

第十三章

国际人道法的实施

案例118. 联合国, 关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议[Cf.G. II. 3.] p. 1301

推荐阅读: DOSWALD-BECK Louise, "Implementation of International Human-itarian Law in Future Wars", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol.71, 1998, pp.39-75. DRAPER Gerald I.A.D., "The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1977", in *Collected Courses*, Vol. 164, 1979, pp.5-54.*Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995.SANDOZ Yves, *Implementing International Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute, 1995, 28 pp. SANDOZ Yves, "Implementing International Humanitarian Law", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/ UNESCO, 1986, pp.259-282.

深入阅读: KALSHOVEN Frits & SANDOZ Yves (ed.), *Implementation of International Humanitarian Law Research Papers by Participants in the 1986 Session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 472pp.ROBERTS Adam, "The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts", in *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995, pp. 13-82.

一、国际法实施的一般问题以及国际人道法实施的特殊问题

导 读

国际法中为确保对其的遵守及对其违反的制裁而预定的一般机制,就国际人道法而言,相对于国际法的其他分支,其满意度和效率甚至更为低下。在武装冲突中,这些机制有着固有的不足,而且它们中的一部分甚至起着负面的作用。

实施由主权国家构成的国际社会制定的法律，其传统方式对非集权型社会具有典型意义，这因而赋予事实上或潜在地作为违法行为之受害人的国家（受害国家）以重要的角色。这个国家可能会得到其他国家的支持，后者支持受害国乃是基于其自身的利益考虑——该利益应包括每个社会成员希望其法律体系得到尊重的一般利益。

对于适用于武装冲突的国际人道法而言，这种实施的非集权结构显得尤其不恰当，原因如下：

首先，至少在国际性武装冲突中，和平解决违反国际人道法的争端将会是令人惊讶的。事实上，国际人道法之所以适用于两国之间，是由于它们进行了武装冲突，而这恰恰证明它们不能和平地解决它们之间的争端。

第二，除实施违法行为的国家外，一国直接受到一项违法国际人道法之行为损害的情形仅存在于国际性武装冲突之中。²⁵⁵在这些冲突中，受害国与侵害国之间存在着人们能够想象得出的最不友好的关系：武装冲突。因此，受害国往往缺乏那些通常能使国际法得以获得尊重的众多预防性的和反射性的影响。在传统国际法中，诉诸武力是受害国对于违犯国际法的行为所作出的最极端的反应。当今，除非是对一被禁止的武力使用作出反应，否则，诉诸武力基本上都是非法的。另外，对于一个受违反国际人道法之行为损害的国家而言，以诉诸武力的方式作为一种对违反国际人道法行为的反应，这一点在逻辑上是不可能的，因为此类违法行为只可能发生在武装冲突中，也就是说，只可能发生在两个国家已经使用了武力。在国际社会传统的法律实施体系中，受害国唯一还可以利用的反应措施将会是进一步使用武力，而后者本身将构成对国际人道法的违反。尽管这种交互作用或对报复的恐惧可能会有助于对国际人道法的遵守，但是，它们在很大程度上是被法律禁止的，因为它们容易导致恶性循环，一种“野蛮竞赛”，并可能伤及无辜，而后者恰恰是国际人道法要保护的对象。

第三，在面对两个国家之间的武力冲突时，第三国可能会作出两种反应。它们可能出于纯粹政治性的或者（如果与国际法相联系的话）基于“诉诸战争权”原因，而选择支持其中的一方。它们因而可能会在不考虑何方违反了战争法这一问题的情形下而去帮助侵略行为的受害者。其他的第三国可能会选择不支持任何一方。作为中立国，它们也能对国际人道法的遵守做出贡献，但它们需要一贯地

²⁵⁵ 然而，从法律上说，就引发国家责任之规则并采取其所规定的反制措施之目的而言，国际人道法条约的其他所有缔约国均可被视为违法行为的受害者。这一点可以从《日内瓦公约》及其《第一议定书》的共同第1条的专门规定中得出。但是，有关更为狭义的“受害国”之概念，可参见国际法委员会在《关于国家责任的条文草案》第42条中采纳的见解（参见 **Case No. 38**, ILC, Draft Articles on State Responsibility, [Cf. A., Arts. 42 and 48.] p. 822）。

谨慎行事，以使其参与促成对国际人道法之遵守的行为不会影响其保持中立的基本选择。

如今，这种传统的非集权式的国际法实施机制正不断地得到由《联合国宪章》所规定的更为集中的实施机制那里得到了补充，甚至还有被后者部分替代的趋势。联合国的实施机制或许会因其脆弱和政治化而受到批评，但这与人们所能期待的理想的国际社会执法制度已最为接近。该制度直至今日仍比较脆弱，它更多地受现实世界的权力架构而非受法律规则所支配，而且还时常地适用双重标准，除上述事实外，这一制度本质上对于国际人道法的实施也并不适当。该制度最高目标之一就是维持或恢复和平，即停止武装冲突，而国际人道法却是要适用于武装冲突。因此，相对于促使遵守“战时法”而言，联合国有义务优先保障对“诉诸战争权”的尊重。它不可能遵守交战各方在“战时法”面前一律平等的原则。它不可能不偏不倚地适用国际人道法。而且，联合国系统最为极端的执法方法，即武力的使用，其本身就是必须适用国际人道法的一种武装冲突。对于将依《联合国宪章》所采取的另一种强硬手段（即经济制裁）作为确保遵守国际人道法之措施的作法，也应持类似的保留态度，因为此类措施会不可避免且不加区分地引发人类的苦难。

既然一般的实施机制在其适用领域存在这些不足，国际人道法就必须提供一些它自己专门的机制，并根据武装冲突遇难者的特殊需求对一般机制作出调整。与国际法其他的分支相比，国际人道法应尽早克服传统国际社会的基本规则之一，并规定针对违反该法之个人的执行措施，而不仅仅是追究国家对这些违法行为的责任。为此，同时也是为了利用相对更为有效且组织程度更高的各国执法系统，国际人道法应确保其规则广为人知并且要被制定进各国立法之中。国际人道法赋予一个外部独立且公正的组织即红十字国际委员会以特殊地位，而该组织也已为其规则的成文化作出了贡献。通过对保护国制度的法律化，国际人道法对传统的调停机制作出了调整。最后，它认为，国际人道法所规定的各项义务是针对所有国家的义务，它们使每一个缔约国都有义务确保其他缔约国遵守这些义务，但它却未明确阐明这一观点的确切意义。

不过，国际人道法所确立的那些特殊机制其实仍根植于一般机制之中。只有在一般框架内才能将它们理解为一般机制的发展和修正。国际人道法显然不是一个自足的体系。²⁵⁶除专门机制外，一般机制仍可被利用，例如：和平解决争端的

256 根据国际法院的判决，相同的情形还包括有关外交与领事关系的规则（比较Case on United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment of 24 May 1980, ICJ Reports 1980, pp. 4 ff., paras. 83-87.）

方式以及由国家责任法所规定的措施，但是，那些被国际人道法明确排除，²⁵⁷或与其目标与宗旨不符，或一般国际法仅允许其作为对特定违法行为之反应的规则不包括在内。²⁵⁸

然而，即便是将一般机制与专门机制结合起来，也未必能确保在武装冲突中的个体获得最低限度的尊重。这一目标只能通过教育来实现，届时，每个人都将熟知，即使是在武装冲突中的敌人也是值得尊重的人类一员。

二、和平时期应采取的措施

导 读

正如人们往往在和平时期就会为可能发生的武装冲突做好军事和经济方面的准备一样，人们也应在人道方面做好准备，尤其是在国际人道法的遵守方面。如果在和平时期士兵们未依其军阶和责任得到适当的指导——这种指导不仅应向士兵告知并解释规则，而且还应将它们融入正常的训练和演习之中以便创造自动的反射行为——那么，在武装冲突中出现的针对不同问题而且通常是相当具体的国际人道法规则就不可能在战争中得到尊重。同样，全体民众也应对国际人道法有一个基本的了解，以便认识到以下这一点：即使是在武装冲突中，一些规则的适用也与谁对谁错无关，即便是对最坏的敌人，它们也加以保护。一旦一场由仇恨引发的武装冲突暴发，再去了解这些规则就太晚了。因此，警察、公务员、政客、外交官、法官、律师、新闻工作者、未来将履行这些职责的学生，以及作为舆论之源的一般公众，都必须了解以下事项：每个人的行为在武装冲突中应受的限制；在武装冲突中每个人应享有的权利；如何从人道角度去撰写、解读和对待有关武装冲突的国际和国内消息。²⁵⁹

准备措施也应包括将国际人道法的条约翻译成本国语言。而且，如果一国宪法要求，国际条约的规则要想能够适用必须通过国内的立法转化成本土的法律，那么，此类立法显然应在和平时期就应完成。

²⁵⁷ 例如，国际人道法禁止报复被保护人。

²⁵⁸ 例如，以个人或集体自卫形式出现的武力使用属于《联合国宪章》下的合法行为，但该自卫行为仅能针对武装侵略而不适用于任何其他违反国际法的行为。

²⁵⁹ 传播国际人道法的义务分别规定在《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、《第一议定书》第83条、87条第2款以及《第二议定书》第19条之中。

另外，在所有国家的宪法体制上，为了将本国的执法体制适用于国际人道法的一些非自执行规则，都需要一部实施法。由于立法进程需要耗费一定时间，而在战争爆发时议会还会面临其他更为优先的立法任务，另外，法院也应能够制裁在外国冲突中的战争犯罪以及在平时时期对标志的滥用，因此，一旦一国成为相关条约的缔约国，它就应立刻通过此类立法。²⁶⁰

最后，为遵守国际人道法，各国必须采取一些实际措施。在和平时期就必须对合格的人员和法律顾问进行培训，以便他们能够在战争时期发挥作用。²⁶¹ 为能够识别身份，战斗员和其他一些人需要身份证或身份牌，²⁶² 这些显然不能等到冲突爆发时才去制作。应尽最大可能将军事目标与受保护的物体和人员分离开来。²⁶³ 例如，当武装冲突爆发时，一家医院显然不能从兵营或兵工厂中立刻搬离出来。

文件23. 红十字国际委员会，关于国际人道法的咨询服务p. 690

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 2.2.] p. 722

案例53. 科特迪瓦，国家政府部门间委员会 p. 965

推荐阅读：BOTHE Michael, MACALISTER-SMITH Peter & KURZIDEM Thomas (ed.), *National Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, 286 pp. DJIBRIL Ly, "La mise en œuvre du droit international humanitaire: les obligations étatiques", in *Études internationales*, Vol. 72/3, 1999, pp. 113-130. KÜNTZIGER Isabelle, "Le droit international humanitaire au plan national: impact et rôle des Commissions nationales", in *IRRC*, No. 846, June 2002, pp. 489-494. PELLANDINI Cristina (ed.), *Committees or other National Bodies for International Humanitarian Law: Report of the Meeting of Experts: Geneva, 23-25 October 1996*, Geneva, ICRC, March 1997, 130 pp.

深入阅读：DRAPER Gerald I.A.D., "The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1977", in *Collected Courses*, Vol. 164/3, 1979, pp. 1-54. DUTLI Maria Teresa, "Implementation of International Humanitarian Law-National Measures", in *IRRC*, No.302, September-October 1994, pp.464-518. FLECK Dieter, "Implementing International Humanitarian Law: Problems and Priorities", in *IRRC*, No. 281, March-April 1991, 13 pp. OFFERMANS Marc, "The Belgian Interdepartmental Commission for Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 281, March-April 1991, pp. 154-166. *National Implementation of International Humanitarian Law - 2002-2003 Biennial Report*, Geneva, ICRC, 2004, 40 pp.

²⁶⁰ 参见下文第13章、二“实施立法”之“导言”，第277条。

²⁶¹ 比较《第一议定书》第6条、第82条。

²⁶² 比较《日内瓦第一公约》第16条、第17条第1款、第27条、40及41条；《日内瓦第二公约》第19、20及42条；《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项及第17条第3款；《日内瓦第四公约》第20条第3款、第24条第3款；《第一议定书》第18、第79条第3款。

²⁶³ 比较《日内瓦第一公约》第19条第2款；《日内瓦第四公约》第18条第5款；《第一议定书》第12条第4款以及第56条第5款、第58条第1、2项。

(一) 传播

《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、《第一议定书》第83条、87条第2款以及《第二议定书》第19条

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 2. 3.] p. 722

案例32. 红十字国际委员会，国家结构的瓦解 p. 784

推荐阅读：BAERISWYL Edith, "Teaching Young People to Respect Human Dignity - Contribution of the International Red Cross and Red Crescent Movement", in *IRRC*, No. 319, July-August 1997, pp. 357-371. BIGLER Roland, "Disseminating International Humanitarian Law in Colombia: Dissemination is Everyone's Job - A Firsthand Report by an ICRC Delegate", in *IRRC*, No.319, July-August 1997, pp.421-432. BOUVIER Antoine, "Diffusing and Teaching International Humanitarian Law", in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 21/3, 2002, pp.175-180. HARROFF-TAVEL Marion, "Promoting Norms to Limit Violence in Crisis Situations: Challenges, Strategies and Alliances", in *IRRC*, No. 322, March 1998, pp. 5-20.

1. 对武装部队的教育

[《习惯国际人道法》规则142]

案例91. 中国，毛泽东军事著作 p. 1093

案例103. 尼日利亚，作战行动守则 p. 1144

推荐阅读：HAMPSON Françoise, "Fighting by the Rules: Instructing the Armed Forces in Humanitarian Principles", in *IRRC*, No. 269, March-April 1989, pp. 111-124. MULINEN Frédéric de, "The Law of War and the Armed Forces", in *IRRC*, No. 202, February 1978, pp. 20-45. MULINEN, Frédéric de, *Handbook on the Law of War for Armed Forces*, Geneva, ICRC, 1989, 232 pp.

深入阅读：BESSON DE VEZAC Marie-Pierre, "La diffusion du droit international humanitaire au sein des forces armées françaises", in *RDMDG*, Vol. 36/3-4, 1997, pp. 43-72. KLENNER Dietmar, "Training in International Humanitarian Law", in *IRRC*, No.839, September 2000, pp. 653-662. MULINEN Frédéric de, "Law of War Training within the Armed Forces: Twenty Years of Experience", in *IRRC*, No. 257, March 1987, pp. 168-179. ROBERTS David L., "Training the Armed Forces to Respect International Humanitarian Law: The Perspective of the ICRC Delegate to the Armed and Security Forces in South Asia", in *IRRC*, No. 319, July-August 1997, pp. 433-446. *The Manual of the Law of Armed Conflict*, United Kingdom, Ministry of Defence, Oxford, OUP, 2004, 611 pp.

2. 对警力的培训

推荐阅读：ROVER Ceesde, *To Serve and to Protect*, Geneva, ICRC, 1998, 455pp.

3. 大学教学

(也可参见下文、第二部分、第一章“国际人道法教学评述”，第409页)

推荐阅读：DAVID Éric, "Dissemination of International Humanitarian Law at University Level", in *IRRC*, No. 257, March 1987, pp. 155-169. KRAFFT Mathias-Charles, "Le Concours Jean-Pictet 1999 - ou les pièges d'une 'Conférence internationale pour la protection des victimes des conflits armés'", in *IRRC*, No. 838, June 2000, pp. 501-506. LANORD Christophe & DEYRA Michel, "Dissemination in Academic Circles: The Jean Pictet Competition", in *IRRC*, No. 306, May-June 1995, pp. 341-346.

4. 在民间社会的传播

[《习惯国际人道法》规则143]

推荐阅读：FARELL Norman, "Dissemination in Bosnia-Herzegovina: Lessons Learned", in *IRRC*, No. 319, July-August 1997, pp. 409-420.

深入阅读：BAERISWYL Edith, "Teaching Young People to Respect Human Dignity - Contribution of the International Red Cross and Red Crescent Movement", in *IRRC*, No. 319, July-August 1997, pp. 357-371. TAWIL Sobhi, "International Humanitarian Law and Basic Education", in *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 581-600.

(二) (在必要时的) 翻译

(三) (在必要时) 转化为国内立法

案例49. 加拿大，危害人类罪与战争罪法案 p. 939

案例66. 英国，对实施法案的解释 p. 1001

案例94. 印度，蒙泰罗神父诉果阿案 p. 1104

案例114. 以色列，关于驱逐令案 p. 1247

案例128. 智利，起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 [Cf. paras. 9 and 10.] p. 1352

案例141. 南非，阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案 [Cf. 26. and 27.] p. 1509

案例230. 俄罗斯，关于车臣法令的合宪性 p. 2416

阅读：MEYER Michael A. & ROWE Peter, "The Geneva Conventions (Amendments) Act 1995: A Generally Minimalist Approach", in *ICLQ*, Vol. 45/2, 1996, pp. 476-484.

(四) 实施性立法

导 读

在一元制的宪法体系下（绝大多数国家都实行一元制，英国宪法传统以及德国、意大利宪法除外），国际人道法公约的规则可以直接为法官及行政当局所适用，因此，无须进行专门的国内实施立法。在所有国家的宪法体制之下，习惯法

规则的情形亦同。但是，只有国际条约中的“自执行”条款，即其自身足够精确以至于能够对特定案件给出解决方案的规则，才能够被直接适用。对于国际人道法的所有其他规则以及在实行双轨宪法体制的国家中，必须通过国内的立法才能使国际人道法发生效用。²⁶⁴

即便有人认为，国际人道法条约中对严重违法行为的描述已足够精确，但是，如果没有国内立法来确定刑罚，那么，就没有人会因此种行为而受到国内法庭的惩罚——否则，就会违反“法无明文者不罚”原则。而且，只有国内立法才能够将人道法的规则融入不同的刑法传统中，后者在诸如犯罪构成、防卫、初步犯罪或者是团体犯罪等方面存在诸多差异。只有国内立法才能决定哪个法庭（军事法庭或普通法庭）对哪些违反国际人道法的行为具有管辖权，也只有国内立法能够决定何种国内的检察官和法官能有效地执行该国之将普遍管辖权适用于战争罪犯的义务，将他们引渡或是在此类刑事事项上提供相互（包括向国际法庭）协助。²⁶⁵

国际人道法就谁在什么情况下，可以在主管当局的允许和控制下，于平时和战时使用红十字和红新月标志（以及何种目标可以被标记）作出了规定。只有国内立法才能规定哪个机构是主管当局，并就必要的细节作出规定。²⁶⁶

在更为一般的层次上，如果国际人道法规定了一项国家应履行的义务，只有国内立法才能澄清在国家（联邦制之下的州，或是中央集权制的国家）中究竟是谁应履行此义务。如果缺乏这样的一种阐明性的工作，国际义务将仅会停留在纸面上——只有在具有可适用性时，它才可能被违反。因此，国内立法是国际人道法实施的基石。

案例48. 德国，国际刑法典p. 930

案例49. 加拿大，危害人类罪与战争罪法案 p. 939

案例66. 英国，对实施法案的解释 p. 1001

推荐阅读：BERMAN Paul, "The ICRC's Advisory Service on International Humanitarian Law: The Challenge of National Implementation", in *IRRC*, No.312, May-June 1996, pp. 338-347. CASSESE Antonio & DELMAS-MARTY Mireille (ed.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, 673

264 比较《第一议定书》第80条第1款：根据《日内瓦第一公约》第48条、《日内瓦第二公约》第49条、《日内瓦第三公约》第128条、《日内瓦第四公约》第145条以及《第二议定书》第84条的规定，此类立法应通知其他缔约国。

265 有关制定国内立法来打击战争犯罪并确立对该类罪行之普遍管辖的内容规定于《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条以及《第一议定书》第85条。

266 《日内瓦第一公约》第42、44、53条以及《日内瓦第二公约》第44、45条对此类立法任务（参见Document No. 22, ICRC, Model Law Concerning the Emblem. p. 685.）作出了规定。

pp. FLECK Dieter, "Implementing International Humanitarian Law: Problems and Priorities", in *IRRC*, No. 281, March-April 1991, 13 pp.

深入阅读: BOTHE Michael, "The Role of National Law in the Implementation of International Humanitarian Law", in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva, ICRC, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 301-312. MEYER Michael A. & ROWE Peter, "The Geneva Conventions (Amendments) Act 1995: A Generally Minimalist Approach", in *ICLQ*, Vol. 45/2, 1996, pp. 476-484. MEYER Michael A. & ROWE Peter, "Ratification by the United Kingdom of the 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949: Selected Problems of Implementation", in *Netherlands International Law Quarterly*, Vol. 45/4, 1994, pp. 343-363. VAN ELST Richard, "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions", in *Leiden Journal of international Law*, Vol. 15, 2000, pp. 815-854. *National Implementation of International Humanitarian Law - 2002-2003 Biennial Report*, Geneva, ICRC, 2004, 40 pp.

1. 国际人道法中自足性规范与非自执行规范

案例66. 英国，对实施法案的解释 p. 1001

案例94. 印度，蒙泰罗神父诉果阿案 p. 1104

案例128. 智利，起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 p. 1352

案例134. 美国，美国诉诺列加案 [Cf. B. II. C.] p. 1391

案例202. 法国，千丘自由广播电台 p. 2207

案例220. 美国，哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案 p. 2330

2. 需要涉及的特定领域

— 刑事制裁

《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

文件22. 红十字国际委员会，关于标志问题的示范法 [Cf. Arts. 10-12.] p. 685

案例47. 瑞士，军事刑法典 p. 927

案例48. 德国，国际刑法典 p. 930

案例49. 加拿大，危害人类罪与战争罪法案 p. 939

案例52. 比利时，普遍管辖权法 p. 955

案例54. 美国，战争罪法案 p. 967

案例85. 美国，对陆军中将谏山春树及其他人的审判 p. 1069

案例90. 美国，丹珍朱克引渡案 p. 1086

案例190. 法国，亚沃尔及其他人案 p. 2043

— 标志的使用

《日内瓦第一公约》第44条、第54条[《习惯国际人道法》规则141]

文件22. 红十字国际委员会，关于标志问题的示范法 p. 685

案例50. 喀麦隆，“红十字”标志与名称保护法p. 948

案例51. 加纳，关于标志的国内立法 p. 952

案例178. 英国，标志的滥用 p. 1778

推荐阅读： BOTHE Michael & JANSSEN Karin, "The Implementation of International Humanitarian Law at the National Level: Issues in the Protection of the Wounded and Sick", in *IRRC*, No. 253, July 1986, pp. 189-199. LAVOYER Jean-Philippe, "National Legislation on the Use and Protection of the Emblem of the Red Cross and Red Crescent", in *IRRC*, No. 313, July-August 1996, pp. 482-485.

— 武装力量的构成

(五) 对合格人员的培训

《第一议定书》第6条、第82条[《习惯国际人道法》规则141]

推荐阅读： CAYCI Sadi, "Legal Advisor in the Armed Forces: How to Practice as a Good Legal Advisor", in *RDMDG*, Vol. 38/1-4, 1999, pp. 333-340. DUTLI Maria Teresa, "Implementation of International Humanitarian Law: Activities of Qualified Personnel in Peacetime", in *IRRC*, No. 292, May 1996, 7 pp. FLECK Dieter, "The Employment of Legal Advisors and Teachers of Law in the Armed Forces", in *IRRC*, No. 145, April 1973, pp. 173-180. YBEMA Seerp B., "Between Conscience and Obedience: The role of the Legal Adviser in the Political Decision-Making Process with Regard to Military Operations", in *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 711-718.

深入阅读： DRAPER Gerald I.A.D., "Role of Legal Advisers in Armed Forces", in *IRRC*, No. 202, January 1978, pp. 6-17.

(六) 实际措施

推荐阅读： DUTLI Maria Teresa, "Implementation of International Humanitarian Law: Activities of Qualified Personnel in Peacetime", in *IRRC*, No. 292, May 1996, 7 pp. OFFERMANS Marc, "The Belgian Interdepartmental Commission for Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 281, March-April 1991, pp. 154-166. SASSOLI Marco, "The National Information Bureau in Aid of the Victims of Armed Conflicts", in *IRRC*, No. 256, January 1987, pp. 6-24.

三、冲突各方的遵守

(一) 遵守

[《习惯国际人道法》规则139]

(二) 对其代理人的监督

[《习惯国际人道法》规则139]

(三) (自发进行的或是在收到指控后进行的) 调查工作

文件70. 二战中瑞士担当保护国 p. 1027

文件74. 英国/德国，德国图宾根号亚得里亚海沉船事件 p. 1031

(四) 保护国的指派

《日内瓦第一公约》第8条；《日内瓦第二公约》第8条；《日内瓦第三公约》第8条；《日内瓦第四公约》第9条；《第一议定书》第5条

四、保护国与红十字国际委员会的监督

(一) 保护国

导 读

在国际法上，一个外国人享有来自于其本国的外交保护。当由于其所居住国与其母国之间没有外交关系而使得这种外交保护成为不可能时，其母国可以指派另一个国家——保护国——来保护它以及身处第三国的它的国民的利益。这一指派只有在相关三个国家都表示同意时才能生效。国际人道法利用了关于外交关系之法律的这种传统制度，²⁶⁷它规定，国际人道法的“适用应与保护国合作并受其监察”，²⁶⁸从而为实施其规则之目的而将其特定化并使其得到发展。在武装冲突中，此类保护国显然应在中立国或者武装冲突的非当事国之中加以选择。

《日内瓦公约》及《第一议定书》中共有80多个条款提到了保护国在下列领域中的任务：探访被保护人；针对被保护人采取的某些特殊措施需要征得其同意；某些其他措施至少需要通知保护国；救济和撤退行动的监督；接受被保护人的申请；传递信息、文件、救济物资并提供斡旋。这些职责中的大部分与红十字

267 目前见于1961年《维也纳外交关系公约》第45和46条

268 比较《日内瓦第一公约》至《日内瓦第三公约》共同第8条、《日内瓦第四公约》第9条。《第一议定书》第5条发展了这一制度。

国际委员会的职责是相同的。这种双重职责是刻意设计的，其目的在于促成对遵守国际人道法的更多监督。

国际人道法将指定保护国规定为国际性武装冲突各方的一项义务。²⁶⁹然而，在实践中，主要的问题就在于指定保护国。原则上，所有相关的三个国家都必须同意指定。根据《日内瓦公约》的规定，如果无法依此指定保护国，则拘留国或占领国可以通过双边协定要求第三国替代保护国行事。如果这一点也无法做到，则在一个诸如红十字国际委员会这样的人道组织主动充当保护国的人道替代组织时，相关国家应予接受。《第一附加议定书》对这种指定程序作出了详细的规定。²⁷⁰不过，与实施国际人道法所需的合作机制相一致，如果没有交战双方的同意，任何保护国都无法有效地发挥作用，也没有任何中立国会愿意发挥其作用。

尽管《第一议定书》明确规定保护国的指定和接受不影响冲突各方及任何领土的法律地位，²⁷¹而且外交关系的维持也不构成指定保护国的任何障碍，²⁷²但是，在二战以来众多的武装冲突中，只在五场武装冲突中指定过保护国。即使是在这些冲突中，保护国发挥的作用也相当有限。在一个以集体安全等观念为显著特征的国际法律秩序中，人们会认为武装冲突中至少有一方是非法的，因此，中立的概念显得越来越不合时宜，愿意并可能被指定为保护国的国家也越来越少。

就红十字国际委员会而言，它并没有什么兴趣充任保护国的替代，因为依据其自身的权利，它就可以履行保护国的大部分职责，而且也不会给人留下它仅代表一国而不是所有受难者的印象。国际人道法仅赋予保护国而未赋予红十字国际委员会职责的情形十分罕见，就其中的一项即被告知并旁听针对被保护人之司法程序的职责而言，红十字国际委员会寻求在没有保护国的时被承认为事实上的替代者。

文件70. 二战中瑞士担当保护国 p. 1027

推荐阅读：COULIBALY Hamidou, "Le rôle des Puissances protectrices au regard du droit diplomatique, du droit de Genève et du droit de La Haye", in KALSHOVEN Frits & SANDOZ Yves (ed.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 69-78. DOMINICÉ Christian & PATRNOGIC Jovica, "Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève et lesystème des puissances protectrices", in *Annales de Droit International Médical*, No. 28, 1979, pp. 24-

269 比较《第一议定书》第5条第1款

270 比较《第一议定书》第5条第2-4款

271 比较《第一议定书》第5第5款

272 比较《第一议定书》第5条第6款

50. JANNER Antonino, *La Puissance protectrice en droit international, d'après les expériences faites par la Suisse pendant la Seconde Guerre Mondiale*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1948, 2nd ed., 1972, 79 pp.

深入阅读：FRANKLIN William McHenry, *Protection of Foreign Interests: A Study in Diplomatic and Consular Practice*, Washington, United States Government Printing Office, Department of State Publication No. 2693, 1946, 328 pp. KNELLWOLF Jean-Pierre, *Die Schutzmacht im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse*, Berne, Thesis, 1985. KUSSBACH Erich, "Le Protocole Additionnel I et les États neutres", in *IRRC*, No. 725, September 1980, pp. 82-95.

1. 保护国的概念

《第一议定书》第2条第3项

2. 保护国的指定体制

《第一议定书》第5条第1、2款

案例79. 纽伦堡美国军事法庭，部长案 p. 1048
案例142. 红十字国际委员会，伊朗/伊拉克备忘录 p. 1516

3. 保护国可能的代替者

《日内瓦第一公约》第10条；《日内瓦第二公约》第10条；《日内瓦第三公约》第10条；《日内瓦第四公约》第11条；《第一议定书》第5条第3-7款

4. 保护国的任务

《日内瓦第三公约》第126条第1款；《日内瓦第四公约》第76、143条

《日内瓦第三公约》第71条第1款、第72条第3款

《日内瓦第三公约》第65条第2款、第73条第3款；《日内瓦第四公约》第23条第3款、第55条第4款、第59条第4款、第61条；《第一议定书》第11条第6款、第70条第3款

《第一议定书》第78条

《日内瓦第三公约》第78条第2款；《日内瓦第四公约》第30、52、102条

《日内瓦第三公约》第105条第2款；《日内瓦第四公约》第42、71、72、74条；《第一议定书》第45条

《日内瓦第四公约》第39、98条

《日内瓦第一公约》第16、48条；《日内瓦第二公约》第19、49条；《日内瓦第三公约》第23条第3款、第62条第1款、第63条第3款、第66条第1款、第68条第1款、第69条、第75条第1款、第77条第1款、第120条第1款、第122条第3款、第128条；《日内瓦第四公约》第83、137条；《第一议定书》第33、45、60条

《日内瓦第三公约》第56条第3款、第60条第4款、第79条第4款、第81条第6款、第96条第5款、第100条第1款、第104条第1款、第107条第1款；《日内瓦第四公约》第35、42条、第49条第4款、第71、72、74、75、96、98、105、108、111、第123条第5款、第129、145条

《日内瓦第一公约》第11条；《日内瓦第二公约》第11条；《日内瓦第三公约》第11条；《日内瓦第四公约》第12条

《日内瓦第一公约》第23条；《日内瓦第四公约》第14条

文件70. 二战中瑞士担当保护国 p. 1027

文件74. 英国/德国，德国图宾根号亚得里亚海沉船事件 p. 1031

案例79. 纽伦堡美国军事法庭，部长案 p. 1048

案例142. 红十字国际委员会，伊朗/伊拉克备忘录 p. 1516

(1) 探望被保护人员

(2) 接受被保护人的申请

文件73. 英国对德国遇船难者的政策 p. 1029

(3) 信息和物品的传送

(4) 旁听司法程序

案例98. 马来西亚，奥斯曼诉检察官案 p. 1119

案例140. 南非，S诉佩塔内案 p. 1498

(二) 红十字国际委员会

(见下文，第15章“红十字国际委员会”，第375页)

五、确保遵守的义务 (共同第1条)

导 读

根据《日内瓦公约》及《第一议定书》共同第1条之规定，各国必须不仅要遵守国际人道法（此乃“协议必须遵守”之原则的要求），而且还必须确保国际人道法得到遵守。国际法院认为此规则属于习惯国际法，并将其适用于非国际性武装冲突法。²⁷³ 依据此原则，不仅直接受违法行为影响的国家是利益相关者并可

273 参见 **Case No. 130**, ICJ, *Nicaragua v. US*. [Cf. paras. 115, 216, 255, and 256.] p. 1359.

以采取措施制止违法行为，而且其他所有国家也可以并且必须采取相应措施。²⁷⁴因此，可以确定地说，国际人道法所规定的义务是针对所有国家的义务。

然而，存在争议的是，依据国家责任法，每个国家因此有权利且有义务采取的措施究竟是什么。最近，国际法委员会就此问题所通过的规则重申，在发生违反一项对全体国际社会负有之义务的行为时，所有国家均有权要求停止此违法行为，如有必要，还可要求保证不再犯，另外，还可要求向违反义务之行为所损害之人进行赔偿。²⁷⁵至于这些国家所采取的对抗措施，在国际法委员会看来，其合法性是“不确定的”，²⁷⁶该委员会仅允许对负有责任的国家采取“合法”措施，但它未对这些措施何时是合法的这一点作出结论。²⁷⁷在出现“双方”违法的情形，每个国家是否都能个别地采取作为受害国所能采取的所有措施？我们能否根据《日内瓦公约》共同第1条的特别规则，²⁷⁸认为每个国家都受到了违反国际人道法之行为的损害？或者，是否需要在依《日内瓦公约》共同第1条而享有权利的各国之间进行协调？即使是《第一议定书》第89条也未给出明确的答案——该条规定，在违法行为发生时，各国应“在联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行为”。

在我们看来，依据共同第1条，为确保对条约的尊重，只要与一般国际法相一致（它根据国际人道法的规定排除武力的使用）²⁷⁹并不被国际人道法所排斥（如对被保护人实施报复），²⁸⁰那么，一般国际法向受违反一项条约之行为损害的国家提供的所有措施²⁸¹均可被采取。即便不承认这些对抗措施，有一点也是清晰的，即一国可以（同时也必须）通过采取本身不违反其国际义务的报复措施来对所有违反国际人道法的行为作出反应。任何国家均无义务接受他国的交涉，无义务与他国缔结条约，无义务在国际组织中支持一个国家或从他国购买武器。遗憾的是，国家实践尚未丰富到能够决定一个国家如何“确保遵守”的上限。关于最低门槛，只有以下这一点是确定的：如果一国鼓励并协助另一国家²⁸²或持不同政

274 **Case No. 107**, ICJ/Israel, Separation Wall/Security Fence in the Occupied Palestinian Territory. [Cf. A., paras. 158 and 159.] p. 1158.

275 比较《关于国家责任的条文草案》第48条及其评论：参见**Case No. 38**. [Cf. A.] p. 822.

276 同上，对第54条的评论。

277 同上，第54条。

278 同上，第55条，“特别法”。

279 同上，第50条第1款第1项。

280 同上，第50条第1款第3项。

281 同上，第28-41条。

282 参见**Case No. 130**, ICJ, Nicaragua v. US. [Cf. paras. 115, 216, 255, and 256.] p. 1359.

见的武装力量实施违法行为，那么，它就违反了共同第1条。根据关于对故意实施之过错行为的国家责任的规则，对于由一个严重违反强行规范（如国际人道法德规范）之行为所导致的情形，一国不得承认其为合法，也不得提供援助或帮助以维持这一情形。²⁸³ 尽管完全地无动于衷明显也违反了该规定的条文，但不幸的是，这种情形实际上时有发生。考虑到共同第1条所指向的众多国家以及其所适用的众多情形，可以说，它是最频繁地被违反的国际人道法规定。

总之，共同第1条用法律的语言表示了陀思妥耶夫斯基在《卡拉玛佐夫兄弟》（*Brothers Karamazov*）所表达的道德观念，即“我们每个人……毫无例外地对这个世界上所有的人负责”；他“对所有的人，对所有的事情，对所有人类的罪行负责——不管是对整个世界来说还是对个人来说”，²⁸⁴ 或者，它表达了国际人道法领域的如下观念：保证武装冲突中受难者享有最低限度的人道是所有国家和整个人类共同的责任。

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 p. 722

文件106. 红十字国际委员会关于近东地区的呼吁 [Cf. C., paras.10-11.] p. 1152

案例118. 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议 p. 1301

案例122. 红十字国际委员会/黎巴嫩，萨卜拉和夏蒂拉 p. 1329

案例142. 红十字国际委员会，伊朗/伊拉克备忘录 p. 1516

案例157. 美国，施莱辛格报告 p. 1609

推荐阅读：BOISSON DE CHAZOURNES Laurence & CONDORELLI Luigi, "Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests", in *IRRC*, No. 837, March 2000, pp. 67-87. CONDORELLI Luigi & BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances", in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva, ICRC, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 17-35. LEVRAT Nicolas, "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les conventions humanitaires", in KALSHOVEN Frits & SANDOZ Yves (ed.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 263-296. McCORMACK Timothy, "The Importance of Effective Multilateral Enforcement of International Humanitarian Law", in LIJNZAAD Liesbeth, VAN SAMBEEK Johanna & TAHZIB-LIE Bahia (ed.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp 319-338. PALWANKAR Umesh, "Measures Available to States for Fulfilling their Obligation to Ensure Respect for International Humanitarian Law", in *IRRC*, No.298, January-February 1994, pp.9-25. SACHARIEW Kamen, "State's Entitlement to Take Action to Enforce International Humanitarian Law", in *IRRC*, No.270, May-June 1989, pp. 177-195.

283 参见 **Case No. 38**. [Cf. A., Arts. 40 and 41.] p. 822.

284 参见 DOSTOYEVSKY Fyodor, *The Brothers Karamazov*, Translated by Julius Katzer, Progress Publishers, vol. 1, 1980, p. 250.

深入阅读：CANAL-FORGUES Éric, "La surveillance de l'application de l'arrangement du 26 avril 1996 (Israël-Liban): une tentative originale de mise en œuvre de l'obligation de respect du droit international humanitaire", in *RGDIP*, Vol. 3, 1998, pp. 723-746. GASSER Hans-Peter, "Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations", in FOX Hazel & MEYER Michael A (ed.), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, Effecting Compliance, London, The British Institute of International and Comparative Law, 1993, pp. 15-49. SANDOZ Yves, "L'appel du Comité international de la Croix-Rouge dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran", in *AFDI*, Vol. 29, 1983, pp. 161-173. WALDMAN Adir, *Arbitrating Armed Conflict, Decisions of the Israel-Lebanon Monitoring Group*, Huntington N.Y., Juris, 2003, 320 pp.

(一) 范围

案例107. 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆。[Cf. A. para. 158.] p. 1158

(二) 目的

(三) 非交战国的义务

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Arts. 16, 40, 41, 48 and 55.] p. 822

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. paras. 116, 255 and 256.] p. 1359

(四) 被使用的手段

[《习惯国际人道法》第44条]

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 3. 1. 3.] p. 722

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Arts. 41 (2), 50 (1) and commentary of Art. 50 as well as Art. 54 and its commentary.] p. 822

案例107. 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆。[Cf. A., para. 159.] p. 1158

案例118. 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议 [Cf. I., paras. 4 and 11 and J.] p. 1301

案例142. 红十字国际委员会，伊朗/伊拉克备忘录 p. 1516

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突。[Cf. 25.] p. 1717

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 1. B. and C. and 3. D.] p. 2082

案例198. 德国，与卢旺达问题国际刑事法庭合作之法规 [Cf. 1. B.] p. 2147

案例228. 德国，政府对车臣问题的回应 p. 2400

推荐阅读： GREEN Leslie C., "Enforcement of International Humanitarian Law and Threats to National Sovereignty", in *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 8/1, April 2003, pp. 101-131. PALWANKAR Umesh, "Measures Available to States for Fulfilling their Obligation to Ensure Respect for International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 298, January-February 1994, pp. 9-25.

(五) 缔约国会议

1. 关于一般问题

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 p. 722

文件37. 第一次定期会议，主席报告 p. 817

2. 关于违法的特定环境

文件106. 红十字国际委员会关于近东地区的呼吁 [Cf. C.] p. 1152

案例118. 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议p. 1301

推荐阅读： FUX Pierre-Yves & ZAMBELLI Mirko, "Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés: historique d'un processus multilatéral (1997-2001)", in *IRRC*, No. 847, September 2002, pp. 661-695.

六、各国红十字或红新月会的作用

导 读

实施国际人道法是国际红十字与红新月运动的一项主要目标。设置各国红会的主要目的之一就是在各国国内促进国际人道法的实施。该运动的章程明确承认，各国红会的任务是与其本国政府合作，以确保遵守国际人道法，并保护红十字与红新月标志。各国红会与其本国当局以及其他相关机构有着广泛的联络，而且，在许多情况下，它们自身谙熟国内法和国际法，这一切可以使它们在该领域中扮演关键的角色。

各国红会的行动

各国红会可以采取一系列有助于国际人道法实施的措施，包括：

(一) 加入国际人道法条约

与本国的政府当局讨论有关加入国际人道法条约的问题。

(二) 国内立法

使政府当局了解进行有关实施国际人道法之立法的必要性。

起草国内立法并且（或者）对本国当局机构的草案作出评议。

(三) 对标志的保护

促进立法，以保护标志。

监督标志的使用。

(四) (在红会自身的传播活动之外) 传播国际人道法

提醒本国当局机构有关它们传播国际人道法的责任。

向本国当局机构提供传播国际人道法的建议和相关材料。

(五) 武装力量中的法律顾问与合格人员

帮助训练法律顾问和人员。

(六) 为冲突受难者提供医疗援助

在国际性与非国际性武装冲突中，各国红会可以在国际人道法的实施方面发挥重要的作用。作为对军队医疗体系²⁸⁵的补充，各国红会在照顾伤病员方面可以作出重要的贡献。

无论是向冲突一方提供援助，还是在红十字国际委员会的主持下履行职责，中立国的国家红会²⁸⁶也可在该领域内发挥一定的作用。

文件20.《国际红十字与红新月运动章程》[Cf.Arts. 4 and 5.] p. 670

文件22. 红十字国际委员会，关于标志问题的示范法 [Cf. Art. 3.] p. 685

案例53. 科特迪瓦，国家政府部门间委员会 [Cf. Arts. 3 and 4.] p. 965

案例67. 英国，工党活动——标志的滥用。p. 1003

285 比较《日内瓦第一公约》第26条以及第7章“对伤者、病者和遇船难者的保护”，第167页。

286 比较《日内瓦第一公约》第27条。

案例95. 古巴，被俘“游击队员”的地位 p. 1111

案例122. 红十字国际委员会/黎巴嫩，萨卜拉和夏蒂拉 p. 1329

案例135. 埃塞俄比亚/索马里，欧加登冲突的战俘 p. 1410

案例178. 英国，标志的滥用 p. 1778

推荐阅读：MEYER Michael A., "Public Advocacy - Why the Red Cross and Red Crescent Should Look before it Leaps", in *IRRC*, No. 315, November-December 1996, pp. 614-626. SASSÒLI Marco, "The National Information Bureau in Aid of the Victims of Armed Conflicts", in *IRRC*, No. 256, January 1987, pp. 6-24.

七、非政府组织的作用

推荐阅读：BONARD Paul, *Modes of Action Used by Humanitarian Players: Criteria for Operational Complementarity*, Geneva, ICRC, September 1998, 65 pp. BRETT Rachel, "Non-Governmental Human Rights Organizations and International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 324, September 1998, pp. 531-536. WEISSBRODT David & HICKS Peggy, "Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflicts", in *IRRC*, No. 293, March-April 1993, pp. 120-138.

深入阅读：NANDA Ved P., "Non-Governmental Organizations and International Humanitarian Law", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 71, 1998, pp. 337-358. VON FLÜE Carlo & LAVOYER Jean-Philippe, "How Can NGOs Help Promote International Humanitarian Law?", in *Relief and Rehabilitation Network*, Newsletter, London, Overseas Development Institute, 1997, pp. 3-4.

(一) 对冲突受难者的人道援助

1. 非政府组织在国际人道法下的权利与义务

文件37. 第一次定期会议，主席报告 [Cf. II. 1.] p. 817

- 人道行动的公正性
- 接触到需要帮助的受难者

(参见前文，第9章、四“国际人道法与人道援助，第239页”)

- 两难境况

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 10.-12., 18. and 20.] p. 1717

案例212. 阿富汗，男女分院治疗 p. 2281

2. 非政府组织对标志的使用

案例178. 英国，标志的滥用 p. 1778

推荐阅读：BOUVIER Antoine, "Special Aspects of the Use of the Red Cross or Red Crescent Emblem", in *IRRC*, No. 272, September-October 1989, pp. 438-458. MEYER Michael, "Protecting the Emblems in Peacetime: The Experiences of the British Red Cross", in *IRRC*, No. 272, September- October 1989, pp. 459-464.

(二) 对公众舆论的了解、报告与调动

案例121. 大赦国际，违反区分原则 p. 1324

案例153. 美国/英国，2003年伊拉克战争行动 p. 1576

案例155. 伊拉克，美军在被占伊拉克领土使用武力 p. 1590

案例193. 南斯拉夫联盟共和国，北约干预[Cf. A.] p. 2061

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf.1.F.1)and2.B.]p. 2082

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 [Cf. C.] p. 2293

案例224. 案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf.2.A.and D.] p. 2347

案例229. 俄罗斯联邦，车臣，萨马什基行动 p. 2401

案例234. 西撒哈拉冲突 [Cf.A. and B.] p. 2441

(三) 支持国际人道法的发展

八、联合国

导 读

联合国主要的使命是阻止战争，而非调整战争行为，这使得对国际人道法的讨论看上去有偏题之嫌。为实现其目的，《联合国宪章》允许安理会授权使用武力；²⁸⁷在此种情势之下，国际人道法即有适用之余地。在前南和卢旺达设立特别法庭，这一点表明，联合国安理会事实上将违反国际人道法的行为视为对国际和平与安全的破坏或威胁。

287 《联合国宪章》，第七章。

根据《联合国宪章》的规定,在面临一场武装冲突时,联合国的主要目的应是阻止冲突的发生并解决存在的争议。要实现这一点,联合国就必须支持其中一方,如反对侵略一方,而这将严重妨碍其帮助国际人道法的实施以及(至少在理论上)提供人道援助的能力,因为前者必须在不对“诉诸战争权”作任何考虑的情况下独立地实施,而后者也必须根据受难者的需求来提供,并且不应考虑冲突的原因。

另外,联合国主要的司法机构(国际法院)可被引导来解释国际人道法。事实上,国际法院已经处理了一些引发国际人道法问题的具有争议或具有参考价值的案件。在其“咨询意见”中,国际法院就核武器威胁或使用的合法性以及在巴勒斯坦被占领土上建造隔离墙的法律后果等国际人道法问题作出了评估。著名的“尼加拉瓜案”也广泛地探讨了国际人道法的一些问题。发生于刚果民主共和国与比利时之间的“逮捕令案”的判决是另一个例子,该判决讨论了有关追诉战争罪犯的普遍管辖权之范围的问题。

《联合国宪章》并未提及国际人道法:联合国之目的与原则²⁸⁸是以人权的术语加以表达的。²⁸⁹因此,联合国在传统上将国际人道法称作“武装冲突中的人权”。²⁹⁰同样,《日内瓦公约》实际上也未提及联合国。²⁹¹

在概念上,联合国不能被视为冲突“一方”,也不能被理解为《日内瓦公约》中所称的“国家”。²⁹²然而,事实上,不管是否符合联合国的意愿,维和与执行和平行动都可能卷入敌对行动,而后者与传统武装冲突具有相同的特征,并面临着需要由国际人道法来解决的同样的人道问题。而且,诸如以下这些问题也都是富有争议的:国际人道法是否适用于此类行动?如果答案是肯定的,那么,何种强度的敌对行动将引发国际人道法的适用?何时适用国际性武装冲突法,何时适用非国际性武装冲突法?是联合国还是参加行动的相关国家受约束呢?

与《日内瓦公约》授予在武装冲突期间提供人道援助的权利相一致,²⁹³许多联合国组织均从事人道工作,例如,联合国难民事务高级专员办事处、联合国儿

288 《联合国宪章》第24条第2款。

289 《联合国宪章》第1条第3款、第55条第3项。

290 1968年12月19日联大第2444号决议(23)。

291 但比较《第一议定书》第89条(有关缔约国与联合国的合作);《日内瓦第一公约》第64条、《日内瓦第二公约》第63条、《日内瓦第三公约》第143条、《日内瓦第四公约》第159条、《第一议定书》第101条及《第二议定书》第27条(有关公约和议定书的批准、加入、废弃及登记)。

292 《日内瓦公约》的某些规定在字面上甚至都不能适用于联合国或者是由联合国适用,例如,《日内瓦第四公约》第49条第6款(禁止占领国将“其本国国民”移送至被占领土)或《日内瓦第一公约》第49、《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条及《第一议定书》第85条第1款(打击严重破坏公约的行为)。

293 比较《日内瓦第四公约》第142条及《第一议定书》第81条。

童基金和世界卫生组织都努力拉大自己与联合国维护国际和平与安全的政治任务之间的距离。尽管如此，这些组织仍受其成员国所控制，而这些成员国在武装冲突中并不是且也不应该是中立和公正的。

尽管存在这些局限性，联合国体制独特的结构仍使其有机会在实施国际人道法方面发挥重要作用——它可以充当立法者、执行者和国际人道法的主体。

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 3.1.3.] p. 722

推荐阅读： BENCHIKH Madjid (dir.), *Les organisations internationales et les conflits armés*, Paris, L'Harmattan, 2001, 308 pp. BOTHE Michael, "The United Nations Actions for the Respect of International Humanitarian Law and the Coordination of Related International Operations", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp. 213- 228. BOURLOYANNIS Christiane, "The Security Council of the United Nations and the Implementation of International Humanitarian Law", in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 20, 1992, pp. 335-355. GASSER Hans-Peter, "Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations", in HAZEL Fox & MEYER Michael A. (ed.), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, *Effecting Compliance*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 1993, pp. 15-49. GASSER Hans-Peter, "The International Committee of the Red Cross and the United Nations Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp.261-284. MINEAR Larry, CORTRIGHT David, WAGLER Julia, LOPEZ George A. & WEISS Thomas G., *Toward More Humane and Effective Sanctions Management: Enhancing the Capacity of United Nations System*, Thomas S. Watson Jr. Institute for International Studies, Occasional Paper No.31, 1988, 90pp. PETIT Yves, *Droit international du maintien de la paix*, Paris, LGDJ, 2000, 216 pp. SANDOZ Yves, "Rapport Général", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp. 55-86. ZACKLIN Ralph, "General Report", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève-19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp. 39-54.

深入阅读： BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, "Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp. 149-174. CHETAIL Vincent, "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 850, June 2003, pp. 235-268. HAMPSON Françoise, "State's Military Operations Authorized by the United Nations and International Humanitarian Law", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion*

du cinquantième anniversaire de l'ONU(Genève -19, 20 et 21 octobre 1995), Paris, Pedone, 1996, pp.371-426. KOOLJMANSPieter H., "The Security Council and Non-State Entities as Parties to Conflicts", in WELLENS Karel (ed.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Boston and Cambridge, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 339. SANDOZ Yves, "Réflexions sur la mise en œuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en ex-Yougoslavie", in *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, No. 4, 1993, pp. 461-490. SCHWEBEL Stephen M., "The Roles of the Security Council and the International Court of Justice in the Application of International Humanitarian Law", in *JILP*, 1995, pp. 731-759. WATSON Geoffrey R. (ed.), "Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", in *AJIL*, Vo. 99/1, January 2005, pp. 1-141.

(一) 适用于威胁到国际和平与安全之局势的国际人道法

案例143. 伊朗/伊拉克，联合国安理会评估违反国际人道法的行为 p. 1527

案例146. 联合国安理会，对伊拉克实施制裁 p. 1551

(二) 威胁国际和平与安全的违反国际人道法的行为

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf.3.1. 2.] p. 722

案例107. 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆。[Cf. A. para. 160.] p. 1158

案例138. 苏丹，联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. B.] p. 1456

案例143. 伊朗/伊拉克，联合国安理会评估违反国际人道法的行为 p. 1527

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突。[Cf. 17.] p. 1717

案例179. 联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》[Cf. A.] p. 1781

案例196. 联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》[Cf. Security Council Resolution 955.] p. 2138

推荐阅读：PICKARD Daniel B., "When Does Crime Become a Threat to International Peace and Security?", in *Florida Journal of International Law*, Vol. 12/1, 1998, pp. 1-21.

— 包括在非国际性武装冲突中的违法行为

案例149. 联合国，安理会有关伊拉克北部局势的第688号决议 p. 1557

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 1. B., C. 1) and 3. D.] p. 2082

(三) 作为武装冲突中之人权的国际人道法

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 3. A. 2), C. 1) and D.] p. 2082

推荐阅读：O'DONNELL Daniel, "Trends in the Application of International Humanitarian Law by United Nations Human Rights Mechanisms", in *IRRC*, No. 324, September 1998, pp. 481-503. HAMPSON

Françoise, "Les droits de l'homme et le droit humanitaire international: deux médailles ou les deux faces de la même médaille?", in *Bulletin des droits de l'homme*, No. 91/1, September 1992, pp. 51-60.

(四) 联合国体系中人道组织的活动

文件26. 红十字国际委员会, 战争受难者的保护 [Cf. 3. 2.] p. 722

案例146. 联合国安理会, 对伊拉克实施制裁 [Cf. C.] p. 1551

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. D.] p. 2082

推荐阅读: MUNTARBHORN Vitit, "Protection and Assistance for Refugees in Armed Conflicts and Internal Disturbances: Reflections on the Mandates of the International Red Cross and Red Crescent Movement and the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees", in *IRRC*, No. 265, July-August 1988, pp. 351-366.

(五) 联合国军事力量与国际人道法

推荐阅读: ARSANJANI Mahnoush H., "Defending the Blue Helmets: Protection of United Nations Personnel" in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp. 115-148. CHO Sihyun, "International Humanitarian Law and United Nations Operations in an Internal Armed Conflict", in *Korean Journal of International and Comparative Law*, Vol.26, 1998, pp.85-111. EMANUELLI Claude, *Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire*, Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 1995, 112 pp. GREENWOOD Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", in *YIHL*, Vol.1, 1998, pp.3-34. SHRAGA Daphna, "The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law", in CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie & SCHERRER Sylvie (ed.), *The United Nations and International Humanitarian Law: Actes du Colloque International, À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Paris, Pedone, 1996, pp.64-81. URBINA Julio Jorge, *Protección de la víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario: desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil*, Valencia, Tirant Monografías, 2000, 439 pp.

1. 联合国部队受国际人道法的约束, 并受国际人道法的保护

引文 “一国机构之行为, 并不会因诸如得到一个国际组织之协调或甚至系后者授权而为等原因而改变其性质”。

[资料来源: A/CN.4/507/Add.2, International Law Commission, 52nd session, Geneva, 1 May- 9 June, 10 July -18 August 2000, Third report on State Responsibility. Presented by M. James Crawford, Special Rapporteur, para. 267, available on <http://www.un.org/law/ilc/sessions/52/52docs.htm>]

[还可参见第14章、一、(一)、2“引文”, 第363页]

案例14. 关于联合国人员安全问题的公约 [Cf. Arts. 2 (2) and 20(a).] p. 629

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Art. 8 (2) (b) (iii) and (e) (iii).] p. 634

文件42. 联合国，联合国部队指导方针 p. 875

文件43. 联合国，卜拉希米报告 p. 880

案例167. 联合国，驻索马里联合国部队 p. 1677

案例168. 比利时，驻索马里的比利时士兵 p. 1681

案例169. 加拿大，R.诉布罗克班克案 [Cf. paras. 62 and 90.] p. 1692

案例170. 加拿大，R.诉博兰案 p. 1705

案例171. 加拿大，R.诉苏厄德案 p. 1710

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突 [Cf.6.,19.and33.]p. 1717

案例176. 波斯尼亚和黑塞哥维那，穿着维和人员制服 p. 1775

案例192. 克罗地亚，检察官诉拉伊科·拉杜洛维奇及其他人案 p. 2055

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 1. C. 2) and 3. C. 3).] p. 2082

推荐阅读：BENVENUTI Paolo, "Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la circulaire du Secrétaire général", in *RGDIP*, Vol. 105/2,2001, pp. 355-372. BENVENUTI Paolo, "The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of United Nations Peace-Keeping", in *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995, pp. 13-82. BOUVIER Antoine, " 'Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel': Presentation and Analysis", in *IRRC*, No. 309, November- December 1995, pp. 638-666. GREENWOOD Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", in *YIHL*, Vol. I, 1998, pp. 3-34. MURPHY Ray, "United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?", in *Criminal Law Forum*, Vol. 14, 2003, pp. 153-194. SHRAGA Daphna, "The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law", in *International Peacekeeping*, Vol. 5 (2), 1998, pp. 64-81.

深入阅读：BIALKE Joseph P., "United Nations Peace Operations: Applicable Norms and Application of the Law of Armed Conflict", in *The Air Force Law Review*, Vol. 50, 2001, pp.1-63. BOUSTANY Katia, "Brocklebank: A Questionable Decision of the Court Martial Appeal Court of Canada", in *YIHL*, Vol. 1, 1998, pp. 371-374. EMANUELLI Claude, *Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire*, Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 1995, 112 pp. EMANUELLI Claude (dir.), *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, Montréal, 1997. HOFFMAN Michael H., "Peace- Enforcement Actions and Humanitarian Law: Emerging Rules for 'Interventional Armed Conflict'", in *IRRC*, No. 837, March 2000, pp. 193-204. LUPI Natalia, "Report by the Enquiry Commission on the Behaviour of Italian Peace-Keeping Troops in Somalia", in *YIHL*, Vol. 1, 1998, pp. 375-379. PALWANKAR Umesh, "Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peace-Keeping Forces", in *IRRC*, No. 294, May-June 1993, pp. 227-240. PALWANKAR Umesh (ed.), *Symposium on Humanitarian Action and Peace-Keeping Operations*, Geneva, ICRC, 1994, 107 pp. RYNIKER Anne, "Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: quelques commentaires à propos de la circulaire du Secrétaire général des Nations Unies du 6 août 1999", in *IRRC*, No. 836, December 1999, pp. 795-817. SCHINDLER Dietrich, "U.N. Forces and International Humanitarian law", in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva, ICRC, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 521-530. SIEKMANN Robert C.R., "The

Fall of Srebrenica and the Attitude of Dutchbat from an International Legal Perspective", in *YIHL*, Vol. 1, 1998, pp. 301-312. WECKEL Philippe, "Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies. Circulaire du Secrétaire général du 6 août 1999", in *RGDIP*, Vol. 103/4, 1999, pp. 973-978. YOUNG Robert M., "IHL and Peace Operations: Sharing Canada's Lessons Learned from Somalia", in *YIHL*, Vol. 1, 1998, pp. 362-370.

2. 作为国际人道法实施机制的联合国部队

案例32. 红十字国际委员会，国家结构的瓦解 p. 784

文件43. 联合国，卜拉希米报告 p. 880

案例167. 联合国，驻索马里联合国部队 p. 1677

案例174. 波斯尼亚和黑塞哥维那，1992-1993年安全区的建立 p. 1762

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 1. B. and 3. D.] p. 2082

案例224. 案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf. 1. B.3.)] p. 2347

(六) 国际人道法的遵守与经济制裁

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., para. 7 of the commentary to Art. 50.] p. 822

案例146. 联合国安理会，对伊拉克实施制裁 p. 1551

推荐阅读：ALRACHID Loulouwa T., "L'humanitaire dans la logique des sanctions contre l'Irak: la formule 'pétrole contre nourriture'", in *Politique étrangère*, Vol. 65/1, 2000, pp. 109-121. CHARVIN Robert, "Les mesures d'embargo: la part du droit", in *RBDI*, 1996, pp. 5-32. GASSER Hans-Peter, "Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law", in *ZaöRV*, Vol. 56/4, 1996, pp. 871-904. KOZAL Peggy, "Is the Continued Use of Sanctions as Implemented against Iraq a Violation of International Human Rights?", in *The Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 28/4, 2000, pp. 383-400. SASSÒLI Marco, "Economic Sanctions and International Humanitarian Law", in GOWLLAND Vera (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague, 2001, pp. 243-250. STARCK Dorothee, *Die Rechtmässigkeit von UNO-Wirtschaftssanktionen in Anbetracht ihrer Auswirkungen auf die Zivilbevölkerung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 473 pp. WEISS Thomas G., CORTRIGHT David, LOPEZ George A., MINEAR Larry, *Political Gain and Civilian Pain: Humanitarian Impacts of Economic Sanctions*, New York, Rowmann & Littlefield, Lannham, 1997, 277 pp.

(七) 冲突解决与人道行动之间必要的区分

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 3. 1. 3.] p. 722

案例32. 红十字国际委员会，国家结构的瓦解 p. 784

文件43. 联合国，卜拉希米报告 p. 880

案例144. 伊朗/伊拉克, 遣返7万名战俘 [Cf. A.] p. 1542
 案例146. 联合国安理会, 对伊拉克实施制裁 p. 1551
 案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 13. and 14.]p. 1717
 案例174. 波斯尼亚和黑塞哥维那, 1992-1993年安全区的建立 p. 1762
 案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. B.] p. 2082

推荐阅读: BRAUMAN Rony, *L'action humanitaire*, Paris, Flammarion, 2000. CORTEN Olivier & KLEIN Pierre, "Action humanitaire et chapitre VII: la redéfinition du mandat et des moyens d'action des forces des Nations Unies", in *AFDI*, 1993, pp. 105-130. GIROD Christophe & GNAEDINGER Angelo, "Politics, Military Operations and Humanitarian Action: An Uneasy Alliance", Geneva, ICRC, 1998, 29 pp. MOORE Jonathan(ed.), *Hard Choices: Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention*, New York, Rowman and Littlefield, 1998, 322 pp. RUFIN Jean-Christophe, *Le piège, quand l'aide humanitaire remplace la guerre*, Paris, Lattès, 1986, 336 pp. SAPIR Debarati G., "The Paradox of Humanitarian and Military Intervention in Somalia", in WEISS Thomas G. (ed.), *The United Nations and Civil Wars*, London, Lynne Rynner, 1995, pp. 151-172. TESÓN Fernando, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1988.

1. 冲突解决必须明确立场, 而人道行动必须保持中立
2. 避免使人道行动成为相关借口的必要性
 - 避免成为干预的借口
 - 避免成为不解决武装冲突的借口

九、国家对违法行为的国际责任

导 读

与传统国际法的结构一致, 违反国际人道法的行为被视为系国家所实施, 因此, 阻止与打击的措施也必须指向应对违法行为负责的国家。这些措施可以规定在国际人道法本身, 可以规定在有关国家责任的一般国际法中, 或者是规定在作为有组织国际社会之“宪法”的《联合国》宪章之下。

在制裁违法行为之前, 人们当然应首先对其加以确定。根据《日内瓦公约》的规定, 应与被指控的违法行为有关之冲突一方的请求, 应开展一项调查。²⁹⁴但是, 冲突各方必须就调查的程序达成一致。经验表明, 一旦被指控的违法行为发

294 比较《日内瓦第一公约》第52条、《日内瓦第二公约》第53条、《日内瓦第三公约》第132条及《日内瓦第四公约》第149条。

生,就很难达成这种一致——尤其是相互之间进行武装冲突的各方之间。为此,《第一议定书》第90条迈出了重要的一步,因为它规定了一个“国际人道实况调查委员会”²⁹⁵及其工作程序。如果冲突双方通过特别协议或一般声明²⁹⁶的方式同意该委员会的权力,则后者即有权应一方的请求就被指控的违法行为展开调查。该委员会已作出声明,如果相关各方同意,它随时准备在非国际性武装冲突中履行同样的职责。与传统国际人道法的原理相一致,该调查的基础也是冲突各方之间的协议,而且,调查结果也只有在征得它们同意的情况下才会公之于众。这或许也构成了下列现象的原因之一:尽管已经有大约70个国家作出了接受委员会职权的一般声明,但是,迄今为止还尚未有任何有关调查的请求被提交给委员会。各国更愿意通过联合国机构进行调查,而且该种调查的报告也将公之于众,但是,结果也并未表现得更为理想。

在发生争议时,国际法为和平解决争端所提供的一切手段都可加以利用。国际法就有保护国参与的一项和解程序作出了规定,但要求获得冲突各方的一致同意。²⁹⁷保护国制度本身就是斡旋的制度化。但是,总的问题是,冲突各方通过参与武装冲突恰恰表明它们无法和平地解决与“诉诸战争权”有关的争端,故此,要在冲突各方之间和平地解决有关国际人道法的争端是令人诧异而且也是很难成功的。于是,使用仅能由联合国系统采用的强制性措施看上去更为可行,但是,这样做有将“诉诸战争权”与“战时法”相混淆的可能。这样的混淆对于联合国来说是正常的,因为其主要使命就是使“诉诸战争权”得到遵守,但它对于国际人道法所需的自治、中立和公正来说却是危险的。

作为对违法行为的回应,不仅是直接受到违法行为损害的国家,而且(根据《日内瓦公约》共同第1条和有关国家责任之一般规则的规定),²⁹⁸每个国家都可以且必须采取由国际法赋予受害国可以采取的对抗措施。这些措施本身必须符合国际人道法及《联合国宪章》的规定,²⁹⁹而且,作为一种集中的国际法实施制度脆弱的萌芽,它们必须在与联合国合作的情况下才能采取。³⁰⁰然而,各国之间的合作并不就意味着没有共识就不能对违法行为作出任何反应。

295 参见该委员会网站<http://www.ihffc.org>。

296 截止到2005年6月,共有68个缔约国作出了这样的声明,它与《国际法院规约》第36条第2款所规定的关于强制管辖的任择条款相类似。

297 比较《日内瓦第一公约》第11条、《日内瓦第二公约》第11条、《日内瓦第三公约》第11条及《日内瓦第四公约》第12条。

298 参见上文的细微差别,第13章第五节“确保遵守的义务(共同第1条)”,第298页,参考国际法委员会制定的关于国家责任的条款草案,案例38,国际法委员会,关于国家责任的条款草案,第822页。

299 参见前注280、281。

300 比较《第一议定书》第89条,该条与《联合国宪章》第56条相类似。

在与国家责任法规则的不同方面，国际人道法重申了赔偿的一般义务，³⁰¹但也对国家责任法的一般规则作出了一些改变（或明确了以下这一点，即它所规定的一些例外规则适用于国际法的该分支）：它规定国家对其武装部队成员所实施的一切行为严格负责；³⁰²它禁止对被保护之人和物品以及平民居民进行报复³⁰³——至于在国际人道法条约适用上的相互性则早已被一般规则所排除；另外，它还明确了以下这一点，即，由于国际人道法的规则大多都属于强行法，因此，各国不能同意放弃被保护人的权利，³⁰⁴同时后者也不能主动放弃自己的权利。³⁰⁵最后，由于国际人道法是为武装冲突制定的法律，而武装冲突依其定义就属于紧急情况，因此，除某些规则有明确的不同规定外，³⁰⁶它排除以必要性作为违法的抗辩事由。³⁰⁷

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 4.] p. 722

推荐阅读：PELLET Alain, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", in *EJIL*, Vol. 10/2, 1999, pp. 425-434. QUIGLEY John, "State Responsibility for Ethnic Cleansing", in *UC Davis Law Review*, Vol. 32/2, 1999, pp. 341-387. KLEFFNER Jann K., "Improving Compliance with International Humanitarian Law through the Establishment of an Individual Complaints Procedure", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15/1, 2002, pp. 237-250. SASSÒLI Marco, "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 846, June 2002, pp. 401-434.

(一) 对违法行为的评估

案例143. 伊朗/伊拉克，联合国安理会评估违反国际人道法的行为 p. 1527

1. 调查程序

《日内瓦第一公约》第52条、《日内瓦第二公约》第53条、《日内瓦第三公约》第132条及《日内瓦第四公约》第143条

301 比较《海牙第四公约》第3条及《第一议定书》第91条。

302 比较《海牙第四公约》第3条及《第一议定书》第91条。

303 比较《日内瓦第一公约》第46条、《日内瓦第二公约》第47条、《日内瓦第三公约》第13条第3款、《日内瓦第四公约》第33条第3款、《第一议定书》第20条、第51条第6款、第52条第1款、第53条第3项、第54条第4款、第55条第2款及第56条第4款。

304 比较《日内瓦第一公约》第6条、《日内瓦第二公约》第6条、《日内瓦第三公约》第6条及《日内瓦第四公约》第7条。

305 比较《日内瓦第一公约》第7条、《日内瓦第二公约》第7条、《日内瓦第三公约》第7条及《日内瓦第四公约》第8条。

306 比较Case No. 38, ILC, Draft Articles on State Responsibility. [Cf. A., Art. 25 (2) (a) and para. 19 of the commentary of Art. 25.] p. 822.

307 例如，《日内瓦第一公约》第33条第2款；《日内瓦第四公约》第49条第2及第5款、第53条、第55条第3款及第108条第2款；《第一议定书》第54条第5款。

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 25.] p. 1717

案例221. 联合国, 关于调查战争罪请求 p. 2338

推荐阅读: VITÉ Sylvain, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Brussels, Bruylant, 1999, 485 pp. WALDMAN Adir, *Arbitrating Armed Conflict, Decisions of the Israel-Lebanon Monitoring Group*, Huntington N.Y., Juris, 2003, 320 pp.

2. 实况调查委员会

(参见<http://www.ihffc.org>)

《第一议定书》第90条

案例118. 联合国, 关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议[Cf. D., II. 3.] p. 1301

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 7.] p. 1717

推荐阅读: CONDORELLI Luigi, "La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits: un outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire?", in *IRRC*, No. 842, June 2001, pp. 393-406. HAMPSON Françoise, "Fact-finding and the International Fact-Finding Commission", in FOX Hazel & MEYER Michael A. (ed.), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, *Effecting Compliance*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 1993, pp. 53-82. KRILL Françoise, "The International Fact-Finding Commission: The ICRC's Role", in *IRRC*, No. 281, March-April 1991, 19 pp. KUSSBACH Erich, "Commission internationale d'établissement des faits en droit international humanitaire", in *RDMDG*, Vol. 20/1-2, 1981, pp. 89-111. MOKHTAR Aly, "To Be or not to Be: The International Humanitarian Fact-Finding Commission", in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2002, pp. 69-94. ROACH John A., "The International Fact-Finding Commission: Article 90 of Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions", in *IRRC*, No. 281, March-April 1991, pp. 167-189. VITÉ Sylvain, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Brussels, Bruylant, 1999, 485 pp.

深入阅读: KUSSBACH Erich, "The International Humanitarian Fact-Finding Commission", in *ICLQ*, 1994, pp. 174-185. REINISCH August, "The International Fact-Finding Commission to Article 90 Additional Protocol I to the Geneva Conventions and its Potential Enquiry Competence in the Yugoslav Conflict", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996, pp. 241-255.

(二) 违法行为的后果

推荐阅读: BLISHCHENKO Igor P., "Responsibility in Breaches of International Humanitarian Law", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/ UNESCO, 1986, pp. 283-296. BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, QUÉGUINER Jean- François & VILLALPANDO Santiago (ed.), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruylant, Brussels, 2004, 401 pp.

1. 缔约国之间的合作

《第一议定书》第89条

案例38. 国际法委员会, 关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Art. 41(1), 48 and 54.] p. 822
 案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 17.] p. 1717

2. 赔偿

《海牙第四公约》第3条; 《第一议定书》第91条 [《习惯国际人道法》规则150]

文件26. 红十字国际委员会, 战争受难者的保护 [Cf. 4. 3.] p. 722

案例38. 国际法委员会, 关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Arts. 28-33.] p. 822

案例107. 国际法院/以色列, 在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆. [Cf. A. para. 152.] p. 1158

案例138. 苏丹, 联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A., paras. 593-600.] p. 1456

案例152. 联合国赔偿委员会, 建议 p. 1573

案例189. 美国, 卡迪奇等人诉卡拉季奇案 p. 2038

案例223. 印度, 人民争取公民自由联盟诉印度联邦案 p. 2343

推荐阅读: AN-NA'IM Abdullahi Ahmed, "Toward a Universal Doctrine of Reparation for Violations of International Human Rights and Humanitarian Law", in *International Law Forum*, Vol. 5/1, February 2003, pp. 27-35. BIERZANEK Remigiusz, "The Responsibility of States in Armed Conflicts", in *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1981-1982, pp. 93-116. D'ARGENT Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Brussels, Bruylant, 2002, 902 pp. GILLARD Emanuela-Chiara, "Reparation for Violations of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 851, September 2003, pp. 529-553. RONZITTI Natalino, "Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims", in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2002, pp. 39-50. ZEGVELD Liesbeth, "Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 851, September 2003, pp. 497-527.

深入阅读: BOELAERT-SUOMINEN Sonja A.J., "Iraqi War Reparations and the Laws of War: A Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare", in *ZaöRV*, 1995, pp. 405-483.

3. 有关国家责任的一般规则的适用性

[《习惯国际人道法》规则149]

案例38. 国际法委员会, 关于国家责任的条款草案 p. 822

案例107. 国际法院/以色列, 在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆. [Cf. A., paras. 149-153.] p. 1158

案例127. 欧洲人权法院, 塞浦路斯诉土耳其案 p. 1337

案例173. 前南斯拉夫，冲突各方间的特别协定[Cf. A., Art. 14 (1).] p. 1752

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. C., paras. 98-162.] p. 1794

推荐阅读：BIERZANEK Remigiusz, "The Responsibility of States in Armed Conflicts", in *Polish Yearbook of International Law*, Vol.11, 1981-1982, pp.93-116. CONDORELLI Luigi, "L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", in *Collected Courses*, Vol. 189/VI, 1984, pp. 9-222. SACHARIEW Kamen, "State's Entitlement to Take Action to Enforce International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 270, May-June 1989, pp. 177-195. SANDOZ Yves, "Unlawful Damages in Armed Conflicts and Redress Under International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 339, May 1982, pp. 131-154. SASSOLI Marco, "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 846, June 2002, pp. 401-434. ZEGVELD Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, CUP, 2002, 290 pp.

(1) 但是，对武装部队承担严格责任

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Art. 7 and commentary, and B.] p. 822

案例222. 印度，新闻稿，克什米尔的暴力事件 p. 2341

(2) 但是，不能以必要性为辩护理由

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Arts. 25 (2) (a), 26 and commentary of Art. 25.] p. 822

案例52. 比利时，普遍管辖权法 [Cf. A., Art. 136 (g).] p. 955

案例75. 位于汉堡的英国军事法庭，珀琉斯审判 p. 1034

案例78. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案 [Cf. Section 4. (iii).] p. 1042

案例107. 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆. [Cf. A., para. 140.] p. 1158

案例188. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉斯特鲁加尔案 [Cf. B., paras. 280 and 295.] p. 2005

建议阅读：GARDAM Judith, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, CUP, 2004, 259 pp. MACCOUBREY Hilaire, "The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity", in *RDMDG*, 1991, pp. 215-252. ROMANO John-Alex, "Combating Terrorism and Weapons of Mass Destruction: Reviving the Doctrine of a State Necessity", in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 87/4, 1999, pp. 1023-1057. VENTURINI Gabriella, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 189 pp.

(3) 但是，自卫并非排除不法性的事由

案例38. 国际法委员会, 关于国家责任的条款草案[Cf.A., Arts.21, 26andpara.3 of the commentary of Art. 21.] p. 822

文件57. 法国, 加入《第一附加议定书》[Cf. B., para. 11.] p. 973

案例107. 国际法院/以色列, 在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆. [Cf. A., paras. 138-139.] p. 1158

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉库普雷什基奇等人案 [Cf. paras. 511-520.] p. 1897

(4) 但是, 不得主张相互性

[《习惯国际人道法》规则140]

引文 第60条 条约因违约而终止或停止施行

[……]

二、多边条约当事国之一有重大违约情事时:

(甲) 其他当事国有权以一致协议, 将条约全部或局部停止施行或终止该条约:

(一) 在各该国与违约国之关系上, 或

(二) 在全体当事国之间,

(乙) 特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行;

(丙) 如由于条约性质关系, 遇一当事国对其规定有重大违反情事, 致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变, 则违约国以外之任何当事国皆有权援引违约为理由将条约对其本国全部或局部停止施行。

三、就适用本条而言, 重大违约系指:

(甲) 废弃条约, 而此种废弃非本公约所准许者; 或

(乙) 违反条约规定, 而此项规定为达成条约目的或宗旨所必要者。

[……]

五、第一项至第三项不适用于各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定, 尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定。

[资料来源: Vienna Convention on the Law of Treaties, U.K.T.S. 58 (1980), Cmnd. 7964.]

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Arts. 49-51.] p. 822

案例79. 纽伦堡美国军事法庭，部长案 p. 1048

文件106. 红十字国际委员会关于中东地区的呼吁 [Cf. B.] p. 1152

案例181. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉马尔蒂奇案，依据规则61所做的裁决 [Cf. para. 9.] p. 1866

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库雷什基奇等人案 [Cf. paras. 517-520.] p. 1897

案例207. 哥伦比亚，《第二议定书》的合宪性 [Cf. para. 9.] p. 2251

建议阅读：PREUX Jean de, "The Geneva Conventions and Reciprocity", in *IRRC*, No. 244, January 1985, pp. 25-29. MEYROWITZ Henri, "Die Repressalienverbote des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 und das Reziprozitäts-prinzip", in *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1986, pp. 177-193.

(5) 何时可以实施报复行为

[《习惯国际人道法》规则145–147]

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Arts. 49, 50 and 51 and para. 8 of the commentary of Art. 50.] p. 822

文件63. 瑞士，禁止使用化学武器 [Cf. 2.] p. 990

案例65. 英国，对《第一附加议定书》的保留 p. 999

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库雷什基奇等人案 [Cf. paras. 517-520.] p. 1897

推荐阅读：BIERZANEK Remigiusz, "Reprisals as a Mean of Enforcing the Laws of Warfare: The Old and the New Law", in CASSESE Antonio (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Napoli, Editoriale Scientifica, Vol. I, 1979, pp. 232-257. DARCY Shane, "The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals", in *Military Law Review*, Vol. 175, March 2003, pp. 184-251. GREENWOOD Christopher, "The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1989, pp. 35-70. KALSHOVEN Frits, *Belligerent Reprisals*, Geneva, Henry-Dunant Institute, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, 389 pp.

深入阅读：HAMPSON Françoise, "Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to The Geneva Conventions of 1949", in *ICLQ*, Vol. 37/4, 1988, pp. 818-843. NAHLIK Stanislaw E., "Le problème des représailles à la lumière des travaux de la Conférence diplomatique sur le droit humanitaire", in *RGDIP*, Vol. 82, 1978, pp. 130-169.

一 对被保护人不能实施报复

《日内瓦第一公约》第46条、《日内瓦第二公约》第47条、《日内瓦第三公约》第13条第3款、《日内瓦第四公约》第33条第3款以及《第一议定书》第20条 [《习惯国际人道法》规则146、147]

文件8. 经1996年5月3日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》（1980年公约《修正的第二号议定书》） [Cf. Art. 4 (7)] p. 581
案例52. 比利时，普遍管辖权法 [Cf. A., Art. 136 (g).] p. 955
案例61. 美国，总统拒绝签署《第一附加议定书》 p. 985
案例65. 英国，对《第一附加议定书》的保留 p. 999
文件72. 德国/英国，给战俘带镣铐事件 p. 1029
案例113. 以色列，谢赫·奥贝德等人诉安全部案 p. 1240

— 禁止对平民居民实施报复行为

[参见前文，第9章、二、（五）、4 “通过报复手段对平民居民（或民用物体）的攻击”，第219页]
《第一议定书》第51条第6款、第52条第1款、第53条第3项、第54条第4款、第55条第2款及第56条第4款

— 允许实施报复的条件：

[《习惯国际人道法》规则145]

案例65. 英国，对《第一附加议定书》的保留 p. 999

- 旨在迫使敌人停止违法行为
- 必要性
- 比例性
- 提前发出正式警告
- 由最高层决策

(6) 国际人道法上的义务为针对所有国家的义务

案例107. 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆 [Cf. A., paras. 155-157.] p. 1158

十、个人实施的违法行为

导 读

在其传统的结构之下，国际法为各国规定了一定的行为准则，为确保受各国管辖的个人遵守规则——事实上，最终只有人才可能违反或遵守规则——须由国家就实际的措施或者刑事或行政立法作出决定。然而，国际刑法这个分支正不断向前发展，它由那些专门将某些个人行为规定为犯罪并要求各国在刑法上打

击这些行为的国际法规范组成。国际人道法是最早包含此类国际刑法规范的国际法分支之一。

国际人道法要求各国打击所有违反该法的行为。国际人道法将一些被称为战争犯罪的违法行为规定为犯罪。³⁰⁸ 战争犯罪的概念包括(但不限于)《日内瓦公约》及《第一议定书》中列出并被界定为严重破坏的违法行为。国际人道法要求各国制定立法, 惩罚此类严重的违法行为, 搜捕被控实施了此类罪行之人, 并在本国的法庭上审判他们或者将他们引渡到另一个国家以便后者对他们提起诉讼。³⁰⁹ 另外, 国际人道法还包含了有关不作为的法律认定以及集体犯罪(如司令官的责任)的规定。³¹⁰

尽管一国通常仅对在其领土上或由其国民所实施的行为拥有刑事管辖权, 国际人道法却赋予所有国家对严重的违法行为以普遍管辖权。另外, 国际人道法不仅允许而且也要求所有国家起诉战争罪犯, 而不论其国籍、受害者的国籍以及实施罪行的地点。也正是由于这个原因, 各国的国内立法是有必要的。

遗憾的是, 许多国家迄今尚未制定必要的立法, 而且许多交战国允许(甚至是命令)其下属违反国际人道法, 并对他们完全免于处罚。因此, 人们设立国际刑事法庭的努力完全是可以理解的。我们将在下文看到, 这些国际法庭已经取得了一定成功。

根据《日内瓦公约》及其议定书的规定, 严重破坏条约的行为并不适用于非国际性武装冲突。但是, 国际条约、³¹¹司法判决³¹²和法学理论都越来越倾向于将对非国际性武装冲突国际人道法的严重违反纳入更为广义的战争犯罪概念之下——根据习惯国际法的规则, 此情形适用与《日内瓦公约》及其《第一议定书》对严重破坏条约之行为相类似的规范体系。

如果战争犯罪都能正常地受到追诉, 那么, 将会产生重要的预防效果, 将阻吓违法行为, 并向那些习惯于在国内法范畴内思考的人们澄清, 国际人道法也是

308 比较《日内瓦第一公约》第50条、《日内瓦第二公约》第51条、《日内瓦第三公约》第130条、《日内瓦第四公约》第147条以及《第一议定书》第11条第4款、第85条及第86条。

309 比较《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条以及《第一议定书》第85条第1款。

310 比较《第一议定书》第86和87条。

311 参见 **Case No. 179**, UN, Statute of the ICTY, p. 1781, Art. 3, 国际刑事法院 **Case No. 180**, ICTY, The Prosecutor v. Tadic. [Cf. A., Jurisdiction.] p. 1794 中对该规约作出了解释; 还可参见 **Case No. 196**, UN, Statute of the ICTR. [Cf. Art. 4.] p. 2138 及 **Case No. 15**, The International Criminal Court. [Cf. A., The Statute, Art. 8 (2) (c) and (e).] p. 634.

312 参见下文第13章、十一、(六)“对个人违反国际人道法之行为的打击”中所引用的案例, 尤其是案例 **Case No. 180**, ICTY, The Prosecutor v. Tadic. [Cf. A., Jurisdiction.] p. 1794.

法。它还会使罪犯蒙羞，它将使罪行以及对其的制裁个体化，从而避免陷入集体责任以及针对无辜之人的暴行与以暴制暴的恶性循环。刑事诉讼在个人的层面上设置了责任与惩罚。它表明，在20世纪发生的可怕罪行并非是由国家而是由个人犯下的。相反，只要责任仍被归之于国家和民族，那么，每一个违法行为都会埋下一场战争的种子。这就是致力于实施国际人道法的国际刑法所具有的教化与寻求和平的使命。

近年，国际刑法的崛起令人印象深刻，尤其是国际刑事法庭的设立更是意义重大，它对国际人道法的可信性以及它的有效实施都作出了不可估量的贡献。然而，需要指出的是，仅仅从刑事法的角度看待国际人道法是错误的，而且也是十分危险的。国际人道法首先应在武装冲突中得到交战国、第三国以及人道组织的遵守，以便保护受难者。与国内法的适用情形一样，事后对违法行为提起刑事诉讼对于国际人道法的实施至关重要，但是，实际上这也同时承认了失败。对于那些从事预防违法事项发生并以刑法以外的各种手段保护受难者之重要工作的人，我们绝不能让他们感到气馁。与国内法一样，刑事制裁仅仅是维护社会秩序与公共利益的众多手段之一。

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 4.] p. 722

案例79. 纽伦堡美国军事法庭，部长案 p. 1048

案例168. 比利时，驻索马里的比利时士兵 p. 1681

案例169. 加拿大，R.诉布罗克班克案 p. 1692

案例170. 加拿大，R.诉博兰案 p. 1705

案例171. 加拿大，R.诉苏厄德案 p. 1710

案例189. 美国，卡迪奇等人诉卡拉季奇案 p. 2038

案例205. 瑞士，尼永泰泽案 p. 2218

案例206. 国际法院，刚果民主共和国诉比利时案 p. 2241

推荐阅读：ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel & PELLET Alain (ed.), *Droit international pénal*, Paris 2000, XVI-1053 pp. BARBOZA Julio, "International criminal law", in *Collected Courses*, Vol. 278, 1999, pp. 13-199. CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2003, 472 pp. KITTICHAISAREE Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2001, 482 pp. LA ROSA Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, PUF, 1998. BASSIOUNI M. Cherif, *Introduction au droit pénal international*, Brussels, Bruylant, 2002, 344 pp. HENZELIN Marc & ROTH Robert (ed.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, LGDJ, Brussels, Bruylant, Geneva, Georg, 2002, 355 pp. HUET André & KOERING-JOULIN Renée, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 2001, 2nd ed., 425 pp.

深入阅读：ABELLÁN HONRUBIA Victoria, "La responsabilité internationale de l'individu", in *Collected Courses*, Vol. 280, 1999, pp. 139-428. CARCANO Andrea, "Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law", in *ICLQ*, Vol. 51, pp. 583-609. DUTLI Maria Teresa & PELLANDINI

Cristina, "The International Committee of the Red Cross and the Implementation of a System to Repress Breaches of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 300, May-June 1994, 15 pp. FERNANDES FLORES Y DE FUNES José Luis, "Repression of Breaches of the Law of War Committed by Individuals", in *IRRC*, No. 282, May-June 1991, 47 pp. KALSHOVEN Frits, "From International Humanitarian Law to International Criminal Law", in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 3/1, 2004, pp. 151-161. LÜDER Sascha Rolf, "The History of the Prosecution of War Crimes", in *RDMDG*, Vol. 42/3-4, 2003, pp. 397-414. MERON Theodor, "War Crimes Come of Age", in *AJIL*, Vol. 92/3, 1998, pp. 462-468. VERHOEVEN Joe, "Vers un ordre répressif universel? Quelques observations", in *AFDI*, 1999, pp. 55-71.

(一) 犯罪的定义

1. 严重违反国际人道法的概念与战争犯罪的概念

《日内瓦第一公约》第 50 条、《日内瓦第二公约》第 51 条、《日内瓦第三公约》第 130 条、《日内瓦第四公约》第 147 条以及《第一议定书》第 11 条第 4 款、第 85、86 条 [《习惯国际人道法》规则 151、156]

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A. Art. 28.] p. 634

案例48. 德国, 国际刑法典[Cf. paras. 4 and 13.] p. 930

案例49. 加拿大, 危害人类罪与战争罪法案 [Cf. Section 5.] p. 939

案例51. 加纳, 关于标志的国内立法 p. 952

案例54. 美国, 战争罪法案 p. 967

案例78. 纽伦堡美国军事法庭, 美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案 p. 1042

案例88. 荷兰, 关于皮尔茨案 p. 1078

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 17, 27 and 32.] p. 1717

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. B. and C., Arts. 2 and 3.] p. 1781

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., paras. 79-84.] p. 1794

案例182. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉拉伊奇案, 依据规则61所做的裁决[Cf. para. 8.] p. 1874

案例185. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉布拉什基奇案. [Cf. A., paras. 151-158.] p. 1921

案例222. 印度, 新闻稿, 克什米尔的暴力事件 p. 2341

2. 严重违法行为的概念延伸适用于非国际性武装冲突?

案例48. 德国, 国际刑法典[Cf. paras. 8-12.] p. 930

案例52. 比利时, 普遍管辖权法 [Cf. A., Art. 136 (c).] p. 955

案例54. 美国, 战争罪法案 p. 967

案例93. 匈牙利, 战争罪决议 [Cf. V.4. (b).] p. 1099

案例128. 智利, 起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 p. 1352

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 32.] p. 1717

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., paras. 79-83.] p. 1794

案例203. 法国, 迪帕基耶等人诉穆涅夏卡案 p. 2209

案例206. 国际法院, 刚果民主共和国诉比利时案 p. 2241

案例212. 阿富汗, 男女分院治疗 p. 2281

推荐阅读: ARNOLD Roberta, "The Development of the Notion of War Crimes in Non-International Conflicts through the Jurisprudence of the UN Ad Hoc Tribunals", in *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 3, 2002, pp. 134-142. BOELART-SUOMINEN Sonja, "Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for all Armed Conflicts?", in *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 5/1, 2000, pp. 63-103. DUGARD John, "War Crimes in Internal Conflicts", in *IYHR*, Vol. 28, 1996, pp. 91-96. KRESS Claus, "War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice", in *IYHR*, Vol. 30, 2000, pp. 103-177. MEINDERSMA Christa, "Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *Netherlands International Law Review*, Vol. 42/3, 1995, pp. 375-397. MERON Theodor, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", in *AJIL*, Vol. 88/1, 1994, pp. 78-87. MERON Theodor, "International Criminalization of Internal Atrocities", in *AJIL*, Vol. 89/3, 1995, pp. 554-577. MOMTAZ Djamchid, "War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court", in *YIHL*, Vol. 2, 1999, pp. 177-192. SASSO'LI Marco, "Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international", in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Vol. 12, 2002, pp. 151-178.

3. 对并不严重的违反国际人道法行为的抑制

案例47. 瑞士, 军事刑法典 p. 927

案例48. 德国, 国际刑法典[Cf. paras. 8-12.] p. 930

案例49. 加拿大, 危害人类罪与战争罪法案 [Cf. Section 4 (4).] p. 939

案例54. 美国, 战争罪法案 p. 967

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. B. and C., Art. 3.] p. 1781

案例185. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉布拉什基奇案. [Cf. A., paras. 179-187.] p. 1921

案例 187. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉加利奇案 [Cf. paras. 16-31.] p. 1971

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. F.] p. 2082

案例196. 联合国, 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》 [Cf. A. Art. 4.] p. 2138

案例204. 瑞士, X.诉联邦警察局案 p. 2211

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 [Cf. A., consid. 3; B., III., ch. 1. B.] p. 2218

4. 危害人类罪

导 读

相对于战争犯罪或普通犯罪而言，危害人类罪的特点在于，它们是由一个国家或一个有组织的团体根据商定的计划系统地实施的。犯有此类罪行的人清楚地知道，他们正在实施的行为是一项攻击平民居民的总体政策的一部分。因此，它是一项特别严重的罪行，尤其是因为它有可能导致大批人受害。

在二十世纪，危害人类罪的概念不断向前演进。1945年8月8日的《国际军事法庭宪章》允许惩治那些在二战期间实施了特别可憎罪行的人，并将这些罪行界定为“危害人类罪”。

此后，该罪行被各国承认为习惯法，并具有了普遍的适用力。而且，危害人类罪的概念不再必须与武装冲突的存在相关联。³¹³最后，在行为的范围方面，危害人类罪的概念也获得了发展，从而将种族隔离³¹⁴与性暴力³¹⁵等也规定为刑事犯罪。

我们今天所理解的危害人类罪的法律定义见于《国际刑事法院规约》。

以下行为“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施”³¹⁶时将构成危害人类罪：谋杀；灭绝；奴役；驱逐出境；基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、性别或其他原因进行的迫害；种族隔离；任意监禁；酷刑；强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或任何其他形式的性暴力；强迫人员失踪；或其他故意造成重大痛苦或对人体或身心健康造成严重伤害的不人道行为。至于种族灭绝，则应被视为一种特别严重的危害人类罪行（见下文，第327页）。

这一定义可以使我们清楚地理解危害人类罪与战争犯罪相比所具有的独特性：它们可能在任何时候被实施，并以平民居民为目标，而不论国籍或效忠关系如何。另外，“犯意”也是此类犯罪所具有的显著特征：犯罪者必须明知其行为与广泛或有系统地针对平民居民的攻击有关。

313 尤其可参见 **Case No. 180**, ICTY, *The Prosecutor v. Tadic*, [Cf. A., Jurisdiction.] p. 1794.

314 参见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日)第1条；该公约可在 <http://www.unhcr.ch/intlnst.htm> 上找到。

315 参见《国际刑事法院规约》第7条第1款第7项，见**案例15**，第634页。

316 参见《国际刑事法院规约》第7条第1款，见**案例15**，第634页。

在此不能全面地考察上述所有行为。要了解这些行为的定义，读者可查阅《国际刑事法院规约》。但是，迫害罪行值得特别关注，因为依其定义它与种族屠杀罪行相对较为接近。事实上，在危害人类罪中，它是唯一要求专门具备歧视动机的罪行。作为一项危害人类罪，迫害行为的实施必须“基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、性别或根据公认为国际法不容的其他理由，而且与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合”。³¹⁷它与种族灭绝的区别在于，后者要求具有消灭整个群体的意图，而且该群体只可能根据种族、民族、族裔或宗教来确定。

案例48. 德国，国际刑法典[Cf. para. 7.] p. 930

案例93. 匈牙利，战争罪决议 p. 1099

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 30.] p. 1717

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. B., paras. 618-654 and C., paras. 238-304.] p. 1794

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库普雷什基奇等人案 [Cf. paras. 567-636.] p. 1897

案例185. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉布拉德基奇案. [Cf. A., paras. 66-72 and B., paras. 94-128.] p. 1921

案例186. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库纳拉茨、科瓦奇和武科维奇案 p. 1959

案例224. 案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf. 2.] p. 2347

推荐阅读： BASSIOUNI M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 610 pp. DINSTEIN Yoram, "Crimes against Humanity", in MAKARCZYK Jerzy, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 891-908. FRULLI Micaela, "Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?", in *EJIL*, Vol. 12/2, 2001, pp. 329-350. JIA Bing Bing, "The Differing Concepts of War Crimes and Crimes against Humanity in International Criminal Law", in GOODWIN- GILL Guy S.(ed.), *The Reality of International Law*, Oxford, Clarendon, 1999, pp. 243-271. JUROVICS Yann, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002, 525 pp. PALOMBINO Fulvio Maria, "The Overlapping between War Crimes and Crimes against Humanity in International Criminal Law", in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2002, pp. 123-145. POILLEUX Sylvia, "Le crime contre l'humanité: limites actuelles et perspectives d'avenir", in *L'Astrée*, Vol. 8, 1999, pp. 43-57. ROBINSON Darryl, "Crimes against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience", in LATTANZI Flavia & SCHABAS William A. (ed.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Sirente, 1999, pp. 139-169. SCHABAS William A., *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge, CUP, 2000, 624 pp. ZAKR Nasser, "Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international", in *RGDIP*, Vol. 105/2, 2001, pp. 281-306.

317 参见《国际刑事法院规约》第7条第1款第8项，见**案例15**，第634页。

深入阅读：BLANCHET Dominique, "L'esclavage des Noirs dans la définition du crime contre l'humanité: de l'inclusion impossible à l'intégration implicite", in *Revue de la Recherche Juridique- Droit Prospectif*, Vol. 24/4, 1999, pp. 1173-1205. CHALANDON Sorj, *Crime contre l'humanité: Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, Paris, Plon, 1998, 517 pp. DINSTEIN Yoram, "Crimes Against Humanity after Tadic", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13/2, 2000, pp. 373-393. LAQUIÈZE Alain, "Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité", in *Droits*, Vol. 31, 2000, pp. 19-40. LATTANZI Flavia, "Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", in FISCHER Horst (ed.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2001, pp. 473-504. SLYE Ronald C., "Apartheid as a Crime against Humanity: A Submission to the South African Truth and Reconciliation Commission", in *MJIL*, Vol. 20, February, 1999, pp. 267-300. VAN SCHAACK Beth, "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence", in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37/3, 1998, pp. 787-850.

5. 灭绝种族

导 读

根据拉斐尔·莱姆金在20世纪40年代的界定，“种族灭绝”（genocide）一词源自genos（该词在希腊语里的意思是“种族”）和拉丁语动词caedere，意为“杀害”。面对20世纪上半叶的暴行，必须使用一个新词来描绘一个人类群体决定最终消灭另一个群体的情形。

为从法律的视角界定种族灭绝，人们最好将《防止及惩治灭绝种族罪公约》³¹⁸作为资料——该公约于1951年生效，而且今天已经成为了习惯国际法的一部分。该公约第2、3条已经被《国际刑事法院规约》的相关规定³¹⁹所取代。因此，下文的解释很大程度上是建立在国际刑事法院判例法的基础之上的。

有人或许会抱怨，在此，国际法又一次“落后于一场战争”。但是，难道我们真的能够对未能预见仍属于“终极罪行”、“人类可能犯下的最为严重的侵犯人权罪行”³²⁰的情形横加指责吗？

由于其所具有的规模，灭绝种族罪超出了国际人道法的严格框架，而且，是否存在武装冲突对这一罪行的发生事实上并不重要。尽管如此，在诸如本书这样的著述中对种族灭绝作出界定仍然是重要的，因为此类罪行大多都发生在武装冲突局势之下。

318 该公约的条文可在<http://www.unhchr.ch/html/instit.htm>找到。

319 参见**Case No. 179**, UN, Statute of the ICTY. [Cf. A., Art. 4.] p. 1781以及**Case No. 196**, UN, Statute of the ICTR. [Cf. Art 2.] p. 2138。还可参见**Case No. 15**, The International Criminal Court. [Cf. A., Art. 6 and 25.] p. 634。

320 United Nations, E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 July 1985, paragraph 14: "Revised and updated version of the Study on the question of the prevention and repression of the crime of genocide", 通常被称为“Whitaker报告”。

种族灭绝的定义包含了以下行为：“杀害某一团体的成员；致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；故意使该团体处于某种生活状况下，毁灭其全部或局部的生命；强制施行旨在阻止该团体内生育的措施；强迫转移该团体的儿童至另一团体”。但是，实施其中的一项行为还不足以构成种族灭绝。

灭绝种族罪的本质特征表现在这种罪行背后的特定意图之上。事实上，这些行为可以是“赤裸裸”的杀害、酷刑、强奸或危害人类的罪行等，但其显著特征却是，这些行为之实施者的特定意图并非杀害或虐待一个或多个个人，而是要消灭这些个体所属的整个团体。因此，正是这种意图将种族灭绝与谋杀或危害人类罪区分开来。

因此，灭绝种族罪的本质特征并不体现在行为本身，而是这些罪行背后的思想（“犯意”）。这一思想就是“蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体”。种族灭绝的定义是由多个要素共同构成的，而这些要素值得我们加以深入分析。

意图并不容易辨识。人们或许可以通过以下因素推断这种意图的存在：犯罪者的言辞或总体行为（例如，对某一团体的侮辱）；实施犯罪的系统性；在选择受害者时排除其他团体之成员的事实；对罪行的预谋策划等。据此，举例来说，在杀害某人时，实施种族灭绝行为的人并不是希望这个特定之人的死亡，而是要将此人所属的那个团体予以消灭。

另外，此种罪行实施者的意图并不必然要求旨在消灭整个团体——“局部”毁灭的意图就足以使其行为构成种族灭绝。此处，确定“蓄意局部消灭”的含义同样不容易。根据判例法对种族灭绝定义的解释，我们可以指出，蓄意消灭必须指向目标团体中相当比例的人口，即必须在数量或质量方面达到该群体相当的比例。判例法还指出，“局部”这一表述也暗含这样一层意思，即在诸如一个城市这样的地理区域内也可执行种族灭绝行动。

最后，那些实施种族灭绝罪行的人如何选定“团体”作为其目标，这也是该定义的一个要件。根据目前的习惯国际法，应认为该定义中已经穷尽性地列举了所有团体类别。从法律的视角看，因政治、经济或因其他原因可以与其他人“区分”开来的团体不能作为种族灭绝的对象。这是因为，“民族、族裔、种族或宗教团体”以外的团体往往被认为是“不稳定”或“变动起伏的”。的确，在种族灭绝的定义中所涉及之团体的构成并不是在任何案件中都容易确定，而是否属于某个政治或经济团体的事实则可能更加难以确定。

在确定该定义中所指出的四种人群时，我们可以使用客观标准和主观标准。例如，关于是否属于一个宗教团体的问题，可以由是否举行宗教仪式等客观因素

加以辨识。而其他团体的成员资格大多数情况下只能用更为主观的方法,根据“他人”——尤其是那些实施种族灭绝罪行的人——对这些团体的描述来加以识别。

需要强调的是,与直接实施种族灭绝行为相关联的某些类型的行为同样被视为犯罪,包括:阴谋实施种族灭绝;直接和公开教唆实施种族灭绝;意图实施种族灭绝以及实施种族灭绝的同谋。据此,一个人即使其本人或他人并未实施种族灭绝行为,他也可能被判以“预谋实施种族灭绝”或“直接和公开教唆实施种族灭绝”。此类犯罪并不要求教唆或预谋产生实际效果。这些行为意味着,实施教唆或预谋之人具有全部或局部消灭某一团体的特定意图。相反,种族灭绝的同谋——它可表现为为实施种族灭绝给予建议或提供手段、帮助或援助——未必构成刑事犯罪,除非主行为已被实施。同谋的行为未必需要受到实施种族灭绝动机的驱动,但是,他必须是知晓或应当知晓种族灭绝动机的存在。

任何读到上述内容的读者可能都会对以下这一事实感到震惊:法律冷冰冰地并且机械地适用一些概念和定义,而且它们看上去与种族灭绝行为本身的残酷没有多大关系。但是,这种作法对于达成前述公约的目标(即预防此种犯罪并毫不妥协地对所发生的罪行进行普遍的打击)却是必要的。《防止及惩治灭绝种族罪公约》被认为具有习惯法的效力,³²¹而且其所规定的义务在性质上系针对所有国家的,因此,该公约要求所有国家惩治灭绝种族罪。事实上,为打击普通犯罪、危害人类罪以及灭绝种族罪,法律都必须成为一项毫不妥协(公平且区别对待)的工具。灭绝种族罪的严重性要求它必须有一个精确的定义以及各国对它的普遍打击。这就是为什么需要由法律概念冒失地去用文字定义那些本应是绝对不可言状的罪行。

案例48. 德国, 国际刑法典 [Cf. para. 7.] p. 930

案例138. 苏丹, 联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A., paras. 640-642.] p. 1456

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. A.] p. 2082

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭, 检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. A. paras. 492-523.] p. 2154

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 [Cf. B. III. B.] p. 2218

推荐阅读: AMBOS Kai, "Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts", in FISCHER Horst (ed.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2001, pp. 769-798. BOUSTANY Katia (ed.), *Génocide(s)*, Brussels, Bruylant, 1999, 518 pp. DES FORGES Alison, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, New York, Human Rights Watch, 1999, 789 pp., online: <http://www.hrw.org/reports/1999/rwanda>.

321 尤其可参见**Case No. 200**, ICTY, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. [Cf. A., para. 495.] p. 2154。

FRONZA Emanuela, "Genocide in the Rome Statute", in LATTANZI Flavia & SCHABAS William A.(ed.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Sirente, 1999, pp. 105-137. JUROVICS Yann & MOULIER Isabelle, "Le génocide: un crime à la croisée des ordres juridiques internes et international", in DELMAS-MARTY Mireille (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Paris, Édition de la Maison des Sciences de l'Homme, Vol. VII, 2001, pp. 179-187. LEMKIN Raphaël, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, 674 pp. LEMKIN Raphaël, "Genocide, a New International Crime: Punishment and Prevention" suivi de "Le génocide", in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1946, pp. 360-386. LIPPMAN Matthew, "Genocide: The Crime of the Century: The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium", in *Houston Journal of International Law*, Vol. 23/3, 2001, pp. 467-535. MARTIN Pierre-Marie, "Le crime de génocide: quelques paradoxes", in *Le Dalloz*, 1.176, 31, 2000, pp. 477-481. SCHABAS William A., *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge, CUP, 2000, 624 pp. SHAW Martin N., "Genocide and International Law", in DINSTEIN Yoram (ed.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 797-820. STERN Brigitte, "Le crime de génocide devant la communauté internationale", in *Études*, No. 3903, March 1999, pp. 297-307. TERNON Yves, *L'État criminel. Les génocides au XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1995, 442 pp. VERHOEVEN Joe, "Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté", in *RBDI*, Vol. 24/1, 1991, pp. 5-26. "Génocide", in LA ROSA Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal- Termes choisis*, Paris, PUF, 1998, pp. 46-49.

深入阅读: ALONZO-MAIZLISH David, "In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the 'Quantitative Criterion'", in *New York University Law Review*, Vol. 77/5, 2002, pp. 1369-1403. BERLE Adolf Augustus Jr, "Mise hors la loi du génocide-Examen des objections concernant la ratification de la Convention par les États-Unis", in *Revue internationale de Droit Pénal*, Vol. 2, 1950, pp. 147-151. CASSESE Antonio, "La communauté internationale et le génocide", in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, pp. 183-194. DADRIAN Vahakn N., "The Armenian Genocide and the Legal and Political Issues in the Failure to Prevent or to Punish the Crime", in *UWLA Law Review*, Vol. 29, 1998, pp. 43-78. DENIKE Howard J. (ed.), *Genocide in Cambodia: Documents from the Trial of Pol Pot and Ieng Sary*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000, 559 pp. CHARNY Israel W.(ed.), *Le livre noir de l'humanité: encyclopédie mondiale des génocides*, Toulouse, Privat, 2001, 718 pp. GREENAWALT Alexander K.A., "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation", in *Columbia Law Review*, Vol. 99/8, 1999, pp. 2259-2294. LAQUEUR Walter (ed.), *The Holocaust Encyclopedia*, New Haven, Yale University Press, 2001, 765 pp. MAISON Rafaëlle, "Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal pénal international pour le Rwanda", in *RGDIP*, Vol. 103/1, 1999, pp. 129-145. NTANDA NSEREKO Daniel D., "Genocidal Conflict in Rwanda and the ICTR", in *Netherlands International Law Review*, Vol. 48/1, 2001, pp. 31-65. SASSÖLI Marco, "Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international", in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Vol. 12, 2002, pp. 151-178. SCHABAS, William, "The Crime of Genocide in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", in FISCHER Horst (ed.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2001, pp. 769-798. SCHABAS William A., "Hate Speech in Rwanda: The Road to Genocide", in *McGill Law Journal*, Vol. 46/1, 2000, pp. 141-171. THWAITES Nadine L.C., "Le concept de génocide dans la jurisprudence du TPIY: avancées et ambiguïtés", in *RBDI*, Vol.30/2, 1997, pp.565-606. VAN DER VYVER Johan David, "Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide", in *Fordham International Law Journal*, Vol. 23/2, 1999, pp. 286-356. VERDIRAME Guglielmo, "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals", in *ICLQ*, Vol. 49/3, 2000, pp. 578-598.

VETLESEN Arne J., "Genocide: A Case for the Responsibility of Bystander", in *Journal of Peace Research*, Vol. 37/4, 2000, pp. 519-532. ZAKR Nasser, "Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda", in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, No. 2, April-June 2001, p. 263-275.

(二) 参与战争犯罪

1. 参与、共谋与教唆

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Art. 25.] p. 634

案例52. 比利时, 普遍管辖权法 [Cf. A., Art. 136 (e) and (f).] p. 955

文件80. 纽伦堡美国军事法庭, 美国诉威廉·利斯特案 [Cf. 4.] p. 1054

案例131. 加拿大, 拉米雷斯诉加拿大案 [Cf. para. 16.] p. 1369

案例138. 苏丹, 联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A., paras. 538-551.] p. 1456

案例166. 加拿大, 西瓦库马尔诉加拿大 p. 1670

案例169. 加拿大, R.诉布罗克班克案 [Cf. paras. 5, 8-10, 52, 53 and 56.] p. 1692

案例170. 加拿大, R.诉博兰案 p. 1705

案例171. 加拿大, R.诉苏厄德案 p. 1710

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. C., Art. 7.] p. 1781

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉塔迪奇案 [Cf. C., paras. 178-233.] p. 1794

案例187. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉加利奇案 [Cf. paras. 168-169 and 609-749.] p. 1971

案例188. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉斯特鲁加尔案 [Cf. B., paras. 334-346.] p. 2005

案例192. 克罗地亚, 检察官诉拉伊科·拉杜洛维奇及其他人案 p. 2055

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 p. 2218

推荐阅读: SASSÒLI Marco & OLSON Laura M., "The Decision of the ICTY Appeals Chamber in the Tadic Case: New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law?", in *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 733-769. SCHABAS William A., "Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices", in *IRRC*, No. 842, June 2001, pp. 439-459.

2. 指挥责任

《第一议定书》第86条第2款、第87条第3款 [《习惯国际人道法》规则152、153]

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A. Art. 28.] p. 634

案例48. 德国, 国际刑法典 [Cf. paras. 4 and 13.] p. 930

案例49. 加拿大, 危害人类罪与战争罪法案 [Cf. Section 5.] p. 939

文件80. 纽伦堡美国军事法庭, 美国诉威廉·利斯特案 [Cf. 3. (x) and 4.] p. 1054

文件82. 东京战争罪审判 p. 1061

案例86. 美国, 关于山下案 p. 1072

案例166. 加拿大, 西瓦库马尔诉加拿大 p. 1670

案例170. 加拿大, R.诉博兰案 p. 1705

案例171. 加拿大, R.诉苏厄德案 p. 1710

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. C., Art. 7.] p. 1781

案例182. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉拉伊奇案, 依据规则61所做的裁决 [Cf. paras. 58-61.] p. 1874

案例187. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉加利奇案 [Cf. paras. 173-177.] p. 1971

案例188. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉斯特鲁加尔案 [Cf. B., paras. 361-444.] p. 2005

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭, 检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. B.] p. 2154

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 [Cf. B., II., ch. 5.] p. 2218

推荐阅读: BANTEKAS Ilias, "The Interests of States Versus the Doctrine of Superior Responsibility", in *IRRC*, No.838, June 2000, p.391-402. BANTEKAS Ilias, "The Contemporary Law of Superior Responsibility", in *AJIL*, No.93/3, 1999, pp. 573-595. BURNETT Weston D., "Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra", in *Military Law Review*, 1985, pp. 71-189. CHING Ann B., "Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 25/1, 1999, pp. 167-205. FERIA-TINTA Monica, "Commanders on Trial: The Blaskic Case and the Doctrine of Command Responsibility under International Law", in *Netherlands International Law Review*, Vol. 47/3, 2000, pp. 293-322. GARRAWAY Charles, "Responsibility of Command - A poisoned Chalice?", in ARNOLD Roberta and HILBRAND Pierre-Antoine (ed.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts- Changes and Challenges*, Lausanne, Editions Universitaires suisses, 2005, pp. 117-138. HENZELIN Marc, "Les 'raisons de savoir' du supérieur hiérarchique qu'un crime va être commis ou a été commis par un subordonné. Examen de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex- Yougoslavie et le Rwanda", in TAVERNIER Paul, *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Brussels, Bruylant, 2004, pp. 108-125. JIA Bing Bing, "The Doctrine of Command Responsibility in International Law: With Emphasis on Liability for Failure to Punish", in *Netherlands International Law Review*, Vol. 45/3, 1998, pp. 325-347. LAUCCI Cyril, "La responsabilité pénale des détenteurs de l'autorité: étude de la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux", in *L'observateur des Nations Unies*, Vol.6, 1999, pp. 142-165. LAVIOLETTE Nicole, "Commanding Rape: Sexual Violence, Command Responsibility, and the Prosecution of Superiors by the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda", in *CYIL*, Vol.36, 1998, pp. 93-149. LEVIE Howard S., "Command Responsibility", in *Journal of Legal Studies*, Vol.8, 1997-98, pp. 1-18. LIPPMAN Matthew, "The Evolution and Scope of Command Responsibility", in *Leiden Journal of International Law*, Vol.13/1, 2000, pp. 139-170. MITCHELL Andrew D., "Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes", in *The Sydney Law Review*, Vol. 22/3, 2000, pp. 381-410. SAROOSHI Danesh, "Command Responsibility and the Blaskic Case", in *ICLQ*, Vol.50/2, 2001, pp. 452-465. VETTER Greg R., "Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International

Criminal Court (ICC)", in *The Yale Journal of International Law*, Vol.25/1, 2000, pp. 89-143. ZAKR Nasser, "La Responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux", in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol.73, 2002, pp. 59-80.

(三) 辩护

导 读

发展到今天的国际刑法允许每一个被控犯罪的人利用一切法律上和事实上可利用的手段来提出一个完全且彻底的辩护。但是，国际刑事司法的发展表明，某些辩护事由有时被完全排除，有时则被加以了限制。

例如，与大多数国家在国内法层面适用的情形相反，以本国法的规定作为一项行为的辩护有时在国际刑法上没有适用的余地。需要重申的是，纽伦堡法庭将在纳粹政权的“夜与雾（nacht und Nebel）法令”中合法地确立的安乐死计划认定为犯罪。被告的官方职位（即便他担任国家或政府首脑）也不能使其被豁免责任或构成减轻处罚的理由。³²²同样，国际刑法还认为，一项罪行系由下级实施的事实并不能使其上级免于承担刑事责任，只要后者知道或有理由应当知道其下级正在实施或准备实施一项罪行而未阻止其这样做。《纽伦堡法庭章程》并未确定这一规则。但是，后来该规则却反映在了二战以后许多的判决之中。³²³我们应注意到，对一名司令官而言，只有在其确实有一项行动的法律义务而其却未有所行动时，他才需要承担刑事责任。司令官对其部下的职责规定在《第一议定书》第87条，而该议定书第86条则规定了未能履行职责之司令官的刑事责任。³²⁴

有关依上级命令行事的辩护理由是否成立的问题则不甚清晰。这一辩护主张，被告当时正在服从一项由其政府或其上级发布的命令。在历史上，一些人认为这是一项有效的辩护理由，一些人认为它构成减轻的情节，也有人认为以上二者都成立。《纽伦堡法庭宪章》明确排除其作为一项有效的辩护理由，但允许将其作为一个减轻情节。³²⁵但是，纽伦堡法庭拒绝执行该规则，并拒绝在作出判决

322 《关于控诉与惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》第7条，可访问<http://www.icrc.org/ihl>；《远东国际军事法庭宪章》，收录于<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imttech.htm>；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》（**案例179**，第1781页）第7条第2款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》（**案例196**，第2138页），第6条第2款；《国际刑事法院规约》（**案例15**，第634页），第27条。

323 尤其可参见**Case No. 86**, US, In re Yamashita. p. 1072; Document No. 80, US Military Tribunal at Nuremberg, US v. Wilhelm List. p. 1054; **Document No. 82**, The Tokyo War Crimes Trial. p. 1061。

324 也可参见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条及《国际刑事法院规约》第28条，前注322。

325 参见《纽伦堡法庭宪章》第8条，见于<http://www.icrc.org/ihl>。

时考虑上级的命令。晚近以来，艾希曼（Eichmann）案³²⁶与巴比（Barbie）案³²⁷确认了这一规则。最近，命令系由上级给出这一事实已经被系统地排除出作为一种辩护理由的可能性。盟国管制理事会第10号法律（第2条第4款第2项）、《东京国际刑事法庭规约》（第6条）、《联合国禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（第2条第3款）、各个版本的《危害人类和平与安全治罪法草案》（第5条）以及更晚近以来的《卢旺达问题国际刑事法庭规约》（第6条第3款）和《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》（第7条第4款）都体现了这一点。《国际刑事法院规约》的制定或许改变了这一立场。该规约允许被告在满足以下三个条件的情况下援引上级命令作为辩护理由：下级有遵守命令的法律义务；他不知道命令是不法的；命令的不法性不明显。³²⁸依逻辑，这一限制意味着，此类辩护理由将不容易通过可接受性的检验。而且，由于实施灭绝种族罪或危害人类罪的命令是明显不法的，《国际刑事法院规约》还不允许提出此种辩护。³²⁹

《国际刑事法院规约》允许提出其它辩护理由：精神不健全或精神病；³³⁰因处于醉态而使该人丧失了判断其行为不法性的能力；³³¹危难境地；³³²不可抗拒的情势所迫。³³³

以情势所迫为理由的辩护经常与援引上级命令的辩护相关联。但是，以情势所迫为理由的辩护有其自身的定义，并因此有其独立的适用范围。事实上，二者之间的差异尤其体现在是否存在作出道义选择的余地。如果一名士兵接到命令要在一所医院引爆一枚炸弹，那么，他在道义上并没有执行此项命令的义务，他可以决定究竟是遵守命令还是违抗它。相反，如果该士兵执行命令是为了避免自己的生命遭受直接的威胁或避免其它严重后果的发生，则此种情形就属于情势所迫。前南问题国际刑事法庭以三票对两票裁决，在危害人类罪或战争犯罪的案件

326 A.G. Israel v. Eichmann, in *ILR*, Vol. 36, 1968, p. 18.

327 Barbie, 8 July 1983, *Journal du Droit International*, 1983, p. 791；这一判决得到了上诉法院的支持：Barbie, 6 October 1983, in *RGDIP*, 1984, p. 507.

328 参见第33条第1款，参见**案例15**，第634页。

329 参见第33条第2款，参见**案例15**，第634页。

330 参见第31条第1款第1项，参见**案例15**，第634页。

331 参见第31条第1款第2项，参见**案例15**，第634页。

332 参见第31条第1款第3项，参见**案例15**，第634页。还可参见"Atelier sur l'article 31, par. 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale, coordonné par Eric David", in *RBDI*, 2000-02, pp. 335-488.

333 参见第31条第1款第4项，参见**案例15**，第634页。

中，以情势所迫为理由的抗辩不能作为免责的基础，³³⁴尽管如此，《国际刑事法院规约》仍规定，情势所迫可作为个人排除刑事责任的理由。³³⁵因此，当某个人的真实意愿已经完全被某一情势所压制或掩盖时，即可认为存在不可抗拒的情势所迫，并可据此主张排除刑事责任。

最后，需要指出的是，《国际刑事法院规约》也将自卫列为了排除刑事责任的有效理由之一。这一辩护理由必须明显地符合以下标准：该人必须使用了武力，其意图在于防卫自己或他人免受迫近的不法武力的侵害，而且，防卫武力必须与危险的程度成比例。关于战争犯罪，该规约表明，以上规则不仅适用于对人的防卫，而且也适用于对生存或完成军事任务至关重要的物资的防卫。幸运的是，根据这一规定，要运用此项辩护理由，仅仅是以“诉诸战争权”意义上的自卫为由开展行动还是不够的。即便有了此项限制，还是难以想象会存在确实可以此为项战争犯罪提供辩护的情形（以自卫为由为灭绝种族罪或危害人类罪提供辩护则更加令人难以想象）。事实上，即使是在国际人道法上，针对一个不法诉诸武力之人使用武力也并不受到禁止。如果该人是一个平民，则他（或她）将不再受禁止对其发动攻击之规则的保护；³³⁶如果该人是一名违反国际人道法的战斗员，则即使是平民也可为了自卫的目的而对其加以抵抗，而且不被视为不法地参与了敌对行动。在前述两种情形下，相关行为均非国际人道法禁止的行为，因此也无需援引自卫的理由对其加以辩护。

案例49. 加拿大，危害人类罪与战争罪法案 [Cf. Sections 11-14.] p. 939

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库雷什基奇等人案 [Cf. paras. 511-520.] p. 1897

推荐阅读：ESER Albin, "Defences in War Crimes", in *IYHR*, Vol. 24, 1994, pp. 201-234. GALAND Renaud & DELOOZ François, "L'article 31, par. 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale: une remise en cause des acquis du droit international humanitaire?", in *IRRC*, No. 842, June 2001, pp. 533-538. KNOOPS Geert-Jan, *Defenses in Contemporary International Law*, Ardsley NY, Transnational Publishers, 2001, 287 pp. ROWE Peter, "Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: A Laboratory for a Permanent Court?", in *YIHL*, Vol. 1, 1998, pp. 210-228. SHAHABUDDEEN Mohamed, "Duress in International Humanitarian Law", in ARMAS BAREA Calixto A. (ed.), *Liber amicorum 'in memoriam' of Judge José María Ruda*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp.563-574. "Atelier sur l'article 31, par. 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale, coordonné par Éric DAVID", in *RBDI*, 2000-2, pp. 355-488.

334 参见ICTY, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, (IT-96-22-T), Judgement of the Appeals Chamber of 7 October 1997, para. 19, available on <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>.

335 参见第31条第3款，参见**案例15**，第634页。

336 参见《第一议定书》第51条第3款。

1. 自卫?

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Art. 31 (1) (c).] p. 634

案例38. 国际法委员会, 关于国家责任的条款草案 [Cf. A., para. 3 of the commentary of Art. 21.] p. 822

推荐阅读: GALAND Renaud & DELOOZ François, "L'article 31, par. 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale: une remise en cause des acquis du droit international humanitaire?", in *IRRC*, No. 842, June 2001, pp. 533-538.

2. 上级命令?

[《习惯国际人道法》规则154、155]

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Art. 33.] p. 634

案例48. 德国, 国际刑法典[Cf. para. 3.] p. 930

案例49. 加拿大, 危害人类罪与战争罪法案 [Cf. Section 14.] p. 939

案例52. 比利时, 普遍管辖权法 [Cf. A., Art. 136 (g) (2).] p. 955

案例75. 位于汉堡的英国军事法庭, 珀琉斯审判 p. 1034

文件80. 纽伦堡美国军事法庭, 美国诉威廉·利斯特案 [Cf. 3. (ii)] p. 1054

案例99. 比利时, 公诉人诉G.W.案 p. 1128

案例101. 美国, 美国诉威廉·L.卡利案 p. 1136

案例168. 比利时, 驻索马里的比利时士兵 p. 1681

案例169. 加拿大, R.诉布罗克班克案 [Cf. paras. 5, 11 and 96-101.] p. 1692

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. C., Art. 7 (4).] p. 1781

案例207. 哥伦比亚, 《第二议定书》的合宪性 [Cf. paras. 36-40.] p. 2251

推荐阅读: ANDRIES André, "Les limites de la force exécutoire de l'ordre supérieur en droit militaire belge", in *RDMDG*, Vol. 8/1, 1969, pp. 79-142. DAVID Éric, "L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité", in *RBDI*, 1978-79, pp. 65-84. DUFOUR Geneviève, "La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment?", in *IRRC*, No. 840, December 2000, pp. 969-992. GAETA Paola, "The Defense of Superior Order: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law", in *EJIL*, Vol. 10, 1999, pp. 172-191. GARRAWAY Charles, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied?", in *IRRC*, No. 836, December 1999, pp. 785-794. GREEN Leslie C., *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1976, 374 pp. STAKER Christopher, "Defence of Superior Orders Revisited", in *Australian Law Journal*, Vol. 79, 2005, pp. 431-447. VERHAEGEN Jacques, "Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels", in *IRRC*, No. 845, March 2002, pp. 35-50.

深入阅读: AUBERT Maurice, "The Question of Superior Orders and the Responsibility of Commanding Officers in the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8 June 1977", Geneva, ICRC, 1988, 16 pp. OSIEL Mark, *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War*, London, Transaction Publishers, 1999, 398 pp.

3. 以必要性为理由的辩护?

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A. Art. 31 (1) (c) and (d).] p. 634

案例52. 比利时, 普遍管辖权法 [Cf. A., Art. 136 (g) (1).] p. 955

案例75. 位于汉堡的英国军事法庭, 珀琉斯审判 p. 1034

案例78. 纽伦堡美国军事法庭, 美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案[Cf. 4. (vii)] p. 1042

案例131. 加拿大, 拉米雷斯诉加拿大案 p. 1369

推荐阅读: DAVID Éric, "L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité", in *RBDI*, 1978-79, pp. 65-84. DUBOIS Olivier, "Le droit pénal des conflits armés et lathéorie de la nécessité", in *Annuaire de Droit de Louvain*, 1995, pp. 95-112. DUNBAR N.C.H., "Military Necessity in War Crimes Trials", in *BYIL*, Vol. 29, 1952, pp. 442-452.

(四) 对战争犯罪的控诉

1. 打击严重破坏条约行为的普遍义务

《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条以及《第一议定书》第85条第1款 [《习惯国际人道法》规则157、158]

案例47. 瑞士, 军事刑法典 p. 927

案例48. 德国, 国际刑法典 p. 930

案例49. 加拿大, 危害人类罪与战争罪法案 [Cf. Sections 6-8.] p. 939

案例52. 比利时, 普遍管辖权法 [Cf. B., Arts. 10.1 (a) and 12 (a) and C.] p. 955

案例54. 美国, 战争罪法案 p. 967

案例90. 美国, 丹珍朱克引渡案 p. 1086

案例131. 加拿大, 拉米雷斯诉加拿大案 [Cf. para. 11.] p. 1369

案例138. 苏丹, 联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A.paras. 613-615.] p. 1456

案例166. 加拿大, 西瓦库马尔诉加拿大 p. 1670

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 17.] p. 1717

案例175. 波斯尼亚和黑塞哥维那, 在敌对行动结束后释放战俘及寻找失踪人员 p. 1769

案例190. 法国, 亚沃尔及其他人案 p. 2043

案例191. 瑞士, 一区军事法庭, G的无罪判决 p. 2046

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 p. 2218

案例206. 国际法院, 刚果民主共和国诉比利时案 [Cf. individual and dissenting opinions.] p. 2241

推荐阅读: D'ARGENT Pierre, "La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire", in *Journal des Tribunaux*, Brussels, Vol. 118, No. 5935, 1999, pp. 549-555. DINSTEIN Yoram, "The Universality Principle and War Crimes", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 71, 1998, pp. 17-37. HENZELIN Marc, *Le principe de l'universalité en droit pénal*

international, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Geneva/Brussels: Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, 2000, 527 pp. HENZELIN Marc, "La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia", in RGDIP, No. 4, October-December 2002, pp. 819-854. KEIJZER Nico, "War Crimes and their Prosecution in National Legal Systems", in *RDMDG*, Vol. 38/1-4, 1999, pp. 411-429. KISSINGER Henry A., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", in *Foreign Affairs*, Vol. 80/4, 2001, pp. 86-96. ORENTLICHER Diane F., "Responsibilities of States Participating in Multilateral Operations with Respect to Persons Indicted for War Crimes", in JOYNER Christopher C. (ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Toulouse, Erès, 1998, pp. 193-206. OSIEL Mark, "Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 22/1, 2000, pp. 118-147. STERN Brigitte, "À propos de la compétence universelle", in YAKPO Émile (ed.), *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 735-753. ROULOT Jean-François, "La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France: une répression nationale d'un crime international", in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Vol. 3, 1999, pp. 545-562. VAN DER VYVER David, "Universal Jurisdiction in International Criminal Law", in *South African Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1999, pp. 107-132. VANDERMEERSCH Damien, "Quel avenir pour la compétence universelle des juridictions belges en matière de crime de droit international humanitaire", in *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, Paris, Cujas, 2003, pp. 229-248. VANDERMEERSCH Damien, "Le principe de compétence universelle à la lumière de l'expérience belge: le mouvement de balancier", in RUDETZKI Françoise (ed.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Levy, 2003, pp. 463-474. VANDERMEERSCH Damien, "Prosecuting International Crimes in Belgium", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 400-421. VAN ELST Richard, "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2000, pp. 815-854.

(1) 与特赦的关系

[《习惯国际人道法》规则159]

案例105. 孟加拉国/印度/巴基斯坦, 1974年协定 [Cf. Arts. 13-15.] p. 1149

案例128. 智利, 起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 [Cf. para. 12.] p. 1352

案例141. 南非, 阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案 p. 1509

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. F. 1.)] p. 2082

案例207. 哥伦比亚, 《第二议定书》的合宪性 [Cf. paras. 41-43.] p. 2251

案例224. 案例研究, 塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf. 3., D.] p. 2347

推荐阅读: BOED Roman, "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", in *Cornell International Law Journal*, Vol. 33/2, 2000, pp. 297-329. DUGARD John, "Dealing with Crimes of Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12/4, 1999, pp. 1001-1015. GAVRON Jessica, "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court", in *ICLQ*, Vol. 51/1, 2002, pp. 91-117. MEINTJES Garth & MÉNDEZ Juan E., "Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction", in *International Law Forum*, Vol. 2/2, 2000, pp. 76-97.

(2) 没有成文法上的限制

[《习惯国际人道法》规则160]

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Art. 29.] p. 634

案例48. 德国, 国际刑法典[Cf. para. 5.] p. 930

案例93. 匈牙利, 战争罪决议 p. 1099

案例128. 智利, 起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 [Cf. para. 12.] p. 1352

推荐阅读: LAQUIÈZE Alain, "Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité", in *Droits*, Vol. 31, 2000, pp. 19-40.

(3) 与国际豁免的关联

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A. Arts. 27 and 98.] p. 634

案例52. 比利时, 普遍管辖权法 [Cf. B., Art. 1 (a) and C.] p. 955

案例206. 国际法院, 刚果民主共和国诉比利时案p. 2241

案例225. 塞拉利昂, 对泰勒豁免权做出裁定的特别法庭 p. 2373

推荐阅读: FRULLI Micaela, "The Question of Charles Taylor's Immunity: Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?", in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1118-1129. SASSÒLI Marco, "L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international", in *RGDIP*, No. 4, October-December 2002, pp. 789-818.

2. 刑事方面的相互协助

《第一议定书》第88条 [《习惯国际人道法》规则161]

案例90. 美国, 丹珍朱克引渡案 p. 1086

案例199. 卢森堡, 与国际刑事法庭合作之法规 p. 2149

案例204. 瑞士, X.诉联邦警察局案 p. 2211

3. 对被控犯有战争罪行之人的司法保障

《日内瓦第一公约》第49条第4款、《日内瓦第二公约》第50条第4款、《日内瓦第三公约》第129条第4款、第105-108条及《日内瓦第四公约》第146条第4款

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Arts. 20, 22-25, and 30-32.] p. 634

案例128. 智利, 起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 p. 1352

案例157. 美国, 施莱辛格报告 p. 1609

案例159. 伊拉克, 占领与和平建设 p. 1630

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. C., Art. 21.] p. 1781

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. F.] p. 2082

案例204. 瑞士, X.诉联邦警察局案 p. 2211

(五) 国际刑事法院

导 读

国际人道法要求对战争犯罪进行起诉, 而且, 是否存在国际刑事法院也不影响起诉。然而, 在现实中, 在1990年之前, 国际人道法中关于起诉战争犯罪的规定基本上都被忽视了。在前南斯拉夫地区发生的多场武装冲突充斥着大量的残忍行径, 它们导致了在此问题上的根本转变。国际社会深感有义务作出反应。通过当前国际法上唯一获得承认的紧急程序, 即安理会的决议, 国际社会设立了前南斯拉夫问题国际刑事法庭。³³⁷一旦前南斯拉夫问题国际刑事法庭得以设立, 那么, 在卢旺达爆发了武装冲突而且种族灭绝夺去数十万人生命的情况下, 如果不设立一个类似的法庭(卢旺达问题国际刑事法庭), ³³⁸那就会明显地存在双重标准的问题。毫无疑问, 在这些特别国际刑事法庭的设立方式方面的确存在可质疑的余地。但是, 如果人们尝试以设立新国际组织的传统方法——即通过公约设立——去设立这些法庭, 那么, 它们甚至到今天还不会存在。另外, 如果不是由这些特别法庭作为先驱, 那么, 《国际刑事法院规约》恐怕至今还不会通过。

前南斯拉夫问题国际刑事法庭有权审理灭绝种族行为、危害人类罪、严重违反《日内瓦公约》的行为以及违反战争法和战争习惯的行为。严重破坏公约的概念是由《日内瓦公约》规定的, 因此, 它仅适用于国际性武装冲突。令人惊奇的是, 尽管前南斯拉夫及其继受国都是《第一议定书》的缔约国, 但是, 对该议定书的严重破坏行为却未被提及。需要重申的是, 《第一议定书》将严重破坏公约的概念扩大到许多违反调整敌对行为之规范——该议定书从而也将这些规则予以了现代化——的情形。尽管如此, 就非国际性武装冲突和敌对行为规范而言, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭通过对“违反战争法或战争习惯”这一概念适用广义的解释, 填补了这一空白。³³⁹

至于卢旺达问题国际刑事法庭, 它有权审理灭绝种族行为、危害人类罪以及严重破坏《日内瓦公约》共同第3条以及《第二议定书》的行为。“严重破坏”

337 参见Case No. 179. UN, Statute of the ICTY, p. 1781.

338 参见Case No. 196. UN, Statute of the ICTR, p. 2138.

339 参见Case No. 180. ICTY, The Prosecutor v. Tadic. [Cf. A., paras. 86-136.] p. 1794.

的概念与“严重违反”的概念不同。后者仅适用于国际性武装冲突，而卢旺达的武装冲突并非国际性武装冲突。这是在国际性文件中第一次明确了以下事实：在非国际性武装冲突中违反国际人道法的行为也可能构成国际犯罪。

前南斯拉夫问题国际刑事法庭有权审判任何自1991年以来在前南斯拉夫领土上犯有《规约》所列罪行之一的人。因此，该法庭仍有权处理在科索沃已经发生和正在发生的罪行。相反，卢旺达问题国际刑事法庭被授权处理的仅是1994年在卢旺达或由卢旺达公民在邻国领土上犯下的罪行。

两个法庭对其应适用的法律都作出了发展和提炼。如此，它们展示了该法律部门的现实主义立场，并增进了其声誉。在此方面，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已经超出了所有人的预期。在很短的时间里，它们取得了以下成就：极大地发展了非国际性武装冲突法；改变了国际性与非国际性武装冲突的区分；重新界定了“被保护人”的概念；对国际人道法积极和消极的适用范围作出了更明确的界定；确立并协调了国际刑法基本原则的基础，并澄清了种族灭绝和危害人类罪的概念等。人们或许可以从许多角度去批评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的判例法，但是，它显著地扩张了国际人道法；今天，辩护律师和公诉人日常地援引国际人道法，有真知灼见的文章也对它加以讨论，而且它也构成了说理充分之判决的基础。

《国际刑事法院规约》是一项经过50余年努力的成功结晶，它于1998年7月17日通过，并于2002年7月1日生效，目前已有60个国家批准了该规约。³⁴⁰作为一项条约，它仅约束其缔约国及由这些缔约国管辖之人。国际刑事法院被授权处理种族灭绝、危害人类罪、战争犯罪以及侵略行为（但要求各缔约国对侵略罪的定义达成一致）。

在国际性武装冲突中，所有严重破坏《日内瓦公约》的行为都属于国际刑事法院管辖的范围。³⁴¹相反，《第一议定书》并未被提及，而且，《国际刑事法院规约》所列出的其他严重违反国际性武装冲突法的行为也未涵盖《第一议定书》所界定的所有严重违法行为。例如，它未提及在遣返战俘和平民方面无正当理由的延误或对平民居民不分皂白的攻击等。另一方面，它规定，强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育均构成战争犯罪。³⁴²而且，该规约还将征募不满15岁的儿童入伍并迫使他们积极参加敌对行动的行为规定为战争犯罪。³⁴³与使用某

340 参见 **Case No. 15**, The International Criminal Court. [Cf. A.] p. 634.

341 同上，第8条第2款第1项。

342 同上，第8条第2款第2项第22目。

343 同上，第8条第2款第2项第26目。

些武器有关的规则仅限定于无争议的一些情形，如化学武器。³⁴⁴各缔约国反对提及核武器、生物武器和激光武器，并将可能造成过分伤害之武器的定义转移到了—份须各缔约国进一步拟定的名录之上。³⁴⁵至于非国际性武装冲突，《国际刑事法院规约》在国际人道法的进步方面取得了令人瞩目的成就。它是第一个列明非国际性冲突局势下战争犯罪类型的条约，并坚定地确认了以下此点，即战争犯罪的概念也适用于国内冲突。这些战争犯罪包括了严重违反《日内瓦公约》共同第3条的行为³⁴⁶以及大量其他的违法行为，包括在战场上实施的罪行。³⁴⁷

该法院可直接对缔约国行使权力，而无需在处理每个案件时获得其同意。如果被起诉之行为（或不作为）的发生地国或者被起诉犯有罪行之人的国籍国受《国际刑事法院规约》的约束或承认国际刑事法院的权力，则后者即可以行使管辖权。³⁴⁸因此，并不总是需要获得被告所属国的同意。当联合国安理会通过适用《联合国宪章》第7章之规定作出决议的方式将一冲突局势提交给国际刑事法院时，³⁴⁹情形也是如此。相反，安理会也可通过此种决议，请求不展开调查并将诉讼推迟12个月进行。³⁵⁰最后，《国际刑事法院规约》还规定（对此规定我们深感遗憾），一国在成为缔约国时可以声明，在其加入该公约后7年内，对于有人被指控在其境内或有其国民所实施的战争犯罪，它可不接受该法院的管辖权。³⁵¹如此，即便是在当今条约法中最为确定的国际犯罪也可能在7年的时间里逃脱国际刑事法院的管辖。

只有由缔约国选举产生的检察官才能将某一案件起诉至该法院。任何缔约国和联合国安理会均可向检察官提交有关情势，但检察官也可以自行启动调查。³⁵²但是，在后一种情形，检察官必须向预审分庭提交授权申请。如果预审分庭决定授权开始调查，或者在一个缔约国向检察官提交事项而后者有意展开调查，则检察官必须通知所有缔约国以及其他相关国家。如果上述某一国家通知检察官，有关该事项的诉讼程序已经在国内法的层面上开始进行，那么，除非国际刑事法院的预审分庭授权其本人继续进行调查，否则，他应将该诉讼交由相关国家管辖。

344 同上，第8条第2款第2项第17—19目。

345 同上，第8条第2款第2项第20目。

346 同上，第8条第2款第3项。

347 同上，第8条第2款第5项。

348 同上，第12条第2款。

349 参见第一个适用该章的案件，**Case 138**, Sudan, Report of the UN Commission of Enquiry on Darfur. [Cf. B., UN Security Council Resolution 1593 (2005).] p. 1467.

350 参见**Case No. 15**, The International Criminal Court. [Cf. A., Art. 16, and D.] p. 634.

351 同上，第124条。

352 同上，第13—15条。

这一规定可能引发以下两方面的严重质疑：一方面，这一程序是否有助于诉讼的功效；另一方面，它是否意味着，被告在合理时间内获得审判的权利能够得到尊重。然而，它的确反映了缔约国担心有管辖权会不顾及它们的意愿而对其机构的行为作出评判的事实。

《国际刑事法院规约》的一个突出特征是，在一项其制定者意在为所有国家普遍参加的条约中，它第一次对国际刑法的总则部分予以了成文化。³⁵³它成功地将存在于世界上各种不同法律体系以及源自国际人权法条约的各项刑法一般原则汇集在了一起。

从传统国际法的角度看，即便某些个人的行为已经被宣告为国际犯罪，对罪犯提起起诉的权利或义务往往也保留在一个、数个或全体国家手中。于是，国家就成为了国际法规则与违反国际法的个人间的一个至关重要的中介。只有到了国际刑事法院的设立，这层面纱才被揭去，而且个人在国际法及国际社会面前的责任也才变得清晰可见。因此，这些国际刑事法庭最明显地表现了国际法的这个新层次——它建立在调整国家之间共存与合作关系的传统国际法基础之上，而非要取代后者——以及由超过60亿人所组成的国际社会的国内法。与传统国际法对违法行为的典型反应方式（即制裁）相比，刑事审判具有明显优势：它们受法律的调整，而不依赖于各国的良好意愿；它们依规范性的、程式化的程序进行，而且对每个人都适用相同的程序；它们不受制于投票表决，而且与安理会——它是国际社会中唯一有权作出制裁决定的组织——的决议相比，它们受到政治因素的影响要小得多；它们直接针对有罪的个人，不会对无辜之人造成影响，而军事或经济制裁则不可避免地会波及无辜。

尽管如此，在起诉战争犯罪方面，国内司法管辖仍保持其重要的地位，即便国际刑事法院能够高效地运作并被授权处理所有发生国际犯罪的情势，情形仍是如此。首先，它的作用体现在数量方面，因为国际司法决不可能处理数以十万计的罪行，而遗憾的是，在每一场主要的冲突中，都可能发生大量的罪行。国际刑事法院仅可能选择一些特殊的、具有代表性的案件进行审理，以便结束罪犯免受处罚的情形。其他所有案件都必须由国内司法系统处理。另外，如果实行仅由国际司法机构来执行国际刑法以及维护国际社会的政策，那么，这将与辅助性原则相违背，而且也将要求巨额的资金。另外，国内司法的作用也体现在质量方面。在每个国家中，法治及其信誉都取决于初审法院的质量、独立性以及效率，与此相同，国际司法也将继续仰赖国内法院。没有国内法院，在涉及到战犯问题时，

353 同上，第22—33条。

国际法院顶多能够充当一块遮羞布。由于上述原因，国际法院的存在无论如何都不应打击各国、其检察官以及法院履行其有关战争犯罪之义务的热情。

总之，在国际法院设立之前，战争犯罪以及对它们进行追诉的义务就已经存在了。但是，国际法院将既有规范的实施予以了制度化，并因此确保了这些规范成为现实。如同在其他许多领域一样，为了单一的目的而设立一个机构并向其工作人员支付报酬，这是找到问题解决方法的一个重要步骤，但它本身还不够。截止到近期，在众多的需求中，国际刑事法院仅存在于两个冲突局势中。这两个特别法庭代表了一个至关重要的初步举措。一旦《国际刑事法院》获得各国的普遍接受，其他步骤就会跟进。国际司法真正的信誉就取决于此，因为，因人而异的司法并非司法。

推荐阅读： AKHAVAN Payam, "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities", in *AJIL*, Vol.95/1, 2001, pp. 7-31. AKSAR Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad-Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, London/New York, Routledge, 2004, 314pp. CASSESE Antonio & DELMAS-MARTY Mireille (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, 267 pp. CHUTER David, *War Crimes: Confronting Atrocity in the Modern World*, London, Lynne Rienner, 2003, 299pp. LA ROSA Anne-Marie, *Juridictions pénales internationales, La procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, 508 pp. SASSÒLI Marco, "Le mandat des tribunaux internationaux en cas de violations du droit international humanitaire", in ASSAF Georges (ed.), *Droit international humanitaire et droits de l'homme: vers une nouvelle approche*, Beyrouth, 2000, pp. 99-111.

1. 特别法庭的建立

案例199. 卢森堡，与国际刑事法庭合作之法规 p. 2149

推荐阅读： ACKERMAN John E. & O'SULLIVAN Eugene, *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: With Selected Materials from the International Criminal Tribunal for Rwanda*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, 555 pp. ASCENSIO Hervé & MAISON Rafaëlle, "L'activité des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (1995-1997) et pour le Rwanda (1994-1997)", in *AFDI*, Vol. 43, 1997, pp. 368-402. ASCENSIO [etc.], "L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1998)", in *AFDI*, Vol. 44, 1998, pp. 370-411. ASCENSIO [etc.], "L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1999)", in *AFDI*, Vol. 45, 1999, pp. 472-514. ASCENSIO [etc.], "L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2000)", in *AFDI*, Vol. 46, 2000, pp. 285-325. ASCENSIO [etc.], "L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2001)", in *AFDI*, Vol. 47, 2001, pp. 241-282. ASCENSIO [etc.], "L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2002)", in *AFDI*, Vol. 48, 2002, pp. 381-406. TAVERNIER Paul, "The Experience of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda", in *IRRC*, No. 321, November-December 1997, pp. 605-621. "Jurisprudence - archives chronologiques", in *Actualité et Droit international*, <http://www.ridi.org/adi/jpintarch.html>. See the first case of application in Case 138, Sudan, Report of the UN Commission of Enquiry on Darfur. [Cf. B., UN Security Council Resolution 1593 (2005).] p. 1467.

深入阅读：ABI-SAAB Georges, "International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law", in YAKPO Émile (ed.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 649-658. JONES John R.W.D., *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, 1998, 376 pp. LAUCCI Cyril, "Juger Et faire juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire-Réflexions sur la mission des Tribunaux pénaux internationaux et les moyens de l'accomplir", in *IRRC*, No. 842, June 2001, pp. 407-439.

(1) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭

文件19. 红十字国际委员会与前南斯拉夫问题国际刑事法庭间关于等待法庭审判之人问题的协议 p. 667

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突[Cf.17and32.]p. 1717

案例175. 波斯尼亚和黑塞哥维那, 在敌对行动结束后释放战俘及寻找失踪人员 p. 1769

案例179. 联合国, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 p. 1781

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., Jurisdiction, paras. 11-58 and B., Merits, paras. 239-241, 540-553.] p. 1794

案例181. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉马尔蒂奇案, 依据规则61所做的裁决 [Cf. para. 3.] p. 1866

案例182. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉拉伊奇案, 依据规则61所做的裁决[Cf. paras. 1-3 and 66-70.] p. 1874

案例183. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭/国际刑事法院, 保密性与红十字国际委员会工作人员的证词 [Cf. A.] p. 1887

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉库普雷什基奇等人案 p. 1897

案例185. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉布拉什基奇案 p. 1921

案例186. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉库纳拉茨、科瓦奇和武科维奇案 p. 1959

案例187. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉加利奇案 p. 1971

案例188. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉斯特鲁加尔案 p. 2005

案例193. 南斯拉夫联盟共和国, 北约干预 [Cf. B.] p. 2061

推荐阅读：FENRICK William, "The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol.71, 1998, pp.77-118. FENRICK William, "The Application of the Geneva Conventions by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", in *IRRC*, No. 834, June 1999, pp. 317-329. GREENWOOD Christopher, "The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.2, 1998, pp. 97-140. MEINDERSMA Christa, "Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *Netherlands International Law Review*, Vol.42/3, 1995, pp. 375-397. MORRIS Virginia & SCHARF Michael P., *An Insider's Guide to the International Criminal*

Tribunal For the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis, Transnational Publishers, 2 vols., 1995. MURPHY Sean D., "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *AJIL*, Vol.93, 1999, pp. 57-97. QUINTANA Juan José, "Violations of International Humanitarian Law and Measures of Repression: The International Tribunal for the Former Yugoslavia", in *IRRC*, No.300, May-June 1994, pp. 223-239. SASSÒLI Marco, "Le rôles des tribunaux pénaux internationaux dans la répression des crimes de guerre", in LATTANZI Flavia & SCISO Elena (ed.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*, Atti del convegno Roma, 15-16 dicembre 1995, Napoli, 1996, pp.109-125. WAGNER Natalie, "The Development of the Grave Breaches Regime and of Individual Criminal Responsibility by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *IRRC*, No.850, June 2003, pp. 351-383.

深入阅读: AKHAVAN Payam, "The Yugoslav Tribunal at a Crossroads: The Dayton Peace Agreement and Beyond", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 18/2, 1996, pp. 259-285. SASSÒLI Marco, "La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie: Tadic (compétence)", in *RGDIP*, Vol. 100, 1996, pp. 101-134. SASSÒLI Marco & OLSON Laura M., "The Decision of the ICTY Appeals Chamber in the Tadic Case: New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law?", in *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 733-769.

(2) 卢旺达问题国际刑事法庭

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. E.] p. 2082

案例196. 联合国, 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》 p. 2138

案例199. 卢森堡, 与国际刑事法庭合作之法规 p. 2149

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭, 检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 p. 2154

案例204. 瑞士, X.诉联邦警察局案 p. 2211

推荐阅读: ADJOVI Roland & MAZERON Florent, "L'essentiel de la jurisprudence du TPIR depuis sa création jusqu'à septembre 2002", in *Actualité et Droit international*, February 2002, [http:// www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi). CISSÉ Catherine, "The End of a Culture of Impunity in Rwanda?: Prosecution of Genocide and War Crimes before Rwandan Courts and the International Criminal Tribunal for Rwanda", in *YIHL*, Vol. 1, 1998, pp. 161-188. DAVID Éric, KLEIN Pierre & LA ROSA Anne-Marie (ed.), *Tribunal pénal international pour le Rwanda: recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1995-1997*, Brussels, Bruylant, 2000, 834 pp., également sur CD-Rom. MORRIS Virginia & SCHARF Michael P., *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, 2 vols., 1998. NIANG Mandiaye, "Le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Et si la contumace était possible!", in *RGDIP*, Vol. 103/2, 1999, pp. 379-403. THORNTON Brenda Sue, "The International Criminal Tribunal for Rwanda: A Report from the Field", in *Journal of International Affairs*, Vol. 52/2, 1999, pp. 639-646. VAN DEN HERIK Larissa Jasmijn, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 337 pp. WEMBOU DJIENA Michel-Cyr, "The International Criminal Tribunal for Rwanda: Its Role in the African Context", in *IRRC*, No. 321, November-December 1997, pp. 685-693. ZAKR Nasser, "La responsabilité pénale individuelle devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda", in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Vol.1, 2002, pp.55-74. "International Criminal Tribunal for Rwanda", in *Africa Legal Aid Quarterly*, April-June 2001, 38 pp.

(3) 混合法庭

— 塞拉利昂问题特别法庭

[参见网站<http://www.sc-sl.org>]

在塞拉利昂政府的同意之下，联合国于2000年设立了该法庭。其目的在于对自1996年11月30日冲突发生以来最重要的战犯进行审判。这涉及到了来自所有参战各方的数十人。他们受到了战争犯罪、危害人类罪以及其他严重违反国际人道法的罪行的指控。

案例224. 案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf. 3. A.Statute.] p. 2347

案例225. 塞拉利昂，对泰勒豁免权做出裁定的特别法庭 p. 2373

案例226. 塞拉利昂，对征募儿童兵做出裁定的特别法庭 p. 2382

推荐阅读： CASSESE Antonio, "The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty", in *Journal of International Criminal Justice*, Vol.2, 2004, pp. 1130-1140. CRYER Robert, "A 'Special Court' for Sierra Leone?", in *ICLQ*, Vol. 50/2, 2001, pp. 435-446. FRULLI Micaela, "The Question of Charles Taylor's Immunity: Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?", in *Journal of International Criminal Justice*, Vol.2, 2004, pp.1118-1129. KUMAR SINHA Manoj, "The Creation of Another Court: A Case Study of Special Court for Sierra Leone", in *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol.4, 2004, pp. 89-102. MACDONALD Avril, "Sierra Leone's Shoestring Special Court", in *IRRC*, No. 845, March 2002, pp. 121-143. SCHABAS William A., "The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone", in *Human Rights Quarterly*, Vol.25/4, November 2003, pp. 1035-1066. TEJAN-COLE Abdul, "The Special Court for Sierra Leone: Conceptual Concerns and Alternatives", in *African Human Rights Law Journal*, Vol.1/1, 2001, pp. 107-126.

— 柬埔寨法院特别法庭

在联合国与柬埔寨政府就设立一个审判红色高棉年迈领导人的特别法庭相关事宜进行了近十年的谈判之后，2005年4月1日，不仅双方签署的最终协议发生了效力，而且资金看起来也有了保障。两个特别审判庭依柬埔寨法律得以设立：其中一个法庭将审判那些被控在20世纪70年代杀害成千上万平民的被告，而另一个法庭则将在既有司法体系内审理上诉案件。这两个审判庭预计将很快开始工作。除其他职权外，它们有权审判前红色高棉领导人在1975年至1979年的冲突中犯下的战争罪行。

[也可参见<http://www.ridi.org/boyle> for further information]

推荐阅读： BOYLE David et LENGRIAND Julie, "Le retrait des négociations pour un tribunal mixte au Cambodge: les Nations Unies avaient-elles véritablement le choix?", in *Actualité et droit international*,

March 2002, <http://www.ridi.org/adi>. LINTON Suzannah, "New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor", in *IRRC*, No. 845, March 2002, pp. 93-119.

2. 国际刑事法院

案例15. 国际刑事法院. p. 634

案例138. 苏丹, 联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A., paras. 608, 609, 616 and 648, and B.] p. 1456

推荐阅读: AMBOS Kai, "Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale", in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 10/40, 1999, pp. 739-772. ARSANJANI Mahnouch H., "The Rome Statute of the International Criminal Court", in *AJIL*, Vol. 93, 1999, pp. 22-43. BASSIOUNI M. Cherif, "Note explicative sur le statut de la Cour pénale internationale", in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 71/1-2, 2000, pp. 1-41. BASSIOUNI M. Cherif (ed.), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publishers, 1998, 750 pp. BROOMHALL Bruce, *International Justice and the International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2003, 215 pp. BOURDON William, *La Cour pénale internationale*, Paris, Le Seuil, 2000, 290 pp. CARILLO-SALCEDO Juan-Antonio, "La Cour pénale internationale: l'humanité trouve une place dans le droit international", in *RGDIP*, Vol. 103, 1999, pp. 23-28. CASSESE Antonio, GAETA Paola & JONES John R. W. D., *International Criminal Law, A Commentary on the Rome Statute for an International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2001. CONDORELLI Luigi, "La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)", in *RGDIP*, Vol. 103, 1999, pp. 7-21. DAVID Éric, "La Cour pénale internationale: une Cour en liberté surveillée?", in *International Law Forum*, Vol. 1/1, 1999, pp. 20-30. KIRSCH Philippe, "The Birth of the International Criminal Court: the 1998 Rome Conference", in *CYIL*, Vol. 36, 1998, pp. 3-39. LATTANZI Flavia & SCHABAS William A. (ed.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Sirente, 1999, 516 pp. ROBERGE Marie-Claude, "The New International Criminal Court: A Preliminary Assessment", in *IRRC*, No. 325, December 1998, pp. 671-691. SCHABAS William A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2001, 406 pp. TRIFFTERER Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, 1295 pp. WECKEL Philippe, "La Cour pénale internationale, Présentation générale", in *RGDIP*, Vol. 102, 1998, pp. 983-993. "Special Issue: Impunity-The International Criminal Court", in *IRRC*, No. 845, March 2002, pp. 9 ss.

深入阅读: AREF Aref Mohamed, "La Cour pénale internationale: une nouvelle perspective pour l'Afrique", in *International Law Forum*, Vol. 1/1, 1999, pp. 30-33. BADINTER Robert, "De Nuremberg à la CPI", in *Pouvoirs*, Vol. 92, 2000, pp. 155-164. BROWN Bartram S., "U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response", in *JILP*, Vol. 31/4, 1999, pp. 855-891. CRYER Robert, "Implementation of the International Criminal Court Statute in England and Wales", in *ICLQ*, Vol. 51/3, 2002, p. 733. "Developments at the International Criminal Court", in *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 370-431. DÖRMANN Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2003, 580 pp. DÖRMANN Knut, "Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes - Part II: Other Serious Violations of the Laws and Customs Applicable in International and Non-International Armed Conflicts", in *IRRC*, No. 842, June 2001, pp. 461-487. DUYX Peter, HAVEMAN Roelof & VAN SLIEDREGT Elies, "War Crimes Law and the Statute of Rome: Some Afterthoughts?", in *RDMDG*, Vol. 39, 2000, pp. 67-122. KIRSCH Philippe, "The International Criminal Court:

Current Issues and Perspective", in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64/1, 2001, pp. 3-11. LATTANZI Flavia, "Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des États", in *RGDIP*, Vol. 103, 1999, pp. 438-442. LEE Roy S., DÖRMANN Knut & KIRSCH Philippe (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational, 2001, 857 pp. MOMTAZ Djamchid, "War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court", in *YIHL*, Vol. 2, 1999, pp. 177-192. PEJIC Jelena, "Creating a Permanent International Criminal Court: The Obstacles to Independence and Effectiveness", in *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 29/2, 1998, pp. 291-354. PFANNER Toni, "The Establishment of a Permanent International Criminal Court", in *IRRC*, No. 322, March 1998, pp. 21-27. POLITI Mauro, "Le statut de la Cour pénale internationale: le point de vue d'un négociateur", in *RGDIP*, Vol. 103/4, 1999, pp. 817-850. RUBIN Alfred P., "The International Criminal Court: A Sceptical Analysis", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 75, 2000, pp. 421-438. SCHARF Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", in *Cornell International Law Journal*, Vol. 32/3, 1999, pp. 507-527. STRAPATSAS Nicolaos, "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court", in *Manitoba Law Journal*, Vol.29/1,2002, pp.1-32. SUR Serge, "Vers une Cour pénale internationale: La Convention de Rome entre les O.N.G. et le Conseil de Sécurité", in *RGDIP*, Vol. 103, 1999, pp. 29-45. URBINA Julio Jorge, "La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi et l'établissement d'une juridiction pénale internationale", in *IRRC*, No.840, December 2000, pp.857-885. VANDERMEERSCH Damien, "The ICC Statute and Belgian Law", in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 133-157. WEDGWOOD Ruth, "The International Criminal Court: An American view", in *EJIL*, Vol.10/1,1999, pp. 93-107. ZWANENBURG Marten, "The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?", in *EJIL*, Vol. 10/1, 1999, pp. 124-143. "Atelier sur l'article 31, par. 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale, coordonné par Éric DAVID", in *RBDI*, 2000-2, pp. 355-488.

十一、非国际性武装冲突中的实施

导 读

有关适用于非国际性武装冲突的国际人道法条约只提供了两种特定的实施机制：（1）“尽可能广泛地”传播国际人道法的义务；³⁵⁴（2）红十字国际委员会提供其服务的权利。³⁵⁵第一项机制与其在国际性武装冲突中的情形具有相同的意义。第二种机制意味着，在此类冲突中，红十字国际委员会无权从事其通常从事的在监督、保护和协助领域的活动；它仅能向冲突各方提议展开这些服务，然后向已经接受提议的冲突各方开展这些服务。这一提议权清楚地表明，这种提议决不是对相关国家内部事务的干涉，红十字国际委员会针对接受这一提议的国家所

354 比较《第二附加议定书》第19条。

355 比较《日内瓦公约》共同第3条第2款。

展开的活动也不是一种非法干涉。另外，与其他非国际性武装冲突的国际人道法的实施措施一样，此种提议也不赋予任何冲突一方以合法地位。³⁵⁶

如果国际性武装冲突的国际人道法所规定的准备措施在和平时期已经事实上被采取，那么，即使非国际性武装冲突的国际人道法没有专门对此作出规定，它们也将对遵守非国际性武装冲突国际人道法产生有益影响。例如，将医院设在远离军事目标的地方，适当限制使用红十字或红新月标志，指导战斗员配带身份牌，这些做法在国际性和非国际性武装冲突中都必然产生相同的后果。实践中，在和平时期，武装部队针对国际性武装冲突对其人员进行训练。如果适当地完成了这些训练，那么，在非国际性武装冲突中，所有士兵也将有相同的反应。事实上，在较低层次的军事等级上，行为规则恰恰是完全相同的。

在其国内立法上，一些国家明确规定，国际人道法的规则在两种冲突中都适用。其他一些国家对非国际性武装冲突制定了特殊规则。如果一个国家存在有关战争犯罪的刑事立法，则它经常仅限于对国际性武装冲突中国际人道法的违反，而在使用标志方面的立法则往往涵盖了两种冲突类型。作为最低要求，那些国际条约不构成本国法律一部分的国家应通过立法将非国际性武装冲突的国际人道法规则转化为国内法，以使其对个人（包括叛军）产生约束力。另外，基于同一目的，所有缔约国都必须针对《日内瓦公约》共同第3条及其《第二议定书》中被认为数量相当少的规则的适用进行立法，因为这些规则被视为非自执行条款。事实上，各国都负有国际义务确保其管辖之下的个人遵守那些规则所确立的基本行为准则。

国际法院已经认定，在《日内瓦公约》共同第1条及其《第一议定书》中所规定的原则也可适用于非国际性武装冲突，³⁵⁷因此，第三国有权利也有义务确保，在一个面临非国际性武装冲突的国家中，不仅政府军而且非政府和反政府的军队都遵守非国际性武装冲突的国际人道法。

无论是《日内瓦公约》共同第3条还是《第一议定书》，均未明确规定打击违反非国际性武装冲突国际人道法的行为。然而，打击违法行为却是一国确保履行其相应国际义务的一种传统方式。在刑法的一般规则之下，惩罚通常（但并不总是）都是可能的。但是，如果没有专门立法，普遍管辖原则并不一定会发挥作用。

然而，当国内立法对国际性武装冲突法与非国际性武装冲突法的违反行为都做出规定时，普遍管辖权的确立以及将那些不在普通刑法之下的严重违法行为予

356 比较《日内瓦公约》共同第3条第4款。

357 参见 **Case No. 130**, ICJ, *Nicaragua v. US*, [Cf. para. 255.] p. 1359.

以定罪就可以得到实现。此外，在一国法律制度之下，通过几种法律解释方法，与适用于严重违反国际性武装冲突法之行为相类似的抑制方法也可实现。首先，与其文义解释和系统解释相反，一些作者和国家声称，《日内瓦公约》有关严重破坏行为的具体规定也适用于非国际性武装冲突之下的违法行为。其次，近期的一些事态发展，如国际社会对在前南斯拉夫和卢旺达的非国际性武装冲突中发生的违反国际人道法的行为所做出的反应以及《国际刑事法院规约》的制定，使得多数作者、司法判决以及两个特别国际法庭的规约——后者以含蓄的方式——都认为，习惯国际法将严重违反非国际性武装冲突国际人道法的行为视为犯罪。这一解释如果不是意味着适用普遍管辖原则的义务的话，至少也意味着对适用这一原则的许可。最后，对非国际性武装冲突国际人道法的违反往往也同时构成被习惯或传统国际法的其他规则规定为犯罪的一种行为，如危害人类罪、种族灭绝、酷刑或者恐怖主义等。

推荐阅读：GREEN Leslie C., "Enforcement of the Law in International and Non-International Conflicts - The Way Ahead", in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 24, 1996, pp. 285-320.

深入阅读：DAHMANE Farid Wahid, "Les mesures prises par le Conseil de sécurité contre les entités non-étatiques: une tentative de cerner l'application du chapitre VII aux crises internes", in *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11/2, 1999, pp. 227-244. GREEN Leslie C., "Enforcement of International Humanitarian Law and Threats to National Sovereignty", in *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 8/1, pp. 101-131. RAMCHARAN B.G., "The Role of International Bodies in the Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts", in *American University Law Review*, Vol. 33/1, 1983, pp. 99-115. SASSOLI Marco, "Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law", 2003, Armed Groups Project, online: <http://www.armedgroups.org/index.php?option=content&task=view&id=45>.

(一) 传播

《第一议定书》第19条 [《习惯国际人道法》规则142、143]

案例32. 红十字国际委员会，国家结构的瓦解 p. 784

案例91. 中国，毛泽东军事著作 p. 1093

案例103. 尼日利亚，作战行动守则 p. 1144

(二) 其他预防性措施

[《习惯国际人道法》规则139、140、141]

(三) 第三国确保法律得到遵守的义务

[《习惯国际人道法》规则144]

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. paras. 220 and 255.] p. 1359

案例228. 德国，政府对车臣问题的回应 p. 2400

(四) 红十字国际委员会的提议权

《日内瓦公约》共同第3条第2款

案例138. 苏丹，联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A., para. 550.] p. 1456

案例165. 斯里兰卡，贾夫纳医院区 p. 1667

案例207. 哥伦比亚，《第二议定书》的合宪性 [Cf. para. 18.] p. 2251

案例211. 阿富汗，将苏联被关押者移送至瑞士 p. 2278

推荐阅读：BUGNION François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, Geneva/Oxford, ICRC/Macmillan, 2003, 1161 pp. VEUTHEY Michel, "Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non- International Armed Conflicts: The Role of the International Committee of the Red Cross", in *American University Law Review*, Vol. 33/1, 1983, pp. 83-97.

1. 意义

文件41. 联合国，《关于国内流离失所的指导原则》 [Cf. Principle 25.] p. 863

2. 对象：同时包括政府与反叛方

案例59. 比利时和巴西，对《第二附加议定书》表决的解释 [Cf. A.] p. 978

3. 红十字国际委员会的活动

[参见下文，第15章、二、（一）“在武装冲突中”，第391页]

(五) 国家及反叛运动的国际责任

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A., Art. 10 and its commentary.] p. 822

案例131. 加拿大，拉米雷斯诉加拿大案 p. 1369

案例166. 加拿大, 西瓦库马尔诉加拿大 p. 1670

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 [Cf. A., consid. 3; B., III., ch. 1. B.] p. 2218

推荐阅读: KOOIJMANS Pieter H., "The Security Council and Non-state Entities as Parties to Conflicts", in WELLENS Karel (ed.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Boston and Cambridge, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 339. ZEGVELD Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, CUP, 2002, 290 pp.

(六) 对个人违反国际人道法行为的抑制

[也可参见上文, 第13章、十、(一)、2“严重违法行为的概念延伸适用于非国际性武装冲突”, 第323页]

[《习惯国际人道法》规则151-155]

文件8. 经1996年5月3日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(1980年公约《修正的第二号议定书》) [Cf. Art. 14 (2).] p. 581

案例15. 国际刑事法院. [Cf. A., Art. 8 (2) (c) and (e).] p. 634

案例47. 瑞士, 军事刑法典 [Cf. Art. 108.] p. 927

案例48. 德国, 国际刑法典 [Cf. paras. 8-12.] p. 930

案例54. 美国, 战争罪法案 p. 967

案例93. 匈牙利, 战争罪决议 p. 1099

案例99. 比利时, 公诉人诉G.W.案 p. 1128

案例128. 智利, 起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 [Cf. para. 12.] p. 1352

案例131. 加拿大, 拉米雷斯诉加拿大案 p. 1369

案例141. 南非, 阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案 [Cf. 30. and 31.] p. 1509

案例166. 加拿大, 西瓦库马尔诉加拿大 p. 1670

案例173. 前南斯拉夫, 冲突各方间的特别协定 [Cf. A., Art. 11 (2) and B., Art. 5 (2).] p. 1752

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., Jurisdiction, paras. 128-136 and B., Trial Chamber, Merits, paras. 623-654.] p. 1794

案例185. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉布拉德基奇案. [Cf. A., paras. 179-187.] p. 1921

案例187. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉加利奇案 [Cf. paras. 16-31.] p. 1971

案例189. 美国, 卡迪奇等人诉卡拉季奇案 p. 2038

案例191. 瑞士, 一区军事法庭, G的无罪判决 p. 2046

案例192. 克罗地亚, 检察官诉拉伊科·拉杜洛维奇及其他人案 p. 2055

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. F.] p. 2082

案例196. 联合国, 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》 [Cf. Art. 4.] p. 2138

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭, 检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 p. 2154

案例204. 瑞士, X.诉联邦警察局案 p. 2211

案例205. 瑞士, 尼永泰泽案 p. 2218

推荐阅读：BOTHE Michael, "War Crimes in Non-International Armed Conflicts", in *IYHR*, Vol. 24, 1994, pp. 241-252. GRADITZKY Thomas, "Individual Criminal Responsibility for Violations of International Humanitarian Law Committed in Non-International Conflicts", in *IRRC*, No. 322, March 1998, pp. 29-56. MERON Theodor, "International Criminalization of Internal Atrocities", in *AJIL*, Vol. 89/3, 1995, pp. 554-577. MONTAZ Djamchid, "War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court", in *YIHL*, Vol. 2, 1999, pp. 177-192. ROWE Peter, "Liability for 'War Crimes' During a Non-International Armed Conflict", in *RDMDG*, Vol. 34, 1995, pp. 149-168. SPIEKER Heike, "The International Criminal Court and Non-International Armed Conflicts", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13/2, 2000, pp. 395-425.

深入阅读：BOELART-SUOMINEN Sonja, "The Yugoslavia Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to all Armed Conflicts", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13/3, 2000, pp. 619-653. MEINDERSMA Christa, "Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *Netherlands International Law Review*, Vol. 42/3, 1995, pp. 375-397. MERON Theodor, "War Crimes Law for the Twenty-First Century", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 71, 1998, pp. 325-335. PLATTNER Denise, "The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non- International Armed Conflicts", in *IRRC*, No. 278, September-October 1990, pp. 409-420. TURNS David, "War Crimes Without War? The Applicability of International Humanitarian Law to Atrocities in Non-International Armed Conflicts", in *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 7/4, 1995, pp. 804-830.

(七) 为国际性武装冲突规定的其他机制

十二、造成违反国际人道法的几个因素

导 读

第一，与自然科学的规律不同，社会规则的一个明确特征是：它们可以被违反而且事实上也确实被违反了。

第二，违反国际人道法的行为通常都包含着暴力，它发生在已经呈现暴力特征的局势之中，即武装冲突。这里并不是解释暴力产生原因之处。实际上，在该领域还有许多问题看似无法做出解释。这里只需指出，暴力似乎是人类自身所固有的东西，它由多种复杂因素所造成，其中，既有（历史、文化、教育、和经济等的）客观因素，同时也有主观因素。然而，即使所有导致暴力的因素都存在，暴力也绝非不可避免。任何人都不能因违反国际人道法而免受处罚，但没有任何人在任何局势之下必然会违反国际人道法。另外，暴力有感染性，它可能会导致更多的暴力。武装冲突中充斥着大量合法与非法的暴力事件，它们能够而且的确会对那些尚未使用暴力的人产生感染。

第三，在武装冲突局势下，基本的国际法律与社会制度（即和平秩序）遭到了破坏，换句话说，诉诸战争权遭到了侵害。在经历了基本国际法律制度的失效后，人类未必会遵守适用于此种失效局势的辅助制度（即国际人道法），这一点根本不足以为奇。不遵守调整“诉诸战争权”以及“战时法”的国际规则的情形将在武装冲突局势中及每个人的行为中反映出来。这一情形的另一个方面是，对于每一个人，即便是那些受过最好训练的战士来说，武装冲突都是一种特殊的经历。通常被禁止的行为成了家常便饭。在社会的许可之下，人们被杀戮，财产被毁坏。在这种环境之下，也很容易违反其他人类行为的规则——实施那些即使是在武装冲突中也仍被国际人道法所禁止的行为。

第四，许多参加战斗并饱受战争之苦的人们都不断地面对死亡、受伤、恐惧、仇恨、哭泣、尸体、肮脏、寒冷、酷热、饥饿、口渴、疲劳、厌倦、身体上的紧张、疑虑、专制行为及感情的缺乏等情况。换言之，他们被剥夺了文明人类生活几乎所有必要的东西；他们持续地生活在一种困顿的状态之下，传统上可依赖的东西都已不复存在。他们在这样的情况下实施不人道和不文明的行为，这难道会很令人吃惊吗？

第五，现代武器可以在远距离之外杀伤人类，不需要先挑选出攻击的个体对象，而且甚至也不需要先看到他们。另外，这些武器是根据“分工协作”的方式被发射的，从而也就分散了责任。这两个因素可以有效地抑制某些伦理上的心理反射。这里仅举一例为证。对轰炸考文垂、德累斯顿和广岛的飞行员而言，他们并不需要割开成千上万妇女与儿童的喉咙或往他们身上浇汽油。但是，需要注意的是，近期发生种族灭绝的一些冲突表明，一旦族群间的仇恨被触发，一个好父亲也可能正视对方的眼睛而对他的邻居做出强奸、割喉或碎尸的行径。

第六，对于参与当代武装冲突的大多数人而言，在冲突发生之前，他们就生活在一种不公正的环境中，其大多数基本的公民与政治权利以及社会、经济与文化权利都遭到了否定。这一环境通常都是导致冲突爆发的诱因之一。试想，如果一个人在长大的过程中未受到应有的教育，其成长的环境充斥着街头暴力、团伙犯罪、凄惨境况、种族主义，或者其成长于一个所有社会结构均发生崩溃的大都市环境中，那么，一旦被给予了一件武器并被告知要与“敌人”战斗，他或她做出违反国际人道法的行为会令人感到惊讶？

第七，普通民众和那些可能参加武装冲突的人往往并没有受过国际人道法的教导与培训。尽管有人会反对说，国际人道法的基本道义原则是不言而喻的，但是，其具体规则却未必总是不需加以解释说明。尤其是，基本道义原则恰恰也应

该适用于武装冲突之中，这一点并非显而易见。在武装冲突中，大多数其他的社会行为规范都停止了适用，而且，战士们受训去做相反的事情：杀戮与毁坏。

第八，了解国际人道法的规则对于确保其得到遵守而言是一个必要条件，但不是充分条件。它们也应被接受。人们必须知道，这些规则是被各国所接受的法律。人们必须知道，众多为违反国际人道法之行为辩护的理由，如“必要情形”、“自卫”、“遭受不公正对待的感觉”、“战略利益”、使友军不受损害的愿望或其他任何目的，虽然是冠冕堂皇，却不能成为同时也未被接受为赋予违反国际人道法之行为以正当性的理由。

另外，还必须强调，国际人道法规则可以而且也经常得到遵守。怀疑立场是迈向最恶劣暴行的第一步。事实上，如果我们希望普通公众遵守这些规则，那么，对国际人道法持怀疑的态度在政治上就是不正确的，正如，幸运的是，怀疑性别和种族平等在政治上已经是不正确的了。

第九，没有最低限度的纪律与组织，国际人道法不可能得到遵守，同时，在盲目服从的风气中它也不可能得到遵守，而在常规部队和将其事业寄予一位领导者的武装团体中，这种风气是极为常见的。不断地灌输教导营造了这样一种环境，以至于“事业”成了比任何（其他）人类价值都更为重要的东西。

第十，尽管有社会学家和国际法学家们的解释，我们的社会仍充斥着这样一种观念，即只有当违反规则的行为受到惩罚时，规则才是有效的。因此，广泛甚至是普遍存在的对违反国际人道法之行为的免于处罚现象会产生极其可怕的腐蚀效果，这种效果也作用于那些接受这些规则的人，从而使其感觉他们是唯一遵守这些规则的人。

第十一，只要有基于他人的国籍、种族、族群、宗教、文化或经济状况而将他们视为更为低等之人的排外性文化、意识形态以及观念的存在，就会有违反国际人道法的行为。

如果将这些因素都考虑在内，人们或许会对以下这一点感到惊诧：正如红十字国际委员会每年所探望的数万名战俘所证明的那样，无数的战士对向其投降的敌人表示出了尊重，即便他们的同志、妻子和孩子恰恰是被与投降者同属一方的人所杀害。同样令人惊诧的事实还包括：无数战士、警官及调查人员并未使用酷刑，尽管他们认为其所控制下的人一定知道攻击将于何时发起；无数受压迫者并未不分皂白地安置炸弹，尽管那些统治者否定了他们最基本的公民、政治、社会和经济权利；无数领导者并未采用一切战争手段，尽管他们害怕战败或失去权力，而且也相信他们是为正义事业而战。

只有那些经由电视机感受武装冲突的人才会认为，战争不可避免地伴随着违反战争法的行为。那些真正经历过战争的人却知道，战争是由人进行的，而每一个人从本质上都可以选择使自己更为人道。

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 2.] p. 722

案例32. 红十字国际委员会，国家结构的瓦解 [Cf. II.] p. 784

文件37. 第一次定期会议，主席报告 [Cf. II. 2.] p. 817

案例118. 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议 [Cf. G. II. 1.] p. 1301

建议阅读：(See also supra, Chapter 2.I.4. Application of International Humanitarian Law by and in failed States. p. 101.) GROSSMAN Dave, *On Killing, The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, Boston, Little, Brown and Company, 1996. IGNATIEFF Michael, *Warrior's Honour: Ethic War and the Modern Conscience*, New York, Metropolitan Books, 1997, 207 pp. MUNOZ ROJAS Daniel & FRESARD Jean-Jacques, "The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing International Humanitarian Law Violations", in *IRRC*, No. 853, March 2004, pp. 189-206. SMITH Dan, *Atlas des conflits fin de siècle: années 90: guerres d'identité, guerres de pauvreté*, Paris, Autrement, 1997. VERHAEGEN Jacques, "Legal Obstacles to Prosecution of Breaches of Humanitarian Law", in *IRRC*, 1988, No. 261, pp. 607-620.

十三、促使国际人道法得到遵守的非法律因素

导 读

与所有法律一样，如果国际人道法得到了遵守，主要并非是其所预设之确保遵守的法律机制有效之故，而是由于一些非法律因素的存在。在这方面，惯例对于促成遵守是一个相当重要的因素。事实上，一旦士兵或公务员了解了一项规则，并且知道其上级希望他们遵守这项规则，那么，他们就会适用与遵守它，而无需进一步的讨论，尤其当他们了解到遵守这项规定是可能的时候，情况更是如此。由于这一原因，恰当地且有意义地传播规则是非常重要的。在所有人类社会中，都存在一种有利于该法律得到遵守的积极条件。在多数情况下，只要人们认识到国际人道法是由各国和国际社会接受的适用于武装冲突中的法律，而不仅是职业空想家某些善良的愿望，他们就会愿意遵守这一法律。

遵守国际人道法在很大程度上也符合军事利益。一个遵守国际人道法的战斗单位是一支有纪律的部队，而一个抢掠、强奸的战斗单位则缺乏军事价值。另外，遵守国际人道法也是一个军事效率的问题。对平民的攻击不仅构成战争犯罪，而且也是一种对攻击军事目标所需要弹药的浪费。许多有关敌对行为的国际人道法规则恰恰是对战争手段的经济性原则与比例性原则的贯彻。

在一个全球化的信息社会，国际与国内的舆论不断地促成对国际人道法的遵守，但不幸的是，有时它们也导致了对该法律的违反。交战各方需要得到国际和国内舆论的同情，就像它们需要军火供应一样。在非国际的武装冲突中，争取人心甚至会是一个主要的问题。没有什么比在电视画面上的暴行能更快地失去舆论的支持，但不幸的是，这也可能是人为操纵的结果。媒体对事实真相的自由接触可能受到交战方的阻碍或控制：例如，交战方可能编造敌人实施暴行的假象。一些交战方甚至为引起对抗敌人的外部干预而轰炸自己本方的居民。人道援助日渐成为不启动政治解决方案的一个借口。为实现政治目标，受害的民众被当作人质。无论是否受到操纵，一些媒体贬低某些族群的人格并剥夺对他们的人道保护，从而煽动起仇恨和暴行；狂热的民众游行示威，反对给“敌方”民众以人道援助。即使是经自由选举产生的议会也可能会为了国家安全之故而制定剥夺“敌人”或“恐怖分子”基本司法保障的法律，或宽恕这些人实施酷行的行为。

遵守国际人道法中的许多规则的符合大多数社会中文化、伦理以及宗教的要求。所有宗教中均包含尊重地球或上帝生灵的规则；许多宗教教义中都包含适用于战时的特定禁止性规范。³⁵⁸一个人根本不用学习《日内瓦公约》及其议定书就可以知道，杀害儿童和强奸妇女是被禁止的行为。当红十字国际委员会为将其传播活动更好地根植于传播对象的文化而对各地域的传统（包括诗歌和谚语）加以研究时，它总会从中发现与国际人道法相似原则与具体行为准则。

无论敌方实施了怎样的不法行为，（消极的）对等性都不是停止遵守国际人道法的法律上的理由，但是，积极的对等性却无疑是鼓励交战方遵守国际人道法的一个重要的非法律因素。士兵、武装组织和国家也会为促使敌方遵守国际人道法而遵守这一法律。然而，即便是在一个国家或一名士兵对敌人是否也会遵守国际人道法存在怀疑的情况，其他促使遵守国际人道法的原因也并不消失。

最后，所有武装冲突的理性目标都是和平。³⁵⁹在一场武装冲突结束的时候，仍会有领土、政治和经济问题需要留待解决。然而，事实证明，如果无需去克服人们之间由违反国际人道法的行为不可避免地造成且极有可能因此而加剧的仇恨，那么重返和平就会要容易得多。

案例91. 中国，毛泽东军事著作 p. 1093

案例103. 尼日利亚，作战行动守则 p. 1144

358 参见上文，第三章“国际人道法的历史发展”，引文1-5，第126页。

359 如果某些士兵的目标不是为了赢得战争，而是靠无限延长战争（通过劫掠）来“谋生”生计，那么，这一逻辑将不成立，而遵守国际人道法的目标也就极难实现。

建议阅读：IGNATIEFF Michael, *Warrior's Honour: Ethic War and the Modern Conscience*, New York, Metropolitan Books, 1997, 207pp. MUNOZ ROJAS Daniel & FRESARD Jean-Jacques, "The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing International Humanitarian Law Violations", in *IRRC*, No. 853, March 2004, pp. 189-206.

(一) 惯例

(二) 军事利益

1. 纪律

案例91. 中国，毛泽东军事著作 p. 1093

案例103. 尼日利亚，作战行动守则 p. 1144

建议阅读：VERHAEGEN Jacques, "Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels", in *IRRC*, No. 845, March 2002, pp. 35-50.

2. 军事效率

3. 手段的经济性与比例性策略原则

(三) 舆论

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 2. 3. 3.] p. 722

案例91. 中国，毛泽东军事著作 p. 1093

案例103. 尼日利亚，作战行动守则 p. 1144

案例150. 美国/英国，波斯湾战争行动报告 p. 1559

案例229. 俄罗斯联邦，车臣，萨马什基行动 [Cf. 7.] p. 2401

推荐阅读：GUTMAN Roy W., "Spotlight on Violations of International Humanitarian Law: The Role of the Media", in *IRRC*, No. 325, December 1998, pp. 667-675. SANDOZ Yves, "Is There a 'droit d'ingérence' in the Sphere of Information? The Right to Information from the Standpoint of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 325, December 1998, pp. 633-642.

深入阅读：BOEGLI Urs, "A Few Thoughts on the Relationship between Humanitarian Agencies and the Media", in *IRRC*, No. 325, December 1998, pp. 627-631. MINEAR Larry, SCOTT Colin & WEISS Thomas G., *The News Media, Civil War and Humanitarian Action*, London, Boulder, 1996, 123 pp.

(四) 种族和宗教因素

(参见上文，第一章、三“国际人道法与文化相对主义”，第85页。)

(五) 积极的对等性

(六) 重返和平

案例103. 尼日利亚，作战行动守则 p. 1144

案例118. 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议p. 1301

案例142. 红十字国际委员会，伊朗/伊拉克备忘录 p. 1516

案例207. 哥伦比亚，《第二议定书》的合宪性 [Cf. para. 21.] p. 2251
