

## 国际刑事法院筹备委员会:战争罪行的构成要件

### — 关于对 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》共同第三条的严重违反 克努特·德曼\*

在罗马于 1998 年 7 月通过《国际刑事法院规约》(以下称《规约》)以后,两年来,国际社会一直在进行更为重要的进一步的努力,以期建立该法院。截止到 2000 年 7 月 15 日,已有 14 个国家批准了该《规约》(它们是:塞内加尔、特立尼达和多巴哥、圣马力诺、意大利、斐济、加纳、挪威、伯利兹、塔吉克斯坦、冰岛、委内瑞拉、法国,比利时和加拿大)。《规约》一旦被 60 个国家批准,就将正式生效。考虑到许多国家为了能够遵守《规约》将不得不在批准它之前先颁布国内立法甚或改变国家宪法,因此,《规约》所需要的 60 个国家批准的数字,在短时间内看来难以达到。然而,对于许多国家为批准《规约》而做出的实质性的进展,我们仍然感到欢欣鼓舞。

除了各国国内在为批准《规约》而进行各种各样的准备活动以及为实施国内立法而进行补充规定以外,两份为国际刑事法院的运作所必须的重要文件,也已被国际刑事法院筹备委员会(以下简称为筹委会)<sup>1</sup>所通过:一份是《罪行的构成要件》,另一份是《程序与证据规则》。《规约》里面规定,要在 2000 年 7 月 30 日前完成这两份文件的草拟工作。筹委会已着手解决其他的有关事项。比如:在侵略罪的定义上努力达成一致,包括国际刑事法院对该罪实行管辖的条件(对于侵略的定义,在《规约》生效 7 年后召开第一次审查会议之前,并不一定要达成一致。);草拟法院与联合国的关系协议;拟定起草有关《总部协议》的基本原则;起草财务管理规则条例等。

本文将讨论罪行构成要件工作委员会有关战争罪构成要件的研究成果,特别是那些 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》保护战争受害者的条款以及共同第三条中所规定的战争犯罪。对于谈判,本文仅作概述,而不详尽描述。并且,本文仅选择对某些特定问题进行讨论。这并不表明筹委会在犯罪构成要件的其他方面已获得“完全”的解决方案。

筹委会在 1999 年底,结束了对犯罪构成要件文件草案的一读。一读草案涵盖了国际刑事法院《规约》第 6 条至第 8 条所列的全部犯罪。在 2000 年 3 月召开的筹委会第四次会议上,完成了对第 6 条(灭绝种族罪)和第 8 条(战争罪)<sup>2</sup>的二读。在 2000 年 7 月召开的最后一次会议上,反人道罪(第 7 条)的工作也宣告完成,并且整个犯罪构成要件文件起草完毕。

### 一般评论

犯罪构成要件的基础,被规定在国际刑事法院《规约》的第 9 条里。该条规定:“犯罪构成要件,‘将辅助法院解释和适用第 6 条(灭绝种族罪),第 7 条(反人道罪)和第 8 条(战争罪)’”。这明确地表明:犯罪构成要件本身仅作为辅助性的解释工具,对法官不构成约束力<sup>3</sup>。构成要件必须“与《规约》一致”。

工作委员会谈判的大部分工作,依赖于由美国、瑞士、匈牙利以及瑞士、匈牙利、哥斯达黎加联合起草的综合性文件。另外尤其是日本、西班牙和哥伦比亚代表团提交的文件。在 7 个国家——比利时、哥斯达黎加、芬兰、匈牙利、韩国、南非以及瑞士的要求下,国际红十字委员会起草并向会议提交了一份有关所有战争罪的研究报告。这一报告分七个部分。它是在对国际

\*克努特·德曼,红十字国际委员会法律顾问,红十字国际委员会出席国际刑事法院筹备委员会的代表团成员。本文仅代表作者本人的观点,并不代表红十字国际委员会的观点。

<sup>1</sup>见 1998 年 12 月 8 日联合国大会 53/105 号决议以及 1998 年 7 月 15 日联合国外交会议建立国际刑事法院决议 F。

<sup>2</sup>本文主要参考:PCN 国际刑事法院/2000/WGEC/L. 1 和 Corr. 1. PCN 国际刑事法院/2000/WGEC/L. 1/ADD. 2 和 Corr. 1.

<sup>3</sup>Dormann/Kreß, “Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verrechtselements zum Romischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Eine Zwischenbilanz”, Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften, No. 4, 1999, p. 303.

人道法法律文件进行分析和大量研究的基础之上，在引用国际和国内战争法庭的相关判例（其中包括：一战后的莱比锡审判，二战后的纽伦堡和东京审判以及一些国内判例，还有前南斯拉夫国际法庭和卢旺达国际法庭所作的决定），人权法文件以及联合国人权委员会、欧洲人权法院和美洲国家间人权法院的相关判例<sup>4</sup>的基础之上研究而成的。

## 战争罪的构成要件

### 与国际刑事法院《规约》第3编“刑法的一般原则”的关系

这些罪行与刑法的一般原则之间的关系，是工作委员会在起草文件时所遇到的一个特别困难的问题。在意大利政府和斯拉科撒刑事科学国际高级研究所(意大利)组织的会议上，对这一问题进行了长时间的讨论。斯拉科撒的会议成果，为筹委会的讨论提供了坚实的基础<sup>5</sup>。好几个在该会议上提出的问题现在都写进了适用于所有犯罪的序言中。它们是：

1. 根据第9条的规定，犯罪构成要件在辅助法院解释和适用第6, 7, 8条时，将与《规约》保持一致。《规约》的所有条款，包括第21条以及第3章所列的一般原则，都适用犯罪构成要件。

2. 正如第30条中所提到的，除另有规定外，只有当某人在故意和明知的情况下实施犯罪的物质要件，该人才对本法院管辖内的犯罪负刑事责任，并受到处罚。当犯罪构成要件并未提及某一特定行为、结果和情况等所要求的主观要件时，那么就应理解为：第30条中所规定的相关的主观要件，如故意或明知，或二者皆有，亦可以适用于上述情况。除第30条规定的标准外，依据《规约》，包括将适用的法律在内的相关条款，在下文也将会提到。

3. 从相关的事实和情况中，可以推断出故意和明知的存在。

4. 关于价值判断方面的主观因素，例如，在所使用的“非人道”或“严重”这些术语方面，除另有规定外，不必证明犯罪行为人<sup>6</sup>完成了某一特定的价值判断。

5. 每一罪行的犯罪构成要件，并没有对所要求的免除刑事责任和不存在刑事责任的情况作出具体规定。

6. 《规约》或国际法的其他部分，特别是国际人道法中所规定的“不合法性”，在犯罪构成要件中并未作出一般规定。

关于序言的内容，可以见诸于下面的评论。

第一段强调了犯罪构成要件非约束性的特征来源于国际刑事法院《规约》第9条第(3)款，并且澄清了犯罪构成要件与《规约》条款之间的关系。

序言在其第2段，详细描述了《规约》第30条该如何适用于犯罪的构成要件<sup>7</sup>。尤其是，这一段还解释了为什么在各种不同犯罪的构成要件中很少提到主观要件。在筹委会的会议上，大家都清楚地意识到：国际刑事法院《规约》第30条的规定与对罪行的定义之间的关系很难在有关犯罪构成要件的文件中得到合适的反映。主观要件是否应在每一个犯罪中下定义？主观

<sup>4</sup> PCN 国际刑事法院/1999/WGEC/INF. 1,

PCN 国际刑事法院/1999/WGEC/INF. 2,

PCN 国际刑事法院/1999/WGEC/INF. 2/Add. 1,

PCN 国际刑事法院/1999/WGEC/INF. 2/Add. 2,

PCN 国际刑事法院/1999/WGEC/INF. 2/Add. 3。

<sup>5</sup> 见 PCN 国际刑事法院/2000/WGEC/INF. 1. 中的报告。

<sup>6</sup> “这些构成要件中使用的‘犯罪行为’这一术语在有罪与无罪上是中立的。包括适当主观要件的犯罪构成要件适用于《规约》第25条和28条规定的可能承担刑事责任的人。”见：PCN 国际刑事法院/2000/WGEC/L. 1 和 corr 总序第8段。

<sup>7</sup> 第30条规定如下：“（1）除另有规定外，只有当某人在故意和明知的情况下实施犯罪的物质要件，该人才对本法院管辖内的犯罪负刑事责任，并受到处罚。

（2）为了本条的目的，有下列情形之一的，即可以认定某人具有故意：

（a）就行为而言，某人有意从事该行为；

（b）就结果而言，某人有意造成该结果，或者意识到事态的一般发展会产生该结果。

（3）为了本条的目的，“明知”是指意识到存在某种情况，或者事态的一般发展会产生某种结果。“知道”和“明知地”应当作相应的解释。”

要件是否在第 30 条里作规定也就够了？或者法官能否使用自由裁量权等？所有这些问题在会议上都进行了热烈的讨论。然而，由于各国法律制度的不同，使得以一致的方式提出犯罪的构成要件几乎是不可能的。

对第 30 条中最引起争议的是“除另有规定外”一词所内含的意义，即在犯罪的主观因素方面外还有哪些相关的法律渊源。例如，这句话是否意味着，《规约》第 30 条排他性地对每一犯罪的主观要件，都作了规定，除非《规约》中还有其他的规定，即便这些规定比国际习惯法的要求更严；或者它是否意味着主观要件可能在犯罪构成要件中作出特别规定？看来除了《规约》中明确规定的不同标准外，即便不是全部代表团，也是大多数代表团都同意：除了《规约》第 30 条以外，《规约》第 21 条中所规定的其他的国际法渊源，特别是可适用的条约和国际人道法已经确立的原则，也可以适用。关于这一点，联合国前南斯拉夫国际法庭和卢旺达国际法庭的司法实践，可以给我们提供有价值的参考意见。有关适用于严重违反《日内瓦公约》的主观要件，将在下面进行详细讨论。前南斯拉夫国际刑事法庭认为：“本法庭认为：犯罪动机，也就是所有对《规约》第 2 条（重大违约情事）的违反，这里面既包括犯罪故意，也包括与严重的疏忽有关的犯罪过失<sup>8</sup>”。

如何用以上的论点来决定如何适用国际刑事法院《规约》的第 30 条，将有待于国际刑事法院未来的法官来考虑。法官在“故意的”这一术语上可能面临相似的问题，《规约》第 8 条所列的一些罪行中使用了“故意的”这一术语，但在犯罪构成要件中则没有。因此，国际刑事法院将不得不考虑：第 30 条里所包括的标准，是否在事实上与联合国特别国际法庭所确立的对“故意性”一词是一致的。

第二个解释性问题是关于“物质要件”的含义。第 30 条规定：物质要件必须在故意和明知的情况下实施，但是它没有明确解释什么是“物质”。就该条第 2 款和第 3 款所提到的三种非主观要件的类型（行为，结果，情况）而言，它实际上已对“物质要件”的含义作了某些暗示。因此，这三种非主观要件在《规约》里也可被视为物质要件。然而，第 30 条本身并没有说明：除了这些以外，是否还存在其他要件，例如与管辖权有关的要求，即完全不需要与主观要件相联系的要件。这也解释了为什么在某些非主观要件的本质上存在着如此多的争论。尤其是有关战争罪方面的特殊要件。因为只有当什么才是战争罪的要件清楚并已符合的情况下，才有可能被定为战争罪<sup>9</sup>。

对于许多代表团来说，序言的第三部分尤其重要。他们担心犯罪构成要件中所规定的某些主观要件，可能会给检察官带来过于沉重的负担。因此，有必要强调犯罪行为人的明知和故意可以从有关情况中推断出来，并且检察官也不必在每一个案件中专门为这些主观要件提供证据。

第 4 段为法官在处理所谓“价值判断”上提供了一些参考。尽管斯拉科撒报告强调：“问题是犯罪构成要件是否需要澄清：检察官有没有责任要证明被告人自己已经完成了正确的、合乎规范判断，即该被起诉人是否认为他的行为是‘不人道的’或‘严重的’。”一般来说，上述有关的规定已经非常清楚，不必在犯罪构成要件中进行进一步的详尽说明。然而，筹委会认为，为了确保国际刑事法院《规约》第 30 条规定的明知标准不适用于这些要件，澄清还是有必要的。本文建议，在对序言进行澄清的基础上，应当由法官来决定哪一种具体的行为可被认为是“不人道”或“严重的”。因此，检察官只需要证明：犯罪行为人知道在通常的情况下他的行为能引起伤害即可。因此，下面这段话不能成为犯罪行为人有效的辩护：“我知道我的行为会引起伤害，但是我无法预测它将是严重的。”

第 5 段则阐明了免除刑事责任的理由，仅在特殊情况下可被引用。

第 6 段是序言中最重要的段落之一。在某种程度上这段是用含糊的措辞起草的，要对它进行解释只能通过参考犯罪构成要件的形成过程。“非法的”这一术语并不是指构成《规约》中可免除刑事责任的理由，而是作为一个“地标”，指引人们去参考国际人道法的相关条款。例如，关于战争罪部分的“驱逐出境罪”（国际刑事法院《规约》第 8 条第 2 款第 1 项第 7 目）只能适用于《日内瓦第四公约》第 49 条第 2 款和第 3 款所规定的合法驱逐不适用的情况。国际

<sup>8</sup> 检察长诉提阿米·巴拉斯基切案，前南国际刑事法庭判决，IT-95-14-T，第 52 段。

<sup>9</sup> 详见下文。

刑事法院《规约》第 8 条第 2 款第 1 项第 4 目里所规定的战争罪部分中的“侵占和破坏财产罪”，则必须与《日内瓦公约》中有关各种受保护的财产的规定一起考虑。“非法的”这一术语，则是与 1977 年 6 月 8 日第一附加议定书第 85 条第 3 款和第 4 款所规定的“违反本议定书有关规定”和“违反各公约和本议定书”的术语起着相同的作用。”

在斯拉科撒会议期间，代表团还对是否有必要对其他形式的刑事责任进行详尽说明（例如，有关各种参与犯罪或者企图参与犯罪的形式等等）和第 28 条（有关指挥官和上级的责任），进行了争论。尽管在筹委会第一次会议上美国代表团就该问题提交了建议草案，但大多数代表团则认为：《规约》的规定是充分的，没有必要对这些类型的刑事责任再提出附加的构成要件。因此，犯罪构成要件只规定了直接的犯罪行为人的刑事责任，而没有规定其他类型个人的刑事责任。

## 国际刑事法院《规约》第 8 条第 2 款第 1 项所规定的战争罪——严重违反《日内瓦公约》的行为

### （1）物质要件和主体要件的适用

国际刑事法院《规约》第 8 条第 2 款第 1 项中所列的各项犯罪，都包括四个共同要件。这些要件描述了物质要件和主体要件的适用范围以及相伴随的主观要件。两个非主观要件来源于第 8 条第 2 款第 1 项的引言：“严重违反 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》的行为，即对有关的《日内瓦公约》规定保护的人或财产实施下列任何一种行为。”第一个共同要件规定如下：

“行为发生在国际性的武装冲突的情况下，与国际性的武装冲突有关。”

“在 …… 情况下以及与 …… 有关”的用语，是要在战争罪和普通的犯罪行为之间作一明显的区分。很显然，筹委会的这一表述来源于特设国际刑事法庭的司法实践。前南国际刑事法庭根据“国际人道法适用于武装冲突的进行，敌对行动的停止，直到最终达成和平协议”<sup>10</sup>和“至少《日内瓦公约》的某些条款，适用于冲突各方的全部领土，而不仅仅只是实际敌对状态的附近 …… 特别是那些有关保护战俘和平民的条款”，<sup>11</sup>“在 …… 情况下”这一用语，就是因为前南国际刑事法庭的司法实践，而产生的。

“与 …… 有关”这一用语，是要反映国际刑事法庭的司法实践中“犯罪与武装冲突之间必须建立起某种充分的联系”这一法律观点。与武装冲突无关的行为，比如由于妒忌这样的个人原因而进行的谋杀，就不能认为是战争罪。

特设国际刑事法庭还一直采用客观标准来判定武装冲突的存在、性质以及它与它之间的联系。很显然，采用这一方法，前南国际刑事法庭将这一要件仅作为其具有管辖权的条件。例如，法庭在塔第切一案中认为：

“武装冲突的发生或占领的存在以及国际人道法在该领土上的可适用性，并不足以对在前南斯拉夫领土上实施的每一项严重犯罪都具有国际管辖权。对于处于国际刑事法庭管辖下的每一项犯罪，必须在所宣称的犯罪和武装冲突间形成充分的联系，才能使得国际人道法得到适用”<sup>12</sup>。

筹委会的一些代表以这一司法实践为基础，坚持认为：检察官不必证明犯罪行为人知道武装冲突的存在以及该武装冲突的性质是国际性的还是非国际性的等因素。但其他代表则认为，前南国际刑事法庭法庭所审理的案子，显然是发生在武装冲突的情况下。因此对于“明知”这一要求，在这种情况下显然无须讨论。

在筹委会经过长时间细致的讨论后，工作委员会接受了下面的意见，即：每项犯罪都应包括如下构成要件：

“行为发生在国际武装冲突的情况下，并且与之有关。”

<sup>10</sup> 参见：检察长诉 D. 塔第切案，“前南国际刑事法庭就辩护人对管辖权在审理中提出上诉的判决”，1995 年 10 月 2 日，IT-94-1-Ar72，第 70 段。

<sup>11</sup> 同上，第 68 段。

<sup>12</sup> 检察长诉 D. 塔第切案，前南国际刑事法庭初审庭判决，1997 年 5 月 7 日，IT-94-1-T，第 572 段。另参见琼斯：〈〈前南斯拉夫和卢旺达国际法庭的实践〉〉，第二版，第 51 页，纽约。

犯罪行为人知道据以确立存在着的武装冲突的情况。”<sup>13</sup>

序言中有下列解释性的阐明语句，它应当被视作构成要件的一个不可分割的部分：“关于所列每一项犯罪的这些构成要件：

\*不要求犯罪行为人是否存在武装冲突或对冲突系属国际性质还是非国际性质作出法律方面的评价；

\*不要求犯罪行为人对进行中的武装冲突是属于国际性还是非国际性的必须有所了解。

\*仅要求被告人知道据以确立武装冲突存在的事实情况。“发生在 …… 情况下和与 …… 有关”这一术语，则包含了这一要求。

上述一段话的用语是相当混乱和含糊、甚至是自相矛盾的。产生这种情况是由于主观要件的解释给人以这样一种印象，即要求完全知道构成武装冲突的事实。序言的第 3 段或者战争罪部分的引文并未减弱人们的这一印象，而该印象与起草者的意图是相违背的。从上文，我们只能得出被告需要知道这一结论。很显然，犯罪行为人只需知道在他的行为和武装冲突之间存在联系就够了。然而，实践中又将会怎么样呢？在每一个案子中，检察官是否都需要证明犯罪行为人的动机（个人动机或者与武装冲突有关的动机）？为了澄清起草者的意图，有必要指出构成犯罪构成要件工作委员会下属的协调委员会所概括的阐述意见的前提，即检察官：

\*不必证明犯罪行为人对武装冲突是否存在或武装冲突是系国际性质还是非国际性质问题有否作过法律方面的评估；

\*不必证明犯罪行为人知道使武装冲突成为国际性还是非国际性的事实情况。

对“在 …… 情况下”这一犯罪要件所应“知道”的程度，几乎所有的代表团有比较一致的看法。但对于“知道”使得某一条件成为武装冲突的事实情况以及构成存在联系的证据这点上，代表团基本上形成了两派观点。大多数人认为：不必证明犯罪行为人至少知道某些事实情况。

持上述观点的人认为，那些事实情况所要求的主观要件的标准低于第 30 条所规定的标准。它应当是“知道或者应当知道”。他们承认：在大多数情况下，对是否存在武装冲突这一点是非常容易判断的，它不要求“知道”的附加证明；然而，也有可能在某些情况下会要求动机的证明。另一方则坚持认为，在所有情况下都不需要主观要件。上述一段文字至少对判断要求“知道”的标准，提供了一些指导。不存在关于检察官必须证明犯罪行为人的“知道”的标准要比一般人所认为的要高的要求。

第 8 条第 2 款第 1 项规定的第三和第四个共同要件，解释了那些可能成为严重违反《日内瓦公约》行为的受害者以及所需要的主观要件，该规定如下：“上述一人或多人处于一个或多个《1949 年《日内瓦公约》》的保护之下，犯罪行为人知道据以确立受保护身份的事实情况。”<sup>14</sup>后一要件确认了国际刑事法院《规约》第 30 条和第 32 条之间的相互作用，强调了以下的普遍规则，即：尽管以不知道事实为由可能作为一个借口，但是以不知道法律为由，却不能成为一个借口。

在谈判期间，有与会者提出：前南国际刑事法庭近来在有关受《日内瓦第四公约》受保护人的问题上的司法观点，是否应当特别反映在构成要件中。日内瓦第四公约第 4 条将受保护人定义为：“那些发现他们自己处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人。”

前南国际刑事法庭认为，在目前发生在种族之间冲突的情况下，第 4 条应被赋予更广泛的解释，以便某人能被给予受保护之身份，即便事实上他或她与俘获他或她之人具有相同国籍<sup>15</sup>。在塔第切一案中，初审庭认为“不仅公约的上下文及起草该公约的过程表明，而且更重要的是该公约的目的和宗旨也表明，对冲突一方的效忠以及相应地在某一特定的领土上的人处于

13 最初起草的关于主观要件是：“被起诉人知道据以确定存在武装冲突的事实情况”。然而，最后为了表明犯罪行为人仅需要知道某些事实情况而不是所有的事实情况才能使法官得出武装冲突正在进行这一结论，该条后来被删去了。

14 考虑到第 8 条第 2 款第 1 项第 4 目规定的犯罪并不是针对受保护的人，而是针对受保护的财产，构成要件规定如下：“该财产受一项或多项 1949 年《日内瓦公约》的保护。犯罪行为人知道据以确立该受保护身份的事实情况。”

15 检察长诉塔第切案，前南国际刑事法庭初审庭判决，1999 年 7 月 15 日，IT-94-1-A，第 166 段。

该冲突一方的控制，可以被视为是决定性的标准”<sup>16</sup>。这一表述依赖于对《日内瓦第四公约》第4条的目的性的解释。日内瓦第四公约强调：该公约的目的是“为了最大限度地保护平民”。在塔第切一案中，该公约第4条的首要目的被表述为“是为了确保公约给予那些无法享受外交保护以及那些并不属于他们发现自己处于其效忠和控制国家手中之平民以保护。在给予保护问题上，第4条是想寻求实质上的联系，而不是法律特征上的联系”<sup>17</sup>。

在经过一段时间的讨论之后，筹委会认为对物质要件不必作更周密的规定。国际刑事法院可以自由决定，是否接受前南国际刑事法庭在有关受《日内瓦第四公约》受保护人的问题上所表达的观点。有人担心，要求的主观要件可能在这一特殊问题上制定了一个过高的下限。在这种情况下，必须强调：特设国际法庭一直是在纯客观的基础上来决定受保护人的地位。然而，由于“事实上的明知”是一个要求，筹委会在注解中特别提到，犯罪行为只需要知道受害人属于敌方即可<sup>18</sup>。这样，知道受害人的国籍或者对国籍概念的解释，就不再是一个要求。

## 2) 特定战争罪的构成要件——概要

下文是筹委会所讨论的有关特定战争罪传统观点的概要。

一个有关明示违约的异常棘手的问题，是关于酷刑罪的。酷刑在《规约》里被定义为反人道罪（第7条第2款第5项）：“酷刑是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦。”

然而，在好几个判决中，特设国际刑事法庭根据1984年《禁止酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》对酷刑的定义来定义酷刑罪。国际法庭认为上述公约也反映了国际习惯法及国际人道法的宗旨<sup>19</sup>，相应地对构成要件也作了定义<sup>20</sup>。该公约包括下列要件：“痛苦或折磨，必须为下列目的施加于某人，例如：获取情报或者供状，惩罚或者威胁或者强迫，或基于任何歧视性理由”，以及“痛苦或折磨必须在政府官员或者其他以官方身份行为的人的唆使、同意或者默许的情况下实施”。而国际刑事法院《规约》却未在其规定中包括上述要件。

筹委会的一些代表认为：为了将酷刑与非人道待遇罪区别开来，应当要求具有目的性这一要件或官方身份这一要件，或二者皆有。而另一些人认为：应当与欧洲人权法院的判例相一致，将使用所施加的痛苦或折磨的严重性作为区分上述两种罪的标准。

在筹委会的最后讨论中，为最大限度地尊重特设国际刑事法庭的判例而在这一问题上而达成了妥协。它包括有目的这一因素，并重复《禁止酷刑公约》里的作为例证的条件<sup>21</sup>，但排除

<sup>16</sup> 同上。

<sup>17</sup> 同上，第168段。

<sup>18</sup> PCN 国际刑事法院/2000/WGEC/RT.2/corr.3。

<sup>19</sup> 检察长诉德拉利切案，前南国际刑事法庭初审庭判决，1998年11月16日，IT-96-21-T，第459段。

<sup>20</sup> 同上，第494段。

(1) 必须存在引起精神上或身体上痛苦或折磨的作为或不作为。

(2) 该痛苦或折磨是故意施加的。

(3) 并且为了从受害人或第三人获取情报或供状，因为他或她或第三人实施行为而处罚受害人，或基于任何一种歧视的理由恐吓或威胁受害人或第三方。

(4) 并且该作为或不作为是在政府官员或以官方身份行使职权的其他人员的唆使、同意或默许下实施。”

在随后的判决中，前南国际刑事法庭描述了有关酷刑的特殊构成要件作为“从有关武装冲突的国际刑法的特殊观点中得出来的结论”。因此，前南国际刑事法庭认为武装冲突中酷刑的构成要件需要：

“（1）包括由作为或不作为施加的身体上或精神上的严重痛苦或折磨；此外，

（2）该作为或不作为必须是故意实施的；

（3）为了获取情报或供状，处罚、恐吓、羞辱或者受害人或第三人；或基于任何理由，歧视受害人或第三人；

（4）必须与武装冲突相联系；

（5）至少有一个参与实施酷刑的人是政府官员或以非私人身份行使职权，例如，作为一个事实上的政府机构或任何其他获得授权的实体。”

检察长诉费隆斯案，前南国际刑事法庭初审庭判决，1998年12月10日，IT-95-17/1-T，第162段。

<sup>21</sup>前南国际刑事法庭在这点上认为：“习惯上酷刑的定义（《禁止酷刑公约》规定的定义）使用‘为此目的’，是指所列的各种目的并不是穷尽性的，而仅仅是有代表性的”，上述引文，第19、470段。

然而，卢旺达国际刑事法庭似乎认为通过表述“为了下列一个或多个目的”来表达穷尽性的列举。检察长诉阿

有关官方身份的这一要件。最后通过的关于犯罪构成要件起草的文件，不排除考虑前南国际刑事法庭司法实践中所作的任何进一步澄清的可能性。关于目的性要件，前南国际刑事法庭强调“不必要求犯罪行为”完全是为了某一禁止性目的而实施。因此，为满足这一要求，禁止性目的应当仅作为行为动机的一部分，而且不必是主导的或唯一的目的。”<sup>22</sup>

考虑到犯罪构成要件中所列的禁止性目的并不是穷尽的，因此，前南国际刑事法庭在费罗兹<sup>23</sup>案中所提到的“令人受辱的目的”没有规定在犯罪构成要件中，不会带来任何害处。

关于不考虑官方身份问题，国际刑事法院筹委会比国际法庭更进了一步。但很明显，它是按照国际特设法庭的倾向进行的。

国际法庭在某种程度上已经弱化了《禁止酷刑公约》规定的标准。在德拉利切一案中，前南国际刑事法庭认为：

“传统上来说，酷刑应当是在政府官员或者其他以官方身份行为的人的唆使、同意或者默许的情况下实施的。在国际人道法方面，为了禁止酷刑发生在涉及某些非缔约方的国内或国际武装冲突中，上述要求应当被理解为包括武装冲突中的非缔约方的官员”<sup>24</sup>。

另一有争议的问题是有关“非人道待遇”（国际刑事法院《规约》第8条第2款第1项）的构成要件。一些代表认为：犯罪行为不应局限于施加严重的身体或精神上的痛苦之上，还应当包括构成“严重侵犯人类尊严”的行为。这种观点很大程度上是建立在前南国际刑事法庭的司法实践的基础之上。因为前南国际刑事法庭认为，严重侵犯人类尊严也可以构成非人道待遇<sup>25</sup>。最后，筹委会决定在构成非人道待遇行为的定义方面，不包括侵犯人类尊严这一点。因为“损害个人尊严，特别是侮辱性和有辱人格的待遇”罪已经涵盖了这一行为。这种解释在国际刑事法院中不会产生问题，但在解释《日内瓦公约》时可能会产生一些意想不到的影响。严重侵犯人类尊严如被包括在非人道待遇这一概念中，那么严重违反规则和强制性的普遍管辖权也将会适用。这意味着《1949年《日内瓦公约》》的缔约方，就有义务搜寻和起诉犯罪行为人，而不论其国籍和犯罪实施地。然而，如果这些行为仅被涵盖在“损害个人尊严”罪中，则将仅适用宽容性的普遍管辖权。而且，缔约国家仅有义务制止在其领土上发生的行为，或者只是其国民实施的行为。

对国际刑事法院《规约》第8条第2款第1项第4目，即关于“广泛破坏和侵占财产”罪的讨论，对源于严重违反《日内瓦公约》的犯罪进行的谈判来说，是非常重要的。

第8条第2款第1项重复了《日内瓦公约》中的相关规定；然而，起草构成要件被证明是困难的，因为严重违反条款要和整个公约的不同条款联系起来考虑。这些条款规定了不同的保护标准。在破坏和侵占财产罪方面，起草者为特殊的受保护财产下了不同标准的定义。这可以通过保护民用医院和保护占领地财产的规定来得到例证。

《日内瓦第四公约》的第18条，制定了关于保护民用医院不得受到袭击，即不得受到破坏的规定。其具体规定如下：“凡为照顾伤者、病者、弱者及产妇而组织之民用医院，在任何环境下，不得为攻击目标，而应随时受冲突各方之尊重与保护。”

第19条明确限制了民用医院丧失保护的条件：“民用医院应得之保护不得停止，除非此项医院越出其人道主义任务之外，用以从事有害于敌方之行为。惟如经给予相当警告，并按个别情形规定合理时限而警告仍被忽视时，始得停止保护。”

该公约第53条，则以一种不同的方式规定了占领地上受保护的财产：“禁止占领国对个别或集体属于私人，或国家，或其他公共机关，或社会或合作组织所有之动产或不动产之任何破坏，

---

加耶粟案，卢旺达国际刑事法庭初审庭判决，ICTR-96-4，第594段；在牟斯马案中，法庭按照酷刑公约以一种非穷尽性的列举来定义酷刑。检察长诉牟斯马案，卢旺达国际刑事法庭初审庭判决，ICTR-96-13，第473段。

<sup>22</sup> 上述引文，第19，第471段。

<sup>23</sup> 关于在第3目下增加“羞辱”的目的，前南斯拉夫国际刑事法庭在上述几个判决中认为它是受国际人道法一般精神保护的；国际人道法的首要目的是保护人类尊严。这一建议得到了一些国际公约中某些条款的支持，这些公约包括《日内瓦公约》和附加议定书，它们一致的目的是保护人们不受到或不再受到“损害个人尊严”的敌对行动。在任何情况下，“羞辱”的含义都与恐吓的含义有关，恐吓的含义可以参考酷刑公约中对酷刑的定义。上述引文，第20，第163段。

<sup>24</sup> 上述引文，第19、473段。

<sup>25</sup> 上述引文，第19、544段；上述引文，第8、155段。

但为军事行动所绝对必要者则为例外”。

由于以上的这些规定,起草犯罪构成要件时不得不反映上述规定里所定的标准。国际刑事法院《规约》第8条第2款第1项第4目所规定的“无军事上的必要”,在这方面具有重要意义。有必要指出:“军事必要”仅涵盖符合战争法和习惯的方式。相应地,除非武装冲突法规则明确规定了减损的可能性,否则对于构成军事必要的基础不能作任何减损。在有关犯罪构成要件的定义中,如果能明确地指出这一点,那就更好。

对于“强迫战俘或其他被保护人在敌国部队中服役”罪(第8条第2款(a)项第5目),筹委会决定将严重违反条款与1907年海牙《关于陆战法规和惯例的章程》的第23条加以结合。受到禁止的行为规定如下:“通过行为或威胁,犯罪行为人强迫一个或多个受《日内瓦公约》保护的人参与反对其本国或军事组织之军事行动,或在除上述以外的敌国部队中服役。”“除上述之外”一词是指海牙章程中规定的方面——“参与敌国部队”——仅仅是《日内瓦公约》中规定的禁止性行为(例如,“在敌国部队中服役”)的一个特例。国际刑事法院《规约》第8条第2款第1项第4目规定的犯罪,与第8条第2款第2项第15项规定的犯罪之间,有不少重叠的地方。而后者则完全是以1907年海牙章程为基础而制定的。

关于“故意剥夺战俘或其他受保护之人应享有的公允及合法审判的权利”(第8条第2款第1项第6目)的罪行,受到禁止的行为规定如下:“犯罪行为人,通过拒绝司法保护而剥夺一人或多人享有的公允及合法审判的权利,尤其是《1949年日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》中的规定所享有的司法保护。”有必须强调,绝大多数缔约方都持以下观点:除了那些明确规定在《日内瓦公约》中的司法保护以外,有些权利的剥夺(例如,规定在1977年附加议定书中的关于无罪推定和其他公正的保证措施保护如果被剥夺),也构成上述犯罪。这一观点反映在“特别”这一用语上。

关于“非法驱逐出境或迁移”的罪行(第8条第2款第1项第7目),筹委会认为:《日内瓦第四公约》第157条的定义,必须与第49条一起来理解。上述定义禁止所有的强迫迁移,包括那些居住在占领地的人和那些被从占领地被驱逐出境的受保护之人。<sup>26</sup>

关于“非法拘禁”罪(第8条第2款第1项第6目),有一项对构成要件的阐述非常必要。被禁止的行为被定义为:“犯罪行为人拘禁或持续拘禁一人或多人于某一特定地方。”“持续拘禁”这一用语是想涵盖下列情况:尽管某一受保护之人依据《日内瓦第四公约》的第27、42和78条一直被合法地拘禁,但是在某一特定的时间内,对他的拘禁会成为非法。根据前南国际刑事法庭在德拉利切案中的判决,被拘留的人只有在被给予类似于规定在日内瓦第四公约43条里某些程序上的权利时,对他的拘禁才被认为是合法的。由于公约将如何采取拘禁措施,在很大程度上交由各缔约方自己判断,所以前南国际刑事法庭认为(《日内瓦公约》也认为):“‘拘留国法定的司法或行政机关必须尽速重新考虑’该拘留国对某人拘禁或安置于指定居所之决定<sup>27</sup>”。另外还重申,司法或行政机关应当认为只有安全事由具有绝对必要之情势,始使得该拘留措施合法。如果不是上述事由,司法或行政机关应当宣告该拘留无效。法庭认为:“基本的考虑是:平民被安置于指定居所或者集中营的时间,都不得超过拘留国为保证其绝对安全所需之时间。”<sup>28</sup>

《日内瓦第四公约》第78条的规定是为了保护被占领土上的平民享有基本的程序性权利而制定的。关于这一规定,国际刑事法庭认为:“尊重这些权利是整个公约的一项基本原则<sup>29</sup>”。因此,“尽管某一拘禁在最初阶段是合法的。将如果拘留国没有尊重被拘留人基本的程序性权利,并且也没有建立《日内瓦第四公约》第43条规定的合适的法院或行政机关<sup>30</sup>,或者发生了第78条所规定的拘禁被占领土平民的情况,那这一合法的拘禁也将变为不合法。

前南国际刑事法庭在德拉利切案中的意见,现都已反映在犯罪构成要件的文件中。

<sup>26</sup> 相关构成要件规定如下:“犯罪行为人将一人或多人驱逐出境或转移到另一国或另一处所”。参见对第85条的评论,塞多滋、斯威纳西基、基马编辑:《对1949年8月12日日内瓦公约之1977年6月8日附加议定书的评论》,红十字国际委员会,日内瓦,1987年第3502号,第100页,尤其是注28。

<sup>27</sup> 同上注19,第580段。

<sup>28</sup> 同上,第581段。

<sup>29</sup> 同上,第582段。

<sup>30</sup> 同上,第583段。

关于“劫持人质”罪（第8条第2款第1项第8目），值得注意的是：该罪的构成要件，主要是以《1979年反对劫持人质国际公约》所下的定义为基础的。该劫持人质的国际公约，并不属于国际人道法的范围。它是在不同的法律文化背景下起草的。然而，与酷刑罪一样，劫持人质罪的定义被工作委员会进行了修改，以适应武装冲突的法律规范。反对劫持人质公约的第1条，对劫持人质上所下的定义是：“任何人劫持或拘禁某人（人质），并且威胁杀害、伤害或继续拘禁人质，而为了迫使第三方、即某一国家、国际组织、自然人或法人或一组人采取行动或不采取行动，以此作为释放人质的明示或默示条件。”

考虑到二战时的一些判例法，上述定义的范围太狭窄了，因此，犯罪构成要件在定义特殊的主观要件时，增加了下列需要强调的要件：

“犯罪行为人意图迫使某一国家、国际组织、自然人或法人或一组人采取行动或不采取行动，以此作为该一人或多人安全或释放的明示或默示条件。”<sup>31</sup>

### 国际刑事法院《规约》第8条第2款第3项规定的战争罪——违反《日内瓦公约》共同第3条的行为

国际刑事法院《规约》第8条第2款第3项规定的犯罪构成要件包括四个共同要件，描述了适用于每一犯罪的物质要件和主体要件。非主观要件来自于第8条第2款第3项的引言。第一个共同要件规定如下：“行为是发生在非国际性武装冲突的情况下并且与该武装冲突有关。”与第8条第2款第1项一样，主观要件——“行为人知道据以确定存在武装冲突的事实情况。”——作为第二个共同要件被加入。上述战争罪部分的总序部分，也同样适用。

起草的第三个和第四个共同要件规定如下：“某（些）人或者是先参加战斗后又退出战斗的人、或者是未积极从事敌对活动之平民、医务人员或者宗教人员。而犯罪行为人知道这些人员身份之事实情况。”为了国际刑事法院《规约》第8条第2款第3项规定的目的，上述要件规定了那些可能成为战争受害者的人以及对于犯罪行为人所要求的明知。有关受害者的用语与共同第3条和国际刑事法院《规约》第8条第2款第3项引言的规定不同。然而，许多缔约国认为：这一用语正确反映了对《日内瓦公约》共同第3条的解释，并且避免了含混。起草者在非正式磋商中认为，“退出战斗的人员”这一术语不应被狭义理解。除了共同第3条的规定以外，还可以参考第一附加议定书的第42条和第43条。

第3项中规定的战争罪的特殊构成要件，基本上与国际刑事法院《规约》第8条第2款第1项所规定的相似。国家认为：故意杀害与谋杀、非人道待遇与虐待、国际性武装冲突与非国际性武装冲突中的酷刑或劫持人质之间没有区别。这种处理方法似乎与前南国际刑事法庭的司法实践是一致的。<sup>32</sup>

关于第8条第2款第3项第4目，应当指出：对该罪行的构成要件的起草，在很大程度上是受了《第二附加议定书》第6条第2款的影响。其特别构成要件的规定如下：

“第8条第2款第3项第4目：未经正当程序径行判决或处决。

1. 犯罪行为人对一人或多人作出判决或执行处决。

... ..

4. 未经法庭判决，或者作出判决的法庭，“并非正规组织的”，即未有独立或公正的必要

<sup>31</sup> 在巴拉斯基切案中，前南国际刑事法庭在劫持人质罪的定义上一直是不明确的。其规定如下：“在《规约》第2条的范围内，平民人质是指那些通常武断地而且有时甚至在死亡的威胁下被剥夺自由的人。然而，在某些情况下拘留可能是合法的，例如，为保护平民或遇安全情势紧迫之事件。在假定拘留的情况下，起诉应当确定所宣称受谴责的行为是为了获取供状或某种利益而实施”。同上注8，第158段。

<sup>32</sup> 关于在国际武装冲突的情况下发生的“故意杀害”和非国际武装冲突中发生的“谋杀”之间的区别，前南国际刑事法庭认为，在“故意杀害”与“谋杀”之间不可能划出一条界限来影响它们的内容”。同上注19，第422和423段。

根据法庭意见，“虐待构成国际作为或不作为，该行为是故意的，而不是偶然的，引起严重的精神上的痛苦或伤害或构成对人类尊严的严重损害，上述判断应当基于客观标准。为共同第3条的目的，虐待与有关严重违反《日内瓦公约》的非人道待遇具有相同的含义，所起作用也相同”。同上，第552段。

关于国际武装冲突与非国际武装冲突中的“酷刑”的含义，前南国际刑事法庭认为：“共同第3条中和《日内瓦公约》严重违反条款中的酷刑罪的特征是不同的”。同上注8，第443段。

保障，或者作出判决的法庭未提供公认为国际法规定的所有其他必须的司法保障。

5. 行为人知道未经判决，或未得到有关保障，而且知道这些保障是公允审判所必须的… …。”

以《第二附加议定书》第六条为基础，《日内瓦公约》共同第 3 条和国际刑事法院《规约》第 8 条第 2 款第 3 项第 4 目里面所包括的“正规组织的法庭”这一术语，是指一个能够提供独立和公允的必要保障的法庭。是否应当包括一份有关公允审判保障的一览表，瑞士、匈牙利、哥斯达黎加提交了有关这方面建议的案文，但这一直是个有争议的问题。<sup>33</sup>一些缔约国担心，列举性的一览表会使人认为：被忽视的权利并不是必需的；另一些缔约国则担心在公允审判保障的一览表中的列举，可能与公约中的规定有相互矛盾的地方；还有另外一些缔约国认为，仅侵犯其中一项权利并不当然地构成战争罪。为避免引言定义被认为是必须的司法保障、而削弱公允审判保障的一览表的价值，参加讨论的国家最后决定不制定该一览表。此外，上述最后一类国家所考虑的忧虑，被反映在注解里，即：“关于第 4 和第 5 个构成要件，国际刑事法院应当根据所有相关的情况，得考虑某（些）人享受公允审判的权利是否因为一次又一次被侵犯所产生的累积性的效果而被剥夺。”

### 结论

在过去的两年里，筹委会为了完成战争罪构成要件这一文件，做了相当多的工作。该文件比犯罪定义本身要明确，但这并不会不适当地束缚法官的手脚或者减少法官自由裁量权的范围。筹委会尝试着尽可能明确和提供有用的指导，但这种努力仍可能产生遗漏一些事项的风险，这种风险最有可能发生在有关国际人道法的规定里。正如上文中提到的“无军事上的必要，非法和恣意地破坏和侵占财产”这一例子，重大违约情事要参考《日内瓦公约》里的不同条款。这些条款规定了不同的保护标准，而对特殊的受保护财产又有不同有标准。国际刑事法院《规约》是第一次给反人道罪下定义。但与反人道罪不同的是，相关的国际人道法条约，其中特别是《日内瓦公约》，为法官“找到法律”提供了必要的框架。

尽管有关规定中可能存在一定的误导，犯罪构成要件在最大程度上还是依据现有的国际人道法起草的。然而，有些有争议的问题仍需进一步的解决。这一任务只能有由法官以“构成要件”为指导来完成。构成要件不应当对法官构成完全的约束，因为法官将会调查相关的法律文件，分析国家实践以及法律确信，以确定业已存在的国际习惯法规则。其实，即便在没有犯罪构成要件的情况下，特设国际刑事法庭的法官也已经这么做了。

万 勇 译  
朱文奇 校

<sup>33</sup> PCN 国际刑事法院/1999/WGEC/DP. 10。