

非国际性武装冲突中违反国际人道法的个人刑事责任

托马斯·格拉迪茨基*

本世纪中叶发生的两个著名事件对国际刑法产生了重大影响。该领域中第一个里程碑是第二次世界大战结束时在纽伦堡和东京对主要战犯的审判。它们突出了一些严重违反适用于武装冲突的国际法规则的行为要追究个人刑事责任的原则；“反和平罪”、“战争罪”和“危害人类罪”这些术语因此得到了正式的承认。第二件事紧接着第一件事，即 1949 年 8 月 12 日通过了旨在保护战争受难者的四个日内瓦公约。这些文件具体地构建了对严重违反其中规定的行为进行预防和惩罚的框架。“严重违约行为”的这个技术性术语就此创造出来了。

但是这些为人熟知的发展只与国际武装冲突相关。¹1949 年一般认为扩大“严重违约行为”的体系进而包括国内冲突会对国家主权造成无法接受的侵害。1977 年 6 月 8 日通过日内瓦公约的附加议定书时，国家在这个方面也没有改变立场。不仅如此，新独立国家也害怕新的同伴会利用第二附加议定书中的新规定过分干预他们的内政。

可是，当前世界上大部分的武装冲突是国内冲突，也没有什么东西显示如果按照国际法将冲突分为国际冲突和国内冲突会对相关各方有什么样的效果。历史上有太多这样的例子了，在内战中发生肆意的破坏性行为，比如在柬埔寨、索马里和卢旺达发生的悲惨故事。面对这些事件，国际社会再也不能熟视无睹了。人们越来越确信要追究在武装冲突中犯下种种暴行的行为人的责任；而人权法的发展业已“侵入”到国家主权理论，过去后者往往能堵住前者的口。

上述趋势汇合起来突出了正式承认普遍管辖原则的迫切需要，从而惩罚那些严重违反适用于非国际性冲突的国际人道法的行为。但现在情况怎么样？今天的国际法发展现状是不是赋予国家管辖权，允许他们对上述不法行为人进行起诉和审判？如果答案是肯定的，那么这种管辖权的形式是什么？它是如何设计的？

以国际武装冲突为背景，在一系列传统的不法行为中能够引起个人刑事责任的是两种行为，在这不需要对它们进行长篇的探讨，因为现在普遍承认对犯有这两种罪行的人可以实行普遍性管辖。这两种罪行是**灭绝种族罪和危害人类罪**。

关于灭绝种族罪，简要的回忆一下就足够了，对灭绝种族罪普遍性管辖的原则具有国际习惯的性质，自五十年代起就得到了承认，它还形成了 1948 年 12 月 9 日通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》的基础；²该公约第一条说灭绝种族罪系国际法上的一种罪行无论其“发生于平时或战时”；而且国际法院也确认无论冲突是国际的还是国内的，国家遵守公约防止或惩治该罪行的义务没有什么两样。³

值得注意的是，关于危害人类罪，联合国秘书长在关于前南斯拉夫国际刑事法庭规约草案的报告中指出，该罪行能发生在国内冲突中也能发生在国际冲突中。⁴前南斯拉

*托马斯·格拉迪茨基，获日内瓦国际问题研究院国际关系学位和国际法证书，现在红十字国际委员会法律部工作。原文为法文。

¹ 危害人类罪国内方面作为例外。

² 见国际法院就〈对防止及惩治种族灭绝罪公约的保留〉的咨询意见，1951 年 5 月 18 日的咨询意见，判决报告，咨询意见和命令（下文以后称为法院报告），1951 年，第 23 页。

³ 适用防止及惩治种族灭绝罪公约的案件（波斯尼亚和黑塞哥维纳诉南斯拉夫）初步异议，1996 年 7 月 11 日的判决，第 31 段（尚未公布）。

⁴ UN Doc. S/25704，联合国秘书长关于联合国安理会 808 号决议（1993 年）中第 2 段的报告，1993 年 5 月 3 日，第 13 页，第 47 段。

夫国际刑事法庭规约和卢旺达国际刑事法庭规约的通过加强了这一论断（前者在第 3 条中规定的很清楚，本条规定对两类冲突都适用，后者在第 3 条也提到了危害人类罪），而且上诉庭在塔季奇案件中也正式的承认了该论断：“危害人类罪和国际性武装冲突之间不需要什么联系，现在这已经是国际习惯法一项确定的规则。”⁵

行为因为反和平罪（今天的侵略罪）涉及到一系列不同的问题，我们现在转而讨论其它所有违反适用于非国际性武装冲突中的国际人道法的行为，并考虑它们中的一些违法行为是否因为国际社会对其的特别重视而被确立为犯罪，其中犯罪人因此而要承担国际刑事责任。在国内冲突发生的不法行为能否被归类为“战争罪”？“严重违约行为”这一术语在非国际性武装冲突的背景中有没有意义呢？

将国际责任适用于个人

在国内冲突中存在着基于条约的国际法规则和国际习惯法，对这一点今天已不再有什么怀疑了。不仅如此，就人道法的规则是否只约束国家的问题而言--只有国家才能承担违反人道法的责任--或者就人道法是否也能直接适用于其行为违反该法规则的个人问题而言，后一问题看起来明显比前一问题重要，不论冲突就其性质而言是国际性的还是国内性的。

在此值得简单地提一下，首先，1949 年的四个日内瓦公约共同第三条和公约第二附加议定书（如与基本保证有关的第四条）的规则内容经常提到个人的行为；⁶其次，缔约国承担传播该规则的义务（第二附加议定书第 19 条）；再次，“保证尊重”人道法规定的义务（就这一方面而言，国家不仅要保证它的国家机关尊重规定，而且要保证处于它管辖范围内的所有人同样尊重规定）同样也适用于国内冲突。⁷以上这些都说明一个事实，即适用于国内冲突的法律规则对个人行为同样具有约束力。

在这个问题上，如果不提以下纽伦堡国际军事法庭作出的一个论断的话，显然是太不负责任了：“只有个人，而非抽象的实体，才能实施违反国际法的罪行。只有惩罚那些犯罪的个人，国际法的规定才能得以执行。”⁸

将违反国际人道法的行为国际罪行化

问题要点

如果可适用于国内冲突的国际人道法规则事实上对个人行为有约束力的话，那么需要决定的问题是，违反这些规则的行为是否会导致个人的刑事责任，或者更具体的说，这样的刑事责任是否来源于今天行之有效的国际法。

首先，适用于非国际性武装冲突的条约法并没有对起诉严重违反条约规定的行为作出什么具体的规定，这一点还是得到广泛同意的。四个日内瓦公约中共同第三条对这个问题没说什么。第二附加议定书也没象 1949 年公约和补充的第一附加议定书那样规定类似的处理严重违约行为的机制。

⁵ 前南斯拉夫国际刑事法庭， 检察官诉Dusko Tadic a/k/a “Dule”：关于被告在诉讼过程中对管辖权的申请上诉的裁定，1995 年 10 月 2 日的裁定，案件号 IT-94-1-AR72,第 72 页，第 141 段。

⁶ 见T.Meron, “国内暴行的国际罪行化”，美国国际法季刊，第 89 卷，1995 年，第 559-562 页。

⁷ 见尼加拉瓜境内反尼国的军方和国会行动，（尼加拉瓜诉美国），法律根据，1986 年 6 月 27 日的裁决，国际法院报告，1986 年，220 和 255 段，第 114 和 129 页。

⁸ 国际军事法庭判决，〈对德国主要战犯的审判：纽伦堡国际军事法庭的程序〉，22 部分，伦敦，1950 年，第 447 页。

联合国秘书长在关于前南斯拉夫国际刑事法庭规约草案的报告在介绍有关严重违反 1949 年日内瓦公约行为的条款时只提及了国际性的武装冲突。⁹用类似的思路,红十字国际委员会也表达了下面的观点:“根据日内瓦公约的条款和第一附加议定书,目前确立的某些违反人道法的行为所引起的国际刑事责任和相关责任只与国际性武装冲突有关。”¹⁰在塔季奇一案中,前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭认为:“尽管前面说过,但是上诉庭必须得出这样的结论,即根据当前国际法的发展情况,法庭规约第 2 条只适用于以国际性武装冲突为背景的罪行。”¹¹这样一来它也否定了下面的观点,即与严重违约行为相关的日内瓦公约有关规定范围目前可以被认为是扩大到了公约共同的第三条。

对于严重违反可适用于国内冲突的国际人道法的行为(除了那些相当于灭绝种族罪和危害人类罪的罪行),以上论述是否就完全排除了该行为的国际刑事责任呢?即使在最近,问题的答案也是肯定的。举例说,负责检查和分析前南斯拉夫发生的严重违反国际人道法行为的联合国委员会在其最后报告中说,就可适用于非国际性武装冲突的法律而言,“总体来说,……对国内武装冲突中的不法行为可实施普遍性管辖的唯一罪行是‘危害人类罪’和灭绝种族罪,而不论冲突的类型。”¹²同样,最近很多文章在好几个不同的事件中也表达了这个观点。¹³

但是,1995 年 10 月 2 日前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭就塔季奇案被告对管辖权问题提出的口头上诉作出决定,认为上诉庭不会把自己局限于只作出简单的裁决,也不会对下列事实作出明确的裁判,即共同第三条不属于严重违约行为的体系。这个问题我们稍后还要进行讨论。

现在,我们应该通过寻找假设的关于国际罪行化的国际习惯法规则来审视一些因素,而这些因素可能指出我们所说的领域中的大体发展趋势。纽伦堡国际军事法庭强调,就某些违反国际法的行为中那些特别应该谴责的行为而言,可以通过被移植用来对付那些行为国际习惯法规则起诉实施那些行为的个人。经过考察法理、国家在此方面的宣示和其它一些因素,法庭得出结论,认为在被告人犯下其被审判的罪行时,法庭规约中规定可惩罚的行为已经包含了个人的刑事责任。¹⁴

国家实践和意见

1、国家声明

作为这个部分的开头,我们先来看一下国家的声明。首先,将目光放在联合国第 827 号决议联合国秘书长关于批准建立前南斯拉夫国际刑事法庭报告获得全体通过后国家所作的声明。声明中有一种趋向,肯定违反可适用于非国际性冲突中的规则可以导致个人的刑事责任,这也包括美国代表的看法,她表达了这样一种观点,即“第三条所体现的战争的法规或习惯包括了所有于行为发生时在前南斯拉夫境内生效的人道法协议中所规定的义务,包括 1949 年日内瓦公约共同第三条和 1977 年针对公约的附加议定

⁹ 同注 4, 第 11 页, 第 37 段。

¹⁰ UN Doc. A/CONF.169/NGO/ICRC/1,联合国防止犯罪和罪犯待遇第九次会议,开罗,埃及,〈红十字国际委员会发言〉,1995 年 4 月 30 日(第 6 议题),第 4 页。

¹¹ Tadic 裁决,同注 5,第 48 页,第 84 段。

¹² UN Doc. S/1994/674(附录),根据安理会(1992 年)780 号决议建立的专家委员会的最后报告,1994 年 5 月 27 日,第 13 页,第 42 段。

¹³ 举例: E 大卫 “Le Tribunal international penal pour l'ex-Yougoslavie”, *Revue belge de droit international*, 1992 年,第 574-575 页。

¹⁴ 国际军事法庭判决,同注 8,第 445-447 页。

书。”¹⁵在作出上面的陈述前，她评论说，安理会的其他成员也同意这个观点。实际上，法国代表似乎也以同样的思路来思考这一问题，他同样声称“战争法规或习惯特别包括了，在法国看来，所有于行为发生时在前南斯拉夫境内生效的人道法协议中所产生的义务”。¹⁶而英国声明就不那么清楚了，因为它根本就没提条约中的任何义务，¹⁷匈牙利则强调法庭管辖权的重要性，即“法庭的管辖权覆盖了国际人道法的所有范围，在前南斯拉夫境内和冲突的全部持续期间，法庭都可以实施管辖”。¹⁸西班牙的代表在提及“那个地区的单独冲突和多个冲突”时也设想了较广泛的管辖范围。¹⁹以上这些声明，再加上反复强调必须适用当前国际法，表明这些国家认为惩治在国内冲突中严重违法行为确实存在着普遍性的管辖权；或者说，在某些声明中，表明至少法庭的管辖权被认为是很广泛的。绝对不存在任何要故意限制它的问题。²⁰

针对前南斯拉夫国际刑事法庭问题，美国走的更远。法院临时法律顾问提交了关于塔季奇案的纪要，它事实上声明，关于严重违反日内瓦公约行为的规定（指法庭规约第2条）对非国际性武装冲突也有约束力。²¹

欧盟成员国作出的几个针对前南斯拉夫局势的联合声明涉及到个人刑事责任的问题。它们从单纯明示提及日内瓦公约所规定的严重违约行为的体系，²²进而谈到法律的同化作用是所有严重违反公约的行为包括了在国内冲突中所犯下的罪行，这一点变得越来越清楚。²³不仅如此，在卢旺达问题上，欧盟界定的共同立场中有一段这样话：“对于那些严重违反人道法的行为，包括灭绝种族罪，欧盟强调必须将那些应对该行为负责的人绳之以法的重要性。在此问题上，欧盟认为建立国际法庭是停止免罪传统并防止对人权进一步侵犯的一项关键因素。”²⁴因此，可以认为对严重违反可在国内冲突适用的人道法的行为实行普遍性管辖似乎得到了一般的承认。

虽然这些声明对建立法律确念的可能有着重大的意义，但是，它们必须切实得到实践证据的支持。

2、军事手册

因为所有的武装冲突都很自然地涉及军队或军事团体行动，我们接下来简要地讨论约束军方行动的规则似乎就很合乎逻辑了，换句话说，就是看一下现有的相关军事手册的内容。

从最新的手册开始，有意思的是 1992 年德国军事手册给出了一个未穷尽的清单，列出严重违反国际人道法的行为，同时将日内瓦公约中共同第三条和第二附加议定书作为参考。²⁵与此相类似，在美国《海军行动指挥官法律手册》的注释性补充中，有几处

¹⁵ 阿尔布赖特（美国）在联合国安理会第 3217 次会议上的发言，UN Doc. S/PV.3217,1993 年 5 月 25 日，第 15 页。

¹⁶ Merimee（法国）在同次会议上的发言，同上，第 11 页。

¹⁷ 大卫 舍内（英国）的发言，同上，第 17-18 页。

¹⁸ Erdos（匈牙利）的发言，同上，第 20 页。

¹⁹ Yanez-Barnuevo(西班牙)的发言，同上，第 39-40 页。

²⁰ 这些发言也可参见Tadic案件裁决，同注 5，第 44-45 页，第 75 段，和第 54 页，第 88 段。

²¹ 见美国政府针对检察官诉Dusko Tadic（案件号 IT-94-1-T）案件中被告律师部分辩护内容的意见 1995 年 7 月 17 日，第 35-36 页。

²² 1992 年 8 月 6 日的联合声明，欧洲联盟官方通讯，委员会，No.7/8,1992 年，第 108-109 页。

²³ 1992 年 10 月 5 日的联合声明，同上注，No.10, 1992 年,第 91 页；1992 年 11 月 2 日的联合声明，同上注，1992 年，第 102 页。

²⁴ 欧盟委员会决定 94/697/CFSP根据欧盟就欧盟目标和优先via-a-vis 卢旺达条约第J2 条所采取的共同立场。同上注，No.10,1994 年 10 月 24 日，第 48 页。

²⁵ (Deutsches) Bundesministerium der Verteidigung, Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten, Handbuch, August 1992, para. 1209 (also in English: Federal Ministry of Defence, Humanitarian Law in Armed

也将第二附加议定书作为参考，并给出“战争罪”的例子。²⁶1991年意大利军事手册使用精确的语言，举出一系列严重违约的例子，指出违反日内瓦公约和附加议定书的行为也能构成战争罪。²⁷

一些军事手册则采取不同的方法，把所有违反武装冲突法的行为归类列为“战争罪”。这个概念就严格意义上的国际法而言，毫无疑问，有点过分，但是，对这个概念也可以进行解释，使严重违反可适用于非国际性武装冲突中的人道法的行为在可操作范围内也能包含在法律意义上的“战争罪”之中。这样的例子可以在早期的手册中找到，比如1958年英国出版的手册²⁸和1956年美国出版的指南²⁹，更新一些的文件中如加拿大正在拟制的手册草案³⁰。

但是，这些更新手册也许显示了一种新动向，赞成将严重违反适用于国内冲突的人道法的行为罪行化，或者利用它们给出的战争罪定义的一般性质或不精确性为上述方法留下一些余地。虽然如此，在由此而产生的起诉问题上，其法律框架则是另一回事。理解那些约束部队行动的规则非常有用，甚至说很重要，但有些东西是难以给出精确定义的，而且军事手册在谈及对违反规则行为进行惩治，因而要提出一些更明确的要件时，它们就相当不贴切了。因此在我们探讨这方面的法理之前，我们还要研究一下相关的法律文件，就是适用日内瓦公约的法律（也包括适用附加议定书的法律），一般刑法和军事刑法典。

3、国内立法

在众多国内法律文件中，对我们的讨论最重要的文件无疑是1993年6月16日比利时颁布有关严重违约行为的法律，³¹国际法专家欢呼其为“开世界法律之先河”，他们认为比利时已经成为“第一个将某些严重违反适用于非国际性武装冲突的国际人道法的行为具体的归类为‘战争罪’的国家”。³²该法第1条（第1款到第20款）列出了那些针对日内瓦公约或者附加议定书保护的个人的严重违约行为，包括作为和不作为。该法第7条指出比利时法庭的管辖范围不受其国境限制，也不需要国籍的联系。虽然最初的法案没有将第二附加议定书作为参考，但是，既然通过修正案与当前人道法的发展趋势相

Conflicts, Manual, August 1992). However, a commentary on this manual specifies that Protocol II does not provide for a system of grave breaches and that the repression of violations of the rules of Protocol II ensues solely from national criminal law. Rüdiger Wolfrum, "Zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts", in D. Fleck, ed., *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, Munich, 1994, paras 1201 and 1209 (also in English: D. Fleck, ed., *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995). The limits imposed by German criminal law on prevention and punishment are discussed below.

²⁶ 海军行动法司令官手册注解补遗，NWP9 (REV.A) /FMFM 1-10,华盛顿特区，1989年，第6.2.5段。由法律事务办公室发布，主要包括对手册本身法规的补充，这本补遗不是海军部正式的出版物也不是美国政府的正式出版物。不仅如此，要注意到美国不是附加议定书的缔约国。

²⁷ "Sono considerati crimini di guerra anche le infrazioni gravi alle Convenzioni internazionali ed ai Protocolli aggiuntivi alle stesse." *Stato Maggiore della Difesa, Manuale di diritto umanitario (Vol. I: Usi e Convenzioni di Guerra)*, Rome, 1991, p. 28, para. 85.

²⁸ 国防部，陆地战争法，军方手册第三部分，1958年，第626段。

²⁹ 军队部，陆地战争法，FM 27-10，1956年，第499段。

³⁰ 加拿大部队，武装冲突手册，第二版，1988年，第1701-1704段。

³¹ "Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions (16 June 1993)", in *Moniteur belge*, 5 August 1993, pp. 17751-17755.

³² A. Andries, E. David, C. Van Den Wijngaert, J. Verhaegen, "Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, p. 1133, para. 2.24 (ICRC translation).

一致，那么法律的适用范围也就扩展到经政府批准后的第二附加议定书所调整的冲突，并基于该法修正案起草者所提出的下列正当理由：出于填补潜在的法律真空的需要，出于道德和尊重公众舆论形象的理由；最重要的是，在此方面没有任何具体的法律问题。

33

考虑到该法的条款和它的用语，对严重违反适用于非国际性冲突法律的行为，它的通过似乎正式认可将这种行为国际罪行化。但是很值得指出，针对该法的评注具体说到“如果 1993 年 6 月 16 日通过的法律所提到的行为发生于非国际性冲突中，当前并没有相应的国际法规则（也许除了某些特定的罪行如酷刑和劫持人质）将其定义为国际性违约行为。”³⁴根据同一起草者的看法，给予比利时法庭新的管辖权范围可以认为与国际法规则是相适应的，其前提是针对外国人在其国内冲突的作为或不作为进行的起诉必须尊重合法性原则；特别是，该行为在起诉国和行为发生国都被依法规定为不法行为。³⁵

无论怎样，在这个阶段，进一步提出与该法相联系的两点便足够了。首先，对非国际性冲突的界限仍有些许疑问（因为是否存在严重违反日内瓦公约共同第三条的行为，这个问题的答案还不确定，而且应用第三条的要求要低于第二附加议定书）。³⁶第二，某些发生在非国际性冲突中的行为根据比利时法律也能被认定为犯罪，即使国际人道法中并没有条款禁止此类行为。³⁷

所以比利时的立法在多个方面都有创新。而西班牙也跟得很紧。它最近刚通过了新刑法，³⁸走了同样的路子。关于武装冲突法的那一章，一开始的那一条就列举了该条所保护的人，接下去用不同的条款详细说明了要加以惩罚的行为。第 608 条规定在法律加以保护的人中间包括那些 1977 年第二附加议定书所列举的保护对象。³⁹该刑法并没有特别对属人管辖权或属地管辖权作什么特别的限制。相反，1985 年的司法组织法⁴⁰指出西班牙法庭可以对任何人在任何地方的不法行为实行管辖，如果根据西班牙刑法，该行为可以归类为按照国际条约和公约应该在西班牙起诉的不法行为。需要指出的是，对第二附加议定书规定的情势该法并没有作相反的区别。相反，这些情势似乎完全融合于规定武装冲突的一般条款中。更进一步说，这些条款在“国际社会不法行为”的标题下被归纳在一起。

虽然芬兰刑法典未对相当于犯罪的行为作出精确的描述，无论该法怎么富有结构性，但是这个刑法典还是有值得一提之处的。它有力地包括了所有武装冲突的情况和所有违反人道法中条约法规则和习惯法规则的行为，将所有这些不法行为归为战争罪。不仅如此，芬兰法院对这些罪行的管辖权还非常广泛，不论行为的发生地在哪，也不论犯罪的行为人是谁。⁴¹

与此类似，瑞典刑法典第 22 章第 11 节清楚地将任何严重违反国际人道法（条约法或习惯法）的行为都归为违反国际法的犯罪。不论该行为发生于—场战争中或发生于其

³³ E. David, "La loi belge sur les crimes de guerre", *Revue belge de droit international*, Vol. XXVIII, 1995, pp. 668-671.

³⁴ 同注 32, 第 1174 页 (红十字国际委员会翻译)。

³⁵ 同上, 第 1174-1175 页。

³⁶ 答案还是会倾向只由第二附加议定书规定的冲突。见 E 大卫, 同注 33, 第 671 页 和 A. Andries 同注 32 第 1134-1135 页。

³⁷ 法官因此必须对 *nullum crimen sine lege* 原则加以特别注意当对外国人在比利时境外行为进行管辖时。

³⁸ 刑法典, 法律 1995 年 10 月, 11 月 23 日

³⁹ 由共同第三条覆盖更广的国内武装冲突的案件显然被排除出去了。

⁴⁰ Ley orgánica 6/1985, of 1 July, of the Judiciary, Art. 23, para. 4.

⁴¹ 芬兰刑法典(由 M 究斯顿翻译), 外国刑法典系列(美国出版), 第 27 卷, Wayne State University law school, Rothman/Sweet&Maxwell, Littleton(Colorado)/London, 1987 年, 第 1 章, 第 3 条, 第 2 1 段, 第 17 页; 第 13 章, 第 1 和 2 条, 第 48-49 页。也可见 Hannikainen, R. Hanski, A. Rosas, 《贯彻执行可适用于武装冲突中的人道法: 芬兰的例子》Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1992 年, 第 116-118 页。

它形式的武装冲突中，瑞典法院对这些行为都享有管辖权，即使它们发生在另一个国家，行为人为外国人，行为对象也是外国人（第2章，第3节，第5款）。⁴²

荷兰刑法中的战时法案第1条第3款说的很明白，“战争”一词也包括内战，而12条赋予荷兰法院以普遍性管辖权。⁴³我们下面要讨论的一个案件，与前南斯拉夫冲突有关的案件阐明了这些条款的适用范围。

瑞士军事刑法典也规定其国内法院可以对违反适用于非国际性武装冲突的人道法的不法行为实行管辖，即使不法行为发生在另一个国家，且不直接影响瑞士联邦的利益。一般说来，所有违反国际公约或其它法规或战争习惯法的行为都是应该惩罚的；而这些不法行为是否够上国内法律规定的“犯罪”则取决于该不法行为本身的严重程度。这其中只有一个限制：第108条第2款适用范围扩大到非国际性武装冲突，但只规定了违反国际条约的行为，所以排除了违反国际习惯法的行为。第2条第9款赋予军事法庭相对广泛的管辖权，它规定就军事刑法典中相关条款而言，和平时期可根据该刑法典被追诉的人包括“在武装冲突过程中，实行违反国际法的不法行为的平民”。⁴⁴至于荷兰这方面的情况我们稍后再来讨论。

以“国际不法行为特点”为标题，尼加拉瓜刑法典第551条在追诉违反人道法的不法行为方面采取了很全面的方法，用该法自己的话说，不论该不法行为是否发生在国际性的战争还是国内战争。法典第16条3(f)款规定尼加拉瓜法院对上述标题下规定的不法行为都有管辖权，不管行为人是谁，也不管行为发生在什么地方。⁴⁵

在最近通过对1996年的美国战争罪法案的修正案中将其国内法院的管辖权扩展到违反日内瓦公约共同第三条的不法行为，并将这些不法行为归类为“战争罪”。⁴⁶乍看起来，当前美国在这个问题的立场似乎颇为清楚。但是，对法条的措辞却可另有一番争论，因为法条本身暗示它只指美国国内立法，并不意味着美国是按照国际法所理解的战争罪认为“战争罪”概念对国内冲突有效。不过，违反共同第三条的行为被赋予和严重违反日内瓦公约行为相同的地位，这一点看来非常重要。和另一个同一时间的修正案草案不同，该修正案文本并没有规定普遍性管辖原则，因此美国立法中还是没有建立象日内瓦公约那样处理严重违约行为的机制。但是，还是应该注意到美国政府对去除施加于国内法院管辖权的限制所持的支持态度，该限制要求受害者或者行为人必须为美国公民或者美国军队的一员，在违反共同第三条的问题上也是这样。

德国新的军事手册看来非常具有进步性，与之相比，德国刑法典就没能在这个方面达到人们的期望。实际上，刑法典中没有一条具体涉及武装冲突。将导致个人刑事责任的违反国际人道法的行为进行不同的分类，这个问题一般认为应由刑法条款来规定。⁴⁷在德国境外的现役军人的案件属于例外情况，对于那些军人，军事惩治法总体上扩展了刑法典的可适用性。⁴⁸如果要将其适用范围扩大至发生在国外的行为，唯一的根据是那些“约束联邦德国的国际条约规定应加以惩罚的行为”。⁴⁹由于个人对该类行为的刑事责

⁴² 瑞典刑法典，防止犯罪国家委员会，斯德哥尔摩，1986年，第9和68页。

⁴³ *Wet Oorlogsstrafrecht, Nederlandse Wetboeken, Suppl. 226, 1991, pp. 161-167.*

⁴⁴ 联邦军事刑法，1927年6月13日的联邦法，321.0 联邦首相办公室，1995（红十字国际委员会翻译）。

⁴⁵ *Ley de Código penal de la República de Nicaragua, Bibliografías Técnicas, 1997, pp. 4 and 148.*

⁴⁶ 1996年战争罪法案，公法104-192，1996年8月21日。1997年修正案也可见：国会记录-参议院，1997年11月9日，p.S12362和国会记录-众议院，1997年11月12日，p.H10728。

⁴⁷ 见R.沃尔夫如姆，同注25，第433页。

⁴⁸ *Wehrstrafgesetz, Art. 1, para. a, in G. Erbs, M. Kohlhaas, eds., Strafrechtliche Nebengesetze, Vol. IV, Munich 1990.*

⁴⁹ 联邦德意志共和国刑法典（由J达比翻译），外国刑法典系列（美国出版），同注41，第28卷，第6条，第9款，第50页。

任需要条约加以规定，因此看来，德国法院对于严重违反可适用于非国际性武装冲突的人道法的行为实行域外管辖没有什么保证。但是，如果严重违反可适用国内冲突的法规的行为发生在本国境内，那么完全可以追究那些不法行为人的刑事责任。⁵⁰

如果将 1996 年 6 月 13 日颁布的俄国新刑法典第 12 条和第 356 条放在一起，则可以导出类似的结论。事实上，第 356 条使用了很笼统的用语。虽然规定了被条约禁止的行为，但却没有具体规定冲突的种类，这里，俄联邦必须是有关条约的缔约国（由此排除了习惯法规则）。而第 12 条允许俄国法院扩展其管辖权范围，可以不局限于国内，可以管辖非国民，这样做的条件是俄联邦的利益受到影响，或某个国际条约允许管辖权这样扩展。至于国民、无国籍人和现役军人的案件则适用该条中的前面各款规定。⁵¹

葡萄牙刑法典第 241 条和第 242 条一般可适用于战争期间、武装冲突中和占领期间，同时也规定了一些人道法的问题（分别是攻击平民的战争罪和毁坏历史性纪念物的犯罪）。但是第 5 条将管辖权扩展到国外，只在个别具体情况下法院可对非国民实行管辖（很奇怪，规定只包括了上述条款的第二个），或者这样的管辖权来自国际条约的规定。⁵²

应该在这里简单提一下的其它法律规定有埃塞俄比亚刑法典（1957 年）⁵³、南斯拉夫刑法典（1990 年）⁵⁴（后来波斯尼亚和黑塞哥维那共和国在 1992 年也使用了这部法典）和斯洛文尼亚刑法典（1995 年）⁵⁵。所以，以上法典都规定将某些行为罪行化，将其归类为战争犯罪，而不管冲突的种类；挪威军事刑法典将违反四个日内瓦公约和两个附加议定书中有关保护人和财产规则的行为规定为犯罪。⁵⁶1962 年爱尔兰关于日内瓦公约的法案规定所有违反 1949 年日内瓦公约的行为都应该受到惩罚，因此也包括违反共同第三条的行为。这部法律还规定即使行为发生在国外，不法行为人为非国民，法院也可以对其实行管辖，当然管辖权的范围只限于严重违反日内瓦公约的行为。但爱尔兰这部法案没有很明确将与共同第三条相关的严重违约行为的假设排除在外。⁵⁷

4、国内法院判例

除了 1996 年的战争罪法案和提交给前南斯拉夫国际刑事法庭的关于塔季奇案⁵⁸的法律之友辩诉状这两个因素，我们在此应该提到第三个因素--具有管辖权性质的因素--来说明美国的立场。在一由波斯尼亚受害者诉拉多范·卡拉季奇的侵权案中，一美国上诉法院对国内冲突中发生的战争罪行问题作出判决。虽然，案件本身只是民事案件，但法院的推理过程对我们目前的讨论还是有几处有意思的地方。法院首先认为清楚地证明本案中有关行为违反了国际法是十分必要的，进而决定案件是否可以根据 1789 年外国

⁵⁰ 发生在某国境内的冲突产生的问题同时没有具体条文规定的情况，这方面的讨论见 M 伯兹 “非国际性武装冲突中的战争罪”，《以色列人权年鉴》，第 24 卷，1994 年，第 243-244 页。

⁵¹ 俄联邦刑法典，No.63-FZ,1996 年 6 月 13 日，Garant-Service,1996 年，第 12 和 356 条。

⁵² Código Penal Português (anotado e comentado: M. Maia Gonçalves), Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 93, 727-728.

⁵³ Penal Code of the Empire of Ethiopia, Proclamation No. 158 of 1957, in Negarit Gazeta, Gazette Extraordinary, Addis Ababa, 1957, Arts 282-284, pp. 87-88.

⁵⁴ 南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法典，1990 年，第 142-143 条。这一点，见：Tadic 裁决，同注 5，第 132 段，第 76-77 页。

⁵⁵ 斯洛文尼亚刑法典，1995 年 1 月 1 日，（司法部非官方翻译），第 35 章，反人道的犯罪和国际法，第 117-118 页，第 374-377 条。

⁵⁶ Militaer Straffelov 1902 年 5 月 22 日，No.13，第 108 条（1954 年 11 月 26 日法律加以编入，No.6 1981 年 6 月 12 日的法律加以修正，No.65）。

⁵⁷ 日内瓦公约法案，1962 年，No.11，第 3 和 4 部分。

⁵⁸ 见上注 21

人侵权法由美国法院进行管辖。为此目的，法院讨论了国际法中追究违反战争国际法的个人刑事责任问题。以“战争罪”为题，法院将案件中的行为与共同第三条中的要求放在一起进行了比较衡量。很显然法院是把它的推理放在非国际性武装冲突背景中，承认存在个人责任，并特别参照了纽伦堡国际军事法庭作出的判决。在作出判决前，法院还附带讨论了刑法问题。以责任个人化为基础，法院把这种责任的刑事方面问题放在一边，类推地认为对与构成战争罪的行为相关的民事案件也可以进行管辖。就普遍性管辖原则问题，法院承认它与战争犯罪有关，主要是与刑法有关，但是，提及它只是为了下面的结论打个基础，即“国际法也允许国家给予适当的民事赔偿”。⁵⁹不管怎么说，法院似乎坚信将战争罪概念和普遍性管辖原则结合在一起，其范围包括了某些违反可适用于非国际性武装冲突的法规的行为。

另一案件中，一波斯尼亚塞族人被控在 1992 年 6 月期间在波斯尼亚和黑塞哥维地区犯有驱逐、谋杀和强奸等罪行，这个案子提出了几点有意思的问题，这些问题与荷兰立法中解释相关条文有关。荷兰阿恩海姆地区法院军事法院曾被要求对下列问题作出判决，即军事法院追诉一个在国外实施不法行为的外国人，这种追诉是否有充分的法律依据。法院首先将案件中的冲突行为归类为国内战争，然后指出这种类型的冲突符合《战时刑法法案》意义上的“战争罪”定义（第 1 条，第 3 款），所以行为和国别间并不需要什么联系，进一步说需要行为和荷兰间建立联系的情形只有少数几种（第 12 条，第 1 款，而在本案件中没有那几种情形（第 1 条，第 2 款）。所以，法庭承认荷兰法院，即一审军事法院应该享有管辖权。在向最高法院上诉之后，由于程序违法该案件被发回地区法院重审。这一次阿恩海姆地区法院军事庭趁机作出裁决，支持将管辖权授予一般法院。第二次上诉后，最高法院最后确认荷兰法院的管辖权不受国籍（无论受害人还是不法行为人）或领土的限制。它发表的意见是对《战时刑法》第 3 条所做的精确解释，这条与国内法院管辖权有关，暗示着第 1 条所做的任何管辖权上的限制都是不正确的。尽管如此，最高法院还是把案子发给军事法院进行审理。⁶⁰

1997 年 4 月一个有关战争罪的案件首先诉到了瑞士军事法院。案件中一个波斯尼亚塞族人被控侵犯被拘禁在奥马尔斯卡和克拉特尔姆营地的囚犯和平民的身心健康并对他们施暴。在这个特殊案子中，法院最后因为缺乏真凭实据判决被告无罪。应该在这里强调两点。首先，诉状明确（但非排它地）提到了第二附加议定书和日内瓦公约的共同第三条，虽然被控行为发生在瑞士联邦外，案件也没有牵涉到瑞士国民。第二，虽然法院在其判决中认为发生在前南斯拉夫的冲突应被视为全球性的，所以应归类为国际性冲突，但是，法院同时暗示即使冲突不属于该类的话，也不会对军事刑法典第 108 和 109 条规定的管辖权问题产生什么决定性的影响。⁶¹

在丹麦，一个波斯尼亚克族人被指控犯有多项罪行，包括虐待监狱犯人甚至造成他们的死亡。以与针对日内瓦第三和第四公约的严重违约行为相关的条款和丹麦刑法典相关条文作为法律依据，被告受到审判并被判决对其指控的多项罪名成立。⁶²有意思的是，这些罪行都发生在 1993 年的七月或八月或同时发生在两个月内，而且表面上看其发生背景是非国际性冲突，法庭并没有对冲突的性质作出裁判，这样看来，法庭不认为冲突

⁵⁹ 第二巡回上诉法院，1995 年 10 月 13 日在 S.Kadic 诉 R.Karadzic 案件中的裁决，见《国际法律资料》，第 34 卷，1995 年，第 1601 页。也见第 1604-1605 页。其他关于此案的裁决：美国纽约南区地区法院，1994 年 9 月 7 日和 1997 年 12 月 2 日对 Jane Doe 诉 R.Karadzic 案件作出的裁决。

⁶⁰ Arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire kamer, Decision of 21 February 1996; Hoge Raad der Nederlanden, Strafkamer, Decision of 22 October 1996; Arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire kamer, Decision of 19 March 1997; Hoge Raad der Nederlanden, Strafkamer, 11 November 1997.

⁶¹ 军事法院第 1 庭，1997 年 4 月 18 日对公诉人 (Judge Advocate) 诉 G.Grabec 作出的裁决。

⁶² Ostre Landsret (丹麦高等法院东部分院)，第 3 法庭，1994 年 11 月 25 日对检察官诉 R.Saric 案件作出的裁决。

的性质和严重违约行为体系的适用有什么相关性。⁶³

法国的法院似乎也采取了相同的推理思路，虽然这样就案情本身还不足以作出判决。一个波斯尼亚国民向巴黎高等法院诉称在科察拉奇城塞族人的拘留营中遭受粗暴待遇，法院答复认为，它对灭绝种族罪和危害人类罪并没有管辖权，但它对侵权和战争犯罪享有管辖权。针对后者，法院审查了与严重违约行为相关的条款，而没有考虑冲突的性质，从那些条款中的义务规定引申出自己的管辖权，并决定被告应在其国内法院接受审判（或者被引渡回去）⁶⁴。检察官对此决定提出了上诉，推翻了法院决定。就战争罪的管辖权而言，高等法院提到的日内瓦公约中的那些条款由于其措辞并不能直接得到适用，另外法国也没有将公约那些条款纳入到国内立法，所以声称的管辖权是不存在的。法国上诉法院刑事法庭随后支持了这项裁决。⁶⁵

在比利时，某案件中一卢旺达人被控在卢旺达犯下多起罪行，这些罪行根据 1993 年 6 月 16 日颁布的一项比利时法中被定义为严重违反国际人道法的行为。法院得以借此之机，确认比利时法院可以对那部法律所规定的应当惩罚的行为进行管辖，即使该行为发生在本国国土以外的他国内冲突，并且不涉及比利时国民。⁶⁶

匈牙利宪法法院需要对惩治发生于 1956 年事件中的犯罪行为的程序法案作出其合宪性的裁决，更具体来说，是对那些犯罪是否不受法律约束问题作出裁决。法院认为，违反共同第三条的行为，根据匈牙利宪法可以不受法律约束，宪法就国际法定义的战争罪和危害人类罪中成文法的局限而言规定了一个例外。之后法院自己将违反共同第三条的行为归类为危害人类罪，但也没有对这个概念进行精确的界定。但是，得出这个结论的理由很清楚的表明法院并不认为这样的违反行为构成 1949 年日内瓦公约上的严重违约行为。在这个方面，它特别注意了可能由正在被审批的法案第二条措辞产生的混淆，提供了可作解释的说明，但它没有宣布该法案违宪（但宣布第一条违宪）。随后，匈牙利国会将第二条的文字原封不动地写入一部新的法律。于是宪法法院再一次需要对这个问题的裁决，它因该条的违宪性废除了整个法律文本。在法院的推理过程中，它再次申明它的观点，即违反共同第三条的行为和有关严重违约行为的条款之间没有联系。由于国内法这个有争议的条款建立起这种联系，所以法院认为其违宪。⁶⁷

最后，我们应该提及一些涉及尼日利亚军人或叛乱者的案件，1967 年在针对比夫拉叛乱者的内战期间通过了《尼日利亚武装力量行为法案》，法院依据这部法案对上述人员进行了审判。⁶⁸这清楚的表明了一种趋势，将违反可适用于国内冲突的人道法规则的某些行为罪刑化，但是，其应用的狭窄性也局限了这些例子的重要性。

⁶³ 这一点请见Tadic案件的裁决，同注 5，第 46-47 页，第 83 段。

⁶⁴ Tribunal de grande instance de Paris在 1994 年 5 月 6 日作出的对 E.Javor, K.Kussuran, M. Softic, S. Alic et M.Mujdzic v. X案件部分缺少管辖权和可受理民事案件的命令。

⁶⁵ 巴黎上诉法院第四上诉庭，E.Javor, K.Kussuran, M. Softic, S. Alic et M.Mujdzic v. X案件中 1994 年 5 月 6 日命令认为部分缺少管辖权和可受理民事案件，对该命令的上诉。Cassation法院刑庭 1996 年 3 月 26 日作出的裁决（同一案件）。

⁶⁶ 布鲁塞尔上诉法院，上诉庭，1995 年 5 月 17 日在V.Nt 案件中的裁决；Court of Cassation,第二庭，F.,1995 年 5 月 31 日作出的裁决（同一案件）；布鲁塞尔原诉地区法院，Council Chamber, 1996 年 7 月 22 日作出的命令（同一案件）。

⁶⁷ 匈牙利共和国宪法法院，判决No.53/1993(X.13.) AB 和判决 No.36/1996(IX.4.) AB.

⁶⁸ 见Tadic案件裁决第 106、125 和 130 段，同注 5，第 58，67 和 68 页。

其它渠道

1. 安理会决议

针对在索马利亚发生的事件，联合国安理会一致通过了两个决议，这可以证明，对于严重违反可适用于国内冲突中的人道法的行为，在国际上的确存在将这种不法行为罪行化的法律确信。⁶⁹在这些决议中，安理会强调那些实施或下令实施违反人道法的人必须被追究其个人责任。联合国通过的一些关于卢旺达和布隆迪冲突的决议也遵循了同样的思路。⁷⁰与此相类似，一些关于前南斯拉夫的决议就其与我们这儿的讨论而言也涉及到国内冲突的情势。⁷¹

联合国安理会通过以上决议表明，安理会认为，就那些实施或下令实施上述不法行为的个人，追究其个人的刑事责任已经成为国际关注的问题。这也表明追究个人责任的原则已经很好地建立起来了。虽然因为用词本身的不精确或者用语所包括的违法行为范围的问题，有时候人未免被用词搞糊涂，但总体上看来，安理会在这些决议中要解决的问题是针对我们称为严重违反人道法的行为。（在这种情况下，可适用于非国际性的武装冲突人道法）

2、两个特设国际刑事法庭规约

前南斯拉夫国际法庭规约是经过一个非常谨慎的程序草拟出来的。对于那些发生在国内冲突中的严重违法行为，事实上它并没有赞同也没有反对将其罪行化。但是，考虑到联合国安理会批准该规约的当时情况，安理会赋予法庭的使命和规约中第一条基于属时理由所规定的权限，另外安理会也发现前南冲突性质的复杂性（包含国际性冲突和国内冲突的因素），所有这些都表明“安理会希望国际法庭对案件的管辖权能尽可能的扩大到国内武装冲突和国际性武装冲突”，⁷²但是，即使我们能推断安理会是希望走这条路，我们也不能明白地断言（单凭规约获得通过这一简单事实）这条路已经成为一种法律。

卢旺达国际刑事法庭规约获得通过则是另一回事。“实际上，在后一方面，与制定前南法庭规约相比，联合国安理会对选择可以适用的法律挑选了更加扩张的办法，并卢旺达法庭案件管辖权包括在建立法庭的国际法文书中，不论这些文书被认为是国际习惯法的一部分还是它们从习惯法上规定了犯罪实施人的个人刑事责任”。⁷³规约第4条规定了严重违反日内瓦公约共同第三条和第二附加议定书的行为，这一条的通过，表明安理会相信存在着一种追究个人刑事责任的国际法。

这一巨大的发展通过卢旺达问题独立专家委员会的初步报告可以预知。该报告毫无困难地将卢旺达局势归类为非国际性武装冲突，继而讨论个人责任问题。⁷⁴虽然这一层

⁶⁹ 见决议S/RES/794(1992年12月3日) S/RES/814(1993年3月26日)

⁷⁰ 关于卢旺达：见S/RES/935（1994年7月1日）， S/RES/955（1994年11月8日） S/RES/978（1995年2月27日）。关于布隆迪：见 S/RES/1012（1995年8月28日）和 S/RES/1072（1996年8月30日）。

⁷¹ S/RES/787(1992年11月16日) S/RES/808(1993年2月22日) S/RES/819(1993年4月16日) S/RES/820（1993年4月17日） S/RES/827（1993年5月25日） S/RES/859（1993年8月24日） S/RES/913（1994年4月22日） S/RES/941（1994年9月23日） S/RES/1010（1995年8月10日） S/RES/1019（1995年11月9日） S/RES/1034（1995年12月21日）

⁷² 见Tadic案件裁决，同注5，第44页，第78段。

⁷³ 联合国，联合国秘书长根据安理会决议第955号(1994年)的报告，1995年2月13日，UN Doc.S/1995/134，第3-4页，第12段。

⁷⁴ 联合国，根据安理会第935号(1994年)决议建立的专家独立委员会的初步报告，UN Doc.S/1994/1125,1994年10月4日，第20页，第89-91段。

联系在报告本身有些含糊，但还是可以很容易地建立起来的。

3、国际法委员会的工作

作为理想的诠释法律原则的论坛，国际法委员会偶然有机会从两个角度来探讨我们现在所讨论的问题。出于起草国际刑事法庭规约的需要（其中一个草案在《危害人类和平及安全治罪法》草案前通过，虽然前者的起草工作晚些才开始），委员会考虑了非国际法冲突的问题，目标在于定义将来法院的管辖权。

法院除了对危害人类罪，灭绝种族罪和侵略罪可以实行管辖外，根据草案，也能对严重违反适用于武装冲突的国际法与国际习惯的不法行为，以及那些采用上述定义的犯罪和国际法委员会列出的有关条约中规定的犯罪实行管辖。上述清单排除了第二附加议定书，因为它不符合国际法委员会树立的标准，其中一个要求“条约必须要么在或引渡或审判原则的基础上创造一个普遍性管辖权体系，或创造国际刑事法院审判犯罪的可能，或者两者兼有之，由此清楚地承认国际法方面的原则。”⁷⁵草案中有一款专门规定了严重违反适用于武装冲突的国际法或习惯的行为。对这一款的评注没有明确指出该款目的是不是意在包括“战争罪”概念，⁷⁶也没有指出非国际性冲突是否也包含于其中。（虽然文本自身好像有这样的暗示）在这最后一点上，国际法委员会专门将一读通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案作为参考。关于这个草案的评注解释到：“‘武装冲突’这个词组，相反的，非常清楚和准确，不需要更多的解释。将战争罪定义为违反‘适用于武装冲突中的国际法规则’的不法行为，包括国际条约法和国际习惯法，也包括**所有类型的武装冲突**，只要有适用于它们的国际法。”⁷⁷

让我们在此特别感兴趣的是，国际法委员会起草的第二个草案恰恰是《危害人类和平及安全治罪法》草案。委员会起先还有些犹豫，⁷⁸最后在委员会通过草案题为“战争罪”那一条中的（f）款下规定了违反适用于国内冲突的人道法的行为。⁷⁹对该款的评注强调对上述违法行为，现在不承认存在个人刑事责任的原则。⁸⁰上述（f）款不满足于当前国际法的发展趋向，走得甚至更远，其努力的方向是：希望以下观点得到承认，危害人类和平及安全的犯罪在国际法委员会看来是极端严重的一类犯罪，能适用或引渡或审判原则，这种罪行也可能以国内冲突作为实施的背景。⁸¹国际法委员会采取了一种很新颖的思路。在它们的评注中具体指出 20 条（g）款（危害环境）应该被理解成包含国际性冲突和非国际性冲突，即使承认将其说成是当前国际法中的一种战争罪并不能非常让人信服。⁸²

⁷⁵ 联合国，国际法委员会第 46 次会议（1994 年 5 月 2 日-7 月 22 日）工作报告，UN Doc.A/49/10，第 78 页。但是排除第二附加议定书就把可能“严重违反”共同第三条的问题放在了一边，从这方面看，这可能落入法院管辖权范围。

⁷⁶ 举例说，国际法委员会认为归类为“严重违约行为”的行为（因此被认为是“战争罪”的行为）并不一定构成这一条含义内的“严重违约行为”，同上，第 74-75 页。

⁷⁷ 国际法委员会第 41 次会议工作报告，国际法委员会年鉴，1989 年，第 2 卷，第 2 部分，第 53 页，第 105 段（斜体为我们所加）。

⁷⁸ 经过上述评论（注 77），委员会又进行了简要的回顾。见国际法委员会第 47 次会议（1995 年 5 月 2 日-7 月 21 日）工作报告，UN Doc.A/50/10，第 54 页。

⁷⁹ UN Doc.A/CN.4/L.532，1996 年 7 月 8 日。

⁸⁰ 国际法委员会第 48 次会议（1996 年 5 月 6 日-7 月 26 日）工作报告，UN Doc.A/51/10，第 118-119 页。

⁸¹ 同上，第 116-117 页。

⁸² 同上，第 119-120 页。

术语使用方面的问题

在结尾之前，应该注意到我们在使用词汇上缺乏统一性，这一点很重要。我们不能在有关这类违法行为的条约规定中使用“战争罪”或者“严重违约行为”一词。

前南斯拉夫国际刑事法庭在塔季奇案件中的判决

前南斯拉夫上诉法庭在 1995 年 10 月 2 日对塔季奇一案的判决需要对这个问题作出裁定。我们应该先来简要描述一下法庭的推理过程和它们作出的结论。

被告人提交了一份动议作为其上诉的一个理由，辩称，本案中的冲突性质是国内冲突，规约第 2 条（严重违反 1949 年日内瓦公约情事），3 条（违反战争法或惯例），5 条（危害人类罪）都不能适用。对于第 2 条上诉庭认为第 2 条所说的严重违约行为体系局限于受日内瓦公约保护的人与财物，不能适用于共同第三条所规定的情势。在这个问题上上诉庭虽然采取了非常严格的立场，声称事实上这样的解释可能是唯一贴切的解释，但是上诉庭也将美国提交的法律之友辩诉状作为参考，限定它的立场。“国际习惯法中对严重违约行为体系范围的改变也许会变得越来越现实化。”⁸³关于规约第 3 条，上诉庭首先指出该条应被解释为“一般条款”，目的在于涵盖符合列举标准的任何法律。⁸⁴然后法庭详细讨论了与国内冲突相关的一些习惯法规则，然后讨论了个人刑事责任问题。在这一点上，上诉庭认为存在一条习惯法规则，它导出了下列结论：“根据联合国安理会目的和对第 3 条的逻辑解释与体系解释和国际习惯法，上诉庭总结认为根据第 3 条，国际法庭对该项诉讼中的被控行为享有管辖权，不管它们是否发生在国内或国际武装冲突中。”⁸⁵

虽然上诉庭没有使用具体的术语，但上诉庭好象认为今天“战争罪”也能发生在国内冲突中。尽管如此，考虑到国际法现状，上诉庭拒绝承认“严重违约行为”也能发生在国内冲突中。

以上是上诉庭大多数法官的意见，阿比萨博法官发表了不同的看法，认为“以裁决中所含的材料为基础，适用第二条是有充分理由的，即使归罪的行为发生在国内冲突中”。⁸⁶要说明对“严重违约行为”的“传统”解释向今天该术语新范畴的转变可以用以下两种方法（其中第一个要好些）：(1)日内瓦公约缔约国“在签约后的实践”和缔约国的“法律确信”带来了术语新的解释，由此“严重违约行为”的体系也开始包含非国际性冲突；(2)新的法规实体已经建立起“对公约起辅助作用的新的习惯法规则”，即‘严重违约行为’扩展到了国内冲突”。⁸⁷

⁸³ 见Tadic案件裁决，同注 5，第 47 页，第 83 段。

⁸⁴ 行为若达到第 3 条规定的起诉程度，该行为必须违反人道法中带有习惯性质的法规（或者条约法规，这取决于具体情况），必须构成严重的违反行为，必须含有不法行为人个人的刑事责任。同上，第 54-55 页，第 94 段。

⁸⁵ 同上，第 71 页，第 137 段。在法院 1997 年 5 月 7 日的判决中，可以注意到原审法院主要基于危害人类罪和违反共同第三条而宣判Tadic有罪。前南斯拉夫国际刑事法庭， 检察官诉Dusko Tadic a/k/a “Dule”：意见和判决，1997 年 5 月 7 日，案件号 IT-94-1-AR72,第 300 页。

⁸⁶ 前南斯拉夫国际刑事法庭， 检察官诉Dusko Tadic a/k/a “Dule”：Abi-Saab法官就关于被告在诉讼过程中对管辖权的申请上诉的单独意见，1995 年 10 月 2 日，案件号 IT-94-1-AR72,第 5 页。

⁸⁷ 同上，第 7 页。

国家实践和观点

就用语而言，应该承认“严重违约行为”的说法经常被使用。前面我们提到美国在其关于塔季奇案件的法律之友辩诉状中阐述的立场，德国与意大利军方手册的规定，比利时 1993 年 6 月 13 日的颁布的法律，巴黎高等法院的裁决，丹麦最高法院的判决。所以上材料的时间都在 1990 年之后，这一点也不是巧合。

但是，以上每一份材料都有自己的缺点：美国的立场缺乏明确的证据支持；德国军方手册中的规定没有国内立法支持；法国的裁决和丹麦的判决对案件中冲突的性质没有明确说明。匈牙利独自站出来明确反对使用“严重违约行为”，而它的宪法法院倾向于使用“危害人类罪”。

无论如何，最常见的立场（虽然有时候不很明确）和很多情况下也许最令人信服的做法是用外延很广的术语大伞“战争罪”来包含严重的违法行为，即使有的时候发生在国际性冲突中的某个行为也能被归类为严重违约行为。

虽然从使用术语的角度看，平衡似乎应该倾向于一般性的术语“战争罪”，但我们需要仔细一些，也不能就此忽略国家在使用某些术语时对它们赋予的真正含义，这个问题很重要，因而不容忽视。在此值得指出，即使有的时候根据“传统”看法，问题看起来是很清楚的严重违约行为，但国家还是会采取很慎重很独到的态度。不管怎么样，尤其是第一附加议定书通过之后（该议定书的通过标志着在将“海牙法”和“日内瓦法”统一到一起方面迈出了重要一步，或者说逐渐将两者融合到一起），要以两个概念所包含行为的范围为基础，在这两个概念之间进行区分变得越来越困难。就事实而言，它们两者间的最清楚区别可能是两者惩治违法行为的不同机制。

从这个方面看，有一点很清楚：对于那些在其它国家严重违反可适用于国内冲突的人道法的人，即使不是本国国民，有的国家也声称有权进行追诉（即使国际法委员会的工作和特设国际刑事法庭规约和判决都基于普遍性管辖原则），由此就作出以下结论还是相当困难，即已经有相当多数的国家根据假设性的义务开始追诉前述不法行为人。所以不能就此断言严重违约行为的体系当前存在于国内冲突的情势中。

结语

归根结底，如果断言严重违反可适用于国内冲突的人道法的行为事实上构成今天国际法规定的“战争罪”，这似乎并非毫无道理，这一发展变化带来的必然结论是普遍性管辖原则的适用。

不但如此，公法家学说作为确定法律原则的辅助方法，也进一步将以上观点具体化。⁸⁸事实上，最近国际法的发展也支持下述看法，即我们正在寻找的习惯法规则现在已经清楚的出现了。事实上，1997 年 2 月中旬，红十字国际委员会向国际刑事法院筹备委员会递交了一份非常谨慎的关于战争罪的工作报告。这份报告考察了严重违约行为和其它严重违反可适用于国际性武装冲突的国际人道法的行为。报告第三部分讨论了被红十字国际委员会描述为战争犯罪的发生在非国际性武装冲突的行为。⁸⁹

⁸⁸ 举例：M.伯兹，同注 50，第 247 页；C.曼德斯马，“违反日内瓦公约共同第三条的行为作为违反前南斯拉夫国际刑事法庭规约第 3 条下违反战争法或习惯的行为”，〈荷兰国际法评论〉，第 XLII 卷，1995 年，第 396 页；T.Meron,同注 6。

⁸⁹ 红十字国际委员会，〈战争罪〉，红十字国际委员会为建立国际刑事法院的筹备委员会准备的工作报告，纽约，1997 年 2 月 14 日，4pp.，和红十字国际委员会，在建立国际刑事法院的筹备委员会中的发言，纽约，1997 年 2 月 14 日，2pp。

本篇论文由新西兰和瑞士递交，得到了其他一些国家代表的支持，和美国递交的提议一起成为讨论的基础，而且成为有关战争罪草案统一文本的来源之一。⁹⁰1997年12月初，筹备委员会开始研究这个问题。新的关于战争罪的条款（第20条c段）包括了很多选择方案，该条中有两段专门讨论非国际性武装冲突。C部分规定严重违反共同第三条的行为，而D部分列举出其它几个针对适用于国内武装冲突的法规的违法行为。⁹¹

很多国家对第一部分或头两个部分所包括的内容达成了共识（对第二部分的内容有些小的异议）。只有很少一部分国家对此保持沉默，几乎没有什么国家根本反对在草案中包括有关国内武装冲突的条款。更进一步来说，这些国家的反对意见并不一定是质疑“非国际性武装冲突中的战争罪”这个概念的妥当性。⁹²它们可能仅仅与将来法院管辖权的范围问题相关。

不管怎么说，在过去五年中，这个领域发展的非常迅速，其趋势是追究非国际性武装冲突中严重违反国际人道法的行为人的个人刑事责任。

翻译：马珂南
校对：李兆杰

⁹⁰ 见：联合国，建立国际刑事法院的筹备委员会，战争罪定义工作组，新西兰和瑞士递交的提议，1997年2月14日，UN Doc.A/AC.249/1997/WG.1/DP.2；美国提交的提议，1997年2月14日，UN Doc.A/AC.249/1997/WG.1/DP.1；草案统一文本，1997年2月20日，UN Doc.A/AC.249/1997/WG.1/CRP.2；

⁹¹ 同上，〈战争罪〉，1997年12月12日，UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/CRP.9.

⁹² 值得注意的是，一些主要国家如印度和印度尼西亚正很清楚的向第一个方向发展。