

## 第五部分

---

### 平民和丧失战斗力者的待遇

## 第 32 章

---

### 基本保证

#### 引言

本章所规定的基本保证适用于所有在冲突一方权力之下且没有直接参加敌对行动的平民,以及所有失去战斗力的人员。由于这些基本保证是适用于所有人员的一般规则,因此没有再将其细化到涉及不同类别的人员的具体规则。适用于特定类别人员的规则规定在第 33 章至第 39 章。

本章所列举的基本保证在适用于国际性和非国际性武装冲突的国际人道法中均有坚实的基础。本章所阐述的大部分规则均采用了传统人道法的措辞,因为此方法最好地反映了相应的习惯法规则的内容。不过,起草另一些规则是为了把握一系列涉及具体问题的详细规定的本质,特别是涉及拘留(见规则 99)、强迫劳动(见规则 95)及家庭生活(见规则 105)的规则。此外,本章还提及了人权法的文书、文件和判例。这样做的目的并不是为了确定人权法中的习惯规则,而是为了支持、强化和阐明人道法的类似原则。尽管多数人认为国际人权法仅约束政府而不约束武装反对团体,但是国际人道法对二者均有约束力则为众人所接受。

本研究不涉及这些基本保证是否同样适用于武装冲突以外的情形。不过,所收集到的实践似乎表明,它们是适用的。

#### 在武装冲突期间继续适用人权法

尽管一些人权条约允许在“紧急状态”下在某种程度上克减条约义务,但是人权法在任何时候均应适用。正如国际法院在“核武器案”(Nuclear Weapons Case)的咨询意见中所阐明的:

“除了第 4 条规定在国家进入紧急状态下可以克减的部分条款之外,

---

但是,例如,参见下面书中所援引的实践:Christian Tomuschat, “The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements”, in Horst Fischer et al., Crisis Management and Humanitarian Protection, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004.

《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条;《欧洲人权公约》第 15 条;《美洲人权公约》第 27 条,该条还明确规定了所需的严格期间。虽然《非洲人权和民族权宪章》没有规定克减条款,但是缔约国可根据第 27(2)条对权利的行使施加限制。该款规定:个人权利和自由的行使应当充分顾及他人的权利和自由、集体安全、道德和共同利益。非洲人权和民族权委员会在实践中对此进行了较为严格的解释。

《公民权利和政治权利国际公约》所规定的保护在战时并不停止适用。”

在承认了人权法在武装冲突期间继续适用之后,国际法院就发生武装冲突情况下针对不能任意剥夺生命这项不可克减的人权分析了国际人道法与国际人权法的相互适用问题。国际法院认为,“不过,任意剥夺生命的标准必须根据可适用的特别法来确定,这种特别法就是规范敌对行动的、适用于武装冲突的法律”。

联合国人权事务委员会在对《公民权利和政治权利国际公约》第4条的一般性意见中指出:

在武装冲突期间,不论是国际性或非国际性的,均应适用国际人道主义法的规则,这方面的规则与《公约》第四条和第五条第一款的规定一样,有助于防止国家滥用紧急权力。《公约》规定,即使在武装冲突期间,也只能在形势威胁到国家存亡的情况下并在此范围内,才允许采取克减《公约》的措施。

如果发生了武装冲突,国家需要考虑此情形是否构成了“对国家生命的威胁”这种紧急状态。根据国际判例法,该术语并不要求整个国家进入紧急状态,紧急状态的本质是:即使出于公共安全和秩序的需要允许对许多权利实施限制,但是由于紧急状态的性质,已经无法确保人权法的正常实施。如果发生了上述情形,人权条约的缔约国有权根据有关条约的规定宣布进入紧急状态并通知有关机构。否则,该缔约国将继续受整个条约的约束。

本章所引用的多数人权条款在主要人权条约中均被列为在任何情况下都不得克

---

ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, § 25.

ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion (参见第2卷,第32章,第926段)。

UN Human Rights Committee: General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 24 July 2001, § 3.

关于条约机构就拘留、司法保障和紧急状态对这些条约所作的更为全面的解释的描述,参见: Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, Judicial Process and Human Rights: United Nations, European, American and African Systems, Texts and Summaries of International Case-law, International Commission of Jurists, N.P. Engel Publisher, Kehl, 2004.

减的权利,这些条约已被广泛批准。但是,本章也引用了在这些条约中没有被列为“不可克减”的权利,这不仅是因为这些权利对国际人道法和人权法尤为重要,而且也是因为在实践中,关于人权的判例法已经在很大程度上将其视为是不可克减的权利。

应当注意的是,对这应当做出严格的解释,也就是说,在紧急状态期间所采取的任何克减措施都应当符合“克减的程度以紧急情势所严格需要者为限”这个条件,这是人权条约机构一贯坚持的实践。联合国人权事务委员会强调:

这一规定涉及紧急状态以及由于紧急状态引起的任何克减措施的期限、地理范围和物质范围……对某一具体条款的一项可允许的克减可能由情势的需要而合理,但这一事实并没有排除根据克减所采取的特殊措施也必须反映情势需要的规定。实际上,这就保证了《公约》的任何条款,不论受到任何有效的克减,都不会完全不适用于缔约国的行为。

在审查对特定权利的克减措施时,欧洲和美洲人权法院采用了同样的方法,强调需要确保权利核心不被完全消除,以及需要适用比例性原则以确保所采取的措施不超出紧急情势所必需的范围。在关于内战期间杀害和失踪的一起案件中,非洲人权和民族权委员会确认不允许克减《非洲人权和民族权宪章》,政府仍有责任保障其公民的安全和自由,并应对谋杀案件进行调查。<sup>9</sup> 在另一起案件中,非洲人权和民族权委员会又确认不允许克减《非洲人权和民族权宪章》,并提及了该宪章第27(2)条,该款规定权利的行使“应当充分顾及他人的权利、集体安全、道德和公共利益”。该委

---

批准《公民权利和政治权利国际公约》的国家有156个,批准《欧洲人权公约》的国家有46个(欧洲理事会的所有成员国),批准《非洲人权和民族权宪章》的国家有53个(非洲联盟的所有成员),批准《美洲人权公约》的国家有25个(除安提瓜和巴布达、巴哈马、伯利兹、加拿大、圭亚那、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、圣文森特、格林纳达和美国之外的所有美洲国家组织的成员国,但美国、伯利兹、加拿大、圭亚那、圣文森特、格林纳达和美国批准了《公民权利和政治权利国际公约》。这意味着有30个国家既非《公民权利和政治权利国际公约》缔约国,也非区域性人权公约的缔约国(安提瓜和巴布达、巴哈马、巴林、不丹、文莱、库克群岛、古巴、基里巴斯、马来西亚、马尔代夫、马绍尔群岛、密克罗尼西亚、缅甸、瑙鲁、纽埃岛、阿曼、巴基斯坦、帕劳、巴布亚新几内亚、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、萨摩亚、沙特阿拉伯、新加坡、所罗门群岛、多哥、图瓦卢、阿拉伯联合酋长国、瓦努阿图)。

UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 24 July 2001, § 4.

See, e.g., European Court of Human Rights, Fox, Campbell and Hartley, Judgment, 30 August 1990, § 32; Lawless case, Judgment, 1 July 1961, § 37; Brannigan and McBride v. UK, Judgment, 26 May 1993, §§ 43 and 61 - 65; Aksoy v. Turkey, Judgment, 18 December 1996, §§ 83 - 84; American Court of Human Rights, Castillo Petruzzi and Others case, Judgment, 30 May 1999, § 109.

<sup>9</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad, Communication No. 74/92, 18th Ordinary Session, Praia, 11 October 1995, 9th Annual Activity Report, §§ 21 - 22.

员会补充道:本款规定必须被解释为:“ 一项限制必须与由此产生的利益严格相称,而且必须是绝对必需的。最为重要的是,一项限制不得把权利削弱到如同虚设的程度。”<sup>1</sup>

联合国人权事务委员会也依据危害人类罪和国际人道法来确定某些权利是不许克减的,即使有关权利并没有被规定为是“ 不可克减的权利 ”。关于危害人类罪,人权事务委员会认为:

如果在一个国家权威下进行的行动构成从事一项危害人类罪行行动的人士的个别刑事责任基础,《公约》第四条就不能用作为理由使在紧急情势下的有关国家免除其同一行为的责任。因此,最近为了司法权的目的,在国际刑事法院的规约中编纂了危害人类罪对于《公约》第四条的解释是有用的。<sup>2</sup>

关于国际人道法,人权事务委员会指出:

《公约》第四条中关于克减的保障的根据是《公约》整体内在的法律和法治原则。由于国际人道主义法律明确保障武装冲突时期受到公正审判权利的某些内容,委员会认为没有理由在其他紧急状态下克减这些保障。委员会认为法律原则和法治原则要求在紧急状态下必须尊重公正审判的基本规定。只有法庭能就一宗刑事案审判一个人。<sup>3</sup>

以上的评论表明了国际人道法和人权法如何发挥互为补充的作用,不仅确认了适用于武装冲突期间的规则,而且确认了所有情况下的规则。

### 要求在武装冲突期间尊重人权的国家实践

大量的国家实践表明,在武装冲突期间,人权法应当适用。虽然 1968 年在德黑兰召开的国际人权大会和同一年联合国通过的决议提到了“ 武装冲突中的人权问题 ”,但是其内容主要与国际人道法有关。<sup>4</sup> 然而,情况很快就有了变化。1970 年,第 25 届联大通过的关于在武装冲突中保护平民的第 2675 号决议在其序言中提到了

<sup>1</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication Nos. 140/94, 141/94 and 145/95, 26th Ordinary Session, Kigali, 1 - 15 November 1999, 13th Annual Activity Report 1999 - 2000, Doc. AHG/222 (XXXVI), Annex V, §§ 41 - 42.

<sup>2</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 24 July 2001, § 12.

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 24 July 2001, § 16.

<sup>4</sup> 国际人权大会,德黑兰,1968年5月12日,Res. XX III; 联合国大会,第 2444 (XX III) 号决议,1968年12月19日。

《日内瓦四公约》，尤其是第四公约，以及“武装冲突国际法逐渐发展”。在做出决定的第一段中，该决议确认，“国际法所承认及国际文书中所明定之基本人权，在武装冲突之情势中仍完全适用”。<sup>5</sup> 从此以后，许多决议谴责在特定的武装冲突中违反了上述法律，而且联合国也对武装冲突情势中违反上述法律进行了调查，这些都加强了人权法和国际人道法都适用于武装冲突的认识。

比如，在阿富汗<sup>6</sup>、伊拉克<sup>7</sup>、苏丹<sup>8</sup>、俄罗斯<sup>9</sup>、前南斯拉夫<sup>0</sup>和乌干达<sup>1</sup>的武装冲突和军事占领中，违反人权的行爲都遭到了谴责。联合国还对违反人权的行爲进行了调查，例如发生在利比里亚和<sup>2</sup>塞拉利昂<sup>3</sup>的冲突、以色列对巴勒斯坦领土的军事占领<sup>4</sup>、伊拉克对科威特的军事占领<sup>5</sup>、苏联对阿富汗的武装占领<sup>6</sup>以及阿富汗后来的冲突的情势中。联合国人权高级专员也设有国家办公室，负责监督和促进在非国

---

<sup>5</sup> 联合国大会，第 2675 (XXV) 号决议，1970 年 12 月 9 日（以 109 票赞成、0 票反对和 8 票弃权通过），序言和第 1 段。

<sup>6</sup> 联合国大会，第 52 /145 号决议，1997 年 12 月 12 日（经协商一致通过），第 2 段（“深表关切阿富汗境内的武装冲突加剧”）和第 3 段（“并谴责发生违反人道主义法和侵犯人权，包括生命权、人身自由及人身安全、不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚、意见自由、言论自由、宗教、结社和迁徙自由的事件”）。

<sup>7</sup> 联合国人权委员会，第 1992 /60 号决议，1992 年 3 月 3 日，序言（第 3、6 段和第 8 段）。它们分别表明，该决议特别是以国际人权公约和 1949 年的《日内瓦公约》作为指引的，对“科威特被占领期间发生的严重侵犯人权和基本自由的行为表示深切关注”，并指出“对那些战俘和被拘禁的平民的待遇没有符合国际公认的人道法原则的信息表示严重关注”。类似的声明还可以在联合国大会在 1991 年 12 月 17 日通过的第 46 /135 号决议中找到。

<sup>8</sup> 联合国人权委员会，第 1996 /73 号决议，1996 年 4 月 23 日。

<sup>9</sup> 联合国人权委员会，第 2000 /58 号决议，2000 年 4 月 25 日，序言（第 10 段）（“需要……遵守冲突情况中的国际人权和人道法”）以及第 4 段（敦促俄罗斯“立即对据称的发生在车臣共和国境内的侵犯人权和违反国际人道法的事件进行调查”）。

<sup>0</sup> 联合国安理会，第 1019 号决议，1995 年 11 月 9 日，联合国安理会，第 1034 号决议，1995 年 12 月 21 日；联合国大会，第 50 /193 号决议，1995 年 12 月 22 日；联合国人权委员会，第 1996 /71 号决议，1996 年 4 月 23 日。

<sup>1</sup> 联合国人权委员会，第 1998 /75 号决议，1998 年 4 月 22 日。

<sup>2</sup> UN Secretary-General, Progress report on UNOMIL, UN Doc. S /1996 /47, 23 January 1996.

<sup>3</sup> UN Secretary-General, Progress report on UNOMSIL, UN Doc. S /1998 /750, 12 August 1998.

<sup>4</sup> 联合国人权委员会，第 S - 5 /1 号决议，2000 年 10 月 19 日，第 6 段（决定“设立……一个人权调查委员会……对以色列占领当局在被占巴勒斯坦领土上实施的侵犯人权和严重破坏国际人道法的行为的信息进行收集和归档”）。在序言的第一段和最后一段尤其分别提到了人权条约和人道法条约。

<sup>5</sup> 联合国人权委员会，第 1991 /67 号决议，1991 年 3 月 6 日，第 9 段（委任了一位特别报告员“对伊拉克侵略和占领军在所占的科威特实施的侵犯人权的事件进行审查”）。

<sup>6</sup> 联合国经社理事会，第 1985 /147 号决议，1985 年 5 月 30 日，批准了联合国人权委员会 1985 年 5 月 3 日第 1985 /38 号决议，“对关于在阿富汗的人权和基本自由的特别报告员的使命延长一年时间，并且请求他向联合国大会……和[人权]委员会……就该国的人权情势……提交报告”。重印于：UN Doc. E /1985 /85, 1985。这项使命在许多场合得到更新，参见：UN Doc. A /52 /493, 16 October 1997。该份文件的简介部分列出了关于阿富汗问题的特别报告员从 1985 年到 1997 年所提交的所有报告。

际性武装冲突中尊重人权和人道法。<sup>2</sup>

关于对1985年以来的阿富汗情势和伊拉克占领科威特的情势的调查报告以及国家对这些报告的反应,都是表明国家同意在武装冲突期间国际法的这两个分支是同时适用的例子。

联合国关于阿富汗问题的特别报告员在各个报告中均提及了人权和人道法,比如在其于1987年向联合国人权委员会提交的报告中。<sup>8</sup> 联合国人权委员会在一项经协商一致通过的决议中表示赞同这份报告,该报告表示关注“阿富汗当局在外国军队的大力支持下所采取的……无视其所承担的国际人权义务的行为”,对“因为寻求实现他们的基本人权和自由而遭拘禁的人的数量及其违反国际公认标准的羁押条件深表关注”,还“关切地注意到,上述大规模违反人权的行为……仍然在产生难民潮”,同时敦促“冲突各方全面遵守国际人道法的原则和规则”。<sup>9</sup>

关于伊拉克占领科威特的报告不仅根据《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》的规定,而且还根据国际人道法,审查了诸如免受任意逮捕的权利、免受失踪的权利、生命权、食物权、健康权等权利。特别是,该报告指出,国际社会一致认为,所有人的基本人权在平时和武装冲突期间都应得到尊重。<sup>10</sup> 联合国大会和联合国人权委员会在1991年通过的关于伊拉克占领下的科威特的人权状况的决议表示赞赏该特别报告员的报告。

### 适用人权法的地域范围

多数人权条约明确规定,它们应在缔约国的管辖范围内得以实施。但是,应当注意的是,条约机构及重要的国家实践已经把它理解为是在国家机关能有效控制的范围内来实施人权条约。

《公民权利和政治权利国际公约》第2条明确规定,缔约国应当“尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约承认的权利”。国家在实践中对此进行了广泛解释。特别是,虽然科威特不能被认为是伊拉克的“领土”,而且也没有国家正式承认伊拉克对科威特的管辖权,但是各国仍然指示联合国关于被伊拉克占领的

<sup>2</sup> 比如,根据1996年11月的协议在哥伦比亚圣菲波哥大建立的战地办公室有权监督有关情势,并在哥伦比亚促进对人权和国际人道法的尊重和遵守(参见:Agreement on the establishment of an Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights in Colombia, § 5, annexed to Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Colombia, UN Doc. E/CN.4/1997/11, 24 January 1997)。

<sup>8</sup> UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan, Report, UN Doc. E/CN.4/1987/22, 19 February 1987.

<sup>9</sup> 联合国人权委员会,第1987/58号决议,1987年3月11日,第2、7、9段和第10段。

<sup>10</sup> UN Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/1992/26, 16 January 1992, § 33;还可以参见:沃尔特·卡林(Walter Klein)和拉丽莎·加布丽埃尔(Larisa Gabriel)对这份报告所写的简介,其中列出了武装冲突和占领期间既可以适用人权法也可以适用人道法的基础,并进行了分析,在下列书中有重印:Walter Klein (ed.), Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait, Law Books in Europe, Beme, 1994.

科威特问题的特别报告员就伊拉克在科威特尊重或违反人权的情况提交报告。如上所述,该特别报告员分析了伊拉克在科威特执行公约的情况,而且他的报告也受到了各国的欢迎。<sup>3</sup> 《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》第 1 条都明确规定,缔约国应当把该公约适用于在其管辖范围内的人员。该规定被上述公约的机构解释为“有效控制”。在关于北塞浦路斯的“洛伊齐杜诉土耳其案”(Loizidou v. Turkey)中,欧洲人权法院判称,当缔约国因为军事行动而对其领土外的地区实施有效控制时,缔约国就有义务遵守公约。<sup>3</sup> 在班科维奇诉北约十七国的案件中,欧洲人权法院确认,当缔约国通过军事占领或者通过域外有关领土的政府同意、邀请或默许而对该领土及其居民实行有效控制,来行使全部或者部分通常应当由该有关领土的政府行使的公共权力时,《欧洲人权公约》就具有域外的适用性。<sup>3</sup> 在“阿历杭德雷等人诉古巴案”(Alejandre and Others v. Cuba)中,美洲人权委员会同样采用了有效控制的标准来评估《美洲人权公约》的适用性。在本案中,该委员会积极地援引了“洛伊齐杜诉土耳其案”。<sup>3</sup>

## 规则 87 必须给予平民及丧失战斗力者以人道待遇

### 实践

#### 第 2 卷,第 32 章,A 节

### 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

### 国际性和非国际性武装冲突

给予战俘人道待遇的义务已被《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》所确认,并在《海牙章程》中得到了编纂。<sup>5</sup> 《日内瓦四公约》共同第 3 条及其他具体条款

<sup>3</sup> 联合国大会,第 46/135 号决议,1991 年 12 月 17 日(经协商一致通过),第 2 段;联合国人权委员会,第 1991/67 号决议,1991 年 3 月 6 日(以 41 票赞成、1 票反对、0 票弃权通过),第 1 段。

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, Loizidou v. Turkey, Preliminary Objections, Judgment, 23 March 1995, § 62.

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, Banković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, Decision as to Admissibility, 12 December 2001, § 71.

<sup>3</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.589, Alejandre and Others v. Cuba, Report No. 86/99, 29 September 1999, §§ 24 - 25.

<sup>5</sup> Lieber Code, Article 76 (参见第 2 卷,第 32 章,第 215 段); Brussels Declaration, Article 23, third paragraph(同上,第 216 段); Oxford Manual, Article 63 (同上,第 217 段);《海牙章程》第 4(2)条(同上,第 206 段)。

均明确规定了给予平民和失去战斗力的人员人道待遇的义务。<sup>6</sup> 该义务被第一和第二附加议定书确认为是基本保证之一。<sup>3</sup>

许多军事手册均规定了给予人道待遇的义务。<sup>8</sup> 国内和国际判例法也确认了此项义务。<sup>9</sup>

人权法同样基于人道待遇原则。尤其是,人权文书强调了给予被剥夺自由的人人道待遇和尊重其人格尊严的义务。<sup>9</sup> 在其对《公民权利和政治权利国际公约》第4条的一般性意见中,联合国人权事务委员会宣称,第10条规定的要求给予被剥夺自由的人人道待遇和尊重其固有的人格尊严的义务是不可克减的,因而应当在任何时候都得到适用。<sup>4</sup>

### 人道待遇的定义

尽管一些文书在其文本中提及了尊重“人格尊严”或者禁止“虐待”,但对“人道

<sup>6</sup> 《日内瓦公约》共同第3条(同上,第1段);《日内瓦第一公约》第12(1)条(同上,第143段);《日内瓦第二公约》第12(1)条(同上,第144段);《日内瓦第三公约》第13条(同上,第208段);《日内瓦第四公约》第5条和第27(1)条(同上,第82-83段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第75(1)条(经协商一致通过)(同上,第2段);《第二附加议定书》第4(1)条(经协商一致通过)(同上,第3段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第9-10段和第90-91段)、澳大利亚(同上,第11段和第92-93段)、比利时(同上,第12段和第94段)、贝宁(同上,第13段和第95段)、布基纳法索(同上,第14段)、喀麦隆(同上,第15-16段)、加拿大(同上,第17段)、哥伦比亚(同上,第18-20段)、刚果(同上,第21段)、克罗地亚(同上,第22段)、多米尼加共和国(同上,第23段)、法国(同上,第24-26段)、德国(同上,第27段)、印度(同上,第28段)、肯尼亚(同上,第30段)、马达加斯加(同上,第31段)、马里(同上,第32段)、摩洛哥(同上,第33段)、荷兰(同上,第34-35段)、新西兰(同上,第36段)、尼加拉瓜(同上,第37段)、秘鲁(同上,第38段)、菲律宾(同上,第39段)、罗马尼亚(同上,第40段)、俄罗斯(同上,第41段)、塞内加尔(同上,第42-43段)、瑞典(同上,第44段)、瑞士(同上,第45段)、多哥(同上,第46段)、英国(同上,第47段)和美国(同上,第48-51段)以及据报告的以色列的实践(同上,第29段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:智利,Appeal Court of Santiago, Videla case(同上,第57段);俄罗斯,Constitutional Court, Situation in Chechnya case(同上,第58段);ICJ, Nicaragua case (Merits), Judgment(同上,第69段);ICTY, Aleksovski case, Judgment(同上,第70段);Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.559 (Peru)(同上,第71段)。

<sup>9</sup> 参见:《美洲人的权利和义务宣言》,第15条(同上,第218段);《公民权利和政治权利国际公约》第10(1)条(同上,第211段);《美洲人权公约》,第5(1)条(同上,第212段);European Prison Rules, Rule 1(同上,第219段);Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 1(同上,第220段);Basic Principles for the Treatment of Prisoners, para. 1(同上,第221段)。

<sup>4</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第321段)。

待遇”的确切含义却没有清楚的说明。<sup>4</sup> 给予人道待遇这项义务是一个笼统的说法。国际人道法和国际人权法的具体规则往往被认为是对赋予“人道待遇”的含义的具体说明。第 33 章至第 39 章所列举的规则包括人道待遇这项义务对特定类型人员的具体适用,这些特定类型的人员是:伤者、病者、遇船难者、被剥夺自由的人、流离失所者、妇女、儿童、老年人、残疾人和体弱者。然而,这些规则不一定说明了人道待遇的全部含义,因为该措辞在社会变化的影响下也在与时俱进地发展。例如,虽然 19 世纪中叶以来的国际文书已经提及人道待遇这项义务,但是这项义务的具体规则也是从那个时候开始发展出来的,而且还可能继续深入发展。这可以说明上述观点。

规则 88 禁止在适用国际人道法时,以种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或者其它意见、民族或社会出身、财富、出生或其他身份或任何其它类似标准为依据而加以不利区别。

## 实践

第 2 卷,第 32 章,B 节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

《日内瓦四公约》共同第 3 条及日内瓦第三、第四公约都明确规定,禁止在平民

---

<sup>4</sup> 文本中使用“人格尊严”的包括:《公民权利和政治权利国际公约》第 10(1)条(同上,第 211 段);《美洲人权公约》第 5 条(同上,第 212 段);《非洲人权和民族权宪章》第 5 条;Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 1(同上,第 220 段);Basic Principles for the Treatment of Prisoners, para. 1(同上,第 221 段);UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(同上,第 224 段);下列国家的军事手册:法国(同上,第 246 段)、德国(同上,第 248 段)、秘鲁(同上,第 38 段)和美国(同上,第 122 和 284 段);下列两国的立法:巴拉圭(同上,第 55 段)和乌拉圭(同上,第 294 段);UN Human Rights Committee, General Comment No. 21 (Article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第 320 段)and General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第 321 段);ICTY, Aleksovski case(同上,第 70 段);ICRC, Communication to the Press No. 01/47(同上,第 80 段)。文本中使用禁止“虐待”的包括:《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第 6 条(同上,第 982 段);罗马尼亚的军事手册(同上,第 111 段);联合国人权委员会,第 1989/67, 1990/53, 1991/78 和 1992/68 号决议(同上,第 311 段)以及第 1991/67 号决议和第 1992/60 号决议(同上,第 312 段);ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第 343 段)and Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第 344 段)。

和失去战斗力人员待遇中的不利区别。<sup>3</sup> 第一和第二附加议定书也将其确认为基本保证之一。<sup>4</sup> 许多军事手册也包含了此规定。<sup>5</sup> 该规定还得到了正式声明和其他实践的支持。<sup>6</sup>

“不利区别”这个措辞表明,尽管对人员的歧视是受到禁止的,但是仍可以作出区分,以便优先照顾那些最需要照顾的人。在适用此原则时,不得在伤者、病者和遇难者之间以医疗以外的任何原因而加以区别(见规则110)。《日内瓦第三公约》第16条涉及对本原则的适用,它规定,“除因本公约关于其等级及性别之规定以及因健康状况、年龄或者职业资格得予以特别待遇外”,应给予所有战俘同样待遇。<sup>7</sup> 没有迹象表明,不利区别对某些规则而言是合法的,也没有国家主张存在这样的例外。

与禁止不利区别相对应的人权法原则是不歧视原则。《联合国宪章》和主要的人权条约均规定在人权法中禁止歧视。<sup>8</sup> 联合国人权事务委员会在其对《公民权利和政治权利国际公约》第4条的一般性意见中,就免受歧视权利的可克减性问题发表了如下观点:

<sup>3</sup> 《日内瓦四公约》共同第3条(同上,第356段);《日内瓦第三公约》第16条;《日内瓦第四公约》第13条。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第75(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第368段);《第二附加议定书》第4(1)条(经协商一致通过)(同上,第370段);另参见:《第一附加议定书》序言(同上,第366段)、第9(1)条(经协商一致通过)(同上,第367段)、第69(1)条(经协商一致通过)(同上,第462段)、第70(1)条(经协商一致通过)(同上,第463段);《第二附加议定书》第2(1)条(经协商一致通过)(同上,第369段)、第18(2)条(经协商一致通过)(同上,第464段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第385-386、469、499和554-555段)、澳大利亚(同上,第387、500-501和556段)、比利时(同上,第388和502-503段)、贝宁(同上,第389、504和557段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第390和505段)、布基纳法索(同上,第391段)、喀麦隆(同上,第392段)、加拿大(同上,第393、470-471、506和558-559段)、哥伦比亚(同上,第394-395段)、刚果(同上,第396段)、克罗地亚(同上,第507段)、多米尼加共和国(同上,第508段)、厄瓜多尔(同上,第509和560段)、萨尔瓦多(同上,第397段)、法国(同上,第398-399和510段)、德国(同上,第472、511和561-562段)、以色列(同上,第400和512段)、意大利(同上,第473和513段)、肯尼亚(同上,第401段)、马达加斯加(同上,第402段)、马里(同上,第403段)、摩洛哥(同上,第404和514段)、荷兰(同上,第405-406、515-516和563段)、新西兰(同上,第407、474和564段)、尼加拉瓜(同上,第408、475和517段)、尼日利亚(同上,第518-519和565段)、秘鲁(同上,第409段)、塞内加尔(同上,第410-411段)、西班牙(同上,第520和566段)、瑞典(同上,第412和476段)、瑞士(同上,第477、521和567段)、多哥(同上,第413、522和508段)、英国(同上,第414、478-479、523-524和569段)、美国(同上,第415-417、480-481、525-527和570-572段)以及南斯拉夫(同上,第528段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:波斯尼亚和黑塞哥维那的声明(同上,第534段)和美国的声明(同上,第440段);伊拉克的实践(同上,第438段),以及据报告的中国的实践(同上,第487段)和美国的实践(同上,第441段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第三公约》第16条。

<sup>8</sup> 《联合国宪章》第1(3)条(参见第2卷,第32章,第355段);《公民权利和政治权利国际公约》第2(1)条(同上,第359段);《经济、社会和文化权利国际公约》第2(2)条和第3条(同上,第362-363段);《欧洲人权公约》第14条(同上,第357段);《美洲人权公约》第1(1)条(同上,第364段);《非洲人权和民族权宪章》第2条(同上,第372段);《消除一切形式种族歧视国际公约》第2条(同上,第358段);《消除对妇女一切形式歧视公约》第2条(同上,第371段);《儿童权利公约》第2(1)条(同上,第373段)。

即使第二十六条或有关非歧视性的其他《公约》条款……未被列入第四条第二款的不可克减条款内,一些不受歧视权利的要素和方面在任何情况下都不能予以克减。特别是,在采取克减《公约》措施时,如对不同的人作出区别,就必须遵守第四条第一款。<sup>9</sup>

该公约第4(1)条规定,克减措施不得包含“纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视”。<sup>6</sup> 尽管该公约第2(1)条禁止基于政治或其他见解、社会出身、财产、出生或其他身份的理由的歧视,但这些理由并没有列举在规规定克减的第4(1)条中。<sup>5</sup> 不过,重要的是,《附加议定书》禁止基于政治或其他见解、社会出身、财产、出生或其他身份的理由的歧视,这表明,即使是在武装冲突中,也不能免除禁止基于上述理由的歧视这项义务。<sup>3</sup> 《非洲人权和民族权宪章》和《儿童权利公约》都规定,禁止基于政治或其他见解、社会出身、财产、出生或其他身份的理由的歧视。<sup>5</sup>

## 种族隔离

根据《第一附加议定书》的规定,“以种族歧视为依据侵犯人身尊严的种族隔离或其他不人道和侮辱性办法”构成严重破坏议定书的行为。<sup>4</sup> 该规则在一些军事手册中均有规定。<sup>5</sup> 许多国家的立法也规定了此项规则。<sup>6</sup> 此外,在一些国际条约和其

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第450段)。

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第4(1)条(同上,第360段);另参见:《美洲人权公约》第27(1)条,它规定了类似的内容(同上,第365段)。

<sup>5</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第2(1)条(同上,第359段)以及第4(1)条(同上,第360段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》序言(同上,第366段)、第9(1)条(经协商一致通过)(同上,第367段)以及第75(1)条(经协商一致通过)(同上,第368段);《第二附加议定书》第2(1)条(经协商一致通过)(同上,第369段)以及第4(1)条(经协商一致通过)(同上,第370段)。

<sup>5</sup> 《非洲人权和民族权宪章》第2条(同上,第372段);《儿童权利公约》第2(1)条(同上,第373段)。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第85(4)(c)条(经协商一致通过)(同上,第584段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第589段)、加拿大(同上,第590段)、德国(同上,第592段)、意大利(同上,第593段)、荷兰(同上,第594段)、新西兰(同上,第595段)、南非(同上,第597段)、西班牙(同上,第598段)和瑞士(同上,第599段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第600段)、澳大利亚(同上,第601-602段)、阿塞拜疆(同上,第603段)、比利时(同上,第604段)、保加利亚(同上,第605段)、加拿大(同上,第607段)、哥伦比亚(同上,第609段)、库克群岛(同上,第611段)、塞浦路斯(同上,第612段)、捷克共和国(同上,第613段)、格鲁吉亚(同上,第615段)、匈牙利(同上,第616段)、爱尔兰(同上,第617段)、摩尔多瓦(同上,第621段)、荷兰(同上,第622段)、新西兰(同上,第623段)、尼日尔(同上,第626段)、挪威(同上,第627段)、秘鲁(同上,第628段)、斯洛伐克(同上,第629段)、西班牙(同上,第630段)、塔吉克斯坦(同上,第631段)、英国(同上,第633段)和津巴布韦(同上,第635段);另参见下列国家的立法草案:萨尔瓦多(同上,第614段)、约旦(同上,第618段)、黎巴嫩(同上,第619段)和尼加拉瓜(同上,第625段)。

他国际文书中,种族隔离构成危害人类罪。<sup>5</sup> 一些国家的立法也将种族隔离作为危害人类罪而禁止。<sup>8</sup>

规则 89 禁止谋杀。

实践

第2卷,第32章,C节

概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

《利伯守则》早就确认禁止谋杀平民。<sup>9</sup> 《纽伦堡国际军事法庭宪章》将谋杀平民和战俘规定为战争罪。<sup>6</sup> 《日内瓦公约》共同第3条禁止对平民和失去战斗力的人员“的生命与人身施以暴力,特别是各种谋杀”。<sup>6</sup> 《日内瓦四公约》均将“故意杀害”受保护人员列为严重破坏公约的行为。<sup>6</sup> 第一和第二附加议定书均将禁止谋杀视为基本保证之一。<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》也将发生在国际性和非国际性的武装冲突中的谋杀行为定为战争罪。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》也将谋杀规定为战争罪。<sup>6</sup>

<sup>5</sup> 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第1条(同上,第583段);《国际刑事法院规约》第7(1)(j)条(同上,第585段);UNTAET Regulation 2000/15, Section 6(1)(j)(同上,第588段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第602段)、加拿大(同上,第608段)、刚果(同上,第610段)、马里(同上,第620段)、新西兰(同上,第624段)和英国(同上,第634段)。另参见下列国家的立法草案:布隆迪(同上,第606段)与特立尼达和多巴哥(同上,第632段)。

<sup>9</sup> Lieber Code, Articles 23 and 44(同上,第678-679段)。

<sup>6</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第6(2)条(同上,第654段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦四公约》共同第3条(同上,第655段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第50条(同上,第662段);《日内瓦第二公约》第51条(同上,第662段);《日内瓦第三公约》第130条(同上,第662段);《日内瓦第四公约》第147条(同上,第662段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第75(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第669段);《第二附加议定书》第4(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第670段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(i)条及第8(2)(c)(i)条(同上,第675-676段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第2(1)条(同上,第695段);《卢旺达问题国际法庭规约》第4(a)条(同上,第696段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(a)(同上,第677段)。

许多军事手册都禁止杀害平民和失去战斗力的人员。<sup>6</sup> 许多国家的立法也有同样的规定。<sup>6</sup> 国内和国际判例法也广泛支持这一禁止性规定。<sup>6</sup> 而且,正式声明和其

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第702-703段)、澳大利亚(同上,第704-705段)、比利时(同上,第706段)、贝宁(同上,第707段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第708段)、布基纳法索(同上,第709段)、喀麦隆(同上,第710-711段)、加拿大(同上,第712段)、哥伦比亚(同上,第713-715段)、刚果(同上,第716段)、克罗地亚(同上,第717-718段)、厄瓜多尔(同上,第719段)、萨尔瓦多(同上,第720段)、法国(同上,第721-724段)、德国(同上,第725-726段)、匈牙利(同上,第727段)、以色列(同上,第728段)、意大利(同上,第729段)、肯尼亚(同上,第730段)、韩国(同上,第731段)、马达加斯加(同上,第732段)、马里(同上,第733段)、摩洛哥(同上,第734段)、荷兰(同上,第735段)、新西兰(同上,第736段)、尼加拉瓜(同上,第737段)、尼日利亚(同上,第738-740段)、秘鲁(同上,第741-742段)、菲律宾(同上,第743段)、罗马尼亚(同上,第744段)、俄罗斯(同上,第745段)、塞内加尔(同上,第746-747段)、南非(同上,第748段)、西班牙(同上,第749段)、瑞士(同上,第750-751段)、多哥(同上,第752段)、乌干达(同上,第753段)、英国(同上,第755-756段)和美国(同上,第757-761段)。

<sup>6</sup> 例如,参见立法(同上,第762-853段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:澳大利亚, Military Court at Rabaul, Ohashi case and Baba Masao case(同上,第854段);比利时, Court-Martial of Brussels, Sergeant W. case(同上,第855段);智利, Appeal Court of Santiago, Videla case(同上,第856段);中国, War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence at Nanking, Takashi Sakai case(同上,第854段);哥伦比亚, Constitutional Court, Constitutional Case No. C-225/95(同上,第857段);以色列, District Court of Jerusalem and Supreme Court, Eichmann case(同上,第854段);荷兰, Temporary Court-Martial at Makassar, Notomi Sueo case(同上,第854段);荷兰, Temporary Court-Martial at Makassar, Motomura case(同上,第854段);荷兰, Temporary Court-Martial at Amboina, Motosuke case(同上,第854段);荷兰, Special Court of Cassation, Silbertanne murders case(同上,第854段) and Burghof case(同上,第854段);荷兰, Special Court (War Criminals) at Arnhem, Enkelstroth case(同上,第854段);挪威, Court of Appeal, Bruns case(同上,第854段) and Hans case(同上,第854段);英国, Military Court at Amelb, Sandrock case(同上,第854段);美国, Military Commission at Rome, Dostler case(同上,第854段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第854段);美国, Military Commission in the Far East, Jaluit Atoll case(同上,第858段);美国, Court of Military Appeals, Schultz case(同上,第859段); ICJ, Nicaragua case (Merits) Judgment(同上,第925段); ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第926段); ICTR, Ntakirutimana case, Amended Indictment(同上,第927段); ICTY, Tadić case, Interlocutory Appeal, Second Amended Indictment and Judgment(同上,第928-930段), Markić case, Initial Indictment and Review of the Indictment(同上,第931段), Erdemović case, Sentencing Judgment, Judgment on Appeal and Sentencing Judgment bis(同上,第932段), Delalić case, Judgment(同上,第933段), Jelisić case, Judgment(同上,第934段), Kuprekić case, Judgment(同上,第935段), Blaškić case, Judgment(同上,第936段), and Kordić and Čerkez case, First Amended Indictment and Judgment(同上,第937段); UN Human Rights Committee, General Comment No. 6 (Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第938段); UN Human Rights Committee, Camargo v. Colombia(同上,第939段); African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad(同上,第940段); European Commission of Human Rights, Du Jardin and Others v. France(同上,第941段); European Court of Human Rights, McCann and Others v. UK(同上,第942段), Ergi v. Turkey(同上,第943段), Yasa v. Turkey(同上,第943段), Kurt v. Turkey(同上,第944段), Kaya v. Turkey(同上,第945段), Avsar v. Turkey(同上,第946段) and K. - H. W. v. Germany(同上,第947段);美洲人权委员会,1968年会议通过的决议(同上,第948段), Case 10.559 (Peru)(同上,第949段), Case 6724 (El Salvador) Case 10.190 (El Salvador) and Case 10.284 (El Salvador)(同上,第950段), Case 10.287 (El Salvador)(同上,第951段), Report on the situation of human rights in Peru(同上,第952段), Case 11.137 (Argentina)(同上,第953段) and Case of the Rófróm massacre (Colombia)(同上,第954段); American Court of Human Rights, Velásquez Rodríguez case(同上,第955段) and Neira Alegría and Others case(同上,第956段)。

他国家实践也支持这一禁止性规定。<sup>6</sup>

被指控违反本规则的行为一直受到各国和各国际组织的谴责。例如,联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会对阿富汗、布隆迪和前南斯拉夫冲突中发生的上述行为都进行了谴责。<sup>6</sup> 有关国家也否认对违反本规则行为的指控,例如在两伊战争期间。<sup>0</sup>

红十字国际委员会在许多场合都谴责杀害平民和失去战斗力人员的行为,声称国际人道法禁止该行为。<sup>1</sup>

尽管采用了不同术语,国际人权法也禁止谋杀平民和失去战斗力的人员。人权条约禁止“任意剥夺生命权”。<sup>2</sup> 根据这些人权条约,该项禁止性义务是不可克减的,因此在任何时候都应适用。<sup>3</sup> 在“核武器案”以及“核武器(世界卫生组织)案”中,当时还不是主要人权条约缔约方的一些国家在向国际法院提交的声明中强调,生命权具有根本的、不可克减的性质。<sup>4</sup>

但是,人权法对“任意剥夺生命权”的禁止也包括在敌对行动中的非法杀害行

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的声明:博茨瓦纳(同上,第860段)、巴西(同上,第861段)、中国(同上,第863段)、哥伦比亚(同上,第864-865段)、哥斯达黎加(同上,第866段)、埃及(同上,第867段)、印度尼西亚(同上,第870段)、以色列(同上,第871段)、马来西亚(同上,第872段)、墨西哥(同上,第873段)、瑙鲁(同上,第874段)、荷兰(同上,第875段)、尼日利亚(同上,第877段)、阿曼(同上,第878段)、卡塔尔(同上,第879段)、俄罗斯(同上,第880段)、卢旺达(同上,第882段)、南非(同上,第884段)及美国(同上,第886-887和889段);下列国家的实践:中国(同上,第862段)、法国(同上,第869段)、卢旺达(同上,第883段)和美国(同上,第890段),以及据报告的尼日利亚的实践(同上,第876段)。

<sup>0</sup> 例如,参见:联合国安理会,第827号决议(同上,第896段)、第1019号决议(同上,第897段)及第1072号决议(同上,第898段);联合国大会,第50/193号决议(同上,第902段);联合国人权委员会,第1989/67,1990/53,1991/78号决议和第1992/68号决议(同上,第904段)。

<sup>0</sup> 参见:据报告的伊朗和伊拉克的实践(同上,第916段)。

<sup>1</sup> See, e.g., ICRC, Annual Report 1982 (同上,第958段), Conflict between Iraq and Iran: ICRC Appeal (同上,第959段), Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law (同上,第961段), Appeal in behalf of civilians in Yugoslavia (同上,第962段), Communication to the Press No. 94/16 (同上,第964段), Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola (同上,第965段), Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise (同上,第966段) and Communication to the Press No. 01/47 (同上,第969段)。

<sup>2</sup> 例如,参见:《公民权利和政治权利国际公约》第6(1)条(同上,第666段);《美洲人权公约》第4条(同上,第667段);《非洲人权和民族权宪章》第4条(同上,第671段);《欧洲人权公约》第2条(同上,第664段),都没有使用“任意”这个术语,但对生命权做出了明确的一般性规定,并详细列举了合法剥夺生命权的各种情形。

<sup>3</sup> 参见:《公民权利和政治权利国际公约》第4(2)条(同上,第666段);《美洲人权公约》第27(2)条(同上,第667段);《欧洲人权公约》第15(2)条(同上,第664段)。《非洲人权和民族权宪章》没有规定在紧急状态下可以克减任何条款。《欧洲人权公约》第15条规定,除导致武装冲突的情势下的合法战争行为外,生命权是不可克减的。

<sup>4</sup> 参见下列国家在“核武器案”和在“核武器(世界卫生组织)案”中的声明:印度尼西亚(参见第2卷,第32章,第870段)、马来西亚(同上,第872段)、墨西哥(同上,第873段)、瑙鲁(同上,第874段)和卡塔尔。

为,即那些关于敌对行为的规则不认可的杀害不在武装冲突一方权力之下的平民和失去战斗力的人员的行为。在“核武器案”的咨询意见中,国际法院认为:“不过,任意剥夺生命的标准必须根据可适用的特别法来确定,这种特别法就是:规范敌对行动的适用于武装冲突的法律。”<sup>5</sup> 正如在关于敌对行为的章节所说的,比如,诸如对平民的直接攻击(见规则 1)、不分皂白的攻击(见规则 11)或者针对军事目标的攻击导致平民过多的伤亡(见规则 14)均可导致非法杀人,所有这些均受到关于敌对行为的规则的禁止。

美洲人权委员会也把国际人道法作为解释那些已经达到武装冲突级别的敌对行动中的生命权的一种方式。<sup>6</sup> 但在其他案件中,人权机构在评估敌对行动中是否存在违反生命权的行为时,直接适用了人权法,而并未参考国际人道法。<sup>7</sup> 在涉及非国际性武装冲突或严重国内动乱(包括那些使用了军队的动乱)的许多案件中,联合国人权事务委员会、非洲人权和民族权委员会、欧洲人权法院、美洲人权委员会和美洲人权法院强调指出,需要采取预防措施,将武力严格限制在必要的范围内,并且对可疑的死亡事件进行调查,以便确保没有出现“任意”丧失生命的情形。<sup>8</sup>

规则 90 禁止酷刑、残忍或不人道待遇以及对人身尊严的侵犯,特别是侮辱性和有辱人格的待遇。

## 实践

### 第 2 卷,第 32 章,D 节

<sup>5</sup> ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion (同上,第 926 段)。

<sup>6</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina) (同上,第 953 段)以及 Case of the Rófróm massacre (Colombia) (同上,第 954 段)。

<sup>7</sup> See, e.g., African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad (同上,第 940 段); Inter-American Commission on Human Rights, Case 6724 (El Salvador) (同上,第 950 段), Case 10.190 (El Salvador) (同上,第 950 段) and Case 10.284 (El Salvador) (同上,第 950 段)。

<sup>8</sup> See UN Human Rights Committee, General Comment No. 6 (Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第 938 段)以及 Camargo v. Colombia (同上,第 939 段); African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad (同上,第 940 段); European Court of Human Rights, McCann and Others v. UK (同上,第 942 段), Ergi v. Turkey (同上,第 943 段) and Yasa v. Turkey (同上,第 943 段); Inter-American Commission on Human Rights, Report on the situation of human rights in Peru (同上,第 952 段); American Court of Human Rights, Neira Alegría and Others case (同上,第 956 段)。还参见:确认有必要对包括在武装冲突情形中可疑的死亡案件进行调查的司法或准司法实践:UN Human Rights Committee, General Comment No. 6 (Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第 938 段); African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad (同上,第 940 段); European Court of Human Rights, Kaya v. Turkey (同上,第 945 段) and Avsar v. Turkey (同上,第 946 段); Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.559 (Peru) (同上,第 949 段); American Court of Human Rights, Velásquez Rodríguez case (同上,第 955 段)。

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

《利伯守则》已经规定禁止酷刑。<sup>9</sup> 《纽伦堡国际军事法庭宪章》将“虐待”平民和战俘的行为包括在战争罪之内。<sup>10</sup> 《日内瓦四公约》共同第3条禁止对平民和失去战斗力的人员实施“虐待和酷刑”以及“损害个人尊严,特别是侮辱与降低身份的待遇”。<sup>8</sup> 《日内瓦四公约》中还有其他具体条款也禁止酷刑和虐待。<sup>8</sup> 此外,“酷刑或不人道待遇”以及“故意使身体或者健康遭受重大痛苦或伤害”构成严重破坏《日内瓦公约》的行为,并构成《国际刑事法院规约》中的战争罪。<sup>8</sup>

第一和第二附加议定书把禁止酷刑和损害个人尊严,尤其是侮辱与有辱人格的待遇,规定为是给予平民和失去战斗力的人员的基本保证。<sup>8</sup> 根据《国际刑事法院规约》、《卢旺达国际刑庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》的规定,在非国际性武装冲突中实施酷刑和损害个人尊严,尤其是侮辱与有辱人格的待遇,将构成战争罪。<sup>8</sup>

许多军事手册均规定禁止酷刑和损害个人尊严,尤其是侮辱与有辱人格的

<sup>9</sup> Lieber Code, Article 16 (同上,第1010段)。

<sup>10</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第6(2)条(同上,第982段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦公约》共同第3条(同上,第984段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第12(2)条(“酷刑”) (同上,第985段);《日内瓦第二公约》第12(2)条(“酷刑”) (同上,第986段);《日内瓦第三公约》第17(4)条(“肉体或精神上之酷刑”) (同上,第987段)、第87(3)条(“酷刑或残暴”) (同上,第988段)以及第89条(“非人道、残暴或危害战俘健康的”纪律性处罚) (同上,第989段);《日内瓦第四公约》第32条(“酷刑”和“其他任何残酷措施”) (同上,第990段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第50条(同上,第991段);《日内瓦第二公约》第51条(同上,第991段);《日内瓦第三公约》第130条(同上,第991段);《日内瓦第四公约》第147条(同上,第991段);《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(ii)条和8(2)(iii)以及8(2)(c)(i)条(同上,第1006-1007段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第75(2)条(经协商一致通过)(同上,第996段);《第二附加议定书》第2(4)条(经协商一致通过)(同上,第997段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)条和8(2)(b)条(同上,第1007-1008段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(1)条和4(5)条(同上,第1028段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(a) and (e) (同上,第1009段)。

待遇。<sup>6</sup> 许多国家的立法也有此项禁止性规定。<sup>8</sup> 它得到国内判例法<sup>8</sup> 和国际判例法<sup>9</sup> 的支持。它还得到正式声明及其他实践的支持。<sup>9</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭对“富伦季亚案”(Furundija case)和“库纳拉茨案”(Kunarac case)的判决进一步证明,在国际性和非国际性武装冲突中,禁止酷刑具有习惯法的性质。<sup>9</sup>

无论是在国际性还是非国际性武装冲突中,实施酷刑、残忍或不人道的待遇的行

---

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿富汗(同上,第1039-1040段)、澳大利亚(同上,第1041-1042段)、比利时(同上,第1043-1044段)、贝宁(同上,第1045段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第1046段)、布基纳法索(同上,第1047段)、加拿大(同上,第1048-1049段)、中国(同上,第1050段)、哥伦比亚(同上,第1051-1052段)、刚果(同上,第1053段)、克罗地亚(同上,第1054-1055段)、多米尼加共和国(同上,第1056段)、厄瓜多尔(同上,第1057段)、(同上,第1058-1059段)、法国(同上,第1060-1063段)、德国(同上,第1064段)、匈牙利(同上,第1065段)、印度(同上,第1066段)、印度尼西亚(同上,第1067-1068段)、以色列(同上,第1069段)、意大利(同上,第1070段)、肯尼亚(同上,第1071段)、马达加斯加(同上,第1072段)、马里(同上,第1073段)、摩洛哥(同上,第1074段)、荷兰(同上,第1075段)、新西兰(同上,第1076段)、尼加拉瓜(同上,第1077段)、尼日利亚(同上,第1078-1079段)、秘鲁(同上,第1080段)、菲律宾(同上,第1081-1082段)、罗马尼亚(同上,第1083段)、俄罗斯(同上,第1084段)、塞内加尔(同上,第1085-1086段)、南非(同上,第1087段)、西班牙(同上,第1088段)、瑞典(同上,第1089-1090段)、瑞士(同上,第1091段)、多哥(同上,第1092段)、乌干达(同上,第1093段)、英国(同上,第1094-1095段)以及美国(同上,第1096-1100段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:立法(同上,第1101-1215段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:澳大利亚, Military Court at Rabaul, Baba Masao case(同上,第1216段);澳大利亚, Military Court at Rabaul, Tanaka Chuichi case(同上,第1217段);波斯尼亚和黑塞哥维那, Cantonal Court in Tuzla, Drago case(同上,第1218段);加拿大, Court Martial Appeal Court, Brocklebank case(同上,第1219段);智利, Appeal Court of Santiago, Benado Medwinsky case(同上,第1220段);智利, Appeal Court of Santiago, Videla case(同上,第1221段);中国, War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence at Nanking, Takashi Saka case(同上,第1216段);哥伦比亚, Constitutional Court, Constitutional Case No. C-225/95(同上,第1222段);以色列, District Court of Jerusalem, Eichmann case(同上,第1216段);以色列, Supreme Court, Eichmann case(同上,第1223段);以色列, High Court, General Security Service case(同上,第1224段);荷兰, Temporary Court-Martial at Makassar, Motomura case(同上,第1216段)以及 Notom Sueo case(同上,第1216段);挪威, Court of Appeal, Bruns case(同上,第1216段);英国, Military Court at Hanover, Heering case(同上,第1225段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第1216段);美国, District Court of the Eastern District of New York, Filartiga case(同上,第1226段)。

<sup>9</sup> See, e.g., ICJ, Nicaragua case (Merits), Judgment(同上,第1278段); ICTY, Tadic case, Second Amended Indictment and Judgment(同上,第1279段), Mrkic case, Initial Indictment(同上,第1280段), Delalic case, Judgment(同上,第1281段), Furundija case, Judgment(同上,第1282段), Jelisi case, Judgment(同上,第1283段), Kuprekkic case, Judgment(同上,第1284段), Blaskic case, Judgment(同上,第1285段), Kunarac case, Judgment(同上,第1286段) and Kordic and Cerkez case, Judgment(同上,第1287段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的声明:埃及(同上,第1230段)、荷兰(同上,第1233段)和美国(同上,第1234-1238段);下列国家的实践:阿塞拜疆(同上,第1228段)、中国(同上,第1229段)、法国(同上,第1231段)和南斯拉夫(同上,第1241段)。

<sup>9</sup> ICTY, Furundija case, Judgment(同上,第1282段) and Kunarac case, Judgment(同上,第1286段)。

为一直受到联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会及区域组织和红十字和红新月国际大会的谴责。<sup>9</sup> 而有关当局往往否认对上述行为的指控。<sup>9</sup>

一般性人权条约禁止酷刑和残忍的、不人道或者有辱人格的待遇或者处罚。<sup>9</sup> 它还受到预防和惩治这些行为的专门的人权条约的禁止。<sup>9</sup> 这些禁止性规定在这些文书中是不可克减的。

### 酷刑的定义

《国际刑事法院犯罪要件》规定,作为酷刑的战争罪是由为了“取得情报或供状、处罚、恐吓或胁迫,或为了任何歧视性理由”而施加“身体或精神遭受重大痛苦”的行为构成。<sup>6</sup> 与人权法的规定,例如《禁止酷刑公约》第1条相反,该《犯罪要件》不要求上述疼痛或者痛苦是由“公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”。

在其1998年早期的“德拉里奇案”(Delalic, case)和“富伦季亚案”的判例中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,《禁止酷刑公约》第1条规定的对酷刑定义是适用于武装冲突的习惯国际法的一部分。<sup>9</sup> 但是,在其随后在2001年做出的“库纳拉茨案”的判决中,该法庭却认为:“国际人道法关于酷刑的定义与人权法关于酷刑的定义所包含的要件不同”。尤其是,该法庭判称,“在国际人道法中,国家官员或其他具有权力的人参与实施酷刑的过程并非构成酷刑犯罪的必要条件”。它将酷刑定义

<sup>9</sup> 例如,参见:联合国安理会,第674号决议(同上,第1248段)、第770号决议(同上,第1249段)、第771号决议(同上,第1250段)和第1072号决议(同上,第1251段);联合国大会,第2547(XXIV)号决议(同上,第1253段)、第3103(XXVIII)号决议(同上,第1253段)、第3318(XXIX)号决议(同上,第1254段)、第34/93H号决议(同上,第1253段)、第41/35号决议(同上,第1253段)、第50/193号决议(同上,第1255段)和第53/164号决议(同上,第1256段);联合国人权委员会,第1989/67号决议(同上,第1257段)、第1990/53号决议(同上,第1257段)、第1991/67号决议(同上,第1258段)、第1991/78号决议(同上,第1257段)、第1992/60号决议(同上,第1258段)、第1992/68号决议(同上,第1257段)、第1994/72号决议(同上,第1259段)、第1996/71号决议(同上,第1260段)和第1996/73号决议(同上,第1261段);21th International Conference of the Red Cross, Res. XI(同上,第1270段);23th International Conference of the Red Cross, Res. XIV(同上,第1271段);24th International Conference of the Red Cross, Res. XIV(同上,第1272段);25th International Conference of the Red Cross, Res. X(同上,第1273段)。

<sup>9</sup> 例如,参见红十字国际委员会档案文件中报告的实践(同上,第1243-1244段以及第1246-1247段)。

<sup>9</sup> 参见:《公民权利和政治权利国际公约》第7条(同上,第993段);《欧洲人权公约》第3条(同上,第992段);《美洲人权公约》第5(2)条(同上,第994段);《非洲人权和民族权宪章》第5条(同上,第998段);《儿童权利公约》第37(1)条(同上,第1002段)。

<sup>9</sup> 参见:《禁止酷刑公约》(同上,第999段)、Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture(同上,第1000段)and European Convention for the Prevention of Torture(同上,第1001段)。

<sup>6</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of torture as a war crime [ICC Statute, Article 8(2)(a)(ii) and (c)(i)].

<sup>9</sup> ICTY, Delalic, case, Judgement(参见第2卷,第32章,第1329段)以及 Furundija case, Judgement(同上,第1330段)。

为：为了获取情报或者供状，或为了惩罚、恐吓或威胁被害人或第三人，或为了基于任何理由的歧视，以作为或者不作为的方式故意针对被害人或者第三人施以肉体或者精神上的疼痛或者痛苦。<sup>9</sup>

前南斯拉夫问题国际刑事法庭及区域人权条约机构均认定，实施强奸行为可能构成酷刑罪。<sup>9</sup> 关于禁止强奸和其他形式的性暴力，见规则 93。

## 不人道待遇的定义

《国际刑事法院犯罪要件》将“不人道待遇”定义为“身体或精神遭受重大痛苦”。<sup>10</sup> 区分酷刑和不人道待遇的标准是：后者不要求为特定目的而实施此待遇。前南斯拉夫问题国际刑事法庭就此采用了更加宽泛的定义。根据该定义，对精神或身体造成重大痛苦或伤害，或者严重侮辱人格尊严的行为即为不人道待遇。<sup>10</sup> 《国际刑事法院犯罪要件》没有将“严重侮辱人格尊严”这项要件包括在其所定义的不人道待遇中，因为“损害个人尊严”这项战争罪包括了此类侮辱。<sup>10</sup>

在其判例法中，人权条约机构适用的是与《国际刑事法院犯罪要件》相近的定义，该定义强调肉体或者精神疼痛或者痛苦的严重性。它们认定积极的虐待、极端恶劣的拘禁条件<sup>11</sup> 以及单独禁闭<sup>12</sup> 都是违反禁止不人道待遇的行为。它们还判定，没有

<sup>9</sup> ICTY, Kuna rac case, Judgem ent (同上, 第 1333 段)。

<sup>9</sup> 例如, 参见: ICTY Delalic case, Judgem ent (同上, 第 1329 和 1731 段); European Court of Hum an R ights, Aydin v. Turkey (同上, 第 1346 和 1743 段); Inter-American Com m ission on Hum an R ights, Case 10.970 (Peru) (同上, 第 1351 以及 1745 段)。

<sup>10</sup> E lements of Crimes for the ICC, D efinition of inhum an treatm ent as a war crime [ ICC Statute, A rticle 8 (2)(a)(ii) ]。

<sup>10</sup> See ICTY, Delalic case, Judgem ent (参见第 2 卷, 第 32 章, 第 1329 段) and Kordic and Čerkez case, Judgem ent(同上, 第 1331 段)。

<sup>10</sup> Knut D rmann, E lements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Com m entary, Cambridge University Press, 2003, pp. 63 - 64.

<sup>10</sup> See, e.g., UN Hum an R ights Com m ittee, Am ódola Massiotti and Baritussio v. U ruguay (参见第 2 卷, 第 32 章, 第 1335 段) and D eidrick v. Jam aica (同上, 第 1336 段); A frican Com m ission on Hum an and Peoples ' R ights, Civil Liberties Organisation v. N igeria (151/96) (同上, 第 1339 段); European Com m ission of Hum an R ights, G reek case(同上, 第 1341 段)。

<sup>10</sup> See, e.g., UN Hum an R ights Com m ittee, General Com m ent No. 20 (Article 7 of the International Covenant on Civil and Political R ights) (同上, 第 1334 段), G ónez de Voituret v. U ruguay (同上, 第 1334 段) 以及 Espinoza de Polay v. Peru (同上, 第 1334 段); European Com m ittee for the Prevention of Torture, Second General Report (同上, 第 1348 段); American Court of Hum an R ights, Vel ázquez Rodríguez case (同上, 第 1349 段); American Court of Hum an R ights, Castillo Petruzzi and O thers case (同上, 第 1353 段)。

向被拘禁的人员提供充分的食物、饮用水或医疗待遇也构成不人道待遇。<sup>98</sup>

损害个人尊严,特别是侮辱和有辱人格待遇的定义

《国际刑事法院犯罪要件》将“损害个人尊严”定义为侮辱、有辱人格或其他侵犯行为的严重性达到“公认为损害个人尊严的程度”的行为。该《犯罪要件》进一步明确指出,有辱人格的待遇适用于死者,同时被害人本人无须知道被侮辱的事实。<sup>99</sup> 后者的目的在于包括那种故意侮辱失去知觉或者智残者的行为。该《犯罪要件》还规定,应当考虑有关人员的文化背景,因此包括那些比如对特定国籍或宗教人员的侮辱的待遇。

欧洲人权委员会将“有辱人格”的待遇定义为,“在他人前严重侮辱被害人,或者促使被拘禁者实施违反其意愿或者良心的行为”。<sup>100</sup>

规则 91 禁止体刑。

实践

第2卷,第32章,E节

概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

日内瓦第三和第四公约均规定禁止体罚。<sup>101</sup> 第一和第二附加议定书也将禁止体罚规定为是对平民和失去战斗力的人员提供的基本保证。<sup>102</sup> 根据塞拉利昂特别法院和卢旺达问题国际刑事法庭规约的规定,在非国际性武装冲突中实施体罚将构成战

<sup>98</sup> UN Human Rights Committee, *Essono Mika Misha v. Equatorial Guinea*, Communication No. 414/1990, 8 July 1994, § 6.4; UN Human Rights Committee, UN Human Rights Committee, *Williams v. Jamaica*, Communication No. 609/1995, § 6.5; European Court of Human Rights, *Keenan v. United Kingdom*, Judgment, 3 April 2001, § 115; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Civil Liberties Organisation v. Nigeria*, Communication No. 151/96, 15 November 1999, § 27.

<sup>99</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, as a war crime [ICC Statute, Article 8(2)(b)(xxi) and (c)(ii)].

<sup>100</sup> European Commission of Human Rights, *Greek case* (参见第2卷,第32章,第1340段)。

<sup>101</sup> 《日内瓦第三公约》第87(3)条(同上,第1353段);《日内瓦第四公约》第32条(同上,第1354段)。

<sup>102</sup> 《第一附加议定书》第75(2)(iii)条(经协商一致通过)(同上,第1358段);《第二附加议定书》第4(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第1359段)。

争罪。<sup>0</sup> 许多军事手册均禁止体罚。<sup>1</sup> 一些国家的立法也规定禁止体罚。<sup>2</sup>

国际人权条约没有明确规定禁止体罚。但是,关于人权的判例法表明,当体罚达到不人道或有辱人格的待遇或处罚的程度时,它是被禁止的。<sup>3</sup> 在对《公民权利和政治权利国际公约》第7条发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出:禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚“必须扩及体罚,包括以毒打作为教训和罚戒措施”。<sup>4</sup> 根据人权法,禁止不人道或有辱人格待遇或惩罚的规定是不可克减的。

规则 92 禁止残伤肢体,进行医学或科学试验或者任何其它形式的非为有关人员健康状况所要求而且与公认医疗标准不符的医疗程序。

## 实践

第2卷,第32章,F节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

《利伯守则》已经规定了禁止伤残肢体。<sup>5</sup> 《日内瓦四公约》共同第3条禁止伤残平民和失去战斗力的人员的肢体。<sup>6</sup> 日内瓦第三和第四公约也有禁止伤残肢体的特别规定。<sup>7</sup> 此外,第一和第二附加议定书也将禁止伤残肢体规定为对平民和失去战

<sup>0</sup> 《卢旺达问题国际法庭规约》第4(1)条(同上,第1363段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(1)(a)(同上,第1360段)。

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第1367段)、澳大利亚(同上,第1368段)、贝宁(同上,第1369段)、加拿大(同上,第1370段)、哥伦比亚(同上,第1371段)、克罗地亚(同上,第1372段)、法国(同上,第1373-1374段)、以色列(同上,第1375段)、意大利(同上,第1376段)、马达加斯加(同上,第1377段)、荷兰(同上,第1378段)、新西兰(同上,第1379段)、尼加拉瓜(同上,第1380段)、罗马尼亚(同上,第1381段)、西班牙(同上,第1382段)、瑞典(同上,第1383段)、瑞士(同上,第1384段)、多哥(同上,第1385段)、英国(同上,第1386-1387段)和美国(同上,第1388段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第1389段)、孟加拉国(同上,第1390段)、爱尔兰(同上,第1391段)、莫桑比克(同上,第1392段)、挪威(同上,第1393段)和波兰(同上,第1394段)。

<sup>3</sup> See, e.g., European Court of Human Rights, *Tyrer case* (同上,第1403段) and *A. v. UK case* (同上,第1404段)。

<sup>4</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 20 (Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第1402段)。

<sup>5</sup> Lieber Code, Article 56 (同上,第1425段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第四公约》共同第3条(同上,第1409段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第三公约》第13条(同上,第1412段);《日内瓦第四公约》第32条(同上,第1414段)。

斗力人员提供的基本保证。<sup>8</sup> 根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性或者非国际性武装冲突中伤残肢体将构成战争罪。<sup>9</sup> 《塞拉利昂特别法院规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》也将非国际性武装冲突中的伤残肢体的行为规定为战争罪。<sup>10</sup>

日内瓦第一和第二公约禁止进行“生物学实验”,而日内瓦第三和第四公约则禁止非为有关人员医疗待遇所需的“医学或者科学实验”。<sup>1</sup> 对受《日内瓦四公约》保护的人员实施“生物学实验”是严重破坏公约的行为,并被《国际刑事法院规约》和《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定为战争罪。<sup>2</sup> 《第一附加议定书》禁止进行“医学或者科学实验”。<sup>3</sup> 在“勃兰特(医疗审判)案”[Brandt (The Medical Trial)]中,设在纽伦堡的美国军事法庭对16名针对战俘和平民实施医学实验的人员判定有罪。<sup>4</sup>

《第一附加议定书》还禁止“任何非为有关人员健康状况所要求而且与公认医疗标准不符的医疗程序”,并规定,如果该医疗程序严重危害有关人员的身心健全,将构成严重破坏议定书的行为。<sup>5</sup> 《第二附加议定书》对于因武装冲突有关的原因而被剥夺自由的人方面,有同样的禁止性规定。<sup>6</sup>

根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性或非国际性武装冲突中,使在冲突另一方权力之下的人员遭受“任何种类的医学或科学实验,而这些实验既不具有医学、牙医学或住院治疗有关人员的理由,也不是为了该人员的利益而进行的或者引起死亡或严重危害这类人员的健康”的行为,均构成战争罪。<sup>7</sup>

许多军事手册明确规定,禁止残伤肢体、进行医学或科学试验,或者任何其他形

<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第13条(同上,第1412段);《日内瓦第四公约》第32条(同上,第1414段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(x)条和第8(2)(e)(xi)条(同上,第1423段)。

<sup>10</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(1)条(同上,第1429段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(同上,第1424段)。

<sup>1</sup> 《日内瓦第一公约》第12条(同上,第1410段);《日内瓦第二公约》第12条(同上,第1411段);《日内瓦第三公约》第13条(同上,第1412段);《日内瓦第四公约》第32条(同上,第1413段)。

<sup>2</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(ii)条(同上,第1422段);《前南斯拉夫问题国际刑事法院规约》第2(2)条(同上,第1428段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第11(2)条(经协商一致通过)(同上,第1415段)。

<sup>4</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, In re Brandt and Others (The Medical Trial)(同上,第1540段)。

<sup>5</sup> 《第一附加议定书》第11(1)条和11(4)条(经协商一致通过)(同上,第1415段)。

<sup>6</sup> 《第二附加议定书》第5(2)(e)条(经协商一致通过)(同上,第1421段)。

<sup>7</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(x)条和第8(2)(e)(xi)条(同上,第1423段)。

式的非为有关人员健康状况所要求、而且与公认医疗标准不符的医疗程序。<sup>8</sup> 此项禁止性规定还广泛规定在国内立法中。<sup>9</sup>

大多数国际文书、正式声明和判例法均涉及此项禁止性规定,而且没有明确规定在被拘禁的人员同意该医疗程序的情况下可能具有的例外。<sup>10</sup> 该问题在谈判《国际刑事法院犯罪要件》时得到了讨论。会议得出的结论是:此项禁止是绝对,因此,即使被拘禁人员自己表示同意,也不能被认为有效。<sup>11</sup>

“禁止伤残肢体”这种表述并没有规定在人权条约中,但是,它可能构成禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或者处罚的内容,而该规定是不允许克减的。关于禁止医学或科学试验,《公民权利和政治权利国际公约》明确将此规定在不可克减的第7条中,该条禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇或者处罚。<sup>12</sup> 在对第7条发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会特别指出,如实验对象不能表示有效同意或特别是遭受任何形式的拘留或监禁,需对此类实验加以特别防护。<sup>13</sup> 联合国大会以协商一致的方式通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定,禁止任何可能有损其健康的医学或科学试验,即使被拘禁的人已经表示同意。<sup>14</sup> 欧

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第1434-1435段)、澳大利亚(同上,第1436-1437段)、比利时(同上,第1438段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第1439段)、布基纳法索(同上,第1440段)、加拿大(同上,第1441段)、厄瓜多尔(同上,第1442段)、法国(同上,第1443-1445段)、德国(同上,第1446段)、以色列(同上,第1447段)、意大利(同上,第1448段)、摩洛哥(同上,第1449段)、荷兰(同上,第1450段)、新西兰(同上,第1451段)、尼日利亚(同上,第1452-1453段)、俄罗斯(同上,第1454段)、塞内加尔(同上,第1455-1456段)、南非(同上,第1457段)、西班牙(同上,第1458段)、瑞典(同上,第1459段)、瑞士(同上,第1460段)、英国(同上,第1461-1462段)、美国(同上,第1463-1466段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:立法(同上,第1467-1535段)。

<sup>10</sup> 参见《日内瓦第一公约》第50条(同上,第1410段);《日内瓦第二公约》第51条(同上,第1411段);《日内瓦第三公约》第130条(同上,第1412段);《日内瓦第四公约》第147条(同上,第1413段);《第一附加议定书》第11条和第85条(经协商一致通过)(同上,第1415和1417段);《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(ii)条、第8(2)(b)(x)条以及第8(2)(e)(xi)条(同上,第1422-1423段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(同上,第1424段);美国,Concurrent resolution of the Congress(同上,第1545段);智利,Appeal Court of Santiago, Videla Case(同上,第1536段);波兰,Supreme National Tribunal of Poland at Poznan, Hoess trial(同上,第1538段);美国,Military Tribunal at Nuremberg, Milch case(同上,第1539段)and Brandt(The Medical Trial) case(同上,第1540段);美国,Court of Military Appeals, Schultz case(同上,第1541段)。

<sup>11</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of physical mutilation or medical or scientific experiments of any kind which are neither justified by the medical, dental or hospital treatment of the person concerned nor carried out in his or her interest, as war crimes [注释4涉及《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(x)条,以及注释8涉及《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(xi)条]。

<sup>12</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第7条(参见第2卷,第32章,第1414段)。

<sup>13</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 20 (Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第1551段)。

<sup>14</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 22(同上,第1426段)。

洲人权法院判称,不能认为那些为被拘禁的人的诊疗所采取的必要医疗措施是不人道的或有辱人格的待遇。<sup>3</sup>

规则 93 禁止强奸和其它形式的性暴力。

## 实践

第2卷,第32章,G节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

国际人道法禁止强奸早就规定在《利伯守则》中。<sup>5</sup> 尽管《日内瓦公约》共同第3条没有明确提及强奸或其他形式的性暴力,但它禁止“对生命和人身施以暴力”。<sup>3</sup> 《日内瓦第三公约》规定,战俘在一切情况下应享有“人身及荣誉之尊重”。<sup>8</sup> 第一和第二附加议定书都规定禁止“损害个人尊严”是为平民和失去战斗力的人员提供的基本保证。<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第75条明确规定,此项禁止性规定特别包括“侮辱性和降低身份的待遇、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”,而《第二附加议定书》第4条则专门将“强奸”加入此清单中。<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》要求保护妇女和儿童免受强奸、被迫卖淫或任何其他形式的非礼侵犯。<sup>4</sup> 《塞拉利昂特别法院规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》也将强奸、强迫卖淫或任何其他形式的非礼侵犯规定为战争罪。<sup>3</sup> “损害个人尊严”和“任何其他形式的非礼侵犯”这种表述说明是包括任何形式的性暴力的。根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性和非国际性武装冲突中,实施“强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫受孕……强迫绝育”或

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, *Herczegfalvy v. Austria* (同上,第1552段)。该法院认为,对于狂躁症和精神病患者的绝食行为而实施的强制喂食和药物治疗不违反《欧洲人权公约》第3条。

<sup>5</sup> Lieber Code, Article 44 (同上,第1572段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦公约》共同第3条(同上,第1557段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第14(1)条。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第75(2)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第996段);《第二附加议定书》第4(2)条(经协商一致通过)(同上,第997段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第75(2)条(经协商一致通过)(同上,第1560段);《第二附加议定书》第4(2)条(经协商一致通过)(同上,第1561段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第四公约》第27(2)条(同上,第1558段);《第一附加议定书》第76-77条(经协商一致通过)(同上,第1562-1563段)。

<sup>3</sup> 《卢旺达问题国际法庭规约》第4(5)条(同上,第1579段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(e) (同上,第1571段)。

者构成严重破坏《日内瓦公约》或严重违反《日内瓦公约》共同第3条的“任何其他形式的性暴力”的行为,将分别构成战争罪。<sup>3</sup> 而且,根据《国际刑事法院规约》的规定,“强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫受孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力”构成危害人类罪;根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》的规定,“强奸”构成危害人类罪。<sup>4</sup>

许多军事手册都禁止强奸、强迫卖淫和非礼侵犯,其中相当多的手册明确将上述行为规定为战争罪。<sup>5</sup> 许多国家的立法也将强奸和其他形式的性暴力规定为战争罪。<sup>6</sup> 国内判例法也确认强奸构成战争罪。例如,早在1946年,中国国防部战争罪军事法庭在它审理的“酒井隆案”(Takashi Sakai case)中就已经做出了这种认定。<sup>7</sup> 在1952年的“约翰·舒尔茨案”(John Schultz case)中,美国军事上诉庭认定,强奸“被普遍认为是应根据战争法予以惩处的犯罪”。<sup>8</sup>

那些违反禁止强奸和其他形式的性暴力规定的行为受到了各国和各国际组织的广泛谴责。<sup>9</sup> 比如,联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会对在卢旺达、塞

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxii)条和第8(2)(e)(vi)条(同上,第1567段)。

<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》第7(1)(g)条(同上,第1566段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第5(7)条(同上,第1578段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第3(7)条(同上,第1579段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第1586-1587段)、澳大利亚(同上,第1588-1589段)、加拿大(同上,第1590-1591段)、中国(同上,第1592段)、多米尼加共和国(同上,第1593段)、萨尔瓦多(同上,第1594段)、法国(同上,第1596-1597段)、德国(同上,第1598段)、以色列(同上,第1599段)、马达加斯加(同上,第1600段)、荷兰(同上,第1601段)、新西兰(同上,第1602段)、尼加拉瓜(同上,第1603段)、尼日利亚(同上,第1604段)、秘鲁(同上,第1605段)、塞内加尔(同上,第1606段)、西班牙(同上,第1607段)、瑞典(同上,第1608段)、瑞士(同上,第1609段)、乌干达(同上,第1610段)、英国(同上,第1611-1612段)、美国(同上,第1613-1617段)和南斯拉夫(同上,第1618段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第1620段)、澳大利亚(同上,第1621-1623段)、阿塞拜疆(同上,第1625段)、孟加拉国(同上,第1626段)、比利时(同上,第1627段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第1628段)、加拿大(同上,第1630段)、中国(同上,第1631段)、哥伦比亚(同上,第1632段)、刚果(同上,第1633段)、克罗地亚(同上,第1634段)、爱沙尼亚(同上,第1636段)、埃塞俄比亚(同上,第1637段)、格鲁吉亚(同上,第1638段)、德国(同上,第1639段)、韩国(同上,第1643段)、立陶宛(同上,第1644段)、马里(同上,第1645段)、莫桑比克(同上,第1646段)、荷兰(同上,第1648-1649段)、新西兰(同上,第1650段)、巴拉圭(同上,第1651段)、斯洛文尼亚(同上,第1652段)、西班牙(同上,第1656段)、英国(同上,第1658段)和南斯拉夫(同上,第1659-1660段);还可以参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第1619段)、布隆迪(同上,第1629段)和特立尼达和多巴哥(同上,第1657段)。

<sup>7</sup> 中国,War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence, Takashi Sakai case(同上,第1661段)。

<sup>8</sup> 美国,Court of Military Appeals, John Schultz case(同上,第1663段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的声明:德国(同上,第1667-1668段)、荷兰(同上,第1669段)和美国(同上,第1674-1675段)。

拉利昂、乌干达和前南斯拉夫境内冲突期间所发生的性暴力事件都进行了谴责。<sup>④</sup> 欧洲议会、欧洲理事会和海湾合作理事会都对前南斯拉夫境内所发生的强奸行为进行了谴责,称它们是战争罪。<sup>⑤</sup> 而且重要的是,南斯拉夫在1993年向消除对妇女歧视委员会提交的报告中,承认在发生战争的地区虐待妇女是违反国际人道法的罪行,并对其先前发表的声明进行了道歉,因为它先前的声明给人留下了强奸在战时被认为是正常行为的错误印象。<sup>⑥</sup>

人权法主要通过禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的规定来禁止性暴力。因此,欧洲人权法院和美洲人权委员会在其判例法中均判定强奸被拘禁的人构成酷刑。<sup>⑦</sup> 欧洲人权法院还判定,在女性监狱官员面前脱光男性囚犯的衣服进行搜身属于有辱人格的待遇。<sup>⑧</sup> 消除对妇女歧视委员会在其一般性建议中指出,歧视包括基于性别的暴力。<sup>⑨</sup> 越来越多的条约和其他国际文书将以卖淫为目的而贩卖妇女和儿童的行为规定为刑事犯罪。<sup>⑩</sup> 人们也越来越认识到,需要惩罚所有对性暴力负有责任的人。<sup>⑪</sup> 禁止把性暴力作为正式的惩罚措施这一点是很明确的:不仅

<sup>④</sup> 例如,参见:联合国安理会,第798号决议(同上,第1680段)、第820号决议(同上,第1681段)、第827号决议(同上,第1682段)、第1019号决议(同上,第1683段)、第1034号决议(同上,第1684段);联合国安理会,主席声明(同上,第1687段);联合国大会,第48/143号决议(同上,第1690段)、第49/196号决议(同上,第1691段)、第50/192号决议(同上,第1692段)、第50/193号决议(同上,第1692-1693段)、第51/114号决议(同上,第1694段)、第51/115号决议(同上,第1692段);联合国人权委员会,第1994/72号决议(同上,第1696段)、第1996/71号决议(同上,第1697段)和第1998/75号决议(同上,第1698段)。

<sup>⑤</sup> See European Parliament, Resolution on the rape of women in the former Yugoslavia (同上,第1714段); Council of Europe, Committee of Ministers, Declaration on the Rape of Women and Children in the Territory of Former Yugoslavia (同上,第1711段); Gulf Cooperation Council, Supreme Council, Final Communiqué of the 13<sup>th</sup> Session (同上,第1717段)。

<sup>⑥</sup> 南斯拉夫, Statement before the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (同上,第1680段)。

<sup>⑦</sup> See, e.g., European Court of Human Rights, Aydın v. Turkey (同上,第1743段); Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.970 (Peru) (同上,第1745段)。

<sup>⑧</sup> European Court of Human Rights, Valasinas v. Lithuania (同上,第1744段)。

<sup>⑨</sup> Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, General Recommendation 19 (Violence against Women) (同上,第1737段)。

<sup>⑩</sup> 例如,参见:《禁止贩卖人口以及取缔以营利为目的迫使他人卖淫公约》第1条(同上,第1559段);《关于贩卖人口问题的附加议定书》第1条(同上,第1569段); SAARC, Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution (not yet in force), Article 3 (同上,第1570段); UN High Commissioner for Human Rights, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking (同上,第1709-1710段); ECOWAS, Declaration on the Fight against Trafficking in Persons (同上,第1716段); OAS Inter-American Commission of Women, Res. CIM/RES 225 (XXXI-0/02) (同上,第1718段)。

<sup>⑪</sup> 例如,参见:联合国大会关于《消除妇女歧视宣言》的第48/104号决议(同上,第1689段);消除妇女歧视委员会, General Recommendation No. 19 (Violence against Women) (同上,第1728段); European Court of Human Rights, S.W. v. UK (同上,第1742段)。

没有国家正式规定此种惩罚措施,而且任何关于这种事件的得到确认的报告要么被否认,要么就是有关人员受到指控。<sup>8</sup>

## 强奸的定义

关于强奸的定义,前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 1998 年的“富伦季亚案”的判决中认为,想要构成强奸,就要求存在“对被害人或第三人进行强迫或使用暴力或以暴力相威胁”。<sup>9</sup> 在 2001 年的“库纳拉茨案”的判决中,该法庭却认为,还应当具有其他因素,这些因素“导致在不同意或不自愿的情况下被害人的性器官被插入的行为”,并认为上述考虑界定了强奸在国际法中的定义的确切范畴。<sup>10</sup> 卢旺达问题国际刑事法庭在 1998 年的“阿卡耶苏案”(Akayesu case) 中判定,“强奸是一种侵犯形式”,而且“对目的和身体部分的机械性描述是无法掌握强奸罪的核心要素的”。它将强奸定义为“在强迫情况下对某人实施的具有性内容的身体侵入”。<sup>11</sup>

强奸和性暴力也可能是国际法中其他犯罪的构成要素。前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“德拉里奇案”中判定,当符合酷刑的具体要件时,强奸可能构成酷刑。<sup>12</sup> 卢旺达问题国际刑事法庭在“阿卡耶苏案”和“穆塞马案”(Musema case) 中判定,当符合灭绝种族罪的具体要件时,强奸和性暴力可能构成灭绝种族罪。<sup>13</sup>

实践表明,禁止性暴力是非歧视性的。也就是说,男人和女人、成年人和儿童,都平等地受到该项禁止性规定的保护。除强迫受孕外,《国际刑事法院规约》规定,禁止向任何人,而非仅仅妇女,实施性暴力犯罪。此外,在《国际刑事法院犯罪要件》中,被用来界定强奸的“侵入”一词“概念含义广泛,不涉及性别问题”。<sup>14</sup>

规则 94 禁止一切形式的奴役和奴隶贸易。

## 实践

### 第 2 卷,第 32 章,H 节

<sup>8</sup> 例如,当巴基斯坦一个部落理事会下令把强奸女孩作为一种处罚的措施时,这种公然的暴行促使巴基斯坦首席大法官下令追诉有关人员,并对其定罪后处以严厉的刑罚。参见:news.bbc.co.uk/1/world/south\_asia/2089624.stm, 3 July 2002,以及巴基斯坦于 2003 年 1 月 7 日对国际法学家委员会对此事件进行抗议并认为巴基斯坦政府负有国际责任的信函的答复(存于作者手中);还可参见:Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, General Recommendation 19 (Violence against Women), 29 January 1992, § 8.

<sup>9</sup> ICTY, Furundija case, Judgement (参见第 2 卷,第 32 章,第 1734 段)。

<sup>10</sup> ICTY, Kunarac case, Judgement (同上,第 1736 段)。

<sup>11</sup> ICTY, Akayesu case, Judgement (同上,第 1728 段)。

<sup>12</sup> ICTY, Akayesu case, Judgement (同上,第 1728 段)。

<sup>13</sup> ICTY, Akayesu case, Judgement (同上,第 1728 段) and Musema case, Judgement (同上,第 1730 段)。

<sup>14</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of rape as a war crime [Footnote 50 relating to Article 8(2)(b)(xxii) and Footnote 62 relating to Article 8(2)(e)(vi) of the ICC Statute]。

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

### 国际性和非国际性武装冲突

《利伯守则》早已经明确规定禁止奴役。<sup>6</sup> 尽管《海牙公约》和《日内瓦四公约》对此没有做出规定,而且《第一附加议定书》也没有规定,但是,在国际性武装冲突中禁止奴役他人是明确的。《日内瓦四公约》对战俘和平民的劳动以及他们的释放和返乡有各种规定,《海牙章程》也禁止强迫被占领地居民向敌国宣誓效忠。从这些规定中可以推定,奴役是受到禁止的。<sup>6</sup>

《第二附加议定书》把禁止“各种形式的奴隶制度和奴隶贸易”规定为是对平民和失去战斗力的人员提供的基本保证之一。<sup>6</sup>

《纽伦堡国际军事法庭规约》和《东京国际军事法庭规约》都将“奴役”规定为危害人类罪。<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》也都将“奴役”规定为危害人类罪。<sup>6</sup>

许多国家的军事手册和立法均禁止奴隶制度、奴隶贸易或“奴役”,这些行为通常被视为危害人类罪,尽管不是全部。<sup>6</sup> 在“科尔诺耶拉茨案”(K mojelac case)中,被告被指控“犯有作为危害人类罪的奴役罪”和“作为违反战争法和惯例罪的奴隶罪”,

<sup>6</sup> Lieber Code, Article 23 (参见第2卷,第32章,第1784段)、Article 42 (同上,第1785段)以及Article 58 (同上,第1786段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第49 - 68条和第109 - 119条(同上,第1762 - 1764段)以及Articles 109 - 119 (参见第2卷,第37章,第606 - 607段);《日内瓦第四公约》第40条、第51 - 52条、第95 - 96条和第132 - 135条(参见第2卷,第32章,第1765段)、第51 - 52条(同上,第1766段)、第95 - 96条(同上,第1767段)以及第132 - 135条(参见第2卷,第37章,第608 - 610段);《海牙章程》第45条。

<sup>6</sup> 《第二附加议定书》第4(2)(f)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第1774段)。

<sup>6</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第6条,(同上,第1761段);《国际军事法庭规约》(东京)第5(3)条(同上,第1789段)。

<sup>6</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第5(3)条(同上,第1795段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第3(3)条(同上,第1796段);《国际刑事法院规约》第7(1)(c)条(同上,第1779段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第1802段)、法国(同上,第1804段)、以色列(同上,第1805段)、荷兰(同上,第1806段)、新西兰(同上,第1807段)、塞内加尔(同上,第1809段)以及美国(同上,第1815段);以及下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第1817段)、澳大利亚(同上,第1820段)、比利时(同上,第1825段)、加拿大(同上,第1828段)、中国(同上,第1829段)、刚果(同上,第1831段)、克罗地亚(同上,第1833段)、法国(同上,第1835段)、爱尔兰(同上,第1836段)、肯尼亚(同上,第1837段)、马里(同上,第1843段)、荷兰(同上,第1844段)、新西兰(同上,第1846段)、尼日尔(同上,第1848段)、挪威(同上,第1849段)、菲律宾(同上,第1851段)、英国(同上,第1855段)以及美国(同上,第1856 - 1857段);还可以参见下列国家的立法草案:布隆迪(同上,第1827段)以及特立尼达和多巴哥(同上,第1853段)。

但是前南斯拉夫问题国际刑事法庭判定被告无罪,原因是因为缺乏证据。<sup>1</sup>

国际人权法同样禁止奴隶制度和奴隶贸易。第一个将奴隶制和奴隶贸易规定为非法的普遍性条约是1926年的《禁奴公约》。<sup>2</sup> 1956年,《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度和习俗补充公约》补充了该公约,并废止了债务质役、农奴制和继承或转让妇女或儿童的制度。<sup>3</sup> 根据《公民权利和政治权利国际公约》及区域人权公约的规定,禁止奴隶制度、奴役和奴隶贸易是不可克减的权利。<sup>4</sup> 近来,一系列条约将贩卖人口定为犯罪,如2000年通过的《贩卖人口议定书》等。<sup>5</sup> 其他国际文书也禁止奴隶制和奴隶贸易。<sup>6</sup>

### 奴隶制和奴隶贸易的定义

《禁奴公约》将奴隶制定义为“对一人行使附属于所有权的任何或一切权力”。它将奴隶贸易定义为包括:

在使一人沦为奴隶的一切掳获、取得或转卖的行为;一切以出卖或交换为目的而取得奴隶的行为;将以出卖或交换为目的而取得的奴隶通过出卖或交换的一切行为,以及一般而言,关于奴隶的贸易和运输行为。<sup>7</sup>

上述定义是《国际刑事法院规约》对“奴役”进行定义的基础。该规约中的定义是:“对一人行使附属于所有权的任何或一切权力,包括贩卖人口,特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力。”<sup>8</sup>

《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制度及习俗补充公约》将农奴制定义为“土地承租人受法律、习惯或契约之约束须在他人所有土地居住及劳作,并向该他人提供有偿或无偿之若干固定劳务,而不能自由变更其身份之状况”。<sup>9</sup> 在1947年的“波尔案”(Pohl case)中,设在纽伦堡的美国军事法庭判定:“非自愿的奴役,即使是受到人道待遇的诱惑,仍然是奴隶制。”<sup>10</sup>

<sup>1</sup> ICTY, K mojčić case, Judgment (同上,第1897段)。

<sup>2</sup> 《禁奴公约》第2条(同上,第1758段)。

<sup>3</sup> 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制度及习俗补充公约》第1条(同上,第1769段)。

<sup>4</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第8条(关于奴隶制、贩奴和奴役)(同上,第1772段);《欧洲人权公约》第4(1)条(关于奴隶制和强制劳动)(同上,第1768段);《美洲人权公约》第6(1)条(关于奴隶制、非自愿的奴役和贩奴)(同上,第1773段);《非洲人权和民族权宪章》第5条(关于奴隶制和贩奴)(同上,第1776段)。

<sup>5</sup> Protocol on Trafficking in Persons, Articles 1, 3 and 5 (同上,第1783段)。

<sup>6</sup> 例如,参见《世界人权宣言》第4条(同上,第1790段);Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 11(a) (同上,第1793段);EU Charter of Fundamental Rights, Article 5 (同上,第1800段)。

<sup>7</sup> 《禁奴公约》第1条(同上,第1758段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第7(2)(c)条(同上,第1779段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第7(2)(c)条(同上,第1779段)。

<sup>10</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Pohl case (同上,第1869段)。

## 性奴役

根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性和非国际性武装冲突中实施的性奴役均为战争罪。<sup>8</sup>《国际刑事法院犯罪要件》在对该犯罪起草构成要件时一直在避免对“性奴役”做出过于狭隘的解释。该文书将“性奴役”定义为“行为人对一人或多人行使附属于所有权的任何或一切权力,如买卖、出租或互易这些人,或以类似方式剥夺其自由”,以及使一人或多人“进行一项或多项性行为”。关于该战争罪的第一个要件,《犯罪要件》明确指出:“这种剥夺自由在某些情况下,应理解为可能包括强迫劳动或使一人沦为《1956年废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》所界定的奴役地位。”同时,该《犯罪要件》还规定,“这一要件所述的行为应理解为包括贩运人口,特别是妇女和儿童”。<sup>9</sup>

1998年,在向联合国促进与保护人权小组委员会提交的报告中,关于战时有组织地强奸、性奴役和类似奴役行为问题的特别报告员指出,“性奴役是奴隶制,禁止性奴役是强行法规则”。<sup>10</sup>在正在进行的关于“二战”中的“慰安妇”的争论中,关于战时有组织地强奸、性奴役和类似奴役行为问题的特别报告员和关于针对妇女的暴力、其原因和后果问题的特别报告员都指出,使用“慰安妇”构成性奴役。另一方面,日本则坚持认为,关于奴役的定义不适用于有关妇女的待遇。<sup>11</sup>

## 规则 95 禁止无偿或肆意强迫劳动。

## 实践

### 第2卷,第32章,H节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

在国际性武装冲突中,《日内瓦第三公约》规定,“拘留国得斟酌战俘之年龄,性

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxii)条和第8(2)(e)(vi)条(同上,第1780段)。

<sup>9</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of sexual slavery as a war crime (ICC Statute, Article 8(2)(b)(xxii), including Footnote 53, and Article 8(2)(e)(vi), including Footnote 65).

<sup>10</sup> UN Sub-Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during War time, Final Report (参见第2卷,第32章,第1887段)。

<sup>11</sup> UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, Report (同上,第1885段); UN Sub-Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during War time, Final Report(同上,第1887段)。

别,等级及体力,并特别以保持战俘之身心健康为目的,而利用体力合格之战俘之劳动”。<sup>5</sup>

该公约详细列举了“于有关战俘营之管理,设备,或保养工作外”可以强迫战俘从事劳作的种类。<sup>6</sup> 该清单是建立在1929年的《关于战俘待遇的日内瓦公约》的禁止性规定的基础之上的,该规定要求“战俘所完成的工作应与作战行动没有任何直接关系”。<sup>7</sup> 此外,《日内瓦第三公约》规定,“战俘除自愿者外,不得使其从事有害健康或危险性之劳动。拘留国本国武装部队人员所视为屈辱之劳动,不得派战俘担任之。扫雷或扫除类似装置,应视为危险性之劳动”。<sup>8</sup> 该公约还进一步对工作条件、工作时间、工资、工作事故和健康检查做出了详细规定。<sup>9</sup>

《日内瓦第四公约》规定,可以强迫受保护的平民进行工作,但却对此规定了严格的条件,包括不得从事“与军事行动有直接关系”的工作,或使他们从事“参加军事行动之义务”之工作,而且应当付工资。<sup>10</sup> 最后,《日内瓦第四公约》还规定,“除非被拘禁人自愿”,拘留国不得雇其为工人,而在被雇用的情况下,被拘禁的平民应当获得工资。<sup>11</sup>

许多国家的军事手册和立法规定,对战俘或平民实施强迫劳动<sup>12</sup> 以及强迫战俘或者平民从事被禁止的工作是刑事犯罪。<sup>13</sup> 在一些国家进行的战争罪审判中,被告

<sup>5</sup> 《日内瓦第三公约》第49条。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第50条(参见第2卷,第32章,第1763段)。

<sup>7</sup> 《1929年关于战俘待遇的日内瓦公约》第31条(同上,第1759段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第52条(同上,第1764段)。

<sup>9</sup> 参见《日内瓦第三公约》第51条和第53-55条。

<sup>10</sup> 《日内瓦第四公约》第40条(参见第2卷,第32章,第1765段)和第51条(同上,第1766段)。

<sup>11</sup> 《日内瓦第四公约》第95条(同上,第1767段)。

<sup>12</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:厄瓜多尔(同上,第1803段)、美国(同上,第1815段);以及下列国家的立法:澳大利亚(同上,第1818-1819段)、阿塞拜疆(同上,第1822段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第1826段)、刚果民主共和国(同上,第1830段)、科特迪瓦(同上,第1832段)、克罗地亚(同上,第1833段)、埃塞俄比亚(同上,第1834段)、拉脱维亚(同上,第1840段)、立陶宛(同上,第1841段)、巴拉圭(同上,第1850段)、斯洛文尼亚(同上,第1852段)、乌兹别克斯坦(同上,第1858段)和南斯拉夫(同上,第1859-1860段)。

<sup>13</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:荷兰(同上,第1806段)、尼日利亚(同上,第1808段)、南非(同上,第1810段)、英国(同上,第1811段)以及美国(同上,第1812-1815段);下列国家的立法:孟加拉国(同上,第1823段)、中国(同上,第1829段)、爱尔兰(同上,第1836段)、意大利(同上,第1838段)、卢森堡(同上,第1842段)、尼加拉瓜(同上,第1847段)和挪威(同上,第1849段)。

被判定犯有强迫战俘或平民从事与战争有关的工作的罪行。<sup>9</sup>

在非国际性武装冲突中,《第二附加议定书》规定,“如果使其做工”,基于与武装冲突有关的原因而被剥夺自由的人“应当享有类似当地平民居民所享受的工作条件和保障的利益”。<sup>9</sup>

《强迫劳动公约》、《废止强迫劳动公约》、《公民权利和政治权利国际公约》以及区域人权公约都禁止从事“强迫或强制劳动”。<sup>9</sup>《强迫劳动公约》将此定义为“以惩罚相威胁,强使任何人从事其本人不曾表示自愿从事的所有工作和劳务”。<sup>9</sup>但是,人权法对禁止强迫或强制劳动规定了例外,如囚犯在监所的劳动、为克服社区灾难状况而从事的劳动、或属于正常公民义务的劳动。<sup>9</sup>此外,与禁止奴隶制和奴隶贸易不同,禁止“强迫或强制劳动”的规定可以在诸如发生武装冲突的情况下克减,在此情形下,上述国际人道法的特定规则将开始适用。<sup>9</sup>

### 驱逐以从事奴隶劳动

驱逐以从事奴隶劳动违反了禁止驱逐的规定(见规则 129)。在国际性武装冲突中,它也被定为独立的一项战争罪。《纽伦堡国际军事法庭宪章》将“驱逐被占领土内的平民居民从事奴隶劳动”规定为战争罪。<sup>9</sup>在该法庭上,一些被告被控犯有驱逐数千平民从事奴隶劳动,也就是从事强制性的无偿劳动的罪行,而且都被定罪。<sup>9</sup>一

<sup>9</sup> 例如,参见:加拿大, Federal Court of Appeal, Rudolph and Minister of Employment and Immigration case (use of civilians in the production of V2 rockets) (同上,第 1861 段); 法国, General Tribunal at Rastadt of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany, Roehling case (prisoners of war working in the metallurgical industry) (同上,第 1863 段); 荷兰, Temporary Court-Martial of Makassar, Koshiro case (prisoners of war building and filling up ammunition depots) (同上,第 1865 段); 荷兰, Special Court of Cassation, Rohrig and Others case (civilians constructing fortifications) (同上,第 1866 段); 英国, Military Court at Lüneberg, Student case (prisoners of war unloading arms, ammunition and warlike stores from aircraft) (同上,第 1868 段); 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Krauch (I. G. Farben Trial) case (prisoners of war working in coal mines) (同上,第 1872 段) 以及 Von Leeb (High Command) case (civilians constructing fortifications) (同上,第 1874 段)。

<sup>9</sup> 《第二附加议定书》第 5(1)(e) 条(经协商一致通过)(同上,第 1775 段)。

<sup>9</sup> 《强迫劳动公约》第 1 条(同上,第 1760 段);《废止强迫劳动公约》第 1 条和第 2 条(同上,第 1770 - 1771 段);《公民权利和政治权利国际公约》第 8(3) 条(同上,第 1772 段);《欧洲人权公约》第 4(2) 条(同上,第 1768 段);《美洲人权公约》第 6(2) 条;《非洲人权和民族权宪章》第 15 条(在平等和令人满意的条件下工作的权利)。

<sup>9</sup> 《强迫劳动公约》第 2 条(参见第 2 卷,第 32 章,第 1760 段);参见欧洲人权法院在下面这个案件中给出的进一步解释:Van der Musselle v. Belgium (同上,第 1901 段)。

<sup>9</sup> 参见:《公民权利和政治权利国际公约》第 8(3)(b) 条和 8(3)(c) 条;《欧洲人权公约》第 4(3) 条;《美洲人权公约》第 6(3) 条。

<sup>9</sup> 例如,参见:《公民权利和政治权利国际公约》第 4(2) 条和第 8(3) 条(参见第 2 卷,第 32 章,第 1772 段),以及《欧洲人权公约》第 4(2) 条和第 15(2) 条(同上,第 1768 段)。

<sup>9</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第 6 条(同上,第 1761 段)。

<sup>9</sup> See International Military Tribunal at Nuremberg, Case of the Major War Criminals (同上,第 1892 段)。

些国家的军事手册和立法也禁止驱逐以从事奴隶劳动。<sup>9</sup> 一些国家的法院判定已经做出过某人犯有此罪的判决,其中在“利斯特(人质审判)案”[List (Hostages Trial)]中,被告被判定犯有“驱逐在德国军队占领区的战犯和平民居民以从事奴隶劳动”的罪行。<sup>9</sup>

### 强迫人员在敌国部队中服役

强迫人员在敌国部队中服役是在国际性武装冲突中被禁止的特定类型的强迫劳动。《海牙章程》明确规定,禁止交战国强迫敌方国民参加反对他们祖国的作战行动,即使他们在战争开始前,已为该交战国服役。<sup>9</sup> 日内瓦第三和第四公约也都规定,强迫战俘或受保护的平民在敌方部队服役是严重破坏公约的行为。<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》的犯罪清单也再次做出了此项禁止性规定。<sup>9</sup>

许多军事手册均规定,禁止强迫人员在敌国部队中服役。<sup>9</sup> 大量的国家立法也有此规定。<sup>9</sup> 这样规定的原因是因为,使人们参与针对其祖国的军事行动会带来痛苦和羞辱,而无论他们是否获得报酬。

## 规则 96 禁止扣留人质。

### 实践

#### 第2卷,第32章,1节

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:尼日利亚(同上,第1808段)、英国(同上,第1811段);以及下列国家的立法:澳大利亚(同上,第1819段)、孟加拉国(同上,第1823段)、白俄罗斯(同上,第1824段)、埃塞俄比亚(同上,第1834段)、以色列(同上,第1837段)和乌克兰(同上,第1854段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:加拿大, Federal Court of Appeal, Rudolph and Minister of Employment and Immigration case(同上,第1861段);荷兰, Special Court of Cassation, Rohrig and Others case(同上,第1866段); Poland, Supreme National Tribunal of Poland at Poznan, Greiser case(同上,第1867段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第1870段)、Milch case(同上,第1871段)、Krauch (I. G. Farben Trial) case(同上,第1872段)以及 Krupp case(同上,第1873段)。

<sup>9</sup> 《海牙章程》第23(8)条(同上,第1909段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第130条(同上,第1912段);《日内瓦第四公约》第147条(同上,第1912段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(v)条和8(2)(b)条第15目(同上,第1914段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第1920段)、澳大利亚(同上,第1921-1922段)、比利时(同上,第1923段)、贝宁(同上,第1924段)、布基纳法索(同上,第1925段)、喀麦隆(同上,第1926段)、加拿大(同上,第1927段)、法国(同上,第1928-1930段)、德国(同上,第1931段)、以色列(同上,第1932段)、意大利(同上,第1933段)、肯尼亚(同上,第1934段)、韩国(同上,第1935段)、马里(同上,第1936段)、摩洛哥(同上,第1937段)、荷兰(同上,第1938段)、新西兰(同上,第1939段)、尼日利亚(同上,第1940-1941段)、俄罗斯(同上,第1942段)、塞内加尔(同上,第1943段)、南非(同上,第1944段)、瑞典(同上,第1945段)、瑞士(同上,第1946段)、多哥(同上,第1947段)、英国(同上,第1948-1949段)以及美国(同上,第1950-1952段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:立法(同上,第1953-2034段)。

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

### 国际性和非国际性武装冲突

《日内瓦公约》共同第3条禁止扣留人质。<sup>9</sup>《日内瓦第四公约》也禁止扣留人质,并把其规定为严重破坏公约的行为。<sup>10</sup>从某种意义上说,这些规定背离了当时的国际法。这可以从1948年的“利斯特(人质审判)案”中看出。在该案中,设在纽伦堡的美国军事法庭并没有排除占领国在符合某些严格的条件下把扣留人质作为最后手段的可能性。<sup>11</sup>但是,除《日内瓦公约》的规定外,从那时起的国际实践表明,习惯国际法现已牢固地确立起了禁止扣留人质的规定,并把扣留人质规定为战争罪。

《第一附加议定书》和《第二附加议定书》均把禁止扣留人质规定为是对平民和失去战斗力的人员提供的基本保证之一。<sup>12</sup>根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性和非国际性武装冲突中实施“扣留人质”的行为将构成战争罪。<sup>13</sup>《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》也把扣留人质列入战争罪。<sup>14</sup>许多军事手册也都禁止扣留人质。<sup>15</sup>还有许多国家的立法也有此项禁止性规定。<sup>16</sup>

无论是在国际性武装冲突还是在非国际性武装冲突中,实施的扣留人质的行为

<sup>9</sup> 《日内瓦公约》共同第3条(同上,第2048段)。

<sup>10</sup> 《日内瓦第四公约》第34条(同上,第2049段)和第147条(同上,第2050段)。

<sup>11</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第2197段)。

<sup>12</sup> 《第一附加议定书》第75(2)(c)条(经协商一致通过)(同上,第2052段);《第二附加议定书》第4(2)(c)条(经协商一致通过)(同上,第2053段)。

<sup>13</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(viii)条和8(2)(c)(iii)条(同上,第2053段)。

<sup>14</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第2(8)条(同上,第2064段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(3)条(同上,第2065段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(c)(同上,第2057段)。

<sup>15</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第2070段)、澳大利亚(同上,第2071-2072段)、比利时(同上,第2073-2074段)、贝宁(同上,第2075段)、布基纳法索(同上,第2076段)、喀麦隆(同上,第2077-2078段)、加拿大(同上,第2079段)、哥伦比亚(同上,第2080段)、刚果(同上,第2081段)、克罗地亚(同上,第2082-2083段)、多米尼加共和国(同上,第2084段)、厄瓜多尔(同上,第2085段)、法国(同上,第2086-2089段)、德国(同上,第2090段)、匈牙利(同上,第2091段)、意大利(同上,第2092-2093段)、肯尼亚(同上,第2094段)、韩国(同上,第2095段)、马达加斯加(同上,第2096段)、马里(同上,第2097段)、摩洛哥(同上,第2098段)、荷兰(同上,第2099段)、新西兰(同上,第2100段)、尼加拉瓜(同上,第2101段)、尼日利亚(同上,第2102段)、菲律宾(同上,第2103段)、罗马尼亚(同上,第2104段)、俄罗斯(同上,第2105段)、塞内加尔(同上,第2106段)、南非(同上,第2107段)、西班牙(同上,第2108段)、瑞典(同上,第2109段)、瑞士(同上,第2110段)、多哥(同上,第2111段)、英国(同上,第2112-2113段)、美国(同上,第2114-2117段)以及南斯拉夫(同上,第2118段)。

<sup>16</sup> 例如,参见:立法(同上,第2119-2194段)。

都受到了各国的谴责。<sup>1</sup> 各个国际组织,尤其是联合国,也谴责在海湾战争、柬埔寨、车臣、萨尔瓦多、科索沃、中东、塞拉利昂、塔吉克斯坦和前南斯拉夫境内冲突中发生的扣留人质的行为。<sup>8</sup>

1995年,前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“卡拉季奇和姆拉吉奇案”(Karadžić and Mladić case)中,被告被指控犯有严重破坏公约的行为,因为他们把维和人员扣为人质。在对此指控做出的审查意见中,该法庭确认了这种指控。<sup>9</sup> 2000年,在“布拉什基奇案”(Blaškić case)中,该法庭判定被告犯有扣留人质这项违反战争法和惯例的罪行以及扣留平民人质这项严重破坏《日内瓦第四公约》的罪行。<sup>0</sup> 2001年,在“科尔迪奇和切尔克斯案”(Kordić and Čerkez case)中,被告被判犯有扣留平民人质这项严重破坏公约的罪行。<sup>2</sup>

红十字国际委员会也呼吁国际性和非国际性武装冲突各方避免扣留人质。<sup>2</sup>

国际人权法没有明确禁止“扣留人质”,但是,根据人权法中不可克减的条款,此种行为实际上是受到禁止的,因为它等于是一种任意剥夺自由的行为(见规则 99)。联合国人权委员会指出,扣留人质,无论在何处实施,也无无论是由谁实施,均为侵犯人权的非法行为,无论如何都是不可接受的。<sup>3</sup> 在其对《公民权利和政治权利国际公约》第4条(关于紧急状态)所发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,缔约国“不论在什么情况下都不能”把紧急状态“作为违反人道法或国际法中强制性规范

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的声明:德国(关于纳戈尔诺-卡拉巴赫冲突)(同上,第2200段)、意大利(同上,第2201段)、巴基斯坦(关于克什米尔冲突)(同上,第2204段)、美国(关于海湾战争)(同上,第2206-2207段)和南斯拉夫(同上,第2209段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:联合国安理会,第664号决议(同上,第2212段)、第674号决议(同上,第2212段)、第686号决议(同上,第2212段)和第706号决议(同上,第2212段);联合国安理会,主席声明(同上,第2213-2214段);联合国大会,第53/164号决议(同上,第2215段);联合国人权委员会,第1992/71号决议(同上,第2216段)、第1992/S-1/1号决议(同上,第2217段)、第1995/55号决议(同上,第2218段)、第1998/60号决议(同上,第2219段)以及第1998/62号决议(同上,第2220段);Council of Europe, Parliamentary Assembly, 第950号决议(同上,第2226段);European Parliament, Resolution on violations of human rights and humanitarian law in Chechnya(同上,第2227段);OAS, Permanent Council, Resolution on Hostages in El Salvador(同上,第2226段)。

<sup>9</sup> ICTY, Karadžić and Mladić case, Initial Indictment and Review of the Indictments(同上,第2233段)。

<sup>0</sup> ICTY, Blaškić case, Judgment(同上,第2234段)。

<sup>2</sup> ICTY, Kordić and Čerkez case, Judgment(同上,第2235段)。

<sup>2</sup> See, e.g., ICRC, Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第2238段), Press Release, Tajikistan: ICRC urges respect for humanitarian rules(同上,第2240段), Communication to the Press No. 93/25(同上,第2242段), Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第2243段), Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Operation Turquoise(同上,第2244段), Press Release No. 1793(同上,第2245段) and Communication to the Press of ICRC Moscow(同上,第2246段)。

<sup>3</sup> UN Commission on Human Rights, 第1998/73号决议(同上,第2221段)和第2001/38号决议(同上,第2222段)。

的理由,例如劫持人质”。<sup>2</sup>

### 扣留人质的定义

《反对劫持人质国际公约》将该犯罪定义为,以杀死、伤害或继续扣押另一个人作为威胁,以强迫第三方作或不作某种行为,作为释放人质的明示或暗示条件,而从事的劫持或扣押行为。<sup>3</sup>《国际刑事法院犯罪要件》使用了同样的定义,但又补充规定,要求第三方实施的行为不仅可以是释放人质的条件,还可以是保证人质安全的条件。<sup>4</sup> 特定的意图是扣留人质犯罪的特征,并将其与作为行政或司法措施的剥夺自由的行为区分开来。

尽管禁止扣留人质明确规定在《日内瓦第四公约》中,而且它通常能够与把扣留平民为人质的行为联系起来,但是没有迹象表明,该犯罪限于扣留平民人质。《日内瓦公约》共同第3条、《国际刑事法院规约》以及《反对劫持人质国际公约》没有将该犯罪限于扣留平民人质,而是将其适用于扣留任何人。在《国际刑事法院规约犯罪要件》中,该定义适用于劫持受到《日内瓦公约》保护的任何人。<sup>2</sup>

规则 97 禁止使用人体盾牌。

## 实践

### 第2卷,第23章,J节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

在国际性的武装冲突中,《日内瓦第三公约》(关于战俘)、《日内瓦第四公约》(关于受保护的平民)和《第一附加议定书》(关于平民的一般规定)均规定了此规则。<sup>5</sup> 根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“将平民或其他被保护的人置于某些地点、地区或军事部队,利用其存在使该地点、地区或军事部队免受军

<sup>2</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2236段)。

<sup>3</sup> 《反对劫持人质国际公约》第1条(同上,第2054段)。

<sup>4</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of the taking of hostages as a war crime (ICC Statute, Article 8(2)(a)(viii) and (c)(iii))。

<sup>2</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of the taking of hostages as a war crime (ICC Statute, Article 8(2)(a)(viii))。

<sup>5</sup> 《日内瓦第三公约》第23(1)条(参见第2卷,第32章,第2253段);《日内瓦第四公约》第28条(同上,第2254段);《第一附加议定书》第51(7)条(经协商一致通过)(同上,第2256段)。

事攻击”，将构成战争罪。<sup>2</sup>

许多军事手册均禁止使用人体盾牌，其中许多手册将其对象扩及所有平民。<sup>9</sup> 使用人体盾牌在许多国家的立法中也被定为刑事犯罪。<sup>3</sup> 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》以及《国际刑事法院罗马规约》的当事方。<sup>3</sup> 1990年和1991年，伊拉克利用战俘和平民作为人体盾牌的行为受到了各国的广泛谴责，美国宣称上述行为构成战争罪。<sup>3</sup> 设在吕内贝格的英国军事法庭在1946年的“学生案”(Student case)以及设在纽伦堡的美国军事法庭在1948年的“冯·莱布(最高指挥部审判)案”[Von Leeb(The High Command Trial)]审理的对象都是在第二次世界大战期间实施的利用战俘作为人体盾牌这项战争罪。<sup>3</sup> 1995年，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“卡拉季奇和姆拉吉奇案”中，被告被指控犯有把联合国维和人员劫持为人体盾牌的战争罪。在该案中，该法庭支持了上述指控。<sup>3</sup>

就非国际性武装冲突而言，《第二附加议定书》没有明确提及使用人体盾牌的问题，但是要求“平民居民和平民个人应享受免于军事行动所产生的危险的一般保

<sup>2</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxiii)条(同上,第2257段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第2261段)、澳大利亚(同上,第2262-2263段)、比利时(同上,第2264段)、喀麦隆(同上,第2265段)、加拿大(同上,第2266段)、哥伦比亚(同上,第2267段)、克罗地亚(同上,第2268段)、多米尼加共和国(同上,第2269段)、厄瓜多尔(同上,第2270段)、法国(同上,第2271-2273段)、德国(同上,第2274段)、以色列(同上,第2275段)、意大利(同上,第2276段)、肯尼亚(同上,第2277段)、荷兰(同上,第2278段)、新西兰(同上,第2279段)、西班牙(同上,第2280段)、瑞士(同上,第2281段)、英国(同上,第2282-2283段)以及美国(同上,第2284以及2286段)。

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第2287段)、阿塞拜疆(同上,第2288-2289段)、孟加拉国(同上,第2290段)、白俄罗斯(同上,第2291段)、加拿大(同上,第2293段)、刚果民主共和国(同上,第2294段)、刚果(同上,第2295段)、德国(同上,第2296段)、格鲁吉亚(同上,第2297段)、爱尔兰(同上,第2298段)、立陶宛(同上,第2299段)、马里(同上,第2300段)、荷兰(同上,第2301段)、新西兰(同上,第2302段)、挪威(同上,第2303段)、秘鲁(同上,第2304段)、波兰(同上,第2305段)、塔吉克斯坦(同上,第2306段)、英国(同上,第2308段)和也门(同上,第2309段);还可以参见布隆迪的立法草案(同上,第2292段)和特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第2307段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:法国(同上,第2271段)、肯尼亚(同上,第2277段)、英国(同上,第2283段)以及美国(同上,第2284以及2286段);以及下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第2288-2289段)、孟加拉国(同上,第2290段)、白俄罗斯(同上,第2291段)、刚果民主共和国(同上,第2294段)、格鲁吉亚(同上,第2297段)、立陶宛(同上,第2299段)、秘鲁(同上,第2304段)、波兰(同上,第2305段)、塔吉克斯坦(同上,第2306段)和也门(同上,第2309段);还可参见布隆迪的立法草案(同上,第2292段)。

<sup>3</sup> 例如,参见以下国家的声明:萨尔瓦多(同上,第2314段)、德国(同上,第2316段)、意大利(同上,第2319段)、科威特(同上,第2321段)、塞内加尔(同上,第2326段)、英国(同上,第2329-2330段)以及美国(同上,第2337-2345段)以及据报告的西班牙的实践(同上,第2327段)。

<sup>4</sup> 英国, Military Court at Lüneberg, Student case(同上,第2310段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb(The High Command Trial) case(同上,第2311段)。

<sup>5</sup> ICTY, Karadžić and Mladić case, First Indictment and Review of the Indictments(同上,第2366段)。

护”，这项规定实际上是禁止此种做法的。<sup>8</sup> 尤为重要的是，使用人体盾牌经常等同于扣留人质的行为，<sup>3</sup> 而该行为是受到《第二附加议定书》<sup>8</sup> 和习惯国际法禁止的。此外，故意使用平民以掩护军事行动违反了区分原则和采取可行的预防措施把民用和军用物体区分开来的义务（见规则 23 - 24）。

一些适用于非国际性武装冲突的军事手册禁止使用人体盾牌。<sup>9</sup> 还有一些国家的立法将在非国际性武装冲突中使用人体盾牌的行为规定为犯罪。<sup>9</sup> 在非国际性武装冲突中，例如在利比里亚、卢旺达、塞拉利昂、索马里、塔吉克斯坦和前南斯拉夫的冲突中，使用人体盾牌的行为受到了各国及联合国的谴责。<sup>3</sup>

没有发现违反本规则的正式实践。

红十字国际委员会也已提请国际性和非国际性武装冲突各方注意禁止使用人体盾牌的规定。<sup>2</sup>

国际人权法本身没有禁止使用人体盾牌，但是，除了其他以外，该行为可能构成侵犯不得任意剥夺生命权这项不可克减的权利（见对规则 89 的评注）。联合国人权事务委员会和区域人权机构指出，上述权利不仅包括不被杀害这项权利，而且还包括国家有采取措施保护生命的义务。<sup>3</sup> 在“德米拉伊诉土耳其案”（Demiray v. Turkey）中，申请人认为她的丈夫被用作了人体盾牌，欧洲人权法院指出，“第 2 条在某些十分确定的情况下，可以……可能意味着，当局具有一项应当采取预防性的执行措施以便

<sup>8</sup> 《第二附加议定书》第 13(1) 条（经协商一致通过）（参见第 2 卷，第 5 章，第 2 段）。

<sup>3</sup> 例如，参见萨尔瓦多的实践（参见第 2 卷，第 32 章，第 2314 段）和欧共体的实践（同上，第 2361 段）。

<sup>8</sup> 《第二附加议定书》第 4(2)(c) 条（经协商一致通过）（同上，第 2053 段）。

<sup>9</sup> 例如，参见下列国家的军事手册：澳大利亚（同上，第 2262 段）、加拿大（同上，第 2266 段）、哥伦比亚（同上，第 2267 段）、克罗地亚（同上，第 2268 段）、厄瓜多尔（同上，第 2270 段）、德国（同上，第 2274 段）、意大利（同上，第 2276 段）以及肯尼亚（同上，第 2277 段）。

<sup>9</sup> 例如，参见下列国家的立法：阿塞拜疆（同上，第 2288 - 2289 段）、白俄罗斯（同上，第 2291 段）、刚果民主共和国（同上，第 2294 段）、德国（同上，第 2296 段）、格鲁吉亚（同上，第 2297 段）、立陶宛（同上，第 2299 段）、波兰（同上，第 2305 段）和塔吉克斯坦（同上，第 2306 段）；还可参见下列国家的立法：秘鲁（同上，第 2304 段）和也门（同上，第 2309 段），这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突；以及布隆迪的立法草案（同上，第 2292 段）。

<sup>3</sup> 例如，参见下列国家的声明：智利（同上，第 2312 段）、塔吉克斯坦（同上，第 2328 段）和南斯拉夫（同上，第 2348 段）；据报告的卢旺达的实践（同上，第 2325 段）；联合国人权委员会，第 1995/89 号决议（同上，第 2350 段）；UN Secretary-General, Progress report on UNOMIL（同上，第 2351 段），Progress report on UNOMSIL（同上，第 2352 段）and Report pursuant to paragraph 5 of Security Council resolution 837 (1993) on the investigation into the 5 June 1993 attack on the UN forces in Somalia conducted on behalf of the UN Security Council（同上，第 2353 段）。

<sup>2</sup> See, e.g., ICRC, Communication to the Press No. 93/17（同上，第 2369 段）and archive document（同上，第 2370 段）。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 6 (Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights)（同上，第 2367 段）；African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad（同上，第 940 段）；European Court of Human Rights, Demiray v. Turkey（同上，第 2368 段）。

保护其负责的个人的积极义务”。<sup>4</sup>

## 人体盾牌的定义

《日内瓦公约》、《第一附加议定书》和《国际刑事法院规约》中禁止使用人体盾牌的规定一般都是这样说的,不得利用平民或者其他受保护的人员安置于(或使其运动于)某点或某地区以使该处免受军事攻击。<sup>5</sup> 军事手册中所举出的或被谴责的例子往往是,将人员带至军事目标以保护其免受攻击。新西兰和英国的军事手册给出的例子是,将人员置于装有军火的列车上或其附近。<sup>6</sup> 伊拉克采取的威胁将战俘和平民聚集在战略地点及军事防御地点的做法受到了广泛的谴责。<sup>7</sup> 其他根据此项规定而进行的谴责则涉及在前南斯拉夫和利比里亚冲突中把平民聚集在军事单位前的做法。<sup>8</sup>

在对“卡拉季奇和姆拉吉奇案”的指控的审查意见中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,违反其意愿,把维和部队作为保护北约空袭的可能目标,例如,军火库、雷达站和通信中心的行为属于使用“人体盾牌”。<sup>9</sup>

可以得出这样的结论,使用人体盾牌要求故意将军事目标和平民及失去战斗人员同置于一处,它的具体目的是试图使军事目标免受攻击。

## 规则 98 禁止强迫失踪。

## 实践

### 第 2 卷,第 32 章,K 节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

<sup>4</sup> European Court of Human Rights, *Demiray v. Turkey* (同上,第 2368 段)。

<sup>5</sup> 《日内瓦第三公约》第 23(1)条(同上,第 2253 段);《日内瓦第四公约》第 28 条(同上,第 2254 段);《第一附加议定书》第 12(4)条(经协商一致通过)(同上,第 2255 段)和第 51(7)条(同上,第 2256 段);《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxiii)条(同上,第 2257 段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家的军事手册:新西兰(同上,第 2279 段)以及英国(同上,第 2282 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的声明:德国(同上,第 2316 段)、意大利(同上,第 2319 段)、科威特(同上,第 2321 段)、塞内加尔(同上,第 2326 段)、英国(同上,第 2329 - 2334 段)以及美国(同上,第 2337 - 2342 段以及第 2344 - 2345 段);联合国人权委员会,第 1992/71 号决议(同上,第 2349 段);EC, Declaration on the situation of foreigners in Iraq and Kuwait(同上,第 2358 段), Statement before the Third Committee of the UN General Assembly(同上,第 2359 段), Statement on the situation of prisoners of war(同上,第 2360 段) and Declaration on the Gulf crisis(同上,第 2361 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:南斯拉夫的声明(同上,第 2348 段);联合国人权委员会,第 1995/89 号决议(同上,第 2350 段);UN Secretary-General, Progress report on UNOMIL(同上,第 2351 段)。

<sup>9</sup> ICTY, *Karadžić and Mladić case*, Review of the Indictments(同上,第 2366 段)。

## 国际性和非国际性武装冲突

国际人道法中的条约本身没有提到“强迫失踪”这一术语。但是,强迫失踪违反或有违反一系列国际人道法中的习惯法规则的危险,最为明显的便是禁止任意剥夺自由的规则(见规则 99)、禁止酷刑和其他残忍或不人道的待遇的规则(见规则 90)和禁止谋杀的规则(见规则 89)。此外,在国际性武装冲突中,许多对被剥夺自由的人员的信息进行登记、查询和传输等要求的目的尤其是为了防止出现强迫失踪的情形(见第 37 章)。在非国际性武装冲突中,也要求冲突各方采取措施以便防止人员的失踪,包括对被剥夺自由的人员进行登记(见规则 123)。还应当通过结合下面两项规则来理解本规则,即:要求尊重家庭生活的规则(见规则 105)和冲突各方须采取一切可能措施,查明因武装冲突而被报告失踪之人的下落,并须向其家人提供任何与其下落有关的信息的规则(见规则 117)。对这些规则进行整体理解的结果是,国际人道法是禁止“强迫失踪”的现象的。

尽管各国军事手册和国内立法对禁止强迫失踪的规定尚处在初级阶段,但是,哥伦比亚、厄瓜多尔、印度尼西亚和秘鲁等国的军事手册仍然明确规定禁止强迫失踪。<sup>6</sup> 许多国家的立法也明确禁止强迫失踪。<sup>7</sup>

1981 年,第 24 届红十字国际大会认为,强迫失踪“意味着侵犯基本人权,这些权力包括生命权、自由和人身安全、免受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇的权利、免受任意逮捕或拘禁以及接受公正和公开审判的权利”。<sup>8</sup> 1986 年,第 25 届红十字国际大会对“任何导致个人或个人群体强迫或非自愿失踪的行为”进行了谴责。<sup>9</sup> 1999 年,第 27 届红十字与红新月国际大会通过的《2000 - 2003 年行动计划》要求武装冲突各方采取有效措施,以确保“颁布严格的命令防止所有包括……强迫失踪在内的严重违反国际人道法的行为”。<sup>10</sup> 所有这些决议都是以协商一致的方式通过的。

没有发现违反本规则的正式实践,因为没有国家主张强迫人员失踪的权利。此

<sup>6</sup> 哥伦比亚, Basic Military Manual (同上, 第 2386 段); 萨尔瓦多, Human Rights Charter of the Armed Forces (同上, 第 2387 段); 印度尼西亚, Directive on Human Rights in Irian Jaya and Maluku (同上, 第 2388 段); 秘鲁, Human Rights Charter of the Security Forces (同上, 第 2389 段)。

<sup>7</sup> 例如, 参见下列国家的立法: 亚美尼亚 (同上, 第 2390 段)、澳大利亚 (同上, 第 2391 段)、阿塞拜疆 (同上, 第 2392 段)、白俄罗斯 (同上, 第 2393 段)、加拿大 (同上, 第 2395 段)、刚果 (同上, 第 2396 段)、萨尔瓦多 (同上, 第 2397 段)、法国 (同上, 第 2398 段)、德国 (同上, 第 2399 段)、马里 (同上, 第 2400 段)、荷兰 (同上, 第 2401 段)、新西兰 (同上, 第 2403 段)、尼日尔 (同上, 第 2402 段)、巴拉圭 (同上, 第 2405 段)、秘鲁 (同上, 第 2406 段) 及英国 (同上, 第 2408 段); 另参见下列国家的立法: 布隆迪 (同上, 第 2394 段)、尼加拉瓜 (同上, 第 2404 段) 和特立尼达和多巴哥 (同上, 第 2407 段)。

<sup>8</sup> 24 th International Conference of the Red Cross, Res. II (同上, 第 2434 段)。

<sup>9</sup> 25 th International Conference of the Red Cross, Res. XIII (同上, 第 2435 段)。

<sup>10</sup> 27 th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过) (同上, 第 2437 段)。

外,据称的强迫失踪的情形一般都受到各国及联合国的谴责。例如,1995年,联合国安理会在辩论中,博茨瓦纳、洪都拉斯和印度尼西亚谴责了在前南斯拉夫冲突中发生的强迫失踪的行为。<sup>3</sup> 联合国安理会和联合国人权委员会也在以协商一致的方式通过的决议中谴责了这些行为。<sup>4</sup> 联合国大会在1995年通过的决议中也谴责了前南斯拉夫境内发生的强迫失踪的行为。<sup>5</sup> 2000年,联合国大会又在其决议中谴责在苏丹境内发生的强迫失踪的行为。<sup>6</sup>

根据《国际刑事法院规约》的规定,系统性地实施强迫失踪的行为构成危害人类罪。<sup>7</sup> 《关于人员强迫失踪的美洲公约》也将强迫失踪作为“严重和令人憎恶的违反人类固有的尊严的罪行”而予以禁止,并指出,它“侵犯了许多不可克减的和基本人权”。<sup>8</sup> 以协商一致方式通过的《联合国强迫失踪宣言》明确规定,强迫失踪侵犯了法律面前人的地位得到承认的权利、人身自由与安全的权利以及免受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的权利,并指出,这种行为还侵犯了生命权或对生命权构成严重威胁。<sup>9</sup>

重要的是,在2000年的“库布雷什基奇案”(Kuprešić case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭判定,虽然强迫失踪没有被列入该法庭的规约之中,但是它可能构成危害人类罪。该法庭考虑的是,强迫失踪侵犯了许多人权,已经被《联合国强迫失踪宣言》和《美洲强迫人员失踪公约》所禁止。因此,该法庭认为,它构成该法庭规约第5条第9款中所规定的“其他不人道的行为”。<sup>10</sup>

<sup>3</sup> 参见下列国家的声明:博茨瓦纳(同上,第2411段)、洪都拉斯(同上,第2413段)和印度尼西亚(同上,第2414段)。

<sup>4</sup> 联合国安理会,第1034号决议(同上,第2416段);联合国人权委员会,第1994/72号决议(同上,第2421段)和第1996/71号决议(同上,第2422段)。

<sup>5</sup> 联合国大会,第50/193段(同上,第2417段)。该决议以114票赞成、1票反对和20票弃权通过。但是,投反对票的俄罗斯就投票所作的解释性说明表明,其并不反对谴责强迫失踪的原则,只是认为该决议过于偏袒一方。参见:俄罗斯在联合国大会第三委员会的声明,UN Doc. A/IC.3/50/SR.58, 14 December 1995, § 17。

<sup>6</sup> 联合国大会,第55/116号决议(参见第2卷,第32章,第2418段)。该决议以85票赞成、32票反对和49票弃权通过。但是,孟加拉国、加拿大、利比亚、泰国和美国就投票所作的解释表明,没有迹象表明对本规则所探讨的原则存在分歧。参见:2000年10月10日,上述国家在联合国大会第三委员会就投票所作的解释,UN Doc. A/IC.3/55/SR.55, 29 November 2000, § 138(加拿大), § 139(美国), § 146(孟加拉国), § 147(泰国) and § 148(利比亚)。

<sup>7</sup> 《国际刑事法院规约》第7(1)(i)条(参见第2卷,第32章,第2373段)。第7(2)(i)条(同上,第2374段)将“强迫失踪”定义为“国家或政治组织直接地,或在其同意、支持或默许下,逮捕、羁押或绑架人员,继而拒绝承认这种剥夺自由的行为,或拒绝透露有关人员的命运或下落,目的是将其长期置于法律保护之外”。

<sup>8</sup> Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, preamble(同上,第2372段);另参见:联合国人权委员会,第2001/46号决议(同上,第2423段);世界人权大会,《维也纳宣言和行动计划》(同上,第2436段)。

<sup>9</sup> 《联合国强迫失踪宣言》,第1条(同上,第2380段)。

<sup>10</sup> ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上,第2438段)。

此外,区域性人权机构在一些案件中也判定强迫失踪侵犯了一些人权。例如,美洲人权委员会和人权法院判定,强迫失踪侵犯了自由和人身安全的权利、公正审判的权利和生命权。<sup>8</sup> 此外,正如《联合国强迫失踪宣言》所述,强迫失踪给失踪者本人及其家属造成巨大痛苦。<sup>9</sup> 联合国人权事务委员会和欧洲人权法院同样认为,强迫近亲属失踪构成对近亲属的不人道待遇。<sup>10</sup> 联合国人权事务委员会在对《公民权利和政治权利国际公约》第4条的一般性意见中强调,禁止扣作人质和不允许羁押的条款也不能予以克减,并指出,“对这些行为的绝对禁止性质(即使在紧急情势下),是因为这些标准是一般国际法的标准”。<sup>11</sup> 因此,应当注意的是,尽管只有广泛地或系统性实施强迫失踪的行为才构成反人类罪,但是任何强迫失踪的行为都是违反国际人道法和人权法的行为。

大量实践表明,禁止强迫失踪这项规定包括应当对据称的强迫失踪的案件进行调查这项义务。<sup>12</sup> 防止强迫失踪这项义务还得到要求记录被剥夺自由的人员的详细情况的义务的支持(见规则123)。

---

<sup>8</sup> See, e.g., Inter-American Commission on Human Rights, Case 9466 (Peru) (同上,第2447段), Case 9786 (Peru) (同上,第2449段) and Third report on the human rights situation in Colombia (同上,第2450段) and American Court of Human Rights, Velásquez Rodríguez case (同上,第2451段); See also African Commission on Human and Peoples' Rights, Movement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples v. Burkina Faso (违反在法律面前获得承认的权利和自由及人身安全的权利) (同上,第2442段)。

<sup>9</sup> 《联合国强迫失踪宣言》第1(2)条(同上,第2380段)。

<sup>10</sup> UN Human Rights Committee, Quinteros v. Uruguay (同上,第2440段), Lyashkevich v. Belarus (同上,第2441段); European Court of Human Rights, Kurt v. Turkey (同上,第2443段), Timurtas v. Turkey (同上,第2444段) and Cyprus case (同上,第2445段)。

<sup>11</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2439段)。

<sup>12</sup> 例如,参见:《联合国强迫失踪公约》第13条(同上,第2485段); Inter-American Convention on the Enforced Disappearance of Persons, Article 12 (同上,第2482段); 有关国家的实践:阿根廷(National Commission concerning Missing Persons) (同上,第2490段)、智利(Special Panel) (同上,第2412段)、克罗地亚(Commission for Tracing Persons Missing in War Activities in the Republic of Croatia) (同上,第2491段)、菲律宾(Task Force on Involuntary Disappearances) (同上,第2493段)、斯里兰卡(Commission of Inquiry into Involuntary Removal or Disappearances of Persons in certain provinces) (同上,第2415段)、前南斯拉夫(Joint Commission to Trace Missing Persons and Mortal Remains) (同上,第2486段),以及伊拉克作为一方、法国、科威特、沙特阿拉伯、英国和美国作为另一方(在红十字国际委员会主导下建立的三方委员会) (同上,第2515段); UN Human Rights Committee, General Comment No. 6 (Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2505段)以及 Quinteros v. Uruguay (同上,第2506段); 联合国大会,第40/140号决议(同上,第2494段); 联合国人权委员会,第2001/46号决议(同上,第2496段); 第24届红十字国际大会,第II号决议(同上,第2503段); 世界人权大会,《维也纳宣言和行动纲领》(同上,第2504段); European Court of Human Rights, Kurt v. Turkey (同上,第2507段), Timurtas v. Turkey (同上,第2505段) and Cyprus case (同上,第2506段); American Court of Human Rights, Velásquez Rodríguez case (同上,第2513段)。

规则 99 禁止任意剥夺人身自由。

## 实践

第 2 卷, 第 32 章, L 节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。应当注意的是,《日内瓦公约》共同第 3 条以及第一和第二附加议定书要求给予所有平民和失去战斗力的人员以人道待遇(见规则 87),因此,任意剥夺人身自由是不符合这项要求的。

不得进行任意拘禁这项规则是国际人道法和人权法的一部分。尽管国际法的这两个分支存在着差别,但是国际人道法和人权法的目的都在于防止出现任意拘禁,包括通过明确规定进行拘禁的理由(拘禁的理由是有这个需要,尤其是安全的需要)、特定的条件和程序,以便防止出现人员的失踪,并监督是否有必要继续拘禁。

## 国际性武装冲突

### 拘禁的理由

国际性武装冲突一方可以剥夺人员人身自由的理由规定在《日内瓦公约》中:<sup>8</sup>

《日内瓦第一公约》对拘禁或滞留医疗和宗教人员做出了规定。<sup>9</sup>

《日内瓦第二公约》对拘禁或滞留医院船只的医疗和宗教人员做出了规定。<sup>0</sup>

《日内瓦第三公约》建立在可以在实际战事持续期间拘禁战俘的长期惯例之上。<sup>1</sup>《日内瓦第三公约》还规定了关于纪律处罚、司法调查和遣返伤势或病情严重的战俘的条件。<sup>2</sup>

《日内瓦第四公约》明确规定,如果“拘留国之安全有绝对需要”(第 42 条)或者在占领区域内由于“迫切的安全理由”(第 78 条),仅可将平民拘禁或安置于指定居所。<sup>3</sup>在“德拉里奇案”中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭将第 42 条解释为,只有在有“严重和合法的理由”认为被拘禁的人员可能以阴谋破坏或间谍的方式严重妨害拘留国的安全时,才允许拘禁。<sup>4</sup>

<sup>8</sup> 中立国剥夺人员人身自由受到《海牙第五公约》和《海牙第十三公约》的调整。《海牙第五公约》第 11、13 和 14 条规定了中立国拘禁战斗人员的理由。《海牙第十三公约》第 24 条规定了中立国拘禁交战船只及其官员和船员的理由。

<sup>9</sup> 《日内瓦第一公约》第 28、30 和 32 条。

<sup>0</sup> 《日内瓦第二公约》第 36 和 37 条。

<sup>1</sup> 《日内瓦第三公约》第 21 和 118 条。

<sup>2</sup> 《日内瓦第三公约》第 90、95、103 和 109 条。

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第 42 条(参见第 2 卷,第 32 章,第 2517 段)和第 78 条(同上,第 2664 段)。

<sup>4</sup> ICTY, *Delalic case*, Judgment (同上,第 2644 段)。

开始进行拘禁或继续进行拘禁的理由受到上述有效需要的限制。比如,《日内瓦第四公约》把拘禁“敌方的外国人”限制在那些为安全目的所“绝对必需”的人员。《日内瓦第三公约》要求遣返伤势或病情严重的战俘,这是因为他们不可能再从事针对拘留国的敌对行动。

### 程序要求

除了要求具有有效的理由之外,合法地剥夺自由还必须遵循一定的程序。《日内瓦第四公约》第43条规定,任何被保护人被拘禁或被安置于指定居所者,有权请拘留国主管法庭或行政审议机关对于该项举措尽速重新考虑。如该项拘禁或安置于指定居所仍予维持时,该法庭或行政审议机关应定期,至少一年两次,对于案情予以审查。<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第78条规定,关于在占领地指定居所或拘禁的决定应按照占领国根据本公约规定所订之正常程序为之。它还规定,可以对上述决定进行上诉,并应迅速判决。如果上诉维持了原判,应由占领国所设立之主管机关定期复核,可能时每六月一次。<sup>4</sup> 许多军事手册也规定上述程序。<sup>2</sup> 此外,《日内瓦第三公约》规定,应指派混合医务委员会从事检查伤病战俘,以决定他们应予直接遣返或收容于中立国。<sup>5</sup>

除《日内瓦第四公约》第43条和第78条的特别规定外,《日内瓦公约》还规定,应当指定保护国,以便试图防止任意拘禁和拘禁中经常出现的虐待。保护国必须是中立的监督者。它负责监督公约的执行,以便捍卫冲突各方的利益。<sup>6</sup> 尤其是,拘留国必须立即将战俘和被拘禁的平民的信息通知保护国以及情报局和中央事务所。<sup>7</sup>

此外,《第一附加议定书》规定,“任何因有关武装冲突的行动被逮捕、拘留或拘禁的人,应立即以其所了解的语言被告知采取这些行动的理由”。<sup>8</sup> 这一规则规定在许多军事手册中。<sup>3</sup>

违反《日内瓦公约》规定的各项规则的拘禁被称为“非法禁闭”。“非法禁闭”平民是严重破坏《日内瓦第四公约》的行为。<sup>3</sup> 根据《国际刑事法院规约》、《前南斯拉

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第43条第1款(同上,第2747段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第四公约》第78条(同上,第2664和2748段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第2756-2757段)、加拿大(同上,第2758段)、德国(同上,第2760段)、新西兰(同上,第2761段)、英国(同上,第2762段)和美国(同上,第2763-2764段)。

<sup>5</sup> 《日内瓦第三公约》第110和112条。

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第8条和第10条;《日内瓦第二公约》第8条和第10条;《日内瓦第三公约》第8条和第10条;《日内瓦第四公约》第9条和第11条。

<sup>7</sup> 《日内瓦第三公约》第69和112-113条;《日内瓦第四公约》第43、105和136-137条。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第75(3)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第2694段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第2698段)、新西兰(同上,第2700段)、瑞典(同上,第2701段)和瑞士(同上,第2702段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第147条(同上,第2518段)。

夫问题国际刑事法庭规约》和联合国东帝汶过渡行政当局发布的《第 2000 /15 号规章》的规定,“非法禁闭”受四个《日内瓦公约》保护的人员是严重破坏公约的行为。<sup>8</sup>《国际刑事法院规约犯罪要件》指出,非法禁闭可以与受到一项或多项《日内瓦公约》的保护的人员有关,而不仅仅与平民有关。<sup>8</sup>

许多国家的军事手册都禁止非法禁闭。<sup>8</sup>许多国家的立法也有此项禁止性规定。<sup>8</sup>这些手册和立法所使用的术语各有不同,包括:非法(不法)禁闭、非法(不法)拘留、任意拘留、违反国际法的没有必要的拘留、逮捕或剥夺自由、不合理的限制自由和无区别的大规模逮捕。“二战”后也有一些裁决禁止非法拘禁的案例。<sup>8</sup>

## 非国际性武装冲突

### 拘禁的理由

在非国际性武装冲突中,禁止任意剥夺自由这项规定是由国家实践确立起来的,这些国家实践的形式包括军事手册、国内立法和正式声明。这项规则的基础还包括国际人权法(见下文)。尽管所有国家的立法都明确规定了可以进行拘禁的理由,但是超过 70 个国家的立法把武装冲突期间实施的非法剥夺自由的行为规定为犯罪。<sup>9</sup>上述立法中的大多数都规定,禁止非法剥夺自由适用于国际性和非国际性

---

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(a)(vii)条(同上,第 2524 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 2(7)条(同上,第 2530 段);UN TAET Regulation 2000 /15, Section 6(1)(a)(vii)(同上,第 2535 段)。

<sup>8</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of unlawful confinement as a war crime [ICC Statute, Article 8(2)(a)(vii)]。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 32 章,第 2536 段)、澳大利亚(同上,第 2537 段)、加拿大(同上,第 2538 段)、克罗地亚(同上,第 2540 段)、法国(同上,第 2542 - 2543 段)、德国(同上,第 2544 段)、匈牙利(同上,第 2545 段)、荷兰(同上,第 2546 段)、新西兰(同上,第 2547 段)、尼日利亚(同上,第 2549 段)、南非(同上,第 2550 段)、瑞士(同上,第 2551 段)、乌干达(同上,第 2552 段)、英国(同上,第 2553 段)和美国(同上,第 2554 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:立法(同上,第 2555 - 2626 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见荷兰,Temporary Court-Martial at Makassar, Motomura case and Notomius case(同上,第 2627 段);荷兰,Special Court (War Criminals) at the Hague and Special Court of Cassation, Rauter case(同上,第 2627 段);荷兰,Special Court in Amsterdam and Special Court of Cassation, Zühlke case(同上,第 2627 段);英国,Military Court at Lüneberg, Auschwitz and Belsen case(同上,第 2627 段);美国,Military Tribunal at Nuremberg, Pohl case(同上,第 2627 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:立法(同上,第 2555 - 2626 段)。

武装冲突。<sup>9</sup> 一些适用于或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也禁止非法剥夺自由。<sup>9</sup> 如前所述,这些手册和立法使用了非法(不法)禁闭、非法(不法)拘留和任意或无必要的拘留等不同的术语。

无论在国际性还是非国际性武装冲突中,没有发现违反本规则的正式实践。所有据称的违反非法剥夺自由的事件都受到了谴责。比如,联合国安理会曾经谴责在波斯尼亚和黑塞哥维那以及布隆迪冲突中发生的“任意拘留”的行为。<sup>9</sup> 同样,联合国大会也对前南斯拉夫和苏丹境内发生的包括“非法拘禁”和“任意拘禁”在内的严重违反国际人道法的行为深表关注。<sup>9</sup> 联合国人权委员会也在未经投票通过的决议中谴责在前南斯拉夫境内发生的“拘禁”行为和“任意拘禁”行为。<sup>9</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》和区域性人权条约均确认人身自由和安全的权利,并规定,除根据法律事先规定的条件和原因外,不得剥夺任何

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第2556段)、澳大利亚(同上,第2557段)、阿塞拜疆(同上,第2560段)、比利时(同上,第2563段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第2564段)、柬埔寨(同上,第2568段)、刚果民主共和国(同上,第2573段)、克罗地亚(同上,第2577段)、埃塞俄比亚(同上,第2580段)、格鲁吉亚(同上,第2581段)、摩尔多瓦(同上,第2594段)、尼加拉瓜(同上,第2599段)、尼日尔(同上,第2601段)、巴拉圭(同上,第2606段)、波兰(同上,第2607段)、葡萄牙(同上,第2608段)、斯洛文尼亚(同上,第2612段)、西班牙(同上,第2614段)、瑞典(同上,第2616段)、塔吉克斯坦(同上,第2617段)和南斯拉夫(同上,第2625段);另参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第2566段)和罗马尼亚(同上,第2609段),上述立法没有排除适用于非国际性武装冲突;以及下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第2555段)、布隆迪(同上,第2567段)、萨尔瓦多(同上,第2579段)、约旦(同上,第2585段)和尼加拉瓜(同上,第2600段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第2536段)、克罗地亚(同上,第2540段)、德国(同上,第2544段)和南非(同上,第2550段)。

<sup>9</sup> 联合国安理会,第1019和1034号决议(同上,第2630段)和第1072号决议(同上,第2631段)。

<sup>9</sup> 联合国大会,第50/193号决议(同上,第2634段)和第55/116号决议(同上,第2635段)。第50/193号决议以114票赞成、1票反对和20票弃权获得通过。但是,对该决议投反对票的俄罗斯所作的解释表明,它并不反对谴责非法拘禁的原则,而是认为该决议过于偏袒一方。参见:俄罗斯在联合国大会第三委员会所作的说明,UN Doc. A/IC.3/50/SR.58, 14 December 1995, § 17。第55/116号决议以85票赞成、32票反对和49票弃权获得通过。在加拿大、孟加拉国、利比亚、泰国和美国所作的解释中,没有迹象表明对此讨论的原则有分歧:参见这些国家于2000年10月10日在联合国大会第三委员会对其投票所作的解释,UN Doc. A/IC.3/55/SR.55, 29 November 2000, § 138(加拿大)、§ 139(美国)、§ 146(孟加拉国)、§ 147(泰国)和§ 148(利比亚)。

<sup>9</sup> 联合国人权委员会,第1996/71号决议(参见第2卷,第32章,第2636段)和第1996/73号决议(同上,第2637段)。

人的自由。<sup>9</sup> 其他国际文书也规定了这些原则。<sup>9</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》、《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》都规定,不得任意逮捕或拘禁任何人。<sup>9</sup> 《欧洲人权公约》明确列出了可以剥夺人身自由的各种理由。<sup>9</sup> 在对《公民权利和政治权利公约》第4条的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,缔约国“不论在什么情况下都不能”把紧急状态“作为违反人道法或国际法中强制性规范的理由,例如通过任意剥夺自由”。<sup>9</sup> 其他国际文书规定禁止任意逮捕或拘留。<sup>9</sup>

剥夺人身自由必须提供有效理由不仅指的是在做出剥夺人身自由的决定时要提供有效理由,而且还指的是,对于继续剥夺人身自由也必须提供有效理由。拘禁超过法律规定的期限的,就违反了合法性原则,并构成任意拘禁。联合国人权事务委员会和非洲人权和民族权委员会在一些案件中已经指出了这一点,这些案件涉及虽然在服刑完毕、<sup>9</sup> 已被宣告无罪<sup>9</sup> 或决定释放<sup>9</sup> 后仍然继续拘禁有关人员。

## 程序性要求

自从《日内瓦公约》通过以来,国际人权法在防止任意剥夺自由所要求的程序方面有了重要的发展。人权法确立了以下几项义务:(一)通知被逮捕的人其受逮捕的原因的义务;(二)迅速向法官对被逮捕的人提起刑事指控的义务;(三)向被剥夺自

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第9(1)条(同上,第2520和2666段);《儿童权利公约》第37(2)条(同上,第2523和2669段)(没有一般性提及人身自由与安全;限于要求逮捕、拘留或监禁须合法);《欧洲人权公约》第5(1)条(同上,第2519和2665段);《美洲人权公约》第7条(同上,第2521和2667段);《非洲人权和民族权宪章》第6条(同上,第2522和2668段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第3条(同上,第2527段);《美洲人的权利和义务宣言》第1条和第25条(同上,第2528和2673段);Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 2(同上,第2674段);Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 20(同上,第2529段);EU Charter of Fundamental Rights, Article 6(同上,第2534段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第9(1)条(同上,第2520段);《儿童权利公约》第37(2)条(同上,第2523段);《美洲人权公约》第7(3)条(同上,第2521段);《非洲人权和民族权宪章》第6条(同上,第2522段)。

<sup>9</sup> 《欧洲人权公约》第5(1)条;另参见:UN Human Rights Committee, General Comment No. 8 (Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第2644段)(禁止任意剥夺自由的规定适用于所有此类剥夺自由的情形,“无论是在刑事案件还是其他诸如精神病、流浪者、瘾君子、教化目的和移民管理等案例”)。

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第2645段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第9条(同上,第2527段)。

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee, *García Lanza de Netto v. Uruguay*(同上,第2647段);African Commission on Human and Peoples' Rights, *Pagnouille v. Cameroon*(同上,第2650段)。

<sup>9</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project v. Nigeria*(148/96)(同上,第2652段)。

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee, *Torres Ramírez v. Uruguay*(同上,第2648段)。

由的人提供质疑拘禁合法性的义务(所谓的“人身保护令”)。尽管有关的人权条约没有把上述(一)和(二)项义务规定为不可克减的义务,但是,关于人权的判例法已经判定,不可以不履行这些义务。<sup>9</sup>

(一)通知被逮捕的人其被逮捕的原因的义务。《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》均规定,应当立即告知被逮捕的人员其被逮捕的原因。<sup>9</sup> 尽管《非洲人权和民族权宪章》没有明确规定此项权利,但是非洲人权和民族权委员会已经明确指出,它是获得公正审判权利的一部分。<sup>9</sup> 这一要求也规定在联合国大会未经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》之中。<sup>9</sup> 在对《公民权利和政治权利国际公约》第9条的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,“如果出于公共安全的理由,采用所谓防范性拘留措施,它也必须受到这几条规定的约束,即……必须告知理由”。<sup>9</sup> 如果不是所有的话,这一规则也是世界上大多数国家的国内法的一部分。<sup>9</sup> 前南斯拉夫境内冲突各方缔结的协议也规定有此项规则。<sup>9</sup>

(二)迅速向法官对被逮捕的人提起刑事指控的义务。《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》都规定,被逮捕或拘禁的人员应被迅速带见法官或其他经授权行使司法权力的官员。<sup>3</sup> 尽管《非洲人权和民族权宪章》没有明确规定此项权利,但是非洲人权和民族权委员会已经明确指出,它是获得公正审

---

<sup>9</sup> 关于通知被逮捕的人员其受逮捕的原因的义务,例如,参见: Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights (同上,第3020段);关于司法保障和个人自由与安全权利的原则, reprinted in Ten years of activities (1971 - 1981), Washington, D.C., 1982, p. 337. 关于尽快针对被逮捕的人员向法官提起刑事控诉的义务,例如,参见: UN Human Rights Committee, General Comment No. 8 (同上,第2736段); European Court of Human Rights, Aksoy v. Turkey (同上,第2743段)和 Brogan and Others case (同上,第2741段); American Court of Human Rights, Castillo Petruzzi and Others case (同上,第2744段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第9(2)条(同上,第2692段);《欧洲人权公约》第5(2)条(同上,第2691段);《美洲人权公约》第7(4)条(同上,第2693段)。

<sup>9</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial (同上,第2713段)。

<sup>9</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 10 (同上,第2695段)。

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 8 (Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2711段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:印度(同上,第2703段)、西班牙(同上,第2706段)和津巴布韦(同上,第2707段)。

<sup>9</sup> Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFR Y, para. 4 (同上,第2696段); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3 (同上,第2697段)。

<sup>3</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第9(3)条(同上,第2721段);《欧洲人权公约》第5(3)条(同上,第2720段);《美洲人权公约》第7(5)条(同上,第2722段)。

判权利的一部分。<sup>3</sup> 这一要求也规定在联合国大会未经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》和《联合国强迫失踪宣言》之中。<sup>3</sup> 如果不是所有的话,这一规则也是世界上大多数国家的国内法的一部分。<sup>3</sup> 在对《公民权利和政治权利国际公约》第9条的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,被迅速带见法官表明,“延迟的期限不得超过几天”。<sup>3</sup> 现在,区域性人权法院也做出了许多判例,都要求在紧急状态中适用此项原则。<sup>6</sup>

(三)向被剥夺自由的人提供质疑拘禁合法性的义务。《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》都规定有要求法庭审查拘禁的合法性以及如果拘禁不合法时应当下令释放的权利(即所谓的“人身保护令”)。<sup>3</sup> 《美洲人的权利和义务宣言》和联合国大会未经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》也规定了此项权利。<sup>8</sup> 如果不是所有的话,这一规则也是世界上大多数国家的国内法的一部分。<sup>9</sup> 《在菲律宾尊重人权和国际人道法的全面协议》也规定了此项规则。<sup>9</sup>

在对《公民权利和政治权利国际公约》第4条(紧急状态)发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,“为了保护不可克减的权利,缔约国克减《公约》的决定,不应影响到向法庭提出诉讼的权利,使法庭能够立即决定拘留是否合法”。<sup>3</sup> 在1987年就“人身保护令案”(Habeas Corpus case)和“司法保障案”(Judicial Guarantees

<sup>3</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial (同上,第2738段)。

<sup>3</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principles 11 and 37 (同上,第2725-2726段);《联合国保护所有人不遭受强迫失踪宣言》第10条(同上,第2727段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:印度(同上,第2730段)、缅甸(同上,第2731段)和乌干达(同上,第2732段)。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 8 (Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2736段)。

<sup>6</sup> See, e.g., European Court of Human Rights, Brogan and Others case (拘禁不得超过三天)(同上,第2741段); Bannigan and McBride v. UK (判定虽然拘禁已经到达七天,但是这不是过分的,因为被拘禁的人可以咨询律师、和家人或者朋友联系、并且在48个小时之内可以有医生进行体检)(同上,第2742段) and Aksoy v. Turkey (判定延迟14天不能与外界联系的拘禁是过分的)(同上,第2743段); American Court of Human Rights, Castillo Petruzzi and Others case (判定延迟36天是过分的)(同上,第2744段)。

<sup>3</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第9(4)条(同上,第2750段);《欧洲人权公约》第5(4)条(同上,第2749段);《美洲人权公约》第7(6)条(同上,第2750段)。

<sup>8</sup> 《美洲人的权利和义务宣言》,第25条(同上,第2753段);Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 32 (同上,第2754段)。

<sup>9</sup> 例如,参见俄罗斯的立法(同上,第2765段)。

<sup>9</sup> Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part II, Article 5 (同上,第2755段)。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2777段)。

case) 提供的咨询意见中,美洲人权法院判定,人身保护令是保护《美洲人权公约》中规定的禁止克减的各种权利一种根本性的司法救济之一,因此其自身也是不可克减的。<sup>3</sup>

非洲人权和民族权委员会判定,要求判定拘禁是否合法的诉讼必须向独立于下令拘禁的行政机关的法院提出,当行政机关在紧急状态中下令实施拘禁时尤其如此。<sup>3</sup> 欧洲人权法院也强调了类似要求,即:对拘禁的合法性的审查应当由独立于行政机关的机构来进行。<sup>3</sup>

此外,还存在被剥夺自由的人员可以求助于律师的广泛实践。<sup>3</sup> 联合国大会未经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》也明确规定,“被拘留人应有权获得法律顾问的协助”。<sup>3</sup> 为了使质疑拘禁合法性的机会取得效果,尤其需要律师的帮助。

但是,应当注意的是,因非国际性武装冲突的原因而被剥夺自由的人必须能够得到质疑拘禁合法性的机会,除非受到非国际性武装冲突影响的国家的政府主张自己具有交战权利。在这种情形下,被俘的敌方“战斗员”应享有等同于国际性武装冲突中给予战俘的待遇,被拘禁的平民也应享有等同于国际性武装冲突中给予受《日内瓦第四公约》保护的平民的待遇。

规则 100 除了依据所有基本司法保障所提供的公正审判外,不得对任何人判罪或处以刑罚。

## 实践

### 第2卷,第32章,M节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法

<sup>3</sup> American Court of Human Rights, Habeas Corpus case (同上,第2782段) and Judicial Guarantees case (同上,第2783段); See also Neira Alegría and Others case (同上,第2784段)。

<sup>3</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication Nos. 48/90, 50/91, 52/91 and 89/93, Amnesty International and Others v. Sudan, Decision, 26th Session, Kigali, 1 - 15 November 1999, § 60; Communication Nos. 143/95 and 159/96, Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, 26th Session, Kigali, 1 - 15 November 1999, §§ 31 and 34.

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, Lawless case, Judgment (Merits), 1 July 1961, § 14; Ireland v. UK, Judgment (Merits and just satisfaction), 18 January 1978, §§ 199 - 200.

<sup>3</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, Concluding observations on the report of Senegal (参见第2卷,第32章,第3277段); UN Committee against Torture, Report of the Committee against Torture on the Situation in Turkey, UN Doc. A/48/44/Add.1, 15 November 1993, § 48; European Court of Human Rights, Aksoy v. Turkey, Judgment, 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996 - VI, § 83.

<sup>3</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 17 (同上,第3230段)。

规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

在二战后、1949年《日内瓦公约》通过前的一些判例判定,被告犯有剥夺战俘或平民获得公正审判的权利的罪行。<sup>3</sup> 《日内瓦公约》及第一、第二附加议定书均规定了获得公正审判的权利。<sup>8</sup> 根据日内瓦第三、第四公约以及《第一附加议定书》的规定,剥夺受保护的人员公允和合法的审判是严重破坏公约的行为。<sup>9</sup> 《日内瓦公约》共同第3条禁止未经正规组织之法庭的宣判而遽行判刑或执行死刑。<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》都把剥夺获得公正审判权利的行为列为战争罪。<sup>3</sup>

许多军事手册均规定了获得公正审判的权利。<sup>3</sup> 相当多的国家的立法均把剥夺获得公正审判的权利的行为规定为刑事犯罪,而且多数都把此规定适用于国际性和

---

<sup>3</sup> 例如,参见:澳大利亚, Military Court at Rabaul, Ohashi case (同上,第2958段);英国, Military Court at Almelo, Almelo case (同上,第2960段);美国, Military Commission at Rome, Dostler case (同上,第2961段);美国, Military Commission at Shanghai, Sawada case (同上,第2962段)和 Isayama case (同上,第2963段);美国, Military Court at Wuppertal, Rhode case (同上,第2964段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Altstetter case (同上,第2965段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第49(4)条(同上,第2789段);《日内瓦第二公约》第50(4)条(同上,第2789段);《日内瓦第三公约》第102-108条(同上,第2790段);《日内瓦第四公约》第5条和第66-75条(同上,第2792-2793段);《第一附加议定书》第71(1)条(同上,第2799段)和第75(4)条(协商一致通过)(同上,第2800段);《第二附加议定书》第6(2)条(经协商一致通过)(同上,第3046段)。《保护文化财产公约第二议定书》第17(2)条也规定了获得公正审判的权利的原则(同上,第2808段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第130条(同上,第2791段);《日内瓦第四公约》第147条(同上,第2795段);《第一附加议定书》第85(4)(e)条(经协商一致通过)(同上,第2801段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦公约》共同第3条,(同上,第2788段)。

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(vi)条和(c)(iv)条(同上,第2804段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》,第2(6)条(同上,第2823段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(7)条(同上,第2826段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(g)(同上,第2809段)。

<sup>3</sup> 参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第2837-2838段)、澳大利亚(同上,第2839-2840段)、比利时(同上,第2841段)、贝宁(同上,第2842段)、布基纳法索(同上,第2843段)、喀麦隆(同上,第2844段)、加拿大(同上,第2845段)、哥伦比亚(同上,第2846-2849段)、刚果(同上,第2850段)、厄瓜多尔(同上,第2851段)、萨尔瓦多(同上,第2853段)、法国(同上,第2854-2857段)、德国(同上,第2858段)、印度尼西亚(同上,第2859段)、意大利(同上,第2860段)、肯尼亚(同上,第2861段)、韩国(同上,第2862段)、马达加斯加(同上,第2863段)、马里(同上,第2864段)、摩洛哥(同上,第2865段)、荷兰(同上,第2866段)、新西兰(同上,第2867段)、尼日利亚(同上,第2869段)、秘鲁(同上,第2870-2871段)、俄罗斯(同上,第2872段)、塞内加尔(同上,第2873-2874段)、南非(同上,第2875段)、西班牙(同上,第2876段)、瑞典(同上,第2877-2878段)、瑞士(同上,第2879段)、多哥(同上,第2880段)、英国(同上,第2881-2882段)和美国(同上,第2883-2888段)。

非国际性武装冲突。<sup>3</sup> 正式声明以及涉及非国际性武装冲突的其他实践均支持获得公正审判的权利。<sup>3</sup> 还有国内判例法表明,在非国际性武装冲突中实施违反本规则的行为将构成战争罪。<sup>5</sup>

《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》也都对这些在法院受到指控的人规定了获得公正审判的权利。<sup>6</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》和区域性人权公约也规定了获得公正审判的权利。<sup>3</sup> 其他国际文书也规定了此权利。<sup>8</sup> 在对《公民权利和政治权利国际公约》第4条发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出:“公正审判的基本原则”不得克减。<sup>9</sup> 该结论得到了区域性人权机构的实践的支持。<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> 总体上参见:立法(同上,第2889-2957段)及特别是下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第2890段)、澳大利亚(同上,第2892段)、阿塞拜疆(同上,第2893段)、孟加拉国(同上,第2894段)、白俄罗斯(同上,第2896段)、比利时(同上,第2897段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第2898段)、柬埔寨(同上,第2902段)、加拿大(同上,第2904段)、哥伦比亚(同上,第2905段)、刚果(同上,第2906段)、克罗地亚(同上,第2908段)、爱沙尼亚(同上,第2912段)、埃塞俄比亚(同上,第2913段)、格鲁吉亚(同上,第2914段)、德国(同上,第2915段)、爱尔兰(同上,第2918段)、立陶宛(同上,第2924段)、摩尔多瓦(同上,第2930段)、荷兰(同上,第2931段)、新西兰(同上,第2933段)、尼加拉瓜(同上,第2934段)、尼日尔(同上,第2936段)、挪威(同上,第2938段)、波兰(同上,第2940段)、斯洛文尼亚(同上,第2944段)、西班牙(同上,第2945-2946段)、塔吉克斯坦(同上,第2948段)、泰国(同上,第2948段)、英国(同上,第2953段)、美国(同上,第2954段)和南斯拉夫(同上,第2956段);另参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第2900段)、匈牙利(同上,第2916段)、意大利(同上,第2919段)和罗马尼亚(同上,第2941段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;另参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第2889段)、布隆迪(同上,第2901段)、萨尔瓦多(同上,第2911段)、约旦(同上,第2920段)、尼加拉瓜(同上,第2935段)及特立尼达和多巴哥(同上,第2950段)。

<sup>3</sup> 例如参见:比利时的声明(同上,第2967段)和美国的声明(同上,第2972段)及中国的实践(同上,第2968段)。

<sup>3</sup> 例如,参见:智利,Appeal Court of Santiago, Videla case(同上,第2959段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第67(1)条(同上,第2806段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(2)条(同上,第2825段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》,第20(2)条(同上,第2828段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(2)(同上,第2810段)。

<sup>3</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(1)条(同上,第2797段);《儿童权利公约》第40(2)(b)(iii)条(同上,第2803段);《欧洲人权公约》第6(1)条(同上,第2796段);《美洲人权公约》第8(1)条(同上,第2798段);《非洲人权和民族权宪章》第7条(同上,第2802段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第10条(同上,第2813段);《美洲人的权利和义务宣言》第18条(同上,第2814段);Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 19(e)(同上,第2819段);EU Charter on Fundamental Rights, Article 47(同上,第2834段)。

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第2999段)。

<sup>9</sup> See, e.g., African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria(同上,第3008段);Inter-American Commission on Human Rights, Resolution concerning the law applicable to emergency situations(同上,第3017段)and Report on Terrorism and Human Rights(同上,第3020段);American Court of Human Rights, Judicial Guarantees case(同上,第3021段)。

## 提供所有基本司法保障的公正审判的定义

国际人道法和人权法规定了一系列旨在确保被告接受公正审判的司法保障。

### 由独立、公正和正规组织的法庭进行审判

根据《日内瓦公约》共同第3条的规定,只有“正规组织的法庭”才可以对被告进行宣判。<sup>3</sup> 《日内瓦第三公约》规定,审判战俘的法庭必须提供“独立”与“公正”的基本保障。<sup>3</sup> 《第二附加议定书》也有此要求。<sup>3</sup> 《第一附加议定书》要求的是“公正和正常组成的法院”。<sup>4</sup>

许多军事手册均要求法院是独立、公正和正常组成的。<sup>5</sup> 国内立法也规定了这项要求,它也得到了正式声明和据报告的实践的支持。<sup>6</sup> 其中,一些实践强调,即使在紧急情况下,也不能暂停这一义务。<sup>3</sup>

尽管《日内瓦公约》共同第3条和《第一附加议定书》第75条要求“正常组成”的法院,人权条约却要求的是“合格的”<sup>8</sup> 和(或)“依法设立的”<sup>9</sup> 法庭。如果法院系根据一国已经生效的法律和程序设立和组织的,该法院即属正常组成的。

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》和区域性人权公约明确规定,为使审判公正,该审判必须由“独立”和“公正”的法院来实施。<sup>9</sup> 独立和公正这样

<sup>3</sup> 《日内瓦公约》共同第3条(同上,第3039段)。

<sup>3</sup> 《第三日内瓦公约》第84(2)条(同上,第3040段)。

<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第6(2)条(经协商一致通过)(同上,第3046段)。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第75(4)条(经协商一致通过)(同上,第3045段)。

<sup>5</sup> 参见:下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3059-3060段)、比利时(同上,第3061段)、加拿大(同上,第3062段)、克罗地亚(同上,第3063段)、荷兰(同上,第3064段)、新西兰(同上,第3065段)、西班牙(同上,第3066段)、瑞典(同上,第3067段)、瑞士(同上,第3068段)、英国(同上,第3069段)和美国(同上,第3070-3071段)。

<sup>6</sup> 例如参见:下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3072段)、捷克(同上,第3073段)、格鲁吉亚(同上,第3074段)、德国(同上,第3075段)、爱尔兰(同上,第3076段)、肯尼亚(同上,第3077段)、科威特(同上,第3078段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第3079段)、立陶宛(同上,第3080段)、挪威(同上,第3082段)、荷兰(同上,第3081段)和斯洛伐克(同上,第3083段)。美国的声明(同上,第3086-3087段),以及据报告的尼加拉瓜的实践(同上,第3086段)和柬埔寨的实践(同上,第3086段)。

<sup>3</sup> 例如参见:克罗地亚的军事手册(同上,第3063段);下列国家的立法:格鲁吉亚(同上,第3074段)、科威特(同上,第3078段)和吉尔吉斯斯坦(同上,第3079段)。

<sup>8</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(1)条(同上,第3043段);《美洲人权公约》第8(1)条(同上,第3044段);《儿童权利公约》第40(2)(b)(iii)条(同上,第3049段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(1)条(同上,第2797段);《欧洲人权公约》第6(1)条(同上,第2796段);《美洲人权公约》第8(1)条(同上,第2798段)。

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(1)条(同上,第3043段);《儿童权利公约》第40(2)(b)(iii)条(同上,第3049段);《欧洲人权公约》第6(1)条(同上,第3042段);《美洲人权公约》第8(1)条(同上,第3044段);《非洲人权和民族权宪章》第7(1)(d)条(同上,第3047段)以及第26条(同上,第3048段)。

的要求也规定在许多其他的国际文书中。<sup>3</sup> 联合国人权事务委员会和美洲人权委员会都指出,要求法院是独立的和公正的这项要求是不能放弃的。<sup>3</sup>

独立和公正的法庭的具体含义是通过判例法得到阐明的。为独立起见,法院应当能够独立于政府任何其他部门,尤其是行政部门行使其职权。<sup>3</sup> 为公正起见,组成法院的法官不得对于其审判的案件抱有成见,也不得以有利于一方利益的方式行事。<sup>3</sup> 除了这种主观公正外,区域性人权机构还指出,法院应当从客观角度来看也是公正的,也就是说,法院必须提供充分的保障,以排除对其公正性的任何合法怀疑。<sup>5</sup>

司法需要独立于行政以及需要具备主观和客观的公正性表明,在许多案件中,军事法庭和特别安全法庭被认定为不独立和不公正的。尽管这些案件中没有一个案件认定军事法庭从本质上是违反这些要求的,但是它们都强调指出,军事法庭和特别安全法庭必须像普通法庭一样,遵守相同的公正和独立性的要求。<sup>6</sup>

在此方面,应当注意的是,《日内瓦第三公约》规定,应当由军事法院审讯战俘,除非拘留国允许其普通法院可就同样的犯罪审讯其军人。但是,这样做的前提条件是,“战俘在任何情况下不得由不能保证一般认为必要的独立与公正的任何法庭审判”。<sup>3</sup>

而且,《日内瓦第四公约》规定,占领国可以将违反其公布的刑法的人员交付“正当组织之非政治军事法庭,但以该法庭在该占领地开庭为条件。上诉庭应最好在占

<sup>3</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第10条(同上,第3051段);《美洲人的权利和义务宣言》第26条(同上,第3052段);Basic Principles on the Independence of the Judiciary, paras. 1 and 2(同上,第3053段);EU Charter of Fundamental Rights, Article 47(同上,第3058段)。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第2999段);Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第3020段)。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, Bahamonde v. Equatorial Guinea(同上,第3092段);African Commission on Human and Peoples' Rights, Centre For Free Speech v. Nigeria (206/97)(同上,第3095段);European Court of Human Rights, Belilos case(同上,第3099段)and Findlay v. UK(同上,第3101段)。美洲人权委员会在《1992年-1993年年度报告》中强调了对法官免受干扰地行使职权和保障其任期的需要(同上,第3105段)和Case 11.006 (Peru)(同上,第3107段)。

<sup>3</sup> 参见:澳大利亚, Military Court at Rabaul, Ohashi case(同上,第3084段);UN Human Rights Committee, Karttunen v. Finland(同上,第3091段)。

<sup>3</sup> See African Commission on Human and Peoples' Rights, Constitutional Rights Project v. Nigeria (60/91)(同上,第3094段)and Malawi African Association and Others v. Mauritania(同上,第3096段);European Court of Human Rights, Piersack case(同上,第3098段)and Findlay case(同上,第3101段);Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.970 (Peru)(同上,第3108段)。

<sup>6</sup> See African Commission on Human and Peoples' Rights, Constitutional Rights Project v. Nigeria (60/91)(同上,第3094段)and Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria(同上,第3097段);European Court of Human Rights, Findlay v. UK(同上,第3101段)、C iraklar v. Turkey(同上,第3102段)and Sahiner v. Turkey(同上,第3104段);Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.084 (Peru)(同上,第3106段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第三公约》第84条(同上,第3040段)。

领地”。<sup>8</sup> 然而,区域性人权机构判定,由军事法庭审判平民是侵犯由独立和公正的法庭审判的权利的行为。<sup>9</sup>

## 无罪推定

《第一附加议定书》以及《第二附加议定书》都对无罪推定做出了规定。<sup>6</sup> 同时,《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》也都对这些在法院受到指控的人规定了这项权利。<sup>6</sup>

一些军事手册规定了无罪推定。而且,如果不是全部的话,它也得到大多数国家的国内法的规定。<sup>6</sup> 1946年,在涉及战争罪的“大桥案”(Ohashi case)中,军法官(Judge advocate)强调指出,法官不得具有先入的成见,而且,法院在判决被告有罪时必须说服自己。<sup>6</sup>

无罪推定这项规则规定在《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》以及一些区域性人权公约中。<sup>6</sup> 同时,其他一些国际性的文件也规定了这一规则。<sup>5</sup> 联

<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第66条(同上,第3041段)。

<sup>9</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda v. Nigeria (224/98) (“由只接受军队命令的服役军官主持的特别军事法庭审判平民违反公正审判的基本原则”) (同上,第3004段); and Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria (“军事法庭不符合独立性标准”) (同上,第3097段); European Court of Human Rights, Cyprus case (因为“北塞浦路斯土耳其共和国”的军事法庭的军官和行政机关在结构上存在紧密联系”) (同上,第3103段); Inter-American Commission on Human Rights, Doctrine concerning judicial guarantees and the right to personal liberty and security (同上,第3020段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第75(4)(d)条(经协商一致通过)(同上,第3116段);《第二附加议定书》第6(2)(d)条(经协商一致通过)(同上,第3117段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第66条(同上,第3120段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(3)条(同上,第3129段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(3)条(同上,第3130段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(3)(同上,第3121段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3134段)、加拿大(同上,第3135段)、哥伦比亚(同上,第3136-3137段)、新西兰(同上,第3138段)以及瑞典(同上,第3139段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3141段)、埃塞俄比亚(同上,第3140段)、格鲁吉亚(同上,第3140段)、爱尔兰(同上,第3142段)、肯尼亚(同上,第3140段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第3140段)、挪威(同上,第3143段)以及俄罗斯(同上,第3140段)。

<sup>6</sup> 澳大利亚, Military Court at Rabaul, Ohashi case(同上,第3144段)。

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(2)条(同上,第3114段);《儿童权利公约》第40(2)(b)(i)条(同上,第3119段);《欧洲人权公约》第6(2)条(同上,第3113段);《美洲人权公约》第8(2)条(同上,第3115段);《非洲人权和民族权宪章》第7(1)条(同上,第3118段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第11条(同上,第3122段);《美洲人权和民族权宣言》第26条(同上,第3123段); Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 36(同上,第3124段); Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 19(同上,第3125段); EU Charter of Fundamental Rights, Article 48(1)(同上,第3133段)。

联合国人权事务委员会与美洲人权委员会都指出,无罪推定是不可放弃的。<sup>6</sup>

无罪推定的含义是,必须推定刑事诉讼中的任何人对于指控他或她的行为没有犯罪,除非被证明有罪。这表明,举证责任是在控方一方的,而被告则是被假定无罪的。<sup>6</sup> 它还表明,必须根据确定的标准来证明有罪,这种标准在普通法法系国家被称为“排除合理怀疑”,在大陆法系国家被称为“达到事实判断者的内心确信”。而且,案件涉及的所有官员以及政府机构有义务避免对审判结果妄加猜测。<sup>6</sup> 非洲人权和民族权委员会在一个案件中就曾判定存在违反无罪推定的情况,因为该法庭由于被告拒绝为自己辩护就推定他们有罪。<sup>6</sup>

### 告知被控犯罪的性质与原因

日内瓦第三、第四公约以及两个附加议定书都规定了告知被告其被控犯罪的性质与原因这项义务。<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都对这些在法院受到指控的人规定了有被告知的权利。<sup>3</sup>

一些军事手册也规定了告知被告其被控犯罪的性质与原因这项义务。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定了这项义务。<sup>3</sup> 第二次世界大战后的涉及战

<sup>6</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第2999段); Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights (同上,第3020段)。

<sup>6</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, General Comment No. 13 (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第3148段)。

<sup>6</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, General Comment No. 13 (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第3148段) and Gridin v. Russia (同上,第3149段); European Court of Human Rights, *Allenet de Ribemont v. France* (同上,第3154段)。

<sup>6</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, *Malawi African Association and Others v. Mauritania* (54/91) (同上,第3152段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第96(4)条(同上,第3162段)以及第105(4)条(同上,第3163段);《日内瓦第四公约》第71(2)条(同上,第3164段)以及第123(2)条(同上,第3165段);《第一附加议定书》第75(4)(a)条(经协商一致通过)(同上,第3169段);《第二附加议定书》第6(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第3170段)。

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第67(1)(a)条(同上,第3174段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(4)(a)条(同上,第3181段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(4)(a)条(同上,第3182段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(a) (同上,第3175段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3184-3185段)、澳大利亚(同上,第3186段)、加拿大(同上,第3187段)、印度尼西亚(同上,第3188段)、荷兰(同上,第3189段)、新西兰(同上,第3190段)、西班牙(同上,第3191段)、瑞典(同上,第3192段)、瑞士(同上,第3193段)、英国(同上,第3194段)以及美国(同上,第3195-3197段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3199段)、埃塞俄比亚(同上,第3198段)、格鲁吉亚(同上,第3198段)、印度(同上,第3198段)、爱尔兰(同上,第3200段)、肯尼亚(同上,第3198段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第3198段)、墨西哥(同上,第3198段)以及挪威(同上,第3201段)。

争罪的判例也提到了这项义务。<sup>3</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》以及《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》都规定了告知被告其被控犯罪的性质与原因这项义务。<sup>3</sup> 非洲人权和民族权委员会认为,遵守这项义务对于得到公正审判的权利来说是不可缺少的。<sup>3</sup> 这一义务在其他的国际性文件中也有规定。<sup>6</sup> 联合国人权事务委员会与美洲人权委员会都指出,告知被告其被控犯罪的性质与原因这项义务是不可免除的。<sup>3</sup>

大多数条约都明确规定,必须“毫不迟延”或“立即”告知被告被控犯罪的性质与原因,而且必须以被告能理解的语言进行告知。<sup>8</sup>

### 必要辩护权利和手段

《日内瓦公约》及其两个《附加议定书》都规定,被告享有必要的辩护权利和手段的权利。<sup>9</sup>

它也规定在一些军事手册中。如果不是全部的话,大多数国家的国内法都规定

---

<sup>3</sup> 例如,参见:澳大利亚, Military Court at Rabaul, Ohashi case (同上,第 3202 段); 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Altstetter (The Justice Trial) case (同上,第 2965 段)。

<sup>3</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(3)(a)条(同上,第 3167 段);《儿童权利公约》第 40(2)(b)(ii)条(同上,第 3171 段);《欧洲人权公约》第 6(3)(a)条(同上,第 3166 段);《美洲人权公约》第 8(2)(b)条(同上,第 3168 段)。

<sup>3</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 - 196/97 and 210/98, Decision, 27th Session, Algiers, 11 May 2000, § 97.

<sup>6</sup> See, e.g., Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 10(参见第 2 卷,第 32 章,第 3176 段)。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第 2999 段); Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第 3020 段)。

<sup>8</sup> 参见:《日内瓦第三公约》第 105(4)条(同上,第 3163 段);《日内瓦第四公约》第 71(2)条(同上,第 3164 段);《第一附加议定书》第 75(4)(a)条(经协商一致通过)(同上,第 3169 段);《第二附加议定书》第 6(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第 3170 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第一公约》第 49(4)条(同上,第 3210 段);《日内瓦第二公约》第 50(4)条(同上,第 3211 段);《日内瓦第三公约》第 84(2)条(同上,第 3212 段)以及第 96(4)条(同上,第 3213 段);《日内瓦第四公约》第 72(1)条(同上,第 3216 段)以及第 123(1)条(同上,第 3217 段);《第一附加议定书》第 75(4)(a)条(经协商一致通过)(同上,第 3221 段);《第二附加议定书》第 6(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第 3222 段)。

了这项权利。<sup>8</sup>

辩护权在《公民权利和政治权利国际公约》以及区域性人权公约中也得到了规定。<sup>8</sup> 其他国际性文件也规定了这一权利。<sup>8</sup> 联合国人权事务委员会指出,被告的必要辩护权利和手段是不可放弃的。<sup>8</sup>

这些实践特别指出,必要的辩护权利和手段包括下列内容:

(一)自我辩护或在自己选择的律师协助下进行辩护的权利。《纽伦堡国际军事法庭宪章》以及《东京国际军事法庭宪章》都规定被告具有在律师协助下进行辩护的权利。<sup>8</sup> 日内瓦第三、第四公约也规定了这项权利。<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》都规定,受这些法庭管辖的被告享有自我辩护或在自己选择的律师协助下进行辩护的权利,而且如果他们没有得到法律援助,将被告知这项权利。<sup>8</sup>

二战以后一些关于战争罪的案件判决被告侵犯公正审判权的基础之一便是不给予获得自己选择的律师进行辩护的权利,或者甚至完全不给配备任何律师。<sup>8</sup> 在1996

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3245-3246段)、澳大利亚(同上,第3247段)、加拿大(同上,第3248段)、哥伦比亚(同上,第3249段)、厄瓜多尔(同上,第3250段)、德国(同上,第3251段)、匈牙利(同上,第3252段)、荷兰(同上,第3253段)、新西兰(同上,第3254段)、西班牙(同上,第3256段)、瑞典(同上,第3257段)、瑞士(同上,第3258段)、英国(同上,第3259段)以及美国(同上,第3260-3263段);以及下列国家的立法:阿根廷(同上,第3265段)、孟加拉国(同上,第3266段)、埃塞俄比亚(同上,第3264段)、格鲁吉亚(同上,第3264段)、印度(同上,第3264段)、爱尔兰(同上,第3267段)、肯尼亚(同上,第3264段)、科威特(同上,第3264段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第3264段)、墨西哥(同上,第3264段)、挪威(同上,第3268段)以及俄罗斯(同上,第3264段)。

<sup>8</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)条(同上,第3219段);《欧洲人权公约》第6(3)条(同上,第3218段);《美洲人权公约》第8(2)条(同上,第3220段);《非洲人权和民族权宪章》,第7(1)条(同上,第3223段)。《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)条以及《美洲人权公约》第8(2)条规定,在诉讼期间被告必须“完全平等”地享有以上条款中规定的司法保障。

<sup>8</sup> See, e. g., Universal Declaration on Human Rights(同上,第3229段); Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 19(e)(同上,第3233段); EU Charter of Fundamental Rights, Article 48(2)(同上,第3222段)。

<sup>8</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第2999段)。

<sup>8</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第16(4)条(同上,第3209段);《国际军事法庭宪章》(东京)第9(3)条(同上,第3228段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第99(3)条(“合格之辩护人或律师之协助”)(同上,第3214段)以及第105(1)条(“自行选定之合格辩护人或律师”)(同上,第3215段);《日内瓦第四公约》第72(1)条(“有权由其自行选定之合格辩护人或律师协助”)(同上,第3216段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第67(1)条(同上,第3226段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(4)条(同上,第3238段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(4)条(同上,第3240段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(同上,第3227段)。

<sup>8</sup> 参见:美国, Military Commission at Shanghai, Isayama case(同上,第2963段), Military Tribunal at Nuremberg, Altstetter(The Justice Trial) case(同上,第2965段) and Supreme Court, Ward case(同上,第3269段)。

年通过的一个关于前南斯拉夫人权状况的决议中,联合国人权委员会促请克罗地亚“继续展开对曾违反国际人道主义法与人权法嫌疑犯的有力起诉,同时确保所有该罪的嫌疑犯都享有……获得法律代表的权利”。<sup>8</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》以及区域性人权公约也规定了辩护权,包括有自由选择律师进行辩护的权利。<sup>9</sup> 美洲人权委员会指出,自由选择律师进行辩护的权利是不能放弃的。<sup>9</sup> 关于人权的判例法认为,这项要求意味着,不能强迫被告接受政府指定的律师。<sup>9</sup>

《日内瓦公约》没有明确规定一个人在多久的时间内享有得到律师协助的权利,只是规定,不仅仅在审判之中,而且在其之前都必须有律师。<sup>9</sup> 联合国大会不经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定,与律师的联络,不应被剥夺“数日”以上。<sup>9</sup> 《关于律师作用的基本原则》规定,至迟“不得超过自逮捕或拘留之时起的四十八小时”。<sup>9</sup> 联合国人权事务委员会以及区域性人权机构的判例法都认为,需要在审判之前得到律师的早期援助,以及在审判的各个重要阶段得到律师的援助。<sup>9</sup>

(二)为了实现公正而有必要的时候,获得免费法律援助的权利。这一权利得到

<sup>8</sup> 联合国人权委员会,第 1996/71 号决议(同上,第 3273 段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(3)(d)条(同上,第 3219 段);《欧洲人权公约》第 6(3)(c)条(同上,第 3218 段);《美洲人权公约》第 8(2)(d)条(同上,第 3220 段);《非洲人权和民族权宪章》第 7(1)(c)条(同上,第 3223 段)。除了《欧洲人权公约》,这些条约还规定,如果被告没有得到法律援助的话,他们必须被告知获得律师的权利。

<sup>9</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第 3020 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, *Saldás López v. Uruguay*(同上,第 3281 段); African Commission on Human and Peoples' Rights, *Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria*(218/98)(同上,第 3285 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 105(3)条(为战俘辩护之辩护人或律师,在开审前应至少有两周之支配时间)(同上,第 3215 段);《日内瓦第四公约》第 72(1)条(该辩护人或律师得自由访问被告并有权享受准备辩护词所需之便利)(同上,第 3216 段)。

<sup>9</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 15(同上,第 3230 段)。

<sup>9</sup> Basic Principles on the Role of Lawyers, Principle 7(同上,第 3242 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, *Sala de Tourón v. Uruguay*, *Pietra roia v. Uruguay*, *Wight v. Madagascar*, *Lafuente Pe arrieta and Others v. Bolivia*(同上,第 3278 段) and *Little v. Jamaica*(同上,第 3280 段); African Commission on Human and Peoples' Rights, *Avocats Sans Frontières v. Burundi*(231/99)(同上,第 3284 段); European Court of Human Rights, *Campbell and Fell case*(同上,第 3288 段)、*Imbrioscia v. Switzerland*(同上,第 3291 段) and *Averill v. UK*(同上,第 3292 段); European Commission of Human Rights, *Can case*(同上,第 3288 段), *Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.198 (Nicaragua)*(同上,第 3293 段)。

日内瓦第三和第四公约的暗含承认。<sup>8</sup>《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都规定了此项权利。<sup>9</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》也都规定了为了实现公正的需要而免费获得律师服务这项权利。<sup>9</sup> 其他国际性文件也规定了这一权利。<sup>9</sup> 美洲人权委员会指出,为了实现公正的需要而获得免费法律援助这项权利是不能放弃的。<sup>9</sup> 关于人权的判例法确立起了一系列标准,来判断为了实现公正的需要是否有必要提供免费的律师服务,特别是在复杂的、罪行严重的以及被告可能面临严厉判决的案件中。<sup>9</sup>

(三)获得充足的时间和便利以准备辩护的权利。日内瓦第三和第四公约都规定,进行辩护的必要方式包括审判前有足够的时间和便利。<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都规定了这项权利。<sup>9</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》也都规定

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第105(2)条(“若战俘并未自行选定辩护人或律师,则保护国应代为觅请”,如果那也没有实现,则“拘留国应指定一合格之辩护人或律师进行辩护”);《日内瓦第四公约》第72(2)条(“被告如未自行选定,则保护国得供给辩护人或律师”,如果那也没有实现,“占领国在被告同意之条件下,应供给一辩护人或律师”).

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第67(1)(d)条(参见第2卷,第32章,第3226段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(4)(d)条(同上,第3238段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(4)(d)条(同上,第3240段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(d)(同上,第3227段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)(d)条(同上,第3219段);《欧洲人权公约》第6(3)(c)条(同上,第3218段);《美洲人权公约》第8(2)(e)条(同上,第3220段)。《美洲人权公约》实际上涉及了依据国内法的规定进行付款的规定,但是美洲人权法院对此的解释是,如果被告不能承担雇请律师的费用,而且听审的公正性将因缺少这样的律师而受到影响时,则公约要求免费的律师服务,参见:American Court of Human Rights, *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies case*(同上,第3294段)。

<sup>9</sup> See, e. g., Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 17(同上,第3231段);Basic Principles on the Role of Lawyers, Principle 6(同上,第3242段)。

<sup>9</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第3020段)。

<sup>9</sup> See, e. g., UN Human Rights Committee, *Currie v. Jamaica and Thomas v. Jamaica*(同上,第3279段);African Commission on Human and Peoples' Rights, *Avocats Sans Frontières v. Burundi*(231/99)(同上,第3284段);European Court of Human Rights, *Pakelli case*(同上,第3286段)以及 *Quaranta v. Switzerland*(同上,第3290段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第105(3)条(同上,第3215段);《日内瓦第四公约》第72(1)条(同上,第3216段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第67(1)(2)条(同上,第3226段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(4)(b)条(同上,第3238段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(4)(b)条(同上,第3240段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(b)(同上,第3227段)。

了有获得充足时间及便利以准备辩护的权利。<sup>9</sup> 其他国际性文件也规定了这项权利。<sup>9</sup> 美洲人权委员会指出,获得充足时间及便利以准备辩护这项权利是不可放弃的。<sup>9</sup>

联合国大会不经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定,这一权利要求“允许被拘留人或被拘禁人有充分的时间和便利与其法律顾问进行磋商”。<sup>9</sup>

(四)被告自由与律师交流的权利。日内瓦第三和第四公约规定了律师自由访问被告的权利。<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都规定了被告自由与律师进行交流的权利。<sup>9</sup>

《美洲人权公约》以及其他国际性文件也都规定了被告有与律师自由交流的权利。<sup>9</sup> 联合国人权事务委员会以及区域性人权机构都强调指出,必须保障被告与律师自由交流的权利,以便实现公正的审判。<sup>4</sup>

联合国大会不经投票通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定,“被拘留人或被拘禁人与其法律顾问的会见可在执法人员视线范围内但听力范围外进行”。<sup>4</sup>

---

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(3)(ii)条(同上,第 3219 段);《欧洲人权公约》第 6(3)(b)条(同上,第 3218 段);《美洲人权公约》第 8(2)(c)条(同上,第 3220 段)。

<sup>9</sup> See, e. g., Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principles 17 - 18(同上,第 3231 - 3232 段); Basic Principles on the Role of Lawyers, Principle 8(同上,第 3242 段)。

<sup>9</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第 3020 段)。

<sup>9</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 18(2)(同上,第 3232 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 105(3)条(同上,第 3215 段);《日内瓦第四公约》第 72(1)条(同上,第 3216 段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第 67(1)(b)条(同上,第 3226 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 21(4)(b)条(同上,第 3238 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 20(4)(b)条(同上,第 3240 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(b)(同上,第 3227 段)。

<sup>9</sup> 《美洲人权公约》第 8(2)(d)条(同上,第 3220 段); Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 18(同上,第 3232 段); Basic Principles on the Role of Lawyers, Principle 8(同上,第 3242 段)。

<sup>4</sup> See, e. g., UN Human Rights Committee, General Comment No. 13 (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第 3276 段); African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial(同上,第 3282 段) and Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria(218/98)(同上,第 3285 段); European Commission of Human Rights, Can case(同上,第 3289 段)。

<sup>4</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 18(4)(同上,第 3232 段)。

### 审判不能毫无理由地拖延

日内瓦第三和第四公约规定了有得到毫不迟延审判的权利。<sup>3</sup>《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都规定了这项权利。<sup>4</sup>

一些军事手册也规定了得到毫不迟延审判的权利。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定了这项权利。<sup>5</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》以及区域性人权公约也都规定了有得到毫不迟延(或在合理时间内)审判的权利。<sup>6</sup>其他国际性文件也做出了这样的规定。<sup>7</sup>

由于没有文件对具体的时间做出规定,因此必须在个案的基础上进行判断,必须考虑案件的复杂性、被告的行为以及当局的勤勉程度。<sup>8</sup>这项要求所指的程序包括从指控的时间开始一直到对实体问题做出终审判决的整个期限,包括上诉期限在内。<sup>9</sup>

### 询问证人

日内瓦第三和第四公约以及《第一附加议定书》规定了被告有询问证人以及取

<sup>3</sup> 《日内瓦第三公约》第103(1)条(“从速”)(同上,第3297段);《日内瓦第四公约》第71(2)条(“立即”)(同上,第3298段)。

<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》第64(2)条及(3)条(“从速”)(同上,第3306段)以及第67(1)(c)条(“没有不当拖延地”)(同上,第3307段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第20(1)条(“从速”)(同上,第3311段)以及第21(4)(c)条(“没有不当拖延地”)(同上,第3312段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第19(1)条(“从速”)(同上,第3313段)以及第20(4)(c)条(“没有不当拖延地”)(同上,第3314段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(c)(“没有不当拖延地”)(同上,第3308段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3317段)、澳大利亚(同上,第3318段)、加拿大(同上,第3319段)、哥伦比亚(同上,第3320段)、新西兰(同上,第3321段)、西班牙(同上,第3322段)、英国(同上,第3323段)以及美国(同上,第3324段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3326段)、爱尔兰(同上,第3327段)、肯尼亚(同上,第3325段)以及挪威(同上,第3328段)。

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第9(3)条(“在合理的时间内”)(同上,第3301段)以及第14(3)(c)条(“不被无故拖延”)(同上,第3302段);《儿童权利公约》第40(2)(b)(iii)条(“迅速”)(同上,第3306段);《欧洲人权公约》第5(3)条(同上,第3299段)以及第6(1)条(“在合理的时间内”)(同上,第3300段);《美洲人权公约》第8(1)条(“在合理的时间内”)(同上,第3303段);《非洲人权和民族权宪章》,第7(1)(d)条(“在合理的时间内”)(同上,第3304段)。

<sup>7</sup> See, e. g., Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 38(同上,第3309段);EU Charter of Fundamental Rights, article 47(同上,第3316段)。

<sup>8</sup> European Court of Human Rights, *Wemhoff case*, *Matznetter v. Austria*, *Stgmüller case*, *Knig v. Germany*, *Letellier v. France*, *Kemmache v. France*, *Tomasi v. France*, *Olsson v. Sweden and Scopelliti v. Italy*(同上,第3339段);Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.245(阿根廷)*(同上,第3342段)。

<sup>9</sup> See UN Human Rights Committee, *General Comment No. 13 (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights)*(同上,第3335段)。

得证人被询问的权利。<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都规定了这项权利。<sup>3</sup>

一些军事手册规定了此权利。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定了这项权利。<sup>3</sup> 在第二次世界大战以后关于战争罪的审判中,认定侵犯了公正审判权的基础之一便是控方没有能够保证被告得到询问证人以及证人被询问的权利。<sup>3</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》都规定了被告有询问证人以及取得证人被询问的权利。<sup>4</sup> 虽然《非洲人权和民族权宪章》没有明确规定该项权利,但是非洲人权和民族权委员会明确指出,这是公正审判权内容的一个部分。<sup>5</sup> 联合国人权事务委员会以及美洲人权委员会都指出,被告询问证人以及取得证人被询问这项权利是不可放弃的。<sup>6</sup>

## 译员协助

日内瓦第三和第四公约都规定,如果被告不懂审判程序中所用的语言,则有权获得译员的协助。<sup>7</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》中也都对这些在法院受

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 96(4) 条(同上,第 3346 段) 以及第 105(1) 条(同上,第 3347 段);《日内瓦第四公约》第 72(1) 条(同上,第 3348 段) 以及第 123(2) 条(同上,第 3349 段);《第一附加议定书》第 75(4)(g) 条(经协商一致通过)(同上,第 3353 段)。

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第 67(1)(e) 条(同上,第 3355 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 21(4)(e) 条(同上,第 3361 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 20(4)(e) 条(同上,第 3362 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(e)(同上,第 3356 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 3364 - 3365 段)、加拿大(同上,第 3366 段)、新西兰(同上,第 3367 段)、西班牙(同上,第 3368 段)、瑞典(同上,第 3369 段)、英国(同上,第 3370 段) 以及美国(同上,第 3371 - 3373 段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 3375 段)、埃塞俄比亚(同上,第 3374 段)、格鲁吉亚(同上,第 3374 段)、爱尔兰(同上,第 3376 段)、肯尼亚(同上,第 3374 段)、墨西哥(同上,第 3374 段) 以及挪威(同上,第 3377 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见:美国, Military Commission at Shanghai, Isayama case(同上,第 2963 段) and Military Tribunal at Nuremberg, Altstetter(The Justice Trial) case(同上,第 2965 段)。

<sup>4</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(3)(e) 条(同上,第 3351 段);《欧洲人权公约》第 6(3)(d) 条(同上,第 3350 段);《美洲人权公约》第 8(2)(f) 条(同上,第 3352 段)。

<sup>5</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial(同上,第 3383 段)。

<sup>6</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第 2999 段); Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第 3020 段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第三公约》第 96(4) 条(同上,第 3389 段) 以及第 105 条第 1 段(同上,第 3390 段);《日内瓦第四公约》第 72(3) 条(同上,第 3391 段) 以及第 123(2) 条(同上,第 3392 段)。

到指控的人规定了这项权利。<sup>8</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》都规定,如果被告不懂审判程序中所用的语言,有权获得译员的协助。<sup>9</sup> 虽然《非洲人权和民族权宪章》没有明确规定这一权利,但是非洲人权与民族权委员会明确指出,这是公正审判权内容的一部分。<sup>9</sup> 欧洲人权法院指出,该权利表明,当局不仅有义务对口头陈述进行翻译,而且还有义务对作为证据的文件进行翻译。<sup>3</sup>

### 受审时在场

两个附加议定书都规定,被告在受审时有在场的权利。<sup>3</sup> 在批准《第一附加议定书》时,一些国家对此项权利做出了保留,大意是说,本条规定不影响在特殊的情况下,当被告制造骚乱并由此妨碍审判程序的进行,法官有权将其逐出法庭。<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都规定了被告有受审时在场的权利。<sup>4</sup>

一些军事手册也规定了被告有受审时在场的权利。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定了这项权利。<sup>5</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》都规定

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 67(1)(f)条(同上,第 3398 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 21(4)(f)条(同上,第 3401 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 20(4)(f)条(同上,第 3402 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(f)(同上,第 3399 段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(3)(f)条(同上,第 3395 段);《儿童权利公约》第 40(2)(b)(vi)条(同上,第 3396 段);《欧洲人权公约》第 6(3)(e)条(同上,第 3393 段);《美洲人权公约》第 8(2)(a)条(同上,第 3395 段)。

<sup>9</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial(同上,第 3423 段)。

<sup>3</sup> See, e.g., European Court of Human Rights, Luedicke, Belkacem and Koc case(同上,第 3424 段) and Kaminski case(同上,第 3426 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 75(4)(e)条(经协商一致通过)(同上,第 3434 段);《第二附加议定书》第 6(2)(e)条(经协商一致通过)(同上,第 3440 段)。

<sup>3</sup> 参见下列国家在批准两个附加议定书时所作的保留:奥地利(同上,第 3435 以及 3441 段)、德国(同上,第 3436 以及 3442 段)、爱尔兰(同上,第 3437 以及 3443 段)、列支敦士登(同上,第 3438 以及 3444 段)以及马耳他(同上,第 3439 以及 3445 段)。

<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》第 63(1)条(同上,第 3446 段)以及第 67(1)(d)条(同上,第 3447 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 21(4)(d)条(同上,第 3453 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 20(4)(d)条(同上,第 3454 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(d)(同上,第 3448 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 3456 段)、加拿大(同上,第 3457 段)、新西兰(同上,第 3458 段)以及瑞典(同上,第 3459 段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 3461 段)、格鲁吉亚(同上,第 3460 段)、爱尔兰(同上,第 3462 段)、肯尼亚(同上,第 3460 段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第 3460 段)、挪威(同上,第 3463 段)以及俄罗斯(同上,第 3460 段)。

了被告有受审时在场的权利。<sup>6</sup> 联合国人权事务委员会以及欧洲人权法院都指出,如果国家对听证发出了有效通知,而被告选择不出席,在这种情况下允许进行缺席听审。<sup>3</sup> 它们还指出,在上诉程序中,如果上诉审包括事实与法律问题,而不仅仅是法律问题的话,必须要求给予在场的权利。<sup>8</sup> 但是,现在明显的趋势是反对缺席审判,正如《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》规定的那样,这些规约都不允许进行这种审判。<sup>9</sup>

### 强迫被告证明自己有罪或供认犯罪

《日内瓦第三公约》、《第一附加议定书》与《第二附加议定书》都禁止强迫被告证明自己有罪或供认犯罪。<sup>0</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都有这项禁止性规定。<sup>4</sup>

一些军事手册也规定了这项规则。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定有这项规则。<sup>2</sup> 在1942年的“沃德案”(Ward case)中,美国最高法院判定,在强制措施中进行逼供违反了正当程序。<sup>4</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》以及《美洲人权公约》都禁

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)(d)条(同上,第3432段);《欧洲人权公约》第6(3)(c)条(同上,第3431段);《美洲人权公约》第8(2)(d)条(同上,第3433段)。最后两条实际上规定了自我辩护的权利,其暗示了出席审判的权利。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, Daniel Mbuguya Mbenge v. Zaire(同上,第3470段);European Court of Human Rights, Colozza case(同上,第3472段)。

<sup>8</sup> UN Human Rights Committee, Karttunen v. Finland(同上,第3471段);European Court of Human Rights, Ekbatani v. Sweden(同上,第3473段)and Kremzow v. Austria(同上,第3473段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第63(1)条(同上,第3446段)以及第67(1)(d)条(同上,第3447段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(4)(d)条(同上,第3453段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(4)(d)条(同上,第3454段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(d)(同上,第3448段)。

<sup>0</sup> 《日内瓦第三公约》第99(2)条(同上,第3477段);《第一附加议定书》第75(4)(f)条(经协商一致通过)(同上,第3480段);《第二附加议定书》第6(2)(f)条(经协商一致通过)(同上,第3481段)。

<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》第55(1)(a)条(同上,第3483段)以及第67(1)(g)条(同上,第3484段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第21(4)(g)条(同上,第3490段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第20(4)(g)条(同上,第3491段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(g)(同上,第3485段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3494-3495段)、加拿大(同上,第3496段)、哥伦比亚(同上,第3497段)、新西兰(同上,第3498段)、瑞典(同上,第3499段)、瑞士(同上,第3500段)以及美国(同上,第3501段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3503段)、格鲁吉亚(同上,第3502段)、印度(同上,第3502段)、爱尔兰(同上,第3504段)、肯尼亚(同上,第3502段)、墨西哥(同上,第3502段)、挪威(同上,第3505段)以及俄罗斯(同上,第3502段)。

<sup>4</sup> 美国,Supreme Court,Ward case(同上,第3506段)。

止强迫被告证明自己有罪或供认犯罪。<sup>4</sup> 其他国际性文件也规定有这一规则。<sup>5</sup> 联合国人权事务委员会与美洲人权委员会指出,禁止强迫被告证明自己有罪或供认犯罪这项义务是不可免除的。<sup>6</sup>

联合国人权事务委员会指出,“法律应当规定完全不能接受用这种方式或其他强迫办法获得的证据”。<sup>7</sup> 《联合国禁止酷刑公约》规定,在任何诉讼程序中,不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据。<sup>8</sup> 这一观点也得到国内和国际的判例法的支持。<sup>9</sup>

## 公开程序

日内瓦第三和第四公约都规定,保护国代表应有权到庭旁听,除非为国家安全的利益例外的禁止旁听,而《第一附加议定书》则规定,判决必须公开做出。<sup>10</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也都同样规定具有有限例外的公开讯问以及公开宣判的原则。<sup>11</sup>

一些军事手册也规定了公开程序的要求。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也都规定了这项要求。<sup>12</sup> 在1947年涉及战争罪的“阿尔特施特特(公正审判)案”[Altst tter (The Justice Trial) case]中,设在纽伦堡的美国军事法庭判定存在侵犯

<sup>4</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)(g)条(同上,第3478段);《儿童权利公约》第40(2)(b)(iv)条(同上,第3482段);《美洲人权公约》第8(2)(g)条(同上,第3479段)。

<sup>5</sup> See, e. g., Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 21(同上,第3486段)。

<sup>6</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第2999段); Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights(同上,第3020段)。

<sup>7</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 13 (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第3510段)。

<sup>8</sup> 《联合国禁止酷刑公约》第15条。

<sup>9</sup> 例如,参见:美国, Supreme Court, Ward case(参见:第2卷,第32章,第3506段); European Court of Human Rights, Comend and Others v. Belgium(同上,第3512段)。

<sup>10</sup> 《日内瓦第三公约》第105(5)条(同上,第3518段);《日内瓦第四公约》第74(1)条(同上,第3519段);《第一附加议定书》第75(4)(a)条(经协商一致通过)(同上,第3523段)。

<sup>11</sup> 《国际刑事法院规约》第64(7)条(同上,第3526段)、第67(1)条(同上,第3527段)、第68(2)条(同上,第3528段)以及第76(4)条(同上,第3529段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第20(4)条(同上,第3538段)以及第23(2)条(同上,第3539段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第19(4)条(同上,第3540段)以及第22(2)条(同上,第3541段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(2)(同上,第3530段)以及第18条(同上,第3531段)。

<sup>12</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3544段)、哥伦比亚(同上,第3545段)、新西兰(同上,第3546段)以及瑞典(同上,第3547段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3550段)、埃塞俄比亚(同上,第3549段)、爱尔兰(同上,第3551段)、肯尼亚(同上,第3549段)、科威特(同上,第3549段)、墨西哥(同上,第3549段)、挪威(同上,第3552段)以及俄罗斯(同上,第3549段)。

公正审判权的情形,因为诉讼是秘密进行的,而且没有保留公开的记录。<sup>3</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》都规定,审判应当公开,而且宣判应当公开,除非为了实现公正的需要。<sup>4</sup> 虽然《非洲人权和民族权宪章》没有规定要求公开程序这项权利,但是非洲人权和民族权委员会指出,这是公正审判权内容的一部分。<sup>5</sup> 其他国际性文件也规定了公开审判的原则。<sup>6</sup>

### 告知被判罪人以可利用的救济方法及其时限

日内瓦第三和第四公约以及两个附加议定书都规定,被判罪之人应被告知其司法和其他救济方法以及利用这些救济方法的时限。<sup>7</sup> 《日内瓦第三公约》第 106 条规定,被判罪之人应享有与拘留国武装部队人员同样的上诉权利。<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第 73 条规定,被判罪之人应享有法庭适用之法律所规定之上诉权。<sup>9</sup>

红十字国际委员会《关于附加议定书的评注》指出,在 1977 年通过《附加议定书》时,对于想要使这项要求成为绝对要求来说,当时没有足够的国内立法规定了上诉权,即使在規定上诉权的情况下也不应当拒绝任何人该项权利。<sup>10</sup> 但是,从那以后,国内法与国际法都出现了重大的发展。现在,多数国家的宪法或立法都规定了上诉权,特别是那些在《附加议定书》通过之后所制定的或修改的法律。<sup>11</sup> 此外,《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》以及区域性人权公约都规定了有向上一级法庭上诉的权利。<sup>12</sup> 美洲人权委员会指出,上诉权是不可放弃的,而且在非国际性

<sup>3</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Altst tter(The Justice Trial) case(同上,第 3553 段)。

<sup>4</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(1)条(同上,第 3521 段);《欧洲人权公约》第 6(1)条(同上,第 3520 段);《美洲人权公约》第 8(5)条(同上,第 3522 段)。

<sup>5</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria (218/98)(同上,第 3558 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第 10 - 11 条(同上,第 3532 - 3533 段);《美洲人的权利和义务宣言》,第 26 条(同上,第 3534 段); EU Charter of Fundamental Rights, Article 47(2)(同上,第 3543 段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第三公约》第 106 条(同上,第 3563 段);《日内瓦第四公约》第 73(1)条(同上,第 3564 段);《第一附加议定书》第 75(4)(j)条(经协商一致通过)(同上,第 3565 段);《第二附加议定书》第 6(3)条(经协商一致通过)(同上,第 3566 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第 106 条(同上,第 3563 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》第 73(1)条(同上,第 3564 段)。

<sup>10</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols(同上,第 3588 段)。

<sup>11</sup> 例如,参见下列国家的立法:哥伦比亚(同上,第 3606 段)、爱沙尼亚(同上,第 3607 段)、埃塞俄比亚(同上,第 3605 段)、格鲁吉亚(同上,第 3605 段)、匈牙利(同上,第 3608 段)、科威特(同上,第 3605 段)以及俄罗斯(同上,第 3605 段)。

<sup>12</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 14(5)条(同上,第 3592 段);《儿童权利公约》第 40(2)(b)(v)条(同上,第 3595 段);《欧洲人权公约第七议定书》,第 2(1)条(同上,第 3596 段);《美洲人权公约》第 8(2)(h)条(同上,第 3593 段);《非洲人权和民族权宪章》,第 7(1)(a)条(同上,第 3594 段)。

武装冲突中必须规定这项权利。<sup>5</sup>

因此,在这个问题上,人权法的影响如此之大,以至于可以说,上诉权本身,已经成为武装冲突中的公正审判权的一个基本组成部分,而不仅仅是在规定上诉的情况下被通知有这项权利的权利。

### 一事不再理

日内瓦第三和第四公约分别规定,战俘和已经被拘留的平民不能因同一行为或同一罪名而受到一次以上的惩罚。<sup>6</sup>《第一附加议定书》规定,任何人均不应因终局判决所涉及的罪名而为同一方所追诉或惩罚。<sup>6</sup>《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》也规定有同样的规则。<sup>6</sup>

一些军事手册也规定了一事不再理原则。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也都规定有这一原则。<sup>6</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《美洲人权公约》以及《欧洲人权公约第七议定书》也都规定了一事不再理原则。<sup>6</sup>其他国际性文件也规定了这一原则。<sup>6</sup>

值得注意的是,一事不再理原则并不禁止在例外情况下重新开始审判。一些国家在批准《第一附加议定书》时对此做出了保留。<sup>9</sup>联合国人权事务委员会指出,大多数缔约国对在例外情况下再进行审判和依第7款所载一罪不二审原则禁止进行重审这两点明确地加以区别,而且指出,一事不再理原则并不排除在不同国家对同一罪行

<sup>5</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina) (同上,第3622段) and Report on Terrorism and Human Rights(同上,第3623段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第86条(同上,第3626段);《日内瓦第四公约》第117(3)条(同上,第3627段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第75(4)(h)条(经协商一致通过)(同上,第3630段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第20(2)条(同上,第3640段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第10(1)条(同上,第3645段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第9(1)条(同上,第3646段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 9(1)(同上,第3641段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3649-3650段)、加拿大(同上,第3651段)、哥伦比亚(同上,第3652段)、德国(同上,第3653段)、新西兰(同上,第3654段)、西班牙(同上,第3655段)、瑞典(同上,第3656段)、瑞士(同上,第3657段)、英国(同上,第3658段)以及美国(同上,第3659-3660段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3662段)、埃塞俄比亚(同上,第3661段)、格鲁吉亚(同上,第3661段)、印度(同上,第3661段)、爱尔兰(同上,第3663段)、肯尼亚(同上,第3661段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第3661段)、墨西哥(同上,第3661段)、挪威(同上,第3664段)以及俄罗斯(同上,第3661段)。

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14(7)条(同上,第3628段);《美洲人权公约》第8(4)条(同上,第3629段);《欧洲人权公约第七议定书》第4条(同上,第3639段)。

<sup>6</sup> See, e.g., EU Charter of Fundamental Rights, article 50(同上,第3648段)。

<sup>9</sup> 参见下列国家在批准《附加议定书》时所做的保留:奥地利(同上,第3631段)、丹麦(同上,第3632段)、芬兰(同上,第3633段)、德国(同上,第3634段)、冰岛(同上,第3635段)、列支敦士登(同上,第3636段)、马耳他(同上,第3637段)以及瑞典(同上,第3638段)。

进行追诉。<sup>1</sup> 《欧洲人权公约第七议定书》规定,如果有新事实的证据或在以前的程序中存在可以影响案件结果的重大瑕疵,可以重新审理案件。<sup>2</sup>

规则 101 任何人,如果其行为或不作为依据对其适用的国内法或国际法不构成刑事罪行,不应对其进行控告或判罪;也不应处以较其犯刑事罪行时可判处的刑罚为重的刑罚。

## 实践

第 2 卷,第 32 章,N 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性与非国际性武装冲突

日内瓦第三和第四公约分别规定,如果依照行为前的法律规定,该行为不属于刑事犯罪,则战俘及平民不能被审判。<sup>3</sup> 两个附加议定书重申了这一原则,并补充规定,不应处以较其犯刑事罪行时可判处的刑罚为重的刑罚;如果在犯罪后,法律规定较轻的刑罚,犯罪人应享受该规定的利益。<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》同样规定了合法性原则。<sup>5</sup>

一些军事手册规定了罪刑法定原则。如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定了这项原则。<sup>6</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》及区域性人权公约都规定了

<sup>1</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 13 (Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第 3669 段) and A. P. v. Italy (同上,第 3670 段)。

<sup>2</sup> 《欧洲人权公约第七议定书》第 4 条(同上,第 3639 段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第三公约》第 99(1) 条(同上,第 3674 段);《日内瓦第四公约》第 67 条(同上,第 3676 段)。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第 75(4)(c) 条(经协商一致通过)(同上,第 3680 段);《第二附加议定书》第 6(2)(c) 条(经协商一致通过)(同上,第 3681 段)。

<sup>5</sup> 《国际刑事法院规约》第 22(1) 条(同上,第 3684 段)以及第 24(1) 条到第 24(2) 条(同上,第 3685 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 3692 - 3693 段)、加拿大(同上,第 3694 段)、哥伦比亚(同上,第 3695 段)、荷兰(同上,第 3696 段)、新西兰(同上,第 3697 段)、西班牙(同上,第 3698 段)、瑞典(同上,第 3699 段)、英国(同上,第 3700 - 3701 段)以及美国(同上,第 3702 - 3703 段);以及下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 3705 段)、印度(同上,第 3704 段)、爱尔兰(同上,第 3706 段)、肯尼亚(同上,第 3704 段)、科威特(同上,第 3704 段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第 3704 段)以及挪威(同上,第 3707 段)。

罪刑法定原则,包括禁止处以较其犯刑事罪行时可判处的刑罚为重的刑罚。<sup>7</sup>《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》及《美洲人权公约》明确把其列为一项不可克减的权利,<sup>8</sup>《儿童权利公约》和《非洲人权和民族权宪章》不允许存在克减的可能性。此外,《公民权利和政治权利国际公约》和《美洲人权公约》特别规定,如果在犯罪后法律规定较轻的刑罚,犯罪人应享受该规定带来的好处。<sup>9</sup>其他国际性文件也规定了罪刑法定原则。<sup>9</sup>

## 解释

欧洲人权法院把罪刑法定原则解释为:只有法律才能规定犯罪和刑罚以及不能通过例如类推的方法做出不利于被告的刑罚扩张解释。这就要求,罪行必须是法律明确定义的,以便“个人可从相关条款的文字,必要时结合司法解释,得知什么样的作为和不作为会受到法律的制裁。”<sup>8</sup>欧洲人权法院指出,罪刑法定原则允许法院通过对个案的司法解释来逐步阐明关于刑事责任的规则,“条件是,这种发展是符合犯罪的本质的,而且能够被合理预见到”。<sup>8</sup>美洲人权法院同样指出,罪刑法定原则要求“用能够狭义界定可惩罚的罪行的精确而不含糊的语言”来对犯罪进行分类和规定。<sup>8</sup>

规则 102 任何人除个人刑事责任为依据外均不应对其判罪。

## 实践

第2卷,第32章,0节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

<sup>7</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第15(1)条(同上,第3678段);《儿童权利公约》第40(2)(a)条(同上,第3683段);《欧洲人权公约》第7(1)条(同上,第3677段);《美洲人权公约》第9条(同上,第3679段);《非洲人权和民族权宪章》第7(2)条(同上,第3682段)。

<sup>8</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第4条(同上,第3678段);《欧洲人权公约》第15(2)条(同上,第3677段);《美洲人权公约》第27条(同上,第3679段)。

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第15(1)条(同上,第3678段);《美洲人权公约》第9条(同上,第3679段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第11条(同上,第3686段);EU Charter of Fundamental Rights, article 49(同上,第3691段)。

<sup>8</sup> European Court of Human Rights, Kokkinakis v. Greece(同上,第3713段)。

<sup>8</sup> European Court of Human Rights, S. W. v. UK(同上,第3714段)。

<sup>8</sup> Inter-American Court of Human Rights, Castillo Petruzzi and Others case(同上,第3715段)。

## 国际性与非国际性武装冲突

《海牙章程》明确规定,不得对个人不应负责的行为施加刑罚。<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》规定:“被保护人无论男女不得因非本人所犯之行为而受惩罚。”<sup>8</sup> 两个附加议定书把个人刑事责任规定为刑事诉讼的基本规则。<sup>8</sup>

一些军事手册明确规定了个人承担刑事责任这项要求。<sup>8</sup> 如果不是全部的话,大多数国家的国内法也规定了这项基本规则。<sup>8</sup>

《美洲人权公约》(作为不可克减的权利)、《非洲人权和民族权宪章》以及《开罗伊斯兰人权宣言》都对个人刑事责任这项要求做出了规定。<sup>9</sup> 《欧洲人权公约》没有规定这项规则,但是欧洲人权法院指出,“实施犯罪行为者不能免于刑事责任,这是刑法的一项基本原则”。<sup>9</sup>

## 解释

企图进行或协助实施、准备工具、教唆犯罪行为属于个人刑事责任的一部分,这是刑法的基本原则。它还包括策划或煽动实施犯罪行为。例如,《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》都规定了这些形式的刑事责任。<sup>9</sup> 该规约第 28 条还规定了国际法中的指挥官责任原则。<sup>9</sup> 关于战争罪的个人责任与指挥官责任原则将在第 43 章中进行讨论。

## 规则 103 禁止集体惩罚。

## 实践

### 第 2 卷,第 32 章,0 节

<sup>8</sup> 《海牙章程》,第 50 条(同上,第 3719 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第 33(1)条(同上,第 3722 段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第 75(4)(b)条(经协商一致通过)(同上,第 3724 段);《第二附加议定书》第 6(2)(b)条(经协商一致通过)(同上,第 3726 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 3740 段)、加拿大(同上,第 3746 段)、哥伦比亚(同上,第 3747 段)、法国(同上,第 3752 段)、荷兰(同上,第 3761 段)、新西兰(同上,第 3762 段)、罗马尼亚(同上,第 3764 段)、瑞典(同上,第 3768 段)、瑞士(同上,第 3769 段)以及美国(同上,第 3773 - 3774 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见吉尔吉斯斯坦的立法(同上,第 3788 段)。

<sup>9</sup> 《美洲人权公约》第 5(3)条(同上,第 3723 段);《非洲人权和民族权宪章》第 7(2)条(同上,第 3727 段);Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 19(c)(同上,第 3732 段)。

<sup>9</sup> European Court of Human Rights, A. P., M. P. and T. P. v. Switzerland(同上,第 3811 段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第 25(3)条(参见第 2 卷,第 43 章,第 20 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7(1)条(同上,第 48 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(1)条(同上,第 53 段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第 28 条(同上,第 574 段)。

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。本项禁止性规则是对规则 102, 即任何人除以个人刑事责任为依据外不应对其判罪的部分适用。然而, 禁止集体惩罚在范畴上更广, 因为其不仅包括刑罚, 还包括“行政性的和其他任何种类的、由警察行为或其他所实施的制裁和折磨”。<sup>9</sup>

## 国际性和非国际性武装冲突

《海牙章程》、日内瓦第三和第四公约都规定, 禁止集体惩罚。<sup>9</sup> 两个附加议定书都把它规定为向所有平民以及失去战斗力的人提供的一项基本保障。<sup>9</sup>

第一次世界大战之后设立的责任委员会的报告把集体惩罚当做战争罪。<sup>9</sup> 在第二次世界大战期间, 本规则的习惯法性质就已经得到确立。1997 年, 罗马军事法庭审理的“普里布克案”(Priebke case) 再次予以确认。<sup>9</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂问题特别法庭规约》也明确规定, 进行集体惩罚是战争罪。<sup>9</sup>

许多军事手册也规定, 禁止集体惩罚。<sup>9</sup> 许多国家的立法也有这项禁止性规定。<sup>9</sup> 它还得到正式声明的支持。<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 3055, See also § 4536.

<sup>9</sup> 《海牙章程》第 50 条(参见第 2 卷, 第 32 章, 第 3719 段); 《日内瓦第三公约》第 87(3) 条(同上, 第 3721 段); 《日内瓦第四公约》第 33(1) 条(同上, 第 3722 段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 75(2)(d) 条(经协商一致通过)(同上, 第 3724 段); 《第二附加议定书》第 4(2)(b) 条(经协商一致通过)(同上, 第 3725 段)。

<sup>9</sup> Report of the Commission on Responsibility(同上, 第 3730 段)。

<sup>9</sup> 意大利, Military Tribunal of Rome, Priebke case(同上, 第 3796 段)。

<sup>9</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4(2) 条(同上, 第 3736 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(b)(同上, 第 3729 段)。

<sup>9</sup> 例如, 参见下列国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 3739 - 3740 段)、澳大利亚(同上, 第 3741 段)、比利时(同上, 第 3742 段)、贝宁(同上, 第 3743 段)、布基纳法索(同上, 第 3744 段)、喀麦隆(同上, 第 3745 段)、加拿大(同上, 第 3746 段)、刚果(同上, 第 3748 段)、厄瓜多尔(同上, 第 3749 段)、法国(同上, 第 3750 以及 3752 段)、德国(同上, 第 3753 - 3755 段)、以色列(同上, 第 3756 段)、意大利(同上, 第 3757 段)、马里(同上, 第 3758 段)、摩洛哥(同上, 第 3760 段)、荷兰(同上, 第 3761 段)、新西兰(同上, 第 3762 段)、尼加拉瓜(同上, 第 3763 段)、罗马尼亚(同上, 第 3764 段)、俄罗斯(同上, 第 3765 段)、塞内加尔(同上, 第 3766 段)、西班牙(同上, 第 3767 段)、瑞典(同上, 第 3768 段)、瑞士(同上, 第 3769 段)、多哥(同上, 第 3770 段)、英国(同上, 第 3771 - 3772 段)、美国(同上, 第 3773 - 3775 段) 以及南斯拉夫(同上, 第 3776 段)。

<sup>9</sup> 例如, 参见下列国家的立法: 澳大利亚(同上, 第 3778 段)、孟加拉国(同上, 第 3779 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上, 第 3780 段)、刚果民主共和国(同上, 第 3782 段)、科特迪瓦(同上, 第 3783 段)、克罗地亚(同上, 第 3784 段)、埃塞俄比亚(同上, 第 3785 段)、爱尔兰(同上, 第 3786 段)、意大利(同上, 第 3787 段)、立陶宛(同上, 第 3789 段)、挪威(同上, 第 3790 段)、罗马尼亚(同上, 第 3791 段)、斯洛文尼亚(同上, 第 3792 段)、西班牙(同上, 第 3793 段) 以及南斯拉夫(同上, 第 3794 段); 同时参见阿根廷的立法草案(同上, 第 3777 段)。

<sup>9</sup> 例如, 参见美国的各种声明(同上, 第 3799 - 3800 段)。

在“德拉里奇案”(Delalic, case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,《日内瓦第四公约》第78条所规定的拘留或指定居所是一种不能以集体的方式采取的特殊手段。<sup>6</sup>

虽然人权法本身并不禁止集体惩罚,但是这种行为可能构成对特定人权的侵犯,特别是自由与安全权,以及公正审判的权利。在对《公民权利和政治权利国际公约》第4条(涉及国家进入紧急状态)发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,“不论在什么情况下都不能援引《公约》第四条作为违反人道主义法律或国际法绝对标准的理由,例如通过……强加集体性惩罚”。<sup>6</sup>

规则 104 须尊重平民和丧失战斗力者的信念和宗教仪式。

## 实践

第2卷,第32章,P节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。本规则对被剥夺自由的人的具体适用规定在规则127中,它涉及须尊重被剥夺自由之人的个人信念与宗教仪式。

## 国际性与非国际性武装冲突

《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以及《牛津手册》已经规定,必须尊重在占领区内的个人信念与宗教仪式。<sup>6</sup>它在《海牙章程》中得到了编纂。<sup>6</sup>在《日内瓦第四公约》中,这项义务扩大到所有受到该公约保护的人。<sup>6</sup>《日内瓦公约》做出了一系列尊重宗教以及宗教仪式的详细规定,如关于葬礼仪式和火葬死者、战俘以及被拘禁者的宗教

<sup>6</sup> ICTY, Delalic, case, Judgment(同上,第3809段)。

<sup>6</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第3810段)。

<sup>6</sup> Lieber Code, Article 37(同上,第3831段); Brussels Declaration, Article 38(同上,第3832段); Oxford Manual, Article 49(同上,第3833段)。

<sup>6</sup> 《海牙章程》第46条(同上,第3819段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第四公约》第27(1)条(同上,第3820段)、第38(3)条(同上,第3821段)以及第58条(同上,第3822段)。

活动,以及对孤儿及与父母失散的儿童的教育问题。<sup>9</sup> 两个附加议定书都把尊重宗教信仰与宗教仪式的规定为向平民以及失去战斗力的人员提供的基本保证之一。<sup>6</sup>

许多军事手册都规定了尊重宗教信仰与宗教仪式的要求。<sup>9</sup> 根据一些国家的立法规定,违反尊重宗教信仰及仪式权利,特别是强制改变信仰,属于可惩罚性的犯罪。<sup>6</sup> 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。<sup>5</sup> 这项规则得到了二战后审理的一些涉及战争罪的判例的支持。在“齐尔克案”(Zühke case)中,荷兰特别最高法院认为,拒绝向等待执行死刑的人提供牧师或教士是战争犯罪行为。<sup>3</sup> 在“田中忠一案”(Tanaka Chuichi case)中,设在腊包尔的澳大利亚军事法院认为,强迫锡克教的战俘剪掉头发与胡须,并强迫其吸烟(吸烟为该教所禁止)的行为等同于战争罪。<sup>3</sup> 同样应该注意的是,《国际刑事法院犯罪要件》在“损害个人尊严”这项战争罪中特别指出,此项犯罪考虑到被害人文化背景的相关方面。<sup>4</sup> 增加这种考虑就是为了把强迫个人从事违反其宗教信仰的行为规定在战争罪中。<sup>5</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》以及区域性人权条约规定,

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第17(3)条(可能时应按照彼等所属宗教之仪式埋葬之);《日内瓦第三公约》第34-36条(战俘的宗教仪式)、第120(4)条(可能时按照彼等所属宗教之仪式埋葬之)以及第5款(遗体得因死者之宗教关系予以焚化);《日内瓦第四公约》第50(3)条(倘属可能,由因战争而与其父母失散或成为孤儿的儿童同一宗教的人士对儿童进行教育)、第76(3)条(在占领国内对被拘留者进行精神上的协助)、第86条(对被拘禁人员给予宗教仪式的服务)、第93条(被拘禁人员的宗教仪式)以及第130(1)条(可能时按照其所属宗教之仪式埋葬被拘禁者)以及第130(2)条(对死亡的被拘禁者依照其宗教关系进行焚化)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第75(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第3826段);《第二附加议定书》第4(1)条(经协商一致通过)(同上,第3827段)。

<sup>9</sup> 参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3841-3842段)、澳大利亚(同上,第3843段)、加拿大(同上,第3844-3845段)、哥伦比亚(同上,第3846-3847段)、多米尼加共和国(同上,第3848段)、厄瓜多尔(同上,第3849段)、法国(同上,第3850-3852段)、德国(同上,第3853段)、匈牙利(同上,第3854段)、印度尼西亚(同上,第3855段)、意大利(同上,第3856段)、肯尼亚(同上,第3857段)、马达加斯加(同上,第3858段)、新西兰(同上,第3859段)、尼加拉瓜(同上,第3860段)、罗马尼亚(同上,第3861段)、西班牙(同上,第3862段)、瑞典(同上,第3863段)、瑞士(同上,第3864段)、英国(同上,第3865-3866段)以及美国(同上,第3868-3870段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第3872段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第3873段)、克罗地亚(同上,第3874段)、埃塞俄比亚(同上,第3875段)、爱尔兰(同上,第3876段)、立陶宛(同上,第3877段)、缅甸(同上,第3878段)、挪威(同上,第3879段)、斯洛文尼亚(同上,第3880段)以及南斯拉夫(同上,第3881-3882段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:法国(同上,第3850段)、印度尼西亚(同上,第3855段)、肯尼亚(同上,第3857段)以及英国(同上,第3866段);以及下列国家的立法:缅甸(同上,第3878段)。

<sup>3</sup> 荷兰, Special Court of Cassation, Zühke case(同上,第3883段)。

<sup>3</sup> 澳大利亚, Military Court at Rabaul, Tanaka Chuichi case(同上,第3884段)。

<sup>4</sup> See Elements of Crimes for the ICC, Definition of outrages upon personal dignity as a war crime (ICC Statute, Footnote 49 relating to Article 8(2)(b)(xxi) and Footnote 57 relating to Article 8(2)(c)(ii)) .

<sup>5</sup> See Knut Dörmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, 2003, 对《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxi)条的评注,第315页。

每个人都有“思想、良心与宗教”自由,或者“良心与宗教”自由。<sup>6</sup> 这些条约还规定了表明自己宗教与信仰的权利,它仅仅受到法律规定的限制,这些法律只能出于保护公共安全、秩序、健康或他人自由权的必要而制定。<sup>7</sup> 上述权利在《公民权利和政治权利国际公约》与《美洲人权公约》中被列为不可克减的权利,<sup>8</sup> 《儿童权利公约》与《非洲人权和民族权宪章》也规定,不允许对该权利进行克减。其他国际文件也规定有思想、良心与宗教自由权、表明宗教或信仰权以及改变宗教或信仰的权利。<sup>9</sup>

## 解释

与下面将深入探讨的对表明这种权利的解释不同,尊重宗教或其他个人信仰的权利不受限制。人道法中的条约强调了尊重受保护人员的宗教的必要。《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》以及《美洲人权公约》明确规定,思想、良心与宗教自由权包括选择宗教或信仰的自由权。<sup>10</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》与《美洲人权公约》明确规定,任何人不得遭受足以损害他这项权利的强迫。<sup>11</sup> 在对《公民权利与政治权利国际公约》第 18 条发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,禁止强迫保护了改变宗教、维持信仰或接纳无神论的权利。它还补充说,具有同样意图或结果的政策或实践,例如限制受教育、接受医疗或就业的机会,也可能构成对该规则的违反。<sup>12</sup> 欧洲人权法院与非洲人权和民族权委员会也发表了相同的观

<sup>6</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 18(1)条(参见第 2 卷,第 32 章,第 3824 段);《儿童权利公约》第 14(1)条(同上,第 3829 段);《欧洲人权公约》第 9 条第 1 款(同上,第 3823 段);《美洲人权公约》第 12(1)条(同上,第 3825 段);《非洲人权和民族权宪章》第 8 条(同上,第 3828 段)。

<sup>7</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 18(3)条(同上,第 3824 段);《儿童权利公约》第 14(3)条(同上,第 3829 段);《欧洲人权公约》第 9(2)条(同上,第 3823 段);《美洲人权公约》第 12(3)条(同上,第 3825 段);《非洲人权和民族权宪章》第 8 条(同上,第 3828 段)。

<sup>8</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 4(2)条(同上,第 3824 段);《美洲人权公约》第 27(2)条(同上,第 3825 段); See also UN Human Rights Committee, General Comment No. 22 (Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (同上,第 3893 段); Inter-American Commission on Human Rights, Resolution concerning the law applicable to emergency situations(同上,第 3897 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第 18 条(同上,第 3834 段);《美洲人的权利和义务宣言》第 3 条(关于宗教自由的限制)(同上,第 3835 段); Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief, article 1(同上,第 3836 段); EU Charter of Fundamental Rights, article 10(同上,第 3840 段)。

<sup>10</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 18(1)条(同上,第 3824 段);《欧洲人权公约》第 9(1)条(改变宗教和信仰的自由)(同上,第 3823 段);《美洲人权公约》第 12(1)条(同上,第 3825 段)。

<sup>11</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 18(2)条(同上,第 3824 段);《美洲人权公约》第 12(2)条(同上,第 3825 段)。

<sup>12</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 22 (Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 30 July 1993, § 5.

点,强调尊重世俗观点的重要性。<sup>3</sup>

任何形式的基于个人宗教或非宗教信仰的迫害、折磨或歧视都可能违反本规则。美洲人权委员会在其关于恐怖主义与人权的报告中指出,不得有意以各种原因,尤其是宗教的原因,来区分群体中的受害成员,以便来制定和执行关于调查和指控的法律和方法。<sup>4</sup>

表达个人信仰或宗教仪式的自由也必须受到尊重。这包括进入礼拜场所以及接触教职人员。<sup>5</sup>只能在秩序、安全以及他人自由的必要下才能对其进行限制。就像对规则 127 的评注中指出的那样,被拘留者的宗教仪式可以受到军事管制。但是,在具体情况下,对这种仪式的限制也必须是合理的,而且有这个必要。在对《公民权利和政治权利国际公约》第 18 条发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,限制必需同载述的特定需要直接有关或者相称,而且,为了保护道德对表示宗教或信仰的自由的限制必需基于不光是来自单一传统的原则。它还补充说,囚犯等已经受到若干合法限制的人员,可以在符合该限制的特定性质的最大限度内享有表示自己宗教或信仰的权利。<sup>6</sup>

规则 105 须尽可能尊重家庭生活。

## 实践

第 2 卷,第 32 章,Q 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性与非国际性武装冲突

尊重占领地区内人员家庭权利的义务已经得到《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, *Kokkinakis v. Greece* (参见第 2 卷,第 32 章,第 3894 段); African Commission on Human and Peoples' Rights, *Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan* (同上,第 3832 段)。

<sup>4</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, Doc. OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, § 363.

<sup>5</sup> See, e.g., European Court of Human Rights, *Cyprus case* (参见第 2 卷,第 32 章,第 3896 段); 荷兰, Special Court of Cassation, *Zühlke case* (同上,第 3883 段); ICRC Press release (同上,第 3900 段); 另参见:对规则 127 评注中的相关实践。

<sup>6</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 22 (Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 30 July 1993, § 8.

及《牛津手册》的确认。<sup>3</sup> 它在《海牙章程》中得到了编纂。<sup>3</sup> 在《日内瓦第四公约》中,这一义务扩大到所有受该公约保护的平民。<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》还规定,被拘禁的家庭应当尽可能地获得“进行适当的家庭生活所需的设备”。<sup>6</sup> 虽然在涉及非国际性武装冲突的条约法中没有规则做出这样一般性的规定,但是规范这种冲突的条约有涉及家庭团聚的更为详细的规则,而本规则就是那些规则的基础。<sup>3</sup>

一些军事手册用一般性的措辞规定了尊重家庭的义务,通常没有专门提到《日内瓦第四公约》。<sup>3</sup> 冲突结束后签订的协议、联合国和其他国际组织的决议这些丰富的实践也强调有尊重家庭生活的必要。<sup>3</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》以及三大区域性人权公约都保护家庭,把它称为“天然的和基本的社会单元”或者“社会的自然和基本的单元”。<sup>3</sup> 根据《美洲人权公约》的规定,对家庭的保护是不能放弃的。<sup>5</sup> 其他国际性文件也要求对此进行保护。<sup>5</sup>

## 解释

已经收集到的实践表明,尊重家庭生活要求应当在尽可能的程度内维持家庭团聚、家庭成员之间的联系以及告知有关家庭成员下落的信息。

(一)保持家庭团聚。《日内瓦第四公约》在关于占领国移送或撤退平民的规定

<sup>3</sup> Lieber Code, Article 37 (参见第2卷,第32章,第3924段); Brussels Declaration, Article 38 (同上,第3925段); Oxford Manual, Article 49 (同上,第3926段)。

<sup>8</sup> 《海牙章程》第46条(同上,第3906段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》第27(1)条(同上,第3908段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第四公约》第82(3)条。

<sup>3</sup> 参见:《第二附加议定书》第4(3)(b)条(经协商一致通过)(关于临时失散的家庭的团聚)(参见第2卷,第32章,第3916段);《第二附加议定书》第5(2)(a)条(经协商一致通过)(在拘禁和收容期间对同一家庭中男女的居住安排)(参见第2卷,第37章,第106段);《儿童权利公约》第37(3)条(被剥夺自由期间儿童与其父母的居住安排)(同上,第149段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第32章,第3936段)、加拿大(同上,第3937段)、多米尼加共和国(同上,第3938段)、萨尔瓦多(同上,第3939段)、德国(同上,第3940段)、肯尼亚(同上,第3942段)、尼加拉瓜(同上,第3944段)、西班牙(同上,第3946段)以及英国(同上,第3949段)。

<sup>3</sup> 参见下文的评注以及规则117、119-120、125-126以及131评注中的相关实践。

<sup>3</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第23(1)条(同上,第3911段);《经济、社会与文化权利国际公约》第10(1)条(同上,第3912段);《美洲人权公约》第17(1)条(同上,第3914段); Protocol of San Salvador, article 15(1) (同上,第3918段);《非洲人权和民族权宪章》第18条(同上,第3917段); See also UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 84 (XLV III): Refugee Children and Adolescents (同上,第3969段)。

<sup>5</sup> 《美洲人权公约》第17条(同上,第3914段)以及第27(2)条。

<sup>6</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第16(3)条(参见第2卷,第32章,第3928段);《美洲人的权利和义务宣言》第6条(同上,第3930段); Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 5(b) (同上,第3931段)。

中规定了尽可能避免家庭成员的分离的义务。<sup>3</sup> 对涉及流离失所的人员待遇的规则131的评注中有要求一般性的尊重家庭团聚的实践,而不仅仅限于流离失所。

此外,存在要求为失散的家庭的团聚提供便利的义务的重要实践。《日内瓦第四公约》规定,“冲突各方对于因战争致与家庭离散之人所为之调查,以期在可能时与其家庭重新联系或团聚者,应给予便利”。<sup>4</sup> 两个附加议定书都规定,冲突各方必须为因武装冲突而失散的家庭团聚提供便利。<sup>5</sup> 一些军事手册和国家的立法也规定了这项义务。<sup>6</sup> 它也得到了正式声明的支持,包括美国,它并不是《附加议定书》的成员国。<sup>7</sup> 卷入武装冲突以及勉励失散家庭问题的国家已经通过了许多协议、法律以及政策,以便实现家庭团聚的原则。<sup>8</sup> 红十字与红新月国际大会以协商一致的方式通过的一些决议也支持了为失散家庭的重聚提供便利之义务。<sup>9</sup> 在人权法中,有关的条约和其他国际文件、判例及决议都体现了尊重家庭团聚的重要性,尤其是涉及儿童与父母的团聚。<sup>10</sup>

还存在涉及在剥夺自由期间维持家庭团聚的实践。《日内瓦第四公约》要求“可能时,同一家庭之被拘禁人应使其居于同一住所,予以与其他被拘禁人分开之设备”。<sup>11</sup> 对规则119和120的评注中提到了更多的实践,它们要求在被剥夺自由期间让同一家庭的成员共同居住。

(二)家庭成员之间的联系。《日内瓦第四公约》规定,“冲突各方之领土内或其

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第49(3)条(参见第2卷,第38章,第541段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第四公约》第26条(参见第2卷,第32章,第3907段)。

<sup>5</sup> 《第一附加议定书》第74条(经协商一致通过)(“以一切可能方法”(同上,第3915段);《第二附加议定书》第4(3)(b)条(经协商一致通过)(“一切适当步骤”(同上,第3916段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第3934-3935段)、新西兰(同上,第3943段)、西班牙(同上,第3946段)以及美国(同上,第3953段);以及下列国家的立法:安哥拉(同上,第3954段)、哥伦比亚(同上,第3956段)以及菲律宾(同上,第3960段)。

<sup>7</sup> 例如,参见:韩国的声明(同上,第3962段)以及美国的声明(同上,第3963段)。

<sup>8</sup> See, e.g., the Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons(同上,第3923段);以及下列国家的立法:安哥拉(同上,第3954段)、哥伦比亚(同上,第3956段);以及菲律宾的实践(同上,第3960段)以及韩国的实践(同上,第3962段)。

<sup>9</sup> 19th International Conference of the Red Cross, Res. XX; 25th International Conference of the Red Cross, Res. IX(同上,第3971段);26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第3972段)。

<sup>10</sup> 例如,参见:《儿童权利公约》第10条(同上,第3920段)以及第22(2)条(同上,第3922段); Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 17(3)(同上,第3932段);联合国大会,第51/77号决议(同上,第3964段)、第52/107号决议(同上,第3964段)以及第53/128号决议(同上,第3965段);联合国人权委员会,第1997/78号决议(同上,第3966段)以及第1998/76号决议(同上,第3966段);UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 24 (XXXII)(同上,第3968段);Committee on the Rights of the Child Concluding observations on the report of Myanmar(同上,第3974段);European Court of Human Rights, Eriksson case, Andersson v. Sweden, Rieme v. Sweden, Olsson v. Sweden, Hokkanen v. Finland and Gül v. Switzerland(同上,第3975段)。

<sup>11</sup> 《日内瓦第四公约》第82(3)条。

占领地内所有人们,应能将纯属个人性质的消息通知其在任何地方之家人,并接获其家人之此类消息”。<sup>6</sup> 规则 125 规定,须准予被剥夺自由的人与其家人通信,但可以受到通信频率以及有关当局加以审查之需要的合理条件的限制。规则 126 规定,须准予被剥夺自由的人在实际可能的程度上接见来访者。除了在规则 125 和 126 的评注中所引用的实践以外,关于人权的判例法还确认,家庭生活的权利还包括在不影响关于接见时间和信件审查的合理限制的情况下,被拘禁者有权通过信件和接见来访与他们的家人进行联系。<sup>7</sup>

(三)提供有关家庭成员下落之信息。关于有关当局为查明失踪人员所应采取的措施以及当信息可获得时向其家人提供其下落的义务,存在广泛的实践。关于人权的判例法表明,刻意隐瞒此类信息等同于非人道待遇。对规则 117 的评注中有这样的实践。该规则规定,冲突各方须采取一切可能措施,查明因武装冲突而被报告失踪的人员的下落,并须向其家人提供任何与其下落有关的信息。

此外,《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利公约》和《美洲人权公约》规定了有免于对个人家庭生活任意的、非法的或滥用的干涉的权利。<sup>8</sup> 其他国际文件也对此作有规定。<sup>9</sup> 《欧洲人权公约》还规定了尊重“隐私和家庭生活”的一般性权利,它是不受公共当局的干涉的。

除非是依照法律规定,而且是一个民主社会为了国家安全、公共安全或国家的经济福利,为了预防骚乱或犯罪、保护卫生或道德,或者为了保护他人的权利和自由所必需的。<sup>6</sup>

联合国人权事务委员会在对《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条发表的一般性意见中指出,凡与法律规定及该公约宗旨和目的不一致的,且不是“在特殊情况

<sup>6</sup> 《日内瓦第四公约》第 25(1)条(参见第 2 卷,第 37 章,第 468 段)。

<sup>7</sup> See, e.g., African Commission on Human and Peoples' Rights, Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, Communication Nos. 143/95 and 150/96, 15 November 1999, § 29; Inter-American Commission on Human Rights, Report on the situation of human rights in Peru, 12 March 1993, p. 29; European Court of Human Rights, Brannigan and McBride v. UK, Judgment, 26 May 1993, § 64.

<sup>8</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第 17(1)条(“任意或非法干预”)(参见第 2 卷,第 32 章,第 3910 段);《儿童权利公约》第 16(1)条(“任意或非法干预”)(同上,第 3921 段);《美洲人权公约》第 11 条(“任意或滥用干预”)(同上,第 3913 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:《世界人权宣言》第 12 条(“任意干预”)(同上,第 3927 段);《美洲人的权利和义务宣言》第 5 条(“滥用攻击”)(同上,第 3929 段);EU Charter of Fundamental Rights, article 7(“尊重他/她的隐私以及家庭生活”)(同上,第 3933 段)。

<sup>6</sup> 《欧洲人权公约》第 8(2)条(同上,第 3909 段)。

下合理地”对家庭生活的干涉,都是“任意的”。<sup>5</sup>

### 对“家庭”的定义

在对《公民权利和政治权利国际公约》第17条发表的一般性意见中,联合国人权事务委员会指出,就该条款而言,应当把“家庭”理解为“包括所有有关缔约国社会中所理解的家庭的所有成员”。<sup>5</sup> 欧洲人权法院认为,家庭的概念包括了夫妻关系以及子女对其的依靠。<sup>5</sup> 根据不同的情形,尤其是涉及儿童时,它还包括兄弟姐妹、婚外同居者以及祖父母。<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 16 Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (参见第2卷,第32章,第3973段); See also Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, Doc. OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, § 55.

<sup>5</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 16 Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (参见第2卷,第32章,第3973段)。

<sup>5</sup> European Court of Human Rights, *B. v. UK* (同上,第3977段) (该法院认为,“家长与子女在相互陪伴中共享的天伦之乐是家庭生活的基本内容”)。

<sup>5</sup> European Court of Human Rights, *Johnston and Others v. Ireland* (同上,第3976段); *Moustaquim v. Belgium* (同上,第3978段) and *Vermeyre v. Belgium* (同上,第3979段)。

## 第 33 章

---

### 战斗员与战俘地位

注：在国际性武装冲突中战斗员被认为具有重要的影响，因为只有战斗员（关于战斗员的定义，见规则 3）才有权直接参与敌对行为。被俘虏之后，享有战俘地位的战斗员既不能因为其参与敌对行为也不能为不违反国际人道法的行为受到审判。这是一条确立已久的国际人道习惯法规则。战俘的待遇在《日内瓦第三公约》中得到了详细规定。

规则 106 战斗员在从事攻击或攻击前的军事准备行动时，须使自己与平民居民相区别。如果他们没有这样做，则其将无权享有战俘地位。

#### 实践

第 2 卷, 第 33 章, A 节

#### 概述

国家实践将该规则确立为适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突

要求战斗员将自己与平民相区分是一项确立已久的习惯国际法规则，其已得到《布鲁塞尔宣言》、《牛津手册》和《海牙章程》的确认，随后被编纂在《日内瓦第三公约》以及《第一附加议定书》中。

许多军事手册均规定，战斗员必须将自己与平民相区分。从事此类实践的国

---

B russels Declaration, A rticle 9 (参见第 2 卷, 第 1 章, 第 634 段); Oxford M anual, A rticle 2 (同上, 第 635 段); 《海牙章程》, A rticle 1 (同上, 第 627 段)。

《日内瓦第三公约》第 4(1) 条 (同上, 第 629 段); 《第一附加议定书》第 44(3) 条 (参见第 2 卷, 第 33 章, 第 1 段)。

例如, 参见下列国家的军事手册: 阿根廷 (同上, 第 5 段)、澳大利亚 (同上, 第 6 段)、比利时 (同上, 第 7 段)、贝宁 (同上, 第 8 段)、喀麦隆 (同上, 第 9 段)、加拿大 (同上, 第 10 段)、哥伦比亚 (同上, 第 11 段)、克罗地亚 (同上, 第 12 - 13 段)、法国 (同上, 第 15 段)、德国 (同上, 第 16 段)、匈牙利 (同上, 第 17 段)、以色列 (同上, 第 18 段)、意大利 (同上, 第 19 - 20 段)、肯尼亚 (同上, 第 21 段)、马达加斯加 (同上, 第 22 段)、荷兰 (同上, 第 23 段)、新西兰 (同上, 第 24 段)、南非 (同上, 第 25 段)、瑞典 (同上, 第 26 段)、瑞士 (同上, 第 27 段)、多哥 (同上, 第 28 段)、英国 (同上, 第 29 段) 以及美国 (同上, 第 30 - 31 段)。

家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。这一义务同时也得到了许多正式声明与其他实践的支持。

《海牙章程》与《日内瓦第三公约》规定,常规武装力量的成员享有战俘地位,而民兵与志愿军则需要满足四项条件才能享受该地位所带来的好处。《第一附加议定书》对武装部队的全体成员都规定了将自己与平民区别开来的义务,而不论其是常规军还是非常规军。虽然《海牙章程》和《日内瓦第三公约》没有对此作出具体规定,但是非常清楚的是,常规武装力量在进行军事行动时必须将自己与平民区分开来。《第一附加议定书》承认“各国关于被派于冲突一方正规并穿制服的武装单位的战斗员穿着制服的公认惯例”。不过,与《海牙章程》和《日内瓦第三公约》一样,该附加议定书并没有明确将其作为战俘地位的条件。

一些军事手册认为,对于常规军来说,将自己与平民区分开来这项义务不成问题,因为对于常规军成员来说,身着制服作为区分的标志是“习以为常的”或“通常的”。

如果常规部队的成员没有穿着制服,那么他们有被指控为间谍或破坏者的危险。<sup>0</sup> 在1974年的“斯瓦尔卡案”(Swarka case)中,以色列一军事法院认为,由于埃及武装部队的成员潜入以色列境内,并且以平民打扮发动了武装攻击,因此他们不能获得战俘地位,可以用破坏罪对其进行追诉。被告辩称,将自己与平民进行区分的义务只适用于非常规部队,并不适用于常规军。该法院认为,这种主张是不合逻辑的。<sup>1</sup>

## 解释

国家实践表明,为了将自己与平民区分开来,战斗员应当穿着制服或佩戴明显标记,并且公开携带武器。例如,德国的《军事手册》规定:

根据一般接受的国家实践,常规武装部队的成员应当穿着制服。并不是身着制服的武装部队成员的战斗员要佩戴一定距离内能识别的标记,并

---

例如,参见下列国家的军事手册:法国(同上,第15段)、以色列(同上,第18段)、肯尼亚(同上,第21段)、英国(同上,第29段)以及美国(同上,第30-31段)。

例如,参见下列国家的声明:联邦德国(同上,第37段)、意大利(同上,第39段)、荷兰(同上,第40段)以及美国(同上,第41-43段),以及博茨瓦纳的实践(同上,第36段)和印度尼西亚的实践(同上,第38段)。

《海牙章程》第1条与第3条;《日内瓦第三公约》第4(1)条(参见第2卷,第1章,第629段)。

《第一附加议定书》第44(3)条(参见第2卷,第33章,第1段)。

《第一附加议定书》第44(7)条(同上,第1段)。

参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第6段)、比利时(同上,第7段)、哥伦比亚(同上,第11段)、德国(同上,第16段)、肯尼亚(同上,第21段)、马达加斯加(同上,第22段)、荷兰(同上,第23段)、新西兰(同上,第24段)、南非(同上,第25段)、瑞典(同上,第26段)、瑞士(同上,第27段)以及英国(同上,第29段)。

<sup>0</sup> 例如,参见英国, Military Manual (1958), §§ 96 and 331。

<sup>1</sup> 以色列, Military Court, Swarka case(参见第2卷,第33章,第35段)。

且公开携带武器。<sup>2</sup>

《美国空军手册》规定,身着制服可以确保战斗员能够被清楚地识别出来,不过,它还规定:“如果仅仅身着一套完整的制服就可以轻易地把战斗员与平民区别开来,那么这就足够了”。<sup>3</sup> 在1969年的“卡西姆案”(Kassem case)中,以色列拉马拉军事法院认定,被告佩戴斑点帽并穿着绿色上衣,这完全符合区分自己的条件,因为这不是其被俘地区居民的通常打扮。<sup>4</sup>

关于公开携带武器,《美国空军手册》规定,“随身携带隐藏的武器,或在敌人迫近时隐藏武器”不算符合这一条件。<sup>5</sup> 在“卡西姆案”中,法院认为,在不能被看见的地点公开携带武器,以及仅仅在敌对行为的战斗过程中携带武器,都不能认为是符合公开携带武器这项条件。被告在与以色列军队冲突的过程中使用了武器并不是决定性的,因为在他们开始向以色列士兵开火之前,人们都不知道他们持有武器。<sup>6</sup>

### 战时全国总动员

参与战时全国总动员的人,即未占领地之居民,当敌人迫近时,未及组织成为正规部队,而立即自动拿起武器抵抗来侵军队者,被认为是享有战俘地位的战斗员,但须彼等公开携带武器并尊重战争法规及惯例。这是一条确立已久的习惯国际法规则,并得到《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以及《海牙章程》的确认。<sup>7</sup> 同时,该规则在《日内瓦第三公约》中也得到了阐明。<sup>8</sup>

虽然适用这一例外目前可能很有限,但是它仍然得到许多军事手册的重申,包括那些最新的军事手册,因此它仍然可能被视为是有效的。<sup>9</sup>

### 抵抗与解放运动

根据《第一附加议定书》的规定,在武装冲突中,当“武装战斗员因敌对行动的性质而不能与平民居民相区别”,而且他正在参与攻击或攻击前军事准备行动,他仍应

<sup>2</sup> 德国, Military Manual(同上,第16段)。

<sup>3</sup> 美国, Air Force Pamphlet(同上,第30段)。

<sup>4</sup> 以色列, Military Court at Ramallah, Kassem case(同上,第34段)。

<sup>5</sup> 美国, Air Force Pamphlet(同上,第30段)。

<sup>6</sup> 以色列, Military Court at Ramallah, Kassem case(同上,第113段)。

<sup>7</sup> Lieber Code, Article 51(同上,第52段); Brussels Declaration, Article 10(同上,第53段);《海牙章程》, Article 2(同上,第50段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第4(1)(f)条(同上,第51段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第55段)、澳大利亚(同上,第56段)、比利时(同上,第57段)、喀麦隆(同上,第58段)、加拿大(同上,第59段)、德国(同上,第60段)、意大利(同上,第61段)、肯尼亚(同上,第62段)、马达加斯加(同上,第63段)、荷兰(同上,第64段)、新西兰(同上,第65段)、尼日利亚(同上,第66段)、俄罗斯(同上,第67段)、南非(同上,第68段)、西班牙(同上,第69段)、瑞士(同上,第70段)、英国(同上,第71段)、美国(同上,第72段)以及南斯拉夫(同上,第73段)。

保留其作为战斗员的身份,但在这种情况下,该战斗员须:

- (一) 在每次军事上交火期间;和
- (二) 在从事其所参加的发动攻击前的部署时为敌人所看得见的期间。<sup>0</sup>

本规则在通过附加议定书的外交会议上引起了很大的争论,第44条就是以73票赞成、1票反对、21票弃权的投票结果通过的。<sup>1</sup> 弃权的国家一般都对该条款可能对平民居民带来的消极影响表示关注。以英国为例,它认为:“未能区分战斗员与平民只能给后者带来风险。除非对某些条款作出令人满意的解释,否则这种风险是不能接受的。”<sup>2</sup> 除了两个国家之外,所有投弃权票的国家在当时就批准了《第一附加议定书》,并未做出任何保留。<sup>3</sup>

由于需要作出令人满意的解释,许多国家试图澄清这一例外的含义,并明确它的限制。这些限制有三个方面。第一,许多国家指出,该例外限于有组织的武装抵抗情形,即在被占领土内或民族解放战争中。<sup>4</sup> 第二,许多国家指出,“部署”一词是指任何朝向将要发动攻击的地点的移动。<sup>5</sup> 第三,澳大利亚、比利时和新西兰进一步指

<sup>0</sup> 《第一附加议定书》第44(3)条(同上,第81段)。

<sup>1</sup> 参见:通过附加议定书的外交会议上的实践(同上,第81段)。

<sup>2</sup> 英国:在通过附加议定书的外交会议上发表的声明(同上,第133段);另见下列国家的声明:阿根廷(同上,第114段)、巴西(同上,第115段)、加拿大(同上,第116段)、哥伦比亚(同上,第117段)、爱尔兰(同上,第123段)、意大利(同上,第126段)、日本(同上,第127段)、葡萄牙(同上,第129段)、西班牙(同上,第130段)、瑞士(同上,第131段)以及乌拉圭(同上,第134段)。加拿大和意大利投了弃权票并且声明,如果能更好地定义该术语,那么条约文字是可以接受的。

<sup>3</sup> 菲律宾与泰国弃权,并且没有批准《第一附加议定书》。

<sup>4</sup> 参见下列国家在通过附加议定书外交会议上的声明:加拿大(同上,第116段)、埃及(同上,第118段)、德国(同上,第119段)、希腊(同上,第121段)、伊朗(同上,第122段)、意大利(同上,第126段)、日本(同上,第127段)、英国(同上,第133段)以及美国(同上,第135段);以及下列国家在批准或签署《第一附加议定书》时发表的声明:澳大利亚(同上,第83段)、比利时(同上,第83段)、加拿大(同上,第83段)、法国(同上,第83段)、德国(同上,第83段)、爱尔兰(同上,第83段)、意大利(同上,第84段)、韩国(同上,第83段)、西班牙(同上,第84段)以及英国(同上,第83段);下列国家的军事手册:比利时(同上,第102段)、法国(同上,第93段)、德国(同上,第103段)、意大利(同上,第104段)、荷兰(同上,第106段)、新西兰(同上,第107段)、西班牙(同上,第97段)、瑞典(同上,第109段)和英国(同上,第110段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家在通过附加议定书外交会议上发表的声明:加拿大(同上,第116段)、德国(同上,第119段)、日本(同上,第127段)、荷兰(同上,第128段)、英国(同上,第133段)以及美国(同上,第135段);以及下列国家在批准或签署《第一附加议定书》时发表的声明:澳大利亚(同上,第85段)、比利时(同上,第85段)、加拿大(同上,第85段)、法国(同上,第85段)、德国(同上,第85段)、爱尔兰(同上,第85段)、意大利(同上,第85段)、韩国(同上,第85段)、荷兰(同上,第85段)、新西兰(同上,第85段)、西班牙(同上,第85段)、英国(同上,第85段)和美国(同上,第85段);下列国家的军事手册:比利时(同上,第102段)、德国(同上,第103段)、意大利(同上,第104段)、肯尼亚(同上,第105段)、荷兰(同上,第106段)、新西兰(同上,第107段)、南非(同上,第108段)、西班牙(同上,第97段)以及英国(同上,第110段)。

出,“看得见”一词包括使用科技手段意义上的“看得见”,并不只限于裸眼视力意义上的“看得见”。<sup>8</sup> 尽管如此,在阿联酋的支持下,埃及在通过附加议定书的外交会议上认为,“军事部署”一词的含义是指:“就在敌对行为开始前战斗员开始开火的最后一个步骤;一名游击队员仅应当在其敌方的自然视野范围内公开携带武器”。<sup>2</sup> 在该次外交会议上,美国对《第一附加议定书》第 44 条投了赞成票。它解释说,该例外显然是用来:

确保在参与准备发起攻击的军事行动中,战斗员不能把他们未能和平民区分作为突袭的一个内容。在这种情况下,战斗员为了协助攻击而采取平民打扮的行为将使他们丧失战斗员的地位。<sup>8</sup>

同时,美国改变了立场,并且表示反对这条规则。<sup>9</sup> 以色列对第 44 条投了反对票,因为第 3 款“可被用来解释为允许战斗员不将自己与平民相区别,而这将把后者置于非常危险的状态,并且背离了人道法的精神及基本原则”。<sup>6</sup>

正如《第一附加议定书》规定的那样,未将自己与平民区分开来的战斗员不能获得战俘地位(并且不能享受《日内瓦第四公约》提供的有利待遇)。作为最低标准,他们享有本研究第 32 章中规定的基本保证,包括公正审判的权利。<sup>3</sup>

规则 107 在从事间谍行为时被俘之战斗员无权享有战俘地位。未经审判,不得对其判罪或处以刑罚。

## 实践

第 2 卷,第 33 章,B 节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

从事间谍行为时被俘之战斗员无权享有战俘地位并且应经审判这项规则是一项

<sup>8</sup> 参见下列国家在批准《第一附加议定书》时发表的声明:澳大利亚(同上,第 86 段)、新西兰(同上,第 87 段);以及下列国家的军事手册:比利时(同上,第 102 段)、新西兰(同上,第 107 段)。

<sup>2</sup> 埃及,通过附加议定书外交会议上的声明(同上,第 118 段);同时参见阿联酋的声明(同上,第 132 段)。

<sup>8</sup> 美国,通过附加议定书外交会议上的声明(同上,第 135 段)。

<sup>9</sup> 参见美国的声明(同上,第 136 - 137 段)。

<sup>6</sup> 以色列,通过附加议定书外交会议上的声明(同上,第 124 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 45(3)条(经协商一致通过)(同上,第 82 段)。

确立已久的习惯国际法规则。它已经得到《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以及《海牙章程》<sup>3</sup> 的确认。《第一附加议定书》对此也做出了规定。<sup>3</sup>

许多军事手册规定,从事间谍行为的战斗员不享有战俘待遇,并且他们将被视为间谍。<sup>3</sup>

还没有发现违反这项规则的正式实践。

## 间谍的定义

间谍的定义由来已久。它已经得到《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以及《海牙章程》<sup>3</sup> 的确认,是指采用伪装或秘密方式在敌方领土上收集情报或企图收集情报的行为。<sup>5</sup> 该定义包括平民装束打扮的战斗员或穿着敌方制服的战斗员,但是不包括穿着自己制服而收集情报的战斗员。这一定义被编纂在《第一附加议定书》中。<sup>6</sup> 许多军事手册也对该规则做出了规定。<sup>3</sup>

另外,本规则仅仅适用于在敌方控制领土内俘获的正在活动的间谍。《布鲁塞尔宣言》与《海牙章程》规定,重新加入武装部队后被俘虏的间谍必须被作为战俘对待,而且不应当追究之前所从事的间谍行为的责任。<sup>8</sup> 《第一附加议定书》对这一规则做了规定。<sup>9</sup> 它也得到许多军事手册的确认。<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Lieber Code, Article 88 (同上,第181段); Brussels Declaration, Articles 20 - 21 (同上,第182段); 《海牙章程》第30 - 31条(同上,第178段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第46(1)条(经协商一致通过)(同上,第179段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第186段)、澳大利亚(同上,第187段)、比利时(同上,第188段)、喀麦隆(同上,第189 - 190段)、加拿大(同上,第191段)、克罗地亚(同上,第192 - 193段)、厄瓜多尔(同上,第194段)、法国(同上,第195 - 196段)、德国(同上,第197段)、匈牙利(同上,第198段)、以色列(同上,第199段)、意大利(同上,第200段)、肯尼亚(同上,第201段)、马达加斯加(同上,第202段)、荷兰(同上,第203段)、新西兰(同上,第204段)、尼日利亚(同上,第205 - 206段)、南非(同上,第207段)、西班牙(同上,第208段)、瑞典(同上,第209段)、瑞士(同上,第210段)、英国(同上,第211 - 212段)、美国(同上,第213段)以及南斯拉夫(同上,第214段)。

<sup>5</sup> Lieber Code, Article 88(同上,第145段); Brussels Declaration, Article 19(同上,第146段); 《海牙章程》第29条(同上,第143段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第46(2)条(经协商一致通过)(同上,第144段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第149段)、澳大利亚(同上,第150 - 151段)、比利时(同上,第152段)、喀麦隆(同上,第153段)、加拿大(同上,第154段)、厄瓜多尔(同上,第155段)、法国(同上,第156段)、德国(同上,第157段)、肯尼亚(同上,第158段)、荷兰(同上,第159段)、新西兰(同上,第160段)、尼日利亚(同上,第161段)、南非(同上,第162段)、西班牙(同上,第163段)、瑞士(同上,第164段)、英国(同上,第165段)、美国(同上,第166段)以及南斯拉夫(同上,第167段)。

<sup>8</sup> Brussels Declaration, Article 21(同上,第182段); 《海牙章程》第31条(同上,第178段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第46(4)条(经协商一致通过)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(见第2卷,第33章,第186段)、加拿大(同上,第191段)、厄瓜多尔(同上,第194段)、以色列(同上,第199段)、肯尼亚(同上,第201段)、荷兰(同上,第203段)、新西兰(同上,第204段)、尼日利亚(同上,第206段)、英国(同上,第212段)、美国(同上,第213段)以及南斯拉夫(同上,第214段)。

## 公正审判的权利

未经审判,不得对俘获的正在活动的间谍处以刑罚。这项规则已经得到《布鲁塞尔宣言》以及《海牙章程》的确认。<sup>4</sup> 许多军事手册也规定了这项规则。<sup>2</sup> 被俘的间谍享有第32章中规定的基本保证,包括公正审判的权利(见规则100)。加拿大、德国、新西兰以及尼日利亚的军事手册对这一点有特别规定。<sup>3</sup> 《第一附加议定书》中也对此做出了规定,任何不享有战俘待遇并且不享有《日内瓦第四公约》所规定的有利待遇的人仍然享有《第一附加议定书》第75条规定的基本保证。<sup>4</sup> 因此,对间谍进行即决处决是禁止的。

规则 108 如《第一附加议定书》中所界定,外国雇佣兵不应享有作为战斗员或成为战俘的权利。未经审判,不得对其判罪或处以刑罚。

## 实践

第2卷,第33章,C节

## 概要

国家实践将该规则确立为适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

关于外国雇佣兵不享有战斗员权利或战俘地位这项规则已经得到《第一附加议定书》的确认。<sup>5</sup> 它还规定在其他一些条约中。<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Brussels Declaration, Article 20 (同上,第182段);《海牙章程》第30条(同上,第178段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第186段)、比利时(同上,第188段)、加拿大(同上,第191段)、德国(同上,第197段)、肯尼亚(同上,第201段)、荷兰(同上,第203段)、新西兰(同上,第204段)、尼日利亚(同上,第206段)、瑞士(同上,第210段)、英国(同上,第211-212段)、美国(同上,第213段)以及南斯拉夫(同上,第214段)。

<sup>3</sup> 参见加拿大, LOAC Manual(同上,第191段);德国, Military Manual(同上,第197段)、新西兰, Military Manual(同上,第204段)以及尼日利亚, Manual on the Laws of War(同上,第206段)。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第45(3)条(经协商一致通过)(同上,第180段)。

<sup>5</sup> 《第一附加议定书》第47(1)条(经协商一致通过)(同上,第270段)。

<sup>6</sup> OAU Convention against Mercenarism, 第3条(同上,第274段)(非洲统一组织53个成员国中有27个批准了该条约);《联合国雇佣兵公约》第3条和第16条(有28个国家批准了该公约,根据联合国该公约,雇佣兵直接参与敌对行动是违反该公约的行为,但是该公约不影响武装冲突法中关于战斗员地位或战俘的条款)。

许多军事手册明确规定,外国雇佣兵无权作为战斗员或享有战俘地位。<sup>4</sup> 一本指导以色列军队的手册认为,该规则是习惯国际法的一部分。<sup>8</sup> 许多国家的立法规定,外国雇佣兵参与武装冲突须依法加以处罚。<sup>9</sup>

该规则同样得到正式声明和据报告的实践的支持。<sup>6</sup> 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。<sup>5</sup> 不过,美国宣称,它并不认为《第一附加议定书》第47条的规定是一项习惯法规则。<sup>3</sup>

由于《第一附加议定书》对外国雇佣兵的定义非常狭隘(见下文),该规则可能失去它大部分的意义。这一点得到美国的承认,这也许可以用来解释美国为什么在通过附加议定书的外交会议上没有对第47条提出反对意见。<sup>5</sup>

另外,由于非洲国家反对外国雇佣兵的行为主要是因为他们卷入了民族解放战争,而在这些战争中,外国雇佣兵是对抗希望行使自决权的人民的,因此近年来一直没有努力推动这一问题的解决,对外国雇佣兵的指责也有所减少。

## 外国雇佣兵的定义

《第一附加议定书》把外国雇佣兵定义为具有下列情况的任何人:

- (一) 在当地或外国特别征募以便在武装冲突中作战;
- (二) 事实上直接参加敌对行动;
- (三) 主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机,并在事实上冲突一方允诺给予远超过对该方武装部队内具有类似等级和职责的战斗员所允诺或付给的物质报偿;

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第277段)、澳大利亚(同上,第277段)、比利时(同上,第277段)、喀麦隆(同上,第277段)、加拿大(同上,第278段)、法国(同上,第277段)、德国(同上,第279段)、以色列(同上,第280段)、意大利(同上,第277段)、肯尼亚(同上,第281段)、荷兰(同上,第277段)、新西兰(同上,第277以及282段)、尼日利亚(同上,第277和284段)、西班牙(同上,第277和285段)、瑞典(同上,第277段)、瑞士(同上,第277和286段)、英国(同上,第277段)、美国(同上,第287段)以及南斯拉夫(同上,第277段)。

<sup>8</sup> 以色列, Manual on the Laws of War(同上,第280段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第288段)、阿塞拜疆(同上,第288段)、白俄罗斯(同上,第288段)、格鲁吉亚(同上,第288段)、哈萨克斯坦(同上,第288段)、摩尔多瓦(同上,第288段)、俄罗斯(同上,第288段)、塔吉克斯坦(同上,第288段)、乌克兰(同上,第288段)、乌兹别克斯坦(同上,第288段)以及越南(同上,第288段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的声明:中国(同上,第295段)、伊拉克(同上,第301段)、意大利(同上,第302段)、尼日利亚(同上,第307段)以及南斯拉夫(同上,第316段)以及据报告的伊朗实践(同上,第319段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:以色列(同上,第280段)、肯尼亚(同上,第281段)、尼日利亚(同上,第283段)以及英国(同上,第277段);阿塞拜疆的立法(同上,第288段);下列国家的声明:伊拉克(同上,第301段)、南斯拉夫(同上,第316段)以及据报告的伊朗的实践(同上,第319段)。

<sup>3</sup> 参见美国, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第314段)。

<sup>5</sup> 参见美国, Air Force Commander's Handbook(同上,第242段)。

- (四) 既不是冲突一方的国民,又不是冲突一方所控制的领土的居民;  
 (五) 不是冲突一方武装部队的人员;而且  
 (六) 不是非冲突一方的国家所派遣作为其武装部队人员执行官方职务的人。<sup>5</sup>

由于要求同时满足上述六个条件,因此该定义是非常严格的。另外,该定义要求证明被指控为外国雇佣兵的人有“以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机”,并且被允诺“远超过对该方武装部队内具有类似等级和职责的战斗员所允诺或付给的物质报偿”。在通过附加议定书的外交会议上,阿富汗、喀麦隆、古巴、毛里塔尼亚、尼日利亚和扎伊尔均表示反对这种表述。<sup>5</sup> 其中,喀麦隆宣称,“要证明外国雇佣兵得到超额报偿是相当困难的。”<sup>6</sup> 荷兰完全反对任何关于雇佣兵动机的规定。<sup>5</sup> 非洲统一组织的《禁止雇佣兵制度的公约》删去了物质报偿要“远超过对该方武装部队内具有类似等级和职责的战斗员所允诺或付给”的要求。<sup>8</sup> 然而《联合国雇佣兵公约》却保留了这一要求。<sup>9</sup>

在本研究所有收集到的包含外国雇佣兵定义的军事手册中,有九个遵从了《第一附加议定书》中的定义,<sup>6</sup> 另外四个仅简单提及获得私利的愿望。<sup>6</sup> 十一个属于前苏联加盟共和国的国家的立法中,将外国雇佣兵界定为有获得私利的愿望,没有规定其他的条件。<sup>6</sup>

综上所述,可以断定,外国雇佣兵不享有战斗员具有的权利或战俘地位这项习惯法规则只适用于符合《第一附加议定书》第 47 条中对外国雇佣兵定义的所有条件的人。

最后应当指出,如果冲突一方的武装部队成员并非该冲突方的国民,并且并不完全符合《第一附加议定书》第 47 条对外国雇佣兵定义的六个条件,那么其有资格成

<sup>5</sup> 《第一附加议定书》第 47(2)条(经协商一致通过)(同上,第 232 段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家在通过附加议定书的外交会议上发表的声明:阿富汗(同上,第 255 段)、喀麦隆(同上,第 256 段)、古巴(同上,第 257 段)、毛里塔尼亚(同上,第 258 段)、尼日利亚(同上,第 260 段)以及扎伊尔(同上,第 263 段)。

<sup>6</sup> 喀麦隆,在通过附加议定书外交会议上的声明(同上,第 256 段)。

<sup>5</sup> 荷兰,在通过附加议定书外交会议上的声明(同上,第 259 段)。

<sup>8</sup> 参见: OAU Convention against Mercenarism, 第 1 条中关于雇佣兵的定义(同上,第 234 段)。

<sup>9</sup> 《联合国雇佣兵公约》第 1 条(同上,第 235 段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家的军事手册:阿根廷、澳大利亚、比利时、加拿大、法国、荷兰、新西兰、西班牙以及南斯拉夫(同上,第 237 段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家的军事手册:喀麦隆(同上,第 238 段)、德国(同上,第 239 段)、肯尼亚(同上,第 240 段)以及英国(同上,第 241 段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第 243 段)、阿塞拜疆(同上,第 244 段)、白俄罗斯(同上,第 245 段)、格鲁吉亚(同上,第 246 段)、哈萨克斯坦(同上,第 247 段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第 248 段)、摩尔多瓦(同上,第 249 段)、俄罗斯(同上,第 250 段)、塔吉克斯坦(同上,第 251 段)、乌克兰(同上,第 252 段)以及乌兹别克斯坦(同上,第 253 段)。

为战俘。<sup>6</sup> 必须指出,在这方面,根据长久以来的实践以及《日内瓦第三公约》第4条的规定,国籍并非成为战俘的一个条件。<sup>6</sup>

### 公正审判的权利

被指控为外国雇佣兵的人只有在经过审判之后才可以受到惩罚。在通过附加议定书的外交会议上,一些国家强调外国雇佣兵得到《第一附加议定书》第75条的保护,一些国家甚至明确表示,希望看到第75条中能够明确提到这一点。<sup>6</sup> 根据该外交会议第三委员会的特别报告员的报告,虽然《第一附加议定书》第47条中并没有明确提到这一点,但是可以认为,外国雇佣兵本身就是第75条规定的有权享受基本保证的群体之一。<sup>6</sup> 爱尔兰和荷兰在批准《第一附加议定书》时重申了这一点。<sup>6</sup>

加拿大、德国、肯尼亚和新西兰的军事手册强调外国雇佣兵有权得到公正审判。<sup>8</sup> 这与第32章所规定的基本保证是一致的,包括享有公正审判的权利(见规则100)。《第一附加议定书》也有同样的规定,即:无权享有战俘身份而且不能获得按照《日内瓦第四公约》享受更优惠待遇的利益的任何人,无论何时,均应有权受《第一附加议定书》第75条规定的基本保证的保护。<sup>9</sup> 因此,对外国雇佣兵进行即决处决是禁止的。

根据该规则,国家有给予或拒绝给予外国雇佣兵战俘地位的自由,但是外国雇佣兵无权通过主张享有战俘地位来对起诉进行辩护。正如联合国秘书长在1988年报告中所说的,伊朗声称俘获了别国的国民,这些人声称自己是外国雇佣兵,但是伊朗决定像对待其他战俘一样对待他们,而不惩罚他们。<sup>10</sup> 同样,美国的《空军指挥官手册》指出,一旦被俘,美国把外国雇佣兵当成是有资格享受战俘待遇的战斗员。<sup>1</sup> 这表明,一个国家可以自由地对这种地位进行承认。然而,该手册同时规定,“美国政府一贯强烈抗议其他国家把美国公民当作外国雇佣兵进行惩罚的任何企图”。<sup>2</sup> 这项

<sup>6</sup> 参见1907年《海牙第五公约》第17条。

<sup>6</sup> 参见《日内瓦第三公约》第4条。

<sup>6</sup> 参见下列国家在通过附加议定书外交会议上发表的声明:澳大利亚(同上,第292段)、加拿大(同上,第294段)、哥伦比亚(同上,第296段)、塞浦路斯(同上,第297段)、梵蒂冈(同上,第299段)、印度(同上,第300段)、意大利(同上,第302段)、墨西哥(同上,第304段)、荷兰(同上,第305段)、尼日利亚(同上,第307段)、葡萄牙(同上,第308段)、瑞典(同上,第311段)以及瑞士(同上,第312段)。

<sup>6</sup> 通过附加议定书的外交会议, Statement of the Rapporteur of Committee III(同上,第321段)。

<sup>6</sup> 爱尔兰, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第272段); 荷兰, Declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第273段)。

<sup>8</sup> 加拿大, LOAC Manual(同上,第278段)、德国, Military Manual(同上,第279段)、肯尼亚, LOAC Manual(同上,第281段)以及新西兰, Military Manual(同上,第282段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第45(3)条(经协商一致通过)(同上,第271段)。

<sup>10</sup> See UN Secretary-General, Report of the mission dispatched by the Secretary-General on the situation of prisoners of war in the Islamic Republic of Iran and Iraq(同上,第319段)。

<sup>1</sup> 美国, Air Force Commander's Handbook(同上,第287段)。

<sup>2</sup> 美国, Air Force Commander's Handbook(同上,第287段)。

声明并没有违反本规则,因为这些抗议涉及的是没有符合《第一附加议定书》第 47 条对外国雇佣兵所规定的严格条件,这些严格条件是经协商一致通过的。

### 非国际性武装冲突

参加非国际性武装冲突的外国雇佣兵没有资格成为战俘,因为在这种情况下,并不存在针对该地位的任何权利。<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> 例如,参见美国,Memorandum on International Legal Rights of Captured Mercenaries(同上,第 313 段)。

## 第 34 章

---

### 伤者、病者及遇船难者

规则 109 只要情况允许,特别在每次战斗之后,冲突各方须立即采取一切可能的措施以搜寻、收集并撤离伤者、病者及遇船难者,而不加以不利区别。

#### 实践

第 2 卷,第 34 章,A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突

1864 年的《日内瓦公约》首次规定了在国际性武装冲突中不加区别地收集伤病的战斗员的义务。1949 年的《日内瓦公约》对此做出了更加详细的规定。这项义务现在规定在《第一附加议定书》第 10 条中,不过,该条款使用了“保护”伤者、病者和遇船难者这个更为一般的术语,它是指“到他们的防御工事处,对其给予帮助和支持”。

许多军事手册都用一般性的措辞规定了此项规则,包括所有的伤者、病者及遇船

---

1864 年的《日内瓦公约》第 6 条(参见第 2 卷,第 34 章,第 1 段)。

《日内瓦第一公约》第 15(1)条(同上,第 5 段);《日内瓦第二公约》第 18(1)条(同上,第 7 段);《日内瓦第四公约》第 16(2)条(同上,第 10 段)。

《第一附加议定书》第 10 条(经协商一致通过)(同上,第 199 段)。

Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 446.

难者,不论是军事的还是平民的。瑞典的《国际人道法手册》特别认为,《第一附加议定书》第 10 条是对习惯国际法的编纂。一些国家的立法规定,遗弃伤者、病者和遇船难者的人应当受到惩罚。

## 非国际性武装冲突

在非国际性武装冲突中,该规则是以《日内瓦公约》共同第 3 条为基础的,因为它规定“伤者、病者应予收集”。《第二附加议定书》对此做出了更加详细的规定。另外,它还规定在许多涉及非国际性武装冲突的其他法律文件中。<sup>0</sup>

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册规定,有义务搜寻、收集并

---

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 34 章,第 21 - 22 和 127 段)、澳大利亚(同上,第 23 和 128 - 129 段)、比利时(同上,第 24 - 25 和 130 段)、贝宁(同上,第 26 和 131 段)、布基纳法索(同上,第 27 段)、喀麦隆(同上,第 28 - 29 和 134 段)、加拿大(同上,第 30 - 31 和 132 - 133 段)、哥伦比亚(同上,第 32 - 35 段)、刚果(同上,第 36 段)、克罗地亚(同上,第 37 - 40 和 135 段)、多米尼加共和国(同上,第 136 段)、厄瓜多尔(同上,第 41 和 137 段)、法国(同上,第 42 - 43 和 138 段)、德国(同上,第 44 段)、匈牙利(同上,第 45 和 139 段)、印度(同上,第 140 段)、印度尼西亚(同上,第 46 段)、意大利(同上,第 47 和 141 段)、肯尼亚(同上,第 48 和 142 段)、黎巴嫩(同上,第 49 段)、马达加斯加(同上,第 50 和 143 段)、马里(同上,第 51 段)、摩洛哥(同上,第 52 段)、荷兰(同上,第 53 - 55 和 144 段)、新西兰(同上,第 56 和 145 段)、尼日利亚(同上,第 58 - 60 和 146 段)、菲律宾(同上,第 61 和 147 - 149 段)、罗马尼亚(同上,第 62 和 150 段)、卢旺达(同上,第 151 段)、塞内加尔(同上,第 64 段)、西班牙(同上,第 66 和 153 段)、瑞士(同上,第 68 和 154 段)、多哥(同上,第 69 和 155 段)、英国(同上,第 70 - 71 和 156 - 157 段)、美国(同上,第 72 - 74 和 158 - 161 段)和南斯拉夫(同上,第 75 和 162 段)。

瑞典, IHL Manual (1991), Section 2.2.3, p. 18.

例如,参见下列国家的立法:中国(参见第 2 卷,第 34 章,第 80 段)、哥伦比亚(同上,第 81 段)、刚果民主共和国(同上,第 82 段)、伊拉克(同上,第 84 段)、意大利(同上,第 86 段)、尼加拉瓜(同上,第 87 段)、西班牙(同上,第 90 段)、乌拉圭(同上,第 93 段)、委内瑞拉(同上,第 94 段)和越南(同上,第 95 段);另参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 76 段)、萨尔瓦多(同上,第 83 段)和尼加拉瓜(同上,第 88 段)。

《日内瓦公约》共同第 3 条(同上,第 3 段)。

《第二附加议定书》第 8 条(经协商一致通过)(同上,第 13 段)。

<sup>0</sup> See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 1(同上,第 16 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.1(同上,第 18 段); Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles(同上,第 17 段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part IV, Article 4(2) and (9)(同上,第 19 段)。

撤离伤者、病者及遇船难者。<sup>1</sup> 根据一些国家的立法规定,遗弃伤者和病者是一种犯罪行为。<sup>2</sup>

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。红十字国际委员会呼吁国际性和非国际性武装冲突的各方遵守这项规则。<sup>3</sup>

## 解释

搜寻、收集并撤离伤者、病者及遇船难者这项义务是一项关于方式的义务。冲突各方须采取一切可能措施去搜寻、收集并撤离伤者、病者及遇船难者,包括允许人道组织协助搜寻和收集。实践表明,红十字国际委员会参与了撤离伤者和病者的工作。<sup>4</sup> 显然,在实践中人道组织开展这些活动需要得到控制某一地区的一方的许可,但是不得任意拒绝这种许可(见对规则 55 的评注)。联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会曾经呼吁发生在萨尔瓦多和黎巴嫩冲突中的各方允许红十字国际委员会来撤离伤者和病者。<sup>5</sup>

另外,《日内瓦公约》及其附加议定书认可了平民协助搜寻、收集并撤离伤者、病

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 22 段)、澳大利亚(同上,第 23 和 128 段)、比利时(同上,第 24 段)、贝宁(同上,第 26 和 131 段)、喀麦隆(同上,第 29 段)、加拿大(同上,第 30 - 31 和 133 段)、哥伦比亚(同上,第 32 - 35 段)、克罗地亚(同上,第 37 - 40 和 135 段)、厄瓜多尔(同上,第 41 和 137 段)、德国(同上,第 44 段)、匈牙利(同上,第 45 段)、印度(同上,第 140 段)、意大利(同上,第 47 和 141 段)、肯尼亚(同上,第 48 和 142 段)、黎巴嫩(同上,第 49 段)、马达加斯加(同上,第 50 和 143 段)、荷兰(同上,第 53 - 54 段)、新西兰(同上,第 56 段)、尼加拉瓜(同上,第 57 段)、尼日利亚(同上,第 58 和 60 段)、菲律宾(同上,第 61 和 147 - 149 段)、卢旺达(同上,第 151 段)、塞内加尔(同上,第 65 段)、西班牙(同上,第 66 段)、多哥(同上,第 69 和 155 段)、英国(同上,第 70 - 71 段)、美国(同上,第 72 - 73 段)和南斯拉夫(同上,第 75 和 162 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:哥伦比亚(同上,第 81 段)、刚果民主共和国(同上,第 82 段)、尼加拉瓜(同上,第 87 段)、委内瑞拉(同上,第 94 段)和越南(同上,第 95 段);另见意大利的立法(同上,第 86 段)和乌拉圭的立法(同上,第 93 段),它们并不排除适用于非国际性武装冲突;下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 76 段)、萨尔瓦多(同上,第 83 段)和尼加拉瓜(同上,第 88 段)。

<sup>3</sup> See, e.g., ICRC, Conflict between Iraq and Iran: ICRC Appeal(同上,第 110 段), Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第 111 段), Communication to the Press No. 93 /17(同上,第 112 段), Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第 113 段), Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第 114 段) and Communication to the Press No. 00 /42(同上,第 115 段)。

<sup>4</sup> 例如,参见:ICRC 的实践(同上,第 185 段)和 Communication to the Press No. 96 /25(同上,第 189 段)。

<sup>5</sup> 联合国安理会,第 436 号决议(同上,第 173 段);联合国大会,第 40 /139 号决议(同上,第 174 段);联合国人权委员会,第 1986 /39 号决议(同上,第 175 段)。

者及遇船难者的可能性。<sup>6</sup> 一些军事手册中对此也有所提及。<sup>7</sup> 《日内瓦第一公约》第 18 条规定,“任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪。”<sup>8</sup> 该原则同样规定在《第一附加议定书》第 17(1) 条中,没有国家对此做出保留。<sup>9</sup>

《日内瓦公约》和其他诸如联合国秘书长《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》的法律文件指出,停火和其他当地协定是为撤离伤者、病者创造条件的适当方式,并要求冲突各方在情况允许时缔结这样的协定,以便撤离、交换及运送战场上遗落之受伤者。<sup>0</sup> 许多军事手册同样规定了这一点。<sup>2</sup>

## 适用范围

该规则适用于所有伤者、病者及遇船难者,禁止加以不利区别(见规则 88)。这表明,无论伤者、病者及遇船难者属于冲突哪一方,无论其是否直接参与敌对行动,都一律适用。《日内瓦第四公约》第 16 条规定此规则适用于平民,而且适用于处在冲突中的国家的全体人口。《第一附加议定书》第 10 条对此进行了重申。<sup>2</sup> 至于非国际性武装冲突,《日内瓦公约》共同第 3 条适用于所有没有积极参与敌对行动的人,这包括平民。<sup>3</sup> 另外,《第二附加议定书》第 8 条并不表明要求加以区别(另见《第二附加议定书》第 2(1) 条关于非歧视的规定)。<sup>4</sup> 大多数军事手册都用一般性的措辞规定

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第 18 条(同上,第 6 段);《日内瓦第二公约》第 21(1)条(同上,第 8 段);《第一附加议定书》第 17(2)条(经协商一致通过)(同上,第 11 段);《第二附加议定书》第 18(1)条(经协商一致通过)(同上,第 14 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 21 段)、喀麦隆(同上,第 29 段)、加拿大(同上,第 30 - 31 段)、德国(同上,第 44 段)、肯尼亚(同上,第 48 段)、新西兰(同上,第 56 段)、俄罗斯(同上,第 63 段)、瑞士(同上,第 68 段)、英国(同上,第 70 - 71 段)、美国(同上,第 72 段)和南斯拉夫(同上,第 75 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第 18 条(参见第 2 卷,第 7 章,第 231 段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 17(1)条(经协商一致通过)。

<sup>0</sup> 《日内瓦第一公约》第 15(2)条和第 15(3)条(参见第 2 卷,第 34 章,第 118 段);《日内瓦第二公约》第 18(2)条(同上,第 119 段);《日内瓦第四公约》第 17 条(同上,第 120 段);UN Secretary-General's Bulletin, Section 9.2(同上,第 126 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 127 段)、澳大利亚(同上,第 128 - 129 段)、喀麦隆(同上,第 134 段)、加拿大(同上,第 132 - 133 段)、厄瓜多尔(同上,第 137 段)、法国(同上,第 138 段)、印度(同上,第 140 段)、肯尼亚(同上,第 142 段)、马达加斯加(同上,第 143 段)、荷兰(同上,第 144 段)、新西兰(同上,第 145 段)、尼日利亚(同上,第 146 段)、塞内加尔(同上,第 152 段)、西班牙(同上,第 153 段)、瑞士(同上,第 154 段)、英国(同上,第 156 - 157 段)、美国(同上,第 158 - 159 和 161 段)和南斯拉夫(同上,第 162 段)。

<sup>2</sup> 《日内瓦第四公约》第 16 条(同上,第 10 和 198 段);《第一附加议定书》第 10 条(经协商一致通过)(同上,第 199 和 346 段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦公约》共同第 3 条(同上,第 3 段)。

<sup>4</sup> 《第二附加议定书》第 8 条(经协商一致通过)(同上,第 13 段)和第 2(1)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 32 章,第 369 段)。

了这项规则。<sup>3</sup>

规则 110 伤者、病者及遇船难者须在最大实际可能范围内并尽速得到其状况所需的医疗照顾和注意。不应以医疗以外任何理由为依据而加以任何区别。

## 实践

第2卷,第34章,B节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

不加区别地照顾伤病的战斗员这项义务是一项确立已久的习惯国际法规则,并已得到《利伯守则》和1864年的《日内瓦公约》的承认。<sup>6</sup> 1949年的《日内瓦公约》对此做出了更加详细的规定。<sup>2</sup> 这项义务现在规定在《第一附加议定书》第10条中。<sup>8</sup>

许多军事手册都用一般性的表述规定了此项规则,包括所有的伤者、病者及遇船

---

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第2卷,第34章,第21-22和127段)、澳大利亚(同上,第23和128-129段)、比利时(同上,第24-25和130段)、贝宁(同上,第26和131段)、布基纳法索(同上,第27段)、喀麦隆(同上,第28-29和134段)、加拿大(同上,第30-31和132-133段)、哥伦比亚(同上,第32-35段)、刚果(同上,第36段)、克罗地亚(同上,第37-40和135段)、多米尼加共和国(同上,第136段)、厄瓜多尔(同上,第41和137段)、法国(同上,第42-43和138段)、德国(同上,第44段)、匈牙利(同上,第45和139段)、印度(同上,第140段)、印度尼西亚(同上,第46段)、意大利(同上,第47和141段)、肯尼亚(同上,第48和142段)、黎巴嫩(同上,第49段)、马达加斯加(同上,第50和143段)、马里(同上,第51段)、摩洛哥(同上,第52段)、荷兰(同上,第53-55和144段)、新西兰(同上,第56和145段)、尼日利亚(同上,第58-60和146段)、菲律宾(同上,第61和147-149段)、罗马尼亚(同上,第62和150段)、卢旺达(同上,第151段)、塞内加尔(同上,第64段)、西班牙(同上,第66和153段)、瑞士(同上,第68和154段)、多哥(同上,第69和155段)、英国(同上,第70-71和156-157段)、美国(同上,第72-74和158-161段)和南斯拉夫(同上,第75和162段)。

<sup>6</sup> Lieber Code, Article 79(同上,第205段);1864年《日内瓦公约》第6条(同上,第191段)。

<sup>2</sup> 《日内瓦第一公约》第12(2)条和第15(1)条(同上,第193-194段);《日内瓦第二公约》第12(2)条和第18(1)条(同上,第193和196段);《日内瓦第四公约》第16(1)条(同上,第198段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第10条(经协商一致通过)(同上,第199和346段)。

难者。<sup>2</sup> 瑞典的《国际人道法手册》特别认为,《第一附加议定书》第 10 条是对习惯国际法的编纂。<sup>6</sup> 一些国家的立法规定,拒绝对伤者、病者及遇船难者进行医疗救助是一种犯罪行为。<sup>3</sup>

## 非国际性武装冲突

在非国际性武装冲突中,该规则是以《日内瓦公约》共同第 3 条为基础的,该条规定“伤者、病者应予收集和照顾”。<sup>3</sup> 《第二附加议定书》的规定更加具体。<sup>3</sup> 另外,许多涉及非国际性武装冲突的其他法律文件也有这种规定。<sup>3</sup>

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册规定了不加区别地照顾伤

---

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 215 和 355 段)、澳大利亚(同上,第 216 - 217 和 357 段)、比利时(同上,第 218 - 219 段)、贝宁(同上,第 220 和 359 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 221 段)、布基纳法索(同上,第 222 段)、喀麦隆(同上,第 223 - 224 段)、加拿大(同上,第 225 - 226 段)、哥伦比亚(同上,第 227 - 229 段)、刚果(同上,第 230 段)、克罗地亚(同上,第 231 和 233 段)、厄瓜多尔(同上,第 234 段)、萨尔瓦多(同上,第 235 段)、法国(同上,第 236 - 238 段)、德国(同上,第 239 - 240 段)、匈牙利(同上,第 241 段)、印度(同上,第 243 段)、印度尼西亚(同上,第 244 段)、以色列(同上,第 245 段)、意大利(同上,第 246 段)、肯尼亚(同上,第 247 和 367 段)、黎巴嫩(同上,第 248 段)、马达加斯加(同上,第 249 和 368 段)、马里(同上,第 250 段)、摩洛哥(同上,第 251 段)、荷兰(同上,第 252 - 254 和 370 段)、新西兰(同上,第 255 和 371 段)、尼加拉瓜(同上,第 256 段)、尼日利亚(同上,第 257 - 260 段)、菲律宾(同上,第 261 - 264 和 374 段)、罗马尼亚(同上,第 375 段)、卢旺达(同上,第 267 段)、塞内加尔(同上,第 268 段)、南非(同上,第 269 段)、西班牙(同上,第 270 段)、瑞典(同上,第 271 - 272 段)、瑞士(同上,第 273 和 379 段)、多哥(同上,第 274 和 380 段)、乌干达(同上,第 275 段)、英国(同上,第 276 - 277 段) 和美国(同上,第 278 - 281 段)。

<sup>6</sup> 瑞典, IHL Manual(同上,第 272 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 283 段)、孟加拉国(同上,第 284 段)、中国(同上,第 285 段)、哥伦比亚(同上,第 286 段)、古巴(同上,第 287 段)、捷克共和国(同上,第 288 段)、爱沙尼亚(同上,第 290 段)、爱尔兰(同上,第 291 段)、挪威(同上,第 292 段)、斯洛伐克(同上,第 293 段)、西班牙(同上,第 294 段)、乌克兰(同上,第 295 段)、乌拉圭(同上,第 296 段)、委内瑞拉(同上,第 297 段) 和越南(同上,第 298 段);另见阿根廷的立法草案(同上,第 282 段) 和萨尔瓦多的立法草案(同上,第 289 段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦公约》共同第 3 条(同上,第 192 段)。

<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第 7 - 8 条(经协商一致通过)(同上,第 201 - 202 段)。

<sup>3</sup> Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 3(a)(同上,第 208 段); Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles, paras. 1 and 2(同上,第 209 段); Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 1(同上,第 210 和 351 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.1(同上,第 211 和 352 段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part IV, Article 4(2) and (9)(同上,第 212 段)。

者、病者的义务。<sup>5</sup> 根据许多国家的立法规定,拒绝对伤者、病者及遇船难者进行医疗救助是一种犯罪行为。<sup>6</sup> 阿根廷国家上诉法院在1985年的“军事团体案”(Military Junta case)中指出,必须遵守此项规则。<sup>3</sup> 此外,正式声明和实践也支持这项规则对非国际性武装冲突的适用。<sup>8</sup>

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。国家和国际组织普遍谴责违反该规则的行为。<sup>9</sup> 红十字国际委员会呼吁国际性和非国际性武装冲突中的各方遵守这项规则。<sup>9</sup>

## 解释

保护和照顾伤者、病者及遇船难者这项义务是一项关于方式的义务。冲突各方须尽最大努力对伤者、病者及遇船难者进行保护和照顾,包括允许人道组织提供保护

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第215和355段)、澳大利亚(同上,第216-217和357段)、比利时(同上,第218段)、贝宁(同上,第220和359段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第221段)、喀麦隆(同上,第224段)、加拿大(同上,第225-226段)、哥伦比亚(同上,第227-229段)、克罗地亚(同上,第231和233段)、厄瓜多尔(同上,第234段)、萨尔瓦多(同上,第235段)、德国(同上,第239-240段)、印度(同上,第242-243段)、意大利(同上,第246段)、肯尼亚(同上,第247和367段)、黎巴嫩(同上,第248段)、马达加斯加(同上,第249和368段)、荷兰(同上,第252-253和369段)、新西兰(同上,第255段)、尼加拉瓜(同上,第256段)、尼日利亚(同上,第257-258和260段)、菲律宾(同上,第261-264和374段)、卢旺达(同上,第267段)、南非(同上,第269段)、西班牙(同上,第270段)、瑞典(同上,第271段)、多哥(同上,第274和380段)、乌干达(同上,第275段)、英国(同上,第277段)和美国(同上,第278段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第283段)、孟加拉国(同上,第284段)、哥伦比亚(同上,第286段)、爱沙尼亚(同上,第290段)、爱尔兰(同上,第291段)、挪威(同上,第292段)、西班牙(同上,第294段)、乌克兰(同上,第295段)、委内瑞拉(同上,第297段)和越南(同上,第298段);另见下列国家的立法:捷克共和国(同上,第288段)、斯洛伐克(同上,第293段)和乌拉圭(同上,第296段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及阿根廷的立法草案(同上,第282段)和萨尔瓦多的立法草案(同上,第289段)。

<sup>3</sup> 阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case(同上,第299段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第300段)、卢旺达(同上,第311段)、乌拉圭(同上,第314段)和南斯拉夫(同上,第315段);洪都拉斯的实践(同上,第304段);以及据报告的下列国家的实践:约旦(同上,第307段)、马来西亚(同上,第308段)和菲律宾(同上,第309段)。

<sup>9</sup> 例如,参见南非的声明(同上,第312段)和南斯拉夫的声明(同上,第315段); UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Burundi(同上,第320段); ONUSAL, Report of the Director of the Human Rights Division(同上,第322段)。

<sup>9</sup> See, e.g., ICRC, Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第329和397段), Press Releases Nos. 1658 and 1659(同上,第330段), Press Release, Tajikistan: ICRC urges respect for humanitarian rules(同上,第331段), Press Release No. 1700(同上,第332和398段), Communication to the Press No. 93/17(同上,第333段), Press Release No. 1764(同上,第334段), Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第336和399段), Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第337和400段), Press Release No. 1793(同上,第338段), Press Release No. 1797(同上,第339段) and Communication to the Press No. 00/42(同上,第340段)。

和照顾。实践表明,包括红十字国际委员会在内的人道组织已经参与了保护和照顾伤者、病者及遇船难者的工作。显然,实践中人道组织开展这些活动需要得到控制某一地区的一方的许可,但是不得任意拒绝这种许可(另见对规则 55 的评注)。

另外,实践也承认呼吁平民协助照顾伤者、病者及遇船难者的可能性。1864 年的《日内瓦公约》、《日内瓦第一公约》、《第一附加议定书》以及《第二附加议定书》承认了平民提供的援助。<sup>4</sup> 许多军事手册也认可了这种可能性。<sup>2</sup>

国际人道法通常把不以医疗以外任何理由为依据对伤者、病者及遇船难者加以任何区别这项规则表述为禁止“不利的区别”(另见规则 88)。其含义是允许存在有利的区别,特别是首先治疗需要紧急医疗措施的人,否则会在先接受治疗和后接受治疗的人之间形成歧视待遇。许多军事手册规定了这项规则。<sup>3</sup> 《第一附加议定书》和《第二附加议定书》中也要求遵守医务道德(另见规则 26),即医职人员除医疗理由外不得给予任何人以优先权。<sup>4</sup>

规则 111 冲突各方须采取一切可能的措施保护伤者、病者及遇船难者不受虐待或者个人财产免遭抢劫。

## 实践

### 第 2 卷,第 34 章,C 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。根据该规则,伤者、病者及遇船难者须得到保护。任何违反本规则的行为,即抢劫和虐待,都是受到规则 52 和规则 87 禁止的。

<sup>4</sup> 1864 年《日内瓦公约》第 5 条;《日内瓦第一公约》第 18 条(同上,第 195 段);《第一附加议定书》第 17(2)条(经协商一致通过)(同上,第 200 段);《第二附加议定书》第 18(1)条(经协商一致通过)(同上,第 203 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 214 段)、喀麦隆(同上,第 224 段)、加拿大(同上,第 225 - 226 段)、克罗地亚(同上,第 232 段)、德国(同上,第 240 段)、肯尼亚(同上,第 247 段)、新西兰(同上,第 255 段)、俄罗斯(同上,第 266 段)、瑞典(同上,第 272 段)、瑞士(同上,第 273 段)、英国(同上,第 276 - 277 段)和美国(同上,第 278 - 279 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 354 - 355 段)、澳大利亚(同上,第 356 - 357 段)、比利时(同上,第 358 段)、加拿大(同上,第 360 - 361 段)、哥伦比亚(同上,第 362 段)、厄瓜多尔(同上,第 363 段)、法国(同上,第 364 段)、德国(同上,第 365 段)、匈牙利(同上,第 366 段)、荷兰(同上,第 369 - 370 段)、新西兰(同上,第 371 段)、尼日利亚(同上,第 372 - 373 段)、塞内加尔(同上,第 377 段)、西班牙(同上,第 378 段)、瑞士(同上,第 379 段)、英国(同上,第 381 段)、美国(同上,第 382 - 384 段)和南斯拉夫(同上,第 385 段)。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第 15(3)条(经协商一致通过)(同上,第 347 段);《第二附加议定书》第 9(2)条(经协商一致通过)(同上,第 349 段)。

## 国际性武装冲突

1906年的《日内瓦公约》和1907年的《海牙第五公约》首次规定了在国际性武装冲突中采取一切可能措施保护伤者、病者及遇船难者不受虐待和抢劫的义务。<sup>5</sup> 它现在规定在1949年的《日内瓦公约》中。<sup>6</sup>

许多军事手册规定,应当采取一切可能措施保护伤者、病者及遇船难者不受虐待和抢劫。<sup>7</sup> 尤其是,许多手册禁止掠夺伤者、病者及遇船难者,有时用的是“劫掠”(“marauding”)一词,或者明确指出,违反这项规定构成战争罪。<sup>8</sup> 关于抢劫的定义,参见对规则52的评注。

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定了在非国际性武装冲突中采取一切可能措施保护伤者、病者及遇船难者不受虐待和抢劫的义务。<sup>9</sup> 另外,许多涉及非国际性武装冲突的其他法律文件中也有规定。<sup>6</sup>

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册禁止对伤者、病者及遇船难者进行虐待和抢劫,或明确规定了采取一切可能措施保护其不受虐待和抢劫的义务。<sup>5</sup> 1991年,前南斯拉夫人民军参谋长要求军队防止对伤者和病者的抢劫和虐待。<sup>3</sup>

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

<sup>5</sup> 1906年《日内瓦公约》第28条(同上,第403段);《海牙第十公约》第16条(同上,第404段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第15(1)条(同上,第405段);《日内瓦第二公约》第18(1)条(同上,第406段);《日内瓦第四公约》第16(2)条(同上,第407段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第415段)、澳大利亚(同上,第416段)、加拿大(同上,第419-420段)、哥伦比亚(同上,第421段)、德国(同上,第424段)、印度尼西亚(同上,第427段)、新西兰(同上,第432段)、尼日利亚(同上,第433段)、英国(同上,第438-439段)和美国(同上,第440-441段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:布基纳法索(同上,第417段)、喀麦隆(同上,第418段)、加拿大(同上,第420段)、刚果(同上,第422段)、法国(同上,第423段)、以色列(同上,第425段)、意大利(同上,第426段)、黎巴嫩(同上,第428段)、马里(同上,第429段)、摩洛哥(同上,第430段)、菲律宾(“虐待”)(同上,第434段)、罗马尼亚(同上,第435段)、塞内加尔(同上,第436段)、瑞士(同上,第437段)、英国(同上,第438段)和美国(“虐待”)(同上,第442段)。

<sup>9</sup> 《第二附加议定书》第8条(经协商一致通过)(同上,第409段)。

<sup>6</sup> See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 1(同上,第412段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.1(同上,第413段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第416段)、加拿大(同上,第419-420段)、哥伦比亚(同上,第421段)、德国(同上,第424段)、意大利(同上,第426段)、黎巴嫩(同上,第428段)、荷兰(同上,第431段)、新西兰(同上,第432段)和菲律宾(“虐待”)(同上,第434段)。

<sup>3</sup> 南斯拉夫, Order No. 579 of the Chief of General Staff of the Yugoslav People's Army(同上,第519段)。

## 平民对伤者、病者及遇船难者的尊重

实践还表明,平民有尊重伤者、病者及遇船难者的义务。《日内瓦第一公约》第18条和《第一附加议定书》第17条规定这项原则适用于国际性武装冲突。<sup>5</sup> 许多军事手册对此也有规定。<sup>6</sup> 瑞典的《国际人道法手册》特别认为,《第一附加议定书》第17条是习惯国际法的编纂。<sup>5</sup> 《附加议定书评注》对《第一附加议定书》第17条是这样评注的:

在这个方面,对平民施加的这项义务仅仅是尊重伤者、病者以及遇船难者,而不是保护他们。因此,这首先是一项不作为的义务,即不对伤者采取暴力行为或利用他们的不利处境。在这一点上,并不存在建立在刑事制裁基础之上的帮助伤者的实在法义务,不过很明显,各国通过立法规定这项义务是可能的,并且一些国家的立法的确规定了协助处于危险状况中的人的义务。<sup>6</sup>

平民尊重伤者、病者及遇船难者这项义务对非国际性武装冲突也适用,因为如果不予尊重,将违反提供给所有丧失战斗力的人员的基本保证(见第32章)。根据《国际刑事法院规约》的规定,无论在国际性武装冲突还是非国际性武装冲突中,任何杀害或伤害丧失战斗力的人员的行为都是一种战争罪。<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> 《日内瓦第一公约》第18(2)条(同上,第524段);《第一附加议定书》第17(1)条(经协商一致通过)(同上,第525段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第527段)、澳大利亚(同上,第528段)、德国(同上,第529段)、西班牙(同上,第530段)、瑞士(同上,第532段)、英国(同上,第533段)和美国(同上,第534 - 535段)。

<sup>5</sup> 瑞典, IHL Manual(同上,第531段)。

<sup>6</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 701.

<sup>5</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(i)条和第8(2)(a)(iii)条(参见第2卷,第32章,第675 - 676段)和第8(2)条(参见第2卷,第15章,第217段)。

## 第 35 章

---

### 死者

规则 112 只要情况允许,特别在每次战斗之后,冲突各方须立即采取一切可能的措施以搜寻、收集并撤离死者,而不加以不利区别。

#### 实践

第 2 卷,第 35 章,A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突

1929 年的《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》首次规定了国际性武装冲突中搜寻死者的义务。1949 年的《日内瓦公约》也对此做出了规定。

许多军事手册都详细规定了搜寻和收集死者的义务。在 2002 年的“杰宁(人类遗骸)案”[Jenin (Mortal Remains) case] 中,以色列高等法院认为,查找死者是一项“非常重要的人道行为”。

#### 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定了非国际性武装冲突中搜寻死者的义务。另外,涉及

---

1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 3 条(参见第 2 卷,第 35 章,第 1 段)。

《日内瓦第一公约》第 15(1)条(同上,第 2 段);《日内瓦第二公约》第 18(1)条(同上,第 3 段);《日内瓦第四公约》第 16(2)条(同上,第 5 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 11 段)、澳大利亚(同上,第 12 段)、比利时(同上,第 13 段)、贝宁(同上,第 14 段)、喀麦隆(同上,第 15 段)、加拿大(同上,第 16 - 17 段)、克罗地亚(同上,第 18 段)、法国(同上,第 19 段)、德国(同上,第 20 段)、意大利(同上,第 22 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、马达加斯加(同上,第 24 段)、荷兰(同上,第 26 段)、新西兰(同上,第 27 段)、尼日利亚(同上,第 28 - 29 段)、菲律宾(同上,第 30 段)、西班牙(同上,第 31 段)、瑞士(同上,第 32 段)、多哥(同上,第 33 段)、英国(同上,第 34 - 35 段)以及美国(同上,第 36 - 39 段)。

以色列, High Court of Justice, Jenin (Mortal Remains) case(同上,第 46 段)。

《第二附加议定书》第 8 条(经协商一致通过)(同上,第 8 段)。

非国际性武装冲突的其他法律文件也对此做出了规定。

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册详细规定了搜寻和收集死者的义务。

遵守本规则是遵守本章下面提到的要求送还尸体、进行体面埋葬以及鉴定死者身份等各项规则的必要条件。另外,许多关于搜寻和收集伤者、病者及遇船难者(见规则 109 中的相关实践)的实践也同样和本规则有关,因为在战斗结束后的最初阶段,死者必须和伤者、病者一起得到搜寻和收集。例如《美国海军手册的补充评注》承认,搜寻和收集伤者、病者及遇船难者的义务“同样适用于死者”。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

## 解释

搜寻和收集死者这项义务是一项关于方式的义务。冲突各方须采取一切可能的措施去搜寻和收集死者,包括允许人道组织搜寻和收集死者。实践表明,包括红十字国际委员会在内的人道组织已经参与了搜寻和收集死者的工作。显然,实践中人道组织开展搜寻和收集活动需要得到控制某一地区一方的许可,而且不得任意拒绝这种许可(另见对规则 55 的评注)。

此外,《第一附加议定书》承认指派呼吁平民协助搜寻和收集死者的可能性。<sup>0</sup> 许多军事手册也认可了这种可能性。<sup>1</sup>

正如在规则 109 的评注中所说的,《日内瓦公约》要求冲突各方在情况允许时商定停火,以便撤离、交换及运送战场上遗落之受伤者,但是该规定并没有明确提及死者。然而在实际发生的许多案件中,死者也同时得到收集。但是,在极端紧急的情况下,很可能只有伤者才被收集去接受立即治疗,而留下死者以待稍候收集。<sup>2</sup> 一些军

---

See, e.g., Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 4(9) (同上,第 10 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 11 段)、澳大利亚(同上,第 12 段)、贝宁(同上,第 14 段)、喀麦隆(同上,第 15 段)、加拿大(同上,第 16 - 17 段)、克罗地亚(同上,第 18 段)、德国(同上,第 20 段)、印度(同上,第 21 段)、意大利(同上,第 22 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、马达加斯加(同上,第 24 段)、荷兰(同上,第 25 段)、新西兰(同上,第 27 段)、尼日利亚(同上,第 28 段)、菲律宾(同上,第 30 段)、西班牙(同上,第 31 段)以及多哥(同上,第 33 段)。

美国, Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第 39 段)。

例如,参见联合国秘书长报告的红十字国际委员会的实践(同上,第 51 段)。

<sup>0</sup> 《第一附加议定书》第 17(2)条(经协商一致通过)(同上,第 6 段)。

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第 14 段)、喀麦隆(同上,第 15 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、尼日利亚(同上,第 28 段)、多哥(同上,第 33 段)、美国(同上,第 36 段)以及南斯拉夫(同上,第 40 段)。

<sup>2</sup> 《第一附加议定书》第 33(4)条(经协商一致通过)(同上,第 7 段)。

事手册也同样规定了这项规则。<sup>3</sup> 美国曾表示支持《第一附加议定书》中的这项规则。<sup>4</sup>

### 适用范围

本规则适用于所有死者,禁止加以不利区别(见规则 88)。这表明,无论死者属于冲突的哪一方,无论其是否直接参与敌对行动,该规则都一律适用。《日内瓦第四公约》第 16 条规定该规则适用于平民,而且适用于处在冲突中的国家的全体人口,《第二附加议定书》第 8 条并不表明要求加以区别。<sup>5</sup>

大多数军事手册都用一般性的措辞规定了这项规则。<sup>6</sup> 喀麦隆和肯尼亚的军事手册规定,为防止平民丧生,民防单位应当参与搜寻受害者。<sup>7</sup> 以色列高等法院在“杰宁(人类遗骸)案”的判决中指出,搜寻和收集死者这项义务来自“对每一位死者的尊重”。<sup>8</sup>

规则 113 冲突各方须采取一切措施防止死者被剥劫。禁止残毁尸体。

### 实践

第 2 卷,第 35 章,B 节

### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

### 国际性武装冲突

1907 年的《海牙第十公约》首次规定了采取一切措施防止死者被剥劫(或抢劫)

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 12 段)、加拿大(同上,第 16 段)、印度(同上,第 21 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)以及新西兰(同上,第 27 段)。

<sup>4</sup> 美国,Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第 49 段)。

<sup>5</sup> 《日内瓦第四公约》第 16 条(同上,第 5 段);《第二附加议定书》第 8 条(经协商一致通过)(同上,第 8 段);还参见《第二附加议定书》第 2(1)条关于非歧视的规定(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 32 章,第 369 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 35 章,第 11 段)、澳大利亚(同上,第 12 段)、比利时(同上,第 13 段)、贝宁(同上,第 14 段)、喀麦隆(同上,第 15 段)、加拿大(同上,第 16 - 17 段)、克罗地亚(同上,第 18 段)、法国(同上,第 19 段)、德国(同上,第 20 段)、印度(同上,第 21 段)、意大利(同上,第 22 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、马达加斯加(同上,第 24 段)、荷兰(同上,第 25 - 26 段)、新西兰(同上,第 27 段)、尼日利亚(同上,第 28 - 29 段)、菲律宾(同上,第 30 段)、西班牙(同上,第 31 段)、瑞士(同上,第 32 段)、多哥(同上,第 33 段)、英国(同上,第 34 - 35 段)以及美国(同上,第 36 - 39 段)。

<sup>7</sup> 喀麦隆,Instructors' Manual(同上,第 15 段);肯尼亚,LOAC Manual(同上,第 23 段)。

<sup>8</sup> 以色列,High Court of Justice, Jenin (Mortal Remains) case(同上,第 46 段)。

的义务。<sup>9</sup> 它现在也规定在《日内瓦公约》中。<sup>0</sup> 《第一附加议定书》同样规定了这项义务,<sup>1</sup> 不过使用了“尊重”死者这个更为一般的术语,它含有防止死者被剥劫这种观念。<sup>2</sup>

许多军事手册规定,应当采取一切措施防止死者被剥劫或禁止对死者进行剥劫。<sup>3</sup> 剥劫死者尸体在许多国家是一种犯罪行为。<sup>4</sup> 在 1947 年的“波尔案”(Pohl case)中,美国设在纽伦堡的军事法庭指出,抢掠尸体“是而且始终是一种犯罪行为”。<sup>5</sup> 另外,禁止剥劫死者尸体是对禁止抢劫这项一般规则的具体应用(见规则 52)。

根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中残毁尸体属于“损害个人尊严罪”。根据《犯罪要件》的规定,它也同样适用于死者(见对规则 90 的评注)。<sup>6</sup>

许多军事手册禁止残毁尸体或其他对死者的虐待行为。<sup>7</sup> 残毁尸体在许多国家是一种犯罪行为。<sup>8</sup> 在第二次世界大战后的一些审判中,被指控人因为残毁尸体和

<sup>9</sup> 《海牙第十公约》第 16 条(同上,第 125 段)。

<sup>0</sup> 《日内瓦第一公约》第 15(1)条(同上,第 126 段);《日内瓦第二公约》第 18(1)条(同上,第 127 段);《日内瓦第四公约》第 16(2)条(同上,第 128 段)。

<sup>1</sup> 《第一附加议定书》第 34(1)条(经协商一致通过)(同上,第 59 段)。

<sup>2</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 446.

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 35 章,第 134 段)、澳大利亚(同上,第 135 段)、比利时(同上,第 136 段)、贝宁(同上,第 137 段)、布基纳法索(同上,第 138 段)、喀麦隆(同上,第 139 段)、加拿大(同上,第 140 - 141 段)、刚果(同上,第 142 段)、法国(同上,第 143 段)、德国(同上,第 144 段)、肯尼亚(同上,第 145 段)、黎巴嫩(同上,第 146 段)、马达加斯加(同上,第 147 段)、马里(同上,第 148 段)、摩洛哥(同上,第 149 段)、荷兰(同上,第 150 段)、新西兰(同上,第 151 段)、尼日利亚(同上,第 152 段)、罗马尼亚(同上,第 153 段)、塞内加尔(同上,第 154 段)、西班牙(同上,第 155 段)、瑞士(同上,第 156 段)、多哥(同上,第 157 段)、英国(同上,第 158 - 159 段)以及美国(同上,第 160 - 164 段)。

<sup>4</sup> 例如,参见:立法(同上,第 165 - 234 段)。

<sup>5</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Pohl case(同上,第 235 段)。

<sup>6</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of committing outrages upon personal dignity as a war crime [ ICC Statute, Footnote 49 relating to Article 8(2)(b)(xxi) ] .

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 67 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 68 段)、加拿大(同上,第 69 - 70 段)、厄瓜多尔(同上,第 71 段)、以色列(同上,第 72 段)、韩国(同上,第 73 - 74 段)、荷兰(同上,第 75 - 76 段)、新西兰(同上,第 77 段)、尼日利亚(同上,第 78 段)、菲律宾(同上,第 79 段)、南非(同上,第 80 段)、西班牙(同上,第 81 段)、瑞士(同上,第 82 段)、英国(同上,第 83 - 84 段)以及美国(同上,第 85 - 87 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 88 - 89 段)、孟加拉国(同上,第 90 段)、加拿大(同上,第 91 段)、刚果(同上,第 92 段)、埃塞俄比亚(同上,第 93 段)、爱尔兰(同上,第 94 段)、意大利(同上,第 95 - 96 段)、立陶宛(同上,第 97 段)、荷兰(同上,第 98 段)、新西兰(同上,第 99 段)、挪威(同上,第 100 段)、西班牙(同上,第 101 段)、瑞士(同上,第 102 段)、英国(同上,第 104 段)以及委内瑞拉(同上,第 105 段);还参见特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第 103 段)。

嗜食同类而被定罪。<sup>2</sup> 正式声明和实践进一步支持禁止残毁尸体这项规则。<sup>9</sup>

### 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定了在非国际性武装冲突中采取一切措施防止死者被剥劫的义务。<sup>3</sup> 此外,涉及非国际性武装冲突的其他法律文件也规定有该项义务。<sup>3</sup>

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册都规定了采取一切措施防止死者被剥劫或禁止残毁尸体的义务。<sup>3</sup> 许多国家的立法规定,这是一种犯罪。<sup>3</sup> 此外,禁止对死者尸体进行剥劫是对禁止抢劫这项一般规则的具体应用(见规则 52)。

哥伦比亚检察官曾经在最高行政法院(Council of State)指出,尊重死者的义务是《日内瓦公约》共同第3条所固有的一项义务。<sup>5</sup> 《第二附加议定书》规定禁止残毁尸体。<sup>6</sup> 根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中残毁尸体属于“损害个人尊严罪”。根据《犯罪要件》的规定,它也同样适用于死者(见对规则 90 的评

<sup>2</sup> 澳大利亚, Military Court at Wewak, Takehiko case(同上,第106段);澳大利亚, Military Court at Rabaul, Tiso case(同上,第107段);美国, Military Commission at Yokohama, Kikuchi and Mahuchi case(同上,第109段);美国, Military Commission at the Mariana Islands, Yochio and Others case(同上,第110段);美国, General Military Court at Dachau, Schmid case(同上,第111段)。

<sup>0</sup> 例如,参见:美国的声明(同上,第115段);以及阿塞拜疆的实践(同上,第112段)。

<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第8条(经协商一致通过)(同上,第130段)。

<sup>3</sup> See, e.g., Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 4(9)(同上,第133段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第135段)、贝宁(同上,第137段)、加拿大(同上,第140-141段)、德国(同上,第144段)、肯尼亚(同上,第145段)、黎巴嫩(同上,第146段)、马达加斯加(同上,第147段)、西班牙(同上,第155段)以及多哥(同上,第157段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第168段)、阿塞拜疆(同上,第170段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第172段)、加拿大(同上,第176段)、哥伦比亚(同上,第179段)、克罗地亚(同上,第181段)、埃塞俄比亚(同上,第188段)、冈比亚(同上,第190段)、格鲁吉亚(同上,第191段)、加纳(同上,第192段)、几内亚(同上,第193段)、爱尔兰(同上,第197段)、哈萨克斯坦(同上,第199段)、肯尼亚(同上,第200段)、拉脱维亚(同上,第202段)、摩尔多瓦(同上,第207段)、新西兰(同上,第209段)、尼加拉瓜(同上,第211段)、尼日利亚(同上,第212段)、挪威(同上,第213段)、新加坡(同上,第215段)、斯洛文尼亚(同上,第217段)、西班牙(同上,第218-219段)、瑞士(同上,第220段)、塔吉克斯坦(同上,第221段)、特立尼达和多巴哥(同上,第223段)、乌干达(同上,第224段)、乌克兰(同上,第225段)、委内瑞拉(同上,第229段)、也门(同上,第231段)、南斯拉夫(同上,第232段)、赞比亚(同上,第233段)以及津巴布韦(同上,第234段);还参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第174段)、布基纳法索(同上,第175段)、捷克共和国(同上,第183段)、匈牙利(同上,第194段)、意大利(同上,第198段)、韩国(同上,第201段)、尼加拉瓜(同上,第210段)、罗马尼亚(同上,第214段)、斯洛伐克(同上,第216段)、多哥(同上,第222段)以及乌拉圭(同上,第228段),这些国家的法律并不排除适用于非国际性武装冲突;以及阿根廷的立法草案(同上,第167段)。

<sup>5</sup> 哥伦比亚, Council of State, Case No. 9276, Statement of the Prosecutor(同上,第113段)。

<sup>6</sup> 《第二附加议定书》第4(2)(a)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第1420段)。

注)。<sup>3</sup> 另外,涉及非国际性武装冲突的其他法律文件中也规定有该项规则。<sup>8</sup>

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册明确规定有禁止残毁或虐待死者的义务。<sup>9</sup> 根据许多国家的立法规定,残毁或以其他方式虐待尸体是一种犯罪。<sup>9</sup>

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

规则 114 冲突各方须在死者本国请求下或在其近亲属请求下,尽量为送还死者的尸体提供便利。它们须返还死者的个人用品。

## 实践

### 第 2 卷,第 35 章,C 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。在非国际性武装冲突中,出现了一种承认冲突各方有义务在死者家属要求的情况下便利送还死者尸体的趋势。由于这项义务是与要求尊重家庭生活(见规则 105)一致的,因此这意味着,它必须平等地适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。

## 国际性武装冲突

关于归还死者尸体的规则是以《日内瓦公约》为基础的。<sup>4</sup> 然而,该公约中的相关规定相当笼统,要求各方就归还尸体问题达成协议。《第一附加议定书》也承认需要有这种协定,但同时规定了在未达成协议前应当遵守的程序。<sup>2</sup> 已经发现了一些达

<sup>3</sup> Elements of Crimes for the ICC, Definition of committing outrages upon personal dignity as a war crime (ICC Statute, Footnote 57 relating to Article 8(2)(c)(ii)) (参见第 2 卷,第 35 章,第 65 段)。

<sup>8</sup> Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 3(a) (同上,第 63 段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 3(4) (同上,第 64 段); UNTAET Regulation 2000/15, Section 6(1)(c)(ii) (同上,第 66 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 67 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 68 段)、加拿大(同上,第 70 段)、厄瓜多尔(同上,第 71 段)、韩国(同上,第 73 段)、新西兰(同上,第 77 段)、菲律宾(同上,第 79 段)、南非(同上,第 80 段)以及西班牙(同上,第 81 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 89 段)、加拿大(同上,第 91 段)、刚果(同上,第 92 段)、埃塞俄比亚(同上,第 93 段)、爱尔兰(同上,第 94 段)、新西兰(同上,第 99 段)、挪威(同上,第 100 段)、瑞士(同上,第 102 段)、英国(同上,第 104 段)以及委内瑞拉(同上,第 105 段);还参见意大利的立法(同上,第 95 - 96 段),其不排除适用于非国际性武装冲突;以及特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第 103 段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第一公约》第 17(3)条(同上,第 244 段);《日内瓦第三公约》第 120(6)条(同上,第 245 段);《日内瓦第四公约》第 130(2)条(同上,第 246 段)。

<sup>2</sup> 《第一附加议定书》第 34(2)条以及第 34(3)条(经协商一致通过)(同上,第 249 段)。

成这种协定的例子。<sup>3</sup> 实践中还有其他例子,例如,在 1975 年和 1976 年,埃及和以色列交换了死者的遗骸;1991 年,印度尼西亚在雅加达向日本大使归还并移交了 3500 具日本士兵的骨灰,他们是二战中在伊里查安丧生的。<sup>4</sup>

许多军事手册规定了为送还死者尸体提供便利的义务,<sup>5</sup> 包括美国的军事手册,尽管美国并不是《第一附加议定书》的缔约国。<sup>6</sup> 阿塞拜疆的立法也规定了此项义务,它也不是《第一附加议定书》的缔约国。<sup>7</sup> 在 2000 年以色列高等法院审理的“阿布—利吉瓦案”(Abu-R ijwa case)中,当家属要求归还尸体时,以色列国防部队进行了 DNA 鉴定。根据关于以色列的实践的报告,这意味着,如果能够正确地鉴定出来,将归还尸体。<sup>8</sup> 美国已经宣布,它支持《第一附加协定书》规定的当被请求时应当为送还尸体提供便利这项规则。<sup>9</sup>

1929 年的《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》首次规定了返还死者个人用品的义务。<sup>6</sup> 它现在规定在 1949 年的《日内瓦公约》中。<sup>5</sup> 这些条款要求冲突各方通过情报局返还死者的个人用品。《第二附加议定书》还鼓励各方缔结协议以方便返还。<sup>3</sup>

一些军事手册详细规定了收集和返还死者个人用品的义务。<sup>5</sup> 一些国家的立法也规定了该项义务。<sup>5</sup> 实践表明,这些物品包括遗嘱、对近亲属有重要意义的其他文件、金钱以及所有具有实质价值或情感价值的物品。武器和其他军事设备则可以被作为战利品被扣押(见规则 49)。

<sup>3</sup> Panmunjom Armistice Agreement, Article II(13)(f)(同上,第 247 段);Agreement on Ending the War and Restoring Peace in Viet-Nam, Article 8(b)(同上,第 248 段);Finnish-Russian Agreement on War Dead(同上,第 250 段);Estonian-Finnish Agreement on War Dead(同上,第 251 段)。

<sup>4</sup> 参见据报告的下列国家的实践:埃及(同上,第 271 段)、印度尼西亚(同上,第 275 段)以及以色列(同上,第 271 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 254 段)、澳大利亚(同上,第 255 段)、克罗地亚(同上,第 256 段)、法国(同上,第 257 段)、匈牙利(同上,第 258 段)、荷兰(同上,第 259 段)、西班牙(同上,第 260 段)、瑞士(同上,第 261 段)、英国(同上,第 262 段)以及美国(同上,第 263 - 264 段)。

<sup>6</sup> 美国,Field Manual(同上,第 263 段) and Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第 264 段)。

<sup>7</sup> 阿塞拜疆,Law concerning the Protection of Civilian Persons and the Rights of Prisoners of War(同上,第 265 段)。

<sup>8</sup> 据报告的以色列的实践,提到了下面这个案件:High Court, Abu-R ijwa case(同上,第 270 段)。

<sup>9</sup> 美国,Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第 276 段)。

<sup>6</sup> 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 4(3)条(同上,第 290 段)。

<sup>5</sup> 《日内瓦第一公约》第 16(4)条(同上,第 291 段);《日内瓦第二公约》第 19(3)条(同上,第 291 段);《日内瓦第三公约》第 122(9)条(同上,第 292 段);《日内瓦第四公约》第 139 条(同上,第 292 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 34(2)条(经协商一致通过)(同上,第 293 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 296 段)、克罗地亚(同上,第 299 段)、法国(同上,第 302 段)、匈牙利(同上,第 303 段)、以色列(同上,第 304 段)、荷兰(同上,第 307 以及 308 段)、尼日利亚(同上,第 309 段)、西班牙(同上,第 311 段)、英国(同上,第 313 段)以及美国(同上,第 314 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第 315 段)。

## 非国际性武装冲突

在非国际性武装冲突中,没有条约中有条款要求采取措施以便向家属归还死者尸体。不过,已经发现了涉及这一问题的一些协定。<sup>5</sup> 实践中还有其他的例子,例如在 1998 年,红十字国际委员会曾经在斯里兰卡资助交换了超过千人的士兵和泰米尔独立猛虎解放组织战士的尸体。<sup>6</sup>

而且,在 1985 年,哥伦比亚昆迪纳马卡行政法院裁定,不得拒绝家属提出的归还亲属的尸体、将其转移到他们认为合适的地方并予以埋葬的合法要求。<sup>7</sup> 这样的权利同样得到其他国家的立法和(或)判例法承认是有可能的。有一个卷入非国际性武装冲突的政府发表声明,表示愿意归还遗体。<sup>8</sup> 然而,在另一个案件中,军方不允许家属收集被政府军队杀死的人的尸体。<sup>9</sup>

实践表明,在非国际性武装冲突中该问题同样深受关切,但是其是否来自法律义务还不清楚。国际社会曾经通过三项决议,号召冲突各方为送还死者尸体提供便利,它们在国际上得到广泛支持,并且没有反对票。1973 年,第 22 届红十字国际大会以协商一致的方式通过了一项决议,号召冲突各方“在敌对行动中以及在敌对行动结束后……为挖掘和返还尸体提供便利”。<sup>6</sup> 在 1974 年通过的一项决议中,联合国大会号召冲突各方,不论冲突的性质,“在其权力范围以内采取行动……如经死者亲属要求时,便利将遗体掘出运回”。<sup>6</sup> 最近,在 1999 年,第 27 届红十字与红新月国际大会通过了《2000 年 - 2003 年行动计划》,要求武装冲突各方采取有效措施保证“竭尽全力……鉴别死者身份、通知其家属并归还死者尸体”。<sup>6</sup>

而且,上面提到的实践表明,死者家属有权要求归还尸体。<sup>6</sup> 这是一种对家庭生活的尊重(见规则 105),而且也是家属有权得知其亲人下落的表现(见规则 117)。

条约法中没有规定在非国际性武装冲突中有返还死者个人用品的义务,不过,国内法对此问题进行规定是可能的。

<sup>5</sup> Plan of Operation for the Joint Commission to Trace Missing Persons and Mortal Remains, Proposal 2.1 (同上,第 252 段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 3(4) (同上,第 253 段)。

<sup>6</sup> See ICRC, Annual Report 1998 (同上,第 287 段)。

<sup>7</sup> 哥伦比亚, Administrative Court in Cundinamarca, Case No. 4010 (同上,第 269 段)。

<sup>8</sup> 参见:声明(同上,第 277 段)。

<sup>9</sup> See Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.124 (Suriname) (同上,第 284 段)。

<sup>6</sup> 22nd International Conference of the Red Cross, Res. V (同上,第 282 段)。

<sup>6</sup> 联合国大会,第 3220 (XXIX) 号决议(以 95 票赞成、0 票反对、32 票弃权通过)(同上,第 279 段)。

<sup>6</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第 283 段)。

<sup>6</sup> 哥伦比亚, Administrative Court in Cundinamarca, Case No. 4010 (同上,第 269 段); 联合国大会,第 3220 (XXIX) 号决议(以 95 票赞成、0 票反对、32 票弃权通过)(同上,第 279 段); 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第 283 段)。

规则 115 须以尊重的方式处理死者尸体,并且其墓地应受到尊重和维护。

## 实践

### 第 2 卷,第 35 章,D 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

1929 年的《日内瓦公约》首次规定了以尊重的方式处理死者尸体的义务。<sup>6</sup> 1949 年的《日内瓦公约》对此义务做出了详细规定。<sup>6</sup>

许多军事手册指出,死者须得到恰当的处理。<sup>6</sup> 如果不是全部国家,至少也是大部分国家的立法都规定了此项义务。<sup>6</sup> 在 2002 年的“杰宁(人类遗骸)案”中,以色列高等法院的判决支持这项义务。<sup>6</sup>

上述条约同时规定,墓地也应受到尊重和维护。《第一附加议定书》还规定,各方须达成协定,永久保护和维护墓地。<sup>6</sup> 许多军事手册也要求尊重和维护墓地。<sup>6</sup>

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定了在非国际性武装冲突中恰当地处理死者尸体的义

<sup>4</sup> 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 4(5)条(同上,第 328 段);1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》第 76(3)条(同上,第 329 段)。

<sup>5</sup> 《日内瓦第一公约》第 17 条(同上,第 330 段);《日内瓦第二公约》第 20 条(同上,第 330 段);《日内瓦第三公约》第 120 条(同上,第 330 段);《日内瓦第四公约》第 130 条(同上,第 330 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 333 段)、澳大利亚(同上,第 334 段)、比利时(同上,第 335 段)、加拿大(同上,第 336 - 337 段)、克罗地亚(同上,第 338 段)、法国(同上,第 340 段)、匈牙利(同上,第 341 段)、以色列(同上,第 342 段)、意大利(同上,第 343 段)、肯尼亚(同上,第 344 段)、马达加斯加(同上,第 345 段)、新西兰(同上,第 346 段)、菲律宾(同上,第 347 段)、西班牙(同上,第 349 段)、瑞士(同上,第 350 段)、多哥(同上,第 351 段)、英国(同上,第 352 段)以及美国(同上,第 353 - 354 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 355 段)、意大利(同上,第 358 段)以及委内瑞拉(同上,第 360 段)。

<sup>8</sup> 以色列, High Court of Justice, Jenin (Mortal Remains) case(同上,第 361 段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 34(2)条(经协商一致通过)(同上,第 488 段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 491 段)、澳大利亚(同上,第 492 段)、加拿大(同上,第 493 段)、克罗地亚(同上,第 494 段)、法国(同上,第 495 段)、匈牙利(同上,第 496 段)、以色列(同上,第 497 段)、荷兰(同上,第 498 段)、新西兰(同上,第 499 段)、西班牙(同上,第 500 段)、瑞士(同上,第 501 段)、英国(同上,第 502 段)、美国(同上,第 503 - 504 段)以及南斯拉夫(同上,第 505 段)。

务。<sup>1</sup> 另外,涉及非国际性武装冲突的其他法律文件也有这种规定。<sup>2</sup>

许多可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册指出,死者须得到恰当的处理。<sup>3</sup> 如果不是全部国家,至少也是大部分国家的立法都要求遵守此项规则。<sup>4</sup> 可以说,这项规则反映了要求尊重死者及其墓地这项一般法律原则。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。联合国关于法外、即决或任意处决问题的特别报告员曾经谴责一个据报道发生在巴布亚新几内亚的案件,在该案件中,不以尊重的方式处理了平民死者的尸体。<sup>5</sup>

国内立法同样可能规定更详细的规则,要求对死者进行恰当地处理,尊重并适当维护其墓地。

## 解释

《日内瓦公约》指出,死者须被埋葬,可能时,应按照彼等所属宗教之仪式埋葬之;而且,除因卫生上迫切之理由,或出于死者所奉宗教之动机外,尸体不得焚化。<sup>6</sup> 《日内瓦公约》还要求原则上死者应葬于个人坟墓中。仅仅在条件不允许采用个人坟墓,或在埋葬战俘或平民拘留者无法避免地必须采用集体坟墓时,才可以使用集体坟墓。<sup>7</sup> 《日内瓦公约》最后要求在可能时要将坟墓按照死者国籍集中于一处。<sup>8</sup> 许

<sup>1</sup> 《第二附加议定书》第 8 条(经协商一致通过)(同上,第 331 段)。

<sup>2</sup> See, e.g., Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 4(9)(同上,第 332 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 334 段)、加拿大(同上,第 336 - 337 段)、克罗地亚(同上,第 338 段)、匈牙利(同上,第 341 段)、意大利(同上,第 343 段)、肯尼亚(同上,第 344 段)、马达加斯加(同上,第 345 段)、新西兰(同上,第 346 段)、菲律宾(同上,第 347 段)、西班牙(同上,第 349 段)以及多哥(同上,第 351 段)。

<sup>4</sup> 例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第 355 段)以及委内瑞拉的立法(同上,第 360 段)。

<sup>5</sup> UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Report(同上,第 365 段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第 17 条(同上,第 372 以及 398 段);《日内瓦第三公约》第 120 条(同上,第 372 以及 399 段);《日内瓦第四公约》第 130 条(同上,第 372 以及 400 段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第一公约》第 17(1)条(同上,第 430 段);《日内瓦第二公约》第 20(1)条(同上,第 431 段);《日内瓦第三公约》第 120(5)条(同上,第 432 段);《日内瓦第四公约》第 130(2)条(同上,第 433 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第 17(3)条(同上,第 464 段);《日内瓦第三公约》第 120(4)条(同上,第 465 段)。

多军事手册中也有此类规定。<sup>9</sup>

根据国内法的规定,其中一些要求适用于非国际性武装冲突也是可能的。例如,在 1995 年,哥伦比亚最高行政法院裁定,在符合法律的所有要求的情况下,必须将死者单独埋葬,而不采用集体坟墓。<sup>6</sup>

规则 116 考虑到死者的辨认,冲突各方须在处理尸体前记录所有可获得的信息,并标记墓地的位置。

## 实践

### 第 2 卷,第 35 章,E 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。尊重家庭生活的要求(见规则 105)和家属获悉其亲人下落的权利(见规则 117)增强了这项规则。

## 国际性武装冲突

1929 年的《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》首次规定在处理尸体前对死者进行辨认的义务。<sup>8</sup> 这项义务现在规定在 1949 年的《日内瓦公约》中,与其得到一起规定的还有记录详情并向其他冲突方和情报局转送信息的义务。<sup>8</sup>

---

<sup>9</sup> 关于尊重死者的宗教信仰,参见下列国家的军事手册,例如,阿根廷(同上,第 375 段)、澳大利亚(同上,第 376 段)、贝宁(同上,第 377 段)、喀麦隆(同上,第 378 段)、加拿大(同上,第 379 - 380 段)、以色列(同上,第 381 段)、菲律宾(同上,第 382 段)、瑞士(同上,第 383 段)、多哥(同上,第 384 段)、英国(同上,第 385 段)以及美国(同上,第 386 段)。关于火葬,参见下列国家的军事手册,例如,阿根廷(同上,第 402 段)、澳大利亚(同上,第 403 段)、贝宁(同上,第 404 段)、加拿大(同上,第 405 - 406 段)、法国(同上,第 407 段)、以色列(同上,第 408 段)、肯尼亚(同上,第 409 段)、荷兰(同上,第 410 段)、西班牙(同上,第 411 段)、瑞士(同上,第 412 段)、多哥(同上,第 413 段)、英国(同上,第 414 - 415 段)以及美国(同上,第 416 - 418 段)。关于独葬或合葬,参见下列国家的军事手册,例如,阿根廷(同上,第 436 段)、澳大利亚(同上,第 437 段)、贝宁(同上,第 438 段)、加拿大(同上,第 439 - 440 段)、克罗地亚(同上,第 441 段)、法国(同上,第 442 段)、意大利(同上,第 443 段)、肯尼亚(同上,第 444 段)、马达加斯加(同上,第 445 段)、荷兰(同上,第 446 段)、西班牙(同上,第 447 段)、瑞士(同上,第 448 段)、多哥(同上,第 449 段)、英国(同上,第 450 段)、美国(同上,第 451 段)以及南斯拉夫(同上,第 452 段)。关于按照国籍进行合葬,参见下列国家的军事手册,例如:阿根廷(同上,第 468 段)、澳大利亚(同上,第 469 段)、喀麦隆(同上,第 470 段)、荷兰(同上,第 471 段)、美国(同上,第 472 段)以及南斯拉夫(同上,第 473 段)。

<sup>6</sup> 哥伦比亚, Council of State, Administrative Case No. 10941(同上,第 456 段)。

<sup>8</sup> 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 4 条(同上,第 518 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第 16 - 17 条(同上,第 519 - 520、589 以及 670 段);《日内瓦第二公约》第 19 - 20 条(同上,第 519 - 520 段);《日内瓦第三公约》第 120 - 122 条(同上,第 521、589 以及 670 段);《日内瓦第四公约》第 129 - 131 条(同上,第 522 - 523、589 以及 670 段)以及第 136 - 139 条。

许多军事手册规定了处理尸体前鉴别死者身份的义务。<sup>8</sup> 其中一些明确规定了须详细记录死者的哪些信息。<sup>8</sup> 此外,一些军事手册还要求记录墓地的位置。<sup>8</sup> 在“杰宁(人类遗骸)案”中,以色列高等法院裁定,辨别死者身份是一项“十分重要的人道行为”。<sup>8</sup>

## 非国际性武装冲突

在非国际性武装冲突中,没有条约条款明确要求在处理尸体前应当采取措施辨别死者。不过从一贯的实践来看,国内冲突各方同样负有此项义务。这其中包括可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册。<sup>8</sup> 此外,阿根廷和哥伦比亚的判例法要求在处理尸体前,必须检查死者以便鉴别其身份及确定死亡详情。<sup>8</sup> 这样的要求很有可能已经是许多国家立法的一个内容。<sup>9</sup>

国际人权法也要求必须采取措施对死者进行辨认以及对死因进行调查,这尤其和生命权有关。欧洲人权法院、美洲人权委员会和美洲人权法院要求对此及时采取有效措施,甚至在武装暴力的情形中。<sup>9</sup> 在诸如车臣、萨尔瓦多和前南斯拉夫这样的冲突中,也被要求采取这样的措施。<sup>9</sup> 此外,美洲人权法院两次判决,国家有义务尽一

---

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第2卷,第35章,第529段)、澳大利亚(同上,第530段)、比利时(同上,第531段)、贝宁(同上,第532段)、喀麦隆(同上,第533段)、加拿大(同上,第534 - 535段)、克罗地亚(同上,第536 - 537段)、法国(同上,第538 - 539段)、德国(同上,第540段)、匈牙利(同上,第541段)、以色列(同上,第543段)、意大利(同上,第544段)、肯尼亚(同上,第545段)、马达加斯加(同上,第546段)、荷兰(同上,第547 - 548段)、新西兰(同上,第549段)、尼日利亚(同上,第550段)、西班牙(同上,第552段)、瑞士(同上,第553段)、多哥(同上,第554段)、英国(同上,第555段)以及美国(同上,第556 - 557段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第530段)以及美国(同上,第556段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第592段)、澳大利亚(同上,第593段)、加拿大(同上,第594段)、肯尼亚(同上,第595段)、荷兰(同上,第596段)、西班牙(同上,第597段)、英国(同上,第598段)以及美国(同上,第599 - 600段)。

<sup>8</sup> 以色列, High Court of Justice, Jenin (Mortal Remains) case(同上,第566段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第532段)、加拿大(同上,第535段)、克罗地亚(同上,第536 - 537段)、德国(同上,第540段)、印度(同上,第542段)、意大利(同上,第544段)、肯尼亚(同上,第545段)、马达加斯加(同上,第546段)、塞内加尔(同上,第551段)以及多哥(同上,第554段)。

<sup>8</sup> 阿根廷, Court of Appeal, Military Junta case(同上,第563段); 哥伦比亚, Council of State, Case No. 10941(同上,第564段)。

<sup>9</sup> 例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第558段)。

<sup>9</sup> European Court of Human Rights, Kaya v. Turkey(同上,第580段)、Ergi v. Turkey(同上,第581段) and Yasa v. Turkey(同上,第582段); Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina)(同上,第583段); Inter-American Court of Human Rights, Neira Alegría and Others case(同上,第584段)。

<sup>9</sup> See UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia(同上,第570段); O NUSAL, Report of the Director of the Human Rights Division(同上,第571段); UN Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780(1992), Final Report(同上,第572段); EU, Statement before the Permanent Council of the OSCE(同上,第576段)。

切可能向家属告知因强迫失踪而丧生的死者尸体的地点。<sup>9</sup>

1991年12月,当前南斯拉夫的冲突被认定为非国际性冲突时,冲突各方对于交换死者身份鉴定信息达成协议。<sup>9</sup> 其他实践包括:菲律宾政府在冲突发生后收集死亡的叛乱分子的信息,<sup>9</sup> 以及萨尔瓦多军队在马蒂民族解放阵线的军队与一支军事巡逻队发生冲突之后为死者尸体拍照。<sup>9</sup>

国际社会曾经通过三项决议,号召武装冲突各方对死者情况进行说明(辨认并提供死者信息),它们在国际上得到广泛支持,并且没有反对票。1973年,第22届红十字国际大会号召冲突各方“在敌对行动中以及在敌对行动结束后……完成对死者情况进行说明的人道使命”。<sup>6</sup> 在1974年通过的一项决议中,联合国大会号召冲突各方,不论冲突的性质,要合作“提供关于武装冲突中失踪者和死亡者的消息”。<sup>9</sup> 最近,在1999年,第27届红十字与红新月国际大会通过了《2000-2003年行动计划》,要求武装冲突各方采取有效措施以保证“竭尽全力……鉴别死者身份”。<sup>8</sup>

而且,该规则的主要目的之一是防止人员的强迫失踪(见规则98),并确保其不会以其他方式失踪(见规则117)。这两项义务均平等地适用于国际性和非国际性武装冲突。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

## 解释

辨认死者的义务是一项关于方式的义务,冲突各方须在处理死者这方面尽一切努力采取一切措施。根据已掌握的实践,本规则所要求的措施包括:收集双身份牌之一半、验尸、做验尸报告、制备死亡证书、记录尸体的处理、埋葬于个人墓地、禁止未经鉴定而埋于集体墓地以及对墓地作适当标记。实践同样表明,与包括DNA检测在内的法医方法相结合进行挖掘可能是在死者被葬后对其身份辨认的合适方法。

一般来说,该义务也要求所有相关方面的积极合作。1999年,第27届红十字与红新月国际大会通过了《2000年-2003年行动计划》,要求“至迟从武装冲突开始起应当具备适当的程序”,以便遵守这项规则。<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Inter-American Court of Human Rights, Velásquez Rodríguez case (同上,第709段) and Godínez Cruz case(同上,第710段)。

<sup>9</sup> See Plan of Operation for the Joint Commission to Trace Missing Persons and Mortal Remains, Proposal 1.1(同上,第673段)。

<sup>9</sup> 参见据报告的菲律宾的实践(同上,第700段)。

<sup>9</sup> See UN Commission on the Truth for El Salvador, Report(同上,第573段)。

<sup>6</sup> 22nd International Conference of the Red Cross, Res. V(同上,第706段)。

<sup>9</sup> 联合国大会,第3220(XIX)号决议(以95票赞成、0票反对、32票弃权通过)(同上,第569以及701段)。

<sup>8</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第579段)。

<sup>9</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 31 October-6 November 1999, Res. I, Annex 2, Plan of Action for the years 2000-2003, Actions proposed for final goal 1.1, § 1(e)。

## 第 36 章

---

### 失踪人员

规则 117 冲突各方须采取一切可能措施,查明因武装冲突而被报告失踪之人的下落,并须向其家人提供任何与其下落有关的信息。

#### 实践

第 2 卷,第 36 章,A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。查明失踪人员下落的义务符合禁止强迫失踪的规定(见规则 98)以及尊重家庭生活生活的要求(见规则 105)。在处理尸体前记录所有可获得之信息的义务(见规则 116)也支持此规则。在这里互相参照的规则既适用于国际性武装冲突又适用于非国际性武装冲突。

#### 国际性与非国际性武装冲突

《日内瓦公约》规定,应建立情报局,其作用是收集有关敌方战俘与平民的信息,以将此类信息传递给该方,并对失踪人员的下落展开调查。《日内瓦第四公约》规定,冲突各方对于因战争致与家庭离散之人所为之调查,应给予便利。《第一附加议定书》要求冲突各方搜寻经敌方报告为失踪的人。无论是在国际性还是非国际性

---

《日内瓦第三公约》第 122 条(参见第 2 卷,第 36 章,第 53 段);《日内瓦第四公约》第 136 条(同上,第 53 段)。《日内瓦第一公约》第 16 条与第 17 条以及《日内瓦第二公约》第 19 条均提到了根据《日内瓦第三公约》第 122 条设立的情报局。

《日内瓦第四公约》第 26 条(同上,第 143 段)。

《第一附加议定书》第 33 条(经协商一致通过)(同上,第 2 段)。

武装冲突中,冲突各方所达成的诸多协议都承认其具有查明失踪人员下落的义务。

许多军事手册规定了要求冲突各方搜寻失踪人员的规则。该规则还规定在一些国内立法当中。它还得到一些正式声明的支持。还有一些有关实际实践的报告也支持该规则。从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。

各国与各国际组织多次要求有关当局查明在波黑、塞浦路斯、东帝汶、危地马拉、科索沃和前南斯拉夫冲突中失踪之人的下落。<sup>0</sup>“前南地区失踪人员问题特别程序专家”这一职位的设立进一步证明,国际社会希望查明失踪人员的下落。<sup>1</sup>

---

See, e. g., Joint Declaration on Soviet-Japanese Relations, para. 5 (同上,第1段); Israel-PLO Agreement on the Gaza Strip, Article XIX (同上,第3和57段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 4(9) (同上,第4段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article 5 (同上,第55段); Agreement on the Normalization of Relations between Croatia and the FRY, Article 6 (同上,第56段); Protocol to the Moscow Agreement on a Cease-fire in Chechnya to Locate Missing Persons and to Free Forcibly Detained Persons, paras. 5 - 6 (同上,第58段); Agreement on Ending the War and Restoring Peace in Viet-Nam, Chapter III (同上,第96段); Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY, para. 8 (同上,第98段); Plan of Operation for the 1991 Joint Commission to Trace Missing Persons and Mortal Remains, para. 2.1.1 and 2.2.2 (同上,第100段); Joint Declaration by the Presidents of the FRY and Croatia (October 1992), para. 3 (同上,第101段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第5段)、澳大利亚(同上,第6段)、加拿大(同上,第7段)、克罗地亚(同上,第8段)、匈牙利(同上,第9段)、印度尼西亚(同上,第10段)、以色列(同上,第11段)、肯尼亚(同上,第12段)、马达加斯加(同上,第13段)、荷兰(同上,第14段)、新西兰(同上,第15段)与西班牙(同上,第16段)。

例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第17段)和津巴布韦的立法(同上,第20段)。

例如,参见下列国家的声明:德意志联邦共和国(同上,第24段)、德国(同上,第25段)和美国(同上,第33 - 34段)。

例如,参见下列国家的实践:克罗地亚(同上,第23段)、荷兰(同上,第30段);以及据报告的下列国家的实践:澳大利亚(同上,第108段)、以色列(同上,第26段)、日本(同上,第32段)、马来西亚(同上,第29段)、秘鲁(同上,第31段)、菲律宾(同上,第74段)、苏联(同上,第32段)和越南(同上,第108段)。

例如,参见下列国家的军事手册:印度尼西亚(同上,第10段)、以色列(同上,第11段)和肯尼亚(同上,第12段);阿塞拜疆的立法(同上,第17段);美国的声明(同上,第33 - 34段);以及据报告的下列国家的实践:以色列(同上,第26段)、日本(同上,第32段)和马来西亚(同上,第29段);还参见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第112段)、英国(同上,第114段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的声明:德国(同上,第25和109 - 110段)、美国(同上,第34段);联合国安理会,主席声明(同上,第35段);联合国大会,第54/183号决议(同上,第77段)、第49/196号决议(同上,第117段)和第50/193号决议(同上,第118段);联合国人权委员会,第1987/50号决议(同上,第36段)、第1994/72号决议(同上,第78和120段)、第1995/35号决议(同上,第79和121段)和第1998/79号决议(同上,第80段);UN Commission on Human Rights, Statement by the Chairman(同上,第38段); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 974(同上,第42段), Rec. 1056(同上,第43段), Res.1066(同上,第83段) and Rec. 1385(同上,第84段); European Parliament, Resolution on the violation of human rights in Cyprus(同上,第85段)。

<sup>1</sup> 参见实践(同上,第41和127段)。

除了具体的国别决议之外,国际社会通过的一些决议规定了查明失踪人员下落的一般义务,它们得到广泛支持,并且没有反对票。例如,在1974年通过的一项题为《对寻查武装冲突中失踪或死亡人员提供协助和合作》的决议中,联合国大会呼吁冲突各方,不论冲突的性质,“在其权力范围以内采取行动……并提供关于作战失踪人员的消息”。<sup>2</sup> 在2002年通过的一份关于失踪人员的决议中,联合国人权委员会重申,冲突各方“应搜寻经敌方报告为失踪的人”。<sup>3</sup> 在该决议通过的时候,印度、印度尼西亚、日本、马来西亚、巴基斯坦、苏丹和泰国是该委员会的成员国,但却没有批准《附加议定书》。1995年,第26届红十字与红新月国际大会强烈敦促所有武装冲突当事方“向各家庭提供有关其失踪亲人下落的信息”。<sup>4</sup> 在1999年,第27届红十字与红新月大会上通过了《2000-2003年行动计划》,要求武装冲突各方采取有效措施保证“竭尽全力查明所有下落不明人员的下落,并相应通知其家人”。<sup>5</sup>

苏丹人民解放运动(军)的《刑事与纪律法》表明:非国家行为者也认为,为了给搜寻失踪人员提供便利,有必要保存军事人员的记录。<sup>6</sup>

## 解释

实践表明,本规则是由家庭了解其失踪亲属下落之权利引起的。它隐含在《日内瓦第四公约》第26条中,据此,各国对于因武装冲突致与家庭离散之人所为之调查,应给予便利。<sup>7</sup> 《第一附加议定书》明确规定,在执行“失踪和死亡的人”一编(包括搜寻被报告失踪之人的义务)的规定时,各国、冲突各方与各国际人道组织的活动“主要应受家庭了解其亲属下落的权利的推动”。<sup>8</sup> 根据词语的一般意义和上下文对该句所做的解释表明,家庭了解其亲属下落的权利在《第一附加议定书》通过之前就已经存在,并且该议定书所规定的关于失踪的人(第33条)和处理死者尸体(第34条)的义务便是基于此项权利。<sup>9</sup> 在其他国际文件中,也规定了家庭了解其失踪亲属下落的权利。<sup>0</sup>

<sup>2</sup> 联合国大会,第3220(XXIX)号决议(以95票赞成、0票反对、32票弃权通过)(同上,第76段)。

<sup>3</sup> 联合国人权委员会,第2002/60号决议(未经投票通过)(同上,第37段)。

<sup>4</sup> 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第87和184段)。

<sup>5</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第45、88和185段)。

<sup>6</sup> 苏丹人民解放运动(军),Penal and Disciplinary Laws(同上,第195段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第四公约》第26条(同上,第143段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第32条(经协商一致通过)(同上,第144段)。关于使该条款得以通过的准备工作,参见在国际人道法外交大会(CDDH)上的声明(同上,第165-168和171-173段)。

<sup>9</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICR C, Geneva, 1987, § § 1217 - 1218.

<sup>0</sup> See, e.g., Guiding Principles on Internal Displacement, Principles 16(1) and 17(4)(参见第2卷,第36章,第147段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 9.8(同上,第148段)。

许多军事手册、正式声明和其他实践也强调了家庭了解其亲属下落的权利。<sup>2</sup> 采取这一实践做法的包括一些没有加入,或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。<sup>2</sup> 虽然德国政府在批准《附加议定书》的过程中向议会提交的一份解释性备忘录指出,《第一附加议定书》第32条并没有赋予失踪人员亲属一项获得信息的主观权利,但是它是唯一一个做此声明的国家。<sup>3</sup>

有意思的是,苏丹人民解放运动(军)公布了在军事行动中落入其手之人员的名字和其他详细信息,而且它声称,这样做是为了被俘者家人的利益。<sup>2</sup>

各国际组织和会议所通过的决议也支持家庭有了解其亲属下落的权利。例如,在1974年通过的一项决议中,联合国大会认为“盼望知道在武装冲突中丧失的亲人的下落是一种基本的人类需要,应该尽量使其得到满足”。<sup>3</sup> 在2002年通过的一项决议中,联合国人权委员会重申了“家庭了解在武装冲突中据报告的失踪亲属下落的权利”。<sup>8</sup> 家庭了解其亲属下落这项权利还得到了欧洲议会的一项决议以及欧洲理事会议会大会的一项建议的支持。<sup>2</sup>

红十字与红新月国际大会分别于1986年、1995年和1999年通过的决议强调了家人获知其亲属下落的权利。<sup>8</sup> 1993年,保护战争受难者国际会议通过的《最后宣言》强调,不得拒绝向失踪人员的家人提供关于其亲人下落的信息。<sup>9</sup> 这四项决议是在《第一附加议定书》的非缔约国的支持下通过的,采用了非常笼统的措辞,其目的是使它的适用不限于国际性武装冲突。

联合国人权事务委员会与各区域人权机构的判例法均确认,故意拒绝向家人提

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第149段)、澳大利亚(同上,第150段)、喀麦隆(同上,第151段)、加拿大(同上,第152段)、肯尼亚(同上,第153段)、以色列(同上,第154段)、马达加斯加(同上,第155段)、新西兰(同上,第156段)、西班牙(同上,第157段)、英国(同上,第158段)与美国(同上,第159-161段);下列国家的声明:澳大利亚(同上,第166段)、塞浦路斯(同上,第165-166段)、法国(同上,第165-166段)、德国(同上,第167段)、希腊(同上,第165-166段)、梵蒂冈(同上,第165-166和168段)、尼加拉瓜(同上,第166段)、西班牙(同上,第166段)和美国(同上,第172-174段);以及韩国的实践(同上,第170段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:肯尼亚(同上,第153段)、以色列(同上,第154段)和美国(同上,第161段);以及美国的声明(同上,第174段)。

<sup>3</sup> 德国, Explanatory memorandum on the Additional Protocols to the Geneva Conventions (同上,第169段)。

<sup>2</sup> Report on the Practice of the SPLM /A (同上,第195段)。

<sup>3</sup> 联合国大会,第3220(XXIX)号决议(以95票赞成、0票反对、32票弃权通过)(同上,第175段)。

<sup>8</sup> 联合国人权委员会,第2002/60号决议(同上,第176段)。

<sup>2</sup> European Parliament Resolution on the problem of missing persons in Cyprus(同上,第181段); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 868(同上,第178段) and Rec. 1056(同上,第180段)。

<sup>8</sup> 25th International Conference of the Red Cross, Res. XIII(同上,第182段); 26th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, Res. II(同上,第184段); 27th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第185段)。

<sup>9</sup> International Conference for the Protection of War Victims, Final Declaration(经协商一致通过)(同上,第183段)。

供其失踪亲人的信息是受到禁止的。人权事务委员会认为,强迫失踪严重违反了失踪人员家人的权利。由于无法确知其亲人的下落,他们经受着严重的而且通常是长期的精神折磨。<sup>6</sup> 欧洲人权法院分别在几个案件中认定,拒绝向被安全部队拘留之人的家人提供信息,或在武装冲突中有人员失踪的情况下保持缄默,如果达到一定的严重程度,即属于不人道待遇。<sup>3</sup> 美洲人权法院也发表了同样的观点。它认为,国家有义务采取一些可由其支配的手段,将失踪人员的下落告知其亲人。<sup>3</sup> 该法院还认为,倘若被害人死亡,国家有义务向其亲人提供有关死者遗骸所在地的信息。<sup>3</sup> 非洲人权和民族权委员会同样认为,“关押一个人而不允许他或她与其家人有任何联系,并且拒绝告知其家人此人是否被关押以及此人的下落,则既是对被拘留者也是对其家庭的不人道待遇”。<sup>3</sup>

《非洲儿童权利与福利宪章》规定,如果家人因国家行为失散,国家必须向儿童提供有关其家庭成员下落的重要信息。<sup>5</sup> 该宪章还规定,如果失散是因武装冲突引起的境内或境外流离失所所致,缔约国必须采取一切必要措施查寻儿童的父母或亲属。<sup>6</sup>

查明失踪人员下落是一项关于方式的义务。冲突各方须在此方面尽其最大努力。这不仅包括搜寻据报告的因冲突而失踪的人,而且还包括对这种搜寻提供便利。作为义务的一部分,冲突各方有责任对死者和被剥夺自由之人的信息进行记录(见规则 116 和 123)。然而,提供那种信息的义务则是一项关于结果的义务。

实践表明,尸体发掘可能是一种确定失踪人员下落的适当方式。<sup>3</sup> 实践还表明,努力查明失踪人员下落可能的方式包括设立特别委员会或其他寻人机制。克罗地亚在 1991 年设立了“寻找在克罗地亚共和国境内战争行为中失踪人员的全国委员

<sup>6</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, *Quinteros v. Uruguay* (同上,第 186 段)。人权事务委员会的观点特别是以《美洲人权公约》第 7 条为根据的。

<sup>3</sup> European Court of Human Rights, *Kurt v. Turkey* (同上,第 188 段), *Timurtas v. Turkey* (同上,第 188 段) and *Cyprus case* (同上,第 189 段)。

<sup>3</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Velásquez Rodríguez case* (同上,第 191 段)。在本案中,该法院认定,存在违反《美洲人权公约》第 4 条、第 5 条和第 7 条的情形。

<sup>3</sup> See, e.g., Inter-American Court of Human Rights, *Bánaca Velásquez case* (同上,第 192 段) and *Bánaca Velásquez case (Reparations)* (同上,第 193 段)。在本案中,该法院认定,存在违反《美洲人权公约》第 5(1)条和(2)条的情形。

<sup>3</sup> African Commission on Human Rights, *Amnesty International and Others v. Sudan* (同上,第 187 段)。

<sup>5</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 19(3) (同上,第 145 段)。

<sup>6</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 25(2)(b) (同上,第 146 段)。

<sup>3</sup> See, e.g., Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Statement of the Expert for the Special Process on Missing Persons in the Territory of the Former Yugoslavia* (同上,第 41 段); *Briefing on Progress Reached in Investigation of Violations of International Law in certain areas of Bosnia and Herzegovina* (同上,第 126 段); 以及 High Representative for the Implementation of the Peace Agreement on Bosnia and Herzegovina, *Reports* (同上,第 127 段)。

会”，这便是其中一个例子，它在1993年得到重建。<sup>8</sup> 如果已经设立了此类委员会，冲突各方就有义务在彼此间并与此类委员会开展善意合作，因为进行合作显然是这些委员会获得成功的关键。这些委员会可以包括红十字国际委员会或其他组织。联合国秘书长发布的《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》规定，联合国部队应为红十字国际委员会中央寻人局的工作提供便利。<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》对国际性武装冲突的其他方面做出了详细规定。<sup>10</sup>

实践表明，查明失踪人员下落这项义务最晚开始于敌对方发出有关失踪人员的通告。肯尼亚、荷兰与新西兰的军事手册均规定，“一旦情况许可”或“尽可能迅速”，这项义务就开始了。<sup>4</sup> 在1987年发表的一份正式声明中，美国表示支持这一规则，即应在“情况许可之时，并至迟从敌对行动结束时起”搜寻失踪人员。<sup>2</sup> 阿塞拜疆的《保护平民与战俘权利法》规定，“一旦有机会，并至迟于积极的军事行动结束之时”，就立即展开寻人工作。<sup>3</sup>

在1974年通过的一项决议中，联合国大会要求武装冲突当事各方，“不论冲突的性质或地点，在敌对行动期间和在敌对行动结束以后”，提供那些在行动中失踪之人的相关信息。<sup>4</sup> 在一项于2002年通过的关于失踪人员的决议中，联合国人权委员会重申，“一旦情况许可，并至迟从积极的敌对行动结束时起，冲突各方应搜寻那些已经敌方报告为失踪之人的下落”。<sup>5</sup>

<sup>8</sup> 参见克罗地亚的实践(同上,第23段)。

<sup>9</sup> UN Secretary-General's Bulletin, Section 9.8(同上,第102段)。

<sup>10</sup> 《日内瓦第四公约》第136-141条(同上,第53和95段);《第一附加议定书》第33条(经协商一致通过)(同上,第54段)。

<sup>4</sup> 肯尼亚, LOAC Manual(同上,第12段);荷兰, Military Manual(同上,第14段);新西兰, Military Manual(同上,第15段)。

<sup>2</sup> 美国, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第33段)。

<sup>3</sup> 阿塞拜疆, Law concerning the Protection of Civilian Persons and the Rights of Prisoners of War(同上,第17段)。

<sup>4</sup> 联合国大会,第3220(XXIX)号决议(以95票赞成、0票反对、32票弃权通过)(同上,第76段)。

<sup>5</sup> 联合国人权委员会,第2002/60号决议(未经投票通过)(同上,第37段)。

## 第 37 章

---

### 被剥夺自由的人

注：本章讨论的是因武装冲突（无论是国际性的，还是非国际性的）而被剥夺自由之人的待遇问题。就国际性武装冲突而言，“被剥夺自由之人”这个术语包含落入敌手的战斗人员、平民被关押者以及因安全原因而被拘留者。就非国际性武装冲突而言，它包括直接参加敌对行动并落入敌手之人；如果在武装冲突的局势与被剥夺自由之间存在联系，那么它还包括因那些受刑事指控或因安全原因而被拘留之人。本章所使用的“被关押者”这个术语涵盖了所有因此而被剥夺了自由之人。

规则 118 必须向被剥夺自由的人提供充足的食物、水、衣物、住宿和医疗照顾。

#### 实践

第 2 卷, 第 37 章, A 节

#### 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突

必须为战俘提供充分的食物和衣物，这是一项被确立已久的习惯国际法规则，它早在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以及《牛津手册》中就已得到了承认。这一规则被编入了《海牙章程》之中，而目前详细规定在《日内瓦第三公约》中。根据《日内瓦第四公约》的规定，这一规则同样适用于国际性武装冲突中被剥夺了自由的平民。

---

Lieber Code, Article 76 (参见第 2 卷, 第 37 章, 第 9 段); Brussels Declaration, Article 27 (同上, 第 10 段); Oxford Manual, Article 69 (同上, 第 11 段)。

《海牙章程》第 7 条 (同上, 第 1 段); 《日内瓦第三公约》第 25 - 32 条 (同上, 第 3 段) 以及第 125 条 (同上, 第 5 段)。

《日内瓦第四公约》第 76、85、87 条、第 89 - 92 条 (同上, 第 4 段) 以及 142 条 (同上, 第 5 段)。

许多军事手册都要求对被剥夺自由之人提供基本需求。根据许多国家的立法规定,违反这一规则构成犯罪。这一规则也得到了正式声明以及其他实践的支持。

1969年,第21届红十字国际大会通过了一项保护战俘的决议,它声明:无论《日内瓦第三公约》如何规定,“国际社会一直要求对战俘提供人道待遇,包括……提供充足的食物和医疗”。

### 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定了非国际性武装冲突中向被关押人员提供基本需求的具体条约法规则。另外,涉及非国际性武装冲突的其他法律文件也规定了这一规则。《战俘待遇最低限度标准规则》详细规定了涉及住宿、卫生、衣物、被褥和食物等方面的内容。<sup>0</sup>

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了这一规则。<sup>1</sup>

---

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第19-20段)、澳大利亚(同上,第21-22段)、贝宁(同上,第23段)、喀麦隆(同上,第24段)、加拿大(同上,第26-27段)、哥伦比亚(同上,第28-29段)、多米尼加共和国(同上,第31段)、厄瓜多尔(同上,第32段)、法国(同上,第34-35段)、德国(同上,第36段)、匈牙利(同上,第37段)、以色列(同上,第38段)、意大利(同上,第39段)、肯尼亚(同上,第40段)、马达加斯加(同上,第41段)、马里(同上,第42段)、荷兰(同上,第43-44段)、新西兰(同上,第45段)、尼加拉瓜(同上,第46段)、尼日利亚(同上,第47段)、菲律宾(同上,第48段)、罗马尼亚(同上,第49段)、塞内加尔(同上,第50段)、西班牙(同上,第51段)、瑞士(同上,第52段)、多哥(同上,第53段)、英国(同上,第54-55段)以及美国(同上,第56-59段)。

例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第61段)、阿塞拜疆(同上,第62段)、孟加拉国(同上,第63段)、智利(同上,第64段)、多米尼加(同上,第65段)、爱尔兰(同上,第66段)、墨西哥(同上,第67段)、尼加拉瓜(同上,第68段)、挪威(同上,第69段)、秘鲁(同上,第70段)、卢旺达(同上,第71段)、西班牙(同上,第72段)以及乌拉圭(同上,第67段)。还参见阿根廷的立法草案(同上,第60段)。

例如,参见美国的声明(同上,第79段)以及阿塞拜疆的实践(同上,第76段)和美国的实践(同上,第79段)。

21st International Conference of the Red Cross, Res. XI(同上,第88段)。

《第二附加议定书》第5(1)条(经协商一致通过)(同上,第8段)。

See, e.g., Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 4(6)(同上,第17段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(c)(同上,第18段)。

<sup>0</sup> Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Rules 9-20(同上,第12段)。

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第19-20段)、贝宁(同上,第23段)、喀麦隆(同上,第24段)、加拿大(同上,第26-27段)、哥伦比亚(同上,第28-29段)、厄瓜多尔(同上,第32段)、德国(同上,第36段)、匈牙利(同上,第37段)、意大利(同上,第39段)、肯尼亚(同上,第40段)、马达加斯加(同上,第41段)、新西兰(同上,第45段)、尼加拉瓜(同上,第46段)、菲律宾(同上,第48段)、塞内加尔(同上,第50段)和多哥(同上,第53段)。

根据许多国家的立法规定,违反这一规则构成犯罪。<sup>2</sup> 这一规则也得到了在非国际性武装冲突情形中做出的正式声明和其他实践的支持。<sup>3</sup>

必须为被剥夺自由之人提供基本需求这项规则也得到了联合国实践的支持。例如,1992年,联合国安理会要求,波黑境内所有集中营、监狱和拘留中心内的被拘留者必须得到“人道的待遇,包括适当的食物、住宿和医疗照顾”。<sup>4</sup> 另外,联合国大会分别在1979年和1990年以非投票的方式通过的《执法官员行为守则》以及《战俘待遇基本原则》均特别规定,战俘的健康必须得到保障。<sup>5</sup> 值得注意的是,不给被关押人员提供充足的食物、水和医疗将被视为实施了不人道待遇(见对规则90的评注)。在1999年的“阿列克索夫斯基案”(Aleksovski case)中,前南斯拉夫斯拉夫国际刑事法庭在决定被告是否对被关押人员实施了不人道的待遇时,考虑了每个被关押人员所得到的居住条件、食物和医疗的质量。<sup>6</sup>

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

## 解释

实践表明,为被剥夺自由之人提供的基本需求应该是充分的。在判断是否是充分时,必须考虑可能的物质手段以及当地条件。《第二附加议定书》规定,对基本需求的供给必须“按照当地平民居民的同样标准”。<sup>7</sup>

在“阿列克索夫斯基案”中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,食物的相对缺乏是因战争引起的短缺导致的,所有的人都受此影响;而且,就平时的标准来看,医疗条件可以被认为是不充分的,但在该案中,被关押人员的确受到了可能得到的医疗照顾。<sup>8</sup>

根据实践,如果关押当局没有能力为被关押人员提供基本需求,那么它必须允许人道机构提供替代性的援助。而且,被关押人员在此种情况下也有权利接受个人的或集体的救济。《日内瓦第三公约》、《日内瓦第四公约》及其《第二附加议定书》均承

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第62段)、尼加拉瓜(同上,第68段)以及西班牙(同上,第72段)。还参见秘鲁的立法(同上,第70段)和乌拉圭的立法(同上,第73段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及阿根廷的立法草案(同上,第60段)。

<sup>3</sup> 例如,参见南斯拉夫的声明(同上,第82段)和菲律宾的声明(同上,第78段);以及据报告的下面两国的实践:马来西亚(同上,第77段)和美国(同上,第81段)。

<sup>4</sup> 联合国安理会,第770号决议(同上,第86段)。

<sup>5</sup> Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Article 6(同上,第14段); Basic Principles for the Treatment of Prisoners, para. 9(同上,第16段)。

<sup>6</sup> ICTY, Aleksovski case, Judgment(同上,第90段)。

<sup>7</sup> 《第二附加议定书》第5(1)(b)条(经协商一致通过)。

<sup>8</sup> ICTY, Aleksovski case, Judgment(参见第2卷,第37章,第90段)。

认此项获得救济装运物资的权利。<sup>9</sup> 这一解释也得到各国军事手册、国家立法以及美洲人权委员会的一份报告的支持。<sup>0</sup> 它还得到对规则 53 (涉及使平民陷于饥饿的作战方法) 和规则 55 (涉及提供人道救济) 的评注中所提到的实践的支持。

规则 119 除同一家庭的人按家庭单位予以安排之外,被剥夺自由的妇女,其住处应与男人的住处分开,并且这类妇女应由妇女直接监视。

## 实践

### 第 2 卷,第 37 章,B 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

日内瓦第三和第四公约要求,被剥夺自由之妇女的住处应与男人的住处分开。<sup>1</sup> 这两个公约同时也要求,被剥夺自由之妇女的直接监管人必须是妇女。<sup>2</sup> 根据《第一附加议定书》第 75 条的规定,这项规则是基于有关武装冲突的原因而自由受限制的妇女所应当得到的基本保证之一。<sup>3</sup>

许多国家的军事手册都特别规定,女性被关押者的住处应与男人的住处分开。<sup>4</sup> 瑞典的《国际人道法手册》还特别指出,《第一附加议定书》第 75 条是对习惯国际法

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 72 - 73 条(同上,第 4 段);《日内瓦第四公约》第 76 条、第 108 - 109 条(同上,第 4 段);《第二附加议定书》第 5(1)(c)条(经协商一致通过)(同上,第 8 段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第 23 段)、喀麦隆(同上,第 24 段)、克罗地亚(同上,第 30 段)、以色列(同上,第 38 段)、荷兰(同上,第 43 段)、新西兰(同上,第 45 段)、尼日利亚(同上,第 47 段)、塞内加尔(同上,第 50 段)、西班牙(同上,第 51 段)、瑞士(同上,第 52 段)、多哥(同上,第 53 段)、英国(同上,第 54 段)以及美国(同上,第 56 段和第 58 段);以及下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 62 段)、孟加拉国(同上,第 63 段)、爱尔兰(同上,第 66 段)以及挪威(同上,第 69 段);Inter-American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in Peru(同上,第 93 段)。

<sup>1</sup> 《日内瓦第三公约》第 25(4)条(同上,第 99 段)、第 29(2)条(同上,第 99 段)、第 97(4)条(同上,第 100 段)以及第 108(2)条(同上,第 100 段);《日内瓦第四公约》第 76(4)条(同上,第 101 段)、第 82(3)条(同上,第 102 段)、第 85(4)条(同上,第 103 段)以及第 124(3)条(同上,第 104 段)。

<sup>2</sup> 《日内瓦第三公约》第 97(4)条(同上,第 100 段)以及第 108(2)条(同上,第 100 段);《日内瓦第四公约》第 76(4)条(同上,第 101 段)以及第 124(3)条(同上,第 104 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 75(5)条(经协商一致通过)(同上,第 105 段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 112 段)、澳大利亚(同上,第 113 段)、喀麦隆(同上,第 114 段)、加拿大(同上,第 115 段)、意大利(同上,第 116 段)、荷兰(同上,第 117 段)、新西兰(同上,第 118 段)、塞内加尔(同上,第 119 段)、西班牙(同上,第 120 段)、瑞典(同上,第 121 段)、瑞士(同上,第 122 段)、英国(同上,第 123 段)以及美国(同上,第 124 - 125 段)。

的编纂。<sup>3</sup> 一些国家的立法规定,女性和男性被关押者的住处应分离。<sup>8</sup>

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定,“除一家男女的住处安排在一起外,妇女的住处应与男子的住处分开,并应由妇女直接监视”<sup>2</sup>。其他与非国际性武装冲突相关的法律文件也要求男性与女性被关押者的住处分开。<sup>3</sup>

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了这项规则。<sup>9</sup> 一些国家的立法以及其他规章规定,女性和男性被关押者的住处应分开。<sup>9</sup>

要求考虑受武装冲突影响之妇女的特别需求(见规则 134)、特别是防止妇女成为性暴力的受害者(见规则 93),都支持本研究所收集到的涉及此项规则的实践。事实上,这一规则的目的在于执行给予妇女的特殊保护。要求尊重家庭生活(见规则 105)支持同一家庭的成员必须住在一起这项规则。

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。根据红十字国际委员会的经验,男人与妇女通常都被分别关押。如果有时仅提供了最低限度的分别关押,那也不是因为不接受这一规则,而是由于关押当局拥有的物质资源有限。《第二附加议定书》特别规定,负责拘禁或拘留之当局应“在其力所能及的范围内”遵守此规则。<sup>3</sup>

规则 120 除同一家庭的人按家庭单位予以安排之外,被剥夺自由之儿童的住处应与成人住处分开。

## 实践

### 第 2 卷,第 37 章,C 节

<sup>3</sup> 瑞典, IHL Manual(同上,第 121 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 127 段)、爱尔兰(同上,第 127 段)、挪威(同上,第 129 段)、巴基斯坦(同上,第 130 段)和卢旺达(同上,第 131 段);还参见阿根廷的立法草案(同上,第 126 段)。

<sup>2</sup> 《第二附加议定书》第 5(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第 106 段)。

<sup>3</sup> See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY, para. 4(同上,第 109 段); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3(同上,第 110 段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(e)(同上,第 111 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 112 段)、澳大利亚(同上,第 113 段)、喀麦隆(同上,第 114 段)、加拿大(同上,第 115 段)、意大利(同上,第 116 段)、荷兰(同上,第 117 段)、新西兰(同上,第 118 段)、塞内加尔(同上,第 119 段)以及西班牙(同上,第 120 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:巴基斯坦的立法(同上,第 130 段)和卢旺达的立法(同上,第 131 段);以及印度的实践(同上,第 133 - 134 段)和马来西亚的实践(同上,第 136 段)。

<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第 5(2)条(首句)。

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

《日内瓦第四公约》规定,除因工作或健康原因或为执行刑事或纪律制裁之目的必须暂时分离者,被拘禁的儿童必须与他们的父母住在一起。<sup>3</sup> 这一规则规定在《第一附加议定书》中。<sup>3</sup> 《儿童权利公约》明确规定了这一要求,该公约几乎得到了全球所有国家的批准。<sup>3</sup> 另外,《公民权利与政治权利国际公约》也要求,青少年应与成年人分开关押。<sup>3</sup>

一些国家的军事手册规定,除非与其家人同住,儿童应与成年人分开关押。<sup>6</sup> 这一要求也体现在一些国家的立法之中。<sup>3</sup>

## 非国际性武装冲突

《公民权利与政治权利国际公约》和《儿童权利公约》都要求把儿童被关押者与成年人被关押者分开居住,后面一个公约得到了世界上几乎所有国家的批准。<sup>8</sup> 另外,与非国际性武装冲突有关的其他法律文件也对这一要求做出了规定。<sup>9</sup>

一些可适用于非国际性武装冲突的军事手册规定了这一规则。<sup>9</sup> 一些国家的立

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第 82(2) 条(参见第 2 卷,第 37 章,第 146 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 77(4) 条(经协商一致通过)(同上,第 148 段)。

<sup>3</sup> 《儿童权利公约》第 37(3) 条(同上,第 149 段)。

<sup>3</sup> 《公民权利与政治权利国际公约》第 10 条(同上,第 147 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 164 - 165 段)、澳大利亚(同上,第 166 段)、喀麦隆(同上,第 167 段)、加拿大(同上,第 168 段)、德国(同上,第 169 段)、西班牙(同上,第 170 段)、英国(同上,第 171 段)和美国(同上,第 172 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 173 段)、爱尔兰(同上,第 174 段)、尼加拉瓜(同上,第 175 段)、挪威(同上,第 176 段)、巴基斯坦(同上,第 177 段)、菲律宾(同上,第 178 段)以及卢旺达(同上,第 179 段)。

<sup>8</sup> 《公民权利与政治权利国际公约》第 10 条(同上,第 147 段);《儿童权利公约》第 37(3) 条(同上,第 149 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Rule 8(d) (同上,第 156 段); Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, Rule 13.4 (同上,第 158 段); Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, Rule 29 (同上,第 159 段); Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY, para. 4 (同上,第 160 段); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3 (同上,第 161 段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(f) (同上,第 163 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 165 段)、加拿大(同上,第 168 段)和德国(同上,第 169 段)。

法与其他规章也要求遵守这一规则。<sup>4</sup> 1993年,秘鲁和菲律宾通知联合国儿童权利委员会,表明它们要求儿童与成年人分开关押。<sup>5</sup>

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

## 解释

正如该规则所表明的那样,只有当不侵犯其与家人共同居住这项权利的情况下,儿童才能与成人分开居住。《第一附加议定书》、联合国秘书长《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》以及《被剥夺自由之少年的保护规则》对保持同一家庭成员共同居住前提下的各种例外做出了规定。<sup>3</sup> 同时,《儿童权利公约》对保障“儿童最佳利益”前提下的例外也做出了规定。<sup>4</sup>

在对《儿童权利公约》做出批准时,澳大利亚表示,如果进行分开关押将违反“儿童应能够与他们的家人保持联系这项义务”,它将对儿童分开关押,因而对这项权利做出了保留。<sup>5</sup> 加拿大、新西兰和英国在批准该公约时也都做出了类似的声明(如果分开关押将不“妥当”,或者混合关押将“对双方有利”,则构成例外)<sup>6</sup>。

同一家庭的成员应共同居住的规则得到了应尊重家庭生活之要求的支持(参见规则 105)。

本研究所收集到的实践并未统一地指向一个年龄界限,以决定何为该规则意义中的“儿童”。《第一附加议定书》对此问题未作具体规定,但它暗示 15 岁绝对应该是最底的界限。<sup>7</sup> 《儿童权利公约》将儿童定义为“18 岁以下任何人,除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁”。<sup>8</sup> 这一分歧同样反映在各国的立法之中。例如,卢旺达的《监狱秩序》规定,不满 18 岁的被关押者应被分开监禁,而巴基斯坦的《监狱法》

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的立法:尼加拉瓜(同上,第 175 段)、巴基斯坦(同上,第 177 段)、菲律宾(同上,第 178 段)及卢旺达(同上,第 179 段);以及马来西亚的实践(同上,第 182 段)。

<sup>5</sup> 秘鲁,Statement before the UN Committee on the Rights of the Child(同上,第 183 段);菲律宾,Initial Report to the UN Committee on the Rights of the Child(同上,第 184 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 77(4)条(经协商一致通过)(同上,第 148 段);UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(f)(同上,第 163 段);Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, Rule 29(同上,第 159 段)。

<sup>4</sup> 《儿童权利公约》第 37(3)条(同上,第 149 段)。

<sup>5</sup> 澳大利亚,Reservation made upon ratification of the Convention on the Rights of the Child(同上,第 150 段)。

<sup>6</sup> 加拿大,Reservation made upon ratification of the Convention on the Rights of the Child(同上,第 151 段);新西兰,Reservations and declarations made upon ratification of the Convention on the Rights of the Child(同上,第 154 段);英国,Reservations and declarations made upon ratification of the Convention on the Rights of the Child(同上,第 155 段)。

<sup>7</sup> 《第一附加议定书》第 77(2)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 39 章,第 379 段)。

<sup>8</sup> 《儿童权利公约》第 1 条。

则要求这一措施所指向的对象为不满 21 岁的被关押者。<sup>9</sup>

规则 121 必须将被剥夺自由的人关押于远离战斗地带并能保障其健康和卫生的场所。

## 实践

第 2 卷, 第 37 章, D 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。必须给予平民及丧失战斗力者以人道待遇的基本保证(见规则 87)加强了这一规则。

## 国际性武装冲突

被剥夺自由之人必须被关押于战场以外的场所,而且他们的健康与卫生必须得到保障。这一规则规定在日内瓦第三和第四公约中。<sup>6</sup>

许多国家的军事手册均要求提供安全、健康及卫生的关押条件。<sup>5</sup>一些国家的立法中也对此类要求做出了规定。<sup>3</sup>在 1991 年的一份外交照会中,美国向伊拉克承诺,它将不会使伊拉克战俘处于危险的境地,而是要在军事行动期间保护他们不受伤害。<sup>5</sup>在就海湾战争军事行动向联合国安理会所提交的一份报告中,美国声称,伊拉克将盟军战俘置于因战斗而产生的危险境地,而这“显然是对国际法的漠视”<sup>4</sup>。

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定,被关押者应被监禁于符合健康和卫生要求的场所,而且这些拘禁或关押场所不应靠近战区。<sup>5</sup>另外,涉及非国际性武装冲突的其他一些法

<sup>9</sup> 卢旺达, Prison Order(参见第 2 卷, 第 37 章, 第 179 段); 巴基斯坦, Prisons Act(同上, 第 177 段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第 22(1)条(同上, 第 191 段)及第 23(1)条(同上, 第 192 段);《日内瓦第四公约》第 83(1)条(同上, 第 193 段)及第 85(1)条(同上, 第 194 段)。

<sup>5</sup> 例如, 参见下列国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 198 - 199 段)、澳大利亚(同上, 第 200 段)、比利时(同上, 第 201 - 202 段)、喀麦隆(同上, 第 203 段)、加拿大(同上, 第 204 段)、哥伦比亚(同上, 第 205 段)、克罗地亚(同上, 第 206 段)、法国(同上, 第 207 - 209 段)、德国(同上, 第 210 段)、以色列(同上, 第 211 段)、意大利(同上, 第 212 段)、马达加斯加(同上, 第 213 段)、马里(同上, 第 214 段)、荷兰(同上, 第 215 段)、新西兰(同上, 第 216 段)、塞内加尔(同上, 第 217 段)、西班牙(同上, 第 218 段)、瑞士(同上, 第 219 段)、英国(同上, 第 220 - 221 段)和美国(同上, 第 222 - 223 段)。

<sup>3</sup> 例如, 参见下列国家的立法: 阿塞拜疆(同上, 第 224 段)、孟加拉国(同上, 第 225 段)、爱尔兰(同上, 第 226 段)和挪威(同上, 第 227 段)。

<sup>5</sup> 美国, 国务院, Diplomatic Note to Iraq(同上, 第 229 段)。

<sup>4</sup> 美国, Letter to the President of the UN Security Council(同上, 第 230 段)。

<sup>5</sup> 《第二附加议定书》第 5(1)(b)条及第 5(2)(c)条(经协商一致通过)(同上, 第 195 段)。

律文件也规定了这项规则。<sup>6</sup>

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册规定了这一规则。<sup>5</sup> 一些国家的立法也要求必须提供安全、健康和卫生的监禁条件。<sup>8</sup>

红十字国际委员会呼吁国际性和非国际性武装冲突各方遵守将被关押者监禁在安全、健康和卫生的关押场所的规则。<sup>9</sup>

应注意的是,恶劣的关押条件将被视为不人道的待遇(参见对规则 90 的评注)。

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

规则 122 禁止抢劫被剥夺自由之人的个人财物。

## 实践

第 2 卷,第 37 章,E 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。该规则是对禁止抢劫这项一般规则的具体应用(见规则 52)。

## 国际性武装冲突

禁止抢劫是一项被确立已久的习惯国际法规则。它早在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》以及《牛津手册》中就已得到了承认。<sup>6</sup> 禁止抢劫的规定最初在《海牙章程》中得到了编纂。<sup>6</sup> 在一战结束后设立的责任委员会提交的报告中以及二战结束后制

<sup>5</sup> 例如,参见:Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 4 (6) (同上,第 196 段);UN Secretary-General's Bulletin, Section 8 (b) (同上,第 197 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 199 段)、喀麦隆(同上,第 203 段)、加拿大(同上,第 204 段)、哥伦比亚(同上,第 205 段)、克罗地亚(同上,第 206 段)、德国(同上,第 210 段)、意大利(同上,第 212 段)、马达加斯加(同上,第 213 段)、荷兰(同上,第 215 段)、新西兰(同上,第 216 段)、塞内加尔(同上,第 217 段)和西班牙(同上,第 218 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第 224 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., ICRC, Press Release No. 1504 (同上,第 236 段);它在非国际性武装冲突情形中的实践(同上,第 237 段);Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第 238 段);and Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第 239 段)。

<sup>6</sup> Lieber Code, Article 44 (参见第 2 卷,第 16 章,第 470 段);Brussels Declaration, Articles 18 and 39 (同上,第 471 - 472 段);Oxford Manual, Article 32 (a) (同上,第 473 段)。

<sup>6</sup> 《海牙章程》第 47 条(同上,第 460 段)。

定的《纽伦堡国际军事法庭宪章》中,都将抢劫(或劫掠)确定为战争罪。<sup>8</sup>《日内瓦第三公约》规定,凡属战俘个人使用(其中包括保护个人)的财产与物品,应仍归其保有;《日内瓦第四公约》允许被拘禁人保有个人用品。<sup>9</sup>《日内瓦第四公约》还禁止掠夺。<sup>4</sup>

一些军事手册中规定禁止掠夺被拘留者。<sup>5</sup>根据许多国家的立法规定,掠夺被拘留者是一种犯罪。<sup>6</sup>

根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》的规定,抢劫是一种战争罪。<sup>8</sup>在前南斯拉夫问题国际刑事法庭 1995 年审理的“塔迪奇案”中,被告被指控抢劫了被俘人员的个人物品,但是该项指控却因证据不足而于 1997 年被宣告不成立。<sup>8</sup>在前南斯拉夫问题国际刑事法庭 1998 年审理的“德拉里奇案”(Delalic, case)中,两名被告被指控抢劫了关押在切雷比奇(Celebici)战俘营中人员的金钱、手表和其它贵重财产。然而,审判庭驳回了此项指控。它裁定:缺乏足够的证据证明“该非法占有中所得到的财物的价值足以对受害者造成严重后果”;因此,无法认定对国际人道法的违反是“严重的”。<sup>9</sup>

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第 4 条规定,禁止对自由受限制的人实施抢劫。<sup>0</sup>根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》的规定,此类抢劫是一种战争罪。<sup>1</sup>在联合国秘书长《关于设立塞拉利昂问题特

<sup>8</sup> Report of the Commission on Responsibility(同上,第 475 段);《国际军事法庭宪章》(纽伦堡),第 6(2)条(同上,第 465 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 18 条(参见第 2 卷,第 37 章,第 241 段);《日内瓦第四公约》第 97 条(同上,第 242 段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第四公约》第 33(2)条(参见第 2 卷,第 16 章,第 466 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(参见第 2 卷,第 37 章,第 245 段)、荷兰(同上,第 246 段)、美国(同上,第 247 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 249 段)、保加利亚(同上,第 250 段)、乍得(同上,第 251 段)、智利(同上,第 252 段)、哥伦比亚(同上,第 253 段)、古巴(同上,第 254 段)、萨尔瓦多(同上,第 255 段)、希腊(同上,第 256 段)、伊拉克(同上,第 257 段)、爱尔兰(同上,第 258 段)、意大利(同上,第 259 段)、新西兰(同上,第 260 段)、尼加拉瓜(同上,第 261 - 262 段)、尼日利亚(同上,第 263 段)、挪威(同上,第 264 段)、巴拉圭(同上,第 265 段)、秘鲁(同上,第 266 段)、新加坡(同上,第 267 段)、西班牙(同上,第 268 - 269 段)、英国(同上,第 270 - 271 段)、委内瑞拉(同上,第 272 段)和也门(同上,第 273 段);另参见阿根廷的立法草案(同上,第 248 段)。

<sup>8</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3(5)条(参见第 2 卷,第 16 章,第 480 段)。

<sup>8</sup> ICTY, Tadic case, Second Amended Indictment and Judgment(参见第 2 卷,第 37 章,第 279 段)。

<sup>9</sup> ICTY, Delalic case, Initial Indictment and Judgment(同上,第 281 段)。

<sup>0</sup> 《第二附加议定书》第 4(2)(g)条(经协商一致通过)(同上,第 243 段)。

<sup>1</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3(5)条(参见第 2 卷,第 16 章,第 480 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4(6)条(同上,第 482 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(f)(同上,第 469 段)。

别法庭的报告》中,秘书长将违反《第二附加议定书》第4条的行为归为违反习惯国际法的行为。<sup>2</sup> 联合国秘书长发布的《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》规定,禁止对任何没有或不再参与军事行动的人实施抢劫。<sup>3</sup>

根据许多国家的立法规定,抢劫被拘留者是犯罪行为。<sup>4</sup>

在前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“耶里希奇案”(Jelisić case)中,被告被指控违反了该法庭规约第3条第5款的规定。该条款规定,抢劫私人财产是违反战争法和惯例的行为。在该案中,被告承认有罪,因为当被拘留者到达位于波斯尼亚和黑塞哥维那境内的卢卡(Luka)集中营时,他偷窃了被拘留者的金钱、手表、珠宝和其他贵重物品。<sup>5</sup>

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

## 解释

各国军事手册中提到的实践表明,该规则禁止以非法占有为目的攫取被拘留者的私人财物。在国际性武装冲突中,它并不禁止获取可用于军事行动的物品(例如,武器和其他军事装备)作为战利品(见规则49)。

《日内瓦第三公约》规定,钢盔、防毒面具及其他为保护个人而发给之物品须由战俘个人保有。该条还规定了取去并扣留战俘所带金钱以及因安全原因取去贵重物品的具体程序。<sup>6</sup> 在《日内瓦第四公约》中,对于带走和扣留平民被拘禁者所有的金钱、支票、债券和其他贵重物品也规定了类似的程序。<sup>7</sup>

规则 123 须记录被剥夺自由之人的个人详细资料。

## 实践

第2卷,第37章,F节

<sup>2</sup> UN Secretary-General, Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone (参见第2卷,第37章,第276段)。

<sup>3</sup> UN Secretary-General's Bulletin, Section 7.2(同上,第244段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的立法:哥伦比亚(同上,第253段)、新西兰(同上,第260段)、尼加拉瓜(同上,第262段)、尼日利亚(同上,第263段)、新加坡(同上,第267段)、西班牙(同上,第268-269段)、委内瑞拉(同上,第272段)和也门(同上,第273段);另参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第250段)、意大利(同上,第259段)、尼加拉瓜(同上,第261段)、巴拉圭(同上,第265段)和秘鲁(同上,第266段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及阿根廷的立法草案(同上,第248段)。

<sup>5</sup> ICTY, Jelisić case, Initial Indictment and Judgment(同上,第280段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第18条(同上,第241段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第四公约》第97条(同上,第242段)。

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这一规则与禁止强迫失踪(见规则 98)和有义务澄清被报告失踪人员的下落的规则(见规则 117)均有重叠之处。针对那些规则所收集的实践都支持此规则,并且都赞同以下结论,即:记录被拘留者详细信息的要求无论在国际性还是非国际性武装冲突中都构成了习惯法。

## 国际性武装冲突

此规则最初是在《海牙章程》中得到了编纂,该章程规定设立国家情报局以接受并提供有关每个战俘的信息。<sup>8</sup>《日内瓦第三公约》(关于战俘)和《日内瓦第四公约》(关于敌方侨民和平民被拘禁者)中也规定建立此类情报局。<sup>9</sup>最后两个公约还规定了应在红十字国际委员会建立中央事务所,以确保和各国信息局之间的信息交换。<sup>6</sup>另外,在国际性武装冲突中,《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》还规定了一项义务,要求准予红十字国际委员会接触被拘留者,并向其提供他们的个人详细信息(见规则 124)。<sup>8</sup>

许多军事手册都明确规定有记录被剥夺自由之人详细信息的义务。<sup>8</sup>一些国家的立法也对此做出了明确规定。<sup>8</sup>此规则还得到一些正式声明与据报告的实践的进一步支持。<sup>8</sup>

1969年,第21届红十字国际大会通过了一项保护战俘的决议,它声明:无论《日内瓦第三公约》如何规定,“国际社会一直要求对战俘提供人道待遇,包括弄清所有战俘的身份并查明他们的下落”<sup>8</sup>。

未发现违反本规则的正式实践。

<sup>8</sup> 《海牙章程》第 14(1)条(同上,第 284 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 122 条(同上,第 286 段);《日内瓦第四公约》第 136 条(同上,第 288 段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第 123 条(同上,第 287 段);《日内瓦第四公约》第 140 条(同上,第 288 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第 125 条(同上,第 353 段)与 126 条(同上,第 351 段);《日内瓦第四公约》第 142 条(同上,第 353 段)与第 143 条(同上,第 351 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 301 段)、澳大利亚(同上,第 302 段)、布基纳法索(同上,第 303 段)、喀麦隆(同上,第 304 - 305 段)、加拿大(同上,第 306 段)、刚果(同上,第 307 段)、萨尔瓦多(同上,第 308 段)、法国(同上,第 309 - 310 段)、德国(同上,第 311 段)、印度(同上,第 312 段)、印度尼西亚(同上,第 313 段)、马达加斯加(同上,第 315 段)、马里(同上,第 316 段)、摩洛哥(同上,第 317 段)、荷兰(同上,第 318 段)、新西兰(同上,第 319 段)、西班牙(同上,第 321 段)、瑞士(同上,第 322 段)、英国(同上,第 323 段)和美国(同上,第 324 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 326 段)、孟加拉国(同上,第 327 段)、中国(同上,第 328 段)、爱尔兰(同上,第 329 段)和挪威(同上,第 330 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见英国的声明(同上,第 334 段);据报告的以色列实践(同上,第 333 段)。

<sup>8</sup> 21st International Conference of the Red Cross, Res. XI(同上,第 340 段)。

## 解释

至于所记录信息的范围,缔约国的义务不能超出从被关押者处或其可能携带文件中可获得的信息的范围。根据《日内瓦第三公约》的规定,当战俘受讯问时,仅须告以其姓、名、出生日期、军衔以及军、团、个人的所属番号或相当之信息。<sup>8</sup>

在国际性武装冲突中,须将按此规则记录的详细资料转递给其他当事方以及红十字国际委员会的中央事务所。

## 非国际性武装冲突

《关于人员强迫失踪的美洲公约》以及作为《代顿协定》附件的《关于和平解决问题的军事方面协议》都规定了记录被剥夺自由之人消息资料的义务。<sup>8</sup> 另外,由前南斯拉夫冲突各方以及菲律宾冲突各方之间达成的诸多协议中也都规定了此项义务。<sup>8</sup>

一些可以或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册要求记录被拘留者个人的详细资料。<sup>9</sup> 此规则也得到了正式声明和据报告的实践的支持。<sup>9</sup>

在1999年通过的一项关于科索沃境内的人权情况的决议中,联合国大会要求南斯拉夫代表“提出一份被拘留和从科索沃转移到南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)其他部分的全部人员的最新名单,斟酌情况明确列出每一个人受拘留的最新罪名。”<sup>9</sup> 许多涉及非国际性武装冲突的其他国际文件也规定,必须记录被拘留者个人的详细资料。<sup>9</sup>

正如上文所述,如果此规则的目的在于确保无人失踪或强迫失踪,那么在非国际

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第17条。

<sup>8</sup> Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, Article XI (同上,第289段); Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement annexed to the Dayton Accords, Article IX (同上,第290段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:Agreement between Croatia and the SFR Y on the Exchange of Prisoners, para. 3 (同上,第294段); Agreement No. 2 on the Implementation of the Agreement of 22 May 1992 between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2 (同上,第295段); Agreement No. 3 on the ICRC Plan of Action between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, Section IV (同上,第296段); Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners, Article 6(2) (同上,第297段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 3 (同上,第298段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第302段)、萨尔瓦多(同上,第308段)、德国(同上,第311段)、印度(同上,第312段)、马达加斯加(同上,第315段)和塞内加尔(同上,第320段)。

<sup>9</sup> 例如,参见博茨瓦纳的声明(同上,第332段);以及两个国家的实践(同上,第335-336段)。

<sup>9</sup> 联合国大会,第54/183号决议(同上,第337段)。

<sup>9</sup> Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Rule 7 (同上,第291段); European Prison Rules, Rule 8 (同上,第292段); Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 16 (同上,第293段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(a) (同上,第300段)。

性武装冲突中该规则也同样必须得到遵守。在此方面,欧洲人权委员会与欧洲人权法院认为,“不对诸如拘留日期、时间与地点,被拘留者姓名以及拘留原因等方面的信息加以记录”是不符合人身自由与安全权的真正意图的。<sup>9</sup> 美洲人权委员会已向许多国家提出建议,希望它们建立核心记录,“以查明所有被拘留者的下落,以便他们的亲人和其他利害关系者能够迅速知道任何有关他们被捕的消息”。<sup>9</sup>

红十字国际委员会一直呼吁尊重此规则,例如,在 1992 年发生在波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突情况中。<sup>9</sup>

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

## 规则 124

(一)在国际性武装冲突中,须准予红十字国际委员会经常接触被剥夺自由的人,以便检验他们的关押条件并恢复他们与其家人之间的联系。

(二)在非国际性武装冲突中,为了探视所有因与冲突有关之原因而被剥夺自由的人,红十字国际委员会可以向冲突各方提供服务,以便检验他们的关押条件并恢复他们与其家人之间的联系。

## 实践

### 第 2 卷,第 37 章,G 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》规定了红十字国际委员会在国际性武装冲突中探视被关押者的权利。<sup>9</sup> 根据这些规定,红十字国际委员会应能够完全自由地选择其希望探视的场所,而且必须能够在没有他人在场的情况下会见被关押者。访问之时间及次数不得加以限制。然而,根据《日内瓦第三公约》的规定,因迫切的军事需求之理由,可以禁止此种探视,但只能作为一种例外及暂时的措施。<sup>9</sup> 红十字

<sup>9</sup> European Commission and Court of Human Rights, Kurt v. Turkey(同上,第 341 段)。

<sup>9</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1980 - 1981 以及 Reports on the situation of human rights in Argentina, Chile and Peru(同上,第 342 段)。

<sup>9</sup> ICRC, Solemn Appeal to All Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina(同上,第 346 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 126 条(同上,第 351 段);《日内瓦第四公约》第 76(6)条以及第 143 条(同上,第 351 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第 126 条(同上,第 351 段)。

国际委员会对被剥夺自由者进行探视的权利同样得到了其他条约和法律文件的承认。<sup>9</sup>

许多国家的军事手册都承认红十字国际委员会探视被关押者的权利。<sup>9</sup> 这一权利也得到了正式声明和其他实践的支持。<sup>10</sup> 在全球范围内受国际性武装冲突影响的国家中,红十字国际委员会对战俘、平民被拘禁者以及因安全原因而被关押的人进行了大量的、日常性的探视,这进一步确认了该组织所拥有的这项权利。

1981年,在一份关于红十字国际委员会为武装冲突受害者之利益而从事的人道活动的决议中,第24届红十字国际大会对以下事实进行了谴责:“在发生在西撒哈拉和欧加登,以及后来的阿富汗的武装冲突中,红十字国际委员会被拒绝接触被俘的战斗人员以及被关押的平民。”<sup>10</sup>

### 非国际性武装冲突

没有具体的条约规定要求红十字国际委员会对非国际性武装冲突中的被关押者进行探视。但是,根据《日内瓦公约》共同第3条的规定,红十字国际委员会可以向冲突各方“提供服务”。<sup>11</sup> 根据1986年第25届红十字国际大会以协商一致的方式通过的《国际红十字与红新月运动章程》的规定,红十字国际委员会的职责是:

作为特别在国际和其他武装冲突以及内乱时进行人道主义工作的中立团体,应始终致力于保护和救助受此类冲突与其直接结果影响的军人和平民中的受难人员。<sup>12</sup>

在此基础上,红十字国际委员会一直要求对因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人进行探视,而这种请求通常都能获得批准。例如,在阿尔及利亚、阿富汗、车臣、

<sup>9</sup> Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement annexed to the Dayton Accords, Article IX (同上,第356段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 8(g) (同上,第365段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第366段)、比利时(同上,第367段)、贝宁(同上,第368段)、加拿大(同上,第369段)、厄瓜多尔(同上,第370段)、萨尔瓦多(同上,第371段)、以色列(同上,第372段)、马达加斯加(同上,第373段)、新西兰(同上,第374段)、西班牙(同上,第375段)、瑞典(同上,第376段)、瑞士(同上,第377段)、多哥(同上,第378段)、英国(同上,第379及381段)以及美国(同上,第380及382-383段)。

<sup>10</sup> 例如,参见下列国家的声明:英国(同上,第397段)、美国(同上,第399-401段);英国的实践(同上,第397-398段)和美国的实践(同上,第400-401段);以及据报告的黎巴嫩的实践(同上,第393段)。

<sup>11</sup> 24th International Conference of the Red Cross, Res. 4 (同上,第435段);还参见 21st International Conference of the Red Cross, Res. 9 以及 22nd International Conference of the Red Cross, Res. 1。

<sup>12</sup> 《日内瓦公约》共同第3条(参见第2卷,第37章,第354段)。

<sup>12</sup> 《国际红十字与红新月运动章程》第5(2)(d)条(同上,第358段)。

萨尔瓦多、尼加拉瓜、尼日利亚、卢旺达和也门的冲突中,该组织都获准进行探视。<sup>9</sup> 通常,探视条件都被写入正式的协议之中,如在前南斯拉夫冲突中签署的协议以及《关于在塔吉克斯坦交换战俘的阿什哈巴德议定书》。<sup>10</sup> 另外,还有大量武装反对团体和分离主义团体允许红十字国际委员会探视在押人员的事例。<sup>11</sup>

联合国安理会、联合国大会、联合国人权委员会以及欧洲议会和欧洲安全与合作组织都曾请求红十字国际委员会在一些非国际性武装冲突中(尤其是在阿富汗、车臣、卢旺达、塔吉克斯坦和前南斯拉夫)对被关押者进行探视。<sup>12</sup> 1995年,联合国安理会“最强烈地”谴责波斯尼亚塞族方面未履行其关于此种接触的承诺。<sup>13</sup>

在1986年通过的一份决议中,第25届红十字国际大会呼吁卷入冲突各方“允许红十字国际委员会对所有受国际人道法保护的被关押者进行探视”。<sup>14</sup>

红十字国际委员会进行探视的目的在于执行其他已有的习惯国际法规则,包括防止强迫失踪、法外处决、酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或惩罚,以及对关押条件的标准进行监督,并通过交换红十字通信恢复家庭联系。

因此,可以得出这样的结论:红十字国际委员会有关对在非国际性武装冲突中被剥夺自由之人进行探视的提议应受到善意的审查,不能武断地对其予以拒绝。<sup>15</sup>

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的实践:萨尔瓦多(同上,第390段)、俄罗斯(同上,第395段)和卢旺达(同上,第396段);以及据报告的下列国家的实践:阿富汗(同上,第388段)、也门(同上,第403段);还参见:François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC, Geneva, 2003, pp. 632 - 648 (主要描述了阿尔及利亚、萨尔瓦多、尼加拉瓜以及尼日利亚等国冲突中的例子)。

<sup>10</sup> Agreement between the Government of Greece and the ICRC (参见第2卷,第37章,第357段); Agreement between Croatia and the SFRY on the Exchange of Prisoners, para. 4 (同上,第360段); Agreement No. 3 on the ICRC Plan of Action between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, Section IV (同上,第361段); Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners, Article 8 (同上,第362段); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.4 (同上,第363段); Ashgabat Protocol on Prisoner Exchange in Tajikistan, para. 5 (同上,第364段)。

<sup>11</sup> 例如,参见据报告的武装反对团体和分离主义团体的实践(同上,第452 - 465段)。

<sup>12</sup> 例如,参见联合国安理会,第770号和第771号决议(同上,第411段)、第968号决议(同上,第412段)、第1009号决议(同上,第413段)、第1010号决议(同上,第414段)以及第1019号和第1034号决议(同上,第415段);联合国安理会,主席声明(同上,第416段);联合国大会,第46/242号决议(同上,第418段);联合国人权委员会,第1998/70号决议(同上,第419段);UN Commission on Human Rights, Statement by the Chairman (同上,第420段);European Parliament, Resolution on violations of human rights and humanitarian law in Chechnya (同上,第428段);OSCE, Permanent Council, Resolution on Chechnya (同上,第431段)。

<sup>13</sup> 联合国安理会,第1019号决议(同上,第415段)。

<sup>14</sup> 25th International Conference of the Red Cross, Res.1 (同上,第436段)。

<sup>15</sup> See also Yves Sandoz, “Le droit d’initiative du Comité international de la Croix-Rouge”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1979, pp. 352 - 373.

## 条件

在获准接触被关押者后,红十字国际委员会将根据一些已经得到确立的行动原则对他们进行探视。红十字国际委员会进行探视时所遵行的标准条款和条件包括:

对所有因武装冲突的原因而被剥夺自由之人,在他们被关押的所有各个阶段中,以及他们被关押的一切场所进行探视;

与其选定的被关押人员自由交谈和私下交谈的可能性;

对被剥夺自由之人的身份加以登记的可能性;

定期反复探视的可能性;

授权向被关押者的家人通知其被关押的消息,并确保被关押者与其家人之间必要的信息传递。<sup>1</sup>

这些行动原则是红十字国际委员会在该领域长期实践的结果,其目的在于实现这些探视活动这项目标。无论是在国际性武装冲突(《日内瓦公约》里明确规定了其中的一些条件)还是非国际性武装冲突中,红十字国际委员会均将这些原则视为其进行探视的基本条件。

规则 125 须准予被剥夺自由的人与其家人通信,但可以受到通信频率以及有关当局加以审查之需要的合理条件的限制。

## 实践

第 2 卷,第 37 章,H 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。通信应严格限于个人性质,也就是说,不能以任何方式涉及政治或军事问题。

## 国际性武装冲突

《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》均规定了须允许被剥夺自由之人与其家人通信的规则。<sup>2</sup> 关于平民,根据《日内瓦第四公约》第 5 条的规定,此项权利有可能被克减。<sup>3</sup> 该权利也得到了包括《关于在越南结束战争以及恢复和平的协议》的一

<sup>1</sup> 例如,参见红十字国际委员会的实践(参见第 2 卷,第 37 章,第 441 段)。

<sup>2</sup> 《日内瓦第三公约》第 70 条(同上,第 466 段)与第 71 条(同上,第 467 段);《日内瓦第四公约》第 106 条(同上,第 466 段)和第 107 条(同上,第 467 段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第 5 条。

项议定书以及《儿童权利公约》在内的一些其他条约的承认。<sup>4</sup>

许多军事手册中也规定了被剥夺自由之人有与其家人通信的权利。<sup>5</sup> 一些国家的立法也对此权利做出了规定。<sup>6</sup> 在正式声明和其他实践中,该权利也得到了承认。<sup>7</sup>

第 20 届与第 21 届红十字国际大会通过的一些决议也承认了被拘留者与其家人通信的权利。<sup>8</sup>

在两伊战争中,红十字国际委员会报告说,截至 1983 年 3 月 1 日,该组织已对 6800 名伊朗战俘进行了登记,这些战俘已经能够“以令人满意的方式与其家人通信了”。<sup>9</sup> 在海湾战争期间,美国谴责伊拉克拒绝把《日内瓦第三公约》赋予战俘的权利赋予他们,“例如第 70 条所赋予的通信权”。<sup>10</sup>

还应该提及的是,在国际性与非国际性武装冲突中,红十字国际委员会与有关当局合作,以“红十字通信”的形式为被拘留者与其家人之间的通信提供便利,这是其经常性的实践。例如,在 1971 年 12 月印巴冲突之后,红十字国际委员会为战俘和他们的家属之间的 1500 万封通信提供了便利。<sup>11</sup> 近期,在 1991 年的海湾战争期间,红十字国际委员会的记录显示:被拘留者共发送了 683 封红十字通信,共收到了 12738 封此类通信。从 1998 年到 2002 年,在埃塞俄比亚与厄立特里亚的冲突中,被拘留者共发送了 64620 封红十字通信,共收到 55025 封此类通信,其中包括在 2000 年 12 月 12 日埃塞俄比亚与厄立特里亚签订和平协议之后所发送的红十字通信。

<sup>4</sup> Protocol to the Agreement on Ending the War and Restoring Peace in Viet-Nam concerning the Return of Captured Military Personnel and Foreign Civilians and Captured and Detained Vietnamese Civilian Personnel, Article 8 (参见第 2 卷,第 37 章,第 469 段);《儿童权利公约》第 37(3)条(同上,第 471 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 475 - 476 段)、澳大利亚(同上,第 477 段)、比利时(同上,第 478 段)、贝宁(同上,第 479 段)、喀麦隆(同上,第 480 - 481 段)、加拿大(同上,第 482 段)、哥伦比亚(同上,第 483 - 484 段)、克罗地亚(同上,第 485 段)、法国(同上,第 486 - 487 段)、德国(同上,第 488 段)、以色列(同上,第 489 段)、马达加斯加(同上,第 490 段)、荷兰(同上,第 491 - 492 段)、新西兰(同上,第 493 段)、尼加拉瓜(同上,第 494 段)、尼日利亚(同上,第 495 段)、罗马尼亚(同上,第 496 段)、塞内加尔(同上,第 497 段)、西班牙(同上,第 498 段)、瑞士(同上,第 499 段)、多哥(同上,第 500 段)、英国(同上,第 501 - 502 段) 和美国(同上,第 503 - 505 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 506 段)、孟加拉国(同上,第 507 段)、以色列(同上,第 508 段)、挪威(同上,第 509 段)和卢旺达(同上,第 510 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见:美国的声明(同上,第 515 段);以及法国的实践(同上,第 513 段)。

<sup>8</sup> 20th International Conference of the Red Cross, Res. XXIV (同上,第 519 段); 21st International Conference of the Red Cross, Res. XI (同上,第 520 段)。

<sup>9</sup> ICRC, Conflict between Iraq and Iran: ICRC Appeal (同上,第 523 段)。

<sup>10</sup> 美国, Final Report of the Department of Defense on the Conduct of the Persian Gulf War (同上,第 515 段)。

<sup>11</sup> Fran ois Bugnion, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims, ICRC, Geneva, 2003, p. 565.

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定,对于被拘禁者与被拘留者,“应准许其收发信件和邮片,主管当局如果认为必要,得限制其数目”。<sup>2</sup> 涉及非国际性武装冲突的其他一些文件也对通信权做出了规定。<sup>3</sup>

一些可适用或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也明确规定了被剥夺自由者与其家人通信的权利。<sup>4</sup> 国内立法和据报告的国家实践进一步证明,该规则适用于非国际性武装冲突。<sup>5</sup>

红十字通信这种实践进一步支持该规则在非国际性武装冲突中也具有习惯性的性质,因为无论冲突的性质为何,红十字国际委员会都把这种通信作为探视的条件之一。例如,从1996年到2002年,在斯里兰卡的冲突中,被拘留者共发送18341封红十字通信,共收到10632封此类通信。在同一时期,在利比里亚冲突期间,被拘留者共发送和收到的红十字通信分别为2179封和2726封。在哥伦比亚,也是在同一时期,被拘留者共发送和接收的红十字通信分别是2928封和3436封。

此外,允许被剥夺自由者与其家人进行通信这项义务还符合尊重家庭生活的要求(见规则105)。这就意味着,这项义务在国际性和非国际性武装冲突中都必须得到尊重。

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

规则 126 须准予平民被拘禁者与因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人,在实际可能的程度上,接见来访者,特别是其近亲属。

## 实践

第2卷,第37章,1节

## 概要

国家实践将该规则确立为一项习惯国际法规范。该规则并不涉及由红十字国际

<sup>2</sup> 《第二附加议定书》第5(2)(b)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第37章,第470段)。

<sup>3</sup> Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Rule 37(同上,第472段); European Prison Rules, Rule 43(1)(同上,第473段); Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 15(同上,第474段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第477段)、贝宁(同上,第479段)、加拿大(同上,第482段)、哥伦比亚(同上,第483-484段)、克罗地亚(同上,第485段)、德国(同上,第488段)、马达加斯加(同上,第490段)、新西兰(同上,第493段)、尼加拉瓜(同上,第494段)、塞内加尔(同上,第497段)和多哥(同上,第500段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第506段)和卢旺达(同上,第510段);以及据报告的马来西亚的实践(同上,第514段)和美国的实践(同上,第516段)。

委员会进行的探视(见规则 124)、由作为公平审判保证之一部分的法律顾问进行的探视(见规则 100)、以及由宗教人员作为精神帮助之一部分所进行的探视(见对规则 127 的评注)。

### 国际性武装冲突

在国际性武装冲突中,《日内瓦第四公约》承认平民被拘禁者具有“尽可能时常接见来访者,尤其近亲”的权利。<sup>6</sup> 根据此公约,可以对此项权利进行克减。<sup>7</sup>

许多军事手册明确规定了平民被拘禁者接见来访者、特别是近亲属的权利。<sup>8</sup>

### 非国际性武装冲突

关于非国际性武装冲突的实践表明,必须允许被剥夺自由之人在实际可行的范围内接受其家庭成员的探视。这种实践包括《儿童权利公约》,该公约规定每名被剥夺自由的儿童“应有权通过……探访同家人保持联系,但特殊情况除外”。<sup>9</sup> 《关于菲律宾尊重国际人道法与人权的联合通告》以及一些其他国家的立法,例如卢旺达的《监狱秩序》,规定被剥夺自由之人有接见来访者的权利。<sup>10</sup>

在 1999 年通过的一项决议中,联合国大会要求南斯拉夫在科索沃冲突中尊重被拘留者接受家人探视的权利。<sup>11</sup> 在 1969 年的“希腊案”(Greek case)中,欧洲人权法院谴责对家人探视被拘留者进行严格限制。<sup>12</sup> 1993 年,美洲人权委员会建议秘鲁允许亲属探视属于图帕克·阿马鲁革命运动的被关押者。<sup>13</sup>

许多涉及非国际性武装冲突的文件也有允许家庭探视方面的规定。<sup>14</sup> 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定,被拘留者接见来访者的权利“须遵守法律或合法条例具体规定的合理条件和限制”。<sup>15</sup>

<sup>6</sup> 《日内瓦第四公约》第 116(1)条(同上,第 525 段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第四公约》第 5 条。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 37 章,第 531 - 532 段)、菲律宾(同上,第 533 段)、英国(同上,第 534 段)和美国(同上,第 535 段)。

<sup>9</sup> 《儿童权利公约》第 37(3)条(同上,第 526 段)。

<sup>10</sup> 菲律宾,Joint Circular on Adherence to International Humanitarian Law and Human Rights(同上,第 533 段);卢旺达,Prison Order(同上,第 536 段)。

<sup>11</sup> 联合国大会,第 54/183 号决议(同上,第 542 段)。

<sup>12</sup> European Court of Human Rights, Greek case(同上,第 545 段)。

<sup>13</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report on the situation of human rights in Peru(同上,第 547 段)。

<sup>14</sup> See, e. g., Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Rule 37(同上,第 527 段); European Prison Rules, Rule 43(1)(同上,第 528 段); Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 19(同上,第 529 段); Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 3(a)(同上,第 530 段)。

<sup>15</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 19(同上,第 529 段)。

无论是在国际性还是非国际性武装冲突中,红十字国际委员会都为被拘留者的家人进行探视提供便利。例如,2002年,红十字国际委员会共帮助52268名家庭成员对在各种武装冲突中(其中大多数是非国际性的)被拘留的4654人进行了探视(例如,在哥伦比亚、格鲁吉亚、科索沃和斯里兰卡)。有关政府通常都会接受这一原则,即:在实际可行的情况下,允许进行此类探视。然而,有时,军事行动妨碍了红十字国际委员会帮助家人进行探视的工作,它们会危及家庭成员的安全与尊严。<sup>6</sup>

从某种意义上说,对家庭成员进行探视也得到了尊重家庭生活的要求(见规则105)的支持。在非国际性武装冲突中,此类探视也是必需的。

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

规则 127 须尊重被剥夺自由之人的个人信念与宗教仪式。

## 实践

第2卷,第37章,J节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。该规则是尊重信念与宗教仪式之基本保证的具体应用(见规则104)。

## 国际性武装冲突

承认战俘享有奉行其宗教的自由得到首次编纂是在《海牙章程》中。<sup>7</sup>目前,关于战俘的《日内瓦第三公约》和有关平民的《日内瓦第四公约》对此问题进行了详细规定。<sup>8</sup>《第一附加议定书》还要求尊重被拘留者的信念与宗教仪式。<sup>9</sup>

许多军事手册中都规定了被拘留者有使其宗教信仰与仪式获得尊重的权利。<sup>10</sup>

<sup>6</sup> See, e.g., Annual Report 2002, Geneva, 2003, p. 305.

<sup>7</sup> 《海牙章程》第18条(参见第2卷,第37章,第550段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第34条(同上,第552-553段)和第35条(同上,第554段);《日内瓦第四公约》第76条(同上,第555段)、第86条(同上,第553段)以及第93条(同上,第552-554段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第75(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第368段)。

<sup>10</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第2卷,第37章,第561-562段)、澳大利亚(同上,第563段)、贝宁(同上,第564段)、加拿大(同上,第565段)、哥伦比亚(同上,第566段)、厄瓜多尔(同上,第567段)、德国(同上,第568段)、以色列(同上,第569段)、意大利(同上,第570段)、马达加斯加(同上,第571段)、荷兰(同上,第572段)、新西兰(同上,第573段)、尼加拉瓜(同上,第574段)、尼日利亚(同上,第575段)、罗马尼亚(同上,第576段)、塞内加尔(同上,第577段)、西班牙(同上,第578段)、瑞士(同上,第579段)、多哥(同上,第580段)、英国(同上,第581-582段)和美国(同上,第583-586段)。

一些国家的立法也有此类规定。<sup>4</sup>

在“阿列克索夫斯基案”(Aleksovski case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,指控被告禁止被拘留者举行宗教仪式的罪名不成立,这是因为“不能证实被拘留者在举行宗教仪式方面所遇到的困难是由被告的故意政策所造成的”。<sup>5</sup>

### 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第 5 条规定,应允许自由受限制的人奉行其宗教,并且,如经请求,并于适宜时,应准许其接受精神上帮助。<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第 4 条还规定,应尊重被拘留者的信念与宗教仪式。<sup>4</sup> 在联合国秘书长提交的《关于设立塞拉利昂特别法院的报告》中,他认为违反《第二附加议定书》第 4 条的行为是违反习惯国际法的行为。<sup>5</sup>

一些可适用或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册中也明确规定,被拘留者有权奉行其宗教,并接受精神帮助。<sup>6</sup> 一些国家的立法也规定了此项权利。<sup>7</sup>

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现违反本规则的正式实践。

### 解释

实践表明,个人信念的表现、奉行某人的宗教以及获得精神帮助可能要受到适当法规的调整。《海牙章程》第 18 条与《日内瓦第三公约》第 34 条均规定,如果战俘遵守有关秩序与纪律的规章,则其有权奉行其宗教。<sup>8</sup> 与此类似,关于平民被拘留者,《日内瓦第四公约》规定,他们应有履行其宗教义务之完全自由,“但以遵守拘留国当局规定之例行的纪律措施为条件”。<sup>9</sup> 此外,《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》还规定,应允许被拘留或拘禁之宗教人员自由通讯,商讨有关宗教职务事项,但其通讯得受检查。<sup>10</sup>

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 587 段)、孟加拉国(同上,第 588 段)、爱尔兰(同上,第 589 段)、意大利(同上,第 590 段)和挪威(同上,第 591 段)。

<sup>3</sup> ICTY, Aleksovski case, Judgment(同上,第 599 段)。

<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第 5(1)(d)条(经协商一致通过)(同上,第 557 段)。

<sup>4</sup> 《第二附加议定书》第 4(1)条(经协商一致通过)(同上,第 556 段)。

<sup>5</sup> UN Secretary-General, Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone(同上,第 596 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第 564 段)、加拿大(同上,第 565 段)、哥伦比亚(同上,第 566 段)、厄瓜多尔(同上,第 567 段)、德国(同上,第 568 段)、意大利(同上,第 570 段)、马达加斯加(同上,第 571 段)、荷兰(同上,第 572 段)、新西兰(同上,第 573 段)、尼加拉瓜(同上,第 574 段)、塞内加尔(同上,第 577 段)和多哥(同上,第 580 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第 587 段)。

<sup>8</sup> 《海牙章程》第 18 条(同上,第 551 段);《日内瓦第三公约》第 34 条(同上,第 552 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》第 93 条(同上,第 552 段)。

<sup>10</sup> 《日内瓦第三公约》第 35 条(同上,第 554 段);《日内瓦第四公约》第 93 条(同上,第 554 段)。

## 规则 128

(一) 实际战事停止后, 战俘须即予释放并遣返, 不得迟延。

(二) 一旦拘禁之理由不复存在, 但最迟不晚于实际战事结束之时, 平民被拘禁者须即予释放。

(三) 一旦拘禁之理由不复存在, 因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人须即予释放。

如果针对上述人员的刑事诉讼是未决诉讼, 或者他们正在服合法判处的刑罚, 则可继续剥夺其自由。

## 实践

第 2 卷, 第 37 章, K 节

## 概要

国家实践将这些规则分别确立为可适用于国际性武装冲突((一)和(二))与非国际性武装冲突((三))的习惯国际法规范。如果拘留之理由不复存在但仍然拒绝释放被拘留者, 那么就违反了禁止任意剥夺人身自由的规定(见规则 99), 并且还可能构成扣留人质(见规则 96)。

## 国际性武装冲突

《海牙章程》规定, 在媾和后, 应尽快遣返战俘。<sup>5</sup> 《日内瓦第三公约》规定, 在实际战事停止后, 战俘应即予释放并遣返, 不得迟延。<sup>6</sup>

《日内瓦第四公约》第 132 条规定, 一俟必须拘禁之理由不复存在时, 拘留国应立即将被拘禁人释放。第 133 条规定, 战事结束后, 拘禁应予尽快终止。第 132 条鼓励冲突之各方在战事进行中并应设法缔结协定, 规定若干类之被拘禁人, 尤其儿童、孕妇、有婴孩与幼童之母亲, 伤者、病者及已经长期拘禁者之释放、遣返、送归原居住地或收容于中立国之办法。<sup>7</sup>

“对遣返战俘或平民的无理延迟”构成严重破坏议定书的行为。<sup>8</sup>

<sup>5</sup> 《海牙章程》第 20 条(同上, 第 604 段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第三公约》第 118 条(同上, 第 607 段)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第四公约》第 132 条(同上, 第 608 段)和第 133 条(同上, 第 609 段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第 85(4)(b)条(经协商一致通过)(同上, 第 615 段)。

在实际战事结束之后即刻遣返战俘这项基本义务也得到许多其他条约的承认。<sup>5</sup>

许多国家的军事手册都明确规定了在(实际)战事结束之后遣返战俘的义务。<sup>6</sup> 根据许多国家的立法,对于战俘遣返的无理延迟属于犯罪。<sup>7</sup> 该规则还得到据报告的实践的支 持。<sup>8</sup> 联合国及其他国际组织在许多场合也对此问题进行了重申。<sup>9</sup>

红十字与红新月国际大会屡次呼吁尊重此规则。例如,1999年,在第27届国际大会上通过的《2000—2003年行动计划》中,它呼吁武装冲突的所有各方应确保:

在实际战事停止之后,应立即释放并遣返战俘,除非其正接受正当司法

---

<sup>5</sup> Panmunjom Armistice Agreement, Article III(51)(a) (同上,第611段); Protocol to the Agreement on Ending the War and Restoring Peace in Viet-Nam concerning the Return of Captured Military Personnel and Foreign Civilians and Captured and Detained Vietnamese Civilian Personnel, Articles 4 and 6 (同上,第613段); Agreement on Repatriation of Detainees between Bangladesh, India and Pakistan (同上,第614段); CIS Agreement on the Protection of Victims of Armed Conflicts, Article 4 (同上,第618段); Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement annexed to the Dayton Accords, Article IX (同上,第619段); Peace Agreement between Ethiopia and Eritrea, Article 2(1) and (2) (同上,第620段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第638-639段)、澳大利亚(同上,第640段)、喀麦隆(同上,第642段)、加拿大(同上,第641段)、哥伦比亚(同上,第643段)、克罗地亚(同上,第644段)、法国(同上,第645段)、德国(同上,第646段)、匈牙利(同上,第647段)、以色列(同上,第648段)、意大利(同上,第649段)、马达加斯加(同上,第650段)、荷兰(同上,第651段)、新西兰(同上,第653段)、尼日利亚(同上,第654段)、南非(同上,第655段)、西班牙(同上,第656段)、瑞士(同上,第657段)、英国(同上,第658-659段)和美国(同上,第660-661段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第663段)、澳大利亚(同上,第664-665段)、阿塞拜疆(同上,第666段)、孟加拉国(同上,第667段)、白俄罗斯(同上,第668段)、比利时(同上,第669段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第670段)、加拿大(同上,第671段)、库克群岛(同上,第672段)、克罗地亚(同上,第673段)、塞浦路斯(同上,第674段)、捷克共和国(同上,第675段)、爱沙尼亚(同上,第677段)、格鲁吉亚(同上,第678段)、德国(同上,第679段)、匈牙利(同上,第680段)、爱尔兰(同上,第681段)、立陶宛(同上,第684段)、摩尔多瓦(同上,第685段)、荷兰(同上,第686段)、新西兰(同上,第687段)、尼日尔(同上,第689段)、挪威(同上,第690段)、斯洛伐克(同上,第691段)、斯洛文尼亚(同上,第692段)、西班牙(同上,第693段)、塔吉克斯坦(同上,第694段)、英国(同上,第695段)、南斯拉夫(同上,第696段)和津巴布韦(同上,第697段);另参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第662段)、萨尔瓦多(同上,第676段)、约旦(同上,第682段)、黎巴嫩(同上,第683段)和尼加拉瓜(同上,第688段)。

<sup>8</sup> 例如,参见据报告的下列国家的实践:博茨瓦纳(同上,第701段)、埃及(同上,第703段)和科威特(同上,第709段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:联合国安全理事会,第968号决议(同上,第719段);联合国大会,第50/193号决议(同上,第722段);联合国人权委员会,第1996/71号决议(同上,第725段)和第1998/79号决议(同上,第727段); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 1287 (同上,第736段); Gulf Cooperation Council, Supreme Council, Final Communiqué of the 12th, 13th, 14th, 15th and 16th sessions (同上,第740-744段); League of Arab States, Council, 第4938号决议(同上,第745段)、第5169号决议(同上,第747段)、第5231号决议(同上,第746段)、第5324号决议(同上,第747段)、第5414号决议(同上,第748段)和第5635号决议(同上,第749段); OIC, Conference of Foreign Ministers, Res. 1/16-EX (同上,第751段); OSCE, Ministerial Council, Decision on the Minsk Process (同上,第752段)。

程序之审查;应严格遵守禁止扣留人质的规定;不得出于讨价还价之目的而延长对战俘与被拘禁者的扣留时间,该实践为《日内瓦公约》所禁止。<sup>6</sup>

## 非国际性武装冲突

在非国际性武装冲突中,许多在冲突中缔结的协议都是确立该规则习惯法性质的实践,例如,在阿富汗、安哥拉、波斯尼亚和黑塞哥维那、柬埔寨、车臣、萨尔瓦多、利比里亚、莫桑比克和卢旺达发生的武装冲突。<sup>6</sup> 《第二次埃斯基普拉斯会议协议》规定,在签发大赦令的同时,“相关国家的非正规军”应释放他们关押的所有人。<sup>6</sup>

根据一些国家立法的规定,无理拖延非国际性武装冲突中被拘留者返乡的行为属于犯罪。<sup>6</sup>

此规则得到了一些正式声明与其他实践的支持。它们对释放被拘留者的行为表示赞赏,要求进一步释放被拘留者,或者对在此类释放活动中不合作的当事方予以谴责。<sup>6</sup> 还有一些国家对释放在非国际性武装冲突中被拘留之人做出了解释,例如,哥伦比亚、尼日利亚和卢旺达。<sup>6</sup>

联合国与其他国际组织在各种场合(例如,在阿富汗、安哥拉、波斯尼亚和黑塞哥维那、车臣和塔吉克斯坦)均强调了释放非国际性武装冲突中被拘留者的重要性。<sup>6</sup> 有时,因为无力保证被拘留的俘虏的安全,武装反对团体也表示它们希望遵守

<sup>6</sup> 27 th International Conference of the Red C ross and R ed C rescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第 756 段)。

<sup>6</sup> A fghan Peace A ccord, A rticle 5(同上,第 635 段);Peace Accords between the Governm ent of Angola and UN ITA, para. II. 3(同上,第 627 段);Agreem ent between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and T ransfer of Prisoners, A rticle 3(1)(同上,第 631 段);Final Act of the Paris Conference on Cam bodia, A rticles 21 - 22(同上,第 626 段);N Sele Cease-fire Agreem ent, A rticle 4(同上,第 633 段);G overnm ent of E l Salvador-FMLN Agreem ent on Hum an R ights, para. 3(同上,第 624 段);Cotonou Agreem ent on Liberia, A rticle 10(同上,第 634 段);General Peace Agreem ent for Mozam bique, Protocol IV, Part III(同上,第 632 段);M oscow Agreem ent on a Cease-fire in Chechnya, A rticle 2(同上,第 637 段)。

<sup>6</sup> Esqu ipu las II Accords(同上,第 617 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:格鲁吉亚(同上,第 678 段)、德国(同上,第 679 段)和塔吉克斯坦(同上,第 694 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的声明:孟加拉国(同上,第 700 段)、法国(同上,第 704 段);菲律宾的实践(同上,第 711 段);以及据报告的下列国家的实践:印度(同上,第 707 段)和美国(同上,第 713 段)。

<sup>6</sup> 参见哥伦比亚的实践(同上,第 702 段)以及据报告的尼日利亚的实践(同上,第 710 段)和卢旺达的实践(同上,第 712 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:联合国安理会,第 968 号决议(同上,第 719 段)、主席声明(同上,第 720 - 721 段);联合国大会,第 50/193 号决议(同上,第 722 段);联合国人权委员会,第 1994/72 号决议和第 1995/89 号决议(同上,第 724 段)、第 1996/71 号决议(同上,第 725 段)、第 1998/79 号决议(同上,第 727 段)和 Statem ent by the Chairm an(同上,第 728 段);European Parliam ent, Resolution on the situation in Chechnya(同上,第 739 段);League of A rab States, Council, 第 5231 号决议(同上,第 746 段);OAU R eport of the Secretary- G eneral on the situation in Angola(同上,第 750 段)。

此规则。<sup>6</sup>

### 解释

从该规则的表述中可以看出,它并不适用于那些因武装冲突的原因正处于刑事诉讼中的人,以及那些被合法判罪和正在服刑的人。这一点在许多协议中都有所反映。<sup>6</sup> 因此,在敌对行动结束后,那些因与冲突有关的原因被合法判罪或正在服刑的人仍然可被拘留,但应该考虑给予其特设,除非他们因战争罪正在服刑(见规则 159)。

根据《日内瓦第四公约》的规定,不得将被保护人移送于他或她“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由之国家”。<sup>6</sup> 尽管《日内瓦第三公约》没有规定类似条款,但自 1949 年以来的实践已经发展形成了这样一种结果,即:在每一次遣返中,红十字国际委员会都扮演着中立调解人的角色,无论是国际性还是非国际性武装冲突的各方都接受了红十字国际委员会的参与条件,其中包括红十字国际委员会能够在遣返(在非国际性武装冲突的情况下是释放)之前,通过单独会见有关人员,核查他们是否希望被遣返(或释放)。<sup>6</sup>

实践表明,释放通常是根据协议在冲突结束之时进行的,它以双边交换为基础。<sup>7</sup> 从人员释放的谈判到对释放本身的监督甚或是在释放之后对前战俘的接收,释放过程的每个阶段几乎总是包括中立调解者(通常是红十字国际委员会)的参与。实践强调,在此类交换过程中,相关各方必须与红十字国际委员会或其他调停者善意

---

<sup>6</sup> 例如,参见哥伦比亚革命武装(人民军)的声明(同上,第 765 段)、据报告的苏丹人民解放运动(军)的实践(同上,第 766 段)及武装反对团体的实践(同上,第 762 - 764 段)。

<sup>6</sup> See, e.g., Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners, Article 3(1); General Peace Agreement for Mozambique, Protocol IV, Part III(同上,第 631 段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第四公约》第 45(4)条(同上,第 835 段)。

<sup>6</sup> See, e.g., Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement annexed to the Dayton Accords(同上,第 823 段); Agreement between Croatia and the SFRY on the Exchange of Prisoners, para. 6(同上,第 840 段); Agreement between Croatia and the FRY on the Exchange of Prisoners(July 1992), para. 3(同上,第 841 段); Agreement between Croatia and the FRY on the Release and Repatriation of Prisoners, Article 1(4)(同上,第 842 段); Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners, Article 3(6)(同上,第 843 段)。

<sup>7</sup> See, e.g., Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement annexed to the Dayton Accords, Article IX(同上,第 787 段); Agreement between Croatia and the SFRY on the Exchange of Prisoners, paras. 1 - 2(同上,第 792 段); Protocol to the Moscow Agreement on a Cease-fire in Chechnya, Article 2(同上,第 793 段); Ashgabat Protocol on Prisoner Exchange in Tajikistan, para. 1(同上,第 794 段)。

合作。<sup>2</sup> 在以下国家中,也有关于类似实践的报告:安哥拉<sup>3</sup>、哥伦比亚<sup>4</sup>、萨尔瓦多<sup>5</sup>、卢旺达<sup>6</sup>、索马里<sup>7</sup>、和苏丹<sup>8</sup>。联合国安理会、联合国人权委员会以及欧洲理事会议会大会都呼吁各方在释放被拘留者方面与红十字国际委员会进行合作。<sup>9</sup>

实践表明,在释放之时,前拘留方的责任并未中止,它在确保人员在返回期间的安全以及在旅途中维持其生活方面仍然负有责任。《日内瓦第三公约》规定,战俘之遣返应在与移送战俘相类似的人道条件下实行。<sup>10</sup> 《第二附加议定书》规定,“如果决定释放自由被剥夺的人,作出决定的人应采取措施,以保证被释放的人的安全”。<sup>11</sup> 最后一项要求在以下几类文件中有所规定,它们是:《克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国关于交换战俘的协议》(1992年3月)、<sup>12</sup> 许多可适用于或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册、<sup>13</sup> 规定违反《第二附加议定书》惩罚措施的国内立法<sup>14</sup> 以及一份由安理会主席发表的声明。<sup>15</sup>

关于《日内瓦第三公约》第118条中关于“实际战事结束”这一表述的含义,《德

<sup>2</sup> See, e.g., Peace Accords between the Government of Angola and UN ITA, Cease-fire Agreement, Section II(3) (同上,第913段); Agreement between Croatia and the SFRY on the Exchange of Prisoners, paras. 3 - 6 and 11 (同上,第915段); Agreement No. 3 on the ICRC Plan of Action between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, Section IV (同上,第916段); Agreement between Croatia and the FR Y on the Release and Repatriation of Prisoners, Article 1(1) (同上,第917段); London Programme of Action on Humanitarian Issues, Article 2(f) (同上,第918段); Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners, Article 3 (同上,第919段); Agreement among the Parties to Halt the Conflict in Bosnia and Herzegovina, Article II (同上,第921段); General Peace Agreement for Mozambique, Protocol VI, Section III(2) (同上,第920段); Cotonou Agreement on Liberia, Article 10 (同上,第922段); Ashgabat Protocol on Prisoner Exchange in Tajikistan, para. 2 (同上,第923段)。

<sup>3</sup> See UN Secretary-General, Further report on the UN Angola Verification Mission (UNAVEM II) (同上,第937段)。

<sup>4</sup> Report on the Practice of Colombia (同上,第928段)。

<sup>5</sup> See UN Commission on the Truth for El Salvador, Report (同上,第939段)。

<sup>6</sup> See Association rwandaise pour la défense des droits de la personne et des libertés publiques, Rapport sur les droits de l'homme au Rwanda - Année 1992 (同上,第929段)。

<sup>7</sup> UN Secretary-General, Progress report on the situation in Somalia (同上,第938段)。

<sup>8</sup> See ICRC, Annual Report 1986 (同上,第945段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:联合国安理会,第1089号决议(同上,第932段)和第1284号决议(同上,第933段);联合国人权委员会,第1996/71号决议(同上,第934段);Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 1287 (同上,第940段)。

<sup>10</sup> 《日内瓦第三公约》第119(1)条(此条款提到了该公约第46—48条中规定的移送条件)。

<sup>11</sup> 《第二附加议定书》第5(4)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第37章,第891段)。

<sup>12</sup> Agreement between Croatia and the SFR Y on the Exchange of Prisoners (March 1992), Article VII (同上,第892段)。

<sup>13</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第895段)、新西兰(同上,第897段)。

<sup>14</sup> 例如,参见下列国家的立法:爱尔兰(同上,第900段)、挪威(同上,第901段)。

<sup>15</sup> 联合国安理会,主席声明(同上,第905段)。

国军事手册》认为,这一要求既非指正式的停战协议,亦非指和平条约的缔结。<sup>6</sup>

\* \* \* \*

注意:《日内瓦第三公约》第 109—117 条对有特殊需求之战俘的直接遣返及中立国之收容做出了规定。<sup>8</sup> 这些条款中所规定的义务与在实际战事结束时要求释放或遣返的规则无关。

---

<sup>6</sup> 德国, Military Manual(同上,第 646 段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第三公约》第 109 - 117 条(同上,第 606 段)。

## 第 38 章

---

### 迁移与流离失所者

注：本章讨论的是，无论是在一国领土范围之内还是之外，因与武装冲突有关的原因而使平民被迫迁移的问题。因此，它涉及国内流离失所者和跨国界流离失所者（难民）的待遇问题。唯一的例外是规则 130，它涉及将人口强制或非强制移送至被占领土的问题。

#### 规则 129

（一）除为有关平民的安全或迫切的军事理由所要求外，国际性武装冲突各当事方不得将占领地平民居民之全部或部分驱逐或强制移送。

（二）除为有关平民的安全或迫切的军事理由所要求外，非国际性武装冲突各当事方不得基于有关冲突的理由下令使平民居民之全部或部分迁移。

#### 实践

第 2 卷, 第 38 章, A 节

#### 概要

国家实践将这些规则分别确立为可适用于国际性武装冲突（（一））与非国际性武装冲突（（二））的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突

禁止驱逐或移送平民最早规定在《利伯守则》中，它规定“不能再将平民……带至遥远的地方”。根据《纽伦堡国际军事法庭宪章》的规定，“为奴役或为任何其他目的……驱逐占领地平民居民”构成战争罪。《日内瓦第四公约》中规定禁止移送或驱逐平民。另外，根据《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》的规定，驱逐或移送被占领土的平民居民是严重破坏这些文件的行为，但因所涉平民的安全或因迫切的

---

Lieber Code, Article 23 (参见第 2 卷, 第 8 章, 第 20 段)。

《国际军事法庭宪章》(纽伦堡) 第 6(2) 条(同上, 第 1 段)。

《日内瓦第四公约》第 49(1) 条(同上, 第 3 段)。

军事理由而有需要的除外。《国际刑事法院规约》规定，在国际性武装冲突中，“[占领国]将被占领领土的全部或部分人口驱逐或迁移到被占领领土内或外的地方”构成战争罪。

许多军事手册都明确禁止非法驱逐或移送被占领土的平民。根据许多国家立法的规定，此类驱逐或移送是犯罪。与第二次世界大战相关的判例法也支持此项禁止性规定。一些正式声明以及许多由国际组织和国际会议通过的决议，包括对据称的驱逐与移送事件进行谴责，也支持此项禁止性规定。

然而，以色列最高法院多次认为，《日内瓦第四公约》第49条不适用于因公共秩序与安全<sup>0</sup>的原因而有选择地驱逐个人的情形，或者认为，第49条并不构成习惯国际法的一部分，因此针对公民个人的驱逐令并不违反以色列的国内法。<sup>1</sup>

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定在非国际性武装冲突中禁止转移平民居民。<sup>2</sup> 根据《国

《日内瓦第四公约》第147条(同上,第4段);《第一附加议定书》第85(4)条第1项(经协商一致通过)(同上,第9段)。

《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(viii)条(同上,第18段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第39-40段)、澳大利亚(同上,第41-42段)、加拿大(同上,第43段)、哥伦比亚(同上,第44段)、克罗地亚(同上,第45段)、厄瓜多尔(同上,第46段)、法国(同上,第47-49段)、德国(同上,第50段)、匈牙利(同上,第51段)、意大利(同上,第52段)、荷兰(同上,第53段)、新西兰(同上,第54段)、尼日利亚(同上,第55段)、菲律宾(同上,第56段)、南非(同上,第57段)、西班牙(同上,第58段)、瑞典(同上,第59段)、瑞士(同上,第60段)、英国(同上,第61段)和美国(同上,第62-64段)。

例如,参见立法(同上,第65-156段)。

例如,参见中国,War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence, Takashi Sakai case(同上,第159段);法国,General Tribunal at Rastadt of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany, Roehling case(同上,第157段);以色列,District Court of Jerusalem, Eichmann case(同上,第161段);荷兰,Special Court of Cassation, Zimmermann case(同上,第166段);波兰,Supreme National Tribunal of Poland at Poznan, Geiser case(同上,第157段);美国,Military Tribunal at Nuremberg, Krauch (I.G. Farben Trial) case, Krupp case, Milch case, List (Hostages Trial) case(同上,第157段)以及Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第157段)。

例如,参见瑞士的声明(同上,第186段)和美国的声明(同上,第188-190段);联合国大会,第2675(XV)号决议(同上,第204段)、第3318(XXIX)号决议(同上,第205段)、第36/147 D号、第37/88 D号、第38/79 E号、第39/95 E号以及第40/161 E号决议(同上,第206段)、第36/147 C号、第37/88 C号、第38/79 D号、第39/95 D号以及第40/161 D号决议(同上,第207段);League of Arab States, Council, 第4430号决议(同上,第223段)、第5169号决议(同上,第224段)和第5324号决议(同上,第225段);25th International Conference of the Red Cross, Res. I(同上,第226段)。

<sup>0</sup> 例如,参见以色列,High Court, Abu-Awad case(同上,第162段)与 Affo and Others case(同上,第165段)。

<sup>1</sup> 例如,参见以色列,High Court, Kawasme and Others case(同上,第163段)与 Nazal and Others case(同上,第164段);另参见:Yoram Dinstein, “The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Deportations”, Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 23, 1993, pp. 1-26。

<sup>2</sup> 《第二附加议定书》第17条(经协商一致通过)(参见第2卷,第38章,第10段)。

际刑事法院规约》的规定,在非国际性武装冲突中,除非所涉平民的安全或因迫切的军事理由有所需要,“基于与冲突有关的理由下令平民人口迁移”构成战争罪。<sup>3</sup> 该规则也包含在其他一些与非国际性武装冲突有关的文件中。<sup>4</sup> 还应提及的是,根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《国际刑事法院规约》的规定,驱逐或转移平民居民构成危害人类罪。<sup>5</sup>

一些可适用或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也明确禁止强迫转移平民居民。<sup>6</sup> 许多国家的立法也规定,违反此规则构成犯罪。<sup>7</sup> 这一规则也得到了在发生非国际性武装冲突情况下正式声明及据报告的实践的支持。<sup>8</sup>

在 1970 年通过的一项有关在武装冲突中保护平民之基本原则的决议中,联合国大会确认,“平民群众或个人不应作为……强迫迁移……之对象”。<sup>9</sup> 在 1974 年通过的一项关于在非常状态和武装冲突中保护妇女和儿童的决议中,联合国大会宣称,“交战双方在从事军事行动期间或在占领领土中……实行的强迫迁出,应视为犯罪

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(5)(viii)条(同上,第 19 段)。

<sup>4</sup> See, e.g., Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3(同上,第 28 段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines, Part IV, Article 3(7)(同上,第 35 段)。

<sup>5</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 5(4)条(同上,第 31 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 3(4)条(同上,第 32 段);《国际刑事法院规约》第 7(1)(d)条(同上,第 16 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 41 - 42 段)、加拿大(同上,第 43 段)、哥伦比亚(同上,第 44 段)、克罗地亚(同上,第 45 段)、厄瓜多尔(同上,第 46 段)、法国(同上,第 49 段)、德国(同上,第 50 段)、匈牙利(同上,第 51 段)、意大利(同上,第 52 段)、荷兰(同上,第 53 段)、新西兰(同上,第 54 段)、菲律宾(同上,第 56 段)、南非(同上,第 57 段)和西班牙(同上,第 58 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第 66 段)、澳大利亚(同上,第 67 和 69 段)、阿塞拜疆(同上,第 70 段)、白俄罗斯(同上,第 73 段)、比利时(同上,第 74 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 75 段)、柬埔寨(同上,第 79 段)、加拿大(同上,第 81 段)、哥伦比亚(同上,第 83 - 84 段)、刚果(同上,第 86 段)、克罗地亚(同上,第 89 段)、萨尔瓦多(同上,第 93 段)、爱沙尼亚(同上,第 95 段)、埃塞俄比亚(同上,第 96 段)、芬兰(同上,第 97 段)、格鲁吉亚(同上,第 99 段)、德国(同上,第 100 段)、哈萨克斯坦(同上,第 108 段)、拉脱维亚(同上,第 110 段)、摩尔多瓦(同上,第 120 段)、荷兰(同上,第 121 段)、新西兰(同上,第 123 段)、尼加拉瓜(同上,第 125 段)、尼日尔(同上,第 127 段)、巴拉圭(同上,第 131 段)、波兰(同上,第 133 段)、葡萄牙(同上,第 134 段)、俄罗斯(同上,第 136 段)、斯洛文尼亚(同上,第 140 段)、西班牙(同上,第 141 段)、塔吉克斯坦(同上,第 143 段)、乌克兰(同上,第 146 段)、英国(同上,第 148 段)、乌兹别克斯坦(同上,第 152 段)以及南斯拉夫(同上,第 154 段);还参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第 77 段)、捷克共和国(同上,第 92 段)、匈牙利(同上,第 101 段)、罗马尼亚(同上,第 135 段)和斯洛伐克(同上,第 139 段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及下列国家的立法:阿根廷(同上,第 65 段)、布隆迪(同上,第 78 段)、萨尔瓦多(同上,第 93 段)、约旦(同上,第 107 段)、尼加拉瓜(同上,第 126 段)和特立尼达和多巴哥(同上,第 144 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的声明:阿富汗(同上,第 168 段)、博茨瓦纳(同上,第 169 段)、日本(同上,第 175 段)、荷兰(同上,第 177 - 178 段)、新西兰(同上,第 180 段)、尼日利亚(同上,第 181 段)、俄罗斯(同上,第 183 段)、西班牙(同上,第 185 段)、英国(同上,第 187 段)和美国(同上,第 190 段),以及据报告的约旦的实践(同上,第 176 段)和美国的实践(同上,第 191 段)。

<sup>9</sup> 联合国大会,第 2675 (XXV) 号决议(以 109 票赞成、0 票反对和 8 票弃权通过)(同上,第 204 段)。

行为”。<sup>0</sup> 联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会不仅对国际性武装冲突中而且也对非国际性武装冲突(例如波斯尼亚和黑塞哥维那、布隆迪与苏丹境内的冲突)中发生的强制迁移的事件进行了谴责。<sup>1</sup>

第26届红十字与红新月国际大会通过了两项决议,强调禁止强制移送平民居民。<sup>2</sup> 红十字国际委员会呼吁国际性和非国际性武装冲突当事各方遵守此规则。<sup>3</sup>

## 撤离平民居民

无论是在国际性还是非国际性武装冲突中,国家实践都对禁止迁移这项规则确立了一项例外,即:如果因所涉平民的安全或因迫切的军事理由(例如清扫战区)要求撤离,且具备保证这种撤离得以进行的条件,就可以进行强制迁移。《日内瓦第四公约》和《第二附加议定书》都规定了这一例外。<sup>4</sup> 许多军事手册也规定了撤离的可能性。<sup>5</sup> 它还规定在许多国家的立法中。<sup>6</sup>

《国内流离失所问题指导原则》禁止“任意”迁移人员,它被界定为包括在武装冲突局势下的迁移,“除非是为了保护有关平民的安全,或由于绝对必要的军事原因”。<sup>7</sup> “绝对必要的军事原因”这一例外绝不包括以迫害平民居民为目的的迁移。<sup>8</sup>

《日内瓦第四公约》进一步规定,撤离不得致使被保护人在占领地境外流离失所,“但因物质原因不能避免上述流离失所则为例外”。<sup>9</sup> 关于非国际性武装冲突,

<sup>0</sup> 联合国大会,第3318(XXIX)号决议(以110票赞成、0票反对和14票弃权通过)(同上,第205段)。

<sup>1</sup> 例如,参见联合国安理会,第752号决议(同上,第193段)和第819号决议(同上,第194段);联合国安理会,主席声明(同上,第201段);联合国安理会,第55/116号决议(同上,第212段);联合国人权委员会,第1995/77号决议(同上,第212段)和第1996/73号决议(同上,第213段)。

<sup>2</sup> 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第228段)和 Res. IV(同上,第229段)。

<sup>3</sup> See, e.g., ICRC, Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第237段)与 Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第240段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第四公约》第49(2)条(同上,第245段);《第二附加议定书》第17(1)条(经协商一致通过)(同上,第246段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第250-251段)、喀麦隆(同上,第253段)、加拿大(同上,第254段)、克罗地亚(同上,第255段)、多米尼加共和国(同上,第256段)、法国(同上,第257段)、德国(同上,第258段)、匈牙利(同上,第259段)、以色列(同上,第260段)、意大利(同上,第261段)、肯尼亚(同上,第262段)、荷兰(同上,第264段)、新西兰(同上,第265段)、菲律宾(同上,第266段)、西班牙(同上,第267段)、瑞典(同上,第268段)、瑞士(同上,第269段)、英国(同上,第270-271段)和美国(同上,第272-274段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第275段)、澳大利亚(同上,第276段)、阿塞拜疆(同上,第277段)、加拿大(同上,第278段)、刚果(同上,第279段)、古巴(同上,第280段)、爱尔兰(同上,第281段)、荷兰(同上,第282段)、新西兰(同上,第283段)、挪威(同上,第284段)、卢旺达(同上,第286段)和英国(同上,第288段);另参见特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第287段)。

<sup>7</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 6(2)(同上,第248段)。

<sup>8</sup> 例如,参见《日内瓦第四公约》第45(4)条(同上,第2段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第四公约》第49条。

《第二附加议定书》规定,撤离不能造成迫其离开其本国领土。<sup>6</sup>

### 流离失所的预防

国家实践还强调了冲突各方防止因其自身行为导致流离失所的义务,至少是那些其本身就受到禁止的行为(例如,恐吓平民居民或实施不分皂白的攻击)。正如在《国内流离失所问题指导原则》中所规定的那样:

所有当局和有关国际方面应随时遵守及确保遵守它们按国际法所应承担的义务,包括人权法和人道法,以避免任何会造成人民流离失所的情况。<sup>3</sup>

### 种族清洗

“种族清洗”旨在改变某一地域的人口组成。除了对某一地区的平民居民进行迁移之外,这一结果还可通过其他本身即受禁止的行为来实现,例如针对平民的攻击(见规则1)、谋杀(见规则89)以及强奸及其他形式的性暴力(见规则93)。无论冲突的性质如何,这些行为都是受到禁止的,而且已经受到了广泛谴责。

规则 130 各国不得将其本国平民居民的一部分驱逐或迁往其所占领土。

### 实践

第2卷,第38章,B节

### 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

### 国际性武装冲突

《日内瓦第四公约》规定,禁止将本国平民驱逐或转移至其所占领土。<sup>3</sup> 这些实践是对《第一附加议定书》的严重破坏行为。<sup>3</sup> 根据《国际刑事法院规约》规定,在国际性武装冲突中,“占领国将部分本国平民人口间接或直接迁移到其占领的领土”构成战争罪。<sup>4</sup>

<sup>6</sup> 《第二附加议定书》第17(2)条(经协商一致通过)。

<sup>3</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 5(参见第2卷,第38章,第34段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第49(6)条(同上,第334段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第85(4)(a)条(经协商一致通过)(同上,第335段)。

<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(viii)条(同上,第336段)。

许多军事手册规定,禁止冲突一方将其部分平民居民驱逐或转移至其所占领土。<sup>5</sup> 该规则规定在许多国家的立法中。<sup>6</sup> 一些正式声明和据报告的实践也对禁止将其本国平民居民转移至其所占领土的规则提供了支持。<sup>3</sup>

联合国安理会对试图改变所占领土人口构成的行为进行了谴责。<sup>8</sup> 1992年,它呼吁在南斯拉夫的任何地方均应停止改变人口种族构成的企图。<sup>9</sup> 同样,联合国大会与联合国人权委员会均对有关定居点的实践进行了谴责。<sup>9</sup> 根据联合国关于人口迁移、包括安插定居者和设立定居点所涉人权问题特别报告员的最后报告,“安置定居者”是非法的,它将引起国家责任和个人的刑事责任。<sup>4</sup>

1981年,第24届红十字国际大会重申:“在所占领土设立定居点违反了《日内瓦第四公约》第27条和49条的规定。”<sup>12</sup>

在1946年的“主要战犯案”(Case of the Major War Criminals)中,纽伦堡国际军事法庭判定两名企图对所占领土实施“德国化”的被告有罪。<sup>3</sup>

**规则 131** 如果发生迁移,须采取一切可能的措施,使平民居民能在满意的住宿、卫生、健康、安全和营养以及同一家庭成员不相分离的条件下被收留。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第346-347段)、澳大利亚(同上,第348段)、加拿大(同上,第349段)、克罗地亚(同上,第350段)、匈牙利(同上,第351段)、意大利(同上,第352段)、荷兰(同上,第353段)、新西兰(同上,第354段)、西班牙(同上,第355段)、瑞典(同上,第357段)、瑞士(同上,第357段)、英国(同上,第358段)和美国(同上,第359段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第361段)、澳大利亚(同上,第362-363段)、阿塞拜疆(同上,第364-365段)、孟加拉国(同上,第366段)、白俄罗斯(同上,第367段)、比利时(同上,第368段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第369段)、加拿大(同上,第371-372段)、刚果(同上,第373段)、库克群岛(同上,第374段)、克罗地亚(同上,第375段)、塞浦路斯(同上,第376段)、捷克共和国(同上,第377段)、德国(同上,第379段)、格鲁吉亚(同上,第380段)、爱尔兰(同上,第381段)、马里(同上,第384段)、摩尔多瓦(同上,第385段)、荷兰(同上,第386段)、新西兰(同上,第387-388段)、尼日尔(同上,第390段)、挪威(同上,第391段)、斯洛伐克(同上,第392段)、斯洛文尼亚(同上,第393段)、西班牙(同上,第394段)、塔吉克斯坦(同上,第395段)、英国(同上,第397-398段)、南斯拉夫(同上,第399段)和津巴布韦(同上,第400段);另参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第360段)、布隆迪(同上,第370段)、约旦(同上,第382段)、黎巴嫩(同上,第383段)和特立尼达和多巴哥(同上,第396段)。

<sup>3</sup> 例如,参见科威特的声明(同上,第405段)和美国的声明(同上,第406-407段);以及据报告的埃及的实践(同上,第402段)与据报告的法国的实践(同上,第403段)。

<sup>8</sup> 例如,参见联合国安理会,第446、452和476号决议(同上,第408段)、第465号决议(同上,第409段)以及第677号决议(同上,第410段)。

<sup>9</sup> 联合国安理会,第752号决议(同上,第411段)。

<sup>9</sup> 例如,参见联合国大会,第36/147 C、37/88 C、38/79 D、39/95 D和40/161 D号决议(同上,第412段);第54/78号决议(同上,第405段);联合国人权委员会,第2001/7号决议(同上,第413段)。

<sup>4</sup> UN Sub-Commission on Human Rights, Final report of the Special Rapporteur on the Human Rights Dimensions of Population Transfer, including the Implantation of Settlers and Settlements(同上,第415段)。

<sup>2</sup> 24th International Conference of the Red Cross, Res. III(同上,第419段)。

<sup>3</sup> International Military Tribunal at Nuremberg, Case of the Major War Criminals, Judgment(同上,第421段)。

## 实践

### 第2卷,第38章,C节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。该规则是对流离失所平民有获得与其他平民同等保护权利(包括第32章中规定之基本保证)的补充。

## 国际性武装冲突

《日内瓦第四公约》规定,占领国因平民安全或因迫切的军事理由而实施的撤离“应尽最大可行的限度,保证供给适当设备以收容被保护人,该项移动应在卫生、保健、安全及营养之满足的条件下执行,并应保证同一家庭之人不相分离”。<sup>4</sup>

许多军事手册都重申了这一规则。<sup>5</sup> 在1948年的“克虏伯案”(Krupp case)中,美国设在纽伦堡的军事法庭采纳了菲利普法官在1947年的“米尔希案”(Milch case)的附和意见中所发表的观点。根据该观点,出现非法的移送行为的情形之一是:

发生了不顾一般承认的福利和人道标准的情况……对《管制理事会第10号法》的相关部分进行详细研究就会发现,它强化了上述观点,即:只要移送是以不人道或非法的方式进行的……,移送就构成犯罪。<sup>6</sup>

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定,如果出于有关平民的安全或迫切的军事理由而命令平民居民迁移,“则应采取一切可能的措施,使平民居民能在满意的住宿、卫生、健康、

<sup>4</sup> 《日内瓦第四公约》第49(3)条(同上,第427、492和541段)。

<sup>5</sup> 关于基本的必需品的规定,例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第436段)、克罗地亚(同上,第439段)、多米尼加共和国(同上,第440段)、德国(同上,第441段)、匈牙利(同上,第442段)、西班牙(同上,第444段)、瑞士(同上,第445段)、英国(同上,第446段)以及美国(同上,第447段)。关于流离失所者的安全问题,例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第495段)、克罗地亚(同上,第497段)、多米尼加共和国(同上,第498段)、匈牙利(同上,第499段)、西班牙(同上,第501段)、瑞士(同上,第502段)、英国(同上,第503段)以及美国(同上,第504-505段)。关于对家庭团聚的尊重,例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第547-548段)、哥伦比亚(同上,第550段)、克罗地亚(同上,第551段)、德国(同上,第552段)、匈牙利(同上,第553段)、西班牙(同上,第554段)、瑞士(同上,第555段)、英国(同上,第556段)以及美国(同上,第557段)。

<sup>6</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Krupp case, 采纳了菲利普法官在“米尔西案”(Milch case)中所发表的附和意见(同上,第455段)。

安全和营养的条件下被收留”。<sup>7</sup> 此外,《第二附加议定书》还规定,“应采取一切适当步骤,以便利暂时离散的家庭团聚”。<sup>8</sup>

在波黑、莫桑比克与苏丹境内发生的武装冲突中,冲突双方缔结的协议也都规定了要求在实施迁移的情况下采取措施保护平民居民的规则。<sup>9</sup>

一些可适用或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了这一规则。<sup>6</sup> 该规则还在国内立法中有所规定,特别是在哥伦比亚、克罗地亚和格鲁吉亚关于失踪人员的立法中。<sup>5</sup> 1996年,哥伦比亚宪法法院认为,失踪人员有权获得人道援助并受到国家的保护。<sup>3</sup> 一些正式声明和涉及非国际性武装冲突的其他实践也支持此项规则。<sup>5</sup>

无论是在国际性武装冲突抑或非国际性武装冲突方面,均未发现相反的正式实践。联合国安理会呼吁在国际性和非国际性武装冲突中均应遵守此规则。<sup>4</sup> 《国内流离失所问题指导原则》要求主管当局必须向国内流离失所者提供、并确保他们安全地获得不可缺少的食物和饮水、基本宿处住房、适当的衣着以及不可缺少的医疗服务和卫生条件。<sup>5</sup>

历届红十字与红新月国际大会通过了一些强调该规则重要性的决议。<sup>6</sup> 1999

<sup>7</sup> 《第二附加议定书》第17(1)条(经协商一致通过)(同上,第428和493段)。

<sup>8</sup> 《第二附加议定书》第4(3)(b)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第32章,第3916段)。

<sup>9</sup> Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3(参见第2卷,第38章,第430段); Recommendation on the Tragic Situation of Civilians in Bosnia and Herzegovina, para. 3(同上,第494段); General Peace Agreement for Mozambique, Part IV, Protocol III, § (b)(同上,第429段); Agreement on the Protection and Provision of Humanitarian Assistance in Sudan, para. 5(同上,第434段)。

<sup>6</sup> 关于基本需求的规定,例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第437段)、加拿大(同上,第438段)、克罗地亚(同上,第439段)、德国(同上,第441段)、匈牙利(同上,第442段)、新西兰(同上,第443段)以及西班牙(同上,第444段)。关于流离失所者的安全问题,例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第496段)、克罗地亚(同上,第497段)、匈牙利(同上,第499段)、新西兰(同上,第500段)和西班牙(同上,第501段)。关于对家庭团聚的尊重,例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第549段)、哥伦比亚(同上,第550段)、克罗地亚(同上,第551段)、德国(同上,第552段)、匈牙利(同上,第553段)和西班牙(同上,第554段)。

<sup>5</sup> 哥伦比亚, Law on Internally Displaced Persons(同上,第449段); 克罗地亚, Law on Displaced Persons(同上,第450段); 格鲁吉亚, Law on Displaced Persons(同上,第451段)。

<sup>3</sup> 哥伦比亚, Constitutional Court, Constitutional Case No. C-092(同上,第454段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的声明:墨西哥(同上,第459段)、阿曼(同上,第460段)和俄罗斯(同上,第515段);以及下列国家的实践:波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第456段)、黎巴嫩(同上,第458段)、菲律宾(同上,第461、514和565段)、英国(同上,第517段)与美国(同上,第463段)。

<sup>4</sup> 例如,参见:联合国安理会,第361号决议(同上,第464段)、第752号决议(同上,第466段)、第1004号决议(同上,第467段)、第1040号决议(同上,第469段)和第1078号决议(同上,第470段)。

<sup>5</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 18(2)(同上,第432段)。

<sup>6</sup> 24th International Conference of the Red Cross, Res. XXI(同上,第480段); 25th International Conference of the Red Cross, Res. XVII(同上,第481段); 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. IV(同上,第483段)。

年,第27届红十字与红新月国际大会通过的《2000—2003年行动计划》规定,武装冲突各方须采取有效措施,确保在发生流离失所的情况下向此类流离失所者提供“适当援助”。<sup>5</sup>

### 尊重家庭团聚

《日内瓦第四公约》规定,凡实行此种移送或撤退之占领国,应尽最大可行的限度,保证同一家庭之人不相分离。<sup>8</sup> 在其他一些条约中,也规定了维持难民与流离失所者家庭团聚的原则。<sup>9</sup> 该义务还规定在许多军事手册中。<sup>6</sup> 此外,应该注意的是,在流离失所期间,尊重家庭团聚是要求尊重家庭生活的一个内容(见规则105)。

关于儿童与父母分离的问题,《儿童权利公约》规定,“缔约国应确保不违背儿童父母的意愿使儿童与父母分离”。<sup>6</sup> 联合国难民事务高级专员署执行委员会敦促各国采取一切可能措施防止儿童和青少年难民与其家人分离。<sup>8</sup> 在联合国秘书长1998年提交的关于援助举目无亲的未成年难民的报告中,秘书长认为,譬如在塞拉利昂、几内亚比绍和科索沃的危机中,逃离战争区的儿童非自愿地与家人失散,它还促请各国资助防止此类事件发生的措施。<sup>6</sup>

在红十字与红新月国际大会所通过的两个决议中也有类似的规定。第25届国际大会在一份关于在武装冲突中保护儿童的决议中提到了《日内瓦公约》及其两个《附加议定书》,并建议“应采取一切必要措施以维护家庭团聚”。<sup>4</sup> 第26届国际大会在一份关于在武装冲突期间保护平民居民的决议中,要求“所有武装冲突各方避免采取任何旨在或可能导致以违反国际人道法的方式造成家庭分离的行动”。<sup>6</sup>

### 流离失所的妇女、儿童、残疾人或老人的特殊需求

一些条约和其他文件指出,在向流离失所者提供保护和援助方面,冲突各方必须考虑每个人的情况。因此,必须考虑儿童(尤其是举目无亲的儿童)、孕妇和正在哺

<sup>5</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第484段)。

<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第49(3)条(同上,第541段)。

<sup>9</sup> See, e.g., Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons, para. 3(i) (“维持家庭团聚的基本原则”)(同上,第544段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article 1 (“应维持家庭团聚的原则”)(同上,第545段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第547-548段)、加拿大(同上,第549段)、哥伦比亚(同上,第550段)、克罗地亚(同上,第551段)、德国(同上,第552段)、匈牙利(同上,第553段)、西班牙(同上,第554段)、瑞士(同上,第555段)、英国(同上,第556段)和美国(同上,第557段)。

<sup>6</sup> 《儿童权利公约》第9(1)条(同上,第542段)。

<sup>8</sup> UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 84 (XLV III): Refugee Children and Adolescents(同上,第569段)。

<sup>6</sup> UN Secretary-General, Report on unaccompanied refugee minors(同上,第570段)。

<sup>4</sup> 25th International Conference of the Red Cross, Res. IX (同上,第576段)。

<sup>6</sup> 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第577段)。

乳之妇女、残疾人和老年人的特殊要求。<sup>6</sup> 这项要求还得到了各种军事手册、立法和正式声明的认可。<sup>6</sup> 此外,国际组织和国际大会的实践也对此提供了支持。<sup>6</sup>

### 对流离失所者的国际援助

实践强调指出,照顾国内流离失所者的首要责任在于相关政府。<sup>9</sup> 然而,由于政府通常不能控制流离失所者所在区域,因此,其责任包括允许向国内流离失所者自由提供人道援助的义务(另见规则55)。涉及国际性和非国际性武装冲突的实践,尤其

<sup>6</sup> 例如,参见《第一附加议定书》第78条(经协商一致通过)(同上,第581段);《儿童权利公约》第22条(同上,第582段);African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 23(同上,第583段);Inter-American Convention on Violence against Women, Article 9(同上,第584段);Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 4(同上,第585段);Sarajevo Declaration on Humanitarian Treatment of Displaced Persons(同上,第586段);Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3(同上,第587段);联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》序言(同上,第588段);Guiding Principles on Internal Displacement, Principles 4(2) and 19(2)(同上,第589-590段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第591段)、澳大利亚(同上,第592段)、印度尼西亚(同上,第593段);下列国家的立法:安哥拉(同上,第594段)、白俄罗斯(同上,第595段)、哥伦比亚(同上,第596段)、克罗地亚(同上,第597段)、爱尔兰(同上,第598段)、挪威(同上,第599段)和菲律宾(同上,第600段);下列国家的声明:萨尔瓦多(同上,第602段)、加纳(同上,第603段)、阿曼(同上,第605段)、秘鲁(同上,第606段)、菲律宾(同上,第607段)、斯里兰卡(同上,第608段)和南斯拉夫(同上,第609段);以及据报告的约旦的实践(同上,第604段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:联合国安理会,第819号决议(同上,第610段)、第1261号决议(同上,第611段)、第1314号决议(同上,第612段)、第1325号决议(同上,第613段);联合国安理会,主席声明(同上,第614段);联合国大会,第48/116号决议(同上,第615段)和第49/198号决议(同上,第616段);经社理事会,第1982/25号决议(同上,第617段)和第1991/23号决议(同上,第618段);联合国人权委员会,第1995/77号决议(同上,第619段)和第1998/76号决议(同上,第620段);UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 39 (XXXVI)(同上,第622段)、Conclusion No. 64 (XLI)(同上,第623段)和Conclusion No. 84 (XLVIII)(同上,第624段);UN Secretary-General, Report on human rights and mass exoduses(同上,第625段);联合国秘书长关于国内流离失所者问题的代表,Report on the Representative's visit to Mozambique(同上,第626段);联合国武装冲突对儿童影响问题专家,Report(同上,第627段);联合国人权事务高级专员,Report on human rights and mass exoduses(同上,第628段);联合国人权委员会,关于法外、即决或任意处决问题特别报告员,Report on the Special Rapporteur's mission to Burundi(同上,第629段);联合国人权委员会,扎伊尔人权状况特别报告员,Report on the Special Rapporteur's visit to Rwanda(同上,第630段);联合国人权委员会对妇女的暴力行为及其因果问题特别报告员,Report on violence against women perpetrated and/or condoned by the State during times of armed conflict(同上,第631段);UNHCR, Executive Committee, Standing Committee update on regional development in the former Yugoslavia(同上,第632段);OAS, General Assembly, 第1602号决议(XXVIII-0/98)(同上,第633段);OAU, Council of Ministers, 第1448号决议(LVIII)(同上,第634段);25th International Conference of the Red Cross, 日内瓦, Res. XVII, § 8(同上,第635段);CEDAW, Consideration of the report of Peru(同上,第636段);CEDAW, Report of the Committee, 20th Session(同上,第637段);CRC, Preliminary observations on the report of Sudan(同上,第638段);CRC, Concluding observations on the report of Sudan(同上,第638段);CRC, Concluding observations on the report of Uganda(同上,第639段);CRC, Concluding observations on the report of Myanmar(同上,第640段)。

<sup>9</sup> See, e.g., Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 25(1)(同上,第432和649段);UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 75 (XLV): Internally Displaced Persons(同上,第473段)。

是联合国安理会的实践,都证明可以寻求国际社会的援助,尤其向联合国难民事务高级专员署和红十字国际委员会寻求援助。<sup>0</sup> 该实践表明,即便流离失所是违法的,国际社会提供援助也不是非法的。此观点也得到了《国内流离失所问题指导原则》的支持。<sup>1</sup>

规则 132 一旦迁移之理由不复存在,流离失所者有权平安、自愿地返回其家园或者惯常居所地。

## 实践

第 2 卷,第 38 章,D 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。返回家园的权利适用于那些因冲突导致流离失所的人,无论是自愿的还是非自愿的,而不适用于那些被合法驱逐的非国民。

## 国际性与非国际性武装冲突

《日内瓦第四公约》规定,依此被撤退之人,一俟该区域内战事停止,应立即移送回家。<sup>2</sup> 一般来说,自愿回家的权利在其他一些条约中也得到了承认,例如《板门店停战协议》和《非洲难民问题公约》。<sup>3</sup> 《世界人权宣言》承认“人人……有权返回他的国家”。<sup>4</sup> 根据《公民权利与政治权利国际公约》的规定,“任何人进入其本国权利,不得任意加以剥夺”。<sup>5</sup> 区域性人权条约也有类似规定。<sup>6</sup>

一些军事手册强调指出,须及时对流离失所加以限制,且必须允许流离失所者返回家园或惯常居住地。<sup>7</sup>

<sup>0</sup> 参见联合国安理会,第 688 号决议(同上,第 660 段)、第 999 号决议(同上,第 661 段)、第 1010 号决议、1019 和 1034 号决议(同上,第 662 段)、第 1078 号决议(同上,第 663 段)、第 1097 号决议(同上,第 664 段)与第 1120 号决议(同上,第 665 段);联合国安理会,主席声明(同上,第 666 - 669 段)。

<sup>1</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 25(同上,第 649 段)。

<sup>2</sup> 《日内瓦第四公约》第 49(2)条(同上,第 682 段)。

<sup>3</sup> Panm unjom A rm istice A greem ent, A rticle III(59)(a) and (b)(同上,第 683 段); Convention Governing Refugee Problem s in A frica, A rticle 5(1)(同上,第 686 段)。

<sup>4</sup> 《世界人权宣言》第 13(2)条(同上,第 692 段)。

<sup>5</sup> 《公民权利与政治权利国际公约》第 12(4)条(同上,第 685 段)。

<sup>6</sup> See Protocol 4 to the European Convention on Hum an R ights, A rticle 3(同上,第 684 段); A m erican Convention on Hum an R ights, A rticle 22(5)(同上,第 687 段); A frican Charter on Hum an and Peoples' R ights, A rticle 12(2)(同上,第 688 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 699 段)、克罗地亚(同上,第 700 段)、匈牙利(同上,第 701 段)、肯尼亚(同上,第 702 段)、马达加斯加(同上,第 703 段)、菲律宾(同上,第 704 段)、西班牙(同上,第 705 段)、英国(同上,第 706 段)和美国(同上,第 707 段)。

许多正式声明和其他实践也支持难民和流离失所者返回家园这项权利,它们大多数与非国际性武装冲突有关,例如发生在阿布哈兹(格鲁吉亚)、波斯尼亚和黑塞哥维那、菲律宾与塔吉克斯坦的非国际性武装冲突。<sup>8</sup> 该权利还得到一些和平协议以及有关难民与流离失所者的协议的承认,这些协议例如涉及发生在阿布哈兹(格鲁吉亚)、阿富汗、波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚、朝鲜、利比里亚、苏丹和塔吉克斯坦境内的冲突。<sup>9</sup>

联合国安理会、联合国大会与联合国人权委员会在诸多场合都一再提到难民权利和流离失所者平安地自由回家之权利。<sup>9</sup> 《国内流离失所问题指导原则》规定:“迁移不得长于当前情况所需要”。<sup>8</sup> 除了返回他们的出生地或惯常居住地的选择之外,《指导原则》还规定了流离失所者有权在国内另外地方自愿重新定居。<sup>8</sup>

未发现违反该规则的正式实践。

### 便利返回与融合的措施

《非洲难民问题公约》和《国内流离失所问题指导原则》中均规定了主管当局有

---

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的声明:安哥拉(同上,第716段)、巴西(同上,第717段)、捷克共和国(同上,第719段)、埃及(同上,第720段)、法国(同上,第721段)、格鲁吉亚(同上,第723段)、洪都拉斯(同上,第724段)、印度尼西亚(同上,第725段)、意大利(同上,第726段)、新西兰(同上,第727段)、尼日利亚(同上,第728段)、俄罗斯(同上,第730段)、突尼斯(同上,第731段)、英国(同上,第732段)和美国(同上,第733段);菲律宾的实践(同上,第729段)以及据报告的法国的实践(同上,第722段)。

<sup>9</sup> See Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons, para. 5(同上,第788段); Afghan Peace Accords, para. 6(同上,第798段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article 1(同上,第789段); Agreement on the Normalisation of Relations between Croatia and the FRY, Article 7(同上,第790段); Panmunjom Armistice Agreement, Article III(59)(a) and (b)(同上,第786段); Cotonou Agreement on Liberia, Article 18(1)(同上,第796段); Sudan Peace Agreement, Chapter 4, para. 3(a), 以及 Chapter 5, para. 2(同上,第696段); Protocol on Tajik Refugees, para. 1(同上,第695段)。

<sup>9</sup> 参见:联合国安理会,第361号决议(同上,第734段)、第726号决议(同上,第735段)、第779和820 A号决议(同上,第736段)、第859号决议(同上,第737段)、第874号决议(同上,第738段)、第896和906号决议(同上,第739段)、第947号决议(同上,第740段)、第993号决议(同上,第739段)、第999号决议(同上,第741段)、第1036号决议(同上,第739段)、第1078号决议(同上,第742段)、第1096号决议(同上,第739段)、第1124号决议(同上,第739段)、第1187号决议(同上,第743段)、第1199和1203号决议(同上,第744段)、第1225号决议(同上,第739段)、第1239和1244号决议(同上,第744段)、第1272号决议(同上,第745段);联合国安理会,主席声明(同上,第746-750段);联合国大会,第48/116号决议(同上,第751段)、第49/10和50/193号决议(同上,第752段)、第53/164和54/183号决议(同上,第753段);联合国人权委员会,第1992/S-2/1号决议(同上,第756段)、第1994/59号决议(同上,第754段)、第1994/75、1995/89和1996/71号决议(同上,第756段)、第1997/2号决议(同上,第755段)、第1998/79号决议(同上,第756段)和第1999/S-4/1号决议(同上,第757段)。

<sup>8</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 6(3)(同上,第697段)。

<sup>8</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 28(1)(同上,第800段)。

义务采取措施,为流离失所者自愿、安全地返回家园并重新融入社会提供便利。<sup>8</sup> 该义务还规定在一些和平协定和其他的协议<sup>8</sup>、国内立法<sup>8</sup>、正式声明和其他实践<sup>8</sup>、联合国和其他国际组织的决议<sup>8</sup>以及由国际会议通过的决议和其他文件<sup>8</sup>中。特别是联合国安理会和联合国大会,它们在诸多场合都呼吁,无论是国际性还是非国际性武装冲突的冲突各方都应为流离失所者自愿、平安返乡以及重新融入社会提供便利。<sup>9</sup> 联合国秘书长及其关于国内流离失所者问题的特别代表已经提交了报告,提到在许多武装冲突局势下已经或将要采取的,符合便利流离失所者自愿、平安返回义务的各

<sup>8</sup> Convention Governing Refugee Problems in Africa, Article 5 (同上,第 787 段); Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 28 (同上,第 800 段)。

<sup>8</sup> See, e.g., Panmunjon Amistice Agreement, Article III(59) (d) (1) (同上,第 786 段); Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and IDPs, para. 5 (同上,第 788 段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Articles I and II (同上,第 789 段); Agreement on the Normalisation of Relations between Croatia and the FRY, Article 7 (同上,第 790 段); Agreement of the Joint Working Group on Operational Procedures of Return (同上,第 791 段); Memorandum of Understanding between Iraq and the UN, paras. 2 and 3 (同上,第 793 段); Joint Declaration by the Presidents of the FRY and Croatia (September 1992), para. 2 (同上,第 794 段); Joint Declaration by the Presidents of the FRY and Croatia (October 1992), para. 3 (同上,第 795 段); Cotonou Agreement on Liberia, Article 18(1) (同上,第 796 段); Arusha Peace Accords, Article 23(D) (同上,第 797 段); Arusha Protocol on Displaced Persons Articles 36 and 42 (同上,第 797 段); Afghan Peace Accord, para. 6 (同上,第 798 段); Sudan Peace Agreement, Chapter 4, para. 6 (iii) (1) (同上,第 799 段); Cairo Plan of Action, para. 70 (同上,第 801 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:安哥拉(同上,第 803 段)、哥伦比亚(同上,第 804 段)和埃塞俄比亚(同上,第 805 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见阿富汗的声明(同上,第 807 段)和卢旺达的声明(同上,第 811 段),以及下列国家的实践:秘鲁(同上,第 809 段)、菲律宾(同上,第 810 段)和土耳其(同上,第 812 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见联合国人权委员会,第 1996/71 号决议(同上,第 835 段)、第 1999/10 号决议(同上,第 836 段)和第 2001/18 号决议(同上,第 837 段); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 1376, 1384 和 1385 (同上,第 853 段); OAU, Council of Ministers, 第 1589 和 1653 号决议 (LXIV), 以及 Decision 362 (同上,第 854 段); OSCE, Final Declaration of the Kosovo International Human Rights Conference (同上,第 855 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见: 21st International Conference of the Red Cross, Res. X (同上,第 856 段); 22nd International Conference of the Red Cross, Res. III (同上,第 857 段); International Conference on Central American Refugees (CIREFCA), Declaration and Concerted Plan of Action (同上,第 858 段); 88th Inter-Parliamentary Conference, Resolution on support to the recent international initiatives to halt the violence and put an end to the violations of human rights in Bosnia and Herzegovina (同上,第 859 段); 89th Inter-Parliamentary Conference, Resolution on the need for urgent action in the former Yugoslavia (同上,第 860 段); Peace Implementation Conference for Bosnia and Herzegovina, Chairman's Conclusions (同上,第 861 段); 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过) (同上,第 862 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见联合国安理会,第 876 号决议(同上,第 814 段)、第 882 和 898 号决议(同上,第 815 段)、第 1009 号决议(同上,第 816 段)、第 1034 号决议(同上,第 817 段)、第 1075 号决议(同上,第 818 段)、第 1088 号决议(同上,第 819 段)、第 1120 号决议(同上,第 820 段)、第 1124 号决议(同上,第 821 段)、第 1199 和 1203 号决议(同上,第 822 段)和第 1272 号决议(同上,第 823 段); 联合国安理会,主席声明(同上,第 824 - 827 段); 联合国大会,第 46/136 号决议(同上,第 828 段)、第 48/116 号决议(同上,第 829 段)、第 49/206 号决议(同上,第 830 段)、第 50/193 号决议(同上,第 831 段)、第 53/164 号决议(同上,第 832 段)、第 54/183 号决议(同上,第 833 段)和第 55/116 号决议(同上,第 834 段)。

种措施。<sup>9</sup>

为流离失所者自愿、安全返乡及重新融入社会提供便利而采取的措施包括：确保平安返乡的措施，特别是清除地雷；提供援助以满足基本需求（住所、食物、水和医疗）；提供建筑工具、生活用品和农业工具、种子以及化肥；恢复学校、技能培训项目和教育。在许多情况下都可以找到这样一些事例，即允许流离失所者（或他们的代表）在返乡之前探访该地区，以对有关安全及物质条件方面的情况进行评估。<sup>9</sup> 实践还表明，赦免是为返乡提供便利的适当措施，因为它可以保证返回者免于因诸如逃避征兵或叛逃的行为而受到指控，但是不适用那些实施了战争罪和危害人类罪的人（见规则 159）。<sup>9</sup>

虽然在任何情况下，禁止加以不利区别的规则均适用于流离失所者（见规则 88），但是还是有一些具体的实践强调了不对返回者加以歧视的重要性。因此，所有保护平民的国际人道法规则均应平等地适用于已经返乡之流离失所的平民。<sup>9</sup> 一些条约和其他文件<sup>9</sup>、国内立法与正式声明<sup>9</sup>、以及联合国与国际会议关于发生在中美

<sup>9</sup> See, e.g., UN Secretary-General, Report on Cambodia (同上, 第 842 段)、Report on the situation in Tajikistan (同上, 第 843 段) 以及 Report concerning the situation in Abkhazia, Georgia (同上, 第 844 段); Special Representative of the UN Secretary-General on Internally Displaced Persons, Report on visit to Mozambique (同上, 第 845 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons, para. 10 (同上, 第 867 段); UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 18 (XXXI): Voluntary Repatriation (同上, 第 870 段); UN Secretary-General, Further reports pursuant to Security Council resolutions 743 and 762 (同上, 第 871 段); UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia (同上, 第 873 段); Special Representative of the UN Secretary-General on Internally Displaced Persons, Report on visit to Mozambique (同上, 第 874 段); Peace Implementation Conference for Bosnia and Herzegovina, Chaiman's Conclusions (同上, 第 876 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons, para. 3(c) (同上, 第 880 段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords (同上, 第 881 段); Protocol on Tajik Refugees, para. 2 (同上, 第 882 段); UN Secretary-General, Further report on the situation of human rights in Croatia pursuant to Security Council Resolution 1019 (1995) (同上, 第 884 段); UN High Commissioner for Human Rights, Statement before the UN Commission on Human Rights (同上, 第 885 段); UN Commission on Human Rights, Periodic report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia (同上, 第 886 段); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 1385 (同上, 第 887 段)。

<sup>9</sup> Convention Governing Refugee Problems in Africa, Article 5 (同上, 第 892 段); Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 29(1) (同上, 第 899 段); UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 18 (XXXI): Voluntary Repatriation (同上, 第 906 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons, para. 3(a) (同上, 第 893 段); Cotonou Agreement on Liberia, Article 18(2) (同上, 第 898 段); General Peace Agreement for Mozambique (同上, 第 897 段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Articles I and II (同上, 第 894 段); Agreement of the Joint Working Group on Operational Procedures of Return (同上, 第 895 段); Sarajevo Declaration on Humanitarian Treatment of Displaced Persons (同上, 第 896 段)。

<sup>9</sup> 例如, 参见哥伦比亚, Law on Internally Displaced Persons (同上, 第 901 段); 阿富汗, Letters addressed to the UN Secretary-General and to the President of the UN Security Council (同上, 第 903 段)。

洲、阿富汗、哥伦比亚、格鲁吉亚、利比里亚、莫桑比克和前南斯拉夫的冲突的实践<sup>8</sup>也承认该原则。

规则 133 流离失所者的财产权须受到尊重。

## 实践

第 2 卷, 第 38 章, E 节

## 概要

国家实践将此规则确定为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

在近期的武装冲突中,尤其是在前南斯拉夫的冲突中,当然还包括发生在阿富汗、哥伦比亚、塞浦路斯、格鲁吉亚和莫桑比克的冲突中,流离失所者的财产权问题得到了特别关注。在所有情况下,该规则都得到了重申,而且违反这项规则的行为也受到了谴责。

尊重流离失所者对其留下的财产的权利得到了许多协定的支持。<sup>9</sup>《国内流离失所问题指导原则》规定:“国内流离失所者所留下的财产和拥有的物品应受到保护,避免被人破坏、任意及不合法地被没收、侵占或使用。”<sup>8</sup>

三个区域性人权条约都规定保障财产权,但是这项权利受到有关公共利益方面的法律的限制。<sup>9</sup>任意剥夺国内流离失所者的财产是违反此权利的行为。例如,欧洲人权法院在 1996 年的“洛伊齐杜诉土耳其案”(Loizidou v. Turkey)的判决以及波斯尼亚和黑塞哥维那人权委员会的人权庭在 2001 年的“图伦季奇案”(Turund ic, case)的判决都认定,存在对尊重流离失所者和平享有财产权的侵犯。<sup>10</sup>

<sup>8</sup> 例如,参见联合国安理会,主席声明(同上,第 905 段);联合国秘书长,Further report on the situation of human rights in Croatia(同上,第 907 段);International Conference on Central American Refugees, Concerted Plan of Action(同上,第 910 段)。

<sup>9</sup> General Peace Agreement for Mozambique, Protocol III, Section IV, § (e)(同上,第 961 段);Afghan Peace Accord, para. 6(同上,第 962 段);Quadrupartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons, para. 3(g)(同上,第 957 段);Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article I(1)(同上,第 958 段);Agreement on the Normalisation of Relations between Croatia and the FRY, Article 7(同上,第 963 段)。

<sup>8</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 21(3)(同上,第 918 段)。

<sup>9</sup> 《欧洲人权公约第一议定书》第 1 条(同上,第 914 段);《美洲人权公约》第 21(1)条;(同上,第 915 段);《非洲人权和民族权宪章》第 14 条(同上,第 906 段)。

<sup>10</sup> European Court of Human Rights, Loizidou v. Turkey, Judgment (Merits), 18 December 1996, § 64;波斯尼亚和黑塞哥维那, Commission on Human Rights (Human Rights Chamber), Turund ic, case(参见第 2 卷,第 38 章,第 967 段)。

在前南斯拉夫的冲突中,一些条约和其他文件均规定,在胁迫下所做的有关财产权的声明和许诺是无效的。<sup>90</sup> 这一点也得到了联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会所通过的决议的确认。<sup>91</sup> 作为《代顿协定》附件的《关于难民与流离失所者协议》规定:“所有难民和流离失所者……均有权要求归还其自1991年起的敌对行动中被剥夺的财产,并有权对不能归还的财产获得赔偿。”<sup>92</sup> 特别是在1996年,联合国人权委员会对未能执行此规定做出了谴责之后,波黑联邦和波黑塞族共和国都通过了保护流离失所者财产权的新法律。<sup>93</sup>

作为《代顿协定》附件的《关于难民与流离失所者协议》设立了一个流离失所者与难民不动产求偿委员会。该委员会的任务是“受理并裁决申请人自1992年4月1日起不自愿出卖或以其他方式转让、且现在并不占有的在波黑的不动产的请求”。<sup>94</sup> 在科索沃冲突之后也设立了一个类似的委员会。对于作为《代顿协定》附件的《关于难民与流离失所者协议》的执行情况,也存在一些批评。特别是,在联合国安理会1995年通过的一项决议中,安理会吁请克罗地亚“撤销对难民返回克罗地亚要求收回财产所规定的任何时限”。<sup>95</sup> 在随后的一封信中,克罗地亚告知联合国人权委员会主席说,该国已经修改了关于难民和国内流离失所者财产权的立法,而且也已经取消了对那些返乡的抛弃财产的人员的时间限制。<sup>96</sup>

哥伦比亚关于国内流离失所者的法律承认,流离失所者仍然具有对其所抛弃财产的所有权与占有权。<sup>97</sup> 1996年,该国宪法法院做出了这样的裁决。<sup>98</sup>

<sup>90</sup> See, e. g., Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article 12(3) (同上,第936段); Recommendation on the Tragic Situation of Civilians in Bosnia and Herzegovina, para. 4(c) (同上,第937段); Joint Declaration by the Presidents of the FRY and Croatia (September 1992), para. 6 (同上,第938段)。

<sup>91</sup> 例如,参见:联合国安理会,第779和820号决议(同上,第943段)、第941和第947号决议(同上,第944段);联合国大会,第48/153和49/196号决议(同上,第945段)、第49/10号决议(同上,第946段)、第50/193号决议(同上,第947段)和第55/24号决议(同上,第948段);联合国人权委员会,第1992/S-2/1, 1994/72, 1994/75和1995/89号决议(同上,第949段)。

<sup>92</sup> Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article I(1) (同上,第958段)。

<sup>93</sup> See UN Commission on Human Rights, 第1996/71号决议(同上,第979段);波斯尼亚和黑塞哥维那,Federation, Law on Sale of Apartments with Occupancy Rights(同上,第920段)、Law on Cessation of the Application of the Law on Temporary Abandoned Real Property Owned by Citizens(同上,第920段)以及Law on the Cessation of the Application of the Law on Abandoned Apartments(同上,第920段);波斯尼亚和黑塞哥维那,Republika Srpska, Law on the Cessation of the Application of the Law on the Use of Abandoned Property(同上,第921段)。

<sup>94</sup> Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Articles VII and XI(同上,第959段)。

<sup>95</sup> 联合国安理会,第1019号决议(同上,第972段)。

<sup>96</sup> 克罗地亚,Letter to the Chairman of the UN Commission on Human Rights(同上,第969段)。

<sup>97</sup> 哥伦比亚,Law on Internally Displaced Persons(同上,第922段)。

<sup>98</sup> 哥伦比亚,Constitutional Court, Constitutional Case No. C-092(同上,第923段)。

除了确保尊重流离失所者财产权的具体法律与程序之外,还应该注意到,世界上大多数国家(如果不是全部的话)的立法都存在某种形式的保护财产免受任意与非法扣押的规定,可以说这是一项一般法律原则。因此,保护财产权通常是通过已有的国内法院系统根据国内法进行的。

据称的违反此规则的行为已经受到了谴责,特别是联合国安理会针对克罗地亚以及联合国人权委员会针对波黑的谴责。<sup>0</sup> 人权委员会谴责侵犯流离失所者财产权的行为,因为这种行为“违反了具有返乡权这项原则”。<sup>1</sup> 联合国促进和保护人权小组委员会在1998年通过了一项关于在难民和国内流离失所者返乡时归还其房屋和财产的决议,其中也提到了此观点。<sup>2</sup> 侵犯财产权可能会妨碍返乡权的实现(见规则132),这也进一步支持了该规则的习惯法性质。

---

<sup>0</sup> 联合国安理会,主席声明(同上,第925段);联合国人权委员会,第1996/71号决议(同上,第926段)和第1998/26号决议(同上,第927段)。

<sup>1</sup> 联合国人权委员会,第1996/71号决议(同上,第926段)。

<sup>2</sup> 联合国促进和保护人权小组委员会,第1998/26号决议(同上,第927段)。

## 第 39 章

---

### 给予特别保护的其他人员

注：无论妇女作为战斗员、平民还是丧失战斗力的人，国际人道法都赋予其与男人一样的保护。因此，本研究中所列出的所有规则都无差异地适用于男人和女人。然而，国际人道法承认妇女的特别需要和脆弱性，因此它赋予妇女一系列特别保护和权利。本项规则指出了某些额外的保护和权利。

规则 134 须尊重受武装冲突影响之妇女关于特别保护、健康和援助方面的需要。

#### 实践

第 2 卷, 第 39 章, A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。禁止性暴力(见规则 99)中和将被剥夺自由的妇女与男子分开关押的义务(见规则 119)中的具体实践以及妇女权利在人权法中的突出地位强化了本研究所收集的涉及妇女特殊需要的实践,而且对后者的考察也应当根据前者进行。

#### 国际性武装冲突

必须尊重受武装冲突影响的妇女的特别需要,这一规则来自日内瓦四公约的相关规定。例如,《日内瓦第一公约》规定,“对于妇女之待遇应充分顾及其性别”。《第一附加议定书》则规定,“妇女应是特别尊重的对象”。

---

关于武装冲突对妇女影响的详细研究,参见:Charlotte Lindsey, *Women Facing War*, ICRC, Geneva, 2001.

《日内瓦第一公约》第 12(4)条(参见第 2 卷,第 39 章,第 1 段);《日内瓦第二公约》第 12(4)条(同上,第 1 段);《日内瓦第三公约》第 14(2)条(同上,第 2 段);《日内瓦第四公约》第 27(2)条(同上,第 3 段)。

《第一附加议定书》第 76(1)条(经协商一致通过)(同上,第 5 段)。

许多国家的军事手册都提及了尊重受武装冲突影响之妇女特别需要的义务。在一些国家的立法上,违反这一义务将构成犯罪。这一义务也得到了正式声明的支持。受到《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》所使用术语的启发,有关这一实践的措辞往往是特别保护、对妇女特别尊重、“合理顾及她们的性别”、“考虑其性别的一切方面”赋予其待遇,或其他类似的措辞。本规则所采用的表述,即“妇女的特殊需要应予以尊重”,就是以这些表述的含义为基础的。

## 非国际性武装冲突

尽管《日内瓦公约》共同第3条及其《第二附加议定书》并没有规定应尊重妇女的特殊需要这样一项一般规则,但是它们却提及了这一规则的具体方面,因为它们要求尊重每一个人的人格和尊严,禁止对人的生命、健康和身体上或精神上幸福的暴行,禁止对人身尊严的侵犯,特别是侮辱性和降低身份的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯,并要求将妇女与男子分别关押。这些具体规则表明,在非国际性武装冲突中对妇女命运也有着类似的关注。

一些可适用于或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册规定,应当尊重妇女的特殊需要。根据一些国家的立法规定,违反这一义务构成犯罪。另外,涉及非国际性武装冲突的其他一些文件也规定了对妇女予以特别尊重的义务。<sup>0</sup>

关于保护受到武装冲突影响的妇女,联合国安理会、联合国经社理事会以及联合国人权委员会不区分国际性与非国际性武装冲突。<sup>1</sup>例如,联合国安理会不仅在一些特定的武装冲突(如阿富汗冲突)中呼吁尊重妇女的特殊需要,而且它也发出一般的

---

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第15段)、澳大利亚(同上,第16-17段)、贝宁(同上,第18段)、加拿大(同上,第20段)、厄瓜多尔(同上,第21段)、萨尔瓦多(同上,第22-23段)、法国(同上,第24段)、印度(同上,第25段)、印度尼西亚(同上,第26段)、马达加斯加(同上,第27段)、摩洛哥(同上,第28段)、荷兰(同上,第29段)、新西兰(同上,第30段)、尼日利亚(同上,第31段)、菲律宾(同上,第32段)、西班牙(同上,第33段)、瑞典(同上,第34段)、瑞士(同上,第35段)、多哥(同上,第36段)、英国(同上,第37段)、美国(同上,第38-40段)和南斯拉夫(同上,第41段)。

例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第43段)、孟加拉国(同上,第44段)、爱尔兰(同上,第45段)、挪威(同上,第46段)和委内瑞拉(同上,第47段);另参见阿根廷的立法草案(同上,第42段)。

例如,参见美国的声明(同上,第50段)。

《日内瓦公约》共同第3条;《第二附加议定书》第4-5条(经协商一致通过)。

例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第39章,第16段)、贝宁(同上,第18段)、厄瓜多尔(同上,第21段)、萨尔瓦多(同上,第22-23段)、印度(同上,第25段)、马达加斯加(同上,第27段)、菲律宾(同上,第32段)、多哥(同上,第36段)和南斯拉夫(同上,第41段)。

例如,参见阿塞拜疆的立法(同上,第43段)和委内瑞拉的立法(同上,第47段);另参见阿根廷的立法草案(同上,第42段)。

<sup>0</sup> See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 4(同上,第12段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3(2)(同上,第13段)。

<sup>1</sup> 例如,参见:联合国安理会,第1325号决议(同上,第55段);经社理事会,第1998/9号决议(同上,第58段);联合国人权委员会,第1998/70号决议(同上,第60段)。

呼吁。<sup>2</sup> 在2000年通过的一项有关保护武装冲突中的平民的决议中,联合国安理会严重关切“武装冲突对妇女的特别影响”,并重申“必须充分考虑到他们需要特殊保护和援助”。<sup>3</sup> 联合国秘书长《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》规定,“妇女应受特别之保护,以免受任何攻击”。<sup>4</sup> 联合国关于针对妇女的暴力及其成因与后果的特别报告员以及消除妇女歧视委员会对在国际性和非国际性武装冲突中妇女权利受到侵害的问题表示关注。<sup>5</sup> 1992年,该委员会称,基于性别而实施的暴力削弱了“适用于国际性或非国际性武装冲突中的人道法规范所赋予的平等保护权”,甚至使其变得毫无意义。<sup>6</sup>

1999年,在第27届红十字与红新月国际大会上通过的《2000-2003年行动计划》呼吁采取“针对妇女与女孩的特别保护措施”。<sup>7</sup>

## 解释

妇女的特别需要可能会根据其所处的情境(在家、因武装冲突而被关押或流离失所)不同而有所不同。但是,在所有情境下,她们都应受到尊重。大量的实践均提及了妇女免受任何形式性暴力的特别需要,包括在丧失自由期间需要与男子分别关押(见规则119)。尽管禁止性暴力的规则平等地适用于男子和妇女,但是,在武装冲突期间妇女所受性暴力的影响要大得多(也可见对规则93的评注)。

第26届红十字与红新月国际大会呼吁采取措施,“以确保武装冲突的女性受害者获得医疗、心理及社会的援助”,<sup>8</sup> 此呼吁表明妇女还具有其他方面的特别需要。同样,1999年,在向联合国大会所提交的一份报告中,消除妇女歧视委员会要求各国确保“向处于特别困难情境中的妇女,如陷于武装冲突情境中的妇女,提供充分的保护和医疗服务,包括心理创伤治疗和咨询”。<sup>9</sup>

## 对孕妇和幼童母亲的特别照顾

尊重妇女特殊需要的一个具体例子是,对孕妇和幼童的母亲(尤其是哺乳母亲)

<sup>2</sup> 例如,参见联合国安理会,第1076号决议(同上,第51段)、第1193和1214号决议(同上,第52段)、第1261号决议(同上,第53段)、第1333号决议(同上,第56段)以及主席声明(同上,第57段)。

<sup>3</sup> 联合国安理会,第1296号决议(同上,第54段)。

<sup>4</sup> UN Secretary-General's Bulletin, Section 7.3(同上,第14段)。

<sup>5</sup> See, e.g., UN Commission on Human Rights, Reports of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences(同上,第61-62段); Committee on Elimination of Discrimination against Women, Reports to the UN General Assembly(同上,第70-72段)。

<sup>6</sup> Committee on Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 19 (Violence against women)(同上,第68段)。

<sup>7</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第67段)。

<sup>8</sup> 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第66段)。

<sup>9</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Report to the UN General Assembly(同上,第71段)。

需要给予特别的照顾。这一要求始终贯穿于《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》之中。<sup>0</sup> 这些规定要求在提供食品、衣物、医疗救助、撤离和运送方面给予孕妇和幼童的母亲以特殊的照顾。许多国家的军事手册同样规定了这项要求。<sup>1</sup> 它们也规定在一些国家的立法之中。<sup>2</sup>

《第一附加议定书》规定,给予伤者和病者的照顾同样也适用于产妇以及“其他需要立即予以医疗救助或照顾的人,如……孕妇”<sup>3</sup>。这些人因此享有了第 34 章所规定的那些权利,包括充分的医疗照顾以及在医疗待遇方面的优先权(见规则 110)。

### 对孕妇和幼童母亲适用死刑问题

《第一附加议定书》规定,冲突各方应尽其最大的努力,以避免对孕妇和抚育儿童的母亲因有关武装冲突的罪行而宣判死刑。而且,对这类妇女也不应执行因该罪行而宣判的死刑。<sup>4</sup> 《第二附加议定书》则完全禁止对孕妇或幼童的母亲适用死刑。<sup>5</sup> 这些规则也规定在一些国家的军事手册中。<sup>6</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》以及《美洲人权公约》也规定,禁止对孕妇执行死刑。<sup>7</sup>

规则 135 受武装冲突影响的儿童有权获得特别尊重与保护。

## 实践

### 第 2 卷,第 39 章,B 节

<sup>0</sup> 参见:《日内瓦第四公约》第 16 - 18、21 - 23、38、50、89、91 和 127 条(同上,第 76 - 80 段);《第一附加议定书》第 70(1)条(经协商一致通过)(同上,第 81 段)和第 76(2)条(经协商一致通过)(同上,第 82 段)。

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 86 - 87 段)、澳大利亚(同上,第 88 段)、加拿大(同上,第 90 段)、哥伦比亚(同上,第 91 段)、法国(同上,第 92 - 93 段)、德国(同上,第 94 段)、肯尼亚(同上,第 95 段)、马达加斯加(同上,第 96 段)、荷兰(同上,第 97 段)、新西兰(同上,第 98 段)、尼日利亚(同上,第 99 - 100 段)、西班牙(同上,第 101 段)、瑞士(同上,第 102 段)、英国(同上,第 103 - 104 段)和美国(同上,第 105 - 106 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 107 段)、孟加拉国(同上,第 108 段)、爱尔兰(同上,第 109 段)、挪威(同上,第 110 段)和菲律宾(同上,第 111 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 8(1)条(经协商一致通过)(同上,第 83 段)。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第 76(3)条(经协商一致通过)(同上,第 120 段)。

<sup>5</sup> 《第二附加议定书》第 6(4)条(经协商一致通过)(同上,第 121 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 124 段)、加拿大(同上,第 125 段)、新西兰(同上,第 126 段)、尼日利亚(同上,第 127 段)和西班牙(同上,第 128 段)。

<sup>7</sup> 《公民权利与政治权利国际公约》第 6(5)条(同上,第 118 段);《美洲人权公约》第 4(5)条(同上,第 119 段)。

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

有关对儿童进行特殊保护的要求贯穿在《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》中。<sup>8</sup> 这些条款涉及提供食品、衣物和滋补剂、照料孤儿或与其家人失散的儿童、丧失自由期间的待遇以及援助物资的分发。《第一附加议定书》还更为一般地规定，“儿童应是特别尊重的对象”。<sup>9</sup> 《儿童权利公约》以及《非洲儿童权利与福利宪章》的相关规则也将在下文中提及。

许多国家的军事手册均要求对儿童给予特别尊重与保护。<sup>10</sup> 这一规则也规定在一些国家的立法中。<sup>11</sup> 它还进一步得到了正式声明和其他实践的支持。<sup>12</sup> 一般性提到要求特别尊重的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。<sup>13</sup>

## 非国际性武装冲突

《第二附加议定书》规定，“对儿童，应给予其所需的照顾和援助”。<sup>14</sup> 根据《儿童权利公约》的规定，各国应遵守并确保遵守涉及儿童的国际人道法规则，并应采取“一切可行性措施确保保护和照料受武装冲突影响的儿童”。<sup>15</sup> 《非洲儿童权利与福利

<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第23 - 24、38、50、76和89条(同上,第139 - 144段);《第一附加议定书》第70(1)条(经协商一致通过)(同上,第146段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第77(1)条(经协商一致通过)(同上,第147段)。

<sup>10</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第162 - 163段)、澳大利亚(同上,第165段)、贝宁(同上,第166段)、加拿大(同上,第167段)、哥伦比亚(同上,第168段)、厄瓜多尔(同上,第169段)、萨尔瓦多(同上,第170 - 171段)、法国(同上,第172 - 173段)、德国(同上,第174段)、印度(同上,第175 - 176段)、印度尼西亚(同上,第177段)、意大利(同上,第178段)、肯尼亚(同上,第179段)、马达加斯加(同上,第180段)、摩洛哥(同上,第181段)、荷兰(同上,第182段)、新西兰(同上,第183段)、尼加拉瓜(同上,第184段)、尼日利亚(同上,第185段)、菲律宾(同上,第186段)、西班牙(同上,第187段)、瑞典(同上,第188段)、瑞士(同上,第189段)、多哥(同上,第190段)、英国(同上,第191 - 192段)和美国(同上,第193 - 195段)。

<sup>11</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第197段)、孟加拉国(同上,第198段)、白俄罗斯(同上,第199段)、爱尔兰(同上,第200段)、挪威(同上,第201段)和委内瑞拉(同上,第202段);另参见阿根廷的立法草案(同上,第196段)。

<sup>12</sup> 例如,参见法国的声明(同上,第205段)和美国的声明(同上,第214段);以及印度尼西亚的实践(同上,第207段)。

<sup>13</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:印度(同上,第175段)、尼日利亚(同上,第185段)、菲律宾(同上,第186段)和美国(同上,第195段);以及印度尼西亚的声明(同上,第207段)和美国的声明(同上,第214段)。

<sup>14</sup> 《第二附加议定书》第4(3)条(经协商一致通过)(同上,第148段)。

<sup>15</sup> 《儿童权利公约》第38条(同上,第149段)。

宪章》也采用了相似的措辞。<sup>6</sup> 涉及非国际性武装冲突的其他文件也要求对儿童给予特别尊重及保护。<sup>3</sup>

许多适用于或已经适用于非国际性的武装冲突的军事手册要求尊重和保护武装冲突中的儿童。<sup>8</sup> 涉及非国际性武装冲突的其他实践也支持这项规则。<sup>9</sup>

联合国安理会及联合国大会不仅在关于具体的冲突(如塞拉利昂冲突和苏丹冲突)中而且还针对一般性的冲突援引了这一规则。<sup>9</sup> 在1999年通过的一个儿童和武装冲突的决议中,联合国安理会呼吁武装冲突各方“在武装冲突期间采取可行措施,尽量减少儿童所受伤害”。<sup>4</sup>

红十字与红新月国际大会在1986年和1995年通过的决议都强调了尊重和保护武装冲突中儿童的重要性。<sup>2</sup> 1999年,第27届红十字与红新月国际大会通过了《2000-2003年行动计划》,要求武装冲突的所有各方均须采取有效措施,以确保“儿童获得”他们有权享有的“特别保护、照顾和救助”。<sup>3</sup>

## 解释

实践表明,对受武装冲突影响的儿童所给予的特别尊重及保护主要包括:

- 免受一切形式的性暴力(见规则93);
- 在丧失自由期间与成年人分别关押,除非后者是其家庭成员(见规则120);

<sup>6</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 22 (同上,第151段)。

<sup>3</sup> Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 4 (同上,第156段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3 (同上,第157段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2 (24) (同上,第158段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 7.4 (同上,第159段); UN Millennium Declaration, para. 26 (同上,第160段); EU Charter of Fundamental Rights, Article 24 (同上,第161段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第163段)、澳大利亚(同上,第165段)、贝宁(同上,第166段)、加拿大(同上,第167段)、哥伦比亚(同上,第168段)、厄瓜多尔(同上,第169段)、萨尔瓦多(同上,第170-171段)、法国(同上,第173段)、德国(同上,第174段)、印度(同上,第175-176段)、意大利(同上,第178段)、肯尼亚(同上,第179段)、马达加斯加(同上,第180段)、新西兰(同上,第183段)、尼加拉瓜(同上,第184段)、尼日利亚(同上,第185段)、菲律宾(同上,第186段)、西班牙(同上,第187段)和多哥(同上,第190段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的实践:哥伦比亚(同上,第204段)、加纳(同上,第206段)、菲律宾(同上,第209段)、斯里兰卡(同上,第210段)和苏丹(同上,第211-212段)。

<sup>9</sup> 例如,参见联合国安理会,第1181号决议(同上,第216段)、第1296号决议(同上,第218段)和第1314号决议(同上,第219段);联合国大会,第48/157号决议(同上,第223段)和第55/116号决议(同上,第224段)。

<sup>4</sup> 联合国安理会,第1261号决议(同上,第217段)。

<sup>2</sup> 25th International Conference of the Red Cross, Res. IX (同上,第237段); 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II (同上,第238段)。

<sup>3</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第239段)。

- 获得教育、食品和医疗照顾(见规则 55、118 和 131)；
- 因安全原因从战区迁移(见规则 129)；
- 无人陪护的儿童与家人重聚(见规则 105 和 131)。

联合国儿童权利委员会重申,对于实现受武装冲突影响的儿童的权利来说,基本的规定包括:在家庭环境中保护儿童;确保提供必需的照顾及救助;获得食品、医疗和教育;禁止酷刑、虐待或遗弃;禁止死刑;维护儿童的文化环境;对丧失自由的儿童的保护;确保武装冲突中的儿童获得人道援助、救助和人道接触。<sup>4</sup>

## 儿童的定义

根据《儿童权利公约》的规定,“儿童系指 18 岁以下的任何人,除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁”。<sup>5</sup> 《日内瓦公约》及其附加议定书针对不同的保护措施规定了不同的年龄限制,但最常见的年限是 15 岁。<sup>6</sup>

## 对儿童适用死刑问题

《日内瓦第四公约》规定,“凡被保护人犯罪时年龄在十八岁以下者,在任何情况下不得判处死刑”。<sup>7</sup> 《第一附加议定书》规定,“对于犯罪时不满十八岁的人,不应执行因有关武装冲突的罪行而宣判的死刑”。<sup>8</sup> 《第二附加议定书》规定,对犯罪时不满十八岁的人,不应宣判死刑。<sup>9</sup> 这些规则也规定在许多国家的军事手册中。<sup>6</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》、《美洲人权公约》以及《儿童权利公约》都禁止对 18 岁以下的儿童适用死刑。<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Committee on the Rights of the Child, Report on the Second session, UN Doc. CRC/C/10, 19 October 1992, § 73.

<sup>5</sup> 《儿童权利公约》第 1 条。

<sup>6</sup> 18 岁:强迫在被占领土工作(《日内瓦第四公约》第 51 条);判处死刑(《日内瓦第四公约》第 68 条)(参见第 2 卷,第 39 章,第 347 段);执行死刑(《第一附加议定书》第 77 条(经协商一致通过))(同上,第 350 段);判处死刑(《第二附加议定书》第 6 条(经协商一致通过))(同上,第 351 段);15 岁:采取措施,确保孤儿及与家庭分离之儿童不至无人照管(《日内瓦第四公约》第 24 条)(同上,第 140 条);外国儿童与本国儿童同等之优惠待遇(《日内瓦第四公约》第 38 条)(同上,第 141 段);与被占领前所采关于食物、医疗照顾及保护之优待措施(《日内瓦第四公约》第 50 条)(同上,第 142 段);比照被拘禁儿童之生理需要给予额外食物(《日内瓦第四公约》第 89 条)(同上,第 144 段);参与敌对行动和征兵(《第一附加议定书》第 77 条(经协商一致通过)和《第二附加议定书》第 4 条(经协商一致通过))(同上,第 379 - 380 段);12 岁:安排所有儿童佩戴身份牌,或用其他方式,以资识别(《日内瓦第四公约》第 24 条)。

<sup>7</sup> 《日内瓦第四公约》第 68(4)条(参见第 2 卷,第 39 章,第 347 段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第 77(5)条(经协商一致通过)(同上,第 350 段)。

<sup>9</sup> 《第二附加议定书》第 6(4)条(经协商一致通过)(同上,第 351 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 355 - 356 段)、澳大利亚(同上,第 357 段)、加拿大(同上,第 358 段)、荷兰(同上,第 360 段)、新西兰(同上,第 361 段)、瑞士(同上,第 362 段)、英国(同上,第 363 段)和美国(同上,第 364 段)。

<sup>5</sup> 《公民权利与政治权利国际公约》第 6(5)条(同上,第 348 段);《美洲人权公约》第 4(5)条(同上,第 349 段);《儿童权利公约》第 37(1)条(同上,第 352 段)。

## 规则 136 禁止征募儿童参加武装部队或武装团体。

## 实践

## 第 2 卷, 第 39 章, C 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性和非国际性武装冲突

《第一附加议定书》和《第二附加议定书》都禁止征募儿童。<sup>3</sup> 这一规定同样规定在《儿童权利公约》、《非洲儿童权利与福利宪章》以及《最恶劣形式的童工劳动公约》之中。<sup>4</sup> 根据《国际刑事法院规约》的规定,无论是在国际性武装冲突中,还是在非国际性武装冲突中,“征募儿童”加入武装部队或武装团体都将构成一项战争犯罪。<sup>5</sup> 此项战争犯罪也规定在了《塞拉利昂特别法院规约》之中。<sup>5</sup> 在其关于设立塞拉利昂特别法院的报告中,联合国秘书长认为,《第二附加议定书》第 4 条的规定早已被认为是习惯国际法的组成部分。<sup>6</sup>

一些国家的军事手册,<sup>7</sup> 包括那些适用于非国际性武装冲突的军事手册,<sup>8</sup> 都禁

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 77(2) 条(经协商一致通过)(同上,第 379 段);《第二附加议定书》第 4(3) (c) 条(经协商一致通过)(同上,第 380 段)。

<sup>4</sup> 《儿童权利公约》第 38(3) 条(同上,第 381 段);African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 22(2)(同上,第 386 段);《最恶劣形式的童工劳动公约》第 1 条和第 3 条(同上,第 388 段)。

<sup>5</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxvi) 条和第 8(2)(e)(vii) 条(同上,第 387 段)。

<sup>5</sup> Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(同上,第 390 段)。

<sup>6</sup> UN Secretary-General, Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone(同上,第 582 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:喀麦隆(同上,第 395 段)、法国(同上,第 398 段)、德国(同上,第 399 段)、肯尼亚(同上,第 400 段)、荷兰(同上,第 401 段)、尼日利亚(同上,第 403 段)、西班牙(同上,第 404 段)和美国(同上,第 405 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 394 段)、喀麦隆(同上,第 395 段)、加拿大(同上,第 396 段)、哥伦比亚(同上,第 397 段)、法国(同上,第 398 段)、德国(同上,第 399 段)、肯尼亚(同上,第 400 段)、新西兰(同上,第 402 段)、尼日利亚(同上,第 403 段)和西班牙(同上,第 404 段)。

止征募儿童。它同样也被许多国家的立法禁止。<sup>9</sup>

本研究未发现违反该规则的正式实践。据称的征募儿童入伍的事件(如在布隆迪、刚果民主共和国、利比里亚、缅甸和乌干达)一般都受到了各国和国际组织的谴责。<sup>6</sup> 在1999年通过的一份儿童与武装冲突的决议中,联合国安理会强烈谴责以违反国际法的方式征募儿童的行为。<sup>6</sup> 在1996年通过的一份有关武装冲突局势下儿童命运的决议中,非洲统一组织部长理事会告诫所有非洲国家(尤其是爆发内战国家的交战方)“避免征募儿童入伍”。<sup>8</sup>

红十字与红新月国际大会在1986年和1995年通过的决议都强调了禁止征募儿童的重要性。<sup>6</sup> 1999年,第27届红十字与红新月国际大会通过了《2000-2003年行动计划》,要求武装冲突的所有各方确保采取一切措施(包括刑事制裁措施),以制止征募儿童参加武装部队或武装团体的行为。<sup>6</sup>

### 征募儿童的年龄限制

《第一附加议定书》、《第二附加议定书》、《国际刑事法院规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》将征募儿童参加武装部队或武装团体的最低年龄确定为15岁。《儿童权利公约》也做了相同的规定。<sup>5</sup> 在对《儿童权利公约》做出批准时,哥伦比亚、荷兰、西班牙和乌拉圭表示反对该公约所确定的年龄限制为15岁的规定,它们赞同将

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第407段)、阿塞拜疆(同上,第408段)、孟加拉国(同上,第409段)、白俄罗斯(同上,第410-411段)、加拿大(同上,第413段)、哥伦比亚(同上,第414-415段)、刚果(同上,第416段)、格鲁吉亚(同上,第418段)、德国(同上,第419段)、爱尔兰(同上,第420段)、约旦(同上,第421段)、马拉维(同上,第422段)、马来西亚(同上,第423段)、荷兰(同上,第425段)、新西兰(同上,第426段)、挪威(同上,第427段)、菲律宾(同上,第428段)、西班牙(同上,第429段)、乌克兰(同上,第431段)和英国(同上,第432段);参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第406段)、布隆迪(同上,第412段)与特立尼达和多巴哥(同上,第430段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:意大利的声明(同上,第441段)和美国的声明(同上,第451段);联合国安理会,第1071号决议(同上,第454段)和第1083号决议(同上,第454段);联合国安理会,主席声明(同上,第458段);联合国人权委员会,第1998/63号决议(同上,第460段)、第1998/75号决议(同上,第465段)和第1998/82号决议(同上,第467段)。

<sup>6</sup> 联合国安理会,第1261号决议(同上,第455段)。

<sup>8</sup> OAU, Council of Ministers, 第1659号决议(LXIV)(同上,第477段)。

<sup>6</sup> 25th International Conference of the Red Cross, Res. IX(同上,第481段);26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第482段)。

<sup>4</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第485段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第77(2)条(经协商一致通过)(同上,第502段);《第二附加议定书》第4(3)(c)条(经协商一致通过)(同上,第503段);《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxvi)条和第8(2)(e)(vii)条(同上,第513段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(同上,第515段);《儿童权利公约》第38(3)条(同上,第381段)。

此年龄限定在 18 岁。<sup>6</sup> 在 1999 年的第 27 届红十字与红新月国际大会上,加拿大、丹麦、芬兰、几内亚、冰岛、墨西哥、莫桑比克、挪威、南非、瑞典、瑞士、泰国和乌拉圭都承诺将征募的年龄限制提高到 18 岁。<sup>6</sup> 在同一届大会上,国际红十字与红新月运动表示,该运动将继续根据《为受武装冲突影响儿童的行动计划》的规定做出努力,以贯彻不征募不足 18 岁的儿童入伍这项原则。<sup>6</sup> 《最恶劣形式的童工劳动公约》也将这一年龄限制确定为 18 岁。<sup>6</sup> 18 岁也是《非洲儿童权利与福利宪章》确定的年龄限制,而且非洲统一组织部长理事会于 1996 年通过的一份决议也支持这一年龄限制。<sup>0</sup>

根据《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》的规定,各国缔约国应确保不满 18 周岁的人不被强制招募加入其武装部队,而且,非国家武装部队的武装团体在任何情况下均不得招募或在敌对行动中使用不满 18 周岁的人。<sup>7</sup> 联合国秘书长宣布了联合国维和使命士兵的最低年龄要求,并要求各国派出年龄不低于 21 岁的分遣队战士,在任何情况下,这些士兵的年龄都不得低于 18 岁。<sup>2</sup>

尽管迄今为止还不存在一套有关最低征募年龄的统一实践,但各国之间的共识是不应低于 15 岁。另外,《第一附加议定书》和《儿童权利公约》还规定,在征募 15 至 18 岁的人入伍时,应优先征募年龄较大的人。<sup>3</sup>

规则 137 不得允许儿童参与敌对行动。

## 实践

第 2 卷,第 39 章,D 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

<sup>6</sup> 参见下列国家在批准《儿童权利公约》时所发表的声明及所做的保留:哥伦比亚(同上,第 382 段)、荷兰(同上,第 383 段)、西班牙(同上,第 384 段)和乌拉圭(同上,第 385 段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家在第 27 届红十字与红新月国际大会上所做的保证:加拿大(同上,第 435 段)、丹麦(同上,第 437 段)、芬兰(同上,第 438 段)、几内亚(同上,第 439 段)、冰岛(同上,第 440 段)、墨西哥(同上,第 442 段)、莫桑比克(同上,第 443 段)、挪威(同上,第 444 段)、南非(同上,第 446 段)、瑞典(同上,第 447 段)、瑞士(同上,第 448 段)、泰国(同上,第 450 段)和乌拉圭(同上,第 453 段)。

<sup>8</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第 485 段)。

<sup>9</sup> 《最恶劣形式的童工劳动公约》第 2 条和第 3(1)条(同上,第 388 段)。

<sup>0</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 2; OAU, Council of Ministers, 第 1659 号决议 (LXIV)(同上,第 477 段)。

<sup>7</sup> 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》第 2 条和第 4 条(同上,第 389 段)。

<sup>2</sup> UN Secretary-General, Report on the protection of civilians in armed conflict(同上,第 472 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 77(2)条(经协商一致通过)(同上,第 379 段);《儿童权利公约》第 38(3)条(同上,第 381 段)。

## 国际性和非国际性武装冲突

《第一附加议定书》和《第二附加议定书》禁止儿童参与敌对行动。<sup>4</sup> 《儿童权利公约》和《非洲儿童权利与福利宪章》中也规定了这一规则。<sup>5</sup> 根据《国际刑事法院规约》的规定,无论是在国际性武装冲突中还是在非国际性武装冲突中,使用儿童“积极地参与敌对行动”都将构成一项战争罪。<sup>6</sup> 《塞拉利昂特别法院规约》同样将其规定为一项战争罪。<sup>7</sup> 在其关于设立塞拉利昂特别法院的报告中,联合国秘书长认为,《第二附加议定书》第4条的规定早已被认为是习惯国际法的组成部分。<sup>8</sup>

许多国家的军事手册,<sup>9</sup> 包括那些适用于非国际性武装冲突的军事手册,<sup>10</sup> 都禁止儿童参与敌对行动。它也被许多国家的立法禁止。<sup>11</sup>

本研究未发现违反该规则的正式实践。据称的使用儿童参加敌对冲突的事件(如在刚果民主共和国、利比里亚和苏丹的冲突中)一般都受到了各国和国际组织的谴责。<sup>12</sup> 在1999年通过的一份儿童与武装冲突的决议中,联合国安理会强烈谴责以违反国际法的方式在武装冲突中使用儿童的行为。<sup>13</sup> 在1996年通过的一份有关武装冲突局势下儿童命运的决议中,非洲统一组织部长理事会重申,“在武装冲突中使用儿童构成对他们权利的侵害,并应被认定为一项战争罪”。<sup>14</sup>

红十字与红新月国际大会在1986年和1995年通过的决议都强调了禁止儿童参

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第77(2)条(经协商一致通过)(同上,第502段);《第二附加议定书》第4(3)(c)条(经协商一致通过)(同上,第503段)。

<sup>5</sup> 《儿童权利公约》第38(2)条(同上,第504段);African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 22(2)(同上,第386段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxvi)条和第8(2)(e)(vii)条(同上,第387段)。

<sup>7</sup> Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(c)(同上,第515段)。

<sup>8</sup> 联合国秘书长,Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone(同上,第341段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第520段)、澳大利亚(同上,第521段)、法国(同上,第524段)、德国(同上,第525段)、荷兰(同上,第526段)和尼日利亚(同上,第528段)。

<sup>10</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第520段)、澳大利亚(同上,第521段)、加拿大(同上,第522段)、哥伦比亚(同上,第523段)、法国(同上,第524段)、德国(同上,第525段)、新西兰(同上,第527段)和尼日利亚(同上,第528段)。

<sup>11</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第529段)、白俄罗斯(同上,第530-531段)、加拿大(同上,第533段)、哥伦比亚(同上,第534-535段)、刚果(同上,第536段)、德国(同上,第537段)、格鲁吉亚(同上,第538段)、爱尔兰(同上,第539段)、约旦(同上,第540段)、马来西亚(同上,第541段)、马里(同上,第542段)、荷兰(同上,第543段)、新西兰(同上,第544段)、挪威(同上,第545段)、菲律宾(同上,第546段)和英国(同上,第548段);另参见布隆迪的立法草案(同上,第532段)与特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第547段)。

<sup>12</sup> 例如,参见意大利的声明(同上,第559段)和美国的声明(同上,第569段);联合国安理会,第1071号决议(同上,第572段)和第1083号决议(同上,第572段);联合国安理会,主席声明(同上,第575段);联合国大会,第51/112号决议(同上,第576段)。

<sup>13</sup> 联合国安理会,第1261号决议(同上,第573段)。

<sup>14</sup> OAU, Council of Ministers, 第1659号决议(LXIV)(同上,第584段)。

加敌对行动的重要性。<sup>8</sup> 1999年,第27届红十字与红新月国际大会通过了《2000-2003年行动计划》,要求武装冲突的所有各方应确保“采取一切措施(包括刑事制裁措施),以制止儿童参加……武装敌对行动”。<sup>8</sup>

另外,联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会不断要求使那些已经参加武装冲突的儿童复员并重新融入社会。<sup>8</sup> 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》特别要求各国政府采取一切可行措施,确保前儿童兵退伍或退役,并使他们得以重新融入社会。<sup>8</sup>

最后,值得注意的是,《第一附加议定书》规定,对那些直接参加敌对行动并落于敌方权力下的儿童而言,不论是否战俘,均应继续享受其有权享有的特别保护。<sup>9</sup> 规定此类特别保护的所有规则,如禁止性暴力的规则(见规则93)和规定将儿童与成年人分别关押义务的规则(见规则120),均没有把儿童参加敌对行动规定为一项例外。另外,支持禁止儿童参加敌对行动的实践中没有一项实践表明:如果儿童的确参加了敌对行动,那么他们将丧失对他们的特别保护。

#### “参加敌对行动”的定义

在《国际刑事法院规约》所规定的“使用儿童积极地参加敌对行动”这项战争罪的框架中,采用“使用”和“参加”两词,

以便既包括直接参与战斗,也包括积极参与同战斗相关的军事活动,如侦察、当间谍、破坏以及利用儿童当诱饵、信使或军事检查站的人员。但这不包括与敌对行动显然无关的活动,如向空军基地运送粮食供已婚军官家中佣仆食用。但是,利用儿童从事直接支助职能,如作为挑夫向前线运送军需或在 frontline 从事各种活动,则将包括在该两词的意义之内。<sup>9</sup>

《菲律宾儿童保护法》规定,儿童不应“参加战斗,或被用作向导、信使或间谍”。<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 25th International Conference of the Red Cross, Res. IX (同上,第585段); 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II (同上,第586段)。

<sup>8</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第589段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:联合国安理会,主席声明(同上,第574段);联合国大会,第55/116号决议(同上,第459段);联合国人权委员会,第1998/76号决议(同上,第227段)。

<sup>8</sup> 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》第6(3)条和第7(1)条(同上,第389段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第77(3)条(经协商一致通过)。

<sup>9</sup> Draft Statute of the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum, Part One, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, p. 21 (参见第2卷,第39章,第513段)。

<sup>9</sup> 菲律宾, Act on Child Protection (同上,第546段)。

在对《儿童权利公约》做出批准之时,荷兰声明,“各国不应允许儿童直接地或间接地参与敌对行动”。<sup>9</sup>

### 参加敌对行动的年龄限制

《第一附加议定书》、《第二附加议定书》、《国际刑事法院规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》将儿童参加敌对行动的最低年龄确定为15岁。《儿童权利公约》也做了相同的规定。<sup>9</sup> 在就《儿童权利公约》做出批准时,奥地利和德国发表了声明,指出15岁的年龄限制不符合儿童的最佳利益。<sup>9</sup> 哥伦比亚、西班牙和乌拉圭也表达了它们对这个年龄限制的不同意见。<sup>9</sup> 在1999年的第27届红十字与红新月国际大会上,比利时、加拿大、丹麦、芬兰、几内亚、冰岛、墨西哥、莫桑比克、挪威、南非、瑞典、瑞士和乌拉圭承诺支持将参加敌对行动的年龄限制提高到18岁。<sup>9</sup> 根据《非洲儿童权利与福利宪章》的规定,参加敌对行动的年龄限制是18岁。<sup>9</sup> 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》的规定,各国应采取可行措施,以确保其年龄不满18岁的武装部队成员不直接参加敌对行动,同时,一国武装部队以外的武装团体在任何情况下均不得在敌对行动中使用不满18岁的儿童。<sup>9</sup>

尽管迄今为止还不存在一套有关参加敌对行动最低年龄的统一实践,但各国之间的共识是不应低于15岁。

规则 138 受武装冲突影响的老人、残疾人和弱者有权受到特别尊重与保护。

## 实践

### 第2卷,第39章,E节

<sup>9</sup> 荷兰,Reservations and declarations made upon ratification of the Convention on the Rights of the Child (同上,第509段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第77(2)条(经协商一致通过)(同上,第379段);《第二附加议定书》第4(3)(c)条(经协商一致通过)(同上,第380段);《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxvi)条和第8(2)(e)(vii)条(同上,第387段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(c)(同上,第515段);《儿童权利公约》第38(2)条(同上,第504段)。

<sup>9</sup> 下列两国在批准《儿童权利公约》时所做的保留及发表的声明:奥地利(同上,第506段)和德国(同上,第508段)。

<sup>9</sup> 下列国家在批准《儿童权利公约》时所发表的声明及所做的保留:哥伦比亚(同上,第507段)、西班牙(同上,第510段)和乌拉圭(同上,第511段)。

<sup>9</sup> 下列国家在第27届红十字与红新月国际大会上所做的保证:比利时(同上,第550段)、加拿大(同上,第551段)、丹麦(同上,第553段)、芬兰(同上,第554段)、几内亚(同上,第555段)、冰岛(同上,第556段)、墨西哥(同上,第560段)、莫桑比克(同上,第561段)、挪威(同上,第562段)、南非(同上,第564段)、瑞典(同上,第565段)、瑞士(同上,第566段)和乌拉圭(同上,第571段)。

<sup>9</sup> African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Article 2.

<sup>9</sup> 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》第1条和第4条(参见第2卷,第39章,第514段)。

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 老年人

《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》有关疏散和被剥夺自由之人的待遇的各项规定承认因年老而产生的特别尊重和保护。<sup>9</sup> 它们规定在许多国家的军事手册中,<sup>10</sup> 包括那些适用于非国际性武装冲突的军事手册。<sup>11</sup> 它也被规定在一些国家的立法之中。<sup>12</sup>

1999年,第27届红十字与红新月国际大会通过了《2000-2003年行动计划》,要求武装冲突的所有各方应采取有效措施,确保在从事敌对行为中做出一切努力,以使平民的生命不受损害,并对他们予以保护和尊重,对特别容易受到伤害的人群(如老年人)还应采取特别的保护措施。<sup>13</sup> 1993年,世界人权大会通过的《维也纳宣言及行动纲领》呼吁各国和武装冲突各方应出于对影响平民居民(尤其是老年人)的侵害事件的关注而严格地遵守国际人道法的规定。<sup>14</sup>

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

## 残疾人和体弱者

《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》有关疏散和被剥夺自由之人的待遇的各项规定承认因残疾和体弱而产生的特别尊重和保护。<sup>15</sup> 《日内瓦第四公约》规定,体弱者“应为特别保护和尊重的对象”。<sup>16</sup> 残疾人获得保护和照顾的权利也得到了涉及

<sup>9</sup> 《日内瓦第三公约》第16、44-45和49条(同上,第604段);《日内瓦第四公约》第17、27、85和119条(同上,第603-604段)。

<sup>10</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第606段)、澳大利亚(同上,第607段)、加拿大(同上,第608段)、哥伦比亚(同上,第609段)、萨尔瓦多(同上,第610-611段)、法国(同上,第612-613段)、肯尼亚(同上,第614段)、摩洛哥(同上,第615段)、新西兰(同上,第616段)、菲律宾(同上,第617段)、西班牙(同上,第618段)、瑞典(同上,第619段)、瑞士(同上,第620段)、英国(同上,第621-622段)和美国(同上,第623-624段)。

<sup>11</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第607段)、哥伦比亚(同上,第609段)、萨尔瓦多(同上,第610-611段)、肯尼亚(同上,第614段)和菲律宾(同上,第617段)。

<sup>12</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第625段)、孟加拉国(同上,第626段)、爱尔兰(同上,第627段)、挪威(同上,第628段)和委内瑞拉(同上,第629段)。

<sup>13</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第635段)。

<sup>14</sup> 世界人权大会,《维也纳宣言与行动纲领》(同上,第634段)。

<sup>15</sup> 《日内瓦第三公约》第16、30、44-45、49和110条(同上,第639-640和644段);《日内瓦第四公约》第16-17、21-22、27、85、119和127条(同上,第641-644段)。

<sup>16</sup> 《日内瓦第四公约》第16(1)条(同上,第638段)。

非国际性武装冲突的文件的承认。<sup>0</sup>

许多国家的军事手册、<sup>0</sup> 包括那些适用于非国际性武装冲突的军事手册,<sup>0</sup> 均要求对残疾人和体弱者予以特别尊重和保护。一些国家的立法也规定了这项要求。<sup>0</sup>

1999 年,第 27 届红十字与红新月国际大会通过了《2000 - 2003 年行动计划》,要求武装冲突的所有各方应采取有效措施,确保在敌对行为的规范上做出一切努力,以使平民的生命不受损害,并对他们予以保护和尊重,对特别容易受到伤害的人群(如有残疾之人)还应采取特别的保护措施。<sup>1</sup> 1993 年,世界人权大会通过的《维也纳宣言及行动纲领》呼吁各国和武装冲突各方应出于对影响平民居民(尤其是残疾人)的侵害事件的关注而严格地遵守国际人道法的规定。<sup>2</sup>

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

## 解释

对老年人和残疾人的保护可能因他们所处的环境的不同而有所不同。例如,《日内瓦第四公约》规定,这一义务可以通过以下方式来履行:设立安全区和缔结协定、从被围困或包围之地区内撤出老年人、残疾人和体弱者。<sup>3</sup> 优先释放并遣返伤病被关押者是履行此项义务的另一种方式。<sup>4</sup> 就残疾人而言,《第一附加议定书》规定,伤者和病者有权享有的保护和照顾也应由残疾人和“其他可能需要紧急医疗救助或照顾的,如体弱者……而且不从事任何敌对行为的人”享有。<sup>5</sup> 这样,他们就享有了第 34 章所规定的那些权利,包括充分的医疗照顾以及在因医疗原因方面的优先权。

<sup>0</sup> See, e. g., Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2(24) (同上,第 646 段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 647 - 648 段)、澳大利亚(同上,第 648 - 649 段)、加拿大(同上,第 651 段)、哥伦比亚(同上,第 652 段)、萨尔瓦多(同上,第 653 段)、法国(同上,第 654 - 655 段)、马达加斯加(同上,第 656 段)、新西兰(同上,第 657 段)、尼日利亚(同上,第 658 段)、西班牙(同上,第 659 段)、瑞士(同上,第 660 段)、英国(同上,第 661 段)和美国(同上,第 662 - 663 段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 648 段)、哥伦比亚(同上,第 652 段)、萨尔瓦多(同上,第 653 段)、马达加斯加(同上,第 656 段)和尼日利亚(同上,第 658 段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 664 段)、孟加拉国(同上,第 665 段)、爱尔兰(同上,第 666 段)和挪威(同上,第 667 段)。

<sup>1</sup> 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第 635 段)。

<sup>2</sup> 世界人权大会,《维也纳宣言与行动纲领》(同上,第 634 段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第四公约》第 14 和 17 条(同上,第 603 和 642 段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦第三公约》第 109 - 117 条;《日内瓦第四公约》第 132 条。

<sup>5</sup> 《第一附加议定书》第 8(1)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 39 章,第 645 段)。

## 第六部分

---

### 实施

## 第 40 章

---

### 遵守国际人道法

规则 139 冲突各方须遵守国际人道法并确保其武装部队以及其他事实上接受其指令或受其指挥或控制的人员或团体遵守国际人道法。

#### 实践

第 2 卷, 第 40 章, A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。本规则所表述的“武装部队”这一术语必须按照其通常的意义理解。

#### 国家

国家遵守国际人道法的义务是它们遵守国际法的一般义务的一部分。这项义务详细规定在 1929 年和 1949 年的《日内瓦公约》中。不过, 1949 年的《日内瓦公约》共同第 1 条扩大了对该项义务的表述, 增加了确保遵守国际人道法的义务。遵守并确保遵守这项义务还规定在《第一附加议定书》中。

许多军事手册规定了遵守并确保遵守国际人道法的义务。 它也得到了国际

---

1929 年的《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第 25 条 (参见第 2 卷, 第 40 章, 第 1 段); 1929 年的《关于战俘待遇之日内瓦公约》第 82 条 (同上, 第 2 段); 1949 年的《日内瓦公约》共同第 1 条 (同上, 第 3 段)。

《日内瓦公约》共同第 1 条 (同上, 第 3 段)。

《第一附加议定书》第 1 (1) 条 (以 87 票赞成、1 票反对和 11 票弃权通过) (同上, 第 4 段)。

参见下列国家军事手册: 阿根廷 (同上, 第 15 段)、澳大利亚 (同上, 第 16 - 17 段)、比利时 (同上, 第 18 - 20 段)、贝宁 (同上, 第 21 段)、喀麦隆 (同上, 第 22 - 23 段)、加拿大 (同上, 第 24 - 25 段)、哥伦比亚 (同上, 第 26 - 27 段)、刚果 (同上, 第 28 段)、克罗地亚 (同上, 第 29 段)、厄瓜多尔 (同上, 第 30 段)、萨尔瓦多 (同上, 第 31 - 32 段)、法国 (同上, 第 33 - 34 段)、德国 (同上, 第 35 段)、以色列 (同上, 第 36 段)、意大利 (同上, 第 37 段)、肯尼亚 (同上, 第 38 段)、马达加斯加 (同上, 第 39 段)、荷兰 (同上, 第 40 段)、新西兰 (同上, 第 41 段)、尼日利亚 (同上, 第 42 段)、菲律宾 (同上, 第 43 - 44 段)、俄罗斯 (同上, 第 45 段)、西班牙 (同上, 第 46 段)、瑞士 (同上, 第 47 段)、多哥 (同上, 第 48 段)、英国 (同上, 第 49 段) 和美国 (同上, 第 50 - 52 段)。

组织 和国际会议 实践的支持,还有国际判例法支持这项规则。

国家根据本规则所承担的义务不仅限于确保它自己的武装部队遵守国际人道法,而且还包括确保事实上接受其指示或受其指挥或控制的其他人员或团体遵守国际人道法。这是根据规则 149 可以推论出来的。根据这项规则,国家对这种人员或团体的行为承担责任。它得到相关的国际判例法的支持。

此外,一些军事手册和国内立法规定,国家有义务确保平民不违反国际人道法。联合国安理会在一项决议中提及了这项义务。<sup>0</sup> 它也得到第二次世界大战之后的判例法的承认。<sup>1</sup>

### 确保遵守国际人道法的命令和指示

1899 年和 1907 年的《海牙公约》第一次规定,国家必须对其武装部队颁布确保遵守国际人道法的命令和指示,而且,《保护文化财产公约》以及《常规武器公约》的

---

例如,参见:联合国安理会,第 822 号决议(同上,第 70 段)和第 853 号决议(同上,第 73 段);联合国大会,第 2674 (XXV) 号决议(同上,第 90 段)、第 2677 (XXV) 号决议(同上,第 91 段)、第 2852 (XXVI) 号决议(同上,第 92 段)、第 2853 (XXV) 号决议(同上,第 93 段)、第 3032 (XXV II) 号决议(同上,第 94 段)、第 3102 (XXV III) 号决议(同上,第 95 段)、第 3319 (XXIX) 号决议(同上,第 96 段)、第 3500 (XXX) 号决议(同上,第 97 段)、第 32/44 号决议(同上,第 98 段)、第 47/37 号决议(同上,第 100 段)和第 48/30 号决议(同上,第 101 段);联合国人权委员会,第 1944/85 号决议(同上,第 104 段)、第 1995/72 号决议(同上,第 105 段)和第 1996/80 号决议(同上,第 105 段);Council of Europe,Parliamentary Assembly,第 1085 号决议(同上,第 114 段);OAS,General Assembly,第 1408 号决议(同上,第 116 段)。

例如,参见:24th International Conference on the Red Cross,Res. VI(同上,第 119 段);25th International Conference on the Red Cross,Res. I(同上,第 120 段);CSCE,Budapest Summit of Heads of State or Government,Budapest Document(同上,第 123 段);International Conference for the Protection of War Victims,《最后宣言》(同上,第 122 段);93rd Inter-Parliamentary Conference,Resolution on the International Community in the Face of the Challenges posed by Calamities Arising from Armed Conflicts and by Natural or Man-made Disasters: The Need for a Coherent and Effective Response through Political and Humanitarian Assistance Means and Mechanisms Adapted to the Situation(同上,第 124 段);102nd Inter-Parliamentary Conference,Resolution on the contribution of parliaments to ensuring respect for and promoting international humanitarian law on the occasion of the 50th anniversary of the Geneva Conventions(同上,第 126 段);African Conference on the Use of Children as Soldiers,Maputo Declaration on the Use of Children as Soldiers(同上,第 125 段);Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention,Declaration(同上,第 127 段);African Parliamentary Conference on International Humanitarian Law for the Protection of Civilians during Armed Conflict,Final Declaration(同上,第 128 段)。

See, e.g., ICJ, Armed Activities on the Territory of the DRC case (Provisional Measures) (同上,第 131 段)。

ICJ, Application of the Genocide Convention case (Provisional Measures) (同上,第 130 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:肯尼亚(同上,第 38 段)、俄罗斯(同上,第 45 段)和瑞士(同上,第 47 段),以及阿塞拜疆的立法(同上,第 174 段)。

<sup>0</sup> 联合国安理会,第 904 号决议(同上,第 75 段)。

<sup>1</sup> See, e.g., United Kingdom, Military Court at Essen, The Essen Lynching case, Judgment, 21 - 22 December 1945, published in WCR, Vol. I, 1946, p. 88.

议定书一和议定书二重申了这项义务。<sup>2</sup> 许多军事手册也规定了这项义务。<sup>3</sup> 虽然大多数军事手册指示每个士兵遵守国际人道法,但是许多军事手册还包括了特别条款,即要求指挥官保证其指挥下的军队遵守本法,并保证发布这样的命令和指示。可以用许多方式来保证履行这项义务,例如发布军事手册、命令、规章、指示和交战规则。

## 武装反对团体

武装反对团体必须最低限度遵守适用于非国际性武装冲突中的国际人道法的某些规则,《日内瓦公约》共同第3条规定了这项义务。<sup>4</sup> 《保护文化财产公约》及其《第二议定书》以及《常规武器公约议定书二》也规定了这项义务。<sup>5</sup> 虽然《第二附加议定书》对于是否要求所有冲突各方遵守它的规定并不非常明确,主要是因为删除了所有提到“冲突各方”的内容,但是该议定书还是发展并且补充了《日内瓦公约》的共同第3条,它对政府的武装力量和武装反对团体都具有拘束力。<sup>6</sup>

在许多场合,联合国以及其他国际组织都提醒非国际性冲突所有各方必须遵守国际人道法。例如,在关于阿富汗、安哥拉、波黑、刚果民主共和国和利比里亚的冲突中,联合国安理会强调了这项义务。<sup>7</sup> 同样,在许多场合,联合国大会声明了这项原则,即任何武装冲突的所有各方都有义务遵守国际人道法。<sup>8</sup> 在关于阿富汗和萨瓦尔多的决议中,联合国人权委员会发表了同样的声明。<sup>9</sup>

<sup>2</sup> 《海牙第二公约》第1条;《海牙第四公约》第1条;《保护文化财产公约》第7(1)条;《第一附加议定书》第80(2)条;《常规武器公约修正的第二号议定书》第14(3)条。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家军事手册:阿根廷(参见第2卷,第40章,第15段)、贝宁(同上,第21段)、喀麦隆(同上,第23段)、厄瓜多尔(同上,第30段)、德国(同上,第164-165段)、匈牙利(同上,第166段)、俄罗斯(同上,第45段)、瑞典(同上,第171段)、瑞士(同上,第47段)、多哥(同上,第48段)和美国(同上,第51-52段)。

<sup>4</sup> 1949年的《日内瓦公约》共同第3条特别规定,“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合,冲突之各方最低限度应遵守下列规定”。

<sup>5</sup> 《保护文化财产公约》第19(1)条;《保护文化财产公约第二议定书》第22条;《常规武器公约修正的第二号议定书》第1(3)条。

<sup>6</sup> 《第二附加议定书》第1(1)条。See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 4442.

<sup>7</sup> 例如,参见联合国安理会:第788号决议(参见第2卷,第40章,第69段)、第834号决议(同上,第71段)、第851号决议(同上,第72段)、第864号决议(同上,第74段)、第985号和第1001号决议(同上,第76段)、第1041号和第1059号决议(同上,第78段)、第1071号决议(同上,第79段)、第1083号决议(同上,第80段)、第1193号决议(同上,第81段)和第1213号决议(同上,第82段);联合国安理会,主席声明(同上,第84、85、87、88和89段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:联合国大会,第2677(XXV)号决议(同上,第91段)、第2852(XXVI)号决议(同上,第92段)、第2853(XXVI)号决议(同上,第93段)、第3032(XXVII)号决议(同上,第94段)、第3102(XXVIII)号决议(同上,第95段)、第3319(XXIX)号决议(同上,第96段)、第3500(XXX)号决议(同上,第97段)、第32/44号决议(同上,第98段)、第40/137号决议(同上,第99段)和第50/193号决议(同上,第102段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:联合国人权委员会,第1991/75号决议(同上,第103段)和第1998/70号决议(同上,第106段)。

许多涉及非国际性武装冲突的文件都规定了确保遵守国际人道法这项义务。<sup>0</sup> 在关于安哥拉和利比里亚的冲突中,联合国安理会也提醒注意这项义务。<sup>1</sup>

在许多场合,例如在关于阿富汗、安哥拉、波黑、索马里以及前南斯拉夫的冲突中,红十字国际委员会呼吁非国际性武装冲突所有各方遵守并确保遵守国际人道法。<sup>2</sup>

规则 140 遵守与确保遵守国际人道法之义务不以相互性为前提。

## 实践

### 第2卷,第40章,B节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。必须将本规则与报复这个概念区分开来,后者将在第41章中阐述。

## 国际性和非国际性武装冲突

《日内瓦公约》在共同第1条中强调:各缔约国承诺“在一切情况下”遵守并确保遵守本公约。<sup>3</sup> 共同第3条中的规定也必须“在一切情况下”得到遵守。<sup>4</sup> 《维也纳条约法公约》还规定,遵守具有“人道性质”的条约不需要以该条约被其他缔约各国遵守作为前提。<sup>5</sup>

即使对方没有遵守国际人道法,它也必须得到遵守。许多军事手册都规定了这项规则,其中有些军事手册是适用于非国际性武装冲突的。<sup>6</sup> 一些军事手册解释说:虽然遵守本法的实际效用是鼓励对手遵守本法,但是它们并不因此表明此种遵守应

<sup>0</sup> Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles (同上,第7段); Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and SFRY, para. 14 (同上,第8段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 1 (同上,第9段)。

<sup>1</sup> 联合国安理会,主席声明(同上,第84和85段)。

<sup>2</sup> 例如,参见红十字国际委员会关于以下冲突的实践:阿富汗(同上,第138段)、安哥拉(同上,第141段)、波黑(同上,第137段)、索马里(同上,第139段)以及前南斯拉夫(同上,第135段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦公约》共同第1条(同上,第3段)。

<sup>4</sup> 《日内瓦公约》共同第3条,它特别规定,“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合,冲突之各方最低限度应遵守下列规定:(一)不实际参加战事之人员,包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留或其他原因而失去战斗力之人员在内,在一切情况下应予以人道待遇,不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视”。

<sup>5</sup> 《维也纳条约法公约》第60(5)条(参见第2卷,第40章,第197段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第200段)、比利时(同上,第201段)、加拿大(同上,第202-203段)、哥伦比亚(同上,第204段)、厄瓜多尔(同上,第205段)、德国(同上,第206-207段)、法国(同上,第208-209段)、以色列(同上,第210段)、荷兰(同上,第211段)、新西兰(同上,第212段)、西班牙(同上,第213段)、英国(同上,第214段)和美国(同上,第215-216段)。

具有相互性。<sup>2</sup> 在 1948 年的“劳特尔案”(Rauter case) 中,以及在 1947 年至 1948 年的“冯·莱布(最高指挥部审判)案”[Von Leeb (The High Command Trial) case] 中,被告辩称:由于对方已经违反了国际人道法,因此他们也就不用遵守它。这种辩称分别被审理这两个案件的荷兰特别最高法院和设在纽伦堡的美国军事法庭驳回。<sup>8</sup> 正式声明也支持这一规则。<sup>9</sup>

国际法院在 1971 年的“纳米比亚案”(Namibia case) 中、前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 1996 年对“马尔蒂奇案”(Martić case) 的指控令的审查意见中以及在 2000 年对“库布雷什基奇案”(Kuprekić case) 的判决中,都声明:具有人道性质的法律义务不以相互性为前提,这是一项一般法律原则。<sup>6</sup> 这些声明以及发表这些声明的背景都清楚地表明,无论在国际性的还是非国际性的武装冲突中,这项原则对于具有人道性质的任何义务都是有效的。

规则 141 各国须保证于必要时有法律顾问就国际人道法适用问题向相当等级的军事指挥官提供咨询意见。

## 实践

第 2 卷,第 40 章,C 节

## 概要

国家实践将本规则确立为一项适用于国家武装部队的习惯国际法的规范。已收集到的实践表明,就适用于国际性武装冲突和适用于非国际性武装冲突的国际人道法的咨询意见而言,并没有任何区别。

## 国家武装部队的法律顾问

《第一附加议定书》第 82 条第一次规定了向指挥官提供法律顾问这项特定的义务,它的目的在于帮助确保指挥官所采纳的决定符合国际人道法,并确保向武装部队发出合适的指示。<sup>3</sup> 该议定书的缔约国没有对第 82 条作出保留或解释性声明。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家军事手册:加拿大(同上,第 202 段)、德国(同上,第 206 - 207 段)、以色列(同上,第 210 段)和美国(同上,第 215 - 216 段)。

<sup>8</sup> 荷兰,Special Court of Cassation, Rauter case(同上,第 218 段);美国,Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (High Command Trial) case(同上,第 219 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的声明:比利时(同上,第 220 段)、印度(同上,第 221 段)、伊拉克(同上,第 222 段)、墨西哥(同上,第 223 段)、所罗门群岛(同上,第 224 段)、英国(同上,第 225 段)和美国(同上,第 226 段)。

<sup>6</sup> ICJ, Namibia case, Advisory Opinion (同上,第 231 段); ICTY, Martić case, Review of the Indictment (同上,第 232 段) and Kuprekić case, Judgment (同上,第 233 段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第 82 条(经协商一致通过)(同上,第 238 段)。

许多国家的军事手册规定了这项规则。<sup>3</sup> 它还得到正式声明和据报告的实践的支持。<sup>3</sup> 实践表明,《第一附加议定书》的许多非缔约国在其武装部队中配备了法律顾问。<sup>3</sup> 尽管美国并不是《第一附加议定书》的缔约国,但是它发表特别声明支持这项规则。<sup>5</sup>

还没有发现违反本规则的正式实践。<sup>6</sup>

这项规则可以从遵守并确保遵守国际人道法的义务(见规则 139)中推导出来,这主要是因为指挥官在确保遵守国际人道法规则的系统中负有重要的责任:他们有责任对受其指挥的武装部队发布符合国际人道法的指示(见对规则 142 的评注);他们必须发布确保遵守国际人道法的命令和指示(见对规则 139 的评注);他们对根据其命令实施的战争罪负有刑事责任(见规则 152),以及他们对其有义务防止或惩罚但却没有这样做的由其下属实施的战争罪负有刑事责任(见规则 153)。

### 武装反对团体的法律顾问

尽管武装反对团体必须同样遵守并确保遵守国际人道法(见规则 139),但是还没有找到要求这些团体配备法律顾问的实践。不过,没有法律顾问绝不能作为任何武装冲突中任何一方任意违反国际人道法的一个借口。

规则 142 各国与冲突各方须向其武装部队发出符合国际人道法的指示。

## 实践

### 第2卷,第40章,D节

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第240-242段)、比利时(同上,第243段)、喀麦隆(同上,第244段)、加拿大(同上,第245段)、法国(同上,第246段)、德国(同上,第247段)、匈牙利(同上,第248段)、意大利(同上,第249段)、荷兰(同上,第250段)、新西兰(同上,第251段)、尼日利亚(同上,第252段)、俄罗斯(同上,第253段)、西班牙(同上,第254段)、瑞典(同上,第255段)和美国(同上,第256-257段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的声明:奥地利(同上,第262段)、布基纳法索(同上,第264段)、尼日尔(同上,第271段)、美国(同上,第273-274段)、特立尼达和多巴哥(同上,第276段)以及据报告的下列国家的实践:印度(同上,第266段)、以色列(同上,第267段)和荷兰(同上,第270段)。

<sup>4</sup> 参见美国的实践(同上,第272-275段);据报告的下列两国的实践:印度(同上,第266段)和以色列(同上,第267段);以及阿富汗、阿塞拜疆、斐济、印度尼西亚、日本、马来西亚、尼泊尔、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、菲律宾、新加坡、斯里兰卡、苏丹、泰国和土耳其的实践(保存在作者们的手中)。

<sup>5</sup> 参见美国的实践(参见第2卷,第40章,第273段)。

<sup>6</sup> 四个表示没有为其武装部队配备法律顾问的国家并没有否认它们有义务这样做。无论如何,作为《第一附加议定书》的缔约方,这些国家依照条约在其武装部队中要有法律顾问。而且,其中两个国家在第27届红十字和红新月国际大会上承诺配备这种顾问。参见下列国家的实践:布基纳法索(同上,第263-264段)、冈比亚(同上,第265段)、马拉维(同上,第269段)和尼日利亚(同上,第271段)。

## 概要

国家实践将本规则确立为一项平时适用于国家,以及适用于国际性或非国际性武装冲突各方的习惯国际法的规范。本规则所表述的“武装部队”这一术语必须按照其通常的意义理解。已经收集到的实践表明,就适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的国际人道法的指示而言,并没有任何区别。

## 国家武装部队中的指示

1906 年和 1929 年的《日内瓦公约》第一次规定了国家有向其武装部队传授国际人道法的义务。<sup>3</sup> 此后,1949 年的《日内瓦公约》及其附加议定书、《保护文化财产公约》及其《第二议定书》以及《常规武器公约》中也作出了规定。它们都明确指出:就像其适用于武装冲突一样,向武装部队传授国际人道法这项义务对平时也适用。<sup>8</sup>

一些军事手册规定了传授国际人道法的义务,有些还声明这项义务对平时也适用。<sup>9</sup> 一些国家的立法有条款规定,战斗员必须接受符合国际人道法的指示,或者通过设置培训项目直接致力于实现这项义务。<sup>9</sup> 涉及这项规则的大部分实践有:许多国家向其武装部队提供了符合国际人道法的实际指令,还有强调提供这种指令的义

---

<sup>3</sup> 1906 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第 26 条;1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第 27 条。

<sup>8</sup> 《日内瓦第一公约》第 47 条;《日内瓦第二公约》第 48 条;《日内瓦第三公约》第 127 条;《日内瓦第四公约》第 144 条;《第一附加议定书》第 83 条(以协商一致的方式通过);《第二附加议定书》第 19 条(以协商一致的方式通过);《保护文化财产公约》第 25 条;《保护文化财产的海牙公约第二议定书》第 30 条;《常规武器公约》第 6 条。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 40 章,第 318 段)、喀麦隆(同上,第 316 段)、加拿大(同上,第 319 段)、哥伦比亚(同上,第 322 - 323 段)、肯尼亚(同上,第 334 段)、荷兰(同上,第 337 段)、俄罗斯(同上,第 342 段)和英国(同上,第 350 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家立法:阿根廷(同上,第 357 段)、阿塞拜疆(同上,第 358 段)、白俄罗斯(同上,第 359 段)、科特迪瓦(同上,第 360 段)、克罗地亚(同上,第 361 段)、德国(同上,第 362 段)、秘鲁(同上,第 363 段)、俄罗斯(同上,第 364 段)、瑞典(同上,第 366 段)和乌拉圭(同上,第 367 段)。

务或保证这样做的许多正式声明。<sup>4</sup> 这些实践表明,虽然并不要求武装部队的所有成员熟悉国际人道法的每一个细节,但是他们应当知道与他们的实际职责相关的该法的基本规则。<sup>5</sup>

在许多场合,联合国安理会、联合国大会以及联合国人权委员会都声明,国家有义务向其武装部队发布符合国际人道法的指示。<sup>6</sup> 此外,在许多国际会议上,各国通

---

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家实践:阿根廷(同上,第371-373段)、澳大利亚(同上,第374-376段)、奥地利(同上,第377段)、白俄罗斯(同上,第378段)、比利时(同上,第379段)、贝宁(同上,第380-381段)、玻利维亚(同上,第382段)、波黑(同上,第383段)、布基纳法索(同上,第386-388段)、喀麦隆(同上,第389段)、加拿大(同上,第390-391段)、智利(同上,第392-394段)、哥伦比亚(同上,第396段)、刚果(同上,第397段)、克罗地亚(同上,第398段)、埃及(同上,第401段)、萨尔瓦多(同上,第403段)、爱沙尼亚(同上,第405段)、埃塞俄比亚(同上,第406段)、法国(同上,第407-408段)、冈比亚(同上,第409段)、联邦德国(同上,第410-411段)、德国(同上,第412-413段)、希腊(同上,第414-415段)、危地马拉(同上,第416段)、洪都拉斯(同上,第418段)、印度尼西亚(同上,第419段)、以色列(同上,第422段)、意大利(同上,第424段)、韩国(同上,第426段)、老挝(同上,第429段)、黎巴嫩(同上,第430段)、马达加斯加(同上,第431段)、马拉维(同上,第432段)、马来西亚(同上,第433段)、马里(同上,第434段)、莫桑比克(同上,第435段)、荷兰(同上,第436-437段)、新西兰(同上,第438段)、尼日尔(同上,第439-440段)、尼日利亚(同上,第441-442段)、挪威(同上,第443段)、秘鲁(同上,第445段)、菲律宾(同上,第447-449段)、波兰(同上,第450段)、俄罗斯(同上,第451段)、斯洛文尼亚(同上,第453-454段)、南非(同上,第455-460段)、西班牙(同上,第461段)、瑞典(同上,第463段)、瑞士(同上,第464段)、泰国(同上,第466段)、特立尼达和多巴哥(同上,第467段)、土耳其(同上,第468段)、英国(同上,第469段)、乌拉圭(同上,第470段)、美国(同上,第471-474段)、南斯拉夫(同上,第475段)和津巴布韦(同上,第395段),以及据报告的下列国家的实践:阿尔及利亚(同上,第370段)、巴西(同上,第385段)、中国(同上,第395段)、克罗地亚(同上,第399段)、古巴(同上,第400段)、埃及(同上,第402段)、萨尔瓦多(同上,第404段)、印度(同上,第418段)、印度尼西亚(同上,第420段)、伊拉克(同上,第421段)、以色列(同上,第423段)、约旦(同上,第425段)、科威特(同上,第428段)、巴基斯坦(同上,第444段)、秘鲁(同上,第446段)、卢旺达(同上,第452段)、西班牙(同上,第462段)、叙利亚(同上,第465段)和扎伊尔(同上,第476段)。

<sup>5</sup> 例如,参见:加拿大,Code of Conduct(同上,第320段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:联合国安理会,第1265号决议(同上,第485段)和第1296号决议(同上,第486段);联合国大会,第2852(XXVI)号决议(同上,第487段)、第3032(XXVII)号决议(同上,第488段)、第3102(XXVIII)号决议(同上,第489段)和第47/37号决议(同上,第492段);联合国人权委员会,第1944/85号决议、第1995/72号决议和第1996/80号决议(同上,第496段)、第1995/73号决议(同上,第497段)和第2000/58号决议(同上,第498段)。

过决议重申这项义务。<sup>4</sup>

看来,已经收集到的实践表明,大部分的传授主要或者仅仅采取了书面指示或教室授课的形式,这不足以保证在战斗压力的情况下能够有效遵守国际人道法。就像南非的《武装冲突法手册》所解释的那样,“在战斗的情形中,士兵们在行动之前通常没有时间考虑《武装冲突法手册》所要求的原则。因此,士兵们不仅必须知道这些原则,而且还必须接受培训,以便对具体的情形能够本能地做出适当反应”。<sup>5</sup>

随着不断使用国际维持和平和执行和平部队,这些部队在被部署之前是否已经受到了适用国际人道法的培训受到了特别关注。一些国家采取了有关的正式政策。<sup>6</sup> 许多其他国家声明,它们将会进行这种培训。<sup>7</sup> 早在1965年,第20届红十字国际大会就强调指出:在向联合国派出的分遣队离开该国之前,各国政府向其发出充分的符合《日内瓦公约》的指示是“最重要的”。<sup>8</sup> 按照联合国秘书长在1999年发布的《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》,联合国承诺:保证这些部队的军事人员“充分了解”国际人道法的原则和规则。<sup>9</sup> 同样,在2000年通过的一项关于在武装冲突中保护平民的决议中,联合国安理会重申了向参与建立和平、维持和平和建设和平活动的人员提供适当的国际人道法培训的重要性。<sup>10</sup>

### 指挥官对其统率下的武装部队的指示义务

《第一附加议定书》第87(2)条规定,指挥官有义务保证其统率下的武装部队人

---

<sup>4</sup> 例如,参见:4th International Conference on the Red Cross, Res. VIII (同上,第521段);20th International Conference on the Red Cross, Res. XXI and XXV (同上,第522-523段);22th International Conference on the Red Cross, Res. XII (同上,第525段);Diplomation Conference leading to the adoption of the Additional protocols, Res. 21 (同上,第526段);CSCE, Helsinki Summit of Heads of State or Government, Helsinki Document 1992 (同上,第528段);International Conference for the Protection of the War Victims, Final Declaration (同上,第529段);90th Inter-Parliamentary Conference, Canberra, Resolution on Respect for International Humanitarian Law and Support for Humanitarian Action in Armed Conflicts (同上,第530段);X SCE, Budapest Summit of Heads of State or Government, Budapest Document 1994 (同上,第531段);26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (同上,第532段);27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (同上,第534段);Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Declaration (同上,第535段);Second Review Conference of States Parties to the CCW, Final Declaration (同上,第536段)。

<sup>5</sup> 南非, LOAC Manual (同上,第343段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家实践:德国(同上,第413段)、意大利(同上,第424段)、约旦(同上,第425段)、马来西亚(同上,第433段)和西班牙(同上,第346段)。

<sup>7</sup> 参见下列国家的声明:奥地利(同上,第377段)、比利时(同上,第379段)、希腊(同上,第414段)、韩国(同上,第426段)、尼日尔(同上,第439段)、俄罗斯(同上,第451段)和特立尼达和多巴哥(同上,第467段)。

<sup>8</sup> 20th International Conference on the Red Cross, Res. XXV (同上,第523段)。

<sup>9</sup> UN Secretary-General's Bulletin, Section 3 (同上,第304段)。

<sup>10</sup> 参见联合国安理会,第1296号决议(同上,第486段)。

员了解其按照国际人道法所应负的义务。<sup>5</sup> 该条款似乎是基于这样的推理,即确保遵守国家指示其武装部队这项义务最为有效的途径就是让指挥官对其统率下的武装部队的指示承担责任。

许多军事手册规定,指挥官有义务确保其统率下的武装部队成员了解其按照国际人道法所应负的义务,<sup>3</sup> 其中包括《第一附加议定书》非缔约国或在当时尚未缔约的国家的国家的手册。<sup>3</sup> 其中一些把该义务与指挥官确保其部队遵守国际人道法的责任相提并论。<sup>4</sup> 正式声明支持指挥官有确保按照国际人道法发出指示的义务。<sup>5</sup> 针对加拿大的维持和平部队在索马里实施的严重违反国际人道法的行为,加拿大的一个调查委员会就许多官员的下属实施的违反行为对他们进行了谴责,因为他们并未对其下属在法律上的义务进行充分的培训。<sup>6</sup>

### 武装反对团体内部发出的指示

《第二附加议定书》第19条规定,该议定书“应尽可能广泛地予以传播”,<sup>7</sup> 并且还规定,该条款对武装反对团体具有拘束力。<sup>8</sup> 在1991年和1992年缔结的关于适用国际人道法的协议中,前南斯拉夫冲突各方承诺推广这种知识,特别是在战斗员当中,以便促进红十字国际委员会要求各方遵守国际人道法的呼吁的传播,以及促进红十字国际委员会出版物的发行。<sup>9</sup>

<sup>5</sup> 《第一附加议定书》第87(2)条(以协商一致的方式通过)(同上,第558段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第560-562段)、比利时(同上,第563-564段)、贝宁(同上,第565段)、喀麦隆(同上,第566-567段)、加拿大(同上,第568-569段)、哥伦比亚(同上,第570-571段)、克罗地亚(同上,第572段)、法国(同上,第573-575段)、德国(同上,第576段)、匈牙利(同上,第577段)、意大利(同上,第578段)、韩国(同上,第579段)、马达加斯加(同上,第580段)、荷兰(同上,第581-582段)、新西兰(同上,第583段)、尼日利亚(同上,第584段)、菲律宾(同上,第585段)、西班牙(同上,第586段)、瑞典(同上,第587段)、瑞士(同上,第588段)、多哥(同上,第589段)和美国(同上,第590段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:法国(同上,第573段)、菲律宾(同上,第585段)和美国(同上,第590段)。

<sup>3</sup> 参见下列国家军事手册:贝宁(同上,第565段)、喀麦隆(同上,第567段)、加拿大(同上,第568段)、克罗地亚(同上,第572段)、法国(同上,第573和575段)、意大利(同上,第578段)、韩国(同上,第579段)、马达加斯加(同上,第580段)、新西兰(同上,第583段)、西班牙(同上,第586段)、多哥(同上,第589段)和美国(同上,第590段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家的实践:加拿大(同上,第596段)、荷兰(同上,第599段)、美国(同上,第601段)和津巴布韦(同上,第603段)。

<sup>6</sup> 加拿大,Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia, Report(同上,第596段)。

<sup>7</sup> 《第二附加议定书》第19条(经协商一致通过)(同上,第287段)。

<sup>8</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 4909.

<sup>9</sup> Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 13(参见第2卷,第40章,第296段);Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 4(同上,第297段)。

哥伦比亚的《基础军事手册》规定,指示武装部队这项义务对武装反对团体也有拘束力。<sup>6</sup> 在 1972 年通过的一项关于武装冲突中对人权的尊重的决议中,联合国大会呼吁武装冲突中的所有各方“向它们的军队发出[关于对其适用的国际人道法规则的]指示”。<sup>6</sup>

武装反对团体必须遵守并确保遵守国际人道法(见规则 139),传播通常被看做是这个方面必不可少的一个工具。在实践中,武装反对团体经常允许红十字国际委员会在其成员当中传播国际人道法。红十字国际委员会自身也呼吁非国际性武装冲突各方确保向其部队传播国际人道法,或者,允许或便利红十字国际委员会采取这种努力。<sup>8</sup>

规则 143 各国须鼓励向平民居民传授国际人道法。

## 实践

第 2 卷,第 40 章,E 节

## 概要

国家实践将本规则确立为一项习惯国际法的规范。已经收集到的实践表明,就传授适用于国际性武装冲突和适用于非国际性武装冲突的国际人道法而言,并没有任何区别。

## 国家当局

1906 年和 1929 年的《日内瓦公约》要求各国采取必要的措施,以使该公约被全体人民所周知。<sup>6</sup> 1949 年的《日内瓦公约》和《保护文化财产公约》要求各国“如可能时”,在其平民培训计划中包括国际人道法之学习。<sup>6</sup> 加入“如可能时”这一限定词并不是说针对平民的这个指示具有可选择性,而是因为需要考虑联邦国家的中央政府

<sup>6</sup> 参见哥伦比亚, Basic Military Manual(同上,第 322 段)。

<sup>6</sup> 联合国大会,第 3032 (XXVII) 号决议(以 103 票赞成、0 票反对和 25 票弃权通过)(同上,第 488 段)。

<sup>8</sup> See, e.g., ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第 549 段); Press Release No.1705(同上,第 543 段); Conflict in Southern Africa: ICRC appeal(同上,第 539 段)以及 Appeal in behalf of civilians in Yugoslavia(同上,第 542 段)。

<sup>6</sup> 1906 年《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的日内瓦公约》第 26 条(同上,第 611 段);1929 年《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的日内瓦公约》第 27 条(同上,第 612 段)。

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第 47 条(同上,第 613 段);《日内瓦第二公约》第 48 条(同上,第 613 段);《日内瓦第三公约》第 127 条(同上,第 613 段);《日内瓦第四公约》第 144 条(同上,第 613 段);《保护文化财产公约》第 25 条(同上,第 614 段)。

可能在教育事项上没有这种权力。<sup>5</sup>

《第一附加议定书》要求各国尽可能广泛地传播国际人道法,并特别“鼓励平民居民进行相关学习”。<sup>6</sup>

许多军事手册中都规定,国家必须鼓励平民居民学习国际人道法或尽可能广泛地传播国际人道法,以使其为平民居民所周知。<sup>6</sup> 此外,一些国家的立法规定,平民居民必须接受符合国际人道法的指示,或者积极努力制订此类培训计划,以便实现这项义务。<sup>6</sup>

在实践中,许多国家对开设国际人道法课程提供了方便,其通常使用的方式是向诸如各国红十字与红新月联合会等组织提供基金。按照《国际红十字与红新月运动章程》,各国红会“传播并帮助政府传播国际人道主义法。在这方面各国红会应积极主动。”<sup>6</sup> 此外,已有70多个国家创建了关于国际人道法的国家委员会,它们的任务通常包括传播和促进。<sup>6</sup> 近年来,越来越多的高等教育机构开始开设国际人道法的课程。<sup>7</sup>

此外,联合国安理会、联合国大会以及联合国人权委员会、欧洲理事会、非洲统一组织也号召和请求各国传播国际人道法,或促进对平民居民的相关教育。<sup>2</sup>

红十字和红新月国际大会以协商一致的方式通过了一些决议,要求各国鼓励向平民居民传授国际人道法。<sup>3</sup> 同样,1993年,保护战争受难者国际会议也敦促所有国

<sup>5</sup> 参见英国, Military Manual(同上,第636段); Jean. S. Pictet (ed.), Commentary on the First Geneva Convention(同上,第708段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第83条(以协商一致的方式通过)(同上,第615段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第622段)、比利时(同上,第623段)、加拿大(同上,第624段)、喀麦隆(同上,第625段)、哥伦比亚(同上,第626段)、德国(同上,第627段)、匈牙利(同上,第628段)、新西兰(同上,第629段)、尼日利亚(同上,第630段)、瑞典(同上,第631段)、西班牙(同上,第632段)、塔吉克斯坦(同上,第633-634段)和美国(同上,第636-637段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家立法:阿塞拜疆(同上,第639段)、克罗地亚(同上,第640段)、秘鲁(同上,第641段)、俄罗斯(同上,第642-643段)和斯洛伐克(同上,第645段)。

<sup>6</sup> 《国际红十字和红新月运动章程》第3(2)条(同上,第617段)。

<sup>0</sup> 红十字国际委员会,咨询服务部, Table of National Committees on International Humanitarian Law, 2005年6月30日。

<sup>1</sup> 例如,参见据报告的下列国家的实践:阿尔及利亚(同上,第647段)、阿根廷(同上,第650段)、比利时(同上,第656段)、刚果民主共和国(同上,第660段)、古巴(同上,第662段)、埃及(同上,第663段)、印度(同上,第669段)、印度尼西亚(同上,第671段)、伊拉克(同上,第672段)、科威特(同上,第674段)、马来西亚(同上,第675段)、秘鲁(同上,第680段)和乌拉圭(同上,第683段)。

<sup>2</sup> 例如,参见联合国安理会,第1265号决议(同上,第688段);联合国大会,第3032(XXV II)号决议(同上,第689段)、第3102(XXV III)号决议(同上,第690段);联合国人权委员会,第1995/73号决议(同上,第497段); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 945(同上,第691段); OAU, Council of Ministers, 第1526号决议(LX)(同上,第692段)。

<sup>3</sup> See, e. g., 19th International Conference of the Red Cross, Res. XXX(同上,第697段); 22nd International Conference of the Red Cross, Res. XII(同上,第699段); 23th International Conference of the Red Cross, Res. VII(同上,第701段); 25th International Conference of the Red Cross, Res. VIII(同上,第702段)。

家“以向一般民众传授国际人道法规则的方式系统地予以传播”。<sup>4</sup>

还没有发现违反本规则的正式实践。1999年,在第27届红十字与红新月国际大会上,来自世界各地的相当多数的国家纷纷承诺对教育和培训课程的设置进行审查,以便在其中加入国际人道法的内容,或强化对一般民众的国际人道法的传播。<sup>5</sup>

《第一附加议定书》还进一步规定,在武装冲突时负责适用国际人道法的民政当局应充分熟悉它们的义务。<sup>6</sup> 虽然要求国家鼓励向全体平民居民传播国际人道法,但是许多国家的政府仍然强调的是对公务员的,特别是执法人员(法官,警察,监狱工作人员)的培训。<sup>7</sup> 联合国安理会以及联合国人权委员会在一些决议中都支持这项要求。<sup>8</sup> 它也被红十字与红新月国际大会的决议所重申。<sup>9</sup> 其他国家强调向青年(包括在中级教育中)传播国际人道法的重要性。<sup>10</sup> 红十字国际会议和通过附加议定书的外交会议所通过的决议也同样强调了这方面的传播。<sup>11</sup>

## 武装反对团体

《第二附加议定书》第19条规定,该议定书“应尽可能广泛地予以传播”,<sup>12</sup> 这一条款对武装反对团体具有拘束力。<sup>13</sup> 在涉及非国际性武装冲突的指示中也规定有这

<sup>4</sup> 参见保护战争受难者国际会议,《最后宣言》(同上,第703段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家在第27届红十字与红新月国际大会上所作的承诺:阿根廷(同上,第648段)、白俄罗斯(同上,第654段)、比利时(同上,第655段)、智利(同上,第657段)、中国(同上,第658段)、哥伦比亚(同上,第659段)、古巴(同上,第661段)、希腊(同上,第665段)、梵蒂冈(同上,第667段)、冰岛(同上,第668段)、印度尼西亚(同上,第670段)、莫桑比克(同上,第677段)、斯洛文尼亚(同上,第681段)。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第83条(经协商一致通过)(同上,第615段)。

<sup>7</sup> 参见下列国家实践:比利时(同上,第655段)、哥伦比亚(同上,第321-322和396段)、德国(同上,第627和664段)、希腊(同上,第665-666段)、冰岛(同上,第668段)、马拉维(同上,第432和676段)、莫桑比克(同上,第435段)、尼日利亚(同上,第630段)、秘鲁(同上,第363段)、菲律宾(同上,第341段)、瑞典(同上,第631段)。

<sup>8</sup> 例如,参见联合国安理会,第1265号决议(同上,第688段);联合国人权委员会,第1994/85、1995/72和1996/80号决议(同上,第496段)、第1995/73号决议(同上,第497段)。

<sup>9</sup> See, e. g., 22nd International Conference of the Red Cross, Res. XII (同上,第699段); 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过)(同上,第705段)。

<sup>10</sup> 例如,参见:阿根廷的声明(同上,第648段)和希腊的声明(同上,第665段);据报告的阿根廷的实践(同上,第650段)。

<sup>11</sup> 例如,参见:15th International Conference of the Red Cross, Res. IX (同上,第695段); 19th International Conference on the Red Cross, Res. XIX and Res. XXX (同上,第696-697段); 23rd International Conference of the Red Cross, Res. VII (同上,第701段); Diplomatic Conference Leading to the adoption of the additional Protocols, 第21号决议(以63票赞成、2票反对和21票弃权通过)(同上,第700段)。

<sup>12</sup> 《第二附加议定书》第19条(经协商一致通过)(同上,第287段)。

<sup>13</sup> Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 4909.

项规则。<sup>8</sup>

在1972年通过的一项关于在武装冲突中对人权的尊重的决议中,联合国大会促请武装冲突中的所有各方向它们的平民供给关于[可适用的国际人道规则]的情报。<sup>8</sup>

虽然关于武装反对团体鼓励向其控制下的平民居民传授国际人道法这项义务的实践很有限,但是,“向所有地区的平民提供有关[国际人道法规则]的情报,以期确使这些规则得到严格遵守”仍然是非常重要的。<sup>8</sup> 在实践中,武装反对团体经常允许红十字国际委员会向在其控制的地区内居住的平民传播国际人道法。

---

<sup>8</sup> Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 13(参见第2卷,第40章,第618段);Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 4(同上,第619段)。

<sup>8</sup> 联合国大会,第3032(XXVII)号决议(以103票赞成、0票反对和25票弃权通过)(同上,第689段)。

<sup>8</sup> 联合国大会,第3102(XXVII)号决议(以107票赞成、0票反对和6票弃权通过)(同上,第690段)。

## 第 41 章

---

### 国际人道法的执行

规则 144 各国不得鼓励武装冲突各方违反国际人道法。它们须尽可能施加影响，以阻止对国际人道法的违反。

#### 实践

第 2 卷, 第 41 章, A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突和非国际性武装冲突

《日内瓦公约》共同第 1 条规定, 缔约国承诺“保证公约之被尊重”。《第一附加议定书》关于尊重该议定书的条款中重申了这个规定。《第一附加议定书》还进一步规定, 在严重破坏本议定书的情形下, 缔约各方承诺在与联合国合作下按照《联合国宪章》采取共同或单方行动。类似的条款规定在《保护文化财产公约第二议定书》中。

从对《日内瓦公约》共同第 1 条所做的评注开始, 红十字国际委员会就不断声明, “保证尊重”的义务不是限于冲突各方的行为, 而是要求各国应尽力保证国际人道法被普遍尊重。

联合国安理会在 1990 年通过的一项决议支持《日内瓦公约》共同第 1 条规定了超出武装冲突各方的义务以外的义务这种解释。该决议要求《日内瓦第四公约》的缔约国根据《日内瓦公约》共同第 1 条的规定, 确保占领国以色列尊重其按照该公约

---

《日内瓦公约》共同第 1 条 (参见第 2 卷, 第 41 章, 第 1 段)。

《第一附加议定书》第 1(1) 条 (以 87 票赞成、1 票反对和 11 票弃权通过) (同上, 第 2 段)。

《第一附加议定书》第 89 条 (以 50 票赞成、3 票反对和 40 票弃权通过) (同上, 第 3 段)。

《保护文化财产公约第二议定书》第 31 条规定: “各缔约国承诺, 在本《议定书》受到严重违反时, 将集体地通过委员会或单独地按照联合国宪章或教科文组织及联合国合作采取行动。”

Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1960, p. 18; Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 45.

承担的各项义务。针对该冲突,联合国大会通过了一些具有相同意思的决议。其他的国际组织同样要求它们的成员国尊重并确保尊重国际人道法,尤其是欧洲理事会、北大西洋公约组织、非洲统一组织和美洲国家组织。

国际会议同样也呼吁各国确保尊重国际人道法。1968年,在德黑兰举行的国际人权会议通过了一项决议,指出《日内瓦公约》的缔约国有时并没有“充分意识到它们采取步骤确保其他国家在一切情况下遵守这些国际人道规则的责任,即使它们自己并没有直接卷入武装冲突”。在1993年举行的保护战争受难者国际会议上通过的《最后宣言》中,与会者承诺“在种族灭绝和其他严重违反本法的事件中,根据《联合国宪章》与联合国合作行动,确保完全遵守国际人道法”,并确认了它们“根据《日内瓦公约》共同第1条尊重国际人道法并保证其被尊重,以便保护战争受难者”的责任。它们还进一步促使所有国家尽力“确保国际人道法的有效性,并根据该法,对违反国际人道法而应承担责任的國家采取坚决的行动,以便结束这种违反行为”。<sup>0</sup>最近,在2001年召开的《日内瓦第四公约》缔约国会议欢迎和鼓励各国采取单方或集体行动,旨在保证该公约被尊重。<sup>1</sup>

实践表明,第三国保证国际人道法被尊重这项义务不仅仅限于执行《日内瓦公约》共同第1条和《第一附加议定书》第1(1)条规定的条约条款。例如,在关于1979年发生在罗得西亚(津巴布韦)的冲突以及1983年和1984年发生在伊朗和伊拉克之间的战争的呼吁中,红十字国际委员会要求保证尊重那些《日内瓦公约》没有规定但《附加议定书》有规定的规则(对平民区域的轰炸和不分皂白的攻击)。这些呼吁还涉及那些声称实施了这些违反行为的国家不是议定书的缔约国的国家。<sup>2</sup>这些呼吁是向国际社会发出的,没有国家对它们提出抗议,并且还得到了一些并非《附加议定书》缔约方的國家的支持,这是很有意义的。<sup>3</sup>

在1986年“尼加拉瓜案(实体部分)”[Nicaragua case (Merits)]中,国际法院认

联合国安理会,第681号决议(参见第2卷,第41章,第21段)。

联合国大会,第32/91A号决议(同上,第22段)、第37/123A号决议(同上,第23段)、第38/180A号决议(同上,第24段)和第43/21号决议(同上,第25段)。

See, e.g., Council of Europe, Parliamentary Assembly, 第823号决议(同上,第30段),第881号决议(同上,第31段),第921号决议(同上,第32段) and 第948号决议(同上,第33段); Council of Europe, Committee of Ministers, Declaration on the rape of women and children in the territory of former Yugoslavia(同上,第34段); NATO, Parliamentary Assembly, Resolution of the Civilian Affairs Committee(同上,第35段); OAU, Conference of African Ministers of Health, 第14号决议(V)(同上,第36段); OAS, General Assembly, 第1408号决议(XXVI-O/96)(同上,第37段)。

International Conference on Human Rights, Res. XXIII(同上,第38段)。

<sup>0</sup> International Conference for the Protection of War Victims, Final Declaration(同上,第43段)。

<sup>1</sup> 《日内瓦第四公约》缔约国会议, Declaration(同上,第45段)。

<sup>2</sup> See ICRC, Conflict in Southern Africa: ICRC appeal(同上,第52段), Conflict between Iraq and Iran: ICRC appeal(同上,第53段), Conflict between Iran and Iraq: Second ICRC appeal(同上,第54段) and Press Release No. 1498(同上,第55段)。

<sup>3</sup> 例如,参见:英国的声明(同上,第19段)和美国的声明(同上,第20段)。

为,尊重和确保尊重这项义务并不是仅仅来自《日内瓦公约》,而且还“来自人道法的一般原则,这些公约仅仅只是对其作了具体说明”。因此,法院断定,美国“有义务不鼓励参与尼加拉瓜冲突中的个人和团体从事违反四个《日内瓦公约》共同第3条规定的行为”。<sup>4</sup> 同样,根据《国家责任条款草案》,“援助或协助另一国实施其国际不法行为的国家应该对此种行为负国际责任”。<sup>5</sup> 在一些案子中,国内法院已经拒绝了那种认为这项规则将防止国家将有关人员驱逐到据称正在发生违反《日内瓦公约》共同第3条的行为的主张。<sup>6</sup>

关于确保国际人道法被尊重的义务所施加的任何积极义务,所有国家有权要求任何冲突各方尊重国际人道法,这是一项共识。前南斯拉夫问题国际刑事法庭的审判庭在1998年的“富伦季亚案”(Furundija case)和2000年的“库布雷什基奇案”(Kupreskić case)的判决中认为,国际人道法的规范是对一切的规范,因此所有的国家在它们得到遵守中都具有“法律上的利益”,结果是,所有国家都有一项要求它们得到遵守的法律权利。<sup>7</sup> 国家实践显示了对下列两种方式的压倒一切的使用,即:(一)外交抗议;(二)集体措施。通过这两种方式,各国尽可能地对审判和阻止违反国际人道法的行为施加它们的影响。<sup>8</sup>

(一)外交抗议。有广泛的国家实践对其他国家违反国际人道法的行为表示了反对,尤其是在过去的20年。这些反对既涉及国际性武装冲突,也涉及非国际性武装冲突。它们不限于违反《日内瓦公约》的行为,通常是与那种抗议国与其没有具体的联系的冲突有关的。这些反对是通过双边外交抗议、在国际场合或通过国际组织的决议的方式体现出来的。它们通常直接针对违反方。偶尔,这些抗议特别提到了各国根据《日内瓦公约》共同第1条承担的保证国际人道法被尊重的义务。这方面的实践在本研究包含的各种规则的介绍中都有编录。

(二)集体措施。除了国际机构作出决议之外,各国采取的“确保尊重”的集体措施采取的形式特别有:对具体的情势召开国际会议、调查可能的违反行为、建立特设刑事法庭和法院、建立国际刑事法院、实施国际制裁以及派遣维持和平或执行和平部队。这种实践在整个研究的每项规则中都有编录。

<sup>4</sup> ICJ, Nicaragua case (Merits) (同上,第46段)。

<sup>5</sup> 《国家责任条款草案》第16条(同上,第10段)。

<sup>6</sup> 例如,参见美国, Executive Office for Immigration Review and Board of Immigration Appeals, Medina case(同上,第14段),在本案中,移民上诉局认为,共同第1条对于违反国际人道法其他国家意图施加“什么义务,如果有的话”是不清楚的;美国, District Court for the Northern District of California, Baptist Churches case(同上,第15段),在本案中,法庭认为,共同第1条款不是一个自动执行的条约条款,因为它并没有“为司法执行提供清楚的指引”,也没有阻止美国向萨尔瓦多和危地马拉驱逐人员;加拿大, Federal Court Trial Division, Sinnappu case(同上,第13段),在本案中,法院认为,共同第1条并没有阻止加拿大将败诉的难民原告遣送回斯里兰卡。

<sup>7</sup> ICTY, Furundija case, Judgment(同上,第47段) and Kupreskić case, Judgment(同上,第48段)。

<sup>8</sup> 关于国家可以利用的履行它们确保遵守国际人道法的义务的措施便览,参见: International Review of the Red Cross, No. 298, 1994, p. 9.

还应当指出,各国对严重破坏行为确立普遍管辖的义务(见对规则 157 的评注)和它们调查它们管辖范围内的战争罪以及于适当时对犯罪嫌疑人进行追诉的义务(见规则 158)都说明如何通过第三国的行为能够保证国际人道法得以执行。

最后,应当指出,《日内瓦公约》共同第 1 条的起草者的意图以及此后的实践都不能把保证国际人道法被尊重这项义务用来作为诉诸武力使用的唯一基础。因此,除了那些由联合国安理会决定的措施之外,旨在确保遵守的措施都应该是和平的,这是所期待的。《第一附加议定书》规定,在严重破坏本议定书的情形下,缔约各国承诺在与联合国合作下按照《联合国宪章》采取共同或单方行为。<sup>9</sup> 由于提到了符合《联合国宪章》的措施,因此,该议定书非常明确指出,各国不能以一种未经宪章授权的方式使用武力来确保对国际人道法的尊重。同样的推理也适用于《保护文化财产公约第二议定书》第 31 条,该条中也含有类似的内容。

规则 145 在国际法不禁止的情况下,交战报复行为须受到严格条件的限制。

## 实践

### 第 2 卷,第 41 章,B 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。交战报复行为可能是非法的,但是,在特殊的情况中,当它被用来作为一项针对对方的非法行为的反应的执行措施时,它在国际法中被认为是合法的。在国际人道法上,出现了一种完全禁止交战报复行为的趋势。那些可能仍然是合法的交战报复行为受到下面要阐明的严格条件的限制。

## 国际性武装冲突

正如在一些军事手册中声明的,报复行为一直是一种国际人道法的传统的执行方法,不过受到下面将提到的严格条件的限制。<sup>10</sup> 在过去一个世纪中,允许作为报复行为目标的人员和目标的种类越来越少,而且,针对某些人员和目标的报复行为现在已经受到习惯国际法的禁止(见规则 146 - 147)。

在过去 20 年比较著名的武装冲突的过程中,一直没有把交战报复行为作为执行国际人道法的一项措施,主要的例外是伊朗和伊拉克之间的战争,这种措施遭到联合国安理会和联合国秘书长的严厉批评(见下文)。除了那些已经受到《日内瓦公约》禁止的情形之外,禁止报复行为这种趋势可以从联合国大会在 1970 年通过的《武装

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 89 条(以 50 票赞成、3 票反对和 40 票弃权通过)(参见第 2 卷,第 41 章,第 3 段)。

<sup>10</sup> 参见下列国家军事手册:贝宁(同上,第 70 段)、肯尼亚(同上,第 82 段)、荷兰(同上,第 85 段)、多哥(同上,第 93 段)和英国(同上,第 94 - 95 段)。

冲突中保护平民之基本原则》的决议中发现。决议中称道：“平民群众或个人不应作为报复之对象。”<sup>1</sup>

各国对诉诸报复行为都保持沉默可以通过下面这个事实得到解释，即作为一项执行措施，它们没有起到作用，特别是因为报复行为具有导致违反行为升级的风险。正如肯尼亚的《武装冲突法手册》声明的那样，“报复行为是一种不令人满意的执行本法的方式。它们往往用来作为非法的作战方法的一种借口，并且通过不断的报复和反报复具有使违反行为升级的风险”。<sup>2</sup> 其他一些军事手册以及其他实践同样警告具有升级的危险。<sup>3</sup> 也有一些人仍然强调通过使用报复行为所获得的军事利益是有限的。<sup>4</sup>

在《第一附加议定书》谈判过程中，许多国家声称，诉诸报复行为是完全不应当允许的。<sup>5</sup> 其他国家声明，它们是一种非常有疑问的确保执行的方式。<sup>6</sup> 一些国家完全禁止报复行为。<sup>7</sup> 其他国家声明，它们只能用来针对战斗员和军事目标。<sup>8</sup> 还存在国内判例法和正式声明，大意是认为报复行为不能是不人道的。<sup>9</sup> 这项要求已经在《牛津手册》中得到阐明，在近期的《国家责任条款草案》中也得到了重申，只是用了不同的措辞。<sup>10</sup>

对同意诉诸报复行为保持沉默以及正式实践中发现的严格条件表明，国际社会逐渐反对将违反国际人道法的行为作为一种尽力执行该法律的方法。19世纪和20世纪早期，作为一种执行方法，交战报复行为的理论得到了发展。与那时相比，现在支持通过外交渠道来确保国际人道法被尊重的观念得到了多得多的支持。这也是有

<sup>1</sup> 参见联合国大会，第2675 (XXV)号决议(以109票赞成、0票反对和8票弃权通过)(同上，第840段)。

<sup>2</sup> 参见肯尼亚，LOAC Manual(同上，第82段)。

<sup>3</sup> 例如，参见下列国家军事手册：澳大利亚(同上，第67-68段)、瑞士(同上，第91段)、英国(同上，第94-95段)和美国(同上，第97-99段)以及下列国家的实践：阿根廷(同上，第115段)、加拿大(同上，第119段)、匈牙利(同上，第129段)、墨西哥(同上，第134段)、荷兰(同上，第136段)、挪威(同上，第137段)、波兰(同上，第139段)和委内瑞拉(同上，第148段)。

<sup>4</sup> 例如，参见美国，Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上，第100段)(涉及决不纳降和不容容俘虏的命令)；加拿大，国防部，Memorandum on Ratification of Additional Protocol I(同上，第120段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家实践：白俄罗斯(同上，第118段)、哥伦比亚(同上，第121段)、捷克斯洛伐克(同上，第122段)、墨西哥(同上，第134段)、波兰(同上，第139段)和苏联(同上，第142段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家实践：加拿大(同上，第119段)、德意志联邦共和国(同上，第126段)、匈牙利(同上，第129段)、荷兰(同上，第135段)和挪威(同上，第137段)。

<sup>7</sup> 参见下列国家军事手册：布基纳法索(同上，第802段)、喀麦隆(同上，第803段)、刚果(同上，第805段)和摩洛哥(同上，第818段)。

<sup>8</sup> 参见下列国家军事手册：贝宁(同上，第801段)和多哥(同上，第824段)。

<sup>9</sup> 例如，参见：意大利，Military Tribunal of Rome, Kappler case(同上，第345段)，Priebke case(同上，第346段)，Hass and Priebke case(同上，第347段)以及下列国家的正式声明：芬兰(同上，第348段)、印度(同上，第349段)和马来西亚(同上，第352段)。

<sup>10</sup> Oxford Manual, Article 86(同上，第337段)；《国家责任条款草案》第50条，第1款(同上，第338段)。

关联的。在解释报复行为只能作为最后一种方式采取的条件中,在不存在其他可能时,各国必须把向其他国家和国际组织请求帮助以便停止违反行为的可能性考虑进去(见对规则144的评注)。

## 条件

为了使针对许可的一类人员和目标的交战报复行为不至于非法,必须符合五个条件。这些条件大多都规定在军事手册中,并得到正式声明的支持。这些条件是:

(一)报复行为的目的。报复行为只能针对发生在先的严重违反国际人道法行为采取,并且只能以促使对方遵守该法作为目的。这个条件在许多军事手册以及一些国家的立法中得到阐明。<sup>3</sup> 它还得到国内判例法的确认。<sup>3</sup>

由于报复行为是对发生在先的严重违反国际人道法的行为的反应,“预期的”的报复行为或“反报复行为”都是不允许的,交战报复行为也不能作为对违反另一类型的法律的行为的一种反应。另外,由于报复行为的目的旨在促使对方遵守该法,它们不能为了复仇或惩罚而实施。

存在允许针对违反国的同盟国采取报复行为的有限实践,但是,这要追溯到1930年的“齐斯内案”(Cysne case)的仲裁以及第二次世界大战。<sup>3</sup> 从那以后的实践来看,诉诸这种报复行为不再是有效的。根据《国家责任条款草案》,“一受害国只为促使一国际不法行为的责任国履行其义务时,才可对该国采取反措施”。<sup>3</sup> 这种责任的要素还反映在一些军事手册中。<sup>5</sup> 不过,虽然大多数军事手册在针对违反国的同盟国的报复行为问题上没有作出规定,意大利的《国际人道法手册》却明确声明,报复“作为一般规则,只能针对直接违反战争法的交战国”。<sup>6</sup> 其他的军事手册解释说,

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第67-68段)、比利时(同上,第69段)、贝宁(同上,第70段)、加拿大(同上,第71段)、克罗地亚(同上,第73段)、厄瓜多尔(同上,第74段)、法国(同上,第75段)、德国(同上,第76-78段)、匈牙利(同上,第79段)、印度尼西亚(同上,第80段)、意大利(同上,第81段)、肯尼亚(同上,第82段)、荷兰(同上,第85段)、新西兰(同上,第86段)、尼日利亚(同上,第87段)、南非(同上,第89段)、西班牙(同上,第90段)、瑞典(同上,第91段)、瑞士(同上,第92段)、多哥(同上,第93段)、英国(同上,第94-95段)、美国(同上,第96-100段)和南斯拉夫(同上,第101段)以及意大利的立法(同上,第103段)。

<sup>3</sup> 参见:意大利, Military Tribunal of Rome, Priebke case(同上,第108段);意大利, Military Tribunal of Rome (confirmed by the Military Appeals Court and the Supreme Court of Cassation), Hass and Priebke case(同上,第109段);荷兰, Special Court (War Criminals) at The Hague and Special Court of Cassation, Rauter case(同上,第110段);挪威, Eidsivating Court of Appeal and Supreme Court, Bruns case(同上,第111段);挪威, Frostating Court of Appeal and Supreme Court, Fleisch case(同上,第112段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第113段)。

<sup>3</sup> 参见: Special Arbitral Tribunal, Cysne case(同上,第156段)和据报告的英国在第二次世界大战中的实践(同上,第159段)。

<sup>3</sup> 《国家责任条款草案》第49条(同上,第66段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家军事手册:加拿大(同上,第71段)、厄瓜多尔(同上,第74段)、新西兰(同上,第86段)和美国(同上,第97段和第99段)。

<sup>6</sup> 意大利, IHL Manual(同上,第81段)。

针对另一国采取报复行为是为了促使那个国家停止违反国际法的行为。<sup>3</sup>

一些军事手册特别指出,根据它们的具体目的,报复行为必须如此声明,而且必须是公开的,以便对方知道它遵守该法的义务。<sup>8</sup>

(二)最后的措施。只有无法利用其他的合法方法来促使对方尊重该法的情况下,报复行为才可以作为最后的措施被使用。这个条件在许多军事手册中得到阐明。<sup>9</sup> 它得到国内判例法的确认。<sup>9</sup> 它还得到国家在通过附加议定书的外交会议上和在“核武器案”中在国际法院面前所作出的声明和建议的重申,在其他场合,它有时候也被提到,即在诉诸报复行为之前必须给予事先的警告,以及(或者)其他的措施必须已经宣告失败。<sup>4</sup> 在批准《第一附加议定书》时针对报复行为所作的保留中,英国保留了“只有在向对方提出正式的警告,要求其停止违反行为没有遭到理睬的情况下才能”采取报复行为的权利。<sup>2</sup>

根据《国家责任条款草案》,在采取反措施之前,受害国必须要求责任国履行其义务,将采取反措施的任何决定通知责任国并提议与该国进行谈判。<sup>3</sup> 在2000年的“库布雷什基奇案”的判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭确认了特别仲裁庭在1928年的“瑙利拉案”(Naulilaa case)中声明的内容,即报复行为只能在向对方发出警告,要求其停止违反行为仍然被忽视之后才能采取。<sup>4</sup>

(三)成比例。报复行为必须与其要求停止的违反行为成比例。该个条件已经在1880年的《牛津手册》上作了规定,并且最近在《国家责任条款草案》中得到重

<sup>3</sup> 例如,参见:德国的各种军事手册(同上,第76段和第78段);美国,Field Manual(报复行为是“一交战方针对敌方人员或财产对另一交战方实施的战争行为而诉诸的”)(同上,第96段);以及Air Force Pamphlet(“它们直接针对敌方,以便促使敌方停止进一步违反该法的行为”)(同上,第97段);还可以参见下列两国的实践:加拿大(“在那一交战方违反了战争法之后”)(同上,第120段)和荷兰(“迫使另一个国家停止该国正在实施的违反行为”)(同上,第136段)。

<sup>8</sup> 参见下列国家军事手册:加拿大(同上,第71段)、厄瓜多尔(同上,第74段)、新西兰(同上,第86段)以及美国(同上,第97段和第99-100段)。

<sup>9</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第162段)、比利时(同上,第163段)、加拿大(同上,第165段)、克罗地亚(同上,第166段)、厄瓜多尔(同上,第167段)、德国(同上,第169段)、匈牙利(同上,第170段)、荷兰(同上,第173段)、西班牙(同上,第176段)、英国(同上,第178段)、美国(同上,第180-183段)以及南斯拉夫(同上,第184段)。其他的军事手册要求必须给予事先的警告,参见下列国家军事手册:贝宁(同上,第172段)、多哥(同上,第177段)以及英国(同上,第179段)。

<sup>9</sup> 参见:意大利, Military Tribunal of Rome (confirmed by Military Appeals Court and Supreme Court of Cassation), Hass and Priebke case(同上,第186段);荷兰, Special Court (War Criminals), Rauter case(同上,第187段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第188段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第190-191段)、荷兰(同上,第192-194段)、英国(同上,第195段)以及美国(同上,第196-197段)。

<sup>2</sup> 英国, Reservation made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第160段)。

<sup>3</sup> 《国家责任条款草案》第52条(同上,第161段)。

<sup>4</sup> See ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第202段); Special Arbitral Tribunal, Naulilaa case(同上,第203段)。

申。<sup>5</sup> 它还包括在许多军事手册中。<sup>6</sup> 而且,还有关于在第二次世界大战中实施的违反行为的判例法,其中,被告提出的他们的行为是作为合法的报复行为而实施的辩称被驳回,特别是因为发现它们与原先的违反行为相比是不成比例的。<sup>7</sup>

报复措施必须与原先的违反行为成比例这项要求得到了在通过附加议定书的外交会议上、在“核武器案”中、在国际法院面前以及在其他场合中国家作出的各种声明和建议的重申。<sup>8</sup> 在批准《第一附加议定书》时针对报复行为所作的保留中,英国声明:“英国采取的任何措施都不会和引起报复的违反行为不成比例。”<sup>9</sup>

国际法院在1996年的“核武器案”的咨询意见中、前南斯拉夫问题国际刑事法庭在2000年的“库布雷什基奇案”的判决中,确认了特别仲裁庭在1928年的“瑙利拉案”中声明的内容,即交战报复行为受到比例原则的限制。<sup>6</sup>

已收集到的大多数实践要求在报复中采取行为应当和原先的违反行为成比例。仅有一些零碎的实践特别指出,就关于遭受的损害来说,必须遵守成比例要求。<sup>5</sup>

(四)最高级别的政府的决定。诉诸报复行为的决定必须由最高级别的政府作出。虽然《牛津手册》声明只有总司令才有权授权报复行为,<sup>3</sup> 更多的近期实践表明,这样的决定必须由最高政治级别作出。<sup>5</sup> 确认这个条件的国家实践可以在军事手册

<sup>5</sup> Oxford Manual, Article 86 (同上,第208段);《国家责任条款草案》第51条(同上,第209段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第210段)、比利时(同上,第211段)、贝宁(同上,第212段)、加拿大(同上,第213段)、克罗地亚(同上,第214段)、厄瓜多尔(同上,第215段)、德国(同上,第216段)、匈牙利(同上,第217段)、意大利(同上,第218段)、肯尼亚(同上,第219段)、荷兰(同上,第220段)、新西兰(同上,第221段)、西班牙(同上,第223段)、多哥(同上,第224段)、英国(同上,第225-226段)、美国(同上,第227-230段)以及南斯拉夫(同上,第231段)。

<sup>7</sup> 参见意大利, Military Tribunal of Rome, Kappler case(同上,第233段), Priebke case(同上,第234段)(confirmed by Military Appeals Court and Supreme Court of Cassation), Hass and Priebke case(同上,第235段);荷兰, Special Court (War Criminals) and Special Court of Cassation, Rauter case(同上,第236段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第237段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的声明:加拿大(同上,第239段)、印度(同上,第244段)、墨西哥(同上,第245段)、荷兰(同上,第246-247段)、英国(同上,第248段)以及美国(同上,第249-250段),还有据报告的下列国家的实践:中国(同上,第240段)、法国(同上,第241-242段)以及德国(同上,第243段)。

<sup>9</sup> 英国, Reservation made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第207段)。

<sup>6</sup> ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第255段); ICTY, Kuprekić case, Judgment(同上,第256段); Special Arbitral Tribunal, Naulilaa case(同上,第257段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家军事手册:比利时(同上,第211段)、荷兰(同上,第220段)以及南斯拉夫(同上,第231段),还有印度的声明(同上,第244段)。

<sup>3</sup> Oxford Manual, Article 86(同上,第262段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第264段)、克罗地亚(同上,第271段)、厄瓜多尔(同上,第272段)、德国(同上,第274-275段)、匈牙利(同上,第276段)、意大利(同上,第277段)、荷兰(同上,第280段)、新西兰(同上,第281段)、西班牙(同上,第283段)、瑞典(同上,第284段)、瑞士(同上,第285段)、英国(关于针对敌方平民居民和民用物体的报复行为)(同上,第288段)以及美国(同上,第290-294段)。

以及一些国家立法和正式声明中找到。<sup>5</sup> 在批准《第一附加议定书》时针对报复行为所作的保留中,英国声明,报复行为“只能在最高级别的政府作出决定后才能采取”。<sup>5</sup>

在2000年的“库布雷什基奇案”的判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,诉诸报复行为的决定必须由最高政治或最高军事级别作出,不可以由地方上的指挥官作出。<sup>6</sup>

(五)终止。一旦对方遵守了该法,报复行为就必须终止。作为在原先的不法行为得到矫正的情况下的一项正式的禁令,这项条件在1880年的《牛津手册》中已经得到规定,最近在《国家责任条款草案》中得到重申。<sup>7</sup> 它还包括在一些军事手册、正式声明和被报告的实践中。<sup>8</sup> 在批准《第一附加议定书》时针对报复行为所作的保留中,英国声明,“在违法行为停止之后”,报复行为将不会继续。<sup>9</sup>

在2000年的“库布雷什基奇案”的判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,一旦不法行为不再继续,报复行为必须停止。<sup>6</sup>

规则 146 禁止对受《日内瓦公约》保护的人员实施交战报复行为。

## 实践

第2卷,第41章,C节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 对《日内瓦公约》保护的人员实施的报复行为

《日内瓦公约》禁止对冲突一方控制下的人员实施报复行为,包括伤者、病者和遇船难

<sup>4</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第263段)、比利时(同上,第265段)、贝宁(同上,第266段)、加拿大(同上,第269段)、肯尼亚(同上,第278段)、南非(同上,第282段)、多哥(同上,第286段)、英国(同上,第287段)、美国(同上,第289段);下列两国的立法:阿根廷(同上,第296段)和意大利(同上,第297段)以及法国的实践(同上,第299-300段)。

<sup>5</sup> 英国,Reservation made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第261段)。

<sup>6</sup> ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上,第302段)。

<sup>7</sup> Oxford Manual, Article 85(同上,第306段);《国家责任条款草案》第53条(同上,第307段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家军事手册:贝宁(同上,第308段)、加拿大(同上,第309段)、克罗地亚(同上,第310段)、厄瓜多尔(同上,第311段)、匈牙利(同上,第312段)、意大利(同上,第313段)、肯尼亚(同上,第314段)、新西兰(同上,第315段)、西班牙(同上,第317段)、多哥(同上,第318段)、英国(同上,第319-320段)、美国(同上,第321-322段)以及南斯拉夫(同上,第323段);以下两国的正式声明:法国(同上,第327段)和荷兰(同上,第328段);据报告的伊朗实践(同上,第326段)。

<sup>9</sup> 英国,Reservation made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第305段)。

<sup>6</sup> ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上,第333段)。

者、医务及宗教人员、被俘战斗员、被占领土上的平民以及其他冲突敌方控制下的平民。<sup>6</sup> 这些禁止条款还包含在许多军事手册中。<sup>8</sup> 它还在一些国家的立法中得到阐明。<sup>8</sup> 正式

---

<sup>6</sup> 《日内瓦第一公约》第46条(同上,第448段);《日内瓦第二公约》第47条(同上,第449段);《日内瓦第三公约》第13(3)条(同上,第360段);《日内瓦第四公约》第33(3)条(同上,第590段)。

<sup>8</sup> 关于被俘的战斗员和战俘,例如,参见下列国家军事手册:阿根廷(同上,第364-365段)、澳大利亚(同上,第365-367段)、比利时(同上,第368段)、贝宁(同上,第369段)、布基纳法索(同上,第370段)、喀麦隆(同上,第371段)、加拿大(同上,第372-373段)、哥伦比亚(同上,第374段)、刚果(同上,第375段)、克罗地亚(同上,第376-377段)、多米尼加共和国(同上,第378段)、厄瓜多尔(同上,第379段)、法国(同上,第380-382段)、德国(同上,第383-385段)、匈牙利(同上,第386段)、印度尼西亚(同上,第387段)、意大利(同上,第388段)、肯尼亚(同上,第389段)、马达加斯加(同上,第390段)、摩洛哥(同上,第391段)、荷兰(同上,第392-393段)、新西兰(同上,第394段)、尼加拉瓜(同上,第395段)、尼日利亚(同上,第396-397段)、南非(同上,第398段)、西班牙(同上,第399段)、瑞典(同上,第400段)、瑞士(同上,第401段)、多哥(同上,第402段)、英国(同上,第403-404段)、美国(同上,第405-411段)、南斯拉夫(同上,第412段)。关于伤者、病者和遇船难者,例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第458-459段)、比利时(同上,第460段)、贝宁(同上,第461段)、布基纳法索(同上,第462段)、喀麦隆(同上,第463段)、加拿大(同上,第464段)、刚果(同上,第465段)、克罗地亚(同上,第466段)、厄瓜多尔(同上,第467段)、法国(同上,第468-469段)、德国(同上,第470-472段)、匈牙利(同上,第473段)、印度尼西亚(同上,第474段)、意大利(同上,第475段)、肯尼亚(同上,第476段)、马达加斯加(同上,第477段)、摩洛哥(同上,第478段)、荷兰(同上,第479-480段)、新西兰(同上,第481段)、尼日利亚(同上,第482段)、南非(同上,第483段)、西班牙(同上,第484段)、瑞典(同上,第485段)、瑞士(同上,第486段)、多哥(同上,第487段)、英国(同上,第488-489段)、美国(同上,第490-494段)、南斯拉夫(同上,第495段)。关于医务及宗教人员,例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第527-528段)、比利时(同上,第529段)、贝宁(同上,第530段)、布基纳法索(同上,第531段)、喀麦隆(同上,第532段)、加拿大(同上,第533段)、刚果(同上,第534段)、克罗地亚(同上,第535段)、厄瓜多尔(同上,第536段)、法国(同上,第537-538段)、德国(同上,第539-540段)、匈牙利(同上,第541段)、印度尼西亚(同上,第542段)、意大利(同上,第543段)、肯尼亚(同上,第544段)、马达加斯加(同上,第545段)、摩洛哥(同上,第546段)、荷兰(同上,第547-548段)、新西兰(同上,第549段)、尼日利亚(同上,第550-551段)、西班牙(同上,第552段)、瑞典(同上,第553段)、瑞士(同上,第554段)、多哥(同上,第555段)、英国(同上,第556-557段)、美国(同上,第558-561段)、南斯拉夫(同上,第562段);关于被占领土上的平民以及其他冲突敌方控制下的平民,例如,参见下列国家军事手册:阿根廷(同上,第594-596段)、澳大利亚(同上,第597-598段)、比利时(同上,第599段)、贝宁(同上,第600段)、布基纳法索(同上,第601段)、喀麦隆(同上,第602段)、加拿大(同上,第603段)、哥伦比亚(同上,第604段)、刚果(同上,第605段)、多米尼加共和国(同上,第606段)、厄瓜多尔(同上,第607-608段)、法国(同上,第609-611段)、德国(同上,第612段)、匈牙利(同上,第613段)、印度(同上,第614段)、印度尼西亚(同上,第615段)、意大利(同上,第616段)、肯尼亚(同上,第617段)、马达加斯加(同上,第618段)、摩洛哥(同上,第619段)、荷兰(同上,第620段)、新西兰(同上,第621段)、南非(同上,第622段)、西班牙(同上,第623段)、瑞典(同上,第624段)、瑞士(同上,第625段)、多哥(同上,第626段)、英国(同上,第627-628段)、美国(同上,第629-634段)、南斯拉夫(同上,第635段)。

<sup>8</sup> 参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第563和第636段)、哥伦比亚(同上,第413、496、564和637段)和意大利(同上,第414、第497、第565和第638段)。

声明和被报告的实践进一步支持这个禁止条款。<sup>4</sup>

### 敌对行为中针对平民的报复行为

禁止在敌对行为中针对平民的报复行为这个趋势被联合国大会在 1970 年通过的一项决议所引入。该决议确认“平民群众或个人不应作为报复之对象”是武装冲突中保护平民居民的一项基本原则。<sup>5</sup>

在敌对行为中禁止对平民进行报复在《第一附加议定书》第 51 条第 6 款中得到了编纂。<sup>6</sup> 它还可以在调整使用地雷、诱杀装置和其他装置的常规武器公约第二议定书的原先版本和修正版本中找到。<sup>7</sup> 在通过附加议定书时,《第一附加议定书》第 51 条第 6 款所引入的禁止报复行为原则是一项新的规则。在对第 51 条作为整体进行投票时,法国投了反对票,16 个国家投了弃权票。<sup>8</sup> 在 16 个投弃权票的国家中,有 10 个已成为《第一附加议定书》的成员国,并且没有做出任何保留。<sup>9</sup> 3 个国家还没有批准《第一附加议定书》,即印度尼西亚、马来西亚和摩洛哥,不过一般都支持禁止针对平民实施报复行为。<sup>0</sup>

结果是,绝大多数国家承诺不将平民作为报复行为的目标。虽然赞成具体地禁止对所有的平民实施报复行为的实践是广泛而有代表性的,但它还没有具有一致性。美国虽然还不是《第一附加议定书》的缔约国,但是它已经在一些场合表示,它并不接受这种完全的禁止,尽管它投票赞成了《第一附加议定书》第 51 条,并且在批准《常规武器公约议定书二》时对其中包含的禁止针对平民进行报复的条款未作保留。<sup>1</sup> 英国也投票赞成了第 51 条,但在成为《第一附加议定书》的缔约国时对第 51

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第 567 段)、加拿大(同上,第 418 段和第 568 段)、哥伦比亚(同上,第 419、第 499、第 569 和第 642 段)、埃及(同上,第 420 - 421、第 500 - 501、第 570 - 571 和第 643 段)、法国(同上,第 422、第 502、第 573 和第 644 段)、德意志联邦共和国(同上,第 423 段和第 645 段)、伊拉克(同上,第 424、第 503 和第 574 段)、黎巴嫩(同上,第 427 段)、波兰(同上,第 429、第 507、第 578 和第 649 段)、所罗门群岛(同上,第 508 段和第 579 段)、英国(同上,第 430、第 509、第 580 和第 650 段)、美国(同上,第 431 - 433、第 510、第 581 和第 651 - 652 段)、以色列(同上,第 425、第 504、第 575 和第 646 段)、以及据报告的约旦的实践(同上,第 426、第 505、第 576 和第 647 段)。

<sup>5</sup> 联合国大会,第 2675 (XXV) 号决议(以 109 票赞成、0 票反对和 8 票弃权通过)(同上,第 766 段)。由于该决议是以无记名投票的方式通过的,所以不能确定哪国赞成、哪国弃权。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第 51(6)条(以 77 票赞成、1 票反对和 16 票弃权通过)(同上,第 662 段)。

<sup>7</sup> 《常规武器公约议定书二》第 3(2)条(同上,第 670);《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3(7)条(同上,第 671 段)。

<sup>8</sup> 弃权的国家是:阿富汗、阿尔及利亚、喀麦隆、哥伦比亚、德意志联邦共和国、意大利、肯尼亚、韩国、马达加斯加、马里、摩纳哥、摩洛哥、塞内加尔、泰国、土耳其和扎伊尔(参见:CDDH, Official Records, Vol. VI, CDDH/SR.41, 1977 年 5 月 26 日,第 163 页)。

<sup>9</sup> 阿尔及利亚、喀麦隆、哥伦比亚、刚果民主共和国、肯尼亚、韩国、马达加斯加、马里、摩纳哥和塞内加尔。

<sup>0</sup> 例如,参见下面两国的军事手册:印度尼西亚(参见第 2 卷,第 41 章,第 695 段)和摩洛哥(同上,第 695 段)以及马来西亚的声明(同上,第 747 段)。

<sup>1</sup> 参见美国的实践(同上,第 709、第 711 和第 757 - 760 段)。

条提出了保留,该保留重述了针对敌国平民诉诸报复行为的一系列严格条件。<sup>2</sup> 它也批准了《常规武器公约议定书二》,对其中包含的禁止针对平民进行报复的规定未作保留。埃及、法国、德国和意大利在批准《第一附加议定书》时针对保护平民居民的条款也发表了声明,但这些声明非常含糊,因为它们表明,这些国家将对严重而不断的违反行为会根据国际法许可的方式做出反应,以便防止进一步的违反行为。<sup>3</sup> 在重新提到什么是国际法中合法的方式时,这些声明避开了针对平民的报复行为是否是合法的问题。这些国家随后的实践有助于评估了它们在针对平民的报复行为这个问题上的立场。

在通过《第一附加议定书》时,埃及强烈支持禁止对平民进行报复的规定,而且最近,在“核武器案”中向国际法院呈递的意参见中,它声明它认为此项禁止是习惯法。<sup>4</sup> 法国和德国近期的《军事手册》引用了《第一附加议定书》第51条第6款,禁止针对平民的报复行为。<sup>5</sup> 不过,意大利的《国际人道法手册》用非常一般的措辞支持针对平民进行报复的狭小的可能性,声称:“除非在绝对必要的情况下,报复行为不能直接针对平民。”<sup>6</sup>

值得注意的其他实践是伊朗和伊拉克两国之间直接针对对方城市的一系列报复行为,它们都不是《第一附加议定书》的成员国。在1983年和1984年的新闻稿中,红十字国际委员会声明,平民决不能作为报复的目标,并呼吁伊朗和伊拉克停止对平民的轰炸。<sup>7</sup> 1984年,联合国秘书长在给伊朗总统和伊拉克总统的信中声明:“故意袭击平民区域决不能被国际社会所原谅。”他继续声明,报复行为和反报复行为导致了平民居民生命的丧失和痛苦,“这必须立即停止”。<sup>8</sup> 1986年,在一份联合国安理会的主席声明中,对“违反国际人道法和武装冲突的其他法律的行为”深表悲痛,并对“通过对纯粹的民用目标的攻击的升级来扩大冲突的行为表达了深深地担忧”。<sup>9</sup> 1987年,伊拉克和伊朗两国在给联合国秘书长的信中为它们的行为辩解,认为它们对对方城市的攻击是一种意在促使对方停止攻击行为的有限的报仇行为。<sup>10</sup> 1988年,在另一份主席声明中,联合国安理会“对敌对行为的升级,尤其是对民用目标和城市的袭

<sup>2</sup> 英国, Reservation made upon ratification of Additional Protocol I (同上, 第669段)。

<sup>3</sup> 参见下列国家在批准《第一附加议定书》时作出的保留或声明:埃及(同上, 第664段)、法国(同上, 第665段)、德国(同上, 第666段)和意大利(同上, 第667段)。

<sup>4</sup> 参见埃及的实践(同上, 第729 - 730段和第748段)。

<sup>5</sup> 参见下面两国的军事手册:法国(同上, 第689段)和德国(同上, 第690 - 692段)。

<sup>6</sup> 意大利, IHL Manual (同上, 第696段)。

<sup>7</sup> See ICRC, Press Release No. 1479 (同上, 第778段) and Press Release No. 1489 (同上, 第779段)。

<sup>8</sup> 联合国秘书长, 1984年6月9日致伊朗伊斯兰共和国和伊拉克共和国总统的信(同上, 第769段)。

<sup>9</sup> 联合国安理会, 主席声明(同上, 第763段)。美国是轮值主席国, 安理会其他理事国是:澳大利亚、保加利亚、中国、刚果、丹麦、法国、加纳、马达加斯加、泰国、特立尼达和多巴哥、苏联、阿拉伯联合酋长国、英国和委内瑞拉。

<sup>10</sup> 参见下面两国的实践:伊朗(同上, 第737 - 740段)和伊拉克(同上, 第743段)。

击”深表悲痛,并声明,“安理会的理事国一致要求伊朗和伊拉克立即停止所有此类的攻击,毫不犹豫停止导致冲突升级的所有行为”。<sup>8</sup> 尽管联合国安理会的两份声明都没有明确用到“报复行为”这个词,但是它们谴责对平民攻击的升级,这是很有意义的。第二份声明是在伊朗和伊拉克两国写信为它们采取的报复行为基础进行辩解之后发表的,这表明,联合国安理会拒绝接受双方的观点。

从历史上看,报复行为往往具有使对平民的攻击升级的后果,而不是阻止它们,这是一个得到一些军事手册评注的事实。<sup>8</sup> 例如,就像美国《海军手册》解释的那样,“[报复]总是会有激发敌人报仇升级(反报复行为)的危险。就是因为这个原因,美国在历史上一直不愿意诉诸报复行为”。<sup>8</sup>

基于对没有直接参加敌对行为的平民的攻击的执行行为既不符合人权法的发展,也是不重视生命权的体现。另外,自从第二次世界大战以来,人权法和国际人道法都承认,没有直接参加敌对行为的平民不能对他们的政府违反国际法的行为负责,所以不能成为攻击的对象(见规则 1),也不能成为集体惩罚的对象(见规则 103)。

由于存在违反本规则的实践,尽管非常有限,因此断定已经形成了一项明确禁止在敌对行为中针对平民的报复行为的习惯法规则是困难的。不过,仅仅因为有限数量的国家实践而声称诉诸这种报复行为的权利仍然存在也是困难的,而且这些实践也是含糊的。因此,至少看来出现了一种支持对这些报复行为进行禁止的趋势。在 1996 年对“马尔蒂奇案”(Martić case)的指控令的审查意见中,以及在 2000 年对“库布雷什基奇案”的判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭发现,这样的禁止规定均已存在,主要是基于人性的要求和公众良心。<sup>8</sup> 这些都是非常重要的迹象,与现在谴责或禁止报复行为的相当多的实践是一致的。

规则 147 禁止对受《日内瓦公约》与《保护文化财产的海牙公约》保护的物体实施交战报复行为。

## 实践

第 2 卷,第 41 章,D 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

<sup>8</sup> 联合国安理会,主席声明(同上,第 764 段)。南斯拉夫是轮值主席国,安理会其他理事国是:阿尔及利亚、阿根廷、巴西、中国、法国、德意志联邦共和国、意大利、日本、尼泊尔、塞内加尔、苏联、英国、美国和赞比亚。

<sup>8</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第 67 - 68 段)、瑞典(同上,第 91 段)、英国(同上,第 94 - 95 段)以及美国(同上,第 97 - 99 段)。

<sup>8</sup> 美国,Naval Handbook(同上,第 99 段)。

<sup>8</sup> ICTY, Martić case, Review of the Indictment(同上,第 776 段) and Kupreškić case, Judgment(同上,第 777 段)。

### 针对受到《日内瓦公约》保护的个人的财产的报复行为

《日内瓦第四公约》规定,禁止对被保护的人即敌国控制下的平民的财产实施报复行为。<sup>8</sup> 许多军事手册禁止对受到《日内瓦第四公约》保护人的财产实施报复行为,<sup>8</sup> 而一些其他的手册一般性地禁止对被保护人的财产实施报复行为。<sup>8</sup> 美国《战地手册》和《行动法律手册》将这种禁止的范围扩大到所有受到《日内瓦公约》保护的人的财产,包括伤者、病者和遇船难者的财产以及战俘的财产。<sup>8</sup>

### 针对医疗物体的报复行为

《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》都禁止针对其保护之下的医疗建筑,船只和设备实施报复行为。<sup>9</sup> 这些禁止也在许多军事手册中得到声明。<sup>9</sup>

### 针对文化财产的报复行为

《保护文化财产公约》禁止针对对于一个民族的文化遗产非常重要的“文化财产施以任何报复行为”。<sup>9</sup> 这个公约已经得到 114 个国家的批准。正如关于文化财产的第 12 章所声明的,保护和保存该公约中的文化财产的基本原则已经被广泛认同为是习惯国际法的反映,这得到了联合国教科文组织大会<sup>9</sup> 以及并不是该公约成员国的国家的确认,<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 53(3) 条禁止对构成各国人民文化或精神遗产

<sup>8</sup> 《日内瓦第四公约》第 33 条(同上,第 783 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家军事手册:阿根廷(同上,第 794 - 796 段)、比利时(同上,第 799 段)、贝宁(同上,第 801 段)、加拿大(同上,第 804 段)、多米尼加共和国(同上,第 807 段)、厄瓜多尔(同上,第 808 段)、德国(同上,第 811 - 812 段)、肯尼亚(同上,第 816 段)、新西兰(同上,第 820 段)、西班牙(同上,第 822 段)、英国(同上,第 825 - 826 段)以及美国(同上,第 827 - 833 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家军事手册:贝宁(同上,第 801 段)、克罗地亚(同上,第 806 段)、匈牙利(同上,第 813 段)、印度尼西亚(同上,第 814 段)、意大利(同上,第 815 段)、肯尼亚(同上,第 816 段)、南非(同上,第 821 段)、多哥(同上,第 824 段)、英国(同上,第 826 段);还可以参见哥伦比亚的立法(同上,第 837 段)。

<sup>8</sup> 美国,《战地手册》(同上,第 827 段)和《行动法律手册》(同上,第 831 段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第一公约》第 46 条(同上,第 880 段);《日内瓦第二公约》第 47 条(同上,第 881 段)。

<sup>9</sup> 参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第 891 - 892 段)、贝宁(同上,第 893 段)、布基纳法索(同上,第 894 段)、喀麦隆(同上,第 895 段)、加拿大(同上,第 896 段)、刚果(同上,第 898 段)、克罗地亚(同上,第 897 段)、厄瓜多尔(同上,第 899 段)、法国(同上,第 900 - 901 段)、德国(同上,第 902 - 903 段)、匈牙利(同上,第 904 段)、印度尼西亚(同上,第 905 段)、意大利(同上,第 906 段)、肯尼亚(同上,第 907 段)、马达加斯加(同上,第 908 段)、摩洛哥(同上,第 909 段)、荷兰(同上,第 910 段)、新西兰(同上,第 911 段)、尼日利亚(同上,第 912 段)、西班牙(同上,第 913 段)、瑞典(同上,第 914 段)、多哥(同上,第 915 段)、英国(同上,第 916 - 917 段)、美国(同上,第 918 - 922 段)以及南斯拉夫(同上,第 923 段)。

<sup>9</sup> 《保护文化财产公约》第 4(4)条(同上,第 950 段)。

<sup>9</sup> See UNesco, General Conference, Res. 3.5(参见第 2 卷,第 12 章,第 419 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见美国,Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第 103 段)。

的历史纪念物、艺术品或礼拜场所为对象的实施报复行为。<sup>9</sup>

禁止对文化财产实施报复行为还可以在许多军事手册和国内立法中找到,包括不是《海牙公约》成员国的国家。<sup>9</sup> 根据《伊朗的实践报告》,在伊朗—伊拉克两国战争期间,伊朗明确将伊拉克的圣城排除在报复行动的对象之外。<sup>6</sup> 也有一些违反本规则的实践,因为英国对《第一附加议定书》中关于报复行为的保留包括了关于文化财产的第 53 条。<sup>9</sup> 这种违反本规则的实践看来是太有限了,以致不影响这项禁止在报复行动中对文化物体的攻击已经成为习惯国际法。

### 敌对行为中针对民用物体的报复行为

除了《日内瓦公约》和《保护文化财产公约》中的条款之外,《第一附加议定书》还提出了禁止在敌对行为中对以下物体实施报复行为:民用物体(第 52 条);构成各国人民文化或精神遗产的历史纪念物、艺术品或礼拜场所(第 53 条);对平民居民生存所不可缺少的物体(第 54 条);自然环境(第 55 条);含有危险力量的工程和装置,即堤坝,核发电站(第 56 条)。<sup>8</sup>

就这些民用物体并不是《日内瓦第四公约》第 33 条所保护的平民财产范围来说,关于针对它们的报复行为的实践是类似的,但没有像敌对行为中针对平民的报复行为那样广泛。虽然现在绝大多数国家明确承诺不对此类物体采取报复行为,但是

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 53(3) 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 41 章,第 951 段)。

<sup>9</sup> 参见下列国家的实践:阿根廷(同上,第 960 段和第 961 段)、澳大利亚(同上,第 961 - 962 段)、阿塞拜疆(同上,第 992 段)、比利时(同上,第 963 段)、贝宁(同上,第 964 段)、布基纳法索(同上,第 965 段)、喀麦隆(同上,第 966 段)、加拿大(同上,第 967 段)、哥伦比亚(同上,第 993 段)、刚果(同上,第 968 段)、克罗地亚(同上,第 969 段)、法国(同上,第 970 - 971 段)、德国(同上,第 972 - 974 段)、匈牙利(同上,第 975 段)、印度尼西亚(同上,第 976 段)、意大利(同上,第 977 段和第 994 段)、肯尼亚(同上,第 978 段)、荷兰(同上,第 979 - 980 段)、新西兰(同上,第 981 段)、西班牙(同上,第 982 段和第 995 段)、瑞典(同上,第 983 段)、瑞士(同上,第 984 段和第 996 段)、多哥(同上,第 985 段)、美国(同上,第 987 段和第 989 段)以及南斯拉夫(同上,第 990 段)。贝宁、肯尼亚、多哥和美国不是这个《海牙公约》的缔约国。

<sup>6</sup> 参见据报告的伊朗的实践(同上,第 1004 段)。

<sup>9</sup> 英国,Reservation made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 955 段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第 52 条(以 79 票赞成、0 票反对和 7 票弃权通过)(同上,第 784 段);第 53 条(经协商一致通过)(同上,第 951 段);第 54 条(经协商一致通过)(同上,第 1020 段);第 55 条(经协商一致通过)(同上,第 1075 段);第 56 条(经协商一致通过)(同上,第 1136 段)。

由于存在违反本规则的实践,<sup>9</sup> 尽管非常有限,所以断定已经形成了一项明确禁止在任何情况下针对这些民用目标的报复行为的习惯法规则是困难的。不过,仅仅因为有限数量的国家实践而声称诉诸这种报复行为的权利仍然存在也是困难的,而且这些实践也是含糊的。

针对上述物体的报复行为的具体例子还没有记录。任何此类报复行为很有可能遭到谴责,尤其是当它们可能影响到这些物体和平民居民时。

规则 148 非国际性武装冲突各方无权诉诸交战报复行为。禁止针对未参加或已停止直接参加敌对行动的人采取其它敌对措施。

## 实践

第2卷,第41章,E节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 非国际性武装冲突

《日内瓦公约》共同第3条禁止对生命或人施以暴力、作为人质、损害个人尊严,特别是侮辱或降低身份的待遇,以及拒绝公平审判。这些禁止适用于并仍然适用于于“不论何时何地”。<sup>9</sup> 因此,任何产生这些行为之一的报复行为都是禁止的。<sup>9</sup> 另外,共同第3条规定,任何不直接参加敌对行为或不再直接参加敌对行为的人员必须“在一切情况下”得到人道待遇。<sup>9</sup> 因此,任何与这种人道待遇的要求不一致的报复行为也是禁止的。<sup>9</sup> 另外,就像国际法院确认的那样,共同第3条所包含的规则构成

---

<sup>9</sup> 关于针对文化财产的报复行为,参见下列国家的实践:埃及(同上,第952段)、德国(同上,第953段)、意大利(同上,第954段)、英国(同上,第955段和第1009段)、美国(同上,第988段和第1010-1012段)。但是禁止针对宗教和文化建筑物的报复行为的美国的实践(同上,第989段,还可以参见同上,第987段)。关于针对平民居民生存所不可缺少的物体的报复行为,参见下列国家的实践:埃及(同上,第1021段)、德国(同上,第1022段)、意大利(同上,第1023段)、英国(同上,第1024段和第1064段)和美国(同上,第1065-1067段),但是禁止针对此类物体的报复行为,参见美国的实践(同上,第1052段)。关于针对自然环境的报复行为,参见下列国家的实践:埃及(同上,第1076段)、德国(同上,第1077段)、意大利(同上,第1078段)、英国(同上,第1079段和第1123段)和美国(同上,第1106段和第1124-1126段)。关于针对含有危险力量的工程和装置的报复行为,参见下列国家的实践:埃及(同上,第1137段)、德国(同上,第1139段)、意大利(同上,第1140段)、英国(同上,第1183段)、美国(同上,第1184-1186段)。

<sup>10</sup> 《日内瓦公约》共同第3条。

<sup>11</sup> See Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1952, p. 55.

<sup>12</sup> 《日内瓦公约》共同第3条。

<sup>13</sup> See Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1952, p. 55.

对所有武装冲突适用的一项“最低标准”，并且反映了“基本的人性考虑”。<sup>9</sup> 《第二附加议定书》第 4 条同样不允许针对不直接参加或已停止参加敌对行动的人采取报复行为。<sup>9</sup>

在实践中，非国际性武装冲突中的报复行为一直备受谴责。比如，在阿富汗武装冲突背景下通过的决议中，联合国大会和联合国人权委员会谴责针对平民的报复措施。<sup>9</sup> 联合国人权委员会的各位特别报告员也谴责在乍得、哥伦比亚、刚果民主共和国、马里、卢旺达和土耳其发生的冲突中发生的“报复性的谋杀”和“羁押行为”。<sup>9</sup>

在 1970 年通过的一项决议中，联合国大会重申了“平民群众或个人不应作为报复之对象”是武装冲突中保护平民居民的一项基本原则。<sup>9</sup> 在 1995 年的“塔迪奇案”（Tadic, case）中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为，这项决议是“关于任何类型的武装冲突中保护平民居民和财产的习惯国际法原则的宣示”。<sup>9</sup>

在 1996 年的“马尔蒂奇案”中，该法庭根据《第二附加议定书》第 4(2) 条的规定推导出了在非国际性武装冲突中禁止对平民进行报复的规则，因为它们是和“该条款中阐明的绝对的和不可克减的禁止”相矛盾的，而且因为受到禁止的行为“在任何时候和在任何地方”仍然是这样的。该法庭还认为，《第二附加议定书》第 4(2)(b) 条中增加的禁止“集体惩罚”这一规定加强了对在非国际性武装冲突中针对平民采取报复行为的禁止。<sup>9</sup> 集体惩罚也是受到习惯国际法的禁止的（见规则 103）。一些军事手册进一步强调指出，所有的复仇行为都是禁止的。<sup>1</sup>

非国际性武装冲突中的合法报复这个概念已经在国际法中得到实现并没有充分的证据。叙述报复行为的目的和诉诸它们的条件的实践都涉及的是国家之间的关系，并且来自 19 世纪和 20 世纪早期的实践。关于非国际性武装冲突的近期实践不

<sup>9</sup> 《日内瓦公约》共同第 3 条；ICJ, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 114, § 218.

<sup>9</sup> See Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 4530; See also Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 637.

<sup>9</sup> 例如，参见：联合国大会，第 48/152 号和第 49/207 号决议（同上，第 1248 段）；联合国人权委员会，第 1993/66 号决议和第 1994/84 号决议（同上，第 1249 段）以及第 1995/74 号决议（同上，第 1250 段）。

<sup>9</sup> See, e.g., UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Reports(同上，第 1251 - 1253 段)；Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Rwanda, Reports(同上，第 1254 - 1255 段)；Special Rapporteur on Torture and Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Joint Report(同上，第 1256 段)；Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Zaire, Report(同上，第 1257 段)；See also UN Verification Mission in Guatemala, Director, First - Fourth Reports(同上，第 1258 段)。

<sup>9</sup> 联合国大会，第 2675 (XXV) 号决议（以 109 票赞成、0 票反对和 8 票弃权通过）（同上，第 766 段）。

<sup>9</sup> ICTY, Tadic, case, Interlocutory Appeal(同上，第 1263 段)。

<sup>9</sup> ICTY, Martić, case, Review of the Indictment(同上，第 1264 段)。

<sup>1</sup> 例如，参见下列国家军事手册：贝宁（同上，第 70 段）、法国（同上，第 75 段）、菲律宾（同上，第 88 段）和多哥（同上，第 93 段）。

再支持通过报复行为或类似的反措施的方式在此类冲突中执行该法的观点,相反,已经强调了通过尊重人权法和外交方式来阻止违反行为保护平民和失去战斗力的人员的重要性。一些军事手册将交战报复行为定义为一国针对另一国的一项执行措施。<sup>1</sup>

在非国际性武装冲突中明确禁止报复行为的建议在通过附加议定书的外交会议上被提了出来,但是被否决了。在该会议上给出的否决该建议的原因在这个方面是有意义的。只有四个国家说,它们认为在非国际性武装冲突中报复行为这个概念在国际法上是可能性,即喀麦隆、芬兰、德国和南斯拉夫。不过,喀麦隆的观点是,此类报复行为应该“仅限于严格列举的某些非常确定的情形”。<sup>2</sup> 芬兰可以接受这个观点,但是声明,它们“在任何情况下不应当用来针对平民居民”,因为“存在普遍的共识,即具有不人道性质的报复行为是不可接受的”。<sup>3</sup> 根据南斯拉夫的观点,针对敌方控制下的人员和物体的报复行为不言而喻是受到禁止的;“这项习惯国际法的规则……已经在1994年被编纂在了《日内瓦公约》中”。除了这项禁止之外,它认为报复行为完全不应当针对“非战斗员、妇女和儿童”实施。<sup>4</sup> 德国认为,从法律角度来讲,对使用“报复”这个词不存在反对,但是从政治的角度来讲,可以说,采用这个词“将赋予冲突各方在国际法中处于无权主张的地位”,并且建议,“相当于报复行为的报仇措施”这一表述可能不会遭到类似的反对。<sup>5</sup>

一些国家投票对这项建议提出了反对,因为它们认为,报复行为这个概念在非国际性武装冲突中没有任何地位。<sup>6</sup> 一些国家表示了对引入该词的担忧,即使是以禁止的方式进行的,也可能产生相反的印象,以为这个概念是可能的。<sup>7</sup>

为了避免引入报复这个概念(因为这将错误地给人这样一种印象,即:在国际法上,在非国际性武装冲突中存在这样的可能),加拿大、伊朗、意大利、巴基斯坦和菲律宾提出了各种避免使用“报复”这个词的建议,以便使人了解:作为针对对方违反

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第67-68段)、加拿大(同上,第71段)、厄瓜多尔(同上,第74段)、德国(同上,第76和第78段)、荷兰(同上,第85段)、新西兰(同上,第86段)、英国(同上,第94段)以及美国(同上,第97和第99段)。

<sup>2</sup> 参见喀麦隆的声明(同上,第1208段)。

<sup>3</sup> 参见芬兰的声明(同上,第1215段);还可以参见新西兰的声明(同上,第1233段)。

<sup>4</sup> 参见南斯拉夫的声明(同上,第1244段)。

<sup>5</sup> 参见德意志联邦共和国的声明(同上,第1219段)。

<sup>6</sup> 参见下列国家的声明:加拿大(同上,第1212段)、伊朗(同上,第1226-1227段)、伊拉克(同上,第1228段)、墨西哥(同上,第1231段)、尼日利亚(同上,第1234段)以及美国(同上,第1242段)。

<sup>7</sup> 参见下列国家的声明:墨西哥(同上,第1221段)、波兰(同上,第1238段)以及叙利亚(同上,第1240段)。

行为的反应,各方都不得从事任何反措施或报复行为。<sup>9</sup>

在该次外交会议上,比利时代表团发表了下面这个观点,即就《第二附加议定书》第4条的基本保证来说,“报复行为这个问题是不能产生的,因为该条款所使用的措辞,即一切未直接参加或已停止参加敌对行动的人,是应在任何情况下受人道待遇的”。<sup>0</sup> 意大利、瑞典和英国也采取了类似的立场。<sup>1</sup>

---

<sup>9</sup> 参见加拿大向该外交会议(CDDH)提交的建议(同上,第1210-1211段) (“相当于报复行为的报仇行为”和“违反本议定书的措施”);伊朗(同上,第1225段) (“复仇行为”);意大利(同上,第1229段) (“本部分的条款必须在任何时候在任何情况下得到遵守,即使冲突另一方犯有违反本议定书条款的罪行”);巴基斯坦(同上,第1236段) (“一方……不遵守的孤立案件在任何情况下都不是授权另一方可不遵守……即使为了促使敌方履行它的义务的目的”)以及菲律宾(同上,第1237段) (“反措施”);还可以参见尼日利亚的声明(同上,第1234段) (“报仇或复仇”)

<sup>0</sup> 参见比利时的声明(同上,第1207段)。

<sup>1</sup> 参见下列国家的声明:意大利(同上,第1230段)、瑞典(同上,第1239段)以及英国(同上,第1241段);还可以参见南斯拉夫的声明(同上,第1244段)。

## 第 42 章

---

### 责任与赔偿

规则 149 一国对可归咎于其的违反国际人道法的行为承担责任,其中包括:

- (一) 由其机构(包括其武装部队)实施的违法行为;
- (二) 由经其授权而行使部分政府职能的人员或实体实施的违法行为;
- (三) 由事实上依其指令行事或者在其指导或控制下的人员或团体实施的违法行为;
- (四) 由经国家认可并接受为其行为的私人或团体实施的违法行为。

#### 实践

第 2 卷,第 42 章,A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

一国机构实施的违反行为的国家责任,包括其武装部队

1907 年《海牙第四公约》第 3 条规定,一个国家对其“由组成其武装部队的人员犯下的所有行为”负责,《第一附加议定书》第 91 条重申了这项规定,这是一项早就确立的习惯国际法规则。这项规则是对国际不法行为的国家责任这项一般规则的适用,根据这项一般规则,一国对其机构的行为负责。如同政府的行政、立法或司法机构的任何其他实体一样,武装部队被认为是一国的机构。四个日内瓦公约规定,关于这项责任的可归责性的一般规则适用于国际人道法,它们明确指出,除了要求对个

---

《海牙第四公约》第 3 条(参见第 2 卷,第 42 章,第 1 段);《第一附加议定书》第 91 条(经协商一致通过)(同上,第 3 段)。

参见:经过 40 多年工作之后在 2001 年通过的《国家责任条款草案》第 4 条(同上,第 8 段)。该条款草案“寻求表述……关于国家对其国际不法行为的责任的国际法基本规则”(ILC, Commentaries to the Draft Articles on State Responsibility, Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, UN Doc. A /56 /10, New York, 2001, p. 59)。联合国大会关于国家对国际不法行为的责任的第 56 /83 号决议提到了它们(参见第 2 卷,第 42 章,第 51 段),这引起了各国政府的关注。

人严重破坏行为进行追诉以外,国家责任是存在的。《保护文化财产公约第二议定书》重申了除了个人刑事责任以外还存在国家责任这项原则。

许多军事手册都明确规定,一国对于违反国际人道法的行为负责。其中一些手册明确提到了那些由一国武装部队成员所实施的行为,而其他一些则更为一般地涉及对严重的破坏行为的责任或者战争罪行,并没有明确指出为了归于某一国这些行为必须由哪些人实施。不过,非常清楚的是,从上面提到的国际法的这项一般原则可以看出:无论是军事的还是民事的国家机构,它们所有的行为是可归于该国的。

这一原则也得到国内判例法的支持。在1961年的“艾希曼案”(Eichmann case)的判决中,以色列的耶路撒冷地区法院把被指控的人实施的不法行为归责于德国,把它作为它自己的“国家行为”。并且,在1963年的“赔款支付案”(Reparation Payments case)中,德国联邦最高法院提到了“国际公法的这项原则,根据这项原则,冲突一方国家也要为它的国民实施的不符合国际公法的敌对行为负责”(强调的内容是原文就有的)。在2003年的“迪斯托摩案”(Distomo case)中,德国的这个法院还确认,国家对在敌对行为中实施的国际不法行为的国家责任“包括对所有属于武装部队成员所做出的行为承担的赔偿责任”。荷兰海牙地区法院在1949年审理的J.T.案(J. T. case)涉及一项要求报销一笔金钱的诉讼请求,这笔钱是在二战期间荷兰抵抗运动在逮捕一个人期间消失的,后来发现是被警察拿走了。这个判例进一步证明了国家必须对由其国家机构实施的违反国际人道法的行为负责这一规则。正式声明及据报告的实践进一步支持这一结论。<sup>0</sup>

前南斯拉夫问题国际刑事法庭在1998年对“富伦季亚案”(Furundija case)的判决中以及在1999年对“塔迪奇案”(Tadic case)的上诉判决中都认为,一国要为其武

---

《日内瓦第一公约》第51条(同上,第2段);《日内瓦第二公约》第52条(同上,第2段);《日内瓦第三公约》第131条(同上,第2段);《日内瓦第四公约》第148条(同上,第2段)。

《保护文化财产公约第二议定书》第38条(同上,第4段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第9段)、加拿大(同上,第10段)、哥伦比亚(同上,第11段)、德国(同上,第12段)、荷兰(同上,第13段)、新西兰(同上,第14段)、尼日利亚(同上,第15段)、俄罗斯(同上,第16段)、西班牙(同上,第17段)、瑞士(同上,第18段)、英国(同上,第19段)、美国(同上,第20-21段)和南斯拉夫(同上,第22段)。

以色列, District Court of Jerusalem, Eichmann case(同上,第26段)。

德国, Federal Supreme Court, Reparation Payments case(同上,第24段)。

德国, Federal Supreme Court, Distomo case(同上,第25段)。

荷兰, District Court of The Hague, J. T. case(同上,第28段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第29段)、奥地利(同上,第30段)、中国(同上,第31段)、印度尼西亚(同上,第32段)、伊朗(同上,第33段)、以色列(同上,第34段)、墨西哥(同上,第36段)、挪威(同上,第37段)、巴基斯坦(同上,第38段)、秘鲁(同上,第39段)、所罗门群岛(同上,第40段)、土耳其(同上,第42段)、英国(同上,第43段)、美国(同上,第44段)与南斯拉夫(同上,第46段);以及据报告的以色列的实践(同上,第35段)和西班牙的实践(同上,第41段)。

装部队的行为负责。<sup>1</sup>

### 疏忽

如果一国的机构有义务采取行动,例如在有责任防止及惩治战争犯罪的指挥官和其他上级的情况下,它还必须为它的机构的疏忽承担责任(见规则 153)。《国家责任条款草案》第 2 条体现了这项原则。该条款规定,国际不法行为可以由“不作为”构成。<sup>2</sup> 在 1925 年的“英国在摩洛哥西班牙区权利要求案”(British Claims in the Spanish Zone of Morocco case)中,马克斯·胡伯仲裁员认为,如果国家没有尽到谨慎注意的义务来预防或惩罚武装团体的不法行为,它将为对此负有责任。<sup>3</sup> 在设在埃森的英国军事法院审理的“埃森私刑案”(Essen Lynching case)中,德国一军事护卫队的成员因为没能保护同盟国的战俘免于人群的侵害而被证明有罪。<sup>4</sup> 在“贝拉斯克斯—罗德里格斯案”(Velásquez-Rodríguez case)中,美洲人权法院认为,如果一国没有认真调查侵犯个人权利的行为,那么该国将为武装团体的行为承担责任。<sup>5</sup> 针对发生在乍得的武装冲突期间出现的杀害及虐待行为,非洲人权及民族权委员会也指出了这一点。<sup>6</sup>

由经其授权而行使部分政府职能的人员或实体实施的违反行为的国家责任

国家也对根据其国内法被授权实施政府权力内容的其他人员或实体实施的行为承担责任。<sup>7</sup> 这一原则是基于这样一种考虑,即:在实施某些行为时,国家可以依靠准国家的实体,而不是让国家机构来实施它们,但是并不能因此而逃避责任。

国家对其武装部队用来完成那些武装部队所实施的典型任务的私营公司或个人的行为负责。此种个人或实体包括例如雇佣兵或私营军事公司。

对于超越权力或违反指示所实施的行为的国家责任

一国对其机构以及以其名义授权行为的其他人员或实体的所有行为负责,即使

<sup>1</sup> ICTY, Furundija case, Judgement(同上,第62段)以及 Tadić case, Judgement on Appeal(同上,第63段)。

<sup>2</sup> 《国家责任条款草案》第 2 条(同上,第 8 段)。

<sup>3</sup> 仲裁庭, British Claims in the Spanish Zone of Morocco case (Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol), Arbitral Award, 1925 年 5 月 1 日, reprinted in Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, United Nations, New York, 1949, Section III(II), 第 642 - 646 页,第 3 - 6 段。

<sup>4</sup> 英国, Military Court at Essen, The Essen Lynching case, Judgement, 21 - 22 December 1945, WCR, Vol. I, 1946, p. 88.

<sup>5</sup> Inter-American Court of Human Rights, Velásquez Rodríguez case(参见第 2 卷,第 42 章,第 69 段)。

<sup>6</sup> American Commission on Human Rights and People's Rights, Civil Liberties Organisation v. Chad(同上,第 67 段)。

<sup>7</sup> 参见:《国家责任条款草案》第 5 条(同上,第 8 段)(对于这种人员或实体的国家责任以其被授予的资格行事为限)。

这些机构或实体超越了其权力或违背了指示。<sup>8</sup>

关于一国的武装部队,1907年的《海牙第四公约》第3条及《第一附加议定书》第91条规定了这项原则。它们规定:冲突一方对于其武装部队组成人员所做出的所有“行为”负责。<sup>9</sup> 在2003年的“迪斯托摩案”中,德国联邦最高法院认为,一国的责任“包括属于其武装部队的所有成员的行为的赔偿责任,这不仅包括那些人员实施属于其职权范围内的行为的情况,而且还包括在没有或违反命令下做出的行为的情况”。<sup>0</sup>

然而,《美国的实践报告》声明,美国的法律确信是:一国不对其武装部队的“私人”行为负责。<sup>1</sup> 美国《空军册子》声明,除非能够证明存在某种过错,例如不充分的监督或训练,否则个人实施的超出其责任范围以外的违反武装冲突法的行为不产生国家责任。<sup>2</sup> 对《国家责任条款草案》的评注同样在下列两种情形之间作了区分:“虽然是非法的或违背指示的却是官员在其职权内作出的行为”与“已经从其正式职权范围内剔除出去以致它应当被吸收到作为私人的个人范围内的行为”,前者可归于国家,而后者则不能归于国家。<sup>3</sup>

由事实上依其指示行事或者在其指挥或控制下的人员或团体实施的违法行为的国家责任。

一个国家也为既不是其国家机构、在国内法下也不是其授权执行政府权力的人员或团体的行为负责,只要这些人员或团体事实上按照该国的指示或在其指导或控制下进行活动。<sup>4</sup>

国际法院在1986年的“尼加拉瓜案”(实体问题)(Nicaragua case (Merits))中认为,要让美国对在尼加拉瓜由尼加拉瓜反政府游击队违反国际人权及人道法的行为负责,就必须证明,美国对“出现违反行为的军事或准军事行动存在有效控制”。<sup>5</sup> 在对1999年“塔迪奇案”(Tadic, case)的上诉判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认

<sup>8</sup> 参见:《国家责任条款草案》第7条(同上,第8段)。

<sup>9</sup> 1907年《海牙第四公约》第3条(同上,第1段);《第一附加议定书》第91条(经协商一致通过)(同上,第3段)。

<sup>0</sup> 德国, Federal Supreme Court, Distomo case(同上,第25段)。2001年的“哈姆扎耶夫案”(Khamzaev case)是一个表面上相反的案件。在该案中,俄罗斯政府声称,其不对赔偿承担责任,因为造成房屋损坏的飞行员已经“超出了命令范围”。俄罗斯, Basmany District Court, Khamzaev case(同上,第201段)。然而,此案并不是根据国际法处理俄罗斯针对另一国承担的国家责任,而是适用了它关于由国家雇员对私人造成损害承担的国内法。

<sup>1</sup> 美国的实践报告(同上,第45段)。

<sup>2</sup> 美国, Air Force Pamphlet(同上,第21段)。

<sup>3</sup> ILC, Commentary on Article 7 of the Draft Articles on State Responsibility(同上,第58段)。该评注认为,这种情况下归于国家的行为“仅由据称或表面上执行其国家职权的国家机构的作为或不作为构成,而不包括恰巧为国家的机关或代理人员个人的私人作为或不作为。简而言之,问题是它们是否以表面上的授权行事”。

<sup>4</sup> 参见:《国家责任条款草案》第8条(同上,第8段)。

<sup>5</sup> ICJ, Nicaragua case (Merits)(同上,第61段)。

为：“必要的国家控制的程度是不同的。”根据该法庭的观点，只有对有关行为做出了具体指示的情况下，非军事化组织的单独私人的人员或团体的行为才可以归责于国家。然而，下级武装部队、民兵或准军事单位的行为归于对其具有“全面控制”的国家。<sup>8</sup> 该法庭认为，当一国“除了对该军事组织提供资助、训练和装备或行动支持以外，还在组织、协调或计划它的军事行动中发挥作用”时，就存在这种控制。但是，“全面控制”这项要求并不需要包括“该国对每一次单独行动发布具体的命令或进行指导”。该法庭还认为，当武装团体在另一国领土上行动时，“需要有更广泛而具有说服力的证据来证明，该国确实对此军事单位或组织存在控制，不仅仅是对它们提供资助或装备，而且还对策划它们的行动提供一般的指导或帮助”。<sup>2</sup>

正如对《国家责任条款草案》所做的评注中指出的那样，国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭所审理的前述案件中的“法律问题和事实情况”是不同的。并且，“在每个案件中，对某个特定的行为是否是在一国的控制下被执行的，以致这种被控制行为达到了可归于该国的程度，都需要进行具体分析”。<sup>8</sup>

2001年，在一份关于1991年发生在哥伦比亚里奥弗里奥的据称的杀人事件的报告中，美洲人权委员会认为，国家要为准军事力量的行为负责，因为有证据证明，国家代理机构（即军队的部门）帮助协调、执行及掩盖了屠杀行为。<sup>9</sup>

关于在军事上没有组织化的私人或团体，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在1999年的“塔迪奇案”中认为，它们可以被认为是一国事实上的机构。因此，如果已经向这些人员或团体发出了实施那些行为的具体的指示，因为它们的行为所产生的责任就可以归于该国。<sup>9</sup>

### 由经国家认可并接受为其行为的私人或团体实施的违反行为的国家责任

国家实践还表明，可以通过对私人或团体实施的行为的事后追认和采纳而产生对于他们实施的行为的国家责任。<sup>3</sup> 这些行为随后成为国家行为，不论行为人或实体在实施行为时是否是国家机构，也不论是否以国家的名义实施行为。例如，在1996年的“普里布克案”（Priebke case）中，罗马军事法庭将二战期间意大利游击队的行为归于意大利国家的责任，因为它曾经鼓励他们的行为，并在冲突结束之后还正式

<sup>8</sup> ICTY, Tadic case, Judgement on Appeal(同上,第63段); See also Blakic case, Judgement(同上,第64段); Aleksovski case, Judgement on Appeal(同上,第65段) and Delalic case, Judgement on Appeal(同上,第66段)。

<sup>2</sup> ICTY, Tadic case, Judgement on Appeal(同上,第63段)。

<sup>8</sup> ILC, Commentary on Article 8 of the Draft Articles on State Responsibility(同上,第58段)。

<sup>9</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Case of the Riofrío massacre (Colombia)(同上,第70段)。

<sup>9</sup> ICTY, Tadic case, Judgement on Appeal(同上,第63段)。

<sup>3</sup> 参见：《国家责任条款草案》第11条(同上,第8段)。

承认了他们的地位。<sup>3</sup> 在 1949 年的“ J.T. 案 ”(J. T. case) 中,海牙地区法院也提出了这样一个问题,即:领土曾被占领的国家在解放后可以在多大程度上对流亡政府同意组织的抵抗运动实施的行为承担责任?<sup>3</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 1999 年的“ 塔迪奇案 ”的上诉判决中持有相同观点,它认为,如果一项不法行为得到国家的公开的认可或事后的批准,那么该国要为军事上没有组织化的私人或团体实施的行为承担责任,它们可以被视为该国事实上的机构。<sup>3</sup>

### 武装反对团体的责任

武装反对团体必须尊重国际人道法(见规则 139),它们还必须在“ 负责统率下 ”行动。<sup>5</sup> 因此,可以争议的是,虽然它们对作为这种团体一部分的人员实施的行为负责,但是这种责任的结果不是很明确。

根据 1996 年一读临时通过的《国家责任条款草案》第 14(3) 条的规定,叛乱运动的机构实施的行为没有被视为国家的行为“ 绝不妨碍依国际法可把叛乱运动的机关的行为归于该运动时,作这种归属 ”。<sup>6</sup> 虽然由于这一条款被认为超出了讨论主题的范围随后被删除了,但是特别报告员指出,“ 当然可以设想这种运动对诸如违反国际人道法产生的责任 ”。<sup>3</sup> 由于《国家责任条款草案》删除了这一主题,因此第 10 条仅规定,成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为国际法所指的该国的行为。<sup>8</sup>

除了表明武装反对团体尊重国际人道法的义务的实践以外(见对规则 139 的评注),也有一些把责任归于武装反对团体的例子。例如,在一项关于苏丹人权状况的报告中,联合国人权委员会的特别报告人认为,苏丹人民解放军对“ 具有它自己衔级的地方指挥官 ”实施的杀害及绑架平民、掠夺救济人员以及把他们劫持为人质的行为负责。<sup>9</sup>

规则 150 对违反国际人道法行为承担责任的国家应对该行为所造成的损失或伤害承担全部赔偿责任。

## 实践

### 第 2 卷,第 42 章,B 节

<sup>3</sup> 意大利, Military Tribunal of Rome, Priebke case(同上,第 27 段)。

<sup>3</sup> 荷兰, District Court of The Hague, J. T. case(同上,第 28 段)。

<sup>3</sup> ICTY, Tadic case, Judgement on Appeal(同上,第 63 段)。

<sup>5</sup> 《第二附加议定书》第 1(1) 条。

<sup>6</sup> 1996 版《国家责任条款草案》第 14(3) 条,一读暂时通过(参见第 2 卷,第 42 章,第 57 段)。

<sup>3</sup> ILC, First report on State responsibility by the Special Rapporteur, Addendum(同上,第 57 段)。

<sup>8</sup> 《国家责任条款草案》第 10 条(同上,第 8 段)。

<sup>9</sup> UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Sudan, Interim Report(同上,第 53 段)。

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

对于违反国际法的行为要进行赔偿是国际法的一项基本规则。在1928年“霍茹夫工厂案”(实体问题)(Chorzów Factory case (Merits))中,常设国际法院认为:

只要违反义务就产生赔偿的义务,这是国际法的一项原则,甚至是一项法律的一般概念。……赔偿是对没有履行协定必需的弥补措施,并不需要其在协定本身中有规定。<sup>9</sup>

《国家责任条款草案》规定“责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿”。<sup>4</sup>

《保护文化财产公约第二议定书》明确提到对违反国际人道法的行为有进行赔偿。<sup>2</sup> 这一义务还隐含在《日内瓦公约》的规则中。该公约规定,国家不得自行推卸,或允许任何其他缔约国推卸,关于严重破坏公约行为所产生之责任。<sup>3</sup>

## 国家索赔

关于国家对违反国际人道法的行为要求赔偿的例子非常多。关于赔偿的方式,《国家责任条款草案》规定“对国际不法行为造成的损害充分赔偿,应单独或合并地采取恢复原状、补偿或抵偿的方式”。<sup>4</sup>

(一)恢复原状。根据《国家责任条款草案》第35条的解释,恢复原状的目的是恢复不法行为实施以前所存在的状况。该条规定,一国际不法行为的责任国有义务恢复原状,如果这“并非实际上办不到”,并且“从恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例”。对《国家责任条款草案》的评注解释说,就最简单的形式而言,恢复原状可以包括释放非法逮捕的人员或归还非法扣押的财产,

<sup>9</sup> PCIJ, Chorzów Factory case (Merits) (同上,第102段);还参见:《常设国际法院规约》第36条,它规定:“本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端,对于接受同样义务之任何其他国家,承认法院管辖为当然而具有强制性,不须另订特别协定:……(卯)因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。”《国际法院规约》第36(2)条有相同规定。

<sup>4</sup> 《国家责任条款草案》第31条(参见第2卷,第42章,第86段)。

<sup>2</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》第38条(同上,第80段)。

<sup>3</sup> 《日内瓦第一公约》第51条(同上,第2段);《日内瓦第二公约》第52条(同上,第2段);《日内瓦第三公约》第131条(同上,第2段);《日内瓦第四公约》第148条(同上,第2段)。

<sup>4</sup> 《国家责任条款草案》第34条(同上,第157段)。

但也可以是更复杂的方式,恢复原状是各种赔偿中首选的方式。<sup>5</sup>

《保护文化财产公约第一议定书》第1段规定,国家必须防止从其所占领土上输出文化财产。第3段规定,占领国(以及其他国家)于敌对行动结束时,必须向先前被占领土返还以违反第1段的方式输出的文化财产(见规则41)。<sup>6</sup>

关于第二次世界大战的许多协定都规定,必须让被窃取、扣押或没收的财产恢复原状。<sup>7</sup> 1970年,在联合国大会的特别政治委员会关于以色列在被占领土上采取的措施的辩论中,波兰发表声明,认为以色列有责任让巴勒斯坦的财产恢复原状。<sup>8</sup> 匈牙利的《军事手册》规定,在冲突结束之后,必须归还民事、文化及被征用的物体。<sup>9</sup>

1991年,德国发表声明,接受在敌对行为结束后必须归还文化财产这一规则,并且表示,其已归还了被发现并确认的所有文化财产。在其他的情况下,德国已经对原属国进行了赔偿。<sup>6</sup>

1999年,在联合国大会的辩论中,阿拉伯联合酋长国敦促伊拉克把文化财产归还给科威特。<sup>5</sup> 科威特也坚持要求伊拉克归还文化财产,而且伊拉克解释说,它准备那样做。<sup>3</sup> 同样,联合国安全理事会在一些场合敦促伊拉克把所有拿走的财产归还给科威特。<sup>5</sup> 联合国秘书长对伊拉克遵守联合国安理会决议所施加的义务的情况进行了报告,在2000年指出:自海湾战争结束以来,虽然已归还了相当数量的财产,但是还没有归还许多财产。他强调指出,“伊拉克应该优先归还科威特的档案……及博物馆物品”。<sup>5</sup>

2001年,俄罗斯和比利时就归还第二次世界大战期间被纳粹窃取并被苏联军队带到莫斯科的比利时军事档案问题达成了一项协议。只要比利时愿意支付保存这些档案所需的费用,俄罗斯就同意归还这些文件。<sup>5</sup>

(二) 补偿。如果情况允许,违反国际人道法的国家必须进行补偿。这是一项早

<sup>5</sup> ILC, Commentary on Article 35 of the Draft Articles on State Responsibility(同上,第351段)。

<sup>6</sup> 《保护文化财产公约第一议定书》第1段及第3段(同上,第310段)。

<sup>7</sup> Paris Agreement on Reparation from Germany(同上,第301-302段); Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation(同上,第304-309段)。

<sup>8</sup> 波兰, Statement before the Special Political Committee of the UN General Assembly(同上,第230段)。

<sup>9</sup> 匈牙利, Military Manual(同上,第326段)。

<sup>6</sup> 参见:德国的声明(参见第2卷,第12章,第460段)。

<sup>5</sup> 参见:阿拉伯联合酋长国的声明(同上,第471段)。

<sup>3</sup> 参见伊朗的实践(同上,第463-464段及第466段)及科威特的实践(同上,第467-468段),以及据报告的科威特的实践(参见第2卷,第42章,第336段)。

<sup>5</sup> 联合国安理会,第686号决议(参见第2卷,第12章,第472段),以及第1284号决议(同上,第473段);还参见:第687号决议(参见第2卷,第42章,第345段)。

<sup>5</sup> See UN Secretary-General, Further report on the status of compliance by Iraq with the obligations placed upon it under certain of the Security Council resolutions relating to the situation between Iraq and Kuwait(参见第2卷,第12章,第476段); and Second report pursuant to paragraph 14 of resolution 1284 (1999)(同上,第477段)。

<sup>5</sup> 参见据报告的比利时的实践(同上,第470段)和俄罗斯的实践(同上,第470段)。

就确立的习惯国际法规则,规定在 1907 年《海牙第四公约》中,并得到《第一附加议定书》的重申。<sup>6</sup> 许多冲突结束之后的解决方案已经适用了此项义务。<sup>5</sup> 它也在《国家责任条款草案》中得到了说明,该草案要求一国“补偿该行为造成的任何损害……如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿”。<sup>8</sup> 对《国家责任条款草案》的评注解释说:“尽管作为一项法律原则,恢复原状总是优先的,但是它通常是不可能的或不充分的……补偿的作用是弥补不足,以确保对于遭受的损害给予充分的赔偿。”<sup>9</sup>

许多国家的正式声明确认了对违反国际人道法的行为所引起的损害的补偿责任。<sup>6</sup> 它也得到联合国安理会及联合国大会通过的许多决议的重申。<sup>6</sup>

<sup>6</sup> 1907 年《海牙第四公约》第 3 条(参见第 2 卷,第 42 章,第 110 段);《第一附加议定书》第 91 条(经协商一致通过)(同上,第 125 段)。

<sup>5</sup> See, e.g., Peace Treaty for Japan (参见第 2 卷,第 42 章,第 113 - 114 段); Yoshida-Stikker Protocol between Japan and the Netherlands(同上,第 115 段); Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation(同上,第 116 - 118 段); Luxembourg Agreement between Germany and Israel(同上,第 119 - 120 段); Protocols Nos. 1 and 2 of the Luxembourg Agreement between Germany and the Conference on Jewish Material Claims against Germany(同上,第 148 - 149 段); Austrian State Treaty(同上,第 121 段); Agreement concerning Payments on Behalf of Norwegian Nationals Victimized by National Socialist Persecution(同上,第 123 段); Implementation Agreement of the German Unification Treaty(同上,第 127 段); US-Germany Agreement concerning Final Benefits to Certain US Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution(也作“Prinz Agreement”)(同上,第 128 - 129 段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords(同上,第 130 - 132 段); US-Chinese Agreement on the Settlement of Chinese Claims resulting from the Bombardment of the Chinese Embassy in Belgrade and US-Chinese Memorandum of Understanding on the Settlement of US Claims resulting from the Bombardment of the Chinese Embassy in Belgrade(同上,第 133 - 134 段); Agreement on the Foundation “Remembrance, Responsibility and the Future” concluded between Germany and the United States(同上,第 135 - 137 段); Austrian-US Executive Agreement concerning the Austrian Reconciliation Fund(同上,第 138 段); Bilateral agreements between Austria and six Central and Eastern European States(同上,第 139 段); Peace Agreement between Eritrea and Ethiopia(同上,第 140 段); Washington Agreement between France and the United States(同上,第 141 - 142 段); Annex A to the Austrian-US Agreement concerning the Austrian General Settlement Fund(同上,第 143 - 144 段)。

<sup>8</sup> 《国家责任条款草案》第 36 条(同上,第 158 段)。

<sup>9</sup> ILC, Commentary on Article 36 of the Draft Articles on State Responsibility(同上,第 263 段)。关于为了赔偿损害是否须在金钱上可以估算这一问题,该评注认为,“可赔偿的个人损害不仅包括实质损害,如实际的收入损失及预期获得的收入损失、医药费等,还包括个人受到的非物质损害(有时在国内法体系中称为“精神损害”,尽管并不是非常普遍)。非物质损害通常涉及失去所爱的人、伤痛及与对个人、住宅或人身侵害有关的公开侮辱”。

<sup>6</sup> 参见下列国家的实践:加拿大(同上,第 212 段);中国(同上,第 214 段);伊朗(同上,第 220 段);科威特(同上,第 224 段);黎巴嫩,代表阿拉伯国家集团的发言(同上,第 226 段);墨西哥(同上,第 227 段);叙利亚(同上,第 235 段);英国(同上,第 237 段);以及美国(同上,第 238 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:联合国安理会,第 387 号决议(同上,第 242 段)、第 455 号决议(同上,第 243 段)、第 471 号决议(同上,第 244 段)、第 527 号决议(同上,第 245 段)、第 571 号决议(同上,第 246 段)、第 687 号决议(同上,第 247 段)、第 692 号决议(同上,第 248 段)以及第 827 号决议(同上,第 249 段);联合国大会,第 50/22 C 号决议(同上,第 250 段)、第 51/233 号决议(同上,第 251 段)和第 56/83 号决议(同上,第 252 段)。

(三) 抵偿。《国家责任条款草案》第 37 条规定：

1. 一国际不法行为的责任国有义务抵偿该行为造成的损失, 如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿。
2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉, 或另一种合适的方式。
3. 抵偿不应与损失不成比例, 而且不得采取羞辱责任国的方式。<sup>8</sup>

对《国家责任条款草案》第 37 条的评注要求通过调查弄清真相, 并将罪犯绳之以法。它把“对引起损失或伤害的事件的原因进行调查”及“对从事了国际不法行为的个人实施纪律或刑事处罚”列为抵偿的可能方式。<sup>8</sup> 美国的《战地手册》规定了对违反国际人道法的行为的救济方式, 其中包括公布事实及以战争罪惩罚被捕的罪犯。<sup>4</sup> 应该注意的是, 除了提供适当的赔偿的义务以外, 国家承担在其管辖权下调查战争罪及必要时起诉嫌疑犯的义务(见规则 158)。

保证不重复是《国家责任条款草案》提到的抵偿的一种可能的形式。它规定, 在必要的情况下, 提供不重复该行为的适当承诺和保证。<sup>6</sup>

#### 直接由个人索赔

违反国际人道法的行为的受害者个人可直接向责任国索取赔偿, 这一方式正呈上升趋势。《国家责任条款草案》第 33(2) 条规定, 该条款草案第二部分(“一国国际责任的内容”)“不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利”。<sup>6</sup> 对第 33 条的评注进一步指出：

当存在向一国进行赔偿的义务时, 该赔偿不一定是为了那个国家的利益。例如, 虽然一国可能需要向所有其他缔约国承担其因违反在保护人权的条约下负有的义务而产生的责任, 但是, 有关个人应该被视为是最终的受益者。从这个意义上说, 他们才应该是相关权利的所有人。<sup>8</sup>

<sup>8</sup> 国际法委员会,《国家责任条款草案》第 37 条(同上,第 325 段);《国家责任条款草案》对第 36 条的评注(同上,第 252 段)解释说,抵偿“涉及的是非物质的损害,特别是对国家造成的非物质的损害,在此情况下,经济价值的判断仅能在估计和概念的方式上进行”。对第 37 条的评注解释说,“抵偿……是对那些经济上不可估计的损害的救济,它们通常相当于是[对国家的]一种冒犯”(同上,第 353 段)。

<sup>8</sup> ILC, Commentary on Article 37 of the Draft Articles on State Responsibility(同上,第 353 段)。

<sup>4</sup> 美国,Field Manual(同上,第 328 段)。

<sup>6</sup> 《国家责任条款草案》第 30 条。

<sup>6</sup> 《国家责任条款草案》第 33(2) 条。

<sup>8</sup> ILC, Commentary on Article 33 of the Draft Articles on State Responsibility(参见第 2 卷,第 42 章,第 350 段)。

克罗地亚对1997年被称为《[粗暴]违反人权和国际人道法行为受害者享有赔偿的原则和准则草案》发表的意见和评论,以及美国对2001年由众议院通过的关于日本对被称为“慰安妇”的人员实施的违反行为的一项共同决议案中,都提到受害者有权直接获得赔偿。<sup>6</sup> 联合国大会在关于前南斯拉夫的两项决议中承认“‘种族清洗’的受害者有权获得损失的合理赔偿”,并敦促所有各方“履行为此目的的协议”。<sup>6</sup>

已经通过各种程序直接向个人进行了赔偿,特别是根据国家之间协议建立的机制、国家单方行为,如国内立法或个人直接在国内法庭索取赔偿。

(一)基于国家间的及其他协议获得的赔偿。根据二战后签订的许多协议,德国负有义务向受害人归还被窃取的财产,例如珠宝、珍贵的家庭财物及其他家庭财物,以及文化财产。<sup>0</sup>

最近一个根据国家之间的协议而向个人归还的例子是作为《代顿协定》附件的《关于难民与流离失所者协议》在波斯尼亚和黑塞哥维那设立了一个流离失所者与难民不动产求偿委员会,并要求该委员会特别对要求归还不动产<sup>7</sup>以及1991年以来在敌对行动中发生的无法恢复的剥夺财产的行为的求偿进行裁决。<sup>2</sup>

1988年通过的《加拿大政府与日裔加拿大人全国协会协议》(《日裔加拿大人救济协议》)规定了对违反国际人道法的行为做出道歉并认罪。<sup>3</sup>

另一个例子是根据联合国安理会决议成立的联合国赔偿委员会,它审理“因[伊拉克]非法入侵和占领科威特”而对国家、国际组织、公司及个人造成的任何直接损失及损害的赔偿要求。虽然联合国赔偿委员会主要处理因伊拉克非法使用武力而造成的损失,但是也对因违反国际人道法的行为给个人带来的损害进行裁决。<sup>4</sup> 例如,联合国赔偿委员会已经对被伊拉克逮捕的前战俘进行了赔偿,其遭受到的虐待是违反《日内瓦第三公约》的。<sup>5</sup>

还有一个例子是根据2000年的《厄立特里亚与埃塞俄比亚和平协议》建立的厄

<sup>6</sup> 参见克罗地亚(同上,第90段)及美国(同上,第93段)的实践。

<sup>0</sup> 联合国大会,第48/153号决议(同上,第94段)及第49/196号决议(同上,第95段);还参见:联合国人权委员会,第1998/70号决议(同上,第98段)。

<sup>0</sup> See Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation, Chapter 3, Article 2(同上,第304段); Protocol No. 1 of the Luxembourg Agreement between Germany and the Conference on Jewish Material Claims against Germany(同上,第315段);还参见德国的立法(同上,第330段)。

<sup>7</sup> See Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Articles V II and X I(同上,第317段)。

<sup>2</sup> See Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Articles I and X II(2)(同上,第130-132段)。

<sup>3</sup> 参见:加拿大的实践(同上,第333段)。

<sup>4</sup> See, e.g., UNCC, Governing Council, Decision 3(同上,第248-272段) and Decision 11(同上,第248-274段)。

<sup>5</sup> UNCC, Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning Part One of the Second Instalment of Claims for Serious Personal Injury or Death(同上,第276段)。

立特里亚 - 埃塞俄比亚求偿委员会。该委员会有义务“通过强制仲裁对一方国民(包括自然人及法人)针对另一方政府或另一方所有或控制的实体提出的对损失、损害或伤害的所有请求做出决定”。<sup>6</sup>

近来,成立了各种具有对个人进行赔偿使命的具体基金。例如,奥地利和解基金及德国“记忆、责任和未来”基金会。它们都是根据奥地利、德国分别与美国订立的协议并通过国内立法设立的。设立奥地利和解基金是“奥地利共和国向那些曾遭遇到今天的奥地利共和国领土上存在的纳粹政权奴役和强迫劳动的自然人的一种自愿的姿态,从而为和解、和平与合作做出贡献”。设立德国基金会的目的是为了“向遭到纳粹时期强迫劳动或其他不公正待遇的人……提供有效的经济赔偿”。<sup>7</sup>

另一个例子是根据《国际刑事法院规约》第 79 条设立的被害人信托基金。该基金包括法院对罪犯判处的罚款及没收而获得的金钱及其他财产。不过,基金也希望有来自国家、公司、组织及个人的自愿捐助。<sup>8</sup>

(二)基于国家单方行为获得的赔偿。有报告表明,德国对集中营里面的人员以及医学实验的受害人,挪威对受到第二次世界大战期间反犹太人措施迫害的人进行了直接的赔偿。<sup>9</sup> 日本已就“慰安妇”问题、挪威也为二战期间反犹太人措施做出了道歉。<sup>6</sup>

奥地利和德国已通过了关于归还受害人物品的法律,其形式就像美国的《向二战期间被收容的日裔美国人以及阿留申人归还物品法》那样。<sup>8</sup>

1997 年,法国设立了关于掠夺在法国的犹太人的研究任务(也被称为“马泰奥利任务”)。它的任务是对二战期间对在法国的犹太人掠夺的各种形式及战后归还行动的范围及效果进行研究。这也体现了同样的发展方向。<sup>8</sup>

(三)通过国内法院索赔。虽然《海牙第四公约》及《第一附加议定书》要求进行赔偿,但是没有说明受偿者是否只有国家还是也包括个人,也没有具体规定对赔偿请求进行审查的机制。<sup>8</sup>

<sup>6</sup> 目前为止,该委员会对厄立特里亚与埃塞俄比亚分别代表其国民提出的求偿请求进行了裁决,已经裁决对两国前战俘遭受的待遇进行赔偿。参见:厄立特里亚 - 埃塞俄比亚求偿委员会,Prisoners of War, Eritrea's and Ethiopia's Claims, Partial Awards(同上,第 281 段)。

<sup>7</sup> 参见:奥地利的立法(同上,第 180 段)及德国的立法(同上,第 183 段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 79 条规定:“(一)应根据缔约国大会的决定,设立一个信托基金,用于援助本法院管辖权内的犯罪的被害人及其家属。(二)本法院可以命令,根据本法院的指令将通过罚金或没收取得的财物转入信托基金。(三)信托基金应根据缔约国大会决定的标准进行管理。”

<sup>9</sup> 参见:德国的实践(参见第 2 卷,第 42 章,第 219 段)和挪威的实践(同上,第 229 段);“On behalf of victims of pseudo-medical experiments: Red Cross action”, International Review of the Red Cross, No. 142, 1973, pp. 3 - 21.

<sup>6</sup> 参见:日本的实践(参见第 2 卷,第 42 章,第 337 - 340 段)和挪威的实践(同上,第 229 段)。

<sup>8</sup> 参见下列国家的立法:奥地利(同上,第 329 段)、德国(同上,第 331 段)及美国(同上,第 331 段)。

<sup>8</sup> 参见法国的实践(同上,第 334 段)。

<sup>8</sup> 《海牙第四公约》第 3 条(同上,第 110 段);《第一附加议定书》第 91 条(同上,第 125 段)。

虽然还没有法院明确否定根据现代国际法获得这种可能,但是个人在国内法院要求根据《海牙第四公约》第3条获得赔偿还是碰到了很多障碍。<sup>8</sup> 例如,在1963年的“下田案”(Shimoda case)中,东京地方法院认为,个人没有根据国际法直接索取赔偿的权利,并且基于国家豁免的考虑,排除了在日本法院审理针对另一国诉讼的可能性。<sup>8</sup>

20世纪90年代之前,德国法院通常认为:虽然1953年的《关于德国外债的伦敦协议》没有排除一旦在解决国家赔偿问题之后给予个人补偿的可能性,但是该协议推迟了考虑对个人的补偿问题。<sup>8</sup> 因此,1990年《关于德国问题最终解决条约》(即“二加四条约”)生效后<sup>8</sup>,德国法院认为,它们审理向个人赔偿的案件通常不再受到妨碍。<sup>8</sup> 所以,在1996年的“强迫劳动案”(Forced Labour case)中,德国宪法法院认为,并不存在一项阻止向受到违反国际法的行为侵害的个人进行赔偿的一般国际法规则。<sup>9</sup> 然而,在2003年的“迪斯托摩案”(Distomo case)中,德国联邦最高法院认为,由于第二次世界大战期间的战争概念是作为“国与国之间的关系”存在的,因此对那时所犯罪行为负有责任的一国仅承担对另一国的赔偿责任,而不是对个人受害者。该法院认为,国际法赋予国家对其国民实行外交保护的权利,而且,“至少就本案所涉及的时期”,即二战时期而言,请求赔偿的权利是国家的权利。<sup>9</sup>

1992年,在因美国对巴拿马干涉而引起的“高士达案”(Goldstar case)中,审理该案件的美国上诉法院认为,1907年《海牙第四公约》第3条不是自动执行的条款,因

---

<sup>8</sup> 例如,参见:德国,Administrative Court of Appeal of Münster, Personal Injuries case (同上,第190段);德国, Federal Supreme Court, Reparation Payments case (同上,第191段);德国, Second Chamber of the Constitutional Court, Forced Labour case (同上,第192段);德国, Federal Supreme Court, Distomo case (同上,第193段);希腊, Court of First Instance of Leivadia, Prefecture of Voiotia case (同上,第194段);日本, Tokyo District Court, Shimoda case (同上,第195段);日本, Tokyo High Court and Supreme Court, Siberian Detainees case (同上,第196段);日本, Tokyo District Court and Tokyo High Court, Apology for the Kamishisuka Slaughter of Koreans case (同上,第197段);日本, Tokyo District Court, Ex-Allied Nationals Claims case, Dutch Nationals Claims case and Filipino “Comfort Women” Claims case (同上,第198段);日本, Fukuoka District Court, Zhang Baoheng and Others case (同上,第199段);日本, Yamaguchi Lower Court and Hiroshima High Court, Ko Otsu Hei Incidents case (同上,第200段);美国, Court of Appeals (Fourth Circuit), Goldstar case (同上,第203段);美国, District Court for the District of Columbia and Court of Appeals for the District of Columbia, Princz case (同上,第204段);美国, District Court for the District of Columbia, Comfort Women case (同上,第209段)。

<sup>8</sup> 日本, Tokyo District Court, Shimoda case (同上,第195段)。

<sup>8</sup> 参见:德国, Federal Supreme Court, Reparation Payments case (同上,第191段)。

<sup>8</sup> Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany (“Two-Plus-Four-Treaty”) between the Federal Republic of Germany, the German Democratic Republic, France, the USSR, the United Kingdom and the United States, 1990年9月12日。

<sup>8</sup> 例如,参见:德国, Constitutional Court, Forced Labour case (参见第2卷,第42章,第192段);德国, Federal Supreme Court, Distomo case (同上,第193段)。

<sup>9</sup> 德国, Constitutional Court, Forced Labour case (同上,第192段)。

<sup>9</sup> 德国, Federal Supreme Court, Distomo case (同上,第193段)。

为没有证据证明存在规定私人诉讼权利的意图。<sup>9</sup> 在 1992 年的“普林茨案”(Princz case) 中, 审理该案件的美国上诉法院驳回了一项就德国在第二次世界大战期间行为所造成的损害要求赔偿的诉讼请求, 因为根据国家豁免, 它对本案不具有管辖权。<sup>9</sup>

向在二战期间受到伤害的个人给予赔偿的一个例子是希腊利瓦迪亚初审法院对 1997 年的“维奥蒂亚州案”(Prefecture of Voiotia case) 的判决。2000 年, 最高法院维持该判决。在该案件中, 法院适用了 1907 年《海牙第四公约》第 3 条以及《海牙章程》第 46 条, 并且裁定, 迪斯托摩杀害事件中的受害者可以直接向德国请求赔偿, 而且在违反强行法(特别是故意杀害)的情况下, 不能援引主权豁免。然而, 在这个案件中, 由于国家豁免原则, 希腊拒绝做出对执行对德判决所必要的同意。<sup>9</sup>

### 非国际性武装冲突

世界各地越来越多的国家实践表明, 此项规则适用于在非国际性武装冲突中的违反国际人道法的行为并且可归于国家的情况。它直接来自违法行为要承担赔偿责任这项基本法律原则<sup>9</sup>, 以及一国对可归于其行为承担国家责任(见规则 149)。由于有时提到一般意义上的赔偿, 有时提到具体形式的赔偿, 包括恢复原状、补偿及抵偿(见下文), 所以实践做法也各有所不同。<sup>9</sup> 有些赔偿是基于政府自己承认其具有给予赔偿的责任, 而有些赔偿则是基于政府承认其应该进行赔偿。

然而, 对国际性武装冲突进行赔偿可利用的程序在非国际性武装冲突中却并不一定有关, 这是由非国际性武装冲突本身性质所决定的。尤其是, 在非国际性武装冲突中, 受害人是在他们自己国家遭受损害, 通常可以通过国内法院根据国内法寻求赔偿。<sup>9</sup> 在这个方面, 值得注意的是, 《公民权利和政治权利国际公约》及三个区域人权

<sup>9</sup> 美国, Court of Appeals, Goldstar case(同上, 第 203 段)。

<sup>9</sup> 美国, Court of Appeals for the District of Columbia, Princz case(同上, 第 204 段)。

<sup>9</sup> 希腊, Court of First Instance of Leivadia and Supreme Court, Prefecture of Voiotia case(同上, 第 194 段); 希腊, Statement before the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou and Others case(同上, 第 194 段)。

<sup>9</sup> See, e.g., PCIJ, Chorzów Factory case (Merits) (同上, 第 102 段); 还参见:《常设国际法院规约》第 36 条, 它规定:“本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端, 对于接受同样义务之任何其他国家, 承认法院管辖为当然而具有强制性, 不须另订特别协定:……(卯) 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。”《国际法院规约》第 36(2) 条有相同规定。

<sup>9</sup> 《国家责任条款草案》第 34 条规定,“对国际不法行为引起的损害的全部赔偿应该单独或联合地采取归还、赔偿或满足的形式”, (同上, 第 157 及 323 段)。此外, 应该注意《国际刑事法院规约》第 75(2) 条关于“对被害人的赔偿”规定本法院“可以直接向被定罪人发布命令, 具体列明应向被害人或向被害人方面作出的适当赔偿, 包括归还、补偿和恢复原状”。

<sup>9</sup> 例如, 参见:哥伦比亚, Basic Military Manual(同上, 第 162 段); American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States(同上, 第 107、292 段以及第 362 段)。应该指出的是, 在非国际性武装冲突中在外国居民或来访者受到一国武力伤害的情况下, 外交保护仍然是可能的。

条约要求国家必须为违反行为提供救济。<sup>9</sup> 联合国人权事务委员会和美洲人权法院均表示,此项义务不容贬损。<sup>9</sup>

### 向国家索取的赔偿

遭受违反国际人道法的行为损害的个人受害者向国家寻求赔偿的可能性可以从《国际刑事法院规约》第75(6)条中推断出来。该条款规定,“对本条的解释,不得损害被害人根据国内法或国际法享有的权利”。<sup>9</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》第38条明确提及国家的赔偿义务,且其在任何武装冲突中都适用。<sup>9</sup>

实践中的一个例子是《菲律宾关于遵守国际人道法与人权的联合函件》。它规定,在合法的治安或警察行动过程中对私人财产的发生损害时,“应该在可行的时候采取措施……以弥补所造成的损害”。<sup>9</sup> 同时,联合国大会在1996年通过的一项决议中,敦促阿富汗当局对因人权和公认人道主义规则受到严重破坏而受害的人迅速采取“有效的补救措施”。<sup>9</sup>

实践中的其他例子还涉及赔偿的具体形式,包括恢复原状、补偿以及抵偿:

(一)恢复原状。在“阿克迪瓦尔等人诉土耳其案”(Akdivar and Others v. Turkey)中,欧洲人权法院认为,做出违反行为的国家有法律义务结束其违反行为,并“用尽可能以恢复违反行为发生之前存在的状态那种方式(“恢复原状”)为其后果做出赔偿”。然而,该法院也表示,如果这在实践中不可行,那么,有义务进行赔偿的国家应该选择其他方式来履行法院的判决。<sup>9</sup>

另一个例子是作为《代顿协定》附件的《关于难民与流离失所者协议》,它在波斯尼亚和黑塞哥维那设立了一个流离失所者与难民不动产求偿委员会。该协议规定,难民及流离失所者应该有权要求归还1991年以来在敌对行动中被掠夺的财产。<sup>9</sup>

<sup>9</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第2(3)条;European Convention on Human Rights, Article 13; American Convention on Human Rights, Articles 10 and 25; African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 7(1)(a) (暗含的)。

<sup>9</sup> See, e.g., UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights), § 14; Inter-American Court of Human Rights, Judicial Guarantees case, Advisory Opinion, §§ 24 - 26.

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第75(6)条(参见第2卷,第42章,第79段)。

<sup>9</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》第38条(同上,第80段)。

<sup>9</sup> 菲律宾,Joint Circular on Adherence to IHL and Human Rights(同上,第87段)。

<sup>9</sup> 联合国大会,第51/108号决议(同上,第96段)。

<sup>9</sup> European Court of Human Rights, Akdivar and Others v. Turkey(同上,第356段)。该法院具有给予“公正的抵偿”的权力来自《保护人权及基本自由欧洲公约》第41条的规定(同上,第303段)。美洲人权法院有根据《美洲人权公约》第63(1)条的规定类似地给予“公正补偿”的权力(同上,第312段)。非洲人权及民族权法院有权基于《关于建立非洲人权及民族权法院的非洲人权及民族权宪章议定书》第27条的规定命令给予“公平赔偿或补偿的支付”(同上,第314段)。

<sup>9</sup> Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article I(1)(同上,第316段)。

同样,科索沃住房及财产求偿委员会被授权对某些类型的人员提出的归还、恢复及返还财产的请求做出决定,这些人员包括那些由于受到歧视而失去财产权的人、难民及流离失所者。<sup>⑥</sup>

另一个例子是1998年《菲律宾尊重人权与国际人道法全面协定》,它规定恢复原状是赔偿的一种可能形式。<sup>⑦</sup>

(二)补偿。在国家尽力对非国际性武装冲突中受到违反国际人道法的行为侵害的受害人进行补偿的问题上,存在着广泛且具有代表性的实践。这些例子包括:《关于危地马拉的人权的全面协定》,其规定缔约方“承认补偿以及(或者)帮助人权受到侵害的受害人是一项人道义务”;《菲律宾尊重人权与国际人道法全面协定》,其规定缔约方承认受害人及其家庭就侵犯人权的行为寻求司法救济的权利,包括“充分的补偿或弥补”;以及俄罗斯《关于对在车臣危机中及永久离开车臣的公民遭受的财产损失进行补偿的决议》。<sup>⑧</sup>而且,智利的真相及和解全国委员会、萨尔瓦多的调查失踪人员去向的特别委员会以及斯里兰卡的调查特定省份中非自愿流动人口或失踪人员的委员会,都建议应该向受害人或其亲属提供补偿。<sup>⑨</sup>对1997年被称为《[粗暴]违反人权和国际人道法行为受害者享有赔偿权的原则和准则草案》发表的意见和评论中,智利要求规定一项确立“国家迅速而直接的补偿责任”的具体条款。<sup>⑩</sup>卢旺达在1996年宣布愿意对在卢旺达实施的种族灭绝及反人类罪的受害人进行补偿;津巴布韦也在1999年表示愿意就在20世纪80年代早期在津巴布韦武装冲突期间的杀害行为做出补偿。<sup>⑪</sup>

实行受害人索赔权的另一个文件是作为《代顿协定》附件的《关于难民与流离失所者协议》,它在波斯尼亚和黑塞哥维那设立了一个流离失所者与难民不动产求偿委员会。该协议规定,如果财产不能恢复原状,那么在1991年以来的敌对行动中失去财产的难民及流离失所者必须得到补偿。<sup>1</sup>联合国科索沃临时行政当局特派团第2000/60号规章规定了科索沃住房及财产求偿委员会程序及证据规则,其中规定了对由于遭受歧视而造成的财产权损失的个人提供补偿。<sup>2</sup>

<sup>⑥</sup> UNM IK Regulation No. 2000/60, Section 2(2), (5) and (6) (同上,第156段)。住房及财产求偿委员会是由联合国科索沃特派团根据第1999/23号规章设立的(同上,第319段)。

<sup>⑦</sup> Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2(3) (同上,第318段)。

<sup>⑧</sup> See Comprehensive Agreement on Human Rights in Guatemala, Article VIII (同上,第152段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2(3) (同上,第154段); 俄罗斯的立法(同上,第184段)。

<sup>⑨</sup> 参见下列国家的实践:智利(同上,第212段)、萨尔瓦多(同上,第215段)及斯里兰卡(同上,第233-234段)。

<sup>⑩</sup> 参见智利的实践(同上,第213段)。

<sup>⑪</sup> 参见卢旺达(同上,第233段)和津巴布韦的实践(同上,第241段)。

<sup>1</sup> Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords, Article XI (同上,第153段)。

<sup>2</sup> UNM IK Regulation No. 2000/60, Section 2(2) (同上,第156段)。

还有国际组织敦促或建议对在非国际性武装冲突中违反国际人道法的行为的受害人进行补偿的实践。<sup>3</sup>

(三)抵偿。规定抵偿作为赔偿的一种形式的实践例子是存在的,包括重新安置、道歉、保证不再犯以及调查真相。例如,早在西班牙内战时期,已经存在道歉、保证不再犯及承诺对侵害行为负有责任的个人进行惩罚的方式。<sup>4</sup>

最近,《菲律宾尊重人权与国际人道法全面协定》规定,“重新安置”是赔偿的一种可能的形式。<sup>5</sup> 1980年,萨尔瓦多发生了罗梅罗大主教(Archbishop Romero)被暗杀小组谋杀的事件,在关于该事件的一个案件中,美洲人权委员会强调要求通过调查弄清真相,并将罪犯绳之以法。该委员会尤其认为,萨尔瓦多对下列行为负有责任:

“没有认真而善意地履行义务,调查侵犯得到[《美洲人权公约》]承认的权利,找出侵权行为的责任人、使其接受审判及惩罚,并对侵犯人权行为做出赔偿。”

就联合国人权事务委员会的决定而言,它们进一步认为,“仅仅给予受害者近亲属一定金钱的赔偿是不够的。首先,必须弄清他们的不确定及不知情状态,即:必须让他们完全而公开地知道事实真相”。它认为,知晓全面、完整而公开的事实的权利“是对违反人权行为的关于抵偿及保证不再犯的索赔权的一部分”。<sup>6</sup> 在2001年的“流浪儿童诉危地马拉案”(Street Children v. Guatemala)中,美洲人权法院确认了下面这项原则,即:赔偿包括了解真相的权利,以及调查和起诉对侵犯人权负有责任的人员。<sup>7</sup>

#### 向武装反对团体组织索取的赔偿

一些实践显示,武装反对团体组织应该为由违反国际人道法的行为引起的损害提供适当的赔偿。一个例子是《菲律宾尊重人权与国际人道法全面协定》,它规定:“武装冲突各方应该遵守并受到一般接受的国际人道法原则及标准的拘束”,并且规

<sup>3</sup> 联合国人权委员会,第1995/77号决议(同上,第253段);联合国促进与保护人权小组委员会,第1993/23号决议(同上,第254段)以及第1995/5号决议(同上,第255段);UN Secretary-General Report on the causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa(同上,第258段);UN Commission on the Truth for El Salvador, Report(同上,第262段)。

<sup>4</sup> 西班牙,Note from the President of the Spanish Junta de Defensa Nacional(同上,第360段)。

<sup>5</sup> Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2(3)(同上,第154段)。

<sup>6</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Monsignor Oscar Amulfo Romero y Galdán ez (El Salvador)(同上,第357段)。

<sup>7</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Street Children v. Guatemala(同上,第358段)。

定对违反国际人道法的行为的受害人进行补偿。<sup>8</sup> 2001 年,哥伦比亚民族解放军一个省的武装部队公开为一次武装袭击中造成三名儿童死亡以及在“一次战争行为中”造成平民房屋的损毁表示道歉,并表示愿意合作恢复剩余的物品。<sup>9</sup> 这也是有意义的。

联合国也有一些实践支持武装反对团体必须提供适当赔偿的义务。在 1996 年通过的一项关于利比里亚的决议中,联合国安理会吁请“各派领导人”确保立即归还掠夺的财物。<sup>10</sup> 在 1998 年通过的一项关于阿富汗的决议中,联合国人权委员会敦促“阿富汗各方”为侵犯人权及人道法的行为的受害人提供有效的救济。<sup>11</sup> 1998 年,联合国秘书长在他关于非洲的冲突起因及促进持久和平和可持续发展的报告中建议,“为了使交战各方更为自己的行动负责……应制定国际法律机制,便利努力找到、扣押和没收违法当事方及其领导人的资产”。<sup>12</sup>

虽然可以说武装反对团体对组成此种团体的成员的行为负有责任(见对规则 149 的评注),但是这一责任的结果还不清楚。尤其是,虽然在许多国家,受害人可以对罪犯造成的损害提起民事诉讼,但是武装反对团体在什么程度上有义务进行全部赔偿是不清楚的(见对规则 151 的评注)。

---

<sup>8</sup> Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2 (3) and Part IV, Articles 1 and 6 (同上,第 318 段)。

<sup>9</sup> 参见(哥伦比亚)民族解放军的实践(同上,第 365 段)。

<sup>10</sup> 联合国安理会,第 1071 号决议(同上,第 346 段)。

<sup>11</sup> UN Commission on Human Rights, 第 1998/70 号决议(同上,第 348 段)。

<sup>12</sup> UN Secretary-General, Report on the causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa(同上,第 258 段)。

## 第 43 章

---

### 个人责任

规则 151 个人对其实施的战争罪承担刑事责任。

#### 实践

第 2 卷, 第 43 章, A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性武装冲突

个人对战争罪承担刑事责任这项原则是习惯国际法中一项古老的原则。此项原则在《利伯守则》和《牛津手册》中已经确立,并在之后的许多国际人道法条约中得到重申。在国际性武装冲突中,个人对战争罪承担刑事责任是根据《纽伦堡国际军事法庭宪章》和《东京国际军事法庭宪章》进行起诉的基础,也是根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《国际刑事法院规约》进行起诉的基础。

---

参见:Lieber Code, Articles 44 and 47(参见第 2 卷,第 43 章,同上,第 27 - 28 段);Oxford Manual, Article 84(同上,第 29 段);《日内瓦第一公约》第 49 条(同上,第 7 段);《日内瓦第二公约》第 50 条(同上,第 7 段);《日内瓦第三公约》第 129 条(同上,第 7 段);《日内瓦第四公约》第 146 条(同上,第 7 段);《保护文化财产公约》,第 28 条(同上,第 8 段);《保护文化财产公约第二议定书》第 15 条(同上,第 22 段);《第一附加议定书》第 85 条(经协商一致通过)(同上,第 10 段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第 14 条(同上,第 14 段);《渥太华公约》第 19 条(同上,第 15 段);《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突的任择议定书》第 4 条(同上,第 23 段)。

《国际军事法庭宪章》(纽伦堡),第 6 条(同上,第 4 段);《国际军事法庭宪章》(东京),第 5 条(同上,第 33 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 2 - 3 条(同上,第 46 段);《国际刑事法院规约》第 5 条和 25 条(同上,第 18 和 20 段)。

大量的军事手册明确规定个人对战争罪承担刑事责任。个人对战争罪承担刑事责任这一原则在许多国家的立法中得到实施。许多战争罪嫌疑犯已经依此原则得到了审判。这一原则也得到了正式声明和据报告的实践的支持。

此项原则还得到联合国安全理事会、联合国大会和联合国人权委员会的许多决议的重申，并在许多场合被其他国际组织重申。

---

例如，参见下列国家的军事手册：阿根廷（同上，第 69 段）、哥伦比亚（同上，第 70 段）、贝宁（同上，第 67 段）、喀麦隆（同上，第 68 段）、加拿大（同上，第 69 段）、哥伦比亚（同上，第 70 段）、多米尼加共和国（同上，第 71 段）、厄瓜多尔（同上，第 72 段）、萨尔瓦多（同上，第 73 段）、法国（同上，第 74 段）、德国（同上，第 75 段）、意大利（同上，第 76 段）、荷兰（同上，第 77 段）、秘鲁（同上，第 78 段）、南非（同上，第 79 段）、西班牙（同上，第 80 段）、瑞典（同上，第 81 段）、瑞士（同上，第 82 段）、多哥（同上，第 83 段）、英国（同上，第 84 段）、美国（同上，第 85—88 段）和南斯拉夫（同上，第 89 段）。

例如，参见：立法（同上，第 90 - 217 段）。

例如，参见：丹麦，High Court and Supreme Court, Saric case（同上，第 221 段）；德国，Supreme Court of Bavaria, Djajic case（同上，第 224 段）；德国，Higher Regional Court at Düsseldorf, Federal Supreme Court and Federal Constitutional Court, Jorgic case（同上，第 225 段）；德国，Supreme Court of Bavaria and Federal Supreme Court, Kusljic case（同上，第 226 段）；德国，Higher Regional Court at Düsseldorf and Federal Supreme Court, Sokolovic case（同上，第 227 段）；以色列，District Court of Jerusalem and Supreme Court, Eichmann case（同上，第 228—229 段）；意大利，Military Appeals Court and Supreme Court of cassation, Hassand Priebke case（同上，第 231 段）；瑞士，Military Tribunal at Lausanne, Grabe case（同上，第 233 段）；另参见以 Control Council Law No. 10 为基础的案例，例如：英国，Military Court at Lüneberg, Auschwitz and Belsen case（同上，第 235 段）；美国，Military Tribunal at Nuremberg, Alstetter (The Justice Trial) case（同上，第 239 段）、Flick case（同上，第 240 段）、Krauch (I.G. Farben Trial) and Von Leeb case（同上，第 241 段）。

例如，参见下列国家的声明：阿富汗（同上，第 246 段）、澳大利亚（同上，第 247—248 段）、奥地利（同上，第 249 段）、智利（同上，第 250 段）、中国（同上，第 252 段）、埃塞俄比亚（同上，第 253—255 段）、法国（同上，第 256—258 段）、德国（同上，第 259—260 段）、匈牙利（同上，第 261—262 段）、印度尼西亚（同上，第 263 段）、以色列（同上，第 264 段）、荷兰（同上，第 265 段）、新西兰（同上，第 266 段）、巴基斯坦（同上，第 268 段）、卢旺达（同上，第 269 段）、南非（同上，第 270 段）、英国（同上，第 271—281 段）、美国（同上，第 282—286 段）、南斯拉夫（同上，第 287—288 段）以及据报告的中国的实践（同上，第 251 段）。

例如，参见：联合国安全理事会，第 670 号决议（同上，第 290 段）、第 771 号决议（同上，第 291 段）、第 780 号决议（同上，第 292 段）、第 808 号决议（同上，第 294 段）；联合国大会，第 3074 号 (XXVIII) 决议（同上，第 333 段）、第 47/121 号决议（同上，第 335 段）、第 48/143 号决议（同上，第 336 段）、第 48/153 号决议（同上，第 337 段）、第 49/10 号决议（同上，第 338 段）、第 49/196 号决议（同上，第 339 段）、第 49/205 号决议（同上，第 340 段）、第 50/192 号决议（同上，第 342 段）、第 50/193 号决议（同上，第 343 段）、第 51/115 号决议（同上，第 345 段）；联合国人权委员会，第 1993/7 号决议（同上，第 347 段）、第 1993/8 号决议（同上，第 348 段）、第 1994/72 号决议（同上，第 349 段）、第 1994/77 号决议（同上，第 350 段）、第 1995/89 号决议（同上，第 351 段）、第 1996/71 号决议（同上，第 352 段）以及第 2002/79 号决议（同上，第 356 段）。

See e.g. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Res.954 号决议（同上，第 373 段），Res.1189（同上，第 374 段），Res.1218 and Res.1066（同上，第 375 段）；EC, Declaration on Yugoslavia（同上，第 376 段）；EU, Council, Decision 94/697/CFSP（同上，第 377 段）；Gulf Cooperation Council, Supreme Council, 13th Session, Final Communiqué（同上，第 378 段）；League of Arab States, Council, Res. No4238（同上，第 379 段）；OAU, Council of Ministers, Res.1650 号决议 (LXIV)（同上，第 380 段）。

## 非国际性武装冲突

关于非国际性武装冲突,20世纪90年代初期以来有了重大的发展。最近的三个国际人道法条约明确包括个人对非国际性武装冲突中实施的战争罪承担刑事责任的规定,这些条约是:《常规武器公约修正的第二号议定书》、《国际刑事法院规约》、《保护文化财产公约第二议定书》。它还得到最近其他两个条约的暗含承认,这两个文件是:关于禁止反人员地雷的《渥太华公约》和《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突的任择议定书》,它们要求国家对包括非国际性武装冲突中被禁止的行为进行刑事定罪。<sup>0</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》也都明确规定个人在非国际性武装冲突中对战争罪的刑事责任。<sup>1</sup>

许多国家已经通过立法将非国际性武装冲突中实施的战争罪定为犯罪,其中多数国家是在过去的十年中通过上述立法的。<sup>2</sup> 更多的国家将采取这样的做法,尤其是那些为批准《国际刑事法院规约》而正在通过实施该规约的立法、并希望利用该规约规定的补充性原则的国家。一些个人已经因非国际性武装冲突中的战争罪被国内

《常规武器公约修正的第二号议定书》第14条(同上,第14段);《国际刑事法院规约》第8条和第25条(同上,第19—20段);《保护文化财产公约第二议定书》第15条和第22条(同上,第22段)。

<sup>0</sup> 《渥太华公约》第9条(同上,第15段);《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突的任择议定书》第4条(同上,第23段)。

<sup>1</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4-5条(同上,第51-52段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 1(同上,第24段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家立法:亚美尼亚(同上,第93段)、澳大利亚(同上,第94-96段)、阿塞拜疆(同上,第98-99段)、孟加拉国(同上,第100段)、白俄罗斯(同上,第108段)、比利时(同上,第103段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第104段)、柬埔寨(同上,第108段)、加拿大(同上,第110段)、哥伦比亚(同上,第113段)、刚果民主共和国(同上,第114段)、刚果(同上,第115段)、哥斯达黎加(同上,第117段)、克罗地亚(同上,第119段)、古巴(同上,第120段)、萨尔瓦多(同上,第125-126段)、爱沙尼亚(同上,第128段)、埃塞俄比亚(同上,第129段)、芬兰(同上,第131段)、法国(同上,第135段)、格鲁吉亚(同上,第136段)、德国(同上,第137段)、几内亚(同上,第139段)、爱尔兰(同上,第142段)、意大利(同上,第144段)、哈萨克斯坦(同上,第146段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第148段)、拉脱维亚(同上,第149段)、立陶宛(同上,第151段)、摩尔多瓦(同上,第161段)、荷兰(同上,第163-164段)、新西兰(同上,第166段)、尼加拉瓜(同上,第168-169段)、尼日尔(同上,第171段)、挪威(同上,第173段)、巴拉圭(同上,第176段)、波兰(同上,第179段)、葡萄牙(同上,第180段)、俄罗斯(同上,第184段)、卢旺达(同上,第185段)、斯洛文尼亚(同上,第189段)、西班牙(同上,第191-192段)、瑞典(同上,第194段)、瑞士(同上,第195段)、塔吉克斯坦(同上,第196段)、泰国(同上,第197段)、乌克兰(同上,第200段)、英国(同上,第202-204段)、美国(同上,第207段)、乌兹别克斯坦(同上,第209段)、委内瑞拉(同上,第211-212段)、越南(同上,第213段)、也门(同上,第214段)和南斯拉夫(同上,第216段);以及下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第92段)、布隆迪(同上,第107段)、萨尔瓦多(同上,第127段)、约旦(同上,第145段)、尼加拉瓜(同上,第170段)、斯里兰卡(同上,第193段)、特立尼达和多巴哥(同上,第198段);以及下列国家立法:奥地利(同上,第170段)、保加利亚(同上,第106段)、捷克(同上,第123段)、危地马拉(同上,第138段)、匈牙利(同上,第140段)、意大利(同上,第144段)、莫桑比克(同上,第162段)、尼加拉瓜(同上,第167段)、巴拉圭(同上,第175段)、秘鲁(同上,第177段)、罗马尼亚(同上,第182段)、斯洛伐克(同上,第188段)和乌拉圭(同上,第208段),这些立法没有排除适用于非国际性武装冲突。

法院审判。<sup>3</sup> 从20世纪90年代初起,在国内和国际场合已经有许多关于非国际性武装冲突中的个人刑事责任的正式声明<sup>4</sup>。

从90年代开始,国际组织的实践确认了非国际性武装冲突中严重违反国际人道法行为的犯罪性质。联合国安全理事会、联合国大会和联合国人权委员会重申了个人在阿富汗、安哥拉、波斯尼亚和黑塞哥维那、布隆迪、卢旺达、塞拉利昂、索马里以及前南斯拉夫等非国际性武装冲突中对犯罪行为承担刑事责任的原则。<sup>5</sup> 欧洲联盟在1994年就卢旺达问题、非洲统一组织在1996年就利比里亚问题也都分别发表了类似的声明。<sup>6</sup>

前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对被控在非国际性武装冲突中实施了战争罪的个人的审判实践确认了个人对这些犯罪行为应当承担刑事责任。在此方面尤其重要的是前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭对1995年的“塔迪奇案”(Tadic, case)的分析。在此分析中,上诉庭得出结论认为,对非国际性武装冲突中战争罪存在个人的刑事责任。<sup>7</sup>

### 个人承担刑事责任的情形

个人不仅对其所实施的战争罪承担刑事责任,也对其企图实施的战争罪,以及协助、便利、帮助或者教唆实施犯罪承担刑事责任,并对计划或煽动实施战争罪承担刑

<sup>3</sup> 例如,参见:比利时, Cour d'Assises de Bruxelles and Court of Cassation, The Four from Butare case (同上,第219段);瑞士, Military Tribunal at Lausanne, Grabe case(同上,第233段);瑞士, Military Tribunal at Lausanne, Niyonteze case (同上,第234段);南斯拉夫, Communal Court of Mitrovica, Adem i case (同上,第243段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的实践:中国(同上,第251段)、埃塞俄比亚(同上,第254-255段)、法国(同上,第256-257段)、安哥拉(同上,第261段)、卢旺达(同上,第269段)、南非(同上,第270段)、英国(同上,第278-281段)、美国(同上,第284-285段)和南斯拉夫(同上,第288段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列决议:联合国安全理事会,第771号决议(同上,第291段)、第780号决议(同上,第292段)、第794号决议(同上,第293段)、第808号决议(同上,第294段)、第814号决议(同上,第295段)、第820号决议(同上,第296段)、第827号决议(同上,第297段)、第859号决议(同上,第298段)、第913号决议(同上,第299段)、第935号决议(同上,第300段)、第955号决议(同上,第301段)、第1009号决议(同上,第302段)、第1012号决议(同上,第303段)、第1034号决议(同上,第304段)、第1072号决议(同上,第305段)、第1087号决议(同上,第306段)、第1193号决议(同上,第307段)和第1315号决议(同上,第310段);联合国大会,第47/121号决议(同上,第335段)、第48/143号决议(同上,第336段)、第48/153号决议(同上,第337段)、第49/10号决议(同上,第338段)、第49/196号决议(同上,第339段)、第49/205号决议(同上,第340段)、第49/206号决议(同上,第341段)、第50/192号决议(同上,第342段)、第50/193号决议(同上,第343段)、第51/108号决议(同上,第344段)和第51/115号决议(同上,第345段);联合国人权委员会,第1993/7号决议(同上,第347段)、第1993/8号决议(同上,第348段)、第1994/72号决议(同上,第349段)、第1994/77号决议(同上,第350段)、第1995/89号决议(同上,第351段)、第1996/71号决议(同上,第352段)、第1995/91号决议(同上,第353段)和第1999/1号决议(同上,第355段)。

<sup>6</sup> EU, Council Decision 94/697/CFSP(同上,第377段); OAU, Council of Ministers, Res.1650(LXIV)(同上,第380段)。

<sup>7</sup> ICTY, Tadic, case, Interlocutory Appeal(同上,第391段)。

事责任<sup>8</sup>。

### 个人的民事责任

需要提及的是,近来的实践支持对于战争罪的受害者进行赔偿。它突出表现在《国际刑事法院规约》关于“对被害人的赔偿”的第75(2)条,该条授权法院“直接向被定罪的人发布命令,具体列明应向被害人方面作出的适当赔偿,包括归还、补偿和恢复原状”<sup>9</sup>。联合国东帝汶过渡当局第2000/30号规章赋予法院,即帝力地区法院和帝力上诉法院的审判庭,“在其裁决中有要求被告向被害人进行赔偿和补偿的命令”的权力。<sup>0</sup> 这比前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭规约的规定更进了一步,上述规约只是授权法院“可以使用包括强制手段在内的方法命令将任何财产和犯罪所得返还其合法所有人”。<sup>1</sup> 不过,该法庭的《程序和证据规则》规定,“按照有关国内立法,受害人或其他通过被害人提出请求的个人可以在国内法院或其他有权提出诉讼以获得赔偿”。<sup>2</sup>

在一项关于非洲的冲突起因及促进持久和平和可持续发展的报告中,联合国秘书长建议“为了使交战各方更为自己的行动负责……在蓄意把平民作为侵略目标的情况下,要根据国际法规定追究战斗人员对其受害者的经济赔偿责任。”<sup>3</sup> 在关于卢旺达的一项人权报告中,联合国人权委员会关于卢旺达人权状况的特别代表指出,为审判种族灭绝犯罪嫌疑人而在卢旺达提起的盖卡卡法庭的审判中,“那些被判犯有财产罪的人将被要求对其造成的损失进行补偿。”<sup>4</sup>

在许多国家的国内立法中,受害人也能在民事法庭提起赔偿诉讼请求,还有一些成功提起此类诉讼的例子。<sup>5</sup> 此外,有些国家在其国内法中规定了法院在刑事案件

<sup>8</sup> 例如,参见:《国际刑事法院规约》第25条(同上,第20段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条(同上,第48段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条(同上,第53段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(同上,第26段);UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 14(同上,第62段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第75(2)条(同上,第416段)。

<sup>0</sup> UNTAET Regulation No. 2000/30, Section 49(2)(同上,第417段)。

<sup>1</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法院规约》第24(3)条(同上,第411段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第23(3)条(同上,第412段);See also Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, Rule 105(同上,第413和418段)。

<sup>2</sup> Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, Rule 106(B)(同上,第414和419段)。

<sup>3</sup> UN Secretary-General, Report on the causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa(同上,第450段)。

<sup>4</sup> UN Commission on Human Rights, Report of the Special Representative for Rwanda(同上,第451段)。

<sup>5</sup> 例如,参见:意大利,Tribunal at Livorno and Court of Appeals at Florence, Ercole case(同上,第437段);美国,Court of Appeals for the Second Circuit and District Court, Southern District of New York, Karadic case(同上,第438-439段)。

中判决赔偿的权利,包括向战争罪受害人返还原物。<sup>6</sup>

规则 152 指挥官和其他上级对依其命令实施的战争犯罪承担刑事责任。

## 实践

第 2 卷,第 43 章,B 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性武装冲突

《日内瓦公约》和《保护文化财产公约》及其《第二议定书》规定了个人对其按照命令所犯的战争罪行承担刑事责任这项原则。它们规定国家不仅有义务对那些实施了严重破坏行为的人或分别破坏的人提起诉讼,而且也有义务对命令实施这种行为的个人提起诉讼。<sup>2</sup> 《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》以及联合国东帝汶过渡行政当局第 2000 /15 号规章都适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突,它们同样规定有这项规则。<sup>8</sup>

许多军事手册规定,指挥官和其他上级对其命令的战争罪行承担刑事责任。<sup>9</sup>

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:法国(同上,第 423 和 426 段)、德国(同上,第 427 段)、卢森堡(同上,第 428 段)(归还拿走的物品和展览品)、英国(同上,第 431 段)(返还资金或财产)、美国(同上,第 432 段)和也门(同上,第 436 段)(恢复原状);还参见布隆迪的立法草案。

<sup>2</sup> 《日内瓦第一公约》第 49 条(同上,第 457 段);《日内瓦第二公约》第 50 条(同上,第 457 段);《日内瓦第三公约》第 129 条(同上,第 457 段);《日内瓦第四公约》第 146 条(同上,第 457 段);《保护文化财产公约》第 28 条(同上,第 458 段);《保护文化财产公约第二议定书》第 15 条(同上,第 461 段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 25(3)条(同上,第 460 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 71(1)条(同上,第 467 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(1)条(同上,第 468 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(同上,第 463 段);UNTAET Regulation No. 2000 /15, Section 14(3)(同上,第 472 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家军事手册:阿根廷(同上,第 473 段)、澳大利亚(同上,第 474 段)、比利时(同上,第 475 段)、喀麦隆(同上,第 476 段)、加拿大(同上,第 477 - 478 段)、刚果(同上,第 479 段)、法国(同上,第 480 - 481 段)、德国(同上,第 482 段)、意大利(同上,第 483 段)、新西兰(同上,第 484 段)、尼日利亚(同上,第 485 段)、南非(同上,第 486 段)、西班牙(同上,第 487 段)、瑞士(同上,第 488 段)、英国(同上,第 489 - 490 段)、美国(同上,第 491 - 492 段)和南斯拉夫(同上,第 493 段)。

这一原则也在许多国家的立法中得到阐明。<sup>9</sup> 从第一次世界大战一直到今天,国内判例法中都证实了指挥官和其他上级对其命令的战争罪行承担刑事责任这一原则。<sup>3</sup> 更多的实践还体现在正式声明中。<sup>3</sup>

联合国安全理事会、联合国大会、联合国秘书长和联合国按照安理会第 780 (1992) 号决议和第 935 (1994) 号决议建立的专家委员会也重申了这一原则。<sup>3</sup>

前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的诸多案例也体现了这项原则。<sup>3</sup>

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家立法:阿根廷(同上,第 494 段)、亚美尼亚(同上,第 496 段)、阿塞拜疆(同上,第 497 段)、孟加拉国(同上,第 498 段)、白俄罗斯(同上,第 499 段)、比利时(同上,第 500 - 501 段)、柬埔寨(同上,第 503 段)、哥斯达黎加(同上,第 504 段)、埃塞俄比亚(同上,第 505 段)、德国(同上,第 506 - 507 段)、伊拉克(同上,第 508 段)、卢森堡(同上,第 511 段)、墨西哥(同上,第 512 段)、荷兰(同上,第 513 - 514 段)、俄罗斯(同上,第 516 段)、瑞士(同上,第 517 段)、南斯拉夫(同上,第 518 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 495 段)、布隆迪(同上,第 502 段)、约旦(同上,第 509 段)、黎巴嫩(同上,第 510 段)和尼加拉瓜(同上,第 515 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见:阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case(同上,第 519 段);加拿大, Military Court at Aurich, Abbaye Ardenne case, Statement by the Judge Advocate(同上,第 520 段);加拿大, Court Martial Appeal Court, Seward case(同上,第 521 段);克罗地亚, District Court of Zadar, Perić and Others case(同上,第 522 段);德国, Reichsgericht, Dover Castle case(同上,第 523 段);美国, Military Commission at Rome, Dostler case(同上,第 524 段);美国, Federal Court of Florida, Ford v. García case(同上,第 526 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家实践:斯洛文尼亚(同上,第 531 段)、英国(同上,第 532 - 533 段)以及美国(同上,第 534 - 535 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见:联合国安理会,第 670 号决议(同上,第 536 段)、第 771 号决议(同上,第 537 段)、第 780 号决议(同上,第 538 段)、第 794 号决议(同上,第 539 段)、第 808 号决议(同上,第 540 段)、第 820 号决议(同上,第 541 段)和第 1193 号决议(同上,第 542 段);联合国安全理事会,主席声明(同上,第 543 - 546 段);联合国大会,第 50/193 号决议(同上,第 547 段);UN Secretary-General, Report pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)(同上,第 548 段);UN Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), Final report(同上,第 549 段);UN Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 935 (1994), Final report(同上,第 550 段)。

<sup>3</sup> See, e.g., ICTR, Akayesu case, Judgment(同上,第 553 段) and Kayishema and Ruzindana case, Judgment(同上,第 554 段); ICTY, Martić case, Review of the Indictment(同上,第 556 段), Karadžić and Mladić case, Review of the Indictments(同上,第 557 段), Rajić case, Review of the Indictment(同上,第 558 段), Delalić case, Judgment(同上,第 559 段), Blaškić case, Judgment(同上,第 560 段), Kordić and Čerkez case, Judgment(同上,第 561 段)以及 Krstić case, Judgment(同上,第 562 段)。

虽然一些实践明确提到指挥官<sup>5</sup> 或上级<sup>6</sup> 下达的命令,但是另外一些实践则指向更为普遍的任何人。<sup>3</sup> 然而,国际的判例法认为,虽然并不需要存在正式的上下级关系,但是“下达”这一词至少含有事实上存在上下级关系的意思。<sup>8</sup>

## 解释

关于下属根据一项命令所实施的战争犯罪的行为,有三种情况必须加以区分:第一,如果战争罪行确实发生了,国家实践明确说明:存在指挥官责任,正如此项原则所述的那样。第二,如果战争罪行并没有实际发生而只是试图要实施,国家实践表明:仍存在指挥官责任。《国际刑事法院规约》和联合国东帝汶过渡行政当局第 2005 /15 号规章表明:上级指挥官对其命令下已经发生或者试图要实施的犯罪行为承担刑事责任。<sup>9</sup> 一些国家立法明确规定,指挥官命令下属实施犯罪是有罪的,即使下属只是试图实施犯罪。<sup>9</sup> 第三,如果战争罪行既没有被实施也没有试图实施,一些国家的确

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 474 段)、喀麦隆(同上,第 476 段)、刚果(同上,第 479 段)、法国(同上,第 480 - 481 段)、新西兰(同上,第 484 段)、尼日利亚(同上,第 485 段)、瑞士(同上,第 488 段)、英国(同上,第 489 段)和美国(同上,第 491 段);阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case(同上,第 519 段);美国, Military Commission at Rome, Dostler case(同上,第 524 段);美国, Federal Court of Florida, Ford v. García case(同上,第 526 段);美国的实践(同上,第 534 - 535 段);据报告的巴基斯坦的实践(同上,第 530 段);ICTY, Delalic case, Judgment(同上,第 559 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:比利时(同上,第 475 段)、德国(同上,第 482 段)和瑞士(同上,第 488 段);德国, Reichsgericht, Dover Castle case(同上,第 523 段);ICTY, Delalic case, Judgment(同上,第 559 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见:《日内瓦第一公约》第 49 条(同上,第 457 段);《日内瓦第二公约》第 50(2)条(同上,第 457 段);《日内瓦第三公约》第 129(2)条(同上,第 457 段);《日内瓦第四公约》第 146(2)条(同上,第 457 段);《保护文化财产公约》第 28 条(同上,第 458 段);《国际刑事法院规约》第 25(3)条(同上,第 460 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(1)(同上,第 463 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 71(1)条(同上,第 467 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(1)条(同上,第 468 段);UNTAET Regulation No. 2000 /15, Section 14(3)(同上,第 472 段);下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 473 段)、加拿大(同上,第 477 段)、意大利(同上,第 483 段)、南非(同上,第 486 段)、西班牙(同上,第 487 段)、英国(同上,第 490 段)和南斯拉夫(同上,第 493 段);下列国家的正式声明:斯洛文尼亚(同上,第 531 段);联合国安理会,第 670 号决议(同上,第 536 段)、第 771 号决议(同上,第 537 段)、第 780 号决议(同上,第 538 段)、第 794 号决议(同上,第 539 段)、第 808 号决议(同上,第 540 段)、第 820 号决议(同上,第 541 段)和第 1193 号决议(同上,第 542 段)。

<sup>8</sup> See, e.g., ICTR, Akayesu case, Judgment(同上,第 553 段) and Kayishema and Ruzindana case, Judgment(同上,第 554 段);ICTY, Kordic and Cerkez case, Judgment(同上,第 561 段);还参见:克罗地亚, District Court of Zadar, Perić and Others case(“处于发布战斗命令地位的人”)(同上,第 522 段);ICTY, Martić case, Review of the Indictment(“因为政治或者军事的权力能够命令实施犯罪的人”)(同上,第 556 段)。

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第 25(3)条(同上,第 460 段);UNTAET Regulation No. 2000 /15, Section 14(3)(同上,第 472 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:比利时(同上,第 501 段)、德国(同上,第 507 段)、卢森堡(同上,第 511 段)和荷兰(同上,第 513 段)。

把刑事责任归于下令实施战争罪行的指挥官。<sup>4</sup> 但是,大多数实践表明,在此类案件中不存在战争责任。不过,很明显,如果某项规则禁止下令,例如,下令杀无赦(见规则 46),那么,即使该命令并未被执行,下令的指挥官仍然是有罪的。

规则 153 如果指挥官和其他上级知道或者有理由知道其下属即将实施或正在实施这些犯罪,却未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施以防止其实施,或者这些犯罪已经实施,却未对责任人予以惩罚,则他们应对其下属所犯之战争罪承担刑事责任。

## 实践

第2卷,第43章,C节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规则。

## 国际性武装冲突

因指挥官未阻止或者惩罚其下属实施的战争犯罪而由其为其下属的罪行承担刑事责任是一项早已确立的习惯国际法规则。正是因为这个原因才导致第二次世界大战后,一些指挥官因其下属的战争犯罪在一些审判中被判有罪。<sup>2</sup>

《第一附加议定书》以及《国际刑事法院规约》和《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定了这项规则。<sup>3</sup> 它还得到前南斯拉夫问题国际刑事法庭的一些判例的支持。<sup>4</sup>

许多国家的军事手册、军事说明和立法明确规定,指挥官对其下属所犯罪行承担

<sup>1</sup> 例如,参见下列国家的立法:比利时(同上,第501段)、卢森堡(同上,第511段)和荷兰(同上,第513段)。

<sup>2</sup> 例如,参见:英国, Military Court at Wuppertal, Rauer case(同上,第656段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第657段)和 List (Hostages Trial) case(同上,第658段);美国, Supreme Court, Yamashita case(同上,第659段);远东国际军事法庭(东京), Case of the Major War Criminals(同上,第693-700段)以及 Toyoda case(同上,第701段)。

<sup>3</sup> 《第一附加议定书》第86(2)条(经协商一致通过)(同上,第569段);《国际刑事法院规约》第28条(同上,第574段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7(3)条(同上,第581段)。

<sup>4</sup> See, e.g., ICTY, Martić case, Review of the Indictment(同上,第705段); Karadžić and Mladić case, Review of the Indictments(同上,第706段); Delalić case, Judgment(同上,第707段), Aleksovski case, Judgment(同上,第708段), Blaškić case, Judgment(同上,第709段), Kunarac case, Judgment(同上,第711段), Kordić and Čerkez case, Judgment(同上,第712段), Krstić case, Judgment(同上,第713段) and Kvočka case, Judgment(同上,第714段)。

责任,包括那些并不是或者那个时候尚未成为《第一附加议定书》缔约国的国家。<sup>5</sup>

联合国大会和联合国人权委员会在关于前南斯拉夫武装冲突的决议中重申了这项规则。<sup>6</sup>

## 非国际性武装冲突

关于非国际性武装冲突的实践并不多而且也是近期的事情。然而,现有的实践表明,此项规则适用于非国际性武装冲突则是毫无争议的。特别是,《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》以及联合国东帝汶过渡行政当局第 2000 /15 号规章都明确规定,这项规则适用于非国际性武装冲突。<sup>7</sup> 在《国际刑事法院规约》谈判过程中,此项规则适用于非国际性武装冲突也没有引起任何争议。

在“哈吉哈萨诺维奇等人案”(Had ihasanovic, and O thers case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,作为习惯国际法的一项原则,指挥官责任理论也适用于非国际性武装冲突<sup>8</sup>。向卢旺达问题国际刑事法庭提交的一些案件也确认了这项规则。<sup>9</sup>

存在把这项规则适用于非国际性武装冲突情形的国内判例法。在 2000 年的“福特诉加西亚案”(Ford v. Garc á case)中,美国佛罗里达的一个联邦法院适用了这项规则。这是一个涉及发生在萨尔瓦多的法外杀人及酷刑的民事诉讼案件。<sup>10</sup> 在 2002 年的“阿比利奥·苏亚雷斯案”(Abilio Soares case)中,关于东帝汶人权的特设法庭也适用了这项原则。该法庭认为,发生在东帝汶的冲突属于《日内瓦公约》共同第 3 条意义上的国内武装冲突。<sup>11</sup> 在 1995 年的“博兰案”(Boland case)中,加拿大的一个军事上诉法庭认为,虽然一名上级有理由担心其下属会危及囚犯的生命,但是却因疏忽

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家军事手册:英国(同上,第 613 段)和美国(同上,第 614 - 618 段);还参见意大利的实践(同上,第 669 段),以及下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 623 段)、孟加拉国(同上,第 625 段)、法国(同上,第 633 段)、意大利(同上,第 635 段)、卢森堡(同上,第 638 段)、荷兰(同上,第 640 段)、西班牙(同上,第 643 段)、瑞典(同上,第 645 段)、菲律宾(第 604 - 606 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:联合国大会,第 48 /143 号决议、第 50 /115 号决议(同上,第 680 段)和第 49 /205 号决议(同上,第 681 段);联合国人权委员会,第 1994 /77 号决议(同上,第 683 段)。

<sup>7</sup> 《国际刑事法院规约》第 28 条(同上,第 574 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7(3)条(同上,第 581 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(3)条(同上,第 582 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(3)(同上,第 577 段);UNTAET Regulation No. 2000 /15, Section 16(同上,第 585 段)。

<sup>8</sup> ICTY, Had ihasanovic, and O thers case, Decision on Joint Challenge to Jurisdiction(同上,第 716 段)。在此案中,上诉庭一致驳回了被指控人提出的中间上诉,参见:ICTY, Had ihasanovic, and O thers case, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, Case No. IT - 01 - 47 - AR72, 第 57 段(对第一项上诉理由的处理意见)。

<sup>9</sup> See ICTR, Akayesu case, Judgement(参见第 2 卷,第 43 章,第 702 段), and Kayishema and Ruzindana case, Judgement(同上,第 703 段)。

<sup>10</sup> 美国, Federal Court of Florida, Ford v. Garc á case(同上,第 661 段)。

<sup>11</sup> 印度尼西亚, Ad Hoc Tribunal on Human Rights for East Timor, Abilio Soares case(同上,第 654 段)。

而没有防止该囚犯被杀,因此该上级被判定有罪。<sup>3</sup> 在“军事团体案”(Military Junta case)中,阿根廷的一个上诉法院做出判决的基础是认为指挥官没有对罪犯实施的酷刑和法外杀人进行惩罚。<sup>3</sup>

其他相关的实践包括联合国1993年的联合国萨尔瓦多真相委员会的报告。该报告指出,司法审判没有采取措施断定犯有任意屠杀罪行的人员的上级的刑事责任。<sup>4</sup>

## 解释

第二次世界大战后的判例法以及前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例法已经解释了这项规则。它包括,但不限于以下几点:

(一)平民指挥当局。根据指挥官责任,不仅是军事人员,而且平民也可以实施战争罪行。卢旺达问题国际刑事法庭1998年的“阿卡耶苏案”(Akayesu case)和1999年的“卡伊谢马和鲁津达纳案”(Kayishema and Ruzindana case)中、前南斯拉夫问题国际刑事法庭在1998年的“德拉里奇案”(Delačić case)中都采纳了这项原则。<sup>5</sup> 它还规定在《国际刑事法院规约》中。<sup>6</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭、塞拉利昂特别法院都一般性地提到了“上级”这个术语<sup>7</sup>,就像许多军事手册和国家立法一样。<sup>8</sup>

(二)指挥官/下属关系。指挥官和下属之间的关系不必是直接的法律上的关系。事实上的指挥官责任足以产生指挥官的责任。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的各种判决都承认这项原则。<sup>9</sup> 法庭做出判断的关键标准

<sup>3</sup> 加拿大,Court Martial Appeal Court, Boland case(同上,第650段)。

<sup>3</sup> 阿根廷,National Court of Appeals, Military Junta case(同上,第649段)。

<sup>4</sup> UN Commission on the Truth for El Salvador, Report(同上,第690段)。

<sup>5</sup> ICTR, Akayesu case, Judgment(同上,第702段) and Kayishema and Ruzindana case, Judgment(同上,第703段); ICTY, Delačić case, Judgment(同上,第707段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第28条(同上,第574段)。

<sup>7</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7(3)条(同上,第581段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6(3)条(同上,第582段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(3)(同上,第577段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:比利时(同上,第588段)、荷兰(同上,第599段)、瑞典(同上,第610段)、乌拉圭(同上,第619段)和南斯拉夫(同上,第620段);以及下列国家的立法:白俄罗斯(同上,第626段)、柬埔寨(同上,第628段)、加拿大(同上,第629段)、爱沙尼亚(同上,第622段)、法国(同上,第633段)、德国(同上,第634段)、荷兰(同上,第641段)、卢旺达(同上,第642段)和美国(同上,第647段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第621段)、斯洛文尼亚(同上,第647段)、黎巴嫩(同上,第637段)。

<sup>9</sup> See, e.g., ICTR, Kayishema and Ruzindana case, Judgment(同上,第703段); ICTY, Delačić case, Judgment(同上,第707段), Aleksovski case, Judgment(同上,第708段), Blaškić case, Judgment(同上,第709段), Kunarac case, Judgment(同上,第711段) and Kvockić case, Judgment(同上,第714段)。

是,从防止和惩治犯罪的实际能力来说,是否对下属行为进行了实际控制。<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第 25 条体现了相同的思想。<sup>6</sup>

(三)指挥官或上级知道或有理由知道。实践表明,指挥官的责任不仅限于指挥官或上级实际知道他或她的下属已经实施或将要实施的犯罪,而且能够推定其知道就已经足够了。后者在各种资料中的表述中略有差别,即:“有理由知道”<sup>6</sup>、“有足以使指挥官或上级在当时的情况下可以推断的信息”<sup>6</sup>、“指挥官或上级”在当时的情形下应该知道”<sup>6</sup>、“指挥官或上级”因失误而没有获得此类知识”<sup>6</sup>以及指挥官或上级“因疏忽大意而不知道”<sup>6</sup>。这些表述实际上都涵盖了“推定其知道”这个意思。

对于上级而非指挥官来说,《国际刑事法院规约》使用了这样的表述:“故意忽视本来应该意识到的信息”<sup>6</sup>。卢旺达问题国际刑事法庭在 1999 年的“卡伊谢马和鲁津达纳案”中引用了这一标准,以便说明非军事指挥官“有理由知道”的含义。<sup>6</sup>

(四)调查和报告。没有对犯有战争罪行的下属进行处罚可能是因为对可能的罪行进行调查以及(或者)没有向更高的上层报告据称的战争罪行。《第一附加议定书》和《国际刑事法院规约》规定了这个内容。<sup>9</sup> 许多国家的军事手册、国内立法、国

<sup>6</sup> See, e.g., ICTY, Delalić case, Judgment(同上,第 707 段), Aleksovski case, Judgment(同上,第 708 段)和 Kvocka case, Judgment(同上,第 714 段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第 28 条(同上,第 574 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7(3)条(同上,第 581 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(3)条(同上,第 582 段)和相关案例(同上,第 702 - 716 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(3)(同上,第 577 段);UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 16(同上,第 585 段);加拿大,LOAC Manual(同上,第 591 段);柬埔寨,Law on the Khmer Rouge Trial(同上,第 628 段);UN Secretary-General, Report on the draft ICTY Statute(同上,第 685 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:《第一附加议定书》第 86(2)条(经协商一致通过)(同上,第 569 段);下列国家的军事手册:加拿大(同上,第 591 段)、荷兰(同上,第 599 段)、新西兰(同上,第 601 段)、瑞典(同上,第 610 段)、英国(同上,第 613 段)和美国(同上,第 614 - 615 段和第 617 - 618 段);印度尼西亚,Ad Hoc Tribunal on Human Rights for East Timor, Abilio Soares case, Indictment and Judgment(同上,第 654 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:《国际刑事法院规约》第 28 条(同上,第 574 段);下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 587 段)、比利时(同上,第 588 段)、加拿大(同上,第 591 段)和新西兰(同上,第 601 段);美国, Federal Court of Florida, Ford v. García case, Judgment(同上,第 661 段);美国的实践(同上,第 676 - 677 段)。

<sup>6</sup> See, e.g., TMT(Tokyo), Case of the Major War Criminals(同上,第 693 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见:加拿大, Crimes against Humanity and War Crimes Act(同上,第 629 段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第 28(2)条(同上,第 574 段)。

<sup>6</sup> ICTR, Kayishema and Ruzindana case, Judgment(同上,第 703 段)。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第 87(1)条(同上,第 570 段);《国际刑事法院规约》第 28(a)(ii)条和 28(b)(iii)条(同上,第 574 段)。

内判例法和其他实践都确立了这个标准。<sup>0</sup> 根据联合国安全理事会第 780 (1992) 号决议设立的联合国专家委员会在其关于在前南斯拉夫实施的严重破坏《日内瓦公约》和其他违反国际人道法的行为的最后报告中,重申了指挥官责任这项基础。<sup>1</sup>

然而,在 2000 年的“布拉什基奇案”(Blacic, case) 的判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,当指挥官知道或有理由知道他或她的下属即将实施犯罪时,其必须优先防止罪行的发生,并且“他不能通过事后处罚下属的方式对他的疏忽进行补救”。<sup>2</sup>

(五)必要而合理的措施。在 1998 年的“德拉里奇案”(Delalic, case) 中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,“必要而合理的措施”这一表述应限定在某人的权力范围之内,就像不能强迫任何人从事可能性的事情那样。<sup>3</sup> 就采取合理而必要的措施保证对战争嫌疑犯的惩罚而言,该法庭在 2001 年的“科沃卡案”(Kvočka case) 中认为,虽然上级不一定需要予以处罚,但是“必须在惩戒过程中采取重要的步骤。”<sup>4</sup> 在 2000 年的“布拉什基奇案”的判决中,该法庭认为,“在某些情形下,一个指挥官可以通过把事情报告给有权机构的形式来履行其防止和惩治罪行的义务”。<sup>5</sup>

规则 154 每个战斗员都有义务不服从明显不法的命令。

## 实践

### 第 2 卷,第 43 章,D 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

---

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 724 段)、澳大利亚(同上,第 725 - 726 段)、比利时(同上,第 727 段)、加拿大(同上,第 728 - 729 段)、柬埔寨(同上,第 730 段)、多米尼加共和国(同上,第 731 段)、斯洛文尼亚(同上,第 732 段)、德国(同上,第 733 段)、荷兰(同上,第 734 - 735 段)、尼日利亚(同上,第 736 段)、秘鲁(同上,第 737 段)、菲律宾(同上,第 738 段)、南非(同上,第 739 - 740 段)、瑞典(同上,第 610 和 714 段)、多哥(同上,第 742 段)和美国(同上,第 743 - 744 段);下列国家的立法:阿根廷(同上,第 621 段)、加拿大(同上,第 729 段)、埃及(同上,第 630 段)、德国(同上,第 745 段)、印度(同上,第 746 段)、乌克兰(同上,第 646 段)、美国(同上,第 647 段)以及下列两国的实践:美国(同上,第 750 - 752 段)和南斯拉夫(同上,第 753 段)。

<sup>1</sup> UN Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), Final report (同上,第 689 和 754 段)。

<sup>2</sup> ICTY, Blacic, case, Judgment (同上,第 709 段)。

<sup>3</sup> ICTY, Delalic, case, Judgment (同上,第 707 段)。

<sup>4</sup> ICTY, Kvočka case, Judgment (同上,第 714 段)。

<sup>5</sup> ICTY, Blacic, case, Judgment (同上,第 709 和 757 段)。

## 明显不法的命令

此项规则来源于遵守国际人道法的义务(见规则 139)。而且,它还可以从下列规则中推断出来,即:如果下属知道被命令实施的行为具有明显不法性,但还是执行该不法命令后,服从上级命令不能成为战争罪行的辩护理由(见规则 155)。在判断明显不法的上级命令并不构成辩护的理由的问题上,一些法院做出判决的依据是必须拒绝遵守这种命令。<sup>6</sup>

除了关于上级命令的辩护的实践以外,还有许多国家的军事手册、立法以及正式声明指出有义务不遵守明显非法或者可能导致实施战争犯罪的实践。<sup>7</sup> 此项规则也得到国内判例法的支持。<sup>8</sup>

这一实践,以及按照一项明显不法的命令实施了战争罪行的下属不能将该命令作为辩护理由从而仍然犯罪(见规则 155),表明有义务拒绝遵守这样的义务。

## 不法命令

关于战斗员拒绝遵守不法但并不是明显不法的命令的做法,实践尚不清楚。许多国家的军事法规定,所有下属有义务遵守“合法的”或“正当的”命令,并且规定,如

---

<sup>6</sup> 例如,参见:比利时, Court-Martial of Brussels, Sergeant W. case(同上,第 820 段);以色列, District Military Court for the Central Judicial District and Military Court of Appeal, Ofer, Malinki and Others case(同上,第 825 段);荷兰, Special Court in Amsterdam, Zühlke case(同上,第 827 段);美国, Army Court of Military Appeals, Calley case(同上,第 829 段)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 766 段)、比利时(同上,第 767 段)、喀麦隆(同上,第 769 - 770 段)、加拿大(同上,第 771 段)、刚果(同上,第 772 段)、多米尼加共和国(同上,第 773 段)、斯洛文尼亚(同上,第 774 段)、法国(同上,第 775 段)、德国(同上,第 776 和 916 段)、意大利(同上,第 777 段)、荷兰(同上,第 778 段)、新西兰(同上,第 779 段)、卢旺达(同上,第 782 段)、南非(同上,第 783 - 784 段和第 886 段)、英国(同上,第 785 段)和美国(同上,第 788 段);下列国家的立法:比利时(同上,第 796 段)、德国(同上,第 803 段)、南非(同上,第 814 段)、西班牙(同上,第 816 和 932 段);下列国家的实践报告:印度(同上,第 981 段)、菲律宾(同上,第 843 段)、西班牙(同上,第 845 段)和下列国家的声明:以色列(同上,第 984 段)、意大利(同上,第 838 段)、约旦(同上,第 839 段)以及科威特的实践(同上,第 840 和 987 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见:比利时, Court-Martial of Brussels, Sergeant W. case(同上,第 820 段);智利, Santiago Council of War, Guzmán and Others case(同上,第 822 段);柬埔寨, Constitutional Court, Constitutional Case No. T - 409 and Constitutional Case No. C - 578(同上,第 823 段);以色列, District Military Court for the Central Judicial District and Military Court of Appeal, Ofer, Malinki and Others case(同上,第 825 段);意大利, Military Tribunal of Rome, Military Appeals Court and Supreme Court of Cassation, Hass and Priebke case(同上,第 826 段);荷兰, Special Court in Amsterdam, Zühlke case(同上,第 827 段);美国, Army Court of Military Appeals, Calley case(同上,第 829 段)。

果不遵守,则是一种应受处罚的罪行。<sup>9</sup> 虽然这表明暗示下属不必遵守不法的命令,但是还没有找到明确规定这种义务的实践。一些实践表明,存在一项可以拒绝遵守不法命令的权利。<sup>8</sup> 根据国内法的规定,不遵守不法命令不应当让其承担刑事责任,因为下属只有服从合法命令的义务。<sup>8</sup>

### 武装反对团体

如前所述,此项规则来源于遵守国际人道法的义务(见规则 139)。而且,它还可以从下列规则中推断出来,即:如果下属知道被命令实施的行为具有明显不法性,但还是执行该不法命令后,服从上级命令不能成为战争罪行的辩护理由(见规则 155)。这两项对国家的武装部队和武装反对团体都适用。然而,还没有找到具体的实践来证明这个结论,因为与这项规则有关的军事手册、国家立法和判例法基本上都与国家的武装部队的成员有关。

规则 155 如果下属知道下令实施的行为是不法的,或者由于其明显的不法性而本应当知道下令实施的行为是不法的,则服从上级命令并不免除下属的刑事责任。

### 实践

第2卷,第43章,E节

### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。此项规则并不影响其他的辩护理由,例如胁迫,本研究并不涉及这个问题。

### 国际性和非国际性武装冲突

《纽伦堡国际军事法庭宪章》和《东京国际军事法庭宪章》规定,上级命令不能成

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第792段)、澳大利亚(同上,第793段)、巴西(同上,第797段)、智利(同上,第798段)、克罗地亚(同上,第799段)、埃及(同上,第801段)、印度(同上,第804段)、约旦(同上,第805段)、肯尼亚(同上,第806段)、马来西亚(同上,第807段)、尼日利亚(同上,第808段)、巴基斯坦(同上,第809段)、秘鲁(同上,第811段)和菲律宾(同上,第781段),以及下列国家的实践报告:埃及(同上,第834段)、印度(同上,第835段)和巴基斯坦(同上,第842段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的实践:阿根廷(同上,第830段)、古巴(同上,第833段)和埃及(同上,第834段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第792段)、奥地利(同上,第794段)、波兰(同上,第812段)、西班牙(同上,第816段)和塔吉克斯坦(同上,第818段)。在不区分合法和不法命令的情况下,对不执行命令的行为是否规定为可处罚的罪行是不清楚的。例如,参见下列国家的立法:白俄罗斯(同上,第795段,但是参见第904段)、古巴(同上,第800段,但是参见第833段)和俄罗斯(同上,第813段,但是参见第844段)。

为辩护理由这项规则。<sup>8</sup>

在《第一附加议定书》的谈判过程中,红十字国际委员会提交了一份草案。它规定,如果该人“有理由应当知道其正在实施严重破坏公约以及本附加议定书的行为”,把上级命令作为辩护理由就是禁止的。虽然两个国际军事法庭宪章规定的这一规则并无争议,但是这份草案并没有被接受。<sup>8</sup> 虽然没有接受这份草案的原因是各种各样的,但是国家提出的问题是,此草案的规定只限于严重破坏行为,这个范围太狭窄了,而且下属有义务服从命令,还有,该份草案并没有把责任限于明显不法的行为。<sup>8</sup> 从下面提到的关于通过附加议定书的外交会议以来的实践表明,上级命令不能作为辩护理由这一规则具有习惯法性质。

《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》以及联合国东帝汶过渡行政当局第 2000/15 号规章都重申上级命令不能作为辩护理由这项规则。<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》对适用的条件做了某种程度的说明:当某人知道命令是违法的或者命令明显违法时,服从命令不能抗辩。<sup>8</sup> 《禁止酷刑公约》和《关于人员强迫失踪的美洲公约》也重申上级命令不能成为辩护理由这项规则。<sup>8</sup>

一些军事手册和许多国家的立法规定,如果实施者知道或应该知道所命令的行为是不法时,服从上级命令就不得作为辩护理由。<sup>8</sup> 其他军事手册和国内立法规定,在行为是明显不法而且没有提到具体的认知因素的情况下,必须予以排除这种辩护

<sup>8</sup> 《纽伦堡国际军事法庭宪章》第 8 条(同上,第 855 段);《东京国际军事法庭宪章》第 6 条(同上,第 863 段)。

<sup>8</sup> 参见:通过附加议定书的外交会议的实践(同上,第 856 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第 974 段)、加拿大(同上,第 977 段)、以色列(同上,第 984 段)、墨西哥(同上,第 988 段)、挪威(同上,第 910 段)、波兰(同上,第 992 段)、西班牙(同上,第 995 段)、叙利亚(同上,第 997 段)、英国(同上,第 999 段)、美国(同上,第 1002 段)、乌拉圭(同上,第 1004 段)和也门(同上,第 1006 段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 33 条(同上,第 860 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7(4)条(同上,第 869 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(4)条(同上,第 870 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(4)(同上,第 861 段);UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 21(同上,第 873 段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 33 条(同上,第 860 段)。

<sup>8</sup> 《禁止酷刑公约》第 2 条(同上,第 857 段);Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, Article V III(同上,第 858 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:德国(同上,第 881 段)、南非(同上,第 886 段)、瑞士(同上,第 889 段)、美国(同上,第 892 - 893 和 895 段)和南斯拉夫(同上,第 897 段),以及下列国家的立法:白俄罗斯(同上,第 904 段)、埃及(同上,第 910 段)、埃塞俄比亚(同上,第 913 段)、德国(同上,第 916 - 918 段)、伊拉克(同上,第 919 段)、卢森堡(同上,第 923 段)、荷兰(同上,第 924 段)、波兰(同上,第 929 段)、斯洛文尼亚(同上,第 931 段)、瑞士(同上,第 936 段)、也门(同上,第 940 段)和南斯拉夫(同上,第 941 段)。

理由。<sup>9</sup> 不过,可以这样说,如果该行为是明显不法行为,如果下属的确不知道,那么他或她至少应当知道所命令的行为是不法的。最近的案例的一些判决基本上得出了相同的结论,其中有的涉及非国际性武装冲突。<sup>9</sup> 就明显不法行为而言,还没有相反的实践。然而,只是提到所命令的行为的不法性,而且不需要知道这种不法性的实践还没有如此广泛和一致以致可以确立起一项习惯国际法规则的程度。

### 减轻处罚

有广泛的实践表明,如果法院认为有必要,在减轻处罚时可以考虑因服从命令而实施战争罪行这个情节。《纽伦堡国际军事法庭宪章》、《东京国际军事法庭宪章》、《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》和联合国东帝汶过渡行政当局第 2000 /15 号规章都是这方面的实践。<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:喀麦隆(同上,第 875 段)、加拿大(同上,第 876 - 877 段)、多米尼加共和国(同上,第 879 段)、秘鲁(同上,第 885 段)和南非(同上,第 887 段),以及下列国家的立法:阿尔巴尼亚(同上,第 898 段)、巴西(同上,第 906 段)、法国(同上,第 914 段)、以色列(同上,第 920 段)、荷兰(同上,第 925 段)、秘鲁(同上,第 927 段)、卢旺达(同上,第 930 段)和西班牙(同上,第 932 - 934 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case(同上,第 942 段);奥地利, Supreme Court, Leopold case(同上,第 944 段);比利时, Court-Martial of Brussels, Sergeant W. case(同上,第 945 段);比利时, Court of Cassation, V. C. case(同上,第 946 段);比利时, Military Court, Kalid case(同上,第 947 段);波斯尼亚和黑塞哥维那, Republika Srpska, M odriča Municipal Court, Halilovic case(同上,第 948 段);加拿大, Supreme Court, Finta case(同上,第 949 段);德国, eichsgericht, Llandoverly Castle case(同上,第 954 段);德国, Federal Supreme Court, Subordinates Responsibility case(同上,第 955 段);以色列, District Military Court for the Central Judicial District and Military Court of Appeal, Ofer, Malinki and Others case(同上,第 956 - 957 段);以色列, Supreme Court, Eichmann case(同上,第 958 段);意大利, Military Tribunal at Verona, Schinholzer case(同上,第 959 段);意大利, Military Tribunal of Rome and Supreme Court of Cassation, Priebke case(同上,第 960 段);荷兰, Special Court in Amsterdam, Z ühlke case(同上,第 961 段);尼日利亚, Supreme Court, Nwaoga case(同上,第 963 段);菲律宾, Supreme Court, M argen case(同上,第 964 段);南非, Appeal Division, W emer case(同上,第 965 段);英国, Military Court at L üneberg, Auschw itz and Belsen case(同上,第 966 段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Krupp case(同上,第 967 段), Krauch (I. G. Farben Trial) case(同上,第 968 段) and Von Leeb case (The High Command Trial)(同上,第 969 段);美国, Military Commission in Wiesbaden, Hadamar Sanatorium case(同上,第 970 段);美国, Army Board of Review, Griffen case(同上,第 971 段);美国, Army Court of Military Appeals, Calley case(同上,第 972 段)。

<sup>9</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡),第 8 条(同上,第 855 段);《国际军事法庭宪章》(东京),第 6 条(同上,第 863 段);《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7(4)条(同上,第 869 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6(4)条(同上,第 870 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 6(4)(同上,第 861 段);UNTAET Regulation No. 2000 /15, Section 21(同上,第 873 段)。

此外,军事手册、国家立法和正式声明中也存在相关的广泛的国家实践。<sup>9</sup> 不过,有些国家规定,按照明显不法的命令所实施的犯罪不能减轻处罚。<sup>9</sup>

1993年,在向联合国安全理事会提交的关于前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约草案中,联合国秘书长提到了因服从上级命令而减轻处罚的可能性。<sup>9</sup> 根据联合国安全理事会第935(1994)号决议设立的审查在卢旺达的违反国际人道法的联合国专家委员会的最后报告也提出了类似的意见。<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第876段)、新西兰(同上,第883段)、尼日利亚(同上,第884段)、瑞士(同上,第889段)、英国(同上,第890段)和美国(同上,第892-893和895段);下列国家的立法:澳大利亚(同上,第901段)、孟加拉国(同上,第903段)、智利(同上,第908段)、刚果(同上,第909段)、埃塞俄比亚(同上,第913段)、法国(同上,第914-915段)、德国(同上,第916段)、尼日尔(同上,第926段)和瑞士(同上,第936段);以及下列国家的声明:加拿大(同上,第977段)、以色列(同上,第983段)和波兰(同上,第992段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第876段)和新西兰(同上,第883段)以及西班牙的立法(同上,第932段)。

<sup>9</sup> UN Secretary-General, Report pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) (同上,第1009段)。

<sup>9</sup> UN Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 935 (1994), Final report (同上,第1012段)。

## 第 44 章

---

### 战争罪

规则 156 严重违反国际人道法的行为构成战争罪。

#### 实践

第 2 卷, 第 44 章, A 节

#### 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

#### 国际性和非国际性武装冲突

《国际刑事法院规约》将战争罪尤其定义为,“严重违反适用于国际武装冲突的法规和惯例的行为”和“严重违反适用于非国际武装冲突的法规和惯例的行为”。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》以及联合国东帝汶过渡行政当局第 2000 /15 号规章也规定,对“严重”违反国际人道法的行为具有管辖权。在 2001 年的“德拉里奇案”(Delalic case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭的上诉庭针对《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3 条有关对违反战争法规和惯例的行为享有管辖权这一问题,作出了这样的解释,即“战争法规和惯例”包括除第 3 条所列举之外其他所有的战争法规和惯例。一些国家的立法和军事手册均用“严重”这个修饰词对“违反行为”作出了限定。

但也存在这样的实践,即对于违反行为并不要求要达到“严重”的程度,而是将

---

《国际刑事法院规约》第 8 条(参见第 2 卷,第 44 章,第 3 段)。

《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 1 条(同上,第 11 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 1 条(同上,第 14 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 1 (1) (同上,第 5 段); and, UNTAET Regulation No. 2000 /15, Section 6(1) (同上,第 16 段)。

ICTY, Delalic case, Judgment(同上,第 111 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:哥伦比亚(同上,第 21 段)、克罗地亚(同上,第 22 段)、法国(同上,第 24 - 25 段)、意大利(同上,第 30 段)和西班牙(同上,第 36 段);以及下列国家的立法:刚果(同上,第 56 段)、新西兰(同上,第 70 段)和尼加拉瓜(同上,第 71 段);还参见据报告的荷兰的实践(同上,第 93 段)。

战争罪定义为任何违反战争法规和惯例的行为。许多国家的立法和军事手册也同样规定,对于战争罪来说,违反国际人道法的行为并不需要严重到一定程度。然而,大多数上述实践是以列举的方式阐述战争罪的,它尤其指这样的行为:盗窃、任意破坏、谋杀和虐待。这表明,这些国家事实上是将战争罪限定为较为严重的违反国际人道法的行为。

### 违反行为的严重性的特征

对各种国际条约、其他国际法律文书和国内立法及判例法等中战争罪的具体行为的清单进行推理分析后表明,当违反行为危及受保护人员或物体,或损害重大利益时,该行为在实践中才能被认为是严重的,因而才能被认为是战争罪。

1. 危及受保护人员或物体的行为。大多数战争罪涉及杀害、伤害、破坏或非法侵占财产。然而,并非所有的行为都必须导致人员或物体的实际损害才能构成战争罪。在《国际刑事法院犯罪要件》起草过程中,这一点变得明朗起来。例如,该《犯罪要件》规定,即便针对平民或民用物体所发起的攻击因意料以外的原因未造成死亡或严重的损害,该攻击行为本身即足以构成战争罪。即便针对平民居民或单个平民所进行的攻击因为武器系统的失效而未击中预定目标,也属此例。同样例子还包括将受保护的人员用于医学实验的情形,该行为只要威胁到个人的生命及健康便足以构成战争罪,而并不要求出现实际的损害。

2. 损害重大利益的行为。行为如果损害了重大利益也可能构成战争罪,即使该行为未直接危及受保护的人员或其物体。这些行为包括,如:虐尸、对人员施以侮

---

Report of the Commission on Responsibility set up after the First World War (同上,第6段);《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第6(2)条(同上,第1段)、《国际军事法庭宪章》(东京)第5(2)条(同上,第8段); Allied Control Council Law No. 10, Article II(同上,第7段)。

例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第18段)、加拿大(同上,第20段)、以色列(同上,第29段)、荷兰(同上,第32段)、新西兰(同上,第33段)、尼日利亚(同上,第34段)、南非(同上,第35段)、瑞士(同上,第38段)、英国(同上,第39段)和美国(同上,第40和43段);下列国家的立法:孟加拉国(同上,第48段)、荷兰(同上,第69段)、西班牙(同上,第73段)和英国(同上,第74段);还参见据报告的伊朗实践(同上,第91段)。

See Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, pp. 130 and 233.

例如,参见美国,General Military Government Court at Dachau, Schmid case(参见第2卷,第35章,第111段)(残毁战俘尸体并拒绝给予礼葬的行为构成战争罪);还参见澳大利亚,Military Court at Wewak, Takehiko case(同上,第106段);澳大利亚,Military Court at Rabaul, Tisato case(同上,第107段);美国,Military Commission at Yokohama, Kikuchi and Mahuchi case(同上,第109段);美国,Military Commission at Mariana Island, Yochio and Others case(同上,第110段)。

辱性待遇、迫使他人从事直接有助于敌方军事行动的工作<sup>0</sup>、侵犯公正审判的权利<sup>1</sup>、招募年龄低于15岁的儿童入伍<sup>2</sup>。

在1995年的“塔迪奇案”(Tadic case)的中间上诉中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭认为,如果要在本法庭起诉某人犯罪,“违反行为必须是严重的,也就是说,它必须违反了保护重要利益的规则,且该行为必须对受害者造成严重的后果”。法庭进而举例阐明了上述观点,即如果战斗员在被占领土强占属于私人的一块面包,那么,他就违反《海牙章程》第46条第1款,然而,该行为还没有达到“严重”违反国际人道法的程度。<sup>3</sup> 鉴于以上所述有关战争罪的例子,尽管违反保护重大利益的规则的行为通常都会导致受害者的痛苦或焦虑,但是该行为并不一定导致死亡或身体受伤,甚至也不一定会导致这样的危险。

### 导致个人承担国际法上刑事责任的违反行为

在1995年的“塔迪奇案”的中间上诉中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭认为,“违反(国际人道法)规则的行为,必须导致违反该规则的人员承担习惯法或协定法上的个人责任”。<sup>4</sup> 在有关严重违反国际人道法的行为而非严重破坏《日内瓦公约》的判例法中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭与卢旺达问题国际刑事法庭都一致采用了这一方法。<sup>5</sup> 例如,对于严重违反《第一附加议定书》但非严重破坏公约的行为,前南斯拉夫问题国际刑事法庭必须确定:虽然某个违反行为并没有规定在严重破

---

参见美国, Military Commission at Florence, Maelzer case(参见第2卷,第32章,第297段)(有关迫使战俘在罗马街道游行,就像是在古代的战胜游行那样);澳大利亚, Military Court at Rabaul, Tanaka Chuichi case(同上,第3883段)(有的将锡克教战俘剃去头发和胡须;有的还强迫其吸烟或让其行为违反其宗教信仰);还参见《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxi)条。

<sup>0</sup> 参见法国, General Tribunal at Rastadt of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany, Roehling case(参见第2卷,第32章,第1861段);荷兰, Temporal Court-Martial of Makassar, Koshiro Case(同上,第1863段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Krauchl.G. Farben Trial case(同上,第1870段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb(The High command Trial) case(同上,第1872段);还参见《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xv)条。

<sup>1</sup> 参见澳大利亚, Military Court at Rabaul, Ohashi(参见第2卷,第32章,第2957段);美国, Military Commission at Shanghai, Sawada case(同上,第2961段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Itatoter(The Justice trial) case(同上,第2964段);还参见《国际刑事法院规约》第8(2)(a)(vi)条和第8(2)(c)(iv)条。

<sup>2</sup> 参见《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxvi)条和第(2)(g)条。

<sup>3</sup> ICTY, Tadic case, Interlocutory Appeal(参见第2卷,第44章,第106段)。

<sup>4</sup> See ICTY, Tadic case, Interlocutory Appeal(同上,第106段)。

<sup>5</sup> See ICTY, Tadic case, Judgement(同上,第107段); Blaskic case, Judgement(同上,第112段); Kordic and Cerkez case, Judgement(同上,第120段); Furundija case, Judgement(同上,第110段); Tadic case, Judgement(同上,第109段); Kunarac case, Judgement(同上,第113段); Kvočka case, Judgement(同上,第114段); Krnojelac case, Judgement(同上,第115段); Vasiljevic case, Judgement(同上,第116段); Nalčilic case, Judgement(同上,第117段); Stakic case, Judgement(同上,第118段); Galic case, Judgement(同上,第119段); ICTR, Akayesu case, Judgement(同上,第103段); Musema case, Judgement(同上,第105段) and Rutaganda case, Judgement(同上,第104段)。

坏公约的行为当中,但是该违反行为是否产生习惯国际法上个人刑事责任或者《第一附加议定书》是否规定了个人刑事责任?<sup>6</sup>

上述实践并没有排除此种可能性,即一国可根据其国内法将其他违反国际人道法的行为规定为战争罪。然而,该行为的效果仍然限于该国国内,不能将惩治此种犯罪的义务国际化,对此种犯罪也不存在普遍管辖权。

早期的实践似乎表明,法院是否判定某一特定行为属于战争罪并不以该行为必须被国际社会明确认定为战争罪为前提。许多国家法院的判决证实了这一点,这些法院判处被告在第二次世界大战中犯有战争罪,但这些罪行并没有被列入纽伦堡和东京国际军事法庭的宪章中,例如,缺乏公正审判<sup>7</sup>、虐尸行为<sup>8</sup>、侵犯战俘的宗教风俗<sup>9</sup>或滥用红十字标志<sup>0</sup>。

二战后的国家实践表明,普通法系国家倾向于基于国际法来审判被告,而许多大陆法系国家在没有关于战争罪特别立法的情况下,对于同一犯罪则基于国内普通刑事立法来审判。<sup>2</sup> 因而,对于后者来说,如果该行为在和平时期是刑事犯罪,且只要该行为也为战争法规和惯例所禁止,则该行为在战时就可能会被确定为战争罪。近来也有这样的实践。<sup>2</sup>

### 违反习惯国际法或条约法的行为

纽伦堡国际军事法庭确定,违反《海牙章程》的行为构成战争罪,因为这些条约规则在第二次世界大战之前已经被确定为习惯法。同样,《国际刑事法院规约》的谈判基于这样一个前提,即一个行为只有在违反习惯国际法规则时才能被列举在该规约的战争罪当中。另一个以违反习惯国际法作为战争罪的基础的例子是联合国人权委员会以协商一致的方式通过的一个决议,该决议宣称以色列“持续严重破坏”《日

<sup>6</sup> See, e.g., ICTY, *Galic case*, Case No. IT - 98 - 29 - T, Judgment and Opinion, 5 December 2003, 第 113 - 129 段。

<sup>7</sup> 例如,参见澳大利亚, *Military Court at Rabaul, Ohashi case* (参见第 2 卷, 第 32 章, 第 2957 段); 英国, *Military Court at Wuppertal, Rhode case* (同上, 第 2963 段); 美国, *Military Commission at Rome, Dostler case* (同上, 第 2960 段); 美国, *Military Commission at Shanghai, Sawada case* (同上, 第 2961 段) 和 *Isayama case* (同上, 第 2962 段); 美国, *Military Court at Nuremberg, Altotter (The Justice trial) case* (同上, 第 2964 段)。

<sup>8</sup> 参见澳大利亚, *Military Court at Wewak, Takehiko case* (参见第 2 卷, 第 35 章, 第 106 段); 澳大利亚, *Military Court at Rabaul, Tisato case* (同上, 第 107 段); 美国, *Military Commission at Yokohama, Kikuchi and Manchuchi case* (同上, 第 109 段); 美国, *Military Commission at the Mariana Islands, Yochio and Others case* (同上, 第 110 段); 美国, *General Military Court at Dachau, Schmid case* (同上, 第 111 段)。

<sup>9</sup> 参见澳大利亚, *Military Court at Rabaul, Tanaka Chuichi case* (参见第 2 卷, 第 32 章, 第 3883 段)。

<sup>0</sup> 参见美国, *Intermediate Military Government Court at Dachau, Haendorf case* (参见第 2 卷, 第 18 章, 第 1313 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:法国(参见第 2 卷, 第 44 章, 第 60 段)、荷兰(同上, 第 67 段)、挪威(同上, 第 72 段)以及据报告的比利时的实践(同上, 第 83 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见刚果民主共和国的立法(同上, 第 55 段)和德国的实践(同上, 第 521 - 524 段)。

内瓦第四公约》和《第一附加议定书》的行为构成战争罪。<sup>3</sup> 由于当时以色列和其他许多委员会成员国都未批准《第一附加议定书》，这一声明则必定基于这样的理解，即这些破坏行为是根据习惯国际法而构成战争罪的。

然而，大多数实践并没有将战争罪的概念限定在违反习惯国际法的行为的范围内。几乎所有的军事手册和刑法典均涉及违反习惯法和可适用的条约法的行为。<sup>4</sup> 另外，还存在把违反条约法的行为称做是战争罪的正式声明。<sup>5</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭在1995年“塔迪奇”案的中间上诉中也声明，战争罪包括那些同时严重违反习惯国际法和可适用的条约条款的行为，例如，那些“在被指称的犯罪发生时确定无疑地约束（武装冲突）各方的条约条款。”<sup>6</sup>

## 解释

对于构成战争罪行为的性质、犯罪行为和他们的主观状态，实践给予了更进一步的说明。

1. 作为或不作为。战争罪可由作为或不作为构成。后者的例子有：未能给予公正的审判、未能向处于敌方权力之下的人员提供食物或必要的医疗护理。<sup>2</sup> 危害人类罪包括一系列的“大规模或有系统”的被禁止的行为，这不同于战争罪，任何严重违反国际人道法的行为均构成战争罪。一战至今的广泛和一致的案例法明确地体现了这一点。

2. 犯罪行为人。以立法、军事手册以及案例形式体现的实践表明，战争罪是由武装部队成员或平民针对敌方武装部队成员、平民或受保护的物体所实施的违法行为。<sup>8</sup> 国内立法一般不将实施战争罪的主体限于武装部队的成员，而是明确规定任

<sup>3</sup> UN Commission on Human Rights, Res. 1982/1 (同上, 第98段)。

<sup>4</sup> 例如，参见下列国家的军事手册：澳大利亚(同上, 第18段)、比利时(同上, 第19段)、加拿大(同上, 第20段)、厄瓜多尔(同上, 第23段)、法国(同上, 第26段)、新西兰(同上, 第33段)、瑞士(同上, 第38段)、英国(同上, 第39段)和美国(同上, 第40和43段)；下列国家的立法：孟加拉国(同上, 第48段)、加拿大(同上, 第51-52段)、刚果(同上, 第56段)、芬兰(同上, 第59段)、新西兰(同上, 第70段)和美国(同上, 第75段)；还参见布隆迪的立法草案(同上, 第50段)。

<sup>5</sup> 参见下列国家的声明：法国(同上, 第87段)、德国(同上, 第90段)和美国(同上, 第95段)。

<sup>6</sup> ICTY, Tadić case, Case No.: IT-94-1-AR72, Decision on the the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, 第94段和第143段。

<sup>2</sup> 有关未能给予敌方公平审判的权利，可参见脚注第11和17的例子。有关未能提供给战俘食物或必要的医疗护理，可参见下列国家的立法：阿根廷(参见第2卷, 第37章, 第60段)、澳大利亚(同上, 第61段)、孟加拉国(同上, 第63段)、智利(同上, 第64段)、多米尼加共和国(同上, 第65段)、爱尔兰(同上, 第66段)、墨西哥(同上, 第67段)、尼加拉瓜(同上, 第68段)、挪威(同上, 第69段)、秘鲁(同上, 第70段)、西班牙(同上, 第72段)和乌拉圭(同上, 第73段)。

<sup>8</sup> See Knut Dörmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, 2003, pp. 34-37 and 391-393; 参见二战审判(参见第2卷, 第44章, 第78段)和美国, District Court for the Central District of California, Leo Handal case(同上, 第79段)。

何人实施该行为均构成犯罪。<sup>2</sup> 一些军事手册也有同样的规定。<sup>9</sup> 许多军事手册及一些立法明确将“平民”包括在可以实施战争罪的人员之内。<sup>3</sup>

3. 主观状态。国际判例法表明,战争罪是故意实施的违法行为,如直接故意或间接故意,<sup>3</sup> 而具体的主观状态因具体犯罪不同而不同。<sup>3</sup>

## 战争罪清单

战争罪包括下列严重违反国际人道法的行为:

### (一) 严重破坏《日内瓦公约》的行为:

在国际性武装冲突中,任何针对受《日内瓦公约》所保护人员或物体实施的下列行为:

- 故意杀害;
- 酷刑或不人道待遇,包括生物学实验;
- 故意使身体或健康遭受巨大痛苦或严重伤害;
- 无军事上之必要,而以非法与肆意的方式,大规模破坏或征收财产;
- 强迫战俘或其他受保护的人员在敌国部队中服务;
- 故意剥夺战俘或其他受保护的人员应享有的公平审判和合法审判的权利;
- 非法驱逐出境或移送;
- 非法禁闭;
- 扣留人质。

### 以上列举的战争罪的基础

以上列举的《日内瓦公约》中严重破坏行为主要是基于第二次世界大战后纽伦堡国际军事法庭、东京国际军事法庭和许多国内法院所追诉的犯罪。该清单同样出现在《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《国际刑事法院规约》中。<sup>3</sup> 许多国家

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第18段)、厄瓜多尔(同上,第23段)、新西兰(同上,第33段)、英国(同上,第39段);以及下列两国的立法:美国(同上,第40和43段)和摩尔多瓦(同上,第66段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第18段)、加拿大(同上,第20段)和瑞士(同上,第38段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:厄瓜多尔(同上,第23段)、新西兰(同上,第33段)、英国(同上,第39段)和美国(同上,第40和43段)以及摩尔多瓦的立法(同上,第66段);也参见约旦, Draft Military Criminal Code(同上,第62段)。

<sup>3</sup> See, e.g., ICTY, Delalic case, Case No. IT - 96 - 21 - T, Judgement, Trial Chamber II, 16 November 1998, 第437段和第439段。

<sup>3</sup> 参见红十字国际委员会应一些国家的请求而在国际刑事法院筹委会上散发的有关普通法和大陆法系中的主观因素以及国际法和国内法上的事实错误和法律错误的概念而准备的文件, Doc. PCN ICC / 1999 / W GEC / INF.2 / Add.4, 1999年12月15日, Annex; 还参见 Elements of Crimes for the International Criminal Court.

<sup>3</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第2条;《国际刑事法院规约》第8(2)(a)条。

的立法中对此也有所反映。<sup>5</sup> 这对此种违法行为构成战争罪的理解已不存在任何争议。

(二) 在国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为:

- 损害个人尊严,特别是侮辱性或有辱人格的待遇和虐尸行为;
- 强迫绝育;
- 强迫敌方国民参加针对其本国的军事行为;
- 杀害或伤害已投降或已丧失战斗力的战斗员;
- 宣告绝不纳降;
- 不当使用表明受保护地位的特殊标志,致使人员死亡或重伤;
- 不当使用敌方的旗帜、军事标识或制服,致使人员死亡或重伤;
- 以背信弃义的方式杀、伤敌人;
- 以医疗或宗教人员、医疗单位或医疗运输工具作为攻击目标;
- 违背国际人道法的掠夺或其他占有财产行为;
- 非军事必要范围内毁坏财物。

以上列举的战争罪的基础

以上违法行为是第二次世界大战后战争罪审判的对象。<sup>6</sup> 这些违法行为同样包含在《国际刑事法院规约》中,或即使没有以同样的措辞予以重复,但也在实质上被包含其中,这在《国际刑事法院犯罪要件》中得到了证明。<sup>7</sup> “以医疗或宗教人员、医疗单位或医疗运输作为攻击目标”的战争罪包括《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(i)条和第8(2)(b)(xxiv)条所涵盖的战争罪。<sup>8</sup> 对《国际刑事法院规约》将这些违法行为定性为战争罪是没有争议的。攻击丧失战斗力的人员和背信弃义地使用保护性标志或标记在《第一附加议定书》中被列为破约行为。<sup>9</sup> 还有实践将此种战争罪的

<sup>5</sup> 有关故意杀害,例如,参见有关对第89条评注中提到的立法。有关虐待和非人道待遇,例如,参见有关对第90条评注中提到的立法。有关生物试验,例如,参见有关对第92条评注中提到的立法。关于大量毁坏财物,且该毁坏是非法的,并不是军事必需的范围内的,例如,参见有关对第50条评注中提到的立法。有关迫使战俘或其他受保护的人员在敌对部队中服役,例如,参见有关对第100条评注中提到的立法。有关故意剥夺战俘和受保护的人员的公正和合法审判的权力,例如,参见有关对第100条评注中提到的立法。有关非法禁闭,例如,参见有关对第99条评注中提到的立法。有关扣留人质,例如,参见有关对第96条评注中提到的立法。

<sup>6</sup> See Knut D. Dammann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* Cambridge University Press, 2003.

<sup>7</sup> 例如,参见:有关虐尸, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Elements of Crimes for the International Criminal Court*, Footnote 49 relating to Article 8(2)(b)(xxi) of the ICC Statute.

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(ix)条和第8(2)(b)(xxiv)条。

<sup>9</sup> 《第一附加议定书》第85(3)(e)条和第85(3)(f)条。

范围扩大到背信弃义地使用保护性信号。<sup>9</sup>

(二)在国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为(续):

- 将没有直接参与敌对行动的平民居民或个别平民作为攻击目标;
- 在明知攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体,且其程度与预期得到的具体和直接的军事利益相比显然过分的情况下,而发动该攻击;
- 将不设防的地方或非军事化地带作为攻击目标;
- 使在敌方权力下的人员肢体遭受伤残,或对其进行任何种类的医学或科学实验,而这些试验既不具有医学、牙医或住院治疗有关人员的理由,也不是为了该人员的利益而进行的,并且导致这些人员死亡或严重危及其健康;
- 占领国将部分本国平民居民迁移到其占领的领土,或将被占领土的全部或部分人口驱逐或迁移到被占领土内或外的地方;
- 将专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善目的的建筑物或历史纪念物作为攻击目标,条件是这些物体不是军事目标。

以上列举的战争罪的基础

这些违反习惯国际法的行为在《第一附加议定书》中被列举为严重违约行为,且在《国际刑事法院规约》中被列举为战争罪。<sup>4</sup> 虽然两个文本的措辞有细微的区别,但是在实质上,正如《国际刑事法院犯罪要件》所表明的,它们属于同样的违法行为。

1. 将没有直接参与敌对行动的平民居民或平民个人作为攻击的目标。除了上述实践外,许多国家立法将指令攻击平民的行为定为刑事犯罪,这包括了《第一附加议定书》的非缔约国或现在还未是缔约国的国家。<sup>2</sup> 有关此方面更多的实践可以参见对规则 1 的评注。

2. 在明知攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体,且其程度与预期得到的具体和直接的军事利益相比显然过分的情况下,而发动该攻击。除上述实践外,许多国

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的实践:哥伦比亚(参见第 2 卷,第 18 章,第 1235 段)、哥斯达黎加(同上,第 282 段)、法国(同上,第 1065、1150、1241、1339 和 1407 段)、格鲁吉亚(同上,第 1105、1190、1368 和 1428 段)、西班牙(同上,第 381、608、1302 和 1436 段)和塔吉克斯坦(同上,第 387、1115、1204、1382 和 1439 段);还参见美国:Naval Handbook,第 6.2.5 段。

<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第 85(3)条和第 85(4)条;《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)条。

<sup>2</sup> 参见立法(参见第 2 卷,第 1 章,第 217 - 269 段),尤其是下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 221 - 222 段)、印度尼西亚(同上,第 243 段)和意大利(同上,第 245 段)。

家通过立法,将违反比例性原则所进行的攻击视为犯罪。<sup>3</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则 14 的评注。

战争罪的定义为:“在明知攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体,且其程度与预期得到的具体和直接的相比显然过分的情况下,而发动该攻击。”此定义与《国际刑事法院规约》中的措辞更为一致。<sup>4</sup> 《第一附加议定书》第 15 条与第 85 条以及习惯国际法实体规则(规则 14)都没有包括“整体”这个词。《国际刑事法院规约》添加此措辞似在表明,某一特定目标在一段时间内可能具有重大的军事利益,并可能影响目标本身以外的地区的军事行动。鉴于《第一附加议定书》的现有措辞和习惯国际法实质规则已经包括了该含义,因此添加“整体”这个修饰语并没有增加任何额外的含义。<sup>5</sup>

3. 将不设防的地方或非军事化地带作为攻击目标。除上述实践外,根据许多国家的立法,攻击不设防的地方的行为构成犯罪。<sup>6</sup> 有关此方面更多的实践可以参见对规则 37 的评注。

虽然“攻击非军事化地带”是严重破坏《第一附加议定书》的行为,但是《国际刑事法院规约》并没有提及此点。然而,根据许多国家的立法,针对非军事化地带进行

---

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第 2 卷,第 4 章,第 50 段)、澳大利亚(同上,第 51 - 52 段)、白俄罗斯(同上,第 53 段)、比利时(同上,第 54 段)、加拿大(同上,第 57 - 58 段)、哥伦比亚(同上,第 59 段)、刚果(同上,第 60 段)、库克群岛(同上,第 61 段)、塞浦路斯(同上,第 62 段)、格鲁吉亚(同上,第 64 段)、德国(同上,第 65 段)、爱尔兰(同上,第 66 段)、马里(同上,第 68 段)、荷兰(同上,第 69 段)、新西兰(同上,第 70 - 71 段)、尼日尔(同上,第 73 段)、挪威(同上,第 74 段)、西班牙(同上,第 75 段)、瑞典(同上,第 76 段)、英国(同上,第 78 - 79 段)和津巴布韦(同上,第 80 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 49 段)、布隆迪(同上,第 56 段)、萨尔瓦多(同上,第 63 段)、黎巴嫩(同上,第 67 段)、尼加拉瓜(同上,第 72 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 77 段)。

<sup>4</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iv)条。

<sup>5</sup> See Knut Dammann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, 第 169 - 173 页,尤其是第 169 - 170 页。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第 2 卷,第 11 章,第 279 段)、澳大利亚(同上,第 280 - 282 段)、阿塞拜疆(同上,第 283 段)、白俄罗斯(同上,第 284 段)、比利时(同上,第 285 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 286 段)、加拿大(同上,第 288 - 289 段)、中国(同上,第 290 段)、刚果(同上,第 291 段)、库克群岛(同上,第 292 段)、克罗地亚(同上,第 293 段)、塞浦路斯(同上,第 294 段)、捷克共和国(同上,第 295 段)、爱沙尼亚(同上,第 297 段)、格鲁吉亚(同上,第 298 段)、德国(同上,第 299 段)、匈牙利(同上,第 300 段)、爱尔兰(同上,第 301 段)、立陶宛(同上,第 304 段)、马里(同上,第 305 段)、荷兰(同上,第 306 - 307 段)、新西兰(同上,第 308 - 309 段)、尼日尔(同上,第 311 段)、挪威(同上,第 312 段)、波兰(同上,第 313 段)、斯洛伐克(同上,第 314 段)、斯洛文尼亚(同上,第 315 段)、西班牙(同上,第 316 段)、塔吉克斯坦(同上,第 317 段)、英国(同上,第 319 - 320 段)、美国(同上,第 321 段)、委内瑞拉(同上,第 322 段)、南斯拉夫(同上,第 323 段)和津巴布韦(同上,第 324 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 278 段)、布隆迪(同上,第 287 段)、萨尔瓦多(同上,第 296 段)、约旦(同上,第 302 段)、黎巴嫩(同上,第 303 段)、尼加拉瓜(同上,第 310 段)和特立尼达和多巴哥(同上,第 318 段)。

攻击是犯罪。<sup>7</sup> 此外,此种攻击行为可被证明为构成该规约中所述的“将民用物体,即非军事目标作为攻击目标”的战争罪。<sup>8</sup>

有关此方面更多的实践可以参见对规则 36 的评注。

4. 使在敌方权力下的人员肢体遭受伤残,或对其进行任何种类的医学或科学实验,而这些试验既不具有医学、牙医或住院治疗有关人员的理由,也不是为了该人员的利益而进行的,并且导致这些人员死亡或严重危及其健康。除上述的实践外,许多军事手册明确禁止伤残肢体、病人健康状况所不需且违反普遍接受的医疗标准的医学或科学实验<sup>9</sup>。该禁止性规定在国家立法中也有体现。<sup>6</sup> 有关此方面更多的实践可以参见对规则 92 的评述。

5. 占领国将部分本国平民居民迁移到其占领的领土,或将被占领土的全部或部分人口驱逐或迁移到被占领土内或外的地方。除上述的实践之外,许多国家的军事手册禁止驱逐出境或将部分本国人员迁入其占领的领土。<sup>5</sup> 该规则也包括在许多国

---

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第 2 卷,第 11 章,第 133 段)、澳大利亚(同上,第 134 - 135 段)、阿塞拜疆(同上,第 316 段)、白俄罗斯(同上,第 137 段)、比利时(同上,第 138 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 139 段)、加拿大(同上,第 140 段)、库克群岛(同上,第 141 段)、克罗地亚(同上,第 142 段)、塞浦路斯(同上,第 143 段)、捷克共和国(同上,第 144 段)、爱沙尼亚(同上,第 146 段)、格鲁吉亚(同上,第 147 段)、德国(同上,第 148 段)、匈牙利(同上,第 149 段)、爱尔兰(同上,第 150 段)、立陶宛(同上,第 153 段)、荷兰(同上,第 154 段)、新西兰(同上,第 155 段)、尼日尔(同上,第 157 段)、挪威(同上,第 158 段)、斯洛伐克(同上,第 159 段)、斯洛文尼亚(同上,第 160 段)、西班牙(同上,第 161 段)、塔吉克斯坦(同上,第 162 段)、英国(同上,第 163 段)、也门(同上,第 164 段)、南斯拉夫(同上,第 165 段)和津巴布韦(同上,第 166 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 132 段)、萨尔瓦多(同上,第 145 段)、约旦(同上,第 151 段)、黎巴嫩(同上,第 152 段)和尼加拉瓜(同上,第 156 段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(i)条和第 8(2)(b)(ii)条。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 32 章,第 1432 - 1433 段)、澳大利亚(同上,第 1434 - 1435 段)、比利时(同上,第 1436 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 1437 段)、布基纳法索(同上,第 1438 段)、加拿大(同上,第 1439 段)、厄瓜多尔(同上,第 1440 段)、法国(同上,第 1441 - 1443 段)、德国(同上,第 1444 段)、以色列(同上,第 1445 段)、意大利(同上,第 1446 段)、摩洛哥(同上,第 1447 段)、荷兰(同上,第 1448 段)、新西兰(同上,第 1449 段)、尼日利亚(同上,第 1450 - 1451 段)、俄罗斯(同上,第 1452 段)、塞内加尔(同上,第 1453 - 1554 段)、南非(同上,第 1455 段)、西班牙(同上,第 1456 段)、瑞典(同上,第 1457 段)、瑞士(同上,第 1458 段)、英国(同上,第 1459 - 1460 段)和美国(同上,第 1461 - 1464 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见立法(参见第 2 卷,第 32 章,第 1465 - 1533 段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 32 章,第 346 - 347 段)、澳大利亚(同上,第 348 段)、加拿大(同上,第 349 段)、克罗地亚(同上,第 350 段)、匈牙利(同上,第 351 段)、意大利(同上,第 352 段)、荷兰(同上,第 353 段)、新西兰(同上,第 354 段)、西班牙(同上,第 355 段)、瑞典(同上,第 357 段)、瑞士(同上,第 357 段)、英国(同上,第 358 段)以及美国(同上,第 359 段)。

家的立法中。<sup>3</sup>

此外,许多国家的军事手册还明确规定,禁止在占领区域内非法驱逐出境或转移平民。<sup>3</sup> 许多国家的立法将此种驱逐行为视为犯罪。<sup>4</sup> 关于第二次世界大战的判例法也支持此禁止性规定。<sup>5</sup>

有关此方面更多的实践可以参见对规则 129 和规则 130 的评注。

6. 将专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善目的的建筑物或历史纪念物作为攻击目标,条件是这些物体不是军事目标。除上述实践外,根据许多国家的立法,攻击此

---

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第2卷,第32章,第361段)、澳大利亚(同上,第362 - 363段)、阿塞拜疆(同上,第364 - 365段)、孟加拉国(同上,第366段)、白俄罗斯(同上,第367段)、比利时(同上,第368段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第369段)、加拿大(同上,第371 - 372段)、刚果(同上,第373段)、库克群岛(同上,第374段)、克罗地亚(同上,第375段)、塞浦路斯(同上,第376段)、捷克共和国(同上,第377段)、德国(同上,第379段)、格鲁吉亚(同上,第380段)、爱尔兰(同上,第381段)、马里(同上,第384段)、摩尔多瓦(同上,第385段)、荷兰(同上,第386段)、新西兰(同上,第387 - 388段)、尼日尔(同上,第390段)、挪威(同上,第391段)、斯洛伐克(同上,第392段)、斯洛文尼亚(同上,第393段)、西班牙(同上,第394段)、塔吉克斯坦(同上,第395段)、英国(同上,第397 - 398段)、南斯拉夫(同上,第399段)以及津巴布韦(同上,第400段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第360段)、布隆迪(同上,第370段)、约旦(同上,第382段)、黎巴嫩(同上,第383段)以及特立尼达和多巴哥(同上,第396段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第2卷,第32章,第39 - 40段)、澳大利亚(同上,第41 - 42段)、加拿大(同上,第43段)、哥伦比亚(同上,第44段)、克罗地亚(同上,第45段)、厄瓜多尔(同上,第46段)、法国(同上,第47 - 49段)、德国(同上,第50段)、匈牙利(同上,第51段)、意大利(同上,第52段)、荷兰(同上,第53段)、新西兰(同上,第54段)、尼日利亚(同上,第55段)、菲律宾(同上,第56段)、南非(同上,第57段)、西班牙(同上,第58段)、瑞典(同上,第59段)、瑞士(同上,第60段)、英国(同上,第61段)以及美国(同上,第62 - 64段)。

<sup>5</sup> 例如,参见立法(参见第2卷,第38章,第65 - 156段)。

<sup>5</sup> 例如,参见中国,War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence, Takashi Sakai case(参见第2卷,第38章,第159段);法国,General Tribunal at Rastadt of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany, Roehling case(同上,第157段);以色列, District Court of Jerusalem, Eichmann case(同上,第161段);荷兰, Special Court of Cassation, Zimmernann case(同上,第166段);波兰, Supreme National Tribunal of Poland at Poznan, Geisler case(同上,第157段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Krauch (I.G. Farben Trial) case(同上,第157段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Krupp case(同上,第157段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Milch case(同上,第157段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第157段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第157段)。

类目标是应受惩罚的犯罪行为。<sup>6</sup>

关于攻击宗教或文化物体,《国际刑事法院规约》将此作为战争罪是基于这样一种事实,即此种攻击违反了习惯国际法,尤其是因为这些物体是民用的,且《海牙章程》含有此禁止性规定。<sup>3</sup> 《第一附加议定书》规定,如果赋予宗教或文化物体特别保护,针对该物体的攻击是严重破约行为。<sup>8</sup> 实践中,上述规定系指《保护文化财产公约》所建立的特别保护制度。<sup>9</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》也将上述受到特别的文化物体(“被置于重点保护之下”)纳入严重破约制度内。它规定,对上述物体进行攻击或将其用于军事目的,将会受到基于普遍管辖权而施加的或起诉或引渡义务的约束。<sup>6</sup> 虽然针对宗教或文化财产所进行的攻击在习惯国际法下是战争罪,但是《海牙公约第一议定书》和《海牙公约第二议定书》在此方面所规定的基于普遍管辖权而施加的或起诉或引渡义务的严重破约行为的义务只对这些条约的缔约国有约束力。这一点适用于所有在此列举的并构成严重破坏《第一附加议定书》的战争罪(见对规则 157 的评注)。

更多实践内容可以参见对规则 38 的评注。

(二)在国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为(续):

- 将民用物体即非军事目标作为攻击的对象;
- 以断绝平民粮食作为战争方法,使平民无法取得其生存所必需的物品,包括阻碍提供救济物品;
- 以依照《联合国宪章》执行人道援助或维持和平的所涉人员或物体为攻击目

---

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(参见第 2 卷,第 10 章,第 105 段)、亚美尼亚(同上,第 107 段)、澳大利亚(同上,第 108 - 109 段)、阿塞拜疆(同上,第 110 段)、白俄罗斯(同上,第 111 段)、比利时(同上,第 112 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 113 段)、保加利亚(同上,第 114 段)、加拿大(同上,第 116 - 117 段)、智利(同上,第 118 段)、中国(同上,第 119 段)、哥伦比亚(同上,第 120 - 121 段)、刚果(同上,第 122 段)、库克群岛(同上,第 123 段)、克罗地亚(同上,第 124 段)、古巴(同上,第 125 段)、塞浦路斯(同上,第 126 段)、捷克共和国(同上,第 127 段)、多米尼加共和国(同上,第 128 段)、爱沙尼亚(同上,第 130 段)、格鲁吉亚(同上,第 131 段)、德国(同上,第 132 段)、匈牙利(同上,第 133 段)、爱尔兰(同上,第 134 段)、意大利(同上,第 135 段)、约旦(同上,第 136 段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第 138 段)、拉脱维亚(同上,第 139 段)、立陶宛(同上,第 141 段)、马里(同上,第 142 段)、墨西哥(同上,第 143 段)、荷兰(同上,第 144 - 145 段)、新西兰(同上,第 146 - 147 段)、尼加拉瓜(同上,第 148 段)、尼日尔(同上,第 150 段)、挪威(同上,第 151 段)、巴拉圭(同上,第 152 段)、秘鲁(同上,第 153 段)、波兰(同上,第 154 段)、罗马尼亚(同上,第 155 段)、俄罗斯(同上,第 156 段)、斯洛伐克(同上,第 157 段)、斯洛文尼亚(同上,第 158 段)、西班牙(同上,第 159 - 160 段)、瑞典(同上,第 161 段)、瑞士(同上,第 162 - 163 段)、塔吉克斯坦(同上,第 164 段)、英国(同上,第 166 - 167 段)、美国(同上,第 168 段)、乌拉圭(同上,第 169 段)、委内瑞拉(同上,第 170 段)、南斯拉夫(同上,第 171 段)以及津巴布韦(同上,第 172 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 106 段)、布隆迪(同上,第 115 段)、萨尔瓦多(同上,第 129 段)、约旦(同上,第 127 段)、黎巴嫩(同上,第 140 段)、尼加拉瓜(同上,第 149 段)和特立尼达和多巴哥(同上,第 165 段)。

<sup>3</sup> 《海牙章程》第 27 条。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第 85(4)(d) 条。

<sup>9</sup> 《文化财产保护公约》第 8 条。

<sup>6</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》第 15 条。

标,如果这些人员或物体有权得到国际人道法给予平民和民用物体的保护;

- 在明知攻击会导致自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏,且其程度与预期得到的具体和直接的军事利益相比显然过分的情况下,仍然发动该攻击;
- 使用禁止使用的武器;
- 宣布取消、停止敌方国民的权利和诉讼权,或在法院中不予执行;
- 使用人体盾牌;
- 招募 15 岁以下儿童加入武装部队,或利用他们积极参与敌对行动;
- 实施性暴力,尤其是强奸、性奴役、强迫卖淫或强迫怀孕。

#### 上列战争罪的基础

《国际刑事法院规约》列举了上述战争罪。<sup>6</sup> 除“宣布取消、停止敌方国民的权利和诉讼权,或在法院中不予执行”这一战争罪之外,这些犯罪反映了自 1977 年《第一附加议定书》通过以来习惯国际法的发展。

1. 以平民物体,即非军事目标作为攻击对象。前南斯拉夫问题国际刑事法庭的几个判决确认,以民用物体作为攻击对象这一战争罪具有习惯法的特性。<sup>8</sup> 许多国家通过立法,将武装冲突中攻击民用物体的行为规定为犯罪。<sup>9</sup> 这种犯罪实际上不仅是一种现代形式的战争罪,而且是基于《海牙章程》中的规则,即除非出于战争的迫切需要外,禁止毁坏敌方财物。<sup>6</sup> 这包括对自然环境的故意破坏。这方面更多的实践可以参见对规则 7 和规则 50 的评注。

2. 以断绝平民粮食作为战争方法,使平民无法取得其生存所必需的物品,包括阻碍提供救济物品。在《第一附加议定书》通过时,禁止以断绝平民粮食作为战争方法被认为是一项新规则。然而,从那以后的实践不仅使其成为了一项习惯法规则,而且对于《国际刑事法院规约》将其作为国际性武装冲突中的战争罪并不存在争议。毁坏平民居民生存所必需的物品也反映了习惯法的禁止性规定。事实上,对于在第二次世界大战中实施的“焦土”行动中毁坏庄稼的行为,曾提起过诉讼,尽管该起诉是

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b) 条。

<sup>8</sup> See, e.g., ICTY, Blaškić case, Judgement (参见第 2 卷,第 2 章,第 181 段) and Kordić and Čerkez case, Judgement (同上,第 182 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 2 章,第 119 段)、阿塞拜疆(同上,第 120 段)、加拿大(同上,第 122 段)、刚果(同上,第 123 段)、克罗地亚(同上,第 124 段)、爱沙尼亚(同上,第 126 段)、格鲁吉亚(同上,第 127 段)、德国(同上,第 128 段)、匈牙利(同上,第 129 段)、爱尔兰(同上,第 130 段)、意大利(同上,第 131 段)、马里(同上,第 132 段)、荷兰(同上,第 133 段)、新西兰(同上,第 134 段)、挪威(同上,第 136 段)、斯洛伐克(同上,第 137 段)、西班牙(同上,第 138 段)、英国(同上,第 140 段)、也门(同上,第 141 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 118 段)、布隆迪(同上,第 121 段)、萨尔瓦多(同上,第 125 段)、尼加拉瓜(同上,第 135 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 139 段)。

<sup>6</sup> 《海牙章程》第 23(7) 条。

基于非军事必需地毁坏财物。<sup>6</sup> 许多军事手册有禁止断绝平民粮食的规定。<sup>6</sup> 许多国家通过立法,将断绝平民粮食作为战争方法规定为犯罪。<sup>6</sup> 这方面更多的实践可以参见对规则 53 至规则 55 的评注。

3. 以依照《联合国宪章》执行人道援助或维持和平的所涉人员或物体为攻击目标,如果这些人员或物体有权得到国际人道法给予平民和民用物体的保护。最近几十年,随着不断使用维和部队,禁止攻击这种部队的规定得到了发展。《联合国及其人员的安全公约》首次规定此种行为是犯罪。<sup>6</sup> 虽然这一公约并没有得到广泛的批准,但是在《国际刑事法院规约》的谈判中,将攻击此类人员或其财物的行为作为战争罪被顺利接受。许多国家的立法将攻击维和人员及其财物的行为定为犯罪。<sup>6</sup>

正如《国际刑事法院规约》中规定的“如果这些人员和物体有权得到国际人道法给予平民和民用物体的保护”所表明的那样,<sup>6</sup> 该战争罪是以平民居民或个人、民用物体作为攻击目标的战争罪的具体适用。在攻击维和部队的情况下,该行为只有在维和部队并未卷入敌对行动并因此未丧失国际人道法给予平民的保护的情况下才构成战争罪(见规则 6)。所谓的人道援助,是指在维和行动框架内由部队或平民实施的或在其他框架内由平民实施的援助。相关的更多实践可以参见对规则 31 和规则 33 的评注。

4. 在明知攻击会导致自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏,且其程度与预期得到的具体和直接的军事利益相比显然过分的情况下,仍然发动该攻击。保护自然环

<sup>6</sup> 参见:美国,纽伦堡军事法庭, List (Hostages Trial) case(参见第 2 卷,第 16 章,第 225 段) and Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第 226 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 17 章,第 9 段)、澳大利亚(同上,第 10 - 11 段)、比利时(同上,第 12 段)、贝宁(同上,第 13 段)、加拿大(同上,第 14 段)、哥伦比亚(同上,第 15 段)、克罗地亚(同上,第 16 段)、法国(同上,第 17 - 18 段)、德国(同上,第 19 段)、匈牙利(同上,第 20 段)、印度尼西亚(同上,第 21 段)、以色列(同上,第 22 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、韩国(同上,第 24 段)、马达加斯加(同上,第 25 段)、荷兰(同上,第 26 段)、新西兰(同上,第 27 段)、尼日利亚(同上,第 28 段)、俄罗斯(同上,第 29 段)、西班牙(同上,第 30 段)、瑞典(同上,第 31 段)、瑞士(同上,第 32 段)、多哥(同上,第 33 段)、英国(同上,第 34 段)、美国(同上,第 35 段)、南斯拉夫(同上,第 36 段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 17 章,第 37 - 38 段)、阿塞拜疆(同上,第 39 段)、白俄罗斯(同上,第 40 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 41 段)、加拿大(同上,第 43 段)、中国(同上,第 44 段)、刚果(同上,第 45 段)、科特迪瓦(同上,第 46 段)、克罗地亚(同上,第 47 段)、埃塞俄比亚(同上,第 48 段)、格鲁吉亚(同上,第 49 段)、德国(同上,第 50 段)、爱尔兰(同上,第 51 段)、立陶宛(同上,第 52 段)、马里(同上,第 53 段)、荷兰(同上,第 54 - 55 段)、新西兰(同上,第 56 段)、挪威(同上,第 57 段)、斯洛文尼亚(同上,第 58 段)、英国(同上,第 60 段)、南斯拉夫(同上,第 61 - 62 段);还参见下列两国的立法草案:布隆迪(同上,第 42 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 59 段)。

<sup>6</sup> 《联合国及其人员安全公约》第 9 条。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 9 章,第 15 段)、阿塞拜疆(同上,第 16 段)、加拿大(同上,第 18 段)、刚果(同上,第 19 段)、格鲁吉亚(同上,第 20 段)、德国(同上,第 21 段)、马里(同上,第 22 段)、荷兰(同上,第 23 段)、新西兰(同上,第 24 - 25 段)、英国(同上,第 27 - 28 段);还参见下列两国的立法草案:布隆迪(同上,第 17 段)和特立尼达和多巴哥(同上,第 26 段)。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iii)条。

境是《第一附加议定书》通过之后发展起来的价值观。《国际刑事法院规约》规定的与环境有关的战争罪需要符合高度破坏和缺乏比例性原则<sup>1</sup>，它比与环境有关的习惯法中的禁止性规定更为严格(见规则43和规则45)。在《国际刑事法院规约》的谈判过程中,将其纳入战争罪之列并没有争议。此外,没有军事上的需要而故意攻击环境亦可构成战争罪,因为此种攻击实质是对民用物体的攻击(见规则7)。

5. 使用禁止使用的武器。参与谈判《国际刑事法院规约》的国家这样规定的基础是认为,该规约中的战争罪的清单,包括法院有管辖权的武器清单,反映了习惯法规则。除该规约第8(2)(b)(xvii)条至第8(2)(b)(xix)条所列的特定武器外,第8(2)(b)(xx)条列举了具有造成过分伤害或不必要痛苦的性质或基本上为滥杀滥伤的武器,该目还补充规定,这些武器还必须被“全面禁止”,并被列入规约的附录。<sup>2</sup>

一些军事手册规定,使用禁止使用的武器构成战争罪。<sup>3</sup> 此外,许多国家的立法也将使用国际法所禁止的武器视为刑事犯罪。<sup>4</sup> 这一实践不仅广泛而且具有代表性。

6. 宣布取消、停止敌方国民的权利和诉讼权,或在法院中不予执行。这一规则早在《海牙章程》中就有规定。<sup>5</sup> 它被毫无争议地纳入《国际刑事法院规约》的规定中,因为它已被认为是习惯国际法的一部分。<sup>6</sup>

7. 使用人体盾牌。习惯国际法禁止使用人体盾牌(见规则97)。前南斯拉夫问题国际刑事法庭也将其视为非人道或残酷待遇<sup>7</sup>或损害个人尊严的战争罪<sup>8</sup>。将其

<sup>1</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(iv)条。

<sup>2</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xx)条(参见,第2卷,第20章,第405段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第408-409段)、厄瓜多尔(同上,第411段)、德国(同上,第412段)、韩国(同上,第413段)、尼日利亚(同上,第414段)、南非(同上,第415段)、瑞士(同上,第416段)、英国(同上,第417段)和美国(同上,第418-420段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的立法:白俄罗斯(同上,第422段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第423段)、保加利亚(同上,第424段)、哥伦比亚(同上,第425段)、克罗地亚(同上,第427段)、捷克共和国(同上,第428段)、丹麦(同上,第429段)、萨尔瓦多(同上,第430段)、爱沙尼亚(同上,第431段)、埃塞俄比亚(同上,第432段)、芬兰(同上,第433段)、匈牙利(同上,第434段)、意大利(同上,第435段)、哈萨克斯坦(同上,第436段)、立陶宛(同上,第437段)、摩尔多瓦(同上,第438段)、莫桑比克(同上,第439段)、新西兰(同上,第440段)、尼加拉瓜(同上,第441-442段)、挪威(同上,第443段)、波兰(同上,第444段)、俄罗斯(同上,第445段)、斯洛伐克(同上,第446段)、斯洛文尼亚(同上,第447段)、西班牙(同上,第448-449段)、瑞典(同上,第450段)、塔吉克斯坦(同上,第451段)、乌兹别克斯坦(同上,第452段)、越南(同上,第453段)和南斯拉夫(同上,第454段);还参见阿根廷的立法草案(同上,第421段)。

<sup>5</sup> 《海牙章程》第23(8)条。

<sup>6</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xiv)条。

<sup>7</sup> See, e.g., ICTY, Blaškić case, Case No. IT-95-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 1 March 2000, 第716段; Kordić and Čerkez case, Case No. IT-95-14/2-T, Judgment, Trial Chamber III, 26 February 2001, 第256段; See also Karadžić and Mladić case, Review of the Indictments(参见第2卷,第32章,第2364段)。

<sup>8</sup> See, e.g., ICTY, Aleksovski case, Case No. IT-95-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 25 June 1999, 第229段。

规定在《国际刑事法院规约》中是不存在争议的。<sup>9</sup> 根据许多国家的立法,使用人体盾牌构成刑事犯罪。<sup>9</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则 97 的评注。

8. 招募 15 岁以下儿童加入武装部队,或利用他们积极参与敌对行动。禁止招募 15 岁以下儿童加入武装部队或利用他们积极参与敌对行动首次出现在《第一附加议定书》中。<sup>8</sup> 虽然这是较新的禁止性规定,但是对《国际刑事法院规约》将该行为列为战争罪是不存在争议的。许多国家的立法禁止招募儿童入伍。<sup>8</sup> 也有许多国家的立法禁止利用儿童积极参与敌对行动。<sup>8</sup> 有关此方面更多实践可以参见对规则 136 和规则 137 的评注。

9. 实施性暴力,尤其是强奸、性奴役、强迫卖淫或强迫怀孕。《国际刑事法院规约》中将各种形式的性暴力明确列举为战争罪,反映了近几十年来社会的变化,尤其反映了对妇女予以更多尊重和认可的要求。尽管《日内瓦公约》禁止强奸行为,但是该行为在公约或是《第一附加议定书》中并未被明确列举为严重破约行为。只有在强奸行为达到非人道待遇或故意对身体或健康造成巨大痛苦或严重伤害的情况下,它才会被认定为严重破约行为。尽管性暴力行为非常广泛,但是在第二次世界大战后,性暴力并不是战争罪审判的对象。不过,自那以后,不仅许多国家的立法确认了

---

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxiii)条。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 32 章,第 2285 段)、阿塞拜疆(同上,第 2286 - 2287 段)、孟加拉国(同上,第 2288 段)、白俄罗斯(同上,第 2289 段)、加拿大(同上,第 2291 段)、刚果民主共和国(同上,第 2292 段)、刚果(同上,第 2293 段)、德国(同上,第 2294 段)、格鲁吉亚(同上,第 2295 段)、爱尔兰(同上,第 2296 段)、立陶宛(同上,第 2297 段)、马里(同上,第 2298 段)、荷兰(同上,第 2299 段)、新西兰(同上,第 2300 段)、挪威(同上,第 2301 段)、秘鲁(同上,第 2302 段)、波兰(同上,第 2303 段)、塔吉克斯坦(同上,第 2304 段)、英国(同上,第 2306 段)、也门(同上,第 2307 段);还参见下面两国的立法草案:布隆迪(同上,第 2290 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 2305 段)。

<sup>8</sup> 《第一附加议定书》第 77(2)条。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 39 章,第 407 段)、阿塞拜疆(同上,第 407 段)、孟加拉国(同上,第 409 段)、白俄罗斯(同上,第 410 - 411 段)、加拿大(同上,第 413 段)、哥伦比亚(同上,第 414 - 415 段)、刚果(同上,第 416 段)、格鲁吉亚(同上,第 418 段)、德国(同上,第 419 段)、爱尔兰(同上,第 420 段)、约旦(同上,第 421 段)、马拉维(同上,第 422 段)、马来西亚(同上,第 423 段)、荷兰(同上,第 425 段)、新西兰(同上,第 426 段)、挪威(同上,第 427 段)、菲律宾(同上,第 428 段)、西班牙(同上,第 429 段)、乌克兰(同上,第 431 段)、英国(同上,第 432 段);还参见下面列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 406 段),布隆迪(同上,第 412 段)和特立尼达和多巴哥(同上,第 430 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 39 章,第 529 段)、白俄罗斯(同上,第 530 - 531 段)、加拿大(同上,第 531 段)、哥伦比亚(同上,第 534 - 535 段)、刚果(同上,第 536 段)、德国(同上,第 537 段)、格鲁吉亚(同上,第 538 段)、爱尔兰(同上,第 543 段)、新西兰(同上,第 544 段)、挪威(同上,第 545 段)、菲律宾(同上,第 546 段)、英国(同上,第 548 段);还参见下面两国的立法草案:布隆迪(同上,第 532 段),特立尼达和多巴哥(同上,第 547 段)。

武装冲突中强奸或性侵犯行为的犯罪性<sup>8</sup>，而且前南斯拉夫和卢旺达问题国际刑事法庭也有许多基于此一认识的起诉和定罪。<sup>8</sup>

在《国际刑事法院规约》中包括性暴力的犯罪本身并没有引起争议。然而，对下面两种性暴力犯罪却存在争议，即“强迫怀孕”和“任何其他形式的性暴力”。“强迫怀孕”系根据波斯尼亚和黑塞哥维那以及其他国家提议被规定到《国际刑事法院规约》当中的，因为在他们国家的武装冲突中曾经发生过这样的事情。<sup>8</sup> 然而，一些代表担心该战争罪会被解释为国家有义务向被强迫怀孕的妇女提供堕胎的机会。<sup>8</sup> 考虑到该犯罪涉及其他两种类型的战争罪，即强奸或非法拘禁，该行为的犯罪性所具有的习惯法特性是不容置疑的。将“任何其他形式的性暴力”定性为战争罪给一些代表带来了麻烦，因为他们感到该规定有些模糊。不过，在其增加规定“也构成严重破坏《日内瓦公约》的行为”之后，该问题得到了解决。虽然一些团体强烈要求将此罪列入该规约的意图是使任何形式的性暴力都被认定为严重违约行为，但是国家已经在《国际刑事法院犯罪要件》中将其解释为要求“该行为的严重性要与《日内瓦公约》的严重违约行为相当”。<sup>8</sup>

有关此方面的更多实践可以参见对规则 93 的评注。

(二) 在国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为(续)：

- 奴隶制或驱逐以从事奴役；
- 集体惩罚；
- 掠夺伤者、病者、遇船难者或死者；
- 攻击或虐待军事谈判代表或持用休战旗帜的人；
- 不合理地迟延遣返战俘或平民；
- 以种族歧视为依据的侵犯人身尊严的种族隔离或其他的不人道或有辱人格的

<sup>8</sup> 例如，参见下列国家的立法：亚美尼亚（参见第 2 卷，第 32 章，第 1618 段）、澳大利亚（同上，第 1619 - 1621 段）、阿塞拜疆（同上，第 1622 - 1623 段）、孟加拉国（同上，第 1624 段）、比利时（同上，第 1625 段）、波斯尼亚和黑塞哥维那（同上，第 1626 段）、加拿大（同上，第 1628 段）、中国（同上，第 1629 段）、哥伦比亚（同上，第 1630 段）、刚果（同上，第 1631 段）、克罗地亚（同上，第 1632 段）、爱沙尼亚（同上，第 1634 段）、埃塞俄比亚（同上，第 1635 段）、格鲁吉亚（同上，第 1636 段）、德国（同上，第 1637 段）、韩国（同上，第 1641 段）、立陶宛（同上，第 1642 段）、马里（同上，第 1643 段）、莫桑比克（同上，第 1644 段）、荷兰（同上，第 1646 - 1647 段）、新西兰（同上，第 1648 段）、巴拉圭（同上，第 1651 段）、斯洛文尼亚（同上，第 1652 段）、西班牙（同上，第 1654 段）、英国（同上，第 1656 段）、南斯拉夫（同上，第 1657 - 1658 段）。还参见下列国家的立法草案：阿根廷（同上，第 1617 段）、布隆迪（同上，第 1627 段）、特立尼达和多巴哥（同上，第 1655 段）。

<sup>8</sup> See, e.g., ICTY, *Nikolic case*, Review of the Indictment (参见第 2 卷，第 32 章，第 1729 段)；*Delalic case*, Judgment (同上，第 1731 段)；*Furundija case*, Judgment and Judgment on Appeal (同上，第 1732 - 1733 段) 和 *Kunarac case*, Judgment (同上，第 1734 段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxii) 条。

<sup>8</sup> See Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, pp. 329 - 330.

<sup>8</sup> See Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, pp. 331 - 332.

行为；

- 发起导致平民伤亡或毁坏民用物体的不分皂白的攻击的行为；
- 明知攻击会导致过分附带的平民伤亡或民用物体的毁坏而对含有危险力量的工程或装置发起该攻击。

### 上述战争罪的基础

《国际刑事法院规约》并没有提到上述战争罪。但是,由于此类行为在实践上已达到该规约中所列的一种或几种战争罪的程度,或因为其违反了习惯国际法,而且其犯罪性质也被国际社会所公认,因此它们仍是犯罪行为。

1. 奴隶制或驱逐以从事奴役。奴隶制或驱逐以从事奴役是违反习惯国际法的行为(见规则 94 和规则 95),而且该行为在武装冲突中构成战争罪。许多国家立法禁止奴隶制、奴隶贩卖或“奴役”。<sup>9</sup> 《纽伦堡国际军事法庭宪章》将驱逐平民以从事奴役列为战争罪。<sup>9</sup> “奴役”和驱逐以从事奴役是二战中后几个战争罪审判的基础。<sup>9</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则 94 和规则 95 的评注。

2. 集体惩罚。集体惩罚构成剥夺了受害者公平审判权利的行为,其在许多国家的立法中都被规定为战争罪。<sup>9</sup> 正如 1997 年的有关第二次世界大战中报复性杀人行为的“普里布克案”(Priebke case)所表明的那样,基于惩罚的性质,该行为可能构成一种或其他几种战争罪。<sup>9</sup> 有关方面的更多实践可以参见对规则 103 的评注。

3. 掠夺伤者、病者、遇船难者或死者。在 1947 年的“波尔案”(Pohl case)中,美国设在纽伦堡的军事法庭认为,抢劫死者“是而且一直是犯罪行为”。<sup>9</sup> 此种行为通

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第 2 卷,第 32 章,第 1815 段)、澳大利亚(同上,第 1818 段)、比利时(同上,第 1823 段)、加拿大(同上,第 1826 段)、中国(同上,第 1827 段)、刚果(同上,第 1829 段)、克罗地亚(同上,第 1831 段)、法国(同上,第 1833 段)、爱尔兰(同上,第 1834 段)、肯尼亚(同上,第 1837 段)、马里(同上,第 1841 段)、荷兰(同上,第 1842 段)、新西兰(同上,第 1844 段)、尼日尔(同上,第 1846 段)、挪威(同上,第 1847 段)、菲律宾(同上,第 1849 段)、英国(同上,第 1853 段)、美国(同上,第 1854 - 1855 段);还参见下列两国的立法草案:布隆迪(同上,第 1825 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 1851 段)。

<sup>9</sup> 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡)第 6 条(同上,第 1759 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见加拿大, Federal Court of Appeal, Rudolph and Minister of Employment and Immigration case(同上,第 1859 段);荷兰, Special Court of Cassation, Rohrig and Others case(同上,第 1864 段);波兰, Supreme National Tribunal of Poland at Poznan, Greiser case(同上,第 1865 段);美国,纽伦堡军事法庭, List (Hostages Trial) case(同上,第 1868 段), Milch case(同上,第 1869 段), Krauch (I.G Farben Trial) case(同上,第 1870 段)和 Krupp case(同上,第 1871 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(参见第 2 卷,第 32 章,第 3776 段)、澳大利亚(同上,第 3777 段)、孟加拉国(同上,第 3778 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 3779 段)、中国(同上,第 3780 段)、刚果民主共和国(同上,第 3781 段)、科特迪瓦(同上,第 3782 段)、克罗地亚(同上,第 3783 段)、埃塞俄比亚(同上,第 3784 段)、爱尔兰(同上,第 3785 段)、意大利(同上,第 3786 段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第 3787 段)、立陶宛(同上,第 3788 段)、挪威(同上,第 3789 段)、罗马尼亚(同上,第 3790 段)、斯洛文尼亚(同上,第 3791 段)、西班牙(同上,第 3792 段)和南斯拉夫(同上,第 3793 段)。

<sup>9</sup> 意大利, Military Tribunal of Rome, Priebke case(参见第 2 卷,第 32 章,第 3795 段)。

<sup>9</sup> 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Pohl case(参见第 2 卷,第 35 章,第 235 段)。

常构成抢劫,或以违反国际人道法的方式取得财物。许多国家的立法也将该行为定性为犯罪。<sup>9</sup>

1906年的《改善战地军队伤者病者境遇之日内瓦公约》要求采取“必要采取措施惩治战时抢劫和虐待军队伤者和病者的行为”。<sup>8</sup> 特别是,许多军事手册禁止抢劫伤者、病者以及遇船难者,有时候将其定义为“劫掠”或明确规定其为战争罪。<sup>9</sup>

有关这方面的更多实践可以参见规则111和规则113。

4. 攻击或虐待军事谈判代表或持用休战旗帜的人。这是违反《海牙章程》和习惯国际法(见规则167)的行为。由于该行为是对平民或丧失战斗能力的战斗员的攻击,因此构成战争罪。<sup>9</sup> 一些国家的军事手册认为,攻击展示休战旗的军事谈判代表

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿尔巴尼亚(同上,第165段)、阿尔及利亚(同上,第166段)、阿根廷(同上,第167段)、亚美尼亚(同上,第168段)、澳大利亚(同上,第169段)、阿塞拜疆(同上,第170段)、孟加拉国(同上,第171段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第172段)、博茨瓦纳(同上,第173段)、保加利亚(同上,第174段)、布基纳法索(同上,第175段)、加拿大(同上,第176段)、乍得(同上,第177段)、智利(同上,第178段)、哥伦比亚(同上,第179段)、科特迪瓦(同上,第180段)、克罗地亚(同上,第181段)、古巴(同上,第182段)、捷克共和国(同上,第183段)、丹麦(同上,第184段)、埃及(同上,第185-186段)、萨尔瓦多(同上,第187段)、埃塞俄比亚(同上,第188段)、法国(同上,第189段)、冈比亚(同上,第190段)、格鲁吉亚(同上,第191段)、加纳(同上,第192段)、几内亚(同上,第193段)、匈牙利(同上,第194段)、印度尼西亚(同上,第195段)、伊拉克(同上,第196段)、爱尔兰(同上,第197段)、意大利(同上,第198段)、哈萨克斯坦(同上,第199段)、肯尼亚(同上,第200段)、韩国(同上,第201段)、拉脱维亚(同上,第202段)、黎巴嫩(同上,第203段)、立陶宛(同上,第204段)、马来西亚(同上,第205段)、马里(同上,第206段)、摩尔多瓦(同上,第207段)、荷兰(同上,第208段)、新西兰(同上,第209段)、尼加拉瓜(同上,第210-211段)、尼日利亚(同上,第212段)、挪威(同上,第213段)、罗马尼亚(同上,第214段)、新加坡(同上,第215段)、斯洛伐克(同上,第216段)、斯洛文尼亚(同上,第217段)、西班牙(同上,第218-219段)、瑞士(同上,第220段)、塔吉克斯坦(同上,第221段)、多哥(同上,第222段)、特立尼达和多巴哥(同上,第223段)、乌干达(同上,第224段)、乌克兰(同上,第225段)、英国(同上,第226-227段)、乌拉圭(同上,第228段)、委内瑞拉(同上,第229段)、越南(同上,第230段)、也门(同上,第231段)、南斯拉夫(同上,第232段)、赞比亚(同上,第233段)、津巴布韦(同上,第234段)。

<sup>8</sup> 《1906年改善战地军队伤者病者境遇之日内瓦公约》第28条。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:布基纳法索(参见第2卷,第34章,第417段)、喀麦隆(同上,第418段)、加拿大(同上,第420段)、刚果(同上,第422段)、法国(同上,第423段)、以色列(同上,第425段)、意大利(同上,第426段)、黎巴嫩(同上,第428段)、马里(同上,第428段)、摩洛哥(同上,第430段)、菲律宾(同上,第434段) (“虐待”)、罗马尼亚(同上,第435段)、塞内加尔(同上,第436段)、瑞士(同上,第437段)、英国(同上,第438段)、美国(同上,第442段) (“虐待”)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第19章,第161-162段)、加拿大(同上,第167段)、厄瓜多尔(同上,第169段)、韩国(同上,第175段)、新西兰(同上,第179段)、尼日利亚(同上,第180段)、南非(同上,第185段)、瑞士(同上,第189段)、英国(同上,第190段)、美国(同上,第192-195段)。

构成战争罪。许多国家的立法将违反军事谈判代表的不可侵犯性的行为视为犯罪。<sup>9</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则 67 的评注。

5. 不合理地迟延遣返战俘或平民。该战争罪在《第一附加议定书》中被列为严重破约行为。<sup>10</sup> 迄今为止,还没有对此战争罪的起诉,而且在《国际刑事法院规约》中,此罪也未被具体列出。然而,此行为的犯罪性质已被《第一附加议定书》的 161 个缔约国承认。许多国家立法认为这种行为是战争罪,这包括并非《第一附加议定书》缔约国的阿塞拜疆的立法。在实践中,在迟延遣返战俘或平民属于合理的情况下,<sup>11</sup> 剥夺其自由的行为将失去法律依据,并将构成非法拘禁(见对规则 99 的评注)。

6. 种族隔离或其他基于种族歧视的涉及损害个人尊严的非人道或有辱人格的行为。该战争罪在《第一附加议定书》中被列举为严重破约行为。<sup>12</sup> 在《国际刑事法院规约》中,它并没有以同样的措辞出现在战争罪清单中,但此种行为将构成损害个人尊严以及侮辱性和有辱人格的待遇。许多国家的立法将在适用国际人道法框架内的种族隔离行为列为犯罪。<sup>13</sup> 此外,无不利区别地尊重所有失去战斗力的人员是习惯国际人道法规定的基本保证(见规则 88)。

7. 发起导致平民伤亡或毁坏民用物体的不分皂白的攻击的行为。禁止不分皂白

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(参见第 2 卷,第 19 章,第 197 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 199 段)、智利(同上,第 200 段)、克罗地亚(同上,第 201 段)、多米尼加共和国(同上,第 202 段)、厄瓜多尔(同上,第 203 段)、萨尔瓦多(同上,第 204 段)、爱沙尼亚(同上,第 205 段)、埃塞俄比亚(同上,第 206 段)、匈牙利(同上,第 207 段)、意大利(同上,第 208 段)、墨西哥(同上,第 209 - 210 段)、尼加拉瓜(同上,第 211 段)、秘鲁(同上,第 212 段)、斯洛文尼亚(同上,第 213 段)、西班牙(同上,第 214 - 216 段)、瑞士(同上,第 217 段)、委内瑞拉(同上,第 218 - 219 段)、南斯拉夫(同上,第 220 段);还参见阿根廷的立法草案(同上,第 198 段)。

<sup>10</sup> 《第一附加议定书》第 85(4)(b)条。

<sup>11</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 37 章,第 664 - 665 段)、阿塞拜疆(同上,第 666 段)、白俄罗斯(同上,第 668 段)、比利时(同上,第 669 段)、加拿大(同上,第 671 段)、库克群岛(同上,第 672 段)、克罗地亚(同上,第 673 段)、塞浦路斯(同上,第 674 段)、捷克共和国(同上,第 675 段)、爱沙尼亚(同上,第 677 段)、格鲁吉亚(同上,第 678 段)、德国(同上,第 679 段)、匈牙利(同上,第 680 段)、爱尔兰(同上,第 681 段)、立陶宛(同上,第 684 段)、摩尔多瓦(同上,第 685 段)、新西兰(同上,第 687 段)、尼日尔(同上,第 689 段)、挪威(同上,第 690 段)、斯洛伐克(同上,第 691 段)、斯洛文尼亚(同上,第 692 段)、西班牙(同上,第 693 段)、塔吉克斯坦(同上,第 694 段)、英国(同上,第 695 段)、南斯拉夫(同上,第 696 段)、津巴布韦(同上,第 697 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 662 段)、萨尔瓦多(同上,第 676 段)、约旦(同上,第 682 段)、黎巴嫩(同上,第 683 段)、尼加拉瓜(同上,第 688 段)。

<sup>12</sup> 《第一附加议定书》第 85(4)(c)条。

<sup>13</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷 II,第 32 章,第 601 - 602 段)、阿塞拜疆(同上,第 603 段)、比利时(同上,第 604 段)、保加利亚(同上,第 605 段)、加拿大(同上,第 607 段)、哥伦比亚(同上,第 609 段)、库克群岛(同上,第 611 段)、塞浦路斯(同上,第 612 段)、捷克共和国(同上,第 613 段)、格鲁吉亚(同上,第 615 段)、匈牙利(同上,第 616 段)、爱尔兰(同上,第 617 段)、摩尔多瓦(同上,第 621 段)、新西兰(同上,第 623 段)、尼日尔(同上,第 626 段)、挪威(同上,第 627 段)、秘鲁(同上,第 628 段)、斯洛伐克(同上,第 629 段)、西班牙(同上,第 630 段)、塔吉克斯坦(同上,第 631 段)、英国(同上,第 633 段)、津巴布韦(同上,第 635 段);还参见下列国家的立法草案:萨尔瓦多(同上,第 614 段)、约旦(同上,第 618 段)、黎巴嫩(同上,第 619 段)以及尼加拉瓜(同上,第 625 段)。

的攻击是习惯国际人道法的一部分(见规则11)。根据许多国家的立法规定,发起不分皂白的攻击构成犯罪。<sup>9</sup> 尽管《国际刑事法院规约》并未将其列为犯罪,但是,正如国际法院在1996年的“核武器案”中和前南斯拉夫问题国际刑事法庭在一些案件中的判决所表明的那样,在实践中,不分皂白的攻击构成对平民的攻击。<sup>10</sup>

《国际刑事法院规约》对“故意”的描述包括行为人“意识到事态的一般发展会产生(结果)”。<sup>11</sup> 很明显,如果明知可能会发生平民伤亡而发起攻击,该攻击行为本身并不必然构成不分皂白的攻击,因为附带的受伤或受损并不完全受到禁止。然而,没有试图恰当地对军事目标所进行的攻击或以根本不考虑可能给平民带来的伤亡程度的方式所进行的攻击,则构成不分皂白的攻击。《第一附加议定书》把知悉会过分造成平民伤亡或财物受损而发动攻击的行为归为严重违约行为。<sup>12</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则11的评注。

8. 明知攻击会导致过分附带的平民伤亡或民用物体的毁坏而对含有危险力量的工程或装置发起该攻击。《第一附加议定书》把这一战争罪列为严重违约行为。<sup>13</sup> 它包括了针对本来就是军事目标的工程或装置所进行的攻击,也包括了针对军事目标所在地及邻近范围内的工程或装置的攻击,且该攻击导致了过分的附带的平民伤亡或民用物体的毁坏。<sup>14</sup> 该种攻击是违反习惯国际人道法的行为,且在实践中被《国际刑事法院规约》所涵盖(发起攻击,明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体,其程度与其预期的具体和直接的整体军事利益相比显然过分)。<sup>15</sup> 有关这方面的

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第2卷,第3章,第33段)、澳大利亚(同上,第34段)、白俄罗斯(同上,第35段)、比利时(同上,第36段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第37段)、加拿大(同上,第38段)、中国(同上,第39段)、哥伦比亚(同上,第40段)、库克群岛(同上,第41段)、克罗地亚(同上,第42段)、塞浦路斯(同上,第43段)、爱沙尼亚(同上,第45段)、格鲁吉亚(同上,第46段)、印度尼西亚(同上,第47段)、爱尔兰(同上,第48段)、立陶宛(同上,第51段)、荷兰(同上,第52段)、新西兰(同上,第53段)、尼日尔(同上,第55段)、挪威(同上,第56段)、斯洛文尼亚(同上,第57段)、西班牙(同上,第58段)、瑞典(同上,第59段)、塔吉克斯坦(同上,第60段)、英国(同上,第61段)、南斯拉夫(同上,第629段)以及津巴布韦(同上,第63段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第33段)、萨尔瓦多(同上,第44段)、约旦(同上,第49段)、黎巴嫩(同上,第50段)以及尼加拉瓜(同上,第54段)。

<sup>10</sup> See ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(参见第2卷,第3章,第243段); ICTY, Galic case, Case No. IT - 98 - 29 - T, Judgment and Opinion, 5 December 2003, 第57段(“不分皂白的攻击是指那些对平民或民用设施与军事目标不加区分所进行攻击。这种行为可以直接定性为对平民的攻击”),其中进一步提到了:Blaskic case, Judgment, 和 the Martić case, Review of the Indictment;还参见:Tadić case, Interlocutory Appeal(参见第2卷,第3章,第134段);Karadžić and Mladić case, Review of the Indictments(同上,第135段);Kordić and Čerkez case, Decision on the Joint Defence Motion(同上,第136段),以及 Kuprekić case, Judgment(同上,第137段)。

<sup>11</sup> 《国际刑事法院规约》第30(2)(b)条。

<sup>12</sup> 《第一附加议定书》第85(3)(b)条。

<sup>13</sup> 《第一附加议定书》第85(3)(c)条。

<sup>14</sup> 应该注意的是,故意直接指令攻击非军事目标的工程或装置,不论其是否造成平民伤亡或损失,都将构成战争罪。

<sup>15</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(iv)条。

更多实践可以参见对规则 42 的评注。

(三)《日内瓦公约》共同第 3 条所规定的严重违法行为：

在非国际性武装冲突中，下列任何针对不实际参加战事的人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留或其他原因而失去战斗力的人员所实施的行为：

- 对生命和人身施以暴力，尤其是各种谋杀、残伤肢体、虐待和酷刑；
- 损害个人尊严，尤其是侮辱与降低身份的待遇；
- 扣留人质；
- 未经具有公认必需之司法保障的正规组织的法庭宣判，而遽行判罪和处决。

上述战争罪的基础

《日内瓦公约》共同第 3 条已经成为习惯国际法。违反其中一条或几条规定的行为已被《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》、《国际刑事法院规约》以及《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》确认为战争罪。<sup>1</sup> 其被包括在《国际刑事法院规约》中几乎是没有争议的。应当指出的是，尽管有些措辞与相应的适用于国际性武装冲突中的严重违反行为的犯罪不一样，但是就犯罪的构成要件而言，它们在实践中是没有区别的。《国际刑事法院犯罪要件》以及前南国际刑事法庭的判例法证明了这一点。<sup>2</sup>

(四)在非国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为：

- 以未直接参加敌对行动的平民居民和平民个人为攻击目标；
- 抢劫；
- 实施性暴力，尤其是强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫绝育和强迫怀孕。

上述战争罪的基础

《国际刑事法院规约》中的战争罪清单包括了上述违反习惯国际法的行为，而且《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》中的战争罪清单也包括其中大部分行为。

1. 以未直接参加敌对行动的平民居民和平民个人为攻击目标。前南斯拉夫问题国际刑事法庭将这种行为视为非国际性武装冲突中的战争罪。<sup>3</sup> 虽然《卢旺达国际

<sup>1</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4 条；《塞拉利昂特别法院规约》第 3 条；《国际刑事法院规约》第 8(2)(c) 条；See, e. g., ICTY, Tadic case, Interlocutory Appeal(参见第 2 卷,第 32 章,第 928 段)；ICTY, Jelusic case, Judgment(同上,第 934 段)。

<sup>2</sup> Elements of Crimes for the International Criminal Court(涉及《国际刑事法院规约》第 8(2)(c) 条)；ICTY, Delalic case, Case No. IT - 96 - 21 - T, Judgment, Trial Chamber I, 1998 年 11 月 16 日,第 422 - 423 段(有关谋杀),第 552 段(有关酷刑),第 443 段(有关虐待)以及第 187 段(有关绑架人质)。

<sup>3</sup> See ICTY, Tadic case, Case No. IT - 94 - 1 - AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber, 1995 年 10 月 2 日,第 100 - 118 段,以及 Martić case, Case No. IT - 95 - 11 - R61, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Trial Chamber I, 1996 年 3 月 8 日,第 11 段。

刑事法庭规约》并没有用同样的措辞列举这种战争罪,但是该规约以一般性的措辞提及了严重违反《第二附加议定书》的行为,而该议定书的第13条禁止攻击平民。<sup>4</sup> 许多国家的立法将指令攻击平民的行为定为犯罪。<sup>5</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则1的评注。

2. 抢劫。关于抢劫行为的战争罪,前南斯拉夫问题国际刑事法庭在1999年的“耶里希奇案”(Jelisić case)中判决被告犯有“掠夺罪”,该规约第3条有时使用此措辞来代替“抢劫”。<sup>6</sup> 许多国家的立法将抢劫定为犯罪。<sup>7</sup> 有关此方面更多实践可以参见对规则52的评注。

3. 实施性暴力,尤其是强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫绝育和强迫怀孕。关于性暴

<sup>4</sup> 《前南斯拉夫问题刑事法庭规约》第4条。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第2卷,第1章,第218段)、澳大利亚(同上,第220段)、阿塞拜疆(同上,第221-222段)、白俄罗斯(同上,第223段)、比利时(同上,第224段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第225段)、加拿大(同上,第228段)、哥伦比亚(同上,第230段)、刚果民主共和国(同上,第231段)、刚果(同上,第232段)、克罗地亚(同上,第234段)、爱沙尼亚(同上,第239段)、格鲁吉亚(同上,第240段)、德国(同上,第241段)、爱尔兰(同上,第244段)、立陶宛(同上,第248段)、荷兰(同上,第250段)、新西兰(同上,第252段)、尼日尔(同上,第254段)、挪威(同上,第255段)、斯洛文尼亚(同上,第257段)、西班牙(同上,第259段)、瑞典(同上,第260段)、塔吉克斯坦(同上,第261段)、英国(同上,第265段)、越南(同上,第266段)、也门(同上,第267段)以及南斯拉夫(同上,第268段);还参见下列国家的立法:捷克共和国(同上,第267段)、匈牙利(同上,第242段)、意大利(同上,第245段)以及斯洛伐克(同上,第256段),上述国家的立法也适用于非国际性武装冲突中。还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第217段)、布隆迪(同上,第226段)、萨尔瓦多(同上,第238段)、约旦(同上,第246段)、尼加拉瓜(同上,第253段)和特立尼达和多巴哥(同上,第262段)。

<sup>6</sup> See ICTY, Jelisić case, Case No. IT - 95 - 10 - T, Judgment, Trial Chamber I, 14 December 1999, 第49段。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第2卷,第16章,第559段)、阿塞拜疆(同上,第561段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第563段)、加拿大(同上,第569-570段)、哥伦比亚(同上,第576段)、刚果民主共和国(同上,第577段)、刚果(同上,第578段)、克罗地亚(同上,第580段)、厄瓜多尔(同上,第589段)、萨尔瓦多(同上,第590段)、爱沙尼亚(同上,第591段)、埃塞俄比亚(同上,第592段)、冈比亚(同上,第593段)、格鲁吉亚(同上,第599段)、德国(同上,第605段)、加纳(同上,第606段)、几内亚(同上,第614段)、爱尔兰(同上,第620段)、哈萨克斯坦(同上,第605段)、肯尼亚(同上,第606段)、拉脱维亚(同上,第608段)、摩尔多瓦(同上,第614段)、荷兰(同上,第620段)、新西兰(同上,第621-622段)、尼加拉瓜(同上,第623段)、尼日利亚(同上,第624段)、挪威(同上,第625段)、巴拉圭(同上,第627段)、俄罗斯(同上,第631段)、新加坡(同上,第633段)、斯洛文尼亚(同上,第635段)、西班牙(同上,第637-638段)、瑞士(同上,第642段)、塔吉克斯坦(同上,第643段)、特立尼达和多巴哥(同上,第645段)、乌干达(同上,第648段)、乌克兰(同上,第649段)、英国(同上,第652段)、乌兹别克斯坦(同上,第657段)、委内瑞拉(同上,第658段)、也门(同上,第661段)、南斯拉夫(同上,第663段)、赞比亚(同上,第664段)以及津巴布韦(同上,第665段);还参见下列国家的立法:保加尼亚(同上,第565段)、布基纳法索(同上,第581段)、捷克(同上,第594段)、匈牙利(同上,第594段)、意大利(同上,第602-603段)、韩国(同上,第607段)、莫桑比克(同上,第616段)、巴拉圭(同上,第626段)、秘鲁(同上,第628段)、斯洛伐克(同上,第634段)以及多哥(同上,第644段),上述国家的立法也适用于非国际性武装冲突。还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第556段)、布隆迪(同上,第567段)、特立尼达和多巴哥(同上,第646段)。

力,《国际刑事法院规约》特别列举了强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫绝育和强迫怀孕的行为。<sup>8</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及《塞拉利昂特别法院规约》将此战争罪界定为“损害个人尊严,尤其是侮辱性和有辱人格的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”的行为。<sup>9</sup> 在1998年的“富伦季亚案”(Furundija case)中和2001年的“库纳拉茨案”(Kunarac case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭判决被告在非国际性武装冲突中犯有强奸罪。<sup>10</sup> 许多国家立法将性暴力定为犯罪。<sup>11</sup> 上述关于在国际性武装冲突中性暴力犯罪的评注也适用于非国际性武装冲突。有关此方面的更多实践可以参见对规则93的评注。

#### (四) 在非国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为(续)

- 基于与冲突中有关但非所涉平民的安全或迫切的军事需要所必需的理由而命令平民居民迁移;
- 使在敌方权力下的人员接受任何形式的医学或科学试验,而这试验既非有关人员健康状况所必需,并且严重危及其健康;
- 宣告决不纳降;
- 以医疗或宗教人员或物体为攻击目标;
- 招募15岁以下的儿童加入武装部队或集团,或利用其积极参加敌对行动;
- 以非军事目标的宗教或文化物体为攻击目标。

#### 以上战争罪的基础

以上战争罪是违反《第二附加议定书》与习惯国际法的行为,且在《国际刑事法院规约》中被列为战争罪。

1. 基于与冲突中有关但非所涉平民的安全或迫切的军事需要所必需的理由而命令平民居民迁移。该行为违反《第二附加议定书》<sup>2</sup> 和习惯国际法(见规则129条)。此行为通常在实践中与“种族清除”或类似地虐待特定集团的政策有关。《国际刑事

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(vi)条。

<sup>9</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第4(5)条(参见第2卷,第32章,第1577段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(e) (同上,第1569段)。

<sup>10</sup> See ICTY, Furundija case, Judgment (参见第2卷,第32章,第1733段)和 Kunarac case, Judgment (同上,第1734段)。

<sup>11</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第2卷,第32章,第1618段)、澳大利亚(同上,第1620-1621段)、阿塞拜疆(同上,第1622-1623段)、孟加拉国(同上,第1624段)、比利时(同上,第1625段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第1626段)、加拿大(同上,第1628段)、哥伦比亚(同上,第1630段)、刚果(同上,第1631段)、克罗地亚(同上,第1632段)、爱沙尼亚(同上,第1634段)、埃塞俄比亚(同上,第1635段)、格鲁吉亚(同上,第1636段)、德国(同上,第1637段)、立陶宛(同上,第1642段)、荷兰(同上,第1647段)、新西兰(同上,第1648段)、斯洛文尼亚(同上,第1652段)、西班牙(同上,第1654段)、英国(同上,第1656段)以及南斯拉夫(同上,第1658段);还参见下列国家的立法:韩国(同上,第1641段)、莫桑比克(同上,第1644段)以及巴拉圭(同上,第1651段),上述立法也适用于非国际性武装冲突;还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第1617段)、布隆迪(同上,第1627段)、特立尼达和多巴哥(同上,第1655段)。

<sup>2</sup> 《第二附加议定书》第17(3)(b)条。

法院规约》将此种迁移行为列举为战争罪。<sup>1</sup> 许多国家的立法也将其定为战罪。<sup>2</sup> 联合国安理会、联合国大会以及联合国人权委员会都强烈谴责了在阿富汗、波斯尼亚和黑塞哥维那、布隆迪、伊拉克、利比亚、卢旺达、苏丹和扎伊尔发生的非国际性武装冲突中的迁移行为。<sup>3</sup> 有关此方面的更多实践可以参见对规则 129 的评注。

2. 使在敌方权力下的人员接受任何种类的医学或科学试验,而这试验既非有关人员健康状况所必需,并且严重危及其健康。此行为是违反《第二附加议定书》<sup>4</sup> 和习惯国际法的(见规则 92)行为。如果该实验导致死亡或严重危及有关人员的健康,《国际刑事法院规约》便会将其列为战争罪。<sup>5</sup> 许多国家的立法也认定其为犯罪。<sup>6</sup> 此行为违反了在敌方权力下的人员所应享有的尊重,并还可能构成虐待或损害个人

<sup>1</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e) 条。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第 2 卷,第 38 章,第 66 段)、澳大利亚(同上,第 69 段)、阿塞拜疆(同上,第 70 段)、白俄罗斯(同上,第 73 段)、比利时(同上,第 74 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 75 段)、保加利亚(同上,第 77 段)、柬埔寨(同上,第 79 段)、加拿大(同上,第 81 段)、中国(同上,第 82 段)、哥伦比亚(同上,第 84 段)、刚果民主共和国(同上,第 85 段)、刚果(同上,第 86 段)、科特迪瓦(同上,第 88 段)、克罗地亚(同上,第 89 段)、捷克(同上,第 92 段)、爱沙尼亚(同上,第 95 段)、埃塞俄比亚(同上,第 96 段)、格鲁吉亚(同上,第 99 段)、德国(同上,第 100 段)、印度(同上,第 103 段)、爱尔兰(同上,第 104 段)、哈萨克斯坦(同上,第 108 段)、拉脱维亚(同上,第 110 段)、马里(同上,第 117 段)、摩尔多瓦(同上,第 120 段)、新西兰(同上,第 124 段)、尼加拉瓜(同上,第 125 段)、尼日尔(同上,第 127 段)、挪威(同上,第 129 段)、巴拉圭(同上,第 131 段)、波兰(同上,第 133 段)、葡萄牙(同上,第 134 段)、罗马尼亚(同上,第 135 段)、俄罗斯(同上,第 136 段)、斯洛伐克(同上,第 139 段)、斯洛文尼亚(同上,第 140 段)、西班牙(同上,第 141 段)、塔吉克斯坦(同上,第 143 段)、英国(同上,第 148 段)、乌兹别克斯坦(同上,第 152 段)以及南斯拉夫(同上,第 154 段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 65 段)、布隆迪(同上,第 78 段)、萨尔瓦多(同上,第 94 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 144 段)。

<sup>3</sup> 参见:联合国安理会,第 752 号决议(参见第 2 卷,第 38 章,第 193 段)、第 882、874 和 884 号决议(同上,第 195 段)和第 918 号决议(同上,第 196 段);联合国安理会,主席声明(同上,第 200 - 203 段);联合国大会,第 46/134 号决议(同上,第 208 段)和第 50/193 号决议(同上,第 210 段);UN Commission on Human Rights,第 1994/87 号决议(同上,第 211 段)、第 1995/77 号决议(同上,第 212 段)和第 1996/73 号决议(同上,第 213 段)。

<sup>4</sup> 《第二附加议定书》第 5(2)(e) 条。

<sup>5</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(xi) 条。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第 II 卷,第 38 章,第 1468 段)、阿塞拜疆(同上,第 1469 - 1470 段)、白俄罗斯(同上,第 1473 段)、比利时(同上,第 1474 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 1475 段)、保加利亚(同上,第 1477 段)、柬埔寨(同上,第 1479 段)、哥伦比亚(同上,第 1480 段)、刚果民主共和国(同上,第 1482 段)、刚果(同上,第 1483 段)、科特迪瓦(同上,第 1485 段)、克罗地亚(同上,第 1486 段)、爱沙尼亚(同上,第 1490 段)、格鲁吉亚(同上,第 1491 段)、德国(同上,第 1492 段)、爱尔兰(同上,第 1494 段)、立陶宛(同上,第 1498 段)、马里(同上,第 1502 段)、摩尔多瓦(同上,第 1504 段)、新西兰(同上,第 1507 段)、尼日尔(同上,第 1510 段)、挪威(同上,第 1512 段)、巴拉圭(同上,第 1514 段)、波兰(同上,第 1515 段)、罗马尼亚(同上,第 1516 段)、斯洛文尼亚(同上,第 1519 段)、西班牙(同上,第 1520 - 1521 段)、塔吉克斯坦(同上,第 1523 段)和泰国(同上,第 1524 段);还参见下列国家的立法:英国(同上,第 1528 段)、也门(同上,第 1531 段)和南斯拉夫(同上,第 1532 段),上述立法也适用于非国际性武装冲突;还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 1464 段)、布隆迪(同上,第 1478 段)、萨尔瓦多(同上,第 1489 段)、约旦(同上,第 1495 段)、黎巴嫩(同上,第 1497 段)、尼加拉瓜(同上,第 1509 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 1525 段)。

的尊严(见规则 90)。有关此方面的更多实践,可以参见对规则 92 的评注。

3. 宣告决不纳降。《国际刑事法院规约》列出了此战争罪。<sup>2</sup> 虽然《第二附加议定书》未以同样的措辞提及此行为,但是在实践中,该行为与该议定书第 4(1)条规定的禁止下令杀无赦和第 4(2)(h)条规定的禁止威胁杀害失去战斗力的人员是一致的。实际实施此种威胁将会违反《日内瓦公约》共同第 3 条。许多国家立法规定,命令宣告决不纳降的行为是犯罪。<sup>3</sup>

不论命令是否被执行,命令决不纳降本身即为战争罪。更多实践内容可以参见对规则 46 的评注。

4. 以医务或宗教人员或物体作为攻击目标。以上人员及物体受到《第二附加议定书》的保护。<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》把对它们的攻击列为战争罪行,只是用语略微不同,即“指令攻击按照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及其人员”。<sup>3</sup> 需要注意的是,不管措辞如何,特殊标志本身并不赋予受保护地位,因此本罪行是明知攻击目标是医务人员、医疗单位、运输工具和宗教人员而仍然对这些人员及物体进行攻击,而不论他们是否使用了特殊标志。<sup>3</sup>

不论是军事或平民宗教人员,都有权享有与军事或平民医疗人员同样的尊重。对它们的攻击在许多国家立法中都被认为是犯罪。<sup>3</sup>

根据安理会 1992 年通过的第 780 号决议和 1994 年通过的第 935 号决议设立的联合国专家委员会分别对前南斯拉夫和卢旺达武装冲突中违反国际人道法的行为进行了调查,该调查的基础是认为这些行为构成战争罪。<sup>3</sup> 同样,对医院、医疗单位和

<sup>2</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(xi)条。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第 2 卷,第 15 章,第 56 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 57 段)、加拿大(同上,第 59 段)、刚果(同上,第 61 段)、克罗地亚(同上,第 62 段)、格鲁吉亚(同上,第 63 段)、德国(同上,第 64 段)、爱尔兰(同上,第 65 段)、荷兰(同上,第 66 段)、新西兰(同上,第 71 段)、挪威(同上,第 72 段)、斯洛文尼亚(同上,第 73 段)、英国(同上,第 75 段)和南斯拉夫(同上,第 79 段);还参见意大利的立法,该立法也适用于非国际性武装冲突;以及下列两国的立法草案:布隆迪(同上,第 67 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 76 段)。

<sup>3</sup> 《第二附加议定书》第 9 条及第 11 条。

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(ii)条。

<sup>3</sup> See Knut Dammann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, pp. 447 - 451.

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的立法:克罗地亚(参见第 2 卷,第 7 章,第 340 段)、爱沙尼亚(同上,第 342 段)、格鲁吉亚(同上,第 343 段)、爱尔兰(同上,第 344 段)、尼加拉瓜(同上,第 346 段)、挪威(同上,第 438 段)、波兰(同上,第 349 段)、斯洛文尼亚(同上,第 350 段)、西班牙(同上,第 351 - 352 段)、塔吉克斯坦(同上,第 353 段)、南斯拉夫(同上,第 354 段);还参见意大利的立法(同上,第 345 段),该立法也适用于非国际性武装冲突;还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 338 段)、萨尔瓦多(同上,第 341 段)以及尼加拉瓜(同上,第 347 段)。

<sup>3</sup> See the final reports of the UN Commissions of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992) (参见第 2 卷,第 7 章,第 144 和 546 段);联合国安理会,第 935(1994)号决议(同上,第 145 段)。

运输工具的攻击也被许多国家的立法定为犯罪。<sup>6</sup>

在卢旺达、索马里和前南斯拉夫发生的对受保护的人员和物体进行攻击的行为受到了联合国安理会和联合国人权委员会的谴责。<sup>7</sup> 医务飞机受到的保护比其他物体具有更特殊的条件(见对规则29的评注)。更多实践内容可以参见对规则25至规则30的评注。

5. 招募15岁以下的儿童加入武装部队或集团,或利用其积极参加敌对行动。《国际刑事法院规约》把这种行为列为战争罪。<sup>8</sup> 在《国际刑事法院规约》的谈判过程中,将其列为战争罪并没有产生争议。《塞拉利昂特别法院规约》也包括了该犯罪。<sup>9</sup> 首先禁止在非国际性武装冲突中招募15岁以下的儿童加入武装部队或集团或利用其积极参加敌对行动的条约是《第二附加议定书》。<sup>10</sup> 自此,这种行为的非法性得到了普遍的认同,而且,得到几乎所有国家都为缔约国的《儿童权利公约》的再次确认。<sup>11</sup> 将15岁以下儿童投入各种非国际性武装冲突的行为受到了国际社会一再强烈的谴责。<sup>12</sup> 此战争罪也被规定在许多国家的立法中。<sup>13</sup>

更多实践内容可以参见对规则136和规则137的评注。

6. 在宗教和文化物体不是军事目标的条件下,将其作为攻击目标。该实践被《第二附加议定书》<sup>14</sup> 以及习惯国际法禁止(见规则38)。《国际刑事法院规约》用《海

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(参见第2卷,第7章,第453段)、澳大利亚(同上,第455-456段)、阿塞拜疆(同上,第457段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第459段)、加拿大(同上,第461段)、智利(同上,第462段)、哥伦比亚(同上,第464段)、刚果(同上,第465段)、爱沙尼亚(同上,第471和716段)、格鲁吉亚(同上,第473和717段)、德国(同上,第474和718段)、危地马拉(同上,第475段)、伊拉克(同上,第480段)、爱尔兰(同上,第477和719段)、立陶宛(同上,第479和721段)、墨西哥(同上,第480段)、荷兰(同上,第482段)、新西兰(同上,第483段)、尼加拉瓜(同上,第484和722段)、挪威(同上,第486和724段)、秘鲁(同上,第487段)、波兰(同上,第489段)、葡萄牙(同上,第498段)、罗马尼亚(同上,第491和725段)、斯洛文尼亚(同上,第492段)、西班牙(同上,第493和726段)、瑞典(同上,第494段)、塔吉克斯坦(同上,第495和728段)、英国(同上,第498段)、委内瑞拉(同上,第501和729段)、南斯拉夫(同上,第502段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第454和712段)、布隆迪(同上,第460段)、萨尔瓦多(同上,第470和715段)、尼加拉瓜(同上,第485和723段)、特立尼达和多巴哥(同上,第496段)。

<sup>7</sup> 参见:联合国安理会,第771号决议(参见第2卷,第7章,第534段),以及第794号决议(同上,第535段);联合国大会,第40/139号决议(同上,第538段)以及第41/137号决议(同上,第538段);UN Commission on Human Rights,第1992/s-1/1号决议(同上,第542段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(vii)条。

<sup>9</sup> Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(c)。

<sup>10</sup> 《第二附加议定书》第4(3)(c)条。

<sup>11</sup> 《儿童权利公约》第33(3)条。

<sup>12</sup> 例如,参见下列两国的声明:意大利(参见第2卷,第39章,第559段)、美国(同上,第569段);联合国安理会,第1071和1083号决议(同上,第572段);联合国安理会,主席声明(同上,第576段);联合国人权委员会,第1998/63号决议(同上,第464段),第1998/75号决议(同上,第465段)和第1998/82号决议(同上,第467段)。

<sup>13</sup> 参见:同上,脚注82和83。

<sup>14</sup> 《第二附加议定书》第16条。

牙章程》的措辞将该行为列为战争罪。<sup>5</sup> 《保护文化财产公约》也将在非国际性武装冲突中攻击这些目标的行为定为犯罪,<sup>6</sup> 其《第二议定书》则对此有更详尽的规定。<sup>7</sup> 对在阿富汗和前南斯拉夫发生的此类攻击的谴责表明,国际社会非常看重此禁止性规定。<sup>8</sup> 众多国家立法将此种行为定为犯罪。<sup>9</sup> 此罪行还被列入了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。<sup>10</sup> 在1995年的“塔迪奇案”中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,其适用于非国际性武装冲突<sup>11</sup>。更多实践内容可以参见对规则38的评注。

#### (四) 在非国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为(续)

- 将民用物体作为攻击目标;
- 无军事上的必要,夺取敌对方财产;
- 将按照《联合国宪章》执行人道援助或维持和平行动的所涉人员或物体作为攻击目标,如果这些人员或物体有权得到国际人道法赋予平民和民用物体的保护;
- 背信弃义地杀、伤敌人。

#### 以上战争罪的基础

这些行为违反了习惯国际人道法,并被《国际刑事法院规约》列为战争罪。<sup>12</sup>

#### 1. 将民用物体作为攻击目标。虽然《国际刑事法院规约》没有使用同样的表达

<sup>5</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(iv)条。

<sup>6</sup> 《保护文化财产公约》第19条和第28条。

<sup>7</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》第15(1)条和第22条。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的实践:佛得角(参见第2卷,第12章,第181段)、克罗地亚(同上,第185段)、德国(同上,第194段)、伊朗(同上,第202段)、巴基斯坦(同上,第215段)、阿拉伯联合酋长国(同上,第219段)、南斯拉夫(同上,第237-239段);联合国大会,第47/147号决议、第49/196号决议、第50/193号决议(同上,第249段);UNESCO, General Conference, Res. 4.8(同上,第251段);OIC, Res.1/5-EX(同上,第261段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(参见第2卷,第12章,第105段)、澳大利亚(同上,第108-109段)、阿塞拜疆(同上,第110段)、白俄罗斯(同上,第111段)、比利时(同上,第112段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第113段)、保加利亚(同上,第114段)、加拿大(同上,第116-117段)、智利(同上,第248段)、哥伦比亚(同上,第120-121段)、刚果(同上,第122段)、克罗地亚(同上,第124段)、古巴(同上,第125段)、捷克共和国(同上,第127段)、多米尼加共和国(同上,第128段)、爱沙尼亚(同上,第130段)、格鲁吉亚(同上,第131段)、德国(同上,第139段)、匈牙利(同上,第133段)、爱尔兰(同上,第134段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第138段)、拉脱维亚(同上,第139段)、立陶宛(同上,第141段)、墨西哥(同上,第143段)、新西兰(同上,第147段)、尼加拉瓜(同上,第148段)、尼日尔(同上,第150段)、挪威(同上,第143段)、巴拉圭(同上,第152段)、秘鲁(同上,第153段)、波兰(同上,第154段)、罗马尼亚(同上,第155段)、俄罗斯(同上,第156段)、斯洛伐克(同上,第157段)、斯洛文尼亚(同上,第158段)、西班牙(同上,第159-160段)、瑞典(同上,第161段)、瑞士(同上,第162-163段)、塔吉克斯坦(同上,第164段)、英国(同上,第167段)、乌拉圭(同上,第169段)、委内瑞拉(同上,第170段)、南斯拉夫(同上,第171段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第106段)、布隆迪(同上,第115段)、萨尔瓦多(同上,第129段)、约旦(同上,第137段)、尼加拉瓜(同上,第149段)、特立尼达和多巴哥(同上,第165段)。

<sup>10</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3(4)条。

<sup>11</sup> ICTY, Tadic case, interlocutory appeal(参见第2卷,第12章,第268段)。

<sup>12</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)条。

方式,但是在本质上,它与该规约规定的“摧毁敌对方的财产,除非是基于……冲突的必要”的战争罪是一样的。<sup>5</sup> 许多适用于非国际性武装冲突的军事手册规定禁止攻击民用物体。<sup>5</sup> 许多国家通过立法,将在武装冲突中攻击民用物体规定为犯罪。<sup>5</sup>

《国际刑事法院规约》和上述立法表明的该种违法行为的犯罪性,是基于国际社会对尊重民用物体的需要的重要性的认识。在2000年的“布拉什基奇案”(Blakic case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭判定被告犯有“非法攻击民用物体”的罪行,违反了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条。<sup>6</sup>

更多实践内容可以参见对规则7的评注。

2. 无军事上的必要,夺取敌对方财产。除抢劫之外,《国际刑事法院规约》还将无军事上的必要夺取财产行为列为战争罪。<sup>7</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》将“抢劫公共或私有财产”列为战争罪。<sup>8</sup> 在“杰里斯奇案”(Jeliscic case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭宣判被告犯有该规约第3(5)条规定的抢劫罪。<sup>9</sup> 许多国家的立法规定,无军事上的必要夺取财产行为属于犯罪。<sup>6</sup> 更多实践内容可以参见对规则50的评注。

<sup>5</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(xii)条。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁、克罗地亚、德国、尼日利亚、菲律宾、多哥(参见第2卷,第2章,第7段);贝宁、哥伦比亚、克罗地亚、厄瓜多尔、德国、意大利、肯尼亚、黎巴嫩、马达加斯加、南非、多哥和南斯拉夫(同上,第115段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(参见第2卷,第2章,第119段)、阿塞拜疆(同上,第120段)、加拿大(同上,第122段)、刚果(同上,第123段)、克罗地亚(同上,第124段)、爱沙尼亚(同上,第126段)、格鲁吉亚(同上,第127段)、德国(同上,第128段)、新西兰(同上,第134段)、挪威(同上,第136段)、西班牙(同上,第138段)、英国(同上,第140段);还参见下列国家的立法:匈牙利(同上,第129段)、意大利(同上,第131段)、斯洛伐克(同上,第137段),该立法也适用于非国际性武装冲突;还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第118段)、布隆迪(同上,第121段)、萨尔瓦多(同上,第125段)、尼加拉瓜(同上,第135段)、特立尼达和多巴哥(同上,第139段)。

<sup>6</sup> ICTY, Blakic case, Judgment(参见第2卷,第2章,第181段)。

<sup>7</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(xii)条。

<sup>8</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3(5)条。

<sup>9</sup> ICTY, Blakic case, Judgment(参见第2卷,第16章,第740段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(参见第2卷,第16章,第122段)、澳大利亚(同上,第125段)、阿塞拜疆(同上,第126段)、白俄罗斯(同上,第129段)、比利时(同上,第130段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第131段)、柬埔寨(同上,第135段)、加拿大(同上,第138段)、刚果(同上,第142段)、克罗地亚(同上,第131段)、萨尔瓦多(同上,第149-150段)、爱沙尼亚(同上,第151段)、格鲁吉亚(同上,第154段)、德国(同上,第155段)、拉脱维亚(同上,第166段)、立陶宛(同上,第168段)、摩尔多瓦(同上,第177段)、荷兰(同上,第180段)、新西兰(同上,第182段)、尼加拉瓜(同上,第184段)、尼日尔(同上,第185段)、葡萄牙(同上,第193段)、斯洛文尼亚(同上,第199段)、西班牙(同上,第200-201段)、塔吉克斯坦(同上,第205段)、英国(同上,第211段)、乌兹别克斯坦(同上,第215段)、南斯拉夫(同上,第219段);还参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第133段)、捷克(同上,第147段)、巴拉圭(同上,第190段)、秘鲁(同上,第191段)、罗马尼亚(同上,第194段)、斯洛文尼亚(同上,第198段),该立法也适用于非国际性武装冲突;还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第211段)、布隆迪(同上,第134段)、约旦(同上,第164段)、特立尼达和多巴哥(同上,第206段)。

3. 将按照《联合国宪章》执行人道援助或维持和平行动的所涉人员或物体作为攻击目标,如果这些人员或物体有权得到国际人道法赋予平民和民用物体的保护。《塞拉利昂特别法院规约》第4条与《国际刑事法院规约》规定了这一战争罪。<sup>6</sup> 将其纳入规约的基础是因为此种行为实际上构成了对平民或民用物体的攻击。许多国家的立法规定,攻击维持和平行动涉及的人员或物体是犯罪。<sup>7</sup> 同样重要的是,在各种类型的冲突中均有维和行动,而且冲突的性质在任何方面都不改变国际社会希望尊重维和人员及其装备这一事实。更多的实践内容可以参见对规则31和规则33的评注。

4. 背信弃义地杀、伤敌人。该行为被《国际刑事法院规约》列为战争罪。<sup>8</sup> 许多国家的立法将该行为列为犯罪,尤其是涉及背信弃义地使用红十字标志和红新月标志。<sup>9</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭在1995年的“塔迪奇案”中认为,发生在非国际性武装冲突中的这种行为也是犯罪。<sup>10</sup> 更多实践内容可以参见对规则65的评注。

#### (四) 在非国际性武装冲突中实施的其他严重违反国际人道法的行为(续)

- 使用禁止使用武器;
- 发动不分皂白的攻击导致平民伤亡,或者明知攻击会导致过分的平民附带死亡、受伤或民用物体受毁损而仍然发动攻击;
- 将不设防地带和非军事化地区作为攻击目标;
- 使用人体盾牌;
- 奴隶制度;
- 集体惩罚;
- 以断绝平民粮食作为战争方法,使平民无法取得生存必需的物品,包括阻碍提供救济物品。

<sup>6</sup> Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4;《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(iii)条。

<sup>7</sup> 参见脚注69。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(ix)条。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(参见第2卷,第18章,第1267段)、阿塞拜疆(同上,第1270段)、比利时(同上,第1271段)、玻利维亚(同上,第1272段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第964段)、加拿大(同上,第1274段)、哥伦比亚(同上,第1275段)、刚果(同上,第968-1276段)、哥斯达黎加(同上,第1278段)、克罗地亚(同上,第969段)、埃塞俄比亚(同上,第1282段)、格鲁吉亚(同上,第970、1283段)、德国(同上,第971、1284段)、危地马拉(同上,第1285段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第1289段)、列支敦士登(同上,第1291段)、摩尔多瓦(同上,第1293-1294段)、新西兰(同上,第976段)、尼日尔(同上,第1300段)、挪威(同上,第977、1301段)、斯洛文尼亚(同上,第978段)、多哥(同上,第1306段)、英国(同上,第981段)、也门(同上,第1310段)、南斯拉夫(同上,第983段);还参见下列国家立法草案:布隆迪(同上,第966段)、萨尔瓦多(同上,第1280段)、约旦(同上,第1282段)、黎巴嫩(同上,第1290段)、尼加拉瓜(同上,第1298段),特立尼达和多巴哥(同上,第980段)。

<sup>10</sup> ICTY, Tadić case, Interlocutory Appeal (参见第2卷,第18章,第920、1503段)。

## 以上战争罪的基础

以上非法行为没有被《国际刑事法院规约》列为战争罪。然而,各国的实践都认可以上行为的严重性,因此,该法院应该有足够理由断定,在非国际性武装冲突中发生的上述行为是战争罪。

(一)使用禁止使用的武器。近来,禁止在各种冲突中使用某种武器的条约规定,这种使用行为应当受到刑事制裁,例如《化学武器公约》、《常规武器公约修正的第二号议定书》以及禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》。<sup>6</sup> 虽然《国际刑事法院规约》中针对非国际性武装冲突的内容没有使用禁止性武器的规定,但是这个问题没有在罗马外交会议中公开讨论过。

一些军事手册规定,使用禁止使用的武器构成战争罪。<sup>7</sup> 国内立法也一般性地将使用禁止使用的武器定为犯罪。没有立法将此罪限制在国际性武装冲突中,一些立法甚至明确将在非国际性武装冲突中使用禁止使用的武器的行为定为犯罪。<sup>8</sup> 由于大多数国家将“战争罪”定义为对国际人道法的“违反”或“严重违反”,因此我们有理由推断,它们会认为在非国际性武装冲突中使用禁止使用的武器符合上述定义。

由联合国秘书长公布的《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》并不限于国际性的武装冲突。它规定违反这种规则应作为刑事犯罪对待,包括那些要求尊重禁止使用某种武器的条约的规则。<sup>9</sup>

使用禁止使用的武器还可能构成另一种战争罪,尤其是攻击平民或发动不分皂白的攻击的战争罪。更多实践内容可以参见对规则 70 至规则 79 以及规则 86 的评注。

(二)发动不分皂白的攻击导致平民伤亡,或者明知攻击会导致过分的平民附带死亡、受伤或民用物体受毁损而仍然发动攻击。国际社会对在非国际性武装冲突中

<sup>6</sup> 《化学武器公约》第 1(1)(b)条和第 7(1)(a)条;《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3 条和第 14 条;《渥太华公约》第 1 条和第 9 条。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第 2 卷,第 20 章,第 408 段)、厄瓜多尔(同上,第 411 段)、德国(同上,第 412 段)、韩国(同上,第 413 段)、南非(同上,第 415 段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:白俄罗斯(参见第 2 卷,第 20 章,第 422 段)(仅限于“为国际公约所禁止的武器”)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 423 段)、哥伦比亚(同上,第 425 段)、克罗地亚(同上,第 427 段)、爱沙尼亚(同上,第 431 段)、埃塞俄比亚(同上,第 432 段)(仅限于“为国际公约所禁止的武器”)、芬兰(同上,第 433 段)、哈萨克斯坦(同上,第 436 段)(仅限于“为国际公约所禁止的武器”)、立陶宛(同上,第 437 段)、摩尔多瓦(同上,第 438 段)(仅限于“为国际公约所禁止的武器”)、尼加拉瓜(同上,第 441 - 442 段)、波兰(同上,第 444 段)、俄罗斯(同上,第 445 段)(仅限于“为国际公约所禁止的武器”)、斯洛文尼亚(同上,第 447 段)、西班牙(同上,第 448 - 449 段)、瑞典(同上,第 450 段)、塔吉克斯坦(同上,第 451 段)、乌兹别克斯坦(同上,第 452 段)、越南(同上,第 453 段)、南斯拉夫(同上,第 454 段);还参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第 424 段)、捷克(同上,第 428 段)、匈牙利(同上,第 434 段)、意大利(同上,第 435 段)、莫桑比克(同上,第 439 段)、斯洛伐克(同上,第 446 段),这些立法同样适用于非国际性武装冲突;以及阿根廷的立法草案(同上,第 421 段)。

<sup>9</sup> UN Secretary - General's Bulletin, Section 6(2)(同上,第 407 段)。

发动的不分皂白攻击一再强烈的谴责足以表明,这条禁止性规则具有习惯法性质。它保护重要的价值以及防止不当的死伤。因此,这种非法行为符合战争罪的一般定义。根据许多国家的立法规定,发动不分皂白的攻击是犯罪。<sup>0</sup> 前南斯拉夫国际刑事法庭在1995年的“塔迪奇案”中提及了非国际性武装冲突下的此种违法行为,而2000年的“库布雷什基奇案”则更加一般性地提及了此事。<sup>1</sup>

对于明知攻击会导致过分的平民附带死亡、受伤或民用物体受毁损而仍然发动攻击而言,也是这样的。特别是,根据许多国家的立法,发动此种攻击构成犯罪。<sup>2</sup>

如果行为人知晓对平民的攻击将是该攻击一般发展产生的结果,不分皂白的攻击和不成比例的攻击可被比作对平民的攻击。联合国人权委员会对在车臣发生的冲突中“对据报道的俄罗斯不成比例地以及不加区分地使用军事力量”的行为表示严重关注,这实际上证实了这一点。此谴责的依据是《第二附加议定书》,该议定书禁止攻击平民,尽管没有特别提及不分皂白的攻击和不成比例的攻击。<sup>3</sup>

更多实践内容可以参见对规则 11 和规则 14 的评注。

(三)将不设防地带和非军事化地区作为攻击目标。这种行为构成战争罪的原因是,这种攻击既可能是攻击平民居民,也可能是攻击民用物体,即非为冲突所绝对必需地毁灭敌方财产(见规则 50)。<sup>4</sup> 这种行为被许多国家的立法规定为犯罪。<sup>5</sup> 更多实践内容可以参见对规则 36 和规则 37 的评注。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的立法:白俄罗斯(参见第2卷,第3章,第35段)、比利时(同上,第36段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第37段)、哥伦比亚(同上,第40段)、克罗地亚(同上,第42段)、格鲁吉亚(同上,第46段)、印度尼西亚(同上,第47段)、立陶宛(同上,第51段)、尼日尔(同上,第55段)、斯洛伐克(同上,第157段)、斯洛文尼亚(同上,第57段)、西班牙(同上,第58段)、瑞典(同上,第59段)、塔吉克斯坦(同上,第60段)、南斯拉夫(同上,第49段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第32段)、萨尔瓦多(同上,第44段)、约旦(同上,第49段)、黎巴嫩(同上,第50段)、尼加拉瓜(同上,第54段)。

<sup>1</sup> ICTY, Tadić case, interlocutory appeal(参见第2卷,第3章,第134段); Kuprekić case, Judgment(同上,第137段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第50段)、白俄罗斯(同上,第53段)、比利时(同上,第54段)、哥伦比亚(同上,第59段)、德国(同上,第65段)、尼日尔(同上,第73段)、西班牙(同上,第75段)、瑞典(同上,第76段);还参见以下国家的立法草案:阿根廷(同上,第49段)、布隆迪(同上,第56段)、萨尔瓦多(同上,第63段)、尼加拉瓜(同上,第72段)。

<sup>3</sup> See UN Commission on Human Rights, Res.2000/58(参见第2卷,第3章,第116段)。

<sup>4</sup> 参见:《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(xii)条。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(参见第2卷,第11章,第136、283段)、白俄罗斯(同上,第137、284段)、比利时(同上,第138、285段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第139、286段)、克罗地亚(同上,第142、293段)、捷克共和国(同上,第144、295段)、爱沙尼亚(同上,第146、297段)、格鲁吉亚(同上,第147、298段)、德国(同上,第148、299段)、匈牙利(同上,第149、300段)、立陶宛(同上,第153、304段)、尼日尔(同上,第157、311段)、波兰(同上,第313段)、斯洛伐克(同上,第159、314段)、斯洛文尼亚(同上,第160、315段)、西班牙(同上,第161、316段)、塔吉克斯坦(同上,第162、317段)、委内瑞拉(同上,第322段)、也门(同上,第164段)、南斯拉夫(同上,第165、323段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第132、278段)、布隆迪(同上,第287段)、萨尔瓦多(同上,第145、296段)、约旦(同上,第151、302段)、黎巴嫩(同上,第152、303段)、尼加拉瓜(同上,第149段)。

(四)使用人体盾牌。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》将这种行为作为酷刑<sup>6</sup>或损害个人尊严的行为<sup>7</sup>而规定为战争罪。一些国家的立法明确将在非国际性武装冲突中使用人体盾牌的行为定为犯罪。<sup>8</sup>在非国际性武装冲突中使用人体盾牌的行为受到各国以及联合国的谴责,比如在利比里亚、卢旺达、塞拉利昂、索马里、塔吉克斯坦以及前南斯拉夫发生的冲突。<sup>9</sup>更多实践内容可以参见对规则97的评注。

(五)奴隶制度。奴隶制度受到《第二附加议定书》<sup>10</sup>以及习惯国际法的禁止(见规则94)。许多国家的军事手册和立法禁止奴隶制度和奴隶贸易或“奴役”。<sup>11</sup>此外,此行为之所以构成战争罪,是因为其构成酷刑和损害个人尊严(见规则90)。许多国家的立法也禁止奴隶制度和奴役劳动。<sup>12</sup>更多实践内容可以参见对规则94的评注。

(六)集体惩罚。集体惩罚受到《第二附加议定书》<sup>13</sup>以及习惯国际法的禁止(见规则103)。许多国家的立法也有此禁止性规定。<sup>14</sup>《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》规定了这条战争罪。<sup>15</sup>此外,集体惩罚构成战争罪的

<sup>6</sup> See, e.g., ICTY, Blaškić case, Case No. IT - 95 - 14 - T, Judgment, Trial Chamber I, 3 March 2000, 第716段; Kordić and Čerkez case, Case No. IT - 95 - 14 / 2 - T, Judgment, Trial Chamber III, 26 February 2001, 第256段; See also Karadžić and Mladić case, Review of the Indictments (参见第2卷,第32章,第2364段)。

<sup>7</sup> See, e.g., ICTY, Aleksovski case, Case No. IT - 95 - 14 / 1 - T, Judgment, Trial Chamber I, 25 June 1999, 第229段。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(参见第2卷,第32章,第2286 - 2287段)、白俄罗斯(同上,第2289段)、刚果(同上,第2292段)、德国(同上,第2294段)、格鲁吉亚(同上,第2295段)、立陶宛(同上,第2297段)、波兰(同上,第2303段)、塔吉克斯坦(同上,第2304段);还参见下列国家的立法:秘鲁(同上,第2302段)、也门(同上,第2307段),该立法同样适用于非国际性武装冲突;还参见布隆迪的立法草案(同上,第2290段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的声明:智利(参见第2卷,第32章,第2310段)、塔吉克斯坦(同上,第2326段)、南斯拉夫(同上,第2346段);据报告的卢旺达的实践(同上,第2323段);联合国人权委员会,第1995/89号决议(同上,第2348段);UN Secretary-General, Progress report on UNOMIL(同上,第2349段);Progress report on UNOMIL(同上,第2350段),以及Report pursuant to paragraph 5 of Security Council resolution 837 (1993) on the investigation into the 5 June 1993 attack on the UN forces in Somalia conducted on behalf of the UN Security Council(同上,第2351段)。

<sup>10</sup> 《第二附加议定书》第4条。

<sup>11</sup> 参见:同上,脚注89。

<sup>12</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿尔巴尼亚(参见第2卷,第32章,第1814段)、澳大利亚(同上,第1817段)、阿塞拜疆(同上,第1819段)、比利时(同上,第1823段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第1824段)、刚果(同上,第1828段)、科特迪瓦(同上,第1830段)、克罗地亚(同上,第1831段)、爱尔兰(同上,第1834段)、挪威(同上,第1847段)、巴拉圭(同上,第1848段)、斯洛文尼亚(同上,第1850段)、乌兹别克斯坦(同上,第1852段)、南斯拉夫(同上,第1857段);还参见布隆迪的立法草案(同上,第1825段)。

<sup>13</sup> 《第二附加议定书》第4条。

<sup>14</sup> 参见:同上,脚注92。

<sup>15</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(2)条; Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(b)。

原因是因为,其不仅剥夺了被告受到公平审判的权利(见规则 100),而且也可能构成酷刑(见规则 90)。更多实践内容可以参见对规则 103 的评注。

(七)以断绝平民粮食作为战争方法,使平民无法取得生存必需的物品,包括阻碍提供救济物品。该行为受到《第二附加议定书》<sup>6</sup>和习惯国际法的禁止(见规则 53)。此外,有大量的国家实践表明,国家对在非国际性武装冲突中实施包括导致平民饥饿的阻碍提供救济物品的行为非常愤怒。这些实践表明,此种行为不仅是对习惯国际法的违反,而且从国际社会的角度来看,属于非常严重的违反行为。

联合国人权委员会将故意阻碍向苏丹平民提供人道救援物资的行为定性为“对人格尊严的侵犯”。<sup>7</sup>特别值得一提的是,根据安理会 1994 年第 935 号决议设立的联合国专家委员会在关于在卢旺达违反国际人道法的中期报告中,包括了违反《第二附加议定书》第 14 条的内容。<sup>8</sup>

一些国家明确将以断绝平民粮食为战争方法的行为定为犯罪。<sup>9</sup>此外,在实践中,这种行为实际上构成杀害平民,其本身就构成战争罪,因为每一个违法行为都包含了在正常状态下能够致人死亡的故意行为。它们也可以被当做是非人道待遇(见规则 87)。更多实践内容可以参见对规则 53 至规则 55 的评注。

## 复合型战争罪

值得注意的是,上述没有提到的某些行为仍然是犯罪行为,因为这一类型是由几种战争罪所组成的。这些所谓的复合型战争罪特别是指强迫失踪和种族清洗。强迫失踪在实践中是对受公平审判权利的剥夺,也常常构成谋杀(见对规则 98 的评注)。种族清洗包括多种战争罪,比如谋杀、强奸、非法驱逐出境,或者基于冲突的原因但并非出于平民安全和军事绝对必要而命令平民迁移、基于种族歧视和不人道或有辱人格待遇而对人格尊严的损害(见对规则 129 的评注)。

规则 157 国家有权授权其国内法院对战争罪进行普遍管辖。

## 实践

### 第 2 卷,第 44 章,B 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法

<sup>6</sup> 《第二附加议定书》第 14 条和第 18 条。

<sup>7</sup> 联合国人权委员会,第 1996/73 号决议(参见第 2 卷,第 17 章,第 631 段)。

<sup>8</sup> UN Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 935 (1994), Interim report(同上,第 113 段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(参见第 2 卷,第 17 章,第 39 段)、白俄罗斯(同上,第 40 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 41 段)、克罗地亚(同上,第 47 段)、埃塞俄比亚(同上,第 48 段)、德国(同上,第 50 段)、立陶宛(同上,第 52 段)、斯洛文尼亚(同上,第 57 段)、南斯拉夫(同上,第 61 段)。

规范。普遍管辖原则是下列几种刑事管辖基础的补充:属地原则(基于犯罪发生地);<sup>9</sup> 积极属人原则(基于罪犯的国籍);<sup>9</sup> 消极属人原则(基于被害人的国籍);<sup>9</sup> 以及保护性原则(基于对国家利益或安全的保护)。<sup>9</sup>

### 国际性与非国际性武装冲突

国家授权其国内法院对战争罪行使普遍管辖的权利受到了各国立法的普遍支持。<sup>9</sup> 基于普遍管辖原则,一些战争罪嫌疑人也正在国内法庭接受审判。<sup>9</sup> 近十年来,国内法院基于普遍管辖权对一些在非国际性武装冲突中犯有战争罪的人员进行了审判。<sup>9</sup> 重要的是,被告的国籍国并没有反对在这些案件中所行使的普遍管辖。一些军事手册进一步支持了这一规则,即对于战争罪的管辖可以建立在普遍管辖权

---

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:新西兰(参见第2卷,第44章,第152段)、瑞士(同上,第156段)、美国(同上,第161段);还参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第165段)、孟加拉国(同上,第169段)、加拿大(同上,第177段)、科特迪瓦(同上,第183段);还参见尼加拉瓜的立法草案(同上,第218段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:新西兰(同上,第152段)、瑞士(同上,第156段)、美国(同上,第159-161段)、南斯拉夫(同上,第162段);还参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第165段)、阿塞拜疆(同上,第168段)、加拿大(同上,第177-178段)、德国(同上,第196段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第205段)、墨西哥(同上,第213段)、荷兰(同上,第214段)、俄罗斯(同上,第224段)、美国(同上,第243段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:新西兰(同上,第152段)、瑞士(同上,第156段)、美国(同上,第159-161段);还参见下列国家的立法:加拿大(同上,第178段)、智利(同上,第179段)、科特迪瓦(同上,第183段)、法国(同上,第193段)、德国(同上,第196段)、墨西哥(同上,第213段)、荷兰(同上,第214段)、斯洛文尼亚(同上,第228段)、瑞典(同上,第231段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:美国, *Naval Handbook* (同上,第161段);下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第168段)、智利(同上,第179段)、荷兰(同上,第214段);以色列, *District Court of Jerusalem, Eichmann case* (同上,第258段)。

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第165段)、阿塞拜疆(同上,第168段)、孟加拉国(同上,第169段)、白俄罗斯(同上,第171段)、比利时(同上,第172段)、加拿大(同上,第177-178段)、哥伦比亚(同上,第180段)、哥斯达黎加(同上,第182段)、厄尔瓦多(同上,第188段)、萨尔瓦多(同上,第189、190段)、埃塞俄比亚(同上,第190段)、法国(同上,第195段)、德国(同上,第196、198段)、卢森堡(同上,第208段)、新西兰(同上,第217段)、尼日尔(同上,第219段)、斯洛文尼亚(同上,第228段)、瑞典(同上,第231段)、瑞士(同上,第232段)、塔吉克斯坦(同上,第1234段)、英国(同上,第238-240段)、美国(酷刑)(同上,第242段);还参见下列国家的立法草案:黎巴嫩(同上,第206段)、斯里兰卡(同上,第230段)、特立尼达和多巴哥(同上,第235段)。

<sup>9</sup> 除了脚注207中引用到的案件之外,还参见:澳大利亚, *High Court, Polyukhovich case* (同上,第247段);加拿大, *High Court of Justice, Finta case* (同上,第250段);荷兰, *Special Court of Cassation, Ahlbrecht case* (同上,第263段);荷兰, *Special Court of Cassation, Rohrig and Others case* (同上,第263段);英国, *Supreme Court of Judicature, Court of Appeal, Sawoniuk case* (同上,第271段);美国, *Court of Appeals, Demjanjuk case* (同上,第273段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:比利时, *Court of Cassation, The Four from Butare case* (同上,第249段);法国, *Court of Appeal, Munyeshyaka case* (同上,第253段);荷兰, *Supreme Court, Knesevic case* (同上,第264段);瑞士, *Military Tribunal at Lausanne, Grabe case* (同上,第267段)以及 *Niyon teze case* (同上,第269段)。

的基础上。<sup>9</sup>

条约法也支持国家有权授予其国内法院对战争罪的普遍管辖权。《保护文化财产公约第二议定书》指出,它不影响“根据习惯国际法行使管辖权”,这也是代表们在该议定书谈判中涉及国家授予其国内法院对战争罪的普遍管辖权的权利时所表达的意图。<sup>8</sup> 虽然《灭种罪公约》明确提到了属地管辖原则,但是它仍被解释为并未禁止对种族灭绝罪适用普遍管辖原则。<sup>9</sup> 虽然《国际刑事法院规约》并未强迫各国对其规定的战争罪创设普遍管辖权,但是一些国家已经将该规约中规定的战争罪纳入本国的立法之中,并基于普遍管辖原则授权其国内法院对犯有战争罪的嫌疑人进行追诉。<sup>0</sup>

### 与追诉国的联系

关于普遍管辖原则是否要求与追诉国有具体的联系,实践并非一致。许多国家的军事手册、国内立法以及判例法规定,被告与追诉国之间必须存在一定联系,尤其是被告必须在追诉国领土内或被追诉国控制。<sup>0</sup> 然而,也存在不要求有上述联系的国内立法与判例法。<sup>0</sup> 《日内瓦公约》也未要求有此种联系。

2000年,刚果民主共和国在国际法院对比利时法官对刚果外长签发国际逮捕令的行为提起了诉讼。在其2001年向国际法院提交的答辩状中,刚果民主共和国并

<sup>9</sup> 例如,参见下列国家军事手册:澳大利亚(同上,第144段)、荷兰(同上,第150段)、英国(同上,第157段)、美国(同上,第161段) (“某些战争罪”)。

<sup>8</sup> 《保护文化财产公约第二议定书》第16(2)(a)条; See also Jean-Marie Henckaerts, “New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, No. 835, September 1999, p. 617.

<sup>9</sup> 《灭种罪公约》第6条(参见第2卷,第44章,第109段); 德国, Higher Regional Court at Düsseldorf, Jorgić case(同上,第255段); 以色列, District Court of Jerusalem, Eichmann case(同上,第258段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的立法:比利时(同上,第172段)、加拿大(同上,第178段)、德国(同上,第198段)、新西兰(同上,第217段)、英国(同上,第240段); 还参见特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第235段)。

<sup>0</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第146段)、厄瓜多尔(同上,第147段)、荷兰(同上,第151段)、新西兰(同上,第152段)、美国(同上,第161段); 例如,还参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第165段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第113段)、加拿大(同上,第177-178段)、哥伦比亚(同上,第180段)、法国(同上,第194-195段)、德国(同上,第196段)、印度(同上,第201段)、瑞士(同上,第232-233段)、美国(同上,第242段); 加拿大, High Court of Justice, Finta case(同上,第250段); 法国, Tribunal de Grande Instance de Paris, Javor case(酷刑)(同上,第252段); 德国, Supreme Court of Bavaria, Dajić case(同上,第255段); 德国, Higher Regional Court at Düsseldorf, Jorgić case(同上,第255段); 德国, Supreme Court of Bavaria, Kusljic(同上,第257段); 荷兰, Special Court of Cassation, Rohrig and Others case(同上,第263段)。

<sup>0</sup> 关于明确提到对尚未在追诉国领土出现的战争罪嫌疑犯启动(引渡)程序的可能性,参见下列国家的立法:加拿大(同上,第176段)、卢森堡(同上,第207-209段)、新西兰(同上,第217段)、德国, Higher Regional Court at Düsseldorf, Sokolović case(同上,第156段)、美国, Court of Appeals, Demjanjuk case(同上,第273段)。

未从原则上反对国家授予国内法院对战争罪行使普遍管辖权的权利。但其辩称,被指控的人应在行使此种管辖的国家境内。国际法院的判决却集中对国家首脑以及外交部长豁免问题的探讨,因此没有对普遍管辖权的范围得出任何结论。<sup>9</sup> 在他们的个别意见与反对意见中,法官在被指控的人是否应在主张普遍管辖的国家的境内的问题上发生了分歧,但是大多数法官并不质疑国内法院基于普遍管辖权对战争罪犯进行审判的权利。<sup>9</sup>

### 创设普遍管辖权的义务

国家授予其国内法院对战争罪进行普遍管辖的权利无论如何也没有减损《日内瓦公约》缔约国和《第一附加议定书》缔约国的义务,即对在其国内立法中对被称为“严重破约”的战争罪规定普遍管辖权。<sup>9</sup> 诸多国家在其国内立法中履行了此义务。<sup>9</sup> 一些战争罪嫌疑人已经就其严重的破约行为受到了基于普遍管辖权的追诉。<sup>9</sup>

除了《日内瓦公约》与《第一附加议定书》以外,许多其他公约也有要求缔约国就某些罪行规定普遍管辖权的义务,其中包括那些发生在武装冲突中的罪行。这些条约尤其是指《禁止酷刑公约》、《关于人员强迫失踪的美洲公约》、《联合国人员和有关人员安全公约》以及《保护文化财产公约第二议定书》。<sup>9</sup>

<sup>9</sup> ICJ, Arrest Warrant case, Judgment(同上,第305段)。

<sup>9</sup> ICJ, Arrest Warrant case, Judgment(同上,第305段)。

<sup>9</sup> 《日内瓦第一公约》第49条;《日内瓦第二公约》第50条;《日内瓦第三公约》第129条;《日内瓦第四公约》第146条;《第一附加议定书》第85(1)条。

<sup>9</sup> 除了脚注194中提到的立法外,下列国家的立法是基于或提到《日内瓦公约》(以及在可适用的情况下《第一附加议定书》)中的严重破约制度:澳大利亚(参见第2卷,第44章,第166段)、奥地利(同上,第167段)、阿塞拜疆(同上,第168段)、孟加拉国(同上,第169段)、巴巴多斯(同上,第170段)、白俄罗斯(同上,第171段)、比利时(同上,第172段)、博茨瓦纳(同上,第174段)、保加利亚(同上,第175段)、加拿大(同上,第176段)、库克群岛(同上,第181段)、古巴(同上,第184段)、塞浦路斯(同上,第185-186段)、丹麦(同上,第187段)、芬兰(同上,第191段)、法国(同上,第194段)、德国(同上,第197段)、危地马拉(同上,第199段)、以色列(同上,第203段)、肯尼亚(同上,第204段)、卢森堡(同上,第209段)、马拉维(同上,第210段)、马来西亚(同上,第211段)、毛里求斯(同上,第212段)、新西兰(同上,第216段)、尼日利亚(同上,第220段)、巴布亚新几内亚(同上,第221段)、巴拉圭(同上,第222段)、波兰(同上,第223段)、俄罗斯(同上,第224段)、塞舌尔(同上,第226段)、新加坡(同上,第227段)、西班牙(同上,第229段)、瑞士(同上,第233段)、乌干达(同上,第236段)、英国(同上,第237段)、瓦努阿图(同上,第244段)、津巴布韦(同上,第245段);还参见斯里兰卡的立法草案(同上,第230段)。

<sup>9</sup> 参见:丹麦, High Court, Saric case(同上,第251段);德国, Supreme Court of Bavaria, Dajic case(同上,第254段);德国, Higher Regional Court at Düsseldorf, Jorgic case(同上,第255段);德国, Higher Regional Court at Düsseldorf, Sokolovic case(同上,第256段);德国, Supreme Court of Bavaria, Kuslijic case(同上,第257段);以色列, District Court of Jerusalem and Supreme Court, Eichmann case(同上,第243-244段);瑞士, Military Court at Lausanne, Grabe case(同上,第252段)。

<sup>9</sup> 《禁止酷刑公约》第5条;《联合国人员和有关人员安全公约》第10条; Inter-American Convention on Forced Disappearances, Article 4;《保护文化财产公约第二议定书》第16(1)条。

规则 158 各国必须对被控由其国民或武装部队或者在其领土上实施的战争罪进行调查,并于适当时对犯罪嫌疑人进行追诉。

## 实践

### 第 2 卷,第 44 章,C 节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这条规则与规则 157 一起表明,各国必须行使其国内法赋予其法院的刑事管辖权,该管辖或者限于属地管辖与属人管辖,或者包括普遍管辖,后者是国家对严重破约行为所承担的义务。

## 国际性与非国际性武装冲突

《日内瓦公约》要求各国搜捕被指控犯有、或命令他人犯有严重破约行为的人,并对其进行审判或引渡。<sup>9</sup> 大量适用于国际性与非国际性武装冲突中的行为的条约都规定,各国负有义务调查和追诉被指控犯有违反国际法的罪行的人。<sup>10</sup> 《国际刑事法院规约》序言忆及“各国负有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。<sup>1</sup>

许多军事手册在涉及严重破约行为时规定,各国负有义务调查战争罪并追诉犯罪嫌疑人,但此规定也更广泛地涉及一般性的战争罪。<sup>2</sup> 大多数国家通过在国内法规定对该犯罪的管辖权的方式来履行调查战争罪与起诉犯罪嫌疑人的义务,而且已经出现了众多对战争罪嫌疑人的国内调查与审判的实践。<sup>3</sup> 然而,我们无法确定这种实践是根据义务或仅仅是权利。但是,调查和起诉的义务明确反映在各种国家实践中,

<sup>9</sup> 《日内瓦第一公约》第 49 条;《日内瓦第二公约》第 50 条;《日内瓦第三公约》第 129 条;《日内瓦第四公约》第 146 条。

<sup>10</sup> 《灭种罪公约》第 6 条;《保护文化财产公约》第 28 条;《禁止酷刑公约》第 7 条;《化学武器公约》第 7(1) 条;《常规武器公约修正的第二号议定书》第 14 条;《渥太华公约》第 9 条;《保护文化财产公约》第 15 - 17 条。

<sup>1</sup> 《国际刑事法院规约》(参见第 2 卷,第 44 章,第 134 段)。

<sup>2</sup> 除了那些涉及严重破约的制度以外,参见下列国家的军事手册:奥地利(同上,第 356 段)、喀麦隆(同上,第 359 段)、加拿大(同上,第 362 段)、哥伦比亚(同上,第 363 段)、厄瓜瓦多(同上,第 365 段)、德国(同上,第 369 段)、意大利(同上,第 370 段)、荷兰(同上,第 373 段)、瑞士(同上,第 381 段)、英国(同上,第 382 段)、美国(同上,第 383 - 384、387 段)、南斯拉夫(同上,第 556 段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的实践:阿尔及利亚(同上,第 533 段)、德国(同上,第 540 段)、意大利(同上,第 541 段)、南非(同上,第 544 段)、英国(同上,第 382 段)、美国(同上,第 550 - 555 段)、南斯拉夫(同上,第 556 段)。

如协定与正式声明等。<sup>3</sup>

此外,针对发生在阿富汗、布隆迪、刚果民主共和国、科索沃和卢旺达等非国际性武装冲突中的罪行以及对维和人员的攻击行为,联合国安理会屡次重申了对战争罪的调查义务和对嫌疑人的起诉义务。<sup>4</sup> 1946年联合国大会在其第一届会议上建议各国,包括联合国非成员国,对被指控在第二次世界大战中犯有战争罪的人员进行逮捕并遣送至犯罪行为发生地国并接受追诉。<sup>5</sup> 自那时起,联合国大会数次强调各国应采取措施确保对战争罪以及危害人类罪的调查和对犯罪者的惩罚。<sup>6</sup> 在关于武装冲突中发生的性暴力方面,联合国大会没有进行投票便通过了决议,号召各国加强对性暴力犯罪的调查和惩罚所有的责任人的机制,并使犯罪者受到审判。<sup>7</sup>

联合国人权委员会通过了大量决议,要求对发生在布隆迪、车臣、卢旺达、塞拉利昂、苏丹以及前南斯拉夫武装冲突中犯有违反国际人道法行为的人进行调查以及追诉。这些决议绝大多数未经表决即通过。<sup>8</sup> 在其2002年未经表决通过的关于有罪不罚的决议中,委员会确认,实施战争罪的人应该被追诉或引渡。<sup>9</sup>

关于非国际性武装冲突中的战争罪,许多国家会对其进行大赦,但是这在它们自己的国内法院中以及地区法院中常被判定为非法,并且受到了国际社会的批评(见

<sup>3</sup> See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY, Article 11(同上,第343段); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, Article 5(同上,第345段); Comprehensive Agreement on Human Rights in Guatemala, Article III(同上,第347段); 下列国家的声明:澳大利亚(同上,第534段)、德意志民主共和国(同上,第538段)、德国(同上,第539-540段)、意大利(同上,第541段)、斯洛文尼亚(同上,第543段)、南非(同上,第544段)、英国(同上,第547段)、美国(同上,第550-554段)、南斯拉夫(同上,第523段); 还参见据报告的下列国家的实践:阿尔及利亚(同上,第533段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第536段)、美国(同上,第555段)。

<sup>4</sup> 联合国安理会,第978号决议(同上,第558段)、第1193号决议(同上,第559段)、第1199号决议(同上,第560段); 联合国安理会,主席声明(同上,第561-569段)。

<sup>5</sup> 联合国大会,第3号决议( ) (同上,第570段)。

<sup>6</sup> 联合国大会,第2583(XXIV)号决议和2712(XXV)号决议(同上,第571段)、第2840(XXVI)号决议(同上,第572段)、第3074(XXVIII)号决议(同上,第573段)。多数国家对这些决议投了弃权票,一部分国家投了反对票。然而,这是因为有关国家考虑到对于战争罪和危害人类罪的定义不甚明确,并不是反对对战争罪进行调查和起诉。

<sup>7</sup> 联合国安理会,第50/192和51/77号决议(同上,第575段)以及第52/107号决议(同上,第576段)。

<sup>8</sup> UN Commission on Human Rights, 第1994/77号决议(同上,第578段), 第1995/77号决议(同上,第583段), 第1995/91号决议(同上,第584段), 第1999/1号决议(同上,第585段), 第1999/10号决议(同上,第586段), 第2000/58号决议(同上,第587段)。所有决议都采取非投票方式通过,除了第1995/77号决议(同上,第583段)以外,一些国家对第2000/58号决议(同上,第583段)投了弃权票和反对票。但是,它们反对这些决议的原因并非是因为其包含了调查和起诉战争罪的内容,而是因为其他不经投票通过的决议中也包含了这一内容。

<sup>9</sup> UN Commission on Human Rights, 第2000/79号决议(同上,第589段)。

对规则 159 关于授予赦免的评注)。<sup>2</sup> 如前所述,有足够的实践表明,在国际性与非国际性武装冲突中,调查、在适当时起诉被指控有战争罪行的人是各国在习惯国际法下的义务。

### 国际法庭或混合型法庭的审判

各国在成立国际法庭或混合型法庭后,即可解除其调查战争罪和追诉犯罪嫌疑人的义务。许多军事手册、国内判例法和正式声明都对这一事实做出了评论。<sup>2</sup> 第二次世界大战后成立的纽伦堡国际军事法庭和东京国际军事法庭,以及最近由联合国安理会设立的前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭尤其证实了这一点。联合国与塞拉利昂、柬埔寨分别签订协议,建立了塞拉利昂特别法院,以及为了追诉在民主柬埔寨时期发生的战争罪行而在柬埔寨法院内设立特别法庭。第一个设立的与某一特定武装冲突中发生的战争罪行无关的法院是国际刑事法院,它是根据条约设立的。《国际刑事法院规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《塞拉利昂特别法院规约》以及《柬埔寨特别法庭规约》都明确将发生于非国际性武装冲突中的战争罪纳入其管辖范围。<sup>3</sup>

### 难民地位

战争罪嫌疑人不享有难民地位这一观点被广泛接受。这一点尤其被规定在《难

---

<sup>2</sup> 例如,参见:阿根廷, Federal Judge, Cavallo case(同上,第 700 段);智利, Supreme Court, Saavedra case(同上,第 701 段);智利, Appeal Court of Santiago, Videla case(同上,第 702 段);埃塞俄比亚, Special Prosecutor's Office, Mengistu and Others case(同上,第 704 段);西班牙, Sala de lo Penal de la Audiencia, Pinochet case(同上,第 706 段);Inter-American Commission on Human Rights, 10.480 case(萨尔瓦多)(同上,第 757 段);联合国安理会,第 1315 号决议(同上,第 725 段);UN Commission on Human Rights, 第 2002/79(同上,第 734 段);UN Secretary-General, Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone(同上,第 738 段);UN Secretary-General, Report on the protection of civilians in armed conflicts(同上,第 739 段)。

<sup>2</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 355 段)、澳大利亚(同上,第 144 段)、法国(同上,第 148 段)、韩国(同上,第 149 段)、瑞士(同上,第 156、381 段)、英国(同上,第 157 段)、美国(同上,第 159 - 160 段、第 369 段)、南斯拉夫(同上,第 162、388 段);英国, House of Lords, Pinochet extradition case (Opinion of Lord Phillips of Worth Matravers)(同上,第 270 段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Altstetter (The Justice Trial) case(同上,第 272 段);还参见下列国家的声明:埃及(同上,第 613 段)、伊朗(同上,第 613 段)、巴基斯坦(同上,第 613 段)、沙特阿拉伯(同上,第 613 段)、塞内加尔(同上,第 613 段)、土耳其(同上,第 613 段)、英国(同上,第 287 段)。

<sup>3</sup> 《国际刑事法院规约》第 8(2)(c)条以及第 8(2)(e)条(同上,第 3 段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4 条(同上,第 15 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Articles 3 and 4; Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, Articles 6 - 7.

民地位公约》中,许多国家的实践也是如此。<sup>2</sup> 1994年,针对卢旺达局势,联合国安理会强调指出,“卷入(严重违反国际人道法行为)的人不能通过出逃的方式而免于被追诉”,而且“《关于难民地位的公约》条款不适用于此类人”。<sup>3</sup> 将战争嫌疑人排除在受庇护的范围之外得到了联合国大会《关于领土庇护的宣言》以及《关于侦查、逮捕、引渡和惩罚战争犯的国际合作原则》的第3074(XXV III)号决议的支持。<sup>4</sup>

规则 159 在敌对行动结束时,除被怀疑、指控或判处犯有战争罪的人员之外,当权当局对参加非国际性武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人,应给予尽可能最广泛的赦免。

## 实践

### 第2卷,第44章,D节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 非国际性武装冲突

官方在敌对行动结束以后应尽力实施最大可能的赦免这项义务规定在《第二附加议定书》中。<sup>2</sup> 从那时开始,许多国家通过特别协议<sup>3</sup>、立法<sup>4</sup>或其他措施<sup>5</sup>来对参

<sup>2</sup> 《难民公约》第1(6)(a)条。例如,参见:澳大利亚,Defence Force Manual(参见第2卷,第44章,第636段);荷兰,Council of State, Administrative Law Division, Ahmed case(同上,第638段);美国,Court of Appeal, Demjanjuk case(同上,第639段);以及据报告的下面两国的实践:荷兰(同上,第640段)和美国(同上,第641段)。

<sup>3</sup> 联合国安理会,主席声明(同上,第642段)。

<sup>4</sup> 联合国大会,第2312(XXII)号决议(同上,第643段)以及第3074(XXV III)号决议(同上,第644段)。

<sup>2</sup> 《第二附加议定书》第6(5)条(经协商一致通过)(同上,第651段)。

<sup>3</sup> See, e.g., Esquipulas Accords(同上,第652段); Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons(同上,第653段); Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accord(同上,第634段); Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina(同上,第656段); Cotonou Agreement on Liberia(同上,第657段); General Amnesty Proclamation Order annexed to the Sudan Peace Agreement(同上,第659段); Moscow Agreement on Tajikistan(同上,第661段); Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the RUF(同上,第668段); and Protocol to the Arusha Peace and Reconciliation Agreement for Burundi(同上,第669段)。

<sup>4</sup> 例如,参见下列国家的立法:阿尔及利亚(同上,第673段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第678-680段)、布隆迪(同上,第681段)、智利(同上,第682段)、哥伦比亚(同上,第683段)、克罗地亚(同上,第684段)、萨尔瓦多(同上,第685段)、危地马拉(同上,第688段)、秘鲁(同上,第690段)、俄罗斯(同上,第691段)、南非(同上,第693段)、塔吉克斯坦(同上,第694-696段)、津巴布韦(同上,第699段)。

<sup>5</sup> 例如,参见下列国家的声明:前南斯拉夫马其顿共和国(同上,第709段)、卢旺达(同上,第711段)、菲律宾(同上,第713-715段);以及据报告的下面两国的实践:马来西亚(同上,第710段)和卢旺达(同上,第712段)。

加非国际性武装冲突的人员进行赦免。

联合国安理会鼓励实施此种赦免,例如,在关于反抗南非种族隔离的斗争中、在安哥拉以及克罗地亚发生的冲突中。<sup>3</sup> 与此类似,联合国大会通过决议,鼓励就阿富汗和科索沃发生的冲突给予赦免。<sup>3</sup> 而且,联合国人权委员会就波斯尼亚和黑塞哥维那以及苏丹通过了类似的决议。<sup>3</sup> 一些区域组织也对这种赦免表示欢迎,例如,欧洲联盟和北约就前南斯拉夫的马其顿共和国问题,以及欧洲安全与合作组织(欧安组织)就塔吉克斯坦的问题所发表的声明。<sup>3</sup> 值得一提的是,联合国通过的决议涉及《第二附加议定书》的非缔约国(南非在1995年以前都没有批准《第二附加议定书》、安哥拉、阿富汗、苏丹),而且,并不是所有对这些决议投赞成票的国家都是《第二附加议定书》的缔约国。

除了联合国安理会通过号召南非政府给予种族隔离的反对者以赦免的决议外,其他由联合国通过的决议、以及区域组织发表的声明都采用了鼓励给予赦免以及赞同已经给予的赦免的方式。这表明,在敌对状态结束后,官方并非有给予赦免的绝对义务,而只是被要求其对此进行慎重考虑、并尽力给予赦免。

## 例外

当《第二附加议定书》第6(5)条被通过时,苏联在投票时声明,此条款不能被解释为使那些战争犯、或那些犯有危害人类罪的犯罪分子逃避惩罚。<sup>3</sup> 红十字国际委员会也同意苏联的这一解释。<sup>6</sup> 此种赦免也有违各国调查与起诉在非国际性武装冲突中犯有战争罪的嫌疑人的义务(见规则158)。

许多赦免都特别地将战争罪的嫌疑人、或其他具体列出的违反国际法的罪行的

<sup>1</sup> 联合国安理会,第190和191号决议(同上,第719段)、第473号决议(同上,第720段)、第581号决议(同上,第721段)、第1055号决议(同上,第722段)、第1064号决议(同上,第723段)、第1120号决议(同上,第724段);联合国安理会,主席声明(同上,第726-727段)。

<sup>2</sup> 联合国大会,第47/141号决议(同上,第47/141段)(不经表决通过)、第48/152号决议(不经表决通过)、以及第49/207号决议(不经表决通过)(同上,第729段);第53/164号决议(得到122票赞成、3票反对、34票弃权)(同上,第730段)。

<sup>3</sup> UN Commission on Human Rights,第1996/71号决议(不经表决通过)(同上,第732段),and第1996/73号决议(不经表决通过)(同上,第733段)。

<sup>4</sup> EU, Secretary-General/High Representative CFSP, Communiqué 0039/02(同上,第747段);北约的声明(同上,第748段);OSCE, Press Release(同上,第749段)。

<sup>5</sup> 前苏联,在通过附加议定书的外交大会上的声明(同上,第716段)。

<sup>6</sup> 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第759-760段)。

嫌疑人从其范围中排除出去。<sup>3</sup> 在1994年的“维的拉案”(Videla case)中,智利圣地亚哥上诉法院认为,构成严重破约行为的犯罪是不可受到赦免的。<sup>3</sup> 在1995年的“曼支斯图以及其他案”(Mengistu and Others case)中,埃塞俄比亚特别检察官认为,“不得赦免危害人类罪和战争罪是已稳固确立的习惯和信念。”<sup>9</sup> 在2001年的关于危害人类罪的“卡瓦洛案”(Cavallo case)中,阿根廷联邦法官肯定了这一点。<sup>9</sup> 但是,在1996年的关于真相与和解委员会的合法性的“阿扎珀案”(Azapo case)中,南非宪法法院将《第二附加议定书》第6(5)条解释为,就禁止赦免犯有危害人类罪这一强行法而言,也存在一定的例外。<sup>4</sup> 然而,值得一提的是,真相与和解委员会的工作中并不涉及一揽子的赦免,因为它要求对相关事实完全予以公开。<sup>2</sup>

在关于克罗地亚和塞拉利昂的决议中,联合国安理会确认,赦免不适用于战争罪。<sup>3</sup> 在2002年不经投票通过的关于有罪不罚的决议中,联合国人权委员会<sup>4</sup> 发表了与联合国秘书长在数个报告中<sup>3</sup> 相同的观点。一些区域性组织也认为,赦免的对象不包括战争罪。欧洲议会在前南斯拉夫问题上尤其持这一观点。<sup>4</sup>

国际判例法支持战争罪不能成为赦免的对象这一主张,前南斯拉夫问题国际刑事法庭1998年审理与酷刑有关的“富伦季亚案”(Furundija case)的判决也支持了这

<sup>3</sup> See, e.g., Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and Internally Displaced Persons(同上,第653段); the Agreement on Refugees and Displaced Persons Annexed to the Dayton Accords(同上,第654段); Statute of the Special Court for Sierra Leone(同上,第655段); Agreement between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners(同上,第656段);还参见下列国家的立法:阿尔及利亚(同上,第673段)(排除恐怖分子和破坏行为)、阿根廷(同上,第676段)(排除危害人类罪)、波斯尼亚和黑塞哥维那(联邦)(同上,第679段)、哥伦比亚(同上,第683段)、克罗地亚(同上,第684段)、萨尔瓦多(同上,第685段)、(排除暗杀罗梅罗(Mgr Romero)和赫伯特·阿纳亚(Herbert Anaya),这是为个人获利而绑架或贩毒)、埃塞俄比亚(同上,第687段)(排除危害人类罪)、危地马拉(同上,第688段)、俄罗斯(同上,第691段)、塔吉克斯坦(同上,第695段)、乌拉圭(同上,第697段);还参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第677段)、布隆迪(同上,第646段);还参见下列国家的实践:波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第707段)、前南斯拉夫马其顿共和国(同上,第709段)、菲律宾(同上,第715段)。

<sup>3</sup> 智利,Appeal Court of Santiago, Videla case(同上,第704段)。

<sup>9</sup> 埃塞俄比亚,Special Prosecutor's Office, Mengistu and Others case(同上,第704段)。

<sup>9</sup> 阿根廷,Federal Judge, Cavallo case(同上,第700段)。

<sup>4</sup> 南非,Cape Provincial Division, Azapo case(同上,第705段)。

<sup>2</sup> 参见:南非,The Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 26 July 1995, Chapter 2, Article 3(1)(“委员会应在超越过去冲突和分歧的谅解精神下……通过:(二)对于坦白与其政治目的有关的相关事实或与本法案相符的事项的人员,便利对其给予赦免的方式,致力于促进国家团结与和解”,还参见:Articles 4(c) and 20(1)(c)。

<sup>3</sup> 联合国安理会,第1102号决议(参见第2卷,第44章,第724段)、以及第1315号决议(同上,第725段)。

<sup>4</sup> UN Commission on Human Rights,第2002/79号决议(同上,第734段)。

<sup>3</sup> See, e.g., UN Secretary-General, Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone(同上,第738段) and Report on the protection of civilians in armed conflict(同上,第739段)。

<sup>4</sup> European Parliament, Resolution on human rights in the world and Community human rights policy for the years 1991/1992(同上,第746段)。

一点<sup>2</sup>

人权机构认为赦免违背了国家调查国际法罪行的义务,并违背了不可克减的人权法,如联合国人权事务委员会对《公民权利和政治权利国际公约》第7条(禁止酷刑)的一般性评述。<sup>3</sup> 在一个关于萨尔瓦多1993年的《为巩固和平的一般赦免法》的案件中,美洲人权委员会认为,这部法律违反了《美洲人权公约》以及《日内瓦公约》的共同第3条和《第二附加议定书》的规定。<sup>4</sup> 在2001年关于秘鲁赦免法的合法性的“巴里奥斯—阿尔托斯区案”(Barrios Altos case)的判决中,美洲人权法院指出,不允许对严重侵犯人权的酷刑、法外、即决或任意处决以及强迫失踪等行为给予赦免,因为它们违反了不可克减的权利。<sup>5</sup>

规则 160 时效不适用于战争罪。

实践

第2卷,第44章,E节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性与非国际性武装冲突

1968年的联合国《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》以及1974年《战争罪和反人类罪不适用法定时效的欧洲公约》确立了时效不适用于战争罪和危害人类罪这项规则。<sup>6</sup> 在联合国通过这项公约的讨论中,一些国家认为,禁止时效对战争罪适用是一项新规则,<sup>7</sup> 而另一些国家则认为这项规则已经确立。<sup>8</sup> 认为这项规则是新规则的国家的的主要反对意见是,公约的适用将会有溯及力,因而将违反刑法中不溯及

<sup>2</sup> ICTY, Furundija case, Judgement(同上,第751段)。

<sup>3</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 20 (Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights)(同上,第752段)。

<sup>4</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.480(同上,第757段)。

<sup>5</sup> Inter-American Court of Human Rights, Barrios Altos case(同上,第758段)。

<sup>6</sup> 联合国《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》前言(同上,第763段)和第1条(同上,第764段)(该公约被49个国家批准);European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes, Article 1(同上,第765段)和Article 2(同上,第766段)(该公约被3个国家批准)。

<sup>7</sup> 例如,参见下列国家的声明:巴西(同上,第836段)、希腊(同上,第845段)、比利时(同上,第834段)、塞浦路斯(同上,第841段)、洪都拉斯(同上,第846段)、印度(同上,第848段)、挪威(同上,第851段)、瑞典(同上,第855段)。

<sup>8</sup> 例如,参见下面两个国家的声明:保加利亚(同上,第837段)、捷克斯洛伐克(同上,第842段)。

既往的原则,并且时效原则是当时它们国内刑法中的基本原则。<sup>3</sup> 但是,许多国家认为战争罪具有特殊性,因此,不应该属于一般刑法的范畴,也不应该适用时效制度,并且它们已经执行了时效制度不适用于战争罪的原则。<sup>3</sup>

从1969年到1973年,联合国大会通过了数项决议,号召各国批准联合国《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》,并在1970年欢迎该公约的生效。<sup>6</sup> 多数国家对这些决议投了弃权票,少数国家予以反对。在关于这些决议的讨论中,各国担心的主要因素在于公约中使用的战争罪和危害人类罪缺乏清晰的定义。<sup>3</sup>

近年来,随着国内与国际刑事法庭更加致力于追诉战争罪的趋势日益明显,以及越来越多国家的立法对战争罪规定不受时间限制的管辖权,这种趋势将已有的战争罪不适用时效这项条约规则发展成为习惯法。所以,适用时效将会妨碍各国调查战争罪以及起诉嫌疑犯,这将构成对此类义务的违反(见规则158)。

《国际刑事法院规约》规定,国际刑事法院管辖范围内的犯罪不适用任何时效。这条规定没有受到争议,部分原因是因为,国际刑事法院只对该规约就有关国家生效后实施的行为具有管辖权。<sup>8</sup> 联合国东帝汶过渡行政当局第2000/15号规章也规定,战争罪不适用任何时效。<sup>9</sup>

战争罪不适用时效这项原则还规定在许多军事手册以及许多国家的国内立法之中,包括那些不是联合国和欧洲《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》缔约国的国家。<sup>6</sup> 在这个方面,还存在一些正式声明。例如,1986年,美国照会伊拉克(并非联

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的声明:巴西(同上,第836段)、塞浦路斯(同上,第841段)、希腊(同上,第845段)、洪都拉斯(同上,第846段)、瑞典(同上,第855段)。

<sup>3</sup> 例如,参见下列国家的声明:保加利亚(同上,第837段)、捷克斯洛伐克(同上,第842段)、法国(同上,第843段)、匈牙利(同上,第847段)、印度(同上,第848段)、以色列(同上,第849段)、波兰(同上,第853段)、罗马尼亚(同上,第854段)、乌克兰(同上,第856段)、苏联(同上,第857段)、英国(同上,第858段)、美国(同上,第860段)、乌拉圭(同上,第862段)、南斯拉夫(同上,第864段)。

<sup>6</sup> 联合国大会,第2583(XXIV)号决议(同上,第868段)、第2712(XXV)号决议(同上,第869段)、2840(XXVI)号决议(同上,第870段)。

<sup>3</sup> 对于不适用时效的原则,只有少数反对意见,该意见类似于在通过公约的讨论中所发表的意见(参见脚注252-255及所附内容)。挪威和哥伦比亚申明,其将在对第2538号决议的投票中投弃权票,因为根据其国内法,它们反对该原则(联合国大会决议,A/IC.3/SR.1723,1969年12月3日,A/IC.3/SR.1724,1969年12月3日,以及A/IC.3/SR.1725,1969年12月4日)。法国和土耳其也解释说,其因国内法的原因而弃权(联合国大会决议,A/IC.3/SR.1724,1969年12月3日,第36段和第60段)。玻利维亚声称,其弃权是因为“不适用时效显然是荒谬的”,也“与不溯及既往的刑法原则相冲突”(联合国大会决议,A/IC.3/SR.1725,1969年12月4日,第19段)。

<sup>8</sup> 《国际刑事法院规约》第29条(参见第2卷,第44章,第767段)。

<sup>9</sup> UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 17(1)(同上,第772段)。

<sup>6</sup> 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第773段)、意大利(同上,第775段)、美国(同上,第777-778段);还参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第780段)、比利时(同上,第786段)、刚果(同上,第789段)、德国(同上,第797段)、卢森堡(同上,第805段)、马里(同上,第807段)、尼日尔(同上,第810段)、瑞士(同上,第819段)、塔吉克斯坦(同上,第820段)、乌兹别克斯坦(同上,第821段);以及下列国家的立法草案:布隆迪(同上,第787段)、约旦(同上,第802段)、黎巴嫩(同上,第803段)。

联合国该公约的缔约国) 声明, 犯有战争罪的个人可以在任何时间被起诉, 而不用考虑时效问题。<sup>8</sup> 1993 年, 在给联合国秘书长的来信中, 南斯拉夫也声明, 战争罪不适用时效。<sup>9</sup> 2000 年, 在签署《国际刑事法院规约》时, 埃及声明: “对战争罪的起诉不受时效的限制是一项早已牢固确立的原则。”<sup>10</sup> 在许多并非联合国或欧洲的该公约的缔约国的判例法中, 它们的法庭也裁定, 战争罪不适用时效制度。<sup>11</sup> 重要的是, 一些早期反对禁止适用时效制度的国家, 或那些国内立法对此没有明确表态的国家, 现在都批准了《国际刑事法院规约》或《联合国不适用法定时效公约》, 从而认可了战争罪不适用时效制度这一原则。<sup>12</sup>

《埃塞俄比亚宪法》规定, 时效制度不适用于危害人类罪, 但是它并没有提到战争罪。<sup>13</sup> 然而, 在 1995 年的“门格斯图等人案”(Mengistu and Others case) 中, 埃塞俄比亚特别检察官认为, “对战争罪和危害人类罪的起诉不受时效的限制, 它早已是一项牢固确立的习惯和信念”。<sup>14</sup> 《法国刑法典》规定, 对于种族灭绝和“其他危害人类罪”不适用时效制度。<sup>15</sup> 在 1985 年的“巴尔比耶案”(Barbie case) 中, 法国最高法院认为, 与危害人类罪相比, 在第二次世界大战中犯下的战争罪可适用法律规定的时效制度。<sup>16</sup> 然而, 当联合国经济与社会理事会在 1966 年通过第 1158 (XLI) 号决议时, 法国也是该理事会的成员。该决议认为, “在国际法中确认战争罪和危害人类罪不适用法定时效的原则”是可取的, 该决议还敦促各国“采取各种必要的措施以禁止对战争罪和危害人类罪适用时效制度”。<sup>17</sup> 随后, 在 1967 年联合国通过《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》的讨论中, 法国支持战争罪和危害人类罪不适用时效制度

<sup>8</sup> 美国, 国务院, Department of State, Diplomatic Note to Iraq (同上, 第 861 段)。

<sup>9</sup> 南斯拉夫, 副总理与外交部长, Letter to the UN Secretary-General (同上, 第 865 段)。

<sup>10</sup> 埃及在签署《国际刑事法院规约》时发表的声明 (同上, 第 768 段)。

<sup>11</sup> 参见: 智利, Appeal Court of Santiago, Videla case (同上, 第 827 段); 埃塞俄比亚, Special Prosecutor's Office, Mengistu and Others case (同上, 第 828 段); 意大利, Military Tribunal at Rome, Hass and Priebke case (同上, 第 832 段); 意大利, Supreme Court of Cassation, Hass and Priebke case (同上, 第 832 段)。

<sup>12</sup> 例如, 参见下列国家的立法: 奥地利 (同上, 第 783 段)、哥伦比亚 (同上, 第 788 段)、希腊 (同上, 第 878 段)、马来西亚 (同上, 第 806 段)、马耳他 (同上, 第 878 段)、挪威 (同上, 第 878 段)、葡萄牙 (同上, 第 878 段)、西班牙 (同上, 第 817 - 818 段)、瑞典 (同上, 第 855 段)、土耳其 (同上, 第 878 段) 和乌拉圭 (同上, 第 862 段); 以及下列国家的声明: 巴西 (同上, 第 836 段)、塞浦路斯 (同上, 第 841 段)、希腊 (同上, 第 845 段)、洪都拉斯 (同上, 第 846 段) 和瑞典 (同上, 第 855 段)。然而, 奥地利、巴西、哥伦比亚、塞浦路斯、希腊、洪都拉斯、马耳他、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典以及乌拉圭同时也批准了《国际刑事法院规约》。另外, 西班牙修改了其刑法典, 已明确规定时效不适用于战争罪。乌拉圭批准了联合国《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》(同上, 第 794 段)。

<sup>13</sup> 埃塞俄比亚, Constitution (同上, 第 794 段)。

<sup>14</sup> 埃塞俄比亚, Special Prosecutor's Office, Mengistu and Other case (同上, 第 828 段)。

<sup>15</sup> 法国, Penal Code (同上, 第 795 段)。

<sup>16</sup> 法国, Court of Cassation, Barbie Case (同上, 第 829 段)。

<sup>17</sup> 联合国经社理事会, 第 1158 (XLI) 号决议 (得到 22 票赞成、2 票反对、2 票弃权) (同上, 第 872 段)。

的立场,并签署了《战争罪和反人类罪不适用法定时效欧洲公约》。<sup>1</sup> 此外,法国还批准了《国际刑事法院规约》。

以色列《对纳粹和纳粹合作者惩罚法案》(Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law)规定,对于战争犯的起诉不应有时效限制,但这部法律只适用于在第二次世界大战中由纳粹犯下的罪行。<sup>2</sup> 然而,以色列随后支持了时效不适用于任何战争犯罪的原则。<sup>3</sup> 其他一些国家也同样赋予了其国内法院对第二次世界大战中战争罪的管辖权,<sup>4</sup> 而且这些国家也支持时效不适用于任何战争犯罪的原则。<sup>5</sup> 直到最近,仍有对第二次世界大战中实施的战争罪的有罪判决。<sup>6</sup> 对于发生于几十年前的战争罪,现在才提起诉讼,证据不足常常是成功追诉的障碍。这种实践上的考虑不能削弱时效不适用于任何战争犯罪的原则。

规则 161 各国须在其可能的范围内尽力互相合作,以便利对战争罪的调查以及对犯罪嫌疑人的追诉。

## 实践

第2卷,第43章,F节

## 概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

## 国际性与非国际性武装冲突

《第一附加议定书》和《保护文化财产公约的第二议定书》规定,冲突各方应在就这些条约所列举的战争罪进行侦查和刑事诉讼(包括引渡)方面,彼此提供最大限度

<sup>1</sup> 参见:法国的实践(同上,第765、843段)。

<sup>2</sup> 以色列,Nazi and Nazi Collaboration (Punishment) Law(同上,第800段)。

<sup>3</sup> 参见:以色列的声明(同上,第849段)。

<sup>4</sup> 参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第392段)、中国(同上,第409段)、卢森堡(同上,第805段)、俄罗斯(同上,第812、479段)、英国(同上,第498段)、美国(同上,第501-503段)。

<sup>5</sup> 参见支持本规则的国家实践:澳大利亚(同上,第773段)、卢森堡(同上,第805段)、俄罗斯(同上,第813、857段)、美国(同上,第777-778段)。中国没有相反的实践。《英国军事手册》声明,“其愿意与两个或两个以上的交战国在和平条约甚至普遍停战协议中,一致同意自停战协议签订之日起或一个各方同意的日期起,各方将不再发动对战争罪的审判。”(同上,第776段)。这一条可以被理解为一个反面实践。然而,这是1958年的文件,即在联合国和欧洲关于战争罪和反人类罪不适用时效公约通过之前制定的,英国现在已批注了《国际刑事法院规约》,因此承认了战争罪、至少是该规约规定的战争罪不适用时效制度。

<sup>6</sup> 例如,参见:澳大利亚,High Court, Polyukhovich case(同上,第515段);加拿大,High Court, Finta case(同上,第250段);加拿大,Supreme Court, Finta case(同上,第250段);美国,Court of Appeals, Demjanjuk case(同上,第273段)。

的协助。<sup>2</sup> 同样的条款也出现在《欧洲刑事司法协助公约》、《非洲联盟关于禁止雇佣兵公约》、《联合国雇佣兵公约》、《美国和苏联关于追捕纳粹罪犯谅解备忘录》等文件中。<sup>3</sup>

1989年,联合国安理会敦促各国在禁止劫持人质方面相互合作。<sup>4</sup> 1998年,它敦促各国与刚果民主共和国和卢旺达合作,调查与起诉违反国际人道法的犯罪。<sup>5</sup> 联合国大会在1970年至1973年间通过数项决议,号召各国在调查与起诉战争嫌疑犯上进行合作。<sup>6</sup> 值得注意的是,大多数国家对这些决议投了弃权票,但是主要原因是决议所指的战争罪没有清晰的定义。<sup>7</sup> 在全体一致且未经投票便通过的两个决议中,联合国人权委员会也要求国家采取必要措施进行合作,以确保对犯有战争罪和危害人类罪的罪犯进行起诉。<sup>8</sup> 联合国大会的投票记录、以及联合国安理会和联合国人权委员会是敦促而不是号召各国开展合作表明,在习惯国际法上,各国似乎没有必须合作的义务,而只是存在对各国尽力秉着善意进行合作的期待。重要的是,美国虽然不是《第一附加议定书》的缔约国,但它在1987年表示支持适当局“秉着善意尽力相互合作”的原则。<sup>9</sup>

因此,似乎已经普遍接受这一原则,即各国必须为便利对战争嫌疑犯的调查和审判而在可能的范围内尽力相互合作,并且在这一点上,各国未对发生在国际性武装冲突中的战争罪和非国际性武装冲突中的战争罪作出区分。各决议中提到的合作的形式包括调查、交换文件、逮捕、起诉和引渡。

## 引渡

在条约法和国内法存在着统一的实践,即战争罪根据引渡条约是可引渡的罪行。然而,引渡战争罪嫌疑犯似乎并不是一项义务。《第一附加议定书》规定:“当情况许可时,(国家)应在引渡事项上合作。”它还规定,它们“应对被控罪行发生地国家的请求给予适当考虑”。<sup>10</sup> 所有的引渡协议都包括引渡所需要的条件(典型性的规定是,

<sup>2</sup> 《第一附加议定书》第88条(经协商一致通过)(同上,第886段);《保护文化财产公约第二议定书》第19条(同上,第890段)。

<sup>3</sup> European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Article 1(1)(同上,第885段); OAU Convention against Mercenarism, Article 10(同上,第887段); UN Mercenary Convention, Article 13(同上,第888段); United States-Soviet Memorandum of Understanding on the Pursuit of Nazi War Criminals, Article 1(同上,第889段)。

<sup>4</sup> 联合国安理会,第638号决议(同上,第913段)。

<sup>5</sup> 联合国安理会,主席声明(同上,第914段)。

<sup>6</sup> 联合国大会,第2712(XXV)号决议(同上,第915段)、第2840(XXVI)号决议(同上,第916段)、第3020(XXVII)号决议(同上,第917段)、以及第3074(XXVIII)号决议(同上,第918段)。

<sup>7</sup> 参见:注释1、注释2以及随同的文件。

<sup>8</sup> 联合国人权委员会,第3号决议(XXI)(同上,第919段);以及第1998/47号决议(同上,第920段)。

<sup>9</sup> 美国,Remarks of the Deputy Legal Advisor of the Department of State(同上,第909段)。

<sup>10</sup> 《第一附加议定书》第88(2)条(同上,第936段)。

该违法行为在两个国家应都被认为是被规定了一定最低刑罚的犯罪行为)。但应当注意的是,将嫌疑犯引渡到一个将会使其受到酷刑或残忍的或非人道待遇或惩罚的国家是违反国际法的行为。虽然有一些同意引渡的案例,如1995年的“普里布克案”(Priebke case)和2001年的“卡瓦洛案”(Cavallo case),但是也有拒绝引渡的例子。其中的原因包括,但不限于与请求国没有引渡条约的情况,如1974年的“巴尔比耶引渡案”(Barbie extradition case)。<sup>8</sup> 许多国家特别规定拒绝引渡本国国民。<sup>8</sup>

许多双边和区域性引渡条约以及国内立法明确规定,“政治犯罪”不引渡,但该例外不适用于违反国际法的罪行。<sup>8</sup> 其他一些条约也规定了此项原则。<sup>9</sup> 它已在国内判例法中得到适用。<sup>9</sup>

实践表明,起诉战争罪嫌疑犯的合作包括经请求的引渡,但要符合一定条件。没有任何迹象表明,这项规则对于国际性武装冲突和非国际性武装冲突下的犯罪应分别予以考虑。如果引渡被拒绝,那么在严重破约或多边条约基于普遍管辖而规定或引渡或追诉的其他罪行的情况下,被请求国就应自行审判被指控的罪犯。如果是其他犯罪,国家应遵循规则158,启动调查或起诉程序。

## 与国际法庭的合作

各种国际法庭规约对合作有专门规定。这种合作或者根据条约进行,如《国际刑事法院规约》,或者为履行联合国安理会有约束力的决议而进行,如根据《联合国

<sup>8</sup> 阿根廷,Supreme Court Justice,Priebke case(参见第2卷,第44章,第971段);墨西哥,Federal Court of the First Circuit,Cavallo case(同上,第974段);玻利维亚,Supreme Court,Barbie Extradition Case(同上,第972段)。然而,需要注意的是,克劳斯·巴尔比耶(Klaus Barbie)后来被从玻利维亚驱逐到法国。

<sup>8</sup> 例如,参见下列国家的实践:比利时(同上,第1024段)、克罗地亚(同上,第1010段)、立陶宛(同上,第1015段)、蒙古(同上,第1003段)、俄罗斯(同上,第1017段)、卢旺达(同上,第1018段)、西班牙(同上,第1019段)、也门(同上,第1020段)、南斯拉夫(同上,第1021段);还参见对本国国民有明确例外规定的双边引渡条约(同上,第994段),尽管也有排除这个例外的其他条约(同上,第995、996、999、1001、1004段)。

<sup>8</sup> See, e. g., Extradition Treaty between Brazil and Peru, Article 4(同上,第1030段); European Convention on Extradition, Article 3(1)(同上,第1032段); Extradition Treaty between Venezuela and Chile, Article 4(5)(同上,第1034段); Additional Protocol to the European Convention on Extradition, Article 1(同上,第1036段); Extradition Treaty between Spain and Argentina, Article 5(同上,第1038段); Extradition Treaty between Spain and Chile, Article 5(1)(同上,第1039段); Extradition Treaty between Australia and Chile., Article IV(1)(同上,第1040段); Extradition Treaty between Argentina and United States, Article 4(同上,第1042段)。下列国家的立法:阿根廷(同上,第1047段)、卢森堡(同上,第1052段)、荷兰(同上,第1053段)、秘鲁(同上,第1054段)、葡萄牙(同上,第1055段)、西班牙(同上,第1057段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:《灭种罪公约》第7条(同上,第1031段);《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第11条(同上,第1035段); Inter-American Convention on Forced Disappearance, Article 5(同上,第1041段);《保护文化财产公约第二议定书》第20条(同上,第1043段)。

<sup>9</sup> 例如,参见:新西兰,Military Manual(同上,第1045段)(提到了加纳,Court of Appeal,Schumann Extradition case(1949));阿根廷,Supreme Court of Justice,Bohne case(同上,第1059段)。

宪章》第七章设立的法庭。<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> 《国际刑事法院规约》第 86 - 101 条(同上,第 1070 段)和第 93 条(同上,第 1071 段);联合国安理会,第 827 号决议(同上,第 1125 段)(关于与前南斯拉夫问题国际刑事法庭合作)和第 955 号决议(同上,第 1127 段)(关于与卢旺达问题国际刑事法庭合作)。