第二章

有关过去和当代冲突的案例与文件

一、美国内战

案例69. 美国，捕获案

案 例

[**资料来源：**Supreme Court of the United States, 67 US 635 (1862)，见于http://laws.findlaw.com/us/67/635.html。]

布里格·艾米·沃里克、斯库纳·克伦肖、巴尔克·海华沙、斯库纳·布里连特

[捕获案]

1862年12月

案件沿革

[……]

于是，整件事便归结为几个主张。为了证明这一定罪的正当性，在这个所谓的俘获发生之时必须已经存在战争；不是老式随笔作家所描绘的、始于凯恩(Cain) 和阿贝尔 (Abel) 之间的战争；不是两个人或成千上万人之间的打斗；不是

用这种或那种或者由这些或那些数量的人参与的冲突；而是为国际法所知的战争——双方相互承认为交战方的战争；这种战争产生封锁敌方港口的权利，并影响所有中立国家，直至其卷入争斗。在这个对于本案具有唯一重要性的意义上，战争是法律问题，而不只是事实问题。[……]

值得一提的是，主权者如果要行使这些交战权力的话，可以一开始就行使。时间的流逝并不给他新的战争权利。外国承认反叛政权为交战方并不赋予主权者任何权利，而只是对既有权利的承认。外国政府承认反叛州的主权地位，并不赋予主权者新的战争权力。从他停止对反叛领土主张管辖权的那一刻起，战争就不再是内战，而成为国际战争。[……]

根据这一理论，如果内战双方均声称为国家，那么双方均不得行使交战权力。如果双方均不声称，那么双方均可行使之。如果一方声称而另一方不声称，那么只有后者有权行使。[……]

由格里尔 (Grier) 法官撰写的意见

[……]

战争已经被定义为“国家通过武力行使其权利的状态”。

公共战争中的交战方是独立国家。但是，双方均被承认为独立国家或主权国家并非构成战争的必要条件。战争可以存在于交战一方对另一方声称主权权利的情形。

针对政府的暴动可能会也可能不会形成有组织的反叛，但内战总是始于针对政府合法权威的暴动。内战从来都不是经正式宣布，而是因其偶然因素——发动和继续进行者的人数、武力和组织——而成其为内战的。当反叛一方占领并以敌对态度保有一部分领土、宣布独立、放弃效忠、组织军队、对其前主权者展开敌对行动时，世界承认其为交战方，并承认争斗为战争。他们声称为了自由和独立而武装起来，旨在成为主权国家，而主权一方则将其作为负有效忠义务的暴动者和反叛者，认为他们应当以叛国罪被处死。

确立于国家间的战争法建立在理性的基础之上，趋向于减轻战乱所带来的残酷和不幸。因此，内战当事方通常彼此给予交战权利。他们交换俘虏，并采纳公共战争或国家间战争所共有的其它礼让或规则。

瓦特尔 (Vattel) 说：“内战使社会和政府的约束破裂，或者至少是暂停其效力和效果；它在国内形成两个独立当事方，彼此视为敌人，不承认有共同的上级裁判者。因此，必须至少是暂时性的认为双方构成了两个分离的实体、两个不同的

社会。因为没有共同的上级裁判者，他们处于同卷入争斗并诉诸武力的两个国家完全相同的境地。”

“既然如此，通常的战争法——那些有关人道、节制和荣誉的格言——很明显就应当被每场内战中的双方所遵守。如果主权者认为其有权将俘虏作为反叛者绞死，对方就会进行报复，战争就会变得残酷可怕，日甚一日的对国家造成破坏。”

因为内战从来都不是公开宣布的，而是用反对暴动者的名义进行，因此它的实际存在就是我们国内历史上的一个事实，法庭有义务注意和知悉。

这样，内战存在与否的真正检验标准，正如见之于普通法贤哲著述中的那样，就可以被概括为：“当司法的常规过程被反抗、叛乱或暴动所中断，以致法院无法保持运作时，就存在内战，并可以展开敌对行动，如同那些反对政府的人是侵略祖国的外国敌人一样。”[……]

有着交战双方的敌意对峙，尽管一方可能称之为“暴动”，并将暴动人员视为反叛者或叛徒，但它并不因此就不成其为内战。根据国际法，反叛省或州的独立性获得承认并非其成为战争中交战方的必要条件。外国通过宣布中立而承认战争，因为除非有两个交战方，否则不可能存在中立状态。[……]

在萨姆特港 (Fort Sumter) 遭到攻击和假定以交战方身份行动的分离各州组成政府的消息刚刚传到欧洲之时，亦即1861年5月13日，英国女王就发表了中立声明，“承认存在于美利坚合众国政府和自称为美国南部邦联的若干州之间的敌对状态”。其它国家随即做出了类似声明或默认。

在其主权者做出此种正式承认后，该外国之公民不得否认战争之存在，及其关于中立方的一切后果。[……]

讨 论

1. 法院所使用的战争定义（“国家通过武力行使其权利的状态”）难道不是一个非常克劳塞维茨式 (Clausewitzian) 的方法吗？今天还允许这样使用战争吗？（参见《联合国宪章》第2条第4款。）这是否解释了联合国国际法委员会为什么不探讨有关好的战争 (*ius in bello*) 的问题？国际法委员会的这一决定适当吗？

2. 国际人道法对非国际武装冲突和国际武装冲突一视同仁吗？法庭是否建议应当如此？

3. (1) 战争是否必须宣布才能适用国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条、《第一议定书》第1条第3款和《第二议定书》第1条。）如果不是，那么是仅限于国内叛乱的情形吗？还是也包括国家间冲突？

   (2) 今天，武装冲突真的需要敌对双方相互承认为交战方才能适用国际人道法吗？在非国际武装冲突中也是如此吗？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条第4款。）

4. (1) 根据今天的国际法，哪些因素使得国内冲突，如内战，转变为国际冲突？(例如，参见**案例180**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 (The Prosecutor v. Tadic)(特别是一、“管辖”，第72-73段)，第1794页和**案例182**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉拉伊奇案 (The Prosecutor v. Rajic)(特别是第13-31段)，第1874页。)

(2) 他国对于暴动者的承认是否自动使冲突成为国际性的？

(3) 国内紧张局势或骚乱何时达到冲突的程度，以致适用共同第3条及/或《第二议定书》？法庭所引用的载于普通法贤哲著述中的检验标准是真的标准吗？

(4) 在当代国际人道法上，武装冲突的存在是事实问题还是法律问题？

二、第二次世界大战

文件70. 二战中瑞士担当保护国

[**资料来源：**Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau,1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.82-83。]

外交保护

[……]

第三帝国与盎格鲁-撒克逊人

保护国的任务之一是传递一国政府对其它政府违反国际法的指控。例如，德国外交办公室会将照会送至驻瑞士伯尔尼的德国大使馆；大使馆将照会递交瑞士外交办公室（称为联邦政治部），后者将照会电传至驻伦敦或华盛顿的瑞士大使馆，瑞士大使馆进而将其提交英国或美国政府注意。经过适当调查后，英国外交办公室或美国国务院会起草正式答复并电传至驻伯尔尼的该国使馆送交瑞士联邦政治部，后者通过驻柏林的瑞士大使馆知会德国外交办公室，完成这轮循环。[……]

德国外交办公室首先是通过战争犯罪局，同时也通过其在陆海空军统帅部、德军宣传部和前方军队中的联络官员，从许多来源获得有关违反战争法的信息。但是，战争犯罪局除将其文件提供给外交办公室以外，常常也自行建议向保护国提交抗议，有时还起草照会。

最常引起抗议的可能是德国战俘的待遇问题，其中最为著名的案例之一是1942年8月迪耶普 (Dieppe) 的英国突击队给被俘德国士兵带镣铐事件。另一个案例涉及将德国战俘滥用于靠近前线的危险任务。1944年12月20日，战争犯罪局向德军作战部送交了一份汉斯·格赖斯 (Hans Greiss) 列兵的宣誓证言，称他和其他德国战俘于1944年11月被强迫在靠近于利希 (Jülich) 基西贝格 (Kichberg) 的美军阵地前线挖掘战壕。格赖斯称，他和他的同志被强迫在德军炮火下工作，致使2死20伤。戈德沙 (Goldsche) 建议对英国和美国政府提出抗议，“因为本案涉及对《关于战俘待遇的公约》(关于战俘问题的1929年日内瓦公约) 第7条和第9条非常严重的违反”。作战部将建议转交德国外交办公室，后者同意并于1945年1月26日提出正式抗议。[……]

(一) 战争事件

文件71. 德国入侵克里特

[**资料来源：**Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau,1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.156-157。]

[……]

负责调查有关对伞兵所犯罪行指控的吕德尔 (Rüdel) 法官首先询问了大量被空运至雅典医院的伤兵。他们的证词使空军第11军参谋长阿尔弗雷德·施勒姆 (General Alfred Schlemm) 少将相信，应当派遣由情报官员约翰内斯·博克 (Johannes Bock) 少校率领的特别委员会前往克里特，继续进行现场调查。吕德尔作为委员会成员于1941年5月28日飞往克里特。7月14日，他提交了一份对英国军方比对克里特平民更为有利的长篇报告。他总结道：

根据参加了攻击克里特战役的德国士兵的宣誓证言，(以及) 对希腊和英国士兵的讯问，并经由影像证据辅证，我们可以确定如下内容：

1. 平民和警察参加了在所有阵地，尤其是岛屿西部的正面战斗；在一些地区平民按照军事原则进行了有组织抵抗。包括10岁左右的少年在内的平民用各种军用武器以及达姆弹和狩猎弹药开火。狙击手在灌木丛和树林中多次出现……。
2. 死伤士兵被抢劫并剥掉部分衣物，主要是被平民。
3. 在德国士兵尸体上已经发现了无数残伤肢体情形：有些被割掉生殖器，挖出眼睛，割掉耳朵和鼻子；其他人的面部、腹部和背部有刀伤；喉咙被割开，手被砍掉。这些残伤肢体行为大部分可能是对尸体的亵渎，只在少数案件中有证据表明受害人是被虐待和酷刑至死。许多尸体被发现时手、臂或腿被捆绑；在一起案件中尸体颈部套有绳索……。
4. 敌人一方被发现有使用德军制服，特别是伞兵服和钢盔的情形。与此相似，为了欺骗对方，他们用卐字旗打信号。
5. 5月21日至22日，被英国军舰攻击和部分毁坏的〝韦斯特〞(West) 轻舰队上的遇船难士兵遭英军射击。英军向划救生艇或在水中穿着救生衣游泳的士兵射击，多人死伤。

从这些调查来看，残伤尸体肢体和虐待士兵的行为几乎全部是克里特平民所为。在一些案件中，幸存者看到平民扑到死尸上，抢劫并用刀割他们。只在一个案件中有敌方士兵参与这些行为；相反，英军对战俘的适当待遇给予高度重视，防止希腊士兵和平民的虐待行为，并在医疗方面做了一切必要工作。另一方面，射击遇船难士兵一事几乎完全是由英国军舰所为。难以确定克里特平民是如何加入战争和实施暴行的；克里特人和英国战俘的陈述不可尽信，因为他们倾向于相互推诿罪责。

文件72. 德国/英国，给战俘带镣铐事件

[**资料来源：**Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, p. 108。]

给战俘带镣铐事件

德国的正式报复中也许最为臭名昭著的一个例子涉及英国突击队1942年8月在法国迪耶普 (Dieppe) 登陆后给战俘带镣铐的事件。证人的书面证言显示，大量被意外袭击而又不能立即作为战俘对待的德国人在突击行动过程中被捆绑起来。作为报复，希特勒下令在德国的所有英国战俘都要同样捆绑起来。作为反报复，英国政府下令给德国战俘带镣铐。经过红十字国际委员会的持续努力后，这个邪恶的报复与反报复循环才被打破。

文件73. 英国对德国遇船难者的政策

[**资料来源：**Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.258-259。]

英国的官方政策无疑是遵守战争法，但这并不妨碍英国政府各部对于战争法限度的讨论，尤其是对于采取对敌军遇船难船员更为严厉的政策所可能带来的军事优势的讨论。

1943年初，德国潜艇指挥官汉斯·迪德里希·冯·蒂森豪森 (Hans Diedrich von Tiesenhausen) 在其潜艇沉没后被一艘英国驱逐舰救起。其后他向英国政府提交

了一份抗议，要求转送保护国。他声称在潜艇亮出白旗后，英军飞机继续攻击，用机关枪扫射遇船难船员。英国1943年6月3日外交办公室会议上讨论了冯·蒂森豪森的报告。主持会议的法律顾问帕特里克·迪安 (Patrick Dean) 建议不向保护国转交报告。他已于1943年5月14日在空军部论证说，飞机不可能俘获潜艇，而只能击沉。“不应接受这种船只的投降，除非邻近的联军水面潜艇有能力确保将其俘获。在所有其它情形下，即使亮出白旗，也应将攻击进行到底。已经取得共识的是，出于作战的考虑，应当尽可能向德国政府隐瞒这一政策……如果被他们知道，他们可能会对被俘英国海员进行报复。”然而迪安并未成功地使其观点被接纳；相反，空军部为战斗机飞行员做出了非常明确的指示：“在任何情形下均不得对在水中的潜艇船员进行任何形式的攻击。”1943年5月28日，迪安反对说：“可以设想在某些情形下 (例如潜艇船员从其沉没或受损的潜艇中游出并游向敌军战舰)，人们会认为对其进行空中攻击是正当的。”

迪安的观点与德国关于纳尔维克 (Narvik) 的假想一致，即英国驱逐舰船员认为对德国遇船难者的射击是正当的，因为任何到达陆地的德国水员都会被编入那里的德国军队。在纳尔维克的英国驱逐舰也许是根据这一不成文政策行事的，但其它针对船难幸存者的攻击就不那么容易做出合理解释了。一个恰当的例子是1944年5月3日四架英国战斗机在索马里兰 (Somaliland) 的本德-拜拉 (Bender-Beila) 附近对U852遇船难船员进行的机关枪扫射。该地区在英军手中，不存在德国船员加入岸上德国军队的任何危险。事实上，幸存者上岸后都很快被俘虏。

这一事件不无历史讽刺意义：两个月前，即1944年3月13日，正是这艘潜艇在大西洋击沉了英国轮船珀琉斯号 (Peleus)，并用机关枪扫射若干希腊幸存者。战后，在位于汉堡的英国军事法庭进行的刑事审判中，U852的指挥官海因茨·埃克 (Heinz Eck) 基于作战必要性为自己的行为辩护，称联军在大西洋的飞机侦察非常密集，1943年晚期有四艘德国潜艇在同一地区被发现并被战斗机击沉。他辩称自己从未下令杀死幸存者，而是下令击毁所有漂浮的轮船残骸，以免联军飞机借此发现和击毁他的潜艇——尽管他知道许多船难人员会被击中，没被击中的人在没有较大物体可供攀附的情况下逃生机会也将大大减小。

[参见**案例75**. 位于汉堡的军事法庭，珀琉斯审判，第1034页。]

文件74. 英国/德国，图宾根号亚得里亚海沉船事件

[**资料来源：**Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.261-266。]

医院船

[……]

随着对医院船轰炸的继续，战争犯罪局编制了第二份清单，涉及从1943年5月至1944年12月的24个案例，包括被详细记录的1944年6月13日和15日对埃朗根号 (Erlangen) 及1944年8月14日对弗赖堡号 (*Freiburg*) 的攻击。基于这些记录，德国政府向英国政府提交了抗议照会：例如，1944年11月1日的一份照会描述了对胡克斯特号 (*Hüxter*)、因斯布鲁克号 (*Innsbruck*)、埃朗根号、波恩号 (*Bonn*) 和萨图鲁斯号 (*Saturnus*) 以及对带有红十字标志的医院列车的攻击。

战争犯罪局清单上最为重大的事件是1944年11月18日格林威治标准时间 (欧洲中部时间) 早晨7点45分图宾根号 (3509吨) 在亚得里亚海普罗蒙特海角 (Cape Promontore) 以南的波拉 (Pola) 附近被击沉一事。鉴于英国已承认图宾根号为医院船，并且英国地中海司令部知道其确切航线，这一案件更为引人注目。然而，两家英国波弗特战斗机仍然攻击并击沉了它。

沉船事件显然出乎英国外交部的意料；当天下午它就将消息告知了作为保护国的瑞士政府。瑞士政府给驻伯尔尼的德国代表团打了电话，后者给柏林的德国外交办公室发去电报："医院船图宾根号按照所给保证于11月17日从巴里 (Bari) 驶往的里雅斯特 (Triest)。英国当局接到通知说该船于今晨被一架英国飞机攻击并重创。英国已下令立即进行调查。"

1944年11月19日，英国政府向保护国送交了更为详细的第二份照会。德国随即于11月24日提出正式抗议：

1944年11月18日早晨7点45分，德国医院船图宾根号在波拉附近被两架英国双引擎轰炸机用机关枪和炸弹攻击致沉，尽管德方在航程前很早便已将该医院船为运输伤兵之目的而往返萨洛尼基 (Saloniki) 的航线通报了英国政府。许多船员因此伤亡。德国政府坚决抗议击沉图宾根号这种严重违反国际法的行为。

德国政府要求英国政府采取所有必要措施防止这种无疑是故意违反国际法的行为再次发生，并保留对此以及许多其它违反国际法的行为，尤其是1944年11月1日以口头照会形式通报给驻柏林的瑞士代表团的那些行为，追究适当责任的权利。

这一照会于1944年11月27日被瑞士转递至伦敦：

英国空军部已于1944年11月18日下令追查；11月29日英国外交办公室通知其驻柏林的代表团说，对该案的调查正在进行之中。11月19日皇家空军地中海总部给空军部发去电报："报告太长太复杂，难以一言以蔽之，但可以说这次事件是背运和愚蠢的古怪混合。"似乎是由于英国飞行员的一系列错误和无线电传送中的误会，事实上下达了攻击船只的命令。英国于1944年12月4日向德国提交的正式答复解释说，有四架飞机围绕该船飞行，但由于队长仍然无法识别其身份，他决定将看到的细节传送回基地，请求指示。由于技术原因，他无法自行发送信号，便指示小队中的第二架飞机去做。

第二架飞机的机长 [……] 已经认出该船是一艘医院船，并错误的假定其队长也已认出。但是，他料想必定存在某种特殊情形，为不执行禁止攻击医院船的常规命令提供了正当理由，于是发回了内容为"I H.S.350"(一艘医院船——航线350度) 的讯息以及船的位置。由于大气条件，讯息被基地错误的接收为"I H.S.L.350"(一艘快艇——航线350度)，位置在威尼斯海湾中部。此后由另一个电台发送了讯息的第二个版本，显示该船在伊斯特里亚半岛 (Istrian Peninsula) 的陆地上，并请求指示，但再次误指为快艇。

这些讯息随后被提交控制官员注意，后者确认在第一个版本讯息所示位置上并无联军快艇，而且该地区无论如何距离图宾根号所处位置还有许多海里，于是下达了攻击命令。仍未意识到该船是一艘医院船的队长在收到命令后指示其小队进行攻击。直到完成攻击后飞过该船时，他才在船侧看到图宾根号的名字并认出其身份。

英国政府已指示调查法庭对与此次攻击相伴的情形进行充分调查，以防止任何类似事件再次发生，并在有事实支持时给予恰当的纪律处分[……]。

尽管如上所述，英国政府对该船在所描述的情形下沉没感到遗憾，但他们仍然忍不住指出，如果图宾根号在被发现时有符合国际惯例的恰当照明，小队长就能毫不困难的认出其身份，事件也将因此而被避免。他们相信德方未来将采取措施确保所有的德国医院船在能见度不佳的情况下都以不致使人对其身份产生怀疑的方式照明。

一如所料，德国当局也投入了大量时间调查沉没情形。1944年12月23日，船长沃尔夫冈·迪特里希·赫米尚 (Wolfgang Diettrich Hermichen)、大副京特·奎德 (Günter Quidde) 和三副海因里希·布伦斯 (Heinrich Bruns) 在德国海军法官弗朗茨·纳德纳 (Franz Nadenau) 那里做出宣誓证言；12月29日轮机长恩斯特·弗伦

茨 (Ernst Frenz)、二副马丁·梅塞克 (Martin Messeck) 和管轮二副奥古斯特·格兰德 (August Glander) 也同样做出陈述。赫米尚船长的陈述令人对英方的部分说法产生了怀疑：

两架英国飞机均在我们船的正上方60至70米处，我用肉眼看到了机身上的英国国旗。即使这些飞机之前没有认出我们是一艘医院船——我认为这是不可能的，因为能见度异常的好——最起码此刻他们必定已经意识到我们是医院船。在两架飞机都飞过后，它们调过头来，一架从右舷、另一架从舱口依次飞过，再次攻击我们。轰炸从右舷方向反复进行了约6次，从舱口方向进行了约3次。

显然，关键问题是该船是可立即辨认的 (如德方所称) 还是能见度受到了影响 (如英方所坚持)。负责照明的二副马丁·梅塞克解释说："早晨7点过后不久，我命令我们的电工克塞尼希 (Kessenich) 关掉夜间照明。太阳已经在6点30分左右升起……在我观察期间，天气并未改变。日出后天气非常平静……7点过后不久，夜间照明关闭之后，四架战斗轰炸机在我们上空盘旋。但是它们调头向南飞去。它们显然是英国飞机。我看到了它们的国旗。"按照德国人的说法，船在7点45分到8点05分之间遭到攻击，8点20分沉没。有足够的时间放下救生艇，两名船员，水手特纳 (Töllner) 和霍伊尔 (Heuer)，还拍下了下沉中的船的照片。这些从战争中幸存的照片显示能见度良好，海上风平浪静。

基于这些证言，德国海军统帅部向德国外交办公室提交了一份初步报告，否认英方的主张："照会中关于如果图宾根号有照明的话事件本可避免的说法只能说是不充分的借口，因为德国法庭已经从图宾根号船长以及大副和三副处取证，他们认为由于天气晴朗，根本不可能弄错该船的医院船身份。"

(二) 位于德国的同盟国军事法庭的判决

案例75. 位于汉堡的英国军事法庭，珀琉斯审判

案 例

[**资料来源：***The United Nations Waw Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Crimes*, vol.1, 1947, pp.1-21。]

珀琉斯审判

因为杀害在公海沉没的珀琉斯号轮船船员对海军上尉海因茨·埃克及其他四人的审判

英国战争罪军事法庭，汉堡，
1945年10月17日－20日

[……]

2. 指控

罪犯是：

海军上尉海因茨·埃克

海军下尉奥古斯特·霍夫曼 (August Hoffmann)

潜艇上尉军医 瓦尔特·威斯芬尼格 (Walter Weisspfennig)

海军上尉汉斯·理查德·伦茨 (Hans Richard Lenz)

五等水兵施文德 (Schwender)

他们共同被控于1944年3月13/14日夜在大西洋实施一项战争罪，当时U852的船长和船员在违反战争法规和惯例击沉轮船珀琉斯号后，用射击和投掷手榴弹的方式杀害身为同盟国国民的该船船员。[……]

3. 公诉人的开庭陈述

“珀琉斯号”是英国战时运输部租用的一艘希腊船。船员由多国国民组成；船上有18个希腊人、8名英国水兵、1名来自亚丁 (Aden) 的水兵、2个埃及人、3

个中国人、1个俄国人、1个智利人和1个波兰人。1944年3月13日，轮船在大西洋中部被第一被告海因茨·埃克指挥的第852号潜艇击沉。显然“珀琉斯号”的大部分船员落水，并攀附上两艘救生筏和四处漂浮的轮船残骸。潜艇浮出水面，叫过来一名船员询问船的名字、目的地和其它信息。

然后潜艇用一挺或数挺机关枪对水中和救生筏上的幸存者开火，并向其投掷手榴弹，致使所有落水船员被杀死或受伤而死，只有希腊大副、一名希腊水兵和一名英国水兵三人存活。这些人在水里待了超过25天之后才被一艘葡萄牙轮船救起并带进港口。[……]

4. 控方证据

[……]

第五被告，海军上尉工程师伦茨有如下行为：(1) 当听说船长决定消除所有沉没痕迹时，他找到船长，告诉后者他不同意这一命令。埃克回答说他仍然决定消除所有沉没痕迹。于是伦茨下去记录幸存者的陈述，没有参与射击和投掷手榴弹。(2) 后来伦茨来到桥楼上，发现被告施文德手持机关枪。他看到施文德正要对目标开火，便从他手里取过枪，自己对着所示目标的大致方向开了火。他这么做是因为他一直认为施文德是船上最低等级成员之一，不配执行这一命令。

5. 辩护意见概要

[……] 辩方声称为了挽救潜艇，消除“珀琉斯号”的所有痕迹具有作战必要性。

其他被告主要以上级命令作为抗辩。[……]

关于上级命令的抗辩，韦格纳 (Wegner) 教授说他坚持由“卡罗琳案”(Caroline case) 所确立的“良好的古老英国原则”。他指出，根据这一案件，国际法上牢固树立的规则是，构成公共权力一部分并在其本国政府权力下行事的个人，不应作为侵犯者或犯罪者承担私人责任；此等个人所为之行为系公行为，由服务于英国政府的该人依照上级命令做出，由此而来的任何责任均由英国政府承担。[……]

6. 被告潜艇指挥官海因茨·埃克的证据

被告海因茨·埃克[……]认为救生筏对他是一个危险，首先是因为它们会向飞机显示出沉没的确切地点；其次是因为在战争当时，众所周知救生筏可能会配有现代的信号通讯手段。当他开火时，筏上看不到有人。当他意识到仅仅用机关枪射击不能击沉这些救生筏时，他还下令投掷手榴弹。他认为幸存者已经跳离救生筏了。[……]

他继续指出，在他看来，显然挽救幸存者生命的所有可能性均已不复存在。他不能将幸存者接上潜艇，因为这与他的命令相悖。他的印象是船上的情绪相当压抑。他自己也是同样的情绪，所以他对船员说，怀着沉重的心情，他最终决定毁灭沉船的残骸。

埃克提及他听两名军官说起过的涉及德国潜艇“哈滕施泰因号”(Hartenstein) 的一起事件。在拯救了很多幸存者的生命后，潜艇被一架飞机发现。潜艇亮出红十字标志，作为幸存者之一的一名空军中尉还用信号灯给飞机打出信号，让其不要攻击潜艇，因为船上有包括妇女在内的幸存者。飞机离开了，过了一段时间又返回并对潜艇进行攻击，致使潜艇被迫卸下幸存者以便潜水，并在受到一些损坏后才得以逃脱。他在航程开始前就听说的这一案件向他表明，在敌人一方军事考虑优先于人道考虑，即优先于拯救幸存者生命的考虑。为此，他认为他的措施是有正当理由的。[……]

埃克对于“哈滕施泰因号”事件的描述大体上被一名英国证人所证实。后者是在海军部担任临时公务员的一名检察官，他证实说，作为该事件的结果，德国潜艇指挥部下达了如下指示：

“不得做出营救沉船船员的任何尝试，包括捞起落水人员放入救生艇、扶正倾覆的救生艇以及递送食物和饮水。营救行为与摧毁敌人船只和船员的基本作战命令相悖。拿获船长和轮机长的命令仍然适用。只有在遇船难人员的陈述对于潜艇有重要性时才给予营救。要严厉，要记住敌人在攻击德国城市时是不考虑妇女和儿童的。” [……]

8. 对四名其他被告的讯问

[……]

被告威斯芬尼格也提到该命令，但承认在德国海军中有关于医务官行为的规章，禁止为攻击目的而使用武器。威斯芬尼格没有遵守这一规章，因为他接到了指挥官的命令。他不知道规章是否允许其拒绝服从违反《日内瓦公约》的命令。他知道《日内瓦公约》是什么，也意识到他作为医生受到保护的原因之一是他的非战斗员身份。他意识到有幸存者。他不认为他在这种特定情况下使用机关枪的行为是攻击行为。[……]

12. 军法官的总结

军法官一开始便声明，法庭决不应当因为围绕此类案件的国际法的错综复杂而感到为难。禁止杀害无武装敌人是一项基本战争惯例，是文明国家许多世纪以

来的经验的结果。开枪杀害无助的沉船幸存者是对国际法的严重破坏。对违反这些战争规则的人员进行惩治的权利多年来已经得到明确承认。[……]

对于作战必要性的抗辩，军法官说："交战方是否有权为保全本人生命之目的而杀害无武装人员是一个讨论得很多的话题。也许存在某些情形——没有必要在此设想——为这种杀害行为提供正当性，但是法庭必须基于埃克的证言所提供的事实考虑这一案件。他在沉没地点游弋了5个小时；他没有开足马力尽快离开；如他所言，他选择用机关枪对轮船残骸进行扫射。"军法官请法庭考虑，它们是否认为用机关枪射击大片残骸和救生筏是毁灭所有沉没痕迹的有效方法。他问道，无论如何可能会留下一块油污，而油污会向任何飞机显示新近有船只沉没，这难道不是显而易见的吗？他接着说："你们是否认为，一个真正并主要考虑拯救其船员和潜艇的指挥官，将会像辩方证人施内船长所说的那样做，即在第一时间以最快速度尽可能远离？"

埃克没有用上级命令作为抗辩。他在庭上表示对自己下达的命令承担全部责任。

关于上级命令的抗辩，军法官说："服从之职责限于对合法命令的服从。没有合法命令，就不可能有服从之职责。违反作战规则的行为是执行交战国政府或交战国指挥官个人的命令这一事实并不排除该行为作为战争罪的性质，也不赋予行为人免遭受害交战国惩治的权利。"

军法官补充道："很明显，没有哪个水手或士兵能随身携带国际法丛书或随时向教授询问特定命令是否合法。如果向在水中挣扎的无助幸存者开枪的命令是否合法这一问题涉及对国际法的仔细考虑，那么你也许会觉得让本案中的任何一个被指控的部下对其被控行为承担责任有失公平。然而如果执行埃克的命令实际上涉及杀害这些无助幸存者，那么它并不是一个合法命令，具有最基本智力的人必定会认为它不是一个合法命令，而那些开枪射击的人也不能以上级命令为由为此种行为辩解，这些对你们而言难道不是显而易见的吗？"

[……]

13. 裁决

五名被告均被认定犯有被控罪行。

14. 判决

在辩方律师代表被告请求减轻处罚，部分被告还传唤了证人之后，法庭于1945年10月20日宣布了以下待批准判决：

埃克、霍夫曼和威斯芬尼格被判处死刑 (枪决)。伦茨被判处无期徒刑，施文德被判处15年有期徒刑。

1945年11月12日，莱茵河英国陆军总司令批准了上述判决。对海军上尉海因茨·埃克、潜艇上尉军医瓦尔特·威斯芬尼格和海军下尉奥古斯特·霍夫曼死刑判决于1945年11月30日在汉堡执行。

讨 论

请考虑适用于以下讨论的1949年《日内瓦公约》和1977年《附加议定书》。

1. 埃克不将遇船难者救入潜艇的行为是否违反了国际人道法？摧毁救生筏和轮船残骸的行为？下令开枪的行为？(参见《日内瓦第二公约》第12条第2款、第18条和第51条。)

2. 军法官是否排除了对遇船难者开火的行为可以因军事必要性而获得正当理由的可能性？根据1949年《日内瓦公约》，如果向遇船难者开火是能够确保潜艇不被侦察到的唯一手段，这种行为是否具有正当性？如果是拯救开火者生命的唯一手段呢？

3. 威斯芬尼格违反了医务人员的哪些职责？按照今天的国际人道法，德国海军中禁止医务官为攻击目的而使用武器的规定是否还有必要？(参见《日内瓦第二公约》第35条和《第一议定书》第13条、第16条第2款。)

4. 伦茨的行为恰当吗？为了不违反国际人道法，他应当如何做？不参与执行命令？阻止他的任何部下执行命令？阻止任何船员执行命令？逮捕埃克？（参见《第一议定书》第86－87条。）

5. 上级命令何时可以排除对违反国际人道法行为的处罚？

6. 按照现在的国际人道法，英国对“哈滕施泰因号”的攻击合法吗？“哈滕施泰因号”在遭到攻击时亮出红十字标志的行为合法吗？（参见《日内瓦第二公约》第41、43条，又见**文件68**.《圣雷莫国际海上武装冲突法手册》(The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea），第1007页。）

案例76. 位于德国的美国军事法庭，对斯科热尼及其他人的审判

案 例

[**资料来源：***The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol.Ⅳ, 1949, pp.90-93。]

对奥托·斯科热尼及其他人的审判

德国美占区总军政府法庭
1947年8月18日－9月9日

一、诉讼概要

审判所涉的10名被告均系被告斯科热尼指挥的第150装甲旅的军官。他们被控参与不当使用美军制服，以之作为伪装参加战斗并背信弃义的杀害美国武装部队成员。他们还被控从战俘营中以不正当手段取得美军制服和分发给美国战俘的红十字包裹。

1944年10月，被告斯科热尼上校会见了希特勒。希特勒本人因为斯科热尼对墨索里尼的成功解救而认识了他，并委派他为阿登 (Ardennes) 特别攻势组建一支特别部队。特别部队将身着美军制服渗透穿越美军阵地，在敌人后方俘虏特定目标。[……]被称为150旅的特别部队成立了。[……]他们接受了英语、美式作派、美国汽车驾驶和美式武器使用方面的培训。斯科热尼让德国战俘局参谋长为150旅配备了美军制服。这些制服主要来自战利品堆存处和仓库，但也有些是根据其中两名被告的命令从战俘营的战俘处获得的。[……]

党卫军装甲分队对敌军阵地的突破未获成功。12月18日斯科热尼决定放弃攻占三座马斯河 (Maas) 大桥的计划 (阿登攻势)，并将他的旅交由党卫军司令作为步兵使用。他被委以向马尔梅迪 (Malmedy) 方向进攻的步兵任务。在这次进攻中，数名证人在作战区见到包括其中两名被告在内的身着美军制服和德国伞兵套装的斯科热尼旅成员，但证据只显示有两例情形是身着美军制服进行战斗。

在第一例中，奥尼尔 (O'Neil) 中尉作证说，在他12月20日进行的战斗中，对手身着美军制服和德国伞兵套装，其中一些被他俘虏的人说“他们属于‘元首’或‘阿道夫·希特勒’或‘装甲’分队”。第二例包含于被告科舍尔沙伊德 (Koscherscheid) 的书面证词中，称其在进攻马尔梅迪的过程中同一些战友一起参与了身着美军制服的侦查行动[……]。

所有被告对于所有指控均被判无罪。[……]

讨 论

1. (1) 是否允许穿敌军制服？这在国际人道法上总是被允许还是仅仅有时被允许？何时允许？在进攻中允许穿敌军制服吗？如果不，为什么不？在进攻前，比如本案中在阿登攻势中为了进入敌军区域，允许穿敌军制服吗？只要实际战斗开始时他们穿的是自己的制服？如果适用《第一议定书》，斯科热尼会被判无罪吗？（参见《海牙章程》第23条第2款、第6款，《第一议定书》第37条、第39条第2款。）

   (2) 穿敌军制服是背信弃义的行为吗？背信弃义与战争诈术的区别何在？后者被允许吗？然而战争诈术不也是试图误导敌人吗？斯科热尼在他是否受国际人道法保护这一点上误导敌人了吗？（参见《海牙章程》第23条第6款、第24条和《第一议定书》第37条、第44条第3款。）

2. 使用标有红十字标志的包裹来伪装进攻行动的行为不会至少被视为背信弃义吗？拿着红十字包裹的人会让敌人相信其受国际人道法保护吗？(参见《第一议定书》第37条第1款第4项、第38条及第39条。) 这样使用红十字或红新月标志是重大破坏行为吗？(参见《第一附加议定书》第85条第3款第4项。) 将红十字标志用于这些包裹是对这一标志的标明性还是保护性使用？合法吗？(参见《日内瓦第一公约》第38－44条。)

案例77. 纽伦堡美国军事法庭，正义审判

案 例

[**资料来源：***War Crimes Reports*, vol.6, 1948, p.1。引用于Lauterpacht，H. (ed.): *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Year 1947*, London, Butterworth & Co. Ltd., 1951, pp. 278、288-289; 脚注略。]

关于阿尔特施特特 (Altstötter及其他人 (正义审判)
纽伦堡，德国，美国军事法庭
1947年12月4日

事实：14名被告系德国司法部的法官、公诉人或高级官员。他们在美国军事法庭上被指控制定和执行本质上为犯罪性质的法律、法令和命令，以及出于本质上为犯罪性的目的而与德国安全警察组织合作，在此过程中通过扭曲和取消司法程序，对占领区平民、战俘及德国国民实施犯罪。[……]

判决：阿尔特施特特及其他9名被告就若干指控罪行被判有罪。其余四名被告被判无罪。[……]

(10) 侵略战争对于侵略者依赖作战规则之权利的影响。“被有说服力地极力主张的是，德国进行的是侵略战争这一事实使所有这些行为都具有了犯罪性。对于那些策划侵略战争和被控并认定实施《宪章》所界定的危害和平罪的人而言，这一论断是决定性的；但是这些被告被指控的并非危害和平罪，而且也未证明他们知道其在后方为之提供支持的这场战争是基于犯罪预谋或本身就违反国际法。希特勒和戈培尔 (Göbbels) 的谎言宣传甚至向许多政府官员也隐藏了侵略者核心集团的犯罪计划。如果我们采纳这一观点，即因为这场战争是犯罪性质的侵略战争，所有在自卫战争中可能是合法的每一个行为在这场战争中都是非法的，那么我们就将被迫得出结论说，每一个被命令进入占领区或在本国战斗的士兵都是罪犯和谋杀者。起诉所依赖的陆战规则将不再是衡量行为的标准，宣判有罪在任何情况下也都将仅仅成为形式。[……]

讨 论

1. 战争之法 (*ius in bello*) 与战争中法 (*ius ad bellum*) 有何不同？战争之法是否仅仅是战争中法的延伸？联合国国际法委员会为何决定不将注意力集中于战争之法的法典化？（参见**引文**，第2章第2节第2部分，禁止使用武力规则与国际人道法间不可避免的紧张关系）。什么是反战争法 (*ius contra bellum*)？

2. (1) 法庭在本案中认为被提交的主张不恰当地混淆了战争之法与战争中法，这一点是否正确？关于违反战争中法并不自动意味着违反战争之法的观点呢？如果法庭同意提交的主张，即对战争中法的违反决定性地使得被控罪行确立，那么其反面是否成立：冲突另一方不可能有违法行为，因为其战争是“正义的”并因此可以使用一切手段来确保其权利？被证实的违反战争中法行为对于危害和平罪指控有何影响？

   (2) 混淆战争中法和战争之法有何危险性？它难道不会使得尊重国际人道法成为不可能吗？在实践中，人们该如何证明并从而确认冲突哪一方在遵照战争中法行使武力，哪一方违反了反战争法？冲突双方的受害者难道不是需要同样保护吗？所有受害者都要对他们一方违反战争中法的行为负责吗？

3. 如果战争中法同战争之法完全分开，那么在同国际人道法有关的方面对战争之法有何限制？反之呢？(参见《第一议定书》序言。)

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

案 例

[**资料来源：***The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X, 1949, pp. 130-159; 脚注略。]

克虏伯审判
对阿尔弗里德·费利克斯·阿尔文·克虏伯·冯·波伦·翁德·哈尔巴赫及其他十一人的审判

美国军事法庭，纽伦堡
1947年年11月17日－1948年6月30日

[……]

4. 法庭对罪状二和罪状三的判决[……]

(2) 关于抢劫和掠夺的法律[……]

"[……] 上文所引之《海牙章程》条款〔第 45 － 52 条和第 56 条〕是明确无疑的。它们的核心内容是：如果交战一方作为战争行动的结果占领了对方领土，他并不因此获得处置该领土上财产的处置权，除非依照《章程》所制定的严格规则。被占领地的经济应保持完整，除了那些被给予占领当局的经过仔细限定的许可——许可全都涉及占领军。[……]

"因此，对私有财产的掠夺在两方面是被禁止的：首先，财产的私人所有者个人不得被剥夺财产；其次，被占领地的经济物资不得被占领者接管或用于其战争服务——始终有一条附带条款，即存在豁免适用这一规则的情形，但严格限于占领军的需要，只要该需要不超过被占领地的经济力量。

"《海牙章程》第 43 条规定如下：

'合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并除非万不得已，应尊重当地现行的法律。'"

该条允许占领国为保持和维护公共秩序和安全征用公共或私人财产。但是，该条对占领者的行动施加了限制，要求占领者除非万不得已，尊重被占领国的现

行法律。这一规定反映了《海牙章程》的基本标准之一，即被占领地人民的人身和私人权利不得被干涉，除非有紧急情况下的正当理由。占领国不得将任何新的法律概念强加于被占领地，除非该规定有来自公共秩序和安全需要的正当理由。[……]

“´[……] 第 46 条 [……] 要求交战国尊重敌国私有财产，禁止没收，[……] 第 47 条 [……] 禁止抢劫。´

[……]

“第 46 条所包含的一般原则在第 52 条和 53 条得到了进一步阐述。第 52 条谈到可以要求市政当局或居民提供的“实物征用和劳务”，并规定´除非占领军需要，不得要求提供´此种征用和劳务。所有当局均同意，此处所谈论且唯一被允许的征用和劳务必须涉及占领军的需要。从未有人主张克虏伯公司属于占领军。仅凭这一点，由或代表克虏伯公司进行的´实物征用´就是非法的。[……]

“第 52 条第 2 段对该条所设想的情形作了明确描述：

´此种征用和劳务只有在占领地区司令的许可下方可要求提供。´

“被告所依赖的观念，即侵略者可以首先侵占敌国领土，然后来自侵略国国内的工业企业就可以扑向被占领地并利用那里的财产，同《海牙章程》所规定的法律和惯例格格不入，并被其明确宣布为非法，因为《海牙章程》一再毫不含糊的指出，征用只有为占领军需要并在其许可下才能进行。[……]

“被告不能成功地作为一项法律主张辩称说，因为他们被指控进行的掠夺活动得到了某些德国政府和军事部门或人员的许可和积极支持，所以他们无须对这些行为承担责任。其他作恶者的鼓励和支持并不能免除责任，这是刑法的一般原则。这一点仍有必要强调，因为必须指出，作战法规和惯例所禁止的行为并不会通过使用复杂的法律解释就成为可允许的。被告被控进行大规模抢劫。这些抢劫中很多是以非常明显和直接的方式进行的。其他一些抢劫者是通过改变公司财产、对财产权进行契约转让等方式进行的。重要的是结果。尽管在第二种情况下结果是通过强加于他人的´契约´来达成，但非法结果，即对财产的剥夺，还是一样达成了，就好像物资被实际搬走并运去德国一样。”

(3) 国家紧急情况抗辩

判决继续说：

“最后，辩方论证说，德国战时经济所遭遇的高度紧急情况为被控行为提供了正当理由。[……]

"[……] 如果一方在任何方面压力巨大，就可以违反作战法规和惯例，这一主张必须基于其它理由而被拒绝。战争本就是一件冒险的事情。战争一经发动，其结果无法预料，因此战争根本上是一种非理性的冲突解决手段，这正是全世界头脑正常的人都拒斥和憎恶战争的原因之一。战争的要素之一是一方或另一方必定会失败，富有经验的将军和政治家们在起草作战规则和惯例时了解这一点。简而言之，这些规则和惯例是明确为所有战争阶段设计的，包括这种紧急情况。主张它们可以仅仅因为任一交战方单方认为其情况紧急就被肆意漠视，那等于是彻底废除了这些法规和惯例。"

(4) 法庭将这些规则运用于本案事实：关于罪状二的调查结果

在以下段落中，我们会看到法庭将上文详细阐述的规则具体适用于本案的某些事实：

"我们从面前的可靠证据断定，基于从德国学来的排犹法律而对奥斯丁 (Austin) 工厂进行的没收，以及之后克虏伯公司对它进行的扣押，违反了要求尊重被占领国现行法律的《海牙章程》第 43 条，还违反了规定必须尊重私有财产的《海牙章程》第 46 条。克虏伯公司，通过被告克虏伯、勒泽尔 (Loeser)、欧德蒙 (Houdremont)、米勒 (Mueller)、扬森 (Janssen) 和埃伯哈特 (Eberhardt)，以购买并搬走机器和租借奥斯丁工厂财产的方式，未受胁迫地自愿参与这些违法行为以及参与租借巴黎的财产。无论是公共秩序和安全的利益，还是占领军的需要，都没有为这种行为提供正当理由。

"我们在对可靠的证据进行仔细研究后断定，《海牙章程》没有为扣押埃尔马格 (Elmag) 财产和将机器运往德国提供正当理由。该没收是基于这样一个假定，即阿尔萨斯 (Alsace) 将并入德国，从而住在阿尔萨斯以外的法国人在阿尔萨斯拥有的财产可以以完全无视交战占领方所负义务的方式处理。这一企图将阿尔萨斯纳入德意志敌国的合并在国际法上是无效的，因此对私有财产权的干涉违反了《海牙章程》第46条。"

对于从阿尔斯－特姆 (Als-Thom) 工厂搬走机器的行为，法庭也裁决道："我们从可靠证据断定，搬走和扣押这些机器明显违反了《海牙章程》第46条。"

法庭还判决："我们断定，可靠证据清楚表明，从1942年起，由或代表克虏伯公司进行的非法抢劫和掠夺行为在荷兰大规模存在。特别是在大约1944年9月到1945年春之间，为了德国的战争行动，'作为有意策划和政策的结果，以毫不考虑当地经济的极为无情的方式'，榨取和掠夺荷兰的特定产业。" [……]

(7) 上级命令或紧急避险抗辩

在处理完有关使用平民的法律和证据后，法庭接下来将注意力转向辩方提出的一个抗辩：

“本案中真正的抗辩，特别是在与罪状三有关的方面，是所谓紧急避险。辩方主张紧急性主要来自这一事实，即生产定额是斯皮尔部 (Spear Ministry) 所规定的，是必须完成的强制性任务。为了完成定额，必须使用政府部门提供的战俘、强迫劳动力和集中营囚犯，因为没有数量充足的其他劳动力。如果被告不这么做，他们就会在对其各方面活动进行严格监督的政府机构手中遭受可怕的后果。[……]

“国内法上的紧急避险抗辩有‘紧急性’、‘强迫’、‘武力和强迫’、‘强制和胁迫’等不同称谓。它通常产生于个人或个人群体而不是政府所实施的强制行为。

“这一规则在不同国家的制度中获得承认。《德国刑法典》第 52 节对其陈述如下：

‘如果被告在不可抗力或与被告或其亲属的生命和肢体面临的眼前危险相关的威胁的强迫下从事某一行为，且该危险不能通过其它方式消除，那么该行为不构成犯罪。’

“从当代判例中推导出的英美法规则被陈述如下：

‘当情况表明被指控行为是为了避免严重和不可补救的损害，没有其它足够的避免手段，并且救济手段相比损害不是不成比例时，紧急避险可以作为抗辩理由。基于紧急避险的杀人行为——例如一个人的生命只有通过牺牲另一个人才能挽救——将在下一章讨论。应当注意的是，问题不仅仅是特定生命是否应当在紧急情况下被牺牲，而且是一个人为了挽救其生命而犯罪是否正确。教会法规定，一个其生命有赖于立即救济的人可以将此种紧急情况作为对其非法获得此种救济的起诉的抗辩。英国和美国判例也清楚表达了相同的基本立场。然而，在紧急避险抗辩下，通常只有在为保全抗辩人本人或其一级亲属的生命所必需时，才能牺牲生命。’

“正如控方所说，考虑这一抗辩的案件大多包括诸如两个遇船难者在一块大小只够容纳一人的漂浮物上尽力自救、将乘客扔出超载的救生艇、在死亡或高度身体损害的紧迫的现实的威胁下参与犯罪等情形。在我们利用手边有限资源所能确认的范围内，将之适用于纽伦堡企业家审判这样的事实情形还是第一次。[……]

“紧急避险不同于自卫，主要区别在于所涉及的法律原则不同。自卫允许对侵害进行反击，而紧急避险则为侵害提供正当性。[……]

“我们在这里讨论的不是由与人力无关的情形或者缘自事故或灾难的情形所带来的紧急性。相反，所主张的强迫完全是缘自因为不服从一个人或一些人的命令而肯定会在其手中遭受的损失或伤害。如果在实施非法行为时，被告的意志不是被那些据称实施强迫行为的人的意志所压倒，而是与其一致，那么就不存在可以将非法行为正当化的紧急性。本案就是这种情况。[……]

法庭对紧急避险抗辩的另一个方面讨论如下：

“我们将会看到，‘被指控行为是为了避免严重和不可补救的损害’以及‘救济手段相比损害不是不成比例’是必不可少的要素。被告面对的损害是什么？他们为了避免损害所采取的救济手段又是什么？证据在这两点上都没有留下疑问。”在法庭看来，不服从使用奴隶劳工的命令所可能带来的最坏结果，不过是克虏伯失去工厂，而其他被告丢掉工作。

(8) 被告的个人责任

在涉及保护战俘的法律时，法庭插入了如下评论：“战争法规和惯例对个人同其对政府官员和军事人员一样具有约束力。在其被违反时，视具体情形可能会有罪行程度的区别，但在有罪这一点上并无区别。” [……]

法庭强调说，罪行必须是本人的。它继续道：“仅仅有被告是克虏伯董事会成员或公司管理人员这一事实是不够的。我们所采纳和适用的规则在一本权威的美国教材中被陈述如下：

‘在经营公司业务过程中参与违法行为的公司管理人员、董事或代理人可能会因此承担个人刑事责任。[……] 当他是实际行为人或者违法行为被证明是在他的职权范围之内时，他需要承担责任。当公司自身被禁止从事某一行为时，这一禁止延伸到董事会以及每一个单独的董事个人。’《法学博士参考文集》*(Corpus Juris Secundum)*，第 19 卷，第 363 页，美国法律图书公司 (American Law Book Co.) (1940)，布鲁克林 Brooklyn，纽约。〕

“根据克虏伯企业在 1942 年 12 月成为私人企业后的组织结构，同样的原则在此适用。[……]”

讨 论

1. 根据国际人道法，什么构成抢掠？在什么情形下可以使用被占领地的财产？任何种类的财产吗？谁可以使用这些财产？（参见《海牙章程》第23条第7款、第46条第2款、第47条、第52条、第53条和第55条。）前面提到的国际人道法条款禁止私人使用财产

吗？即使这些私人被占领国授权？占领国可以将它在国际人道法上的某些特权委托给私人企业吗？

2. (1) 国际人道法规则适用于谁？只适用于国家？只适用于战斗员？只适用于国家的代理人？适用于私人吗？如果适用于私人，国际人道法是否只禁止个人对国家所为的行为？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条和《第一议定书》第85、86条。）

   (2) 法庭认为私人犯有违反国际人道法的罪行是否适当？特别是如果国家不仅授权而且积极鼓励此种行为？如果这些个人没有以与纳粹政权的政策和意识形态相一致的方式行动，而是在遵循“曼彻斯特自由方式”(Manchester liberal approach) 的“占领国”之下行事，法庭还能这样认定吗？

3. 法庭关于被告不能提出国家紧急情况抗辩的认定是否正确？无论如何国家或个人都不能在国家紧急情况下减损国际人道法规则，这样说对吗？本判决中的相关段落与国际法院在**案例46**. 国际法院, 核武器咨询意见，第910页中的理论是否一致？国际法院在该案中对“在攸关国家生存本身的极端的自卫情形下”能否违反国际人道法这一问题没有下结论。

4. (1) 被控严重破坏国际人道法的个人可否以紧急避险或者胁迫作为抗辩？如果可以，什么时候？

   (2) 就破坏国际人道法而言，对国家紧急情况抗辩和紧急避险抗辩的处理是否相同？

案例79. 纽伦堡美国军事法庭，部长案

案 例

[**资料来源：**Levie, H.S.(ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol. 60, Document No.104, 1979, pp.481-496.]

美国诉恩斯特·冯·魏茨泽克及其他人案
(部长案)

(美国军事法庭，纽伦堡，1949年4月11日－13日)

资料来源
14 TWC 308

[……]

罪状三：战争罪、谋杀及虐待交战者和战俘

[……]

斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德

*****

萨甘河谋杀 (Sagan Murders)。国际军事法庭调查发现：

"1944 年 3 月，50 名从其被作为战俘关押的萨甘河集中营逃跑的英国皇家空军军官，在重新被俘后根据希特勒的直接命令被射杀。他们的尸体被立即焚化，骨灰瓮被送回集中营。被告没有辩称这不是完全违反国际法的赤裸裸的谋杀。"

保护国瑞士于1944年5月26日向德国外交办公室询问这些英国军官从空军第三战俘营逃跑的情况。6月6日，被告斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德替外交办公室回答说，已于4月17日向瑞士公使馆递交了一份关于发生于3月25日的这次逃跑的初步照会，称根据调查，80名逃跑战俘中的19人被带回了集中营；搜寻仍在继续，调查尚未结束；有初步报告显示37名英国战俘在被追踪特遣队逼得走投无路之后，在进行抵抗或在重新被俘后企图再次逃跑时被射杀；13名非英国籍的其他战俘在从同一集中营逃跑后被射杀；外交办公室保留在调查结束后、细节一旦被了解时做出确切声明的权利，但以下事实已经清楚：战俘的大规模逃跑发生在3月，人数多达数千人；这些逃跑部分地由总参谋部同其国外特务一起系统筹

备，追求政治和军事目标；是对德国公共安全的攻击，意在使其行政管理瘫痪；为了将这种冒险行为扼杀在萌芽状态，追踪特遣队被下达了不仅要重新俘获而且要自我保护的特别严厉的命令；相应的，特遣队对逃跑战俘展开了坚持不懈的追踪——这些战俘在逃跑中无视口令、进行抵抗或者在被抓获后企图再次逃跑——并且动用了他们的武器，直至这些逃亡者再无抵抗或进一步逃跑的可能；对于某些战俘，包括从空军第三战俘营逃跑的50名战俘，必须动用武器；目前为止29名英国战俘的骨灰已经被带回集中营。

英国外交大臣显然于6月23日就这些谋杀发表了声明。6月26日，瑞士再次询问外交办公室，并收到日期为7月21日的答复，称德国断然拒绝英国外交大臣的声明；由于对平民人口进行轰炸以及其它被控行为，英国必须被否认在逃跑者问题上表明立场或者对他人进行控诉的道德权利，而德国政府拒绝就此问题作进一步沟通。

5月25日，弗格尔 (Vogel) 根据里特尔 (Ritter) 的指示通知Legation Councilor (意义不明) 泽特 (Sethe)，外交办公室尚未收到日期为4月29日的国防军最高统帅部通讯。6月4日，里特尔通知外交办公室说，凯特尔 (Keitel) 已于前一日同意了给瑞士公使馆的关于英国战俘的照会草案，并询问外交办公室为何打算向保护国提前告葬礼事宜，因为这一信息并未被要求。[……]

6月22日，冯·塔登 (von Thadden) 向chief of Inland II (意义不明) 提交了一份备忘录，称安东尼·伊登 (Anthony Eden) 在英国下议院发表声明说，将会就射杀从集中营逃跑的英国战俘问题做出一项决定。备忘录还称外交办公室法律部负责人阿尔布雷希特 (Albrecht) 告诉他，已经通过瑞士告知英国人，在这些活动过程中射杀数名英国和其他国家军官被认为是必要的，因为他们在被俘时拒绝服从命令；19名未作抵抗的其他军官被带回了集中营；关于50名战俘被射杀情况的进一步细节将会提交给英国人。

7月17日，外交办公室的布伦纳 (Brenner) 通知里特尔说，希特勒已经同意了给瑞士公使馆的关于从空军第三战俘营逃跑的英国战俘的照会，并批准起草一份针对逃跑企图的警告和公布德国给瑞士公使馆的照会；警告应当公布；冯·里宾特洛甫 (von Ribbentrop) 已命令里特尔向瑞士公使传递德国的第二份答复，并指示里特尔同国防军最高统帅部合作起草将用于张贴在战俘营的警告并提交冯·里宾特洛甫批准；警告也许可以声称有某些用于测试非常特别的武器的死亡区，在其中被发现的任何人都将被当场射杀，并且因为在德国有很多这样的区域，因此逃跑的战俘不仅要冒被错当成间谍的风险，还要冒因无意闯入其中之一而被射杀的风险。[……]

两名刑警官员出庭提交了来自遍布德国的多个警察局的电传讯息和报告的影印件，报告说从萨甘河集中营逃跑的个人或战俘群体在拒捕或者企图再次逃跑的过程中被射杀。

里特尔和阿尔布雷希特显然都知道这些电传报告是编造的——对于这一事实警察官员没有认真争辩。于是，据阿尔布雷希特说，在同里特尔开会讨论后，他起草了一份基于这些捏造和虚假信息的答复；里特尔将答复提交冯·里宾特洛甫，并紧急建议不要送出，阿尔布雷希特对此也同意。[……]

尽管在初期凯特尔可能曾下令不将萨甘河谋杀事件告知外交办公室，国防军最高统帅部1944年4月29日的“临时通讯”也没有同时送达外交办公室，但事实仍然是，到1944年5月25日为止Legation Councilor泽特已经在统帅部查阅和复印了该通讯。因此，在起草照会时，里特尔完全知道逃跑战俘是被德意志帝国的军官在明显违反国际法和《日内瓦公约》的情况下有意谋杀的。[……]

布伦纳7月17日的备忘录提及第二份照会和警告，称里特尔已接冯·里宾特洛甫指示同国防军最高统帅部合作起草警告并提交外交部长批准，并已就“死亡区”条款的措辞提出建议。备忘录标有“大使里特尔提交”的字样。

1944年8月5日，里特尔写信告诉阿尔布雷希特“随函所附之警告已被帝国外交部长和国防军最高统帅部批准”；国防军最高统帅部正在进行翻译，完成后将交由国防军最高统帅部的战俘部门分发到集中营；“外交办公室尚未将警告通报瑞士政府，因为通报时间必须同警告在集中营张贴的时间一致；给瑞士的照会草案将提前交里宾特洛甫批准，以便在警告张贴完成后尽快发出。”

1944年7月21日，外交办公室向瑞士政府递交第二份照会，以伊登6月23日在下议院的讲话为借口，称外交办公室拒绝就此问题作进一步沟通。这样一个幼稚的举动当然骗不了谁。

然而，8月5日里特尔给阿尔布雷希特的备忘录中提及的被提议照会似乎从未送出，也没有证据显示张贴了警告。可以合理推断的是，德国政府认为其7月21日的鸵鸟式照会使其能够带着它所希望的几分尊严从一个无法言喻的局面中脱身，这个局面它无力维持，也承担不起暴露给文明世界的代价；因此，被提议的照会并未送出，警告也没有张贴，一幅帷幔将整件事情包裹起来。

尽管斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德不如里特尔接近这一局面，但正是他，作为外交办公室仅次于冯·里宾特洛甫的负责人，至少向瑞士代表团递交了第一份照会。

第二份讯息也完全可能是由他传递的，因为这是他所承认的正式职责之一。他作证说他不能“清楚记起”外交办公室1944年6月22日的负责人会议，会上讨

论了伊登的讲话和阿尔布雷希特的陈述，即英国人已经通过瑞士被告知，已有数名英国和其他国家逃跑者被射杀，关于50人被射杀的进一步细节将会提交给英国人。[……]

在讨论赖因哈特 (Reinhardt) 关于“萨甘河集中营发生的50名军官在企图逃跑后被射杀的事件是极其令人遗憾的”这一声明时，斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德说：“我们对此都感到极为遗憾，这是一个可怕的罪行。”

在这样一个不可避免地引起中立国和敌国反响的重要事件上，国务卿会在不对事件进行任何调查的情况下递交一份如此明显没有说服力的照会，是令人无法置信的，阿尔布雷希特或里特尔会没有将射杀借口是编造的这一事实以及他们对于照会条款的疑虑告诉他，也是极其不可能的。

具有普通智力的人就会认识到这是企图掩饰一个见不得光的事件。我们相信斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德向瑞士政府递交了1944年6月6日的照会，并且当时他已经知道了实际情况。

毫无疑问，对这些不幸的逃跑者的谋杀[……]是残忍无情和野蛮恐怖的罪行[……]，违反了《日内瓦公约》的每一项原则。没有一个被告不对其进行谴责，每个人都否认与其有任何有罪联系。

斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德没有参与命令的发布或执行。在他知道时，谋杀早已是既成事实。

然而，根据《日内瓦公约》和《海牙章程》（1929年《日内瓦公约》〔战俘〕第77条，1907年《海牙章程》〔《日内瓦第四公约》附件，陆战法规和惯例〕第14条），德国有义务向保护国如实报告关于战俘待遇和战俘死亡情形的事实。虚假报告是对其签署的国际协定的破坏，也是对国际法的破坏。拘留国的报告义务正是为了防止萨甘河事件这种对无助战俘实施的野蛮行径。

如果交战国可以秘密对其战俘克扣食物、虐待或谋杀，或者可以不受惩治地向保护国提供虚假信息，保护国为无助不幸者的利益所能施加的约束性影响就会荡然无存。因此，在回答像瑞士政府这种询问时如实进行报告就是题中应有之义。

由里特尔帮助起草、斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德传递的虚假报告虽然愚蠢和拙劣，但意在欺骗保护国和英国，并且至少给为国际法所不容的行提供了某种合法性表象。

保护国根据紧急情况和外交惯例向德国政府进行的关于战俘待遇和命运的质询，是向外交办公室提出的。德国政府向紧急情况和外交惯例下的保护国做出的答复，也是从外交办公室发出的。

必须认定斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德和里特尔各自犯有起诉书罪状三第28c段所述之罪行。

* * * * *

冯·魏茨泽克和韦尔曼 (Woermann)

* * * * *

剥夺法国战俘的保护国。1940年11月1日，里特尔传递给外交办公室一份备忘录，称他已通知了约德尔 (Jodl) 将军，希特勒决定不再将美国作为法国战俘的保护国。这是由冯·魏茨泽克拟订的。

11月2日，外交办公室法律部负责人阿尔布雷希特给德国驻巴黎大使馆发去电报，称菲雷尔 (Fuehrer) 已经做出指示，以后法国自己将作为法国战俘的保护国，并要阿贝茨 (Abetz) 为以下目标同赖伐尔 (Laval) 进行讨论：

(1) 法国接管对其本国战俘的保护工作；

(2) 法国向美国明确声明，后者终止其作为保护国的活动；

(3) 通知赖伐尔，由斯卡皮尼 (Scapini) 担任战俘问题全权代表适合德国，并让其到柏林商谈细节。

这份电报是由里特尔、冯 · 魏茨泽克和韦尔曼拟订的。

11月3日，阿贝茨给外交办公室发电报说已经这样告知赖伐尔，维希 (Vichy) 政府将立即通知美国，不再承认其为法国战俘的保护国，并已请求斯卡皮尼于周二去见贝当 (Petain) 元帅，以便被正式告知准备让其承担的职责和为柏林之行作准备。这份答复由冯 · 魏茨泽克收到。

韦尔曼称“在德国和法国直接建立关系后，保护国不再必要”，这些问题可以在他们和斯卡皮尼之间处理。他断言斯卡皮尼的任命不是恶化而是改善了法国战俘的状况。我们非常怀疑法国方面的行动是自愿的。希特勒决定了他们应当做什么。外交办公室让阿贝茨确保法方同意，而在24小时内任务就完成了。

如此重要的问题在各自能够自由行动和思考的外国之间不是以这么快的速度解决的。但是，由于控方并未提供证据表明这一变化导致了法国战俘的状况和待遇恶化，在缺乏此种证据的情况下，这一事件不能作为认定有罪的基础。

谋杀被俘英国士兵。1941年2月14日美国作为保护国就六名英国士兵在迪耶普森林被俘虏和射杀的情形提出询问。

从冯·里宾特洛甫办公室发出的一份由冯·魏茨泽克起草的备忘录指示公使馆顾问阿尔布雷希特确认事实，称其认为该照会应当被“以最尖锐的措辞拒绝”。

阿尔布雷希特向国防军战俘部作了书面质询。记录到此为止。国防军是否做出回答，外交办公室给美国政府何种答复，以及外交办公室是否曾基于这些事实有所行动或者拒绝照会，都完全不为人所知。

不能基于这样的记录认定有罪。

讨 论

请在下列讨论中适用今天的国际人道法规则。

1. 什么是保护国？（参见《第一议定书》第2条第3款）。它起什么作用？（参见四个《日内瓦公约》分别第8/8/8/9条。）保护国的工作是否限于《日内瓦公约》各种条款所界定的那些？保护国承担哪些工作，例如在战俘方面？（参见《日内瓦第三公约》第13－108条、第126条。）

2. (1) 指定保护国有何程序？谁可以作为保护国？谁来指定保护国？敌国必须自动接受保护国吗？它能拒绝所有被指定的中立国吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第10/10/10/11条及《第一议定书》第5条。）

   (2) 一国在同拘留国达成休战后可以解除保护国的职务吗？即使战俘仍被拘留，他们也还能享受保护国的服务吗？即使来源国被拘留国占领？来源国能够成为自己战俘的保护国吗？拘留国能否与来源国达成协议，放弃《日内瓦第三公约》所预见的保护？（参见《日内瓦第三公约》第5、6、8条和《第一议定书》第5条。）

3. 保护国的职责何时终止？来源国全境被占领时？达成停火时？不再存在《日内瓦公约》含义范围内的受保护者时？（参见《日内瓦第三公约》第5、8条和《第一议定书》第5条。）

4. (1) 拘留国对保护国负有哪些义务？拘留国有义务向保护国通报所有针对战俘的违反国际人道法行为吗？战俘的任何死亡情况？针对战俘死亡情况的查询的结果？战俘任何死亡的原因？（参见《日内瓦第三公约》第121、122、126条。）故意无视这些义务有何后果？这种无视是否构成对《日内瓦公约》的重大破坏？战争罪？（参见《海牙章程》第14条，四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条，《第一议定书》第11条第4款和第85条。）

   (2) 本案中的个人是因为无视对保护国进行适当通知的义务而被认定有罪吗？还是因为他们所隐瞒的特定的谋杀战俘行为？或者都是？如果是因为他们所隐瞒的特定行为，为什么？在犯罪后进行隐瞒构成对犯罪的参与吗？应当如此吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条和《第一议定书》第11条第4款和第85条。）

5. 根据今天的国际人道法，如果英国轰炸德国的平民人口，英国是否还有权要求德国确保对英国战俘适用《日内瓦公约》？在有关英国的方面，德国是否不再负有尊重《日内瓦公约》的义务？（参见四个《日内瓦公约》共同第1条和第2条第3款，《日内瓦第

二公约》第13条第3款，《第一议定书》第51条第6款和第96条第2款，《维也纳条约法公约》第60条。参见第13章第9节第2部分第3段第4小段， 有关国家责任的一般规则的适用性，但是不得出主张相互性。）

6. (1) 拘留国能否为了阻止战俘逃跑而对其射击？为了重新俘获逃跑的战俘？只是作为极端措施？只有在后者有武装时？如果事实真如德国外交办公室1944年6月6日的答复中所述，德国的行为会否符合国际人道法？（参见《日内瓦第三公约》第42条。）

(2) 拘留国能否因为战俘企图逃跑而对其进行处罚？因为逃跑成功，如果他们在抵达其阵地之前被重新俘获？处罚方式甚至可以是死刑吗？可以因为完全出于逃跑目的而实施的普通法罪行（偷钱、向哨兵射击等）处罚逃跑者吗？（参见《日内瓦第三公约》第89、91－93、100条。）

7. 本案是否表明国际人道法对于希特勒及其官员有任何重要性？

文件80. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·利斯特案

[**资料来源：***The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. Ⅷ, 1949, pp.34-76。]

人质审判
对威廉·利斯特及其他人的审判

美国军事法庭，纽伦堡
1947年7月8日－1948年2月19日

被告均为前德国陆军高级军官，被控对其指挥下的部队在占领希腊、南斯拉夫、阿尔巴尼亚和挪威期间所犯罪行负有责任。这些罪行主要包括据说是在面对游击队抵抗时企图用以维持秩序的所谓报复性杀害，以及不能由军事必要性提供正当理由的肆意破坏财产行为。被告被控由此犯有战争罪和危害人类罪。

法庭在判决中涉及许多法律问题，包括[……]指挥官对其部队所犯罪行承担责任的限度，以及上级命令抗辩的有效性程度。[……]

3. 法庭判决

[……]

(2) 上级命令抗辩

[……]

"被告抗辩称，被指控为犯罪的行为是根据他们有义务服从的上级军官的命令实施的。[……]

"战争时期在敌方军事权力之下所实施的行为，如果不被条约或习惯战争规则所禁止，那么不能给其军官或士兵带来任何刑事责任，这一点没有疑问。对上级军官命令的固有服从几乎在每个军事体系中都不可或缺。但这只意味着对合法命令的服从。如果根据命令所实施的行为是谋杀，命令的下达并不会使其有丝毫不同。它可以减轻罪行，但不能将罪行正当化。但是，我们认为，如果部下并不知道命令的非法性，而且也不能被认为理应知道其非法性，那么就不存在构成犯罪所必须的非法故意，而部下也将受到保护。但一般规则是，武装部队成员只有服从其指挥官的合法命令的义务，他们不能因为服从有违国际法和基本正义观念的命令而免除刑事责任。在德国战争审判 (1921) 中，德国莱比锡最高法院 (German Supreme Court of Leipzig) 在兰达弗里城堡案 (*The Llandovery Castle case*) 中说：'帕奇希 (Patzigs) 的命令并不能使被告免罪。诚然，根据《军事刑法典》第 47 段，如果在日常履行职责过程中所执行的命令涉及应受处罚的违法行为，那么只应由发布命令的上级军官负责。但是，根据第 2 号法令，如果服从命令的部下知道上级命令涉及对民事或军事法的违反，那么他也可能受到处罚。'

"是的，上述规则迫使一名指挥官做出选择：要么因为不服从上级军官的非法命令而受到其无法无天的政府的处罚，要么因为国际法上的罪行而受到合法惩治。抱着胜利将洗清行为的犯罪特性的希望而选择前者，仅仅表明了性格的软弱，丝毫无益于辩护。

> "我们承认这种选择的严重后果，尤其是对于一名在独裁者军队中的军官而言。但是这一规则是必需的，因为否则对方军队在很多情况下将完全无法避免基于上级命令的肆意犯罪。

"辩方大量引用 L. 奥本海 (L. Oppenheim) 教授的著作来支持其立场。诚然，他在其著作中自始至终地鼓吹这一原则。作为英国《军事法手册》(*Mannual of Military Law*) 的合著者，他将这一原则纳入了书中。该原则似乎还被写入了美国《陆战规则》(*Rules of Land Warfare*) (1940 年)。我们认为奥本海教授赞成了一个明显的少数派观点。它的基本理由如下：法律不能要求一个人因为法律强迫他实施的行为而受处罚。这一陈述完全忽视了这样一个事实，即非法命令根本就不是人们有义务服从的有效法律。英国和美国军队可能作为政策采纳了该原则来管理其本

国军队，但这并没有使其上升为国际法规则。我们指出，军队规章并非国际法的合格渊源。它们既不是立法声明也不是司法声明。它们为任何目的都不足以用于确定一项根本性的正义原则是否已被文明国家普遍接受。但是，因为这种规章与实施战争的习惯和实践有关，它们可能会具有证据价值，特别是在可适用部分已经被用于一般实践时。确定习惯或实践是否存在，是一个事实问题；一项基本的正义原则是否被接受，则是司法或立法声明的问题。在确定前者时，军事规章可以扮演重要角色；但在确定后者时，它们不构成权威先例。

"认为上级命令是对国际法罪行的完全抗辩的人，很大程度上将其观点基于几个主要国家所颁布的军法间存在的冲突。尽管我们的观点是军队规章在涉及基本的正义规则时不是国际法的合格渊源，但我们同时也认为无论如何该冲突并不支持被告所主张的立场。例如，如果一个人被控实施被可适用的国际法规则认定为犯罪的行为，并以上级命令作为抗辩，下一步就要由法庭通过研究国际法渊源来确定抗辩的曲直。如果法庭发现国际社会一些成员的军队规章规定上级命令是完全抗辩，而其他成员的军队规章则持相反观点，那么法庭将不得不认为——仅就论证而言，假定这些规章构成国际法的合格渊源——在国家之间不存在普遍接受或同意。由于上级命令是否构成刑事指控抗辩这一点在国家之间存在实质性冲突，法庭只能进一步发现，不存在宣布上级命令是国际法罪行抗辩的基础。但是，如前所述，当涉及基本的正义规则时，军队规章不是国际法的合格渊源。这就使得法庭可以肯定地宣布上级命令不是国际法罪行的抗辩，如果它发现所涉及的原则是基本的正义规则并且因此已经获得普遍接受。

"国际法从未认可上级命令抗辩是起诉战争罪犯的强制性障碍。本案中被告不能将之作为抗辩理由，尽管如果情况允许，根据控制委员会第 10 号法令的明确规定，它也许可以作为减轻处罚的考虑因素。"[……]

(5) 侵略战争的非法性与当前讨论无关

[……]

"就本讨论而言，我们承认这种说法的正确性，即对南斯拉夫和希腊的战争直接违反《凯洛格－白里安公约》(Kellogg-Briand Pacy)，因此本质上是犯罪。但这并不意味着德国占领军针对人员和财产的每个行为都是犯罪，或者意味着被占领国居民对德国占领军采取的每个行为都因此成为合法自卫。控方试图通过如下表述将问题简单化：

> '这里唯一的问题是，德国军队是否能够一方面不受惩治地通过发动和从事侵略战争违反国际法，另一方面却又要求这些罪行的受害者一丝不苟地遵守只对合法占领者才承担的职责和义务。'

“我们愿意在一开始就指出，国际法在处理占领者和被占领地居民的各自义务时并不区分合法和非法占领者。一旦占领关系事实上确立，在军事占领所采取的方式与占领者和居民彼此的权利义务之间并无对等联系。在考虑这一问题时，入侵是合法还是犯罪并非重要因素。

“绝不能忽略的是，国际法是禁止法。当各国国家已经采取了积极行动，例如 1907 年《海牙章程》，它就禁止与之相冲突的行为。它的具体条款优先于一般理论，无论后者看起来多么合理。关于这一主题我们认同表达在如下文字中的观点：‘无论已经爆发的战争的原因如何，也无论该原因是否是所谓的正义原因，关于交战国和中立国不能做什么、可以做什么和必须做什么的国际法规则都同样有效。即使宣战本身就违反国际法，例如交战国因为中立国拒绝其军队通过而对后者宣战或者一国在明显违反其根据《国联盟约》或《非战公约》所负义务的情况下发动战争，这一点仍然成立。因为这样的宣战本身就是对中立和国际法的违反，所以它“在法律上不起作用，没有任何司法意义”，这种说法是错误的。无论战争产生于何种原因，国际法规则都同样适用。’” [……]

(10) 被占领地总指挥官职责的限度

“我们此前已经指出，维持和平和秩序、处罚犯罪以及保护生命和财产是被占领地总指挥官的职责。这一职责不仅及于被占领地居民，也及于他自己的部队和辅助人员。拥有行政权和军事指挥权的总指挥官，不能推脱说从其他人处接到非法命令的部队单位应当为罪行负责，而他自己却免除责任。例如，被告主张，被指控的某些暴行是由海因里希·希姆莱 (Heinrich Himmler) 直接指挥下的特定党卫军单位在被告没有知悉、同意或批准的情况下实施的。但这不能成为被占领地总指挥官的抗辩。维持和平和秩序、防止犯罪的职责和义务系于总指挥官。他不能忽视显而易见的事实，而以不知道作为抗辩。事实是，下级单位的报告几乎毫无例外地将战场上正在执行的恐怖和恫吓政策通知给被告。” [……]

“在军事指挥官仅有战术指挥权时，附属关系问题作为确定刑事责任的基础具有重要性。但对于负有和平和秩序、处罚犯罪以及保护生命和财产之职责的被占领地总指挥官来而言，附属关系相对不那么重要。他的职责是一般性的，并不限于控制直接受其指挥的单位。被占领地的下级指挥官在受委托行使行政权的限度内承担类似责任。”

判决其余部分还指出，总指挥官“有责任注意到被占领地内发生的事件。他可以要求对所有在其权限范围内的事件提交充分报告；如果这些报告不完整或者在其它方面不充分，他必须要求提交补充报告，以便知道所有相关事实。如果他

没有要求和获得完整信息，那么玩忽职守的责任在他，他不能以自己的忽视作为抗辩。不在总部的事实不能免除他对于根据他所确定的政策或在其默许下实施的行为所应承担的责任。当然，他可以不对基于其他人发布的、超出他所发布的基本命令范围之外的命令所实施的行为负责。如果时间允许，他必须撤销此等非法命令，否则他必须采取措施防止其再度发布。

"不知道提交给他的报告的内容不是抗辩理由。给总指挥官们的报告是特地为他们提供的。不使自己熟悉这些报告的内容，或者在报告明显不充分时不要求提交补充报告，均构成玩忽职守，他不能以之作为抗辩。

"向作为国防军东南指挥官的被告利斯特提交的报告使其注意到为报复居民中的未知成员的行为而对成千上万无辜者的非法杀害。他不只一次地要求对这些非人道的野蛮行为负责的人做出解释。他没有终止这些非法杀戮和采取充分措施防止其再度发生的事实，构成对其职责的严重破坏，并导致刑事责任。"[……]

4. 法庭的调查结果

[……]

关于弗奇 (Foertsch)，法庭断定，被告弗奇作为参谋长的职务、他完全没有战场指挥权的事实、他试图让特定命令被撤销和其它命令被减轻的努力、以及表明其责任的直接证据的缺乏，让我们断定控方对被告的指控不能成立。没有证明存在任何可以从中推断出犯罪意图的公开行为。

"他知道我们在此认定为国际法上的非法行为的那些行为的发生，这一点没有疑问。但光是说他必定是一个有罪的参与者是不够的，必须有某些责任行为表明他确实是。这些行为中很多是由那些除总指挥官以外国防军对其毫无控制的组织实施的。其它许多行为是通过正规渠道实施的，尽管有他的明示反对或消极抵制。他仅仅是知道非法行为发生并不足以达到刑法的要求。他必须是命令、教唆或同意参与犯罪的人。我们不能说被告达到了上述关于参与的标准。因此我们只能说，证据没有排除合理怀疑地表明被告弗奇在所指控的任何一个罪状下有罪。"

文件81. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·冯·莱布等人案

[**资料来源：***The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Criminals*, vol.Ⅻ, 1949, pp.86-89.]

以下分析是基于“美国诉威廉·冯·莱布等人案”(US v. Wilhelm von Leeb, et al)的判决(最高统帅部案，美国军事法庭，纽伦堡，1948年10月27日－28日) Source 11 TWC 462

[……]

(12) 海牙和日内瓦公约的解释和适用

法庭指出：“本案中另一个具有普遍意义的问题是《海牙公约》和《日内瓦公约》在德国和俄国之间的适用。” [……]

关于《日内瓦公约》的适用，法庭说：“需要记住的是，俄国不是《日内瓦公约》签署国。本案中源自德国某师师部命令的证据显示，俄国曾经表达了愿意像签署国一样受约束的意图，但档案中没有可供得出此种结论的权威文件。在戈林 (Goering) 等人案中，[……]国际军事法庭[……]陈述如下：

“以苏联不是《日内瓦公约》当事方来为谋杀和虐待苏联战俘的指控作辩护的论断是毫无基础的。1941 年 9 月 15 日，卡纳里斯 (Canaris) 上将对赖内克 (Reinecke) 将军于 1941 年 9 月 8 日签署的苏联战俘待遇规章提出异议。他说道：

“关于战俘待遇的《日内瓦公约》对于德国和苏联之间的关系没有约束力。因此，只适用关于战俘待遇的一般国际法。从 18 世纪开始逐渐确立起来的原则是，战争俘获既不是报复也不是惩治，而只是保护性羁押，其唯一目的在于防止俘虏进一步参与战争。这一原则是根据杀戮或伤害无助的人有悖军事传统这样一个所有军队都持有的看法发展起来的……所附的苏联战俘待遇规章是基于根本相反的观点。”

“《宪章》第 6 条第 2 款规定‘虐待……被占领土平民人口……杀害人质……肆意破坏城市、城镇或村庄’的行为构成战争罪。这些规定大体上不过是重申《海牙公约》第 46 条所表述的既有战争法：‘家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产以及宗教信仰和活动，应受到尊重。’”

“上述引文表明该法庭将卡纳里斯上将的陈述——《日内瓦公约》在德国和俄国之间不作为契约性协定而发生约束力，但这些《日内瓦公约》所概括的国际

法一般原则却是适用的——接受为国际法。换言之，在上述案件中，国际军事法庭在涉及《日内瓦公约》时沿用了对待《海牙公约》的思路，即只要它们实质上是对文明国家所接受的国际法的表述，它们就具有约束力。本法庭采纳这一观点。”

法庭接下来对两点解释问题讨论如下：

“我们面对的一个严肃问题是使用战俘修建防御工事。我们在此指出，《海牙公约》明确禁止在任何与战争行动有关的工作上使用战俘，而《日内瓦公约》则规定不应同战争行动有直接联系。让情况更加复杂的是，当会议上有人建议明确规定将修建防御工事排除在外时，那种限制遭到反对，因此使得这种对战俘使用的明确排除未获采纳。在本庭看来，声称敌方犯有国际罪行并非抗辩理由，但作为解释何者构成国际法上可接受的战俘使用行为的证据，这种证据具有相关性。无论如何，这种使用行为的非法性是完全不清楚的。使用战俘修建防御工事是针对在此受审的战场指挥官们的指控。本庭认为考虑到国际法在此问题上的不确定，要求这样使用战俘而又不要求将其用于危险区域的上级命令从表面上看并没有犯罪性质，而是战场指挥官有权假定是上级依据其合法权力所恰当决定的事项。

“本案中针对战场指挥官们的另一个指控是将战俘送到德国用于军备工业。军备工业这一术语出现在许多文件中。尽管对于这一术语的解释存在一些疑问，但其似乎是用于涵盖武器和军需品制造。战场指挥官将战俘转往德国的行为是合法的，而他们对于这些战俘的控制就此终止。指明这些战俘的使用是军备工业所需或者战俘是为军备工业运送的通讯和命令，对于战俘的最终使用并无约束力。俄国战俘事实上被用于军备工业以外的许多目的。仅仅是这一类的陈述，并不能说在非法使用被告所转移的战俘方面对于被告构成了不可反驳的不利证据。无论如何，如果要认定被告对于将战俘转往军备工业负有责任，必须有证据证明从他的管区被运走的战俘确实被用于了这种用途。

“因此，对于本案中的战场指挥官，我们认为根据证据，不能认定在此受审的战场指挥官们应为在军备工业中使用战俘承担责任。”

然后法庭回到了《海牙公约》和《日内瓦公约》的宣示性这一问题：

“在说《海牙公约》和《日内瓦公约》表述了被接受的战争惯例和习惯时必须注意的是，对于有关战俘的照顾和待遇的某些详细规定很难这样说。我们相信这些详细规定只能通过国际协定发生约束力。但是鉴于本案不涉及对这些规定的违反，我们因此不作评论，仅仅指出就俄国战俘而言，本判决绝不是基于违反这些规定的行为。

"《海牙公约》和《日内瓦公约》的大多数禁止性规定，就实质而言都明显是对文明国家所接受的观点的表述，就对俄国进行的战争而言对德国及在此受审的被告具有约束力。这些规定包括 (1) 战俘待遇；

[……]

[法庭在此对1907年《海牙公约》和1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》某些条款的部分内容作了24处引用，认为这些内容作为习惯法具有约束力。]

(三) 远东国际军事法庭的判决

文件82. 东京战争罪审判

[**资料来源：**International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo War Crimes Trial, November 1948, reprinted from Friedman, L.(ed.), *The Law of War: A Documentary History*, New York, Random House, vol. 2, 1972, pp. 1037-1040。]

[……]

2. 对俘虏所犯战争罪的责任

战争中的俘虏和被拘留平民处于俘获他们的政府的权力之下。虽然并非向来如此，但这一立场在过去两个世纪以来已经得到承认，这种内容的习惯法也正式体现在1907年《海牙第四公约》和1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》之中。照顾战俘和被拘留平民（我们将统称为"俘虏"）的责任因此就落在控制他们的政府身上。这一责任不仅限于维持生存，还包括防止虐待。特别是，对俘虏负有责任的政府要防止被习惯国际法和公约禁止的针对俘虏的不人道行为。

在履行这些对俘虏负有的职责时，政府必须依靠人员。在这个意义上，承担责任的政府实际上是那些指导和控制政府工作的人员。在本案中以及在上述方面，我们涉及日本的内阁成员。对俘虏的职责并非施加给一个政治抽象物的没有意义的义务，而是应当首先由组成政府的那些人来履行的具体职责。在现代政府所涉及的大量职责和义务中，必然存在一个细分和委托行使职责的复杂精致的系统。在他们于战时控制的政府对俘虏所负职责的问题上，组成政府的那些人对他们的俘虏承担主要和持续的责任，即使他们将维持和保护职责委托给了其他人。

总体而言日本对俘虏所承担的责任可以说落在以下人员身上：

(1) 政府成员；

(2) 有俘虏在其控制之中的负责指挥调度的陆军或海军军官；

(3) 涉及俘虏安康的部门的官员；

(4) 直接控制俘虏的文职、陆军或海军官员。

通过建立适于实现这些目的的制度并保证其持续和有效率的运行，确保俘虏的适当待遇并防止虐待他们，是所有那些有责任人员的职责。这些人员没有尽到这一职责，并应对虐待俘虏承担责任，如果：

(1) 他们没有建立这种制度；

(2) 在建立这种制度后，他们没有保证其持续和有效率的运行。

这些人每人都有义务确认该制度的运行，否则就要承担责任。仅仅建立适当的制度，然后便不去了解其应用情况，并不等于履行职责。例如，陆军司令或陆相必须努力确保其在这方面的命令得到服从，如同为确保由其发布的关于最重要事项的其它命令得到服从所付出的努力一样。

然而，如果有适当制度及其持续和有效率的运行，那么这些人员无需对战争罪行承担责任，除非：

(1) 他们知道这些罪行的发生，但没有在其权限范围内采取措施防止这些罪行在将来发生；或

(2) 他们出于过错对此不知情。

如果此等人员知道，或者如果不是因为疏忽或懈怠应当知道这些罪行，那么他的不作为不能被免除责任，如果其职责要求或允许他采取任何行动阻止罪行发生。另一方面，仅仅证明其从更为直接地控制俘虏的其他人处获得了保证，并不足以为需要承担责任的人开脱罪责，如果鉴于其他人的职位、报告这些罪行的次数以及任何其它情况，他应当进一步调查此等保证的真实性。在断定应当知道时，罪行众所周知、数量众多以及在时间和地域上分布广泛，都是参考因素。

作为政府主要机构之一的内阁集体对照顾俘虏负责，其成员不能免除责任，如果他在如上所述的意义上知道罪行的发生且没有确保采取措施防止这些罪行在将来发生，之后又选择继续担任内阁成员。即使他所负责的部门并不直接涉及照顾俘虏，这一点仍然成立。内阁成员可以辞职。如果他知道对俘虏的虐待，无力防止将来的虐待，却又选择留任，从而继续参与承担内阁保护俘虏的集体责任，那么他就是自愿对将来的任何虐待行为承担责任。

陆军或海军司令可以通过命令确保对战俘的适当待遇和防止虐待。陆相和海相也是如此。如果出现针对他们控制下的俘虏的罪行，而他们事先知道或应当知道其可能发生，那么他们需要对此负责。例如，如果情况表明在其指挥下的单位内发生了战争罪行，而他对此知道或应当知道，那么不采取充分措施防止这些罪行在将来发生的指挥官要对将来的罪行承担责任。

知道虐待战俘行为的部门官员并不因为其不辞职而承担责任；但如果他们的职责涉及执行战俘保护制度，而他们在知道或应当知道罪行的情况下，没有在其权限范围内采取任何有效措施防止其在将来发生，那么他们要对将来的那些罪行承担责任。

(四) 国内法庭的判决

案例83. 美国，奎林等人案

案 例

[**资料来源：**Supreme Court of the United States, 317 US 1 (1942)；脚注略。]

奎林等人案

美国根据奎林等人的告发而对宪兵司令考克斯 (Cox) 提起之诉 [……]

斯通 (Stone) 首席大法官宣读了法庭意见。[……]

所有请愿人都出生在德国；所有人都已生活在美国。所有人都在1933年至1941年回到德国。除了请愿人豪普特 (Haupt) 以外，所有人都是美国正在与之作战的德意志帝国的公民。豪普特5岁时随父母来到这个国家；据称他是因为父母在其未成年时入籍而成为美国公民的，自那以后并未失去公民身份。然而美国政府的立场是，他在成年时选择了保留德国公民身份和对其效忠，或者至少是通过其行为否认或放弃了他的美国公民身份。[……]

在美国和德国之间宣战后，请愿人在德国柏林附近的一家破坏活动学校接受培训，学习炸药使用和密写方法。之后请愿人[……]登上了一艘穿过大西洋开往

[……]纽约的潜艇。这四个人于晚间在纽约登陆，[……]随身携带了一批炸药、引线以及点火和定时装置。登陆时他们身着德国海军陆战队制服或其部分。登陆后他们立即将制服和上述物品掩埋，然后身着平民服装前往纽约市。[……]

所有人都在德国接到了德国最高统帅部一名军官的指示，要他们破坏美国的战争工业和战争设施，德国政府将为此向他们在德国的亲属支付报酬。[……]

总统，作为总统和陆海军总司令，通过1942年7月2日的命令任命了一个军事委员会，指示其审判请愿人违反战争法和军法的行为。[……]同日，总统宣布："所有在战争期间……通过海防或边防进入或企图进入美国的，被指控从事、企图从事或者准备从事破坏、间谍、敌对或作战行动或者违反战争法行为的，同美国作战的任何国家的国民、公民或居民或者服从此等国家或在其指示下行事的人，都应适用战争法，受军事法庭管辖。" [……]

根据普遍认同和实践，战争法区分武装部队与交战国的和平人口，以及合法与非法战斗员。合法战斗员作为战俘受到敌方军队的俘获和拘留。非法战斗员同样受到俘获和拘留，但除此之外他们还要为他们的非法交战行为接受军事法庭的审判和处罚。在战争期间不穿制服秘密穿越交战国前线、寻求收集军事证据并传递给敌方的间谍，或者不穿制服秘密穿越前线、企图通过破坏生命和财产来进行战争的敌方战斗员，都是通常被认为不享有战俘地位、而要作为违反战争法的罪犯接受军事法庭审判和处罚的交战者的典型例子。[……]

说明书一称，请愿人"作为美国的敌人，代表[……]交战敌国德意志帝国，违反战争法、身着平民服装秘密穿越美国军事前线和海防线，[……]并违反战争法、身着平民服装进入后方，[……]旨在实施敌对行为，特别是破坏美国境内的特定战争工业、战争设施和战争物资。"

由于对战争法的违反在说明书中一目了然，我们只需简要讨论请愿人的论辩即可。我们已经看到，敌方交战者，包括在敌方武装部队指示下行事的人，为破坏已用于战争或对战争有用的财产，在战争期间进入我国领土的行为，是敌对和作战行为。它使得那些不穿制服参与其中的人承受战争法为非法交战者所规定的处罚。请愿人未持有正规武器或者他们所准备实施的敌对行为并不必然包含同美国武装部队的正面冲突，这一点无关紧要。[……]现代作战不仅着眼于摧毁武装部队，还同样着眼于破坏敌方的作战物资以及生产和运输活动。无论其目标是此或彼，使得非法交战者应受处罚的每一个考虑因素都同等适用。这些携带炸药进入我国领土、意在破坏战争工业和物资的敌军特务，同以类似方式进入、旨在摧毁要塞或我国武装部队的特务一样，就作为敌方交战者这一点而言在战争法上并

无丝毫区别。不穿制服或佩戴表明交战身份的其它标志穿越我国边界，或者在进入后丢弃身份标志，使得这些敌人成为要受审判和处罚的非法交战者。

美国公民身份并不使得敌方交战者免于承担违反战争法的非法交战行为带来的后果。加入敌国政府军事部门并在其协助、引导和指示下进入这个国家，一心从事敌对行为的公民，是《海牙公约》和战争法含义范围内的敌方交战者。[……]请愿人豪普特是被控作为敌方交战者进入美国，而非法交战是他被指控罪行的核心。[……]

我们因此断定，据以拘留请愿人供军事委员会审判的指控1，所指控的是总统被授权命令军事委员会审判的罪行；他召集军事委员会的命令是合法命令，委员会系合法组成；请愿人是被合法羁押，未证明有释放理由。由此，我们确认地区法院的命令，并拒绝给予请愿人向本庭提交人身保护令申请之许可。[……]

讨 论

为本讨论之目的，请考虑可适用的《日内瓦公约》及《第一议定书》。

1. (1) 谁有权享有国际人道法上的战俘地位？只有战斗员吗？（参见《日内瓦第一公约》第28条第2款，《日内瓦第三公约》第4条，《第一议定书》第44条第4－5款和第45条。）

   (2) 公民身份是否影响本来有权享有战俘地位的个人的地位？即使该个人具有拘留国的公民身份？即使是战俘，他也可以因为参与反对祖国的战争或在敌国武装部队中作战这样的叛国行为被处罚吗？（参见《日内瓦第三公约》第4、16、85条，《第一议定书》第43条。）

2. 法庭为何专门提到敌方战斗员未穿制服？未将自己同平民相区分的战斗员的地位如何？（参见《海牙章程》第1条，《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项，《第一议定书》第44条第3－4款。）这一区分原则的目的何在？这是否解释了国际人道法规则为何不给予间谍战斗员地位？（参见《海牙公约》第29－31条，《第一议定书》第44条第4款、第45条第3款和第46条。）国际人道法对破坏者和间谍同样对待吗？破坏者和间谍的区别何在？

3. 如果适用《第一议定书》，还会做出这一判决吗？

案例84. 美国，约翰逊诉艾森特雷格案

案 例

[又见**案例218**，美国，拉苏尔诉布什案。]

[**资料来源：**U.S. Supreme Court JOHNSON v. EISENTRAGER, 339 U.S.763(1950);June 5, 1950; 见于 http://laws.findlaw.com/us/339/763.html。]

美国最高法院
约翰逊诉艾森特雷格

美国国防部长约翰逊等人诉艾森特雷格
(又名埃尔哈特 (Ehrhardt))等人

调审令第306号，发给美国哥伦比亚特区巡回上诉法庭

1950年4月17日审理

1950年6月5日判决

[……]

杰克逊 (Jackson) 大法官宣读了法庭意见。

本案的最终问题是美国民事法院同军事当局在敌方海外侨民管辖权方面的关系。情况如下：

21名德国国民向哥伦比亚特区地区法院申请人身保护令。他们自称1945年5月8日以前在德国在华武装部队中服役。[……]1945年5月8日，德国最高统帅部[……]宣布无条件投降，明确要求德国控制下的所有部队立即停止实际战斗。这些俘虏因为在德国投降后、日本投降前，参与、允许或命令对美国继续进行军事活动，被判违反战争法。他们的敌对活动主要是收集有关美国部队及其调遣的情报并提供给日本。日本投降后，他们同其他6名被判无罪的人一起被美军羁押，由中国战区总司令根据美国参谋长联席会议专门授权，委托南京指挥官设立军事委员会审判并定罪。经中国政府明确同意，委员会设在中国。审判完全由美方进行，没有他国参与。定罪后，对判决进行了正当复审。[……]

俘虏被遣返回德国服刑。[……]

请愿书请求下令让俘虏到地区法院出庭，由后者调查其监禁情况，并为他们洗刷罪名、解除监禁。他们主张，对他们的审判、定罪和监禁违反宪法第1条和

第3条及其第五修正案，美国宪法和法律的其它规定，以及管辖战俘待遇问题的《日内瓦公约》的规定。[……]

一、

[……]

正是战争暴露出外国人地位的相对脆弱性。他在其所效忠的国家与美国和睦相处时享受到安全和保护，在他的国家与我们兵戎相见时大受损害。尽管他的命运比在一些敌国的我国公民远为人道[……]和可忍受，但仍然算不上幸福。但是，我国对成为敌人的外国人所施加的限制是暂行性的，是附随于战争而非外国人身份的事件。[……]

美国关于战争对交战国国民地位之影响的原则在我们的第一次对外战争之后永久成形。[……]征兵、义务服役、以及动员一切人力物力资源和将无论身在何处的国民用于武装、阴谋和破坏的措施，证实了[……]本庭早些时候的教导，即在战争中“一国的每个人必须将另一国的每个人都视为他自己的敌人，因为这是他的国家的敌人”。[……]这无关乎他的个人感情或倾向。[……]敌方外国人受其效忠约束，不放过任何一个促进我们敌国事业的机会；因此美国，假定他信守其忠诚，[……]将之视为敌国力量的一部分。它因此采取措施使他无法实施归因于他的意图的敌对行为，因为这是他对其主权者的职责。[……]

敌方外国人在美国法院的诉讼资格常常被质疑，有时被否认。[……]最近本庭全体一致阐明了在我国法院受审的特权及其限制。我们指出：“拒绝居民敌方外国人诉讼的古老规则，只在为防止利用法院来实现妨碍我国战争活动或帮助敌国之目的所必需的限度内被保留下来。今天这可以被认为是合理的普通法规则。”[……]

但是非居民敌方外国人，尤其是仍在敌军中服务的人，连这种有条件的受审权也没有，因为他既没有对于我们制度的类似请求权，他对它们的使用也不可能对敌国没有帮助。[……]

二、

[……]

我们在此面对一个判决，其基本假定是，作为宪法权利，这些俘虏有权在某个美国法庭起诉申请人身保护令。为了支持这一假定，我们必须认定，我们军事当局的俘虏在宪法上有权获得令状，即使他：(1) 是敌方外国人；(2) 从未到过或

居住在美国；(3) 在我国领土之外被俘获并作为战俘受到军事羁押；(4) 由设在美国之外的军事委员会基于其在美国之外所犯的违反战争法的罪行审判和定罪；及(5) 始终监禁在美国之外。

我们已经指出，诉讼特权之所以被给予外国人，无论友好还是敌对，仅仅是因为他们既然处在这个国家就意味着[……]受保护。这个基础在本案中不存在，因为这些俘虏从未在任何相关时间位于美国的主权领土之内，而他们的犯罪、俘获、审判和处罚地点都超出了任何美国法院的地域管辖权。[……]

人身保护令实践中的一个基本考虑就是俘虏将被带到法院出庭。[……]给予这些俘虏[……]令状，也许意味着我们的军队必须飘洋过海运送他们来受审。这将需要分配运输空间、看守人员、士兵住处和粮食定量。也许还需要运送这些俘虏想要传召的任何证人，以及那些捍卫判决合法性所必需的人。由于令状被认为是权利，因此它无论是在实际战斗期间还是在目前这种介于战争与和平之间的模糊状态，对于敌人都同等适用。这种审判将妨碍战争活动，给予敌人帮助和安慰。他将降低我国指挥官们在敌国以及摇摆不定的中立国那里的威望。允许恰恰是那些他被命令使其投降的敌人在他本国的民事法庭上与其对质，将他的努力和注意从国外的军事进攻转移到国内的法律防御，很难设想有比这更为有效的对战场指挥官的束缚了。敌人的这种好讼会造成美国的敌人所极为乐见的司法与军事意见之间的冲突，这也并非是不可能的。

再者，将诉讼武器放到无节制的敌人手中后，我们并不能指望互惠。[……]一般没人知道人身保护令。[……]

尽管如此，我们法庭的大门也没有对这些俘虏立即关闭。三个法庭先后考虑了他们的申请，并给了他们的律师机会来提出对他们有利的所有论据以及指出他们之所以不应受制于为非居民敌方外国人设置的通常限制的某种理由。[……]在听取了他们认为适于提出的所有论点，以及考虑了我们能在他们的申请和下级法院的裁决中发现的所有论点之后，我们的结论同本庭在每一个此类案件中的结论一致，即：不存在获得人身保护令的权利。[……]

讨 论

1. (1) 在1945年5月8日以后同日本一起继续对美国作战的德国国民是否违反了“战争法”？国际人道法？

   (2) 根据《日内瓦第三公约》，一旦落入美国控制，这些请愿人会是战俘吗？如果他们是战俘，他们还会因为所做的事被判刑吗？没有向美国最高法院请愿的可能性？（参见《日内瓦第三公约》第82、84、85、99、102和106条。）

(3) 如果请愿人是受《日内瓦第四公约》保护的平民，他们还会因为所做的事被判刑吗？没有向美国最高法院请愿的可能性？（参见《日内瓦第四公约》第64、66、70和73条。）

2. 你如何看待美国法律对“敌方外国人”施加的限制？它们与国际人道法规则一致吗？(参见《日内瓦第四公约》第35－43条，《海牙章程》第23条第8款。)

3. 受保护者能否在控制他或她的敌对国家的法院起诉？即使他或她不在敌国领土内？(参见《日内瓦第三公约》第14条第3款，《日内瓦第四公约》第38条，《海牙章程》第23条第8款。)

4. 战俘能否在拘留国法院提出人身保护申请？敌方外国平民能否在拘留国法院提出人身保护申请？敌国所有国民是否要么是战俘，要么是受保护平民？(参见《日内瓦第三公约》第4、5条，《日内瓦第四公约》第4条。)

案例85. 美国，对陆军中将谏山春树及其他人的审判

案 例

[**资料来源：**Levie, H.S.(ed.), *International Law Studies: Documents of Prisoners of War*, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol.60, 1979, pp.345-348。]

对陆军中将谏山春树及其他七人的审判

(美国军事委员会，上海，1946年7月25日)

资料来源
5 LRTWC 60

一、诉讼概要

1. 指控

[……]

指控加上相应的详细说明罪行的细节清单，断言被告陆军中将谏山春树“允许、授权和指示日本军事法庭对若干美国战俘进行不合法、不公平、无根据和虚假的审判”，“非法命令和指示日本军事法庭”对这些美国战俘判处死刑，以及“非法命令、指示和授权非法处决”这些美国战俘。[……]关于其他被告，[……]

指控和细节清单断言他们作为日本军事法庭成员，根据虚假和欺诈性证据，在不给予公平听证的情况下，故意、不当、非法和虚假地审理、起诉和判决了“针对7名美国战俘”的若干指控；“故意、非法和蓄意判决”这7名美国战俘死刑，导致其非法死亡。数名被告以首席法官或检察官的身份受到进一步指控；以法官身份行事者还被进一步指控故意和不正当地不履行法官职责，以及不提供公平和适当的审判。

被告作无罪抗辩。

2. 委员会面前的证据

证据显示14名美国航空兵被日本福莫萨 (Formosa) 军俘虏，并因为被指称的关于惩治有违反国际法之轰炸和扫射行为的航空兵的《福莫萨军法》的违反而受到讯问。这14名航空兵主要是无线电技术员、摄影师和枪炮手，在1944年10月12日 (《军法》颁布之日) 和1945年2月27日之间被俘虏。机务人员中的高级成员——驾驶员和副驾驶员——为情报目的被送往东京，没有同其余机务人员一起被日方审判。

上述法律规定其条款适用于第十方面军管辖范围内的所有敌方航空兵，而所有实施下令行为的敌方航空兵都将受到处罚：以破坏或烧毁的意图轰炸和扫射非军事性质的私人目标；在不可避免的情形之外轰炸和扫射非军事目标；无视人权，实施不人道行为；带着实施任何上述行为的意图进入管辖范围。规定的处罚是死刑，但视情况可以改为无期徒刑或10年以上有期徒刑。该法称处罚将由适当指挥官进行，规定在台北设立一个由第十方面军及在其指挥下的单位的军官组成的军事法庭，并规定该军事法庭适用特别军事法庭规章。它还规定任何违反该法的人都将由军事法庭审判；指挥官将主管法庭；法庭由指挥官任命的三名法官——两名军官和一名司法官员——组成。

这14人全部受到第十方面军司法部的讯问。有证据显示，调查期间被告司法部负责人古川 (Furukawa) 在东京询问如何处置这些被俘的航空兵，并被告知这14人若在《军法》范围之内，应受到审判。回到福莫萨后，他指示部下完成调查。美国军事委员会面前的证据显示，数名美国航空兵的讯问记录是在日本法庭审判之前或者日本法庭记录完成之前伪造的。

伪造陈述时在场的翻译证实，没有一名航空兵承认进行了任何不分皂白的轰炸或扫射。这一证据得到若干负责记录讯问的人的证言支持。被告否认伪造，声称航空兵承认了有罪。

本案中被告辩称，根据日本陆军省指令，第十方面军在预审调查期间向中央政府请求指示，并在将案件提交审判前转发了意见声明。东京的答复是，若所提供的意见正确，应做出严厉判决。全部诉讼过程都告知了作为第十方面军参谋长的被告谏山。

这14名美国人根据所在的飞机被分组审判。共有6个案件，都在1945年5月21日提交审判。美国航空兵没有被给予取得代表自己的证据或证人的权利。辩方试图证明这种做法的正当性：首先是因为人手和设备的缺乏使其不可能允许航空兵去他们被指进行不分皂白轰炸和扫射的现场，其次是因为在法庭上给予了航空兵做出他们所愿意的任何陈述的机会。在美方审判中控方引用的某些证言显示，除指控外，没有任何其它文件或证据被翻译给航空兵，也没有律师为其辩护。

有证据显示，根据日本军事司法制度，战争期间不允许被告有辩护律师；法庭上的证据在很大程度上是文件性的，是基于被告在预审讯问中的承认和陈述，以及伤害报告和宪兵调查；被告可以在庭上作证和提交代表自己的证据。辩方辩称这是在对14名美国航空兵进行的每一个审判中都遵循的程序，并作证说该程序是正常程序。

辩方的论点是，因为日本公诉方要求死刑的意图已经被东京批准，而且在审判中也提出了死刑要求，所以军事法庭不得不判处死刑，指挥官也不得不下令执行。[……]

在收到东京的最终指示后，指挥官[……]发布了对全部14人的处决命令。1945年6月19日，美军飞行员在一条明沟前被列队射杀，然后埋在沟里。

1945年9月转交给美国当局的有关审判这些美国航空兵的日方记录，是直到日本投降后才完成的。[……]被告直到战后才签署了这些记录。

3. 认定和判决

所有被告均被认定有罪。

讨 论

1. 美国战俘是否如美国法庭所说，没有获得公平审判？如果是，是因为审判违反了当时适用的国际人道法吗？即使日本并非1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的当事国？根据今天适用的国际人道法规则，本案被告被拒绝给予公平审判了吗？（参见《日内瓦第三公约》第82－89条和第99－108条。）

2. (1) 根据当代国际人道法，战俘是否可以或者必须因为诸如《福莫萨军法》所规定为犯罪的那些行为而受到处罚，即使这些行为是在被俘前实施的？（参见《日内瓦第三公约》第85条，《第一议定书》第51条和85条。）

   (2) 根据当代国际人道法，《福莫萨军法》是否适用于被告？该法同国际人道法一致吗？如果不一致，是因为该法颁布时没有给予保护国适当通知吗？最起码，如果这14名航空兵是在该法颁布当日被俘，能够适用吗？因为该法颁布时没有取得战俘所依靠的国家的同意？还是因为该法将死刑作为处罚？还是因为该法只适用于敌国航空兵？（参见《日内瓦第三公约》第82、87、88和100条。）

3. (1) 日本的审判是按照当代国际人道法规定的司法保障进行的吗？如果不是，对被告的宣判是否有效？（参见《日内瓦第三公约》第84、102和105条。）

   (2) 针对航空兵的证据是适当获得的吗？（参见《日内瓦第三公约》第99条第2款。）

   (3) 被告应当被给予获得证据和证人的机会吗？(参见《日内瓦第三公约》第105条。)

   (4) 尽管日本军事司法制度不允许被告有辩护律师，本案中的被告是否应当被提供辩护律师？（参见《日内瓦第三公约》第99条第3款和第105条。）

   (5) 法庭是否应当给予被告上诉权？他们有这种权利吗？（参见《日内瓦第三公约》第106条。）

4. 即使保护国没有被告知诉讼，日本和美国的审判也可以进行吗？（参见《日内瓦第三公约》第104条。）

5. 在宣判后如此迅速地执行死刑是否符合当代国际人道法？难道不是必须首先通知保护国吗？这种通知必须包含哪些信息？（参见《日内瓦第三公约》第100条第3款、第101条和第107条。）

6. 根据当代国际人道法，美国有权利或义务因为这些日本法官参与对航空兵的宣判而处罚他们吗？日本法官实施犯罪时是在美国管辖权之下吗？法官能因为他做出的判决而被宣判吗？（参见《日内瓦第三公约》第130条。）

案例86. 美国，关于山下案

案 例

[**资料来源：**Supreme Court of the United States 327 US 1 (1946)；部分脚注略。]

[……]

斯通首席大法官宣读了法庭意见。

[……]

指控。无论是国会立法行为还是设立委员会的军事命令都没有授权其审判请愿人，除非对他的指控是违反战争法行为。目前具有相关性的指控，是请愿人在1944年10月9日到1945年9月2日间，在菲律宾群岛，“作为与美国及其盟友作战的日本武装部队的指挥官，非法忽视和不履行控制其所指挥人员的作战行动的指挥官职责，允许他们对美国及其盟友和属地——尤其是菲律宾——的人民实施野蛮暴行和其它严重犯罪，从而违反了战争法”。

控方按照犯罪时间顺序归档的细节清单，宣称请愿人指挥下的部队成员在上述时间段内实施了一系列行为，数量上共有123次。清单第一项详细说明了对“屠杀和灭绝八打雁 (Batangas) 省很大一部分平民人口以及破坏和摧毁当地公共、私人和宗教财产，致使全部是没有武装的非战斗员平民的25,000多名男人、妇女和儿童被没有理由和不经审判地野蛮虐待和杀害，整个部落被没有军事必要性地肆意破坏和摧毁的蓄意计划和目的”的执行。其它项目详细说明了对平民人口和战俘实施的暴力、虐待和杀害行为，大规模掠夺，以及对宗教纪念碑的肆意破坏。

无可否认的是，针对战俘和被占国平民人口的此种行为是被国际法确认为违反战争法的行为。1907年《海牙第四公约》附件，第4、28、46和47条。[……]但被极力主张的是，指控没有宣称请愿人实施或指示实施了此种行为，因此并无针对他的违法行为指控。但这忽视了一个事实，即指控的要旨是被告非法不履行其作为指挥官、控制其所指挥人员的作战行动的职责，“允许他们实施”上述大规模和大范围的暴行。那么问题就在于战争法是否要求军队指挥官有责任在其权力范围内采取适当措施控制在其指挥下的部队，以防止不受控制的军人占领敌国领土时可能发生的违反国际法的行为；以及发生了违法行为时是否可以因为他未采取此种措施而追究其个人责任。[……]

很明显，如果指挥官不通过命令和努力对其部队的肆意妄为行为加以约束，部队的军事行动就几乎肯定会导致战争法所要防止的那些违法行为。如果侵略军指挥官可以不受惩治地忽视采取合理措施保护平民人口和战俘，战争法保护他们免遭暴行的目的就会在很大程度上落空。因此，战争法预先假定，违法行为将通过在一定程度上对其部下负责的指挥官们对于军事行动的控制而得到避免。

1907年关于陆战法规和惯例的《海牙第四公约》的附件对此予以承认。第1条规定了武装部队为了获得合法交战者权利必须满足的条件，即它必须“由一个为其部下负责的人指挥”。[……]《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦红十字公约》第26条规定各交战国武装部队总司令有义务规定该公约上述条款

的执行细则以及未经规定的事项。最后，《海牙第四公约》附件第43条[……]要求像请愿人这样的占领敌国领土的部队的指挥官“尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序与安全并且除非万不得已，应尊重当地现行的法律”。

这些条款清楚地给当时作为菲律宾军事统治者和日军指挥官的请愿人施加了一项积极职责，即根据具体情况采取其权力范围内的适当措施，保护战俘和平民人口。我们的军事法庭此前已经对指挥官的这一职责加以承认，并对违反该职责的行为给予处罚。[……]

我们并不制定战争法，但我们尊重它们，只要它们不与国会的命令或宪法冲突。不能说眼前的指控没有证据支持，或者说委员会要求请愿人为了没有采取超出其控制或指挥官在当时情况下不适于采取的措施而承担责任。

[脚注4：委员会在其认定中考虑到了“被告不仅在美军的迅速和压倒性推进方面，而且在前任错误、组织弱点、装备、供给、……训练、通讯以及部队的纪律和士气方面所面对的”困难，以及“战术形势，参谋官和下级指挥官的性格、训练和能力，以及部队的……性格特点”。但委员会仍然认定请愿人没有采取“情况所需”的措施控制其部队。]

我们不衡量证据。我们只是认为，指控充分陈述了一个违反战争法的行为，而委员会根据所发现的证据，能够恰当地认定请愿人犯有该罪行。[……]很清楚，请愿人在审判中被指控不履行控制其所指挥人员作战行动的职责，允许他们实施所述暴行。这足以要求委员会听取倾向于证明请愿人未履行战争法对其所施加义务的有罪证据，并在证据充分时认定有罪。[……]

墨菲 (Murphy) 大法官反对。[……]

[……]我发现自己不可能同意，针对请愿人的指控陈述了一个公认的违反战争法行为。[……]

在1944年10月9日以后菲律宾群岛上的军事事件的背景下，这些指控意味着这个：“我们，胜利的美国军队，已经做了一切可能的事来破坏和瓦解你的通讯线路、你对人员的有效控制、你进行战争的能力。在这些方面我们成功了。我们击败和摧毁了你的军队。现在，我们指控和宣判你，在我们如此有效地围困和消灭你的军队、阻碍你维持有效的控制期间，没有能够有效率地控制你的军队。你被瓦解的军队实施了很多可怕的暴行。因为这些暴行的分布如此广泛，我们将不会费力去指控或证明你实施、命令或赦免了其中任何一件。我们将假定它们必然是你作为指挥官的无能和疏忽所造成的。一句话，我们指控你犯有控制部队无能罪。我们将根据在很大程度上是由我们自己所造成的混乱来判断你履行职责的情况。我们的判断标准是我们愿意采取的任何标准。”

至少据我所知，在全部历史中或者在国际法上，没有什么能为针对战败军队指挥官的这样一个指控提供正当理由。将恰恰是获胜军队所造成的无效率和混乱，作为宣判战败军队官员的首要依据，这同正义或军事现实毫无相似之处。

国际法并未试图界定处于持续和压倒性攻击之下的军队指挥官的职责，也不在此情况下因为没有达到通常的指挥要求而追究责任。控制部队的职责和能力随特定战斗的性质和强度而有所不同。认定战斗条件下对职责的非法背离，需要进行有难度和猜测性的考虑。当它们是胜利者关于失败指挥官行为的考虑时，这些考虑就非常不可靠了。[……]

法庭对于某些海牙公约和日内瓦红十字公约的模糊和不确定的提法的依赖是放错了地方。因此，1907年10月18日《海牙第四公约》附件第1条的陈述，即军队和志愿部队只有在“由一个为其部下负责的人指挥”时，战争的法律、权利和义务才适用于它们，与本案中的问题无关。即使有，“为其部下负责”的表述也没有说明对谁承担责任或者承担何种责任。国际法权威著作对这一短语有不同解释。奥本海的《国际法》(International Law) (第六版，劳特派特 (Lauterpacht) 修订，1940年，第2卷，第204页，脚注3) 称“‘负责’一词的意义……不明确。它可能是指‘向更高权威负责’，无论这个人是上级指定还是下级选举的；……”。另一权威著作称‘负责’一词在这个特定语境中“想来”是指“向更高权威”，但“它也可能仅仅指一个控制其部下、从而可以被要求对后者的行为做出解释的人”。惠顿 (Wheaton)：《国际法》(第7版，伦敦，1944年，第172页，脚注30)。还有一本权威著作，韦斯特莱克 (Weatlake) 的《国际法》(1907年，第2部分，第61页)，称“也许意指的责任不过是实施有效控制的能力”。最后，埃德蒙兹 (Edmonds) 和奥本海的《陆战》(Land Warfare) (1912年，第19页，第22段)，称“只要部队指挥官被正规或暂时委任为军官，或者是一个有职位和权力的人”就足够了。显而易见，在这个特定《海牙公约》中，“负责”一词没有被用于要求战败军队指挥官在破坏性攻击下满足任何高的效率标准，也没有被用于在这种情况下将受他指挥的部队所犯的战争罪行的刑事责任归结于他。法庭提及的其它公约的条款从字面上看同样与这里所讨论的局面无关。无论是《海牙第十公约》第19条[……]还是1929年《日内瓦红十字公约》第26条[……]都没有涉及指挥官的部队在极其不利的战斗条件实施暴行的局面。还被提及的是《海牙第四公约附件》第43条的要求，即占领敌国领土的部队的指挥官“应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序与安全并且除非万不得已，应尊重当地现行的法律”。但是请愿人不只是占领敌国领土的部队的指挥官。他是一支处于更强大的再入侵军队的持续和毁灭性攻击下的军队的指挥官。这一条款并未涉及此种情况下的指挥官的责任。[……]

我能得出的唯一结论是，对于请愿人的指控在国际法上或者军事史记录中明显没有先例。这并不是说敌军指挥官可以逃脱对于防止暴行职责的明确和非法的不履行的处罚。但是，处罚应当建立在根据已经确立的国际法规则和公认的司法观念而公平做出的指控的基础之上。[……]

讨 论

1. (1) 对请愿人的指控在当时是公认的违反战争法行为吗？或者它仅仅是胜利者的司法行为？

   (2) 这样的指控在今天是公认的违反国际人道法行为吗？（参见《第一议定书》第86和87条。）

2. (1) 如果军事指挥官在没有采取必要措施防止行为发生（以及在实际发生时加以制止并处罚行为人）时，要为其所指挥人员针对受保护者的犯罪行为承担个人责任，那么足以避免个人责任的必要措施是什么？最低限度必要措施会随具体情况而不同吗？

   (2) 在认定有罪时适用的是主观还是客观标准，亦即指挥官必须知道其部下将要实施违反国际人道法的行为，还是他拥有的信息应当能够让他做出这种判断？哪一个是确定犯罪意图的更高标准？

3. (1) 墨菲大法官在反对意见中说在“处于持续和压倒性攻击之下”时不应要求指挥官为其军队的行动承担责任，这对吗？是军事上不现实吗？那有关系吗？应当有关系吗？

   (2) 激烈的战斗情形在回顾时真的能够被公平评价吗？尤其是被冲突的胜利者？如果不能，士兵就永远也不能获得公平的起诉和处罚了吗？（参见**案例101**. 美国，美国诉威廉·L.卡利案 (US v. William L. Calley, Jr.)，第1136页。）

案例87. 缅甸，郭貌丁诉吴贡曼案

案 例

[**资料来源：***AD*, vol. 14, 1947, pp. 233-235。]

郭貌丁诉吴贡曼

缅甸，高等法院 (民事上诉)
(罗伯茨 (Roberts) 首席法官；巴吴 (Ba U)、布莱格登 (Blagden)、赖特 (Wright)、埃貌 (E. Maung) 法官)
1947年5月3日

事实。在日本占领缅甸期间，上诉人用日钞借给被上诉人1000卢比；后者给上诉人开立了一张本票，答应用日钞偿还1000卢比本息，并交付了其财产的所有权证书作为抵押。在英国重新占领缅甸后，上诉人根据本票对被上诉人提起诉讼。被上诉人辩称，日本货币的发行是非法的，1000卢比（日本货币）不是本票定义中的“确定金额”含义范围内的货币。[……]

判决：关于本票的起诉必须被驳回[……]。日本军事当局发行与合法政府确立的货币相平行的货币的做法超出了其根据国际法享有的权力。

埃貌法官：“在判决日本军事当局在占领缅甸期间建立一个平行货币体系并将之同缅甸合法政府确立的体系相联系的做法超出了其根据国际法享有的权力时，我不是没有注意到1914年－1918年战争期间德国人在法国和比利时以及奥地利人在塞尔维亚留下的先例，以及1939年以来德国及其联系国对此做法的重复。德国法学家和最高法院试图基于下述理论将这些行为正当化，即在对敌国领土的有效占领期间，占领国的权力完全排除和取代合法政府的国家权力。这一理论没有得到普遍接受，与现代关于占领国的观点也不一致。占领者在被占领地的权利仅仅是管理权。” 参见麦克奈尔 (Mcnair)：《战争的法律效果》(Legal Effects of War) (第二版)，第337页。

“1907年《海牙章程》第42－56条显然不能用于支持改变被占领地货币体系并使这一改变约束合法政府这种行使占领权力的做法。”

[……]

讨 论

1. 占领国能为它所占领的领土立法吗？在什么事项上？在哪些条件下？（参见《日内瓦第四公约》第64条和《海牙章程》第43条。）
2. 占领国能将其本国货币作为法定货币引入被占领地吗？至少是与当地货币平行？它能为被占领地单独创设法定货币吗？货币的引入何时构成立法行为？

案例88. 荷兰，关于皮尔茨案

案 例

[**资料来源：***AD*, vol. 17, 1950, pp. 391-392, 原始报告见于*NJ*, No. 681, 1950。]

惩治战争罪

关于皮尔茨

荷兰，海牙地区法院 (特别刑事法庭)
1949年12月21日

特别上诉法院，1950年7月5日

事实。在被占领的荷兰，一名被招募进德国军队的荷兰年轻人在企图从他的队伍逃跑时遭开火。被告，一名德国军医，因为不允许德国人员对这名受伤男子进行医治，以及滥用其职权下令或者至少是允许一名部下射杀他，在战后被起诉。在其1949年12月21日的判决中，海牙地区法院特别刑事法庭认为其没有审理此种性质案件的管辖权。根据公诉人的起诉，

判决 (特别上诉法院)：上诉必须被驳回。特别上诉法院同意下级法院的观点，即只有在这名德国医生犯有战争罪，从而有必要调查他被起诉的行为是否构成对战争法的违反时，荷兰法院才对此案具有管辖权。然而，关于战争法规和惯例的1907年《海牙章程》并未被违反，因为《章程》，特别是第46条，旨在保护敌占国居民，而不是占领军成员。后者的法律地位不是由国际公约，而是由占领国的军法调整。下级法院已经作为事实确认，伤者属于占领军。在这种情况下，他的国籍或前国籍已经无关紧要，因为通过加入占领军，他已经放弃了国际法的保护，自愿使自己受占领国法律的拘束。1929年7月27日《关于改善战地武装部

队伤者病者境遇的日内瓦公约》(Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field) 也没有被违反，因为该公约只针对敌对军队成员的行为保护军队成员。拒绝治疗受伤士兵和允许对他进行谋杀，如果被证实，对于一名军医而言是令人憎恶的罪行，违背一切人道原则和医生的天职。然而，它们并不构成战争罪，而只是德国国内军法和管辖权范围内的罪行。德国军医在荷兰被起诉的行为也不是《国际军事法庭宪章》意义上的危害人类罪，因为受害者不再属于被占领地的平民人口，对他实施的行为也不能被认为构成"基于政治、种族或宗教理由的迫害"制度的一部分。

讨 论

就讨论而言，请假定《日内瓦公约》和《第一议定书》适用。

1. 《日内瓦第一公约》是否只适用于敌国给予的待遇？《第一议定书》呢？敌国国民自愿加入控制国的武装部队后，是否失去受保护者身份？（参见四个《日内瓦公约》分别第 7/7/7/8 条，《第一议定书》第 10、11 和 75 条。）拒绝治疗这样的人是违反国际人道法的行为吗？草率处决这样的人呢？（参见《日内瓦第四公约》第 5 条第 3 款，四个《日内瓦公约》分别第 50/51/130/147 条，《第一议定书》第 10 和 75 条。）

2. 拒绝给予医疗救助是对国际人道法的重大破坏吗？即使是在本案中？（参见《日内瓦第三公约》第 13 条，四个《日内瓦公约》分别第 50/51/130/147 条，《第一议定书》第 11 条第 1 款和第 4 款。）

3. 军官允许部下向丧失战斗力的逃跑者射击是否违反国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第 3 条，《第一议定书》第 75 条和第 85 条第 3 款第 5 项。）

案例89. 新加坡，巴达维亚石油公司诉战争损害赔偿委员会案

案 例

[**资料来源：**AJIL, vol.51(4), 1957 pp.802-815; 脚注略。]

巴达维亚石油公司诉战争损害赔偿委员会

上诉法院，新加坡
1956年4月13日，怀亚特 (Whyatt) 首席法官、
马修 (Mathew) 首席法官、惠顿 (Whitton) 法官

荷兰公司在荷属东印度群岛上拥有的石油库存被日本武装部队扣押并用于日本的民用和军事目的。但是，它们并未被日本根据《海牙章程》征用。战争结束时这些库存在新加坡被大量发现，并被英国军队作为战利品扣押。荷兰公司请求赔偿。他们的请求被下级法院驳回，但通过上诉被允许。怀亚特首席法官在判决意见中对事实有更充分的陈述，部分如下：

[……]上诉人辩称石油是他们的财产，而不是如被上诉人所说，是日本的国家财产。为支持他们的论点，他们依赖两条主要意见：第一，他们对石油拥有国内法上的有效所有权；第二，他们从来没有被日本交战占领者合法剥夺所有权。

在详细分析这些意见之前，摆出已经在冗长的诉讼过程中被证明或承认的相关事实是适宜的。上诉人是三家成立于荷兰的石油公司，在1941年同日本的战争爆发之前在苏门答腊（Sumatra）从事石油生产和精炼业务。[……]截至1941年底，上诉人已经在位于特许区内不同地方的32个技术上所称的石油池开展生产。[……]

作为在日本占领期间发生的事件的证据，[……]日本海军和陆军军官的证言[……]可以概括如下：当日本武装部队占领苏门答腊时，他们立即扣押了上诉人在油田的设施及其位于巨港 (Palembang) 的炼油厂，因为正如应被上诉人要求出庭的一名日本海军军官渡边 (Watanabe) 上将所说，“石油是当时最重要的战争物资，而且我个人认为我们是为石油发动了战争”。作为荷属印度群岛政府否定政策的一部分，这些设施已经被严重损坏，日本军事当局组织了一个受军事纪律管理的特别技术组来进行维修。到日本占领的第一年年底，它们全部恢复了正常运转，原油又开始从石油池中被开采出来，并在上诉人的炼油厂里加工。在整个占领期间日本军事当局没有投产任何新的油田，而是继续在现有石油池中开采。

这样开采的石油，或者至少是其中很大一部分，以精炼产品、有时以原油的方式运往新加坡，存放在贮藏罐内（有些贮藏罐属于上诉人的关联公司所有），直至最终运往不同目的地[……]，用于满足当地的军用和民用需要。负责设在新加坡的石油办公室运输部的日本上校[……]对于分别分配给军用和民用消费者的数量没有做出估计。当英国人1945年9月5日在新加坡登陆时，他们在储藏罐内发现了[……]精炼油和[……]原油；被上诉人承认，所有这些都是交战占领者从苏门答腊石油池中开采出来的[……]。英国军队扣押了这些石油库存作为战利品。[……]

我现在开始考虑日本交战占领者在国际法上是否有权扣押地里的原油并剥夺上诉人的所有权。共同的立场是，如果交战占领者确实有这项权利，那么它源自《海牙章程》第53条。但是，在我分析这一条款之前，有必要考虑上诉人提出的一个强有力的意见；该意见如果成立，将使得对《海牙章程》的详细分析只具学术意义。上诉人称，日本之所以发动战争，或者至少是发动对荷属印度群岛的入侵，是为了确保该国的石油供应，因为石油在现代作战条件下是不可缺少的原料。因此，日本侵略军一旦确立必要的军事优势，立即“一股脑儿”地扣押了上诉人的设施，并尽可能迅速地将其修复和投入了运行，为此目的使用了[……]附属于军队并在工作纪律约束下的平民技师。按照上诉人的论证，整个行动是根据日本开采荷属印度群岛的石油资源以推进其侵略战争的总计划，由日本军队筹备和执行的。计划取得了成功，使得东南亚日军得以在战争过程中分配出大量的原油和精炼油，满足其控制区及日本本土的军事和民用消费者的需求。上诉人因此辩称，对荷属印度群岛石油资源的这种开采是日本国以极权主义规模对私有财产进行的有预谋的掠夺，违反了战争法规和惯例。

上诉人依赖日本海军和陆军军官的证据来证明这一意见所基于的事实。设在东京的海军省供应局燃料课课长称，他参加了1942年春天有关恢复荷属印度群岛油田生产的计划；之后他巡视了被夺取的油田，并安排送去人手和材料进行维修，使其恢复正常运行。[……] 驻扎在巨港和石油办公室新加坡总部的的日本陆军军官提供的有关石油处理、炼制和分配的更多细节显示，除满足军事需求外，石油还被用于满足民用需求。在我看来，这一证据证明侵略军对苏门答腊石油设施的扣押是作为一个更大计划的一部分实施的；由日本国制订的这一计划旨在确保获得荷属印度群岛的石油资源，不只是为了满足占领军的需要，而且是为了在对同盟国作战期间满足日本国内外的海军、陆军和民用需求。

证明了这些事实后，下一个要确定的问题就是以这种规模、为这种目的对私有财产进行的扣押是否违反战争法规和惯例。幸运的是，在这一点上源自欧洲战争的判决提供了相当多的先例。首先是纽伦堡法庭1946年的判决，其中确立的

原则是，根据旨在推进交战者总体战争的蓄意计划、在不考虑当地经济的情况下对被占领地资源进行开采的行为是掠夺，从而违反战争法规和惯例。这一原则在*关于弗利克案* (*In re Flick*) (1947年，美国军事法庭，纽约堡)、*关于克虏伯案* (*In re Krupp*) (1948年，美国军事法庭，纽伦堡) [参见**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，第1042页] 和*关于克劳赫案* (*In re Krauch*) (1948年，美国军事法庭，纽伦堡) 中得到了认可和进一步阐述；在这些案件中该原则被适用于通过违背所有者意愿获得对私有财产的实质或控制利益的方式系统掠夺被占领地经济的德国企业家的行为。本案要更为突出得多，因为对上诉人财产的掠夺不是由日本企业家，而是由日本武装部队自己，在整个占领期间系统和冷酷地进行的。在我看来，这些先例充分支持了上诉人的意见。因此我的结论是，日本武装部队对上诉人在苏门答腊的石油资源的扣押及其后的开采违反了战争法规和惯例，从而并不能起到将上诉人的所有权转让给交战占领者的效果。

我现在转向上诉人极力主张的替代论点，即无论如何扣押是非法的，因为地里的原油不是《海牙章程》第53条含义范围内的“*军需品*”，因为它此时还是原料，而且更重要的是，是固定原料。按照陆军委员会根据《海牙章程》第1条的规定颁发的《英国军法手册》(British Manual of Military Law)，“*军需品*”是那些“可以直接用于军事用途的东西”。被上诉人认可对“*军需品*”的这一解释，正如他们必须如此的那样，因为他们在这些诉讼中事实上代表君主，尽管不是以君主的名义出庭。因此他们就不得不论证说，地里的原油尽管是原料，但却可以直接用于军事用途，或者至少同直接军事用途有紧密的足以适用第53条的联系。被上诉人没有引用直接依据来支持原料可以是“*军需品*”的主张，但提及《奥本海国际法》（第七版）第404页上的一段话，“所有种类的私有动产，例如……制服用的布，靴子用的皮革……都可以……为军事目的……被扣押”，认为其支持原料可以是“*军需品*”的观点。另一方面，芬兰的卡斯特伦 (Castren) 教授在《战争与中立法》(Law of War and Neutrality) 第236页称“原料和半制成品很难被认为是军需品”。或许，诸如制服用的布和靴子用的皮革这些可以由军队人员无需借助民用技师就能在工厂之外做成成品的特定种类的原料和半制成品，可以毋须过分扩展“*军需品*”一词的含义而被视为同直接军事用途有紧密得足以适用第53条的联系。但没有必要对此下结论，因为本案中并不存在这种紧密联系。根据证据，军队需要复杂的设备和民用技师才能开采这些石油和将之准备用于战争机器。石油必须从地下石油池内抽出，运往炼油厂，进入复杂的精炼过程，然后才能对任何人有任何用处。在我看来，在这种情况下不能说，在石油在地里被扣押的那一刻，它就同直接军事用途有了紧密得足以使其进入第53条所指的“*军需品*”范围的联系。

上诉人进一步提出的论点是，“军需品”不包括不动产，因此扣押时作为不动产一部分的原油不是“军需品”。上诉人承认，属于第53条所列类别的某些带有不动产特征的东西，如铁路运输系统，可以被扣押，但辩称地里的石油不能被视为这样的例外情况。为支持这一观点，上诉人依赖西蒙 (Simon) 勋爵在*席福尔特·特罗伊汉德诉总检察长案* (*Schiffahrt-Treuhand v. Prosecutor General*) (1953) A.C. 232 (第262页) 中的附带意见，即“扣押土地上的敌国私有财产是不合法的(除非是可以在战斗中用于对敌的弹药或武器)……”。当然，西蒙勋爵并未打算对“军需品”进行穷尽式的解释，但我认为，说它可以包括位于*原处* (*in situ*) 的矿产，将是对他“可以在战斗中用于对敌的弹药或武器”这一短语含义范围的令人吃惊的扩展。据我判断，一般说来第53条意在适用于动产，只有当其描述宽泛得足以包括可能部分属于不动产的东西的那些类别，如该条第2段开头提到的“客运或货运设施”，才允许将其解释为包括不动产。在我看来，“军需品”不属于这种类别。因此我认定，地里的石油，作为不动产且不能直接用于军事用途，不是第53条含义范围内的“军需品”。

酷爱提出替代论点的上诉人还辩称，即使地里的原油根据第53条可以作为“军需品”扣押，本案中的扣押也是无效的，因为没有给所有人或任何代表他们的人收据。第53条没有要求给收据，而第52条 (涉及征用) 则对此有明确规定；因此作为纯粹的解释也许可以说，第53条的遗漏是制定《章程》的人有意为之，从而不应推断出这种要求。然而，已经解释过该条的国内法院并不持这种观点。在*比约特案* (*Billotte*) (1948年，荷兰地区法院，阿纳姆案 (Arnhem)) 中，德国军事人员扣押一辆汽车而不给收据的做法被认定为使得扣押无效。1950年，海牙上诉法院在*欣里希森案* (*Hinrichsen*) 中持类似观点。在该案中，一名德国海关边境警卫在扣押两辆摩托车时没有给所有者收据，法庭判决说“为了确保遵守在媾和后必须归还这些货物并给予赔偿的规则，在没有以某种方式正式承认时不能这么做”。在做出判决时上诉法院提及第一次海牙和平会议 (1899) 过程的报告，里面称虽然专门对收据加以规定似乎不合适，但委员会仍然认为扣押的事实必须以这种或那种方式被明确陈述，只要能够给所有者提供一个请求赔偿的机会就好。[……]被上诉人寻求将这些先例同本案相区分，理由是众所周知的扣押不需要收据或承认。没有先例被引用来支持这一观点，但无论如何它在本案中不能成立，因为在这里扣押虽然众所周知，但被扣押的数量却不为人知。上诉人不知道也无法发现在日本占领期间有多少原油在其石油池中被扣押；即使按照法律规定做了其它所有事情，他们现在也无法主张第53条所明确规定的赔偿。对于日本交战占领者而言，给受其指定在苏门答腊代表不在场所有者的敌国财产托管人一份正式承认，并向他提供所开采原油的适当记录，是轻而易举的事；然而任何这样的事情都没有做。在我看来，这违反了第53条，使得扣押无效。

上诉人提出的最后一个关于解释第53条的替代论点是，即使扣押在所有方面都有效，交战占领者对被扣押财产也只有暂时所有权，如果该财产在战事停止时仍然实际存在，必须归还给原来的私人所有者。他们主张，在本案中被扣押财产在战事停止时仍然实际存在，因此上诉人的权利恢复，财产必须归还给他们。为支持这一主张，上诉人首先依赖第53条“媾和后……必须归还扣押物品”的明确文字，其次依赖韦斯特莱克（《战争》(War)，第二卷，第115页）和罗兰 (*Rolin*) (《现代战争法》(Le Droit Moderne de laguerre)，第492页) 的观点，最后依赖国内法院在1943年和1947年判决的两个案件[……]。被上诉人承认关于归还的规定适用于某些扣押，例如若被扣押的是一辆卡车，敌对交战者有义务将其归还给所有者；但他们辩称，将这些规定适用于汽油这样的消耗性战争物资违背常识，因为不能轻易辨认出它们属于哪个特定所有者。这样一个区别并不是基于任何原则，而只是基于假定的在实践中执行该条规定的困难。但是，如果事实上在辨认财产所有者方面没有实际困难，就像在本案中这样，那么我找不到任何理由背离第53条的明确文字。被上诉人还反对说，即使有归还石油存货的义务，该义务也要等到实际媾和后才发生。然而，交战占领者使用“军需品”的权利显然必须随战事的停止而停止；在我看来，此时交战占领者保留的唯一权利就是代表所有者继续占有财产，原始所有者重新取得对财产的其它一切权利。因此我的意见是，从这件事情的任何角度看，上诉人都有权要求交战占领者代表他们占有这些剩余的石油库存，直到它们能够按照第53条的规定被归还为止。

现在我已经讨论了上诉人提出的很多关于《海牙章程》的论点。在论证一开头，上诉人的律师就主张日本军队对原油的扣押在每个细节上都违反了国际法规则。这是一个笼统的主张，但我不得不说，我认为他成功论证了对荷属印度群岛石油资源的扣押是经济掠夺、地里的原油不是“军需品”、不给收据是一个致命疏漏以及归还未消耗石油的义务并未完成。在我看来，交战占领者在所有这些事项上都违反了战争法规和惯例，从而既没有为自己取得有效所有权，也没有剥夺掉我已经认定上诉人在扣押前就具有的所有权。[……]

基于这些原因，我认为上诉应当被允许。上诉人应当承担上诉费用以及在委员会前的诉讼费用。(其它意见省略。) [……]

讨 论

1. 如果证明日本发动了一场旨在纯粹为了战争需要而夺取私有财产（石油）的入侵，为什么这，如法庭所说，使得对《海牙章程》第53条的分析只具学术意义？日本的这种行动是否违反战争法规和惯例？它是否意味着日本不能行使占领国在国际人道法上的

权利？它的所有行动都变得非法？法庭提到哪些战争法规和惯例？法庭的推理是否混淆了战争之法（*ius ad bellum*）与战争中法（*ius in bello*）？

2. (1) 军队何时可以从其占领的领土取走财产？占领军可以为自己使用而扣押财产吗？为其平民人口的使用？（参见《海牙章程》第23条第7款、第46条第2款、第52条、53条和55条。）

   (2) 占领军可以扣押、利用或破坏何种财产？财产是国家所有还是私人所有重要吗？在评价占领者进行的扣押或征用时，财产还有其它哪些特征是决定性的？（参见《海牙章程》第23条第7款、第46条第2款、第52条、53条和55条。）

3. (1) 原油不构成军需品吗？什么构成《海牙章程》第53条上的军需品？要构成军需品，一件物品必须满足可以直接用于军事用途和是动产这两项要求吗？《英国军法手册》的军需品定义对所有人都有约束力吗？

   (2) 如果接受《英国军法手册》的军需品定义，法庭对于本案事实的分析，即认定石油作为原料不可直接用于军事用途，令人信服吗？原料永远不是军需品吗？

   (3) 军需品必须是动产吗？在这点上法庭是否令人信服地解释了《海牙章程》第53条的用语？石油真的是不动产吗？

4. 扣押和征用物品的区别何在？在扣押方面允许占领者做什么？征用呢？在国际人道法上有不同规则分别适用于二者吗？法庭对为了符合关于扣押的《海牙章程》第53条所必需满足的要求的解释是否正确？这些要求是直接规定在该条中还是暗示的？（参见《海牙章程》第52和53条。）日本不给收据的做法是如法庭所说的“致命疏漏”吗？

5. 被扣押财产必须归还吗？如果是，什么时候？“媾和后”？（参见《海牙公约》第53条。）那确切是指何时？战事停止时？

6. 本案中的征收不违反《日内瓦第四公约》第147条吗？单是第147条就足以使日方的征收构成对国际人道法的重大破坏，还是必须有保护这种财产的实体规则才能适用该条？

案例90. 美国，丹珍朱克引渡案

案 例

[**资料来源：**United States District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 612 F. Supp. 544 (1985)；脚注略。]

关于约翰 · 丹珍朱克引渡案[……]

Misc. No. 83-349,
1985年4月15日

1983年10月31日，以色列国政府根据1983年10月18日发出的一份以色列逮捕令，请求从美国引渡约翰·丹珍朱克 (John Demjanjuk) (以下简称“被告”)。逮捕令指控丹珍朱克犯有以色列国“《纳粹及纳粹合作者 (惩治) 法》第1－4节所规定的谋杀犹太人罪”。以色列国对约翰 · 丹珍朱克的引渡请求，第11－12页。

美国政府，按照其根据《美利坚合众国政府与以色列国政府间引渡条约》(1962年12月10日签署，1963年12月5日生效，以下简称“《条约》”)，于1983年11月18日提起控诉 (以下简称“政府控诉”)，寻求将被告引渡到以色列。政府在控诉中称，被告被指控犯有“谋杀和恶意伤害罪；造成严重肉体伤害”，属于仍然有效的《条约》的第2条所列举的犯罪。政府控诉，第1－2页。

本法庭必须确定被告是否可以依据《美国法典》第18章第3184页之规定被引渡到以色列国。

案件沿革

被告，苏维埃社会主义共和国联盟 (以下简称“苏联”) 乌克兰人，1952年2月9日进入美国；[……]1958年11月14日，他在俄亥俄州克里夫兰 (Cleveland) 的美国地区法院归化为美国公民。[……]

1981年6月23日，本庭发现被告在签证申请中有重大虚假陈述，没有披露他于1942－1943年间在特拉尼基 (Trawniki) 和特雷布林卡 (Treblinka) 战俘集中营为德国党卫军服务的情况。被告的美国公民资格被下令作废，归化证书被撤销。[……]

1982年12月6日，移民和归化局对被告提起驱逐诉讼。1984年5月23日，移民法官阿道夫·P. 安吉莉莉 (Angellili) 认定被告可被驱逐，并指定苏联为驱逐地

国。但是，移民法官也给了被告自愿离开美国的选择。1985年2月14日，移民上诉委员会驳回了被告对驱逐令的上诉；委员会维持了关于被告可被驱逐的认定，撤销了自愿离境的许可。[……]

1984年7月17日，本庭裁定，尽管有被告对于驱逐的上诉，但引渡和驱逐诉讼是相互独立的，因此对被告的引渡听证可以继续进行。法庭还说道，美国政府没有义务选择驱逐或是引渡作为针对被告的唯一诉讼手段。

二、

[……]1985年3月12日的引渡听证考虑了三个问题，它们是：

1. 被告是否是控诉所指名的当事人（识别问题）；
2. 被告被寻求引渡所依据的罪行是否是〝《条约》范围内的〞犯罪（条约解释问题）；
3. 是否有〝合格和足够的证据〞或〝合理根据〞使人相信被告犯有被指控的罪行（合理根据问题）。

下面将逐一分析和解决这些问题。

[……]

四、条约解释

转向引渡法庭必须考虑的第二个要素，本庭将要确定被告是否被指控在以色列国管辖权内犯有《条约》所规定的任何罪行。[……]

(一) 以色列的管辖权

被告声称，根据〝公认的国际法原则〞，以色列没有审判他的管辖权。被告的终止案件申请，第11页（1984年4月2日提交）。如果以色列没有管辖权，那么美国就不能将被告引渡到以色列。然而，以色列对被告主张的管辖权根据以色列国内法和国际法都是恰当的。而且，以色列的管辖权没有违反任何美国管辖权原则或实践。[……]

国际法一般并不禁止国家对非公民或发生在领土外的行为适用该国法律（所谓〝立法管辖权〞）或由该国法院管辖（所谓〝执法管辖权〞）。荷花号案(S.S.Lotus, 法国诉土耳其)，[1927] P.C.I.J. Ser. A, No. 10 at 19. 相反，国家有〝广泛的自由裁量权，只在特定情况下受到禁止性规则的限制〞。同上。在其它情况下，每个国家都可以〝自由地采用其认为最好和最合适的管辖权原则〞。同上。

在特定情形下对非公民行使域外刑事管辖权并不违反一国的国际义务，例如尊重其它国家主权的义务。同上，第20页。在此无需确定国际法是否允许其所不禁止的一切，因为以色列基于反纳粹法对被告主张管辖权符合国际法上的“普遍管辖权”原则。

国际法规定某些犯罪可以由任何国家惩治，因为犯罪人是“所有人类的共同敌人，所有国家对于他们的逮捕和惩治都有同等利害关系”。[……]

对危害人类罪和战争罪罪犯行使普遍管辖权的原则在第二次世界大战的战后时期获得了接受。同盟国在数个法庭对被控犯有战争罪和危害人类罪的人员提起诉讼。很多情况下他们对被告行使了域外管辖权。纽伦堡国际军事法庭对“其犯罪没有特定地理处所”的主要战争罪犯进行了审判。[……]大量个人被告被判犯有“战争罪”和“危害人类罪”，这些罪行中很多是在四个同盟国的领土之外实施的。国际社会以联合国大会决议的方式确认和支持了法庭的工作及其所采取的原则。G.A. Res. 95 (A/64/Add. 1) p. 188 (1946) [……]。

在提交美国军事法庭的许多案件中，战争罪被告都反对法庭的管辖权主张，因为罪行不是在美国领土或者德国的美国占领区实施的。这些抗辩无一例外都被驳回。在主张管辖权时，美国军事法庭讨论了战争罪管辖权的普遍性。例如，在美国诉瓦尔德克案等人案 (United States v. Waldeck, et al, 1947年11月15日) 中，被告是德国布痕瓦尔德 (Buchenwald) 集中营的医生、警卫和官员。他们分别被指控和认定犯有“杀害、殴打、酷刑、饿食”及其它虐待行为中的不同罪行。在认定对在美国参战前在任何地方对任何国家国民实施的违反战争法的行为具有管辖权时，法庭称：

对国际法的任何违反都侵犯和损害了所有主权国家的利益。在特定案件中是否行使对这种罪行的惩治权是一国自由裁量的问题。但不言自明的是，遵从作为国际法一部分的战争法的国家，对于该法的维持和执行利益攸关。无论罪行发生于何时何地、惩治国的交战地位如何或者受害者具有何国国籍，都是如此。[……]

法国和挪威都已制定法律，规定对在其领土外实施针对其国民或国家利益的罪行的战争罪犯进行审判。[……]没有任何被提交或发现的证据显示国际社会反对同盟国对战争罪和危害人类罪行使域外管辖权。

联合国及其不同组织在第二次世界大战后的工作进一步表明了国际社会在起诉战争罪，包括危害人类罪 (在实施其它战争罪行过程中发生或与其相联系) 之中的利益。应联合国大会请求，联合国国际法委员会拟订了“纽伦堡原则”，

《国际法委员会第二次会议报告》，5 U.N. GAOR, Supp. 12, Pt. 111, U.N. Doc. A/1316 (1950)，将破坏和平罪、战争罪和危害人类罪规定为“国际罪行”。[……]此外，《联合国防止及惩治灭绝种族罪公约》，78 UN. T. S. 277 (1948年12月9日开放签署) [以下简称“《灭种罪公约》”] 于1948年在联合国大会通过，G.A. Res. 260 (A), U. N. Doc. A/810 at 174 (1948)，并已被93个国家批准。《灭种罪公约》“确认”灭绝种族是“国际法上的一种罪行”，并将包括“蓄意……消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”的“杀害”和“严重身体或精神伤害”在内的不同行为界定为灭绝种族行为。《灭种罪公约》第1、2条。缔约国承诺“防止和惩治”灭绝种族行为。《灭种罪公约》第1条。[……]

(二) 《条约》范围内的指控

[……]逮捕令的附件J指控被告犯有“违反《纳粹及纳粹合作者 (惩治) 法》的罪行”。令状申请的附件J更充分的陈述了指控：犯罪细节：犯罪嫌疑人，绰号“恐怖伊万 (Ivan)”，系党卫军成员，1942至1943年间在二战期间被纳粹占领的波兰卢布林 (Lublin) 地区的特雷布林卡集中营操作毒气室灭绝战俘。嫌疑人谋杀了数以万计的犹太人和非犹太人，杀死他们、损伤他们、给他们造成严重的身体和精神伤害、将他们置于意在带给他们肉体毁灭的生存条件下。嫌疑人这些行为的意图是消灭犹太人民和实施危害人类的罪行。指控依据：《纳粹及纳粹合作者 (惩治) 法》第1、2、3、4段。此外，令状申请中的目击证人陈述提及被告杀人、殴打和伤害的具体例子。基于以下理由，本庭认定针对丹珍朱克的某些指控是他根据《条约》第3条可以被引渡的罪行，也是《条约》第2条所提及的罪行。[……]

2. 第3条

[……]如果被指控的域外犯罪“在类似情况下”在被请求国是可惩治的，被请求国必须引渡被告，除非《条约》其它条款另有规定。如果被指控罪行根据被请求国的法律是不可追诉的，那么“不必”同意引渡，亦即引渡是自由裁量的。但是，引渡法庭必须依据所涉及的条约[……]，对被告的可引渡性做出法律决定。[……]

美国确实承认被指控行为的犯罪性。美国参与了纽伦堡审判，在那里个人因为其实施的灭绝平民人口的暴行受到惩治。[……]此外，美国军事法庭因为其在集中营实施的可怕罪行对个人进行了审判。[……]再者，国会和行政部门（通过国务院）都明确指出，他们将大规模谋杀、酷刑以及其它对平民的不人道待遇视为可追诉的罪行。[……]但是，美国现行法律并未规定对被控于二战期间在欧洲

的纳粹集中营谋杀平民的人进行审判和惩治。因此，引渡被告的决定是自由裁量的。根据第3条，法庭的职责是确认被告能否被引渡。行政部门必须决定被告实际上是否将被引渡。[……]

六、抗辩

根据《条约》和《美国法典》第18章第3184页所进行之引渡的所有先决条件均已满足。因此，庭上剩下的唯一问题就是本案是否在《条约》中任何禁止或限制引渡的条款范围之内。被告对可引渡性的认定提出了数个抗辩。如下所示，这些抗辩都缺乏价值。

(一) 以色列法律不是追溯既往的

被告论证说丹珍朱克不可根据《美国法典》第18章第3184页引渡，因为该以色列法律是追溯既往的，违反了以色列的国际法义务和美国宪法。终止案件申请，第7－11页。被告的论证和结论是错误的。

根据国际法，一部使得在实施时不是犯罪的行为成为犯罪的法律，可能是被禁止的追溯既往的法律。今天无需涉及这一问题，因为《纳粹及纳粹合作者（惩治）法》不是追溯既往的法律。该法并未将以前合法的行为宣布为非法，而是为审判以前就公认为犯罪的行为提供了新的场所。根据该法被追诉的被告否则将受到行为发生地国的刑事管辖以及同盟国军事法庭、也许还有德国法庭的管辖。同上，第20-24页；1985年3月8日之法庭命令，第10-12页。

被告被指控的是在实施时就是犯罪的行为。在所讨论的时期，战时谋杀没有自卫能力的平民的行为在国际法上就是非法的。关于陆战法规和惯例的1899年和1907年《海牙公约》[……]都禁止杀害没有自为能力的人，即使他们是敌国国民，第23条第2、3款，并禁止针对居民的“一般性惩罚”，第50条。上述的规则对于其当事国，包括德国，具有约束力，到1939年时已经被所有文明国家认可，并视为对战争法律和惯例的宣布。[……]而且，声称操作毒气室以及拷打和杀害没有武装的战俘的行为在1942至1943年间不是每个文明国家的法律和标准上的非法行为，是荒谬的。[……]

该以色列法律只是规定以色列法院对于审判被控在域外犯有某些罪行的人有管辖权，并确立了司法程序和适用刑罚。[……]与此相似，根据同盟国的协定，纽伦堡国际军事法庭为追诉被控在二战期间犯有战争罪行的人提供了一个新的场所。该法庭一以贯之地拒绝被告关于他们是根据追溯既往的法律被审判的主张。

[……]因此，以色列没有违反国际法上可能存在的、禁止追溯既往地适用刑事法律的规则。[……]

在特雷布林卡对犹太人、吉普赛人和其他人的谋杀不是第三帝国国内政治骚乱或政治权力斗争的一部分。谋杀是在对波兰的入侵完成之后，针对波兰境内的无辜平民人口实施的。没有任何声称这些被杀害的犹太人和非犹太人是改变政治结构或推翻占领政府的积极企图的一部分的主张被提出，这样的主张也不可能得到支持。[……]

相反，这些无辜的平民人口是“最终方案”计划之内的受害者。被指称的犯罪在实施时并不考虑受害者政治隶属或者政府或军事地位。[……]受害者的平民身份也具有重要性，因为美国并不将对平民不分皂白地使用暴力的行为视为政治罪。[……]被告人关于在特雷布林卡杀害没有自卫能力的平民是纳粹战争活动的一部分、因此在本质上是政治性的主张，是于法无据和令人不快的。无论如何，被指称的在特雷布林卡的谋杀是与第二次世界大战同时进行的这一事实本身，并不足以使得该犯罪具有《条约》含义范围内的“政治性”。

在涉及临时爱尔兰共和军成员的最近另一个引渡案件中，《美利坚合众国与大不列颠及北爱尔兰联合王国间引渡条约》28 U. S. T. 227 (1977) 的政治罪例外条款被解释为只要求不将违反文明行为的国际标准的行为视为政治性的。无疑，一个即使是在经过宣战的战争中或者在公开武装冲突最激烈的情况下也可以恰当惩治的行为，不能也不应当根据《条约》的政治例外条款得到承认。[……]本庭现在不必讨论美国引渡条约中的政治罪例外是否应当被解释得像多尔蒂 (Doherty) 法庭所解释的那么广泛。但清楚的是，即使是这个非常广泛的“政治罪”定义也不包括丹珍朱克被指控的罪行。被指控的这些罪行不符合文明行为的国际标准。[……]

在作为纳粹集中营警卫期间，作为灭绝宗教或种族团体的更大的“最终方案”的一部分对大量平民进行的谋杀，不是“政治性质”的犯罪，因此不属于对引渡的政治罪例外的范围。[……]

结　论

根据《美国法典》第18章第3184页，本庭向国务卿证实：

逮捕令申请和逮捕令中包含的“谋杀”指控是根据《条约》第2条和第3条可引渡的罪行；逮捕令申请和逮捕令提出了合格和足够的证据支持对被告的“谋杀”指控。

[……] **准此。**

弗兰克·J.巴蒂斯蒂 (Frank J. Battisti) 首席法官

讨 论

1. 根据哪些法律，丹珍朱克被指控的行为在20世纪40年代是非法的？
2. 法庭可以将以色列对丹珍朱克的管辖权建立在1949年《日内瓦公约》的管辖权条款基础之上吗？或者那将是适用一个追溯既往的法律？本案可以像法庭根据1949年《日内瓦公约》所做的那样处理吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条。）
3. 丹珍朱克是否可以因为他的二战罪行在美国根据美国法被惩治？根据国际人道法？美国没有一部给予其对丹珍朱克管辖权的法律，这是否违反国际人道法？美国不惩治丹珍朱克是否违反国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条。）
4. 对国际人道法的重大破坏行为可能是禁止引渡的政治罪吗？

三、中国内战

案例91. 中国，毛泽东军事著作

案 例

[**资料来源：**Selected *Military Writings of Mao Tse-Tung*, Peking, Foreign Language Press, 1963, p.341；脚注略。]

《中国人民解放军总部关于重新颁布三大纪律八项注意的训令》

1947年10月10日

1. 本军三大纪律八项注意[……]现在统一规定，重新颁布。望即以此为准，深入教育，严格执行。至于其它应当注意事项，各地各军最高首长，可根据具体情况，规定若干项目，以命令施行之。

2. 三大纪律如下：
   (1) 一切行动听指挥；
   (2) 不拿群众一针一线；
   (3) 一切缴获要归公。

3. 八项注意如下：
   (1) 说话和气；
   (2) 买卖公平；
   (3) 借东西要还；
   (4) 损坏东西要赔；
   (5) 不打人骂人；
   (6) 不损坏庄稼；
   (7) 不调戏妇女；
   (8) 不虐待俘虏。

讨 论

1. 这些纪律和注意符合国际人道法吗?
2. 国际人道法的哪些规定在这些纪律和注意中缺失，特别是注意到四个《日内瓦公约》共同第3条?
3. 这些纪律和注意在哪些方面超出了国际人道法的范围？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条和《第二议定书》。）
4. 这些纪律和注意预见的实施机制是哪些?
5. 关于纪律 (1)，军队成员必须永远服从命令吗？即使这种命令同其它纪律或注意不一致?

四、朝鲜战争

案例92. 美国，美国诉巴彻勒案

案 例

[**资料来源：**United States Amy Board of Review, 19 CMR 452 (1955)。]

美国诉克劳德·巴彻勒 (Claude Batchelor)
下士 [……] CM 377832
Petition for rewiew by USCMA pending.

1955年8月1日

案件经过：1954年9月30日判决。被批准的判决：

不光彩退伍、完全没收及二十 (20) 年有期徒刑。

判决意见：[……]

一

在一般军事法庭的审判中，本案依召集人指示被作为非死刑案件处理。被告作无罪辩护，但被认定犯有如下罪行：两度未经适当授权同敌人交流 (指控1，细节清单1和2)；发出一封不忠于美国的信，意在鼓动美国平民的不忠和不满 (指控2及其细节清单)；作为战俘时有不当行为 (附加指控1，细节清单2)；非法参与对战俘伙伴的“审判”并建议将其枪决 (附加指控2及其细节清单)。所有罪行都是被告在北朝鲜碧潼 (Pyoktong) 的第五集中营作为战俘被敌人控制时实施的，分别违反了《统一军事司法典》(Uniform Code of Military Justice) 第104、134、105和134条。[……]

二

被告被认定于1951年7月1日至1953年9月1日作为战俘受敌人控制期间，未经适当授权有意同敌人联络、沟通和交流：加入、参与和领导敌人组织的讨论组，提出、发展、讨论和反思美国在朝鲜进行细菌战、是朝鲜冲突中的非法入侵

者、战俘应当信奉共产主义等观点和意见；散发批评美国介入朝鲜冲突的请愿书；敦促联合国战俘签署这些请愿书；帮助敌人影响其它联合国战俘接受和遵循共产主义哲学和原则，违反了《法典》第104条 (指控1，细节清单2。) [……]

八

[……]

(三) 拒绝以《战俘法典》被声称的不适用性为理由的请求 (第2、3号)

上诉辩护律师的基本论点是，所有指控都是基于被告作为中国共产党人俘虏期间的行为，都应当被撤销，因为1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》将对战俘的所有权力置于俘获国手中，而从母国手中收回了此种权力 (《日内瓦第三公约》)。[……]

(1) 对作为战俘期间所犯罪行的管辖权

上诉辩护律师显然认为，1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》，以及作为补充的《技术手册》19-500号，起到排除任何此种管辖权的作用。诚然，美国有遵守这一公约的法律义务 [……]，而且尽管1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》直到最近，准确地说是1955年7月14日才被批准，但美国在安全理事会的代表1951年7月6日致联合国秘书长的信称“朝鲜的联合国军已经并正在被指示要始终遵守关于……战俘待遇的1949年《日内瓦公约》” (UN Doc. S/2232, 25 Dept/State Bull. 189 (1951))。但是这些战俘公约 (以下按年份和条款引用，如1929年第2条) 并非意在产生、也不会产生上诉辩护律师所认为的那种效果。它们并不意味着影响母国在战俘被遣返后，对其在敌军俘虏期间违反母国法律所犯罪行的管辖权；也不意味着许可或赦免任何像指控的细节清单所述的那些行为。另一方面，《日内瓦公约》的特定目的在于确保人道待遇，消除对战争受害者的残酷和不人道待遇 (1929年前言；1949年第3条)。为实现这一目的，它们只认可俘获国－敌国所施加的不可避免的临时纪律控制 (1929年第9、18、45、50、51、54－58、62、66条；1949年第21、39、82、87－94、98、100条)，同时表述了战俘继续服务于其母国的原则 (《奥本海国际法》，第七版，劳特派特，第二卷，第127e节)，并且非常确定地承认其对母国继续效忠 (1929年第19、27、31、49、75条；1949年第5、18、22、40、43、49、50、54、68、87、118条)，而没有义务对不是其国籍国的俘虏国－敌国效忠 (1929年第45、66条；1949年第87、100条；《奥本海国际法》第128节、128b节)。被特别依赖的1929年《公约》第2条和第45条也不支持上诉辩护律师的论点。因此，第2条关于“战俘是在敌方

国家的权力下，而不是在俘获战俘的个人或队伍的权力下”的规定仅仅是确保俘虏国－敌国的人道待遇和保护 (温斯罗普 (Winthrop)：《军事法与先例》(Military Law and Precedents) [第二版，1920年重印]，第790页)；通过进一步规定“他们在任何时候都应受到人道待遇和保护，特别是不遭受暴行、侮辱和公众好奇心的烦扰……”，第2条本身也承认这一点。第45条关于“战俘应受拘留国武装部队现行法律、规则及命令的拘束”——第45条是“第三章 对战俘的刑事制裁”的“总则”部分的第一个条款——不过是对我们先前称之为俘获国—敌国所施加的不可避免的临时纪律控制的明示承认。这一点对于规定“战俘应受美国军队包括《军法》在内的现行法律、规则或命令的拘束，而不应受他们在其中服役的武装部队所属国家的法律、规章或命令的拘束”的《技术手册》19-500号第57段 (变更7，1945年8月29日) 也明确成立；该段是在“纪律和控制”的主标题之下，而《技术手册》19-500号也正是意在作为1929年《日内瓦公约》的补充 (变更3，第2a段，1945年8月9日)。[……]

因此，第一个论点明显没有价值。定此。

(2) 《战俘法典》第104条的适用性

无论是1929年还是1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》都没有哪怕是暗示地许可指控1的细节清单所指的交流行为。相反，《日内瓦公约》只不过要求战俘“当其受询问时，应告以其真实姓名和等级或其部队番号”(1929年第5条；1949年第17条)，以及允许战俘直接 (1929年第42条；1949年第78条) 或通过其代表 (1929年第43条；1949年第79条) 对在俘情况提出申诉。战俘不得被胁迫提供任何其它信息 (1925年第5条；1949年第17条)。因此，已经有人指出：

“显然，战俘没有义务就除其等级和身份之外的其它事项提供信息。对给予提供此种信息的战俘进行处罚或虐待是非法的。……”(惠顿：《国际法－战争》，第 7 版，1944 年，第 184 页)

及

“《日内瓦公约》详细规定了可以要求战俘提供的信息。信息仅限于他的姓名、等级、出生日期，及军、团、个人番号。……”(《奥本海国际法》，劳特派特，第二卷，第 127 页)

显然，对公布身份或申诉在俘条件的许可，无论如何延伸想像力，也不能被解释为对从事本案被告被指控的这些行为的许可。[……]

现在能否首次公平地说，国会自己的意图是让这些军法条款包含一个默示例外，原因仅仅是不交流规则在所提及文本中被陈述为“绝对的”，而根据对我们

有法律约束力的那些战俘公约，战俘的某些轻微背离，如公布身份和申诉，是可以接受的？我们认为不能。[……]

[……]

九

审查委员会认为有罪认定和已获适当机构批准的判决在法律和事实上均系正确，并基于整个记录确定其应当被批准。特此确认有罪认定和判决。

讨 论

1. 战俘能否对其本国援引《日内瓦第三公约》？《日内瓦第三公约》是否调整战俘同其本国之间的关系？

2. 战俘应受拘留国法律还是他所依靠的国家的法律拘束？（参见《日内瓦第三公约》第82和99条。）如果二者冲突怎么办？

3. (1) 国际人道法是否保护战俘对其所依靠国家的效忠？拘留国能否允许战俘违反这一义务？能否鼓励他这样做？若他这样做，能否答应给予他超过《日内瓦第三公约》规定范围的好处？拘留国能否允许战俘在其他战俘中间进行不利于他自己国家的宣传？在媒体上？（参见《日内瓦第三公约》第87条。）

   (2) 如果战俘改变其效忠对象，出于自由意志宣布对拘留国效忠，他是否丧失《日内瓦第三公约》上的权利？他可以被接受加入（前）拘留国的武装部队吗？（参见《日内瓦第三公约》第7、23、52和130条。）

五、匈牙利

案例93. 匈牙利，战争罪决议

案 例

[**资料来源：**53/1993. (X. 13.) AB (On War Crimes)；原文为匈牙利文，in *Magyar Közlöny*, 1993, p. 147; 英文翻译由法院职员提供。http://www.cicr.org/ihl-nat。]

以匈牙利共和国名义的决议
宪法法院，1993年

基于共和国总统提出的关于审查国民大会通过但尚未公布的这部法律的条款的申请，宪法法院决议如下：

1. 在适用《刑法典》第33条第2款时的一项宪法要求是，不适用法定时效的决定只能针对那些根据在行为实施时有效的匈牙利法律，尚在追诉期内的刑事犯罪；除非国际法将该罪行界定为战争罪或危害人类罪，宣布不适用法定时效或使得不适用成为可能，而匈牙利已经承担了排除法定时效适用的国际法义务。

2. 宪法法院认为，对于下列被国际法界定的罪行适用《刑法典》第33条第2款，而不考虑行为实施时的匈牙利法定时效规定，符合《宪法》。

1949 年 8 月 12 日在日内瓦签订、适用于 1949 年 8 月 12 日签订的四个《日内瓦公约》共同第 2 条所认定的两个或两个以上缔约国间一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突的《关于战时保护平民的日内瓦公约》所界定的“严重违反权利行为”；

在共同第3条所认定的在一缔约国领土内发生的非国际性武装冲突中的禁止行为。[……]

论 证

一、

1. 1993年2月16日，国民大会通过了“关于1956年10月革命和自由斗争期间所犯的某些刑事罪行的程序”的法律 (以下简称“《法律》”)。

《法律》的条文如下：[……]

第2条第1款：在签订于1949年8月12日、由1954年第32号法律加入的关于保护战争受害者的四个《日内瓦公约》中，联系：

(1) 基于共同第3条第1款的1949年8月12日《关于战俘待遇的公约》第130条；及

(2) 基于共同第3条第1款、界定“严重违反权利行为”的1949年8月12日《关于战时保护平民的公约》，同时注意1968年11月26日联合国大会通过并经由1971年第1号法律生效的《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》第1条第1款，在涉及法定时效对惩治1956年10月革命和自由斗争期间所犯刑事罪行的适用性时，必须适用《刑法典》第33条第2款。[……]

2. 根据《刑法典》第33条第2款，对于下列犯罪的惩治不适用法定时效：

(1) 战争罪，[……]

(2) 危害人类的其它罪行（第六章）；[……]

四、

战争罪和危害人类罪的特殊性

在本案中，对《宪法》和国内法的解释都必须根据这一事实，即适用于战争罪和危害人类罪的规范构成国际法的一个特殊部分，不仅包括国家彼此之间的责任，还包括个人的义务和刑事责任。国际法藉此触及了一个原本属于主权国家国内刑事权力范围的领域，并且在处理战争罪和危害人类罪时，在很多方面与国内刑法的原则和适用方式有所不同。

1. 就战争罪和危害人类罪而言，所指罪行不是基于国内法上的犯罪分类法，而是被界定其要素的国际社会认为构成刑事犯罪的行为。[……]

2. 国际社会起诉和惩治战争罪和危害人类罪；途径首先是国际审判，其次是坚持要求想要成为国际社会成员的国家起诉犯罪者。[……]

3. 因此，起诉和惩治危害人类罪和战争罪的国家是基于国际社会的授权、根据国际法设定的条件行事。国际社会偶尔也可能要求通过国际组织的行动，审查和拒绝不符合国际法的国内法律实践。[……]

4. 对战争罪和危害人类罪的起诉和惩治只能在法律保证的框架内进行；在没有这种法律保证的情况下保护人权是自相矛盾的。但是，国内法上的法律保证不能代替或取代这些国际保证。

(1) [……]国际法的发展已经不断将“国际人道法”的领域从战争语境中分离出来，并且已经使得对这些罪行的起诉和惩治独立于国内刑法的要求和条件，包括在法定时效的适用性方面，已经签订了两个关于战争罪及危害人类罪不适用法定时效的公约。

(2) [……]1968年《纽约公约》（《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》）的目标正是在于结束国内法的差异所带来的不确定和随意性；它宣布，本公约所列举的战争和危害人类罪，“不论其犯罪期日，不适用法定时效”。从该公约的序言可以看出，战争罪和危害人类罪一方面是“普通罪行”，另一方面却又不能以同样的方式对待。[……]

《欧洲保护人权与基本自由公约》第7条第2款和《公民权利与政治权利国际公约》第15条第2款允许缔约国对国际社会界定的罪行不适用法定时效。相反，《纽约公约》用强制性规定取代了这一许可性规定。而且，《纽约公约》是溯及既往的。[……]

五、

国际法和《宪法》界定的刑事罪行

1. [……]关于战争罪和危害人类罪的法规无疑是习惯国际法的一部分；它们是国际社会普遍承认的原则，或者按照《匈牙利宪法》的说法，它们属于“国际法所普遍承认的规则”。[……]

4. [……]

(2) 正是“基于”1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》所界定的“严重侵犯权利行为”，并考虑到禁止对起诉和惩治战争罪及危害人类罪适用法定时效的1968年《纽约公约》，《法律》第2条规定对1956年10月革命和自由斗争期间所犯罪行适用《刑法典》第33条第2款。

关于四个《日内瓦公约》共同第2条的“严重侵犯权利行为”涉及国际武装冲突。对于非国际（国内）武装冲突而言，被认为应禁止的行为由共同第3条界

定。四个《日内瓦公约》各自在不同条款中确切和详细界定了受保护人员的范围；只有针对这些类别的人员才可能实施“严重侵犯权利行为”。[……]

相反，共同第 3 条“不论何时何地”，适用于“不实际参加战事”的所有人员。

《法律》在制定中合并了《日内瓦公约》涉及不同主题和不同类别受保护人员的若干规定，在它们之间建立了《日内瓦公约》中所没有显现的联系。国内法规不得改变国际协定的内容。因此，有理由关注《法律》条文的合宪性问题。

宪法法院指出，1968年《纽约公约》关于不适用法定时效的要求不只是针对《日内瓦公约》所禁止的、构成“严重侵犯权利行为”的行为。《纽约公约》第1条第1款——有鉴于此《法律》要求适用《刑法典》第33条第2款——确实提及“严重侵犯权利行为”，但只是作为纽伦堡国际军事法庭所界定的战争罪的例子。根据第1条，不论其犯罪期日，下列刑事罪行不适用法定时效：(1) 1945年8月8日《纽伦堡国际军事法庭宪章》所界定的战争罪，尤其是那些被列举为“严重侵犯权利行为”的罪行。

四个《日内瓦公约》共同第3条所列举的行为构成危害人类罪，“不论何时何地”都被禁止，其中所包含的最低限度要求是武装冲突中的每个当事国都有义务遵守的（与“严重侵犯权利行为”的适用范围不同）。根据四个《日内瓦公约》共同第3条第2款，冲突当事国可以用特别协议的方式使该公约的其它条款发生效力，并且当事国应当努力这样做。因此，对关于第3条的“严重违反权利行为”的惩治需要有特别协议。

但是在国际法院看来，第3条所规定的禁止是基于“基本的人道考虑”，在任何武装冲突中都不能被违反，无论其性质是国际还是国内。

军事和准军事行动案 (尼加拉瓜诉美国)，1986 I.C.J.4 (June 27) at 114 [参见**案例130**. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案，第1359页]。也正是在提及危害人类罪的定义时，授权设立一个负责起诉在前南斯拉夫领土内所犯罪行的国际法庭的联合国报告（第47页）援引了《日内瓦公约》第3条。

因此，惩治四个《日内瓦公约》共同第3条所列举行为的法定时效也不会过期；万一这些罪行由于受保护人员的范围或者行为的实施方式而不属于《纽约公约》第1条第1款所界定的战争罪，它们也会不可避免地被有关危害人类罪的该公约第1条第2款的不适用法定时效的要求所涵盖。

(3) [……]宪法法院指出，将特定刑事罪行划归战争罪或危害人类罪是否适当最终将由国际社会进行监督，如果这些案件被提交国际人权委员会或人权法庭。

(4) [……]因此，《日内瓦公约》是否已被适当宣布无关紧要，匈牙利国所承担的实施义务是否发生在被《法律》指定为该法适用时限的日期（即1956年10月23日）之前也无关紧要。国际法和其后国内立法所规定的犯罪人的刑事责任可以使责任的全部范围生效。[……]

布达佩斯 (Budapest)，1993年10月12日

[……]

讨 论

1. 匈牙利法第2条处理发生在哪种冲突中的犯罪？冲突的种类与国际人道法的适用有关吗？如果是，如何有关？法庭默示还是明示地对1956年发生在匈牙利的事件进行定性？

2. (1) 关于四个《日内瓦公约》所界定的“严重破坏行为”（或者译自匈牙利语的、法庭所使用的“严重侵犯权利行为”）的规定适用于哪种冲突？（参见四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条。）

   (2) “严重破坏行为”这一概念也涵盖四个《日内瓦公约》共同第3条吗？如果不，匈牙利法是否做出了这种区分？法庭呢？法庭说“《法律》在制定中合并了《日内瓦公约》涉及不同主题和不同类别受保护人员的若干规定，在它们之间建立了《日内瓦公约》中所没有显现的联系”是什么意思？（参见判决第4部分第4段第2小段。）

3. 根据法庭的讨论，法定时效对哪类犯罪不适用？违反四个《日内瓦公约》共同第3条的行为属于这些犯罪吗？如果是，属于哪一类别？

4. 违反四个《日内瓦公约》共同第3条的所有行为都是危害人类罪吗？（参见**案例180**. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案，2. 审判分庭，事实真相，第626－659、700段及3. 上诉分庭，事实真相，第238－304段，第1794页。）

5. 国际法是否规定对某些犯罪有义务排除适用法定时效？（例如，参见《欧洲保护人权与基本自由公约》第7条第2款、《公民权利与政治权利国际公约》第15条第2款和1968年《纽约公约》（《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》）。）国际人道法所规定的镇压严重破坏行为的义务是否排除法定时效的适用？

六、果阿

案例94. 印度，蒙泰罗神父诉果阿案

案 例

[**资料来源：**India, Supreme Court Reports, 87-102(1970)；脚注略。]

赛巴斯蒂昂·弗朗西斯科·沙维尔·
多斯雷梅迪奥斯·蒙泰罗神父
诉
果阿

1969年3月26日

[……]

Hidayatullah首席法官宣读了法庭判决：

上诉人 (蒙泰罗神父) 是果阿居民。在果阿被印度兼并后，他可以选择成为印度国民或保留葡萄牙国籍。他选择了后者，被登记为外国人。他还获得了临时居住许可[……]。停留期结束后，他没有要求延期或更新。他被果阿副总督要求离开印度。[……]蒙泰罗神父没有遵守这一命令，结果被起诉[……]。他被定罪和判决[……]。现在他根据本庭的特别许可上诉[……]。

蒙泰罗神父的抗辩是他受1960年《日内瓦公约法》保护，副总督驱逐他的命令超越了该法赋予的权限，并且他没有实施任何罪行。司法委员及两个下级法院基于不同理由，认为《日内瓦公约》在果阿成为印度一部分后停止适用，并且印度的国内法院对于国家行为不能给予他任何救济。在我们面前的上诉中，皇家大律师爱德华·加德纳 (Edward Gardner) 先生经本庭许可代表蒙泰罗神父出庭。

为了理解本案，有必要简单回顾对果阿的兼并以及其后发生的事情。果阿在被葡萄牙武力夺取后，作为其殖民地大约450年。1961年12月19日，印度武装部队在短时间军事行动后占领了果阿，它由此处于印度管理之下。1962年3月27日，《宪法（第12修正案）法》通过，并被视为自1961年12月20日起生效。通过这一修正案，果阿被包括在联邦领土中，在《宪法》第240条中也插入了有关

果阿的内容。于是印度的许多现行法律开始适用于果阿，并发布了许多规章和命令。[……]

首先可以说，加德纳先生 (辩护律师) 承认他并不质疑军事行动或兼并的合法性。事实上，他很明确的说我们可以将兼并视为合法。他的论点，简言之，是副总督的命令相当于对蒙泰罗神父的驱逐，而《日内瓦公约》在尚未有效结束的占领期间给予免受这种驱逐的保护，因此他没有实施任何犯罪。

这一论点忽略了国际法的一条基本原则。蒙泰罗神父通过他的声明保留了葡萄牙国籍。他在印度的逗留应受印度的一般法律和果阿的特别法律拘束。毋庸置疑，外国人的接收和居住是自由裁量事项，每个国家基于其属地优越性，不仅有法律权利也有权限从其领土整体或任何部分驱逐外国人。[……]

在这一主张被解决后，加德纳先生从 1960 年《日内瓦公约法》的规定为其抗辩寻求支持。该法是为了实施 1949 年在日内瓦签署的国际公约而通过的。印度和葡萄牙都签署和批准了《公约》。加德纳先生依赖《关于战时保护平民的第四公约》的规定。他特别提及第 1、2、4、6、8、47 和 49 条。根据第 1 条和第 2 条，在一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态，以及凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，都存在尊重和确保尊重《公约》的义务。第 4 条界定了受保护者，该表述包括那些在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突方或占领国手中的人。然后第 6 条规定《公约》开始和停止适用的时间。《公约》从任何冲突或占领开始时适用。在冲突各方领土内，《公约》在军事行动全面结束时停止适用。在占领地内,《公约》在军事行动全面结束后一年停止适用，但在占领期间，占领国在该国于占领地内行使政府职权之限度内，应受《公约》第 1 – 12、27、29 – 34、47、49、51、52、53、59、61 – 73 和 143 条的拘束。

我们接下来遇到第47和49条；它们是问题的关键所在，也是寻求保护的依赖。加德纳先生指出，根据第8条，即使是受保护者也不得在任何情况下全部或部分放弃《公约》所赋予他们的权利。因此，本案取决于第47和49条是否适用。现在我们可以读一下第47和49条：

“47. 本公约所赋予在占领地内之受保护者之各项利益，均不得因占领领土之结果引起该地制度或政府之变更，或因被占领地当局与占领国所订立之协定，或因占领国兼并占领地之全部或一部，而在任何情况下或依任何方式加以剥夺。”

“49. 凡自占领地将受保护者个别或集体强制移送及驱逐往占领国之领土或任何其它被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何，均所禁止。[……]”

我们面前的当事方之间的分歧点，就第47条而言是尽管有领土之兼并，占领是否继续；就第49条而言则是副总督的命令是否意味着对受保护者的驱逐。

加德纳先生的意见是：所做出的命令是驱逐令，因此是对《日内瓦公约》的越权行为。这些公约创设了个人权利，它们甚至不能被放弃。只要占领延续，就有这些权利，而《日内瓦公约》也不能被孤立看待，而是必须结合作为实在法一部分的国际法来理解。它们不应被轻易放弃。在他看来，征服过去是取得领土的一种手段，但在《国际联盟盟约》、《联合国宪章》和《非战公约》之后，通过武力取得领土在国际法上不再赋予任何所有权。因此，占领只能针对无主地 (*terra nullius*)，现在已不可能。他[……]说《日内瓦公约》的起草历史表明这正是被寻求避免的危害，而《公约》通过议会立法已经成为印度法律的一部分。他承认果阿解放战争及兼并是合法的，但辩称兼并并未剥夺受保护者应受的保护。在他看来，一旦有军事行动和占领，占领不能通过将果阿领土并入印度的单方行为停止。如果印度不想受《公约》拘束，在第158条中有退出方法，但由于《公约》是根据第159条登记的，在后期即使是退出也不可能了。他依赖第77条，认为“解放”意味着占领终止之时。《宪法》的修正案仅仅是在涉及印度的范围内将兼并合法化，但在国际法上该领土仍处于占领之中。占领并未终止，也不能被单方终止。第47条的文字足够清楚地确立了这一点。简言之，论点是占领不因兼并而终止，保护因此持续，直至领土被割让或者占领国撤出领土，而二者均未发生。[……]

代表印度国的论点是，占领是指武装部队的占领或者说交战占领，占领随征服以及随之而来的被征服状态而终止。[……]我们必须在这两种意见之间做出决定。

这是首个此类案件[……]。我们认为，加德纳先生关于《日内瓦公约法》使得蒙泰罗神父的行为不可处罚的抗辩必须被否定。

首先，《日内瓦公约法》没有给予任何人具体权利来向法院主张。[……]被侵害的当事方必须采取何种方法来说服国内法院不是非常清楚，但鉴于我们对本案其它部分的结论，我们不必考虑这一点。我们将考虑《公约》本身。[……]

1960年《日内瓦公约法》[……]分为五章。[……]该法然后在附录中列出《公约》，四公约被列在同样数量的附录中。

然后我们将会看到，该法本身没有提供任何具体救济。通过规定对破坏《公约》行为的刑罚，它倒是的确提供了间接的保护。政府没有使得《公约》可以对自己强制执行，该法也没有给予任何当事人强制执行《公约》的诉因。因此，只

存在印度政府在平民待遇方面尊重《公约》的义务，而没有为受保护者创设本庭被要求强制执行的权利。如果没有法院可以强制执行的法律条款，法院是无能为力的[……]。

然而，上诉人寻求借助《日内瓦公约》来证明他不能被强制离开果阿，从而没有实施任何犯罪。因此，我们可以就《日内瓦公约》，尤其是关于战时保护平民的《日内瓦第四公约》说几句。公约和条约过去对保护平民的规定并不充分。[……]1907年《海牙第四公约》有第42－56条，但这一保护限于被敌军占领的场合。《章程》仅仅陈述原则，要求维持法律和秩序并尊重家庭权利、人的生命和私有财产，以及禁止集体处罚。实际上，这些规定限于“战争前沿”，而不适用于发生“全面战争”、平民同军队一样曝露于战争危险下的情形。[……]

[……]1949年《日内瓦公约》是附加于《章程》的，《日内瓦公约》第154条也是这样明确规定的。

《海牙章程》第42－56条包含了一些关于保护被占领地居民的有限的一般性规则。《章程》是补充性的。必须阅读的是第43和55条，它们《日内瓦公约》中没有对应条款。它们与本案并不相关。类似的，因为在《日内瓦公约》中没有“占领”的定义，必须阅读《章程》第42条，因为它包含一个定义：

“42. 领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。”

《章程》进而责成对该领土有权力的当局采取一切措施建立和确保法律及秩序。《章程》一般性地责成占领国尊重被占领地居民的人身和财产。没有条款表明占领何时发生，何时终止。正是因为这一缺失，本案中上诉方才主张只要被征服者没有割让领土或者征服者没有撤出，占领就一直延续，《日内瓦公约》的保护也一直延续。但是，规定《日内瓦公约》适用的开始和停止时间的第6条为此问题提供了一些说明。

这样剩下的问题就是，占领意味着什么？这当然不是对无主地的占领，而是别的什么。因为《日内瓦公约》中没有占领的定义，我们不得不转向《日内瓦第四公约》第154条所指向的《海牙章程》。[……]

必须阅读《章程》中的“占领”定义，因为《章程》是原始规则，《公约》只是《章程》的补充。我们已经引用了该定义，它表明领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。这意味着占领是由军事当局进行的。在“正义案”中法庭指出，关于交战占领的法律只适用于实际作战期间的占领；一旦敌人被彻底击败，那些法律就不再适用于接下来的占领。

问题因此转化为：第47条中所说的占领是交战占领还是彻底击败敌人后的继续占领？关于这一点我们必须从国家当局的声明中找到国家事实。军事占领是*暂时性的*事实 (*de facto*) 状态，不剥夺被占领国的主权，也不使它失去国家地位。所发生的全部事情就是被占领国*暂时* (*pro tempore*) 不能行使其权利。换言之，交战占领意味着政府不能行使职能，而由占领军行使权力。

相反，兼并发生于占领国取得被占领地并使其成为本国领土的情形。兼并产生管理领土的*法律* (*de jure*) 权利。兼并意味着不仅有占有，还有对领土无可争议的主权。[……]军事占领必须同被征服状态相区分；在后者中领土不仅被征服，还被征服者兼并。

但是，真正的兼并与单方和过早的兼并，或者有时被称为预期兼并，有所区别。只要战事还在继续，战场上还有反抗的军队，即使被占领国已经被完全逐出领土，法学家也将兼并视为过早。通过单方行动的预期兼并不是真正的兼并。只有当领土被征服和顺从时，才是真正的兼并。[……]

《日内瓦公约》正确地规定，兼并对于保护没有影响。但它们所说的是过早或预期兼并。过早或预期兼并没有影响。这样的抗辩基于同样的理由被纽伦堡法庭否定。实际上，在《日内瓦公约》本身的起草过程中，专家半倾向于在第47条的“兼并”前加上“声称”一词，以区分征服和顺从之后的兼并与战事尚在进行之中的兼并。征服结束战争状态，并摧毁现有政府的权利来源。在被承认为所有权取得方式之一的征服中，不但*事实* (*de facto*) 所有权而且*法律* (*de jure*) 所有权都转移给征服者。在征服之后，居民必须遵守所制定的法律，不得反抗之。

因此，被接受的原则就是，占领国必须适用《日内瓦公约》，即使其*在冲突期间*声称已经兼并了被占领地。然而，如果冲突已经结束，战场上已没有敌军，那么兼并就具有创设领土所有权的效果。人们可能会问，那为什么第6条提到一年的期间？我们给出的理由是，如果被占领国反败为胜，那么领土将在一年内被解放；而如果占领国保持胜利，战事停止，那么针对平民的强力措施将不再必要。在此，如同在其它法律中一样，界线被主观地划定为一年结束时。或者，占领，这里指的是交战占领，也可以随战事停止和领土成为占领国一部分而终止。[……]

对新领土的所有权何时开始的问题不容易回答。[……]

尽管《联合国宪章》规定有不使用武力侵害他国领土完整的义务（第2条第4段），但第二次世界大战之后的事件表明通过征服转让领土所有权仍然受到承认。[……]如果战败后的割让能够创设所有权，那么占领加上无抵抗必然产生同样的所有权。

本案中的事实是，交战只持续了几小时，然后便再没有任何抵抗。[……]1961年12月20日的占领既不是交战占领也不是过早占领，而是征服和顺从后的真正兼并。必须记住，加德纳先生承认兼并是合法的。因此，由于第47条意义上的占领已经终止，保护也必须终止。我们因此认为，本案中不存在破坏《日内瓦公约》的行为。[……]

《日内瓦公约》在1961年12月20日之后停止适用。印度政府提出给蒙泰罗神父印度国籍和公民身份，但他予以拒绝并保留了葡萄牙国籍。作为葡萄牙国民，他只有拿到许可才能在印度逗留。因此，根据适用于他的法律对他进行的起诉是正确的。因为关于该审判没有提出申诉，上诉必须失败。上诉将被驳回。

驳回上诉。

讨 论

1. 领土何时被视为被占领？《日内瓦公约》使用的占领定义是什么？（参见《日内瓦第四公约》第154条和《海牙章程》第42条；参见**文件1**，《海牙章程》，第553页。）

2. (1) “交战占领”同“占领”的区别何在？为什么这一区别在法庭对第47条的分析中有意义？

   (2) 国际人道法禁止占领国兼并被占领地吗？根据国际人道法，对领土的兼并是否结束其被占领状态并从而终止《日内瓦公约》的适用？是“真正兼并”还是“过早兼并”有影响吗？《日内瓦第四公约》是否区分不同种类的兼并，例如规定只适用于“过早兼并”？

   (3) 上诉人对兼并合法性的承认是否真的削弱了他的论证？如果上诉人没有承认兼并的合法性，法庭的决定会有所不同吗？

3. (1) 法庭关于“占领”与“交战占领”之间以及“真正兼并”与“过早兼并”之间区别的论证是否有效回应了上诉人的观点，即“只要被征服者没有割让领土或者征服者没有撤出，《日内瓦公约》的保护就一直延续”？《日内瓦第四公约》在被占领地的适用如何才能终止？法庭在确定《日内瓦公约》适用性时所采用的“占领”与“交战占领”的区别，同四个《日内瓦公约》共同第2条一致吗？

   (2) 如果不按法庭而是按上诉人的论点，《日内瓦第四公约》何时在果阿停止适用？这种解释的好处和坏处是什么？

4. 法庭对其提出的关于《日内瓦第四公约》所说的《公约》（在军事行动全面结束后）一年适用期的问题是否给予了充分回答？

5. 占领国是否可以自由决定外国人在被占领地的去留？关于被占国国民？关于其他外国人？根据国际人道法，占领国在此问题上有哪些可能性和限制？（参见《日内瓦第四公约》第4、48、49和64条，1907年《海牙章程》第43条。）

6. (1) 禁止逐出被占领地的规定是“自动执行”的吗？对此问题的回答在印度法律体系中有关紧要吗？《日内瓦第四公约》第49条被纳入印度立法了吗？上诉人为何不能在印度最高法院面前援引之？

(2) 一部将《日内瓦公约》纳入国内法的法律是否“没有给予任何人具体权利来向法院主张”，以寻求对违法行为的救济？这样一部法律没有使得《日内瓦公约》可以“对政府自己”强制执行吗？刑事法庭上的被告不应当至少有权主张，被纳入的国际条约使其被声称的罪行具有正当理由吗？

(3) 那么《日内瓦公约法》还有其它什么目的？在法庭看来，为了允许法院执行《日内瓦公约》，该法应当如何拟订？

七、古巴

案例95. 古巴，被俘“游击队员”的地位

案 例

[**资料来源：**Chapelle, D., ″How Castro Won,″ in Greene, T.N. (ed.), *The Guerrilla-And How to Fight Him: Selections from Marine Corps Gazette, 1965*, p. 233. Also cited in Walzer, M., *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 1977, 360 pp。]

当晚，我看到数以百计的巴蒂斯塔军 (Batistianos) 从一个小镇要塞投降。他们被聚集在由反叛的美军冲锋枪手围成的空四方形内，听劳尔·卡斯特罗 (Raul Castro) 训话：

″我们希望你们同我们待在一起，跟这么虐待你们的主人战斗。如果你们拒绝这个邀请——对此我不会再重复——你们明天将会被送交古巴红十字会照管。一旦你们再次处于巴蒂斯塔的命令之下，我们希望你们不要再拿起武器对付我们。但是，如果你们要，那么记住这一点：

″我们这次俘虏了你们。我们可以再次俘虏你们。当我们俘虏你们时，我们不会恐吓、折磨或者杀死你们……如果你们第二次甚至第三次被俘虏……我们将再次把你们送回去，同我们现在正在做的一模一样。″

讨 论

1. 根据国际人道法，那些在非国际武装冲突中参加作战的人，如果被俘，是否享有战俘地位？在此劳尔·卡斯特罗可以怎样处理那些被俘的人？他们能由于为错误事业战斗而被定罪吗？

2. 他所做的合法吗？他的行动是否超越了甚至是适用于国际武装冲突的法律？

3. (1) 国际人道法是否保护战俘对其所依靠国家的效忠？拘留国能否允许战俘违反这一义务？能否鼓励他这样做？（参见《日内瓦第三公约》第87条。）

   (2) 如果战俘改变其效忠对象，出于自由意志宣布对拘留国效忠，他是否丧失《日内瓦第三公约》上的权利？他可以被接受加入（前）拘留国的武装部队吗？（参见《日内瓦第三公约》第7、23、52和130条。）

4. 根据国际人道法，战俘被遣返后能否再次拿起武器？（参见《日内瓦第一公约》第14条和《日内瓦第三公约》第117条。）如果再次被俘，他们的命运如何？

5. 劳尔·卡斯特罗的做法的风险和好处是什么？会促进他的胜利吗？

6. 此处指派给古巴红十字会的任务是否适当？由红十字国际委员会承担这一职能是否更为适当？为什么？（参见**文件20**.《国际红十字与红新月运动章程》，第670页，第3、5条。）

八、也门

案例96. 1967年红十字国际委员会关于也门的报告

案 例

[**资料来源：***Annual Report 1967*, ICRC, PP. 15-17。]

也门

红十字国际委员会在北也门的医疗活动。向也门的保皇党人控制地区的伤病员提供医疗援助，是红十字国际委员会1967年在该地区的主要活动。

但是，这个代表团的工作因数个事件而变得极为困难。首先是1月发生在Jauf Ketaf的事件，1967年1月5日对这个村子进行的一次空袭使得大约120人丧生，其中很多是妇女和儿童。

这次攻击促使红十字国际委员会在1月31日向交战方发出如下呼吁：

"日内瓦红十字国际委员会极度关切最近在也门及其临近地区针对平民人口的空袭以及被声称的毒气使用。

鉴于由此造成的苦难，红十字国际委员会诚挚呼吁冲突涉及的所有当局在一切情况下尊重被普遍承认的国际道德和法律人道规则。

红十字国际委员会有赖于所有被涉及势力的理解和支持，以使其医生和代表能够继续在可能的最佳条件下开展工作，向冲突受害者提供公平援助。

红十字国际委员会借此机会确认，为了需要其援助的人的利益，已经将不公开其代表在履行职能过程中所观察到的情况作为一般规则。但是，这些观察结果将用于支持其在任何必要时候都不懈进行的适当谈判。"

5月12日的又一次袭击造成75人死亡。一支红十字国际委员会医疗队在自己遭到空中攻击后，赶往那里进行救助。6月2日，由红十字国际委员会医生撰写的报告被送往冲突的政府当事方，提供他们观察到的情况，并请后者承诺不在任何情况下使用1925年《日内瓦议定书》所禁止的作战方式。

自那以后，红十字国际委员会没有再接到有关此类事件的报告。

6月底，红十字国际委员会的代表之一成为一起严重事故的受害者。在奈季兰－Gizan前线随机护送一批药品时，劳伦特·Vust先生在着陆坠毁中严重受伤。他是唯一的幸存者，被严重烧伤。Vust先生1967年12月底仍在接受治疗。

另一个事故降临到代表团头上。8月26日一支红十字国际委员会车队在Jauf沙漠中遭贝多因人伏击，年轻的医生弗雷德里克·德布罗斯 (Frédéric de Bros) 被子弹击中左臂，造成开放性骨折，并导致该手臂部分麻痹。

到了秋天，作为在喀土穆 (Khartoum) 签订的协定的结果，红十字国际委员会已原则上同意在年底终止其医疗行动。

然而，战斗于12月在萨那附近再度打响。结果，医疗行动不得不在保皇党人阵地后方继续进行。经过奈季兰和Jihanah之间600公里的铁路行程，克服了沿途的所有困难，一支红十字国际委员会医疗队在Jihanah镇驻扎下来。他们晚上工作，白天躲在一个箱子中。在预计只会发现少量伤员的Jihanah，医疗队找到了大约30名处于无法形容的不幸状态中的被遗弃的伤员，其中大约20人受到严重伤害和野蛮的肢体残伤，大部分是妇女和儿童。

在这种条件下，可以理解红十字国际委员会医生的工作是最困难的事情之一，如果再加上受红十字标志保护的医疗队在1967年期间被两次轰炸和攻击这一事实的话。其成员为了他人而冒生命危险的勇气值得高度赞扬。

最后，鉴于战斗重新开始，红十字国际委员会在1967年最后几天里向冲突双方第二次发出呼吁，请求其尊重《日内瓦公约》所包含的基本人道原则。

讨 论

1. (1) 每个故意杀死和伤害平民的攻击是否都违反国际人道法？如果不是，在哪些情况下违反国际人道法？在国际冲突国际人道法和非国际冲突国际人道法上情况是否有所不同？如果这些攻击寻求恐吓平民人口呢？（参见《第一议定书》第51条第2款和《第二议定书》第13条第2款。）每个针对平民的攻击是否都违反第一或第二附加议定书？（参见《海牙章程》第25条，《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条。）

   (2) 妇女和儿童在非国际武装冲突国际人道法上不是应当受到特别保护吗？（参见《第二议定书》第4条第2款第5项和第3款。）这一保护在本案中是否相关？

2. (1) 非国际冲突国际人道法给予伤病员何种保护？他们有权享受何种照顾？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条第2款和《第二议定书》第7条。）非国际武装冲突国际人道法给予伤病员的保护和照顾同国际武装冲突国际人道法一样广泛吗？

(2) 红十字国际委员会在也门关于伤员的哪些发现构成对国际人道法的明确违反？如果只适用四个《日内瓦公约》共同第3条？如果适用国际武装冲突国际人道法？

(3) 国际人道法为给予那些照顾伤病员和提供救济的人何种保护？（参见《第二议定书》第11和18条。）如果医院和医疗人员被频繁攻击，如同此处的红十字国际委员会医疗队和人员一样，那么人道组织应当何时离开？特别是当标志已经明显不被尊重时？（参见《第二议定书》第12条。）如果那意味着没有人留下来救助受害者怎么办？

3. (1) 使用化学武器是否被习惯国际法禁止？还是纯粹通过条约法？（参见《海牙章程》第23条第1、5款，《第一议定书》第35和51条，以及**文件2**. 1925年《日内瓦化学武器议定书》，第560页。》然而，这些规定适用于这一局势吗？非国际武装冲突国际人道法对于被禁止武器的规定为何如此模糊？因为习惯国际人道法禁止这种武器？因为这一禁止可以从“马尔顿斯条款”以及多少可以从四个《日内瓦公约》共同第3条推导出来？还是因为《第二议定书》预期援引国际武装冲突国际人道法？在所有方面？如果只是一些方面，那么是哪些？（参见《海牙章程》第23条第1、5款，四个《日内瓦公约》分别第63条第4款/第62条第4款/第142条第4款/第158条第4款，《第一议定书》第1条第2款和第35条第2款，以及《第二议定书》序言第4段。）

(2) 不管规则的起源如何，作为1925年《战争中禁用窒息性气体、毒气体或其它气体及细菌作战方法的议定书》（参见**文件2**. 1925年《日内瓦化学武器议定书》，第560页。）的当事国，也门不是被禁止使用化学武器吗？

4. (1) 红十字国际委员会的公开呼吁是否意味着实施国际人道法的正常和具体机制在特定局势中不起作用？

(2) 为了在具体局势中决定是否就违法行为向冲突各方发出公开呼吁，你建议红十字国际委员会采取何种标准？这样的呼吁实际上是对所有当事国“确保尊重”国际人道法的呼吁吗？

(3) 这一呼吁是否尊重了红十字中立和公平原则？根据这些原则，红十字国际委员会有必要批评交战者吗？因为持续的违法行为？根据这两项原则，红十字国际委员会是否永远也不能只批评武装冲突一方？

(4) 如何解释为什么红十字国际委员会作为一般原则采纳了不公开其代表观察到的情况的政策？这是红十字中立和公平原则的结果吗？还是仅仅是工作道德？

九、马来西亚

案例97. 马来西亚，公诉人诉黄启开案

案 例

[**资料来源：**Levie, H.S.(ed.), *International Law Studies:Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol. 60, Document No. 155, 1979, pp. 737-744。]

公诉人诉黄启开
(及相关上诉)
枢密院，1967年12月4日

1 All E.R.419 [1968], A.C. 829 [1968], 42 ILR 441 (1971)

[……]

霍德森勋爵：这些相关上诉中的主要问题是，被告是否由于1962年《日内瓦公约法》(1949年《日内瓦公约》被列为该法附录) 而有权享有受保护战俘待遇。

被告是出生或定居于马来西亚的所谓马来华人，但是没有哪个案件显示他们是否具有马来西亚国籍。

他们是在同印度尼西亚的对抗战役中被俘的。除两人外，所有人都是作为受印度尼西亚空军军官指挥的伞兵部队成员被空投到马来西亚的。突击队员身着迷彩服被空投到柔佛州 (Johore)，每人都携带一支枪、弹药、两枚手榴弹、食物定量及其它军事装备。在48名突击队员中有34名为印度尼西亚人，14名为马来华人，其中包括被告中的12人。另一人携带类似装备被另一架飞机空投。其余两名被告之后从海路登陆，被俘并受审。其中一人也主张受《日内瓦公约》保护。

根据1960年《马来西亚联邦国内安全法》，所有被告均被认定有罪，并判处死刑。[……]

* * * *

所有被告均对其定罪提出上诉[……]，但均被马来西亚联邦法院驳回，只有黄启开 (1967年第16号上诉) 和黄万礼 (Ooi Wan Yui) (1967年第17号上诉) 两人例外。这两人的上诉请求均被允许，理由是被告是1962年《日内瓦公约法》(以下

简称《1962年法》）含义范围内的战俘，从而有权获得《关于战俘待遇的日内瓦公约》(《1962年法》附录3) 的保护。

在这两个案件中，公诉人通过特别许可对联邦法院的判决上诉。在其余案件中，被告通过特别许可对联邦法院维持其定罪的判决上诉。

* * * *

[……]

[1949年《日内瓦公约》] 第5条规定：

“……凡曾从事交战行为而陷落于敌方者，其是否属于第4条所列举各类人员之任何一种发生疑问时，在其地位未经主管法庭决定前，应享受本公约之保护。” [……]

《日内瓦公约》第5条指向的是第4条所描述的那类人，但对于其是否属于第4条所列举的任何一种“发生疑问”。根据第5条，这样的人将被暂时给予《日内瓦公约》的保护，直至“其地位经主管法庭决定”之时。[……]

在公诉人作为上诉人的两个案件，亦即黄启开和黄万礼案中，[……]，联邦法院在从原审法官处被上诉的争议点上，认为被告有权获得保护。联邦法院在其余维持定罪的案件中认为，原审中没有提出争议，因此没有“发生疑问”以致需要适用第4节。

上议院认为，在联邦法院听取上诉时，公诉方没有责任证明，那些在原审中未对所采用程序的正确性提出疑问的被告无权享有受保护战俘待遇。尽管有罪举证责任始终在公诉方，但这并不意味着它还要承担进一步的责任，去证明被告人无权申请将审判推迟至采取了某些程序性步骤之后。除非“发生疑问”，否则第5条不适用，法庭也没有义务确认是否应当给予此种保障。因此，如果被告当时没有提出疑问，就不存在无效审判的问题。

上议院被提请注意的、支持《日内瓦公约》(更准确地说是使用类似表述的它的前任) 在不存在保护问题或者没有提出保护时也可以说是自动适用的唯一先例，是“R. v. Guiseppe案”。12名意大利战俘被一名治安法官审判并认定犯有盗窃罪，但没有按照《日内瓦公约》要求通知保护国代表。在应君主的特别请求进行的复审中，定罪和判决被认为应当撤销。在君主所要求复审的这个案件中，战俘是敌对国家的国民，明显有权获得《日内瓦公约》的保护。上议院认为该判决不是目前复审的案件中存在无效审判这一主张的有效先例。

* * * *

[……]

被告没有被证明是马来西亚公民或者对马来西亚效忠，尽管在许多案件中如果这个问题直接出现，证据可能会表明他们是；但决定其中任一问题都将需要进一步的事实发现。除了在被告在原审中主张受《日内瓦公约》保护的一个案件外，不存在因为没有［《1962年法》］第4节所要求之通知而导致的无效审判。没有什么表明被告是受保护战俘，或者对于他们是或不是提出疑问。仅有他们作为印度尼西亚武装部队一部分着陆这一事实并不足以产生疑问，而除了在一个案件中以外，也没有提出任何主张来为原审法院适用该法第4节提供依据。

在这个唯一的案件，"张文再诉公诉人案"(Teo Boon Chai v. The Public Prosecutor, 1967年第15号上诉) 中，记录显示被告律师主张其当事人既不是马来西亚公民也不是印度尼西亚公民，因此根据《日内瓦公约》他应当被作为战俘对待。法庭基于管辖权正在被讨论这一错误的理由而对该主张置之不理。联邦法院的观点是，应当由被告证明其有权获得保护，但他没有这样做。在上议院看来，被告向原审法院提出的这个主张足以对他是否是受《日内瓦公约》保护的战俘提出疑问。法院应当暂时将他作为战俘对待，然后要么对其是否受保护做出决定，要么在没有通知的情况下不作继续审理。上议院认为，只有在这个案件中才存在无效审判，因此为了合乎司法公正的要求，应当允许上诉请求，撤销定罪，将案件发回重审。

在其余案件中，不存在因为没有第4节所要求之通知而导致的无效审判。[……]

* * * *

上议院因此向马来西亚元首报告，1967年第16号和17号上诉请求被允许；[……]1967年第15号上诉请求被允许。[……]

讨 论

1. 根据国际人道法，被告是否必须主动提出对战俘待遇和《日内瓦公约》保护的主张才能获得这些待遇和保护？如果是，在所有案件中吗？只在那些没有"发生疑问"的案件中？

2. (1) 在评估是否有或者也许应当有引起法庭注意的疑问时，应该采用何种标准？作为敌人武装部队成员这一事实不应当始终产生《日内瓦第三公约》第5条第2款所指的疑问吗？或者甚至导致具有战俘地位的假定？

   (2) 你是否同意本案中的事实没有引起对于被告地位的疑问？尤其是他们被俘的情况？

案例98. 马来西亚，奥斯曼诉检察官案

案 例

[**资料来源：***Law Reports*, vol. 1, 1969, Appeal Cases, pp. 430-455 (P.C.)。]

上议院
[枢密院]
奥斯曼·本·穆罕默德·阿里及另一上诉人
及
公诉人被上诉人
从马来西亚联邦法院之上诉

[……]

1965年3月10日，新加坡一家银行的两名女秘书被两名上诉人放置在大楼台阶上的一个装有25磅硝化甘油的袋子所导致的爆炸杀死。两名上诉人未穿制服，也没有身份文件，在被逮捕时也没有穿制服。他们根据《刑法典》被控谋杀这两名女秘书以及另一个在爆炸中受伤后来死去的人，并在新加坡高等法院受到审判[……]。上诉人声称是印度尼西亚武装部队成员，有权获得1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的保护。原审法官裁定他们不享有战俘地位，并认定他们有罪。[……]

[两名上诉人辩称]：第三，上诉人系《日内瓦公约》含义范围内的战俘，因此有权获得《日内瓦公约》的保护；并且由于没有证据显示《日内瓦公约》第104条和1962年《日内瓦公约法》第4节所要求的通知已经做出，故存在无效审判，上诉人的定罪应被撤销。用于支持这一意见的主张是：

1. [……]

上诉必须基于这一事实进行，即《日内瓦公约》适用于新加坡 [当时是马来西亚的一部分]，并且在相关时间印度尼西亚和马来西亚之间处于武装冲突状态。

2. 如果对于地位发生“疑问”，可以不经通知就进行有别于审判的对于地位的调查。[……]除非确定了地位或者发出了通知，否则审判不能进行：《日内瓦公约》第5条。关于地位的“疑问”发生于上诉人被逮捕并声称是印度尼西亚武装部队成员的当天。当存在武装冲突，而被告在被俘时声称是武装部队成员时，《日内瓦公约》第5条含义范围内的“疑问”就发生了。也许某些情形会清楚表

明对地位的声称不真实，但本案的情形足以对上诉人能否获得《日内瓦公约》保护提出“疑问”。本案的情形中没有什么表明上诉人显然不是印度尼西亚武装部队成员。《日内瓦公约》第5条是一个暂缓条款，法院将给予其更广泛的解释。认为“疑问”直到律师主张《日内瓦公约》保护时才发生是错误的。由此，存在无效审判，因为没有发出通知，也没有确定上诉人的地位。第5条含义范围内的“交战行为”是指战争过程中的行为，无论合法还是非法。它不限于合法的战争行为。它不能由现场当局简单决定。第5条范围内的“疑问”取决于只有合格法庭才能决定的问题。无论如何，当律师在审判开始时主张《日内瓦公约》保护时，“疑问”确实发生了，原审法院正确地对地位进行了调查，认定上诉人无权获得《日内瓦公约》保护。对此先决问题的这一认定已经被证明是错误的；因此，法院没有正当理由不经通知就进行审判。由于在审判时没有而现在才有的新证据，应当进行新的审判。如果审判没有根据第104条延期，那么它就是无效审判，对上诉人的定罪不能成立。

3. 根据第4条第1款第1项，冲突一方之武装部队人员及构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员包括在“战俘”类别之中，这一点对于被俘时未穿制服的武装部队成员同等适用。第4条第1款第2项的要求不应以隐含意义的方式被加诸第4条第1款第1项之上。没有特殊标志并不妨碍未穿制服的武装部队成员主张《日内瓦公约》之保护。根据《日内瓦公约》，识别标志限于持有身份证。被告从未被问及第17条所设想的问题。《日内瓦公约》第85条适用于被认定犯有战争罪的战俘，使得他们甚至在定罪之后仍然有权享受该地位和保护；在定罪前、作为嫌疑人与被告时，他们更加有权享受这一保护。[……]

第四，破坏活动只是一种战争罪。破坏者不应等同于间谍。身着平民服装的武装部队成员应当作为战争罪犯对待，如果他的行为被视为非法。间谍是通过伪装秘密收集情况的人，地位特殊，在被俘时不享受保护；而不着制服而穿平民服装的武装部队成员因为毁灭生命或财产的敌对行为受审，是被视为实施违反战争法而非国内法的罪行。不同于1929年《公约》，1949年《公约》明示给予游击队员战俘地位和保护。法律的趋势是扩大《公约》的保护范围。这是一个发展非常迅速的法律部门。不存在针对军用建筑和针对民用建筑的攻击的区分。不分皂白的爆炸不涉及对战争法的破坏。在现代作战条件下，不可能找到任何原则作为现在可以将攻击民用建筑视为对战争法之破坏的依据。无特权交战是某种不被战争规则允许的做法；但不管是作为有特权还是无特权对待，交战者都不能由俘获者随心所欲处置。[……]

[被上诉人辩称：]

首先，假定上诉人是印度尼西亚武装部队成员，他们也已经丧失了被作为受《日内瓦公约》保护的战俘对待的任何权利，因为：(1) 他们脱掉了制服；(2) 他们身着平民服装；(3) 他们攻击平民目标；(4) 他们对和平的平民造成伤亡。关于《公约》的先例支持如下主张：(1) 为敌对目的脱掉制服的武装部队成员无权根据《公约》第4条第1款或通过其它途径享有“战俘”地位。(2) 不着制服的间谍和破坏者属于上述类别，因此在被俘时不享有“战俘”地位。(3) 因为出于敌对目的而不穿制服，间谍和破坏者所犯的不是恰当意义上的战争罪。(4) 间谍和破坏者应当根据俘获国国内法受到审判和惩治。(5) 杀害和平平民及攻击非军事建筑的行为有违战争法规和惯例。(6) 不分皂白的爆炸及使用V1、V2武器的行为有违战争法规和惯例。(7) 破坏者可以是普通平民志愿者，参与破坏活动的民兵或志愿部队组织成员，以及奉命从事破坏活动的武装部队成员。(8) 根据必然的暗示，第4条第1款第2项的先决条件也是第4条第1款第1项的先决条件。[……]

迪尔霍恩 (Dilhorne) 子爵宣读了上议院的判决。

1965年10月20日，上诉人被新加坡高等法院依据《刑法典》认定犯有谋杀三名平民的罪行，并判处死刑。他们向马来西亚联邦法院提起的上诉于1966年10月5日被驳回，现通过特别许可上诉。[……]

上诉人在离新加坡一些距离的海中被一个船上小贩救起。他看到他们在海中攀附着一块木板。[……]他发誓说两人都没有穿制服；其中一人赤身，穿浅黑裤子，另一人穿着运动衬衫和长裤。[……]

当日下午2点45分，第一上诉人被指控谋杀在爆炸中身亡的三人。在被再次警告后，他做出如下陈述：他于3月10日上午10点来到新加坡，同第二上诉人一起寻找目标；他和第二上诉人“在到达第一层之前”放置了“两捆炸药在台阶上”，第二上诉人点燃了引信，之后他们离开现场上了一辆公共汽车。[……]

下午6点15分，第一上诉人会见了第四治安法官姚先生。他告诉他，他是印度尼西亚军队成员，他来是为了告诉治安法官关于上级要他履行的职责的信息。[……]

在审判开始时，上诉人的律师声称他们都是印度尼西亚武装部队成员，有权获得1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的保护。1962年马来西亚联邦通过了《日内瓦公约法》，以便失这一公约及其它公约生效。

该法第4节第1款除其它内容外，规定若受保护战俘因任何罪行被提交审判，法庭在确信已经至少提前三个星期向保护国、被告及战俘代表发出通知之前不得进行审判。通知须包括被告的全名和描述以及关于他的其它细节，如被指控罪行、承审该案的法庭以及审判的时间地点。

为了支持这一论点，第一上诉人作证说他是印度尼西亚武装部队成员，“Korps Kommando Operasi” 正规军中的下士。他发誓说他和第二上诉人从海里被救起时穿有制服。他说他和第二上诉人的身份证放在塑料袋中，在他们的舢板沉没时丢失了。第二上诉人也作证说他是印度尼西亚海军陆战队成员，在被救起时穿着制服。他还说他的指挥官不允许他佩戴身份证。在听取了小贩和在上诉人被救起后很快看见他们的另一个证人关于上诉人着装的证词后，博学的法官裁定上诉人不享有战俘地位。他说压倒性的证据显示他们在被救起时未穿制服。他还发现他们先声称是渔民，后来一人又声称是农民。[……]

他补充说，即使他们是印度尼西亚武装部队成员，在他看来他们也不享有战俘地位。

> “在我看来”，他说，“身为战斗员、带着除去了士兵特征或外表的和平伪装来到这里并被俘的敌人武装部队成员，不享有战俘的特权。”

在联邦法院受理上诉后，印度尼西亚军队两名军官代表上诉人提交了宣誓书面证言，称上诉人从1965年3月起就是印度尼西亚武装部队成员，在 “Kommando Mandala Siaga” 中服役。声称是他们个人军事记录的文件也被提交。

黎Quesne先生还主张上诉人是《日内瓦公约》范围内的战俘，《日内瓦公约》的要求没有被遵守，因此存在无效审判。

《日内瓦公约》第2条规定其适用于两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。在审判开始时，检察官称当时在印度尼西亚和马来西亚之间不存在战争或武装冲突状态，但当蔡法官说在他看来存在武装冲突状态时，检察官没有继续谈论这一问题。[……]

上诉因此是基于《日内瓦公约》适用于新加坡以及当时在印度尼西亚和马来西亚之间存在武装冲突状态这一点进行的。

需要决定的问题是，在本案的这种情况下，上诉人是否有权获得《公约》的保护。蔡法官对此问题的观点已经说过。联邦法院认为不可能

> “有丝毫怀疑，在麦唐纳大厦的爆炸不仅是破坏行为，而且与战争必要性毫无联系”。

他们继续说：

> “在我们看来清楚无疑的是，在冲突另一方的领土内、在平民在其间从事与战争活动没有任何联系的工作的非军事建筑中引爆炸药的、不着制

服而穿平民服装的冲突一方武装部队成员，丧失了在被俘时被作为战俘对待的权利。”

他们因此判决上诉人不是《日内瓦公约》含义范围内的战俘。

首先有必要考虑作为1907年《海牙陆战法规与惯例公约》附件的章程。这些章程的第一编的标题为“交战者”，第1条是该编及“交战者的资格”一章的第一个条款。该条规定如下：

> “战争的法律、权利和义务不仅适用于军队，也适用于具备下列条件的民兵和志愿军：(1) 由一个对部下负责的人指挥；(2) 有可从一定距离加以识别的固定明显的标志；(3) 公开携带武器；(4) 在作战中遵守战争法规和惯例。在民兵或志愿军构成军队或军队的一部分的国家中，民兵和志愿军应包括在‘军队’一词之内。”

这一编的第二章的标题为“战俘”。章程并未在条文中说具有交战者地位的人在被俘时有权享受战俘待遇，但很清楚暗示了这一点。正如让·皮克泰 (Jean Pictet) 博士在红十字国际委员会1960年出版的《<日内瓦公约>评论》[《<日内瓦公约>评论》，让·S.皮克泰指导出版，第三：《关于战俘待遇的日内瓦公约》，红十字国际委员会，日内瓦，1958年。] 第46条所言：

> “一旦一个人被给予交战者地位，他就承担战争法所施加的义务，并享有它们所赋予的权利，其中最重要的就是在被俘时被视为战俘。”

这些章程的第29条规定如下：

> “只有以秘密或伪装方式在交战一方作战区内搜集或设法搜集情报，并企图将情报递交敌方的人方能视为间谍。因此，没有伪装而深入敌军作战区搜集情报的军人不得被视为间谍……”

第31条规定：

> “重归所属部队而日后被敌方俘获的间谍，应作为战俘对待……”

这两个条款表明，充当间谍并且在身着伪装时被俘的士兵无权享受战俘待遇。[……]

《日内瓦公约》第4条增加了许多新的有权享受战俘待遇的人员类别。仅有必要提及第4条第1款第1、2、3项。它们规定如下：

> “1. 本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下列各类人员之一种：(1) 冲突之一方之武装部队人员及构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员；(2) 冲突之一方所属之其他民兵及其他志愿部队人员，包括有组织之

抵抗运动人员之在其本国领土内外活动者，即使此项领土已被占领，但须此项民兵或志愿部队，包括有组织之抵抗运动人员，合乎下列条件：① 有一为其部下负责之人统率；② 备有可从远处识别之固定的特殊标志；③ 公开携带武器；④ 遵守战争法规及惯例进行战斗；(3) 自称效忠于未经拘留国承认之政府或当局之正规武装部队人员。”

第1、2项的措辞显然是模仿《海牙章程》第1条。不构成军队或武装部队一部之民兵和志愿部队必须满足的条件是相同的。

《日内瓦公约》没有暗示其意图是将给予士兵的保护延伸至超出《章程》所给予的范围；在《军法手册》第3部分 (1958) 第96段中有如下规定：

”若正规战斗员未能满足此四个条件，则其在某些情况下可能成为非特权交战者。这意味着他们在被俘时不享有战俘地位。故此，作为间谍被俘之武装部队正规成员无权享受战俘待遇。”

有鉴于此，必须断定，武装部队成员身份的确立并非在所有案件中都足以使其在被俘时享受战俘待遇。

《海牙章程》和《日内瓦公约》均未明示规定武装部队成员在被俘时必须身着制服才能享受这种待遇。对于某些民兵和志愿部队的成员而言，必须满足某些条件才能享受战俘待遇。但是，并没有规定此等成员在被俘时必须佩戴“可从远处识别之固定的特殊标志”。

然而，国际法承认区分交战者与和平居民的必要性。“将军队与和平居民相区分”，斯佩特 (Spaight) 在《陆战权利》(War Rights on Land) 第37页写道，“也许是国际法最伟大的胜利。它在减轻战争灾难方面的效果是不可估量的。”尽管《军法手册》第86段承认界限正在变得日益模糊，但这些类别各自具有特殊的权利和义务这一点仍然是成立的。

为了让“可从远处识别之固定的特殊标志”实现任何有用的目的，它必须被适用那四个条件的民兵或志愿部队成员佩戴。如果承认交战者以及与之相伴的享受战俘待遇之权利的必要条件仅仅适用于此种部队的成员，而不适用于武装部队的成员，那将是不正常的。所有四个条件对于一国的武装部队，或者如劳特派特教授在《奥本海国际法》第七版 (1952) 第二卷第259页所称之“有组织武装部队”而言，都是存在的。关于《章程》第1条，斯佩特先生在《陆战权利》第56页写道：“四个条件必须被统一起来，以确保对交战者地位的承认。”皮克泰在《<日内瓦公约>评论》第48页说“交战者的资格取决于对这四个条件的满足”，在第63页谈及第4条第1款第3项时写道：

> “这些‘正规武装部队’具备第1项意义上的武装部队的所有实质特征和所有属性：穿制服、有着有组织的等级、了解并尊重战争法规和惯例。”

关于处于敌人后方的军队，劳特派特教授在《奥本海国际法》第259页说，只要他们

> “是敌人的有组织部队的成员，并且穿着制服，他们就有权被作为正规战斗员对待，即使他们是单个作战。”

因此，在作战时穿制服或者佩戴固定的特殊标志被给予相当的重视。[……]

在本上诉中，没有必要对一个作为军队或武装部队成员而属于《章程》第1条和《日内瓦公约》第4条适用范围的人停止享受战俘待遇的所有情形加以界定。需要决定的问题是，身着平民服装从事破坏活动并且身着平民服装被俘的此种部队的成员是否享有受《日内瓦公约》保护的待遇。

《军法手册》第96段规定：

“身着平民服装在敌国领土从事破坏活动时被俘之武装部队成员的地位类似于间谍。”第331段规定：

> “若其以平民服装或者俘虏他们的军队或其盟军的制服作为伪装，则其地位与间谍相同。若其身着自己的制服被俘，则其有权被作为战俘对待。”

在《军法手册》的美国等价物《陆战法规》(1956) 中，有如下段落：

> “74. 制服之必要性。冲突一方之武装部队成员及构成此种武装部队一部之民兵或志愿部队成员，无论何时为了穿越敌人前线以实现收集军事情报或通过破坏生命、财产进行战争之目的，故意隐瞒身份，均丧失享受战俘待遇之权利。身着平民服装或者敌军制服是隐瞒武装部队成员身份之实例。”

在“奎林案”中 [参见**案例83.** 奎林等人案，第1063页]，美国最高法院不得不考虑是否给予提交人身保护令申请之许可。[脚注2：(1942) 317 U.S. 1.] 该案涉及许多德国人，在二战期间身着制服、携带炸药在美国海岸登陆，旨在从事破坏活动。登陆后他们穿上平民服装。他们被俘虏。在宣读最高法院判决的过程中，斯通首席大法官说道：[脚注3：(1942) 317 U.S. 1, 31]

> “在战争期间不穿制服秘密穿越交战国前线、寻求收集军事证据并传递给敌方的间谍，或者不穿制服秘密穿越前线、企图通过破坏生命和财产来进行战争的敌方战斗员，都是通常被认为不享有战俘地位、而要作为违反战争法的罪犯接受军事法庭审判和处罚的交战者的典型例子……”

及：[脚注4：同上，第37页。]

> “不穿制服或佩戴表明交战身份的其它标志穿越我国边界，或者在进入后丢弃身份标志，使得这些敌人成为应受审判和处罚的非法交战者。”

根据以上引用的段落，上议院认为，国际法清楚表明，如果上诉人是印度尼西亚武装部队成员，那么当他们登陆从事破坏活动，并且在放置炸药和被捕时都身着平民服装时，他们不享有在被俘时被作为《日内瓦公约》的战俘对待的权利。

黎Quesne先生还辩称，上诉人放置炸药的行为是合法的战争行为，因此他们不能因谋杀罪被审判。联邦法院在拒绝上诉人的抗辩时，似乎部分基于这一理由，即在麦唐纳大厦这一“平民在其间从事与战争活动没有任何联系的工作的非军事建筑”放置炸药的行为不是合法的战争行为。“非战斗员免于遭受直接攻击是关于战争的国际法根本原则之一”，“根据现行国际法，非战斗员不是合法的军事目标”（劳特帕特教授，《奥本海国际法》第524和525页）。

因为在上议院看来，如果他们是印度尼西亚武装部队成员，那么他们由于身着平民服装从事破坏活动已经丧失了《日内瓦公约》上的权利，所以毋须再考虑他们是否还由于违反战争法规和惯例攻击有平民在其间的非军事建筑而丧失这些权利。他们既然已经丧失权利，在上议院看来就不再有适用《日内瓦公约》第5条的余地；而既然不享有《日内瓦公约》上的保护，基于上诉人身着平民服装在新加坡管辖范围内实施的谋杀行为而对其进行的定罪就不能撤销。

基于这些原因，上议院认为应当驳回上诉。[……]

讨 论

1. 在印度尼西亚和马来西亚联邦（当时新加坡属于后者）之间是否存在国际武装冲突？印度尼西亚武装部队成员奉上级命令在新加坡进行攻击这一事实本身是否足以使国际人道法适用？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条。）

2. (1) 根据《日内瓦公约》和《海牙公约》，正规武装部队成员是否必须将自己同平民永久区分？他是否可以因为没有这样做而被处罚？是否必须因为没有这样做而被处罚？如果不这样做他是否丧失战斗员地位？情况如何随《第一议定书》的适用性而变化？（参见《海牙章程》第1条，《日内瓦第三公约》第4条第1款，《第一议定书》第44条第3－4款、第85条。）

   (2) 正规武装部队成员能否攻击平民目标？他是否可以因为这样做而被处罚？是否必须因为这样做而被处罚？如果这样做了他是否丧失战斗员地位？（参见《海牙章程》第23条第7款、第25和27条，《日内瓦第三公约》第85条，《第一议定书》第

44条第2款、第48、51、52、57条，《日内瓦第四公约》第146－147条，《第一议定书》第85条。）

(3) 如果上诉人在攻击时穿了制服，他们还能被判处刑罚吗？他们的法律处境会有何不同？

(4) 如果《第一议定书》适用的话，还能做出这一判决吗？结果是否会有所不同？法庭推理的哪一部分会有所不同？（参见《第一议定书》第44条。）

3. 上诉人是否应当受益于《日内瓦第三公约》第5条第2款的假定？该假定对于其审判有何意义？第104条是否适用？

十、刚果

案例99. 比利时，公诉人诉G.W案

案 例

[**资料来源：**Brussels War Council 18 May 1966, partialy reported in *Revue Juridique du Congo*, 1970, p.236 and in *Revue de droit Pénal et de Criminologie*, “Chronique annuelle de droit Pénal militaire” 1970, p.806；原文为法文，非官方翻译。]

布鲁塞尔，
战争委员会

关于公诉人诉G.W.案，1966年5月18日

[……]

判 决

[……]

二、事实

1965年10月5日，被告G.W.，援助刚果民主共和国的比利时参谋团中的高级成员，在两名刚果国民军士兵M.和M.的陪伴下，驾驶一辆吉普车从设在奥帕拉路上的一个检查站驶出，前往Stanleyville一个边远的区Lubunga。

吉普车刚刚离开禁止平民进入的地区进入非禁区，车上的人就看到[……]两个手持“贝雷塔”冲锋枪的刚果人穿过公路；[……]

一名刚果妇女，Z.S.，出现在据W.说第二名叛乱者从中走出来的小屋门口；被告在其司机N.的帮助下对她进行了讯问，但听不懂她的回答；[……]

如他自己所说，被告开始推搡这名妇女；他推倒了她，她倒向了一侧；他用脚抬起她的头，因为她坚持扭过头去面朝地下；他没有真正踢她，但把脚踩在她头上往下压。

被告声称他继而命令她随他去营地；这名妇女没有服从，在地上打滚。如他自己所说，他命令两名士兵将她放进吉普车，但他们没能办到；一听到引擎发

动——吉普车在视线之外——他就用左轮手枪向躺在他脚下的受害者头部开了一枪。然后被告回到营地，告知刚果和比利时当局所发生的事情，并要求派巡逻队去搜寻叛乱者。

验尸结果显示受害者有两处弹伤，其中一处[……]在头部。[……]

针对被告的实质性案件事实已经确立无疑。还被确立了的是，被告向受害者头部开枪有着杀人的故意。

三、正当性的理由[……]

1. 上级命令

被告援引O.少校发布的在禁止平民进入的区域“对所有可疑分子一看见即射击”的命令。

卷宗显示而被告也未提出异议的是，受害者并不在禁区内；被告所援引的命令因此不适用于本案。

但被告坚持说本案所讨论的区域没有清晰的界限，他相信他当时是在禁区内；[……]

而且，[被告援引的] 命令的范围肯定不是被告所说的那样，即“不收俘虏，‘杀死’我们在那儿碰到的任何东西”。

卷宗及听证期间进行的调查表明，实际上它是“授权”一看见可疑分子无需警告即可射击，但绝对不是命令不收俘虏或杀死俘虏。

照被告在实践中的解释——即杀死在其权力下的无武装人员的权利甚至义务——这一命令显然是非法的。不经事先之正当审判而处决或下令处决嫌疑人或者甚至是落入其军队手中的叛乱者，显然超出了O.少校的权限，这样的处决是故意杀人的明显例子。被如此解释的命令的非法性是毫无疑问的，被告必须拒绝执行。[……]

被告的行为不仅构成《刚果刑法典》第43和44条以及《比利时刑法典》第393条含义范围内的谋杀，而且是对战争法规和惯例以及人道法的公然违反。

从法律、军事和人道的立场出发，这种行为是不能容许和不容辩解的。

基于这些理由

军事法庭，在正当听取双方意见后，[……]

认定G.W.犯有被指控之罪行，

判处他5年有期徒刑。[……]

讨 论

1. 无论比利时在刚果的军事行动应受国际还是非国际武装冲突的法律管辖，被告的行为是否都违反了国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条，《日内瓦第四公约》第27和32条。）

2. 禁止平民进入某个地区是否合法？被告对于在此种地区发现的平民可以合法地做什么？如果我们溯及既往地适用第一和第二附加议定书，这一命令，照法庭的解释是允许在禁区内“对所有可疑分子一看见”即开火，根据国际人道法是否合法？（参见《第一议定书》第50条第1款和51条第2款，《第二议定书》第4条第1款。）如果我们不适用那些法律文件呢？（参见《海牙章程》第23条第4款。）一看见战斗员即开火是否合法？如果是在“禁区”内、针对被肯定识别为战斗员的人，被告的行为会是合法的吗？（参见《第一议定书》第40和41条。）

3. 上级命令何时可以作为违反国际人道法指控的抗辩？上级命令何时排除对此种违法行为的处罚？它何时减轻对此种违法行为的处罚？

十一、越南

案例100. 美国，对越南被拘留者的审查

案 例

[**资料来源：**H.S. 列维主编：《国际法研究：关于战俘的文件》，海战学院，R.I.，海战学院出版社，第60卷，文件155，1979年，第748－751页。]

美国军事援助指挥，越南
指令381－46，军事情报：
对被拘留者的联合审查
(1967年12月27日)

资料来源：
美国国家档案馆
《美国国际法杂志》，第62卷，第766页 (仅有附录)
《桑塔·克拉拉大学法学》，第12卷，1972年，第236页 (仅有附录)
《威廉和玛丽大学法律评论》，第12卷，1971年，第798页 (仅有附录)

[……]

1. **目的** 该指令为联合审查被拘留者并按要求为正式建立联合战术审查中心 (CTSC) 提供政策导向。

2. **一般原则**

(1) 俘获或拘留嫌疑人员的武装部队负有对被拘留者立即进行审查和分类的责任。

(2) 确定被拘留者地位及对之进行分类的标准规定在附录A第2段与第3段中。

(3) 对已经分类后的被拘留者进行处置将依据附录A第5段进行。

[……]

4. **讨论** [……] 必须将所有被拘留者归为以下种类之一：

(1) 战俘

(2) 非战俘

A. 平民抵抗者

B. 海外归国人员

C. 无辜平民

5. 概念

[……]

(2) 对被拘留者的联合审查应当在接近命令的最低组织层次进行；通常在旅或师建制的战俘集中点。审查中心应位于部门/次部门指挥中心附近，以便获取军事与民事档案。

(3) 联合战术审查中心 (CTSC) 的任务是优化对大量被拘留者的审查与分类，允许有效利用可知资源以立即获得战术信息，并促进对战俘与非战俘人员的适当处置。

* * * * *

8. 审查程序

(1) 拘留单位应当确保适当建立并保存每一个被拘留者的档案。必须保证数据反应俘获的情况以及在被拘留者身上是否发现有文件或武器。

(2) 讯问者与翻译应尽力使初次审查与隔离在尽可能低的层次进行。鼓励联合战术审查中心 (CTSC) 的所有代表机构参与初次审查。不过，决定被美国武装部队拘留的人员的地位的权力仅由美国武装部队的代表人员享有。

(3) 被拘留者应依据附录A的标准予以分类。[…]

(4) 为防止战俘营的指挥官拒绝让那些身份可疑的人员享有战俘地位，搜集的用于确定被拘留者享有战俘身份的证据必须伴随战俘。不得把那些文件记录有问题的战俘转移至战俘营。

* * * * *

附录A
对被拘留者予以分类和处置的标准

1. 目的 建立对被拘留者予以分类的标准有助于迅速、准确审查以及适当处置被拘留者。

2. 定义

(1) 被拘留者 已经被拘留、但其最终地位尚未确定的人员。依据《日内瓦公约》的规定，此类人员享有受到人道待遇的权利。

(2) 分类 将一名被拘留者系统地归类为战俘或非战俘。

(3) 战俘 符合以下第4段 (1) 规定条件的所有被拘留者。

(4) 非战俘 符合以下第4段 (2) 规定条件的所有被拘留者。

3. 武装部队的种类

(1) 越共主力部队 (MF) [……]

(2) 越共地方部队 (LF) [……]

(3) 北越军队 (NVA) [……]

(4) 非正规军。由游击队、自卫武装与从属于越共村级组织的秘密自卫武装组成。这些武装承担着支持越共组织的多项任务，并为在战术与战斗上支持部队提供训练与机动基地。

A. 游击队。组织成班或排的全天候武装，这些武装不一定只停留在其家乡的村落。游击队的典型任务包括宣传、保护党的村级委员会、从事恐怖与破坏活动。

B. 自卫武装。越共的准军事组织，负责越共控制区村落的防卫。这些武装不离开他们的家乡，且其履行职责是以兼职为基础。它们的职责包括建造防御工事、担当村落卫兵以及保卫家乡。

C. 秘密自卫武装。越共的秘密组织，其在越南政府控制区承担相同的基本功能。它们的行动包括搜集情报以及从事破坏与宣传工作。

4. 被拘留者的分类

(1) 被拘留者若符合以下情形之一者，应被归类为战俘：

A. 以上第3段 (1)、(2) 或 (3) 所列单位的成员。

B. 以上第3段 (4) 所列单位的成员，且被捕获时正在武装从事战斗或交战行为，而非恐怖、破坏或间谍行为。

C. 以上第3段 (4) 所列单位的成员，且承认或有证据证明其参与或从事了武装战斗或交战行为，而非恐怖、破坏或间谍行为。

(2) 被拘留者若符合以下情形之一者，应被归类为非战俘：

A. 平民抵抗者

a. 不享有战俘地位、但因触犯了越南政府的法律而受到审判的被拘留者。

b. 以上第3段 (4) 所列单位的成员、且被捕获时没有武装从事实际战斗或交战行为、也无证据证明曾经武装参加过实际战斗或交战行为的被拘留者。

c. 被怀疑为间谍、破坏分子或恐怖分子的被拘留者。

B. 海外归国人员 (Hoi Chanh)。所有自愿受到越南政府控制的人员，不论他以前是否属于上述第 3 段所列任何一个单位的成员。

C. 无辜平民。不属于上述第3段所列单位的成员，且无平民抵抗者的嫌疑。

5. 对被分类的被拘留者的处置

A. 被分类后，被拘留者的处置应按以下程序进行：

a. 美国俘获的战俘以及由〝越战中自由世界军事援助部队〞(FWMAF) 移交给美国的战俘将通过美国军事渠道拘留，直到转移至南越军队 (ARVN) 战俘营。

b. 被怀疑为平民抵抗者的非战俘将释放给越南政府适当的民事当局。

c. 符合回归人员条件的非战俘将被转移至适当的〝张开怀抱〞计划 (Chieu Hoi) 中心。

d. 被确定为无辜平民的非战俘将被释放、并送回被俘获地。

* * * * *

讨 论

1. (1) 该指令规定的确定战俘的标准是否符合《日内瓦第三公约》？依据国际人道法，哪些人享有战俘待遇？对于哪些类型的被拘留者来说，该指令超出了《日内瓦第三公约》所规定的内容？（比较《海牙章程》第1条；《日内瓦第一公约》第28条第2款，《日内瓦第三公约》第4条与《第一附加议定书》第44条第5款。）

(2) 被归类为非战俘的人员是否受《日内瓦第四公约》的保护？（比较《日内瓦第四公约》第4条、第5条。）

(3) 以上文件第5节中规定的对各类被拘留者的处置是否符合国际人道法？这些被拘留者的一部分或全部是否可以被移交给南越政府？（比较《日内瓦第三公约》第12条、以及《日内瓦第四公约》第4条、第5条和第45条。）

2. (1) 为什么会规定《日内瓦第三公约》第5条第2款？为什么必须要由“主管法庭”来裁定一个被拘留者的身份？怎样才能构成“主管”法庭？可以是一个军事裁判庭吗？

(2) 对于被该指令否定为战俘的人员来说，其身份是否可以由一个有权法庭依据《日内瓦第三公约》第5条第2款作出裁定？

3. 执行该指令是否符合《日内瓦第三公约》第5条第2款的规定？缔约方是否可以制定这样的指令？他们是否必须制定这样的指令？诸如联合战术审查中心那样的审查中心是否符合《日内瓦第三公约》第5条第2款的规定？如果没有提供法庭来确定人员的身份，是否构成对《日内瓦公约》的违反？这是否构成“严重破坏”？（比较四个《日内瓦公约》各自的第49、50、130、146条与《日内瓦第三公约》第5条第2款。）

4. 当一个人的身份正在被确定时，他享有什么类型的待遇？只有附录A第2段第1款规定的人道待遇？还是直到主管法庭裁定或证明一个人不满足战俘的条件之前，他或她都有权享有战俘待遇？《日内瓦第三公约》第5条第2款规定的“本公约之保护”是什么意思？

5. 如果适用《第一附加议定书》，该指令的哪些规定是符合该议定书的，哪些规定又是违反了该议定书？该指令是否有助于说明《第一附加议定书》的那些内容已经成为习惯国际法？（比较《日内瓦第三公约》第4条与第5条，以及《第一附加议定书》第43条至第45条。）

案例101 美国，美国诉威廉·L.卡利案

案 例

[**资料来源：**H.S. 列维主编：《国际法研究：关于战俘的文件》，海战学院，R.I.，海战学院出版社，第60卷，文件171，1979年，第804至811页。]

美国诉威廉 · L.卡利
(美国军事上诉法院，1973年12月21日)

资料来源
22 USCMA 534 (1973)
48 CMR 19 (1973)
(在卡利诉卡罗威的名义下准允人身保护令，382 F. SUPP. 650 (1974)；Rev'd 519 F 2d. 184 (1975); cert. Den. 在卡利诉霍夫曼的名义下，425 U.S. 911(1976)）

[……]

摘 要

意 见

奎因 (Quinn) 法官：

卡利中尉初审被判蓄意谋杀22名婴儿、儿童、妇女和老年男性并以谋杀为目的袭击一个两岁的儿童。所有的谋杀与袭击发生在南越共和国米莱 (My Lai) 村区域内。军事复审法院肯定了有罪判决的事实裁定与量刑，临时军事裁判官已经将量刑减为开除军职与劳役监禁20年。被告请求本法院进一步审查，指称审判中有30处错误。我们准予了其中的3处。

卡利中尉是C连的一个排长，该部队是被称为巴克先锋队 (Task Force Barker) 组织的一部分，其任务是征服并驱逐越南共和国境内平克维尔 (Pinkville) 地区的敌人。1968年3月16日以前，该区域 (包括米莱村) 是越共的一个据点。C连在此区域行动过数次。每次部队进入此区域都因阻击手射击、机关枪扫射、地雷或其他形式的攻击而遭受伤亡。卡利中尉率领他的排行动时，曾遭遇其中一部分袭击。

1968年3月15日，为纪念前几周遇害的连队成员，举行了一次追悼仪式。仪式结束后，C连指挥官恩斯特 · L · 梅迪那 (Ernest L. Medina) 上尉向连队简单部署

了第二天在平克维尔的任务。C连承担着巴克先锋队主要的进攻信息搜集任务。[……]情报显示，部队将受到一个富有经验的敌军营的抵抗，且该地区没有平民。目标是消灭敌人。在摧毁的具体指示上，存在分歧。

梅迪那上尉佐证，他指示部队用“燃烧烈酒、杀死家畜、封闭水井和毁坏庄稼的方法来摧毁米莱村。”在被问及是否杀害妇女儿童时，梅迪那说他予以否定的回答，并补充到：“你必须运用常识。如果他们有武器并且试图攻击你，你可以射击，但是你们必须运用常识。”但是，卡利中尉佐证，梅迪那上尉通知部队，要求对所有活物格杀勿论——男人、女人、儿童与动物——不论在何种情况下，在他们路过村庄到达最终目标时，身后不要留任何越南人。其他证人对这两个版本的简要情况都给予或多或少的支持。

1968年3月16日，行动以封锁性火力开始。C连被直升飞机运送至目标区域。卡利中尉的排是第一批。[……] 部队没有遇到来自村庄的敌对火力。

卡利的排以猛烈火力向村庄接近。进入村庄后，该排遇到的仅仅是没有武装、没有反抗的男人、妇女和儿童。村民，包括襁褓中的婴儿，被集中起来，并分割成组再转移到集中点。卡利佐证，在这期间，梅迪那上尉两次通过无线电下命令，要求知道是什么延误了该排的行动。当被告知有大量村民被拘捕时，卡利说，梅迪那命令他“废了他们”。卡利进一步佐证指出，他服从了命令，是因为他在整个军旅生涯中被灌输的均是服从原则。梅迪那否认他发出过任何这样的命令。

村民的一个集中点在村庄的南部。在那里，一等列兵保罗·D ·米爱德罗 (Paul. D. Meadlo) 看守一组约30到40人的男人、妇女和儿童。卡利中尉走到米爱德罗身边，告诉他：“你知道做什么”，然后离开。旋即，他又回来并质问米爱德罗这些人怎么还没有死。米爱德罗回答说，他不知道卡利的意思是要求杀死他们。卡利宣称，他希望他们死。随后，他与米爱德罗向这组人开火，直到除几个儿童以外的所有人都倒下。这时，卡利亲自射杀了这些儿童。在这一事件中，他的M-16来复枪用了4到5个弹仓。

卡利中尉与米爱德罗从这一地点走到米莱村东部的灌溉渠。在那里，他们遇到了另一组被几个士兵羁押的平民。米爱德罗估计，这组人的数量介于 75 至 100 之间。卡利大声说：“我们又有活干了，米爱德罗。”然后，他命令这组人走到灌溉渠中。当他们全部到渠里后，卡利与米爱德罗向他们开火。尽管卡利下令射击，一等列兵詹姆斯 · J · 德拉斯 (James J.Duris) 拒绝加入杀戮；另外，医护兵罗伯特 · E · 马普斯 (Robert E.Maples) 拒绝将其机关枪交给卡利用于杀戮。卡利中尉承认，他向沟渠内射击，枪口对准 5 英尺内的人群。这一次，他用了 10 到 15 个弹仓。

卡利与与无线电通信员查尔斯·斯来德 (Charlies Sledge) 走到沟渠的北端。在那里，他发现并审问了一位年长的越南和尚。卡利用枪托打了他，随后向他的脑袋开枪。其他证言表明，卡利看见了一个儿童向村庄跑去，便抓住了他的胳膊，并将他扔进了沟渠，然后向他开火。卡利承认他审问并殴打了和尚，但否认向他射击。他还否认该事件涉及到儿童。

上诉辩护律师认为，证明被告有罪的证据不足。对卡利参与杀人行为，他们并无异议；不过，他们辩称，他的行动缺少对判定谋杀罪定罪具有关键意义的犯罪恶意；他接受杀死村里所有人的命令并不明显违法；他在行动时并不知战争法；他被告知“敌人”在村庄里；诚实地相信村庄里没有无辜村民可以使他免除对村民死亡所负的刑事责任；以及最后，他的行为是受到合理的刺激后产生的狂热冲动的结果。

* * * * *

米爱德罗和其他人的证言为法庭成员提供了足够证据，证明卡利中尉指导并亲自参加了故意的杀戮，杀死了在C连监护下的手无寸铁的男人、妇女与儿童。如果相信控方的证人，那么有足够的证据证明被告故意枪杀了他所审问的那个越南和尚，并抓住那个男孩，将之扔进沟渠，然后故意枪杀了他。

被俘敌人不得被抓获者立即处死。军事法明确规定，屠杀不抵抗的俘虏是谋杀。[……]

即便为承认此处的错误而认为卡利相信村民是“敌人”的一部分，还是有确凿的证据表明村民处于武装士兵的控制下，他们并没有任何反抗。卡利在陈述中承认，他知道俘虏应受到有尊严待遇的规定。他同时承认，他知道一般惯例是审问村民，释放其中能圆满地为自己解释的人，挑选有嫌疑的人员以作进一步检查。然而，卡利没有按照通常方式进行，而是处决了所有人，不论年龄、具体情况或是否有嫌疑的可能。依据证据，军事法庭可以合理地认定卡利有罪。

在审判中，卡利的主要辩护理由是他的行为是在执行梅迪那上尉杀死米莱村所有人的命令。[……] 梅迪那上尉否认他下过任何这样的命令。[……]法官需要审查事实来解决他与被告陈述之间的冲突。[……]

* * * * *

我们现在来看看这一主张，即法官就上级命令的抗辩所提出的意见有错误。在对证据进行总结后，法官就这一事项作出了以下指导意见：

我[……]告诉你，从法律上说，如果米莱村的村民没有反抗、并在我们军事部队的有效监管下遭到杀害，他们的死亡就不能被视为是合法的。从法律上说，

任何杀害这些人的命令都是非法的。因此，如果你发现卡利中尉收到一个命令，命令他杀害处于其或其部队控制下的不抵抗的越南人，这便是一个违法命令。

虽然确定某个命令是非法的，但是这本身并不说明服从该命令的人必须承担刑事责任。士兵们被教育要服从命令，尤其要注意在战场上服从命令。军事效率取决于对命令的服从。但在另一个方面，士兵的服从并不是机械的服从。士兵是一个理性的行为者，不应成为机器，而应作为人来反应。在评估应服从命令而执行的行为的刑事责任时，法律会考虑这些因素。

下级因服从其上级下达的非法命令不须承担刑事责任，除非在依据一个人在这种情况下的常识与理解，该上级命令是非法的，或者被告实际知道该命令是非法的。

* * * * *

[……]

除非你对被告行动时明知命令非法的认定能达到排除合理怀疑标准，否则，你都必须确定，依据一个人在这种情况下的常识与理解，被申请人是否应该知道命令是非法的。你对这个问题的考虑不应集中在卡利中尉以及他对所收到的命令合法性的理解上。标准应当是依据一个人在这种情况下的的理性标准与理解。

[……]

上诉辩护律师主张，这些指导意见带有偏见，是错误的。[……] 他们敦促我们采用以下标准，即依据一个人“最普通的理解”，命令是否明显或显然非法，以致于他能觉察到其非法性。他们坚持认为，法官论述的标准过于严格，也不公正；它面对的是武装部队的成员，他们不是拥有常识和理解的人，他们不得不在两难困境作出选择：或是战时不服从命令面临死刑，或是服从命令而受到同样严重的惩罚。一些考虑周全的军事法专家曾提出非常近似的观点。[……]

在战争的压力下，不能合理的期望武装部队的成员作出精密的法律判断，也不能因为他对一个有分歧的问题猜测错误就让他负刑事责任。但是，在该案中，对于该屠杀命令的非法性是没有分歧的。100年来，美国法律的一个既定规则是：即便是在战争中，立即杀害已经或正在处于有效控制中的敌人就是谋杀。上诉辩护律师[……]说，卡利中尉不应对他杀害的男人、妇女与儿童负责，因为军事法庭本应当查明他是一个“理解力最普通”的人，这样一个人也许不知道我国法律的规定；他的上尉命令他杀害这些手无寸铁且顺从的人，作为一个严守军纪的士兵，他只是执行了这个命令。

不论卡利中尉是美国最无知的人，还是最聪明的人，都必须推定他知晓不能杀害此处涉及的人。[……]

因此，必须维持军事复审法院的判决。[……]

讨 论

1. (1) 该案适用什么法律？是适用于国际性武装冲突的国际人道法还是适用于非国际性武装冲突的国际人道法？

   (2) 判断是否适用国际性武装冲突的国际人道法还是非国际性武装冲突的国际人道法对本案有重大影响吗？两者是否均禁止卡利中尉的行为？如果遇难无辜村民以前支持越共或在落入卡利之手之前是越共战士（不管是合法还是非法），这会有关系吗？（比较，例如，《海牙章程》第23条第3款到第4款；《日内瓦公约》共同第3条；四个《日内瓦公约》各自的第50、51、75、77条；《第一附加议定书》第85条；《第二附加议定书》第4条、第6条第2款与第13条。）

2. (1) 什么时候上级命令可以为违反国际人道法的行为辩护？什么时候上级命令可以对违法行为的惩罚进行有效辩护？什么时候它可以减轻对这样违反的惩罚？

   (2) 法庭指示陪审团用于判定上级命令何时构成对国际人道法的违反的辩护标准是否符合国际人道法？如果不符合，辨方提出的标准是否符合？抑或两者都不符合？

   (3) 法庭应用什么标准指示陪审团？哪一种标准，是客观标准还是更加主观的标准能得到最公正的结果？哪一种标准更能有效地遏止对国际人道法的违反？这些标准是否相同？

   (4) 士兵被灌输要服从命令，且明了不服从意味着严厉惩罚，这个事实能否支持适用更加主观的标准？在对明显违法的命令作出判断时又将如何？

   (5) 如果一个列兵，如一等列兵詹姆斯·J·德拉斯知道这个命令是错误的，并选择不遵守，为什么一个中尉不应当那样呢？中尉难道是一个没有经验的士兵吗？不知道战争法是否构成有效辩护？甚至对一个中尉也如此？如果士兵不知晓战争法，那么，国家向其战斗员发出不当指示是不是也无须承担责任？（比较《第一附加议定书》第82条、83条和第87条第2款。）

   (6) 如果每个下级都质疑指挥官命令的合法性，当他或她确定对此辩论会令武装部队溃败并会错过所有关键的作战机会时，才会服从命令，这样的观点有说服力吗？难道没有明确无疑的案例表明何时应当不服从命令？本案的情况是不是这样一个例子？事后反观是不是更容易判断？激战中的情形能在事后反观中得到公正评估吗？

案例102 美国，前战俘出访河内

案 例

[**资料来源：**Cloud, D.S.，《芝加哥论坛》，1997年4月15日，N1]

前战俘出访河内的任务
美国大使寻求和解

有一段时间，彼得·彼得森 (Pete Peterson) 无论如何不曾想到会返回越南，更别说在那里生活和工作了。

彼得森曾是一位空军飞行员。1966年在执行一次轰炸任务时，飞机被击落。之后，他忍受了6年半的折磨与隔离生活，在被称为河内希尔顿的北越潮湿的战俘营里靠草汤和米饭维持生命。

1973年，他被释放时曾发誓离开越南，并将这段磨难埋葬在记忆深处。彼得森说，这是一个有意识的自我保护行为，好象在为下一个任务做准备。

“在这6年半中，我被困在一个牢房里，我恨透了这段生活。”在最近一次接受采访时，他如是说。“如果时间再长一点，我可能就挺不住了。自我从那间牢房中走出来的那一天起，我基本上就把它放在脑后了。”

61岁的彼得森将作为美国第一位驻越南大使返回河内，而在那里他曾经手脚被铐。

在推迟了一年以后，参议院于上周批准了对他的任命，结束了彼得森的不确定状态，议员们为是否应与前敌国重建关系争论了很久。

在越南统一后，美国还从未向该国首都河内派驻过大使。4月29日，彼得森将宣誓就职，并在5月初正式走马上任。

克林顿总统选择一个战俘出身、并连任3届佛罗里达议员的人作驻越大使，受到了老兵们的广泛赞誉，须知老兵团体一直反对与越南实现关系正常化。这个选择也受到了国务院的职业外交家甚至是越南共产党领导的赞赏。

这种支持是一种确认，即可能确实需要像彼得森这样的一个人，这个人有充足的理由怀有仇恨，同时也有充足的理由成为在两个前敌人间的协调者。

“他的经历使他走向疗伤与和解的方向，这和我本人情况一样。”参议院约翰·麦卡恩 (John McCain) 这样说到，他在同一个战俘营里也度过了6年。

彼得森是“唯一我们会支持其工作的人，理由是他曾经在那里呆过，他知道影响越南老兵的事项。”美国越战老兵联合会主席乔治·杜金斯 (George Duggins) 这样说。

美国驻越南最后一任大使格兰汉·马丁 (Graham Martin) 在北越部队包围西贡——南越首都——的前一刻乘坐直升飞机仓皇离开。这是美国卷入冲突后令人感到耻辱的结束，也是深藏在这个国家精神中的痛苦回忆之一。

彼得森的手时常麻木，他的肘部还有对他施行酷刑的人燃烧绳子留下的疤痕。但是，他决心留下不同的印记。

“我确实希望能利用这种关系来弥合仍存在两国民众间的伤痕。”他说道。“并不是只有我们在这里受到了伤害。越南人失去了整整一代男人。”

彼得森的首要任务是在几十个涉及美国战俘的案例中取得进展，这些战俘在执行任务时失踪。对克林顿与越南实现关系正常化的决定，美国越战老兵联合会表示反对，因为后者担心这会使河内失去公开全部情况的压力。

彼得森不同意对关系正常化的批评。他注意到，许多遗留的案例涉及的美军人员是山区丛林或是在越南与老挝边界的偏远地区执行任务时失踪的。他指出，河内正在合作，并补充说，他的出现将有助于辩识遗留的失踪人员的身份。

他坚持说，在这些案件取得进展之前，河内不会获得它真正想得到的东西——美国的投资与全面的商业联系。

尽管做了多年战俘，道格拉斯·彼得·彼得森 (Douglas Pete Peterson) 却从未准备做战俘的代言人。

1966年9月10日，彼得森在执行第67次轰炸任务时，他驾驶的F-4幻影飞机被一枚地对空导弹击中。成功弹出机舱后，他降落在一棵树上，右臂、肩膀和腿部受伤。被当地军事人员捕获以后，彼得森被送到华咯 (Hua Lo) 监狱，该监狱被称为河内的“希尔顿”。

没有鞋子、足够的食物、医疗，也不允许与其他美国战俘联系。他被监禁在一个长20英尺、宽12英尺的牢房里，只有一个用来睡觉的木板。残酷的刑讯逼供司空见惯。通过将精力集中在想象的事物上，比如修建房子，彼得森得以保持神志清醒。

在监禁期间，他被转移过两次。

彼得森的妻子和3个孩子等了3年，才获得了关于他命运的消息。1969年圣诞期间，他们在河内发行的宣传片中看到了彼得森。空军将彼得森的物品送给了他

的家人，其中，有他打算旅途回来后送给女儿保拉·布莱克伯恩 (Paula Blackburn) 的玉手镯和木雕猫。[……]

现在，彼得森有了一项新的挑战——为国家给这场他曾经全身心投入的战争缔造一个更令人满意的结局。

彼得森与其女儿探讨了他接受这项工作的原因。他说，他“如果不知道其他未能返回家园的军人 [他们在执行任务时失踪] 的下落，他将无法成为一个自由人。”

讨 论

1. 彼得森大使所描述的他成为战俘时的生活条件与国际人道法的规定是否一致？（比较《日内瓦第三公约》第22条、第25条、第26条与第29条。）他受到的待遇呢？（《日内瓦第三公约》第13条、第17条第4款、第87条第3款与《第一附加议定书》第85条第2款。）他的家属是否有权知晓他的下落和健康状况？他是否享有接收通信的权利？（比较《日内瓦第三公约》第70条、第71条。）

2. 依据国际人道法，缔约方在战俘和失踪人员方面有什么义务，这对彼得森大使解决他的首要任务，即解决美军战俘与失踪人员的案件有无帮助？国际人道法要求《日内瓦公约》的缔约方在失踪人员方面采取哪些行动？（比较《日内瓦第一公约》第15－17条、《日内瓦第三公约》第118、120、122、123条、《日内瓦第四公约》第136－140条、《第一附加议定书》第32－34条。）

3. (1) 如果美国认为越南没有完全公开战俘和失踪人员的情况，应当拒绝和越南实现关系正常化吗？甚至是在过了20多年以后？和解会不会便利情况的公开？和解是否经常取决于那些被害人的努力？依据国际人道法，和解会不会影响缔约方关于战俘和失踪人员的义务？

   (2) 国际人道法规定的适用与执行取决于像彼得森大使这样富有经验与洞察力的个人吗？这一观点在受害者中是否具有典型性？国际人道法的力量取决于这样的个人吗？

十二、尼日利亚

案例103，尼日利亚，作战行动守则

案 例

[**资料来源：**格林·K (Greene K)，《尼日利亚的危机与冲突：原始资料》，第1卷，1966-69，第455至457页。]

尼日利亚军队的行动守则行动

[脚注1：没有具体日期，但颁布于1967年7月初，承蒙一位尼日利亚士兵帮助，本文件得以复制。英文译本之后还会有豪撒语，伊博语，约鲁巴语，埃菲克语、伊卓语版本。缔维语版本未提及。]

尼日利亚联邦全体武装部队官兵
执行军事行动的限制性指令

作为尼日利亚联邦共和国武装部队总指挥官，我要求所有作战官兵具有两个最重要品质：忠诚与严守纪律。尼日利亚武装部队，特别是陆军，自组建以来因其纪律严明，已经在国际上建立了很高的声誉；但在1966年1月15日发生的事件，使其名誉扫地。自那以来，非常有必要要求武装部队的各级官兵具备最严格的纪律感和最高的爱国精神。在战斗中取得胜利在很大程度上取决于官兵的纪律、忠诚与他们的爱国精神。

2. 你们都知道陆军中校奥都梅格武·奥巨克武 (Odumegwu-OJukwu) 在东部中心州的反叛，以及他的派系反对尼日利亚联邦共和国政府。鉴于反叛政府，使用必要武力平叛已不可避免。叛军的主力都是伊博人 (Ibos)。少数民族地区（卡拉巴 (Calabar)、奥高加 (Ogoja) 与河流地区、甚至包括部分伊博 (Ibos) 地区都不支持奥都梅格武·奥巨克武的叛乱。联邦政府军在对叛军行动时，许多部队与平民将会投降。你们应当依据此指令公正、体面地对待他们。

3. 你们要时刻牢记，非洲其他国家和全世界都在注视着我们，看我们如何履行这项国家要求我们履行的任务。同时，你们必须记住，你们所投入

的战争不是在与外国作战。你们也不是在打一场宗教战争或圣战。你们仅仅是在镇压奥都梅格武·奥巨克武中校及其派系的叛乱。你们决不能做任何会影响国家未来团结的事情。你们在与奥都梅格武·奥巨克武及其派系作战时，采取的任何行动必须遵守《日内瓦公约》的规定。

4. 我命令所有的官兵在行动中严格遵守以下规则（这些指示须与《日内瓦公约》结合阅读）：

(1) 不论在什么情况下，都不能虐待或杀害孕妇。

(2) 决不能骚扰或杀害儿童。必须保护、照顾他们。

(3) 不能攻击青年与在校儿童，除非他们公开从事反对联邦政府部队的军事活动。应当给予他们全面的保护与照顾。

(4) 医院、医院工作人员与病人不应受到影响或骚扰。

(5) 不应杀害已投降的士兵。他们应被解除武装并受到战俘待遇。不论在什么情况下，他们都享有受到人道待遇的权利，他们的人身和尊严应受到尊重。

(6) 不能恶意破坏财产、建筑等。

(7) 决不能亵渎教堂和清真寺。

(8) 不能有任何形式的抢劫。(好士兵从不抢劫。)

(9) 妇女受到保护，免受对其身体和尊严的攻击，尤其是免受强奸和任何形式的不体面攻击。

(10) 对联邦部队有敌对行动的男性平民应受到严厉但公平的待遇。他们必须受到人道待遇。

(11) 必须给予所有军事及平民伤者必要的医疗照顾。不论在什么情况下，他们都必须受到尊重与保护。

(12) 不要骚扰从事合法经营的外国人，但是雇佣兵不得被饶恕，他们是最坏的敌人。

5. 作为士兵，我们只有小心遵守这些规则，才能成功完成任务。在我指挥下的武装部队的任何成员，如果不遵守这些规则，我将感到颜面无光。他不值得任何怜悯与同情，将受到无情处罚。你将为捍卫你的国家——尼日利亚的领土完整进行一场清白的战争、一场值得尊重的战争。

6. 你们必须记住，现在被奥巨克武中校强迫而反对你们的士兵曾是你们的老战友，而且可能仍是。所以，你们必须尊重他们、保护他们的尊严，除非他们对你们采取敌对行动。

祝好运。

雅库布·哥翁 (Yakubu Gowon) 少将
军政府首脑
尼日利亚联邦共和国武装部队总指挥官

注：武装部队的每一成员均需阅读之并被给予详细解释。该指令应被制作成足够的份数以使武装部队和警察人手一册。部队应始终携带之。

讨 论

1. (1) 在哪些事项上，该指令超越了《日内瓦公约》共同第3条的规定？在哪些事项上，该指令超越了《第二附加议定书》？

   (2) 《日内瓦公约》共同第3条的哪些事项没有被该指令提及？这些遗漏的原因以及可能的合法解释是什么？后来签定的《第二附加议定书》规定的哪些事项没有涵盖在该指令中？

2. (1) 该指令是否指示士兵遵守适用于国际性武装冲突的国际人道法？它是否为被俘叛军士兵提供战俘待遇？它是否暗示认可叛乱者的交战团体身份？

   (2) 该指令关于雇佣兵不应被饶恕的指示是否符合今天的国际人道法？雇佣兵是否得到任何保护？依据适用于国际性武装冲突的国际人道法呢？依据《日内瓦公约》共同第3条呢？（比较《第一附加议定书》第47条与第75条，《日内瓦第四公约》第4条与第5条，《日内瓦公约》共同第3条。）

3. 该指令通过哪些因素确保其被政府武装遵守？有没有任何条款会减少其被遵守的机会？你觉得它的语言是否恰当？

4. 你是否找到该指令被标为“限制性”的原因？你是否发现执行国际人道法的指示不被敌人知晓的原因？

案例104 尼日利亚，皮乌斯·努沃加诉政府案

案 例

[**资料来源：***ILR*，1972，第494页至497页。]

尼日利亚，皮乌斯·努沃加诉政府案

尼日利亚，最高法院
1972年3月3日

[……]

上诉人被指控另一项谋杀，即在1969年7月20日在依巴哥瓦·耐克 (Ibagwa Nike) 谋杀了罗伯特·尼格武 (Robert Ngwu)。他被判有罪并被判死刑，但第二被告人却被释放。这是对判决的上诉。

导致杀害死者的事件发生在这个国家的内战期间。上诉人参加了被称为〝比夫拉军〞(Biafran) 叛乱部队。他作为列兵参加叛军，后来成为中尉。他隶属于〝比夫拉自由战士组织〞(BOFF)，被派往耐克，当时该地处于联邦部队的控制之下。

死者也是叛军的一名士兵；他与上诉人都是巴哥瓦·耐克的本地人，并相互熟知。1969年7月之前，上诉人被安排在一个名叫奥洛 (Olo) 的小镇指挥一个连。该镇靠近耐克，他所在的旅的行动总部在阿塔 (Atta)。1969年7月，上诉人被召唤到阿塔。在那里，他被指示带领尼格武中尉与尼都 (Ndu) 中尉去依巴哥瓦·耐克，并将死者指认给他们。他被告知，由于他非常熟悉这一区域同时认识死者，所以他的任务是为两位中尉辩识死者，因为这两位中尉要将后者除掉。死者的罪行是：为了〝比夫拉自由战士组织〞成员的利益，他得到了800英镑重新开张并经营位于依怒古 (Enugu) 的春日酒店 (Day Spring Hotel)，但是他将这笔钱转用于他的合同，而且确实履行了与联邦政府的合同来修复被叛军飞机摧毁的依怒古机场。[……]

[……] 我们需要将注意力投向以下事实。

1. 上诉人以及与他一起的人是叛军军官；
2. 他们的行动位于联邦领土内，因为证据显示该区域处于联邦政府与联邦军队的控制下。
3. 上诉人以及与他一起的人在联邦领土内伪装活动，他们是破坏分子。

4. 上诉人及与他一起的人没有身着叛军军服，而是身穿普通衣服，以和平民众的面貌出现。

基于这些事实，如果任何一个叛军军官，就像上诉人所为，犯了刑法上的罪行，他将受到处罚，恰如任何平民，不论他的行为是否是执行命令。

我们通过《奥本海国际法》第7版第2卷第575页关于战争中的背信弃义行为的一段话强化了这一观点，这段话如下：

“敌军士兵——而非秘密的敌人个体，只有在进行伪装的情况下在交战地带从事这些行为才会受到惩罚。例如，两个身穿军服的士兵被派到敌人后方破坏桥梁，他们在被捕时可能不会因战争中的背信弃义行为而受到惩罚，因为他们行为是合法的战争行为。但是，如果他们将其军服换成普通衣服，以和平民众的面貌出现，他们将受到惩罚。”

在这段话的脚注中，奥本海援引了1904年日俄战争中的一个著名案例：两个日本军官身穿中国平民的衣服，他们在试图在满洲炸毁一个座铁路桥时被捕。他们被审判、并被处死。

我们用以上案例来分析现在摆在我们面前的问题。我们认为，在该案中，在联邦领土内蓄意杀害一个手无寸铁、和平生活的人构成危害人类罪，即便是在内战中，也是对国内法的违反，必须受到惩罚。

在本案中，必须维持上诉人的有罪判决，因此必须驳回上诉。

[报告：[1972]《全尼法律报告》（第一部分），第一卷，第149页。]

讨 论

1. 法院是否为尼日利亚的内战定性？它是否在该案中适用了适用于国际性武装冲突的国际人道法？

2. 要求处死死者的命令以及被告执行该命令是否违反了适用于非国际性武装冲突的国际人道法规则？适用于国际性武装冲突的规则呢？（比较《日内瓦公约》共同第3条第1款，《海牙章程》第23条第2款，《第一附加议定书》第51条第2款。）

3. 执行处决的方式是否违反了适用于国际性武装冲突的国际人道法规则？适用于非国际性武装冲突的规则呢？如果处决是在判军控制领土内执行的，你的答案会有所不同吗？如果被告身着军装呢？（比较《海牙章程》第1条，《日内瓦第三公约》第4条第1款，《第一附加议定书》第43条、第44条与第46条。）

十三、印巴冲突

案例105 孟加拉国/印度/巴基斯坦，1974年协定

案 例

[**资料来源：***ILM*，第74卷，1974年，501-505页]

孟加拉国/印度/巴基斯坦：
关于遣返战俘和被拘留者的协议
[新德里，1974年4月9日。]

孟加拉国、印度、巴基斯坦
于1974年4月9日在新德里签署的协议

[……]

3. 1971年悲剧事件引发的人道问题构成南亚次大陆国家和解以及实现关系正常化的主要障碍。如果孟加拉国的平等主权得不到认可，它就不可能参加解决人道问题的三方会谈。[……]

4. 1973年4月17日，印度与孟加拉国[……]联合提议，关于被拘留者与身处困境者的问题，应当在人道考量的基础上通过同时遣返来解决问题，某些巴基斯坦战俘除外，因为他们有可能应孟加拉国政府要求，面临审判与指控。

5. 该《宣言》发表之后，印度与孟加拉国、印度与巴基斯坦之间展开了一系列对话。这些对话导致1973年8月28日印度与巴基斯坦在有孟加拉国参与的情况下于德里签定了一份协议。该协议为重大的人道问题提供了解决方法。

6. 依据此协议，三方遣返程序从 1973 年 9 月 19 日开始。至今，已有 30 万人被遣返，这营造了和解的氛围，并为次大陆各国的关系正常化铺平了道路。

7. 1974年2月，孟加拉国的主权得到认可，这便利了孟加拉国在主权平等的基础上参与德里协议的三方会晤。接着，孟加拉国政府外长卡玛

尔·侯赛因 (Kamal Hossain) 博士阁下、印度政府外长萨达尔·斯瓦然·辛格 (Sardar Swaran Singh) 阁下、巴基斯坦政府国防与外交部部长阿齐兹·艾哈迈德 (Aziz Ahmed) 阁下于1974年4月9日在新德里会晤，讨论德里协议中提到的诸多事项，尤其是关于195名战俘的问题、涉及在巴基斯坦的孟加拉国人以及在印度的巴基斯坦战俘的三方遣返进程的完成事项。[……]

9. 部长们同时考虑了为使三方遣返的进程迅速实现令人满意的结局所需要采取的步骤。

10. 印度方面宣布，剩余的巴基斯坦战俘和被扣留的平民将依据德里协议进行遣返，人数约为6500，按火车的正常速度每隔一天进行遣返。[……]因此，遣返战俘的进程有望在1974年4月底之前完成。

11. 巴基斯坦方面宣布，从巴基斯坦遣返孟加拉国公民的进程接近完成。在巴基斯坦剩余的孟加拉国公民将不受阻碍的被全部遣返。

12. 关于在孟加拉国的非孟加拉人，巴基斯坦方面宣布，巴基斯坦政府已经为下列人员签发了迁往巴基斯坦的许可证，即住所在前西巴基斯坦地区的非孟加拉国人、中央政府雇员及其家属或者是分离家庭的成员，不论他们的原始住所在哪里。对25000人发放许可证虽有很大难度，但也在进展中。巴基斯坦重申，巴基斯坦接受以上前三类人员，将不受数量限制。在申请人的申请遭拒绝时，巴基斯坦政府将应请求提供个案被拒绝的理由。任何一个遭拒绝的申请人，如果能向巴基斯坦政府提供新的事实或信息以证明他符合前三类人员的条件，便可以在任何时间要求复审。这些人员的请求不受时间限制。如对一个案例的复审作出相反裁决，巴基斯坦和孟加拉国政府可以寻求通过共同协商的方法加以解决。

13. 在三国政府迫切期望次大陆实现和解、和平与友谊的背景下，三国部长讨论了关于195名巴基斯坦战俘的问题。孟加拉国外长指出，依据联合国安理会的相关决议与国际法，这些战俘犯下了大量的罪行，包括战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪，因此，这195名巴基斯坦战俘应受到这些罪行的指控并享有正当的法律程序。巴基斯坦政府国防与外交部部长指出，其政府对这些人可能犯下的罪行予以谴责并深表遗憾。

14. 三位部长指出，问题的解决应当放在三国决心继续致力于和解的语境下。部长们进一步指出，在认可孟加拉国的主权之后，巴基斯坦总理已经宣布，他将应孟加拉国总理的邀请访问孟加拉国；他还呼吁孟加拉

国人民忘记并原谅过去的错误以促进和解。与此相似，孟加拉国总理宣布，关于1971年在孟加拉犯下的罪行与破坏，他希望人民忘记过去，重新开始，他指出，孟加拉人民知道如何去原谅。

15. 鉴于以上进展，尤其是巴基斯坦总理呼吁孟加拉国人民原谅并忘却过去的错误，孟加拉国外长宣布，作为友善行为，孟加拉国政府决定不进行审判程序，同意195名战俘与正在遣返的其他战俘一起，依据《德里协议》被遣返至巴基斯坦。[……]

讨 论

1. (1) 依据国际人道法，什么时候应当遣返战俘？是否需要当事方之间签定一份协议来执行遣返？依据国际人道法，巴基斯坦不承认孟加拉国是否构成对遣返战俘的障碍？（比较《日内瓦第三公约》第118条。）

   (2) 对于被指控严重破坏国际人道法的战俘，孟加拉国是否有权不予遣返？它决定“作为友善行为不进行审判程序”是否符合国际人道法要求其对被控犯下严重罪行的人承担或起诉或引渡的义务吗？(比较《日内瓦第三公约》第119条第5款；四个《日内瓦公约》各自的第49、50、129、146条以及第51、52、131、148条。)

2. 依据国际人道法，什么时候应当遣返被拘禁平民？是否需要当事方之间签定一份协议来执行遣返？依据国际人道法，巴基斯坦不承认孟加拉国是否构成对遣返被拘禁平民的障碍？（比较《日内瓦第四公约》第133条、第134条与《第一附加议定书》第85条第4款第2项。）

3. (1) 非孟加拉人是否有权离开孟加拉国？那些住所在前西巴基斯坦的人呢？那些被巴基斯坦中央政府雇佣的人呢？那些失散家庭的成员呢？（比较《日内瓦第四公约》第26条、第35条与第134条。）

   (2) 对于被遣返的住所在前西巴基斯坦的非孟加拉人，巴基斯坦是否有接受的义务？那些被巴基斯坦中央政府雇佣的人呢？那些失散分离家庭的成员呢？有没有必要签定一份关于遣返这些人的协议？（比较《日内瓦第四公约》第26条、第35条与第134条。）

十四、以巴冲突

[注：本书这一部分分析了相当多的案例，旨在反映：
(1) 该地区连续不断的冲突中产生了多种法律问题；以及
(2) 以色列法院在人道法的解释上扮演着独特的角色。]

文件106 红十字国际委员会关于近东地区的呼吁

1. 1973年10月的呼吁

[**资料来源：**红十字国际委员会，第152号，1973年，第583-585页]

对交战者的呼吁

1973年10月9日，红十字国际委员会代表冲突各方的平民发出以下呼吁：

> 红十字国际委员会非常关注中东新近爆发的暴力的范围，特别是它对人口稠密地区的影响。事件的悲剧性转变已由可靠的消息来源和冲突各方的反对所证实，为此，红十字国际委员会重申它在24小时前给有关政府发出的紧急建议，敦促他们遵守1949年8月12日的日内瓦四公约。它强调在所有情况下宽恕平民的必要性。

10月11日，鉴于收到了平民陷入困境的警报，红十字国际委员会敦促所有的交战方（包括伊拉克、以色列、埃及阿拉伯共和国、叙利亚阿拉伯共和国）立即遵守1949年8月12日日内瓦四公约的关于保护国际性武装冲突中的受害者的附加议定书草案，尤其是第46条（“保护平民居民”）、第47条（“对民用物体的一般保护”）与第59条（“攻击中的预防措施”）[分别与1977年《第一附加议定书》的第51条、52条与57条对应。]

叙利亚阿拉伯共和国和伊拉克政府积极回应了红十字国际委员会，埃及阿拉伯共和国政府也作了积极回应，但以以色列同样行动为条件。

以色列遂于 10 月 19 日做了回复：“对红十字国际委员会的呼吁，以色列政府宣布，它已经、并将继续严格遵守国际公法关于禁止攻击平民与民用目标的规定。”

由于红十字国际委员会认为这一声明没有回答它提出的问题，以色列政府通过外交部政治顾问R.凯德龙 (R.Kidron) 先生做了如下补充回答：

"由于你们知晓在10月30日与31日会谈中我们探讨了内容广泛的议题，以色列政府对红十字国际委员会对其声明所做的消极反应表示惊讶与失望。我做过解释，红十字国际委员会的建议在耶路撒冷得到了最认真的检验与注意，以上所做的重复声明是经过仔细考虑后形成的。

不过，为了消除在这个事件上的一切疑虑，我受指示宣布，以色列政府的观点是，它于1973年10月19日传递给红十字国际委员会的声明表明了其立场，它不但包括、而且超出了红十字国际委员会于1973年10月11日提及的附加议定书草案第46条、第47条与第50条规定的义务；它包含了关于在国际性武装冲突中保护平民与民用物体的国际公法的全部规定，既包括成文法，也包括习惯法。

我相信，我国政府的立场将能被红十字国际委员会以积极的态度加以接受，与此相应，记录也将被纠正。"

2. 2000年11月的呼吁

[**资料来源：**红十字国际委员会，新闻稿00/42，2000年11月21日；可浏览：http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQRF]

红十字国际委员会对卷入近东冲突各方的呼吁

日内瓦（红十字国际委员会）：红十字国际委员会对近东持续暴力引发的人道条件极为担忧。自9月底以来，红十字国际委员会多次要求卷入暴力的各方遵守国际人道法的限制及其基本原则，尤其要确保尊重平民、伤者、医疗人员和不再从事敌对行动的人员。迄今，激烈的冲突已经造成200人死亡，数以千计的人受伤。红十字国际委员会尤其对冲突造成大量手无寸铁的平民甚至是儿童伤亡以及因弹药和橡皮或塑料子弹造成过分受伤表示担忧。

在巴勒斯坦反抗作为占领国的以色列的背景下，红十字国际委员会强调《关于战时保护平民的日内瓦公约》完全适用，而且是相关的。

红十字国际委员会再一次提醒积极参与暴力的所有人，无论在什么时候使用武力，对手段与方法的选择都不是无限制的。它反复强调其对卷入暴力及对局势有影响的所有人的呼吁，即在任何情况下都要尊重并确保尊重国际人道法及其基本原则。恐怖行为、针对平民的报复行为、不分皂白的攻击以及针对平民居民的攻击都是被绝对、无条件禁止的。

为避免给平民居民造成危险，那些携带武器以及参与暴力的人必须使自己与平民能区分开来。武装部队与安全部队必须宽恕和保护所有不参加或不再参与冲突的平民，尤其是儿童、妇女与老年人。不能授权对手无寸铁的平民使用武力。

不论属于哪一方，伤者与病者均必须被收集，并得到照顾。必须尊重并保护救护车与从事医疗服务的人员。必须允许他们自由行动而不受伤害，这样他们才能履行其人道义务。所有参加冲突的人都必须尊重医疗服务人员，不论他们是武装部队、民事机构、巴勒斯坦红十字会或以色列红大卫盾会派遣的。

迄今，几十辆巴勒斯坦红十字会的救护车及其不少工作人员在被占领区进行医疗活动时受到火力攻击。以色列红大卫盾会的救护车也遭受攻击。红十字国际委员会再次呼吁卷入暴力的各方尊重医疗人员、医院、其他医疗设施、救护车及其他医疗运输和供给设备。

任何滥用保护医疗服务的标志都是对国际人道法的违反，滥用标志将使在标志之下工作的人处于危险之中。红十字国际委员会要求所有卷入暴力的人不要滥用保护性标志，并呼吁所有有关当局阻止或遏止这种滥用。

所有被捕人员必须得到尊重，不得受到任何形式的暴力。拘留当局必须授权红十字国际委员会接触这些人员，不论他们可能处于何处，这样一来，其代表可以确定他们的身体状况并给其家属传递消息。

红十字国际委员会对在被占领土内建立以色列定居点所带来的人道后果愈加担忧，以色列国防军在特定区域实行宵禁与封锁产生的结果与《日内瓦第四公约》相违背。作为占领国，以色列只有在军事必要的限度内才能限制居民的自由行动。不论在什么情况下，通过宵禁与封锁区域的手段限制行动都不能构成集体惩罚，也不能严重阻碍平民居民的日常生活或产生极端的经济后果。此外，占领国有义务确保足够水平的医疗照顾，包括免费到医院和医疗服务，不能为食物供应制造障碍。必须允许所有为儿童提供照顾与教育的机构正常工作，还必须尊重宗教习惯，这意味这在最大可能的情况下必须能进入宗教场所。

最后，红十字国际委员会要求有关当局与所有卷入暴力的人便利巴勒斯坦红十字会志愿人员、以色列红大卫盾会及其代表以及国际联合会代表的工作。尽管面临巨大困难，往往是冒着生命代价，这些志愿人员与代表还是在不倦工作，为冲突受害者提供援助。

3. 2001年12月5日红十字国际委员会的声明

[**资料来源：**红十字国际委员会在《日内瓦第四公约》缔约方会议上的官方声明，日内瓦，2001年12月5日。可访问：http://www.icrc.org/eng]

红十字国际委员会的声明
2001年12月5日

1. 依据国际人道法的相关规定与1949年《日内瓦公约》缔约方的授权，红十字国际委员会在以色列、相邻的阿拉伯国家以及1967年被占领土建立了永久性存在，以在该地区执行其人道任务并为忠实执行国际人道法而工作。

2. 联大与安理会以及红十字与红新月国际大会的多项决议反映了国际社会的观点。依据这些决议，红十字国际委员会始终声明，以色列有在1967年以来的被占领土上，包括东耶路撒冷，适用《日内瓦第四公约》的法律义务。以色列于1951年正式批准该公约，该公约对当前暴力仍具有完全可适用性与相关性。作为占领国，以色列同时还受其他与占领有关的习惯规则的制约，这些规则体现在1907年10月18日《陆战法规和惯例的海牙章程》的附件中。

3. 一般而言，《日内瓦第四公约》保护平民居民免受占领国方面的虐待，尤其是保护其免受歧视，免受任何形式的暴力以及尽管处于被占领和战争状态，平民仍能依据其法律、文化与传统尽可能维持正常的生活。虽然国际人道法授予占领国特定权利，同时也为其权力的范围设定了限制。作为被占领土暂时的管理者，占领国不得干涉被占领土原来的经济与社会结构、组织、法律体系或人口。它必须确保在占领区生活的人的安全与福利。这意味着如果占领延续，须允许被占领土正常的发展。

4. 具体而言，《日内瓦第四公约》的规定旨在保护生活在被占领土的人(包括被拘留者) 的人格尊严与身体完整。它禁止任何形式的身体与精神虐待、强迫、集体惩罚与针对受保护人员与财产的报复。它同时禁止占领国将其部分平民转移至被占领土、禁止强制被保护人员从被占领土转移或驱逐出去、禁止破坏动产与不动产，除非这样的破坏是进行军事行动所绝对需要的。

5. 红十字国际委员会在以色列占领区进行活动时反复发现了破坏国际人道法规定的行为，如以色列将其部分平民转移至被占领土、破坏房屋、不尊重医疗行动、将受保护人员拘留在被占领土外。某些违反《日内瓦第

四公约》的行为已被规定在法律与行政指令中，并被最高司法当局处罚。虽然红十字国际委员会赞赏以色列当局允许使用其某些设施来从事人道任务，它还是一贯要求以色列当局注意巴勒斯坦平民因占领政策而遭受的痛苦和承担的重负，并按其惯例通过双边与多边代表及公开呼吁来表达其担忧。对违反《日内瓦第四公约》在被占领土建立以色列定居点导致的人道后果，红十字国际委员会尤其表示担忧。定居政策往往意味着破坏巴勒斯坦人的房屋、没收土地与水资源以及瓜分这块土地。为扩展定居点、保护定居者，就必须采取措施破坏房屋、征用土地、封锁区域、设置路障、长时间宵禁等措施，这严重妨碍了巴勒斯坦人民的日常生活。不过，定居点的设置违反了《日内瓦第四公约》，这并不代表居住在定居点的平民可以成为攻击的目标。只要他们不积极参与战斗，他们作为平民就受到人道法的保护。

6. 红十字国际委员会同时要求以色列当局注意以色列国防军延长宵禁与对特定地区的封锁产生的结果。限制行动对全体巴勒斯坦民众已经产生了灾难性后果。它们阻止了紧急医疗行为和医疗照顾、妨碍上班、上学与宗教祈祷，并对经济产生了致命性后果。它们还使巴勒斯坦家庭数月无法探访他们被拘留在以色列的家属。在最近14个月，对这些行为的担忧与日俱增，因为为遏止愈演愈烈的暴力局面而采取的措施进一步恶化了被占领土人民的生活水平。

7. 红十字国际委员会提醒所有参与暴力的人，不论在什么时候，武装部队选择武力的手段与方法都不是不受限制的。今天，考虑到武装冲突越来越多，红十字国际委员会强调在被占领土内外活动的巴勒斯坦武装组织也必须遵守国际人道法原则。除了《日内瓦第四公约》以外，还有被广泛接受的关于军事行动的国际人道法规则与原则。它们特别规定只有军事目标才能被攻击。因此，不分皂白的攻击，如巴勒斯坦个人或军事组织对以色列平民的炸弹攻击或旨在平民居民间散布恐怖气氛的行为都是被绝对、无条件禁止的。它们同样适用于以色列当局对巴勒斯坦人的攻击与杀害，只要这些人没有直接从事敌对行为或立即威胁生命。禁止针对平民及其财产的报复。在攻击一个军事目标时，必须采取一切可行预防措施最大限度减少平民伤亡，那些携带武器和从事武装暴力的人必须使自己与平民能区分开来。

8. 平民向占领部队示威与他们之间的僵局不是战争行为。因此，不能使用军事手段与方法来对待他们。当面对平民居民时，以色列部队必须保持

克制：武力的任何使用必须相称，必须采取所有必要的预防措施来避免伤亡，并严格限制致命性枪炮的使用，只有在为保护生命而不可避免时，才能使用。

9. 在当前局势下，保证所有人如有必要都能享有紧急医疗服务同样是至关重要的。不得拒绝或延误获得紧急医疗服务。应允许救护车与医疗人员往来自由不受伤害，不得妨碍他们履行其医疗义务。参与暴力的各方必须尊重并协助医疗服务，不论它们是武装部队、民事机构、巴勒斯坦红十字会、以色列红大卫盾会、红十字国际委员会还是红十字与红新月国际联合会所派遣的。

10. 日内瓦四公约共同第一条规定“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”。本次会议应当在这一语境下加以审视。红十字国际委员会欢迎《日内瓦公约》缔约方采取单独或联合努力来履行这一义务，并确保遵守国际人道法。考虑到在世界范围内对国际人道法的违反屡见不鲜，这些努力愈加重要。

11. 为履行这些法律与政治义务而采取的手段自然由各缔约方决定。不论选择采取什么手段，红十字国际委员会均须强调，缔约方在国际层面上采取的手段必须旨在取得有利于受保护人员利益的实际结果，并确保遵守并适用国际人道法。

12. 超出所有法律考量并鉴于当前人道局势，红十字国际委员会再次呼吁有关各方尽可能饶恕平民生命，并保持一定程度的人道。

13. 红十字国际委员会将继续竭尽全力，在其职权范围内，依据支配其人道工作的中立、公正与独立的原则，协助与保护所有受害者。它期望得到有关各方的全力支持，促进对国际人道法的遵守并便利人道行动，这同时会为在该地区不同国家与民族间建立和平铺下道路。

14. 过去数月人道局面持续恶化，尤其是过去几天发生的悲剧事件表明有必要打破暴力循环以及重新尊重国际人道法。

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

[注：该地图由联合国人道事务协调办公室于2005年2月绘制；在线可见：http://un.org/unispal.nsf.]

1. 国际法院，修建隔离墙的法律后果

[**资料来源：**在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，国际法院咨询意见，2004年7月9日，http://www.icj-icj.org.]

国际法院，2004年7月9日，
在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果

[……]

咨询意见

[……]

1. 联合国大会（下称“大会”）在其2003年12月8日第十届紧急特别会议通过的第ES-10/14号决议中列出了请本法院发表咨询意见的问题。书记处在2003年12月10日收到联合国秘书长2003年12月8日的信的传真，后来又收到该信原件。信中正式通知本法院，大会决定提出该问题请本法院发表咨询意见。信中附有ES-10/14号决议经检证无误的英文和法文文本。该决议内容如下：

“大会，

[……]

遵照《联合国宪章》各项原则，

认识到不容以武力取得领土的国际法既定原则，

又认识到在尊重各民族平等权利和自决权原则的基础上发展各国间友好关系是《联合国宪章》的宗旨和原则之一，

回顾大会有关决议，包括1947年11月29日第181(II)号决议，其中将受委任统治的巴勒斯坦分为两个国家，一个是阿拉伯国家，另一个是犹太国家，

[……]

重申《日内瓦第四公约》[……]以及日内瓦四公约第一附加议定书[…]均得适用于包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土，

回顾《陆战法规和惯例公约》（1907年海牙公约）[……]所附的《章程》，

欢迎1999年7月15日在日内瓦召开了日内瓦第四公约缔约国会议，探讨如何采取措施，在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土执行这项公约，

表示支持2001年12月5日在日内瓦举行的日内瓦第四公约缔约国会议续会所通过的宣言，

特别回顾联合国有关决议，其中申明以色列在包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内的定居点是非法的，是妨碍和平与经济及社会发展的障碍，并回顾要求全面停止定居点活动的联合国各项决议，

又回顾联合国有关决议，其中申明占领国以色列采取的旨在改变被占领的东耶路撒冷的地位和人口组成的行动没有法律效力，因此完全无效，

注意到以色列政府和巴勒斯坦解放组织在中东和平进程范畴内达成的协议，

严重关注占领国以色列在包括东耶路撒冷及周围地带的被占领巴勒斯坦领土开始并继续构筑围墙，此一行为背离了1949年停战线(绿线)，涉及没收和破坏巴勒斯坦土地和资源，扰乱了数以千计受保护平民的生活，而且事实上吞并了大片领土，并强调国际社会一致反对构筑此道围墙，

又严重关注计划构筑的各段围墙将对巴勒斯坦平民以及解决巴以冲突和在该区域建立和平的前景产生更为严重的破坏影响，

欢迎人权委员会1967年以来被以色列占领的巴勒斯坦领土人权情况特别报告员2003年9月8日的报告「E/CN.4/2004/6」，特别是有关围墙的部分，

申明必须根据安全理事会和大会有关决议，在以色列和巴勒斯坦两国须沿1949年停战线和平、安全地毗邻共处的解决办法的基础上停止冲突，

赞赏地收到秘书长根据ES-10/13号决议提交的报告「A/ES-10/248」，

铭记时间的推移逐步加重了当地的困难，因为占领国以色列在构筑上述围墙的问题上继续拒绝遵守国际法，造成了有害影响和后果，

决定根据《联合国宪章》第九十六条，请求国际法院按照《法院规约》第六十五条，就以下问题紧急发表咨询意见：

> 考虑到国际法规则和原则、包括1949年《日内瓦第四公约》以及安全理事会和大会有关决议，如秘书长报告所述，占领国以色列在包括东耶路撒冷及周围地带的被占领巴勒斯坦领土构筑隔离墙，有何法律后果？”

[……]

67. 如下文第82段所解释，所说的“隔离墙”(“wall”)是一个综合的建筑物，因此不能从有限的实物意义来理解这个用语。然而，所使用的其他词，不论是以色列使用的“fence”一词，还是秘书长使用的“barrier”

一词，如果从实物意义来理解，都是不准确的。因此法院决定在本咨询意见内采用大会使用的用语。

法院还指出，大会的请求涉及“在包括东耶路撒冷及其周围地区在内的被占领的巴勒斯坦领土上”修建隔离墙所产生的法律后果。同样，如下文所述（见下文第79至84段），隔离墙的一部分修建在、或计划修建在以色列自己的领土上；法院认为并没有要求它审查修建这些部分的隔离墙所产生的法律后果。

[……]

71. 1947年，联合王国宣布打算在1948年8月1日前全部撤出委任统治领土，后来又把这个日期提前至1948年5月15日。同时，大会于1947年11月29日通过了关于巴勒斯坦未来治理问题的第181 (II) 号决议，其中“建议联合王国和联合国所有其他会员国通过并执行”决议中提出的“分治计划”，把该领土分为两个独立国家，一个阿拉伯国家和一个犹太国家，并为耶路撒冷城建立一种特殊的国际制度。巴勒斯坦的阿拉伯人和阿拉伯国家反对这项计划，认为这项计划有失偏颇；1948年5月14日，以色列根据这项大会决议宣布独立，随后在以色列和一些阿拉伯国家之间爆发武装冲突，《分治计划》未得到执行。

72. [……] 1949年以色列同邻国缔结了全面停战协定。特别是1949年4月3日以色列同约旦在罗得岛签署了这样一项协定。该协定第五条和第六条确定了以色列部队和阿拉伯部队之间的停战分界线（后来经常称为“绿线”，因为在地图上用绿色标出，下称“绿线”）。第三条第2款规定，“双方的任何军事或准军事部队人员……都不得为任何目的超过或跨越停战分界线……”。第六条第8款议定，不得将这些条款“解释为在任何意义上妨碍双方之间的最终政治解决办法”。这一款还规定，“《协定》第五条和第六条中确定的停战分界线是双方议定的，不妨碍今后的领土解决办法或边界线，也不妨碍任何一方提出与其有关的权利主张”。 [……]

73. 在1967年的武装冲突中，以色列部队占领了曾经是英国委任统治下的巴勒斯坦的所有领土（包括绿线以东被称为西岸的领土）。

74. 1967年11月22日，安全理事会一致通过第242 (1967) 号决议，其中强调不容许通过战争获取领土，并呼吁“以色列军队撤离其于最近冲突所占领之领土”，以及“终止一切交战地位之主张或状态”。

75. 自1967年以来，以色列在这些领土上采取了旨在改变耶路撒冷城地位的若干措施。安全理事会在多次回顾“不容许以军事占领获取领土的原则”后谴责这些措施，并在1971年9月25日第298 (1971) 号决议中以最明确的语气申明：

> “以色列所采变更耶路撒冷市地位的一切立法与行政行动，包括土地及财产的征用，人口的迁移及意在合并占领地区的立法等，均一概完全无效，且不能变更此种地位”。

后来，1980 年 7 月 30 日以色列通过了《基本法》，宣布耶路撒冷是以色列“完整和统一”的首都。安全理事会随即在 1980 年 8 月 20 日第 478 (1980) 号决议中宣布，颁布《基本法》是违反国际法的行为，“占领国以色列改变或意图改变耶路撒冷圣城的性质和地位所采取的一切立法和行政措施和行动……都是无效的”。决议还决定，“不承认这项‘基本法’和以色列根据这项法令设法改变耶路撒冷性质和地位的任何其他行动”。

76. 随后，1994年10月26日以色列同约旦签署了和平条约。这项条约确定了两国的边界线，“参照了附件一(a)所示的委任统治时期划定的界限……但不影响1967年在以色列军事政府控制下的任何领土的地位”(第3条第1和第2款)。[……]

77. 最后，自1993年以来，以色列同巴勒斯坦解放组织签署了若干协定，规定了各方的各种义务。除其他外，这些协定要求以色列将其军事当局和民事行政机构在被占领的巴勒斯坦领土上行使的某些权利和责任移交给巴勒斯坦权力机构。有些权力和责任已经移交，但由于后来发生的事件，移交的权利和责任仍然不全面，范围有限。

78. 法院认为，根据1907年10月18日《第四项海牙公约》附件《陆战法规和习惯条例》(下称《1907年海牙章程》) 第42条体现的国际习惯法 (见下文第89条)，领土实际由敌对军队管理时，则将其视为被占领土，占领范围只限于已建立并实施此种管理的领土。

以色列在1967年同约旦的武装冲突中占领了绿线 (见上文第72段) 和委任统治下的巴勒斯坦原东部边界线之间的领土。根据国际习惯法，这些领土是被占领土，以色列在这些领土的地位是占领国。如上文第75至77段所述，以后在这些领土上发生的事件丝毫没有改变这种情势。所有这些领土 (包括东耶路撒冷) 仍然是被占领土，以色列的地位仍然是占领国。

[……]

80. 秘书长报告指出，“以色列政府自1996年以来一直在考虑推行计划以阻止从西岸中部和北部渗入以色列…”(第4段)。报告称，以色列内阁在2001年7月第一次核可这样一个计划。内阁其后于2002年4月14日通过，建造这些工程的决定，目的是在西岸三个地区筑成长达80公里的所谓“安全围栏”。

2002年6月23日，以色列内阁核可在西岸（包括东耶路撒冷）建造“连续围栏”的第一阶段工程，从而将项目推进到下一个阶段。2002年8月14日，内阁通过了“围栏”A阶段工程的路线，目的是在西岸北部建造一个长123公里的综合体[……] [……]

81. 根据秘书长的书面陈述，这些工程的第一部分（A阶段）最终延伸150公里，于2003年7月31日宣布完工。据报告，大约56 000巴勒斯坦人将被包围在飞地以内。在这一阶段，围绕耶路撒冷周围建造了两段围栏，共19.5公里。2003年11月，沿Nazlat Issa-Baqa al-Sharqiya飞地以西绿线建造一段新围栏的工程开始，到2004年1月秘书长提交书面陈述时已接近完工。

[……]

秘书长书面陈述进一步指出，C阶段工程从埃肯纳定居点附近的A阶段终点延伸至耶路撒冷东南的Nu’man村，于2003年12月动工。这一段分为三个阶段。C1阶段在Rantis村和Budrus村等村落之间建造，已完成计划的40公里中的大约4公里。C2阶段将切入西岸22公里，环绕所谓的“阿列尔突出部”。这一阶段将纳入52 000名以色列定居者。C3阶段将建造两个“堑”。其中一个为南北向，大致与目前C1阶段在Rantis村和Budrus村等村落之间的一段工程平行。另外一个为东西向，沿着据说为正在修建的45号公路一部分的路脊延伸。如果完成这两个坑壕的工程，将形成两个飞地，圈入24个社区的72 000名巴勒斯坦人。[……]

截至2004年1月25日，大约190公里的工程已经完工，覆盖A阶段和B阶段的大部分。C阶段的进一步工程在西岸中部若干地区和耶路撒冷已经开始。计划在西岸南部建造的D阶段尚未开始。

以色列政府解释说，上述路线和时间表可随时修改。例如在2004年2月就拆除了Baqa al-Sharqiya镇附近一段8公里长的工程，墙的计划长度看起来也略有缩短。

82. 根据秘书长报告和书面陈述中的描述，已经计划或完成的工程已经形成或将形成一个下述形式的综合体，其中主要包括：

(1) 安装有电子传感器的围栏；

(2) 一条坑壕（深达4米）；

(3) 一条双车道沥青巡逻路；

(4) 一条与围栏平行的追踪路（一条平滑的沙路以探测脚印）；

(5) 标明综合体周边范围的六圈带刺铁丝。

综合体宽度为50至70米，有些地方甚至宽达100米。这些工程另可加上“深堑”。

秘书长提交报告时已经完工或正在建筑的大约180公里综合体中包括约8.5公里水泥墙。这些水泥墙通常位于巴勒斯坦居民中心靠近或邻接以色列的地方（如盖勒吉利耶和图勒凯尔姆附近或耶路撒冷部分地区）。

83. 根据秘书长的报告，在最北部，已完工或正在建筑的隔离墙基本上不偏离绿线，但大部分在被占领领土内。在若干地方，工程为了纳入定居者偏离绿线超过7.5公里，同时也圈入了巴勒斯坦居民区。图勒凯尔姆以西长度为1至2公里的隔离墙似乎是在绿线以色列一方。而另一方面，在其他地方，计划路线将向东偏离多达22公里。在耶路撒冷，现有的工程和已计划的路线远在绿线之外，在有些情况下甚至超出以色列划定的耶路撒冷市东部边界。

84. 根据秘书长报告，在这一路线的基础上，大约975平方公里，即整个西岸的16.6%，将处于绿线和隔离墙之间。据说这一地区是237000巴勒斯坦人的家园。如果整个隔离墙按计划完成，另外还有160000巴勒斯坦人将生活在几乎被完全包围的社区，即报告中所述的飞地。按照计划路线，将近有320000以色列定居者（其中178000在东耶路撒冷）将生活在绿线和隔离墙之间的地区。

85. 最后应该指出，在建筑隔离墙的同时还建立了新的行政制度。例如2003年10月，以色列国防军发布命令，将西岸位于绿线和隔离墙之间的地区定为“封闭区”。除非持有以色列当局签发的许可证或身份证，否则这一地区的居民不得继续在该地区居留，非居民也不得进入该地区。根据秘书长报告，大多数居民获得的许可证期限有限。以色列公民、以色列永久居民以及那些根据《回籍法》有资格移民至以色列的人，可以在没

有许可证的情况下在封闭区继续居留或自由进出封闭区。进出封闭区必须通过封闭区的大门，但大门不经常开放，而且开放时间较短。

86. 本法院现在将确定与评估以色列所采取措施的合法性相关的国际法规则和原则。这些规则和原则见诸《联合国宪章》和其他几项条约、习惯国际法及大会和安全理事会根据《宪章》通过的相关决议。然而，以色列一向质疑国际人道主义法和人权文书的某些规则在被占领巴勒斯坦领土的适用性。本法院现在将审议这些问题。

[……]

89. 至于国际人道主义法，本法院首先注意到，以色列并非附件载有《海牙章程》的1907年《海牙第四公约》缔约国。本法院指出，用《公约》的话来说，《章程》的拟定就是“修订”当时的“一般战争法规和习惯”。但是，此后，纽伦堡国际军事法庭认为，“《公约》订立的规则为所有文明国家所承认，并被视为战争法规和习惯的宣示”[……]。本法院自身在审查交战方开展军事行动过程中的权利和义务时也得出了同样的结论（“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见”，《1996年国际法院案例汇编》㈠，第256页，第75段）。本法院认为，《海牙章程》的规定已经成为习惯法的一部分，事实上已经得到了参与本法院咨询程序的所有各方的承认。

本法院还注意到，根据《日内瓦第四公约》第154条，该《公约》是对《海牙章程》第二编和第三编的补充。《章程》第三编涉及“在敌国领土内的军事当局”，对本案特别相关。

90. 第二，对于《日内瓦第四公约》，参与咨询程序的各方表达了不同观点。以色列同绝大多数其他参与方相反，反对《公约》在法律上适用于被占领巴勒斯坦领土。具体而言，秘书长报告载列的题为“以色列政府的法律立场概述”的附件一第3段说明，以色列不同意《日内瓦第四公约》“适用于被占领巴勒斯坦领土”，理由是“该领土在被约旦和埃及兼并之前没有被承认为主权领土”，因此认为它“不是《公约》所要求的缔约国领土”。

91. 本法院回顾，以色列1951年7月6日就批准了《日内瓦第四公约》，而且现在是该《公约》缔约国。约旦自1951年5月29日以来也一直是该《公约》缔约国。两个国家无一提出与本咨询程序相关的任何保留意见。

此外，巴勒斯坦于1982年6月7日发表声明，单方面承诺适用《日内瓦第四公约》。瑞士作为保存国，认为这项单方面承诺是有效的。但瑞士又

认为，它“作为保存国不能确定”“巴勒斯坦解放运动［1989年6月14日］以‘巴勒斯坦国’的名义提出加入”除其他外《日内瓦第四公约》“的请求是否可被视作加入文书”。

92. 此外，为确定《日内瓦第四公约》的适用范围，应当回顾，1949年8月12日四公约共同第2条规定：

“于和平时期应予实施之各项规定外，本公约适用于两上或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。

凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。

冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束”。

93. 以色列当局于1967年占领西岸后曾发布第3号命令，其第35条规定：“军事法庭……在司法程序方面必须适用1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》的规定。如本命令与上述《公约》发生冲突，则应以《公约》为准。”

此后，以色列当局多次表示，事实上它们一般在被占领领土内适用《日内瓦第四公约》的人道主义规定。但是，根据上文第90段概述的以色列立场，这项《公约》在法律上却不适用于被占领领土，因为根据第2条第2款，《公约》仅适用于参与武装冲突的缔约国主权范围内的领土被占领的情形。以色列解释说，无可否认，约旦在1967年是《日内瓦第四公约》缔约国，当时以色列同约旦之间爆发了武装冲突，但它接着指出，以色列在冲突后占领的领土以前不在约旦的主权范围内。因此它从中推论认为，《公约》在法律上不适用于被占领领土。但是，咨询程序的绝大多数其他参与方认为，根据《日内瓦第四公约》第2条第1款，该《公约》适用于被占领领土，不管约旦在1967年之前是否对其拥有任何权利。

94. 本法院回顾，根据1969年5月23日《维也纳条约法公约》第31条所表述的习惯国际法，条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有的通常意义，善意解释之。第32条规定：

> “为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而……意义仍属不明或难解……或……所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”[……]

95. 本法院注意到，根据《日内瓦第四公约》第2条第1款，《公约》在下列两项条件得到满足时就可以适用：存在武装冲突 (不管是否承认有战争状态)；以及冲突是在两个缔约方之间发生的。如果满足了这两项条件，《公约》就适用，特别是在冲突期间由一个缔约方占领的任何领土内。

第2条第2款的目的并非是要排除不在一个缔约方主权范围内的领土，从而限制第1款所界定的《公约》适用范围。其用意仅仅是要表明，即使在冲突期间实施的占领没有遇到武装抵抗，《公约》仍然适用。

这种解释反映了《日内瓦第四公约》起草人保护无论以何种方式落入占领国之手的平民的用意。1907年《海牙章程》起草人既关注保护领土被占国的权利，也关注保护领土内的居民，而《日内瓦第四公约》的起草人则如《公约》第47条所表明的那样，力图确保平民在战时得到保护，而不管被占领领土的地位如何。

这种解释为《公约》的准备工作材料所证实。在第二次世界大战结束后，红十字国际委员会(以下称红十字委员会)为了拟定新的日内瓦公约而召集的政府专家会议建议，公约应适用于任何武装冲突，“不管当事方是否承认其为战争状态”，并适用于“在没有出现战争状态时对领土的占领情形”（《研究保护战争受害者公约的政府专家会议工作报告，1947年4月14日至26日，日内瓦》，第8页）。因此，第2条第2款的起草人在将该款写进《公约》时，其用意并非是要限制后者的适用范围。他们仅仅是考虑到在没有发生战斗情况下的占领情形，如1939年德国对波希米亚和摩拉维亚的占领。

96. 本法院还指出，《日内瓦第四公约》缔约国在1999年7月15日举行的会议上赞成这项解释。他们发表一份声明，其中“重申《日内瓦第四公约》适用于被占领的巴勒斯坦领土，包括东耶路撒冷”。后来，在2001年12月5日，缔约国在特别提到1949年《日内瓦第四公约》第1条的规定时，再次重申“《日内瓦第四公约》适用于被占领的巴勒斯坦领土，包括东耶路撒冷”。它们还提醒出席会议的缔约国、冲突各方和占领国以色列它们各自的义务。

97. 此外，本法院指出，当事方必须按照公约第142条的规定，“在任何时候均应承认和尊重”红十字委员会在涉及执行《日内瓦第四公约》方面的特殊地位。本法院也就对公约的解释发表意见。在2001年12月5日的一项声明中，它忆及“红十字委员会始终申明，《日内瓦第四公约》在法律上适用于以色列国自1967年以来占领的领土，包括东耶路撒冷”。

98. 本法院指出，大会在其许多决议中也采取相同的立场。[……]

99. 安全理事会本身，[……]在1979年3月22日第446（1979）号决议中，[……]再次申明“1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》适用于1967年以来被以色列占领的阿拉伯领土，包括耶路撒冷在内”。[……]

    1990年12月20日，安全理事会第681(1990)号决议促请“以色列政府接受……《关于战时保护平民之日内瓦公约》在法律上适用于自1967年以来被以色列占领的所有领土，并严格遵守该公约的各项规定”。它还要求“上述公约的缔约国根据公约第1条的规定，确保占领国以色列尊重其按照该公约承担的各项义务”。

    最后，安全理事会 1992 年 12 月 18 日第 799 (1992) 和 1994 年 3 月 18 日第 904 (1994) 号决议重申其关于《日内瓦第四公约》适用于被占领土的立场。

100. 本法院最后指出，以色列最高法院在 2004 年 5 月 30 日的一项判决中也认为：

    > “[以色列国防军] 在拉法的军事行动一旦涉及平民，应适用《1907 年关于陆战法规与习惯之海牙第四公约》和《1949 年关于战时保护平民之日内瓦公约》。”

101. 有鉴于此，本法院认为，在两个或两个以上缔约方之间发生武装冲突时，《日内瓦第四公约》适用于任何被占领的领土。1967 年武装冲突爆发时，以色列和约旦均是该公约的缔约国。本法院据此认为，该公约适用于在冲突之前位于绿线以东、在冲突期间被以色列占领的巴勒斯坦领土，因为无需对这些领土原先的确切地位加以任何调查。

102. 本法院正在审理的诉讼程序的参与方也对以色列签署的国际人权公约是否适用于被占领的巴勒斯坦领土持有不同意见。秘书长报告附件一指出：

    > “4. 以色列否认它已签署的《公民及政治权利国际盟约》和《经济、社会、文化权利国际盟约》适用于被占领的巴勒斯坦领土。它说，

人道主义法是在诸如西岸和加沙地带这样的冲突局势中提供保护的法律，而人权条约是为了保护公民在和平时期不受本国政府的侵权行为之害。"

在该诉讼程序的其他参与方中，那些谈到该问题的参与方持相反的看法，认为这两项盟约在被占领的巴勒斯坦领土中适用。

103. 1991年10月3日，以色列批准了1966年12月19日的《经济、社会、文化权利国际盟约》和《公民及政治权利国际盟约》、以及1989年11月20日的《联合国儿童权利公约》。它是这三项文书的缔约国。

[……]

105. 在1996年7月8日《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见》中，本法院有机会讨论与《公民及政治权利国际盟约》有关的这些问题中的第一项问题。在那些诉讼程序中，一些国家认为，该盟约旨在保护和平时期的人权，而有关在敌对行动中非法丧生的问题是由适用于武装冲突的法律管辖"（《1996年国际法院案例汇编》，第一卷，第239页，第24段)。

本法院不接受这种论据，指出：

[法院重申了"核武器咨询意见案"第25段，参见**案例46**，第910页。]

106. 从较为广义的意义上来说，本法院认为，人权公约提供的保护在武装冲突中并没有停止，除非因为《公民及政治权利国际盟约》第4条所述的那种减损规定造成的结果。至于国际人道主义法律与人权法律之间的关系，因此，存在三种可能情况：某些权利可能专属于国际人道主义法律的事项：其他权利可能专属于人权法律事项：另外一些法律可能专属于国际法这两种分支的事项。为了回答所提出的问题，本法院必须考虑到国际法的这两种分支，即人权法律和作为特别法的国际人道主义法律。

107. 这两项国际盟约和《儿童权利公约》是否只适用于缔约国境内的领土，还是也可在这些领土之外适用，如果可以适用，在什么情况下适用的问题，仍有待于确定。

108. 《公民及政治权利国际盟约》适用的范围在该盟约第2条第1款中得到界定，该款规定：

"本盟约每一缔约国承担尊重和保证涉及领土内和受其管辖的一切个人享有本盟约所承认的权利，[……]"

这项规定可以解释为，只包括在某国境内及其属于该国管辖的个人。它也可理解为包括那些在某国境内以及那些在该国境外但受该国管辖的个人。因此，本法院将努力确定该案文的含义。

109. 本法院指出，尽管各国管辖权主要在该国境内，但有时也可在国家领土之外行使。考虑到《公民及政治权利国际盟约》的目标和宗旨，似乎理所当然的是，即使情况是如此，该盟约缔约国也应有义务履行其条款。

人权事务委员会的惯例也符合这种做法。因此，委员会已认为，该盟约可在国家能够在外国境内行使管辖权的地方使用。它已对乌拉圭特工人员在巴西或阿根廷开展逮捕案件 (第52/79号案件Lopez Burgos诉乌拉圭；第56/79号案件，Lilian Celiberti de Casariego诉乌拉圭) 中乌拉圭采取行动的合法性作出裁决。在乌拉圭驻德国领事馆没收护照的案件中(第106/81号案件，Montero诉乌拉圭) 也作出类似的裁决。

该盟约准备资料确认委员会对该文书第2条规定的理解。这些资料表明，在采用所选择的措辞时，该盟约起草者并不打算允许国家在其境外行使管辖权时逃避它们的义务。他们只打算防止居住在境外的个人不会对他们的原籍国提出不属于该国而属于居住国管辖范围的权利（见人权委员会对初步案文的讨论，E/CN.4/SR.194，第46段；联合国大会第十届会议正式记录，附件，A/2929，第二部分第五章第4段(1955)）。

110. 在这方面，本法院注意到以色列在给人权事务委员会的来文中就《盟约》的可适用性问题采取的立场，并注意到委员会的意见。

以色列于1998年表示，在编写给委员会的报告时，它不得不面对的一个问题是，就适用《盟约》而言，“被占领土内的居民是否实际上处于以色列的管辖权之下 (CCPR/C/SR.1675，第21段)。以色列采取的立场是，“《盟约》和类似文书不直接适用于被占领领土内的当前局势”(同上，第27段)。

委员会在审查报告后的结论性意见中，对以色列的态度表示忧虑，并指出“以色列在[被占领]领土内长期存在、以色列对被占领领土未来地位持模糊态度以及以色列安全部队在领土内行使有效管辖权等情况”(CCPR/C/79/Add.93，第10段)。2003年，针对以色列的一贯立场，即“《盟约》不适用于以色列本国领土之外，特别是西岸和加沙……”，委员会得出以下结论：

"在当前情况下，为了保护被占领领土内的居民，对于缔约国在这些领土上的当局或人员的所有行为，凡影响到享受《盟约》规定的权利和属于国际公法原则规定的以色列的国家责任范围之内的，适用《盟约》的规定"(CCPR/CO/78/ISR，第 11 段)。

111. 本法院的结论认为，《公民及政治权利国际盟约》适用于一国在其领土外行使管辖权所实施的行为。

112. 《经济、社会、文化权利国际盟约》没有关于其适用范围的规定。这可能是因为该盟约所保障的权利主要是领土内的权利。但不应排除的是，《盟约》既适用于缔约国对其拥有主权的领土，也适用于该国对其行使属地管辖权的领土。[……]

在这方面，宜回顾以色列在其提交经济、社会和文化权利委员会的各次报告中所采取的立场。以色列在1998年12月4日提交委员会的初次报告中提供的"统计数字表明在被占领领土内的以色列定居者享有《盟约》规定的权利"。委员会注意到，据以色列称，"同一管辖地区内的巴勒斯坦居民则没有被列入报告和被排除在《盟约》的保护之外"(E/C.12/1/Add.27，第8段)。[……]委员会在这方面表示了关切。鉴于这些意见，委员会再次表示关注以色列的立场，并重申"它认为《盟约》规定的缔约国义务适用于受其有效控制之下的所有领土和人口"(E/C.12/1/Add.90，第15段和31段)。

由于上文第106段说明的原因，本法院不能接受以色列的意见。本法院还须指出，被以色列占领的领土处于占领国以色列的属地管辖权之下，时间已超过37年。以色列在行使在此基础上拥有的权力时，须受《经济、社会、文化权利国际盟约》规定的约束。此外，以色列有义务不设置任何障碍，不妨碍在已向巴勒斯坦权力机构移交权限的领域内行使这些权利。

113. 关于 1989 年 11 月 20 日《儿童权利公约》,根据该文书所载第 2 条的规定，"缔约国应尊重本公约所载列的权利，并确保其管辖范围内的每一儿童均享受此种权利……"。因此，《公约》适用于被占领巴勒斯坦领土。

114. 在确定了相关的国际法的规则和原则据以回答大会所提问题、特别是就国际人道主义法和人权法在被占领巴勒斯坦领土内的可适用性作出裁定后，本法院现在将试图确定筑墙行为是否违反这些规则和原则。

115. 在这方面，秘书长报告中题为“巴勒斯坦解放组织法律立场摘要概述”的附件二指出，“建造隔离墙是企图违反国际法吞并该领土的行为”，“事实上的土地吞并干涉领土主权，因而侵犯了巴勒斯坦人的自决权利。”提交本法院的一些书面陈述和庭审时表示的意见重申了这种意见。[……]在这方面特别强调指出的是，“所策划的隔离墙路线是为了通过加强在被占领巴勒斯坦领土上非法建立的以色列定居点，改变包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土的人口组成”。[……]

116. 以色列方面则辩称，隔离墙的唯一目的是使其能够有效打击从西岸发动的恐怖攻击。此外，以色列多次指出，隔离墙是一种临时措施（见秘书长报告，第29段）[……]强调“[围栏]没有把领土兼并到以色列国”，并且“如果是出于配合政治解决冲突的需要，以色列愿意而且能够在付出巨大代价的情况下调整或拆毁围栏”(S/PV.4841，第9页)。[……]

117. 本法院忆及，大会和安全理事会在巴勒斯坦问题上均提到“不容许通过战争取得领土”这一习惯规则（见上文第74段和87段）。[……]

118. 关于人民的自决权原则，本法院指出，“巴勒斯坦人民”的存在不再是争论中的问题。[……]

119. 本法院注意到，按照以色列政府确定的隔离墙的路线，大约80%的生活在被占领巴勒斯坦领土内的定居者被划入“封闭区”（见上文第85段）。此外，查看上文第80段所述的地图后可清楚看出，隔离墙蜿蜒路线的划定是为了将被占领巴勒斯坦领土（包括东耶路撒冷）内的绝大多数以色列定居点划进该区域。

120. 关于这些定居点，本法院注意到，《日内瓦第四公约》第四十九条第6款规定：“占领国不得将其本国平民的一部分驱逐或移送到所占领的领土。”该条款不仅禁止诸如在第二次世界大战期间实施的驱逐或强迫迁移居民的行为，而且禁止占领国为组织或鼓励其本国居民的一部分迁往被占领土所采取的任何措施。

在这方面，提供给本法院的资料显示，自1977年以来，以色列违反上述第四十九条第6款的规定，实行了在被占领巴勒斯坦领土内建立定居点的政策并制订了种种做法。

因此，安全理事会认为，这种政策和做法“没有法律效力”。安理会还要求“占领国以色列严格遵守”《日内瓦第四公约》，并：

> “废除以前的措施和停止采取可能改变 1967 年以来包括耶路撒冷在内的被占领阿拉伯领土的法律地位和地理性质及对其人口组成有实

质影响的任何行动，尤其是不要将以色列的一部分平民迁入被占领的阿拉伯领土内”(1979 年 3 月 22 日第 446 (1979) 号决议)。

安理会在1979年7月20日第452 (1979) 号和1980年3月1日第465 (1980) 号决议中重申了它的立场。实际上，安理会的后一项决议将“以色列将其部分人口和新来移民移居到[被占领]领土的政策和措施”指为对《日内瓦第四公约》的“悍然违反”。

本法院的结论是，在被占领巴勒斯坦领土（包括东耶路撒冷）建立以色列定居点的行为违反国际法。

121. 虽然本法院注意到以色列保证建造隔离墙并不等于吞并，隔离墙是临时性的（见上文第116段），但是人们担心隔离墙的路线会预先确定以色列和巴勒斯坦之间将来的边界，担心以色列可能把定居点和进出路径联成一体，本法院对这些担心不能无动于衷。本法院认为，建造隔离墙及其附属设施造成一种完全可能成为永久性的“既成事实”，在此情况下，尽管以色列对隔离墙的正式定性，但它相当于事实上的吞并。

122. [……]换句话说，为隔离墙选择的路线实际上表明了遭到安全理事会谴责的以色列对耶路撒冷和定居点采取的非法措施（见上文第75段和第120段）。建造隔离墙还可能进一步改变被占领巴勒斯坦领土内的人口组成，因为这会促使巴勒斯坦人离开某些地区，下文第133段将进一步加以说明。建造隔离墙加上以前采取的措施严重妨碍了巴勒斯坦人民行使自决权，因此，以色列违反了尊重这项权利的义务。

123. 建造隔离墙还产生了国际人道主义法和人权文书有关条款方面的许多问题。

124. 关于《1907年海牙章程》，本法院回顾，第二编涉及敌对行为，特别是涉及“伤害敌人的手段、包围和轰击”。第三编涉及被占领领土内的军事当局。现在只有第三编适用于西岸，而《海牙章程》第二编第二十三条第㈦款与此不相关。

《海牙章程》第三编中有第四十三条、第四十六条和第五十二条适用于被占领巴勒斯坦领土。第四十三条规定占领者有义务“尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并且……应尊重该国现行的法律”。第四十六条补充说,私有财产必须受到“尊重”并且“不得没收”。最后，第五十二条认可占领军为满足需要可在一定限度内征用实物和劳务。

125.《日内瓦第四公约》也区分了占领军事行动中适用的条款和整个占领期间适用的条款。它在第六条中规定：

[法院在这里陈述了第六条规定的内容。]

由于导致1967年占领西岸的军事行动早已结束，只有《日内瓦第四公约》第六条第三款提到的那些条款仍适用于被占领领土。

126.这些条款包括《日内瓦第四公约》第四十七条、第四十九条、第五十二条、第五十三条和第五十九条。

[法院在这里陈述了第47、49、52、53和59条规定的内容。]

127.《公民及政治权利国际盟约》也有几项条款相关。在深入审视这些条款之前，本法院要指出，《盟约》第四条允许缔约国在不同条件下克减该文书的一些规定。以色列援用该条规定的克减权，于1991年10月3日写信给联合国秘书长，内容如下：

"自从以色列国成立以来，它的生存及其公民的生命和财产一直受到持续的威胁和攻击。

这些威胁和攻击采用战争威胁、实际武装进攻和恐怖主义活动等方式，造成了人员的伤亡。

[……]

因此，以色列政府认为有必要根据上述第四条，完全按局势紧迫性所需的程度采取措施，包括行使逮捕和拘留权力，以保卫国家和保护生命与财产。

如果任何这些措施与《盟约》第九条的规定不一致，以色列则克减该条款规定的义务。"

本法院指出，所述克减仅涉及《公民及政治权利国际盟约》第九条，而该条说明了个人自由和安全的权利并规定了适用于逮捕或拘留情况的规则。因此，《盟约》其他条款仍然不仅适用于以色列领土，而且适用于被占领巴勒斯坦领土。

128.其中必须提到第十七条第一款，该款规定如下："任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。"

还必须提到第十二条第一款，该款规定如下："合法处在一国领土内的每一个人在该领土内有权享受迁徙自由和选择住所的自由。"

129. 除了《公民及政治权利国际盟约》对移动自由所给的一般性保障之外，还必须考虑到关于出入基督教、犹太教和伊斯兰教神圣处所权利的具体保障。[…]以色列签署了全面停战协定，就是承诺——约旦也一样——保障人们自由出入这些神圣处所及宗教建筑物或场址的权利。 本法院认为以色列的这项承诺同样适用于在1967年被它控制的神圣处所及宗教建筑物或场址。1994年以色列与约旦签订的和平条约第9条第1段以较为笼统的言辞进一步肯定了这项承诺：“每一方将让人们自由出入具有宗教和历史意义的地方场所”。

130. 至于经济、社会、文化权利国际盟约，它包含了几个有关条款，即：工作权利 (第6和第7条)；向家庭、儿童和少年提供保护和援助 (第10条)；适当生活水平权，包括获得足够食物、衣服和住房的权利以及“免受饥饿权”(第11条)；健康权 (第12条)；受教育的权利 (第13和第14条)。

131. 最后一点，1989年11月20日《儿童权利公约》第16、24、27和28条也有类似的条款。

132. 根据提交给本法院的信息特别是秘书长的报告，看来建造这堵墙导致了财产设施的破坏和征用，而这种情况违反了1907年海牙章程第46和第52条以及日内瓦第四公约第53条的规定。

133. 在绿线与这墙之间建一个封闭区以及建立飞地对被占领巴勒斯坦领土的居民 (除了以色列公民和已被同化者) 的移动自由施加了很大的限制。此种限制在城区例如卡勒基利亚飞地或耶路撒冷市及其郊区最为明显。而其中某些地方出入的门闸少，开放的时间看来有限制而且无定时，使情况更糟糕。例如，根据人权委员会关于自1967年以来被以色列占领的巴勒斯坦领土的人权状况特别报告员的报告，“人口4万的卡勒基利亚城完全被这堵墙围住了，居民只能在早上7时到晚上7时开放的唯一一个军事检查站通过”。(人权委员会1967年以来被占领巴勒斯坦领土人权情况特别报告员约翰·杜加德依照委员会第1993/2 A号决议的规定提出了题为“在包括巴勒斯坦的被占领阿拉伯领土上人权被侵犯问题”的报告 (2003年9月8日，E/CN.4/2004/6，第9段)。

农业生产方面也受到了严重影响——这是许多来源所证实的。据调查以色列侵害占领区巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人人权的行为特别委员会指出“被以色列占领部队没收的大约100 000德南 (约10 000公顷) 最肥沃的农地在这堵墙第一阶段的建造过程中被毁了，大量的财产消失了，特别是千万巴勒斯坦人赖以生存的私有农地、橄榄树、水井、柑橘园和温

室等”(调查以色列侵害占领区巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人人权的行为特别委员会的报告，2003年8月22日，A/58/311，第26段)。

还有，1967年以来被占领巴勒斯坦领土人权情况特别报告员指出，“落在墙的以色列那一边的大多数巴勒斯坦人的土地是该区域最肥沃的农地及最重要的一些水井”(2003年9月8日，E/CN.4/2004/6，第9段)。联合国人权委员会粮食权利特别报告员指出，建这堵墙“把巴勒斯坦人隔离在他们的农地和水井之外，切断了他们的生计”(联合国人权委员会特别报告员让·齐格勒的报告“被占领巴勒斯坦领土特派团”增篇“食物权”(2003年10月31日，E/CN.4/2004/10/Add.2,第49段)。世界粮食计划署在其最新的报告中指出，这种情况已使该区域的粮食安全恶化，需要粮食援助的人据报已增加了25 000人 (秘书长的报告，第25段)。

这已进一步导致受影响的人口越来越难于获得医疗服务、上学和利用主要的水源。这一点已获得若干不同的消息来源所证实。因此，秘书长的报告这样概括地指出：“据巴勒斯坦中央统计局指出，迄今这堵墙已隔离了30个地方的医疗服务、隔离了22个地方的学校、隔离了8个地方的主要水源、隔离了3个地方的电力网。”(秘书长的报告，第23段)。联合国人权委员会1967年以来被占领巴勒斯坦领土人权情况特别报告员说，“在墙与绿线之间的巴勒斯坦人实际上已同土地、工作地点、学校诊所和其他社会服务隔离开。”(2003年9月8日，E/CN.4/2004/6，第9段)。特别是在水资源问题上，联合国人权委员会食物权问题特别报告员指出：“以色列通过建造这堵墙还将有效地并吞西边含水层的大部分 (这个西岸的水资源51%来自这个含水层) (2003年10月31日，E/CN.4/2004/10/Add.2,第51段)。同样，在医疗服务方面，据指出，自卡勒基利亚镇被围起来之后，该镇的一家联合国医院的工作量减少了40% (秘书长的报告，第24段)。

根据提供给联合国的报告显示，卡勒基利亚有大约600家店和企业倒闭，6 000至8 000人离开了该区域 (2003年9月8日，E/CN.4/2004/6，第10段；2003年10月31日，E/CN.4/2004/10/Add.2,第51段)。联合国人权委员会食物权问题特别报告员还指出，“在这个围栏/围墙把社区隔离它们的土地和水资源的情况下，在没有其他生计的情况下，许多居住在这些地区的巴勒斯坦人将被迫离开。”(2003年10月31日，E/CN.4/2004/10/Add.2,第51段) 还有，建造这堵墙将剥夺数量相当多的巴勒斯坦人“选择居住地的自由”。不过，还有一点，在本法院认为，由

于数量相当多的巴勒斯坦人已因这堵墙及其相关的制度而被迫离开某些地区——随着这堵墙继续扩建，加上上文第120段提到的以色列新建的移民点，被占领巴勒斯坦领土的人口构成将会改变。

134. 总而言之，本法院的意见认为建造这堵墙以及其相关的制度阻碍了被占领领土居民（除了以色列公民和已同化者）的移动自由——这是《公民及政治权利国际盟约》第12条第1款所保障的，也阻碍了受影响的人行使工作、获得医疗服务、接受教育和拥有适当生活水平权的权利——这是经济、社会、文化权利国际盟约和联合国儿童权利公约郑重宣布的。最后一点，由于建造这堵墙以及其相关的制度促成了上文第122和第133段所提到的人口组成的变化，这已违反了日内瓦第四公约第49条第6款以及上文第120段提到的安全理事会决议。

135. 不过，本法院愿意指出，适用的国际人道主义法有条款容许在某种情况下考虑到军事紧急状况。

1907年海牙章程第46条和日内瓦第四公约第47条都没有容许任何这类特殊条件。至于日内瓦第四公约第49条第1款禁止的强制转移人口和递解出境，该条第2款则规定在“人民的安全或绝对的军事理由需要”的情况下允许例外。不过，这项例外不适用于该条第6款——它禁止占领国把自己的部分平民人口流放或转移到其占领的土地。至于有关破坏个人财产的第53条，该条规定在“军事行动必须作出此种破坏的情况下”允许例外。

本法院认为这些条文所考虑的那些军事紧急状况，即使在占领所用的军事行动总体上已结束的情况下仍可援引。不过，本法院面前的材料不能使它信服，即以色列违反日内瓦第四公约第53条进行的破坏是其军事行动所绝对必要的。

136. 本法院进一步指出，一些人权公约，特别是《公民及政治权利国际盟约》，载有缔约国在各种情况下可援引用以克减其所承担的某些公约义务的规定。但是，在这一方面，本法院回顾，以色列根据《公民及政治权利国际盟约》第四条给联合国秘书长的通知函仅涉及该盟约有关人身自由和安全的第九条(见上文第127段)；所以，以色列必须遵守该文书的所有其他规定。

此外，本法院注意到，人权公约的某些规定含有限制这些规定给予的权利的条款。《公民及政治权利国际盟约》第十七条没有此类条款。另一

方面，该文书的条十二条第三款规定，对该条保障的迁徙自由“除法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德、或他人的权利和自由所必需且与本盟约所承认的其他权利不抵触的限制外，应不受任何其他限制。”《经济、社会、文化权利国际盟约》第四条载有下列一条通则：

> “本盟约缔约各国承认，在对各国依据本盟约而规定的这些权利的享有方面，国家对此等权利只能加以同这些权利的性质不相违背而且只是为了促进民主社会中的总的福利的目的的法律所确定的限制。”

本法院认为，《公民及政治权利国际盟约》第十二条第三款规定的限制，从该款本身的规定来看，是对第一款所载迁徙自由的例外。此外，此类限制仅服务于许可目的是不够的；它们还必须是达到这些目的所需要的。如人权委员会所说的那样，它们“必须符合相称原则”以及“必须是可能实现期望结果的同类手段中干涉程度最低的手段”(CCPR/C/21/REV.1/Add.9，第27号一般性意见第14段)。根据已掌握的资料，本法院裁定本案没有满足这些条件。

本法院进一步指出，因以色列修筑隔离墙而对生活在被以色列占领的领土上的巴勒斯坦人享有其经济、社会和文化权利造成的限制没有满足《经济、社会、文化权利国际盟约》第四条规定的条件，也就是说实行这些限制必须“只是为了促进民主社会中的总的福利的目的”。

137. 总之，根据已掌握的资料，本法院并不相信以色列为隔离墙所选择的特定路线是实现其安全目标所需要的。沿所选择路线修建的隔离墙及其相关制度严重侵害了生活在被以色列占领的领土上的巴勒斯坦的几项权利，以军事紧急状态或以国家安全或公共秩序的需要来对这一路线造成的侵权行为进行辩解是站不住脚的。因此，修建这一隔离墙是构成以色列对其在适用的国际人道主义法和人权文书下所承担的多项义务的违反。

138. 因此，本法院断定，修建隔离墙是一项不符合以色列应遵守的多项国际法律义务的行为。但是，秘书长报告的附件一说，以色列认为：“建造隔离墙符合《联合国宪章》第五十一条、其固有的自卫权利以及安全理事会第1368 (2001) 和1373 (2001) 号决议”。更具体地说，2003年10月20日，以色列常驻联合国代表在联大称，“隔离墙是一项完全符合载于《宪章》第五十一条中的各国自卫权的措施”；他继续说，所提及的

安全理事会决议，“明确承认各国有权在对恐怖主义袭击进行自卫时使用武力”，因此当然也承认了为此目的采用非武力措施的权利(A/ES-10/PV.21，第6页)。

139.《联合国宪章》第五十一条规定：

> “联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。”

所以，《宪章》第五十一条承认在一国对另一国进行武力攻击的情况下存在自卫之自然权利。但是，以色列并未称对它的攻击可归责于一个外国。

本法院还注意到，以色列对被占领的巴勒斯坦领土行使控制，正如以色列自己所说，它认为成为修建隔离墙的原因的威胁来自领土内部而不是领土外部。这一情况与安全理事会第1368(2001)号和1373(2001)号决议所考虑的情况不同，因此，以色列无论如何不能援引这些决议来支持它正在行使自卫权利的主张。

所以，本法院断定，《宪章》第五十一条在本案中不具相关性。

140.但是，本法院审议了以色列是否可以危急情况为由排除修建隔离墙行为的不法性。在这一方面，本法院必须注意到，本案所涉及的一些公约含有对保障权利的限制条款或克减规定(见上文第135和136段)。由于这些条约本身的条款中已对此类考虑作出了规定，可以提出的一个问题是，就这些条约而言，是否可援引习惯国际法所承认的危急情况，作为排除正受到挑战的措施或决定的不法性的理由。然而，本法院不需审议这一问题。正如本法院在有关加布奇科沃-大毛罗斯项目案 (匈牙利/斯洛伐克)中指出的那样：“危急情况是习惯国际法承认的一项理由”，“只有在特殊情况下才可得到接受”；危急情况“只有在某些严格规定的条件下才可以援引，必须以积累的方式满足这些条件；至于这些条件已否得到满足，不能只由所涉国家作出判断”(《1997年国际法院案例汇编》，p. 40，第51段)。本法院以国际法委员会使用的说法阐明了其中的一项条件，该说法目前的案文要求受到挑战的行为“是该国保护基本利益，对抗某项严重迫切危险的唯一办法”(国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任条款的第二十五条；[……])。鉴于所掌握的资料，本法院不相信，沿所选择的路线修建隔离墙是以色列保护其利益，对抗严重迫切危险的唯一办法，而以色列却援引此点为修建该隔离墙辩解。

141. 实际情况依然是，以色列必须面对针对其平民的许多不分清红皂白的致命暴力活动。它有权，也的确有责任作出反应，以保护其公民的生命。但是，所采取的措施仍然必须符合适用的国际法。

142. 总之，本法院认为，鉴于上文第122和第137段的考虑，以色列不能以自卫权或危急情况为由排除修建隔离墙的不法性。因此，本法院裁定，隔离墙的修建及其相关制度违反国际法。

[……]

147. 由于法院已经得出结论认为，在被占领巴勒斯坦领土上，包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙的行为以及与其相关的制度违背了以色列的各项国际义务，因此，该国应负的责任是由国际法确定的。

148. 法院现将研究以色列违反国际法的行为所造成的法律后果，区别对以色列的法律后果和对其他国家的法律后果，并酌情研究对联合国造成的法律后果。法院将首先研究这些违法行为对以色列造成的法律后果。

149. 法院指出，以色列首先应当履行它在被占领巴勒斯坦领土上修建隔离墙的行为所违背的各项国际义务 (见上文第114至137段)。因此，以色列必须履行尊重巴勒斯坦人民自决权利的义务以及国际人道主义法和国际人权法规定其应承担的义务。另外，以色列必须确保其自1967年战争以来控制的圣地的进出自由 (见上文第129段)。

150. 以色列在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的行为引发了以色列的一些国际义务，法院认为，以色列还有义务不再违背这些国际义务。一个国家若对一项国际不法行为负有责任，则该国家有义务结束这一行为，这一点在一般国际法中早有明确规定，法院也多次确认这一义务[……]

151. 因此，以色列有义务停止其正在被占领巴勒斯坦领土，包括在东耶路撒冷及其周围进行的隔离墙修建工程。另外，法院了解到 (见上文第143段)，隔离墙的修建及与其有关的制度导致以色列对其国际义务的违反，因此要结束此类违反义务的行为，以色列就必须立即拆除隔离墙位于被占领巴勒斯坦领土的部分，包括在东耶路撒冷及其周围的部分。为修建隔离墙及建立与其有关的制度而通过的所有法规，都必需立即撤销或宣告无效，除非在规定向巴勒斯坦人口进行补偿或其他形式的赔偿后，这些法规仍然与以色列遵守下文153段中所述的各项义务有关。

152. 另外，鉴于除了其他后果之外，在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的行为还导致住家、商业以及农业用地被征用或毁坏，法院进一步裁定，

以色列有义务向所有遭受损失的有关自然人和法人进行赔偿。法院回顾，常设国际法院曾就习惯法中赔偿的基本形式作出如下规定：“一项非法行为的实际概念中所包含的基本原则（似乎是由国际惯例，特别是由仲裁法院各项决定确立的原则）是，赔偿必须尽量消除非法行为的一切后果，并尽可能将有关情况恢复到假定这一行为没有发生的状态。可归还实物，在不可能归还实物时，亦可赔款，赔款数额相当于实物补偿的数额；对实物归还或赔款未覆盖的损失，亦可以做出必要补偿——应依据这些原则来确定一项违背国际法的行为的补偿数额。”（《1928年常设国际法院案例汇编》，A辑，第17号，第47页，第13号判决书，Chorzow工厂案，实质问题）。

153. 因此，以色列有义务退还土地、果园、橄榄园，以及归还为在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙而从任何自然人或法人手中攫取的其他不动资产。若无法归还实物，以色列有义务赔偿有关人员所遭受的损失。法院认为，以色列还有义务根据适用的国际法规则，对所有因隔离墙的修建而遭受任何形式的物质的自然人或法人进行补偿。

154. 法院现将审议因以色列修建隔离墙而引发的国际不法行为对其他国家造成的法律后果。

155. 法院认为，以色列所违背的各项义务包括某些普遍义务。正如法院在巴塞罗那电车公司案中所指出的那样，这些义务从本质上说“涉及所有的国家”，而且“鉴于所涉权利的重要性，可以说这些权利的保护在法律上同所有国家都有关”（《1970年国际法院案例汇编》，第32页，第33段，巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决书）。以色列所违反的普遍义务是，尊重巴勒斯坦人民自决权的义务以及以色列按照国际人道主义法应遵守的某些义务。

[……]

157. 至于国际人道主义法，法院回顾，在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中，法院表示，“在武装冲突中适用的许多人道主义法规则也是在对人的尊重以及‘人道考虑因素’方面的根本规则……”，“这些规则是不容违背的国际习惯法原则，因此，无论是否批准了载有这些规则的各项公约，所有国家都应当遵守”这些规则（《1996年国际法院案例汇编》㈠，第257页，第79段）。法院认为，这些规则包含了一些实质上具有普遍性的义务。

158. 法院还要强调，《日内瓦第四公约》第一条是日内瓦四公约中共同的一条，此条规定，“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”法院根据该规定认为，该公约的每个缔约国，无论是否是某冲突的一方，都有义务确保有关文书中的各项规定得到遵守。

159. 鉴于所涉权利和义务的性质和重要性，法院认为，所有国家都有义务不承认因在被占领巴勒斯坦领土上，包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙而导致的非法状况。各国还有义务不为维护这一修建行为所致局势而提供帮助或者援助。所有各国在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，应确保终止任何通过修建隔离墙而对巴勒斯坦人民行使自决权造成阻碍的行为。另外，1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》的缔约国都有义务在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，确保以色列遵守该公约所包含的国际人道主义法。

160. 最后，本法院认为，联合国，尤其是大会和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止修建隔离墙及相关制度所造成的非法状况，对本咨询意见给予应有的考虑。

[……]

163. 出于这些理由，

本法院，

(1) 一致，

裁定国际法院有管辖权给予所要求的咨询意见；

(2) 以十四票对一票，

决定应允对咨询意见的请求；

[……]

(3) 以下列方式答复大会提出的问题：

A. 以十四票对一票，

占领国以色列在被占领巴勒斯坦领土，包括东耶路撒冷及其周围地区，正在修建的隔离墙及其相关制度违反国际法；

[……]

B. 以十四票对一票，

以色列有义务终止其违反国际法的行为；根据本咨询意见第151段，以色列有义务立即停止正在包括东耶路撒冷及其周围地区在内的被占领巴勒斯坦领土修建的隔离墙工程，立即拆除在上述地区已经修建的隔离墙，并立即撤消与其相关的所有立法和管制行为或使其无效；

[……]

C. 以十四票对一票，

以色列有义务赔偿在包括东耶路撒冷及其周围地区在内的被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙造成的一切损失；

[……]

D. 以十三票对一票，

所有国家均有义务不承认修建隔离墙造成的非法状况，不为维持修建隔离墙造成的状况提供帮助或援助；1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》所有缔约国还有义务，在遵守《联合国宪章》和国际法的前提下，确保以色列遵守该公约所体现的国际人道主义法；

[……]

E. 以十四票对一票，

联合国，尤其是大会和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止修建隔离墙及相关制度所造成的非法状况，对本咨询意见给予应有的考虑。

[……]

科罗马法官的个别意见

[……]

一. 介绍性发言

1. 除了对关于国家承担的法律后果的第(3)(D)段外，我对《咨询意见》执行部分各段都投赞成票。

   我投反对票有几个理由，在目前阶段我只是简要提一下这些理由，因为我在对《咨询意见》各个部分提出评论时将会提到这些理由。

我的动机可以摘述如下：

[……]

第三，我认为，法院在本答复第(3)(D)段中所作的结论相当软弱无力；除了法院裁定国家有义务“在维持由于建造[隔离墙]而造成的局势方面不提供支援或援助”(我同意这项裁定) 外，我很难想象可以预期各国在实际情况下应做什么或不应做什么。我认为，一个司法机构的裁定应对当事方的行为有直接的影响。执行部分第(3)(D)段第一部分或最后一部分都不能满足这项请求。

[……]

9. [……]以色列政府声称，由于西岸在1967年战争之前不在约旦的主权范围内，因此《日内瓦第四公约》在法律上不适用于西岸。如果这个说法是对的，那么这种论点就已经站不住脚，因为冲突一方声称属于它的并在它的控制下的领土一旦被冲突另一方所占领，按照定义，就是《日内瓦第四公约》意义下缔约国的占领领土（斜体是后加的），而以色列和约旦都是该公约的缔约国。

[……]

五. 实质问题

[……]

34. *相称性*——法院裁定，在适用的人道主义法和人权公约的限制条款中规定的条件没有得到满足，而且以色列不能把军事上的迫切需要或者国家安全或公共秩序方面的要求当作以色列采取措施的正当理由（第135-137段）。我同意这一裁定，但认为隔离墙的修建还应受相称性原则的检验，特别是因为军事需要和相称性概念已经在国际人道主义法中紧密地交织在一起。而且我认为，即使能认为修建隔离墙和制订相关制度作为用来保护以色列公民合法权利的措施具有正当理由，这些措施也不会通过相称性原则的检验，这一点具有决定性的重要意义。为修建隔离墙选定的路线以及随之对被占领巴勒斯坦领土的居民造成的令人担忧的后果，与以色列力图保护的利益明显不相称，而且以色列最高法院在最近的裁定中也确认了这一点。

35. *自卫*——以色列把它根据《宪章》第五十一条享有的固有的自卫权，当作修建隔离墙的理由。在这方面，它援用了是安全理事会在2001年9月11日对美国境内的目标发生恐怖主义袭击事件之后通过的第1368 (2001) 号和第1373 (2001) 号决议。

法院在就这一论点作出答复时，首先指出，第五十一条确认在一国对另一国发动武装进攻时存在固有的自卫权 (第139段)。这一说法无疑是正确的，但作为就以色列的论点作出的答复，它虽应予以应有的尊重，却不相干。第1368号和第1373号决议确认了单独或集体自卫的固有权利，而没有一处提到一国的武装进攻。安全理事会称国际恐怖主义行为是对国际和平与安全的威胁，并授权安理会根据《宪章》第七章采取行动，而未对国际恐怖主义行为作出进一步限制。它实际在第1373号决议中作出有关规定时，没有将恐怖主义行为归于具体的一个国家。这是这些决议中全新的特点。这一新特点并未因第五十一条的用词而受到排斥，因为它以先发生武装进攻作为行使固有的自卫权的条件，而没有说这一武装进攻必须来自另一个国家，即使50多年来这种解释已得到了人们的普遍接受。这一新特点的法律影响迄今尚未得到评估，但无疑是自卫概念的新的处理方式。令人遗憾的是，法院没有考虑到这一新特点。

36. 我认为，对驳回以色列关于它只是在行使自卫权的主张具有决定意义的论点载于第 139 段第二部分。《宪章》所载的自卫权属于国际法规则，因此与国际现象有关。第 1368 号和第 1373 号决议提到国际恐怖主义行为构成对国际和平与安全的威胁；因此，它们对也是受害国的国家控制的领土内所产生的恐怖主义行为没有直接影响。而且以色列没有说这些行为产生于其他地方。因此，法院正确地认定，这一局势不同于第 1368 号和第 1373 号决议所述的情况，因而以色列不能援用《宪章》第五十一条。

六. 法律后果

[……]

40. 《咨询意见》第155至158段所述的理由是：以色列违背的义务包括一些普遍义务。必须承认，我很难理解，为什么一个国家违背了一项普遍义务，就必定会给第三国带来义务。我勉强能够找到的一种解释是国际法委员会《关于国家责任的条款》第41条的条文。该条写道：

> "1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。(第 40 条论述了对一般国际法强制性规范所产生义务的严重违背行为。)
>
> 2. 任何国家均不得承认第 40 条含义范围内的严重违背义务行为所造成的局势为合法，也不应提供协助或援助以维持这种局势。"

[……]

42. 第41条第1款明确提到合作的义务。正如评注第3段所述："面对严重违背行为，所要求的是所有国家联合和协调努力，抵消这些违背行为的效果。"而第2段提到"在主管国际组织、特别是联合国框架内的合作"。因此，第41段第1款并没有提到严重违背行为给第三国带来的个别义务。该款所述的内容，已经列入本法院的裁定执行部分第3段(E)分段，而不是第3段(D)分段。

43. 但是，第41条第2款明确提到不得承认严重违背行为所造成的情况为合法的义务，正如执行部分第3段(D)分段所述的一样。国际法委员会在评注中提到，非法状况——几乎无一例外——都是以合法权利要求，通常是对领土的权利要求的形式出现。它举了下列例子："试图通过否认自决权取得对领土的主权"；日本吞并满洲国和伊拉克吞并科威特；南非对纳米比亚的权利要求；罗得西亚单方面独立宣言，以及在南非建立班图斯坦。换言之，所有上述这些例子都提到，正式或准正式颁布意在造成普遍效果的公告所产生的局势。在此类案件中，我可以同意不承认的义务。

44. 然而，我很难理解，不承认非法行为的义务指的是什么。为了遵守这项义务，执行部分第3段(D)分段此部分内容涉及的各个对象应该做些什么？鉴于有144个国家明确谴责建造隔离墙为非法行为 (ES-10/13号决议)，这个问题就更加切中肯綮了。而那些弃权或投票反对的国家 (以色列除外)，也不是因为认为建造隔离墙合法才这样做。因此，我认为，不承认的义务是一项没有实质内容的义务。

45. 这一论点不适用于第41条第2款提到的第二项义务，即不提供协助或援助以维持严重违背行为所造成的状况。因此，我完全支持执行部分第3段(D)分段此部分的内容。此外，我也赞成在推理中、甚至在执行部分中添加一个句子，提醒各国注意向建造隔离墙的受害者提供人道主义援助的重要性。（本法院在"纳米比亚案"的《咨询意见》中列入了一个论述范围不同但内容类似的句子，见《1971年国际法院案例汇编》，第56页，第125段。）

46. 最后，我难以同意本法院关于《日内瓦第四公约》缔约国有义务保证以色列遵守该公约所包含之人道主义法的裁定（第159段，执行部分第3段(D)分段，最后一节)。

在这方面，本法院以《日内瓦四公约》共同的第一条为依据，该条写道："各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。"（强调后加。）

47. 本法院没有说明，它有何依据断定该条给未参与冲突的第三国强加了义务。"筹备工作材料"并不支持此项结论。按照透彻研究共同第一条之起源和进一步发展的卡尔斯霍芬教授的看法，该条的主要目的是保证居民作为整体对条约的尊重，这与论述内部冲突的共同第三条密切相关。(卡尔斯霍芬著："The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances：From Tiny Seed to Ripening Fruit"，《国际人道主义法年鉴》，1999年，第二卷，第3至61页)。他从"筹备工作材料"中得出的结论是：

> "我在外交会议的记录中发现，政府代表根本就没有意识到，有人会在'保证尊重'这个句子中读出缔约国除了保证其人民'在一切情况下'尊重《四公约》义务之外应承担的任何承诺。"(同上，第 28 页。)

48. 如今确凿无疑的是，早在很久以前，红十字国际委员会就在其对《1949年公约》的（非权威）评注中采取立场认为，共同第一条包含了所有缔约国应保证《公约》被其他缔约国尊重的义务。同样确凿的是，通过《1977年附加议定书》的外交会议已在《第一议定书》中纳入共同第一条。但是，该会议从来没有讨论该条对第三国的推定影响。

49. 本法院在"尼加拉瓜案"中对共同第一条的引用也不是没有助益。本法院在未解释其条款的情况下评论说，"这一义务并非仅来自《四公约》本身，还来自《四公约》只具体提到的人道主义法的一般性原则。"本法院继续说，"美国因此有义务不鼓励参与尼加拉瓜冲突的个人或团体"违反共同第三条（"在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜采取的军事和准军事活动"(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，判决书，《1986年国际法院案例汇编》，第114页，第220段）。

但是，这项不采取行动的义务完全不同于保证遵守法律的积极义务。

50. 我绝不赞成对共同第一条的狭义解释，这种解释可能在1949年就已经考虑过。但我只是不明白，本法院在《咨询意见》中给予该条的适用范围，是不是象实在法的陈述一样正确。鉴于本法院没有在推理时提供任何论据，我觉得不能支持其判决。此外，我看不到由于有了这项义务，个别国家除外交行动外，还可以采取哪一类积极行动。

[……]

埃拉拉比法官的个别意见

[……]

三. 交战国占领法

[……]

3.1. [……] 以色列占领已持续近40年。占领，无论其期限有多长，都会造成无数的有关人、法律和政治的问题。在解决延长的交战国占领问题上，国际法寻求“在冲突结束前的原地待命”。没有人会低估延长的占领期间会产生的固有困难。延长占领会损伤适用的规则，但是，无论占领期限多长，交战国占领法必须得到完全尊重。

克里斯托弗·格林伍德教授提供了正确的法律分析，我对他的分析表示赞同。他写道：

> “然而，没有任何情况表明，国际法仅仅因为一个占领国占领的时间长，更不用提因为没有一套似可取代有关规定的法典而允许一个占领国无视条例或公约的规定；没有情况表明，国际社会愿意将无限行动权委托给占领者。”
>
> [……]
>
> 占领遭到武装抵抗这一情况不能用作无视被占领领土内的基本人权的借口。纵观历史，占领总是一直遭到武装抵抗。暴力滋生暴力。这一恶性循环同样严重地影响着占领者和被占领者的每一行动和每一反应。
>
> [……]
>
> 我衷心赞成福尔克教授和韦斯顿教授所表达的观点，双方违反人道主义法的基本规则源于“以色列占领政权本身的非法性”。占领是一种非法和临时状况，是整个问题核心所在。唯一可行的结束严重侵犯国际人道主义法行为的办法是结束占领。
>
> [……]

3.2. [……]把军事需要和军事急迫要求作为修建隔离墙的理由似可商榷。本法院指出，以色列未能表明这一点。以色列认为，修建隔离墙是一种安全措施。另一种观点认为，可以把军事需要原则作为与修建隔离墙过程同时出现的无正当理由的破坏和拆除行动的理由。对此两种观点必须加

以区分。军事需要如果适用，仅仅延伸至前者而非后者。在建设隔离墙及其相关制度过程中给平民住户造成的巨大损害和伤害，显然是国际人道主义法所禁止的。在修建隔离墙的同时毁坏家园、拆除基础设施及剥夺土地、果园和橄榄园，是无法以任何借口开脱的。100 000多名平民非战斗平民已经遭到不幸，变得无家可归。

[……]

希金斯法官的个别意见

[……]

14. [……]然而，鉴于大会的请求是希望对人道主义法发表咨询意见，这一请求所带来的义务是绝对的（这些义务本身的限制性规定除外）。这是人道主义法的基石，而且那些参与冲突的各方始终知道，冲突是以我们对未来的希望为代价，因此，无论冲突是如何挑起的，他们交战时都必须“有所节制”，并且遵照国际法行事。尽管就人道主义法的义务而言，这一因素削减了前因后果的相关性，但事实上，前因后果对于法院决定处理的其他国际法问题仍然具有重要性。然而，由于问题的提法，无法对这一前因后果加以考虑。

[……]

18. 我遗憾地指出，我不认为本意见达到了这个目的。当然，法院在第162段中指出“各方都采取了非法行动，作出了单方面的决定”，并强调指出“以色列和巴勒斯坦都有义务严格认真地遵守国际人道主义法规则。”但我认为，还需要做大量工作，避免因被请来考虑“整个大问题的一部分”而引发的不平衡，然后“认真考虑”实际情况。应在主文的范围内呼吁双方根据国际人道主义法律采取行动。不这样做就严重违反了法院遵循《威胁或威胁使用核武器合法性的主文》(国际法院报告，1996年(I)，咨询意见第266页)执行条款F的途径。此外，法院应提出在这个“大问题”上对双方的要求。[……]

19. 我认为，法院还应当借此机会最明确地说明，令人遗憾的是，现在明显需要的是重申、甚至是在国际律师中重申保护平民仍然是人道主义法不可逾越的义务，不仅对占领者是如此，对寻求从被占领中解放出来者也同样如此。

[……]

23. 大会第 ES-10/13 号决议认定隔离墙违背人道主义法，但却没有具体说明违背了哪一条和为什么这么说。巴勒斯坦告知大会，它认为违反了《日内瓦第四公约》第 33、53、55 和 64 条和《海牙章程》第 52 条。其他与会者援引《海牙章程》第 23(g)、46、50 和 52 条，以及《日内瓦第四公约》第 27、47、50、55、56 和 59 条。特别报告员认为，隔离墙违反《海牙章程》第 23(g) 和 46 条以及《日内瓦第四公约》第 47、49、50、53 和 55 条。人们可能期望，咨询意见可能载有详尽的分析，并提到案文，大部头的学术文章以及由法院决定哪些事实是正确的情况。这种措施可能是采取了传统的做法，把咨询意见作为阐述和发展国际法的机会。

24. 也许为了平衡，不但应说明以色列违背了哪些条款，而且还要说明它没有违背哪一条。但是法院一旦决定适用其中哪些条款，就只提及以色列违背的那些条款。此外，意见的结构没有分别讨论人道主义法和人权法，我认为这使人们很难理解法院确定的理由。主文第(3)(A)分段的语言很笼统，但是也不应当忽略法院认定只违反了《日内瓦第四公约》第49条(第120段)、《海牙章程》第46和52条以及《日内瓦第四公约》第53条(第132段)。我同意这些认定。

25. 经过对国际人道主义法进行一份轻描淡写地叙述之后，法院转向人权法。我同意法院关于人权法在被占领领土上具有重要性的结论。我还赞同第134段中对《公民及政治权利国际盟约》第12条所作的结论。

26. 与此同时，还应当指出，有一些常设条约机构，它们的职能是仔细审查各《盟约》缔约国的行为。的确，法院对《公民及政治权利国际盟约》的答复既提到人权事务委员会的相关管辖权，也提到该委员会对以色列在被占领领土上的义务所作的结论意见。

27. 迄今为止，考虑到实现这类权利的方案要求，《经济、社会、文化权利国际盟约》的情况甚至更为蹊跷，法院所能做的只不过是用一句话说明，隔离墙及其关联制度"妨碍有关人员行使工作、健康、受教育和享受如《经济、社会、文化权利国际盟约》所宣布的适当的生活条件的权利"(第 134 段)。对这两个《盟约》来说，人们可能希望了解要求法院就缔约国遵守这些义务的情况提出咨询意见是否适当，遵守盟约情况又由为此目的设立的条约机构负责进行极为详细的监督。大会没有提出任何更笼统地先例，因为很多很多缔约国不遵守根据这两项盟约所应承担的义务，因此请法院研究以色列在这方面的行为，这也许难以成为一个理由。

[……]

33. 我不完全同意法院就自卫法问题所说的一切。法院在第139段援引了《联合国宪章》第51条，然后接着说“因此《联合国宪章》第51条承认在一国对另一国进行武装攻击时存在固有的自卫权利”。恕我直言，第51条没有一点规定只有在国家发起武装攻击的时候才可以用自卫的手段。这个但书只不过是本法院在尼加拉瓜境内发生的和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动所作的这样的裁定(尼加拉瓜讼美利坚合众国，实质问题、法院判决、1986年国际法院案例汇编，第14页)的副产品。法院在那一次认为，如果非正规军是由一国所派或是为了其利益而派出的，并且如果这些活动“的规模和影响之大，就象是由正规的武装部队进行的，会定性为军事行动”，则可构成武装攻击 (同上，第103页，第195段)。虽然我接受——我也必须接受——必须视此为目前的法律的表白，但是我维持我已经在其他地方表达过的对此论点的所有保留（罗莎琳·希金斯著，《问题与过程：国际法和我们是怎样应用国际法的》，第250-251页）(R. Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It)。

34. 本法院的论点是，由于武力的使用源自被占领领土，因此那不是“一国对另一国”的武装攻击。我认为这个论点没有说服力。我不能明白本法院这样的观点，即如果攻击源自占领国占领的领土（这个领土是法院曾裁决没有被并吞的，则当然是以色列“以外”的领土），则占领国失去保卫自己国内的平民百姓的权利。此外，巴勒斯坦可以因够不上一个国际实体而不邀请其来参加这些诉讼程序和受益于人道主义法，但却不因为够不上一个国际实体而不适用禁止对他国进行武装攻击的法律。这是不公平的那种形式主义。问题肯定是派人和派人群去对付以色列平民的责任谁属以及此种行动累积的严重性。

35. 不过，到头来，这些保留没有使我投票反对答复第(3)(A)分段，理由有二：第一，我仍然未能信服的是，非强制性的措施 (例如建墙) 按照平常理解的《宪章》第51条属于自卫范围；第二，即使正确地说那是自卫行为，那也需要提出这是必要和恰如其分的理由。虽然这堵墙看来是减少了对以色列平民的攻击，但所选的墙的建筑路线为与这些攻击没有相干的巴勒斯坦人造成的困难，其必要性和是否恰如其分并没有加以解释。

[……]

37. 我对答复的第 (3)(D) 分段投了赞成票，但我与法院不同，我不认为已确定的违反国际法事件的指定后果与普遍义务的概念有任何关系（参看这个咨询意见第 154-159 段）。本法院在巴塞罗那 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited 有限公司一案第二阶段的著名判词（判决，《1970 年国际法院案例汇编》第 32 页第 33 段）常常被援引，次数多得不得了。遗憾的是，本咨询意见也这样做——在第 155 段。当年的那个判词是针对十分具体的司法诉讼地位问题。正如国际法委员会在对国家对国际不法行为的责任条款草案的评注 (A/56/10，英文本第 278 页）中正确地指出的，有些权利，由于其重要性，"予以保护对所有国家来说有法律上的利害关系"。这与在一个案件中把重大的义务强加于第三方无关。

38. 第三方不要承认或协助非法的状况是不言而喻的，不需要援引不确定的"普遍义务"。[……]

39. 最后一点，对违反人道主义的事援引(第157段) "普遍义务"性质看来是同样不相干。这些不得违反的原则一般是有约束力的，因为它们是切切实实的习惯国际法。而日内瓦第四公约第1条规定"缔约国承诺在所有情况下尊重本公约及确保本公约得到尊重"，虽然本法院看来将其视为与"普遍义务原则"有关，但其实只是几乎获得普世批准的这个多边公约的一个条款而已。1949年日内瓦外交会议的最后记录没有对该项规定作出有用的解释；有关的评注认为

> "确保公约得到尊重"超越一国自己领土上的立法行动和其他行动。它指出"如果一个缔约国没有履行其义务，则其他缔约国（中立国、盟国或敌国）可以也应当努力使它恢复对该公约的尊重。该公约提供的保护制度要正确运转，事实上要求各缔约国不应当仅仅满足于自己适用公约的条款，而应当尽其所能确保该公约所立足的人道主义原则在全世界适用。"(1949 年 8 月 12 日的日内瓦四公约：评注，关于战时保护平民之日内瓦第四公约 (Pictet 版）第 16 页）

人们将注意到这份答复第(3)(D)分段谨慎地指出任何此种行动都应当符合《宪章》和国际法。

[……]

比尔根塔尔法官的声明

[……]

3. 如能对所有相关事实进行彻底分析，作出的裁决很可能是，以色列在被占巴勒斯坦领土上修建的隔离墙，几段甚至各段都违反国际法（见下文第 10 段），这是很有可能的，而且我准备作这种假定。但是，考虑到以色列本土一直并继续反复遭受来自被占巴勒斯坦领土的致命恐怖袭击，在不具备或不设法查明与以色列合法自卫权、军事必要性和安全需要有直接关系的一切有关事实，便对整个隔离墙得出结论，在法律上是站不住脚的。对于跨绿线发动的这些攻击的性质及其对以色列和以色列人民的影响，法院从未真正认真地加以审视。联合国提供给法院的卷宗几乎没有触及这个问题，而法院的裁决在很大程度上是以这些卷宗为依据的。我不是说，进行这样的审视后，以色列就可以摆脱关于它正在修建的隔离墙部分或全部违反国际法的指控，而只是说，不经过这样的审视，作出的裁决在法律上没有可靠的依据。我认为，法院如果能考虑到这些因素，对巴勒斯坦人民的人道主义需要会更有利，因为如果考虑到这些因素，法院的咨询意见就会有可信度，而我认为，现在的意见缺乏可信度。

4. 这一点适用于法院的全盘结论，即整个隔离墙，只要修建在被占巴勒斯坦领土上，就违反国际人道主义法和国际人权法。[……]

7. [……]法院所做的，无非是叙述隔离墙造成的伤害，并讨论了国际人道主义法和人权文书的各种规定，然后得出结论说，这项法律遭到了违反。其中所缺少的，恰恰是审视事实，而通过审视事实，可能会发现，出于军事紧迫需要、国家安全或公共治安需要的论点，为何无法为整个隔离墙或者几段隔离墙的走向辩护。法院说，它“不信服”，但并未说明它为何不信服。正因为如此，法院的这些结论不令人信服。

8. 诚然，法院援引的某些国际人道主义法不承认基于军事紧迫需要的例外情形。因此，《海牙规则》第46条规定，私有财产必须得到尊重，不得加以没收。在联合国秘书长报告附件一所载以色列政府法律立场摘要(A/ES/10/248，第8段) 中，秘书长报告了以色列关于这个问题的立场，其中一部分是：“以色列政府的论点是：土地的所有权并没有改变；对土地的使用、作物收成或土地受到的破坏给予了补偿；居民可以向最高法院提出申诉，要求停止或改变隔离墙的修建；而且居民身份没有变化。”法院没有谈到这些论点。虽然以色列的这些呈件对本案未必有决

定性作用，但法院应加以处理，而且这些呈件事关以色列的另一项主张，即隔离墙是临时性结构。法院注意到了这一主张，认为这是“以色列作出的保证”(第121段)。

9. 《日内瓦第四公约》第四十九条第6款也不允许存在以军事或安全紧迫需要为理由的例外情形。该款规定，“占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土”。我同意，这项规定适用于西岸的以色列定居点，定居点的存在违反了第四十九条第6款。据此，以色列为保护定居点正在修建的几段隔离墙自然违反国际人道主义法。此外，鉴于这几段隔离墙造成的飞地内和飞地周围受影响的巴勒斯坦居民显然遭受巨大苦难，我十分怀疑隔离墙在这方面能符合相称性的要求，因此无法视其为合法的自卫措施。

[……]

2. 以色列高等法院，拜特苏里克村委会诉以色列政府案

[**资料来源：**HCJ，拜特苏里克村委会诉以色列政府 [HCJ2056/04，可访问：www.court.gov.il/]]

拜特苏里克村委会
诉
以色列政府
HCJ2056/04

[……]

最高法院行使高等法院职能

[……]

判　决

A巴拉克 (A.Barak) 院长

以色列国防军在朱迪亚—撒马利亚的指挥官签发命令，要求占有朱迪亚—撒马利亚地区的小块土地。征收的目的是为了在这片土地上修建隔离墙。本案需要裁决的问题是：该命令以及根据该命令建立起来的隔离墙是否合法？

背　景

1. 自1967年以来，以色列就通过交战国的占领一直占据着朱迪亚—撒马利亚地区[以下简称“地区”]。1993年，以色列与巴勒斯坦解放组织开始政治进程，双方签署一系列协议，将该地区的一部分控制权交给巴勒斯坦当局。以色列与巴勒斯坦解放组织继续政治谈判，以期解决剩余问题。这些谈判的最后一个阶段发生在美国马里兰州的戴维营，但是在2000年7月失败。从被申请人的宣誓陈述书（该陈述书是对附条件裁定的回复）中我们得知，戴维营和谈失败后不久，以巴暴力冲突就达到一个新的高度。2000年9月以来，巴勒斯坦方面开始了一个针对以色列与以色列人的恐怖行动。该地区与以色列均发生了恐怖袭击，袭击的目标包括士兵与平民、男人与妇女、老人与儿童、普通公民与公众人物。恐怖袭击遍布四处。[……] 恐怖组织使用炮火、自杀性袭击、迫击炮、喀秋莎火箭炮和汽车炸弹进行攻击。从2000年9月至2004年4月初，在以色列境内共发生了780起袭击；同一时期，该地区共发生了8200起袭击。截止到2004年4月，武装冲突使900名以色列公民与居民丧生，6000多人受伤，其中有一部分受重伤导致严重残疾。武装冲突也造成巴勒斯坦方面死伤惨重。丧亲之痛使我们不堪承受。

[……]

7. 称为“连接线”的建筑障碍物由数段构成。在其中心是一段“智能”隔离墙。隔离墙的目的是警示沿线武装不要企图渗透。隔离墙的外侧是针对机动车辆的障碍物，多为壕沟，目的在于防止车辆撞垮隔离墙。还有一道附加延缓隔离墙，在其附近则是一条便道。在电子隔离墙内侧，有许多道路：一条土路（其目的是发现穿过隔离墙的人的足迹）、一条巡逻道、一条军用道路、还有一道附加隔离墙。障碍物最佳形态的平均宽度介于50-70米。由于限制，在特定区域的障碍更为狭窄，仅有支持电子隔离墙的设施。在某些地段，由于地形状况，障碍的宽度可以达到100米。在于本申请相关的地区，障碍物的宽度不超过35米，除非依据地形条件必须修建更宽的障碍物。在与本申请相关的地区，隔离墙没有被混凝土墙所代替。现在，正努力使事实上将要被占据的地区的宽度降至最小。[……] 在下文中，我们用“隔离墙”来称呼“连接线”上的所有障碍物。

征收程序

8. 有一部分隔离墙是在非私有土地上建立的；而另一部分则是在私有土地上建立。在这种情况下——并考虑安全需要——朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官（被申请人二）签发征收命令。依据标准程序，被征收土地的所有者将获得使用其土地的赔偿。征收命令签发后，已通告公众与巴勒斯坦对口联络机构。为展示隔离墙的计划位置，还向居民发布公告，并邀请每位利益相关者参与受影响土地的勘测。命令发出后数日，在土地所有者的参与下，完成了该地区的勘测，以明确哪些土地将被征收。勘测后，留给土地所有者一周的时间，他们可以在此期间向军方指挥官请求复议。复议的内容将得到审查，如有可能，将尽力与土地所有者达成谅解。如果复议被拒绝，土地所有者将再获一周时间，在此期间，他可以向高等法院提出申请。

申　请

9. 申请的最初措辞是反对关于在拜特苏里克 (Beit Sourik)、拜都 (Bidu)、艾尔卡贝拉 (El Kabiab)、卡特那 (Katane)、贝特阿南 (Belt A'anan)、贝特利卡 (Beit Likia)、贝特阿加茨 (Beit Ajaza) 与贝特达库 (Beit Daku) 等村征收土地的命令。[……] 申请人是受征收令影响的土地所有者与村委会。他们指出，征收令是非法的。因此，应废除这些征收令或者改变隔离墙的位置。他们还认为，对申请人造成的损害是严重和无法承受的。超过42000德南的土地受到影响。光障碍物本身就占地4859德南，并将申请人与超过37000德南的土地隔离开来，其中有26500德南的土地是经多代垦殖的耕地。一旦修建隔离墙，利用这些耕地就非常困难，甚至变成不可能。申请人是否能从一侧土地到另一侧土地需要经过纷繁复杂的、拖沓的官僚机构的批准。使用本地水井也将成为不可能。同样，也无法获得庄稼的灌溉用水。依靠这些水井的放牧也将变得困难。数以千计的橄榄树与果树将被连根拔起。隔离墙还会使村民与数以万计的树木隔开。很多以农业为基础的巴勒斯坦家庭的生活将受到致命性打击。隔离墙不仅会伤及征收令影响的土地所有者，也会打乱35000名村民的生活。隔离墙将会损害这些村庄发展与扩大的能力。通往中心城市拉马拉与比那巴拉的道路也将被阻隔。获得东耶路撒冷及其他地区医疗及其他服务也将成为不可能。救护车在为居民提供紧急服务时将遭遇困难。儿童进入城市中心学校以及学生进入大学的难度也将加大。申请人认为，这些伤害是没有法律依据的。

10. [……] 首先，申请人指称，被申请人无权颁布征收命令。如果隔离墙是沿着以色列的国界线，他们不会有意见。但是，实际情况并非如此，因为依据征收令，隔离墙要穿过朱迪亚—撒马利亚地区。依据他们的意见，这些征收令在没有经过明确法定授权的情况下改变了西岸的国界。他们提出，隔离墙使以色列兼并了领土，是违反国际法的。隔离墙满足了占领国的需要，而非被占领土的需要。隔离墙的目的是阻止恐怖分子渗透进入以色列；因此，它不是为了被占领土当地人民的利益，也不是为了占领国在被占领土的利益。此外，在计划线路上修建隔离墙也非军事必需。安全理由掩盖了被申请人的真实目的：为以色列兼并领土。所以，修建隔离墙没有法律基础，旨在使隔离墙成为可能的征收令是非法的。其次，申请人认为，确定隔离墙路线的程序是非法的。[……]

11. 第三，隔离墙侵犯了当地居民的基本权利，是非法的，也是没有合法授权的。占据土地并阻止他们出入土地的行为侵犯了他们的财产权。此外，他们的自由迁徙权也受到损害。他们的日常生活受到损害，他们的自由受到限制。隔离墙不仅使在土地里工作困难重重，而且令农产品贸易难上加难。隔离墙还减损了村里儿童的教育机会，使当地家庭与社区的生活陷入混乱。由于阻止进入宗教场所，宗教自由也受到侵犯。此外，隔离墙还损坏了自然风景与特色。申请人指称，这些违反行为不符合比例原则，依据实际情况也缺乏法律依据。修建隔离墙的路线体现了集体惩罚，这是国际法所禁止的。因此，被申请人漠视国际法要求其承担的义务，即维护朱迪亚—撒马利亚地区的正常与适当生活。他们主张，被申请人提出的安全考虑无法辩解给当地居民造成这么严重的伤害。这些伤害没有符合比例原则。依据他们的观点，征收令并非如其措辞所称的那样是暂时性的，它对当地民众造成的致命性伤害远远超过其带来的利益。[……]

规范性框架

23. 所有各方的基本出发点 (也是我们的出发点) 是以色列通过交战国的占领 (“交战占领”) 而占据该地区。[……] 在与本申请相关的地区，由军事指挥官领导的军事管理继续适用。[……] 军事指挥官的权限来自关于交战占领的国际公法规定。这些规定主要由1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙章程》[以下简称“《海牙章程》”] 所确立起来的。这些规定体现了习惯国际法的要求。军事指挥官的权限亦由《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》(以下简称“《日内瓦第四公约》”) 规定

下来。关于《日内瓦第四公约》的可适用性问题已经在本院出现不止一次。[……]我们现在不须考虑这个问题，因为各方均同意《日内瓦第四公约》的人道规则适用于被复议的事项。[……]

24. 另外，《关于使用统治权限的以色列行政法原则》与国际法规定对军事指挥官均有可适用性。[……] 事实上，“每一位以色列士兵都随身携带关于战争法的国际公法的规定与以色列行政法的基本规定。”[……]

27. [……]通过交战占领取得的领土上的军事指挥官必须在军队与当地居民的需求之间保持平衡。在这种微妙平衡的框架中，没有附加其他考量的空间，不论是政治考量，还是扩大领土或建立国家永久边界的考虑。本院反复强调，由于交战占领在本质上是暂时性的，因此军事指挥官的权限也是暂时性的。永久性安排不属于军事指挥官的权限。该地区的军事占领确实已持续多年。这一事实对军事指挥官的权限会有所影响。[……] 但是，时间的推移不能扩大军事指挥官的权限，也不能使他在适当管理通过交战占领取得的地区以外考虑其他因素。

[……]

30. 通过指出隔离墙的路线，申请人试图证明修建隔离墙并非出于安全考虑，而是政治上的考虑。他们认为，如果隔离墙主要基于安全考虑，就会沿“绿线”修建。[……] 我们不能接受这一主张。实际情况恰恰相反：不管绿线的位置如何，都是从安全角度——而非政治角度——来考虑隔离墙的路线。[……]

31. [……] 我们没有理由推测修建隔离墙的目的是政治性而非安全性的。确实，申请人没有承担举证责任，未能说服我们相信修建隔离墙的背后是政治性而非安全性考量。同样，申请人没有承担举证责任，未能说服我们相信该地区以色列国防军指挥官在选择隔离墙线路时不是基于军事考虑，没有依据其最佳军事理解诚信行事。

32. 申请人的第二个主张，即在该地区修建隔离墙，很大一部分是建立在占据私有土地的基础上，由于这种占据是非法的，所以军事指挥官无权修建隔离墙。我们不能接受这一主张。在签发命令的程序中以及给予申诉机会的程序中，我们没有发现瑕疵。对于所面对的核心问题，我们的观点是，依据适用于通过交战占领取得的领土的国际法，如果为满足军队需要所必需，军事指挥官有权占据该块领土 [参见《海牙公约》第23条第7款与第52条；《日内瓦第四公约》第53条]。当然，他必须为土地的

使用提供赔偿。[……] 事实上，以《海牙公约》与《日内瓦公约》的规定为基础，本院认可为以下多种军事需要而征收土地与房屋，包括修建军事设施[……]、铺建饶行路[……]、在边远村庄周围修建围墙[……]、为士兵提供临时住所[……]、确保该地区交通不受影响[……]、修建民事行政办公室[……]、为调动军事部队征收建筑物[……]。当然，在如此行动时，军事指挥官必须考虑当地民众的需要。如果满足了这些条件，军事指挥官毫无疑问有权占据其控制之下的土地。隔离墙的修建属于该框架之中。侵犯财产权的行为本身不足以使修建隔离墙缺乏依据。依据适用于通过交战占领取得的领土的国际法，如果存在军事必需，军事指挥官有权占据土地并在上面修建隔离墙。换言之，在军事必要的范围内，国际法允许修建隔离墙。实际上，隔离墙旨在通过在物理上阻止恐怖分子渗透进以色列人口密集区来取代军事战斗行动。在军事必要的范围内，修建隔离墙在军事指挥官的权限范围内。当然，隔离墙的路线必须考虑到当地民众的需要。但是，这一事项仅涉及隔离墙的路线而不涉及修建与否的权限。[……]这是隔离墙的地址与路线的合法性问题。[……]

隔离墙路线

33. 本申请的焦点是修建隔离墙所选路线的合法性问题。这个问题独立存在，需要一个明确、真实的答案。修建隔离墙的动机是否是政治性而非基于安全考虑，并不足以作为答案。在通过交战占领控制的地区，军事指挥官出于安全考虑而进行每项活动时并不是随意的。军事指挥官的自由裁量权是受到法律体系的限制的，其行为及其权利来源均在此体系内。军事指挥官确实不是被占领土的主权者。[……] 他的行为必须在关于交战占领的法律范围内，因为该法律确定了交战占领情况下他的权力。那么，这种法律的内容是什么呢？

34. 关于交战占领的法律认可军事指挥官维持地区安全与保护其国家和公民安全的权力。但是，它也对该权力的行使设置了条件。该权力必须适当权衡当地民众的权利、需要与利益。[……]

比例性

36. 在安全与自由之间保持平衡并非仅限于通过交战占领取得地区的军事指挥官的自由裁量权。这是法律的一个基本问题，包括国内法，也包括国际法。其解决方法具有普遍性，包含在一般法律原则中，包括理性与善意。[……] 在目标的合法性与实现目标的手段之间保持平衡的一项基本

原则之一是保持比例性。依此原则，个人的自由可以受到限制（本申请指交战占领下当地居民的自由），其条件是这种限制符合比例性。这一方法超越所有部门法。[……]

比例性的含义及其内容

40. 依据比例性原则，只有在实现政府目标时所使用的手段保持合适的比例性的条件下，行政机构作出的裁决才是合法的。因此，比例性原则关注的核心是期望实现的目标与用来实现之的方法两者之间的关系。[……]因此，不论是在国际法（调整不同国家的法律制度，包括普通法系（如加拿大）与大陆法系（如德国）），还是在以色列国内法中，比例性原则的内容都包括三个标准。[……]

41. 第一个标准是目标必须与手段相关联。行政机构使用的手段必须是为了实现其准备实现的那个目标。行政机构使用的手段的合理结果必须是导致目标的实现。这就是“适当手段”或“合理手段”标准。依据第二个标准，行政机构使用的手段对个人造成的损害必须减小到最低限度。在为了实现目标而可以采取的手段类型内，必须使用那个造成损害最小的手段。这是“最低损害手段”标准。第三个标准是：行政机构为实现其目的而使用的手段与该手段带来的收获相比，必须比例适宜。这是“比例性手段”标准（或者是“狭义”比例性）。“狭义”比例性标准通常与“绝对价值”一起使用，通过直接比较行政行为产生的好处与造成的损害。不过，也可以用“相对方式”适用狭义比例性标准。依据这种方法，行政行为将与一个可替代行为相比较，后者带来的利益应当比前者小。如果在一定程度上削减原始行政行为获得的利益（如通过使用替代手段）能保证行政行为造成的损害的实质性降低，原始行政行为就不具备狭义上的比例性。

42. [……] 比例性原则常可以经由多种方法满足。在这些情况下，必须确认“比例性范围”(与“合理性范围”类似)。行政机构在“比例性范围”内选择的任何手段都是符合比例性原则的。[……]

43. 通过交战占领取得领土上的军事指挥官行使权力也同样适用比例性原则。[……]

隔离墙路线的比例性

44. 比例性原则也适用于对隔离墙合法性的审查。被申请人接受这一方法。[……] 隔离墙的比例性必须取决于以下3个问题，这3个问题反映了比

例性原则的3个标准：第一，线路是否满足“适当手段”（或“合理手段”）？问题是，在隔离墙的路线与修建隔离墙的目的之间是否存在合理联系。第二，它是否满足“最低损害手段”标准？这个问题是，在可以达到隔离墙目的的多种线路中，被选路线造成的损害是否是最小的。第三，它是否满足狭义比例性标准？这一问题是：与隔离墙产生的安全利益相比，军事指挥官所划定的隔离墙路线给当地居民带来的损害是否微不足道？依据该标准的“相对”方法，如果建议隔离墙使用另一种替代路线，该路线与被申请人选择的路线相比虽然在安全利益上小一些，但产生的损害明显小于原始路线，则隔离墙就不是合乎比例性的。

司法审查的范围

45. 在审查隔离墙路线之前，我们有必要对审查的性质做一定义。我们的出发点是，假定政府修建隔离墙的动机是出于安全而非政治考虑，这一点申请人未没有否定。我们的工作是依据如下假定：军事指挥官尽其理解，出于军事考虑确定的隔离墙的路线能够实现安全目标（这一假定申请人也没有否定）。另外，我们假定——这一事项在本申请中甚至没有引发争议——军事指挥官认为对当地居民造成的损害是符合比例原则的。以此事实为基础，有两个问题摆在我们面前：第一，军事指挥官所确定的隔离墙路线从军事角度来看是否站得住脚？有没有其他路线可以更好地实现安全目标？这构成比例性原则的核心内容。如果从军事角度被选线路站不住脚，那么，在隔离墙期望达到的目标与被选线路之间就没有合理联系（第一个标准）；如果存在一条路线可以更好地实现目标，我们就必须考察这条替代路线造成的损害是否更少（第二标准）。第二个问题是：隔离墙路线是否是合乎比例性的？对于审查比例性原则，这两个问题均非常重要。不过，它们又引起了一个关于司法审查范围的独立问题。[……]

47. [……] 因此，在审查相反的军事考量时，我们特别倚重该地区指挥官负责安全这一事实。以此方法为基础，我们认为——具体细节下文阐述——申请人没有承担举证责任，未能说服我们在和平与安全理事会成员的专家意见与地区指挥官的安全立场之间采信前者。我们在权衡两种军事方法。这两种方法各有军事优点与缺点。在这种情况下所涉及的事项，我们必须把军事指挥官的专家意见作为判决的基础。

隔离墙路线的比例性

48. [……] 这个问题的标准并非军事指挥官的主观标准。问题不是军事指挥官是否善意认为，伤害是合乎比例性的。标准是客观的。问题是依据法律标准，隔离墙的路线是否符合比例性标准？这是一个法律问题，由法院予以裁定。

从一般到特殊

49. 我们面前的关键问题是[……]：当地居民因隔离墙造成的伤害是否是合乎比例性的？或者说，修建隔离墙是否能满足核心的安全考量，它给当地居民带来的伤害是否相对较轻？如果是这样，即合乎比例性。该申请涉及的隔离墙长约40公里。依据当地的条件不同，它的比例性也有所不同。我们应当依据为修建不同部分的隔离墙而签发的不同命令而分别考察其比例性。我们应当从西向东沿着隔离墙的路线审查命令的合法性 (本地区地图参见本判决附录)。隔离墙的路线从马克卡宾 (Maccabim) 城东开始，一直到拜特苏里克村；再从梅夫桥容 (Mevo Choron) 城南继续，一直到东耶路撒冷。隔离墙的路线继续蜿蜒前行，将其沿线的以色列城镇与巴勒斯坦村庄隔离开来。它爬上了杰贝穆克塔 (Jebel Muktam) 以保证以色列对其的控制。这样，它便穿越了贝特利卡、贝特阿南、阿布阿拉姆 (Abu Alahm) 等村庄。接着，它继续向东，将马莱哈查米沙 (Ma'aleh HaChamisha)、哈阿达 (Har Adar) 与卡特那 (Katane)、艾尔卡贝拉与拜都分割开来。隔离墙继续延伸，围着拜特苏里克，向北直到443道路，该道路是连接耶路萨冷与国家中心的交通要道。在其最后一段，它将拜都、贝特阿加茨、贝特达库与哈什穆尔 (Har Shmuel)、新吉翁 (New Giv'on) 与吉瓦特则武 (Giv'at) 分割开来。

[……]

命令Tav/104/03; 命令Tav/103/03; 命令Tav/84/03 (命令的西段)

51. 这些命令适用于超过10公里的隔离墙线路。这段线路围绕着杰贝穆克塔的高山区。这段山脊在地形上控制着其邻近区域。它向北跨越443道路，连接着耶路撒冷与磨迪英 (Modi'in)。隔离墙路线从贝特利卡与贝特阿南的西南以及齐尔贝特阿布拉姆 (Chirbet Abu-Lahm) 的西部穿过。被申请人的解释是，这一路线的目的是使山区处于以色列的控制之下。这对于武装部队在地形上控制隔离墙、阻止其他人袭击在443道路上行进的人员有好处。

52. 申请人用一张形势严峻的图画来描绘隔离墙给其沿线村庄带来的损害。[……]

53. 被申请人对称述的事实有争议。[……]

56. 从军事角度来看，专家在路线实现安全目标这一问题上有争议。如前所述，这使申请人肩负沉重的举证责任，因为他们要求我们在和平与安全理事会专家的意见[他们中有以色列前将军]与军事指挥官的方法之间，采信前者。[……] 申请人未能履行这一责任。我们不能——我们不是军事专家——确定安全考虑是否能为隔离墙建在杰贝穆克塔以北提供正当依据（军事指挥官的立场），也无法确定是否没有必要让隔离墙包括此地（申请人以及和平与安全理事会的立场）。因此，关于军事指挥官出于在地形上控制山区从而阻止“弹道火力”的考虑在军事上是否正确，我们无法确定立场。在这种情况下，从军事角度讲，我们没有理由干涉隔离墙的路线。

57. 依据被申请人确定的路线，这一段隔离墙给当地居民造成的损害合乎比例性吗？我们用三个标准来审查路线的比例性。第一个标准是审查在隔离墙的目的与其修建的路线之间是否存在合理联系。我们的答案是存在这样的合理联系。[……] 由于我们裁定，隔离墙通过了军事合理性的检验标准，因此我们进一步认为，它实现了隔离墙的军事目标。

58. 第二个标准是：隔离墙是否可以通过某种方式在减小对当地居民造成损害的情况下实现其安全目标。[……] 军事指挥官的立场是，和平与安全理事会成员建议的隔离墙路线在保证的安全度上低于他建议的路线。我们确定，我们不应干涉这一立场，并确定没有可替代路线可以在减轻当地居民损害的情况下，实现相似程度的安全需要。因此，我们的结论是，摆在我们面前的事项符合比例性的第二个标准。

59. 第三个标准是：修建隔离墙给当地居民造成的损害与隔离墙所选线路带来的安全利益相比，其比例是否适宜。这是“比例性手段”标准（或者是“狭义”比例性）。[……] 依据这一标准，行政机构作出的决定必须在集体需要与对个体造成的损害之间保持合理平衡。审查的目的是确定个体遭受损害的严重程度与为其提供正当依据的理由之间是否保持适宜的比例。这一判决是在法律体系的一般规范性构架中作出的，即承认人权以及保证当地居民需要与福祉、保证“家庭的荣誉和权利”的必要性（《海牙章程》第46条）。所有这些都得到《海牙章程》与《日内瓦公约》构建的国际人道法体系的保护。摆在我们面前的问题是：依据军事

指挥官确定的路线修建隔离墙给沿线当地居民造成的损害与其带来的安全利益相比，两者之间的比例是否合理（适宜）？

60. 我们的答案是：依军事指挥官确定的路线修建隔离墙给沿线当地居民造成的损害与其带来的安全利益相比，两者之间不合乎比例性。该路线破坏了军事指挥官两方面义务之间微妙的平衡，即维持安全的义务与保证当地居民需求的义务。这一方法的基础是军事指挥官所确立的隔离墙路线——它将当地居民与其农业用地分割开来——对当地居民造成了严重的损害，并侵犯了他们依国际人道法享有的权利。以下是部分事实：超过13000名农民与其数千德南的土地与数万棵树木（这些树直接关系到他们的生计）隔离开来。尽管我们反复提议为他们提供替代土地，但是，没有人为此作过任何努力。隔离墙并非完全封闭：军事指挥官宣布，将利用两个村的土地修建两扇大门，并建立一套许可证制度。这将对农民造成严重损害，因为这套许可证制度必然对他们利用土地构成严重限制。这套制度还将导致农民在通过时排起长队；并使车辆的通行变得十分困难（车辆本身也需要许可证与检查），从而使农民与其土地之间产生距离（因为在这段墙中，仅建有两扇大门白天开放）。这样以来，与以前的生活相比，农民的生活将发生彻底改变。隔离墙的路线严重侵犯了他们的财产权与他们的行动自由；他们的生活也受到严重损害。他们在现实生活中遭受的困难（这是因为，例如，在该地区产生的高失业率）在未来只会变得越来越严重。

61. 这些损害不合乎比例性。用和平与安全理事会专家提交的路线或由军事指挥官另行制定替代线路可以大大减轻这些损害。这些的替代路线确实存在，并不是虚构的想象，而是真切地呈现在我们面前。它以对杰贝穆克塔的军事控制为基础，无须将隔离墙“拉”到山上。确实，必须记住，即便在修建隔离墙以后，军事指挥官仍然控制杰贝穆克塔以东的地区。依据军事指挥官的观点——我们假定是正确的，并作为审查的基础——他在那一地区提供的安全度将会下降。但是，和建议的替代路线相比，军事指挥官确定的路线所能得到的安全利益与其给当地居民造成的损害之间的比例不合理。事实上，对第三个比例性标准“相对”审查的真正问题并不是在以下两种方案中作选择：修建一条给当地居民造成损害的隔离墙，或不修建隔离墙并不对当地居民造成损害。真正的问题是，接受军事指挥官的观点（隔离墙应该围绕杰贝穆克塔）带来的安全利益是否与该观点（隔离墙将当地居民与其土地隔离开来）造成的附加

损害之间存在比例性。对这个问题，我们的答案是：军事指挥官选择的路线不合乎比例性。军事指挥官确定的隔离墙路线将当地居民与其土地隔离开来，而替代路线不会（或者产生的隔离少得多，并使沿线生活成为可能），两者之间的差别巨大；与此相比，这两条路线在提供的安全上的差异微乎其微。事实上，我们接受这样的观点，即满足安全需要必然会使当地居民及其利用土地的能力受到损害。但是，国际人道法与以色列行政法的基本原则要求确保损害合乎比例性。当修建隔离墙要求将居民与其土地隔离开来的时候，必须确保居民能出入土地，以尽可能减小损失。

62. 我们得出的结论是，隔离墙的路线将贝特利卡、贝特阿南两村与为其村民提供衣食的土地隔离开来，该路线不合乎比例性。对直接适用于山区领土的命令Tav/103/03，该决定立即生效，并导致该命令无效。该决定对适用于路线（该路线转向贝特利卡村，以抵达山区）以西的命令Tav/104/03也有效力。它对命令Tav/103/03的西部区域也有同样效力，依该命令，路线从山上向下往东南方向延伸。

[……]

命令Tav/107/03与命令Tav/108/03的东部一角

68. 本命令适用于长度为5公里半的一段隔离墙，它穿越拜特苏里克村 (人口数为3500) 和拜都村 (人口数为7500) 的西部与东南部。如最初命令所发布的那样，对这段线路加以研究就会发现，它给这些村民造成的损害是巨大的。依据申请人提供的数据——被申请人对之予以否认——隔离墙将使拜特苏里克村500德南的土地遭到直接破坏。另有6000德南的土地被隔离 (其中有5000德南的耕地)，包括3间温室。一万棵树将要被连根拔起，2万5千棵橄榄树、2万5千棵水果树与5400棵无花果树以及其他农业作物将与村民隔离开来。这些数字还不足以说明损害的严重性。我们必须考虑隔离墙对该地区民众生活造成的全部后果。命令确定的原始路线将使拜特苏里克村在其西、南及东侧被隔离墙紧紧包围，这将严重制约当地村民的日常生活。拜都村的命运也好不了多少。隔离墙从东到南将村子包围起来，并对其西部的土地产生影响。对被申请人提交的地图加以研究 (2004年3月10日) 似乎可以发现，在这段路线中，拜特苏里克村南部将要修建一个季节性大门。另外，在从拜都村向东延伸的道路上将修建一个检查点。

69. 除了申请人与被申请人陈述观点，拜特苏里克村以南的梅瓦塞瑞特资翁镇 (Mevasseret Zion) 也有许多居民要求陈述他们的观点。他们指出，在该地区，以色列人与巴勒斯坦人的关系融洽，隔离墙路线将巴勒斯坦居民与其土地隔离开来，将断送这种友好关系，对此，他们深表担忧。他们认为，巴勒斯坦人出入其土地将受制于一系列障碍，这侵犯了他们的尊严，而且甚至会完全阻止他们出入其土地。另一方面，代表梅瓦塞瑞特资翁镇其他居民意见的艾法兰姆·哈勒维 (Efraim Halevi) 先生也要求陈述观点。他认为，由于将隔离墙的路线往南推进，这将接近梅瓦塞瑞特资翁镇，因此会危害到该镇居民。

70. 与前面的命令一样，这里，我们也把军事指挥官确定的隔离墙路线作为我们审查的基础。我们这样做是因为重视负责安全的官员的立场。摆在我们面前的问题是：这部分的隔离墙对当地居民造成的损失是否合乎比例性？这里同样符合比例性原则的前两个标准。我们的疑问涉及是否符合第三个标准。关于这个问题，事实是，我们面对的这段墙造成的损害是最为严重的。这连军事指挥官本人也知道。在申请的听审过程中，路线作了一些修改，以减轻当地居民受损的情况。他提到，这些修改对安全问题的解决是不利的，但可以减少对当地居民的损害，同时保证安全维持在合理的层次上。然而，即便作了这些改变，损害仍然很严重。当地居民的权利还是受到了侵犯。他们的生活方式彻底受到了损害。依据《海牙章程》与《日内瓦第四公约》体现的国际人道法，军事指挥官没有履行其义务。

71. 和平与安全理事会提议的替代路线对农业用地造成的损害要小得多。依据此提议，隔离墙应与拜特苏里克村的东西部均保持距离。这样，就会实质性减小对农业用地造成的损害。我们确信，与替代路线相比，军事指挥官确定的路线所带来的安全利益与此命令给当地居民造成的额外伤害之间不成比例。因此，我们不得不得出的结论是，必须撤销摆在我们面前的这个命令。军事指挥官必须重新考虑这一事项。[……] 这是军事指挥官的事务，但须受制于以下条件：路线的位置不能使拜特苏里克村处于被阻遏的状态（在一定程度上也包括拜都村），并允许村民能出入大部分农业用地。

[……]

命令造成伤害的比例性概述

82. 以上分别彻底审查了每一项命令的比例性问题，现在，我们将视角转向本申请所涉及之隔离墙，考察全部路线的比例性。这些命令适用的这部分隔离墙的长度大约为40公里，将对35000名当地居民的生活造成损害，4000德南的土地被隔离墙路线占据，以及在沿线生长的数千棵树木要被连根拔起。隔离墙使8个村庄的村民与其超过30000德南的土地隔离开来。大部分土地是耕地，包括数万棵橄榄树、水果树和其他农业作物。军事指挥官希望建立的许可证制度无法阻止或明显减轻对当地居民造成损害的严重程度。能否接触到土地取决于是否能穿过大门，这些大门相距遥远而且并不一直开放。安全检查很可能阻止车辆通行，必然会导致大门前排长队以及长时间等待。能否出入土地并不一定取决于他耕种土地的能力。不可避免的是，存在一些因隔离墙而将当地居民与其土地隔离开来的地区。在这些地区，指挥官必须允许通行，这将在可能的范围内减轻对农民的损害。

83. 在听审过程中，我们询问申请人是否可能通过以下方式对其予以赔偿：为其提供其他土地来交换隔离墙占据的以及隔开的土地。我们没有得到一个令人满意的答案。这一申请事关依靠土地为生的农民。占据申请人的土地，在这种情况下，使被申请人有义务尽力用其他土地来交换从申请人那里占据的土地。只有在没有可替代土地的情况下才能给予经济赔偿。

84. 隔离墙造成的损害不仅仅局限于居民的土地及居民出入土地的路径。损害的范围远为广泛。它影响到整体民众生活的方方面面。在许多地点，隔离墙正好要穿越他们的房屋。在某些地方（如拜特苏里克村），隔离墙将村庄从西、南及东三个方向包围起来。隔离墙直接影响到当地居民与城市中心（如那巴拉、拉马拉）的联系。即使没有隔离墙，联系原本就不容易，修建了隔离墙以后，联系会难上加难。

85. 军事指挥官的任务也不容易。他们必须在安全需要与当地居民的需要之间保持微妙的平衡。对军事指挥官内心保持这种平衡及其希望通过修改原始计划来达成一个更合适解决方法的愿望，我们印象深刻。从他这一方面来看，我们没有发现顽固不化。尽管这样，我们还是认为军事指挥官确定的平衡不合乎比例性。依据我们已经设定的比例性标准，必然要对隔离墙的路线作一重新审查。

后　记

86. 我们的任务很艰难。我们是以色列社会的一份子。虽然我们有时身处象牙塔，但这个塔是耶路撒冷的中心，也常常受到无情恐怖的袭击。我们知道恐怖袭击导致的杀害与破坏给国家及其公民带来的苦难。和其他以色列公民一样，我们也认可有必要保护国家及其公民免受恐怖带来的伤痛。我们知道，该判决在短期内也不会使国家从与恐怖行为的斗争中获得助益，但是，我们是法官。当坐在这里审判时，我们受制于我们的判断。我们依据良心与最佳的理解行事。关于国家与恐怖行为的斗争，我们确信，依法进行的斗争最终将增强其力量与精神。没有法律就没有安全。遵守法律规定是国家安全的一个方面。[……] 只有以法律为基础修建隔离墙才能为国家及其公民提供安全。只有以法律之路为基础的隔离墙路线才能使国家带来其渴望已久的安全。结果是，我们拒绝了对命令Tav105/02的申请。我们接受对命令Tav104/03、Tav103/03、Tav84/03 (西段)、Tav107/03、Tav108/03 (在适用于贝特达库土地的范围内) 的申请，这意味着这些命令被废止，因为他们给当地居民造成的损害不合乎比例性。

被申请人支付2万新谢克尔 (NIS) 的申请费用。

副院长E. 马扎 (E. Mazza)

我同意。

法官M · 切斯秦 (M.Cheshin)

我同意。

A巴拉克院长的意见

2004年6月30日

3. 巴勒斯坦人“生产数百万磅”廉价水泥出售给其强烈反对的隔离墙工程

[**资料来源：**http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=?news?2004/07/25/wmid25.xml]

依尼哥·吉尔摩（Inigo Gilmore），于耶路撒冷

(档案号：25/07/2004)

巴勒斯坦商人已经制造了百万磅的水泥供以色列修建“安全障碍”。作为批评隔离墙的主要人物，巴勒斯坦领导人亚西尔·阿拉法特 (Yasser Arafat) 对此完全知情。

一份经电报曝光巴勒斯坦立法者的报告得出如下结论：虽然阿拉法特先生公开谴责前者修建隔离墙是“危害人类罪”,他却没有采取任何行动来阻止水泥交易。

报告指出，水泥是在巴勒斯坦国家经济部门的高官与阿拉法特的幕僚知晓的情况下出售的。它因此得出结论，这些官员接受了行贿，才给水泥进口商与为以色列工作的商人颁发了许可。

[……]

依据该报告，去年11月9日，巴勒斯坦当局审计官给阿拉法特先生递交了一封信，揭露无限制的水泥进口许可是由经济部长马哈·阿马斯瑞 (Mahar al-Masri) 签发的。

巴勒斯坦当局审计官在信中指出，水泥肯定将用于隔离墙的修建。据称，阿拉法特收到并阅读了这封信，就在那一天，他号召民众在第一个“国际反隔离墙日”上街示威。克瑞施先生 (Khreishe) 认为，阿拉法特先生没有采取任何行动阻止进一步进口水泥，进口又持续了5个月。

[……]

讨 论

1. (1) 《海牙章程》与《日内瓦第四公约》是否适用于巴勒斯坦领土？国际法院看法是怎样的？以色列高等法院呢？

   (2) 国际法院在裁定《日内瓦第四公约》的可适用性时，该公约第2条第1款与第2款是否具有决定意义？

   (3) 在以色列不是《第一附加议定书》成员国的情况下，联大决议怎能重申该议定书的可适用性？国际法院适用《第一附加议定书》了吗？《第一附加议定书》对国际法院的结论会有影响吗？

   (4) 从什么意义上说，1982年6月7日单方面宣布遵守《日内瓦第四公约》是有效的？这一举动有没有使巴勒斯坦成为该公约的成员国？这一举动对以色列高等法院判决案件有没有影响？

2. 《日内瓦第四公约》所有条款都适用于巴勒斯坦领土，还是仅仅是第6条第3款的规定？领土上所有的军事行动都停止了吗？

3. (1) 修建隔离墙构成兼并吗？国际法院看法是怎样的？高等法院看法是怎样的？这样的兼并是否违反国际人道法？关于此点，国际法院是怎么表述的？

(2) 如果隔离墙的路线受到非安全因素考虑的影响，以色列高等法院是否会裁定其违法？占领国能否考虑领土上其本国民众的安全？定居点居民的安全呢？在什么样的基础上以色列高等法院可以得出隔离墙线路没有受到政治因素或犹太复国主义的影响？它没有遵循“绿线”的事实是否构成相反的证据？

4. (1) 国际法院有没有解释为什么隔离墙违反了《日内瓦第四公约》第47条、第49条、第52条、第53条与第59条？你可以对违反每一条规定作出解释吗？你同意希金斯(Higgins) 法官的批评吗（比较她的意见的第23段与第24段）？

(2) 为什么破坏并征用私有财产违反了《海牙章程》第46条与第52条以及《日内瓦第四公约》第53条的要求？如果事实确如以色列高等法院判决第8段所描述，这一结论是否正确？你同意比尔根塔尔（Buergenthal）法官的批评吗（比较他的意见的第8段）？

(3) 在军事紧急状态下可以减损国际法院提到的哪一条规定？军事紧急状态与军事行动相同吗？为什么依据《日内瓦第四公约》不允许破坏私有财产来修建隔离墙？

(4) 占领国可以为其军队的需要而占领土地吗？为安全原因呢？

(5) 为什么禁止在巴勒斯坦领土上修建犹太定居点？是不是每一处犹太定居点都违反了国际人道法？隔离墙包括了犹太定居点的事实对认定它违反国际人道法是否有决定意义？对国际法院呢？对比尔根塔尔法官呢？你呢？以色列高等法院是处理了对定居点的禁止了吗？为什么没有呢？难道这不是《日内瓦第四公约》规定的一项人道规则吗？

5. (1) 你同意以色列高等法院对比例性所作的定义吗？将这一定义适用于这些事实呢？

(2) 以色列高等法院是否认为存在一条对巴勒斯坦人损害更小的隔离墙路线？它是否因此认为隔离墙路线不合乎比例性？如果安全利益与对巴勒斯坦人造成的损失相同，但不存在替代路线，以色列高等法院还会认为路线不合乎比例性吗？

(3) 以色列高等法院是否认为如果对国际人道法的违反在比例性的范围内就是可以允许的？

(4) 以色列高等法院是否援引比例性问题？是在国际人道法还是国际人权法的框架下进行呢？

6. (1) 国际人权法是否适用于武装冲突？如果答案是肯定的，在该法与国际人道法相冲突的情况下，你如何决定适用何者？

(2) 国际人权法是否适用于被占领土？《经济、社会及文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》与《儿童权利公约》呢？依据国际法院的观点如何？你的观点呢？

(3) 在武装冲突期间，国际人权法的所有条款都适用吗？是否只要官方宣布，就可以因紧急状况而予以减损？

(4) 国际法院提到的人权在被占领土也受到国际人道法的保护吗？哪些不受后者的保护？这些人权与国际人道法之间有矛盾吗？

(5) 国际人道法是否能预见被占领土的行动自由？这种自由与国际人道法是否相符？

(6) 在本案中，国际人权法是否会使国际法院得出依据国际人道法不会得出的结论？

(7) 以色列高等法院是否适用国际人权法？

7. 自卫权或紧急状态是否能为违反国际人道法提供正当依据？国际人权法呢？国际法院的观点如何？以色列高等法院的观点呢？你的观点呢？

8. 对以色列而言，隔离墙的非法性有什么法律后果？国际法院的观点如何？以色列高等法院的观点呢？

9. 非法的隔离墙是否给巴勒斯坦当局创设了义务？卖水泥去修建隔离墙是否违反了这些义务？涉及的个人是否违反了国际人道法？

10. (1) 对第三国而言，隔离墙的非法性有什么法律后果？

(2) 国际人道法的所有规则都具有对一切的性质吗？这种对一切的性质的影响是什么？

(3) 共同第1条是否意味着第三国必须确保以色列遵守国际人道法？共同第1条是否简单地肯定了国际人道法规则的对一切的性质或者它有另外的附加含义？你是否同意科艾曼斯（Koojimans）法官的批评以及卡尔斯霍芬（Kalshoven）教授对这一条的解释？

(4) 在实践中，第三国对因修建隔离墙导致的非法情况不予承认的义务指什么？他们对保持修建隔离墙所造成的情况不予援助或协助的义务呢？这些义务的原因是什么？

(5) 第三国必须采取什么措施以确保阻止修建隔离墙？这些措施是否有限制？

(6) 你是否同意科艾曼斯法官对国际法院判决正文第3段（D）的批评？

11. 比尔根塔尔法官是否认为修建隔离墙没有违反国际人道法？

12. 希金斯认为国际法院应该在更广泛的语境下处理问题，如巴勒斯坦人针对以色列人的自杀性袭击，她是否正确？这些袭击是否违反国际人道法？这些袭击是否已经改变了国际法院的结论？如果国际法院将这些袭击归责于巴勒斯坦当局呢？

13. 你是否同意以色列高等法院的如下观点：没有法律就没有安全；遵守法律规定是国家安全的一个方面（判决第86段）。如果同意，请作解释。

一、以色列的实践

案例108，以色列，公约对被占领土的可适用性

案 例

[**资料来源：**沙姆加尔 (Shamgar)，M [那时是司法部长（以色列），后来成为以色列最高法院的法官及院长。]“在被管理领土遵守国际法”，载于《以色列人权年刊》，第 1 卷，1971，第 262-77 页，脚注省略。]

一、公约的适用

不受天生偏见与根深蒂固的主观看法的影响来解决与执行战争规则相关的问题，大家显然都知道要做到这一点难度很大。困难实际上存在于两个方面：缺乏一致性与明确性，这是国内法较为常见的特点；此外，政治偏袒造成的困难更为严重。[……]

在转向遵守国际法规则这个问题之前，需要考虑下面两种问题的区别，即与遵守这些规则相关的问题，和特定规则在特定情况下的可适用性这个先决问题。换言之，规则在事实上得到尊重并不必然代表它们在法律效力上具有可适用性。[……]

人道法在本质上调整的是处于困难中的人类以及战争的受害者，而不是国家或其特殊利益。正如马克斯·胡伯 (Max Huber) 所言：“人类的命运并不取决于交战者希望赋予其斗争的法律性质。”因此，尽力将人道救济的方式与方法扩展至战争受害者，而不要等到国际法进一步发展，不要将平民的命运受制于政治与法律现实，这一点始终是非常重要的。尽管政治权利与对特定情况的法律解释对于国家命运具有深远影响，不能不对之加以考虑，但是，如有可能，还是应该积极考虑将政治事项的决定与人道规则的实务适用区分开来。必须牢记，这也是日内瓦四公约共同第3条的内在含义。

我的观点是，没有现存的国际法规则规定，不论当事方的地位如何，《日内瓦第四公约》均适用于每一场武装冲突。被征服的土地并不必然成为适用《日内瓦第四公约》的被占领土。比如，在敌对行为结束导致战争结束的情况下，显然就不是；在征服的情况下也不是，尽管这一问题只有在1949年之前才会产生。

限制军事管理当局的权力，这一理念的基础是以下假定，即存在一位被罢黜的主权者，他享有法定主权。任何其他概念均会导致这样的结论，如，法国在阿

尔萨斯——洛林地区的行为，应当遵守1907年《海牙公约》第42条至第56条的规定，直到签署和平条约。

前已提及，我知道臣服的理论，该理论自二战以来就被适用；如果《日内瓦第四公约》适用于每一场冲突，我们如何将这一理论与《日内瓦第四公约》相适应？在我看来，《日内瓦第四公约》自动适用于以色列管理的领土，至少这一点是非常令人怀疑的。保守地说，自动适用将引发复杂的司法与政治问题。我将提及其中的部分问题。

直到1967年，以色列都没有承认埃及与约旦对其占领领土的权利。朱迪亚 (Judea)、撒马利亚 (Samaria) 与加沙地带 (Gaza Strip) 曾是英属巴勒斯坦委任地的一部分，直至1948年5月14日终止。自这一天开始的战争从未导致被认可的边界。相反，1948年《停战协议》明确规定，停战分界线不在任何意义上构成政治或法律边界，分界不损害任何一方的权利、主张与立场。

依据阿拉伯联合共和国 (U.A.R.) 的声明，从1948年至1956年，以及自1956年至1967年，加沙地带处于埃及的军事占领下，由阿拉伯联合共和国的军事总督进行统治。加沙地带的居民不是占领国的国民。他们需要得到特别许可才能进入阿拉伯联合共和国。依据军事总督的命令，建立了军事法院、宣布了宵禁、并实施了行政拘留。值得注意的是，尽管有以上事实，《日内瓦第四公约》对这块领土的适用性问题在1967年之前却从未被提起或考虑。

朱迪亚—撒马利亚的法律地位也是相关的。1948年5月13日，外约旦 (TransJordan) 制订了一部法律，依据该法，《外约旦国防法》适用于每一个由约旦负责维持安全与秩序的国家或地区。1948年5月18日，阿布杜拉 (Abdullah) 国王任命易卜拉欣·佩哈·哈希姆 (Ibrahim Pecha Hashem) 将军作为外约旦军队控制地区的军事总督。依据哈希姆将军发布的第2号布告：

> 1948 年 5 月 15 日委任地终止之日，在巴勒斯坦有效的所有法律与规定在阿拉伯约旦军队驻扎及其负责安全与秩序的所有地区继续有效，除非这些法律与规定违反 1935 年《外约旦国防法》或依据此法颁布的规定与命令。

1950年9月16日，《关于约旦哈希姆王国约旦河两岸生效的法律与规定的法律》颁布并生效。该法规定，在两岸统一法经国会同意与国王批准之前，两岸各自的法律继续有效。1950年至1967年间，东西两岸的法律统一化进程在进行中，虽然直到1967年6月5日，两岸还有些法律有所不同。约旦于1950年4月24日对西岸的兼并只得到了两个国家的承认：英国与巴基斯坦。[……]

没有必要在该语境下全面评估各方权利的相关价值。不过，值得一提的是，对约旦王国最有利的解释是，她在西岸的法律地位最多是非法侵略后的交战占领者。换言之，在违反国际法进行军事侵略后，约旦的军事力量仍然在西岸驻扎，约旦王国那时仍兼并了西岸，虽然她在1949年《停战协议》中同意无意损害协议各方的权利、主张与立场。这样一来，布卢姆(Blum)在〝朱迪亚和撒玛利亚的地位的反思〞一文中，就西岸的相关权利作出下列结论便不足为奇了：

> [……] 支配交战占领的国际法的传统规则系建立在以下两个假定之上：(1) 被占领土的合法主权者被废黜；(2) 废黜主权者的一方符合该领土交战占领者的条件。依据格拉汉 (Glahn) 的观点，〝习惯国际法与国际条约法规定的交战占领有一个前提状态，即主权者、被占领土的合法政府、被废黜的主权者与交战占领者处于国际法这些规则的根基位置。这些规则一方面认可并制裁占领者管理被占领土的权利，另一方面保护被废黜主权者的归复权。这似乎得出这样的结论：在本案中被废除的国家从未成为合法主权者，因此，旨在保护主权者归复权的交战占领的规则不具有可适用性。〞[《以色列法律评论》，1968年第279页]

同样结论也可以适用于加沙地带，阿拉伯联合共和国政府将之视为处于军事占领之下的领土，并且从未对这块领土提出任何法律权利的主张。

关于领土的立场因而是自成一类的，所以，以色列政府试图在纯理论的司法与政治问题和遵守《日内瓦第四公约》之间作出区分。与此相应，以色列政府在《日内瓦第四公约》对这些领土可适用性的法律问题之间作出区分（如前所述，我不认为具有适用性），并决定其行为实际上依据该公约的人道规定[……]

五、结论

[……] 我认为，现有制度取得的重大成就主要如下：(1) 自军事管理当局成立之日起就存在一套以法治为基础的军事法律体系，即便是国外敌对的批评家也没有找到这套体系的缺陷；(2) 当地法院迅速恢复了正常功能并不受干涉地行使职权；(3) 在军事与民事审判中被告的权利都得到保障；(4) 通过自动提供高等法院的救济提供了对军方当局提批评的途径，这与其他国家在被占领土军事统治的惯例相反；(5) 存在一个损害赔偿与监护机构判决上诉委员会，该委员会由律师主持；(6) 民众的权利由一系列立法行为所保障，这些立法涉及财产保护、财产权保护、社会福利权与宗教自由。[……]

讨 论

1. (1) 1967年在以色列、约旦与埃及之间是否发生了一场国际性武装冲突？《日内瓦第四公约》是否适用于这场冲突？其适用何时终止？（《日内瓦第四公约》第2条与第6条）

   (2) 《日内瓦第四公约》关于被占领土的规定是否仅适用于“缔约方”的领土被占领的情况？（比较《日内瓦第四公约》第2条第2款）？还是适用于受国际性武装冲突一方控制的所有领土？（比较《日内瓦第四公约》第2条第1款。依据沙姆加尔的解释，“冲突一方领土上的外国人”的规定是否适用于西岸与加沙？还是依据其解释，那些规定以及那些关于被占领土的规定都是不适用的？（比较《日内瓦第四公约》第2条、第35-46条，第47-48条）

   (3) 依据国际人道法，领土何时被认定为被占领土？（比较《海牙章程》第42条）领土是否被占领是一个事实问题还是领土的法律地位问题，或者两者皆是？依据《日内瓦第四公约》与《海牙章程》，“被占领土“的概念相同吗？

   (4) 为什么沙姆加尔主张，依据国际人道法，西岸与加沙均不是被占领土，因此《日内瓦第四公约》不适用？国际人道法是否考虑占领前的领土地位？依据国际人道法，是不是以前被合法主权政府控制的领土才可以成为被占领土，正如沙姆加尔所主张的？国际人道法的适用是否以对前政府的承认作为条件？如果《日内瓦第四公约》的可适用性取决于被占领土先前的控制是否合法，会导致什么样的实际后果？在冲突过程中，谁回答这个问题？交战方同意此观点并适用《日内瓦第四公约》的可能性有多少？

   (5) 《日内瓦第四公约》本身涉及如下这些问题吗？“谁开始了战争？”“谁在为正义的事业而战斗”？或者“谁行使合法控制？”这难道没有混淆诉诸战争权与战时法吗？

   (6) 国际人道法的目标，如布卢姆文章的引证，是保护主权者权利？还是它的主要目的是为了保护个人？谁或者什么是《日内瓦第四公约》的保护对象？（比较《日内瓦第四公约》第4条）

2. 沙姆加尔对什么构成被占领土的解释是否符合条约“用语之通常意义”？（比较《维也纳条约法公约》第31条第1款；可访问：http://www.walter.gehr.net）

3. 虽然以色列同意“行为在事实上依据日内瓦公约的人道条款”，它是否指出是哪些条款？哪些是“人道条款”？《日内瓦第四公约》是否能分成人道条款与非人道条款？国际人道法从概念上说难道不是由所有人道规定所构成的吗？**案例110**（p.1221）、**案例111**（p.1226）与**案例114**（p.1247）中援引反对以色列的条款，是否是后文所说的非人道条款？例如，禁止酷刑与驱逐出境是非人道条款吗？

案例109 以色列，军事检察官诉卡西姆及其他人案

案 例

[**资料来源：**劳特派特主编：《国际法报告》，剑桥，格劳秀斯出版有限公司，第42卷，1971年，第470-483页]

军事检察官诉卡西姆及其他人案

以色列，在拉马拉的军事法院，1969年4月13日

以下是本院判决：

[……] 第一被告人辩称他是战俘，其他被告人也提出相似请求。

[……] 本院讯问被告人，他们是否准备作证以确定他们是否满足被视为战俘的条件。[……]

第二被告人[……] 准备宣誓作证。[……] 他声称，他属于“巴勒斯坦人民解放阵线组织”，被捕时身着军装，并拥有“人民阵线”签发的军事通行证，上面有“字母J.T.F [巴勒斯坦人民解放阵线组织]，我的名字和我的序列号码”。[……]

[……]

我们认为，我们有权审查并考虑被告人是否有权享受战俘待遇，如果我们这么判决，就需要停止处理这个指控。[……]

我们现在应调查，被敌军逮捕时，应给予战俘地位的战斗员的种类。

[……]

关于这个问题的原则最终规定在1949年8月12日《关于战俘待遇的日内瓦公约》。不论我们是否将该公约视为缔约方之间的协议或是否将之视为依据关于战俘待遇的习惯国际法的明示立场，我们都认为它适用于以色列及其武装部队；以色列实际上于1951年7月6日、约旦于1951年5月29日加入该公约。

该公约第4条第1款规定，本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下列各类人员之一种。为确定被告的地位，我们应当考虑第4条第1款第1、2、3项与第6项。

毫无疑问，被告人不属于第1项所称的“冲突一方之武装部队人员”或“构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员”。

第2条规定其适用范围，表明它适用于“两个或两个以上缔约方间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认战争状态”。

为理解该公约的真实意图，让我们来引述美国代表利兰德·哈里森 (Leland Harrison) 的一段话：

> “因此，公约将适用于所有公约缔约方之间经过宣战或未经过宣战的情形以及在一个缔约方领土内的某些武装冲突”(最后报告，IIB，P.12)

这段话明确表示，该公约适用于国家间的关系，而不适用于国家与非国家或不代表国家的机构之间。因此约旦王国是与我们有冲突的一方，而不是自称为“巴勒斯坦解放阵线”的组织，因为该组织既不是国家，也不是政府，无须对占领之前的西岸政权承担效忠义务，该政权现在处于约旦王国的境内。这样一来，我们在事实上就排除了第4条第3款适用于上述组织。[……]

第4条第6款也不适用，因为被告人不是非占领区的居民，他们在敌人接近时自发拿起武器抵抗侵略部队，没有时间组成正规武装组织。

简言之，被告人所属的组织甚至没有满足全国总动员 (*levee en masse*) 最基本的标准。我们不是在处理一个敌人接近或入侵地区的民众。1969年10月，我们没有接近该地区，其民众还未处于我们的有效控制下，我们肯定也没有入侵新的地区；毫无疑义的是，从1967年6月5日至1968年10月间，那个地区的“民众”有时间“将自己组成”正规武装组织。

该公约提及的另一类人是非正规部队，即民兵以及不构成国家正规军的志愿部队，但是他们于战争期间建立，或仅为一项特定任务成立，包括在武装冲突一方国家内外甚至被占领时进行的反抗运动。这样的非正规部队只有在满足以下四个条件时才能被认可为合法战斗员：(1) 他们必须处于一个对其下属负责的人的指挥下；(2) 他们必须固定佩带在远处可以辩识的标记；(3) 他们必须公开携带武器；(4) 他们必须依据法律与战争惯例展开行动。

现在，让我们审查第4条第1款第2项是否适用于被告及其组织。

首先，必须指出，被敌军俘获的地下组织的成员必须明确符合以上四个条件，才能享有战俘待遇。缺少任何一个条件都足以使之拥有不享有战俘待遇的战斗员的特点。[……]

然而，由于某些原因，关于这一主题的著述忽略了被俘获时被视为战俘的战斗员的最基本条件，即非正规武装必须属于交战方的条件。如果他们不属于其为之战斗的政府或国家，我们认为，依据当前的国际法，他们从一开始就不具备被捕时享有战俘地位的权利。

在国际性武装冲突中，先前占据被占领土的政府很自然会鼓励、庇护非正规部队继续在其境内战斗，并给予保护与物质援助；因此，在这样的政府与战斗武装之间应当存在“指挥关系”，其结果是政府与以其名义并代表其战斗的军队指挥官之间存在持续的责任。

[……] 如果国际法确实通过有约束力的规则调整战争行为，那么，违反这些规则就是违法行为，最严重的形式便是战争罪。正是战争规则的执行赋予权利与义务，违反一方因而必须对其正规与非正规军的行为承担责任。我们同意该公约适用于属于一个缔约方并与另一缔约方交战的军事部队（该术语作广义理解），但排除——即使是正规武装组织——不服从缔约方当局及其政府机构的部队。对这些部队，该公约完全不适用。他们被视为不受关于战俘的国际法保护的战斗员，占领国可以出于各种目的将之视为罪犯。

非正规部队效忠于中央政府的重要性使得二战期间国家与流亡政府有必要发布关于他们与人民抵抗部队之间关系的宣言 (参见，例如，1944年9月荷兰皇家紧急法令)。事实上，非正规部队的忠诚问题的最初产生与《日内瓦公约》有关。1907年10月18日的《海牙公约》没有提到这个事项的重要性，是因为在20世纪初，非正规军，如游击队，作为战斗组织的作用很小。然而，两次世界大战的经历使世界各国发现有必要增加政府对非正规部队整体责任的基本要求，以确保如果他们的行为不依据战争法律与惯例，会有人对此负责。

本案情况不同。我们处于战争状态中，没有政府愿意对“解放巴勒斯坦人民阵线”的行为承担责任。就我们所知，该组织本身也不准备遵守约旦政府的命令，这从该组织在约旦为非法组织以及其常被约旦当局侵扰的事实中可以得到证明。约旦政府采取的打击该组织的措施包括使用武力。在国际社会中，这种类型的地下行为还未听说，正是由于这个原因，如前所述，我们还没有找到直接相关的文献，即被当局视为非法的非正规部队，但从性质上说该部队应受制于当局。如果这些当局将诸如“解放巴勒斯坦人民阵线”的组织视为非法组织，为什么我们必须要认为关于合法组织的国际法规则对其具有适用性？

尽管如此，让我们还是采取极其自由的态度并尽力从以下假定出发，即每一个成员，即便是非法组织的成员，在被捕时也享有战俘待遇，只要该组织满足《陆战法规与惯例章程》第一条规定的4个基本条件，这构成了1907年10月18日《海牙公约》的附件。[……]

随着人道公约越来越多，武装部队的受伤成员的地位得以改善，但并非每个战斗员都享有这样的待遇。不符合关于“国家总动员”规则的平民以及积极参加

战斗的平民与间谍的地位相同。与此相似，作为武装部队成员的战斗员，如果不符合交战方的最低条件或者被证明违反了其他战斗规则，则为战争罪犯。他们将受到与捕获国要求相一致的任何待遇与惩罚。

由于对合法与非法战斗员引入了额外的区分以及联合适用关于战斗员与非战斗员、平民与军事人员地位的检验标准，因此就有可能对被占领土上绝大多数平民与武装部队的被捕人员提供广泛的保护。

在更狭窄的限制内，即便是那些被排除享有特权待遇的俘虏也享有文明标准所带来的好处。至少，他们在司法程序中有权就那些他们是否是不享有特权的俘虏的关键事实得到审查。另外，对他们作出的任何惩罚都必须符合文明标准。

被告律师提出的辩护理由是，有一小部分人独自行动，他们自身满足了该公约第4条第1款第2项规定的条件，因此可以给予战俘待遇。鉴于上述理由，不难回答这种辩护理由。我们无法同意这位饱学的律师的推理。

[……]可以这样说，不符合该公约第4条第1款第2项条件的人或组织永远不能被视为合法战斗员，即使他们声称愿意依据其规定战斗。用孔雀的羽毛来装饰自己的人并不能成为孔雀。

那么，依据国际法，这些非法战斗员的法律地位是什么呢？答案可以在冯·格拉汉 (Von Glahn) 的著述中找到[见《占领敌方领土》，第52页。]

如果一个武装团伙无视被公认的战争法对占领部队采取行动，……那么，依据常识与逻辑，其非法地位将会延续。如果一个武装团伙从事掠夺活动，而不是代表被占领土的合法主权者，那么，其成员不得主张战斗员或战俘的权利。[……]

如果我们现在考虑起诉方的证人证言，如前述的莫施 (Moshe)，我们会发现自称为“解放巴勒斯坦人民阵线”的组织的行为完全漠视文明国家所认可的习惯国际法。

攻击民用物体与在耶路撒冷马哈·叶胡德 (Mahne Yehuda) 市场谋杀平民、在特拉维夫中心车站使用手榴弹破坏等都是恶意的恐怖行为，针对的是肯定不是合法军事目标的男人、妇女与儿童。[……] 非战斗员免受直接攻击是关于战争的国际法的一项基本规则。

在缺少合理解释的情况下，被告穿着平民衣着显示其从不受保护的平民转换成普通罪犯的意图。涉及谋杀无辜者的行动，如在雅典机场与苏黎士机场攻击飞机，充分说明了这一点。

国际法并不是为保护破坏分子与罪犯而设计的。除了站在法庭上依据法律与证据确立的事实，按与道德与国际要求相一致的程序受审外，被告别无其他权利。

因此，我们驳回了被告认为的有权获得战俘待遇的请求，并认为我们有权依据指控书审理本案。[……]

[报告：以色列控制区的法律与法院 (耶路撒冷，1970年)，第17页。]

讨 论

1. (1) 是否存在可适用国际人道法的国际性武装冲突？如果存在，是存在哪些国家之间？《日内瓦第三公约》是否适用？谁是交战一方？法院是否认为《日内瓦第三公约》不适用于本案？理由是什么？（比较《日内瓦公约》共同第2条。）

   (2) 法院的判决是否基于与《日内瓦第四公约》不适用于西岸与加沙地带相同的理由？（参见**案例108**，以色列，公约对被占领土的可适用性，第1212页。）以色列法院是否可适用《日内瓦第三公约》而不适用《日内瓦第四公约》？当判决指出“解放巴勒斯坦人民阵线”“从事掠夺活动，而不是代表被占领土的合法主权者”时，法院是否在考虑（与**案例108**，以色列，公约对被占领土的可适用性[中的意见]相反）约旦是合法主权者，或者是否会拒绝给予约旦士兵战俘地位？

   (3) 依据法院的推理，《日内瓦第三公约》是否保护在被占领土居住反抗占领的巴勒斯坦人？它是否保护在占领之前在此领土战斗的巴勒斯坦人？依据国际人道法，你的回答是什么？

   (4) 依据《日内瓦第三公约》，为不被拘留国承认的国家战斗的个人是否享有战俘地位？如果仅仅是政府不被拘留国承认呢？是否要由国家或政府认可个人在为其战斗，还是个人实际上在为其作战即够？依据《第一附加议定书》，你的答案会不同吗？是不是属于冲突一方即够？被告是否并非为巴勒斯坦国家而战斗？“解放巴勒斯坦人民阵线”是否代表巴勒斯坦国家？（比较《日内瓦第三公约》第2条与第4条以及《第一附加议定书》第1条和第43条。）

   (5) 对《日内瓦第三公约》第2条的这种解释是否说明《第一附加议定书》为什么包括第1条第4款？如果适用《第一附加议定书》，法院还会作出此判决吗？结果会不同吗？法院哪一部分的推理会不同？法院会考虑哪些附加因素？《日内瓦公约》是否会因为“解放巴勒斯坦人民阵线”不是缔约方而自动不予适用？（比较《第一附加议定书》第1条第4款与第96条第3款）

2. 依据国际人道法，谁被认定为战斗员？这种确定与本案有什么样的关联性？除《日内瓦第三公约》第4条第1款外，《海牙章程》第 1 条是不是没有作出定义？

3. (1) 法院指出，一个人只有属于冲突一方才能享有战俘待遇，这一观点是否正确？还是只要符合第4条第1款第2项 (a) 至 (d) 列举的条件即为足够？如果适用《第一附加议定书》，答案是否会不同？

(2) 第4条第1款第2项 (a) 至 (d) 列举的条件必须全部满足吗？是整个团体都需要满足这些条件，还是只要其中要求战俘地位的成员满足即可？如果一个团体仅以满足这些条件为目标，是否足够？

4. 如果被告人被赋予战俘地位，法院是否就不得不停止审理对他们谋杀平民的指控，包括[……]他们在特拉维夫中央汽车站使用手榴弹的恶意恐怖行为[……]？如果适用《第一附加议定书》，被告人的这些行为是否免于起诉？还是国际人道法已经规定了这些起诉？（比较《日内瓦第三公约》第4条与第85条以及《第一附加议定书》第43、44、51条与第85条第3款第1项）

案例110，以色列，阿尤布诉国防部长

案 例

[**资料来源：**摘要重印并由F．栋姆 (Domb，F)部分翻译，《以色列人权年刊》，1979年，第337-342页；脚注略。]

高等法院，606／78
阿尤布 (Ayub) 及其他人诉国防部长和
其他人 (贝恩及其他人案)；高等法院610/78，
马塔瓦及其他人
诉
国防部长及其他人案
33 (2) *Piskei Din* 113

在本案中，以色列最高法院在高等法院开庭，裁定在阿拉伯私有土地上建立犹太人定居点的合法性。这些阿拉伯土地是被以色列军事管理政府早先以军事与安全原因征收的。两个阿拉伯申请人分别是位于艾尔比瑞 (Al-Bireh) 与图巴斯 (Tubas) 的土地的所有者。这两块土地位于朱迪亚—撒马利亚地区及西岸地区 (自1967年6日战争以来一直处于以色列的军事管理之下)。依据地区军事指挥官签发的命令，这两块土地于1970年与1975年被征收。命令指出，地区军事指挥官认为，收土地是为军事与安全目的所必须的。1978年，在以色列文职政府而非军政府的鼓励下，被征收土地上建立了犹太人定居点；阿拉伯的土地所有者请求高等法院针对征收令签发禁令，返还他们的土地。他们提出了以下两个理由：

(1) 征收对真正的军事或安全目的并非必要，而且在事实上也起不到这样的作用；

(2) 即便军事必要可以提供正当依据，征收土地依然构成了对国际法规则的违反，申请人因而有权要求本法院给予救济。

关于这两个理由之间的联系，法院一开始就强调，这是两个相互独立的理由，不可混同。从军事和安全的角度来看，被占领土军政府的一个行为也许是正当的，但是从国际法的角度来审视仍可能是有瑕疵的。依据国际法，并非促进安全的行为都是被许可的。

高等法院的法官[……]分别分析了这两个理由，最终一致驳回了申请人的请求。主导性判决由魏特肯 (Witkon) 法官作出[……]

一开始，魏特肯法官加上了一段预先提示，指明法院 [……] 判决的基础仅仅为：

> 依据当前以色列与阿拉伯国家的主导局势，我们所面对的当事人的权利。这是交战状态，被申请人在被占领土的地位是占领国。

魏肯特法官驳回了申请人提出的第一个理由，即真正的军事或安全目的不能为征收提供正当依据，其理由如下：

1. 正如申请人所提出，在可为征收令提供正当依据的严格的军事需要与一般的安全需要之间无法作出区分，这被指称超出了征收权力的范围。本院的意见是：“军事方面与安全方面是一个相同的方面”，因为

   > 当前的局势是交战状态，维护被占领土的秩序与安全是强加给占领国的责任。同时必须预防在被占领土出现针对被占领土与占领国的危险。这些天战争采取的形式是破坏行为，即便是把这些行为（这些行为伤及无辜民众）视为游击战的一种方式的人也承认占领国有权，甚至必须采取所有必要步骤阻止之。

   所以，严格的军事需要或一般的安全需要，或两者一起，显然都可以为军事指挥官的行为提供正当依据。

2. 占领国可以针对恐怖行为和破坏行为采取预防性措施，甚至在没有出现这些行为的地区也可以采取之。这与魏特肯法官所援引的法院在“希路案”(Hilu) 中的意见一致。在那个案子中，拉法·赛利特 (Rafiah Salient) (位于西奈半岛北部) 的贝都因 (Bedouin) 部落是土地的所有者，其土地被征收，并在征收土地上建立了犹太人定居点。贝都因人请求针对征收令签发禁令，但此请求被法院驳回。被告认为，鉴于在该地区事实上已

经发生的恐怖行为与破坏行为，有必要采取措施。此观点得到法院的一致支持。尽管在本案中，所涉及地区实际上还没有发生恐怖行为，但魏特肯法官拒绝将两个案子区别开来，他坚持认为，预防是对所有伤痛最好的医疗，在恐怖行为实施之前就发现并遏制之是更可取的。因为依据被申请人提交的一份宣誓书，被征收的土地位于敏感战略地区，“很难期望占领国会将这一地区的控制权留给敌对势力。”

3. 只要交战状态持续存在，被占领土的犹太人定居点就能起到实际、真实的安全作用。在“希路案”中，魏肯特法官表达了他的观点：被征收土地为了修建犹太人定居点的事实并不能改变征收土地是基于安全原因这个特点。他认为：

> 毫无争议，被占领土存在占领国的定居点（尽管是“平民”）对于该地区的安全大有益处，并且有助于军队实现其任务。不需要是军事和国防专家，一个普通人就能够理解，在一个仅有冷漠的或对敌人予以同情的民众居住的区域从事恐怖活动很容易；相形之下，如果该地区的民众很可能会观察敌人并向当局汇报任何可疑行动，那么，在这样的地区从事恐怖活动，其难度就大多了，这样的民众不会为恐怖分子提供隐匿场所、协助或补给。

鉴于被申请人提交的宣誓书确认犹太人定居点受军队的控制并且只有得到军队的许可与授权才得以维持，魏肯特法官坚持其在“希路案”中表达的观点，即“只要交战状态持续存在，被占领土的犹太人定居点就能起到实际、真实的安全作用。”

因此，法院认为，征收土地以及修建犹太人定居点确实起到军事与安全作用，因此是符合以色列国内法的。

为支持他们的另一个理由——从国际法角度质疑修建平民定居点的合法性——申请人援引了1907年《关于陆战法规和惯例的海牙公约》(第四公约) 与1949年《关于保护战时平民的日内瓦公约》(第四公约) 的规定。转到本理由上来，魏肯特法官首先考虑和裁定的是一个先决问题，即申请人，作为受保护人，其自身是否可以依据这些公约在占领国的国内法院主张权利，或者说，是不是只有公约的缔约方才有权主张受保护人的权利，当然，是在国际法的层面上。

用法院的话说，这个问题的答案取决于所援引的国际法规定是否已经成为被要求执行之的法院所在地国国内法的一部分。国际条约的规定是国内法的一部分，——因此在国内法院具有可执行力——如果它成为习惯国际法的一部分，这同国际条约法不同，后者只对缔约方具有约束力。

关于1907年《海牙公约》与1949年《日内瓦第四公约》，魏肯特法官援引了最高法院的三个判决。在这些判决中，这些公约均被认为是国际条约法的一部分，因此，个人不能依据之在以色列国内法院寻求救济。但是，在这三个判决作出后，约朗·丁斯坦 (Yoram Dinstein) 教授撰文强调，这两个公约之间存在区别，虽然1949年《日内瓦第四公约》仍然是国际条约法的一部分，但1907年《海牙公约》在所有情况下都为所有文明国家所接受，已经被视为习惯国际法。

依据本文的观点，在考虑了施瓦曾伯格 (Schwarzenberger) 与冯·格兰汉 (Glahn) 的观点后，魏肯特法官确信，1907年《海牙公约》被广泛认可为习惯国际法，而1949年《日内瓦第四公约》的规定在性质上仍然是公约。因此，申请人可以在本院主张适用构成以色列国内法的1907年《海牙公约》，而不能主张适用1949年《日内瓦第四公约》。由于他们关于定居点是非法的主张完全依据1949年《日内瓦第四公约》第49条，本院因此无权处理。

所以，法院需要裁定的仅仅是征收申请人的土地是否违反了《海牙公约》第23条、第46条及其他条款关于禁止征用私人财产的规定。向法院证明的事实是，土地只是被征用，租金已经支付给申请人，后者保留土地的所有权。依据《海牙公约》第52条，占据土地的这种类型——即征用——是合法的。对此，冯·格兰汉评论道：

> 在正常情况下，占领者不能永久性侵吞或占据任何私有不动产，但是，可以因军事必要请求为不同目的而暂时性使用土地和建筑物……

法院还采纳了冯·格兰汉的如下观点，即关于占领军并非真正为其自身目的而需要的土地，绝不能将之留给其所有者控制，以免为敌人利益服务。依据法院援引的一段话“常识似乎表明占领者有必要针对私有财产的所有者采取预防性措施。”[……]

讨 论

1. (1) 依据国际人道法，在被占领土，什么时候可以征收私有财产？被谁征收？什么时候可以没收私有财产？被谁没收？国际人道法对征收与没收施加了哪些额外限制？（比较：《海牙公约》第23条第7款、第46条、第52条和第55条；《日内瓦第四公约》第49条。）

   (2) 法院关于允许占领国征收的程度的意见与设在纽伦堡的美国军事法庭在**案例78**，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案中的意见一致吗？哪一个判决是正确的？

2. 本案中，征收土地是否因为军事或安全目的？是不是在以色列文职政府的鼓励下，而非军事指挥官基于军事或安全目的，定居点才得以修建？假定占领军需要或军事必要能为临时占据私有土地提供正当依据，占领国是否可以在这些土地上定居其平民？(比较《日内瓦第四公约》第49条第6款。)

3. 由于占领被视为临时的，建立永久定居点是否违反了国际人道法？除了安全需要，占领国在什么时候可以对被占领土作永久性改变？如果定居点能给当地巴勒斯坦民众带来好处，国际人道法会许可修建这些定居点吗？（比较《海牙章程》第43条、第46条、第52条、第55条。）

4. 不管征收土地是否出于军事目的，修建定居点是否直接违反了国际人道法关于禁止占领国将其民众转移到被占领土的规定？（比较《日内瓦第四公约》第49条第6款。）国际人道法这条规定背后的目的是什么？这是人道目的吗？定居点是以色列人自发建立，而非占领国政府修建或协助修建的，这是否可以被允许？军事必要或安全原因是否能为修建定居点违反国际人道法关于禁止占领国将其民众转移到被占领土的规定提供正当依据？

5. (1) 为什么法院宣布它无权处理《日内瓦第四公约》？为什么《日内瓦第四公约》属于条约法或是习惯法会与其可适用性有关联，特别是因为以色列是缔约方？条约法的约束力是否逊于习惯法？

   (2) 一个国家是否可以决定只要有适用条约的立法，国际条约便成为其国内法的一部分？一国是否有义务制订这样的立法？国际人道法是否要求缔约方允许其法院援用公约？在没有适用公约的立法的情况下，以色列是否可以援用其宪法制度或最高法院的判决来逃避其违反《日内瓦第四公约》的国际义务？

   (3) 《海牙章程》适用于本案吗？作为条约法还是习惯法？

   (4) 法院是否解释为什么《海牙章程》的（假定为所有）规定是习惯法，而《日内瓦第四公约》的（假定为所有）条款不是？这种区分的依据是什么？丁斯坦教授如何能证明《日内瓦第四公约》的所有条款都是纯条约性质的？其中的一部分是否是习惯法？《日内瓦第四公约》第49条是否是习惯法？考虑到1978年，在150个缔约方中，只有不到10个国家不遵守该《日内瓦公约》第49条第6款，如何能评判该条款是习惯法还是纯条约法性质？是否应该仅评判非缔约方的习惯作法？是否应该仅评判在1949年第49条第6款为习惯法？1949年至1979年间，习惯法没有发展吗？为什么《日内瓦第四公约》不属于习惯法？

案例111 以色列，在被占巴勒斯坦领土上拆毁房屋

案 例

[注：2004年，以色列官方决定不再将毁坏房屋作为惩罚措施，因为破坏房屋已经不具备威慑效果]

1. 萨赫维勒等人诉朱迪亚——撒马利亚地区指挥官案

[**资料来源：**《以色列人权年刊》，第10卷，1980，第345页；脚注省略]

H.C. 434/79，萨赫维勒等人
诉
朱迪亚——撒马利亚地区指挥官

[……]

[……]

本申请由两个来自[……]西岸地区的阿拉伯妇女向高等法院提出。这两位妇女请求法院签发禁令，阻止被申请人在她们及其家属居住的地方封闭、拆毁或征收房屋。

[……]

关于第二申请人的房子，被申请人确实颁发命令封了房子的一个房间——该房间属于她的儿子。该妇女的律师[……]认为，房间的封令是无效的，因为它带有歧视性与专断性，违反了1949年《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》。法院考虑了以下事实：她的儿子被拉马拉的军事法院认定为非法组织的成员、藏匿了一名触犯安全法律的罪犯、并拥有爆炸物。已向法院证实，她的儿子在明知的情况下，将被申请人封的那间房用来窝藏法塔赫 (Al-Fatah) 组织的成员（该成员曾在耶路撒冷从事过破坏活动）并藏匿一袋爆炸物。鉴于这个房间的用途，法院认为，主张被申请人的封令为非法的观点是没有根据的。法院宣布，依据1945年《关于国防的第119 (1) 号（紧急）条例》，该房间是被合法封闭的。这个条例“构成约旦立法，自英国托管时期以来一直生效，因此，应当在朱迪亚—撒马利亚地区生效。”至于《条例》119允许在特定情况下破坏私有财产的内容，法院指出：“第119号条例适用于非正常的惩罚性行为，其目的在于威慑类似行为的发生。”

最后，法院也拒绝了申请人律师要求遵循《日内瓦公约》的主张。法院认为，没有必要考虑被申请人是否有义务遵守《日内瓦公约》的规定，因为“即便有遵守之的义务，《日内瓦公约》的规定…与使用立法赋予当局的权利之间也没有矛盾。须知该立法生效时，朱迪亚—撒马利亚地区处于约旦的控制之下，直到今天仍在朱迪亚—撒马利亚地区有效。”因此，高等法院驳回了该申请，支持被申请人封闭一个房间。

2. 以色列占领区人权资料中心，“因所谓军事目的拆毁建筑”

[**资料来源：**以色列占领区人权资料中心，“因所谓军事目的拆毁建筑”，http://www.btselem.org/]

国际人道法

即便依据《奥斯陆协议》，在将西岸与加沙地带的部分地区转交给巴勒斯坦当局以后，以色列仍然是被占领土的占领者。作为占领者，它必须遵循占领国的义务，其行为必须依据占领法。

虽然在被占领土发生了敌对行为，但是这些行为并不能为以色列逃避作为占领者的义务（似乎占领已经终结）提供正当依据。[……]

占领国同时必须保护平民居民的财产。《海牙章程》第46条规定，私有财产应受到尊重，不得被没收。《日内瓦第四公约》第53条规定，禁止占领国破坏财产，除非“为军事行动所绝对必要”。在举证证明破坏是必需时，由于占领者对平民居民承担特殊义务，其责任因而极其沉重。该公约第147条规定，“无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收”构成对公约的严重破坏。

以色列官员援用1907年《海牙章程》第23条第7款作为拆毁房屋与破坏农业用地的法律依据。该条款规定：“禁止毁灭或没收敌人财产，除非此项毁灭和没收是出于不得已的战争需要。”以色列官员认为，保护安全部队与定居者免受巴勒斯坦人的炮火袭击，打击偷挖地道走私武器是迫切的军事需要，依据第23条第7款，拆毁财产是合法的。

以色列援引的《海牙章程》第23条第7款与《日内瓦第四公约》第53条没有明显区别，两者互为补充。以色列援引《海牙章程》有以下两个原因：第一，它试图强调被占领土上目前正展开一场武装冲突；第二，《日内瓦第四公约》不适用于被占领土，与国际社会相反，自1967年以来，以色列一直主张此观点。即便是在军事必要的情况下（即构成禁止破坏财产的例外），占领者也必须遵守国际

人道法的其他规定。确实，法学家与国际法庭已经坚决反对军事必要凌驾于其他考虑之上及其使其他条款无效的观点。每一个行为都必须符合国际人道法，当事人在选择战斗的方式与手段时并非毫无限制。

为确保《海牙章程》第23条第7款与《日内瓦第四公约》第53条分的例外规定不被扩大解释，国际人道法规定（不限于此），禁止在危险成为现实之前将破坏财产作为预防手段。它还规定，除非造成较少损害的替代方法无法达到目的，否则禁止破坏财产。另外，它还明确禁止以遏制、威慑目的或以平民为报复对象而破坏财产。旨在造成永久性或持续性破坏的财产损害也在禁止之列。

即便在某些情况下，以军事必要为依据的破坏要求不能被完全驳回，还是有充分理由相信所涉及的许多理由与军事必要的狭义定义没有直接联系。不过，我们不会审查在加沙地带是否存在为禁止破坏财产的例外提供依据的军事必要。因为即便存在军事必要，以色列的政策还是悍然违反了国际人道法的其他规则，这足以使其政策成为非法政策。

过去，以色列通常也援用对“军事必要”的广义理解。以色列主张，依据《关于国防的第119号（紧急）条例》，“迫切的军事必要”为拆毁房屋提供了依据。以色列持有这样的主张，即便它宣布拆毁房屋旨在惩罚袭击以色列的嫌疑人并遏制其他巴勒斯坦人从事相似行为。国际人道法关于禁止破坏财产的规定恰恰禁止使用这些理由来为破坏财产提供依据。

比例性原则

[……]比例性原则也适用于本文件讨论的以色列政策。依据红十字国际委员会出版的对《日内瓦第四公约》第53条的评论，如果占领者没有“尽力在军事利益与造成的损失之间保持比例性”，破坏财产就是非法的。这种禁止即便在军事必须的情况下也予以适用。

审查以色列执行其政策的情况——拆毁房屋、连根拔树、破坏农业用地的数量极其巨大，以及以色列执行其政策所选择的方式——明白无疑都表明这些主张是没有根据的。与以色列公开宣称的试图通过实施其政策达到的目标相比，对平民居民造成的伤害过度超出比例。

比例性的一个主要要求是，在采取将会伤害平民的行为之前，必须首先考虑造成伤害更小的替代行为，如果替代行为无法产生必要的军事利益才能放弃之，转而采取原始行动。以色列漠视此规则，使用了对平民造成极其严重伤害的方式。另外，以色列宣布破坏农业用地及拆毁房屋构成一项未来政策。宣布这些行为为政策意味着在实施破坏行为之前没有考虑替代行为的意图。

以色列国防军声称有些房屋下挖有走私武器的地道，因而破坏了整个邻近的居民区。在其他一些情况下，以色列军队破坏了几十处地面上的房屋，巴勒斯坦人正是在这些区域向以色列国防军士兵开枪。以此主张为基础拆毁房屋不能被视为满足了比例性原则的条件。

以色列破坏了庄稼与农业用地，将这些土地上的果树连根拔起，巴勒斯坦人就是在这些田地里向士兵与定居者开枪。在一些情况下，以色列国防军破坏了人无法藏身的番茄与南瓜地。军队的行为对土地产生了长期、有时是不可恢复的损害，对数以千计的人民许多年后的收入造成影响。这样的破坏显然不能视为符合比例性原则。[……]

以色列在加沙地带执行其政策时违反比例性原则的主张得到民事管理委员会首脑——多弗·萨得卡 (Dov Zadka) 准将的支持。在接受《布马哈内 (B'Mahaneh)》(以色列国防军杂志) 记者关于以色列在被占领土拆毁房屋的行为是否过分的提问时，萨得卡指出：

> 在加沙——确实很过分。我认为，他们做了几件非常过分的事情。在阿雷西奈与杜吉特 (Aley Sinai and Dugit) 事件后，他们实施了称为〝北方部门〞的大规模清理行为。他们破坏了数百德南的草莓、果园与温室，我认为这不正确。…在朱迪亚—撒马利亚地区，也有我们行为不当的地方。有时，我批准了特定范围的清理，但是，当我到实地查看时，我们发现部队的行为超过批准的范围。……在某些地方，我们行为过分了吗？说实话——是。肯定是。你批准移掉30棵树，第二天，你会发现移走了60棵树。现场的士兵或连队指挥官过于激动。已经发生了这样的情况，我们不能漠视之。

3. 以色列外交部，“拆毁用于恐怖行动的巴勒斯坦建筑——法律背景”

[**资料来源：**以色列外交部，〝拆毁用于恐怖行动的巴勒斯坦建筑——法律背景〞，2004年 5月18日，http://www.mfa.gov.il/MFA/Teorrorism-+Obstacle+to+Peace/Terror+Groups]

近4年来，巴勒斯坦恐怖分子四处制造死亡事件与进行破坏，将我们这个地区推入持续混乱之中，造成900多名以色列人丧生，6000多人受伤。以色列人因而成为持续不断的恐怖活动的受害者。

鉴于史无前例的致命性威胁，以色列安全部队尽力采取新的有效与合法的反制措施以最大限度减少这些恐怖袭击，尤其是自杀性恐怖袭击的出现，阻遏可能的自杀性爆炸者。

巴勒斯坦恐怖分子使用最可恶与不人道的方法，包括以以色列平民与士兵为目标的自杀性恐怖活动，这违反了任何道德理念并严重破坏了关于武装冲突的国际法。巴勒斯坦恐怖分子在人口稠密地区内部进行攻击，违反了国际法对平民居民的保护。

由于巴勒斯坦领导人没有遵守其打击恐怖主义、停止煽动与组织走私武器的义务，以色列被迫战斗，以使以色列人的生命免受威胁，依国际法行使其自卫权、确认其义务。拆毁对以色列部队构成真实安全威胁的建筑就是这样的安全措施。

恐怖分子经常在家中或民用建筑中展开活动。当恐怖分子从这些建筑中开火或从果园及田地中展开沿路攻击，拆毁之便成为军事必要。依据国际法，这些地理位置被视为合法目标。因此，在战斗中，如果为行动必要，以色列安全部队就可以合法摧毁恐怖分子使用的建筑。

拆毁建筑的另一个必要是恐怖分子利用民用建筑来隐藏开掘的地下通道，以走私武器、爆炸物，恐怖分子也利用这些通道从埃及进入加沙地带。与此相似，在西岸与加沙地带的建筑被用于制造与藏匿袭击以色列的火箭弹、迫击炮、武器与爆炸物。拆毁这些建筑往往是与这种威胁战斗的唯一方法。

以色列使用的另一种方式是拆毁特定人员的家，这些人包括实施自杀性攻击的人或实施其他严重袭击的人或派遣自杀性爆炸者实施死亡任务的负责人。在与恐怖主义的作战中，以色列拥有的有效方式屈指可数。此处的措施旨在有效威慑罪犯及其派遣者，而非惩罚性措施。高等法院审查并肯定了这一实践。

以色列安全部队遵守国际人道法规则与以色列高等法院的监督，每年巴勒斯坦人与人权组织向以色列高等法院提出数百项申请。

并不像某些人所声称的那样，以色列的措施不是“集体惩罚”形式，其意图并不是故意为全体民众制造困难。尽管因对付恐怖活动与自卫而采取的措施使一部分巴勒斯坦人民不幸遭遇困境，但这显然不是其意图。只要困难，即便是在军事行动中，以色列安全部队都会竭尽全力减小安全措施对没有卷入恐怖活动中的平民的影响。

在此语境下，以色列采取措施的目的是确保其目标仅限于恐怖分子及其使用的建筑。另外，虽然武装冲突法许可，以色列还是尽量不从空中或用大炮攻击恐怖分子，以减小附带损害，这一政策以威胁到以色列士兵的生命为代价。2004年5月初，在加沙地带的军事行动中，有13名士兵死亡，这就是以色列为履行其尽量减少巴勒斯坦平民伤亡的承诺而付出的沉重代价。

虽然巴勒斯坦人正因持续的冲突而备受折磨，但是，这种折磨是巴勒斯坦恐怖分子袭击以色列平民直接导致的，以色列有必要保护其公民免受这些骇人袭击。

[……]

4. 大赦国际："房屋被毁：拉法难民营中的巴勒斯坦平民"

[**资料来源：**大赦国际，"房屋被毁：拉法难民营中的巴勒斯坦平民"，2004年5月24日，http://web.amnesty.org/library/print/ENGMDE150532004]

2004年5月18日

以色列/被占领土

拉法难民营中的巴勒斯坦平民

最近几天，以色列军队加快了拆毁拉法难民营中的房屋的进程，使上千人无家可归。军队计划拆毁难民营中更多的房屋。[……]

联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 官员估计，以色列军队在最近几天中，拆毁了拉法难民营中80多间房屋，使约1100名巴勒斯坦人无家可归。以色列军方官员宣布他们计划拆毁更多房屋；5月16日，以色列最高法院驳回了由代表住在难民营中的巴勒斯坦家庭的人权组织提出的申请，他们要求停止拆毁行动。

军队说，最近拆毁巴勒斯坦人房屋的浪潮旨在扩大加沙地带南部与埃及交界沿线的禁行区 (援引自费城路线)。以色列当局认为，清除巴勒斯坦人用来从埃及向加沙地带走私武器的地道，就必须大规模拆毁房屋。据报道，拆毁计划于5月13日得到以色列总理阿里埃勒·沙龙(Ariel Sharon)、国防部长沙乌勒 · 莫法兹 (Shaul Mofaz) 和其他高层官员的批准。

自1948年存在以来，拉法难民营一直人口密集，每排房屋间仅有狭窄的小巷间隔。2000年末，以色列军队在难民营开始大规模拆毁房屋。直到那时，房屋离埃及边境仅有几米之遥：现在，距离边界线300米之内的房屋都被拆为碎片。拆毁的对象是连排的房屋，而与以色列当局所声称的相反，后者声称，他们仅破坏被巴勒斯坦人用来攻击巡逻边界的以色列士兵以及用来隐藏地道的房屋。

5月14日，据报道，以色列军队指挥官莫士·亚龙 (Moshe Yaalon) 说："要拆毁第一排用来挖掘走私武器与掩护设计的房屋。我们过去被迫破坏这里的房屋；而将来，我们很明显要破坏更多房屋。" [……]

大赦国际相信，“绝对的军事必要”不能向以色列当局所声称的那样，能为大规模拆毁拉法难民营及加沙地带其他地方中的房屋提供依据，这构成了对成千上万的巴勒斯坦人的集体惩罚。这些措施违反了国际人道法，尤其是《日内瓦第四公约》第33条，该条规定：“被保护人[即生活在外国占领区的人]无论男女不得因非本人所犯之行为而受惩罚。集体惩罚及一切恫吓恐怖手段，均被禁止。…禁止对被保护人及其财产采取报复行为”。[……]

5. 以色列国土报，“高等法院允许在加沙拆毁建筑：军队的‘行动必要’优先”

[**资料来源：**以色列国土报，特拉维夫，2004年5月17日，Yuval Yoaz Dideon Alon“高等法院允许在加沙拆毁建筑：军队的‘行动必要’优先”，www.haaretze.com]

高等法院昨天作出裁定，在“立刻行动必要”时，或在以色列士兵的生命或军事行动受到威胁时，以色列拥有拆毁巴勒斯坦人房屋的权利，而无需给予居民到法院上诉的权利。

艾利阿胡·马萨 (Eliahu Mazza)、多瑞特·贝尼斯奇 (Dorit Beinisch) 与艾利埃塞·瑞夫林 (Eliezer Rivlin) 法官驳回了拉法的13名居民提出的申请，他们的家被以色列国防军拆毁。裁定取消了周五晚上马萨签发的临时命令，要求以色列国防军停止拆毁与加沙地带南部边界的费城路线邻近的房屋。

法官们接受了国家的立场，即无法承诺不再拆毁更多房屋。国家承诺将给予房屋被拆毁的巴勒斯坦人以法律救济——除非这将立即导致军事风险。但是，代表国家的依那·海尔曼 (Enar Helman) 律师承认，地面情况使这种区分基本不起作用。

“与西岸或加沙地带的其他地区不同，拉法地区99%的情况是，我们一宣布拆毁某一房屋，巴勒斯坦人立刻在那里设置饵雷。” 海尔曼解释道。

“国家告诉我们，在周五的战斗中，以色列国防军在费城线路上拆毁房屋并非作为威慑手段，而是为保护在地面行动的士兵的生命而进行的紧急军事行动。”法官裁决道。

尽管申请被驳回，申请人律师余尼斯·塔明 (Yunis Tamin) 还是说，他希望法院的判决最终能限制破坏的范围。“我们确信，对未来继续破坏房屋，军队将非常仔细地予以考虑。这个判决明确告诉我们，拆毁房屋是有一定限制的。”他告诉记者。

以色列议会 (Knesset) 的反应

梅雷兹派 (Meretz) 主席泽哈瓦·高尔·昂 (Zehava Gal-On) 说，她对高等法院的判决表示遗憾。梅雷兹派领袖认为，法院为了军队所定义的安全需要舍弃了数以千计的无辜民众。“这再一次证明，在以色列，人权止于绿线边界，而不扩展于被占领土的居民。”高尔·昂说道。

穆罕默德·巴拉克 (Mohammed Barakeh(Hadash))也抨击了法院的判决，指出它等于“批准了战争罪行”。

在回应这一批评时，利库德集团领袖与联合主席吉登·萨尔 (Gideon Sa'ar) 说：他“很遗憾，在左翼批评人士的眼中，国家与以色列国防军士兵的安全没有拉法居民的财产权珍贵。”他称之为“基于政治目的，拙劣的尝试恐吓法院。”

讨 论

1. 为什么以色列法院应当适用约旦法律？（比较《日内瓦第四公约》第64条）通过适用约旦的立法（《关于国防的第119号（紧急）条例》），法院是否承认朱迪亚—撒马利亚作为被占领土的地位需要适用《日内瓦第四公约》？（比较《日内瓦公约》共同第2条第2款，《日内瓦第四公约》第6条与《第一附加议定书》第1条第3款与第3条第2款，《海牙章程》第23条8款与第43条）

2. (1) 《第119号条例》允许破坏私有财产；这与《日内瓦公约》相一致吗？军事必要可以为这一行为提供正当依据吗？（比较《海牙章程》第53条与《日内瓦第四公约》第53条和第147条）

   (2) 在萨克维尔 (Sakhwil)，那个妇女或她的儿子拥有房屋吗？她的儿子是房屋的唯一居民吗？那个妇女犯有罪行吗？这是相关的考虑因素吗？（比较《海牙章程》第50条与《日内瓦第四公约》第33条）该公约没有提供获得公正审判的权利吗？那个妇女被判有罪便允许破坏房屋吗？（比较《日内瓦第四公约》第147条与《第一附加议定书》第85条第4款第5项）

   (3) 如果适用《第119号条例》与公约的上述条款相抵触，该条例如果构成占领前生效的约旦法律，是否必须适用？它可能被适用吗？（比较《海牙章程》第43条与《日内瓦第四公约》第64条）

3. 2003年10月，加沙地带是被占领土吗？对破坏房屋的禁止是否适用于被占领土以外？（比较《日内瓦第四公约》第2条、第4条、第53条；《第一附加议定书》第52条；《海牙章程》第42条）

4. 《海牙章程》第23条第7款是否适用于敌对行为或是同时适用于被占领土？B'Tselem网站在文件2中认为《海牙章程》第23条第7款与《日内瓦第四公约》第53条没有明显区

别，他是否正确？今天，《海牙章程》第23条第7款有没有被《第一附加议定书》第52条和相关的习惯国际法所替代？

5. 文件2、3、4中表述的破坏行为是否受到关于军事占领的法律的调整？是否受到关于交战行为的法律的调整？是否都受到它们的调整？在每一个情况下，什么时候拆毁房屋具有正当依据？什么时候民用房屋可以成为军事目标？一个军事目标是否只有在军事行动绝对需要时才能被摧毁？（比较《日内瓦第四公约》第53条与《第一附加议定书》第52条）

6. 外交部所描述的关于军队基于军事必要可以拆毁房屋的情况是否符合国际人道法规则？讨论每一种类。什么时候房屋是“合法目标”？（比较《日内瓦第四公约》第53条与《第一附加议定书》第52条）

7. 以色列部队采取的确保只有恐怖分子及其组织才能成为目标的措施是否符合他们依据国际人道法承担的义务？依据国际人道法，是否允许从空中袭击民房？即便是在被占领土？如果这些房屋被叛乱者使用呢？

8. 保护以色列士兵是否为确定是否构成军事必要的一个合法因素？

案例112，以色列，纳瓦尔诉国防部长案

案 例

[**资料来源：** 杜姆，F,〝以色列最高法院判决〞，《以色列人权年刊》1986年第16卷，第321页至328页；脚注省略。]

高等法院 574/82
纳瓦尔诉国防部长及其他人

[……]

该判决由沙姆加尔 (Shamgar) 法官作出，是一个具有指导意义的判决——关于如何处置位于战场或军事占领下的领土上的敌方财产问题。

申请由一名黎巴嫩公民提出。他提出，在1982年的〞加里利和平〞 (Peace of Galilee) 行动中，以色列国防军非法抢占了位于黎巴嫩南部达木尔村 (Damur) 附近的生产塑料制品的一家企业的机器设备与存货。虽然驻黎巴嫩的以色列国防军指挥官 (第三被申请人) 认为，该企业属于〞巴勒斯坦解放组织〞，已经被当作敌人财产没收，但申请人提出，他于1982年6月，即没收之前已经购买此企业，因此是其私有财产。

以提交高等法院的证据为基础，沙姆加法官查明：

1. 企业是“Tzamd”企业的一部分，构成“巴勒斯坦解放组织”的一部分经济基础设施。
2. 企业与一个弹药库以及一个军用鞋制造厂同处于一幢由“巴勒斯坦解放组织”占领并控制的建筑之中。
3. 以色列国防军于1982年7月占据该企业；并在现场派驻卫兵，以作宣布其被占有之用。
4. 申请人于1982年8月签订购买该企业的合同，这发生在以色列国防军占据之后；因此，在申请人所称购买企业的时候，企业的所有者没有处置其财产的权利。

鉴于这些事实，本申请中的核心法律事项是被申请人是否有权占有“巴勒斯坦解放组织”所有的企业。

沙姆加尔法官分析的第一个问题是关于在企业被占有时，适用于企业所处地区（以下简称“地区”）及被占有动产的法律。对于这个问题，沙姆加法官的裁决如下：

> 在1982年6月至9月期间，关于陆战的国际法规则，如1907年《陆战法规和惯例的海牙公约》(《第四公约》) 所附的《海牙章程》的第三部分以及1949年《日内瓦第四公约》，适用于该企业所处的地区。

沙姆加尔法官作出这一结论主要依据他在H.C.593/82 (Tzamel Adv.)案中所作的判决。在这个判决中，他指出，当领土“实际处于敌军的控制之下”时，便取得“被占领土”的地位，故应适用《海牙章程》与《日内瓦第四公约》(依据《海牙章程》第42条)。领土“实际处于敌军的控制之下”是一个事实问题，靠《英国军事法手册》(劳特派特主编，1958) 中提出的双方标准加以解决。据此，在满足以下两个条件时，便出现交战占领：

> 第一，由于侵略者的行为，合法政府无法在被占领土内公开行使其权力；第二，侵略者应当处于用其权力替代合法政府权力的地位。

根据上述标准，沙姆加尔法官驳回申请人的主张，即在黎巴嫩没有以色列的军事占领，因为以色列国防军在那里出现的性质是临时及非持续的。

在援引丁斯坦 (Dinstein) 的论文《战争法》时，沙姆加尔法官注意到，“加里利和平”行动并不是直接针对黎巴嫩这个国家。不过，在“加里利和平”行动中，以色列国防军毫无争议地控制了黎巴嫩的部分领土。

有鉴于此，没有必要确定在以色列与黎巴嫩之间是否存在战争状态，因为正如丁斯坦的论文所述，即便不存在战争状态，

> 关于敌对武装部队之间的行动，重要的战争法（主要关于交战）…应当适用。

因此，沙姆加尔法官认为，在“加里利和平”行动期间，在黎巴嫩的以色列国防军的行动首先受制于关于作战的国际法，后来受制于对被占领土适用的国际法。沙姆加尔法官于是转向研究关于战场（或战区）上与被占领土的敌人财产的国际法。

1. 战场（或战区）上的敌人财产

这一问题的出发点是，恰如沙姆加尔法官所言，依据当代国际法，武装部队关于在战争期间或战后落入其手的敌人财产的权力，是有定义并受到限制的。

关于敌人财产的最重要国际法原则是《海牙章程》第 23 条第 7 款，其规定如下：

特别禁止：

> (七) 毁灭或没收敌人财产，除非此项毁灭和没收是出于不得已的战争需要。

沙姆加尔法官阐述的其他规则，可总结如下：

(1) 在战场上俘获的一切属于国家的动产可以由俘获之的交战国作为战利品而占有。这符合丁斯坦的方法，即在战斗区域俘获的一切属于国家的动产，如武器弹药、储存货物、机械、装备甚至是现金，都自动成为落入其手的交战方的财产。

(2) 此外，所有在战场上发现的用于敌对目的（或对敌对目的有用）的私有财产可以被交战国作为战利品而没收。

(3) 如施瓦曾伯格的解释，《海牙章程》第 23 条第 8 款虽然禁止破坏或抢占敌人财产，但是，并不保护用于敌对目的的财产。这样的财产受到免于任意破坏的保护，但是受制于敌人作为战利品没收的权利。

(4) 《海牙章程》第46条第2款关于私有财产不得没收的规定仅适用于术语“私有”正常意义下的私有财产，并不延展适用于“实际为敌军使用”财产。

(5) 国家财产不仅包括实际上由敌国所有的财产，也包括其控制或管理的财产，甚至包括公司、机构或组织的财产，如果敌国对其拥有实

质利益或行使实质控制权。1967年的《政府财产令》（朱迪亚—撒马利亚）（第59号）采纳了国家财产的这种广义概念。

(6) 国家（政府）财产与私有财产的区分应以功能性标准为基础，该标准适用于1921年“船舶转让案”与“多瑙河拖航案”的仲裁裁决中，它依据所涉及财产的实际用途确定财产的性质。[……]

2. 被占领土内的敌人财产

关于国家的动产，《海牙章程》第53条第1款规定：

> 占领军只能占有严格属于国家的现款、基金和有价证券、武器库、运输工具、货栈和供应品以及一般供作战用的一切属于国家的动产。

这个可占有的例举以及一般供作战用的财产的概括性援引导致如下结论——恰如丁斯坦所指出的——除了该条款明确罗列的动产以及完全超出军事用途的动产（如书籍和绘画），被占领土内的大部分政府财产可以被合法占有。

这样一来，在战场上俘获的政府动产与在被占领土占有的政府动产之间就不存在实际区别：两者均构成战利品，因此，交战方可以取得财产的所有权并可以为获利用于军事目的而出卖之。另外，依据第53条第1款，占有政府财产并无归还或赔偿的义务。

关于被占领土内的私人财产，第53条第2款规定如下：

> 除非海战法另有规定，无论在陆上、海上或空中用以传递消息、客运或货运的一切设施、军火储藏以及一般地即使为私人所有的各种军火，亦得予以扣押，但媾和后必须归还并给予补偿。

由此款可知，实际用于敌对用途的所有私有财产，即便不在本条款罗列范围之内，也可以予以扣押。这样一来，用于军事目的的私有财产与政府财产的地位就完全一样：均可被占领者扣押。

* * *

[……]

将上述法律适用于判决开头阐述的事实，沙姆加尔法官得出的结论是：由于企业属于“巴勒斯坦解放组织”，所考虑的占有是合法的，其影响的是在战场上或被占领土的属于敌人的动产，该动产实际上被敌对使用并用于军事目的：[……]

沙姆加尔法官还讨论了申请人的如下主张，即关于敌人财产的国际战争法旨在适用于交战国的财产，而不适用于一个组织的财产，后者的财产应当被视为纯

私有财产。为回应这一主张，沙姆加尔法官指出，当代存在将国际战争法扩大适用于国家之间宣布的战争之外，以涵盖所有武装冲突，甚至是非国际性的武装冲突。即便不考虑这一趋势，适用于这一主张的法律原则依然如下：

> 当一个国家因自卫而与一个对其公民进行谋杀及从事破坏活动的恐怖组织斗争时，它对该组织及其财产享有的采取措施的权利与其依据战争法对一个敌国军队及其财产享有的采取措施的权利相同。一个从事恐怖活动与军事行动的综合组织不能享有由战争法赋予（不够成敌军一部分的）平民财产的特权与保护…因此，法律将用于敌对及军事目的的政府财产与私人财产放在相同的地位上；两者均构成战利品（"船舶转让案"与"多瑙河上拖航案"）。支配用于敌对或军事目的的敌国财产的法律经适当修正同样适用于恐怖组织的财产。[……]

沙姆加法官作出的最后结论如下：

> 鉴于黎巴嫩存在的特定政治与军事情况，战争法授权以色列国防军对"巴勒斯坦解放组织"经济部门的财产采取行动，可将其财产当作交战敌国的财产或者为敌军服务的私有财产，即它既可以被视为战场上的战利品，也可以依据《海牙章程》第53条第1款将之作为被占领土内的敌国财产而占有。

因此，高等法院的5名法官一致决定驳回申请。

讨 论

1. 为什么法院裁定适用《海牙章程》与《日内瓦第四公约》？为什么法院裁定涉及地区取得被占领土的地位？这个案子与那些关于西岸与加沙地带的案件有什么区别？它是否真正是关于冲突前领土地位的事项？即便法院同意丁斯坦的论文"关于敌对武装部队的行动，最主要的战争法…应当适用"？法院是否认为，国家间必须宣战，其控制之下的领土才能视为被占领土？（参见**案例108**，以色列，公约对被占领土的可适用性，第1212页；**案例110**，以色列，阿尤布诉国防部长案，第1221页；**案例114**，以色列，关于驱逐令案，第1247页。）

2. 即便适用《海牙章程》与《日内瓦第四公约》，由于以色列没有制定关于适用《日内瓦第四公约》的立法，法院是否有权审理本案？法院为什么没有讨论审理此案的权限问题？如果法院有权审理本案，是不是因为《海牙章程》与《日内瓦第四公约》都是习惯国际法？为什么这些条约是条约法还是习惯法的地位对其在本案中的可适用性有影响？（参见**案例110**，以色列，阿尤布诉国防部长案，第1221页。）

3. (1) 依据国际人道法，被占领土内的私有财产在什么时候可以被征用？被谁征用？私有财产在什么时候可以被没收？被谁没收？国际人道法对征用与没收施加了哪些限制？（比较《海牙章程》第23条第7款、第46条、第52条、第55条；《日内瓦第四公约》第55条第2款。）国际人道法规定与沙姆加尔法官阐述的规则（本院认为适用于被占领土）是否一致（关于在战场上俘获的财产）？

(2) 本案中，征用财产是出于军事还是安全目的？或是因为它不是私有财产？这些是不同的问题吗？这些问题的答案具有什么重要意义？

(3) 你是否同意为了把私有财产归为国家财产把“巴勒斯坦解放组织”视为国家？如果“巴勒斯坦解放组织”不被视为国家，以色列国防军是否能占有其财产？

案例113，以色列，谢赫·奥贝德等人诉安全部案

[注：自2002年6月以来，被拘留者不再处于"行政拘留"中，而是被视为"非法战斗者"。2002年6月底，自迪拉尼 (Dirani) 先生被捕后，红十字国际委员会第一次被许可访问他，这也是在两年内第一次访问奥贝德 (Obeid) 先生。自那以后，这两个被拘留者被释放，并被遣返回国。]

案 例

[**资料来源：**高等法院法官谢赫·阿贝达尔·卡瑞姆·奥贝德 (Cheikh Abdal Karim Obeid) 与穆斯塔法·迪布·马尔·迪拉尼 (Mustafa Dib Mar'l Dirani) 诉安全部案，H.C.J. 794/98, 2001年8月23日；非官方翻译]

最高法院行使高等法院审判职能

H.C.J. 794/98

主审：

A. 巴拉克 (A.Barak) 院长

施·列维 (Sh. Levin) 副院长

T. Or.法官

M. 何信 (M. Heshin) 大法官

Y．英格拉德 (Y. Englard) 大法官

申请人：谢赫·阿贝达尔·卡瑞姆·奥贝德

穆斯塔法·迪布·马尔·迪拉尼

诉

被申请人：安全部长

巴塔亚·阿拉德 (Batya Arad)

塔米·阿拉德 (Tami Arad)

陈·阿拉德 (Chen Arad)

大卫·阿拉德 (David Arad)

听　审

听审日期：2001年1月11日，犹太历5761年提别月16日[……]

判　决

院长A. 巴拉克 (A.Barak)

一、申请人处于行政拘留中：第一申请人（奥贝德）自 1989 年起，第二申请人（迪拉尼）自 1994 年起。他们的行政拘留的合法性已经法院审查。法

院裁定，对申请人的行政拘留是合法的，现在释放他们会产生危险，这种危险对国家安全与居民幸福构成切实损害。这种危险可从被拘留之前他们行为的性质与他们在所属组织中的高级地位中得知（行政拘留复议 5652/00) 奥贝德等人诉安全部案（尚未公布）。在行政拘留期间，被申请人请求会见红十字的代表。请求遭到拒绝。被申请人就对该决定向我们提出了申请，我们对此发出了一个临时命令。在申请处于未决期间时，被申请人通知我们说，他决定允许第一申请人（奥贝德）会见红十字代表。以该通知为基础，奥贝德的申请被取消 [记录]。我们继续听审迪拉尼的申请，同时等待关于行政拘留合法性的裁决作出（行政拘留复议 5652/00)。在裁定行政拘留有效之后，我们继续听审他关于会见红十字代表的主张。在他们的要求下，我们增加了阿拉德的家人作为第 2 至第 5 被申请人（注：容 · 阿拉德 (Ron Arad) 是一位失踪的以色列士兵。以色列认为，被拘留者所属的组织扣留了他，如果他已死亡则处置了他的尸体，或至少知道他的命运。）迪拉尼的申请在未决期间，再次作出不允许红十字会会见奥贝德的决定。应奥贝德的要求，我们将他增为申请人。

二、申请人的律师将其申请建立于国际法及我们的国内法之上。他主张，《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》作为第一渊源。他还坚持认为，这一规定具有习惯法效力，因此构成以色列国内法的一部分。此外，他还主张，依据我们的国内法 (条例11，紧急状态权力条例 (拘留) (行政拘留——拘留条件))—1981 (以下简称：“条例”)，会见的请求也应当被允许。

三、尼特赞 (Nitzan) 先生为第一被申请人主张，第2至第5被申请人也加入该主张，《日内瓦第四公约》，特别是该公约第143条，仅具有条约法的效力，因此，不构成以色列法的一部分。另外，他主张，即便该条款适用于本案，依据公约第5条第1款，仍然有可能“不得要求此等权利与特权”，如果“确有危害该国安全之活动之嫌疑”，本案即属这种情况。至于“条例”第11条，他主张，阻止申请人与红十字人员会见是合理的。本判决的基础是第1被申请人的立场，即安排红十字与申请人会见有可能危害国家安全。所以，经申请人律师同意，在其不在场时，我们听审了关于安全考虑的信息 (安全考量构成了第一被申请人的立场)。

四、关于阻止申请人与红十字人员会见的裁定是否合理，总检察长的立场已经发生改变。一开始，我们被告知，参谋长的观点是申请人不应被允许会见红十字人员，但是，总检察长的立场有所不同。他认为，考虑事情

的所有情况，尤其是自申请人被首次拘留以来过去了很长时间，允许红十字人员与他们会见是正确与合适的。他强调，“经过的时间是一个实质性考量因素。另一个考量是以色列在行为上终究与监禁容·阿拉德的组织不同。以色列将尽力维持其自由，为此，将继续保持拥有行政拘留人员的权利，拘留他们有助于实现之。不过，在眼前这些情况下，允许与红十字代表会见是合适的。”在总结其立场时，他指出，合理的方法是保持行政拘留的框架同时允许申请人会见红十字代表。“这种进行方式是合理的，它一方面考虑到人道因素，一方面考虑到今天的实际可能性，即随着时间的流逝，阻止与红十字代表的会见[不会]对容·阿拉德有任何益处。”

五、在本申请处于未决阶段，3名以色列国防军士兵（宾亚明·阿维拉汉(Binyamin Avraham) 上士、奥马尔·萨瓦依德 (Omar Sawayid) 上士与阿迪·阿维坦 (Adi Avitan) 上士）被黎巴嫩真主党劫持 (2000年10月7日)。几乎同时，艾而哈南·塔能布尔 (Elhanan Tannenbuam) 上校也被黎巴嫩真主党劫持。黎巴嫩真主党拒绝向以色列提供关于被劫持人状况与健康的任何消息，并拒绝红十字代表会见他们。在此背景下，总检察长得出的结论是，允许红十字探访申请人目前并不合理。他强调 (在日期为2001年1月4日的补充通知中)，“这些发展构成了关于申请救济的情势根本变迁，因为以色列国显然有最高利益——与最高义务——去竭尽全力获得关于被劫持人状况与健康的信息。因此，就目前而言，允许红十字会会见申请人是不合理的。”因此，他转向了参谋长的立场。在此语境下，需要强调的是，申请人没有与外界隔离，他们已经为公众所见，被媒体照相。所有这些都向世界澄清，他们现在很健康。他们定期会见其律师，其所关切的事项还能诉诸法院。在这种情况下，允许红十字探访申请人的重要性大为降低，这与不允许被拘留人获得以上任何权利的情况完全不同。

六、我们在仔细考虑该申请的不同阶段，听审了有趣、全面的法律主张。我们希望将绝大多数主张留给将来决定。我们的立场建立于以下假定之上，即摆在我们面前的真实问题最终是：不允许申请人会见红十字代表的决定是否合理。如果国际法规则不适用于本案，[法院的]裁定必须依据“条例”第11条第1款第2项，以安全当局行使的自由裁量为基础，则情况肯定如此。第11条第1款规定如下：

“a) 指挥官决定被拘留者在某个地点可以会见探访者半个小时，具体规定如下：

(1) 探访者为家庭成员的，每两周一次；

(2) 探访者是较远亲属的，或不属于第12条[关于律师探访]规定范围内的，须经指挥官裁量给予特别许可。

即便本事项适用国际法规则，安全考量 (依据《日内瓦第四公约》第5条) 也必须在合理的范围内行使。因此，关键问题是不允许申请人会见红十字代表的决定是否合理。

七、为确定该决定是否合理，必须在两项相反的考虑中保持平衡：第一，与红十字人员探访申请人相关的人道考量。另一个是安全考虑，关于这项考虑，我们得到了关于领航员容·阿拉德和我们四名被劫持者的信息，我们不能毫无限制地透露细节内容。这里，当第一位被申请人的立场是应继续阻止会见 (1998年) 时，或当总检察长的立场已经发生改变时 (2001年初)，我们可以留待将来确定在这两项考虑之间保持平衡[的问题]。我们不得不确定的是，现在，在第一次判决经过3年之后以及总检察长改变其立场半年多之后的现在，适当的平衡是什么？另外，考虑行政拘留延长的基本情况是合适的。对于这个问题，我们现在的答案是，已经不再有什么理由能够为阻止申请人会见红十字代表提供正当依据了。随着年年月月的流逝，人道考虑的分量愈加沉重。另一方面，时间的流逝减轻了安全因素的考量。就这一事项，我们当面询问了军队代表，彻底审视了这些考虑。我们确信，要在人道考虑与安全考虑之间维持适当平衡，就应当把人道考虑放在优先位置。

八、有人也许会问：申请人有权在其事项上着重获得人道考量吗？他们是恐怖组织的成员。他们漠视人权，伤害无辜人是他们的衣食之源。当以色列士兵与平民被申请人所属的组织扣押，且这些组织拒绝提供关于其劫持人员的任何信息时，值得对申请人给予人道考量吗？对这些问题的回答是：以色列国是法治国家；以色列国是尊重人权并对人权予以认真考虑的民主国家。我们注重这些考量，因为作为犹太人和一个民主国家，同情心与人道主义深嵌入我们的性格之中；我们注重这些考量，因为在我们眼中，人的尊严是珍贵的，即便是我们的敌人 (比较法院案例320/80卡瓦萨玛诉国防部长，P.D. 35(3) 113, 132)。我们知道，这似乎会给毫无人道的恐怖组织“优势”。但是，这是一种暂时的“优势”。我们的道义方法，我们立场中的人道主义，指引我们的法治——这些都是构成我们安全与力量的元素。最终，这是我们的优势。在别处说的事情，在这里也适宜：

我们非常了解这个判决不会使面对现实更加容易。这就是民主的命运，即不是所有的手段都是合法的，不是敌人使用的所有方法对它都是敞开的。民主经常是在一只手被捆在身后的情况下作战。尽管如此，民主之手仍然制胜，因为遵守法治、承认个人自由是民主安全观的重要组成部分。归根到底，这些价值会增强民主的精神与力量，使其战胜困难。(高等法院5100/94， 以色列反酷刑委员会诉以色列，P.D. 53(4) 817，845)。

九、我们作出决定来之不易。我们知道为营救容·阿拉德以及我们被劫持的士兵与平民所作的努力。我们确信我们的判决不会有损于这些努力。正是这一信念才使我们在整体权衡之后作出人道考量优先的决定。我们知道许多人——那些没有看见提交给我们的安全信息的人——会有不同观点。[……]

结果是：在第一被申请人做了可接受的安排的意义上（使红十字代表能够会见申请人），我们准允了申请。

院长 [……]

Y．英格拉德 (Y. Englard) 法官

[……] 两位申请人[……]在以色列已经被行政拘留多年。第一申请人自1989年被拘留，已达12年；第二申请人自1994年被拘留。摆在我们面前的问题是是否允许红十字会见他们。

我们在内心反抗不人道及愤世嫉俗的恐怖组织，这些恐怖组织给被挟持的家属（他们对亲人的命运一无所知）带来额外的痛苦。我们的心与阿拉德的家属在一起，他的命运已经被恐怖组织与支持恐怖组织的政府所隐藏。这一行为不仅是不人道的、违背文明人类行为准则的，而且公然违反国际公约，另外，国际组织与开明国家是否为纠正这一无法忍受的局面作出足够努力也值得质疑。

这一切是安全当局作出决定的背景，他们竭尽全力解决由恐怖组织扣押被劫持平民与士兵引起的人道与政治问题，他们的行为方式与所有人道规则背道而驰。以色列国政府的诚实信念是，阻止会见申请人可以帮助被劫持人争取基本权利的斗争。如果不是希望阻止这些会见的压力将对恐怖组织造成相似的回应，安全部门根本不会考虑采取针对申请人的这一步骤。

正如我的同事巴拉克院长详细阐明的，红十字的访问显然是人道事项，以色列认为在紧急和重要的安全需要的限制内，它应当受制约于人道事项。我现在从

犹太教的观点增加一些在哈拉卡传统 (Halacha tradition) 中所做的评论。在《犹太法典》(Shulhan Aruch, Yoreh Dea, Mark Resh-Nun-Bet) 中，“救赎囚犯是最重要的律令”是一句箴言，

> 任何人，只要漠视囚犯救赎，便违反 [了规则]，你不可忍着心 (《申命记》15，7) 或攥着手 (《申命记》15，7)。[规则]你不可与邻舍为敌，置之于死。(《利未记》，19，16) [规则]你不可严严地管辖他。(《利未记》，25，53) 总要向他松开手，补他的不足。(《申命记》15，8) 使你的兄弟与你同住。(《利未记》，25，36) [规则]要爱人如爱己 (《利未记》，19，18)。[规则]人被拉到死地，你要解救。(《箴言》，24，11) 很多事情属于这一类型。(《犹太教法典》——Shulhan Aruch, Yoreh Dea, Mark Resh-Nun-Bet, B部分)

同时规定，“在救赎囚犯时，如果能早一点，任何时间的延误都如同流血。”(同上段)

犹太法对救赎囚犯的律令予以高度重视，但对释放囚犯的方式规定了一些例外。这意味在选择释放囚犯的方式时，我们必须考虑的更加广泛，比如释放行为对今后落入坏人手中的囚犯的影响。在我们这个时代，我们同时认为，在广义上，我们有义务将维持人道价值作为恢复世界秩序的一种形式。关于此点，没有必要详细阐述。在本案的特殊情况中，就目前看来，这一考量似乎必然应允许红十字会见申请人。

因此，我同意我的同事巴拉克院长的结论。

讨 论

1. (1) 依据国际人道法，拘留申请人是否合法？可归咎于申请人的行为是否可以为他们不经审判便被行政拘留或受到刑事追究提供正当依据？（《日内瓦第四公约》第42条、第43条与第78条）

   (2) 由于申请人是在黎巴嫩南部被捕的，将他们拘留在以色列是否可以接受？在以色列从黎巴嫩南部撤出以后，它是否能继续扣留申请人？（《日内瓦第四公约》第49条第1款）

2. (1) 为什么容·阿拉德的家属卷入了审判？

   (2) 容·阿拉德、3名于2000年10月7日被俘获的士兵与塔能布尔上校的家属是否有权利知道他们深爱的人的命运？红十字国际委员会是否有权探视这些人？违反这些权利是否能为拘留申请人提供正当依据？它是否能为拒绝允许红十字国际委员会访问申请人提供正当依据？它是否能为拒绝申请人家属通过红十字国际委员会知

晓申请人命运的权利提供正当依据？互惠性要求是否是获得对国际人道法遵守的一个可接受的方式？它是否有助于遵守国际的人道法？互惠性能否采取报复的形式？这种报复是否可以被接受？（参见《日内瓦第三公约》第70条、第71条、第122条、第123条与第126条；《日内瓦第四公约》第25条、第33条第3款、第106条、第107条、第136条、第137条、第140条与第143条；《第一附加议定书》第32条与第33条；《维也纳条约法公约》第60条第5款，上引，第13章第9节2 (3) dd) 但是没有互惠性，第301页。）

(3) 只要他们不提供关于容·阿拉德（和其他失踪人员）命运的信息，就一致扣留申请人，这能否被接受？因为申请人所属的组织不提供这些信息？如果行政拘留某些人员能有助于释放容 · 阿拉德，以色列是否有权利扣留这些人员？当法官裁判本案时，他们有没有违反国际人道法？他们有没有严重破坏《日内瓦第四公约》？(参见《日内瓦第四公约》第34条、第42条、第78条、第147条。)

(4) 对禁止红十字会探视申请人以及认为这一禁令有助于容·阿拉德事件的进展，你的观点是什么？

3. (1) 国际人道法是否赋予申请人有被红十字国际委员会探视的权利？它是否赋予红十字国际委员会探视申请人的权利？（《日内瓦第四公约》第143条第5款。）

(2) 法院裁判的真实事项是什么：是禁止探视的命令是否合理，还是探视权是否为国际法所保障？

4. 考虑到以色列与黎巴嫩都是《日内瓦第四公约》的缔约方，为什么知晓该公约第143条是否为习惯法非常重要？以色列——在国际法与国内法的关系上属于多元制传统国家——是否可以主张因为它没有制定转化与执行《日内瓦第四公约》的立法，因此没有遵守该公约的义务？

5. (1) 安全原因是否能为剥夺一个人依据《日内瓦第四公约》享有的权利提供正当依据？《日内瓦第四公约》第5条的第一句话是否适用于在黎巴嫩南部被捕的申请人？是否可以援用《日内瓦第四公约》第5条第2款来禁止红十字国际委员会探视受保护人员？

(2) 什么样的安全原因是否能为禁止红十字国际委员会的探视提供正当依据？这些原因在本案中能否被援用？

6. 红十字国际委员会探视申请人的“人道意义”是什么？由于红十字国际委员会的探视，哪些权利能够被更容易行使？

7. 如英格拉德法官所阐述的，将国际人道法的要求与《犹太法典》的要求相对应的优点与缺点是什么？

案例114，以色列，关于驱逐令案

案 例

[**资料来源：***ILM*，第29卷 (1)，1990, pp.139-181；脚注省略。]

以色列，最高法院关于驱逐令案的判决

[1988年4月10日]

[……]

最高法院行使高等法院审判职能

H.C. 785/87

H.C. 845/87

H.C. 27/88

[……]

判　决

沙姆加尔·P. 法官

一、我们一并听审了关于依据1945年《国防（紧急）条例》第112条颁布的驱逐令的3个申请。[……]

1988年3月我们决定驳回申请[……] 以下是判决理由。

二、我们首先检查了基本情况，这实质上否定了对上述领土居民签发驱逐令的法律基础。如果结论是依据有关法律禁止签发驱逐令，那么，显然不需要审查是否存在签发特别命令的重大理由（通过将这个问题适用于关于每个申请人的事实数据）。[……]

三、(1) 申请人提出，其申请的中心原因是1949年《关于战时保护平民的日内瓦公约》（以下简称《日内瓦第四公约》）第49条禁止从朱迪亚、撒马利亚以及加沙地带驱逐任何一名申请人，本案即可能如此。依据这一观点，对于以色列国防军占领领土内的居民，绝对禁止适用1945年《国防（紧急）条例》第112条或其他关于驱逐的立法。这是因为依据上述国际公约规定的内容，该公约应被视为国际公法规则，对以色列国与代表以色列的军政府有约束力，并授权受到伤害的人到本院寻求救济。

本院已经多次遇到支持这一观点的法律问题，并已经在不少案例中直接或部分及间接地讨论过。[……]

[……]

(3) 我的评论涉及以下领域：

A. 依据以色列国内法可被接受的解释方法；

B. 适用于国际条约的解释原则；

C. 对上述第49条的解释。

(4) 在我们的法律中可被接受的解释：[……]

简言之，到目前已经说过的可总结如下：我们已经援用了用于确立书面用语的字面意义与正确的法律解释之间关系的指导原则，因为它适用于我们的法律制度。在这个领域的解释，据信是为揭示立法目的铺平道路。将目的设立为这种形式，是为了将人们引导至能确定目的的渊源。在这一事项上的惯例是不仅仅审查文本，还要审查立法历史等、法律与实体语境、源自立法结构中的含义。[……]

(5) 国际公法中的解释：现在出现了第二个问题：在国际公法中，关于我们这个事项的解释规则是什么？

对于参加1969年5月23日的《维也纳条约法公约》（以下简称《维也纳公约》）的国家来说，该公约于1980年生效，但是以色列尚未批准该公约。[可访问：http://www.walter.-gehr.net]

[……] 不过，即便是为了比较，审查公约关于解释的条款仍有价值。

关于解释事项，该公约第31条与第32条规定如下：

"31. 解释之通则

1. 条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。

2. 就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：

(a) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；

32. 解释之补充资料

为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：

(a) 意义仍属不明或难解；或

(b) 所获结果显属荒谬或不合理时。" [……]

从第31条第1款的前半部分来看，似乎可以认为公约支持强调文本解释的一派，而非强调公约制定者意图的一派，尽管接受这一派意见的人绝不比前一派少。[……] 然而，第31条第1款的后半部分和第32条形成了通往其他解释理论的桥梁；从早先我们对国内法的审查中我们也熟悉了这些理论。

因此，公约的规定为审查其形成的目的提供了充足空间，甚至可以思考描述公约制定背景的准备工作，因为这些材料对于清楚了解文本、其目的与适用范围能起到补充作用。

[……]

[从穆斯塔法·卡米奥·亚信(Mustafa Kamil Yasseen)教授那里]自由翻译后：解释的方法不可能统一及完全一致，它可能依据一系列事实而变化。它主要受制于解释者使用的解释方法论、被解释文件的实质与所涉及特定法律领域的特点 (即国际公法)。另外，就条约而言，解释的方法必须是宣言行为，而非形成行为 (即不是司法立法)。方法必须考虑到条约是源自制定者自由意志的行为，不是单边行为；缔约方是主权国家而非私人之间的合同或是国家内部的法律。最后，需要牢记的是国际法律秩序的特点，在此领域，形式主义没有取得上风；在此领域，国家享有很大的行动自由；在此领域，国家不仅是条约的缔约方，还是条约的指导者 (即国家必须是其执行者)；在此领域，用和平方式解决争议的愿望取决于国家的自由意志。因此，条约的解释方法与适用于法律或合同的解释方法不同，就毫不为奇了。[……]

(6) [……] 不限于此：为处理眼前的事项，当我们采用目前正讨论的特定法律领域（即国际公法）所表达的解释方法时，我们应当记住亚信教授的解释原则[……]，其中出现反对限制国家权力与形式主义的观点，或忽视我们所讨论的法律领域的特点的方法。

我们现在开始适用解释规则来处理面对的事项。

(7) 《日内瓦第四公约》：关于上述第49条的解释，分歧是什么？

该条部分规定如下：

凡自占领地将被保护人个别或集体强制移送及驱逐往占领国之领土或任何其他被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何，均被禁止。

但如因居民安全或迫切的军事理由，有此必要，占领国得在一定区域施行全部或部分之撤退。

[……]

占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土。

在上引H.C. 97/79中 (第316页至317页)，对于适用国防 (紧急) 条例第112条违反《日内瓦第四公约》第49条的观点，苏斯曼.P. (Sussman P.) 评论如下：

……有观点认为适用国防 (紧急) 条例第112条违反《日内瓦第四公约》第49条，但我没有从中找到实质性内容。[……] 正如皮克泰 (Pictet) 博士在公约评述 (第10页) 中所写到的，其目的在于保护平民免受占领军的肆意行为，上述第49条的目的在于阻止例如德国在二战期间犯下的暴行，二战期间，数百万平民因为各种目的被驱逐出他们的家园，基本被驱逐到德国被强迫为敌人劳役，犹太人和其他人被驱逐到集中营受到酷刑与种族灭绝。

很显然，上述公约没有转移占领国维护被占领土公共秩序的义务，这一义务由1907年《海牙公约》第43条施加，也没有转移其使用必要手段以确保其自身安全的权利，参见皮克泰，《人道法与保护战争受害者》，第115页。

……

它与第二次世界大战期间进行的旨在强迫劳动、折磨和灭绝的驱逐没有任何共同点。而且，被申请人的目的是将申请人安置在该国(以色列)外，而不是将他转移到该国，将其转移是因为他对公共安全形成威胁，而并不是剥削他的劳动以及为以色列国而榨取利益。

朗道P (Landau P.)在H.C. 698/80(第626至第628页) 再一次提到了那个问题。下面是他的评论中的有关段落：

[……]朗格 (Langer) 女士坚持那个观点，而且显得更加强烈。她认为，法院在H.C. 97/79中忽视了上述第49条第1款与第2款之间的差别：该条第2款规定，如因居民安全或迫切的军事理由，占领国得在一定区域施行全部或部分之撤退。而后面的条款规定，对驱逐往占领国之领土之外的禁止是绝对的，“不论其动机如何”。引用了《1949年8月12日日内瓦公约评述》(日内瓦，J.S. 皮克泰主编，第4卷，1958) 279。

关于禁止驱逐，它论述如下：

禁止是绝对的，不允许例外，除了第2款规定的以外。[……]

我们已经提出，必须区分公约第49条各项禁止的原因，据说，禁止是建立在那些暴行的回忆的基础上，由此，该条第1款使用了毫不含糊的禁

止措辞，依据其语言，它不仅适用于大规模驱逐，还适用于针对个人的驱逐。与此相对，可以说在希特勒政权下，为实现相同政策，针对个人的驱逐常导致大规模驱逐，所以，公约第49条的任何规定都不适用于威胁到公共福祉的人——如本院在H.C. 97/79中的判决。[……]

[……]

不论公约第49条第1款的正确解释可能是什么，公约，以及作为整体之一部分的第49条，都不能构成习惯国际法。因此，签发的驱逐令没有违反以色列的国内法，也没有违反朱迪亚—撒马利亚地区的法律，依此，本院作出判决：……

朗格女士请我们回顾施瓦曾伯格的书——《由国际法院与法庭适用的国际法》(伦敦，第2卷，1968) 第165-166页，上述H.C. 606， 610/78曾予以援引， 第121页。有学识的学者表达了这样的信念：禁止驱逐被占领土的居民不过是“试图阐明习惯国际法现存规则”。我假定，此处援引的任意驱逐人口与希特勒政权近似。如果有作者同时认为针对个人的驱逐是为了维护被占领土的安全，那么，这只是个别作者用模糊语言表述的观点，并无什么实质内容。

(8) 指引《公约》起草者的考虑是什么？分析1949年日内瓦外交大会行为[……]会无可辩驳地显示，参与者选择“驱逐”这个术语意指二战期间进行的驱逐。[……]

《公约》起草者指出：驱逐“是在上次那场战争中发生的行为”，并在深思熟虑的构架中寻找用不同方式及不同语言表达这一意思的文本。[……]

规定禁止驱逐的第49条因此与这些规定有关。正如皮克泰所描述的：

用他的话：当一个人想到，在上一次冲突 (即二战) 中，百万计的人被迫从一个地方转移到另一个地方，以及他们遭受身体上与精神上的磨难，他就不得不感谢 (公约的) 文本，是它终结了这些非人道实践。

在这里，“驱逐”、“集中营”与“扣押人质”被联系在一起，“驱逐”这个词在上述语境中使用。[……]

在这方面，并不是说 (甚至连推断也不是) 将恐怖分子、渗入分子或敌方代理人从领土上清除，而是保护整体民众免于被驱逐，因为平民居民已经越来越经常成为战争的直接受害者。[……]

从以上可以得出结论：《公约》起草者的目的是保护平民居民，后者已经成为当代战争的主要受害者，制定这些规则将确保平民不会成为任意行为与非人道

剥削的对象。指引《公约》起草者的是：大规模驱逐的目的是灭绝，大规模转移居民是出于政治或种族原因，或是为了强迫劳动。这是“立法目的”，也是实质性语境。

可以合理得出以下结论：该条款文本中加入大规模及个体驱逐也是对二战期间纳粹所使用方法的反应，那一时期展开了大规模的人口转移，有时是基于普通的种族身份，或通过犹太人区、街道或房屋来圈定人选，有时则以名单传唤个人。通过姓名传唤的目的是将该人处死，监禁于集中营，或招募其到占领者的工厂或农场中做苦役。另外，传唤去奴役劳动似乎总是以个人为基础。

(9) 申请人的要旨是，第1款绝对禁止违反一个人的意志而将其从领土中转移出去。

这一论点的核心是：第49条并不像上次战争中普遍定义的那样，其仅仅指驱逐、撤退及转移平民，而且指在任何情况下将任何人从领土内转移走，不论是否已经合法的司法程序（如引渡请求），或已证明在领土内居住是非法、未获得许可的[……]，或是依据被占领土国内法而产生的其他法律理由。

依据上述观点，从对领土的军事行动开始起，就全面禁止转移人员，在处于军事统治之下的领土内，不论发现谁，不论基于什么目的，均不得转移之，只要军事统治持续。从这个角度上说，合法居住与非法居住之间并无区别，因为第49条将其保护对象扩大到“受保护人员”这一术语涵盖的所有人。依据公约第4条，这一术语包括在领土内发现的所有人，不论他们是否是公民或永久居民，即便他们是非法渗透者（包括武装渗透者）[……]。

申请人的请求实质上以该条第1款的一部分为基础，即“……转移……驱逐……不论其动机如何。”因此，依据这一论点，驱逐的原因或法律理由已经没有关系。尽管申请人可能会同意，第49条措辞的背景确如前文所描述，但当前，该条款还是应被依其字面及简单含义来解释，这样一来，就包括从领土内的任何强制转移。

(10) 我不同意上述主旨，理由如下：

> 提出这一观点含义的所有方面是合适的。在这一方面，我们应该再一次详细讨论，依据这一观点，什么易于发生，以及在个人意义与实质意义上，怎样是适当适用第49条。[……]

从个人意义上说，第49条指所有属于各类受保护之人的人员，这一点，前已论及并已得到普遍接受。这一术语由公约第4条定义，相关规定如下：

> “在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。”

该定义使用了否定标准，即为了我们的目的，任何在我们武装部队占领领土内被发现的非以色列国民，依此事实就是受保护之人。这包括渗透者、间谍以及以任何非法方式进入领土者。[……]

第49条的禁止适用于个人时不考虑其动机，如果接受这一观点，就意味着如果一个人在有限期间内因访问或者因在加沙海岸遇船难而抵达领土，甚至是以间谍或破坏为目的的渗透者（即便他不是领土的居民或国民，这不是第4条的要求），只要领土处于军事统治之下，就禁止驱逐他。换言之，简单从字面上理解第49条的概括性定义，同时结合阅读第4条，可以得出如下结论：一个人在领土内是否以合法面目出现并无关联，他的身体出现在领土就足以使他免受驱逐。依据该观点，禁止驱逐已经服刑的武装渗透者。[……]

从申请人提交的这一论点中可以得出结论：以破坏为目的的渗透者在其服刑前后均不得被驱逐。依据这一方法，一名通过开放桥梁来访的人，他若在领土滞留超出许可截止日期，也不得被驱逐。字面及简单解释导致了这样一个不合逻辑的结论。

(11) [……]

> 如果，[……] 接受申请人提议的解释，依据此解释，驱逐系指任何将身体从领土中移走，那么，以上规定应适用于，例如，为引渡被保护人的驱逐，因为这也要求从领土中移走一个人。在引渡的语境下，法律、司法判决与法律著述用驱逐这一术语指代实施引渡的阶段。一个逃到被占领土的杀人犯等于进入一个安全天堂，因为这里排除将之转交给有权的法域。[……]

(12) 关于我们面前的这个事项，申请人将我们的注意力引导至皮克泰在《公约》评述中的观点（前注，第368页），他采用字面解释，依据之，不论什么原因，所有驱逐均应被禁止。应当看到，按照这样的解释，第49条在其语境及限制范围内将适用于最广泛的情况。在学术著作中，学者使用字面与简单解释的愿望对法院并无约束力。这不仅是因为存在其他及相反的观点，[……]，更重要的是，在处理法律时，法院应采用被接受的解释规则来阐明法律或条约的意思。[……]

假使采用我们法律所使用的解释规则，我们就不能接受申请人提出的论点。法院会认为《公约》的瑕疵应改正，[……] 将分析第49条的实质文本与结构，《公约》在其他规定中清楚、公开地指向撤离与移送人口[……]，将试图揭开立法过程的面纱，从而将之作为标准解释而采用[……]；并对字面解释采取谨慎与回避态度，因为字面解释虽说简单，但在法律与事实中如此简单化会导致法律或《公约》语言的适用范围产生令人困惑的局面[……]，例如绝对禁止驱逐渗透者或间谍，因为“不论动机如何”，均禁止驱逐。

从本质上来讲，甚至援引国际公约的解释规则也不能支持申请人的论点：因为即便是《维也纳公约》也不仅仅遵守字面解释，而是“按其上下文并参照条约之目的及宗旨”来领会公约词语的含义（《维也纳公约》第31条第1段)。《维也纳公约》允许我们分析准备工作，并排除那些结果是“显属荒谬或不合理”的解释，这一描述直接适用于禁止驱逐一名渗透者[……]

[……]

(13) 与申请人主张的答案形成对照，相反的问题自然出现，即：“不论其动机如何”这几个字可替代的解释是什么？

如果我们采取这样的解释，即我们所熟悉的“驱逐”这一术语系指大规模或肆意的驱逐，那么，意指动机的词语就不改变其本质；提到一些可能的动机仅仅是为了排除有人提出与大规模驱逐相联系的主张与借口是合理动机。换言之，不论动机如何，《公约》第49条所指的禁止行为（驱逐）的基本含义不发生改变。反过来说是正确的：主张援引“一些动机”的基础是二战的教训。

“不论动机如何”这几个字旨在包括所有为了劳动、医疗实验或灭绝而驱逐居民与大规模撤退居民，在战争期间可以找到许多理由与动机，包括欺骗与欺诈(例如重新安置、必要的工作、为安全目的的撤退等……)。另外，《公约》起草人考虑了军政府战时使用人力的现有权利 (参见1907年《关于强制劳役的海牙公约》第52条，《日内瓦第四公约》第51条至今仍允许强迫被保护人员劳动)，但是尽力澄清大规模驱逐（正如已经实施的）是被禁止的，即便在动机似乎合法的情况下，除非出现第49条第2款规定的符合撤退条件的情况。[……]

概言之，本院有权依据上述原则选择解释，而不采纳申请人提议的字面解释。本院在H.C.97/70中就是这么做的[……] 。[……]

4. (1) 本院在判决中指出，以上第49条在国际条约法的范围内。作为这一确定的结果，申请人现在提出一个新主张，即本院适用的方法[……]系建立于错误的基础上。该方法认为，国际条约法规则（与

习惯国际法相反）并不自动成为以色列法的一部分，除非其首先以一级立法形式经过法律批准程序。[……]

(2) 申请人提出，不仅习惯国际法（除了有矛盾的规定）自动成为这个国家法律的一部分，而且有部分国际条约法也将自动并入该国法律，而无需经过立法批准才成为以色列国内法的实体部分。国际条约法中的“立法条约”属于这一范畴。[……]

5. [……]

(2) 以色列的法律状况：以色列法律在国际法与国内法的关系上——即为了解决国际公法的特定部分是否已经成为以色列法律一部分的问题，——区分了条约法与习惯法。[……]

[……]

依据本院的一贯判决，习惯国际法是本国法的一部分，除非以色列立法规定了相反的条款。[……]

艾尔斯通 (Alverstone) 勋爵在“西兰德”(West Rand) 案中表达了上述思想[……]当说到为了被视为英国法的一部分，他指出，国际法规则必须：

> “…… 被令人满意的证据证明，该证据必须表明提出的某一特殊立场已得到我国认可或我国的行为遵循之，或它是这样一种性质，已被非常广泛接受，以至于任何一个文明国家几乎都不可能拒绝接受之。”

事实上，这一标准与《国际法院规约》第38条第1款第2项规定的涉及国际习惯的标准相似。[……]

(3) [……]

这些评论的明确意思是，批准国际条约——为了将之并入国内法的一部分以及国内法庭可执行之——须以立法者的事先行为为条件。正如我们所看到的，国际条约可能构成对有效习惯法的宣布——但是，他们的内容具有约束力是因为其中的习惯法规则的地位，而非因为这些规则包含在条约之中。[……]

(4) [……]

概言之，依据适用于以色列的法律，国际条约不成为以色列法律，除非——

(a) 其条款已通过立法方式被批准并在它们被批准的范围内，或者，

(b) 条约的规定仅仅是现存习惯国际法的重申或宣告，即对现存习惯的法典化。[……]

(5) 如果将上面所述的适用于眼前的事项，我们必须记住，在判决中，我们将第49条归类为没有表达习惯国际法的条约法。[……]

考虑到第49条没有反映习惯法，兰杜·P (Landau P) 在第629页进一步指出：

"第一次世界大战以后，在德国莱茵州的占领部队，使用从被占领土上驱逐的方法制裁那些违反占领当局法律的官员或危害占领部队的秩序、安全或需要的官员 (佛兰克尔 (Fraenkel)：《军事占领与法治》，牛津大学出版社，1994年)。依据这一政策，法国在一战停战后驱逐了76名官员，比利时驱逐了12名官员，在关于鲁尔地区的争端期间，有不少于41808名德国官员被驱逐 (同前注，第130-131页)。面对这些事实，很清楚，禁止驱逐平民并不构成文明国家所接受的习惯国际法规则，这好比《日内瓦公约》仅仅是表达预先存在的法律。"[……]

7. [……]

(3) [……]

条约的签字国有义务在处理它们之间的关系时遵守条约义务；但是，在涉及个人与政府间关系的制度中，在法院上只能依靠习惯国际公法规则。这一方法构成上述H.C.97/70中，威特肯·J (Witkon J.) 表述的基础。在第29页中，他指出：

必须将《日内瓦公约》视为国际条约法的一部分；因此，——依据普通法国家以及我们所采纳的观点——受损害方不得在一国法院申请主张他的权利。这一申请权仅赋予是该公约成员国的国家，这样的诉讼甚至不能在一国法院进行，而应在一个国际法院进行。

(4) 吕宾 (Rubin) 先生提出[……]，是否存在这样的理由，即在《日内瓦公约》签字时，《海牙公约》仅仅是对其成员国有约束力的国际条约，而其后，它们成为有约束力的习惯国际法及国内法的一部分。依我之见，这个问题的答案在纽伦堡国际法庭的判决中，其论述如下：

《公约》所表述的陆战规则毫无疑问代表了制定时现有国际法的进步。但是，公约 (《关于陆战法律与惯例的海牙公约》) 明确表示，它试图"修改一般战争法规和惯例"，这些法律与惯

> 例的存在因此已被认可，但是，到了1939年，这些规则被《公约》规定下来，而该公约被所有文明国家所认可，并被视为战争法律与惯例的确认。…… (I.M.T. 判决，前注，第65页)

换言之，自《海牙公约》于1907年签字以来，它作为习惯法的地位已经取得了进展。[……]

11. 下面，让我们分析每一位申请人提交的主张：

12. H.C.785/87：(a) 申请人阿伯德·艾尔·纳森·阿伯德·艾尔·阿兹·阿伯德·艾尔·阿佛 (Abd al Nasser Abd al Aziz Abd al Affo) 生于1956年，是杰宁市的居民：

驱逐令[……]内容如下：

> "依据1945年《国防（紧急）条例》第112条第1款以及任何法律或安全立法赋予我的权利，我相信这一事项对确保地区的安全、公共福祉与公共秩序非常必要，因此，我命令：
>
> 阿佛·穆罕默德·阿伯德·艾尔·阿兹 (Abd al Affo Muhamad Abd al Aziz) [……]被驱逐出本地区。
>
> [他是]"民族阵线"组织的高级特工，曾经因恐怖行为三次入狱。他即将服完为期5年零3个月的第三次刑期。在监狱期间，他坚持敌对行为以促进组织目的的实现。" [……]

13. H.C.845/87：(a) 阿伯德·艾尔·阿兹·阿伯德·艾尔奇曼·尤德·拉法 (Abd al Aziz Abd Alrachman Ude Rafia) 生于1950年，是加沙居民。

1987年11月15日，对他签发了驱逐令，其理由如下：

> "对上述人员签发驱逐令是因为他是伊斯兰杰哈德运动加沙地带的精神领袖，该组织支持效仿伊朗模式进行伊斯兰暴力革命、武装斗争，并由杰哈德解放巴勒斯坦。在清真寺的布道大纲中，他呼吁采取军事斗争行动来反抗伊斯兰的统治。"

一收到这一命令，申请人即被逮捕，并被关押在加沙。申请人向咨询委员会提出申请[……]

[……]

在其理由充分且详细的决定中，委员会指出：

> 申请人被提及是杰哈德运动加沙地带（可能还超出此范围）的负责人。他被描述成那个组织的导师，在加沙地带的居民中，尤其是属于该组织

的成员中具有影响力。他们不断拜访他，并经常等在他家的门口聆听他的讲话。他通过在大学作讲师与在清真寺作牧师的行为获得了这种地位，在大学和清真寺中，他发表充满煽动憎恨以色列统治的具有极端宗教和民族性质的演说。有时，他还呼吁暴力斗争，包括鼓励平民骚乱、甚至采取诸如谋杀的极端暴力行动。因此，毫无疑问，申请人对该地区及其居民的安全和公共秩序的维护构成了威胁；所以，对他的驱逐命令是在第108条的思考框架中作出的。

……

问题依然是，在本案中最严厉的步骤，即驱逐，是否适当。

考虑申请人的“历史”与“人格”，我们确信这个问题的答案是肯定的。[……]

即便将之囚禁起来，如行政拘留，仍无法抵消他的影响。有理由担心恰恰在这个地方，他更容易接触到追随者，并且他在狱期间对监狱内外发生的事情会产生最危险与负面的影响。

因此，本案最有效率、最适当的措施是将申请人驱逐出该地区及国家。

与行走在我们中间的情况相比，他在外国对该地区的有害影响将明显减小，且不易被觉察到、更加间接（即便他在外国土地上可以自由走动，也没有人约束他）。[……]

因此，我没有发现本院有任何理由阻止被申请人的决定。[……]

14. (1) H.C.27/88：(a) 吉马尔·沙梯·印地 (J'mal Shaati Hindi) 是杰宁的居民，现正在艾尔·纳加哈 (Al Najah) 大学读书。1987年12月1日对他签发了驱逐令[……]。

[……]

(4) 申请人对法律程序提出控诉，指控机密证据在他及其律师不在场的情况下递交咨询委员会。法院曾就一相似事项在上述H.C.513，514/85与 H.C.M.256/85第658页阐述如下：

申请人控诉，他们不是递交给咨询委员会的秘密材料的利害关系人，但是，本院已经在一个相似案件A.D.A. 1/80中作过解释，这是在两种利益间保持平衡的唯一合理安排：一方面维持对军事指挥官的考虑与决定的额外审查；另一方面，防止因秘密信息源泄漏而损害国家安全。它确实没有为每一个事实主张提供回复的机会，当咨

> 询委员会（或者特定环境下的法院）审查这一信息的分量或附加确认度时，它必须考虑到这一事实。然而，立法者无法找到一个更加合理与有效的方式，以防止在某些情况下泄漏秘密信息，而这对防止严重破坏安全十分关键；[……]

这一次，委员会审查了可以由申请人处置的无害于关键安全利益的最大范围的信息，没有理由针对委员会提出控诉。在这个事项上，我们没有要补充的了，因为我们没有检查秘密信息，因此也不知晓其具体内容。

所以，我将驳回申请，撤销以其为基础的命令。[……]

巴奇法官 (Bach J.)

1. 我同意我受人尊敬的同事——院长关于这些申请所作的最后结论；但是，关于其中一个重要的地方，我与他的意见不同。

   这一事项系涉及《日内瓦第四公约》（以下简称“公约”）第49条的解释。[……]

   [……]

5. 在全面审查了这个问题之后，我倾向于接受申请人在这个问题上的立场，理由如下：

   (1) 第49条的语言意思明确清楚。将“个别或集体强制移送及驱逐”与“不论其动机如何”的措辞相结合，使我认为没有怀疑的空间，即该条不仅适用于集体驱逐，也适用于个别驱逐，禁止意在全部、彻底及无条件的禁止——“不论其动机如何”。

   (2) 我接受苏斯曼·P (Sussman P) 在H.C.97/79判决中表达的方法，即《公约》的制定是吸取了纳粹德国的教训，是面对二战期间纳粹对平民犯下的各种罪行的反应。与此相似，我同意这一观点，即为《公约》条款找到一个适当解释，可以考虑《公约》制定的历史事实及其制定目的。即便克瑞茨曼 (Kretzmer) 教授在本语境中所援用的《维也纳公约》，也没有否定这一可能 (第31条) [……]

   [……] 我没有发现“历史方法”与对第49条予以宽泛解释的可能之间存在矛盾。

   德国军队在被占领土犯下的罪行强调，有必要缔结一个公约保护平民，并对公约的形成起到控制杆（与“准扳机”）作用。但是，这

一事实并不能拒绝这一命题，即起草者在准备制定公约时决定以广泛的方式来做出规定，这种方式会完全阻止将居民从这些领土中驱逐至占领国或另一国家。

在我看来，该条的文本，不仅依据上下文，而且考虑到作为整体的公约背景，均不能解释为《公约》仅仅为阻止诸如纳粹因人种、种族或民族原因而实施的行为。

该条语言明确清楚，且语言解释与立法目的之间没有矛盾，不会导致不合逻辑、荒谬的结论，在这种情况下，我们绝不能通过解释偏离条文措辞清晰、简单的意思。

(3) 第49条第2部分支持上述解释。这里，《公约》允许在领土内（即在被占领土内从一个地方转移到另一个地方）撤退民众，如果这是确保民众安全所必须的，或是对军事目的至关重要。这告诉我们，《公约》起草者意识到确保安全利益的必要性，为此目的甚至允许在被占领土内撤退民众。第一部分没有这一要求的事实，即不允许因安全原因将居民驱逐出国界，这值得我们关注。

(4) 另外，仔细阅读《公约》的其他条款会发现，起草者保护占领国安全需要的意识，这间接支持对第49条予以上述宽泛解释。

这是第78条第一部分所表述的：

如占领国由于迫切的安全理由认为对被保护人需采取安全措施时，至多得置之于指定居所或加以拘禁。

我接受克瑞茨曼教授的观点，即第78条与第49条应一并理解，这可以进一步推导出如下观点：如果一个人对安全构成了可预见的危险，最多能限制他在领土内的行动自由并逮捕他，但不能将之驱逐至另一国家。[……]

研读关于间谍与破坏分子的第5条可以得出相同结论。第5条第2款规定如下：

在占领地内个别被保护人如因系间谍或破坏分子，或因确有危害占领国安全之活动嫌疑而被拘留者，在绝对的军事安全有此要求之情况下，其人应即认为丧失在本公约下之通讯权。[……]

我们可以看出，依据该公约，如果被视为安全原因所必要，可以多种方式否认间谍与破坏分子的权利。尽管《公约》起草者对占领国的安全需要有警惕，但是没有条款限制第 49 条的彻底禁止，也没有间接提及有权将这些人驱逐至另一国家。

《日内瓦公约》的上述条款补充了《海牙章程》第43条的规定，即占领国有义务确保被占领土的公共秩序与公共福祉，因为上述条款表明可以采取措施以履行这一义务。无论如何，《海牙章程》第43条与建议对第49条进行简单、宽泛的解释没有矛盾。

(5) 可以看出《公约》的一个明显方向。如果是确保公共安全所必要或为占领国的重大利益，可以限制“被保护之人”的行动自由，甚至可以不经审判就逮捕他；还可能审判、惩罚甚至处死他。但是，不能驱逐“受保护之人”；因为一旦将之驱逐到另一国家，保护国就失去了对他的控制，他因而就不再是“受保护之人”。

(6) [……]

对《公约》第49条的这种解释几乎获得了一致认可，我也接受之。[……]

我受人尊敬的同事——院长也援引了这一主张，即考虑到《公约》第4条的彻底规定，它包含了《公约》中“受保护之人”的定义，对第49条的字面解释将导致即便是在占领期间非法渗透入境的恐怖分子也不能被驱逐，与此相似，也不可能依据引渡条约从领土内将罪犯引渡到另一国家。

由于解释《公约》第4条存在一定困难，该条含义不明确，所以会出现关于渗透者的问题。因此，当同样的第4条规定“在冲突或占领之场合，发现自己处于冲突之一方或占领国手中之人，为受本公约保护之人……”时，便可能有余地认为所指的这些人是由于国家间的冲突或交战而违背其意愿发现自己落入冲突一方或占领国手中的人；后来恶意潜入领土的人不涵盖在此定义中。在实际案件中，如果出现这个问题，就需要通过适当解释《公约》第4条来解决，但是，依我之见，这并不足以引发对第49条解释的怀疑。在我们面前的这个事项，并不存在上述困难，因为申请人是以色列国防军控制地区的永久居民；如果讨论的《公约》适用于这些领土，他们无疑涵盖在“受保护之人”的定义中。

同样也适用于引渡罪犯的问题。问题是，国家之间的引渡条约在多大程度上是可行的，当它涉及的人员位于被条约缔约方占领的领土内时，其本身是棘手的和复杂的；这个问题的答案不论是什么，均不能由此而推断出关于第49条的解释。无论如何，以《引渡法》

(5714-1954) 和依其订立的引渡条约为基础，可以确定，确实可能要引渡被占领土上的居民；关于实际引渡有关人的可能性，我得出的最终结论与我依据《国防 (紧急) 条例》第112条对申请人发布的驱逐命令的结论相同，详述如下。

7. 尽管有前述观点，我仍然同意我受人尊敬的同事——院长的决定，即应驳回这些申请。[……]我没有发现背离以下规则的理由，即许多判决已经确定并支持《公约》第49条仅仅是国际条约法规定，而非习惯国际法规定。这样的规定不构成有约束力的法律，不能作为任何个人在法院提出申请的基础。[……]

8. 还要增加一点，出于正义的原因，我没有发现有理由干涉被申请人在该事项上作出的决定。[……]

我没有忽视这一事实，即国家的代表在本院多次宣布，政府有意愿将尊重《公约》的人道规定作为政策。[……]

但是，每个案子应该依据其具体情况予以审查，与解释法律及国际公约常常要求严格遵循措辞与条款相反，本院在审查政府宣布的政策时，依其内容与精神，享有灵活、广泛的自由裁量权。

不应忽视，我们正讨论的《日内瓦第四公约》包含许多条款，其中的主要部分在实体内容上是纯人道规定。但是，其中有一部分是公法与行政法内容，《公约》还包含只能部分被视为人道性质的规定。《公约》第 49 条确实主要是人道性质，但是，这一方面不能压倒一切，尤其是当由于彻底禁止而试图阻止个体驱逐时，因为决定转移这些人是因为他们有系统地煽动其他居民进行暴力行为以及对公共福利构成了严重威胁。[……]

9. 考虑到前述观点，我也同意院长的一部分观点，即关于申请事实方面的观点，我同意受人尊敬的同事关于这些申请命运的判决。

今日作出，犹太历5748年尼散月23日 (公元1988年4月10日)

讨 论

1. (1) 《日内瓦第四公约》的所有规定是否均为公约性质？有没有一部分是习惯法性质？《日内瓦第四公约》第49条是否是习惯法？这如何评判？考虑到在1985年，170个国家中有超过164个有遵守这一规定的条约义务，如何作出评判？是否应评判6个非缔约方的实践？该法院是不是没有评判在1949年第49条是否是习惯法？或是在1923年？在1945年到1985年间，习惯法是否取得发展？

(2) 如果以色列是《第四公约》的缔约方，为什么第49条的地位，即是条约法抑或习惯法，仍关系到“公约”的可适用性？

(3) 以色列缔结的国际条约不自动构成以色列法律的一部分，只有经立法适用过程才能成为其法律，一个国家是否可以采用以色列的体制？以色列是否有义务制定这样的立法？国际人道法是否要求以色列允许在其国内法庭中援引“公约”？以色列是否可以援引其宪法制度、缺少立法适用过程或最高法院的判决来逃避违反《日内瓦第四公约》的国际责任？(比较《日内瓦第四公约》第145条与第146条。)

(4)《海牙章程》是否适用于本案？是作为条约法，还是习惯法？

(5)《日内瓦第四公约》第49条是否为自动执行条款？这一问题的答案是否与本案有关？这个问题是否能解释日内瓦四公约分别涵盖关于国内立法的第49条、第50条、第129条、第146条，或第48条、第49条、第128条和第145条？

2. (1) 假定《日内瓦公约》对以色列具有可适用性，驱逐是否违反了《日内瓦第四公约》的第49条？法院认为第49条适用于哪些驱逐出境案件？为什么？这样的理解是否符合“根据条约用语的通常意义”？（比较《维也纳条约法公约》第31条第1款）如果允许解释的补充方法，为什么法院确定的49条的“通常意义”会导致“显属荒谬或不合理”的结果？（比较，《维也纳条约法公约》第32条第2款。）

(2) 你是否能设想出比第49条第1款更清楚地禁止驱逐个人的措辞？考虑到《日内瓦第四公约》的目标与目的，字面解释的结果是否为不合理的（禁止驱逐个人，不论其动机如何）？皮克泰与其他起草者回想其纳粹德国的大规模驱逐是否意味着他们希望第49条仅涵盖这种驱逐？这种意愿是否主导着今天对该规则的解释？

(3) 在其独立意见中，巴奇如何解释第49条？如果多数法官采纳了巴奇的意见，本案中的驱逐是否仍会出现？为什么？

3. 不论是否有遵守《日内瓦公约》的法律义务，以色列都宣布，它一般有意愿尊重公约的人道规定。这些人道规定是什么？禁止驱逐的条款是否构成人道规定？或者仅仅在特定场合构成？依据第4条，本案中的3个申请人是否为受保护之人？ 依据法院适用的公约的人道条款呢？

4. (1) 申请人反对使用“机密资料”作为证据，因为这剥夺了他们的公平审判权，即多数意见中的14 (4)。尽管有关于使用“机密资料”的决定，第49条是否允许遵循合法司法程序的驱逐？

(2) 当累犯（如目前的申请人）对被占领土上的公共秩序和安全构成危险，且没有可选择措施时，是否不允许驱逐呢？（比较，《海牙章程》第43条和《日内瓦第四公约》第49条。）

5. 依据《日内瓦第四公约》被保护之人不允许被驱逐吗？这是否是第49条在驱逐与撤退间所作的区分？它们之间的区别是什么？(同时比较，《日内瓦第四公约》第78条。)

6. 被高等法院容许的驱逐是否是严重破坏国际人道法的行为？（比较，《日内瓦第四公约》第147条。）

案例115，以色列，阿朱里诉以色列国防军指挥官案

案 例

[**资料来源：**以色列，阿朱里诉以色列国防军指挥官案，最高法院行使高等法院审判职能，2002年9月3日，HCJ7019/02；HCJ7015/02] 可访问：http://court.gov.il/]

1. 克巴·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里
HCJ7015/02
2. 阿贝德·阿那赛·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德等人

诉

1. 西岸的以色列国防军指挥官
2. 加沙地带的以色列国防军指挥官等人

1. 阿姆塔·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里等人
HCJ7019/02

诉

1. 朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官
2. 加沙地带的以色列国防军指挥官等人

最高法院行使高等法院审判职能
[2002年9月3日]

A. 巴拉克院长，S. 列维副院长，E. 马萨法官，M. 切斯秦法官，
T. 斯特拉伯格－克恩法官，D. 多内法官，Y. 提普克法官，D. 贝尼斯奇法官

最高法院行使高等法院审判职能

事实：朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官命令朱迪亚—撒马利亚地区的三位居民在接下去的两年内居住在加沙地带。这些命令被上诉委员会批准。朱迪亚—撒马利亚地区的这三位居民针对这些命令向高等法院提出申请。

申请人认为，这些命令违反国际法。他们特别指出，朱迪亚—撒马利亚地区应被视为与加沙地带不同的另一个处于交战占领状态下的领土。因此，这些命令构成了从一块领土向另一块领土驱逐，这是国际法所禁止的。(《日内瓦第四公约》第49条)

被申请人认为这些命令符合国际法。被申请人指出，处于交战状态下的朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带应当被视为一处领土，因此这些命令仅构成指定居所，这是国际法所允许的。（《日内瓦第四公约》第78条）

产生的另一个问题是，以色列国防军指挥官在对任何人签发指定居所的命令时是否会考虑到威慑其他人的因素。

判决：《日内瓦第四公约》第78条赋予占领国因迫切的安全原因而对个人指定居所。指定居所是在极端情况下使用的严厉措施。然而，当前，有数以百计的平民被自杀性炸弹杀死，这一安全形势为在适当情况下使用这种措施提供了正当依据。

朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带实际上是一块处于同一交战占领状态下的领土，被同一占领国占领。从各方面看，它们都是一个整体，这从《以巴临时协定》中就能看得出来。因此，命令朱迪亚—撒马利亚地区的居民到加沙地居住是《日内瓦第四公约》第78条所允许的指定居所，而不构成《日内瓦第四公约》第49条禁止的驱逐。

只有在一个人其自身对该区域的安全构成真实危险时，才存在对他签发指定居所命令的合理性的可能。如果他自身对该领域不构成真实危险，出于威慑其他人的考虑不足以签发指定居所的命令。但是，如果这种危险确实存在，以色列国防军指挥官有权签发指定居所的命令，在决定实际上是否签发命令时，他可以考虑威慑因素。

上诉委员会发现，HCJ7019/02中的申请人计划实施爆炸。上诉委员会发现，HCJ7015/02中的第一申请人在恐怖组织移动爆炸物时担任望风人的角色。在这些案件中，最高法院认为，申请人的行为符合签发指定居所令的条件，故确认了命令。但是，关于HCJ7015/02中的第二申请人，上诉委员会发现的仅是：他给其兄弟，一个被通缉的恐怖分子，以食物与衣服，在不知晓其兄弟目的的情况下，他驾车送了他兄弟并把车辆借给后者。最高法院认为，第二申请人的行为不足以为对他签发指定居所令提供正当依据，因此撤销了针对他的指定居所令。

HCJ7019/02——申请被拒绝。

HCJ7019/02——第一申请人的申请被拒绝，第二申请人的申请被允许。[……]

判 决

A. 巴拉克院长

朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官签发“指定居所的命令”。依据该命令的规定，申请人，朱迪亚—撒马利亚地区的居民，被要求在接下去的两年内在加沙地带居住。军事指挥官是否有权签发指定居所的命令？指挥官是否合法地行使其自由裁量权？这是我们所面对的申请的主要问题。

背 景

1. 2000年9月以来，朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带爆发了激烈的战斗。这不是警察行动，这是武装斗争。在这一框架下，大约发生了14000起针对无辜以色列公民与居民（包括老年人、儿童。男性与妇女）的生命、人身与财产的袭击。超过600名以色列公民与居民被害，4500多人受伤，其中部分受重伤。巴勒斯坦方面也遭受严重伤亡。自2000年9月以来，许多人被害或受伤。[……] 悲伤浸透了我们。

2. 以色列的战斗是很复杂的。除其他方式外，巴勒斯坦还使用了受操控的人体炸弹。只要有以色列人的地方，就有这些自杀性爆炸（在以色列国的国境线内以及朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带的犹太人村）。他们在城市与小镇中计划破坏与流血活动。事实上，与以色列作战的部队是恐怖分子；他们不是正规军；他们不穿统一军服；他们隐藏在领土内的巴勒斯坦平民中，包括宗教圣地中；他们部分受平民支持，部分受其家属与亲属支持。在为其国家及公民安全作战时，以色列国遇到新的困难现实。好几次，本院也面临这一困难（“人权医生诉西岸的以色列国防军指挥官”(HCJ2936/02)；“人权医生诉西岸的以色列国防军指挥官地区”(HCJ2117/02)；“阿马达尼诉国防部”(HCJ3451/02)，第36页)。

3. 在反恐战争中，以色列已经使用了——基于自卫权——特别军事行动(2002年3月开始的“保护墙”行动，2002年6月开始、至今尚未结束的“既定路线”行动)。这些行动的目的是摧毁巴勒斯坦恐怖主义的基础设施，阻止恐怖分子未来发动袭击。在这些行动中，以色列国防军进入了原先因交战占领而控制、以及依据协议转移给巴勒斯坦当局的区域。军队在许多区域实施宵禁与封锁，武器与爆炸物被集合一处。嫌疑人被逮捕。[……]

4. 对于阻止严重恐怖行为的急切需要而言，特别军事行动并不足够。国家安全部长委员会尽力采取其他几项措施以阻止继续发生恐怖行为，并威慑攻击者，使其不再继续实施恐怖行为。[……]

5. 国家安全部长委员会采取的措施之一——所有措施均在司法部长意见的框架中——是对自杀爆炸者或从事严重袭击的犯罪分子，以及从朱迪亚—撒马利亚地区遣送至加沙地带的人的家庭成员签发指定居所的命令，只要这些家庭成员亲自参与了恐怖活动。之所以采取这些措施，是因为依据有关专家 (军队、基本安全服务机构、情报与特别任务机构 (摩萨德) 与警方) 的评估，这些附加措施将对与恐怖浪潮作战起到巨大贡献，能达到保护生命的结果。这一贡献有两方面的意义：第一，它可以阻止家庭成员卷入恐怖分子策划的恐怖活动 (遏制效果)；第二，它可以威慑其他恐怖分子——那些被指示充当人体炸弹与从事其他恐怖袭击的人——使其不再继续实施他们的计划 (威慑效果)。

修改指定居所的命令

6. 为了使新政策生效，2002年8月1日，朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官修改了 (朱迪亚—撒马利亚地区) 安全条款命令 (no. 378)，5730-1970 (以下简称“原始命令”)。除其他规定外，这一命令确定了关于特殊监督的其他规定 (s.86)。这些规定允许作出一人处于特殊监督之下的指示。依据“原来命令”的规定，不应在此事项上行使权力，除非军事指挥官认为“是决定性安全原因所必要的”。(s.84(a)) 可以在上诉委员会提起关于特殊监督令的上诉 (s.86(e))。上诉委员会由当地指挥官指定。上诉委员会主席是一位法官兼法学家。委员会的作用是考虑此处作出的命令，并向军事指挥官提建议。如果一人对命令提出上诉，该命令被维持，上诉委员会每6个月会再考虑一次他的案情，不论他是否继续提出上诉。(s.86(e))。“原始命令”的适用限于朱迪亚—撒马利亚地区。修正后，适用扩展至加沙地带 ((安全条例，(朱迪亚—撒马利亚地区) (修正no.84) 命令 (no.510)，5761-2002 (以下简称“修正命令”) (s.86(b)(1)修正后) 规定：

特殊监督与指定居所

(1) 军事指挥官可以在命令中指示一人应处于特殊监督之中。

(2) 一个依此规定处于特殊监督之下的人，应当受制于以下全部或部分限制，军事指挥官应当作出指示：

A. 他应当被要求在朱迪亚—撒马利亚地区或加沙地带内的特定地点居住，正如军事指挥官在命令中详细指出的。

“修正命令”的介绍部分指出，这次修正是“考虑到朱迪亚—撒马利亚地区的极端安全条件。[……]” 介绍部分还宣告，命令是在“我获得了加沙地带的以色列国防军军事指挥官的同意后作出的。”事实上，与“修正命令”相结合，加沙地带的以色列国防军军事指挥官签发了安全条例 (加沙地带) (修正no.87) 命令 (no.1155)，5762-2002。该命令的第86条第7款规定如下：

> 朱迪亚—撒马利亚地区的军事指挥官依据安全条例（朱迪亚—撒马利亚地区）针对某人签发命令，在其框架下，他被要求在加沙地带的某一地点生活，只要命令有效，他就无权离开此地，除非得到朱迪亚—撒马利亚地区或加沙地带的以色列国防军军事指挥官的允许。

依据“修正命令”，我们目前面对的这3个人被签发了指定居所的命令。让我们现在看看这些命令及当时的情况。

军事指挥官与上诉委员会的程序

7. 2002年8月1日，朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官（以下简称“被申请人”）签发了针对每一位申请人的指定居所的命令。[……] 这些命令要求每一位申请人都在加沙地带居住。命令宣布，其有效期为两年。此外，命令还指出可以向上诉委员会对命令提起上诉。这些命令背后的事实——我们将在下文予以考虑——是每一位申请人都协助了导致人员伤亡的恐怖活动。依据被申请人的观点，指定申请人在加沙地带居住将避免他们产生危险，并对其他人从事严重恐怖行为产生遏制作用。申请人针对这些命令向上诉委员会提出上诉。每个申请人的案件由两个上诉委员会分别进行了听审。每个委员会的听审都持续了数天。2002年8月12日，委员会作出决定，建议被申请人确认命令的有效性。被申请人研究了委员会的决定，同日确定这些命令仍然有效。2002年8月13日，申请人针对被申请人的决定向我们提起申请。

我们的程序[……]

9. 申请人的律师向我们提出，“修正命令”以及依据之签发的各个命令，以及上诉委员会的决定应当被撤销，理由有数条。[……] 第三，“修正命令”的签发主体没有权限签发涉及加沙地带的命令。最后——这一主张是我们听审的焦点——“修正命令”是无效的，因为它违反了国际

法。被申请人的律师向我们提出，应当驳回申请。依据他的观点，“修正命令”以及依据之签发的各个命令是适当的，他们签发的程序没有任何瑕疵。被申请人有权作出“修正命令”，各个命令是合法的，因为它们旨在阻止申请人制造危险并对其他人构成威慑。这些命令符合比例性。他们以提交给指挥官与上诉委员会的事实为基础，是合法的。被申请人的律师指出，“修正命令”以及依据之签发的各个命令符合国际法，因为他们在《日内瓦第四公约》第78条的调整范围内（《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》，1949；以下简称《日内瓦第四公约》）。[……]

12. 正如我们所看到的，我们面对的主张涉及被申请人与上诉委员会的决定的各个方面。应当指出，一开始，我们发现，认为被申请人的决定或上诉委员会的决定在程序方面有瑕疵的主张是没有根据的。[……] 确实，双方当事人观点的集中之处——也是我们关注的焦点——涉及到以下三个问题：第一，依据国际法的规定，军事指挥官是否有权作出“修正命令”？这个问题涉及到依据国际法军事指挥官在指定居所方面的权限。第二，如果第一个问题的答案是肯定的，那么，依据国际法，指定居所需要满足的条件是什么？第三，国际法要求的指定居所的条件在本案是否存在？这个问题关系到我们依据所适用的法律考虑申请人的案件。现在，让我们依次考虑这些问题。

军事指挥官指定居所的权限

13. 处于交战占领状态下的领土的军事指挥官是否有权决定将该领土中的居民从其居住地转移走，并在该领土中的另一地点为其指定居所？有主张认为军事指挥官没有这一权限，原因即在于这是强行转移，而国际法禁止驱逐（《日内瓦第四公约》第49条）。我们的立场是，为了回答军事指挥官的权限这个问题，仅仅确定“修正命令”（或该领土的指挥官签发的其他任何命令）是否赋予指挥官为领土内居民指定居所的权力是不够的。这是因为，指挥官指定“修正命令”的权限来自交战占领法。这是他的权力来源，与此相对应，他的权力也应当依此确定。在一个案件中我曾讨论过这一问题，我是这么说的：

> 从法律的角度来看，处于交战占领状态下的军事指挥官的权力来源是关于交战占领 (*occupatio bellica*) 的国际公法规定，它构成战争法的一部分（“艾尔马诉丽亚诉朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官”(HCJ393/82)，第793页)。

因此，我想谈两点：第一，所有当事人均假定，依据在以色列国防军控制下领土当前的情况，关于交战占领的国际法应予适用[……]；第二，适用于该领土的法律是习惯法 (如1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙 (第四) 公约》的附件，它一般被视为习惯法；以下简称《海牙第四公约》)。关于《日内瓦第四公约》，被申请人的律师向我们重申了以色列国的立场，即该公约——他认为它不是习惯法——不适用于朱迪亚—撒马利亚地区。尽管尼特赞 (Nitzan) 先生告诉我们——依据以色列政府的长期做法 (参见沙姆加，〝在被管理领土遵守国际法〞，载于《以色列人权年刊》第1卷，1971，第262页)——以色列政府决定其行为将遵守《日内瓦第四公约》的人道规定。鉴于这一声明，我们没有必要审查关于这一事项的法律主张，这并不简单，我们可以将之留待今后再加以决定。因此，为了我们面对的申请，我们假定，国际人道法——如《日内瓦第四公约》(第78条) 与《海牙第四公约》——适用于我们面对的这些案件。我们还应当补充，除了适用于这些案件的国际法规则，以色列行政法的基本原则，如自然正义规则也适用。确实，每一位以色列士兵在包裹中都装有国际法规则和以色列行政法与本事项相关的基本规则。[……]

14. 基本立场是，强制一个人从一处到另一处居住严重伤害了他的人格尊严、自由与财产。一个人的家不仅仅是他头上的屋顶，也是其确定物理与社会处所，以及私人生活与社交关系的方式。[……] 强制要求一个人从他的家到另一处居住，即便指定居所没有涉及到要求他穿越边界，这样的结果仍会伤害一些基本人权 (参见：F.M. 邓，《国内流离失所者：法律规范的编纂与分析》，1988，14)。这些人权部分来源于不同国家的国内法，部分来源于国际法规范。

15. 一个人的尊严、自由与财产的权力并非绝对权利。它们是相对权。为实现社会目标与他人权利，它们可以受到限制。[……]

16. 强制要求一个人从一处到另一处居住，依据指定居所背后的原因，对人权限制的程度有所不同。[……] 我们面前的这个案子涉及的是：因为安全原因，指定一个人从一处到同处于交战占领状态下的领土内的另一处居住。因此，关于武装冲突的人道法应确定人权的限制程度。[……] 这些法律主要体现在《海牙第四公约》与《日内瓦第四公约》，我们现在来分析这些法律。

17. 《海牙第四公约》（主要是第43条）与《日内瓦第四公约》（主要是第49条与第78条）被援引。我们认为，这个案件完全应该由《日内瓦第四公约》第78条来调整：[可访问：http://www.icrc.org/ihl] [……]

这一规定涉及指定居所。它构成法律的特别规定 (lex specialis)，在决定我们面对的法律问题时，我们必须援引之。它所禁止的必须禁止，即便一般规定表面上的解释是允许之；它所允许的必须被允许，即便一般规定表面上的解释是禁止之[……]。确实，对“修正命令”以及依据之签发的各个命令作一研究会发现，命令的制定者考虑了《公约》第78条的规定，并在作出“命令”以及依据之签发各个命令时有相应行为。被申请人因此没有寻求强制转移或驱逐任何领土内的居民。被申请人的行为在“指定居所”的框架中（依据《日内瓦第四公约》第78条）。因此，我们看不出有理由分析《日内瓦第四公约》第49条的适用范围，该条禁止强制转移或驱逐。无论如何，我们认为没有必要考虑批评申请人提起了关于本院裁定的，正如好几个判决所反映，主要的一个判决是“阿贝德·艾尔·阿普诉西岸的以色列国防军指挥官” (HCJ785/87)，关于《日内瓦第四公约》第49条的解释。我们将把这个事项留到日后解决。

18. 《日内瓦第四公约》第78条没有涉及强制转移或驱逐。它全面、充分地规定了指定居所与拘禁被保护之人。这一规定与《日内瓦第四公约》的其他几条规定（第41条、第42条与第43条）还讨论了指定居所与拘禁。依据《日内瓦第四公约》第78条，军事指挥官指定一个受保护之人从一个地方到另一个地方居住是合法行为，这不构成对国际人道法所保护的人权的违反。事实上，《日内瓦第四公约》第78条不仅构成保护受到指定居住之人的人权的渊源，也构成限制这一权利的渊源。由此可见，《日内瓦第四公约》第78条规定的措施是占领国的可以“最多”采取的措施。

军事指挥官行使关于指定居所的权力的条件

19. 《日内瓦第四公约》第78条规定了如果希望对受公约保护之人实施指定居所，军事指挥官必须遵循的几个条件（主观与客观条件）。我们不需要为了我们面对的申请考虑所有这些条件。例如，《日内瓦第四公约》第78条规定了一些客观条件，即必须规定行使这一权力的常规程序；这一程序应包括上诉权；指定居所的决定将受到定期审查，如有可能，每6个月审查一次。在我们面前的这些案件中，这些规定均得以确认，并不是我们考虑的对象。我们要增加的是，依据《日内瓦第四公约》第78条，居所受到指定的人“应当享有本公约第39条之全部利益”。在口头辩论的过程中，被申请人的律师通知我们，如果案件的情况是被申请人受公约第39条施加义务的约束，他将履行这些义务。关于《日内瓦第四

公约》第78条规定的条件，向我们提出了两项主张。提出的第一项主张是《日内瓦第四公约》第78条指在处于交战占领状态下的领土内的指定居所。这个规定不适用于领土之外的指定居所。申请人指出，他们被要求从朱迪亚—撒马利亚地区转移到加沙地带居住，这超出了领土范围。因此，《日内瓦第四公约》第78条的适用前提未能满足。申请人进一步指出，在这种情况下，《日内瓦第四公约》第49条的规定应当适用，依据之，禁止驱逐申请人。第二项主张乃是关于军事指挥官依据第78条的规定在行使他的权限时可以考虑的事实。依据这一主张，军事指挥官可以考虑该居民造成的危险与通过对他指定居所阻止的危险 (阻止因素)。军事指挥官可以不考虑威慑他人的因素 (威慑因素)。让我们逐一考虑这些主张。

在处于交战占领之下的领土内指定居所

20. 各方均同意，《日内瓦第四公约》第78条允许指定居所，只要新的居所与原居所均位于处于交战占领之下的领土内。因此，《日内瓦第四公约》第78条不适用于将受保护之人转移至领土外。对此，皮克泰在其对《日内瓦第四公约》第78条的评注中讨论如下：

> ″有关的受保护之人因此只能扣留或居住在占领国国界以内的地方。″(J.S. 皮克泰，《评注：<关于战时保护平民的日内瓦第四公约>》，1958，第368页)。

有主张提出，将申请人从朱迪亚—撒马利亚地区指定到加沙地带居住——这超出了领土范围。

21. 这一主张很有趣。依据此主张，朱迪亚—撒马利亚地区是从约旦那里征服的，然后被哈希姆王国兼并（这违反了国际法），后者一直统治至″六日战争″。与此相反，加沙地带是从埃及征服来的，并一直保有至″六日战争″，没有被埃及兼并。因此，我们拥有两块受制于两个不同的军事指挥官统治的领土，它们都处于交战占领的状态下，这两位指挥官不能发布涉及另一块领土的命令。依据这一主张，这两个军事指挥官的行为代表一个占领国，但这不代表它们属于同一块领土。

22. 这一主张必须被驳回。这两块区域都是巴勒斯坦托管地的一部分。他们受以色列的交战占领。从社会与政治的角度来看，这两个区域应被视为一个整体，军事指挥官在此区域的立法在内容上应完全一致。因此，被申请人的律师提请我们注意《关于西岸与加沙地带的以巴临时协定》，其规定如下：

"双方将视西岸与加沙地带为同一块区域，其完整性与地位受本临时协定保护。"

该协定的第31条第8款重复了这一规定，它确定了朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带之间的"安全通道"。与此相似，虽然这一协定对我们讨论的事项不具有决定意义，但是，它确实表明这两个区域被视为一块领土，同处于以色列的交战占领下。此外，被申请人的律师还向我们指出，"不仅以色列用协调的方式管理这两个区域，巴勒斯坦方面也将这两个区域视为一个整体，这两个区域的领导机构也合并在一起。"确实，《日内瓦第四公约》第78条将指定居所的效力限制在领土内，其深层次目的在于维护领土的社会、语言、文化与政治统一，限制指定外国某一地为居所造成的损害。鉴此，朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带不应被相互视为外国领土，而应被视为同一块领土。在这同一块领土内，有两位军事指挥官，其行为代表同一个占领国。因此，一位军事指挥官有权为受保护之人指定超出其统治区域的居所，另一位军事指挥官有权同意接受保护之人在其管辖范围内居住。结果是《日内瓦第四公约》第78条的规定确实适用于本案。因此，没有理由需要考虑《公约》第49条的规定。

地区指挥官的考虑

23. 本案的主要问题——也是主要主张集中之处——依据《日内瓦第四公约》第78条的规定，占领国可以行使自由裁量权的范围。这一裁量权必须在两个层次上予以考虑：第一个层次——这是我们必须马上考虑的——涉及依据《日内瓦第四公约》第78条的规定，军事指挥官行使其权力时应当考虑的事实因素。另一个层次——这是我们以后要考虑的——涉及在考虑我们面前的每个申请人的案情时，军事指挥官必须考虑之因素的可适用性。

24. 关于第一个层次，各方均接受——这也是我们的观点——依据《日内瓦第四公约》第78条，为一个人指定居所的基本条件是这个人本人对安全构成威胁，为他指定居所有助于阻止危险。因此，行使指定居所的裁量权基于如下考虑，即阻止指定居所的对象制造危险。对一个不构成危险的无辜的人，不能仅仅因为起到威慑他人的目的而为其指定居所。与此相似，一个曾经实施过危害安全行为的人，在他不再产生任何危险的情况下，也不应为他指定居所。因此，如果有一个人从事过恐怖活动，

为他指定居所可以降低其产生的危险，则有可能为其指定居所。对于一个不曾与任何人勾结的家庭成员，以及一个曾有过勾结但现在对地区不产生危险的家庭成员而言，均不应对其指定居所。即便为一个家庭成员指定居所会对其他恐怖分子实施恐怖活动产生威慑作用，也是如此。这一结论是《日内瓦第四公约》关于拘禁与指定居所是占领国所能采取的最为严重与严肃的措施的规定所要求的。（参见：皮克泰，同前注，第257页）。因此，这些措施只有在极端与例外的情况下才能采用。皮克泰说道：

> 在被占领土，拘禁被保护之人应比在冲突各方的领土内更为例外；因为在前一种情况下，不会出现国籍问题。这就是第78条缘何要求迫切安全原因的理由；没有采取集体措施的问题：每一个案件必须单独判决，必须维持其例外特性。（同前注，第367、368页。）

他还指出，只有对“认为威胁到安全”的人，占领国才能采取指定居所的措施（同前注，第368页）。这一方法⊠——偏离了条约的规定——过去曾被本院所采纳。我们反复指出，行政拘留措施——《日内瓦第四公约》第78条考虑的措施与指定居所——只有在“申请人的行为对区域构成危险”[……] 时才能采取之。在一个案件中，巴奇法官指出：

> 被申请人不应仅仅为威慑他人的目的使用驱逐这种制裁手段。只有在作出驱逐令的人确信驱逐的对象对区域安全构成威胁以及采取该措施对消除这一危险至关重要时，这一命令才是合法的（高等法院，“那斯拉拉诉西岸的以色列国防军”，第271页）。

“修正命令”的解释也暗示着这一结论。从中可以看出，只有在一个人本身构成危险时，才能采取指定居所这一措施。不仅如此，这一结论还是我们犹太与民主价值观所要求的。从我们的犹太传统中，我们学习到“为父者，不应为其子而被处死；为子者，亦不应为其父被处死；一个人只能因其自己的不法行为而被处死（《申命记》24，第16页）“每个人应对其自己的罪行负责，每个人应为其自己的不法行为而被处死”[……]；“每个人应被其自己的不法行为而被捕——而不能因为其他人的不法行为而被捕。[……] 需要注意，指定居所的目的不是惩罚，而是阻止。它不以惩罚被指定居所的人为目的，而旨在阻止他继续成为安全的威胁。沙加玛院长 (Shamgar) 讨论了这一问题，他说：

> 权力是预防性的，即着眼未来，除非为阻止预期危险所必要，否则不得行使；除非军事指挥官有证据表明申请人在未来将成为威胁，

> 除非采取的旨在限制其行为的措施能实质性阻止他将产生之损害，否则不得行使这一权力 [……]。

25. 为指定居所提供正当居所的危险程度是什么？可能性是多少？答案是，任何危险的程度都不足够。考虑到这一措施的特殊性质，通常只有在如下情况下才能行使之：存在行政证据——即便是法庭无法采纳的证据——这些证据能清楚、确凿表明，如果不采取指定居所的措施，他将对领土的安全构成真实危险（参见皮克泰，第258页，以及他给出的例子[……]）。另外，与其他措施一样，指定居所措施的行使也必须符合比例性。"必须有一个客观关系——确当的相对性或比例性——在个人被禁止的行为与政府采取的措施之间。"[……] 在阻止被指定居所者造成危险的目的与如果不对其采取措施会产生的危险之间，必须存在适当的关系[……]；采取的措施所造成的损害必须是较轻的；指定居所的措施与其带来的确保地区安全的利益之间，通常需要符合比例性要求[……]。

26. 在比例性的框架下，我们应当考虑另外两个事项，沙加玛院长在一个涉及行政拘禁朱迪亚—撒马利亚地区居民的案件中指出：

> 拘禁的目的是阻止与挫败因被拘禁人可能实施某种行为而对安全造成的危险，且不能通过常规法律措施（如刑事程序）或者（从结果角度来看）更加宽松的行政措施来阻止（出于从过去的行为预知未来危险的目的）[……]。

这些论述与指定居所事项也有关系。因此，在每个案件中，均应审视提起刑事指控是否能阻止指定居所旨在阻止的危险。另外，指定居所的措施——如《日内瓦第四公约》第78条所讨论的——通常不及拘禁严厉。这一事项必须在每个案件中依据其实体问题以及皮克泰论述的精神加以考虑，其论述如下：

> 拘禁更加严厉，因为它通常意味着与其他被拘禁者一起生活在拘留营中。不应忘记，"指定居所"与"拘禁"这两个术语在不同国家的法律中的解释不尽相同。一般的规则是，指定居所是一个不及拘禁严厉的措施（同前注，第256页）。

27. 在作出指定居所的决定时，军事指挥官可以考虑威慑他人的因素吗？如我们所见，指定居所这一措施的目的在于：如果不对这个人指定居所、不通过对其指定居所来威慑他，其本身将构成危险。因此，军事指挥官

不应仅仅为威慑他人而采取指定居所的措施。尽管如此，如果一个人对安全构成危险为指定居所提供了正当依据，仅仅涉及是否应行使该权力这一问题时，军事指挥官考虑到威慑他人的因素并不构成瑕疵。因此，在指定居所与拘禁之间进行选择时，可以考虑这一因素。该方法在人本身构成危险这个本质条件——指定居所旨在阻止这一危险——与保护领土安全的本质需要之间保持了平衡。这与《日内瓦第四公约》的方法完全一致，后者将指定居所视为保护领土安全的合法机制。这是以色列国及其领土面临的严峻现实所要求的，因为非人道“人体炸弹”现象肆虐该区域。

28. [……] 这些规定给予军事指挥官广泛的自由裁量权。他必须决定是否有决定性的安全原因——或迫切的安全原因——从而为指定居所提供正当依据。在讨论这一问题是，皮克泰说：

> 似乎不可能以更加具体的方式定义“国家安全”。因此，留给国家很大的空间来决定有关行为是否损害国家的内部或外部安全，从而为拘禁或指定居所提供正当依据（同前注，第257页）。

需要注意，军事指挥官需要考虑的不仅仅是“军事”原因（参见，例如，《日内瓦第四公约》第5条、第16条、第18条、第53条、第55条、第83条与第143条）。《日内瓦第四公约》第78条将原因种类扩展至“安全原因”（参见，例如，《日内瓦第四公约》第9条、第42条、第62条、第63条、第64条与第74条）。确实，《日内瓦第四公约》在“迫切的安全原因”与“迫切的军事原因”之间作出了区分。安全原因的概念要广于军事原因的概念。

29. 军事指挥官签发指定居所命令时享有的自由裁量权是广泛的。军事指挥官必须在本判决确定的条件与《日内瓦第四公约》第78条以及“修正命令”规定的框架下行使自由裁量权。例如，军事指挥官不应对一个没有参与危害国家安全活动、并不构成任何危险的无辜之人指定居所，即便军事指挥官认为这么做是安全的决定性原因所必须的。如果一个人曾经参与危害国家安全的行为，但不再构成危险，也不应对其指定居所。事实上，有意利用《日内瓦第四公约》第78条规定的军事指挥官，其行为必须在该条规定的限定要素的框架之中。这些限定要素创造了一个“区域”情况——类似“合理性区域”——在此区域内军事指挥官可以采取行动。他不能偏离这些要素。

30. 在高等法院审理案件时，最高法院对军事指挥官行使的自由裁量权进行了司法审查。[……]在进行司法审查时，我们没有将自己视为安全事项的专家。我们没有用自己的安全考虑来代替军事指挥官的安全考虑。在安全事项进行的方式方面，我们没有表明任何立场[……]。

必须承认，“国家安全”并不是阻止司法审查的“魔力词汇”[……]。我们不会仅仅因为指挥官的决定系基于重要的安全事项而放弃依《日内瓦第四公约》第78条行使审查权。我们将考虑军事指挥官裁量权的合法性，以及依据适用于本案的相关规范，他的决定是否处于“合理区域”[……]。

从一般到具体

阿姆塔萨·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里 (HCJ7019/02)

31. 阿姆塔萨·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里 (一位年龄为34的未婚女性) 是恐怖分子艾哈迈德·阿里·阿朱里的姐妹。很多恐怖活动都归责于她的兄弟哈迈德·阿里·阿尤，包括派遣人体爆炸，其责任包括在特拉维夫中心车站造成5人死亡、多人受伤的恐怖袭击。上诉委员会 (格登 (Gordon) 是主席) 在2002年8月12日的判决中认定——以提交的享有保密特权的证据以及安全机构成员的证言为基础——申请人直接并实质性协助了其兄弟的不法行为，这些行为旨在侵害无辜公民。上诉委员会确定 (超出了作结论的基础)，她知道其兄弟的被禁行为——包括以色列安全部队通缉的行为——她还知道其兄弟在准备爆炸物时受伤，初步证据还显示她知道其兄弟参加武装、并在公寓中藏匿来复枪。此外，判决还认定，申请人协助其兄弟制造自杀性爆炸物。上诉委员会指出，享有保密特权的证据“可信、最新”，以此为基础，可以发现申请人确实协助其兄弟从事不法行为。遂作出判决：这是一个“直接、实质性协助准备爆炸物的案件，毫无疑问，[申请人]知晓这种协助产生的重大负面意义。”无可否认，申请人在上诉委员会前作证，指出她没有参与、也没有协助其兄弟，但是上诉委员会拒绝了这一证言，认为这不可信，并指出：“在她的整个作证过程中，我们发现她虚假、含糊其词的故事完全不合理；很清楚，她希望用任何可能的方式使自己与其兄弟的行为划清界限，她的故事留给我们一个清晰的印象，即有人在隐藏什么，这一印象与从享有保密特权的证据得出的她参与准备爆炸物的确凿信息结合在一起。”因此，上诉委员会驳回了上诉。需要指出，被申请人在回答中——并获得

宣誓陈述书所支持——指出，申请人协助其兄弟从事恐怖活动，其中包括协助制作爆炸物”——而且不仅仅是一个爆炸物。

32. 我们觉得，在申请人的这个案例中，被申请人的决定是以《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”为基础的。申请人的行为是严重的，给国家安全造成的危险是真实存在的。例如，申请人准备了不止一个爆炸物。申请人提出，她并不知晓其兄弟的行为。上诉委员会拒绝接受这一说法，我们不会干涉上诉委员会对事实的认定。申请人的行为十分严重，对地区安全构成重大威胁，远远超过了《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”所要求的最低限度。确实，对申请人予以指定居所是合理的措施——在比例性要求的框架内——以降低她在未来造成的危险。我们询问国家检察官，为什么没有对申请人提起刑事指控。答案是，缺乏可用于刑事审判的证据，因为针对她的证据是享有保密特权的，无法在刑事审判中使用。我们认为，这是一个令人满意的答案。不可否认，申请人受到了行政拘禁 (2002年10月结束)。然而，已经考虑延长的可能性。我们认为，在这个特殊案件中，应由被申请人在行政拘禁与指定居所之间作出选择，如果他决定结束行政拘禁并以指定居所替代之，我们没有理由干涉其决定。即便被申请人的决定是基于普遍威慑的考虑，他也有权考虑。

克帕·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里 (HCJ7015/02中的第一申请人)

33. 克帕·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里 (以下简称第一申请人) (38岁) 已婚，有3个孩子。他是申请人的兄弟。他的兄弟哈迈德·阿里·阿朱里是一名恐怖分子，并从事了严重的恐怖活动 (正如我们所见)。第一申请人在我们面前承认，在警察讯问中 (2002年7月23日)，他知晓其兄弟阿里·阿吉瑞因“涉及爆炸”被以色列安全部队通缉，并在准备爆炸的过程中受伤。在讯问中，第一申请人说由于遭到通缉，其兄弟不再造访他家；他还说，其兄弟携带手枪、并拥有两支攻击性来复枪。后来，在一次讯问中 (2002年7月31日)，他承认他知晓其兄弟从属于一个军事组织、并参与“爆炸事项”。他还说，他看见其兄弟在家中地板下藏匿武器，他有这个房间 (即恐怖组织滞留及准备爆炸物的房间) 钥匙。甚至有一次，在从房间拿床垫的时候，他发现了两袋爆炸物，其中的一袋有电线突出。另外一次，在接受警察讯问时，第一申请人说，当其兄弟和组织的其他成员在将它们拥有的爆炸物从房间转移到汽车上时，他担当望风的角色。还有一次——第一申请人告诉讯问的警察——他看见其兄弟和另一个人

在公寓的一个房间内为一个将要实施自杀性爆炸者录像，他们前面的桌子上放着一部古兰经。在讯问中，第一申请人说，他给其兄弟的组织带了食物。[……]

36. 我们认为，在第一申请人的案件中，被申请人的决定没有瑕疵。第一申请人协助其兄弟、并深陷其兄弟实施的严重恐怖活动之中，正像上诉委员会所确定的，我们不想干涉对事实认定。我们认为，第一申请人尤其严重的行为是担当望风的角色，在将爆炸物从他居住的地方——也是他拿床垫的地方——转移到他们使用的汽车上时，他卷入此角色，旨在为其兄弟提供警报。由于实施了这一行为，第一申请人因而深陷其兄弟从事的严重恐怖活动之中，因此，他对地区安全造成真实危险、具有合理性的可能。在这里，我们也讯问了被申请人的律师，为什么没有对第一申请人予以刑事指控，得到的回答是不具现实性。对第一申请人指定居所，这确实是阻止其产生危险的合乎比例性的措施，因为该申请人的行为远远超过《日内瓦第四公约》第78条规定的最低限度。所以，被申请人有权将普遍威慑作为考虑因素，并选择指定居所而不是行政拘禁。我们没有理由干涉被申请人的决定。

阿贝德·阿纳森·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德 (HCJ7015/02中的第二申请人)

37. 阿贝德·阿纳森·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德 (以下简称第二申请人) (35岁) 已婚，有5个孩子。他是恐怖分子纳森·阿丁·阿斯德 (Nasser A-Din Asida) 的兄弟。他的兄弟因从事广泛的恐怖活动而被通缉，其中包括对1998年在依撒 (Yitzhar) 两名以色列人被害负责，并对两次对伊玛纽尔 (Immanuel) 市的恐怖袭击负责，在这两次袭击中，有19名以色列人遇害，多人受伤。警察讯问了第二申请人。在讯问中 (2002年7月28日)，第二申请人承认，他知晓其兄弟因在依撒从事恐怖袭击而被通缉。第二申请人说，当其兄弟来他家时，他给后者提供了食物与干净的衣服，但是没有允许他借宿。他甚至说，他曾几次将其私有汽车借给其兄弟使用，尽管并不知道后者使用汽车的目的。他还指出，由于担心以色列安全部队在汽车里暗杀其兄弟，他不再将汽车借给后者使用。还有一次，他驾车带其被通缉的兄弟去色奇 (Shechem) (即纳布卢斯)，虽然第二申请人仍不知晓这次旅途的目的。第二申请人还说，他看见其兄弟携带了来复枪。还有一次，他帮助了另一个受通缉的人——他的姐夫。当后者造访他家时，第二申请人给他提供了食物、水与干净的衣服，甚至借车给他，还驾车带其去过几次色奇。尽管第二申请人声称，他并不知道汽

车的用途，也不知道色奇之旅的目的，但是他告诉警察，当其兄弟在准备爆炸物时受伤时，他曾驾车带其去医院；还有一次，为送另一位在准备爆炸物时受伤的人去医院，他曾借车给其兄弟；与此同时，在讯问中，第二申请人声称他不知晓他们受伤的具体情况。

38. 在提交上诉委员会的证据中，第二申请人确认，他知晓其兄弟被通缉。他作证指出，他曾驾车带其兄弟，但没有借车给后者。他还指出，他看见其兄弟携带武器，并想在后者短暂造访时给其提供食物，但没来得及。上诉委员会裁定 (2002年8月12日)，第二申请人确实知晓其兄弟的行为及其携带武器的事实，并与后者有密切联系，包括——在他家——为后者提供干净的衣服与食品。上诉委员会认定，第二申请人不仅驾车带其兄弟，而且将其汽车借给其兄弟及另一受通缉人员使用。上诉委员会指出，“我们并不是在处理轻微违法行为”，但同时指出，“[第二申请人]与其兄弟之间的联系及其对后者的实质性协助不及[第一申请人]严重。”上诉委员会还认为，在此背景下，“出于这一时期的比例性要求，我们要求地区指挥官注意到他的个人行为不及[第一申请人]严重这一事实。”

39. 我们认为，没有理由对第二申请人予指定居所。不可否认，该申请人知晓其兄弟的严重恐怖行为。但是，这不足以对其实施指定居所。他协助其兄弟的实际行为没有达到《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”规定的最低危险限度。他的行为所涉及的程度还没有到对地区安全造成真实危险的程度，只有构成真实危险，才能对之指定居所。该申请人主张——上诉委员会没有反对——他不知道其兄弟借用汽车的目的，而且第二申请人也不知晓在驾车带其兄弟时，后者的目的是什么。应当指出，我们认为，第二申请人的行为——即使偏离了紧密的家庭关系——是不恰当的。恰恰是家庭成员给予恐怖分子的协助使后者逃脱了安全部队的通缉，并得以实施了他们的计划。但是，指定居所的机制是在特殊情况下使用的严厉措施。只有在不实施指定居所，便可预见地区安全将遭受真实危险时，方能采用之。(比较 “撒拉奇拉诉朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军司令”(HCJ2630/90) [33]) 我们认为，第二申请人的情况不属于这一类型。在我们看来，第二申请人给地区安全造成的危险还没有达到采取指定居所的程度。似乎上诉委员会也意识到这一问题，所以它考虑缩短采取指定居所措施时间的可能性。不可否认，我们准备接受这样的观点，即对第二申请人指定居所可能会威慑其他人。但

是，在《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”规定的情况不存在时，不能使用这一考量——只有在超出采取指定居所的程度以后，才能考虑之。

结　论

40. 在下结论之前，我们想作两点总结。第一，我们已经尽力解释《日内瓦第四公约》第78条。依据所有被接受的解释方法，我们试图给予其一种含义，该含义能满足以色列所面临的新状况。我们怀疑《日内瓦第四公约》第78条的起草者是否会预见被保护之人与恐怖分子及“人体炸弹”合作。这一新情况要求对《日内瓦第四公约》第78条采取灵活的解释方法，以使其适应新情况。

41. 第二，以色列正经历一个困难时期。恐惧正在侵袭其居民。人的生命正受到践踏。数以百计的人被谋杀，数以千计的人受伤。朱迪亚—撒马利亚地区的阿拉伯人也遭受到无法忍受的折磨。国家试图依据在其有约束力的国际法以及国内法的框架下实施合法的行动。结果是，并非每一种有效措施都是合法措施。确实，约束力在与恐怖主义进行一场艰难的战争。这是一场在法律内实施、并用法律允许的工具进行的战争。著名的谚语“战争之下，法律噤声”(inter arma silen leges——西塞罗，pro. Milone 11；同时参见：W. Rehnquist，All Laws but One, 1998, 第218页)并不反映、也不应反映法律。阿特金 (Atkin) 勋爵在“利佛赛德诉安德森案”(Liversidge v. Anderson) [37]第361页中有明确表述，他指出：

> 在英国，法律在战争中并不保持沉默。它们也许有所改变，但是，在战争中，它们使用与和平时期一样的语言。这向来是我们为之战斗的自由的支柱与原则之一，法官阻止行政机关对臣民自由的侵犯，确保任何强制行为均是合法的。

结果是：我们拒绝了HCJ7019/02与HCJ7015/02的申请，因为涉及到第一申请人。关于HCJ7015/02中的第二申请人，我们作出说明理由的命令。[……]

讨 论

1. 西岸是否发生了武装冲突（朱迪亚—撒马利亚地区）？ 你是否同意这是警察行动而非武装斗争？这一分类对我们的案件是否有影响？如果不是武装斗争，指定居所是否构成非法？在这种情况下，国际人道法是否予以适用？（比较《日内瓦第四公约》第2条与第6条第3款）

2. 被申请人提出，《海牙公约》关于交战占领的规定适用于该领土，而《日内瓦第四公约》有关规定不适用，这一主张是否可以采信？（比较《日内瓦第四公约》第2条与《海牙公约》第42条）

3. 对申请人指定居所的程序是否符合《日内瓦第四公约》第78条的规定？即便是在他们无法获得针对他们的证据的情况下？

4. 《日内瓦第四公约》第78条是否是第49条的特别法？占领国能否因此将被保护之人指定到被占领土外居住？在其自己的领土内呢？在另一块被占领土内呢？高等法院的观点如何？你的观点呢？第49条与第78条调整的是否不是两个不同的事项？为了遵守国际人道法，一个措施是否无须同时符合这两条的规定？

5. (1) 加沙地带与西岸是否位于同一块被占领土内？哪些因素支持这一理解，哪些因素反对这一理解？依据《日内瓦第四公约》的宗旨及目的，是否可以接受加沙地带是一块独立的被占领土的观点？为了和平谈判的目的呢？（比较《日内瓦第四公约》第2条、第47条与第78条。）

   (2) 加沙（或者更确切的说是不再由以色列军队控制的加沙地区）是否仍处于被占状态，尽管其已处于巴勒斯坦当局的有效控制下？高等法院观点如何？你的观点呢？依据高等法院的观点，如果它不再是被占领土，那么，对申请人指定居所是否合法？（比较《日内瓦第四公约》第6条、第78条；《海牙章程》第42条。）

   (3) 以色列军事指挥官如何确保《日内瓦第四公约》第39条在他控制之外的加沙地区得到遵守？

6. (1) 为惩罚被保护之人过去的行为，是否可以对他或她指定居所？为了阻止他或她对占领国安全造成威胁呢？为了威慑他或她呢？为了威慑其他人呢？（比较《日内瓦第四公约》第33条第1款与第78条。）

   (2) 当决定对一个被保护之人采取措施时，是否可以考虑拘禁或指定居所的威慑效果？在这两种措施之间作选择时呢？（比较《日内瓦第四公约》第33条第1款与第78条。）

   (3) 指定居所是否为刑事起诉的附带措施？如果关于过去罪行的证据在法院不具可采性，是否可以指定居所？(比较《日内瓦第四公约》第71条、第72条与第78条。)

7. (1) 你是否能解释为什么阿姆塔萨·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里制作爆炸物的证据不能在刑事审判中出示？克帕·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里知晓其兄弟的恐怖活动及担当望风角色，为什么会认为据此对其刑事指控“[……]不可行”（比较判决的第36段）？ 它们在未来各自会产生什么危险？（比较《日内瓦第四公约》第31条、第71条、第72条与第78条。）

   (2) 阿贝德·阿纳森·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德在未来会产生什么危险？他与其他两位申请人之间有什么区别吗？在评估他对未来造成的危险时，他过去卷入恐怖行动的严重度是否需要考虑？（比较《日内瓦第四公约》第78条。）

案例116 以色列，从杰宁后送尸体

[同时参见〝防御墙行动〞：联合国，A/ES-10/186，依据联大决议ES-10/10 (杰宁报告) 秘书长贮备的报告，2002年7月30日，http://www.um.org/peace/jenin]

案 例

[**资料来源：**〝从杰宁后送尸体——最高法院行使高等法院审判职能作出的判决，2002年4月14日，可访问http://www.court.gov.il]

从杰宁后送尸体
最高法院
行使高等法院审判职能作出的判决

2002年4月14日

H.C. 3114/02
穆罕默德·巴拉克 [以色列议会议员]

诉

国防部长本杰明·本·艾利赛、以色列国防军总参谋长舒尔·莫法兹
杰宁地区的以色列国防军指挥官

H.C. 3115/02
艾哈迈德·提毕 [以色列议会议员]

诉

总理阿里埃勒·沙龙、国防部长本杰明·本·艾利赛
以色列国防军总参谋长舒尔·莫法兹、中央司令区指挥官依茨查克·艾坦

H.C. 3116/02
阿达哈——以色列的阿拉伯少数民族权利法律中心
教会——法律——巴勒斯坦保卫人权组织

诉

西岸地区的以色列国防军指挥官

最高法院行使高等法院审判职能
巴拉克院长，或法官与贝尼斯奇法官

判决

巴拉克院长

1. 最近，朱迪亚—撒马利亚地区发生了战斗行动（〝防御墙行动〞）。展开这次行动 (2002年3月29日) 是政府的决定，其目的是摧毁巴勒斯坦恐怖

组织的基础设施、防止经常侵扰以色列的恐怖袭击再次出现。在这次行动的框架下，以色列国防军进入 (2002年4月3日) 杰宁市区域以及邻近的难民营。依据布拉斯 (Blass) 先生 (被申请人的律师) 向我们提供的信息，大规模的用于恐怖活动的基础设施已经在杰宁市与难民营中建立起来 (布拉斯先生使用善意的措辞〝巴勒斯坦军事基础设施〞)。有超过23个自杀性爆炸者出自这一地区，占已发生的自杀性爆炸事件的四分之一 (包括发生移交期间的海法玛撒 (Matza) 餐厅的袭击和耶路撒冷斯巴罗 (Sbarro) 餐厅的袭击；本亚米那 (Benyamina) 火车站的袭击；莫斯莫 (Mosmos) 枢纽的公交车袭击与邻近军队基地80的枢纽袭击)。

2. 当以色列国防军进入难民营时，他们发现相当大比例的房屋是空的。平民主要在难民营中心。当以色列国防军到达时，他们要求居民走出房间。依据转交给我们的材料，这一要求直到2002年4月7日夜才有回应。在那一刻，约有一百人离开营房。为逮捕恐怖分子及缴获武器与爆炸物，以色列国防军进行挨家挨户的战斗行动。采用这一方法的一个原因是避免造成平民大规模伤亡。发生了小规模的战斗。后来才发现，空房子已经成为设下的陷阱。战斗的结果是，23名我方士兵牺牲。经过几天挨家挨户的战斗，部队控制了难民营。依据被申请人律师的指称，经过发出撤离房屋令的阶段后，推土机在战斗过程中摧毁了房屋，一些巴勒斯坦人丧生。

3. 巴勒斯坦人的尸体仍然在难民营中。直到以色列国防军完全控制难民营，否则，不可能后送尸体。控制了难民营后，开始搜寻进程。在此过程中，巴勒斯坦人在难民营附近散布的爆炸装置被拆卸并被移走。到这些申请被送达时，发现了37具尸体。有8具尸体交给巴勒斯坦方面；26具尸体尚未后送。

4. 我们面对的3个申请是，要求我们命令被申请人不要定位、后送杰宁难民营中的巴勒斯坦人的尸体。另外，申请要求我们命令被申请人不要焚毁一个约旦山谷墓地中被认定为恐怖分子的巴勒斯坦人的尸体。申请人要求将定位、收集尸体的任务交给医疗队与红十字的代表。此外，他们要求允许死者的家庭成员为死者进行及时、适当和体面的埋葬。

5. [……] 本院院长决定签发临时命令，禁止从被埋地点后送巴勒斯坦人的尸体，直到听审。[……]

7. 作为出发点的原则是：依据本案的情况，定位、辨识、后送与掩埋尸体的责任属于被申请人。依据国际法，这是他们的责任。被申请人接受这

一立场，并依此指导其行动。在此立场的框架下——集合了团队，包括炸弹工作小组、医疗代表与其他专业人士。这些团队将给尸体定位。他们将加速辨识进程。他们将在一个中心点后送尸体。在回答我们的问题时，布拉斯先生说，被申请人愿意将红十字的代表吸纳到不同团队中去。另外，作为一个积极的观点，他们愿意考虑——鉴于不断变化的情况，须依据军事指挥官的决定——让一名红新月的代表参与定位与辨识进程。我们建议，应当让一名红新月的代表参与进程，当然这受制于军事指挥官的决定。被申请人还接受，在定位与后送阶段后，让能提供帮助的当地代表参与辨识进程。对以色列国防军方面而言，辨识活动将包括依据标准程序的照相、记录等。出于尊重死者以及确保行动部队安全的考虑，这些活动应尽快完成。申请人也接受这些原则。

8. 辨识过程结束后，开始掩埋阶段。被申请人的立场是，掩埋应由巴勒斯坦方面以一种及时的方式进行。当然，迅速的完成任务需要被申请人与巴勒斯坦方面达成一致。如果巴勒斯坦方面不立刻掩埋尸体，就必须考虑由被申请人迅速掩埋尸体的可能性——考虑到这一局面是对安全的妥协。不用说，被申请人的立场是，如果由被申请人进行这样的埋葬，则应当以一种合适、体面的方式进行。这里，在定位尸体事项上将不会有分歧，在武装恐怖分子的尸体与平民尸体之间也不会有分歧。申请人接受该立场。

9. 实际上，在当事人之间并没有真正分歧。尸体的定位、辨识与埋葬是非常重要的人道行为，这是从尊重死者的原则推演而得的。尊重所有死者。这是我们作为犹太国家与民主国家存在的基础。被申请人宣布，他们的行为是依据此态度的；在我们看来，他们的态度是合适的。这就是说：为了防止谣言，在尸体定位阶段就让红新月的代表参与进来是合适的。在尸体辨识阶段，让当地巴勒斯坦当局参与进来也是合适的——被申请人也接受这一观点。最后，——这甚至就是被申请人最初的立场——埋葬尸体应由当地的巴勒斯坦当局依据宗教习俗体面完成。所有这些行为应尽可能及时完成。在这一点上，各方当事人意见一致。不用说，上述所有均须受制于该地的安全情况以及军事指挥官的判断。

10. 在人道事项上，达成谅解与安排确实可以经常实现。尊重死者对于我们所有人都是很重要的，因为人类是按照上帝的模样被创造出来的。所有当事人均希望尽快完成尸体的定位、辨识与埋葬进程。在定位与后送阶段之后，被申请人愿意在辨识阶段邀请红十字代表参与其中（受制于

军事指挥官的特别命令)。所有各方均同意，埋葬应以宗教习俗体面的完成。

11. 申请人提出，在难民营中发生了大屠杀。对此，被申请人予以最强烈反对。在杰宁发生了战斗——我们许多士兵在战斗中牺牲。部队进行了挨家挨户的战斗，但是没有使用空袭，其目的就在于最大限度减少平民伤亡。23名以色列国防军士兵以身殉职，几十名士兵受伤。申请人没有承担他们应承担的举证责任。大屠杀是一件事情；艰难的战斗是另一回事。申请人在我们面前多次重复，他们不想隐瞒什么，也没有什么可以隐瞒。我们已达成的务实安排体现了这一立场。

12. 这些申请的当事人能相互理解是件好事。这种理解非常理想。它尊敬生者、亦尊敬死者。布拉斯先生告诉我们，在所有的行动中，军方首席律师都是军方的顾问。这是应该的。即便在战斗时刻，也必须遵守适用于战斗的法律。即便在战斗时刻，也必须尽一切力量保护平民[……]。显然，本院在战斗进行的方式问题上将不会表明立场。只要士兵的生命处于危险之中，就应由指挥官作出决定。在我们面对的案件中，没有人主张已经达成的安排会危及士兵的生命。也没有主张认为签发临时命令会给士兵造成危险。与此相反，我们已经达成的安排是对各方均有益处的安排。

考虑到上文详述的安排，各方均能接受驳回申请。

2002年4月14日判决

讨 论

1. 你如何为发生在杰宁的敌对行为定性？这是国际性还是非国际性武装冲突？在确定适用的人道法时，杰宁位于巴勒斯坦被占领土还是巴勒斯坦自治领土是否关键？在这种情况下《日内瓦第四公约》是否适用？即便以色列宣布对于其签署的《日内瓦第四公约》，它只事实上适用其中的人道规定？

2. 摧毁房屋是否符合国际人道法？如果房屋是设下的陷阱呢？如果有可疑因素呢？如果摧毁房屋将造成平民伤亡的可能性很高呢？作为对巴勒斯坦人在杰宁制造自杀性爆炸的报复行为呢？（比较，《海牙章程》第23条第7款与第50条；《日内瓦第四公约》第33条、第53条与第147条。）

3. (1) 哪些国际人道法规定涉及死者的辨识、遣返与埋葬？（比较《日内瓦第一公约》第15条第1款、第16条与第17条；《日内瓦第二公约》第18条第1款与第20条；《日内瓦第三公约》第120条；《日内瓦第四公约》第130条，《第一附加议定

书》第17条第2款、第32条、第33条第4款和第34条。）这些条款中是否有一部分可以适用于本案？如果不能，为什么？如果可以，哪些条款可以适用？以哪一种资格？其中一部分是否有习惯法的价值？

(2) 如果前述规定不能适用，为什么法院认为，“定位、辨识、后送与掩埋尸体的责任属于被申请人”，为什么依据“国际法规则”存在这样的义务（比较第7段）？法院此处援引的是哪些国际法规则？前述规则是否是以色列接受适用的“人道规定”？在国际人道法中有没有“非人道”规定？（同时参见**案例114**，以色列，关于驱逐令案，第1247页。）

(3) 平民团体，尤其是“巴勒斯坦红新月”参与这些活动是否为强制性的？还是选择性的？在本案中为什么是必要的？

(4) 红十字国际委员会参与这些活动是否为强制性的？还是选择性的？红十字国际委员会的职权是什么？关于武装期间的死亡人员，它是否能扮演一定角色？这不是冲突各方的主要任务吗？红十字国际委员会是否不论如何都可以提供服务？（《日内瓦第四公约》第10条、第140条与第143条。）

(5) 以色列与巴勒斯坦当局之间的协议是否至关重要？在这些情况下的建议呢？军方是否可因安全原因终结这些协议，正如法院似乎想说的那样？基于同样原因，他们是否依据“国际法规则”可以停止履行其义务？

案例117，以色列，拉法案

案 例

[**资料来源：**"人权医生诉加沙地带的以色列国防军指挥官"，HCJ4764/04，最高法院行使高等法院职能，2004年5月30日]

HCJ4764/04
人权医生等

诉
加沙地带的以色列国防军指挥官

最高法院行使高等法院职能
[2004年5月30日]

A. 巴拉克院长，J·图克尔法官，D·贝尼斯奇法官

向行使高等法院职能的最高法院提起申请 [……]

判 决

A. 巴拉克院长

依据国际人道法，以色列在当前的拉法军事行动中是否履行了义务？这是我们面对的问题。

背 景

1. 自2004年5月18日以来，在加沙地带的拉法地区发生了战斗行为。[……] 依据被申请人的观点，这些战斗范围广泛，其对象是该地区恐怖组织的基础设施。他们的中心目标是找出用来从拉法的埃及一面向巴勒斯坦一面走私武器的地下通道。此外，军事行动的目的还包括逮捕被通缉的恐怖分子并找出拉法地区武器的藏匿处。以色列国防军遇到了爆炸与开枪射击。[……]

3. 拉法市有数个邻近区域。绝大部分军事行动发生在特拉阿苏坦 (Tel A-Sultan) 区域。以色列国防军也进入了巴西 (Brazil) 区域。在进入这两个区域的间隔期间，申请被递交至法院 (2004年5月20日)。第二天 (2004年5月21日) 便传出以色列国防军从这两个区域撤出的消息。不过，这些区域仍被以色列国防军保卫与控制。[……]

5. 借鉴以前相似行动的经验，以色列国防军采取三个步骤以应付可能产生的人道问题。第一，建立“人道热线”。热线的作用是为行动区域外的组织提供联系。例如，人权组织可以通过热线联系，从而可以迅速解决具体的人道问题。第二，建立地区合作办公室（“DCO”）。DCO的作用是与巴勒斯坦卫生部、红新月与国际红十字以及当地医院保持持续联系。DCO由莫德查 (Mordecha) 上校领导，可以解决因行动产生的人道问题。第三，每个营都设置了合作办公室的联络官员。联络官员将解决人道问题，如后送巴勒斯坦的伤亡人员。[……]

申　请

7. 申请人是四个人权组织。他们指出，军事行动给拉法的平民造成了伤害——房屋被拆毁、平民遭受伤害。申请要求以色列国防军允许医疗队与救护车后送拉法的伤员，并且这样的后送不需要与热线合作，还要求医疗队不得受到威胁或伤害，以及允许将医疗设备运送到拉法。申请进一步要求在特拉阿苏坦区域恢复水电供应，要求以色列国防军允许在该区域为居民提供食品与医药，并要求允许第一申请人的一个医疗队进入加沙地带评估那里的医疗情况。最后，申请人要求完全调查炮击抗议人群造成不少居民遇害的事件。另外，申请人要求禁止炮击平民，即便在他们中间混有对生命不造成即刻威胁的武装战斗员的情况下。

司法审查

13. “以色列不是孤岛。她是国际社会的一员”（“亚辛诉克兹特 (Kziot) 军营指挥官”，HCJ 5592/02)。以色列国防军的军事行动并非在法律真空内进行。有法律规范——包括习惯国际法与以色列缔结的条约，以及以色列法律的基本原则——调整军事行动。在“阿曼迪 (Almandi) 诉国防部长案”(HCJ3451/02) 中，我指出：

14. 以色列发现，她正在与恐怖主义浪潮做艰难斗争、以色列正在行使自卫权。参见《联合国宪章》第51条。这个战斗并不是在规范真空里进行的。它是依据国际法进行的，因为国际法提供了战斗行为的原则与规则。谚语“大炮隆隆时，缪斯也沉默”是不正确的。西塞罗的格言——战争期间，法律噤声——不能反映当代现实。这一方法的基础不仅是政治与规范现实的务实结果。它有更深层次的根基。它表现了一个民主国家为其生命而战斗，是不同于恐怖分子的进攻的。国家以法律及维护法律的名义而战。恐怖分子与法律作战，实施违法行为。所以，与恐怖主

义作战也是法律在向其违反者作战。[……] 另外，以色列是建立在犹太与民主的价值观之上的。我们建立了一个维护法律的国家，它实现其国家目标、世代的理想，同时维护人权、保障人的尊严。在这些——理想与法律——之间只有和谐，没有冲突。

确实，以色列国防军的行动是受制于国际法的。例如，在〝巴拉克诉国防部长案〞(HCJ3114/02) 中，我指出：〝即使在战斗中，也必须遵守战争法。即便在战斗中也必须尽全力保护平民。〞

15. 本院的司法审查基本上是溯及既往的。申请是在行为发生之后提出的。有时，从行为发生到本院对该行为进行审查，已经过去了相当长的时间。但是，本案不是这种情况。申请人没有要求我们审查已经结束的军事行动的法律意义。申请的目的是指导目前的军事行动。这是事前审查，是在军事行动正在进行时的审查。这就为本院施加了一定的限制。[……] 当前的申请是独特的，因为它要求我们在军事行动正在进行时，在以色列国防军士兵正在面对战斗的危险时展开审查。因此，作如下强调是合适的：

16. 显然，关于战斗正在进行的方式，本院将不表明立场。只要士兵的生命处于危险中，这些决定就应由指挥官作出。在我们面前的这个案件中，没有主张认为我们已经达成的安排威胁到士兵的生命。[……]

17. [……] 我们假定从军事角度看，拉法的军事行动是必要的。我们面前的问题仅仅是这些军事行动是否符合国际法与国内法。军事行动在军事上的必要性并不自动表明他们满足了法律要求。当然，关于军事事项，我们不会代替军事指挥官的角色，不会用我们的自由裁量代替他的自由裁量。那是他的专长。我们审查他的决定的法律意义，这是我们的专长。[……]

规范框架

19. 以色列国防军在拉法的军事行动对平民的影响受1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》[以下简称《海牙公约》]与1949年《关于战时保护平民的日内瓦公约》[以下简称《日内瓦第四公约》]支配。此外，它们还受以色列行政法原则支配。[……] 依据这些原则，以色列国防军的行为必须完整（既包括实体也包括程序）、合理、符合比例性，并在个人自由与公共利益之间保持平衡。[……]

21. 为实现我们的目的，战时适用的国际人道法的中心禁止令是：平民〝之人身、荣誉、家庭权利、宗教信仰与仪式、风俗与习惯，在一切情形下均应予以尊重。无论何时，被保护人均须受人道待遇，并应受保护，特别是使其免受一切暴行，或暴行的威胁。〞（《日内瓦第四公约》第27段。同时参见《海牙公约》第46条）。[……]

本禁止令的基本前提是认可人的重要性、其生命的神圣性与其自由的价值 (比较《基本法：人类尊严与自由》，第1段；J.S. 皮克泰，《述评：关于战时保护平民的日内瓦第四公约》，第199页 (1958))。不能伤害他的生命，必须保护他的尊严。不过，这个基本义务并不是绝对的。它受制于〝对被保护人得采取由于战争而有必要之管制及安全之措施〞(参见《日内瓦第四公约》第27条)。这些措施不应〝影响到相关人员的基本权利。〞(参见：皮克泰，第207页)。这些措施必须符合比例性 (参见：弗莱克 (Fleck)，第220页)。军事行动是针对恐怖分子与敌对战斗员的，而不针对平民 (参见：弗莱克，第212页)。当平民进入战斗区域 (这时常发生)——尤其是当恐怖分子将平民当作〝人体盾牌〞时——必须竭尽全力维护当地平民的尊严。军事指挥官有双重义务。首先，他们必须对可能造成平民伤亡的军事行动保持克制。这是消极义务。其次，他们必须采取所有必要措施确保平民安全。这是积极义务 (参见：弗莱克，第212页)。在考虑时间与地点的情况下，这两项义务——有时并不容易区分——应当合理、成比例性的执行。

23. 与涉及战时平民尊严的这一中心禁止令一起，国际人道法还施加了数项具体义务。这些义务并未超出基本原则，而仅仅构成原则的具体表述。在我们这个案例中，需要注意两项相关义务。

24.

1. 食物与医疗供应：〝占领国负有保证居民之食物与医疗供应品之义务；如占领地资源不足时，尤应运入必需之食物、医疗物资及其他物品。〞(《日内瓦第四公约》第55条；皮克泰，第300页)。应允许红十字与其他人道组织提供食物与医疗供应品（《日内瓦第四公约》第59条)。必须允许此等物资自由通过 (同时参见前注，第23条)。当然，可以检查装运物资，以确保他们用于人道目的（参见前注，第59条）。[……]

3. 医疗供给：保证并维持医疗与医院设置与服务（《日内瓦第四公约》第56条)。从事搜寻伤病平民之人员，均应受尊重 (前注，第20

条)。红十字与红新月会应能按照国际红十字大会所定之红十字原则进行活动 (前注，第63条)。

4. 从一般到特别 [……]

水

27. 申请人指出，坦克开进特拉阿苏坦区域，破坏了供水设施，所以整个拉法的供水被破坏。[……] 申请人要求我们命令被申请人恢复特拉阿苏坦区域的供水。在口头辩论中，莫德查上校确认，特拉阿苏坦区域的水井确实遭到破坏。由于担心敌对行为，巴勒斯坦维修组不愿意进入特拉阿苏坦区域，维修工作因而受到拖延。后来，在莫德查上校的倡议下，红十字会进入该区域，修好了绝大部分水井。在仍没有自来水的地方，如拉阿苏坦区域，军方允许运水车进入。当前，特拉阿苏坦区域有5辆运水车，居民可以无困难地去取水。当莫德查上校正向我们解释情况时，他得到报告，又有6辆运水车进入该区域，并随即向我们报告。[……] 当前，拉法的所有邻近区域均有自来水供应。[……]

29. 确保战斗区域的水供应是军事指挥官的责任。这不仅包括确保不损害水资源，也包括在缺水时承担供水的积极义务。必须竭尽全力确保水供应，必须以适当的速度维修供水设备。如果没有自来水供应，应允许供水车进入。如莫德查上校通知我们，这些问题已经得到解决。当然，军队在未来应当借鉴这里的经验。[……]

电

31. 申请人提出，拉法邻近区域没有电。无法联系特拉阿苏坦区域，整个城市均没有电。他们要求我们命令被申请人恢复受影响地区的供电。[……] 以色列国防军——与拉法市政府合作——正在努力修复供电系统。修复工作需要时间，因为工人在寻找问题时常常有困难。另外，在维修现场发生战斗使得重建电网十分困难。当前，拉法的大部分地区有电，将竭尽全力确保整个地区恢复供电。有鉴于此，我们相信，关于此事项，本院没有必要签发额外命令。[……]

医疗设备与药品

33. 申请人主张，特拉阿苏坦区域的医院严重缺乏药品、医疗设备，血库告急。这一地区虽然位于战斗区之外，却是以色列国防军的控制区域。医疗品缺乏的情况由医院报告给道秦 (Dochin) 教授，他是第一申请人的成

员 (人权医生)。第一申请人准备了一辆满载药品、绷带与捐献血液的车辆。车辆等在艾雷斯 (Erez) 口岸外，没有被允许进入加沙地带。申请人要求我们命令被申请人允许为特拉阿苏坦区域的居民提供药品。他们还要求我们命令被申请人允许运送医疗设备的车辆在拉法和外部的医院，以及在克汉尤尼斯 (Khan Younis) 与加沙市之间自由通行。在书面回答中，莫德查上校说，药品与医疗设备正被允许运往拉法地区。医疗设备的转移没有受到阻碍。为了使从运送医疗设备的卡车从埃及进入加沙地带，开放了因战争而关闭的拉法国际边界。莫德查上校还说，进入战斗区的入口是艾雷斯口岸。从这里输入的医疗设备将被立刻送往目的地，只要没有以色列平民伴随，这是因为担心他们被扣为人质。[……]

35. 确保战斗区有足够的医疗设备是军事指挥官的责任。这无疑是他对士兵的义务；同时也是他对其控制之下的平民的义务。在准备军事行动的框架时，该事项——这是始终应期待的——必须得到考虑。因此，必须预先审查当地医疗体系以及当地医院在战斗时提供合理医疗服务的能力。必须预先准备医疗设备以防短缺；必须允许不同来源供给医疗设备以防短缺；应在尽可能的范围内与当地医疗机构保持联系。这是军事指挥官的义务，得到来自外部的援助并不能使他免责（比较《日内瓦第四公约》第 60 条）。然而，外部援助很可能有利于在事实上完成此义务。现在看来，问题正接近得到解决，我们认为没有必要从本院获得额外的救济。

食物

36. 申请人提出，随着军事行动的开始，拉法邻近地区实施了全面的宵禁与封锁。依据特定时间战斗发生的地点，这些措施时而实施，时而暂时取消。在特拉阿苏坦区域，自2004年5月18日以来，战斗一直在持续。到现在为止，宵禁已持续了3天，该地区居民因此与外部世界隔离开来。他们正遭受水短缺 (参见上文第14段)、药品短缺 (参见上文第17段) 及食品短缺。在拉法的4个邻近地区，既没有牛奶也没有基本食品。以色列国防军拒绝与其他邻近区域联系——联系可以解决问题。申请人要求我们命令被申请人允许为特拉阿苏坦区域的居民提供食品供应。在回答中，莫德查上校提到，每当一次宵禁开始时，标准程序是，允许储存自宵禁开始后72小时的食品。在这种情况下，以色列国防军允许红十字会准备的满载食品的卡车在48小时内进入该区域。在区域的不同部分均设有食品站，向居民发放食品。为此目的，以色列国防军与拉法市长以及巴勒斯坦当局的部长进行了联系。白天，还允许额外的装载食品的卡车

进入。来自外部的供应食物的要求均被批准，并迅速开始实施。同样适用于牛奶供应。依据莫德查上校的观点，当前已经没有食物短缺。他强调，即便是在军事行动开始前，联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 就被允许将其仓库储满食品。[……]

38. 在规范层面上，只要通过战争控制了一个地区，军事指挥官就必须为处于其控制之下的居民提供营养需要，此乃规则。这一义务的具体事项当然取决于当前的战斗状况。不过，战斗导致处于军队控制下的当地居民发生饥荒是被禁止的。[……] 在实际层面上，看来食品问题已经得到解决。不过，我们必须再一次指出，与药品问题一样，平民的食品问题必须构成军事行动前预先计划的一部分。以色列国防军承担全部责任。当然，以色列国防军很可能会受到国际组织，如红十字会与联合国难民救济及工程局的协助。但是，后者的行动，并不能使实际控制该区域的军队免于其对所控制平民承担的责任（比较《日内瓦第四公约》第60条）。[……]

后送伤亡人员

40. 申请人提出，自军事行动开始后，从拉法到克汉尤尼斯的道路被双向封闭。那天早上，从拉法到克汉尤尼斯后送伤亡人员的救护车没能返回拉法，因此，伤员仍留在阿那贾 (A-Najar) 医院。那个医院没有设备与能力同时收治数十名伤员。由于道路被封闭，许多伤员的生命处于危险状态。另外，从位于拉法的阿那贾医院后送伤员到拉法以外的医院需要满足以下条件，即必须提供伤员的姓名与身份号码以及计划承担后送伤员任务的救护车的许可证号。虽然提供救护车许可证的要求可能被满足——尽管很困难——但是，提供伤员的姓名与身份号码的要求不可能得以满足。这是因为许多伤员已经昏迷，他们的身份不得而知。这样一来，救护车便无法后送身份不明的伤亡人员。另外，更多试图进入特拉阿苏坦区域的救护车因以色列国防军正在此区域进行后送行动而被阻止。有一次，甚至发生了枪击红十字会救护车的事件。申请人要求我们命令被申请人不要伤害或威胁从事后送伤亡人员的医疗队或平民。他们还要求，为了将拉法的伤员后送至医院，应允许医疗队与巴勒斯坦的救护车到达伤员所在的地方。最后，他们要求我们命令被申请人允许救护车从拉法的医院转移伤员至加沙地带的其他医院，而无须事先批准或提供伤员的身份。[……]

42. [……] 莫德查上校宣布，允许救护车与医疗队进入拉法后送伤亡人员。后送工作由红十字与红新月会官员、巴勒斯坦民事联络办公室、多位联合国难民救济及工程局官员、多位巴勒斯坦官员以及以联系热线的以色列人权组织合作进行。[……] 关于辨识救护车与伤员身份的要求，莫德查上校提到，[……]这些要求系基于以下原因：确保巴勒斯坦医疗队确实是在转移伤员，以及车辆确实是救护车、而非用于其他目的的车辆。过去的经验表明，巴勒斯坦恐怖分子曾经将救护车用于恐怖活动，包括运送巴勒斯坦武装人员，从一个区域向另一个区域走私武器。[……] 莫德查上校还指出，每个营都附有一位合作办公室的官员。他主要的职责之一就是与救护车队联系，确保有序后送伤员。在军事行动期间，有80余辆救护车从加沙地带北部进入南部的拉法。只要与之合作，以色列国防军允许所有救护车自由通行。检查救护车——以确保被禁武器从一个地区转移到另一个地区——只需要几分钟就可以完成。后送伤员不因是否提供其姓名与身份号码而受到影响。那些身份不明的伤员也正在被后送。[……] 莫德查上校提到，关于后送伤员至拉法以外的地方，已经有40余辆救护车离开拉法向北驶去。对于每一辆要求离开的救护车，均允许其离开。所有的要求全部是关于路线的协调。至于枪击救护车的事件，莫德查上校强调那不是故意的。[……] “救护车逾越了界限”——莫德查上校在我们面前宣布。[……] 如果出现了一个例外，那么很遗憾。救护车司机与DCO官员之间有无线联系，这得以维持正在作战的部队与救护车之间的正常联系。当一辆救护车因路上的土堆无法通行时，为能调来一辆推土车移走障碍——在协调之后——所能做的全部做了。[……]

44. 关于规范框架，尚没有取得一致。在战斗行为持续期间，军方应当尽最大可能——受制于战斗的当前状况——允许后送本地的受伤居民。关于这个事项，多纳 (Dorner) 法官两年前在 “人权医生诉西岸的以色列国防军指挥官案”(HCJ2936/02) 中就已经作出裁决。

45. [……] 我们的战斗部队被要求遵守关于照顾伤员、病员与尊重死者尸体的人道法规则。医疗人员滥用其在医院与救护车中的地位使以色列国防军有必要采取行动阻止这些行为，但是，这一事实本身并不能为全面违反人道规则提供正当依据。确实，这也是以色列国家的立场。这一立场不仅是国际法规则（这是申请人主张的基础）所要求的，也是以色列作为一个犹太国家与民主国家所要求的。[……]

在我们看来，救护车从往来拉法的通行似乎进展恰当。通过以色列国防军——经由DCO的官员——与救护车司机的联系以及其他手段，这才成为可能。这种联系是恰当的，并实际运作良好。另外，救护车可自由往来该地区。以色列国防军要求提供救护车的许可证号是合理的。转移伤员不应因是否提供他们的名字与身份号码而有变化。然而，假定收到这些数据不是向战斗区域外运输的条件，并不会造成运输不合理的拖延，我们认为，在这些数据可以获得的情况下，努力获得这些数据没有瑕疵。枪击救护车的个案只是例外。我们已经确认，禁止这样的行为是清晰和无可置疑的。因此，在我们看来，就涉及的事项而言，申请已经得到满足。

埋葬死者

46. 申请人的律师坚持，在拉法的阿那贾医院里有37具尸体，他们是在以色列国防军行动中遇害的居民。由于军方的限制，不可能埋葬他们。在给我们的回答中，莫德查上校指出，就军方而言，没有限制在墓地埋葬死者。就他所知，这些墓地位于特拉阿苏坦区域以外，所以，应尽快埋葬。在申请人的回答中，他们指出，由于军队包围了特拉阿苏坦区域，并不允许死者亲属参加，所以无法举行葬礼。莫德查上校承认这是事实。[……]

48. 我们对这一回答不满意。我们注意到，这一问题必须迅速解决。因此，例如，我们讯问为什么亲属 (是全部，还是部分) 不被允许参加葬礼。莫德查上校许诺将给我答复。我们于2004年5月23日收到一份新的声明。这份声明说，莫德查上校代表被申请人通知我们，被申请人已经决定 (2004年5月21日) 允许相当数量的所有遇害者的家庭成员离开特拉阿苏坦区域，以参加葬礼。这一建议被巴勒斯坦人拒绝。这份声明还指出，被申请人在同一天还建议 (2004年5月21日)，作为友好姿态，允许每个家庭有两辆汽车离开特拉阿苏坦区域，以便参加其亲属的葬礼。这一建议也被巴勒斯坦人拒绝。作为友好姿态，星期六 (2004年5月22日)，被申请人准备应红十字会的要求，允许所有死者的家属离开区域参见葬礼，并没有人数限制，只要不是所有葬礼都在同一时间举行。巴勒斯坦人也拒绝了这一建议。星期天 (2004年5月23日)，被申请人宣布，作为一个友好姿态，经与巴勒斯坦当局协调，准备允许几辆客车离开该区域以使死者亲属参加葬礼。被申请人提出，巴勒斯坦人已经开始组织运送死者亲属离开特拉阿苏坦区域参加葬礼所需的客车。被申请人当前的声

明 (2004年5月25日) 通知我们，由于巴勒斯坦人的反对，组织所需客车运送亲属参加葬礼的努力没有取得成功。被申请人进一步指出，同一天 (2004年5月24日)，在以色列国防军撤离特拉阿苏坦区域后，举行了22场葬礼，没有阻止居住在特拉阿苏坦区域的亲属参加，因为以色列国防军没有封锁该区域与举行葬礼地点间的交通。[……]

50. 在2004年5月24日的回答中，被申请人报告，经与拉法市市长讨论，拉法的居民确实拒绝了以色列国防军的建议，这很大程度上限制了死者亲属参加葬礼。居民更愿意在宵禁取消后再举行葬礼，以确保能诵读为死者进行的祈祷，并能为哀悼者建立临时建筑，从而使他们能依伊斯兰法律接待前来安慰他们的人。我们得到进一步通知，拉法市市长已经宣布，在特拉阿苏坦区域关闭后，拉法的居民已经开始为23名死者组织大规模葬礼。葬礼将在下午开始，因为死者数量多，预计将一直持续到傍晚。[……]

52. 埋葬死者的问题得到了解决。然而，从这一事件中可以得到经验教训。我们的假定是：《日内瓦第四公约》第27条载明的基本原则，即必须尊重当地居民的尊严，不仅包括活着的当地居民，也包括死者。[……] 人类尊严既包括生者的尊严，也包括死者的尊严。以色列法律同样适用。[……] 军事指挥官有义务寻找并定位尸体。[……] 尸体被发现后，他有义务确保他们能得到有尊严的埋葬。在〝巴拉克〞(Barake) 案中 (此案关于军事行动期间军事指挥官对尸体的义务)，我们宣布：

53. 我们的出发点是：在此情况下，被申请人负责定位、辨识、后送与埋葬尸体。这是国际法赋予他们的义务。被申请人认可这一立场。定位、辨识与埋葬尸体是重要的人道行为。它们是尊重死者原则的直接后果。它们对我们作为一个犹太与民主国家是至关重要的。被申请人宣布，他们的行为符合这一方法，在我们看来，这一态度是恰当的。确实，在人道事项上达成一致通常是可能的。尊重死者对于我们所有人都是重要的，因为人是按照上帝的模样创造出来的。各方当事人均希望尽快完成定位、辨识与埋葬过程。被申请人同意，在定位与后送阶段后的辨识过程，邀请红十字会与当地政府（受制于军事指挥官的具体决定）参与其中。各方均同意，应及时依据宗教习俗体面的进行埋葬。前注，第 15 页。

在本案中，军方试图依据这些原则来行动。死者的身份被辨识后，被转移至阿那贾医院。红十字会与红新月会参与了这两个阶段。这里的问题涉及埋葬。被申请人显然准备埋葬死者，但它相信通过将尸体转移至阿

那贾医院，已经履行了这一义务。事实情况不是这样。被申请人的义务是确保死者被埋葬得有尊严。为此，他必须与当地政府协商，在后者的职权范围内，寻找履行此义务的体面方式。从提交给我们的信息中可以清楚看出，主要难题是关于死者亲属的参与问题。[……] 关于这一进程的不同阶段，必须制定清晰的程序。当然，如果到那天结束时，死者仍在阿那贾医院，他们的亲属仍拒绝埋葬他们，不应强迫他们这么做。无论如何，应当尽力在此事项上达成协议。

炮击示威者

54. 申请人提出，2004年5月19日（星期三），数以千计来自拉法的巴勒斯坦人参加一个安静的非暴力游行。他们向特拉阿苏坦区域的方向前进。一些参与者是武装人员，并带有面具。示威者包括男女老幼。在他们正在前进时，有三四辆坦克向他们开火，还有直升机向他们发射了两枚导弹。据示威者的报告，炮火来自特拉阿苏坦观察哨站的方向，该哨站由以色列国防军把守。射向示威者的炮火造成8名平民丧生。伤亡人员中约有一半是未成年人。申请人要求我们命令军事警察调查局全面调查该事件。他们同时要求我们命令被申请人禁止炮击或向平民集会开枪，即便其中有武装人员，只要他们不对生命立刻构成威胁。[……]

56. 被申请人通知我们，立即开始初步调查。调查发现，在坦克向一个废弃的建筑物开火时发生了不幸事故，8位巴勒斯坦人被炮弹碎片击中并丧命。其中一个人是伊斯兰杰哈德组织的武装人员。其余7个受害者完全是无辜平民。调查强调，拉法有许多武器，包括穿甲武器。 此外强调，过去恐怖分子经常利用平民作掩护攻击以色列国防军。还担心示威者爬上内载士兵的装甲车。示威是在战斗区域发生的。在示威者中有武装人员。在与示威者的初步谈判中，试图要求停止游行。但这一努力无果而终。随后，使用了路障。但还是失败了，游行继续前进。这时，才决定向废弃的建筑物发射空子弹。

57. [……] 被申请人还解释了以色列国防军开火的规则，还涉及平民聚会的情况、并结合防止伤及无辜的法律与道德立场。然而，他强调，在一个有稠密平民居住的地区，这是一个对部队构成积极战事与危险的情况，当时，战斗员没有将自己与平民区别开来，而是隐藏在人群中。故意用平民当作人体盾牌违反了基本的战斗规则，已构成战争罪。

58. [……] 在此阶段，在缺乏事实的情况下，我们只能重复：军队必须尽可能谨慎，以避免伤害平民民众，即便是反对军队的平民。必要的预防措施，显然依据境况而定，如对平民与士兵构成的危险。[……]

未来

66. 依据国际法的人道原则，军事行动应当满足以下条件：第一，上至司令，下至新兵，都必须学习、并领会行动规则。[……] 第二，应当制定程序，以执行这些规则，并将之在战斗中付诸实践。审查正在拉法战斗的军队的行为，正如申请人向我们详细阐述的那样——除了提交我们的资料，我们别无他物——与两年前的局势相比，已经有所进展。[……] 这是关于执行确保水、医疗设备、药品与食物供应、后送伤员、埋葬死者的义务的案例。这也是关于军队的准备并设计程序以允许完成人道义务的案例。建立人道热线与DCO，以及在每个营设立DCO的联络官员，非常有利于执行人道原则。[……]

68. 在我们讨论的关于领会人道法的框架内，我们强调，军事指挥官的义务不仅仅是阻止军队伤害当地居民的生命与尊严（“消极义务”：参见前文第11段）。他还有“积极”义务（第11段）。他必须保护当地居民的生命与尊严。[……] 必须使军事指挥官在思想上认识到这是属于他的义务，他的工作是从一开始就采取各种措施，以使他能够完成其在战场上的义务。[……]

72. 在结束申请的辩论时，我们命令该地区的军方人员确保他们不仅解决申请人提出的问题，还要考虑到依事物本质将来可能发生的新问题。所以，裁定由莫德查上校指定一位高级官员与申请人保持直接联系。在事件发展到目前这个阶段，这本应是必需之举。主要的事情是，为吸取事件的经验教训，现在就必须采取行动。[……]

76. 结果是：申请人提出的7项申请中，有6项得到准允。第七项要求——第一申请人的以色列医生进入该地区，尤其是阿那贾医院——被决绝，是因为医生会面临危险。在该事项上，必须满足被申请人提议的条件——已经被申请人拒绝——非以色列医生（不论是否来自加沙地带、朱迪亚—撒马利亚地区、以色列，还是世界其他任何地方）将被允许进入该地区。[……]

讨 论

1. 你如何给2004年5月18日至24日发生在拉法的战斗行为定性？国际人道法的什么规定涵盖这一类型的战斗行为？你是否同意法院对所适用公约的评估？（第19段）

2. 你如何看待军事行动开始前的预防性措施，比如“人道热线”？它们在多大程度上使以色列履行了占领国的义务？

3. (1) 以色列关于水供应的义务是什么？这些义务是否受到遵守？依据申请人的观点呢？被申请人呢？法院呢？你的观点呢？（比较《日内瓦第四公约》第56条与第60条；《第一附加议定书》第14条第1款、第54条与第69条。）

   (2) 关于电力供应呢？

4. 军事指挥官是否履行了其供应医疗设备与药品的义务？如果没有，法院是否应下令提供额外救济？为什么本案不是这样呢？（比较《日内瓦第四公约》第55条、第57条与第69条；《第一附加议定书》第14条与第69条。）

5. 你如何看待法院关于食品发放的判决？被申请人是否履行了国际人道法的义务？（比较《日内瓦第四公约》第55条、第56条与第60条；《第一附加议定书》第14条。）

6. (1) 依据申请人所表述的事实，对后送伤员施加的限制违反了《日内瓦公约》的什么规定？（比较《日内瓦第四公约》第17条；《第一附加议定书》第21－31条。）

   (2) 你认为被申请人所描述的限制是否有正当依据？考虑到巴勒斯坦部队以前滥用医疗站的事实呢？

7. 依据国际人道法，被申请人对死者的义务是什么？由于本案终结时，死者已经或即将依据其宗教信仰的方式被埋葬，即便当事人并没有达成一致，这是否意味着该事项得到了解决？法院还能做些什么？（比较《日内瓦第四公约》第130条；《第一附加议定书》第34条。）

8. 以色列国防军在炮击游行人群时是否遵守了国际人道法（第 54 段）？炮击与大批平民邻近的废弃建筑物是否违反了国际人道法？进攻是否有一个明确的军事目标？如果有，可期待的军事利益如何与平民死亡相平衡？一个武装人员的死亡是否能改变平衡？

二、国际社会的立场

[同时参见**文件106**，红十字国际委员会关于近东地区的呼吁[C.12月5日在《日内瓦第四公约》缔约方大会上的声明，第1152页。]

案例118 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议

案 例

1. 联合国安理会第681(1990)号决议

[**资料来源：**联合国，安理会第681号决议，1990年12月20日，可访问：http://www.un.org]

安全理事会，[……]

收到了秘书长根据1990年10月l2日到672(1990)号决议提出的关于设法确保以色列占领下巴勒斯坦平民的安全与保护的报告，特别注意到报告的第20至26段，[……]

严重关切自1967年以来以色列占领的包括耶路撒冷在内的所有巴勒斯坦领土内局势的危险恶化，以及以色列境内的暴力事件和日益紧张的局势，[……]

(2) 对以色列拒绝其1990年10月12日第672 (1990) 号和1990年10月24日第673 (1990) 号两项决议表示严重关切；

(3) 对占领国以色列政府决定恢复将被占领领土内巴勒斯坦平民驱逐出境表示遗憾；

(4) 促请以色列政府接受1949年8月l2日《关于战时保护平民的日内瓦公约》在法律上适用于自1967年以来被以色列占领的所有领土,并严格遵守该《公约》的各项规定；

(5) 要求上述《公约》的缔约国根据《公约》第1条的规定，确保占领国以色列尊重其按照该《公约》承担的各项义务；

(6) 请秘书长与红十字国际委员会合作，进一步研究秘书长报告内关于召开上述《公约》的缔约国会议、讨论各缔约国根据《公约》可以采取何种措施的想法，并为此目的邀请各缔约国就该想法可以如何促进《公约》

的目标以及就其他有关事项提出意见。并就这个问题向安全理事会提出报告；[……]

2. 联合国大会第ES-10/2号决议

[**资料来源：**联合国文件A/RES/ES-10/2(1997年5月5日)；不包括脚注；可参见http://www.un.org]

大会决议
[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.1 和Add.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

大会，

意识到在大会1997年3月13日第51/223号决议通过之后，占领国以色列于1997年3月18日开始在东耶路撒冷以南阿布古奈姆山地区建筑新定居点，和以色列在耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土进行的其他非法行动，[……]

还重申1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》和1907年《第四项海牙公约》附件载列的条例适用于包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土，以及自1967年以来被以色列占领的所有其他阿拉伯领土，

回顾《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》缔约国有义务按照该公约第1条的规定，在所有情况下尊重该公约和确保该公约得到尊重，

认识到持续侵犯和严重违反该《公约》所引起的严重危险和因此产生的责任，

深信确保尊重条约和国际法其他渊源是维持国际和平与安全必不可少的条件；并决心按照《联合国宪章》的序言，创造适当环境，俾克维持正义，尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务，

还深信在这方面，占领国以色列屡次违反国际法以及不遵守安全理事会和大会的有关决议和双方达成的各项协定，会破坏中东和平进程并且对国际和平与安全构成威胁，

日益关注武装以色列定居者在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土的行动，

认识到在这种情况下大会应该根据其1950年11月3日第377(V)号决议审议该局势，以期向联合国会员国提出适当建议，[……]

(5) 还要求以色列接受1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》在法律上适用于自1967年以来被占领的所有领土，以及按照《联合国宪章》遵守安全理事会各项有关决议；[……]

(7) 呼吁对以色列在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内的非法活动，尤其是定居活动，停止提供一切形式的援助和支持；

(8) 建议《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》缔约国在国家一级或区域一级采取措施履行该公约第1条规定的义务，确保占领国以色列尊重该公约；[……]

3. 联合国大会第ES-10/3号决议

[**资料来源：**联合国，A/RES/ES-10/3,1997年7月15日，可访问http://www.un.org]

大会决议
[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.2/Rev.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

大会，

赞赏地收到秘书长的报告，[A/ES-10/6;S/1997/494和Add.1,可访问http://www.un.org]，[……]

重申其1997年4月25日ES-10/2号决议，[可访问http://www.un.org]，

从秘书长的报告获悉，除其他外，截至1997年6月20日，以色列政府尚未放弃在阿布古奈姆山建筑新定居点，违反安全理事会关于此事的决议的定居活动，包括扩大现有定居点建筑旁道和没收邻接定居点的土地以及有关活动，继续在被占领巴勒斯坦领土全境不断进行，而且以色列总理及该国政府其他代表仍然不接受要求停止这种活动的ES-10/2号决议的规定，

意识到鉴于秘书长的报告所述的以色列政府的立场，大会应再次审议该局势，以期按照大会1950年11月3日第377A(V)号决议向联合国会员国作出其他适当建议，[可访问http://www.un.org]，

(1) 谴责以色列政府不遵守大会第十届紧急特别会议ES-10/2号决议的要求；[……]

(6) 建议会员国积极阻止直接帮助在包括耶路撒冷在内被占领巴勒斯坦领土的任何建筑或发展以色列定居点的活动，因为这种活动违反国际法；

(7) 要求占领国以色列就在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土的非法定居点生产或制造的货物向会员国提供必要资料；

(8) 强调所有会员国为确保其作为会员国所享有的权利和利益，均应忠诚地履行依照联合国宪章的规定所承担的义务；

(9) 强调一贯违反和严重侵犯1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》而引起的责任，包括个人责任；

(10) 建议《关于战时保护平民的日内瓦公约》的缔约国举行会议，审议在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内履行《公约》的措施，按照共同条款第1条确保其受到尊重，并请秘书长在三个月内就此事提出报告；[……]

4. 联合国秘书长报告

[**资料来源：**联合国，A/ES-10/16与S/1997/798，1997年10月14日；可访问http://www.un.org]

以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

秘书长依照大会ES-10/3号决议提交的报告

(1) 导言

(a) 本报告是依照1997年7月15日大会第十届紧急特别会议通过的ES-10/3号决议提交的。[……]

(b) 为履行我提交报告的职责，1997年7月31日，我向瑞士常驻联合国观察团发出一份普通照会，请瑞士政府以《关于战时保护平民的日内瓦公约》保存国身份，在适当时候向我提供必要的资料。

(2) 瑞士政府提供的资料

(c) 1997年10月7日，瑞士政府向我转交以下资料：

“针对秘书长的照会，瑞士政府向《日内瓦第四公约》的188个缔约国征求了意见。向各缔约国发出的照会特别指出：

‘《第四公约》缔约国在考虑向其提出的建议之后，有责任决定希望如何采取后续行动。作为保存国瑞士政府希望了解其看法。因此，本大使馆谨请贵部提出意见并请贵部提交有关对 ES-10/3 号决议可能采取何种后续措施的评论，包括有关依建议举行会议和会议可能取得何种成果的评论’。

“到目前为止，已有 53 个公约缔约国对征求其意见的照会发出书面答复。

其意见如下：[接着是各国意见列表，包括：]

- 一个国家表示该国‘不反对有关各方的专家举行会议，以讨论目前巴勒斯坦领土人道主义问题的建议’。该国还认为‘另一个可能采取的措施……是有关各方向国际实况调查委员会提出呼吁（《1977年第一号附加议定书》第90条）。委员会有能力通过斡旋鼓励恢复对《1949年公约》采取尊重态度’。在这方面，该国认为‘以色列未加入《1977年第一号附加议定书》这一事实并不妨碍委员会特别解决这个问题’。该国认为，‘采取这两个措施中的任何一个都是积极步骤，都有助于巴勒斯坦领土人道主义局势的正常化’。[……]
- 一个国家认为，‘鉴于中东局势微妙’，最好‘等待为恢复和平进程正在作出的努力取得进展，尤其是目前正值直接有关各方计划近期举行会议’。
- 一个国家表示希望‘尽力与其他国家政府交换意见，以确保在目前阶段举行会议不会使以色列和巴勒斯坦关系更加紧张，不会危及脆弱的已受到突发暴力威胁的和平’。[……]

“同样，阿拉伯国家联盟秘书长的来信表示，‘所有阿拉伯国家都赞同瑞士政府关于举行这种会议的信件的内容’，在随后的一封信中还表示‘阿拉伯国家希望尽快举行这次会议以捍卫巴勒斯坦人民的利益’。

“最后，欧洲联盟理事会主席团表示，作为《日内瓦公约》缔约国的欧洲联盟成员国已‘授权主席团转交15个成员国有关举行会议的ES-10/3号决议第10段后续行动的联合答复’。各成员国在联合答复中表示它们‘认为除非认真筹备，在目前情况下，近期举行会议可能引起更多的复杂情况’。因此各成员国建议‘在举行缔约国会议之前，应探求是否有可能举行受命研究政治和法律状况的专家会议。专家会议还可以研究缔约国会议的更广泛影响’。

“在收到这些集体答复时，保存国为求清楚和准确，表示希望有关国家尽可能单独提出答复。其中一些国家接受了保存国的请求，单独提交了答复，已列入上述53个国家，这些答复与这些国家所属机构的答复大体相同。”

5. 联合国大会第ES-10/4号决议

[**资料来源：**联合国文件A/RES/ES-10/4(1997年11月19日)；不包括脚注；可访问http://www.un.org]

大会决议
[未经发交主要委员会而通过 (A/ES-10/L.3 和Add.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行为

大会，

收到了秘书长按照其1997年7月15日ES-10/3号决议第10段提交的报告，[……]

重申ES-10/2和ES-10/3号决议内提出的要求，[……]

获悉秘书长的报告内载有《日内瓦公约》缔约国对瑞士政府以该公约保存国资格发出的照会作出的答复以及《日内瓦公约》许多缔约国通过不结盟国家运动协调局主席，阿拉伯国家联盟秘书长和欧洲联盟理事会主席的来信作出的集体答复，[……]

严重关切中东和平进程不断恶化和达成的协议没有执行，

重申以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的一切非法行动，特别是定居活动及其所造成的实际结果，不论岁月消逝多久，均不能得到承认，

回顾大会遵照所有联合国有关决议和宣言，不接受一切形式和表现的恐怖主义，[……]

(3) 重申它向《关于战时保护平民的日内瓦公约》缔约国提出的建议，请它们在国家一级或区域一级采取措施，履行其根据该公约第1条应负的义务，确保占领国以色列遵守该公约，并重申它向会员国提出的建议，请它们积极阻止有助于在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内建筑或发展任何以色列定居点的活动，因当这些活动都是违反国际法的；

(4) 还重申建议《日内瓦公约》缔约国召开一次关于在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土执行该公约的措施问题会议，以及确保它依照共同条款第1条受到尊重；

(5) 建议瑞士政府以《日内瓦公约》保存国资格采取必要的准备步骤，包括召开一次专家会议，以便尽快但最迟在目标日期1998年2月底落实上述建议；

(6) 请瑞士政府邀请巴勒斯坦解放组织参加上述会议和该次会议的任何筹备步骤；[……]

6. 新闻稿，1998年6月专家会议

[**资料来源：**联邦外交部，瑞士，日内瓦，1998年6月11日，可访问：http://www.dfae.admin.ch/eda/e/home/recent/press.html]

关于《日内瓦第四公约》适用的专家会议

1998年6月9日至11日，在日内瓦附近的萨拉新 (Sarasin) 山庄召开了适用《日内瓦第四公约》的专家会议。会议由瑞士主持，红十字国际委员会会的代表参加。借此机会，瑞士联邦总统弗拉维奥·科蒂 (Flavio Cotti) 会见了代表，并表示支持瑞士政府在这个重要事项上所做的努力。

鉴于联大紧急特别会议的各项决议，作为《日内瓦公约》的保存国，瑞士在与各缔约方，尤其是相关国家及组织进行了广泛协商后，主持召开了这一次会议。

会议是瑞士建议的两项措施的第一部分。第二项措施是到7月初，建议召开《日内瓦公约》缔约方关于《日内瓦第四公约》的问题的专家会议 (一般问题，尤其是在被占领土的问题)。预计将于1998年初秋举行。

参加于萨拉新山庄召开的各方同意进行私下讨论，并联合召开这次新闻发布会。

已经提出关于《日内瓦第四公约》的适用这一主要事项。关于《日内瓦第四公约》的执行及其与中东和平进程与安全环境的关系出现了重大的概念性分歧。

讨论坦诚并富有建设意义，是在相互尊重与理解的精神中进行的。以色列与巴勒斯坦代表同意瑞士在会议中提出的关于此事项3个原则：

- 有助于真正促进在现场对国际人道法的尊重；
- 避免国际人道法的政治化；以及
- 支持中东的和平进程

各方交换了关于建立机制的可行性、并采取具体措施执行《日内瓦第四公约》的观点。所有代表团均确认，《日内瓦公约》是国际社会的一个核心价值，必须受到遵守。

为了继续对话——各方同意再次开会，考虑可以推动《日内瓦第四公约》受到尊重的意见与建议。

7. 主席报告，1998年10月专家会议

[**资料来源：**《日内瓦第四公约》缔约方会议，关于《日内瓦第四公约》的专家会议，日内瓦，1998年10月27日至29日；可访问：http://eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/49c.html]

关于《日内瓦第四公约》的专家会议
日内瓦，1998年10月27日至29日
主席报告

一、介绍

1998年10月27日至29日，在日内瓦召开了1949年《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》（《第四公约》）的专家会议。召开会议旨在探讨关于适用《第四公约》的基本问题——一般问题，尤其是在被占领土的问题——，考虑采取措施以克服这些问题，以及审查执行这些措施的必要手段。

《日内瓦第四公约》的118个缔约方以及15个观察员派代表参加了这次会议。红十字国际委员会为代表提供了会议报告。

在与《日内瓦第四公约》缔约方以及与之有密切联系的组织进行了长期磋商以后，瑞士政府主持召开了这次会议。作为一揽子措施中的一部分；我们须记住通过联大紧急特别会议向各缔约方传达的信息。

在开始声明中（见本报告附件），主席指出，在此次会议是否构成联大第ES-10/5号决议第三段所提议的会议的初步步骤这一问题上，有几个代表团表达了不同的观点。他强调，瑞士政府认为，此次会议的举行不应专用于任何特定情势，不应损害缔约方执行联大第ES-10/5号决议或联大未来在此问题上可能作出的建议。确实，缔约方应当评估此次会议的结果，并考虑后续行动的合理性及其模式。在会议进行的过程中，有几个代表团稍后援引了自己在这个问题上的观点和具体例子。另外，还援引了具体地区的情况来解释属于《日内瓦第四公约》适用的一般性问题。在引述这些例子以及其自己的例子时，他们不仅仅简单阐述基本问题，这时，主席打断了他们，提醒他们注意大会规则。主席在开始声明中宣布，这个报告既不提具体情况，也不援引特定地区的情形。

主席还强调，专家会议虽与在1998年1月召开的国际人道法第一次定期会议主题相近，但并不构成定期会议的一部分。专家会议既不是在红十字与红新月运动的框架中召开的，也不是在联合国的赞助下召开的。此外，考虑到支配会议的主要原则，不要求与会者进行选举程序、投票或作出任何决定。

主席通知参会代表团关于巴勒斯坦代表团与南斯拉夫联盟共和国代表团的参会问题，经磋商，达成与1995年红十字与红新月第26届国际会议以及1998年1月国际人道法第一次定期会议相同的决议。

在开始声明中，主席宣读关于巴勒斯坦问题的意见，并发放至所有与会者。应巴勒斯坦代表团的要求并依据与主要相关代表团的协议，主席对包括术语〝巴勒斯坦〞在内的事项作了澄清。这些澄清附在在报告附件中。

南斯拉夫联盟共和国的声明也发放给代表团。克罗地亚共和国的代表团，前南斯拉夫马其顿共和国、斯洛文尼亚共和国也为与会者准备了声明。这两份声明都在附件中。

会议结束时，主席发表了他对讨论的总结。这份总结——指出了关于适用《日内瓦第四公约》的基本问题——一般问题，在被占领土的特殊问题——，考虑了诸多旨在克服这些问题的可能措施，并分析了执行这些措施所需要的方式。总结是主席对会议的个人说明，对与会代表团并无约束力。

* * * * *

二、主席总结

(一) 辨识出的一般问题

它源自观点的交流与讨论，它不是阻止《日内瓦第四公约》适用的技术性问题，而是关于其适用性的基本政治与法律争议：

- 在今天的武装冲突中，平民之所以苦难深重，常常不仅是因为《日内瓦第四公约》包含的义务没有得到遵守，同时因为对其可适用性及其适用的期间存在政治与法律争议。有关缔约方否认国际性武装冲突的存在（或武装冲突没有超出警察行动或反恐斗争的程度），或对特定领土的法律地位存在争议，或主张公约在诸多事项上缺乏明确性等等都导致这些问题的产生；
- 依据公约第1条，缔约方确保遵守公约规则的义务常常屈服于政治考量；
- 武装冲突各方没能在建立保护区域上达成一致。

(二) 辨识出的对《日内瓦第四公约》的违反

考虑到以上一般问题，下面列出的是与会者辨识出的对《日内瓦第四公约》具体违反。在许多近期的武装冲突中，以及在被占领土，平民不仅成为敌对行为的受害者，而且成为它们的实际目标，这些具体问题因而产生：

在一般的武装冲突中：

- 杀人、酷刑、强奸、掠夺、扣押人质；
- 缺乏正当的安全原因而迁移平民；
- 违反避难者不被驱逐的原则而遣返外国国民，或在非人道条件下监禁他们；
- 侵犯家庭权；
- 拒绝给平民受害者提供人道援助或拒绝宗教人士接近他们，尤其是儿童、妇女、老年人与需要医疗救助者；
- 遣返或驱逐平民，作为种族清洗的一部分；
- 使用杀伤人员地雷来恐吓平民或阻止他们安全返回；
- 破坏医院与宗教场所；
- 没有正当军事理由而破坏财产；
- 破坏环境。

在被占领土：

- 破坏被占领土的经济与社会结构，不尊重当地习俗，用占领国的法律代替以前生效的法律；
- 限制当地人口与外部世界联系，这样会妨碍被占领土的思想、经济与结构发展；
- 破坏文化遗产；
- 既非因平民自身的安全考虑，又无必要的军事考虑而驱逐及迁移平民；
- 肆意拘禁；
- 并非因军事行动的绝对需要而没收及破坏财产；
- 将占领国自己的部分人口转移至被占领土，这构成对领土的渐进兼并；
- 粗暴对待平民或施行暴力，如强奸、酷刑、立即执行死刑以及集体惩罚措施——有时是持续性的。

(三) 缔约方提出旨在解决问题、避免未来违法的主要措施

在辨识了对《日内瓦第四公约》的违反的基础之上，专家会议的与会者分析了可能的解决方法的各个方面，并分析了执行这些方法的适当措施。与会者提出了旨在克服所遇到的问题、并阻止未来违法的一系列具体措施。其中一部分措

施明确要求缔约方竭尽全力保证全面遵守《日内瓦第四公约》（在一般武装冲突中，尤其是在被占领土）。与会者一致同意强调更好执行这些措施的必要性。所讨论的措施如下：

- 确保在任何情况下，武装冲突的各方，包括占领者与被占领土的居民，遵守人道原则以及人类所享有的尊严；
- 认可《日内瓦第四公约》的人道目标，即保护武装冲突期间的平民，以及在占领的情况下，绝不能通过对公约的可适用性予以不当的限制性解释，来危及其人道目标；
- 依据《日内瓦公约》共同第一条，确保在国际性武装冲突与非国际性武装冲突中完全、不加区别地尊重公约；
- 加入关于在武装冲突期间保护平民的其他国际人道法文件，如1949年《日内瓦公约》的两个附加议定书、经1996年5月3目修正后的《联合国常规武器公约》以及1997年的《禁止杀伤人员地雷公约》；
- 通过外交对话鼓励武装冲突各方尊重《日内瓦第四公约》；
- 在人道对话的传统中——如在第26届红十字与红新月国际大会决定的定期会议的框架下——审查关于适用《日内瓦第四公约》的一般问题；
- 就相关国家或实体组织会议，适当时由一定数量的成员国参加，以便就特定情形进行审查；
- 审查（既包括一般情形，也包括具体情形）在特定情况下缔约方会议的合理性，以确定这些会议是否以及在多大程度上能对提高受害人的命运作出具体贡献；并审查举行与支持这些会议的模式；
- 当安理会依据《联合国宪章》对缔约方严重、有系统地违反公约采取制裁与其他强制性措施以及对受害人予以公正赔偿时，保持合作；
- 在国家层面上起诉个人违反者，支持对犯有战争罪的嫌疑人进行审判的国际努力，包括通过签署《国际刑事法院规约》的方式；
- 在适当的情况下，依据1949年《日内瓦公约》第一附加议定书第90条认可国际实况调查委员会的权限，或利用程序使委员会能够在取得冲突各方的同意后启动调查；
- 制定合适的国家立法防止、惩治对国际人道法的违反，须知红十字国际委员会的咨询服务处的用处；

- 制定规划，在武装部队与平民社会中传播国际人道法，支持红十字国际委员会与各国红十字会与红新月会在此方面的活动；
- 建立一个能使缔约方在传播方面交换意见与经验的机制；
- 鼓励联合国设立一个向维和部队教授国际人道法的规划，作为在各国武装部队中传播国际人道法的范例；
- 建立协助各国政府不同部门实施国际人道法的委员会；
- 支持红十字国际委员会与各国红十字会、红新月会以及提供人道协助的非政府间国际组织的活动。

日内瓦，1998年12月11日
《日内瓦第四公约》专家会议主席
沃特·B·吉哥 (Walter B. Gyger)

8. 联合国大会第ES-10/6号决议

[**资料来源：**联合国，A/RES/ES-10/6,1999年2月24日，不包括脚注；可参见http://www.un.org]

大会决议
[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.5/Rev.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

大会，[……]

(3) 最坚决地重申第十届紧急特别会议通过的上述各项决议对占领国以色列提出的所有要求，包括立即全面停止在阿布古奈姆山的建筑活动和其他一切建立以色列定居点活动以及在被占领东耶路撒冷采取的一切非法措施和行动，接受在法律上适用日内瓦第四公约和遵守安全理事会有关决议，停止和撤销对巴勒斯坦裔耶路撒冷人非法采取的一切行动并提供关于在各定居点生产或制造的商品的资料；[……]

9. 2001年12月5日《日内瓦第四公约》缔约方会议通过的宣言

[**资料来源：**《日内瓦第四公约》缔约方会议通过的宣言，2001年12月5日；可访问：http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc.html]

《日内瓦第四公约》缔约方会议

2001年12月5日

宣　言

1. 本宣言反映了《日内瓦第四公约》缔约方会议与会者的普遍理解。在联合国大会紧急特别会议通过的第ES-10/6号决议的建议下，1999年7月15日召开的会议发表了如下宣言：“缔约方重申《日内瓦第四公约》在巴勒斯坦被占领土的可适用性，包括东耶路撒冷。另外，宣言反复强调了在被占领土充分尊重该公约规定的必要性。考虑到中东局势整体得到改善，大会暂停对以下问题进行考虑，即视人道局势发展的实际协商情况再次举行会议。”

2. 缔约方对人道局势的实际恶化深表关注。他们对大量平民受害者，尤其是儿童和其他弱势群体表示哀悼，不分皂白或不合比例地使用武力与不遵守国际人道法使他们成为受害者。

3. 考虑到1949年《日内瓦第四公约》第1条与联大第ES-10/7号决议，缔约方重申该公约在巴勒斯坦被占领土的可适用性，包括东耶路撒冷，并反复强调了在被占领土充分尊重该公约规定的必要性。通过该宣言，强调了所有公约缔约方（第4-7段）、冲突各方（第8-11段）与作为占领国的以色列（第12-15段）各自的义务。

4. 与会的缔约方要求各方，不论是否直接卷入冲突，在所有情况下都要遵守并确保遵守《日内瓦公约》，传播公约，并采取必要措施组织、惩治对公约的破坏。他们重申了依据《日内瓦第四公约》第146条、第147条与第148条，缔约方的刑事制裁、严重破坏与责任的相关义务。

5. 与会缔约方强调《日内瓦第四公约》充分考虑了迫切的军事需要，应在所有情况下予以尊重。

6. 与会缔约方发现，有必要关注涉及没有积极参与敌对行为之人的人道规则，他们不应受到歧视，并应当受到人道待遇；有必要关注禁止在任何时间、任何地点，对生命、人身实施的任何暴力行为、酷刑、侵犯人的尊严以及肆意或司法外处决。

7. 与会缔约国表达支持人道救济社团的努力，以确保伤员与病员得到协助，支持红十字国际委员会、联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 与其他公正的人道组织的行动。他们还支持联合国人权事务高级专员与联合国特别报告员的努力以测评实际情况，他们同时注意人权事务高级专员的报告与建议。

   (E/CN/4/2001/114) 与调查委员会 (E/CN/4/20001/121)。[可访问：http://unhchr.ch]

8. 与会缔约方要求冲突各方确保尊重并保护平民与民用物体，在任何时间都需要区分平民与战斗员、民用物体与军事目标。他们还要求各方不要对平民采取野蛮措施与暴力，不论是军事机构，还是民事机构，不要将平民曝露于军事行动前。

9. 与会缔约方要求冲突各方在任何时间都要保护医疗服务机构的固定及移动设施，便利人道救济社团的实际行动，包括确保他们的救护车与医护人员通行自由，并确保对他们的保护。

10. 与会缔约方要求冲突各方便利红十字国际委员会在其由《日内瓦公约》、联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 与其他公正的人道组织授予的特别角色上采取的行动。他们认可并支持他们评估、提高实际人道情况的努力。他们邀请冲突各方与独立、公正的观察机构合作，如希伯伦市临时国际存在 (TIPH)。

11. 与会缔约方要求冲突各方考虑1998年缔约方专家会议提出的新方案，解决《日内瓦第四公约》的执行问题，以及任何情况下尊重并确保尊重国际人道法规则，在直接对话的框架下合作，包括调查与调节程序。他们鼓励冲突各方所支持的，运用独立公正的观察员来进行监督——包括对《日内瓦第四公约》的违反——的任何安排与协议，以此作为保护与信任建立措施，旨在确保人道规则的有效性。

12. 与会缔约方要求占领国完全、有效的在被占巴勒斯坦领土尊重《日内瓦第四公约》，包括东耶路撒冷，并不要破坏公约。他们重申，在上述地区建立并扩大定居点是非法的。他们要求维护并保证所有居民享有去圣地的权利与机会。

13. 与会缔约方要求占领国立即停止任何涉及《日内瓦第四公约》第147条提到的严重破坏的行为，如非法、任意的实施故意谋杀、酷刑、不法驱

逐、任意剥夺公平、正常的审判权、缺乏正当军事必要性的大规模破坏与没收财产。与会缔约方忆及，依据第148条，缔约方不可以自我免除其因严重破坏行为产生的责任。与会缔约方同时提醒占领国依据《日内瓦第四公约》第29条承担的对待受保护之人员的责任。

14. 与会缔约方还要求占领国不要对公约有任何破坏，尤其是报复被保护之人及其财产，集体惩罚、对自由迁移的不正当限制，并要求占领国人道对待被保护人之人，不应基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出生或财产或其他相似标准而进行不利的区分。

15. 与会缔约方还要求占领国便利红十字国际委员会与联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 及其他公正的人道组织的救济行动与自由通行，确保对他们的保护，以及在可适用的领域，对这些组织免于征税以及免于施加不当的经济负担。

16. 与会缔约方强调，对《日内瓦第四公约》与国际人道法的普遍尊重对提高实际的人道状况以及实现公正、持续的和平至关重要。与会缔约方呼吁冲突各方通过谈判结束冲突，依据可适用的国际法解决他们的争议。

17. 与会缔约方欢迎并鼓励各国,单个或集体的,依据公约第1条提出的动议，目的是确保遵守公约，他们强调各方采取行动执行本宣言的必要性。

18. 与会缔约方对《日内瓦第四公约》保存国的良好服务与工作表示感谢。

10. 联合国大会第ES-10/10号决议

[**资料来源：**联合国，A/RES/ES-10/10,2002年5月7日，可访问http://www.un.org]

大会决议
[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.9/Rev.1)]

以色列在被占领东耶路撒冷及其余被占领巴勒斯坦领土内的非法行动

大会，[……]

(5) 要求通过国家、区域和国际三级的具体行动执行2001年12月5日在日内瓦重新召开的日内瓦第四公约缔约国会议通过的宣言，以确保占领国以色列尊重该公约各项条款；[……]

11. 联合国大会第ES-10/15号决议

[**资料来源：**联合国，A/RES/ES-10/15,2004年8月2日，可访问http://www.un.org]

国际法院对在被占领巴勒斯坦领土包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙的法律后果发表的咨询意见

[参见**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 [比较A.国际法院，修建隔离墙的法律后果，第1158页。]

大会，[……]

恭敬地收到国际法院2004年7月9日发表的对在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，[参见**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，第1158页。]

[……]

(3) 吁请联合国所有会员国履行咨询意见中提及的法律义务；

(4) 请秘书长就咨询意见第152段和153段建立登记册，登记所有有关的自然人和法人遭受的损失；

[……]

(7) 吁请1949年《日内瓦第四公约》所有缔约国确保以色列尊重该公约，并邀请瑞士政府作为日内瓦四公约11的保存国，进行协商，并就此事向大会报告，包括说明是否可能恢复日内瓦第四公约缔约国会议；

[……]

讨 论

1. (1) 《日内瓦公约》共同第一条给缔约方施加的“确保尊重”国际人道法的要求是什么？联大要求以色列接受《日内瓦第四公约》在法律上的可适用性并要求它尊重条约的规定是否允许缔约方以令人满意的方式履行共同第一条的义务？即便以色列不遵守这些决议？

(2) 缔约方如何执行第一条？它们如何“确保尊重”公约？为了行动符合第一条，它们必须采用什么方式？它们可以采用什么方式？它们不能采用什么方式？

(3) 你如何看待用公众意见对不履行义务的缔约方施加压力？政府间组织或非政府间组织的秘密或公开方法呢？如果这些方法失败了，怎么办呢？

(4) 如果缔约国在其领土上支持或授权人民违反国际人道法，该国是否违反了第一条？

(5) 依据第一条，缔约国是否必须或可以禁止因违反《日内瓦第四公约》第49条第6款而建立的定居点生产的以色列产品（如前文文件8第3段所建议的）？

(6) “尊重并确保尊重”公约的这一义务是否仅仅源自公约？或者它同时是国际人道法的一项基本原则？还是条约法的一项基本原则？这一原则是否适用于所有多边条约？(参见**案例130**，国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [比较第22段]，第1359页。)

2. (1) 联大决议的法律价值是什么？在对“联合一致共策和平”决议（1950年11月3日第377（V）号决议；可访问：http://www.un.org/Depts/dhl/landmarks/amajor.htm）的援引中，联大宣布，在安理会因常任理事国投否决票而瘫痪时，它将行使后者的职能，这一主张是否增强了它的法律价值？这是否意味着公约缔约方不需要遵守上述文件3第10段中的建议？每个缔约国是否没有遵守公约的单独义务？

(2) 联大是否本应提醒缔约方的公约义务？联合国，既不是公约的缔约方，也非这些公约预计的执行机构，它要求适用共同第一条是否足够？（比较《第一附加议定书》第89条。）

3. 对所有缔约方关于公约的想法，为什么瑞士做了两次初步调查？在公约的执行方面，保存国的角色是什么？ 在违反公约方面，保存国是否有特殊角色？保存国是否可以主持召开缔约方会议？依据公约？依据《第一附加议定书》呢？（比较《第一附加议定书》第7条、第97条与第98条）在什么情况下以及为了什么目的？

4. (1) 对于公约被遵守，缔约方是否没有法律利益？不采取行动“确保尊重”国际人道法是否违反第一条？

(2) 缔约方希望要求国际实况调查委员会介入的法律主张是否合理？（比较《第一附加议定书》第90条与上述文件4）每个缔约方是否均有义务在违反发生时要求国际实况调查委员会进行调查？至少在国际实况调查委员会有管辖权的情况下？这一请求是否是第三方满足共同第一条义务的一种方式？在本案中，国际实况调查委员会可以做什么？是否需要确定一些事实？

(3) 有些国家担心和平进程的负面影响，你如何看待这些国家的的回答？它们担心这种影响，是否因为会议可能考虑对和平进程重要的问题？（比较上述文件4）或者它们担心，讨论公约的遵守问题将导致国际社会对主要目的，即和平进程，视而不见？遵守国际人道法是否可以替代和平？在对国际人道法的违反无法得到纠正的情况下，持久的和平是否是个现实的选择？

5. (1) 1998年6月与10月召开的会议的目的是否是执行联大决议提出的要求？它们是否违反了这些决议？它们是否有用？（比较上述文件6与7）

(2) 1998年10月的会议是否带来新的结论或者提出了超出现存国际人道法的建议？（比较上述文件7）

6. (1) 共同第一条是否必须由各缔约方独立地予以执行？可以被独立执行的措施是什么？依据第一条，联合采取措施是否必要？如何最有效地组织这种联合？

(2) 依据第一条，缔约方会议是否是联合采取的措施的有用工具？这样的会议，其危险与机会是什么？

(3) 公约是否预见到组织召开所有缔约方的会议？《第一附加议定书》呢？（比较《第一附加议定书》第7条。）这样的会议是否可以处理特定语境的问题？条约法是否预见到组织召开所有缔约方的会议？缔约方是否有义务参加？在这些会议中，他们能作出有约束力的决定吗？

(4) 如果以色列不参加，文件12提到并设想的会议是否可以、以及必须召开？这些会议的目的是否是讨论以色列的违反行为或第三国的义务？

(5) 2001年12月的缔约方会议是否带来新的结论或者提出了超出现存国际人道法的建议？它对中东局势是否产生了预期的影响？如果所有缔约方都参加，它是否能产生更大的影响？（比较上述文件1）

(6) 这次会议以后通过的联大决议与要求适用公约的宣言是否具有更大的法律价值？它是否具有更大的影响？（比较上述文件10）

(7) 文件11所设想的会议的目的是什么？

三、第三国的立场

案例119，英国，关于《日内瓦第四公约》可适用性的立场

案 例

[**资料来源：**摘自《英国国际法资料》，《英国国际法年刊》，第LXIX卷，1998年，第598-600页。]

以下评论由外交部副法律顾问M.依顿(M.Eaton)先生在1998年10月27日至29日召开的《日内瓦第四公约》人道法专家会议上提出：

与《日内瓦第四公约》执行有关的最大问题是拒绝承认它的可适用性。正如红十字国际委员会所说："在面临应当适用公约的情况时，缔约方几乎总是援引一些它不具可适用性的理由。"

"在二十世纪的绝大多数时间，遵守交战占领法的记录都很差。主要问题是国家根本不愿意承认法律具有适用性。"此言甚当。这不仅仅是占领的单一情况——这是一个广泛传播、长时间存在的现象。但是，由于当前这里有一个经常被提及的特别占领情况，我愿意宣布，关于《公约》对1967年后以色列占领领土在法律上的可适用性，英国政府的立场是广为人知的，不需要反复强调。

不幸的是，《日内瓦第四公约》的可适用性经常因涉及领土的所有权而深受困扰。如果法律的可适用性取决于有待解决的所有权，那么，它几乎永远无法适用。

事实上，法律并没有将被占领土在占领前属于被取代的主权者作为一个前提条件。这似乎可以从《日内瓦第四公约》第2条第2款的规定中看出。该款规定："凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。"

但是，这不是适用的主要标准；相反，它扮演辅助角色。主要规则在第2条第1款中："本公约适用于一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突。"

所以，如果在武装冲突期间，一个国家在军事上控制了冲突前非由它控制的一个地区，《公约》具有可适用性，不论关于所有权存在什么样的争议。

重申一条非常著名、但仍经常不被遵守的国际人道法原则：国际人道法的适用与正义、过错以及冲突的起源没有关系。唯一的问题是，是否存在武装冲突，

国际性的，还是非国际性的？如果存在，国际人道法的相关规则应予适用。当然，这个问题本身并不总是很容易回答，但我的意见是，国际人道法的适用取决于占领的事实情况。不论关于领土抑或冲突方地位的法律观点如何，为了处于这一局势下的平民的利益，有必要适用之。《公约》的起草者尽力排除这些观点。它们仍然被用来为不予适用提供正当依据，是令人悲哀的。

请允许我回忆在1974－77外交大会第三次委员会会议上《第一附加议定书》的谈判过程[……]；当时，有提议将占领定性为固有错误。

这一提议受到报告员，美国大使乔治·奥尔德里奇 (George Aldrich) 的反对，他提请注意，美国、法国、苏联与英国是柏林的占领国，他没有发现这有任何错误。该建议遂被摒弃。

所以，占领本身并不违反国际人道法（我将其他法律问题，如使用武力放在一边）。占领者拒绝在被占领土全面适用国际人道法规则才是法律问题所在。除了无法适用外，法律不存在特别缺陷。

这样说容易；但是将之付诸实践则是难事，因为《日内瓦第四公约》与《第一附加议定书》都没有建立独立的仲裁者来确定它们何时应被适用。这不是红十字国际委员会的工作。确实，国际社会与缔约方，单独或集体的，应当将所想的说出来。但是，在任何一个特定占领情况下，它最终取决于有关缔约方的政治意愿。

当然，当《公约》得到自愿适用，以及在其法律适用 (*de jure* application) 存在争议时《公约》得到实际适用 (即便是部分适用) 是值得欢迎的。平民得到实际上的保护是最为重要的事情。但是，它部分或全部取决于一个总是可以撤回的同意，因此，始终不可能是法律适用的满意替代。

最后，有建议指出，交战占领法在本质上是为临时局势而设计的，无法适用长期占领这种类型，而这一类型自1945年以来，相对常见。这一提议具有一定道理。从《日内瓦第四公约》中找出难以适用于长期占领的特定规定是可能的。但是，你用什么代替它？任何认可状态的永久性或给予占领国在那里更大改变权的变化都会导致占领国取代原先主权者的合法化。

所以，本代表团再一次指出，试图制定一个适用于长期占领的新规定，不仅难以做到，而且没有必要。更好地适用现存法律，在我们看来，它们已经有足够灵活。适用中的困难没有无法克服的。

(外交部提供的文本)

讨 论

1. (1) 缔约方如何为不适用《日内瓦第四公约》寻找正当依据？涉及领土所有权的争议是否是不适用《日内瓦第四公约》的一个正当理由？（比较公约共同第2条。）

2. 说占领本来就是不对的能否成为现实的解决方法？

3. 由第三国决定《日内瓦第四公约》何时适用能否解决定性的问题？决定是否取决于有关占领国的政治意愿？

4. (1) 是否应当修改《日内瓦第四公约》以使之适应长期占领？为什么应当？或为什么不应当？

   (2) 你是否同意现存法律有“足够灵活”，既涵盖短期占领、也涵盖长期占领？

案例120，瑞士，禁止从以色列被占领土驱逐人员

[**资料来源：**"战争法"，载《瑞士国际法年刊》，1989 年，第 248 页；原文是法语，英文文本为非官方翻译。]

10.2禁止从被占领土驱逐人员。《关于战时保护平民的日内瓦公约》在以色列占领领土的可适用性。

以下是国际公法理事会作出的记录。它关于将4名巴勒斯坦人从西岸与约旦驱逐至黎巴嫩的合法性问题。

1. 尽管安理会于1988年1月5日一致通过第607号决议，要求以色列不要从被占领土驱逐巴勒斯坦平民，并履行1949年12月《关于战时保护平民的日内瓦公约》（以下简称《日内瓦第四公约》）施加的义务，以色列当局还是将4名巴勒斯坦人从西岸与约旦驱逐至黎巴嫩。

   于是出现了依据国际法，尤其是《日内瓦第四公约》，这项措施是否合法的问题。为解决这一问题，首先必须考虑[该公约]是否适用于自1967年就被以色列占领的领土。

2. 以色列总是对《日内瓦第四公约》在被占领土上的可适用性提出异议，其出发点是对公约第2条第2款的字面解释，该款规定如下：

   凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。

以色列的观点是，在占领的情况下，这一法律文件仅仅适用于被驱逐的当权者享有合法主权，而约旦王国不属于这一情况，因为从1950年至1967年间，约旦王国违反1949年停战协议兼并了西岸。

与此相反，国际社会的绝大部分成员（包括美国）一致坚持，依据公约第2条第1款，公约在法律上具有可适用性。该款规定如下：

> 本公约适用于两个或两个以上缔约国间所产生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。

然而，《日内瓦第四公约》缔约国（以色列与约旦）之间的冲突（"六日战争"）恰恰造成以色列占领西岸的结果。那一解释，实质上基于《公约》的目的——对没有参加敌对行动的平民予以保护——被第4条进一步证实，该条规定如下：

在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。

因此，《日内瓦第四公约》在被占领土适用于非以色列公民的观点被广泛接受。巧合的是，1907年10月18日《海牙第四公约》第42条对占领做了定义：领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。

然而，《日内瓦第四公约》在法律上的可适用性似乎只是一个理论问题，由于以色列一直宣布它有意在被占领土事实上适用之，它有可能无法得到解决。1987年12月16日，以色列代表向安理会重复了这一宣布。他说，自1967年我们就已经决定各项行为在事实上符合该公约的人道规定。

所以，必须考虑将4名巴勒斯坦人从西岸与约旦驱逐至黎巴嫩是否构成对《日内瓦第四公约》的违反。

3. 《日内瓦第四公约》第 49 条第 1 款特别禁止个别或大规模的强制转移，同时禁止驱逐往占领国之领土或任何其他被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何。这是绝对的禁止，不允许例外，不同于第 2 款规定的减损情况（如因居民安全或迫切的军事理由，有此必要，占领国得在一定区域施行全部或部分之撤退）。第 78 条消除了对这样的决定的合法性仍可能存在的怀疑：

> 如占领国由于迫切的安全理由认为对被保护人需采取安全措施时，至多得置之于指定居所或加以拘禁。

换言之，法律与秩序的维护不能为在此方面采取任何措施提供正当依据，即便是针对激进分子。强制撤退尤其是公约所禁止的措施。在这一语境下，不应忘记，明确禁止这些行动是因为二战期间的悲惨经历。仅仅涉及驱逐而非集体撤退的事实不能改变它们的法律性质。上述第49条禁止任何个别或大规模的强制转移。

尽管《日内瓦第四公约》保留了占领国将人民受制于刑事规定的权力，如果它认为对领土的有序统治至关重要，但是，占领国制定与执行的刑事规定不能为明确禁止驱逐制造任何障碍。

因此，通过驱逐4名巴勒斯坦平民——不论他们是否是煽动者——以色列似乎违反了《日内瓦第四公约》。另外，这是对公约的严重破坏，因为第147条将非法驱逐或转移视为严重破坏公约的行为。正是在这样的条件下——严重破坏——红十字国际委员会才公开谴责了以色列的近期决定。

联邦外交部国际公法理事会记录，1998年1月20日

[未出版的文件]

四、非政府组织的报告

案例121，大赦国际，违反区分原则

案 例

1. “大赦国际”报告呼吁巴勒斯坦武装团体停止杀害平民

[**资料来源：**大赦国际报告，“呼吁巴勒斯坦武装团体停止杀害平民” AL INDEX: MDE 15/104/2002，新闻发布，2002年7月11日；可访问：http://www.amnesty.org]

新闻发布——AL INDEX: MDE 15/104/2002

2002年7月11日

[……]

自2000年9月“阿尔——阿克萨”起义 (Al-Aqsa intifada) 以来，至少有2000名平民，大多数是以色列人，在巴勒斯坦武装团体与巴勒斯坦个人发动的128场袭击中丧生，大赦国际在加沙发起的报告中如此记载。

题为“不加区分：巴勒斯坦武装团体对平民的攻击”的报告是自起义以来该组织就地区人权情况发表的第7份重要报告。

“不论战斗的原因是什么，都没有直接攻击平民的正当理由。”“大赦国际”如是说。

受害者从5个月大的婴儿一直到老年人。年龄最大的是90岁的查那·罗根 (Chanah Rogan)。2002年3月27日，在涅坦亚的一家酒店的移交庆典中，她遭遇空袭身亡。大多数遇害者死于以色列境内发生的自杀性爆炸，在350名丧生平民中有184名死于此因。

巴勒斯坦武装团体为袭击以色列平民提供了许多原因，从报复以色列杀害巴勒斯坦平民到与占领国斗争。其他理由包括犹太定居者不是平民或者袭击平民是唯一能对强大敌人产生影响的方法。

依据国际法，袭击平民没有理由。将平民作为攻击目标违反了国际法所规定的基本人道原则，这项原则不论何时，不论何种情况均应适用。“大赦国际”毫无保留地谴责了对平民的攻击，不论攻击者对他们的行为赋予什么样的原因。

“平民永远不能成为攻击的焦点，不论是以安全，还是以自由的名义。我们呼吁所有巴勒斯坦武装团体的领导立即、无条件的停止攻击平民，”“大赦国际”这样强调。

该组织敦促巴勒斯坦当局逮捕命令、计划或实施攻击平民的人，并将之绳之以法。巴勒斯坦当局与以色列有采取措施阻止袭击平民的义务。这些措施必须始终符合国际人权标准。

“大赦国际”还呼吁以色列确保其所有针对涉嫌参与攻击平民的武装团体与个人的行为符合国际人权与人道法的标准。“大赦国际”呼吁国际社会协助巴勒斯坦当局改进其刑事法律体系的效力，促进其符合国际人权标准，尤其是提供国际专家，对攻击平民的调查与针对负责人的法律程序提出建议、展开监督。

越来越多的巴勒斯坦人相信，以平民为攻击目标是错误的。“大赦国际”欢迎巴勒斯坦人与其他人士一起公开谴责对平民的攻击，敦促巴勒斯坦人与全世界人民一道呼吁武装团体停止攻击平民。

背　景

多年来，“大赦国际”记录、并谴责以色列在被占领土针对巴勒斯坦人的违反国际人权与人道法的行为。这些违反包括非法杀害、法外处决、酷刑与虐待、任意拘留与集体惩罚，如惩罚性封闭区域及破坏家园。

据估计，自2000年9月29日以来，巴勒斯坦武装团体与可能不代表某个团体的巴勒斯坦个人杀害了350余名平民，其中有60多个受害者是儿童，64名受害者是超过60岁的老年人。

“大赦国际”在这份报告中研究，在128起致命性攻击中，有25起由实施者将爆炸物捆绑在自己身上，其本人也在攻击中丧生。还有6次，平民由被埋的、被投掷的或射击的爆炸物致死。其他事件涉及枪击与刺伤。

大量袭击发生在被占领土上。尽管发生在以色列境内的袭击要少的多，但他们声称350名遇害平民中有210人是以色列人。

据报道，在“大赦国际”调查的128起致命性攻击中，武装团体声称承担责任的约有一半。涉及的主要组织有“依兹艾尔丁”(Izz al-Din)、“艾尔卡萨姆旅”(al-Qassam Brigades) (哈马斯)、“阿科萨烈士旅”(Al-Aqsa Martyrs Brigage)、“巴勒斯坦伊斯兰杰哈德”(Palestinian Islamic Jihad) 与“巴勒斯坦人民解放阵线”(Popular Front for the Liberation of Palestine) (PLPF)。

联大认可人民反抗外国占领的斗争具有合法性，这是他们在行使自决权与独立权。但是，国际法要求冲突各方始终要在平民与积极参与敌对行为的人之间作出区分。他们必须竭尽全力保护平民免受伤害。

2. 大赦国际：《不加区分》

[**资料来源：**大赦国际：以色列、被占领土与巴勒斯坦当局，《不加区分——巴勒斯坦武装团体攻击平民》。AL INDEX: MDE 02、003、2002，2002年7月11日。没有复制脚注；可访问：http://www.amnesty.org]

[……]

违反国际人道法的基本原则攻击平民

[……]

平民与战斗员

[……] 巴勒斯坦武装团体及其支持者已经指出，禁止攻击平民并不适用于被占领土的定居者，因为依据国际人道法，定居点是非法的；因为定居点可能有军事功能；因为许多定居者是武装者。

许多定居点确实有军事功能。定居点占加沙地带全部面积的三分之一。每个定居点都有军事基地，并被重兵把守。尽管加沙定居点的军事化程度最高，西岸的部分定居点也有一些军事功能。以色列国防军可能将之作为开展行动的据点，也可以用于拘禁人。许多定居者是武装人员，他们有时攻击巴勒斯坦人，并破坏巴勒斯坦人的房屋及其他财产。然而，这样的定居者是平民，除非他们在以色列武装部队中服役。

“法塔赫”认为攻击被占领土内的定居者是合法的。“法塔赫”总书记马尔万·巴尔古提 (Marwan Barghouti) 对“大赦国际”代表宣布，“法塔赫”认为西岸与加沙的以色列人不是平民，因为“这完全是一个被占领的国家”，巴勒斯坦正在为独立而战。他同时公开宣布，虽然他和“法塔赫”运动反对攻击以色列境内的平民，“我们未来的邻居，我保留保护我自己与反对以色列占领我的国家以及为我的自由而战的权利。”

依据国际人道法的规定，被占领土内的以色列定居点是非法的。《日内瓦第四公约》禁止将平民从占领国领土内转移至被占领土 (第49条第6款)。然而，以色列定居点的非法定位并不影响定居者的平民地位。定居者，与其他任何平民一样，不能作为攻击目标，只有在他们直接参与敌对行为的时候才能失去免于攻击

的保护。(《第一附加议定书》第51条第3款)。与此相似，西岸与加沙的巴勒斯坦居民也是平民，受惠于《日内瓦第四公约》的保护，除非在他们直接参与敌对行为的时候。[……]

讨 论

1. 你如何定性本案所涉及的冲突？这是国际性武装冲突吗？是否存在两个缔约国之间的敌对行为？如果没有，国际人道法为什么适用？因为依据《第一附加议定书》第1条第4款，它是民族解放战争？即便以色列不是该议定书的缔约国？因为以色列对领土的占领？为回答这个问题，知晓该领土属于或过去属于约旦、埃及还是“巴勒斯坦”是否重要？（比较《日内瓦公约》共同第2条，《第一附加议定书》第1条。）

2. (1) 巴勒斯坦武装团体组织的自杀性袭击是否是恐怖主义行动？你如何为“恐怖主义行动”下定义？在国际法中是否存在一个清晰的定义？在国际人道法中呢？在你所在国家的国内法中呢？

   (2) 国际人道法是否禁止恐怖主义？如果恐怖主义没有被特别禁止，它们是否仍被国际人道法中更加一般的规定禁止？哪些规则？（比较《日内瓦第四公约》第33条第1款，《第一附加议定书》第48条与第51条，《第二附加议定书》第4条第2款第4项与第13条第2款。）

   (3) 这些行为是否可以因“正义事业”（如反对外国占领者的斗争）而具有正当性？报复是否可以为之提供正当依据？在国际人道法中，是否可以接受报复？即便是对违反国际人道法的反应，如“非法杀害、司法外处决、酷刑与虐待、任意拘留与集体惩罚”？（比较，四个《日内瓦公约》各自的第46条、第47条、第13条第3款、第33条，《第一附加议定书》第第20条、第51条第6款以及52条第1款。）

3. (1) 在国际层面上，谁应对这些自杀性攻击负责？只有那些组织攻击的人吗？这些组织是否和国家一样拥有国际责任？（比较**案例38**，[比较A., 第10条及其评论]第822页。）对从自治领土内实施的攻击，巴勒斯坦当局是否应负责？即便是在它谴责攻击的时候？它是否有责任“逮捕”并“将命令、计划或实施攻击的人绳之以法”？这是否是国际人道法规定的义务？巴勒斯坦当局是否受国际人道法的约束？依据是什么？因为巴勒斯坦解放组织在1989年6月21日宣布它将加入《日内瓦公约》？以色列是否有逮捕、并将这些人绳之以法的责任？它是否可以这样做？即便这将涉及在巴勒斯坦自治领土内的警察或军事行动？（比较《日内瓦第四公约》第29条、第146条与第148条，《第一附加议定书》第85条第1款与第91条。）

   (2) 国际人道法是否禁止作为战争一种方式的自杀性攻击？即便是针对合法军事目标？你的答案是否因攻击者是否公开携带武器或有明显区别标志而有所不同？自杀性袭击的煽动者与组织者是否对其实施者的死亡也有责任？你认为他们应该承担责任吗？（比较《第一附加议定书》第37条第1款第3项、第43条、第44条以及第51条。）

4. (1) 被占领土内的以色列定居点是否是军事目标？如果它们由军事基地保卫，是否构成军事目标？如果许多定居者是武装人员呢？军事目标的定义是什么？（比较《第一附加议定书》第48条与第52条。）

(2) 武装的平民是否是战斗员？武装的平民是否是合法目标？在什么情况下？定居者是否始终为平民，“除非他们在以色列武装部队中服役”？即便是那些武装自卫的民兵？即便是那些攻击巴勒斯坦人或破坏其家园的人？（比较《日内瓦第三公约》第4条，《第一附加议定书》第43条、第44条、第50条以及第51条第3款。）

(3) 未武装的定居者是否是平民？即便他属于其定居点的自卫民兵？依据国际法，定居点是非法的事实是否使他丧失了国际人道法的保护？（比较《日内瓦第四公约》第49条第6款）？这一违反是否为针对定居者的违反国际人道法的行为提供了正当依据？（比较《第一附加议定书》第50条。）

五、黎巴嫩

案例122，红十字国际委员会/黎巴嫩，萨卜拉和夏蒂拉

案 例

[**资料来源：**红十字国际委员会年度报告，1982，第57页。]

黎巴嫩

以色列武装部队于6月6日干涉黎巴嫩后，红十字国际委员会在这个国家行动的性质发生了实质性变化。[……]

[……]

为了保护平民和卷入敌对行为的各种武装部队所逮捕的战斗员，红十字国际委员会于6月7日呼吁交战方尊重依据现行人道法负有的义务。两天后，红十字国际委员会对以色列当局又做了一个强烈、严肃的呼吁，要求其采取所有可能措施确保各国平民免受冲突伤害。“巴勒斯坦解放组织”正式宣布，它决定遵守《日内瓦公约》与1977年《第一附加议定书》[……]

在萨卜拉和夏蒂拉的巴勒斯坦难民营发生的大屠杀导致红十字国际委员会于9月18日向国际社会发表呼吁。这些大屠杀发生后，红十字国际委员会于9月18日能够进入难民营后，便立即采取了医疗，尤其是保护性措施。[……]

萨卜拉和夏蒂拉的大屠杀

红十字国际委员会的代表习惯每天探访贝鲁特南郊，以便为平民提供协助与保护，直到以色列军队拒绝他们进入该区域（巴勒斯坦难民营坐落于此）的命令于9月15日生效。

到9月17日，代表还可以将在难民营边缘的加沙与阿卡 (Akka) 医院治疗的最严重病员转移至首都的其他医院，但是，他们无权干涉，直到第二天 (9月18日) 能进入难民营周围地区。(大屠杀发生于16日)

那一天，即9月18日，依据其在贝鲁特的代表报告的事实，红十字国际委员会向国际社会发出呼吁。在呼吁中，它谴责“数以百计的妇女、儿童、青少年与

老年人在贝鲁特的夏蒂拉区被杀害，街道上遍布尸体。红十字国际委员会同时注意到，伤员在病床上被杀害，其他人，包括医生则被挟持。”红十字国际委员会进一步宣布，它的代表已经疏散了两个医院，有几百人向代表团寻求避难。呼吁的结尾是：“红十字国际委员会郑重呼吁国际社会干预，立刻制止对一部分人实施的无法忍受的大屠杀，确保伤员及照顾他们的人受到尊重，生命的基本权得到遵守。

同时，在海 (Hay) 主席写给贝京 (Begin) 先生的一封信中，红十字国际委员会提醒占领当局，依据《日内瓦第四公约》的规定，恢复并确保公共秩序与安全是它的义务。

9月18日，贝鲁特的加沙与阿卡医院被彻底疏散。由于贝鲁特的医院过于拥挤且不安全，红十字国际委员会一连几天，将加沙、拉胡德 (Lahoud)、艾美姆赛特布 (Amel-Moussaitb) 与那贾尔 (Najjar) 的医院均置于其控制与保护之下。约五千名在红十字国际委员会代表团寻求避难的人暂时处于其保护之下。

自9月18日起，红十字国际委员会还组织并参与大屠杀受害者的身份辨认与尸体处理。为达此目的，它得到黎巴嫩红十字会的大量帮助，后者的救援人员尽了最大努力来参与行动。红十字国际委员会在该国其他地区的医疗人员也前来贝鲁特帮忙。

第一个阶段一完成，红十字国际委员会便继续每天探访难民营，通过其出现来安慰人群。直到10月11日与13日，阿卡与加沙的医院才分别开始提供永久医疗服务。

由于黎巴嫩南部持续不安全局势，代表团从9月一直到12月每天都探访巴勒斯坦难民营，以保护和安慰人群。[……]

讨 论

1. 你如何定性1992年夏的发生在黎巴嫩的武装冲突？国际性武装冲突的国际人道法是否应予适用，尽管以色列武装部队并不是与黎巴嫩武装部队作战，而是主要与“巴勒斯坦解放组织”作战？依据国际人道法，巴勒斯坦解放组织士兵的地位是什么？以色列作为萨卜拉和夏蒂拉的占领国，在大屠杀发生时有没有什么义务？（比较《日内瓦第三公约》第2条、第4条，《日内瓦第四公约》第2条与《海牙公约》第42条。）
2. 依据《日内瓦第四公约》，萨卜拉和夏蒂拉的居民是否被视为被保护之人？（比较《日内瓦第四公约》第 4 条。）
3. 大屠杀由黎巴嫩民兵实施：

(1) 他们应当遵守《日内瓦第四公约》的哪些条款？如果《日内瓦第四公约》对黎巴嫩民兵不适用，他们的行为不被国际人道法的其他规定禁止吗？（比较《日内瓦第四公约》第3条、第4条与第29条。）

(2) 大屠杀是否可以归咎于以色列对国际人道法的违反？即便那些实际上实施屠杀的人没有收到以色列的命令？即便以色列不知晓民兵的行为？（比较《日内瓦第四公约》第4条与第27条，《海牙公约》第42条与第43条。）

案例123，红十字国际委员会/南黎巴嫩，关闭因萨尔难民营

案 例

[**资料来源：**红十字国际委员会新闻发布，No. 1504，日内瓦，1985年4月4日。]

南黎巴嫩——关闭因萨尔难民营

日内瓦（红十字国际委员会）——1985年4月2日，以色列占领当局通知红十字国际委员会，它打算关闭南黎巴嫩的因萨尔难民营。3月底，该难民营有1800余名囚犯，红十字国际委员会的代表每天均去探访他们。

有一千名被拘留者已经被转移到以色列，这违反了《日内瓦第四公约》第49条与第76条。以色列当局已经告诉红十字国际委员会，这些囚犯最终将被送回黎巴嫩领土，一个新的难民营正在那里修建。

其他因萨尔的囚犯于4月3日交给了红十字国际委员会。红十字国际委员会的代表正帮助他们重返家庭。

讨 论

1. 在什么条件下，这些被拘留在因萨尔难民营的人（他们是“巴勒斯坦解放军”的成员，依据与黎巴嫩政府的协议，他们反抗以色列对黎巴嫩的占领。“巴勒斯坦解放军”是巴勒斯坦解放组织的军事机构）拥有战俘地位？如果拥有战俘地位，是否可以将他们驱逐并拘留在以色列？以色列是否应援引这样的理由来驱逐因萨尔的囚犯至以色列？（比较《日内瓦第三公约》第4条、第21条与第22条。）

2. (1) 是不是因萨尔所有的囚犯（在黎巴嫩被捕）都不是平民战俘？不论他们的国籍？即便他们是无国籍的巴勒斯坦难民？即便是那些为“巴勒斯坦解放军”作战但不符合战俘地位的人？（比较《日内瓦第四公约》第4条与第5条。）

(2) 占领国是否可以将被保护平民从被占领土转移至其自己的领土？如果转移是暂时的呢？什么时候可以允许撤退？如果为维持生活条件或被拘留者的安全，撤退至以色列是不可避免的，这将是什么情况？（比较《日内瓦第四公约》第49条与第76条。）

(3) 是否至少对已经被判有罪，但尚未服刑的人，驱逐是被允许的？（比较《日内瓦第四公约》第76条与第77条。）

(4) 是否为了迫切的安全原因，至少犯罪嫌疑人可以被允许驱逐，考虑到《日内瓦第四公约》第79条至第135条没有包含任何对驱逐的禁止？为什么第79条至第135条没有包含这样的禁止，不像第76条规定了禁止驱逐其他被拘留者？（比较《日内瓦第四公约》第49条与第79条。）

案例124，黎巴嫩，直升飞机攻击救护车

案 例

[**资料来源：**红十字国际委员会，1987年12月23日；原文为法语，非官方译文]

红十字国际委员会在黎巴嫩的代表

1987年12月21日，在黎巴嫩南部那巴提耶 (Nabatiyeh) 附近的军事行动的进行过程中，两辆救护车，一辆来自黎巴嫩红十字会，另一辆来自“瑞萨里”(Risali) 运动，遭遇了直升机炮火的直接攻击。一名红十字急救工作人员受伤，与另一辆救护车里的两名巡逻急救工作人员与一名病人丧生。

对急救工作人员在履行人道义务时再次成为敌对行为的受害者，红十字国际委员会深为惊愕。

红十字国际委员会在黎巴嫩的代表对此次事件深为悲痛，呼吁有关各方在任何地方与任何事件尊重红十字与红新月标志，此标志保护那些对黎巴嫩冲突受害者提供协助的人员。

贝鲁特，1987年12月23日

讨 论

1. 为什么攻击救护车违反国际人道法？因为每辆救护车标有被保护标志，国际人道法禁止攻击被保护标志？还是仅仅因为他们是救护车？如果救护车没有得到标志赋予的额

外法律保护，为什么将它们涂上标志还有用处？如果救护车非法使用标志，攻击之是否为合法？如果它运输的是受伤的“恐怖分子”呢？（比较，如《日内瓦第一公约》第19条、第21条、第24条至第26条，第35条；《日内瓦第四公约》第21条。）

2. 国际人道法保护哪些标志？哪些人可以使用这些标志？在什么情况下以及在什么条件下？你是否可以假定本案提到的救护车涂有标志是合法的？（比较《海牙公约》第23条第6款，《日内瓦第一公约》第38条与第53条；《日内瓦第二公约》第41条至第43条；《第一附加议定书》第8条第1款与第18条；《第一附加议定书》附录第4条、第5条；《第二附加议定书》第12条。）

3. 标志的目的是什么？如何可以保证这一目的能够实现？以及阻止不尊重公约的行为？

案例125，以色列，海军击沉驶离黎巴嫩海岸的小型救生艇

案 例

[**资料来源：**布瑞林特 · J. (Brillian J.)，《耶路撒冷邮报》，1990年8月1日]

海军击沉驶离黎巴嫩海岸的小型救生艇

海法——一艘以色列国防军“达布尔”号 (Dabur) 巡逻艇昨天清晨击沉了一艘驶离黎巴嫩南部海岸的小型橡皮救生艇，艇内的两个人显然已经丧生。救生艇似乎是向以色列驶去的，但是，还不清楚艇上的人是否为武装人员。

“达布尔”号没有任何损失。

约凌晨3点，“达布尔”号的船员在安全区内接到来自该地区雷达站的警报，称可能受到攻击，随后，在间于泰尔拉斯 (Tyre Ras) 与艾尔拜达 (al-Bayda) 海岸的2.5公里处，他们发现了救生艇。几分钟后，“达布尔”号的炮火向救生艇开火，导致后者发生了几次爆炸并沉没。

在昨天的新闻发布会上，“达布尔”号称为“乌里”(Uri) 的指挥官与海军指挥官米查·兰姆 (Micha Ram) 描述了这一系列突如其来的事件。[……]

在雷达屏幕上，乌里发现一个小点离开海岸，以约25节的速度向以色列的方向移动。

他命令船员进入战斗岗位，操作火炮、机枪及侦察设备。“达布尔”号开始拦截过程。三分钟后，船员辨认出救生艇的形状，接着辨认出救生艇。

乌里来到距离目标300米以内，他打开了“达布尔”号的放映机。他看见救生艇上有两个人。“达布尔”号的炮手随即开火。

“达布尔”号的几位船员后来说，他们相信敌人开枪回击了，但是，兰姆认为他们搞错了。乌里说，他们没有发现救生艇上有任何枪炮。

显然，敌船立即中弹。船上的人“试图逃脱，先是驶向东南，再向西北，又转向东北，”但是，“达布尔”号的枪手一直在开火。

第一次爆炸后的 30 至 40 秒后，救生艇上的两个人“掉进水里”，乌里说。救生艇的引擎继续运转，救生艇开始打圈。“达布尔”号继续开火，救生艇开始沉没。

“达布尔”号在前方50米处发现了其中一个人。“达布尔”号将两架炮都对准他，并“开火，他于是沉入水里。”没找到第二个人。

在被问及向水里的人射击时，兰姆说“恐怖分子”没有举手表示投降。曾经有过敌人在相似情况下向以色列船只开火的先例。

一位红十字的法律专家说，《日内瓦第二公约》规定，不能向受伤的海军人员或“遭遇船舶遇难的人员”开火。但是《公约》没有涉及“正在附近游泳、并战斗”的人。

乌里这位一级海军上尉准备离开新闻发布会，但是，兰姆留下了他，并将之提拔为上校。

讨 论

1. 国际人道法在这里是否适用？因为自1949年以来，以色列与黎巴嫩就处于战争状态中？因为以色列在黎巴嫩南部占领了一个“安全区”？

2. (1) 救生艇上的人是否为战斗员？还是平民？“达布尔”号上的船员在开始开火之前是否先确定了救生艇上的人是否为战斗员还是平民？他们是否应该确定？（比较《第一附加议定书》第51条第2款与第85条第3款，《第二附加议定书》第13条。）

   (2) 战斗员与平民的区别对考虑船舶遇难是否有关？（比较《日内瓦第二公约》第12条与第13条；《第一附加议定书》第8条第2款与第10条。）在本案中，这种区别是否会导致对遇船难者的不同保护？

3. (1) 什么时候应被视为遇船难者？保护是否取决于进一步作出投降表示，如举手？在保护遇船难者与伤员与病员之间是否有区别？依据国际人道法，伤员与病员是否只有投降才能获得保护？（比较《日内瓦第二公约》第12条第2款，《第一附加议定书》第8条第2款、第41条第2款与《第二附加议定书》第7条。）

(2) 一旦救生艇上的人落水，向他们开火是否违反国际人道法？摧毁遇难船舶呢？(比较《日内瓦第二公约》第12条第2款，《第一附加议定书》第10条）这些行为是否构成对国际人道法的严重破坏？（比较《日内瓦第二公约》第51条，《第一附加议定书》第85条第2款。）依据国际人道法，军事必要是否能为向遇船难者开火提供正当依据？

(3) “达布尔”号的船员是否有责任将遇船难者搜救到他们的船上？(比较《日内瓦第二公约》第18条，《第一附加议定书》第17条第2款与《第二附加议定书》第8条。)

4. 如果落水的人向“达布尔”号开火，以上问题的答案会发生怎样的变化？他仍会被视为遇船难者？(比较《日内瓦第二公约》第12条，《第一附加议定书》第8条第2款。)

案例126，以色列，在古迹中避难

案 例

[**资料来源：**考克伯恩 (Cockburn)，《自由报》，1997年12月10日，第10页。]

以色列士兵在古迹中避难
当黎巴嫩真主党 (Hizbollah) 游击队小队人马埋伏时

从黎巴嫩南部大规模俯视以色列占领区的城堡中，以色列部队与“黎巴嫩真主党”的游击队展开了一场致命性的猫捉老鼠的游戏。[……]

卡库 (Karkum) 是一座中世纪的城堡，它的驻军被高达50英尺的混凝土与巨石组成的围墙所保护。从能够抵御迫击炮直接攻击的钢铁观察哨所中，以色列士兵向薄雾中注视，试图侦察到沿黎巴嫩南部的陡峭山脊行动的“黎巴嫩真主党”游击队的小队人马。[……]

自1985年以来，除来自2500名强壮的“南黎巴嫩军”的235名士兵以外，约有219名以色列士兵被杀害，694名受伤。以色列的分歧来源于这样的事实，即他们似乎在浪费生命，因为以色列在黎巴嫩没有政策，而且因为与巴勒斯坦游击队不同，“黎巴嫩真主党”在小股军事行动上表现出与以色列部队相同的技巧。

卡库，在希伯来语中的意思是“番红花”，这里是观察游击队在黎巴嫩南部运动的一个好地方。这个区域的其他前线哨所由“南黎巴嫩军”把守。虽然紧临以色列北部边界，卡库却是一个以军基地。由于这里的地带只有2.5公里宽，而该区域的最宽处为14公里，它反复遭到袭击。

“在最近1年半间，我们一直在重建我们的哨所，以使之能抵御迫击炮，”一名以色列军官说道。“只要你遵守规则，他们就不危险，”另一位指挥官说；他还解释道,他说这话指停留在掩体内。很奇怪，在卡库，山顶曾有座庙，从庙里伸出的古希腊圆柱的顶部，恰好突出在以色列防御工事以外。

不算零星的迫击炮攻击，该基地今年已多次遭遇来自“黎巴嫩真主党”的协同袭击。有一次，在山顶发现了两个真主党人，并实施追捕，但后来证明，他们是伏击的诱饵。更近的一次，一组以色列巡逻队发现在基地的简易直升机机场上有7名真主党士兵。当靠进他们时，巡逻队发现他们正走进一个灌木丛中，而真主党人在那里设下了炸弹。每一次真主党步兵行动时，反坦克和迫击炮兵团总是小心地互相配合。[……]

讨 论

1. 国际人道法对文化物体提供了什么保护？什么东西构成文化物体？这里的古遗址是否构成文化物体？(比较《海牙章程》第27条，《第一附加议定书》第52条、第53条和第85条第4款第4项，《第二附加议定书》第16条，1954年5月14日《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》；参见**文件3** [比较A] 第561页。)

2. (1) 如果认为这是一个文化物体，“黎巴嫩真主党”袭击它是否违反国际人道法？以色列军队在古迹里避难，是否违反国际人道法？(参见《第一附加议定书》第53条和《第二附加议定书》第16条)

   (2) 以色列部队这样驻扎是否影响要塞的地位？例如，国际人道法是否停止保护该物体？国际人道法是否现在允许真主党袭击这个文化物体，因为它已变成合法的军事目标？(比较《第一附加议定书》第52条第2款。) 如果这样，在袭击前，必须采取什么预防措施？(比较《第一附加议定书》第57条)

十五、塞浦路斯

案例127，欧洲人权法院，塞浦路斯诉土耳其案

案 例

[**资料来源：**欧洲人权法院，2001年5月10日判决，可访问：http://hudoc.echr.coe.int.]

塞浦路斯诉土耳其案
欧洲人权法院

(申请号：25781/94)

判　决

斯特拉斯堡，2001年5月10日[……]

程　序 [……]

3. 申请国政府指称，自1974年7月土耳其在塞浦路斯北部开展军事行动以来，土耳其政府（被申请国政府）一直违反《（欧洲人权）公约》[……]。申请国政府尤其援引了《公约》第1条至第11条与第13条，并将上述条款与第14条、第17条与第18条结合起来阅读。他们进一步援引了《第一议定书》第1条、第2条与第3条。

这些起诉书适当的援引以下诉讼标的：希腊裔塞浦路斯失踪人员及其亲属；被迁移人的家及其财产；被迁移的希腊裔塞浦路斯人的自由选举权；希腊裔塞浦路斯人在塞浦路斯北部的生活条件；土耳其裔塞浦路斯人的状况与生活在塞浦路斯北部的吉普赛社区。[……]

事　实

案件的情况

(一) 基本情况

13. 在本申请中，起诉源自1974年7月与8月在塞浦路斯北部的军事行动以及持续对塞浦路斯领土的分割。当法院考虑1996年的〝洛伊奇都诉土耳

其”(Loizidouv. Turkey) 案的实体问题时，土耳其在关键时间的军事存在被描述如下：[……]

“16. 超过 30,000 人的土耳其武装部队驻扎在塞浦路斯北部的整个被占区域，并持续巡逻，在所有的交通要道均设有检查点。[……]”

14. 在塞浦路斯处于持续分割的状态下，一个主要的发展是1983年11月“北塞浦路斯土耳其共和国”（“TRNC”）宣布成立，后来，1985年5月7日，颁布了“北塞浦路斯土耳其共和国宪法”。

国际社会谴责了这一发展。1983年11月18日，联合国安理会通过了第541 (1983) 号决议，宣布“北塞浦路斯土耳其共和国”（“TRNC”）的建立在法律上是无效的，并呼吁除了塞浦路斯共和国以外，所有国家不要再承认其他任何塞浦路斯国。1984年5月11日，安理会在第550 (1984) 号决议中做了相似的呼吁。1983年11月，欧洲理事会部长委员会决定，将继续视塞浦路斯共和国政府为唯一合法的塞浦路斯政府，并呼吁尊重塞浦路斯共和国的主权、独立、领土完整与统一。

15. 依据被申请国政府的观点，北塞浦路斯土耳其共和国（“TRNC”）是一个民主、宪政国家，它在政治上独立于其他所有国家，包括土耳其。它是土耳其裔塞浦路斯人行使其自决权在塞浦路斯北部建立的国家，而不由土耳其管理。尽管有此观点，但是考虑到外交、条约关系以及国际组织的工作，还是仅有塞浦路斯共和国政府被国际社会认可为塞浦路斯政府。

16. 联合国维和部队（“UNFICYP”）维持着一个缓冲区。( ) 另外，为立即适用，1981年建立了联合国失踪人员委员会（“CMP”）来“调查社群间斗争以及1974年事件及以后报告失踪人员的情况”，并“制定两个社群间失踪人员的综合名单，确定他们是健在还是已经死亡，如果已经死亡，确定死亡的具体时间。”CMP还未完成调查。[……]

(四) 委员会认定的本申请中的事实[……]

1. *指称对希腊裔塞浦路斯失踪人员及其亲属权利的违反*[……]

22. 委员会的行为基于这样一个观点，即它的任务不是确定在1974年7、8月土耳其在塞浦路斯北部展开军事行动以后希腊裔塞浦路斯人究竟遭遇了什么。它认为，其任务之一是确定被申请国家没有澄清关于失踪的事实是否构成对《公约》的持续违反。[……]

24. 在本案中，委员会进一步忆及在1983年的报告中，它发现有足够的迹象表明，在1974年有数目不祥的希腊裔塞浦路斯失踪人员处于土耳其的羁押之中，这一发现再一次制造了土耳其对这些人的命运负责的假定。

25. 委员会发现，本案提交给它的证据确认了其早先的认定，即有一定数量的失踪人员最后一次被发现时正处于土耳其或土耳其裔的塞浦路斯的羁押中。[……]

26. 委员会得出结论：虽然有杀害希腊裔塞浦路斯囚犯与平民的证据，但并没有证据证明这些失踪人员中有人是在被申请国负责的情况下被杀害的；委员会也没有发现任何证明被申请国羁押的人现在仍被拘留或在服劳役的证据。另一方面，委员会发现，关于失踪人员命运的事实没有被当局澄清，也没有通知受害者的亲属。

27. 委员会进一步得出结论，审查申请国在本申请中的起诉不排除CMP正在进行的工作。它指出，与此相关，CMP展开的调查限于确定名单上的失踪人员是否存活；CMP没有被授权认定死亡的原因或对死亡责任的认定事项。另外，CMP的属地管辖权仅限于塞浦路斯岛，因此将排除其在土耳其境内的调查，有一些失踪据称发生在土耳其境内。委员会还评论道：对违反《公约》负责的人可能被许诺免责；CMP的调查是否可以扩展到土耳其军队或在塞浦路斯领土上的土耳其官员值得怀疑。

2. 指称违反了被迁移人员尊重其家园与财产的权利[……]

28. 在此标题下，委员会所确定的事实背景是，申请国的主要主张为：超过211000位被迁移的希腊裔塞浦路斯人及其孩子仍然被政策阻止返回其在塞浦路斯北部的家园，并被禁止接触他们的财产，不论目的是什么。申请国政府提出，土耳其军队与“北塞浦路斯土耳其共和国”实施了边境控制，从而使被迁移人员返回家园成为不可能之举，同时也使跨边境的家庭探访受到很大阻碍。[……]

30. 委员会发现，除了几百名生活在考玛克提 (Kormakiti) 地区的马龙派教徒与生活在卡帕斯 (Karpas) 半岛的希腊裔塞浦路斯人外，1974年以前生活在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人已经离开了那一地区，他们中的大部分现在居住在塞浦路斯南部。对这一局势的现实，被申请国政府没有辩驳。[……]

3. 指称因希腊裔塞浦路斯人在塞浦路斯北部生活条件引发了违反[……]

39. 委员会进一步发现，“北塞浦路斯土耳其共和国”存在一个运作之中的法院体系，该体系原则上对在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人开放。似乎至少在侵犯财产或人身伤害的情况下，希腊裔塞浦路斯的诉讼当事人在民事与刑事法院取得过胜诉。但是，考虑到希腊裔塞浦路斯人提起的诉讼很少，委员会得出的结论是：为希腊裔塞浦路斯居民提供的司法制度，其有效性还没有真正得到检验。

40. 在结论中，委员会还认定，在审议期间没有证据表明，将希腊裔塞浦路斯人的财产非法分配给其他人的情况继续存在。不过，委员会确实发现，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局将已死亡的或已离开塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人的财产分配给土耳其裔塞浦路斯人或移民的做法依然存在。

41. 由于“北塞浦路斯土耳其共和国”法院缺少法律程序，委员会注意到，居住在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒事实上是否被视为受“北塞浦路斯土耳其共和国宪法”保护的公民尚未得到验证。不过，就所涉及的组织提起行政诉讼而言，如基于“北塞浦路斯土耳其共和国和”部长理事会的决定限制其行动自由或家庭探访，确认的事实是，对这些限制提起的任何法律反对都是无效的，因为这些决定不受法院审查。

42. 尽管委员会没有发现对孤立人口的成员实际实施拘留的证据，但是，有明确的证据表明，限制行动自由与家庭探访依然适用于希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒，尽管最近情况有所改进。[……]

43. 委员会认定，希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒的学龄少年在南部上学时，存在对他们行动自由的限制。[……]

44. 关于教育设施，委员会认为，在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人虽然有小学可上，但是没有初中。很多学龄少年到南部上初中，而限制希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒的学龄少年在完成学业后返回北部造成许多家庭的分离。[……]

47. 关于所指称的对宗教礼拜的限制，委员会发现，希腊裔塞浦路斯人的主要问题源自整个卡帕斯地区只有一个牧师，土耳其裔的塞浦路斯当局又不愿意从南部指定额外的牧师。委员会的代表无法通过他们对卡帕斯地区的访问确认希腊裔塞浦路斯人是否可以在任何时间都可以去阿波斯特罗斯·安德瑞斯 (Apostolos Andreas) 寺。[……]

4. 指称违反了塞浦路斯北部土耳其—塞浦路斯与土耳其—塞浦路斯吉普赛社区的权利[……]

52. 委员会发现，在土耳其裔塞浦路斯的原住民与持续大量来到的移民之间存在竞争与社会冲突。一些土耳其裔塞浦路斯原住民及其政治团体对“北塞浦路斯土耳其共和国”完全融合定居者的政策非常不满。

53. 另外，尽管离开“北塞浦路斯土耳其共和国”有经济原因，但是，不能排除有土耳其裔塞浦路斯人逃离“北塞浦路斯土耳其共和国”是害怕政治迫害。委员会认为，没有理由怀疑证人主张的正确性，即在少数情况下，一些支持或反对政治对手的私人团体提出的骚扰与歧视的指控没有得到“北塞浦路斯土耳其共和国”警察的受理。不过，结论是，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局（包括法院）拒绝保护执政党的政治对手的一贯行政实践尚没有达到排除合理怀疑的标准。[……]

54. 关于歧视与任意对待土耳其—塞浦路斯吉普赛社区成员的指称，委员会发现，尤其是在一些严重事件中，如推倒莫尔弗 (Morphou) 附近的小木屋与拒绝航空公司运载无签证的吉普赛人去英国，显然没有看到司法救济。

55. 在结论中，委员会进一步评论道，在审议期间，没有证据表明土耳其裔塞浦路斯平民受到军事法院的管辖。[……]

法　律

一、先决事项[……]

委员会在实体阶段保留的事项[……]

3. 关于依据《公约》，被申请国在所指称之违反上的责任

69. 对本申请指称的土耳其依据《公约》所承担的责任，被申请国政府予以辩驳。在递交给委员会的材料中，被申请国政府主张，被指控的作为与不作为完全归责于“北塞浦路斯土耳其共和国”（“TRNC”），[……]

77. [……] 由于已经有效、完全控制了塞浦路斯北部，它的责任不能局限于其自己在塞浦路斯北部的士兵或官员，而且包括由当局行政机构的行为，这些机构是在土耳其的军事及其他支持下才得以存在的。因此，依据《公约》第1条，土耳其的“管辖权”必须被视为延展至确保《公

约》以及以批准《议定书》规定的所有实体权利，违反这些权利均归责于土耳其。[……]

4. 关于穷尽国内救济的要求[……]

101. 本院确实想增加一点，[……] 即申请国政府对“北塞浦路斯土耳其共和国”法院非法性的仰赖与其要求土耳其政府对塞浦路斯北部所指称的违反负责的主张似乎（该主张已经被本院接受）相互矛盾[……]。确实，承认一个国家对出现在其非法占有、并管理的领土上的行为负责，同时却否认该国试图通过改正可归责于其法院的错误来避免这些责任的机会，这似乎很难解释。在现申请框架下，给予被申请国这种机会决不等于一个非法政权依国际法得到合法化。[……]

102. 本院因此作出结论：为达《公约》原第26条 (现第35条第1款) 之目的，“北塞浦路斯土耳其共和国”内部可提供的救济可以被视为被申请国的“国内救济”，它们的效力问题应视其产生的具体情况而定。[……]

三、指称违反了希腊裔塞浦路斯失踪人员及其亲属的权利

(一) 希腊裔塞浦路斯失踪人员[……]

2. 申请国政府诉状的实体问题

(1) 《公约》第2条 [生命权] [……]

129. 本院注意到，申请国政府首要的主张是，失踪人员必须被推定存活，除非有确凿的相反证据[……]尽管委员会援引的证据确认，在1974年7、8月间的军事行动中，军人与平民的死亡率很高，本院仍然强调，不能推测任何失踪人员事实上是否已经被土耳其部队或土耳其裔的塞浦路斯准军事部队杀害。[……]

130. 本院注意到，直接由土耳其士兵或得到其默许而进行的杀戮，相关证据牵涉到的时间超出了本申请的范围。[……] 本院因此作出结论：不能接受申请国政府的指控，即事实表明对《公约》第2条（关于任何失踪人员）的实体性违反。

131. 本院认为，申请国的指控必须放在依第2条保护生命权的缔约国之程序性义务的语境下加以审视。须提醒，此处《公约》第2条保护生命权应与缔约国依据第1条，即“确保每一位生活在其管辖范围内的人享有

《公约》所定义的权利与自由”，而负有的一般义务结合起来阅读。这意味着，国家代理人使用武力导致个人遇害后，应有某种形式的有效官方调查。[……]

133.[……] 在此背景下，本院注意到，证据证实了申请国政府的主张，即现在很多失踪人员处于土耳其或土耳其裔的塞浦路斯部队的拘留之中。军事行动中伴随着大规模的逮捕与杀戮，他们是在这一时间被拘留的。[……]

134.[……] 本院不得不注意到，被申请国政府对失踪人员亲属的请求从未展开过调查。这些人员是在被拘留的情况下消失的，因此有担心他们命运的真实原因。[……] 关于希腊裔塞浦路斯囚犯被转移到土耳其的指称，似乎也没有任何官方调查。

135.本院同意申请国政府的主张，即被申请国此处的程序性义务不能因为它对CMP调查工作的贡献而被免除。与委员会一样，本院注意到，尽管CMP的程序对其所确立的人道目的无疑有用，但这不足以满足《公约》第2条要求的有效调查标准，特别是鉴于该组织调查的范围狭窄。[……]

136.鉴于以上考虑，本院的结论是：由于被申请国没有开展旨在澄清希腊裔塞浦路斯失踪人员命运（他们消失于生命受到威胁的情况下）的有效调查，构成了对第2条的持续违反。[……]

(3) 《公约》第5条[自由与安全权] […]

143.据申请国政府称，被申请国政府没有就拘留附近的情况展开及时、有效的调查，导致大量数目不详的希腊裔塞浦路斯人失踪，这一事实构成了对第5条规定的程序性义务的违反。[……]

147.本院一开始便强调，未得到认可的拘留是对《公约》第5条涵盖的确保自由与安全权的完全否定，是对第5条最严重的违反。在假定已经完全控制一个人的前提下，当局有义务说明他（她）的下落。[……]

148.本院援引了无可辩驳的证据，即希腊裔塞浦路斯人被土耳其或土耳其裔的塞浦路斯部队拘留。没有证据表明保存了这些被拘留人的身份及其拘留地点。从人道角度看，这一疏漏不能以在相关时间发生了战斗或局势混乱、紧张为借口。从《公约》第5条的规定来看，缺少这些信息将无法缓解家属因失踪人员的下落而产生的焦虑。即便不可能提供被拘留人员的姓名，被申请国也应当开展其他调查，对失踪作出说明。[……]

150. 本院的结论是，在审议期间存在对《公约》第5条的持续违反，因为被申请国没有就失踪的希腊裔塞浦路斯人的下落展开有效调查，有主张认为，他们是在其拘留期间消失的。[……]

(二) 希腊裔塞浦路斯失踪人员的亲属

1. 《公约》第 3 条 [禁止酷刑与非人道或有辱人格的对待或惩罚] [……]

156. 法院指出，一个“失踪人员”的亲属，其是否构成违反第3条规定之待遇的受害者，取决于特殊因素的存在，这些因素使有关人员遭受的伤害在程度与性质方面有别于一般的精神痛苦，这可以被视为严重违反受害者亲属的人权。相关因素包括家属关系的亲近程度——在这一语境下，需要给予父母子女关系一定程度的重视——、关系的特殊情况、家庭成员对涉及事件的见证程度、家庭成员试图获得失踪人员下落的努力程度，以及当局回应这些讯问的方式。法院进一步指出，这种违反的本质不在于家庭成员“失踪”的事实，而在于要求当局对有关情况予以关注时，后者的反应与态度。特别是在后一种情况下，受害者亲属可能声称是当局行为的直接受害者[……]

157. 本院注意到，被申请国没有展开任何调查，来查明人员失踪时的相关情况。由于缺少关于在1974年7、8月间的事件中失踪人员命运的信息，他们的亲属不得不生活在无休止的焦虑之中，这种情绪不会因时间的流逝而消失。[……] [本院]指出，军事行动导致大量人员的死亡、大规模的逮捕与拘留以及家庭成员的强迫分离。由于当局从未说明失踪人员的命运，在他们家属的头脑里，关于整个情况的记忆一定非常清晰。他们不得不忍受这种不知情的痛苦；对亲属在冲突中是已经遇害还是仍在拘留中，或是在拘留中死亡，他们一无所知。不少希腊裔塞浦路斯人去南部寻求避难与塞浦路斯持续分裂的事实，必须被视为对他们寻求信息构成严重障碍。提供这些信息是被申请国当局的义务，其尚未履行这一义务。本院认为，在面对失踪人员亲属的真实关切时，被申请国保持沉默达到了第3条所规定的非人道待遇的严重程度。[……]

四、指称违反了被迁移人员尊重其家园与财产的权利 [……]

(二) 关于申请国政府主张的实体问题

1. 《公约》第 8 条 [尊重私人与家庭生活、家与通讯的权利]

171. 本院注意到，被申请国政府在程序中没有辩驳申请国的主张，即希腊裔塞浦路斯人不可能返回其北部的家。[……]

172. 本院注意到，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局的官方政策是，拒绝被迁移人员回家的权利，这一政策被以下做法进一步加强，即当局对居住在南部的希腊裔塞浦路斯人探访北部施加了非常严格的限制。与此相应，被迁移人员不仅无法向当局申请重新占有他们曾离开的家，而且他们被阻止探访之.

173. 本院进一步指出，申请国政府所谴责的局势自1974年塞浦路斯北部发生事件以来一直维持。这一局势似乎从未在“立法”中得到反映。[……]

174. 本院在此作出以下评论：第一，依据《公约》第8条第2款的意思，完全拒绝被迁移人员尊重其家园的权利是没有法律基础的。第二，不能援用跨社群对话来使违反公约合法化；第三，所涉及的违反自1974年以来就是一项政策，且必须被视为还在继续。

175. 有鉴于此，本院认为，拒绝希腊裔塞浦路斯被迁移人员返回他们在塞浦路斯北部的家园构成对《公约》第8条的持续违反。[……]

2. 《第一议定书》第1条[财产权] [……]

183. 委员会[……]的结论是，在审议期间，拒绝塞浦路斯北部财产的所有人——希腊裔塞浦路斯人占有、控制、使用及享用财产，并拒绝对妨害其财产权予以赔偿，是对《第一附加议定书》第1条的持续违反。

184. 本院同意[……]分析。[……] 妨害被迁移人员财产的合法性在“北塞浦路斯土耳其共和国”法庭上似乎是无法辩驳的。因此，没有要求有关人员使用国内救济以确保其诉讼得到受理。[……]

187. [……] 依据《第一附加议定书》第1条的第1句话，持续、完全否认他们获得财产权是对被迁移的希腊裔塞浦路斯人和平享有财产权的妨害。需要进一步指出的是，关于所声称的征用，没有给被迁移人任何赔偿，这是对他们财产权的持续妨害。[……]

189. 基于以上原因，本院的结论是，拒绝塞浦路斯北部财产的所有人——希腊裔塞浦路斯人占有、控制、使用及享用财产并拒绝对妨害其财产权予以赔偿，已经构成对《第一附加议定书》第1条的持续违反。[……]

五、指称因塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人的生活条件导致了违反

207. 申请国政府主张，留在北部的希腊裔塞浦路斯人的生活条件引发了对《公约》的重大违反。他们强调，这些违反是实际发生的，针对的是生活在塞浦路斯北部卡帕斯地区的人。在种族清洗政策的影响下，这些人的数量现在大为减少，而且主要是老年人。这一政策的成功可以由这一事实得到印证：1974年有约两万名希腊裔塞浦路斯人居住在卡帕斯地区，而现在仅留下429名。目前仍生活在塞浦路斯北部的117名马龙教徒也在相似的（也许所减轻）限制之下劳动。[……]

(二) 关于申请国政府主张的实体问题[……]

4. 公约第9条[宗教自由]

241. 申请国政府指称，已披露的事实表明，孤立的希腊裔塞浦路斯人进行宗教活动的权利受到妨碍，这违反了《公约》第9条[……]。

243. 委员会注意到，存在许多限制孤立的希腊裔塞浦路斯人宗教信仰的措施。须注意，在此方面，至少直到最近，还对他们去阿波斯特罗斯·安德瑞斯寺以到村外参加宗教仪式的能力施加限制。另外，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局没有再任命该地区的牧师，整个卡帕斯地区只有一名牧师。[……]

244. 委员会因此得出结论：在审议阶段，就塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人而言，已经违反了《公约》第9条。

245. 本院接受委员会认定的事实，申请国政府也没有表示异议。申请国政府主张，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局妨害了希腊裔塞浦路斯人的宗教信仰权（或是单独妨害此权，或是一并妨害其他权利）。事实上，现在还没有这种妨害的证据。不过，在审议期间对他们行动自由施加的限制在很大程度上限制了他们进行宗教信仰的能力，尤其是限制了他们到村外宗教场所的机会以及他们参与宗教生活的其他方面。

246. 本院得出结论：关于生活在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人，存在对《公约》第9条的违反。

7.《第一议定书》第1条[财产及尊重财产权]

265. 申请国政府进一步主张，第三方侵害了有关人员的财产，这些财产有在村内的，有超出三英里区域的，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局或默许或容忍了这些侵害。依据申请国政府的观点，呈交给委员会的证据清楚的表明，作为行政机构，当地警察没有对侵害、夜盗与损害财产的不法行为展开调查，[……]

268. 关于申请国政府援引的第三方的刑事行为，委员会认为，证据未能证实他们的指称，即“北塞浦路斯土耳其共和国”当局或参与或鼓励刑事破坏或侵害。须指出，关于因这些事件引发的民事与刑事诉讼已经在法院成功提起，刑事起诉的数量近期也在增长。[……]

269. 依据委员会认定的事实，本院指出，关于北部财产的所有权，“北塞浦路斯土耳其共和国”的做法是，不区分被迁移的希腊裔塞浦路斯所有者与永久离开“北塞浦路斯土耳其共和国”的卡帕斯的希腊裔塞浦路斯所有者。这样的结果是，后者的不动产被视为“遗弃物”，可分配给“北塞浦路斯土耳其共和国”内的第三方。

本院认为，这些事实表明，在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人永久性离开这块领土时，他们和平享受其所有物的权利没有得到保障，这构成对《第一议定书》第1条的持续性违反。

270. 本院进一步指出，本诉讼的证据强烈表明，希腊裔塞浦路斯人在北部的财产不能因死亡而遗赠他人，它作为“遗弃物”转移给当局。

8.《第一议定书》第2条[教育权]

277. 本院注意到，在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人的孩子如希望继续上希腊语中学，他们不得不转学到南部的学校，但是，自从土耳其—塞浦路斯当局决定取消希腊语中学之后，在“北塞浦路斯土耳其共和国” 内就没有希腊语中学了。不可否认，超过12岁的孩子，他们只可以选择在北部的土耳其语或英语学校。[……]

278. [……] 本院认为，希腊裔塞浦路斯的父母选择让其孩子在北部继续上学是不现实的，因为所涉及的孩子在那里的希腊语塞浦路斯学校已经接受了小学教育。毫无疑问，当局应明白，希腊裔塞浦路斯的父母希望他们孩子能在希腊语学校完成学业。[……]

七、指控违反了土耳其裔塞浦路斯人 (包括生活在塞浦路斯北部的吉普赛社区的成员) 的权利 [……]

(三) 申请国政府主张的实体问题[……]

3. 指控违反《公约》第6条[公平、常规审判的权利]

354. 申请国政府主张，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局，作为法律与惯例，违反了《公约》第6条的规定，因为民事权利与义务与刑事指控不能由依法成立的独立、公正的审判机构判决。[……]

355. 申请国政府进一步提出，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局有一套军事法院体系，对于归类为军事违法的事项，军事法院可以对平民行使管辖权。从“因卡诉土耳其”(Incal v. Yurkey) 案的判决 (1998年6月9日，报告：1998-4) 中可以看出，一个在军事法院受审的平民被拒绝由一个独立、公平的裁判机构继续公正地听审。“北塞浦路斯土耳其共和国宪法”第156条规定了军事法院的管辖权，这造成其组成人员不能被要求回避的结果。[……]

357. 本院认为，缺乏令人满意的证据证明在“北塞浦路斯土耳其共和国”内，军事法院审判平民是行政惯例。

358. 在抽象审查了受到质疑的“宪法条款”与“军事禁区条例”后，本院得出结论，这些文本明确授权军事法院审判平民。本院认为，毫无疑问，与“因卡诉土耳其案”判决强调审判机构存在（被申请国在土耳其建立的国家安全法院体系）的瑕疵一样，这些法院缺乏独立性与公正性，尤其是在行政权与“北塞浦路斯土耳其共和国”军事法院工作的军官之间存在密切的机构联系。本院认为，一个平民，若因其行为被归类为军事违法而由军事法院受审，他对军事法院缺乏独立性与公正性的担心是有法律依据的。

359. 基于以上原因，本院认定，由于立法实践授权军事法院审判平民，已经对《公约》第6条构成了违反。[……]

法德 (Fuad) 法官的部分反对意见

[……]

10. 必须抓住棘手问题。法院判决的多数意见一定意味着，除非每一个希望重新拥有其财产的塞浦路斯人能被允许这么做（如有必要穿越联合

国控制的缓冲区），除非立即找到塞浦路斯问题的解决途径，否则，在拒绝这些人的愿望方面就存在对《公约》权利的违反。今天的问题（很遗憾，这样的问题存在了不止四分之一个世纪了）是：是不是每个声称有所有权的人都能走到联合国维和部队驻地，要求穿越缓冲区去重新占有其财产？谁可以管理这一行动？涉及财产的目前占有者的态度可能是什么？严重破坏和平的结果是否会不可避免的出现？谁来驱逐现在占有人，从而使登记在册的财产所有者重新拥有财产？

11. 如果这类考虑是有关系的 (我没发现如何能置它们于不顾)，那么，我认为，必须承认，在当前的塞浦路斯，允许每一个所有者立即在其财产现在所处的位置重新占有之是不现实的。我的观点是，这些问题无法通过给予这些人赔偿来解决，因为基于现实原因，不能恢复他们的财产权。

12. 过去超过30年发生的事件已经表明，尽管联合国（通过秘书长及其工作人员的不懈努力）、其他组织与友好政府全心全意、毫无松懈的努力，但是，仍未找到一个令双方都能接受的解决方法。这显然是塞浦路斯问题复杂性与困难性的表现。这些努力还在继续：在本院开庭期间，在纽约的对话仍在进展中。

13. 令人悲哀的是，也许总有一天终会找到解决方法，但是，这种方法仍然无法满足每位塞浦路斯人返回其家园与田地的愿望，虽然非常容易理解这种愿望。[……]

19. [……] 联大要求建立一个调查机构来解决两个社群的人员失踪问题。联大曾要求秘书长支持在红十字国际委员会参与下建立一个机构“以公正、有效、迅速、无耽搁的运作，从而解决这一问题。”

20. 最终，决定CMP应当由3名成员组成：来自希腊的代表、来自土耳其方面的代表、由红十字国际委员会提名的秘书长代表。似乎肯定的是，基于显而易见的原因，联合国期望设立一个能公正、无偏见地行使其任务 (其任务是令人难过且艰难的) 的机构。联合国的要求与CMP的组成相符合。非常明智，如果我可以这样说，红十字国际委员会将涉及其中，这样一来，其资源与在这项任务上的广泛经验 (这项任务是令人心碎的) 可以得到利用。[……]

22. 土耳其在在失踪人员整个事件上的立场是众所周知的。我们没有发现土耳其拒绝与CMP合作或阻止后者工作的证据。如果支配CMP运作的参考条件、规则或指导原则不令人满意，可以在秘书长帮助下善意修改之。我不同意我同事的观点，即CMP的程序本身不足以满足第2条所要求的

有效调查标准。将所使用规则、指导原则与参考条件结合起来阅读可以发现，它们已经创设了一个有效的调查团队（只要双方都无顾虑的与CMP合作）。“联合国强迫或非自愿失踪问题工作组”已经认可CMP是一个进行必要调查的合适机构。[……]

讨 论

[注意：《保护人权及基本自由条约》(以下简称“《欧洲人权公约》”）可访问：http://conventions.coe.int]

1. 法院是否正在适用国际人道法？它能这么做吗？

   (《欧洲人权公约》第15条规定如下：“1. 在战时或其他危及国家存亡的公共紧急情况下，缔约国可以在此紧急情况严格限定的程度内采取措施减损其依本公约而负有的义务，只要这些措施与其依据国际法负有的其他义务相一致。2. 本规定不得减损（保护生命权）[……]除非合法的战争行为引发死亡[……]。”）

2. 依据国际人道法，塞浦路斯北部是否为被占领土？即便土耳其于1974年入侵塞浦路斯北部已经合法，它是否为被占领土？即便“北塞浦路斯土耳其共和国”（“TRNC”）是一个独立国家呢？即便土耳其在塞浦路斯北部不再有部队呢？（比较《日内瓦第四公约》第2条与《第一附加议定书》序言第5段。）

3. (1) 法院考虑的每个事项，确定是否有对国际人道法的违反？（比较《日内瓦第四公约》第25条、第26条、第49条第1款、第50条第3款、第53条、第58条、第64条、第66条、第136条、第137条与第140条；《海牙章程》第43条与第46条。）

   (2) 当在被占领土的做法违反了国际人道法时，是否会必然违反《欧洲人权公约》？(比较后者的第5条，在第一题中曾引用)？如果国际人道法允许在被占领土的某一做法，而《欧洲人权公约》不允许，是否构成对国际法的违反？

4. (1) 下列人员是否处在土耳其的管辖之下？

   A. 失踪的希腊裔塞浦路斯人；

   B. 在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯失踪人员的家属；

   C. 被拒绝进入塞浦路斯北部的塞浦路斯南部居民；

   D. 在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人；

   E. 在塞浦路斯北部生活的土耳其裔塞浦路斯人；

   (2) 国际人道法是否保护上列人员？他们中的哪些是“受保护之人”？（比较《日内瓦第四公约》第4条、第13条、第25条与第26条。）

5. 土耳其是否对其部队在塞浦路斯北部的行为负责？ 它对“北塞浦路斯土耳其共和国”的行为是否负责？因为它建立了“北塞浦路斯土耳其共和国”？因为它给“北塞浦路

斯土耳其共和国”的机构发出指示？土耳其有责任，是仅仅从《欧洲人权公约》的角度，还是同时包括国际人道法的角度？（比较《日内瓦第四公约》第29条与第47条。）

6. “北塞浦路斯土耳其共和国”当局必须遵守适用于被占领土的《日内瓦第四公约》吗？关于希腊裔塞浦路斯人？关于土耳其裔塞浦路斯人方面？关于土耳其定居者？（《日内瓦第四公约》第 4 条、第 13 条、第 25 条、第 26 条、第 29 条与第 47 条。）

7. 依据国际人道法，土耳其是否对在塞浦路斯北部的土耳其定居者的行为负责？如果负责，其原因是什么？依据《欧洲人权公约》吗？依据国际人道法吗？在这个特别的案件中，法院为什么不认可这一责任？依据事实，还是法律原因？（比较《日内瓦第四公约》第1条、第4条、第29条与第49条第6款；《海牙章程》第43条。）

8. 法院是否认可“北塞浦路斯土耳其共和国”的法律制度？依据什么理由？依据国际人道法，土耳其是否可以允许“北塞浦路斯土耳其共和国”建立这样一个法律制度？(比较《日内瓦第四公约》第47条、第54条、第64条与第66条；《海牙章程》第43条。)

9. (1) 土耳其如何违反了希腊裔塞浦路斯失踪人员的生命权与自由权？通过杀害他们？他们的死亡是否应归责于土耳其？通过拘留他们？他们是否曾被土耳其拘留？依据《欧洲人权公约》，土耳其对这些失踪人员是否负责？关于这些失踪人员的家属，土耳其的义务是什么？

   (2) 依据国际人道法，土耳其对失踪人员的责任应该是什么？它是否履行了这些义务？（比较《日内瓦第四公约》第25条、第26条、第136条、第137条第140条，以及《第一附加议定书》第32条至第34条。）

   (3) 土耳其是否可以自行调查失踪人员的命运？

   (4) 存在国际调查机构（CMP）会不会免除土耳其调查失踪人员命运的义务？这两“种”调查是否有同样的目标？

   (5) 红十字国际委员会或其一个机构参与处理失踪人员的事实是否会阻止另一个机构对失踪承担责任？在什么领域，它们各自的活动会削减对方成功的机会？这两个机构是否可以交换已获取的信息？

10. 请讨论法德法官的反对意见。你是否能想象法院的判决会得到遵守？希腊裔塞浦路斯人大规模到北部索要财产会导致什么后果？通过政治谈判而非由法院认可个人权利的方式是否能更好实现对人权的尊重？通过人权组织的实际工作是否可以得到相似的结果？

11. (1) 就本案中的人道问题而言，国际人道法是否比《欧洲人权公约》更加合适处理之？在这样情况下，国际法的这两个分支各自的优、缺点是什么？

    (2) 红十字国际委员会最适合解决本案中的什么人道问题？它们中的哪些得到了法院的最佳定位？共用两个组织的努力是否有阻力？

十六、智利

案例128，智利，起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳案

案 例

[**资料来源：**Appeal Court of Santiago, Case Lumi Videla, Role No. 13.597-94, 26 September 1994，原文为西班牙语，非正式译文。]

[智利] 圣地亚哥上诉法院
(第三刑事法庭)
1994年9月26日

[……]

6. 还应当确定在本案中是否适用1949年《日内瓦公约》，因为根据这些公约，目前正在调查的非法行为应当被宣布为不受时效限制和不得特赦的行为。

7. 由于《日内瓦公约》已经由国会批准，由第752号法令颁布，分别刊载于1951年4月17、18、19和20日的政府公报上，并于1951年4月20日至今一直有效，因此它们构成了我国立法的一部分。

8. 由于《日内瓦公约》只适用于战争情况下，因此必须确定1974年9月21日当卢米·韦德拉 (Lumi Videla) 遭到绑架时以及在她被囚禁、虐待和最终于1974年11月3日死亡期间在智利是否存在战争状态；1974年11月4日，她的尸体被丢弃在意大利驻圣地亚哥领事馆[……]。

为了上述目的，应牢记如下几点：

(1) 战争是一种特殊状态，因此应当适用特殊规则。在战时，规制敌国之间关系的战争法占支配地位。

(2) 保护敌方无形权利的最低人道原则适用于战争情形以及诸如杀戮、酷刑和残忍待遇等不法人道行为。

(3) 1974年，《军事司法守则》(Military Code of Justice) 第418条在智利生效，它规定，就本守则而言，不仅是在根据相关法律正式宣战

或者戒严时，而且是在战争实际发生或即使尚未正式宣战但已为此而发布动员令的时候，都可被认为存在战争和战时状态。

(4) 1974年智利存在着戒严状态（自1973年9月18日起开始实施），并受1974年9月10日《第640号法令》的规制。正如上文所指出的那样，当发生《军事司法守则》第418条中所指的情势时，该国即存在战争，而戒严则存在于发生内部或外部战争的情况下；尽管当时不存在外部战争，但却明显发生了内部战争[……]。

(5) 在1974年9月11日到1975年9月10日期间，戒严是出于国内防御目的，这意味着国内骚乱是由有组织的叛乱或者秘密的煽动性武力行动所造成的（《第640号法令》第6条第2款）。[……]

(6) 在这些情况下，对有组织的敌对力量以及受影响平民提供保护的《日内瓦公约》完全可以适用，并惩罚其中发生的战争罪（战争罪是在国内或者国际性武装冲突所产生的实际情势中出现的一种滥用武力的形式）。

9. 有必要根据智利立法确定国际条约的含义和范围：共和国《政治宪法》没有明确将其归类于某一种法律渊源，这意味着该问题必须通过解释来确定。

为上述目的，必须考虑如下几点：

(1) 我们的出发点必须是，由于智利法中只有《政治宪法》能够确定其它规则的存在，因此只要《宪法》认可，国际法规则便是有效的。但是作为一部基本法，《基本宪章》也可能涉及那些本身并未被规定为有效的国际规则，这些规则可与那些由《宪法》规定和规制的国内（立法）程序通过的规则一并适用。

(2) 共和国《政治宪法》规定了将国际规则纳入和转化为智利立法的程序；因此，一旦完成了《基本宪章》中规定的程序，国际上有效的规则就可适用于国内。

(3) 智利的《基本宪章》只包含纳入国际条约法的规则；的确，第32条第17款授权共和国总统缔结、签署并核准国际条约，而《宪法》第50条第1款规定只有国会才有权批准或者否决由共和国总统在其核准前所提交的国际条约，因此，条约的批准取决于法律的制定。

这意味着条约一旦被国会批准，就构成了国内法的一部分；之后它必须经共和国总统核准并刊载于在政府公报上。另外，宪法第82条

第2款授权宪法法院解决在提交国会批准的条约谈判期间出现的合宪性问题，它要核查其是否符合宪法至上原则。一旦条约被有效纳入国内法，那么在被废除之前，它都属于国内法的一部分[……]。

(4) [……]议会批准条约属于法律的制定，这与认为条约属于法律的通过（即将条约转化为国内法）是有很大区别的[……]。

(5) 在按照《基本宪章》所规定的程序将条约纳入国内立法的时候，国家学说必然将国际条约与公约置于现行法律之上的地位。国家只要没有废除条约的意思，就是希望其机构遵守条约[……]

[……]

(8) 共和国《政治宪法》不是国际规则有效性的依据，而是其可适用性的依据。一旦国际公约被有效地纳入国内法，而《宪法》又赋予其可适用性，并规定因条约纳入国内法而导致那些涉及同一问题的既有法律失效，那么决定其规则如何适用的就是公约本身。国会既要批准法律，还必须在核准之前批准国际条约，这也证明了这一点。关于后颁布的法律，根据适用性原则，国际条约的规则也必须优先适用[……]。

(9) 根据《维也纳条约法公约》第27条，一当事国不得以援引其国内法规定为理由而不履行条约。

(10) 根据普遍的“条约必须信守”或“善意履行”的国际法原则，直到条约在国际上宣布为不可适用之前，善意缔约国必须遵守该条约。

(11) 这意味着，一旦条约被纳入智利法，则国内法无权决定其不可适用或无效。

(12) 这并不意味着国内立法者被永久性地剥夺了解决条约所包含的问题的权利，而是说，如果他要重新获得解决条约所规制问题的权能，缔约国必须按照该相关条约或国际法规则中所确立的程序废除条约。

(13) 由此得出的结论是，假如法律与条约之间产生冲突，那么问题不在于这些规则的效力范围而在于其可适用的领域，而在此领域内，普通的法官都必须裁定并优先适用条约。

(14) 任何不遵守国际条约内容的行为都不仅构成对国际法的违反，也明显是对其国内法的违反。前者将会导致对智利国家荣誉或者信誉的怀疑。

10. [……]

(12) 法律的公正和正义与人权的约束力之间的任何抵触或冲突都会迫使审判人员对不承认人权的政治当局所公布的或者表述的程序中忽略这些基本权利的法令或法规宣布无效或者不可适用。

11. 《日内瓦公约》自从1951年4月起就已经对智利国家产生约束力，其条款保护外部战争或者后来于1974年已经有效地演变成国内有组织武装之间冲突的参与者的人权[……]。

12. 1949年《日内瓦公约》是完全可适用的，其共同第3条规定，在一缔约国之领土内发生非国际性的武装冲突之场合，冲突之各方对于不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其它原因而失去战斗力之人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其它类似标准而有所歧视，同时不论何时何地，禁止对上述人员有对生命与人身施以暴力、残伤肢体、虐待及酷刑的行为，有损害个人尊严、侮辱与降低身份的待遇以及禁止遽行判罪。《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》第146条规定各缔约国有义务“搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并应将此种人，不分国籍，送交各该国法庭”。第147条还规定，“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害[……]”，《关于保护非国际性武装冲突受难者的第二议定书》对此进行了补充。该公约第148条规定：“任何缔约国不得自行推卸，或允许任何其它缔约国推卸，其本身或其它缔约国所负之关于上条所述之破坏公约行为之责任。”因此，这种构成对公约严重违反的行为是不受时效限制的，而且也是不可特赦的。《刑法典》第94条中规定的对犯罪行为的 10年追诉时效的不可适用，同样将特赦作为消灭犯罪责任的一种方式也是不适当的。在国家作为人道法领域的《日内瓦公约》缔约方期间，任何对于违反战争法以及侵犯战时个人权利的行为的犯罪性质和相应的责任进行篡改的企图都不属于国家的权能范围。如果国家不仅要掩盖个人的责任，而且还要掩盖国家机关或者公共官员的责任的话，那么这种企图就更加严重，因为这等同于自我豁免，与所有的尊重人权和国际共同的和传统人权法的基本的正义理念是背道而驰的。这还会违反该决议的序言第3段中所提及的我们自己的宪法的基本价值和原则。[……]

16. 《美洲人权公约》或《圣何塞 (哥斯达黎加) 公约》(Pact of San Jose (Costa Rica)) 构成我国立法的一部分[……]并且为所有的国家机关特别是法院设定了适用该公约第1条第1款的职责。该条规定，〝本公约缔约国承诺尊重本公约所承认的各项权利和自由，并保证在其统辖之下的所有人都能自由、全部地行使这些权利和自由，而不受到任何歧视。〞这一规定表明，除了要求缔约国立法发展的一些条款之外，公约所承认的权利正如《美洲人权公约》所确定的一样，属于缔约国承诺保证自执行性的，因为不这样做将会构成对公约的违反，要受到美洲洲际人权法院这一超国家司法机构的惩罚。根据上述规定，缔约国有义务对违反人权的行为进行调查并对责任人进行惩罚，正如美洲洲际人权法院对〝巴拉斯克斯·罗德里格斯案〞(Velazquez Rodriguez) 的判决一样。该案指出：〝禁止由国家负责执法的官员进行调查并对其责任和能力进行认定的特赦法不符合公约第1条第1款规定的义务。这一范围内的特赦法如果被宣布有效，将会为国内法与《美洲公约》和其它国际文件保持一致带来法律障碍。〞该法院采用相同的推理，并且在坚持人权条约比国内法享有更高等的地位和优先适用权方面认为，根据通过明确的规定限制国家主权的《基本宪章》第5条，基本人权属于宪法实体性规定的一部分，[……]。

17. 根据《公民权利和政治权利国际公约》第15条第2款，对于人权的刑事违反获得审判的权利不得有任何延误。该条规定：〝任何人的行为或不行为，在其发生时依照各国公认的一般法律原则为犯罪者，本条规定并不妨碍因该行为或不行为而对任何人进行的审判和对他施加的刑罚。〞该条规定不允许有任何延误，甚至在内部或者外部战争状态下也是如此。坚持合法性或者法律不可溯及既往原则不得与该规则相悖，因为行使司法权必须符合国际社会公认的一般法律原则，而不论与国内法发生任何冲突，即使在威胁该国生存的情况下，这些一般法律原则实际上并且必须优先于国内法，联合国《公民权利和政治权利国际公约》第4条第6款确立了这一点。[……]

20. 第503号指控清单中所列出的前项证据以及上述决议之后所提出的各项(证据) 对于认定奥斯瓦尔多·恩里克·罗莫·梅纳 (Osvaldo Enrique Romo Mena) 作为主犯参与《刑法典》第141条、第292条和第293条分别规定的绑架罪和非法结社罪提供了充足的依据。[……]

鉴于以上诸理由、宪法条款、国际公约以及所提及的各项法律条款，并进一步考虑到[……]《刑事程序法典》，[……]特将此案发回到控诉状态，以便由适当的法院履行[……]该决议中所指明的各项手续；而且注意到序言第20段所提及的手续，特此维持针对奥斯瓦尔多·恩里克·罗莫·梅纳的指控，在本案中必须对其签发囚禁令。

讨 论

1. 法院是如何界定1974年智利的情势的？界定所依据的是国际人道法还是智利法？在受难者不属于非国际性武装冲突的另一方的情况下，指控被告实施的杀戮和酷刑是否违反了四个《日内瓦公约》共同第3条？

2. 《日内瓦公约》是如何纳入智利法的？公约所有条款都是直接在智利适用吗？即使它们属于非自执行性的，智利法院也必须加以适用吗？

3. 《日内瓦公约》是否优先于智利法？即使后者是后颁布的也是如此吗？为什么？

4. 《日内瓦第四公约》第 146、147 和 148 条是否适用于对《日内瓦第四公约》第 3 条的违反？

5. (1) 如果智利已经在1974年的事件期间废除了四公约，公约便不能适用于该案吗？(比较《日内瓦第四公约》第158条。)

   (2) 《日内瓦第四公约》第158条是否可以适用于《日内瓦第四公约》第3条？

6. (1) 《日内瓦第四公约》第146和147条暗示了严重违反公约的行为不受时效限制吗？国内法对严重违反行为规定的法定（时效）限制是否违反国际人道法？

   (2) 上述公约各条规定暗示特赦不得包括此类犯罪吗？这与《第二议定书》第6条第5款一致吗？（另参见**案例141**. 南非，阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案，第1509页以及**案例207**. 哥伦比亚，《第二议定书》合宪性案，第2251页。）

   (3) 美洲洲际法院在裁决第16段中的推理是否对国际人道法同样有效？它是否排除了特赦对人权的违反？

7. 严重违反公约行为不适用法定时效限制是否违反了不得诉及既往的刑法原则？至少如果人们（与法院不一样）认为国际人道法不禁止法定（时效）限制呢？

十七、中美洲冲突

案例129，尼加拉瓜，标有红十字标志的直升飞机案

案 例

[**资料来源：**Vichniac, I., Le Monde, June 19, 1987; 原文为法文，非正式译文。]

是否违反人道法规则？
红十字对反政府武装将其标志使用于军事目的提出警告

美国周刊杂志《新闻周刊》6月第1期登载了一篇关于尼加拉瓜国内反革命武装的文章《新的反政府武装？》。这篇文章附有一张照片，显示的是一群士兵从标有红十字图案标志的一架直升飞机上走下来。标题表明该架直升飞机正在运送军事补给。

红十字国际委员会 (ICRC) 认为这是一个极其严重的问题。除非照片是伪造的，反政府武装似乎负有严重违反国际人道法的罪责。根据国际人道法，与禁止其它种类的误用红十字标志一样，禁止假借红十字标志运送士兵、武器或其它军事设备。

红十字国际委员会于6月17日声明其标志只能适用于交战武装的医疗服务，为伤病员以及所有照顾他们的人员提供保护。违反这一原则实际上就是破坏人道活动，并因此剥夺了对伤病员的救助。只有医疗人员、医院或者其它医疗组织、流动医疗单位、医用车辆、医院船只和医疗飞机有权使用这一特别的符号。

在一封致所有国家红十字和红新月协会的信件中，红十字国际委员会重申，红十字标志应当自动地得到尊重。它在国际人道法的实施中发挥着至关紧要的作用，并且是《1949 年日内瓦公约》及其 1977 年《附加议定书》的基本原则之一。

讨 论

1. 谁可以使用受国际人道法保护的标志？用于什么目的？（比较《海牙章程》(Hague Regulations) 第23条第6款、《日内瓦第一公约》第38-44和53条、《日内瓦第二公约》第41-43条、《日内瓦第四公约》第18条以及《第一议定书》第8条第1款和第18条、《第一议定书》附件一第4-5条以及《第二议定书》第12条。）

2. 该标志在这种情况下被用于什么目的？这种使用是否构成误用、滥用？如果构成，这种违反国际人道法的行为是否构成犯罪？（比较《海牙章程》第34条第6款、《日内瓦第一公约》第53条、以及《第一议定书》第37条第1款第4项、第38条以及第85条第3款第6项。）

3. (1) 谁有责任惩罚对该标志的误用和滥用行为？国际红十字和红新月组织？其各国协会？缔约国？（比较《日内瓦第一公约》第54条、《日内瓦第二公约》第45条以及《第一议定书》第18条。）

   (2) 四个《日内瓦公约》及其议定书的缔约国对于该标志有什么义务？各缔约国不得颁布实施立法？这种立法必须包括哪些事项？如果尼加拉瓜没有颁布这种立法，该案所描述的使用行为是否合法？能受到惩罚吗？（比较《日内瓦第一公约》第54条、《日内瓦第二公约》第45条以及《第一议定书》第18条。）

   (3) 如何防止对该标志的误用或滥用？

4. 这种对该标志的误用会对该标志的权威产生什么危险？它仅仅会危及红十字基本的中立性和公平性吗？还是危及对伤病员以及医疗人员及单位的尊重？这种适用最终会如何破坏它所提供的保护？

5. 您的答案是否受到尼加拉瓜境内的冲突是一种非国际性武装冲突这一事实的影响？如果适用国际武装冲突法，您会改变答案吗？

(一) 国际裁决

案例130，国际法院，尼加拉瓜诉美国案

案 例

[**资料来源：**ICJ, Nicaragua v. United States of America, Military and Paramilitary Activities, Judgment of 27 June 1986, merits; 可访问http://www.icj-cij.org。]

关于在尼加拉瓜进行的针对尼加拉瓜的军事和准军事行动 (尼加拉瓜诉美国案)，国际法院1986年6月27日判决

事实真相

[……]

80. 据此，法院认为可以证明，1983年末或1984年初的某一天，美国总统授权美国政府机构在尼加拉瓜诸港口敷设地雷；1984年初，在美国政府

代表的监督和后勤支持下，在埃尔布拉夫 (El Bluff)、科林托 (Corinto) 和撒丁诺 (Puerto Sandino) 港尼加拉瓜内水或其领海或者这两个水域敷设了地雷；在敷设地雷之前或之后，美国政府都没有对国际海运界就地雷的存在以及地雷的位置发出或者公布任何官方警告；地雷爆炸造成了人身和物质损害[……]

[……]

99. 法院认定在自从1981年到1984年9月30日为止的所有事件当中，美国政府一直在为反政府武装（尼加拉瓜政府的敌对武装）的军事和准军事活动提供资金，并在此后为了“人道主义援助”之目的提供资金。[……]

[……]

115. [……]美国在参与为反政府武装提供资金、组织、培训、供给和装备、对其军事或准军事目标选定目标以及编制整体行动计划当中，尽管具有主导性和决定性，但法院所占有的证据仍然不足以将反政府武装在尼加拉瓜境内实施的军事或准军事行动过程中的行为归因于美国。美国的上述各种形式的参与，甚至被告对于高度依赖它的武装部队的一般性控制本身，在没有进一步证据的情况下，并不意味着美国指挥和实施了原告所诉称的有悖于人权和人道法的犯罪行为。此类行为完全可能是由反政府武装成员在美国的控制之外所实施的。由于此类行为会导致美国的法律责任，因此原则上必须证明美国在实施被诉的违法行为期间有效地控制了这次军事或准军事行动。

116. 法院并不认为美国给予反政府武装的援助能证明这些武装部队受制于美国的程度已经达到其实施的任何行为都可以归因于美国的程度。它的观点是反政府武装仍然要对其行为负责，而美国除了其本身针对尼加拉瓜的行为（包括与反政府武装的行动有关的行为）之外，并不对反政府武装的行为负责。法院要调查的不是反政府武装被指控的违反人道法的行为（尼加拉瓜认为这些行为要归因于美国），而是美国应当承担责任的那些直接与反政府武装的活动相关的非法行为。美国的此类行为的非法与否是一个不同于反政府武装是否应当承担罪责的违反人道法行为的问题。正是由于这一理由，法院不需要认定归因于反政府武装的那些违反人道法的行为事实上是否是由他们实施的。同时，在针对反政府武装提出关于违背人道法的指控的相应时间美国政府是否知晓或者是否应该知晓的问题与评价美国的行为的合法性是有关的。因此，重要的事实主要是那些与1983年实际的或者心理的军事行动有关的事实。

117. 尼加拉瓜事实上已经向法庭展示了两份出版物作为证据，它声称这两份出版物是由美国中央情报局于1983年制作并提供给反政府武装的。第一份是西班牙文资料，标题是《游击战中的心理军事行动》(*Operaciones sicolgicas en guerra de guerrillas*)，作者是塔亚坚 (Tayacan)，这份提交给法庭的经鉴定的复印件没有出版社名称或日期。在其序言中，该出版物被描述为：

> “一本用于在心理军事行动中培训游击队的手册，它在尼加拉瓜被应用于由‘自由突击队’所进行的基督教和民主改革运动实践中”[……]

122. 法院得出结论认为，在1983年，一家美国政府机构向“尼加拉瓜民主武装”提供了一本关于心理游击战的手册，该手册在明确反对针对平民的不分皂白的暴力的同时，认为枪击企图离开城镇的平民可能是必要的，并提出在进行有公众出席的表面审判之后，为了达到向当地法官、政府官员、知名人士宣传的目的而实施“中立化” 的建议。这本提供给反政府武装的资料还建议利用职业罪犯去完成一些不宜说明的“任务”并利用激起公众游行的方式引起当局实施暴力从而制造“殉难者”。

[由于美国在接受国际法院管辖的时候提出了保留，法院不能将多边条约适用于本案的情形。]

174. [……]法院认为，按照美国的主张，它不应当使用习惯国际法规则，因为它们已经由国际条约法规则特别是《联合国宪章》的规则所“包容”和“随后覆盖”。因此，美国明确认为《联合国宪章》原则的存在排除了习惯国际法中类似原则独立存在的可能性，这要么是因为现有的习惯规则已经被并入宪章，要么是因为宪章影响了随后具有相应内容的习惯规则的形成。

175. 法院并不认为，在与当前争端有关的法律领域，能够主张所有可以适用的习惯规则都具有与条约中包含的规则完全同等的内容，而这些条约由于美国的保留是无法适用的。在许多方面，这两种法律渊源所管辖的领域并非完全重合，而且它们所构建的实体性规则在内容上也并不完全相同。但是除此之外，如果与该争端相关的条约规范与习惯法规范具有相同的内容，就成为法院坚持认为条约的形成一定会剥夺习惯法规范单独适用的机会的一个理由。多边条约的保留也不能被解释为包含有这样的意思，即一旦适用于一个纠纷，就会排除与导致该保留变得有效的条约法规则具有相同或者相似内容的习惯国际法规则的适用。

176.[……]法院因此认定，《宪章》第51条只有在存在一种“自然的”和“固有的”自卫权的基础上才是有意义的，而且除了其习惯性质之外，很难看出它还能是别的什么，尽管其当今的内容已经受到《宪章》的确认和影响。除此之外，《宪章》本身虽然已经承认存在这种权利，但它仍然不包含任何规定只有与武装攻击相称的而且有必要采取的措施才是正当的自卫这样特定的规则，而这个规则在习惯国际法中已经完全确立。[……]

177.[……]在国际条约法和习惯法中存在相同的规则已经被法院在“北海大陆架案”(*North Sea Continental Shelf*) 中明确认可。在更大范围内，这些案件提出了这样一个问题，即条约规定中的某项规则是否也以一项习惯规则的方式存在，这要么是因为条约只是将习惯予以成文化，或者使其“具体化”，要么是因为它影响了其随后的形成。法院[……]认为有关条约的其它特定条款“被……认为是反映了或者体现了被一般承认的或者至少是正在出现的习惯国际法规则”(《国际法院报告》1969年卷，第39页第63段)。[……]

178.有许多理由可以认为，即使这两种规范属于两种内容上似乎相同的国际法渊源，而且即使当事国要受到这些条约法层次上和习惯国际法层次上的规则的约束，这些规范仍然是单独存在的。从其可适用性的观点来说这是正确的。但在影响两个国家的法律争端当中，其中一个国家可能会主张条约规则对其自身行为的可适用性要取决于适用其它领域中的（也包括同一条约中所包括的）其它规则的其它国家的行为。[……]条约法中与习惯国际法中相同的规则还可以根据解释和适用的方法进行区分。一个国家承认一项包括在条约中的规则并不简单地因为它有利于该规则本身的适用，而且还因为该条约确立了该国认为是保证该规则得以实施的适当的制度或者机制。因此，如果该规则与一项习惯国际法规则是并行不悖的，那么这两项内容相同的规则就要视有资格证明实施这些规则的正当性的机关的不同而受到不同的对待。而当前的争端正说明了这一点。[……]

181.[……]《宪章》在该领域对于已经在习惯国际法中出现的原则做出解释，远远不构成对以未更改的方式存在的某种习惯国际法的明显背离。而且在《宪章》的影响下，这种（习惯国际）法已经在随后的四十年里得到发展，以至于《宪章》中所包含的许多规则都获得了独立于它的地位。[……]

182. 法院得出结论认为，它应当行使由美国根据该法第36条第2款的接受声明所授予的管辖权，并根据习惯国际法来判定尼加拉瓜的诉求[……]。

185. 在当前的争端中，法院只就适用不使用武力和不干涉等习惯规则行使管辖权时，不应忽略各方要受到这些作为条约法和习惯国际法的规则约束这一事实。另外，在本案中，除了条约性承诺对规则所涉及的各方有约束力之外，还存在它们已经以其它方式表示承认这些规则作为习惯国际法的效力的情况。因此，按照法院在1969年“北海大陆架案”判决中所使用的表述——“主观要素”（《国际法院报告》1969年卷，第44页），法院必须对有关的实践进行评价。

186. 不能期望在国家的实践中本案所讨论的规则是完美的，即国家在相互间的事务中必须完全一贯地避免使用武力或者进行干预。法院并不认为，要证明某项规则为习惯规则，相应的实践都必须绝对与该规则严格相符。法院认为，要论证习惯规则的存在，国家行为大体上符合这些规则就足够了，而且国家行为与这些规则不一致的情况应当被一般性地看作对该规则的违反，而不是表明对某一新规则的承认。如果一个国家的行为表面上与某一公认的规则不相符，但是该国为自己的行为进行辩解时声称这是规则的例外情况或者规则本身所包含的正当性，那么不管根据该理由国家的行为实际上是否具正当性，这种态度的含义都是对该规则的确认而不是削弱。[……]

207. [……]国家行为表面上与不干预原则不一致的案件对于法院的意义在于其所提出的正当性的理由的性质。一个国家主张一种新型的权利或者该原则从未有过的例外，如果有其它国家原则上的认同，将导致对习惯国际法的修改。事实上，法院认为美国在依照新的干预权或者禁止干预原则的新型例外上，并没有证明其行为的正当性。[……]

[……]

215. 法院已经注意到了上述情况（第77段最后），即美国没有发出任何关于在尼加拉瓜港口或其附近布有地雷的警告或者通知。然而即使在战争时期，1907年10月18日《关于敷设自动触发水雷公约》（《1907年海牙第八公约》）规定“应对和平航运的安全采取一切可能的预防措施”，而且交战国应

> “一俟军事情况许可时，即将危险区域通知各船主并通过外交途径通知各国政府。”（第 3 条）。

中立国如在其海岸外敷设自动触发水雷，必须在事前发出类似的通知(第4条)。一个国家在和平时期在其它国家的内水或领水敷设水雷是一种非法行为，这一点已经非常清楚。但是此外，如果一个国家在任何水域敷设水雷，这些水域中的其它国家的船舶拥有进入或通行的权利，而如果不顾和平航行的安全，没有发出任何警告或者通知，那么它就违反了《1907年第八公约》这些具体条款背后所隐含的人道法原则。法院在"科孚海峡案"(*Corfu Channel*) 中对这些原则表述如下：

> "一些一般的和公认的原则，即：基本的人道考虑，甚至在和平时期比在战争时期更为严格"(《国际法院 1949 年报告》第 22 页)。

216. 这一终极的考虑导致法院开始审查该争端所适用的国际人道法。很明显，使用武力可能在某种情况下引出人道法问题。[……]

218. [……]美国的行为可以根据人道法基本的一般原则进行评价。按照法院的观点，《日内瓦公约》在某些方面对这些原则有所发展，而在其它方面则仍然只是相同的表述。非常重要的是，根据四公约的这些条款，其中任何一个缔约国退约

> "并不减轻冲突各方依国际法原则仍应履行之义务，此等原则系产自文明人民间树立之惯例、人道法则与公众良心之要求"(《日内瓦第一公约》第 63 条；《日内瓦第二公约》第 62 条；《日内瓦第三公约》第 142 条；《日内瓦第四公约》第 158 条)。

四个1949年8月12日《日内瓦公约》共同第3条对于非国际性质的武装冲突中适用的特定规则进行了解释。无疑，在国际武装冲突的情况下，除了那些同样适用于国际冲突的受到更为详细阐述的规则之外，这些规则也构成一种最低标准；而且根据法院的观点，它们反映了法院在1949年所命名的"基本的人道考虑"（《国际法院报告》1949年卷，第22页，"科孚海峡案"，"事实真相"；上文第215段）。因此，法院可以认定它们适用于当前的争端，而不必去确定美国多边条约保留是否对于相关条约起到相反的作用。

[罗伯托·阿戈 (Roberto Ago) 在其个别意见 (《国际法院报告》1986年卷第183页) 中对于这一点写到："6. [……]法庭在明确反对所有的习惯规则在内容上都是与条约中的规则相同 (第175段) 的同时，仍然在某些关键问题上得出结论认为，习惯国际法与某些主要的世界性或区域性多边条约中所规定的规则的内容实际上是相同的，对此我必须表示严重的保

留。[……]另外很难让我信服的是，在《日内瓦公约》和某些‘基本的一般人道法原则’的内容之间存在广泛的一致性，根据法庭的观点它们先存在于习惯法中，而这些公约‘只是语义表达而已’(第220段)，或者它们最多不过‘在某些方面有所发展’(第218段)。幸好，法庭在指出原告的行为不符合1949年8月12日《日内瓦公约》之后，对于适用这一本身具有争议的概念所带来的后果表示出了谨慎的态度。”]

219. 反政府武装与尼加拉瓜政府部队之间的冲突是一种“不具有国际性质”的武装冲突。因此，反政府武装针对尼加拉瓜政府的行为要受到适用于此种性质冲突的法律的规制；而美国政府在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的行为则要受与国际冲突有关的法律规则管辖。由于适用于国际与非国际冲突的最低规则是相同的，就不需要解决是否必须在规制某一类或者其它种类的冲突的规则的背景下来审视这些行为的问题。相关的原则应当在1949年8月12日《日内瓦公约》每个公约的第3条的规定中来寻找，每个公约中的这些条文都是完全相同的，它们明确规定了不具有国际性质的冲突的情况。

220. 法院认为，按照《日内瓦公约》第1条的规定，美国政府有义务“尊重”这些公约，并且甚至在任何情况下都“确保尊重”它们，因为这种义务不仅仅来源于这些公约本身，而且来源于仅仅是由这些公约予以具体表述的人道法一般原则。因此，美国有义务不去鼓励个人或者团伙介入尼加拉瓜的冲突当中，实施违反四个1949年《日内瓦公约》共同第3条的规定。该条规定：

[该条全文引用于此] [……]

242. 法院因此认定，美国政府在截至1984年9月底以前对尼加拉瓜国内反政府武装的军事和准军事行动以财政资助、培训、提供武器、情报和后勤援助等方式所给予的支持，构成对非干预原则的明确违反。但是法院注意到，自从美国政府1985年财政年度一开始，美国国会就已经对于向反政府武装的“人道主义援助”拨款进行了限制[……]。无疑，对于其它国家的个人或武装提供的严格的人道主义援助不管其政治隶属关系或目的如何，都不能被视为非法干预，或者说被视为违背国际法。第20届国际红十字大会所申明的第一个和第二个基本原则对这种援助的性质进行了说明，即

> “红十字，创立的目的是期望对战场上的伤员毫无歧视地提供援助，致力于以其国际和国内的地位防止和减轻它在任何地方所能发

现的人类的痛苦。其目的是保护生命和健康并确保对人类的尊重。它促进人民之间的相互理解、友谊、合作和持久的和平。”

以及

“它在国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治观点方面不进行歧视。它仅仅致力于减轻痛苦，对最急迫的危难情况优先对待。”

243. 但是，美国限制向反政府武装提供人道主义援助的立法也详细说明了这种援助的含义，即：

“提供食品、衣物、药品以及其它人道主义援助，而且它不包括提供武器、武器系统、弹药或者其它可以被用来造成严重的身体损伤或者死亡的设备、车辆或者材料” [……]。

还需要注意的是，尽管美国国会已经指示美国中央情报局和国防部不得管理投票资金，但与反政府武装“共享”情报信息是可以理解的。由于法院没有获得关于对国会决定所提供的事实上的解释方面的信息或情报信息事实上是否也被提供给了反政府武装方面的信息，那么在法律如何适用于这种情况方面，法院将其自身置于一个声明的限制之下。真正的人道主义援助的一个基本的特征是，它必须“毫无歧视地”提供给所有人。根据法院的观点，如果“人道主义援助”条款要避免因可能干预尼加拉瓜内部事务而应受到的谴责，那么它不仅必须被限制于红十字实践中被视为神圣的目的（即“防止并减轻人类痛苦”和“保护生命和健康并确保对人类的尊重”）的范围之内，而且最重要的是必须对于在尼加拉瓜所有需要的人毫无歧视地给予，而不是只给予反政府武装及其附属人员。

[……]

254. 法院随后分析了在本案中人道法适用于美国的被控行为这一问题。前面(第215段) 已经提到美国由于未能就其在尼加拉瓜港口敷设水雷而发布通知的原因而违反习惯国际法，从而被法院认定要对此直接负责。除了水雷之外，尼加拉瓜并没有认为美国或者“UCLAs”(即 “单方控制的拉美间谍”的英文第一个字母缩写，是美国中央情报局对于由美国军方或者情报人员付酬并按照其直接指令行事的拉美公民的称呼，他们同反政府武装有所区别) 有其它违反人道法的行为。原告主张反政府武装所实施的行为构成对“保护人权基本规范”的违反，但并没有提出在发生诸如反政府武装和已建立的政府之间的冲突的情况下的法律适用问题。

实际上，尼加拉瓜对反政府武装违反人权法和人道法提出了指控，并认为美国应对这些行为负责。尽管法院认定 (第115、216段) 尼加拉瓜这一主张不能得到支持，但它还认定美国对于出版和发行上文第118和122段中所述的《游击战中的心理军事行动》手册的行为负责。

255. 法院还认定（上文第219和220段），人道法的一般原则包含有一种特殊的禁止（美国对此也已经承认）并且延伸到武装冲突条件下所发生的行为，而不管其是否具有国际性质。根据这些一般性原则，美国应当避免鼓励卷入尼加拉瓜冲突中的个人或者团伙实施违反四个1949年8月12日《日内瓦公约》共同第3条的行为。这里的问题当然与界定一国被认为对其它国家所实施的行为（这很可能不包括可能的煽动）负责的情况没有关系。法院注意到心理军事行动手册中所给出的建议，即在为了“参加这一行动并对压迫者提出指控”而集合当地民众之后，“中立化”某些“仔细选择和计划的目标”，包括法官、警官、国家安全官员等。根据法院的观点，这有悖于《日内瓦公约》第3条的规定，该条对于非实际参加战事之人员规定了禁止

> “未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑”

而且很可能也禁止“对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀，……。”

256. 还应当适当回顾一下心理军事行动手册发行的环境。在考虑这本鼓励以与人道法一般原则相悖的方式采取行动的手册的出版是否合法时，重要的是要考虑是否在采取这种行动为可能或者可预见的环境中对人们进行这种鼓励。但是，法院认定[……]，在相应的时间那些负责发行该手册的人至少知悉反政府武装的行为不符合人道法。事实上即使是美国中央情报局也声称该手册的目的是要“缓和”这种行为。因此，这本事实上包含了上文所引用的建议的手册的出版和发行必须被认为是一种对以与公约中所体现的国际人道法一般原则相抵触的方式采取行动的鼓励。[……]

292. 鉴于以上理由，

法　院

[……]

(8) 以14票比1票，

裁定美国由于未告知其敷设的水雷的存在和位置 (参见本段第 (6) 小段)，因此其行为违反了习惯国际法的有关义务；[……]

(9) 以14票比1票，

认定美国由于在1983年制作了一本标题为《游击战中的心理军事行动》的手册并将其散发给反政府武装，鼓励了他们采取与人道法一般原则相抵触的行动。但没有找到将所采取的任何此类行动都被视为美国的行动而归因于美国的依据；[……]

讨 论

1. 第174-178、181段：某一习惯国际法规则是否在将该规则成文化的多边条约的缔约国之间继续有效？即使这两个规则是相同的也是如此吗？为什么？习惯规则的内容会受到条约规则的影响吗？是通过受条约约束的缔约国的实践吗？

2. 第185、186、207段：一个条约性承诺是否“算作”习惯国际法的实践？在国家的行为通常都与其所宣称的规则不一致的情况下，该规则还属于习惯国际法吗？对于国际人道法来说法院对这些观点的裁决有什么重要意义？第219段：法院是如何界定尼加拉瓜冲突的？

3. 第219段：法院如何界定尼加拉瓜冲突？

4. 第80、215、254段：在尼加拉瓜港口和附近敷设水雷是否违背国际法？是否违背国际人道法？哪些行为违反国际人道法？国际人道法是否无论如何都可以适用？（比较《海牙第八公约》第3-4条。）

5. 第218、219段：四个《日内瓦公约》共同第3条是否适用于国际武装冲突？是作为习惯国际法吗？Martens条款是否证明四个《日内瓦公约》共同第3条是一种习惯？是否证明国际人道法整体都是习惯？

6. 第220段：四个《日内瓦公约》共同第1条是否可以适用于非国际性的武装冲突？是作为条约规则？还是作为习惯规则？还是作为这两种规则？

7. 第115-122、254-256、292 (9) 段：

   (1) 美国是否应对反政府武装的所有行为负责？是因为他们违反了国际人道法吗？还是因为对国际人道法的某些违反？为什么？在哪些情况下美国应对反政府武装的所有行为负责？这会改变法院对冲突的界定吗？

(2) 美国是因为提供《游击战中的心理军事行动》手册而违反国际人道法吗？而不管反政府武装实际上是否实施了所建议的行为？违反了哪些国际人道法规则？

8. 第242、243段：

(1) 提供人道主义援助会违反国际法吗？这些被违反的规则是国际人道法规则还是战争法规则？

(2) 人道主义援助的合法条件由国际人道法规定吗？（如可比较《日内瓦第四公约》第23条和第59条、《第一议定书》第70条以及《第二议定书》第18条。）红十字的基本原则是国际人道法的一部分吗？它们针对谁而制定？国家必须遵守红十字的基本原则吗？

(3) 美国向反政府武装所提供的人道主义援助在哪些方面违反了国际法？（比较《第一议定书》第70条和《第二议定书》第18条。）

(4) 一国仅仅向国际武装冲突的一方提供严格的人道主义援助违反国际法吗？冲突的敌对方有义务为这种援助让行吗？（比较《第一议定书》第70条；另比较《日内瓦第四公约》第23条和第59条。）

(二) 第三国的地位

案例131，加拿大，拉米雷斯诉加拿大案

案 例

[**资料来源：***Ramirez v. Canada (Minister of Imployment and Immigration)* [1992] Federal Court of Appeal No 109，脚注省略；为了方便理解，段落顺序有所调整。]

加拿大联邦法院——上诉法院

斯通 (Stone)、麦奎根 (MacGuigan) 和林登 (Linden J.J.) [……]

1. 本案是“移民与难民委员会”的“公约难民查明部” [……]于1990年3月14日裁决的上诉案件[……]。在该案中，难民部裁决上诉人不是公约难民。

35. [……]上诉人最初由于对游击队杀害其一个妹妹及其丈夫（其另一个妹妹被强奸[……]）的凶手复仇的动机，自从1985年1月1日起自愿参加萨尔瓦多军队达两年之久。这名战斗力很强的士兵被提升为下士，然后又成为副中士。在这一时期，他参加了130到160次战斗[……]。但是在其服役期结束前2个月的一次埋伏中，他的脚、腿和头部受了伤。在其康复期间，他又签了两年的服役期，这样他就可以报销其治疗和康复费用并继续得到工资[……]。

2. [……]难民部认定，原告已经证明了由于其政治观点的原因受到了非常明确的迫害威胁，但是却没有得到依据《联合国关于难民地位公约》（"公约"）第1条第6款规定的保护[……]。

[注：该条规定原文为："本公约规定不适用于存在着重大理由足以认为有下列情事的任何人：(甲) 该人犯国际文件中已做出规定的破坏和平罪，战争罪或危害人类罪；(乙) 该人在以难民地位进入避难国以前，曾在避难国以外 犯过严重的非政治罪行；(丙) 该人曾有违反联合国宗旨和原则的行为并经认为有罪。"(公约文本可访问http://www.unhcr.org.ch)]。

该案中，涉讼罪行要么是战争罪要么是反人类罪。这当然不是危害和平罪，因此一般都被包括在反人类罪行当中[……]。但是，由于根据调查的事实，我们关心的是在内战或国内叛乱的过程中所实施的罪行，而不纠缠于哪一种类型（的罪行）的关联性更强，因此我选择将这两种不同的罪行统称为"国际罪行"。[……]

4. 公约的解释缺乏权威性。引言条款包含含义模糊的词语"要考虑的严肃理由"[……]。

5. 我认为，正如被告所主张的，必须用"要考虑的严肃理由"这类词语来确定一个比或然性权衡标准更低的证明标准。[……]

7. 因此，尽管上诉人找到若干国际权威资料作为依据，强调除外条款的解释必须受到限制[……]，但似乎在第二次世界大战的暴行之后，这部1951年的公约的缔约国在关系到国际罪行的制造者的问题上却希望为其本国保留更为宽泛的难民地位方面的除外权利。[……]

11. 在本案中，争议最大的法律问题是在国际罪行中的同谋者[……]以及主犯应该受到除外对待的程度。因为难民部部分认定上诉人"在实施这些罪行中的帮助和教唆方面"是有罪的[……]，而正是依据这一认定，被告的案件很明显必须中止。

12. 公约的规定提到"规定这些罪行的国际文件"，这些文件中有一个是《伦敦国际军事法庭宪章》，其第6条规定[……]：

> ″参与制定或实施任何前述罪行的共同计划或者共谋的领导者、组织者、煽动者以及同谋者都要对在完成这一计划当中任何个人所实施的全部行为负责。″

我认为这一证据对于将同谋者以及主犯都包括进去是决定性的，但是它没有回答关于作为″同谋者″被包括进去所需要的参与程度这一更大的问题。[……]

15. [……]从要求对犯罪意思 (*mens rea*) 进行解释这一前提，我发现″某些涉及迫害的个人活动″这一标准由于被理解为暗含心理因素或意识，因此该标准是犯罪意思在本案中的一个有用的说明。很明显，没有人能够在没有亲自和故意参与的情况下″实施″国际犯罪。

16. 那么，成为同谋者或者教唆者需要多大程度的共谋呢？我得出的第一个结论是，仅仅是一个偶尔实施国际犯罪的组织的成员通常并不足排除其难民地位。这的确是与缔约国的意图相一致的，这从战后国际军事法庭已经参照这一点来看是很明显的。[……]

    但只要一个组织的主要活动是基于受禁止的和残忍的目的，如秘密警察活动，那么仅仅作为其成员就一定会涉及亲自和故意参与迫害行为，这是很明显的。

17. 同样，仅仅出现在犯罪现场并不足以说明有亲自和故意的参与[……]，但是，出现在现场再加上另外的事实就可以充分地得出其参与犯罪的结论。依我看来，如果仅仅是目击，如在公开行刑的现场，只要目击者纯粹是旁观者而与迫害团伙没有实质的联系，尽管每个人的情况可能会有所不同，但也绝不会构成亲自参与。不过，我认为，作为主犯的同伙绝不能被说成是一个旁观者。一个参与犯罪的团伙成员可以根据有关事实被恰当地认为是亲自和故意参与者。

18. 我认为，实际上在所有参与者都有共同的目的和意图的案件中就会出现共谋。这一原则反映国内法[……]，而且我认为它还是对国际法的最好解释。[……]

20. 依我的观点，[法院参照一个先例]对本案事实做出了正确的裁决，但其在许多部分依据《加拿大刑法典》第21条中对犯罪各参与者的定义，[《加拿大刑法典》第21条规定：″(1) 任何人 (a) 实际实行犯罪；(b) 为帮助他人犯罪而作为或不作为；(c) 教唆他人实施犯罪，为犯罪参与者。(2) 两个或者更多的人为实现非法目的并互相帮助而形成共同故意，而且

其中任何一个人在完成其共同目的时实施了犯罪，那么他们当中任何知道或者应当知道实施这种犯罪是实现这种共同目的的可能后果的人都是这种犯罪的参与者。”]这是一种并不适合本案的方法，本案中需要解释的是一种本质上属于非刑事性质的国际文件。[……]

21. [……]事实上，我认为那些目击者没有责任，除非他们被认为是故意的参与者。

22. 必须特别谨慎而不能机械地惩罚每一个在战争状态下卷入冲突的人。在人类历史上的大多数战争中可能大多数战斗员都目睹了他们自己一方所实施的甚至他们自己通常也认为应受谴责但却感到完全没有能力阻止的行为，当然这种行为至少对他们自己是无害的。虽然法律可能会要求那些接受命令而实际实施国际犯罪的人做出选择，但却不要求所有出现在现场的人冒着自身的危险立即进行慈善性干涉。法律通常并不管辖英雄主义层面的事务。

23. 在我看来，在确立一项一般原则时，不应当超出迫害行为中的亲自和故意标准。其它应当做出裁决的是特定的事实问题。[……]

24. [……][难民部]随后对他在关于平民实施酷刑和杀戮方面（言辞）的可信性的保留进行了如下解释[……]：

> “据其本人供述，原告参与了全体陪审人员所称的针对平民的‘暴行’。发生这种由军队针对非实际参战人员的暴行在有关归卷证据的整个展示过程中得到了充分的证明。[……]”

25. [……]在陈述中，原告描述了他亲自参与战斗的情况。在一审中，原告陈述如下：

“问：那么，告诉我们你在服役期中的情况。

答：我一到那儿，他们就开始把我作为士兵进行训练，一开始我对此非常喜欢。这对我非常有吸引力。这好像是在另一门课程中使我成熟为男人，而且我还知道部队需要年轻人，[……]因为否则他们就会缺少士兵，他们会没有士兵，而这些士兵将要为其祖国而战。

然后我开始进行更多的训练并且晋升了军衔。这就是我在几乎两年的服役期中的所作所为。我战斗，我做了许多人们可能认为是坏事的事情。我不得不杀人，而且随着时间的推移，这些事情还在继续。

问：你所说的是普通的战斗吗？

答：是的，我说的是关于普通战斗的事情。我还要说的是关于解除他人武装、对其实施酷刑并将其杀害的情况。[……]”

26. 这一段的关键词很明显是“我做了许多人们可能认为是坏事的事情”，这些话使得难民部无法相信其随后对其是酷刑现场的一个主犯这一事实的翻供。

27. 由于对西班牙原文有了更好的翻译这一有利条件，我们现在知道上诉人在上一段中所说的实际上不是“我做了”，而是“我看见了”。[……]

30. 因此，难民部关于上诉人作为主犯参与犯罪的第一项裁决不能得到支持，因为没有证据能够予以证明。

31. 因此，有必要审查其关于上诉人作为同谋犯参与犯罪的第二项裁决[……]。

32. 从这一段来看，难民部在认定上诉人是一名同谋犯中所用的法律标准是不明确的。它求助于普通法术语“帮助与教唆”，这是普通法传统中的一个专门术语，因此其本身不是解释国际公约的适当方法。但是这种参考非常原则而且实际适用的标准也很晦涩难懂，因此我认为必须说难民部在适用法律上有错误，其裁决必须撤销，案件应当发回重审，除非具有常识的法庭无法依据正确的方法得出不同的结论[……]。

33. 难民部裁决依据的是上诉人“出现并充当警卫”。据有关证据认定他围捕可疑游击队员的行为构成针对后者实施犯罪的亲自参与也是值得商榷的，这样认定的理由是，他有两次承认了他在围捕中的作用导致了虐待，当时他曾想到战俘应当被移交给红十字，而难民部已经接受了他的解释[……]。

34. 对于上诉人充当警卫，我认为不可能说具有常识的法庭必定无法得出亲自参与犯罪的结论。上诉人证实：[……]

> “我们只是观察，我们在该地区进行观察，之后我们只是目击了所发生的事情，但是我们从没有参与实际的杀戮。”

“在该地区”这一词语仅仅意味着作为一个营地警卫在通常的军事意义上“进行观察”，而非特指发生在战俘身上的事情。难民部则将其解释为监视战俘或者保护犯罪人的含义。由于这种模糊性，我无法看出这是具有常识的法庭所能做出的唯一可能的解释。

35. 因此，剩下的问题就是上诉人所供认的出现在许多其他士兵根据其共同上级的命令所实施的酷刑和杀戮场合的情况。上诉人在对其这种经历所进行的总结式的讲话中证实他曾看见[……]：

> “是的，我说的是关于普通战斗的事情。我还要说的是关于解除他人武装、对其实施酷刑并将其杀害的情况。” [……]

36. 当时他证实他的良心正在困扰着他，原因是他已经是 [……]的一部分。

37. [……]我认为从上诉人这些和其它的证词以及从其它书面证据当中可以看出，对战俘实施酷刑和杀戮很明显已经成为萨尔瓦多的一种军事生活方式。对上诉人有利的是，他的良心受到他的这些行为的极大困扰，因此在三次要求退役而未获成功之后的第二个服役期期间[……]，他最终于1987年11月开了小差[……]，这其中相当重要的原因至少是因为他还有良心。但是，我还必须说我认为对上诉人不利的是他在一个较长的时期连续参加导致这种结果的军事行动。他是实施这些暴行的军事力量中的一个积极的成分。他完全知晓正在发生的事情，而他只是不能通过确保他从未造成他人痛苦或者是这种行为的发动者而为自己开脱罪责。

38. 根据“[……]他已经实施了危害和平罪、战争罪或者反人类罪要考虑的严肃理由”这一标准，我无法将上诉人的情况看成是接近该标准。他知晓部队所进行的大量的审讯，在其20个月的积极服役期间大约为每周两次的水平（在大约130-160次军事作战之后）。他绝不可以被归类为一个简单的目击者，而是在所有场合都是该军事力量的一个参与和明知的成员，他们的共同目标之一就是对战俘实施酷刑以获得信息。据他供认，这是他的部队所做的一件常规性和重复性活动。他是这些活动的一部分，尽管从他个人来讲不是“令人高兴的一段”。换句话说，他在这些迫害事件现场的出现加上他与该军事力量拥有一个共同的目的，很明显构成了同谋。对于本案来说，我们无需对被认为成立的暴行所发生的时刻进行界定，因为我认为该案根本就接近该标准。上诉人不是一个无辜的旁观者：他是制造那些集体故意的非人道的可怕时刻的军事行动的一个不可分割的部分，虽然他有些不情愿。

39. 当然，要证明上诉人对其行为承担刑事责任需要一种完全不同的证明标准，但是根据世界各国所确立的“低于民法的标准”，而且依照加拿大关于接纳难民的法律，在出现国际犯罪问题的情况下，我认为毫无疑问没有任何一个具有适当知识的法庭不会得出上诉人已经亲自和故意参与迫害行为这一结论。

40. 上诉人没有提出上级命令的辩护，而且他关于强迫和自责的争辩不足以免罪。[……]

我无法认定上诉人依据强迫就足以证明自己参与较轻的犯罪的正当性，但我必须得出结论，他以某种不同意或者不参与的方式所产生的伤害明显比实际上给受难者造成的伤害更轻。上诉人自己对因开小差所受的惩罚证实如下[……]：

"答：嗯，这种惩罚开始是非常非常艰苦的训练，然后他们又将你扔进监狱长达五到十年。"

这无可否认是一种非常严厉的惩罚，但是比他所追随的军事力量的受难者所面对的酷刑和死亡要轻得多。

41. 至于他目前真正感到的自责，无法抵消他长期参与犯罪的行为。

42. 因此，必须驳回上诉。

讨 论

1. (1) 法院已经裁定了发生在萨尔瓦多的冲突的类型吗？这一裁定对于所做出的决定有什么影响？法院不确定"涉讼犯罪"的法律分类是正确的吗？

   (2) 你对萨尔瓦多的情势怎样定性？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条第1款；《第二议定书》的第1条第1款。）

   (3) 上诉人的被控行为是反人类罪还是战争罪？还是二者兼有？在对这种冲突的分类上这两类犯罪之间存在什么区别？在非国际武装冲突中会有战争罪吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条第1款与四个《日内瓦公约》分别第50、51、130、147条；《第二议定书》第4条第2款和《国际刑事法院规约》第7和第8条；第634页**案例15**。）

2. 萨尔瓦多武装部队违反了国际人道法（IHL）吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条第1款与《第二议定书》的第1条第1款。）

3. 认为上诉人实施了国际犯罪有严肃的理由吗？仅仅是由于他属于萨尔瓦多武装部队这一事实吗？是由于他抓获屡受酷刑的战俘这一事实吗？他要使自己不承担刑事责任，当时应该做些什么？（比较《国际刑事法院规约》第25条第3款第4项。）

4. (1) 上诉人要被认定对其酷刑和处死战俘的行为负刑事责任，检察官对于同样的事实的证明负担是要大一些还是必须提供犯罪中具有重要牵连的证据？法院的意见呢？你的意见呢？

(2) 上诉人成为萨尔瓦多武装部队被指控的犯罪的同谋犯的理由是什么？他知晓这些但仍然是这些武装部队的成员这一事实足以认定他是同谋犯吗？（比较《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项第1目和第25条第3款第4项。）

(3) 仅仅是一个武装部队的成员怎样才能导致对团伙所实施的行为负刑事责任？实施了不违反国际人道法的敌对行为，但知道他的同志违反国际人道法的士兵要对后者的行为负刑事责任吗？

(4) 对于一个国家的武装部队成员适用《加拿大刑法典》第21条第2款合适吗？

5. 你是否同意下面的观点："任何人不亲自和故意参与就无法'实施'国际犯罪"？(比较《第二议定书》第86条第2款和《国际刑事法院规约》第28条。)

6. 上诉人排除刑事责任有什么根据？为什么他未获成功？（比较《国际刑事法院规约》第31条第1款第4项。）

7. 加拿大应当起诉上诉人而不是否认其难民地位吗？不起诉但否认其难民地位有什么正当理由？（比较四个《日内瓦公约》分别第49、50、129、146条。）

8. (1) 加拿大有权依据上诉人可能实施了战争罪或者反人类罪而否认其难民资格吗？即使他在萨尔瓦多有受到迫害的危险也是如此吗？

(2) 由于上诉人实施了战争罪或者反人类罪，即使他在萨尔瓦多有受到迫害的危险也可以将其遣返吗？

案例132，瑞士，萨尔瓦多冲突的界定

案 例

[**资料来源：***Annuaire Suisse de Droit International*, 1987, pp. 185-187；原文为法文，非正式译文。]

武装冲突法：适用《1949年日内瓦公约第二附加议定书》的管辖条件（萨尔瓦多案）

下面是我们对《"国际公法理事会"提交的萨尔瓦多案适用1949年8月12日〈日内瓦公约〉关于保护战争受难者以及保护非国际性武装冲突受难者的1977年6月8日〈第二附加议定书〉的照会》的重述。

[译文：]

1. 萨尔瓦多于1953年6月17日批准了1949年《日内瓦公约》，并于1978年11月23日同样批准了两个附加议定书。

2. 《关于保护非国际性武装冲突受难者的第二附加议定书》是否适用于常规的萨尔瓦多部队和“法拉本多·马蒂民族解放阵线”（“马解阵线”）之间的冲突这一问题必须得到肯定的回答。这一回答基于如下几点：

(1) 《第二议定书》第1条确定了该议定书适用的范围如下：

A. 本议定书[……]应适用于为1949年8月12日《日内瓦公约》关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书（《第一议定书》）所未包括、而在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的反政府武装部队或其它有组织的武装集团之间的一切武装冲突。

B. 本议定书不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而且偶然发生的暴力行为以及其它类似性质的行为。

因此，该议定书适用的具体领域要以纯粹的目的标准来确定。正如《日内瓦公约》那样，对于四个《日内瓦公约》共同第3条所指的国际性武装冲突和非国际性武装冲突，只要所设定的目的条件得到满足，就可以自动适用该议定书——冲突各方无须像在冲突国领土内的情况一样对该情势进行评估。一种适用于反政府武装的有效性标准——下文将讨论这一标准——在所讨论的目的条件之间尤其起着重要的作用。

首先，游击队在萨尔瓦多部署了一个军事纵队，包括五个集团军（“人民解放部队”、“人民革命军”、“民族抵抗武装部队”、“中美洲工人革命党”以及它们共同加入的“马解阵线”）。它还有一个“政治联队”。[……]这些集团军都由军事团体和政治当局进行调遣以确保它们之间能够协同作战。但不可能在共同准备和执行军事行动的意义上来谈联合军事行动。不过，也没必要在组织上达到这样高级的一体化程度。很难适用对部分领土的控制这个词。一般说来，要注意近年来萨尔瓦多游击队运动的控制力有所减弱，首先是因为萨尔瓦多军队已经增加了机动性和有效性[……]，其次是由于政治变化。目前，“马解阵线”对有人居住的农村地区[……]实施的控制程度可以使其能够成功地抵抗政府军队所发起的军事行动。另一方面，由于政府武装部队有效性的加强，它在几年前曾一直采取的相当于一个连的兵力的以及在该地区以外所发起的军事行动从数量上已经越来越少。另外，“马解阵线”在有些地区维持着一种可以与国家行政机

关 (警察、学校、税收) 相比的民间控制水平。总之，可以将这种情况表述为，尽管“马解阵线”已经被削弱，但他仍然几乎永久地控制着该国领土的几近四分之一，而且这种控制可以使萨尔瓦多军队如果不冒遭受攻击的危险就无法进入。从军事观点上看，这可以认为是一种均衡状态。

另外，《第二议定书》第1条要求反政府武装能够执行该议定书。因此，有必要考虑实际情势证明反政府武装是否执行该文件。他们是否有效地执行的问题并不重要。按照上面所描述的情况并考虑到以游击战的方式发动的战争的特点，该问题也必须得到肯定的回答，因为游击运动对部分领土的控制水平使其能够以人道的方式照顾伤病员、对待俘虏，并遵守该议定书第4条的其它规定（如禁止酷刑、集体惩罚、扣押人质针对第三方的恐怖主义行动和强奸）。最后，从一方面来说，非国际性武装冲突各方是萨尔瓦多的武装部队，另一方面，他们又是从来不属于军队的有组织的武装部队。

根据上文所述，目前第1条所设定的条件从目的上已经得到满足。因此，“马解阵线”满足了上述有效性标准，其结果是《第二议定书》可以适用。该结论有如下几点依据：

(2) 联合国大会、经社理事会和人权委员会在多个场合都曾对萨尔瓦多的情势表示关注并且特别呼吁遵守《日内瓦公约》和两个附加议定书[……]。

(3) 1978年，萨尔瓦多是第一批批准附加议定书的国家之一，当时其领土内的武装冲突正在进行。这说明萨尔瓦多政府希望将《第二议定书》适用于该冲突。

(4) 众所周知，1984年在有其它国家（包括瑞士）代表为了确保会议的安全而出席的情况下，政府和“马解阵线”之间举行了两次会议。第三国代表的参与是进一步支持该冲突可以适用第1条的证据。

(5) 最后必须提到红十字国际委员会的行动。与中美洲其它国家的情况不同，该委员会容易接近冲突双方而且其工作也没有大的障碍。

联邦外交部国际公法理事会1986年1月20日照会。

未公布的文件。

讨 论

1. 你认为萨尔瓦多的情势属于《第二议定书》的管辖范围吗？

2. (1) 要将一个冲突认定为非国际性的需要达到哪种标准？非国际性武装冲突属于《第二议定书》管辖范围要满足哪种附加标准？

   (2) 《第二议定书》第1条提到的目的标准是什么？该标准于适用萨尔瓦多的情势吗？

   (3) 该照会是否正确地指出，《第二议定书》要得到适用，反政府武装可以适用但不必要实际对其尊重即可满足要求吗？

3. 你同意上述目的标准已经得到满足的结论吗？

4. 你同意萨尔瓦多在1978年批准《第二议定书》、双方之间举行会议的国际参与以及ICRC在萨尔瓦多境内的自由工作的可能性表明《第二议定书》是可以适用的吗？参照该标准有什么风险？

5. 瑞士界定萨尔瓦多境内的冲突，是在干预萨尔瓦多内政吗？瑞士这样做有合法利益吗？

十八、格林纳达

案例133. 美洲国家间人权委员会，科尔德诉美国案

案 例

[**资料来源：**IACHR, *Coard et al. V. United States*, Report No. 109/99 Case 10.951 September 29, 1999，*Annual Report 1999*, 可访问http://www.cidh.org，脚注仅部分保留。]

(一) 概要

1. 指控请求

1. 1991年7月25日代表17个原告的指控书提交到了委员会，并依照其规定进入诉讼程序。作为一般性问题，原告指控认为美国武装部队1983年10月在格林纳达领导的军事行动违反了一系列的规制国家使用武力的国际规范。具体来说，他们声称在这次军事行动的初期受到美国部队的关押、多日被禁止通信并受到虐待。他们主张，美国通过在审判前对司法人员的选择施加影响、在审判过程中向审判官提供资金并向格林纳达官方移交证词和文件证据等方式破坏格林纳达的司法制度，从而剥夺了他们依据《美洲人民权利和义务宣言》获得公平审判的权利，尤其是其中的：第1条“生命、自由和人身安全的权利”；第2条“法律面前平等权”；第25条“免遭任意逮捕权”；第17条“承认法律前的人格和公民权的权利”；第18条“公正审判权”以及第26条“正当法律程序权”。

2. 背景

2. 1983年10月19日，格林纳达总理毛瑞斯·毕晓普（Maurice Bishop）与一些随行人员由于1979年上台的执政党“新宝石运动”的内部权力斗争被谋杀。随着毕晓普政权被暴力推翻，“新宝石运动”内部的敌对派别建立了一个“革命军事委员会”。1983年10月25日，美国与加勒比武装部队入侵格林纳达，废除了革命政府。

3. 在这次军事行动的初期，美国逮捕并关押了包括17名原告[……]在内的一些人员。[……]

3. 诉讼程序概述

5. 美国对于委员会受理该案提出异议，认为原告关于事实的主张是错误的并且/或者是不能得到支持的，因此它不是适格的被告，并且委员会没有资格审查它在格林纳达的军事行动的合法性，因为这不属于它的管辖范围，尤其是对于《美洲公约》的非缔约方来说更是如此。

6. 委员会于1994年2月7日采纳了14/94号可受理性报告，认定关于逮捕和关押原告的请求可以受理，其它请求不予受理。[……]

(三) 各方的观点

1. 原告的观点

17. 在最初的指控中，原告声称美国部队在加强对格林纳达的控制期间逮捕了他们；他们曾多日被禁止通信；而且他们几个月之后才得以见到地方法官或者获准咨询辩护律师。“在此期间，原告受到威胁、审讯、殴打、剥夺睡眠和食物，并且不断受到折磨。”

18. 原告声称他们的关押地点受到保密，而且律师和其他人的会见要求受到拒绝。他们提出，在入侵之后一个多星期的时间内，美国武装部队在格林纳达的指挥官约瑟夫·梅特卡夫三世 (Joseph Metcalf, III) 上将对美国国会议员小组否认知晓原告哈得逊·奥斯丁 (Hudson Austin) 和伯纳德·科尔德 (Bernard Coard) 的下落，而事实上当时这两个人正被关押在归其指挥的一艘轮船上。

19. 原告声称美国部队对他们进行威胁和身体虐待。1991年8月4日的补充诉讼请求指出，原告利昂·康沃尔 (Leon Cornwall) 在格林纳达高等法院的审讯中已经证实，一些美国官员曾试图通过使用威胁和身体强制来获取他的证言。[……]原告声称，即使在他们于1983年11月5日前后被移交给格林纳达与“加勒比海维持和平部队”权力机构看管之后，美国部队仍继续在其关押、审讯和虐待等方面扮演着一定的角色。

20. 指控书指称美国对原告采取的行为没有法律上的正当性，因此应对违反《美洲宣言》第1、2、17、18、25和26条的规定侵犯他们的“自由的人权、免遭任意逮捕的自由、获得被诉通知的权利、身体和精神不受损害的权利、免受残酷的、不人道的和耻辱的惩罚以及只有在被宣告有罪后才能惩罚等权利”负责。

2. 美国的观点

21. 美国在其最初的答辩中表示“美国部队对于所有的格林纳达人和为了安全原因受到临时拘留或逮捕的其他国民的待遇”完全符合“可适用的有关武装冲突法的国际规则，包括规制被拘留平民和战俘待遇的规则。”考虑其认为该案不可受理的观点，美国拒绝讨论关于美国在格林纳达军事行动的指控的国际法律效力问题。

22. 在委员会采纳了14/94号报告之后，美国提交了一些关于原告受到逮捕和羁押的资料。它完全承认“在美国军事行动的最初阶段美国对其军事行动的抵抗实施镇压期间，原告和其他格林纳达国民遭到美国军队逮捕和若干天的羁押和审讯。”美国引用同时期的记录宣称所有原告被美国关押的期限都不到三个星期。美国提出对原告的关押期限“与……该军事行动的‘对抗时期’（即从10月25日到11月2日）是相一致的，这一时期美国军队正在平息敌军的武装抵抗。”尽管原告不是战俘，但他们“受到羁押而且应当获得相当于给予战俘的保护”，而且“因此应当获得根据武装冲突法可获得的最高保护。”[……]

24. 美国指出，在1983年11月5日以前，所有原告都已被移交给加勒比海维和部队和格林纳达权力机构。美国认为“鉴于他们在从10月25日到11月5日美国军事监管期间相对短暂的关押期限，至少可以说，原告对美国的指控很明显是夸张的和不足以令人相信的。”[……]

26. 美国否认在其部队实施关押期间原告受到“威胁、审讯、殴打、剥夺睡眠和食物，并且不断受到折磨”的主张。[……]美国引用另外一个文件指出，“对这些人员进行审讯是为了确保正在进行的军事行动的有效性和美国部队人员的安全所必须的战术信息安全。”美国声称在敌对期间为了安全目的对战俘进行审讯是一项受到明确认可并由《关于战俘待遇的日内瓦公约》第17条予以规定的权利。

27. 美国提出，它给予原告的待遇完全符合《美洲宣言》和可以适用的国际人道法标准。[……]

(四) 关于根据委员会规则第43条准备的第13/95号报告的裁决

28. 1995年9月21日，委员会通过了根据其第43条规则而制作的报告，该报告分析了有关记录、证据，以及为了补救美国部队对《美洲宣言》第1、17和25条关于剥夺原告自由的规定而对美国提出的建议。委员会认

为对原告的关押是在没有确保完全符合《美洲宣言》规定的最低保障的条件下实施的。更确切地说，委员会认定原告受到美国部队的关押没有获得任何形式的合法性审查。[……]

委员会建议美国进行进一步的调查追究违法行为的责任，并采取必要的措施对所造成的后果予以补救。[……]

29. 美国以“1995年12月27日照会”的方式对于第13/95号报告提出了回应，要求委员会依照[……]程序考虑并废除该报告。该程序规定，如果任何一方在报告规定的最后期限之内“提出新的证据或者法律意见”，委员会将在其下次开庭期间决定对其做出予以维持抑或变更的裁决。该程序只能提起一次。

30. [……]委员会在其下一阶段开庭期间决定对于提交的信息进行审查。委员会认定美国提出的两个问题需要进一步澄清。美国在其1995年12月27日提交的信息中指出，“根据《1949年关于战俘待遇的日内瓦第三公约》，……作为对合法军事目标的促进，对原告的关押和待遇是正当的。”同时，美国主张“原告还可以被认为是平民被拘留者，对其进行的羁押和待遇完全符合《（关于保护战时平民的）日内瓦公约》中规定的标准。”美国在其1994年10月19日的答复中指出，原告“虽然不是战俘”，但所受到的保护相当于给予战俘的待遇。第二个问题涉及原告被禁止通信的指控，美国于1995年12月27日提交的第一份报告指出，原告享受到了接触“红十字国际委员会”的权利。

31. 因为平民和战俘的分类具有相互排他性并且会带来不同的法律后果，委员会认为有必要要求美国申明其在这一问题上的观点。[……]委员会要求美国提供关于给予哪些原告以战俘地位和哪些原告被视为平民以及如此认定的依据等信息。委员会还要求提供关于红十字国际委员会的代表是否出现在原告的关押现场以及如果是的话是在什么日期等信息。[……]

32. 美国的答复，[……]指出原告“是为了军事上所必须的原因而短暂关押的平民，”并且“受到的待遇实际上达到了现行法律的最高保护标准”。美国提供的关于红十字国际委员会到场的信息仅表明在这次军事活动的当时，美国向该组织提供了一个被关押人员名单，而红十字国际委员会的代表“拥有会见这些被关押人员的正常的权利。”政府表示尽管它已经在上述期间通过电话确认了对被关押人员的探视——红十字国际委员会并没有验明这些人员的身份，但它仍然无法提出任何关于红十

字国际委员会探视被关押人员的报告。政府进一步确认，根据《日内瓦第三公约》第70条的要求，原告在受到关押的七天之内已经获许与其近亲进行书面通信。

33. 在收到再审请求并弄清楚美国在原告被关押期间的地位方面的观点中有某些矛盾之处后，委员会审查了13/95号报告的裁决和建议并做出了某些变更。委员会于1999年5月7日通过了82/99号最终报告。

(五) 分析

34. 委员会在其受理10.951号案件的裁定当中认定，只有在关于原告被捕及被禁止通信之关押两项请求方面存在充足的用来评价是否违法的因果关系。这些指控被认为至少涉及到第1条“生命、自由和人身安全的权利”、第17条“承认法律人格和公民权的权利”以及第25条“保护不受任意逮捕的权利”。

35. 委员会做出了没有争议的事实性裁决，即1983年10月25日美国武装部队成员在参加当时正在格林纳达进行的军事行动时逮捕了17名原告。这些原告被扣押9到12天，之后被移交给格林纳达当局。有争议的是在原告受到逮捕和关押时受到待遇的法律性质。原告声称对他们的逮捕和关押违反了《美洲宣言》第1条、第17条以及第25条等规定。美国则认为该问题完全且排他地受到国际武装冲突法的规制，而委员会无权适用该法，而且涉诉行为作为法律和事实问题在任何情况下都是正当的。

1. 管辖权问题与法律适用 [……]

38. 按照本案可适用的法律，原告援引《美洲宣言》有关条款作为其控诉的依据。美国则辩称原告所指控的情况完全由国际人道法管辖，而委员会无权或者没有专门的知识能够适用该法。按照这种法律体系的规范性框架，委员会在审查涉及《美洲宣言》的非缔约方的具体案件时，将《美洲公约》作为国际义务和适用法律的首要渊源。但这并不意味着像美国所主张的那样，委员会在行使其管辖权时不得参照包括国际人道法其它法律渊源。

39. 首先，尽管国际人道法主要属于战时法而国际人权法几乎全部适用于和平时期，但适用其中之一并不必然排斥或者取代另外一个。由于人权法和人道法共同拥有一个“不可抑损的权利的共同核心和一个保护人类生命和尊严的共同目的”，因此它们之间存在一种不可分割的联系，

[脚注10：[……][参见**Case 163**, Inter-American Commission on Human Rights, Tablada [Cf. para. 158]，p. 1656]，而且在适用这些法律体系时可能会有实质性的重叠。某些核心的保障适用于包括冲突情势在内的所有情况，这一点反映在把对某些属于对人的保护称为*强行法规范* (*jus cogens*) 和*对一切的* (*erga omnes*) 义务，并反映在条约法这一庞大的法律体系中，反映在习惯国际法原则中，而且反映在像该委员会这样的国际人权组织的实践中。这两种规范体系都可以适用于所讨论的情势。

40. 其次，委员会在不考虑其它可能有关的成员国的国际义务的情况下解释和行使其以宪章为依据的管辖权，必将违反一般法律原则。[……]

41. 第三，美国关于适用人道法就会完全取代对《宣言》的适用也不符合该法律体系的原则和惯常做法。自从其判例体系肇始以来，委员会已经遇到了一些需要参照《宣言》第28条的情况，该条规定：“每个人的权利受他人权利、公共安全以及大众福利和民主进步的正当要求的限制。”《宣言》的本意并不是在绝对意义或者在真空中适用，因此委员会不可避免地按照允许的和不被允许的限制方面的原则以及按照与该问题有关的包括人道法在内的各种义务对其条款的遵守情况进行了监督。

42. 第四，在武装冲突的情况下，是否遵守某一特定权利如自由权的评价标准可能在一定情况下不同于和平时期适用的标准。由于这一原因，必须通过参考可适用的特别法来得出本案要适用的标准。《美洲宣言》规定的是一般性条款，不包括在不同的冲突情势中如何适用的特别条款。在下文的分析中可以看到，委员会认定依据《宣言》在其事实上和法律上对原告的诉求进行的分析要求其参照国际人道法。国际人道法是一种权威性的指导，而且规定了适用于各种冲突情势的特别规范性标准的渊源。在本案中，人道法标准有助于确定对原告的关押是否属于“任意性的”或是否符合《美洲宣言》第1条和第25条的规定。作为一般性问题，尽管委员会可能认为在解释和适用美洲国家间人权体系的规范时有必要参照国际人道法规则，但只要这些法律体系提供不同的保护水平，委员会就要受到其依据宪章所拥有的管辖权的约束，适用能够最有力保护个人权利的规范性标准。[……]

44. 冲突各方对于所讨论的情势产生于四个《日内瓦公约》共同第2条中所界定的国际性武装冲突没有争议。案卷中的信息和公共记录与该结论相一致。

2. 逮捕和关押原告的合法性

45. 《美洲宣言》第1条规定每个人都有自由权。第25条规定，除非按照事先已有的法律所确立的规范和程序，不得剥夺任何人的这种权利。该条还规定，任何被剥夺自由的人“都有权获得法院不迟延地对羁押的合法性予以裁判的权利 (并) 有权在被关押期间受到人道的待遇”。可见，第25条规定了三个基本要求：第一，因任何公共安全的原因进行预防性关押必须基于法律规定的理由和程序；第二，不得是任意性的；第三，必须有不迟延的监督性司法控制。因此，在本案中，委员会必须证明关押的法律依据，查明它们既不是非法的也不是任意性的，而且对安全措施进行评价证实存在不迟延的司法控制。

46. 美国提出了关押原告的几项法律依据。美国在其 1994 年 10 月 19 日提交的报告中指出，关押原告是由于安全和战术上的原因，目的是将他们移交给格林纳达当局对其谋杀毛瑞斯·毕晓普等人的行为进行审判。尽管美国并不将原告视为战俘，但美国表示他们获得了相当于战俘地位的待遇。在收到委员会第 13/95 号报告之后，美国指出，[……] 对原告的关押符合《关于战俘待遇的日内瓦第三公约》。按照《日内瓦第四公约》，他们“还可以被视为平民被关押者”。[……]“无论作为战俘还是平民被关押者”，美国都援引 1949 年《日内瓦公约》作为关押原告的法律依据。

47. 美国是1949年《日内瓦公约》的缔约国，该公约像美国提交的报告所指出的，是“世界上最高的法律之一部分”。《日内瓦公约》的确授权在特定情况下可以剥夺自由，它比《美洲宣言》规定的剥夺自由的正当性的范围更宽。要确定适用哪些规定需要确定原告在相应的法律体系中的地位。

48. 美国提交的报告在关于原告是受到《日内瓦第四公约》保护的平民还是享有《日内瓦第四公约》规定的战俘地位方面含糊不清。原告将他们其中一些人视为“平民”，却没有进一步的证明或解释。如前所述，尽管美国将原告归诸于平民和战俘两类，但其最终观点则认为原告是“为了军事上必要的原因而短暂关押的平民”，而且“受到的待遇实际上达到了最高的现行法律保护标准，因为该标准确保了更高的保护水平”。美国宣称，“作为一种技术问题，无论他们被视为平民被关押者还是战俘对于这一诉求的裁决都是无关紧要的。他们受到的待遇实际上达到了现行法律对这种身份可能提供的最高保护标准。”

49. 作为一个事实性问题，一份在事件发生时签发的报告指出，某些原告当时是一个名为“革命军事委员会”(RMC) 的组织的成员，而且此前曾经是“人民革命军”的官员。[……]

50. [……]但是，双方都没有说明该武装部队是否满足纳入《日内瓦第三公约》规制范围的必要条件。由于双方都没有对此提供任何信息，委员会决定主要依据绝对不属于任何武装部队成员并且无论如何都属于《日内瓦第四公约》规制范围的原告的情况展开分析。(尽管他们中的大多数或者全部都持有各种政治观点，但记录中没有信息表明他们参与了敌对行动。) 其次，分析依据是其他人具有平民地位的程度，美国坚持这一点，而原告没有提出异议。[……]

52. 在例外情况下，国际人道法将扣留平民规定为一种保护措施。采取这种措施只能依照特别条款，而且只有满足下列条件才被允许：安全考虑要求如此；可以达到既定目标的限制程度较小的措施；以及采取的行动符合已有法律规定的依据和程序。[……]

53. 《日内瓦第四公约》中可适用的条款规定，权力当局对于个案初步裁决拥有实质裁量权，初步裁量的范围包括，受到保护的个人对其安全造成威胁，且记录中没有本案中宣称的推翻安全原则的根据。不过，该记录没有表明扣押每一个原告的决定是如何按照某种“常规程序”而做出的。政府提交的报告表明，扣押原告是基于安全原因，但却没有提供有关美国部队启动并维持这种羁押所依据的特定程序方面的任何信息。

54. 如前所述，所适用的有关扣押平民的国际人道法规则规定，此类决定所依据的“常规程序”应当包括被关押人得到审判和对判决进行上诉的权利。[……]

55. 不得由负责实施（羁押）的国家机关对羁押进行独家裁断是一项基本要求，在任何情况下都不得违反。《美洲宣言》和可适用的人道法条款在很大程度上与这一点是一致的。[……]这是*人身保护令状*权利（即一种不得废除的保护）的一个基本法理。

56. 在本案中，委员会根据已有的记录无法确定是否存在有效的保障措施以确保对原告的羁押未交由负责实施（羁押）的美国军队独家裁断。[……]

57. [……]原告共被美国关押9到12天，之后被转移给格林纳达和加勒比海维和部队羁押。这意味着他们在敌对状态结束之后又被关押了6到9天而且

没有获得对其羁押合法性的任何审查。延期羁押既不能归因于正在进行的敌对状态的原因，也没有得到任何有记录之信息的解释，不符合据认为是参照《日内瓦第四公约》第78条而制定的《美洲人民权利和义务宣言》有关条款。

58. 美国认为将原告交给格林纳达法院是不可行的。不管这是否可行 (美国没有提供任何证据来支持其观点)，这种审查并非必须使用格林纳达法院系统。但是，根据《日内瓦第四公约》和《美洲宣言》，可以通过建立一个由美国有关机关实施的简易的司法或者委员会 (准司法) 审查程序来实施这种审查，该美国机关有权命令提审有关人员，并在这种关押违反可适用的法律规范或者没有其它正当理由的情况下将其释放。[……]

59. [……] 尽管国际人权和人道法要求在公共安全和个人自由之间进行某种平衡，但这种平衡不允许仅仅依靠负责实施羁押的机关来控制这种羁押。

(六) 结论

60. 在特定情况下，如果有必要的根据，可以出于紧急的安全原因拘留平民。而且委员会也没有在记录中发现任何反驳美国提出的这种安全理由的证据。不过，授权这种作为例外的安全措施的同一规则还要求实施这种拘留要符合能够使被拘留人得到〝最小可能的延误〞的审理和上诉这一常规的程序。这种常规的程序可以确保持续的羁押不受制于实施剥夺自由的机关，并确保有一个有权在有正当理由时做出释放命令的机关行使最低限度的监督。这是一种防止任意或者滥用羁押的基本的保障，而上述《美洲人民权利与义务宣言》和《日内瓦第四公约》也规定应当以尽可能少的延误来实施这种保护。考虑到根据以上分析原告属于依据安全原因被羁押的平民，以及他们被美国军队羁押了大约9到12天（包括在有效停战之后羁押的6到9天），委员会注意到原告受到羁押的合法性没有得到尽可能短的迟延的审查。

61. 因此，委员会认为美国军队剥夺原告自由不符合《美洲人民权利与义务宣言》第1、17和25条。[……]

讨 论

1. (1) 在美国和格林纳达之间是否存在国际武装冲突？即使“革命军事委员会”以违背格林纳达宪法的方式夺取政权也是如此吗？如果在“革命军事委员会”控制格林

纳达之后，美国应前政府代表的要求进行干预呢？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条。）

(2) 格林纳达是一个被美国占领的国家吗？委员会是如何认为的？你认为呢？

2. 要确定原告是战俘或是受保护的平民，你认为有什么要件？在国际武装冲突中一个落入敌方之手的人可能既不是战俘也不是受保护的平民吗？是否存在有利于某一种地位的假定？（比较《日内瓦第三公约》第4和第5条；《日内瓦第四公约》第4条。）

3. (1) 身为“人民革命军”成员的原告是战俘吗？即使他们代表的是美国所不承认的格林纳达政府也是如此吗？国际人道法的哪些要求使得委员会对他们是否战俘产生疑惑？（比较《日内瓦第三公约》第3条。）

(2) 如果原告是战俘，对他们的关押是否符合国际人道法？是否符合《美洲人民权利与义务宣言》（可访问http://www.cidh.org）？更具体地说，如果在没有司法监督的情况下对其羁押呢？国际人道法是证明羁押战俘正当性的充分法律依据吗？羁押多长时间？无需司法审查吗？国际人道法没有规定有利于战俘的司法保障吗？战俘能请求人身保护令状的权利吗？（比较《日内瓦第三公约》第13、17、21、85、99-108以及118条。）

(3) 可以以战术和安全的目的而审讯战俘吗？（比较《日内瓦第三公约》第17条。）

4. (1) 在国际武装冲突期间，敌方在什么情况下可以拘留平民？（比较《日内瓦第四公约》第64、66、67、76和78条。）

(2) 羁押原告有正当的理由吗？由谁裁决这些理由是否充足？（比较《日内瓦第四公约》第78条。）

(3) 因为急迫的安全原因被扣押的平民“对其被羁押的合法性”拥有获得法院不迟延的裁决的权利吗？根据国际人道法 ？根据国际人权法？（比较《日内瓦第四公约》第78条。）

(4) 一个独立和公正的法庭必须遵守《日内瓦第四公约》第78条规定的程序并尊重人权法所规定的司法保障吗？美国是否应当设立一个在可能的上诉之后对羁押做出裁决的机关？（比较《日内瓦第四公约》第78条。）

(5) 如果遵守了第78条所规定的程序性保障，《日内瓦第四公约》是否构成根据国际人权法证明对平民的拘留正当性的充足法律依据？（比较《日内瓦第四公约》第78条。）

(6) 对于原告，委员会认为《日内瓦第四公约》的哪些条款遭到了违反？

5. (1) 战俘和被拘留的平民在将其被拘留的情况通知其家属方面拥有什么权利？有允许他们与其家属通讯的其它规定吗？（比较《日内瓦第三公约》第77、71条、第122条第2、4和7款以及第123条；《日内瓦第四公约》第106、107条、第136条第2款、第138条以及第140条。）

(2) 已通报给ICRC的个人能被认为是一个未获准与外界接触的被羁押人吗？如果他接受了ICRC的探访呢？如果他无法与自己的家属通讯呢？（比较《日内瓦第三公约》第122条第4款和第123条；《日内瓦第四公约》第138条和140条。）

6. (1) 为什么美洲国家间委员会适用国际人道法？它有这样做的权限吗？它可以认定对国际人道法的违反吗？(另参见**案例163**. 美洲国家间人权委员会，塔夫拉达案，第1656页以及**案例208**，美洲国家间人权委员会，拉斯帕尔梅拉斯案，第2265页。)

(2) 《美洲人民权利与义务宣言》以及更一般意义上的人权法可以适用于武装冲突时期吗？与和平时期一样的适用方式？人权法也保护战斗员吗？战俘呢？

(3) 在冲突时期，生命权、获得不受任意羁押的保护以及人权（法）规定的司法保障必须按照国际人道法来解释吗？个人自由权利的情况呢？在哪些领域国际人道法必须按照这些人权来解释？

(4) 在本案中，针对原告所实施的违反国际人道法的行为是否也违反了《美洲宣言》？在本案中，侵犯了《宣言》所规定的哪种权利？

十九、美国在巴拿马的行动

案例134. 美国，美国诉诺列加案

案 例

(一) 管辖权

[**资料来源：**United States District Court for the Southern District of Florida, 746 F. Supp. 1506 (1990)；脚注省略。]

美利坚合众国 (原告)
诉
曼纽埃尔·安东尼奥·诺列加等人
意见：美国地区法官威廉 M. 赫费勒 (William M. Hoeveler)
的综合指令
No. 88-79-CR
1990年6月8日

本案是基于被告曼纽埃尔·安东尼奥·诺列加将军和路易斯·德尔·希德 (Luis Del Cid) 中校针对其所受到的各种与麻醉品有关罪行的指控由于 (法院) 没有管辖权而请求驳回的若干请求而被提交给法院的。

考虑到主要被告的身份及其被控诉到该法院的艰难情况，该案提交给法院带有一种国际均衡的戏剧化效果。有关事实如下：

1988年2月14日，联邦大陪审团在佛罗里达的迈阿密开庭审理了指控曼纽埃尔·安东尼奥·诺列加将军参与国际共谋向美国进口和出口到美国可卡因和用于生产可卡因的原料的案件，并驳回了12项控告。诺列加被指控利用其作为巴拿马国民自卫队情报部门的首脑以及后来作为巴拿马国防军总司令的官员身份协助和保护国际毒品贩子，收取贿赂作为回报。[……]被告德尔·希德除了担任巴拿马国防军军官之外，还是诺列加的私人秘书。他被指控在诺列加与联合企业和其他毒品贩子的交易中充当联络人、送信人以及使者。

[……]在提出指控之后，尽管诺列加是一名逃亡者而没有出庭，法院仍然批准了诺列加关于允许律师特别出庭的请求。诺列加的律师随后根据美国法律不能适用于被指控的非法活动全部发生于美国领土边界之外的外国领导人这一理由，提出驳回指控的动议。该律师进一步主张诺列加作为国家首脑和外交官享有控诉豁免，而且被指控的麻醉剂犯罪属于国家行为，由该法院进行审理是不适当的。

法院在审理了律师的主张和适当考虑所提交的备忘录之后，基于全部下述理由，驳回了被告的动议。法院注意到，本案充满了政治色彩，但尽管如此，将诺列加将军带到美国接受起诉的确不太可能。[……]从提出指控到被告被羁押期间，美国同诺列加将军之间的关系急剧恶化。在对诺列加提出指控后不久，这名将军发表了一个非常公开的演讲，在演讲中他一面谴责美国一面挥刀劈向讲台。1989年12月15日，诺列加宣布在巴拿马和美国之间存在“战争状态”。次日，在巴拿马部队开枪射杀一名美国士兵，射伤另一名士兵并殴打了一对海军夫妇之后，美国在巴拿马的军队因此处于警戒状态，两国间的紧张关系进一步升级。三天后的1989年12月20日，布什总统命令美国军队参加巴拿马城的战斗，其宣称的任务是保障美国侨民的生命，恢复民主，保护巴拿马运河条约，以及抓捕诺列加将军使其在美国受到联邦毒品犯罪的指控。美国官员安排了一个仪式，让得到美国承认的吉耶尔默·恩达拉 (Guilermo Endara) 宣誓就任巴拿马政府总统。据报道，恩达拉在几个月之前赢得了巴拿马总统大选，但该结果被诺列加总统宣布无效并予以撤销。

在入侵开始后不久，被告德尔·希德，一名驻扎于奇里基 (Chiriqui) 省的大约2,000名巴拿马军队的指挥官向美军投降。他随后被移交给来自美国毒品执行局的执法官看管，于是，这名执法官以在本法庭受到指控的罪名逮捕了德尔·希德。但拘捕诺列加将军并非十分容易。他成功地多日避开美军，使得美国政府悬赏100万美元对其进行抓捕。最后，这名将军到了罗马教皇在巴拿马的使馆避难，很明显他希望获准政治避难。诺列加出现在罗马教皇使馆导致一种外交僵局[……]。在经过11天的对峙之后，诺列加很明显是在来自教皇大使的压力之下以及在受到围聚在其住所外面的大约15,000名愤怒的巴拿马市民组成的示威群众的影响之下，最终向美军投降。在入侵开始三周后的1990年1月3日，诺列加走出罗马教皇使馆并向正在外面等待的美军官员投降。他被直升飞机送到霍华德空军基地，在那里转乘飞往弗罗里达的飞机，并被毒品执法局的执法官正式逮捕。[……]很明显由于本案背后不同寻常的事实背景，法院对出现的几个问题有了初步印象。这是第一次强制性地将一个主权国家的首脑或者事实上的首脑押送到美国受到刑事起诉。诺列加将军受到拘捕的事实发生于一次军事行动当中，进一步

增加了这一问题的复杂性。除了被告诺列加根据对该犯罪无管辖权和主权豁免而要求驳回本案之外，被告诺列加和德尔·希德还主张根据《日内瓦公约》他们是战俘。被告所主张的这种地位使得法院对本案没有管辖权。另外，诺列加声称，将其逮捕的军事行动是“震惊良心的”，而且正当程序的考虑要求法院自行解除对其本人的管辖权。诺列加还认为入侵行为违反了国际法。最后，诺列加主张，即使在没有违背宪法或条约的情况下，法院仍然应当根据其监督权驳回指控，以防止司法系统成为政府逮捕诺列加的所谓的不当行为的参与人和被后者所沾染。[……]法院对这些问题逐一进行审查如下。

1. 对犯罪的管辖权

法院面对的第一个问题是美国对诺列加被指控的犯罪行为是否拥有管辖权。[……]总的来说，由于诺列加在巴拿马的行为被认为导致了美国国内的直接效果，法院得出结论认为域外管辖权作为一个国际法问题是适当的。[……]因此，对被告的域外行为的管辖权同时是一个国际法问题和法律推理问题。

2. 主权豁免

法院接下来要解决的是诺列加基于国家元首豁免权、国家行为理论以及外交豁免权应受到控诉豁免的主张。[……]

3. 被告的战俘地位

被告诺列加和德尔·希德主张他们是《关于战俘待遇的日内瓦公约》（《日内瓦第三公约》）意义上的战俘，认为这种地位将剥夺法院对该案的管辖权。政府为了法院动议的目的并没有主张被告不是战俘，而是主张即使被告是战俘，《日内瓦公约》也没有剥夺法院的管辖权。因此，法院面临的任务不是裁决被告是否《日内瓦第三公约》规定的战俘，而是对该动议继续进行审理并决定被告是否有权获得公约全面的保护。被告关于《日内瓦公约》的主张依据的是第82、84、85、87、99和22条，对此分述如下。

第82条“战俘应受拘留国武装部队现行法律、规则，及命令之拘束；拘留国对于战俘任何违犯此项法律、规则或命令之行为，得采取司法或纪律上之措施。但不许有与本章之规定相反之程序或处罚。若拘留国任何法律、规则、或命令规定战俘所犯之行为应受处罚，而同样行为如为拘留国武装部队人员所犯则不受处罚，则该项行为应仅受纪律性的处罚。”

第82条的字面意思很明显属于在成为战俘之后针对战俘的违法行为的纪律和刑事程序，只有实施拘留的武装部队成员应受的处罚的行为才允许处罚战俘。因此，第82条很明显不适合于本案，因为诺列加和德尔·希德受到的指控并非在被俘之后所实施的行为，而是在他们成为战俘很久之前所实施的行为。

第84条“战俘应只由军事法庭审判，除非按照拘留国现行法律明文之规定，普通法庭得审讯该拘留国武装部队人员，如其犯有战俘被控之特种过错。

战俘在任何情况下不得由不能保证一般认为必要的独立与公正之任何法庭审判，尤其法庭之诉讼程序不能给予被告以第 105 条所规定之辩护权利及方法者。”

根据《美国法典》第18章第3231条，联邦地区法院与军事法院对于军事人员实施的所有违反美国法律的行为拥有共同的管辖权。这项控告是关于被告实施的各种违反联邦法律的行为，包括非法贩卖麻醉剂[……]。这些被指控的刑事违法行为对于任何美国武装部队人员来说都要受到控诉。因此，第84条第1款中所作的禁止性规定并没有剥夺该法院的管辖权。辩护律师并没有提出该地区法院未能给予“普遍认可的”独立和公正的基本保障。被告也没有主张他们将不能获得对第105条规定的各种权利予以保护的全面的措施。[……]被告的确享有所有的宪法保障所赋予任何一个被指控有联邦犯罪的人所享有的利益。

第85条“战俘之因被俘前所犯之行为而依据拘留国法律被诉追者，即令已定罪，应仍享有本公约之利益。”

该条规定没有支持被告根据《日内瓦公约》提出的整体观点，反而似乎确认了政府主张的控诉权。该条指的是“战俘……依据拘留国（即美国）法律被追诉”，而且针对的是“被俘前所犯”之行为。另外，“即令已定罪”，也要给予公约的利益。该项控告是关于被告被指控在1982年和1986年所实施的违反美国法律的行为，这远早于这项军事行动和投降被拘。

第87条“拘留国军事当局及法庭对于战俘判处刑罚不得超出对其本国武装部队人员犯同一行为所规定之刑罚……。”

第82条反映的是在公约其它条款中所体现的“同等性”原则。该原则规定，只有当拘留国的武装部队人员对于同样的行为受到类似的控诉的情况下，战俘的刑事违法行为才可以被“一般性地”控诉。第87条中这一“同等性原则”的特别适用可以防止战俘受到拘留国士兵对于同样的行为所不会受到的刑事处罚。假定被告被定有一项或多项受指控的罪名，他们将被判处既不高于也不低于被定相同罪名的美国士兵所适用的刑罚。因此这项控告符合第87条的规定。

第99条“战俘之行为，在其犯此行为时，非为当时有效之拘留国法律或国际法所禁止者，不得因此而受审判或处刑。对战俘不得加以精神或身体上之胁迫，使之对其所被控之行为自认有罪。战俘在未有提出辩护之机会及合格之辩护人或律师之协助前，不得定罪。”

第99条禁止根据事后的法律对战俘进行控告并禁止强迫招供。该条还将根据美国宪法给予任何刑事被告的其它基本权利进行了具体规定。所有被控诉的被告，不管是否“战俘”，都有权获得这些基本的保护。

辨方没有主张，而且当然无法主张，被告被指控的麻醉剂犯罪行为为被控实施该行为时的美国法所允许。也没有关于存在被告被强迫认罪或者为此所作的任何努力的主张。被告由能够胜任的律师所代表，而且获得了法律所赋予的所有权利。因此，第99条没有剥夺法院的管辖权。

第22条“战俘仅能拘禁于陆地上之场所且具有卫生与健康之保证者。除在战俘本身利益所许可之特殊场合外，不得将彼等拘禁于反省院中。[……]拘留国应按战俘之国籍、语言、及习惯，集中于各营或营场，但除经本人同意外，此种战俘不应与同属于其被俘时所服役之武装部队之战俘分开。”

被告要求将其遣返巴拿马并与这次武装冲突的其他战俘关押在一起，并以此主张第22条剥夺了法院的对人管辖权。法院认为第22条没有此类的要求，只是关于拘留的一般要求而不是关押的位置。被告所依据的条款规定，不应当将不同国籍、语言和习惯的战俘一起关押，而且“不应当与同属于他们在被俘时服役的武装部队的战俘分开关押。” [……]根据被告的解释，第22条要求所有来自同一武装部队的战俘都应当被关押在一个单独的战俘设施当中。但这很明显不是第22条的本意，因为在这些条件下的关押可能会违反关于关押的健康和舒适条件的一般性要求。被告诺列加由于要求自己被关押在适当的第三国，即一种必定将其同其他关押在巴拿马的巴拿马武装部队人员隔离开的做法，这的确削弱了他的上述主张。这一条款更为明显的解释就是防止将属于一国武装部队的战俘与来自另一国武装部队的战俘关押在一起。本案不存在这种情况。

另外，第22条或者其它条款都没有禁止拘留国由于法律程序的关系临时将一名战俘转移到（战俘）拘留营之外的设施当中。因为公约是要求对战俘在民事法庭进行起诉，这必然允许将他们转移到与这些程序要求相一致的地点。不可想象公约会允许对战俘进行刑事控诉却要求将其关押在距法院而且很可能包括辩护律师上千英里之外的战俘营当中。

被告诺列加所引用的公约其它条款对于他关于管辖权的主张也没有多少支持。诺列加主张公约第12条授权他可以转移到第三国，这事实上限制了美国转移关押的能力。因为战俘只能由拘留国转移到一个公约的缔约国，而且只能在拘留国本身满足了被转移国适用公约的意愿和能力之条件后方可进行。在这种情况下将战俘转移的时候，适用公约的责任落到了他们被监管期间的接收国身上。[……]

最后，诺列加引用了公约第118条，该条要求应当“在积极的敌对停止之后不迟延地”释放战俘。[……]但是，该条款要受到第119条的限制。后者规定战俘“因刑事上之犯罪，诉追程序正在进行中者，得将其拘留至该项程序终结为止，必要时，至刑罚执行完毕为止。” [……]由于针对诺列加的刑事程序正在进行中，尽管敌对已经停止，但第119条允许将其在美国予以拘留。

巴拿马和美国之间的引渡条约

被告主张《日内瓦第三公约》剥夺了法院对于被告的管辖权，原因是不得因为他们被控的罪名而将他们从巴拿马引渡到美国。被告这一主张的根据不是公约的规定，而是《红十字国际委员会关于〈日内瓦第三公约〉的评论》(“《评论》”)，即在讨论第85条的时候，红十字认为，一般来说，与战争状态无关的行为只有在根据拘留国和本国的法律都应受到处罚的情况下才会启动刑事程序。同样，还应参照引渡协定或者关于引渡的习惯规则。拘留国不得惩罚不可引渡的行为。还应审查在其本国进行起诉是否可能。如果答案是否定的，也不得在拘留国起诉该战俘。皮克泰 (J. Picted)，《红十字国际委员会关于战俘待遇的日内瓦公约的评论之三》， 1960年版，第419页。

首先，必须清楚的是红十字评论仅仅是说明作者认为作为一个政策性问题应当怎样做的一个讨论，而不是条约的一部分。《日内瓦第三公约》的任何条文都不主张限制国内法院对于引渡犯罪的管辖权。被告应当可以从《日内瓦公约》的评论中推断出这种限制。不过，最高法院认为，一项国际条约要剥夺国内法院的管辖权，就必须明确规定这种限制[……]。

另外，《评论》本身并不支持被告的主张。《评论》认为现行引渡条约对于拘留国可判处什么刑罚起到一种指导性的“参考”作用。被告全部主张的前提是麻醉剂非法买卖行为不属于巴拿马和美国之间的引渡条约所列举的13种犯罪。但是，被告却忽略了其受到指控的麻醉剂犯罪不仅构成习惯国际法上应受到引渡的犯罪，而且还受到美国与巴拿马之间后来的条约的特别关注。[……]《关于战俘待遇的日内瓦公约》的基本目的是保护战俘在武装冲突中的习惯行为不受指控，

而不得被解释为对在军事对抗爆发前针对拘留国所实施的普通犯罪的指控予以豁免，这一点从条约文字本身是很清楚的并且是一个整体性解释。因此它不是用于对被告被控违反该国麻醉剂法律的行为的起诉。的确，法院没有发现任何表明或指出依照公约这一程序应被终止的公约规定。

《日内瓦公约》的人道主义性质不可过分强调，需在其与被告向法院提出的请求之间进行权衡。订立《日内瓦第三公约》的明确目的就是保护战俘在被拘留国俘获之后不受虐待。这一渗透了整个公约的趋于宽松的基本原则提倡对战俘给予宽大待遇。其依据是战俘并非拘留国的国民，因此没有任何忠诚的义务。因此，必须承认促使其犯罪行为的这种“荣誉性动机”。该原则暗示着这种动机与战争之行为和法律是一致的。本案中，政府寻求起诉的是被告非法买卖麻醉剂和其它与毒品有关的犯罪行为，而这些行为没有战斗或者保卫国家的含义。被指控行为的性质完全缺乏“荣誉性动机”这一事实表明这种趋于宽松的原则不适合本案。

4. 非法拘捕

诺列加还依据他被押解到法院的方式作为美国入侵巴拿马的一个结果是“震惊良心和违反人道法律和准则的”这一理由请求驳回指控。他认为法院应当据此自行认定对他本人没有管辖权。为了支持其这一请求，诺列加提出对巴拿马的入侵违法了美国宪法第5条修正案的正当程序条款并违反了国际法。他还选择性地主张，即使不存在对于宪法和条约法的违反，法院仍然应当行使其监督权并驳回指控，以防止法院成为政府将诺列加押解到庭这一错误行为的参与者。[……]

(二) 对国际法的违反

除了关于正当程序的请求之外，诺列加还主张对巴拿马的入侵违反了国际条约和习惯国际法原则，特别是《联合国宪章》第2条第4款、《美洲国家组织宪章》第20条第17款、《海牙公约》第23条第2款和第25条、《日内瓦第一公约》第3条以及《纽伦堡宪章》第6条。

首先，必须注意的是，在遭侵犯的政府没有抗议的情况下，个人不具有主张违反国际条约的地位。[……]在没有这方面的具体条约规定的情况下，违反国际法本身并不能剥夺法院对于被告的管辖权。[……]因此，要否定法院的个人管辖权，诺列加必须证明在条约授予个人缔约国公民权的意义上，以及在条约条款明确“对美国以及本法院的管辖权自动施加限制”的意义上，有关条约本身是自执行性的。[……]诺列加所援引的《联合国宪章》、《美洲国家组织宪章》以及《海牙公约》各条款都没有产生这种权利。相反，这些条款明确规定了规制国家

相互间行为的一般原则，而没有提到个人或私人权利。[……]也许可以认为，根据上述法律，在本案这种不寻常的情况下，这是一种合法的“既判管辖权”。可以认为，诺列加是巴拿马政府或者至少是事实上的国家元首，因此他具有提出违法国际法的主张的适当身份，他还可以进一步主张，同意解除他和他的副手的权力以及因为扶植了新的友好政府而拒绝他的请求，违背了适用于他的主权原则。这种主张并非没有说服力，但是还有更有说服力的回应。首先，如前所述，美国一贯拒绝承认诺列加政权是巴拿马的合法政府，这一事实极大地削弱了诺列加的主张。其次，诺列加废除了巴拿马总统大选的结果，而这次选举之后不久就发生了其所指称的对国际法的违反。这表明，将其解除权力似乎剥夺了真正的政府根据所适用的条约提出抗议的机会的确是没有说服力的。最后，在其援引的条约中没有任何条款规定或暗示允许法院不予理会来自适当成立的巴拿马现政府的请求和要求。因此，由吉耶尔默·恩达拉领导的巴拿马共和国现行政府是对违反条约提出抗议的适当实体。由于诺列加不具有抗议的身份，法院因此没有审理美国军队在巴拿马的行为是否违反这些条约的问题。

《日内瓦第一公约》第3条规定对平民和非参战人员的人道待遇适用于“非国际性的”武装冲突，即纯粹国内性质的内战。[……]因此，第3条不适用于美国对巴拿马的军事入侵。

最后，被告引用了《纽伦堡宪章》 第6条关于禁止战争罪、破坏和平罪以及反人类罪的规定。《纽伦堡宪章》规定了纽伦堡法庭的程序。该法庭由盟军在第二次世界大战之后成立，审判欧洲轴心国的主要战犯。政府认为纽伦堡所确立的原则仅针对第二次世界大战的战犯，不适用于美国军队在巴拿马的行为。法院不同意这一点。正如在纽伦堡的美国总检察长罗伯特 H. 杰克逊大法官指出的：“如果某些违反条约的行为是犯罪的话，不管是由美国实施还是由德国实施，它们都是犯罪。而我们不准备确立一个我们不愿意用来对付我们自己的针对他人犯罪的行为规则。”尽管如此，被告却未能证明《纽伦堡宪章》或对其可能的违反（假定有的话）如何能够适用于当下的指控。[……]被告没有引用《纽伦堡宪章》中的任何条文，也没有引用上述条约中的任何条文。而这些条文是要限制美国拘捕他国国民并对其犯罪行使的管辖权。原因很清楚，《纽伦堡宪章》和本案所涉及的其它条约规定的是战争和国际侵略行为，而对于主权国家实施其法律的能力没有约束力，因而不适用于对被告被控麻醉剂犯罪的指控。“对国际法的违反（如果存在的话）可以通过其它救济得以解决，而不能依靠为了保护个人不受警察或武装部队错误行为的影响而赋予其有效的刑事诉讼豁免。” [……]法院因此没有对被告依据《纽伦堡宪章》的请求做出实体性裁决。

(三) 监督权

诺列加没有（从法律上也不可能）主张总统布什作为总司令在命令入侵巴拿马方面超越其职权。相反，它要求法院认定无辜平民的死亡以及私人财产的损害是“震惊良心的和违反国际法律和准则的”。实际上，诺列加的请求是一个对于战争本身道德的挑战。从最为范式性的和原始的形式上来说，这是一个政治问题。它提出了对于外国政策的司法监督和控制这一难题，并以一种彻底的方式对派出武装部队参加战斗的做法、适当性以及道德性提出了挑战，这种派兵的决定是依照宪法委托给行政和立法部门的，因此不属于司法审查的范围。[……]

辩护律师谴责这一军事行动以及伴随的“残暴行径”，并在证明这一论题之后提出，法院不应当认可这一行为，也不应当允许这一行为的后果，即拘捕行为。并进一步强调允许本案进行下去就是认可辩护律师所谴责的军事行动。[……]

最后，值得注意的是，即使我们假定法院有权宣布入侵巴拿马是震惊良心的，但由于下述原因，它在这种情况下使用监督权并不适用于当下的诉讼。由于法院实际上是在谴责一个军事入侵而不是从事法律实施的行为，而“救济”就必须指向武装冲突的后果和效果，而不是指向诺列加对其被控麻醉剂犯罪的诉讼。因此被告关于对入侵的司法谴责必定导致对其正在进行的毒品犯罪指控的驳回这一假设就是错误的。

根据以上事实和理由，法院判定被告关于本法院管辖权以及根据监督权建议驳回控诉的若干动议应全部驳回。[……]

2. 关押地点

[**资料来源：**United States District Court for the Southern District of Florida, 808 F. Supp. 791(1992); 部分脚注省略。]

美利坚合众国 (原告)

诉

曼纽埃尔·安东尼奥·诺列加 (被告)

意见：美国地区法官威廉 M. 赫费勒的建议

1992年12月8日

本案另一独立问题再次诉至本法院，这次属于判决的附带问题。一般来说，法院仅就被定罪的被告关押的地点和/或机构的级别提出建议。在宣判时，诺列

加将军的战俘地位由于关系到其关押的问题而被提了出来，法庭给予各方一定时间来提交备忘录。[……]被告主张《关于战俘待遇的日内瓦》(“《日内瓦第三公约》”) [……]是法院必须考虑适用的法律。被告还要求无论美国政府是否将诺列加将军归类为战俘，他事实上是一名战俘，而且必须赋予其这种地位的所有利益。有几个问题摆在法院面前，但最根本的一个似乎是《日内瓦公约》是否禁止将被认定为针对美国实施普通犯罪的战俘关押在联邦监狱中的问题。要解决这一问题，法院必须考虑三个相关的问题：1) 法院在这一问题上有什么权力（如果有的话）；2)《日内瓦第三公约》是否适用于本案；3) 如果可以适用，哪些条款适用于诺列加将军的关押问题？有什么要求？

(1) 法院的权力

[……]法院得出结论认为它无权命令监狱署将诺列加将军关押到任何特定的设施当中。但是，与所有宣判程序一样，建议监狱署将诺列加关押到法院认为在本案的情况下最为适当的设施或者一类设施当中很明显是该法院的权利（也许是义务）。法院对待这一责任非常严肃，尤其是在出现本案被告既是一名被定罪的重罪犯又是一名战俘的新情况下。这种双重身份意味着这是一个重要的而且此前未曾处理过的国际法问题，法院如果希望就这名将军服刑的设施做出一个公平与合理的建议，就必须对此进行研究。

(2) 《日内瓦第三公约》的可适用性

在详细考察《日内瓦第三公约》各种条款之前，法院必须搞清该条约是否可以适用于本案。《日内瓦第三公约》是一项旨在保护战俘在俘虏者手中免受不人道待遇的国际条约。不管在当前的情况下是否可以从法律上强制实施，该条约无疑是一项有效的国际协定，在美国也是国内法。因此，《日内瓦第三公约》适用于任何由美国俘获和关押的战俘，而且美国政府至少具有遵守该条约的国际义务。另外，法院认为《日内瓦第三公约》属于自执行性的并赋予诺列加将军对于任何违反这些条款的行为向美国法院起诉的权利。

A. 诺列加的战俘地位

政府因此一直在回避正式确认诺列加将军地位的必要性。在本案进行过程中的许多情况下，政府律师都建议诺列加将军获得并将继续获得《日内瓦公约》的利益，但却从未认可他事实上是一名战俘。政府的观点没有肯定政府在未来某些时候不会认定诺列加不是一名战俘而无权获得《日内瓦第三公约》的保护。这似

乎正是《日内瓦第三公约》本来要保护的一类情形。因为对于与下一步对这名将军的关押和待遇有关的这些问题来说，解决被告的地位问题似乎是适当的，甚至是必要的。《日内瓦第三公约》第2、4和5条确立了认定战俘的标准。这种认定必须等待被告某种正式的请求或者代表被告提起的诉讼吗？法院考虑到被告当前提出这些问题，认为不必等待。

第2条

本公约适用于两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。

凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，[……]亦适用本公约。[……]

该公约适用的时间范围非常宽泛。政府将1989年12月20日美国向巴拿马部署武装部队的行为定性为在巴拿马的“敌对行为”。美国国务院1990年1月31日致总检察长的信函第1页。无论政府希望将其贴上什么标签，在1989年末到1990年初发生的情势很显然是一种第2条意义上的“武装冲突”。武装部队介入了两个缔约国之间的冲突当中。尽管第2条的条文本身没有界定“武装冲突”，但《红十字关于1949年〈日内瓦公约〉的评论》

[脚注6：3 International Committee of the Red Cross, Commentary on the Geneva Conventions, (J. Pitchet ed.)（以下简称“评论”）[……]对于在被诺列加援引时所有贬低该评论的努力，在有利于自己的观点时政府也引用了该评论。]

指出：在两国之间出现任何分歧并导致武装部队人员的干预都是第2条意义上的武装冲突[……]。冲突持续时间的长短，屠杀的严重程度或者武装部队参与的数量都不重要，只要一国的武装部队俘获属于第4条范围之内的敌方人员都可以满足这一点。《评论》第2页[……]。另外，政府已经承认了其自由解释第2条的政策：美国是1949年四个《日内瓦公约》的坚定支持者[……]。作为一个国家，我们有很强烈的愿望来促进遵守武装冲突法和确保被俘获的美国武装部队人员得到最大限度的法律保护。因此，美国的政策是无论与外国武装部队何时发生武装敌对，美国都适用1949年《日内瓦公约》，即使是在认为没有满足四个《日内瓦公约》共同第2条所包含的公约可适用性最低标准时也是如此。在这一点上，我们与红十字国际委员会持相同的观点，即公约第2条应当进行自由解释。美国国务院1990年1月31日致总检察长的信函第1-2页。

第4条第1款

本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下列各类人员之一种：(一) 冲突一方之武装部队人员[……]

《日内瓦第三公约》关于战俘的定义无疑足够宽泛地包括诺列加将军。他作为巴拿马国防军的首领以及“落入敌方权力之下”是毫无争议的。第4条第3款规定，即使被捕获的武装人员“自称效忠于未经拘留国承认之政府或当局”，也属于战俘。

第5条

本公约对于第4条所列人员之适用，应自其落于敌方权力下之时起至最后被释放及遣返时为止。

凡曾从事交战行为而陷落于敌方者，其是否属于第4条所列举各类人员之任何一种发生疑问时，在其地位未经主管法庭决定前，应享受本公约之保护。

当然，第5条最后的两个词（该条英文版本最后两个词为“主管法庭”——译者注）所引出的一个重要问题就是何为“主管法庭”？政府律师提出，虽然他不知道第5条中主管法庭是什么意思，但也许答案可以在第8条中找到。第8条有关部分规定“本公约之适用应与保护国合作并受其监察。

[脚注7：保护国是中立的第三国，其任务是确保本公约规定的战俘的权利受到拘留国的尊重，尤其是在战俘来源国（即其母国）没有采取适当行动的情况下。]

保护国之责任为维护冲突各国之利益。”这一规定中并没有指明保护国的某项权利或义务是确定战俘的地位。相反，其目的是要便于和监督对战俘的适当待遇这一点似乎是很清楚的。在《日内瓦第三公约》的起草过程中，“军事法庭”一词曾被提出要取代“主管法庭”。但起草者否定了这一建议，他们感觉“将一个人起诉到军事法庭要比决定剥夺公约授予他的权利后果更加严重。”《评论》第77页（引用《日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第270页）。很明显，起草者关注的是无论任何实体要决定战俘地位都应当是公平、胜任和公正的。

法院认为，执行对外政策一般来说属于行政部门的管辖范围。是否认定个人的战俘地位是一个政治问题，因此也是一个可能产生模棱两可答案的次要问题。尽管法院认为适当提出的战俘地位问题可以由法院做出裁决，但在本案背景下，该结论却取决于该问题是否在本案中被“适当提出”。法院目前认可了已经提出请求的事实以及在这一点上至少没有明显的违反《日内瓦第三公约》的事实，认可并因此裁定它有权对所提出的地位问题做出裁决。这并不是说在其它情况下行政部门不能对该问题进行认定，而是说法院认为在该问题被适当提交给法院的情况下，根据法律它是一个能够对该问题做出裁决的“主管法院”。法院据此认定，诺列加将军事实上是《日内瓦第三公约》规定的一名战俘，而且不管监狱署选择哪类设施来关押他，他必须获得公约所提供的保护。

B. “国内法”

因为《日内瓦公约》已被纳入美国国内法当中，因此它适用于本案。一项条约在经过美国参议院批准之后便成为“全国的最高法”。美国宪法第6条第2款。《日内瓦第三公约》于1955年7月由参议院经投票一致批准。[……]政府承认《日内瓦第三公约》是“全国的最高法”，但却质疑该法在美国法院有约束力和可以实施。

C. 实施

如果监狱署没有按照《日内瓦第三公约》中确立的标准对待诺列加，他如何做才能迫使政府符合条约的要求呢？

a. 第78条抗议权

认为自己根据《日内瓦公约》的权利受到侵犯的战俘有两个实施的途径。第一个是就其受到关押的情况向拘留国的军事当局或者向保护国或者人道主义机构的代表投诉。这一权利规定在《日内瓦第三公约》第78条中，不得由战俘放弃或者由拘留国废除或者施以不必要的限制。参见第5、7、78、85条。

第78条

战俘有权向管辖之军事当局提出其关于彼等在俘情况之请求。

彼等并有无限制之权利通过其代表，或如其认为必要时，直接向保护国之代表请求注意彼等关于在俘情况有所申诉之处。

此项请求与申诉不得加以限制，或认为构成第71条所指之通信限制之一部分，并须立即传递。即使认为此项请求与申诉并无根据，亦不得因此加以处罚。

战俘代表得向保护国代表致送关于战俘营情况及战俘需要之定期报告。

从理论上来说，战俘通过提请注意有关违反公约的情况，会使政府感到窘迫从而纠正他所受到的不可接受的不利境况。但是，这种投诉程序很明显的缺点是没有强制力。政府遵守条约的动力来自于受到他国赞许性看待的期望，并且可能仅仅来自于在这些情况下予以恰当处理的愿望。不过，我们对于公约的目标有真正的信仰，如果必要，就必须有一个更为实质性的和独立的方法来保护战俘的权利。而在可能的情况下诉诸拘留国的法院似乎是一种适当的措施。

b. 在美国的法律诉讼

实施公约的第二个方法是在联邦法院提起法律诉讼。政府主张，如果诺列加将军认为监狱署关押他的设施不符合《日内瓦第三公约》要求的条件，他就可以提起人身保护令状之诉[……]。但是，政府还主张，《日内瓦第三公约》并非自执行性的，因而不为个人提供在美国法院提起诉讼的权利。同时考虑这两种主张可以得出结论，政府为诺列加所提供的是一种中空的权利。按照政府的观点，诺列加可以提起一种[……]请求，但任何基于对《日内瓦公约》的违反的起诉都将被驳回，因为诺列加不具有援引条约的地位。

自执行理论在条约法中被称为“一种最容易混淆的”问题。[……]它非常复杂而且特别难以理解。在本意见中充分讨论该理论及其适用于《日内瓦第三公约》的时机并不成熟，也不太可行。不过法院希望消除这样的观念，即在有机会在现实的争论中讨论这一问题的情况下，法院几乎可以肯定地认定《日内瓦第三公约》的主要条款事实上是自执行性的。

[脚注8：“一项国际协定的某些条款可能是自执行性的，而其它条款则是非自执行性的。”《美国对外关系法（第三次）法律重述》第111条之评论第H项(1986)。《日内瓦第三公约》第129条由于要求执行性立法，很明显是非自执行性的；但是，这一条款的其它部分的实施除了参议院的批准之外，没有明示地或者暗示地要求国会的立法。第129条规定：“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效的刑事制裁。”其中的“严重破坏”由第130条予以界定，很明显与本案问题无关。]

从本质上来说，一项自执行性条约是无需执行性立法便转化为缔约国国内法的，它对私人规定了被认为违反其规定的个人可以行使的诉权。[……]因此，即使《日内瓦第三公约》毫无疑问是美国“国内法”，但如果该条约要求执行性立法或者没有规定个人的诉权，它仍然不一定约束国内法院。最为困难的情况是对于没有美国国内执行性立法的条约如《日内瓦第三公约》，要由法院决定该条约是否属于没有这种立法也可以执行的那种类型。

尽管法院一般都会假定在没有明确的相反规定的情况下条约都是非自执行性的，但《法律重述》却认为除非协定本身明确要求特别的执行性立法、参议院要求有执行性立法作为批准的条件、或者宪法要求有执行性立法，那么条约就是自执行性的。《美国对外关系法（第三次）法律重述》第111条第4款（1986年）。大多数学者型的评论家都同意并提出了有说服力的观点，认为旨在保护个人权利的条约如《日内瓦第三公约》是自执行性的。美国法院从来没有在与本案事实相似的案件中直接遇到《日内瓦第三公约》是否自执行这种问题。[……]

但是，对于《日内瓦第三公约》，认定该公约所确立的权利不能由战俘个人在法院实施，不论是从条约的语言上还是精神上都不符合该条约，而且不符合我

们维护其目的之承诺。总之，《日内瓦第三公约》的最终目的是确保战俘受到人道的待遇，不是在缔约国之间创设某种虚无缥缈的和难以实施的荣誉法典。“绝不能忘记起草公约最初和最重要的目的就是保护个人，而不是服务于国家的利益。”《评论》第23页。

法院可以设想出许多种第78条规定的抗议权不能充分保护一个没有获得《日内瓦第三公约》全部可适用保障的战俘的情形。如果美国实际上按照自己的承诺对《日内瓦第三公约》保持高度尊重，那么它必须确保该公约的规定可以适用于有权得到保护的战俘。如果该法院有权对该问题做出裁决，它几乎一定会认定《日内瓦第三公约》是自执行性的以及诺列加将军可以在联邦法院诉讼当中就他受到羁押的境况援引公约规定提出挑战。即使《日内瓦第三公约》不是自执行性的，美国仍然有义务遵守其国际承诺。

(3) 《日内瓦第三公约》的统辖条款

法院的最终任务是决定《日内瓦第三公约》的哪些条款与既是战俘又是被定罪的重罪犯人的个人有关。尽管这些特征并非互相排斥，这种二合一的个人对于《日内瓦第三公约》的适用来说却带来了一个新的和较为复杂的情况。

诺列加与政府之间的基本争议是在确定关押这名将军地点问题上是应当依照第21和22条还是依照第108条。被告主张明确禁止将战俘关押于反省院的第21和22条应当适用于诺列加将军。而政府则主张应适用第108条，允许监狱署将服刑的战俘关押于任何被定为同样罪名的美国军事人员被关押的地方，包括反省院。

这些条款之间可能存在的不一致已经受到关注。但是，按照适当的上下文关系，仔细阅读这些不同的条款表明并不存在不一致的地方。简单来讲，第 21 和 22 条并不适用于被判针对拘留国实施普通犯罪的战俘。《条约》明确将被定罪的战俘与其他战俘区别开来，在第 82-108 条关于“刑事和纪律处罚”当中做了特别规定。

A. 第21和22条

第21条[第1款：]

拘留国得将战俘关押于集中营中。拘留国得命令其不得离开他们被关押的集中营，如集中营有围栅则不得离开围栅范围，当然这种要求需受制于某些限制。根据现有公约有关刑事和纪律处罚的规定，战俘不得被禁闭，除非为保护其健康之必要且仅限于如此监禁为必要的情况存续期间。

第22条[第1款：]

战俘仅能拘禁于陆地上之场所而具有卫生与健康之保证者。除在战俘本身利益所许可之特殊场合外，不得将彼等拘禁于反省院中。[……]

第21和22条规定在该公约第二编“战俘之拘禁”的第1章“总则”的开始。《日内瓦第三公约》的这一章规定的是对没有被定罪的战俘的拘禁，因此不能适用于诺列加将军。被告依照这些条款是不适当的；如果有作用的话，也只能是他们弄清了被定罪的战俘要适用与其他战俘不同的规则。第22条一般地禁止将战俘拘禁在反省院当中要受到第21条规定的关于战俘待遇的全部一般要求要“以适用本公约关于刑事与纪律制裁之规定为条件”的限制。这里对第82-108条的参照表明第二编第1章中的条款不适用于服刑战俘。

支持这一观点的还有整个第二编第1章中所使用的“拘禁”一词与刑事处罚条款中所使用的“拘留”、“禁闭”、“关押”等词之间的区别。《评论》在这一点上进行了详细阐述：“拘禁”的概念不应当与“关押”相混淆。拘禁涉及的是不得离开战俘营所在的城镇、乡村或者某一地方的义务，无论是否有围栅，但并不一定意味着战俘可以被禁闭限制在一个房间当中。这种禁闭只能在执行刑事或纪律惩罚时适用，第六编第3章对此作了明确的规定。《评论》第178页。因此，第22条禁止将战俘拘禁（而不是关押）在反省院当中。

基于以上理由，法院的意见是第21和22条不适用于诺列加将军。

B. 第108条

政府认为《日内瓦公约》“明确而毫不含糊地”授权监狱署将诺列加关押在反省院当中，只要他不受到比任何被定为同样罪名的美国军事人员更苛刻的待遇。

根据《美国法典》第18卷第3231条的规定，联邦地区法院与军事法院对于军事人员实施的违反美国法律的行为拥有共同的管辖权。[……]《美国法典》第814条和《联邦法典》第32章 (32CFR) 第503条第2款第1项要求军事机关将被指控的罪犯移交给普通机关按照与其他被控犯罪的个人一样进行审判。一旦普通法院对其定罪判刑，他或她应当同任何其他被定罪的罪犯一样被关押在包括联邦反省院在内的普通羁押场所。

第108条第1款规定：

在正式定罪后，对战俘所宣判之处刑应在与拘留国武装部队人员犯罪者服刑之同一场所，并在同样条件下执行之；此项条件，应在一切情形下合乎健康及人道之要求。

那么，根据第1款的规定，理论上可以将诺列加将军关押在联邦反省院中而不违反《日内瓦公约》。但这并非调查的目的。实际问题是一般意义上的联邦反省院或者任何特定的联邦反省院能否为一个战俘提供根据《日内瓦公约》应当享有的各种保护。第108条要求战俘服刑的任何设施中的条件“应在一切情形下合乎健康及人道之要求”。解释这些条款的文字并不总是容易的。对第108条的《评论》认为应当参照第25和29条，这两条规定了战俘食宿的最低标准。《评论》第502页。

另外，第108条规定，必须允许战俘“收发函件，收取救济包裹至少每月一次，做定规的露天运动，获得其健康状况所需之医药照顾，及其所愿有之精神帮助。”这些条款很多都是含糊的。如什么是“定规”的运动？通情达理的人可能对于这些条款的要求有不同的看法。但是，假如美国宣布通过对《日内瓦公约》的自由解释来承诺保护战俘并促进对武装冲突法的遵守，那么就应当对这些模糊的条款以对战俘最为有利的方式来解释。

C. 其它可适用的条款

第108条第3款规定：

被判刑之战俘，无论如何，应保有享受本公约第78及第126两条规定之利益。[……]彼等所受之刑罚应合乎第87条第3款之规定。这些词语同样是含糊不清的，但由于美国承诺自由解释《日内瓦公约》，而且由于美国必须在战俘的待遇方面树立一个好的榜样，模糊的词语必须按照对战俘最为有利的方式进行解释。

第126条对于保护国和国际人道主义组织的代表监督战俘的关押场所和关押方式方面的待遇授予了几乎没有限制的权力。

政府认为第108条提到第78、87和126条是对诺列加权利的明确限制，即这些条款是仅有的适用于因普通犯罪受到关押的战俘的条款。被告反驳认为108是一个底限，因此虽然战俘不能受到比被定为同样罪名的美国士兵更差的待遇，但通常他们必须受到更好的待遇。诺列加主张第108条必须与第85条结合起来进行理解。第85条规定“战俘之因被俘前所犯之行为而依据拘留国法律被诉追者，即令已定罪，应仍享有本公约之利益。”[……]

《评论》支持了诺列加的观点，即他仍应享有公约的一般保护：公约对经过司法判决被关押的战俘提供了重要的保障。这些保障有些源于适用于与关押有关的所有情况的一般条款，如第13条 (人道待遇)、第14条 (尊重战俘[……])、第16条 (平等待遇)。其它条款明确规定惩罚的执行并特别禁止酷刑、对战俘荣誉的攻击 (第87条) 以及歧视性待遇 (第88条)……。关押不抑损本公约为战俘提供的主要的

保障，而且由于[……]因此禁闭是有限的……的事实，许多条款变得不能适用。事实上，这些条款[第78、87和126条]属于不会因禁闭而不可适用的条款之列。但是，由于它们非常重要，[……]对其进行了专门的论述。《评论》第501-03页 (加着重号)。因此，看来被定罪的战俘只要处在拘留国的看管之下就有权获得《日内瓦第三公约》的基本保护。整个对第108条的《评论》都参照了本文中特别指定的三条之外的条款。《评论》第500-08页。因此，合乎逻辑的结论是，司法禁闭的作用是仅仅取消与拘禁根本不一致的保护。

该法院认为，至少在第一编〝总则〞中所包含的所有条款以及与健康有关的条款应当适用于诺列加将军。第82-88条 (〝刑事和纪律惩罚〞一章的总则部分) 和99-108 (司法程序部分) 本身也应当适用。

另外，法院再次注意到美国所申明的政策违背了战俘的利益。要树立一个适当的榜样并避免失去信任和其它国家的尊重，美国政府必须兑现其将诺列加将军置于能够提供他依据公约有权获得的全面保护的设施之内的政策。

(4) 结论

我们留了很大的空间来书写本来要占一到两页的结论。这是因为这一问题对于很多人潜在的重要性以及它所产生的前所未知的进程。根据《日内瓦第三公约》，被告诺列加很明显是一个战俘。他享有并将享有该条约规定的全部权利，这些权利已经被纳入美国法。尽管如此，只要他被授予公约的全部利益，他仍然可以在联邦总检察长或监狱署指定的普通监狱服刑 (这是一件有预先指南的案件)。

在一个安全性最低的反省院环境中能否完全获得这些权利要受到严重质疑。但是，就目前来说，这一问题必须由将要确定被告被关押地点和关押形式的人来回答。在确定这些问题的时候，这些负有责任的人必须牢记我们的部队忠实地，而且的确是不拘泥地遵守《日内瓦第三公约》的要求的重要性。无论政府如何看待作为个人的被告，不遵守公约的暗示都是极为严重的，以至于无法证明背离行为的正当性。

在引起新闻界关注的诸如暴行、欺诈以及惨剧等动荡的国际事件进程中，本案中的相对不引人注目的问题似乎并不重要。但它们并非如此。暗示不太严格地遵守《日内瓦第三公约》是非常严重的，因此必须调整对所提出的问题的考虑。

美国地区法院法官

威廉 M. 霍夫勒

裁决于1992年12月8日弗罗里达州迈阿密

讨 论

1. (1) 美国对巴拿马的干涉是一种国际武装冲突吗？即使根据巴拿马《宪法》诺列加不是合法的巴拿马领袖？即使自由选举的巴拿马领袖恩达拉请求美国军队进行干预？（比较《日内瓦第三公约》第2条。）

   (2) 诺列加是战俘吗？尽管他属于独立于自由选举的巴拿马领袖恩达拉（并且不遵守其命令）的武装部队？（比较《海牙章程》第1-3条，《日内瓦第三公约》第4条第1款第3项以及《第一议定书》第43-44条。）

   (3) 审判诺列加的法院一定有资格确定其战俘地位吗？它有确定这种地位的义务吗？（比较《日内瓦第三公约》第5、82、84、85、87和89条。）

   (4) 即使在美国被判犯有与毒品有关的犯罪，诺列加仍然是一名战俘吗？（比较《日内瓦第三公约》第85条和《第一议定书》第44条第2款。）

   (5) 将诺列加移送并关押于美国符合国际人道法吗？即使美国入侵巴拿马违反了国际法？（比较《日内瓦第三公约》第22条。）

2. (1) 战俘在被俘之前所实施的行为要受到拘留国刑事立法的管辖吗 ？即使是在其本国实施的行为？即使是与武装冲突无关的行为？（比较《日内瓦第三公约》第82、85、87和99条。）

   (2) 对于拘留国域外立法适用到战俘被俘之前所实施的行为，你从国际人道法的视角会提出什么限制？拘留国可以将保护其安全和领土完整的立法适用到战俘在被俘之前为其本国服务的行为吗？（比较《日内瓦第三公约》第82、85、87条和第99条第1款以及《第一议定书》第75条第4款第3项。）

3. 拘留国的普通法院能审判战俘吗？（比较《日内瓦第三公约》第84和102条。）

4. 可以将战俘关押在反省院中吗？在审判之前拘留期间呢？宣判之后呢？战俘一旦受到宣判和关押在反省院中，就必须受到与监狱规则或《日内瓦第三公约》相一致的待遇吗？(比较《日内瓦第三公约》第95、97条、第98条第1款、第103条第3款和第108条.)

5. 《日内瓦第三公约》关于关押条件的规定是自执行性的吗？如果不是，那么对于公约的违反如囚禁的条件存在什么实施办法？这些办法说明了国际人道法的任何优点或缺点吗？

6. 国际人道法是否规定了发动战争来追捕不可引渡的毒品贩子是否合法的问题？国际人道法适用于此类战争吗？保护毒品贩子是《日内瓦第三公约》的目的吗？为什么说法院认为诺列加具有战俘资格对于国际人道法和美国是重要的？

二十、东非

[另参见下文二十七、索马里，第1692页。]

案例135. 埃塞俄比亚/索马里，欧加登冲突的战俘

案 例

[**资料来源：***ICRC Annual Report*, 1988, pp. 25-26。]

埃塞俄比亚/索马里

与欧加登冲突后果有关的行动

被关押于埃塞俄比亚和索马里近11年的近4,000人于1998年获释并被遣返。4月3日，埃塞俄比亚和索马里签署了一个两国关系正常化的协定，规定了对所有战俘和平民被关押人予以遣返。

为了说服两国政府根据《日内瓦第三公约》第109、110和118条将所有战俘予以遣返，并优先照顾重伤员和病号，ICRC做了多年的努力。ICRC在1988年3月14日向两国政府发出的一个口头照会中再次向他们提出了同样的要求。在得知4月3日签署协定之后，ICRC重申了提供组织遣返服务活动的建议。两方接受了该建议，因此，ICRC被授权可以访问关押地点会见被关押人员，对其登记造册并证实他们要求被遣返。实际遣返活动8月开始。

对索马里战俘的访问

自从1987年10月28日到11月4日对238名索马里战俘进行了一系列的访问之后，ICRC再没有获准按照习惯标准和《日内瓦第三公约》第126条的规定再次会见这些战俘。另一方面，它仍然可以继续为其提供食物和物质帮助。在1988年1月到8月间，ICRC的代表曾在一些场合访问了三个关押地点[……]并移交了共计66吨的救济物资。

8月18日，埃塞俄比亚当局同意允许ICRC安排遣返这些战俘，并同时授权ICRC单独会见这些战俘以证实他们有被遣返的要求。ICRC在实际遣返活动开始前两天对德雷达瓦 (Dire Dawa) 进行最后的访问期间，又对此前尚未接受访问的16名战俘进行了登记。

对埃塞俄比亚战俘和平民被关押人的访问

尽管自从1984年以来不停地提出要求，ICRC却未能按照《日内瓦第三公约》规定的标准访问埃塞俄比亚战俘，只能每两个月访问一次并提供救助。代表们定期到三个关押地点[……]，为266名埃塞俄比亚战俘和一名古巴人带去新鲜水果和蔬菜，有时有娱乐物品和化妆品，但他们不得在没有见证人在场的情况下会见战俘。在索马里/埃塞俄比亚4月3日的协定公布之后，索马里当局接受了ICRC安排遣返活动的提议并允许其代表进入所有的关押场所。他们对所有被关押的人员（平民和军人）进行了登记，在没有见证人在场的情况下会见了他们并确认他们愿意回到埃塞俄比亚。

这些安排确定之后，一个ICRC小组于6月底到达索马里并在整个7月间访问了4处关押地点，会见了3,500人。这些代表在兰塔布尔 (Laanta Bur) 还会见了一名自从1982年即为ICRC所知的古巴战俘[……]。在哈瓦 (Hawa) 一个从未访问过的战俘营中，ICRC代表团访问并登记了2659名被关押人。对于他们当中的大多数人来讲，这次访问是他们11年来第一次与外界接触。这次访问同时还伴以医疗和食品援助计划：ICRC的医生为病人实施检查和治疗，配给药品；食品计划也得以确立。7月间，在各关押地点共分发食品23吨，另有肥皂和其它卫生用品。

由于进行了登记，成员被分别关押在不同战俘营中的300个家庭在这个7月得以团聚。

ICRC的这些访问还必须提出书面报告并与当局进行商谈，这与遣返的准备是相背离的。

战俘和平民被关押人的遣返

8月23日至9月1日期间，ICRC租用的一架飞机在埃塞俄比亚的摩加迪沙 (Mogadishu) 和德雷萨瓦 (Dire Sawa) 之间做了20次飞行，将总计3543名埃塞俄比亚战俘和平民被关押人 (其中包括530名儿童和青少年) 以及一名古巴战俘从索马里运送到埃塞俄比亚，并将246名索马里战俘从埃塞俄比亚运送到索马里。

由于有大量的人要从索马里运送到埃塞俄比亚，在摩加迪沙之南的梅尔卡 (Merka) 附近设立了一个中转营，在遣返行动进行当中，每组150到180人被送往此处。这个营地是与当局和索马里红新月协会共同管理的。

在埃塞俄比亚，被遣返人员由埃塞俄比亚红十字接收，并在医院及其在哈拉尔 (Harar) 的房屋中为其提供临时栖息场所，直到他们返回家园为止。

在这两个国家，国民大会正如在6月底之前协助公布家庭信息一样，还帮助寻找被遣返人员的家庭[……]

10月，索马里当局决定对没有得益于战俘地位的埃塞俄比亚俘虏宣布特赦，ICRC随即安排了他们的遣返。在对他们进行访问和登记之后，ICRC租用飞机将[……]24人运回埃塞俄比亚。

讨 论

1. (1) 战俘和平民被关押人之间有什么区别？他们的地位如何改变依据国际人道法所获得的保护？平民被关押人可以按照战俘对待吗？（比较《日内瓦第三公约》第4条、《日内瓦第四公约》第43、78和79条。）

   (2) 根据国际人道法，必须何时遣返战俘？必须何时释放平民被关押人？（比较《日内瓦第三公约》第118条、《日内瓦第四公约》第43、78和132-134条。）

   (3) 战俘和平民被关押人被关押长达11天符合国际人道法吗？只有当埃塞俄比亚和索马里“关系正常化”时，才可以遣返战俘吗？或者只有当他们签订了遣返战俘协议时？（比较《日内瓦第三公约》第118条、《日内瓦第四公约》第43、78和123-134条。）

   (4) 在索马里的古巴国民怎么能够成为战俘？如果他是古巴武装部队的成员？如果他是埃塞俄比亚武装部队的成员？应当在哪里将其遣返？（比较《日内瓦第三公约》第1、4和118条。）

2. ICRC依据什么法律渊源提供遣返战俘和平民被关押人的服务？（比较《日内瓦第三公约》第9、118和126条、《日内瓦第四公约》第10、132-134和143条。）

3. 《日内瓦第三公约》第 118 条是否要求拘留国对拒绝被遣返的战俘予以遣返？要证明不予遣返反对遣返的战俘的正当性，拘留国可以援引什么依据？为什么 ICRC 代表要核实每一个战俘是否愿意被遣返？

4. (1) ICRC有权访问战俘吗？为什么ICRC的会见很重要？在战俘即将被遣返时更为重要吗？（比较《日内瓦第三公约》第126条。）

   (2) 你能想象为什么埃塞俄比亚和索马里多次阻拦ICRC会见战俘吗？

   (3) 为什么ICRC坚持会见战俘并且单独会见？ICRC有权坚持这种会见形式吗？（比较《日内瓦第三公约》第126条。）

5. (1) 国际人道法以什么方式确保将战俘被俘和被关押的情况通知家属？战俘可以拒绝这些通知家属的方式之部分或全部吗？他如此拒绝可以有什么理由？（比较《日内瓦第三公约》第70、122和123条。）

(2) 谁必须确保战俘填写俘虏卡？能否在ICRC被阻拦会见战俘的时候填写俘虏卡？为什么战俘登记对于ICRC很重要？(比较《日内瓦第三公约》第70、122和123条。)

6. 为什么ICRC向战俘提供救助？照管战俘不是国家的责任吗？（比较《日内瓦第三公约》第9、73条和125条第3款。）如果国家确实没有足够的照管战俘的能力呢？ICRC应当介入还是国家在不能提供与《日内瓦第三公约》相符的关押条件时必须释放和遣返战俘？（比较《第一议定书》第41条第3款。）

7. 文中提到ICRC的会见要以书面报告和与当局进行交涉为前提。你认为在这些报告中提到了什么？这些报告的目的是什么？

案例136，厄立特里亚/埃塞俄比亚，关于战俘的部分裁决

案 例

(一) 战俘，埃塞俄比亚的第四项请求

[**资料来源：**Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award Prisoners of War Ethiopia's Claim 4, between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea. The Hague, July 1, 2003. The Permanent Court of Arbitration, the Hague. 部分脚注省略。全部裁决可访问http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/]

埃塞俄比亚联邦民主共和国与厄立特里亚国之间
厄立特里亚埃塞俄比亚请求委员会
埃塞俄比亚第四项请求
关于战俘的
部分裁决

1. 概况

(1) 各方观点概述

1. 该项请求（埃塞俄比亚第四项请求，ET04）由原告埃塞俄比亚联邦民主共和国（"埃塞俄比亚"）根据埃塞俄比亚联邦民主共和国与厄立特里亚国之间于2000年12月12日达成的协议（"协议"）第5条向委员会提出。该项请求要求认定被告厄立特里亚国（"厄立特里亚"）对其被控非法

对待属于原告国民的战俘的行为所造成原告的损失、损害以及伤害承担责任。原告在其“请求说明”中要求金钱补偿，并在其“备忘录”中提出，应当以战俘被关押的五个永久性战俘营为基础按照一种集体请求程序来确定补偿。

2. 被告主张它对战俘的待遇完全符合国际法。

(2) 厄立特里亚战俘营

3. 在 1998 年 5 月到 2002 年 8 月间，厄立特里亚共关押了大约 1100 名埃塞俄比亚战俘，几乎全部为男性。其他由 ICRC 登记的埃塞俄比亚战俘已被获释。

4. 厄立特里亚共使用了五个永久性的战俘营 (其中有些很简陋)：巴伦图 (Barentu)、恩巴卡拉 (Embakala)、迪哥迪戈塔 (Digdigta)、阿法贝特 (Afabet) 和纳夫卡 (Nafka) (也称萨赫尔 (Sahel))。除了巴伦图之外，厄立特里亚轮流使用这些战俘营，在将战俘转移到下一个战俘营时便关闭前一个战俘营。

5. 厄立特里亚在将埃塞俄比亚战俘从前线撤退期间，将巴德谟 (badme)、阿斯马拉 (Asmara)、特森尼 (Tesseney) 和巴伦图 (Barentu) 的战俘营用作中转营。战俘一般都要在中转营中关押几天或一周。[……]

(3) 一般评论

12. 正像本裁决以及厄立特里亚第17项请求的裁决所描述的一样，双方履行保护战俘的重要法律义务都存在很大的困难。尽管如此，委员会必须设定一个包括应予遵守的基本内容的初步标准。根据本案进行期间所提交的大量证据，委员会认为双方在有关战俘的最基本的原则上都做出过承诺。双方都实施了有组织的、正式的培训计划，对各自部队讲授了抓获战俘时应遵守的程序。与当代其它的武装冲突相比，厄立特里亚和埃塞俄比亚都始终如一并定期地抓获战俘。他们将敌方非战斗人员从战场上转移到更为安全的地方。另外，尽管这些案件涉及到世界上两个最贫穷的国家，但两国却在为其关押下的战俘提供食品和医疗方面做出了重大的努力。

13. 双方在履行其承诺方面都有缺陷，有时是很重大的缺陷，偶尔非常严重。不过，这些案件中的证据表明厄立特里亚和埃塞俄比亚双方在尽力履行其接收并保护战场上无抵抗能力的敌方士兵的基本人道主义义务。必须在这一背景下解读本案的裁决以及他们确认的各种困难。[……]

4. 实体裁决

(1) 法律适用

22. 《协议》第5条第13款规定："在对索赔进行裁决时，委员会应适用有关的国际法规则。"《委员会程序规则》第19条模仿《国际法院规约》第38条第1款的语言，要求委员会要参照：

(1) 不论普通或特别国际公约，确立当事国明白承认之规条者；

(2) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；

(3) 一般国际法原则为文明各国所承认者；

(4) 司法和仲裁裁决及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。

23. 本案最为明显的有关法律渊源是《日内瓦第三公约》。双方在辩论中多次提到该公约。证据也表明，双方都将其用于向武装部队授课并作为关押战俘的战俘营守则。双方同意该公约从厄立特里亚加入公约的2000年8月14日开始适用，但他们不同意在该日期之前适用公约。

24. 埃塞俄比亚于1949年签署并于1969年批准了四个《日内瓦公约》，后于1993年厄立特里亚成为一个独立国家时开始生效。继承国在从另一国境内分离之后，通常通过宣布他们继承其独立之前所适用的部分或全部条约来寻求维持稳定的条约关系。的确，某些种类的条约可能自动发生条约的继承[……]。但是，委员会没有发现使其认定本案存在这种情况的证据，尽管这种继承被认为是一个一般性问题。自从厄立特里亚于1993年独立时开始，厄立特里亚高级官员就明确厄立特里亚不认为自己受《日内瓦公约》拘束。

25. 在武装冲突期间以及在本案开始之前，厄立特里亚同样一直坚持厄立特里亚不是《日内瓦公约》的成员国。对于促进遵守《日内瓦公约》拥有特殊利益和责任的ICRC当时也同样没有认为厄立特里亚是公约的成员国。

26. 因此，很明显在1993年当厄立特里亚从埃塞俄比亚分离出来的时候，它有一个明确的机会去声明继承公约，但证据表明它拒绝这样做。它随后一直拒绝这样做。而且在2000年当它决定成为公约成员国的时候，是通过加入而不是继承的方式。尽管在没有相反证据的情况下，通常可以假定条约关系的连续性，但在本案中，根据这些事实这种假定无法成立。

这些异常情况使本案与前南斯拉夫国际法庭上诉庭在“切莱比奇案”(Celebici) 的判决中所处理的情况迥然不同。[脚注6：“切莱比奇案”(检察官诉德拉里奇等人)，2001年前南斯拉夫国际刑事法庭 (ICTY) 上诉法庭判决书案件号IT-96-21-A (2月20日)。]厄立特里亚、埃塞俄比亚以及公约保管人瑞士联邦委员会在厄立特里亚于2000年8月14日加入之前都没有认为它是公约的缔约方，这一点是很明确的。因此，从1988年5月冲突一开始直到2000年8月14日为止，厄立特里亚并不是《日内瓦第三公约》的缔约方。埃塞俄比亚根据《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第34条所持有的与此相反的观点得不到这些事实的支持。

27. 尽管厄立特里亚在其加入之前不是《日内瓦公约》的成员国，根据四个《日内瓦公约》共同第2条的最终条款，公约仍然可以适用于与埃塞俄比亚武装冲突期间。该条规定：

> 冲突之一方虽非缔约国，其它曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束。

28. 但是，上述援用的证据清楚地表明，在其加入之前，厄立特里亚还没有接受公约。厄立特里亚在加入公约之后拒绝允许ICRC的代表会见其关押的战俘也证明了这一点。

29. 因此，委员会认为，对于在2004年8月14日之前所发生的情势，厄立特里亚与埃塞俄比亚之间的武装冲突可以适用的法律是习惯国际法。在辩论中，厄立特里亚承认，在大多数情况下，“关于战俘的习惯国际法与《日内瓦第三公约》之间的区别并不太大。”但是，它提出，ICRC会见战俘的权利、第26条对烟草使用的许可、以及第28条对餐厅的要求都是一些公约的较为技术性和细节性条款的例子，不能作为习惯国际法来适用。它还指出，对战俘劳务支付报酬和对埋葬死亡战俘的要求不能被认为是习惯国际法的一部分。厄立特里亚引用1949年联军军事法庭对“冯·莱布案”(von Leeb) 的裁决来支持其在这一问题上的观点 [脚注10：US v. Wilhem von Leeb et al, in TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER COUNTROL COUNCIL LAW, No 10, vol. XI, p. 462 (United States Government Printing Office, Wasington D.C., 1950).]

30. 鉴于1949年四个《日内瓦公约》几乎在全世界都得到接受，在今天很少出现其条款在多大程度上成为习惯国际法之一部分这一问题。委员会注

意到“冯·莱布案”（该案认定1929年公约的大量核心条款已经取得了习惯法的地位）讨论了在1929年缔结的一个公约的条款在16年之后发生的冲突即第二次世界大战期间在多大程度上成为习惯国际法的问题。在本案中，委员会面对的是一个于1949年缔结的并随之得到几乎所有国家遵守的条约在50年之后发生的冲突期间在多大程度上成为习惯国际法一部分的问题。另外，诸如1949年《日内瓦公约条约》等发展了国际人道法的条约，从其本质上来说，是建立在早期条约和习惯国际法所确立的基础之上的法律文件。缔结这些条约的目的是对公约缔约方创设一种条约法，同时发展适用于所有国家的习惯国际法并使之成文化。1949年《日内瓦公约》成功地实现了这两个目的。

31. 的确还有更为重要的现代权威观点支持1949年《日内瓦公约》在很大程度上成为习惯国际法的表述这一主张，本案双方也同意这一点。仅它们已经得到几乎全世界的接受这一事实便可证明这一结论。而且还有类似的权威观点支持这一主张，即被认为是针对国际社会整体的规则，如国际人道法，要比其它类型的条约规则更快地成为习惯国际法的一部分。委员会同意这一点。

32. 因此，委员会认为适用于本案的法律是习惯国际法，包括在1949年四个《日内瓦公约》有关部分例举出来的习惯国际人道法。双方在提出请求和抗辩中所经常援引的《日内瓦第三公约》条款与这一观点是完全一致的。如果任何一方主张这些公约的特定条款在相应的时间不应被视为习惯国际法之一部分，委员会将会对该问题做出裁决，而且主张方应当承担证明责任。[……]

(2) 证据问题

A. 必需的证明标准 [……]

38. 委员会不接受下述任何主张，即由于一些请求可能涉及罪犯个人的行为，因此应当适用相应的个人刑事程序的较高证明标准。委员会并不是认定个人刑事责任的刑事法庭。相反，它必须根据国际责任的一般原则对是否存在对国际法的违反做出裁决。

B. 事实的证明

39. 埃塞俄比亚出示了大量的书面证据支持其主张。[……]埃塞俄比亚还出示了三种文件，以不同的方式记录了有关战俘个人经历的信息。它提交

了30份正式的书面声明，全部经战俘签字，并有翻译准确性的证明和这些声明真实性的宣誓性说明。在审理期间，埃塞俄比亚律师指出，它们主要依据这些声明。类似的签字声明也成为厄立特里亚主张的核心证据。

40. 埃塞俄比亚还提交了多卷本的指控汇编。主要是由前战俘或为其代笔之人所写的回答其在每一个厄立特里亚战俘营中的条件和经历的详细问题的长篇文件。埃塞俄比亚还提交了四卷文件，其内容包括用打字机打印出的一些前战俘对于调查问卷所给出的非常简短的回答要点（一般都只回答“是”或“否”）。

41. 厄立特里亚对第二和第三种书面证据提出抗辩，认为问题的措辞、收集方法以及其它因素不可避免地导致夸大、不准确和不可靠的回答。委员会同意这些书面证据具有不确定的试验性价值。它并没有用它们做出随后关于事实的裁决，相反，它依据的是各方正式签署的声明，以审理中记录在案的证据和其它证据作为补充证据。[……]

C. ICRC控制下的证据

45. 在整个冲突过程中，ICRC的代表访问了埃塞俄比亚战俘营。从2000年8月下旬开始，ICRC还开始访问厄立特里亚的纳夫卡战俘营。双方表示它们有关于ICRC访问战俘营的报告以及与ICRC通信的有关文件。

46. 委员会希望从ICRC对双方战俘营富有经验的和客观的评价中获得有益信息。它要求各方在其提交的证据当中包括ICRC访问战俘营的报告或说明不能这样做的理由。双方的回答都是他们希望这样做，但ICRC反对让委员会看到这些材料。ICRC坚持未经ICRC同意双方不得提供报告，而双方也未得到其同意。[……]

48. ICRC将所有相关的公开文件副本提交给了委员会，但决定不允许其获得其它信息。这一决定表明ICRC强烈地认为其执行其使命的能力需要高度保证其机密性。委员会高度尊重ICRC并理解其机密性和不公开这些一般政策背后的利害关系。但委员会认为在本案的独特情况下，武装冲突的双方同意将这些文件提交给委员会，因此ICRC不应当禁止它们这样做。委员会和ICRC在正确、全面适用国际人道法方面拥有共同的利益。因此，委员会必须对于ICRC不同意让其获得这些材料一事记录在案。

(3) 对法律的违反

A. 机构意见

49. 埃塞俄比亚认为在厄立特里亚战俘营中存在对法定义务的违反。其法律请求分为11个大类，并再分为多个子项。埃塞俄比亚认为在厄立特里亚的5个战俘营中存在全部或几乎全部下列11类违法行为：

- 抓获战俘并将其关押到战俘营中；
- 在战俘营中进行身体和精神虐待；
- 缺乏足够的医疗服务；
- 战俘营条件不健康；
- 未提供战俘福利；
- 不被许可的强迫劳动；
- 对死者未予适当处理；
- 没有申诉程序；
- 禁止与外界通信；
- 未张贴战俘营规章；以及
- 在转营期间的非人道待遇。

50. 在其书面和口头陈述当中，埃塞俄比亚明确解释了导致它对其请求如此分类的各种因素。但是，其结果是要对一个超过五十个问题的排列组合做出评估，许多问题还有若干子项。委员会认为这种复杂的和碎片状的结构的作用是将非常严重的问题与其它很不重要的问题合并起来。另外，由于提交证据的级别问题和委员会针对所有的请求完成此项工作的时间有限，委员会很明显必须将其注意力集中在这些请求的实质性核心问题上。

51. 因此，委员会将埃塞俄比亚的若干请求归于一组，或者对各请求项重新排列，以便使其认为属于最为关切的那些问题得到重视和明确的关注。

52. 正如评论家所经常观察到的一样，《日内瓦第三公约》的143条规定和5个附件是关于战俘待遇的极其详尽和全面的法典。由于篇幅和复杂性的原因，公约有时在一个条款中将一些性质和重要性不同的义务混在一起。有些义务如第13条关于人道待遇的要求对于保护战俘生命与健康是

非常基础性的义务。其它条款规定的是有助于减轻其负担但对于确保其生命与健康却并非必须的程序性或细节性问题。

53. 根据《日内瓦第三公约》所反映出的习惯国际法，要求对战俘作为人来对待是拘留国所有其它义务的基础。保护战俘生命和健康的法律义务是公约体制的核心内容。这一部分的裁决强调了这些核心的法律义务。

54. 在一开始还必须指出的是，委员会并不认为其任务是确定某一方对于证据所表明的单个非法事件的责任，而是要确定各方严重违法的责任，这些严重违法一般是指那些频繁或普遍发生的并因此影响大量受害人的非法行为或不作为。对这些因素的确定要受到双方简要陈述并进行辩论以及委员会按照双方提供的时间和资源进行裁决的可行性等方面的限制。

B. 厄立特里亚对ICRC会见战俘的拒绝

55. 自从1998年武装冲突开始，ICRC在埃塞俄比亚便获准访问厄立特里亚战俘被关押的营地并会见战俘。它还获准向他们提供救助并协助他们与其在厄立特里亚的家属通信，尽管有证据表明厄立特里亚不允许将这些战俘的信件转交给其家属。在厄立特里亚，ICRC在1998年遣返70名伤病战俘当中发挥了有限的作用，但直到2000年8月厄立特里亚刚加入1949年《日内瓦公约》为止，ICRC会见在厄立特里亚关押的埃塞俄比亚战俘的全部努力都受到厄立特里亚的拒绝。委员会必须根据所适用的法律对埃塞俄比亚所主张的厄立特里亚的这种拒绝行为是否构成对其法律义务的违反进行裁决。

56. 厄立特里亚主张，ICRC会见战俘的权利是一种以条约为基础的权利，而《日内瓦第三公约》授权ICRC会见的规定不应当被视为对习惯国际法的表述。尽管厄立特里亚承认公约的大多数条款都已成为习惯法，但它认为这些规定ICRC会见的条款属于细节性或程序性的规定，因而不具备这种地位。

57. 1999年5月7日ICRC签发的一项媒体声明表明ICRC不同意厄立特里亚的主张。这份声明记述了它会见战俘和被厄立特里亚拘留的平民的情况，并称："ICRC目前正在按照《日内瓦第三公约》的要求，在厄立特里亚寻求会见自从去年冲突爆发以来被抓获的埃塞俄比亚战俘。"

58. ICRC被公约的许多条款赋予重要责任。这些条款明确规定，ICRC至少可以以两个不同的角色发挥作用——作为提供援助的人道机构和作为对

战俘待遇进行必要的和重要的外部监督的机构，要么作为保护国的辅助性机构，要么在没有保护国时作为其替代机构。委员会认为没有证据表明埃塞俄比亚或厄立特里亚被提议为保护国，而且很明显两国都没有被指定为保护国。尽管如此，公约明确要求对战俘待遇进行外部监督，并在第10条要求在没有保护国或者其它正在运作的监督实体的情况下，拘留国应〝接受诸如红十字国际委员会的人道组织来行使根据现行公约的规定由保护国履行的人道职能。〞在此情况下，第10条还规定公约中关于保护国的所有规定都适用于该替代机构。

59. ICRC会见战俘的权利并不限于第10条规定的履行保护国替代机构职能的情况。第126条规定了保护国进入战俘营和会见战俘的明确而重要的权利，包括在没有见证人在场的情况下会见战俘的权利。该条规定ICRC的代表〝享有同样的特权〞。埃塞俄比亚主要以第126条为依据主张厄立特里亚拒绝ICRC会见战俘违背了其法律义务。

60. 列维 (Levie) 教授在其对国际武装冲突中战俘待遇的标志性研究中指出，ICRC〝在一个多世纪的历次武装冲突中发挥了不可或缺的人道作用。〞[……]

61. 委员会不同意厄立特里亚关于公约要求ICRC对战俘待遇和会见战俘进行外部监督的规定仅仅是细节性或实施程序的条款而在半个世纪的时间内还没有成为习惯国际法的一部分的主张。这些条款是该体制下保护战俘的基础部分，并在国际实践中得到了发展，这反映在《日内瓦第三公约》当中。这些要求在由公约予以明确表达的意义上来说，确实是〝以条约为基础〞的。但它们正是以这种方式并入了以往那些本身具有习惯法地位的惯例，而它们对于遵守法律的预期是如此重要，委员会如果认为它们不能作为习惯国际法来适用是不负责任的做法。正如国际法院在〝关于威胁或使用核武器合法性的咨询意见〞(Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons) 中所言，[……][参见**案例46**. 国际法院，核武器咨询意见，第910页第79段。]

62. 基于上述理由，委员会认为厄立特里亚从1998年5月到2000年8月拒绝ICRC派代表访问埃塞俄比亚战俘被关押的所有地点，对这些战俘进行登记，在没有见证人的情况下会见战俘，以及为其提供习惯性援助和服务的行为违反了习惯国际法。因此，厄立特里亚应对由于其拒绝行为所导致的损害承担责任。

C. 在俘获时和刚俘获后对战俘的虐待

63. 在30个做出声明的埃塞俄比亚战俘当中，至少有20个在被俘时已经受伤，而几乎所有人都证实了厄立特里亚部队在前线抓获他们时和在撤退期间对伤病战俘的待遇。因此，除了《日内瓦第三公约》中所反映的习惯国际法标准之外，委员会还要适用1949年8月12日《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（"《日内瓦第一公约》"）中所反映的习惯国际法标准。对于受伤或生病的战俘，《日内瓦第一公约》的规定与《日内瓦第三公约》一起适用。在其它的规定当中，《日内瓦第一公约》第12条要求在"任何情况下"尊重和保护武装冲突的伤病员。

64. 在俘虏刚被抓获或投降之后以及从战场上向后方撤退期间这些激奋而混乱的时刻，国家确保对敌方士兵给予人道待遇的义务将会受到严格的检验。尽管如此，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》所反映的习惯国际法绝对禁止杀害战俘，要求收留和照料伤者和病者，将死者收尸，并要求对战俘进行及时和人道的撤退。

(A) 虐待

65. 埃塞俄比亚认为厄立特里亚部队在俘获时和刚俘获之后，经常殴打埃塞俄比亚战俘并频繁地将其杀害。埃塞俄比亚提起了一个初步证据确凿的案件，通过明确和有说服力的证据来支持其主张。

66. 三分之一的埃塞俄比亚战俘声明都包含有关于厄立特里亚士兵在抓获或投降时故意杀害埃塞俄比亚战俘（大多是伤者）的情况。3份声明叙述的情况是厄立特里亚军官命令部队杀害埃塞俄比亚战俘，如果不这样做就殴打他们，这些情况尤其令人不安。一半以上的埃塞俄比亚战俘声明都描述了再三而残忍的殴打（在前线和撤退两种情况下），包括有目的地针对伤者的殴打。所幸，这些情况在一定程度上受到由埃塞俄比亚声明者所描述的一些其它情况的反驳，即厄立特里亚军官和士兵予以介入，以减少身体虐待和防止杀戮。

67. 厄立特里亚在反驳中提出了详细而有说服力的证据，来说明厄立特里亚部队和军官在其基本训练期间，在关于《日内瓦公约》对抓获战俘的要求以及"厄立特里亚人民解放阵线"(EPLF) 在针对争取独立的前埃塞俄比亚德格 (Derg) 政府的战争中所采取的政策和惯例两个方面都接受了广泛的教育，强调了对俘虏的人道待遇的重要性。但是，在记录中所缺少的是厄立特里亚是否采取步骤来确保其部队实际上将这种广泛的训练应

用到战场当中。没有证据表明厄立特里亚对身体虐待事件进行了调查或采取了《日内瓦第三公约》第121条规定的纪律措施。

68. 委员会得出结论认为厄立特里亚没有对埃塞俄比亚提交的初步证据确凿的案件予以反驳，从而认定厄立特里亚没有遵守习惯国际法关于战俘(即使在受伤的情况下) 必须受到保护和在任何情况下不得杀害战俘的习惯国际法的基本义务。因此，厄立特里亚对于在俘获时和刚俘获后没有保护埃塞俄比亚战俘不受杀害，以及对于在俘获时和刚俘获后允许对埃塞俄比亚战俘进行殴打和其它身体虐待承担责任。

(B) 在刚俘获后的医疗照顾

69. 埃塞俄比亚认为厄立特里亚在俘获战俘之后和在撤退期间没有按照《日内瓦第一公约》(第 12 条) 和《日内瓦第三公约》(第 20 条和第 15 条) 所反映的习惯国际法的要求为埃塞俄比亚战俘提供必要的医疗照顾。许多埃塞俄比亚战俘声明都证明在被俘获时和刚被俘获之后他们的伤员没有得到消毒和包扎，从而导致感染和其它并发症。厄立特里亚提出了反驳证据以证明其部队尽可能快地提供了基本的急救，包括在转营期间也是如此。

70. 委员会认定在俘获之后的最初时间段里向战俘提供医疗照顾的要求必须按照战场上的严酷条件以及前线部队可获得的医疗培训和设备的受限制程度进行评价。总而言之，并鉴于冲突双方面临的后勤和资源限制，委员会裁定厄立特里亚对于在前线和撤退期间没有向埃塞俄比亚战俘提供医疗照顾不承担责任。

(C) 撤退条件

71. 埃塞俄比亚还认为，除了缺乏医疗照顾之外，厄立特里亚还未能确保人道的撤退条件。根据《日内瓦第三公约》第19和20条所规定的一样，拘留国有义务将战俘从战斗地区尽快地以人道、安全的方式撤退。只有在撤退存在极大危险的情况下，伤者或病者才可以被临时保留在战斗地区，而且不得不必要地将他们暴露于危险之中。按照第20条的规定，人道的撤退措施指的是应当〝于与拘留国部队换防时相类似之条件下〞将战俘撤退。

72. 首先是关于撤退的及时性问题，厄立特里亚提交了明确而可信的证据证明，在战场的实际情况下，他们及时地将大多数埃塞俄比亚战俘从各个前线上撤退下来。尽管出现一次令人不安的事件，在该事件中，埃塞俄

比亚战俘被强迫在一个战壕的顶部呆了一个晚上，当时双方互射炮火，而俘获他们的厄立特里亚部队却在战壕里面躲避。委员会得出结论认为厄立特里亚总的来说及时地采取了必要的撤退战俘的措施。

73. 除了及时性问题之外，埃塞俄比亚战俘声明还描写了极其恶劣的撤退条件。这些战俘通常在已经负伤的情况下、搀扶受伤的同志和携带厄立特里亚的物资装备、在恶劣的天气下、在缺少甚至是没有水和食物的情况下，被强迫在崎岖的路面上成几小时或几天地从前线撤退。厄立特里亚提交了反证，证明其士兵面临的是几乎同样的难以避免的困难条件，特别是厄立特里亚本来就缺少铺就的公路。

74. 基于上文关于撤退期间非法身体虐待和一次例外的裁决，委员会认定，在困难的地理、军事和后勤情况下，厄立特里亚部队达到了从战场上撤退战俘的法律要求。许多埃塞俄比亚战俘声明所证明的厄立特里亚没收所有埃塞俄比亚的鞋子的做法是一个例外。当时，尽管朝着战俘营行进的路面崎岖、天气恶劣，这种情形厄立特里亚无力控制，但是在这种情况下强迫战俘光脚走路还是不必要地增加了他们的痛苦。委员会裁定厄立特里亚对于在从战场撤退期间所实施的非人道待遇（作为强迫埃塞俄比亚战俘在撤退行进期间光脚走路的结果）承担责任。

(D) 强制审讯

75. 埃塞俄比亚认为厄立特里亚在从俘获和撤退开始的战俘审讯期间经常虐待其战俘。国际法并不禁止审讯战俘，但却限制他们有义务公开的信息并禁止酷刑或其它强制方法，包括威胁以及“任何使人不愉快和不利的待遇”。

76. 埃塞俄比亚出示了明确而可信的证据，证明厄立特里亚的审讯者在审讯期间经常威胁或殴打战俘，特别是在对战俘的回答不满意的情况下。这些证据没有受到厄立特里亚的反驳。委员会必须得出结论认为，厄立特里亚要么没有对其审讯人员进行有关法律限制方面的培训，要么没有明确这些限制是强制性的。因此，厄立特里亚对于允许这种强制审讯承担责任。

(E) 没收个人财产

77. 埃塞俄比亚认为存在厄立特里亚士兵普遍而系统的没收其战俘个人财产的行为。作为证据提交的埃塞俄比亚战俘声明明确而可信地证明了这一

诉讼请求。不仅所有被俘获的埃塞俄比亚战俘被剥夺了鞋子（假定这是为了使其逃跑更为困难），而且几乎所有声明都声称他们在被俘时遭到搜身，而且他们所有的随身财物都被俘获者夺走。这些财物包括现金、手表、家庭照片、收音机、戒指和香烟，以及战俘的身份证，有时还有衣服。声明者还声称他们没有得到收据而且被没收的物品都没有返还。

78. 《日内瓦第三公约》第18条要求必须允许战俘保有其个人财产。现金和贵重物品可以在有军官命令的情况下取去，但应当详细登记在册并采取其它保管措施。如果战俘的财产被取去，必须出具收据并将其安全保管以便日后归还。根据第17条，拘留国可以查验战俘的身份文件，但必须归还。委员会认为这些义务表达了习惯国际法规则。

79. 厄立特里亚对这项诉讼请求没有提出反证，而且委员会也注意到厄立特里亚的战俘营管理程序规定“每个战俘都有义务将其被俘时所有的财产上缴给有关机构”。委员会得出结论认为厄立特里亚没有采取必要的措施来防止没收战俘的个人财产。因此，基于关于普遍剥夺财产以及厄立特里亚战俘营管理程序的未受反驳的证据，厄立特里亚没有遵守《日内瓦第三公约》第17和18条的义务，因此要对埃塞俄比亚战俘因此受到的损失承担责任。

80. 剥夺战俘贵重物品和其它财产反映了他们令人遗憾而反复发生的易受攻击的状态。失去照片和其它类似的个人物品是一种对俘虏的精神影响很大的侮辱行为，但是反过来看丢失财物似乎并没有影响俘虏的生存和健康。因此，尽管委员会不希望极度轻视这些违反的重要性，但它们相对于在本裁决中其它方面所考虑的其它问题来说似乎并不重要。

D. 在战俘营中的身体和精神虐待[……]

82. 在审讯一个前战俘时的证词和其他战俘的声明一致而有说服力地证明厄立特里亚各战俘营中的看管通常都是靠残酷的暴力来实施各项规则和作为惩罚的手段。所有30名战俘的声明都描述了经常被战俘营看管殴打的情况。大量的声明都指名确认几名被指控经常虐待战俘的看管。这些证据表明，随着战俘数目的增多以及他们从一个营地转到其它营地，许多看守仍然留下来负责看管，由此必然得出结论，即经常殴打战俘的看管没有因此被更换。用棍棒殴打是家常便饭，不时会导致骨折和昏迷。在迪戈迪戈塔，有几名战俘企图逃跑，因此被殴打至不省人事，其中一人失去一只眼睛，随后他们便消失了。这种情况反复、一贯地发生。其

它的虐待当中值得注意的有强迫战俘长时间头顶重物、拳击或者脚踢战俘、让战俘在有石子或多刺的地面上翻滚、直视太阳以及定期将战俘禁闭在加热的金属容器中。所有这些做法都违反了以《日内瓦第三公约》第13、42、87和89条为例证的习惯国际法。遗憾的是，证据还表明，战俘营指挥官并没有阻止这些虐待行为，而且在一些情况下甚至还对战俘进行威胁，告诉他们由于（在2000年8月ICRC第一次访问之前）没有战俘名册，他们可以对战俘随意处置而不需承担责任。

83. 这些身体虐待除了带来恐惧和精神痛苦之外，还有明确的证据表明，有些战俘，特别是提格雷人 (Tigrayans) 受到的待遇比其它战俘更差，而且若干战俘被按照逃亡者对待并得到优惠的待遇。(得到优惠待遇的战俘不是那些签署了30份声明的人，埃塞俄比亚在这一问题上的主要证据就是这些声明。) 这种歧视当然要受到《日内瓦第三公约》第16条的禁止。

84. 所有的战俘营（巴伦图、恩巴卡拉、迪戈迪戈塔、阿法贝特以及纳夫卡）中都存在殴打战俘的情况，这方面的证据很有说服力。至少在迪戈迪戈塔和阿法贝特发生过单独禁闭三个多月的情况。在纳夫卡，有许多证据表明离开战俘营在外劳动的战俘受到殴打和其它残酷惩罚，这种情况至少在迪戈迪戈塔和阿法贝特也发生过。在纳夫卡，有许多证据表明，离开战俘营在外劳动的战俘在工作显出疲劳时便受到殴打和其它残酷惩罚。在ICRC会见开始之后，有一些证据表明，战俘如果向ICRC报告所受的虐待，就会受到身体惩罚的威胁。[……]

E. 战俘营中对健康有害的条件

(A) 问题

87. 《日内瓦第三公约》的基本原则是对战俘的拘留不得严重危及这些战俘的健康。该原则同时也是一项习惯国际法原则，要通过一些规则来贯彻，这些规则包括要求战俘营要位于气候对其身体无害的地方；充足的住宿，住宿之条件应与同一区域内拘留国驻扎之部队居住之条件同样优良，包括防潮、充足之温度与光线、垫褥和被毯；卫生设施应保持适当的清洁等。必须提供充足数量和质量的食物以保持战俘处于良好的健康状态，而且必须有充足的饮用水。在战俘的卫生间和洗衣房应当配备足够的肥皂和用水。[……]

(B) 厄立特里亚各战俘营中健康条件之分析

92. 尽管的确有证据表明巴伦图战俘营违反了《日内瓦第三公约》规定的标准，但这不足以证明那里战俘的健康状况受到严重危害。该战俘营投入使用不足6个月，那里相对很少的战俘中的大多数人被关押的期限都很短。

93. [……]从证据来看，似乎恩巴卡拉的所有战俘都被关押在一个由金属波纹板制作而成的很小的房子当中，这座房子分为两个房间，在这座战俘营投入使用不久就变得过度拥挤而非常危险。由于拥挤的居住环境和卫生问题，这些房间的地板极其肮脏，并久而久之成为污浊不堪的尘泥。天花板很低，使得居住者无法直立。战俘们白天就被关押在这些房间里，除了每天只有一次到相邻的空地上放风和每周最多一次的洗浴之外，很少有机会出来。战俘们被关押在非常封闭的房间，忍受着闷热的气候，通常都脱得只剩下内衣，而且还经常被命令长时间保持沉默。在整个关押期间，他们只能获得面包和扁豆炖菜等很简单的饮食。在营地没有厕所可上（每天一次）。患有腹泻的战俘被强迫在过度拥挤的房间排泄。委员会认为这些详细的证据明显而有说服力地构成了恩巴卡拉严重违反与健康有关的条件之要求的一个表面证据确凿的案件，即提供的住宿严重危及了战俘的健康。

94. 还有更多的证据证明在迪戈迪戈塔 (19份战俘声明)、阿法贝特 (20份战俘声明) 以及纳夫卡 (30份战俘声明) 的条件都可以得出类似的结论。[……]

96. 的确，在全部三个战俘营中提供充足的饮用水和盥洗用水是一个严峻的问题。每一个战俘营都是用卡车运水。在迪戈迪戈塔，白天（在居住条件很闷热的时候）提供的饮用水通常是太热以致无法饮入足以解渴的水，而且数量上也不够。在阿法贝特，饮用水经常短缺而且有时候相当“咸”。在纳夫卡，由于水罐车无法按时到来或者无法提供能够满足战俘营所需的水而经常出现缺水现象。还有证词表明从其它水源（雨水桶和附近的“小溪”）获得的水很脏而且充满小虫。盥洗用水也短缺，战俘们每周最多洗一次澡和洗一次衣服。

97. 实际上所有的声明都指称，在全部这些战俘营中，所供食物都是些难以下咽的 (如“肮脏”、“充满小虫”) 面包和小扁豆炖菜。关于纳夫卡的食物的证词表明，食物数量和质量经常不够，因此战俘普遍感到饥饿。

98. [……]纳夫卡在2000年被选作新的战俘营所在地，所有的战俘都要转移到这里。但接受战俘的准备工作做得似乎并不充分。有相当多的证词表明第一批到达纳夫卡的战俘被安排到一个没有窗户、阴暗、潮湿和肮脏的地下室。该房间充满人体排泄物、驴羊粪便，而且从此以后从未很好地打扫过。这些证据与上述没有给战俘提供充足的水的证据一道表明存在不符合《日内瓦第三公约》关于自始就应提供"达到卫生和健康的……住所"的基本义务的严重情况。[……]

100. 厄立特里亚未能反驳埃塞俄比亚所提出的这一表面证据确凿的案件。厄立特里亚的反驳主要依据的是两个在战俘营中参与管理工作的高级军官的声明，二人在庭审中也没有出庭作证。[……]

F. 战俘营中医疗照顾缺乏

104. 拘留国有义务在其战俘营为战俘提供医疗帮助，医治其在战争中的创伤并防止其健康受到进一步损害。这一义务在人数众多而且存在传染病传播的高度危险的战俘营中尤为重要。

105. 《日内瓦第三公约》第15、20、29、30、31、109和110条规定的保护是无条件的。这些规则所依据的是1929年7月27日《关于战俘待遇的日内瓦公约》第4、13、14、15和68条中的类似规则，是习惯国际法的一部分。

106. 这些规则很多都是很宽泛地进行表述而且没有对战俘*所需的*医疗照顾的质量或程度进行准确的描述。第15条规定"健康状况所需要的医疗照顾"；第30条要求医疗所向战俘提供"他们*所需的*照顾"（加着重号）。没有关于"所需的"照顾的质量或程度的定义使得难以评判这一诉讼请求。的确，全世界医疗实践的标准各不相同，因此，在某一具体情况下对所需的评判会有所不同。另外，委员会特别注意到其在本案中裁决的对象是资源有限的两个国家。

107. 尽管如此，委员会还是认为可以适用某些原则来评价对战俘提供的医疗照顾。委员会首先考虑的是第15条关于维持战俘的生活的概念，认为其含义是拘留国必须采取行动防止战俘健康受到重大损害。其次，委员会特别注意到《日内瓦第三公约》特别要求采取的措施，如将患病战俘予以隔离以及进行定期身体检查的要求。

(A) 埃塞俄比亚的诉讼请求和证据[……]

110. 但是委员会对于大量的埃塞俄比亚战俘在厄立特里亚战俘营中死亡表示非常悲伤。主要由年轻人组成的战俘组中有非常高的死亡率一定有某种客观原因。证据尽管并不完全一致，但仍可以清楚地表明在厄立特里亚战俘营中战俘的高死亡率是不正常的。在回答委员会的问题时，埃塞俄比亚战俘证人在法庭上作证说，在有55人组成的战俘组中（他们一起转营），有4人死亡。若干声明表明，在总共1100名埃塞俄比亚战俘当中，共有48人死亡。埃塞俄比亚提交了一个死于战俘营中的51人战俘名单。（厄立特里亚测算出的死于关押中的战俘为39人。）值得注意的是，有大量而确凿的证据表明这些死者中很多都是由于腹泻、肺结核以及其它本来可以通过适当的医疗照顾得以避免、减轻或治愈的疾病而引起的。

111. 在委员会看来，这种高死亡率与下述具体的严重问题一起构成清楚而有说服力的证据，证明厄立特里亚没有按照《日内瓦第三公约》的要求对所有战俘给予保持其良好健康所必需的基本的医疗照顾，因此构成一个表面证据确凿的案件。[……]

(B) 厄立特里亚的辩护[……]

115. 厄立特里亚的证据未能证明其主要在战俘营的医疗所中，以辅助医务人员的服务的形式对许多战俘提供了医疗照顾。有些患有严重疾病或者需要特别医治的战俘有时被交给更为专业化的医院（如克伦 (Keren)、阿法贝特、金杜 (Ghindu) 和纳夫卡）。有证据表明，厄立特里亚在医院和战俘营医疗所中提供牙医上门服务。同样，也有证据表明，厄立特里亚对一些战俘给予包括多项外科介入在内的广泛的医疗待遇。偶尔在医疗所中有药品情况下，还提供药品和这些少量药品之外的维他命以及止疼药。

(C) 委员会的结论

116. 总的说来，尽管委员会对于厄立特里亚为提供医疗照顾做出了努力的证据以及每一个永久性战俘营当中都有一些医疗照顾的证据感到满意，但厄立特里亚的证据并不足以让委员会做出裁决认为其健康照顾的质量和程度足以压倒埃塞俄比亚的表面证据确凿的案件。

117. 战俘营医疗所的日记（在能够看懂的情况下）的确表明大量的战俘去过医疗所，但是它们仍然无法证明医疗照顾是适当的或者所有需要医疗照

顾的战俘在被俘期间都得到了及时的医治。比如，从记录上可以看出，医疗所似乎没有按天登记挂号的病人。根据国际人道法，战俘有权主动寻求医疗照顾并获得其健康状况所必需的持续的医疗照顾——这需要每天可以到医疗所中接受照顾。

118. 国际人道法还要求在战俘营医疗所中无法提供所需的医疗照顾时，战俘能够到专业性的医院或医疗设施接受治疗。但是，厄立特里亚提交的医院记录不足以证明所有需要特殊治疗的战俘都被转移到了医院当中。另外，对这些记录进行的定量分析表明，尽管许多记录都是关于1999年前半年在迪戈迪戈塔进行的治疗，但近一半的记录都是在2000年8月到12月期间的治疗，而且有四分之一是2001年到2002年，即在厄立特里亚加入《日内瓦公约》以及ICRC开始访问战俘营以后。只有很少的记录是关于1999年7月到2000年5月之间的治疗（此间战俘被关押在阿法贝特），而没有关于巴伦图和恩巴卡拉开营期间的有关记录。

119. 同样，厄立特里亚提交的药品供应报告表明，厄立特里亚向战俘配给了一些药品和维他命，但它们没有证明厄立特里亚向战俘营中的全部战俘提供了足够的药品。根据所提交的证据，厄立特里亚很明显在2000年8月以后比以前配给了更多的维他命A、B和C以及复合维生素，这一点很值得注意。

120. 预防性的医疗照顾问题受到委员会的特别关注。《日内瓦第三公约》中明确规定，对所有战俘进行定期医疗检查对于在一个封闭的、疾病容易扩散的环境当中维持战俘的良好健康是至关重要的。委员会认为，每月对战俘营里的人员进行检查作为一种预防性措施，是拘留国根据国际习惯法应承担义务的一部分。[……]

123. 证据还表明，厄立特里亚没有将某些染病战俘予以隔离。战俘特别容易患诸如腹泻之类的传染性疾病，因此习惯国际法（反映了适当的基本健康照顾）要求将受感染的战俘与普通战俘群体隔离开来。若干埃塞俄比亚战俘声明说明了患腹泻的病人与其他战俘一起居住的情况，该证据未受到厄立特里亚的有效反驳。战俘营管理者应当尽早检测出传染疾病并安排特别的病房。

124. 因此，委员会认定，自1998年5月开始直到2002年8月最后的埃塞俄比亚战俘被释放并遣返为止，厄立特里亚没有为埃塞俄比亚战俘提供必需的最低医疗照顾标准，违反了国际法。因此，厄立特里亚对其违反习惯国际法的行为承担责任。

125. 作为结语，委员会表示它承认至少在目前不能要求厄立特里亚和埃塞俄比亚适用与发达国家同样的医疗标准。但是，财政和基础设施的匮乏不能作为不提供国际人道法所要求的最低医疗照顾标准的借口。无论如何，这种医疗照顾的花费与武装冲突所需要的其它花费相比并不算大。

G. 非法用工情况

126. 埃塞俄比亚诉称厄立特里亚强迫战俘在违反《日内瓦第三公约》第13、14、26、27、49-55、62、65和66条要求的条件下劳动。

127. 《日内瓦第三公约》第49条不禁止拘留国强迫适合体力劳动的战俘参加劳动，但禁止强迫军官劳动。前埃塞俄比亚战俘的声明表明，虽然大多数严重伤残的战俘被免于劳动，但其他适合于体力劳动的有病或有伤的战俘却不被豁免，他们一般都被强迫劳动，而且军官也被强迫劳动。[……]

133. 最后，埃塞俄比亚认为，厄立特里亚要求其战俘从事军事性质的工作，违反了《日内瓦第三公约》第50条的规定。但是没有提交足够的证据来证明这一主张。修建住房和其它战俘营设施以及围墙并非军事性质的工作，但与战俘营的设施有关，因此为第50条所允许。同样，根据第50条，道路被认为是公共设施因此与此有关的工作是允许的，除非证明其性质或目的为军用。埃塞俄比亚未能提交此类证据，因此委员会没有认定厄立特里亚违反《日内瓦第三公约》第50条。

134. 总之，委员会认定厄立特里亚强迫埃塞俄比亚战俘在违反《日内瓦第三公约》第13、27、49、51、53、54和62条要求的条件下劳动。因此，厄立特里亚对这些非法用工承担责任。

H. 转营条件

135. 委员会接下来分析了埃塞俄比亚关于厄立特里亚在转营期间对其战俘施以非人道待遇的主张。按照埃塞俄比亚的引用，《日内瓦第三公约》第46和47条要求拘留国人道地进行转营。拘留国至少应像从前线撤退时一样不得使战俘在转营时处于比本国的部队更差的条件。在任何情况下，拘留国都必须考虑战俘的利益，不致于对遣返回国造成不必要的困难，而且应当提供食物、水、住宿和医疗照顾。如果转营对病者和伤者的康复有害，不得将其转营，除非由于安全原因必须转营。

136. 埃塞俄比亚战俘声明一致地叙述了战俘在过度拥挤的军用卡车或公共汽车中，在崎岖不平的路面上，在极端寒冷或者酷热的天气，没有或只有极少的中途停车可上厕所，以及没有或者只有极少量的食物和水的情况下进行长达几个小时或几天的旅行。厄立特里亚在反驳时提出的证据表明，其本国的部队至少在一定程度上承受着同样恶劣的运输条件，尤其是在厄立特里亚本来就缺少铺就的公路。委员会承认厄立特里亚极其有限的资源和基础设施使得在这次冲突中战俘的转营不可避免地非常悲惨，但是，这同样是在某种程度上而已。

137. 但是，证据还表明，在一定和必须的程度上，厄立特里亚没有在其力所能及的范围内使得战俘转营尽可能地人道。有证据表明，转营期间经常存在看守对战俘故意实施身体虐待，而且厄立特里亚没有对这些不当行为采取有效的防止措施。委员会对有些故意的残酷待遇事件感到很棘手，即一项声明描述的厄立特里亚士兵在12个小时的烈日下旅行之前在运送卡车的车板上洒上汽油的事件，所幸的是这种情况极少发生。更值得关注的是埃塞俄比亚所提交的明确而又可信的证据表明，厄立特里亚士兵经常在转营当中殴打战俘。尤其严重的是证据反复证明厄立特里亚士兵还殴打伤者和病者。有两份声明叙述了在从阿法贝特向纳夫卡转营的过程中，一名生病的埃塞俄比亚战俘被扔出卡车致死。

138. 由于厄立特里亚缺乏有效抗辩，委员会认定厄立特里亚对将战俘转营期间所遭受的不必要痛苦负有责任。

I. 对死者的待遇

139. 与厄立特里亚不同，埃塞俄比亚提出了独立的诉讼请求，主张前者在一名战俘死亡之后违反了习惯国际法的要求。埃塞俄比亚特别援引《日内瓦第三公约》第120和121条，主张厄立特里亚没有对在被俘期间死亡的战俘进行尸检和提供死亡证书，以便调查可能的非自然死亡原因，或者确保以宗教仪式将其体面地埋葬于有标识的坟墓中。[……]

J. 不张贴战俘营规章和不允许申诉

142. 如前所述，《日内瓦第三公约》确立了一个极为详尽的体制。该裁决的前面几部分分析了埃塞俄比亚主张对方违反该体制涉及对战俘进行杀害、身体和精神虐待的核心要素，或者对于战俘的生存至关重要的问题(如食物、住宿和医疗照顾等) 方面的诉讼请求。

143. 最后这一部分要分析的是埃塞俄比亚关于两项性质不同的义务方面的诉讼请求。埃塞俄比亚诉称对方违反了 (a) 张贴战俘营规章和 (b) 有申诉程序的两项要求。这些规定确立了部分是为了保护战俘的权利或者对违法情况进行救济的行政性或程序性要求。委员会的意图并不是轻视其在公约下的整个保护体制中的作用。但尽管如此，这些诉讼请求显得并不如前面所考虑的其它问题重要。

(A) 战俘营规章

144. 《日内瓦第三公约》第41条要求每一个战俘营都要在战俘能够以其自己的语言阅读的地方张贴公约和“各种规章、命令、通知以及公告等”。在2000年8月14日以前，《日内瓦公约》在双方之间没有生效，委员会认为在该日期之前坚持习惯法要求张贴公约是没有依据的。但是，委员会认为存在一种习惯性义务，要求在明确和可以阅读的地方张贴战俘营规章并以其它方式确保战俘知晓他们的权利和义务。[……]

(B) 申诉程序

147. 埃塞俄比亚还主张厄立特里亚没有提供有效的申诉程序。《日内瓦第三公约》第38条要求确保战俘让关押他们的军事当局“知晓”他们就自身的情况提出“请求”的权利。不得限制请求和申诉，不得因此而受到惩罚，而且必须立即进行转达。

148. 比如考虑到埃塞俄比亚援引的第一次世界大战期间的这种惯例以及这一概念被引入1929年公约中的情况，委员会认为习惯法和公约都保证战俘就其自身被关押的条件在不被惩罚的情况下进行申诉的权利。埃塞俄比亚的证据尽管并不像在其它的基本问题上的证据那样多，但却证明了这一权利经常得不到许可，而且申诉的战俘受到了严厉的惩罚。[……]

150. 基于明确而可信的证据，委员会认定厄立特里亚违反了其根据国际法的义务，不允许在其任何一个战俘营中关押的埃塞俄比亚战俘就其被关押状况进行申诉并寻求救济。另外，证据还表明在所有的战俘营当中，尤其是在纳夫卡，企图提出申诉的战俘经常受到严厉而非法的处罚，包括与其他战俘隔绝开来并受到看管的殴打。因此，厄立特里亚对这些违反承担责任。

5. 裁决

根据以上所述，委员会裁决如下：[……]

(2) 可适用的法律

1. 对于在厄立特里亚于1949年加入的《日内瓦公约》于2000年8月14日对其生效之前的事项，本案可适用的国际法是习惯国际法和习惯国际人道法，例如1949年四个《日内瓦公约》有关部分。

2. 如果任何一方主张这些公约的特定相关条款在相关的时间不是习惯国际法的一部分，主张方应承担证明责任。

3. 对于在2000年8月14日之后的事项，本案可适用的国际法是1949年四个《日内瓦公约》的有关部分以及习惯国际法。[……]

(4) 关于违反国际法的责任的裁决

对于厄立特里亚国的武装人员和其他官员所实施的下列违反国际法的行为，被告应对原告承担下列责任：

A. 从1998年5月到2000年8月期间不准许ICRC派代表访问全部埃塞俄比亚战俘被关押的地点、对这些战俘进行登记、在没有见证人在场的情况下会见这些战俘并向他们提供通常应提供的救助和服务；

B. 未保护埃塞俄比亚战俘在被俘时或刚被俘之后不受杀害；

C. 准许对埃塞俄比亚战俘进行殴打或其它身体虐待，这通常发生在俘获时或者刚俘获之后；

D. 在从俘获地点到第一个关押地点的长途跋涉期间剥夺所有埃塞俄比亚战俘的鞋子；

E. 准许其人员在询问期间威胁并殴打埃塞俄比亚战俘，这通常发生在俘获时或者刚俘获之后；

F. 普遍地没收埃塞俄比亚战俘的个人财物；

G. 从1998年5月到2000年8月期间，准许对埃塞俄比亚战俘普遍而持续的身体和精神虐待；

H. 在恩巴卡拉、迪戈迪戈塔、阿法贝特以及纳夫卡战俘营由于没有提供充足的住处、卫生条件、饮用水、盥洗机会以及食物，从而严重损害了埃塞俄比亚战俘的健康；

I. 从1998年5月到2000年8月期间，没有为埃塞俄比亚战俘提供所需的医疗照顾标准，没有将染病战俘隔离开来并进行定期的身体检查，从而没有提供所需的预防性照顾；

J. 将埃塞俄比亚战俘置于不合法的劳动条件下；

K. 在转营期间，准许对战俘造成不必要的痛苦；以及

L. 不允许其战俘营中的埃塞俄比亚战俘就其状况进行申诉并寻求救济，并经常对企图申诉的战俘进行惩罚。

讨 论

1. (1) 关于国际武装冲突的国际人道法是否可以适用于厄立特里亚和埃塞俄比亚之间的冲突？即使厄立特里亚不是《日内瓦公约》的成员国？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条。）

   (2) 在厄立特里亚于1949年加入的《日内瓦公约》于2000年8月14日对其生效之前，《日内瓦第三公约》可以适用于该冲突吗？至少《日内瓦公约》成员国埃塞俄比亚必须遵守该公约吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条。）

   (3) 为什么厄立特里亚没有继承埃塞俄比亚的《日内瓦公约》成员国地位？

   (4) 评价《日内瓦第三公约》是否与习惯国际法一致有具体的标准吗？为什么？你同意厄立特里亚在本裁决第29段所举的例子不是习惯国际法吗？委员会认为《日内瓦第三公约》的哪些要求不是习惯国际法的要求？

2. (1) ICRC会见战俘的权利的合法依据和目的是什么？即使是在由保护国代表各方的冲突中也存在这种权利吗？（比较《日内瓦第三公约》第10条第3款和第126条。）

   (2) 条约规定的实施条约的程序性规则、机制或制度尤其不可能成为习惯国际法的一部分吗？ICRC会见战俘的权利是这种实施公约的程序性规则或机制吗？为什么它仍然是习惯国际法？委员会在该问题上的结论是以对国家实践的分析为依据吗？（比较《日内瓦第三公约》第126条。）

   (3) 委员会的裁决表明了ICRC的会见对于国际人道法的遵守有哪些影响？

3. 战俘可以由《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》来保护吗？在哪些情况下？(比较《日内瓦第一公约》第14条。)

4. 在俘获时杀害敌方士兵可以适用《日内瓦第三公约》第121条吗？在刚刚俘获之后呢？(比较《日内瓦第三公约》第4和13条以及《第一议定书》第41条。)

5. 对为战俘提供所需的医疗照顾必须依照单一的标准还是根据涉案各方的一般健康标准和资源情况而依照可变的标准？您关于住宿、穿戴、食品、撤退条件、工作条件或者刑事程序的看法与关于医疗照顾的看法类似吗？（比较《日内瓦第三公约》第15、20、25、26、27、30、51、82、87、102和105条。）

6. 委员会认定厄立特里亚对国际人道法的违反主要是哪些方面？埃塞俄比亚的哪些请求被驳回？是由于对《日内瓦第三公约》的解释的原因吗？是由于这种违反不够严重的原因吗？是因为这些请求的事实依据无法证明吗？

7. 委员会不去认定各方所实施的全部违法行为而只认定严重违法行为的做法是否合法和适当？这种限定的理由是什么？这些理由对于《日内瓦第三公约》意味着什么？

8. ICRC不同意各方向委员会提供其报告的原因是什么？尽管ICRC不同意，各方仍可以向委员会提交这些报告吗？武装冲突各方有义务尊重ICRC保密性的义务的依据是什么？

(二) 战俘，厄立特里亚第十七项请求

[**资料来源：**Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award Prisoners of War, Ethiopia's Claim 17 between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia. The Hague, July 1, 2003. The Permanent Court of Arbitration, the Hague, 部分脚注省略。全部裁决可访问http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/]

埃塞俄比亚联邦民主共和国与厄立特里亚国之间
厄立特里亚埃塞俄比亚请求委员会
埃塞俄比亚第四项请求
关于战俘的
部分裁决
2003年7月1日，海牙

1. 概况

(1) 各方观点概述

1. 该项请求 (厄立特里亚第17项请求，ERI 17) 由原告厄立特里亚国（"厄立特里亚"）根据埃塞俄比亚联邦民主共和国与厄立特里亚国之间于2000年12月12日达成的协议（"协议"）第5条向委员会提出。该项请求要求认定被告埃塞俄比亚联邦民主共和国（"埃塞俄比亚"）对其被控非法对待属于原告国民的战俘的行为所造成原告的损失、损害以及伤害承担责任。原告在其"请求说明"中要求金钱补偿。在"备忘录"中，原告请求以下列命令的形式进行附加救济：(a) 命令被告与红十字国际委员会（"ICRC"）合作立即释放其扣押的全部剩余战俘；(b) 命令被告返还其没收战俘的个人财物；(c) 命令被告停止向公众发布战俘的信息和照片。

2. 被告认为它在对待战俘方面完全遵守了国际法。被告认为委员会对于战俘撤退没有管辖权，而且对于某些因不是在2001年12月12日之前提出而依照《协定》第5条第8段被取消的若干诉讼请求没有管辖权。被告还不同意原告提出的以命令的形式进行附加救济的请求，认为这是不合适和不必要的，而且在撤退方面也超出了委员会的权限。

(2) 埃塞俄比亚战俘营

3. 自1998年5月冲突开始到2002年11月29日（此时所有剩下的由ICRC登记过的厄立特里亚战俘被全部释放）期间，埃塞俄比亚关押了总计约2,600名厄立特里亚战俘。

4. 埃塞俄比亚共使用了六个永久性战俘营 (斐奇 (Fiche)、比拉特 (Bilate)、菲利斯麦 (Feres Mai)、麦周 (Mai Chew)、麦克尼塔尔 (Mai Kenetal) 和德德萨 (Dedessa))，其中一些比较简陋。埃塞俄比亚在将战俘转到下一个战俘营之后便关闭旧营地。

[……]

(3) 委员会的一般性评论

11. 与本裁决以及对于厄立特里亚第四项请求的裁决的所认定的一样，双方履行保护战俘的法律义务都存在相当大的困难。尽管如此，委员会必须设定一个包括应予遵守的基本内容的初步标准。根据在本案中所提出的大量证据，委员会认为双方在有关战俘的最为基本的原则上都做出过承诺。双方都实施了有组织的、正式的培训计划，对其部队讲授在俘获战俘时应遵守的程序。与当代其它的武装冲突相比，厄立特里亚和埃塞俄比亚都始终如一并定期地俘获战俘。他们将敌方非战斗性人员从战场上转移到更为安全的地方。另外，尽管这些案件涉及到世界上两个最贫穷的国家，但两国却对在其关押下的战俘提供食品和医疗方面做出了重大的努力。

12. 双方在履行其承诺方面都有缺陷，有时是很重大的缺陷，偶尔非常严重。不过，这些案件中的证据表明厄立特里亚和埃塞俄比亚双方在尽力履行其接收并保护战场上无抵抗能力的敌方士兵的基本人道主义义务。对于本案的裁决以及他们确认的各种困难必须在这一背景下进行解读。[……]

3. 管辖权

(1) 对于2000年12月12日之后提出的请求的管辖权[……]

20. 与本请求有关的所有人都是在随着2000年12月12日协定的签署而结束的武装冲突中成为战俘，这一点没有争议。委员会认为，及时释放和遣返战俘很明显属于《一号决定》范围内的与双方之间解除战斗力量和终

止军事对抗有关的措施之一。在这方面，国际法及其惯例确认了及时释放并遣返战俘的重要性，如《日内瓦第三公约》第118条要求必须“在积极的敌对行动结束之后无迟延地释放并遣返”这类战俘。[……]

22. 委员会认为埃塞俄比亚关于协定第2条有效地替代了《日内瓦第三公约》第118条成为管辖的法律以及委员会在没有对埃塞俄比亚是否违反了协定第2条规定的义务做出裁决的情况下不能对厄立特里亚依据第118条提出的请求行使管辖权的进一步的主张不能令人信服。在国际法中经常会出现一方发现其自身要承担独立产生于多个法源的累积性义务的情况。第2条确认有关遣返的义务属于“包括1949年《日内瓦公约》……在内的国际人道法下”的义务。协定第5条授予委员会管辖所有与该冲突有关的由于违反1949年《日内瓦公约》所产生的以及对其它对国际法的违反所产生的请求。委员会认为它对厄立特里亚关于遣返战俘的请求有管辖权。尽管如此，在处理这些请求时，委员会应注意避免对于任何与遵守协定第2条有关的请求行使管辖权。

4. 实体问题

(1) 法律适用[……]

41. 因此，委员会认为本请求适用的法律是习惯国际法，包括习惯国际人道法，例如1949年四个《日内瓦公约》的相关部分。双方在提出请求和进行抗辩时所经常援引的《日内瓦第三公约》的规定与这一观点是完全一致的。如果任何一方主张这些公约中的特定条款在相应的时间不应被视为习惯国际法之一部分，委员会将会对该问题做出裁决，而且主张方应当承担证明责任。[……]

(3) 对法律的违反[……]

A. 在俘获时和刚俘获之后对战俘的虐待[……]

(A) 虐待

59. 共有48名厄立特里亚战俘的声明叙述了埃塞俄比亚士兵在俘获后故意杀害战俘的令人不安的情况。3份声明是目击证人指称（埃塞俄比亚士兵）为了加快撤退速度而枪杀或丢弃其受伤的同志的情况。

60. 委员会没有收到埃塞俄比亚当局对战场上的此类事件进行调查或者按照《日内瓦第三公约》第121条的要求采取纪律措施的证据。但是，若干厄立特里亚战俘声明描述了埃塞俄比亚士兵在前线或撤退期间威胁要杀害厄立特里亚战俘，但要么自行停止，要么被其同志所阻止的情况。埃塞俄比亚提交了大量的关于对其部队进行国际人道法培训的证据。在该请求中提交给委员会的在俘获之时和刚刚俘获之后的情况说明表明，这种培训一般情况下在防止非法杀戮方面是有效的，即使是在俘获和投降之后的“这一激愤时刻”。

61. 总而言之而且在无论如何不能赦免埃塞俄比亚士兵所实施的孤立的非法杀戮事件的条件下，委员会认为没有足够的确凿证据来认定埃塞俄比亚对于经常和反复出现的在俘获之时和刚俘获之后杀害厄立特里亚战俘的事件承担责任。

62. 与此不同的是，厄立特里亚提供了明确而可信的证据（以厄立特里亚战俘声明中累积和加强说明的方式）证明了厄立特里亚战俘在前线和撤退期间经常受到来自俘获者的身体虐待。大量的声明记录了埃塞俄比亚部队威胁并殴打厄立特里亚战俘，有时非常残酷，有时直接打击伤口。在一些情况下，厄立特里亚士兵故意对厄立特里亚战俘进行语言和身体上的虐待，包括在转营过程中进行殴打以及从平民人群中投掷石块。

63. 该项关于在俘获之时或刚俘获之后对厄立特里亚战俘进行殴打和其它非法身体虐待的证据是明确、可信的，而且从本质上来说是无可辩驳的。尽管委员会没有关于埃塞俄比亚鼓励其士兵在俘获时对战俘进行虐待的证据，但结论是不可回避的，即至少埃塞俄比亚未能按照国际法的要求采取有效的措施来预防这种虐待。因此，埃塞俄比亚对这种不作为承担责任。

(B) 刚俘获之后的医疗照顾

64. 委员会接下来分析了厄立特里亚关于埃塞俄比亚在俘获之后以及在撤退期间没有按照在《日内瓦第一公约》(第12条) 和《日内瓦第三公约》(第20和15条) 所反映的习惯法的要求为厄立特里亚战俘提供必需的医疗照顾的请求。大约有14份厄立特里亚战俘声明证实了在前线他们或其同志的伤口没有得到包扎或者在被俘后几天以及几周之内都没有得到清洗，至少有一次显然是在转营旅行之后导致死亡。埃塞俄比亚在反驳时提供了关于其士兵携带绷带以及接受过包扎伤口进行止血训练的证据，但是没有在前线立即清洗是因为缺少水和没有时间。

65. 委员会认为，对于在俘获战俘的最初阶段为其提供医疗照顾的要求，必须按照战场上严酷的条件和医疗培训的有限程度以及前线部队可获得的设备情况进行评价。总之而且在承认埃塞俄比亚能够在前线提供的后勤和医疗照顾资源的有限性的情况下，这些证据表明，埃塞俄比亚部队总的来说在俘获受伤的厄立特里亚士兵时给予了基本的急救治疗。因此，埃塞俄比亚对这一被指控违法的行为不承担责任。

(C) 撤退条件[……]

68. 总的来说，委员会认为在严酷的地理、军事以及后勤条件下，埃塞俄比亚部队在从战场上撤退方面达到了法律的要求，只有一个例外就是由若干份声明所证实的埃塞俄比亚经常但并非一贯地没收战俘鞋子的做法。尽管在通往战俘营的行军途中地形和气候条件非常恶劣，埃塞俄比亚可能失去控制，但强迫战俘在这种条件下光脚走路还是不必要地增加了他们的痛苦。尽管埃塞俄比亚认为在转营时为了防止逃跑剥掉战俘的鞋子是可以允许的，但ICRC的《评论》持相反观点，而且埃塞俄比亚也指控厄立特里亚有同样的违法情况。因此委员会认定埃塞俄比亚对于从战场上撤退期间所实施的强迫厄立特里亚战俘在行军中光脚走路的非人道待遇承担责任。[……]

(D) 强制审讯

70. 厄立特里亚指称埃塞俄比亚在俘获和撤退期间审讯战俘时经常有虐待行为。国际法并不禁止审讯战俘，但却限制他们有义务公开的信息并禁止酷刑或其它强制方法，包括威胁以及“任何使人不愉快的和不利的待遇”。

71. 但是只有很少的厄立特里亚战俘声明证明他们在审讯中受到严重的殴打和威胁。因此，在不能赦免任何孤立的虐待事件的条件下，委员会认为没有足够的确凿证据来认定埃塞俄比亚在俘获之时和刚俘获之后采取了强制审讯战俘的方式。

C. 剥夺战俘个人财物

72. 厄立特里亚指称在俘获时和刚俘获后，埃塞俄比亚厄士兵存在普遍的没收战俘现金和其它贵重物品以及照片和身份证的行为。厄立特里亚因此要求委员会“命令埃塞俄比亚将其没收的所有无可替代的个人财产退还给厄立特里亚战俘……，尤其是埃塞俄比亚应退还在互联网上所展示的那些身份文件和个人照片”。[……]

76. 经过对这些互相矛盾的证据进行权衡，委员会认为这些证据表明，厄立特里亚经常没收厄立特里亚战俘的个人财产，而不出具任何收据或没有归还的意思，完全违反了《日内瓦第三公约》第17和18条。有些情况发生在前线刚俘获不久，在战争中这个时刻由于独立的个人贪婪行为而出现这种窃取行为是很常见的。但是，委员会对于在转营期间以及在到达永久性战俘营之后所出现的夺取个人财产的证据以及已经出具收据的个人财产没有得到归还或者部分或全部“丢失”这些证据感到困惑。这些互相矛盾的证据很明显无法完全调和。

77. 委员会得出结论认为，埃塞俄比亚对保护战俘个人财产权做出了努力，但这些努力在实践中不足以确保其遵守《日内瓦第三公约》的有关要求，因此埃塞俄比亚应对厄立特里亚战俘因此受到的损失承担责任。[……]

D. 在战俘营中对战俘的身体和精神虐待[……]

81. 即使厄立特里亚所提交的证据有完全的可信性，但这些证据作为一个整体却表明埃塞俄比亚战俘营并不具有看管人员严重虐待战俘的特点。这些证据的确表明，存在一些殴打战俘的事件和对战俘的纪律性处罚有时也与《日内瓦第三公约》第96条相抵触的情况，如给予这种纪律性处罚的决定是由看管人员而不是由战俘营的指挥官或者被适当授权的官员做出的或者被指控的战俘被剥夺该条款所赋予的权益。这种纪律性处罚本身似乎就是一种明显的混合体，其中包括合法处罚的成分，如不足1个月的单独禁闭以及诸如挖沟、在战俘营卸货或者为战俘营挑水等疲劳服役，但同时还伴有一些合法性受到质疑的惩罚，如跑步、爬行或者在地上翻滚。另外，原告还指称一些处罚如跑步、爬行和在烈日下在地上打滚等虽然可被适当地认为是疲劳服役（这似乎有疑问），但却是令人痛苦的，因此超出了《日内瓦第三公约》第89条所允许的限度。这条规定允许对战俘而不是军官处以每天不超过两小时的疲劳服役作为纪律性处罚，但如果疲劳服役以及其它被允许的处罚是“非人道、残暴或危害战俘健康”，就是不合法的。委员会没有足够的证据来决定实际上对厄立特里亚战俘的处罚是否违反该标准。[……]

82. [……]考虑到所有相关证据，委员会认定原告未能以明确而可信的证据证明埃塞俄比亚的战俘营式的管理方式导致其对经常发生或者普遍的虐待战俘行为承担责任，尽管如上所述可能存在与公约第89和96条的要求不一致之处。[……]

84. 遗憾的是，委员会关于身体虐待的裁决并不适用于精神虐待。埃塞俄比亚承认其战俘营的组织方式导致了各个战俘组之间被互相隔离开来。在很早针对德格政权的战斗中俘获的俘虏与后来参军的战俘被分开得到了普遍承认，但有证据表明其他战俘组也被根据其参军的年限而分开。这种分开与《日内瓦第三公约》第22条相抵触，该条规定，“除经本人同意外，战俘不应与同属于其被俘时所服役之武装部队之战俘分开”。埃塞俄比亚主张进行这种分开是要减少各组之间的敌对，但委员会认为这种观点不具有说服力。似乎更有可能的是这种行为是为了促使战俘变节以及削弱战俘的内部纪律和凝聚力。

85. 对此，委员会注意到埃塞俄比亚在比拉特、麦周、麦肯尼塔尔以及德德萨对不同的战俘组实施了大量的训教计划并鼓励在各个战俘组之间针对这些计划中提出的问题进行讨论，这些问题包括发动战争的责任以及厄立特里亚政府的性质等。尽管埃塞俄比亚主张参加这些训教计划和讨论会并非强制性的，但有相当多的证据证明除了生病或受伤的战俘之外，埃塞俄比亚采取了有效的强制措施，这违背了《日内瓦第三公约》第38条。另外，大量证据证明在讨论会上战俘有时被施加了相当大的压力进行自我批评。尽管有证据表明做出这种陈述的战俘后来获得了比没有做出这种陈述的战俘更优惠的待遇，委员会却没有发现足够的证据证明这种对《日内瓦第三公约》第16条的基本要求的违反。该条规定必须给予所有的战俘以相同的待遇，“不得基于种族、国籍、宗教信仰、或政治意见、或根据类似标准之任何其它区别而有所歧视”。尽管如此，委员会仍注意到许多厄立特里亚战俘都感到精神和感情的伤害，因此得出结论认为这种伤害主要是由埃塞俄比亚大量的违反公约第22和38条的行为造成的。

86. 因此，埃塞俄比亚对于从1998年7月直到2002年11月最后一批战俘被释放和遣返为止被强迫参加训教计划的战俘所受到的这种精神和感情伤害承担责任。证据表明，除了那些由于治疗状况没有能力参加这些训教会的战俘之外，这类战俘基本上包括了被埃塞俄比亚在四个经命名的战俘营中关押的所有战俘。

E. 战俘营中的不利于健康的条件[……]

(C) 各埃塞俄比亚战俘营中与健康有关的条件之分析

92. 尽管有一些干扰性证据证明厄立特里亚关于埃塞俄比亚北部位于菲利斯麦 (Feres Mai) 和麦周的短期战俘营都存在严重违反一个或多个基本的健康标准的情况，但委员会认定与这些战俘营有关的证据不足以证明那里的条件严重危害战俘健康。

93. 麦肯尼塔尔的情况有所不同。其指挥官以书面的方式证明选择这里作为战俘营是因为这里靠近一条连接战俘营和南部的米柯勒 (Mekele) 以及阿迪斯阿巴巴 (Addis Ababa) 的干线公路，同时也因为这个地点有许多麦肯尼塔尔的沃尔达 (wereda) 政府留下的办公用楼房。虽然有这些有利条件，但有两个情况却使得战俘营的管理极为困难，一是麦肯尼塔尔是在埃塞俄比亚入冬时节开始投入使用的，这里的冬季长达3个月，不时会有倾盆大雨和强风，而且非常阴冷；二是在2000年5月，埃塞俄比亚发动了一个主要的攻势，很快就使战俘营人数超乎预料地达到约2000人，这种变化使得在艰难的气候条件下战俘营的资源更为紧张。[……]

95. 几乎所有没有受伤的战俘都被安排在大小不同的由塑料板和木柱支撑制作的帐篷中。没有地板，战俘们睡在潮湿的地面上，每个战俘只配发一个或两个被毯，塑料帐篷不足以遮挡雨水，有些帐篷被强风吹倒，在多数时间里这些住处都很阴冷潮湿甚至非常泥泞，而且严重拥挤，这些都是无可争辩的事实。[……]

97. 至少有20名战俘提供了关于厕所条件不卫生的证词。这些厕所由在地面上挖出的洞和卡在洞中的带孔木板组合而成，上面用塑料帐篷遮挡雨水。这些洞穴经常充满雨水和烂泥。还有累积证词表明，许多厕所帐篷下的地面泥泞不堪而且非常污浊，因此这种情况加剧了那些无鞋战俘所承受的苦难。至少有10位战俘的证词证明，如洪水淹没似的厕所对其居住条件造成了影响。[……]

99. 在麦肯尼塔尔提供食物的内容没有争议。早餐包括面包和茶，午餐和晚餐为面包和小扁豆。有 38 位提供有关麦肯尼塔尔饮食条件证词的战俘抱怨食物缺乏，这无可争辩。许多战俘说他们一直处于饥饿状态。许多人认为这种饮食导致严重的营养不良，再加上其它条件使得战俘更易患上传染性疾病，特别是腹泻。几乎所有这 38 名战俘还抱怨在麦肯尼塔尔所提供的医疗设施在人员资质、医药供应以及治疗大量伤病战俘所需

的其它资源方面都非常缺乏。尽管来自双方的战俘关于食品和医疗照顾的抱怨在所有战俘营的管理上都是相同的，但相当多的累积证据表明在麦肯尼塔尔存在严重的饥饿和疾病。比如，至少 20 位战俘声称他们患了腹泻。许多其他战俘还抱怨腹泻大面积流行，而且患有这种疾病的战俘被安排在拥挤的帐篷中，而不是被隔离在为治疗这种疾病而设立的设施当中。

100. 埃塞俄比亚做出了广泛的努力来质疑和反驳这些证据，[……]。[……]他们证明他们发给每个战俘各种款式的衣服、一个席子和两张毯子。他们辩称一开始是从位于麦肯尼塔尔村的水井通过管道将饮用水送到战俘营，但之后在战俘营中打好了新井，而且从这些井里取出的水（虽然受到战俘的抱怨）经过了氯化处理，可以饮用并且水量丰富。他们还辩称营中安有洗浴用的喷头。这些官员都进一步说明，ICRC小组定期访问战俘营而且对其条件没有提出严重的抱怨。委员会注意到这是一个如果获得ICRC相关的报告就很有帮助的具体例子。

101. 很明显，这些官员对其职责非常清楚，因此委员会可以假定他们在困难的情况下对于维持战俘的健康做出了最大努力。如果像证据所证实的一样，假定在战俘营投入使用的相对短暂的时间里对改善战俘的条件采取了一些措施，那么他们的大多数证词都是可信的。但是，如此多的战俘所提出的累积、加强而且详细的证词还是说服了委员会，尽管该营职员做出了努力，但在麦肯尼塔尔在一定时期还是存在严重的低于健康标准的整体情况，而且这种情况对这里一些战俘的健康造成了严重的负面影响并危及其他战俘的健康，而这种情势构成了对习惯国际法的违反。[……]

105. 几乎所有的厄立特里亚战俘都最终被关押在德德萨。该战俘营最初作为军事训练基地修建于德格时代，后从1999年6月开始直到2002年11月所有战俘都最后被遣返为止一直作为战俘营使用。共有38份声明描述了该营中的健康情况。尽管有些声明指称存在卫生、住宿以及没有鞋子等严重问题，但这些抱怨却被其它证词抵消或减弱。委员会权衡这些证据之后认为，证据不足以支持该战俘营的严重违反健康标准的裁决。关于在德德萨战俘营提供食物方面的证据在厄立特里亚关于其战俘在整个被俘期间食物供应不足的一般性请求部分当中予以讨论。

(D) 厄立特里亚关于厄立特里亚战俘在整个被俘期间食物供应不足的一般性请求

106. 厄立特里亚在其陈述和诉讼请求中认为，厄立特里亚战俘在整个被关押期间所获得的食物在“数量、质量和花色方面”都不足以“维持其良好的健康状态和防止其体重减轻”。该项请求并不需要认定在每一个战俘营中所提供的食物在数量和质量以及花色方面都是不足的并因而导致每个战俘营中的战俘的健康受到危害。相反，委员会的任务是确定是否有明确和可信的证据证明在所有的战俘营中提供的食物都是这样由于在数量和质量或花色上都不足从而导致一些战俘的健康随着时间的流逝而受到严重的危害。[……]

114. 作为结论，委员会认定，第一，在麦肯尼塔尔的战俘营的健康标准严重地对那里许多战俘的健康造成负面影响，并危害了其他战俘的健康，从而违反了可适用的国际人道法；第二，在2000年12月以前，埃塞俄比亚在所有的战俘营中向战俘提供的食物对于所需的营养来说都是不够的，并因而严重危害了厄立特里亚战俘的健康，违反了可以适用的国际人道法。因此，埃塞俄比亚应对在麦肯尼塔尔的不合法的健康标准以及在2000年12月之前提供缺乏营养的食物并因此严重危害所有厄立特里亚战俘健康的行为承担责任。

F. 战俘营中医疗照顾之不足[……]

(C) 委员会的结论

128. 尽管存在大量证据并对厄立特里亚的请求中的医疗照顾问题进行了长时间审理，委员会却难以确定在埃塞俄比亚战俘营中医疗照顾的可获得性和质量。关注特定问题证明不一定有帮助。比如，心理/精神问题的证据不能证明埃塞俄比亚没有提供适当的照顾；长期囚禁对精神很有害，通常可以表明撤退后存在精神方面的照顾。而讨论交感神经眼炎问题很明显太专业。埃塞俄比亚提交的医院记录不能证明所有需要特殊治疗的战俘事实上都被转到了医院，只有部分人被转院。尽管许多厄立特里亚战俘声明都抱怨缺乏医务人员，但其它证据表明战俘营医务室都配有一名或多名医生和护理人员；一个被关押的厄立特里亚医生参加了对厄立特里亚战俘的医疗照顾工作。[……]

130. 首先，埃塞俄比亚在回答质问时表示，据其所获信息，最多共有20名厄立特里亚战俘死于在埃塞俄比亚被囚禁期间。厄立特里亚战俘声明者频

繁地指称，死亡是由于缺乏医疗照顾引起的，特别是在麦肯尼塔尔 (其严重缺乏医疗照顾的情况见上述委员会的讨论)。尽管每次死亡都令人遗憾，但委员会认定，在总共有2,600名而且其中许多都是重伤的战俘中，只有不到百分之一的死亡率本身无法证明不符合医疗照顾标准。

131. 其次，委员会对厄立特里亚医生的详细证词印象深刻，后者对2002年12月对抗结束之后被遣返的厄立特里亚战俘进行过身体检查。他们确定地认为这些伤病战俘没有接受必需的医疗照顾。他们证明，在其检查过的359名战俘当中有21名患有腹泻，这是一个非常高的比例。他们还证明，由于腹泻和坏血病，这些战俘显示出营养不良的症状，这对其健康产生了不利的影响，并且使得许多人必须增加体重才能进行所必需的手术。这些医生还发现，他们检查过的战俘当中几乎有一半都有骨折，而且没有得到适当的处理，这主要表现为其骨头没有接合或者错误接合。尽管埃塞俄比亚答辩称由于其无法控制的原因，如由于撤退时不可避免的延误，因此有时候无法适当治疗骨折，但厄立特里亚医生反驳道，许多遣返后的整形外科手术都获得了成功；如果病人的这些手术能在早些时间如在埃塞俄比亚关押期间进行，就更能够获得成功。

132. 最后，预防性的医疗照顾是委员会特别关注的一个问题。《日内瓦第三公约》明确规定，对所有战俘进行定期医疗检查对于在一个疾病容易扩散的封闭环境当中维持战俘的良好健康是至关重要的。委员会认为，每月对战俘营里的人员进行体检作为一种预防性措施，是拘留国根据国际习惯法应承担义务的一部分。

133. 委员会必须得出结论认为埃塞俄比亚没有采取国际法所明确规定的一些重要的预防性医疗措施。在对该问题进行评价时，委员会不仅考察厄立特里亚，还考察了管理战俘营并且对其做法最为了解的埃塞俄比亚。[……]

136. 总之，根据明确而可信的证据，包括大面积的营养不良、腹泻、未适当治疗骨折以及缺乏必需的预防性措施等本质上无可争辩的证据，委员会认定埃塞俄比亚在2000年12月之前没有为厄立特里亚战俘提供必需的最低医疗照顾标准。因此，埃塞俄比亚应对其这种违反国际法的行为负责。

137. 相比来说，厄立特里亚未能证明在2000年12月之后向厄立特里亚战俘提供的医疗照顾低于可适用法律的要求。在对厄立特里亚的指控进行答辩时，埃塞俄比亚提交了大量的未经反驳的证据来证明他们自从2000年12

月直到2002年11月剩余的战俘被遣返为止对在麦肯尼塔尔和德德萨的战俘提供的医疗照顾不断增加。证据表明，在麦肯尼塔尔医疗所配备了大约40名医疗人员，而且一些战俘病人被送往当地医院。证据还表明，在麦肯尼塔尔和德德萨患有腹泻或其它传染性疾病的战俘受到了隔离。同时，与厄立特里亚的指称不同的是医疗设备在每次使用之前都进行了消毒。关于德德萨的医疗照顾，埃塞俄比亚提供了一些医疗记录，来反驳许多厄立特里亚战俘声明中的具体指控。

138. 最后，委员会指出，它承认至少在目前来说应当以发展中国家的医疗待遇标准来共同要求厄立特里亚和埃塞俄比亚。财政和基础设施的匮乏不能作为不提供国际人道法所要求的最低医疗照顾标准的借口。无论如何，这种医疗照顾的花费与武装冲突所需要的其它花费相比并不算大。

G. 对女性战俘的非法骚扰

139. 厄立特里亚提出了一项具体的关于非法骚扰女性战俘的请求，厄立特里亚在其陈述和诉讼请求中指称埃塞俄比亚士兵强奸女性战俘，而且在西部前线的摄摄比特 (Sheshebite) 奸杀了一名女性战俘。双方同意《日内瓦第三公约》第14条的规定，即战俘“在一切情况下应享受人身及荣誉之尊重”，而且妇女“之待遇应充分顾及其性别”，禁止对女性战俘进行性骚扰。[……]

141. 委员会认定，厄立特里亚未能提供明确而可信的证据证明针对女性战俘的强奸杀害或其它骚扰行为。由于女性厄立特里亚战俘人数较少，委员会没有发现有针对女性战俘的系统或普遍的虐待。但是，事实仍然是没有一名厄立特里亚女性战俘明确说明 (或更重要地表现出一些认识) 甚至是暗示她受到性骚扰，或者她所认识的任何其他女性战俘受到骚扰。一些男性厄立特里亚战俘声明者描述了偶尔或经常从女性战俘区传出尖叫声，但都没有 (也许无法) 观察到埃塞俄比亚看管人员进出其中。若干声明描述的对女性的虐待尽管严重侵犯了其自身的权利，但都与性别无关。厄立特里亚未能提供证据证明其“诉讼请求之说明”中所指称的强奸和奸杀。埃塞俄比亚针对该请求的大部分内容进行了辩护，提交了详细的证据证明在战俘营中专门对女性设置了分区，这些分区只能由两名营级官员同时进行检查。

142. 因此，委员会在根本没有强调承认女性战俘的特别弱者地位的情况下，没有认定埃塞俄比亚因为违反保护厄立特里亚女性战俘的人身和名誉的习惯国际法义务而承担责任。

H. 推迟遣返战俘问题

143. 委员会在裁决中确认，根据协定和《委员会一号决定》，厄立特里亚关于及时释放并遣返战俘的请求属于其管辖范围。

144. 厄立特里亚在其“诉讼请求之说明”中指称，在2000年12月之后埃塞俄比亚未能不迟延地释放并遣返其战俘。在其备忘录中，厄立特里亚请求委员会“命令埃塞俄比亚与红十字国际委员会合作立即释放并遣返所有战俘……”。但是，在审理该请求前不久的2002年12月12日，埃塞俄比亚释放了其关押的经ICRC登记的所有战俘。有些战俘由于家庭和其它原因选择留在埃塞俄比亚，共有1287人回到厄立特里亚。在审理期间，厄立特里亚的律师表示厄立特里亚对此行为感到非常高兴。委员会也欢迎埃塞俄比亚这一重要和积极的行动，这使得厄立特里亚关于命令其遣返的要求已经失去了实际意义。尽管如此，厄立特里亚仍然保留其认为埃塞俄比亚没有按照法律的要求及时遣返其关押的战俘的请求。

145. 如上所述，厄立特里亚于2000年8月14日加入了 1949年四个《日内瓦公约》，因此它们在此日期之后对双方有效。《日内瓦第三公约》第118条规定“实际战事停止后，战俘应即予释放并遣返，不得迟延。”双方于2000年6月18日缔结了《停止敌对行动协定》。委员会没有得到关于实施该协定的证据，因此不能评价它是否标志着第118条之目的上所确定的积极的敌对行动的终止。

146. 相比较而言，2000年12月12日《协定》的第1条规定，“双方应永久性地终止它们之间的军事敌对。”考虑到该协定的条款以及双方之间的关系随后发生的变化，包括该委员会的设立及其工作，委员会得出结论认为2000年12月12日敌对行动终止，而且第118条关于“不迟延地”遣返战俘的义务开始生效。

147. 适用这一义务产生了一些在诉讼进行中没有完全解决的问题，这部分是因为厄立特里亚关注一直被关押的战俘的遣返问题（该问题在庭审前夕已经失去实际意义），而埃塞俄比亚则一直主张这些请求不属于委员会的管辖范围（委员会目前已经驳回这一抗辩）。尽管如此，鉴于其通常的含义以及《日内瓦第三公约》的人道目的和目标，这些词语指的是应该尽早遣返战俘而不得有不合理和不正当的限制或延误。同时，遣返不是即完成的。为了安全而有序的转移和接收战俘特别是伤病战俘，进行充分的安排需要非常耗时的准备和协调工作。另外，要确保遣返不会违背个人的意志也需要适当的程序。

148. 还有一个基本问题，即各方遣返战俘的义务是否以及在多大程度上依赖于对方对遣返战俘义务的遵守。第118条的语言是绝对的。尽管如此，作为一个实际问题，同时正如国家实践所表明的一样，任何一个没有被完全打垮的国家都不可能在没有得到敌国也释放其扣押的本国人员的保证的情况下就释放其扣押的全部对方战俘，而与此相反的期望则是不合理的。在审理中，厄立特里亚的著名律师提出，遣返义务应当被视为无条件的，但应当承认这个问题的难度以及一般法律中的相反主张。

149. 委员会认定，鉴于遣返义务的性质与国家实践，在评价埃塞俄比亚是否或者何时未能履行其第118条规定的义务时，应当考虑双方的行为。按照委员会的观点，第118条不要求双方严格对等的行为。但是，可以期待各方有关遣返战俘的行为应当与另一方的行为合理地和大体上相当。另外，双方必须继续努力确保遵守第118条的基本目标——在积极的敌对行动停止以后尽可能及时地释放和遣返战俘。任何一方都不得单方放弃释放和遣返计划或者拒绝与ICRC进行真诚合作以排除任何妨碍。

150. 双方就此请求提交了有限的证据，这对委员会做出某些关键裁决带来了麻烦。如前所述，直到审理前夕，厄立特里亚关注的重点是释放仍然被关押的战俘，而埃塞俄比亚则主张整个问题都不在委员会的管辖范围之内。[……]各方在ICRC的协助下在2000年12月12日之后立即开始了一个实质性的双向释放和遣返计划。在2000年12月和2001年3月之间，埃塞俄比亚遣返了855名厄立特里亚战俘，占其最终遣返总数的38%。厄立特里亚遣返的埃塞俄比亚战俘人数 (628) 较少，但却占厄立特里亚最终遣返总数的65%。

151. 在2001年3月之后，该计划暂停了相当一段时间。后来于2001年8月双方有过两次小规模的遣返。厄立特里亚于2002年8月将全部剩余的埃塞俄比亚战俘遣返。之后如上所述就是2002年11月埃塞俄比亚的遣返行动。(在2000年12月之前唯一的一次遣返战俘是在1998年将70名伤病战俘遣返到埃塞俄比亚。) [……]

153. 关于遣返计划中断和最终恢复的情况的记录并不明确。该记录包括一份2001年8月3日的媒体报道，即埃塞俄比亚外交部声明埃塞俄比亚中止与厄立特里亚交换战俘，直到厄立特里亚澄清一名埃塞俄比亚飞行员与36名民兵和一名警官的现状为止。埃塞俄比亚认为这些人员于1998年被厄立特里亚俘获，但其名字却没有被包括在其从ICRC收到的厄立特里亚现行扣押的战俘名单上。厄立特里亚做出反应称它也将暂停进一步遣返埃

塞俄比亚战俘，但在埃塞俄比亚恢复遣返之后它也愿意这样做。[……]虽然在2001年10月和11月有若干次小规模的战俘遣返活动，但由于在对于这些失踪人员的责任问题以及其它没有提交给该委员会的问题上的争执，在此后12个月或更长的时间内大量遣返剩余战俘的活动被中止。

154. 关于飞行员被俘的详细情况的证据互相矛盾，但在他被俘并成为一名战俘这一问题上是一致的。委员会没有收到关于其命运的直接证据。厄立特里亚的备忘录上记述着“埃塞俄比亚不断收到协调人关于有关人员死于和平时期的通知”。该备忘录没有表明厄立特里亚认为这种情况是什么时候发生的，也没有提供证据证明它事实上已经发生。埃塞俄比亚对应的备忘录没有对该记录予以回应或者直接说明这名飞行员和其他人员的命运。双方都没有对此提供书证或人证。

155. 双方通过ICRC转交有关推迟遣返的通信，但遗憾的是没有提交给委员会。不过，记录中的媒体报道在某种程度上表明，争端已经被局限于失踪的飞行员。具体来说，厄立特里亚提交的文件表明，在2002年5月8日，ICRC的副主席雅克·福斯特 (Jacques Forster) 教授在结束对埃塞俄比亚的访问之后的一个新闻发布会上表示，ICRC对“双方放慢”遣返战俘问题非常关注。但是在当时，按照ICRC的观点，“埃塞俄比亚不予遣返战俘并没有违反四个《日内瓦公约》”。

156. 在2002年7月16日，埃塞俄比亚总理在一个新闻发布会上确认厄立特里亚对于飞行员的下落没有回应是完成交换战俘计划的“绊脚石”。第二个月该争端最终得到解决。2002年8月23日ICRC的一次新闻发布会作了如下说明：

> 日内瓦 (ICRC) 电：红十字国际委员会 (ICRC) 主席雅各布·克伦贝格尔 (Jacob Kellenberger) 先生于今日结束了自从厄立特里亚和埃塞俄比亚这两个国家自2000年发生武装冲突以来他对该地区的首次访问。在其对这两个国家的正式访问期间，克伦贝格尔先生于8月20日在阿斯马拉 (Asmara) 会见了厄立特里亚总统伊萨亚斯·阿费沃尔基 (Isaias Afewerki) 并于8月22日在阿迪斯阿巴巴会见了埃塞俄比亚总统吉尔马·沃尔德·乔治 (Girma Wolde Georgis) 以及总理梅莱斯·泽纳维 (Meles Zenawi)。这位ICRC主席在两个首都访问的主要目的是要确保按照《日内瓦第三公约》以及双方于2000年12月12日在阿尔及尔签订的和平协定释放并遣返所有剩下的战俘。
>
> 在其同厄立特里亚总统伊萨亚斯·阿费沃尔基的会见当中，克伦贝格尔先生注意到阿费沃尔基先生承诺释放并遣返在厄立特里亚关押的埃塞俄比亚战俘。经ICRC登记和会见过的埃塞俄比亚战俘的释放和遣返工作将于下周开始。

埃塞俄比亚总理梅莱斯·泽纳维在其同克伦贝克尔的会见中表示，他的政府承诺释放并遣返在埃塞俄比亚关押的厄立特里亚战俘以及在这次武装冲突中被囚禁的其他人员。这一释放和遣返工作将在与ICRC制定出内部程序之后开始。

在两国首都，克伦贝格尔先生重申了ICRC关于帮助在这次武装冲突期间被关押或者被指称关押的所有剩余人员的坚定承诺。

ICRC欢迎（双方）就立即将战俘送回其母国和家庭问题采取决定性的措施，并期待着他们已经急切等待了近18个月的释放和遣返工作能够顺利进行。

157. 尽管厄立特里亚在2002年8月立即释放并遣返了剩余战俘，但埃塞俄比亚等待了3个月，直到2002年11月29日才将剩余的战俘予以释放并遣返了那些愿意回国的战俘，而且没有对这3个月的延期进行解释。

158. 在这种情况下，委员会得出结论认为埃塞俄比亚没有按照法律的要求履行其立即遣返其扣押的战俘的义务。但是要确定这种不遵守法律的行为开始的日期仍然存在问题，而厄立特里亚对此负有证明责任。由于前述各种原因，厄立特里亚未能明确、具体地解释它所指称的埃塞俄比亚开始违反遣返战俘的义务问题，而且埃塞俄比亚没有参加这一问题的讨论。双方没有进行讨论对委员会的裁决也造成了困难。

159. 厄立特里亚很明显将这种违反的时间确定为从埃塞俄比亚于2001年8月做出的中止继续遣返战俘决定直到厄立特里亚澄清了埃塞俄比亚认为被厄立特里亚于1998年俘获但没有列入厄立特里亚关押战俘名单的若干人员的下落为止。厄立特里亚主张埃塞俄比亚对于相对少数的失踪人员的下落的关注不能证明其把近1300名战俘的释放和遣返工作推迟一年以上的做法具有正当性。它还主张，根据国家责任法，埃塞俄比亚中止战俘交换的做法作为一种非强制性对抗措施不具有正当性，因为根据国际法委员会的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第50条的规定，这种措施不得影响“保护基本人权的义务”，或者“禁止报复的人道主义性质的义务”。同样，厄立特里亚指出，根据武装冲突法，这是一种不被允许的报复行为；《日内瓦第三公约》第13条强调“对战俘之报复措施应予禁止”。如前所述，埃塞俄比亚对这项请求的辩护主要是基于管辖权的理由，因此并没有就这些法律主张进行答辩。

160. 厄立特里亚的主张有充分的法律依据。尽管如此，它们对于证明埃塞俄比亚从2001年8月开始就违反了其遣返义务来说仍然是不充分的。特别是委员会无法得出结论认为埃塞俄比亚在等待对一个似乎合理的关于澄清一些它认为被厄立特里亚俘获但没有被列在战俘名单上的失踪战斗人

员的请求进行回应期间临时中止继续遣返战俘的行为违反了《日内瓦第三公约》第118条规定的义务。厄立特里亚没有提出证据证明其曾寻求对这些请求进行回应，或者证明这些请求为不合理或不合适。

161. 委员会对此必须对ICRC的观点予以谨慎注意并适当重视。如上所述，ICRC的副主席福斯特在2002年5月声明，当时ICRC并不认为埃塞俄比亚违反了其遣返战俘的义务。厄立特里亚对该项声明没有评论。ICRC的这一结论特别值得重视，因为ICRC与双方进行通信而且很明显是双方关于战俘问题进行通信的渠道。因此，可以设想ICRC对于遣返迟延的原因比对提交给委员会的有限的记录有更为全面的了解。

162. 尽管解决这一问题所需要的时间跨度的确非常麻烦，但就其所得到的记录来说，委员会无法不同意ICRC的结论，或者说无法得出埃塞俄比亚应当独自承担在2002年8月厄立特里亚遣返剩余的埃塞俄比亚战俘之前长时间延误遣返战俘的责任。因此，关于埃塞俄比亚于2001年8月中止战俘遣返工作从而违反其《日内瓦第三公约》第118条规定的义务的请求由于没有证明应当予以驳回。

163. 但是，根据ICRC在2002年8月23日的新闻发布会上的观点，以及全部剩余的埃塞俄比亚战俘在当月就得到遣返这一事实，委员会看不出埃塞俄比亚继续延长关押剩余的厄立特里亚战俘有什么法律上的正当性。埃塞俄比亚一直等到2002年11月29日才释放并遣返了剩余的厄立特里亚战俘。厄立特里亚没有对其推迟予以解释，因此委员会看不出这一时期关押战俘在法律上的正当性。而要与ICRC共同做出必要的安排（特别是要核实那些拒绝被遣返的战俘是否是其自愿决定）可能仅需要几周的时间， 因此，委员会估计这一过程最多不会超过三周时间。因此，委员会认为埃塞俄比亚由于没有在2002年9月13日之前遣返1287名战俘，违反了《日内瓦第三公约》第118条规定的义务，因此应当对77天的延误对厄立特里亚承担责任。

5. 裁决

根据以上观点，委员会裁决如下：

[……]

(2) 适用的法律

1. 对于2000年8月14日厄立特里亚加入1949年《日内瓦公约》之前的事项，适用于该项请求的国际法是习惯国际法，包括由1949年《日内瓦公约》有关部分所反映的习惯国际人道法。

2. 如果任何一方主张这些公约的特定相关条款在相关的时间不是习惯国际法的一部分，主张方应承担证明的责任。

3. 对于在2000年8月14日之后的事项，本案可适用的国际法是1949年四个《日内瓦公约》的有关部分以及习惯国际法。[……]

(4) 关于违反国际法的责任的裁决

对于埃塞俄比亚的武装人员和其他官员所实施的下列违反国际法的行为，被告应对原告承担责任：

A. 在俘获时或刚俘获之后没有采取有效措施防止殴打或以其它非法方式虐待厄立特里亚战俘；

B. 经常在从俘获地点到第一个关押地点的长途跋涉期间剥夺所有厄立特里亚战俘的鞋子；

C. 没有保护厄立特里亚战俘的个人财产；

D. 从1998年7月到2002年11月期间在比拉特、麦周、麦肯尼塔尔以及德德萨等战俘营强制训教厄立特里亚战俘；

E. 允许麦肯尼塔尔的健康条件对关押在此处的厄立特里亚战俘造成严重的负面影响；

F. 在2000年12月之前向厄立特里亚战俘提供的食物严重缺乏营养；

G. 从1998年5月到2000年12月期间，没有为厄立特里亚战俘提供所需的医疗照顾标准（尤其是在麦肯尼塔尔），没有将染病战俘从一开始就隔离开来并进行定期的身体检查，从而没有提供所需的预防性照顾；

H. 在2002年比所需的合理期限推迟77天遣返1287名战俘。[……]

讨 论

1. (1) 关于国际武装冲突的国际人道法是否可以适用于厄立特里亚和埃塞俄比亚之间的冲突？

(2) 在2000年8月14日厄立特里亚加入1949年《日内瓦公约》之前，《日内瓦第三公约》可以适用于该冲突吗？至少《日内瓦公约》成员国埃塞俄比亚必须遵守该公约吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条。）

2. 委员会认定厄立特里亚对国际人道法的违反主要是哪些方面？埃塞俄比亚的哪些请求被驳回？是由于对《日内瓦第三公约》的解释的原因吗？是由于这种违反不够严重的原因吗？是因为这些请求的事实依据无法证明吗？

3. (1) 为战俘提供所需的医疗照顾必须依照单一的标准还是根据涉案各方的一般健康标准和资源情况而依照可变的标准？你关于住宿、穿戴、食品、撤退条件、工作条件或者刑事程序的看法与关于医疗照顾的看法类似吗？（比较《日内瓦第三公约》第15、20、25、26、27、30、51、82、87、102和105条。）

(2) 你对委员会在第138段中关于“财政和基础设施的匮乏不能作为不提供国际人道法所要求的最低医疗照顾标准的借口。无论如何，这种医疗照顾的花费与武装冲突所需要的其它花费相比并不算大”的声明有何看法？

4. (1) 埃塞俄比亚应当在什么时间遣返所有的厄立特里亚战俘？委员会的观点呢？按照《日内瓦第三公约》第118条呢？

(2) 积极的敌对何时停止从而使得根据《日内瓦第三公约》第118条遣返战俘成为强制性的要求？必需实际履行吗？如果敌对是在没有协定的情况下停止的呢？

(3) 你同意委员会在第145段和160段中的裁决吗？它们是否符合《日内瓦第三公约》第118条的措辞？“国家实践”(委员会在148段中的用语) 是否修改了第118条的意思？委员会是否认为如果敌方没有遵守其遣返义务，另一方就可以合法地中止遣返义务？这符合《日内瓦第三公约》第13条的规定吗？这在条约法上正当吗？(参见《维也纳条约法公约》第60条，见上文第13章之第九部分第2项第3目第4小目，第301页的引述。) 这在国家责任法上正当吗？(参见**案例38**，国际法委员会，《国家责任草案》[比较第50条]，第822页。)

(4) 像委员会一样，假设遣返战俘的义务取决于某种对等性的考虑，在由敌国澄清其未经ICRC登记而失踪的服役人员的下落期间，如果该国认为这些人员被敌方俘获，它可以临时中止其遣返经ICRC登记的战俘吗？根据本裁决第160段呢？你的意见呢？如果将遣返与澄清失踪人员下落的问题联系在一起，会对战俘带来什么风险？澄清武装冲突期间失踪人员的下落通常需要多长时间？提供据报道已经失踪人员的信息的义务是一种结果义务吗？（比较《日内瓦第三公约》第13、118条和第122条第7款以及《第一议定书》第33条。）

案例137，苏丹，厄立特里亚人在蓝尼罗河地区的战斗

案 例

[**资料来源：**Reuters News Service, February 19, 1997。]

苏丹称厄立特里亚人在蓝色尼罗河地区进行战斗

开罗，2月19日 (路透社)——苏丹称周三它在蓝色尼罗河 (Blue Nile) 州逮捕了一名厄立特里亚间谍，并从其口中得知厄立特里亚武装部队正在该地区与军方进行战斗，该地区位于厄立特里亚边界南350千米 (215英里) 处。

苏丹此前曾表示只有埃塞俄比亚武装部队在蓝色尼罗河进行战斗而厄立特里亚人在位于更为北部的卡萨拉 (Kassala) 地区。苏丹的反政府武装〝国家民主联盟〞称其武装部队单独对所有军事行动负责，而苏丹的近邻则否认帮助了反政府武装。

政府新闻署援引蓝色尼罗河州州长陆军上校巴比克尔·贾比尔·卡巴洛 (Babiker Jaber Kabalo) 的话，称这名间谍提供了1月份在苏丹东部对政府军进行攻击的武装部队的情况。

这次战斗似乎陷入了僵局，反政府武装一直占领着两座靠近苏埃边界的苏丹城镇。

卡巴洛称这名间谍告诉他们攻击苏丹军队的武装部队士气低落。新闻署并没有说明他的姓名或他是何时和如何被捕的。

厄立特里亚公开允许苏丹反政府武装在其境内培训其武装部队。

讨 论

1. 如果本案中提供的事实正确，那么在埃塞俄比亚与苏丹之间是否存在武装冲突？厄立特里亚与苏丹之间呢？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条。）

2. 考虑到当时厄立特里亚不是《日内瓦第三公约》的缔约方，苏丹作为《日内瓦第三公约》的成员国是否根据《日内瓦第三公约》处理俘获的厄立特里亚武装部队人员？如果不是，那么他们是否享有根据国际人道法的任何保护利益？（比较《日内瓦第三公约》第2条。）

   说明：厄立特里亚于2000年8月加入《日内瓦公约》。

3. 如果这名被俘的厄立特里亚人是厄立特里亚武装部队成员，那么在什么情况下可将其界定为间谍？如果他是间谍，他具有战俘地位吗？（比较《第一议定书》第46条。）

案例138，苏丹，联合国达尔富尔问题调查委员会报告

案 例

(一) 达尔富尔问题国际调查委员会向联合国秘书长提交的报告

[**资料来源：**Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Sectaretary-General, Geneva 25 January 2005；脚注仅有部分列出；完整的报告可访问http://www.ohchr.org/english/darfur.htm。]

依照安理会2004年9月18日第1564号决议
2005年1月25日，日内瓦

引 言

[……]

2. 历史与社会背景

[……]

3. 达尔富尔当前的冲突

61. 达尔富尔 (Darfur) 当前冲突的根源很复杂。除了由于荒漠化导致的部落不和之外，现代武器的可获得性、[……]与身份、统治以及受到某些部落广泛支持的武装抵抗运动的出现等有关的深层次问题都对当前危机的形成产生了重要的促进作用。

62. 在达尔富尔，有两个反政府武装集团，一个是“苏丹解放运动/军”，一个是“正义与公平运动”，他们在2001和2002年期间开始组织起来反抗哈托姆 (Khartoum) 政府，这被认为是达尔富尔问题的主要原因，这一点似乎非常清楚。这两个反政府武装集团尽管联系并不紧密，但他们对于反政府所援用的理由相似，包括达尔富尔及其人民社会经济和政治上的边缘化。另外，这些抵抗运动的成员主要来自当地特定部落的村

庄自卫组织。这两个反政府武装集团有一个涉及整个苏丹的明确的政治议程，要求苏丹的各个集团和地区在政府中得到公平的分配。最初“苏丹解放运动/军”(当时的名称是“达尔富尔解放阵线”)提出的议程主要关注达尔富尔人民的境况，只是到了后来才将其议程涵括了整个苏丹。“正义与公平运动”在2001年出版的一本“黑皮书”中以宣言的形式阐述了其议程，其基本内容是提出达尔富尔及其民众以及其它地区的一些民众一直处于边缘化的状态，没有被吸收到哈托姆中央政府中有影响力的职位，因此证明权力与财富分配的不公。值得注意的是两个运动没有从部落的观点提出其自身的主张，而是代表整个达尔富尔人民说话，而且其主要的攻击对象是政府系统。关于政策的制定问题，“苏丹人民解放运动/军”在南方的“新苏丹”政策似乎还对“苏丹解放运动/军”产生了影响，而“正义与公平运动”似乎更多地受到伊斯兰教政治倾向的影响。另外，政府与“苏丹人民解放运动/军”之间的和平谈判进展很快，可能以某种方式为其它集团做出了榜样，因为武装斗争很明显对于与政府的谈判带来了成果。还需要回顾的是，尽管有如此广泛的政策出发点，但这两个抵抗运动的大多数成员都基本上来自三个部落：富尔(Fur)、马萨利特 (Massalit) 和扎格哈瓦 (Zaghawa)。

63. 一般认为这些抵抗运动发起的首次军事行动是在2002年年末和2003年年初，抵抗运动当时的主要攻击目标是当地警察局，以夺取政府的财产和武器。[……]

66. 大多数报告表明，政府由于对这种闪电式军事打击缺乏准备，因此对于这些攻击的强度感到惊讶。另外，抵抗运动由于夺取了政府的武器使其实力得以提高。还有一个问题是政府明显不具有足够的军事资源，因为其许多部队仍然驻扎于南方，而且出现在达尔富尔的部队也主要驻扎于大城市中心。在抵抗运动对农村警察局进行攻击之后，政府决定将大多数农村警力撤回城市中心。这意味着政府事实上没有控制抵抗运动所在的农村地区。政府还面临着另外一个挑战，即由于苏丹武装部队的士兵主要由达尔富尔人组成，他们很可能不愿意打“自己的”人民。

67. 根据现有证据和包括政府本身在内的各种资料可以看出，政府很明显面临着两个抵抗运动的军事威胁，同时在达尔富尔地区作战能力严重不足，因此政府请求当地部落支援它与抵抗运动的战斗。它以这种方式利用了各部落之间已经存在的紧张关系。

68. 由于不断侵蚀的荒漠化的影响，没有传统家园而希望定居下来的大多数阿拉伯游牧部落，对政府的请求都有所回应。他们也许认为这是一个分得土地的机会。一位负责征募新兵的高级政府官员告诉委员会，部落首领们可以根据征募的努力和提供的人数获得特权和馈赠。另外，政府还通过这些部落首领用国家在这方面的预算支付一些“人民国防军”职员的工资。政府没有接受从所有部落征募的新兵。一名马萨利特首领告诉委员会他的部落愿意向“人民国防军”提供大约1,000人，但是据他说政府没有接受，也许是因为猜测这些新兵可能以此为机会获取武器然后再回过头来对付政府。一些报告还显示，来自乍得、利比亚以及其它国家的外国人对政府的这一请求也予以回应，而且政府更愿意雇用他们。

69. 这些“新兵”成了民众和其他人所说的匪徒 (Janjaweed)，按照达尔富尔语言是指骑在马或骆驼背上的土匪或者逃犯。[……]

70. [……]政府与“苏丹解放运动/军”和“正义与公平运动”于2004年4月8日签署了人道主义停火协议，并于5月28日在恩贾梅纳 (N'Djamena) 签署了关于停火形式的协议。随后在非洲联盟的调解下开始了和平谈判[……]。政府、“苏丹解放运动/军”以及“正义与公平运动”于11月9日在阿布贾 (Abuja) 签署了两个备忘录，一个关于改善人道主义情势，一个关于促进达尔富尔安全情势。在接下来的谈判中，各方没有能够消除分歧并对武装冲突提出一个全面的解决办法。

[……]

第一部分：委员会关于各方违反国际人权和人道法的裁定

[……]

2. 达尔富尔冲突的性质

74. 第一个[……]问题是关于在达尔富尔爆发的武装冲突的性质问题。确定其性质对于有关国际人道法规则的可适用性尤为重要。应当区分国际武装冲突、非国际或者国内武装冲突以及国内紧张情势或骚乱。《日内瓦公约》规定了一个适用于国际武装冲突或者“两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突”的详尽的规则框架。四个《日内瓦公约》共同第3条和《第二议定书》确立了非国际武

装冲突的先决条件。根据上述关于国际武装冲突的定义，非国际冲突就是没有两个（或两个以上）国家参与的冲突。现代国际人道法没有从法律上规定武装冲突的定义。《第二议定书》仅给出了一个消极定义，而且似乎还缩小了四个《日内瓦公约》共同第3条的范围。国际刑事法庭的判例法明确阐述了这一概念：“只要在国家之间诉诸武力或者在政府当局和有组织的武装集团之间或者在一国之内的此等集团之间出现长期的武装暴力，就存在武装冲突”。“诸如暴乱、孤立而零星的暴力活动以及其它类似性质的活动”等国内骚乱和紧张状态一般都被排除在武装冲突概念之外。

75. 达尔富尔的冲突是由至少两个有组织的武装抵抗集团反对苏丹政府的行动，其中一个是“苏丹解放运动/军”，一个是“正义与公平运动”。[……]反政府武装实际上控制着达尔富尔的一些地区。因此，该冲突并不仅仅是国内骚乱和紧张状态或者是孤立而零星的暴力行动的情况。相反，它满足了四个《日内瓦公约》共同第3条规定的认定国内武装冲突的三个条件，即 (i) 存在有组织的对中央当局进行战斗的武装集团；(ii) 部分领土由反政府武装组织控制；以及 (iii) 长期的战斗。

76. 所有冲突各方(苏丹政府、苏丹解放军和正义与公平运动)都承认这是一场国内武装冲突。2004年，这两个反叛团体与苏丹政府以及它们彼此之间达成了数个国际协定，其中它们都援引了《日内瓦公约》或以其为依据。

3. 参与武装冲突的人员或集团的种类

[……]

(1) 政府武装部队

[……]

D. 平民防卫军

81. 为了军事行动的目的，苏丹武装部队能够通过动员平民或预备役人员加入“人民国防军”从而得到补充。[……]

82. 根据委员会搜集到的信息，部队总部要求当地政府通过部落首领和酋长动员和征募人民国防军兵力。[……]正如一名部落首领向委员会的解释，“在2003年，国家曾要求部落首领提供帮助。我们号召我们的人民

参加‘人民国防军’。他们响应加入，并作为国家军事机器的一部分受命于政府。”

83. “人民国防军”对这些被动员来的人员提供武器和制服并进行培训。这些人随后便成为正规军的一部分开展军事行动。此后这些新兵受正规军的指挥，而且通常穿着与他们共同作战的部队相同的制服。[……]

(2) 政府支持和/或控制的民兵——“匪徒”

[……]

B. *在达尔富尔当前的事件中的词语用法*

105. [……]在实践中，“匪徒”这一词语与描述政府的民兵所用的其它词语是可以交互使用的。如果受难者将攻击他们的人称为匪徒，那么如下所述，这些人可能来自于部落阿拉伯民兵、“人民国防军”或者下述的其它实体。

[……]

E. *匪徒实施的行为的法律责任问题*

[……]

123. 在民兵与政府军一同作战时，可以认为他们受到政府的有效控制。这与1999年“塔迪奇 (上诉) 案”(Tadic (Appeal)) 中所确立的关于控制的概念是一致的 (第98-145段) [参见**案例180**. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，“检察官诉塔迪奇案”，第1794页]。因此，他们是作为事实上的苏丹政府的国家官员在行事。因此，如果可以证明在每一个单个案件中有效控制的所有必备要素都得以满足的话，那么根据上级责任原则，他们的刑事责任就不仅由犯罪者个人来承担，而且还要由命令或计划这些犯罪或者没能防止或制止这些犯罪的军队官员来承担。

124. 在民兵被编入人民国防军并穿上制服时，从国际法的观点来说，他们就获得了苏丹国家机关的地位。他们的行为及其犯罪行为都可以被视为政府的行为。[……]

125. 委员会根据其调查，确信由民兵实施的对村庄的大部分攻击行为都是在国家官员默许的情况下进行的。委员会认为，在一些有限的情况下，民兵有时超越苏丹政府的直接控制，在没有接到国家官员采取此类行动的

命令的情况下采取了行动。在这些情况下，只能由犯罪者个人对这些犯罪行为承担责任。但是，只要可以证明是政府鼓动了这些民兵去攻击某些部落，或者政府为其提供了武器和财政与后勤支持，就可以认为 (1) 政府对于民兵所实施的违反国际人道法的行为 (向国际社会的所有其它成员国) 承担国际责任，而且 (2) 政府中的有关官员应当根据各案具体情况对于鼓动或者协助和教唆民兵实施违反国际人道法的行为承担刑事责任。

[……]

4. 苏丹政府和反政府武装集团应承担的国际法律义务

[……]

(1) 约束苏丹政府的有关国际法规则

143. 在达尔富尔的冲突中，有两种法律适用于苏丹，即国际人权法和国际人道法。二者互相补充。比如，二者的目的都是保护个人生命和尊严，禁止基于各种理由的歧视，并保护不受酷刑和施以其它残忍的、不人道的和侮辱性的待遇。二者都是要保证处于刑事司法程序中的个人的安全，并保护包括与健康、饮食和住房有关的权利在内的基本权利。他们都有关于保护妇女和如儿童和被迫离开祖国的人等弱势群体的规定。二者的不同在于人权法对个人的保护适用于任何时间，而国际人道法是一种特别法，只适用于武装冲突的情况下。

[……]

149. 在国家处于紧急状态的情况下，国际人权法包括规定国家行为的特别规范。具体来说，《公民和政治权利国际公约》第4条规定了成员国可以临时克减其公约下部分义务的情况。要援引这一条必须满足两个条件，一个是必须存在一种相当于威胁国家生存的紧急状态；一个是这种紧急状态必须经正式声明，而且宣布和实施这种紧急状态的权力应当符合有关宪法和法律规定。国家还必须立即通过秘书长将其已经克减的规范以及采取这种措施的理由通知其它缔约国。即便是在武装冲突期间，克减公约义务的措施也只有在这种情势对国家的生存构成威胁的限度内才是允许的。在任何情况下，它们必须符合公约本身规定的要求，这包括这些措施要以紧急情势所严格需要者为限。另外，它们必须与根据国际法所负有的其它义务相一致，尤其是国际人道法规则和强行国际法规范。

150.《公民权利与政治权利国际公约》第 4 条明确规定了不可克减的规范，因此这在任何情况下都必须得到遵守。这些规范包括生命权；禁止酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的惩罚；禁止奴隶制、奴隶买卖以及强迫役使；以及思想、良心和信仰自由等。另外，克减公约义务的措施不得包含基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。

151.按照人权委员会的定义，公约的其它不可克减“项目”包括所有被剥夺自由的人有权受到人道及尊重其固有人格尊严的待遇；禁止扣押人质、诱骗或者秘而不宣的拘留；保护少数人的某些权利；禁止充军或者强制迁移；以及禁止战争宣传或者鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张，构成煽动歧视、敌视或强暴者。对于任何违反公约第2条第3款规定的行为提供有效的救济义务都必须毫无例外地得到遵守。

152.另外，对于这些被认为是不可克减的权利的保护要求特定的程序性保障，包括司法保证。比如，为了要求法院对于拘留的合法性做出裁决而向法庭提起诉讼的权利以及诸如人身保护令状或者宪法权利保护令等救济不受第4条规定的克减义务的限制。换句话说，“公约与程序性保障有关的规定绝不能从属于可能规避保护不可克减的权利的措施”。

153.苏丹自从1999年以来一直处于紧急状态之中，而且在2004年12月，该国政府宣布将紧急状态再延长一年。根据委员会得到的信息，苏丹政府已经采取法律措施克减其根据《公民权利与政治权利国际公约》应负有的义务。在任何情况下，无论苏丹是否满足了援引第4条规定的条件，至少在任何情况下都必须遵守公约的不可克减的条款和“项目”。

B. 国际人道法

154.就国际人道法而言，苏丹要受1949年四个《日内瓦公约》以及1997年12月18日《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的渥太华公约》的约束，但至少不受作为准 (qua) 公约的1977年两个《附加议定书》的约束。如上所述，苏丹已经签署《国际刑事法院规约》和《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》，但尚未批准。因此它有义务不做出不利于该《规约》和《任择议定书》目的的行为。

[……]

156. 除了国际条约之外，苏丹还要受到国际人道法习惯规则的约束。这些规则包括有关国内武装冲突的规则，它们中的许多规则都是由国家实践和国际、地区以及国内法院的判例以及国家、国际组织以及武装集团的声明演变而来的。

157. 这些习惯规则的核心内容规定在四个《日内瓦公约》共同第3条当中。[……]

158. 其它习惯规则是在为通过1977年的两个《任择议定书》而进行的外交谈判过程当中确立的，因为谈判各方逐渐确信不管他们最终是否批准《第二议定书》，都需要遵守某些基本规则。不过其它规则在1974-1977年的外交大会上作为解释被各国普遍接受的一般原则的条款得到采纳。各国认为这些条款部分地将一般原则成文化，部分地详细阐述了这些一般原则，因此它们对所有国家或反政府武装都有约束力，而无论他们是否批准这两个议定书。大多数国家随后的实践或者态度被认为是一般性地支持和适用了这些规则。因此，它们也被认为对非缔约国和反政府武装具有约束力。

159. 一项关于国际武装冲突的习惯规则因此在国际社会得以演进要由多个因素予以证实。比如，一些国家发给其武装部队的军事手册上明确规定国际人道法的主要部分也适用于国内冲突。其它国家针对国际人道法的许多规则也持相似的态度。

[……]

161. 进一步来讲，在1995年"塔迪奇案 (临时上诉)"*(Tadic (Interlocutory Appeal))* 的裁决中，前南国际刑事法庭上诉法庭认为国际人道法的主体作为习惯法问题也适用于国内冲突，而且除此之外，对这些规则的严重违反构成战争罪。

[……]

163. 对《国际刑事法院规约》及其之后的《塞拉里昂特别法庭规约》(the Statute of the Special Court for Sierra Leone) 的采纳被认为是达到了对一个持续多年问题的立法程序的顶点，形成了一套管辖国内武装冲突的习惯规则，并对严重违反这种规则的行为予以刑事救济 (在严重违反这些规则可能产生个人刑事责任的意义上)。

164. 这一针对国内武装冲突的立法程序是完全可以理解的。由于人权理论的不断膨胀以及内战的迅速增加，国家开始接受这样的观念，即只在国际

战争中对平民及其他未参加战斗的人员给予保护是没有意义的，因为平民在国内冲突中遭受的战争暴行不比国际战争中更少。因此在国际武装冲突中保护平民而在内战中对其不予保护是不适当的。同样，各国也认为当武装冲突不是发生在两个国家之间而是发生在国家和国内反政府武装之间时，有必要对于敌对行为尤其是使用的作战方式和方法进行一定的法律规制。

165. 因此，关于国内武装冲突的习惯国际法倾向于同时保护平民、伤者和病者不受武装暴行的蹂躏和规制冲突各方之间的敌对行为。[……]

166. 为本报告之目的，在此仅提出与当前达尔富尔的武装冲突有关和可以适用的这些关于国内武装冲突的习惯国际法便已足够。这些规则包括：

(1) 战斗人员和平民之间的区分，以及对平民的保护，特别是针对生命和身体的暴行，尤其是谋杀 [脚注77：该规则规定于四个1949年《日内瓦公约》共同第3条，并在很多案例中得以重申，而且2004年《英国武装冲突法手册》第15条第6款也进行了阐述。值得注意的是在依据联合国安理会关于调查1993年6月5日攻击联合国驻索马里军队的第837号决议 (1993年) 第5条所提交的报告中，联合国秘书长指出，〝《（日内瓦）公约》的目的是要包括国家间的战争和大规模的内战。只要是通过军事手段而寻求达到政治目，就可以适用公约。对于武装冲突的人道法来讲，任何原则都不如遵守区分战斗和非战斗人员的义务更为核心。如果组织故意攻击平民目标或者使用平民作为掩体或以任何其它方式表示出对保护非战斗人员残忍的漠视都是违反该原则的，并产生刑事责任。〞(UN doc. S/26351, 24 August 1993, Annex para. 12)。根据〝美洲国家间人权委员会〞1999年关于哥伦比亚人权形势的一份报告，国际人道法禁止〝针对平民人口发动攻击并要求武装冲突各方在任何时候都要区分平民人口和积极参与敌对行动的成员，而且只能针对后者以及可以推定的其它真正的军事目标发动攻击。〞(Third Report on the Human Rights Situation in Columbia, Doc. OAS/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev.1, 26 February 1999, para.40)。另参见〝塔迪奇案〞(前南国际刑事法庭上诉法庭)，〝关于管辖权临时上诉的答辩动议的裁决〞，(1995) 第98、117、132条[参见**案例180**. ICTY, The Prosecutor v. Tadic, p. 1794]；〝科尔迪奇与切尔凯兹案〞，案件编号IT-95-14/2 (第三审判法庭)，〝关于驳回依据第2和第3条限规定的制性管辖范围没有管辖权的修正起诉的联合辩护动议的裁决〞，第25-34条 (承认《第一议定书》第51条第2款和第52条第1款以及《第二议定书》第13条第2款构成习惯国际法)。]（这项规则在苏丹政府与反政府军达成的一些协议中也得到确认）；

(2) 禁止故意攻击平民；

(3) 禁止不分皂白地攻击平民，[脚注80：在1983年的一次关于黎巴嫩冲突的新闻发布会上，ICRC指出，〝在平民人口之间存在武装人员并不能说明不分皂白地打击妇女、儿童和老人的正当性。〞(ICRC，Press Release no. 1474, Geneva, 4 November 1983)。在1997年塔迪奇案中，前南国际刑事法庭审判法庭认为，〝很明显，[反人类罪]所针对的目标人口必须主要是平民性质的。〞(judgment of 7 May 1997, at para. 638 and see also para.643)。]即使在平民中间有许多武装人员；[脚注81：在1983年的一次关于黎巴嫩冲突的新闻发布会上，

ICRC指出，“在平民人口之间出现武装人员并不能说明不分皂白地打击妇女、儿童和老人的正当性。”(ICRC，Press Release no. 1474, Geneva, 4 November 1983)。在1997年塔迪奇案中，前南国际刑事法庭审判法庭认为，“很明显，[反人类罪]所针对的目标人口必须主要是平民性质的。”(judgment of 7 May 1997, at para. 638 and see also para.643)。]

(4) 禁止旨在恐吓平民的攻击；[脚注82：参见the 2004 *British Manual on the Law of Armed Conflict*, at para. 15. 8。]

(5) 禁止故意攻击根据《联合国宪章》执行人道主义援助和维持和平任务的人员、装置、材料、单位或车辆等依据有关武装冲突的国际法有权获得给予平民或平民目标的保护者；

(6) 禁止针对平民目标的攻击；[脚注84：根据（1979年12月9日第二十五届）联合国大会一致通过的第2675号决议第5条，而且根据“可以被视为国家实践的证据”的2004年《英国武装冲突法手册》，“仅平民人口使用的住处和其它设施不应成为军事行动的目标”。另参见the 2004 *British Manual on the Law of Armed Conflict*, at para. 15.9 and 15.9.1, 15.16 and 15.16.1.3。]

(7) 采取预防措施使攻击所造成的附带损失和损害降至最低程度的义务，[脚注85：参见the 2004 *British Manual on the Law of Armed Conflict*, at para. 15.22-15.22.1。]据此各方必须采取切实可行的措施以确保攻击目标为军事目标[脚注86：参见*Zoran Kupreskic and Others*, ICTY Trial Chamber, judgment of 12 January 2000, at para. 260 [另参见**案例184**. ICTY, The Prosecutor v. Kupreskic et al, p.1897。]]并选择使平民损失最小的作战方式或方法；[脚注87：如参见the Military Manual of Benin (*Military Manual*, 1995, Fascicule III, pp. 11 and 14) [……], of Germany (*Military Manual* 1992, at apra. 457), of Kenya (*Law of Armed Conflict Manual*, 1997, Precis, No. 4, pp. 1 and 8), of Togo (*Military Manual*, 1996, Fascicule III, pp. 11 and 14)以及the *Joint Circular on Adherence to International Humanitarian Law and Human Rights* of the Phinipinnes(1992, ar para. 2(c))。另参见*Zoran Kupreskic and others*, [参见**案例184**，ICTY, The Prosecutor v. Kupreskic et al, p.1897。] ICTY Trial Chamber, judgment of 14 January 2000, at para. 260。]

(8) 确保在攻击军事目标时，不会对平民产生与预期的军事收益不成比例的附带损失；[脚注88：在“卓兰·库普里斯季奇等人案”中，前南国际刑事法庭审判法庭于2000年认为，“即使可以证明阿哈米奇[Ahmici，一个位于波黑的村庄]的穆斯林人口并不全是平民而是包含一些武装人员，大规模地和不分皂白地攻击平民仍然不具有正当性。[……]”。(judgment of 14 January 2000, at para. 513)。另参见一些国家的声明。比如2002年，英国政府在国会上议院指出，它就车臣内战向俄罗斯表示军事“行动必须是成比例的并且应当严格遵守法治原则”(见73 British Yearbook of International Law 2002, at 955)。英国贸易部长在众议院回答一个书面问题的时候重申了这一点 (同上，第957页)。另参见2004 *British Manual of the Law of Armed Conflict*, at para. 15.22.1。在1992年，约旦和美国在一份提交给联合国的联合备忘录中表示，“习惯规则禁止在当时可以合理地认为会产生平民生命的附带损失、对平民的伤害、对平民目标的损害或者其组合，与预期的具体或者直接军事利益相比为过分者。”(UN doc. A/C.6/47/3, 28 September 1992, at para. 1(h))。阿根廷一家上诉法院在其1985年12月9日对“洪

塔武装案”(*Military Junta*) 的判决中认为，比例原则构成一项习惯国际法规范[……]。西班牙在车臣和波黑等国内武装冲突问题上坚持比例原则（参见the statements in the Spanish Parliament of the Spanish Foreign Minister, in *Activitades, Textos y Documentos de la Politica Exterior Española*, Madrid 1995, at 353、473。另参见the 1999 Third Report on Colombia of the Inter-American Commission on Human Rights（Doc. OAS/Se.L/V/II.102 Doc.9, rev.1，26 Febrary 1999, at paras. 77 and 79)。另参见the 1999 UN Secretary General's Bulletin, para. 5.5(with reference to UN forces)。]

(9) 禁止无军事上必要性的破坏；[脚注89：Rome Statute, at Article 8(2)(e)(xii)。另参见the 2004 *British Manual of the Law of Armed Conflict*, at paras.15-15.17.2。根据《海牙章程》第23条第7款，“破坏或者没收敌人的财产”应受禁止，“除非这种破坏和没收为战争的必要性所要求”。《日内瓦公约》中的严重违反条款也规定了禁止在没有军事上的必要性的情况下，以非法和暴乱的方式大规模破坏和征收财产（详见First Geneva Convention, Article 50 *in fine*; Second Geneva Convention, Article 51 *in fine*; Fourth Geneva Convention, Article 147 *in fine*; Additional Protocol I, Article 51(1) *in fine*。]

(10) 禁止摧毁对于平民人口的生存所必不可少的目标；[脚注90：Article 14 of the Second Additional Protocol; 按照2004年《英国武装冲突法手册》第15条第19款第1项的正确阐述，“生命权是一种不可克减的人权。禁止采取任何方式侵犯平民的生命和身体。因此，破坏庄稼、粮食以及水源等，达到可能产生饥荒之程度者，也受到禁止。”；]

(11) 禁止攻击含有危险力量的工程和装置；

(12) 保护文化目标和礼拜（朝圣）地点；

(13) 禁止强行转移平民；

(14) 禁止酷刑和任何不人道的或残忍的待遇或惩罚；[脚注94：参见common Articles 3(1) (a)。]

(15) 禁止侵犯个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇，包括强奸和性暴力；[脚注95：参见common Articles 3(1)(c)。]

(16) 禁止宣告绝不纳降。[脚注96：参见Article 8(2)(e)(x)of the ICC Statute。]

(17)禁止虐待敌方失去战斗力的人员以及给予被俘的地方战斗人员以人道待遇的义务；[脚注97 ：参见common Article 3(2)以及the 2004 *Brithsh Manual of the Law of Armed Conflict*, at para. 15.6.4。]

(18) 禁止未经国际社会所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑；[脚注98：参见common Article 3(1)(d)；另参见General Comment 29 of the Human Rights Committee, at para. 16。]

(19) 禁止集体惩罚；[脚注99：参见Article 4(b) of the Statute of TCTR,以及Article 3(b) of the Statute of the Special Court for Sierra Leone；另参见General Comment 29 of the Human Rights Committee, at para. 11，据此，任何此类惩罚都与国际法强行规则相抵触。]

(20) 禁止扣押人质；

(21) 禁止恐怖主义行动；

(22) 禁止掠夺；

(23) 保护伤者和病者的义务；[脚注103：Comon Article 3(2) of the Geneva Conventions。]

(24) 禁止在武装敌对中雇用不足15岁的儿童；[脚注104：有两项条约法规则禁止征募或征召不满15岁的儿童加入武装部队或集团或者雇用他们积极参与敌对行动 (参见Article 8(2)(e)(vii) of the ICC Statute以及Article 4(c) of the Statute of the Special Court for Sierra Leone)。《儿童权利公约》第38条以及《儿童权利公约》关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书[参见**案例16**，Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, on the Involvement of Children in Armed Conflict, 25 May 2000, p. 636。]提出了直接参与军事冲突的最小年龄为18岁，但不是强制条款[……]。也许可以认为国际社会中已经就其最低的公分母达成一般性共识：不满15岁的儿童不得参与积极的武装敌对行动。]

167. 必须强调的是，上述国际判例法和实践表明，对这些规则的严重违反已被作为犯罪对待，即根据国际法，这种违反会招致个人刑事责任。

168. 考察了达尔富尔冲突所适用的有关规则之后，我们应当强调的是，苏丹政府虽然不是1977年两个《附加议定书》的正式成员，但它认为其中所确立的一些一般原则和规则具有约束力并遵守这些原则和规则。比如自从2004年3月8日由苏丹政府与“苏丹解放军”和“正义与公平运动”签署的《在达尔富尔建立人道主义援助议定书》在第10条第2款规定三方承诺遵守一系列原则来看，这一点是很明显的。该条规定：

> “在达尔富尔树立人道主义援助的观念并予以实施符合国际准则，为了确保其可靠、透明与全面，应突出下列文件：1949年《日内瓦公约》及其两个1977年的《附加议定书》；1948年《世界人权宣言》；1966年《公民权利与政治权利国际公约》；1952年《日内瓦难民公约》；《国内无家可归人员指导原则》(邓氏原则) (the Guiding Principles on Internal Displacement (Deng Principles))以及联大第46/182号决议的规定”（加着重号）。

[……]

170. 值得注意的是，2004年6月苏丹与非洲联盟之间的《关于建立和管理苏丹达尔富尔地区停火委员会的代表团地位协定》第8条第1款规定，“非洲联盟应确保停火委员会在苏丹的活动全面遵守适用于军事和外交人员行为的国际公约中的有关原则和规则。这些国际公约包括1949年8月12日四个《日内瓦公约》及其1977年6月8日《附加议定书》以及联合国教科文组织1954年5月14日《关于在武装冲突事件中保护文化财产的公约》[……]”（加着重号）。第9条进一步规定“因此，停火委员会和苏

丹应当确保其相应的军事人员和平民全面了解上述国际文件中的原则和规则。”（加着重号）

[……]

(2) 约束反政府武装的规则

172. “苏丹解放运动/军”和“正义与公平运动”与所有达到一定组织水平、具有稳定性和 对领土的有效控制的反政府武装一样，具有国际法律人格，并因此受到上述关于国内武装冲突的有关习惯国际法的约束。“国民改革与发展运动”也大体上具有同样的地位。

173. 进一步来讲，与苏丹政府默示接受关于人道法的一般国际原则和规则一样，也可以从上述协定的规定中推断出反政府武装集团同样接受。

174. 另外，“苏丹解放运动/军”和“正义与公平运动”根据习惯国际法有权订立有约束力的国际协定（所谓的“缔约权”），而且已经与政府达成了多项具有国际约束力的协定。在这些协定中，这些反政府武装集团承诺遵守人道法。“国民改革与发展运动”与苏丹政府于2004年12月17日缔结了两个协定，一个关于人道主义通道，另一个关于作战地区安全问题。在这些协定中，各方保证释放战俘并组织国内离开家园的人员和难民的自愿遣返事宜。

[……]

6. 对国际人权法和人道法的违反——委员会的事实和法律裁决。

(1) 其它机构提出的对国际人权法和人道法的违反概述

[……]

182. [……]委员会仔细研究了来自包括政府、政府间组织、联合国各机构或实体以及非政府组织等在内的不同渠道的报告。[……]委员会[……]从包括苏丹政府在内的许多不同的渠道收到大量的文件和其它材料。[……]下面是这些报告的简要叙述，用来说明委员会关于事实的认定和进行调查的背景。在概述之后的几部分，按照认定违法或国际犯罪的类型逐一介绍了各事件的情况。

[……]

184. 大多数报告都记述了在所有三个达尔富尔州的村庄和社区从2003年初开始的一种不分皂白的攻击模式。[……]

185. 得出的一个共同结论是，政府在应对叛乱时，直接或者通过第三方武装集团实施了针对平民的行动，严重违反了人权和人道法。尽管关于反政府武装部队所实施的此类违法行为的资料相对较少，但仍有些资料记述了此类违法事件。还有些资料表明了武装人员利用法律和秩序瓦解之机对传统的部落不和中产生的冤情予以平反，或者直接抢掠牲畜等活动。

186. 报告一致记述了针对村庄和居民区的周期性攻击模式，有时还有武装直升机或固定机翼式飞机（安东诺夫和米格）所实施的攻击，包括投弹和利用自动机枪扫射。但是报告所述的大部分攻击都是由军队、匪徒或者二者联合进行的地面攻击。报告记述了成百上千个事件，包括杀害平民、集体屠杀、即决死刑、强奸和其它形式的性暴力、酷刑、诱拐、掠夺财产和牲畜以及故意摧毁和烧毁村庄等。这些事件导致达尔富尔地区的大部分人口无家可归并涌向邻国乍得。这些报告表明，在一个村庄进行的剧烈攻击和实施的暴行产生的恐怖使得要逃避这种攻击的周围村庄的村民也逃往相对安全的地区。

187. 除了少数情况之外，报告认为在发生这些事件时反政府武装部队的任何具体行动都没有军事上的正当性。[……]

191. 尽管大多数报告在描述发生的事件和实施的违法行为方面是一致的，但由于对于事件及其发生的背景的解释存在差异，归因于政府军队和匪徒的罪行却是不同的。不过，大多数观察家对事实的分析表明，在政府的要求和共同参与之下，民兵（俗称“匪徒”，政府招募这些人员作为镇压叛军行动的成员）实施了最为严重的违反人权和人道法的行为。

192. 各种报道和媒体称，它们有令人信服的证据证明这些地区成为特别攻击的目标是因为靠近反政府武装活动地点，而更重要的是因为在这些地区居住的人口中的种族成分。[……]

[……]

(5) 两项不可反驳的事实：大量无家可归人员和大规模破坏村庄

225. 在该报告接下来几个部分叙述事实裁定和调查的结果，并按照上一部分所论述的可适用的法律框架进行分析。但是，在此之前必须强调两项没有异议的事实。

226. [……]首先，在达尔富尔地区有超过一百万的“国内无家可归人员”(按照联合国的统计有165万) 以及超过200,000难民从达尔富尔涌向苏丹东

面的邻国乍得。其次，在达尔富尔全部三个州中有几百座村庄被破坏和烧毁。[……]

[……]

(6) 各方实施的违法行为

[……]

A. 不分皂白地攻击平民

(A) 事实裁定

240. 委员会依据全部记录认定，大多数针对村庄中平民的攻击都是由苏丹政府武装部队和匪徒单独或者联合实施的。尽管反政府武装部队也发动了攻击，但委员会没有认定这些攻击的普遍性或者系统地针对平民人口。反政府武装部队攻击的事件大多数是针对军事目标、警察或者治安部队。尽管如此，还是有几起反政府武装部队针对平民和民用建筑以及人道主义团队发动的攻击事件。

a. 由政府武装部队和匪徒发动的攻击

241. [……]委员会认定苏丹政府武装部队和匪徒在达尔富尔发动的针对村庄的攻击贯穿整个冲突期间，其中有某些阶段在强度上达到顶峰。大多数攻击开始于凌晨，在早上4:30到8:00即将日出之前，此时村民要么正在睡觉要么在做祷告。在许多情况下，攻击都持续几个小时。[……]

242. 在许多情况下，地面攻击一开始是由坐在“陆地巡洋舰”和其它车辆中的士兵进行的，紧随其后的是大队骑着马和骆驼的匪徒，他们的武器主要是AK47型自动步枪、G3型冲锋枪以及火箭弹。许多攻击中都有杀害平民包括妇女和儿童的行为、烧毁房屋、学校和其它民用建筑的行为以及破坏水井、医院和商店等行为。在攻击之后总是抢掠和偷盗平民财产尤其是牲畜，而且在许多情况下，攻击者都是偷走或破坏每一项可移动的财产。平民通常由于攻击而被迫离家出走。

[……]

249. 在此情况下，委员会还注意到政府官员在与委员会的会议上所作的评论。国防部长明确表示，他认为即使只有一名反政府武装人员就足以使整个村庄成为合理的军事目标。这名部长指出，一旦政府获得在某个

村庄有反政府武装成员的信息，“它就不再是平民住所，而是成为了军事目标。”按照他的观点，“村庄是一个很小的地区，不容易分为几个区，因此整个村庄就成为军事目标。”[……]

案例研究1：北达尔富尔，安卡村

251.[……]在2004年2月大概17或18日早上约9点时分，距安卡村 (Anka) 约5公里的巴雷 (Barey) 村受到政府士兵和匪徒联合部队的攻击。[……]

同一天下午约5点，来自安卡村的目击者观察到有300到400名匪徒步行，另外100名匪徒骑着骆驼和马匹从巴雷村方向朝着安卡村进发。据其描述，攻击者与政府士兵一样穿着相同的卡其布制服，并配有卡拉什尼科夫G3型冲锋枪和火箭弹。

目击者观察到在匪徒部队的后面共有18辆车驶近，包括有四辆重型卡车和18辆丰田皮卡车。一些车辆为绿色，其它的是海军蓝。这些皮卡车后背装有杜什卡（安装在三脚架上的12.7毫米机枪），一辆车上还装有猎犬级火箭发射系统，用来向村庄或者越过村庄发射火箭。卡车载有政府武装部队，之后用来运输从村庄里抢掠来的财产。根据目击者所言，村民们离开村庄朝北向一片距村庄大约5公里的树林逃跑。

在匪徒进村之前，政府武装部队用安东诺夫飞机绕着村庄进行了轰炸。一架飞机绕着村庄飞行，另一架投掷炸弹。[……]轰炸持续了大约两个小时，其间绕着村庄边界共丢下了20到35颗炸弹。轰炸期间有一座医院建筑被击中。

轰炸之后，匪徒与政府的士兵开进村庄抢掠包括被褥、衣物以及牲畜在内的财产。再后来是烧毁剩下的建筑。匪徒还从俯瞰安卡村的山坡顶部用火箭弹朝村庄射击。对于村庄周围进行的轰炸似乎是为了方便匪徒和政府地面武装部队对村庄进行抢掠和焚烧。

根据目击者所述，在攻击时，大约有30名“苏丹解放运动/军”成员出现在村庄，很明显是在宣布即将攻击之后去保卫村庄的。

在攻击期间和之后，15名平民在安卡被榴弹射杀。另外8人受伤。虽然有些人已经痊愈，但据报道其他人却因伤致残。这座村庄目前已经完全荒芜。

[……]

(B) 法律评价

[……]

259. 为了确保对有平民和战斗人员的地方或者地区的攻击不致于非法地危害平民，国际法强制地建立了同时适用于国际和国内武装冲突的两项基本义务。第一个义务是为尽可能地保护平民和民用目标之目的采取预防措施的义务。根据习惯国际法，这种预防措施是指交战国必须 (1) 尽可能核实即将攻击的目标并非民用性质；(2) 在选择战斗的方式和方法时采取所有可行的预防措施，以避免对平民或民用目标的附带伤害或者将其降至最小；(3) 避免下列攻击，即可能会对平民生命产生的附带损害或对平民或民用目标产生的损害，相对于预期的具体和直接军事利益来说为过分者；(4) 对于可能影响平民人口的攻击做出有效的事先警告，除了〝在突击的情况下〞(规定在1907年《海牙章程》第26条) 或者 (规定于第57条第2款第3项)〝除非情况不允许〞(即在战争参与者认为突袭是绝对必要的时候)。这种警告可以采取从飞机上空投传单的方式或者用无线电宣布攻击即将开始等方式。根据《关于1949年8月12日〈日内瓦公约〉1977年6月8日〈附加议定书〉的评论》(ICRC，Y. 桑多斯等人编，1987年版，第2224条)，可以通过在即将受到攻击的地区上方低空飞行的飞机发出警告，使平民有时间撤出这一地区。

260. 国际或国内武装冲突各方[……]所负有的[……]第二个基本义务是在对军事目标进行攻击时，可能造成平民损失者，应遵守比例原则。根据该原则，战争参与者在攻击军事目标时，不得对平民造成与预期的具体和直接军事利益不成比例的附带伤害。在军事行动地区，比例原则仍然基本上是一个统辖标准，该原则的基础是在预期或者期望的军事收益与平民生命的实际损失和民用目标的破坏之间进行权衡。尽管如此，它仍然发挥着重要的作用，首先是因为该原则必须得到善意适用，其次是因为该原则的适用涉及到至少要禁止大多数明显对平民造成的不成比例的伤害。[……]

263. 如上所述，苏丹政府武装部队和匪徒针对村庄进行攻击的一个正当理由是反政府武装成员当时出现在村里而且利用村庄作为发动攻击的基地，或者至少村民对反政府武装成员的反政府武装活动提供了支持。政府官员因此认为这些村民因此失去了作为应受保护人员的法律地位。

264. [……]很明显，反政府武装的一个或多个成员仅仅出现在村庄并不能剥夺其他村民人口的平民地位。

265. [……]与这些政府官员向委员会提出的这些主张相反，从可靠的目击证人一致的记录可以看出军事当局在对村庄发动攻击时很明显没有采取任何保护平民的预防措施。[……]

266. 在村里没有出现武装人员时很明显不会产生比例问题，因为攻击毫无例外地针对平民目标。但在村里可能出现任何武装人员时，对村庄的攻击是不成比例的，因为大多数情况下整个村庄被破坏或者烧毁，而且平民除了被杀害和受伤的以外为避免进一步的伤害而全部被迫逃离村庄。因此，由于这些军事行动而遭受的平民损失相对于预期的捕杀反政府武装成员或使它们失去战斗力的军事利益来讲，很明显是过分的。

267. 结论。从委员会的事实裁决可以明显看出，在许多情况下政府部队及其控制下的民兵在达尔富尔对村民的攻击和对村庄的破坏和烧毁行为与比例原则和国际人道法的规则是相抵触的。即便假设在其攻击的所有村庄中都有反政府武装成员或者至少有某些隐藏的反政府武装成员，或者有人支持反政府武装成员 (然而这种主张没有得到委员会所搜集到的材料和信息的支持)，但这些攻击没有采取必要的预防措施使平民可以离开村庄或者采取其它避开攻击的措施。这些攻击的影响表明，所使用的军事力量相对于反政府武装所带来的威胁明显是不成比例的。事实上，攻击大多数情况下是故意针对平民和民用目标的。另外，许多攻击所采取的方式 (在凌晨，攻击前直升机突然盘旋用机枪扫射，经常还有轰炸) 表明这些攻击同时还有意在村民中传播恐怖以迫使他们逃离村庄。在大多数情况下，攻击的受害者都是非洲部落，尤其是富尔、马萨利特和扎格哈瓦部落。根据国际刑法，这些违反国际人道法的行为无疑构成了大规模的战争罪。

268. 根据委员会的认定，反政府武装很明显应对构成战争罪的对平民的攻击承担责任。总的来说，委员会没有发现反政府武装普遍地攻击平民或者反政府武装的攻击是系统地以平民人口为目标的证据。

B. 杀害平民

(A) 事实裁决

a. 政府部队和/或民兵的杀害行为

269. [……]根据目击者描述，大多数杀害平民的行为都是由匪徒实施的，他们大多穿着制服并骑着马或者骆驼。[……]这些报告中的目击证词描述

了攻击者配有卡拉什尼科夫和其它自动武器，要么是不分皂白地要么是针对特定人员（通常是达到参军年龄的男人）进行枪击。[……]报告还记录了一些关押平民人口并任意执行死刑的情况，以及平民由于政府部队不分皂白的攻击而死亡的情况。这些报告表明，营地周围的民兵在转移期间持续杀害在其控制下的营地中的平民，而且一些无家可归人员也成为警察因为声称存在反政府武装而在营地内部进行的不分皂白的枪击行为的受害者。

[……]

271. [……]大多数在政府或民兵控制下被杀害的平民都是惊人一致地来自相同的部落，即富尔、马萨利特、扎格哈瓦以及有时一些其它非洲部落，尤其是西达尔富尔的杰贝勒 (Jebel) 和阿朗阿 (Aranga) 部落。

(a) 政府部队和匪徒共同攻击中的杀害行为

272. 对于苏拉 (Surra) 村的攻击是委员会文件记录的一个大规模杀害平民的例子。这一文件于2004年1月公布。这座村庄位于南达尔富尔扎林吉 (Zalingi) 以东，人口有1,700多。目击者被分组会见，因此对这次攻击给出了非常可信、详细而一致的记录。这次攻击共有250人被杀，包括妇女和大量的儿童。另外有30人失踪。匪徒和政府部队是在凌晨共同发动的攻击。这些部队用迫击炮向手无寸铁的平民射击。匪徒穿着军用迷彩制服并使用来复枪和机关枪进行射击。他们进入各家枪杀男人，将女人聚集在清真寺里。共有大约10名男人藏在女人中间。他们发现了这些男人并在清真寺里将他们杀害。他们还强迫妇女脱去身上的棉大衣 (一种覆盖全身的大块布匹)，如果发现她们在衣服下面抱着小男孩，就会将这些男孩杀死。幸存者逃离村庄而且没有掩埋死者尸体。

[……]

274. 第二次攻击发生在2004年3月。政府部队和匪徒在飞机和军用车辆的支援下在大约15:00开始攻击。村民再次向西逃到山上。骑着马和骆驼的匪徒开始穷追并抓获村民，而部队仍然在山脚下。他们用迫击炮轰击部分山头，而且还用机关枪向人群扫射。人们由于口渴而离开其隐藏地点去找水的时候也受到枪击。报告一致表明有些被俘获的人以及一些被匪徒包围的人被集体射杀。[……]在凯里克 (Kailek) 被关押的男人被拉出来当众枪毙或者被选择性地拉走枪毙。当地社区领袖尤其要遭受这一命

运。还有报告描述了人们被扔进火中烧死的情况。也有报告描述有人被部分地剥皮或受到其它伤害后丢弃致死。

[……]

276. 委员会认为几乎所有这几百起由匪徒和政府部队在达尔富尔发动的攻击事件都涉及到杀害平民问题。

(b) 匪徒攻击中的杀害行为

[……]

(c) 空中轰炸杀害行为

279. 委员会查明了具有这种性质的几起事件。简而言之，委员会搜集到了大量的材料和证词，认定在攻击村庄时共有几千名平民遭到杀害。

[……]

b. 反政府武装集团的杀害行为

(a) 对平民的杀害

285. 委员会还认定反政府武装集团也有杀害平民的行为，尽管事件和死亡人数都很少。

[……]

(B) 法律评价

291. 如上所述，谋杀行为违背了《公民权利和政治权利国际公约》和《非洲人权宪章》的规定，这些公约保护生命权和不得“任意剥夺生命”的权利。对于国际人道法而言，谋杀在国内武装冲突中没有积极参与敌对行为的平民为四个 1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条以及由《第二议定书》第 4 条第 2 款第 1 项成文化的习惯国际法相应规则所禁止。[……] 对此必须再次强调的是，在认定谋杀平民的行为是否构成战争罪或者反人类罪时，非平民的出现不能使这些人口丧失平民性质。因此，即使证明了反政府武装出现在受到攻击的村庄，或者他们一般性地利用平民人口作为“掩体”，决不能证明杀害没有参加敌对行动的平民具有任何正当性。

292. 还应当强调达尔富尔冲突的一个特点。尽管在一些情况下，攻击的受害者自愿承认配有武器，但必须记住达尔富尔的大多数部落都拥有武器来

保卫其土地和牲畜，他们通常都获得了适当的许可。即使存在被攻击的平民拥有武器的情况，这也并不必然表明他们就是反政府武装并因此而成为合法的攻击目标，或者他们以其它方式积极参与敌对行动。另外，应当注意的是苏丹政府没有指称在其攻击的村庄里发现武器。进一步来讲，许多攻击都发生在平民正在睡觉或者做祷告的时间，因此并非处于“直接参与敌对行动”的状态。仅仅在一个村庄中有武器并不足以剥夺平民应受保护的地位。

[……]

C. 杀害被扣押的敌方现役人员

[……]

(B) 法律评价

298. 国际人道法禁止虐待被扣押的敌方战斗人员，特别是侵犯生命和人身权利，其中包括各种谋杀行为（参见四个《日内瓦公约》共同第3条第1款第1项）。它还特别禁止未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之事先宣判而遽行判罪及执行死刑（参见《日内瓦公约》第3条第2款第4项）。故意杀害被扣押的战斗人员构成战争罪。

[……]

315. 总之，委员会认定在所有三个达尔富尔州都存在大规模破坏村庄的行为。这些破坏都是由匪徒在攻击期间单独或者与政府部队联合起来故意造成的。即使在大多数情况下政府部队可能没有直接参与这种破坏，但他们在实施破坏期间共同参与攻击村庄的行为并在现场出现就足以使其承担连带责任。这些破坏所针对的目标是非洲部落居住的地区，特别是富尔、扎格哈瓦以及马萨利特。匪徒和政府部队共同参与所造成的破坏和毁损并没有军事上的必要性。在攻击期间上述破坏的目标毫无例外地是民用目标；而且对于平民人口的生存来说是必不可少的目标都受到故意和肆意的破坏。

[……]

E. 强迫平民人口转移

[……]

328. 关于转移的具体形式，委员会注意到，转移的目的之一与政府镇压反政府武装的政策有关，即清除实际或者潜在的支持反政府武装的基地。被转移的人口主要属于占反政府武装运动多数的三个部落，即马萨利特、扎格哈瓦和富尔。他们被锁定为系统攻击的目标并被强行驱逐出家园。被转移的起源地正好与这三个部落的传统家园相一致，而同样明显的是其它部落事实上一点都没有受到影响。

[……]

F. 强奸和其它形式的性暴力

(A) 事实裁决

333. 许多资料都表明在所有三个达尔富尔州都普遍存在强奸和其它形式的针对妇女和女孩的严重性暴力活动。根据这些资料，通常由多个男人多次实施对单个受害人的强奸，并伴有包括殴打和鞭打在内的其它形式的严重性暴力。在有些情况下，妇女在公共场合下遭强奸，而有些事件中妇女还被进一步严厉申斥并被称为“奴隶”或者“托拉博拉”（阿富汗与巴基斯坦边界的山区，本·拉登被认为隐藏在该地区的山洞当中。——译者注）。

[……]

336. 总的来说，委员会的裁定确认了上述报告中的强奸模式。但委员会认为可能由于该问题的敏感性以及与强奸有关的不名誉性而使得许多情况都没有得以报道。他们认为，当局没有对有关强奸的指控进行充分和有效的处理。

[……]

案例研究：对位于北达尔富尔的塔维拉的一所学校的攻击

339. 一名在2004年2月的攻击中在一所寄宿学校受到强奸的年轻女孩告诉委员会：

> 早上大约6点，一大群匪徒攻击了学校。她知道他们是匪徒是因为他们的“红色皮肤”，这是她对阿拉伯人所用的一个词。他们穿着政府军的迷彩服，坐着与其制服同样颜色的皮卡汽车来到学校。在前一天，她就注意到政府士兵已经包围了学校。他们在攻击寄宿房

屋时，用枪指着女孩子们并强迫她们脱光衣服，抢走她们的钱、贵重物品和所有被褥。寄宿学校中共有110名女孩。[……]

受害者被分成组，被蒙上眼睛，然后被仰面推倒在地并被强奸。她的双臂和双腿都被捆绑起来。她的双腿被强迫分开。她被强奸两次。她确认插入已经发生。强奸共持续了一个小时。插入者在强奸时什么话都没说。她听到其他女孩的尖叫声并认为他们也在被强奸。匪徒在强奸之后，开始放火和抢掠。[……]这名受害人由于强奸而怀孕，后来生下一名婴儿。

[……]

342. 委员会认定，2003年3月，在北达尔富尔的塔尔尼 (Tarne) 进入市场和外出找水的妇女受到绑架，并被关押了2到3天，其间被武装人员强奸。[……]委员会还进一步认定，2004年1月，在政府武装部队和匪徒联合攻击西达尔富尔的坎邮 (Kanjew) 期间，共有21名妇女被绑架。两名妇女被匪徒关押了3个月，而且一些人由于在关押期间被强奸而怀孕[……]。

案例研究：在南达尔富尔的卡洛基廷 (Kalohitting) 的射击

349. [……]这座村庄在早上大约4点钟受到攻击。[……]受害人之一陈述如下：“大约在早上4点我听到射击声。我们三人一起跑。我们都是邻居。然后我们意识到我们没有携带我们的金子。当我们回去时，看见了士兵。他们喊停、停。他们有好几个。一个士兵把他的枪交给他的朋友并对我说躺下。他把我拉倒让我躺在地板上。他脱下他的裤子。他剥开我的衣服，另外一个人拽着我的双手。然后他就‘进入’[一个表示性交的词]。然后第二个人‘进入’，再就是第三个人‘进入’。后来我就无法承受。还有另外一个女孩。当他说躺下时，她说不。杀了我吧。她很年轻。她是个处女。她订婚了。他杀了她。”第三名妇女表示当天她也被强奸。

[……]

(B) 法律评价

[……]

357. 四个《日内瓦公约》共同第3条对冲突各方都有约束力，而且还禁止“对生命与人身施以暴力，特别如虐待及酷刑”以及“损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇”。尽管苏丹不是《日内瓦公约》的《第

二议定书》的成员国，但由于其中有些条款构成习惯国际法，对冲突各方都有约束力。这包括禁止“强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”以及“奴隶制”。

358. 强奸如果是针对平民的普遍或系统的攻击的一部分，就可能构成战争罪(在国际或国内武装冲突时期实施的情况下) 或反人类罪 (无论是在战时或者和平时期实施)。它还可能构成灭绝种族罪。国际判例法已经对强奸给出了定义[……]。简而言之，强奸是指在未经受害人同意的情况下通过暴力或强制手段（如暴力威胁、强迫、拘禁或利用某种强制环境等方式）与其发生性插入的身体侵犯行为。

G. 酷刑、损害个人尊严以及残忍、不人道或降低身份的待遇

[……]

H. 抢劫

(B) 法律评价

390. 如上所述，根据习惯国际法，抢劫罪是一种战争罪。它包括在国内或国际武装冲突过程中在具有剥夺所有人财产的犯罪故意之下，未经所有人同意剥夺其财产以及取得此类物品或资产为私人或个人所用。

[……]

394. 委员会还认为尽管规模有限，反政府武装运动对于其实施抢劫的战争犯罪要承担责任。

J. 非法拘禁、禁止通信的拘禁以及强迫消失

[……]

(B) 法律评价

403. 《公民权利与政治权利国际公约》第9条保护人身自由和安全权。该条规定必须与公约承认的其它权利联系起来进行解读，尤其是第7条规定的禁止酷刑以及第10条规定的人道待遇基本标准和尊重所有被剥夺自由的人的尊严。任何对自由的剥夺须符合第9条的规定：不得是任意的；必须基于法律规定的理由和程序；必须告知拘留的理由；可以获得法庭对拘留的审查以及在该规定被违反时获得赔偿。即使是在为了公共安全的原因使用拘禁的情况下，这些规定也应当得到适用。

404. 第9条第4款规定的一个重要的保障是法庭对于拘禁的合法性的审查权。人权委员会在其《一般性评论》中指出，可以防止对国际法的违反的保障就是针对禁止通信的拘禁的规定，该规定授权被扣押人可以与医生、律师及其家庭成员适当地会见。委员会对此还强调了要求被扣押人必须被关押在公认的地点以及必须对被关押人的名字及其关押地点进行适当登记等规定的重要性。[……]要使这些保障措施得以有效实施，这些记录必须向有关人员如亲属或者独立监督人员与观察人员开放。

405. 即使是在国家可以合法地克减公约的某些规定的情况下，对秘而不宣的拘禁、扣为人质或者诱拐等的禁止都是绝对的。[……]这些国际法规范不得克减。

406. 遵守国际法义务的最终责任在于国家。国家的职责延伸到即使是在没有任何官方地位或职权的人违反或者威胁这些义务的情况下，也应确保这些权利得到保护。对于由于国家没有创造出预防的条件或者未采取措施阻止以及通过鼓励、命令、容忍或者实施受到禁止的行为等方式做出任何行为从而导致对国际人权法的违反，国家仍然要承担责任。

407. 确定个人是在国家职权范围之内还是之外所实施的国际犯罪的刑事责任的重要性仅次于国家责任，而且是权利实施和保护这些权利不受侵犯的关键问题。国际人权法和人道法对其确定程序提供了必要的线索。

408. [……]四个《日内瓦公约》共同第3条禁止侵犯生命和人身的行为，包括虐待和酷刑、扣为人质以及损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇等。

409. 根据《国际刑事法院规约》，强迫消失是指在国家或政治组织的授权、支持或默许下对个人进行逮捕、拘留或诱拐，而且之后拒绝承认剥夺自由或者不提供关于这些人员的命运和下落的信息，其目的是使他们长时间失去法律的保护。在将其作为对平民人口进行普遍或者系统的攻击之一部分的情况下，这些行为就构成反人类罪。

410. 匪徒诱拐妇女的行为相当于强迫消失[……]。对有关事件的调查证明这些诱拐行为是系统性的，并且是在国家的默许下进行的，因为这些诱拐行为是在匪徒和政府部队联合攻击之后，同时也是在政府部队在场和知晓的情况下发生的。这些妇女被关押了足够长的时间，而且他们的下落在整个被关押期间也不为其家属所知晓。委员会还认定，匪徒通过强奸或杀害或对其生命或人身的暴力威胁等行为对无家可归人员尤其是妇女

进行恐吓从而将其关押在营地当中限制其自由的行为构成了违反国际法规则的严重剥夺人身自由的行为。

411. 委员会还认定国家安全机关和军事情报机关，包括在针对村庄的攻击和情报行动期间[……]对人员的逮捕和拘留，也构成反人类罪当中的强迫消失罪。这些行为都具有系统性和普遍性特点。

412. 在攻击期间，匪徒在政府武装部队的支持和共同参与下，诱拐人员并将其关押在匪徒管理的营地当中的行为构成对人权法的严重违反并构成强迫消失。但委员会没有认定这种行为的广泛性和系统性从而构成反人类罪。尽管如此，被关押人的生命和人身还是受到严重的侵犯。他们受到酷刑和残忍的和侮辱性的以及降低身份的待遇。这些行为是作为武装冲突的一部分而且是在与武装冲突有直接联系的情况下实施的。委员会以其严重违反四个《日内瓦公约》共同第 3 条 [……] 认定这些行为构成战争罪。

413. 反政府武装组织诱拐人员也构成严重和重大的违反人权的行为，并相当于强迫消失，但委员会没有发现任何证据证明其行为是普遍行动或者系统性的从而构成反人类罪。但委员会有足够的资料证明在委员会调查的事件中实施了侵犯被关押人生命和人身的行为。他们还受到酷刑和残忍的和侮辱性的以及降低身份的待遇。这些行为是作为武装冲突的一部分而且是在与武装冲突有直接联系的情况下实施的，因为严重违反了四个《日内瓦公约》共同第3条从而构成了战争罪。

K. 在武装敌对行动中雇用和使用不满15岁的儿童

[……]

(B) 法律评价

[……]

418. [……]如果可以令人信服地证明政府或者反政府武装组织雇用和使用了不满15岁的儿童参加积极的军事敌对行动，那么他们应当对此类犯罪承担责任。

7. 苏丹各国家机关对违法的制止和救济行为

[……]

(1) 警察的行为

422. 一般情况下，在国际武装冲突中，民间警察部队并不正式参与敌对行动，而且至少从理论上可以认为他们是非战斗人员而享有保障和保护不受攻击的权益。但在达尔富尔冲突的特别情况下，警察和武装部队之间的区别通常是很模糊的。有明确的证据表明在攻击中曾发生警察同政府部队一道作战的情况以及拒绝防止和调查匪徒对平民人口所实施的攻击。而且还有对某些匪徒被编入警察部队广泛而确定的指认。埃尔法希尔 (El-Bashir) 总统在一次接受国际媒体采访时确认，为了控制匪徒，他们被编入其它“领域”，比如武装部队和警察。因此，委员会认为在达尔富尔冲突中警察的“平民”地位是有疑问的。

[……]

第三部分：对于国际罪行犯罪嫌疑人的认定

1. 概述

[……]

525. 委员会已[……]决定这些人的名字不得进入公共领域。[……]

531. 委员会一开始就注意到共有10名中央政府高级官员、17名在达尔富尔地方政府工作的官员、14名匪徒成员以及7名各反政府武装集团的成员和3名外国军队军官（以个人身份参与冲突）可能是对在达尔富尔的犯罪承担个人刑事责任的嫌疑人。

532. 但委员会提出其认定的人数不应被认为这一清单是排他性的。[……]

2. 国际犯罪刑事责任的形式

(1) 单独或共同实施的国际犯罪

[……]

(2) 实施国际犯罪的连带犯罪行为

538. [……]国际法还将那些在不同程度上参与了犯罪的实施但没有实施相同犯罪行为的全部人员的行为作为犯罪处理[……]。

540. 参与实施国际犯罪的连带犯罪行为有两个主要形式。首先，多人参与一个犯罪的实施，他们从一开始就共有一个犯罪计划（不分皂白地杀害平民、轰炸医院等）。在这种情况下，根据刑法虽然他们在实施犯罪当中的角色和作用不同（一人做出攻击计划、另一人对下属签署命令为进行攻击采取所有必要的步骤、其他人实际执行攻击任务等），但所有人都承担相同的责任。至关重要的因素是参与者自愿参与共同的计划和希望达到该结果。当然根据每个参与者所扮演角色的重要性，他们在判刑幅度上会有所不同[……]。

541. 还有另外一个重要的共同刑事责任形式。尽管一开始多人共有同一个犯罪计划，但一个或多个犯罪人既非明示也非暗示地实施了一开始没有协商或者设想的犯罪，因此他们不构成共同犯罪计划的一部分。比如，一个军事单位[……]计划拘留一些敌方平民 (这与国际法相抵触)，但是其中一名现役人员在激烈的军事行动当中对其中一名平民予以杀害或者施以酷刑。如此，便出现一个问题，即在团伙中除实施预先没有计划或设想的犯罪的参与者之外的其他参与者是否也承担这一犯罪的刑事责任。按照相关判例法中的认定，“根据案件的具体情况，只有在下列条件下才会产生连带行为中已商定犯罪之外的犯罪的责任：(1) 团伙中的一个或其他成员实施这类犯罪*是可以预见的*，而且 (2) 被告*自愿承担该风险*。”在上述例子当中[……]，法庭必须确定在敌方现役人员的枪口下进行拘留可能导致死亡和酷刑是否是可以预见的。

[……]

(3) 帮助和教唆国际犯罪

547. *在国际犯罪中的帮助和教唆的概念*。根据国际判例法所指出的，帮助和教唆犯罪是指一人（从犯）对主要犯罪人（主犯）提供帮助（包括提供武器）、鼓励或精神上的支持，而且这种帮助对于犯罪的实施具有实质性的效果。其主观要件或者犯罪意思是指从犯明知其行为在犯罪的实施中给犯罪人以帮助。

[……]

(4) 计划国际犯罪

551. 计划包括谋划、与他人协商、准备和安排犯罪的实施。根据国际判例法的认定，计划意味着“一人或多人在准备和实施阶段对犯罪的实施进行谋划”。

[……]

(5) 命令国际犯罪

[……]

(6) 未能预防或者制止国际犯罪的实施(上级责任)

[……]

561. 关于反政府武装的地位，主张（如一些反政府武装组织的领导人在受到委员会提问时所主张的）两个反政府组织（“苏丹解放军”和“正义与公平运动”）在军事上没有紧密联系，因此在战场上进行的军事会合通常未经军事领导机构计划、指挥或者批准是没有根据的。即使假定这是事实，但指挥官必须对其下属的行为承担责任。这种观念受到国际人道法的广泛接受，即每一个在国际或国内武装冲突中卷入战斗的部队、民兵组织或军事单位必须有一名指挥官负责维持纪律和确保遵守法律。这一观念对于整个国际人道法的存在和实施是至关重要的，因为没有指挥链条和控制军事单位的个人，就会发生混乱而且将无人能确保法律和秩序得到遵守。

562. 为什么“苏丹解放军”和“正义与公平运动”的政治和军事领导人如果不能防止或制止其部队在战场上所实施的犯罪就不得拒绝承担这些犯罪的责任，还有另外一个更为具体的理由。这个理由在于由该领导机构与苏丹政府签署的各种协定。代表其有关“运动”签订了这些，这些“运动”的领导人就承担了其战斗人员各种作为和不作为行为的全部责任。[……]

第四部分：确保对在达尔富尔实施犯罪的责任进行追究的可能机构

1. 概述：苏丹司法刑事系统之不足因而提议建立其它刑事机构之必要

[……]

2. 安理会应采取的措施

(1) 移交国际刑事法院

A. 建议国际刑事法院介入的理由

[……][参见下文第648段]

(2) 设立赔偿委员会

[……]

A. 建议设立赔偿委员会的理由

[……]

593. 对国际人道法和人权法的严重违反不仅要求犯罪人承担个人刑事责任，还要求国家 (或者类国家实体) 对犯罪人代表它们所从事的行为承担国际责任。该国际责任是指国家 (或类国家实体) 必须对受害人支付赔偿。

594. 在该国际义务首次得到确立之时，这大约是在1949年《日内瓦公约》获通过和批准时，该义务被明确认为是每一个缔约国针对有关其它缔约国的一种义务。换句话说，它被认为是国家间的义务，其后果是 (1) 每个相关国家都有权要求其它相关国家赔偿或补偿；(2) 其国民只有通过向国家的法院或其它机关提出索赔才能就其遭受的损失得到具体的赔偿。一些国家的国内判例法已确认这种义务的目的并非直接赋予战争罪或者严重违法行为的个人受害者以权利。[……]

595. 在国际社会中人权原则的出现 [……] 对这一领域也有重大的影响。特别是对于严重侵犯人权行为的有效救济权被订入许多国际条约当中。另外，联大于 1985 年通过的《联合国对罪行和权力滥用受害人的基本司法原则宣言》规定，各国应当对受害人规定并随时提供适当的权利和救济。

596. 如果有关司法机关认定存在对人权的侵犯行为，那么获得有效救济的权利还包括赔偿（包括补偿）的权利。事实上，上述引用的几乎所有规定都提到了作为获得有效救济权必然逻辑结论的获得赔偿权。

597. 正如当时的南斯拉夫国际刑事法庭庭长约尔达 (C. Jorda) 法官在其 2000 年 10 月 12 日致联合国秘书长的一封信中所正确强调的，对有效救济权的普遍承认和接受对于解释国家战争罪和其它国际罪行的责任方面的国际条款来说是有一定意义的。这些条款的意义目前可以被解释为国家不

仅应该对其它缔约国承担这些条款规定的义务，而且还应该对受害人（即受到这些犯罪危害的个人）承担责任。换句话说，在国际法上目前已经出现了受害人的权利，即人权受到严重侵犯（特别是战争罪、反人类罪和灭种罪）的受害人对由此造成的损害获得赔偿（包括补偿）的权利。

598. 根据以上讨论 [……]，认为当前习惯国际法不仅规定了实施违法行为的个人的刑事责任，而且还对犯罪人是其国民的国家或者作为法律上的或事实上的机关代表其行事的国家施加了赔偿（包括补偿）损失的义务。

599. 根据每个案件中的具体情况，赔偿可采取恢复原状的形式（归还掠夺或偷盗的资产）、金钱补偿、包括医学上的和心理上的照顾以及法律和社会服务在内的复原、包括公开道歉承认有关事实并接受责任等在内的补偿、或者保证不再犯等。正如联合国秘书长在 2004 年所正确强调的，合并适用各种形式的赔偿也是非常重要的。

600. [……] 反政府武装集团对其实施的所有犯罪负有类似的义务，而无论是否对犯罪人进行认定和判决。

[……]

3. 其它组织可能采取的措施

604. 尽管提交给国际刑事法院是确保这种责任的主要的直接措施，但委员会希望强调其它未被建议作为将达尔富尔情势提交给国际刑事法院的替代措施的可行措施。

(1) 除苏丹之外的各国法院的作用

[……]

A. 由安理会移交和补充性原则

[……]

608. [……] 由安理会移交通常基于这样的假设，即领土国由于不愿意或者没有能力而未行使司法权。因此，这类国家在此情况下 (*in casu*) 经常不能援引补充性原则。

609. 委员会建议安理会移交国际刑事法院是基于一个正确的假设，即苏丹法院不愿意也无能力对 2003 年以来实施的大量国际犯罪进行起诉。委员会承认对此问题的最终决定要有国际刑事法院检察官做出。

B. “普遍管辖权”的概念

[……]

613. 存在一个授权各国对于战争罪以及反人类罪和灭种罪行使普遍管辖权的一般的国际法准则是不容置疑的。这一准则的存在可以由各国的声明、国内立法以及判例法来证明。

614. 但是，可以认为根据当前盛行于国际社会中的一般原则得出的这一习惯规则要求普遍管辖权的行使要受制于两个主要条件。首先，国际罪行的嫌疑人或被告人必须出现在起诉国领土上；其次，在提起刑事程序之前，该国应当向领土国 (即被指控犯罪实施地国) 或者积极国籍国 (即嫌疑人或被告人是其国民的国家) 提出请求，询问其是否愿意对该人提起诉讼，从而准备请求对该人进行引渡。只有在该国 (或者这些国家) 拒绝寻求引渡，或者明显无能力或者不愿意将该人交其审判的情况下，该人出现在其领土的国家才能对该人提起诉讼。

615. 对于达尔富尔的情况，不需要适用第二个条件，因为如上所述，苏丹法院和其它司法机关明确表明他们没有能力或不愿意对在达尔富尔实施的犯罪行使管辖权。

C. 普遍管辖权的行使和国际刑事法院的补充性原则

616. [……]委员会的观点是，国际刑事法院与苏丹之外的国家的国内法院之间也适用补充性原则。换句话说，国际刑事法院应当尊重那些根据普遍管辖权真正承担诉讼任务的苏丹之外的国家的国内法院。[……]没有[……]任何理由怀疑任何主张普遍管辖权或者根据上述域外管辖权而行使管辖权的其它国家的推定 (*a priori*) 资格或自愿性。因此，补充性原则作为国际刑事法院体系的一个支柱性原则，应当完全适用于对于已经由安理会提交给国际刑事法院的犯罪主张普遍管辖权的情况。

[……]

第五部分：结论与建议

[……]

1. 事实与法律裁决

[……]

632. 委员会认定在达尔富尔村庄的大规模破坏基本上是由匪徒在攻击中单独或者与政府部队联合起来故意造成的。即使在大多数情况下政府可能没有参与破坏，但他们在实施破坏行为的攻击中的共谋以及他们在破坏现场的出现都足以使其对这些破坏承担连带责任。[……]

633. 委员会认为有大量一致和可靠的材料可以证明苏丹政府和匪徒对大量的没有参与敌对行动的平民实施了谋杀。不可否认的是在达尔富尔出现了大规模的杀戮行为而且这些杀戮行为是由政府部队和匪徒在一种不受惩罚的环境下甚至是在鼓励针对特定部分的平民人口实施严重犯罪的情况下进行的。大规模的杀戮、明显的杀戮模式以及官员或者当局的参与等因素使得委员会得出结论认为，杀戮行为是以一种普遍的和系统的方式进行的。因此，在达尔富尔大规模杀害平民的行为可能构成反人类罪。

634. 从委员会搜集并核实的信息来看，匪徒和政府士兵在达尔富尔所实施的强奸或者其它形式的性暴力很明显是普遍而系统的，因此完全构成反人类罪。犯罪人知晓其违法行为是对平民进行系统的攻击的一部分这一事实可以由其它事实推得，即他们知道他们事实上可以不受惩罚。委员会认定这些在达尔富尔实施的性暴力犯罪构成强奸或者性奴役，两者都是反人类罪的具体形式。

635. 委员会认为酷刑已经构成了匪徒和政府部队针对平民攻击的不可分割和稳定的一部分。酷刑与不人道以及降低身份的待遇可以被认为是以一种普遍而且系统的方式实施的，构成反人类罪。另外，委员会还认为在喀土穆 (Khartoum) 所目击到的部队情报部门的拘留中心的情况明显相当于酷刑，因此构成了一种对国际人权法和人道法的严重违反。

636. 估计有超过18,000万人被迫离开家园，目前被安置在遍布达尔富尔的国内无家可归人员站点以及在乍得的难民营当中。委员会认定强迫平民无家可归的行为同时具有系统性和普遍性，因此此类行为相当于反人类罪。

637. 委员会认定匪徒有拐骗妇女的行为，相当于作为反人类罪的强迫消失。[……]

638. 在大多数情况下，攻击的受害者都属于非洲部落，特别是富尔、马萨利特和扎格哈瓦等部落。他们由于政府的平叛政策中的政治原因而受到系统的攻击。以一种歧视性的方式系统而又普遍地掠夺和毁坏村庄的行为主要是要破坏这些人口的生计以及谋生的手段。委员会还认为针对平民

的杀戮、强迫离家出走、酷刑、强奸以及其它形式的性暴力行为都具有歧视性因此构成作为反人类罪的迫害。

639. 尽管委员会没有认定反政府武装组织实施的违法行为具有系统性和普遍性，但却有可信的证据证明“苏丹解放军”和“正义与公平运动”的成员对于严重违反人权和人道法构成战争罪的行为负责。特别是这些违法行为包括谋杀平民和抢劫。

2. 在达尔富尔犯下的罪行构成灭种罪吗？

640. 委员会得出结论认为苏丹政府没有执行灭绝种族政策。可以提出证据加以证明，政府部队及其控制下的民兵实施的严重违反人权的行为中可以推定有两个灭绝种族的要件。这两个要件是，第一，犯罪行为 (*actus reus*)，包括杀戮、致使身体和精神损害或或故意制造可导致身体毁灭的生活条件；第二，根据主观标准，存在受保护团体被犯罪行为人作为犯罪目标的情况。最近的发展已经导致非洲和阿拉伯部落的成员认为他们自己和其他人属于不同的种族群体。部落之间的不和以及围绕着反对中央政权的反政府团体的政治分化本身已经延伸到了身份问题。达尔富尔支持反政府武装的部落越来越被看成“非洲人”，而那些支持政府的则被看成“阿拉伯人”。但是，还是缺乏灭绝种族的关键要素，至少在政府方面如此。一般来讲攻击、杀戮和强迫某些部落成员离家出走的政策不能表明一种以人种、种族、民族或宗教等理由进行区别的全部或部分地灭绝某一群体的故意。相反，计划和组织攻击村庄的人似乎具有将受害人逐出家园的故意，这主要是为了平息叛乱作战的目的。

641. 委员会虽然承认，在某些情况下，包括政府官员在内的个人可能实施了具有灭绝种族故意的行为。但是在达尔富尔的情况下是否如此，是一个只有主管法庭才能在个案的基础上做出的裁决。

642. 政府在达尔富尔没有直接或通过其控制的民兵执行灭种政策这一结论不应当以任何方式被认为减轻其在该地区所犯罪行的严重性。依照具体情况，这些反人类的国际犯罪或者大规模的战争犯罪可能比灭种罪更严重和恶劣。这就是在达尔富尔所发生的真实情况[……]。

3. 谁是犯罪人？

[……]

645. 委员会决定不让这些人的名字进入公共领域。这一决定依据下列三个主要理由：(1) 正当法律程序和尊重嫌疑人权利的重要性；(2) 委员会没有法定的调查和起诉权这一事实；(3) 确保保护目击证人不受骚扰和胁迫的极端必要性。相反，委员会将把人名清单装入密封的文件交由联合国安理会予以保管。委员会建议将该文件移交给主管检察官 (根据委员会的建议，交给国际刑事法院的检察官)，在其认为这些材料适合其调查时再予以使用。另一份密封的多卷本文件装有委员会搜集的大量证据材料将被交给高级人权专员。这份材料也将提交给主管检察官。

646. 委员会提出的它所认定的犯罪人数目不应当被认为是一个穷尽的清单。[……]委员会已经获得了大量的关于在达尔富尔冲突中扮演中重要角色 (包括计划、命令、授权和鼓励袭击) 的许多有影响的个人、机构、个人团体或委员会的材料。这些人包括但不限于在达尔富尔三个州的部队、国家安全和情报机关、军事情报机关和安全委员会。这些机构应当受到详细调查以确定参与攻击和准备活动的个人的刑事责任。

4. 委员会关于确保责任人承担责任所需采取的措施的建议

(1) 安理会应当采取的措施

647. 关于司法追诉机构问题，委员会强烈建议安理会根据《国际刑事法院规约》第13条第2款将达尔富尔的情势移交给国际刑事法院。许多被指控的有证据证明在达尔富尔实施的罪行都具有普遍性和系统性，符合《国际刑事法院罗马规约》的全部标准。苏丹司法系统表示其无能力和意愿对这些犯罪的实施者进行调查和起诉。

648. 委员会认为诉诸国际刑事法院至少有六个主要好处：第一，这家国际法院是针对可能威胁和平与安全的犯罪而设立的。这是安理会可以提起第13条第2款下的法院管辖权的主要理由。对于在达尔富尔地区的犯罪进行调查和起诉将会对和平与安全产生影响。具体来说，这将铲除民族和解及恢复和平关系的障碍，从而有益于或者有助于达尔富尔地区的和平与稳定。第二，由于在苏丹对在该国享有权力和特权并控制着国家机器的人员进行调查和起诉将会非常困难甚至不可能，因此应诉诸国际刑事法院这家唯一真正的国际刑事司法机构，确保正义得到伸张。审判程序将在国际刑事法院所在地海牙进行，这里远离这些人员仍然行使权力而且其追随者仍生活在其中的社会，这一事实将确保一个中立的环境从而

使审判不受政治、意识形态或其它感情干扰。第三，只有得到联合国安理会支持的国际刑事法院的权威性才能迫使苏丹政府中的领导人物和反政府组织的首脑服从调查和可能的刑事程序。第四，这家法院完全的国际成分和一整套完善的程序和证据规则使其成为能够保证法院检察官起诉的人得到真正公平的审判的最适当的机构。第五，国际刑事法院可以不迟延地立即得以启动（如果要设立临时法庭或者所谓的混合或者国际化的法院则会产生拖延）。第六，依照安理会的要求，国际刑事法院的刑事程序不会对国际社会带来重大的财政负担。

649.[……]委员会还建议设立一个国际赔偿委员会，由15名成员组成，10名由联合国秘书长任命，5名由独立的苏丹实体任命。

(2) 苏丹当局应当采取的行动

650.[……]调查委员会因此建议苏丹政府：

[……]

(4) 授权红十字国际委员会和联合国人权观察员可以完全和不受阻碍地会见与达尔富尔情势有关的被关押人员；

[……]

(二) 联合国安全理事会第1593号决议(2005)

[**资料来源：**http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions05.htm]

2005年3月31日安全理事会第5158次会议通过

安全理事会，

注意到国际调查委员会关于达尔富尔境内违反国际人道法和人权法问题的报告(S/2005/60），

回顾《罗马规约》第16条，其中规定，如果安全理事会提出相关要求，在其后12个月内，国际刑事法院不得开始或进行调查或起诉，

[……]

认定苏丹局势继续对国际和平与安全构成威胁，

根据《联合国宪章》第七章采取行动，

1. 决定把2002年7月1日以来达尔富尔局势问题移交国际刑事法院检察官；

2. 决定苏丹政府和达尔富尔冲突其它各方必须根据本决议与该法院和检察官充分合作并提供任何必要援助，并在确认非《罗马规约》缔约国不承担规约义务的同时，敦促所有国家以及相关区域组织和其它国际组织充分合作；

3. 请该法院和非洲联盟讨论便利检察官和该法院工作的实际安排，包括在该区域进行诉讼的可能性，以推动该区域努力消除有罪不罚现象；

4. 还鼓励该法院根据《罗马规约》酌情支持国际社会配合该国努力在达尔富尔促进法治，保护人权和打击有罪不罚现象；

5. 还强调必须促进医治创伤与和解的进程，并在这方面鼓励在非洲联盟和国际社会的必要支助下成立吸收苏丹社会各阶层参与的机构，如真相与(或) 和解委员会，以便补充司法过程，加强旨在恢复持久和平的努力；

6. 决定：没有加入《国际刑事法院罗马规约》的苏丹境外派遣国的国民、现任或前任官员或人员因安理会或非洲联盟在苏丹建立或授权的行动而产生的或与其相关的所有被控行为或不行为皆应由该派遣国对其实施专属管辖权，除非该派遣国已明确放弃此种专属管辖权；

7. 确认：联合国不承担因案件移交而发生的任何费用，包括与案件移交有关的调查费用或起诉费用，此类费用应由《罗马规约》缔约国和愿意自愿捐助的国家承担；[……]

讨 论

1. 你如何对冲突分类？如果苏丹是成员国，《第二议定书》可否适用？《第二议定书》不可适用对委员会的结论是否会有影响？

2. 反政府武装是否受到与政府完全一样的规则的约束？是国际人道法领域吗？国际刑法领域？国际人权法领域？

3. 适用什么人权法规范？政府在什么情况下可以克减一些规范的义务？哪些规范？是否可以克减某些规范的部分义务？苏丹政府是否实际上克减了它应承担的义务？

4. (1) 委员会如何识别习惯国际人权法？它是否考察了非国际武装冲突各方的实际做法？应当这样做吗？

   (2) 第166段中所列举的习惯规则根据的是哪种实践？你能够根据委员会在脚注中提及的有关实践来识别这些不同种类的规则吗？

   (3) 禁止攻击民用目标如果没有规定于《第二议定书》当中，它如何能成为习惯规则？委员会参照《日内瓦公约》关于严重违反的规定是否有相关性？

5. 认定违法行为具有系统性模式与国际人道法有相关性吗？与国际刑法呢？要认定战争罪呢？要识别反人类罪呢？要识别灭种罪呢？

6. 大规模的人口流离失所和大规模的破坏村庄等不可辩驳的事实一定违反国际人道法吗？在达尔富尔的情况下，哪些事实表明了对国际人道法的明显违反？

7. 如果一些反政府武装人员出现在被攻击的村庄，那么第240-251段中描述的对这些村庄的攻击正当吗？政府声明反政府武装人员在某村之内存在因此该村就成为军事目标正确吗（第249段）？

8. 采取预防措施以及遵守《第一议定书》第57条规定的比例原则的义务在国际和非国际武装冲突中都是一样的吗？为什么？是因为可以从战争参与者的实际做法中推理出来吗？是因为它们是遵守实体性规定之必需吗？

9. 委员会认定（第291-292段）即使是由反政府武装用作掩体或者拥有武器的平民也不得加以杀害正确吗？平民在什么情况下失去其受保护地位？

10. 剥夺反政府武装从平民人口中受到的支持这一目的能够证明强制平民人口离家出走的正当性吗？

11. 报告中提到的强奸和性暴力事件是否提出了关于可适用的国际人道法的解释或者充分性问题？

12. 在非国际武装冲突中的每一次拘留都要由法院审查吗？在国际武装冲突中呢？

13. 在非国际武装冲突中，警察部队是攻击的合法目标吗？在国际武装冲突中呢？在这两种类型的冲突中警察部队具有不同的地位之理由何在？

14. 在达尔富尔，灭种罪的哪些要件得到满足？哪些要件没有得到满足？为什么灭种故意不能从违法的形式中推定出来？

15. 国际犯罪的刑事责任的形式有哪些？对哪些犯罪而言参与国际犯罪的人应承担责任？只对那些具有共同目的犯罪行为承担责任吗？还是对其他参与者在共同目的之外所实施的犯罪行为也要负责？

16. 反政府武装集团的领导人比政府武装部队的领导人更容易逃脱指挥责任吗？

17. 为什么在达尔富尔的国际犯罪的实施者要被送到国际刑事法院？如何才能达到这一目的？

18. (1) 在什么情况下第三国可以对国际犯罪行使普遍管辖权？即使在非国际武装冲突中也是如此吗？他们有义务行使这种管辖权吗？

    (2) 当得到安理会的授权时，国际刑事法院比第三国行使国际犯罪普遍管辖权的义务拥有优先权吗？

19. (1) 苏丹尽管不是《国际刑事法院规约》的缔约国，但仍有与国际刑事法院合作的义务吗（参见**案例15.** 国际刑事法院，第634页）？

(2) 苏丹可以根据《国际刑事法院规约》第17条因为苏丹自己将对被指控的犯罪人进行调查和起诉从而援引补充原则并主张该案不可受理吗（参见**案例15**. 国际刑事法院，第634页）？

(3) 《国际刑事法院规约》的缔约国（参见**案例15**. 国际刑事法院，第634页）有义务就苏丹问题与国际刑事法院合作吗？有什么法律依据？非《国际刑事法院规约》缔约国有义务就苏丹问题与国际刑事法院合作吗？有什么法律依据？

(4) 联大第1593号决议第6条是《国际刑事法院规约》第16条下的移交吗（参见**案例15**. 国际刑事法院，第634页）？其有效期只有12个月吗？

20. 谁必须对违反国际人道法的行为支付赔偿？谁有权接受该赔偿？尽管在条约中这种义务只是针对国际武装冲突而言的，为什么非国际武装冲突中也存在这种义务？