



## 战争罪赦免：国际承认之范围界定

亚斯明·纳克维\*

对那些犯下战争罪的人追究其个人刑事责任，是为受害人伸张正义的一个基本方法。然而，当严重违反战争法的行为在武装冲突期间大规模地发生以后，为受害人伸张正义或补偿的考虑，就需要与该领土所在国需要有效、逐步地处理已经发生的暴行，以及再次挑起冲突或使冲突延续下去一并考虑<sup>1</sup>。在这种情况下，注重含有某种程度上给予赦免的刑法规范的目的、而不是它惩罚的目的、以便来实现正义，应该是较为合适的模式。<sup>2</sup>

于是，对国际法意义上的战争罪<sup>3</sup>进行赦免是否<sup>4</sup>合法这一复杂的问题、以及一个国家的赦免法、赦免协定或者赦免实践是否能被其他国家法院或者国际法院（或法庭）在事实上或在法律上所承认<sup>5</sup>，就成了一个必须要回答的问题。目的在于使战争罪嫌疑犯或被告不受到起诉的赦免，一般都是根据本国制定的法律、或宪法，或条约、或政治等而决定的。然而，国家的赦免实践也可能阻止一国国内法院或者国际法院对战争罪的案子进行审理，比如说，采用不行使管辖权、通过安理会的豁免决定等。另外，类似政府官员享有豁免权等的一些国际法原则，也可能会阻止对战争罪的起诉。

在最近所发生的关于利比里亚危机的案子中，由联合国发起成立的塞拉利昂特别法庭（Special Court for Sierra Leone）以战争罪起诉了前总统查尔斯·泰勒（Charles Taylor），但泰勒却要求撤回起诉以作为他总统卸任的先决条件。<sup>6</sup>如果这一交易能得以实现，撤回起诉也不属于国际法严格意义上根据本国法律或为撤回起诉而进行谈判结果的赦免，但其通过不再起诉战争罪行、以确保和平的目的和效果，则与赦免在本质上是一样的。利比里亚向国际法院也提出请求，<sup>7</sup>要求国际法院肯定国际法上外国首脑享有豁免权的习惯法规则，<sup>8</sup>宣布

\* 亚斯明·纳克维(Yasmin Naqvi), 在读博士研究生(国际法), 日内瓦国际研究院(Graduate Institute of International Studies, Geneva)毕业; 获澳大利亚塔斯马尼亚大学(University of Tasmania, Australia)法学学士学位。目前在红十字国际委员会从事《红十字国际评论》(*International Review of the Red Cross*)的编辑工作。

<sup>1</sup> 赔偿正义的特征可以概括为：通过法律方法恢复权利、预防再犯、或者获取赔偿。惩罚正义则主要是惩罚实施非法行为之行为人。关于这个问题的争论，参见阿维里奇(K. Avruch)和维也纳诺(B. Vejarano)：“真相与和解委员会：短评及文献索引”，载《和平与冲突解决在线杂志》(*The Online Journal of Peace and Conflict Resolution*)2002年第4.2期，第34至76页。

<sup>2</sup> 可参考泰特(R. Teitel)：“转型期的法学：法律在政治转变中的地位”，《耶鲁法律杂志》(*Yale Law Journal*)1997年第7号，总第106期，第2009页，尤其参见第2037页。对于正义、真理、宽恕、和解和责任等观念，应当结合其背景来予以考虑，它们构建在一定社会结构、并形成于的一定文化基础。

<sup>3</sup> 限于主题及篇幅，本文将不直接讨论对其他国际罪行，例如“酷刑罪”、“种族灭绝罪”和“反人道罪”等罪行所给予赦免的承认问题。

<sup>4</sup> 从字面意思上说，赦免是指“忽略，遗忘；国际上的忽视”，见《牛津英语词典》，1989年第2版。从法律上说，赦免是指不对过去的犯罪予以刑事起诉。这种预先推定有罪的办法不同于宽恕，后者是指通过官方的程序认定某人有罪，只是不给予判决。“赦免(amnesty)”这个词源于希腊语的“amnestia”，它的意思是指“遗忘”或者“不记住”。

<sup>5</sup> 本文中的“承认”，是指国家、或者法院根据国际法认可的赦免的法律效力。

<sup>6</sup> 查里斯·泰勒在巨大的国际压力、和由尼日利亚领导的西部非洲国家经济共同体(Economic Community of West African States, ECOWAS)维和力量的干预下，于2003年8月11日卸任、并离开了利比里亚。塞拉利昂特别法庭于2003年3月7日对他作出战争罪起诉的决定，并于2003年6月4日重新公布了起诉书，起诉书目前还继续有效。联合国安理会在2003年的第1478号决议中，表达了对该项起诉的支持，并呼吁“所有国家、尤其是利比里亚政府与塞拉利昂特别法庭进行全力合作。”文件号：联合国文件S/RES/1478, 2003年5月6日。

<sup>7</sup> “利比里亚就塞拉利昂特别法庭对利比里亚总统发布国际逮捕令、而与塞拉利昂之间的争端向国际法院提出申请”，参见国际法院2003年8月5日第26号新闻报道。

<sup>8</sup> 国际法院(ICJ)在最近一个倍受批评的判决中，认为根据国际法，应负某种责任的外交部长仍然享有绝对豁免权。国际法院在关于比利时2000年4月11日发布的逮捕令案(民主刚果共和国诉比利时)的判决理由中，认为比利时国内法庭的法官对民主刚果应负责任的外交部长发布、送达的逮捕令没有“根据国际法尊重一个国际法原则，即外交部长享有刑事管辖豁免权和刑事责任豁免权(…)”（第78段）。国际法院在待审理案子的议程中还有一个案

对他发出的逮捕令无效。此外，尼日利亚由于给泰勒提供庇护，因此就违反了一个被广泛接受的原则，即：国家不能给被指控犯有诸如战争罪等国际犯罪的人提供庇护。<sup>9</sup>

在最近几个月里，美国成功地使联合国安理会通过决议，再次同意给予《国际刑事法院罗马规约》<sup>10</sup>非缔约国的维和人员一年的管辖豁免权。<sup>11</sup>这样，就有效地阻止国际刑事法院以战争罪（和其他严重的国际犯罪）来起诉从事维和行动的美国公民以及《国际刑事法院罗马规约》其他非缔约国国家的公民。在安理会另一个关于多国部队介入利比里亚冲突以执行 2003 年 6 月 27 日的停火协议中，也包括有国际刑事法院管辖豁免权的内容。<sup>12</sup>美国与 53 个国家签订了双边协定（即所谓“第 98 条协定”），以保证不将被指控犯有战争罪行的美国公民和这些国家国民被移送到国际刑事法院受审。<sup>13</sup>

所有这些在最近发生的阻止起诉战争罪行的国家的实践例子，不仅清楚地勾画出赦免问题的背景，而且还凸现了那些影响国际刑法体系的国际法律原则相互之间的联系。在本文里，将对外国法院或国际法院是否能承认对战争罪实施赦免的一些主要国际法律规则和原则，进行审议。同时，本文还将在考察和分析最近赦免实践的基础上，来探讨一国国内法院或者国际性法院实施这类赦免的合法性问题。

### 战争罪赦免的国际承认：问题之提出

对战争罪以及其他国际犯罪的赦免，经常是发生在当国家处于转型阶段时期，例如在战争结束、走向和平的时候，或是政治上急剧动荡、需要将国家政权从军方手中移交给民主政府的时候等。在这一社会动荡、政治敏感的时期，国家需要在摆脱过去和谋求发展、来维护通向和平和民主的政治进程；国际社会则需要追究国际犯罪者的刑事责任。国际法则用来调和国内与国际需要这两方面之间的矛盾。<sup>14</sup>在过去几十年里，由于产生了追诉国际犯罪的国际体制，人

---

子，即“法国刑事程序案(刚果共和国诉法国)”，刚果共和国起诉法国的一个理由是：法国“对刑事案件行使了普遍管辖权，并对一个外国的国家部长在其行使维持其本国公共秩序权力时被指控有关犯罪妄加起诉和审判”，这样，法国就违反了如下原则，即“一个国家不能违反主权平等原则(…)在他国行使自己的主权”。刚果共和国进一步宣称，因为发布这个给予警察审查刚果共和国总统作为证人在案件中的作证的逮捕令，这样，法国又违反了“国际法院所承认的一个国际习惯法规则，即外国首脑享有刑事豁免权”。参见国际法院 2003 年 7 月 16 日第 21 号新闻报道。

<sup>9</sup> 1973 年 12 月 3 日，第 28 届联合国大会第 3074 号决议通过的《关于侦查、逮捕、引渡和惩治战争罪和反人道罪罪犯的国际合作原则》、以及联合国大会 1948 年 12 月 20 日第 217A(III)号决议通过的《世界人权宣言》第 7 部分第 14 条第 2 款都指出，“由于非政治犯罪或者违反联合国宗旨及原则的行为而受到刑事起诉”，个人无权就此寻求庇护。

<sup>10</sup> 1998 年 7 月 17 日通过了《国际刑事法院罗马规约》(2002 年 7 月 1 日生效)(以下称《罗马规约》)。

<sup>11</sup> 第一个类似的决议是联合国安理会 2002 年 7 月 12 日通过的第 1422 号决议，文件号：联合国文件 S/RES/1422(2002)。该决议要求国际刑事法院(ICC)对于《罗马规约》非缔约国从事维和任务的公民，不得启动调查和起诉程序，同时强调“根据同样条件于每年 7 月 1 日顺延 12 个月期予以重新要求(…)”。2003 年 6 月 12 日，安理会通过了(12 票赞成，0 票反对，法国、德国及叙利亚 3 票弃权)另外一个决议，给予《罗马规约》非缔约国从事维和任务的公民又一年的豁免权。参联合国安理会 2003 年第 1487 号决议，文件号：联合国文件 S/RES/1487，2003 年 6 月 12 日。

<sup>12</sup> 联合国安理会 2003 年第 1497 号决议，文件号：联合国文件 S/RES/1497，2003 年 8 月 1 日，第 7 段规定“不是《国际刑事法院罗马规约》缔约国的一个参与国的现任、或者前任官员、或人员，如被指控因驻利比里亚多国部队或者联合国稳定部队而产生或与其有关的作为或者不作为，应受由参与国实行专属管辖权，除非该参与国明确放弃此种专属管辖权”。

<sup>13</sup> 同美国签署这种双边豁免协定的国家名单可以从国际刑事法院联盟的网站上得到，签署该协定的 25 个国家中有 10 个是《罗马规约》的签字国。请参见：<http://www.iccnw.org/documents/otherissuesimpunityagreement.html>

<sup>14</sup> 关于过渡司法理论、以及如何满足社会转型时期特别要求的问题，可参见以下文献：奥伦特里赫(D. Orentlicher)，“清算：对前政权违反人权行为的起诉义务”，载《耶鲁法律杂志》1991 年第 8 号，总第 100 期，第 2537 页；卡塞尔(D. Cassel)，“亚美尼亚之教训：关于赦免暴行的国际反应的指导原则”，载《法律与当代问题》(Law and Contemporary Problems)1996 年第 59 期，第 225 页；克里茨(N. J. Kritz)等人，《过渡司法》第 1 期，华盛顿和平协会出版社，1995 年版；罗特-阿里亚扎(N. Roht-Arriaza)主编，《国际法及国际实践中的不惩罚

们普遍认为对国际犯罪予以赦免是不合法的。<sup>15</sup>然而，如果在任何情况下都不考虑对战争罪进行赦免、对赦免从来也不予以国际承认，那么，这对于结束内战并防止其再次发生、<sup>16</sup>对民主体制的平稳过渡、<sup>17</sup>帮助和解进程等，<sup>18</sup>都将会产生负面的影响。对赦免的国际承认还基于一些政策上的考虑，比如：一个人如果犯有国际罪行，他（或她）就会有顾虑，担心其只要一跨过边境就会被起诉。但在全部交代其所涉嫌的国际罪行后如果能得到本国的赦免，那就会对弄清事实真相有所帮助。<sup>19</sup>国际法如果都要求对国际犯罪进行起诉和惩治，就能在一定程度上减弱对前任领导人或前军方政权成员审判上带来的政治色彩。<sup>20</sup>但同时，国际法为了使政府能避免引起或继续内战的危险，承认类似国家民族相互之间合作的重要性等，通过根据一定的程序实施有限制的赦免，也能帮助实现和平的过渡进程。<sup>21</sup>

由于国际罪行为整个国际社会所关注，所以，对战争罪赦免的国际承认范围进行界定就显得非常重要。另外，通过某些情况下对某些赦免有效性国际承认的界定，就可以以此来推断：超出该界定范围的赦免就是无效的。因此，国家在立法或在相互之间达成协议时，也不会超出这一界定的范围。<sup>22</sup>如此一来，不受法律惩治的罪行范围会缩小，这其实也是国际刑法要实现

---

与人权》，牛津大学出版社，1995年版；泰特尔，前引第2注，第2009页；迪加尔(J. Dugard)，“如何处理前政权犯罪，赦免仍然是一种选择吗？”，载《莱顿国际法杂志》(*Leiden Journal of International Law*)1999年第4号，第12期，第1009页；海纳(P. Hayner)，《不可告人的真相：直面国家恐怖与暴行》，伦敦劳特利奇(Routledge)出版社，2001年版；拉特纳(S. Ratner)和阿布拉姆斯(J. Abrams)，《国际法上侵犯人权暴行之责任：超越纽伦堡审判》，牛津大学出版社2001年第2版。

<sup>15</sup> 一批国际法专家于2001年通过了《关于普遍管辖的普林斯顿原则》(the Princeton Principles on Universal Jurisdiction)，这个被广泛接受的原则指出，“赦免通常与国家根据国际法要追究严重犯罪刑事责任的义务相违背”；《关于普遍管辖的普林斯顿原则》之原则七，普林斯顿法律与公共事务项目，普林斯顿大学2001年。人权组织也得出了相同的结论：美洲人权法院2001年3月14日，巴里奥斯·阿尔托斯(Barrios Altos)案(丘姆比普马·阿吉雷(Chumbipuma Aguirre)诉秘鲁)；罗德里格斯(Rodriguez)诉乌拉圭，1988年第322号通讯，联合国人权委员会1994年7月19日；人权委员会1992年3月10日关于第7条的第20号评论(即《取代关于禁止酷刑和虐待或惩罚的第7号评论》)。

<sup>16</sup> 赦免是作为和平协议之一部分而规定的，例如，苏丹(1997年4月21日和平协定)、民主刚果共和国(1999年卢萨卡停火协议)和塞拉利昂(1999年7月8日洛美和平协议)，它们都是作为要停止血腥冲突的措施之一而被提出来的。最近，俄罗斯杜马通过了一项新的赦免法，作为帮助解决车臣问题的一项办法：“总共126人在车臣申请赦免”(消息来源于俄罗斯联邦政府)，2003年7月1日。刚果民主共和国总统约瑟夫·卡比拉最近为刚果(金)反政府武装签署了一项赦免法，但战争罪不包括在该赦免法中。杜尔梅特(M. Durmnett)，“为刚果(金)反政府武装的赦免”，英国广播公司2003年4月16日新闻。<http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/hi/Africa/2953621.stm>

<sup>17</sup> 在过去几年里，阿根廷、柬埔寨、萨尔瓦多、危地马拉、海地和乌拉圭等，在和平协议中都授予了前政权的国际犯罪以赦免。罗特-阿里亚扎(N. Roht-Arriaza)，“调查和起诉严重违反国际法保护之人权的犯罪的国家责任”，载《加利福尼亚法律评论》(*California Law Review*)1990年第78期，第451页、第458至461页；美国代表团1997年8月在建立国际刑事法院的筹备委员会第4届会议上，也提出了一个草案《关于赦免与宽恕的国家实践》。

<sup>18</sup> 最明显的例子是南非，1995年第34号法律《国家统一及和解促进法》为在种族隔离政权时期、由于政治动机而犯罪的人，提供了一个广泛赦免的机制。参见阿扎尼亚人民组织(Azania People's Organisation, AZAPO)诉南非共和国总统案，案件号：Case CCT 17/96，(以下称AZAPO案)，第22段。

<sup>19</sup> 南非宪法法院在阿查波(AZAPO)案中也使用“为了真相而赦免”这个理由来证明1995年第34号法律、即《国家统一及和解促进法》的合法性，同上注第683至685页。也可参照迪加尔(J. Dugard)，前引第14注第1009页；奥谢(A. O' Shea)，“国际法及国际实践中的战争罪赦免”，载《科鲁维国际法》(*Kluwer Law International*)，海牙，第310页。

<sup>20</sup> 正如前南国际刑事法庭对于前南总统米洛舍维奇正在进行的审判所显示的那样，被告人仍可以抗辩说，法庭(即使在国际刑事法院)对于严重违反人权行为的审判是出于政治因素，而不是出于法律上的考虑。国际刑事法院的建立，可以在某种程度上消除这类抗辩，因为它将对任何缔约国领土上发生的、或者由任何缔约国公民实施的相关国际犯罪，行使管辖权，参见《罗马规约》第12条。

<sup>21</sup> 关于这一理论的详尽分析，请参阅奥伦特里切特，前引第14注和泰特尔，前引第2注。

<sup>22</sup> “不惩罚”被定义为：“在法律上或者在事实上、不追究侵犯人权行为实施者之责任的可能性——无论是刑事的、民事的还是行政的或者纪律的责任——因为他们并没有受到任何询问而足以使其被起诉、被逮捕、被审判以及如果被证明有罪而被宣判。”见《关于不惩罚侵犯人权行为实施者的问题(公民权利及政治权利)》，茹瓦内(Joinet)先生根据“促进和保护人权小组委员会”(The Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human

的主要目标之一。<sup>23</sup>

绝大部分评论家认为，即使是有限制的、按照一定原则来实施的赦免通常也它国没有域外效力，因为它们并没有对国家根据条约、或者习惯国际法惩罚战争罪犯的权利和义务产生影响。<sup>24</sup>这种观点似乎有一定道理，但只要详细考察在这个问题上影响国内国际社会作出决定的那些原则和规则，就会发现：这种评论也不能完全排除在某些情况下、对某些赦免予以国际承认的有效性。为了全面阐释这一立论，必须回答以下问题：一国所作的战争罪赦免决定能否拘束外国法院或者国际性法院？如果没有拘束力，它们是否可以承认根据国际法对战争罪进行的某个赦免的有效性？如果外国法院或者国际性法院可以承认某些战争罪赦免决定，那么，国际法对这种承认能力又作了哪些限制呢？

### 对战争罪的赦免是否能外国法院或者国际性法院产生拘束力？

原则上说，一个国家只受其国内法、该国签订的条约以及习惯国际法规则的拘束。<sup>25</sup>而赦免则纯粹是一国国内的事情。因此，为了结束内战，政府与叛乱团体之间以及各叛乱团体相互之间达成的协议，或者在政权交替时期、新旧政权之间所签订的协定，通常都不能拘束其他国家。<sup>26</sup>两个或者更多的国家经过协商所签订的赦免协议，例如为结束国际武装冲突而签订的和平协定，也只是作为一个条约对缔约国有拘束力，第三国则不受该条约的拘束。<sup>27</sup>

在关于国家与国家在刑事移交合作程序的方面，如果某个人在一个缔约国已得到宽恕或者赦免，那么根据“一事不二审”的原则，其他缔约国就有义务不能再对这个人进行起诉。<sup>28</sup>然而，该原则只是在缔约国间有效，它并没有被普遍接受为习惯国际法的内容。<sup>29</sup>尽管这个原则被文明国家所普遍认可，<sup>30</sup>但它仍然应当与习惯国际法相区别。“一事不二审”原则只是为了防止一个人因为同一件事受到不同主权国家的起诉而可能受到双重损害。<sup>31</sup>在《国际刑事法院罗

---

Rights) 1996 年第 119 号决议所作的报告，文件号：E. CN. 4/Sub. 2/1997/20, 1997 年 6 月 26 日(以下称“《茹瓦内报告》”)。

<sup>23</sup> 因此，《罗马规约》在序言部分第 5 段声明：各缔约国“决心使上述犯罪(国际社会所关注的最严重犯罪)的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪。”

<sup>24</sup> 例如博德(R. Boed)，“国内赦免对外国是否能起诉被指控严重侵犯人权行为实施者的影响”，《康奈尔国际法杂志》(*Cornell International Law Journal*) 2000 年第 2 号，总第 33 期，第 297 页和第 323 页。某些国内法院也作出过同样的判决。在涉及西班牙公民在阿根廷被迫失踪的几个案子中，法院认为阿根廷国内的赦免法对西班牙法院没有拘束力。例如福耳图内塔·加尔铁里(Fortunata Galtieri)案，1997 年 3 月的判决：

<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/authgalt.html>

<sup>25</sup> 布朗利(I. Brownlie)认为：“…一个国家必须独立于另一个国家的法律命令，这类法律命令或者国际组织所施加的任何干涉，都必须以国际法的名义作出。”见布朗利，《国际公法原理》，牛津，克拉伦达出版社 1998 年第 5 版，第 72 页。

<sup>26</sup> 根据国家主权独立的原则，国家没有义务给予另一个国家国内法以法律效力，因为那样会侵犯本国的主权独立。参见布朗利，同上注第 72 页。在法国的“阿伯兹(Abetz)案”也可以找到相同的理由，法院认为战争罪起诉不适用外交豁免，因为起诉的法律基础在于犯罪是对一个国家社会的违反，因而任何通过授予赦免的方式对他国的干涉，都将“把起诉权置于那个罪犯所属国国家权力之下”。引自波斯特(J. Paust)等人，《国际刑法：案例及资料》，杜伦，卡罗来纳学术出版社 1996 年版(以下称《国际刑法》)，第 78 页。

<sup>27</sup> 1969 年 3 月 23 日《维也纳条约法公约》第 31 条。

<sup>28</sup> 例如，1972 年 5 月 15 日《刑事移交程序欧洲公约》第 35 条；1990 年 12 月 14 日《联合国引渡示范条约》规定，如果某人被授予起诉豁免或者惩罚豁免(包括由于赦免)，引渡该人的请求可能会遭到拒绝(第 3 条第 5 款)，文件号：联合国文件 A/RES/45/116。同时可参见 1970 年 5 月 28 日《关于刑事审判国际效力之欧洲公约》第 10 条第 3 款、第 12 条第 1 款、第 53 条第 1 款第 2 项第 2 目；《比荷卢经济联盟、联邦德国和法国政府 1985 年 6 月 14 日关于逐渐消除共同边境检查而申请申根协议的公约》第 62 条第 2 款。

<sup>29</sup> 《国际刑法》，前引第 26 注，第 574 页。

<sup>30</sup> 1945 年《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 3 项。

<sup>31</sup> 1966 年 12 月 16 日《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 7 款(重申了“一事不二审”原则)，并没有禁止在另一个国家起诉已经在犯罪行为发生国被赦免的人，因为赦免的程序在该条文中的意思并不是指一个“无罪判决”。此外，人权委员会认为第 14 条第 7 款并不禁止在另一个国家就同一罪行进行审判。“A. P. 诉意大利”，1986

马规约》的讨论过程中，赦免和宽恕都没有被接受为根据“一事不二审”原则而成立的辩护理由，因而没有出现在《规约》的条文之中。<sup>32</sup>

国内法或者国内的司法判决不能赦免一个被指控犯有国际罪行、应当对此承担个人刑事责任的人，也不能阻止另一国家的法院或者国际性法院起诉这个人。这一原则得到大量的立法的支持。例如，早在1919年，战争发起者责任与刑罚委员会（the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement and Penalties）就采用了“战败国国内法院的判决并不妨碍军事法庭或者盟国国内法院所进行的定罪量刑。”的原则。1946年同盟国管制委员会第10号法令也作了同样的规定，即：纳粹政权的任何法律、宽恕、免于刑事处罚或者赦免等，都不能妨碍对战争罪犯进行审判和惩罚。<sup>33</sup>1968年，联合国大会指出，任何国内立法所作的限制也都不适用于战争罪、反人道罪和种族灭绝罪。<sup>34</sup>此外，根据日内瓦公约及其第一附加议定书的规定，如果对涉嫌实施战争罪的罪犯进行赦免、因而不履行要对被指控实施严重犯罪行为的人“起诉或者引渡”的义务，还可能构成对国际法的违反。<sup>35</sup>习惯规则上关于免责的一些原则，例如紧急避险、危难或者不可抗力等，它只是规定在例外的情况下可以免除国家因此没能承担其国际义务而产生的责任。但这项规则很难适用于赦免。<sup>36</sup>

要一个第三国在法律上接受一个关于赦免的决定，唯一能想象到的情形是：联合国安理会出于维护世界和平与安全的目的进行调停、或者同意进行赦免。在这种情况下，一个国家如果不承认这种赦免将会违反《联合国宪章》的有关规定，例如，它可能会构成对国际和平与安全的威胁；因此，国家有义务承认这类赦免的法律效力。<sup>37</sup>很明显，这给要给予赦免的第三国设置了很高的标准。因为它需要有证据证明，如果一意要进行起诉就会损害和平协定、并最终危及世界和平与安全。要证明这一点虽然非常困难，但在理论上也并不是不可能的。

根据《国际刑事法院罗马规约》第16条<sup>38</sup>的规定，联合国安理会可以引用《联合国宪章》第七章的规定来通过决议，要求国际刑事法院在12个月内（该期限可以延长）推迟启动调查起诉程序的权力。这清楚地表明：缔约国也承认，如果不对追诉国际犯罪的活动作任何限制的话，其本身将可能构成对和平与安全的威胁。<sup>39</sup>该条文也表明，和平与正义并不总是完全一致

---

年第204号通讯，1987年11月2日，文件号：联合国文件A/43/40, at 242.

<sup>32</sup> 《建立国际刑事法院的筹备委员会报告》，第1期第40页第174段（筹备委员会1996年3月至4月及8月两次届会），文件号：联合国文件A/51/22；文件号：联合国文件A/CONF./283/2/Add.1(1998)，第19条。

<sup>33</sup> 1946年1月31日《同盟国管制委员会第10号法令》第11.5条。《纽伦堡宪章及审判原则》认为，即使国内法院“不给一个根据国际法构成犯罪的行为判刑，也并不减轻根据国际法而应当对该犯罪承担的刑事责任。”

<sup>34</sup> 《战争罪及反人道罪不适用法定时效公约》，联合国大会1968年11月26日第2391号决议通过。

<sup>35</sup> 关于战争罪赦免国际承认的反对理由，参见跑斯特(J. Paust)，《米莱及越南：规范、神秘和领导责任》及其第49至56个注释，《军事法律评论》(Military Law Review)，1972年第57期第118至123页。

<sup>36</sup> 紧急避险理论不能作为国家怠慢履行其义务的正当事由，除非它能够证明：如果起诉将给国家导致严重的、紧迫的危险，而且该国家唯一可以采用的、保护其利益的措施就是不遵守国际法的起诉义务。此外，如果不实行紧急避险就会严重危及一个国家、或者应该履行该义务的多个国家、或者整个国际社会整体的基本利益，否则，就不能够紧急避险。因此，起诉战争罪罪犯的义务是国际社会的基本利益。参见2001年8月29日至31日由国际法委员会通过的《国家对国际不法行为的责任条款》第25条，国际法委员会第53届会议工作报告，2001年4月23日至6月1日和6月2日至8月10日，文件号：GAOR Fifty-fifty Sess. Supp. No. 10 (A/56/10)（以下称《国家责任条款》）。联合国大会2001年12月12日在其决议中也重申了这个条文。关于不可抗力，一个国家应当证明：其没有起诉是由于不可抗拒的原因、或者超越了一个国家预见能力的原因，而这些事项使得该国家不可能履行其义务（参见《国家责任条款》第23条）。而危难只可能发生在如下情况下，即有关行为人在遭遇危难时为了挽救本人生命或受其监护的其他人的生命，而除此行为之外别无其他合理方法（参见《国家责任条款》第24条）。

<sup>37</sup> 这一理由来自于《联合国宪章》第103条所确立的原则，该条规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”

<sup>38</sup> 《罗马规约》第16条规定：“如果安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的决议，向本法院提出要求，在其后十二个月内，本法院不得根据本规约开始或进行调查或起诉；安全理事会可以根据同样条件延长该项请求。”

<sup>39</sup> 需要注意，推迟有时间限制（尽管有重新延长的可能性），这表明它并不是要永久性地承认国内赦免的效力。参见加夫龙(J. Gavron)，《国际法之发展及国际刑事法院之建立背景下的赦免》，载《国际法和比较法季刊》(International and Comparative Law Quarterly)，2002年1月第51期，第110页。

的，当它们出现冲突的时候，寻求维持和平的目标将占上风。<sup>40</sup>

联合国安理会最近又通过了一个决议，要求国际刑事法院不要对非缔约国人员涉嫌《规约》里所规定的罪行行使管辖权，这使我们可以更深刻地理解安理会根据《规约》第 16 条所享有的、推迟调查起诉权的范围。鉴于《规约》使用的是“要求”一词，因此从表面上看，安理会决议既不是对战争罪赦免的承认，对国际刑事法院也没有拘束力。然而，一方面安理会在界定“和平之威胁”<sup>41</sup>时可以作很宽泛的解释，另一方面，安理会在事实上相当自由地、重复地利用《规约》第 16 条的规定。<sup>42</sup>这也表明，政治因素的影响很会对国际刑事法院在战争罪的管辖方面产生限制。由于国际刑事法院是根据“补充管辖原则”来行使管辖权、即只有当国家“不能够”或者“不愿意”起诉罪犯时国际刑事法院才行使其管辖权，所以，国家对战争罪的赦免是不是属于“不能够”或者“不愿意”的情形，这一点是有争议的；但在这种情况下，联合国安理会可以根据《规约》第 16 条的规定，通过出决议来推迟调查和起诉。只要是因为安理会的决议而没有进行起诉，这在事实上等于承认了国家赦免的效力。

然而，在这里需要强调：尽管联合国安理会在选择采用何种方法发挥其功能的问题上有相当广泛的自由裁量权，尽管安理会可以自己决定如何来解释其根据《联合国宪章》所拥有的权力，但是，联合国安理会自己则也要受到《联合国宪章》的宗旨和原则的约束。<sup>43</sup>同时，安理会也还要受到国际法基本原则、特别是国际法的强行性规则的约束。任何国际法主体、包括联合国安理会均不被允许可以贬损这些原则。<sup>44</sup>此外，从程序上来说，判断“和平之威胁、和平之破坏或者侵略行为”之存在是安理会采取《联合国宪章》第七章授权行动的前提条件。因此，在要求国际刑事法院根据规约第 16 条推迟调查起诉之前，联合国安理会应首先得确定确实存在着这种情形。<sup>45</sup>

综上所述，外国法院或者国际性法院在一般情况下不受战争罪赦免的拘束；但在某些特殊的情况下可以构成例外，比如，由联合国安理会出面调停、并将之作为的和平协议的一部分而对某个人进行赦免的情况，因为如果对其起诉将危及世界和平与安全。不过，即使在这种特殊的情况下，赦免也必须符合国际法的基本原则，这样也才能有效地得到国际承认。

### 外国法院或者国际性法院是否可以承认战争罪赦免的效力？

对这个问题的回答有赖于另外一个问题的解决，即国家是否有义务、主动去惩罚被指控犯有战争罪的人？如果有，则第三国法院或者国际性法院就不能承认对于这类犯罪的赦免，除非第三国的这种义务根据国际法被取消。另一方面，如果其他国家仅仅是具有起诉或者可以引渡某些战争罪嫌疑人的资格，那么第三国就可以选择不行使管辖权、从而承认对于这类犯罪所给

<sup>40</sup> 参见高兰·德巴斯(V. Gowlland Debbas), “从系统观点来看安理会对国际刑事法院的作用”, 载布瓦松·德·沙祖尔内(L. Boisson de Chazournes)和高兰·德巴斯等人,《寻求公平与一致的国际法体系》,利伯-阿美瑞克瑞姆、乔治·阿比-萨布, (Liber-Americorum Georges Abi-saab), 马蒂努斯·奈霍夫出版公司(Martinus Nijhoff Publishers),《科鲁瓦国际法》,2001年第629页至650页。

<sup>41</sup> 该决议没有界定“和平之威胁、和平之破坏或者侵略行为”之是否存在,而这是安理会根据宪章第七章采取行动的前提,决议仅仅提到“加强各会员国参与联合国安全理事会所设立或授权行动的能力有利于国际和平与安全”,参见安理会2003年第1487号决议序言第7段(同前第11注)、《联合国宪章》第39条。

<sup>42</sup> 第16条的起草历史,表明该条无意于事先适用于某一类人、也没有对调查和起诉提供永久性的推迟。相反,它本意是根据个案原则、在法院可能妨碍恢复与维持和平的特定情况下才适用。在第1422号决议起草的阶段,至少有116个国家表达了对该决议的批评。参见大赦国际,《国际刑事法院:安理会给予美国公民永久性的国际司法豁免的非法尝试》,2003年5月,论文号:IOR 40/006/2003;同时参见安博斯(K. Ambos),“国际刑法已经失去清白”,载《德国法律杂志》(*German Law Journal*)2002年10月1日第10号,第3期;麦克珀森(B. MacPherson),“安理会给予维和人员国际刑事法院刑事程序豁免”,《美国国际法协会观察报》(*ASIL Insights*)2002年7月,第2页。

<sup>43</sup> 《联合国宪章》第24条第2款。

<sup>44</sup> 1969年《维也纳条约法公约》第53条,也可参见施魏格曼(D. Schweigmann),“安理会根据《联合国宪章》第七章的权力:法律限制及国际法院的地位”,《科鲁瓦国际法》,海牙,2001年第197页。

<sup>45</sup> 《联合国宪章》第39条。

予赦免的法律效力。然而，尽管管辖一般都是基于“属地管辖”或者“属人管辖”的原则，但越来越多的人开始接受习惯国际法赋予了所有国家在战争罪方面的“普遍管辖权”原则。<sup>46</sup>也有几个国家已经根据“普遍管辖原则”立法，来审判这类罪犯。<sup>47</sup>最近几年，许多国内法院对在第三国发生的战争罪和其他严重国际犯罪的罪犯（既不是根据属人管辖而审判本国公民，也不是根据属地管辖审判本国发生的犯罪），也进行了起诉。<sup>48</sup>下面将对于哪些战争罪国家有义务必须予以起诉，而哪些战争罪国家可以按照授权而根据习惯国际法予以起诉等，作一叙述。

### 严重违反《日内瓦公约》的行为

条约国际法对于违反 1949 年《日内瓦公约》及其附加议定书里所规定的“严重违法行为”<sup>49</sup>，设立了“普遍管辖原则”机制。<sup>50</sup>红十字国际委员会在《日内瓦公约评注》中指出，这种义务是“无条件的”。<sup>51</sup>因此，缔约国不能免除自己、也不能免除其他缔约国由于严重违反日内瓦公约行为而引起的责任。<sup>52</sup>《日内瓦公约评注》认为，第一附加议定书的条文规定“是为了防止战败方在停战协定或者和平条约中、被迫放弃由于战胜方犯有严重违反日内瓦公约的行

---

<sup>46</sup> 考尔斯(W.Cowles),“对战争罪的普遍管辖权”,《加利福尼亚法律评论》,1945年第33期,第177页。参见西格尔(A.Segal),“在国家层面上惩罚违反国际人道法的行为”,红十字国际委员会,日内瓦2001年,尤其是第30至38页。但同时参见布朗利,他认为违反战争法(尤其是1907年《海牙公约》和1949年《日内瓦公约》)的法律后果并没有被恰当地表述成一个普遍原则的接受,因为惩罚的是违反国际法的行为。他主张,这与“根据国际法来惩罚”不同,因为“国际法赋予所有国家惩罚的自由,但它本身并不宣布犯罪”。布朗利,前引第25注,第308页。在“塔迪奇案”中,卡塞斯(Cassese)法官谈到于普遍管辖权时表示:“这更证明了上诉人被指控犯罪的性质,这种犯罪,如果被最终证实,并不是只影响一个国家的利益,而是震撼整个人类的良知。早在1950年,在“瓦格纳将军案”中,意大利最高军事法庭认为:‘…国家间的团结,旨在最大可能地减轻战争的恐慌,这就要求制定规则来惩罚无论身处何地的罪犯,而没有边界的限制…。违反战争法和战争习惯法的犯罪不能被视为政治犯罪,因为它们并不是损害某一个特定国家的政治利益,也不是损害某一个特定公民的政治权利。实际上,它们是一种针对全人类的犯罪,而且,正如上面已经证明的,禁止这些犯罪的规则具有普遍性,而不仅仅局限于某一个地域之内。’(1950年3月13日,载入《刑法评论》(in Rivista Penale) 753,757,非官方翻译)”,“检察官诉杜斯科·塔迪奇案”,前南国际刑事法庭,案件号:IT-94-1-AR72,“有关管辖权问题的中间上诉的辩护动议判决”(1995年10月2日上诉庭),第57页。

<sup>47</sup> 例如可参见,加拿大《反人道罪和战争罪法典》(2000);德国《国际犯罪法典》(2002);瑞士1968年《军事法典》;尼加拉瓜1974年《刑法典》。

<sup>48</sup> 例如,“检察官诉雷费克·萨里奇(Refik Saric)”,丹麦高等法院东区第三审判庭1994年11月25日;“检察官诉里费克·萨里克”,丹麦最高法院1995年8月15日,司法判决(Ugeskrift for Retsvaesen),第838页;菲尔让斯·尼永特兹(Fulgence Niyonteze)案,军事法院第二分庭1999年4月30日;富尔金森·尼洋特兹案,军事法院上诉庭,日内瓦,2000年5月26日;军事上诉法庭,伊沃敦·雷·巴安(Yverdon-les-Bains),2001年4月27日。

<sup>49</sup> 《日内瓦公约》四个公约中的第50、51、130、147条款,分别界定了“严重违反公约的行为”。这些严重违反公约的犯罪行为包括:故意杀害、酷刑和非人道待遇,故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害等行为。1977年6月8日通过的《1949年日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(以下称《第一附加议定书》)第85条,扩展了严重违反公约的行为,它包括严重违反战争法和战争习惯法(有时指“海牙法”),故意违反该附加议定书,并造成死亡或者对身体健康造成严重伤害。

<sup>50</sup> 《日内瓦公约》四个公约,分别第49、50、129、146条中规定:“各缔约国应当制定必要的法律,并对严重破坏或者命令他人严重破坏本公约之人,处以有效的刑事制裁。(…)各缔约国有义务搜捕被指控曾经严重破坏或者命令他人严重破坏本公约之人,并将此种人送交各该国法庭,不论其国籍。该国也可以出于自愿,并依其立法之规定,将此种人送交另一有关缔约国审判,但该缔约国应能提出初步确凿的证据。”《第一附加议定书》第85条规定“日内瓦四公约关于取缔违反公约行为和严重违反公约行为的规定,经本编加以补充,应适用于破坏和严重破坏本议定书之行为的取缔。”《第一附加议定书》第86条重申了缔约国防止严重违反各公约的行为的义务,并增加了如下内容,即缔约国有义务采取必要措施制止有作为义务而不作为所引起的任何其他破坏各公约或本议定书的行为。

<sup>51</sup> 皮克泰(J.Pictet)等人,《1949年8月12日日内瓦公约评注:日内瓦第四公约》(以下称《日内瓦第四公约评注》),红十字国际委员会,日内瓦,1960年,第602页。此外,该《评注》指出:“对严重违反公约行为的普遍管辖使人们有理由希望这些罪犯不至于逍遥法外,而引渡的义务也保证了这种惩罚的普遍性。”第587页。

<sup>52</sup> 1949年日内瓦四公约第51、52、131、148条。

为而应得到的赔偿”。<sup>53</sup>对该条规定的解释，也可以用来防止缔约国把战争赔偿作为交易、从而逃避对犯有严重违反《日内瓦公约》行为的人不予进行起诉的义务。<sup>54</sup>批准加入上述条约的国家，还有义务制止其他违反公约的行为。尽管，制止违反公约的行为并不一定非要通过制定刑事法律来实现，但缔约国还是应该制定如行政法规、或者纪律处分条例等一些适当的规则。<sup>55</sup>

因此，如果一个人涉嫌严重违反该公约，无论其犯罪行为发生在什么地方，也无论行为人的国籍是哪个国家，但只要是《日内瓦公约》、以及该公约第一附加议定书这两个国际公约的缔约国，或只是其中一个公约的缔约国，就有义务起诉或引渡这个人。所以，从逻辑上讲，对一个严重违反《日内瓦公约》的人所给予的任何赦免，通常不仅在宣布赦免的国家没有法律效力，<sup>56</sup>而且也不应得到其他国家的承认。

## 国际习惯法在起诉严重违反《日内瓦公约》的行为以及 其他严重违反战争法和战争习惯法的行为方面的责任

由于世界上几乎所有的国家都批准加入了《日内瓦公约》，<sup>57</sup>而且，这些缔约国基本上也都制定了在国内的实施细则，<sup>58</sup>因此可以确定地说，起诉严重违反《日内瓦公约》的行为、例如该公约里所列举的“严重罪行”，或者引渡该罪犯的规定，就成了习惯国际法意义上的义务。而对其他严重违反战争法和战争习惯法的行为，譬如从 1907 年海牙第四公约及其附则发展而规定的行为，其中包括《日内瓦公约》第一附加议定书第 85 条关于“严重违反公约行为”的扩大性清单所列举的行为等，对于它们是否也根据习惯国际法也构成了强制性的普遍管辖权，则是一个有争议的问题。<sup>59</sup>

《海牙公约》及其规则，其本身并不包含如何处理违反其条款规定行为人的个人责任方面的内容，也没有任何明确缔约国关于对这些实施违反公约行为、即使是最严重违反公约行为的罪犯负有起诉的责任的规定。<sup>60</sup>然而，“纽伦堡国际军事法庭”在 1945 年指出：1907 年海牙第四公约附则所包含的人道法规则，属于“为文明国家所承认并被作为正式的战争法与战争习惯法”。<sup>61</sup>《前南国际刑事法庭规约》规定了对“违反战争法和战争习惯法的行为”行使管辖权。

<sup>53</sup> 《日内瓦第四公约评注》，同前第 51 注，第 603 页。

<sup>54</sup> 《评注》继续指出，“就当今的法律而言(…)只有国家能够这样要求另一个国家，而且通常来说，这就构成了所谓的‘战争赔偿’。”联合国关于战争赔偿的第 15 条原则指出，司法的、行政的制裁或者“恢复尊严、恢复名誉、恢复受害人及与受害人相关人之权利的司法判决”都可能构成战争赔偿的一部分。《关于严重违反人权和人道法行为之受害人获得赔偿权的修正基本原则和指导原则》，狄奥·范·伯芬(Theo van Boven)先生根据人权委员会次委员会 1995 年第 117 号关于防止歧视和保护少数民族的决定作出，文件号：联合国文件 E/CN.4/Sub.2/1996/17, 1996 年 5 月 24 日。

<sup>55</sup> 参见西格尔，同前第 46 注，特别是第 30 页至第 38 页。

<sup>56</sup> 正如奥本海姆(Oppenheim)所写的那样，“如果一个国家(…)在其国内所制定的法律被国际法所禁止，那么，该国就违反了国际法义务。”劳特派特(H. Lauterpacht)等人编：《国际法》，1955 年第 8 版，第 45 页；1969 年《维也纳条约法公约》第 27 条；在但泽的波兰公民案，1931 年常设国际法院(ser. A/B)No. 44, 第 24 页；渔业案(联合王国诉挪威)，《国际法院 1951 年报告》，116 at 132；诺特波姆(Nottebohm)(列支敦士登诉危地马拉)，《国际法院 1955 年报告》，4 at 20-21。

<sup>57</sup> 2003 年 8 月 25 日，有 203 个国家属于 1949 年《日内瓦公约》的缔约国。

<sup>58</sup> 参见红十字国际委员会咨询服务处关于各国执行国际人道法国内实施细则汇编。<http://www.gva.icrc.org/ihl-nat>

<sup>59</sup> 罗马会议期间，有关《国际刑事法院规约》应当包括哪些战争罪具体行为，一些国家极力反对《第一附加议定书》所规定的行为具有习惯法地位。参见 1995 年特别委员会报告，第 74 段和 1996 年筹备委员会报告第 1 期第 81 段。

<sup>60</sup> 不过，1907 年《海牙第四公约》第 3 条关于战争法和战争习惯法，规定了国家应当为其武装部队人员所犯罪行，要支付赔偿的特定义务。

<sup>61</sup> 国际军事法庭，《主要战争罪犯之审判》，1945 年 11 月 4 日、1946 年 10 月 1 日，第 1 期，纽伦堡，第 254 页。国际军事法庭同时指出：“违反国际法的犯罪只能由个人实施，而不能由抽象的实体实施；只有惩罚实施这些犯罪的个人，国际法才能得到执行。”《美国国际法杂志》1947 年第 41 期，第 220 至 221 页转引。



<sup>62</sup>在这方面,《罗马规约》的通过,具有重大的意义。因为在该《规约》谈判过程中有一个指导性原则,就是里面战争罪的定义应反映习惯国际法的内容。<sup>63</sup>《国际刑事法院规约》列举了国际刑事法院管辖的具体战争罪罪行,其中绝大多数都是对于战争法和战争习惯法的违反,<sup>64</sup>这些都有力地证明:国家被授予起诉犯有习惯国际法规定罪行的权力。<sup>65</sup>

当然,将严重违反习惯国际法的战争法和战争习惯法的行为规定为犯罪,是一回事;而对违反这些规定的是否必须起诉,则是另外一回事。或许可以这样说,《罗马规约》规定的补充管辖原则本身就表明:国家在起诉国际刑事法院所管辖罪行方面负有明确的责任和义务。根据这一原则,如果国家不能够或者不愿意承担这一义务,国际刑事法院则将行使管辖权。<sup>66</sup>如果《罗马规约》的缔约国如果要享有这一原则所产生的权利,就必须制定必要的刑事法律、并主动积极地起诉在其领土上犯有相关罪行的行为人。从“补充管辖原则”的反面来理解,一个国家可能被认为“不能够”<sup>67</sup>或者“不愿意”<sup>68</sup>,这种表述似乎意味着:国家应该是“能够”并且“愿意”追究国际犯罪,它同时也表明国际刑事法院只是在例外的情况下才行使管辖权。其中它还含有这样的意思,即:确实存在有国家起诉国际犯罪的一般性义务。但另一方面,《罗马规约》规定当国家可以选择不起诉时,也就是说国家“不愿意”或者“不能够”起诉时、国际刑事法院才能行使管辖权,就可以被解释为:《罗马规约》间接地承认,并不存在对国际刑事法院管辖的所有国际犯罪都必须起诉的绝对性义务。<sup>69</sup>“补充性管辖原则”是为确定哪个法院有能力审判某个案件而制定的。如果仅仅根据这一原则来确定国家根据习惯国际法是否必须起诉国际罪行,就显得不够。

《罗马规约》在其序言部分忆及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”,<sup>70</sup>这似乎是承认存在有根据国际习惯法起诉所有严重国际犯罪的义务。因为通过“忆及”、“义务”、“各国”等词语,《罗马规约》在序言里似乎暗示:各国负有在法律上确保根据习惯国际法起诉严重国际犯罪的义务。如果这个推断是正确的,这就意味着即使是不受《罗马规约》“补充管辖原则”约束的非缔约国也有根据习惯国际法起诉严重国际犯罪的积极义务。<sup>71</sup>要讨论是否

---

<sup>62</sup> 《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法庭规约》(以下称《前南国际刑事法庭规约》)第 3 条,联合国安理会 1993 年第 827 号决议,1993 年 5 月 25 日,文件号:联合国文件 S/RES/827。

<sup>63</sup> 冯·赫贝尔和(H. von Hebel)和罗宾逊(D. Robinson),《法院管辖之犯罪》,载李(R. Lee)主编,《国际刑事法院,罗马规约之制定:问题,谈判及结果》,转引自《科鲁维国际法》,海牙,1999 年第 122 页。

<sup>64</sup> 由于某些违反规则的行为,其严重性不足以在国际刑事法院审判,所以从规约草案中删掉。例如禁止“没有正当理由而延迟遣返战俘或者平民”,它属于严重违反《第一附加议定书》第 84 条第 4 款第 2 项的行为。参见 1955 年《特别委员会报告》第 72 段,和 1996 年《筹备委员会报告》第 1 期第 74 段。

<sup>65</sup> 在罗马会议有关国际刑事法院规约战争罪的谈判中,关于《海牙公约及其细则》根据习惯国际法所规定的个人刑事责任的条文,没有任何分歧。参见 1955 年《特别委员会报告》第 74 段,和 1996 年《筹备委员会报告》第 1 期第 81 段。

<sup>66</sup> 《罗马规约》第 17 条第 1 款第 1 项规定:“...如果对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉,除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉,否则本法院应断定该案不可受理。”

<sup>67</sup> 《罗马规约》第 17 条第 3 款规定,为了确定某一案件中是否存在不能够的问题,“本法院应考虑,一国是否由于本国司法系统完全瓦解,或者实际上瓦解或者并不存在、因而无法拘捕被告人或取得必要的证据和证言,或者在其他方面不能进行本国的诉讼程序。”

<sup>68</sup> 根据《罗马规约》第 17 条第 2 款,为了确定某一案件中是否存在不愿意的问题,“本法院应根据国际法承认的正当程序原则,酌情考虑是否存在下列一种或多种情况:(1)已经或正在进行的诉讼程序,或一国所作出的决定,是为了包庇有关的人,使其免负第五条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任;(2)诉讼程序发生不当延误,而根据实际情况,这种延误不符合将有关的人绳之以法的目的;(3)已经或正在进行的诉讼程序,没有以独立或公正的方式进行,而根据实际情况,采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。”

<sup>69</sup> 不可否认,这个理由很容易被反驳,因为《罗马规约》在“序言”部分的第 4 段明确表达了《规约》的目的:“对于整个国际社会所关注的最严重犯罪,绝不能任其逍遥法外而不予惩罚。”即使如此,也应注意不要因为太遵守不具拘束力的序言、而将法律义务解释得过于宽泛。

<sup>70</sup> 《国际刑事法院罗马规约》序言第 6 段。

<sup>71</sup> 在一系列联合国决议、特别报告员报告及其他联合国文件中,都确认了要起诉严重国际犯罪的一般义务。例如,联合国人权委员会 2002 年第 79 号《关于不惩罚问题的决议》,其中人权委员会明确地承认“对那些违反国际人道

存在着必须起诉所有严重国际犯罪在习惯法上的义务，它超出了本文的研究范围。<sup>72</sup>但在这个问题上只须说明一点，即：除了严重违反《日内瓦公约》的行为之外，对所有其他严重违反武装冲突法的行为而言，是否存在习惯法上的义务以起诉或者引渡这类罪犯的问题，还有待于进一步的解释。

然而非常重要的一点是，罗马外交会议在讨论关于哪些战争罪行应包括在国际刑事法院所管辖罪行范围问题时，国家对于《日内瓦公约》第一附加议定书的争论，并没有集中在严重违反公约的行为体系是否能够扩展至严重违反战争法和战争习惯法的范围，而是集中在另外一个问题上，即：《日内瓦公约》第一附加议定书第85条所列举的严重违反公约行为清单中，哪些行为能够代表习惯国际法。<sup>73</sup>这个事实可以间接地说明，许多国家承认对于这类犯罪需要进行强制性的普遍管辖。但是，罗马会议有关战争罪具体罪行清单问题的讨论，其目的仅仅是为了确定习惯法之下的严重战争罪；因此，会议并没有讨论国家是否根据习惯法具有起诉这些罪行的义务（而不仅仅是权利）。这是更为实际的理解，因为《罗马规约》第8条第2款第2项几种“其他严重违反……的行为”，只是反映了第一附加议定书的规则，尽管其中某些行为在第一附加议定书里也没有明文规定。<sup>74</sup>而《罗马规约》第8条第2款第2项所列举的其他战争罪行为，在所有关于国际人道法公约中都没有明文规定。<sup>75</sup>由于国家通常不愿意承担因为批准一个法律文件而因为习惯法所带来的附加性的义务，《罗马规约》最后所规定的战争罪里的具体罪行在很大程度上只是严重违反国际人道法行为的主要罪行，只是根据习惯国际法应当追究个人刑事责任行为的罪行，而不是必须进行强制的普遍管辖的战争罪罪行。如果没有国际习惯法必须起诉这类犯罪行为实施者的义务，国家就可以通过选择不对这类犯罪行使管辖权而承认对其赦免的法律效力。

### 作为计划或者政策的一部分而实施的战争罪

《罗马规约》第8条是关于“战争罪”的规定，其第1款是关于战争罪的总述性条款，即所谓的管辖门槛（起码条件）的条款。该款规定：“本法院对战争罪具有管辖权，特别是对于作为一项计划或者政策的一部分所实施的行为，或者作为在大规模实施这些犯罪中所实施的行为”。这个门槛条款在很大程度上是为了减轻某些国家担心国际刑事法院只具有对有计划、大规模战争罪才有管辖权的顾虑，因为这些犯罪尤其为国际社会所关心。<sup>76</sup>然而，也有其他一些国家反对这样的条款，指出这样一来，会创立不同种类的战争罪，它们认为“补充管辖原则”

---

法和人权法而构成严重犯罪的人不可以予以赦免，并呼吁各国采取行动履行其义务。”此外，“诸如战争罪之类的犯罪(…)是对国际法的违反(…)实施这些犯罪的罪犯应当被国家起诉或者引渡，(…)所有国家都要采取有效措施履行其义务起诉或者引渡这类罪犯。”同出处，第2段。

<sup>72</sup> 更全面的分析，请参见罗特-阿里亚扎，同前第14注，尤其是第28至40页。

<sup>73</sup> 参见冯·赫贝尔和罗宾逊，同前第63注，第109至118页。《第一附加议定书》里定义的几个行为没有被包括进《罗马规约》，例如《第一附加议定书》第85条第3款第3项关于发动对含有危险物质的工程或装置的攻击、第85条第4款第2项关于对遣返战俘或平民的无理延迟的规定等。

<sup>74</sup> 例如，《罗马规约》第8条第2款第2项第2目(袭击平民)揉合了《第一附加议定书》第85条第3款第1项和第52条第1款和第3款的内容；《规约》第8条第2款第2项第3目(对人道救援或者维和行动相关人员、物资的袭击)则是根据《第一附加议定书》第85条第3款第2项并结合第35条第3款和第55条第1款而规定；而《第一附加议定书》第57条在很大程度上被用来界定《规约》第8条第2款第2项第4目；《规约》第8条第2款第2项第26目(征募不满15岁儿童从军)则以《第一附加议定书》第77条第2款和第1975年《儿童权利公约》第38条的内容为基础。

<sup>75</sup> 例如，《规约》第8条第2款第2项第3目禁止故意指令攻击执行人道援助或者维和行动的人员、物资，“只要这些人员或者物资有权得到武装冲突国际法给予平民和民用物资的保护”；《规约》第8条第2款第2项第22目禁止“构成严重违反日内瓦公约”的性暴力犯罪。后面加引号这个短语旨在确认性暴力也可能构成严重违反公约的行为。应当注意的是，这两类违反公约的行为，虽然在《罗马规约》前的所有公约里都没有被列为战争罪，但已经被习惯法所禁止因此并不是新型的犯罪。

<sup>76</sup> 这个“门槛条款”最初由美国在1977年提出。除了其他国家所关注的事项之外，美国特别关注并主张的是：国际刑事法院不能对单个的战争罪行使管辖权，比如由美国维和人员在联合国部署的维和行动过程中可能犯下的战争罪。

已经提供了措施以防止国际刑事法院审判个别发生的战争罪，并且认为这类门槛条款反而具有阻止国内法院起诉零星案件的效果。<sup>77</sup>

从本质上说，该条款会将国际刑事法院的注意力放在那些在世界范围内引起不稳定效果、罪大恶极的战争罪方面。尽管从严格意义上讲，《罗马规约》第8条第1款只是关于国际刑事法院的管辖权问题的规定，但既然《罗马规约》对犯罪的定义具有习惯法特征，所以在其中引入某些限制性条款、也就是将起诉战争罪义务限制在习惯国际法范围之内，也是顺理成章的考虑。强调主要起诉大规模的、有计划实施的战争罪犯，这似乎表明所有对于这类犯罪所给予的赦免也就没有法律效力。这也间接地说明了国际刑事法院将主要起诉制定战争罪计划或者政策的责任者，而不是那些被命令参加该计划的人。因此，《规约》第8条第1款可以用来解释为支持对某些战争罪赦免的国际承认，即这类战争罪并非属于战争计划或者战争政策的一部分。相反，如果行为人所犯下的战争罪已经达到了应当接受国际司法审判的程度，就应毫无例外地被起诉（除了联合国安理会可能会提出的请求以外）。这样的解释，与最近的国际刑事司法实践相符合，因为为了管辖这类犯罪，联合国安理会专门成立了几个特别刑事法庭，它们也只是审判那些应当对最严重犯罪承担“最大责任”的行为人。<sup>78</sup>

### 严重违反1949年《日内瓦公约》共同第3条行为

#### 以及其他在非国际性武装冲突中严重违反战争法和战争习惯法的行为

传统国际法认为，这类犯罪并不接受普遍管辖，国家也没有根据习惯国际法起诉这些犯罪的义务。<sup>79</sup>无论是《日内瓦公约》共同第3条还是《第二附加议定书》，都不包含严重违反公约行为应当承担什么责任以及如何追究该责任的条文。然而，国际法最近的发展，其中包括国际法对二十世纪九十年代初期在前南斯拉夫国家和卢旺达武装冲突中暴行所作的反应，使得这个观点受到了越来越大的挑战。<sup>80</sup>《卢旺达国际刑事法庭规约》，明确的规定了卢旺达国际刑事法庭对于严重违反《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》的具有属人管辖权。<sup>81</sup>尽管前南国际刑事法庭并没有被赋予同样的管辖权，但在法庭塔迪奇（Tadic）一案中，前南国际刑事法庭裁决认为，习惯国际法对于严重违反《日内瓦公约》共同第3条的行为设定了刑事责任，因此法庭对于这类行为享有管辖权。<sup>82</sup>

《罗马规约》规定，国际刑事法院对于严重违反公约行为的管辖权也适用于国内性的武装冲突。<sup>83</sup>这一规则的渊源来自《海牙公约规则》、《日内瓦公约》及其《第二附加议定书》等国际公约。鉴于《罗马规约》里已经规定了“补充性管辖原则”，所以可以说，只要通过国内立法能够包含《罗马规约》所规定的犯罪，国内法院也可以对这类犯罪行使管辖权。正因为如此，人们可以在这基础上作进一步的推论，认为对于这类犯罪国家根据国际法拥有可以对这些

<sup>77</sup> 冯·赫贝尔和罗宾逊，同前第63注，第108页。最初的提案规定国际刑事法院对战争罪能行使管辖权，“只有当其作为一项计划或者政策的一部分所实施的行为”，但后来该表述被弱化，其中“只有当”被“特别当”替换。正如冯·赫布尔和鲁宾逊指出的那样，这种语言表述说明，“第8条第1款最好被描述为一种指导原则而不是一种‘门槛条件’”。同前注63，第124页。

<sup>78</sup> 参见第166至174注及相应文章内容。

<sup>79</sup> 普拉特纳(D. Plattner)，《对违反适用于非国际性武装冲突国际人道法的行为的刑事制裁》，《红十字国际评论》1990年第30号，第414页。

<sup>80</sup> 格拉迪茨奇(T. Graditzky)，《在非国际性武装冲突中违反国际人道法行为的个人刑事责任》，《红十字国际评论》1998年第322号，第29至56页；梅龙(T. Meron)，《国内暴行的国际犯罪化》，《美国国际法杂志》1995年第89期，第554页。国际法院在1986年“尼加拉瓜案”中指出了《日内瓦公约》共同第3条的习惯法特征：在“尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事行动和准军事行动(尼加拉瓜诉美国)”，法律理由，1986年6月27日，国际法院1986年报告，第113至114页，第218段。

<sup>81</sup> 《卢旺达国际刑事法庭规约》第4条，安理会1994年11月8日第955号决议附件，文件号：S/RES/955(1994)。

<sup>82</sup> “检察官诉杜斯科·塔迪奇”案，前南国际刑事法庭上诉庭，1995年10月2日，第137段。

<sup>83</sup> 《罗马规约》第8条第2款第3项和第5项。

罪行进行起诉的义务。<sup>84</sup>所以，自然而然的结论，就是对于这些犯罪的赦免通常是不能被承认的。对基于“补充性管辖原则”之上、起诉战争罪的习惯法义务，也同样适用于非国际性武装冲突中发生的严重违反人道法的罪行。但事实上，鉴于历史上许多国家不愿意承担在国内冲突中有关武装冲突法的明确义务，因此可以认为：在《罗马规约》谈判过程和谈判结果中、将一个强制性的执行体系规定，还是有相当理由的。<sup>85</sup>

## 《第二附加议定书》第 6 条第 5 款

### 是否构成国内武装冲突中的赦免例外？

《第二附加议定书》第 6 条第 5 款时常被用来证明给予战争罪赦免的合法性问题。它规定，“在敌对行动结束时，当权当局对参加武装冲突的人应当给予尽可能广泛的赦免。”对这个条文所规定的具体范围还存在争论。<sup>86</sup>有些法院曾利用这一条款来支持其观点，从而认为：根据国际法，赦免是合法的。他们的结论由于强调一国内战后的重建需要、而得到支持，这也被解释为这一条款背后的基本法理。<sup>87</sup>

然而，对此（也就是将《第二附加议定书》第 6 条第 5 款适用于战争罪）也存在有截然不同的看法。首先，1969 年《维也纳条约法公约》规定了对条约作解释的根本原则，即：缔约国应当根据条约的用语按照其上下文并参照条约的目的和宗旨所具有的通常意义，善意地解释条约；<sup>88</sup>如果适用这个规则，很难得出结论说《第二附加议定书》第 6 条第 5 款包括了对战争罪的赦免。《第二附加议定书》这一法律文件，是要通过发展和补充《日内瓦公约》共同第 3 条、确保给非国际性武装冲突受害人提供更多的保护而制定的。<sup>89</sup>如果第 6 条第 5 款允许给予在武装冲突中严重侵犯人权的行为以可以阻止起诉的赦免，那么，这样的条款就会背离要制定该附加议定书的主要目的。所以，“应当给予尽可能广泛的赦免”应作出如下意义上解释，即：只有当执行该条款不至于违反其他具有拘束力的国际条约或者习惯国际法的时候，才能适用这一条款。<sup>90</sup>

其次，红十字国际委员会也从狭义上解释《第二附加议定书》的第 6 条第 5 款。该委员会法律部在给前南国际刑事法庭检察长一封日期为 1995 年的官方信件中指出，《第二附加议定书》第 6 条第 5 款从本质上说规定的是“战斗员豁免”，它是为了保证战斗员不会仅仅因为参加敌对行动而受到惩罚，包括“杀死敌人，只要他尊重国际人道法……”。<sup>91</sup>因此，如果赦免会

---

<sup>84</sup> 参见丁斯坦(Y. Dinstein), “普遍管辖权与战争罪”, 载于施米特(M. Schmitt)和格林(L. Green)主编, 《武装冲突法: 进入下一千年》, 《国际法研究》第 71 期, 海战学院, Newport, R. I., 1998, 第 17 页和第 21 页。也可参见联合国 1999 年塞拉利昂人权委员会的决议, 它“提醒塞拉利昂的所有派系、所有力量, 在任何武装冲突中, 包括不具有国际性特征的武装冲突中, 劫持人质、对没有积极参加敌对行动的人故意杀害、实施酷刑和非人道待遇都构成对国际人道法的严重违反; 所有国家都有义务搜寻那些被指控曾经犯罪或者命令他人实施这些犯罪的人, 并将这些人送交审判而无论其国籍。”联合国人权委员会 1999 年 4 月 6 日决议。

<sup>85</sup> 罗马会议上的多数评论者认为, 关于国内武装冲突中的战争罪具体罪行是最受争议而需要解决的问题。尽管在罗马会议上普遍接受将共同第 3 条包括进去, 但仍然有反对意见。参见冯·赫布尔和鲁滨逊, 同前第 63 注, 第 125 页。

<sup>86</sup> 《日内瓦公约评注》在解释这一条时指出“赦免是一国国内主权的事情”、“该款的目的在于鼓励和解以便重建已经破裂的社会生活并使之恢复正常”。《日内瓦公约第二附加议定书评注》第 4617、4618 段。<http://www.icrc.org>

<sup>87</sup> 例如, Guevara Portillo Case, Salade lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador(16 August 1995), P. 11; AZAPO案, 同前第 18 注, 第 53 页; Romo Mena Case, Corte Suprema de Chile(26 October 1995), 第 12 页。

<sup>88</sup> 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款。

<sup>89</sup> 《第二附加议定书》第 1 条和序言第 1 段。

<sup>90</sup> 罗特-阿里亚扎和吉布森(Gibson)也认为这一语句可以解释为, “在满足被害人获得赔偿和对加害人进行谴责等要求基础上‘尽可能广泛的赦免’, 或者是在没有由于让罪犯逍遥法外这种不正义而引起社会不稳定的前提下‘尽可能广泛的赦免’。”参见罗特-阿里亚扎和吉布森, 《赦免的理论发展》, 《人权季刊》(Human Rights Quarterly)1998 年第 20 期, 第 866 页。

<sup>91</sup> 参见红十字国际委员会 1995 年 11 月 24 日给前南国际刑事法庭检察官的信件和 1997 年 4 月 15 日给加利福尼亚

妨碍追究违反国际法行为之刑事责任，则不能适用此款规定。得出这个结论，部分原因是缘于该款的起草历史背景。因为“该款旨在鼓励赦免，即在结束敌对状态时释放那些仅仅因为参加敌对行动而受到拘禁或者惩罚的人；但并不是为了赦免那些违反国际人道法的人。”<sup>92</sup>这个解释随后被美洲国家间人权委员会（the Inter-American Commission of Human Rights）<sup>93</sup>和联合国人权委员会<sup>94</sup>（the UN Human Rights Committee）进一步确认。这个原则在美国很早以前的判决中也曾适用过，并因此不承认对国内冲突中严重违反公约行为所给予的赦免。<sup>95</sup>

### “尊重并保证《日内瓦公约》被尊重”的义务

1949年《日内瓦公约》共同第1条里面规定、并由《第一附加议定书》第1条第4款再次重申了“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”这一规定。<sup>96</sup>由于尊重《日内瓦公约》及其《附加议定书》最有效的办法就是制定一套对该公约的实施细则，包括对严重违反这些规则行为的刑事制裁，因此，对这些犯罪行为要求惩罚就是很自然的了。值得注意的是，共同第1条的规定也同样适用于非国际性武装冲突，因为它包括了确保《日内瓦公约》共同第3条被尊重的内容；所以作为扩展及补充共同第3条内容的《第二附加议定书》，也应该间接地被这个原则所囊括，即也应当受到尊重。<sup>97</sup>

国际法院在“尼加拉瓜诉美国案”的判决中指出，“尊重并保证《日内瓦公约》被尊重”的义务已成为习惯国际法的内容。<sup>98</sup>在《关于使用或者威胁使用核武器之合法性》的咨询意见里，国际法院的这一结论再次得到重申。<sup>99</sup>而且，国际法院还在该咨询意见中指出，这一规则是“习惯国际法不可逾越的原则”、<sup>100</sup>暗示“违反该规则在任何情况下都不可能证明是合法的”。<sup>101</sup>前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇上诉案”的判决中也指出，一个国家的武装力量在国外也必须尊重国际人道法（包括搜寻战争罪嫌疑犯的义务、以及起诉或者引渡罪犯的义务）。<sup>102</sup>尽管共同第1条可以在何种程度上被实际用来支持国家有起诉战争罪嫌疑犯义务的观点还不确定，但有一点是清楚的，这种“准宪章性”<sup>103</sup>的条款会唤起国际社会对于执行国际人道法规则的期望。<sup>104</sup>

---

大学法律系的信件。

<sup>92</sup> 在关于《第二附加议定书》的谈判过程中，前苏联代表指出草案第10条（后来变成第6条）“在任何情况下都不能解释为可以使战争罪犯或者反和平罪、反人道罪罪犯逃避惩罚。”《关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法之外交会议的官方文件，日内瓦1974-1977》，第9卷，联邦政治部，伯尔尼，1978年第319页。

<sup>93</sup> 美洲人权委员会第199号报告，第10480号案，Lucio Parada Cea and ors. (EI Salvador), 1999年1月27日，第115段。

<sup>94</sup> 文件号：联合国文件CCPR/C/79/Add. 78, 第12段（关于对黎巴嫩国内战争期间针对平民实施的侵犯人权行为的赦免）。

<sup>95</sup> 单方面的意见（Ex parte），博因顿（Boynton）法官的手稿意见，1868年9月9日，17

F. Cas. 954 (S. D. Fla., 1868) (No. 9899), (关于为被军事委员会定罪共同暗杀林肯总统的平民申请人身保护权的请求)。对于申请者关于1868年7月4日总统宣布赦免的论辩，法庭认为“该赦免显然将(…)申请者排除在外，无论其是否被证明有罪。它宽恕的是叛国罪(…)而不是违反战争法的人——不是间谍、不是行刺者，也不是因为残酷对待囚犯而有罪的人(…)。赦免的规定可以适用于那些在公开的、荣耀的战争中被捕的人，或者违反了战争认为是合法的异常广泛规则之人。”引自《国际刑法》，同前第26注，第252页。

<sup>96</sup> 关于《日内瓦公约》共同第1条的法律意义及其后果，请参见布瓦松·德·沙祖尔内和孔多雷里(L. Condorelli), “重新审视《日内瓦公约》共同第1条：集体利益的保护”，《红十字国际评论》，2000年3月，第82卷，第837号，第67至86页。

<sup>97</sup> 同上注第69页。

<sup>98</sup> “尼加拉瓜案”，同前第80注，第220段。

<sup>99</sup> “使用和威胁使用核武器之合法性”，1996年7月8日的《咨询意见》，《国际法院1996年报告》，第79段。

<sup>100</sup> 同上注。

<sup>101</sup> 布瓦松·德·沙祖尔内和康多利里，同前第96注，第75页。

<sup>102</sup> “检察官诉杜斯科·塔迪奇”案，前南国际刑事法庭上诉庭判决，海牙，1999年7月5日，案件号：IT-94-1。

<sup>103</sup> 布瓦松·德·沙祖尔内和康多利里，同前第96注，第85页。

<sup>104</sup> 在“米莱”案（同前第35注）中，跑斯特得出了一个著名的结论：“国际法奠基于人类的共同期待，并不是仅仅当

《日内瓦公约》第1条与许多人权公约的内容相似。人权公约也规定国家有义务确保尊重这些人权公约所规定的人权，但几乎所有的人权公约都没有关于起诉或者惩罚违反基本人权行为义务的规定。权威的解释意见认为，确保人权公约所保障的人权<sup>105</sup>受到尊重，就有义务起诉侵犯人权的行为并将那些被指控侵犯他人人权的人送上审判台。例如，联合国人权委员会曾经在酷刑罪问题上指出“国家必须通过相应的管理机构来有效地保护人权……有罪者必须受到惩罚。”<sup>106</sup>美洲人权法院在“维纳斯奎日·罗德里奎日案”的判决中指出，要确保美洲人权公约所规定的人权得到实现，国家就必须防止、调查并惩处侵犯该人权公约所承认人权的行。<sup>107</sup>

《欧洲人权公约》第1条要求缔约国“保护在其管辖区内的、由《欧洲人权公约》所规定的每一个人的权利和自由”，欧洲人权法院在解释这一条时，也认为该条的内容已包括了国家有确切的义务防止、并消除违反该公约的行为。<sup>108</sup>欧洲委员会在对这一条款进行解释时，认为其包括了适当情况下的刑事追诉。<sup>109</sup>

既然对义务的实现公约可以作这样的解释，那么，《日内瓦公约》中的“尊重并保证《日内瓦公约》被尊重”的义务，也可以被解释为包括了以下内容，即：必须起诉违反《日内瓦公约》及其《附加议定书》任何基本条款的行为人。当然，确保每个人的基本人权能得以实现的义务，与在武装冲突情况下、尊重并保证国际人道法被尊重的义务之间，还有区别。很明显，后面这个义务即保证人道规则被尊重的义务，相比前面这个义务即确保基本人权得以实现的义务而言，显得更为宽泛、更为模糊。因此，给予那些对战争罪承担最轻责任的人以赦免，再配上事实调查的真相委员会，以及为结束内战为目的的法律，这样的赦免与缔约国“尊重并保证《日内瓦公约》被尊重”的义务并不矛盾。另一方面，确保人权公约中规定的不可转让之人权得以实现的义务，要求必须制定一套法律程序来保障其权利之实现。

联合国大会通过的一系列决议，也证明了国际社会在期待缔约国来起诉战争罪罪犯。例如，在1973年《关于侦查、逮捕、引渡和惩治战争罪和反人道罪罪犯的国际合作原则》这个决议中，联合国大会声明：

“战争罪和反人道罪，无论其发生于何处，都将受到调查；对于有证据证明实施了这些犯罪的人，也将受到追查、逮捕和审判，如果他有罪，就将受到惩罚。”<sup>110</sup>

其他联大决议也重申，如果在对这些罪犯在进行“逮捕、引渡、审判和惩罚”等方面拒绝进行合作，那就违反了《联合国宪章》，并且也违反了那些“被普遍认可的国际法准则”。<sup>111</sup>尽管这些联大决议本身并没有形成一种不容置疑的、对战争罪犯进行起诉的习惯法义务（主要因为“战争罪”包括哪些范围在当时还没有取得一致同意），但它们确实清楚地表明，国际社会普遍期待各国通过执行这些刑事程序、实施这些准则从而防止战争罪的发生。这种期待意味着各国可以运用法律起诉战争罪罪犯，即使它们没有义务这样做。同时，也正是因为还没有形成一种习惯法上的起诉责任，国际社会的这种期待并不妨碍承认某些赦免的法律效力，只要这种赦免在特定的情况下并不违背“尊重并保证《日内瓦公约》之被尊重”的义务、也不违反国际法的其他“不可贬损”的原则。

---

其符合一个国家‘正义战争’的观念、或者符合另一个国家的政治目的时它才被适用(…)。这是由于如下事实，即：国际法律规则具有普遍性特征、普遍性价值的内容，而这种人类共同的期待，不能因为局部自身的利益而被忽视。(…)今天，由于人类社会是以主权国家的形式存在的，所以实现这些共同的法律期待就是主权国家的义务。”

<sup>105</sup> 1966年12月16日的《公民权利和政治权利公约》第2条第1款、1970年《美洲人权公约》第1条第1款、1950年11月4日《保护人权和基本自由的欧洲公约》第1条。

<sup>106</sup> 《人权委员会报告》，37 UN GAOR Supp. (No. 40)第五附件，一般性评论7(16)，第1段，文件号：联合国文件E/CN.4/Sub.2/Add.1/963(1992)。

<sup>107</sup> 美洲人权法院，贝拉斯克斯·罗德里格斯(Velasquez Rodriguez)案1988年7月29日判决，C系列，No.4，第166段。

<sup>108</sup> “爱尔兰诉联合王国”，欧洲人权法院1978年A系列第239段。

<sup>109</sup> “W夫人诉联合王国”，32《判决汇编》(Collection of Decisions)190,200，1983年2月28日。

<sup>110</sup> 《关于侦查、逮捕、引渡和惩治战争罪和反人道罪罪犯的国际合作原则》，同前第6注，第1段。

<sup>111</sup> 引自跑斯特(J. Paust)，《执行国际刑法的一致性义务：纳粹战犯无庇难所》，《休斯敦国际法杂志》1989年第11期，第337-340页，转引自《国际刑法》，同前第26注，第75页。

## 具有强行法性质之战争罪后果

近年来出现了这样一种观点，即认为国际法里面存在着某些首要的原则，它们组成了一个不容贬损的强行法规则体系。<sup>112</sup>其中明显被接受和承认的强行法规则包括禁止侵略、禁止种族灭绝行为、禁止奴役行为、禁止种族歧视罪行、禁止反人道罪和禁止酷刑罪。<sup>113</sup>而现在越来越多的人认为战争罪也应当被包括在这里面。<sup>114</sup>如果该观点被接受，就要回答下列问题：违反某个强行法规则会有什么后果？是否对该规则的任何贬损都被禁止？

前南国际刑事法庭在夫伦季亚案（Furundzija Case）<sup>115</sup>有关酷刑罪部分的判决中，详细分析了违反强行法规则的后果。该法庭从刑事责任的角度指出，国际社会赋予禁止酷刑以强行法规则的特征就产生如下后果，即“每一个国家都有权调查、起诉并惩罚或引渡犯有酷刑罪的个人，只要他处在这个国家能够管辖的领土范围之内。”<sup>116</sup>这似乎是在说不可贬损的只是强行法规则本身，而并非其后果。因为根据前南国际刑事法庭，各国是有“权”起诉那些实施强行法所规定犯罪的人，<sup>117</sup>暗示这还不是一个强制性的义务。

前南国际刑事法庭将违反强行法规则所产生之后果，描述为仅仅给予了各国起诉或者引渡罪犯的权利，这可能与其他评论者的观点不太一致。因为在后者看来，禁止战争罪这个规则本身和由此产生的结果，即起诉或者引渡战争罪罪犯的义务，都具有强制性的特征。<sup>118</sup>如果这个

---

<sup>112</sup> 1969年《维也纳条约法公约》第53条规定了强行法、或者国际法中的强行规则的定义，即：“一般国际法强行规则，是指被各国组成的国际社会整体所接受并被承认为不得贬损，而且唯有后来的、具有同一性质的一般国际法规则方可予以更改的规则。”在“巴塞罗那电车公司案”（第二阶段）中，国际法院指出了一个国家对另一个国家的义务与一个国家对作为整体国际社会的义务之间的区别，并说道：“例如在国际强行法中，这种义务来源于对侵略行为和种族灭绝的禁止，来源于有关基本人权的规则和规则、包括不受奴役和种族歧视的权利。”《国际法院1970年第3号报告》，第32页。也可参见“东帝汶案”（葡萄牙诉澳大利亚），国际法院1995年第90号报告，第102页。

<sup>113</sup> 国际法委员会曾经指出，下列条约将违反了《维也纳条约法公约》第53条，即：“（1）意图规定非法使用违背联合国宪章之武力的条约；（2）意图规定实施属于国际法之犯罪行为的条约；（3）意图或者纵容下列犯罪行为的条约，例如贩卖奴隶、海盗或者种族灭绝，对这些犯罪，全世界每一个国家都有义务合作加以防止（…）侵犯基本人权、国家平等或者自决原则的条约也属此。”《国际法委员会1966年年刊》，第248页。

<sup>114</sup> 在“尼加拉瓜案”中，国际法院指出《日内瓦公约》共同第3条代表了国际法中的习惯法规则，并认为反映了“人类的基本因素”，“尼加拉瓜案”，同前第80注，第104页。在关于“使用或者威胁使用核武器之合法性”的咨询意见中，国际法院承认“所有国家都必须遵守国际人道法的基本规则，无论其是否批准这些公约，因为它们构成了不可逾越的习惯法原则。”同前第99注，第257页，第79段。有些法官在独立意见中进一步明确地表示，战争规则也应当获得强行法的地位；参见维拉曼特里（Weeramantry J），第496页，贝德贾维院长（President Bedjaoui），第273页，科罗马（Koroma J），第574页。在“哈斯（Haas）和普里布克（Priebke）案”中，最高军事上诉法院/最高法院委员会于1998年3月7日/1998年11月16日的判决将“法律限制不适用于战争罪的原则”描述为一个一般国际法的强行规则，这表明了禁止战争罪也具有强行法性质。同时参见卡塞斯（A. Cassese），《关于违反国际人道法罪犯之起诉与惩罚的新趋势》，载《欧洲国际法杂志》第9期第1号；加塞尔（H-P. Gasser），《国际人道法》，载豪格（H. Haug）主编，《人类的人道主义（Humanity for All）》，亨利·杜南学会（Henry Dunant），保罗·汉普出版社（Paul Haupt Publishers），伯尔尼，1993，第556页；巴西奥尼（C. Bassiouni），《国际犯罪之强行法规则与对一切人的义务》，载乔伊纳（C. Joyner）和巴西奥尼等人主编，《遏制不惩罚国际犯罪及严重侵犯基本人权的犯罪》，国际刑法学会（Association Internationale de Droit Penal），拉蒙维尔-圣塔涅（Ramonville-Saint-Agne），法国，1998年，第267页。

<sup>115</sup> 检察官诉“福荣季亚案”判决，案件号：IT-95-17/1-T，1998年12月10日。

<sup>116</sup> 同上注，第153-157段，法庭也指出其他后果：由于酷刑没有被包括在《规约》的限制之中，因而不适用政治犯不引渡原则而应当引渡实施酷刑的人。同上注第153段。

<sup>117</sup> 同上注，第156段，引自最高法院在“艾希曼（Adolf Eichmann）”案和美国法院的“丹珍朱克（Demjanjuk）案”。“以色列检察长诉阿道夫·艾希曼”36 ILR 298（《纽约州立工业和劳动关系学院ILR报告》）（ILR Report New York State School of Industrial & Labor Relations）；关于约翰·德姆简尤克的引渡，612 F. Supp. 544, 588（N. D. Ohio 1985）。法庭也提到德姆简尤克诉彼得罗夫斯基（Petrovsky），776 F. 2d 571（6<sup>th</sup> Cir. 1985），cert. Denied, 475 U. S. 1016S. Ct. 1198, 89 L. Ed. 2d 312（1986）关于普遍管辖原则适用于战争罪的讨论。

<sup>118</sup> 巴西奥尼，《国际犯罪》，同前第114注，第265页写道：“由更为严重的这类犯罪引起的义务包括起诉或者引渡的义务（…）”；也可参见卡塞斯，同前第114注；跑斯特，《普遍性》，同前第111注，第337-340页。

结论是正确的，那它将意味着国家在任何情况下都不能怠慢履行其起诉这类罪犯的义务，同时这也将排除了如果赦免战争罪、就得不到任何国际承认的可能性。支持这一立场的人经常引用这一观点，即“就强行法的含意而言，它是指某些义务而非可以任择的权利；否则，强行法就不具有强制性国际法的特征。”<sup>119</sup>红十字国际委员会的《日内瓦公约评注》中就有“或起诉或引渡”规则具有强制性特征的观点，它指出“所有国家都在设法惩罚实施严重违反《日内瓦公约》行为的罪犯”，所以“起诉以及惩罚的义务（…）是绝对的。”<sup>120</sup>

一些人权组织也持有相同观点，他们认为，为了维护不可贬损的人权（例如禁止酷刑），有必要将这种不可贬损性扩展至某些通常情况下可贬损的人权（例如人身保护权）。<sup>121</sup>但他们的推理不同于“或起诉或引渡”规则：就前者而言，如果其他权利、即如果可贬损的人权也被赋予不可贬损的特点，则侵犯真正的不可贬损人权的犯罪将不会发生；<sup>122</sup>相反，在战争罪情况下，“或起诉或引渡”只是在战争罪行为实际实施后才出现的。所以很难说“或起诉或引渡”的义务实际上会防止对强制性规则的违反。在这个问题上，惟一可以接受的是“威慑理论”，但威慑的效力也是有限的，因为很难有证据证明刑事制裁对于将来可能发生之国际犯罪有直接的影响力。<sup>123</sup>

此外，也很难证明，起诉每一个战争罪罪犯的义务都是属于“一个被作为整体的、由各国组成的国际社会所接受或者承认的、任何贬损都不被容许的规则”。从历史的实践来看（将来也还会发生），在结束武装冲突时许多国家都会通过赦免法律；<sup>124</sup>起诉实施严重违反《日内瓦公约》行为的罪犯这个义务，如果与国家根据《联合国宪章》所承担的义务相抵触，也将受到贬损，而这是一个事实；<sup>125</sup>最近在过渡政府的实践中采用的是特别法庭的形式，而这些特别法庭也只是起诉大规模战争中严重犯罪的“最大责任者”；所有这些也可以得出这样的结论，即：当前的国际社会还不认为这个规则具有不可贬损的特点。

正如前南国际刑事法庭在“夫伦季亚案”（Furundzija Case）一案中所指出的那样，应当区分强行法规则（禁止战争罪）不可贬损的性质、与违反这类规则而产生的“对一切人”（*erga omnes*）的效果（执行方法）。<sup>126</sup>后面这个义务是关于遵守强制性规则的方法。<sup>127</sup>因为

<sup>119</sup> 巴西奥尼，《国际犯罪》，同前第114注，第266页。

<sup>120</sup> 《日内瓦第四公约评注》，同前第51注，第587至602页。

<sup>121</sup> 例如，美洲人权法院认为根据《美洲人权公约》，不容贬损的基本权利，包括人身保护权、宪法保护权利以及其他由该公约确定的不可贬损的权利和自由。“紧急状态下的司法保护”，美洲人权法院1987年10月6日咨询意见。在“巴里奥斯·奥托斯案”中，法院指出“如果给予应当对严重侵犯人权行为负责的人以赦免，以此来阻止调查和起诉，这是不能接受的（…）因为它们侵犯的是国际人权法所承认的不可贬损的权利。”同前第15注，第41段。

<sup>122</sup> 典型的例子是对在警察局内部被拘禁的人的酷刑，如果人身保护权属于不可贬损的权利，这种酷刑将会很少发生，因为法官有机会在该人被拘禁后立即去探视，并能够询问其在被拘禁期间是否受到不恰当的待遇。

<sup>123</sup> 国际法协会曾经指出，鉴于前南国际刑事法庭检察官在给米洛舍维奇总统和其他高级官员的信中宣布要调查和起诉科索沃地区的犯罪后，大规模的严重犯罪仍然在该地区持续发生，因此不能过分夸大威慑效果。参见：路易丝·阿伯（Louise Arbour）检察长在给米洛舍维奇总统和其他官员高级的信，前南国际刑事法庭1999年3月26日新闻报道，引自国际法协会《关于对严重侵犯人权犯罪行使普遍管辖的最后报告》，人权法及其实践国际委员会2000年伦敦会议，第4页。二战期间，在盟军已经宣布要起诉纳粹罪犯之后，德国士兵仍然在实施暴行。参见《德国暴行的宣言》，1943年11月1日《美国国务院公告》第9期，第310-311页。

<sup>124</sup> 参见奥谢，同前第19注，“赦免在历史上的运用”，第5-23页。

<sup>125</sup> 参见《联合国宪章》第103条。不过，针对严重违反日内瓦公约行为的“或起诉或引渡”规则所具有的习惯法地位，不能等同于条约法规则的地位。

<sup>126</sup> 前南国际刑事法庭将这一后果所体现的理论概括为：“‘对一切人’的性质与国际法的适用范围相关，而禁止酷刑这个规则的其他特征则与国际法规则所具有的等级特征相关。”福荣季亚案，同前第115注，第153段。这意味着不可贬损性仅适用于禁止酷刑这个规则本身。

<sup>127</sup> 国际法院列举了产生“对一切人”义务的规则，即禁止侵略行为和种族灭绝行为的规则、规定有关基本人权（包括不受奴役和种族歧视）的原则和规则。“巴塞罗那电车公司案”，同前第112注，第32页；“东帝汶案”，同前第112注，1995年《国际法院报告》第90页；“关于使用或者威胁使用核武器之合法性的咨询意见”，同前第99注，第258页，第83段；“防止及惩治种族灭绝罪公约的适用”（波黑诉南斯拉夫），《国际法院1996年报告》，第595页，第615-616页，第31、32段。英国在关于皮诺切特的案件中，上议院霍普（Hope）议员指出，如果一个行为根据国际法获得了强行法规则的地位，“就迫使所有国家的人在任何情况下都要克制实施这种行为，同时也就产生了



“对一切人”的义务“从性质上说……对所有的国家都有影响，所有国家也就有理由要保护其自身合法权益”，<sup>128</sup>根据习惯法，如果对某种义务的违反是针对整个国际社会，那么，任何国家，不管它是否受到损害，都可以求助于另一个国家。<sup>129</sup>然而，一个国家有要求他国履行某种义务的合法权益，并不意味着一定要将这种积极的义务转化为对每一个战争罪犯都要起诉。也就是说，国内法院或者国际性法院可以在法律上承认对战争罪所作的有限制的赦免，只要其不起诉的行为并不构成对强行法规则的严重违反。根据习惯法，如果发生了严重违反强行法规则的行为，对所有的国家而言，有两种附加的后果：<sup>130</sup>第一，各国必须在法律上予以合作，以便结束该严重违法行为；第二，任何国家不得承认由该严重违反强行法规则的行为所导致结果的合法性，也不得提供任何帮助以维持这种不法状态。<sup>131</sup>前南国际刑事法庭在夫隆季一案中，从国家相互之间的层面上评价了强制性规则的效果。该法庭认为：

“任何对实施酷刑以授权的立法、行政或者司法行为，在国际上都是非法的。其实，如果一方面认为，由于禁止酷刑具有强行法性质，因而含有酷刑规定的条约或者习惯规则是无效的，并且自始就无效；而另一方面却以为，国家完全可以不理睬它而采取各种国内措施如授权或者宽恕酷刑罪、通过赦免法律赦免实施酷刑的人。这样的争论毫无任何意义。因为如果真的发生这种情形，国家所采用的某些措施由于违反了条约的一般性原则和相关的条约规定，就会产生上面已经讨论过的法律效果，并且也不会得到国际上的承认。”<sup>132</sup>

应当注意的是，不能误解刑庭的判决，它并没有排除对强行法罪行给予赦免予以国际承认的所有可能性。只有当对赦免法律的承认相当于授权、宽恕犯罪行为或者承认犯罪行为所造成的不法状态具有合法性之时，该赦免法才会失去法律效力，也才会产生该国家的国家责任。<sup>133</sup>同样地，《美国外交关系法重述》（第3版）也认为，如果完全不对那些反复实施、或残酷实施的违反习惯法所保护人权的犯罪行为进行起诉，就足以让该政府因为共犯而承担国家责任。<sup>134</sup>当一国即将卸任的政府作出一个对于战争罪的一揽子赦免的决定，而其他国家虽然承认该赦免则可能会被认为违背“不承认”原则和《美国外交关系法重述》原则。但如果是因为对于由联合国调停的依据一定原则的、有限制的赦免（例如出于一个国家或者地区的安全目的、并辅之以真相委员会）所作的国际承认，就则不会构成“宽恕”或者“承认由违反强行法规则而造成的不法状态”，并且不会影响该国际承认的法律效力。把重点放在起诉那些计划或者实施战争罪的罪犯，同时对不属于这类罪犯的人又实施有限制的赦免，这仍然与制止这类严重违反公约行为的义务是相一致的，而且也不属于承认由该严重违反公约行为所造成不法状态的合法性问题。通过承认有限制的赦免，第三国法院同样可以遵守《美国外交关系法重述》原则。据此，对强行法规定的犯罪进行完全的赦免将违背习惯国际法，但同时它也并不要求起诉每一个犯有

---

惩罚该行为的“对一切人”的义务。”皮诺切特案，1999年3月24日，转引自布罗迪(R. Brody)和拉特纳(M. Ratner)主编，《皮诺切特案文件：安古斯托·皮诺切特在西班牙和英国》，《科鲁瓦国际法》，海牙，2000年，第253—254页。

<sup>128</sup> “巴塞罗那电车公司案”，同前第112注。

<sup>129</sup> 国际法委员会《关于国家责任的条款》，第48条，同前第36注。

<sup>130</sup> 根据国际法委员会的文件，如果是由于应负责任的国家严重的、或者有系统的不履行义务而引起的，则为严重违反公约行为。参见国际法委员会《关于国家责任的条款》，第40条第2款，同前第36注。

<sup>131</sup> 严重违反强行法规则在习惯法上的“特别后果”，在国际法委员会关于《国家责任的条款》中有明确表述，参见第41条第1、2款。第41条也不妨碍违反公约行为根据国际法可能承担的其他后果(第41条第3款)。参见“尼加拉瓜案”，同前第80注，第100页，第188段；《南非不顾安理会第276(1970年)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果》，《国际法院报告》，1971年，第16页，第126段。

<sup>132</sup> “夫伦季亚案”，同前第115注，第155段。

<sup>133</sup> 例如，这一原则在《根据联合国宪章就国家合作、友好关系的国际法原则公告》中有明确的表述，联合国大会第25届会议第2625号决议，第10段。国际法院在尼加拉瓜案中重申了这个原则的有效性，同前第80注，第100页。第188段。国际法院在关于纳米比亚(西南非洲)案的咨询意见中也呼吁不要承认由于拒绝民族自决权而出现的状态，同前第131注，第56页，第126段。

<sup>134</sup> 《美国外交关系法重述》(第3版)(1987)，第702段。在亨菲尔德(Henfield)案(亨菲尔德诉巴哈马检察长)案中，法院认为，如果一个国家不起诉有合理证据证明犯有国际罪行的人，那么，这个国家可能成为该非法行为的共犯，并要接受各种国际制裁。

这些罪行的人。<sup>135</sup>

### 国际性的和“准国际性的”刑事法院：承认对战争罪赦免的可能性

就国际性的或者准国际性的刑事法院对战争罪赦免给予承认的可能性而言，上面讨论的法律原则基本上也同样适用。但是，法院《规约》通常会明确规定是否承认对某些犯罪所给予的赦免。比如关于《国际刑事法院罗马规约》，有的评论就认为，根据《规约》中某些条款中所规定的“例外”情况，可以推断出予以“赦免”的理由：（1）第 17 条第 1 款第 2 项。根据这一规定，如果对案件有管辖权的国家已经对该案件进行调查、并决定不对有关人员进行起诉，除非作出这项决定是由于该国不愿意或者不能够切实进行起诉，否则国际刑事法院应断定该案件不可受理。（2）第 53 条第 2 款第 3 项。根据该项规定，如果“考虑到所有情况，起诉无助于实现司法利益”，<sup>136</sup> 检察官就可以拒绝起诉。（3）第 16 条赋予了安理会推迟调查或者起诉的权力，而第 15 条第 4 款则自动地 (*proprio moto*) 赋予检察官拒绝起诉的自由裁量权。<sup>137</sup>

《前南国际刑事法庭规约》和《卢旺达国际刑事法庭规约》这两个法庭，对它们是否可以承认赦免没有作出任何规定，但鉴于这两个法庭都是由联合国安理会通过决议的方式而成立的，决议中又明确规定，起诉严重国际犯罪的目的是为了要便易于在这些地区重建和平、维持和平，<sup>138</sup> 因此在这种特定情况下，如果根据某个赦免不起诉某些罪犯，这与设立该法庭的最初宗旨相违背。最近几年来，为了处理战争罪（和其他国际犯罪）而专门设立了一些国际的或者准国际的法院，但这些法院的规约通常拒绝承认对国际犯罪进行赦免的任何可能性。例如，塞拉利昂特别法庭就明确禁止承认对其管辖范围之内罪行所进行的任何赦免，<sup>139</sup> 东帝汶为成立“接收、真相与和解委员会” (Commission for Reception, Truth and Reconciliation) 的法律规则和<sup>140</sup> 成立柬埔寨特别审判庭之法律里，也都含有与塞拉利昂特别法庭同样的规定。<sup>141</sup> 或许有人要说，根据国际法的规定，这些法庭在其《规约》中拒绝对国际犯罪的赦免予以承认，是非法的，并且法院不可能对此予以承认。但是，这些法律文件需要有明确排除对于国际犯罪赦免的承认的规定。这个事实说明，如果缺乏这类条款明确要求法院不承认那些赦免的话，法院通常就会在其符合国际法的范围内承认对于国际犯罪的赦免。

### 国际法对国内法院或者国际性法院承认战争罪赦免之能力限制

作为一个法律体系，国际法需要与政治现实相结合以确保其具有相关性，但也应当在符合基本法理的前提下能自圆其说。过渡性质或重建性质的司法，是为了寻求对违法犯罪行为进行审判的原则、以及保证民主秩序、保障基本人权的基本原则，如果没有要求没有限制性的起诉，那么在国际可接受的范围内实施有限制的赦免，也可以被认为与国际法的基本原则及《联

<sup>135</sup> 奥伦特里赫, 同前第 14 注, 第 2599 页。

<sup>136</sup> 如何解释何为“司法利益”，还是一个问题。这个术语还没有一个定义。条文本身指出，检察官在作出决定时应当考虑罪行的严重性、受害人的利益、罪犯的年龄或者疾患、其在犯罪中的地位等因素。然而，这个列举则还没有穷尽所有的因素。加夫兰认为虽然还有争议，但如果一个起诉将导致更多的犯罪，那就没有体现司法利益；因此，这涉及到对将来可能发生事情的考虑并与威慑论相抵触。加夫兰，同前第 39 注，第 111 页。

<sup>137</sup> 关于《罗马规约》是否应包含赦免内容的讨论，参见沙夫 (M. Scharf)，《对国际刑事法院的赦免抗辩》，《康奈尔国际法杂志》，1999 年总第 32 期，第 507 页；韦奇伍德 (R. Wedgwood)，《国际刑事法院：美国观点之一》，《欧洲国际法杂志》，1999 年第 9 期，第 97 页；哈夫纳 (G. Hafner)、布恩 (K. Boon)、吕布萨姆 (A. Rubesame) 和休斯顿 (J. Huston)，《对鲁思·韦奇伍德代表的美国观点之回应》，《欧洲国际法杂志》，1999 年第 10 期，第 107 页。

<sup>138</sup> 分别由安理会于 1993 年 5 月 27 日通过的第 827 号决议、和 1994 年通过的第 955 号决议成立。安理会 1993 年在建立前南国际刑事法庭的第 827 号决议中表示：“深信(…)由安理会设立一个特别国际法庭和起诉应对严重破坏国际人道法负责的人，将使这一目标(制止这些罪行)得以实现，并有助于恢复与维持和平。”安理会第 827 号决议序言第 6 段。

<sup>139</sup> 参见《塞拉利昂特别法庭规约》第 10 条，2002 年 1 月 16 日。

<sup>140</sup> 参见在东帝汶成立“接受、真相与和解委员会”2001 年第 10 号法规。

<sup>141</sup> 参见《为起诉民主柬埔寨时期罪行而成立柬埔寨特别审判庭的法律》第 40 条，2001 年 1 月 15 日。

联合国宪章》的宗旨和原则相符合。

因此，有必要来看一下，关于赦免的法律是否符合国际法的规定。从各国的实践和国内法院或者国际性法院的判决中，可以看到一个能被接受的赦免所应具备的一些条件。总起来说，它应当是下列所有标准的综合：（1）赦免目的应当被限制在某些特定的方面，尤其是为了维护和平、进行或者促进和解；（2）赦免应当伴随着其他承担责任的方式，例如“真相委员会”、审查机构或者剥夺公权的措施等；（3）赦免不能由单方面宣布，而应当是更替的新旧政府通过达成协议而宣布，或者是国际组织、如联合国参与和平调停的结果；（4）赦免只能适用于武装力量、武装团体中的低等级成员，或者是适用于那些只应对国际犯罪承担“最小责任”的人。如果对于不符合上述条件的人被指控的战争罪也实施赦免，如果赦免不符合国际法的基本原则，那么这种赦免在原则上是不会被外国法院或者国际性法院承认的。

### 赦免目的的有效性

如果不对有限制的战争罪赦免加以承认，那么，维护和平、启动、促进和解程序将是不可能、或者至少是非常困难的，而这种结果又可能与无限制起诉的政策相抵触，这就是关于赦免的有效性问题。这个论点，曾被南非宪法法院引用来说明根据其 1995 年第 34 号法律即《国家统一与和解促进法案》（Promotion of National Unity and Reconciliation Act）所广泛实施赦免的合法性。<sup>142</sup>尽管其判决可能会受到批判，因为它没有全面性地对要求起诉国际犯罪的宪法和习惯法规则进行过审议，也没有回答临时宪法是否有意于（或者能够）否决这些赦免的问题；<sup>143</sup>但另一方面，有大量证据表明：在前“种族隔离”政权与新政权之间所达成的这种“为了真相”的赦免，它的确防止了内战的爆发。<sup>144</sup>

联合国也曾为了结束军事对峙的必要性，而支持赦免包含国际犯罪在内的协定。<sup>145</sup>不过，近年来有一种新趋势，即在和平协定中拒绝对国际犯罪予以赦免。<sup>146</sup>尽管如此，这也没有排除所有对这类赦免予以承认的可能性，它只是给赦免严重战争罪罪犯以及合法性的一些要件，提出了一个非常严的法律标准。要得到对战争罪的赦免的承认，国内法院或者国际性法院必须证明，该赦免符合上面列举的所有条件。需要注意的是，这种证明与联合国安理会要求国际刑事法院不对《罗马规约》非缔约国公民行使管辖权的决议不同，因为《罗马规约》并没有明确地界定何谓对世界和平的威胁、以证明对国际犯罪罪犯不起诉的正当性。<sup>147</sup>

### 伴随其他责任承担方式赦免的合法性

提出这个概念，是因为在社会的过渡时期的正义概念方面，有其非常微妙的地方。<sup>148</sup>

<sup>142</sup> 穆罕默德(Mahomed)法官指出：“如果没有赦免这种方法，通向民主制度的‘历史桥’就不可能建立起来。”阿查波(AZAPO)案，同前第 18 注，第 19 段。

<sup>143</sup> 该法院只考虑了 1949 年《日内瓦公约》要求起诉严重违反公约行为的条文是否可以适用的问题(结论是否定的)，而没有审查关于种族灭绝罪、酷刑罪、战争罪和反人道罪的相关规则。鉴于联合国大会已经确认种族隔离也属于反人道罪的事实、和 1973 年的《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的规定，法院却没有确定习惯国际法是否要求起诉这些罪行，这是很令人惊奇的。

<sup>144</sup> 参见沙夫，《赦免抗辩》，同前第 138 注，第 510 页。

<sup>145</sup> 例如，在 1993 年，联合国表示支持“总督岛协议”，它同意对海地 1990 年至 1994 年期间实施反人道罪的以塞德拉斯将军(Cedras)和比安比准将(Biamby)为首的军方政权成员予以赦免。联合国安理会将该协议描述为“解决海地危机唯一有效的手段”。参见沙夫，《以赦免换取和平：有义务起诉海地发生的国际犯罪吗？》，《德克萨斯国际法杂志》(Texas International Law Journal)，1996 年第 1 号，总第 31 期，第 1-42 页。

<sup>146</sup> 例如，尽管联合国同意包含了广泛赦免内容的 1999 年《洛美和平协议》，以终止塞拉利昂内战，联合国驻塞拉利昂特别代表弗朗西斯·奥克洛(Francis Okelo)在口头陈述中否认了将对种族灭绝罪、反人道罪、战争罪和其他严重违反国际人道法的罪行授予赦免。文件号：联合国文件S/1999/836，第 2 页第 1 段。参见斯塔恩(C. Stahn)，《联合国和平建设，赦免及其他司法方法：变化中的实践？》，《红十字国际评论》，2002 年，第 84 卷，第 845 号，第 191 页。

<sup>147</sup> 参见第 38 至 45 注及其相应正文内容。

<sup>148</sup> 泰特解释道，过渡意味着司法观念的转变：在通常时期法律维持秩序，而在政治动荡时期，法律的反应就创

“恢复正义”，意味着针对某些人的起诉、以及适用其他的责任承担方式，可以实现一个国家既能确定责任、同时又不让罪犯逍遥法外的目的。乔纳特（Joinet）先生在他的“关于对侵犯人权行为人追究责任的最后报告”里，提出了第 19 条原则，即“关于追求正义权目的”的原则：

“如果没有对正义要求的有效反应，就不会有正义，也不会有持久的和解（…）；任何和解的前提条件都离不开宽恕，而宽恕是一种个人化的行为，它意味着受害人知道是谁实施了违法行为，也知道罪犯表现出了悔改之意。所以，这是在任何判决这上在实现正义权利的基本目的。”<sup>149</sup>

这种正义观念表明，如果在设立有效的真相委员会的同时，对某些人实施赦免，也能够满足“实现正义权利的基本目的”。<sup>150</sup>然而，过去的真相委员会一般都是作为代替审判而设立，有相当权威的资料表明：它们本身还不足以成为国家对严重违反公约行为的有效反应。<sup>151</sup>然而，已经出现了一个由联合国为代表的趋势，它在给予那些对不是太严重犯罪应当承担“最小责任”的行为人以有限赦免的同时，将真相委员会也作为审判的一种补充方式。关于这一点，可以从塞拉利昂、<sup>152</sup>东帝汶<sup>153</sup>国内冲突后所采用的解决方式中得到验证。它也可能被用到柬埔寨、<sup>154</sup>阿富汗<sup>155</sup>和伊拉克方面。<sup>156</sup>卢旺达则引用了一种民间传统的司法解决办法，即：“咖卡卡”（gacaca）<sup>157</sup>，来处理参与 1994 年种族灭绝行动的人以及等待在卢旺达国际刑事法庭受审的人，也以此缓解监狱的人口暴满问题，这也算是一种将起诉与其他责任承担方式结合起来、以处理那些轻微刑事罪犯的办法。<sup>158</sup>

### 赦免的决定如何作出的合法性

如果赦免不是通过合法的法律程序而实施的，而是由类似事实上的政府颁布法令、或非民主选举的立法机关通过制定法律的办法来实施赦免，那么，这样的赦免就有可能因为其非正常的方法、而使得其法律效力可能得不到承认，并有可能被撤销。<sup>159</sup>例如，西班牙就认

---

造了一种“过渡法律的范例”。同前第 2 注，第 2014 页。

<sup>149</sup> 参见茹瓦内报告，同前第 22 注，第 19 条原则。

<sup>150</sup> 加夫兰，同前第 39 注，第 111 页。

<sup>151</sup> 可参见“加雷·赫尔蒙西拉(Garay Hermonsilla)等人诉智利案”，美洲人权法院 1996 年第 36 号报告，案件号 10843；美洲人权委员会，1992 年第 26 号报告等。

<sup>152</sup> 可参见 2000 年 2 月 22 日真相与和解委员会法(塞拉利昂)和 1999 年《洛美和平协议》第 26 条。也可参见《特别法庭和真相与和解委员会关系简报》，检察长办公室和司法部特别任务处，2002 年 1 月 7 至 18 日计划任务，第 8 页。

<sup>153</sup> 2001 年 7 月 13 日关于在东帝汶建立“接受、真相与和解委员会”的第 10 号法规。

<sup>154</sup> 林顿(S. Linton)，“柬埔寨审判(Khmer Rouge trials, KR trials)是非常重要的，但不可能解决一切问题”，金边邮报(Phnom Penh Post)，2002 年 12 月 20 日至 2003 年 1 月 1 日。

<sup>155</sup> 阿富汗总统哈米德·卡尔扎伊(Hamid Karzai)，曾保证要建立一个真相委员会，以调查二十多年战争期间发生的罪行，并追究实施侵犯人权行为者的刑事责任。参见联合国人权高级专员(UN High Commissioner for Human Rights)玛丽·罗宾逊(Mary Robinson) 2002 年 3 月 18 日在日内瓦召开的第 58 届人权委员会届会开幕式上的发言。

<sup>156</sup> 博雷纳(A. Boraine)，《让联合国审判萨达姆》，《国际先驱论坛报》(International Herald Tribune)，2003 年 4 月 21 日。

<sup>157</sup> 咖卡卡在肯尼亚、卢旺达(Kinyarwanda)语言中指草坪，传统乡间集会通常就在草坪上举行。实际上，它的意思是指民间团体成员充当“人民法官”。2000 年 12 月 12 日过渡政府国民会议通过了《民间传统司法法》。参见奥尔森(L. Olson)，《刑事起诉的补充方法》，《红十字国际评论》，2002 年第 84 期，第 845 号，第 186 页。

<sup>158</sup> 大约有 12 万人因为 1994 年卢旺达种族灭绝而被羁押。据估计，如果要全部审判这些人，卢旺达国家的国内法院、和卢旺达国际刑事法庭需要至少 100 年的时间。同上注。

<sup>159</sup> 可参见格雷·霍尔蒙塞拉等人诉智利案，同前第 152 注：“事实上的政府，缺乏法律上的基础(…)。因此，这样的政权是不能够限制以后成立的民选政府采取措施，来巩固其民主体制的；同样，事实上的政府的权力，也不具有法律上的政府所拥有的法律上权力的所有性质。”也可参见茹瓦内(L. Joinet)和吉斯(E. Guisse)，《关于不惩罚侵犯人权行为人的研究》，《防止歧视和保护少数民族小组委员会》(Sub-Commission on Prevention of

为，智利和阿根廷军方为政治原因而通过的赦免法不能阻止西班牙对他们行使普遍性管辖权。<sup>160</sup>另外，对国家或其代理人实施犯罪的情况下实施赦免，意味着国家自己审判自己，这就违反了刑法上禁止自己审判自己的基本法律原则。<sup>161</sup>根据国际法，自己单方面宣布的赦免，其法律效力很难会得到承认。<sup>162</sup>

但另一方面，新旧政府为了平稳过渡而通过协商达成的赦免，如南非，或由联合国调停、同意的赦免，一般都会被外国法院或者国际性法院所承认。值得注意的是，在种族隔离政权时期，联合国大会强烈谴责种族隔离，认为它严重侵犯人权、是一种反人道罪行，并呼吁各国根据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》起诉这些罪犯。<sup>163</sup>由于南非新的《宪法》在其最后部分增加了赦免条款，所以，联合国大会通过决议表示对民主过渡的欢迎，而且也没有再提关于要对犯罪行为必须要起诉的义务问题。<sup>164</sup>

### 谁能得到赦免的合法性

有限赦免的合法性基础来源于如下观念，即：赦免仅应适用于那些地位和权利都比较低的人，而应承担“最大责任”的人则不能被赦免。在大规模违反战争法的行为发生之后，如果将所有的罪犯都毫无例外地予以起诉，这既不大可能防止将来类似的犯罪，就是从其预防效果上来说也没有必要。<sup>165</sup>此外，一个政府如果试图起诉每一个应当承担刑事责任的人，那将极大地动摇整个社会结构，同时也向司法系统提出了不可能办到的要求，司法机构在过渡政权时期本身力量也比较弱。相当一部分人认为，如果在这种情况下实施有限的、但力度又很大的惩罚，会取得相当大的威慑效果，因此也能够达到惩治暴行犯罪的目的。<sup>166</sup>在《塞拉利昂特别法庭规约》和成立柬埔寨特别法庭的法律文件中，都规定了这种原则性、示范性惩罚的方法，因为这两个法庭只是对那些应当对在该国领域内所犯罪行承担最大责任的人具有管辖权。<sup>167</sup>《罗马规约》第8条设立的“管辖门槛”条款，也是将国际刑事法院对战争罪的管辖仅仅限定在作为计划或者政策的范围。这就意味着国际刑事法院主要是对那些制定以及

---

Discrimination and Protection of Minorities), 文件号: 联合国文件E/CN.4/Sub.2/1993/6, 1993年7月19日; 巴尔克·怀特(W. Burke-White), 《重新构建不惩罚: 赦免立法之自由国际法理论分析》, 《哈佛国际法杂志》(*Harvard International Law Journal*), 2001年第2号, 总第42期, 第479页。

<sup>160</sup> 参见巴克(V. Buck), 《西班牙法律》(*Droit espagnol*), 载卡塞斯(A. Cassese)和德尔玛斯·马尔蒂(M. Delmas-Marty)等人, 国家管辖权与国际罪行, 法国大学出版社, 巴黎, 2002, PP154-155.

<sup>161</sup> 国际常设法院在1925年“伊拉克与土耳其边界案”中引用“任何人不能审判自己的事务这个著名规则”, “洛桑条约”(Treaty of Lausanne)(伊土边界)第3条第2款, 1925年11月21日, 国际常设法院(B系列), 第12号第32页。

<sup>162</sup> 美洲人权委员会1999年11月19日《第133号报告》, 卡梅洛·索利亚·埃斯皮洛扎(Carmelo Soria Espinoza)诉智利, 案号11725, 第76段; 巴里奥斯·奥托斯案, 同前第15注, 第41段: “公约缔约国通过(…)自身赦免法, 将违反公约第8条和第25条。自身赦免法使受害人得不到保护并永久地不惩罚罪犯, 因此它明显与美洲人权公约的内容与精神相违背。”

<sup>163</sup> 例如联合国第36届大会1981年10月28日第13号决议, 联合国第37届大会1982年12月28日第3号第47号决议。

<sup>164</sup> 例如联合国第48届大会1993年12月20日第159号决议。

<sup>165</sup> 参见拉特纳和阿布拉姆斯, 同前第14注, 第338页。

<sup>166</sup> 参见奥伦特里切尔, 同前第14注, 第2601页。另一方面, 坎贝尔(Campbell)则认为, 有赦免的审判意味着只是对一小部分人的审判, 由于违法者知道其被惩罚的机会微乎其微, 威慑效果因此也会相应地降低。坎贝尔, 《和平与战争法: 国际人道法在冲突之后的作用》, 《红十字国际评论》2000年第836号, 第630页。

<sup>167</sup> 《塞拉利昂特别法庭规约》第1条, 同前第140注; 《建立柬埔寨特别法庭法》第1条, 同前第142注。关于塞拉利昂特别法庭规约中的“承担最大刑事责任者”, 联合国秘书长指出, 它“并不意味着法庭对人的管辖范围只局限于政治、或者军方的领导人。因此在任何特定案件中, 确定‘承担最大刑事责任者’这个术语的含义, 最初是由检察官而最终则由特别法庭来决定。”参见联合国秘书长给安理会主席的注明日期为2001年1月12日的信。这一澄清性解释很重要, 因为它避免了选择性的起诉可能带来的批评, 即那样使得官员地位的高低对传统理解的刑事责任产生很大影响, 而这将削弱刑事责任应当由罪行的严重程度来决定这个原则。参见泰特尔, 同前第38注, 第2041页。

执行该战争罪计划的人实施管辖。这也表明：那些应当对战争罪承担“最小责任”的人可以被赦免，而那些处于权威地位的人则不应被赦免。

一方面，对那些在战争罪中应当对制定和执行战争政策、战争计划承担最大责任的人予以起诉，另一方面，对那些应当承担“最小责任”的人给予有限制的赦免，国家也就可以以此承担其不宽恕这类违法行为的责任、以及不承认由该违反强行法规则所造成结果的状态为合法的责任。<sup>168</sup>这一理论也符合《美国外交关系法重述》里面的观点，即：对反复犯下罪大恶极的侵犯人权罪行的行为人如果予以完全赦免，将违反国际习惯法；但同时，它也并不要求起诉每一个犯有侵犯人权罪行的人。<sup>169</sup>

上述结论对外国首脑或者其他高级官员是否应享有豁免权问题，也会产生一定的影响。几乎所有为正义战争罪及其他严重国际罪行而设立的特别法庭，都拒绝适用关于对国家官员豁免的原则。然而，国际法院在“刚果逮捕令案”的判决中，主张应当承担责任的外交部部长，仍应根据习惯国际法享有绝对豁免权。<sup>170</sup>据此，国内法庭、或者准国际性法院在起诉战争罪最大责任者时可能会遇到法律障碍。有些国内法院在处理有关对外国豁免案件时，曾将具有强行法性质的战争罪排斥在外国豁免适用的范围以外，其主要理由是：根据国际法属于犯罪的行为，不能同时也受到国际法的保护。<sup>171</sup>如果对应当对战争计划、战争政策承担责任的外国首脑、外国官员拒绝适用豁免原则，这就是非常具有说服力的论点。至于战争罪所具有强行法性质对豁免原则应产生什么样的结果，国际法院在“逮捕令案”中则没有发表任何意见。<sup>172</sup>

因此，由于战争罪具有强行法的性质，所以，有充分的理由拒绝对前国家高级官员适用豁免。具有强行法性质的规则，其效力高于其他国际法原则，其中也包括对外国国家元首实行豁免的原则。<sup>173</sup>此外，如果对命令实施大规模战争罪的人予以豁免，这将构成承认对这种严重违反强行法规则的行为所产生结果的合法性，根据习惯国际法这也是应受到禁止的。鉴于外国官员享有的豁免权是源于国家独立主权而享有特权的结果，因此，如果某行为严重程度，已达到在任何情况下都被国际法所禁止的程度，如果还认为实施该行为的国家官员可以得到同一个国际法体系的保护，这显然是不合逻辑的。

但可能还有另外一种观点，即：对某些强行法规定的罪行，如战争罪进行有限制的赦免仍应被予以承认，因为它们并没有承认该违反强行法规则行为所造成的结果具有合法性。在国际社会对赦免也可以接受的情况下，对战争罪起诉作这样的限制，主要是为了和平进程能最有效地进展。所以，目的并不是为了保护那些应当对这些犯罪承担最大责任的人。而且，如果其他承担责任的方式能配合赦免以确保了解犯罪的真相，那么在在某种程度上也能为受害人伸张正义。

<sup>168</sup> 参见前第 112 至第 136 注及相应文章内容。

<sup>169</sup> 参见前第 135、136 注及相应文章内容。奥伦特里切尔，同前第 14 注，第 2599 页。

<sup>170</sup> 参见前第 8 注。

<sup>171</sup> 例如，布朗·威尔肯森(Brown-Wilkenson)议员在“皮诺切特案”(同前第 127 注)中说道：“一个国家的前领导人在授予赦免时，不能证明实施国际犯罪是为了履行国际法所保护的功能。”西班牙的“维奥蒂亚(Voiotia)洲长诉联邦德国”案，是关于处理违反海牙规则第 43 条和第 46 条的案件，在该案中，法庭认为行为属于违反强行法规则的犯罪；而对于违反强行法规则的犯罪，就意味着放弃了主权豁免。此外，对豁免的承认可能构成事后共犯。第三，对强行法规则的违反不能产生法律权力。2000 年 5 月 4 日第 11 号案件，阿雷奥斯·帕格斯(Areios Pagos)，(西腊最高法院，Hellenic Supreme Court)，加乌内里(Gavouneli)和班克特卡斯(Banktekas)在《美国国际法杂志》上的报告，2001 年，第 95 期，第 198 页。

<sup>172</sup> 有可能会在不久的将来提交到国际法院的一个案件，就是关于塞拉利昂特别法庭向利比里亚前总统查理斯·泰勒发送国际逮捕令的案件，国际法院可能将第一次不得不决定这个由塞拉利昂政府与联合国通过协议而成立的特别法庭的性质，是否等同于国际刑事法院。在本“逮捕令案”中，国际法院认为“某些国际刑事法院”可能构成对前国家高级官员享有豁免原则的例外。参见逮捕令案，前第 8 注，第 61 段。如果国际法院认为特别法庭仅仅对塞拉利昂和联合国有拘束力，那么，尽管安理会支持特别法庭，国际法院将有机会评估泰勒所犯罪行是否具有强行法性质，并决定根据国际法是否应对其实行豁免。

<sup>173</sup> 在“逮捕令案”中，国际法院列举了一些豁免原则的例外，这表明这一习惯法规则并不具有强行法性质，因此当其与强行法规则相抵触时，这个原则是可以贬损的。

## 结论

国家必须履行防止战争罪发生的义务，并不妨碍国际社会对战争罪有限的赦免予以承认。赦免也能够使国际社会了解、并谴责在武装冲突中或者在严酷统治下所发生的罪行。

按照习惯国际法，国家根据犯罪的性质，可以决定选择起诉战争罪罪犯、或者有义务必须起诉战争罪罪犯。习惯法上必须追究所有战争罪责任义务的发展趋势，并不意味着对罪犯的赦免全都无效。国际社会抵制的是对战争犯罪的不惩罚，因为它被视为对和平的妨碍、并与所有正义观念背道而驰。对包括战争罪的罪犯进行赦免可以在某些情况下予以承认。因为如果不承认赦免，反倒会构成对和平与安全的威胁，例如，可能会损害和平协议或者会导致颠覆新近成立的民选政府。即使在这样的情况下，只有那些被限定在国际可接受范围内的赦免、以及那些并不违反国家根据习惯法而承担的基本义务的赦免，其合法性才会得到国际承认。

翻译：卢有学      校对：李斌 朱文奇