



前南斯拉夫国际刑事法庭在“严重违反”制度和刑事责任方面的发展

ICRC

纳塔莉·瓦格纳* (Natalie Wagner)

“(国际刑事)法庭之所以产生,是因为严重违反国际人道法的犯罪行为的发生;现在,这些犯罪行为仍然在世界的许多其它地区继续发生,并有许多新形式和方式。国际社会只有对现有的国际人道法进行有针对性的合理阐释,才能认真对待这一棘手而又难以捉摸的人类行为。”¹

目前,前南斯拉夫国际刑事法庭(简称“前南国际刑庭”)²取得了一个进展,即:为适应《前南国际刑庭规约》的要求,前南国际刑庭扩大了国际人道法的适用范围。其中最值得注意的是:扩大适用范围的目的是为了实现在建立前南国际刑庭时的初衷。就扩大国际人道法的适用范围而言,前南国际刑庭主要依据现有的国际习惯法原则,对武装冲突法进行了有针对性的阐释。自1999年前南国际刑庭上诉庭作出塔迪奇(Tadic)案判决以来,前南国际刑庭所采用的这种判决方法,已经使国际人道法取得了实质性的进展³,这些进展包括:为了将共同目的理论包括在内,前南国际刑庭放宽了被保护人国籍的要件,并扩展了个人的刑事责任。

前南国际刑庭对阐释现有的国际人道法及其相关法律提供了一个准则和论坛,以期通过完善法律来较合适地处理严重违反国际人道法的新形式和新方式所带来的新问题。这样,在应对现代国际社会的种族冲突方面,如发生在前南斯拉夫境内的那种冲突,前南国际刑庭所采用的“目的”方法⁴,既树立了有说服力的权威,又为扩大个人的刑事责任以提供了必要的发展。

本文主要探讨两个重要方面的问题:第一,在裁定国籍所需条件和共同目的理论方面,前南国际刑庭对这些方面所出现的一些问题没有作出回答。就以国籍条件为例,应如何判断一个国家、一个士兵、或一个人道组织在国际性的敌对冲突中判定一个人或一群人是否仍效忠国家,或是那个人或那群人是否仍受到国家的有效保护。第二,从刑法的角度来看,共同目的理论在关于被告权利和个人刑事责任这两个概念方面,也会产生一些问题。⁵本文的目的是通过审议前南国际刑庭在这两个关键问题上对国际人道法的发展,探讨对这些问题或是支持、或是反对的观点,并从《前南国际刑庭规约》和违反国际人道法新形式出发,来看武装冲突法需要完善的必要性。

*学士学位(加拿大女皇大学), 获优异成绩(加拿大女皇大学), 国际关系文学硕士, 国际人权法法学硕士(爱尔兰国立大学, 格尔维)。作者目前在日内瓦的红十字国际委员会国际组织部工作。她感谢大卫·马兹立什(David Alonzo-Maizlish)和劳拉·奥尔森(Laura M. Olson)对此文初稿所提出的意见。

¹ 检察长诉德拉里奇(Delalic)及其他人案切雷比奇案(Celebici), 判决书, 第IT-96-21-T号案, 第二初审庭, 1998年11月16日, (以下称“1998年切雷比奇案”), 第170段。

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的人的国际法庭规约》, 联合国第S/25704号文件之附录(1993年), (以下称《前南国际刑庭规约》或《规约》)。

³ 检察长诉塔迪奇判决书, 第IT-94-1-A号案, 附录, 1999年7月15日(以下称“上诉法庭塔迪奇案判决”)。

⁴ “有目的方法”的定义如下: “也称为民事审判规程的‘渐进的’或‘扩大的’方法, 它与立法史的方法是相区别的。目的论方法与普通法审判规程中的‘消除混乱规则’的作用是相同的。这一方法使对事管辖权得以在现代条件下加以解释。采取这一方法是为了使法律适应了变化的条件, 不论是特殊的、经济的还是技术的变化, 这些变化归因于立法意图。”1998年切雷比奇案, 前引书(注1), 第163段。

⁵ 在对一些问题的讨论中, 提出了扩大受保护人地位的国籍条件的问题, 参见: 让·弗朗斯瓦·凯吉内(Jean-François Quéguiner) “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”, 参见《红十字国际评论》, 本卷。也可参见M.萨索里(Marco Sassoli)和L.M.奥尔森(Laura M. Olson): 《国际判决: 检察长诉塔迪奇(判决)》。第IT-94-1-A号案, 39 ILM 1518 (1999年); “前南斯拉夫国际刑事法庭, 上诉法庭, 1999年7月15日”, 载于《美国国际法杂志》, 2000年第94卷, 第571页。在扩大个人刑事责任以包括“共同目的”理论方面、与被告人权有关的问题等, 参见萨索里和奥尔森的分析: 《国际判决: 检察长诉塔迪奇(判决)》。第IT-94-1-A号案, 39 ILM 1518 (1999); “前南斯拉夫国际刑事法庭, 上诉庭, 1999年7月15日”, 载于《美国国际法杂志》, 2000年第94卷, 第571页; 及《前南国际刑庭上诉法庭根据塔迪奇案的是非曲直作出的判决: 国际人道法和国际刑法的新视野?》, 见《红十字国际评论》, 2000年第839卷, 第733页。

关于《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》的阐释

联合国安理会通过第827号决议⁶，要求前南国际刑庭“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”。⁷根据《前南国际刑庭规约》，前南国际刑庭有权起诉违反作为习惯法的国际人道法原则的人、以及违反适用于国际性武装冲突的国际人道法原则的人。⁸前南国际刑庭管辖的罪行包括：严重违反1949年各项《日内瓦公约》的情事(第2条)，违反战争法和惯例的行为(第3条)，灭绝种族罪(第4条)，危害人类罪(第5条)。联合国秘书长在给安理会的报告中，发表了对《规约》的评论，强调“法无明文不为罪”的原则，要求“国际法庭应适用那些毫无疑问是习惯法的部分的国际人道法原则，以避免就某些公约的拘束力而言，只对一部分缔约国、而非对所有国家都起作用的问题出现。”⁹他还阐明，1949年四个《日内瓦公约》¹⁰是对习惯法的阐释，从而构成了“适用于国际性武装冲突的习惯法的核心”。¹¹

这样，前南国际刑庭的规定既反映¹²了关于武装冲突的习惯法的发展，同时也是对该法律发展的直接贡献。而且，在如何对国际人道法作出阐释方面，前南国际刑庭有关审判程序的规定也阐明了习惯法所作出的贡献。例如，前南国际刑庭通过对塔迪奇一案的开创性的判决，¹³在发展习惯法原则¹⁴的同时又遵循和保留了现有法律中的基本的人道保护原则。¹⁵国际条约法和国际习惯法之间互相影响的程度越来越深，互相借鉴的频率越来越高，甚至是空前的：

“由于适用武装冲突的现代人道法已经不再仅仅局限于日内瓦四公约及其两个《附加议定书》，那么习惯法的作用就是至关重要。习惯法加速了武装冲突法、尤其是那些与国内冲突中犯罪行为有关的部分的发展。就这个方面而言，由前南特设法庭所作出的判例法功不可没。”¹⁶

前南国际刑庭可以对《规约》作出广义或狭义上的解释。就广义而言，司法解释包括根据特定案情的事实“扩大、限制或修订一条被包含在其法规中的法律条文”。另外，前南国际刑庭“……在阐释规约中的文字或语句的含义时”¹⁷，还可以建议限制法官的作用。根据前南国际刑庭的解释，司法上的“空白填补”包括司法人员的阐释作用，是指为保证和实现规约起草人意图所采用的方法。¹⁸

然而，前南国际刑庭的判决是在尚无明确规则的司法领域内所作出的¹⁹；日内瓦四公约在前南国际刑庭作为刑法被适用，这显然与这些公约在制定时的初衷不同。国际人道法的文件起源于19

⁶安理会第827号决议(1993年5月25日)，再版于32《国际法律材料》(ILM)1203(1993)。

⁷《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》，联合国文件第S/RES/827号，附录。安理会决议第808号决议(1993)确立了前南国际刑庭的目的，随后由安理会第827号决议(1993)加以详细阐述。

⁸梅隆(T. Meron)：《国内暴行的国际定罪》，见《美国国际法杂志》，1995年第89卷，第554页和第559页。

⁹联合国秘书长依据安理会第808号决议第2段的报告，联合国文件第S/25704号(1993)，第37段，再版于32 ILM 1159, 1192(1993)。(以下称《秘书长报告》)。“法无明文不为罪”的原则揭示了下面的事实，即：前南国际刑庭没有权力在国际人道法的领域“立法”或制定新的法律。授权联合国的机构制定法律的权力实际上会“...与现行国际法的法律制定格局是相悖的。”在建立前南国际刑庭的过程中，联合国安理会讨论的全体会议记录表明“...前南国际刑庭不会被授权制定国际法规范或基于国际法权利的立法权。它将只适用现存的国际人道法规则。”卡塞斯(A. Cassese)，“前南斯拉夫国际刑事法庭和国际人道法的实施”，见孔德尔立(Condorelli)及其他人编辑的《联合国和国际人道法》，佩多纳(Pedone)，巴黎，1995，第232页及脚注1。

¹⁰《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》；《关于战俘待遇的日内瓦公约》；《关于战时保护平民的日内瓦公约》(以下称日内瓦四公约)。

¹¹联合国秘书长报告，前引书(注8)，第1192页。

¹²提芬布隆(S. W. Tiefenbrun)：《前南国际刑庭、卢旺达法庭、国际法院及国际刑事法院对国际判决发展的不一致性》，见《北卡罗来纳州国际法和商业规范杂志》，2000年第25卷，第572页及脚注143和144。

¹³上诉法庭塔迪奇案判决，前引书(脚注3)。

¹⁴斯瓦雷斯(A. Carrillo-Suarez)：《反逻辑：当代国内武装冲突中适用国际人道法的一些问题》，《美国大学国际法评论》，1999年第15卷，第3页及脚注5。

¹⁵布朗(B. S. Brown)：《国际人道法中的国籍性和非国籍性》，见《斯坦福国际法杂志》，1998年第34卷，第348页。

¹⁶格雷皮(E. Greppi)：《国际法中个人刑事责任的演进》，见《红十字国际评论》，1999年第835卷，第541页及脚注52。

¹⁷1998年切雷比奇案，前引书(注1)，第158段。

¹⁸同上，第165段。

¹⁹布朗，前引书(注15)，第347页。

世纪,²⁰而那个年代所通行的是国家主权思想和各国自己的法律。权利和义务是为国家、而不是为个人制定的。武装冲突法在其刚制定时,并没有正式地规范个人的权利,也没有关于个人在国际规则方面所应承担的刑事责任。²¹就是在1949年制定日内瓦四公约时,起草者没有预见到今天发生在一国国家内部的各种族之间冲突的情形。²²尽管如此,前南国际刑庭所适用的法律,仍然要处理发生在前南境内的严重违反国际人道法的行为带来的问题。²³

为弥补这一差距,前南国际刑庭在以国家主权为中心的协定人道法和法庭对制裁严重违反国际人道法行为的授权之间,架起了一座桥梁。²⁴但由于人道法律规则在历史上刚刚成为国际司法解释和运用的对象,²⁵所以还需要一套关于决策的理论和方法。前南国际刑庭的实践已经开始对与日内瓦四公约有关的个人刑事案件作出判决,因而司法的灵活性也是需要的。²⁶正如1999年的塔迪奇案所阐明的,前南国际刑庭将现有的国际人道法变通加以采用,从而使其具有灵活性,²⁷因此也就扩大了国际人道法的适用范围。前南国际刑庭——尤其是法官的解释作用——通过对武装冲突法的文件上的字面解释与更为当代的诠释,就能促进国际人道法的进一步发展。

塔迪奇案：“严重违反”制度及共同目的理论

根据前南国际刑庭初审庭在1995年的“塔迪奇案”一案的判决,²⁸是否存在一场国际性武装冲突,对于启动《规约》第2、第3或第5条所规定的管辖权并不构成一个要件。前南国际刑庭在该案中认为,《规约》尽管提到了对日内瓦四公约的严重违反问题,第2条²⁹还进一步允许前南国际刑庭把这些条款视为对习惯法的解释,有权对在国内武装冲突中犯有上述条款所列罪行的人进行审判。在适用第2、第3和第5条的前提下,初审法庭认为,没有必要对在波斯尼亚—黑塞哥维那境内

²⁰见卡尔斯霍芬(F. Kalshoven)和塞哥菲尔德(L. Zegveld):《限制战争:国际人道法介绍》,红十字国际委员会,日内瓦,2001年,第一章和第二章。

²¹布朗,前引书(注15),第347页和脚注2-3。

²²黛博拉·安葛尔(Deborah Ungar)对此提出异议,他认为“..既然塔迪奇判决是关于国际人道法的第一个案例,所以它不能忽视:国家之间和一个国家内部的战区已经发生变化。纽伦堡审判也已经有五十年了,前南国际刑庭只能根据传统战争的标准适用国际人道法。今天,主要武装冲突中的极少数是属于‘传统战争,也就是说,很少还有战争只是在两国或多国武装力量之间进行,这样的战争在一定的空间内,通常是某一交战方的领土上的直接、持续的对峙’。在苏联解体之后,今天的战争还包括‘民族间的暴力’。正如在前南斯拉夫国家领土内发生的许多事实表明的那样,武力冲突是由种族渊源、信仰和历史等方面的分歧引起。而且,在现代战争中,一些民族试图通过本民族的努力来建立独立国家,例如塞族在创建塞尔维亚共和国中的行为。”昂戈尔:《塔迪奇战争罪审判:自纽伦堡审判之后第一个暴露建立常设战争罪法庭需要的刑事判决》,见《惠蒂尔法律评论》(Whittier Law Review),第20卷,1999,第720-721页。

²³前南国际刑庭在1998年的切雷比奇案中认为,前引书(注1),“波斯尼亚和黑塞哥维那境内发生的国际性质的武装冲突,反映了许多现代冲突的复杂性,也许它并不是在1949年所预见的样式。”

²⁴卡尔斯霍芬和塞哥菲尔德(Kalshoven and Zegveld)曾就个人刑事责任问题讨论时提到,“...尽管先前有两个国际军事法庭的实践,整个国际社会对是否要惩治违反日内瓦四公约的行为保持沉默,这与1948年《防止和惩罚种族屠杀罪公约》的立场形成了鲜明对比,因为该公约的第六条明确地提到了要设立‘国际法院’审判的可能性。”卡尔斯霍芬和哥菲尔德,前引书(注20),第81页。

²⁵德沙祖尔内(de Chazournes),“作为国际人道法渊源的联合国组织的决议,尤其是联合国安理会决议”(法语)孔多雷里(Condorelli)(主编),巴多纳,巴黎,1995年,第169页。

²⁶卡塞斯,前引书(注9),第245页。

²⁷布朗,前引书(注15),第348页。

²⁸检察长诉塔迪奇,根据管辖权的辩护申请判决,第IT-94-1-T号案,审判法庭,1995年8月10日(以下称“塔迪奇—1995管辖权判决”)。

²⁹根据前南国际刑庭规约第2条,前引书(注7),“国际法庭应有权起诉犯下或命令他人犯下严重违反1949年8月12日各项《日内瓦公约》的情事,即下列违反按照《日内瓦公约》规定受到保护的人或财产的行为者:

- (a) 故意杀害;
- (b) 酷刑或不人道待遇,包括生物学实验;
- (c) 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害;
- (d) 无军事上之必要,而以非法和横蛮之方式,对财产进行大规模的破坏与占用;
- (e) 强迫战俘或平民在敌对国军队中服务;
- (f) 故意剥夺战俘或平民应享的公民及合法审讯的权利;
- (g) 将平民非法驱逐出境或移送或非法禁闭;
- (h) 劫持平民作人质。”

发生的武装冲突加以定性。³⁰但是,前南国际刑庭的上诉法庭却不同意初审庭在1995年塔迪奇案的判决。³¹该上诉法庭认为,前南国际刑庭如要适用《规约》第2条,应负有两个方面的举证责任:第一,在案子所有相关时间内,武装冲突必须具有国际性武装冲突的性质;第二,涉嫌严重违反行为的受害者,必须是日内瓦四公约³²所规定的受保护人³³。与初审法庭明显不同,上诉法庭详尽地考虑了在该案中是否存在武装冲突,并指出这一武装冲突具有“混合”性质,即:既有国内武装冲突的性质,也有国际武装冲突的性质。³⁴因此,上诉法庭对第2条“严重违反”采取了较为严格的解释,而不是一种冒进的解释。

前南上诉法庭成尤其认为,《日内瓦公约》中所指的“严重违反”概念是与受保护人员和财产不可分的。³⁵受保护人员的定义本身应是狭义的,前南国际刑庭的初审法庭和上诉法庭都未接受广义的定义。³⁶而且,有关受保护人员还是受保护财产的规定也都沧桑被写进共同第3条,共同第3条则是日内瓦四公约中唯一适用于国内性质武装冲突的条款。³⁷这样,前南国际刑庭就将《规约》第2条阐释为只是对严重违反公约行为具有直接管辖权的条款,而不是可以任意解释的条款。³⁸关于“严重违反”制度只适用于国际性武装冲突中的违法行为的这一结论,无疑是对近年来国家间实践所证明的国际习惯法的转变趋势的一个挑战。³⁹

同样,作为同严重违反制度不可分割的方面,对受保护人员和财产所作的严格根据法律的阐释也表明了对人道法有关条款的传统阐释。⁴⁰这样,法律的传统阐释就与正在发展的习惯法原则显得非常不和谐,前南国际刑庭对此没有予以表述的事实本身证明了这一点:

“...具有同一些传统和正式的方面相脱离的可能性:严重违反条款中所列出的主要犯罪行为作为习惯法原则而独立存在,也是可能的,这些习惯性规则至少应适用对共同第3条的违反的行为方面。”⁴¹

由于司法灵活性方面的限制,绝大多数人在适用国际人道法原则上采取了狭义的解释,这样做的结果是,就只能根据《规约》第3条和第5条对罪行进行认定。

在1997年的塔迪奇一案中,第二初审分庭对区分一国国籍问题也采取了较为僵硬的解决方法。⁴²前南国际刑庭适用严格的标准后⁴³得出结论,认为落入敌方或占领方的非本国国籍受害者不

³⁰塔迪奇一案 1995 年判决书,前引书,(注 28),第 46-83 段。

³¹同上。

³²为了能对严重违反 1949 年日内瓦四公约的行为行使管辖权,需要具备其它一些一般性的条件,其中包括:一场国际性武装冲突的存在,武装冲突和罪行之间的关系,以及该罪行是针对受上述公约保护的人员及财产所犯下的行为等。参见:例如,《检察长诉塔迪奇》,根据管辖权的中间辩护上诉申请判决,第 IT-94-AR72 号案,附录,1995 年 10 月 2 日(以下称“塔迪奇-1995 年管辖权上诉案”),第 67 段;亦参见《检察长诉塔迪奇》,判决及意见,第 IT-94-1-Y 号案,第二初审法庭,1997 年 5 月 7 日,(以下称“塔迪奇-1997 年意见及判决”),第 561 段(引自塔迪奇-1995 年判决决议)。沙哈布丁(Shahabuddeen)法官认为,“如果被告被控犯有‘严重违反’的行为,那么,不论他实际做了什么以及多么残暴,如果受害者不能被证明具有“被保护”人员的地位,犯罪人就不能说犯有此罪行。”《检察长诉耶里希奇(Jeliscic)》,判决,第 IT-95-10 号案,附录,2001 年 7 月 5 日沙哈布丁法官有部分不同意见,第 39 段)。

³³《日内瓦第四公约》第 4 条,前引书(注 7),将受保护人定义如下:“在冲突或占领之场合,于一定期间内及依不论何种方式,处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人,即为受本公约保护之人。”参见章·皮克泰(J. Pictet)等人(编辑),《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约评述》,红十字国际委员会,日内瓦,1958 年,第 46-47 页。

³⁴塔迪奇-1995 年管辖权上诉案,前引书(注 33),第 71-78 段。

³⁵同上,第 81 段。

³⁶依据前南国际刑事法庭上诉法庭对日内瓦第四公约第 4 条的严格解释,“严重违反”行为只有在受害者和犯罪人为不同国籍时才可能发生,而塔迪奇的波斯尼亚-穆斯林受害者不是受保护人,因为他们没有落入非本国之冲突之一方手中。相反,他们落入了波斯尼亚的塞族手里,包括塔迪奇,他与那些受害者是同一国籍。萨索里和奥尔森(Olson):《前南国际刑庭判决意见引文》(注 5),第 733 页、738 页及脚注 30-31。

³⁷塔迪奇-1995 年上诉判决,前引书(注 33),第 81 段。

³⁸C. 格林伍德:《国际人道法和塔迪奇案》,见《欧洲国际法杂志》,1996 年第 7 卷,第 273 页。

³⁹塔迪奇-1995 年上诉判决,前引书(注 33),第 83-84 页。

⁴⁰梅隆(T. Meron):《习惯法在国际人道法形成中的持续作用》,见《美国国际法杂志》,第 90 卷,1996 年,第 238 页和第 243 页。

⁴¹阿比-萨布法官以个人观点的形式认为,“作为对条约的解释—假设对“严重违反”的传统解释一直是正确的—可以这么说,这种新的规范性要旨作为对“其后的实践”的结果,从而产生了对日内瓦四公约的一种新解释,它同时也是对缔约国的一种法律意见,即:对日内瓦公约的适用对象作目的论的解释,其中也包括国内武装冲突在内的、对“严重违反”制度的框架内的目的。”塔迪奇-1995 年上诉判决,前引书(注 33),(阿比-萨布法官的个人意见)。

⁴²塔迪奇-1997 年意见及判决,前引书(注 33)。

能被视为平民，并且1992年5月19日⁴⁴以后的武装冲突不再具有国际性武装冲突的性质。⁴⁵因此，“严重违反条款”不能适用。在法庭上对该案通过参考“尼加拉瓜”一案⁴⁶及适用有效控制⁴⁷的概念，第二初审分庭对国际人道法采取了限制性阐释。初审法庭和上诉法庭1995年的裁决、以及第二初审分庭1997年的判决，在国籍问题上也只是坚持传统上的定义。对此，阿比-萨布（Abi-Saab）法官认为：

“前南国际刑庭(.....)得到了一个独一无二的机会，可以来完成使这些（《规约》所规定的国际罪行）种类进一步合理化的使命。它在一定程度上不必囿于它们产生的历史和心理条件，尽管它离国际法律秩序的发展前景存在一定的距离。”⁴⁸

前南国际刑庭上诉庭中的大多数法官在1995年的判决中认为，令人满意的和事实上正在进步、大势所趋的法律上的发展目标⁴⁹，不是通过“半立法性质的司法进程”⁵⁰来取得。

这一关于“严重违反”制度较为严格的阐释，只是到了最近才由前南国际刑庭上诉庭在塔迪奇一案上诉的判决中才得以解除。⁵¹它在国籍问题上采取了功能性的阐释方法，⁵²有效地扩大了日内瓦四公约所规定的被保护人员的概念，并允许对“严重违反”条款里的罪行作出裁决。上诉法庭之所以如此裁定，部分原因是重新回到“严重违反”制度的适用性上，但更重要的，是因为在“控制标准”这道槛⁵³推翻了1997年第二初审分庭的判决，从而将武装冲突的性质定为国际性的武装冲突。⁵⁴上诉法庭摒弃了原来“对被保护人”一词定义所作的字面上的阐释，它采纳了检察方的交叉起诉和修正建议，修订“被保护人员”的定义以适应“现代武装冲突的主要挑战”。⁵⁵各种关系相互间的实质性问题，或确认身份的因素和保护的有效性等，都成了比国籍更有决定性的因素。在提到“非本国国民”冲突方这一概念时，前南国际刑庭认为：

“取决于潜在的关系而不是一般的约束的司法途径，在当今的国际性武装冲突中越发地重要。以前的战争通常在国与国之间爆发，但现代的、如在前南境内的武装冲突则发生在一国种族之间。在这样的武装冲突中常常会诞生一些新的国家，而个人对本民族的忠诚往往比对国家的更为重要(...)。日内瓦第三公约第4条，为了阐释其对象和目的就应尽最大可能地理解为保护平民。这样，它的适用性并不取决于一般的约束关系和纯粹的法律关系。它的最基本的目标是保证日内瓦第三公约中针对不享有外交保护和处于非其本国之冲突一方或占领国手中之平民的条款能得到落实。因此，在落实第4条中所赋予的保护时，应着重于各种关系的实质，而不是所谓的法律特征描述。”⁵⁶

由于国籍方面的标准不能(对受害人)提供应有的保护，以及要依据实质性的、而不是法律约束关系以便适用国际人道法的需要，都产生了需重新制定概念的管辖权的要求。考虑到当前武装冲突的现状，国际人道法的传统理论不能解释、也更不能对国际性的国内种族武装冲突中被俘平民

⁴³布朗,前引书(注15),第379页。

⁴⁴日期是至关重要的。因为这里的问题是：塔迪奇所犯的罪行是否发生在一场国际性武装冲突时期之内。德·胡格(de Hoogh),“评论”(Commentary),由科里普(Klip)和斯勒伊特(Sluiser)(主编),国际刑事法庭指导性判例注释:前南斯拉夫国际刑事法庭1993-1998,因特桑提亚(Intersentia)出版社,安特卫普,1999年,第1卷,第468页。

⁴⁵塔迪奇-1997年意见及判决,前引书(注33),第607-608段。

⁴⁶“尼加拉瓜军事和准军事行动案”(尼加拉瓜诉美国),实质性判决,国际法院报告,1986年,第14页。

⁴⁷麦克唐纳(McDonald)法官持有不同意见建议,认为在尼加拉瓜案判决中存在严重的误导。她对大多数法官的意见持异议,赞成从属和控制的观念。由于采取了这种较低的行政管制界限,麦克唐纳法官得出结论认为,武装冲突具有国际性质,受害者是受保护人以及在这些特定的起诉书中,严重违反制度实际上是适用的。见塔迪奇-1997年意见及判决,前引书(注33)(麦克唐纳法官的个人意见)。

⁴⁸塔迪奇-1995年上诉判决,前引书(注33)(阿比-萨布法官的个人意见)。

⁴⁹检察长诉塔迪奇,对中间上诉判决中辩护思想的判决,第IT-94-1-AR72号案,附录,1995年10月2日,第84段。

⁵⁰布朗,前引书(注15),第403页及脚注244。

⁵¹上诉法庭塔迪奇案判决,前引书(注3)。

⁵²布朗,前引书(注15),第380页及脚注161,第398页及脚注227。

⁵³在强调关于军事组织的责任这一问题时,前南国际刑庭认为,当别国对该军事组织的完全控制成立时,国际人道法就可以适用。见上诉法庭塔迪奇案判决,前引书(注3),第115-162段。绝大多数法官所持的这种行政管制界限,反映了麦克唐纳法官在《塔迪奇-1997年意见及判决》中的不同意见,前引书(注33)。见注62。

⁵⁴上诉法庭塔迪奇案判决,前引书(注3),第162段。

⁵⁵萨索里(Marco Sassoli)和奥尔森(Laura M. Olson),“前南国际刑庭判决”,前引书(注5),第733页、第738页及脚注32。

⁵⁶上诉法庭塔迪奇案判决,前引书(注3),第166、168段。

提供保护。⁵⁷1999年塔迪奇案对国际人道法的重要发展，就是“共同目的理论”。这一理论的习惯法基础就是日内瓦公约系统，它在有关个人刑事责任⁵⁸的上下文中都阐述了针对国际法律规范所作出的基本制度变化。⁵⁹“共同目的”理论始于1997年，⁶⁰尽管当时依据《规约》第2条(a)款塔迪奇没有被认定犯有“蓄意杀人罪”。⁶¹但上诉法庭根据检察机关的交叉上诉推翻了这一判决，而交叉上诉是基于审判庭所提供的事实基础和同谋者对其同伙的行为负有刑事责任的法律规定。⁶²根据共同目的理论，一个被告应对其同伙的杀人行为负责，即使这些杀人行为不是共同计划的必不可少的一部分。⁶³

上诉法庭认为，如果共同计划中可预见的结果具有致他人死亡的风险时，责任也就产生了。而塔迪奇则是故意冒了这种风险：

“上诉人积极参与了（1992年6月14日对亚斯吉奇【Jaskici】的袭击），围攻并重创了亚斯吉奇一方的人员（……）。所以，因此能够得出的唯一结论就是：上诉人对普里耶多尔【Prjedor】地区非塞族人口施以非人道的行为，含有消灭他们的犯罪企图。作为非塞族人口，就有在这种共同目的的影响下被杀死的可能性，这一点在这个案例的情形中是明显的。上诉人对其所属集团作出的、有可能导致屠杀这种行为，是知情的，但他仍毫不犹豫地冒此风险。”⁶⁴

对存在风险的知情，尤其是知道他的同伙的行为可能是犯罪，是构成刑事责任的基础，从此

⁵⁷例如，由于“...波斯尼亚的塞族人构成了一个国家，这点是不能争辩的，当然也可以商榷，（对于纯粹国际性冲突的）的分类是建立在一个大概的假设基础之上，即波斯尼亚的塞族人不作为叛乱团体，而是作为另一个国家——南斯拉夫联邦共和国（塞尔维亚-黑山共和国）的机构或代表。作为结果，由波斯尼亚-黑塞哥维亚政府军对落入他们之手的波斯尼亚塞族平民所犯下严重违反国际人道法的行为，就不会被认为是“严重违反”行为，因为这些平民，由于是波斯尼亚-黑塞哥维亚的国民，就不会被认为具有日内瓦第四公约第4条第1段所规定的“受保护人”的资格。形成对比的是，由波斯尼亚塞族对落入他们之手的波斯尼亚平民所犯下的暴行就属于“严重违反”行为，因为既然波斯尼亚塞族将作为另一国的政府或代表，那么南斯拉夫联邦共和国（塞尔维亚-黑山共和国）的波斯尼亚人就不具有其国籍，因而这些平民是上述公约规定的“受保护人”。当然这样的话，会产生一个很荒谬的结果，因为这样会把波斯尼亚的塞族人置于波斯尼亚-黑塞哥维亚政权下的实际的法律劣势。”*检察长诉塔迪奇*，对中间上诉判决中辩护思想的判决，第IT-94-1-AR72号案，附录，1995年10月2日，第76段。在检察长诉德拉里科及其他人一案中，上诉法庭认为，“这个评论没有正视武装冲突已经国际化了的事实，在冲突中另一个国家支持该冲突中的某一方，而冲突的受害者因为他们的族裔而被拘禁，或是被认为敌方的成员而遭到拘禁者的拘禁。在这些情形中，波斯尼亚和黑塞哥维亚先前的联系不能在国际法庭上提出，试图否认受人道法保护的受害者。”*检察长诉德拉里科及其他人*（(切雷比奇案)，判决，第IT-96-21号案，附录，2001年2月20日，(以下称2001年切雷比奇案)，第58段(引自亚历克索夫斯基【Aleksovski】上诉判决：*检察长诉亚历克索夫斯基*判决书，第IT-95-14/1号案，附录，2000年3月24日，第79段)。

⁵⁸前南国际刑庭《规约》第7条，是关于个人刑事责任定义的规定。在塔迪奇案中相关的条款也就是第7条(1)款。该条款规定：“凡计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行本《规约》第2至5条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任。”前南国际刑庭规约，前引书(注7)，第7条。

⁵⁹巽伽(L. S. Sunga)，《国际法中严重侵犯人权的个人责任》，马蒂努斯·奈霍夫出版社(Martinus Nijhoff Publishers)，多德纳切(Dordrecht)，1992，第53页。

⁶⁰审判庭确立了以共同目的理论作为直接犯罪责任范围内的一种参与形式。在决定参与所需的程度时，审判法庭认为，“如果人们现在都同时在一起，参加一起非法的共同活动，每个人都用自己的方式来达成他们共同的目的，在法律上他们的罪行是相同的(...)。这样，不仅他不必在现场，而且对罪行有贡献的行为、和犯罪行为本身也可以在地理上和时间上互不关联”，刑事责任就产生了。塔迪奇-1997年意见及判决，前引书(注33)，第685、687段(引自阿尔默罗【Almelo】案：阿默罗审判，第3号案，战争犯罪的法律报告，联合国战争罪行调查委员会，第1卷，[英]皇室书籍出版局，伦敦，1949，第40页)。

⁶¹审判法庭对这一证据是不满意的，即被告参与了任何与杀害那五个人有关的行为。它认为，在斯夫奇(Sivci)村五个人被杀事件“可能是一起非常明确的武装组织成员的所为，或者是属于该组织进入斯夫奇村的某个成员未经授权和不可预见的行为，对此被告不能承担责任。”塔迪奇-1997年意见及判决，前引书(注33)，特别是第373段。

⁶²萨索里和奥尔森，“前南国际刑庭判决”，前引书(注5)，第740页。上诉法庭确立了由共同目的的思想所导致的三种可确定的集体责任，其中第三种是各种共同目的的情形。共同目的理论“...是关于涉及共同计划的案件，这种共同计划是为完成一种行为过程而制定的。在该过程中，某犯罪人犯下的行为如果离开该计划，就不是共同目的的一系列自然的、可预见的结果。这样的例子是普通的，就某一个集团所共有的企图而言，强制一个种族的成员离开他们居住的城镇、村庄或地区以达到‘种族清洗’的效果，并造成以下后果：在这个过程中，一名或多名受害者被打死或杀死。”上诉法庭所确认的另外两种由共同目的导致集体刑事责任的犯罪类型，是属于合作和集中行凶的案件。上诉法庭塔迪奇案判决，前引书(注3)，第204段。

⁶³上诉法庭认为，“没有必要对这个计划、策划或目的进行事先的安排或准备。共同计划或目的可能会具体化并可由以下事实推出：即多数人采取一致行为以达成一项共同的犯罪活动。”上诉法庭塔迪奇案判决，前引书(注3)，第227段。

⁶⁴上诉法庭塔迪奇案判决，前引书(注3)，第232段。

以后就扩大了针对个人刑事责任的犯罪意图要件的概念。

前南国际刑庭的结论，是基于对先例和国家法律系统的分析、而不是基于《规约》中的某一条款或国际人道法中的某一规则上。⁶⁵尽管在共同目的领域，不存在所有国家都适用的普遍法律原则，⁶⁶但上诉法庭认为，“（支持上诉法庭审案方式的）案例法反映了国际法的习惯原则。”⁶⁷

上诉法庭认为，“共同计划”作为同谋犯责任的一部分是为国际习惯法所确认的，也是由《规约》第7条所明确规定的。⁶⁸前南国际刑庭引述了联合国秘书长的报告，强调并确认了“...所有在前南斯拉夫参与策划、筹备或执行严重违反国际人道法的行为的人，应对此违反行为的后果负个人责任。”⁶⁹在判决中还适用了《规约》第2条的用语，尤其强调了“命令（其属下）严重违反日内瓦四公约”这一术语。⁷⁰前南国际刑庭认为其规约对个人的管辖权不仅仅局限于“...有权诉讼那些策划、教唆、实际参与犯罪或在其计划、筹备或执行中用其它方法援助、煽动的人。”⁷¹考虑到有必要确立严重违反国际人道法的个人刑事责任，前南国际刑庭规约“...并未停留在此”。⁷²其中最为突出的贡献，就是在关于参与共同犯罪活动的人的责任问题方面的裁决。

“塔迪奇案” 上诉判决原则的适用

上诉法庭在1999年塔迪奇判决中所阐述的原则，成为法庭后来案审中阐释规约第2条和第7条（1）款的权威基础。前南国际刑庭通过对日内瓦第四公约第4条的目的论解释，从而在有关“严重违反”制度的关系上，形成了能保持一致性的法律模式。它在决定国籍问题的直系法律规范上也取得了进展，即：为最大限度保护武装冲突中的平民而对国际人道法的对象和目标加以审查。同样，关于“个人刑事责任”定义的发展，也是基于对刑事责任的扩大性的解释，从而通过“共同犯罪”活动把非积极的参与行为也包括进来。前南国际刑庭区分了犯罪行为的积极和非积极参与，并认为两种参与方式都可能构成同等的犯罪责任。这一发展是基于对可能的犯罪行为客观分析基础之上。并且，前南国际刑庭在以后的司法实践中始终坚持上诉法庭有1999年塔迪奇案判决中所使用的原则。

被保护人地位

关于检察长诉布拉斯基奇（Blaskic）⁷³案中的被保护人地位问题，审判法庭确认了由检察长办公室提出的原则、并同意上诉法庭在塔迪奇判决所采纳的结论。⁷⁴在审判法庭看来，种族因素在决定某人效忠于哪个民族时的一个决定性的因素，这种效忠反过来可以为他提供被保护人的地位。⁷⁵上诉法庭在检察长诉亚历克索夫斯基（Aleksovski）⁷⁶案中发现，初审法庭在裁决《规约》第2条适用范围时，适用了错误的标准⁷⁷。上诉庭再次肯定塔迪奇案中作出的上诉判决，坚持对日内瓦第四公

⁶⁵萨索里和奥尔森，国际判决，前引书（注5），第1518；萨索里和奥尔森：《国际刑事法庭》，前引书（注5），第571页和第573页。

⁶⁶萨索里和奥尔森：《国际刑事法庭》，前引书（注5），第573页。上诉法庭提及将国际刑事法院《规约》第25条作为确认共同目的责任的合法根据。前南国际刑庭在《检察长诉福伦基亚（Furundzija）》案中对《罗马规约》作出了贡献，法庭在该案中认为《规约》“...有重要的法律价值。（...）约文（...）可用作表述法律立场、如（参加罗马外交大会的绝大多数国家的）法律方面的看法。”《检察长诉福伦基亚（Furundzija）》判决，第IT-95-14/1-T号案，第二初审分庭，1998年12月10日。根据上诉法庭在塔迪奇案中的意见，“这与下述观点是一致的：即讨论中的同谋责任形式在国际法中已得到很好地建立，并且它与帮助和煽动是相区别的。”上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第204段和223段（引自福伦基亚案的判决，第227段）。考虑到对《罗马规约》的法律贡献和前南国际刑庭对其所包含的一条法律原则的信赖，可以认为一个被各国所公认的、在共同目的领域的一般法庭原则确实是存在的。

⁶⁷上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第226段。

⁶⁸《检察长诉科尔斯迪奇（Krstic）》判决，第IT-98-33号案，第一审判法庭，2001年8月2日，第601段。

⁶⁹同上，见第190段和脚注222。原引文强调。

⁷⁰上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第189段。原引文强调。

⁷¹同上，第190段。

⁷²同上。

⁷³《检察长诉布拉斯基奇（Blaskic）》，判决，第IT-95-14号案，第一审判法庭，2000年3月3日。

⁷⁴同上，第126段。

⁷⁵同上，第127段。

⁷⁶亚历克索夫斯基（Aleksovski）上诉判决，前引书（注57）。

⁷⁷同上，第153段。

约第4条作“扩大性解释”⁷⁸，并支持“广义的法律释义”。⁷⁹亨特（Hunt）法官认为，这种概念性的修正会使国际刑法在确定性和灵活性两者之间难以取舍，如果坚持前一种规范就会导致不公正。⁸⁰上诉法庭要解决这一矛盾，就需要对先前的判决审慎地作出决定，使其构成特殊判例而不是法规本身。⁸¹对法律确定性的需要，可通过前南国际刑庭坚持上诉法庭判决的一贯性加以协调；⁸²对法律灵活性的需要，则可以通过前南国际刑庭对今天各种族间发生的武装冲突采取目的论方法得以解决。这样，判决本来就包含的对被保护人地位的给予，是对上诉法庭1999年塔迪奇案所阐释的原则的运用。因此，前南国际刑庭认为“如果从司法公正的目的出发，就没有任何信服的理由来证明需要偏离塔迪奇案作出的上诉判决。”⁸³

例如，上诉庭在检察长诉德拉里奇（Delalic）⁸⁴案中对日内瓦第四公约关于国籍的解释方法问题进行了审议，尤其是关于1969年维也纳公约关于条约法的规定所确立的对条约条款的解释问题。⁸⁵上诉庭驳回被告方所提出的“‘按传统规范解释条约’就要求对国籍进行严格意义上的解释”这一论点。⁸⁶它认为，在阐释日内瓦第四公约的对象和目标时，也同样需要运用“目的论”的方法。⁸⁷上诉法庭认为，⁸⁸塔迪奇案的上诉判决，如果从为了“...作出该判决的结论而去审查日内瓦四公约内全部内容”⁸⁹的谈判背景的法律文件来看，它既不构成对日内瓦第四公约的修改，也不是对这一公约的创造。在切雷比奇（Celebici）案中，上诉法庭认为，国际人道法的宗旨和目标就是“尽可能最大程度地保护平民”，⁹⁰并因此认为第4条所涉及的国籍问题也应在此前提下进行解释。⁹¹

所以，上诉法庭在切雷比奇案中采纳的“更有针对性和实际的方式”⁹²，为审判法庭的判决提供了根据，它与塔迪奇上诉判决法律推论也是相一致的。⁹³在要求法律适用于实际情况时，可以在司法作扩大性地解释⁹⁴，同时还“强调灵活考虑日内瓦四公约第4条规定的必要性”。⁹⁵一些法律先决条件，如武装冲突国际性质和被保护人地位问题，将继续构成一个嫌疑人犯罪行为发生的法律环境；⁹⁶但这些条件也导致了概念的重新审议：

“它与整个人权的概念将是不和谐的。人权概念是保护个人免受他们政府所施加的暴行，它要求严格适用第4条的国籍要求，以防止当一个国家在与本国国民的关系上有问题时会引起另一国的干涉。为了保持日内瓦四公约规范的关联性和有效性，就有必要采取目前所已采取的方法。正如最近梅隆（Meron）所说，在法律阐释方面，我们的目标应尽可能地避免使法律程序瘫痪，至于人道公约，则应使它们实现其保护的目的地。”⁹⁷

⁷⁸在提到1999年上诉法庭塔迪奇案中、为解释日内瓦第四公约第4条而所采用的目的论方法时，上诉法庭认为，“这种对第4条的扩大性的适用与日内瓦第四公约的对象和目的是一致的，并且尤其适合当今国内族裔冲突的实情。”亚历克索夫斯基（Aleksovski）上诉判决，前引书（注57），第152段。

⁷⁹2001年切雷比奇案，前引书（注57），第58段（引自亚历克索夫斯基上诉判决，第151段）。

⁸⁰同上，（亨特法官的声明，第4段）。

⁸¹同上，（亨特法官的声明，第8-9段）。

⁸²同上，（亨特法官的声明，第10段）。

⁸³2001年切雷比奇案，前引书（注57），第84段（引自亚历克索夫斯基案上诉判决中阐释的对有目的的方法的运用，前引书（注57））。

⁸⁴同上。

⁸⁵1969年5月23日维也纳条约法公约。第31条提出“（一个）条约应根据其条约上下文中本身的术语、对象和目的加以善意阐释。”第32条，在命名“阐释的补充方式”中表述到“追索权不能不成为解释的一种补充手段，包括条约的准备工作情况和结论的情况，出于以下原因应确认适用第31条的含义，或者对根据第31条所作的阐释加以确定：(a) 含义本身不明确、不清晰；或者 (b) 导致一种显然是荒唐的和不合理的结论。”

⁸⁶2001年切雷比奇案，前引书（注57），第59及65段。

⁸⁷同上，第73段。

⁸⁸上诉法庭在塔迪奇一案的准备性工作中认为，《日内瓦第四公约》的第4条(1)款和第4条(2)款应阐释为“...早在1949年，对国籍的法律约束就不被认为是苛刻的，并且对特殊案件允许适用。”上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第164-165段。

⁸⁹2001年切雷比奇案，前引书（注57），第73页。

⁹⁰同上，第168段。

⁹¹同上，第73段。

⁹²同上，第81段。

⁹³同上，第86段。

⁹⁴同上，第87段。（引自1998年切雷比奇案，前引书（注1），第264段）。

⁹⁵同上，第86段。（引自1998年切雷比奇案，前引书（注1），第263段）。

⁹⁶同上，第26段。亨特法官和本努纳（Bennouna）法官持有个人意见及异议。

⁹⁷1998年切雷比奇案，前引书（注1），第266段（引自梅隆）。

一种用于法律推论的模式就因此产生了。法庭在检察长诉科尔迪奇（Kordic）和切尔科斯（Cerkez）一案中，排除了对这一推论的偏离的可能性。⁹⁸以忠诚而不是仅仅拥有国籍作为决定因素，被审判法庭在科尔迪奇案中也得到了采用。前南国际刑庭认为：“（由上诉庭在亚历克索夫斯基和切雷比奇案所作出的）判决对本庭具有约束力”。⁹⁹前南国际刑庭在科尔迪奇案中同样确认了解释的灵活性，前南国际刑庭通过“同等推理”对亚历克索夫斯基和塔迪奇案的上诉判决采取了目的论方法。¹⁰⁰前南国际刑庭在这个问题上一直运用这个法理，正如检察长诉纳雷蒂里奇和马蒂诺维奇（Naletilic and Martinovic）案中所确认的，“...（法庭）将逐案地审查受害者忠诚的有效性、而不是他们客观上所拥有的国籍。”¹⁰¹这样，1999年上诉法庭的塔迪奇判决所采取的论理模式，在考虑被保护人的地位方面，就对后来的案例形成具有说服力的先例¹⁰²。

共同犯罪行为

刑法关于个人对其行为、或不行为负责的一般原则被规定在《前南国际刑庭规约》第7条款中。¹⁰³但是，《规约》无论是在第7条(1)款还是其它条款都没有明确指出个人在犯罪行为的必要的参与程度。¹⁰⁴从1997年塔迪奇判决及其后的案例法来看，第7条(1)款所规定的刑事责任的“参与”，需要有“同谋行为”。¹⁰⁵这样在以下两者间作出区分：一种是以个人实际参与犯罪行为为前提的积极参与的传统理论，一种是以参与了共同犯罪行为¹⁰⁶为前提的“不积极参与”¹⁰⁷。根据审判庭在切雷比奇案中的观点，这里有一个“基本理解”，即第7条(1)款所规定的个人刑事责任的管辖权，并不局限于这里所说的直接参与犯罪活动的人员。¹⁰⁸根据这一解释，“参与”这个词是为了使“第7条(1)款所规定的各种责任形式”都被包括，虽然法庭在切雷比奇案上诉判决中指出，存在一些责任比另一些责任更为直接的情况。¹⁰⁹

以科迪奇（Kodic）案¹¹⁰为例，检察方面就认为，被告人的刑事责任要求在起诉书中追诉他在犯罪中的“积极参与”行为。¹¹¹在引述上诉法庭的塔迪奇判决时，审判庭认为第7条(1)款中包含两类明显的犯罪责任，即：主犯和同谋犯。¹¹²在审判庭看来，个人的“参与一次犯罪而不是直接犯罪行为”，¹¹³或间接责任，是在第7条(1)款的规定范围内的。¹¹⁴参与的主要和将要的形式，尽管在

⁹⁸ 检察长诉科尔迪奇和塞科兹（Kordic和Cerkez）判决书，第IT-95-14/2号案，第二初审分庭，2001年2月26日（以下称科尔迪奇和塞科兹判决）。

⁹⁹ 同上，第148段。

¹⁰⁰ 同上，第150段。

¹⁰¹ 检察长诉纳雷蒂里奇和马蒂诺维奇（Naletilic and Martinovic）判决，第IT-98-34-T号案，2003年3月31日，第207段。

¹⁰² 对有说服力的先例的使用，见检察长诉巴干毕奇（Bagambiki）及其他人，对起诉书形式不完善的辩护思想的判决，第ICTR-97-36-(I)号案，第二初审庭，1998年9月24日，第7段。同时见“检察长诉库布雷斯基奇（Kupreskic）及其他人”案的判决，第IT-95-16号案，2001年1月14日，第540段。

¹⁰³ 科尔迪奇和切尔科斯的判决，前引书（注98），第364段。

¹⁰⁴ 同上，第374段。

¹⁰⁵ 塔迪奇—1997年意见及判决，前引书（注33），第674段。

¹⁰⁶ 阿斯肯（K. Askin）：《国际刑法的发展：前南国际刑庭和卢旺达法庭对性暴力的判决和起诉：目前的地位》，见《美国国际法杂志》，第93卷，1999，第97页，103页和104页。

¹⁰⁷ 例如，检察长诉马兹奇（Mucic）及其他人，宣判上诉的判决，第IT-96-21号案，2003年4月8日，第40段。关于共同刑事活动责任的详细讨论，参见“检察长诉博丹宁和塔里奇”（Radoslav Brdanin和Momir Talic），对进一步修正的起诉书格式的意见和对修正后起诉书及改进之处的检察请求，第IT-99-36-PT号案，2001年6月26日。

¹⁰⁸ 布拉斯基奇（Blaskic）判决，前引书（注73），第263段（引自1998年切雷比奇案，前引书（注1），第319段）。

¹⁰⁹ 2001年切雷比奇案，前引书（注57），第355页。

¹¹⁰ 科尔迪奇和切尔科斯的判决，前引书（注98）。

¹¹¹ 同上，第372段。原文带引号。

¹¹² 同上，第373段，（引自上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第186段）。

¹¹³ 同上，第385段。

¹¹⁴ 这反映了上诉法庭塔迪奇一案判决的结果，也就是说，针对嫌疑人对共同犯罪活动的参与，允许检察长在整个诉讼过程中援引第7条（1）款，即：“...尽管该集团可能只有某些成员亲自参与了犯罪行为，（...）该集团其他成员的参与和贡献对所犯罪行为所提供的便利也是重要的。这是因为，这种参与在道义上的严重性不比那些实际参与犯罪活动的人要小。在这些情形下，如果认为只有实际参与了犯罪行为的人才负有刑事责任，就会漏掉那些作为同谋犯的人，他们的行为在某些方面使实际犯罪的人的犯罪行为成为可能。同时，就这些情形而言，认为后一种人只是作为帮助者或煽动者的话，就会低估他们的犯罪程度。”检察长诉科尔诺耶拉茨（Krnojelac），判决书，第IT-97-25

《规约》中不明确，但仍然分别被定义为直接（或主要）犯罪责任和同犯责任。¹¹⁵

而且，审判庭在“检察长诉科沃持卡（Kvočka）及其他人¹¹⁶案”中认为，起诉书中没有关于参与程度的分类并不妨碍前南国际刑庭对所有可能发生的参与形式进行审议，其中包括共同犯罪理论。¹¹⁷考虑到自1999年上诉法庭塔迪奇案判决后初级和两级两种不同的参与程度，自主裁量权在前南国际刑庭的管辖范围内行使以便“...对被告人参与形式的特点，如果有的话，根据追究责任方面理论进行最适宜的概括...”。¹¹⁸根据审判庭在科沃持卡案中的观点，责任理论包括对两个方面的区分，即第7条(1)款所明确表述的和没有明确表述的。¹¹⁹自上诉法庭塔迪奇判决起，司法解释模式就揭示了共同计划构成“广义的第7条(1)款所规定的参与形式”¹²⁰，并且属于对《规约》作广义解释的范畴。

对第7条(1)款的扩展性解释，在检察长诉米洛舍维奇及其他人一案中起初并没有提及；而且，被告都被视为“...应依照《前南国际刑庭规约》第7条(1)款，对起诉书指控其的罪名负有个人责任。”¹²¹根据到第7条(1)款里的准确用语，刑事犯罪行为在起诉书中被阐释为“计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行本《规约》第2条至第5条所指罪行。”¹²²在修正后的起诉书中，对“所犯下的”这一术语作了澄清，因为检察方并不打算造成任何一个被告应单独或实际犯下任何一种被指控的罪名的印象。¹²³在明确被告在参与刑事犯罪活动程度时，对术语“犯下”也作了澄清，即：“起诉书中的犯下是指作为同犯参与一项共同犯罪行为。”¹²⁴对共同犯罪行为起决定作用的日期，包括其持续时间，以及被指控的犯罪行为之所以发生的根本目的，在第二次修正的起诉书得以确认。¹²⁵

前南国际刑庭认为：“为了使共同犯罪行为的目的能够得以实现，米洛舍维奇与其它人一起、或通过他们来完成其共同制定的犯罪行为。共同犯罪行为的每一位参与者或当事人，都对此有

号案，第二初审法庭，2002年3月15日（以下称科尔诺耶拉茨判决），第73段（引自上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第191-192段。

¹¹⁵科尔斯迪奇（Krstic）判决书，前引书（注68），第643段。

¹¹⁶检察长诉科沃持卡（Kvočka）及其他人，判决书，第IT-98-30/1号案，T. Ch. I, 2001年11月2日（以下称科沃持卡判决）

¹¹⁷法庭认为“...尽管检察长没有明确在起诉书中提到共同目的，实际上远非如此，没有任何东西能阻止法庭考虑这一理论，毕竟该理论只构成了《规约》所规定的参与形式中的一种。”审判法庭新闻发布，*检察长诉科沃持卡、科斯、拉蒂、兹季奇和普拉茨*（即Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radi, Zoran Zigic和Dragoljub Prac）一案的判决书：奥马尔斯卡/克拉特姆/特尔诺波尔耶（Omarska/Keraterm/Trnopolje），2001年11月2日，CC/P.I.S./631e（作者参与记录）。同时见科尔斯迪奇（Krstic）判决，前引书（注68），第602段。但是，在检察长诉科尔诺耶拉茨（Krnjelac）案中，审判法庭认为“...法庭在它行使自主裁量权时认为，鉴于其已作出明确阐释，即：只有当一种基本的共同犯罪活动被提出时才能行使。就起诉书提到的罪行而言，起诉书缺乏通过修正、以进一步明确表述其提到的所有罪行。在这一情况下如果允许检察制度以共同犯罪活动的扩大形式为依据，对被控诉人是不公平的。”科尔诺耶拉茨判决，前引书（注114），第86段。

¹¹⁸科沃持卡判决，前引书（注116），第248段（参考福伦基亚Furundzija判决，前引书（注66），第189段；库布雷斯基奇Kupreskić判决，前引书（注102），第388段）。

¹¹⁹科沃持卡判决，前引书（注116），第297段（引自上诉法庭塔迪奇案判决，前引书（注3），第229段）。

¹²⁰库布雷斯基奇判决，前引书（注102），第772段。

¹²¹检察长诉米洛舍维奇及其他人，起诉书，第IT-02-54号案，1999年5月24日，第83段。

¹²²同上，第83段。

¹²³检察长诉米洛舍维奇及其他人，修正起诉书，第IT-99-37-I号案，2001年6月29日，第16段。同时见检察长诉米洛舍维奇，起诉书，第IT-01-51-I号案，2001年11月22日（以下称米洛舍维奇起诉），第5段；及检察长诉斯塔尼希奇和西马托维奇（即Stanisic和Simatovic），起诉书，第IT-03-69号案，2003年5月1日，第8-14段。

¹²⁴检察长诉米洛舍维奇及其他人，起诉书，第IT-01-50-I号案，2001年10月8日，第5段。也见米洛舍维奇起诉书，前引书（注123），第5段。这使人联想起一种方式，这种方式比起上诉法庭切雷比奇案和检察长诉科沃持卡及其他人的判决，更类似审判法庭在检察长诉科尔诺耶拉茨（即Krnjelac）案中的裁决。有趣的是，法庭在引述上诉法庭塔迪奇案判决时，在检察长诉纳雷蒂里奇和马蒂诺维奇（即Naletilic and Martinovic）案中认为“犯罪行为意味着其本人对罪行的实际参与，或是由于对刑法规范的违反，产生了不作为所导致的罪行”，由于这里法庭没有象它在上诉法庭塔迪奇案判决中那样作出陈述，前引书（注3）“...对规约第2、3、4和5条所确立的任一罪行的违反，也同样可能由于在认识到共同策划或目的的前提下参与犯罪而发生。”见纳雷蒂里奇和马蒂诺维奇一案德判决，前引书（注101），第62段。也见检察长诉科尔斯迪奇（即Krstic），其中检察长将共同犯罪活动的责任称为“合作”，并认为“合作”是“犯下”的一种形式。科尔斯迪奇案的判决，前引书（注68），第601段。（原文引注）

¹²⁵检察长诉米洛舍维奇及其他人，经第二次修正的起诉书，第IT-99-37-PT号案，2001年10月29日，第16-17段。同时见米洛舍维奇起诉书，前引书（注123），第6-7段。

主观贡献，并在达成行为目的的过程中发挥了 he 或她的重要的个人作用或集体作用。”¹²⁶

这样，在第二次修正的起诉书中，第7条(1)款就扩大到了包括对共同计划的犯罪意图和具有犯罪意图的行为两个方面。¹²⁷

支持和反对关于扩大“严重违反”制度¹²⁸ 和个人刑事责任的论点

那些支持扩大“严重违反”制度和刑事责任的人的理由，是因为加强有关严重违反的法律条款的力度的重要性和对《前南国际刑庭规约》作实质性的澄清的必要性。“目的论”方法则能证明这一扩大是合理的，尤其是如果考虑国际人道法目的以及要实现的目标时。反对这一扩大的人们，则引述国籍和主权、追溯既往和法律效力原则以及责任的集体性作为论据。因此，前南国际刑庭在解释和适用武装冲突法时就应发挥更大的限制作用。然而，如果通过对法庭在一些案理的司法实践上看，前南国际刑庭在对国际人道法的目的作解释时，则通过说服力的证据、倾向于对“严重违反”制度和刑事责任作扩大性的解释。

强化“严重违反”制度

“目的论”方法是用来支持“严重违反”制度作扩大解释观点的基础。针对“严重违反”在法律上“空隙填补”，使得前南国际刑庭能够通过解释规约起草人的意图、也就是通过对日内瓦四公约目的的解释，来对“严重违反”作扩大性的解释。¹²⁹就象乔治·阿比-萨布法官所说：

“如果日内瓦四公约及其两个《附加议定书》的法律特征是从其目的和要实现的目标引申出来的话，那么对那些法律条文的目的论解释也就应该通过阐明这些法律文件的目的和要实现的目标；这种解释为完善人道保护的内容和扩大人道保护的范围提供了理由和持续不断的推动力。”¹³⁰

对“严重违反”的狭义解释，是将其适用范围限制为：被指控的犯罪行为由于违反国际人道法而受到起诉。这一点已由1995年上诉法庭在塔迪奇案的判决、以及第二初审法庭在1997年的塔迪奇案判决中所阐明。前者认为只能依据《规约》第3条和第5条才能对被告定罪，后者则认为不能适用“严重违反条款”。而且，《规约》所要求的对嫌疑人其它方面的指控，甚至比严重违反的指控的门槛要高得多。

这一被称为“国际人道法和国际刑法的交合”的方法，在作狭义性解释时就失去了其可信度，正如审判庭在1995年“塔迪奇案”中所指出的：

“塔迪奇案中大多数法官所采取的限制性方法，如果由于剥夺了前南国际刑庭对‘严重违反日内瓦四公约’行为、即国际人道法所规定的一种特别严重的和可执行的罪行进行定罪的能力的话，必将妨碍了前南国际刑庭的工作。如果继续，它会使前南国际刑庭所管辖的罪行比卢旺达国际刑事法庭所管辖的还要少。”¹³¹

这样，“严重违反”制度本身的重要性，以及如果《前南国际刑庭规约》第2条不适用、其它

¹²⁶米洛舍维奇以多种方式独自或与其它共同犯罪活动的成员一起参与了共同计划。见米洛舍维奇起诉书，前引书(注123)，第9及第25段。

¹²⁷检察长诉米洛舍维奇及其他人，经第二次修正的起诉书，第IT-99-37-PT号案，2001年10月29日，第18页。

¹²⁸布朗，前引书(注15)，第352, 387和394段。

¹²⁹在检察长诉库布雷斯基(Kupreskic)案的裁决中，前南国际刑庭提到了“... 在所谓的国际法律义务方面的进步性的趋势...”。并且尤为一提的是，就马尔顿条款来说，作为底线，享有“人道原则”的效力和“公众良心的要求(...)以及任何时候国际人道法原则不足以强硬严密的授权：在那些情形下，规范的范围和要旨必须在参考上述原则和授权的前提下制定。”库布雷斯基案判决，前引书(注102)，第518及第525段。

¹³⁰阿比-萨布：《人道法的特征》，载于：施文纳斯基(C. Swinarski)编辑：《关于国际人道法和红十字原则的研究和论文——纪念章·皮克索(Jean Pictet)》，红十字国际委员会，日内瓦，1984年，第273页。

¹³¹《从头开始》(“From the outset”)，布朗：卢旺达的情势被视为国内性的武装冲突，因此，《卢旺达刑事法庭规约》没有把‘对日内瓦公约的严重违反’这一罪行列入其管辖权范围之内。与卢旺达刑事法庭不同，前南国际刑庭《规约》第2条，规定其对于“严重违反”罪行具有管辖权，如果任何不当的限制该条款的适用，使其预期的管辖权的核心方面无效，那是令人遗憾的。”布朗，前引书(注15)，第394页、381页及脚注162-164。见：起诉1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内所犯的灭绝种族罪和其他严重违反国际人道主义法的暴行负责的人和邻国所犯的灭绝种族罪和其他此类暴行负责的卢旺达公民的国际刑事法庭，安理会第955号决议，附录，UN SCOR, 第49届会议，Res. & Dec., at 15, 联合国文件S/INF/50(1994),再版于33 ILM 1602(1994)。

指控就只能部分予以补救的这两个因素，都强调需要对“严重违反”制度作扩大解释的做法。¹³²适用三种罪行中有限的两种而不是“严重违反”行为，是罪行特别要件所需要的结果。¹³³“严重违反”制度只需要两个条件，即：国际性武装冲突的实质性要件和受害者作为被保护人的地位，因而它潜在的适用性要广得多。¹³⁴而且，“严重违反”与“对战争习惯法”等这样的罪行相比，属于一个更为发展的国际法律制度。这种特性，使它受益于国际人道法的优先规范地位。¹³⁵《规约》第2条所列举出的剥夺犯罪行为应尽可能广泛地被适用，以最大程度地实现国际人道法的宗旨。¹³⁶

国籍和主权

赞成对“严重违反”制度作扩大性解释，当然与那些以维护国家主权为由而反对扩大该制度适用范围的人的观点是对立的。长期以来，一国国家管辖理论排除了他国家在对其公民所采取的任何司法审查。¹³⁷国籍问题，在传统上一直被视为完全是一国国家管辖的内部事务，对其定义的扩展会侵害和有损国家主权。然而，随着国际人道法、国际刑法和国际人权法的产生，在国家内部发生的犯罪行为在上述法律中不再加以限制。例如，国家管辖理论尽管不情愿，但还是要迁就于国际人权法。¹³⁸于是，国家再也不能躲在传统的国籍理论背后寻求保护，“主权”的概念本身有了很大的改变：

“国家主权仍然具有重要的国际意义，但是它所允许的特权已受到限制，并根据最新确认的国际人权的价值进行重新定义。在当今这个时代，坚持国家主权的传统概念是不合时宜的，尤其是在人道原则的前提下。从这个方面来看，对“严重违反”的进一步扩展实际上是有它的道理的。”¹³⁹

包括国籍和主权在内的以国家为中心的概念，已被国际法一系列发展所超越，其中也包括前南国际刑庭在国籍要件问题上所采取的更具有操作性的方法。这样，以维护主权来反对扩大“严重违反”制度，几乎没有说服力。而且，前南国际刑庭本身就拒绝遵循一国国内法中所规定的有关公民地位的规定。¹⁴⁰

溯及既往和法律原则

追溯效力问题，是决定是否引起刑事责任的一个必要的核心要件。但就前南国际刑庭、或其它任何一个刑事法庭的能力而言，可能引起争论的就是追溯效力地解释《日内瓦第四公约》第4条所规定的国籍要件问题。对“共同目的”理论的重新定义，同样也构成对“法无明文不为罪”原则的挑战。¹⁴¹由于意识到习惯法发展的一般性方式，尤其是它为适应社会变化的需要所作的演

¹³²其它可选择的被指控的罪行，包括“反人道罪”、“战争罪”和“种族屠杀罪”。布朗认为，部分赔偿可由以下三个因素引起：“证明其它可选择的罪行要件中的困难，其它罪行相对弱的规范性地位，以及缺乏一个适用于上述多数罪行的国际执行机构。”布朗，前引书(注15)，第391页。

¹³³布朗指出，构成“反人道罪”的可能性，就需要证明，它是“针对一群人的基于种族、性别、语言，或信仰的大规模或有组织的犯罪行为”。他继续指出，“同样”，“如果没能证明被告是故意全部或部分灭绝一个不同种族、族裔或宗教信仰的人群，他就不能被指控犯了种族屠杀罪。”在所有的罪行中，违反战争法和战争习惯的罪行最容易被定罪，因为它们不需要满足上述任何条件。同上。第391页及199-200页。

¹³⁴《规约》第2条与第3条的不同之处在于，它“要求一个实质性的明确要件，即与1949年日内瓦四公约相一致，受害者是享有‘受保护人’地位的人。”耶里希奇案(Jelisić)前引书(注33)，(沃德Wald法官持部分异议，第13段)。

¹³⁵布朗，前引书(注15)，第391-393页。

¹³⁶同上，第394页。

¹³⁷比安奇：(A. Bianchi)《国家如果违反人权就不能享有豁免权》，《奥地利国际公法杂志》，第46卷，1994年，第195页及第221页。

¹³⁸同上。

¹³⁹布朗又指出：“在关于人权的国际法思想中，超越国家中心主义的概念是含蓄的。这是因为，这些法律所保护的人权是关于个人的，或由个人组成的集团的，而不是国家的那些权利。国际上认同的这个人权概念是对国家主权的减弱。但是，由于传统的对国际法作以国家为中心的理解方面，坚持一个很宽泛的国家主权定义以及抵御侵略的防卫权，因而国际法就需要国家在主权问题上作出让步。”布朗，前引书(注15)，第395页及脚注219，第353页。

¹⁴⁰切雷比奇案2001，前引书(注57)，第46段(引自审判判决，前引书(注1)，第275-276段)。

¹⁴¹萨索里和奥尔森：《国际判决》，前引书(注5)，第577页。

进，萨索里（Marco Sassòli）和奥尔森（Laura M. Olson）提出：

“由于“法无明文不为罪”原则，很多法律工作者，（.....）——特别是从大陆法背景来的一——希望国际刑事法庭在对法律作扩大性解释方面会起特别的限制作用，尤其是当判刑和要适用犯罪行为发生时还没有的法律理论时，就更是如此。前南国际刑庭上诉法庭对塔迪奇的犯罪行为进行惩罚时，运用了一些创新的和富有想象的方法，这是不必要的。因为这会给一个印象，认为前南国际刑庭总是急着要澄清它所能澄清的所有法律问题；其他法庭只是解决它们必须解决的法律问题，以逐步丰富其司法实践，并作出更多的考虑周全的判决。”¹⁴²

禁止回溯追究刑事责任和刑法无追溯效力是刑事法律基本的原则。¹⁴³ 根据审判法庭对“切雷比奇案”的判决，“这些考虑是法律原则赖以存在的坚实支柱。如果没有这些极其重要的原则，刑事法律诉讼程序就不可能得以完成和确认。”¹⁴⁴ 但前南斯拉夫的解体表明，现代一国国内各族裔相互冲突的现实，要求对被保护人地位所需要拥有国籍上的要件上采取“目的论”的方法。

例如，前南国际刑庭既受“合法性原则”的拘束，也受履行其职责的要求的拘束。它而且还得将刑法“不溯及既往原则”与日内瓦四公约的目标和目的相结合。这样做是基于一个事实，即：在这个特殊的问题上还没有任何的司法实践。因此，前南国际刑庭在解释《日内瓦第四公约》第4条时，就从该公约的评论中寻找根据。上诉庭在切雷比奇一案中认为：

“国内立法关于在发生武装冲突的动荡局势下取得国籍规定，不能用来作为确定在武装冲突中被俘人员被保护人地位的标准。《日内瓦第四公约的评注》告诫我们要牢牢记住‘编纂这些公约首先的和最重要的就是保护个人，而不是为了国家的利益’，因此本审判法庭认为上述公约的保护性条款应该尽可能地适用于最广泛的人类群体。这样做可能会在实际上有违联合国安理会的意图。因为联合国安理会关心的是要有效解决它所认定的对国际和平与安全构成威胁的局势(...)，或要求国际法庭不能仅仅因为国内法关于国籍取得的规定就对任何特定人群适用《日内瓦第四公约》。”¹⁴⁵

这样，关于国籍取得的概念既没有被用来当作对“溯及既往”的重新解释，也没有被前南国际刑庭所篡改；而是用来阐明国际人道法的目标和目的，即：最大可能性的保护平民。

另外，关于国籍取得的法律标准被限制在一定的内容和目的范围内。“目标和目的”又要求将《日内瓦第四公约》特别适用于法庭的案件里：“[国籍取得的条件]很自然地限制在适用国际人道法的问题上，而不会被用于其他问题上。”¹⁴⁶ 如果要求严格遵守传统的国籍取得的条件，就会有损日内瓦四公约在现代国家民族相互武装冲突中对受害人提供的保护。所以，前南国际刑庭关于《日内瓦第四公约》第4条的司法实践，就合理地说明为什么要对“严重违反”条款作扩展性解释，这并不是在行使与联合国意愿相背离的立法权力。

关于对“个人刑事责任”需作重新解释的论点，会与“合法性原则”相对抗。“合法性原则”要求前南国际刑庭“...对违反国际习惯法而构成的犯罪行为，在行为发生后具有管辖权。”¹⁴⁷ 刑事法律“具体化”的要求与有些法律原则相联系，如：“法无明文不为罪”原则，“罪刑法定”原则，“法律不溯及既往”和“适用刑法及刑事制裁时不溯及既往”原则等。¹⁴⁸（联合国）秘书长在《规约》的评论中强调指出，国际刑事法庭只能适用那些已成为国际习惯法部分的国际人道法规则。前南国际刑庭根据《规约》第2条而行使属事管辖权，被为符合国际习惯法，¹⁴⁹ 也符合关于法律具体化和不能含糊的要求。至于反对对第7条（1）款进行扩展解释、以包括共同目的

¹⁴²同上，第 577-578 页。

¹⁴³1998 年切雷比奇案，前引书（注 1），第 402 段。

¹⁴⁴1998 年切雷比奇案，前引书（注 1），第 402 段。

¹⁴⁵2001 年切雷比奇案，前引书（注 57），第 46 段（引自 1998 年审判判决，前引书（注 1），第 275-276 段）。

¹⁴⁶同上，第 49 段（引自 1998 年审判判决，前引书（注 1），第 259 段。）

¹⁴⁷检察长诉科尔迪奇和切尔科斯（Kordic 及 Cerkez），对于第 2 条和第 3 条的有限管辖权所提出的因缺乏管辖权而驳回修正起诉书的联合辩护理由的判决，第 IT-95-14/2-PT 号案，第二初审法庭，1999 年 3 月 2 日，第 20 段。

¹⁴⁸1998 年切雷比奇案，前引书（注 1），第 402 段。

¹⁴⁹见 1995 年上诉法庭塔迪奇案判决。该判决指出：“联合国秘书长的报告 (...) 在第 34 段明确指出：准备适用的国际法原则‘毫无疑问是国际习惯法的一部分’，因而不存在个别对任何国际公约的非缔约国的问题，这是（法律）认定的。因此，毫无疑问，此后第 2 条规定的对日内瓦四公约的特别援引，正如（秘书长）报告第 35 段所说，适用于武装冲突的法律无疑是习惯法的一部分。但是没有理由将第 2 条看作把日内瓦四公约所有术语引入规约依据，包括将日内瓦四公约的共同第 2 条适用于国际性冲突。如上所述，在涉及有关受保护人和物品的定义方面，《规约》第 2 条是表面的，独立的和有保留的。它仅仅是赋予对事管辖权以处罚那些真正严重违反上述公约的人，但是在这里，它只是作为规约所制定的条款。”塔迪奇-1995 年管辖权判决，前引书（注 28），第 51 段。

理论的观点，尤其是对共同目的理论是否代表国际刑法“法无明文不为罪”原则的质疑，¹⁵⁰ 则可以通过援引日内瓦四公约里对被告犯罪行为方面明确无误的定罪来予以驳斥。¹⁵¹ 例如，前南国际刑庭在1997年“塔迪奇案”所下的《意见和判决》中认为，“[1995] 上诉法庭的判决还包含有这样的结论，即日内瓦四公约是国际习惯法的一部分，因此在目前案子中适用日内瓦公约并不违反“法无明文不为罪”的原则。”¹⁵² 更重要的是：

“‘法无明文不为罪’的原则并不能阻止法院和法庭通过司法实践来发展刑法，只要这些发展不在含有合法因素行为发生时、就断然将该予以定罪；反之，如果该行为被普遍认为是非法行为，只是某一特定制度对其是否构成犯罪存在疑问，那么，就谈不上违反了‘法无明文不为罪’原则。”¹⁵³

前南国际刑庭对“共同目的”理论、以及对违反国际人道法“个人刑事责任”扩大性的解释，都符合“合法性”原则。

责任集体化

扩大性地运用“共同目的”理论也受到了批评，认为不应该由于个别成员的行为而使整个群体都承担责任，并把个人行为等同于集体的政策。¹⁵⁴ 他们担忧共同目的理论的发展，会破坏刑事犯罪行为其实是基于个体行为的规范的原则，¹⁵⁵ 从而使刑事责任集体化了。¹⁵⁶ 因此，当前南国际刑庭裁定“严重违反”和个人刑事责任时，应该谨慎小心。¹⁵⁷

但前南国际刑庭在裁定这一问题时，对共同犯罪者的责任采取了一种较为直接参与的标准，排除了被指控者的间接参与。¹⁵⁸ 事实上，“责任集体化”问题在检察长诉科沃持卡一案中受到了挑战，审判法庭在该判决中涉及共同责任时指出“...这并不意味着任何在拘留营工作的人，由于那里存在有普遍性虐待关押者的环境，就也应作为一个共同犯罪活动的参与者而受到惩罚。”¹⁵⁹ 前南国际刑庭认为，参与是重要的，而且必须是引起一种能影响其行为效力的作为或不作为。¹⁶⁰ 一般来说，对参与的评定需要建立在个案具体情况的基础上，尤其是针对那些没有实际参与犯罪行为的人。¹⁶¹ 这样，不必考虑共同犯罪活动的定义，即到底是广泛地、还是需从时间和地域上加以限制，但只要这个人参与到（犯罪）行为里或努力做了，那就产生了刑事责任。¹⁶²

审判法庭还认为，战争或大规模冲突期间的共同犯罪活动所需要的中等或低等程度的参与，比在一次偶然情况下的犯罪是因为遵守命令或执行低层次的功能更具有实质性。¹⁶³ 审判法庭认为，参与的重要性和程度都取决于一系列因素¹⁶⁴，其中最重要的因素包括嫌疑人就所犯罪行的严重

¹⁵⁰ 萨索里和奥尔森：《前南国际刑庭判决》，前引书（注 5），第 733、742 页及脚注 65，第 748 页。

¹⁵¹ 术语“所犯下的”是指传统的实际犯下的罪行及在共同刑事活动中、就“所犯下的”罪行而言的不积极的参与。

¹⁵² 塔迪奇 - 1997 年意见及判决，前引书（注 33），第 577 段（引自上诉法庭塔迪奇案的管辖权判决）。

¹⁵³ C. 格林伍德：《前南斯拉夫国际刑事法庭对国际人道法的发展》，马科斯·普朗克（Max Planck）国际法研究所，《联合国法律年鉴》，1998 年第 2 卷，第 132-133 页。

¹⁵⁴ 萨索里和奥尔森：《前南国际刑庭判决》，前引书（注 5），第 743 页。

¹⁵⁵ 同上，第 743 页和 748 页。

¹⁵⁶ 同上，第 743 页。

¹⁵⁷ 同上，第 748 页和第 749 页。

¹⁵⁸ 在检察长诉福伦基亚（Furundzija）案中，审判庭发现犯罪参与的两种类型的责任“是在国际法中形成的——参与一起共同犯罪活动的同犯是一方面，帮助者和煽动者是另一方面。”法庭还进一步指出，为了区别同犯与帮助者或是煽动者，“确定参与犯罪过程的犯罪人是否也参与了犯罪行为背后计谋，是很关键的（也就是说，获取信息或使招供的行为，折磨、威吓、侮辱或压迫受害者或第三者的行为，或不基于何种理由歧视第三人受害者的行为）。”法庭因此得出结论，对同犯的定罪，被告“必须参与整个犯罪过程并参与了犯罪计谋，故意获取信息或使招供，折磨、威吓、侮辱、压迫或不基于何种理由歧视受害者或第三者。”福伦基亚案判决，前引书（注 66），第 231, 118, 216, 253 及 257 段。

¹⁵⁹ 科沃持卡案判决，前引书（注 116），第 309 段。

¹⁶⁰ 例如，审判法庭援引到：“一次使（犯罪）系统运行更顺利或没有阻碍的参与。能够促进犯罪目的达成的一次严重犯罪的实际的或直接的犯罪行为，将构成一个重要的部分。”同上，第 309 段。

¹⁶¹ 同上。

¹⁶² 同上，第 310 段。

¹⁶³ 同上。

¹⁶⁴ 各种因素包括“... 刑事活动的规模，遂行的任务，被告的位置，参加犯罪活动所花费的获取各种知识的时间，

性和范围而言所发挥的作用。¹⁶⁵这样，考虑到嫌疑人在共同犯罪活动中的参与，前南国际刑庭保留了对个人刑事责任的想法：

“总之，一名嫌疑人必须有如下行为，即实质上帮助或极大影响了犯罪目标的实现，并且知道他的行为或疏忽，作为一项共同犯罪活动的参与者而具有刑事责任，在整个犯罪活动中为犯罪提供了便利。有罪的参与人不必知道每一项所犯下罪行。只要知道所犯罪行是在一个集团中进行的，并且在知情的前提下参与了那个集团，其参与的方式对犯罪有帮助或提供便利，或使犯罪活动更成功或更有效，都足以使刑事责任能够成立。一次共同犯罪活动的援助者、煽动者或合作者，通过其行为允许该犯罪集团或活动的任务继续，就对犯罪作出了贡献。”¹⁶⁶

这样，前南国际刑庭就有效地区分了集体和个人的刑事责任。¹⁶⁷萨索里和奥尔森曾以只是因为抢劫而导致的谋杀案，参照共同目的理论可能会被认为是“责任集体化”的组成部分，¹⁶⁸但如果按照前南国际刑庭所要求的高度参与¹⁶⁹来确立刑事责任的标准，一般不会被认为需负“集体责任”。

实质性澄清的需要

对严重违反制度和个人刑事责任的扩大性解释，说明了对《前南国际刑庭规约》所包括的国际人道法作出实质性澄清的需要。前南国际刑庭在“切雷比奇案”中认为：“前南国际刑庭‘……为执行现存的国际人道法提供了一个论坛和框架。’”¹⁷⁰尽管《规约》明确地规定了前南国际刑庭的属事管辖权，但它必须通过自己的司法实践来给严重违反国际人道法的构成要素下定义。¹⁷¹例如，前南国际刑庭法官被要求有责任在国际人道法的范围内重新定义和调整个人刑事责任问题。¹⁷²同样，当违反武装冲突法规则对个人刑事责任的发展提出要求时¹⁷³，国际人道法也需要作进一步修正。适用日内瓦公约的规定、尤其是关于解释国籍取得方面的发展，使得对种族之间冲突中所发生罪行的起诉范围有所扩大。这些发展使前南国际刑庭对国籍取得的功能上呈现一种“规范的流动性”。¹⁷⁴

有趣地是，前南国际刑庭采取的目的论方法，既允许它规避对《日内瓦第四公约》第4条的严格适用，又允许它同时在严格地援引人权法和人道法规则。前南国际刑庭在“切雷比奇案”中，提到了这种两种法律体制之间关系的“接近”，它认为“如果严格地适用第4条的关于国籍取得的要求，就会与整个人权的概念不和谐，后者是保护个人免遭他们政府的暴行。”¹⁷⁵这样，在对国籍取得要求采取一种严格解释时，就会使现行双重保护机制陷入瘫痪。这个双重保护机制是：人权概念和人道法。

防止犯罪行为发生或阻碍犯罪程度所作的努力，所犯罪行的严重性和范围及犯罪人在从事犯罪活动时的效率、热情及无端的残酷性。此外，核查犯罪行为共同企图或协议，例如反复的、连续的、广泛的参与犯罪，对犯罪活动的口头或行动参与等，也是重要的”。科沃持卡案判决，前引书(注 116)，第 311 段。

¹⁶⁵例如，“如果一个卫兵将毒气泄入有成百受害人的房间使其中毒，不论他的职位有多低，比起另一个企图逃跑而打死俘虏营警卫的俘虏来说，都更加有罪。”同上，第 311 段。

¹⁶⁶同上，第 312 段。

¹⁶⁷科尔斯迪奇案判决，前引书(注 68)，审判法庭认为，“...对集体责任和个人责任作一个区分，是非常关键的。前南国际刑庭并不是为处理集体责任而建立的。在这个法庭的(...)每一个判决中(...)，有趣的是，证明提交给法庭的证据是否具有能使法庭有定罪的可能性。它试图对一件罪行作出裁决，而不是一个人。”新闻发布会，审判法庭，“科尔斯迪奇(Radislav Krstic)成为被前南国际刑庭判种族屠杀罪的第一个人并被判 46 年监禁”，2001 年 8 月 2 日，OF/P.I.S./609 (作者参与记录)。

¹⁶⁸萨索里和奥尔森：《前南国际刑庭判决》，前引书(注 5)，第 743 页。

¹⁶⁹科沃持卡案判决，前引书(注 116)，第 289 段。

¹⁷⁰1998 年切雷比奇案，前引书(注 1)，第 415-417 段。

¹⁷¹布朗，前引书(注 15)，第 356 页及脚注 40。

¹⁷²同上，第 404 页。

¹⁷³同上，第 357 页及脚注 44-45。

¹⁷⁴同上，第 404 页及第 396 页。

¹⁷⁵1998 年切雷比奇案，前引书(注 1)，第 266 页。亦参见检察长诉库布雷斯基奇(Kupreskic)案，其中法庭认为，“很难否认，在人权具有说服力的影响下，人道法已经发生了缓慢、但深刻的变化。”库布雷斯基奇案判决，前引书(注 102)，第 529 段。

结论

前南斯拉夫国际刑事法庭对“严重违反”制度和刑事责任作扩大性解释，从而产生了对《前南国际刑庭规约》第2条和第7条（1）款的新的理解。在作实质性澄清的过程中，传统性法律并没有被忽视；相反，由于前南国际刑庭对这两个方面都作了填补空白性质的解释，从而进一步发展、而不是重新定义国际人道法。对严重违反制度的功能性修正¹⁷⁶和扩展个人刑事责任以包含共同目的理论，都属于扩大解释《前南国际刑庭规约》的方式，其中也包括违反《规约》的行为。¹⁷⁷

前南斯拉夫国际刑事法庭在对武装冲突法作有目的解释时，通过采取一种目的论方法，为扩展严重违反和刑事责任提供了一个令人信服的基础。这样，前南国际刑庭避免了保护性机制的瘫痪，并通过尽可能最大程度为平民提供保护、从而更有可能实现国际人道法规则的目的。

翻译：黄明 校对：李斌 朱文奇

¹⁷⁶ 布朗, 前引书(注 15), 第 348 页。

¹⁷⁷ 一些作者认为前南国际刑庭的这些判决(最引人注目的是 1999 年上诉法庭塔迪奇案判决)是审判立法而不是对现存法律的渐进解释。例如, 威廉·沙巴斯(William A. Schabas)指出:“将来, 法官们在进行诸如前南国际刑庭在(1999 年审判法庭)塔迪奇案中所进行的审判立法中将遇到更大的困难, 而且随着战争犯罪的翻新, 正义也更难达到。实际上, 塔迪奇案的上诉法庭可能会因其大胆的审判立法而对国家起到震慑作用, 法庭也由此决定在这个问题上, 对任何一个国际刑事法庭的规约而言, 他们都应作出发展, 哪怕这个发展是最微不足道的。”威廉·斯卡巴斯:《国际刑事法庭介绍》, 剑桥大学出版社, 剑桥, 2001 年, 第 42 页。