

## 国际刑事法院筹备委员会：战争罪的构成要件

### 第二部分：严重违反适用于国际性和非国际性武装冲突的法规 and 惯例的其他行为

克努特·德曼

在《评论》九月刊中，作者讨论了国际刑事法院筹备委员会关于严重违反 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》共同第 3 条的犯罪构成要件方面谈判的结果<sup>1</sup>。本文将完成对筹备委员会工作的概述，并将分析与严重违反适用于国际性和非国际性武装冲突的法律和习惯的其他罪行相关的决定。

首先，值得一提的是到 2000 年 12 月 31 日已有多达 139 个国家签署了《罗马规约》，超出了在罗马投票赞成该规约的国家的数字（120 个国家）。而批准加入《罗马规约》的国家数字在 2000 年后半年已增加至 27 个国家<sup>2</sup>，另外还有几个国家即将完成它们国内的批准程序。这些数字无疑是一个令人鼓舞的迹象，即：国际刑事法院在不久的将来就会成为现实。

下面的分析主要是关于国际刑事法院规约第 8(2)(b)和(e)条所界定的战争罪的构成要件，即“严重违反适用于国际性和非国际性武装冲突的法规 and 惯例的其他行为”。由于篇幅的原因，此分析仅局限于一些罪行以及与之相关的有争议的话题。依据国际刑事法院筹备委员会的授权，在罗马规约中犯罪构成要件所起的作用、以及 2000 年 7 月 30 日国际刑事法院筹备委员会对犯罪构成要件所采纳的细节，均已在《评论》2000 年 9 月所发表的文章中有所阐述<sup>3</sup>。

与 8(2)(a)和(c)条所规定的战争罪相同，国际刑事法院筹备委员会对第 8(2)(b)和(e)条所界定的罪行的讨论，在很大程度上是以美国的建议<sup>4</sup>、以及瑞典、匈牙利和哥斯达黎加的联合建议<sup>5</sup>为基础的。这两者均涵盖了本文评论部分所涉及的所有罪行，同时也是以由日本、西班牙和哥伦比亚代表团所提交的其他建议和文件为基础的。红十字国际委员会关于犯罪构成要件的研究的剩余部分，同其他部分一样，被比利时、哥斯达黎加、芬兰、匈牙利、韩国、南非以及瑞典提交给会议<sup>6</sup>。

再者，应当提醒的是犯罪构成要件文件<sup>7</sup>中的“总体介绍”同样适用于国际刑事法院规约的第 8(2)(b)和(e)条中的战争罪。

### 国际刑事法院规约 8(2)(b)条中的战争罪：在国际性武装冲突中的严重违反行为

第 8(2)(b)条所界定的战争罪，包括“严重违反适用于国际性和非国际性武装冲突的法规 and 惯例的其他行为”。它们有不同的渊源，尤其是 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》的 1977 年附加议定书，即：有关对国际性武装冲突的受害者的保护的《第一附加议定书》、和 1907 年

---

\*作者系日内瓦红十字国际委员会法律部法律顾问。是出席国际刑事法院筹备委员会的红十字国际委员会代表团的成员。本文部分依据作者此前已发表的文章，如“犯罪构成要件中的战争罪”，“国际法下罪行的国际及国内起诉：目前的发展”，以及“国际刑事法院筹备委员会的第一和第二会议”，《国际人道法年鉴》，1999 年第二卷，海牙，1999，第 283 页至 306 页。本文反映的仅是作者自己的观点，并不代表红十字国际委员会。

<sup>1</sup>克努特·德曼：“国际刑事法院筹备委员会：战争罪的构成要件 -- 严重违反 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》共同第三条的行为”，《红十字国际评论》第 839 期，2000 年 9 月，第 771—796 页。

<sup>2</sup>澳大利亚、比利时、伯利兹、博茨瓦纳、加拿大、斐济、芬兰、法国、加蓬、德国、加纳、冰岛、意大利、莱索托、卢森堡、马里、马歇尔群岛、新西兰、挪威、圣马力诺、塞拉利昂、南非、西班牙、塔吉克斯坦、特立尼达和多巴哥、委内瑞拉。

<sup>3</sup>克努特·德曼：“国际刑事法院筹备委员会：战争罪的构成要件 -- 严重违反 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》共同第三条的行为”，《红十字国际评论》，第 839 期，2000 年 9 月，第 771—773 页。

<sup>4</sup>联合国文件：PCNICC/1999/dp.4/Add.1.

<sup>5</sup>联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/DP.8；联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/DP.10；联合国文件：PCNICC/1999/DP.22；联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/DP.37.

<sup>6</sup>联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/INF.2；联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/INF.2/ADD.1；联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/INF.2/ADD.2；联合国文件：PCNICC/1999/WGEC/INF.2/QDD.3.

<sup>7</sup>克努特·德曼：“国际刑事法院筹备委员会：战争罪的构成要件 -- 严重违反 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》共同第三条的行为”，《红十字国际评论》，第 839 期，2000 年 9 月，第 774-779 页。

《海牙公约》的《第四公约》（即：《有关陆战法规和惯例的海牙规定》），以及禁止使用特殊武器的不同规则。

### 适用 8(2)(b)条中所有罪行的构成要件

第 8(2)(b)条所列的罪行的构成要件，由两个每一罪行都重复的一般要件所组成，描述了实质性的适用范围、以及同客观要件相一致的主观要件：

行为发生在国际性武装性冲突中或与之有关；

犯罪者意识到构成武装冲突存在的真实情形。

上述对背景以及相关的主观要件规定的构成要件是 8(2)(a)条所列战争罪的构成要件的翻版。因此，《评论》九月刊中所作的评同样也适用于本处所列的罪行<sup>8</sup>。

### 适用第 8(2)(b)条中罪行的特殊构成要件

#### (a)源自海牙规则的战争

第 8(2)(b)条的许多罪行的定义，其实是《海牙规定》所含规则的重复，例如：8(2)(b)(v),(vi),(xi),(xii)和(xiii)条。然而，1977 年的《第一附加议定书》采纳了一些“现代”语言，重新确定和发展了这些原则中的一部分。国际刑事法院筹备委员会对这种新语言能够在多大程度上被用在起草犯罪构成要件方面，展开了激烈的争论。关于是否使用《第一附加议定书》的语言去阐明犯罪的构成要件，最后决定是以个案为基础而制定。下列的例子可用来说明国际刑事法院筹备委员会所采用的方法。

源自于《海牙规定》的“背信弃义的杀、伤属于敌国或敌军的人员罪”（《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xi)条），在背信弃义的禁止方面与第一附加议定书的第 37 条有一定的联系<sup>9</sup>。第 37 条所规定的背信弃义的概念既是广义的又是狭义的。它不仅包括用背信弃义的方式杀害或伤害敌人，也包括俘获敌人。而后者并没有包括在《海牙规定》的 23(b)条中。然而，《海牙规定》似乎也包括并不属于《第一附加议定书》第 37 条的暗杀<sup>10</sup>行为<sup>11</sup>。

经过讨论，国际刑事法院筹备委员会决定：为了符合战争罪的目的，使用第 37 条“禁止背信弃义”的内容和语言来阐明“背信弃义”的意思。根据《国际刑事法院规约》的规定，此罪行仅局限于杀害或伤害敌人，不包括以背信弃义的行为俘获敌人。这有别于《第一附加议定书》第 37 条的规定，

在罪行构成要件中采纳关于杀、伤已经放下武器或丧失自卫能力并已无条件投降的战斗员（《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(vi)条）的文本，是一个很好的例证。国际刑事法院筹备委员会同意《第一附加议定书》第 41 条的术语“退出战斗”是对源自于《海牙规定》的旧观念的正确的“翻译”。“退出战斗”的概念被赋予广义上的解释。它替代了旧的海牙公约用语以及合并了例如在《第一附加议定书》<sup>12</sup>第 41 和 42<sup>13</sup>条所规定的情形。

<sup>8</sup> 同上，第 779—782 页

<sup>9</sup> 第一附加议定书 37 (1) 条相关部分如下：禁止以背信弃义的方式杀、伤或俘获敌人。诱取敌人的信任，使敌人相信其有权受到适用于武装冲突的国际法规则的保护或相信其有义务同此保护相一致，随后又故意背弃此信任的行为，应构成背信弃义。

<sup>10</sup> 参见，奥本海和劳特派特：《国际法：条约》，第二卷，伦敦，1952 年，第 342 页。该书里举了关于禁止“背信弃义行为”的例子，即“不雇用刺客；不对战斗员的进行暗杀行为；不悬赏敌人首脑的首级；禁止驱逐和放逐；禁止做出假装投降；禁止伪装生病或受伤。”

<sup>11</sup> 《第一附加议定书》第 37 条对《海牙规定》制定的传统规则的影响是不明确的。例如：伊派生总结道：第 37 条被大多数国家所接受的事实表明没有比第 37 条更广泛的禁止背信弃义行为的国际习惯法。”伊派生，“背信弃义”，国际公法大百科全书，第三卷，1997 年，第 980 页。然而，两个术语在《禁止或限制适用地雷、陷阱以及其他设施》的 1980 年议定书中以同样的地位使用。第 6 条（有关陷阱的类型）同样出现在其 1996 年修正文本第 7 条中。

<sup>12</sup> 第一附加议定书第 41 条如下：

“如有下列情况则视为失去战斗力：

在对“下令弑无赦”战争罪（《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xii)条）的讨论中，国际刑事法院筹备委员会用《第一附加议定书》第 40 条的现代语言（“弑无赦”）来解释“不投降”的概念。筹委会拒绝了最初的建议，一致同意：仅仅是一个类似“弑无赦”的命令就可以构成此罪，而不要求下了命令后就非要有一个结果（例如：在特殊的情况下可能连一个生还者也没有）。一些代表则进一步提出一种观点，如果仅仅是一个既没有权力也没有实施手段的人毫无目的宣告，这种宣告则不值得引起国际刑事法院注意。因此，关于这一罪行的第二个和（尤其是）第三个要件因此被提了出来，即：“2. 这宣告或命令，是为了威胁敌人、或以没有生还者为根据而从事进行的敌对行为的。3. 犯罪者的身份，使其能有效指挥或控制接受宣告或命令的下级武装力量。”

对于“以任何手段攻击或轰击非军事目标的不设防城镇、村庄、住所或建筑物”的战争罪（《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(v)条），国际刑事法院筹备委员会决定严格遵守《海牙规定》（《海牙规定》第 25 条），不使用《第一附加议定书》第 59 条中的用语，尤其是该条款第二段所规定的条件。有争论说《海牙公约》适用的范围较宽。然而，被加上的犯罪构成要件的第 38 脚注<sup>14</sup>，仅仅是对《第一附加议定书》第 59(3)条所作的细微改动。

### (b) 关于敌对行为的战争罪

总的来说，关于敌对行为的战争罪（《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(i)、(ii)、(iii)、(iv)、(ix)、(xxiii)、(xxiv)和(xxv)条）是讨论中争论的焦点。以下各段将列出最有争议的要点。

关于在第 8(2)(b)(i)<sup>15</sup>、(ii)<sup>16</sup>、(iii)<sup>17</sup>、(ix)<sup>18</sup>和(xxiv)<sup>19</sup>条中所涉及的“非法攻击被保护的人或物体”等几种特殊类型的战争罪，国际刑事法院筹备委员会集中争论了这些战争罪是否需要一个行动所引起的结果，即：如同《第一附加议定书》第 85(3)和(4)(d)条所界定的严重违反行为一样，引起诸如死亡或对身体健康的严重伤害以及/或者过度的破坏。大多数代表指出：在罗马外交会议中，故意略去了必须达到一个特定结果的要求。他们认为：关于第 8(2)(b)(i)条中的罪行，如果命令攻击平民或者个人平民，只是由于武器系统的原因而使攻击目标没被打中，这样也应被认定构成此罪。但也有人认为：一般来说，基于《第一附加议定书》规定的战争罪要求有严重违反的结果。因此在由于武器的原因而使行为没有结果时，应仅仅被认为是具有“犯罪企图”。但是筹备委员会采纳了大多数人的观点，拒绝要求攻击必须达到一个结果。据此可以认为：《罗马规约》里的定义是支持定罪标准较低的这一立场。但《罗马规约》的其他地方有对行为要求有结果的明确规定，如第 8(2)(b)(vii)条关于（“不当使用休战旗，敌方或联合国的旗帜以及军事标志和制服，以及《日内瓦公约》所订特殊标志，致使人员死亡和重伤”的规定。因此可以得出这样的结论：同有关“严重违反”方面的规定相比，《罗马规约》在“非法攻击被保护的人或物体”等几种特殊类型的战争罪，故意选择了一个较低的起点。

另一个引起争论激烈的话题，是如何解释“故意”向该罪行所界定的人或物体“下令攻击”。争论的焦点是：“故意”这个术语是仅仅指“攻击”本身还是也包括攻击的对象。最终

---

(a) 已处于敌方权力控制之下；

(b) 明示投降的意图；或

(c) 因伤或病而失去知觉或无能力，因而不能自卫。

只要在上述情形下不从事任何敌对行为，并不企图脱逃。”

<sup>13</sup> 第一附加议定书第 42 (1) 条如下：

“1. 从遇难飞机上跳伞降落的任何人在其降落中，均不应成为攻击的对象。”

<sup>14</sup> 1949《日内瓦公约》所特别保护的人的地点以及仅仅为了维持法律和规定的目的而保留的警察武装力量的地点的存在本身不能使这个地点成为军事目标。

<sup>15</sup> 故意指令攻击平民人口本身或未直接参加敌对行动的个人平民。

<sup>16</sup> 故意指令攻击民用物体即非军事目标的物体。

<sup>17</sup> 故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的人员、设施、物资、单位或车辆，如果这些人员和物体有权得到武装冲突国际法规给予平民和民用物体的保护。

<sup>18</sup> 故意指令攻击专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念碑、医院、伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标。

<sup>19</sup> 故意指令攻击依照国际法使用《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人员。

筹备委员会采纳了后者。例如，对于攻击平民的战争罪（第 8(2)(b)(i)条），相关的构成要件如下：

- 犯罪者指令攻击。
- 攻击的对象是没有直接参与敌对行动的平民或者个人平民。
- 犯罪者有意把没有直接参与敌对行动的平民或个人平民作为攻击的对象。

这样，罪行因此要求犯罪者有意进行攻击（这与《国际刑事法院规约》第 30(2)条的规定<sup>20</sup>相一致。第 30(2)条的规定和一般介绍中的第二段规定犯罪者必须具有其所犯行为的意愿），以及他或她有意将平民作为攻击的对象。在构成要件中对后者故意的要求，可被看作是对规约第 30 条规定中违约规则的适用。在这个特殊例子中，此规定第 2(b)分段中所界定的标准将适用，例如：犯罪者有意造成该结果，或意识到事态的一般发展会产生该结果。考虑到犯罪的构成要件的一般介绍的第二段，插入第三要素似乎是没有必要的。但是，“故意”包含在规约中以及插入增加了更多的确定性这一事实，使它的存在更具有正当性。

在这一背景下，看一下前南斯拉夫国际刑事法庭的一起案件中所表达的起诉观点和法庭对涉及非法攻击的战争罪的决定，是非常有意义的。

在布拉斯季奇一案中，起诉方认为：“以所有违反规约第 3 条（同非法的攻击相联系）的行为为特征的犯罪动机，是故意的作为或不作为，这是一个包括犯罪故意也包括能够同严重的刑事疏忽相提并论的疏忽大意的概念”<sup>21</sup>。另外，对“非法攻击罪”的确定，必须要满足下列要求：

- a) 对居民或个人的平民地位是了解的或应当了解的；
- b) 攻击是有意针对平民或个人平民的<sup>22</sup>。

检察官采纳了《第一附加议定书》第 85(3)条规定的“故意”这一心理要件，并依据红十字国际委员会关于这个规定的评论的观点，将它解释为包括“故意”和“疏忽大意”<sup>23</sup>。原因是《第一附加议定书》对上级定了一个较宽范围的义务，以确保他们的权力同法律相一致，以确保避免对平民的直接攻击<sup>24</sup>。在前述所列的布拉斯季奇一案中，前南斯拉夫国际刑事法庭认为：

“这样的攻击必须是在知道或者不可能不知道，那些平民被作为目标而故意进行的”<sup>25</sup>。

以这些渊源为基础，可以认为：所要求的犯罪动机，可以从在进行攻击之前或进攻中没有采取必要的预防措施（根据《第一附加议定书》第 57 条。例如：尽可能确定予以攻击的目标）这一事实中推断出来。这适用于所有上述提到的关于针对应当受保护的人或物体进行攻击的战争罪。

第 8(2)(b)(i)条所规定的战争罪的构成要件，与敌对行为相联系的其他战争罪的构成要件在结构上一样，除了第 8(2)(b)(xxiv)条所规定的战争罪这一例外，即：“故意指令攻击依照国际法使用《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人员”。这一文本采取了一读所采纳的犯罪的构成要件最初的结构<sup>26</sup>。由于在二读后由筹备委员会所采纳的关

<sup>20</sup> 《国际刑事法院规约》第 30 条内容如下：

“1. 除另有规定外，只有当某人在故意和明知的情况下实施犯罪的物质要件，该人才对本院管辖权内的犯罪负刑事责任，并受处罚。

2. 为本条之目的，有下列情形之一的，即可认定某人具有故意：

(a) 就行为而言，该人有意从事该行为；

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

3. 为本条之目的，‘明知’是指意识到存在某种情况，或者事态的一般发展会产生某种结果。“知道”和“明知的”应当作相应的解释。

<sup>21</sup> 前南斯拉夫国际刑事法庭判决，*检察官诉布拉斯季奇*，IT-95-14，179 段

<sup>22</sup> 引自费尼瑞克：“第一例企图对敌对犯罪行为的裁定：对在*检察官诉布拉斯季奇*案中前南法庭判决的评论，”200 年国际法雷登杂志。

<sup>23</sup> 关于对第 85 段的评论，参见 Y. 塞多滋、C. 斯威纳西基、B. 基米：《对 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》的 1977 年 7 月 8 日附加议定书的评论》，红十字国际委员会，日内瓦，1987 年，第 3474 段，第 994 页。

<sup>24</sup> 同注 22。

<sup>25</sup> 同注 21，第 180 段。

<sup>26</sup> 相关的要件如下：

于非法攻击的战争罪新的结构被认为适用于一般介绍所规定的规则，于是存在这一表述是草案错误的结果的可能性<sup>27</sup>。但起草者认为这一调整不会影响原草案实质方面的结构。

后者的战争罪，由犯罪的构成要件所证明。通过的文本就是《罗马规约》文本的翻版。不同的是要件一中的“表明受保护身份的其他方法”。它要求犯罪者所攻击的目标或场所，是“根据国际法使用表明其受《日内瓦公约》所保护的特殊的标志以及其他表明身份的方法”。这句增加的词语，用于强调了一个受《日内瓦公约》保护的地位也可以由其他特有的标志所表明，如灯光标志、电台标志或者电子鉴定<sup>28</sup>。筹备委员会认识到此罪的最主要之处，在于对以可认知的方式所保护的人员或财产的攻击。

如同前述战争罪的例子一样，筹备委员会在“故意发动攻击，明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏，或致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏，其程度与预期得到的具体的和直接的整体军事利益相比是显然过分的”的战争罪（第 8(2)(b)(iv)条）是否像《第一附加议定书》第 85(3)条为严重违反所规定的一样而需要一个结果的问题上，进行了争论。除了已经提到的争论以外，支持这一要求的代表们认为他们的观点被《罗马规约》所支持，主张需要结果的要求在“这种攻击将会造成”这一用语中有所表明，以及造成的损害必须是过分的（这一要求高于《第一附加议定书》），该议定书并没有要求达到特定的数量，而只是要求死亡或对身体或健康的严重伤害）。然而，大多数的代表认为：如果实施了对军事目标的攻击，但仅仅是因为武器系统的故障，预期的过分的伤害或损害并没有发生，那么，该罪行也应被认为成立。最终，筹备委员会又一次采纳了大多数代表的观点，从而拒绝了要求攻击必须有一个特定的结果的意见。

另一个筹备委员会争论的焦点，是关于采纳评论中“具体的直接的整体军事利益”的术语的问题。这一术语曾是罗马外交会议中棘手的谈判内容。筹备委员会的一些代表认为不应包括任何评论；而另一些代表们则愿意保留某些解释性注释。最终，在经过几次艰难的非正式的协商后，下列关于“具体的直接的整体军事利益”的定义被合并在这种战争罪构成要件的最后文本中，即：

“‘具体的直接的整体军事利益’的用语，是指可以由犯罪者在相关时间内预见的军事利益。这种利益可以是也可以不是暂时地或在地理方面同攻击的目标相联系。这种罪行所含合法附带伤害，或间接损害的可能性这一事实，也不能为任何违反适用于武装冲突的法律的行为作辩护。它也不能为战争和同诉诸战争权相联系的其他规定作辩护。它反映了在决定武装冲突情形中所发生的任何军事行为的合法性中所固有的‘比例原则’的要求。”

这一文本反映了一种妥协，主要是没有必要在相同点上有联系的双方利益之间的妥协，并澄清了一些不同的观点。本质上，“这种罪行承认合法附带伤害或间接的损害这一事实并不能以任何方式为违反适用于武装冲突的法律作辩护”这句话是要强调：

“为了符合要求，必须是攻击军事目标、且不能使用与目标不成比例的方法。必须使用仅仅能破坏那个目标的方法来进行攻击。攻击的结果必须被限制在附加议定书的要求之内；另外，即使这些条件都被满足，附带造成的平民的伤亡和伤害，也不能是过分的”<sup>29</sup>。

筹备委员会对术语“具体的直接的整体军事利益”的评论，突出了国际人道法都适用于武装冲突，而不论冲突的原因或双方的动机这一点。它强调了与目前讨论情况无关的诉诸战争权，和与“成比例原则”唯一相关的作战方法和手段的之间在本质上的不同。这些陈述都是现存法律的客观反映。澄清这点无疑是非常有价值的。

---

<sup>1</sup> 犯罪者攻击依照国际法受《日内瓦公约》所保护的的使用特殊标志或其他表明身份的方法的一人或多人、建筑物、医疗设施或运输工具或其他物体。

<sup>2</sup> 犯罪者有意将使用这些标志的这些人员、建筑物、单位或运输工具或其他物体作为攻击的目标。

<sup>27</sup> 犯罪构成要件，总体介绍，第 7 段：“犯罪的构成要件是依照下列原则组织结构的：

— 由于犯罪的构成要件集中在同每个罪行相联系的行为、结果和的情形方面，它们普遍按上述顺序列出；

— 如有需要，一个特殊的心理要件被列在行为、结果或情形之后；

— 上下文的情形是列在最后的。

<sup>28</sup> 对医疗设施或运输工具的确切，参见《第一附加议定书》，附件一，第 6—9 段。

<sup>29</sup> 关于对第 51 条的评论，参见：《对 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》的 1977 年 7 月 8 日附加议定书的评论》，红十字国际委员会，日内瓦，1987 年，第 1979 段，第 625 页。

然而，在对“这种利益可能是、也可能不是在当时或在地理方面同攻击的目标相关”一语进行阐述时，存在着“具体的直接的整体军事利益”这一概念可能会被滥用解释的危险性。在非正式的协商中，对是否需要这句话提出了很多意见。例如，有的提到佯装攻击、以便在以后的时间里和在不同的地点取得军事利益的可能性（具体的提到了盟军在第二次世界大战中的诺曼底登陆战役）<sup>30</sup>。滥用解释的危险，在某种程度上被预见性的脚注的第一句所抵销。这就排除了很难预见的利益。然而不能够立即物化的利益并不是都可以预见的。这种解释被“具体的和直接的”所要求。当〈第一附加议定书〉处于谈判过程中时，“‘具体的和直接的’的用语意味着：所考虑到的利益应当是实质的和相对紧密的，那些很难预见的利益以及那些在很长的时期内才会显现的利益是可以忽视的”。<sup>31</sup> 索费把这个观点发展为：

“‘具体的’意味着‘特定的，不是普遍的；是显而易见的’；另一方面‘直接的’意味着‘没有中介介入的情形’，在未来不特定的时间将会得到的一个遥远的利益，不能作为衡量平民伤亡的适当的对价”<sup>32</sup>。

后来进行的讨论，是关于如何评价对平民伤害或损害的过度性。一些代表认为本罪行的第三个要件（“犯罪者明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体，或致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏，其程度与预期得到的具体的直接的整体军事利益相比，显然是过分的”。）需要根据一般介绍的第四段重申，以澄清相关的价值判断。<sup>33</sup>

这些代表认为：犯罪者本人必须有一个价值判断，并且得出平民的伤亡或伤害是过分的结论。然而其他代表指出：“达到一个程度”这一用语，并没有包含在规约中，但附在犯罪的构成要件中，这意味着——至少从建议插入这一用语的人的观点来看——犯罪者仅需要知道他或她所造成的伤害和损害的程度以及预期的军事利益。这种损害或伤害是否过分，应由法院从一个正常指挥者的角度客观地决定。筹委会临近结束时，在正式工作组之间进行激烈的讨论下也没有为了其合理进行非正式协商的情况下，插入下列的脚注以克服分歧的观点，即：

“同一般介绍第四段所列出的普遍规定相反，这个意识要件要求犯罪者对所述的价值进行判断。而对那种价值判断的评估，则一定要根据当时犯罪者所能知道的必要的信息。”

这条脚注留下了一些模棱两可的余地，这也正是它为什么作为妥协而被接受的原因。第一句话似乎是清楚的：必须进行第三要件所描述的价值判断。然而，第二句话的意思则存在不同的解释。对那些坚持应采取比较客观判断标准的人来说，“那种价值判断的评价”的制定是指由法院所作出的外部的评估。法院将会“根据当时犯罪者所能获得的必要的信息”，对判断做一个客观的分析。对其他人来说，第二句话主要强调：价值判断一定要以当时可能的信息为基础。在少数一些更倾向于主观方法的代表的观点中，这条脚注可能不仅排除了那些认为即使他或她错了，一个特殊附带伤害或损害的例子仍不是过分的犯罪者的刑事责任，而且也排除了那些不知道必须作出关于过分性评估的犯罪者的刑事责任。对于后者，可能会有人提出质疑：它是否同对法律的“无知不是借口”这一原则相一致。

在某一方面，似乎在那些起草这条脚注的国家之间存在一个协定：他们认识到脚注的内容不应当有利于一个不计后果的犯罪者，他非常清楚预期的军事利益以及期望的附带伤害或损害的程度，但没有对后者可能的过分性做出评估。讨论中还提到：如果犯罪者拒绝评估利益和伤害或损害，她或他事实上已经作了必要的价值判断。如果法院发现伤害或损害是过分的，行为者就将被定罪。

法院将尊重根据国际人道法作出的合理的且具有良好信誉的判断，这是非常可能的。在任何情况下，一个不合理的判断或者在死亡、伤害或损害明显比预期的军事利益过分的条件下、没有做出任何判断的声明，是不可信的。法院应当也有权依据缺少可信度来推断出心理要件。如同在脚注中被表明的一样，法院必须以犯罪者在当时所可能知道的信息为基础，来决定这些

<sup>30</sup>关于对第 52 条的评论，参见 M. 波塞、K. J. 泊舍、W. A. 索夫：《武装冲突受害者的新规则》，马廷斯·尼赫夫出版社海牙、波斯顿、伦敦，1982 年。

<sup>31</sup>关于对第 57 条的评论，参见上注 23，第 2209 段，第 684 页。很明显第一附加议定书的评论强调“具体的直接的”用语比仅仅要求有一定的军事利益的暗含在界定军事目标标准的用语对攻击者强加了更严格的要求。

<sup>32</sup>同上，第 365 页

<sup>33</sup>“4. 关于同涉及价值判断相联系的心理要件，例如那些使用术语“非人道”或“严重的”，并没有必要要求犯罪者本人完成一个特殊的价值判断，除非另外表明。”

事宜。

**(c)故意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，包括故意阻碍根据《日内瓦公约》规定所提供的救济物品**

犯罪的构成要件将禁止的行为规定如下，即：“犯罪者剥夺平民生存所必需的物品。”代表们认为“剥夺”不仅仅包括食物和饮料，而且还包括药品以及在某种特定的情况下还包括毯子。比如，当在某个地区温度特别低的时候，毯子就会成为生存所必需的物品。出于这种理解，工作组最初的“滚动文本”中增加了一条脚注，强调“使平民饥饿”的意图，还包括广义上剥夺生存所必需物品的意图。这条脚注认为普通意义上的“饥饿”，在特殊的情况下会有特殊的意义。根据大多数字典，这个词不仅包括了较严格意义上的通过使他人饥饿或剥夺营养而致死的意思，而且还包括普遍意义上的对生存必需商品的剥夺或供给不足<sup>34</sup>。尽管这条脚注的实质并没有被质疑（仅仅有一位代表表达了一些怀疑），大多数最终认为其是多余的，且已包含在术语“生存必需的物品”之内，这个术语在广义上决定了第二要件中关于饥饿的意思（犯罪者故意以断绝平民粮食作为战争方法）。这条脚注因此在最后的文本中被删除。

出于同样的原因，代表们避免插入规约中给出的例子：“阻碍根据《日内瓦公约》的规定提供救济物品”。认为作为一个被禁止行为的例子，它并不构成一个单独的要件，并且被普遍的术语“剥夺”所包括。

这种战争罪并不包括任何的剥夺，而是如同第二要件中所陈述的，仅仅是那些由犯罪者故意以断绝平民粮食作为战争方法的意图所进行的剥夺。同最初的案文相反<sup>35</sup>，筹备委员会不再提出“作为犯罪者行为的结果，一个或多个个人死于饥饿”的要求。

**(d)涉及使用特殊武器的战争罪**

由于《罗马规约》第（8(2)(b)(xvii)条）中关于“使用毒物或有毒武器”的战争罪的定义非常简洁，所以，通过罪行的构成要件的解释来详细阐述本罪行的构成要件是必要的。然而，为了避免来给什么是毒物下定义这一困难的任务，所采纳的文本在物质的影响方面包含了一个特定的起点：“这种物质通过它有毒的特性，在事件正常的发展过程中导致死亡或对健康的严重损害。”这种后果必须是这种物质的有毒特性的结果。一些代表们反对“对健康的严重损害”中的“严重”，但最终同意了上述的观点。

“使用窒息性、有毒的或其他气体以及所有类似的液体、物质或设备”（第 8(2)(b)(xviii)条）的战争罪，来源于为禁止在战争中使用窒息性、有毒的或其他气体以及包括使用生物武器的细菌战的方法而制定的 1925 年日内瓦附加议定书。筹备委员会激烈讨论了在该《日内瓦气体附加议定书》中的禁止的范围，随后重新确定了几种情况，尤其是这种禁止是否包括控暴剂。在这一背景下，对自 1925 年起关于化学战争的法律的发展应当在多大程度上反映在罪行的构成要件中进行了讨论，当然也考虑到在罗马的外交会议上所作的排除任何参考 1993 年化学武器公约的决定。

关于控暴剂，一些国家认为在国际武装冲突中任何使用上述的方法都是被禁止的。其中一些代表认为：1925 年《日内瓦气体附加议定书》已经禁止使用；而另一些代表则认为：在 1925 年附加议定书中，并没有明确地作出关于禁止使用控暴剂的规定，而 1993 年化学武器公约确认了使用这种方式作为战争方法的非法性<sup>36</sup>。即使在这些代表中，关于“战争方法”观点的意思也是有所分歧的。除此之外，只有一少部分的代表认为使用控暴剂是被允许的。而讨论到最后，分歧依然存在。

<sup>34</sup> 关于“饥饿”的不同意思，参见 M. 克梯意见，载入 O. 特里特（主编）：《国际刑事法院罗马规约的评论》，1999 年，第 218 期，第 256 页。

<sup>35</sup> 联合国文件：PCNICC/1999DP4/ADD2。

<sup>36</sup> 参见 1933 年化学武器公约 1(5)条，清楚规定“每一缔约国承诺不把控暴剂用作战争手段”。控暴剂被界定为“未列于一附表中，可在人体内迅速产生感觉刺激或失去生理效应，而此种刺激和效应在停止接触后不久即消失的任何化学物品”。

筹备委员会没有界定特殊的气体、液体、物质或设备，而是选择了类似于“使用毒物或有毒武器”的战争罪所采用的方法。作为一种妥协，对那些气体、物质<sup>37</sup>或设备，应根据他们的后果进行界定的观点被接受，即引起“在正常情况下的死亡或对健康的严重损害”<sup>38</sup>。这意味着：在大多数情形下使用控暴剂，将不被包括在这种以结果为导向的定义里。赞成这种妥协的代表们强调：国际刑事法院仅仅处理“关系到国际社会整体利益的最严重犯罪”的行为。但另外许多人却认为：这些要件会阻止对国际法规定的其他不法行为的起诉，因此他们认为：所有“严重关注”的罪行都应在起草的要件术语的范围之内。考虑到许多代表担心对“死亡或健康的严重伤害”的定义，可能会限制关于化学武器的法律的效果<sup>39</sup>。因此加上了一个脚注，以确保构成要件是在《国际刑事法院规约》中的战争罪中所特有的，并且不能被解释为有关的国际法现存或发展中的关于以任何方式限制或损害同化学武器的发展、制造、储存及使用方面的规则。

除了此争论以外，还有关于是否有必要在犯罪的构成要件中重复包含在《国际刑事法院规约》和1925年《日内瓦气体附加议定书》中的“设备”一词的争论。有些代表们赞成删除“设备”一词，而其他代表则认为这将会产生缩小本罪行适用范围的危险。筹备委员会同意了后者的观点。这种方法看起来比较公正。正如1925年日内瓦附加议定书的评论和在它的起草意见中所指出的那样：“[词语‘设备’]再次显示起草者要提供一个具有综合意义和开放性解释特征定义的意图”，否则“它可以被认为，比方说，一个作为在空中固体颗粒、或液体滴剂沉淀物的烟雾剂，即不是气体也不是液体、物体或物质”<sup>40</sup>。

### (e)性犯罪

筹备委员会在界定第8(2)(b)(xxii)条的关于性犯罪方面花了不少时间。这个任务非常困难，因为到目前为止只有很少的这方面的判例法存在；即使存在，也不是统一的。例如，卢旺达临时法庭和前南斯拉夫法庭以不同的方式界定了“强奸”的要件。

在费罗兹尔案例里，前南斯拉夫国际刑事法庭的审判庭将下列要件作为强奸的客观要件：

“(i) 性交，不论多么轻微的：

(a) 犯罪者将阴茎或使用其他任何物体，插入受害者的阴道或肛门内；

(b) 犯罪者将阴茎插入受害者的嘴中。

(ii) 通过对受害者或第三人实施强迫或暴力或以暴力威胁。”<sup>41</sup>

然而，在阿加耶索的案子里，卢旺达国际刑事法庭却将强奸界定为在胁迫的情形下对一个

<sup>37</sup> 在犯罪的构成要件中，术语“物质”包括法律用语中的“液体”和“物体”。起草者并没有通过这种改变缩小使用范围的意图。

<sup>38</sup> 特殊的构成要件如下：

“1. 犯罪者使用一种气体或其他类似的物质或设备；

2. 这种气体、物质或设备通过其窒息性或有毒性的性质在事态的正常发展过程中导致伤亡或对健康的严重损害。

<sup>39</sup> 参见1933化学武器公约第二条：

“1. ‘化学武器’合指或单指：

(a) 有毒化学品及其前身，但用于本公约不加禁止的目的除外，只要种类和数量符合此种目的；

(b) 经专门设计通过使用而后释放出的(a)项所指有毒化学品的毒性而造成死亡或其他伤害的弹药和装置；……

2. ‘有毒化学品’是指：

通过其对生命过程的化学作用而能够对人或动物造成死亡、暂时失能或永久伤害的任何化学品。其中包括所有这类化学品，无论其来源或生产方式如何；也无论其是否在设施中、弹药中或其他地方生产出来的。”

<sup>40</sup> SIPRI (主编)：《化学和生物战争的问题》，1973年，第45页

<sup>41</sup> 前南斯拉夫国际刑事法庭，判决，*检察官诉费隆奇*，IT-95-17/1-T，第185段。同时参见在该判决中前南国际刑事法庭起诉所引用的定义(174段)：“强奸是强迫的行为；这意味着行为是‘通过对受害者或第三人实施暴力或以暴力相威胁而完成的，这种威胁被明示或暗示而且必须使受害者陷入合理的害怕之中，他或她或第三人将会遭到暴力、拘留、胁迫或心理的压迫’。这种行为表现为阴茎插入到阴道或肛门或嘴中，或使用其他物体插入到阴道或肛门内。在这种情况下，这种行为包括用阴茎插入阴道或肛门或嘴中，不论多么轻微，也包括不限于阴茎的其他物体对阴道或肛门的性插入。”(省略脚注)

人所实施的性方面的身体侵犯。<sup>42</sup>

在犯罪的构成要件方面，采取了细微的妥协而合并了双方判决中的内容如下：

“1. 犯罪者通过导致插入受害者身体某个部位、或者用某个性器官插入犯罪者，或者用任何物体或身体的任何部位插入受害者的肛门或性器官的行为，以侵犯某人的身体；

2. 侵入行为是通过当事人或其他人实施暴力或以暴力相威胁或胁迫，例如以暴力相威胁、强迫、拘留、心理上的胁迫或滥用权力来进行的，或利用一个胁迫的环境，或是针对一个不能表达真实意思的人所进行的。”

要件二的脚注澄清了“可以理解：如果一个人由于受自然的、诱惑的或与年龄有关的能力欠缺所影响，此人可能不会做出真实的同意”。

要件二中制定的“通过导致插入的行为而侵入”之所以被选择，是为了以中性的方式起草要件，为了也包括由妇女实施的强奸行为。要件二包括了上述引用的脚注，大大地反映了卢旺达国际刑事法庭在阿加耶索的案件中的发现，考虑到了武装冲突这种特殊情形对受害者意愿的影响：

“强迫的情形不一定以身体暴力所表现出来。引起害怕和绝望的威胁、恐吓、勒索以及其他方式的胁迫可以构成强迫，强迫在某种情形下可能是内在的，例如武装冲突或军事力量的存在”。<sup>43</sup>

在这些案子中另一个主要争论的焦点，是如何将性奴役与强迫卖淫区分开来，尤其是“犯罪者或其他人因交换性行为或与性行为有关而获得或期望获得金钱的或其他利益”这一事实是否是强迫卖淫的一个要件。经过长时期的辩论，肯定了上述观点。附加的“其他利益”是为了在反对要求有金钱利益的代表团同坚持的要求有金钱利益代表团之间得到妥协而制定的了。

最后，由于《国际刑事法院规约》规定：“……也构成对《日内瓦公约》的严重违反”给关于性暴力的战争罪的讨论带来了相当大的困难。一些代表认为这条陈述仅仅表明了性犯罪已经作为严重违反行为被起诉，其他代表则认为行为必须构成第 8(2)(a)条所界定的罪行之一——特别命名的严重违反《日内瓦公约》——以及除此之外涉及到性性质的暴力行为。大多数代表为了使条约的用语与其目的达到一致，认为这条陈述是引进一个特别标准的要件。因此，妥协的文本如下：

“1. 犯罪者对一个或多个人实施某种性行为，或者通过对当事人或其他人实施暴力、或以暴力相威胁或胁迫，例如以暴力相威胁、强迫、拘留、心理上的胁迫或滥用权力来进行的，或利用一个胁迫的环境，或利用当事人不能表达真实意思而致使当事人参与性行为。

2. 行为达到了严重破坏《日内瓦公约》的程度。”

要件一本质上涵盖了两种类型的情况：首先：犯罪者对受害者实施性行为的情形，其次，受害者被强迫或胁迫去实施性行为的情形。后者被包括在要件中，是为了涵盖被迫裸体（如果达到了要件二中规定的严重程度）的情形。

#### **(f) 占领国将本国部分平民居民直接、或间接地迁移到其占领的领土，或将占领领土的全部或部分居民驱逐或迁移到被占领领土以内或以外的地方**

有关第 8(2)(b)(viii)条所界定的战争罪，是谈判过程中最困难的要点。本罪由两个任意选择的要件组成：第一，占领国将本国部分平民居民直接或间接地迁移到其占领的领土；第二，将占领领土的全部或部分居民驱逐或迁移到被占领领土以内或以外的地方。尤其是第一个要件引起了主要的争论。意见分歧的要点在于：

-- 尽管条约使用“直接或间接的迁移”的用语，本罪是否仅限于强迫的迁移？

-- 本罪是否仅限于大规模的人口迁移？

■ -- 当地居民的经济状况是否必须由于迁移而恶化以及他们独特的身份是否必须由于迁移而受到威胁？

■ -- 犯罪者同占领国之间必须存在什么样的联系？

<sup>42</sup> 卢旺达国际刑事法庭判决，*检察官诉阿嘎也素*，联合国文件：ICTR-96-4-T，第 688 段。

<sup>43</sup> 同上

由于话题的敏感性，经过几次秘密进行的、几乎仅限于有兴趣的代表们之间进行的激烈的和非正式的谈判以后，达成了一致的意见。大体上，要件重复了规约的用语。本罪第一要件的行为，要求犯罪者“将本国部分平民居民直接或间接地迁移到其占领的领土”。增加的关于“迁移”的脚注最终打破了僵局。它仅仅表明了“对术语‘迁移’的解释，需要同国际人道法中相关的规定相一致”。脚注阐述得很清楚，不需要进一步的澄清。因此，争论的主要方面给未来的法庭留下了解释的余地。

主要根据哥斯达黎加、匈牙利、瑞士的最初建议所采纳的文本，要求有犯罪者“将本国部分居民直接或间接地迁移到其占领的领土”的规定。这个要件省略了在规约中所包含的“由占领国”这一词语。相反，“其自己的居民”一词中“其自己”仅仅是指犯罪者，不需要建立任何同占领国之间的联系。为了解决后者的问题，瑞士口头上修改了它的书面建议，并建议采用下列的文本，即：“……犯罪者迁移……占领国的部分居民……”。然而，这个建议没有被包括在最终的文本中。筹备委员会决定采用哥斯达黎加、匈牙利、瑞士最初所提建议中有点模棱两可的阐述。

在“居民”前省略了“平民”，它是一个不经意的、鉴于害怕任何对词语的更改都会危及所达成的敏感妥协而没有得到更正的一个起草错误呢？还是故意对规约用语的偏离呢？这点不是非常清楚。

### 国际刑事法院规约第 8(2)(e)条规定的战争罪：在非国际性武装冲突中严重违反行为

除了《国际刑事法院规约》中第 8(2)(c)条所界定的适用于非国际性武装冲突的战争罪以外，即违反四个《日内瓦公约》的共同第 3 条，第 8(2)(e)条中战争罪的定义还包括“严重违反适用于非国际性武装冲突法规 and 惯例的其他行为”。正如第 8(2)(b)条所列的所有罪行一样，它们出于不同的渊源。

#### 第 8(2)(e)条所有罪行的共同构成要件

第 8(2)(e)条规定里的罪行，包括两个一般性的构成要件，而这两个要件则适用于这条规定里的每一个罪行（行为）。它们是适用的实质范围以及伴随客观（“上下文的”）要件的心理要件。“客观”要件以及伴随的心理要件是从第 8(2)(c)条规定的战争罪所列的要件中复制过来的。因此，《评论》九月刊所作的评论，也适用于这些罪行<sup>44</sup>。

#### 第 8(2)(e)条的罪行的特殊构成要件

第 8(2)(e)段中大多数战争罪的特殊构成要件，基本上同《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)条规定的罪行的构成要件相一致。国际社会一般地认为：国际性武装冲突战争罪的构成要件与非国际性武装冲突战争罪的构成要件，在本质上没有什么区别。

然而，在这方面值得强调的是：第 8(2)(b)(xxiv)<sup>45</sup> 条里所规定的特殊构成要件再次被重复提起，以便为了界定第 8(2)(e)(ii)条所规定的相应的战争罪。这些构成要件是：“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所定特殊标志的建筑物、装备、医疗单位运输工具及人员”。筹备委员会在经过几次讨论后也认识到：在非国际性武装冲突中，如果使用 1993 年订立的对 1977 年《第一附加议定书》修订附件的标志，并直接攻击人或物体，也属于战争罪的范畴。这个理解被接受了，因为附件的规定并没有扩大对人或物体的保护。他们仅仅是有意促进受《日内瓦公约》保护的人、物体、单位、运输以及设备的一致性<sup>46</sup>。如果犯罪者指令攻击人或物体，那这些人或物体以何种方式为犯罪者所辨认，则是无关紧要的。

<sup>44</sup> 同上注 1，第 791ff 页。

<sup>45</sup> 同上，1 (b) 同敌对行为相关的战争罪。

<sup>46</sup> 对第 8 条的评论，同上注 23，第 404 段，第 135 页：“甚至在 1971 年政府专家会议的第一次会议中，已经清楚医疗运输工具的安全性问题只能通过寻找适合‘标志、定位和鉴定的现代方法’的办法来解决。事实上今天已不再可能仅以一个看得见的明显标志为基础进行有效的保护。”

唯一不能在《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)条找到的与第 8(2)(e)条相对应的罪行，是“基于同冲突有关的理由而命令平民居民迁移，但因所涉平民的安全以及迫切的军事理由而有需要的除外”。筹备委员会决定在该罪行的构成要件中阐明如下观点：

要件一界定了本战争罪的犯罪行为，即“犯罪者命令平民居民迁移”。这个行为涉及到发出命令的个人，而不只是实施迁移的人。然而，根据规定个人刑事责任方面其他形式的国际刑事法院规约第 25 条，后者须对参与实施犯罪负责。将第 8(2)(a)(vii)条（“非法驱逐”）构成要件中所使用的“一个或多个平民”，修改成为“平民居民”。最终被筹备委员会所采纳的文本的起草者认为：仅仅对一个人的迁移不能构成此罪。同时，术语“一个民族”同规约中的“居民”不一样，以此澄清“犯罪者不一定需要命令所有平民居民迁移”。在这两个极端之间存在的情形并没有被进一步讨论，因此也没有被定义。

要件二澄清了犯罪者得具有实施这种迁移的权威或权力。当该建议的文本被提出时，犯罪构成要件工作组没有任何异议。起草者同意，能够实施命令的人，是指既是法律上又是事实上的权威人士。所以，罪行包括了一些能通过绝对的武力对形势进行有效控制的个人，即：“犯罪者是处于能够下命令导致迁移的地位的人”。

要件三的根据是条约用语，即被载于《日内瓦公约》的《第二附加议定书》第 17(1)条的第一句。尽管有争论说，由于犯罪构成要件一般介绍中的第六段已有了“不合法”的概念，因此，这个要件是多余的。但筹备委员会还是提出：“这种命令不会因为其涉及到平民的安全和军事需要，而被认为是正当的。”对与在其他情形<sup>47</sup>中所采纳的方法的偏离，因要求已在规约中明确表示以及应当被重复这一事实的存在，而认为是正当的。

《罗马规约》对这一罪行的定义有附加性的解释。但奇怪的是，罪行构成要件里却没有。该罪行仅提到“禁止因与冲突相联系的原因”的迁移。事实上，在流行病或自然灾害的特殊例子中转移也可被证明是必要的，例如，洪水或地震。但这种情形并没有被《第二附加议定书》第 17 条所包括，也没有被《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(viii)条所包括。

在规约和犯罪构成要件中都未提到的、以决定是否合法的附加要件，却规定在《第二附加议定书》第 17(1)条的第二句里。根据这条规定，“应采取一切可能的措施，使平民居民能够在满意的住宿、卫生、健康、安全和营养条件下被收留”。

尽管犯罪构成要件并未提及这些义务，法官仍需要依据一般规定第六段关于“非法”的定义，来分析它们。

### 结束语

筹备委员会关于犯罪构成要件的谈判不总是简单的。相反，争论的观点有时似乎很难达到一个满意的妥协。但所有代表的能力和信任，最终在筹备委员会所给予的时间框架中，使会议达成了令人满意的结论。大体上，尽管在我们的两篇文章中提到一些不足之处，会议的结果是值得肯定的。一些观点被澄清，犯罪构成要件甚至采纳了一些相当进步的观点。在其他方面，可能一些与会者期望或希望得更多，但是最后也总能达成最低限度的一致。这在需要一致同意的程序中，属于固有的情况。

总得来说，筹备委员会起草了一个比《国际刑事法院规约》提供的罪行定义更为细致的文件，但这并不是为了不适当地束缚法官的手脚或者削弱他们司法裁判方面的自由裁量权。毫无疑问，还存在一些需要进一步考虑的、有问题的和有争论的方面。尤其是还有一些为了妥协而制定的模棱两可的阐述以及故意留下余地的的问题。法官会通过参照犯罪构成要件来考虑一些问题。在这个方面，有必要提请注意：犯罪的构成要件的制定，仅仅是为了帮助法官来对受《国际刑事法院规约》管辖的罪行作解释。但它们对法官没有任何约束力。

何顺善 翻译  
校对：朱文奇

<sup>47</sup> 例如，第 8(2)(a)(vii)条——在国际性武装冲突中的非法驱逐——第四公约第 49(2)条允许同样原因的撤退或迁移，即如果因居民安全或紧急军事的原因而认为是正当的。然而，这些情形（排除非法）并没有在所采纳的犯罪构成要件中提及。