明白。前南国际刑事法庭法官的责任就是通过（对法律的）解释，来推动国际人道法的发展。本文旨在通过综合方式、把国际人道法中这种诠释学的作用部分展现出来。

为了达到这一目的，有必要在开头就明确：赋予前南国际刑事法庭的职责并不是要它去确保尊重国际人道法。法庭的全部职能，是对那些被怀疑犯有违反《规约》第 2 至 5 条所规定的罪行的个人进行惩罚<sup>8</sup>。因此，前南国际刑事法庭司法判例对国际人道法的贡献，应在该法庭

\*让·弗朗斯瓦·奎给内系红十字国际委员会司法部门的司法顾问。本文是根据作者在为了庆祝安东尼奥·卡塞斯 (Antonio Cassese) 教授获得日内瓦大学法学院及国际高级研究学院博士学位的研讨会上、所作的演说改编而成的。这一主题为“前南斯拉夫国际刑事法庭的司法判例给国际法所带来的贡献”的研讨会是在 2000 年 6 月 15 日召开的，作者非常感谢路易吉·孔多雷里 (Luigi Condorelli) 教授及克努特·多门 (Knut Dormann) 先生对本文初稿提出意见。

<sup>1</sup>这一司法机构的官方名称为，“为审判自 1991 年以来在前南斯拉夫领土内犯有严重违反国际人道法罪行的个人所建立的国际法庭”。为了方便简洁，以下简称“法庭”。

<sup>2</sup>尽管这些表达并不必然反映同一情况，但在本文中所使用“国际人道法”及“武装冲突法”，表达的是基本相同的意思。

<sup>3</sup>C. 格林伍德 (C. Greenwood): “前南斯拉夫国际刑事法庭对国际人道法的发展”，《联合国法律马克思·布朗克年鉴》，第 2 卷，1998 年，第 97 页。

<sup>4</sup>2003 年 5 月 1 日的数据，<http://www.un.org/icty/glance/index.htm>。

<sup>5</sup>值得注意的是，法庭同样认为在人员之间的调解是它的职责的一个要件，因此也是它的司法政策的一个要件；参见夫伦基亚 (Furundzija) 一案，1998 年 12 月 10 日判决，第 228 段。

<sup>6</sup>这一决定，终止了自二战结束后建立国际军事法庭工作而开始的长途跋涉的过程。

<sup>7</sup>该法庭负责审判 1994 年 1 月 1 日到 12 月 31 日在卢旺达领土内犯有种族屠杀罪或者其他严重违反国际人道法罪行的人员以及在周边国家领土内犯有上述行为或罪行的卢旺达人（以下称“卢旺达国际刑事法庭”）。

<sup>8</sup>这些条款各自的适用罪行不同，如：“严重违反 1949 年日内瓦公约罪”（第 2 条）；“违反战争法或习惯罪”（第 3 条）；“种族屠杀罪”（第 4 条）；“反人道罪”（第 5 条）。

所确定的管辖权范围的背景中去思考：通过对个人刑事责任的追究，尤其是通过对《规约》所提罪行的惩罚，来看前南国际刑事法庭适用由国际人道法所构成的整体规则。

在成立前南国际刑事法庭时，从其章程性的有关规定来看，其管辖范围是比较受限制的。但尽管如此，法庭能够在能够突破这一限制，从而对发展国际人道法作出贡献。在如此短的一篇文章内要全面叙述前南国际刑事法庭对国际人道法的贡献，是不可能的<sup>9</sup>。所以，只是准备就海牙法(第二部分)和日内瓦法(第三部分)之间区分最基本方面作一介绍，这一介绍有所简化但相当实用。然而，本文在开始部分，得从前南国际刑事法庭对武装冲突定义和分类开始(第一部分)。

## 国际人道法的适用范围：武装冲突的定义和分类

“武装冲突”的概念限定了国际人道法的适用范围：如果要排除仅仅适用于和平期间的法律义务，就只有强调“交战状态”必须存在，这样才能适用国际人道法规则。因此，精确给“武装冲突”下定义，就是适用国际人道法的先决条件<sup>10</sup>。尽管如此，“武装冲突”千变万化的形态，使得“武装冲突”不可能只有一种概念。国际人道法是千变万化的法律，其所适用的规则首先要根据冲突的类型要进行调整<sup>11</sup>。所以，对“冲突冲突”进行分类标准的确定，就具有重要意义，因为它将能具体适用哪些规则。

### 武装冲突的定义以及适用国际人道法的情形

前南国际法庭在确定武装冲突的存在是适用国际人道法的一个必要条件的同时，也指出国际人道法在其适用范围存在明显的局限性。因此法庭为了能确定它的管辖权的范围，精确地对“武装冲突”的概念作了必要的界定(1)。但仅仅是必要性，还是不够的。“武装冲突”还涉及到国际人道法适用范围的时间、空间、以及法律编纂等问题(2)。

#### • 武装冲突的定义

尽管武装冲突的存在是适用国际人道法的必要条件<sup>12</sup>，但没有任何一个有关这方面的条约法律文件指出何为“武装冲突”<sup>13</sup>。这种情况对前南国际刑事法庭来说，确实是一个实实在在的挑战，因为武装冲突的存在是该法庭适用《规约》第2, 3和5条的条件<sup>14</sup>。因此，上诉法院在案审中意欲弥补这个严重空缺。它认为：武装冲突是存在的：

“只要国家相互之间诉诸武力，或者当权政府同有组织的军队之间发生冲突，或者一个国家中不同的军队相互之间发生冲突”<sup>15</sup>。

通过这一定义，前南国际刑事法庭再次提到关于武装冲突可分为“国际性”与“非国际

<sup>9</sup>尤其是，我们并没有对有关反人道罪内容及适用范围方面的问题、将个人刑事责任进行扩展(也包括指挥者的责任问题)、以及限制免除责任的情形等问题，作进一步详细的讨论。

<sup>10</sup> 参照C. 卢梭(C. Rousseau)所使用的著名表达，《武装冲突法》，巴黎，佩多内(Pedone)，1983，第7页。

<sup>11</sup> 大家知道，国际人道法在整体上适用于国际性武装冲突。但国际人道法的部分规则也通过《日内瓦公约》第二附加议定书的规定、而适用于非国际性武装冲突中，《日内瓦公约》共同第三条也适用于非国际性的武装冲突，只是其适用条件更为严格地被限制。

<sup>12</sup> 在切雷比奇(Celebici)一案中(1998年11月16日判决)，第一审判庭认为，为了能够将国际人道法适用于特殊的情形中，首先应当确定是否存在有，如果存在有武装冲突，那么，这一武装冲突是属于国内性的武装冲突、还是国际性的武装冲突(第182段)。

<sup>13</sup> 《日内瓦公约》共同第2条(1)款实际上进一步地确认，除了那些适用和平期间的规则以外，这些条约性法律文件将适用于“产生于两个或多个条约缔结国之间的宣战情形或其他武装冲突，即使其中有国家不承认战争状态”中适用。(没有对武装冲突进行定义的)疏忽是故意的，这些条约性文件的编撰者毫无疑问且有些幼稚的希望，这一术语仅仅反映了纯粹的没有任何司法杂质的术语，这些司法杂质曾经玷污过“战争”这一术语；C.格林伍德：“人道法的适用范围”，选自D.福莱克(D. Fleck)《武装冲突中的人道法手册》，牛津大学出版社，牛津，1995年，第42页，202段。

<sup>14</sup> 这一条件并不是适用第4条规定所必须要求的。因为即使没有武装冲突的存在，“种族屠杀罪”也可以成立。

<sup>15</sup> 这一定义第一次出现于塔迪奇(Tadic)一案中，1995年10月2日判决(第70段)

性”的传统两分法，承认冲突的种类不同则意味着其所含的司法性质的不同，并需要有两个不同的定义。对此，我们将作以下分析。

既然涉及两个以上的国家实体，几乎所有诉诸武力的情况都在这种情况之内，因此，前南国际刑事法庭对“武装冲突”的定义是较为广泛<sup>16</sup>。如此一来，前南国际刑事法庭给了对持不同观点、在界定单独的武装冲突方面犹豫不决的人一个明确的答复。这些人认为像边境上的小冲突或海事冲突等很难界定。而法庭则认为战斗的持续时间或强度同国际性武装冲突的界定没有关系。值得注意的是，除了一些我们所影射的理论上的犹豫，这个定义很大程度上与大多数协调，也同现代的原则和国家的实践相符合<sup>17</sup>。

但前南国际刑事法庭用“国家之间诉诸武力”来界定国际性武装冲突，并不是没有任何疑问的。为了确定这一概念的范围，需要澄清以下两点。

首先，尽管“国家之间诉诸武力”的表述会使人想到“积极”战争，但“武力”并不能包括所有形态的武装冲突<sup>18</sup>。按照这一定义，只有两国交战才进入交战状态。其实，这种逻辑已被条约法所修改。《日内瓦公约》共同第2条（2）款，就将一方对另一方在没有任何抵抗情况下的全部、或部分占领也作为武装冲突的效果。武装冲突的性质当然要符合特定的逻辑。如果有一方被授权使用武力跨越他国边境、但事实上没有遇到抵抗，这构成武装冲突。如果边境没有被侵犯，但已发表宣战的声明，这种情况下武装冲突可视为已经爆发，即便武力行为是将来、或是潜在的<sup>19</sup>。这种情形下、也仅仅在这种情形下<sup>20</sup>，为了最大限度地适用人道法以及更好地保护受害者，国家正式界定的权力比实际情况更显重要。这一论点有实际意义，因为当交战方中的一方决定要对在自己领土内敌方平民进行拘禁时，这些平民就能要求享受《日内瓦第四公约》中（关于保护平民）的规定，即使在这时战争还没有爆发<sup>21</sup>。

其次，有理由认为，“武装冲突”状态并不总是要求具备国家有意、或授权（至少是默认）使用武力这两个因素。有一种情况有时被用来排除“武装冲突”定义，即：一只船因为航行错误而进入他国的领土管辖范围<sup>22</sup>。然而，这种清况本身有可能恶化，有可能最后都诉诸武力，自然也就要求适用国际人道法。换句话说，国家之间发生武力冲突，并不必然意味着它们相互之间一定敌对故意。它只是指国家机关在法律或实际情况中、因执行其职能发生的武力对抗。

所以，前南国际刑事法庭关于“国际武装冲突”的定义还是较为广泛的。另一方面，如果武装冲突发生在一个国家的领土内、在政府与反叛团体间或在不同的反叛团体之间，武装冲

<sup>16</sup>我们可以认为考虑到法庭的行为范围，这一定义只在有关国际人道法本身的方面适用。它并不包括有关“战争状态”的概念，该概念的影响在国际（比如中立法或俘获法）和国内（例如保险法）方面是多样的。

<sup>17</sup>由红十字国际委员会所编写的《日内瓦公约评论》给武装冲突赋予了一个非常广泛性的定义：“所有的两国之间有武装势力介入的冲突都是第2条意义下的武装冲突，即使其中一方对交战状态产生质疑。冲突的持续时间以及死亡人数的程度都不影响定义的成立。对人的尊重不应当同受害者的数量联系在一起。”，《日内瓦第四公约评论》，第26页，以及格林乌德：“人道法的适用范围”（同注13），第40页，第202段，“如果一个缔约国对另一个缔约国使用武力，即在它们之间就存在有国际性的武装冲突”；此外后者还引用了一个具体的案例，表明单个的事件足以构成武装冲突的存在。也可参见E.大卫（E. David）关于国际性武装冲突定义的表述，《武装冲突法的原则》，第2版，布瑞朗（Bruylant），布鲁塞尔，1999年，第100页（注释4）。

<sup>18</sup>参见英国在签署附加议定书时所作出的保留。根据这一保留，“‘武装冲突’这一术语表明在适用公约或议定书时，必须存在一定程度的军事行为”。然而我们可以质疑这一保留的性质，不论是综合性的、还是特别性的，其目的仅仅在于避免：如果与第二附加议定书的较为严格的条款相比、第一附加议定书如果要适用于一国国内发生的民族解放运动就不会有，就不会有更多的限制条件。

<sup>19</sup>我们已经知道，《日内瓦公约》共同第2条第1段限定了这一文件的适用范围，它在引用其他武装冲突的情况前首先指出宣战的情形。第一附加议定书的评论在这一方面确认：“宣战、或即便没有宣战但也构成相同情况的情形下，都要求适用人道法规则；即使没有战争行为，也应当在战争一国的领土内对敌方的居民给予特别的保护”。（第39页，60段）。还参见，“正确作战，武装冲突法武装冲突现代手册”，红十字国际委员会，日内瓦，1999年，第25页，第502段，规定“当宣布开始战争状态，即使没有军事行为”也导致产生国际性武装冲突；J.劳（J. Rao），“战争从何时开始”，印第安那国际法杂志，第12卷，1972年，376页和379—380页。

<sup>20</sup>国家因为其所拥有的权力，就可以在这一情况下占有优势，即：国家承认武装冲突的存在，以及基于这一事实愿意适用条约法、并采取相应的保护。相反，我们知道，拒绝宣战既不能掩盖事实，也不能否认暴力行为、即武装冲突的发生；《日内瓦公约》共同第2（1）条，（同注13）。

<sup>21</sup>C.格林乌德，“现代国际法中战争的概念”，《国际比较法季刊》，第36卷，1987年，第285页。

<sup>22</sup>“正确作战，武装冲突法武装冲突现代手册”（同注13），第25页。

突的定义就有其局限性。根据前南国际刑事法庭的意见，非国际性质的武装冲突要求两个条件。

第一个条件是参与武装冲突行为的武装部队组织的最低规模。在所有相关法律文件谈到武装部队必须尊重国际人道法时都提到这一点，这里就不再详细叙述<sup>23</sup>。国家不愿意国际人道法也适用由自发性示威所产生的暴力，这是自然的。

而关于“存续时间”的第二个条件，则有不少争议。一国国内性质的武装冲突在实际情况下一般都持续较长一段时间，前南国际刑事法庭就将那些在冲突形式虽然比较激烈、但时间却持续很短的暴力冲突。为什么要如此做？前南国际刑事法庭也作了解释，原因是为了防止国际人道法适用到国内骚乱或恐怖主义行为<sup>24</sup>。其实，在制定日内瓦公约第二附加议定书时，已经考虑到这问题。该议定书的第1条（2）款明确规定：一国的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为等，都不适用武装冲突的概念。所以，法庭也认为应该有一个时间条件来界定非国际性的武装冲突。

由于在相关条约中缺乏一般意义上的定义，所以，要决定“时间因素”是否构成在实践中能将武装冲突与维持和平或维持安定相区分的惟一的因素。是比较困难的。然而，通过从实践和最具说服力的理论方面作下简略分析，就可以看到：“时间”仅是众多可用于界定武装冲突标准中的一个。当然，我们没有必要详尽地列举出所有相关要素，也没必要对所有这些因素进行归类。但仍需看到，有些要素，如反叛部队的数量及规模、在其控制领土中的设施和活动、安全程度、是否有受害者、以及政府为重建秩序实施的办法等，都在界定非国际性武装冲突方面构成与“存续时间”同样的因素。当然，不一定所有这些因素都具备。如果有组织的武装部队相互之间发生有集体性质、公开的武力冲突，那就意味着武装冲突的存在。

总而言之，如果没有人对国内紧张局势及暴乱与非国际性武装冲突之间的区别提出质疑，那么这个区别也如同一把刀的刀面一样窄。也只有在将一系列因素综合分析时，才能找出其分界线。在所有这些因素中，“存续时间”并不必然占决定性因素。另外，“存续时间”并不作为唯一的决定因素而孤立存在的。在有些情况下，武力的性质和程度，即武力争斗的强度，同样也能构成客观及重要的因素<sup>25</sup>。与这些相关的有美洲人权委员会在阿贝拉（Abella）案件中的判决。1989年1月，有50左右的人攻击阿根廷的军营，从而引发了武装冲突。美洲人权委员会认为，尽管它持续时间比较短，只有2天，但在攻击者和武装部队之间的正面冲突可被确定为武装冲突，属于《日内瓦公约》共同第三条的适用范围<sup>26</sup>。这一案例清楚地表明：在界定武装冲突时，武装行为的短暂性可以被其强度所弥补；同时也说明：前南国际刑事法庭在界定武装冲突时、对暴力行为的长时间持续的要求，限制了武装冲突的概念的适用。

尽管前南国际刑事法庭没有表明它的意图，但人们还是可以自问：“非国际性武装冲突”的概念中引进一个“时间限制”因素，是否是为了把某一种类的武装冲突从带有特殊法律后果的“非国际性武装冲突”定义中排除出去呢<sup>27</sup>？《罗马规约》的起草者也考虑了这一问题。事实上，《国际刑事法院规约》规定那些在所有性质的武装冲突中违反《日内瓦公约》共同第三条的罪行，都成战争罪<sup>28</sup>；但同时，《规约》又把那些在非国际性武装冲突在违反条约和习惯法

<sup>23</sup> 指挥者组织军队这一要求在1907年《海牙公约》、《日内瓦公约》及其附加议定书中都有所规定，只是用词上有所差别。

<sup>24</sup> 在车雷比奇一案1998年11月16日的判决中，第一审判庭认为“为了同国内动乱或者恐怖主义区分开来，应当强调诉诸武力的持续性以及参与方组织的程度”（第184段）。

<sup>25</sup> 另外，还提到了一些军事教科书，其中最近的法国有关武装冲突法的教科书明确规定，“正是战争的强度，可以用来区分是属于非国际性的武装冲突、还是简单的国内动乱和紧张局势”（41页）。

<sup>26</sup> 委员会认为“在达布拉达（Tablada）基地所发生的事件同其他的事件，例如大规模的暴力示威、学生对警察扔石头或者歹徒挟持人质索要赎金等有所不同，其不同之处在于由攻击者所实施的战争行为的性质，政府武装力量的直接介入以及在本事件中暴力的性质和水平等。因此委员会得出结论，认为尽管其持续时间短，但是在攻击者同阿根廷武装力量之间的武装冲突足以引起适用共同第三条、及其他的适用国内战争行为的规范问题”；美洲人权委员会，55/97报告，阿根廷11137案件，委员会于1997年11月18日通过，第155-156段。

<sup>27</sup> 除了《罗马规约》以外，在任何其他法律文件中，或在任何司法实践和国内实践中，都还没有发现关于将“持续时间”用来作为判断非国际性武装冲突是否存在的一个因素。

<sup>28</sup> 规约第8（2）（c）条。为了确定战争罪，这些行为应当是针对那些不直接参与战争行为的人员所实施的，此外该段（d）行指出这一规定仅仅适用在武装冲突中，并不适用国内动乱或紧张局势。

罪行分了出来，并规定这些罪行只有在政府与有组织反政府武装组织、或者这些反政府武装组织相互之间、存续较长时间的武装冲突中实施，才能构成战争罪<sup>29</sup>。所以，这意味着在基于日内瓦公约广泛意义、以及日内瓦公约第二附加议定书较为狭窄意义上的非国际性武装冲突以外，又加入了第三种关于长时间持续的国内武装冲突的定义<sup>30</sup>。

但这新的类型的非国际性武装冲突的定义，也提出了一些棘手的问题。首先，它意味着出现了第三种对以前两种非国际性武装冲突形式有所重叠的类型，但它们之间相互是什么关系并不清楚。换句话说，它不但没有为法律的稳定和统一作出贡献，反而还加进了复杂性和不确定性。另外，因为没有任何客观理由来解释对战争罪的概念通过“时间限制”是必要的，也没有任何司法政治上的动机能够认可这样一个狭窄意义上的定义。不论是前南国际刑事法庭还是国际刑事法院，他们的目的都仅仅是起诉那些被认为犯有严重违反国际人道行为的人。当然，违反国际人道法的严重行为一般都是在持续时间较长的武装冲突发生。但冲突持续的时间和违反的严重性两者之间的联系，并不总是逻辑或系统的<sup>31</sup>。

面对这样一个被国家认为不可消除的武装冲突的国际性质和非国际性质的区分<sup>32</sup>，法律上最理想、也是在目前最现实的，就是最低限度地统一适用于武装冲突的规则，这些规则不适用国内紧张局势和国内暴乱。然而，把“时间概念”当作是决定非国际性武装冲突概念的因素、或认为是武装冲突的第三种类型，我们认为前南国际刑事法庭的这一判例与它所要实现的目标是不相符合的。

#### ● 国际人道法的适用范围

如果要界定国际人道法的适用范围，就需要确定这一规范的外延和内涵。至于外延部分，我们可以看到，它们在一般情况下（也有例外）是从武装冲突的概念来的。关于武装冲突定义本身，就解释了适用国际人道法的环境，这点没有必要再讨论。但界定适用这一法律的时间，却很重要。尤其是需要搞清楚，是否存在国际人道法的适用仅仅限制在有武装冲突的情形：它适用于交战方领土的所有部分、还是仅仅一部分？它是适用所有的违法行为、还是仅仅涉及武装冲突中的行为？对这些问题的回答又重新回到国际人道法适用范围的问题，由此又引出我们在下面要依次讨论的三个问题，即：时间问题（适用的时间），地域问题（适用的空间）及实质性问题（适用的内容）。

在时间问题上，由于条约法中用词的多样性和不精确性，要从理论上精确界定究竟什么时候才适用国际人道法，是比较困难的<sup>33</sup>。前南国际刑事法庭在谈到这个极其复杂的问题时说：

“国际人道法自武装冲突一发生时就开始适用，并一直适用至武装冲突结束以后，即：一直到基本实现和平为止；如果国内性的武装冲突，就一直到达成一定的规则时为止”<sup>34</sup>。

<sup>29</sup> 《罗马规约》第8(2)(f)条规定“第2段(e)行适用于在一国领土内政府权威同有组织的武装部队之间或者这些有组织的武装部队之间所进行的持续长时间的武装冲突”。

<sup>30</sup> 这方面请参见，孔多雷里(L. Condorelli)：《国际刑事法院：前进的一大步（只要能实现它）》，RFDIP，1999年(1)，第13页；但注意，由于国家不愿意看到有非国际性武装冲突的第三种类型出现，该理论的某些部分与第二附加议定书中所定义的非国际性武装冲突和第8条(2)(D)和(C)款里所提到的情况，有相似之处；参见：大卫(David)，“武装冲突法的基本原则”，第106-107页，以及第588-589页。然而，在武装冲突持续时间与作战某一方对部分领土控制方面的联系，尽管在表面上有它的逻辑性，但也不是总是这样的。在理论上，可能会出现这样的情况，即在一个长时间的武装冲突中，反政府武装力量始终不能对国家的领土实施控制；但在另一方面，作战某一方对领土的控制是短暂的，也并不一定要经过长时间的武装争斗。所以，这里是两个不同的情况，它就是关于非国际性武装冲突的第三种情况。

<sup>31</sup> 较少的时间也足以能实施非常严重的侵犯：例如，向平民发投掷化学或细菌炸弹及由此产生的灾难性的影响并不需要较长的时间。

<sup>32</sup> 然而，有理论开始质疑这种“两分法”的存在；W. 芬瑞克(W. Fenrick)：“通过前南国际刑事法庭司法判例法发展的武装冲突法”，《国际法研究》，71卷，1998年，第78页。

<sup>33</sup> 例如，第四公约提到“军事行为大体上结束”（第6(2)条）；而第二附加议定书使用的表达是“武装冲突的结束”（第2(2)条）。

<sup>34</sup> 参见塔迪奇一案，1995年10月2日判决（第67-70段）；布拉斯季奇(Blaskic)一案，2000年3月3日判决（第64段）。

前南国际刑事法庭首先拒绝使用战争行为结束这一事实上的标准。这表明暂时性的或最终性质的停火协议、以及停战协议都不能用来满足停止或暂停适用国际人道法的全部条件<sup>35</sup>。这点有重大的意义，因为在今天大部分武装冲突中会经常缔结一些不稳定的停火协议，或者由于外界的介入（一个或多个国家或者国际组织），使得武装冲突的程度得到降低，但武装冲突并不是完全终止。在这种形势下，从事人道救援的很难解释，说国际人道法应继续适用于这些情况，交战方也不愿将这种形势等同与武装冲突<sup>36</sup>。

然而，人们对前南国际刑事法庭在表述何时结束适用国际人道法时所说的“实现基本的和平”的表述，不禁会提出疑问，因为这样的表述含有很大的广泛性及不精确<sup>37</sup>。事实上，尽管一般人都认为这种表述大多是指和平协议的缔结<sup>38</sup>，但由前南国际刑事法庭使用这个术语、来反映现状，则是非常不够的，因为根据有关的条约规定：该法律制度要一直适用到与缔结和平协议完全无关的情形为止。比如，对由于武装冲突而被拘禁的人的保护（尤其是战俘或是被囚禁的平民）的规定，就应该一直适用，直到他们恢复自由、并被遣返回国、或回到他们被安排所选择的国家的时候为止<sup>39</sup>。在涉及到转移到国外的财产问题上，保护也将一直持续到他们返回自己原来的国家时候为止。为了不再继续这些枯燥的例子，最后再提一下，在1980年（常规武器）公约第二附加议定书里，规定了交战方应有效地、全部地、毫无延迟地合作处理地雷和陷阱的义务。这种义务即便在和平条约缔结之后，仍然存在<sup>40</sup>。所有这些例子的多样性和重要性，说明前南国际刑事法庭的定义尽管有它的合理性，但这只是反映了这一极其复杂问题的一个方面。

关于国际人道法的适用空间问题，前南国际刑事法庭认为国际人道法规则在国际性武装冲突中适用于交战方的所有领土；而在非国际性的武装冲突中，则适用于由一方控制的所有领土<sup>41</sup>。但为了避免误解，这一表达应当被替换。这一表述不能从反面解释，即解释为：在交战方控制的领土之外不能适用国际人道法。不管是国际性的还是非国际性的武装冲突，其战争行为肯定都能在一个国家领土之外的地方进行。例如，在一个交战国的专属经济区，在公海，在深海，或如同科幻小说所虚构的那样、在外空空间等，其实，也不会有人反对在这些领域的交战方也需要适用国际人道法的规范。

事实上，前南国际刑事法庭所面临的问题，是将国际人道法的适用范围限制在参战方的领土范围以内，特别是适用于战争正在进行的战争的空间范围，而无论事实上战斗是否实际还在进行与否。换句话说，为了在一国或者有关国家的所有领土、或者交战一方所控制的所有地区，适用国际人道法规则，就只需要确认武装冲突的存在就足够了。在达迪克一案中，辩护方认为：国际人道法的适用范围只能被限制在战争行为发生的区域内，没有任何的司法实践支持这一论点。相反，国际人道法的许多规定、如涉及战俘的囚禁状况的规则，恰恰需要适用于战争行为范围之外的地方。

最后，在关于实质性适用范围问题上，国际人道法规则原则上只是适用于交战方之间的作战行为。为了要适用国际人道法规则，被起诉的行为与武装冲突之间应有“充足的联系”。如

<sup>35</sup> 停火协议的概念可界定为休战，其特征经常为采取人道措施结束战争（搜寻伤员、病员以及死者）以及其性质是限制的和暂时的。相反，停战是指中止所有战场的战斗，但期限并不确定。这两个概念应当仔细地同“实现基本的和平”区分开来，因为这两个概念都不表示战争行为和战争状态的结束。

<sup>36</sup> M. 萨索里 (M. Sassoli) 和 A. 布维耶 (A. Bouvier): 《在战争中法律如何起保护作用?》，红十字国际委员会，日内瓦，第 93 页。

<sup>37</sup> 也许有人要问，这种基本和平的实现是否要求通过正式的采取实质上的行动，例如和平协议；如果答案是肯定的，那么签订和平协议就足以达到实现基本的和平还是需要等到具体实施条约-部分的或是完整的？在此我们并不回答这些复杂的问题，它超出了我们的研究范围。

<sup>38</sup> 1992 年的德国军事教科书规定“和平通常是由和平协议实现的。在交战方之间适用的国际人道法也因此而停止适用”（第 246 段）。应当指出上述表达并不是必不可少的，除了和平协议之外的别的选择也是可以考虑的。

<sup>39</sup> 这些例外尤其在第三公约的第 5 条中、第四公约 6 (4) 条中以及第一附加议定书 3 (a) 条中和第二附加议定书 2 (2) 条中可以体现；前南国际刑事法庭自己也有所提及，尤其在塔迪奇一案中，1995 年 10 月 2 日判决（第 69 段）。

<sup>40</sup> 值得注意的是，根据 1980 年公约的第二附加议定书的有关禁止或限制使用一些特定常规武器的第 9 条的规定，为了实施这一合作，得达成协议。

<sup>41</sup> 参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 67-70 段）；和布拉斯季奇一案，2000 年 3 月 3 日判决（第 64 段）。

果犯罪行为同武装冲突之间没有联系，例如，坏人只是为了自己的利益而去抢银行，那这一行为就不能适用国际人道法规则，即使该行为是发生在武装冲突存在的领土范围内<sup>42</sup>。然而，逻辑上要求将“传统”的刑事犯罪行为与对国际人道法上严重违反行为始终区分开来，但具体适用时会有一些困难。为了适用国际人道法规则，要求在法律行为和冲突要素方面能保持高度保持其精确性。

在这方面，前南国际刑事法庭的判例表明，只要行为“发生在一方所控制或所占领的领土内的战争过程中、或作为战争的一部分而实施的，就足够了<sup>43</sup>。但法庭同时还认为，犯罪行为不一定非要与战争行为有直接联系，只要它与发生在交战一方所控制领土其他地方的战争行为紧密有联系即可<sup>44</sup>。前南国际刑事法庭上诉庭在谈到这点时说：

“战争罪行与一般国内法里所规定的犯罪行为之间的区别，就在于战争罪所发生的背景不同，即：武装冲突的存在。战争罪并不一定是有计划的行为或是某种政策的结果。在武装冲突与犯罪行为这两者之间并不要求有因果关系，但武装冲突的存在这一因素，应与罪犯实施犯罪的能力、实施犯罪的决定、实施犯罪的方式以及目的等有一定的联系。因此，如能在本案中确定罪犯实施犯罪行为是为了服务于武装冲突利益，或在武装冲突的掩盖下为冲突某一方服务，就可以足以确认：该（被告的）行为同武装冲突之间就存在有密切关系”<sup>45</sup>。

其他的判决虽然有用，但还是不完整的、表面化，它对于回答这一要求所引起的问题显然是不够的。

围绕这一复杂问题的其他方面问题，在旨在帮助国际刑事法院解释和适用《罗马规约》有关罪行的规定<sup>46</sup>成立的预备委员会范围内、就“罪行构成要件”所进行的外交谈判时也进行了讨论。代表们并没有详细地一个一个地追究合适的法律标准。事实上，他们认为，目前所使用的表达并不意味着与武装冲突相关的犯罪行为在法律上有任何发展；也没有要求对冲突的国际或国内性质做出任何法律上的评价；它仅仅要求“意识到武装冲突得以存在的那些真实的情况”。这种含有非常明确和精确性的定义方式，为在海牙国际刑事法庭法官在以后的案审起到很大的帮助作用。它表明：适用国际人道法的唯一实质性条件，是犯罪行为入意识到其违法行为与武装冲突之间存在有某种联系，这种联系不论是在参与性质还是程度方面。

概括性地讲，这个适用标准比案审中要求（个人或者同武装冲突相联系的）行为动机的标准更加广泛。当然，实施者的动机有时用来决定与武装冲突之间的联系。比如，就本文前面已提到的关于抢银行的例子，如果攻击银行是由一个武装团体实施，并且其目的不是单纯的为了金钱，而是为了得到从事武装斗争所必需的资金。那么在这种情况下，国际人道法就可在此案中适用。但是其他一些案子里，纯粹是因为被个人利益动机所驱动，而行为动机与武装冲突之间没有任何联系。例如，一个监狱的看管者为了个人私利的膨胀剥夺关押人的财产，这里的联系就是受害人的身份以及监狱看管人的主观动机。

<sup>42</sup> “武装冲突或者武装占领的存在以及在该领域适用国际人道法并不足以对在前南领土内发生的所有严重的犯罪行为都能享有国际管辖权。对于一个被国际法庭管辖的案件，在所实施的犯罪同引起适用国际人道法的武装冲突之间必须有一个足够的联系。”；参见塔迪奇一案，1997年5月7日判决（第572段）。在布拉斯季奇一案中第一诉讼法庭指出要求在所指控的犯罪行为同武装冲突之间存在“明显的联系”；参见布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第69段）。也可参见车雷比奇一案，1998年11月16日判决（第193段）。

<sup>43</sup> 参见塔迪奇一案，1997年5月7日判决（第573段）。

<sup>44</sup> 同上；参见车雷比奇一案，1998年11月16日判决（第193段）。此外法官们又认为这一行为没有必要必须构成一项政策或者由交战一方官方支持或允许的实践，更没有必要实际上服务于同发动战争有关的政策或者站在一方实际的利益上。

<sup>45</sup> 此外，上诉法庭认为，“为了决定行为是否同武装冲突之间有足够的联系，第一诉讼法庭可以考虑下列事实：罪行的实施者是作战人员、受害者不是作战人员、受害者出现在敌对军营中、行为被认为服务于军事战争的最终目标以及实施犯罪加入了实施者官方的影响或者被列入这一背景中”；参见库纳拉茨（Kunarac）一案，2002年6月12日判决（第58及之后段落）。

<sup>46</sup> 有人认为，参加预备委员会的讨论的人是受到前南国际刑事法庭司法判例的启发，并设想《罗马规约》第8条2a)段所规定的战争罪的概念意味着犯罪行为，是在“国际性武装冲突的背景下实施的，或是同国际性武装冲突向配合的”行为。精确这一表达意思的争论的内容，被总结在科努特·多门：“国际刑事法院筹备委员会——战争罪的构成要件中”一文中，《红十字国际评论》第82卷，第839期，第779-782页。

## 界定武装冲突的标准

考虑到武装冲突相互之间多或少的重叠交错的情况，所以就会自然地要避免所有理论上的纷争，从而将 1991 年至 1995 年之间发生在前南斯拉夫领土内的所有战争都认为在性质上属于国际性的武装冲突<sup>47</sup>。但前南国际刑事法庭却明确反对这一结论。法庭主张“分块式”理论。根据这个理论，在一个武装冲突中可以同时存在国内性质和国际性质两种不同的武装冲突<sup>48</sup>。因此，每个案例中的武装冲突性质都需要通过分析来决定。

如果武装冲突发生在两个国家的武装部队之间，定性就比较容易，即：这是一场国际性质的武装冲突。反之，如果武装冲突发生在一国领土之内的政府军队同反政府武装部队之间、或是反政府武装部队相互之间，那看来就是国内性质的武装冲突。但如果这样国内性质的武装冲突属于下列两种特殊的情形，则仍可被界定为国际性的武装冲突。

首先，如果另一国武装部队参与到国内性的武装冲突中来。根据前南国际刑事法庭的判决，这其实又回到了前面提到的第一种假设中来。如果干预的国家在他国的领土内同领土国的政府军队发生了冲突，这毫无疑问就是国际性的武装冲突<sup>49</sup>。但如果干预的国家是为了镇压反政府的叛乱、或是为了与反政府部队作战，那么，情形就变得非常微妙。当然，也有人怀疑：武装冲突在这种情形下是否就一定会被界定为国际性性质的。因为如果适用上述提到的“分块法”，在一国领土内政府与反政府部队之间的武装冲突应仍然是纯粹国内性质的。所以，问题的关键在于：干预的第三国同反政府武装部队之间的关系能否被确定为国际性的武装冲突<sup>50</sup>。

其次，如果武装冲突的一些参与者事实上是为另外一个国家服务<sup>51</sup>。这样，如何判断武装冲突依附于国外势力的司法标准这一复杂的问题也就随之产生了。在此不打算讨论这个问题的细节部分，因为关于这方面已经有许多的理论分析。这里，仅仅想提一下适用界定武装冲突采用的“事实标准”方面理论碰到的两个主要障碍。第一，从法律责任方面的标准来看，要适用这个理论就不是合适的<sup>52</sup>。第二，国外势力与他们同盟者之间准确关系、以及关系到什么问题，是一个事实问题，也是一个有交错关系、引起争议的问题。这个问题往往是在战争行为停止若干年后才能被彻底弄清楚。因此，这这消防到法律上“溯及既往”的原则。对这一问题的回答本身也很重要，因为它决定要适用哪些实质性的规则，而这些规则在很大程度上要决定在武装冲突中可以采用哪些战争行为。

## 前南国际刑事法庭的司法判例对作战行为的贡献（海牙法）

关于作战行为法方面<sup>53</sup>，从条约法角度来看，前南国际刑事法庭面临一个明显的分类：国

<sup>47</sup> 这也是根据安理会第 780 决议（1992）设立的专家委员会在其 1993 年 2 月 10 日的第一次报告（S/25274 文件，第 45 段）和 1994 年 5 月的终结报告（S/1994/674，第 44 段）中所持的立场和论点。然而，也有人认为这一理论太简化，认为：如何能将存在于波斯尼亚政府的武装部队同在菲克雷特·阿布迪奇（Fikret Abdić）的领导下的存在于比哈奇（Bihac）的叛乱派别之间的冲突，也看作是国际性的武装冲突呢？（同注 32），第 81 页。

<sup>48</sup> 上诉法院认为，“发生在前南斯拉夫的武装冲突同时具有国内和国际的性质，当联合国安理会的成员通过国际刑事法庭《规约》时，也清楚这一武装冲突的两面性，他们希望授予国际刑事法庭具有审判在任何情形中违反人道法行为的权力”；参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 77 段）。

<sup>49</sup> “克罗地亚的武装力量为了支持波斯尼亚的克罗地亚人在波斯尼亚的领土进行的反对波斯尼亚政府武装的军事行动，足以使得在波斯尼亚的克罗地亚人同波斯尼亚政府之间的国内性的武装冲突转变为国际性的武装冲突”；拉伊奇（Rajic）一案，1996 年 9 月 13 日使用《规则》中还未经修改的第 61 条所通过的判决（第 13 段）。在布拉斯季奇一案中，第一审判庭也认为，有证据表明克罗地亚直接介入到波斯尼亚中心的军事行动区，它足以使这场战争被界定为国际性的武装冲突；参见布拉斯季奇一案，2000 年 3 月 3 日判决（第 76 段及之后）。

<sup>50</sup> 有些理论赞成，来自国外的干涉即使是站在政府一边，也会使得武装冲突成为国际性的武装冲突；大卫（同注 17），第 129 页和 139 页（第 185 段和 196 段）。红十字国际委员会并不支持这一少数观点，如同该委员会在科索沃危机中所发表的宣言一样：尽管有北约军事力量的参与，日内瓦机构仍然认为南斯拉夫政府武装同北约国家武装部队之间的冲突，属于非国际性质的武装冲突。

<sup>51</sup> 尤其参见布拉斯季奇一案，2000 年 3 月 3 日判决（第 76 段）。

<sup>52</sup> 尤其参见在塔迪奇一案中麦当劳（MacDonald）法官对 1997 年 5 月 7 日的判决所添加的不同意见，以及同一案件在上诉法院的判决中沙哈布丁（Shahabuddeen）法官的独立意见。

<sup>53</sup> 值得注意的是，前南国际刑事法庭曾涉及过关于战争方式的问题，它着手于以一种重要的推理方式来研究。在布



国际性质的武装冲突和非国际性质的武装冲突。其实，关于国际性的武装冲突，在战争法上已有较为详细的规则，违反这些规则也毫无疑问的会引起行为人的个人刑事责任问题。但关于非国际性武装冲突的情形，则要复杂得多。首先，由于关于非国际性武装冲突行为的国际性规范，不论在数量还是在质量上都非常简单<sup>54</sup>。另外，共同第三条以及第二附加议定书中，都没有关于个人刑事责任实施机制的规定，所以给在非国际性武装中能否适用个人刑事责任留下了疑问。考虑到这种分歧，前南国际刑事法庭的司法实践在区分国际性武装冲突同非国际性武装冲突方面，具有代表性的意义。

## 在国际性武装冲突中的战争行为

前南国际刑事法庭的司法实践，主要表现在两个不同的方面。第一，扩大性解释了合法性原则，更确切的说，进一步确定了武装冲突法中习惯法规则；第二，详细界定犯罪的构成要件，并明确地将那些针对平民和财产的非非法攻击定为《前南国际刑事法庭规约》第3条“关于违反战争法及习惯”的行为。

### • 适用于合法作战行为的法律

“区分原则”（要区别或要预防）是所有参战方在任何时候都必须遵守的义务。它要求将平民和民用财产为一方、战斗员及军用目标为另一方区别开来。这个原则是关于所有与战争行为有关法律的基石。这一原则被规定在第一附加议定书的48条。它只是关于武装冲突法传统理念的新的表述，即：有必要从法律上保护那些没有参加、或不再参加军事行动的人员。

前南国际刑事法庭进一步确定了“区分原则”的习惯法性质<sup>55</sup>，对武装冲突法也没有提出根本上的不同意见。武装冲突法规则获得国际社会的普遍认可，在在军事和外交方面也享有广泛的支持<sup>56</sup>。然而，由于在法律上存在要证明习惯法存在与否所遇到的困难，所以没有人怀疑：前南国际刑事法庭对什么是国际习惯法所作的决定，将对确定这一问题具有举足轻重的影响。

另外，从无可辩解的逻辑上讲，南国际刑事法庭在确定“区分原则”的习惯法性质以后，会做出一些结论。这些结论会涉及规则相关的规范价值，并一般性原则通过实践而具体化。对作战行为的有些规则，不存在任何的疑问。如不能对平民及其财产实施攻击，以及不能实施没有歧视性的攻击等，都属于这一类的规则<sup>57</sup>。但前南国际刑事法庭在谈到规则习惯法性质时，对第一附加议定书第57和58条规定里的攻击和攻击效果上要采取谨慎态度这点上，有些大胆的意见。在发表这些意见时，法官没有引用任何案例来寻求支持，而只是把理由放在逻辑上的推论（已存在原则的发展）以及没受到任何国家（即议定书非成员国）反对这点上<sup>58</sup>。如果因

---

拉斯季奇一案中，前南国际刑事法庭指责使用“婴儿炸弹”，因为这种武器非常难以直接控制，他们的轨迹不是呈线状的，所以这种武器被列入属于没有区分性的攻击之列；参见布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第512段）。然而，前南国际刑事法庭关于这方面的发展，在我们看来仍然是相当幼稚，它还没有成为较为严肃的理论性的发展。这说明在战争方式方面，前南国际刑事法庭有它的论断，但海牙法有关这方面的内容却排除了对战争方式进行分析的问题。

<sup>54</sup>大多数的理论，不管对否（例如大卫（同注17）第367页，第179段），基本上都认为：共同第三条只是涉及牌敌方控制内的人员的待遇问题，并不属于海牙法规则的领域。至于第二附加议定书，有关战争行为的规范集中地体现在第4条（基本保障）及第13条（保护平民）中，再加上14至16条，规定对维持平民生存的不可缺少的财产加以特殊的保护，以及保护作品和包含危险武力的设备以及文化财产和宗教场所。

<sup>55</sup>参见塔迪奇一案，1995年10月2日判决（第100段及之后），及库布雷斯基奇（Kupreskic）一案，2000年1月14日判决（第521段之后）和布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第180段之后）。

<sup>56</sup>作为对这一论点的支持，应注意国际法院在确定“区分原则”属于国际人道法的基本原则后的意见。国际法院认为：“不论国家是否批准了包括这些规则的公约，它们都应遵守这些规则，因为这些原则构成了国际习惯法中不可违反的原则”；国际法院，关于使用或威胁使用核武器合法性的咨询意见1996年，第257页，第78—79段。

<sup>57</sup>法庭在塔迪奇一案中确认了它的习惯法性质，1995年10月2日判决，（第127段），以及库布雷斯基奇一案，2000年1月14日判决（第524段）。也可参见1996年3月8日在马尔迪奇（Martić）一案中为适用规则以前的第61条所作的决定。（第10段及之后）

<sup>58</sup>“这些原则在某种程度上已体现在1977年第一附加议定书的57和58条。这些规定目前都成为国际习惯法的一部分，不仅是因为它使得先前存在的规则具体化，而且还因为它们没有遭到任何国家的反对，其中包括那些还没有批

为这样一个定论而可以感到庆幸，那么，在对习惯法中一些规定的条款作字面上的变动，就会引起很多问题，因为不少国家在签署，批准或加入第一附加议定书时对里面的规定作了保留和解释性的声明。认为“比例原则”具有习惯法性质的论点，也是非常大胆的<sup>58</sup>。如果说“比例原则”也是因为区分而来的，但该原则在讨论最后文件、要通过时曾引起了激烈的争论。这些争论的势头虽有所减弱，但并没有完全终止。

总而言之，前南国际刑事法庭认为：所有从“区分原则”基础上制定一系列规范都具有习惯法的特征，因此，无论国家有否加入第一附加议定书，都必须遵守这些规则。然而，在刚刚描述的漂亮的画面上出现了一个污点。前南国际刑事法庭第一审判庭在布拉斯季奇（Blaskic）一案中认为，攻击平民及其财产的行为只有在“军事必要”不能证明的情况下才是犯罪行为<sup>60</sup>。在我们看来，将“军事必要”与“区分原则”联系起来，并产生一个“例外”，实在是法律上的一个错误。“军事必要”概念，是指作战部队为了实施某项行为、以完成它所赋予的任务、不得已采取的那些紧急措施。因此，所有这些措施都应明确地被规定。换句话说，不能因为自己通过解释、认为存在有“军事必要”的情形，就可以违反武装冲突法的规则。但什么情况下存在有“军事必要”情形，应由事先作明确的规定来定。由于没有一个法律文件直接或间接地提到可能基于“军事必要”原则而降低适用武装冲突法规则的标准，因此在案例中界定“军事必要”原则就不可能是客观的。此外，尽管与国际习惯法界定有相当的关系，但不管是国际法院还是前南国际刑事法庭的上诉庭，都还从未在其实践中提及过这一“例外”，这本身也说明了问题。由此得出的结论，就是“军事必要”在任何条件下都不能为对平民及其财产实施攻击来作辩护。

但“区分原则”并不因此就是一个绝对的原则。如同库布雷斯季奇（Kupreskic）一案的法庭所认为的那样，武装冲突法存在两个不可争议的例外。第一，平民滥用其权利的可能性，如他们可能违反不能直接参加战争行为的义务、而投入战斗；第二，与“比例原则”相联系的<sup>61</sup>、以后将会变得出名的“边缘损害”原则。有时还提及的有第三个例外，即前南国际刑事法庭在关于作战行为方面提出的、具有超前司法超前意义的重要的“报复理论”。对此这里简单介绍几句。

相对来讲，关于禁止对平民及其财产进行报复的规则，已有些古老。第四公约的 33 条，是专门关于保护所占领土内的平民及其财产的规定。第一附加议定书第 51 条（6）款以及第 52 条（1）款又将其适用范围扩展到所有的平民及他们的财产。这一扩展并不是没有任何疑问。事实上，在附加议定书谈判讨论这一条款，对此引起了很大的争论。一些国家代表担心，绝对禁止对平民及其财产实施报复是不可取得，因为它除了剥夺了国家使武装冲突法规则能得到遵守有效途径以外，还将因为违反武装冲突法规则而受到伤害的国家政府因为舆论而处于一个难堪的处境，因为违反法律规则会在舆论界引起反响并要求进行报复。关于报复而通过的规则，并未能阻止针对报复实践和理论领域所继续的争论<sup>62</sup>。

正是在这种情况下，前南国际刑事法庭郑重地发表关于禁止对平民及其财产实施报复的意见，并认为这一禁止具有国际习惯法的性质。在马尔迪奇（Martić）一案中，法庭根据《公约》第 61 条首次对这一论点作了肯定<sup>63</sup>。第一审判庭在其发表的意见中认为：最有权威的理论

---

准议定书的国家“；参见库布雷斯季奇一案,2000年1月14日判决（524段）。

<sup>58</sup>我们在这里提到的“比例性原则”不是其严格意义上的原则，换句话说，它是这样一个原则，即：如果认为攻击可能会导致平民的丧生或者民用财产的损失，这些攻击应当被禁止。“这些原则在某种程度上体现在 1977 年第一附加议定书的 57 和 58 条。这些规定目前都成为国际习惯法的一部分，不仅是因为它使得先前存在的规则具体化，而且因为他们没有遭到任何国家的反对，包括那些还没有批准议定书的国家“；参见库布雷斯季奇一案,2000年1月14日判决（524段）。

<sup>59</sup>我们在这里提到的比例性原则不是其严格意义上的，换句话说这一原则是如果我们认为攻击可能会导致平民的丧生或者民用财产的损失，这些攻击应当被禁止。

<sup>60</sup>参见布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第180段）；第一审判庭在科尔迪奇（Kordić）一案中重申这一原则，它明确规定“这些攻击，是指明那些在武装冲突中故意伤害平民、故意损害民用财产、并且不能被‘必要的军事行动’证明是正确的的攻击”；2001年1月14日判决（第328段）。

<sup>61</sup>参见库布雷斯季奇一案，2000年1月14日判决（第522段）。

<sup>62</sup>针对禁止报复的批评，参见大卫（同注17），第363页以及所引用的参考书目目录2和3。

<sup>63</sup>参见马尔迪奇一案，1996年3月8日判决（第15—17段）。

大都支持这一论点。而且还提到在任何场合要遵守国际人道法、以及要使国际人道法得到遵守的义务（共同第一条），并认为禁止情况下实施报复如同禁止攻击平民的原则一样，也是最基本的规则。法庭认为这一论点也得到联合国大会第 2675 号决议、以及第一附加议定书第 51 条（6）款和第二附加议定书第 4 条规定的支持。<sup>64</sup>但这一论点却没有得到任何国家实践的支持。

在库布赫斯季奇一案中，法庭再次郑重地重申：禁止对平民及其财产实施报复，并增加了一些解释<sup>65</sup>。首先，它认为国际人道法并不是为了保护国家的利益、而是为了保护个人的利益，这一法律所规定的义务是绝对的、无条件的，因此即便在适用“互惠原则”时也不能排斥这些义务。在这一论述的基础上，法庭认为：既没有经过对受害人行为是否有错、也没有任何先前调查就去报复那些与自己没有任何联系的无辜平民，显然是违反人权法基本原则的行为。于是，一个迟到、但有深刻意义的国际人道法规则在人权法的影响下产生出来，也其结果就是禁止报复。正如国际法委员会制定的“国家责任”草案第 50d) 条中的规定一样，禁止所有违反人权法基本原则的报复措施<sup>66</sup>。如果说，以前还曾认为报复措施是强迫敌人放弃其不法行为、或遵守法律的唯一有效办法，那今天就不再这么认为。今天，可以通过其他的确保国际人道法得到尊重的措施，尤其是通过国际性或国内性的司法机构来起诉及惩罚战争犯罪行为和反人道犯罪行为。

这一具有相对说服力的意见，是前南国际刑事法庭对武装冲突法作出的贡献。尽管如此，也不能阻止对这一意见的不同看法。直到最近，一些国家对此还表示了反对意见。仅仅作为一个例子：在国际法院所审理的关于“使用或威胁使用核武器的合法性”一案中，至少有三个国家对禁止对平民及其财产实施报复的习惯法性质，提出了质疑，<sup>67</sup>。

- 非法攻击平民及其财产罪行的构成要件

在对攻击的法律合法性作了重要的论定之后，法庭就自然对使非法攻击平民及民用财产构成将导致犯罪嫌疑人产生个人刑事责任所要求的条件产生了兴趣。由于这里涉及的主要是有关犯罪的构成要件，不是严格意义上的国际人道法，所以就不对这一论点进行扩展，而只是简略地指出前南国际刑事法庭在这一还未被人开发<sup>68</sup>的领域中所得出的重要论点。

法庭认为：要使“非法攻击”成为构成《规约》第 3 条下的罪行，就需要具备三个条件。

首先，攻击应当造成平民死亡（或对身体造成严重损害）或者对平民财产造成损害。在法庭的司法判例中，确实存在这样一个定性的思维，就是认为违反国际人道法的罪行只有对受害者造成了严重伤害，才能被界定为《规约》意义上的“严重违反”，才能在法庭的管辖范围之内<sup>69</sup>。然而，还是可以问一下：对这一要求是犯罪行为一般意义上的构成要件、还是根据第一附加议定书而在个案中的特殊规定。第一附加议定书第 85 条（3）款规定：一个违法行为要被视作“严重违法”，它就必须是导致死亡或者对身体或健康的严重损害的行为。回答的第一点，就是这一要求并没有被规定关于罪行构成要件的《罗马规约》的第 8 条（2）（b）（i）款中。最后解决办法从法律方面看，似乎更符合逻辑：只要简单设想一下，很难想象专门在等待一起交通事故以及可能受伤者，以便为了惩罚超速的肇事者。

其次，如果实施对平民及其财产的攻击，被攻击对象的其非军事性质是知晓或是不可能被忽视的。但在布拉斯季奇一案中，前南国际刑事法庭并没有利用机会，对像平民或军事目标这样基本的定义作一准确的解释。对此我们只能表示遗憾。法庭 2000 年 3 月所作的一个判决，在其中发表了一些有意义的意见。法庭尤其认为：由一些人所组成的轻微抵抗，虽然属于武装

<sup>64</sup> 法庭认为，尽管第二附加议定书的第 4 条规定没有在词语上直接提到报复，但是从该条款的规定中却能明显推论出禁止实施报复。事实上，该条款中的规定属于“绝对的”和“不能违反的”，属于“在任何时候、任何地方”都必须遵守的义务。

<sup>65</sup> 参见库布赫斯季奇一案，2000 年 1 月 14 日判决（第 515 段及之后，527—536 段）。

<sup>66</sup> 有关第 51（1）（b）条由编撰委员会在第二次表决中通过。参见 2000 年 8 月 21 日颁布的联合国文件，编号为 A/CN.4/L.600\*。

<sup>67</sup> 与该问题有关的为美国、英国和荷兰。法院并没有在该问题上表态：国际刑事法院，*关于威胁或者使用核武器合法性的咨询意见*，1996，第 246 页，第 46 段。

<sup>68</sup> 从表面上可以认为，创建于第二次世界大战以后的国际军事刑事法庭都局限于惩罚对那些在敌方控制范围内的人员犯罪的行为。但由于一些明显的政治原因，它们都没有直接涉及到有关战争中行为的问题。

<sup>69</sup> 同样，这一违法行为也含有侵犯了维护重要价值规则的行为。但在本案中不存在这种情况。

冲突、但同时战斗力又极其低弱，在这种情况下这并不足以使平民失去被保护的權利，也不应当将出现轻微抵抗的村庄等同于军事目标<sup>70</sup>。另一方面，法庭认为：攻击如果是不加区别、不对称的，但也足以证明：攻击事实上是针对平民的。换句话说，没有必要证明所有受害者都不应受到战争行为的侵害；而只要能证明，实施攻击并没有在军事人员与平民之间加以区分，受侵害的平民的数量非常大、已超过了其应有的伤害<sup>71</sup>。这一论断非常重要，因为第二附加议定书在关于禁止对平民实施攻击的规定方面，没有提到“不加区分”和“不对称”的攻击问题。

最后一点，也是第三点，允许攻击实施的行为或不行为必须是故意的。法庭明确认定，这一概念既包括犯罪故意也包括故意的疏忽大意，它们都可被认为是严重的刑事过失行为<sup>72</sup>。由于存在有相反意见的理论（虽然不是唯一最反动的），所以前南国际刑事法庭的这一论点就显得尤其重要。我们希望未来的国际刑事法院能借鉴前南国际刑事法庭这些新论点。这既是为了法律的确定性、也是为了保护平民

攻击平民及其财产罪的这些构成要件，被认为是关于国际性武装冲突的作战行为定义的主要贡献。前南国际刑事法庭目前只是将它适用于国际性的武装冲突。但我们有理由认为，它经过适当的调整也可以适用于非国际性武装冲突中的“严重违反”行为。

### 非国际性武装冲突中的战争行为

指出在海牙法的条约中没有适用于非国际性武装冲突的规则，并不是一件新鲜事。前南国际刑事法庭关于非国际性武装冲突中战争行为的习惯法规则的意见，则具有重要意义。确切地说，前南国际刑事在案例中的意见是完整的，它关于规则习惯法性质的论点，在共同第三条和第二附加议定书里也都没有明确过。

如同被灯光所吸引的蝴蝶一样，习惯法规则的发展在很大程度上是受到关于国际性武装冲突基本规则的影响。然而，法庭采取了较大为慎重的态度。它首先认为，能适用于非国际性武装冲突的规则只是一小部分；另外它还认为，所有适用国际性武装冲突的规则，不能全部都机械地移到国内性的武装冲突中去。只有那些一般性的、而不是详细和具体的规则，才能被移植性地适用于非国际性武装冲突<sup>73</sup>。

这里并没有打算列出一个穷尽的单子，然而，前南国际刑事法庭已认可的习惯法性质的一般性原则有：关于保护平民及其财产、以免受战争破坏的义务；作战行为中的攻击目标应限制在军事目标范围的义务<sup>74</sup>；禁止针对平民及其财产进行报复的义务<sup>75</sup>；对敌作战的方法并不是毫无限制的以及禁止使用某些特定的武器，如生化武器<sup>76</sup>；禁止使用特定的作战方式，如背信弃义<sup>77</sup>；以及武装冲突中对特定财产的保护，如文化财产<sup>78</sup>。

然而，前南国际刑事法庭并满足于只是统计非国际性武装冲突中有关战争行为的习惯法规

<sup>70</sup>在布拉斯季奇一案中，法庭在描述发生在阿哈米奇（Ahmici）村庄的抵抗时认为，这次抵抗大约有 120 人组成，他们的任务主要是出于纯粹自愿的目的而进行夜间巡逻。法庭接着认为：“它属于平民性质的一种抵抗，而不是严格意义上的武装部队。抵抗成员的装备非常糟糕，并且他们中的大部分属于平民，并不是士兵。在阿米西村庄里也并没有兵营”（第 407 段）。法庭最后下结论，认为如果用通常的理由来判断，就不存在任何可被怀疑的军事目标，所以攻击它们是违法的（第 410 段）。

<sup>71</sup>参见布拉斯季奇一案，2000 年 3 月 3 日判决（第 509—510 段）。也可参见在库布雷斯基奇一案中上诉法庭的论断：“然而如果大量的平民散布在士兵中这并不是我们讨论的范围。需要强调的一点是保护平民的责任是神圣不可侵犯的，即使可以证明阿米西的穆斯林人口并不都是平民，还存在一些武装成分，但是也不能对平民进行大规模和没有区分性的攻击”；参见库布雷斯基奇一案，2000 年 1 月 14 日判决（第 513 段）。

<sup>72</sup>参见布拉斯季奇一案，2000 年 3 月 3 日判决（同规约第 2 条有关的第 152 段以及同第 3 条有关的第 179 段）。

<sup>73</sup>参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 126 段）。

<sup>74</sup>参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 100 段及之后）；马尔迪奇一案，1996 年 3 月 8 日判决（第 1015 段）；库布雷斯基奇一案，2000 年 1 月 14 日判决（第 521 段）。

<sup>75</sup>参见马尔迪奇一案，1996 年 3 月 8 日判决（第 14—15 段）。

<sup>76</sup>参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 119 段及之后）；马尔迪奇一案，1996 年 3 月 8 日判决（第 11 段）。值得注意的是《罗马规约》并没有阻止在非国际性武装冲突中控制使用生化武器。

<sup>77</sup>参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 125 段）。

<sup>78</sup>上诉法庭认为，1954 年海牙公约的有关在武装冲突中保护文化财产的第 19 条已经成为国际习惯法的一部分；参见塔迪奇一案，1995 年 10 月 2 日判决（第 98 段）。

则的数量，它还因为对上述规范的违反行为、而去追究行为实施者的个人刑事责任<sup>79</sup>。这一可能令局外人不以为然的司法实践，并不是没有任何意义的。因为，如同前面提到的那样，没有一个关于非国际性武装冲突习惯规则的法律文件，曾制定有关于追究违反作战行为者的个人刑事责任制度。前南国际刑事法庭上诉庭为了证明其论点的合法性，就曾引用纽伦堡国际军事法庭在面对类似问题时所作出的判例。纽伦堡国际军事法庭认为，没有习惯法上的规定并不足以限制对严重违反战争法及习惯的犯罪嫌疑人的刑事处罚，因为被指控的规则在国际法领域是清楚的，不是模棱两可的。国家实践也反映了其要惩罚犯罪行为的意图。前南国际刑事法庭在国内法<sup>80</sup>、军事手册、联合国安全理事会决议、以及交战双方在红十字国际委员会的帮助下所达成协议的基础上，从而得出以下结论：

“所有这些因素，都确定了国际习惯法对严重违反共同第三条的行为、以及在非国际性武装冲突中犯有违反有关作战方式、方法的行为都要追究个人刑事责任”<sup>81</sup>。

## 关于在敌方控制下人员的待遇（日内瓦法）

当以通常的方式界定日内瓦法时，即日内瓦法是旨在保护敌方控制下的人员的法律的总称时，两个相关的问题就出现了。第一是关于在国际人道法中勾勒出“被保护人员”的详细轮廓。确切的说就是要决定哪些人或是哪群人能够享受日内瓦第四公约的保护。一旦详细确定了该公约的适用范围，第二个问题自然的提出来了，即如何解释受保护人员所能引用的法律。

### 日内瓦第四公约中“被保护人员”的概念

“被保护人员”的表述是多样性的：如果该词语界定为那些享受国际人道法中保护性条款的人，则根据包括该词语的条约性文件、而使得这些人的范围有所不同。到目前为止，从前南国际刑事法庭的司法判例来看，它所认可的“被保护人员”一词的定义，也就是关于保护平民的日内瓦第四公约关于该词组的内容。

在所有关于这一问题的判决中都提及这样一个问题<sup>82</sup>，即：关于决定被囚禁在座落于波斯尼亚拘留营中的波斯尼亚人是否享有第四公约所提供给予平民的保护。引起这一问题，主要是因为日内瓦公约第四条的规定，即：“公约保护不论何时或何种方式在武装冲突或占领中处于冲突一方或占领方控制之下的非其居民的人员”<sup>83</sup>。如果对该条款作字面上的解释，就排除了在本国控制中的该国居民具有享有公约保护的权力，因此也就排除了处于相同国籍、但不同派别控制下的波斯尼亚人享有公约保护的权力。这一观点同在 1949 年盛行的国家主权概念相吻合。当时这一概念旨在最大程度限制国际法在国家同本国国民关系方面的所有干涉。

然而，前南国际刑事法庭强调：国籍的标准，这个由于在日内瓦公约编撰时期国家之间武装冲突处于优势而产生的标准，却很难符合现代交战的实际情形<sup>84</sup>。前南国际刑事法庭认为，前南斯拉夫的分裂，如同最近发生的许多其他武装冲突一样，产生了基本种族区分标准。因为对民族的忠诚而孝忠于本民族的利益，自己属于哪一个特定的民族要比国籍更为重要。此外，由于这些种族之间的武装争斗也是暴乱状态的继续，案例中呈现的事实也是如此，所以在国籍方面所适用的法律也就显得模糊不清。不管怎样，由于国内立法决定国籍问题，以及这一问题在实践中的运用，给要为平民中重要一部分人确定国籍造成了延误，并使得这一问题难以解决。

根据这个背景情况，前南国际刑事法庭基于对不可能性进行解释的原则，提出关于国籍的国内立法亦不能排除一部分人享有国际人道法保护的权利。它因此强调有必要修改第四公约的

<sup>79</sup>确切地说，这一关于作战行为中所下的结论，很自然地适用于非国际性武装冲突中违反日内瓦法的行为。。

<sup>80</sup> 这里尤其是、但同时又不是排他性的、涉及到前南斯拉夫国家及其后继的国家（波斯尼亚—赫塞哥维那）的相关的国内立法；塔迪奇一案，1995年10月2日判决（第135段）。

<sup>81</sup> 塔迪奇一案，1995年10月2日判决（第134段）。

<sup>82</sup> 在塔迪奇、切雷比奇（Celebici）及布拉斯季奇案件的诉讼过程中，都曾正面谈论过这一问题。

<sup>83</sup> 参见1949年8月12日的关于在战争中保护平民的《日内瓦公约》第4条。

<sup>84</sup> 关于这一点，主要参见塔迪奇一案，1999年7月15日判决（第166段）；色雷比奇一案，1998年11月16日判决（第266段）及布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第126段）。

第四条所规定的情形，以便符合今天的现状；为了允许使那些被相同国籍人员控制下的个人也享有被保护的權利，不应当再使用国籍标准。如此一来，传统的国籍标准，就被由于忠诚于冲突一方情形的出现而产生的标准所取代。

为了支持这个意见，法律上又出现了好几种论点。如果要撇开缔约公约及起草文件内含的<sup>85</sup>的动机——当然动机本身就存在很大的争论，那就可以基于这些法律文件所要达到的目的来进行技术性的解释<sup>86</sup>。第四公约目的，在于最大程度的保护平民。适用保护目的、唯一的要件应是否效忠于武装冲突的某一方。从另一方面来说，就是有没有由领土内一方所控制、或是否受到敌方交战方人员控制的问题<sup>87</sup>。法庭的论点是根据这一事实决定的，该论点也是唯一能对保持日内瓦公约的实质内容的有效性作出的解释，因为它取消了所有处于中间地位、并保证所有的处于敌方控制之中的个人都能受到法律的保护。它尤其避免了在第三公约与第四公约之间的脱节，并确保那些不具有战俘身份的人员，如果其属于平民身份，就能享有第四公约所给予的保护。最后需要指出的是，法庭的司法论点是基于国际人道法在人权法的推动下的发展：国际人道法在适用国籍条件上同保护个人反对国家权力滥用的人权法的概念正好是相反，人权法要求在国籍问题上适用严格的条件，而这些条件又是为了阻止对一个国家与其国民关系问题上的干预。

前南国际刑事法庭的这些论点为它赢得了尊重。因为这一论点的陈述显示了勇气。它在对第四公约进行解释时，充分考虑到了在适用该公约时的实际情况，<sup>88</sup>它没有只是局限于对文本作简单的分析，而是着眼于最大限度地保护战争受害者。然而，在肯定前南国际刑事法庭论点意义的同时，也需要对它可能产生的结果作一简短分析。尽管可能会令人扫兴，但有理由认为：法庭的论点并不都是正面和积极的。

对法庭论点所作的第一个批评，是关于它的适用范围。假设武装冲突是属于在一国领土内不同种族之间发生的武装冲突，那么，关于对第四公约第四条的解释应是严格限制性地仅仅适用这一情形、还是也可以扩展到其他国际性的武装冲突，其中也包括传统性的发生在国家和国家之间的武装冲突？如果是第一个选择，它毫无疑问会引起在给予的保护问题上造成对国际性武装冲突的受害者的区分。如果是第二个选择，从法律角度上较符合逻辑，但可能会遭到国家的明确反对，因为有理由怀疑：在国与国之间发生的武装冲突中，国家是否会把忠于敌方的本国居民也当作“受保护人员”人员呢？说白了，国家怎么会让那些根据本国刑法典被界定为“奸细”的人，也能享受第四公约的保护制度下的保护呢？

对法庭论点所作的第二个批评，是关于忠诚的标准问题，认为标准模糊不清。前南国际刑事法庭自己也不能确定：什么才能作为确定效忠于冲突一方的方式。当然，有理由认为，“在种族间的冲突中，隶属于某一民族被认为是关键性的因素”<sup>89</sup>，但这一定义不能真正解决问题。除了“隶属于某一民族”不能标明具有忠诚联系的事实以外（法庭非常了解这种情形），这种标准也在某些情况下会失去其所有实际意义，如：因为民族之间的通婚及这种婚姻所产生的后代。此外，涵盖种族社会学概念的内容也不一定可靠。卢旺达国际刑事法庭第一审判庭对

---

<sup>85</sup> 论断是基于这样一个概念，即：即便是在1949年，与国籍有关的联系因素在如难民这样特定的情形中，就已经不再是至关重要的了。而且，根据日内瓦第四公约的第4(2)条的规定，中立国或作战同盟国的居民，在这种情形下他们享受不到外交保护，因为这些居民所属的国家对他们被拘禁的国家没有正常的外交权利：这也就意味着如果他们不能（或者是不再）享受他们国家的外交保护，则他们就一定能享受公约的保护。正是考虑到这一特殊的情形，日内瓦公约和日内瓦公约的评论就有了这样特殊的规定。所以，如果望文生义来强调取得国籍的条件，就会对破坏日内瓦公约系统的平衡，也会受到严重的批评。

<sup>86</sup> “如果日内瓦公约、及其该公约附加议定书的特殊法律特征，从根本上是来自于它们的目标和目的，那对它们自然就要求根据其目的和目标来进行技术性上的解释；这是一种能够提供推动力、来扩充其内容和扩展人道保护范围的解释”；G. 阿比·萨伯 (G. Abi-Saab): “人道法的特性”，选自C. 施文纳斯基 (C. Swinarski) 《为了纪念让·皮克泰 (Jean Pictet) 有关国际人道法和红十字原则的研究和论文》，红十字国际委员会，日内瓦，1984年，第273页。

<sup>87</sup> 上诉法庭认为，“不论是日内瓦公约的文本、还是公约的起草历史过程都表明，而且、也是更重要的是，公约的目的和目标表明：在一国领土内效忠于冲突一方，或者反过来说被一方所实施的控制，是最关键的适用标准”；参见塔迪奇一案，1999年7月15日判决（第166段）。

<sup>88</sup> “对任何国际性文件做出解释并适用其中规则时，都应该考虑支在其被解释和适用时、所生效的司法体系”，国际刑事法院，汇编，1971年，第31页。

<sup>89</sup> 参见：布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第127段）。

曾有过这样的案例，它在阿嘎也素（Akayesu）一案中确定：如果使用同一种语言或者分享同一种文化，就可界定为同一个种族<sup>90</sup>。但是这一判例并没有后续。几个月后，该法庭又认为：在关于种族概念的定义方面，不存在普遍意义上的、国际性的详细定义。所以，这一定义仍要根据政治、社会及文化方面的环境来确定<sup>91</sup>。因此，由于对种族忠诚及如何才算隶属于某一民族等方面，存在有模糊不清的因素，所以对“种族”概念的使用就没有把握，尤其是因为它要用来作为对可能引起个人刑事责任的“严重违法行为”构成要件时，更是如此。

### 被保护人员的权利：选择性的分析

在这里，不打算对前南国际刑事法庭在被保护人员所赋予的多方面权利所作出的贡献，进行详尽无遗的分析，这点还敬请原谅，因为这样的分析将大大超出了本文研究及知识范围<sup>92</sup>。所以，本文将尽可能客观地反映前南国际刑事法庭在被保护人员权利方面所发表的具有新意的论点，同时也指出这些论点在将来可能会碰到的困难。

### 非人道待遇的概念

在前南国际刑事法庭的司法判决中，“非人道待遇”的概念并不局限于对身体或对精神、以及对健康的故意的严重的损害及侵犯，而是将其延伸至对人的尊严侵害的行为<sup>93</sup>。然而，在讨论旨在帮助国际刑事法院解释和适用有关罪行的规定文件、即《罪行构成要件》时，则决定不将对人的尊严的伤害也合并进“非人道待遇”这一种类，因为这些行为已经被“侵犯人的尊严，尤其是使人受到侮辱或有损其名誉的待遇”这一罪行的概念所涵盖<sup>94</sup>。但尽管这样的分类对《罗马规约》文本不会产生任何影响，它在《日内瓦公约》的解释方面则有相当的意义。因为这种分类，将要决定“严重违反”（同时也涉及到“普遍管辖权”）的制度是否适用的问题。

### 酷刑的概念

1984年订立的联合国《反对酷刑公约》，要求适用“酷刑”需要有两个要件。第一，要有确切的目的（如为了获得某个信息、或者供认，惩罚，恫吓或者强迫等），第二，该行为是经过官方机构的同意、或者是在政府官员同意或教唆下实施的。前南国际刑事法庭最初的判例，通过对该公约具有习惯法性质的认定，也确定了这两个要件的存在。但是，《罗马规约》中并没有规定这两个要件<sup>95</sup>。在关于“罪行构成要件”文件的讨论中，有些代表认为，基于这两个标准的方法是唯一能够区分“酷刑”同“非人道待遇”的方法；相反，另一些代表则认为，在这方面起决定性作用的标准，应该只取决于所遭受的痛苦及疼痛的程度。最终所采纳的决定，则是这两个意见的折衷：它保留了关于目的的要求，但取消了关于官方权力的要求。这也是前南国际刑事法庭上诉法庭在最近的库纳拉茨（Kunarac）一案中所采纳的方法<sup>96</sup>。不管怎样，“犯罪的构成要件”认为，唯一能将“酷刑”与“非人道待遇”罪进行区分的，是实施行为者的目的。这一点同前南国际刑事法庭的司法判例有很大分歧，因为前南国际刑事法庭始终认为，“确认非人道待遇罪所要求的生理或心理上受损害的程度要求，小于对酷刑罪的要求”<sup>97</sup>。

<sup>90</sup> 卢旺达国际刑事法庭，参见：阿嘎也素(Akayesu)一案，1998年9月2日判决（第512段）。

<sup>91</sup> 卢旺达国际刑事法庭，参见：缪斯玛(Musema)一案，2000年7月27日判决（第161段）。

<sup>92</sup> 尤其是，关于性犯罪的问题需要在实质性问题得到发展，前南国际刑事法庭的判例在这方面并不是非常明确的。

<sup>93</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第544段）；以及布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第155段）。

<sup>94</sup> 《罗马规约》第8(2)(b)(xxi)条。参见克努特·多门（同注46），第786-787页。

<sup>95</sup> 参见夫伦基亚一案，1998年12月10日判决（第160-162段）；以及色雷比奇一案，1998年11月16日判决（第459-494段）。然而，最近的司法判例在这一方面显得更为谨慎，参见库纳拉茨一案，2002年6月12日判决（第483段及之后）。

<sup>96</sup> 参见库纳拉茨一案，2002年6月12日判决（第142-148段及153-156段）。

<sup>97</sup> 参见科沃茨卡（Kvočka）一案，2001年11月2日判决（第161段）。克努特·多门：“国际刑事法庭罗马规约下的战争罪，关于犯罪构成要件的讨论的争论焦点”，《联合国法马克思·布朗克年鉴》，2003年，第7卷。

## 掠夺的概念

“掠夺”虽然也属于要对其行为实施人追究刑事责任的罪行之一，但对条约里对这一罪行却没有明确的定义。所以，审理耶里希奇（Jeliscic）一案的前南法庭第一审判庭填补了这一重要空白，将“掠夺”界定为：在武装冲突或与武装冲突有关联的情势下，诈取、掠夺属于敌方或交战另一方的公共性质或私人性质的财产<sup>98</sup>。但在车雷比奇（Celebici）一案中，被告律师认为，“掠夺”的概念应被定性为一个大规模的行为，在性质及程度方面都应具有系统性。被告律师基于根据这一论点，认为个别士兵如果从平民那里偷盗来的，只是价值比较小的东西，就不应该被起诉。被告律师的这一论断，在事实和理论方面都遇到了反对意见。这一反对意见将掠夺行为限制在由一个或多个士兵以个人占有或私人占有为目的而实施的行为<sup>99</sup>。前南国际刑事法庭上诉庭则将掠夺定性为由单个士兵因为贪婪而实施的掠夺性的、能引起个人刑事责任的行为，并认为掠夺具有综合的性质，它与作战方整个占领区经济范围内系统扣押财产联系在一起<sup>100</sup>。但前南国际刑事法庭这扩展性的定义，似与《罗马规约》第8条2b)款 xvi)段所要求的犯罪构成要件不相符合，因为该段认为还需要一个掠夺他人财产及占为己有的“故意”<sup>101</sup>。

## 非法拘禁平民

国际人道法传统上认为，拘禁平民<sup>102</sup>在国际武装冲突中属于一国所实施的安全措施<sup>103</sup>。然而，除了存在平民要求拘禁自己这一设想外，有人认为这种措施只有在对一国安全来说绝对必要的前提下才能被采用<sup>104</sup>。前南国际刑事法庭第一审判庭在传统观点的基础上认为：

“对‘敌方’平民的自由流动在战时会有限制，甚至在需要时可以禁止。这也是为什么自由流动的权利不属于由《日内瓦公约》所规定的绝对权利之列的原因。但这并不意味着在武装冲突中，禁止平民流动的权利被普遍性地适用。相反，关于武装冲突中一方平民的规定，最终来源于平民的个人自由应被保护这一思想。因此，这是可被限制的相对的权利”<sup>105</sup>。

所以，法庭指出，只有基于一国安全的绝对必要，才能采取限制平民的措施。并且，这里所说的安全，是其他任何措施都不能加以保证的。只有在这种情况下才能采用限制平民的措施

<sup>98</sup> 参见耶里希奇一案，1999年12月14日判决（第29段）；以及布拉斯季奇一案，2000年3月3日判决（第48段）。

<sup>99</sup> 参见最近法国关于武装冲突法的作战手册，该手册中规定：“掠夺是指一个或多个士兵未经过财产所有人的同意，为个人或私人使用的目的占有该财产”（第36页）；同样，澳大利亚的作战手册也将掠夺界定为：“为私人目的暴力地占有财产”或者“由交战一方的代表为私人目的通常使用武力，占有或者毁坏敌方的私人或公用的财产或金钱”（澳大利亚防御暴力教程）第743段和1224段。由红十字国际委员会所颁布的题为《合法作战》的作战手册（同注19）也涉及到这一标准，但认为并不是绝对必要的：“利用战争的混乱，在战争期间使用武力或以武力相威胁掠夺财产，通常是为了满足个人的私欲”，第59页（第10041段）。

<sup>100</sup> 参见色雷比奇一案，1998年11月16日判决（第590段）以及考赫迪克一案，2001年2月21日判决（第352段）。

<sup>101</sup> 值得注意的是，这一构成要件在非国际性的情形中要确认掠夺罪时，是必需的，（第8（2）（e）（v）条）。这并不意味着：前南国际刑事法庭提到的“在被占领地区的整个系统经济范围内实施有组织的扣押财产”，就不是犯罪行为。这些行为属于违反“军事必要”原则、属于不合法、强制性地、大规模占有财产的种类里的行为（参见第一公约第50条，第二公约第51条，第四公约第146条，第二附加议定书第4条以及《罗马规约》第8（2）（b）（xiii）条和第8（2）（e）（xii）条）。

<sup>102</sup> 概括来说，拘禁措施被认为有两种，其一是由行政或军事官方机构所采取的措施；其二是由司法官方机构所采取的措施；F.布歇·索尼耶（F. Bouchet-Saulnier），《人道法实用词典》，发现出版社，巴黎，1998年，第230页。

<sup>103</sup> 概括来说，拘禁措施被认为有两种，其一是由行政或军事官方机构所采取的措施；其二是由司法官方机构所采取的措施；F.布歇·索尼耶（F. Bouchet-Saulnier），《人道法实用词典》，发现，巴黎，1998年，第230页。

<sup>104</sup> 在国际性的武装冲突中，采取控制措施和安全措施的可能性（其中包括拘禁）主要被规定在《日内瓦第四公约》的第5、27、41和第78条中。这些规定涉及到，例如在一国领土内的敌方平民居民、或者构成威胁的所占领地区的人的问题。关于非国际性的武装冲突，值得注意的是，没有任何一个条约规定涉及到拘禁措施；只是在第二附加议定书的第4和5条中，涉及到与武装冲突有联系的失去个人自由的情况。

<sup>105</sup> 参见《日内瓦第四公约》第42（1）条。

<sup>106</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第565段）。



然而，法庭注意到：关于拘禁方所采取的控制和安全的措施，并没有在《日内瓦第四公约》中作出详细规定。因此，那些对拘禁方的内部或外部的安全有害的行为，以及可能使拘禁成为合法化的行为的性质，在很大程度上就留给了拘禁方官方进行单方面的评估<sup>107</sup>。因此，前南国际刑事法庭随后确认，这种评估不能仅仅出于主观的判断；所以，比较详细确定了能够使这种限制自由的措施合法化的情形，是法庭作出的主要贡献。

在同样这一问题上，法庭认为，国际法的发展已明确地抛弃了针对某个特定群体的集体囚禁，尤其是当这个群体是基于不同种族的原因。因此，所采取的措施只能有针对性的一个一个来看，而且不能简单地因为被关押主体是敌方的国民，或是敌人<sup>108</sup>。法庭还认为，仅仅是一个成年男子携带武器的事实，不能使采取限制平民自由流动的措施合法化<sup>109</sup>。只有那些针对武装冲突一方领土内颠覆性的阴谋、以及直接有利于敌方的行为，才属于损害一国安全的行为，因而才可以合法地拘禁那些通过自己的行为、知情或资历能对交战方的安全产生真正威胁的人员<sup>110</sup>。然而，法庭却没有顺着这么好的思路继续分析下去，也没有确定：为了维护拘禁方政权的安全而拘禁那些携带武器将要、或已经被利用来反对波斯尼亚的武装人员，是否有必要、又是否是为国际人道法所认可<sup>111</sup>。对此，我们感到有点遗憾。

此外，前南国际刑事法庭提到，习惯法要求具备平民被拘禁时在程序上的保障措施，这些保障措施当然包括对拘禁本身可以提起上诉的权利、以及要求重新考虑拘禁决定是否正确的权利<sup>112</sup>。不管怎样，即使最初的拘禁在国际人道法方面是合法的，但如果延长拘禁则、而且拘禁者没有享受到基本程序的保障，那就是违法行为<sup>113</sup>。

## 结论

在简短介绍前南国际刑事法庭的司法判例后，可以确定：前南国际刑事法庭对国际人道法的贡献主要在三个不同、但又是互相吻合的方面。首先，法庭确认一些原则的习惯法性质，因此所有国家、不论是否是相关条约的缔约国，都必须遵守。其次，通过对一些规则的习惯法性质的认可，法庭致力于缩小在适用国际性武装冲突和适用非国际性武装冲突规则之间的区别。最后，法庭还通过对《海牙法系》和《日内瓦法系》某些相对过时的条款，运用自由裁量权进行了解释，以便使国际人道法规则在适用方面更加符合现代的实际情况。

真正的问题，并不在于知道前南国际刑事法庭对国际人道法作出了很大的贡献，因为这一点大家全都认可，而是想知道法庭的贡献是不是太大。这点听起来有点奇怪。但杰弗瑞·贝斯特（Geoffrey Best）在其著作中如实谈到的一件事，能帮助我们理解这点。在1949年《日内瓦公约》讨论中，法国代表团的一个代表，很可能是被澳大利亚的首席代表，郝德逊（Hodgson）上校较为保守的态度所激怒，因此质问后者：他认为该会议的目的是为了保护国家的利益、还是平民的利益。答复是非常令人深思的：国家和平民都是国际人道法权利和义务

<sup>106</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第576段）。上诉庭于2001年2月20日在其同一案件的判决中确定“不是出于拘禁方安全所要求的、且违背平民的意愿而拘禁平民，是违法的”。

<sup>107</sup> “在很大程度上是由国家决定那些损害该国内部或外部安全的行为，这些行为使得拘禁合法化”；参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第574段）。

<sup>108</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第1130-1134段）。

<sup>109</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第576-577段）。

<sup>110</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第576-577段）。在科尔迪奇一案中，第一审判庭确认“对一国安全有害的行为，主要是指如间谍、破坏、以及同敌方政府或敌方居民串通等行为，不是指如个人对国家的政治态度等问题”；2001年2月21日判决（第280页）。

<sup>111</sup> 参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第1131段）。法庭以非常低的标准认为，被拘禁的相当一部分人，其实并没有造成任何严重威胁。因此，法庭得出结论：大量被拘禁在切雷比奇军营中的人员，都没有任何明显、合法的理由来证明：他们正威胁着波斯尼亚政府的安全。

<sup>112</sup> 参见《日内瓦第四公约》第43条。

<sup>113</sup> 法庭确认，为了决定在该军营被拘禁的人员所犯的罪行，而建立了一个军事调查委员会。但该委员会的权力，则仅限于在战俘中展开调查，以及为了获取信息询问那些还没有被拘禁、以及没有被怀疑参与武装叛乱的其他人。如没有正当的原因，该委员会就没有权力来决定恢复被拘禁的战俘的自由。当有人提出这一要求时，委员会也不能确定战俘是否享有真正的自由；参见切雷比奇一案，1998年11月16日判决（第1135-1137段）。

的承担者，会议的成功则完全取决于是否具有在这两者之间找到平衡妥协的能力<sup>114</sup>！这里含有的内容非常简单：始终致力于保护平民、削弱战争带来影响的国际人道法的最终目标，只有在国家的同意和直接参与下才能被实现。事实上，考虑到适用这一法律体系所具有的特殊情形、以及它所涉及的利益，所有要违反国家意愿来发展国际人道法的努力，都注定要失败。

当然，也可以这么理解，国家由于意识到在条约方面要进行改进所必然存在的困难，将采取习惯的方式来推进国际人道法的发展，以便使人道法规则适应现在的社会现状。前南国际刑事法庭根本谈不上在创造法律，它只是反映正在发展中的已成为习惯的现实。所以，它的司法判决，只是“快速的习惯”的反映<sup>115</sup>。不过，也应当承认，法庭的一些发展如果与国家实践和国家的法律意见相比较，走得更快些。

可以设想一下，根据对前南国际刑事法庭以及其司法判决的质量来看，法庭在发挥引导的作用，并推动国家在事后来赞同法庭的法官在适用国际人道法规则方面进行的改革。这样说，是因为在往最坏的方面想。当然，也并不排除有些国家对法庭的论点提出质疑，认为法庭的论点太激进。如果这样，对国际人道法和国际刑法公正的可信度会立即产生负面的影响。但它并不影响法庭的这些论点更好地保护受害者，最终也一定会胜利的，因为未来的国际法学家将因此而受益... ..。

## 摘要

关于前南斯拉夫国际刑事法庭是否有能力完成其任务的这些最初的不确定毫无疑问得被放入历史的档案馆里，法庭的建立被认为是实施国际人道法机制发展的重大事件。但是在其存续十年之后，法庭的作用似乎并不局限于实施国际人道法：法庭在发挥其惩罚作用的同时，还在致力于解释这一复杂领域的法律，正是由于这样，法庭极大程度地促进了国际人道法更为进步的发展。本文的目的就是简短地说明这一司法机构给国际人道法所作出的最重要的贡献。

前南国际刑事法庭给国际人道法所作出的贡献存在于三个方面，这三个方面也是互相吻合的：首先，确认了一些原则的习惯法性质；其次，缩小了适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的规则所存在的区别；最后，通过对人道法文献的一些相对过时的条款进行自由解释，使国际人道法更加适合现代的情形。

翻译：何顺善 校对：朱文奇

---

<sup>114</sup> 参见杰弗瑞·贝斯特《1945年之后的战争与法律》，克拉朗东（Clarendon）出版社，牛津，1997年，第105-106页。

<sup>115</sup> 参见孔多雷里：《国际刑事法院：巨人的脚步》，RGDIP，1999（1），第12页。