

二十一、南非

案例139. 南非，萨加里乌斯及其他人案

案 例

[资料来源: *South Africa Law Reports*, vol. 1, 1983, pp. 833-838; 原文为南非荷兰语, 非正式译文。]

国家诉萨加里乌斯及其他人

(西南非洲法庭)

1982年5月24-28日; 6月1-2日由白求恩法官审理

[……]

刑事审判。事实见判决理由。

希姆斯特拉 (*J. S. Hiemstra*) 代表国家

奥林 (*B. O'Linn SC*) (蒂克 (*P. Teek*) 和卢博斯基 (*A.T.E.A. Lubowski*) 为其助理)
代表被告。[……]

白求恩法官: 今年2月24日, 依照1967年第83号法律的规定, 三名被告被认定犯有恐怖活动罪。有充足的证据指向其犯罪。

简而言之, 证据证明3名被告是“西南非洲人民组织”的一个有22名成员的团伙的一部分, 这个团伙于去年4月携带轻型武器、弹药以及爆炸物从安哥拉越境潜入南非。该团伙随后分成几个小组, 但在与国防军多次交火之后, 除了这3名被告之外, 所有其他成员要么被消灭要么被赶过边境。众所周知, 该团伙的成员身着“西南非洲人民组织”武装人员所穿的特有制服, 而且他们与国防军的交火都发生在所谓的战争情势下。这3名被告在向西南非洲北部边境撤退的过程中被俘。[……]

[……]

在恢复审判时[……。与判决有关的证据涉及德国殖民统治时期及其前后期间的历史事件, 特别是涉及自从第二次世界大战以来所产生的政治和宪法问题。

在辨方第一个证人作证之后，代表国家的希姆斯特拉先生缺乏关联性为由对其证词提出异议，认为没有证据证明在被告实施犯罪时，其所提到的这些事件以任何方式对任何被告产生过影响。但是我还是允许辨方继续出示其证据[……]。我应当以有利于被告的方式接受与辨方证人提出的证据有关的这些事件可能确实在被告实施犯罪时对其心理状态产生一定影响。这些导致“西南非洲人民组织”武装冲突的事件的影响持续多年而且相当广泛。[……]

另外，似乎“世界法院”和联合国组织的权力机关将南非继续留驻西南非洲定性为非法，而且国际社会大多赞成这一观点。

即使被告事先不知晓该事实，他们在南非之外进行训练时“西南非洲人民组织”的支持者也很可能告知他们。很显然，这3名被告在离开南非时都是年轻人。考虑到所有这些情况，他们很可能认为自己的行动是在国内外都受到强大支持的合法的冲突。证据还涉及这样的事实，即在国际法上有一个趋势是赋予身穿特有制服公开参与同殖民者、种族主义或者外国政权的武装冲突的俘虏以战俘地位。但在这一问题上作证的迪加尔 (Dugard) 教授对此予以澄清，认为这种承认依据的是一种契约性基础。像南非和英国等没有接受有关议定书的政府不受其约束。按照我的观点，迪加尔教授关于法院不能够简单地宣布被告必须受到战俘待遇的观点是正确的，但是在决定是否判处死刑时必须考虑国际法上的趋势。

关于这一点，我谨转录他的下面几段证言：

南非没有签署《第一议定书》，也没有批准或加入1977年的几个议定书。因此，很明显南非不受《第一议定书》的约束，因而它没有依照该条约给予“西南非洲人民组织”成员战俘待遇的义务。

尽管南非不受该条约的约束，但我认为有证据支持这一观点目前已经成为习惯国际法之一部分、国际法的普通法之一部分的想法。我的裁决是这一主张尚不成熟，因为尚未证明《第一议定书》是约束未批准该公约的国家的国际法之一部分。

是的，我在裁决中已经表明了南非法院除了行使对“西南非洲人民组织”的刑事管辖权之外别无选择，法院不能够简单地命令给予“西南非洲人民组织”成员以战俘待遇。但是，考虑到1977年《日内瓦公约》的《第一议定书》所反映出的国际人道法方面的新发展并考虑到纳米比亚的特殊地位，我的意见是在判处刑罚时要考虑这些因素，而且具体来说我的观点是在涉及死刑问题时法院应当考虑这些发展，因为1949年《关于战俘的公约》明确规定，除非构成战争罪，拘留国不得因战俘在被俘之前的行为而将其处死。

奥林先生认为，根据武装冲突的程度，重刑不会有任何威慑作用。我不同意这一主张。可能会出现已经决定参与武装冲突的人也许为法院所判处的刑罚所阻止的情况，但这些法律规定还适用于可能考虑实施（由法律界定的）恐怖行为的该国任何其他公民。我认为这些人肯定会留意法院所判处的刑罚。[……]

希姆斯特拉先生认为，判处重刑有利于社会。但是，从确凿的证据可以看出，这个国家的大多数人口以及国际社会都认为被告的行为并不严重。另外，被告可能是被其他人为了政治利益而利用。自己不准备冒武装冲突之风险的人去影响年轻人实施此类行为是很正常的。

这3名被告都非常年轻，而且没有前科。我认为，他们在离开南非之后就陷入一系列自己难以或者失去控制的事件当中。根据3号被告对警察所做的陈述，在他发现承诺让其在南非之外进行的培训所包含的准确内容时，他似乎感觉幻想破灭了。他们在军训开始之后要离开极其困难，甚至有生命危险。在一定程度上是咎由自取的这种状况本身虽然并不是他们从事这些行为的正当理由，但却是在对其量刑时必须予以考虑的一个重要因素。从另一方面来讲，被告本应预见他们和越境团伙所实施的行为（如铺设地雷和破坏铁路轨道）会导致无辜者的死伤。尽管我的意见是这并非必须判处死刑的案件，但我赞成判处长期拘禁。[……]

作为辩方所指出的重刑不会对“西南非洲人民组织”成员产生威慑的观点，起不到暂缓任何部分判决的效果。

据此，判决如下：

1号和2号被告：9年监禁

3号被告：11年监禁

讨 论

1. 本案的“战争状态”是国际人道法中的国际还是非国际武装冲突？被告从安哥拉越境潜入重要吗？南非驻留纳米比亚是合法还是非法？南非政府能够被界定为“种族主义政权”吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条、《第一议定书》第1条第4款和第96条以及《第二议定书》第1条。）
2. (1) “西南非洲人民组织”是一个民族解放运动吗？如果是，是因为纳米比亚的国际地位吗？是因为受到国际社会的承认吗？“西南非洲人民组织”是否被认为是一个民族解放运动有什么意义？“西南非洲人民组织”要成为一个与南非作战的民族解放运动就必须代表南非人民吗？还是它只代表西南非洲人民就足够了？其民族解放战争是指这里的针对作为“殖民统治”、“外国占领”或“种族主义政权”的南非的战争吗？（比较《第一议定书》第1条第4款。）

- (2) 如果“西南非洲人民组织”正式宣布愿意遵守并适用《日内瓦公约》及其《议定书》，他们就能适用于这一冲突吗？（比较《第一议定书》第96条。）
3. (1) 鉴于只有163个国家是《第一议定书》的缔约国（比较：截至2005年7月四个《日内瓦公约》共有192个缔约国），这表明其第1条第4款的实际作用或价值很小或没有吗？尤其是因为以色列和南非不是缔约国？为什么？
- (2) 该《议定书》中所反映的原则都不是习惯国际法并因此对南非没有约束力吗？1982年习惯法下的国际武装冲突法适用于民族解放战争吗？考虑到南非于1995年成为《第一议定书》缔约国，根据当今习惯法又将如何？像《第一议定书》第1条第4款这样的规则如何能够成为习惯法？
- (3) 虽然法院不承认《议定书》是习惯法的反映，法院考虑和使用《议定书》还有什么意义？你如何认为约翰·迪加尔教授对《议定书》地位的评价？
4. 如果适用国际武装冲突法，被告有战俘地位吗？如果他们是战俘，可以在这一判决中对其判刑吗？
5. 根据国际武装冲突法，如果被告在其军事作战期间没有穿特有制服会有什么影响？根据法院的方法呢？（比较《第一议定书》第43-44条。）
6. 迪加尔教授是否正确地指出《日内瓦第三公约》“明确规定，除非构成战争罪，拘留国不得因战俘在被俘之前的行为而将其处死”？（比较《日内瓦第三公约》第85和100条。）
7. 根据国际人道法，如果被告“预见他们和越境团伙所实施的行为（如铺设地雷和破坏铁路轨道）会导致无辜者的死伤”，他们应当承担刑事责任吗？（比较《第一议定书》第51、57条和第85条第3款。）
8. 如果不适用国际武装冲突法，非国际武装冲突法一定适用吗？本案判决符合该法吗？

案例140. 南非，S诉佩塔内

案 例

[资料来源：South African Law Reports, vol. 3, 1988, pp. 51-67。]

S诉佩塔内 开普省法庭

[……]

波斯蒂 (Postea) ([1987年]11月3日)

康拉迪 (Conradie J): 被告因被控犯有3桩恐怖主义罪行，即违反1982年第74号《国内安全法案》第54条第1款的行为，而被起诉到本法庭。他还被指控犯有3桩故意谋杀罪行。[……]

在要求[……]被告进行答辩时，他予以拒绝。于是对每一桩罪行进行无罪辩护[……]。

被告申明的观点是本法庭对其无管辖权。

随后我对其提交的关于管辖权问题的主张进行了审理。在审理该主张的过程中我开始怀疑他所提出的观点是否真正是一个完全的管辖权问题。这一问题在其早期形成阶段曾经是这种问题。根据《日内瓦公约第一议定书》的规定，被告有权享受战俘待遇。战俘有权要求把即将对其罪行进行的指控通知给被指定来照看战俘的所谓“保护国”。如果这种通知是必须的，没有通知就无法进行审判，多农 (Donen) 先生认为应当在提交证据之前对于是否有必要给予通知做出裁决。[……]

《第一议定书》第45条第1和2款包含如下规定：

1. 参加敌对行动而落于敌方权力下的人，如果主张战俘的身份，或表现为有权享有这种身份，或其所依附的一方通知拘留国或保护国代其主张这种身份，应推定为战俘，因而应受第三公约的保护。如果对于任何这类人是否有权享有战俘身份的问题有任何怀疑，这类人在主管法庭决定其身份以前，应继续享有这种身份，因而受第三公约的保护。
2. 如果落于敌方权力下的人不被认为是战俘，并由该方就敌对行动中所发生的罪行予以审判，这样的人应有权在司法法庭上提出其享有战俘身份的权利主张，并要求对该问题予以裁决。依据适用的程序，如果可能，应在审判罪行前先进行这项裁决。

没有必要引用第45条第2款的其余部分。

如果《议定书》的规定被认定可以适用，我应受到这些规定的约束，因此达不到其中的效果就可能构成违法。我所说的“可能”构成违法是因为按照我的看法，该条明确规定了授权适用《议定书》的情况，因此摆在法院面前的唯一问题就是个人战俘受到保护的权利。

按照我的观点，这种辩解提出的问题不是管辖权问题。一名提出这种辩护的战俘断言，他虽然故意杀死或伤害了他人或者损坏了他们的财产，但并没有犯任何罪。在“R诉基瑟皮等人案” (*R v Guiseppe and Others*, 1942 TPD 139) 中，马

兰 (Malan) 法官根据未告知保护国而予以定罪即为违规这一理由撤销了对一名意大利战俘的定罪。他没有认定法庭 (即本案件中的治安法院) 没有审判罪犯的管辖权。对于地方法庭不应受理被告行为的建议来说, 该案没有权威性。的确, 《第一议定书》第45条第1款规定了这类战俘的身份应当由主管的地方法庭进行裁决。[……]

1949年8月12日, 四个被称为《日内瓦公约》的条约在瑞士日内瓦签署。今天, 这些公约中的唯一一个与我有关的公约是1949年8月12日《关于战俘待遇的日内瓦公约》。

南非是缔约国之一。根据《红十字国际评论》(1987年1月/2月, 第256号), 截至1986年12月31日《日内瓦公约》共有165个缔约国。这几乎包括了世界上的所有国家。当然其中一个条款规定了其适用的范围。除了共同第3条之外, [……] 它们适用于国家间的战争。

在第二次世界大战之后, 出现了许多不能被定性为国际性的冲突。因此有些国家认为需要将《日内瓦公约》的规定进行延伸和补充, 以便对属于这些公约范围之外的冲突中的受难人和战斗员给予保护。这些努力的结果就是于1978年12月7日生效的《日内瓦公约》的《第一议定书》和《第二议定书》。

《第二议定书》涉及非国际武装冲突受难者的保护。由于按照《第二议定书》在南非的事件被定性为一种国际武装冲突, 因此《第二议定书》与我毫不相干。[……]

四个《日内瓦公约》共同第2条当中规定:

“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。”

《第一议定书》第1条第4款通过如下规定对第2条进行了扩大和延伸:

“上款所指的场合, 包括各国人民在行使庄严加载联合国宪章和关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作的国际法原则宣言的自决权中, 对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突。”

《日内瓦公约》第2条范围的扩大在通过时曾有过争论。根据博思 (Bothe)、帕尔奇 (Partch) 和佐尔夫 (Solf) 的《武装冲突受难者新准则》(1982年) 一书, 关于该条的争论几乎贯穿于第一次会议的整个期间。

该条仍然存在争论。更多的争论是关于其适用的领域而非《第一议定书》的其它条款。它已经因为将一些政治目标引入人道法中, 因此使得国家很难承

认其可适用性而备受批评。它还因为用语含糊而受到批评。(参见安德鲁·博罗戴尔 (Andrew Borrowdale), 《“战争法在南非”: 不断加剧的争论》第十五部分, 1982年, 奇尔萨, 第41页。)因此, 虽然实际上全世界每个国家从政治上来说都同意《日内瓦公约》的准则应当适用于传统的国际武装冲突, 但很少(如下文所述)对将这些条款延伸适用于被定性为“国际”的新型冲突感到满意。

南非是一个尚未加入《第一议定书》的国家。但是, 《第一议定书》是否已经成为习惯国际法的一部分[……]作为一个先决问题要求我做出裁决。果真如此的话, 可以认为它已经被纳入南非法律当中。如果它已经以这样的方式纳入, 就应当由某个当事人证明在被告被指控实施其罪行时已经存在的骚乱完全可以被认为是“人民”在行使其“自决权”时针对“种族主义政权”所进行的“武装冲突”。一旦所有这些都得到证明, 应当向法庭证明被告是以有权获得《第一议定书》关于战斗员的权益的方式而行为的, 比如, 宽泛地讲, 他在发动攻击时将其自身区别于平民而且没有攻击平民目标。[……]

上诉法庭承认习惯国际法在与国内制定法或普通法不相冲突的前提下, 可在国内直接适用。上诉法庭阐述了习惯国际法规则所具有的属性使其可以在南非得以适用。它应当要么被普遍承认, 要么得到该国的同意。在证明这一点时, 法庭参照了奥本海 的《国际法》一书第8版第1卷第39页的一段话, 它阐明了关于承认一项习惯国际法规则是英国法的一部分的普遍承认或者国家同意的条件。因此我们的法律和英国法律在这一点上是一样的。

[……]国家的一种惯例要成为习惯, 国际法不要求普遍承认。

[……]我认为如果一项习惯国际法规则被国际法所认可, 它也应当被我们的法律所承认。[……]

习惯是国家认为具有法律约束力的惯例:

“从理论上可以这样认为: 只要而且一旦国家通常实施的一系列国际行为被认为是法律义务或法律权利, 可以由此行为中提取的规则就是一项习惯国际法规则。”

(奥本海 (见前引著第1卷, 第27页。)) 国家的行为是指国家实践。关于这种行为是法律权利或义务的看法被称为法律确信 (*opinio juris*)。

范胡夫 (G J H van Hoof) 的《国际法渊源的反思》(1993年) 一书就是许多支持这种双要素方法的作品之一。他在该书第93页表示该书

“支持国际习惯的实践定向性, 这要求形成这种通过惯例 (*usus*) /习惯法出现的规则的内容要建立在重复的基础之上。没有在类似情况下重复

类似的行为，就不可能有习惯，而没有习惯就不可能有习惯法。因此，这种有时被忽略的事实表明，虽然法律确信使一个规则成为国际法规则，但却是惯例使其成为习惯法规则。”[……]

有些学者支持只有国家实践不足以产生一项习惯国际法规则的观点，而其他学者则认为仅有法律确信就足够了。[……]

我认为，在科学技术快速发展的领域，如外空探测，如果所有有关国家都同意其行为应受一个特定规则的支配，该规则的产生可能只有很少或者没有可以得到证明的实践。的确，将这种同意变成实践可能不会发生。正如范胡夫（见前引著）在第86页所指出的一样，可能最好将习惯国际法视为不是由习惯所产生，而是来源于一种新的不同渊源。

我还认为，习惯国际法可能非常快地以这种方法产生出来，但是在被我国国内法认为纳入南非法律之前，这种习惯无论产生于惯例和法律确信还是仅由后者产生都至少必须被广泛承认。

多农先生说，通过近乎普遍的国家实践，《第一议定书》的规定已经变成习惯国际法，而且由于是南非法的一部分，因此它要求本法庭适用其规定。他主张，这种导致《第一议定书》的规定成为习惯国际法之一部分的国家实践就是世界上几乎所有国家在联合国经常谴责该国政策时的态度。依我看来，这一主张有几个问题。

首先，联合国大会通过的决议是否都可以被界定为国家实践是有疑问的。范胡夫（见前引著第108页）认为，关于什么可以被认为是国家实践并没有完全一致的看法[……]。阿库斯特 (Akehurst) 关于习惯的详尽研究表明，很难从理论上说明一种特定类型的行为是否可以被认为属于惯例。阿库斯特本人使用极其广义的惯例的概念。国家的几乎所有行为都包括在内。关于这一点的例证是他关于国家抽象地 (*in abstracto*) 声明的意见：

“不考虑国家对于国际法的内容做出抽象的宣告性决定和其它声明，就不可能研究现代国际法。”

这样的陈述的确是正确的。但是它没有考虑到这种决定或宣告可以被归类为产生习惯的惯例。它们可能构成法律确信，如果按照与惯例完全一致的规则进行表述，就会产生一项习惯国际法规则。在这个意义上，阿库斯特正确地表示

“当国家宣告某项规则是习惯法的时候，将这种宣告归类为习惯法之外的某种东西是不自然的。”

但是，如果没有在先的惯例，这种声明就不能够产生习惯规则，当然除非这种宣告本身被同时当作惯例来对待。但是，得出后一个结论过分地扩大了惯例的概念。正如其正确的评述一样，“重复的宣告最多会导致形成这种声明的习惯或做法。”

正如上文已经反复说明的一样，通过将完全不是以实践为基础的立法方法囊括在内而将习惯法的实践定向性质非自然化是危险的。这破坏了国际法的渊源所必须提供的确定性和明确性。对此可以拿《世界人权宣言》作为例子。有人认为，随着时间的推移，其规定已经转变为习惯国际法。这种观点通常以支持这一宣言的国家引用的抽象声明或者后续的决议或条约对该宣言的参照来证实。有时还指出其规定已经被纳入国内宪法当中。但是假如做出此类声明或者按照与《世界宣言》相一致的方式起草宪法的国家同时却以一种构成对其条款的公然违反的方式对待其国民（如不与大规模的消灭作斗争，实施酷刑或者未经公正审判而将人民予以长期监禁）又会如何呢？即使是抽象的声明或者正式规定在宪法当中被认为是一种国家实践，无论如何必须比照如上所述的具体行为对其进行评价。

按照这位作者的观点，最好的观点似乎是只有国家实际的、具体的和/或特定的行为才是与惯例有关的行为。如其所说，很难从理论上对其下一个定义，但下列文字似乎可以提供一些有用的线索：

“所要求的实践之实质是国家在国际上做了或者放弃做某些事情[……]。值得强调的是，作为形成习惯的物质因素，国家实践是物质性的：它包括国家对于特定个人、船只、确定的领土区域的行为，每一个行为都构成主张或否定某种与特定的冲突结果有关的请求。”

我认为，说谴责南非的做法只是对其国内政策的一种一般性的嫌恶是正确的。但从这些谴责当中无法得出习惯国际法规则的内容。我完全不理解对南非的谴责（甚至将种族隔离贴上反人道罪的标签）如何能够得出《第一议定书》已经被提出这些谴责的国家承认为习惯国际法的一部分这样的推论。我认为由于《第一议定书》的批准是对所有国家开放的，因此几乎不可能推定为接受其规定。

特别是联合国的决议如果不是与表明决心的国家自己承诺要做的事情有关，而是与它们要求其它国家要做的事情有关，就不能被认为是国家实践的证据。习惯国际法建立在实践之上，而不是建立在坐而论道之上。

的确，达马托 (Damato) 的《习惯国际法的概念》(康奈尔大学出版社1971年版) 提出了即使国家提出的请求也不能被视为国家实践的观点。国家必须行动。

“什么是国家的‘行为’？在大多数情况下国家的行为很容易辨认。国家发射人造卫星、试验核武器、接受大使、课征关税、驱逐外国人、抓获海盗船、在大陆架上安装钻井平台、检查中立国船舶以及通过其国民和代表从事成千上万种类似的行为。而另一方面，请求并非行为。作为一个日常实践问题，国际法主要关注的是相互矛盾的国际请求。但是请求本身尽管表达了某种法律规范，仍然不能构成习惯的物质因素，这是因为国家在提出请求时还没有做任何事情；在其采取实施行为之前，请求作为国家实际上将要做什么的一种预言是没有什么价值的。”

麦吉本 (MacGibbon) 在 (郑斌 (音译, Bin Cheng) 主编《国际法教学实践》一书中) 标题为“国际法识别的方法”副标题为“联大决议：习惯做法与错误识别”的一章中得出结论认为，联大决议既不能产生新的习惯国际法，也不是国家实践的证据[……]。

按照麦吉本的一个似乎是必然逻辑的观点，联大决议也不能构成产生习惯的法律确信：

“如果法律确信的存在有疑问，那么要寻找的就是国际法院在‘北海大陆架’案中所描述的对于涉及一项法律义务的规则的一般承认的证据。要专门集中在联大决议上进行这种寻找就一定会证明是无益的，因为这种本质上属于劝告性质的文件不能够具备这种品质。问题再次回到了对于先前所提问题的回答：国家在对一个决议投赞成票时为什么要投票？而且与先前一样，答案只能是：它们投票是因为他们知道这仅仅是一种劝告。这种投票无法传递法律确信一词所必不可少的法律义务的含义。[……]”

(麦吉本 (见前引著第23页)。)

瑟尔维 (Thirlway) 的《国际习惯法与编纂》一书也充分阐述了同样的观点，他在第58页写道：

“仅抽象地主张存在一种法律权利或法律规则并不是国家实践行为，但是假定国家主张它不受所指称的规则的约束，可以将它作为被请求国承认被这项指称存在习惯规则的例证。更为重要的是，这种主张可以作为国家实践和存在法律确信两方面的补助证据；但却只能作为补助证据，而不能作为为了评价其一般性之目的对国家实践进行总结而包括在内的一个因素。”

[……]该原则唯一而明显的一个例外（并非真正的例外）是国家在批准或加入一项多边条约时直接或间接主张至少是将来而且是对于该条约的缔约国而言存在一项法律规则的行为。正如在一段时期内各国所缔结的一系列对于它们之间关系的同一问题全部一致地采纳相同的解决方案的双边条约可以导致新的习惯国际法规则的产生一样，对一项规定在特定领域规制国家未来关系的一般规则的条约的普遍批准也有类似的效果。此处的实践在每个国家不仅主张其对有关规则的愿望甚至存在，而且还以明确而正式的决定承认该规则在该条约范围内规制它们自己在将来的分歧方面的利益这个意义上来说是具体的。由于这个原因，正如国际法院在“北海大陆架案”中所指出的，一项习惯可能仅仅因为一项正在编纂的条约的一般性的（而非普遍性的）批准而产生。

我认为，产生国家实践的《第一议定书》的问题是它的规定还不能被更多的国家遵守。1977年底当该条约首次开放批准时，只有几个存在殖民统治或者占领他国的国家，而且只有南非和以色列两个国家被认为属于种族主义政权的第三类国家范围之内。因此，《第一议定书》旨在规制的是很少国家面对的情况；在我看来，由于国家太少，无法得出在涉及《第一议定书》规定的这些种类的武装冲突当中的一般做法。[……]

多农先生主张在特定情况下多边条约的规定可以成为习惯国际法。我认为这是正确的。原则上似乎没有理由认为为什么条约规则不能获得比在缔约国之间更为广泛的适用。

布朗利 (Brownlie) 在其《国际法的原则》第3版第13页认为条约的非缔约方可以通过其行为承认一项多边条约的规定代表一般国际法。范胡夫在其前引著第109页写道：

“大多数作者都同意，条约应当被认为是可以产生习惯国际法规则的国家实践。他们得到国际法院在‘北海大陆架’案中所作声明的支持，法院认为‘这一程序无疑是完全可能的而且是经常发生的。它的确构成一种公认的形成新的习惯国际法规则的方法’。”

条约确实可以被认为是一种惯例，但是对此需要注意若干问题。首先，有关条约必须足够具体而明确地描述习惯规则的内容。另外，当然更为重要的是条约要对其缔约国有约束力。因此，能够产生习惯规则的问题仅仅与非缔约国有关。非缔约国要形成习惯国际法，就必须表达与其有关的法律确信。但是要得出它们确实已经这样做了的结论，必须谨慎从事。[……]同样，似乎在对所有国家开放批准的多边条约的情况下，构成“以习惯的方式加入”的法律确信必须很明确。在这种情况下国家不准备批准条约的事实也并非没有意义。

我倾向于不批准条约是一种不予承认的强有力的证据的观点。

斯塔克在前引著第43页评论道：

“仅仅一项多边公约有许多缔约国这一事实并不意味着其规定具有约束非缔约国的国际法的性质。一般来说，非缔约国必须以其明确的行为证明承认这类规定是一般国际法规则的意图。国际法院1969年在‘北海大陆架’案的裁决中说明了这一点，它认为确定共同大陆架划界的等距线规则的1958年《关于大陆架的日内瓦公约》第6条后来没有为非缔约国联邦德国以必要的明确方式所承认。”

假设目前《第一议定书》已经被国际社会热情地接受，而且假设这是一部尽管南非不同意但仍然约束它的良法，我们面对的是在都没有接受《第一议定书》的双方在南非卷入所谓“武装冲突”的情况。我现在予以说明。

被告的律师将其定性为“武装冲突”者一方是南非国家，另一方是“南非非洲人国民大会”（非国大），被告已加入后者的军事组织“民族之矛”并成为其成员。

辩方律师提出，“非国大”加入了《议定书》，它有权按照第96条行事。但是这种看法要受到严重质疑。安德鲁·博罗戴尔在其《“战争法在南非”：不断加剧的争论》一书第41页写道：

“1980年10月20日，‘南非非洲人国民大会’主席奥利弗·坦博 (Oliver Tambo) 将其亲自签署的下列声明交给了红十字主席：

‘南非非洲人国民大会在此宣布它愿意遵守适用于武装冲突的国际人道法一般原则并受其支配。

只要实际上可能，‘南非非洲人国民大会’将尽力遵守1949年8月12日关于武装冲突受难者的四个《日内瓦公约》以及1977年关于保护国际武装冲突受难者的《第一议定书》。’ [……]”

但是，博罗戴尔得出结论认为“非国大”的宣言

“似乎不是在第96条第3款的背景下做出的。首先，它似乎不是致送给或者存放于第96条第3款所指的存放处即瑞士联邦委员会的。其次，非国大没有承诺无条件地适用1949年《日内瓦公约》及其1977年《第一议定书》，而是只要实际上可能才遵守它们。[……]”

[……]

不过，尽管冲突每一方都不承认自己受该《议定书》约束，多农先生仍主张该《议定书》对双方都有约束力。这一主张意义深远。这里双方之一不是国家，它们只不过在一件事情上达成协议。它们因自身的原因，似乎都不要求《第一议定书》对平民或战斗员的保护。如果一个国际法庭审理双方之间关于《第一议定书》约束力的争端，它将会面临双方当事人都不要求适用的主张。我还没有发现一项习惯国际法规则或者指称的规则适用于这种情况下的案件。几乎不可能有这种案件，因为习惯国际法建立在一致同意的基础之上。对于这种主张，可以参考奥本海《国际法》第8版第1卷第15-18页以及上文已经引用的范胡夫的著作第97页的论述。[……]

我所听到的代表被告的观点，即迪加尔教授在《南非法律年鉴》(1983年)第66页的文章中的评价“越来越坚信地主张根据当代国际法，西南非洲人民组织”和“非国大”的成员都是有权按照1977年《第一议定书》所发展出来的新的习惯规则，享受战俘地位的解放运动成员”是正确的，并没有将我说服。根据争论中我所听到的，我不同意他关于越来越支持《议定书》反映了一个新的习惯国际法规则的观点。他没有引证任何支持这一主张的作者。到处都有人说可能有一天这会发生。我并不确信有关《第一议定书》适用范围的规定能够成为习惯国际法规则，但我今天必须对此做出裁决。

基于我所给出的上述理由，我得出结论认为在习惯国际法上《第一议定书》的规定尚未得到承认。因此它们不构成南非法律的一部分。[……]

在该结论中，先决问题被驳回。审判必须进行。

讨 论

1. (1) 国际人道法对保护国规定有哪些任务？
 - (2) 通知保护国对战俘的审判达到什么目的？(比较《日内瓦第三公约》第104和107条。)
 - (3) 如果保护国的法院没有通知保护国对战俘的审判会产生什么后果？如本案被告主张的该法院因此对其审判失去管辖权吗？或者是没有这种通知审判就不能进行？通知问题因此是一个管辖权或者程序性问题吗？(比较《日内瓦第三公约》)第104条和《第一议定书》第45条。)
2. (1) 如果《第一议定书》对南非有约束力，法院为什么还指出，即使在本案中，没有实施其规定也只是“可能构成一种违规”？

- (2) 虽然南非当时不是《第一议定书》的缔约国，被告人在什么条件下可以援引其规定？如果《第一议定书》可以适用，对于被告有什么后果？审判可以进行吗？他有战斗员地位吗？法院可以对此问题做出裁决吗？如果它具有战斗员地位，他可以因为恐怖主义行为而被判刑吗？他可以因为杀害南非士兵而被判刑吗？如法院的主张，他要获得或者维持战俘地位，就一定不得攻击平民目标吗？（比较《第一议定书》第44和45条。）
- (3) 即使《第一议定书》作为习惯法约束南非，冲突双方也不因为其可适用性而受《第一议定书》的约束吗？“非国大”是该议定书的缔约方吗？它受习惯法约束吗？如果《第一议定书》第1条第4款是习惯法，“非国大”正式宣告遵守和适用《日内瓦公约》及其议定书符合《第一议定书》的第96条吗？如果该议定书第1条第4款是习惯法，尽管南非政府和“非国大”都不希望适用，国际武装冲突的习惯国际人道法仍适用于二者之间的冲突吗？
3. (1) 形成一项习惯法是首先有惯例而后有法律确信吗？还是这两种因素同时出现？是一些证据资料证明惯例而另外一些证明法律确信，还是全部都同时证明惯例和法律确信？
- (2) 习惯法是以国家的承认为基础还是以它们的观点为基础？对该问题的回答重要吗？你能想象一项规则成为习惯法与否取决于对该问题的回答吗？
- (3) 习惯国际人道法也能够从诸如外交声明、承诺和宣言等国家行为中得出吗？后者是惯例吗？证明惯例的只能是行为吗？语言也行吗？各方的请求一定是相矛盾的，还是它们也能够证明对于一项规范的同意？如果宣言也算作实践的话，他们必须针对一种实际情势，还是它们也可以是对于（即赞成）规则的抽象声明？一项规则可以仅仅依靠抽象声明而成为习惯吗？如果交战者的实际行为与这些抽象声明不一致呢？
- (4) 联合国大会的决议构成国家实践吗？重复宣告“最多只是发展做出这种宣告的习惯和做法”吗？禁止酷刑的情况如何呢？禁止实施酷刑的习惯法因为一些国家实行酷刑而不存在吗？但是如何解释这些国家大多数都否认实施酷刑这一事实？这种否认不构成法院所说的一种具体行为吗？达马托会同意吗？
- (5) 对《第一议定书》的批准（连同其它国家的实践）是一种能够使其所有规定成为习惯的国家实践的情况吗？不批准一项条约是其不承认的强有力的证据吗？不批准是表明对该公约所包含的所有规则的不承认还是可能仅仅其中一部分？因此，不批准《第一议定书》自动地意味着《第一议定书》第1条第4款不是习惯法吗？
- (6) 一旦一项规则被订入一项多边条约当中，它是否是习惯的问题就只跟非缔约国有关吗？在评价它是否是习惯时只能考虑它们的实践吗？对于在一项像《日内瓦公约》一样被广泛承认的公约中订立的规则，这一点意味着什么？
- (7) 1977年缔结《第一议定书》时第1条第4款中列举的“种族主义政权”类别仅限于极少数国家（其中之一为南非）这一事实不可能证明该条为习惯法所必需的一般做法吗？如果不可能，是因为这些国家选择不受该议定书约束吗？即使几乎所有

其它的国家都认为《第一议定书》可适用于这种情势也是如此吗？如果一项情势极少发生或者仅在几个国家发生，规制该情势的规则绝对不能成为习惯国际法吗？法院在该问题上的观点与其关于什么属于惯例的理论有关联吗？

- (8) 即使南非反对，一项国际人道法规则也能成为习惯吗？尽管南非从未承认一项习惯国际人道法规则，南非法院也必须适用吗？即使南非反对作为《第一议定书》中的条约法的规则？尽管南非坚持反对该项规则？
- (9) 《第一议定书》中所反映的原则没有一项是习惯法并因此约束南非吗？1987年习惯法中的国际武装冲突法适用于民族解放战争吗？考虑到南非在1995年成为《第一议定书》的缔约国，依据当今习惯法呢？像《第一议定书》第1条第4款这样的规则如何能够成为习惯？
4. 你同意《第一议定书》第1条第4款将政治目标引入人道法的批评吗？《第一议定书》第1条第4款引入任何东西了吗，亦即它是战争法中的一个创新性发展还是仅仅反映了现存的国际法？第1条第4款导致武装冲突双方在国际人道法面前不平等的情况吗？第1条第4款违反了战中之法（*ius in bello*）与战争之法（*ius ad bellum*）之间的区别吗？（参见**案例61**. 美国总统拒绝签署《第一议定书》，第985页。）
5. 国际习惯法在你们的国内法中占据什么位置？在南非国内法中呢？习惯法必须得到普遍认可然后才可以或必须纳入你们的国内法中吗？

案例141. 南非，阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案

案 例

[资料来源：Constitutional Court of South Africa, Case CCT 17/96, July 25th, 1996.]

阿扎尼亚人民组织 [……]

诉

[……]南非共和国总统

判 决

[……]

- 1) 对国家的政治工具保持着完全控制的少数人与寻求抵抗这种统治的多数人之间深刻的冲突曾在几十年的时间内支配着南非的历史。[……]

- 2) [……]在19世纪早期[……]谈判产生了一部致力于朝着一个以保护基本人权为基础的、更为公正的、有正当理由可辩解的以及民主的秩序转型的临时宪法。[……]人们意识到过去不公正的结果永远不能完全逆转。有必要在至关重要的领域合上过去这本书。

- 3) 这一基本理念在这部宪法的结语中得以雄辩地表达：

“国家统一与和解

[……]追求国家统一、南非公民的福祉与和平需要南非人民之间的和解和社会的重建。

本宪法的通过为南非人民跨越过去曾导致以暴力冲突和仇恨、恐怖、犯罪与复仇等遗留形式的严重违反人权和违背人道主义原则的隔阂与斗争奠定了坚实的基础。

现在这些问题都可以在必需谅解而非复仇、必需赔偿而非报复、必需共存(ubuntu)而非牺牲的基础上得到解决。

为了促进和解和重建，应当对与政治目的有关并且在过去的冲突当中实施的行为、不行为以及犯罪行为批准特赦。为此目的，本宪法之下的议会应当通过一部法律，在1990年10月8日以后1993年12月6日以前确定一个严格的截止日期，并规定在这部法律通过之后的任何时间实施特赦的机制、标准和程序（包括可能的法庭）。[……]”

[……]议会于1995年颁布了通常所称的《真相与和解法案》[……]（《法案》）。

- 4) [……]为便利 “……对完全公开自己与政治目的有关的全部有关行为的人员批准特赦……” 还需要[……]一个“真相与和解委员会” [……]
- 5) 为了实现该委员会的目的共设立了三个委员会。[……]特赦委员会被赋予考虑特赦申请的具体权利。倘若有关申请人已经完全公开全部有关事实并且如果有关行为、不行为或犯罪行为是在过去冲突的过程中实施的与一定政治目的有关的行为，该委员会有权对与特赦的具体申请有关的任何行为、不行为或犯罪行为批准特赦。[……]
- 6) [……]第20条第7款（在此类程序中受到异议的合宪性）规定如下：
- A. “有关行为、不行为或犯罪行为得到特赦的人对此类行为、不行为或犯罪行为不承担刑事和民事责任，并且任何个人或组织或国家对

于这种行为、不行为或犯罪行为，都不承担责任，而且任何人对此都不承担代理责任。” [……]

- 8) [……]申请人以第20条第7款规定的后果没有得到《宪法》授权为由寻求在本法院挑战其合宪性。他们主张在其受雇范围内和过程中行事的国家的各种机构在针对前政府的种族政策的冲突中非法谋杀和伤害了激进主义领导人，以及申请人拥有明确的权利要求这些做坏事者应当受到起诉和惩罚。[……]
- 16) 我完全理解为什么申请人要坚持这些滥用职权和对其至爱的（以他们的观点，是从事一种反抗非人道和种族隔离的圣战的）家庭成员进行不正当地谋杀、伤害或者实施酷刑的做坏事者应当受到起诉并且对其无情而非人道的违反刑法的行为受到有效惩罚的理由。[……]
- 17) [……]这一耻辱时期所发生的事情大多被秘密地掩盖起来，因而不易得到客观的证实和证明。[……]秘密和独裁将真相隐藏在历史上的偏僻角落。档案不易接近，证人通常不为人知、死亡、难以获得或不愿作证。所有被有效保留下来的通常只是其至爱亲人痛苦的回忆，他们都有着本能的猜测，这对幸存者来说既深奥而又令人精神痛苦，但这本身却不能成为超越法律之严格规定的客观而确定的证据。这部法案寻求通过鼓励这些幸存者以及受酷刑折磨者和受伤害者、残疾者以及死者所抚养的人公开吐露他们的伤心往事，从而寻求接受对一个不公正对待他们的新国家的集体承认，而且至关紧要的是帮助他们查明在他们至爱亲人身上到底发生了什么，以及谁应对此负责，从而来解决这一重大问题。在这些情况下，如果那些对这些恐怖的罪行负有责任的人不会受到如果做了便无疑应受到的惩罚，受到镇压的受害人所急切寻求的真相就很可能浮现出来。[……]
- 18) 选择对于罪犯免予刑事追诉就是在没有证据成功地证明这种追诉的情况下保全对特定人员进行追诉的抽象权利，继续使这些靠被害人抚养的人在许多情况下实际上不知晓他们至爱亲人身上到底发生了什么，使他们对真相的渴求无法有效地得到满足，使他们正当的愤怒和悲伤之情无限期地延续下去并因而使得实施这些行为的罪犯可能保持人身自由，但却由于令其困惑的恐惧、内疚、不确定感以及有时候甚至是惊恐等联合威胁，从而限制他们成为积极的、完全的和创造性的新秩序成员。[……]
- 22) 南非不是唯一一个面临着要求对犯罪行为进行特赦从而促进朝着突然来临的民主秩序转型并予以巩固的历史性局面。智利、阿根廷和萨尔瓦多

等国在当代都面临类似的情况。虽然为促进这一进程所采用的机制在各国以及各个时期都有所不同，但为了有利于巩固新的民主政治，所有这些国家都接受了在适当的情况下应当对于违反人权者予以特赦的原则，而且在这些国家还设立了真相委员会。

- 23) 阿根廷真相委员会根据1983年12月15日的第187号行政法令创设。它将其调查期间所搜集的一千多名被指称为罪犯的名字透露给政府。智利真相与和解委员会成立于1990年4月25日。后来它以其主席劳尔·雷廷(Raul Rettig) 而命名为雷廷委员会。其长达850页的报告公布于1991年。该报告的任务是“为了达到全体智利人民的和解而”澄清“关于最为严重的违反人权的真相……”。1992年萨尔瓦多真相委员会为了同样的目的而设立，旨在对“发生于1980年以来而且其对社会的影响迫切地要求公众知晓真相的严重违反行为”进行调查。随后在所有这些国家当中许多案件都出现了特赦。
- 24) 从这些和其它终结了独裁和暴虐统治时期的国家的经验中所形成的结论是在特赦方面没有单一或统一的国际实践。各国在转型时为了有助于这种转型而做出的决策不同于国家通过授予豁免而掩盖自身的罪行的行为。在前一情况下，不是政府机构对这种违反承担责任自己做出赔偿的问题，而是一种由各方在充分代表先前受害人的情况下订立的宪法性协议问题，这是正在进行的发展宪法民主和防止重现暴虐统治之进程的一部分。
- 25) 索戈特 (Soggot) 先生代表申请人主张依照国际法国家有义务起诉这些对大规模违反人权负有责任的人，而且授权对此类罪犯予以特赦的第20条第7款的规定构成了对国际法的违反。对此我们参考了《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦第一公约》第49条、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦第二公约》第50条、《关于战俘待遇之日内瓦第三公约》第129条以及《关于战时保护平民之日内瓦第四公约》第146条的规定。全部这些条款的措词完全一样，并规定如下：

“各缔约国承诺制定必要之立法，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，处以有效之刑事制裁。……”

在这些文件中所定义的行为包括故意杀害，酷刑或不人道待遇，以及故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害等。它们另外规定各缔约国有义务搜捕被控为曾犯此种严重破坏本公约行为之人，并应将此种人，不分国籍，送交其本国法庭。

26) 属于本法庭应当做出裁决的问题是该法案第20条第7款是否与宪法不一致。如果是，那么对于国际法是否规定了不同的职责就与该裁决无关。依我看来，国际法和在特定时间南非可能是或可能不是缔约国的国际条约的内容只有在该宪法本身的解释方面才是有关的，理由是不应当随意假定宪法的制定者会批准任何构成对国家违反国际法义务的法律。国际公约和条约除非通过法律制定被纳入国内法以及在此之前，不会成为我国国内法的一部分，从而能够在我国法院当中的私人案件中得到实施。[……]

27) [……]《宪法》第35条第1款也同这些结论完全一致。它规定如下：

“在解释本章规定时，法院应当促进以自由和平等为基础的开放和民主社会当中所应有的价值观，并且应当在可适用的情况下，尊重适用于保护本章所确立的各种权利的国际公法，而且可以尊重可比的外国判例法。”

这要求本法院仅仅在国际公法可适用于保护本章所确立的各种权利的情况下，才应当“尊重”该国际公法。

28) 因此，如果根据适当的宪法解释，本法案第20条第7款的确是经宪法授权的，但是这些公约的内容在任何情况下都不支持该申请人的情况，那么代表申请人所依据的《日内瓦公约》中包含的有关国际公法规则的具体条款就是无关的。

29) 首先，1949年《日内瓦公约》及其相关议定书是否完全适用于这个在上述多年冲突期间建立起来的国家是有疑问的。

30) 其次，无论这些公约和议定的范围和技术含义是什么，在任何情况下其国际文献都重视在战争（或者在国家之间的其它冲突或者追求自决的解放运动反抗殖民或外国统治的武装冲突）期间暴力行为实施者的观点，和（另一方面）他们关于在一个主权国家领土之内发生的针对该国的武装部队以及在负责任的指挥下在该国内部开展行动的其它反政府武装部队的其它冲突中的暴力行为的观点之间的区别。对于后一种情况，缔约国没有义务确保对那些可能实施了违法行为或者其它通常被定性为严重侵犯人权的行为的人进行起诉。相反，1949年《日内瓦公约》的《第二议定书》第6条第5款却规定

“在敌对行动结束时，当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而被剥夺自由的人，不论被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免。”

- 31) 这种区分很明显是必要的。允许侵犯外国的敌国官员对其在这类冲突中针对他人实施的对人权的严重违反行为不受惩罚是一回事。而在由于同一国家内部的不同派别之间的冲突已经发生这种大规模的违反行为，鉴于国家在国家结构及其政治政策因素方面应当采取允许的政治取向，以及在这种冲突停止之后因这种冲突而受到创伤的社会必须进行自身重建的情况下强制实施这种惩罚，则是另外一回事。

结 论

- 50) 作为结论，我对这部宪法的结语以其最为全面和一般的含义授权并预期进行“特赦”以加强和优化有助于从耻辱的过去走向希望的未来的宪政旅程的前景感到满意。因此，议会有权按照其已有的方式制定这部法案。除了我先前所确认的选择之外，这还涉及更多的选择。[……]

他们可能已经令人信服地选择对在维护旧秩序时所实施的不正当行为以及在抵抗旧秩序时所实施的行为之间进行区分，或者他们可能已经选择一种不进行这种区分的全面的特赦方式。同样，他们有权做出后一种选择。[……]

命 令

- 51) 作为结论，对于1995年《促进国家统一与和解第34号法案》的第20条第7款的合宪性的挑战必定失败。[……]

讨 论

1. 你对和平与正义之间、和解与追诉罪犯之间以及受害人知晓真相的（实际）机会和他们看到侵害者受到惩罚的（理论上的）权利之间的两难选择有什么看法？南非的解决方案是二者之间在何种意义上的妥协？
2. (1) 《第二议定书》第6条第5款确实是针对非国际性武装冲突法的违反，还是至少也适用于这些案件？为什么《第二议定书》仅从特赦的立场来解决对违法行为的追诉问题，而没有规定对这些行为的惩罚？（另参见**案例207**：哥伦比亚，《第二议定书》的合宪性，第2251页，第41-43段。）
- (2) 对于在所引用的《日内瓦公约》中的（关于国际性武装冲突）规定的重大违反进行追诉的义务不包括对这些行为的特赦或者宽恕吗？四个公约相应第51、52、131、148条与该答案有关吗？假定国际人道法不禁止对包括实施严重违反在内的人给予特赦，那么可以提出哪种标准来对允许的特赦进行限制？

- (3) 法院关于为什么对于违反国际人道法的行为免于惩罚在非国际性武装冲突中比在国际性武装冲突中更有必要性和更可以被接受的解释有说服力吗？和平与正义之间、和解与追诉罪犯之间以及受害人知晓真相的（实际）机会和他们看到侵害者受到惩罚的（理论上的）权利之间的两难选择呢？在国际性武装冲突中的惩罚义务仅与“敌国官员”有关吗？
- (4) 在批准特赦时，从国际人道法的观点来看可以接受对于“在维护旧秩序时所实施的与在反抗旧秩序时所实施的”违反国际人道法的行为之间进行区分吗？这种区分违反国际人道法吗？至少在国际武装冲突中？这涉及哪些国际人道法原则？
- 3. 南非必须遵守还是仅仅“尊重”国际人道法？为什么法院仅仅“尊重”国际人道法？法院如果得出它违反国际人道法的结论，是否一样应当宣布该法案无效？
- 4. 该裁决如何界定在种族隔离结束之前在南非起支配作用的情势？法院是否参照《第一议定书》的第1条第4款？该规定可以适用吗？法院给出的“国内解放战争”的定义在哪些实质性问题不同于《第一议定书》的第1条第4款所给出的定义？根据南非宪法的精神和法院的推理这种区别是可以理解的吗？如果南非法院认为种族隔离下的南非情势不属于第1条第4款规制，该条还有什么意义？这一结论支持还是削弱了美国对第1条第4款的批评？（参见**案例61**. 美国，总统拒绝签署《第一议定书》，第985页。）

二十二、第一次海湾战争（伊朗/伊拉克）

案例142. 红十字国际委员会，伊朗/伊拉克备忘录

案 例

（一）1983年5月7日备忘录

[资料来源：Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of August 12, 1949 concerning the conflict between Islamic Republic of Iran And Republic of Iraq; Geneva, May 7, 1983.]

呼 吁 书

自从伊朗伊斯兰共和国与伊拉克共和国冲突爆发以来，《日内瓦公约》的这两个缔约国的最高当局多次确认它们尊重这些条约规定的国际义务的意愿。

尽管有此担保，从1980年双方的敌对状态刚开始，在伊朗伊斯兰共和国和伊拉克共和国派有代表的红十字国际委员会在根据《日内瓦公约》的规定行使其被赋予的权力时，尽管一再请求并且利用了其在该领域中的大量的资源，仍然遇到了各种各样的障碍。

面对其亲眼目睹的或者其已经通过可靠和经核实的资料证明存在重大而一再违反国际人道法的行为，

而且业经认为不可能劝阻这些缔约国的违法行为，

ICRC深感其有责任将这些违法行为在该备忘录所附的“对各国呼吁书”中公之于众。

ICRC希望强调的是，根据其已经公布的一贯政策，它只是在违法行为很重大和一再发生的情况下，在秘密的请求未能终止这种违法行为的情况下，在其代表亲眼目睹了这种违法行为的情况下（或者在用可靠和可以核实的资料证明这些违法行为的存在及其程度的情况下）以及在这种措施是因急迫的问题而必须由公约予以保护的受害人的利益等非常特殊的情况下，才采取这种公开措施。

ICRC对《日内瓦公约》各缔约国提出的这一庄严的呼吁书，要求他们依照其根据公约第1条曾做出的确保遵守公约的承诺，做出最大努力以使：

- 国际人道法得以遵守，停止这些影响冲突中千百万战俘和平民的生命、人身以及精神健康和待遇的违法行为；
- ICRC可以完全解除经各国委托所从事的提供保护和援助的人道主义任务；
- 公约中规定的确保遵守公约的各种手段得以有效利用，尤其是指定保护国来代表战争参加者在敌国领土内的利益。

ICRC热诚地希望其声音将会得到回应，而且为了人类至高无上的利益和作为通向恢复和平的第一步，其使命的至关重要性和国际人道法规则得到完全和明确的承认。

在伊朗伊斯兰共和国关押的战俘情况 备 忘 录

据伊朗当局称，它们目前扣押着45,000到50,000名战俘。《日内瓦第三公约》赋予这些战俘以一种法律地位，授予他们特定的权利和保障。

登记和俘虏卡

公约的基本规定之一要求每一名战俘都能够和被俘或者至少在其到达战俘营之后一个星期之内立即能够将一张卡片送交其家庭以及“中央战俘机构”，通知他们他被俘的情况及其健康状况。

这项工作在一开始正常进行。但伊朗当局不断在ICRC代表工作的路上设置障碍致使从1982年5月开始这项活动不断弱化。

目前ICRC仅仅登记了30,000名战俘，剩下15,000到20,000个家庭处于不确定的苦恼状态下，这正是公约的强制性规定所旨在避免的情况。

战俘与其家庭的通信

信件的大量延误和拦截加重了战俘家庭的担心和战俘的悲痛，这些问题都是公约所规制的。

尽管每个月伊拉克家庭都通过ICRC送出成千上万的信件，此后再由伊朗军事当局进行审查和发送，但大量的战俘抱怨他们几个月都没有收到过任何信件。ICRC再也没有能力对家庭信件的收发进行监督。

ICRC对战俘营的访问

《日内瓦第三公约》规定应当允许ICRC的代表不受时间和次数限制地访问战俘被关押的地点，并且在没有见证人在场的情况下会见战俘。伊朗伊斯兰共和国违反了这一基本规定。

ICRC自从1982年5月以来无法获得被关押人员的去向，只有7,000名战俘获益于ICRC的定期访问。

从那时起，许多关押地点都是开放的，但ICRC从来没有能够接近他们因而甚至没有得到关于他们生存的通报。

因此，ICRC无法继续监督在伊朗被关押的伊拉克战俘的具体生活状况和待遇。

尽管在1982年底确实有过一次不完整的会见，在这次会见中，这些代表没有被允许在没有见证人在场的情况下会见战俘，在1983年3月也有过两次现场会见，但最近一次完整的符合公约规则规定的对战俘营的访问却要追溯到1982年5月。

在一年多的时间内无法接近大部分战俘以及将某些类别的战俘（高级官员、在伊拉克服役的外国人）进行系统性的隐藏这些事实使得ICRC有理由对这些战俘的困境感到深深的关切。

对战俘的待遇

伊拉克战俘从刚被俘时开始就普遍受到各种形式的意识形态和政治压力，如胁迫、对其尊严的侮辱、强迫参与谴责伊拉克政府和权力机构的大规模示威活动等，这构成了对其精神人格和尊严的严重侵犯。自从1981年以来，这种与公约的精神和具体规定相违背的待遇变得越来越差。

最后但并非最不重要，来自各种材料和证人的一致信息确认了ICRC得出的关于某些战俘营成了战俘致死和受到伤害的悲剧事件的场所的结论。

重伤与重病之战俘

《日内瓦第三公约》规定，“冲突各方必须将经过治疗后适于旅行之重伤与重病之战俘，不论其数目或等级如何，遣返其本国……。”尽管在1981年6月16日和8月25日以及1983年4月30日有过三次遣返活动，而且尽管成立了一个混合医疗委员会，但大多数重伤和重病战俘并没有按照公约的要求得以遣返。

在伊拉克共和国权力之下的 伊朗战俘和伊朗平民的状况

1. 战俘

ICRC至今已经登记和定期会见了大约6,800名战俘。

登记和战俘卡

总的来说，这些战俘在公约规定的时限之内由ICRC进行了登记。

战俘与其家属之间的通信

在最初出现一些困难之后，在最后几个月内战俘与其家属之间的信息互通已经令人满意。

ICRC对战俘营的访问

自从1980年10月以来，ICRC的代表每个月都要按照《日内瓦第三公约》第126条规定的方式会见战俘。该条规定，这些代表应能够在没有见证人在场的情况下自由会见其选择的战俘。

但是，在伊拉克共和国进行这些活动过程中，ICRC发现伊拉克当局从未完全遵守《日内瓦第三公约》。

ICRC已经确认自冲突开始以来伊拉克对其隐藏了许多伊朗战俘。ICRC列出了一些包含有几百名被关押在ICRC无法接近的地点的伊朗战俘的清单。尽管有几十名此类战俘被送回战俘营并由ICRC进行了登记，但关于被隐藏战俘问题，却没有得到可以接受的回答。

战俘的待遇

在战俘营中，ICRC已经注意到在物质条件方面取得了一定的进展。在其它方面，仍可以经常观察到虐待的现象，至少有3次混乱状态遭到残酷的镇压，导致2名战俘死亡和多名战俘受伤。

重伤与重病之战俘

《日内瓦第三公约》规定，“冲突各方必须将经过治疗后适于旅行之重伤与重病之战俘，不论其数目或等级如何，遣返其本国……。”尽管在1981年6月16日、

8月25日和12月15日以及1983年5月1日有过四次遣返活动，而且尽管成立了一个混合医疗委员会，但大多数重伤和重病战俘并没有按照公约的要求得以遣返。

2. 伊朗平民

共有数万名来自胡齐斯坦 (Khuzistan) 和库尔德斯坦 (Kurdistan) 边界地区 (在伊朗领土上) 的伊朗平民 (居住在伊拉克军队控制下的地区) 被驱逐到伊拉克共和国，这严重违反了《日内瓦第四公约》。

ICRC的代表对这些人只能进行受限的会见。

在战俘营中，ICRC登记了一千多被驱逐到伊拉克共和国并且从冲突一开始就被无正当理由地剥夺自由的平民，包括被伊拉克军队关押在被占领土内的妇女和老人。

冲突双方实施的严重违法行为

伊朗和伊拉克被俘的士兵都遭受过集体死刑。这些死刑有时是在一些士兵落入敌手时的个人行为；有时是在绝不纳降的命令之下的针对整个敌军单位的系统性行为。

受伤的敌军士兵在战场上被直接杀死或丢弃。ICRC对此必须指出，其会见过的受伤的敌军士兵及其在交战国双方领土内的医院里登记的人数与战俘营中登记的有劳动能力的战俘人数或者按照对双方受到损失程度最为保守的估计之人数是不成比例的。

伊拉克部队曾不分皂白地和系统地轰炸对方城镇，导致平民伤亡以及民用财产的重大损失。即使在有些情况下在实施之前宣称是要进行报复，这种行为是不允许的。

伊拉克城镇也曾经成为伊朗武装部队进行不分皂白的攻击的目标。

这种行为完全漠视了适用于武装冲突的国际人道法的本质，该法赖以存在的基础就是平民与军事部队的区分。

日内瓦，1983年5月7日

(二) 1984年2月10日备忘录

[资料来源: Second Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of August 12, 1949 concerning the conflict between Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, February 10, 1984.]

1983年5月7日, 红十字国际委员会被迫向《日内瓦公约》所有缔约国发出一项呼吁。鉴于这些国家对于在任何情况下都要遵守和确保遵守公约所做出的庄严承诺, ICRC请求他们努力确保交战国双方伊朗伊斯兰共和国和伊拉克共和国严格适用国际人道法, 并使ICRC能够有效履行其帮助冲突中大量受害平民和军人的任务。

在发出第一次呼吁9个月之后, ICRC注意到只是在有限的程度上取得了预期的结果, 而且它还感到应当通知公约各缔约国关于在伊朗伊斯兰共和国和伊拉克共和国不遵守人道法准则的情况。

ICRC希望强调的是, 这两份备忘录关系到众所周知的而且威胁着在该冲突中被俘获的成千上万人的生命和自由以及蔑视法律的精神和准则的严重违反国际人道法的行为。这些违法行为如果得不到制止, 必将随时导致人们对公约所确立的旨在更好地保护人类不受战争恶魔之害的法律准则和普遍原则失去信仰。

ICRC从自身的经历中意识到, 越来越多的违反国际人道法的行为不断地在和平谈判的道路上设置不可逾越的障碍, 甚至在交战国双方希望终止冲突时也是如此。比如, 最近的冲突就是由于没有就战俘的安排达成协议而被毫无必要地拖延。因此, ICRC呼吁致力于该地区和平之恢复的各国非常仔细地考虑由于交战国双方违反《日内瓦公约》所不可避免地带来的各种问题。

ICRC特别要请求各国在其同冲突双方的交往中应当向其提出ICRC在此向其提出的有关人道主义问题。同时还要求各国支持ICRC为帮助冲突受害者而做出的努力, 这完全属于《日内瓦公约》赋予ICRC的人道主义权限范围。最后, ICRC希望举行谈判指定愿意承担《日内瓦公约》规定任务的保护国。自然, ICRC希望与这些保护国紧密合作。

ICRC确信公约的缔约国都清楚其建议的措施的真正用意, 并且它们愿意和期望将其在通过四个1949年8月12日《日内瓦公约》共同第1条时所做出的承诺转变为实际行动。

伊朗伊斯兰共和国

1. 在伊朗伊斯兰共和国关押的伊拉克战俘

- 1) 红十字国际委员会为了伊拉克战俘的利益所进行的活动在1983年7月27日再次被搁浅。ICRC认为，在一般的意义上来说，它在几乎两年的时间里没有能够行使《日内瓦第三公约》在战俘待遇方面对其规定的权力。

目前，大约 50,000 战俘没有获得根据其战俘的地位而有权得到的国际保护。

因此，ICRC已无法继续完成下列任务：

- 确定准确的战俘人数并确定他们在各关押地点是如何分配的；
- 获得关于每个战俘身份和健康状态的信息从而通知其家属和伊拉克政府；
- 通过定期访问战俘营和在没有见证人在场的情况下会见战俘，对其物质、心理和纪律方面的关押条件进行监督；
- 拟定由于重伤或重病而应当尽速遣返战俘的名单；
- 保持由红十字对战俘和其家属之间的通信进行有效的监督。

所有这些监督任务被分门别类地规定在公约当中并构成ICRC代表对战俘进行有效保护的必不可少的要求。

2. 考虑到大量的事实和迹象，使ICRC对于战俘的命运以及当局阻止ICRC进行这些活动的真实理由产生了极大的关注。ICRC已经注意到下列具体问题：

- ICRC一直被拒绝会见诸如高级官员等特定种类的战俘；
- 大量战俘被判重刑。尽管ICRC一再要求，但仍未收到依照法律应当提交的任何通知或说明；
- 一些战俘营中发生了严重的事件。进一步来说，在伊朗当局为“在行动中被杀的”地方武装部队成员签发的死亡证书当中，ICRC收到了一个发送缓慢而又没有任何说明的关于已知被关押在伊朗伊斯兰共和国多年的人员的数字，因为他们已经由ICRC登记并多次会见。
- 意识形态和政治的压力、胁迫、系统性的“再教育”以及对名誉和尊严的侵犯已经成为战俘营生活的一种经常性的特点，而且由于某

些人与战俘营的正常运转无关的活动使得这些问题似乎愈加严重。一个名为“政治与意识形态教育部”的代表（逃亡到伊朗伊斯兰共和国的伊拉克反对派成员）以及官方舆论都企图煽动这些战俘反对其政府。在很多场合下，ICRC都向伊朗伊斯兰共和国最高权力机关提交了具有详细和明确理由的停止这些在起草《日内瓦第三公约》时各国都同意禁止的做法。作为恢复其活动的条件，ICRC已经废除了这些做法，因为其权力的行使与给战俘附加政治和意识形态条件是不相容的和矛盾的。至今，ICRC尚未收到伊朗伊斯兰共和国政府对这些书面和口头说明做出的满意答复。

2. 在伊朗伊斯兰共和国的伊拉克平民难民

ICRC向主要由伊拉克库尔德人组成的逃离祖国而且目前生活在伊朗伊斯兰共和国难民营的这些群体提供援助的企图遭到失败。ICRC知悉这些群体很需要食品和药品。由于他们的地位是来自敌国的难民，因此这些人要受到四个《日内瓦公约》有关战时保护平民的规定的保护。因此应当允许他们接受诸如ICRC等组织所提供的援助。

伊拉克共和国

1. 在伊拉克共和国关押的伊朗战俘

1. 自从1980年10月以来，ICRC的代表每个月都能够会见伊朗战俘，这些战俘目前共有7,300人，被关押在6个战俘营当中。这些会见都符合《日内瓦第三公约》第126条规定的条件，其中一个主要的规定是代表应能够与他们选择的战俘自由地和在无见证人在场的情况下进行谈话。

作为一项规则，战俘在被俘之后的一个合理的较短时间内应由ICRC进行登记。

总的说来，红十字在战俘及其家属之间的信息交流工作进展顺利，尽管有时仍然存在由伊拉克审查程序造成的长时间延误。

2. 在这些战俘营中，ICRC观察到在关押的物质条件上有许多显著的进展。另外，当局还采取措施以结束ICRC先前在许多场合提请其注意的随意的残忍行为。进一步来说，自从1983年秋季以来在纪律措施方面已经取得了一些明显的进展。

3. 1984年1月29日，伊拉克当局在安卡拉向ICRC移交了190名伊朗战俘，其中有87名重伤和重病战俘。这些战俘由ICRC予以遣返。
4. ICRC非常关切大量的敌国武装部队成员（包括军官和士兵，其中有些人在冲突一开始就成为伊拉克的俘虏）仍然被关押在ICRC被拒绝接近的拘留中心这一事实。ICRC定期向伊拉克政府和军事当局提交人员名单，说明仍有几百名这类战俘在押。ICRC满意地指出它在1983年底获准对几十名这类战俘进行登记，这些战俘在冲突一开始就被俘，目前被关押在ICRC访问过的战俘营当中。

ICRC有充足的理由担心那些被关押在其无法接近的地点的战俘。这些战俘的大多数基本权利被剥夺，而且根据许多互相印证的信息资料，他们被关押在不符合人道法要求的条件之下。

2. 在伊拉克共和国的被驱逐或者被收为难民的伊朗平民

1. 在冲突期间，有数万名伊朗平民被迫离开其位于胡齐斯坦和库尔德斯坦前线地区的家园到达伊拉克境内。

伊拉克当局已经承认ICRC原则上从现在起应被允许接近这些平民，同时最近也为改善这些平民必要的生活条件做出了努力。

2. 自冲突开始以来，ICRC已经在战俘营对一千多名平民进行了登记，包括在被伊拉克武装部队占领的领土上被逮捕的妇女和老人。尽管存在遣返数百名此类人员的可能性，但对该问题的总体解决方案尚未达成。

3. 伊拉克武装部队对平民地区的轰炸

伊拉克空军连续对伊朗境内有建筑的地区定期进行部分不分皂白的轰炸，有时越过前线200公里以上。其结果有时造成大规模的生命损失和民用财产的完全破坏。这些故意对平民和民用财产的攻击有时是被宣称作为报复而进行的。它们违反了战争法律和惯例，特别是关于必须区分军事目标和平民人员及财产的基本原则。

讨论

1. (1) 缔约国要履行其“确保遵守”四个《日内瓦公约》共同第1条和《第一议定书》中规定的国际人道法的义务必须做些什么？它们可以做什么？它们不可以做什么？

- (2) 只有在ICRC呼吁缔约国“确保遵守”国际人道法时，它们才必须这样做吗？ICRC的呼吁（比如文中两个备忘录）对于缔约国的义务有什么意义？这种呼吁意味着在特定情况下国际人道法的正常和具体的实施机制不能发挥作用吗？
 - (3) 为确定因特定违反公约情形是否对所有缔约国提起呼吁，你建议ICRC采用什么标准？
 - (4) 两个备忘录是否尊重了红十字中立和公正性原则？根据这些原则，ICRC是否需要指责伊朗及伊拉克？是因为应受谴责的违反（公约行为）吗？是因为根据上述原则ICRC不能只指责武装冲突之一方吗？
 - (5) 在备忘录中对所有缔约国揭露的ICRC通过会见战俘所得知的事实符合ICRC保密性的工作模式吗？
2. (1) 伊朗和伊拉克有义务指定保护国吗？你能够想象为什么没有指定保护国吗？（比较四个《日内瓦公约》分别第8、8、8和9条。）
 - (2) 如果指定一个保护国，它能够替代ICRC会见战俘吗？保护国与ICRC平行行动的优点是什么？保护国的强项是什么？ICRC的强项是什么？（比较《日内瓦第三公约》第10和126条。）
3. (1) ICRC有权会见战俘吗？甚至那些不愿接受ICRC会见的战俘吗？为什么ICRC的会见很重要？（比较《日内瓦第三公约》第7和126条。）
 - (2) 你能想象为什么伊朗阻止ICRC会见伊拉克战俘吗？为什么伊朗和伊拉克要对ICRC隐藏某些种类的战俘？ICRC如何得知那些被隐藏的战俘的生存？
 - (3) 为什么ICRC坚持要会见战俘并且要在没有见证人在场的情况下与之面谈？ICRC有权坚持这种模式吗？（比较《日内瓦第三公约》第126条。）如果会增加各战俘群体之间的紧张关系，ICRC应当拒绝在没有见证人在场的情况下的会见吗？
4. (1) 拘留国对战俘进行思想灌输，对其施加意识形态和政治压力，以转变他们去反对其政府的行为违反了国际人道法吗？即使没有使用受到禁止的手段（如威胁、胁迫或者剥夺其根据《日内瓦第三公约》应享有的权利）？违反了《日内瓦第三公约》的哪些规定？
 - (2) 战俘可以断绝与其所依靠的国家之间的忠诚关系吗？回答该问题会涉及什么风险和利益？断绝忠诚关系会使其失去战俘地位吗？他可以放弃这一地位吗？（比较《日内瓦第三公约》第7条。）
 - (3) 拘留国可以释放断绝与其依靠的国家的忠诚关系的战俘吗？（比较《日内瓦第三公约》第16和21条。）
 - (4) 战俘可以自愿参加拘留国的武装部队吗？如果加入，他还能保持战俘地位吗？（比较《日内瓦第三公约》第7、23、52和130条。）
 - (5) 对于断绝与其依靠的国家的忠诚关系的战俘杀害保持这种忠诚关系的战俘，拘留国负有责任吗？如果后者杀死前者呢？拘留国必须采取什么措施来避免这类事

件？这种隔离的风险是什么？（比较《日内瓦第三公约》第13、16、22、121和122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其家属？战俘可以拒绝通知其家属所使用的某些或者全部方式吗？这种拒绝可能有什么理由？（比较《日内瓦第三公约》第69、70、122和123条。）
- (2) 谁必须保证战俘能够填写俘虏卡？俘虏卡可以在ICRC被阻止会见战俘的情况下填写吗？ICRC有权对战俘进行登记吗？即使对那些不愿意被登记的战俘？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、123和126条。）
- (3) 死亡证明必须标明战俘的死因吗？对于在战场上发现已死亡的敌军士兵呢？（比较《日内瓦第一公约》第16条、《日内瓦第二公约》第19条以及《日内瓦第三公约》第120条。）
6. 伊朗对战俘的宣判通知ICRC了吗？（比较《日内瓦第三公约》107条。）
7. (1) 拘留国必须遣返在敌对期间重伤和重病的战俘吗？为什么？即使敌国不这样做也为必须吗？（比较《日内瓦第三公约》第13（3）、109和110条。）
- (2) 由谁决定战俘是否重伤或重病？这家机构如果未能就谁是重伤或重病达成一致意见会发生什么情况？（比较《日内瓦第三公约》第110-113条和附件二。）
8. (1) 伊拉克可以拘留在其发动进攻时在伊朗境内发现的伊朗平民吗？在哪些情况下可以？一旦伊拉克在伊朗反击的压力之下不得不从其控制的伊朗领土上撤退，伊拉克可以撤走生活在该地区的伊朗平民吗？至少其中那些被合法关押的人？（比较《日内瓦第四公约》第49和76-79条。）
- (2) 伊拉克可以将平民拘留在战俘营吗？如果它遵守《日内瓦第四公约》所有适用于平民的规定呢？（比较《日内瓦第四公约》第76和84条。）
- (3) 在伊朗的伊拉克平民难民是《日内瓦第四公约》下受保护的人员吗？在哪些情况下ICRC有权对其进行帮助？（比较《日内瓦第四公约》第23和44条以及《第一议定书》第70和73条。）
9. (1) ICRC如何得知对被俘士兵的集体死刑？冲突一方在什么情况下对于其没有接到命令的武装部队个人成员在俘获敌方单个士兵之后立即将其杀死的行为负责？如果该敌方士兵是战俘呢？（比较《海牙第四公约》第3条；四个《日内瓦公约》分别第49、50、129和146条以及《日内瓦第三公约》第5和12条。）
- (2) ICRC如何得知受伤的敌军士兵在战场上被杀死或丢弃？
10. (1) 虽然伊朗和伊拉克都不是《第一议定书》的缔约国，但其对城镇和乡村不分皂白的轰炸行为违反了国际人道法吗？国际人道法对于这些距冲突前线200多公里的城镇区别对待吗？“军事目标”这一概念对于在前线上和200公里之外有什么区别吗？

- (2) 在宣称作为报复而实施的情况下进行这种轰炸甚至更不为国际人道法所允许吗？(比较《日内瓦第四公约》第33条第3款以及《第一议定书》第51条第6款。) 在哪些情况下报复行为构成习惯国际人道法允许的违反国际人道法的行为？
11. 在两份备忘录中提到的对国际人道法的违反会“使人们失去对国际人道法规则的信仰”吗？这些规则对各方不产生影响吗？它们对冲突的受害人具有保护作用吗？

案例143，伊朗/伊拉克，联合国安理会对违反国际人道法的评价

案 例

(一) 联合国S/15834号文件

[资料来源：UN Doc. S/15834 (June 20, 1983)。]

视察伊朗和伊拉克遭受军事攻击的平民地区特派团

秘书长的报告

1. 1983年5月2日，伊朗伊斯兰共和国常驻代表前来拜访，转达了伊朗政府要求我派代表访问遭受伊拉克武装进攻的伊朗境内平民地区的请求。伊朗常驻代表指出，如果伊拉克政府希望邀请上述代表前往伊拉克访问，伊朗政府将对此表示欢迎。
2. 我向伊朗常驻代表保证，将充分考虑他的请求，并指出，我身为秘书长，几乎从两伊冲突开始就根据安全理事会的授权进行斡旋，我打算把我可能采取的任何行动告知安全理事会。我还通知他将与伊拉克常驻代表讨论这个问题。1983年5月3日，我与伊拉克常驻代表讨论了这一事项，他请示其政府后，于1983年5月12日通知我，伊拉克也希望我的代表视察伊拉克境内遭到伊朗军事袭击的平民地区。伊朗政府有关此事的来信已作为安全理事会S/15729, S/15735, S/15739, S/15747, S/15763, S/15796, S/15798号文件分发，伊拉克政府有关此事的来信也作为安理会S/15743, S/15765, S/15804, S/15825和S/15826号文件分发。

3. 我于5月12日通知安全理事会，打算派遣一个小型特派团，此后我将此决定通知了两国常驻代表。已与两国政府商定，特派团的使命是尽力调查和评估两国境内据称遭受战争破坏的平民区之情况，并在可能的情况下指出造成这种破坏的军火类型。特派团不会确查这些地区的死伤人数或被破坏财产的价值。特派团负责向我提供一份客观的调查观察报告。我已告知安全理事会和两国政府，打算将该报告转交安全理事会。
[……]
8. 特派团已向我报告，在分别与两国外交部讨论时，两国都提到违反1949年《日内瓦第四公约》的行为的指控。[……]
9. 特派团已向我报告，在日内瓦会见了国际红十字委员会的官员，讨论了其调查结果以及红十字委员会分发1949年《日内瓦公约》缔约国的1983年5月7日备忘录的有关部分。[……]
11. 特派团交给我的报告已作附件附上。

附 件

特派团的报告

导 言

1. 特派团于1983年5月21日至26日巡视了伊朗战区，1983年5月28日至30日巡视了伊拉克战区。
2. 特派团的任务如下：(1) 确定平民区是否遭受空袭、炮轰、导弹和火箭攻击或使用其它爆炸品等军事手段的毁损或破坏；(2) 尽量评估这种毁损和破坏的程度；(3) 在可能情况下说明所用的军火种类。虽然特派团不会致力查明伤亡人数，但注意到平民区的破坏程度和人命损失的大概数目之间的明显关系，考虑到这些地区在遭受攻击时的人口密度。特派团的报告载列了两国政府所提供的伤亡统计数字，但不加以评论。[……]
4. 特派团愿意正式表明，鉴于其工作情况，它无法查核有关当局所提供的关于军事部队或设施的地点、与战线的距离、具有战略或军事重要性的通讯或经济设施的情况等资料。因此，特派团在这方面基本上依赖各政府所提供的资料，并由经其观察所得加以确定的任何资料加以补充。
5. 按照其指示，特派团成员绝对不能同两国政府的任何官员或任何其他人士讨论其报告的内容。此外，它又决定，在视察一个国家境内期间所看

到或确定的事物不应同另一国政府讨论。特派团成员没有向新闻界发表任何实质声明或意见。[……]

一、巡视伊朗战区

7. 伊朗政府所拟定的路线，包括视察最近和过去遭受战火破坏的平民区。视察各地点的日期列入括号内。标明的时间为当地时间。伤亡人数指平民人数。

A. 提斯孚尔 (Dezful) (1983年5月21日)

伊朗当局提供给特派团的资料

8. [……]该市距边界大约80公里。
9. 伊朗当局说该市于1983年4月20日、22日和5月12日受到攻击，每次都是遭到从西面发射的地对地导弹的袭击。市内被击中的三个地点分别为乔利思区 (Cholian)、阿弗沙尔 (Afshar) 医院区和西亚赫——波萨恩区 (Siah-Poshan) [……]

必须用推土机拆毁一些建筑物，才能到达第三个地点，把死者和伤者撤走，据说还有许多尸体埋在瓦砾堆中。
10. 伊朗当局没有提供与战线的距离。一个主要空军基地位于该市西北8公里。靠近安迪米什克 (Andimeshk)。市内没有驻扎部队，最接近该市的战斗部队主要防区约在80公里处。市内部署了防空分遣队，没有任何有军事价值的工厂。
11. 特派团获悉，从1980年9月至今该市已遭到超过50次导弹攻击。在同一期间，又遭到超过6,000次空袭和炮轰，造成的伤亡总数很大，计600人死亡，2,500多人受伤。有1,300幢房子、32所学校和22间清真寺遭到不同程度的破坏。

特派团的意见

12. 提斯孚尔是德兹河南岸一座大城。德兹河把它同城北的空军基地隔开。东北20-25公里处有一座水坝，城内有两座跨越德兹河的桥梁。提斯孚尔并没有座落在任何主要交通线上。特派团在预定时间内无法查明城内

除伊朗当局指出的那些具有战略和经济重要性的设施之外，是否还有其它这类设施。[……]

16. 特派团视察和检查所提交的证物，支持头三个地点是被地对地飞弹击中的主张，特派团辨认为飞云B型飞弹。虽然特派团无法视察所有受损的建筑物，但所称财产受损的程度似乎是可信的。[……]

D. 穆西安 (Musian)

(1983年5月22日)

伊朗当局提供给特派团的资料

32. 特派团获悉，该镇人口为5,000人，其中大多数讲阿拉伯语。它距边境6公里。该区主要为农业区，并且不处于军事区内。然而，在附近的阿布加瑞卜和比亚德二地却没有石油设施。该镇经历15天战斗后，卒于1980年10月8日左右被占领，在战斗期间有60人被杀。受伤的人数不明，因为大多数居民已于战事爆发时逃离。在经过一周战斗之后，于1982年3月22日收复。伊朗当局进一步说，在收复之前，该镇已大部被毁，许多建筑物被炸平。周围的33个村庄也遭摧毁。580户人家被俘。自收复以来，直至特派团来访前1个月为止，此地不断遭到轰击。没有提供此地到前线的距离。

特派团的意见[……]

34. 特派团得到的印象是，仍然矗立的房屋是遭炮轰和直接射击破坏的，有些是被猛烈炸药炸毁的。然而，在那些被夷平的地区，从其破坏程度表明，可能是使用了猛烈炸药和工程工具。

E. 德洛兰 (Dehloran)

(1983年5月22日)

伊朗当局提供给特派团的资料

35. 德洛兰位于距边境25公里处。特派团获悉，自1980年9月战事爆发以来，该镇受到50多次空袭，60%左右的地区被毁，100人死亡，500人受伤。此镇曾三次被伊拉克军队占领，在最后一次占领时，发电站和自来水厂均遭摧毁。大多数居民在第一次攻击时已逃离此镇，攻击前原有人口45,000人，现已减少到5,000人。镇内或附近都没有任何工厂。

1980年，这个地区也没有驻扎任何军队。伊朗当局说，自1982年3月伊朗军队收复该镇后，也没有在这个地区派驻任何军事部队。然而，现在这个镇上驻有一支小规模防空部队、一个宪兵队和一个重建单位。没有提供此地到前线的距离。

特派团的意见

36. [……]根据特派团所能看到的，这个市镇有一半以上的地区已经破坏得无法修复。几乎所有其它地区的建筑物都在不同程度上遭到破坏，看来是受到炮轰和空袭的破坏。
37. 除了防空和宪兵部队驻在镇上外，特派团还看到了一些穿军服和乘军用车辆的人员，据说这些人都属于重建队。[……]
39. 特派团认为，上述的破坏情况是由空袭和在此镇易手时相互交火和其后的炮轰所造成的。

F. 阿巴丹 (Abadan) (1983年5月23日)

伊朗当局提供给特派团的资料

40. 在战事爆发前，该城人口为40万，郊区还有20万。伊朗当局说，1980年9月该城受到攻击后，大部分居民立即撤离。该城一直受到猛烈的炮轰和空袭。只剩下7万人，他们目前正在帮助重建城市。遇害者有1,200人，受伤者7,000人，其中79人成为残废。平民被俘人数达2,228人。40,000幢房屋中约有20%至100%遭到破坏。该城仍然不断遭到炮轰和直接射击，每天的伤亡人数平均为1人死亡，六七十人受伤。视察时空袭的情况已很少。战事爆发前，该城只有一个宪兵边境哨所，没有军事部队驻扎。最靠近的军事部队是在约30公里以外的霍拉姆沙赫尔 (Khorramshahr) 驻扎的一个步兵营。在该城遭受攻击，通往阿瓦士 (Ahvaz) 的道路于10月20日被截断后，就不得不通过空运和巴哈曼希尔河输送军队，以求捍卫该市。
41. 特派团被带到该城一所最老和最大的医院，它的所在地是人人知晓的。特派团获悉，该医院前一天被一颗120毫米的迫击炮击中，但未造成伤亡。特派团后来又被带到第二所位于市郊的医院，并得知在发生敌对行动的最初阶段，该处曾遭飞机轰炸。

42. 据说该市附近的一座综合炼油厂几乎完全被毁，剩下的设施仍然不断受到攻击。没有带领特派团去该地区，因为据伊朗当局说，那里不是平民区，可以算作具有军事重要性的经济设施，因此是个合适的目标。

特派团的意见[……]

44. 特派团在视察第一所医院时，被带往观看过去遭到破坏的各个地点。它发现有一处有炮弹片和玻璃碎片，是最近发射的炮弹留下的，炮弹将一间病房的一角打了一个大洞。特派团还注意到，另一间屋顶两旁具有明显红十字标志的病房为数发炮弹命中，其中四发射穿了屋顶，使内部遭到破坏。特派团还观看了一颗炸弹弹筒的残余部分，据说它是在医院的大院里发现的两颗炸弹之一，这颗炸弹经确认为集束炸弹，与在巴内和德洛兰等其它城市发现的属于同一类型。
45. 第二所医院的建筑物有曾受重大破坏的痕迹，但后来已经修复。[……]
46. [……]同样明显的是，该城仍然不断遭到炮轰。
47. 特派团于1983年5月23日上午9时左右视察第一所医院时，听到了大炮和迫击炮的声响。他们在霍拉姆沙尔时获悉，有三颗炮弹曾击中阿巴丹炼油厂，并且有一颗就落在离特派团访问的第一所医院1公里的市内某地。这点特派团未能加以核实。
48. 特派团根据其观察所得，认为有迹象证明该城曾被长期包围的说法。显然所见的破坏情况是由飞机轰炸、大炮轰击和直接射击所造成的。

G. 霍拉姆沙赫尔 (1983年5月23日)

伊朗当局提供给特派团的资料

49. 在1980年9月以前，霍拉姆沙赫尔的人口总计200,000人。1980年9月22日，该城遭到猛烈的轰炸和陆军两师的猛烈攻击。驻扎在城内的一个步兵营在居民的支持下抵抗了40天，其后该城卡隆河以北的大部分被伊拉克军队占领，一直被占领到1982年3月底。在初次战斗中有200人被杀，有的是全家人。在疏散居民时，数千平民被杀，几千人受伤，许多人被囚禁起来（确切数字不详）。
50. 伊朗当局说，伊朗在1982年3月未经多少战斗收复了该城。发现在约23,000所住宅和其它房舍中，8,000幢建筑物被夷为平地，包括120座清

真寺和宗教会所、100所学校、2所大学、4个大型医院和数个诊所。在15,000所住宅中有60%遭到破坏，无法修复。许多商店遭到破坏，无法修复。许多商店遭到抢劫和烧毁。50至60艘外国注册的船只被击沉或遭到严重破坏。另外1,000艘伊朗注册的大小各式船只也遭到破坏或被击沉。[……]

特派团的意见[……]

55. 城北部分的景象证实了当局叙述的事态情况。虽然特派团不能进行详细视察，破坏的性质和程度给人的印象是，除了空袭和炮轰，还用了高爆炸药量和工程设备。现正进行清理和重新挖掘埋在碎片下的公路。[……]特派团不能决定现在的空地以前是不是埋设了地雷，或者如果是布设过地雷则清除到什么程度。
56. 就几乎整个被摧毁的城市所能看到的情形而言，特派团认为，在那些建筑物仍然未倒的部分，受到的破坏是因为战事中密集炮火轰炸的结果。但是，在那些被完全夷为平地的城区，显然一定故意使用了诸如高爆炸摧毁药物和工程设备等其它方法。[……]

L. 巴奈 (Baneh)
(1983年5月26日)

伊朗当局提供给特派团的资料

73. 巴奈有居民13,000人，离边境约20公里。特派团获悉该城在他们到达前一天——即5月25日——上午10时15分左右，被从西边飞来的2至4架飞机袭击。有25枚炸弹落在该城东北部，有一些炸弹则落在城外。有5枚未爆炸。其它的则落在直径300米的地面上。这些飞机还用机枪扫射，有8人死亡，其中有3名妇女和5名儿童。73人受伤，其中70%为儿童，20%为妇女，10%为男子。
74. 当局说，自从开战以来，除了前一天的空袭以外，双方均未曾在该国这一部分有过军事活动。这个地区没有重要的军事设施，只有一个小型补给站，约有150人，仅用来支援国内保安活动。这个补给站离炸弹着地之处约1至1.5公里，在该城的西北方。该城有一条很小的支路通过，没有军事性的工业。

特派团的意见

75. 巴奈是一座位于山丘里的小城。[……]它附近没有重要的通信线路，也没有重要的工业，主要是个农业城。看到的唯一军事设施是已经提到的小型补给站。站内有几辆大卡车。
76. 被袭击的是个居民区。区内弹痕累累，但无重大的财产损失。许多窗户玻璃被震破。
- [……]
77. 虽然特派团一般无须估计受伤人数，但它感觉在那种情况下不收集在它访问前一天才发生的意外事件的证据是不妥当的。
78. 特派团被带到坟场去看死者被掩埋前的尸体。在开着的棺材中有两具女尸和五具童尸。特派团获悉另一名送往附近城镇医院的妇女因伤重死亡。
79. 然后特派团被带往医院参观，据说院里有56位受伤者在接受医治，其他受伤者则被送往附近各城镇的医院治疗。两名医生让特派团看了1名小男孩，8名妇女和14名年龄2岁至12岁的儿童，他们在前一天受了轻伤或重伤。一名婴儿因母亲受重伤而剖腹早产。因为时间因素，特派团无法访问其他受伤的人。
- [……]
81. 从其观察结果及其对收到的证据研究的结果看来，特派团认为该城遭受集束炸弹的轰炸。这种炸弹主要用来对付人体，这可以用来解释何以受伤人数多而财产损失较轻的原因。因此特派团认为报导的事件详情基本正确，特派团无法断定轰炸的目标是否是补给站。[……]

二、巡视伊拉克战区

83. 伊拉克政府拟订的行程包括访问最近和过去遭受战争之害的平民区。前往各处访问的日期列在括弧内。所列时间为当地时间。伤亡数字指的是平民。[……]

C. 哈纳金 (Khanagin) **(1983年5月28日)**

伊拉克当局向特派团提供的资料

92. 哈纳金离边境8公里。在敌对行动发生前该镇人口为52,000人。在1980年以前该镇和其附近炼油厂就遭到炮击和空袭。许多住宅区已无人居住。当局指出，1980年9月22日伊拉克军队为了反击而越过边境，其后推进到边境以外约45-50公里处。1980年9月至1982年6月期间，该镇处于炮弹射程之外，但遭到过三次空袭。1982年6月18日，伊拉克军队开始从前哨阵地撤退，到6月28日为止已撤到边界。自那时起该镇一直遭到火箭和炮弹的袭击。

袭击目标包括医院和学校。该镇约48%地区被彻底破坏。该镇与前线的距离不详。

93. 在1982年9月4日对一处居民区的炮击中，有8名妇女和儿童死亡，19人受伤，一些房屋被毁。1982年12月18日，一所学校被击中，有20名学生和一名教师死亡，50名学生受伤。在特派团到达约2个月之前，一所超级市场被火箭击中，有7人死亡，19人受伤，包括妇女和学生。总计有66个居民死亡，455人受伤，其中33个残废。最近一次炮击是1983年5月16日发生的，结果1人死亡，8人受伤。

94. 政府当局指出，从未以该镇为出发点举行过任何重大的军事行动。除了由民兵组成的防空支队外，城内未驻任何军队。离镇6至10公里处有两条供应线。离镇两公里处有一所炼油厂。

特派团的意见

95. 特派团访问了上述学校、超级市场和住宅区。经视察后，特派团看到学校的院子被两发炮弹击中，许多弹片击碎了窗户并穿入两间教室。超级市场入口处有一处中弹，弹片由此散射到建筑物正面。在1980年9月遭到炮袭的住宅区中，四所房屋受到严重破坏，两所遭到轻度破坏。附近的炼油厂和其住宅区受到严重破坏。在这一地区看到一些军事掩体。

96. 特派团认为，炼油厂是袭击的主要目标，但远处的一些民间目标也被击中。对该镇受破坏情况的估计看来是准确的。

97. 在访问哈纳金期间，特派团听到从边境方向传来的四发大炮或迫击炮声。据说这些炮火是伊朗发射的，但这点无法得到证实。

D. 基尔库克 (Kirkuk) **(1983年5月29日)**

伊拉克当局向特派团提供的资料

98. 1982年9月之前该城人口为200,000人，目前人口数目未变。该城距边界140公里，在伊朗火炮射程范围之外。最近的地面行动发生在哈纳金以北70公里处靠近边境的地区。据政府当局说，该城在1980年9月23日至1982年2月26日期间遭到猛烈空袭。敌对行动发生后头几天的空袭尤其猛烈，空袭的主要目标是住宅区，被击中的目标包括一所医院、一所学校、一处商场和一处坟地。该镇有良好的民防体系，因此袭击造成的伤亡有限。迄今一共有50次空袭得逞，许多次空袭未得逞。政府当局指出，空袭中使用了集束炸弹和杀伤炸弹、火箭和机关枪，并对平民住区使用了凝固汽油弹和设饵雷。
99. 住宅区受到严重破坏。有120幢房屋和15所公共建筑被毁。几乎所有被毁的房屋都得到了修复，因为政府执行尽快修复被毁房屋的政策。这种修复工作也成为袭击的目标。自1980年9月以来共有30人死亡，245人受伤。
100. 一处空军基地和一所后勤人员训练中心分别位于距该城25公里和10公里处。基尔库克是产油区，最近的石油设施在10公里以外。城市中有许多没有军事重要性的小工厂和作坊，其中许多在空袭中被毁，以后又得到修复。

特派团的意见

101. 特派团被带往五处查看。在第一处有一幢住宅区的房屋被毁，该住宅区离一处储油区约200公尺远，储油区的4个储油池被炸毁。在第二处，一所火车站和汽车终点站对面住宅区有一处房屋被炸毁，有两座建筑物被破坏，后来得到修复。在第三处，另一个住宅区的一所当地保健中心被炸毁，一些房屋被破坏。第四个住宅区的两所房子被毁，但得到了修复。在第五处，旧城区的一个购物中心被毁，[……]特派团获悉这一地点曾遭火箭袭击，有12人死亡，53人受伤。附近一处清真寺的正面受到轻度破坏。这五处地点之间的距离平均为1公里。这些事件有大量证明材料。当局向特派团出示了据称曾被使用的炮弹（包括集束弹）和修复前受到破坏的房屋的照片，以证实其说法。特派团没有看到炮弹残片，据说这些弹片已被送往巴格达。[……]

102. 因为这些事件是敌对行动初期发生的，多数损坏已得到修复。特派团无法具体查看或核实在不同地点所使用炮弹的种类。但特派团认为，照片和仍可看到的损坏证明关于财产受到损失的说法是正确的。[……]

F. 法奥 (Al-Faw)
(1983年5月30日)

伊拉克当局提供给特派团的资料

106. 该城在敌对行动开始前共有居民42,000人。现在大约有3,000人，多数居民都在1981年中期逃离了这个城市，因为自从1980年9月以来几乎每年都遭到轰击。这个城市位于距阿拉伯河口500米的边界上，阿拉伯河有800米宽。这是伊拉克境内用来在海湾内海上装运石油的地点。这里没有炼油厂。
107. 据当局称，从1980年9月到1981年12月共有136次空袭。自从敌对行动开始以后，这个城市每天都受到炮轰，平均每天有20至30发炮弹落在这个城镇。此外还直接受到河对岸的坦克和机枪射击。至今已共有96人死亡，236人受伤，其中很多残废。这些伤亡数字中有80%是炮击造成的，10%是空袭造成的，另有10%是其它方式造成的。有3,000所房屋遭到袭击，其中50%完全被毁，有30%至40%无法修复，也未进行任何修复工作，因为经常要遭到炮火袭击，在该城附近未驻有任何军队。但在离城10公里驻有伊拉克炮兵，这是为了向对方进行反击。这个城市从未被用来发动军事行动。在战争期间，双方也始终没有渡河。除了在阿拉伯河沿岸有边防部队之外，城里没有军事单位。

特派团意见

108. 特派团视察了六个地点。首先该团看了一个无人居住的房子，据说在两天之前这所房子被一枚炮弹打中。房子的一面墙倒塌了，但未找到弹着点和弹片。在第二个地点，位于该城靠河一边的一所发电厂和邻近几个工场1983年5月20日被击中，据说有三人死亡，但电厂仍在发电。在第三个地点，离变电站约400米有8所房子于1981年初在空袭中被摧毁。第四个地点在几个油库附近，那里有8至10所预制房屋被毁，大多数油库也被毁。第五个地点是一个住宅区，那里有两所房屋完全被毁，还有几座房子遭到不同程度的损毁。显然是大炮轰击的结果。第六个地点在城外五公里，那里的蓄水库在战争开始时被毁坏。

109. 特派团在巡视期间，看到该城镇各处三五成群约有40个大型油库，这些油库大多数被毁或遭到破坏。

110. 特派团认为，蓄油设备是攻击的主要目标。发电站也可能是目标，但显然在炮击的过程中，很多住房和其它建筑也被击中，受到严重的损坏。
[……]

(二) 联合国安理会第540号决议（1983年）

[资料来源：UN Doc. S/RES/540 (October 31, 1983)。]

安全理事会，

再度审议了“伊朗和伊拉克间局势”的问题，[……]

回顾1983年6月20日秘书长关于其派往视察伊朗和伊拉克境内遭受军事攻击的平民地区的特派团的报告，并对秘书长提出的符合事实、不偏不倚和客观的报告表示感谢，[……]

对两国间冲突造成平民生命重大损失和城市、财产与经济基础结构受到广泛破坏，再次表示痛惜，

确认有必要对战争的原因进行一次客观的审查，[……]

2. 谴责一切违反国际人道法律的行为，特别是违反1949年《日内瓦公约》所有各方面规定的行为，并要求立即停止一切针对包括城市和居民区在内的平民目标的军事行动；[……]

(三) 1984年6月28日伊拉克给联合国秘书长的信

[资料来源：UN Doc. S/16649 (June 28, 1984)。]

1984年6月27日

伊拉克常驻联合国副代表给秘书长的信

我要再次提到伊拉克共和国总统萨达姆·侯赛因 (Saddam Hussein) 阁下1984年6月10日的信函中所陈述的情况，该信对你要求伊拉克和伊朗两国停止轰炸完全与军事无关的平民区的呼吁作了答复。他在信中肯定指出，双方绝对不得将军队集结在平民区或其附近，以免两者在军事行动中相混。我也要提到我在1984年5月21日给你的信。我曾在信中向你解释，伊朗一方利用靠近伊拉克边界的城镇

作为部队的集结中心，并利用它们作为它打算向伊拉克领土和城镇发动攻击的出发点。

我还要提到1984年6月23日伊拉克常驻代表给你的信，我们已确实查明，伊朗当局实际上已在下列伊朗城市集结大批军队：阿巴丹、穆罕马拉赫 (Mohammarah)、霍索瓦巴德 (Khosrowabad)、阿瓦士、霍维泽赫 (Hoveyzeh)、比西廷 (Bisitín) 和安迪米什克。伊朗当局为军事目的利用完全与军事无关的平民区，准备向伊拉克发动新的侵略，显然违反通过你达成的避免轰炸平民区的协议，也违反1949年8月12日签订的关于战时保护平民的《日内瓦第四公约》第28条。该条禁止以受保护人在场来使某些地点或地区免受军事行动的影响，和把这种城镇变成军事中心。1977年在日内瓦签订的《第一议定书》也明确重申了这项禁止条款。第58条第2款规定必须避免在人口稠密地区或其附近设置军事目标。在再次强调必须迅速采取适当措施来核证该项指责的真实性以及伊朗方面必须遵守诺言的同时，我们要指出，当初我们就已警告，伊朗政权打算利用该协议来掩饰其侵略和扩张的意图，以达到其卑劣的欺骗目的。这种行为已经超出了阁下1984年6月9日关于避免轰炸纯粹居民点那封信所指的范围。

我们强调指出，我们强烈希望该协议获得切实执行，也希望联合国各机构成功地履行职责。随信附上关于上述各镇伊朗军事部队的资料。

副总理兼外交部长
塔里克·阿齐兹 (Tariq Aziz)

(四) 1984年6月29日秘书长给伊朗和伊拉克的电文

[资料来源：UN Doc. S/16663 (July 6, 1984) 。]

1984年6月29日 秘书长给伊朗伊斯兰共和国总统 和伊拉克共和国总统的电文

我十分的欣慰并深受鼓舞，伊朗和伊拉克两国政府都在诚心履行承诺，不向纯属平民地区展开军事攻击。虽然有些关于平民受伤的报导。但我有理由相信，两国政府都有决心履行它们响应我的呼吁所作的承诺。对此，国际社会应予以表扬。

我觉得应再次强调：现在，调查的安排已准备就绪，遵守承诺的责任，主要在两国政府肩上。在这方面，我必须指出，由于我的呼吁和两国政府的响应都是

出于一种挽救无辜平民的愿望，使我感到深切关怀的是，据称有人正在利用平民中心来集结军队。如果此说属实，这种行为就违反了我的呼吁精神。也违反基本的战争准则，而国际社会则期望各方加以遵守。

我确信你会理解，在这一破坏性的冲突停止之前，我有特别的责任做出一切努力，以求减轻这一冲突造成的苦难。

讨 论

1. (1) 冲突一方可以故意攻击如位于伊朗的阿巴丹或霍拉姆沙赫尔或者位于伊拉克的哈纳根的医院吗？清真寺呢？学校呢？在现代社会中发电站是平民生存所必需的目标吗？（比较《海牙章程》第25条、《第一议定书》第48条、第51条第2-3款、第52和54条以及《第二议定书》第13和14条。）部队驻扎在这些地方这一事实会如何影响这些决定？（比较《日内瓦第四公约》第19条以及《第一议定书》第51条第7款和第52条第2款。）
 - (2) 平民也不会继续受到国际人道法的保护吗？比如不受不分皂白的攻击？（比较《第一议定书》第51条第4-5款。）如何构成不分皂白的攻击？在伊朗的巴内用集束炸弹进行的空中轰炸呢？（《联合国使团报告》第81段。）国际人道法没有对妇女和儿童赋予特别保护吗？（如比较《日内瓦第一公约》第12条第4款、《日内瓦第二公约》第12条第4款、《日内瓦第三公约》第14条、《日内瓦第四公约》第14和27条以及《第一议定书》第76和77条。）所描述的攻击违反了这些规定吗？
 - (3) 根据国际人道法，油井或者炼油厂被认为是军事目标从而可以进行攻击吗？电厂呢？（比较《海牙章程》第25和27条以及《第一议定书》第48、52条和第85条第3款）。如果在攻击军事目标时，冲突一方知道这次攻击可能要牵连到民用物体，必须采取什么先行措施（如果有的话）？（比较《日内瓦第四公约》第19条和《第一议定书》第57条第2款第3项。）如果确定是军事目标，可以使用任何方式使其丧失能力或者征服抵抗的部队吗？包括如伊拉克当局指称在基尔库克平民区所使用的集束弹和碎裂弹、火箭弹、机关枪、凝固汽油弹以及诡雷吗？（比较《海牙公约》第22条。）根据国际人道法，在对军事目标进行攻击时允许有一定数量的平民伤亡吗？如果允许，可允许的伤亡是多少？（比较《第一议定书》第57条第2款第1项第2-3目。）
2. (1) 安理会第540号决议第2段所提到的违反属于上述国际人道法的规定吗？在报告中所描述的哪些攻击和破坏属于《日内瓦公约》的范围？
 - (2) 对霍拉姆沙赫尔地区的破坏明确违反了《日内瓦第四公约》吗（该地区在伊拉克控制期间被高爆破力的炸弹和工程设备夷为平地）？即使破坏发生在该地区刚被伊朗部队夺回之前？即使破坏发生在霍拉姆沙赫尔的战斗正在进行期间？在哪些条件下这种破坏符合国际人道法？（比较《日内瓦第四公约》第53条。）

3. (1) 这些违反实际上很明显发生在联合国使团访问的城镇吗？这种对国际人道法的违反容易确定吗？对一些违反如酷刑的判断比其它的违反更容易吗？违反日内瓦法比海牙法更容易证明吗？联合国是否得出了或者能够得出明确的结论吗？《联合国使团报告》中含糊不清的语言如事件“似乎是”或“破坏的程度给人们的印象是……”等如何解释？
- (2) 在这些情势下哪些因素使得“事实认定”这一任务如此困难？此类事实由于必须在事件之后进行评价（有些甚至要在几年之后）没有使其尤为困难吗？由于在评价这些事实时所使用的标准吗？（比较《日内瓦第一公约》第52条。）人们如何真正知道或者确定在攻击时军事目标是否实际上位于附近？以及因此攻击是否与军事目标的重要性成比例？或者攻击是否错误？或者伤亡真的是平民人口的一部分？要评价比例原则，事实认定任务应当依据哪些因素？要评价攻击的军事目标的客观重要性呢？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项以及第57条第2款第1项第3目。）
- (3) 人们能通过这一任务得出关于敌对行为的国际人道法领域的事实认定的可能性和困难性的一般结论吗？
4. (1) 如果在文件三中所载明的事实准确的话，伊朗是否违反《第一议定书》第58条第2款？《日内瓦第四公约》第28条呢？报告中所提到的伊朗城镇的居民是《日内瓦第四公约》规定的应受保护的人员吗？（比较《日内瓦第四公约》第4条。）
- (2) 联合国安理会在文件四中指出的将平民人口中心用作军事部队的集中地构成对基本战争标准的违反是正确的吗？（比较《第一议定书》第51条第7款和第58条。）
- (3) 如果伊朗政府将平民中心用作对其军队的掩护，伊拉克政府有权轰炸该地区吗？或者至少将军队驻扎在该地区呢？伊拉克必须采取什么预防性措施？（比较《第一议定书》第50条第3款、第51条第7和8款以及第58条。）伊朗和伊拉克尽管不是该议定书的缔约国但仍要受这些规定约束吗？这些规定中哪些被认为是习惯国际法因而对双方都适用？
5. 如果伊朗和伊拉克的平民和平民目标受到攻击，公约的缔约国对于对国际人道法的这种违反负有什么义务？联合国的行动履行了缔约国的义务吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第1条、四个《日内瓦公约》分别第49、50、129、146条以及《第一议定书》第86条。）

案例144，伊朗/伊拉克，70000多名战俘的遣返**案 例****(一) 联合国安理会第598号决议（1987）**

[资料来源：UN Doc. S/RES/598 (June 20, 1987)。]

安全理事会，

[……]

深为关切的是，尽管安理会屡次呼吁停火，伊朗伊斯兰共和国与伊拉克之间的冲突仍然持续不断，造成更多的人命损失和物质破坏，[……]

确定伊朗和伊拉克之间的冲突确实破坏了和平，

按照《宪章》第39条和第40条的规定采取行动，

1. 要求伊朗伊斯兰共和国和伊拉克双方立即停火，停止陆上、海上和空中的一切军事行动，并立刻把一切军队撤到国际承认的边界内，作为迈向谈判解决的第一步；
2. 请秘书长派遣一队联合国观察员，以核查、证实和监督停火与撤军、并请秘书长与当事各方协商，做出必要的安排，并就此事向安理会提出一份报告；
3. 敦促按照1949年8月12日《日内瓦第三公约》规定，在敌对行动停止后，立刻释放和遣返战俘；
4. 促请伊朗和伊拉克双方与秘书长合作，协助他执行本决议和进行调解努力，以期按照《联合国宪章》所载的各项原则，[……]
6. 请秘书长与伊朗和伊拉克协商，探讨委托一个公正的机构去调查冲突责任的问题，并尽快向安理会提出；[……]

(二) 1989年7月17日伊朗给秘书长的信

[资料来源：UN Doc. S/20740 (July 19, 1989)。]

附 件

1989年7月17日

伊朗伊斯兰共和国外交部的声明

正好于一年之前，即 1988 年 7 月 17 日，伊朗伊斯兰共和国排除了伊拉克为阻碍实施安全理事会第 598 号决议 (1987) 所炮制的最后一个借口。伊朗伊斯兰共和国最高当局正式和无条件地接受了第 598 号决议 (1987)，并应联合国秘书长的邀请，派出一个高级别代表团前往纽约同秘书长协商全面和迅速地实施该决议的程序。

不幸的是，伊朗伊斯兰共和国一直提醒国际社会要求提防的情况终于发生。伊拉克曾一再宣称，执行该决议的唯一障碍是伊朗伊斯兰共和国没有正式接受该决议，但此时却仍拒绝执行决议，坚持无理的、不可接受的和违反第598号决议 (1987) 的文字和精神以及秘书长计划的先决条件。[……]

安全理事会第598号决议 (1987) 也阐明了撤至国际公认的边界具有法律上的和实际上的重要性和优先性。安全理事会按照《联合国宪章》第7章和第39条和40条的规定行事，因此第598号决议 (1987) 第1段要求在停火后，立刻把部队撤至国际公认的边界内，“作为迈向谈判解决的第一步”。撤军既然是上述强制性第一步的不可分割的内容，应在任何谈判之前执行并与谈判无关。

但是，自1988年8月25日直接会谈开始以来，伊拉克就以种种方式回避根据上述决议和国际法一般原则所作的承诺。为执行上述决议提出先决条件。开始时以直接会谈作为停火的先决条件，后来又对执行其它条款提出各种条件，其中最显著和迫切的是有关撤军的条款。[……]

[……]

然而，从直接会谈的首次会议开始，伊拉克外交部长便要求必须就停火本身达成共同谅解，并用这一借口引入一些无论如何牵强附会都不能作为停火规定的一部分的外来因素。

有趣的是，秘书长在上文所引的信中和伊拉克在[……]声明中都将停火排除在直接会谈的议程之外。伊拉克总统的声明比秘书长还直截了当：[……]

显然，伊拉克总统不仅从直接谈判中，排除关于停火的所有问题，而且承认撤军是直接谈判议程的头一个问题。但是，到今天为止，伊拉克甚至拒绝就其本身认为的头一个议程项目表示意见，反而提出声称与遵守停火有关的问题来阻碍该决议的执行。[……]

[……]

伊拉克不遵守决议中最重要的内容，不肯撤回国际公认的边界，并拒绝接受秘书长的任何建议，却抓住决议中关于战俘问题的内容，要求在决议范围以外实施释俘，以期对决议本身造成损害。然而过去一年来的事实证明，伊拉克甚至在这一问题上也缺乏诚意。秘书长提出的时间表为伊朗伊斯兰共和国所接受，该时间表要求在90天内释放和遣返所有的战俘。如果伊拉克接受了这一建议，所有战俘在1988年11月20日以前就已得到释放和遣返。同样，伊拉克如果也象伊朗伊斯兰共和国一样接受了1988年10月1日四点计划，所有的战俘也会在1988年底以前得到释放和遣返。因此很明显，伊拉克并不热心于释放和遣返战俘，而是企图破坏和割裂第598号决议（1987），破坏秘书长的努力。

伊拉克境内经登记的伊朗战俘人数问题也是暴露伊拉克真实用心的另一事例。在战争的最后数日中，伊拉克官员宣称双方战俘人数相等。最近，巴士拉省省长宣称，伊拉克只是在战争的最后一年才获俘25,000多名伊朗士兵。这些战俘均未做过登记。事实上，红十字国际委员会在伊朗伊斯兰共和国对近50,000名伊拉克战俘进行了登记，而伊拉克只允许对约18,000名战俘进行登记。因此，伊拉克如果真的对战俘有任何人道主义关怀，就必须使经过登记的战俘人数实现平衡，因此伊拉克一直宣扬在战俘问题实现对等。红十字国际委员会负有特别的责任来说服和促使伊拉克对战俘进行登记并使双方登记战俘的人数实现平衡。

实现停火以近一年，但伊朗和伊拉克在通往和平的道路上一无进展。对僵局的内在原因进行简要的分析，便清楚地表明伊拉克未曾执行安全理事会按《宪章》第7章第39条和第40条通过的强制性决议。安全理事会在第598号决议（1987）第10段中承诺采取适当措施，确保决议得到遵守。安全理事国倘或食言，那不仅违反了由它们自己做出的决定，而且也背弃了联合国把安全理事会当作维护国际和平与安全的主要机构而赋予的信托。安理会一些理事国混淆双边关系同安理会理事国的公务职责，这种政治上不讲原则的做法在体制上的影响是十分严重的，而此种先例也将为害深远。安全理事会如果不能采取断然措施确保它在国际社会大张旗鼓通过的决议得到遵守，那它也不必指望其它会员国会把解决事关国家安全的冲突托付给安理会和联合国。[……]

(三) 1989年7月21日伊拉克给秘书长的信

[资料来源：UN Doc. S/20744 (July 21, 1989)。]

附 件

驻纽约的伊拉克常驻代表团发言人对伊朗外交部1989年7月17日发表的公报评论如下：

“7月17日，伊朗外交部就两伊局势和谈判的进展发表了一项公报，谎话连篇。我们谨提出下列事实，加以澄清：

“1. 伊朗外交部的公报让人觉得伊朗于1988年7月18日正式接受了第598号决议 (1987)，作为伊朗政府协助执行第598号决议 (1987) 而采取的一项外交行动。国际社会成员皆知的事实真相是，伊朗并没有接受第598号决议 (1987)，虽然决议经通过便有约束力，而是使用各种伎俩和花招对付决议，企图拖延战争，赢得时间，妄想达到其扩张主义的侵略目标。[……]

[……]

“3. 伊拉克和伊朗之间通过联合国秘书长的斡旋在1988年8月8日达成协议，消除了关于在秘书长主持下，进行直接谈判所谈论的问题的所有疑虑。这些问题是到目前为止决议内尚未执行的所有各项规定。[……]

“实际上不包括在谈判范围内的一个问题是释放战俘的问题。第598号决议 (1987) 第3段和1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》第118条以及国际社会的先例全都明白指出，敌对行动停止之后应立即释放和交换战俘，并将此一过程交由红十字国际委员会监督。伊朗方面在敌对行动停止了一年之后仍然拒不释放和交换战俘，这就充分显示了这个政权的立场完全违背国际法和国际人道法。同时又一次显示这个政权在这几年冲突期间对于安全理事会各项决议和国际法条款采取了有选择性的态度：选取它所要的而拒绝接受其中所规定的义务的约束。

“伊朗外交部公报中关于战俘登记问题的谬论更加证明了伊朗政权的恶毒用心及其玩弄文字与花招而以人作为牺牲品的一贯做法。战俘登记问题在国际法上有明确的规定：争端当事各方有责任立即向红十字会报告战俘人数并迅速提供有关战俘的必要情报。

“我们向红十字国际委员会主席和联合国秘书长正式表示我们愿意在伊朗一方也显示同样意愿的时候登记所有尚未登记的伊朗战俘，安全理事会已认识到这一点。在这个问题上提及百分率既违反国际法，也是一个骗局。把人编成号码根

本不合乎道德。伊拉克基于道德和法律理由驳斥这种做法，并重申双方有义务同时向红十字国际委员会提供所有未登记的战俘的姓名。[……]

5. 伊拉克再次重申，它愿意继续联合国秘书长主持下的谈判进程。如果伊朗方面真的希望达成全面而持久的和平解决办法，它只需要答应秘书长的邀请，同意伊拉克的愿望，坐到秘书长主持下的谈判桌上来，进入真正的直接谈判，以期达成和平计划的共同理解，并为执行该计划设置必要的机制。求助于混淆事实的充满谬误的宣传运动表明了缺乏实现全面持久和平的严肃而真诚的意愿。

(四) 伊朗/伊拉克，70000多名战俘的遣返

[资料来源：ICRC Bulletin, No 177, October 1990, p.1。]

在9月14日之前，在从8月17日开始实施的遣返在伊朗和伊拉克冲突期间俘获的全部战俘计划中已有超过70,000名战俘得以返回家园。按照上一期《公告》(1990年9月第176号)的记录，大约60名ICRC代表于8月18日接受委派到巴格达和德黑兰补充已在那里的代表团。到了月底，在这两个国家工作的代表共有77名。

在8月17日到31日期间，每天有2,000多名战俘从陆路经过席林堡(Qasr-e-Shirin)界桩被释放，从8月22日起开始使用飞机。共有798名伊朗战俘和1193名伊拉克战俘分别乘坐3架伊朗的大型喷气式客机回国，而ICRC租用的一架飞机分四次遣送了大约500名伤病战俘(221名伊朗人和257名伊拉克人)。另外由ICRC赞助的另一架飞机于9月13日遣送了另外210名伊朗和伊拉克的伤病战俘。

从8月底开始，陆路计划继续进行，每天双向各遣返900名战俘，到了9月10日增加到了每天双向各遣送2,000名战俘。

ICRC代表对每个战俘的身份做了记录并确认是依照其自由意志而遣返的。

被遣返的战俘包括在伊朗和伊拉克关押期间ICRC无法会见的那些战俘。这些代表借此机会对他们进行了登记。

在整个这几周的时间，为了尽可能高效率地计划剩下的遣返工作并安排双方的战俘尽速返回家园，ICRC与伊朗和伊拉克当局一直保持着对话。

讨 论

1. (1) 国际人道法的规定对于“在积极的敌对停止之后”遣返战俘是怎么规定的？（比较《日内瓦第三公约》第118条。）

- (2) 积极的敌对什么时候可被认为停止？在确定停火之后？只有在将所有军队撤到国际上认可的边界之后？只有在伊朗和伊拉克达成最终和平协定之后？伊朗和伊拉克之间积极的敌对是否已停止于1989年之夏，因此应当将战俘予以遣返吗？
 - (3) 安理会第598号决议（1987）在其运行条款第3款中对遣返战俘的规定意味着只有在遵守运行第1款和第2款的情况下遣返战俘吗？如果这种暗示是正确的，那么它符合国际人道法吗？如果安理会决议与国际人道法相抵触，根据《联合国宪章》第103条它能够适用吗？（比较《日内瓦第三公约》第1和118条。）[《联合国宪章》第103条规定：“[……]在本宪章下之义务与其依任何其它国际协定[……]之义务有冲突时，[……]在本宪章下之义务应居优先。” 可访问<http://www.un.org/aboutun/charter/>。]
 - (4) 伊拉克关于遣返战俘“在双方谈判范围之外”的观点正确吗？（比较《日内瓦第三公约》第6和118条。）
 - (5) 伊拉克指出的国际人道法事先规定了“在敌对停止之后释放和交换战俘之具有约束力的义务”这一观点正确吗？即使伊朗没有遣返但伊拉克仍有义务这样做吗？伊拉克遵守了这项义务吗？（比较《日内瓦第三公约》第1条、第13条第3款和第118条以及第301页引用的《维也纳条约法公约》第60条第5款。）
2. (1) 冲突各方在战俘登记方面的责任有哪些？（比较《日内瓦第三公约》第70和122条。）
 - (2) 一方对战俘的责任只有依据对等性原则才可以适用吗？伊朗指出的ICRC有责任强制伊拉克对战俘进行登记这一观点正确吗？而且它还必须“使双方已登记战俘的人数”达到平衡吗？（比较《日内瓦第三公约》第13条第3款、第70、122、123和第126条。）
 - (3) 伊拉克指出的“各方有责任[……]及时将战俘人数通知红十字并提供必要的信息”的观点正确吗？伊拉克指出的它“在伊朗一方表明准备登记全部战俘时[……]它也同样准备这样做”的观点符合国际人道法吗？（比较《日内瓦第三公约》第13条第3款、第70和122条。）
3. 必须由谁确定战俘是否反对遣返？ICRC？国际人道法中事先有规定吗？为什么ICRC坚持会见战俘并与其在没有见证人在场的情况下进行面谈？ICRC有权坚持这种方式吗？（比较《日内瓦第三公约》第126条。）
 4. 你同意伊朗在其信函的最后一段关于安理会的可信性的声明吗？这种结论能否延伸到国际人道法的可信性？伊朗和伊拉克之间的这种局势表明了国际人道法的无效性吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第1条。）
 5. 安理会第598号决议（1987）处理的是政治和人道两个问题；这种要素的混合会产生哪些种类的问题？安理会应当不予提及国际人道法和战俘问题吗？那样会改善这种局势吗？

案例145，联合国/红十字国际委员会，化学武器的使用**案 例****(一) 安理会第620号决议 (1988)**

[资料来源：UN Doc. S/RES/620 (August 26, 1988)。]

安全理事会，

回顾第612号决议 (1988)，

审议了秘书长为调查伊朗伊斯兰共和国和伊拉克冲突中关于使用化学武器的指控而指派的调查团1988年7月20日和25日及8月2日和19日的报告，

对各调查团的结论认为在伊朗伊斯兰共和国和伊拉克的冲突中有继续使用化学武器情事，针对伊朗人而使用化学武器的规模比以前更为猛烈、更为频繁，表示深为惊愕，

对将来可能使用化学武器的危险表示深为关切，

考虑到裁军谈判会议正在就全面有效禁止化学武器的发展、生产和储存并将其销毁问题进行的谈判。

决心加紧努力，制止现在和将来违反国际义务而使用化学武器的一切行为，

1. 坚决谴责在伊朗伊斯兰共和国和伊拉克冲突中违背1925年6月17日在日内瓦签订的《关于禁止在战争中使用窒息性、毒性或其它气体和细菌作战方法议定书》所规定的义务和违反安理会第612号决议 (1988) 而使用化学武器的行为；
2. 鼓励秘书长在任何会员国提请其注意有关可能使用化学和细菌（生物）戒毒性武器从而可能违反 1925 年《日内瓦议定书》或习惯国际法的其它有关规则的指控时，立刻进行调查，以期确定事实真相，并报告调查结果；
3. 要求所有国家继续执行、建立或加强对用于生产化学武器的化学产品的严格输出管制，尤其是管制输往已经确定或有充分理由认为其违反国际义务曾经使用化学武器的冲突当事方；

4. 决定将来如发生违背国际法而使用化学武器的任何情况，无论在何地使用和何人使用，立即参考秘书长进行的调查，根据《联合国宪章》审议采取适当和有效的措施。

(二) 1988年3月23日红十字国际委员会新闻稿

[资料来源：ICRC Press Release, No. 1567, March 23, 1988。]

伊朗-伊拉克冲突： ICRC谴责使用化学武器

日内瓦 (ICRC) ——在两伊冲突新近的悲剧性升级当中，使用化学武器杀害了苏莱曼 (Sulaymaniyah) 省的大量平民。

在任何情况下使用化学武器，不论是针对军事人员还是平民都受到国际法的绝对禁止并且应受到谴责。

因此，为了停止使用化学武器，ICRC再次采取了紧急措施。它还通知了伊朗伊斯兰共和国它准备向受害者提供紧急援助。

讨 论

1. (1) 国际法对使用上述化学武器的绝对禁止是来自习惯国际法还是纯粹的条约法？[《1925年禁止在战争中使用窒息性、毒性或其它气体和作战方法的议定书》(The 1925 Geneva Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases and of Bacteriological Methods of Warfare) 参见文件2. 第560页。伊拉克和许多国家都有条件地接受了该议定书，即对于不遵守该议定书的国家，它们将不受其约束。]
- (2) 国际武装冲突的国际人道法特别禁止使用化学武器吗？非国际武装冲突的国际人道法禁止使用吗？（比较《海牙章程》第23条第1和3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。）
- (3) 非国际武装冲突的国际人道法关于禁止武器的规定为什么含糊不清？是因为习惯国际人道法禁止此类武器吗？还是因为这种禁止来源于“马尔顿条款”（Martens Clause）？还是因为《第二议定书》要求参照国际武装冲突的国际人道法？还是全部这些原因？如果只是某些方面的原因，是哪些？（比较《海牙第四公约》第8-9条、《海牙章程》第23条第1和3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》前言第4段。）

2. 如果习惯和/或条约国际人道法禁止使用化学武器，那么1993年《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》还有必要吗？（参见文件13，1993年1月13日巴黎《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》，第619页。）如果是，那么它表明化学武器事实上不受习惯法禁止吗？
3. 新闻发布会上关于禁止在任何情况下使用化学武器的声明正确吗？还是像许多国家对这种禁止的解释一样只能以对等性为基础予以适用？这能够解释存在在单独使用化学武器之外扩大禁止范围的其它条约吗？
4. 在本案中谁使用了化学武器？为什么联合国和ICRC都没有提到谁使用了化学武器？联合国安理会决议和ICRC的新闻发布会间接地澄清了是伊拉克还是伊朗使用了化学武器吗？中立和公正原则禁止ICRC直接指出谁使用化学武器吗？

二十三、第二次海湾战争 (1990-1991)

案例146，联合国安理会，制裁伊拉克

案 例

(一) 安理会第661号决议 (1990)

[资料来源：UN Doc. S/RES/661 (August 6, 1990).]

安全理事会，

重申1990年8月2日第660号决议 (1990)，

深为关切该决议没有获得执行，而伊拉克继续入侵科威特，造成更多的人命损失和物质破坏，[……]

兹根据《宪章》第7章，

1. 确定伊拉克至今未遵守第660号决议 (1990) 第2段的规定，并篡夺了科威特合法政府的权力；[……]
3. 决定所有国家均应：
 - (a) 阻止原产于伊拉克或科威特并在本决议通过之日后出口的任何商品和产品输入其境内；
 - (b) 阻止其国民或在其领土内进行任何活动去促进或意图促进从伊拉克或科威特出口或转运任何商品或产品，并阻止其国民或悬挂其国旗的船只或在其领土内经营原产于伊拉克或科威特并在本决议通过之日后出口的任何商品或产品，特别包括阻止为这种活动或经营将任何资金转往伊拉克或科威特；
 - (c) 阻止其国民或从其境内或使用悬挂其国旗的船只将任何商品或产品，包括武器或任何其它军事装备，不论是否原产于其境内，出售或供应给伊拉克或科威特境内的任何人民或团体，或给意图在伊拉克或科威特境内经营的企业或从伊拉克或科威特营运的企业的任何人民或团体，但不包括纯为医疗目的的用品和在人道主义情况下提

供的食物，并阻止其国民或在其领土内进行任何活动去促进或意图促进这类商品或产品的出售或供应；

4. 决定所有国家不得向伊拉克政府或向伊拉克或科威特境内的任何商业、工业或公用事业机构提供任何资金或任何其它财政或经济资源，并应阻止其国民及其境内任何人员从其境内转出或以其它方式提供任何这种资金或资源给该政府或任何前述机构，阻止将任何其它资金汇交伊拉克或科威特境内的人员或团体，但支付仅为纯属医疗或人道主义目的的款项及在人道主义情况下提供食物的款项除外；
5. 要求所有国家，包括非联合国会员国，不论在本决议通过之日以前已签订任何合同或发给任何许可证，皆须严格按照本决议的现定行事；
[……]
9. 决定虽有本决议第4至8段的规定，本决议并不禁止向科威特合法政府提供援助，并要求所有国家：
 - (a) 采取适当措施，保护科威特合法政府及其机构的资产；
 - (b) 不承认占领国建立的任何政权；[……]

(二) 安理会第665号决议 (1990)

[资料来源：UN Doc. S/RES/665 (Agust 25, 1990), 可访问<http://www.un.org/documents/scres.htm>。]

安全理事会，

[……]，

已经在第661号决议 (1990) 中决定根据《联合国宪章》第7章实施经济制裁，[……]

痛惜因伊拉克入侵科威特造成无辜生命之丧失，并决心防止更多人命之丧失，

对伊拉克继续拒绝遵守第660、661、662和664号决议 (1990)，特别是对伊拉克政府利用悬挂伊拉克国旗船只输出石油的行为，深为震惊，

1. 呼吁同科威特政府合作的正在该地区部署海上部队的会员国必要时在安全理事会权力下采取符合具体情况措施，拦截一切进出海运船只，以便检查与核实其货物和目的地，并确保严格执行第661号决议 (1990) 所规定的与此种海运有关的规定；

2. 因此，请各会员国提供所需要的合作，确保张照本决议第1段最大限度地采取政治和外交措施，以便第661号决议 (1990) 获得遵守；[……]

(三) 安理会第666号决议 (1990)

[资料来源：UN Doc. S/RES/666 (September 13, 1990)，可访问<http://www.un.org/documents/scres.htm>。]

安全理事会，

回顾其1990年8月6日第661号决议 (1990)，其中第3段第3项和第4段适用于食物，但不包括人道主义情况下的食物，

认识到可能会出现需要向伊拉克或科威特境内平民提供食物的情况，以减轻人们的苦难，

注意到安全理事会关于伊拉克与科威特间局势的第661号决议 (1990) 所设委员会已经收到若干会员国的有关来文，

强调应由安全理事会自己或通过上述委员会来确定是否出现人道主义情况，[……]

兹根据《联合国宪章》第7章，

1. 决定为了做出必要的判断是否出现了第661号决议 (1990) 第3段第3项和第4段所称的人道主义情况，安全理事会关于伊拉克与科威特间局势的第661号决议 (1990) 所设委员会将不断审查伊拉克和科威特境内的食物供应情况；[……]
3. 请秘书长为上面的第1和第2段的目的，紧急地并不断地从联合国有关机构和其它适当的人道主义机构，以及所有其它方面，索取关于伊拉克和科威特境内的食物供应情况的资料，并由秘书长定期向委员会转递；
4. 并请在索取和提供这类资料时，特别注意以下几类可能会遭受特别苦难的人如15岁以下的儿童、孕妇、产妇、病人和老年人；
5. 决定如果委员会在收到秘书长的报告之后，确定已经出现了紧急需要人道主义援助的情况，必须向伊拉克或科威特提供食物，以减轻人们的苦难，它将迅速向安理会报告它关于如何应付这类需要的决定；
6. 指示委员会在作这类决定时，应铭记应该通过联合国，在红十字国际委员会或其它适当的人道主义机构的合作下，提供食物，并由它们分配，或在它们的监督下分配，以保证食物分到原定受惠者手中；

7. 请秘书长进行斡旋，以便根据本决议和其它有关决议的各项规定把食物运送和分配给科威特和伊拉克；
8. 回顾第661号决议(1990)，并不适用于纯粹用于医疗目的的物资，但建议，医疗物资的出口应受到出口国政府或适当的人道主义机构的严密监督。

讨 论

1. (1) 联合国安理会应当遵守国际人道法吗？

- (2) 由于要由联合国各会员国来履行联合国安理会的决定，而《日内瓦公约》及其议定书的各成员国不必遵守国际人道法吗？或者说首先应遵守联合国安理会的决定？

[比较《联合国宪章》（可访问<http://www.un.org/aboutun/charter>）第25条：“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议。”]

《联合国宪章》下的义务不居优先地位吗？

[比较《联合国宪章》第103条：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其它国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”]

但作为战争之法一部分的《联合国宪章》下的措施也不必按照与战中之法相一致的方式实施吗？

2. 存在适用国际人道法的这种武装冲突吗？冲突方是谁？联合国是冲突之一方吗？

3. (1) 国际法规制强迫接受制裁问题吗？假定适用国际人道法，它是否对于制裁的使用有所限制？（比较《日内瓦第四公约》第23条和《第一议定书》第70条。）

- (2) 本案中的制裁符合国际人道法吗？如果由于长期的制裁，造成该国财政被削弱到无法提供其人民所需的食物和药品的程度，你的回答也是一样吗？

- (3) 不应当以一种与国际人道法相一致的方式来首先解释安理会的决议吗？第661号决议的语言足够明确和全面从而保证国际人道法不受违反吗？有必要在第666号决议中进行澄清吗？

4. (1) 此类制裁是达到联合国安理会目标的一种有效手段吗？它会对当局产生影响吗？此类制裁的优缺点是什么？

- (2) 即使是有效的，制裁不是一种对无辜人民的集体惩罚吗？国际人道法禁止此类集体惩罚吗？（比较《日内瓦第四公约》第33条。）这种集体惩罚应受禁止吗？但在国际层次上亦即国家之间采取行动时个人难道不总要受到影响吗？战争之法的实施不必在国家间层面上进行吗？你会建议哪些替代方案？

5. (1) 联合国安理理会第665号决议做出的航运限制为国际法所允许吗？特别是国际人道法？（比较《日内瓦第四公约》第23条、《第一议定书》第70条、《圣雷莫国际海上武装冲突法手册》第93-104条，见文件68.第1007页。）

- (2) 联合国安理会第665号决议产生一种禁运效果吗？如果是，对于禁运有什么限制？联合国安理会在上述决议中的指令违反了这些限制吗？（如比较《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93-104条，见文件68. 第1007页。）
 - (3) 第665号决议第1段中提到的比例性与在战中之法中的理解一样吗？与在战争之法中的理解一样吗？还是与二者的结合中的理解一样？
6. (1) 诸如ICRC之类的人道主义组织应当提供第666号决议第3段中要求的信息吗？
- (2) 根据国际人道法应当按照第666号决议第6段的规定“通过联合国，在红十字国际委员会或其它适当的人道主义机构的合作下，提供食物，并由它们分配，或在他们的监督下分配，以保证食物分到原定受惠者手中”吗？（比较《日内瓦第四公约》第23条、《第一议定书》第70条。）

案例147，联合国，关于外国人的拘留

案 例

[资料来源：UN Doc. S/RES/664 (August 18, 1990), 可访问<http://www.un.org/documents/scres.htm>.]

安全理事会，

回顾伊拉克对科威特的入侵和蓄意兼并及其第660、661、662号决议，
对伊拉克和科威特境内第三国国民的安全和福祉深感关切，

回顾伊拉克根据国际法在这方面的义务，

欣悉自安理会成员于1990年8月17日表示关切和焦虑后，秘书长正努力同伊拉克政府进行紧急协商。

兹根据《联合国宪章》第7章，

1. 要求伊拉克准许和便利第三国国民立即离开科威特和伊拉克，并准许领事人员立即和继续不断前往探视这些国民；
2. 并要求伊拉克不要采取任何行动危害这些国民的安全或健康；
3. 重申它在第662号决议 (1990) 中决定伊拉克对科威特的兼并完全无效，因此要求伊拉克政府撤消其关闭各国驻科威特外交和领事使团及取消使团人员豁免权的命令，并且今后不采取任何此种行动；[……]

讨 论

1. (1) 根据国际人道法, 哪些个人以及在哪些情况下有权离开科威特? 伊拉克呢? (比较《日内瓦第四公约》第35和48条。) 在该决议第1段提到的那些国民有权离境吗?
- (2) 根据国际武装冲突的国际人道法哪些人是受到保护的人? 在该决议第1段中提到的个人是国际人道法规定的受保护人员吗? 在做出这种决定时必须知道该决议中所提及的国民是来自中立国还是来自联合交战国吗? 为什么? 伊拉克关闭在科威特的外交和领事馆舍的决定会影响这些国民作为《日内瓦第四公约》规定的受保护人员的地位吗? 这些国民的国家是否继续与伊拉克保持外交关系有什么意义? (比较《日内瓦第四公约》第4条。)
2. 伊拉克必须允许所有被保护人员离境吗? 如果不是的话, 为什么他们的离境要受到禁止? 由谁对禁止离境的理由的效力进行评价? “与国家的民族利益相抵触”是什么意思? (比较《日内瓦第四公约》第35条。)
3. 决议第2段包含有哪些国际人道法规则?

案例148, 沙特阿拉伯, 美军使用红十字标志

案 例

[资料来源: Tisdall, S. with the 44th US Medical Brigade, Saudi Arabia, *The Guardian*, September 8, 1990.]

沙漠上出现的医院

在沙特阿拉伯东部的美国部队很快建立了一个严密的由战地医院、前方消毒站以及移动医疗疏散单位构成的网络, 能够处理在伊拉克战争中几千名美国伤亡人员。[……]

沙特政府向其部队提供独立的医疗设施。美国医院不得向其敌人展示红十字标志以表明其存在。在禁止基督标志的国家里, 应当按照要求使用红新月。

讨 论

1. 谁可以使用该标志? 在什么情况以及在什么条件下? 该标志的目的是什么? 军队可以使用吗? (比较《日内瓦第一公约》第42和44条、《日内瓦第二公约》第44条以及《第一议定书》第18条。)

2. (1) 除了红十字之外的标志受到《日内瓦公约》和《附加议定书》的保护吗？哪些？谁可以使用这些其它标志？（比较《日内瓦第一公约》第38条、《日内瓦第二公约》第41条、《第一议定书》第8条第1款、《第一议定书》附件1第4-5条以及《第二议定书》第12条。）
- (2) 美国部队医疗设施可以合法地使用红新月标志吗？他们可以在使用红新月的国家使用红十字吗？只有在该国允许的情况下？美国医疗设施如果在沙特阿拉伯提供服务能使用红新月标志吗？（如比较《日内瓦第一公约》第27、38条、第42条第4款和第43条以及《第二议定书》第12条。）
- (3) 如美国部队医疗设施被禁止使用任何标志，它们如何向敌方昭示其存在？如其不使用标识，医疗设施是否仍享有依国际人道法享有的受保护地位？
3. (1) 为什么红十字国际委员会和红新月运动遇到了双重保护性标志所产生的问题？这与将红十字解释为基督的象征有关吗？是由于接受了第二个标志红新月而使得更难以主张红十字标志的非宗教性内涵吗？这对普遍性原则有什么影响？（参见案例31. 红十字国际委员会，标志问题，第777页。）
- (2) 使用双重标志对于该标志的权威性会产生什么威胁？双重标志不能够削弱它提供的保护吗？特别是其本质的中立性？

案例149，联合国，安理会有关伊拉克北部局势的第688号决议

案 例

[资料来源：UN Doc. S/RES/688 (April 5, 1991), 可访问<http://www.un.org/documents/scres.htm>.]

安全理事会，

铭记着根据《联合国宪章》负有维持世界和平与安全的义务和责任，

回顾《宪章》第2条第7款规定，

严重关切对伊拉克境内许多地方平民的镇压，包括近对库尔德人地区的镇压，导致大量难民流向并越过国际疆界，而且导致越界事件，从而威胁该区域的国际和平与安全，

对于人们苦难深重深感不安，[……]

重申所有会员国承诺尊重伊拉克及该地区所有国家的主权、领土完整和政治独立，

铭记着秘书长1991年3月20日转交的报告，

1. 谴责对伊拉克境内许多地区伊拉克平民的镇压，包括最近对库尔德人地区的镇压，其后果威胁到该区域国际和平与安全；
2. 要求伊拉克，为了有助于消除对该区域国际和平与安全的威胁，立即停止此种镇压，并希望为同样目的举行分开对话，以确保伊拉克所有公民的人权和政治权利受到尊重；
3. 坚持伊拉克立即允许国际人道主义组织与伊拉克境内所有地区一切需要援助的人们接触，并为这些人道主义组织的活动提供一切必要便利；
6. 呼吁所有成员国以及人道主义组织为人道主义救济努力做出贡献；
7. 要求伊拉克为此目的与成员国进行合作；[……]

讨 论

1. (1) 本案所涉及的局势是武装冲突吗？是国际武装冲突吗？镇压伊拉克平民人口的行为是对国际人道法的违反吗？
(2) 安理会认为非国际武装冲突或者对国际人道法的违反威胁国际和平与安全吗？
2. 根据国际人道法伊拉克有义务允许国际人道主义组织接近所有有此需要的人吗？（比较《日内瓦第四公约》第23条、《第一议定书》第70条以及《第二议定书》第18条。）
3. 该决议对伊拉克有约束力吗？它依据的是《联合国宪章》第7章吗？
4. 该决议是“提供慰藉行动”的充分的法律依据吗？（在该行动中，美国、英国和法国部队在伊拉克北部设立了一个安全区，禁止军用飞机在其上空飞行而区中的库尔德人可以不再担心受到伊拉克部队的攻击。）该行动是基于战争之法还是国际人道法？这些安全区是国际人道法中的保护区吗？

案例150，美国/英国，波斯湾战争行动报告**案 例****(一) 国防部关于波斯湾战争向国会提交的报告**

[资料来源：ILM, vol. 31 (3), 1992, pp. 612-644. 可访问<http://www.globalsecurity.org/military/library/report/1992>。]

[……]

打击目标、附带损失以及平民伤亡

关于打击目标、附带损失以及附带平民伤亡的战争法起源于区别原则，即必须在可以予以攻击的战斗人员和不得故意对其进行攻击的非战斗人员之间以及在合法的军事目标和民用物体之间进行区分。尽管这是战争法得以建立的基础之主要部分，但它仍然只是该法中成文化程度最低的部分之一。

作为一项普遍原则，战争法禁止蓄意摧毁并非出于不得已的战争需要所要求的民用物体，也禁止直接和故意攻击没有参加敌对行动的平民。美国在开发和购买武器系统以及在战斗中使用这些武器时都考虑了这些规定。中枢司令部的部队在“沙漠风暴行动”期间发起的军事行动中通过有区别地选择目标和将现有兵力和武器系统与所选目标和伊拉克的防卫力量予以仔细匹配，遵守了战争法的这些基本规定，而没有考虑伊拉克对其在针对平民人口和民用物体方面战争法义务的违反。

若干条约条款特别规定了将对民用物体和对平民的伤害降至最小的责任。《海牙第四公约》附件第23条第7款禁止并非“出于不得已的战争需要”所要求的破坏，而同一附件第27条也规定保护“专用于宗教、艺术、科学和慈善事业的建筑物、历史纪念物、医院和病者、伤者的集中场所”，不得对其故意攻击，“但以当时不作军事用途为条件”。《海牙第九公约》第5条也包含有同样的规定，尽管[……]在1954年《海牙文化财产公约》中[……]保护文化和民用物体不受直接和故意的攻击，除非它们被用于军事目的，如作为军事目标不受攻击的掩体。

虽然第23条第7款规定的禁止一般是指故意摧毁或伤害，但如下文所述，它还排除了与攻击军事目标中所获得的军事利益明显不成比例的对民用物体的附带损害和对非战斗员的平民的伤害。如上文所述，《海牙第四公约》在第二次世界大战以后对战犯的审判中而且至今一直被认为是习惯国际法的一部分。

一项未被成文化但却类似的规范是比例原则。该原则禁止负面影响（如附带的平民伤亡）明显超过军事利益的军事行动。这种平衡可以通过逐个目标为基础的攻击方式来达到，其常见的例子是“沙漠风暴行动”，但也可以在针对作战目标进行全面攻击的模式下进行权衡。中枢司令部在作战时很注重将附带的平民伤亡和对民用物体的损坏降至最小。由于攻击对目标附近平民带来的潜在威胁超过了摧毁这些目标的价值，或者在特定的考古和宗教场所都特别避免对这些民用物体的攻击。

盟军也采取了若干措施将对非战斗人员的伤害威胁减到最小。飞机与武器的选择都在可能的和对飞机和机组人员的威胁所允许的限度内，从而对居民区的目标的攻击可以达到尽可能高的精确度和对民用物体和平民人口带来最小的威胁。必要时，战斗机伴有辅助执行任务的飞机，以尽量减少战斗机机组人员执行指定的任务时的分散注意力问题。攻击军民区目标的机组人员都得到指令，如果没有正确地识别其目标，不得投弹。如果出现这种情况，机组人员应当将弹药投到替代性目标上或者携带武器返回基地。

地面作战采取的战略计划的一个原因是它可以避开居民区，而在居民区联军和伊拉克平民的伤亡以及民用物体的损失必定很大。这是在做出反对科威特城进行两栖作战之决定所考虑的一个因素。

比例原则承认在非战斗人员和平民目标与战斗人员与军事目标混在一起时，即使冲突各方采取将附带伤害和损害降至最小的措施，仍必然会不幸地造成附带的平民伤亡和对平民目标造成损害。

空袭被证明属于这种情况。尽管在历史上有过区分程度最高的空袭，包括联军机组人员采取的将附带的平民伤亡降到最小的特别措施，但联军仍无法避免导致一定的附带损失和伤害。

这有以下几个原因。一是在现代社会当中许多作为民用的目标也被用作军事目的这一事实。日常通勤和商业交通所必需的桥梁或公路对于军事交通或者支撑国家的战争意图也同样是至关重要的。比如美国的铁路、机场、港口以及州际公路系统都由于涉及美国国家安全而得到国会的部分资助。这些都被证明是对美国军队为了“沙漠盾牌行动”和“沙漠风暴行动”向西南亚进行部署是无法用价值来衡量的。摧毁这种桥梁、机场或者港口设施或者切断公路对于阻止敌人的战争企图都是同等重要的。

一些主要的公用设施同样如此。如日常使用的微波塔、和平时期的民用通讯可以成为军事指挥和控制系统必不可少的一部分。而电网也可同时用于军事和民

用目的。一些伊拉克军事设施有独立的发电机，其它的则没有。制造化学武器、生物武器以及传统武器所必不可少的工业都依靠国家电网。

伊拉克在1980-1988年与伊朗的战争中的经历促使其政府在其正常的民用公共设施中开发了巨大而全面的冗余作为其国防备用系统。这些冗余中的大部分都必然位于城市地区。攻击这些目标必然会给平民人口带来威胁，除非将平民从附近地区疏散出去。伊拉克当局却选择不将这些它们明知是合法军事目标地区的平民迁移出去，因此将这些平民置于联军袭击这些目标所可能带来附带伤亡的危险之下（虽然联军已经努力将对无辜平民的伤害之风险降至最小）。

在目标同时用作军事和民用目的时，如果在攻击中存在军事利益，就可以对其进行攻击。（“军事利益”不仅限于战术上的利益，还与整个的战争策略有关，如本案中联军实施的解放科威特的战争计划。）

攻击伊拉克通讯系统的各个部分对于摧毁伊拉克的军事指挥和控制系统是必不可少的。军事指挥和控制系统对于伊拉克完整的空中防卫系统非常重要，对于伊拉克地面部队也同等重要。伊拉克的军事指挥和控制系统非常集中。萨达姆·侯赛因由于害怕来自国内的对其统治的威胁，压制个人的自主性而强化绝对控制。伊拉克指挥官仅有权按最高权力机关的指示行事。摧毁其军事指挥和控制能力就会使伊拉克的作战部队失去快速应对联军进攻的能力。

巴格达横跨幼发拉底河的桥梁上装有多根光纤电缆确保萨达姆·侯赛与其南部军团的通讯。攻击这些桥梁就会切断这些可靠的通讯联络，同时限制伊拉克部队的调遣以及化学武器和生物武器作战能力的部署。使用这些桥梁或者其它目标附近的平民在攻击时就处于合法攻击这些目标的附带伤害的威胁之下。

在“沙漠风暴行动”期间对民用物体造成的附带损失和对平民造成的伤害的另外一个原因是伊拉克和科威特平民人口和民用物体被作为军事目标的掩体。与《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的公约》第19条、《日内瓦公约》第28条、1954年《海牙公约》第4条第1款中所包含的对这类行为的警告相反，伊拉克政府将军事资源（人员、武器和装备）部署于平民居住区并紧邻受保护的目标（清真寺、医疗设施和文化遗址）意在保护其不受攻击。为此目的，伊拉克把军用直升飞机分散到各居民区，并且将军用物资储存于伊拉克和科威特的清真寺、学校和医院当中。类似地，在科威特城一个居民区的学校里发现了一个隐藏伊拉克“蚕”式地对地导弹的地窖。联合国核查人员在伊拉克一家糖厂进行核查时发现了化学炸弹生产设备。这套设备被转移到这里是为了避开联军的空中打击。这些故意混杂军事目标与民用物体的行为必然将在其中生活、工作或者使用这些民用物体的平民人口置于对这些军事目标进行合法军事攻击的威胁之下。

联军对居民区的特定军事目标进行攻击，是战争法所允许的，但决不允许对平民区进行此类攻击。联军对居民区中或者紧邻文化（考古）遗址的许多军事目标也不予攻击，而是攻击那些由战争法认可的军事目标。对伊拉克合法的军事目标的攻击虽然事实上导致了附带的平民伤害和民用物体的损坏，但符合各国和战争法的习惯做法。

伊拉克政府企图通过故意的虚假信息战传达联军不分皂白的轰炸这一极不准确的形象。伊拉克利用所造成的任何附带损失，包括在战斗中由伊拉克地对空导弹和防空炮弹落到军民区地面上造成的损坏或伤亡在内，来传达一个错误的印象，即联军朝着居民区和民用物体进行攻击。这一虚假信息战在事实上是错误的，因此没有准确地反映联军在袭击伊拉克目标时已做到的高度注意。

比如，2月11日，巴士拉的一座清真寺被伊拉克当局假装受到炮弹炸毁而拆除；他们卸下其圆顶后将整座建筑解体。美国当局注意到如果该建筑受到联军炮击则会产生损坏的塔尖、庭院建筑或圆顶的基础都未受损坏。而最近的弹坑位于该建筑之外，是1月30日对于附近的军事目标进行的打击所造成的。另外的例子包括使用在两伊战争期间产生的损坏以及战前地震破坏的照片，这都被伊拉克官员用来证明联军空袭造成的损坏。

将附带损坏和伤害降至最小是攻击者和防御者共有的责任。1977年《第一议定书》第48条规定：

为了保证对平民居民和民用物体的尊重和保护，冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在民用物体和军事目标之间加以区别，因此，冲突一方的军事行动仅应以军事目标为对象。

《第一议定书》第49条第1款规定，“‘攻击’是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为。”以这种方式使用“攻击”一词从语源学上不符合《第一议定书》的六种官方语言的习惯用法。相反，“攻击”一词不管从历史上还是当前来说，都仅指进攻行动。第49条第1款却表明战争法同时适用于进攻者和防御者的行动，包括采取适当措施将未参加敌对行动的平民的伤害降至最小的义务。

如前所述，美国于1987年拒绝成为《第一议定书》的缔约国，因此在波斯湾战争期间《第一议定书》并不生效，因为伊拉克也不是该条约的缔约国。但是，第48条和第49条第1款的语言（除了“攻击”一词的错误用法之外）被普遍认为是各国习惯做法的一种成文化表达并因此约束所有国家。

在将对平民的附带伤亡降至最低方面，保护平民人口的一个重要责任要由控制着平民人口的一方来承担。从历史上以及从常识来看，控制着平民人口的一方

有机会和责任通过将军事目标和平民人口分开、将平民人口从不可移动的军事目标附近疏散以及开发防空袭预警系统从而将对平民人口的威胁降至最小。比如在整个第二次世界大战期间，轴心国和盟国都采取了这些措施保护其相应的平民人口不受军事行动的影响。

伊拉克政府却选择不采用常规的防空袭预警系统来保护其平民人口。没有将平民从巴格达大量疏散，也没有将其从合法的军事目标附近转移出去。只有不到百分之一的巴格达人口有防空避难所。相反，伊拉克政府却使用平民来庇护其合法的军事目标不受袭击，并在虚假信息战当中利用平民伤亡和民用物体的损坏来削弱国际上和美国国内对联军解放科威特行动的支持。

平民的在场并不能使军事目标免受攻击，合法的目标不管位于何处（中立领土和领水之外）都可以攻击。攻击者必须采取合理的预防措施将对平民人口的附带伤害和对民用物体的损坏降至最小，并与攻击部队要完成的任务和允许的风险相一致。防御方必须采取合理的预防措施将平民人口和民用物体与军事目标加以区别，并避免将军事目标布置在平民人口中间。如前所述，防御者将平民人口或者民用物体（包括文化财产）用作合法军事目标免于攻击的掩体的行为是受到明确禁止的。

伊拉克政府很清楚其战争法义务。如在联军空袭前1个月，进行了一次国内防御演习，其间有超过一百万的平民被从巴格达疏散出去。但在联军空袭期间却没有实施任何的政府疏散计划。如前所述，伊拉克政府相反却选择将军事目标与平民人口混杂起来。联军空军不袭击居民区的声明使得伊拉克更多地将军事目标混入伊拉克和科威特的居民区以保护其不受攻击，无情地漠视其战争法义务及其本国平民和科威特平民的安全。

伊拉克政府还采取了类似的行动利用文化财产来保护其合法的军事目标不受攻击。一个典型的例子是如第2卷第5章“限制之外的目标”一节中的照片所描述的，伊拉克基于联军尊重文化财产的保护会避免对这两架飞机的攻击这一推测，将两架战斗机布置在临近乌尔 (Ur) 古教堂的地方。尽管战争法允许攻击这两架战斗机，而伊拉克将对这座教堂的任何损坏承担责任，但中枢指挥部总司令却基于对文化财产的尊重以及认为将这两架飞机布置在乌尔教堂附近（附近没有辅助设备或跑道）已经使其有效地失去战斗能力，拿教堂被破坏的风险来衡量，降低了联军空军摧毁它们的价值，从而选择不对这两架飞机进行攻击。尽管伊拉克将其有价值的军事设备安置在其它文化财产附近，但这些遗址仍同样保留在联军不予攻击的清单上。

毫无疑问，这种故意将军事目标与平民人口相混合的行为造成的最为悲惨的结果发生在2月13日对巴格达菲尔德斯碉堡 (Furdus Bunker) (有时也称为阿玛丽娅碉堡 (Al-'Amariyah bunker)) 的攻击当中。这座位于一个居民区中间的碉堡最初作为防空避难所建于两伊战争期间，后被改造成一个军事指挥和控制系统碉堡。尽管通往一个防轰炸避难所的入口可以轻易而快速地进出，但在菲尔德斯碉堡附近还是安装了带刺的金属线，其入口可以确保防止未经授权者的进入，而且还有武装警卫站岗。碉堡还进行了伪装。由于知道联军对巴格达目标的空袭要利用黑暗的掩护进行，伊拉克当局便允许经挑选的平民（显然是那些在碉堡工作的官员家属）在夜间进入阿玛丽娅碉堡使用位于军事指挥和控制中心上面一层的原有的防空避难所部分。联军当局并不知悉这些平民出现在这座碉堡综合建筑中。2月13日对阿玛丽娅碉堡这一合法军事目标的攻击导致了这些在军事指挥和控制中心楼上避难的伊拉克平民的不幸死亡。

在战争的迷雾中采取行动的攻击者可能做出导致无辜平民死亡的决定。平民的死亡总是令人遗憾的，但在防御者未能尊重或者无情漠视其战争法义务的情况下，正如萨达姆·侯赛因的所作所为，这也是不可避免的。在审查像攻击阿玛丽娅碉堡之类的事件时，战争法承认在战争的混乱当中做出决定的困难性。领导人和指挥官必须根据他们对当时合理获得的信息进行判断的情况下做出决定，而不是以后见之明的方式做出。

《第一议定书》确立了同样的法律要求。1977年《第一议定书》第51条第7款和第58条明确禁止防御者使用平民人口或者平民个人使某些地点或地区免于军事行动，特别是不应用以企图掩护军事目标不受攻击或者掩护、便利或阻碍军事行动；给防御者施以将其控制下的平民人口、平民个人和民用物体从附近的军事目标转移开来的义务；避免将军事目标设在人口稠密区内或其附近；以及采取其它必要的预防措施，保护在其控制下的平民人口、平民个人和民用物体不受军事行动所造成的危害。

正是在这一领域1977年《第一议定书》的不足是很明显的。如《第一议定书》第51条第8款所正确指出的，遇到对手无情的行动（如使用“人体盾牌”）的国家采取合理的措施将对平民人口的附带伤害或对平民目标的损害降至最低的义务并没有解除。联军在开展军事行动时承认这一义务。在实践中，这一观念却有利于无情的对手通过将国际公众观点聚焦到攻击者将平民伤亡和民用物体的损害降至最小这一问题上面而开展的虚假信息战，伊拉克的策略与此完全一致。这一固有的问题由于《第一议定书》第52条第3款的规定而更加严重，该条规定：

对通常用于民用目的的物体，如礼拜场所、房屋或其它住处或学校，是否用于对军事行动做出有效贡献的问题有怀疑时，该物体应推定为未被这样利用。

这并非各国习惯做法的成文化规定，它产生了与传统战争法相抵触的若干问题。该规定将确定一个物体的准确用途的负担从控制该物体（而且因而占有关于其用途的事实）的一方转移到没有此类控制和事实的一方，即从防御者转移到攻击者。这种不平衡忽视了战争的现实，这种现实要求一定程度的确定性，而这种确定性在战斗中是很少存在的。它还纵容防御者忽视其将军事目标与平民人口、平民个人以及民用物体予以区分的义务，伊拉克政府在波斯湾战争中的行为就是例证。

比如在伊拉克政府以及有些媒体代表反复而错误地认为是“平民的轰炸避难所”的菲尔德斯碉堡案件当中，联军部队有证据表明该碉堡被伊拉克指挥和控制中心使用并且并不知晓其被同时用作平民轰炸避难所。根据军事必要性这一国际法准则，允许攻击用于促进敌人进行战争的建筑，据此这座碉堡是合法的军事目标。联军没有避免对其攻击的义务。如果联军已经知道伊拉克平民正在将其作为避难所占，他们就会在这些平民离开之前克制自己对其进行攻击（尽管战争法并不要求这种克制）。伊拉克有义务依照战争法克制自己将其平民人口与明显的军事目标混杂起来。作为选择，伊拉克本来可以根据《日内瓦公约》第14和15条的规定将这一地点指定为医院、安全区或者中立区。[……]

（二）向英国下议院国防委员会提交的作证记录（1991年3月6日星期三）

[资料来源：House of Commons Defence Committee Report on “Preliminary Reports on Operation Granby”, Minutes of Evidence taken before the Defence Committee, March 6, 1991, p. 38.]

霍姆·罗伯逊 (Home Robertson) 先生 (国防部前秘书)

274. 我能回到最开始我本应问过的关于联合指挥结构的问题吗？我很抱歉在任务分配和选定目标这一重要问题的最后回过头来再问。您自己和您在这一问题上的搭档总能达成一致意见吗？或者说是否存在您以任何理由做出皇家空军攻击某一特定目标为不当之决定这种情况？

拉滕少将 (拉滕勋爵少将) (W. J. Wratten)

是的，有这种情况。特别是在我们遇到附带损害的时候，有些目标位于即使任何武器系统出现故障都会不可避免地产生附带损害的地方，当时

有一、两个场合，但我选择不攻击这些目标，不过这种目标非常少，而且间隔很远，同时，按照我的判断以及按照本性爱挑剔的美国人的判断，它们并非按时取得胜利之根本，这才是最重要的问题。如果它们确实是按时取得胜利之根本，那么很遗憾，我们就应当不顾可能造成的附带损害而负责并有责任接受这些目标和攻击这些目标。但是最后我认为有两个场合，当时我选择不去，当时我选择去攻击替代性目标。[……]

讨 论

1. 你接受美国对于确定目标的定义吗？
2. 美国采取的哪些措施被认为符合《第一议定书》？哪些背离了《第一议定书》的要求？哪些低于《第一议定书》设定的标准？
3. 报告中给出的关于附带损害和伤害的原因哪些与国际人道法有关？哪些是根据国际人道法所不可接受的？（比较《第一议定书》第51、52和57条。）
4. (1) 公约和议定书都没有提到比例原则，那么该原则起源于哪些法源？比例原则的重要地位是在国际人道法中被成文化的吗？这一概念允许某些在正常情况下为国际人道法所禁止的攻击吗？军事必要性的概念是否能够被冲突一方用来证明附带损害的合法性？（比较《第一议定书》第51、52条和第57条第2款第1项第3目。）
(2) 报告指出的国际人道法“排除那些与在攻击军事目标中所获得的军事利益明显不成比例的对平民物体的附带损害或对战斗员的平民的伤害”正确吗？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第57条第2款第1项第3目。）
(3) 在比例性标准中进行衡量的某一因素能够像报告中所指出的那样可以是总体的战役目标（如解放科威特）吗？（比较《第一议定书》第51、52条和第57条第2款第1项第3目。）
5. 在国际武装冲突中各方在发动攻击之前必须采取哪些预防措施？（比较《第一议定书》第48、50、51、57和58条。）
6. 在军事目标位于平民人口中间的情况下，该军事目标是否可以免于攻击？（比较《第一议定书》第57条。）据美国官员讲，伊拉克系统地使用了这一战术。联军针对这种情况有什么反应？联军部队尽管预见到不成比例的平民损失但仍然对某些军事目标进行了攻击吗？联军部队对于在伊拉克选择的攻击目标总能达成一致意见吗？
7. (1) 可以正确地认为伊拉克电网是合法的军事目标吗？（比较《第一议定书》前言第5段和第52条第2款。）
(2) 军事利益这一概念允许联军部队决定某一物体对于联军作战计划的唯一目的（即解放科威特）来说是否军事目标吗？如果联军部队的目的不是解放科威特而是违

- 背《联合国宪章》占领某一领土，那么是否应当以不同的方式评价这种优势？（比较《第一议定书》第52条第2款。）
- (3) 尽管有破坏教堂的危险，但对位于乌尔教堂附近的两架战斗机的攻击是正当的吗？（比较《第一议定书》第52条第2款和第53条。）
- (4) 如果报告中的描述准确，阿玛丽亚碉堡是合法的军事目标吗？如果美国部队知道碉堡中有平民，他们应当做些什么？（比较《第一议定书》第52条第2款和第57条。）
8. (1) 报告描述的伊拉克将军事目标和民用物体混杂起来的行为违反《第一议定书》吗？哪些混杂军事目标和民用物体的行为违反国际人道法？哪些不违反？报告中参照的《日内瓦第四公约》第28条与伊拉克、科威特的攻击有关吗？还是与二者都有关？科威特平民或者伊拉克平民是《日内瓦第四公约》第4条和28条规定的受保护人员吗？如果防御者将平民或者民用物体用来掩护军事目标，进攻者有什么法律责任？在什么情况下禁止攻击？必须采取哪些另外的预防措施？（比较《日内瓦第四公约》第18条第6款和第28条以及《第一议定书》第51条第7和8款。）
- (2) “将附带损害和伤害降至最小”是攻击者和防御者共有的责任吗？防御者和进攻者有责任不将军事目标设在平民人口中间吗？在军事目标位于平民人口中间的情况下，他们必须为平民人口建立防空避难所吗？伊拉克政府应当将巴格达的居民疏散以保护平民人口吗？（比较《第一议定书》第48、51、57和58条。）
- (3) 《第一议定书》第51条第7款和第58条是习惯国际法吗？这两个条款规定的保护义务一样吗？
- (4) 《第一议定书》第58条强制防御者将平民人口从军事目标附近转移出去吗？
9. 如果《第一议定书》第52条第3款中的假定不存在，攻击者在对军事目标产生怀疑的情况下应当做些什么？在这种情况下，他可以攻击该目标吗？防御者有“确定目标准确用途的证明责任”吗？如果将军事目标伪装成民用物体，是否违反国际人道法？哪些形式的伪装是非法的？（比较《第一议定书》第52条第1和2款以及第57条。）
10. 如果空军副元帅拉滕放弃的目标是“按时取得胜利之根本”，他能够真正地接受它们而“不顾可能所造成的附带损害”吗？（比较《第一议定书》第51条第4款、第52条第2款和第57条。）
11. 注意到美国和伊拉克都没有批准《第一附加议定书》，这意味着上述有关条款与本案无关吗？美国 and 英国直接适用了在先存在的习惯法吗？他们对习惯法的评价受到《第一议定书》的影响吗？

案例151，美国，波斯湾战争中的投降

案 例

[资料来源：“United States: Defence Department Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War- Appendix O on the Role of the Law of War” (April 10, 1992), in *ILM*, vol. 31, p. 612, pp. 641-44, 可访问<http://www.ndu.edu/library/epubs/cpgw.pdf>.]

战斗行为中“投降”的概念

战争法为冲突一方施加了接受敌军人员投降并给予它们符合1949年《关于保护战争受难者的日内瓦公约》规定的待遇的义务。《海牙第四公约》第23条第4款禁止拒绝纳降（即拒绝接受敌军的投降），该条约的其它条款对休战旗和投降条约作了规定。

但是，战争法中在准确确定投降何时生效或者如何在实际条款中履行方面却存在一些问题。投降牵涉到投降方（一个单位而非士兵个人）的提议以及对方接受投降的能力问题。后者可以在沟通中拒绝投降方的提议。但这种沟通必须是在投降时这种沟通能够被接收到并且能够做出适当行动的情况下进行。而在激烈的战斗中的沟通既不容易也无法被接收。这是一个合理性问题。

卷入武装冲突的作战部队在实施攻击之前没有义务为对方提供投降的机会。但是为了将伊拉克和联军的伤亡降至最小，联军发起了一次重要的心理战，鼓励伊拉克士兵在联军地面进攻之前投降。一旦发起进攻，联军的任务就是尽快打垮伊拉克部队以将联军的生命损失降至最小。在这个过程中，联军部队一直按照与战争法相一致的方式接受伊拉克士兵合法的投降提议。大量的伊拉克战俘就是联军遵守有关投降部队的战争法义务的证明。

在“沙漠风暴行动”中出现了一些情况受到某些人在冲突之后环境下的质疑。两个具体的案件涉及到联军突破伊拉克防御阵地并攻击正在撤离科威特城的部队。这两种情况都没有涉及到伊拉克部队的投降提议，但有必要在战争法投降概念的背景下对二者分别进行讨论。

从纵深上快速突破伊拉克的防线对于联军地面战役的成功至关重要。在地面战役开始时，伊拉克还没有将其空军或其大量的直升飞机编队用于作战行动，伊拉克的“阵风”型战机的能力还没有受到限制，而且更为重要的是伊拉克仍然明显有使用化学武器的可能性。联军的诈术计划是否奏效或者联军的行动是否会失去突然性尚不确定，而且尚没有关于伊拉克士兵防御能力和士气的确切信息。由

于这些不确定性，以及将美国和其它联军的生命损失降至最小的要求，军事必要性要求突破最前面的伊拉克防线必须最快和最猛烈地进行。

第七兵团的主要任务是首先突破伊拉克的防御工事。这一重要的任务交给了第一（机械化）步兵师。这个师的任务是尽快有计划地破坏伊拉克的防御阵地从而扩大并确保突破口，并且将英国第一装甲师送过这些阵地继续攻击伊拉克部队。

要完成这一有计划的突破行动，第一（机械化）步兵师向前推进并穿过伊拉克部队设置的城墙与外壕间的狭道和地雷区。在这一攻击阶段许多伊拉克人投降成为俘虏。该师随后对伊拉克士兵所占据的其它战壕进行了攻击。跨过战壕防线后，该师用坦克和重型推土机铲平了伊拉克防线，并且在其 M-2/3 型装甲步兵团的作战装甲车的掩护下，开始进入战壕防线以及有庞大碉堡的相互支援的作战阵地。

在这一过程中，许多伊拉克士兵向该师人员投降，其他人死于攻击和摧毁行动或者铲平其防御阵地期间。

黄昏之前，该师已经突破了伊拉克防线，巩固了其阵地，并准备将英国第一装甲师送过这些阵地。成百上千的伊拉克士兵被俘，美军伤亡极轻。

第一（机械化）步兵师所使用的战术导致大量伊拉克士兵死在防守位置上，因为这些位置被铲平了。沿着进攻中心线攻入伊拉克的海军陆战队在作战中使用了法律上能被接受的不同战术：使用火攻、刺刀攻击以及炸毁敌人防御阵地。这两种战术完全符合战争法的规定。

装甲车自从首次用于战斗中以来，通常都用来对付以战壕为掩护的步兵的战术。从 1978 年到 1980 年期间，由联合国和超过 100 个国家参加的联合国关于某些传统武器的会议曾简要讨论了使用装甲车压碎和掩埋敌军士兵的战术。但是由于参加国认为这是一个早已存在的完全符合战争法的通用战术，因此对其未加规制。

在本案中，军事必要性要求猛烈和快速的攻击。如果突破行动受阻，第七兵团的主要任务就会被推迟甚至失去效果。这将对整个地面战役产生负面影响，延长解放科威特的时间，并增加整个联军的伤亡。

1863年第100号《美国野战军作战法令》（也被称为《利伯守则》）首次提出，军事必要性“包括对于确保战争结束所必不可少的以及根据现代战争法律和惯例为合法的那些措施的必要性……它允许直接摧毁武装敌军的生命和肢体”。随着此后各国实践的进一步发展，战争法已经在极少情况下（如首先使用化学和生物武器）对于适用于敌军战斗员的暴力予以限制。但在“沙漠风暴行动”中突破行动期间的问题都不属于这些限制。

作为军事必要性之补充的战争法原则是不必要痛苦（或者过度伤害）原则。该原则并不排除合法的战斗行为，如第一步（机械化）兵师的行为。

在突破行动中，伊拉克防御人员被赋予了投降的机会，该师抓获的大量伊拉克战俘证明了这一点。但是，士兵必须明确而毫不含糊地尽快表明其投降的意图。从防御工事掩体中向外射击不能表明投降的意图，而战斗到最后一刻的士兵要承担一定的风险。其对手要么不将其视为投降，在激烈而混乱的战斗中无法将其行为视为一种投降的企图，要么难以（如果不是不可能的话）遏制凶猛的攻击去接受对方士兵最后一刻的投降行为。

突破伊拉克的防线就发生在这种情况下。联军面对的上述情势说明了确定或者实现“投降”的难度。不过承担这次攻击任务的美国陆军和海军部队所采取的突破战术完全符合美国的战争法义务。

2月27日早间，中枢指挥部收到一份报告称在科威特城车辆正在进行集中。据推测伊拉克部队正准备在黑暗的掩护下撤退。中枢指挥部总司令关注的是伊拉克部队在科威特城的调遣，害怕他们增援位于科威特城西部的共和国卫队从而阻止联军的进攻或者对联军部队造成其它危害。

伊拉克军事人员和包括坦克在内的车辆的集中招致了攻击。中枢指挥部总司令决定不同意攻击在科威特城的伊拉克部队，因为这将导致科威特平民财产巨大的附带损害并可能导致现有的伊拉克部队决定在科威特城组织抵抗而不予撤离。伊拉克部队留在科威特城会导致联军陷入城市巷战，这是一种对攻击者、防御者、无辜平民以及民用物体来说代价都是很高的战斗形式。

做出的决定是允许伊拉克部队撤离科威特城并使其向北进入无人区。伊拉克部队撤离时受到布置在走廊前后公路上的地雷路障的阻挡。在大约2点钟对中埋伏的车辆发起了空袭。当天上午，中枢指挥部的领导人视察了所造成的损害。二百多辆伊拉克坦克以及几百辆作为调遣之用的其它军用车辆和伊拉克征用或者没收科威特平民的各种民用交通工具陷于埋伏被炸毁。这些车辆还装满了从科威特平民手中掠夺的各种财产：家用电器、衣物、首饰、光碟唱机、磁带录音机以及现金，这是伊拉克掠夺科威特的最后一步。

在整个地面战役期间，联军的传单都警告伊拉克士兵他们的坦克和其它车辆将受到攻击，但是伊拉克士兵如果放弃他们的车辆将不会受到攻击。这是联军在鼓励伊拉克士兵叛逃和/或投降的同时以另外一种方式努力将伊拉克士兵的伤亡降至最小。当护送车队受到地雷行动的阻挡，伊拉克的行军轴线被封锁时，车辆中的大多数伊拉克士兵都立即放弃车辆逃到沙漠中以免受到攻击。

在“沙漠风暴行动”的后果方面，这次很明显是在伊拉克部队正在撤退时进行的攻击受到一些质疑。这次攻击完全符合军事理论和战争法。战争法允许在任何时候对敌军战斗员和敌军装备进行攻击，不管其位于何处、是正在行军、撤退还是滞留。撤退并不妨碍进一步攻击。比如一旦夺取了目标而且阵地得以巩固，攻击部队就要命令小股部队去攻击撤退中的敌人或防止其反击。

在整个历史上攻击撤退中的部队都是很常见的。如拿破仑与一个世纪后的德国人魏玛一样，在从俄罗斯撤退时遭受了最惨重的损失。军事家公认撤退中的部队仍然很危险。在著名的1950年在北朝鲜撤离楚山 (Chosin) 水库大行军中，第一海军师以及隶属于它的4000名美国部队和英国皇家舰队面对4倍于自己的敌军，将“撤退”转变为击败企图歼灭自己的中国第20和26军的一场战斗，这与公元前401年色诺芬 (Xenophon) 及其“不朽万人军”一路将与其作对的波斯部队打到黑海的战例非常相似。

在本案中，进行攻击时伊拉克军队的构成、部队凝聚力程度及其意图都为人所知。编队中没有任何人员在任何时候提出投降。中枢指挥部没有任何战争法义务在攻击之前为伊拉克部队提供投降机会。

讨论

1. 哪些国际人道法规定涉及敌方人员的投降？哪些人被视为失去战斗能力？在哪些情况下？（比较《海牙章程》第23条第3和4款、《日内瓦第三公约》第4和13条以及《第一议定书》第41条第2款。）
2. (1) 美国国防部报告为什么提到了公约和《海牙章程》但没有提到《第一议定书》？
(2) 即使不适用《第一议定书》，在这两个案件中美国行为可适用的规则仍然一样吗？（比较《日内瓦第三公约》第4和13条以及《第一议定书》第41条第2款、第43和44条。）《第一议定书》第41条第2款也有必要吗？
3. (1) 你同意美国国防部给出的“投降牵涉到投降方[……]的提议以及对方接受投降的能力问题”两部分定义吗？应当做出哪种提议？哪种沟通？何时存在接受能力由谁决定？要用哪些因素来做出决定？对于这种决定有明确和客观的标准吗？
(2) 投降问题真的是一个合理性问题吗？合理性如何定义？从谁的角度？在哪些情况下？是否要求在不必要的痛苦、过度伤害以及军事必要性之间达到平衡？用于评价这些因素的标准明确吗？军事必要性比无条件投降更重要吗？（比较《第一议定书》第41条第2款第2项。）
4. 压碎和掩埋敌军战斗员的战术被认为是不必要的痛苦吗？（参见**案例64**，美国，法律备忘录：使用激光作为杀伤人员的武器，第992页。）与对同一阵地进行合法炮击带来的

痛苦相比较呢？可以与哪些因素相比来评价痛苦的必要性和程度？（比较《第一议定书》第35条第2款。）

5. (1) 如果一种军事方法从逻辑上来说使得投降几乎不可能，这实际上不等于违反国际人道法的拒绝投降吗？这可以说明上述报告中所讨论的第一种情况吗？
 - (2) 攻击者必须不断地给予敌军士兵以投降的机会吗？
 - (3) 实际上表明而且敌人已经知道的任何投降者都必须被接受吗？
 - (4) 敌军士兵一投降，用集中武器如航空或火炮对军事目标如兵营的攻击就必须停止吗？（参见**案例75**，位于汉堡的英国军事法庭，珀琉斯审判[比较第六部分]，第1034页。）有些敌军士兵一受伤就必须停止吗？所有敌军士兵一投降就必须停止吗？用火炮和推土机铲平敌军阵地对于国际人道法有区别吗？
 - (5) 如果有些伊拉克伤病士兵在被推土机铲平的战壕里，这种铲平行为不是一种对伤者和病者的非法攻击吗？（比较《日内瓦第一公约》第12和50条。）
 - (6) 阵地现场的战斗一结束美国部队就应当在被推土机铲平的伊拉克阵地上搜救伤亡人员吗？（比较《日内瓦第一公约》第15条。）
6. 战斗员必须做出正式的姿势如举起双手或放下武器来表示投降，然后才能被视为失去战斗力的人员吗？战斗员必须一直这样做吗？即使是病者和伤者以及遇难者？假如他们已经不能自卫呢？正式投降实际上总是可能的吗？（比较《第一议定书》第41条第2款。）
7. (1) 你同意美国对有关攻击撤退中的敌军部队的有关事实做出的评价吗？它证明了这样做在当今仍然是允许的吗？如果是，攻击伊拉克撤离科威特的部队是允许的吗？
 - (2) 报告中讨论的第二个事件中，有关士兵中了埋伏使情况发生变化了吗？这些伊拉克士兵当时是失去战斗力人员吗？如果是，对其进行的空袭构成对国际人道法的严重违反吗？是战争罪吗？（比较《日内瓦第三公约》第130条以及《第一议定书》第85条。）
8. 被抓获战俘人数的众多证明美国遵守了国际人道法关于失去战斗能力人员的规定吗？但难道不能也许还有更多？

案例152. 联合国赔偿委员会， 建议

案 例

[资料来源：UN Doc. S/AC.26/1994/1 (May 26, 199); 脚注省略， 可访问<http://www.unog.ch/uncc>。]

**联合国赔偿委员会
理事会
专员小组就严重人身伤害或
死亡的个人索赔 (“B” 类索赔) 提出的建议**

[……]

二、法律问题

[……]

(一) 管辖范围

专员小组所审查的索赔要求系指要求对因伊拉克非法入侵和占领科威特而直接遭受严重人身伤害或其配偶、子女或父母死亡的人支付一笔固定数额的赔款的索赔。

[……]

2. 基于对人的理由 (有资格索赔的人)

[……]

- 2) 由/为科威特武装部队成员或联合武装部队成员提出的索赔要求
理事会决定11规定：

“…联合武装部队成员因参与针对伊拉克的联合军事行动受到损失或负伤的，没有获得赔偿的资格，但满足以下三个条件者除外：

- (a) 根据已通过的一般标准给予赔偿；和
- (b) 因对伊拉克非法入侵和占领科威特做出反应参与针对伊拉克的联合军事行动而成为战俘者；和
- (c) 损失或负伤的原因是受到违反国际人道法律（包括四个1949年《日内瓦公约》）的虐待。

联合武装部队是在伊拉克占领科威特数日后开始组军的，随后并继续组军，将28国、包括科威特的陆、海、空军部队部署到波斯湾地区。

在就科威特武装部队成员的严重人身伤害或死亡提出的索赔要求当中，有若干索赔要求是就入侵日(1990年8月2日)或其后数日发生的事件提出的。专员小组的结论认为，决定11所述不予赔偿的规定不对这些索赔人适用，因为当时联合武装部队尚未组成。专员小组认为，这些索赔可获得赔偿，因为严重人身伤害或死亡是伊拉克入侵和占领科威特的直接后果。

还有人就在有关期间结束时，科威特武装部队成员、包括科威特抵抗阵线成员所遭受的严重人身伤害或死亡提出了索赔要求。专员小组认为，理事会决定11所述关于不给予赔偿的规定仅适用于编为由联合武装部队指挥的单位的科威特武装部队成员。为了这个原因，决定11不适用于留在科威特境内、并因伊拉克人入侵和占领科威特而遭受人身伤害或死亡的科威特抵抗阵线成员或其他军事人员。因此，专员小组建议亦就这些案件进行赔偿。[……]

(d) 失踪人员

有些家庭为似乎在伊拉克人入侵并占领科威特期间失踪的家属提出死亡索赔要求。这些家庭向红十字国际委员会询问或提出寻人请求，但是未能找到他们亲属的下落。小组建议，如果从提交的文件可以推测“失踪”人员已经死亡，则予以赔偿。

小组认为，如果无法断定“失踪”人员已经死亡，则在这一阶段不能建议给予赔偿，如果家属收到死亡证明书，则还可提出新的索赔要求。[……]

5. 与伊拉克当局以外的其它当局有关的伤害或死亡

有些人据称在1991年3月2日之前的几天中在科威特被科威特人逮捕，然后被关押在沙特阿拉伯关押伊拉克战俘的营地，专员小组收到了这些人提出的一些索赔要求。据称，其中一些人受到营地管理人员施加的酷刑。所有这些索赔人都持约旦护照。

伊拉克人入侵前居住在伊拉克的一些约旦国民还提出了其它索赔要求，其个人声明表明，所受的伤害或发生的死亡是科威特国民或当局行为的结果，特别是在拘留期间所受的虐待。根据第16条所提的报告以下措词提出了这一问题：

“许多‘B’类索赔人在提出的索赔要求中称其在1991年3月2日以后在科威特被关押或受到虐待。”

专员小组审议了包括伊拉克政府在内的一些政府就此问题所做的评论。

所有这些索赔要求都提出这样一个问题：所称的损失和损害是否可被视为伊拉克入侵和占领科威特的“直接”后果，换言之，是否可归咎于伊拉克。

专员小组决定，在这种情况下，与入侵和占领科威特没有“直接”联系，因为犯下这些行为的当局或人以及地点均在伊拉克当局的控制以外。

此外，专员小组认为，由于引起伤害的行为不能视作“军事行动”，第1号决定第18段也不包括这些行为，因为该段说的是，如果索赔人由于“1990年8月2日至1991年3月2日期间双方任何一方的军事行动或军事行动威胁”而受到严重人身伤害，可对其进行赔偿。

因此，尽管专员小组承认此类索赔人提供了证据确凿的索赔要求，而且根据一般法律原则，这些索赔人应有权要求就受到的伤害或死亡予以赔偿，但专员小组不能建议从赔偿基金中向他们付款。

讨 论

1. 根据国际人道法谁必须提供赔偿？何时提供？谁有权接受赔偿？（比较《海牙第四公约》第3条、四个《日内瓦公约》分别第51、52、131、148条以及《第一议定书》第91条。）
2. (1) 根据联合国赔偿委员会，谁必须提供赔偿？何时提供？谁有权接受赔偿？决定11符合国际人道法吗？
(2) 赔偿应支付给亲属死亡的家庭而不是亲属失踪的家庭吗？在两种情况下的家庭没有受到损失吗？如果对于失踪的亲属一直没有证明死亡呢？因此在这种情况下，其家庭应当接受赔偿吗？（比较《第一议定书》第32和33条。）
3. (1) 根据国际人道法，只有侵略国所实施的违反国际人道法的行为才应赔偿吗？不是冲突方（以及公约缔约国）的所有各国都不必遵守国际人道法并且不必对于其违法行为负责赔偿吗？
(2) 你同意委员会关于在约旦人受到的伤害与侵略和占领之间没有“直接”关联的观点吗？如果伊拉克没有入侵科威特，会有约旦人在其中被拘留和受到伤害的伊拉克战俘营存在吗？
(3) 委员会引用的决定1第18条符合国际人道法吗？“军事行动”如何构成？国际人道法的规定仅适用于“军事行动”吗？
(4) 委员会认为约旦的索赔有充分证明，因此国际人道法是否授权他们获得赔偿？如果是，从谁获得赔偿？
4. 赔偿对于非法夺去生命的救济适当吗？如何评价适当和公正的赔偿额？

二十四、第三次海湾战争

案例153. 美国/英国，2003年伊拉克战争行动

案 例

[资料来源：Human Rights Watch, “Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq”, (2003) (脚注省略)，可访问<http://www.hrw.org>。]

(二) 空战行为

空战中的许多平民伤亡发生在美国以伊拉克高级领导人为目标的攻击期间。
[……]

联军部队在空战期间采取了保护平民的重大措施，包括在攻击位于居民区的目标时更多地使用精确制导武器以及通常都仔细地选择目标。美国和英国认为使用精确制导武器本身就可以为平民提供足够的保护。他们还使用其它有助于将平民伤亡降至最小的方法，如在夜间当平民不太可能上街时进行轰炸、使用穿透式武器和延时引信来确保大多数爆炸和碎裂的损害都被保持在受攻击区域之内、以及使用考虑到平民设施如学校和医院的位置的攻击角度等。

空战概况

伊拉克战争于2003年3月20日凌晨3点15分在美军企图炸死萨达姆·侯赛因将伊拉克领导人“斩首”的行动中打响。这一未获成功的空中打击并非其长期计划的一部分，而是以最新发布并最终被证明是错误的情报为根据的一个“机会目标”。

主要空战行动开始于当天下午大约6点钟，包括轰炸巴格达以及伊拉克整个防空系统。在3月21日早上早些时候，联军空军攻击了巴士拉、摩苏尔 (Mosul)、希拉 (a-Hilla) 以及伊拉克其它地区。3月21日夜間，开始以精确制导武器摧毁伊拉克首都的政府设施。在3月25日的风暴延缓了地面进攻之后，空战转向了对伊拉克南部的共和国卫队各师的攻击，但对巴格达的轰炸继续进行。美国部队于3月27日夜里打击了长途通讯设施。

对巴格达的日间轰炸开始于3月31日，同时该市周围的共和国卫队也受到旨在为美国地面部队铺平道路的空袭。对政府设施的轰炸在4月3日早上占领机场时基本停止，但对于共和国卫队的袭击继续进行。4月5日，近距离空中支援代表团飞过巴格达支持地面战斗。同一天，美国轰炸了据传是阿里·哈桑·马吉德 (Ali Hassan al-Majid) (著名的“化学阿里”) 在巴士拉的安全住所。4月7日，空袭指向萨达姆·侯赛因及在巴格达的其他伊拉克领导人。4月9日，巴格达沦陷。

附带损害评估

美国部队对于因攻击军事目标而带来的对平民和民用建筑的伤害使用“附带损害”一词。附带损害评估是美军的官方目标选择程序，而且通常预先依此对各目标进行准备。由于附带损害评估影响目标的选择、武器的选择、甚至攻击的时间和角度，它已经成为美军将空中打击所造成的平民伤亡和其它损失降至最小的最佳手段。

在进行附带损害评估时，美国空军使用计算机模型来确定能确保对目标的最大打击效果和对平民的最小伤亡的武器、引信、攻击角度以及一天中的时间。据有关报告，附带损害评估超过30个平民伤亡的所有目标都必须由国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德 (Donald H. Rumsfeld) 亲自授权。

在被问及美国空军对伊拉克的空袭是如何仔细审查其附带损害时，美国中枢指挥部一位高级军官“带着极度的痛苦”告诉“人权观察”：

对于战争行为主要关切的是以绝对最小的平民伤亡来完成……。首要关切的是对于打击的目标有一个预期的效果……。其次是用最少的武器取得这种效果。在这一过程当中，附带损害可能成为考虑因素之一，这将影响选择什么武器……。所有事先计划的目标都有一个很早（战争实际开始之前好几个月）已做好的附带损害评估。计算机软件可以很快地模拟附带损害。

附带损害评估很高的空中打击要受到额外的审查。据高级中枢指挥部另一位军官讲，

中枢指挥部列出了一个有24到28项附带损害评估较高的受到关注的目标清单……。它们与伊拉克部队的指挥与控制系统有直接的关系。这些[高附带损害评估]目标被一直报送到布什。他认为这些目标不管是什么用途而且即使在最好的条件下仍会有多达20个平民伤亡。这是一个高附带损害目标清单。在我们开始选择高附带损害目标时，最初共有1100多个目

标点。许多被划掉，许多被降低打击强度。我们共打击了其中的20个高附带损害目标。

对随时出现的目标的打击也要接受审查，尽管其程序要快得多。美国陆军上将、联合参谋长业务副主管斯坦利·麦克里斯托尔 (Stanley McChrystal) 以其自己的方式对这种情况进行了说明：

我们一般都有一个谨慎的程序，据此对其[目标]有大量的时间进行审查……。之后我们将某些程序如时间性比较强的目标选择程序放在一起。而这些都是我们在讨论关于摧毁随时可能出现的目标时的问题，此种情况下没有时间走完一套复杂的审查程序……。这仍然是一种法律审查，但它是一种速度更快的程序，因为有一些转瞬即逝的目标要求进行时间性非常强的战斗，但它们全都符合预设的标准。

随时出现的目标

[……]随时出现的目标是在战争进行时逐步显现的而不是在敌对行动开始之前已经计划好的目标。这种目标包括性质上转瞬即逝的时间性强的目标（如领导人）、战场上的敌军部队、可移动的目标以及其它机会目标。[……]

有缺陷的目标选择方法

[……]美国利用从截听萨拉亚 (Thuraya) 卫星电话所得到的全球定位系统坐标对一些伊拉克领导人进行识别和定位。萨拉亚卫星电话遍及伊拉克和中东。它们有一个内部全球定位系统芯片可以使美国情报人员跟踪这些电话。电话坐标被作为攻击伊拉克领导人的位置。

根据来源于卫星电话的地理坐标来确定目标使得某种精确的武器变成一个潜在的不分皂白的武器。根据制造商的资料，萨拉亚的全球定位系统只有在100米 (328英尺) 半径之内才是准确的。因此，美国不能以半径超过100米的精度按照打电话的地点来确定目标；打电话的人可能位于31,400平方米的区域内的任一地点。这就提出了一个问题，即如果目标面积这么大，中枢指挥部如何知道朝哪里进行打击？这实质上是用不精确的目标坐标来对精确制导武器编程。

进一步来讲，中枢指挥部如何将一个具体的电话与一个具体的人联系起来也不清楚；受到跟踪的是电话而不是人。而貌似可信的是，中枢指挥部开发了一个声音数据库，该数据库可能是与一个电话用户相匹配的计算机。

伊拉克使用了欺骗战术为美国人设置障碍。众所周知，美国使用其截听的萨拉亚卫星电话来搜索“基地组织” (al Qaeda) 成员。中枢指挥部非常关注伊拉克

人转而利用萨拉亚截听能力来对付美国部队，因此它于2003年4月命令其部队停止使用萨拉亚电话。它宣布，“最近的情报表明萨拉亚电话服务可能有危险。为此在伊拉克战场上停止使用萨拉亚电话。这种电话目前对部队和战场上的人员都具有安全风险。”伊拉克领导人很可能已经认为美国正在企图通过萨拉亚电话追踪它们因此他们可能在欺骗美国情报人员。

美国无疑企图将卫星电话坐标用作确证的资料。但根据这些结果，获得准确的确证信息即便并非不可能，但一定也像用卫星电话追踪伊拉克领导人一样的不可靠。

卫星图像和信号情报（通讯截听）在确定领导人目标方面提供不了什么或根本提供不了有用的信息。对普通线索如特定地点车辆的活动的增加进行侦查似乎没有意义。人工情报资料可能是在追踪伊拉克领导人方面确证卫星电话信息的主要手段。据有关报告，在下文所述的在曼苏尔攻击萨达姆·侯赛因是所获得的萨拉亚数据就使用了人工情报资料进行核实。但这一资料被证明是错误的。据有关报告，人工情报资料还被用于核实在巴士拉对阿里·哈桑·马吉德的攻击以及战争开始对杜拉（al-Dura）的攻击。由于未获成功，人力情报看起来是完全不可靠的。

美国军队的目标定位方法包括事后对攻击有效性的评价。战斗损害评价被认为是评价攻击的成败以便吸取教训并在未来的任务中做出改进所必需的。战斗损害评价在冲突进行期间以及在敌对行动停止之后进行。有效的战斗损害评价能通过采取改进措施减少战争中对平民的危害。

尽管空袭伊拉克领导的行动反复遭遇失败并导致大量平民伤亡，但是，在主要的战斗行动中，并没有做出停止这一行动的决定。

巴士拉，图外希

2003年4月5日早上5点20分左右，美国飞机轰炸了位于巴士拉市区一个名叫图外希（Al-Tuwaisi, Basra）的居民区内的建筑，意在炸死陆军副元帅阿里·哈桑·马吉德。马吉德因为在1988年的安法尔战役用毒气攻击库尔德人中所起的作用被称为“化学阿里”，他在最近的战争中负责伊拉克南部。最早英国的报道称马吉德在这次袭击中被炸死。后来中枢指挥部否定了这种说法并将马吉德的状况变回“在逃”。联军部队最终于2003年8月21日擒获了马吉德。

美国的炸弹命中了位于巴士拉人口稠密区的目标建筑，但是炸弹爆炸附近的建筑——那里面住满了平民——也被摧毁。人权观察的调查员发现，有17名平民死于这此攻击。

哈姆迪 (Hamudi) 和塔亚尔 (al-Tayyar) 两家的房屋位于美国部队轰炸的建筑一侧。房屋主人对于伊拉克政府在目标建筑中可能进行的活动向“人权观察”提出了相互矛盾的报告。阿布德·哈桑·俞尼斯·塔亚尔 (Abd al-Hussain Yunis al-Tayyar) 讲这里没有伊拉克情报局 (Mukhabarat) 的成员, 而阿比德·哈桑·哈姆迪 (Abid Hassan Hamudi) 则说这里是空的。二人和其他被问及的人一样, 都否认有任何伊拉克领导人出现。塔亚尔、哈姆迪及其家人在这里从未见过马吉德。

4月5日星期六清晨时分, 一位50岁的工人塔亚尔到他的花园取水。片刻之后, 一枚美国炸弹撞向其邻居的房子, 也摧毁了他的房子。他自己恢复之后立即开始在碎片中寻找。在当天剩下的时间里他从其房屋的碎石中扒出了其家人的尸体, 最后在下午4点找到了他死去的儿子。

阿比德告诉“人权观察”, 袭击中共有两枚炸弹。第一枚没有击中目标, 撞到了几百米之外的道路上, 但第二枚却击中了房屋, 将他的房屋炸成碎片。哈姆迪救出在爆炸中受伤的三个人: 他的女儿和五岁与六岁的两个儿子。房屋中的其余十人全部遇难。[……]

弹坑的尺寸表明, 4月5日的袭击所使用的武器是一种500磅的激光制导炸弹, 是现有最小的精确制导炸弹。几百米之外的街上的第二个弹坑与家中发现的弹坑是一致的, 这支持了第一发炮弹射偏之后随即发射第二发炮弹这一推断。

就该目标所做的附带损害评估似乎允许如此严重的平民损害。由于认为马吉德具有的军事价值, 这一袭击已经得到批准。但是如果使用更小的武器, 许多平民的生命就会免受伤害。中枢指挥部一位高级军官告诉“人权观察”, 美国军队需要能减少附带损害的低能量小型武器。

巴格达, 卡拉达

4月8日, 萨顿·哈桑·萨利赫 (Sa'dun Hassan Salih) 从烟道前的草坪上拎起了他外甥2个月大的女儿迪纳 (Dina), 这片草坪曾经是她家。她手脚皆断, 虽然存活下来, 却已成孤儿。她一家人一直住在巴格达附近富庶的卡拉达 (Al-Karrada) 地区的萨利赫家中, 一家人都坚信人口如此密集的地方不会成为攻击的目标。但他们还是经常回到1英里 (1.6公里) 以外的家中去取衣物及所需的其它物品。“那一晚他们回家去拿东西,” 萨利赫说道, “我们一家在一起时更有安全感。即便死, 也要死在一起。但是没有人会去轰炸一座民宅。我的外甥是最后一个离开家的, 大约晚上9点开自己的车走的。那是我最后一次见他。”

几分钟后, 两枚炸弹间隔数秒钟先后落下, 炸毁了扎伊德·拉萨·贾比尔 (Zaid Ratha Jabir) 的家, 也炸死了家里的人。而迪纳奇迹般地幸存了下来。她被冲击波

扫出了房子，她现在和萨利赫及其妻子伊马德·哈苏姆·萨利 (Imad Hassun Salih) 住在一起。起初他们都满怀悲怆，但现在他们很愤怒。“美国人说过平民不作为攻击目标的，”伊马德说，我不明白这一切是如何发生的。”

据萨利赫讲，这一地区没有明显的军事目标。他推测是某个家里的仇敌怀恨在心，向美军说了谎。他说：“或许有人因为嫉妒想杀了他们，于是向他们[美国人]说萨达姆或是他的手下在那里。但我们家与这个政权没有瓜葛。我们恨萨达姆。”一位国防部官员告诉“人权观察”，萨达姆·侯赛因的同父异母兄弟瓦特班 (Watban) 是这次空中打击的预定目标，而他是通过很差的通讯安全系统被识别出来的，可能是截听到的萨拉亚的电话。瓦特班最终在战争结束大约一周以后在叙以边境被抓获。

[……]

巴格达，曼苏尔

[……]4月7日，美国空军B-1B型“枪骑兵”战略轰炸机朝巴格达的曼苏尔 (Al-Mansur) 地区的一座房屋丢下了四枚2000磅的卫星导航联合直接攻击炸弹。这次袭击炸死了大约18名平民。

美国情报人员表示，萨达姆·侯赛因和他的一个或两个儿子当时正在曼苏尔开会。据有关报告，这条信息依据的是对一部萨拉亚卫星电话的通讯截听。45分钟之后，这一地区就变为废墟。[……]

五角大楼官员承认他们并不知道到底谁在目标地点。“目前我们进行的战斗损害评估实质上就是我们所需要的、我们相信目标的价值很高的地上洞穴或被摧毁的现场。”麦克里斯特尔 (McChrystal) 少将说道。

[……]这次打击表明，根据卫星电话进行的目标定位有严重缺陷。即使个人目标实际上持有电话，这个人还是可能远离打击地点。投向曼苏尔的GBU-31型炸弹公布的精确度是13米 (43英尺) 圆概率误差，而电话坐标只有对于100米 (328英尺) 的半径才是准确的。这种武器本质上比用来确定其目标的信息更为精确，这导致大量平民伤亡而没有军事利益。这些打击在被揭露导致了平民死亡而不是预定个人目标死亡之后，美军领导人仍然对其进行辩护。一位领导人称这些打击“表明了美国的决心和能力”。[……]

电力设施

据中枢指挥部的一位高级军官讲，美国将整个伊拉克的配电设施而不是发电设施作为打击目标。他对“人权观察”说，大多数袭击都是用碳纤维炸弹而不

是使用爆炸性炸弹进行的，这是为了使其临时失去能力而不是将其摧毁。尽管如此，对伊拉克配电设施的一些袭击可能对平民人口带来长期的不利影响。

在美国打击了两座位于纳西里耶 (al-Nasiriyya) 的变电设施之后，停电30天。纳西里耶的400kV变电站在3月22日早上6点受到攻击，攻击使用的是三枚美国海军战斧式巡航导弹，上面装有各种BLU-114/B型石墨炸弹。这些炸弹配有碳纤维丝线轴，在接触到这些纤维丝的时候变压器和其它高压设备就会发生短路。

这座变电站是纳西里耶发电厂与纳西里耶之间必不可少的联系。在变电站停电的情况下，该座城市的南路供电线就被切断，因此完全依靠北部132号电站。尽管碳纤维是使其临时失去能力，但由于碳纤维导致的短路引起的大火彻底烧毁了三台变压器。该变电站的电线被大火熔化。“人权观察”获悉这些变压器必须更换而且整个设施必须重新连线。

3月23日上午10点钟，美国攻击了北部132号电站。这座电站遭受攻击时的一名工程师哈桑·达乌德 (Hasan Dawud) 说，一架美国飞机猛烈炮轰这座电站，摧毁了三台变压器、气体管道以及空调系统，由于未被轰炸损坏的部件出现过热使整座电站处于瘫痪状态。变压器和空调受到的损坏明显可见，墙上的大孔与飞机上的加农炮相吻合。另外在7号高速路上的拉斐 (Rafi)， “人权观察”也发现一座变电站因受到空中打击而遭受重创，其中至少有一台变压器被毁。

“人权观察”通过调查发现，这些设施对于伊拉克的军事行动有什么有效的贡献以及为什么对其进行攻击会为美国提供一个确定的军事利益，特别是它们是如何对纳西里耶的地面行动给予支持，都是不明确的。[……]

停电没有直接造成人员死亡的后果，但医院发电机的负荷已经达到极限，而且还必须减少一些非紧急的服务来确保受伤人员得到基本的治疗。[纳西里耶医院的院长]还表示停电造成城市用水危机。

[……]由于断电影响了水的净化，使水源经常受到污染。这导致了阿布德·赛义德 (Abd al-Sayyid) 所称的“水生痢疾传染病”。

集束炸弹打击

[……]这些炸弹是在爆炸时其弹药散布到很大地区或覆盖区的区域炸弹。由于弹药的扩散，它们能摧毁宽大的和相对较软的目标，如机场以及地对空导弹发射场。它们对于移动的或者没有准确位置的目标如敌军部队或车辆也很有效。[……]

联军的集束炸弹大多是首次部署于阿富汗的CBU-103型炸弹。这种炸弹包括一个由三部分组成的大约5英尺半 (1.7米) 的绿色金属壳体，壳体尾部装有四片翼翅。壳体里包含有202颗装在黄色泡沫橡胶中的小炸弹，它在预先设定的高度和时间开火并将这些小炸弹发射到巨大的椭圆型区域。CBU-103型炸弹是在非制导的CBU-87炸弹尾部加上了一个风向校正炮弹分配器，旨在通过对其飞行中遇到的风力进行补偿来改善其精度。它还将其打击区减小到600英尺 (183米)。

CBU-103型炸弹中的小炸弹是BLU-97，是一些苏打罐大小的黄色圆桶。每一个这种“组合效果炸弹”都有着三重威胁。碎钢芯以300个锯齿状金属块儿射向敌军部队。成型的弹药部分是一个凹面的铜质锥体，它会变成一个具有穿透性的灼热子弹，作为一种穿甲武器之用。锆质圆饼会散发出燃烧弹碎片，烧毁附近的车辆。这种类型的小子弹占这种被报道的美国集束炸弹有效载荷的78%；CBU-87型炸弹和CBU-103型炸弹中都含有202个小炸弹。当用作集束炸弹时，AGM-154型“联合防空外武器”包含有145个小炸弹，而“战斧”对地攻击导弹携带166个小炸弹。

在伊拉克，联军使用集束炸弹主要是因为其区域效果和穿甲能力。中枢指挥部一位高级军官解释道，通常的目标包括装甲车辆或者薄皮车辆的通道 (在与岩石炸弹一起使用时) 等。“我知道有些用于建筑物较多的地区，但多数情况下使用来攻击有那种装备 (枪炮、坦克) 的地方。”他说道。

[……]美国空军通过修改目标和改进技术的方式减少集束炸弹对平民造成的危害。很明显由于汲取了前几次冲突的教训，空军在人口稠密地区投下的集束炸弹更少了。尽管“人权观察”发现在伊拉克城市大量使用了地面发射的集束炸弹，但发现空投集束炸弹只是个别情况。因此，集束炸弹打击造成的平民伤亡相对有限。据中枢指挥部的一名高级军官讲，空军指挥官已接到指示，他们的目标是将平民伤亡降到最小。他说，“我更为确信在预先计划进行集束炸弹攻击的情况下，对于附带伤害的关注度很高”。而对于为支援地面部队而攻击随时出现的目标，这种关注较少。这名中枢指挥部军官解释道，B-52型轰炸机携带着各种各样的集束炸弹盘旋在战场上空。如果地面指挥官请求支援，集束炸弹就是唯一剩下的选择，指挥官就会接受对其目标的攻击。“随着战场的延伸以及地面上紧迫感的增强，我的个人意见是地面指挥官的紧迫感更多的是为了保护其部队。因此，选择最佳的武器不如将武器投向目标更为重要。”这位官员说。

在空军没有避开居民区的情况下，集束炸弹的攻击会导致平民伤亡。巴格达海枣树林位于连接一个名叫“哈伊突尼斯” (Hay Tunis) 的人口稠密的居民区的街道的 (至少) 两侧紧靠街道的地方。炸弹袭来时尼哈德·萨利姆·默罕默德 (Nihad

Salim Muhammad) 正在洗车。在这次打击期间，弹片炸伤了街道上的几名行人，包括4名儿童。4月24日大约午夜时分，美国空军向位于希拉的哈达夫 (al-Hadaf) 女子小学至少投掷了一枚CBU-103型炸弹。据居住在这条街上的30岁的屠夫哈米德·马赫迪 (Hamid Mahdi) 讲，这次攻击炸死了65岁的学校门卫哈桑姆·侯赛因 (Hussam Hussain) 和45岁的邻居哈米德·阿布扎 (Hamid Hamza)，炸伤了其他13人。校长说，在袭击时附近有十几名准军事部队成员。尽管空军以夜间投弹的方式来降低对平民的伤害，这一事件仍表明在居民区投掷集束炸弹的危害性。

尽管在技术上有所改进，联军使用集束炸弹的重要失误之一是使用了落后的集束炸弹。美国和英国都在继续投掷极不准确和不可靠的老式炸弹。[……]

(三) 地面战争行为

地面发射的集束炸弹

联军使用地面发射的集束炸弹远远超过空投的炸弹。中枢指挥部于10月发布报告称它共使用了10,782枚集束炸弹，其中包含有1.7-2百万颗小炸弹。[……]

[……]希拉遭受到了集束炸弹最为严重的袭击。希拉教学总医院的主任兼外科主治医生萨阿德·法卢奇 (Sa'ad al-Falluji) 博士说，他们医院在战争期间医治的90%的受伤人员都是因这种小炸弹而受伤的。在该市南部的纳迪尔 (Nadir) 贫民区，“人权观察”访问的每一个家庭在3月31日集束炸弹袭击中都有人员受伤或者财产损害。在当天的袭击中，医院医治了来自该贫民区的109位受伤平民。据当地老人讲，这次袭击炸死了38位平民，炸伤156人。在5月19日的访问中，“人权观察”发现有几十座砖泥结构的房屋墙上有榴散弹丸弹痕，屋顶有榴散弹丸弹孔。男性居民手指着他们腿上的伤口并撩开衬衣展示胸部和腹部的伤口。比如在法拉耶·法德勒·纳西尔 (Falaya Fadl Nasir) 的房子里，袭击使三人受伤，他的两个孩子18岁的马赫迪 (Mahdi) 和10岁的马尔瓦 (Marwa) 以及伊马姆·哈桑·阿布杜拉 (Imam Hassan 'Abdullah)。一颗流弹穿过他家的屋顶并使得屋内着火。这家医院的裹伤员36岁的哈米德·图尔基·哈米德 (Hamid Turki Hamid) 说，袭击开始时他的儿子和一个朋友正在街上。在带回儿子之后，他又去街上叫他邻居的孩子。“那是在炮弹爆炸的时候，当时我就受伤了”，他说。

[……]英国军队在巴士拉及其附近使用地面发射的集束炸弹时造成了几十名平民的伤亡。在该市南部的三个地区受的打击特别严重。3月23日中午，一枚集束炸弹击中了哈伊·穆罕迪辛·库布拉 (Hay al-Muhandissin al-Kubra，工程师社区)，当时13岁的阿巴斯·卡奇姆 ('Abbas Kadhim) 被炸弹甩出车库。他的肠和肝受

到重伤，而且一个弹片射入他的心脏附近而无法取出。5月4日，他仍然住在巴士拉的朱姆哈里亚 (al-Jumhuriyya) 医院。三个小时后，一颗炸弹炸平了其东北方向两公里半 (一英里半) 的米什拉克·贾迪德 (al-Mishraq al-Jadid) 小区的房屋。一位26岁的木工伊亚德·贾西姆·伊布拉西姆 (Iyad Jassim Ibrahim) 当时正睡在他家的前屋，榴散弹导致他失去知觉。他后来在手术中死亡。十位睡在他家中其它地方的亲属也被榴散弹击伤。在这条街上，集束炸弹导致三名儿童受伤。12岁的艾哈迈德·艾丹·马利赫·霍山 (Ahmad 'Aidan Malih Hoshon) 及其4岁的妹妹法蒂玛 (Fatima) 腹部受到重伤；他们的堂兄13岁的穆罕默德双脚受伤。3月25日晚上，米什拉克·贾迪德小区正东的海伊·扎伊顿 (Hay al-Mishraq) 也由于飞来的集束炸弹而遭受人员伤亡。一位25岁的工人贾马尔·卡米尔·萨比尔 (Jamal Kamil Sabir) 在穿过他家附近的一座桥的时候被炸弹夺去一条腿。他在医院里住了11天。他的侄子22岁的贾巴尔·卡米尔 (Jabal Kamil) 的膝部被榴散弹击伤。5月份，贾马尔怀孕的妻子扎伊纳布·纳西尔·阿巴斯 (Zainab Nasir 'Abbas) 的左腿中还有弹片，因为医生在其怀孕期间不敢取出弹片。邻居40岁的扎伊顿·扎基·阿布·伊亚德 (Zaitun Zaki Abu Iyad) 在其家中被集束炸弹炸死。

可以看出，上述大多数（如果不是全部）的攻击都指向合法的军事目标。“人权观察”在看到了位于社区的坦克和炮兵阵地，见证人描述了伊拉克部队的出现。不过，美国和英国在针对居民区使用集束炸弹时对武器的选择确实是有问题的。这种打击几乎总是导致平民伤亡，在希拉的平民伤亡人数超过一百人，这是因为这种武器将士兵和平民所占据的地区不加区分地使用同样致命的炸弹将其夷为平地。

美国部队用计算机和人工审查系统对地面集束炸弹进行筛选。第三步兵师的炮火是用一个12,700个没有人工指令便不得予以打击的地点名单进行编程的。这个清单包括了民用建筑，如学校、清真寺、医院以及历史遗址等。

第二旅的军官说，他们努力把打击范围控制在距此类目标至少500米 (547码) 之外，不过有时他们会将这一缓冲区减少到300米 (328码)。总的来说，他们还要求在开火之前对目标进行肉眼确认，但在对攻射击的情况下，他们认为雷达的测定就足够了。雷达可以测到射入炮火并确定其位置，但无法确定是否有平民占据着某一地区。

第三步兵师建立了另一层审核，即遣送律师到战场上对计划的打击进行审核，这是对审查程序的最新增补。“十年前，美国军法处不会[到战场上]东奔西跑，”第二旅的法律顾问切特·格雷格 (Chet Gregg) 上尉说。这个师向师部和各旅共派了十六名律师。在战术指挥部工作的总律师凯斯 (Cayce) 上校审核了512次行

动。各旅的军法处对除此之外的袭击予以批准，这些大多是对攻型打击。不过争议较少的打击没有受到审查，如对沙漠上的部队进行的打击。凯斯说道：“有律师参与对居民区的打击我会感到很有信心。”指挥官有最后决定权，但律师则对打击是否符合国际人道法提出建议。凯斯说他的指挥官从来没有否决不予打击的建议而且有时对他说是合法的目标也予以拒绝。

尽管审查程序包括对军事必要性和对平民的潜在危害进行仔细的权衡，但有限的信息和这种分析的主观性意味着这“并非一种科学的规则”。第一个挑战是确定对其部队的危险。“难点是我们承受多少人员伤亡。这是由直觉和经验来决定的。不存在认为一个美国人的命等于多少个平民的命这样的标准。”凯斯说道。接下来是律师必须评价对平民的威胁。在炮火对攻的情况下，他们必须在不知道打击时是否有平民出现在目标地区的情况下做出判断；他们依据的只是战前的人口数字。凯斯承认集束炸弹对居民区的威胁并说道他试图将其限制在夜间。“我希望孩子能蹲下，希望他们不要出来观看炮火。”他说道。

[……]非打击清单包括一些民用建筑但没有居民区。前线观察家要么忽视要么未能看到居民区的平民。美国军事律师虽然依据国际人道法的比例性标准提出了严重关切，但没有对计划的打击提出异议。

讨 论

1. 你如何对冲突进行分类？可以适用《第一议定书》关于保护平民人口不受敌对行动影响的规则吗？对于针对伊拉克地面目标进行的空中和地面打击适用同样的规则吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条和《第一议定书》第1和49条第3款。）
2. (1) 文中所述的根据由卫星电话得出的地理坐标进行目标定位的做法违背了国际人道法的哪些规则？依据这种定位进行的火力攻击必定是不分皂白的吗？（比较《第一议定书》第51和57条。）
(2) 伊拉克可能使用了欺诈战术来阻碍美国企图使用卫星电话坐标进行目标定位的暗示具有哪些法律后果？这种欺诈如果导致平民伤亡是否违反国际人道法？如果这种欺诈导致平民伤亡，美国应当宣布免除造成这种伤亡的责任吗？（比较《第一议定书》第57条第7和8款。）
(3) 美国用于确证卫星定位坐标的措施符合其根据国际人道法应承担的义务吗？对一个目标进行核实的“可行”措施有哪些？在评价核实措施的可行性时必须考虑哪些因素？如果攻击方要进行确证但其资料是错误的，这会影响你对这些打击的合法性的评价吗？（比较《第一议定书》第57条。）

- (4) 考虑到使用确证卫星定位坐标攻击预定目标频繁失误，国际人道法有无施加禁止这种做法之义务？如果努力改善这种确证又将如何？为实施此类攻击的可靠信息是什么？（比较《第一议定书》第57条。）
- (5) 你同意“人权观察”关于根据卫星电话进行目标定位有“严重缺陷”的观点吗？为什么？
3. (1) 电力设施是合法的目标吗？致使变电站在几个小时的时间内瘫痪具有绝对的军事利益吗？联军为什么将配电设施而不是发电设施作为打击目标？致使电力设施瘫痪所使用的这种方法合适吗？（比较《第一议定书》第52和57条。）
- (2) 是否有人直接死于攻击对于打击的合法性重要吗？要考虑医院由于断电而无法医治某些病例这一事实吗？由于水净化站断电而无法工作导致出现“痢疾传染病”的危险呢？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第57条第2款第1项第2和3目。）
4. (1) 关于对巴士拉图外希的攻击，如果在目标建筑中有伊拉克情报局的成员，这会使得该建筑成为合法的军事目标吗？（比较《第一议定书》第52条第2款。）
- (2) 如果建筑中有情报官员但是没有“价值高的领导人目标”，这会影响到比例性评价吗？比例性评价必须依据目标的实际或预期用途吗？目标的预期用途与实际用途不符的可能性受哪些规则支配？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第57条第2款第1项。）
5. 国际人道法的哪些规则在对巴格达卡拉达的攻击的合法性的评价当中起到重要作用？
6. (1) 计划对巴格达曼苏尔的房屋进行攻击与其跟据区别原则的攻击方义务以及采取预防措施的义务相符吗？（比较《第一议定书》第51和57条。）
- (2) 目标是否军事目标、预期的平民伤亡是否过多或者攻击中是否采取预防措施是主要问题吗？预防性措施是相关的吗？（比较《第一议定书》第51和57条。）
- (3) 如果攻击方以个人（战斗员）为目标，但不确定该个人是否在目标地点，攻击方应当适当地评价攻击的比例性吗？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第57条第2款第1项第2和3目。）
7. 在有更精确和更可靠的型号的炸弹的情况下投掷老式炸弹的行为合法吗？国际人道法中有要求能减少附带损害的轻型武器的义务吗？更为精确的武器呢？如果一方有就必须使用吗？使用现有的能够满足攻击目的的轻型武器就足够了吗？或者说如果损害过多它们就不得进行攻击吗？（比较《第一议定书》第57条第2款第1项第2和3目。）
8. (1) 集束炸弹本质上就是一种不分皂白的武器吗？存在使用集束炸弹而不违反国际人道法的情形吗？在哪些情况下使用集束炸弹是合适的？（比较《第一议定书》第51条第4款和第5款第2项和第57条第2款第1项第3目。）
- (2) 如果按照“人权观察”所指出的，“（如果不是全部的话）大多数”地面发射的集束炸弹攻击都是指向合法的军事目标，这些攻击怎么还会违反国际人道法？如

果是，如何违反？作为一种预防性措施，在夜间使用集束炸弹就足以符合国际人道法吗？即使在人口稠密的地区？

- (3) 文中所述的美国审查地面集束炸弹打击的程序符合国际人道法所强加给攻击者的义务吗？为什么美国军事律师对“人权观察”认为依据比例性标准“产生严重关切”的计划攻击没有提出异议？联军为了将攻击的总体影响降至最小采取了哪些预防措施？这些预防措施足够吗？
9. 本案中律师参与战场目标定位决策有什么优点和风险？
10. “认为一个美国人的命等于多少个平民的命这样的标准”是必要的吗？这种标准与评价攻击是否必须预期导致过多的平民伤亡或者评价（附加的）预防措施是否可行有关吗？在评价对国际人权法的遵守时，对美国士兵的风险极为重要吗？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第57条。）

文件154. 美国，伊拉克居民区目标记录

[注：Model Cards filled out by US army (Third Infantry Division), annexed to “Strengthening Measures for the Respect and Implementation of International Humanitarian Law and Other Rules Protecting Human Dignity in Armed Conflicts”, 2-4 September 2004, San Remo, Italy, *The Military Lawyer Nuisance or Necessity* by Lt. Colonel Mike Newton Judge Advocate General’s Corps, United States Army.]

指挥官负责在授权对居民区或者受保护地点直接开火之前进行比例性评价。参照《交战条例》；寻求法律建议；军法人员、军团和师的文职军人以及火力支援单元名册。

居民区目标记录
(军事必要性-附带损害-比例性评价)

(一) 军事必要性——我们朝谁射击和为什么？

1. 任务的日期分组 (DTG): _____
2. 位置——网格坐标: _____
3. 敌方目标 (大规模杀伤武器 (WMD)、化学武器 (CHEM)、飞毛腿导弹 (SCUD)、炮兵 (ARTY)、装甲兵 (ARMOR)、指挥与控制系统 (C2)、后勤部队 (LOG))
- (1) 类型与单位: _____

(2) 对于任务的重要性: _____

4. 目标

(1) 如何观察到: UAV (无人驾驶飞机)、FIST (未来一体化士兵技术)、SOF (胶片录音)、其它: _____

(2) 未观察到: Q36 (迫击炮定位雷达)、Q37 (反炮兵战定位雷达)、ELINT (电子情报)、其它: _____

(3) 最后知道的观察或探测的DTG (日期分组): _____

5. 其它可适用的事项

(1) 美国伤亡: 人数: _____ 位置: _____

(2) 遭到敌人火力: 单位: _____ 位置: _____

(二) 附带损害——那里目前有谁或有什么?

6. 城市: _____ 初始人口: _____

7. 目前在目标地区 (如果已知) 估计人口: _____

8. 文化、经济或者其它意义或后果: _____

(三) 武器选择——减轻平民伤亡和民用财产损失

9. 现有的运送系统范围: _____

155MLRS (多管火箭发射系统)、ATACMS (陆军战术导弹系统)、ATACM64 (陆军战术导弹)、CAS (近距离空中支援)、其它: _____

10. 武器: DPICM (双用途改进型常规弹药)、精确制导炸弹 (PGM)、其它: _____

(四) 指挥官授权开火——比例性分析

11. 法律顾问的军衔和姓名: _____

12. 民事/文职顾问 (G5): _____

13. 预计的生命损失和民用财产的损失相对于预期可获得的军事利益是否可以接受?

是/否

14. 指挥官或代表的军衔、姓名和职务： _____
15. 可选评论： _____
16. 日期分组 (DTG) 或决定： _____
17. 目标编号： _____

案例155. 伊拉克，美军在被占伊拉克领土使用武力

案 例

[资料来源：Human Rights Watch, "Hearts and Minds: Post-War Civilian Death in Baghdad Caused by US Forces", 2003, 脚注省略, 可访问www.hrw.org.]

(一) 概要

该报告记录并分析了自从美国总统乔治·W.布什 (George W. Bush) 于2003年5月1日宣布敌对状态结束以来美国部队在巴格达造成的平民伤亡。[……]

对巴格达的安全负有责任的美国军队没有故意将目标指向平民。但也没有按照国际法的要求做到将对平民的伤害降至最小。伊拉克对于美国部队来说很明显是一个敌对的环境，他们每天都受到伊拉克人或其他反对美国和联军占领的人的袭击。但是这种环境并不能解除其以一种节制的、成比例的和区别的方式而且只有在确实必要的情况下才能使用武力的义务。[……]

该报告中所记录的个别平民死亡的案例说明美国部队采取的方式侵犯性过强，对居民区进行不分皂白的射击，而且强烈地依靠致命性武力。在有些情况下，美国部队面对真正的威胁，此时他们有权以武力回应。但有时这些反应与这种威胁不成比例或者目标选择不恰当，因此对平民造成了危害或将其置于危险境地。

在巴格达，平民的死亡可以按照三种基本的事件组进行分类。首先是美国部队在搜寻武器或进行抵抗的战斗人员时对房屋的袭击期间造成的死亡。美国部队说它已经开始使用侵犯性较弱的战术，而且正逐渐让伊拉克警察与其一道参与袭击。但巴格达居民仍然控诉美国军队侵犯性的和不计后果的行为、身体虐待以及偷窃行为。当美国士兵遇到那些认为自己是在对盗贼进行自卫的家庭进行的武装抵抗时，他们有时诉诸压倒性的武力，杀死这些家庭成员、邻居或者路过的人。

第二组是美国士兵在检查站或者在道路上遭受攻击之后做出不成比例的和不分皂白的反应所导致的平民死亡。“人权观察”记录了一些这样的案件，在一枚自制爆炸装置在一辆美国护卫车附近被引爆之后，士兵们向多个方向用大口径武器射击，打伤打死了附近的平民。

第三组是伊拉克平民在检查站没有停止而被枪杀。美国的检查站在整个巴格达不停地转移，虽然标志的可见度有所改善，但有时候标志并不明显。缺少阿拉伯语翻译以及不懂伊拉克人的手势产生混乱，其结果有时候对平民来说是致命的。[……]

总的说来，美国军事警察在巴格达似乎很适合从事冲突后军事占领所要求的法律实施任务。问题在于战斗部队[……]被要求提供他们没有经过充分培训或者没有思想准备的服务。[……]许多这些士兵一直打仗到了伊拉克，现在却要求他们在未经适当准备的情况下便从战士转变为控制群众、捉拿盗贼以及根除造反者的警察。[……]

一个中心问题是美国士兵和指挥官在伊拉克没有应承担的责任。根据《联军临时管理当局法令》第17号令，伊拉克法院不能起诉联军士兵，因此对于过度使用武力和非法枪杀的指控以及因被认定违反国内军事法典或国际人道法而拘留应承担责任的士兵和指挥官进行调查属于参加联军各国的责任。由于对许多有疑问的事件没有及时和充分的调查，造成一种免受惩罚的氛围，许多士兵在这种气氛中感到他们能够扣动扳机而不受审查。[……]

同时，联军采取了一些措施减少平民死亡。检查站标志更加明显而且有些战斗部队受到额外的警察业务培训。[……]

检查站接站规则由于担心安全而没有公开。但伊拉克平民有权知道这些安全行为指南。比如联军应当将所有的检查站做出明显的标志，并通过公共服务活动通知伊拉克人如何接近检查站和在袭击期间怎么做。

[……]

曼苏尔的检查站[……]

7月27日，来自一个搜查萨达姆·侯赛因和其他前统治精英的特别行动队“武力任务20”的美国士兵对谢赫·阿卜杜·卡里姆·古拜(Shaikh Abdul Karim al-Gubair)在高消费阶层的曼苏尔区的家进行了袭击。该行动进行期间，士兵们在这个地区设立了一些检查站。[……]

据“人权观察”采访的目击者讲，四到五辆美国悍马于下午5点钟封锁了萨阿饭店附近的一个小街道。一辆车停在路上，士兵们在疏导交通。5分钟后士兵们离去，除了车辆不能通过之外没有留下任何标记，但是当地的店铺主人在警告司机远离此处。在这条街上一家眼镜店工作的男人阿哈迈德·伊卜拉希姆·谢赫·加布里 (Ahmad Ibrahim al-Shaikh al-Jaburi) 告诉了“人权观察”接下来发生的事情：

一辆灰色雪佛莱马利布从这条小巷的另外一侧而不是从大街上驶来。美国人开始挥手让这辆小车停下，但它没有停下。其中一个坐在一辆悍马车顶的士兵将安装在这辆悍马车顶上的机关枪对准雪佛莱开始射击。还有更多的枪击，可能是另一士兵所为。他们从五十米的距离对这辆小车进行打击。小车的前挡风玻璃上全是弹孔。结果小车司机对其车辆失去控制，在撞上悍马后慢慢停下。小车停下后，射击结束，司机走出小车举起双手，几秒钟之后他便倒下。士兵们围绕着小车将另一名乘车者拉出来并开始将他拖到街上。一名士兵拽着他的肩膀，拖着他的双腿。他们把他放在正在修建的一座房屋旁边的人行道上，这座房屋属于前教育部长法赫德·沙杰拉 (Fahd al-Shajra)。

这辆车的司机是17岁的穆罕迈德·伊马德·加扎勒·伊卜拉希姆·鲁巴伊 (Muhanad 'Imad Ghazal Ibrahim al-Ruba'i)。他告诉“人权观察”，他正在与他的弟弟14岁的扎伊德以及他们侄子14岁的法赫德·阿赫迈德 (Fahd Ahmad) 一起驾车去领取配给的食品。美国士兵用砖块封锁了道路，告诉他们绕行。因此他经过另外一条街上了看起来放行的主路。穆罕迈德一面慢速开着车一面停下来问一些年轻的伊拉克男人这条路是否畅通，他们说是。他告诉了“人权观察”接下来发生的事情：

我们按照那些年轻的男人告诉我们的话，开始朝着美国人慢慢地开过去准备停下。但士兵们藏在街道两侧——我们看不到他们。我们可以看到离我们很远的地方有两辆悍马。一辆停在人行道上，另一辆距我们不远，但那条道路没有封锁。虽然我们开的很慢，当我们接近离我们较近的那辆悍马时，子弹从多个方向朝我们的车猛烈射来。射击时我低下我的头，因此车子失去控制。小车继续非常慢地朝前走直到碰到一辆悍马停了下来。[……]

据穆罕迈德·鲁巴伊讲，他和他的侄子法赫德被从车上拽下并强迫坐在人行道上。他说，他们给了他一些绷带，但每次他问及他的兄弟扎伊德 (Zaid) 他就还得挨打。大约30分钟之后，他说，两名身穿平民服装的大胡子美国士兵腰带上别着

机关枪和手枪坐着一辆皮卡车来到这里。穆罕迈德和法赫德一起被一名穿制服的士兵装进车的后面。

穆罕迈德说，此时一辆丰田皇冠从那条主要街道拐到小巷。两名身穿平民服装的士兵从卡车中出来，与身穿黑色衣服的士兵一起朝这辆小车开火。穆罕迈德告诉“人权观察”：

他们全都朝着丰田射击；射击持续了3-5分钟。射击停下时，两名美国平民和其他士兵走到那辆车前将两名乘车者拉出车外，他们将伤者拉走但将司机留在车里因为司机已经死亡。

来自眼镜店的目击者阿赫迈德·贾布里 (Ahmad al-Jaburi) 对这一情况予以确认。他告诉“人权观察”：

我看到一辆丰田皇冠从小巷右边的一个侧街上驶来。这条侧街畅通，那里没有士兵甚至没有检查站。这辆小车一到达侧街与小巷相连的交叉口，就发生了对着小车的猛烈枪击，致使车里所有的乘客死亡。我想可能有三、四个乘客。我看到一位白头发的老妇人打开车门。她开始向士兵走去，走了几米就倒下了，她全身是血。

士兵们将老妇人和另外一名受伤的人从小车上拖到皮卡车中，把他们与穆罕迈德和法赫德一起装在车后面。皇冠车的司机已经死亡因此留在车里。穆罕迈德回忆道：

他们将两名受伤的人带到皮卡车上。一个是一位年老的白发妇女，另一个是一位年轻男人。他们带来这位女士时，她开始问及她的儿子并开始痛苦地尖叫。她全身都是血，她身上全是血。她请求他们给点水，但一名士兵开始打她的腹部，然后她就安静下来。之后，一名士兵过来与我们一起坐在皮卡的后面。[……]

但是，关于[皇冠车中的另外两人]直到事故发生之后的两个月零一天的9月28日之前，家里没有得到任何消息。“那一天，美国人来到我们家要我们去机场接收他们的尸体。”他说。

除了这些死亡之外，目击者贾布里说他看到士兵们朝着第三辆车开枪，这辆丰田牌“陆地巡洋舰”当时在小巷行驶并停下。车中一人腹部受伤，他说，伊拉克人将此送到医院。由于这些射击，还有两辆停着的车被击中毁损，一辆属于贾布里商店的一名工人。他们从美军获得了4500美元的赔偿。赔偿谈判是跟来自第一装甲师的陆军少尉少校理查德·鲍耶 (Richard Bowyer) 进行的，他对这一事件表示道歉。

美国军队于7月29日发布了一个媒体声明，承认一辆车中有两人死亡。“部队朝着车辆在检查站没有减速并企图冲过护栏看来具有敌意的车辆开枪。”声明说。“联军部队与这一地区的其它事件没有关系。”在事件发生当天，一位军事发言人约翰逊 (J. J. Johnson) 参谋军士告诉媒体说“有人接近检查站时有接站规则……。士兵有权自卫。”

美国军队以安全的理由对其接站规则予以保密。但是士兵和指挥官不应当在隐藏在其保密规则的背后容忍对被拘留者的殴打和对伤者不进行救治。

海法大街上的爆炸与枪击

7月3日早上大约9点15分，一群学校儿童正在从巴格达中心的海法 (Haifa) 大街步行回家。6名年龄大约在12岁的儿童停在他们的一个朋友的74号楼的公寓前面，此时附近一次巨大爆炸将他们炸倒在地上。据他们的家庭成员讲，有两名儿童死亡，七人受伤。[……]

据美军讲，爆炸起因于街上的一辆小轿车中的火箭筒朝着一个由三辆军车组成的护卫车队射击。“根据我们听到的汇报，坐在街道拐角的一名无辜的伊拉克公民也被这次爆炸炸死。”斯科特·帕顿 (Scott Patton) 少校告诉媒体。

目击者说，军队的回应是进行猛烈而不分皂白的射击，因此导致袭击小车的司机死亡和街上平民受伤。军方没有对其回应做出评论。一位名叫马吉德·萨阿迪 (Majid Sa'di) 的目击者告诉媒体，他看到被指称为袭击者的小车充满了子弹，因此他认为司机已经死亡。

“人权观察”找到了该事件的另外一名目击者，当时这名男子恰好在海法大街上开车过来，他的腿受到枪击而严重受伤。[……]海达尔·侯赛因·卡里姆·菲特拉维 (Haidar Hussain Karim al-Fitlawi) 说，他正在驾驶着他的蓝色大众牌帕萨特驶向加油站的时候，爆炸发生了。突然间，他说，他受到美国部队的袭击。他告诉“人权观察”：

他们朝我的车开了十多枪。有五发子弹击中油箱，但幸运的是没有着火。我从车里出来躺在地上。我当即感觉到我的腿弯到了我的肩膀。我躺在那里流着血有十分钟。人们拦下了一辆小型公共汽车将受伤的人放进去。我记得有一个小孩儿在里面。他们把我们送到卡拉玛医院。

据菲特拉维讲，这次袭击中没有美军士兵受伤，尽管他对枪击是否看得很清楚值得怀疑。“美国人非常害怕，”他说，“这就是他们射击其他所有人和所有东西的原因。”

[……]

8月17日，美国士兵在巴格达市郊的阿布·格莱布 (Abu Ghraib) 监狱外面射杀了路透社43岁的摄影记者马赞·达纳 (Mazen Dana)。马赞是自从这场战争开始以来第12名被杀死的记者，也是第二个死亡的路透社记者。路透社说，达纳和他的音响工程师曾请求士兵允许拍摄。杀害之后，美国军方公开道歉并说士兵们认为他的摄像机是一架火箭筒。一位军事发言人当时表示哀悼，但却说部队如果不感到威胁就不会进行警告性射击。“我无法告诉你有关接站的详细规则，但敌方没有形成编队，他们没有穿制服。”盖伊·希尔兹 (Guy Shields) 上校告诉问及该事件的媒体。“在战争期间，进行警告性射击是不必要的。如果存在可能的伏兵，就没有时间进行警告性射击。”

讨 论

1. 伊拉克是国际人道法意义上的被占领土吗？（至少在2004年6月30日以前）？即使美国（如其所言）的行为符合安理会决议？即使美国的行为是自卫？如果安理会第1483号决议（2003）被解释为将联军在伊拉克的出现合法化，即使在该决议通过之后（参见**案例159**。伊拉克，占领与缔造和平，（一），第1630页。）？（比较《日内瓦第四公约》第2条和《第一议定书》序言第5段。）
2. (1) 有关军事占领的国际人道法何时开始适用于伊拉克？自从第一个美国士兵的双脚迈入伊拉克领土那一刻？自从第一个村庄事实上处于美国控制之下那一刻？主要军事行动刚完成的时候（按照美国总统的说法，即2003年5月1日）？（比较《日内瓦第四公约》第2条和《海牙章程》第42条。）
(2) 在你回答问题 (1) 时，你是否在对受保护人员给予人道待遇的义务（《日内瓦第四公约》第27条）、确保公共秩序与安全的义务（《海牙章程》第43条）以及确保卫生与公共健康的义务（《日内瓦第四公约》第56条）之间进行了区分？如果是，你如何证明这种区分的正当性？
3. 美国部队在曼苏尔检查站的行为以及在海法大街上的爆炸之后的行为符合国际人道法吗？你认为这些行为适用敌对行为规则还是军事占领规则？为了避免发生这种情况应当采取什么措施？（比较《日内瓦第四公约》第27和32条和第48条、第50条第1款、第51条第2和3款、第57条第2款第1项第1目和第2款。）
4. 2003年7月和8月在哪些情况下美国军队有权朝人射击？这些射击要受到国际人道法或者国际人权法规制吗？（比较《日内瓦第四公约》第27和32条和《第一议定书》第48条、第50条第1款、第51条第2和3款、第57条第2款第1项第1目和第2款。）
5. 2003年8月17日射杀路透社摄影师的行为违反国际人道法吗？（比较《第一议定书》第57条第2款第1项第1目。）

案例156. 美国，塔古巴报告**案 例****美国/伊拉克，美国，塔古巴报告**

[资料来源：Executive summary of Article 15-6 investigation of the 800th Military Police Brigade by Maj. Gen. Antonio M. Taguba, 可访问<http://www.msnbc.msn.com/id/4894001>.]

第15-6条**第800军事警察旅调查****背 景**

1. (未分类段落) 2004年1月9日，里卡多·S.桑切斯 (Ricard S. Sanchez) 中将 (第七联合武装兵团 (简称第七兵团) 指挥官) 要求美国总数指挥部指挥官指定一名上将或更高官衔的调查官对第800军事警察旅的行为进行调查。桑切斯中将要求对2003年11月1日以来该旅进行的扣押和拘留行为进行调查。桑切斯中将引用了关于虐待被关押人、逃离关押设施以及责任中断等方面的最新报告。这些报告说明了在该旅内部存在系统性的问题，并表明其缺乏明确的标准、专业能力以及领导能力。桑切斯中将要求对第800军事警察旅是否称职及其表现进行全面的调查并做出裁决和建议。[……]
3. (未分类段落) 2004年1月30日，联军地面部队指挥官指定其负责总后勤的副指挥官安东尼奥·M.塔古巴 (Antonio M. Taguba) 上将进行这项调查。塔古巴上将按要求根据《军队条例》第15条第6款对第800军事警察旅的扣押和拘留行为进行非正式调查。具体来讲，塔古巴上将的任务是：
 - (1) (未分类段落) 围绕最近指控的虐待被拘留人的行为，特别是指控在阿布·格莱布监狱 (巴格达中心监狱) 的虐囚行为的全部事实和情况进行调查；
 - (2) (未分类段落) 对第七兵团报告的被关押人逃跑和责任中断问题，特别是关于指控发生在阿布·格莱布监狱的这些事件进行调查；

- (3) (未分类段落) 适当情况下，调查第800军事警察旅中的培训、标准、雇用、指挥方针、内部程序以及指挥气候等问题；
- (4) (未分类段落) 适当情况下，对所有各方面的调查做出具体的事实裁决，并对改正措施提出建议。[……]

结论与建议

(第一部分)

(未分类段落) **该调查应围绕最近指控的虐待被拘留人的行为，特别是指控在阿布·格莱布监狱 (巴格达中心监狱) 的虐囚行为的全部事实和情况进行全面审查。**

1. (未分类段落) 由杰里·莫切罗 (Jerry Mocello) 上校领导的美军刑事调查指挥部的一个受过良好培训的专业人员小组在调查阿布·格莱布监狱的几起复杂和非常棘手的虐囚事件中的工作非常出色。他们对目击者、嫌疑犯以及被关押人进行了50多次询问。他们还发现了大量的照片和录像以图像的方式详细描述了军事警察人员在2003年10到12月期间的多种场合虐待被关押人的情况。几名嫌疑人对于其个人参与以及其同伴士兵参与虐囚作了全面和完整的供述。几名嫌疑人还援引了他们根据第31号《统一军事司法守则》和美国宪法第5条修正案的权利。[……]

关于该调查的第一部分，我谨作如下具体的事实认定：

1. (未分类段落) 阿布·格莱布“前线行动基地”为了确保正在进行的军事行动的成功和确保一个自由的伊拉克，为“巴格达中心监狱”的罪犯和治安被关押人提供安全保障，便利第七兵团进行询问，支持临时管理局在监狱的其它行动，并加强对执行任务士兵的武力保护/生活质量。
2. (未分类段落) 第205军事情报旅指挥官于2003年11月19日被第七兵团指定为阿布·格莱布“前线行动基地”指挥官。第205军事情报旅为第七兵团进行了有效的和战略性的审问。自从2003年11月19日直到2004年2月6日权力移交为止，[……] 上校一直是205军事情报旅的指挥官和阿布·格莱布“前线行动基地”的指挥官。
3. (未分类段落) 第800军事警察旅的第320军事警察营负责阿布·格莱布“前线行动基地”的甘奇营地、警戒营地和囚犯室的警卫兵力。[……]

中校自从2003年2月直到2004年1月17日被解职为止一直是第320军事警察营的营长。[……]上尉自从2002年12月直到2004年1月17日被解职为止一直是在阿布·格莱布“前线行动基地”负责看管被拘留人的第372军事警察连的连长。我还发现，第320军事警察营和第327军事警察连都驻扎在阿布·格莱布“前线行动基地”。

4. (未分类段落) [……]陆军准将自从2003年7月至今一直是第800军事警察旅的指挥官。
5. (保密段落) 在2003年7月到2003年12月期间，在阿布·格莱布监狱发生了对几名被拘留人实施的许多残虐成性的、明目张胆的和毫无节制的虐待犯人事事件。这种系统性的和非法的虐待被拘留人的行为都是由几名军事警察警卫人员(第800军事警察旅，第320军事警察营，第327军事警察连)在阿布·格莱布监狱的第1-A区故意实施的。详细的目击证人陈述和展示的清晰图像证据证实了这些被指控的虐囚行为。由于这些图片和录像、正在进行的美军刑事调查指挥部的调查以及对几名嫌疑人可能进行刑事追诉的极端敏感性，我的调查范围不包括图像证据。图片和录像来自于刑事调查指挥部和联军第七兵团起诉小组。除了上述罪行之外，还有第205军事情报旅、第325军事情报营以及“联合审讯中心”的会员所实施的虐囚行为。特别是2003年11月24日，205军事情报旅专家[……]剥去一名囚犯的衣服让其裸体回到囚室，对其进行羞辱。
6. (保密段落) 我发现军事警察人员对囚犯的故意虐待包括如下行为：
 - (1) (保密段落) 拳打、脚踢、扇耳光、踩其裸脚；
 - (2) (保密段落) 对裸体男女囚犯照相、录像；
 - (3) (保密段落) 强制囚犯做出各种描述性行为的姿势进行拍照；
 - (4) (保密段落) 强制囚犯脱去衣服并使其一次裸体数日；
 - (5) (保密段落) 强迫裸体的男性囚犯穿上女性衣服；
 - (6) (保密段落) 强迫成组的男性囚犯自己手淫并同时进行拍照；
 - (7) (保密段落) 安排裸体的男性囚犯叠摞成堆并往上跳；
 - (8) (保密段落) 将裸体囚犯置于野战方便食品箱中，头上放上沙袋，并将电线连接到其手指、脚趾以及阴茎上，模仿电刑。
 - (9) (保密段落) 让被指称强奸一名15岁囚犯伙伴的囚犯在腿上写上“我是强奸犯”的字样并进行裸体拍照。

- (10) (保密段落) 在一名裸体囚犯的脖子上拴上狗链或狗带并让一名女性士兵摆出姿势进行拍照；
 - (11) (保密段落) 一名男性军事警察警卫与一名女性囚犯性交；
 - (12) (保密段落) 用军犬 (不戴口罩) 恐吓囚犯，并且至少一次将一名囚犯咬成重伤；
 - (13) (保密段落) 对已经死亡的伊拉克囚犯拍照。
7. (未分类段落) 上述事实可以由几名嫌疑人的书面供述、囚犯的书面陈述以及目击证人陈述予以证明。[……]
8. (未分类段落) 另外，有几名囚犯还描述了下列虐待行为。根据他们陈述的明确性以及其他目击证人所提供的佐证，我认为这些情况是可信的：
- (1) (未分类段落) 打碎化学灯泡并将含磷液体浇在囚犯身上；
 - (2) (未分类段落) 用装有子弹的9毫米手枪威胁囚犯；
 - (3) (未分类段落) 将冷水浇在裸体囚犯身上；
 - (4) (未分类段落) 用扫帚柄和椅子毒打囚犯；
 - (5) (未分类段落) 以强奸威胁男性囚犯；
 - (6) (未分类段落) 在将囚犯往囚室墙上撞伤之后，允许军事警察警卫缝合囚犯的伤口；
 - (7) (未分类段落) 用化学灯管甚至一个扫帚杆鸡奸囚犯；
 - (8) (未分类段落) 用军犬吓唬和威胁囚犯，并且至少有一次实际上咬伤了囚犯。[……]
10. (未分类段落) 我发现，与190-80号《军队条例》的规定相反，军事情报询问人员以及其他的美国政府机构询问人员都积极地要求军事警察警卫调整身体和精神状态以便对目击证人进行询问。[……]我发现被派往第800军事警察旅第327军事警察连的人员被要求改变监狱程序以便为军事情报人员的询问“调整状态”。我发现没有直接的证据证明军事警察人员实际上参与了这些军事情报人员的询问。
11. (未分类段落) 我得出这一结论依据的是我自己发现的事实证明了的虐囚行为以及下列目击证人的陈述：
- (1) (未分类段落) **第372军事警察连的专家**[……]在经其宣誓的关于虐囚事件的陈述中表示，一名囚犯被置于一个箱子中，他的手指、脚趾

以及阴茎都被连上电线，“她的工作就是让囚犯醒来。”她讲到，军事情报人员当时正在对[……]下士讲话。她说：“**军事情报人员希望让他讲话。[……]和[……]的工作就是为军事情报人员和其它政府机构做些事情让这些人讲话。**”

- (2) (未分类段落) **第372军事警察连的[……]军士**在经其宣誓的陈述中做了如下陈述：“**我目睹了军事情报人员管辖的1A区的囚犯被迫使做了我从良心上感到质疑的各种事情。在1A区，我们被告知他们在待遇方面有不同的规则和不同的标准作战程序。我从未见过像该区这样能说出口的规则或标准作战程序。负责1A区的士兵是[……]下士。他说政府代表和军事情报人员让他干什么事情，却从来没有以书面形式进行。**”当被问及为什么1A/B区中的规则不同于其它区时，[……]军士说，“**其它区都是普通囚犯，而1A/B区关押的都是军事情报人员。**”当被问及为什么没有将这些虐囚行为告知他的指挥链时，[……]军士说，“**因为我认为如果他们做的事情超出了常规或不符合指导方针，就会有人说些什么。而且该区属于军事情报人员，而似乎军事情报人员是同意虐囚行为的。**”[……]军士还表示他听到军事情报人员旁敲侧击地袒护这些虐囚行为。当被问及军事情报人员都说些什么时，他说：“**松开这家伙交给我们。**”“**夜里一定不让他好过。**”“**一定要治治他。**”他声称这些话都是对[……]下士和[……]参谋军士说的。最后，[……]军士说：“**按我的理解军事情报人员已经对于他以这种方式对待军事情报人员关押的人提出了[……]嘉奖。比如他们说，“干得好，他们这么快就驯服了。他们回答了每一个问题。他们说出了有用的信息。最后，继续好好干。诸如此类的。”**
- (3) (未分类段落) **第372军事警察连的专家[……]**在被问及在囚犯受到虐待时他是否在场时回答说：“**我看见他们没穿衣服，但是军事情报人员要我们拿走他们的被褥和衣服。**”他记不住军事情报人员中是谁指挥他这样做的，但说：“如果他们想让我干什么就需要给我书面的东西。”他后来被告知“我们可以做任何让囚犯窘迫的事情。”
- (4) (未分类段落) 一位美国民事合同翻译[……]先生在被问及几名囚犯受到强奸虐待时回答道：“**那天夜里他们(囚犯)全部裸体，一群军事情报人员(军事警察)在那里，[……]军士对这些囚犯发号施令。而**

且[……]军士在询问他们时命令他们承认自己干了些什么。他们让这些人做些奇怪的运动，让他们用肚皮滑行、上下跳跃，朝他们身上洒水弄湿他们的身体，给他们起各种各样的名字如‘同性恋’，问他们是否喜欢与男人做爱，然后将他们的手和腿铐起来并将他们一个压着一个地摞起来，确保下面人的阴茎顶住上面人的屁股。”

- (5) (未分类段落) **第109战区后勤医务营**的一名医师[……]军事专家证明：“**1A区关押的是优先等级高的囚犯，1B区则是用来关押高危险性或容易制造麻烦的囚犯。在监狱里呆的四个小时期间，我观察到有些男性囚犯被首次带到监狱里的时候，其中有些人身穿女式内衣，我想这肯定是让他们有些痛苦。**”
12. (未分类段落) **我发现第320军事警察营和第372军事警察连在部署到伊拉克从事“解放伊拉克行动”之前没有受到拘留/被看管人方面的业务培训。**我还发现军事警察人员在适用《关于战俘待遇的日内瓦公约》、第27-10号《战场守则》、第190-8号《军队条例》或第3-19.40号《战场守则》等规则方面受到的指导或培训也很少。另外，我发现军事警察人员或被拘留人(如果有的话也是)很少有《日内瓦公约》的复印件。
13. (未分类段落) 该旅领导人没有与其士兵进行沟通或确保其战术熟练性的另外一个明显的例子是2003年5月12日发生在伊拉克布卡战俘营的虐囚事件。来自第223军事警察连的士兵向位于布卡战俘营的第800军事警察旅报告称，四名来自第320军事警察营的军事警察士兵在布卡战俘营接纳被拘留人期间虐待了大量的被拘留人。美军刑事调查指挥部进行的广泛调查确认这四名来自第320军事警察营的士兵在完成从塔利勒 (Talil) 空军基地的运输任务之后踢打了这些被拘留人。
14. (未分类段落) 对这些士兵提正式起控诉的依据首选《统一军事司法守则》，同时由金特里 (Gentry) 中校按照第32条进行调查。他建议为四名被告成立一个普通的军事法庭，这得到了[……]陆军准将的支持。尽管这一虐囚事件有证据予以证明，但却没有证据证明[……]陆军准将曾试图就《日内瓦公约》对被拘留人待遇的要求提醒第800军事警察旅的士兵或者采取措施确保不再发生此类虐囚事件。也没有证据表明这些士兵的指挥官[……]中校 (P) 卷入了布卡战俘营虐囚事件，或采取了积极行动确保其士兵受到被拘留人待遇方面的适当培训。

关于调查第一部分的若干建议

1. (未分类段落) 立即将一个由拘留/重新安置业务、国际和军事法、信息技术、监狱管理、审讯和情报收集技术、牧师、了解阿拉伯文化以及与拘留和关押活动有关的医疗实践方面的专家组成的综合性的多学科流动培训队。该队需要在所有有关拘留和看管行动方面进行监督和综合性培训。
2. (未分类段落) 所有与在第七兵团从事拘留或询问行动有关的军事警察和军事情报人员及其下属单位应立即受到国际/军事律师培训, 培训内容主要是第27-10号《战场守则》的具体规定, 特别是《关于战俘、敌军战俘、被拘留人员、平民被关押人以及其他被拘留人待遇的日内瓦公约》和第190-8号《军队条例》。
3. (未分类段落) **第七兵团中的单个指挥官对于整个伊拉克战场军事行动的全部被拘留人的管理负责。**我还建议由警备总司令五星上将指派至少两名该问题专家、一名官员和一名非委任官员协助第七兵团协调对被拘留人的管理工作。
4. (未分类段落) 拘留设施指挥官和询问设施指挥官应确保以英语和被关押人的语言制作《关于战俘待遇的日内瓦公约》以及保护布告的复印件并在所有拘留设施显著位置予以展示。应给予对其待遇有疑问的被拘留人以充分的机会阅览公约。
5. (未分类段落) 每一位拘留设施指挥官和询问设施指挥官都应关于被拘留人待遇的《标准作战程序》予以公示, 并要求所有人员学习《标准作战程序》并签署说明他们已经阅读并理解《标准作战程序》的文件。
6. (未分类段落) 伊拉克战场军事行动中为了支持“自由伊拉克军事行动”而进行扣押/监管/拘留行动的所有单位都应当依照《赖德 (Ryder) 上将评估报告》的建议以及我在这次调查中得出的结论和建议进行有效的行动控制, 包括根据《统一军事司法守则》针对第七兵团开展的工作。
7. (未分类段落) 任命联合武装兵团的指挥官为在伊拉克联合军事行动地区进行被拘留人管理工作的人事提议官。(第七兵团指挥官汤姆·米勒 (Tom Miller) 上将已经获得第七兵团指挥官的任命。)
8. (未分类段落) 依据第381-10号《军队条例》第15号程序进行调查, 确定被派往第205军事情报旅以及联合询问和情报中心的军事情报人员在阿布·格莱布虐待被拘留人方面的罪行大小。

9. (未分类段落) 指派一名具有献身精神，经过特别培训并具备国际和军事法知识的高级军法官协助被拘留人管理事务并提出建议是非常关键的。

结论与建议

(第二部分)

(未分类段落) **该调查查明了第七兵团报告的被拘留人逃跑以及责任中断等问题，特别是关于在阿布·格莱布发生的与这些事件的有关指控：**

关于该调查的第二部分，我谨作如下具体的事实认定：[……]

6. (未分类段落) 被拘留人管理包括敌军战俘、被拘留人员、平民被拘留人员、其他被拘留人员以及伊拉克刑事犯人的责任、照顾和健康。[……]
8. (未分类段落) 在第 800 军事警察旅及其下属单位内部对于基本的法律、法规、理论和指挥方面的要求普遍存在不知晓、不执行和不重视等问题。
9. (未分类段落) 在接纳被拘留人和刑事犯人之后对其进行的管理在各监狱之间、在各囚禁场所之间、在各战俘营之间甚至在各轮班之间都是不一致的。[……]
23. (未分类段落) 阿布·格莱布与布卡战俘营的拘留设施都大大超过其原定的最大关押能力，而警卫兵力却是人员不足、资源匮乏。这种不平衡导致各个拘留设施中生活条件恶劣、逃跑以及责任中断现象。拘留设施的过度拥挤还限制了识别并隔离被拘留人口中组织逃跑和内部骚乱的领导的能力。
24. (未分类段落) 对不应当关押的被拘留人进行甄别、管理和释放工作耗时过长并且导致了拘留设施内的过度拥挤和骚乱问题。[……]
28. (未分类段落) 在第800军事警察旅责任区的拘留设施中，都没有以英语或被拘留人的语言张贴营规或《日内瓦公约》的规定，甚至在几次调查都对缺乏这种重要的要求提出批评之后依然如此。[……]
33. (保密/不得向外散发段落) 由第800军事警察旅管理的各种拘留设施日常关押由其它政府机构送来的人员而不作记录、不知其身份、甚至不知道关押的原因。位于阿布·格莱布的“联合审问和情报中心”将这些被拘留人称为“魔鬼被拘留人”。驻扎于阿布·格莱布的第320军事警察营至少有一次为其它政府机构关押了一些“魔鬼被拘留人”(6-8人)，将这些人

在拘留设施之间来回转移是为了避开来访的红十字国际委员会调查组。这些调动是欺诈性的，与军事原则相背，并违反国际法。[……]

关于该调查第二部分的若干建议

[……] (未分类段落) 利用从该调查中得到的教训以及先前的结论、建议和报告制定全面而详细的标准作战程序，配备人员并予以执行。(未分类段落) 必须对最低层人员公布、培训并使其理解这些标准作战程序。(未分类段落) 伊拉克刑事犯人必须与其他种类的被拘留人分开关押。[……] (未分类段落) 监管规则和审问规则以及《日内瓦公约》的准则必须下达到每一个轮班人员和警卫人员。[……] (未分类段落) 每一个拘留设施的每一个囚室和营地都必须在显著位置以英语和被拘留人的语言展示《日内瓦公约》和监管规则。[……]

结论与建议

(第三部分)

(未分类段落) **适当调查第800军事警察旅中的培训、雇用、指挥政策、监管程序以及指挥气氛：**

(姓名已删除)

关于该调查的第三部分，我谨作如下具体的事实认定：

1. (未分类段落) 我发现[……]陆军准将于2003年6月30日从[……]陆军准将手中接管第800军事警察旅。[……]陆军准将从此以后一直保持着指挥地位。第800军事警察旅由伊拉克TOR的8个军事警察营组成：第115军事警察营、第310军事警察营、第320军事警察营、第324军事警察营、第400军事警察营、第530军事警察营、第724军事警察营以及第744军事警察营。
2. (未分类段落) 在[……]陆军准将接管指挥之前，第800军事警察旅的成员认为在2003年5月1日主要地面战斗停止之后从战场拘留设施布卡战俘营释放所有被拘留人时他们就会获准回国。大约7,000到8,000被拘留人被关押在布卡战俘营。通过第5条法庭和审查程序，共有几千名被拘留人得以释放。指挥部中的许多人都认为在释放被拘留人之后他们就可以回

国。2003年5月到6月初，第800军事警察旅又被委以管理伊拉克刑事系统和几个拘留中心的新任务。这一新的任务意味着士兵们不能按照预期被调回美国本土。士气受到了影响，而且接下来的几个月当中该指挥官似乎也没有试图缓解这一问题。[……]

4. (未分类段落) 我发现第800军事警察旅对于管理阿布·格莱布监狱联合体的一个监狱或刑罚机构的任务没有获得足够的培训。正如《赖德评估》所发现的一样，我也同时发现第800军事警察旅各单位在动员期间没有受到矫正方面的培训。[……]我发现没有证据证明指挥官知道这种不足之后曾请求军事警察学校司令营、位于德国曼海姆 (Mannheim) 的美国军事监狱、警备总司令五星上将或者位于堪萨斯莱文沃思堡 (Fort Leavenworth) 的美国军队训练营给予专门培训。[……]
13. (未分类段落) 关于第320军事警察营，我发现营指挥官 [……] 中校 (P) 是一名效率极低的指挥官和领导人。[……]第320军事警察营由于2003年5月在 [……] 中校 (P) 的指挥下布卡战场拘留设施所发生的虐囚事件而蒙受耻辱。[……]尽管已经证明他没有指挥和领导能力，[……]准将仍然允许 [……] 中校 (P) 在她的第800军事警察旅中留任并监管着至今为止被拘留人数量最多的非常棘手的一个营的指挥。[……]中校 (P) 于2004年1月17日被第七兵团指挥官桑切斯中将暂时解除职务。
14. (未分类段落) 在本次调查期间，我与 [……] 准将进行了长达4个小时的谈话，并将谈话内容逐字写入调查附件当中。[……] 准将在陈述过程中，经常极为情绪化。我发现在其陈述中，特别令其烦躁的是她根本不愿意听到或者接受第800军事警察旅中的大多数问题都是由于缺乏领导能力以及士兵们拒绝她关于建立和执行基本标准和准则的命令而造成或恶化的。
15. (未分类段落) [……] 准将指称，他没有得到民事指挥部特别是没有得到 [……] 准将或 [……] 上校的帮助。他将阿布·格莱布发生的许多虐囚事件归责于军事情报人员，并称军事情报人员给军事警察人员出主意，导致了虐囚事件。[……]
19. (未分类段落) 我发现驻扎在整个伊拉克的第800军事警察旅以及第320营中的士兵个人在他们的职务巡回期间与 [……] 中校 (P) 或 [……] 准将很少有接触。[……] 准将在其陈述中称，她定期访问由士兵驻扎的各监管设施。但是她的副营长 [……] 中尉提供的详细日程却没有支持她的主张。另外，许多目击者都称很少见到 [……] 准将或 [……] 中校 (P)。

20. (未分类段落) 除此之外我还发现, 诸如文化上的差别、士兵的生活质量、长期真实存在的致命危险、以及指挥官未能辨别这些压力等心理因素也使得阿布·格莱布监狱和整个第800军事警察旅弥漫着这种气氛。
21. [……]旅和有关管理被拘留人单位的标准作战程序即使存在, 也没有得到被委以管理被拘留人重任的军事警察士兵的学习或理解。2003年5月在布卡战俘营发生对几名被拘留人的虐待事件之后, 我没有发现[……]准将曾命令其士兵进行强制培训或者确保整个伊拉克的军事警察士兵都清楚地了解《日内瓦公约》关于被拘留人待遇的有关要求。
22. 2004年1月17日, 桑切斯中将就[……]准将领导的旅中的严重问题以书面形式对其提出正式警告。桑切斯中将认为第800军事警察旅中的行为没有达到美国陆军或者第七兵团规定的标准。他认为此前的6个月中发生的事件表明在该旅内部缺乏明确的标准、专业和领导能力。桑切斯中将还将最近发生在阿布·格莱布的虐囚事件作为“充斥全旅”的领导能力低下的最新例证。我完全同意桑切斯中将关于[……]准将和关于第800军事警察旅的表现的意见。

关于该调查第三部分的若干建议

1. (未分类段落) 由于上文结论中提到的第800军事警察旅指挥官[……]准将的下列行为, 免去其指挥官一职并给予“总指挥官申斥备忘录”:
- 未确保整个伊拉克的战场级别上的拘留设施中的军事警察士兵有适当的管理被拘留人的标准作战程序, 以及指挥员和士兵学习、理解并遵守这些标准作战程序。
 - 未确保第800军事警察旅的军事警察士兵知悉、理解和遵守《关于战俘待遇的日内瓦公约》中赋予被拘留人的保护。
 - 就探访其下属的频率问题向调查组做实质性虚假陈述。
 - 未遵守联军地面部队指挥官[……]中将关于军官和未经任命的高级官员过错行为的训诫权力的命令。
 - 对于下属指挥官[……]中校(P)的无效率行为未采取适当措施。
 - 对于该旅大量职员的无效率行为未采取适当措施。
 - 未确保大量被报道的伊拉克监狱中的责任中断问题得到纠正。

2. (未分类段落) 对于上文结论中已经提到的第205军事情报旅指挥官[……]少校的下列行为，对其给予“总指挥官申斥备忘录”，并依照关于美国陆军情报活动的第381-10号《军队条例》第381-10条第15号程序进行调查：
 - 未能确保其直接控制下的士兵知悉、理解和遵守《关于战俘待遇的日内瓦公约》中赋予被拘留人的保护。
 - 未能适当监督其在阿布·格莱布工作和“访问”的士兵。
3. (未分类段落) 由于上文结论中提到的第320军事警察营指挥官[……]中校(P)的下列行为，免去其指挥官一职，给予“总指挥官申斥备忘录”，并从上校/O-6晋升名单中除去：[……]
 - 未能确保其直接控制下的士兵在拘留和重新安置业务方面受到适当培训。
 - 未能确保其直接控制下的士兵知悉、理解和遵守《关于战俘待遇的日内瓦公约》中赋予被拘留人的保护。
 - 未能适当监督其在阿布·格莱布工作和“访问”的士兵。
 - 未能适当建立和执行基本的士兵守则、专业和责任(规范)。[……]
13. (未分类段落) 我发现有足够可信的信息来证明应当按照美国陆军情报活动关于美国陆军情报活动的第381-10号《军队条例》第15号程序进行对被指派到第205军事情报旅和阿布·格莱布联合审问和情报中心的军事情报人员进行调查，以确定其过失程度。[……]

其它结论/评论

1. (未分类段落) 由于本次调查的性质和范围，我得到了精神病专家亨利·尼尔森(Henry Nelson)上校(博士)的协助，从心理学的角度对调查材料进行了分析。他认定有证据证明阿布·格莱布被拘留人所遭受的可怕的虐待是在不受监督的和危险的环境下某些士兵无节制的行为所致。存在着许多心理因素和指挥失灵的复杂而交互的影响。[……]

结 论

1. (未分类段落) 在伊拉克阿布·格莱布和布卡战俘营，几名美军士兵实施了令人震惊的行为和对国际法的严重违反。另外，第800军事警察旅和第

205军事情报旅的重要高级领导人未能依照已确立的规则、政策和指令防止在2003年8月至2004年2月期间在阿布·格莱布和布卡战俘营发生的虐囚事件。

2. (未分类段落) 批准和执行该项依照第15-6号《军队条例》的调查和先前的评价中提出的建议是为防止将来发生虐囚事件创造资源和人力条件所必需的。

讨 论

1. (1) 你如何认定在被指称的时间伊拉克的冲突的性质？国际武装冲突的国际人道法适用于在塔古巴报告中提到的所有被拘留人吗？
(2) 该报告对于战俘和其他被拘留人的待遇作了区分吗？它作了法律上的区分吗？那些不被视为战俘的人的地位如何？他们一定是受保护的平民吗？是平民被拘留人吗？如果他们因为与冲突无关的原因被拘留呢？（比较《日内瓦第三公约》第4和5条以及《日内瓦第四公约》第4、76和79条。）
(3) 被拘留人是战俘、被指控犯罪的平民还是平民被拘留人这一问题对报道的待遇是否违反国际人道法有影响吗？
2. 依照国际人道法认定塔古巴报告中提到的每一个“虐待”案件的性质（第一部分第6-8段）。报告中的哪些案件构成酷刑？构成虐待？酷刑和虐待之间的区别与国际人道法相关吗？（比较《日内瓦第三公约》第17和130条以及《日内瓦第四公约》第31、32和147条。）该报告将某些违反反定为战争罪吗？该报告在哪些条件下提到国际人道法或《日内瓦公约》？
3. (1) 根据塔古巴报告，报告中的虐待是个人行为吗？缺乏培训和纪律的结果受到当局和指挥官的容忍吗？标准审问程序呢？
(2) 上述审问期间对个人的待遇能够按照《日内瓦第四公约》第5条被证明为正当吗？
(3) 在“询问人员都积极地要求军事警察警卫调整身体和精神状态以便对目击证人进行询问”（第一部分第10段）的情况下，这是对实施虐待的鼓励吗？该报告如何处理（来自军事情报或其它机构的）审问人员的行为？
(4) ICRC访问被拘留人有哪些要求和模式？它们有国际人道法之依据吗？联军遵守这些法律了吗？“魔鬼被拘留人”的做法（“第二部分 结论与建议”第33段）违反国际人道法吗？（比较《日内瓦第三公约》第126条和《日内瓦第四公约》第143条。）
4. 你如何看待塔古巴上将在其报告中在得出具体结论之后所提出的建议？你认为诸如培训警卫人员、在拘留设施中展示《日内瓦公约》、建立成套的程序等措施足够了吗？报告中建议的制裁呢？你认为它们与所实施的犯罪成比例吗？谁应对这些虐待行为受

到制裁？只有这些实施者吗？指挥官如果知悉此事但未据此采取措施，他们需要受到制裁吗？其他更高级别的人呢？煽动实施虐待的人呢？

案例157. 美国，施莱辛格报告

案 例

(一) 独立专家小组审查国防部拘留行动的最终报告，2004年8月

[资料来源：Independent Panel to Review DoD Detention Operations, Chairmen the Honorable James R. Schlesinger, August 24, 2004, to U.S. Secretary of Defense Donald Rumsfeld, 可访问<http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf>.]

导言——授权与方法

2004年5月12日，国防部长授权一个独立的专家小组对国防部的拘留行动进行审查[……]。在其备忘录中，部长指派给该独立小组的任务是审查国防部对于拘留行动的各项调查是已经完成还是正在进行以及小组认为与审查有关的其它材料和信息。部长要求小组就他认为最重要的突出问题给出独立的建议。他要求小组就拘留行动中的问题的起因和形成因素以及需要采取哪些强制措施给出其意见。[……]

小组并没有对单个虐囚案件进行逐案审查。该任务是由专业人员进行刑事和对指挥官的调查而完成的。很多这种调查目前仍在进行。小组对各种已经完成和正在进行的关于虐囚起因的报告进行了审查。这些询问和调查对虐待的定义、分类以及分析都与指派机关的要求相一致，但其方法在各个方面并不相同。小组根据我们对迄今为止的其它报告的审查以及我们自己所做出的努力得出结论认为，虐囚起因已经得到充分的调查。

小组于7月22日和8月16日两次开会讨论报告的进展。小组成员从7月到8月中旬还审查了报告的章节和版本。

我们对于其它文件和支持等要求总能得到有效和及时的回应，这主要归因于“国防部被拘留人兵团”的努力。我们对国防部生成的和其它来源的多种分级和未分级文件进行了审查。

我们的职员会见了红十字国际委员会的和人权执行理事协调小组的代表并与之进行了交流。

应当注意提供给小组的信息都是2004年8月中旬可获得的资料。如果可获得其它信息，小组的判断可能会修改。

不断变化的威胁 [……]

由于发动全球反恐战争，军队遇到了更为广泛的威胁。在伊拉克和阿富汗，美国部队正在同有着不同意识形态、目的和能力的各式各样的敌人进行战斗。美国士兵及其联军伙伴击败了共和国卫队装甲师，但仍然受到利用自动步枪、火箭弹、路边炸弹以及地对空导弹的袭击。我们不仅仅是在同垂死的政权或地方政府中的敌对分子以及支持这些政府的联合武装作斗争，而且还同包括本土和国际恐怖分子在内的多个敌人作斗争。这一复杂的军事环境要求士兵首先能够进行传统的与维护和平任务有关的稳定性军事行动，其次能够进行通常与战争有关的武力对武力的战斗。

在上述条件下的战争不可避免地产生被拘留人——敌军的战斗员、机会主义者、麻烦制造者、从事破坏活动者、普通罪犯、前政权官员以及某些无辜者等。对于这些人必须以谨慎而人道的方式对待以找出那些仍然危险或者持有有军事价值的情报的人。[……]

阿比扎伊德 (Abizaid) 将军于2004年5月19日亲自在美国参议院武装服务委员会作证时的证词清楚地表达了当前战斗的性质：

我们的敌人处于一个独特的地位，而且他们是一种独特类型的意识形态极端分子。塔利班管理阿富汗的方式是他们对世界看法的最好概括。如果他们能够比我们在阿富汗活得更久并且推翻那里的合法政府，有一天他们将会让人们坐满足球场上的座位上观看死刑的执行。如果在伊拉克允许我们的敌人所实践的胁迫文化获得胜利，集体坟墓将会再次被填满。我们的敌人毫无怜悯地杀人，他们通过精心操纵的宣传和信息来挑战我们的意愿，他们寻求安全的港湾开发大规模杀伤武器，准备好了就用来对付我们。他们的目标不是喀布尔和巴格达，而是向马德里和伦敦以及纽约之类的地方。尽管我们从军事上不会被打败，但我们也无法仅仅从军事上获得这方面的胜利。……我们在打这一场新世纪的非传统战争时，必须有耐心和勇气。

在伊拉克，美国指挥官认识并适应2003年夏秋爆发的叛乱的速度非常之慢。随着缺乏经验的部队人数不断增加，曾在巴尔干、关塔那摩 (Guantanamo) 以及阿富汗有过经验的军事警察和审问人员在伊拉克的拘留行动中自己发现了国防部未曾预见到的类似情况。当第七兵团开始拘留几千名涉及参加或知悉叛乱的伊拉克嫌疑人时，问题很快就超越了全体职员的处理能力和遏制其发展所需的资金。[……]

有些个人利用这种环境所提供的机会发泄其潜意识中的虐待狂欲望。另外，随着来自上司的频繁改变的指令，许多有良好愿望企图解决在为了保护生命而使用严厉的方法获取信息与给予被拘留人以人道的待遇之间的冲突的专业人员发现他们自己处于一种不确定的道德境地。一些人偶尔越过了人道待遇的界限；一些人则是有意这样做。一些虐待者认为其它政府机关使用比第34-35号《陆军战场守则》更为严厉的方法进行审问，这种观念使他们相信这种方法会得到宽恕。在近10%的被指控虐待的案件中，指挥系统对这些指控报告不予理睬。有一次以上指挥官有同谋关系的情况。[……]

今天发动战争的权力在几十名有手提电话和能接触互联网的动机强烈的人手中。某些叛乱和恐怖组织超越单纯的平民个人恐怖者，代表着一个更高层次的威胁，其特点是具有侵犯主权国家的政治主权和领土完整的能力和意愿。

能够定位隐蔽场所、杀死或拘留关键领导人、切断其军事行动和资金网络是击败恐怖主义和叛乱威胁所必需的。但是这些敌人的资产小而分散给我们像在冷战、“沙漠风暴”以及“自由伊拉克行动”第一阶段一样使我们难以对各种信号和图像情报进行聚焦。恐怖分子和叛乱分子混入平民人口进一步降低了获得他们的信号和图像情报的可能性。因此，人工情报，不管是通过间谍还是审问而获得，都是缩小其它情报搜集渠道的范围所必需的。总而言之，人工情报是绝对必要的，不仅是要填补从其它渠道获得信息的缺口，而且还会为充分利用其它渠道提供线索和指引。[……]

政策颁布程序 [……]

2002年初，在华盛顿进行了一场关于基地组织和塔利班适用条约和法律的辩论。司法部、法律顾问办公室向国防部总法律顾问和总统法律顾问提出如下建议：

- 《联邦战争犯罪法案》和《日内瓦公约》都不适用于基地罪犯的拘留条件。

- 总统如果认定阿富汗是一个违约的国家，则有权中止冲突期间美国在阿富汗的条约义务。
- 总统可以认定塔利班不具有《日内瓦第三公约》下的敌军战俘地位。

总检察官和总统法律顾问部分地依据法律顾问办公室的意见建议总统确认《日内瓦公约》对与基地组织和塔利班的冲突不予适用。专家小组认为国防部总法律顾问的观点与总检察官和总统法律顾问的观点是一致的。早些时候，国务院曾主张其传统上适用的《日内瓦公约》为有效地发动全球反恐战争提供了一个充分而有力的法律架构。[……]

关于《禁止酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的适用，法律顾问办公室于2002年8月1日提出意见认为与有关国内法相一致的审问方法并不违反公约。它认为只有专门有意制造严重痛苦和酷刑的最极端的行为才属于对公约的违反；较轻的行为可能是“残忍、不人道或有辱人格的”但不违反《禁止酷刑公约》或国内法。法律顾问办公室备忘录进一步认为，由于总指挥官行使其战时权力，总统即使做出此类决定也无法授权酷刑。[……]

国防部长指示国防部总法律顾问成立一个工作小组研究审问技术。[……]

这项研究使得部长于2003年4月16日公布了一个经认可的技术清单。他的备忘录强调应当采取适当的保障措施并且进一步“适用这些技术应限于对被关押在古巴关塔那摩海湾关押的非法战斗员的审问”。他还规定这四种技术只能用于军事上必要的情况下，而且他必须事先得到通知。如果认为有必要使用其它技术，应当提出书面请求并附有“保障措施和适用于经辨别的被拘留人所需的理由”。[……]

2003年8月，杰弗里·米勒 (Geoffrey Miller) 上将来到伊拉克对国防部的反恐审问和拘留行动进行评估。他此行是要讨论当前为了可控告的情报而快速利用被关押人的战场能力。他将国防部长2003年4月16日对关塔那摩的政策指南带到了伊拉克，这被认为给予了第七兵团一个潜在的模式，推荐建立一种命令级别的政策。除了这些各式各样的印刷资料之外，还有在关塔那摩、阿富汗以及其它地方的审问人员中传阅的大量的常识和惯例。

在军事行动层面上，由于缺乏来自中枢指挥部更为具体的指南，在伊拉克的审问人员只有依照第34-52号《战场守则》和依靠从阿富汗移植过来的未经认可的技术。2003年9月14日，第七兵团指挥官签署了战场上的第一项关于审问的政策，这项政策包括经认可的关塔那摩政策中的成分和胶片录音政策的成分。经认可对于不受《日内瓦公约》下敌军战俘地位保护的基地组织和塔利班被拘留

人使用的政策现在被适用于那些真正属于《日内瓦公约》保护范围的被拘留人。
[……]

审问行动

关于审问技巧的任何讨论必须从其目的是要得到有助于保护美国及其军队和海外利益的情报这一简单的现实开始。2001年9月11日之后恐怖主义威胁的严重性以及伊拉克的叛乱升级使得通过审问得到的信息尤为重要。如果存在生命危险，必须考虑获取信息的所有法律和道德手段。尽管如此，审问本身是不愉快的，而且许多人都发现其本质上就是引起反感的。[……]

审问行动问题 [……]

审问技巧

计划仅仅用于关塔那摩的审问技巧被用到了阿富汗和伊拉克。在关塔那摩使用的技巧包括使用重压姿势、长达30天的隔离以及脱去衣服等。在阿富汗使用的技巧包括脱去衣服、长时间隔离、使用重压姿势、用狗恐吓以及剥夺睡眠和光线等。在伊拉克的审问人员由于已经熟悉这些主意，在第七兵团发布政策指南之前已经实施了这些技巧。另外，在阿布·格莱布的审问人员依据的是1987年版的第34-52号《战场守则》，该规定授权审问人员控制审问的各个方面，包括给予被拘留人的灯光、取暖、食物、衣服以及住处等。

在审问人员、军法官以及指挥官之间对于允许哪些技巧存在着不同的意见。有些虐囚事件很明显属于个人犯罪行为案件。其它事件则是由于错误解释了法律或政策或者混淆了法律或当地标准作战程序允许哪些审问技巧。由于错误解释或混淆而导致的事件的发生有几个原因：来自其它战场或行动的指南和信息的扩散；审问人员在其它战场上的经验；以及未能在其它战场环境中与在伊拉克所允许的审问技巧之间予以区分。有些士兵或服务者实施虐待可能真诚地认为使用这些技巧会得到宽恕。

服务者和审问人员的雇用

由于缺乏审问人员和翻译，美军雇用服务者来增加工作人员。在阿布·格莱布，服务者是一个特殊问题。美军总检查官发现有35%的雇用服务者没有接受军事审问技巧、政策或者规则方面的培训。但海军总检查官却发现有些年龄较大的

服务者有过担任前军事审问人员的背景，而且其工作一般都被认为比一些年轻的被征军事人员更加有效。对服务者及其活动的监督不足以确保情报行动不超出法律和指挥授权范围。有必要连续雇用服务人员，但合同必须明确规定技术要求和人员资格、经验以及所需的培训。还应当对其进行开发和管理，以提供必要的监督和管理。[……]

军事警察和军事情报人员 在伊拉克阿布·格莱布 [……]

拘留行动中的作用 [……]

请求帮助

第七兵团指挥官承认在监狱中存在严重的不足并请求帮助。作为对这一请求的回应，米勒上将和一个来自关塔那摩的小组被派往伊拉克，对于审查、审问、人工情报收集以及部门间长期和短期的联合行动之设施及实施提供指导。[……]

战争法/日内瓦公约 [……]

美国卷入了两个不同的冲突当中，在阿富汗的“永久自由行动”和在伊拉克的“伊拉克人民自由行动”。根据总统的决定，《日内瓦公约》不适用对基地组织和塔利班的战斗。不过，这些传统的标准曾经对“伊拉克人民自由行动”生效而且在本书写作时仍然有效。有些人会主张这背离了ICRC和国际社会的其他人所支持的战争法传统观点。

永久自由行动 [……]

2002年2月7日，总统签署了一个备忘录，指出：

……反恐战争开创了一个新的范式……。这种范式不是由我们而是由恐怖分子开创的。我们的国家承认这种新的范式要求对战争法进行新的思考，但这是一种无论如何要符合日内瓦原则的思考。

总统根据这一前提决定《日内瓦公约》不适用于美国与基地组织之间的冲突，因此塔利班被拘留人不具有战俘地位。基地组织和塔利班的被拘留人被排除在《日内瓦公约》的保护之外，一般被分为“非法战斗员”、“敌军战斗员”以及“无特权的交战者”等各种类别。[……]

该小组注意到总统对其决定进行了限定，他指出美国的政策应当“符合日内瓦原则”。《日内瓦公约》遵守所有人都享有权利并且对所有人都给予人道待遇的标准。这些公约表明，任何人都不是“法外”（即超出某种合法实体的法律之外）之人。

该小组发现现行政策缺乏细则而且含糊不清。2004年6月28日在“哈姆迪诉拉姆斯菲尔德案”（*Hamed v. Rumsfeld*）中执笔多数意见的桑德拉·戴·奥康纳（*Sandra Day O'Connor*）大法官指出：“政府从来没有任何向法院提交其用来将个人分类为（敌军战斗员）的全部标准。”奥康纳大法官援引若干法源来支持其关于拘留“是战争法明确确立的一个法律原则”的观点，但他还指出决没有允许无限期拘留任何战斗员的国内或国际法律规则。

从逻辑上来说，应当存在一类不符合规定条件，因而不属于享有敌军战俘地位的人员。尽管在战争法条约中对这种人员没有特别归类，但“非法战斗员”或者“无特权的交战国”这一概念仍然是战争法的一部分。

伊拉克人民自由行动

“伊拉克人民自由行动”与“永久自由行动”完全不同。这是一个明确属于《日内瓦公约》和传统战争法范畴之内的行动。从这一行动的最一开始，就没有任何高级领导人或指挥官认为存在不适用《日内瓦公约》的任何可能性。

战场上的信息或者在战场上做出的假设却时常无视这一基点。熟悉在阿富汗的“永久自由行动”有关战争法裁决的人员倾向于将这些裁决作为他们在伊拉克军事行动中进行决策的考虑因素。与“永久自由行动”有密切关系的战争法政策和决定被（通常是直接地）移植到对于“伊拉克人民自由行动”的决策环境中。我们在上文中注意到审问技巧从阿富汗被移植到伊拉克。这些审问技巧是对“永久自由行动”的授权。更为重要的是，在阿富汗和关塔那摩的授权可能仅仅是因为总统决定使用这些审问技巧受到审问的个人不属于《日内瓦公约》严格保护的范畴。

这种移植的另外一个明显例子与第七兵团关于将一些关押在伊拉克的被拘留人归类为非法战斗员的决定有关。“非法战斗员”是总统2002年2月7日的备忘录中确定的一类人员。尽管没有具体授权在《日内瓦公约》范围之外进行行动，但第七兵团认定将在“伊拉克人民自由行动”期间抓获的个人归类于非法战斗员属于其指挥裁量权范围之内。第七兵团根据法律顾问办公室的意见，得出结论认为它所关押的人员满足总统确定的非法战斗员的标准，并将其延伸到在伊拉克的那

些根据《日内瓦公约》属于不受保护的战斗员。尽管第七兵团关于非法战斗员的推理是可以理解的，但是他们仍然认为，不管是字面上还是精神上，都没有授权中止将《日内瓦公约》适用于“伊拉克人民自由行动”的所有军事行动。另外，第七兵团没有对根据《日内瓦公约》受到保护的各类人员与不受到保护的非法战斗员予以区别对待。[……]

红十字国际委员会的作用

自从2001年12月以来，红十字国际委员会多次访问了美国在关塔那摩、伊拉克以及阿富汗的正在使用的拘留设施。各种ICRC检查团已经向美国各级军队领导人提交了工作论文和结果报告。尽管ICRC承认美国试图改善被拘留人的条件，但在被拘留人地位以及日内瓦第三和第四公约具体条款的适用方面仍然存在差距。如果我们遵循ICRC的解释，审问行动就是不允许的。这将剥夺美国在反恐战争中的一个必不可少的情报渠道。[……]

在美国和ICRC之间的一个重要的进路上的分歧是对恐怖分子法律地位的解释。据一个会见第七兵团法律顾问的小组讲，ICRC于2003年2月向国务院和联军临时管理当局送交一份报告引证了不符合《第一议定书》之处。但是美国却明确拒绝《第一议定书》，指出该议定书中的某些条款为恐怖分子提供了法律保护，因而是绝对不可接受的。不过美国仍然努力保留《第一议定书》中的某些积极成分。1985年，国防部长曾说过“《第一议定书》的某些条款反映了习惯国际法，而且其它条款也有积极的新发展。因此我们计划与我们的盟友以及其它国家一起提出一个体现这些积极方面共同的谅解或者声明，并希望它们最终能够被认可为习惯国际法。”1986年，ICRC承认它与美国政府已经“同意”在《第一议定书》的可适用性方面“有分歧”。但ICRC仍然认为美国应当在习惯国际法的外表之下遵守这一标准。

尽管恐怖分子没有穿制服而且在其它方面与非战斗员难以区分，但这将会赋予恐怖分子与1949年《日内瓦公约》要求给予战俘的相同的法律保护。这样做就会无法阻止恐怖分子混入平民人口，这是一种不将非战斗员置于险境就不可能打击恐怖分子的情况。由于这一原因和其它原因，美国一直明确拒绝加入这一附加议定书。

ICRC还认为美国将某些被拘留人归类为“非法战斗员”的政策违反了其对于国际人道法的解释。它认为美国已经核准的日内瓦第三和第四公约仅允许有两种被拘留人：(1) 平民被拘留人，必须已被指控犯罪并经过审判；(2) 敌军战斗员，

必须在敌对行为结束时予以释放。按照ICRC的观点，“非法战斗员”的分类剥夺了被拘留人的某些人权。他认为缺乏关于拘留原因以及释放条件的信息是拘留人压力的主要来源。

但是，1949年《日内瓦公约》规定了具有被保护地位的具体条件。那么从逻辑上来说，如果被拘留人不能满足规定的有特权地位的条件，很明显一定有一类人员不享有这种特权。ICRC不承认“无特权的交战者”这一分类，并主张这不符合其关于《日内瓦公约》的解释。[……]

总而言之，该小组得出结论认为国防部在历史上与ICRC之间的关系是有价值的。ICRC应当对可能发生的虐待起到一种早期报警指示器的作用。指挥官们应当对于ICRC在其报告中的评论予以警惕并采取适当的纠正措施。该小组还认为ICRC，而不仅仅是国防部，需要适应新的冲突现实，这种冲突与ICRC据以解释《日内瓦公约》的西欧的当时环境已经大不相同。国防部已经设立了一个被拘留人事务办公室，而且应当继续重塑其与ICRC之间的工作关系。

建议 [……]

9. 美国需要重新确定其对于习惯和条约国际人道法的看法，必须与21世纪的冲突种类的现实相适应。要这样做，美国应当强调互惠标准（虽然这不太可能会被某些对手延伸适用于美国军队）并保护美国社会价值和从遵守公认的人道标准当中树立起来的国际形象。[……]

[附件C：]

华盛顿 白宫

2002年2月7日

备忘录参加人： 副总统
国务卿
国防部长
总检察长
白宫办公厅主任
中央情报局局长
总统国家安全事务助理
美军参谋长联席会议主席

主题： 基地组织和塔利班被拘留人的人道待遇[……]

2. 根据我作为美国军队总司令和最高行政长官的权力，并依照司法部2002年1月22日的意见，以及按照总检察长在其2002年2月1日的信中的法律意见，特做出如下决定：
- (1) 我接受司法部的法律结论并决定《日内瓦公约》的任何条款都不适用于在阿富汗或全世界任何其它地方同基地组织的冲突，原因之一是基地组织并非《日内瓦公约》的缔约方。
 - (2) 我接受总检察长和司法部关于我根据宪法有权在美国和阿富汗之间暂停适用《日内瓦公约》的法律结论，但是目前我拒绝行使该项权力。因此我决定《日内瓦公约》的这些条款适用于我们目前同塔利班的冲突。我保留在这次和将来的冲突中行使这项权力的权利。
 - (3) 我接受司法部的结论，并决定四个《日内瓦公约》共同第3条不适用于基地组织或塔利班被关押人，原因之一是有关冲突在范围上是国际性的而第3条仅适用于“不具有国际性质的武装冲突”。
 - (4) 根据国防部提供的事实以及司法部的建议，我决定塔利班被拘留人属于非法战斗员，因此不具有根据《日内瓦公约》第4条的战俘资格。我讲的是根据《日内瓦公约》第4条的战俘。我认为由于《日内瓦公约》不适用于我们同基地组织的冲突，因此基地组织被拘留人也不具有战俘资格。
3. 当然，作为一个国家，我们的价值观，即我们与世界上许多国家所共有的价值观，要求我们人道地对待被拘留人，包括那些没有享受这种待遇之法定权利的人。我们美国一直而且将继续是《日内瓦公约》及其原则的坚定支持者。作为一个政策问题，美国军队将会继续人道地对待被拘留人，而且是在适当的程度上并且符合军事必要性地按照与《日内瓦公约》的原则相一致的方式进行。[……]

[签名：G. W. 布什]

[附件H：]

道德问题

导 言

对于美国以及其它拥有相似价值体系的国家来说，拘留和审问本身都是在道德上受到挑战的行为。有效的审问者很可能会以普通公众成员通常不接受的方式

进行欺诈、诱骗、煽动和强制。因此，美国对于可以拘留哪些人以及可能采用的审问方法都加以限制。“全球反恐战争”中的紧急事件对美国拘留和审问的正常界限带来了压力。在相继发生的道德不确定性事件当中，军事必要性的意见使得我们士兵的道德基础显得尤为重要。

拘留和审问的道德基础

在我们的价值体系之内，同意是评价我们对他人的行为的一个核心道德标准。同意是人们自由和尊严的体现，而且因此在道德推理当中起着关键的作用。同意既限制也授予人们对待他人的权利。罪犯由于不尊重他人的权利，可以被认为是原则上同意被捕和可能的监禁。叛乱分子和恐怖分子以这种模式，而且由于他们所表现出的威胁，“同意”了被抓获、拘留、审问或被杀死的可能性。[……]

审问技巧方面的许可和限制

对于美国来说，大多数以道德理由允许苛刻地对待被拘留人的案件都开始于各种各样的使用定时炸弹的场合。这些场合通常包含有迫近的生命损失，包括知道如何予以避免（因而在大多数情况下应该对此负责）的嫌疑人与没有其它人道选择来获取信息以保护生命的第三方。这种案件提出了一个令人困惑的道德问题：当认为是防止生命损失的唯一方法时，允许使用非人道待遇吗？在紧急时期，尤其是在战斗中，总是存在一种以各种道德上良好的目的而不顾法律和道德规范的诱惑。“永久自由行动”和“伊拉克人民自由行动”中的许多人在经验、教育和培训方面都没有准备好去解决这些道德问题。

对于该问题有一种道德上相容的方法是承认存在违反规范是可以理解的但不一定是正确的这种情况。也就是说，我们可以承认好人可能诚实地违反准则。原则上，面对这种困境而实施了虐待行为的人应当使其行为受到主管机关的审查和裁断。一个很好的例子是一名第四步兵师的营指挥官允许其部下殴打他有充足的理由认为掌握着将要对其部队发起攻击的信息的被拘留人。在殴打未能达到预期的结果的情况下，这名指挥官在这名被拘留人脑袋附近开枪。这一手段成功了，可能解救了美国军人的生命。但是他的行为明显违反了《日内瓦公约》，他明白他将会受到军队的起诉，因此报告了自己的行为。他获刑适中并获准退伍。

在这种情况下，审问人员必须适用“最小伤害”规则，不造成超过获取预期的信息所必要的压力。进一步来讲，任何导致永久伤害的待遇都是不允许的，因

为这必定构成酷刑。另外，任何为了给以教训或者在审问人员确定他无法获取信息之后所造成的痛苦在道德上都是不正当的。

国家安全是国家的一种义务，因此审问人员的工作具有一种道德上的正当性。但是所使用的方法必须反映这个国家对我们自己的价值观所做出的承诺。当然军事必要性与我们的价值观之间的张力将继续存在。由于这一点，军事职业人员必须接受这样的现实，即在危机期间他们自己身处生命危如累卵的环境中因而用道德上适当的方法去保护这些生命可能并非显而易见。这不应阻止其行动，但这些职业人员必须准备好接受其后果。[……]

(二) 红十字国际委员会对施莱辛格小组有关国防部拘留行动报告的反应

[资料来源：Reactions of the International Committee of the Red Cross to the Schlesinger Panel Report on Department of Defence Detention Operations, 可访问<http://www.icrc.org>。]

施莱辛格小组报告是一份很重要的文件而且是一个在令人紧张的环境面前进行自我检查的受欢迎的实例。该报告列举各种违法行为，确定责任归属，并且提出避免再犯的建议，汲取了有价值的教训。

同时，这份小组报告还有许多关于ICRC所持有的法律观点及其所起的作用的不准确的主张、结论和建议。

ICRC对其反应如下。[……]

2. 关于ICRC所持的法律观点

(1) 第85页：“如果我们遵守ICRC的解释，审问行动就是不允许的。”

ICRC从未指出、暗示或宣布不管被拘留人根据《日内瓦公约》的地位或不具有地位而禁止对任何被拘留人进行审问。ICRC一直承认国家有权采取措施保护其安全利益。它从未质疑美国为了促进其安全利益收集情报和进行审问的权利。

《日内瓦公约》和习惯人道法都不禁止情报收集或审问。但是它们的确要求人道地对待被拘留人并保护其作为人的尊严。更具体地说，《日内瓦公约》、习惯人道法以及《禁止酷刑公约》都禁止使用酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇。这种绝对禁止也反映在其它国际法律文件和大多数国内法当中。

(2) 第86页：“这[美国遵守《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的第一附加议定书中包含的法定拘留标准]将会赋予恐怖分子与1949

年《日内瓦公约》要求给予战俘的相同的法律保护，尽管恐怖分子没有穿制服而且在其它方面与非战斗员难以区分。”

ICRC所依据的《第一议定书》的规定是第75条的“基本保证”。美国已经明确接受这些规定是有拘束力的习惯国际法（参见迈克尔·J·杰克逊：“美国关于习惯国际法与1949年《日内瓦公约》1977年附加议定书之间的关系的观点”，（The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols to the 1949 Geneva Conventions），2 Am. U. J. Int'l L. & Pol. P.419-31 (1987)）。

(4) 第86-7页：“[ICRC]主张日内瓦第三和第四公约仅允许两种被拘留人：(1) 平民被拘留人，必须已被指控犯罪并经过审判；(2) 敌军战斗员，必须在敌对行为结束时予以释放。”

ICRC没有做出过这种声明。它对该问题的看法直接以公约本身为依据。

- A. 在国际武装冲突中有严重安全威胁的平民的确可以不经刑事起诉而予以拘留。对他们的关押必须每年审查两次，但如果敌对行为持续而且他们继续有严重的安全威胁，可以延长关押时间。敌对行为结束之后应尽快将其释放，除非他们受到起诉或正在服刑。
- B. 所有敌军战斗员（无论根据《日内瓦第三公约》是否具有战俘地位或待遇，或者是否受到《日内瓦第四公约》或者《第一议定书》第75条的习惯法规定的保护）如果受到起诉或者正在服刑，都可以在冲突之后继续拘留。

(5) 第87页：“如果被拘留人不能满足规定的有特权地位的条件，很明显一定有一类人员不享有这种特权。ICRC不承认“无特权的交战者”这一分类，并主张这不符合其关于《日内瓦公约》的解释。”

虽然该小组承认存在《关于保护平民的日内瓦第四公约》，但它还是假定如果一个人根据《日内瓦第三公约》不具有战俘地位，他就一定被排除在整个公约体系之外。这反映出它没有承认这种人员如果符合《日内瓦第四公约》第4条规定的国籍标准，他们就有权获得该公约的保护。ICRC反对认为事实上有权获得《日内瓦第三公约》或《日内瓦第四公约》或者《第一议定书》的第75条的习惯法规定保护的人员却不具有武装冲突框架中（受保护）地位的观念。这个观点符合这两个公约的明确规定，也符合美国关于《第一议定书》第75条的习惯法性质的观点。

3. 关于武装冲突法

(1) 第81条：“该小组接受这样的观点，即这些恐怖分子并非有权获得《日内瓦第三公约》保护的战斗员。进一步来讲，该小组接受《日内瓦第四公约》和国内刑法在对捕获的恐怖分子进行适当拘留方面的规定都是不够强大和充分的。”

A. 《日内瓦第三公约》和有关的美国军队条例要求由一个“主管法庭”准确地确定一个在国际武装冲突的框架中实施了作战行为并且落入敌手的人是否满足战俘地位的标准。因此，未经首先依照公约规定的这些程序做出此类决定，就不能得出被拘留人无权受到《日内瓦第三公约》保护的结论。另参见上文第2部分第(5)项。

B. ICRC关注由于《日内瓦第四公约》“不够强大”而对其可以不予理睬的建议。《日内瓦第四公约》明确承认存在满足其条件的人员可以被剥夺自由这种情况。可以基于紧急的安全原因将此类人员予以关押，直到这种紧急原因不再存在为止。他们可能被控有犯罪行为而受到审理和判刑（刑期可长至冲突结束之后，在某些情况下甚至可判死刑）。应该以战争罪即对战争法律和习惯的严重违反对他们提起诉讼。也可以以非法参加敌对行为（因此被称为国际人道法中并不使用的术语“非法战斗员”）进行起诉，但是这种起诉并不必然将他们排除在《日内瓦第四公约》的保护之外。《日内瓦第四公约》不包含任何对审问的禁止。进一步来说，该小组关于因为《日内瓦第四公约》不“足够强大”因而个别缔约国的决定就可以免除（其义务）的建议是一个危险的假定。接受这种主张就意味着创立一个具有破坏全部人道法律保护之危险的例外。

(2) 第82页：“从逻辑上来说，应当存在一类不符合规定条件，因而不属于享有敌军战俘地位的人员。尽管在战争法条约中对这种人员没有特别归类，但‘非法战斗员’或者‘无特权的交战者’这一概念仍然是战争法的一部分。”

这种主张导致了这样一种论点，即根据《日内瓦第三公约》不具有战俘地位的人员都不属于受《日内瓦公约》保护的一类人。但是，《日内瓦第四公约》第4条对“处于……冲突之一方手中之人”提供受保护地位，除非他们不能满足一定的国籍标准或者受其它《日内瓦公约》的保护。受到这些其它公约保护的被拘留人以及那些满足根据《日内瓦第四公约》受到保护的国籍标准的被拘留人的确

“在战争法公约中有一个标签”。这个标签就是“平民”或者根据《日内瓦第四公约》的“受保护人员”——即使他们很明显有针对拘留国安全的敌对活动或者属于“非法战斗员”的嫌疑。不能满足国籍标准的人员受到《日内瓦公约第一议定书》第75条的保护。这一条规定构成习惯国际法的一部分。

4. 关于建议

(1) 美国需要重新确定其对于习惯和条约国际人道法的看法，必须与21世纪的冲突种类的现实相适应。要这样做，美国应当强调互惠标准……。该小组认为红十字国际委员会而不仅仅是国防部需要适应新的冲突现实，这种冲突与ICRC据以起草关于《日内瓦公约》的解释的西欧的情况大为不同 (建议9和10)。

人道法的目的和原则自一开始就具有普遍性。已经运作了140年而且至今仍在世界各个角落运作的ICRC的观点深深地根植于这一传统。《日内瓦公约》将这些原则编纂在一起，已经成为世界上受到最广泛批准的国际条约。我们说过，当今的冲突无疑与导致1949年《日内瓦公约》产生的冲突有明显不同，而且ICRC一直在发起或参与关于《日内瓦公约》如何才能最好地适用于当今的武装冲突的情况的争论。但尽管如此，单边背离这些普遍确立的标准的决定不应当轻率地采纳。至今，还没有什么证据证明忠实地适用现行的法律成为追击那些违反这些法律的人的一种障碍。

另外，不承受破坏法律原则及其据已建立的价值观的风险，互惠性标准就不能适用于诸如禁止酷刑之类的基本保障措施。

讨 论

1. 你认为美国国防部委托提交该报告的原因是什么？（比较四个《日内瓦公约》共同第1条。）
2. 你同意“在发动‘全球反恐战争’当中比其它冲突中在军事上面临着更大范围的威胁”这种说法吗？与伊拉克的冲突是“全球反恐战争”的一部分吗？你能想象有哪些种类的“新威胁”？这些“新威胁”中哪些造成了现行国际人道法规则所没有预见/规制的问题？
3. 你认为如果上述冲突发生在一个未履行义务的国家，可以单方面“免除[……]冲突期间[……]条约义务”吗？是依据国际人道法吗？还是依据国际公法？或者至少是依据有关《日内瓦第三公约》的规定？（比较四个《日内瓦公约》共同第1和2条以及《日内瓦第三公约》第4条。）

4. 《禁止酷刑公约》（见<http://www.icrc.org/ihl>）和《日内瓦公约》的缔约国在解释酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇的概念上能够走多远？你如何证明这是“作为总指挥官在行使[……]战时权利”而具有正当性？一个国家首脑“做出决定”就可以“授权酷刑”吗？
5. 国际人道法条约的缔约国有权创立诸如“非法战斗员”之类的新型类别吗？
6. 你同意《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》只允许战俘和被拘留的受保护平民（被作为平民被拘留人予以审判或羁押）这两种类别的被拘留人这种理论吗？你认为ICRC为什么会如此坚持排除其它类别？国际人道法的哪些规则应当适用于这些其它类别的人员？（比较《日内瓦第四公约》第4条和《第一议定书》第75条。）
7. 一个国家能够拒绝适用某一公约的某一条款而同时又“试图保留该公约的某些积极部分”吗？根据什么可以认为这些积极的部分对有关国家具有约束力？
8. “有些虐囚事件明显是个人犯罪行为的案件”以及其它事件则产生于“错误解释了法律或政策或者混淆了法律或当地标准作战程序允许哪些审问技巧”这一事实对于冲突各方的法律责任有影响吗？对犯罪者个人的刑事责任呢？
9. 这份报告提到大量使用签约的私人在拘留设施中从事审问活动。这种求助于非军事人员的做法合法吗？这种做法可能导致哪些种类的问题？（比较《日内瓦第三公约》第12、39和127条以及《日内瓦第四公约》第29、99和144条。）
10. ICRC访问关塔那摩、伊拉克和阿富汗的美国拘留设施的依据是什么？这种访问权是绝对的吗？可以被暂时剥夺吗？这种访问的目的是什么？（比较《日内瓦第三公约》第126条以及《日内瓦第四公约》第5和143条。）
11. ICRC可以和应当在多大程度上“适应新的冲突现实”？这种适应可能吗？合法吗？必要吗？

案例158. 伊拉克，拘留中的医疗道德问题

案 例

（一）阿布格莱布：留给军队医务工作的思考

[资料来源：MILES, Steven H. *Abu Ghraib: its legacy for military medicine*, 载The Lancet, Volume 364, Nr 9435, 21 August 2004；脚注省略。]

美国军队医疗人员在伊拉克、阿富汗以及关塔那摩湾虐待被拘留人期间的共谋行为对于人权、医疗道德以及军事医疗系统非常重要。政府文件表明，美国军

事医疗体系，有时与审问人员或者虐囚警卫一起，未能保护被拘留人的人权，而且没有能够适当报告因殴打而致伤和致死的情况。对在诸如阿布·格莱布之类的地方的医疗人员的行为进行调查有助于促进在军事医疗系统内部进行有价值的改革。

政 策

由于布什政府计划对基地组织的恐怖分子对美国的袭击进行报复，因此它不愿意接受《关于战俘待遇的日内瓦公约》适用于基地组织被拘留人。2002年1月，美国司法部致国防部的一份备忘录得出结论认为，由于基地组织不是国际公约和条约的国家缔约方，这些义务对其不能适用。这份备忘录还得出结论认为，由于基地组织对阿富汗政府的影响意味着它不能成为条约的缔约方，因此公约不适用于塔利班被拘留人。2002年2月，美国总统签署一份行政命令指出，虽然《日内瓦公约》不适用于基地组织和塔利班被拘留人，“我国……仍将一直是《日内瓦公约》及其原则的坚定支持者……美国军队将会继续人道地对待被拘留人，而且是在适当的程度上并且符合军事必要性地按照与《日内瓦公约》的原则相一致的方式进行。”这些措辞使得美国对《日内瓦公约》的遵守要服从于没有明确定义的“军事必要性”。

一份2002年8月司法部致总统的备忘录和一个2003年3月国务院工作小组将残忍、不人道或有辱人格的待遇与酷刑区别开来，认为在美国军队拘留中心可以允许前者，但除了总统行使其自由裁量的发动战争权而取消美国对公约的承诺之外，一般情况下要禁止后者。这些备忘录从语义上分析了酷刑的法律定义中的词语“伤害”或“人格的深刻分裂”，而没有将这些词语的意思建立在说明虐待被拘留人所产生的伤害的扩散性、严重性和持久性的研究的基础之上。而且，这些备忘录对于强制审问没有区分士兵所为还是受雇的医疗人员或专家所为。比如，这两份文件为审问期间使用药物的行为开脱。两份文件都没有提到关于酷刑或非人道待遇的医学或者精神医学共谋行为的医疗道德规范或历史问题。

2002年下半年，国防部长批准了使用于关塔那摩审问基地组织嫌疑犯时的“反抵抗技巧”，包括裸体、隔离以及用狗恐吓等。4月份，他修改了这些技巧并建议那些制作审问计划的人要考虑其它国家关于某些得到授权的技巧如恐吓、侮辱或威胁等违反《日内瓦公约》的观点。[……]

在阿布·格莱布张贴的“审问规则”规定：“[审问]方法必须人道……绝不可以恶意或者讨厌的方式触及被拘留人……适用《日内瓦公约》。”这些规则是从美国在阿富汗的军事行动中引进的，而且在国防部长2003年备忘录中再次被提及。它们规定：“受伤或有医疗负担的被拘留人在受到审问之前必须痊愈”并为

了审问获准“(在医疗人员监督下)进行饮食处理”。国防部备忘录将后者定义为用热餐替换战场冷餐而不是剥夺饮食,但有可靠的证据表明存在剥夺饮食的情况。

尽管美国军事人员接受了至少36分钟的基本人权培训,但阿布·格莱布军事人员却没有受到额外的人权培训并且在没有培训在那里工作的平民审问人员。在伊拉克和阿富汗负责被拘留人的军事医疗人员否认接受过军队人权政策的培训。当地指挥官不熟悉《日内瓦公约》或有关虐待的陆军条例。[……]

犯罪行为

得到确认或者有可靠报告的在伊拉克和阿富汗虐待被拘留人的行为包括对被拘留人及其亲属进行殴打、熏烤、电击、将人体吊起、窒息和威胁并进行性羞辱、隔离、长时间套上头罩和手铐以及将被拘留人置于热、冷和噪音环境当中。这些包括剥夺睡眠、食物、衣服和个人卫生材料以及诋毁伊斯兰教和强迫违反其宗教礼仪等。被拘留人被强迫在尚未排除地雷的地区劳动因而受到重伤。虐待女性被拘留人的情况记录不全但包括有关性羞辱和强奸的可信指认。

美国军队调查人员得出结论认为,阿布·格莱布的被拘留人医疗系统缺乏人员和设备。红十字国际委员会发现该医疗系统未能按照《日内瓦公约》的要求保留带有保护被拘留人所必需的医疗信息的拘留卡;报告称这是由于一个对新增被拘留人进行非官方处理政策(亦即记录他们在监狱中出勤的情况)的原因所致。在伊拉克和阿富汗没有什么军事单位符合《日内瓦公约》关于每月进行体检的义务。该医疗系统也未能按照《日内瓦公约》的要求确保囚犯能够提出医疗请求。比如,一名阿布·格莱布被拘留人经宣誓的文件表明他的一只由于酷刑伤害导致化脓的手没有得到治疗。此人还从为美国工作的伊拉克医生处得知他(因另一次殴打导致)流血的耳朵不能在医疗所里治疗;他在监狱走廊里接受了治疗。

该医疗系统未能按照《日内瓦公约》第30条的要求建立确保给予有残疾的囚犯适当治疗的程序。一名阿布·格莱布囚犯的宣誓证言表明他由于腿伤而使用的拐杖被拿走,而且在他被命令与伊斯兰教断绝关系时他的腿再次遭到殴打。这名被拘留人告诉警卫监狱医生曾告诉过他要将其严重受伤的肩膀固定起来;这名警卫的反应是把他这个肩膀吊起来。该医疗系统还配合了设计和实施身体上和精神上强制审问的行为。军队官员们声明医师和精神病医师协助设计、批准和监督了在阿布·格莱布的审问活动。这印证了国防部长2002年的备忘录,该备忘录命令审问人员确保被拘留人“从医学上和行动上被评价为适合于”审问计划。在一例经妥协的有医疗监督的审问中,一名被拘留人在受到殴打后倒下并明显失去知觉,医务人员救醒这位被拘留人后扬长而去,然后虐待继续进行。两名被拘留人的宣

誓证言描述了一名医生允许一名未经医学培训的警卫对于囚犯被殴打造成的伤口进行缝合。

该医疗系统未能准确地报告伤病情况。阿布·格莱布官方没有按照《日内瓦公约》的要求将被拘留人的死亡、生病以及转到医疗设施的情况通知其家庭。为了对一名因受酷刑而死的被拘留人制造一种他在医院仍然存活的证据，一名实习医生在其尸体中插入一根静脉导管。在另一案件中，一名被美国士兵羁押起来的伊拉克男人有三处头骨骨折，一处严重的拇指骨折，其双脚底板有多处烧伤。一份当时的美国医疗报告声称是中暑造成他心脏病突发使他处于昏迷状态；该报告没有提到其受伤情况。在阿富汗和伊拉克被拘留人的死亡证明也被伪造，或者将他们的释放或者拘留终止的时间推迟数月之久。医务检查人员要么不予检查在伊拉克和阿富汗的被拘留人的意外死亡，要么是草率地进行评价，因此在死亡证明上医生通常将被拘留人的死亡归因于心脏病、中暑或自然原因而没有注明非自然的死因。一个例子是士兵们将一名被殴打的被拘留人捆绑到他房间门的顶部并将他的嘴堵上。死亡证明注明他“在睡眠中”死于“自然原因”。在新闻媒体报道之后，五角大楼对该证明进行了更正，说其死亡是由于“受到钝力伤害和昏厥”导致“被杀”。[……]

留下的思考

五角大楼官员对这些虐待事件举出了许多原因，包括培训不足、人员缺乏、被拘留人和军事人员过度拥挤、反对伊斯兰的偏见、种族主义、获取情报的压力、许多有犯罪倾向的警卫、战争压力以及驻军期限的不确定性等。但是基本原因是在侵犯人权方面宽松或者宽容的政策和忽视人权的军事指挥官为这些犯罪行为提供了舞台。

关于被拘留人是战俘、士兵、敌军战斗员、恐怖分子、未履行义务国国民、叛乱分子还是罪犯的法律意见缺乏一个基本点。美国曾签署并实施了包括《联合国世界人权宣言》、《联合国保护在任何形式之拘留或关押下之一切人士之主要原则》、《联合国囚犯待遇的最低标准规则》、《禁止酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》以及美国军事扣押和审问政策在内的大量文件，这些文件都包含了禁止美国武装部队对所有囚犯实施酷刑或有辱人格的待遇的强制性和任意性准则。[……]

《日内瓦公约》规定：“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……有所歧视。因此，对于上述人员，不论何时何地，不

得有下列行为：对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；……损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇……对战俘不得施以肉体或精神上之酷刑或任何其它胁迫方式藉以自彼等获得任何情报。战俘之拒绝答复者不得加以威胁、侮辱，或使之受任何不快或不利之待遇。” [……]

五角大楼领导人证实其军事官员们没有针对“大赦国际”和ICRC关于2002到2003年期间在阿布·格莱布和其它联军拘留设施中的虐囚报告进行调查或采取措施。在阿布·格莱布和伊拉克的指挥官无视人权组织和士兵的口头和书面虐囚报告。[……]

因为医务职业人员有关酷刑的道德义务并因为人们对于暗中或者积极地参与酷刑共谋的医务职业人士的痛恨，军医在这些虐囚事件中的作用值得特别关注。全世界都发生过医务人员积极参与酷刑共谋的情况。在萨达姆·侯赛因掌权期间医师曾参与酷刑。医师与护士职业组织已经制定了反对参与酷刑的准则[参见下文(二)《东京宣言》]。[……]大量的非医疗团体宣称医务人员必须成为受酷刑威胁者的支持者。[……]

在实施层面，医务人员评价被拘留者是否适于讯问，监督强制讯问，允许讯问者利用医疗记录开发讯问手段，伪造医疗记录和死亡证明，且未能提供基本的医疗照料。

哪些医疗职业人员要对这类不正当行为负责呢？美国武装部队配备了医师、医师助理、护士、实习医生（经数月培训）以及各种指挥官和行政人员。国际声明主张每一名医护人员都有反对酷刑的道德义务。比如，《联合国关于保护囚犯不受酷刑待遇的医疗道德原则》(UN Principles of Medical Ethics Relevant to the Protection of Prisoners Against Torture) 提到“医务人员”，“特别是医师”，但它还提到医师助理、实习医生、临床医师以及护士从业人员等。同样，《日内瓦公约》也提到医师、外科医生、牙医、护士以及义务勤杂人员。另外，美国武装部队医疗服务机构归医师指挥官领导，而每一名实习医生与平民医师助理一起直接对医师负责。因此，医师负责医疗系统的政策；军事医务人员应当遵守关于酷刑的医疗道德。

阿布·格莱布将留下大量的思考。医务人员在精神上具有破坏性的监狱环境中为美国士兵开出抗抑郁病药物并提请其注意酗酒和不正当性行为。军事医务工作、美国武装部队以及美国的名誉受到损害。自从阿布·格莱布事件以来，国际法受到的侵蚀为那些成为战争被拘留人的个人带来越来越大的威胁，因为它降低了代表他们提出国际诉求的可信度。[……]

(二) 《东京宣言》

[资料来源：The Tokyo Declaration; Adopted at the 29th World Medical Assembly Tokyo, Japan, October 1975; 可访问<http://www.wma.net/e/policy/c18.htm>。]

《世界医疗协会东京宣言，关于医生与拘留和关押有关的酷刑和其它残忍、不人道或者有辱人格的待遇或惩罚的指南》

1975年10月第29届世界医疗大会于日本东京通过。

序 言

为服务于人类而执业，在没有人员歧视的情况下保护或恢复其病人的身体和精神健康，缓解和减轻其病人的痛苦是医生的权利。即使在危险的情况下也应当保持对人类生命给予最大限度的尊重，而且不得利用任何医疗知识违反人道法。

为了本宣言之目的，酷刑被定义为由一人或多人单独或者按照权力机关的命令为了强迫他人提供情报、招供或其它原因而故意的、系统的或肆意的引起身体或精神痛苦的行为。

宣 言

1. 医生不应当支持、宽恕或参与实施酷刑或其它形式的残忍、不人道或有辱人格的程序，而无论此类程序的受害者涉嫌、被控或者犯有任何违法行为，也无论受害人的观点或动机如何，而且是在所有情况下都包括武装冲突和国内骚乱。
2. 医生不应当为便利实施酷刑或其它形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或者降低受害人抵抗这种待遇的能力而提供场地、器械、材料或知识。
3. 医生不得出现于使用或者威胁使用酷刑或其它形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇的任何程序期间。
4. 医生在决定对其在医学上负责的人进行治疗时必须具有完全的临床独立。医生的基本作用是减轻他或她的同类的痛苦，而且任何个人的、集体的或政治的动机都不得超越这一更高的目的。
5. 当一名囚犯绝食而且被医生认为有能力对于这种自愿绝食的后果做出完全而有理性的判断的情况下，不得对他或者她进行人工喂食。关于囚犯

做出此类决定的能力的决定必须由另外一名独立的医生予以确认。医生必须对绝食的后果向囚犯进行解释。

6. 在因为拒绝对使用酷刑或其它形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇予以宽恕而遭受威胁或报复时，“世界医疗协会”应当支持并且鼓励国际社会、各国医疗协会以及医生同行支持医生及其家属。

讨 论

1. 文件（一）中提及的医务人员采取的哪些行为和不行为违反国际人道法？按你的看法，这些适用于和平时期的医疗道德责任与适用于武装冲突情况下的原则不一样吗？（比较《日内瓦第三公约》第13、14、17、30、31、120条和第122条第2、3和6款；《日内瓦第四公约》第16、27、31、32、91、92、129、137和138条以及《第一议定书》第11和16条。）
2. 军事医疗服务机构的成员要承担与平民医生同样的义务吗？军事命令或程序可以与已确立的医疗道德原则不一致吗？
3. 本案例文件（一）确认，在这种特别的背景下，这些医疗职员和那些负责审问囚犯和被拘留人的人之间建立了“合作”。这种合作可能吗？从未发生？有时发生？如果是，是在哪些条件下和哪些环境中？（比较《日内瓦第三公约》第13、14、17和30条；《日内瓦第四公约》第16、27、31、32、91、92、129、137和138条以及《第一议定书》第11和16条。）

案例159. 伊拉克，占领与缔造和平

案 例

（一）联合国安理会第1483号决议（2003年）

[资料来源：Resolution 1483 (2003) of the United Nations Security Council, 23 May 2003, 可访问<http://www.un.org/documents/scres.htm>.]

安全理事会，

[……]

强调伊拉克人民有权自由决定自己的政治前途和控制自己的自然资源，欢迎有关各方承诺支持创造环境使他们能尽早这样做，并表示决心使伊拉克人治理自己的那一天迅速到来，

鼓励伊拉克人民努力组成有代表性的政府，这一政府应基于法治，不分种族、宗教或性别，给予所有伊拉克公民平等的权利和公正，并在这方面回顾2000年10月31日第1325号决议(2000)，[……]

注意到2003年5月8日美利坚合众国和大不列颠及北爱尔兰联合王国常驻代表给安全理事会主席的信(S/2003/538)，并确认两国作为统一指挥下的占领国(“管理当局”)，根据适用国际法，具有特定的权力、责任和义务，

还注意到非占领国的其它国家现在正在或将来可能在管理当局领导下开展工作，[……]

4. 吁请管理当局，依照《联合国宪章》和其它有关国际法，通过对该领土的有效行政管理促进伊拉克人民的福祉，特别包括努力恢复安全与稳定和创造条件使伊拉克人民能够自由决定自己的政治前途；
5. 吁请有关各方完全遵守国际法、特别是1949年日内瓦四公约和1907年《海牙章程》所规定的义务；[……]
8. 请秘书长任命一名伊拉克问题特别代表，其独立职责应包括定期向安理会报告他根据本决议进行的活动，协调联合国在伊拉克境内冲突后进程中的活动，在伊拉克境内从事人道主义援助和重建活动的联合国和国际机构间进行协调，并与管理当局协调，通过以下方式支援伊拉克人民：[……]
 - (e) 通过与适当的国家和区域组织、民间社会、捐助者和国际金融机构协调等办法，促进经济重建和可持续发展的条件；[……]
 - (i) 鼓励国际致力促进法律和司法改革；[……]
9. 支持伊拉克人民在管理当局帮助下，与特别代表一起工作，组成一个伊拉克临时行政当局，作为由伊拉克人运作的过渡行政当局，直到伊拉克人民建立一个国际承认的有代表性的政府，承担管理当局的职责；[……]

(二) 联盟驻伊拉克临时管理当局令

[资料来源: Preliminary provisions of official documents of the *Coalition Provisional Authority*(CPA), Coalition Provisional Authority, “CPA Official Documents”, 可访问<http://www.cpa-iraq.org/regulations/index.html>。]

规章——是确定联盟临时管理当局制度和权力的文件。

命令——针对伊拉克人民的创设刑事后果或者对管理伊拉克人民的方式（包括改变伊拉克法律）具有直接关系的有约束力的指令或指示。

备忘录——通过设立或调整适用于命令或者规章的程序而细化这些命令和规章。

公告——将行政长官的意图告知公众并可能要求其遵守具有刑事后果的安全措施或者强调临时管理当局打算实施的现行法律的某些方面。

[……]

1. 临时管理当局第7号令：刑法典 (CPA/ORD/9, 2003年6月7日)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议（2003年）在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

重申弗兰克斯 (Franks) 将军2003年4月16日致伊拉克人民的自由宣言，

承认前政权曾将刑法典作为一种违反国际上公认的人权标准的压迫工具，

代表并为了伊拉克人民的利益，

特颁布如下：[……]

联盟临时管理当局

行政长官

L.保罗·布雷默 (L. Paul Bremer) (签名)

1之二. 临时管理当局第31号令：刑法典和刑事诉讼法的修订 (CPA/ORD/10, 2003年9月31日)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议（2003年）在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

承认绑架、强奸以及暴力性的交通工具盗窃等事件对伊拉克人民的安全和稳定带来了严重的威胁，

理解针对关键电力和石油设施的抢劫或破坏性攻击削弱了改善伊拉克人民条件的努力，

注意到在某些案件中拒绝审判前的保释以及较长的监狱刑期对这种行为的威慑，

特此颁布刑如下对法典和刑事诉讼法的修订：[……]

联盟临时管理当局

行政长官

L.保罗·布雷默 (签名)

1之三. 临时管理当局备忘录3：刑事程序 (CPA/ORD/10, 2003年6月3日)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议 (2003年) 在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

承认CPA为伊拉克人民恢复法律与秩序，提供安全，并确保每个被拘留人的基本标准的义务，

特别地根据1949年《关于战时平民待遇的日内瓦公约》(以下简称《日内瓦第四公约》) 采取行动，

注意到《伊拉克刑事程序法典》在基本人权标准方面的不足，

特此颁布如下：[……]

联盟临时管理当局

行政长官

L.保罗·布雷默 (签名)

2. 临时管理当局第10号令：拘留和监狱设施的管理 (CPA/ORD/8, 2003年6月10日)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议 (2003年) 在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

承认为伊拉克人民重建法律与秩序并提供安全而确保监狱安全与人道的紧迫必要性，

特此颁布如下：[……]

联盟临时管理当局

行政长官

L.保罗·布雷默 (签名)

3. 临时管理当局第13号令 (修订): 伊拉克中心刑事法院 (CPA/ORD/11, 2003年6月10日)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议 (2003年) 在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例,

承诺促进使伊拉克人民信赖、尊重和有信心伊拉克司法系统的发展,

注意到对维护公共秩序的军事支持的持续不断的需求,

促进临时管理当局恢复和维持秩序的职责和确保其安全和基本的正当程序标准的权利;

承认伊拉克法学家和法律体系在处理这些最直接威胁公共秩序和安全的严重犯罪时所必须具有的作用,

代表和为了伊拉克人民的利益,

特此颁布如下: [……]

联盟临时管理当局
行政长官
L.保罗·布雷默 (签名)

4. 临时管理当局第15号令: 司法审查委员会的设立 (CPA/ORD/-2003年7月-)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议 (2003年) 在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例,

注意到临时管理当局恢复和维持秩序的职责和临时管理当局确保其安全, 确保基本的正当程序标准和促进法治的权利,

注意到在伊拉克复兴党统治时期伊拉克司法系统受到政治干涉和腐败的影响,

注意到司法系统独立和公平是任何社会的稳定所固有的, 但其只是看起来如此,

承认诉法审查委员会在确保尽可能高标准的司法服务方面所具有的作用,

根据行政长官2003年5月16日关于反伊拉克社会复兴党化的1号令 (CPA/ORD 2003年5月16日) 采取行动,

特此颁布如下: [……]

联盟临时管理当局
行政长官
L.保罗·布雷默 (签名)

5. 临时管理当局第15号令：外国投资 (由第46号令修订) (CPA/ORD/2003年9月19日/39)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号决议 (2003年) 在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

曾与管理委员会密切合作确保经济变革以一种伊拉克人民可以接受的方式进行，

确认管理委员会对伊拉克经济体制带来巨大变革的愿望，

决心改善全体伊拉克人民的生活条件、技术技能和机会，并和失业及与之相伴的对公共安全有害的后果作斗争，

注意到促进外国投资将有助于发展基础设施、促进伊拉克企业的发展、创造就业、融通资金、向伊拉克引进新技术并促进向伊拉克进行知识和技能的转移，

承认由规制商业行为的伊拉克法律框架和前政权实施法律的方式所带来的问题，

承认临时管理当局有效管理伊拉克，确保伊拉克人民的福祉并使社会和日常事务正常运转的义务，

根据与《安理会秘书长2003年7月17日致安全理事会的报告》相一致的方式采取行动，该报告涉及伊拉克的发展需要以及从不透明的中央计划经济朝着具有通过建立有活力的私有部门而达到可持续发展的经济发展为特征的市场经济转变，以及为实现该目的而实施制度和法律改革等问题。

经与国际金融机构根据联合国安理会第1483号决议第8 (e) 段进行协调，与管理委员会进行密切协商和协调，特此颁布如下：[……]

第三章：与现行伊拉克法律的关系

1. 该命令取代所有现行的外国投资法。[……]

第四章：外国投资者的待遇

1. 除另有规定，外国投资者有权在伊拉克按照不低于适用于伊拉克投资者的条件进行投资。
2. 在伊拉克新设立或现有企业实体中的外国股份不受限制。[……]

第五章：外国投资的领域

1. 除了外国和直接拥有涉及初级原料开采和原始加工的自然资源仍然受到禁止之外，外国投资可以在伊拉克所有经济部门进行。另外，该命令不适用于银行和保险公司。[……]

联盟临时管理当局
行政长官
L.保罗·布雷默 (签名)

5之二. 临时管理当局第54号令：2004年贸易自由化政策 (CPA/ORD/2004年2月24日/54)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号和1511号决议(2003年)在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

注意到临时管理当局第26号令中规定的“边境执法局”监督和控制进出伊拉克的人员和物资的责任，

促进临时管理当局第38号令 (CPA/ORD/2003年9月19日/38) 规定的“重建税收”的执行，

经与管理委员会、国际组织以及有关政府部门在制定在伊拉克鼓励国际贸易和自由市场经济的政策方面紧密合作，

特此颁布如下：[……]

第一章：暂时取消海关费用

暂时取消所有关税、进口税[……]以及对进出伊拉克的货物征收的类似额外费用，直到临时管理当局向主权过渡期的伊拉克政府移交全部管理权之后该政府征收此类费用为止。[……]

联盟临时管理当局
行政长官
L.保罗·布雷默 (签名)

5之三. 临时管理当局第64号令：1997年《公司法》第21修正案 (CPA/ORD/2004年2月29日/64)

根据本人作为联盟临时管理当局首领的权力、包括第1483号和1511号决议(2003年)在内的联合国安理会有关决议以及战争法和惯例，

为确保惠及伊拉克人民所必须的经济变革以一种伊拉克人民接受的方式进行，经与管理委员会密切合作，

[……]承认前政权有关公司组建和投资的一些规则不再适合相关的社会或经济目的，以及这些规则阻碍了经济发展，

注意到伊拉克企业家和商事组织将获益于更加简化的公司组建和对其投资的要求，

承认临时管理当局有效管理伊拉克，确保伊拉克人民的福祉并使社会和日常事务正常运转的义务，

根据与安理会秘书长2003年7月17日关于伊拉克的发展需要以及从不透明的中央计划经济朝着具有通过建立有活力的私有部门而达到可持续发展的经济转变为特征的市场经济转变，以及为实现该目的而实施制度和法律改革的报告相一致的方式采取行动，[……]

特此颁布如下：[……]

(14) 本法第12条第一段修改为：“外国或国内法人或自然人有权作为组建人、股东或合作者成为本法规定的公司的成员，除非根据法律或者由于主管法院或经授权的政府团体发布决定，禁止其成为此类成员。”

[……]

联盟临时管理当局
行政长官

L.保罗·布雷默(签名)

(三) 达芙妮·埃维亚塔尔：“自由市场的伊拉克？没这么快”， 《纽约时报》(2004年1月10日)

[资料来源：AVIATAR Daphne, “Free Market Iraq? Not So Fast”, in *New York Times*, 10 January 2004。]

美国对于伊拉克经济的意图是毫无疑问的。正如国防部长唐纳德·H.拉姆斯菲尔德曾说过，“市场体制而不是斯大林式的命令体制更为有利。”

因此，美国领导的联盟出炉了一系列旨在改革经济的新法律。暂时取消了关税，通过了一部新的银行法，对所有未来的税收设置了一个15%的上限，而且对于外国在伊拉克投资曾经是森严壁垒的大门已经敞开。

作为联盟临时管理当局首领的L.保罗·布雷默三世(L. Paul Bremer III)一下子便废除了长期以来限制外国人在伊拉克企业中拥有财产和进行投资的伊拉克法律。这条规则即第39号令允许外国投资者完全拥有伊拉克公司,同时对于以汇回本国的利润进行再投资未作任何要求,这在以前曾被伊拉克宪法限制在阿拉伯国家公民的范围之内。

另外,当局于去年秋季宣布了在伊拉克近200家国有企业中出售包括从硫矿和医药公司到伊拉克国家航空在内的约150家企业。

但是,这种批发性的变革却无意之中打开了一个模糊不清的国际法领域,提出了关于占领者应当做什么和不应当被允许做什么的新的尖锐问题。在未来的投资者欢呼有助于重建伊拉克经济的新规则的同时,法律学者们却在关注美国可能违反了长期以来规制军事占领的国际法。

历史对此所提供的指导有限。美国签署了1907年《海牙章程》和1949年的四个《日内瓦公约》,而且已经将其中有关占领的规定并入军队战场手册“陆战法”当中。但是外国军队,无论是在柬埔寨的越南军队、在北塞浦路斯的土耳其军队还是在巴拿马和海地的美国军队都很少宣布自己为占领军。比如,在第二次世界大战之后,盟军曾声称由于它们在已经投降的德国和日本拥有主权利力,因此不适用《海牙章程》。而且世界上大多数国家都将以色列自1967年对约旦河西岸和加沙地带的控制称为占领,以色列政府虽然称自己将遵守占领法,但至今仍未承认这种地位。

比如,在科索沃的重建和私有化已经受到激烈的争论。这场未经联合国批准的战争结束之后达成的和平条约所设立的联合国驻科索沃当局在对本质上为被占有的国家财产进行私有化问题上踌躇不决,但是做出决定认为科索沃的经济未来太过重要,因此无法等到确定科索沃法律地位的最终和平协议。

在贝尔格莱德的政府和在科索沃的已被大为削弱的塞尔维亚社会主张这种出售为设立管理当局的联合国决议所特别禁止。这种争论虽然类似,但因为科索沃与伊拉克不一样,它涉及到联合国和北约武装部队,因此避开了占领法问题。

在伊拉克安理会的最新声明只会使问题更为复杂。5月做出的第1483号决议明确指示占领国遵守《海牙章程》和《日内瓦公约》,但它还以一种奇怪的手法提出联盟应当在管理和重建中发挥积极作用,许多学者认为这违反了这些条约。

争议集中在《海牙章程》的第43条,该条规定占领国必须“尽力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。”

换句话说，占领国就像一个临时的守护人。允许其恢复秩序并保护人民但仍然要适用其到达时的已有法律，除非这些法律威胁到安全或与其它国际法相冲突。

“根据传统的法律，应当尽可能地保持当地法律不被改变。”《关于占领的国际法》(普林斯顿，1993年版)一书的作者特拉维夫大学教授埃亚尔·本韦尼斯蒂(Eyal Benvenisti)说到。修理道路、工厂和电话系统是使经济重新运行的正当方式。但是将一种严格限制的中央计划经济转变为自由市场经济可能就不是了。

在一份写于此前三月份并于5月份泄露给英国杂志《新政治家》的备忘录中，托尼·布莱尔(Tony Blair)首相的最高法律顾问戈德史密斯(Goldsmith)勋爵警告“进行主要的结构性经济改革”可能违反国际法，除非经安理会特别授权。

联盟当局的官员坚持认为安理会在其1483号决议中已经这么做了。他们认为推翻萨达姆·侯赛因的整个经济体制属于第1483号决议中关于“通过对该领土的有效行政管理促进伊拉克人民的福祉”并帮助“经济重建和可持续发展的条件”的指令范围之内。

因此，当局推出了伊拉克经济改革的大部分计划并承诺在6月份将政权移交给伊拉克人时制订出企业所有权、外国投资、银行以及股票交易、贸易以及税收等领域的新法律。

“我们相信临时管理当局能够在伊拉克采取重要的经济措施，尤其是那些支持联盟目标和联军安全的措施，”联盟总顾问斯科特·卡斯尔(Scott Castle)说到，“伊拉克经济健康与伊拉克的安全之间有密切联系。”

一些国际法专家称之为延伸。“安理会不能够要求你一方面遵守占领法而另一方面却给予你以违背该法的方式对该国进行管理的权力，”乔治敦大学的一名国际法教授和在战争犯罪问题上代表整个美国的前美国大使戴维·谢菲尔(David Scheffer)说到。他补充说“1483本身是矛盾的。”

第39号令“由于涉及到战争法提出了关于联盟政策的最大问题”，牛津大学一名国际关系教授兼《战争法文件》(牛津2000年版)一书编辑的亚当·罗伯茨(Adam Roberts)说到，“这份命令不仅体现了在人权或政治方面的重要变化，而且还体现了经济领域的重要变化。在朝着自由市场的方向上以及在允许在伊拉克从事外国经济活动方面，它似乎比人们根据1907年关于占领的海牙法条款的预期走的更远。”

国际商业律师在10月份在伦敦举行的一次投资者大会上同样警告联盟当局的命令可能是不合法的。

部分问题是古代占领法似乎不适应现代战争的实际情况。正如本韦尼斯蒂 (Benvenisti) 先生在他的一本著作和一篇即将在《以色列国防力量法律评论》发表的文章所指出的一样，在最初起草《海牙章程》的时候，战争法被认为是在职业军队之间的一种合法的斗争，而不是一种斩除残暴领导人的棘手尝试。

“海牙法反映了主权者维护其权利基础、其财产及其制度的利益，”本韦尼斯蒂先生写到。因此，占领不是一个国家的大规模改革，而被认为是一种短期的、暂时性、占领当局对国民生活干预最小的状态。

但是美国在伊拉克的明确目的是对伊拉克的制度和进行彻底重建。“它们的目标远远超出法律的限制，”舍费尔写道，同时指出占领法是限制性的，而这正是为了防止占领国的过分热情。“我们正在将改革塞进一个密封甚严的方盒子当中，而二者确实是互不相容的。”

他在一篇即将在《美国国际法杂志》上发表的文章中提出了占领国违反国际法的多种可能，包括未能计划并防止抢劫医院、博物馆、学校、电厂、核设施、政府大楼以及其它基础设施；在占领初期未能维护公共秩序和安全；以及造成过多的平民伤亡等。

舍费尔先生在一篇文章中说明了个人如何利用美国法律在美国法院起诉联盟官员个人。“这在美国判例法中还是一个未知领域，”他在一次访谈中说道，“但是不能低估诉讼会走多远。”

约翰斯霍普金斯大学国际法教授兼为五角大楼提供咨询的“国防政策委员会”成员之一的鲁思·韦奇伍德 (Ruth Wedgwood) 并不这样认为。按照她的观点，伊拉克法律不怎么值得尊重，因为他们是由专制政府颁布的。她说，“不是以民主的方式制定的法律缺乏合法性”。

联盟官员们最近放弃了私有化，部分是因为法律上的顾虑。“我们承认在伊拉克国有企业私有化进程最终必须由伊拉克人民来发起、接受、支持和完成，”卡斯尔说道。

一些专家还担心正在进行的激进的经济变革在伊拉克人民看来缺乏合法性。伊拉克人民可能将这种批发式的经济转变看成是“胁迫的和潜在的剥削”，乔治敦大学阿拉伯政治学教授塞默·谢哈塔 (Samer Shebata) 说到，“我认为明智的答案是把像外国完全拥有企业的可能性等至关重要的决定留待日后在由伊拉克人民自由和公平地选举出合法的伊拉克政府时再予以做出。”

讨 论

1. 一般来说，占领军在有关维护法律和秩序方面有哪些权利、责任和义务？占领国可以改变对于巩固和平所必须的立法以及政治和经济制度吗？当地立法是否已经过民主程序这一点有关系吗？（比较《海牙章程》第43条[参见文件1，海牙章程，第553页。]以及《日内瓦第四公约》第47和64条。）
2. 在本案中，联盟临时管理当局发起的变革遵守了《日内瓦第四公约》关于在占领领土上的刑事立法有关规定的字面含义和精神吗？这是国际人道法的要求吗？（比较《日内瓦第四公约》第64、67、68和71-76条。）
3. (1) 国际人道法允许联盟不适用国际法原则与规则相抵触的伊拉克当地法律吗？哪些规则？哪些原则？（比较《海牙章程》第43条和《日内瓦第四公约》第64条。）
(2) 国际人道法适用于被占领土吗？国际人道法在所有方面都优先吗？占领国的条约义务或者被占领国的条约义务适用吗？国际人道法允许占领军废除与人权法相抵触的制度和规则吗？（比较《海牙章程》第43条和《日内瓦第四公约》第64条。）
4. (1) 如何说明联盟部队引进基本的变革如经济体制、行政结构或者选举制度的改革的正当性？
(2) 安理会决议对于授权此类变革是否充足？如果是，这不是援引战争之法的观点来回应战中之法（即军事占领法）所引起的问题吗？
5. 承认美国和英国作为第1483号决议中的占领国对于适用的国际人道法意味着什么？
6. 谁或什么授予临时管理当局立法权？临时管理当局自己？国际人道法？安理会第1483号决议？
7. 占领国可以对经济体制做出哪些变革？根据国际人道法美国可以在伊拉克引进自由市场经济吗？美国能够主张国际人道法迫使其采取这些变革吗？

案例160. 伊拉克，对萨达姆·侯赛因的审判**案 例****(一) 伊拉克：占领法**

[资料来源：House of Commons Library, Research Paper 03/51, “Iraq: Law of Occupation”, 3 June 2003, 可访问<http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2003/rp03-051.pdf>。]

该报告讨论了一些在2003年春季“伊拉克人民自由”行动期间和之后的对伊拉克的占领方面的法律问题。它考虑了联合国安理会2003年5月22日第1483号决议。[……]

要点汇总

- 美国和英国在伊拉克具有占领国地位。
 - 这开始于刚刚控制伊拉克的部分领土。占领国地位是一个事实控制问题，与其军事行动是否合法无关。
 - 主要的占领法在1907年的《海牙规章》和1949年的《日内瓦公约》。还有其它相关法律。
 - 占领国有责任维护公共秩序和安全，有权保护自己，但不接管主权。
 - 占领国可以对制度、法律和其它安排做出有限的改变，但这些改变必须服务于维护秩序和安全的一般目的。[……]
 - 联合国安理会于2003年5月22日通过了第1483号决议。该决议承认美国和英国的作用并吁请它们为了伊拉克人民的利益有效地管理伊拉克。它允许在新政府成立之前设立由伊拉克人管理的过渡期行政机构。
 - 安理会第1483号决议为伊拉克设置了一个联合国秘书长特别代表的职位。联合国人权高级专员塞尔焦·维埃拉·德·梅洛 (Sergio Vieira de Mello) 获此任命。它将协调联合国的行动以及与占领国进行联络。
- [……]

4. 正义

萨达姆·侯赛因政权被指控犯有许多非常严重的罪行。这包括系统和大规模的酷刑、司法专断、法庭职权之外的杀人以及“消失”。在针对库尔德人的战斗中(特别是在1980年代后期的安法尔战斗中)以及在针对沼泽阿拉伯人的战斗中(特别是1990年代早期)实施了反人道罪，并可能犯有灭绝种族罪。在两伊战争期间和入侵、占领科威特和抵制解放科威特期间实施了战争罪。该政权的野蛮行为被认为是其生存的一个关键因素，并有报告认为当今伊拉克人民仍然心有余悸。有观点认为伊拉克人之间的恐惧可能阻碍伊拉克的重建事业，他们尚未得出前政权完全不可能重新回来的结论。司法在实践上以及在道德和感情方面都可能是一个重要的问题。

安理会第1483号决议 [参见**案例159**，第1630页。] 对于司法行政没有做出详细的规定。[……]

在序言中，安理会申明“必须对伊拉克前政权犯下的罪行和暴行追究责任”。在第2段中它呼吁会员国对于伊拉克前政权据称应对罪行和暴行负责的成员拒绝给予安全庇护，并支持将其绳之以法的行动。但它没有对“伊拉克前政权”的成员进行定义。

(1) 可选方案

A. 日内瓦条款

《日内瓦第四公约》在第64到77条规定了法律体制。这些规定的主要目的不是对严重的国际罪行的审判，但却适用于由占领国在伊拉克对前政权成员的审判。

现行刑法应当继续有效，除非它们对占领国构成安全威胁或者对适用公约构成障碍。在这两种情况下，占领国可以废除或中止被占领土的法律。如果为履行公约关于维护秩序和维护其自身安全的义务所必须，占领国也可以引入新的法律。

似乎维持现有法律会产生这样的谬论，即在伊拉克的联盟部队不得不支持萨达姆·侯赛因的镇压性的法律和刑罚。但是，如果它们成为适用公约的障碍就可以予以改变的规定似乎解决了这一难题。除此之外，占领国受到他们应承担的其它法律义务的约束，比如英国所承担的因1998年《国际刑事法院罗马规约》而产生的义务，因此严格适用现行法律可能与这些义务相抵触。同样，如上所述，还存在一个先例，即由于纳粹德国的现行法律具有明显的非人道性之原因，因此应予废除。

根据第66条，占领国可以设立“非政治性军事法庭”来审理违反其已颁布法律的犯罪行为。根据第68条，它可以对这些犯罪判处死刑，但只能是在间谍、对其军事设施的严重破坏或者故意致人死亡的行为等情况下，而且只能是在其属于占领之前在该领土上的严重犯罪行为的条件下。

平民在占领之前实施的行为，除了在违反战争法和习惯的情况下，不得起诉。

根据第67条，法院只能适用在犯罪行为之前适用的那些法律规定，即“在该罪行发生前已经实施并符合一般法律原则，尤其是罚罪相当之原则之法律规定”。

第71到74条是关于受到占领国起诉的人获得公正审判的规定。这包括以被起诉人可理解的语言得到审理的权利、出示证据、要求证人出庭以及选择法律陈述等权利。还有上诉的权利。

B. 国际刑事法院

国际刑事法院 (ICC) 的检察官可以独立或者根据国际刑事法院《罗马规约》的缔约国的请求或者依安理会根据《联合国宪章》第7条通过决议提出的请求对某一情势发起调查。如果它自行或者根据一个缔约国的请求发起调查，被告要么必须是一个缔约国的国民，要么在一个缔约国领土内实施了所指称的犯罪行为。伊拉克不是《罗马规约》的缔约国。如果检察官根据安理会的请求发起调查，这些关于国籍和领土的限制不予适用。

被指控有战争罪、反人道罪或者灭绝种族罪的伊拉克人可以按照安理会的请求被起诉到国际刑事法院。如果没有安理会的决议，他们只有在《罗马规约》的一个缔约国领土内实施了犯罪的情况下才能受到起诉。他们在2002年7月1日《罗马规约》生效之前所犯罪行不能被起诉到国际刑事法院。

C. 特别法庭

安理会可以按照与解决前南斯拉夫和卢旺达问题同样的方式，设立特别法庭来审理伊拉克政权、武装部队成员和其他人所实施的犯罪。可以通过决议规定该法庭的管辖权来达到这一目的。安理会可以援引它对国际和平与安全负有责任之理由确定其自己认为合适的广泛的管辖权。前南斯拉夫和卢旺达法庭具有溯及既往的管辖权。

过去曾使用两种方法。纽伦堡法庭是按照在一项条约中所体现的盟军协议而建立的，而东京法庭是根据美国军事机构建立的。现在，后一种方法要取决于上述《日内瓦公约》的规定。

D. 国内法院

伊拉克法院可以将那些被控违反伊拉克法律的人绳之以法，而第三国可以对其有管辖权的犯罪进行起诉。有些国家声称对诸如酷刑和战争罪等严重的国际犯罪有普遍管辖权。

在塞拉利昂可以找到一个可选模式，即设立一个特别法庭审理那些被控在内战中犯有严重犯罪的人。该特别法庭是以联合国与塞拉利昂之间的协议的方式按照塞拉利昂的请求而设立的。它具有有一种复合的性质，对国际犯罪和根据塞拉利昂法律存在的犯罪都有管辖权。法庭配有国内和国际法官和检察官，经双方协商，部分由联合国任命，部分由塞拉利昂政府任命。

(2) 评论

外交部长杰克·斯特鲁 (Jack Straw) 在回答道格拉斯·霍格 (Douglas Hogg) 的提问时，对于审判萨达姆·侯赛因政权的成员作了评论：

“我无法对这位尊敬和博学的先生给出一个准确和确定的答案，因为这些问题仍然有待于美国政府进行讨论，而在过渡期管理当局成立之前不会得到解决。我们希望大多数伊拉克人民承担起确保将前政权成员绳之以法的责任。在萨达姆·侯赛因统治的24年间，他们没有有效的司法体制，但是从历史上来说伊拉克曾有过一个运转相当良好的和公正的司法体制。上周我同英国部长们就我们的政府如何能够帮助和援助在伊拉克建立一个新型的司法体制进行了一次谈话，我很高兴将这次谈话的内容告诉这位尊敬和博学的先生。”

有一个关于是否应当建立一个国际法庭对该政权的领导人进行审判的问题。我们还没有排除这种可能性，但由于处理前南斯拉夫问题设立的国际法庭花费巨大，卢旺达法庭更甚，因此我持怀疑态度。这位尊敬和博学的先生没有提到国际刑事法院，但我认为它没有直接的作用，因为其管辖权只能是在2002年7月之后发生的事件。

美国战争罪方面的大使皮埃尔·理查德·普罗斯珀 (Pierre-Richard Prosper) 在2003年4月接受《每日电讯》的采访。报导给出了他的如下观点：

“那些被控在最近几周内或者在海湾战争期间对美国部队犯有战争罪的人应当由美国的军事法庭或普通法院进行审理，而对科威特人和伊朗人的犯罪行为应当由相应的国家进行处理。”

至于萨达姆的犯罪，他认为伊拉克人自己应当发挥主要作用，而且他们的前总统及其党羽应当在伊拉克接受审判。“我们确实需要给予伊拉克人以机会来做此事。他们是受害者。他们的国家受到压迫和虐待。我们希望他们发挥领导作用，我们将给予支持。”（《每日电讯》2003年4月21日）。

《经济学家》主张在美国审判那些被控对美国武装部队犯有罪行的人这一模式“不应当有争论”，但是它继续说，美国当前对于萨达姆政权高层领导人的计划有很大争议，而且几乎肯定是一个错误。这就是要放弃国际法庭，而代之以在只有伊拉克人组成的法院中进行审判的观点。政府所声明的目标值得称赞。它正确地认为萨达姆政权的最严重的罪行是针对伊拉克人民，并因此得出结论认为应当由他们自己审判那些给他们带来痛苦的人。政府认为，伊拉克人控制审判还有助于在伊拉克建立法治，并为必须的新型法律体制奠定基础。

这的确是值得称道的目标，但如果萨达姆被活捉，这些目标便不可能通过当地控制的对萨达姆或其奴才们的审判来达到。伊拉克法官和律师都曾经因其参与几十年的压迫当中而受到连累。那些曾被驱逐后又回国的伊拉克人本身就是该政权的受害人，也缺乏可信的公正性，即使在大多数伊拉克人眼中也是如此。专政垮台之后通常的形式是高层领导人的逃亡，复仇杀人以及袋鼠法院。伊拉克的事件也难逃这种怪圈。在美国主持下进行审判也很容易使伊拉克国内外的怀疑论者以“胜利者的审判”而不予承认。（《经济学家》2003年5月3日）。《经济学家》继续提倡要么是一个像前南斯拉夫和卢旺达的情况一样的国际法庭，要么是一个像塞拉利昂国内一样的混合法院。[……]

（二）伊拉克：《关注法律与秩序问题的备忘录》

[资料来源：Amnesty International, "Iraq: Memorandum on concerns relating to law and order", (23 July 2003) MDE14/157/2003, 可访问<http://web.amnesty.org/library/index/engmde141572003>.]

1. 大赦国际关注的问题

（1）可适用的国际法

“大赦国际”欢迎这样的事实，即美国和英国政府在作为占领国通过临时管理当局行使权力时，用国际人权法标准灌輸于新法律的制定和伊拉克法律中某些与此类标准不一致的条款的暂时废除当中。比如，“大赦国际”欢迎使用联合国《战俘待遇最低标准规则》作为临时管理当局《关于拘留和监狱设施管理的第二备忘录》的依据。我们还欢迎临时管理当局暂时废除死刑，这是符合国际上公认的废除死刑愿望的一个步骤。

但是，我们对于临时管理当局行政长官保罗·布雷默大使于2003年6月27日致“大赦国际”的一封信中的声明表示关注。该声明称，“适用于联盟拘留实践的唯一相关标准是1949年《日内瓦第四公约》，该公约作为一个法律问题优先于人权公约。”

“大赦国际”强调，（除了）符合国际人道法，联盟国还负有尊重它们作为缔约国的人权法条约和伊拉克为缔约国的此类条约，尤其是在这些条约已经被正式纳入伊拉克国内法的情况下。伊拉克是《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)、《经济、社会、文化权利国际公约》、《儿童权利公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》以及《消除对妇女的一切形式歧视国际公约》的缔约国。

根据《公民权利与政治权利国际公约》设立的人权委员会以及根据各国已批准的条约监督各国实施其人权义务的其他机构都始终如一地认定这些义务延伸到国家管辖或控制的人和领土上，包括因军事行动所占领的领土。国际人权法补充国际人道法的规定，例如对于战斗情势之外的骚乱使用武力或者关于保护犯罪嫌疑人等问题提出解释的内容和标准。

“大赦国际”还指出，《欧洲人权公约》适用于如英国等作为该公约缔约国的联盟国家的武装行为。欧洲人权法院在其“关于班科维奇案可以受理的决定”（申请书编号52207/99）中，对公约的域外适用作了如下评论（第71段）：

“本法院的判例法表明，它对一个缔约国行使域外管辖权的承认是例外性的：它是在被告国通过作为军事占领的结果或者经该领土政府的同意、邀请或者默许而对有关领土及其海外居民进行有效控制，行使了正常情况下应当由该政府行使的全部或者部分公共权力的情况下才这样做的。”

建 议

大赦国际迫切要求临时管理当局承认国际人权法和标准作为国际人道法的补充的可适用性，并遵守全部有关义务。[……]

(三) 未经磋商设立的法庭

[资料来源：Amnesty International, “Tribunal established without consultation”, Press Release, 10 December 2003, MDE14/181/2003, 可访问<http://web.amnesty.org/library/index/engmde141812003>。]

伊拉克：未经磋商设立的法庭

“大赦国际”曾经对联盟临时管理当局和伊拉克管理委员会未经事先与伊拉克公民社会或者国际社会磋商而设立一个伊拉克特别法庭一事表示关注。

“我们曾迫切要求设立该法庭要以与伊拉克公民社会（尤其是法律职业和人权团体）以及国际社会进行广泛协商为条件，”“大赦国际”今天说，“不幸的是，该法庭规约草案在通过之前却没有公布。”

根据国际人道法，临时管理当局作为占领国设立一个伊拉克特别法庭的权利充其量是值得怀疑的。“大赦国际”对于该法庭将使用伊拉克刑法典来规制审判程序和定罪量刑的报告表示关注，这部刑法典的某些方面不符合国际人权法。

“我们特别关注伊拉克刑法典对于法庭管辖的犯罪规定了死刑，”大赦国际说。

大赦国际正在寻找一份已经通过的这部规约复印件，以便进行详细分析。

(四) 伊拉克特别法庭：问题与解答

[资料来源：Human Rights First, “Iraqi Special Tribunal: Questions and Answers”, http://www.humanrightsfirst.org/international_justice/w_context/w_cont_10.htm。]

法庭及其监督机构设立的依据？

《伊拉克特别法庭规约》直接由伊拉克管理委员会于2003年12月10日颁布。时任美国驻伊拉克行政长官的保罗·布雷默为了这一目的将立法权移交给该委员会。

伊拉克过渡政府承担了《管理委员会规约》规定的全部监督权力。

该法庭将审判谁？

规约规定法庭对伊拉克国民或伊拉克的居民有管辖权。

它还规定了指挥官责任原则，根据这项原则，不仅那些直接实施犯罪的人而且那些命令执行犯罪的指挥链上的人也应承担责任。它进一步规定任何人不能免除其刑事责任，比如包括国家元首在内的各类官员。

此时仍不清楚将会有多少个人受到该法庭的审判或者将会有多少次审判。

目前，前复兴党政权的12位前高级成员已经被送到伊拉克法官面前，很明显他们将被起诉。[……]

该法庭可以起诉那些犯罪？

该法庭对于反人道罪、战争罪和灭绝种族罪有管辖权。

根据伊拉克法律该法庭还能够起诉下列三种犯罪：

- 企图操纵司法
- 浪费国家资源或浪费公共资产和资金
- 滥用职权并执行可能导致战争威胁或伊拉克针对阿拉伯国家使用武力的政策

该法庭要获得管辖权，这些犯罪必须实施于从 1968 年 7 月 17 日到复兴党通过萨达姆·侯赛因在其中发挥了主要作用的一次政变掌握伊拉克政权的日期为止，以及从 2003 年 5 月 1 日到布什总统宣布在伊拉克的主要战斗已经结束的日期为止的期间。

这些犯罪不一定实施于伊拉克领土上。该法庭对于伊拉克国民或者伊拉克的居民在其它国家实施的犯罪也有权起诉，如在两伊战争期间 (1980-1988年) 以及在伊拉克入侵和占领科威特期间 (1990-1991年)。[……]

谁当法官？

[……]根据规约，任命法官和调查法官的权力属于管理委员会，目前属于过渡政府，对于所有任命都要求他们咨询新设立的司法委员会。

规约规定，一般情况下法官和调查法官都应当是伊拉克国民。但是它允许在必要时任命在处理反人道犯罪、灭绝种族罪、战争罪以及伊拉克法律规定的犯罪方面有经验的非伊拉克法官。

规约进一步规定，法官或调查法官不得是复兴党党员。[……]

讨 论

1. 根据国际人道法，临时管理当局和/或伊拉克管理委员会可以设立法庭吗？可以认为伊拉克特别法庭是由占领国设立的吗？如果是，占领国可以对哪些犯罪和根据哪些法律设立这种法庭？（比较《日内瓦第四公约》，第64、66和71条。）
2. 国际人道法中对于审判萨达姆·侯赛因还有哪些可选方案？讨论每一种可选方案的优缺点。

案例161. 伊拉克，结束占领**案 例**

[资料来源：United Nations Security Council Resolution 1546 (2004), 8 June 2004 and Annex, Letter of Secretary of State Colin Powell to the UN Security Council, 参见www.un.org/documents/scres.htm。]

联合国安全理事会第1546号决议(2004)

安全理事会，

欢迎伊拉克向民主选举政府过渡开始了一个新的阶段，并期待在2004年6月30日结束占领并由享有完全主权和独立的伊拉克临时政府承担全部责任和权力，[……]

重申伊拉克的独立、主权、统一和领土完整，[……]

欢迎如秘书长2004年6月7日信(S/2004/461)中所述，秘书长特别顾问为协助伊拉克人民组成伊拉克临时政府做出努力，

注意到伊拉克管理委员会的解散，并欢迎在落实2003年10月16日第1511号决议(2003)所述伊拉克政治过渡安排方面取得的进展，[……]

回顾于2003年8月14日成立联合国伊拉克援助团(联伊援助团)，申明应由联合国发挥主导作用，协助伊拉克人民和政府建立有代表性的政府机构，[……]

认识到国际支助恢复稳定和安全状况对增进伊拉克人民的福祉并使有关各方能够为伊拉克人民开展工作至关重要，并欢迎各会员国根据2003年5月22日第1483号决议(2003)和第1511号决议(2003)为此做出贡献，[……]

确认本决议所附伊拉克临时政府总理2004年6月5日给安理会主席的信中请求多国部队继续驻留，

还确认多国部队的驻留取得伊拉克主权政府同意以及多国部队同该政府密切协调的重要性，[……]

注意到协助维持伊拉克安全与稳定的所有部队都承诺按照国际法、包括国际人道法规定的义务行事，并同有关国际组织合作，[……]

根据《联合国宪章》第七章采取行动，

1. 核可成立2004年6月1日组建的伊拉克主权临时政府，在2004年6月30日前承担管理伊拉克的全部责任和权力，同时在伊拉克民选过渡政府按下

面第4段的设想就职前，避免采取影响伊拉克在有限的临时期限以后的命运的任何行动；

2. 欣见在2004年6月30日占领也将结束，联军临时权力机构将不复存在，伊拉克将重新行使全部主权；
3. 重申伊拉克人民自由决定自己政治未来并全面掌管本国财政资源和自然资源的权利；
4. 核可拟议的伊拉克政治过渡到民主政府的时间表，包括：
 - (1) 成立伊拉克主权临时政府，在2004年6月30日前承担管理责任和权力；
 - (2) 召开体现伊拉克社会多样性的全国会议；
 - (3) 如有可能在2004年12月31日前，但无论如何不迟于2005年1月31日，举行过渡时期国民议会的直接民主选举，国民议会除其它事项外，特别将负责成立伊拉克过渡政府和草拟伊拉克的永久性宪法，以便在2005年12月31日前依宪法选举政府；[……]
9. 指出多国部队是应新组成的伊拉克临时政府的请求驻留伊拉克，因此重申根据第1511号决议(2003)建立的统一指挥的多国部队的授权，同时考虑到本决议所附的信函；
10. 决定多国部队应有权采取一切必要措施，按照本决议所附信函，协助维持伊拉克的安全与稳定，这些信函其中包括表示伊拉克请求多国部队继续驻留并规定了部队的任务，其中包括防止和威慑恐怖主义，以便联合国能够按上文第7段发挥作用协助伊拉克人民，伊拉克人民能够不受恐吓地自由实施政治进程时间表和方案，并从重建和恢复活动中受益；[……]
12. 还决定应按照伊拉克政府的要求或在本决议通过之日后12个月，审查多国部队的任务，并且该任务在上文第4段所述政治进程完成后结束，并宣布如果伊拉克政府提出要求，将提前终止该任务；[……]
24. 注意到联军临时权力机构解散后，伊拉克发展基金内的资金应仅按伊拉克政府的指示支用，并决定应以透明、公平的方式通过伊拉克的预算来使用伊拉克发展基金，包括偿还伊拉克发展基金未清的债务，应继续适用第1483号决议(2003)第20段规定的安排，将出口销售石油、石油产品和天然气所得收入存入基金，国际咨询和监测委员会应继续开展活动，

监测伊拉克发展基金，并增加一名由伊拉克政府指定的适当合格的个人，作为有完全表决权的成员，并应做出适当安排继续将第1483号决议(2003)第21段所述的收入存入基金；

[……]

附 件

[……]

美国国务卿科林·鲍威尔给安理会主席的信

阁下：

确认伊拉克政府请求继续留驻伊多国部队，[……]谨致函确认，统一指挥下的多国部队准备继续为维护伊拉克安全做出贡献，包括防止和威慑恐怖主义，保卫伊拉克领土。[……]

根据议定的安排，多国部队随时准备继续执行内容广泛的任务，为维护安全做出贡献，确保部队得到保护。这些任务包括打击目前谋求通过暴力影响伊拉克政治未来的力量构成的安全威胁所必须的一些活动。这包括针对这些组织成员开展战斗行动，出于必要的安全理由进行拘留以及继续搜缴威胁伊拉克安全的武器等活动。[……]

为了继续为安全做出贡献，多国部队必须继续在赋予部队及其人员完成任务所需地位的框架内行使职能，在这个框架内，派兵国负责对其人员行使管辖权，同时这个框架也能确保将资产安排给多国部队由其使用。管辖这些事务的现有框架足以实现这些目的。此外，多国部队各构成部队还决心自始至终按照包括《日内瓦四公约》在内的武装冲突法律规定的义务行事。

[……]

美国国务卿

科林·鲍威尔 (Collin Powell) (签名)

2004年6月5日，华盛顿

讨 论

1. (1) 联盟部队对伊拉克的占领结束于2004年6月30日吗？以什么为依据？（比较《日内瓦第四公约》第6和47条以及《海牙规章》第42条（比较文件1.《海牙规章》，第553页。））
(2) 占领的结束取决于联合国安理会的决定还是仅靠地面上的事实？尽管《日内瓦第四公约》一直根据地面上的事实予以适用，但联合国安理会可以宣布免除占领国的国际人道法义务吗？（比较《日内瓦第四公约》第2、6和47条以及《海牙规章》第42条。）
2. 可以想象如果伊拉克不再是被占领土，《日内瓦第四公约》的其它部分可以继续适用吗？（比较《日内瓦第四公约》第二部分。）
3. 在结束占领之后，哪些法律适用于驻伊拉克多国部队？多国部队在6月30日以后的义务是什么？如果他们逮捕伊拉克人呢？如果在这些部队和伊拉克叛乱分子或恐怖分子之间爆发战斗呢？（比较四个《日内瓦公约》共同第2和3条以及《日内瓦第四公约》第6条第4款。）
4. 伊拉克过渡政府同意多国部队继续留驻对于这些部队的地位有什么影响？对其义务有什么影响？（比较《日内瓦第四公约》第7和47条。）
5. 为什么伊拉克过渡政府不仅仅是一个导致《日内瓦第四公约》第47条的适用的独特的当地权力机构？
6. 逐渐移交安全责任就足以结束占领吗？
7. 安理会第1546号决议赋予伊拉克以完全的经济主权吗？

二十五、阿根廷和福克兰群岛 (马尔维纳斯群岛)

案例162. 阿根廷/英国，红十字区

案 例

[资料来源：Junod, S.-S., *Protection of Victims of Armed Conflict Falkland-Malvinas Islands* (1982): *International Humanitarian Law and Humanitarian Action*, International Committee of the Red Cross, 2nd ed., December 1985, pp. 23-24, and p.26.]

第三章： 伤者、病者和遇船难者

[……]

3. 行动的方法

各方遵守保护和援助伤者、病者和遇船难者的义务当然取决于从负责的官员和其它级别官员所收到的指令，但是首先要取决于为组织救济和援助而采取的措施。在南大西洋武装冲突期间武装抵触的环境和性质使得医疗运输尤其是船舶和直升飞机具有至关重要的作用。

的确，不仅部分敌对行为发生于海上，而且英国舰队距其本国港口的地理距离也意味着在该群岛上受伤的士兵们必须在医院船上接受治疗。

[……]

3.1.3 公海上的中立区：红十字区

[《日内瓦第二公约》第30条]规定“此等船只绝不得妨碍战斗员之行动”。

根据英国的建议以及在没有任何书面协议的情况下，冲突各方在海上设立了一个中立区。该区被称为红十字区，直径大约二十海里，位于该岛北面的公海上。它在不妨碍军事行动的情况下可以让医院船停靠[……]，并且交换英国和阿根廷伤员。

这种在《日内瓦第二公约》中没有规定的安排完全符合该公约的精神，也表明绝不可认为国际人道法是百无一疏的。当出现遵守保护义务的意愿时，可以

根据条件的许可和要求临时采取类似建立海上中立区的措施，而且在法律适用中仍有一定的灵活性。在红十字区中，而且一般来讲在医院船之间，无线电通讯是其高效和良好运转的一个重要因素：一方面是传统上在船舶之间使用的无线电通讯，另一方面是英国（在医疗运输历史上首次）使用的卫星无线通讯。

由于尽管阿根廷医疗船能够使用阿根廷沿海海岸的无线电通讯站，而英国则没有此类设施，但却在其医疗船之间以及与其在英国的基地之间利用国际海事卫星组织 (INMARSAT) 卫星系统建立了无线电通讯。[……]

在此必须强调的是《日内瓦第二公约》禁止医疗船使用密码进行传输。使用密码被认为是一种对敌方有害的行为因而可能剥夺对医疗船的保护（第34条）。这构成对医疗船与其所属的军事舰队进行通讯的一种禁止，因为如果它用普通文字通讯，获取的信息就会显示出其本国舰队船舶的位置。

但是，这种禁止具有人道后果，因为它阻止了医疗船得到伤员队伍到来的通知并且无法做好接收他们的准备。[……]

讨 论

1. (1) 任何船只都能用作医疗船吗？船只是从它开始运输伤者时起被视为医疗船的吗？在紧急情况下受保护地位所必须的标准一样吗？（比较《日内瓦第二公约》第22、23和43条以及《第一议定书》第22条。）一只医疗船可能失去被保护地位吗？（比较《日内瓦第二公约》第34和35条以及《第一议定书》第23条。）
- (2) 国际人道法中存在确保敌人不将船只用于非纯粹医疗目的的手段吗？（比较《日内瓦第二公约》第31条第4款。）
2. (1) 医疗船可以在战区中心运行吗？（比较《日内瓦第二公约》第30条。）这一点解释了红十字区的必要吗？哪些公约条款规定了这类区域的设立？
- (2) 国际人道法规定了哪些区域的设立？这些区域意在保护哪些人员？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条第3款、《日内瓦第一公约》第23条、《日内瓦第四公约》第14和15条以及《第一议定书》第59和60条。）该红十字区是比照陆战法的规定设立的吗？如果是，比照哪些？
- (3) 如何评价这种创新是否遵守了公约的精神？红十字区不仅说明了国际人道法的灵活性还显示了它的不足吗？但是公约没有预见并实际上鼓励冲突各方在保护区方面达成特别协议吗？（如比较《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》附件1。）
3. 由于技术的发展，禁止医疗船使用密码应当被认为过时吗？或者尽管技术发展，仍应遵守该规则？对于该问题你建议什么新规则？（比较《日内瓦第二公约》第31条第2款。）

案例163. 美洲人权委员会，塔布拉达案

案 例

[资料来源: *Inter-American Commission on Human Rights*, Report No. 55/97, Case No. 11. 137: Argentina, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 38, December 6 rev., 1997; 部分脚注省略。可访问 <http://www.cidh.org>。]

CDH/3398

美洲国家间人权委员会 委员会于1997年11月18日批准

[……]

4. 分析

146. 为了便于分析本案中出现的關鍵事件和问题，该报告将在下列三个标题下对这些事件和问题进行审查：对军事基地的攻击和争夺；攻击者和被指称为同谋者的人投降后的事件；以及对同一些人在“阿贝拉案”(Abella) 中叛乱罪的审判。

(1) 对军事基地的攻击和争夺

147. 在其请求中，请求人援引了国际人道法即武装冲突法的各种规则来支持其关于国家机构在夺回塔布拉达 (Tablada) 军事基地的行动中过度使用武力和非法手段的主张。对此，阿根廷国家虽然反对对于本案事件适用国家间武装冲突规则，但在其提交给委员会的意见中仍将通过武力夺回塔布拉达基地的决定定性为一种军事行动。该国还将攻击者使用武器作为例子来证明他们按照第23.077号法律的定义追诉其谋反罪的正当性。阿根廷国家和请求人都同意1989年1月23和24日在塔布拉达基地在攻击者和阿根廷武装部队之间发生了大约30个小时的武装对抗。

148. 委员会认为在其能够适当地评价请求人关于阿根廷军队夺回塔布拉达基地的请求之前，他必须首先确定在该基地的武装对抗是否只是一例国内骚乱或紧张状态，或者它是否构成四个1949年《日内瓦公约》共同第3条（“共同第3条”）意义上的一种非国际性或国内武装冲突。因为管辖国内武装冲突的法律规则与那些管辖国内骚乱或紧张状态情势的规则

差别很大，对1989年1月23和24日在塔布拉达军事基地发生的事件的正确性是确定可适用法律渊源所必需的。这又要求委员会根据塔布拉达基地事件的有关具体情况审查这些情势区别于“共同第3条”武装冲突的特征。

(A) 国内骚乱和紧张状态

149. 红十字国际委员会 (ICRC) 已经对国内骚乱和紧张状态的概念进行了极为具体的研究和详细阐述。在其1973年《关于日内瓦公约的附加议定书草案的评论》中，ICRC通过下列三项例举的方式对这种情势进行了界定，虽然并非穷尽式例举：

- 暴乱，即从一开始就受到一名领导人指挥而没有共同故意的各种骚乱；
- 孤立和零星的暴力行为，它不同于由武装部队或者有组织的武装集团所开展的军事行动；
- 其它类似性质的行为，特别是因为其行为或政治观点而招致大规模的人员逮捕 (加着重号。)

150. 根据ICRC，严重的紧张状态和国内骚乱之情势的主要区别是所涉及的暴力级别。虽然紧张状态可能是武装冲突或国内骚乱的结果，但后者是……不存在此类非国际性武装冲突却存在国内对抗的情势，它是按照一定的严重性和持续时间来定性的，而且还涉及暴力行为……。在这些不一定发生公开战斗的情势中，有权的当局可以召集大量的警力甚至武装部队来恢复国内秩序。

151. 国内骚乱和紧张状态情势由于不是武装冲突，很明显不属于国际人道法的范围。它们受国内法和有关的国际人权法支配。

(B) 人道法中的非国际性武装冲突

152. 与这些国内暴力情势相比，武装冲突原则上要求存在能够并且实际上卷入战斗和相互之间其它军事行动的有组织的武装集团。对此，共同第3条直接参照具有非国际性质的武装冲突，但实际上却没有对其进行定义。不过，共同第3条一般被认为适用于比较有组织的武装部队或集团之间在一个特定国家领土之内发生的低强度的和公开的武装对抗。^{[脚注}

16：由红十字国际委员会召集组成的专家委员会作了如下中肯的评论：“如果反抗非法政府的敌对

行为呈现一种集体的性质和一种最低限度的组织形式，那么存在第3条意义上的武装冲突是无可否认的。”参见ICRC, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs in Armed Conflict*, Report submitted to the XX1st Conference of the Red Cross, Istanbul at p.99(1969)。]因此共同第3条不适用于暴乱、纯粹的盗贼行为或者一种无组织的和短期的叛乱行为。典型的第3条武装冲突是政府武装部队和有组织的武装叛乱之间的武装斗争。它还管辖在没有政府武装部队干预的情况下，两个或者多个的武装派别互相对抗的情势，如已建立的政府解散或者无力干预等。理解共同第3条的适用不要求存在大规模的和一般意义上的敌对行为或者反政府武装集团控制着部分国家领土这种相当于内战的情势。委员会注意到ICRC关于1949年《日内瓦公约》权威评论表明尽管其适用标准比较含糊，但共同第3条应当尽可能宽泛地适用。

153. 关于共同第3条的适用最为困难的问题不在于国内暴乱级别中的最高一端，而是在其最低一端。将一个国内骚乱的特定暴乱情势与最低级别的第3条武装冲突区别开来的界限有时候可能模糊不清，因而不容易确定。在遇到此类裁决时，在最后的分析当中所需要的是对每个具体案件中的事实进行善意和客观的分析。

C. 塔布拉达基地事件的定性

154. 基于对事实的认真评价，委员会不认为1989年1月22和23日在塔布拉达军事基地发生的暴乱行为可以被正确地定性为一种国内骚乱的情势。那里发生的事情不能等同于大规模的暴力示威，学生们向警察投掷石头、强盗们扣押人质进行勒索或者为了政治目的而暗杀政府官员等都是各种形式的国内暴乱而不是武装冲突。
155. 令塔布拉达基地的事件不同于这些情势的是攻击者敌对行为的协调性、政府武装部队的直接卷入、以及该事件中所出现的暴力级别等因素。更为具体地说，卷入其中的攻击者针对一个典型的军事目标——军事基地——精心策划、协调并执行了一次武装攻击，即军事行动。塔布拉达的负责官员依职权试图将攻击者击退，而且阿方辛 (Alfonsín) 总统行使其作为武装部队总司令的宪法权利命令采取军事行动夺回该基地并制服这些攻击者。
156. 该委员会因此得出结论认为，尽管攻击者与阿根廷武装部队之间的暴力冲突持续时间很短，但却导致了共同第3条以及有关国内敌对行为的其它规则的适用。

D. 委员会适用国际人道法的资格

157. 在审理请求人的具体请求之前，委员会认为有必要澄清它为什么认为必须不时地直接适用国际人道法规则或者通过参照这些规则对《美洲公约》的有关规定进行解释。对这两个国际法分支——人权法与人道法——之间的关系有一个基本的理解会对此有所帮助。
158. 《美洲公约》以及其它全球性和地区性的人权文件以及1949年《日内瓦公约》都有一个不可克减之权利的共同核心和一个保护人类生命和尊严的共同目的。这些人权条约既适用于平时时期也适用于武装冲突的情势期间。尽管其目的之一是防止战争，但这些人权文件没有一个是要规制这种情势，因此它们不包含管辖战争手段和方法的规则。
159. 相反，国际人道法一般不适用于平时时期，其基本目的是对战争行为设置限制从而减轻敌对的后果。因此条约和习惯人道法一般要比《美洲公约》和其它人权赋予武装冲突受难者更多的具体保护而不是用更为一般性措辞做出各种保证是可以理解的。
160. 另外，正是在国内武装冲突期间国际法的这两个分支互相之间得到了最大限度的结合和加强。的确，一位对1949年《日内瓦公约》的两个1977年《附加议定书》做出权威性评论的作者对此指出：

尽管每一份法律文件都规定其自身的适用范围，但不可否认的是除了更为具体的人道法规则之外，包含在国际文件中的与人权有关的一般规则也适用于非国际性武装冲突。[脚注21：M.Bothe, K. Partsch, & W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocol additional to the Geneva Conventions 1949*, 619 (1982) [以下简称“新规则”]。]

161. 比如，共同第3条和《美洲公约》第4条都保护生命权，而且因此禁止在一切情况下遽行判处死刑等。指控可归因于国家机构的任意剥夺生命权的请求很明显属于委员会的管辖权范围之内。但是委员会解决对于在武装冲突中发生的关于违反这些不可克减之权利的指控的权能在很多情况下仅参照《美洲公约》第4条是不可能实现的。这是因为《美洲公约》不包含对平民进行定义或者将其与战斗员和其它军事目标进行区分的规则，更没有规定什么时候可以合法地攻击平民或者什么时候平民伤亡是军事行动的合法后果。因此，委员会必须查找并适用人道法的界定标准和相关规则作为解决指称在战斗情势下违反《美洲公约》的这种或其它请求的权威性指导渊源。不这样做就意味着在涉及到国家机构不分皂白

的攻击导致大量平民伤亡的许多情况下委员会必须拒绝行使管辖权。按照《美洲公约》和人道法条约的目标和目的，这一结果显然是荒谬的。

- 162.除了这些考虑因素之外，委员会适用人道法规则的资格还受到《美洲公约》的规定及其判例法以及“美洲国家间人权法院”裁决的支持。实际上每一个是《美洲公约》缔约国的美洲国家组织成员国都批准了一项或多项1949年《日内瓦公约》或/和其它人道法文件。它们作为《日内瓦公约》的缔约国，有义务作为一个习惯国际法问题善意遵守这些条约，并使其国内法以这些文件相一致。另外，它们承担着在一切情况下，尤其是在国家间或国内敌对情势期间，尊重和确保尊重这些公约的义务。
- 163.除此之外，上述这些国家作为《美洲公约》的缔约国，还明显必须按照《美洲公约》第25条为那些由有关各国的宪法或者该公约所承认的基本权利受到国家机构侵犯的个人提供国内法律救济（加着重号）。因此，当对于指称的违反在国内没有得到救济而且权利的渊源是《日内瓦公约》中规定的一种保证（对此各有关缔约国已经将其转化成可操作的国内法）时，根据《美洲公约》第44条主张这种违反的请求可以向委员会提出并由其做出裁决。因此，《美洲公约》授权委员会在涉及到指称对第25条的违反的情况下处理人道法问题。
- 164.委员会认为在《美洲公约》和人道法文件同时适用的情况下，《美洲公约》第29条第2款要求其在适当的情况下适当注意并实施可适用的人道法规则。第29条第2款即所谓的“对个人最优惠条款”，它规定《美洲公约》任何条款都不得被解释为“限制实施或行使上述国家之一作为缔约方的其它公约的任何缔约国的法律所承认的权利或自由”。
- 165.该条的目的是防止缔约国将《美洲公约》作为限制个人根据其国内或者国际法所享有的更为优惠的或者较少限制性的权利的理由。因此，只要在《美洲公约》和人道法文件中规制相同的或相当的权利的法律标准之间存在差别，委员会就应当对于适用于这些权利或自由按照有更高标准的条约的规定做出法律上的努力。如果这种更高的标准是一项人道法规则，委员会应当予以适用。
- 166.正确的观点是，人权法和人道法之间的紧密联系还支持委员会根据第29条第2款在相关的情况下适用人道法的权力。对此，《新规则》的作者对于《第二议定书》和《公民权利和政治权利公约》之间的相互关系作了如下中肯的评论：

《第二议定书》应当被认为仍然落后于公约中所确立的基本标准。相反，在《日内瓦第二公约》以更为详尽的规定确立了一个高于公约的标准的情况下，由于该《议定书》对于公约来说属于“特别法”，因此应当以这一更高的标准为准。另一方面，不管这两个文件对于相应的国家生效的相对时间如何，应当认为可以适用规定了比《议定书》更高的保护标准而且在《议定书》中没有被复制的公约的规定。对于同时产生的人权文件——第二部分“[《第二议定书》的]人道待遇”就是一个这种文件——的适用来说，一般的规则是它们互相实施和完善而不是形成一种限制的基础。

167. 他们关于《美洲公约》与《第二议定书》及其它相关的人道法渊源（如共同第3条）之间的相互关系的观点同样是正确的。

168. 除此之外，委员会认为正确地理解可适用的人道法条约与《美洲公约》第27条第1款克减条款之间的关系于这一讨论有关。该条允许《美洲公约》的缔约国在真正的紧急状态期间临时克减（即中止）特定的以公约为基础的保证。但是，《美洲公约》第27条第1款要求任何保证的中止都不得“与国家的其它国际法义务不一致”。因此，尽管不能将其解释为通过参照的方式将国家的所有其它国际法律义务都纳入《美洲公约》，但是《美洲公约》第27条第1款却不阻止国家采取可能违反其它条约或习惯国际法义务的克减措施。[……]

170. [……]在由于存在《美洲公约》和人道法条约都适用于某个武装冲突而审查《美洲公约》的缔约国所采取的克减措施的合法性的时候，委员会不应当仅仅参照《美洲公约》第27条的规定解决该问题。相反，它必须确定受到这些措施影响的权利是否同样受到可适用的人道法条约的保障。如果它认定根据这些人道法文件这些权利不得被中止，委员会就应当得出这些克减措施违反缔约国根据《美洲公约》和有关人道法条约都应当承担的义务的结论。

E. 请求人的请求

172. 请求人对于一些“一切为了祖国运动”成员谋划、发动和参与对该军事基地的攻击这一事实没有异议。但是他们主张，根据国家宪法第21条，攻击的理由或动机——阻止一次据传针对阿方辛政府的军事政变——在法律上是正当的。该条规定要求公民拿起武器捍卫宪法。因此，他们主张对其叛乱罪的起诉违反了《美洲公约》。另外，请求人主张，因为他

们有正当与合法的理由，因此国家因为过度而非法地使用武力夺回该军事基地，必须对其行为所导致的全部生命和物质损失承担全部的法律和道义责任。

173. 委员会认为请求人的主张反映了对于国际人道法的一些基本误解。应当认为共同第3条以及任何其它适用于塔布拉达基地有关敌对行为的人道法规则都不能被解释为对“一切为了祖国运动”成员拿起武器的理由或起因之合法性的承认。更为重要的是，法律的适用不以冲突的起因作为条件。人道法的这一基本内容规定在《第一议定书》的序言中，它在有关部分规定：

重申1949年8月12日日内瓦四公约[……]的规定必须在一切情况下充分适用[……]不得以武装冲突的性质或起因为依据或以冲突各方所支持的或据称为各方所致力的目标为依据而加以不利区别。（加着重号）

174. 与仅仅一般性地限制国家机构的滥用行为不一样，共同第3条的强制性规定明确约束并平等地适用国内冲突双方，即政府和反政府武装部队。另外，适用共同第3条的义务对于双方来说是绝对性的，并且独立于其它的义务。[脚注27：一方对第3条的违反，如使用非法战斗方法，不得由另一方部分地作为其不履行该条的强制性规定的理由。大体可参见Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 60。]因此，“一切为了祖国运动”攻击者和阿根廷武装部队都有同样的人道法义务，而且双方都不对另一方的行为承担责任。

[……]

F. 人道法的适用

176. 共同第3条的基本目的是提供适用于敌对期间，保护那些没有或者不再积极参与敌对行为的人员的一些最低限度的法律规则。有权受到共同第3条强制性保护的人员包括国家和反政府武装部队中的投降、被俘或者丧失战斗力的成员。平民个人在被抓获或者因其它原因落入对方权力之下时，即使曾经为另一方从事战斗，也同样受到共同第3条的保障。
177. 除了共同第3条之外，适用于所有武装冲突的习惯法原则要求对立各方不得直接攻击平民人口和个人平民并在平民和战斗员以及其它合法军事目标之间予以区别。[脚注29：这些原则规定于联合国大会第2444号决议，“武装冲突中对人权之尊重” 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) at 164, 它在相关部分规定：下列原则，俾由所有敌对武装冲突中行动负责制各国政府及其它当局遵守之：

- (1) 冲突各方采取方法以伤害敌人之权并非无限制者；
- (2) 对于平民以其为平民而施以攻击之行为应予禁止；
- (3) 必须实施将参与敌对行为之人与平民两者划分，俾使后者尽量免受伤害……另参见UN General Assembly Resolution 2675, U.N. GAOR Supp. No. 28 U.N. Doc. A/8028 (1970)，它详细阐述并强调了第2444号决议中的各项原则。]为了使平民免受敌对行为的影响，其它的习惯法原则要求攻击方采取预防措施避免或者将攻击军事目标附带的或者间接的平民生命损失或对平民财产的损害降至最小。

178. 委员会认为请求人误解了将这些规则适用于那些参与塔布拉达攻击的“一切为了祖国运动”成员所产生的实际的和法律的后果。特别是当诸如那些攻击塔布拉达基地的平民通过直接参与战斗而起到战斗员的作用的时候，无论是个别地还是作为一个集团的成员，他们都因此成为合法的军事目标。因此，他们与战斗员处于受到同样程度的直接而个别考虑的攻击的地位。相反，这些人道法规则继续以完全的效力适用于那些在敌对行为发生时驻留于或者生活于塔布拉达基地附近的和平平民。委员会在插句中指出它尚未收到任何个人针对阿根廷国家指称他们或其财产受到该基地敌对行动所导致的损害而提出的请求。

179. 当这些人攻击塔布拉达基地的时候，他们明确承担了国家采取的军事反应的风险。阿根廷军队有压倒的数量优势和优越的武器威力而使他们承担与攻击者相当的风险本身不能被认为违反任何人道法规则。不过这并不意味着阿根廷军队或攻击者在选择伤害对方的方式上拥有不受限制的自由裁量权。相反，双方都必须在可适用的人道法规则予以限制和禁止的范围内从事其军事行动。

180. 在这方面，请求人实质上指称阿根廷军队违反了适用于武装冲突的两项具体的禁止性规定，即：

- (1) 阿根廷军队拒绝接受攻击者的投降提议，相当于拒绝纳降；和
- (2) 使用具有导致过度伤害和不必要痛苦性质的武器，特别是燃烧弹。

181. 委员会在评价请求人的请求时非常注意由于战斗中经常出现的特别的和混乱的情况，经常无法非常确定地对关键事实做出认定。委员会认为，判定那些卷入敌对行动中的人员的行为的正确标准必须以对行动发生时占优势地位的总体情势进行合理和诚实的评价为基础，而不能以猜测或后见之明为基础。

182. 关于请求人的第一项指控，他们指控阿根廷军队故意对攻击者在1989年1月23日敌对行动开始后约四个小时的投降意图不予理睬，这不必要地

延长了额外26小时的战斗，并因此导致双方不必要的死伤。除了“一切为了祖国运动”成员幸存者的证言之外，请求人还依据他们提交给委员会的录像带来支持其请求。这盘带子是在攻击当天阿根廷的[……]频道播出的新闻节目的一段剪辑和请求人认为与本案有关的其它镜头。尽管这盘录像带对于理解涉案事件来说有重要的帮助，但委员会认为其证明价值却是有疑问的。比如，这盘带子没有对基地30个小时的战斗提供连续而不间断的记录。相反，它是为了向委员会进行陈述这一特定目的，由私人制作者按照请求人的要求而编辑的对特定事件剪辑性描述。

183. 委员会仔细地观看了上述录像带，并识别出其中被认为是对于投降企图进行剪辑的两个不同镜头。第一个镜头中的图像不十分清楚，它显示了一个从一扇窗户中摇动白旗的短暂情景。但是这个镜头并没有与带子中的其它镜头相连，也没有表明其发生的准确时刻。第二个镜头显示了军事基地内一座楼房的一幅较大的图像，它正在受到一排大概来自阿根廷武装部队的炮火袭击。经过反复观看和仔细审查第二个镜头，委员会无法看出这面白旗可以被推定由“一切为了祖国运动”攻击者在楼房中摇动。
184. 值得注意是这盘带子还有其它未说明的问题。事实上，它没有确定推定的投降企图的准确时间或日期。它也没有显示其他攻击者在基地所处地点之外的地方同时还发生了什么。如果这些人无论由于什么原因继续射击或者实施其它敌对行为，阿根廷军队就会合理地认为白旗是一种欺骗或者转移其注意力的企图。
185. 因此，因为这份证据的不完整性，委员会无法得出结论认为阿根廷武装部队在1月23日早上9时有目的地拒绝攻击者的投降意图。但是委员会没有注意到他们中间的幸存者倾向于掩盖任何暗示实际上发出了一个不得投降的命令的事实。
186. 该录像带对于请求者关于阿根廷军队对攻击者使用燃烧武器这一主张的证明力更弱。这盘带子并没有显示出由一些攻击者占领的建筑中存在燃烧性爆炸。爆炸的原因可以归结为非燃烧武器。比如，这可能是由一种用来穿透装置或设施的弹药所致（其中的燃烧性后果并非专门用来烧伤人员），或者是由于引爆在攻击者的防御阵地之内或附近的弹药的弹壳直接打击而引起的。没有弹药专家所出具的有力证词或者证明该爆炸与使用燃烧武器之间有因果关系的法庭证据，委员会便无法简单地得出阿根廷针对攻击者使用了此类炮弹的结论。

187. 委员会必须注意，即使证明阿根廷军队使用了此类武器，也不能说他们于1989年1月的使用违反了当时适用于国内武装冲突的明确的禁止性规定。关于这一问题，请求者引用的1980年《联合国禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》（《武器公约》）的附件《禁止或限制使用燃烧武器议定书》在1995年之前一直没有得到阿根廷的批准。另外也是最重要的是，《武器公约》第1条规定《燃烧武器议定书》仅适用于国家间武装冲突以及有限种类的民族解放战争。因此，这份文件不直接适用于塔布拉达发生的国内敌对行动。另外，该议定书没有规定使用这种武器为本身 (*per se*) 违法。尽管它禁止直接用于和平平民，但它不禁止将其用于针对包括直接参与战斗的平民在内的合法军事目标的战斗中。

188. 由于缺乏足够的证据证明该国机构使用了非法的作战方法和手段，委员会必须得出结论认为在1989年1月24日停火之前所发生的攻击人员死伤事件与合法的战斗有关，因此不构成对《美洲公约》或可适用的人道法规则的违反。

189. 但是，委员会希望强调参与攻击该军事基地的人员只有在他们这种积极参加战斗的时候才是合法的军事目标。对于那些投降、被俘或者受伤病停止敌对行为、有效落入阿根廷国家机构权力之下的人，不再受到合法的攻击或者遭受到其它暴力行为。相反，他们绝对有权获得四个《日内瓦公约》共同第3条和《美洲公约》第5条都规定的不可克减的人道待遇的保障。故意虐待（更不用说处死）这类伤者或被俘人员是一种对这两份文件的特别严重的违反。[脚注32：委员会对此在插句中指出前南斯拉夫战争罪法庭已经认定此种对共同第3条的违反要求犯罪者承担个人刑事责任[……]]

[……]

讨 论

1. 第149-156段：非国际性武装冲突与国内骚乱和紧张状态有何区别？四个《日内瓦公约》共同第3条可适用于针对塔布拉达军事基地的攻击吗？《第二议定书》可以适用吗？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条和《第二议定书》第1条。）
2. 第157-171段：美洲国家间委员会为什么适用国际人道法？因为它是国际法的一部分？因为它是阿根廷法律的一部分？因为它就武装冲突更为准确地定义了《美洲公约》中保护的生命权？因为根据《美洲公约》第29条它必须适用比《美洲国家间公约》提供更好保护的规则？因为，根据《美洲公约》，克减《美洲公约》所保护的权利只有在

他们没有违反有关国家的其它义务的情况下才是允许的？（比较《美洲人权公约》，可访问<http://www.cidh.org>）

3. 第173、174段：如果根据阿根廷的法律请求人的攻击是合法的，根据国际人道法的观点，这会有所改变吗？如果在关于非国际性武装冲突的战争之法与战中之法之间存在区别呢？
4. 第177-179段：直接参与敌对行动的平民丧失四个《日内瓦公约》共同第3条的保护吗？整个关于非国际性武装冲突的国际人道法的保护？关于保护平民不受敌对行动影响的规则的保护？如果是，多长时间？（比较《第二议定书》第13条第3款。）
5. 第181-185、189段：拒绝纳降受到非国际性武装冲突的禁止吗？因为它在国际武装冲突中受到禁止而且在非国际性和国际性冲突之间关于这一问题没有相应的不同之处？因为这会违反四个《日内瓦公约》共同第3条？只要集团其他成员继续战斗就对其中投降的战斗员拒绝纳降的做法合法吗？
6. 第186-188段：
 - (1) 在国际武装冲突中使用燃烧武器受到禁止吗？存在限制吗？这些限制简单地禁止用燃烧武器攻击平民吗？1980年《武器公约》的《第三议定书》（参见文件6.《禁止或限制使用燃烧武器议定书》（1980年公约《第三议定书》），第579页以及文件4.《关于禁止或限制使用某些常规武器的公约》，第575页。）的禁止对于禁止使用所有武器的规定增加了什么？
 - (2) 对于使用燃烧武器的限制也适用于非国际性武装冲突吗？为什么？因为在这一问题上非国际性和国际性冲突之间也存在相应的不同之处吗？因为超出国际武装冲突的国际人道法允许范围而使用燃烧武器违反公约第3条吗？因为没有国家能够声称有权针对其自己的公民使用它已经同意不在国际武装冲突中针对敌人使用的作战方法和手段？如果它们不可适用，在禁止拒绝纳降和限制使用燃烧武器之间的差异在哪里？

文件164. 红十字国际委员会，请求参观 福克兰群岛 (马尔维纳斯群岛) 的墓地

[资料来源：ICRC Annual Report 1991, Genrva, ICRC, 1991, p.57.]

阿根廷——依照阿根廷和英国政府于1990年的联合请求，红十字国际委员会作为中立的仲裁者，安排了358人的家属的团队参观位于福克兰 (Falklands) 群岛 (马尔维纳斯 (Malvinas) 群岛) 的在福克兰 (马尔维纳斯) 冲突中丧生的阿根廷士兵的墓地。这次于1991年3月18日的访问是按照两国政府在马德里签署的联合声明以及规定一旦条件允许必须允许家属访问墓地的国际人道法规则而实施的。

二十六、斯里兰卡

案例165. 斯里兰卡，贾夫纳医院地带

案 例

(一) 1990年9月26日路透社电讯

[资料来源：德·西尔瓦 (De Silva, D.): 《路透社电讯》，科伦坡，1990年9月26日。]

斯里兰卡军队撤出要塞给红十字国际委员会使用

科伦坡，9月26日路透社——据一位政府内阁成员说，斯里兰卡军队于两周前攻占了位于叛乱领土中心的一处殖民时期的堡垒，并于周三放弃了此地。军队请求红十字国际委员会接管该堡垒。

国防部副部长兰詹·维杰拉特纳 (Ranjan Wijeratne) 说，该行动将使得距离堡垒不到一英里[……]的一家主要医院重新开放。

但是，据争取泰米尔独立的主要游击部队“泰米尔伊拉姆猛虎解放组织”（以下简称“猛虎组织”）称，斯里兰卡部队是在激烈交火后从堡垒撤退的。

猛虎组织驻巴黎发言人劳伦斯·蒂亚卡尔 (Lawrence Thilakar) 致电路透社称：“他们根本不像斯里兰卡政府所宣称的那样是自愿撤退的。经过猛烈激战，堡垒已于今天凌晨两点落入猛虎组织手中。”

他说，猛虎组织现已占领了堡垒，并缴获了一些重武器和车辆。

自6月份发动攻势以来，猛虎组织用迫击炮和火箭推进榴弹连续重击了位于贾夫纳的这座具有350年历史的荷兰堡垒中的驻军。

因为靠近战区，这家有1500张床位的医院从6月份起被迫关闭。

维杰拉特纳说，他已经通知红十字国际委员会驻斯里兰卡代表处主任菲利普伯爵夫人接管堡垒，并使医院重新开始运转。他正在等待答复。

维杰拉特纳在新闻发布会上说：“即使红十字国际委员会不接管该地区，我们也不打算重返堡垒，这样就可以避免对该地区进行轰炸。”[……]

维杰拉特纳说，撤出堡垒并不意味着政府将放弃对贾夫纳据点中叛军的打击。他警告猛虎组织如果企图进入该撤防地区，政府将对其采取“有效行动”。

军事分析家认为，无论是对政府还是对叛军来说，堡垒都不具有任何战略重要性。但是，由于它位于泰米尔人聚居地的中心地带，因而也就成了这场独立斗争的焦点。

两周前，数百名政府军奋力攻入这一要塞，解救了陷入叛军围攻的士兵和警察。

在放弃了同政府进行了14个月的和平对话之后，猛虎组织在北部和东部发动了六月攻势。

占全岛1600万人口13%的泰米尔人认为，自1948年斯里兰卡脱离英国殖民统治独立以来，他们就受到多数民族僧伽罗人统治的政府的歧视。

(二) 1990年11月6日红十字国际委员会新闻稿

[资料来源：《红十字国际委员会新闻稿》，斯里兰卡代表处，1990年11月6日。]

为使在贾夫纳战斗中遭到严重损害的贾夫纳教学医院尽早重新开放，红十字国际委员会制定了许多冲突各方应予尊重的规则。这些规定符合冲突局势中所普遍承认的实践。它们旨在保护医院病人和工作人员未来的安全，使其免受战火之苦。红十字国际委员会已经向斯里兰卡政府和猛虎组织通报了这些规则的内容，并将于1990年11月6日起实施。

这些规则如下：

- 贾夫纳医院的房产受红十字国际委员会的保护。冲突各方均应将其视为医院地带：
 - 应在医院建筑区上清晰地标出红十字，以便从地面和空中轻易识别；
 - 武装人员不允许进入医院建筑区；
 - 军事车辆不得在医院建筑区入口处停留；
 - 除医院、斯里兰卡红十字会、红十字会国际委员会的车辆外，其它车辆一律不得进入医院建筑区；
- 在医院周围建立了一个安全区域。以下规则适用于包括医院建筑区在内的安全区域：
 - 应清晰地标出该区域，以便能够从地面和空中轻易识别；

- 安全地带域内不设任何军事或政治设施；
- 不得在安全地带域内或针对安全地带从事任何军事行动；
- 在该区域内不得建立或维持任何军事基地、设施或阵地；
- 在所述区域内，任何时候都不得驻扎军事人员，也不得储存军事设备；
- 在该区域内，无论是从空中还是地面均不得使用武器；
- 不得从安全地带外针对安全地带内的人员或建筑物使用武器。

一旦这些规则遭到严重或持续违反，红十字国际委员会将单方面撤消其对医院的保护。

红十字国际委员会相信有关各方将严格遵守上述条款，因为只有这样贾夫纳教学医院才能够恢复，并在今后继续开展其极为必要的支援北方省伤病者的人道工作。

科伦坡，1990年11月6日。

讨 论

1. 斯里兰卡的冲突属于国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？在有关非国际性武装冲突的法律中是否规定可以设立某类保护区？设立此类区域的法律基础是什么？（比较《日内瓦公约》之共同第3条。）
2. 设立医院地带的目的是什么？其周围安全地带设立的目的又是什么？
3. 即使在未设立医院地带或安全地带的情况下，上述红十字国际委员会新闻稿提到的哪些规则无论如何是依国际人道法而应加以适用的？（比较《日内瓦公约》之共同第3条。）
4. 与红十字国际委员会新闻稿中描述的医院地带相对应的是适用于国际性武装冲突的国际人道法中规定的哪类区域？安全地带相对应的又是其中的哪类区域？红十字国际委员会新闻稿中的规则如何能对非国际武装冲突的当事方产生拘束力呢？（比较《日内瓦公约》之共同第3条，《日内瓦第一公约》第23条和《日内瓦第四公约》第14和15条。）
5. 为什么斯里兰卡政府希望红十字国际委员会接管贾夫纳堡垒？支持或反对红十字国际委员会接受这项任务的理由由有哪些？如果你是红十字国际委员会，你可能同意承担这项任务的条件是什么？
6. (1) 依据适用于国际性武装冲突的国际人道法，是否可以在整个医院建筑区使用标志？根据上述规则，为什么只有医院地带方可清晰标出红十字，以便从地面和空中轻易识别？安全地带不可以这样标识吗？为什么？（比较《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第44条，《日内瓦第四公约》附件一第6条，以及《第一议定书》第18条。）

- (2) 在非国际性武装冲突中，什么时候可以使用标志？谁可以使用？在什么条件下使用？标志是否可在红十字国际委员会没有控制的区域内使用？（《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第44条以及《第二议定书》第12条。）
7. 为什么一旦规则遭到违反，红十字国际委员会就会计划撤出？当这些规则遭到违反时，伤者和病者不是最需要红十字国际委员会的出现吗？

案例166. 加拿大，西瓦库马尔诉加拿大

案 例

[资料来源：西瓦库马尔诉加拿大（就业与移民部长）(C.A.), [1994] 1 F.C. 433, 1993-11-0; 可访问<http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1993/1993fca10048.html>; 为便于对案例的理解，以下段落顺序有所调整。]

[……]上诉人塔拉亚辛加姆·西瓦库马尔 (Thalayasingam Sivakumar)，是泰米尔人，斯里兰卡国民。就算难民局认为西瓦库马尔有充足的理由证明由于他的政治立场，一旦落到斯里兰卡政府手里恐怕就会受到迫害，难民局还是决定将他排除在《联合国关于难民地位的公约》第1条第6节(1)之外 [参见**案例131**，加拿大，拉米雷斯 (Ramirez) 诉加拿大，第1369页]，作为一个犯有危害人类罪的人来对待[……]。上诉的焦点是：即便上诉人没有亲自参与实际的犯罪行为，让他为被指控犯有危害人类罪的“泰米尔伊拉姆猛虎解放组织”（以下简称“猛虎组织”）的罪行负责是否适当？[……]

《关于难民地位的公约》第1条第6节(1)中的证据标准是国家 (the Crown) 是否拿出了重要的理由认为原告犯有危害人类罪。[……]这表明国际社会企图降低通常的证据标准，目的是保证战争罪犯没有避难港。我们所讨论的迫害者，即便他突然变成了受害人，也不能主张难民地位。无论在什么冲突中，国际罪犯都不能主张难民地位。[……]

1978年，在“猛虎组织”被斯里兰卡政府取缔不久后上诉人就加入其中。在大学期间，他利用自己是学生领袖的职务促进“猛虎组织”的发展。[……]

上诉人证实，1983年到1985年间，他得知“猛虎组织”将那些反对它的人认定为叛逆者，并将这些人处死以示惩罚[……]。“猛虎组织”的领袖普拉巴哈兰 (Prabaharan) 与上诉人讨论过关于屠杀的事情。上诉人的证言表明，尽管他与屠杀没有直接的关系，但他“接受了”猛虎组织的领袖与之谈论的杀戮事实。[……]

上诉人1985年回到斯里兰卡之前一直呆在印度。在那段时间里，猛虎组织的领袖不断接近上诉人。结果上诉人重新加入“猛虎组织”，并成为军事顾问。他在马德拉斯建立了一家军事调查研究中心，为“猛虎组织”的新兵讲授游击战问题。上诉人说他指导新兵要妥善处理同平民百姓的关系以赢得普遍的支持，同时他要求新兵遵守《日内瓦公约》。

1985年，上诉人参加了斯里兰卡政府同五个主要叛乱团体的谈判（本次谈判由印度政府组织）。后来谈判因为斯里兰卡军队屠杀40名泰米尔平民的事件而中断。

1986年，上诉人返回斯里兰卡探望家人。因为与“猛虎组织”的另一成员在军事战略上发生了争执，他辞去了在“猛虎组织”军事培训学院的职位，将注意力转向发展反坦克武器上。1987年他回到印度开始大规模制造这种武器。

随后，上诉人再次回到斯里兰卡，受命组建“猛虎组织”军事情报局，以收集情报、准备军事地图和招募新成员。此时，他已经并任命为“猛虎组织”的少校官衔。

1987年初，斯里兰卡和“猛虎组织”军队之间的敌对状态爆发了，但最终随着1987年7月双方和平协议的签署平息了下来。该协议允许泰米尔人在北部和东部省区组建泰米尔警察部队，同时上诉人接到指示将军事情报中心改组为警察研究院。然而，和约最终失效了，警察研究院也终究未能建立起来。

上诉人证实，1987年，当另一泰米尔团体企图暗杀“猛虎组织”的一名高级官员时，“猛虎组织”的一名指挥官来到其控制的一家监狱，用机枪扫射了这一对立泰米尔团体近40名手无寸铁的成员。上诉人说，当他得知这一屠杀的消息后，他找到普拉巴哈兰要求公开处罚那名指挥官，当时普拉巴哈兰答应他会进行处罚。然而，除了革去阿鲁纳(Aruna)的官职、并对他实施了短期的拘留外，几乎没有对阿鲁纳采取任何其他措施。后来，阿鲁纳在一场战斗中战死。尽管如此，上诉人仍然留在“猛虎组织”内。

当贾夫纳的一名军事指挥官死后，上诉人受命接管贾夫纳城的防务。上诉人在占领贾夫纳15天后，他和他的士兵开始转入丛林实施游击战。后来，由于上诉人与“猛虎组织”副指挥官的意见不合，又受命回到了印度。上诉人证实，他与副指挥官的分歧在于，他坚定地要求应当无前提地同斯里兰卡谈判。尽管上诉人参加了同斯里兰卡政府的和平谈判，但因为“猛虎组织”领袖的倔强立场和对抗态度，和谈注定要失败。

最后，上诉人说因为他表达了认为“猛虎组织”在和平谈判中表现不当才导致了和谈受挫的想法，结果于1988年12月被逐出了“猛虎组织”。之后，原告一

直在印度秘密活动，直到1989年1月，他以伪造的马来西亚护照经由新加坡和美国来到加拿大。

证据清楚表明，上诉人曾在“猛虎组织”身居要职。特别是，上诉人曾在不同时期负责对“猛虎组织”的新兵实施军事培训，组织了“猛虎组织”和斯里兰卡政府之间的和平谈判，担任“猛虎组织”军事基地的军事指挥，负责发展武器，而最重要的是负责“猛虎组织”的情报部门。很难说，上诉人仅仅是“猛虎组织”中的普通成员。事实上，他在“猛虎组织”中占据多个领导职务，包括担任“猛虎组织”情报部门的头。根据上诉人在“猛虎组织”中扮演的角色的重要性可以推断，他知晓“猛虎组织”所犯的罪行、并且与“猛虎组织”拥有同样的犯这些罪的目的。[……]

毫无疑问，上诉人知道“猛虎组织”所犯的危害人类罪。上诉人在难民局证实，他知道“猛虎组织”审问、并杀死了许多“猛虎组织”的叛逆者。[……]

上诉人的证词必须拿来同难民局收到的大量文献证据形成的背景资料相对照。各种报刊文章都表明，泰米尔军事团体应当为平民和反对派中的大规模流血事件负责。这些文章中，有许多都指责“猛虎组织”应当为斯里兰卡政府代言人的暴力行为负责。“大赦国际”的报告表明，各种泰米尔团体都对针对平民的暴力负有责任，但没有特别指明“猛虎组织”参与的事件。[……]

很显然，如果某人亲自实施的暴力行为构成战争罪或危害人类罪，此人是负有责任的。但是，以同谋者的身份参与犯罪可能也会对这些犯罪行为承担责任，即便此人并没有亲自实施构成犯罪的行为[……]在国际犯罪中共犯的起点是“亲自参与和心知肚明。”

从根本上讲，这是一个事实问题，需要具体案件具体分析，但是也有一些公认的基本原则。很显然，如果仅仅是一个旁观者或凑热闹的人，则不会构成共犯。[……]

然而，一个援助或鼓励实施犯罪的人，或一个为犯罪行为站岗放哨的人通常是有责任的。同样这也要以每一案件的具体情况来定。[……]

此外，参与策划和预谋犯罪的人，即便犯罪时不在现场，根据案件事实，也可能是共犯。另外，作为指挥官，只要他知道或有理由知道在他指挥下的国际罪行，他就要对这些罪行负责。[……]

另一类共犯与本案特别相关，是通过联盟的共犯。换句话说，某人可能会因为他与主犯之间的密切联系而对犯罪行为承担责任。这种情形并不仅仅是指某人“被他的同伙所知晓”，也不仅仅是因为某人是一个组织的成员而使他对该组

织所犯的所有国际罪行承担责任()。这两者本身通常并不足够，除非这个组织的特定目的就是实施国际犯罪。然而，正如麦圭干 (MacGuigan J.A.) 所言，应当注意到：“如果一个人是主犯的同伙，他就绝不可能仅仅是所谓的旁观者。依据案件事实，实施犯罪的团体中的成员可以被恰当地认为是亲自和心照不宣的参加者。” [……]

我认为，如果某人所在的组织犯有国际罪行，当该成员在组织中身居要职时，他作为共犯的可能性就更大。在铭记具体案件具体分析的前提下，一个人越接近领导职位而不是普通成员，他就越有可能被推定为知晓犯罪行为、并与该组织有着共同的犯罪目的。因此，一个人如果长期在组织中担任领导职务、并知道这个组织对危害人类罪负有责任，就可能构成共犯。[……]

这种情况下需要考虑的一个重要因素是，是否有证据表明此人鲜明地反对这种犯罪行为，或是试图阻止这种行为，或企图脱离这个组织。[……]

当然，正如麦圭干法官先生所写，“法律不是在英雄主义的层次上运行的” [……]。因此，不能要求那些与主犯有联系的人们为了逃避共犯的指控，去冒着生命危险或不顾个人安危想方设法从那个组织或那种境遇中脱离出来。但是，他们也不能表现的像毫无道德判断的机器人一样。

在犯有国际罪行的组织中担任领导职务可以构成共犯的基础。这一观点得到了《国际军事法庭宪章》第6条的支持。[……]

在纽伦堡审判中这一原则被应用于纳粹德国的领导者身上，前提是他们知道组织中的其他人所犯的罪行。[……]

应当指出，根据难民法，如果一国当局对当地居民的迫害行为不闻不问，这些迫害行为就有可以被认为是国家行为[……]。同样，如果领导者心照不宣地容忍准军事团体或从事革命的非国家组织中的某个机构实施犯罪行为，这些领导者可能要对这些犯罪行为承担同等的责任。[……]

总之，如果某人与犯有国际罪行的组织或个人有联系，并且亲自参与或心神会地参与或容忍犯罪行为，那么此人就可以构成共犯。而仅仅是对国际罪行负有责任的组织的一个成员并不足以构成共犯，除非该组织的宗旨本身就是“狭隘的，残忍的” [……]。此外，一个人越接近该组织的领导职位或指挥职位，就越易推断出他知晓犯罪并参与了对犯罪的策划。[……]

正如加拿大的一位评论员约瑟夫·里赫夫 (Joseph Rikhof) 在[《战争罪、危害人类罪与移民法》] (“War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law”) (1993), 19Imm. L.R. (2d)18.] 第30页中指出的：

[……]这个要求并不是说危害人类罪不能针对个人实施，但是为了把一个国内罪行，例如谋杀和人身侵犯提升到国际法的领域，就需要再加一个条件。这个条件是，受害人所属的团体已经被系统而广泛地成为上述犯罪的对象[……]

危害人类罪的另一个具有历史意义的要求是，行为应当针对一国的国民。这是过去区分危害人类罪和战争罪的一个特征。[……]尽管我对在不断变化的国际冲突中这个要求是否继续适用有些怀疑，但是学者们仍然主张：“人们依旧公认它们是一个犯罪行为值得国际法去关注的重要开端”[……]。

在国家行为或警察行为是否构成将危害人类罪从普通犯罪提升为国际犯罪的必要条件这一点上，学术界和法官们之间似乎有些分歧。在最近加拿大判决的与危害人类罪相关的案件中都涉及国家成员，所涉及的个人都是与政府相联系的军事组织的成员[……]。巴西乌尼 (Bassiouni) 这位作者在[《国际刑法中的危害人类罪》(*Crimes against Humanity in International Criminal Law*), 马丁努斯·奈霍夫 (Martinus Nijhoff) 出版社, 多德勒支, 1992年出版]中主张说：危害人类罪所必需的一个国际要件是存在国家行为或警察行为[……]。同样，在“司法审判”案中，法官[……]在解释《控制委员会第10号法案》(Control Council Law No.10) (基本上同《国际军事法庭宪章》第6条的条款相同) 时认为，危害人类罪中必须有国家因素[……]。

其他评论者和法院采取了不同的做法[……]。根据这些权威人士的观点，那些与政府无关的个人，特别是那些参与到准军事组织或武装革命运动中的人，不能再逃脱国际刑法的管辖范围。相反，他们现在受国际刑法的管辖。[……]

对于拥有共同犯罪目的的共犯要件，我已经证实，上诉人在“猛虎组织”中占据多个重要职位（包括“猛虎组织”情报部门的头），由此可以推断出他默许了屠杀是实现“猛虎组织”解放泰米尔目标的必要方面，尽管是一个令人不愉快的方面。尽管上诉人说他曾抱怨这些屠杀、并在屠杀发生时大胆地指责，但是即便有很多机会离开“猛虎组织”，他都没有这样做。也没有证据表明如果上诉人设法脱离猛虎组织会遭遇什么危险。法庭的裁决认为，并不存在上诉人会遭到“猛虎组织”迫害的严重可能，这更支持了上诉人可以离开“猛虎组织”却没有这样做的结论。我总结一下，证据揭示上诉人在可以轻易脱离“猛虎组织”的时候没有这样做，相反他仍然留在这个组织中担任着各种领导职务，他知道“猛虎组织”在屠杀平民及其他泰米尔组织的成员。面对这样的证据，没有一个法庭会认为尚缺乏重要的理由来判断上诉人是一个心领神会的参与者，是这些屠杀的帮凶。

最后，这些屠杀构成危害人类罪吗？也就是说，这些屠杀是针对特定的团体进行的系统的袭击吗？是针对斯里兰卡国民的吗（根据我在上面提到的限制条件）？很显然，我们只能得出这样的结论：被“猛虎组织”杀害的平民是“猛虎组织”在设法取得对斯里兰卡北方省区的控制过程中被“猛虎组织”系统袭击的团体的成员。这些团体既包括不支持“猛虎组织”的泰米尔人，也包括僧伽罗人。如果国民的要求仍然是一个要件的话，很显然，这些受害者都是斯里兰卡的国民。

判 决

综上所述，鉴于上诉人自己的证言表明他知道“猛虎组织”所犯的危害人类罪，加之上诉人在“猛虎组织”占据重要职位，他有大量机会脱离“猛虎组织”却没有这样做，因此基于这些重大的理由，可以认为上诉人是“猛虎组织”危害人类罪的共犯。包括上诉人的证言和文献证据在内的证据足以证明这一切，没有一个充分了解这些情况的法庭会得出不同的结论。因此，我将驳回上诉。

讨 论

1. 上诉人被指控犯有危害人类罪还是战争罪？还是二者兼有？这两种罪名的区别是否在于受害人的国籍？（比较《日内瓦公约》共同第3条第1款；日内瓦四公约各自的第50/51/130/147条；《第二附加议定书》的第4条第2款以及《国际刑事法院规约》第7、第8条，参见**案例15**，第634页。）
2. 危害人类罪的行为人是否必须代表国家行事？严重破坏国际人道法的行为是否必须是国家行为？战争罪呢？（比较日内瓦四公约各自的第50/51/130/147条；《第二附加议定书》的第4条第2款以及《国际刑事法院规约》第7、第8条。）
3. 上诉人应当向“猛虎组织”的新兵传授哪些《日内瓦公约》中应予遵守的内容？
4. 对阿鲁纳先生的行为，上诉人和普拉巴哈兰先生有哪些义务？他们是否履行了这些义务？（比较《第一附加议定书》第86条第2款和《国际刑事法院规约》第28条。）
5. 当“猛虎组织”处死被指控为叛逆者的成员时，是否违反了适用于非国际性武装冲突的国际人道法条款？这种行为是否构成危害人类罪？构成危害人类罪须具备哪些要素？（比较《日内瓦公约》共同第3条第1款；《第二附加议定书》第4条第2款和《国际刑事法院规约》第7条。）
6. (1) 为什么上诉人是“猛虎组织”所犯罪行的共犯？他知道这些罪行但是仍然在“猛虎组织”中占据要职的事实是否足以让他成为共犯？即便这些罪行并不是他的部

下所为？（比较《第一附加议定书》第86条第2款和《国际刑事法院规约》第25条第3款第4项及第28条。）

- (2) 如果上诉人是斯里兰卡武装部队中的高级官员，法院是否还会对他做同样的要求？
 - (3) 作为武装部队的成员，如果他知道部队犯了战争罪，尽管他有机会离开部队，而他却没有这么做，是不是就构成战争罪的共犯？
 - (4) 在什么情况下，仅仅作为一个武装部队的成员就要对部队的全部罪行承担刑事责任？（比较《国际刑事法院规约》第25条。）
 - (5) 根据国际人道法和你本国的刑法，某人在他人实施犯罪行为时为其放风是否需要对那些犯罪行为承担刑事责任？
7. 加拿大是否应该起诉上诉人而不是拒绝给予他难民地位？如何只拒绝给予上诉人难民地位而不起诉他，这是否正当合法？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条。）
8. (1) 在上诉人可能犯有战争罪或危害人类罪的前提下，加拿大是否有权拒绝给予他难民地位？如果是在上诉人可能被斯里兰卡政府迫害的情况下呢？
- (2) 既然上诉人犯有战争罪或危害人类罪，他还可以被推回斯里兰卡吗？如果他在斯里兰卡可能面临遭遇迫害的风险呢？

二十七、索马里

案例167. 联合国，驻索马里联合国部队

案 例

(一) 安理会第794号决议（1992年）

[资料来源：联合国，Doc.S/RES/794，1992年12月3日。可访问<http://www.un.org/documents/>]

安全理事会，

[……]

确定索马里境内冲突所造成的人类巨大悲剧，因人道主义援助物资的分配工作面临种种人为阻碍而进一步恶化，对国际和平与安全构成威胁，

深感震惊的是索马里境内人道主义状况的恶化，并强调迫切需要在全国迅速运送人道主义救援物资，[……]

响应索马里提出的紧急呼吁，即要求国际社会采取措施确保索马里境内人道主义援助物资的运送，

深感震惊的是源源不断的报告声称索马里境内正在发生普遍违反国际人道主义法的情况，包括以暴力伤害或威胁合法参与公正的人道主义救济活动的人员；蓄意袭击非战斗人员、救济物品和车辆、医疗和救济设施；以及阻碍运送平民生存所必需的粮食和医疗用品，

惊悉继续有种种状况阻碍向索马里境内目的地运送人道主义物资，特别是据报发生掠夺运给饥民的救济物资、契机运送人道主义救济物资的飞机和船只以及袭击驻在摩加迪沙的联索行动巴基斯坦分遣队等情况，[……]

同意秘书长的评价，即索马里局势不可忍受，必须审查联合国在索马里的努力的基本前提和原则，而且联索行动的现有做法在目前情况下不足以应付索马里境内的悲剧，

决心[……]尽快建立必要的条件，以便运送人道主义援助物资前往索马里境内需要援助的所有地区，

[……]

又决心恢复和平、稳定、法律和秩序，以便利在联合国的主持下展开政治解决进程，争取索马里境内的民族和解，并鼓励秘书长及其特别代表在国家一级和区域一级继续并加倍努力促进这些目标，[……]

1. 重申要求索马里境内所有各方、运动和派别立即停止敌对行动，维持全国停火，并同秘书长特别代表和根据下文第10段授权建立的军队合作，以促进索马里境内分配救济物资、和解及政治解决的进程；
2. 要求索马里境内所有各方、运动和派别采取一切必要措施，协助联合国、专门机构和人道主义组织努力向索马里境内受影响的人提供紧急人道主义援助；
3. 并要求索马里境内所有各方、运动和派别采取一切必要措施，保证联合国和所有其他参与运送人道主义援助物资的人员、包括根据下文第10段授权建立的军队的安全；
4. 还要求索马里境内所有各方、运动和派别立即停止一切违反国际人道主义法的行为，包括诸如上述的各种行为；
5. 强烈谴责索马里境内发生的一切违反人道主义法的情况，特别是蓄意阻碍运送平民生存所必需的粮食和医疗用品，并申明犯下或指使他人犯下这种行为者必须个人对这种行为负责；
6. 决定由秘书长根据他对实地情况的评价，斟酌展开各项行动和第775 (1992) 号决议[……]授权增加的3500名联合国索马里行动 (联索行动) 人员的部署，[……]；
7. 赞同秘书长[……]的建议，即应采取《联合国宪章》第七章所规定的行动，以便为索马里境内的人道主义救济行动尽快建立安全的环境；
8. 欣悉1992年11月29日秘书长给安理会的信 (S/24868) 内提及有一个会员国愿意设立一项行动来创造这样的安全环境；[……]
10. 根据《联合国宪章》第七章授权秘书长及合作执行上文第8段所述意愿的会员国采取一切必要的办法，为索马里境内的人道主义救济行动尽快建立安全的环境；[……]

(二) 安理会第814号决议 (1993年)

[资料来源: 联合国, Doc.S/RES/814, 1993年3月26日。可访问<http://www.un.org/documents/>]

安全理事会,

[……]

赞扬会员国根据第794 (1992) 号决议采取行动, 努力为索马里人道主义救济行动建立安全的环境,

确认必须从联合国特遣部队 (Unified Task Force, UNITAF) 迅速、顺利、分阶段过渡到扩大的联合国索马里行动 (第二期联索行动) (United Nations Operation in Somalia, UNOSOM II),

惋惜索马里境内继续发生暴力事件, 对和解进程构成威胁, [……]

深为遗憾及关切地注意到根据继续不断的报道, 索马里境内普遍发生违反国际人道主义法事件, 法治荡然无存, [……]

确认以一项全面有效方案解除索马里各党派、包括各个运动和派系的武装, 至关重要, [……]

断定索马里局势继续威胁到该区域的和平与安全, [……]

根据《联合国宪章》第七章采取行动, [……]

5. 决定[……]扩大联索行动部队的编制及任务;

[……]

7. 强调[……]亟待解除武装, 并迫切需要以联合国特遣部队工作为基础, 作出进一步的努力;

9. 并要求索马里各党派、包括各个运动和派系采取一切措施, 确保为索马里人民提供人道主义及其他援助以恢复其政治机关和经济并促进政治解决和民和和解的联合国及其机构的工作人员, 以及红十字国际委员会和政府间组织及非政府组织的工作人员的安全; [……]

12. 请秘书长酌情利用第二期联索行动部队提供安全, 协助遣返难民, 协助重新安置流离失所者, 特别注意重大动乱继续威胁到区域和平与安全的地区;

13. 申请要求索马里各党派、包括各个运动和派系立即停止并且不再发生一切违反国际人道主义法的行为, 并重申富有这种行为责任的人应个人为此承担责任;

14. 请秘书长通过他的特别代表，指示第二期联索行动部队指挥官负责按照他的1993年3月3日的报告所载建议，并考虑到各地的特殊环境，加强巩固、扩大和维持索马里全国的安全环境，并在这方面安排从联合国特遣部队迅速、顺利、分阶段过渡到第二期联索行动；[……]

讨 论

1. (1) 这些决议关于保护人道物资运输队的要求是否符合国际人道法的相关条款？国际人道法是否规定了获得人道援助的权利？如果有的话，是谁的权利？只是平民的权利吗？也适用于非国际性武装冲突吗？（比较《日内瓦第四公约》第23、59和142条，《第一附加议定书》第69、70和81条以及《第二附加议定书》第18条。）
- (2) 作为联合国维和职能的一部分，联合国派驻部队以保证提供有效的人道援助的做法是否再次确认了获得人道救助的权利？（比较安全理事会第794号决议第10段和第814号决议第14段。）
- (3) 袭击救助行为是否违反了国际人道法？是否是严重破坏国际人道法的行为？如果是袭击联合国武装部队的救助行为呢？（比较《日内瓦第四公约》第3、4、23、27、59、142、147条，《第一附加议定书》第50条、第51条第2款、第69、70、81、85条，以及《第二附加议定书》第4条第2款第1项、第13条第2款和第18条。）
2. (1) 如果联合国部队被授权通过使用武力在索马里建立和维持安全的环境以便提供人道援助，那么联合国是否成了冲突一方，进而使得一个非国际性武装冲突国际化？或者为了适用国际人道法，联合国部队能否被看作派遣国（《日内瓦公约》的缔约国）的武装部队，进而将派遣国与负责对立武装一方之间的敌对行动看作是武装冲突呢？这样索马里是否就成了《日内瓦第四公约》所定义的被占领土？《日内瓦第四公约》关于被占领土的条款中哪些条款可以运用于像当前联合国出现的场合，而这种出现又违背了联合国的存在要达到的基本目标？
- (2) 尽管安全理事会授权联合国部队“采取必要措施”（安理会第794号决议第10段），这种措施就不受国际人道法的限制吗？如果受限，是受适用于国际性武装冲突还是非国际性武装冲突的国际人道法的限制？联合国是不是《日内瓦公约》及其附加议定书的缔约方？根据《日内瓦公约》共同第2条，联合国有没有可能很有说服力地成为国际性武装冲突的一方？有一种观点认为：国际人道法不能正式运用于此类或任何联合国的行动中，因为它们不属于两个平等主体之间的武装冲突，而是代表国际法制的安理会授权国际社会执行法律的行动，而且它们的目标不是发动战争而是增强和平，你怎么看？
- (3) 你认为联合国及其成员国为什么不愿意承认国际人道法对联合国的行动上在法律方面具有适用性，也不愿意确切地说明联合国承认的国际人道法的原则和精神中哪些可以适用于联合国的行动？

- (4) 袭击巴基斯坦联索行动分遣队的行为是否违反国际人道法？是否是严重破坏国际人道法的行为？分遣队的成员是平民还是战斗员？他们是不是“在敌对行动中没有发挥任何积极作用”？他们为向索马里提供人道援助创造了安全的环境算不算积极作用呢？
3. 安理会的决议是在执行诉诸战争权，还是战时法，还是二者皆有？这种混合适用是否会有损对国际人道法的尊重？

案例168. 比利时，驻索马里的比利时士兵

案 例

(一) 科拉德·卡利特诉空降突击队士兵案

[资料来源：Available under No. 7 A.R. 1995 at the Auditorat Général près la Cour Militaire, Brussels; 未出版。原文为荷兰语，此为官方译文。]

军事法庭，

**常设荷兰语分庭，在布鲁萨尔开庭，
发表了下述判决**

在“公诉部门和

104索马里基斯马尤 (Kismayo) 居民

科拉德·卡利特·奥马尔 (Korad Kalid Omar)

诉

105 V[……] J[……] F[……] J[……], [……],

驻铁兰 (Tielen) 第三空降部队”一案中，起诉方指控

作为索马里基斯马尤的现役军人，他曾于1993年8月21日故意殴打和伤害艾易安·艾哈迈德·法拉 (Ayan Ahmed Farah); [……]

* * *

[……] 针对布鲁塞尔军事法庭宣布的审判判决提出的上诉通知， [……]

称军事法庭，除其他外，考虑到： [……]

被告的行为应该按照交战规则，即比利时驻索马里部队指南，进行审查；

作为一名士兵，被告是保护人道行动的索马里分遣队的成员；军事力量的部署预示着人道行动可能受到武力的威胁，国际社会认为可以通过使用合法的武力来抑制或压制非法的武力；

尽管比利时部队及其他部队有和平的意图，但他们不得不处理来自索马里以及各处的敌对武装因素；

在那种情况下，比利时官员被迫采取安全措施以履行他们的使命，确保自己以及他们的士兵的安全；

事情发生在检查点海滩，这个地方由一堵墙保护起来；警卫设施就设在墙的前面，在警卫设施的前面是带刺的金属线做成的栅栏；

1993年8月20日到21日晚上，被告于2点到3点之间在第三哨岗站岗，他接到命令要防止任何人试图潜入安全区，也就是穿过带刺的金属栅栏；

忽然间，他看到一个人影，他以为是个小孩；他执行了指令；后来发现当时在第四哨岗当班的利布兰德 (Liebrand)，他装备有夜间望远镜，也作出了与被告完全相同的反应，即他先发了一枪以示警告，然后又向那个影子的腿部射了一枪；

被告和利布兰德领会和执行的是相同的命令，在相同的环境下以同样的方式执行相同的作战规则；因此可以说两个士兵对事件的反应和预计是正确的；

侵入者的确是一个小孩；尽管有《儿童权利国际公约》，但令人感到不幸和可叹的是，在某些文化和某些情况下，孩子被错误地利用到战争或是武装冲突中；

事件发生的时候，被告的职责非常艰难和危险；他要在不到一秒的时间内作出决定；他个人以及他所在的团队的安全就取决于他此刻的决定；在一个舒适的空间和舒适的时间里来评判他当晚的行为是不公平的；对他的同事利布兰德做出了相同的反应的事实应引起足够的重视，而不仅仅是理论上的推测；

还有必要强调一点，为了尽量减小必要伤害的程度，被告对着腿射击，就连军事法庭也表示认可这一点，法庭提到皮尔森 (Pierson) 大夫能够得出“她臀部带伤逃走”的结论；[……]

3. 关于案例本身

(1) 概况

所指控的事实与被告作为联合国索马里人道行动 (UNOSOM) 的成员，在1993年8月21日晚所履行的职责有关；

在履行这些职责时，被告认为在那个特定的时刻那是他的职责，在夜间站岗时用步枪对准当时只有十二岁的孩子（即民事诉讼的原告）的腿开火射击；他这么做击伤了受害者；

(2) 关于被告的辩护

[……]

根据《刑法典》第70条，依照法律或是合法当局的命令做出的行为不是违法行为；

根据《刑法典》第417条的规定，作为一般规则，法律推定，如果是在晚上为了防止他人爬越或破坏栅栏、围墙或大门而进入住宅、公寓或其属地，可以认为自卫在那一刹那必要的；

(3) 关于引用上级的命令作为正当性依据的要求

根据国内法与国际法，发布的每项命令的合法性都有必要得到检验；

换句话说，为了使上级的命令可以作为主张正当性的基础：

- A. 被引用的命令必须是预先发布的，对命令的执行要与命令的目的相一致；
- B. 被引用的命令必须是合法上级在其权限范围内发布的；
- C. 发布的命令必须是合法的，即与法律法规相一致；

鉴于这最后一点，一般认为，最低级别的士兵通常假设他所遵守的命令是合法的；

必须通过一项仔细的调查来确定高级官员指挥下的武力是否没有超越使用武力应具有绝对必要性的界限；

被告被指控的行为此后将根据上述方面受到更严格调查；

(4) 关于1993年8月21日被告接到的命令

根据辩护，事发当时被告接到的命令要求夜间站岗的职责是“防御和阻止任何人潜入”比利时各个军事部队的宿营地[……]；

(5) 关于交战规则及其法律性质

被告在《刑法典》第70条的背景下援引的命令，必须同他在之前接到的以交战规则的形式出现的其他一般的持续性指令联系起来进行考察；

上面所说的交战规则应理解为事件的主管当局（具体到本案，即指作为国际政治当局的联合国）发布的总体指示；

上述（政治的或军事的）主管当局发布这些交战规则的意图是为受它直接或间接指挥的武装力量遇有正在发生或迫近的武装冲突时，为履行职责而使用一切形式的武力提供尽可能准确的指示；

这些规则最初是根据国际行政法以书面命令的形式作出的；

因此这些规则既具有与成员国应国际机构的号召参加特定行动有关的这种性质，也具有与成员国派遣的指挥官直接受命于国际组织有关性质；

另一方面，成员国也以命令的形式，将与使用武力相关的作战规则“传达”给他们部署的部队；

如果发布给比利时军队人员的这一（口头或者书面的）命令被理解为一项应当遵守的义务，并进而被违反《军事刑法典》第28条及其以下条款的起诉所接受，该命令必须一方面由同一国家在等级上和实践中的上级根据《军事刑法典》第28条的意思发布，另一方面，如果遵守该命令将明显构成犯罪或过错时，可以不遵守命令（参见Tuchtwet第11条第2款第2项（军事纪律法典 [1975年1月14日颁布，法文版可访问<http://www.just.fgov.be>]））；

在实际起草作战规则的过程中，必须考虑其他已经发布的相关法律条文；而且通常只有立法者有权废止或中止一项法律条文；

无论作战规则以什么样的形式出现，都不能被看作是类似立法的命令；

法庭可以进一步同意公诉部门在其提交的关于作战规则的文件中提出的理论观点；更具体地讲，公诉部门正确地指出，当前讨论的作战规则的内容受到众多偶然因素、法律标准和事实情况的影响，例如：

- 所涉政治当局的身份；
- 正在进行的行动的性质；
- 国际法，包括武装冲突法和相关条约；
- “东道国”的立法；
- 将武装力量置于相关国际组织支配的成员国国内法律条款；
- 最后，显然还包括已有的行动要求以及有关的国家或国际的目标；

尽管成员国在确立和定义作战规则时必须、而且的确毫无疑问地考虑了上述因素，刑事案件的法官在评估所列出的证明正当性的理由时，出于本案目的的考

虑，根据《刑法典》第70条，也要首先考察受控士兵违反了其国籍国上级发布的命令来执行交战规则的行为；

对于受控士兵来说，交战规则必须是以法律上或实际上的命令形式出现的；

(6) 关于被告应于1993年8月21日执行的作战规则 [……]

即使起诉文件没有指明将作战规则规定为命令、并作为被告的行为准则的比利时上级的名字和级别，人们也毫无疑问会认为，那些作战规则是比利时的上级发布给被告的；[……]

重要的是，事发当时，人们应当将注意力首先集中到下述密切相关的因素上：

- A. 被告接到防御命令；
- B. 为执行这些防御命令，被告在反击敌对行动或迹象明显的、迫在眉睫的敌对行动时被授权使用致命武器；
- C. 在受到不明身份者的袭击或威胁时，被告在使用了口头警告、显示实力以及进行警告性射击后，被授权使用合理范围的、最小限度的武力来抵御袭击或威胁；
- D. 根据授权，被告可以认为武装的个人构成威胁；
- E. 任何时候都只能使用最小限度的武力。

(7) 关于被告1993年8月21日执行命令的形式 [……]

被告已经尽了必要的注意，并且遵守了特定环境下的法律；

当看到小孩蹑手蹑脚地爬越围栏、眼看就要靠近碉堡时，他首先用英语和索马里语进行了口头警告；

然后，他对着距离小孩50厘米远的地面开了两枪表示警告，但小孩仍然没有作出反应；

最后，他决定对着目标射击；

他所瞄准的不是致命的部位，而是双腿；

只有在这一枪之后，潜入的侦查活动才结束；

被告遵循的是履行其防御职责唯一可能的程序；

被告不得不认为威胁是真实的，为了消除威胁，在按照要求进行警告后使用了最小限度的武力；

被告不能亲自去抓捕侵入者（考虑到堡垒的特定位置，只有从尾部沿着军营墙上的开口才能靠近）；

集结其他的储备力量，例如警戒哨，也是不现实的；

考虑到可能的迫在眉睫的袭击，必须迅速作出反应，而且这一反应在程度上是相称的；

全面考虑后发现，在那种情况下，除了采取措施阻止进一步的潜入外，没有其他适合的行动了；

命令是预先发布的，对命令的执行符合它的意图；

命令是合法的，是由合法的上级在其权限范围内作出的；

尽管所使用的武力与所受威胁的性质与程度准确地符合比例性。

另外，应当注意到，另一名士兵作出了与被告几乎同样的举动；

关于这一点，还有必要指出，可以断定，与辩护中所主张的相反，人们必须理智地接受受害者是由被告击中的，而不是上文提到的另一名士兵；在此，首先应注意开火的地方离受害者之间只有很短的距离；[……]

**根据上述理由，
法庭，**

[……]

宣布，被告并不犯有所指控的罪行；[……]

(二) 奥斯曼·索莫夫诉空降突击队士兵案

[资料来源：Available at the Auditorat Général près la Cour Militaire, Brussels; 未出版，原文为荷兰语，此为非官方译文。]

PRO JUSTITIA

第51号判决

第102和103号法庭记录

军事法庭，

常设荷兰语分庭，在布鲁塞尔开庭，

发表了下述判决

在公诉部门和
102索马里吉里布·高姆贝 (Jilib-Gombay) 村村民
奥斯曼·索莫夫·穆罕默德 (Osman Somow Mohamed) [……]

诉

103 D[……] A[……] 玛丽娅·皮埃尔(Maria Pierre)[……],
R/609016, 空降突击队驻巴拉沙特 (Braaschaat) 炮兵连一案中,
起诉方指控

作为一名在索马里基斯马尤服现役的士兵, 1993年4月14日, 他因为未经深思熟虑或是缺乏足够的注意, 意外地导致了哈桑·奥斯曼·苏蒙 (Hassan Osman Soomon) 的死亡, 尽管士兵并没有要袭击他人的意图; [……]

* * *

[……] 针对布鲁塞尔军事法庭宣布的审判判决提出的上诉通知, [……]

称军事法庭, 除其他外, 考虑到: [……]

比利时与许多其他国家一道, 派遣士兵参加保护人道行动; 派遣军事部队只有在人道行动受到武力威胁、而且国际社会认为有权通过另一种合法的武力来压制或抑制此种武力威胁时才是合理的;

最近几年发生的事件表明, 这类人道行动不仅对它们试图保护的民众来说是危险的, 对那些承担这项经国际社会授权使用武力的、并不令人羡慕的任务的人们同样是危险的;

第一个被提出的问题是, 导致哈桑·奥斯曼·苏蒙死亡的那次使用武器是否合理, 以及对于一名正常的、谨慎的、经过高级培训的士兵来说在这次使用武器中是否犯了一个错误; [……]

被告于1993年7月14日上午七点至九点间被指派去基斯马尤海滩站岗, 负责射击区的警卫。该射击区位于他左手带刺的金属栅栏与他右侧假定的一条线之间, 其间有至少两艘轮船的残骸。他接到指示, 确保不得有人进入射击区, 也不得有人有机会“置身于”残骸中;

调查显示, 在靠近最大的一艘船的右侧有一个人; 被告在使用了所有规定的警告手段后, 作为警告, 他瞄准了左船舷, 以免射中位于右船舷的那个人, 子弹(可能, 因为并不确定)经反弹击中了受害者, 当然受害者也身处禁区中;

从全面的调查来看, 并不能确定被告正式违反了作战规则, 也未证明存在法律所要求的过错甚或过失; [……]

3. 关于案件本身

(1) 概况

指控的事实与被告作为联合国索马里人道行动 (UNOSOM) 的成员, 于1993年7月14日履行职责的行为有关; [……]

在履行职责的过程中, 被告无意中导致了受害者死亡;

(2) 关于被告的辩护

在作无罪辩护时, 被告称自己一点过错也没有; [……]

根据《刑法典》第70条 [法文版可访问<http://www.just.fgov.be>], 按照法律规定和合法当局命令实施的行为不具有违法性;

根据《刑法典》第260条, 如果上级针对自己职权范围内的事项发布了非法的命令, 官员执行上级的非法命令的行为可以被证明是正当的; [……]

用来证明适用法律以及主管当局发布的合法命令是否可接受的客观理由不能用来证明在主观上是否采取了预防措施;

因此, 如果被告是以鲁莽的方式执行合法命令则不能援引第70条; 这一点同样适用于军队成员对法律和命令的执行;

同样, 如果军队成员错误地执行了来自上级的命令, 他也不得援引《刑法典》第260条; [……]

(3) 关于被告于1993年7月14日接到的命令

被告在事发当天起草的声明中称, 他接到的指示是通过使用一切可能的威胁措施, 将在索马里基斯马尤海滩特定区域内发现的任何人驱逐出去;

这一声明同诉讼中的其他信息均不矛盾;

在未标明日期的报告最后[……], 副检察官弗兰斯金 (FRANSKIN) 强调了命令的军事重要性, 也就是说, 位于禁区的船舶残骸可以被狙击手利用;

如上所述, 被告所遵守的命令还必须同他接到的其他总体性的指示联系起来审查, 这些指示可以是法律规则、作战规则或行动守则;

如果判决将以具有强制性的作战规则为基础, 那么仅仅简单地预先假定这些规则具有拘束力是不够的; 应当首先确定这些规则的精确的法律属性; 对于被告来说, 当前涉及的作战规则在法律上和事实上都是以命令的形式出现的;

联系上文说到的作战规则，必须实实在在地考虑被告实际接到的指示；

公诉部门认为，作战规则适用于从1993年5月4日开始的第二期联合国索马里行动 (Operation UNOSOM II)；

对这个事实被告并无异议；

因此，事发当时被告接到的命令是，如果一个手无寸铁的人对被告在控制区内履行任务构成威胁，那么他为了征服对方，可以考虑将使用武器作为最后的手段；在发射之前，他应当足够谨慎，以避免造成任何附带伤害；

武装冲突法中也规定了谨慎的义务，以免伤害武装冲突中的平民（1949年8月12日日内瓦公约的《第一附加议定书》第57条，1977年5月8日[原文如此]）；

(4) 关于1993年7月14日被告执行下达给他的命令的方式

法院在审查了诉讼文件和所提交的案件后得出结论，被告正确地执行了下达给他的命令，即在特定的情况下，他按照法律规定，尽到了一名常规的、谨慎的、经过高级训练的士兵应当具备的注意义务；

公诉机关也很公正，对于“被告在特定环境下被授权进行警告性射击”的事实没有提出异议；

警告性射击中所使用的“武力”必须与确定的威胁程度成比例，而且应当记着被告绝没有意图伤害任何人；

还必须记住，用警告射击来吓阻不明身份的人进入禁区具有必要性，那人从被告的位置看位于船的右侧；

公诉机关和原告在民事诉讼中责怪被告把瞄准点选择在船首的钢铁弯曲面，而不是其他地方，如操舵室的水平表面；

从一些事实也可以得出下述结论：

- 被告的确选择了船舶残骸的船首钢铁弯曲面的左舷作为射击点；
- 被告发射的警告性射击经过反弹，对受害人造成了致命一击，还必须注意到被告从船后监视着受害人进入了禁区；
- 在那之前被告全然没有注意到受害人的出现，而且，根据被告的主张，他在之前根本不可能注意到受害人，特别是他当时正在用双目望远镜监查禁区的动向；

要回答的法律问题仍然是，被告在发射警告性射击的时候是否尽到了深思熟虑和注意的义务；

对这个问题必须作出否定回答，因为考虑到船头钢铁弯曲面的曲度，射向它的子弹只能弹向禁止他人进入的区域；

可以假设，被告选择这个射击点正是为了避免使他要吓阻的人被弹回来的子弹射伤或击毙；

副检察官弗兰斯金所作的调查报告清楚地表明，受害者受到致命一击的现场距离船舶残骸的左船舷只有大约五米的距离；

尽管这一相对短的距离可以支持被告人的主张，即他没有看到受害者，故未能考虑到他在那里；

本次事故也许只能归因于被告无法预料到的一连串不幸的情况；[……]

**根据上述理由，
法庭，**

[……]

宣布，考虑到事件发生日期的变化以及受害人的身份，被告并不犯有所指控的罪行；[……]

讨 论

1. (1) 国际人道法的适用性是否取决于被告作为联索行动比利时分遣队的成员，被认为处于比利时当局的指挥下？或者处于联合国的指挥下？
 - (2) 在这种情况下，国际人道法适用于联合国的部队吗？有观点认为，国际人道法不能正式适用于联合国行动，因为这些行动不是平等的当事方之间的武装冲突，而是安理会代表国际社会授权进行的象征国际合法性的法律执行行动，目的不是制造战争而是维持和平，你怎样认为？
 - (3) 为了适用国际人道法，是否可以将被告看作比利时武装部队的成员（比利时是《日内瓦公约》的缔约国），那些反抗是否可以看作是索马里和比利时之间的武装冲突？
2. (1) 如果想当然地认为国际人道法适用于被告，尽管他们是在执行联合国的使命，索马里的情况可以适用国际人道法吗？是否存在武装冲突？是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？用于国际性武装冲突的国际人道法是否可以在相互间没有反抗的联合国部队和索马里常规武装部队之间适用？是否只有发生了类似于这两个案例中描述的事件时，该事件才够得上是武装冲突？（比较《日内瓦第四公约》第2条。）

- (2) 如果适用国际性武装冲突的国际人道法，被告的行为是根据关于敌对行动的法律来审判呢（比较《第一议定书》第51条第2款。）还是根据受保护的平民待遇的条款来审判？（比较《日内瓦第四公约》第27条和第32条。）被告是否违反了这些规定？
 - (3) 如果不考虑比利时在索马里的行动应当遵守国际性武装冲突法还是非国际性武装冲突法，被告的行为是否违反了国际人道法？（比较《日内瓦公约》之共同第3条。）
 - (4) 如果不适用国际人道法，在案例一中，被告射击儿童的行为是否为国际法所禁止？如果适用国际人道法，它是否为儿童提供了特殊的保护？这些特殊保护规定与本案相关吗？（比较《日内瓦第四公约》第50条，《第一附加议定书》第77条以及《第二附加议定书》第4条第3款。）
3. (1) 如果国际人道法适用，这两个案例中的射击行为受国际人道法的调整，还是国际人权法的调整，还是皆受二者的调整？这两个法律分支哪一个包含有允许审判被告行为的足够详细的条款？
- (2) 国际人权法在武装冲突期间是否适用？也适用于战斗员的敌对行动吗？如果这些行动并不一定侵犯生命权呢？
- (3) 被告的行为是否与《第一附加议定书》第57条的规定相一致？特别是对于案例二，法院认为被告履行了适当的考虑和注意义务，这一结论是否正确？假定国际性武装冲突的国际人道法适用，第57条适用于像被告那样使用武力情形吗？
- (4) 被告的行为是否与联合国执法官员的标准相一致，比如说像1990年联合国预防犯罪和罪犯待遇大会（United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders）上通过的《执法人员使用武力和火器的基本原则》（the *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*）这样的标准？
- [这些原则的第9条规定：9. 执法人员不得对他人使用火器，除非为了自卫或保卫他人免遭迫在眉睫的死亡或重伤威胁，为了防止给生命带来严重威胁的特别重大犯罪，为了逮捕构成此类危险并抵抗当局的人或为了防止该人逃跑，并且只有在采用其他非极端手段不足以达到上述目标时才可使用火器。无论如何，只有在为了保护生命而确实不可避免的情况下才可有意使用致命火器。]
- 即便是在国际性武装冲突中，这些原则适用于被告的行为吗？两个案例中的威胁是否构成了第9段中描述的情形，从而使被告的行为正当化？案例一第三部分第6点第三个要素是否与《基本原则》第9段一致？案例二中被告接到的命令是否与第9段相一致？
4. (1) 什么情况下上级的命令可以为违反国际人道法的指控辩护？什么时候上级的命令可以阻止对违反国际人道法的惩罚？什么时候它可以减轻对违反国际人道法的惩罚？（比较《国际刑事法院罗马规约》（ICC）第33条，参见**案例15**，第634页。）
- (2) 在案例一中，被告仅仅是一名士兵，他是否知道接到的命令是合法的？
- (3) 当命令要求去执行构成战争罪行的行为时，比利时刑法典第70条和第260条是否仍与国际人道法一致？

案例169. 加拿大，R.诉布罗克班克案

[注意：加拿大士兵克莱顿·马奇 (Clayton Matchee) 被怀疑曾于1993年带领一群军人打死了索马里青年赛德恩·阿罗恩 (Shidane Arone)。2002年7月23日这个案子第一次被提上法庭 (资料来源：《义务报》，蒙特利尔，2002年7月24日)。]

案 例

[资料来源：1995-1997年加拿大军事上诉法院报告，第5卷第3部分；保留了部分脚注。为方便讨论加上了段落编号。]

上诉人女王陛下

诉

被上诉人（加拿大部队士兵），
D.J.布罗克班克（Brocklebank）

案件索引：R. v. BROCKLEBANK

文件号：CMAC383

审理：1996年1月29日，多伦多，安大略

判决：1996年4月2日，渥太华，安大略

参加人：斯特拉耶尔首席法官 (Strayer C.J.)，

德克里军法署官员 (Decary)，威勒军法署官员 (Weiler J.J.A.)

[德克里军法署官员 (Decary J.A.):]

[……]

事 实

[……]

[5.] 针对我的同事对事实的表述，我想补充以下内容：

- 在加拿大驻索马里分遣队出发前，加拿大部队并没有向士兵介绍他们参与维和任务的角色和职责。也没有证据表明，在日常训练中士兵曾接受过关于维和任务区别于作战行动的指导。
- 1993年3月16日，士兵布罗克班克，[……]因为患有痢疾，很早就上床睡觉了，也不曾想自己当晚会接到任务。从他上床到大约晚上11点被马奇下士长 (Master Corporal) 叫醒这段时间里，他没有起

床，没有离开过帐篷，对有人被逮捕以及马奇和士兵布朗(Brown)折磨俘虏的事一无所知。

- 在1993年3月16日晚上大约8点45分，黑利尔中士 (Sergeant Hillier) 的巡逻队逮捕了一名索马里青年，赛德恩·阿罗恩。被捕者的手腕上缠绕着电线 (flexicuffs)，双臂背在背后，臂下夹着一根警棍。他就这样被索克斯上尉 (Captain Sox) 和士兵布朗驱赶着穿过宿营地。在去碉堡的路上，他们在指挥所附近稍作停留，以便索克斯向苏厄德少校 (Major Seward) 报告他们抓到一个人。
- 布朗证实，索克斯命令他去前门查看谁在值班，结果碰巧是马奇。根据布朗的说法，马奇一进入碉堡，索克斯就对马奇说：“现在你负责这个俘虏”。只有索克斯一人作证说让当班的门卫撤离岗位、留在碉堡区域负责俘虏是标准的运作程序。下士级别的布朗、胡耶尔(Hooyer)中士以及黑利尔中士均证实，事实上并不存在这样的标准运作程序。
- 一到碉堡，俘虏就处于马奇和布朗的监控下。索克斯指示马奇，为了防止他逃跑，用那些电线绑住俘虏的脚踝。
- 大约9点或9点半钟，马奇命令布朗去取他的手电筒。当布朗拿来手电筒时，索克斯、墨菲一级准尉 (Warrant Officer Murphy)、苏厄德和其他人正猫着腰向碉堡里窥视。布朗随即离开了碉堡区。过了一会儿，马奇来到布朗的帐篷，告诉布朗他将去审问或者叫骚扰一下那个俘虏。马奇同时告诉布朗，索克斯上尉甚至授意他可以在某种程度上虐待和殴打俘虏。
- 尽管布朗起初听说当晚他将在7点半以后值班，结果他被排到了10点钟。10点左右，在布朗前往门口岗哨的路上，马奇命令他掉头去碉堡。根据布朗的说法，当时马奇在负责俘虏，布朗在岗哨值班。
[脚注3：士兵布朗最终被起诉并被证实犯有一项酷刑罪。他并未被指控犯有过失履行军事职责的过错。] 布朗卸下装备，进入碉堡，开始和马奇一起殴打俘虏。
- 在被告当晚于大约11点08分到达碉堡之前，马奇一直在殴打俘虏并将其示众，但他们中没有任何人试图阻止马奇。
- 布朗证实，在碉堡里要想看清楚东西需要借助手电筒。
- 根据被告的说法，马奇在大约晚上11点叫醒他的时候，他并不知道为什么被叫醒。他以为是自己被命令到前门站岗。

- 被告在大约11点07分离开帐篷朝前门走去，这时马奇叫他到碉堡来。被告证实他认为这是命令，就向碉堡走去。在他靠近碉堡时，马奇用手电筒指向碉堡中的索马里人，说：“看看我们抓到了什么”。被告说，他并不知道俘虏是谁，也不知道为什么这个人成了现在这个样子。
- 马奇关掉手电筒后，向被告要手枪。被告问马奇要干什么，马奇当时的反应看起来像是这样的：“给我手枪，只管把你的手枪给我就行了，布罗克班克。”布朗证实，被告看上去仍然很疑惑，对马奇说：“但是手枪是上满子弹的”。马奇说，“给我你的枪就行了，布罗克，这是命令”。尽管当时被告并不了解马奇用枪的意图是什么，但是他还是服从了命令，把手枪给了马奇。直到马奇对布朗说：“我想照张相时”，被告才明白马奇为什么要枪。马奇随即举起手枪对准俘虏的头，叫布朗给他拍张照。布朗拍完，马奇把枪还给了布罗克班克。
- 拍完照后，布朗离开了碉堡。布朗证实，整个过程他都在碉堡里，他没有看到被告卸装备，也没有看到被告进入碉堡或是碰一下俘虏。此外，布朗很清楚，被告从未虐待过这个俘虏，也没有怂恿马奇这么做。没有关于被告和俘虏在一起的照片。
- 被告证实，布朗离开后，马奇进入碉堡，和俘虏在一起，而他仍然在碉堡外。被告问马奇还有谁“知道这些”，马奇说，墨菲一级准尉用脚踢打了俘虏，索克斯上尉指示马奇：“好好打他一顿，只要别打死就行”。
- 被告说，他一直站在碉堡的门外，看守着碉堡门。马奇在里面的时候，他从没有进入过碉堡。尽管他知道殴打仍然在进行，但他只当是马奇在执行命令。被告震惊地坐在那里，并没有意识到殴打的严重程度。
- 根据被告所说，他从不曾接到过看守俘虏的命令，他认为俘虏处在马奇的控制下。

[6.] 现在我想说说上诉的三个理由。[……]

第一个上述理由：酷刑指控

[7.] 我同意同事的意见，第一个上诉理由予以驳回。

[8.] 根据《加拿大刑法典》(“《刑法典》”)第269条第1款和《国防法案》(“《法案》”)第72条，被告被指控犯有协助和教唆酷刑行为。《刑法典》相关条款如下：

269.1 (1) 任何官员，或任何人煽动或同意或默许官员对任何其他人士施以酷刑均构成可以起诉的罪行，可被判处十四年以下有期徒刑。
[……]

72. (1) 任何犯有下述行为的人构成此罪行的共犯

- (a) 实际实施犯罪；
- (b) 实施或避免实施任何行为，意图是协助他人实施犯罪；
- (c) 教唆他人实施犯罪；或者
- (d) 建议或介绍他人实施犯罪。

[9.] 为证明协助和教唆实施酷刑的罪名成立，法庭（一审法庭的成员）必须能够排除合理怀疑地证实布罗克班克 1) 做了或避免做某事；2) 目的是协助马奇实施酷刑。

[10.] 为了讨论，即便假设被告做了或避免做某事，但在我看来，甚至没有一个极其微小的证据能证明被告具有被起诉的罪名所要求的意图。[……]

第三个上诉理由：服从上级军事命令的辩护理由

[11.] 军法署在对酷刑罪的指控中，向法庭提到了关于服从上级军事命令的辩护理由。就连辩护律师也认为，他提出的辩护并不是遵守上级的军事命令；他的真正意图，如我的同事所指出的，是提出忠实的信念这项辩护理由以否定酷刑罪的犯罪意图。[……]

第二个上诉理由：过失履行军事职责

[12.] 检察官认为，军法署在向法庭介绍过失履行军事职责的指控时犯了两个致命的错误。

1) 谨慎的标准[……]

[18.] 概括地讲，适用于过失履行军事职责指控的谨慎标准是，一个同被告级别相同的理性人处于被告所处的环境下，在被指控的罪行发生的时间和

地点，人们对他的行为预期。在军事行动的背景下，谨慎的标准随被告的职责范围、军事行动的性质和目的以及特定环境下的紧急状况的不同而有很大差异。[……]此外，在军事背景下，纪律是等级命令结构的关键，不服从将受到最严厉的处理。当士兵在面临履行职责将让他同上级官员的权威构成直接冲突的情况时，不能再要求他坚持同上级官员一样严格的谨慎标准。

2) 事实上的谨慎义务

[24.] 第二，检察官宣称，军法署未能向法庭说明被告作为加拿大部队的士兵，在见到平民遇到可以预计的危险时，负有事实上的谨慎义务，无论他是否意识到了这项义务。相反，辩护律师称，军法署的错误在于，在向法庭指控被告犯有过失履行军事职责的罪行时，认为法庭可以考虑“非成文法的谨慎义务，即遵守《日内瓦公约部队指南》第五章关于加拿大部队接触到的平民的条款”。[……]

[25.] 军法署认为，国防参谋长 (Chief of Defense Staff) 颁布的《日内瓦公约部队指南》(基于这些原因，我将在下文进一步具体地考察该《部队指南》) 第五章第五条为所有加拿大部队的成员施加了义务，要求在任何时候包括平时，确保处于加拿大部队中的平民的安全，无论这位平民是否处于该成员的监控中。军法署进一步认为，仅仅知道或注意到《部队指南》中相关条款就足以要求其履行这项义务，同时根据《法案》第124条，因为疏于确保平民俘虏的安全而应受到处罚。尽管毫无疑问，《保护战争受难者的日内瓦公约》主张平民享有应受保护免遭任何可能的暴力行为的权利，但我并不能立刻同意军法署的观点，即《日内瓦公约》及其《部队指南》作为军事法律适用于维和任务；即使它们适用，我也不同意将它们同《国防法案》第124条等量齐观，即创设了“军事职责”的观点。我将通过分析过失履行军事职责指控的性质和目的，以及《日内瓦公约部队指南》的性质和效力来详述我的理由。

i) 关于过失履行军事职责的指控

aa) 背景 [……]

[35.] 如果犯有过失履行军事职责的过错，[……]将涉及应予履行的军事职责。这项指控明显同施加于加拿大部队某一成员的军事职责的履行方式

有关。[……] 被告受到责难的行为或者疏忽必须显著偏离于履行一项军事职责所预期的行为标准, 与一般的谨慎义务不同。[……]

bb) “军事职责” [……]

[48.] 依我看, 结论是不可回避的: 依 124 条的目的, 如果不是法令、规章、上级命令、政府或国防参谋长发布的规则创设了一项义务, 就不会产生一项军事职责。尽管这么说撒开了一张相当广的网, 但我相信仍有必要将违反军事职责的指控建立在产生这项特定职责相关的具体义务的基础上, 以使其同原先泛泛的违反军事职责的指控相区别, 后者基于对第 124 条的字面解释, 很显然立法者的意图并不是要根据这一条进行制裁。

ii) 保护俘虏的军事职责、《部队指南》与《日内瓦公约》

aa) 当俘虏处在被告的监控下时

[49.] 有一项法律原则, 双方律师也都予承认, 即在实际上控制和在权力上高于俘虏的人有责任保护俘虏。这项职责独立于《部队指南》和《日内瓦公约》而存在, 并且具有执行力。

[50.] 检察官依据英国和加拿大的法理, 他提到了普通法上的注意义务。尽管我同意存在这项原则, 但是我仍然对于这项在非军事背景下发展起来的原则调整运用于军事背景感到很犹豫。尽管所有的军事职责都被归入了广义的法律义务中, 但是一般的私法义务, 例如监狱警卫对犯人应尽的侵权行为法上的注意义务, 依我看来, 并未包含在“军事职责”的内涵中。如我上面所述, 显然立法者的意图不是将民法上的注意义务编纂到军纪法典中。[……]

[52.] [……] 军法署说得很对, 在他们证明士兵布罗克班克有罪之前, 他们必须能够排除合理怀疑地证明, 俘虏处在这名士兵的监控中, 或者他对俘虏的照管责任使他具备了保护俘虏的军事职责。

bb) 当俘虏处于加拿大部队的监控下、而不处于被告的监控下时

[53.] 上诉人有一点主张, 这点看起来像是事后的反思, 即即使俘虏处于被告的直接监控下, 被告也有事实上的义务协助在加拿大部队中他所接触到的受到虐待的平民。军法署同意这项指控。[……]

[56.] [……] 被告辩护律师提到:

……我相信，我们之间有一点可以达成共识，即并没有任何暗示表明《日内瓦公约》适用于当前的情势，但是普通法，我们所理解的普通的普通法承认，作为士兵有责任监控处于部队中的俘虏。对俘虏的监控责任同《日内瓦公约》中设立的责任是同类的，对此我并不反对你的观点。但这事实上并不是《日内瓦公约》的条款能否运用于索马里军事行动中的特定情形的问题。[……]

[58.]如我在上文所说的，法令、规章、或特定的指示，例如上级官员的命令或是国防参谋长的命令都可以产生军事职责。控辩双方的律师都承认，目前不存在法令的或规章的义务要求加拿大部队的成员采取积极措施以保护不处于自己直接监控下的俘虏。然而，上诉人援引加拿大部队第318 (4) 号出版物，国防参谋长于1973年6月15日颁布的《日内瓦公约部队指南》，作为所有部队成员保护不处于自己监控下的平民俘虏的一般军事职责的基础。

[59.]该手册的目的，如同在其前言中提到的，是“让所有级别的官员熟知1949年8月12日签署的《保护战争受难者的日内瓦公约》的原则”，也是为了遵守日内瓦四公约中所包含的一个条款，即“要求所有参加国尽可能广泛地传播公约的约文，特别是应在军事教育项目中包括对公约约文的学习”。该手册“仅是一个指南”。第一章第五段写到：《公约》的条款适用于“所有在公开的宣战中或是在可能发生的武装冲突中接受公约的国家”，第七段写到：“因此加拿大部队的成员在陷入任何冲突时应当遵守《公约》所有条款”。

[60.]该手册第五章的名称是“对待平民”，它专门针对的是《日内瓦第四公约》，即《关于战时保护平民之日内瓦公约》，也称为“《平民公约》”。第一段指出：“《平民公约》旨在特别保护战时受到虐待的平民”，“它的条款[……]严格限于被占领土的居民”（着重号为我所加）。第二段指出“本章列出的条款应当视为对待我们的武装部队接触到的平民的最低标准”。第五段写道：

5. 在任何情况下平民的人格、荣誉、家庭权利、宗教信仰和做法，以及他们的生活习俗都应当受到尊重。他们必须在任何时候都受到人道的对待，避免可能遭到的暴力行为，凌辱或公共好奇心的烦扰。

[脚注31：当平民成为俘虏时是否还属于《平民公约》意义上的平民，在我作出关于《公约》的适用性和含义的结论时不需要回答这个问题。为了讨论的方便，我假设，无论平民是否成为俘虏，都将受到《平民公约》的相同对待。]

[61.] 我认为, 《部队指南》的相关条款并不足以构成产生确定军事职责的特定指示或命令。这些条款用该手册的话来说, “仅仅是指南而已”。

[62.] 即使把它们看作特定的指示, 《指南》的条款也不能适用于此案。理由很简单, 因为《部队指南》旨在解释的《平民公约》, 本身是不适用的。加拿大部队在索马里的任务是维和任务。没有证据表明在索马里存在公开的宣战或是武装冲突, 更谈不上加拿大部队陷入了任何冲突。[脚注32: 加拿大议会通过《〈日内瓦公约〉法案》批准了1949年《日内瓦公约》(R.S.C 1985, c. G-3, as amended)。加拿大议会于1990年6月12日通过《〈日内瓦公约〉法案》的一个修正案批准了1977年在日内瓦通过的《日内瓦公约》第一和第二附加议定书。《〈日内瓦公约〉法案》第9条规定: “如果负责外交事务的国务大臣颁发的或以其名义颁发的文件宣称国家或特定的国家在某一特定的时间处于战争状态或国际性、非国际性武装冲突状态, 这一证明文件可以被接受为本法案提到的罪状的诉讼证据”。本案中, 并没有记载存在这样的证明文件, 法院不能自由的假定索马里存在战争状态或武装冲突状态。没有这样的证据就不能说可以适用《日内瓦公约》, 相应的针对《日内瓦公约》的《部队指南》也不能被适用。]没有证据表明, 俘虏“在战争中受到虐待”或者俘虏是“被占领土的居民”。《平民公约》的条款不适用于维和任务这一点在1977年日内瓦通过的附加议定书的措辞中已经得到确认。《1977年6月8日对1949年8月12日日内瓦四公约的附加议定书的评注》写到: 《平民公约》“只保护平民免遭敌人的任意行动, 除伤员、医院和医疗人员及物资的特定情形外, 不保护他们免遭敌对行动”, “尽管人道法已经形成、并且顺应了1949年时的需求, 《日内瓦公约》并没有包含在武装冲突中人类可能受到的所有痛苦”。(序言, 第29页)。1977年《关于保护国际性武装冲突受难者的第一附加议定书》第51条试图扩大《平民公约》中“保护平民”的概念, 只提供给平民“免遭军事行动危险的一般保护”, 即“敌对武装力量所采取的一切运动和活动”。1977年《关于保护非国际性武装攻冲突受难者的第二附加议定书》中包含有类似的条款(第13条)。

[63.] 既然不能将《平民公约》同维和任务, 例如加拿大部队在索马里执行的维和任务联系起来, 那么我就很难理解为什么旨在解释《平民公约》的《部队指南》可以适用于这样的任务。我进一步发现, 军法署没有证据能让法院假设维和任务可以等同于《平民公约》或是《部队指南》中所说的武装冲突。[……]

[64.] 即便我认为《部队指南》是特定命令的来源(特定命令可以被扩展适用于维和任务), 《部队指南》中的那些条款, 那些宣称平民“必须在任何时候都受到人道的对待, 避免可能遭到的暴力行为, 凌辱或公共好奇

心的烦扰”的条款，在我看来，并没有像检察官主张的那样，在事实上确立了军事职责。

[65.]我找不到任何法律依据去推断《日内瓦公约》或《部队指南》的相关条款给部队的成员施加了义务[……]，要他们采取积极措施去阻止或逮捕那些虐待加拿大部队监控下的俘虏的其他部队成员，特别是高级别的部队成员。我并不打算评论高级别的官员在类似情况下的职责，但是我主张《国防法案》第124条意义上的军事职责，即保护不属于自己监控下的被拘禁的平民的职责，不能从《部队指南》或是《平民公约》宽泛的措辞中推论出来。我同意，[……]加拿大士兵在国外执行军事行动时应当以一种与加拿大承担的国际责任相一致的、符合法治的、朴素仁慈的、负责的态度行事。在本案中，有证据表明，被告可以随时举报他同事的错误行为。然而，在相关的国际公约，特别是《部队指南》没有明确的措辞的情况下，我不能简单地得出加拿大部队成员看到不在自己监护下的俘虏受到虐待时具有阻止这种行为的刑法上的强制性义务。

[66.]通过《<日内瓦公约>法案》，议会兑现了它的国际义务，并且根据加拿大的法律将1949年《日内瓦公约》中列举的“严重破坏”公约的行为定为犯罪行为，这包括酷刑和不人道的待遇。[……]1965年《法案》和1990年《修正案》为部队成员施加了保护处在其监控下的俘虏的责任，这并不是微不足道的。[……]

结 论 [……]

[70.]最后，我想说，尽管我还没有准备好从《部队指南》的相关条款中抽象出一项可以定罪的军事责任（即在被告与俘房间不存在监护关系的情况下保障俘虏安全的军事责任），但我想补充一点，仍应由国防参谋长以更加明确的条款来确定，当俘虏处于加拿大部队的监控下时士兵们应有的行为标准。国防参谋长也应确定，加拿大部队成员有责任举报或是采取合理措施防止或逮捕虐待不在自己监控下的俘虏的士兵，这项军事责任平等地适用于平时和战时；并确保加拿大部队成员不仅在平时训练中、而且在执行专门的任务前受到相应的培训。考虑到加拿大过去和现在在维和行动中扮演的角色，以及未来出现类似情况的可能性，这么做可能会被证明是一项有用的保障。

斯特拉耶尔首席法官：我同意 [……]

威勒军法署官员（不同意）： [……]

[83.] 酷刑是一项有特定意图的罪行。因此，检察官必须证明，布罗克班克在马奇拷打阿罗恩时并无意协助他。检察官和辩护方都认为，根据普通法，如果阿罗恩处在布罗克班克的监控下，他就有责任保护阿罗恩。然而，如果布罗克班克并没有监控阿罗恩，检察官根据《刑法典》第21条认为布罗克班克也应有罪过，因为他应当明白他有责任保护平民，他没有这么做实际上支持了协助了对阿罗恩的酷刑。被告承认，作为一般的军队常识 (General Service Knowledge, GSK)，应当保护处于加拿大部队监控下的俘虏和平民免遭任何暴力袭击。作为作战训练的一部分，士兵们学习过关于对待战俘和平民的《日内瓦公约》的条款。发给他们的资料中（特别是那些标有‘J’的资料），清楚地规定《日内瓦公约》特别禁止酷刑和虐待平民。这些资料还清楚地写着《日内瓦公约》“应该被看作是对待我们部队接触到的平民的最低标准”。辩护方不承认被告知道这项责任。检察官的观点是，证明布罗克班克具备军队常识专门知识并不重要，军法署在总结时犯了一个错误，没有明确提到这一点。

[84.] 鉴于检察官的这种特殊思路，这项上诉理由一定不能成立。对于酷刑的指控，布罗克班克所了解的军队常识与他将左轮手枪交给马奇的意图以及他仍然留在碉堡里的意图都有关系。显然，如果布罗克班克有责任保护阿罗恩，但为了协助马奇实施酷刑而没这么做，那他将构成共犯。相反地，一个老生常谈的说法，如果布罗克班克没有带武器，同时他对阿罗恩并不负有责任，当阿罗恩受到酷刑时他仅仅在场的事实构不成协助或教唆。军法署提出的这两个极端忽略了第三种情况。布罗克班克是带武器的。如果他呆在现场的目的是为了防止阿罗恩逃跑，特别是当马奇去抽烟时他曾单独和阿罗恩在一起，那么显然它可以被看作是共犯。 [……]

[89.] [……] 军法署在向全体陪审员陈述时说，在作出布罗克班克违反了《国防法案》第124条规定的谨慎责任因此有罪之前，他们必须能够排除合理怀疑地确定布罗克班克准确地理解第124条规定的责任，并准确地理解《日内瓦公约》中的相关条款。根据《法案》第150条，这种说法是站不住脚的：

“某人对于法案条款，或任何根据本法案适当公布的规则、命令或指示的无知，并不能成为此人免除罪行的借口。”

[90.]这一条以客观标准施加了责任。[……]之前，军法署在拒绝辩护方关于检察官未能确定一个被初步证明的事实的动议时，曾表达过这样的观点：加拿大部队的成员有责任遵守《针对<日内瓦公约>的部队指南》第五章，关于尊重加拿大部队所接触到的平民，特别是保护平民免遭任何形式的暴力的规定。在考虑布罗克班克是否应当知道参加维和任务的事、并有义务保护平民时，陪审员应该被告知没有必要证明布罗克班克是否正确理解第124条规定的责任。[……]在审判时提交的一项证据表明，布罗克班克通过其所在排的一次讲座，已经被告知保护平民的责任。普通士兵都应当知道这一责任。我认为，维和任务是由部队执行的军事行动，目的在于防止敌对行为，因此属于经1977年议定书补充后的《日内瓦公约》的调整范围。[……]

上诉的第三个理由

[96.]在审判中，布罗克班克说，他曾就虐待阿罗恩的事询问马奇，马奇回答说，索克斯告诉他“好好揍他一顿，别打死就行。”在交叉讯问时，布罗克班克说，他没有参与殴打，因为他认为有人在执行命令。上诉人认为，军法署在告诉法庭关于被告的上级命令的适用性时犯了一个法律错误。即使布罗克班克没有勇气将枪指向马奇以阻止他，他完全可以寻求帮助。但是他没有。

[97.]在R.诉(芬塔) Finta案中，[……]最高法院承认，部队的成员可以以服从上级的命令为自己辩护。但是当这项命令本身显然违法时，这个辩护不成立；除非当时的情形是被告对于是否服从命令没有选择余地。被告方承认，布罗克班克有选择余地，但是认为命令并不是明显违法的。明显违法的命令必须是在每一个思维正常的人看起来都是有违道德的。因为布罗克班克的级别很低，所以他辩解说，他的身份让他不能评估命令的合法性。

[98.]如果布罗克班克接到命令要求他协助虐待阿罗恩，我认为，那就是一项明显违法的命令。因为对被告来说，不存在遵守这种上级命令的理由[……]。

[99.] 辩护方提出的看起来并不是辩护方内心认为的布罗克班克遵守上级命令的理由：布罗克班克从马奇那里接到的唯一的命令是，进入碉堡并把枪给他。相反，被告是一种不干预的态度，这种态度是来自一种信念，即上级官员已经收到了这一命令。这里提出的辩护是布罗克班克忠实地相信马奇是得到授权才殴打阿罗恩的，因为马奇曾告诉他索克斯授意他可以这么做，只要不打死就行。从本质上讲，上诉人提出的忠实地相信的辩护理由已经排除了犯罪意图。

讨 论

1. (1) (第62、63、89、90段) 法院是否认为国际人道法适用于针对阿罗恩的行为？德克瑞法官有没有像他在第25段中说的那样形成他的推理？威勒法官的意见是什么？你的观点呢？索马里是否发生了武装冲突？有没有军事行动？加拿大部队是否卷入了武装冲突？加拿大是否是武装冲突的一方？如果不存在武装冲突，是否可以得出结论说《日内瓦第四公约》不予适用？（比较《日内瓦第四公约》第2条。）
- (2) (第62段，注释32) 没有得到负责外交事务的国务大臣的确认，法院是否可以判定索马里存在武装冲突？
2. 加拿大对待阿罗恩的方式触犯了国际人道法的哪些规则？（比较《日内瓦第四公约》第27、31和32条。）
3. 相对于对阿罗恩实施酷刑并打死他的人，布罗克班克是否在等级上属于高级别士兵？
4. (1) (第5段和第49段) 阿罗恩是加拿大的俘虏吗？加拿大是否要对阿罗恩的待遇负责，还是这一责任完全落在了监禁阿罗恩的人身上？（比较《日内瓦第四公约》第29条。）
- (2) 加拿大是否要对苏厄德、索克斯、布朗、马奇和布罗克班克的行为负责？即使这些人的行为违反了加拿大的规定，也要负责吗？如果他们的行为违背了命令呢？（《第一附加议定书》第91条。）加拿大的责任仅限于确保代表它行事的人没有虐待阿罗恩，还是也要确保第三方也不能虐待阿罗恩？（比较《日内瓦第四公约》第27条。）
- (3) (第5、47、49-52段) 在涉及到的人当中（苏厄德、索克斯、布朗、博兰 (Boland)、马奇和布罗克班克）是谁监禁或在监管阿罗恩？监禁或监管阿罗恩的人仅仅是有责任不虐待他，还是也有责任保护他？（比较《日内瓦第四公约》第27条。）
- (4) (第24、25、28、53-67、88、93段) 阿罗恩是否处于布罗克班克的监管下？法院如何认为？威勒法官的意见呢？如果没有，假设布罗克班克虐待了阿罗恩，他是否应受到惩罚？如果阿罗恩不在布罗克班克的监控下，作为加拿大部队的一员，他是否必须坚持保护加拿大部队的俘虏的义务？另外，对每一个士兵来说，是否存

在保护所有平民，包括未被监禁的平民的一般义务？还是只有《日内瓦公约》成员方的士兵才有这样的义务？（比较《日内瓦第四公约》第27条。）未履行该项义务是否构成对公约的严重违反？（比较《日内瓦第四公约》第147条和《第一附加议定书》第86条第1款。）

- (5) (第48-61、64、86、89、90段) 布罗克班克是否“有任务”坚持《日内瓦第四公约》第27条？根据国际法判断呢？根据加拿大法律判断呢？这项任务是否足够明确和能够被核实，以至不履行任务可以受到惩罚？知晓规则是不是对违背规则行为进行惩罚的首要条件？
 - (6) (第60段) 《日内瓦第四公约》第27条是否仅适用于被占领土的居民？成为俘虏的平民是否仍是应受保护的平民？《日内瓦第四公约》第27条的文本与第60段引用的手册第五章第五段的内容有何不同？
 - (7) (第5段、第97-99段) 当布罗克班克的上级马奇命令他交出左轮手枪时，他是否可以拒绝？他是否有义务拒绝？威勒法官怎么认为？如果马奇用布罗克班克的手枪杀死了阿罗恩，布罗克班克是否构成共犯？马奇用布罗克班克的手枪所实施的行为是否称得上酷刑？布罗克班克是否构成酷刑的共犯？
 - (8) (第11段、第99段) 如果布罗克班克认为是索克斯上尉的虐待命令造成了阿罗恩的遭遇，这项命令是否可以布罗克班克未履行保护阿罗恩的义务开脱？（比较《国际刑事法院规约》第33条[参见第634页**案例15**]以及威勒法官不同意见中的第98-99段。）
 - (9) 当布罗克班克见到阿罗恩时他应该怎么做？
 - (10) (第64-65段) 如果法院肯定了《日内瓦公约》的可适用性，布罗克班克是否有罪？
5. 加拿大通过将直接违反国际人道法的犯罪嫌疑人以及上级官员疏忽大意履行军事职责的行为交付审判，是否算充分履行了起诉严重破坏法律者的义务？出于遵守国际人道法的考虑，上级官员是否应当被作为酷刑的同犯或是煽动者加以处置？
 6. 有哪些客观因素可能导致这些人犯罪的？

案例170. 加拿大，R.诉博兰案**案 例**

[资料来源：1995年5月16日，渥太华、安大略，加拿大军事上诉法院，第CMAC-374号案件；脚注省略。]

加拿大军事上诉法院
渥太华、安大略，1995年5月16日，星期二
上诉人女王陛下
与
V89 944 991
被上诉人博兰中士、马克·亚当
判 决

斯特拉耶尔首席法官[……]

事 实

[……]被上诉人博兰中士负责4排的一个小队。马奇和布朗是这个小队的成员。4排由索克斯上尉指挥。它也是苏厄德少校指挥下的第二突击连的一部分。[……]

马奇已经被起诉，但随后被认为是不适当的起诉对象。布朗被证明犯有杀人罪和酷刑罪，被判处五年监禁。本法院确认对他的定罪和判决。

博兰被指控犯有两项罪行。其一是对阿罗恩的酷刑，这是被《刑法典》第269条第1款禁止的行为，《国防法案》第130条纳入了《刑法典》的规定，视其为一种犯罪行为。其二是过失履行军事职责。博兰对酷刑指控表示服罪，因此对此没有继续讨论。[……]

对案件情形的声明如下，博兰提供的意见相反的证据也提到了这些情况：3月16日上午，博兰中士感到身体不适，但被通知去参加传达命令的会议，与会者是各小队的领导以及所在排的指挥官。会议认为，应采取一些措施来应对索马里侵入者进入营地构成的威胁。会上，各小队的领导被告知，连长曾说过：“在不得已的情况下就虐待他们，抓捕他们。”博兰决定不把这些话传给他的人。他所在的小队当晚负责站岗，包括看守可能被逮捕的俘虏。这些俘虏将会被投入到营

地大门附近一个闲置的机枪掩蔽碉堡中。阿罗恩在加拿大营地外被索克斯上尉带领的巡逻队抓获后交给了博兰的小队。当时马奇在值班，俘虏被投入碉堡时士兵布朗也在场。那时，俘虏的脚踝和手腕都被捆着，肘下夹着警棍背在背后。博兰在接近晚上9点时来换马奇的班。博兰命令松开阿罗恩的脚踝，并放松手腕上的绳子。根据案件情形声明，当博兰在场时，“另一名士兵”为防止警棍掉下来，用一根绳子拴住警棍的一端，将绳子穿过房梁后系在警棍的另一端上。(博兰说阿罗恩坐在地上，手被捆着，警棍在他的肘下。但是他说的这个状态的具体时间并不明确)。博兰在场时马奇重新捆上了阿罗恩的脚踝。他脱去了阿罗恩的“裙子”(一种索马里男人穿的轻便外衣)围在阿罗恩的头上。然后，他开始向阿罗恩的头上泼水。博兰叫马奇住手，说要不然会闷死阿罗恩的。(博兰的说法认为马奇向阿罗恩的脸上浇水是想让他喝点水。博兰还说，作为一种安全措施，将俘虏的眼睛蒙上是适当的做法，然而，这并不能解释为什么俘虏被带过加拿大部队驻地时没有蒙眼睛，而在进入碉堡后却被蒙上了眼睛)。在晚上9:00到10:00博兰当班期间，马奇在碉堡里呆了一段时间，随后离开。在大约9:55分时，他与布朗一起来替换博兰。在博兰在场的情况下，布朗打了阿罗恩的下颚。(博兰的描述只提到布朗对阿罗恩说了什么)。在博兰于晚上10:00准备离岗时，他对布朗和马奇说：“我不管你们做什么，只是不要打死那家伙”。(根据博兰的供述，他“以一种幽默和讽刺的方式”说“别杀了他”。)

10:00之后，马奇和布朗一起在那里呆了一段时间。在这段时间里，两人都说对阿罗恩进行了拳打脚踢。马奇离开后去了下士麦基(Corporal Mckay)的帐篷。博兰那时也到了麦基的帐篷，与马奇和麦基一起喝啤酒。马奇对他们说，刚才布朗打阿罗恩的时候，他自己曾试图用烟头烫阿罗恩的脚底。据称，博兰听了以后说：“别那么干，那样会留下太多痕迹。给他使用电话簿(Phone book)”。(博兰承认曾有过这段对话，但是辩解说，他不信任马奇，他认为马奇只是想试试自己的反应。他说自己的回答带着讽刺，关于电话簿的讨论也是“空谈，逗乐”，因为根本没有电话簿。)就在这次谈话中，博兰告诉马奇上级官员指示说虐待俘虏没有关系。听到此话，马奇的反应是：“噢，好！”在分手时，博兰再次告诉马奇：“我不管你做什么，只是别打死他”。(博兰承认说了这句话，但是解释道：“我厌倦了这种谈话，只是想尽快赶他走”)。此刻，很显然，马奇计划回到碉堡，博兰没去碉堡而是独自回去睡觉。马奇的确在大约10:45又回到碉堡，在布朗的默许或协助下继续打阿罗恩，直到把他打死。

在讯问和交叉讯问时博兰方面提交的证据显示，在这种情况下，小队的指挥官有权回去睡觉，当班的士兵遇到什么问题应当向值班的官员汇报，当时是中士

克里斯提(Sergeant Gresty)。博兰证实，他认为布朗是一个“软弱”的士兵，认为他不会对俘虏进行虐待。他同时说，因为马奇刚被分配到他的小队，他还不了解马奇的暴力倾向到底有多强。然而，其他的证据显示，博兰“知道他[马奇]是什么样的人”，而且“马奇的名声在4排中是众所周知的[……]。”而这个名声就是：“他是一个十足的欺凌弱者的恶棍”。

博兰在他的主要证据中承认自己有过失行为。[……]

如上文指出的，检察官普遍认为，军事总法庭(General Court Martial)判处的90天监禁是远远不够的，至少应该判处18个月监禁。[……]

分 析

[……]

判决的适当性

[……]除了军法署不充分的说明外，面对合法提交的证据，无论这群官员的意见是什么，我都不相信他们能够合理地确定90天的判决。至少应当承认，被告对他所犯的罪行从未有过争论，即他没有确保阿罗恩的安全，而这是他的职责所在。在他自己对证人的讯问中，他几次承认是自己疏忽大意。一个悲惨的、不可更改的事实是，由于他的疏忽大意导致了俘虏的死亡。即使考虑到对被上诉人最有利的证据，法庭也一定会得出马奇和布朗对一个无助的俘虏的所作所为与博兰有重大联系的结论。即使法庭认为博兰在第一次没有看到布朗打俘虏，即使确定博兰不相信马奇所说的布朗在博兰走后打俘虏的话，博兰仍然承认布朗是一个“软弱”的士兵，他并不指望布朗能抵制马奇的意图。他承认看到马奇作出威胁俘虏生命的举动，马奇把俘虏的鼻子蒙上，然后往俘虏头上浇水。他后来也听到马奇说试图用烟头烫俘虏。因此，他有充分的理由对马奇的行为感到担忧。即使来自被告方面的证人也证实马奇的名声是众所周知的。然而，有一点很清楚，博兰在马奇在场的情况下至少说了一遍，也可能是两遍这样的话：“我不在乎你做什么，只是别打死那家伙”。他并没有给马奇下达看护俘虏的适当命令，而是放任自流。而毫无争议的是，采取合理的措施确保俘虏受到适当的对待正是博兰的责任。博兰未能履行职责，导致了严重的后果。

无论是在军法署的说明里，还是在判决中都找不到表明军事总法庭适当地考虑了加拿大部队的公共政策的字句。这项政策给高级别的军士施加了确保加拿大部队俘虏的生命安全的责任，尤其是确保落入我们部队手中的俘虏免遭残酷的监禁或酷刑的责任。它说的正是现在这种情况，不存在俘虏持有武器、构成威

胁、在体力上不可控制等减轻责任的情形。本案的情况并不是发生在激烈的交战过程中。没有迹象表明，俘虏对加拿大的或加拿大部队的财产构成损害：他并不是在加拿大的营地，而是在与营地毗邻的禁区内被捕的。无可争议，加拿大部队在索马里的军事行动总的来说面临许多困难，有时甚至冒着生命危险；博兰当时正遭受的身体不适也可以想象。尽管如此，在这样的情况下，特别是对于一个指挥者来说，需要执行更严格的纪律而不是相反。

为公平起见，唯一需要考虑的是，被上诉人在来索马里之前以及在索马里的良好纪录。在参加军事演习时，他表现出很大的勇气和主动性。自从被宣告有罪并判处刑罚以来，他态度积极，其行为得到了良好的评价。（尽管一遭紧闭就会被自动降级到普通士兵，但他很快又被提升为下士）。被降职后，他也遭受了较大的经济损失。遗憾的是，从判刑的目的讲，所有这些仍不足弥补他未能保障俘虏安全的严重过错。

辩护意见还称，对于这一悲惨的事件，级别越高的官员应该承担的责任越大，博兰不应该承担这样的责任。辩护意见中提到了连长传达的一项命令或信息，即虐待俘虏没什么大不了的。对博兰来说，高级别官员应当承担更大责任的辩护有两种不同的理解。士兵布朗，一个级别最低的涉案人，被以杀人罪和酷刑罪判处五年监禁。博兰，作为布朗的直接上司，也承认因为自己疏忽未能阻止布朗的罪行，仅被判处90天监禁。这两个判决看起来并不相称。说到从上级虐待俘虏的“命令”中寻求合理性，博兰认识到这是个不适当的命令，因此至少有一刻他特决定不继续传播这个命令，对此博兰是值得肯定的。因此，博兰似乎不能引用这个命令来为自己辩护。关于博兰的上级的责任，以及对不同官员的指控、审理、判决，至少其中的一些仍在上诉中，相信他们会在适当的时候得到处理。

辩护意见中还提到，既然博兰已经服过刑，法院就不能再将他投入监狱。这的确是一个需要认真考虑的问题，不过还不足以上升到法治的高度，特别是他最初的刑期只有90天。如果承认在这种情况下此人上诉后不得再投入监狱，那将意味着检察官对此类判决的上诉通常是毫无意义的，因为上诉程序要花费的时间比刑期本身更长。这种情况本身不能构成拒绝增加刑期的充分理由。同时，检察官因为如此短的刑期而提起的上诉显然应该加快进程，如果有这样的要求，本法院随时准备配合。

我同意检察官提出的罪行本身足以获得18个月的刑期的观点。然而，考虑到所有有关因素，包括被上诉人在此事件之前和之后的良好表现，以及重投入监狱会比一次性服完所有刑期造成更大的痛苦，我认为应该判处一年监禁。

处理决定

许可检察官关于刑期的上诉申请，允许上诉，将监禁的刑期增加到一年。

讨论

1. 加拿大对待阿罗恩的方式违反了国际人道法规则的哪一条？（比较《日内瓦第四公约》第27、31和32条。）
2. 博兰在级别上是否高于那些虐待和打死阿罗恩的人？
3. (1) 博兰是否知道或了解根据哪些规定他可以得出他的下属违反了国际人道法？他是否采取了他职权范围内的所有可行措施来预防这种违法行为的发生？（比较《第一附加议定书》第86条第2款。）
(2) 对于这项犯罪，博兰只需承担作为上级的责任还是他还构成共犯、帮凶或者煽动者？
(3) 考虑到在博兰案决定中描述的情况，你如何解释尽管法院在审理苏厄德案时已经考虑到博兰“有足够的方式知晓阿罗恩在他的人手里会面临直接的危险，他也有机会去阻止，但他却没这么做”，但当局还是放弃了对博兰的酷刑指控？（参见第1710页案例171。）
(4) 法院是否根据国际人道法运用了正确的检测方法来评估博兰的知识和意图？国际人道法是否规定了这样的检测方法？还是在这方面它完全授权由缔约国来决定？
(5) 酷刑是不是对国际人道法的严重破坏？（比较日内瓦四公约各自的第50条、51条、130条和147条。）加拿大没有因酷刑起诉博兰是否违反国际人道法？（比较日内瓦四公约各自的第49条、50条、129条和146条。）
4. 通过将违反国际人道法的直接行为人以及过失履行军事职责的上级官员交付审判，加拿大是否充分履行了起诉严重破坏行为的义务？从遵守国际人道法的角度看，上级官员是不是应该作为酷刑罪的共犯或煽动者来定罪？国际人道法是不是只要求惩罚严重破坏行为，而把上级官员是否同下级犯有相同的罪行或作为指挥官应以过失履行职责另行处理等问题留给国内法来处理？
5. 你认为对博兰的判决是否适当？应当考虑哪些因素？
6. 有哪些客观因素导致了这些人犯罪？

案例171. 加拿大，R.诉苏厄德案**案 例**

[资料来源：加拿大军事上诉法院，第CMAC-376号案件；脚注省略。]

加拿大军事上诉法院 [……]

上诉人女王陛下

与

被上诉人A.G.苏厄德少校

判决理由

斯特拉耶尔首席法官

事 实

被上诉人是1992年12月作为维和任务或叫缔造和平任务的一部分由加拿大部署在索马里的空降团第二突击连的指挥官。这个连的总体任务是维持贝莱特·胡恩(Belet Huen)镇及其周边100平方公里以内地区的安全，该连的营地在镇外。

曾经发生过索马里人潜入到加拿大营地的问题。当这些索马里人被抓获后，他们通常会被拘留，直到有巡逻队要到镇里去巡逻时，这些人才会被一同带去交给当地的警察。

1993年3月16日早晨，被上诉人苏厄德少校主持了一个传达命令的会议，会上他给各排的指挥官下达了一些命令和“任务”。与会者包括4排指挥官索克斯上尉，他的排负责前门的安全以及抓捕该区域的侵入者。索克斯上尉证实关于抓捕侵入者的事，这次会上苏厄德少校告诉他，“我的任务是抓捕和虐待这些俘虏”。被上诉人的副手雷奈尔德上尉(Captain Reinelt)也出席了这次会议。他说，苏厄德少校说：“你可以虐待他们。”索克斯上尉对接到的指示感到很惊讶，因此要求进一步说明。他证实他所接到的进一步说明如下：

我得到的简单的答复是，这意味着可以进行殴打，以及任何能起到“教训”效果的作法。

根据被上诉人的说法，在给索克斯上尉下达了巡视侵入者的指示后，他起初说的是：

我不管你是否虐待这些侵入者，但我要你抓捕他们。

他进一步证实，在索克斯上尉要求澄清他是否希望侵入者受到虐待时，他的答复是：

不。除非你不得不这么做。我不希望使用武器，不希望用枪[……]。

雷奈尔德上尉证实，尽管他认为“虐待”是一个“不好的措辞”，但他理解苏厄德少校的意图是：

在抓捕俘虏的过程中可以使用必要的武力。

当一个小队指挥官，黑利尔中士问索克斯“虐待”是什么意思时，索克斯说，他告诉黑利尔“他又向我解释了一遍就是殴打。”

苏厄德在审判时的证词显示，无论是在他“接受步兵军官培训时还是在加拿大的法律原则里[……]都不允许在传达命令时使用‘虐待’这个词。”

索克斯上尉随后举行了自己的传达命令会议，小队负责人和排里的一级准尉都参加了会议，包括负责第三小队的博兰中士。索克斯说在传达苏厄德少校的命令时，他告诉自己人：

我们将派出常备巡逻队，我们被赋予抓捕和虐待俘虏的任务。

博兰中士说，当晚，分配给第三小队的任务是在18：00到24：00间负责大门的安全；索克斯上尉传达了“俘虏将受到虐待”的信息。在命令会议结束后，博兰与另一个小队的指挥官劳埃德中士(Sergeant Lloyd)讨论了这项指示，而且他们都说，不准备将这个下达给他们各自的小队。然而，在当晚晚些时候，当一名叫赛德恩·阿罗恩的索马里人被捕获、并被交给博兰的小队时，博兰告诉他小队的一名士兵，下士长马奇，说索克斯上尉曾下达命令虐待俘虏。

根据博兰的说法，马奇对此的反应是：“噢，好！”

不幸的是，马奇回到关押阿罗恩的碉堡，与士兵布朗一起将阿罗恩打死了。布朗说，中间有一次，他警告马奇别再打了。但马奇拒绝，并说：“索克斯上尉希望明天带他到警察局之前能把他制伏”。

被上诉人苏厄德少校被指控犯有两项罪行：他非法导致了对阿罗恩肉体的伤害，这与加拿大《刑法典》第269条以及《国防法案》第130条相违背；他疏忽大意履行应承担的军事职责，与《国防法案》第124条不符。对这项疏忽大意罪的详细指控是：他

向下属发布可以虐待俘虏的指示，这是在不适当地指挥下属，与他的职责不符。

他对两项指控均提出无罪答辩。对第一项指控军事总法庭判决他无罪，对第二项指控判决他有罪，并判处应受严重警告的处罚。

检察官起初对第一项指控的无罪判决和第二项指控的处罚提出上诉。被上诉人针对第二项指控的有罪判决也提出了上诉。然而，当上诉开庭审理时，双方的争议仅是围绕着第二项指控的判决是否适当展开。尽管在检察官的陈述书中提议应当把严重警告的判决改为开除公职，然而在辩论中，检察官要求将判决改为开除公职、并剥夺荣誉(Dismissal with Disgrace)，这也是对第124条罪行的最高刑罚。[……]

分析 [……]

对申请许可和判决上诉的处理决定

法院认为，上诉提出了实质问题，因此许可针对判决的上诉。[……]

以最有利于被上诉人的方式解释审判记录中法庭对事实的认定时，必须注意军法署在对法庭的说明中提到的对第二项指控作出有罪判决的要求。例如军法署对法庭说：

考虑到本案的所有情况，如果你们合理地怀疑苏厄德少校所使用的字句是否算得上指示下属虐待俘虏，那你们就必须承认这种怀疑对苏厄德的有利之处，即起诉方未能提供罪名成立的必要证据。

尽管如此，法庭还是宣告第二项罪名成立。在向法庭说明第二项罪状依据的第124条中规定的“疏忽大意”的概念时，军法署官员说：

为进一步考虑构成疏忽大意的因素，我告诉你们，作为一个法律问题，所谓的疏忽大意不仅仅是判断错误。单单是判断错误不构成疏忽大意。所谓的疏忽大意必须要么是缺乏履行军事职责的热情，要么是苏厄德少校对手头的这件事缺乏关心，或采取了漠不关心的措施，或者故意不去采取适当的预防措施。

显然法庭认定存在这样的疏忽大意。[……]

简言之，必须认为法庭已经得出的结论是被上诉人的确发布了“虐待”命令，并且他这么做不仅仅是判断错误。被上诉人自己承认，他这么做是担了“一定的风险”，而在他接受的培训中或是加拿大的法律原则中不允许在传达命令时使用那个词。

上诉的一个主要问题是，军事总法庭的法庭或者本上诉法院在作出判决时，如有必要，需要在多大程度上考虑发布了那项命令之后发生的悲惨事件。被上诉人一方说，既然对他的第一项指控（导致对赛德恩·阿巴卡·阿罗恩的肉体伤害）已经宣告无罪，在作出判决时就不应该考虑阿罗恩在被上诉人下属手里被虐待致死的情节。尽管在作出判决的时候法庭是不参加的，但是检察官极力主张应当让法庭了解被上诉人发布的命令与之后发生的事情是有关联的，特别是在纪律已经不起作用的情况下，这项命令的作用更应该受到重视。所谓的纪律不起作用在阿罗恩被打死这件事上可见一斑。军法署并没有接受这个主张，而是对法庭作了如下说明：

[……]主席先生，各位法庭成员，作为法律问题，我通知你们，因为你们已经认定第一项指控不成立，你们在作处罚决定时无需把阿罗恩先生所遭受的肉体伤害或死亡或是起诉方的评论作为重要因素加以考虑。

军法署唯一一次提到起诉方的观点是，在列举法庭作判决时须考虑的18个因素时，认为包括“他的疏忽大意导致的后果”，但并未对此进行解释或详述。

我认为这是军法署官员对法庭说明里一个严重的过失。我相信，他没有充分考虑对已经得到认定的被上诉人的罪名的详细描述：即他（被上诉人）向下属发布可以虐待俘虏的指示，这是在不适当地指挥下属，与他的职责不符。

这项罪状中提到了指挥失当。如果以最有利于被上诉人的方式合理地解释证据就会发现，证据充分表明，指挥失当导致了第二突击连内部的混乱，最终导致被上诉人的一些下属超越了命令。这不仅造成了死亡，对此被上诉人已被宣告无罪；而且造成加拿大部队一些成员严重违反纪律，最终发现自己需面临严重的指控。结果，一些人已经被投入监狱。所有这些事情都与那项指控有固有的联系，具体而言就是被上诉人“对下属发出不适当的指挥”。这在军法署官员关于判决的说明中从未明确、严肃地提到过。我的观点是，倘若法庭确实对事实有清晰的认识，并且从最有利的观点考察了证据，这样一个已经掌握了适当信息的陪审团如果做出严重警告这样可笑的判决，的确是让人难以想象。

军法署官员没有向法庭提供任何其他相关事件的信息，即相同事件所涉及的其他军人已经被判决有罪的信息。在检察官的要求下，他向法庭陈述了士兵埃尔文·凯尔·布朗(Elvin Kyle Brown)和前中士博兰因为如他所描述的“违反纪律”而被判决有罪，其中布朗被判处五年监禁，下士博兰被判处90天监禁。[……]对于法庭如何利用这些信息，军法署官员没有给任何提示。事实上，前中士博兰被宣告有罪、并被判处刑罚的情节与本案关系非常密切。根据第124条，他与苏厄德

都被判决犯有过失履行军事职责罪。与被上诉人一样，博兰也没有直接参与折磨阿罗恩。同样，博兰也只是因未能适当履行指挥职责被判罪，而不是被当作对阿罗恩实施酷刑及致死的参与者而受到惩罚。对本案被上诉人而言，第一项指控被宣告无罪的前提是，必须证明他没有意图、也没有能力合理预见他的下属会将索马里俘虏虐待致死。当然，有一个重要的情节让博兰比本案被上诉人更应受到谴责：审判博兰的法庭认定他有充分的途径了解到阿罗恩在他的人手里会面临直接危险，他有机会去干预，但他却没这么做。事实上，他对马奇和布朗说的一些话已经直接饶恕了除打死阿罗恩之外的极端酷刑。

因此，除非有人认为对军官的判决和对士兵的判决不具有可比性，否则应当将对博兰的判决作为重点比较对象向法庭进行解释。博兰的判决与确定对被上诉人的判决非常相关，还应注意，在对被上诉人进行审理和判决的过程中，博兰的判决已经从监禁三个月增加到监禁一年。如果博兰的判决会影响被上诉人的判决，现在看来，这意味着应该加重对后者的刑罚。

我的结论是，应该驳回严重警告的判决，因为这不是适当的判决。这个判决与军事总法庭必须考虑的事实、与已经被充分证明、但在军法署官员不完整的说明中未提到的事实、以及军法署官员向法庭或应该向法庭说明的标准相比，显然是不合理、不充分的。在此，有必要再强调一遍，法庭根据第二项指控认定被上诉人疏忽大意履行军事职责的罪名，这项指控详述如下：

“他[……]向下属发布了可以虐待俘虏的指示，这是在不适当的指挥下属，与他的职责不符。”[……]

莱默首席大法官在“女王诉热纳罗(Genereux)”案中的一段话经常被军事律师引用：

“为让部队时刻保持准备就绪的状态，军队必须有效地、高效率地执行内部纪律。违背军事纪律的行为必须能迅速得到处理，如果行为涉及平民，往往要施以比正常情况下更严厉的处罚”。（着重号为作者所加）

我认为，即使在一个运行良好的平民组织，如果中层领导发布的一项命令给他的下属和组织带来了惨重的损失，对他的处罚也比仅仅在其个人履历上留下相当于“严重警告”的负面评价要重。

检察官在审判中要求对被上诉人判处开除公职、剥夺荣誉，以及一项“与其罪行严重程度相称的短期监禁”。尽管在事实陈述中法院提议将刑罚从严重警告加重到开除公职，但是在上诉时，检察官主张，应该将刑罚增加到开除公职并剥夺荣誉，这也是第124条规定的最高刑罚。如前面指出的，我们确保在律师回答

我们的问题时仍有机会回应是应施加最高刑罚，还是其他次要的、但仍代表加重处罚的刑罚。

在考虑了所有建议后，我认为，适当的判决是开除公职，并处三个月短期监禁。这不是检察官要求的最高刑罚，即开除公职并剥夺荣誉，也不是这种罪名下监禁刑的最高刑罚，即不超过两年监禁。我认为，考虑到本法院对博兰作出的一年监禁处罚，这是个可以接受的刑罚范围。当我们考虑到这个级别相对较高的官员故意作出一个模糊的、而且是充满危险的、模糊的命令可能导致的危险后果时，军事总法庭作出的严重警告判决显然是不可接受的。被上诉人不仅发布了这个命令，而且当别人问他是什么意思时他实际上又重复了一遍。尽管认定他与阿罗恩所遭受的毒打和死亡没有直接的个人联系，不像博兰那样接近和有办法知道可能会发生什么事，但是苏厄德属于高级别的官员，他是整个第二突击连的指挥官。他所受的教育、培训、具备的经验，以及他作为指挥官的重大责任要求他承担更高标准的注意义务，但是他没有做到。

尽管我承认，呈给军事法庭的证据表明第二突击连的工作条件相当困难，但这些困难并不包括直接参加作战。没有迹象表明，平民侵入问题对苏厄德少校所在部队的生命或安全构成了严重威胁。证据真正表明的是在维持士兵士气和纪律方面存在困难，因此在下达命令时应格外谨慎。任何判决都必须对指挥官的这种疏忽大意的行为构成威慑，而这种行为说到底是未能对加拿大和所在部队履行职责。[……]

我认为，三个月监禁并处开除公职的判决是适当的。[……]

B.L.斯特拉耶尔首席法官签名

讨论

1. 加拿大对待阿罗恩的做法违反了国际人道法的哪些规定？（比较《日内瓦第四公约》第27、31和32条。）
2. 苏厄德在级别上是否高于虐待和打死阿罗恩的人？
3. (1) 苏厄德是否知道或了解根据哪些规定他可以得出他的下属违反了国际人道法？法院的观点是什么？你怎么认为？如果苏厄德告诉下属“虐待他们”，又如何能认为他“既没有意图、也没有能力合理预见到他的下属会将索马里俘虏虐待致死”呢？法院是否根据国际人道法运用了正确的检测方法来评估苏厄德的知识 and 意图？（比较《第一附加议定书》第86条第2款和第87条第3款。）
- (2) 苏厄德是否采取了他职权范围内的一切可行措施来阻止违法行为的发生？

- (3) 苏厄德对违法行为只承担指挥官的责任，还是他也构成违法行为的共犯、帮凶或煽动者？他是否真的没有命令下属从事违法行为？
- (4) 考虑到三个案例（参见第1692页**案例169**和第1705页**案例170**）所描述的情节，你如何解释苏厄德对“非法导致阿罗恩肉体伤害”的指控不承担责任？加拿大宣告他无罪是否违反了国际人道法？一国会不会因为其独立公正的法院发表的无罪判决而违反国际义务？以维护国际法的理由进行起诉是否仍不充分？（比较日内瓦四公约各自的第49、50、129、146条。）
4. 通过将违反国际人道法的直接行为人以及过失履行军事职责的上级官员交付审判，加拿大是否充分履行了起诉严重破坏行为的义务？从遵守国际人道法的角度看，上级官员是不是应该作为酷刑罪的共犯或煽动者来定罪？国际人道法是不是只要求惩罚严重破坏行为，而把上级官员是否同下级犯有相同的罪行或作为指挥官应以过失履行职责另行处理等问题留给国内法来处理？
5. 你认为对苏厄德的判决是否适当？应当考虑哪些因素？
6. 有哪些客观因素导致了这些人犯罪？

二十八、前南斯拉夫武装冲突

(一) 冲突的发展

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突

案 例

[该案例研究由马尔科·萨索利准备，并由作者于1998年8月在哈佛大学首次提出。]

[注意：研究本案例不是为了讨论冲突或事实的历史，而只是讨论国际人道法的可适用性。对于近期武装冲突引发的人道问题的关联性以及人道行动者所面临的两难困境。如果下面的问题影射到了任何事实，也只是为了培训的需要。另外，本案例研究完全基于公开的文件和红十字国际委员会及其它机构向公众发表的声明。



本地图没有任何政治含义。

1. 20世纪80年代末，南斯拉夫社会主义联邦共和国出现了紧张局势：

- 南斯拉夫独立自主的经济体系出现了危机。富裕的北部共和国和贫穷的南部共和国在经济上出现了对立局势；
- 在历史上，科索沃曾经是塞尔维亚人（以下简称“塞族人”）的主要居住区域，现在的多数民族则是阿尔巴尼亚族人（以下简称“阿族人”）。1981年、1989年和1990年，那里占多数的阿族人发动了血腥骚乱。科索沃曾经是塞尔维亚的一个自治省，也是南斯拉夫联盟共和国的成员。根据最近一次——即1981年的人口普查，它的常住人口是158.5万人，其中77%是阿族人，13%是塞族人。1974年的《南斯拉夫社会主义联邦共和国宪法》曾经赋予科索沃相当程度的自治。在20世纪80年代，尽管作为少数民族的塞族人在阿族人控制的省当局的统治下遭受歧视，但阿族人仍然要求得到更多的权力，并且要求科索沃获得共和国的地位。1989年，南斯拉夫修改了宪法，削弱了科索沃政府对某些事项的管理权，这遭到了科索沃阿族人的强烈反对。作为回应，阿族人进行抗议并组织罢工。1990年，科索沃议会通过了一项决议，宣布科索沃脱离塞尔维亚独立，于是，塞尔维亚议会决定暂时中止科索沃议会的活动。
- 1986年，塞尔维亚科学院发表了一份关于塞尔维亚民族主义的备忘录，塞族民族主义政治家斯洛博丹·米洛舍维奇 (Slobodan Milosevic) 上台。
- 1988年，随着反对党的出现，斯洛文尼亚和克罗地亚两个共和国放弃了共产党一党专政的体制。所有六个加盟共和国都举行了多党选举，它们的民族主义政党随即上台。

1991年，分裂的趋势进一步加剧，斯洛文尼亚和克罗地亚两个共和国开始想要独立；塞尔维亚开始对它们实施封锁，由于在“塞族封锁”和那些想要独立的共和国之间出现了僵局，南斯拉夫的中央机构开始逐渐瘫痪。

- (1) 在冲突爆发之前，紧张局势进一步升级。为了缓和紧张局势，防止武装冲突爆发，或者一旦爆发冲突，为防止出现违反国际人道法的情形，人道组织可以做什么事情？
- (2) 对于像红十字国际委员会这样希望在冲突爆发后能确保履行使命、并得到冲突各方接受的人道组织来说，采取此类预防行动存在哪些限制？

- (3) 克罗地亚和南斯拉夫当局对于下列提议可能会有何种反应？
- 发起普及人权知识的运动；
 - 对南斯拉夫人民军、克罗地亚部队和当地塞族部队进行国际人道法培训；
 - 探视被塞尔维亚当局拘留的科索沃阿族人；
 - 探视被南斯拉夫中央当局或当地塞族部队拘留的克罗地亚人（以下简称“克族人”），以及被克罗地亚当局拘留的塞族人，以监控被拘留者受到的待遇。
- (4) 根据国际人道法，一旦科索沃通过独立宣言，它是否就成为被南斯拉夫社会主义联邦共和国或塞尔维亚占领的领土？（比较《海牙章程》第42条；《日内瓦第四公约》第2条第2款；《第一议定书》第1条第4款。）
2. 1991年6月26日，克罗地亚宣布独立。在克罗地亚，塞族人是少数民族，他们居住在东斯拉沃尼亚 (Slavonia)、西斯拉沃尼亚和克拉伊纳 (Krajinas)。他们不同意克罗地亚独立，准备用暴力进行反抗。南斯拉夫人民军努力阻止斯洛文尼亚和克罗地亚独立，并且至少在被塞族控制的克罗地亚部分地区继续驻军。刚开始的时候，它尽量在克罗地亚部队和当地塞族部队之间进行调解，但后来则越来越公开的支持当地塞族部队。结果，南斯拉夫人民军在经过激烈交战后，取得了克罗地亚超过三分之一的领土，并且保持着这种控制，但在克罗地亚的其它领土上他们却遭到了包围。在被包围的地区，部队只能退入军营。
- (1) 1991年秋，发生在克罗地亚的冲突是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条和第3条。）
- (2) 在回答第1个小时时，前南斯拉夫宪法（据称该宪法暗示加盟共和国有退出联邦的权利）、1991年6月26日克罗地亚的《独立宣言》以及第三国对克罗地亚的承认（截止1992年1月17日，它已获得30个国家的承认）能起到什么作用？红十字国际委员会是否有权回答这个问题？联合国安理会是否应当回答这个问题？
- (3) 在回答这个问题时，人道组织会陷入哪些两难困境？人权组织所面临的困境是否会与人道组织面临的困境有所不同？
- (4) 如果你是红十字国际委员会，你是否会回答这个问题？除此之外，红十字国际委员会如何能使《日内瓦公约》及其议定书得到适用？

- (5) 在1991年12月被南斯拉夫人民军俘获的克罗地亚士兵是否是战俘？如果在东斯拉沃尼亚同南斯拉夫人民军并肩作战的当地塞族民兵被克罗地亚部队俘获，他们是否是战俘？（比较《日内瓦第三公约》第2条和第4条。）
- (6) 根据《日内瓦第四公约》的规定，被南斯拉夫人民军控制的克罗地亚领土是否是被占领土？
3. 1991年秋，南斯拉夫人民军和当地塞族民兵围攻克罗地亚最东部的武科瓦尔 (Vukovar)，并不断进行轰炸。
 - (1) 结果，保卫武科瓦尔的克罗地亚士兵用尽了弹药，而且他们与当地克族人和塞族平民居民一样，也断绝了医药供给和食物。南斯拉夫人民军有义务允许哪些货物通过？在允许通过时，可以附加哪些条件？（比较《日内瓦第四公约》第23条和《第一议定书》第70条。）
 - (2) 作为一个人道组织，你是否会主动建议当地克族平民向西撤离？那些平民应该满足哪些标准？对于此建议，你能预料克罗地亚和南斯拉夫当局会有何种反应？它们是否有义务允许这种撤离？撤离应在什么条件下进行？你能预料当地和国际舆论会有何种反应？
 - (3) 武科瓦尔医院再也没有能力接纳受伤的士兵和平民。在这种情况下，克罗地亚和南斯拉夫当局准备签订一项协定，允许伤者撤离。根据这项协议，克罗地亚同时允许自冲突爆发以来被困在克罗地亚城镇军营中的南斯拉夫士兵前往南斯拉夫控制的领土。作为一个人道组织，你是否会建议签订此类协议？是否应在你的协助下进行谈判？是否应撤离伤员？是否应监督南斯拉夫士兵同时从军营撤离？撤离应在什么条件下进行？在法律、政治和人道方面，必须进行哪些考虑？
4. 对这场冲突如何进行定性是一个问题，由此还产生了如何援引国际人道法中的保护性规范的问题。同时，在实现停火之前，还需要帮助各方实现人道对话和政治谈判。为此，红十字国际委员会决定邀请交战各方的全权代表来到日内瓦，讨论哪些适用于国际性武装冲突的国际人道法规则尽可能在这场武装冲突中得到适用以及其他人道问题。
 - (1) 克罗地亚和南斯拉夫当局接受此类邀请存在哪些困难？红十字国际委员会如何努力才能解决这些困难？在谈判中，可以预料到会有哪些困难？

- (2) 为了对付任何一方可能出现的抵制，你可以援引哪些适用于国际性武装冲突的法律规则？你是否会建议把四个《日内瓦公约》共同第3条第3款作为谈判签订协定的法律基础？如果达成的协定没有达到适用于国际性武装冲突的法律的要求，达成这种协定是否违反《日内瓦公约》（《日内瓦第一公约》第6条、《日内瓦第二公约》第6条、《日内瓦第三公约》第6条以及《日内瓦第四公约》第7条）？
- (3) 1991年11月27日，各方最终达成了《谅解备忘录》。它分别有哪些优势和不足？对于前南斯拉夫战争受难者来说，这些优势和不足分别体现在哪里？对于红十字国际委员会来说呢？从长远来看，对国际人道法来说呢？

(参见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》[比较第一部分]，第1752页。)

5. 武科瓦尔沦陷后，战斗的前线逼近奥西耶克 (Ossijek)。大量伤者再次涌进当地医院。在南斯拉夫人民军和当地塞族民兵不分皂白的轰炸中，当地医院也未能幸免。南斯拉夫当局声称，克罗地亚军队将炮兵阵地系统部署在医院附近，其目的是为了为了保护那些阵地免受攻击，或者是在南斯拉夫军队攻击阵地不幸击中医院时达到煽动国际舆论的目的。
- (1) 你从法律上如何评论这一轰炸和克罗地亚被指称采取的行为？克罗地亚被指称采取的行为是否可以用来证明南斯拉夫的攻击具有正当性？（比较《日内瓦第一公约》第21条；《日内瓦第四公约》第18条和第19条；《第一议定书》第12条和第13条。）
- (2) 在这种情况下，人道组织可以提出何种建议？它是否应当确定事实，并查明医院是否实际上成了攻击目标以及克罗地亚是否实际上利用医院来掩护炮兵阵地？人道组织有哪些机会得出明确的调查结论？它是否应当将其公诸于世？它是否应当根据《日内瓦第四公约》第14条建议设立一个医院地带或根据第15条建议设立一个中立化的地带？有什么理由可以分别用来支持上述两种解决方案？对于战争受难者来说，设立这种地带有哪些好处和坏处？对于人道组织来说，又有哪些好处和坏处？对于交战者来说呢？在谈判达成这种协定的过程中，可以预料到会有哪些困难？你将如何准备这些谈判？
6. 1992年1月4日，克罗地亚和南斯拉夫人民军之间签订的第15份停火协定开始生效，而且持续了很长时间。2月21日，联合国安理会通过第

743 (1992) 号决议，决定在克罗地亚，特别是在该国被塞族部队控制的地区，建立并部署联合国保护部队 (UNPROFOR)。这支部队的使命是通过要求该地区的所有武装部队撤离和解除武装的方式确保“联合国保护区”非军事化，并确保居住在该地区的所有人得到保护，免受武装攻击产生的恐惧。在现实中，由于当地塞族部队仍然控制着该地区，联合国保护部队只能部分实现它的这种使命。

- (1) 当1992年春联合国在克罗地亚塞族控制地区部署保护部队时，该部队是否必须尊重《日内瓦第四公约》关于被占领土的规定？
 - (2) 是否可以把那些联合国保护区看作南斯拉夫通过当地塞族部队而占领的克罗地亚领土？
7. 1991年末1992年初，在国际媒体、国际会议、红十字国际委员会发起的各方全权代表的定期会议（由于这些指责，该会议的气氛恶化）以及双方致红十字国际委员会的信函中，克罗地亚和南斯拉夫越来越多的相互指责对方犯下了战争罪。克罗地亚特别提到南斯拉夫人民军（在红十字国际委员会的眼皮底下）撤离和杀害了武科瓦尔医院的几百名病人。
- (1) 如果你是红十字国际委员会，对于这种指责，你会采取哪些跟进措施？可以用哪些人道理由来支持或反对采取跟进措施？如果有一方请求对这些指责进行调查，你是否会接受这种请求？尤其是，如果是受到指责的一方请求调查呢？如果两方都要求红十字国际委员会进行调查呢？
 - (2) 如果双方在致红十字国际委员会的信函中互相指责，应当如何处理这些信函？
 - (3) 作为各方全权代表会议的主办方，你将如何处理这些指责？你是否会允许各方进行讨论？你是否会建议设立一个调查委员会？
 - (4) 你是否会建议各方让根据《第一议定书》第90条设立的国际人道实况调查委员会对指责进行调查？
 - (5) 如果你必须起草一份文件建议设立一个临时的实况调查委员会，你能预料可能遭到抵制的最大问题有哪些？哪一方会那样做？
 - (6) 如果实况调查委员会得以建立，红十字国际委员会派往武科瓦尔医院监督病人“撤离”的代表是否应当作证？在什么情况下可以？今天，这些代表是否应当在前南斯拉夫问题国际刑事法庭面前作证？红十字国际委员会有什么理由可以拒绝其出庭作证？

(参见**案例183**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭/国际刑事法院，保密性与红十字国际委员会工作人员的证词，第1887页。)

8. 1992年春，当必须遣返克罗地亚冲突中的俘虏时，贝尔格莱德当局拒绝遣返其中的许多人，声称：
- (作为南斯拉夫人民军中“与敌人作战”的士兵) 他们正因为叛逃罪和叛国罪受到司法追诉；
 - 他们实施了战争罪。

萨格勒布当局也以同样理由拒绝遣返。

- (1) 从法律的角度来看，你如何看待这种声称？（比较《日内瓦第三公约》第85条、第119条第5款和第129条。）
 - (2) 如果你刚好是红十字国际委员会，你将如何处理这个僵局？冲突发生前，生活在萨格勒布的塞族人是克罗地亚的少数民族，但他们有人在南斯拉夫人民军中服役。如果这些塞族人被克罗地亚军队俘获，那么对于他们来说，“遣返”将意味着什么？
9. 就民族构成来说，波斯尼亚和黑塞哥维那占相对多数的是波斯尼亚穆斯林（在前南斯拉夫时被称为“穆斯林”民族），其次是塞族人和克族人。1992年4月，尽管受到塞族人抵制，波斯尼亚和黑塞哥维那还是举行了公民投票。由于受到穆斯林和克族人的支持，波斯尼亚和黑塞哥维那宣布独立。由穆斯林和克族人组成的军队（穆克联军）忠于波斯尼亚政府，并受到克罗地亚的支持，而波斯尼亚塞族军队则受到南斯拉夫人民军的支持，尤其是南斯拉夫人民军中的塞族人的支持，他们反对波斯尼亚和黑塞哥维那独立。在穆克联军和塞族军队之间爆发了武装冲突。
- (1) 你将如何定性波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突？它是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条和第3条；《第一号协定》第1条和第2条）。贝尔格莱德当局（和萨格勒布当局）的介入是否会改变对冲突的定性？何种程度的外部介入将改变定性？

(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，第1794页。)

- (2) 如果你是人道组织，你将如何给这场冲突定性？如果你必须在冲突各方之间就可以适用的国际人道法达成一项专门协定，你是否会把它建立在四个《日内瓦公约》共同第3条基础之上？

- (3) 根据《日内瓦第四公约》，哪些人是在波斯尼亚黑塞哥维那冲突中受保护的平民？（比较《日内瓦第四公约》第4条。）如果根据《第一号协定》呢？（比较《第一号协定》第2条第3款。）把波斯尼亚穆斯林从塞族控制的巴尼亚·卢卡 (Banja Luka) 强行撤离到波斯尼亚政府控制的图兹拉 (Tuzla) 是否非法？（比较《日内瓦第四公约》第35条和第49条第1款；《第二议定书》第17条；《第一号协定》第2条第3款。）波斯尼亚塞族军队强制征募穆斯林是否非法？萨拉热窝政府当局强制征募波斯尼亚塞族人是否非法？（比较《日内瓦第四公约》第51条和第147条。）在什么样的情况下，萨拉热窝当局强迫萨拉热窝塞族居民在前线挖掘战壕属于非法？（比较《日内瓦第四公约》第40条和第51条。）

（关于《第一号协定》的文本，参见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》，第1752页。）

10. 从1992年4月末开始直到整个冲突结束，波斯尼亚和黑塞哥维那发生交战的三个民族互相对受其控制领土上生活的其他民族的平民进行了“种族清洗”，尤其是刚开始时。波斯尼亚塞族当局尤其如此。有时候，为了迫使其他民族的平民逃离他们居住的村庄，塞族当局不分皂白地攻击这些村庄；通常，他们把其他民族的男人当作“恐怖主义分子”和潜在的战斗员进行围捕和拘留，对妇女有时则进行强奸，并且经常把她们和小孩连同老人一起通过交通工具组织地送回，或者把他们赶回到“他们自己民族”控制的地区。他们的财产还被系统的予以焚毁，房屋被夷为平地，这样，就彻底打消了被驱逐的家庭返回家园的念头。在其他时候，其他民族的人只是丢掉了工作，但当地政府和他们的邻居不断用非暴力手段骚扰他们，直到他们发现在原来居住的地方已经没有任何希望后被迫逃离。不过，“种族清洗”行为是否是当地政府的策划，还仅仅是当地居民在民族仇恨的一般气氛下零星实施的行为并不清楚。在冲突的后期阶段，作为对这些行为的回应，在波斯尼亚出现了另一波种族清洗的浪潮。这次，主要的行为人却是那些因为被其他民族占领而被迫逃离家园、并在自己民族控制的领土上成功得到庇护的人。

- (1) 上面提到的所有行为是否都受到国际人道法禁止的行为？是否同样受到适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的国际人道法的禁止？（比较《日内瓦第三公约》第3条和第4条；《日内瓦第四公约》第3条、第27条、第32条、第33条、第35—43条、第49条、第52条和第54条；《第一议定书》第48条、第51条、第52条和第75

条；《第二议定书》第4条和第17条；《海牙章程》第23条、第25条和第28条。）

- (2) 国际人道组织可以做些什么事情以反对这种行为？它们是否可以组织适当的运输并且要求在前线开辟通道，以便受到这些行为影响并想要离开的平民通过？这是否助长了种族清洗行为？至少当有关平民担心他们的生命时，它们是否可以那样做？
11. 1992年5月，在萨拉热窝旅行期间，红十字国际委员会驻萨拉热窝代表处主任在一次对红十字代表处的蓄意攻击中被杀害。由于红十字国际委员会再也无法得到充分保护，无法对受难者提供充分协助，以及无法从各方获得安全保证，它决定从波斯尼亚和黑塞哥维那撤出。
- (1) 红十字国际委员会是否可以从一个饱受武装冲突影响的国家撤出？（比较《日内瓦第三公约》第9条和第126条；《日内瓦第四公约》第10条和第143条。）
- (2) 人道组织是否可以仅仅因为工作人员被杀而从冲突地区撤出？至少在未来无法获得充分安全保证时，是否可以？即使不清楚到底哪一方应当对攻击负责时，是否可以？这是否是某种形式的集体惩罚吗？难道该组织不是在把受难者作为人质来对付其当局吗？在没有得到安全保证的情况下，该组织难道就不可以对某些受难者提供任何帮助？这是不是就意味着驻外救济人员的生命要比当地受难者的生命更加珍贵？
- (3) 人道组织是否可以因为国际人道法受到过分严重违反而离开冲突地区？
- (4) 人道组织是否可以因为无法充分履行保护和协助受难者的使命而撤离冲突地区？如果它被拒绝接近某些受难者呢？如果因为另一方不让它的救济车队通过以至于再也无法协助当地民众了呢？如果它的保密或公开的措施对各方的行为没有任何影响呢？如果它探视监狱的行为无法改善拘留俘虏的条件呢？如果该组织还可以帮助某些受难者呢？难道这样的撤离行为不是某种形式的集体惩罚吗？难道该组织不是在把受难者作为人质来对付其当局吗？如果只有冲突一方允许中立和不偏不倚的人道组织接近（“属于”另一方的）受难者但另一方不允许时，该组织可以继续开展活动吗？
12. 1992年夏，当红十字国际委员会回到波斯尼亚和黑塞哥维那时，最终被允许探视波斯尼亚塞族部队在波斯尼亚东部和中部种族清洗期间围捕的

大量(幸存的)男人,特别是在“曼尼亚克集中营”(Manjaca Camp)的男人。它的代表发现拘留的条件令人震惊,俘虏存在严重的营养不良以至于他们无法度过那个冬天,而且还经常有人指控存在即决处决的行为。它努力让国际社会和公众舆论关注那些事实,不过,只有当波斯尼亚塞族当局允许电视媒体对曼贾卡集中营中的被拘留者进行了拍摄后,这才得以实现。

在对被拘留者提供相当程度的救济以及不断探视之后,红十字国际委员会终于成功说服塞族当局改善了监狱的条件。但是,它认为只有在波斯尼亚入冬之前全部释放所有俘虏,才能最终解决人道问题。由于当地塞族居民在曼贾卡集中营附近的村庄举行暴力示威,抗议国际社会对塞族人的制裁给他们带来的严重后果,并且不允许救济车队通过,因此,那些有利于被拘留者的救济努力被搁置了。1992年9月15日,68位受伤的和患病的被拘留者被送到伦敦接受治疗。在国际舆论的压力下以及与各持持续展开谈判,红十字国际委员会终于使各方在10月1日达成一项协定。根据那项协定,在11月中旬之前,1300多位被拘留者得到了释放(波斯尼亚塞族人释放了925位、波斯尼亚克族人释放了357位、波斯尼亚政府军释放了26位)。而且,根据那项协定,即将被释放的被拘留者可以选择在没有见证人在场的情况下与红十字国际委员会的代表进行单独面谈,询问他们想在当地得到释放,被转移到他们自己民族控制的领土,还是被转移到在克罗地亚的难民营以便被(临时)安置到国外。鉴于他们所遭受的痛苦经历以及当时存在种族清洗的气氛,所有从曼贾卡释放的被拘留者实际上都选择离开了波斯尼亚。

- (1) 波斯尼亚塞族当局为什么允许电视台的摄像机进入曼贾卡?世界媒体把曼贾卡的情形播了出去,这难道不是在少数民族之间增加恐惧气氛,从而助长“种族清洗”行为吗?
- (2) 人道组织是否应当为被拘留者提供食物和住所?难道那不是拘留当局根据国际人道法应当承受的的义务?如果拘留当局没有给俘虏提供人道待遇,人道组织是否应当要求释放?
- (3) 人道组织是否可以向曼贾卡周围村庄居民分发救济物品以便取得他们同意让救济车队开到曼贾卡?这是否是红十字中立和不偏不倚原则的体现?这是否是体现行动机会主义的一个例子?难道人道组织不应当向勒索妥协吗?如果波斯尼亚塞族人要求提供燃油以便取暖

(也可能被用作坦克的燃油)，后来他们成功的向联合国保护部队提出了此种要求，你将如何判断这种情况？

- (4) 拘留那些在前南斯拉夫受过保卫领土的军事训练、并且准备加入波斯尼亚政府军的16至60岁的男性是否一定就是非法？（比较《日内瓦第三公约》第4条和第21条；《日内瓦第四公约》第4条、第42条和第78条。）红十字国际委员会是否可以要求释放他们？红十字国际委员会是否可以仅仅因为担心他们的待遇而去探视被拘留者，而不去关心他们被拘留的原因或要求释放他们？不断要求释放会不会给冲突各方造成一种（错误的）印象，即如果他们同意红十字国际委员会接近俘虏，他们就只能予以释放或者交换，这是否会促使他们把俘虏隐藏起来从而不让红十字国际委员会知道？
- (5) 释放被拘留的波斯尼亚穆斯林（大部分都愿意选择被转移到国外）会不会助长“种族清洗”行为？为了安全起见，在他们能够安全回家之前，是否仍然应当拘留他们？在那些俘虏被释放并被送到某块领土之后，控制该领土的一方是否有义务不得要求他们再次服役，以与释放他们的一方作战？（比较《日内瓦第三公约》第117条。）
- (6) 在谈判过程中，各方要求释放许多犯有战争罪的被拘留者（这种要求看起来并不完全没有道理），你将如何对他们的请求作出反应？
13. 在整个冲突期间，萨拉热窝（实际上）被波斯尼亚塞族部队包围，但波斯尼亚政府军一直在抵抗。波斯尼亚塞族炮兵不停进行炮击。萨拉热窝居民中有幸存者，或者确切地说，主要是由于联合国保护部队（向联合国难民署提供后勤支持，替其行动）从空中向他们提供救济，他们才有能力不向波斯尼亚塞族投降。但是，由于受到波斯尼亚塞族部队或不明身份的部队攻击或缺乏安全保障，救济飞行经常被中断。
- (1) 炮击萨拉热窝是否合法？（比较《第一议定书》第48条和第51条；《第一号协定》第2条第5款。）在联合国安理会宣布萨拉热窝是“安全区”之后（就像下面第14段说明的那样），你是否会改变根据国际人道法对那些炮击作出的理解？
- (还可以参见**案例187**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉加利奇，第1971页。)
- (2) 波斯尼亚塞族军队阻止开往萨拉热窝的救济车队是否非法？（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《第一号协定》第2条第6款。）邻国克罗地亚和联合国是否也

有向波斯尼亚塞族实施（禁运）的义务？在什么条件下，波斯尼亚塞族当局可以允许救济车队通过？

- 检查车队？
- 只允许向平民提供救济？
- 向塞族人和波斯尼亚穆斯林都提供救济？
- 在外部监督下提供救济？
- 波斯尼亚政府军也得允许开往塞族控制地区的救济车队通过？
- 波斯尼亚政府释放俘虏？
- 波斯尼亚穆斯林尊重停火协定？

(3) 通过飞机向萨拉热窝提供救济的优势和劣势分别有哪些？对于联合国难民署来说，由于空运是由联合国保护部队全权负责的，你能想象这会有哪些优势，又会有哪些危险？

(4) 波斯尼亚塞族人阻挠向萨拉热窝提供救济有哪些合法利益？又有哪些非法利益？

(5) 波斯尼亚政府是否有合理理由阻挠向萨拉热窝提供救济？

14. 各方不断进行“种族清洗”，不过，主要的受害者是波斯尼亚的穆斯林。而且，随着战线的改变，有更多的少数民族居民，其生命受到威胁，并且出现大量逃亡。还有，没有任何第三国看来愿意向10000名波斯尼亚难民提供临时庇护。面对这种情形，1992年秋，红十字国际委员会建议设立保护区，以便庇护那些受到威胁的平民。保护区的概念和位置应当由各方通过协定确立，但联合国保护部队应当为这些区域提供内部和外部的安全保障。

1993年，联合国安理会通过第819 (1993) 号和第824 (1993) 号决议，决定在波斯尼亚政府控制的萨拉热窝、图兹拉、泽帕、戈拉日德、比哈奇及斯雷布雷尼察等镇设立安全区，要求立即停止在这些地区的敌对行为，并要求波斯尼亚塞族部队取消对这些区域的包围。

(参见**案例174**，波斯尼亚和黑塞哥维那，1992-1993年安全区的建立，第1762页。)

这需要由联合国军事观察员进行监督，而且要求各方与联合国保护部队充分合作，但并没有赋予联合国保护部队保卫这些区域的明确职责，而且就联合国保护部队的安全和行动自由而言，该决议只是援引了《联合

国宪章》第七章（允许使用武力）。安理会第836（1993）号决议进一步授权联合国保护部队“在自卫行动中，采取一切必要措施，包括使用武力，还击任何一方对安全区的炮击……”。安理会并没有规定那些地区必须非军事化，但在第836（1993）号决议中决定“……扩大联保部队的任务规定，使其能够……促使非属波斯尼亚—黑塞哥维那共和国政府的军事和准军事部队撤退……”。

- (1) 是什么人道问题促使红十字国际委员会建议设立保护区和联合国安理会决定建立安全区？国际人道法通常如何应付这些问题？
- (2) 像在波斯尼亚和黑塞哥维那发生的“种族清洗”情势中，有哪些具体理由可以要求建立某种类型的安全区？在建立过程中又有哪些特殊危险？
- (3) 红十字国际委员会是否建议设立国际人道法所规定的其中一类保护区？联合国安理会是否决定设立这样一种保护区？国际人道法是否规定对这种区域进行国际监督？国际人道法是否规定对这种区域提供国际保护？它是否符合国际人道法？红十字国际委员会为什么建议提供国际军事保护？安理会是否应当赋予联合国保护部队保卫那些区域的职权？（例如参见：四个《日内瓦公约》共同第3条；《日内瓦第四公约》第14条和第15条；《第一议定书》第59条和第60条。）
- (4) 红十字国际委员会是否应当（向波斯尼亚政府军）建议保护区非军事化？这种条件是否符合国际人道法关于保护区的精神？这种要求是否现实？如果这种保护区被军事化，那是否现实？波斯尼亚政府军是否可以留在安理会所建立的安全区？根据决议以及国际人道法，他们是否可以在安全区外对波斯尼亚塞族部队发动攻击？
- (5) 对方是否可以占领这些区域？依据国际人道法，这是否是关于保护区的固有要求？这种要求是否现实？
- (6) 红十字国际委员会的建议属于诉诸战争权还是战时法的范畴？它是否体现了红十字中立和不偏不倚的原则？难道它没有建议对冲突一方使用武力？红十字国际委员会建议的法律基础是什么？
- (7) 安理会建立的安全区与红十字国际委员会建立的保护区在哪些方面存在区别？

- (8) 安理会建立的安全区属于诉诸战争权还是战时法的范畴？让维和部队履行决议赋予的使命是否合适？
- (9) 第819号和第824号决议所建立的安全区在哪些方面体现或执行了战时法？哪些方面体现或执行了诉诸战争权的法律？
15. 1992年初，关于前南斯拉夫问题国际会议的两任主席万斯 (C. Vance) 和欧文勋爵 (Lord Owen) 提出了波斯尼亚和黑塞哥维那和平计划 (“万斯－欧文计划”)。该计划按照民族把波斯尼亚分成十个行政区。波斯尼亚克族人对该方案非常高兴，因为该方案扩大了他们的领土，但波斯尼亚塞族人反应冷淡，予以拒绝，而波斯尼亚 (穆斯林) 总统人选尚未确定。波斯尼亚克族人试图在波斯尼亚中部强行执行该计划。他们要求波斯尼亚政府军撤退到分配给他们的行政区以内，并且要求确立其对克族防卫委员会 (HVO) 和波黑军队的联合指挥权。如果不那样做，克族防卫委员会威胁要自己执行 “万斯－欧文计划”。1993年4月16日，就在最后期限刚过，克族防卫委员会就对拉斯瓦谷地 (Lasva Valley) (按照 “万斯－欧文计划”，属于克族的行政区) 十多个村庄发动了协同攻击。来自克罗地亚的军队出现在克族防卫委员会控制的领土上，但他们并没有在拉斯瓦谷地作战。克罗地亚资助和组织了克族防卫委员会，还向其提供各种供应和装备。
- (1) 在波斯尼亚和黑塞哥维那与克罗地亚之间是否存在国际性武装冲突？如果存在，适用于国际性武装冲突的国际人道法是否也适用于克族防卫委员会与波斯尼亚政府军之间在拉斯瓦谷地的战斗？根据国际人道法，在战斗中落入克族防卫委员会手中的一部分拉斯瓦谷地是否属于被占领土？在该谷地上的波斯尼亚穆斯林居民是否属于 “受保护之人”？那些还处在政府军控制之下的一部分拉斯瓦谷地上的波斯尼亚克族人是否也属于 “受保护之人”？(比较《日内瓦第四公约》第2条和第4条。)
- (2) 《第一号协定》是否适用于在拉斯瓦谷地发生的战斗？
- (参见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》。[比较第二节]第1752页。)
16. 在波斯尼亚和黑塞哥维那最西部的比哈奇地区，居住的几乎全是波斯尼亚穆斯林。菲克雷特·阿卜杜奇 (Fikret Abdic) 先生是一位穆斯林商人和政治家。他和他的追随者 (主要是他在韦利卡·克拉杜萨 (Velika Kladusa) 附近开设的 “阿格洛克梅尔奇工业公司” (Agrokommerc) 的雇员) 打算服从波斯尼亚政府；他们要求自治，并且和波斯尼亚塞族和临近的克

罗地亚塞族保持一致。波斯尼亚塞族部队和克罗地亚塞族部队把波斯尼亚政府军包围在比哈奇这块飞地上。不久，这块飞地上的波斯尼亚政府军和阿卜迪奇先生的部队发生了武装冲突。1995年，由于克罗地亚武装部队对克罗地亚塞族部队发动了攻击，终于结束了对比哈奇飞地两年半的围攻。当波斯尼亚政府军随后攻取韦利卡·克拉杜萨之后，阿卜迪奇的追随者逃往临近的克罗地亚。但是，克罗地亚当局在库普延斯科(Kupljensko)截住了他们。

- (1) 根据国际人道法，你如何对这场冲突定性？（考虑到波斯尼亚和黑塞哥维那是国际人道法所有文件的缔约方）国际人道法中的哪些文件适用于此次冲突？（比较：《日内瓦公约》共同第3条；《第二议定书》第1条）。
 - (2) 《第一号协定》是否适用于此次冲突？
 - (3) 即使阿卜迪奇的追随者尊重国际人道法，波斯尼亚当局是否可以仅仅因为他们参与叛乱而惩罚他们？
 - (4) 克罗地亚当局是否有义务让阿卜迪奇的追随者进入克罗地亚？
 - (5) 克罗地亚当局是否可以强迫那些人从库普延斯科回到波斯尼亚和黑塞哥维那？
 - (6) 克罗地亚当局是否可以拒绝向库普延斯科难民营提供任何救济，以便驱使里面的居民回到波斯尼亚和黑塞哥维那？
17. 各种新闻媒体不断报道在“种族清洗”的大背景下发生的各种严重暴行。这也受到各种人权组织和国际社会各种代表的证实，因此可信度很高。尤其是，据称，波斯尼亚塞族系统地、并作为一项政策实施强奸。此后，国际舆论和国际社会坚持要求把那些严重违反国际人道法和人权法的人绳之以法。国际社会对发生的强奸行为尤其愤怒，要求制定一份反对这种行为的具体文件，据说现代国际人道法并没有完全禁止强奸行为。首先，联合国安理会根据第780 (1992) 号决议建立了一个专家委员会，对据称的违反行为进行了调查。该委员会后来发表了一份涉及面很广的报告。1993年5月25日，安理会在第827 (1993) 号决议中根据《联合国宪章》第七章决定在海牙设立一个“起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责者的国际法庭”（前南斯拉夫问题国际刑事法庭）。前南斯拉夫问题国际刑事法庭有权追诉严重破坏各项《日内瓦公约》的行为、违反战争法或惯例的行为、灭绝种族和

危害人类罪。它和国内法院具有并行管辖权，但它有权要求国内法院服从国际法庭的管辖。所有国家必须与前南斯拉夫问题国际刑事法庭进行合作。

(参见**案例179**，联合国，《前南斯拉夫问题法庭规约》，第1781页，以及**案例186**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库纳拉茨、科瓦奇和武科维奇案，第1959页。)

- (1) 为什么媒体、舆论和安理会对发生在前南斯拉夫的违反国际人道法的行为反应如此强烈？难道是因为在那里发生的暴行比在柬埔寨、阿富汗、扎伊尔、利比里亚或车臣更加严重？难道是因为那些暴行更加广泛和有系统？难道是因为有媒体报道？难道是因为它们主要是由被视为侵略者的一方所实施？难道是因为国际社会没有努力阻止那场战争的爆发？难道是因为它发生在欧洲？
- (2) 适用于国际性武装冲突的国际人道法是否禁止强奸？适用于非国际性武装冲突的国际人道法是否禁止强奸？强奸是否是一种严重破坏国际人道法的行为？是否是一种战争罪？即使在非国际性武装冲突中强奸是否也是一种战争罪？强奸是否是对适用于非国际性武装冲突的国际人道法构成严重破坏行为？如果适用于非国际性武装冲突的国际人道法可以适用，波斯尼亚塞族士兵在波斯尼亚和黑塞哥维那强奸波斯尼亚穆斯林妇女是否是一种严重破坏行为？波斯尼亚政府军士兵强奸波斯尼亚塞族妇女是否是一种严重破坏行为？（比较《日内瓦第四公约》第147条；《第一议定书》第85条第5款；《第一号协定》第5条。）
- (3) 谁有义务起诉在波斯尼亚和黑塞哥维那从事严重破坏行为的人？（比较《日内瓦第四公约》第146条；《第一号协定》第5条）。国际人道法是否规定可以在国际法庭起诉战争罪犯？在国际法庭起诉战争罪犯以及规定它具有并行管辖权是否与国家依据国际人道法承担的搜捕和起诉战争罪犯的义务相符合？（分别比较四个《日内瓦公约》第49条、第50条、第129条和第146条。）
- (4) 为了实现它的使命，前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否必须对这场冲突予以定性？
- (5) 在前南斯拉夫发生的各种武装冲突，即使是那些纯国内性质的武装冲突，是否都是对和平的一种威胁（以至于可以采取《联合国宪章》第七章中的措施）？建立一个国际法庭来起诉违反国际人道法的行为是否是消除这种威胁的适当措施？今天，我们是否可以断定

它对于恢复前南斯拉夫的和平作出了贡献？（最终的结果）实际上是否有用？难道起诉（前任）领导人没有使恢复和平和重建变得更加困难？难道违反国际人道法本身就是对和平的一种威胁（以至于可以采取《联合国宪章》第七章中的措施）？即使在非国际性武装冲突中是否也是如此？不是在武装冲突情况下实施严重侵犯人权的行為是否也是如此？

- (6) 联合国安理会是否可以设立一个法庭？这样的法庭是否独立？它是否是一个“依法设立的法庭”？由于这样的法庭有权审理发生在设立之前的行为，因此，设立这样的法庭本身是否就违反了（国际人道法和人权法）禁止刑法溯及既往这项立法原则？除了由安理会通过决议设立以外，是否还有其他方式设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭？通过其他方式设立会有哪些优势和劣势？
- (7) 只对前南斯拉夫地区设立国际法庭是否是一种促进尊重国际人道法的可靠措施？如果安理会愿意在将来的类似情形中也设立这样的法庭，是否如此？期待安理会对所有类似情形设立类似法庭是否合理？我们可以想象，如果一个法庭无权决定它何时具有这种权限，那将会怎样？
- (8) 根据国际人道法和《规约》，设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否可以免除国家搜捕和起诉战争罪犯的义务？
- (9) 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是否是刑事立法？它是否只规定了前南斯拉夫问题国际刑事法庭的权限？即使它适用于非国际性武装冲突，是否也是这样？
- (10) 你知道为什么《规约》没有规定严重破坏《第一议定书》的行为？鉴于前南斯拉夫及其所有继承国都是《第一议定书》的缔约方以及冲突各方不论冲突的性质都遵守该议定书的绝大部分规则，还有其他什么理由可能导致出现这种疏忽？

不过，前南斯拉夫问题国际刑事法庭怎么可以审理严重破坏《第一议定书》的行为？

(比较《谅解备忘录》以及《第一号协定》；参见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》，第1752页。)

- (11) 红十字国际委员会是否有权探视被前南斯拉夫问题国际刑事法庭拘留的人员？作为保护国的实际替代者，前南斯拉夫问题国际刑事法

庭是否必须把量刑结果通知红十字国际委员会？（分别比较《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》的第10条第3款；《日内瓦第三公约》第10条第3款、第107条和第126条；《日内瓦第四公约》第11条第3款、第30条、第74条和第143条；《第一议定书》第5条第4款。）如果你是红十字国际委员会，你是否会尽量去探视战争罪犯？

- (12) 如果那些被前南斯拉夫问题国际刑事法庭拘留（正在等待审判或已经被判刑）的人员在前南斯拉夫被逮捕时具有受保护的平民或战俘地位，他们在前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否会丧失这种地位？把被前南斯拉夫逮捕的平民送到海牙受审是否合法？（比较《日内瓦第三公约》第85条；《日内瓦第四公约》第49条和第76条第1款；《第一议定书》第44条第2款。）
- (13) 如果前南斯拉夫问题国际刑事法庭无法逮捕在前南斯拉夫实施了严重违反国际人道法的嫌犯，这是否会削弱国际人道法的信用？即使有关国家没有执行前南斯拉夫问题国际刑事法庭的逮捕令，它所发出指控令是否仍具有一定影响？
18. 在波斯尼亚和黑塞哥维那发生的整个武装冲突中，士兵们不断落入对方当局手中。在“种族清洗”大的背景下，或是为了增加可供交换的人员数量，不断有符合战斗年龄的男性平民被围捕。通常，这些人都被关押在一起；红十字国际委员会经常探视他们，并且对他们进行登记。从冲突爆发开始，各方很快建立起各种“交换委员会”。它们经常草拟所有被俘人员的名单——或者使用红十字国际委员会提供的名单——以便与对方部队进行交换；在很多情况下，逮捕平民只是为了交换。有时，释放他们是为了给将要访问该地区、并要求作出姿态的国际政要提供一种假象而已。有时，交换俘虏的目的甚至只是为了要求得到燃油或酒精。从某种程度上说，由于这场冲突非常持久，而且在俘虏中混杂着平民和战斗员，人道组织通常都出现在谈判现场，以便为达成“交易”提供各种便利，并且尽量保证在这些交换中有最低的人道待遇。如果某些有利于被拘留者的条件得到尊重，并且有机构私下探访被拘留者以便确保各方能够尊重他们所选择的目的地，红十字国际委员会也准备在交换过程中到场。
- (1) 根据国际人道法，可以拘留上面提到的哪类俘虏？他们必须在何时被释放？根据国际人道法，是否可以交换那些必须释放的俘虏？是

否可以交换那些无须释放的俘虏？（比较《日内瓦第三公约》第118条；《日内瓦第四公约》第37条、第41—43条、第76条和第78条；《第一议定书》第85条第4款第2项。）

- (2) 从人道和道义的角度来看，交换俘虏有哪些优势，又有哪些劣势？如果双方交换所有（已知的）（某类）俘虏呢？如果他们“一对一”交换俘虏呢？如何避免仅仅为了交换而围捕人员？在“交换市场”，那些隐匿的或没有登记的俘虏具有的“价值”更大，还是更小？
 - (3) 在交换谈判中，人道组织是否应当在场？在实际交换中呢？他们到场会有哪些优势？又会有哪些劣势？要使人道组织或国际社会的代表同意组织、审查或监督交换，应当符合哪些最低条件？
 - (4) 红十字国际委员会为什么需要对它所探视的俘虏进行登记？登记以后所草拟的人员名单是否应当转交给拘留当局？是否应当给冲突对方？即使出于交换谈判的目的，是否也应当这样？国际人道法对此是否有规定？是否有例外？草拟这种名单是否可以减少仅仅为了交换目的而围捕人员的风险？难道向冲突对方转交这种名单不是在煽动拘留一方隐匿它不想要通过红十字国际委员会交换的人员吗？（比较：《日内瓦第三公约》第122条和第123条；《日内瓦第四公约》第137条和第140条。）
19. 1995年春，对萨拉热窝的重要物资供应再次遭到完全切断。波斯尼亚塞族对其发动强大的火力攻击，再次违反了联合国安理会在1994年2月作出的不得使用重型武器的规定。不过，这一次，由于波斯尼亚塞族没有理会联合国发出的最后通牒，北约作出了反应，对波斯尼亚塞族在帕莱（Pale）地区的军火库实施了空中打击。波斯尼亚塞族部队进行了回击，逮捕了在他们控制的领土上驻扎的350名联合国军事观察员以及联合国保护部队的人员。这些人员中有一些被关押在可能属于军事目标的地区或附近地区。红十字国际委员会派出的代表只能探视其中一些人员，以及联合国保护部队俘虏的一些波斯尼亚塞族士兵，他们是在试图攻击联合国保护部队的一些前哨时被俘虏的。经过长时间谈判，联合国人员最终得以释放。

在对萨拉热窝的市场再次进行炮击之后，英法两国向伊格曼（Igman）山派出了一支联合国快速反应部队，以便迫使救济车队进入萨拉热窝，而且北约对波斯尼亚塞族的通信站、武器库、军工厂和战略桥梁发动了空袭。在这个过程中，有一个水库受到空袭的影响。对上述目标的空袭所

产生的冲击波震碎了一家医院的窗户，其中的玻璃碎片使一位孕妇受伤。另外，有北约的战斗机被波斯尼亚塞族军队击落，两位法国飞行员成功跳伞，但被波斯尼亚塞族部队抓获。

- (1) 国际人道法是否适用于北约发动的空袭？如果他们仅仅只是执行联合国安理会的决议、并且是为了保护萨拉热窝居民而进行自卫呢？如果适用，适用的是适用于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？（比较《日内瓦公约》共同第2条；《第一议定书》序文第5段和第1条。）上面提到的北约各次空袭是否都符合国际人道法？即使当水库受到毁坏以及一位怀孕妇女受到伤害，是否也是那样？（比较《第一议定书》第51条、第56条和第57条。）难道医院和怀孕的妇女不是受国际人道法特别保护的么？（例如比较《日内瓦第四公约》第16条和第18条。）
- (2) 联合国是否是《日内瓦公约》及其议定书的缔约方？是否可以设想联合国是《日内瓦公约》共同第2条所指的国际性武装冲突的一方？为了适用国际人道法，是否可以把联合国部队看作是出兵国（它们是《日内瓦公约》的缔约方）的部队，从而使任何敌对行为成为那些国家和对敌对部队负责的一方之间的武装冲突？
- (3) 被波斯尼亚塞族部队拘留的联合国保护部队的人员是战俘还是人质？（比较《日内瓦第三公约》第4条；《日内瓦第四公约》第4条和第34条。）波斯尼亚塞族是否可以拘留他们？他们是否可以被当作军事目标？（比较《日内瓦第三公约》第22条；《日内瓦第四公约》第28条。）红十字国际委员会是否有权去探视他们？如果他们不是战俘呢？如果他们被当作人质呢？如果国际人道法不适用呢？如果适用的是适用于非国际性武装冲突的国际人道法呢？他们是否必须得到释放？何时释放？为什么联合国反对把它的人员定性为战俘？
- (4) 被联合国保护部队抓获的波斯尼亚塞族士兵是否是战俘？即使联合国保护部队是在自卫的过程中抓获他们，是否也是如此？
- (5) 波斯尼亚塞族击落北约法国战斗机是否违反国际人道法？击落他们的波斯尼亚塞族士兵是否可以因该次攻击而受到惩罚？
- (6) 被波斯尼亚塞族部队拘留的法国飞行员是战俘、（受到有关多边公约保护的）“履行使命的联合国专家”，还是人质？（比较《日内

瓦第三公约》第4条；《日内瓦第四公约》第4条和第34条。）法国是否正和波斯尼亚塞族之间发生国际性武装冲突？

- (7) 法国飞行员是否可以被拘留？红十字国际委员会是否有权去探视他们？他们是否必须得到释放？何时？为什么法国反对把他们定性为战俘？如果你是法国飞行员，你更愿意被作为《日内瓦第三公约》中的战俘受到对待还是受到《联合国人员和有关人员安全公约》的保护（该公约规定攻击联合国人员是一种犯罪，而且规定缔约国不得拘留这种人员）？从你受到的待遇、遣返、以及你的地位被敌方接受和尊重来看，两种选择各有哪些优势和劣势？

(参见**案例14**，《联合国人员和有关人员安全公约》，第629页。)

20. 从1992年开始，斯雷布雷尼察成了一块被波斯尼亚政府军控制的飞地。在该地区及其周边有将近四万居民和流离失所者。他们被波斯尼亚塞族部队包围，并且经常受到攻击，不过有时候他们也主动发动出击。1993年，联合国安理会宣布斯雷布雷尼察为“安全区”，但由于没有被非军事化，它继续受到不分皂白的攻击，并且只能得到微薄的救济物资。唯一存在的外国部队是300名联合国保护部队的维和人员，主要是荷兰人。由于没有机会提供实质协助或保护，国际人道组织未能长期存在。1995年夏，当时正在进行的和平谈判看来有可能把波斯尼亚和黑塞哥维那分为两个实体：北部和东部的塞族实体和西部和中部的克族－穆斯林实体。斯雷布雷尼察正好位于东部。

1995年7月，波斯尼亚塞族对斯雷布雷尼察的军事压力持续增强，直到用坦克和火炮发动全面攻击。尽管波斯尼亚政府军发出了请求（以及对维和人员进行威胁、劫持人质以及攻击），联合国保护部队中的荷兰军营还是拒绝对波斯尼亚塞族攻击斯雷布雷尼察的行为作出反应。只是在7月11日，当斯雷布雷尼察实际上已经陷落之后，美国战斗机才在斯雷布雷尼察外围摧毁了一辆波斯尼亚塞族部队的坦克。

有12000到15000名男人通过树林离开斯雷布雷尼察。他们当中许多都携带有武器，准备逃往波斯尼亚政府军控制的领土。但是，至少有5000人无法到达该领土，因为他们在波斯尼亚塞族发动的攻击中丧身，即使他们在投降以后也被杀害。其中一些人甚至绝望地自杀。

7月12日，斯雷布雷尼察陷落。大约26000名男人、妇女和儿童试图逃到位于波托卡里 (Potocari) 的联合国保护部队避难。然而，波斯尼亚塞族部队在那里围捕妇女和儿童，然后通过汽车把他们送到前线。他们通

常不得不精疲力竭地在枪林弹雨中步行穿越前线。波斯尼亚塞族部队在联合国保护部队的荷兰士兵面前把超过3000名符合征兵年龄的男孩和男人从妇女和儿童中隔离开来，并进行逮捕，据称为了调查他们是否实施了战争罪。那些人当中后来再次被见到的只是那些受了伤并受到红十字国际委员会探视的人，还有那些成功逃脱的人。他们报告说，所有其他人都被立即处决了。

由于波斯尼亚塞族部队不允许红十字国际委员会在事件发生时在场，因此，红十字国际委员会只能接待那些在波斯尼亚政府军控制领土上的流离失所者，并且对他们家属提供的所有失踪男人的姓名进行登记。红十字国际委员会推测，至少有3000名在波托卡里被逮捕的男人一定在波斯尼亚塞族拘留所里。红十字国际委员会还与波斯尼亚塞族当局采取所有可能的措施探视那些俘虏、检查拘留的条件、进行登记以及通知焦急等待他们的家人。然而，波斯尼亚塞族当局如同冲突期间各方经常做的那样，采取敷衍和拖延的伎俩。快到7月末时，红十字国际委员会最终被允许探视波斯尼亚的塞族监狱。然而，他们发现，里面只有少数几名来自斯雷布雷尼察的被拘留者。尽管如此，红十字国际委员会并没有放弃努力。他们认为，其他人正被秘密拘留，所以，继续向波斯尼亚塞族当局施加压力，要求探视。直到《代顿和平协定》签订以后、能够见到所有关押在波斯尼亚和黑塞哥维那的俘虏时，红十字国际委员会才意识到，（到1997年7月）在斯雷布雷尼察超过7000名失踪人员中绝大多数在被捕或被抓后已经被杀害。

- (1) 即使国际人道组织能够开展的活动无法起到作用，他们是否应当在斯雷布雷尼察继续存在？至少可以对有关居民提供“消极保护”以及向这些居民表明他们并没有被国际人道组织遗忘？这样的“消极保护”是否能起到作用？
- (2) 联合国安理会如何才能避免发生斯雷布雷尼察7000居民死亡的悲剧？如果不宣布斯雷布雷尼察是安全区是否能够避免？如果改变联合国保护部队的使命是否能够避免？如果迅速增加驻扎在斯雷布雷尼察的联合国保护部队人员的数量是否可以避免？在斯雷布雷尼察不陷落的情况下是否可以避免大屠杀的发生？为了避免这场大屠杀，这支部队应当对斯雷布雷尼察的陷落采取什么反应？
- (3) 在斯雷布雷尼察事件中，国际人道法是否失去了作用？我们怎么样才可以保证它发挥作用？斯雷布雷尼察事件是否说明国际人道法的

局限性？它是否也说明，在某些不尊重战时法的情况下，只有诉诸战争权才是一种解决办法？

- (4) 当妇女和儿童与男人分开以及对男人进行逮捕时，荷兰维和人员应当对此作出何种反应？这是否是违反国际人道法的行为？
 - (5) 为了避免大屠杀的发生，当听到斯雷布雷尼察陷落的消息时，人道组织和人权组织应当作出何种反应？尤其是当他们分析情势后认为波斯尼亚塞族部队被捕的所有波斯尼亚穆斯林男人进行大屠杀时，它们应当作出何种反应？
 - (6) 红十字国际委员会对斯雷布雷尼察事件的反应是否错误？如果它能够正确分析情势，认为波斯尼亚塞族部队将对被捕的所有波斯尼亚穆斯林男人进行大屠杀，它本来可以怎么做？当通过幸存者首次获悉屠杀行为时，红十字国际委员会是否就应当立即改变它的逻辑？这样是否就可以帮助这场冲突的所有受害者？
21. 北约对驻扎在克罗地亚克拉伊那和波斯尼亚中西部的克罗地亚和波斯尼亚政府军发动了空袭，并取得了成功。此后，国际社会在美国领导下于1995年10月5日成功说服各方停火。国际社会对波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚和塞尔维亚总统（后两位总统还分别是波斯尼亚克族和塞族的代表）施加了强大压力。经过疲惫不堪的谈判之后，11月21日，在俄亥俄州的代顿达成了《代顿和平协定》，并于12月14日在巴黎签署。该协定军事性质的部分由一支北约领导的国际执行部队（IFOR）负责执行。这支部队的权限和人力要比联合国保护部队大得多，而且明确允许其在执行该协定的过程中使用武力。

就执行该和平协定的所有条款而言，其中关键的一个人道问题是释放所有被拘留者。《关于和平解决军事方面的代顿协定》(Dayton Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement) 附件1A第9条是关于“俘虏交换”的。它要求各方在1996年1月19日之前根据国际人道法释放和移交所有俘虏。为此目的，他们有义务通过红十字国际委员会起草一份计划，并予以执行，并且与该委员会进行充分合作。为了执行和监督该方案，包括确定每一位俘虏的目的地，他们必须提供所有被拘留的俘虏的名单，而且必须允许红十字国际委员会进行全面而不受阻碍的探视。红十字国际委员会不仅可以探视关押俘虏的所有地方，而且还可以在释放他或她之前至少48小时内通过私下会谈探视所有俘虏。虽然有这些义务，但“对于根据本条款将被释放或移交、但被控有违反前南斯拉夫国

题国际刑事法庭管辖的行为的人员来说，如果该法庭发出要求逮捕、拘留、交出或接触这些人员的命令或请求，每一方应当予以遵守。每一方必须在一段合理期限内羁押所有涉嫌从事那些违反行为的人，该期限必须足以能与法庭当局进行适当磋商。”

尽管各方有这种承诺，交换过程持续的时间却远远超出了协议规定的时间表，而且各方的交换更加费劲，因为每一方都不愿意抛弃它们以前一直在采取的交换被拘留者的做法以及在地方级别进行持续谈判的做法。另外，波斯尼亚政府反对全面释放，因为斯雷布雷尼察陷落之后几千名失踪人员的下落尚未弄清楚。在整个过程中，红十字国际委员会的代表探视和登记被各方新近拘留的人员，加大对波斯尼亚和黑塞哥维那拘留情势的观察，开列他们自己的名单，并且进行私下会谈。1月，各方通知红十字国际委员会900名俘虏已经在规定的时间被释放。然而，为了确保其他人员也能够得到释放，红十字国际委员会随后不断增加外交压力。它把各方没有履行它们义务的情况通知给国际社会的政治和军事代表，包括国际执行部队 (IFOR) 以及北约和美国。在大多数情况下，红十字国际委员会并不知道在国内法院或前南斯拉夫问题国际刑事法庭有针对那些被拘留者的起诉，但拘留各方还是宣布仍然被关押的人员涉嫌犯有战争罪。1996年3月23日，在莫斯科召开的部长会议上，僵局终于被打破。红十字国际委员会主席和（根据《代顿和平协定》设立的负责监督执行民事条款并作为国际社会的）高级代表明确将释放被拘留者摆到议事日程。在《代顿和平协定》这个重要内容得到执行之前，国际社会不打算给波斯尼亚和黑塞哥维那重建提供资金支持。很快就有了结果。4月5日，各方最终同意，将在一天之内释放剩余的没有重大理由怀疑犯有战争罪的被拘留者，而是否犯有战争罪则由前南斯拉夫问题国际刑事法庭进行审查。这也得到了执行。

(参见**案例175**，波斯尼亚和黑塞哥维那，在敌对行动结束后释放战俘及寻找失踪人员，第1769页。)

- (1) 鉴于条款的名称是“俘虏交换”，附件1A第9条是否规定了释放俘虏的单方义务？在国际人道法中，那种义务是一种单方义务还是受到相互性限制的义务？《代顿协定》是否可以背离国际人道法，从而使该义务受到相互性的限制？（比较：《日内瓦第三公约》第6条和第118条；《日内瓦第四公约》第7条和第133条；《第一号协定》第2条第3款第2项。）

- (2) 第9条是否超出了国际人道法规定的义务？（比较：《日内瓦第三公约》第118条、第122条、第123条和第126条；《日内瓦第四公约》第133条、第134条、第137条、第138条、第140条以及第143条。）
- (3) 第9条是否符合国际人道法规定的严重破坏情况下的义务？如果前南斯拉夫问题国际刑事法庭没有根据第9条第1款在“一段合理期限内”发出要求逮捕、拘留、交出或接触涉嫌犯有战争罪的请求，任何一方是否必须释放俘虏？国际人道法是否是这样规定的？根据国际人道法，任何一方是否可以释放这种人员？各方在罗马签订的另一份协定规定，除非前南斯拉夫问题国际刑事法庭允许，否则不得拘留或逮捕任何受战争罪指控的人员，这是否符合国际人道法？你知道为什么美国向各方施加压力要求达成这样一项协定？（比较：《日内瓦第三公约》第118条、第119条第5款以及第129—131条；《日内瓦第四公约》第133条以及第146—148条。）
- (4) 为什么红十字国际委员会拒绝将释放俘虏和失踪人员挂起钩来？根据国际人道法，难道一个存在敌人逮捕的证明的失踪人员或红十字国际委员会曾经探视过的失踪人员不是应当予以释放的人员？
- (5) 对于像红十字国际委员会那样的人道组织来说，当在诸如释放俘虏（也是执行国际人道法的体现）那样的人道行动取得成功时，如果只归属于国际政治、经济，甚至是军事方面的强大压力，将有哪些危险？尤其是，如果那种压力只是针对其中一方时？这是否是红十字中立和不偏不倚原则的体现？红十字国际委员会是否可以避免把各方不遵守义务的（程度）通报给国际社会？在保密的情况下与各方分别举行双边会谈是红十字国际委员会的传统做法。它是否可以继续遵循这种传统做法？
22. 当波斯尼亚和黑塞哥维那冲突结束时，不断有家庭报告称，有将近20000名人员下落不明（其中，截止1997年7月，有16152名波斯尼亚穆斯林（包括超过7000名来自斯雷布雷尼察的人员）、2331名波斯尼亚塞族人以及621名波斯尼亚克族人）。《代顿和平协定》附件七第5条规定：“各方应通过红十字国际委员会的寻人机制提供所有下落不明人员的信息。各方在决定下落不明人员的身份、下落以及命运时还应当与红十字国际委员会进行充分合作。”上面提到的附件1A第9条第2款进一步

要求各方“在各方同意的一段时间内”提供各自的坟墓登记人员信息，“为了前往此种坟墓、重新取回和挖掘该方死亡的军事和民事人员的尸体，包括死亡的俘虏的尸体等有限目的”，到达单个或集体坟墓。

在这个基础上，红十字国际委员会提议，以前的交战方设立一个“关于寻找与波斯尼亚和黑塞哥维那领土上发生的冲突有关的下落不明人员过程的工作组”(Working Group on the Process for Tracing Persons Unaccounted for in Connection with the Conflict on the Territory of Bosnia and Herzegovina)。尽管这个名称比较饶舌，但它基本上说明设立这个机构的政治谈判性质。虽然各方同意这个提议本身，但他们经常因为对红十字国际委员会起草的《程序规则》和《参考术语》中使用的措辞吹毛求疵，从而陷入无止境的争吵之中。不过，在红十字国际委员会的主持下，该工作组在1996年开了十次会议，都是在其他有关国际机构的代表、克罗地亚和南斯拉夫联盟共和国代表在场的情况下进行的。在工作组开会期间，红十字国际委员会向有责任的一方提交了大多数有家属登记的寻人请求(向波斯尼亚塞族方面提交了16000宗、向波斯尼亚穆斯林方面提交了1700宗、向波斯尼亚克族方面提交了1200宗)。工作组还通过了一项规则。根据这项规则，在寻人请求以及要求答复的各方回复中应当包含的信息不仅需要在家属和有关各方之间通过红十字国际委员会这个中介进行双边交换，而且还需要通报给该工作组的所有成员，即所有以前交战方和高级代表。自从1996年以来，红十字国际委员会已经向有关各方提交了将近20000个失踪人员的姓名，要求他们提供必要的信息，以便根据《代顿协定》中规定的义务弄清他们的命运。(比较：<http://www.icrc.org/eng/missing>)

(1) 红十字国际委员会在波斯尼亚和黑塞哥维那从事的寻找失踪人员的行动哪些超出了国际人道法的要求？根据国际人道法，国际性武装冲突中的一方在冲突结束时有义务：

- 搜寻对方报告的失踪人员？
- 提供它所掌握的这些人员命运的所有信息？
- 查明它认为属于对方人员的尸体？
- 提供已经查明身份的尸体的死因？
- 单方面通报这种查明结果？
- 向尸体所属一方归还尸体？

- 适当埋葬已经查明身份以及尚未查明身份的尸体？
- 让对方家人前往他们亲属的坟墓？

(比较《日内瓦第一公约》第15条至第17条；《日内瓦第三公约》第120条、第122条以及第123条；《日内瓦第四公约》第26条、第136条至第140条；《第一议定书》第32条至第34条。)

- (2) 为什么红十字国际委员会只提交家属已经登记的失踪人员的案件？国际人道法是否支持这种做法？国际人道法是否还赋予其中一方提交寻人请求的权利？红十字国际委员会是否有义务接受这种请求？(比较《日内瓦第一公约》第16条；《日内瓦第三公约》第122条第3款、第4款以及第6款、第123条；《日内瓦第四公约》第137条和第140条；《第一议定书》第32条。)
- (3) 关于向担任工作组主席的红十字国际委员会成员传达所有寻人请求和回复这些请求来说，存在哪些理由、优势以及风险？那样做是否可以防止被政治化？
- (4) 第9条第2款是否已经超出了国际人道法规定的义务？该条款是否规定每一方必须允许对方的坟墓登记人员前往坟墓的单方面义务？在战争罪审判中，一方是否可以采纳根据第9条第2款通过坟墓登记人员取得的战争罪证据？(比较《第一议定书》第34条。)

23. 在克罗地亚与波斯尼亚和黑塞哥维那发生的冲突中，科索沃阿族人要求科索沃独立，并且在该省设立了独立的卫生和教育设施。它们的抵制基本上是非暴力的。南斯拉夫当局对科索沃全境进行军事控制。它所采取的镇压方式主要是短期拘留以及用行政力量尤其是使用警力骚扰。20世纪90年代中期，科索沃解放军(UCK)成立；它煽动对塞族人进行武力抵抗。1996年，它开始对在科索沃的塞族警察发动武力攻击，塞族警察开始用暴力对科索沃解放军进行还击。

- (1) 这种情势是否可以被称为武装冲突？如果是，它是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？是否可以说科索沃解放军是民族解放运动？(比较《日内瓦公约》共同第2条和第3条；《第一议定书》第1条第4款；《第二议定书》第1条。)
- (2) 科索沃解放军对塞族警察发动的武力攻击和塞族警察对科索沃解放军成员的打击是否可以说是针对平民的攻击？(比较《第一议定书》第43条、第50条和第51条第3款。)

24. 1998年2月，冲突开始升级。科索沃解放军临时控制了科索沃部分地区。塞族部队和阿族争取独立的战斗员主要在德雷尼察 (Drenica) 地区发生冲突。塞尔维亚警察部队和南斯拉夫军队对那里的一些村庄进行了炮击，迫使生活在那里的居民从科索沃解放军活动的地区离开。结果，有大约2000人死亡，几乎300000人逃离家园。1998年3月，安理会对此作出反应，通过了第1160 (1998) 号决议。在该决议中，安理会谴责塞尔维亚警察部队对平民过分使用武力，并且对塞尔维亚实施武器禁运。9月23日，它又通过了第1199 (1998) 号决议。在该决议中，它要求在科索沃实现停火、塞尔维亚部队从科索沃撤出，并且要求开启直接谈判。该决议还提到该冲突构成对该地区的和平与安全的威胁。

(1) 该情势是否可以被视为武装冲突？如果是，它是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？科索沃解放军现在是否可以被视为民族解放运动？安理会通过的决议是否会对你的答案产生影响？（比较《日内瓦公约》共同第2条和第3条；《第一议定书》序文第5段和第1条第4款；《第二议定书》第1条。）

(2) 是否可以需要隔离科索沃解放军战斗员为由迁移平民？如果迁移的目的是为了防止他们受到战斗影响呢？迁移是否是一种战争罪？（比较《日内瓦第四公约》第49条和第147条；《第二议定书》第17条；《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第1项第7目以及第2条第5项第8目，参见**案例15**，国际刑事法院，[比较A.《规约》。]第634页。）

25. 1998年4月和8月，南斯拉夫军队和争取独立的阿族战斗员之间在科索沃领土上的战斗并没有停止。1998年5月15日，在美国调解员理查德·霍尔布卢克 (Richard Holbrooke) 的努力下，南斯拉夫总统米洛舍维奇与科索沃阿族领导人伊卜拉欣·鲁戈瓦 (Ibrahim Rugova) 进行了会晤。在北约发出轰炸威胁的情形下，10月，双方达成了调解协议，米洛舍维奇总统同意从科索沃撤出塞尔维亚部队，停止战斗，并同意在科索沃部署2000名欧洲安全和合作组织没有武装的监督员。科索沃解放军拒绝接受这项提议。尽管如此，10月26日，10000名塞尔维亚警察仍然从科索沃撤出，北约暂停发出空袭威胁。1998年12月，在科索沃解放军和塞尔维亚部队之间再次爆发战斗。

第三国或国际组织可以根据国际人道法中的哪些原则提议或者要求部署监督员？（参见：《日内瓦公约》共同第1条；四个公约的分

别第8条、第8条、第8条和第9条；四个公约的分别第10条、第10条、第10条以及第11条；《第一议定书》第89条。）派出没有武装的监督员对于确认是否遵守国际人道法具有什么意义？如果塞尔维亚当局违反国际人道法，监督员可以怎么办？如果科索沃解放军违反国际人道法呢？派出武装监督员又有哪些优势和劣势？

26. 1999年1月30日，北约宣布，如果南斯拉夫联盟共和国（以下简称“南联盟”）拒绝接受国际社会提出的要求，它将对其领土发动空袭。2月6日至23日，冲突各方在朗布耶 (Rambouillet) 举行谈判。3月15日至18日，在巴黎也进行了谈判。科索沃阿族代表团对谈判达成的和平协定表示同意，但塞尔维亚方面予以拒绝。

北约认为，达成政治解决方案解决科索沃危机的所有努力已经失败。1999年3月23日，北约秘书长宣布对南联盟进行空中打击。同一天，南斯拉夫联盟共和国发布法令，声称战争威胁迫在眉睫。第二天，它宣布进入战争状态。

（另见**案例193**，南斯拉夫联盟共和国，北约干预，第2061页。）

- (1) 在南斯拉夫和北约之间是否存在国际性武装冲突？是在南斯拉夫和北约成员国之间？是在南斯拉夫和参与空袭的北约成员国之间？是否存在宣战？就国际人道法的适用而言，是否必需经过宣战？
 - (2) 即使北约的目的是为了保护科索沃阿族免受塞尔维亚的镇压，适用于国际性武装冲突的法律是否适用于北约？假如进行轰炸是保护科索沃人避免被灭绝的唯一手段，是否仍然还是那个答案？（比较《日内瓦公约》共同第1条和第2条；《第一议定书》序文第5段。）
 - (3) 在南斯拉夫没有进行武装侵略，而且安理会也没有授权的情况下，北约空袭的合法性存在争议。这种争议是否让国际人道法对空袭的可适用性产生争议？（比较《第一议定书》序文第5段。）
27. 空袭持续差不多三个月时间，从1999年3月24日开始直到6月8日。空袭当中产生了一些引起争议的事件，其中一些事件将在下面进行描述。
- (1) 4月12日，一辆旅客列车穿出隧道行驶在格尔代利察 (Grdelica) 附近的桥梁上，突然受到攻击，造成10名平民死亡，至少15名平民受伤。美国说它的目的只是想摧毁该座桥梁，因为那座桥梁是塞尔维亚通信网络的一部分，而且还说飞行员在攻击该座桥梁时不可能看到那列火车。

- (2) 4月14日, 逃往贾科维察 (Djakovica) 的科索沃阿族的一个车队受到攻击 (根据南斯拉夫当局的说法, 有70至75名平民被杀害, 有超过1000名平民受伤)。北约解释说, 英国的飞行员在高空飞行时为了避免遭到南斯拉夫高射炮的攻击, 误以为是在向地面攻击一个载有南斯拉夫武装和安全部队的车队, 因为他们刚刚烧毁了许多阿族村庄。
- (3) 4月15日至18日, 潘切沃 (Pancevo) 石化设备遭到轰炸。
- (4) 发电站和输电站不断受到攻击。根据北约官员的说法, 攻击的目的是为了切断输往南斯拉夫军事通信设施的电力, 而根据其他人的说法, 这只是为了不让居民用电, 以便在平民当中制造反对米洛舍维奇总统的不安情绪。
- (5) 诺维萨德 (Novi Sad) 的多瑙河大桥 (远离科索沃几百公里) 遭到攻击。
- (6) 中国驻贝尔格莱德的大使馆遭到摧毁 (三位平民被杀害, 15位平民受伤)。美国解释说, 这是他们的情报人员造成的错误, 因为他们未能精确找到南斯拉夫政府的供应办公室, 该办公室是打算攻击的目标。
- (7) 4月23日, 就在下午两点之后, 北约故意袭击位于贝尔格莱德的塞尔维亚广播电视台, 造成16人死亡, 另有16人严重受伤。一些北约代表为这次袭击辩护, 认为该广播电视台是为了军事目的而播送节目的; 包括英国首相在内的其他人则说, 南斯拉夫的媒体宣传使米洛舍维奇总统能一直掌握政权, 并煽动居民参加到反对科索沃人的暴力行为当中。
 - A. 分别分析上面提到的各次攻击, 讨论的问题有: 它们产生的争议是否值得关注? 它们是否针对的是军事目标? 附带的平民损失是否可以被允许? 在攻击中是否采取了必要的预防措施? 在那些给出不同事实以及不同解释的情形中, 请分别予以分析 (比较《第一议定书》第51条、第52条第2款以及第57条。)
 - B. 那些“错误地” (不符合攻击者的目的) 攻击或者影响平民的攻击是否可能违反国际人道法? 它们是否可能构成严重破坏国际人道法的行为? 是否是一种战争罪? (比较《第一议定书》第57条和第85条第3款; 《国际刑事法院罗马规约》第30条和第32条。)
 - C. 美国和中国之间当时并不存在国际性武装冲突, 中国在贝尔格莱德的外交代表是否受到国际人道法的保护? 他们是否是受保护之人? (比较《日内瓦公约》共同第2条; 《日内瓦第四公约》第4条; 《第一议定书》第50条。)

28. 此外，在整个空袭中，北约部队对军事目标使用了含有贫铀和集束弹药的投射物。在冲突之后，那些战争遗留物被认为对平民居民、北约的国际人员以及部署在科索沃的军队带来了危险。

这种军火是否受到国际人道法禁止？由于对战斗员的长期影响，对军事目标或战斗员使用作战手段是否受到国际人道法禁止？对该地区的平民居民造成影响呢？对环境造成影响呢？

29. 在北约的空袭中，驻扎在马其顿的三位美国士兵落入了南斯拉夫手中，不知道他们是在马其顿被绑架到南斯拉夫，还是因为他们错误越境进入了科索沃。经过四个星期不断请求之后，红十字国际委员会才得以探视他们。

美国士兵是否是战俘？他们以何种方式被俘是否对他们的地位会产生影响？他们应当何时被遣返回去？如果他们是在马其顿被绑架的，在敌对行动结束以后，他们是否应当被释放？（比较《日内瓦第三公约》第2条、第4条、第118条和第126条第5款。）

30. 由于北约发动了空袭，南斯拉夫联盟共和国和塞尔维亚共和国的部队加强了对科索沃阿族人的攻击。在接下来几个月时间里，他们强行迁移了大约74万名科索沃阿族人，相当于整个阿族人口的三分之一。在南斯拉夫和塞尔维亚部队发动的行动中，有许多科索沃阿族人被杀害。在北约的空袭中，有少量人被杀害。

- (1) 南斯拉夫和塞尔维亚部队强行迁移科索沃人口是否非法？（比较《日内瓦第四公约》第49条和第147条；《第二议定书》第17条；《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第1项第7目和第2款第5项第8目。）
- (2) 如果是，强迫迁移人口是否构成战争罪或危害人类罪？（比较《国际刑事法院罗马规约》第7条第1款第4项和第2款第4项，以及第8条第2款第1项第7目以及第2款第5项第8目。）
- (3) 是否可以说对科索沃人口实施了种族灭绝？（比较《国际刑事法院罗马规约》第6条。）
- (4) 是否可以说因为北约的空袭、科索沃解放军与北约结盟以及北约想要解放科索沃以至于可以进行迁移？由于在空袭开始后实施的大屠杀和迁移人口的行为更加多了，是否可以说造成平民居民痛苦的部分责任在于北约身上？

- (5) 国际人道法是否也保护科索沃人反对北约的行动？（比较《第一议定书》第49条第2款以及第50条。）
31. 1999年3月29日，由于塞尔维亚准军事部队造成安全形势的恶化，红十字国际委员会从科索沃撤出了它的19名代表。不过，在临近国家，红十字国际委员会仍然在活动，照顾着从科索沃逃出来的难民。1999年5月下旬，由于和塞尔维亚当局关于难民返回科索沃的谈判结束以及对安全形势进行了调查，红十字国际委员会重新恢复了它的办公室，并且恢复了它在该省的人道行动。
- (1) 红十字国际委员会是否有权在科索沃存在？在贝尔格莱德呢？（比较《日内瓦公约》共同第3条；四个公约的分别第9条、第9条、第9条和第10条；《日内瓦第三公约》第126条第5款；《日内瓦第四公约》第143条第5款。）
- (2) 根据国际人道法或者与南斯拉夫达成的协议，红十字国际委员会是否有权在科索沃存在？南斯拉夫是否有义务确保红十字国际委员会代表有充分的安全保障？（比较《日内瓦第三公约》第126条第5款；《日内瓦第四公约》第143条第5款。）
- (3) 由于红十字国际委员会从科索沃撤出，它在科索沃的使命是否宣告失败？红十字国际委员会是否本来就应当从南斯拉夫所有地方撤出？在什么情况下，红十字国际委员会可以从一个国家撤出？
- (4) 如果红十字国际委员会在整个冲突期间只能留在科索沃，那么它可以在哪些方面帮助阿族人？
32. 1999年5月27日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭主检察官路易斯·阿伯女士 (Louis Arbour) 对斯洛博丹·米洛舍维奇签发了起诉书，指控他在科索沃犯有危害人类罪和违反战争法规和惯例的行为。（比较前南斯拉夫问题国际刑事法庭的网站：<http://www.icty.org/milosevic>）
- (1) 为什么米洛舍维奇没有被指控在科索沃犯有严重破坏《日内瓦公约》的行为？（比较《日内瓦第四公约》第2条、第4条和第147条。）
- (2) 即使斯洛博丹·米洛舍维奇自己不一定实施了危害人类罪和违反战争法规和惯例的行为，前南斯拉夫问题国际刑事法庭主检察官可以根据什么原则指控他犯有那些罪行？（比较《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条，参见**案例179**，第1781页。）

- (3) 作为国家元首，难道斯洛博丹·米洛舍维奇不能就他在任期间实施的行为享有豁免权？

33. 1999年6月3日，塞尔维亚议会同意一项终止科索沃冲突的国际计划。该计划规定在联合国支持下部署一支国际部队，塞尔维亚部队从科索沃撤出以及难民返回科索沃。1999年6月10日，塞尔维亚部队离开科索沃。联合国安理会第1244号（1999年）决议决定创立的一支由35000名北约部队组成的国际部队，并进入科索沃。这支部队即是“科索沃保护部队”（KFOR）。安理会决议还规定，联合国科索沃临时行政当局（UNMIK）对该块领土进行临时管理。这样，科索沃就处在国际管理之下，但仍然是南斯拉夫的领土。6月21日，在“临时政府”总理和“科索沃保护部队”司令之间签订了一份解除科索沃解放军武装的协定。关于科索沃的所有立法和行政权力，包括司法权，都被赋予联合国科索沃临时行政当局，而且是由联合国秘书长的特别代表来行使（刚开始是贝尔纳德·库什内（Bernard Kouchner），现在[2005年]是索伦·杰森－彼得森（Soren Jessen-Petersen））。

轰炸的结束并没有结束科索沃政治敌对的气氛。非阿族人成了受害者，一些人称这种暴力行为是“颠倒的种族清洗”。在这种大的背景下，1999年7月23日，在格拉奇科（Gracko）村发现了14具被谋杀的塞族人的尸体。尽管有大约80万阿族难民成功返回家园，但有大约20万塞族人和罗姆人（Roma）被迫离开了科索沃。

- (1) 你如何对塞尔维亚部队撤出后的科索沃局势进行定性？（比较《日内瓦公约》共同第2条和第3条；《第二议定书》第1条。）
- (2) “倒过来的种族清洗”行为是否违反国际人道法？（比较《日内瓦第四公约》第3条、第27条和第32条。）
- (3) 作为“颠倒的种族清洗”行为的受害者，塞族人以前容忍对阿族人的迫害，而且阿族人受到的迫害更加严重，现在这是否可以成为塞族人也应当受到迫害的合理理由？你是否能替科索沃保护部队和联合国科索沃临时行政当局就塞族人后来遭受的迫害给出某些合理理由？（比较《日内瓦第四公约》第3条、第27条和第33条第3款；《第二议定书》第4条第2款第1项和第2项。）
- (4) 科索沃是否是被“科索沃保护部队”占领的领土？即使部署这支部队是根据安理会的决议，是否也是这样？即使部署这支部队是为了

当地居民的利益，是否也是这样？即使它是得到南斯拉夫同意的，是否也是这样？（比较《日内瓦第四公约》第2条；《第一议定书》序文第5段。）

- (5) 《日内瓦第四公约》中关于被占领土的哪些规则与科索沃保护部队和联合国科索沃临时行政当局的存在目的不符？如果国际人道法可以适用，联合国科索沃临时行政当局是否有义务防止对居住在科索沃的少数者发动攻击？在这种情况下，关于科索沃的所有立法和行政权力，包括司法权，是否都被赋予了国际公务员？（比较《海牙章程》第42条、第43条；《日内瓦第四公约》第64条至第66条。）

34. 2000年年底，在（塞尔维亚南部的）普雷塞沃（Presevo）谷地居住的阿族人成立了一个称为“普雷塞沃、梅德韦贾和布亚诺瓦茨解放军”（*Ushtria Clirimtare e Presheva, Medvegja e Bujanovc*）（UCPMB）的武装运动组织。该组织和科索沃解放军一模一样。普雷塞沃谷地是与科索沃省接壤的一块五公里宽的狭长地带。该组织试图使普雷塞沃谷地成为科索沃省的一部分。虽然该谷地位于塞尔维亚，但根据与科索沃保护部队的协定，南斯拉夫军队已经从该谷地撤出。生活在该谷地的人口大约80%是阿族人。为了与塞尔维亚其他部队竞争，该组织发动了游击战争。

这种情形在国际人道法中具有什么地位？如果该组织得到科索沃解放军的装备和资助，那么它具有什么地位？如果科索沃解放军对该组织进行了总体控制呢？“科索沃保护部队”和联合国科索沃临时行政当局对该组织承担什么义务？（比较《日内瓦公约》共同第1条至第3条；《第二议定书》第1条。）

35. 在前南斯拉夫马其顿共和国，阿族人在当地是少数民族。他们认为，他们在该国国家机构中的代表权不平等。例如，在安全部队中，几乎无法听到阿族人的声音，甚至是在那些多数都是讲阿尔巴尼亚语的地区。2001年2月16日，马其顿科索沃解放军（UCKM，是科索沃解放军在马其顿的分支）开始占领一些与科索沃和塞尔维亚接壤的讲阿尔巴尼亚语的村庄。2001年3月，它开始促使马其顿西北部及其该地区占多数的阿族人从马其顿分离。2001年3月14日，阿族人在泰托沃（Tetovo）的街道上举行示威，12名马其顿科索沃解放军士兵化妆混入示威人群，并对警察开枪。第二天，马其顿科索沃解放军向被马其顿军队控制的泰托沃市中心发动了炮击。

- (1) 你如何根据国际人道法对这种情势进行定性？如果马其顿科索沃解放军得到科索沃解放军的装备或资助，你又将如何定性？如果科索沃解放军对马其顿科索沃解放军进行了总体控制呢？（比较《日内瓦公约》共同第2条和第3条；《第二议定书》第1条。）
 - (2) 国际人道法是否禁止马其顿科索沃解放军的士兵混在示威人群中？是否禁止分散在示威人群中攻击马其顿警察部队？（比较《第一议定书》第37条第1款第3项、第44条第3款、以及第51条第7款。）
36. 在敌对行动中，平民遭受很大痛苦，尤其是在泰托沃地区，因为在那个地区找到食物、药品和其他生活必需品极其困难。几百人因为受到战斗影响被迫逃离家园。马其顿安全部队发出了最后通牒，鼓励讲阿尔巴尼亚语的平民离开被马其顿科索沃解放军控制的村庄，因为那样他们就可以在不危及平民居民的情况下攻击战斗员。但是，马其顿科索沃解放军经常不让平民离开。
- (1) 马其顿当局是否有义务允许向被马其顿科索沃解放军控制的村庄提供物资供应？他们可以设置哪些优先条件？那些条件是否现实？（比较《日内瓦第四公约》第23条；《第一议定书》第70条；《第二议定书》第18条第2款。）
 - (2) 马其顿当局那种让生活在受马其顿科索沃解放控制的村庄里的平民逃离的做法是否符合国际人道法？（比较《日内瓦第四公约》第49条；《第二议定书》第17条。）
 - (3) 马其顿科索沃解放军是否可以组织平民从被它控制的村庄逃离？（比较《第一议定书》第51条第7款和第58条。）
37. 2001年8月13日，在马其顿科索沃解放军和安全部队发生冲突七个月之后，有关各方签订了一项和平协定，规定增加对讲阿尔巴尼亚语少数者的权利保护、解除马其顿科索沃解放军的武装、以及对叛乱分子进行赦免。北约还发动了称为“基本收获” (Essential Harvest) 的行动。8月22日，该行动的一部分，北约在马其顿部署了第一支特遣部队，以便收缴叛乱分子的武器。2001年8月27日，北约收缴了马其顿科索沃解放军的第一批武器。

[本案例内容很多，充分反映了肆虐巴尔干半岛多年无止境的冲突浪潮。作者们希望将来不再有新的事件补充进来。]

案例173，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》**案 例****一、南斯拉夫/克罗地亚，1991年11月27日的谅解备忘录**

[资料来源：Mercier, M., *Without Punishment, Humanitarian Action in Former Yugoslavia*, Appendix: Document IV, London, East Haven, 1995, pp.195-198]

谅解备忘录

我们，下面签名者，

联邦劳动、卫生、退伍事务和社会政策部长拉迪沙·加齐奇 (Radisa Gacic) 阁下，

南斯拉夫人民军医疗部部长弗拉迪米尔·沃伊沃迪奇 (Vladimir Vojvodic) 中将，

克罗地亚共和国外交部部长助理谢尔盖·莫桑 (Sergej Morsan) 先生，

克罗地亚共和国卫生部医疗局局长I·普罗丹 (I. Prodan) 首席医生 (Prim. Dr.)，

克罗地亚共和国卫生部医疗局信息处处长伊维察·科斯托维奇 (Ivica Kostovic) 教授博士 (Prof. Dr.)，

塞尔维亚共和国卫生部部长N·米特洛维奇 (N. Mitrovic) 博士 (Dr.)，

鉴于1991年11月5日六个共和国的总统在海牙发表的声明承诺尊重和确保尊重国际人道法；鉴于1991年11月26至27日在红十字国际委员会的召集下在日内瓦所进行的讨论；当时有下列人员参与：

红十字国际委员会副主席克劳迪奥·卡拉特希 (Claudio Caratsch) 先生，

红十字国际委员会执行局成员、行动部主任让·德·库尔唐 (Jean de Courten) 先生，

欧洲总代表 (上面提到的会议主席) 蒂埃里·热尔蒙 (Thierry Germond) 先生，

欧洲副总代表弗朗西斯·阿马尔 (Francis Amar) 先生，

原则、法律和与运动关系副主任弗朗索瓦·比尼翁 (Francois Bugnion) 先生，

红十字国际委员会贝尔格莱德代表处主任蒂埃里·梅拉 (Thierry Meyrat) 先生，

红十字国际委员会萨格勒布代表处副主任皮埃尔－安德烈·科诺 (Pierre-Andre Conod) 先生,

南斯拉夫特别工作组让－弗朗索瓦·贝热 (Jean-Francois Berger) 先生,

南斯拉夫特别工作组文森特·吕塞尔 (Vincent Lusser) 先生,

法律部官员马尔科·萨索利 (Marco Sassoli) 先生,

法律部官员克里斯蒂娜·皮亚扎 (Cristina Piazza) 女士,

医疗部主任雷米·吕斯巴赫 (Remy Russbach) 博士,

医疗部副主任让－克劳德·穆利 (Jean-Claude Mulli) 博士,

中央寻人处主任让－戴维·沙皮伊 (Jean-David Chappuis) 先生,

同意如下:

(1) 伤者和病者

陆地上的所有伤者和病者应当享有1949年8月12日的《日内瓦第一公约》规定的条款的待遇。

(2) 海上的伤者、病者和遇船难者

海上的所有伤者、病者和遇船难者应当享有1949年8月12日的《日内瓦第二公约》规定的条款的待遇。

(3) 被俘的战斗员

被俘的战斗员应当享有1949年8月12日的《日内瓦第三公约》规定的条款的待遇。

(4) 落入敌对方权力之下的平民

1. 在敌对方权力之下以及因为武装冲突的原因而被剥夺自由的平民应当享有1949年8月12日的《日内瓦第四公约》规定的关于被拘留人员的条款的待遇 (第79条至第149条)。

2. 所有平民应当享有《第一议定书》第72条至第79条的待遇。

(5) 保护平民居民免受敌对行动的某些影响

平民居民受到1949年8月12日的《日内瓦第四公约》第13条至第26条的保护。

(6) 敌对行为

敌对行为应当按照《第一议定书》第35条至第42条以及第48条至第58条、1980年常规武器公约《关于禁止或限制使用地雷、饵雷和其他装置的议定书》的规定进行。

(7) 建立保护区

各方同意，所附的标准条款草案作为谈判建立保护区的基础。

(8) 寻找失踪人员

各方同意建立一个寻找失踪人员的联合委员会；联合委员会由有关各方代表、所有有关的红十字组织、尤其是南斯拉夫红十字会、克罗地亚红十字会和塞尔维亚红十字会代表在红十字国际委员会的参与下组成。

(9) 协助平民居民

1. 各方应当允许所有只为了对方平民居民的需要而运送医药和医疗供应、基本食物以及衣服的运输车队自由通过，双方有权要求保证运输车队不进入目的地以外的其他地方。
2. 他们应当同意、而且与只是向平民居民不偏不倚和不加歧视地提供人道协助的行动进行合作。应当提供所有的便利，尤其向红十字国际委员会。

(10) 红十字标志

1. 各方承诺遵守关于红十字标志的使用规则。尤其是，他们应当确保处在他们权力之下的所有人遵守这些规则。
2. 各方应当惩罚任何滥用标志的行为，以及对受到它保护的人员或财产进行的任何攻击行为。

(11) 传达指控

1. 各方可以向红十字国际委员会传达任何违反国际人道法的指控，但需要充分提供可以使据称应当负责的一方展开调查的详细情况。
2. 如果他们提供的指控使用辱骂的措辞或者已经向公众公开，红十字国际委员会则不会向另一方传达这些指控。当任何一方正式得到红十字国际委员会提出或传达的这种指控的通知时，他们应当立即展

开调查、尽责地进行跟踪、采取必要措施阻止据称的违反行为或者防止它们再次发生，还应当根据有效的法律对那些负有责任的人施以惩罚。

(12) 请求调查

1. 如果红十字国际委员会被要求展开调查，它可以进行斡旋，以便在它的组织之外根据它的原则建立一个调查委员会。
2. 红十字国际委员会只有根据一般协定或与有关各方签订专门协定的情况下才会参与设立这种委员会。

(13) 传播

各方承诺传播国际人道法的原则和规则以及本协定的知识，尤其是在战斗员之间，并承诺促进对它们的尊重，尤其是应当通过下列方式：

- 向处在他们指挥、控制或者政治影响之下的所有部队、以及向非正式的处在他们指挥、控制或者政治影响之下的准军事或者非正规部队发布关于国际人道法知识的指示；
- 为红十字国际委员会要求尊重国际人道法的呼吁提供传播的便利；
- 与红十字国际委员会进行合作，在媒体发表文章、在广播和电视制作节目，并且进行同步播送；
- 分发红十字国际委员会的出版物。

(14) 一般条款

1. 各方将尊重《日内瓦公约》的条款，并且保证非正式的处在他们指挥、控制或者政治影响之下的准军事或者非正规部队能够予以尊重；
2. 适用上述条款不应当影响冲突各方的法律地位。

(15) 下次会议

下次会议将于1991年12月19日至20日在日内瓦举行。

[接下来是上述人物的签字]

日内瓦，1991年11月27日

二、波斯尼亚和黑塞哥维那，1992年5月22日第一号协定

[资料来源: Mercier, M., *Crimes Without Punishment, Humanitarian Action in Former Yugoslavia*, London, East Haven, 1995, pp.203-207]

协 定

应红十字国际委员会的邀请,

波斯尼亚和黑塞哥维那共和国总统阿利雅·伊泽特贝戈维奇 (Alija Izetbegovic)
先生的代表K·特尔娜克 (K. Trnak) 先生,

塞尔维亚民主党主席拉多万·卡拉季奇 (Radovan Karadzic) 先生的
代表D·卡利尼奇 (D. Kalinic) 先生,

塞尔维亚民主党主席拉多万·卡拉季奇 (Radovan Karadzic) 先生的
代表J·乔戈 (J. Djogo) 先生,

民主行动党主席阿利雅·伊泽特贝戈维奇 (Alija Izetbegovic) 先生的
代表A·库里亚克 (A. Kurjak) 先生,

克罗地亚民主共同体主席米连科·布尔基奇 (Miljenko Brkic) 先生的
代表S·西托·乔里奇 (S. Sito Coric) 先生

于1992年5月22日在日内瓦会面, 讨论在波斯尼亚和黑塞哥维那冲突情形中
适用和执行国际人道法的各项问题, 并且寻找解决由此产生的各种人道问题的办
法。因此

- 意识到敌对行动对该地区产生的人道影响;
- 鉴于1991年11月5日发表的海牙声明;
- 重申他们尊重和确保尊重国际人道法规则的承诺;

各方同意, 在不对冲突各方的法律地位或关于武装冲突有效的国际法产生任
何影响的情况下, 他们将适用下列规则:

一、一般原则

各方承诺尊重和确保尊重1949年8月12日四个《日内瓦公约》共同第3条。
该条款尤其规定:

(一) 不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。

因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：

- (甲) 对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；
- (乙) 作为人质；
- (丙) 损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；
- (丁) 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。

(二) 伤者、病者应予收集与照顾。

公正的人道团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。

冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力。

上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位。

二、特别协定

根据1949年8月12日四个《日内瓦公约》共同第3条的规定，各方同意遵守下列条款：

(一) 伤者、病者和遇船难者

伤者、病者和遇船难者应当享有1949年8月12日的《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》条款规定的待遇，尤其是：

- 所有伤者、病者和遇船难者，无论他们是否参与了武装冲突，都应受尊重与保护；
- 在一切情况下，他们应予以人道之待遇与照顾，应当在最大实际可能的情况下以及最少延误地受到他们情况必需的医疗照顾和护理。除了医疗原因以外，在他们之间不应当有任何基于其他理由的区别。

(二) 保护医院和其他医疗队

1. 医院和其他医疗队，包括医疗运输，在任何情况下不得被攻击。它们在任何时候都应当受到尊重和保护。不得将它们用来庇护战斗员、军事目标或者军事行动以免其受到攻击。

2. 除非它们被用来从事军事行为，否则不应当停止对它们的保护。停止保护只有在发出合理警告、并且给与停止军事行为一段合理期限以后才可以。

(三) 平民居民

1. 平民和平民居民受到1949年8月12日的《日内瓦第四公约》第13条至第34条的保护。平民居民和平民个人应当享有免受军事行动产生的危险的一般保护。他们不应当成为攻击的目标。禁止那些主要目的在于在平民居民中散布恐怖的暴力行为或威胁。
2. 所有平民应当享有《第一议定书》第72条至第79条规定的待遇。处在敌对方权力之下的平民以及因为与武装冲突有关的原因而被剥夺自由的平民应当享有1949年8月12日《日内瓦第四公约》关于被拘留人员的待遇。
3. 在平民居民的待遇方面，不应当基于种族、宗教或信仰、或者任何其他类似理由有所不利区别。
4. 除非为了有关平民的安全或者基于必要的军事理由，否则不得下令迁移平民居民。如果必须执行这样的迁移命令，应当采取所有可能措施，以便平民居民能够得到满意的住所、卫生、安全和营养条件。
5. 红十字国际委员会应当可以在任何地点，尤其是在拘禁或拘留场所自由地接触平民，以便执行他们根据1949年8月12日的《日内瓦第四公约》所规定的人道使命。

(四) 被俘的战斗员

1. 被俘的战斗员应当享有《日内瓦第三公约》所规定的待遇。
2. 红十字国际委员会应当可以自由地接触所有被俘的战斗员，以便履行他们根据1949年8月12日的《日内瓦第三公约》所规定的人道使命。

(五) 敌对行为

敌对行为应当在尊重武装冲突法的基础之上进行，尤其是应当按照《第一议定书》第35条至第42条以及第48条至第58条、1980年常规武器公约《关于禁止或限制使用地雷、饵雷和其他装置的议定书》的规定进行。为了促进对平民居民的保护，战斗员有义务将自己与平民居民区分开来。

(六) 对平民居民的协助

1. 各方应当允许只为了对方平民居民的需要而运送医药和医疗供应、基本食物以及衣服的所有运输车队自由通过,双方有权要求保证运输车队不进入目的地以外的其他地方。
2. 他们应当同意、而且与只是向平民居民不偏不倚和不加歧视地提供人道协助的行动进行合作。应当提供所有的便利,尤其向红十字国际委员会。

三、红十字标志

红十字标志应当受到尊重。各方承诺只是为了表明医疗队和人员以及尊重红十字使用的国际人道法其他规则而使用标志,并且应当惩罚任何滥用标志的行为,以及对受到它保护的人员或财产发动攻击的任何行为。

四、传播

各方承诺传播国际人道法的原则和规则以及本协定的知识,尤其是在战斗员之间,并承诺促进对它们的尊重,尤其是应当通过下列方式:

- 向处在他们指挥、控制或者政治影响之下的所有部队发布关于国际人道法知识的指示;
- 为红十字国际委员会要求尊重国际人道法的呼吁提供传播便利;
- 分发红十字国际委员会的出版物。

五、执行

1. 每一方承诺向红十字国际委员会委派联络官,他们将长期出现在红十字国际委员会指定的会议场所,以便在行动中用所有必要的通信手段协助红十字国际委员会与他们代表的所有武装团体进行联系。那些联络官应当有能力与那些团体接触,并且就行动的安全向红十字国际委员会提供保证。每一方将允许那些联络官自由进入红十字国际委员会指定的会议场所。
2. 每一方承诺,尤其是得到红十字国际委员会提出的任何违反国际人道法指控的通知后,立即展开调查、尽责地进行跟踪、采取必要措施阻止据称的违反行为或者防止他们重新发生,还应当根据有效的法律对那些负有责任的人进行惩罚。

六、一般条款

1. 各方承诺在一切情况下尊重和确保尊重本协定。
2. 如果各方在1992年5月26日18点之前将他们正式接受本协定的通知发到红十字国际委员会，本协定将在5月27日零点生效。

讨 论

1. 这两份协定是否对冲突作了定性？如果红十字国际委员会将克罗地亚和南斯拉夫之间的冲突定性为国际性冲突，它是否可以建议签署1991年11月27日的那份《谅解备忘录》？1992年5月22日的《第一号协定》是否关注的是国际性武装冲突？（比较四个《日内瓦公约》共同第2条和第3条；四个《日内瓦公约》分别的第6条、第6条、第6条和第7条；《第一议定书》第1条。）
2. (1) 为什么红十字国际委员会建议签署这种协定？为什么各方签订了这种协定？谁是这两份协定的当事方？谁受到这两份协定的拘束？
(2) 该份《谅解备忘录》对南斯拉夫社会主义联邦共和国和克罗地亚是否有拘束力？《第一号协定》对波斯尼亚和黑塞哥维那是否有拘束力？是不是应当认为《第一号协定》将“波斯尼亚和黑塞哥维那共和国”和各个政党一视同仁？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条第3款。）
(3) 当红十字国际委员会邀请各方谈判协商那些协定时，它能设想遇到的困难有哪些？它是如何克服那些困难的？
3. 该份《谅解备忘录》第3条是否赋予了被俘的战斗员战俘地位？是否可以判处那些以前在南斯拉夫人民军中服役，但后来落入南斯拉夫权力之下的克罗地亚士兵犯有严重叛国罪？
4. (1) 该份《谅解备忘录》第4条第1款和《第一号协定》第2条第3款第2项赋予那些被剥夺自由的平民和适用于国际性武装冲突的国际人道法相同的保护、更小程度的保护还是更大程度的保护？（比较《日内瓦第四公约》第37条、第41条、第76条、第78条和第79条。）
(2) 生活在克罗地亚西斯拉沃尼亚地区的塞族居民的祖先早在400年前就在该地区生活了。如果生活在该地区的塞族居民被克罗地亚警察逮捕，那么他是否就处在该份《谅解备忘录》第4条第1款规定的“敌对方权力之下”？生活在波斯尼亚和黑塞哥维那巴尼亚·卢卡地区的波斯尼亚穆斯林居民的祖先早在400年前就在该地区生活了。如果生活在该地区的穆斯林居民被波斯尼亚塞族警察逮捕，那么他是否就处在《第一号协定》第2条第3款第2项规定的“敌对方权力之下”？生活在波斯尼亚和黑塞哥维那首都萨拉热窝的塞族居民的祖先早在400年前就在该地区生活了。如果生活在该地区的塞族居民被波斯尼亚警察逮捕，那么他是否就处在《第一号协定》第2条第3款第2项规定的“敌对方权力之下”？基于他们的民族出身而对有

关人员定性“受保护之人”会有哪些优势和劣势?是否还有其他方式可以适用适用于国际性武装冲突中的法律?

5. (1) 该份《谅解备忘录》是否禁止任何形式的强迫迁移居民?在适用于国际性武装冲突的国际人道法中,是否有任何禁止强迫迁移居民的规定?是怎么规定的?为什么那个规定没有被规定在该份《谅解备忘录》中?因此,在克罗地亚和南斯拉夫之间的冲突中,“种族清洗”行为是否没有违反国际人道法?(比较《日内瓦第四公约》第49条。)
- (2) 在《第一号协定》中,是否有条款禁止强迫迁移居民?该条款的措辞来自适用于国际性武装冲突的法律还是适用于非国际性武装冲突的法律?(比较《日内瓦第四公约》第49条;《第一议定书》第85条第4款;《第二议定书》第17条。)
6. (1) 你知道该份《谅解备忘录》第6条以及《第一号协定》第2条第5款在援引《第一议定书》关于敌对行动的规则时为什么没有提到第43条至第47条?
- (2) 在克罗地亚和南斯拉夫的冲突中,战斗员是否有义务将他们自己与平民居民区分开来?(比较《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款;《第二议定书》第13条。)
7. 该份《谅解备忘录》第9条以及《第一号协定》第2条第6款关于人道协助的规定是否是适用于国际性武装冲突的国际人道法的体现?还是说规定的内容更多?如果是,是从哪个意义上说的?(例如比较《日内瓦第四公约》第10条、第23条、第59条至第61条、第108条至第109条、第142条;《第一议定书》第69条、第70条以及第81条。)
8. (1) 在这两份协定中,规定了哪些关于执行的规则?没有提到哪些适用于国际性武装冲突的国际人道法的执行机制?你知道为什么当事方不愿意提到那些机制?
- (2) 在这两份协定中,是否有关于战争罪的规定?这两份协定缺乏国际人道法关于严重破坏制度的哪些内容?鉴于前南斯拉夫有国内立法执行了国际人道法关于严重破坏的制度,它的继承国是否填补了那些重要的漏洞?如果国际人道法要求将违反适用于国际性武装冲突的国际人道法的行为定性为严重破坏行为,那么在协定中同意遵守这种规定的一方是否必须那么做?前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否可以根据这两份协定起诉任何严重破坏适用于国际性武装冲突的国际人道法的行为?如果所违反的规则只规定在这两份协定中,是否也是那样?是否只有当它同时还违反了习惯国际人道法时才是那样?
- (3) 两份协定中规定的执行规则之间有何区别?你是否能对它们之间的区别进行解释?
- (4) 为什么红十字国际委员会在该份《谅解备忘录》第12条中对违反的指控进行调查表现出那种不情愿的态度?难道进行调查不是执行国际人道法的一种重要手段?鉴于红十字国际委员会对这个领域知识的掌握程度、对国际人道法的专长以及得到公认的中立和不偏不倚的立场,至少当双方都同意它进行调查时,难道它自己不当进行调查?你知道红十字国际委员会在这一领域采取极端谨慎立场的原因是什么?

- (5) 诸如《第一号协定》第5条第1款所规定的机制有什么意义？
- (6) 该份《谅解备忘录》第14条第1款是否把《日内瓦公约》的所有内容都规定在了《谅解备忘录》？第14条第1款针对的是哪些部队？那个条款有什么意义？
9. (1) 这样的协定有哪些优势和劣势？是否可以抛开整个国际人道法而对它们进行解读和适用？
- (2) 该份《谅解备忘录》是否适用于居住在克罗地亚一部分地区（尤其是克拉伊那地区）当地塞族人与克罗地亚政府之间的冲突？即使南斯拉夫不再对那些当地塞族人的行动进行控制了，是否也是这样？
- (3) 《第一号协定》是否适用于追随阿卜迪奇先生的波斯尼亚寻求自治的穆斯林和波斯尼亚政府军在比哈奇地区发生的武装冲突？

案例174，波斯尼亚和黑塞哥维那，1992-1993年安全区的建立

案 例

一、 红十字国际委员会立场声明，在波斯尼亚和黑塞哥维那为面临危险的平民设立保护地带

[资料来源：红十字国际委员会立场声明。1992年10月30日向有关政府分发，关于前南斯拉夫问题伦敦会议主席和联合国难民事务高级专员办公室]

立场声明

在波斯尼亚和黑塞哥维那为面临危险的平民设立保护地带

正在波斯尼亚和黑塞哥维那发生“种族清洗”的情形，它的主要行为众所周知：胁迫、威胁、骚扰、兽行、盘剥、酷刑、大规模劫持人质和拘禁平民、更大规模地驱逐人口、即决处决；等等。

几个月以来，对于属于少数民族一方或战败一方的平民来说，情势已经变得越来越悲惨和令人绝望。就像在波斯尼亚和黑塞哥维那北部地区或最近在该国中部地区（亚伊采－特拉夫尼克－普罗佐尔地区（Jajce-Travnik-Prozor））发生的一样，情势正在每况愈下。

今天，至少有10万穆斯林居住在波斯尼亚和黑塞哥维那北部。他们惊恐万分，唯一的希望就是能够转移到安全区。如果国际社会想要协助和保护这些人们，必须让“安全区”的构想转变为现实。

由于没有第三个国家看来准备给10万波斯尼亚难民提供庇护，哪怕是临时性庇护，必须提出一个全新的观念，以在波斯尼亚和黑塞哥维那创立保护地带。这些保护地带还必须能够符合该问题的特殊条件和全部规模。

鉴于目前在该国出现了需要高度警觉的极端局势，红十字国际委员会建议国际社会在波斯尼亚和黑塞哥维那设立保护地带。保护地带应当优先在波斯尼亚和黑塞哥维那北部设立，以便给受到威胁的平民提供避难场所。在不久的将来，也可以考虑在波斯尼亚和黑塞哥维那中部地区设立其他类似区域。

国际人道法包含保护地带这样的概念，它还规定了各种类型的区域。然而，现在的局势要求设立的区域能够适应特殊要求，尤其是需要国际保护。

现在，国际社会应该谨慎研究设立保护地带的可行性问题。就像上面提到的那样，在目前局势下，设立这种地带不只是由控制这些区域各方来负责。为10万名平民提供保护地带，远远超出了红十字国际委员会自身的能力。

必须符合以下条件：

- 保护地带必须符合适当的卫生标准；
- 保护地带必须位于能够提供必要保护的区域；
- 必须清晰界定这些保护地带的国际责任；
- 有关各方必须对保护地带的构想以及这些地带的位置达成一致；
- 具有适当职责的国际部队，例如联合国保护部队，必须确保这些地带内外及部分后勤的安全；
- 国际组织必须为这些地带整个设施的建设提供协助，包括房屋、住所、取暖、卫生，以及后勤系统。另外，有关组织必须为食品的提供、烹饪以及医疗服务承担责任。

红十字国际委员会愿意、而且准备提供服务，以便帮助建立和维护这种地带。

依据其职责，红十字国际委员会尤其将负责这些地带的寻人任务，至少在一定程度上负责提供救济和建设医疗基础设施；

尽管对于国际社会来说，建立这种地带显然存在困难，而且具有财政、物质和后勤方面的负担，更不用说整个安全问题，但红十字国际委员会认为，除此之

外，现在别无选择。冬天正在来临，而且波斯尼亚和黑塞哥维那在任何和平协定达成和执行之前很有可能就已经入冬。

强迫迁移波斯尼亚和黑塞哥维那中部地区那些不受保护的大量居民是完全无法接受的，不能再这样继续下去了。由于没有停火，已经有太多平民在被迫徒步穿越边界线时死于战斗员的相互交火，或者被狙击手故意杀害。

为了建立保护地带，应当尽快在波斯尼亚和黑塞哥维那部署联合国保护部队。红十字国际委员会还强烈希望联合国安理会很快就会考虑扩大联合国保护部队在波斯尼亚和黑塞哥维那的职责，以便使其部队能够保障这种地带的安全。

二、安理会，第819 (1993) 号决议

[资料来源：UN Doc.S/RES/819 (April 16, 1993)]

安理会，

[……]重申波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的主权、领土完整和政治独立，

重申要求当事各方及其他有关方面立即遵守在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国全境停火，

重申谴责一切违反国际人道法的行为，尤其是“种族清洗”的做法，

关切波斯尼亚塞族准军事部队对东波斯尼亚村镇的敌对行动方式[……]

对1993年4月16日秘书长向安全理事会提供的情报深表震惊，因波斯尼亚塞族准军事部队继续蓄意对无辜平民进行武装攻击和炮击，以致斯雷布雷尼察及其周围地区的局势迅速恶化，

强烈谴责波斯尼亚塞族准军事部队蓄意拦截人道主义救助车队，

并强烈谴责波斯尼亚塞族准军事部队对联保部队采取的的行动，特别是拒不保障联保部队人员的安全和行动自由，

认识到因受波斯尼亚塞族准军事单位残暴行动的直接影响，斯雷布雷尼察及其周围地区已形成悲惨的人道主义紧急情况，迫使大量平民、特别是妇孺和老年人流离失所，

忆及关于联保部队任务的第815 (1993) 号决议的规定，并在这方面根据《联合国宪章》第七章采取行动，

[在第815 (1993) 号决议中，我们关心的唯一段落是这样说的：“安理会[……]决心确保联保部队的安全及其所有任务的行动自由，并为此目的，根据《联合国宪章》第七章采取行

动[……]”。后来，安全理事会在1993年6月4日通过的第836 (1993) 号决议却授权联合国保护部队“在自卫行动中，采取一切必要措施，包括使用武力，还击任何一方对安全区的轰击[……]”。]

1. 要求所有各当事方和其他有关方面将斯雷布雷尼察及其周围地区视为安全区，这些区域不应受到任何武装攻击或任何其他敌对行动；
2. 为达此效果，同时要求波斯尼亚塞族准军事部队立即停止对斯雷布雷尼察的武装冲击，并立即撤离斯雷布雷尼察周围地区；
3. 要求南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）立即停止向波斯尼亚和黑塞哥维那共和国境内的波斯尼亚塞族准军队部队提供军用武器、装备和服务；
4. 请秘书长立即采取步骤，增加驻在斯雷布雷尼察及其周围地区联保部队的人员，以期监测此安全区的人道情况，为达此目的，要求所有各当事方和其他有关方面与联保部队充分和迅速合作，还请秘书长向安全理事会紧急提出有关报告；
5. 重申以武力威胁或使用武力，包括以“种族清洗”手段掠夺或获取领土的任何行为均属非法，不能容许；
6. 谴责并反对波斯尼亚塞族一方蓄意迫使斯雷布雷尼察及其周围地区以及波斯尼亚和黑塞哥维那其他地区的平民疏散，作为其“种族清洗”通盘恶毒行动的一种手段；
7. 重申谴责一切违反国际人道法的行为，特别是“种族清洗”的行为，并重申犯下或指使他人犯下这种行为的人应对这种行为个人负责；
8. 要求让人道援助物资不受妨碍地运到波斯尼亚和黑塞哥维那共和国所有地区，特别是运给斯雷布雷尼察及其周围地区平民的人道援助物资，并忆及这种阻挠运送人道援助物资的行为构成对国际人道法的严重违反；
9. 敦促秘书长和联合国难民事务高级专员在安全理事会有关决议范围内，利用他们所掌握的一切资源，加强目前在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国，特别是斯雷布雷尼察及其周围地区的人道行动；
10. 进一步要求所有当事各方保证联保部队和所有其他联合国人员以及人道组织成员的安全和充分行动自由；
11. 进一步请求秘书长同难民专员办事处和联保部队进行磋商，安排将伤病平民安全撤离斯雷布雷尼察及其周围地区，并向安理会紧急提出有关报告；

12. 决定尽快派遣一个安全理事会成员特派团前往波斯尼亚和黑塞哥维那共和国，以查明情况，并向安全理事会提出有关报告；[……]

三、安理会，第824 (1993) 号决议

[资料来源：UN Doc. S/RES/824(May 6, 1993)]

安全理事会，

[……]

审议了安全理事会第819 (1993) 号决议授权前往波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的特派团的报告 (S/25700)，特别是其中建议将安全区的构想扩大到需要这种安全的其它城镇，

再次重申谴责所有违反国际人道法的行为，尤其是种族清洗和一切种族清洗的行径，以及拒绝或阻挠平民获得医疗协助和基本水电供应的人道主义援助物资和服务的做法，[……]

同时考虑到波斯尼亚和黑塞哥维那共和国正式提出的请求 (S/25718)，

深为关切波斯尼亚塞族准军事单位对波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的若干城镇不断进行武装敌对行动，并决心确保全国各地、最紧急的是萨拉热窝、图兹拉、泽帕、戈拉日德、比哈奇及斯雷布雷尼察等城镇的和平与安定，

深信应将受到威胁的城镇及其周围地区视为安全区，使其免遭武装攻击和任何其他危害居民幸福和安全的敌对行动，

在这方面，要注意到萨拉热窝城具有特殊性，是一个多文化、多种族和多宗教的中心，这证明波斯尼亚和黑塞哥维那共和国所有各族之间能够共处并保持相互关系，并证明有必要保存该城免遭更大的破坏，[……]

深信将上述城镇视为安全区有助于和平计划的早日执行，[……]

忆及第815 (1993) 号决议关于联保部队的规定，并在此范围内根据《宪章》第七章的规定采取行动，[……]

3. 宣布所有有关各方应将波斯尼亚和黑塞哥维那共和国首都萨拉热窝和其他此种受威胁地区，特别是图兹拉、泽帕、戈拉日德、比哈奇及斯雷布雷尼察及其周围地区视为安全区，不应受到武装攻击和任何其他敌对行动；
4. 同时宣布在这些安全区应遵守下列规定：

- (1) 立即停止对这些地区进行武装攻击或任何敌对行动，所有波斯尼亚塞族的军事或准军队部队在联合国军事观察员检测下一律从这些城镇撤退到不再对这些城镇的安全及其居民的安全构成威胁的距离之外；[后来，安理会在第836号决议第5段中说得更加明确：“5. 决定为此目的扩大联保部队的职责，使其能够[……]促使非属波斯尼亚和黑塞哥维那共和国政府的军事和准军事部队撤退[……]”]
 - (2) 所有当事各方完全尊重联合国保护部队（联保部队）和国际人道机构自由无阻地进入波斯尼亚和黑塞哥维那共和国境内的所有各安全区的权利，并完全尊重参加这些行动的人员的安全；
5. 为此目的，要求所有当事各方和其他有关方面与联保部队充分合作，并采取一切必要措施，以尊重这些安全区；
 6. 请秘书长采取适当措施，以监测安全区的人道主义情况，并为此目的，授权增强联保部队人力，增派50名联合国军事观察员，配以有关装备和后勤支援；并要求所有当事各方和所有其他有关方面立即与联保部队充分合作；
 7. 宣布如任何当事一方不遵守本决议，准备立即考虑采取其他任何必要措施，以期充分执行本决议，包括确保尊重联合国人员的安全；[……]

讨论

假如适用于国际性武装冲突的国际人道法可以适用于以下第1至第5个问题的讨论，至少因为1992年5月23日各方签订的协定（参见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》[比较B., 波斯尼亚和黑塞哥维那，1992年5月22日的《第一号协定》]第1752页。)

1. (1) 是什么样的人道问题促使红十字国际委员会建议设立保护地带并促使联合国安理会建立安全区？通常情况下，国际人道法是如何处理这些问题的？
 - (2) 在诸如波斯尼亚和黑塞哥维那这样的“种族清洗”局势中，有哪些特殊原因与哪些特殊危险要求建立某种类型的安全区？
2. (1) 红十字国际委员会是否建议设立国际人道法规定的其中一种保护地带？国际人道法是否规定对这种地带进行国际监督？国际人道法是否规定对这种地带提供国际保护？它是否符合国际人道法？为什么红十字国际委员会建议进行国际军事保护？（比较《日内瓦第一公约》第23条；《日内瓦第四公约》第14条和第15条以及附件一；《第一议定书》第59条和第60条。）
 - (2) 红十字国际委员会是否建议波斯尼亚政府军将保护地带非军事化？国际人道法关于保护地带的精神是否暗含有这种条件？这样要求是否现实？没有非军事化而设

立保护地带是否现实？（比较《日内瓦第一公约》第23条；《日内瓦第四公约》第14条和第15条以及附件一；《第一议定书》第59条和第60条。）

- (3) 敌对方是否可以占领红十字国际委员会建议设立的保护地带？根据国际人道法，这种条件是否是保护地带所固有的？这样要求是否现实？（比较《日内瓦第一公约》第23条；《日内瓦第四公约》第14条和第15条以及附件一；《第一议定书》第59条和第60条。）
 - (4) 红十字国际委员会的建议属于诉诸战争权还是战时法？这是否是尊重红十字中立和不偏不倚原则的体现？难道它不建议对冲突一方使用武力？红十字国际委员会的建议有何法律依据？
3. 安理会设立的安全区和红十字国际委员会建议的保护地带在哪些重要方面存在差异？
 4. (1) 安理会是否设立了国际人道法规定的其中一类保护地带？国际人道法是否规定对这种保护地带提供国际保护？提供这样的国际保护是否符合国际人道法？（比较《日内瓦第一公约》第23条；《日内瓦第四公约》第14条和第15条以及附件一；《第一议定书》第59条和第60条。）联合国保护部队在安全区的职责是什么？安理会是否赋予联合国保护部队保卫安全区的职责？增派50名军事观察员是否足以在安全区监督局势？是对于保护安全区而言？还是对于保卫安全区而言？
 - (2) 安理会建立的安全区是否将被非军事化？波斯尼亚政府军是否可以留在安全区内？根据决议和国际人道法，他们是否可以在安全区以外对波斯尼亚塞族部队发动攻击？（比较《日内瓦第一公约》第23条；《日内瓦第四公约》第14条和第15条以及附件一；《第一议定书》第59条和第60条。）
 - (3) 波斯尼亚塞族部队是否可以占领安理会设立的安全区？
 - (4) 安理会建立的安全区属于诉诸战争权还是战时法的范畴？要求维和部队承担根据决议所施加的职责是否合适？
 - (5) 安理会的决议给在安全区的波斯尼亚的穆斯林居民一种什么印象？对于波斯尼亚和黑塞哥维那政府呢？那些印象是否合理？
 5. 第819号决议和第824号决议的哪些内容忆及或者执行了战时法？哪些忆及和执行了诉诸战争权？你如何对第819号决议的有效部分，尤其是第5段进行定性？
 6. 假如适用的是适用于国际性武装冲突的法律或适用于非国际性武装冲突的法律，请分别回答下列问题：
 - (1) 波斯尼亚塞族故意迫使平民居民从（波斯尼亚政府控制的）斯雷布雷尼察撤离，这是否违反了国际人道法？（比较《日内瓦第四公约》第49条；《第二议定书》第17条。）
 - (2) 阻挠向斯雷布雷尼察的平民居民提供人道协助是否违反了国际人道法？根据国际人道法，联合国保护部队和国际人道机构是否可以自由出入所有安全区？（比较《日内瓦第四公约》第23条、第30条和第59条；《第一议定书》第70条和第81条；《第二议定书》第18条。）

- (3) 根据国际人道法，波斯尼亚塞族是否有义务允许受伤或生病的平民从斯雷布雷尼察撤离？（比较《日内瓦第四公约》第17条。）

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

案 例

一、《波斯尼亚和黑塞哥维那和平总框架协定》

[资料来源：全文再次刊登在《国际法律资料》(ILM), vol. 35, 1996, p. 75]

波斯尼亚和黑塞哥维那共和国总统、南斯拉夫联盟共和国总统和克罗地亚共和国总统于1995年11月21日在(美国)代顿达成、并于1995年12月14日在巴黎签署(本协定结束了发生在波斯尼亚和黑塞哥维那领土上的冲突)。

附件1A：《关于和平解决军事方面的协定》

第9条：俘虏交换

1. 各方应根据国际人道法和本条的规定毫不迟延地释放和移交因冲突原因而被关押的所有战斗员和平民（下称“俘虏”）。
 - (1) 各方应遵守并执行红十字国际委员会与各方协商后可能提出的释放和移交所有俘虏的计划。
 - (2) 各方应与红十字国际委员会充分合作，并为其执行和监督释放和移交俘虏的工作提供便利。
 - (3) 在权力移交三十 (30) 天之内 (已经在1995年12月19日实现)，各方应释放和移交被他们关押的所有俘虏。
 - (4) 为了加快本过程，在本附件生效二十一 (21) 天之内，各方应制定一份全面的俘虏名录，并将该名录提供给红十字国际委员会、其他各方、联合军事委员会以及高级代表。这些名录应尽最大可能列明俘虏的国籍、姓名、衔级 (如果有的话)、以及任何拘禁或军事系列号码。

- (5) 各方应确保红十字国际委员会享有完全和不受妨碍地进入关押俘虏的所有地方、并对所有俘虏进行探视的权利。为了执行和监督该计划、包括决定每一位俘虏的计划目的地，各方应允许红十字国际委员会至少在他或她得以释放之前四十八 (48) 小时内对每位俘虏进行私下会谈。
 - (6) 如果拒绝移交俘虏，各方不应对该俘虏或他(或她)的家属进行报复。
 - (7) 尽管有上述条款，对于根据本条款将被释放或移交、但被控有违反前南斯拉夫问题国际刑事法庭管辖的行为的人员来说，如果该法庭发出要求逮捕、拘留、交出或接触这些人员的命令或请求，每一方应当予以遵守。每一方必须在一段合理期限内羁押所有涉嫌从事那些违反行为的人，该期限必须足以能与法庭当局进行适当磋商。
2. 无论单独还是集体埋葬的地点应得到记录并公布、而且实际发现存在坟墓的情况下，每一方应允许其他各方的坟墓登记人员在各方同意的一段时间内、为了前往此种坟墓、重新取回和挖掘该方死亡的军事和民事人员的尸体，包括死亡的俘虏的尸体等有限目的，前往坟场。

二、在波斯尼亚和黑塞哥维那寻找失踪人员

[资料来源:] Girod C. "Bosnia-Herzegovina: Tracing Missing Persons", in *International Review of the Red Cross*, No.312, 1966, pp. 387-391.]

每一次战争都导致许多人员失踪，无论是军事人员还是平民。随后，家人都在焦急等待每一宗被报告为失踪人员的最新消息。我们不能把这些家人置于这种痛苦的状态之中。

无论多么痛苦，得知事实真相都要比在不确定与虚幻的希望中备受折磨好。在波斯尼亚和黑塞哥维那，由于交战方把少数民族群体从某些地区驱逐出去，实行的是一种种族清洗的政策，平民尤其受到了这种政策的影响。数以千计的人在战斗中失踪，或者被关进了监狱、即决处决或集体杀害，他们的家人正在寻找他们。

失踪人员是什么样的人？

国际人道法有一些条款规定，家人有权知道他们失踪的亲属的下落，交战方必须采取他们拥有的一切手段向这些家人提供信息[……]。红十字国际委员会尤其把这两项最基本的原则作为行动依据，创设了各种机制来协助、甚至在战争已结束之后仍处在不确定的痛苦之中的家人。

在任何冲突中，红十字国际委员会一开始采取的步骤是努力评估据报告的失踪人员的问题。没有家属消息的家人将被要求填写一份寻找失踪人员的请求表格并描述他们最后一次见到失踪人员的情形。随后，每一份表格将被转交给与有关人员有过最后一次接触的当局。这种工作方式表明，失踪人员的数目并不是冲突受害者的实际数目，而红十字国际委员会并不打算统计冲突受害者的实际数目，因为结果可能非常震惊。在波斯尼亚和黑塞哥维那，有超过一万个家庭已经向红十字国际委员会或提供庇护的国家红十字或红新月会提交了寻人请求。

为了波斯尼亚和黑塞哥维那和平而达成的协定 [……]

1995年秋，各方在俄亥俄州的代顿谈判达成了《波斯尼亚和黑塞哥维那和平一般框架协定》。在起草该份协定之前，美国与主要的人道组织进行了协商。它与红十字国际委员会讨论了释放被拘留的人员以及寻找失踪人员问题。在这些问题中，第一个问题在《关于和平解决军事方面的附件》中得到了解决，而第二个问题则规定在该框架协定关于平民的条款中。该协定附件七第5条规定：“各方应通过红十字国际委员会的寻人机制提供所有下落不明人员的信息。各方还应在决定下落不明人员的身份、下落以及命运时与红十字国际委员会充分合作。”这个条款提及并确认了国际人道法的核心原则。

《框架协定》还赋予红十字国际委员会组织、与有关各方协商、监督释放、移交所有因为冲突原因而被关押的平民和军事俘虏。红十字国际委员会与执行《框架协定》军事条款使命的执行部队进行了合作，完成了这项任务。

红十字国际委员会的行动

尽管遭到各方抵制，但仍然有超过1000名俘虏返回了家园。在大约两个月的整个行动中，红十字国际委员会坚决拒绝把释放过程与失踪人员问题挂起钩来，如同它拒绝参与各方在冲突期间玩相互性的把戏一样。国际社会也保证了行动取得成功，因为国际社会相信红十字国际委员会正在采取正确做法，并向各方施加压力，要求它们提供合作。由于红十字国际委员会无法接触许多被拘留的人员，而且他们家人正在寻找，因此，在着手解决失踪人员问题之前把监狱清空是非常重要的。

根据《波斯尼亚和黑塞哥维那和平一般框架协定》，红十字国际委员会向以前的交战方提议设立一个“关于在波斯尼亚和黑塞哥维那领土上发生的冲突有关下落不明者寻人过程的工作组”(Working Group on the Process for Tracing Persons Unaccounted for in Connection with the Conflict on the Territory of Bosnia

and Herzegovina)。尽管这个名称比较饶舌，但是它基本上说明设立这个机构的政治谈判性质。虽然各方同意这个提议本身，但他们经常因为对红十字国际委员会起草的《程序规则》和《援引条款》措辞吹毛求疵，从而陷入无止境的争吵中。不过，在红十字国际委员会的主持下，该工作组已经在波斯尼亚和黑塞哥维那高级专员[2]在萨拉热窝的办公室开过三次会，都是在波斯尼亚和黑塞哥维那接触团的大使们[3]、欧盟轮值主席的代表[4]、克罗地亚和南斯拉夫联盟共和国代表在场的情况下进行的。执行部队和联合国关于前南失踪人员专家[5]也参加了这些会议。

虽然召开了无数次全体和双边的工作会议，但红十字国际委员会一直无法使与会各方就参与和代表问题（这个问题是：以前的交战方是否应当就是签署《框架协定》的签字方）或正式通过《程序规则》问题达成协议。不过，在全体会议上，各方已默示地就这些规则达成了协议，这就使实际工作可以展开：已经有超过一万宗家人报告的失踪人员详细案件提交至各方，现在必须给出答复。

工作组还通过了一套规则。据此，在寻人请求中提供的信息、要求各方提供的答复不仅在有关家人和有关各方之间通过红十字国际委员会这个中介进行交换，而且还必须通知工作组的所有成员，即所有以前的交战方和高级代表。这是对付此类问题通常遵循程序的明显偏离。之所以执行这样一种公开性政策，是为了防止这个问题再次被政治化。红十字国际委员会努力执行这种政策，尤其采取了公布已经登记的所有失踪人员姓名、并把它们放到互联网上予以公布的方式。这可以使潜在的目击证人向红十字国际委员会提供已失踪的有关人员下落的秘密消息，而该组织随后则可以把那些消息通知给有关家人。

的确，在每次战争之后，家人总是在寻找失踪亲属的消息，而解决这个问题总是具有高度政治性。其中一个原因是，一方如提供信息，就说明它承认知道某些情况，而这可能给人的印象是，它应当对某种犯罪负有责任。另一个原因是，失去了亲人的家属非常痛苦，他们一般总是联合起来向当局施压，要求从敌对方得到消息，而敌对方可能利用这些家属给对方制造动乱。

挖掘尸体的问题

冲突持续三年多，造成了悲惨的结局。在波斯尼亚和黑塞哥维那，有几千名平民被埋葬在集体坟墓中，如同动物一样。斯雷布雷尼察地区的坟墓就是一个恐怖的例子。在图兹拉地区，流离失所的家人在接受红十字国际委员会面谈时声称，有超过3000多人在1995年7月中旬该飞地陷落之后即被波斯尼亚塞族部队逮

捕。由于帕莱地区当局一直拒绝就这些人的下落作出说明，红十字国际委员会断定他们都被杀害。

现在，家人希望发掘他们失踪亲人的尸体，希望能够对他们进行辨认。然而，此前必须建立一个死前数据库[6]，以便建造一个以后可以比较法医证据的信息库。在两次行动之间，必须挖掘尸体，但由于波斯尼亚和黑塞哥维那集体坟墓都位于种族边界线对方一侧，这使家人和有关当局无法前往。

家人还要求伸张正义。当战斗还在波斯尼亚和黑塞哥维那进行的时候，联合国安理会就决定设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭。这就是它所承担的角色。该法庭计划挖掘许多尸体，以便调查死因，并收集屠杀的证据和证词。然而，辨别尸体或者安排体面埋葬并不是法庭的责任。

失踪人员的家人请求弄清人员的下落，还要求伸张正义。这些请求所需要面对的是躺在集体坟墓中的几千具尸体。虽然想要挖掘和辨认在波斯尼亚和黑塞哥维那埋葬的所有尸体几乎是不现实的[7]，但仍然必须提到进行体面埋葬这个道德问题。不过，没有以前交战方和执行部队的合作，所有的讨论仍然只是理论上的。只有当人们已经心平气和、正义已经得到伸张之后，才会抛弃复仇的想法，才会在每个人以及每个族群中恢复和平和正义的信念。

注意：[……]

2. 就在1995年12月14日在巴黎签署《波斯尼亚和黑塞哥维那和平一般框架协定》之前，瑞典前首相卡尔·比尔特 (Carl Bildt) 担任这一职位的任命获得联合国安理会的批准。由北约部队和俄罗斯部队组成的执行部队具有执行《框架协定》军事条款的职责，而高级代表的任务是执行《协定》民事方面的条款。
3. 法国、德国、俄罗斯联邦、英国和美国。
4. 撰写时是在意大利。
5. 曼弗雷德·诺瓦克 (Manfred Nowak)。他在1994年被任命为联合国人权委员会负责调查前南斯拉夫领土上失踪人员特别程序的专家。
6. 一个包含可以从失踪亲人家属手中获得所有相关医疗信息的数据库。
7. “人权医师” (Physicians for Human Rights) 是为卢旺达发生恐怖大屠杀后设立的国际刑事法庭挖掘尸体的美国组织。根据这个组织法医专家的意见，即使存在详细的死前数据库，从包含有几百具尸体的坟墓当中辨认遗体的成功率不会超过10%到20%。

讨论

1. (1) 鉴于条款的名称是“俘虏交换”，附件1A第9条是否规定了释放俘虏的单方义务？那种义务在国际人道法中是单方义务还是受到相互性的限制？《代顿协定》是否可以背离国际人道法，从而使该义务受到相互性的限制？（比较《日内瓦第三公约》第6条和第118条；《第四公约》第7条和第133条；还见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》[比较B.，波斯尼亚和黑塞哥维那，1992年5月22日的《第一号协定》，第2条第3款第2项]第1752页。)]
- (2) 第9条第1款中哪些规定超出了国际人道法规定的义务？（比较《日内瓦第三公约》第118条、第122条、第123条和第126条；《日内瓦第四公约》第133条、第134条、第137条、第138条、第140条和第143条。)
- (3) 第9条第1款第7项是否符合国际人道法规定的严重破坏情况下的义务？如果前南斯拉夫问题国际刑事法庭没有在“一段合理期限内”发出要求逮捕、拘留、交出或接触涉嫌犯有战争罪的请求，任何一方是否必须释放俘虏？是根据第9条第1款？是根据国际人道法？根据国际人道法，任何一方是否可以释放这种人员？各方在罗马签订的另一份协定规定，除非前南斯拉夫问题国际刑事法庭允许，否则不得拘留或逮捕任何受到战争罪指控的人员，这是否符合国际人道法？你知道为什么美国向各方施加压力要求达成这样一项协定？（比较《日内瓦第三公约》第118条、第119条第5款以及第129—131条；《日内瓦第四公约》第133条以及第146—148条。)
- (4) 为什么红十字国际委员会拒绝将释放俘虏和失踪人员挂起钩来？难道那些存在被敌人逮捕证明的失踪人员或红十字国际委员会曾经探视过的失踪人员不是应当根据国际人道法予以释放的人员？
2. 红十字国际委员会在波斯尼亚和黑塞哥维那从事的寻找失踪人员的行动哪些超出了国际人道法的要求？根据国际人道法，国际性武装冲突中的一方在冲突结束时义务：
 - 搜寻对方报告的失踪人员？
 - 提供它所掌握的这些人员命运的所有信息？
 - 查明它认为属于对方人员的尸体？
 - 提供已经查明身份的尸体的死因？
 - 单方面通报这种查明结果？
 - 向尸体所属一方归还尸体？
 - 适当埋葬已经查明身份以及尚未查明身份的尸体？
 - 让对方家人前往他们亲属的坟墓？

(比较《日内瓦第一公约》第15条至第17条；《日内瓦第三公约》第120条、第122条以及第123条；《日内瓦第四公约》第26条、第136条至第140条；《第一议定书》第32条至第34条。)

3. (1) 为什么红十字国际委员会只提交家属已经登记的失踪人员的案件？国际人道法是否支持这种做法？国际人道法是否还赋予其中一方提交寻人请求的权利？红十字国际委员会是否有义务接受这种请求？（比较《日内瓦第一公约》第16条；《日内瓦第三公约》第122条第3款、第4款以及第6款、第123条；《日内瓦第四公约》第137条和第140条；《第一议定书》第32条。）
- (2) 关于向担任工作组主席的红十字国际委员会成员传达所有寻人请求和回复这些请求来说，存在哪些理由、优势以及风险？那样做是否可以防止被政治化？
4. 第9条第2款是否已经超出了国际人道法规定的义务？该条款是否规定了每一方必须允许对方的坟墓登记人员前往坟墓的单方义务？在战争罪审判中，一方是否可以采纳根据第9条第2款通过坟墓登记人员取得的战争罪证据？（比较《第一议定书》第34条。）

案例176，波斯尼亚和黑塞哥维那，穿着维和人员制服

案 例

[资料来源：Martin, H., *Financial Times*, May 31, 1995]

联合国部队对塞族渗透者保持警惕

由于塞族渗透者对他们营地造成的威胁，在萨拉热窝的地面部队对此加强了警备。

在劫持将近400名联合国人员的过程中，塞族人还成功地获得了21辆运输人员的装甲车、六辆轻型坦克以及三辆装甲汽车。

塞族人穿着偷来的法国军人的制服和防弹背心，在星期六夺取了萨拉热窝中心被联合国控制的一座桥梁；现在的箴言是：不要相信任何人！所有的联合国士兵都进入橙色警备，穿着防弹背心，戴着头盔，用装甲运兵车封锁进入他们各个基地的主要大门。

在联合国总部枝叶茂盛的场所，由于受到塞族人威胁，丹麦警卫正在采取更多的安全措施。陆军少尉托马斯·马林 (Lt Thomas Malling) 是负责的警卫之一。他说：“这当然令我们很担心，我们正在非常仔细地检查车辆。” [……]

在法国的主要基地，站在大门口的一位年轻警卫声称：当他紧张地搜查你的包，审视你的脸时，“每一个人都是相当放松的”。一位上尉说：“我们是作为

维和人员派到这里来的。已经发生的事情是令人可耻的，但这并不表明我们感到愤怒，以至于会变成具有侵略性。” [……]

另一位上尉说：“联合国应当撤离。然后，我们应该回来，把塞族人赶出去，因为他们现在是敌人。”一位同事补充说：“如果我们是维和人员，就让我们做维和人员应当做的事情。但是，如果我们是缔造和平的人员，就让我们变得有威胁性吧。”

讨 论

1. (1) 国际人道法对这些事件是否适用？联合国是否是《日内瓦公约》及其议定书的缔约方？是否可以设想联合国是《日内瓦公约》共同第2条所指的国际性武装冲突的一方？为了适用国际人道法，是否可以把联合国部队看作是出兵国（它们是《日内瓦公约》的缔约方）的部队，从而使任何敌对行为成为那些国家和对敌对部队负责的一方之间的武装冲突？（例如参见：**案例168**，比利时，驻索马里的比利时士兵，第1681页。）
- (2) 如果国际人道法对这些事件适用，是适用于国际性武装冲突的国际人道法呢还是适用于非国际性武装冲突的国际人道法？
- (3) 国际人道法是否禁止联合国士兵穿着塞族部队的制服以假扮塞族部队？至少就维持和平而言，是否也是这样？
2. (1) 根据国际人道法，交战方是否不得穿着敌人的制服？（比较《第一议定书》第39条；还见：**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，第1039页。）
- (2) 国际人道法是否禁止波斯尼亚塞族武装部队的士兵穿着维和人员的制服？即使维和人员不受国际人道法的拘束，是否也是那样？即使在维和人员和波斯尼亚塞族部队之间并不存在武装冲突，是否也是那样？（比较《第一议定书》第37条和第38条。）
- (3) 塞族人在夺取联合国控制的桥梁时穿着法国军人的制服和防弹背心是否违反了国际人道法？这是否是一种战争罪？（比较《第一议定书》第37条、第38条第2款以及第39条。）
- (4) 如果联合国士兵不再被作为维和人员、而是作为敌人而成为交战方，那么答案是否会不同？（比较《第一议定书》第39条。）

(二) 第三国立场

案例177，德国，政府对波斯尼亚强奸罪行的回应

案 例

[资料来源：German Bundestag, Document12/4048, 12th legislative period, December 29, 1992; 原文是德文，非官方译文。]

联邦政府对联邦议会成员提交的书面问题的答复[……]— 第12/3838号文件—
塞族人作为一种战争手段，尤其是在波斯尼亚有系统地进行强奸

[联邦政府外交部部长乌尔苏拉·塞勒-阿尔布林 (Ursula Seiler-Albring) 于1992年12月15日在一封函件中签字，并以联邦政府的名义出具这份答复。该份文件还用小的字体列出了所问的问题。]

- 1. 对塞族士兵以及非正规军（主要在波斯尼亚）主要针对穆斯林女孩和妇女系统地实施的强奸行为，联邦政府知道哪些情况？

就这种强奸事件，联邦政府是否已经向贝尔格莱德的塞尔维亚政府提出了抗议？

根据联邦政府所掌握的情报，同时基于一手资料，必须认为，正在发生主要针对穆斯林女孩和妇女的大规模强奸行为。虽然还没有掌握关于这种严重侵犯基本人权实际情况的确切数据，但有越来越多的迹象表明，这是一种旨在摧毁另一个种族群体的身份而有系统实施的强奸。因此，通过双边以及欧洲共同体的框架，联邦政府已经多次向“南斯拉夫”政府就这些强奸事件以及其他严重侵犯人权的行为提出了强烈抗议。

- 2. 为了确保调查、起诉和在全球范围内禁止这种强奸事件，联邦政府打算通过哪些方式发挥自己的作用？

根据国际战争法，强奸已经是一种犯罪，这对前南斯拉夫地区也是适用的。联邦政府现正在寻找可能的方式确保那些捍卫人的尊严的基本规则得到广泛遵守。

联邦政府已经首先采取实际措施，协助有关女孩和妇女，并向其提供咨询。在该过程中，与受害者进行的讨论正在帮助推进对每一宗个案的调查。另外，联邦政府还请求联合国特别报告员马佐维耶茨基 (Mazowicki) 对强奸问题引起特别关注。独立团体正在现场进行进一步调查。

3. 联邦政府将通过什么方式使强奸成为在战争区域和内战区域保护[平民]居民的国际公约所规定的战争罪？

在武装冲突中，强奸妇女和女孩已经受到禁止，而且根据现有的国际人道法条款，它已经被认为是战争罪。就这点而言，必须特别提到1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦第四公约》第27条第2款以及《关于保护非国际性武装冲突受难者的第二附加议定书》第4条第2款第5项。如果的确存在主要针对穆斯林妇女和女孩的有系统的大规模强奸行为，那么将符合1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》意义上的针对某个种族团体有系统地伤害的法律定义。[……]

讨 论

1. 在国际性武装冲突中，交战方及其人员实施强奸行为是否受到禁止？在非国际性武装冲突中呢？（比较四个《日内瓦公约》共同第3条以及分别的第50条、第51条、第130条和第147条；《日内瓦第四公约》第27条第2款；《第一议定书》第76条第1款；《第二议定书》第4条第2款第5项。）
2. 所有故意实施的违反国际人道法的行为是否都是战争罪？（比较四个《日内瓦公约》分别的第50条、第51条、第130条和第147条；《第一议定书》第85条。）
3. 在国际性或非国际性武装冲突中，由交战方及其人员实施的强奸行为是否是严重破坏《日内瓦公约》的行为？是否是战争罪？（比较四个《日内瓦公约》分别的第50条、第51条、第130条和第147条；《第一议定书》第85条。）

案例178，英国，标志的滥用

案 例

[资料来源：Shropshire Star, February 8, 1996, p.4.]

慈善卡车司机正在发脾气

什罗普郡 (Shropshire) 的慈善卡车司机迈克·泰勒 (Mike Taylor) 已经得到警告：如果他不把卡车上的英国红十字标志消除，他将面临法律诉讼。

慈善机构的老板们说，纽波特 (Newport) 外援工人未经授权就使用红十字标志，他们正在犯罪。

但泰勒先生正在把食物和紧急供应物资送到战争肆虐的波斯尼亚，他发誓要把该标志继续保留在他的卡车上。

“我对整个事情都感到非常苦恼，但我拒绝把标志撤掉。它们都是微不足道的。”

他说，国际红十字已经允许他使用该标志。在过去三年中，他已经运送了24车物资到前南斯拉夫。

他说：“该标志是得到国际承认的，我只是在穿越边界线时为了保护自己才使用的。”

他还说：“在日内瓦的国际红十字让我使用该标志，这个问题出在英国红十字会身上。”

泰勒先生收到一封英国红十字会国际法负责人的函件。该函件说：“除非我在2月13日之前收到你正在作出安排紧急消除红十字标志的信件，否则我别无选择，只能采取进一步行动。”

泰勒补充说：“我不敢相信，红十字会正在对这个问题小题大做。”

英国红十字会发言人科林·麦卡勒姆 (Colin McCallum) 说，泰勒正在违反英国法律。

他补充说，只有为红十字工作的人才能使用该标志，否则，无法控制谁在使用该标志。

讨 论

1. 谁可以使用红十字标志？出于何种目的？（比较《海牙章程》第23条第6款；《日内瓦第一公约》第38条和第53条；《日内瓦第二公约》第41条至第43条；《第一议定书》第8条第1款和第18条；《第一议定书》附件第4条和第5条；《第二议定书》第12条。）
2. (1) 该卡车司机是出于什么目的想要使用该标志？在这种情形下，出于得到保护的目的是否可以使用该标志？什么时候它可以作为一种保护的标志而使用？什么时候作为一种识别标志而使用？是不是真的只有那些为红十字工作的人才可以使用该标志？一般情况下是否是那样的？为了向冲突地区运送救济食物这个特殊情况呢？（比较《日内瓦第一公约》第44条；《第一议定书》第18条。）
(2) 该卡车司机使用该标志是否是滥用？如果是，这样一种对标志的滥用行为是否构成战争罪？对该标志的任何滥用是否都构成战争罪？如果是，在什么时候？（比较《海牙章程》第34条；《日内瓦第一公约》第53条；《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) 本案中的卡车司机是否被授权使用该标志？即使假定红十字国际委员会给了它这种授权了呢？谁可以授权对该标志进行保护性使用？是否是国际红十字和红新月会组织？是各国红十字会？是缔约国？谁有责任惩罚对该标志的滥用和乱用？（比较《日内瓦第一公约》第54条；《日内瓦第二公约》第45条；《第一议定书》第18条。）
- (2) 《日内瓦公约》及其议定书的缔约国对该标志承担哪些义务？每一个缔约国是否必须通过像英国1957年《日内瓦公约法》（Geneva Conventions Act）那样的执行立法？这样的立法应当规定哪些问题？（比较《日内瓦第一公约》第54条；《日内瓦第二公约》第45条；《第一议定书》第18条。）
4. (1) 就像该卡车司机说的那样，难道英国红十字会不是在该事情小题大做？即使该卡车司机的安全需要依赖使用该标志，红十字会仍然应当要求根据英国1957年的《日内瓦公约法》的规定予以惩罚？这是否是一种充分的理由？
- (2) 就该卡车司机使用该标志而言，英国红十字会关心的是什么？红十字会是否仅仅因为他事先没有得到授权而进行关注？是否是因为他在“人道事务”方面与红十字会存在竞争因而使用红十字的“商标”？就对该标志的滥用而言，对该标志的授权会有哪些危险？这会对该标志的基本中立产生什么影响？对于它的不偏不倚来说呢？这样的用法是否会动摇它所提供的保护？
- (3) 各国红十字会是否可以或必须与滥用该标志的行为作斗争？是因为它是一种违反国际人道法的行为，还是因为各国红十字会也在使用该标志？各国红十字会一般说来可以或更加应该与具体违反国际人道法的行为作斗争？甚至包括确保将违反者送交法庭？

(三) 国际社会的反应

案例179，联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》

案 例

1. 安理会第827 (1993) 号决议

[资料来源：UN Doc.S/RES/827, (May 25, 1993)]

安理会，

[……]

审议了秘书长按照第808 (1993) 号决议第2段提出的报告 (S/25704和Add.1)，

再度表示极为震惊的是，根据不断的报道，在前南斯拉夫，特别是在波斯尼亚—黑塞哥维那共和国境内普遍发生公然违反国际人道法的行为，包括据报发生大规模屠杀、大规模有组织、有计划地拘留和强奸妇女和继续实施“种族清洗”，并包括掠夺和占有领土，

断定这一局势继续对国际和平与安全构成威胁，

决心制止这种罪行，并采取有效措施将应对这种罪行负责的人绳之以法，

深信在前南斯拉夫的特殊情况下，安理会采取临时措施，设立一个国际法庭和起诉应对严重破坏国际人道法负责的人，将使这一目标得以实现，并有助于恢复与维持和平，

相信设立一个国际法庭和起诉应对上述破坏国际人道法行为负责的人将有助于确保停止此种破坏行为和作出有效补偿，[……]

在这方面重申其第808 (1993) 号决议的决定，即应当设立一个国际法庭来起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人，[……]

根据《联合国宪章》第七章采取行动，

1. 核可秘书长的报告；

2. 兹决定设立一个国际法庭，其唯一目的是起诉应对从1991年1月1日至安全理事会于和平恢复后决定的日期前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人，并为此目的通过上述报告所附的《国际法庭规约》；
3. 请秘书长，在国际法庭法官选出后，将各国提出的关于《国际法庭规约》第15条所要求的程序和证据规则的任何建议提交法官；
4. 决定所有国家应依照本决议和《国际法庭规约》同国际法庭及其机关充分合作，因此所有国家应根据国内法，采取任何必要的措施来执行本决议和《规约》的规定，包括遵从初审法庭依照《规约》第29条提出的协助要求或发布的命令；[……]
7. 又决定国际法庭执行其工作时，并不妨碍受害者通过适当手段就破坏国际人道法所受损失争取赔偿的权利；[……]

2. 秘书长按照安全理事会第808（1993）号决议第2段提出的报告

[资料来源：UN Doc.S/25704 (May 3, 1993); 脚注省略。]

[……]

A. 事物管辖权

33. 根据第808 (1993) 号决议第1段的规定，国际法庭应起诉对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人。这一整套法律的形式既有协约法也有习惯法。虽然有的国际习惯法没有以协约固定下来，但是，一些主要的人道主义协约法已成为国际习惯法的一部分。
34. 秘书长认为，实施法无明文不为罪的原则要求国际法庭应适用毫无疑问已成为习惯法一部分的国际人道法的规则，以避免发生只有一些国家而不是所有国家都遵守具体公约的问题。由于国际法庭起诉的是严重违反国际人道法的责任人，这一点因而更显重要。
35. 下列公约体现了适用于武装冲突的法律，毫无疑问地，它们是协定国际人道法中成为国际习惯法的那一部分：1949年8月12日的《保护战争受难者各项日内瓦公约》；《陆战法规和惯例》(1907年10月18日海牙第四公约) 和《公约附件<陆战法律和惯例章程>》；1948年12月9日《防

止及惩治灭绝种族罪公约》和1945年8月8日《国际军事法庭宪章》。
[……]

对1949年各项《日内瓦公约》的严重违反

37. 各项《日内瓦公约》构成国际人道法的规则，提供了在国际武装冲突中适用的习惯法的核心。这些《公约》保护某些类别的人，即战地武装部队伤者病者；海上武装部队伤者病者及遇船难者；战俘和战时平民，从而从人道角度规定了战争行为守则。
38. 每项《公约》都载有一个条款，列明可以定性为“严重违反”或战争罪的特别严重违反行为的清单。犯下或命令他人犯下严重违反公约情事的人要受审判和惩罚。下列条文中重印了各项《日内瓦公约》中所载严重违反情事清单。
39. 安全理事会多次重申，在前南斯拉夫领土犯下或命令他人犯下严重违反1949年各项《日内瓦公约》的人必须个人对此种严重违反国际人道法的行为负责。[……]

违反战争法和惯例的行为

41. 《陆战法规和惯例公约》(1907年10月8日海牙第四公约) 和《公约附件<陆战法规和惯例章程>》构成协定国际人道法的第二个重要方面，已成为一整套国际习惯法的一部分。
42. 纽伦堡法庭认定，《海牙章程》中的许多条款在通过时虽然富有新意，到1939年已为所有文明国家所承认，但是被认为是宣告性战争法和惯例。纽伦堡法庭还认定，《纽伦堡组织法》第6 (b) 条中界定的战争罪是国际法已认定的战争罪，也包括在《海牙章程》内，犯有这种罪的个人要受惩罚。
43. 1949年各项《日内瓦公约》已涵盖了《海牙章程》所涵盖的国际人道法的各个方面。但是《海牙章程》还认定，交战者进行战争的权利并不是无限制的，陆战规则禁止战争的某些方法。
44. 纽伦堡法庭解释和运用的这些习惯法规则为规约的相应条款提供了基础，全文如下：[第3条][……]

3. 《起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人的国际法庭规约》，1993 年 5 月 25 日

[资料来源：首先刊登在《秘书长按照安理会第808 (1993) 号决议第2段提出的报告》(S/25704) 的附件中。1993年5月25日，经安全理事会第827 (1993) 号决议批准。]

安全理事会根据《联合国宪章》第七章设立的起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人的国际法庭（以下称“国际法庭”），应依照本规约的规定履行职责。

第1条：国际法庭的职权范围

国际法庭有权根据本规约各条款起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人。

第2条：对1949年各项《日内瓦公约》的严重破坏

国际法庭应有权起诉犯下或命令他人犯下严重违反1949年8月12日各项《日内瓦公约》的情事，即下列违反按照《日内瓦公约》规定受到保护的人或财产的行为人：

- (a) 故意杀害；
- (b) 酷刑或不人道待遇，包括生物学实验；
- (c) 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害；
- (d) 无军事之必要，而以非法和横蛮之方式，对财产进行大规模的破坏与占用；
- (e) 强迫战俘或平民在敌国军队中服务；
- (f) 故意剥夺战俘或平民应享的公允及合法审讯的权利。
- (g) 将平民非法驱逐出境或移送或非法禁闭；
- (h) 劫持平民作人质。

第3条：违反战争法和惯例的行为

国际法庭有权起诉违反战争法和惯例的人。违反行为应包括下列事项，但不以此为限：

- (a) 使用有毒武器或其他武器，以造成不必要的痛苦；
- (b) 无军事上之必要，横蛮地摧毁，或破坏城市，城镇和村庄；
- (c) 以任何手段攻击或炮击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物；
- (d) 夺取、摧毁或故意损坏专用于宗教、慈善事业和教育、艺术和科学的机构、历史文物和艺术及科学作品；
- (e) 劫持公私财产。

第4条：灭绝种族

1. 国际法庭应有权对犯有本条第2款定义的灭绝种族罪的人或犯有本条第3款所列举任何其他行为的人予以起诉。
2. 灭绝种族指蓄意全部或局部消灭某一个民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一：
 - (a) 杀害该团体的成员；
 - (b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；
 - (c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的声明；
 - (d) 强制实行办法，意图阻止该团体内的生育；
 - (e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。
3. 下列行为应予惩治：
 - (a) 灭绝种族；
 - (b) 预谋灭绝种族；
 - (c) 直接公然煽动灭绝种族；
 - (d) 意图灭绝种族；
 - (e) 共谋灭绝种族。

第5条：危害人类罪

国际法庭应有权对国际或国内武装冲突中犯下下列针对平民的罪行负有责任的人予以起诉：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境；
- (e) 监禁；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸；
- (h) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害；
- (i) 其他不人道行为。

第6条：属人管辖权

国际法庭根据本规约的规定，对自然人有管辖权。

第7条：个人刑事责任

1. 凡计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行本规约第2至5条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任。
2. 任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑、或政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得减轻刑罚。
3. 如果一个部下犯下本规约第2至第5条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。
4. 被告人按照政府或上级命令而犯罪不得免除他的刑事责任，但是如果国际法庭裁定合法法则可以考虑减轻。

第8条：属地和属时管辖权

国际法庭的属地管辖权将涵盖前南斯拉夫社会主义联邦共和国的领土，包括其表土，领空和领水在内。国际法庭的属时管辖权涵盖自1991年1月1日起的时期。

第9条：并存管辖权

1. 国际法庭和国内法院对起诉自1991年1月1日以来在前南斯拉夫境内犯有严重违法国际人道法行为的人有并行管辖权。
2. 国际法庭应优先于国内法院。在诉讼程序的任何阶段，国际法庭可根据本规约及《国际法庭诉讼程序和证据规则》正式要求国内法院服从国际法庭的管辖。

第10条：一罪不再审

1. 根据本规约，任何人如犯有严重违法国际人道法的行为，而他或她已受到国际法庭的审讯，就不应再受到国内法院的审讯。
2. 任何人如犯有严重违法国际人道法的行为而受到国内法院的审讯，如有下列情况仍有可能随后受到国际法庭的审讯：
 - (a) 他或她受审的行为被定性为普通罪行；或
 - (b) 国内法院的诉讼程序不公正或不独立，而且目的在于包庇被告，使其免除承担犯有国际罪行的责任；或该案件没有依法进行细致的起诉。
3. 在考虑对根据本《规约》宣判有罪的人作出惩处时，国际法庭应考虑到国内法院对此人所犯同一行为所作惩处已实行的程度。

第11条：国际法庭的组成

国际法庭将由下列机构组成：

- (a) 分庭，其中包括两个[经安理会第1166 (1998) 号决议修改后变成三个]初审分庭和一个上诉分庭；

- (b) 检察官；
- (c) 书记官处，为分庭和检察官提供服务。

第12条：分庭的构成

1. 各分庭应由16位独立常任法官组成，但不得有任何两位为同一国国民；同时在任何一个时候应有最多9位按照第13条之三第2款任命的独立专案法官，但不得有任何两位为同一国国民。
2. 每个审判分庭应有3位常任法官以及在任何一个时候加上最多6位专案法官。每一个获派专案法官的分庭可分为若干个审判组，各由3位法官组成，其中兼有常任法官和专案法官。审判分庭的审判组应拥有规约赋予审判分庭的同样权力和职责，并应根据同样规则作出判决。
3. 7位常任法官应担任上诉分庭法官。对于每一宗上诉，上诉分庭应由5位上诉分庭法官组成。[……]

第13条：法官的资格 [……]

第13条之二：常任法官的选举 [……]

第13条之三：专案法官的选举和任命 [……]

第13条之四：专案法官的地位 [……]

第14条：分庭的庭长和法官 [……]

第15条：《程序和证据规则》

国际法庭的法官应通过关于诉讼预审阶段、审判和上诉的进行、证据的采用、受害者和证人的保护和其他相关事项的《程序和证据规则》。

第16条：检察官

1. 检察官负责调查和起诉1991年1月以来在前南斯拉夫领土境内犯下严重违反国际人道法行为的人。
2. 检察官应作为国际法庭的一个单独机关独立行事。他或她不应征求或接受任何政府或任何其他的来源指示。
3. 检察官办公室应由一名检察官及所需其他合格工作人员组成。
4. 检察官经秘书长提名由安全理事会任命。[……]

第17条：书记官处

1. 书记官处负责国际法庭的行政和服务工作。
2. 书记官处由一名书记官长及所需的其他工作人员组成。

3. 书记官长由秘书长同国际法庭庭长磋商后任命，任期四年，可重新任命。书记官长的服务规定和条件依照联合国助理秘书长。
4. 书记官处的工作人员由书记官长推荐由秘书长任命。

第18条：调查和制订起诉书

1. 检察官将依据职权展开调查，或者根据从任何来源，包括从各国政府、联合国机构、政府间组织和非政府组织取得的资料展开调查。检察官将对所收到或取得的资料进行评估，然后决定是否足够根据进行调查。
2. 检察官有权盘问疑犯、受害者和证人、收集证据以及进行实地调查。在从事这些任务时，检察官可酌情征求有关国家当局的协助。
3. 疑犯若受到盘问，他有权获得他所选定律师的援助，包括有权在没有足够能力支付费用时获得指派给他的法律援助而不需由他支付费用，并有权获得以他所使用和了解的语言作出的必要的双向翻译。
4. 检察官确定案件的表面证据确凿时，应制订一份起诉书，内载简要的事实陈述，以及根据规约控诉被告的罪名。起诉书应送交审判分庭一名法官。

第19条：审查起诉书

1. 收到起诉书后的审判分庭法官应审查该起诉书。法官若认为检察官所提的表面证据确凿时，就应受理起诉；否则就不受理起诉。
2. 法官受理起诉后可应检察官的要求发出命令和传票，逮捕、拘留、交出或转移有关人士，以及发出任何进行审判所需的其他命令。

第20条：审判程序的开始和进行

1. 各审判分庭应保证使审判公平、高效，根据《程序和证据规则》，在充分尊重被告权利以及适当顾及保护受害和证人的情况下进行诉讼。
2. 在确认对一个人提出起诉后，应根据国际法庭的命令或逮捕令将其拘留，立即向他通知对他的起诉，并将其转押到国际法庭。[……]

第21条：被告的权利

1. 国际法庭面前，人人平等。
2. 被告在裁定对他的控告的过程中有权在符合《规约》第22条的情况下得到公平和公开的审判。
3. 在根据本《规约》的规定证明被告有罪之前，须假设其无罪。
4. 在根据本《规约》裁定对被告的任何控告的过程中，被告应完全平等地享有下列最低限度的保障：
(a) 用他理解的语言立即和详细地告之对其控告的性质和原因；

- (b) 有充分的时间和设施准备为自己辩护并与自己选择的律师联系；
- (c) 在没有不适当拖延的情况下受到审判；
- (d) 出庭受审，并亲自或通过自己选择的律师为自己辩护；如果被告没有律师，须通告之这项权利，在任何为司法利益所需要的情况下为被告指定律师，并在任何他没有足够手段支付律师费用的情况下免除其律师费用；
- (e) 审问或指定别人审问证明其有罪的证人，并使为其辩护的证人在与证明其有罪的证人相同的条件下出庭和接受审问；
- (f) 如果不懂或不能讲国际法庭所使用的语文，将免费得到一名翻译的协助；
- (g) 不被迫进行于己不利的作证或认罪。

第22条：保护受害者和证人

国际法庭应在其《程序和证据规则》中规定保护受害者和证人。这些措施应包括，但不限于，非公开审理和保护受害者的身份。

第23条：判 决

1. 各审判分庭应宣布判决，并对判定犯有严重违反国际人道法罪行的人处以刑罚。
2. 判决应由审判分庭多数法官作出，并由审判分庭当众宣布。判决应伴有合理的书面意见，并可附上不同或反对的意见。

第24条：处 罚

1. 审判分庭判处的刑罚只限于监禁。审判分庭在决定监禁期限时应诉诸前南斯拉夫法庭适用的徒刑惯例。
2. 审判分庭在判刑时应考虑到诸如罪行的严重性和被定罪者的个人情况这样的因素。
3. 除监禁外，审判分庭可以下令把通过刑事犯罪（包括用强迫手段）获得的任何财产和收益归还其合法的所有人。

第25条：上诉程序

1. 上诉分庭应受理被初审分庭定罪者或检察官根据以下理由提出的上诉：
 - (a) 使判决无效的法律问题上的错误；或者
 - (b) 造成误判的事实错误。
2. 上诉分庭得维持、撤销或修正初审分庭所作的判决。[……]

第27条：判决的执行

将在国际法庭从向安全理事会表示愿意接受已定罪者的国家名单中指定的国家服刑。这种徒刑应符合有关国家所适用的法律，并须受国际法庭的监督。

第28条：免刑或减刑

如果按照监禁已定罪者的国家的适用法律，被监禁者有资格获得免刑或减刑，则有关国家应将此通知国际法庭。国际法庭庭长应予各法官协商，秉公根据一般的法律原则决定此事。

第29条：合作与司法协助

1. 各国应与国际法庭合作调查和起诉被告犯有严重违反国际人道法罪行者。
2. 各国应不作任何不当延迟，遵从要求援助的请求或初审法庭发布的命令，包括但不限于：
 - (a) 查人找人；
 - (b) 录取证言和提供证据；
 - (c) 送达文件；
 - (d) 逮捕或拘留；
 - (e) 将被告引渡或让渡给国际法庭。[……]

4. 安理会第1534（2004）号决议

[资料来源：2004年3月26日，安全理事会在第4935次会议上通过的第1534（2004）号决议；可访问：<http://www.un.org>]

安理会，

[……]

忆及并最用最强烈的措辞重申2002年7月23日安全理事会主席发表的赞同前南问题国际法庭的完成工作战略的声明(S/PRST/2002/21)和2003年8月28日第1503(2003)号决议，

忆及第1503(2003)号决议吁请前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南问题国际法庭)和卢旺达问题国际刑事法庭(卢旺达问题国际法庭)采取一切可能的措施，在2004年底完成调查，在2008年底完成所有一审工作，在2010年完成全部工作(《完成工作战略》(the Completion Strategies))，并请前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的庭长和检察官在提交安理会的年度报告中解释他们执行《完成工作战略》的计划，[……]

根据《联合国宪章》第七章采取行动，[……]

4. 吁请前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭检察官分别审查两个法庭的案卷，特别要确定哪些案件应该继续审理，哪些应该移交给国家主管司法机构，以及需要采取哪些措施，以实现第1503(2003)号决议所述

《完成工作战略》，并敦促他们尽快进行这一审查，再根据本决议第7段提交安理会的评估报告中列入进度报告；

5. 吁请两法庭在审查和确认新的起诉时，按照第1503(2003)号决议的规定，确保这类起诉集中于涉嫌应对各该法庭所审理罪行负最大责任的最高级领导人；[……]
9. 忆及加强国家主管司法系统对法治、特别是对执行前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的《完成工作战略》至关重要；
10. 特别欢迎高级代表办事处、前南问题国际法庭和捐助界努力在萨拉热窝设立一个战争罪分庭；鼓励所有各方继续努力，迅速设立该分庭；并鼓励捐助界提供足够财政支持，确保在波斯尼亚和黑塞哥维那及该区域的本地诉讼取得成功；[……]

讨 论

1. (1) 在前南斯拉夫发生的各种武装冲突，即使是那些纯粹只是国内性质的武装冲突，是否都是对和平的一种威胁（以至于可以采取《联合国宪章》第七章中的措施）？建立一个国际法庭来起诉违反国际人道法的行为是否是消除那种威胁的适当措施？今天，我们是否可以判断它对于恢复在前南斯拉夫的和平来说是有贡献的？（最终的结果）实际上是否有用？难道起诉（前任）领导人没有使恢复和平和重建变得更加困难？
- (2) 或者说，违反国际人道法本身是否就是对和平的一种威胁（以至于可以采取《联合国宪章》第七章中的措施）？甚至在非国际性武装冲突中也是这样？不是在武装冲突情况下实施的严重侵犯人权的行为也是这样？
2. (1) 联合国安理会是否可以设立一个法庭？这样的法庭是否是独立的？它是否是一个“依法设立的法庭”？由于这样的法庭有权审理发生在设立之前的行为，因此设立这样的法庭本身是否就违反了（国际人道法和人权法）禁止刑法溯及既往这项立法原则？
- (2) 除了由安理会通过决议设立以外，是否还有其他方式设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭？通过其他方式设立会有哪些优势和劣势？
3. (1) 国际人道法是否规定可以在国际法庭起诉战争罪犯？在国际法庭起诉战争罪犯和它具有并行管辖权是否符合国家在国际人道法中搜捕和起诉战争罪犯的义务？（分别比较四个《日内瓦公约》第49条、第50条、第129条和第146条。）
- (2) 根据国际人道法和《规约》，设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否可以免除国家搜捕和起诉战争罪犯的义务？

4. (1) 第2条至第5条是刑事立法还是关于前南斯拉夫问题国际刑事法庭权限的简易规则?
(2) 至少当适用于非国际性武装冲突时,第3条是否是溯及既往的刑事立法?
5. 联合国秘书长说,罪刑法定原则要求前南斯拉夫问题国际刑事适用那些毫无疑问是习惯法一部分的国际人道法规则(比较文件(二)第34条)。这种说法是否正确?适用冲突各方都接受的规则(例如《第一议定书》的那些规则)是否违反了该项原则?从罪刑法定原则的观点来说,起诉违反习惯法规则对于起诉违反明确可适用的条约法来说是否或多或少更成问题?在这个问题上,你是否能发现民法传统和普通法传统之间的差异?如果适用条约法,这是否将无法从条约非缔约国的第三国转交被告?
6. (1) 第2条是否包括所有严重破坏《日内瓦公约》的行为?(比较四个《日内瓦公约》分别的第50条、第51条、第130条和第147条。)
(2) 你知道为什么《规约》没有规定严重破坏《第一议定书》的行为?鉴于前南斯拉夫及其所有继承国都是《第一议定书》的缔约方以及冲突各方不论冲突的性质将遵守该议定书的绝大部分规则,还有其他什么理由导致出现这种疏忽?(参见:《谅解备忘录》以及《第一号协定》;参见**案例173**,前南斯拉夫,《冲突各方间的特别协定》,第1752页;以及**案例180**,前南斯拉夫,检察官诉塔迪奇案。[比较1,管辖权,第143段]第1794页。)不过,前南斯拉夫问题国际刑事法庭如何才能审判严重破坏《第一议定书》的行为?
7. (1) 第3条中的哪些规定超出了《第一议定书》中提到的严重破坏的规定?有没有一些严重破坏《第一议定书》的行为没有规定在第3条?(比较《第一议定书》第11条第4款和第85条。)
(2) 攻击不设防的建筑是否是一种严重破坏现代国际人道法的行为?它是否总是受到国际人道法的禁止?即使该建筑中没有人居住,是否也是那样?不设防的建筑是否可以成为军事目标?根据现代国际人道法,你如何看待第3条第3款?(比较《海牙章程》第25条;《日内瓦第四公约》第53条和第147条;《第一议定书》第52条、第59条和第85条第3款第4项。)
(3) 劫掠私人财产是否是一种严重破坏国际人道法的行为?根据现代国际人道法,你如何看待第3条第5款?(比较《日内瓦第四公约》第33条和第147条。)
8. (1) 第7条第1款是否可以从《日内瓦公约》及其议定书的相关条款推断出来?它是否符合习惯国际人道法规则?是否可以把它看作是《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》新规定的一项规则?(比较四个《日内瓦公约》的分别第49条、第50条、第129条和第146条;《第一议定书》第85条第1款和第86条第2款。)
(2) 你是否能看出在该规约第7条第3款和《第一议定书》第86条第2款之间有哪些重大差异?
9. 第10条是否符合国际人道法?
10. (1) 第21条规定被告享有的哪些权利超出了国际人道法赋予战争罪嫌疑犯的权利?国际人道法中的哪些保障对其更加有利?(比较四个《日内瓦公约》的分别第49

条、第50条、第129条和第146条；《日内瓦第三公约》第105条至第107条；《第一议定书》第75条。）

- (2) 红十字国际委员会是否有权探视被前南斯拉夫问题国际刑事法庭拘留的人员？作为保护国的实际替代者，是否必须把量刑结果通知它？（分别比较《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》的第10条第3款；《日内瓦第三公约》第10条第3款、第107条和第126条；《日内瓦第四公约》第11条第3款、第30条、第74条和第143条；《第一议定书》第5条第4款。）
11. 如果那些被前南斯拉夫问题国际刑事法庭当局拘留（正在等待审判或已经被判刑）的人员在前南斯拉夫被逮捕时具有受保护的平民或战俘待遇，他们是否会在前南斯拉夫问题国际刑事法庭当局丧失这种地位？把被前南斯拉夫逮捕的平民送到海牙受审是否合法？（比较《日内瓦第三公约》第85条；《日内瓦第四公约》第49条和第76条第1款；《第一议定书》第44条第2款。）

(四) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭裁决

案例180，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案

案 例

1. 管辖权

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995; 可访问：<http://www.un.org>]

检 察 官 诉

达斯科·塔迪奇 (Dusko Tadic a/k/a “DULE”)

关于管辖权问题辩护动议中间上诉的决定

一、简介

(一) 一审判决

1. 因对1995年8月10日第二审判分庭作出的判决不服，上诉人向本上诉分庭提起上诉。那项判决驳回了上诉人提出的本国际法庭管辖权的异议。
2. 在审判分庭中，上诉人提出了三项理由：
 - (1) 本国际法庭的设立是非法的；
 - (2) 本国际法庭的管辖权优于国内法院的管辖权是错误的；
 - (3) 缺乏事物管辖权。

一审判决驳回了上诉人提出的请求；该判决的主要内容如下：

“本审判分庭[……]据此驳回该异议，因为它牵涉管辖优先权问题以及第2条、第3条和第5条的事物管辖权问题；而且，本审判分庭无权进行审查，因为它对本国际法庭设立的合法性提出了质疑。

据此，驳回他就本法庭管辖权提出异议的辩护意见。” [……]

二、非法设立本国际法庭 [……]

(一) 管辖权的含义 [……]

11. 在国内法的语境下，也许可以对管辖权做狭义的定义，但在国际法的语境下，则不可能。这是因为国际法缺少一个集权型的结构体系，没有相互协调的司法体制，而在相互协调的司法体制下，各个法庭分工有序，管辖权作为一种权力，其某些方面或某些部分可以被集中于或赋予其中一个法庭，而非其他法庭。在国际法中，（除非有相反规定）每一个法庭都有一套自己的制度。[……]
12. 总之，如果本国际法庭不是有效设立，那么，它就不具有合法权力对属时、属地、属人或事物方面做出判决。那种认为本国际法庭不是有效设立、并且以此为根据提出的观点涉及管辖权的本质问题，即它是一项在任何特定领域内行使司法职能的权力。与所有其他关于管辖权范围的请求相比，这种观点更加激进，因为它扩大并涵盖了其他观点。这个问题是一个前提问题，并且也是确定管辖权其他内容的前提条件。

(二) 基于设立本国际法庭的无效性而提出的意见是否成立 [……]

1. 本国际法庭是否有管辖权？[……]

15. 如果认为本国际法庭的管辖权绝对局限于安理会“打算”赋予它的权限范围之内，那么，就等于说本国际法庭只是安理会的一个“辅助机关”（参见《联合国宪章》第7条第2款和第29条）。这种辅助机关完全是它的“设立者”的一种“创造”，即使是最小的细节也不例外，并且完全受制于安理会的权力和摆布。但是，安理会不仅决定创立一个辅助机构（这是它创立这样一个机构的唯一合法方式），而且还明确打算建立一种特殊类型的“辅助机关”：法庭。[……]
22. 最后，本上诉分庭认为，本国际法庭有权审查那种以安理会无权设立该法庭为由而对管辖权提出异议的意见。[……]

(三) 合宪性问题 [……]

27. 审判分庭对上诉人的这种意见作了如下归纳：

“据说要使国际法庭是依法正当设立的，必须是通过条约、国家的协商一致行为或修正《联合国宪章》进行，而不能通过安理会决议的方式进行。为了支持这个一般观点，还提出了许多可供考虑的理

由：在1993年设立本国际法庭之前，从来没有设想过可以设立这样一种特设刑事法庭；联合国大会没有参与其设立过程，而大会的参与至少可以确保国际社会的全面代表性；《宪章》从来没有打算赋予安理会应当根据第七章设立司法机构的权限，更不用说是刑事法庭；安理会在设立本法庭时前后不一致，因为在其他的冲突地区也可能发生了违反国际人道法的行为，但它没有采取相似的步骤；从前南斯拉夫现在的局势来看，设立本国际法庭既不会促进、也无法促进国际和平；安理会在任何情形下不能为个人规定刑事责任，而设立本国际法庭就是在这样做；过去没有、现在也没有需要由安理会采取这种行动的国际紧急状况；像安理会这样的政治机构没有能力设立一个独立的、不偏不倚的法庭；在事件之后，设立特设法庭来审理某类犯罪具有本质的缺陷[……]”[……]

1. 安理会援引第七章的权限

28. 第39条是《联合国宪章》第七章开始的条款，规定了适用本章的条件。它是这样规定的：

“安全理事会应断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在，并应作成建议或抉择依第四十一条及第四十二条规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全”。[……]

从上述措辞来看，非常清楚，安理会具有关键地位，它根据本条款可以行使非常广泛的自由裁量权。但是，这并不是说，它的权限是不受限制的。安理会是一个国际组织的机构，是根据一项条约设立起来的，该条约为该组织规定了宪法性质的框架。因此，无论它根据该宪法性质的文件具有多大权限，安理会均受到某些宪法方面内容的限制。在任何情形下，那些权限都不能超越该组织权限的一般限制，更不用说其他具体限制或那些可以从该组织内部权限分工中推导出来的限制了。无论如何，上述措辞以及《宪章》的精神都没有说安理会是完全可以不受法律限制(*legibus solutus*)的。[……]

30. [……]在安理会决定设立本国际法庭之前，在前南斯拉夫领土早就一直在发生一场武装冲突（或者说是一系列的武装冲突）。如果可以把它看作是一场国际性武装冲突，那么，毫无疑问，它就符合“和平之破坏”这几个字的字面含义。[……]

但是，即使只把它看作是一场“国内武装冲突”，根据安理会已有的实践和联合国成员国一般的共同理解，它仍然构成“和平之威胁”。确实，安理会对于内战或内部冲突的实践是非常丰富的，把它们都看作是“和平之威胁”，并且是在按照第七章行动的，这得到了大会的鼓励，甚至是要求，例如在20世纪60年代初的刚果危机，以及最近的利比里亚和索马里局势。因此，可以这样说，联合国成员国一般的“嗣后实践”所体现出来的共同理解是，第39条所规定的“和平之威胁”可以包括国内武装冲突这一类型。[……]

3. 作为第七章的一项措施而设立本国际法庭 [……]

(三) 设立本国际法庭是否是一项适当的措施？

39. [……]第39条将手段的选择及其评估留给安理会，它在这个方面具有广泛的自由裁量权；而且只能如此，因为在作出选择时需要对高度复杂和动荡的局势进行政治评估。

从法律上说，依据措施是否成功实现其目的来事后 (ex post facto) 判断这些措施的有效性和合法性完全是一种错误观点[……]。[……]

4. 设立本国际法庭是否违反了必须“依法设立”法院这项一般原则？

41. [……]《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款规定个人有权在一个依法设立的法庭面前受到刑事指控。它是这样规定的：“[……] [……]。《欧洲人权公约》第6条第1款和《美洲人权公约》第8条第1款也有类似的条款。

42. 上诉人认为，这三项公约所规定的条件不仅在国内法律体系中必须得到适用，而且在国际的法院所进行的审判中也必须得到适用。根据下列理由，本庭无法同意这种观点。不过，本庭认为，就像下面解释的那样，法庭必须依法设立这项原则是强加了一项国际义务的一般法律原则，但它只适用于国内刑事司法。[……]

然而，这并不是说，相比之下，国际的刑事法院只可以在一些国家心血来潮的情况下设立。此类法院应当植根于法治之中，并且规定所有有关国际文件所体现的保障。然后，才可以说此类法院是“依法设立”的。

43. [……]《欧洲人权公约》中规定有“依法设立”的措辞。适用这个措辞的判例法[……]表明，有关条款的目的是为了确保民主社会的法庭不屈服于行政机构的权力；但它们必须遵守议会所制定的法律。[……]

非常清楚，许多国家基本遵循的立法、行政和司法分权的制度并不适用于国际社会。更明确地说，并不适用于像联合国这样的国际组织。在联合国的主要机关中，司法、行政和立法这样的分权并不是非常清楚的。就司法权而言，国际法院显然是“主要司法机关”（参见《联合国宪章》第92条）。然而，从技术的角度来说，在联合国的体系中，并不存在立法机关。更明确地说，在国际社会中并不存在一个国际议会。也就是说，并不存在被正式授权制定直接拘束国际法主体之法律的机构。[……]

44. 第二种可能的解释是，“依法设立”这个措辞指的是通过一个机构，尽管不是议会，来设立国际的法院，而该机构具有做出有拘束力的决定的有限权力。在我们看来，其中一个这样的机构是安理会。当安理会根据《联合国宪章》第七章行动时，它就根据《宪章》第25条做出了具有拘束力的决定。[……]
45. 要求本国际法庭必须是“依法设立”的第三种可能解释是，必须是根据法治原则而设立的。[……]对《公民权利和政治权利国际公约》的下面分析可以体现对法庭必须是“依法设立”的这种解释。[……]在起草《公民权利和政治权利国际公约》第14条时，曾经试图规定法庭必须是依法“事先设立”的，但没有成功[……]。在决定法庭是否是“依法设立”时，重要的不是它是否是事先设立的或是为某个具体目的或局势而设立的，而是它必须是由一个有权机关设立的，而该有权机关必须符合有关的法律程序，并且必须遵守体现程序正义的所有要求。[……]
46. 如果对本国际法庭的《规约》、根据《规约》通过的《程序和证据规则》进行考察，就会发现，它是根据法治原则设立的。
- 《规约》第21条几乎是一字不漏地规定了《公民权利和政治权利国际公约》第14条的内容，它可以保证审判的公正。其他体现公正审判保障的内容规定在《规约》和《程序和证据规则》中。
48. 第一项上诉理由，即本国际法庭系非法设立，因此被驳回。

三、本国际法庭的管辖权优于国内法院的管辖权是没有法律依据的 [……]

(二) 国家主权 [……]

58. [……]如果允许用国家主权这个概念来对抗人权，那么，这是对法律的讽刺和对正义普世需求的背叛。不应将边界当作规避法律之剑的挡箭牌，也不能将之当作那些践踏最基本人权者的保护伞。[……]

确实，当创立像本法庭这样的国际法庭时，必须赋予它具有优于国内法院的权限。否则，由于人性的原因，可能出现各种风险，例如把国际犯罪当作“普通罪行”审理（本国际法庭《规约》第10条第2款第1项）、起诉的“目的在于包庇被告”或对案件没有依法进行细致起诉（本国际法庭《规约》第10条第2款第2项）。[……]

四、缺乏事物管辖权 [……]

（一）先决问题：存在武装冲突 [……]

67. 国际人道法同时调整国内和国际性武装冲突中的行为。[……]。“武装冲突”这个概念有不同定义。它取决于敌对行为是国际性质还是国内性质。在这个问题上，本法庭无法同意上诉人的观点。无论是国内武装冲突，还是国际武装冲突，武装冲突的时间和空间适用范围都要比敌对行为的确切时间和地点要广。就国际性武装冲突的时间适用范围而言，四个《日内瓦公约》的规定都说明，它们甚至可以在战斗停止之后继续适用。例如，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》都规定，它们的适用一直要到落入敌人权力的受保护之人已经被释放和遣返为止。[……]

68. 尽管《日内瓦公约》并没有规定国际性“武装冲突”的空间适用范围，但从这些公约的规定可以看出，这些公约中至少某些条款适用于冲突各方的全部领土，而不仅仅是发生实际敌对行为的附近地区。当然，还有一些条款显然与敌对行为密切相关，这些条款的空间适用范围因此也是受到限制的。但是，其他某些条款，尤其是那些与保护战俘和平民有关的条款，则是不受限制的。就战俘而言，《日内瓦第三公约》对处在敌人权力之下的战斗员都适用；至于他们是否是在敌对行为附近地区落入敌人权力之下，则在所不问。同样，《日内瓦第四公约》保护处在冲突各方领土上的任何平民。该公约第6条第2款实际上默认这种解释。该条款规定：

“在冲突各方之领土内，本公约之适用，于军事行动全面结束时应立即停止。”[……]

《第一议定书》第3条第2款[……]也有类似的规定。[……]除了这些规定之外，《日内瓦公约》的性质，尤其是《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》的性质，都表明它们是适用于冲突各方的整个领土的；如果进行其他解释，都将使公约的目的落空。

69. 国内武装冲突的空间和时间适用范围同样也是非常广的。《日内瓦公约》共同第3条规定的受益人是那些没有积极参与(或不再积极参与)敌对行为的人。这就体现了上述说法。它表明,第3条规定的内容也适用于实际发生战斗行动的战场这个狭小空间范围以外的其他空间。[……][《第二议定书》]第2条第1款规定:

“本议定书应适用于受第一条所规定的武装冲突影响的一切人,”[……]第2款同样规定如下:

“在武装冲突结束时,基于有关该冲突的原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人,以及在该冲突后基于同样原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人,均应享受第五条和第六条的保护,直至自由的剥夺或限制终止之时为止。”[……]

根据这个条款的最后一部分的规定,那些应当适用的规则的时间适用范围显然包括发生实际敌对行为时间以外的时间。而且,“基于有关该冲突的原因”是一种相对宽泛的用语。它表明空间的适用范围也是非常广泛的。在这个问题上,唯一所需的联系是冲突和剥夺自由之间的关系,而不是剥夺行为是否发生在战斗期间。

70. 根据上述分析,我们发现,只要国家之间诉诸武力、或政府当局与有组织的武装团体之间、一国之内这种团体之间存在长期的武装暴力,就可以说存在武装冲突。从这样的武装冲突开始,国际人道法就适用,即使敌对行为已经停止,一直要到达成一项一般的和平协定为止;在国内冲突的情况下,则一直要到达成一项和平解决方案为止。在那个时刻之前,国际人道法继续适用于发生战争的国家的整个领土;在国内冲突的情况下,则适用于受到一方控制的全部领土,不论在那里是否发生了实际战斗。

下面把上述关于武装冲突的概念适用到本案。我们认为,据称的犯罪的确是在武装冲突的背景中实施的。从1991年开始,前南斯拉夫境内各实体之间就爆发了战斗。该战斗在1992年整个夏天仍然在进行。在那个时候,据说实施了据称的犯罪。直到今天,战斗仍然在进行。虽然曾经达成过不少临时停火协定,但尚未存在一项结束该地区军事行动的全面和平协定。这些敌对行为超出了构成国际和国内武装冲突所要求的剧烈程度。[……]。即使在据称实施了犯罪的时间和地点,即使在普里耶多尔(Prijedor)地区并没有发生实际冲突,[……]国际人道法仍然适用。只要

据称的犯罪与冲突各方控制的其他领土上发生的敌对行为存在密切联系就足以。毫无疑问，本案中据称的行为就符合这项必要条件。[……]

(二) 《规约》是否只规定国际性武装冲突的情形？

1. 对《规约》的字面解释

71. [……]第2条规定“严重破坏”1949年《日内瓦公约》的情形。只有在国际性武装冲突中才能出现这种情形，这一点是得到广泛公认的，所以，第2条的规定似乎表明，该条款只局限于国际性武装冲突。第3条也没有明确提及有关冲突必须具有何种性质。如果只对该条款进行字面解读，我们会相信它是适用于两类冲突的。[……] 为了更好地确认这些条款的含义和适用范围，本上诉分庭必须考察制定《规约》的宗旨和目的。

2. 对《规约》的目的解释

72. 在第827号决议中，安理会建立了本国际法庭。该决议指出，它的目的是将那些对在前南斯拉夫发生的严重违反国际人道法行为负责的人绳之以法，以便威慑潜在的违法者，并且对促进恢复该地区的和平与安全作出贡献。安理会采取行动的背景表明，它打算实现上述目的，而不论发生在前南斯拉夫的冲突是国内性质还是国际性质。

正如安理会成员国都知道的是，当1993年起草该《规约》时，发生在前南斯拉夫的冲突既可以说是国内性质又可以说是国际性质，是国内冲突伴随着国际冲突，或由于得到外部的支持，已经成为一场被国际化了的国内冲突，或是一场后来被一场或更多的国内冲突取代的国际冲突，或是混合性质的冲突。由于克罗地亚军队卷入波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突以及南斯拉夫国家军队（“南斯拉夫人民军”）卷入在克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突，至少直到1992年5月19日人民军撤出之前，发生在前南斯拉夫的冲突被认为是国际性质的冲突。如果仅仅就发生在波斯尼亚和黑塞哥维那波斯尼亚政府军和波斯尼亚塞族叛乱武装之间的冲突以及发生在（克罗地亚）克拉伊那地区克罗地亚政府军和克罗地亚塞族叛乱武装之间的冲突而言，它们是国内性质的冲突（除非能够证明南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）直接卷入）。[……]

73. 各方达成的遵守人道法某些规则的协定证明了冲突的性质。1991年11月27日，南斯拉夫联盟共和国、南斯拉夫人民军、克罗地亚共和国以及塞尔维亚共和国的代表达成了一项执行1949年《日内瓦公约》及其1977

年《第一议定书》的协定(参见1991年11月27日的《谅解备忘录》)[比较A., 南斯拉夫/克罗地亚, 《谅解备忘录》。[参见**案例173**, 前南斯拉夫, 《冲突各方间的特别协定》, 第1752页。]]这可以反映冲突的国际性质。重要的是, 各方并没有提到涉及非国际性武装冲突的《日内瓦公约》共同第3条。

相比之下, 波斯尼亚和黑塞哥维那共和国境内冲突各方在1992年5月22日达成的协定则反映了冲突的国内性质。该协定的基础是《日内瓦公约》共同第3条。除了规定调整国内冲突的规则之外, 该条在第3款中还规定此类冲突各方可以执行那些一般仅适用于国际性武装冲突的规则。在该协定中, 代表们承诺遵守共同第3条规定的适用于国内武装冲突的实质规则, 并且还根据共同第3条第3款, 承诺遵守关于国际冲突的《日内瓦公约》的某些条款。(1992年5月22日《第一号协定》, 第2条, 第1款至第6款(下称“第一号协定”))。[参见**案例173**, [比较B., 波斯尼亚和黑塞哥维那, 1992年5月22日《第一号协定》], 第1752页]。该协定显然表明, 有关各方把它们卷入的武装冲突看作是国内性质, 但从内容来看, 它们同意适用那些一般仅仅只适用于国际性武装冲突的《日内瓦公约》的某些条款。红十字国际委员会实际上也是采取这种立场, 因为该协定是在它的邀请和召集之下才达成的。在这个点上, 还应当指出的是, 如果红十字国际委员会认为该协定所调整的冲突不是国内性质, 它的行为显然公然违反四个《日内瓦公约》的共同条款, 即四个公约的分别第6条、第6条、第6条和第7条。该共同条款禁止在国际性武装冲突的情形下达成旨在限制适用《日内瓦公约》的任何协定。[……]如果该冲突实际上被视为国际性冲突, 因为红十字国际委员会同意它们仅仅受到共同第3条以及《第一号协定》第2条第1款至第6款的调整, 那么将显然违反上述《日内瓦公约》的条款。鉴于红十字国际委员会所具有的公认权威、能力和不偏不倚, 以及在促进和监督遵守国际人道法中的明确使命, 认为红十字国际委员会会促进和赞成违反《日内瓦公约》基本条款的协定显然是错误的, 哪怕对冲突的性质存在一些疑问。因此, 结论只能是, 红十字国际委员会把受到有关协定调整的冲突看作是国内性质。[……]

74. [……]检察官强调指出, 安理会不断援引严重破坏《日内瓦公约》的行为, 它们一般只能适用于国际性武装冲突。但是, 这种观点并没有看到, 虽然安理会经常援引严重破坏的规定, 但它也同样一般地援引“其他违反国际人道法的行为”, 而这种措辞则同样包括适用于国内武装冲突的法律。

75. 1993年5月3日《秘书长的报告》以及安理会成员国关于它们对《规约》解释的声明反映了安理会促进和平解决冲突的立场，而不对冲突的国际还是国内性质发表立场。秘书长的报告明确指出，关于本国际法庭的属时管辖权的条款，

“明确表明，不对这场冲突的国际或国内性质作出判断。”（《秘书长的报告》，第62段，U.N. Doc.S/25704 (1993年5月3日) (下称“《秘书长的报告》”)。)

同样，在安理会通过《规约》的会议上，有三个国家表达了它们的理解，认为本国际法庭根据第3条关于战争法规或惯例的行为包括当时对前南斯拉夫任何有效的人道法性质的协定。(参见法国、美国和英国代表的声明，第3217次会议逐字逐句的临时记录 (Provisional Verbatim Record of the 3217th Meeting), at 11, 15, & 19, U.N. Doc.S/PV.3217 (1993年5月25日)。) 作为此类补充协定的例子，美国提到了《日内瓦公约》共同第3条规定的关于国内武装冲突的规则，以及“[1949年][日内瓦]公约的1977年议定书。”(同上，第15页)。这显然包括关于国内武装冲突的1977年《第二议定书》。没有其他国家反对这种解释，这显然说明，安理会把该冲突理解成既是国内性质又是国际性质 (必须强调指出的是，美国代表在发表美国关于本国际法庭《规约》的观点之前指出：“我们的理解是，关于《规约》的下列说明，安理会其他国家与我们有共同的观点”)。

76. 安理会故意避免将发生在前南斯拉夫的武装冲突定性为是国际性或国内性，并且尤其是不打算通过把该冲突定性为国际性质来约束本国际法庭，这可以通过归谬法 (*reductio ad absurdum*) 得到证实。如果安理会认为该冲突仅仅是国际性质，并且据此决定约束本国际法庭，那么，本国际法庭就只能把波斯尼亚塞族与波斯尼亚和黑塞哥维那中央政府之间的冲突看作国际性质。由于波斯尼亚塞族显然不是一个国家，因此，上述定性只能认为波斯尼亚塞族不是作为一个叛乱实体而是作为另一个国家，即南斯拉夫联盟共和国 (塞尔维亚和黑山) 的机关或代表在行为。这样一来，波斯尼亚和黑塞哥维那政府军对处在它权力之下的波斯尼亚塞族平民所实施的严重违反国际人道法的行为就不能被认为是“严重破坏”的行为，因为这些平民具有波斯尼亚和黑塞哥维那的国籍，他们显然不能被视为《日内瓦第四公约》第4条第1款所规定的“受保护之人”。相比之下，因为波斯尼亚塞族是在作为另一个国家，即南斯拉夫

联盟共和国（塞尔维亚和黑山）的机构或代表在行为，而波斯尼亚人不可能拥有南斯拉夫联盟共和国的国籍，因此这样的波斯尼亚平民是该公约所规定的“受保护之人”，波斯尼亚塞族针对处在它的权力之下的波斯尼亚平民所实施的暴力行为将被视为“严重破坏”的行为。这显然是荒唐的，因为对于波斯尼亚和黑塞哥维那中央政府而言，这将使波斯尼亚塞族处在非常不利的法律地位。这种荒唐性说明，检察官在在本上诉法庭所提出的观点是错误的。

77. 基于上述理由，我们断定，发生在前南斯拉夫的冲突既具有国内的一面，也具有国际的一面。安理会成员国在通过本国际法庭的《规约》时显然意识到该冲突的两面性，它们打算赋予本国际法庭审判发生在国际或国内冲突中违反人道法行为的权力。为了使既有的国际人道法发挥最大的作用，必须对本《规约》作出符合上述目的的解释。
78. [……]正如上面指出的那样，虽然第2条没有明确指出冲突的性质，但它提到了严重破坏的条款，这表明它只能限于国际性武装冲突。不过，如果把本《规约》关于管辖权的剩余条款也作类似解读，认为只能限于国际性武装冲突，那么将使安理会的目的落空。与起草者显然不关心有关冲突的性质相反，这种解释将授权本国际法庭起诉和惩罚发生在国际性武装冲突的某些行为，而对发生在国内武装冲突的相同行为则会视而不见。而且，安理会不断谴责肆意毁坏和摧毁财产的行为，而它们显然都只能根据本《规约》第2条和第3条才能得到惩罚。[……]

3. 对《规约》的逻辑和系统解释

(1) 第2条

79. 本国际法庭《规约》第2条规定：

[……]。从它的明确措辞以及《秘书长的报告》所确认的情况来看，《规约》的这个条款的基础是1949年《日内瓦公约》。具体说来，它的基础是涉及“严重破坏”《日内瓦公约》的那些条款。1949年四个《日内瓦公约》都规定有“严重破坏”的条款，明确规定了缔约各国义务起诉那些负有责任的人实施的破坏公约的具体行为。换句话说，对于这些具体行为来说，公约为缔约国创设了普遍刑事管辖的义务。虽然从公约的语言上看存在歧义，而且对这个问题可以争议（例如参见：[法庭之友]美利坚合众国政府关于被告律师在“检察官诉杜尚·塔迪奇（*Dusan Tadic*）”案（1995年7月17日，（Case No. IT-94-1-T））中某些观点的呈递意

见，第35页至36页（下称“《美国法庭之友纲要》”），但那些严重破坏的条款只为那些在国际性武装冲突中实施的破坏公约的行为规定了普遍管辖的义务却得到广泛同意。[……]

80. (……)《日内瓦公约》的严重破坏制度有两方面内容：一方面是一系列被认为如此严重以至于构成“严重破坏”的犯罪行为；另一方面与上述规定紧密相关，规定了一套必须遵守的执行机制，要求和授权所有缔约国搜捕、审判或引渡那些据称对“严重破坏”行为负责的人。那些条款规定的普遍管辖义务的其中一项功能是要求《日内瓦公约》中的严重破坏条款一般只适用于国际性武装冲突。之所以要求国际性武装冲突，是对严重破坏制度的一个必要限制，因为它会削弱这种普遍管辖义务所代表的国家主权。1949年《日内瓦公约》的缔约国并不打算赋予其他国家对它们境内发生的武装冲突中实施的严重违反国际人道法的行为实施管辖权，至少不是严重破坏制度中规定的那种普遍管辖义务。

81. 审判分庭认为，本国际法庭《规约》当然没有规定这种执行机制，因为本国际法庭本身显然就是起诉和惩治实施了“严重破坏”行为的人的一种机制，这是对的。[……]本法庭《规约》提到了《日内瓦公约》[……]中的“受保护之人或财产”的概念，它肯定包括：《日内瓦第一公约》第13条、第24条、第25条和第26条所提到的人员（受保护之人）以及第19条、第33条至第35条提到的物体（受保护的物体）；《日内瓦第二公约》第13条、第36条和第37条所提到的人员（受保护之人）以及第22条、第24条、第25条和第27条所提到的物体（受保护的物体）；关于战俘的《日内瓦第三公约》第4条；关于平民的《日内瓦第四公约》第4条和第20条提到的人员（受保护之人）以及第18条、第19条、第21条、第22条、第33条、第53条和第57条等所提到的物体（受保护的财产）。《日内瓦公约》的这些条款显然适用于受保护之人或物体，因为它们只能出现在国际性武装冲突中。相比之下，那些条款没有包括四个《日内瓦公约》共同第3条所提到的人员或财产。[……]

83. [……]审判分庭同意美国政府作为法庭之友提交的纲要中阐述的观点，即：

“本国际法庭《规约》第2条所规定的‘严重破坏’制度既适用于非国际性武装冲突，也适用于国际性武装冲突。”（《美国法庭之友纲要》，第35页。）

这个声明并没有得到任何权威的支持，看来并不是对《规约》第2条进行解释所得出来的。然而，从另外一种观点来看，也不能否认它的意

义：那个观点代表的是安理会一个常任理事国对一个复杂的法律问题所具有的法律观点；在这个问题上，它是第一个可能尝试改变国家的法律意见的观点。如果其他国家和国际机构也同意这样一种观点，那么习惯法中关于“严重破坏”制度的适用范围可以逐渐形成。德国的《军事手册》[……]、1992年10月1日波斯尼亚和黑塞哥维那冲突各方达成的协定[……]、[以及]丹麦一家法院最近[……]基于《日内瓦公约》的“严重破坏”条款作出的判决都可以用来作为这种发展的证据，[……]它们都没有提到据称的犯罪是发生在国际性武装冲突还是非国际性武装冲突这个先决问题。[……]

84. 尽管如此，本上诉分庭必须断定，就现阶段的法律发展来说，《规约》第2条只能适用于发生在国际性武装冲突中的犯罪。[……]

(2) 第3条

86. 《规约》第3条规定，本国际法庭有权审理违反战争法规或惯例的行为。该条是这样规定的：[参见**案例179**，联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第1781页。]

就像秘书长在关于《规约》的报告中解释的，本条的基础是1907年《陆战法规和惯例公约》（《海牙第四公约》）、作为该公约附件的《章程》以及纽伦堡法庭对《章程》的解释。上诉人认为，《海牙章程》调整的是国家之间的武装冲突，而在本案中（in casu），发生在前南斯拉夫的冲突是国内武装冲突；[……]。我们认为，只要对上诉人的观点进行仔细审查，就会发现它是错误的，因为它是对《规约》的狭义解释，而且是不必要的。

1. 对第3条的解释

87. 如果对第3条进行字面解释，我们就会发现：（一）它指的是一类广义犯罪，即：所有“违反战争法规或惯例的行为”；（二）第3条所规定的一些违反行为只是列举性质的，并不是穷尽性质的。

为了明确第3条所规定的一类犯罪的具体内容，我们必须注意一个重要事实。“违反战争法规或惯例”这个表述是过去所使用的一个传统术语。在那个时候，“战争”和“战争法”这两个概念仍然占据主导地位，但后来被另外两个更广义的概念取代，即：（一）1949年《日内瓦公约》所规定的“武装冲突”这个概念；（二）由于人权对武装冲突法所产

生的影响，从而出现了“关于武装冲突的国际法”这个相关概念，或更为最近和全面的“国际人道法”这个概念。就像上面说的，从《秘书长的报告》可以清楚看出，《规约》第3条采用的旧的表述基本上指的是1907年《陆战法规和惯例公约》（《海牙第四公约》）及其所附的《章程》（《秘书长的报告》，第41段）。[……]被视为习惯法[……]。秘书长自己也承认，关于战争的传统法律，现在更加确切地说，应当是“国际人道法”[……]。而且，秘书长也正确指出，与《日内瓦公约》相比，《海牙章程》具有更广的适用范围，因为它不仅包括对武装暴力受难者（平民）或者说那些不再参与敌对行为的人（战俘、伤者和病者）的保护，而且还调整敌对行为。[……]第3条并没有明确列出所有违反行为，而只是规定它们“应包括下列事项，但不以此为限”。鉴于秘书长在对《海牙章程》和国际人道法所进行的讨论中已经注意到了这种列举，因此我们认定，可以把这种列举解释为包括所有其他违反国际人道法的行为。它所受到的唯一限制是，第2条必须没有规定这种违反行为（否则第2条的规定将成为一种摆设）。可以这样说，第3条包括所有除了第2条所规定的“严重破坏”四个《日内瓦公约》行为以外的其他违反国际人道法的行为（或者说，如果某个行为同时触犯第3条与第4条和第5条，第3条也包括第4条和第5条所规定的违反行为）。

88. 在通过建立本国际法庭的决议之后，安理会进行了辩论。从该辩论中也可以看出，第3条并不仅仅是指违反海牙法规的行为，而是还打算包括所有违反国际人道法的行为。就像上面提到的，安理会的成员国，即法国、美国和英国，都明确指出：《规约》第3条还包括冲突各方当时有效的协定所规定的义务，即《日内瓦公约》共同第3条以及两个议定书，还有冲突各方所达成的其他协定。[……]

由于没有国家对这种声明提出抗议，因此，可以把它们看成是对第3条的权威解释，即它的范围比海牙法规所规定的违反行为还要广得多。

89. 根据上述分析，可以说第3条是一个除了第2条、第4条以及第5条以外包括所有违反人道法的一般条款。具体说来，它包括：（一）违反关于国际性冲突的海牙法规的行为；（二）违反《日内瓦公约》所规定的“严重破坏”行为以外的该公约其他条款的行为；（三）违反关于国内冲突的共同第3条以及其他习惯法规则的行为；（四）违反对冲突各方有拘束力的、被认为是条约法的协定的行为，即：违反那些尚未转变为习惯国际法的协定的行为（关于这一点，参见第143段）。[……]

91. [……]换句话说，第3条是一个兜底条款，旨在确保所有严重违反国际人道法的行为都落入本国际法庭的管辖权。[……]
92. 对第3条进行这样解释还得到该条款宗旨和目的的支持。当安理会决定建立本国际法庭时，它的目的是为了终止所有发生在前南斯拉夫的严重违反国际人道法的行为，而不仅仅是其中一类行为，即“严重破坏”《日内瓦公约》的行为或违反“海牙法规”的行为。因此，如果对第3条进行正确解释，那么建立本国际法庭的基本目的就是为了不让所有犯有任何严重违反行为的人逍遥法外，而不论这种行为是在何种冲突背景中实施的。
93. 如果从更广阔的视角来审查第3条，即从历史背景的角度进行分析，那么，就更能确认上面作出的这种解释。就像国际法院在“尼加拉瓜”案[参见**案例 130**，国际法院，尼加拉瓜诉美国，第1359页]中指出的，四个《日内瓦公约》共同第1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”。该条已经变成“人道法的一项一般原则[……]，公约只是作了特别规定而已。”（“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动案”（尼加拉瓜诉美国）（实体判决），1986年，《国际法院报告集》，第14页，第220段（6月27日）（下称“尼加拉瓜”案））。这项一般原则不仅为国家、而且也为包括联合国在内的其他国际实体规定了义务。就是因为牢记有这样一项一般原则，1977年，当国家在起草《日内瓦公约》两个议定书时才在《第一议定书》第89条中作了如下规定：

“在严重违反本公约或本议定书的情形下，缔约各方承诺在与联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行动。”（《第一议定书》，第89条）

可见，制定第3条的目的是，通过赋予本国际法庭具有起诉所有“严重违反”国际人道法行为的权力来履行上述义务。

2. 可以适用第3条的违反国际人道法的行为必须满足的条件

94. 本上诉分庭认为，澄清适用第3条必须满足的条件是非常必要的。为了使本国际法庭可以根据第3条起诉犯罪，必须符合下列条件：

（一）违反必须构成违反国际人道法规则的行为；

（二）该规则在性质上必须是习惯法，或者说，如果是条约法，必须符合下面提到的必要条件（参见下面，第143段）；

(三) 违反必须是“严重的”。也就是说，必须是破坏一项保护重要价值的规则，而且破坏必须使受害者产生严重的后果。因此，如果战斗员只是在被占村庄偷了一条面包，虽然也可以说是违反《海牙章程》第46条第1款所规定的基本原则，即占领敌人领土的军队“私有财产应受到尊重”，但这不等于是“严重违反国际人道法的行为”；

(四) 根据习惯法或条约法，违反该规则必须会让破坏该规则的个人产生个人刑事责任。

因此，如果上述条件能够满足，那么，“严重违反”行为是发生在国际性武装冲突还是国内武装冲突则并不重要。

95. 本上诉分庭认为，有必要审查上面提到的两项条件，即：（一）是否存在调整国内冲突的习惯国际法规则；以及（二）违反这样的规则是否会引起个人的刑事责任。本上诉分庭将集中对付这两个条件，因为在审判分庭进行的审判中，被告辩称，本案并不符合这两项条件。由于几乎没有对这个问题存在权威的司法解释及法学学说，因此进行审查也是非常必要的。

3. 调整国内武装冲突的习惯国际人道法规则

(1) 概述

96. 在传统国际法中，当国际社会爆发武装暴力时，法律所进行的反应完全建立在两分法的基础之上，即：交战状态或叛乱状态。前一类适用于主权国家之间的武装冲突（除非承认内战中存在交战状态），后一类则适用于一个主权国家领土内所发生的武装暴力。与此相对应，国际法用一种明显不同的方式调整这两类冲突：国家之间的战争受到一整套国际法律规则的调整，它们既调整敌对行为，也保护那些不参与（或不再参与）武装暴力行为的人（平民、伤者、病者、遇船难者和战俘）。相比之下，几乎很少有国际法的规则调整国内暴乱行为，因为国家更加愿意把国内动乱看作是它们自己的刑法可以对付的叛乱、叛变或叛国行为，因此排除其他国家对它们国内管辖事项任何可能的干涉。这种两分法显然是以主权为导向的，而且是国际社会传统观念的体现。它们的基础是主权国家的共存，倾向于关注它们自己的利益，而不是国际社会的关注或者人道需求。

97. 然而，自从 20 世纪 30 年代以来，上面所提到的这种区分逐渐变得模糊起来，调整国内武装冲突的国际法规则也逐渐出现，或者说已经形成。出现这种发展是有多种原因的。首先，内战变得更加频繁[……]。其次，国内武装冲突变得越来越残忍和久拖不决[……]。再次，国内动乱的大规模性以及国家在国际社会越来越多的相互依赖使第三国想要视而不见变得越来越困难[……]。第四，国际社会关于人权的理论迅猛发展和传播，尤其是在 1948 年《世界人权宣言》通过以后，给国际法带来了重大改变，特别在对付那些困扰国际社会问题的做法上。以国家主权为导向的做法逐渐被以人权为导向的做法所取代[……]。因此，在武装冲突领域，对人来说，在国家之间的战争与内战之间的这种区分正在失去意义。当在两个主权国家之间发生战争就需要保护平民免受交战暴力的痛苦，需要禁止强奸、酷刑或肆意摧毁医院、教堂、博物馆或私人财产、以及引起不必要痛苦的武器，但为什么在“只是”一个主权国家领土上发生的武装暴力则不需要有相同的禁止，或规定相同的保护呢？当然，国际法必须捍卫国家的合法利益，但如果国际法必须逐渐转向保护整个人类的利益，那么，必须淡化上面提到的两分法显然是非常自然的事情。
98. 至少在两个不同的层面出现了调整国内动乱的国际法规则：习惯法的层面和条约法的层面。这两套规则都已经形成，它们之间并不是互相冲突或矛盾的，相反是彼此支持和补充的。的确，这两套规则之间发生了如下互动，即：一些条约规则已经逐渐变成了习惯法的一部分。对于 1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条来说，的确是这样的，国际法院已经对此发表了权威声明（“尼加拉瓜”案，第 218 段）；对于 1954 年 5 月 14 日《武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》第 19 条以及下面我们将要说明的 1977 年《第二议定书》的核心内容来说（第 117 段），也是这样的。
99. 在指出国际社会中已经出现的旨在调整国内动乱的一些习惯法原则和规则之前，有必要对武装冲突法的立法过程作出一些提示。为了证明存在一项习惯法规则或一般原则，需要确认存在国家实践。为了证明军队实际上是否遵守或违反了某些行为标准而查明它们在战场上的实际行为尽管不是不可能，但显然是非常困难的。事实是，独立的观察员一般都被拒绝进入军事行动区域（甚至还拒绝红十字国际委员会），而且冲突各方总是不愿透露实际发生的敌对行为的有关信息，这显然使这种考察变得极其困难。更为糟糕的是，为了误导敌人、舆论以及外国政府，各方经常故意公布一些错误信息。因此，为了考察是否已经形成了习惯法规

则或一般原则，我们必须注意，鉴于这个问题的固有性质，必须主要依靠诸如国家的官方公告、军事手册以及司法决定这样的材料。

(2) 主要规则

100. 这个领域首先发展的规则是旨在保护平民居民免受敌对行为的规则。早在西班牙内战时期 (1936年至1939年)，国家实践已经显示出一种忽视国际战争和国内战争的区分以及适用某些人道法一般原则的趋势，至少对那些成为大规模内战的国内冲突而言是这样的。[……] 重要的是，西班牙的共和国政府和第三国都拒绝承认叛乱团体为交战团体。不过，它们坚持认为，必须适用关于国际性武装冲突的某些规则。那些认为可以适用的规则包括禁止故意轰炸平民、禁止攻击非军事目标、以及在对军事目标发动攻击之前必须采取预防措施。例如，1938年3月23日，针对轰炸巴塞罗那事件，英国首相张伯伦提出了抗议，并认为：

“国际法关于哪些属于军事目标的规则是不明确的[……]。不过，国际法中一项确定的规则是，在任何情形下故意直接轰炸非战斗员是非法的。促使女王政府提出抗议的情报是，我们认为轰炸巴塞罗那显然是肆意进行的，而且并不是专门针对军事目标的，实际上就具有上述性质。” (333下议院辩论 (House of Commons Debates), col. 1177, 1938年3月23日。)

更加笼统地说，1938年6月21日，在回答议员诺埃尔－贝克 (Noel-Baker) 关于西班牙内战的提问时，张伯伦首相是这样声明的：

“我认为，我们可以这样说，就空地战争而言，在任何情形下，有三项国际法的规则或者说三项国际法的原则是适用的，就像它们适用于海战或陆战一样。首先，轰炸平民本身以及故意攻击平民居民是违反国际法的。那显然是违反国际法的。第二，空中轰炸的目标必须是合法的军事目标，而且必须是可以识别的。第三，在对那些军事目标发动攻击之前必须采取合理的措施，以便确保附近的平民居民不受到随意轰炸。” (337下议院辩论 (House of Commons Debates), cols. 937-38, 1938年6月21日。)

101. 国际联盟大会当时通过的许多决议以及战争方发表的宣言和达成的协定都重申了这种观点。例如，1938年9月30日，国际联盟大会一致通过一项涉及西班牙冲突和中日战争的决议。大会声明，“国际舆论在许多场合已经通过最权威途径表明，轰炸平民居民是令人震惊的”，“这种做

法，正如实践已经表明，并没有军事必要，只会引起不必要痛苦，这是受到公认的国际法原则所谴责的”。随后，大会还希望就该事项达成协议，并且继续声明，它

“确认下列原则是将来制定任何规则的必要基础：

- (一) 故意轰炸平民居民是非法的；
- (二) 空中轰炸的目标必须是合法的军事目标，并且必须是可以识别的；
- (三) 对合法的军事目标的任何攻击必须保证不能因为存在过失而轰炸到附近的平民居民”（国际联盟，O.J. Spec. Supp. 183, at 135-36 (1938).）

102. 从后来的国家实践中可以看出，在把战争法的一些一般原则扩大适用到国内武装冲突的过程中，西班牙内战并不是一个特例。虽然从西班牙内战发展出来的规则旨在保护处在敌对行为区域的平民，但旨在保护那些不参与（或不再参与）敌对行为的人的规则则是在第二次世界大战之后发展出来的。[……]

在后来的一项重要发展中，有国家明确指出1949年《日内瓦公约》共同第3条中存在适用于国内武装冲突的某些最低义务。国际法院认为，这些规则反映的是“基本的人性考虑”，根据习惯国际法是适用于任何武装冲突的，无论是国内性质还是国际性质。（“尼加拉瓜”案，第218段）。因此，至少就共同第3条中的最低规则而言，冲突是什么性质是无关的。

103. 共同第3条不仅规定了调整国内武装冲突的实体规则，而且还规定了邀请国内冲突各方遵守《日内瓦公约》其他规定的程序机制。就像现在发生在前南斯拉夫的冲突一样，许多国内武装冲突各方已经利用了这种程序，使它们从事的国内敌对行为适用关于国际性武装冲突的法律。例如，在1967年的也门冲突中，保皇党人和共和国总统都同意遵守《日内瓦公约》中的基本规则。这种承诺体现出来的一种共识是：某些基本规则应当适用，无论冲突是什么性质。

104. [……]一些案件同样证明存在遵守国内冲突基本原则的习惯法。在这些案件中，战争各方单方面承诺遵守国际人道法。[……]

108. 除了交战国、政府和叛乱团体的行为以外，其他因素也帮助形成了这个方面的习惯法规则。本上诉分庭将特别提到红十字国际委员会的行动、

联合国大会通过的两项决议、欧洲共同体（现在的欧洲联盟）成员国发表的一些宣言、1977年《第二议定书》以及一些军事手册。

109. 众所周知，红十字国际委员会在促进国际人道法的发展、执行和传播方面非常活跃。从与我们有关的角度，即出现关于国内武装冲突的习惯法规则来说，红十字国际委员会不断呼吁国内武装冲突各方尊重国际人道法，它为此作出了突出贡献。必须指出，当遇到非国际性武装冲突时，红十字国际委员会就促使冲突各方适用人道法的基本原则。另外，只要一有可能，它就努力说服冲突各方遵守1949年《日内瓦公约》或至少是其中的主要条款。当冲突各方或其中一方拒绝遵守国际人道法时，红十字国际委员会就会指出，它们至少应当遵守共同第3条。这说明，红十字国际委员会促进了人道法的一般原则扩大适用到国内武装冲突的进程，而且为此提供了便利。

因此，红十字国际委员会在促使遵守国际人道法方面已经取得的实际效果应当被视为实实在在的国际实践的一个组成部分；这是在形成或确立习惯法规则方面发挥显著作用的一部分。

110. [联合国]大会关于“武装冲突对人权之尊重”的两项决议强化了某些战争规则对国内和国际性武装冲突的适用。第一项决议是第2444号决议，这是大会在1968年一致通过的。在该决议中，大会“鉴于有在所有武装冲突中适用基本人道原则之必要”，大会还“订明”：

“所有对武装冲突中行动负责之各国政府及其他当局遵守之：(a) 冲突各方采取方法以伤害敌人之权并非无限制者；(b) 对于平民以其为平民而施以攻击之行为应予禁止；(c) 必须时时将参与敌对行为之人与平民两者划分，俾使后者尽量免受伤害。”（大会第2444号决议，GAOR, 23rd Session, Supp. No. 18 U.N. Doc. A/7218 (1968)。）

必须指出的是，在通过这项决议之前，美国代表在第三委员会发表声明，认为该项决议所声明的原则“是对既有国际法的重申”（U.N. GAOR, 3rd Comm., 23rd Sess., 1634th Mtg., at 2, U.N. Doc. A/C.3/SR.1634 (1968)）。1972年，美国国防部重申了这种观点。它指出，这项决议是“既有的习惯国际法的宣示”。换句话说，是对“习惯国际法原则”的“一种正确重述”。（参见：《美国国际法杂志》(American Journal of International law)，第67卷，1973年，第122页、第124页。)

111. 1970年，大会重申了第2444号决议中规定的原则，并一致通过了关于“武装冲突中保护平民之基本原则”的第2675号决议。挪威是该决议的发起者之一。在向第三委员会介绍该决议时，挪威代表解释说，就像该决议中使用的那样，“‘武装冲突’这个术语是指包括所有形式的武装冲突，因为日内瓦公约和《海牙章程》中的条款并没有包括所有的冲突，这点是非常重要的。”(U.N. GAOR, 3rd Comm., 25th Sess., 1785th Mtg., at 281, U.N. Doc.A/C.3/SR. 1785 (1970)) [……]该决议发表了下列声明：

“鉴于需要采取措施，确保在一切类型之武装冲突中对人权作更妥善之保护，[……大会] 确认武装冲突中保护平民之下述各项基本原则，但不妨碍今后在武装冲突国际法逐渐发展之范围内再作推敲：

- 一、国际法所承认及国际文书中所明定之基本人权，在武装冲突情势中仍完全适用；
- 二、武装冲突中所从事之军事行动，无论何时均必须将积极参与敌对行为人员与平民加以区别；
- 三、在从事军事行动时，应尽一切努力使平民免受战争蹂躏，并应采取一切必要之预防措施，使平民免受伤亡或损害；
- 四、平民不应成为军事行动之目标；
- 五、仅为平民使用之住宅及其他设施不应成为军事行动之目标；
- 六、指定专供保护平民之用之场所或地区，诸如医院区或类此之庇护所，不应作为军事行动之目标；
- 七、平民群众或个人不应作为报复、强迫迁移或以其他方式侵犯其人格完整之对象。
- 八、对平民提供国际救助乃系遵照联合国宪章、世界人权宣言及其他关于人权方面国际文书之人道原则行事。第二十一届国际红十字会会议通过之决议案二十六所载对遭遇灾难平民之国际人道救助原则应适用于武装冲突情势，且所有冲突当事各方均应尽力促进此项宣言之施行。”(G. A. Res. 2675, U.N. GAOR. 25th Sess., Supp. No. 28 U.N. Doc. A/8028 (1970).)

112. 所有这些决议一起发挥了两个作用：它们是关于任何类型的武装冲突中保护平民居民和财产的习惯国际法原则的宣示；同时，它们也打算促进关于这个事项条约法规则的发展，以便细化和详细阐明这些原则的内容。

113. 许多国家也在许多场合认为，国际人道法中存在保护平民不受国内武装冲突敌对行为影响的原则或一般规则。例如，在利比里亚局势中，欧洲共同体（当时）12个成员国在1990年8月2日通过的宣言中宣布：

“尤其是，共同体及其成员国敦促冲突各方遵守国际法和最基本的人道原则，以便防止使馆和诸如教堂、医院等手无寸铁的平民寻求避难的场所受到暴力攻击。”（《欧洲政治合作文献公告》(European Political Cooperation Documentation Bulletin), 第6卷，第295页 (1990).)

114. 虽然内容更加一般，但安理会同样发出了呼吁[……]。

在索马里和格鲁吉亚局势中，安理会呼吁内战各方尊重国际人道法原则。就索马里局势而言，可以提到第794号决议。在该决议中，安理会特别谴责“蓄意阻碍运送平民生存所必需的粮食和医疗用品”属于破坏国际人道法的行为[……]。还可以提到第814号决议。就格鲁吉亚局势而言，可以参见第993号决议[……]。

115. 最近，欧洲联盟的15个成员国同样坚持要求发生在车臣的内战尊重国际人道法。[……]

116. 必须强调的是，在上面提到的声明以及决议中，欧洲联盟和联合国安理会并没有提到《日内瓦公约》共同第3条，而是转而使用“国际人道法”这个措辞。因此，这显然说明，国际法中存在关于国内武装冲突的一般原则和规范体系，它包括共同第3条，但还具有更广的适用范围。

117. 还必须注意《日内瓦公约》的《第二议定书》。该议定书的许多条款现在可以被视为既有规则的宣示，已经使正在形成的习惯法规则确定下来，或者说在它们演变成一般原则的过程中具有非常明显的帮助作用。

许多国家发表的观点确认了上述观点。[……]例如，可以提到1987年萨尔瓦多（《第二议定书》的缔约国）代表所采取的立场。萨尔瓦多政府宣布，严格说来，《第二议定书》并不适用于那场内战[……]。不过，萨尔瓦多政府承诺遵守该议定书的条款，因为它认为这些条款是对共同第3条的“发展和补充”，“而且还是对任何时间和地点中的每一个人的最低保护”（参见：《1986年9月至1987年8月期间萨尔瓦多武装部队关于国际人道法规则及其有效性问题的报告》(Informe de la Fuerza Armada de El Salvador sobre el respeto y la vigencia de las normas del Derecho Internacional Humanitario Durant el periodo de Septiembre de

1986 a Agosto de 1987), 第3页 (1987年8月31日) (萨尔瓦多国防和安全部致联合国人权委员会特别代表 (1987年10月2日) (非官方翻译)))。同样, 在1987年, M·J·麦特森 (M. J. Matheson) 先生作为美国国务院副法律顾问的身份发表如下声明:

“当然, 《第二议定书》的核心内容在1949年《日内瓦公约》共同第3条中有所体现。因此, 它是、而且应当是一般接受的习惯法的一部分。这尤其包括禁止对没有积极参与敌对行为的人实施暴力行为、劫持人质、有辱人格的待遇和未经正当程序进行惩罚。”(迈克尔·J·麦特森在人道法会议上的发言, 《亚美利加大学国际法和政策杂志》(American University Journal of International Law), 1987年, 始第419页, 具体在第430-431页上。)

118. 各国军事手册也说明, 现在的国际法中存在调整适用于国际和国内武装冲突的敌对行为(所谓的“海牙法规”)的一般原则。例如, 1992年的《德国军事手册》规定:

“如同盟国军队的成员一样, 德国军队的成员应当在所有武装冲突的军事行动中遵守国际人道法的规则, 无论此类冲突的性质”。[……]

119. [……]现在, 我们简要说明一下就作战手段和方法而言, 关于国际战争的规则和原则是如何逐渐扩大适用到国内武装冲突的。就像本上诉分庭在上面指出的(参见第110段), 现在已经发展出了限制冲突各方“采取伤害敌人手段”的权利。而且, 对于1990年通过、1994年修改的所谓《最低人道标准的图库宣言》来说也是如此。它规定了更为一般的原则。第5条第3款规定: “在任何情形下不得使用那些在国际性武装冲突中受到禁止的武器或其他材料或方法。”[……]

的确, 如果认为在自己国家领土上出于镇压自己国家公民的叛乱而可以使用那些国际性武装冲突中禁止使用的武器, 那么出于基本的人性考虑和常识, 那将显然是非常荒谬的。在国际战争中是不人道的、从而受到禁止的行为, 在国内动乱中也只能是不人道和不可接受的行为。

120. 这种基本认识逐渐促进形成了关于某种武器的一般规则。这种一般规则已经把国际性武装冲突中一概禁止的行为扩大适用到国内动乱。为了进行分析, 我们将提到化学武器。最近, 许多国家发表声明, 认为一国中央当局针对自己居民使用化学武器是违反国际法的。1998年9月7日, 欧洲共同体(当时)12个成员国发表如下宣言:

“12个国家高度关注据称的[伊拉克当局]对库尔德人使用化学武器的报道。它们重申此前的立场，谴责任何使用这些武器的行为。它们敦促尊重国际人道法，包括1925年《日内瓦议定书》、联合国安理会[关于在两伊战争中使用化学武器的]第612号和第620号决议。”（《欧洲政治合作文献公告》(European Cooperation Documentation Bulletin)，第4卷，第92页(1988) [……]

121. 英国[……][和][……]德国当局也奉行大致相同的坚定立场。[……]

122. 美国政府也对该事件明确表态。1988年9月9日，国务院在其发表的“新闻指引”的声明中指出：

“虽然1925年禁止‘在战争中’使用[化学武器]的《日内瓦议定书》对国内冲突中使用[化学武器]是否适用是个问题，但非常清楚的是，针对平民居民使用这种武器将违反习惯国际法，它是适用于国内武装冲突以及其他国际协定的”。（美国，国务院，《新闻指引》(Press Guidance)，1988年9月9日。）

1988年9月13日，国务卿乔治·舒尔茨 (George Schultz) [……]对伊拉克使用化学武器的行为进行了强烈谴责，并称是“完全不可接受的”。[……]

123. 非常有意思的是，据报道，伊拉克政府“坦然否认使用毒气的指控。”（《纽约时报》，1988年9月16日，at A 11。）而且，它同意尊重和遵守有关化学武器的国际规范。[……]还应当强调指出的是，许多国家（土耳其、沙特阿拉伯、埃及、约旦、巴林和科威特）以及阿拉伯国家联盟于1988年9月12日在突尼斯召开的外交部长会议都强烈否认美国提出的伊拉克对库尔德国民使用了化学武器的指称。不过，这种否认并没有改变使用化学武器的法律性质 [……]。

124. 因此，非常清楚，无论伊拉克是否真的对自己的库尔德国民使用了化学武器（本庭显然不能、也没有对此发表任何意见），国际社会显然已经形成了一般共识，即：在国内武装冲突中使用那些武器也是受到禁止的。

126. 虽然国内武装冲突中出现了上述一般规则，但并不是说国内动乱的任何方面都受到一般国际法的调整。在这个方面，可以指出两项具体限制：（一）只有调整国际性武装冲突的一些原则和规则已经逐渐扩大适用到国内冲突；（二）这种扩大的形式并不是把那些规则全部和机械地移植到国

内冲突；相反，是那些规则的一般本质已经对国内冲突适用，而不是它们所包含的具体规定。[……]

4. 国内武装冲突中的个人刑事责任

128. 上诉人认为，即使习惯国际法包括适用于国内和国际武装冲突的某些基本原则，但当破坏行为是在国内武装冲突中实施时，这种禁止也不会产生个人刑事责任[……]。例如，《日内瓦公约》共同第3条并没有明确规定违反该条款的刑事责任。的确如此。在纽伦堡国际军事法庭审判时，也遇到关于该法庭管辖权基础的各种协定和公约的类似主张。该法庭[……]断定，违反禁止行为的人将承担个人责任，并考察了与这个结论有关的许多因素：国际法和国家实践毫无疑问承认战争规则，说明具有对违反禁止行为的人进行刑事制裁的意图，包括政府官员和国际组织发表的声明、国内法院和军事法庭对违反行为的惩治[……]。当满足这些条件时，个人必须承担刑事责任，因为就像纽伦堡法庭断定的那样：

“违反国际法的犯罪是由人、而不是由抽象的实体实施的，只有惩治实施了这些犯罪的个人，国际法的规定才能得到实施。”[……]

129. 如果我们把上述标准适用于本案，我们可以确定认为，它们将产生个人刑事责任，不论是在国内还是在国际性武装冲突中实施。[……]

130. 而且，许多国际实践表明，国家打算把严重破坏关于国内冲突的习惯法规则和原则规定为犯罪。[……]

131. 显然，根据《德国军事手册》，破坏共同第3条的行为是应当受到惩罚的，这是毫无疑问的 (Humanitares Völkerrecht in bewaffneten Konflikten-Handbuch, August 1992, DSK AV 2073200065, at para. 1209) (非官方的翻译)，因为它在“严重破坏国际人道法”中规定了针对受到共同第3条保护的人员实施的“犯罪行为”[……]。而且，新西兰1992年的《武装冲突暂行法律手册》(Interim Law of Armed Conflict Manual) 规定，“虽然不适用[即“破坏共同第3条”]看来将使那些责任人承担‘战争罪’的责任，但由于不存在‘战争’，因此，将根据国内刑法进行审判。”(New Zealand Defence Force Directorate of Legal Services, DM (1992) at 112, Interim Law of Armed Conflict Manual, para. 1807, 8)。美国手册中的有关规定也把“战争罪”[……]解释成包括违反共同第3条的行为。1958年的英国手册也有类似的解释。

132. 还应当注意那些旨在执行《日内瓦公约》的国内立法。它们当中有一些规定得很广泛，使国内法院可以审判那些对违反涉及国内武装冲突的规则负责的人。1990年的南斯拉夫社会主义联邦共和国的刑法典就是这样的，它1990年得到修正的目的就是为了使1949年《日内瓦公约》在国内刑法中可以得到适用。第142条（关于针对平民居民的战争罪）和第143条（关于针对伤者和病者的战争罪）明确规定适用于“战争、武装冲突或占领时期”；这看来说明它们也适用于国内武装冲突。[……] 1993年6月16日，比利时为了执行1949年的《日内瓦公约》及其两个议定书的法律明确规定，比利时法院有权审理破坏《关于非国际性武装冲突中的受难者的日内瓦公约第二议定书》的行为。该法第1条规定，本条罗列的“严重破坏” (infractions graves) 日内瓦四公约及其两个议定书的行为“构成国际法中的犯罪” [……]。[参见**案例52**，比利时，普遍管辖权法，第955页。]
133. 安理会一致通过的某些决议对以下法律意见的形成具有至关重要的作用，即违反支配国内武装冲突的一般国际人道法将令违反者或命令违反者承担刑事责任。例如，在关于发生国内动乱的索马里的两项决议中，安理会一致谴责破坏人道法的行为，并且认为，破坏者或命令实施破坏者必须为其行为承担“个人责任”。(参见安理会第794号决议 (1992年12月3日)；安理会第814号决议 (1993年3月26日)。)
134. 所有这些材料证明，习惯国际法对严重违反共同第3条的行为规定了刑事责任。保护国内武装冲突受难者的其他一般原则和规则、破坏国内动乱中战斗手段和方法某些基本原则和规则也可以作为补充。
135. 还应当补充的是，就它适用于在前南斯拉夫实施的犯罪来说，严重违反支配国内武装冲突的国际人道法产生个人刑事责任也是实质正义和公平的需要。就像上面指出的（参见第132段），根据《南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法典》和执行1977年两个议定书的法律规定，这种违反行为应当受到惩罚。根据1992年4月11日的法令，在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国，这种违反行为同样也应当受到惩罚。因此，前南斯拉夫国民以及现在的波斯尼亚和黑塞哥维那国民知道、或应当知道在违反国际人道法的情况下，他们应当服从他们国家刑事法院的管辖。
136. 还需要指出，在红十字国际委员会发起下签订的关于波斯尼亚和黑塞哥维那冲突的一些协定中，各方显然有义务惩治那些对违反国际人道法负有责任的人。1992年5月22日的上述协定第5条第2款规定：[参见**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》。[比较B. p. 1752。][……]。]

而且，1992年10月1日的协定第3条第1款规定：

“将单方面无条件释放那些没有被控或判定犯有《日内瓦第一公约》第50条、《日内瓦第二公约》第51条、《日内瓦第三公约》第130条、《日内瓦第四公约》第147条以及《第一议定书》第85条所规定的严重破坏国际人道法行为的所有俘虏。”（《第二号协定》，1992年10月1日，第3条，第1段。）

这个条款[……]说明，所有对违反该条款提到的《日内瓦公约》条款负有责任的人都必须受到法庭审判。由于上面段落提到的两个协定都明确适用于国内武装冲突，因此，结论只能是，在波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突中，各方显然在条约法层面上同意对发生在该冲突中的破坏国际人道法的行为施以惩罚。[……]

（三）本国际法庭是否也可以适用对冲突各方有拘束力的国际协定？

143. 在审判分庭以及本上诉分庭面前，被告和检察官都认为应当适用冲突各方达成的某些协定。[……]应当再次强调指出，起草者声称本国际法庭应当适用习惯国际法，背后唯一的理由是为了在冲突一方不遵守某个具体条约的情况下避免违反罪刑法定原则（《秘书长的报告》，第34段。）因此，本国际法庭被授权适用除了习惯国际法以外的任何条约，只要它们：（一）在实施据称的犯罪时对各方毫无疑问具有拘束力；（二）不违反或损抑国际法中的强行规范，就像国际人道法中的许多习惯法规则一样。安理会通过本《规约》时发表的声明也可以支持对本国际法庭管辖权的这种分析。就像上面提到的（第75段和第88段），美国、英国和法国的代表都认为，《规约》第3条并不否认适用对各方有拘束力的国际协定。（联合国安理会第3217次会议逐字逐句的临时记录（Provisional Verbatim Record, of the U.N. SCOR, 3217TH Meeting., at 11, 15, & 19, U.N. Doc.S/PV.3217, 1993年5月25日。）。[……]

2. 审判分庭，事实真相

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1, Trial Chamber II., Judgement, 7, May 1997;
可访问：<http://www.un.org>]

[……]

一、简介 [……]

(三) 指控令 [……]

45. 第6段涉及在奥马斯卡 (Omarska) 集中营殴打许多俘虏以及一起残伤性器官的事件[……。许多俘虏被殴打成重伤, [……][其中一位]的性器官被残伤。据指控, [……]几乎所有人都因为受到这些攻击而死亡。被告据称积极参与了这些行为, 因此被指控犯有: 《规约》第2条规定的构成严重破坏行为的故意杀害、《规约》第3条规定的构成违反战争法和惯例行为的谋杀、《规约》第5条第1项规定的构成危害人类罪的谋杀、《规约》第2条第2项规定的构成严重破坏行为的酷刑或不人道待遇、《规约》第2条第3项规定的构成严重破坏行为的故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害、《规约》第3条规定的构成违反战争法和惯例的虐待、以及《规约》第5条第1项规定的构成危害人类罪的不人道行为。
46. 第7段针对的是据称发生在奥马斯卡集中营一幢名为“白屋”的小建筑内的事件。大约在1992年7月10日, 有一群塞族人在那里殴打了塞维克·西瓦奇 (Sevik Sivac), 把他摔到房间的地上, 然后就不管他了, 最后导致他死亡。据称, 被告参与了殴打行为[……]。
47. 第8段针对的是1992年7月下旬发生在“白屋”外面的一宗事件。那个时候, 据称是来自营外的一群塞族人(包括被告在内)对其他人进行拳打脚踢[……], 最后只有[……]幸存。[……]
48. “白屋”也是该指控令第9段所指控的事件的发生地。许多俘虏被迫饮用污水坑中的水。当他们在饮水时, 据称来自营外的一群塞族人用脚踢他们的背, 直到他们无法动弹。受害者然后被拉上手推车运走。检察官指称, 被告不仅参与了这个事件, 而且在其中一名受害者被拉走过程中, 他还用灭火器对准他的嘴, 并启动了该灭火器。[……]
49. 指控令的第10段针对的是发生在“白屋”的另一宗殴打事件, 据称发生在1992年7月8日左右。当时, 许多俘虏被单独叫出“白屋”的房间, 然后遭到殴打。[……]被叫出后, 遭到拳打脚踢, 直到不省人事。[……]
50. 第11段针对的是发生在科扎拉奇 (Kozarac) 的攻击事件。据指控, 大约在1992年5月27日, 塞族部队抓捕了科扎拉奇地区大部分波斯尼亚穆斯林和波斯尼亚克族人。当他们列队行进到集合区准备被运到集中营时, 被告据说下令[……]离开列队, 然后射杀了他们。[……]

51. 指控令的最后一段，即第12段，针对的是大约在1992年6月14日发生在亚斯基奇 (Jaskici) 和西夫奇 (Sivci) 两个村庄的一宗事件。塞族人带着武器进入该地区，然后挨家挨户地叫出居民，把男人与女人以及儿童隔开。在这个过程中，[……]在他们屋子的前面杀害了他们；[……]被殴打后拉走。检察官指称，被告是应当对这些杀害和殴打事件负有责任的人之一。[……]

三、查明事实 [……]

239. 一位证人随后说，他听到了该集中营用来运载食物和拉走尸体的一辆卡车发动机发出的声音，这些人员随后被拉到远处枪杀，他还听到了枪声。他还说：“我相信他们当中其中一些人还活着，因此，是在那里被最后结束生命的。”即使假定该证人的推测是正确的，也没有证据证明是谁开了枪，也没有证据证明如果是他们四个人，是其中哪一个人被枪杀了。但是，清楚的是，四个俘虏中没有一个回到了他们原来在机库中的房间，可能是这些俘虏实际上已经死亡，尽管[……][……]的父亲说的话比较可靠，他说：“从那天开始，再也没有”看见他的儿子。这可以作为证言，但并没有非常确切的证据。当然，在该集中营，一般的做法是，那些遭到殴打后幸存下来的俘虏被送回他们原来的房间，而那些已经死亡或看上去已经死亡的人从集中营被拉走。
240. 本审判分庭承认，在冲突期间，殴打、杀害以及冷漠、粗心、甚至无情对待死者的事件盛行。死亡的俘虏被埋在临时坟墓中，而且在营地，经常能看到大量尸体。由于这并不是正常时期，因此，一些国家国内法中要求必须发现尸体才能作为死亡证据的制度就无法适用。不过，在遭受的伤害和随后出现的死亡之间必须存在联系。检察官并没有对这一点进行证明。虽然被告没有认为这种证据并不充分，但本审判分庭有义务这样做。当从证据中可以推出两个或两个以上的合理结论时，本审判分庭不会采纳那个对被告不利的结论。本审判分庭必须查明，四名俘虏是否死于他们遭受的伤害或者他们是否实际上已经死亡。
241. 基于上述理由，本审判分庭认为，检察官在证明上述四名俘虏是否死于指控令第6段第5项、第6项和第7项中据称的在机库中遭受的殴打伤害行为没有达到排除合理怀疑的标准。[……]
461. 基于幸存的俘虏在被迁移时被告在特尔诺波杰 (Trnopolje) 集中营发表的言论、他支持建立一个大塞尔维亚的思想，而且根据前面在查明事实过

程中的讨论，这种思想必然会把非塞族人从划定的领土中迁移出去，并且作为实现该目标的一种手段，必然会建立集中营，因此，本审判分庭认为，被告参与了抓捕、挑选以及转移非塞族人到各个集中营的行为，而且该行为是在存在武装冲突的背景中实施的。在实施该行为过程中，他知道大多数幸存的俘虏将被从波斯尼亚和黑塞哥维那迁移出去，因此已经达到了排除合理怀疑的标准。[……]

470.[……]一位穆斯林证明，在普里耶多尔木制军营内，她被强奸。在被强奸之后，她流了很多血，随后去了医院。其中一位医生告诉她，她已经怀孕有三个月到四个月左右了，并且必须在没有麻醉剂的情况下堕胎，因为该医院没有麻醉剂。当这位医生向另一位医生寻求协助时，后者开始辱骂，说：“所有的巴利亚 (Baliya) 的妇女都应当被迁移和消灭”，还说所有的穆斯林都应当被消灭，尤其是穆斯林男人。他还辱骂第一位医生，因为他对穆斯林提供了帮助。在遭到强奸之前，她的怀孕并无问题。当她从医院回来后，她到东雅塞拉 (Donja Cela) 与住在哥哥那里，后来，她回到了她在普里耶多尔的公寓。不久，她在那里再次遭到强奸，强奸者是一位来搜查她公寓的塞族前同事。第二天，她被一位塞族警察带到普里耶多尔警察站，通过工作她认识了该警察。他对她进行辱骂，并说了具有种族歧视性质的话，告诉她说所有的穆斯林都应当被杀掉，因为他们“不想受到塞族当局的控制”。当她到达警察站时，她看到两位她认识的穆斯林男人全身是血。她被带到一间到处都是鲜血的囚房。在那里，她再次被强奸，并遭到殴打，随后，她被带到凯拉特姆 (Keraterm) 集中营。她认识在凯拉特姆集中营的一些俘虏，他们都遭到了殴打，浑身流血。后来，她被转移到奥马斯卡集中营，经常看到尸体。在清洗房间时，她还发现了牙齿、毛发、人肉块、衣服和鞋子。每天晚上，妇女都被叫出去后遭到强奸；她有五次被叫出房间后遭到强奸。由于遭到强奸，她身体很不好，已经无法医治好。在离开奥马斯卡集中营之后，她被带到特尔诺波杰集中营，随后又回到普里耶多尔，在那里她经常遭到殴打。[……]

五、证据事项 [……]

(四) 冲突受难者作为证人

540. 每一方都严重依赖一些人的证言，这些人曾经是冲突一方或另一方的成员，而且在许多情况下，他们就是这一冲突（往往经由暴力）的直接受

害者。虽然有辩称指出，仅仅是某个种族团体的成员不一定能使该证人做出的针对另一个种族团体成员的证言的可信性受到减损，但是，“在遇到这些人成为这场可怕战争的受害者的特殊情况……当取胜团体的成员，即他们的压迫者受审时，就会产生他们作为证人的可信性问题。”

541. 评估证人是否可信，包括他们可能出具虚假陈述的任何动机，都必须是一个证人一个证人地进行。仅仅因为证人是与被告具有相同信念、属于相同种族团体、武装力量或任何其他类似性质的人所实施的犯罪的受害人就认为该证人在本质上不可信，这既不合适，也不正确的。这并不是说，即使没有加剧族裔之间的暴力冲突，种族仇恨绝对不可能作为质疑任何特定证人可信度的一项理由。不过，只能根据每个证人的情况、他的单独证言以及被告可能通过交叉询问或自己的主证证据的证明来作出判断。

(七) 德拉甘·奥帕契奇 (Dragan Opacic) 的证言

553. 在本案的审判过程中，其中一位证人，即德拉甘·奥帕契奇 (Dragan Opacic) (即首次提到的“证人L”) 提供的证言的可信性受到了质疑，并且最终被调查，检察官不相信该证人提供的证据。被告辩称，检察官未能充分证明针对被告提出的证据的可信度，而这个事件只是其中一个例子而已。

554. 关于这个观点，应当指出两点：第一，德拉甘·奥帕契奇这位证人的来历是非常明确的。显然，在所有证人当中，他是唯一一位由波斯尼亚和黑塞哥维那共和国当局向检察官提供、并引起检察官注意的证人，波斯尼亚当局当时正对他实施拘禁。因此，对于他来说，他提供的证言涉及的情况是独特的。[……]

六、适用的法律

(一) 适用《规约》第2条、第3条以及第5条的一般要求

1. 存在武装冲突 [……]

(1) 政府军队和有组织的武装团体之间长期的武装暴力

562. 就共同第3条所规定的规则而言，上诉分庭认为，判断存在武装冲突的标准主要取决于冲突的两个方面：冲突的剧烈程度以及冲突各方的组织

程度。在国内性质或具有混合性质的武装冲突中，采用这些密切相关的标准只是为了最低程度地把武装冲突与土匪、没有得到承认以及短期的叛乱或恐怖主义行为区分开来，后者不适用国际人道法。[……]

564. 波斯尼亚塞族部队控制的领土最初被称为“波斯尼亚和黑塞哥维那塞族共和国”。1992年1月10日，被重新命名为“斯普斯卡共和国”(Republika Srpska)。在1992年1月9日，波斯尼亚和黑塞哥维那塞族人民大会宣布该共和国独立之前，这个实体并不存在。为了反抗在萨拉热窝的波斯尼亚和黑塞哥维那合法政府，它至少从1992年5月19日开始成立了一支有组织的军事力量，即“斯普斯卡共和国军队”(VRS)，由以前的南斯拉夫人民军(JNA)的部队和南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)转给“斯普斯卡共和国”的军队组成。这些部队受到位于帕莱(Pale)的波斯尼亚塞族行政当局的正式指挥，总司令是波斯尼亚塞族总统拉多万·卡拉季奇(Radovan Karadzic)。波斯尼亚塞族部队占领和控制了确定的领土。这块领土的边界虽然不是很精确，但占有波斯尼亚和黑塞哥维那相当大的面积。它一方面受到波斯尼亚和黑塞哥维那共和国边界的限制，另一方面受到波斯尼亚塞族部队与波斯尼亚和黑塞哥维那政府军以及波斯尼亚克族武装之间冲突的前线限制。[……]

568. 在考察了波斯尼亚和黑塞哥维那共和国冲突的性质和范围、卷入该场冲突的各方以及南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)与波斯尼亚塞族武装之间的关系之后，审判分庭认为，在所有有关时段内，波斯尼亚和黑塞哥维那共和国冲突各方之间正在发生武装冲突，这种武装冲突的范围和剧烈程度如此大，以至于可以适用1949年8月12日四个《日内瓦公约》共同第3条所规定的战争法规和惯例。它们适用于一般的武装冲突，包括不具有国际性质的武装冲突。

(2) 国家之间使用武力

569. 如果适用上诉分庭的观点，那么，从本审判分庭所掌握的证据来看，从1992年初开始到1992年5月19日，至少在波斯尼亚和黑塞哥维那部分领土上存在国际性武装冲突。这是一场发生在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的武装作为一方、南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)的部队(即南斯拉夫人民军(JNA)，后来的南斯拉夫军队(VJ))以及与各种准军事组织和波斯尼亚塞族部队作为另一方的武装冲突。[……]

2. 被告与武装冲突之间的联系 [……]

573.[……]为了使一项犯罪成为违反国际人道法的犯罪，[……] 本审判分庭需要证明每一个指称的行为是否实际上与敌对行为密切相关。如果能够证明某项犯罪是在占领一方控制地区发生的敌对行为的过程中实施的、或作为它的一部分实施的，那就足够了。不过，没有必要证明所指称的受禁止的行为，在其实实施的确切时间和地点上正在发生武装冲突，就像上诉分庭指出的，也没有必要证明，指称的犯罪发生在战斗期间、指称的犯罪必须是一项政策或冲突一方正式赞成或容许的做法的一部分、指称的行为必须对与战斗行为有关的政策一种实际推动或符合冲突一方的实际利益。在国际人道法中，个人的义务是独立的，其适用不受国际法中国家责任问题的影响。在具体个案中，唯一需要决定的问题是，犯罪行为是否与作为整体的武装冲突存在密切联系。

574.无论如何，被告在两个不同方面与武装冲突存在联系。第一，被告在拿下科扎拉奇以及西弗契和贾斯基契两个村庄中实施了行为。由于该武装冲突的性质是一场种族之间的战争，以及“斯普斯卡共和国”的战略目标是建立一个纯塞尔维亚人的国家，因此，被告在武装占领以及对普里耶多尔市的穆斯林和克族地区进行的种族清洗行为就与该武装冲突之间存在直接联系。

575.第二，被告在“斯普斯卡共和国”当局管理的集中营中实施了行为。那些行为显然是在管理这些集中营的当局的纵容或允许之下发生的，说明这些行为是针对普里耶多尔市集中营内俘虏所采取的公认政策的一个部分。的确，在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国被波斯尼亚塞族武装控制的地区，“斯普斯卡共和国”通过采取恐怖、杀害或其他类似手段实现了进行种族清洗的目标。因此，那些行为也是与武装冲突直接关联的。
[……]

(二)《规约》第2条 [……]

2. 作为“受保护之人”的受难者的待遇 [……]

(2) 落入武装冲突一方手中的受难者是否是“受保护之人”？ [……]

580.在本案行为发生之前，本审判分庭所关心的是，在普里耶多尔市集中营中因被告的行为而成为受难者的多数都居住在科扎拉奇镇或其周围地区，或西弗契和贾斯基契两个村庄。在某些情况下，因被告的行为而

成为受难者的人落入与波斯尼亚和黑塞哥维那政府从事敌对行为的部队手中的确切日期和地点并不非常清楚。这些受难者是否属于“受保护之人”取决于他们是在什么时候落入占领方的手中。某人或某个地区落入冲突一方手中的确切时刻取决于那一方是否对该地区进行了有效控制。根据乔治·施瓦岑贝格尔 (Georg Schwarzenberger) 在《国际性法院和法庭所适用的国际法》(International Law as Applied by International Courts and Tribunals) 中的意见，关于交战占领的法律，

……只适用于被侵占的领土，而不适用于整个这种领土。它不适用于战斗仍在进行的、被侵占的敌方领土，也不适用于已经放弃领土主权、侵略者尚未建立起管理当局的那些领土。

……在那些尚未得到有效占领的被入侵领土上，侵入者有义务遵守的只是严格意义上的战争规则所规定的义务。在这些区域，平民居民是否可以根据习惯国际法得到保护取决于有利于他们的一般文明标准是否继续得到适用，这与战争的必要性并不矛盾。1949年《日内瓦红十字第四公约》中那些不受被占领土限制的条款是对这种最低保护标准的补充。

在普里耶多尔市的情况下，只有该市的部分地区，包括普里耶多尔镇主要人口居住的中心区域，在1992年5月19日或之前被占领。

就科扎拉奇和普里耶多尔市其他受穆斯林控制或主导区域中居住的公民而言，他们是在1992年5月27日或以后这些地区被“斯普斯卡共和国军队”(VRS) 占领后落入其手中的。然而，这并不是说，由于1992年5月27日之前普里耶多尔市仍然有一些地区尚未受到“斯普斯卡共和国军队”的控制，普里耶多尔市的其他地方因而仍未受到有效占领。这一点已经很清楚了，例如，《英国军事法手册》(British Manual of Military Law) 指出：

如果设防的地点或区域已经被包围，并且它们与其他地区的联系已经被有效切断，那么，即使仍然有国家部队控制着这些地点或地区，对其他地区的占领并不因此而无效。

581. 无论如何，从1992年5月19日开始，生活在被波斯尼亚塞族部队和南斯拉夫人民军 (JNA) 部队占领的普里耶多尔市里的人因为“斯普斯卡共和国军队”(VRS) 和南斯拉夫联盟共和国 (塞尔维亚和黑山) 政府之间的关系而不再具有“受保护之人”的地位，它们之间的关系将在下面说明。就像施瓦岑贝格尔指出的那样：

由于受到领土和时间的限制，当占领当局失去对被占领土的有效控制时，关于交战占领的法律就不再适用。该法律体系随后是否被更狭义的战争法或以前的领土主权者的法律所取代则取决于战争的成功与否。

582. 1992年5月15日，安理会通过了第752 (1992) 号决议。在该决议中，安理会要求立刻停止来自波斯尼亚－黑塞哥维那以外的任何干预，包括南斯拉夫人民军部队，又要求那些部队必须立即撤出，或接受波斯尼亚－黑塞哥维那共和国政府的管制，或者解散并且解除武装。由于一方面受到南斯拉夫人民 (JNA) 或南斯拉夫军队 (VJ) 和南斯拉夫联盟共和国 (塞尔维亚和黑山) 政府之间关系的限制 (将在下面说明)，另一方面受到“斯普斯卡共和国军队” (VRS) 和“斯普斯卡共和国”之间关系的限制，到1992年5月19日，南斯拉夫联盟共和国 (塞尔维亚和黑山) 政府已经失去或放弃了对普里耶多尔市以及波斯尼亚和黑塞哥维那许多其他地方的有效控制。由于指称被告实施的每一项犯罪都发生在1992年5月19日以后，而且已经明确断定在所有有关时间受难者都处在冲突一方的手中，因此，本审判分庭现在要审查的问题是，在那个日期之后所有有关时间，那些受难者是否落入冲突一方或他们是否处在他们的非国籍国占领当局的手中。

583. 在分析这个问题时，本审判分庭注意到两个事实。首先，在上诉分庭的决定以及安理会关于前南斯拉夫冲突的声明中已经确定该冲突具有混合性质，而且上诉分庭实际上尊重本审判分庭关于本案中的受难者是否属于“受保护之人”问题作出的决定。因此，在把国际人道法适用到在普里耶多尔市发生的事件时，本审判分庭需要确定该武装冲突的确切性质，因为那些事件只是该武装冲突的一个组成部分。[……]

(3) 处在并非是其国民的冲突一方手中的受难者是否是“受保护之人”？

[注意：上诉分庭推翻了本判决这个部分的内容（参见：C.，塔迪奇，上诉分庭，事实真相，第68—171段。][……]

(三) 《规约》第3条

1. 适用《规约》第3条的条件

610. 根据上诉分庭的意见，为了适用《规约》第3条，必须满足的条件有：
[……]

(三) 违反必须是“严重的”。也就是说，必须是破坏一项保护重要价值的规则，而且破坏必须使受害者产生严重的后果。……；[……]

612. 虽然对于某些战争法或惯例来说，第(三)项要求是非常有关的，但正如国际法院所指出，共同第3条中的每一项禁止，即禁止谋杀、作为人质、损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇、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，都构成“基本的人性考虑”。违反这些规定可能被视为是“破坏一项保护重要价值的规则”，因此肯定“使受害者产生严重的后果”。虽然违反共同第3条的某些禁止性规定可能很轻微，以至于不会“使受害者产生严重的后果”，但被告受到指控的每一项违反行为的确都产生了这样的后果。[……]

2. 适用共同第3条所规定的规则的条件

614. 共同第3条第1款所规定的规则禁止许多行为，[……]不得针对不实际参加战事之人员实施这些行为。[……]

615. [……]这种规定至少包括那些得到适用于国际性武装冲突严重破坏制度保护的人员，即平民、战俘、战场上武装部队的伤者和病者，以及海上武装部队的伤者、病者和遇船难者。虽然《日内瓦公约》对“受保护之人”这个概念是进行正面定义的，但共同第3条所保护的人员类别则是得到反面定义的。基于这个原因，本审判分庭所适用的标准是当指称的犯罪发生时，所禁止的行为的受害者是否正在直接参加战事（在这些战事中，所指称的犯罪据说已经实施）。如果对这个问题的答案是否定的，那么，就享有共同第3条规定的保护。

616. 没有必要对那些实际参加战事的人员和那些没有实际参加战事的人员界定严格的区分标准。只要查明受害者的相关事实以及受害者在具体情况中是否在有关时间实际参加了战事，即为足矣。从本审判分庭所掌握的证据来看，无论是在波斯尼亚塞族部队武装占领科扎拉奇地区的过程中，还是在围捕那些人以便把他们运到普里耶多尔市各个集中营的过程中，被告都对被抓捕或拘留的人员实施了违反共同第3条的行为。无论在该时间之前他们是否参加战事，都不能说这类人中的每一个人都在实际参加战事。即使他们是波斯尼亚和黑塞哥维那共和国政府武装部队的成员或在被抓捕之前从事了敌对行为，这样的人员也只是“因拘留而失去战斗力之人员”的“武装部队的成员”。因此，这些人受到《规约》

第3条所规定的那些适用于武装冲突的习惯国际人道法规则的保护。
[……]

(四) 《规约》第5条

1. 禁止危害人类罪在国际人道法中的习惯法地位

618.[……]作为一个独立的法律概念以及个人为他们的行为承担刑事责任的罪名，危害人类罪这个概念首次得到承认是在《纽伦堡宪章》第6条第3款中[……]（《纽伦堡宪章》）。该条款赋予审判主要战争罪犯的国际军事法庭（“纽伦堡法庭”）具有审判该犯罪的管辖权。[……]

622. 秘书长明确指出，《纽伦堡宪章》具有习惯法的地位，因此，个人实施危害人类罪需要承担刑事责任也具有这种地位。对国际法的其他编纂也说明，如同禁止其他两种最骇人听闻的现象，即种族灭绝和种族隔离一样，禁止危害人类罪也具有习惯法的地位。

623. 因此，自从《纽伦堡宪章》以来，禁止危害人类罪以及个人实施这种犯罪需要承担刑事责任具有习惯法的地位从未受到强烈质疑。看来，上诉分庭的决定也暗含有这样一种结论。它认为，“危害人类罪并不需要与国际性武装冲突有关，如今，这已经成为习惯国际法中一项确定的规则。”如果习惯国际法在构成危害人类罪方面需要存在何种类型的武装冲突能够起到决定性作用，那么，禁止危害人类罪也显然已经是习惯国际法的一部分。因此，实施危害人类罪就违反了习惯国际法，《规约》第5条的规定只是对这一习惯国际法的反映而已。就像上诉分庭说的，“毫无疑问……安理会在第5条中规定的危害人类罪的定义是符合罪刑法定原则的。”

2. 适用的条件

624. 《规约》第5条赋予本国际法庭对危害人类罪的事物管辖权，并规定了受到禁止的具体行为的清单。[……]

626. 《规约》第5条赋予本国际法庭只有权起诉（国际或国内）“武装冲突”中“针对任何平民居民”实施危害人类罪的管辖权。这些条件本身包含一些要件。[……]就像下面阐明的，本审判分庭认为，适用的条件是：第一，在“武装冲突”中实施，说明必须要存在武装冲突，而且在行为和冲突之间必须存在联系。第二，必须对“针对任何平民居民”一

词中的“平民”作广义解释。它还要求该行为必须是在广泛的或系统的基础之上实施的，而且必须是为了推进一项政策而实施。[……]

(1) 在武装冲突中实施

627.《规约》第5条规定了危害人类罪，赋予本国际法庭对“武装冲突”中实施的各种行为具有管辖权。[……]规定“武装冲突”这个条件偏离了《纽伦堡宪章》以后这个理论的发展轨迹，[……]即危害人类罪这个概念已经不再需要与武装冲突之间存在联系。就像秘书长所声明：“危害人类罪针对的是任何平民居民，须予以禁止，不论是发生在国际性武装冲突中，还是国内性质的武装冲突中。”在《卢旺达问题国际刑事法庭规约》中，没有规定必须存在武装冲突，只要求行为必须是作为攻击平民居民的一部分实施即可。上诉分庭指出，由于要求存在武装冲突，“安理会在第5条中所规定的犯罪比习惯国际法的要求更加严格”。此前，它还曾声明：“由于习惯国际法不再要求在危害人类罪和武装冲突之间存在任何联系……因此，第5条只是为了本法庭的目的而重新规定这种联系。”因此，必须证明存在武装冲突，而且还必须证明在所指控的作为或不作为与该武装冲突之间存在联系。[……]

(2) 针对任何平民居民

635.第5条规定的各种行为必须是“针对任何平民居民”实施，这包含了几个要件。由于规定了“任何”这个词语，因此，危害人类罪可以针对那些与行为人具有相同国籍的人、无国籍人或那些具有不同国籍的人。

A. “平民”的含义 [……]

638.[……]非常清楚，被攻击的居民必须主要是平民。如果他们当中有一些不是平民，这也不能改变该居民的性质。

639.但是，第二个方面，即在判断被攻击的居民中哪些个人属于危害人类罪中的平民时，不是非常清楚。共同第3条[……]“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内……”[……]然而，共同第3条规定的平民的定义不可以直接适用危害人类罪，因为它是战争法或惯例的一部分，故只能类推适用。对于《第一议定书》所规定的定义来说，也是这样的。[……]不过，对于回答下面这个难题来说，它的确提供了一种指引。具体说来，如果实施有关行为是为了推进一项政策或针对平民居民攻击的一部

分，那么，针对某个不被视为传统意义上的“非战斗员”的个人（因为这个人在某种形式上是抵抗团体的成员而积极参加了敌对行动）所实施实施的行为是否可以构成危害人类罪？

640.[……]根据安理会第780号决议所设立的专家委员会（“专家委员会”）认为：“显然，第5条首要适用的是平民，即那些不是战斗员的人。不过，不能因此就可以对那些在某个时间点确实携带有武器的人员得出结论。”随后，专家委员会根据前南斯拉夫局势给出了一个例子，并得出这样的结论：“在这种情况下，为了保护自己家庭，如果家长手中有枪，不能据此就认为他丧失了平民的地位。对于仅仅是这样做的单个警察或当地保安来说，可能也是这样的，即使他们为了防止暴行的发生而联合起来。”

643.[……]因此，虽然有平民居民积极卷入冲突，但这不应当影响他们的性质。而且，那些积极参加抵抗运动的人也可以成为危害人类罪的受害者。[……]

B. “居民”的含义

644.《规约》第5条要求受到禁止的行为必须针对平民“居民”实施。但是，这并不是说，如果有关行为要构成危害人类罪，某个国家或领土的整个居民都必须成为这种行为的受害者。相反，“居民”这个要件是为了说明这是一种具有集体性质的犯罪，因此，必须排除单个或孤立的行为。虽然单个或孤立的行为可能构成战争罪或违反国内刑法的犯罪，但它们并没有上升到危害人类罪的高度。[……]

因此，它所强调的不是单独的受害者，而是集体的受害者。单独的个人受到伤害并不是因为他自己的单独特征，而是因为他是某个受到攻击的平民居民的成员之一。就像下面阐明的，它的含义是指：有关行为必须是在广泛或有系统的基础之上实施的；必须存在实施这些行为某种政府的、组织的或团体的政策；行为人必须知道他实施这些行为大的背景；还有就是秘书长和安理会成员国增加的一项条件，即必须是有区别地实施。

a. 行为广泛或有系统地发生

645.检察官认为，第5条所规定的“居民”一词说明，被告所参加的行为是针对一个相对广大的受害者群体广泛或有系统地实施的，而不是针对个

人孤立或随意实施的。被告虽然基本上同意这种观点，但辩称，要使危害人类罪成立，有关行为必须既是广泛的、又是系统的。

646. 尽管对这个问题存在相当多的争论，但由于有关行为必须是对平民“居民”实施的，因此，如果行为是在广泛或有系统的基础上实施，那么，这项条件就已经得到满足。这在现在已经是明确了。上面任何一种基础都可以排除那些孤立或随意的行为。[……]

649. 还有一个相关问题是，行为人实施的单独行为是否可以构成危害人类罪？[……]显然，在针对平民居民进行的广泛或有系统的攻击这种大背景下，行为人所实施的一个单独行为将产生个人刑事责任，单个行为人不需实施许多行为就可以承担责任。危害人类罪不包括孤立和随意的行为，必须要求具有行为是针对平民居民的目的，因此，“如果某个孤立的行为是建立在恐怖或迫害基础之上的政治制度的产物，那么，它仍然可以构成危害人类罪。”[……]

b. 必须要有歧视的意图

[注意：上诉分庭推翻了判决书这个部分的内容。(参见：C., 上诉分庭，事实真相，第282—304段。)] [……]

c. 政策要件

653. 就像上面指出的，危害人类罪之所以骇人听闻并需要国际社会干预，是因为它们不是个人孤立和随意的行为，而是对平民居民的故意攻击。传统上，把这种条件理解成必须存在某种形式的政策来实施这些行为。[……]

但是，重要的是，这种政策不一定要拘泥于某种形式，而是可以从行为发生的方式中推导出来的。值得注意的是，如果行为是在广泛或有系统的基础之上发生的，那么，就说明存在一项实施那些犯罪的政策，无论形式如何。[……]

654. 还有一个问题涉及政策背后的实质问题。实际上，传统观念认为，必须具有这样的政策，而且这种政策必须是国家的一种政策，就像纳粹德国的情形一样。[……]就这个方面而言，关于危害人类罪的法律已经得到了发展，已经把那些虽然不是正规部队，但对确定的领土进行实际控制或能够在其中进行自由活动的部队也包括在内。[……]

(3) 意图

[注意：上诉分庭推翻了判决书这个部分的内容。(参见：C., 上诉分庭, 事实真相, 第282—304段)。]

(五) 第7条第1款规定的个人刑事责任

[注意：上诉分庭推翻了判决书这个部分的内容。(参见：C., 上诉分庭, 事实真相, 第178—233段)。]

七、法律裁决 [……]

723. 根据[《日内瓦公约》共同第3条], 禁止虐待是实现确保没有实际参加战事之人员在一切情况下得到人道待遇这个目的的一种手段。[……]

724. 国际文件没有对虐待作出定义, 因为根据两位杰出评论者的意见, “对这个一般概念进行令人满意的界定是不太可能的, 它对某个具体案件的适用必须建立在具体案件所具有的特殊情况的基础之上。”

725. 不过, 1949年8月12日的《日内瓦公约关于保护非国际性武装冲突受害者的议定书》(《第二议定书》)第4条可以作为一种指引。它规定: “对人的生命、健康和身体上或精神上幸福的暴行, 特别是谋杀以及虐待, 如酷刑、残伤肢体或任何形式的体罚”是受到禁止的。虐待的这些情形, 以及规定“任何形式的体罚”, 说明不能赋予“虐待”一个狭窄的或具体的定义。

726. 在审查是否存在虐待问题时, 就像J·H·伯格 (J.H. Burger) 和H·达内柳斯 (H. Danelius) 描述的那样, 本意见和判决前面已经作出的相关事实判定是, 作为“一般观念”, 被告参加了导致重伤的殴打行为, 以及其他残忍的暴力行为, 造成了[……]。本审判分庭判定, 每一位穆斯林受害者所遭受的殴打和其他行为都是在武装冲突的背景中实施的、都与该冲突存在密切联系、行为人对那些受害者实施了暴力行为, 而且故意给他们造成痛苦。这些都是排除合理怀疑的。本审判分庭还判定, 在一些情形中, 被告自己就是行为人; 在其他情形中, 他故意直接而且实际帮助实现造成他们身体痛苦的共同目的, 因此在实施犯罪时, 他起到了帮助和教唆的作用, 因此必须对违反《规约》第7条第1款所规定的每一个行为承担个人责任。因此, 本审判分庭判定, 被告犯有指控令第10项所指控针对的对六名受害者的犯罪。[……]

3. 上诉分庭，事实真相

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Appeals Chamber II., Judgement, 15, July 1999 ; 可访问：<http://www.un.org>]

22. 针对判决书，检察官提出了下列上诉理由：

理由一：审判分庭的多数法官在判决书第三部分认为，被告行为造成的受害者并不享有本国际法庭《规约》第2条所规定的1949年8月12日《日内瓦公约》严重破坏制度的保护。这个结论是错误的。

理由二：审判分庭认为，就它所掌握的证据来说，它不能认为认为，被告实施了指控令第29、30和31项指控的参与杀害贾斯基契村五位受害者行为已经达到了排除合理怀疑的标准。这个结论是错误的。[……]

四、检察官反上诉的第一项理由：审判分庭作出的认为没有证据证明受害者是《规约》第2条（严重破坏制度）中“受保护之人”的判定

(一) 双方的陈述

1. 检察官的意见

68. 在反上诉的第一项理由中，检察官对上诉人没有犯指控令第8、9、12、15、21和32项的判决提出质疑。他指控上诉人犯有《规约》第2条规定的严重破坏行为。由于没有证据证明那些指控中所提到的受害者是《日内瓦第四公约》有关条款中的“受保护之人”，因此上诉人没有被判犯有那些罪行。[……]

(二) 讨论

1. 适用《规约》第2条的条件

80. 《规约》第2条规定了各种不同类型的犯罪，并且具有它们各自特定的法律要件。不过，一般的法律要件可以归纳如下：

(一) 冲突的性质。[……]适用第2条的一项前提条件是冲突具有国际性质。

(二) 受害者的地位。严重破坏必须针对1949年四个《日内瓦公约》中任何一个公约界定为“受保护之”人员或财产实施。为了确定某个人是否是“受保护”的，必须明确提到那些公约的相关条款。

81. 因此，在本案中，上诉分庭首先需要确定：(一) 根据哪些法律条件，看起来是国内武装冲突中战斗的武装部队可以被视为是在代表一个外国战斗？(二) 在本案中，法律所要求的实际情况是否得到满足？[……]

2. 冲突的性质 [……]

87. 在本案中，审判分庭查明的事实是，在1992年5月19日之前，冲突具有国际性质。这是有充分证据的。1992年5月19日之后它是否还是国际性质，或变成了纯粹国内性质这个问题，取决于波斯尼亚塞族部队（在本案中，波斯尼亚的受害者发现自己落入了他们手中）是否可以被视为一个外国，即南斯拉夫联盟共和国法律上或事实上的机构。

3. 确定看起来是国内武装冲突，但可以被视为是在代表一个外国进行、从而使其变成国际冲突的法律标准 [……]

(2) 控制的概念：国际人道法需要得到关于认定个人为国家机构事实代理人的标准的一般国际规则的补充

98. 国际人道法并没有规定该体系独有的任何标准，以判断一群个人的行为是否可被视为是一国控制下的行为，即事实上的国家官员的行为。因此，为了判断那些个人是否可以被视为是事实上的国家官员，有必要考察一般国际法所规定的关于国家对个人控制的概念。这个概念可以在关于国家责任的一般国际规则中找到，这些规则规定了将没有正式国家官员地位的个人从事的行为归属于国家的法律标准。

(3) 国际法院在“尼加拉瓜”案中阐明的控制概念

99. 对于将个人的行为视为代表国家的行为（即事实上的国家官员行为）的法律条件这个问题来说，国际法院在“尼加拉瓜”案中建议要求存在很高程度的控制，该建议具有高度权威性。

100.[……]国际法院甚至还说，为了判定美国对尼加拉瓜反政府武装据称实施的“违反人权和人道法的行为”负责，必须证明美国具体“指挥或要求”实施那些行为。[……]

A. 两个前提问题

102. 在审查“尼加拉瓜”案中的标准是否具有说服力之前，本上诉分庭必须解决两个前提问题，它们对于我们对本案的审查意义重大。
103. 首先，为了限制现在所讨论的标准范围，检察官认为，确定国家责任的标准与确定个人刑事责任的标准是不同的。[……]对于这个观点，本上诉分庭不能同意。
104. 现在所讨论的不是两种类型的责任区分。现在所讨论的是一个前提问题：根据国际法，个人的行为在什么条件下可以被视为是他作为事实上的国家机关所从事的行为？从逻辑上说，对于下列两种情形，这些条件必须相同：（一）如果法院的任务是确定个人实施的行为是否可以归属于国家，从而使该国承担国际责任；（二）如果法院必须判定个人是否作为事实上的国家官员在行为，从而使冲突成为国际性质，因此符合适用“严重破坏”制度的前提条件。在这两种情形中，重要的不是国家责任和个人刑事责任之间的区分，而是判定那些不具有国家官员地位的个人实施的行为是否归属于国家行为的问题。一方面，如果可以证明这些行为可归属于国家，那么，它们将产生该国的国际责任；另一方面，这些行为可以确保有关武装冲突必须被定性为国际性质。[……]
114. 虽然乍一看，国际法院作出的上述区分好像有点不清楚，但如果仔细阅读，就会发现必需要有这种观点。在该案件中，国际法院基本上阐明了两类国家责任：（一）因国家官员的非法行为产生的责任；（二）作为事实上的国家机关的私人实施的行为所产生的责任。就第二种情形产生的国家责任而言，国际法院要求有关私人的薪水不仅来自国家或得到其资助，而且该国还必须就实施非法行为作出具体指示。由于适用了这种标准，国际法院断定，就该案的情况来说，就“UCLAs”（即“单方控制的拉美间谍”）而言，该标准得以符合，因为他们的薪水是美国支付的，并且受到美国的监督，另外，他们也是在美国的具体指示下行为的。相比之下，就尼加拉瓜反政府武装而言，他们并不符合这种标准，因为在他们的情况中，美国并没有就他们据称实施的违反国际人道法的行为作出任何具体指示。

B. 决定“尼加拉瓜”案标准的理由看来并不令人信服

115. [……]关于这一点，本上诉分庭认为，“尼加拉瓜”案的标准并不令人信服。有两个理由可以支持这种结论。

a. “尼加拉瓜”案的标准看来并不符合国家责任法的逻辑[……]

117. 国际法关于私人实施的行为可归属于国家行为的原则并不是僵硬的，而且标准也不一致。联合国国际法委员会一读通过的《国家责任条款草案》第8条的规定体现了这些原则。根据该条款的规定，如果能够证明根据法律虽不是国家机关的个人，但他们的确是在代表该国从事行为，那么，他们的行为就可以归属于该国。国家可能通过让个人来实施一些不可能或不应当由国家实施的行为来逃避国际责任，也可能通过声称根据国内法这些个人不是国家机关的一部分（尽管实际上参与政府权力）从而不产生国家责任为由来逃避国际责任。第8条之所以这样规定，是为了防止出现上述情形。[……] 要把私人实施的行为归属于国家，国际法的要求是，国家能够控制这些私人。不过，控制的程度根据案件事实情况的不同有所不同。本上诉分庭看不出无论如何国际法为什么都要求具有很高的控制标准的理由。相反，可以对不同的情形作出区分。

118. 一种情形是私人被国家雇用而在另一个国家的领土上实施某些非法行为[……]。在这种情况下，为了证明私人是作为事实上的国家代理人在从事行为，必须证明该国向其作出了实施违反行为的具体指示，如果有必要也可以默示推出。或者有必要证明该国已经在事后公开追认了个人的行为。[……]

119. 就这些情况来说，还必须增加另外一个情形，即：虽然一国以自己的名义把实施合法行为的任务[……]委托给私人，但这些私人后来在完成委托任务的过程中实施了违反该国承担的国际义务的行为[……]。在这种情形中，[……]可以说，该国需要为它向私人或一群私人要求以它的名义完成任务的具体请求承担责任。

120. 我们必须区分以下两种情形：以国家名义行为、但没有得到具体指示的个人这种情形和拼凑组成的有组织和等级结构的团体，例如军事部队或者战争或国内动乱中的一群非正规武装或叛乱人员这种情形。很清楚，有组织的团体与个人是不同的，因为前者通常都有一个结构、一个指挥系统、一套规则和权力的外部象征。通常情况下，该团体的成员不是以他自己的名义在行为，而是需要遵守该团体的标准，并且听从该团体首领权力的指挥。因此，如果要把这些团体的行为归属于国家，只要证明该团体作为整体受到该国的总体控制就足够了。

121. 国家对军事团体具有这种性质的控制，以及国家要对不接受任何国家指示、甚至是违反有关指示的团体实施的行为承担责任这一事实说明这种

军事团体从某种意义上来说等同于国家机关的团体本身。[……]一国必须对它的机关从事的越权行为或执行行为承担国际责任。[……]之所以这样规定，是因为一国必须对它的机关的行为承担责任，不论这些机关是否遵守了它更高层级可能作出的指示。[……]

122. 这种逻辑同样适用于本案。就像上面指出的，有组织的团体这种情形与以国家名义从事具体行为的单独一个私人是不同的。在有组织的团体的情况下，该团体通常都是从事一系列行为的。如果它处在一国的总体控制之下，该国必须承担因它的行为而引起的责任，不论该国是否对他们当中的任何一个人作出了具体要求、请求或指挥。[……]

123. [……]根据国际法，任何国家需要对下列人员从事的违反国际法的行为承担责任：(一) 具有该国机关正式地位的个人，即使这些机关从事了越权行为或违法行为；或者 (二) 拼凑成那些受该国控制的有组织团体的个人。国际法就是这样规定的，不论该国是否对那些个人发出了具体指示。显然，之所以这样规定，是因为如果不这样规定，国家可能轻易以国内法为由，或以国内法或缺乏任何具体指示为借口来逃避国际责任。

b. “尼加拉瓜”案的标准与司法实践和国家实践不一致

124. 与前面详细解释的第一个理由一样，第二个理由也具有一般性，认为“尼加拉瓜”案的标准不具有说服力。这个理由对于本问题来说是决定性的。国际法院把“有效控制”标准解释成一个排他的和包括一切的标准。这和国际司法实践以及国家实践是不一致的。从这些实践来看，在那些没有达到“尼加拉瓜”案标准所要求的标准的情形中，也产生了国家责任。简而言之，就像即将要说明的，关于以国家名义行为的个人或由个人组成的有组织团体，这种实践是支持“尼加拉瓜”案标准的。相比之下，关于军事或准军事团体，则适用了一个不同的标准。

125. 就军事或准军事团体成员来说，各个法院显然偏离了国际法院阐明的“有效控制”标准，即必须要作出具体指示才可以说对有关个人的各种行为存在控制。[……]

130. 对于有组织的军事团体来说，国际法到底要求具备何种程度的国家控制？从国际判例法和国家实践来看，要证明存在这种控制，该团体仅从国家得到资助甚至是军事援助看似是并不充分。关于民族解放运动的国际实践支持这种观点。虽然一些国家向诸如“巴勒斯坦解放组织”(PLO)、“西南非洲人民组织”(SWAPO) 和“非洲国民大会”(ANC)

这样的运动提供了领土基地或者经济和军事援助（不是以向他们派出自己军队的形式提供援助），其他国家，包括这些运动所针对的国家，并没有把这些运动的行为归属于协助他们的国家。尼加拉瓜也支持这种观点，因为美国虽然在资金等方面协助尼加拉瓜反政府武装，但并没有替他们的行为承担责任（不过，由于美国向尼加拉瓜反政府武装提供资金等方面的协助，国际法院认为它需要为违反不干涉内政原则以及“不对其他国家使用武力[……]的义务”承担责任。这显然是为它自己机关的行为承担责任的例子）。

131. 为了把军事或准军事团体的行为归属于国家，必须证明该国对这种团体进行了总体控制，不仅仅是向这种团体提供装备或资金，而且在一般计划它的军事行为时进行协调或帮助。只有那样，该国才可以为该团体任何可能的错误行为承担国际责任。然而，并不要求该国向这种团体的首领或成员就实施违反国际法的具体行为作出指示。
132. 还需要补充的是，对于没有军事组织结构的个人或团体而言，法院采取了不同的做法。关于这样的个人或团体，法院认为，总体的或一般的控制是不够的，而是坚持要求存在旨在实施具体行为的具体指示或指令，或要求在实施完这些行为后在事后公开追认。[……]
137. 简而言之，本上诉分庭的观点是，在判定根据国内法那些不具有国家官员地位的个人是否可以被视为该国事实上的机关时，国际规则并不总是要求对武装团体或私人具有相同程度的控制。国际法所要求的控制程度是各不相同的。如果需要回答的问题是，一个不是在军事上有组织的单独私人或团体在实施某个具体行为时是否构成事实上的国家机关在行为，那么，就有必要确认该国是否已经向有关个人或者团体作出了实施该特定行为的具体指示，或者，必须证明该国是否已经公开批准或在事后追认了该非法行为。相比之下，一国对下属的武装部队、民兵或准军事部队的控制则可能是一般性质的（不能仅仅只有提供资金援助、军事装备或训练）。不过，这并不要求该国作出具体指示或对每个人的行动进行指挥。根据国际法，控制当局根本不需要策划依赖它们的部队的所有行动、选择攻击的目标、作出军事行动中采取行为的具体指示、或任何据称的违反国际人道法的行为。如果一国（或者在武装冲突的情况下，冲突一方）除了对军事团体提供资助、培训和装备或行动支持以外，还在组织、协调或计划该团体的军事行为中发挥作用，就可以说存在国际法所要求的控制程度。那些团体及其成员所实施的行为就可以被

视为事实上的国家机关的行为，不论控制的国家对实施每一个那样的行为是否发出了任何具体指示。

- 138.当然，就像在“尼加拉瓜”案一样，如果控制的国家并不是武装冲突发生的领土国或都是由武装部队自己实施了行为，那么，为了证明该国是否不仅因为向他们提供了资助和装备还对他们的行为进行了一般指挥或帮助策划从而真正控制了该部队或团体，就需要更多强有力的证据。
- 139.如果虽然有关国家是武装冲突发生的领土国，但一般的情势是骚乱、国内动乱和国家权力的削弱，那么也同样要求存在重大证据。
- 140.如果有关的控制国家是正在发生冲突国家的邻国、对其领土具有野心、并且企图通过它所控制的武装冲突来扩大它的领土，那么，就可能更轻易地符合标准。
- 141.还应当补充的是，国际法并不仅仅规定了适用于武装团体的总体控制以及具体指示（或事后追认）的标准和适用于单独的个人或军事上没有组织的团体的标准。本上诉分庭的观点是，国际法还规定了第三种标准。这种标准就是，因为个人在国家结构中的实际行为而把他们等同于国家机关。[……]
- 144.其他案件也证明，那些在武装部队框架内或与其有关，或与国家当局勾结而行为的私人也可以被视为是事实上的国家机关。在这些情况中，就国家责任而言，这种私人的行为就可以归属于该国，也可以产生个人刑事责任。
- 145.根据上述讨论，可以确定地认为，就本案而言，由于波斯尼亚塞族武装属于一个“军事组织”，为了判定该武装冲突是国际性武装冲突，国际法所要求的南斯拉夫联盟共和国当局对这些武装部队的控制是一般控制，而不仅仅是向这些部队提供资助和装备以及参与策划和监督军事行动。相比之下，国际规则并不要求这种控制必须是向单独一个军事行为作出具体命令或指示，不论这种行为是否违反国际人道法。

4. 波斯尼亚塞族军队和南斯拉夫联盟共和国军队之间的实际关系 [……]

- 150.审判分庭明确指出，即使在1992年5月19日之后，在南斯拉夫人民军（JNA）改名并被重新定为南斯拉夫军队（VJ）之后，它的指挥结构仍然没有得到改变。而且更为重要的是，从审判分庭的决定来看，显然，即使在那天以后，南斯拉夫军队继续控制着在波斯尼亚和黑塞哥维那的波斯

尼亚塞族军队，即“斯普斯卡共和国军队”(VRS)。南斯拉夫军队主导了“斯普斯卡共和国军队”的政治和军事目的以及军事行动。必须忆及判决中强调的两个“因素”：第一，“连同斯普斯卡共和国军队的其他部队一起，向克拉伊那第一团的转移。这些部队由南斯拉夫人民军的前军官组成，他们都不是波斯尼亚塞族人，而是从斯普斯卡共和国军队中以前是南斯拉夫人民军的部队中抽调出来的。”第二，至于“斯普斯卡共和国军队”，“南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府继续向波斯尼亚塞族和非波斯尼亚的塞族军官支付薪水”。根据审判分庭的意见，这两个因素并不等于或暗示贝尔格莱德对波斯尼亚塞族部队进行了有效控制。相反，本上诉分庭同意麦克唐纳法官(Judge McDonald)在她的单独和反对意见中的观点。她认为，除了那些检察官证明的以外，这两个因素的确说明存在控制。

151.从事实来看，[……]这也在审判分庭的审判中不存在争议的（关于在“斯普斯卡共和国军队”重新指定以后还存在的指挥和控制结构，以及南斯拉夫联盟共和国继续向波斯尼亚塞族军官支付薪水的问题），在1992年5月以后，“斯普斯卡共和国军队”和南斯拉夫人民军并不是真正意义上的两支不同军队。下列因素可以进一步证明这种观点：

- (一) 南斯拉夫人民军的重组和改名没有针对军事目的和战略。南斯拉夫人民军的指挥结构和把南斯拉夫人民军的一部分重新指定为“斯普斯卡共和国军队”只是为了应付国际压力而制造的假象，实际上是为了确保大量塞族武装部队仍然留在波斯尼亚和黑塞哥维那。
- (二) 除了发现南斯拉夫军队向“斯普斯卡共和国军队”提供大量资金、后勤和其他协助和支持之外，审判分庭还发现，在创立南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队过程中，南斯拉夫军队和“斯普斯卡共和国军队”的结构和衔级是相同的，而且南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队指挥和监督“斯普斯卡共和国军队”的行为和行动。因此，“斯普斯卡共和国军队”体现了南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队的战略和策略。
- (三) 1992年5月19日之后，南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队继续直接干预波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突，而且正和“斯普斯卡共和国军队”协同作战，向“斯普斯卡共和国军队”提供重要的战斗支持。虽然审判分庭认为只是在1992年5月19日之前存在国际性武装冲突，但它认为，从那以后，由于存在南斯拉夫联盟共和国部队的

“积极因素”，南斯拉夫军队继续卷入波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突。由于战事还在进行，因此，可以想象存在事实上的连续性。审判分庭判定，到1992年5月19日，南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队已经失去了对“斯普斯卡共和国军队”的控制，这看来几乎是没有什么事实基础的。

(四) 到1992年5月19日，已经存在的受贝尔格莱德指挥的南斯拉夫人民军的军事行动并没有立即停止。从实践来看，无论如何，他们不可能在一夜之间停止下来。

因此，南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队创立“斯普斯卡共和国军队”并不说明贝尔格莱德有打算放弃它对波斯尼亚塞族军队控制的意图。相反，实际上，建立“斯普斯卡共和国军队”是为了继续追求南斯拉夫联盟共和国自己的政治和军事目的。有证据表明，贝尔格莱德和南斯拉夫人民军或南斯拉夫军队打算通过受其控制的军事和政治行动来实现它的目的。没有证据表明，在1992年5月19日，这些宗旨得到了改变。

152. 所有这些因素说明，南斯拉夫军队和“斯普斯卡共和国军队”之间的关系并不仅仅是一种互相协调的政治和军事行为的关系。为了对付日益严格的国际审查，即使不存在和采取明确的对军事行动进行指挥的形式，南斯拉夫军队和“斯普斯卡共和国军队”之间的联系仍然是很清楚的，这远远超出了同盟之间的协调或合作关系，实际上，重新命名的波斯尼亚塞族军队仍然受到在贝尔格莱德的南斯拉夫军队总参谋部的指挥。显然，即使在1992年5月19日之后，波斯尼亚塞族军队仍然是根据贝尔格莱德设定的军事目的而行动。在这个方面，已经向审判分庭证明了存在一条贝尔格莱德和帕莱之间的指挥线路，而且审判分庭也同意“斯普斯卡共和国军队”总参谋部和贝尔格莱德之间存在指挥线路和定期通信。尽管如此，[……]审判分庭[……]断定，“在没有证据证明贝尔格莱德发出了规避或推翻团长权威的命令的情况下，不能认为是‘以南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）的名义’在实施行为。”

153. 本上诉分庭认为，要求存在必要的规避或推翻上级命令的具体命令的证据不仅是错误的标准，而且在这种情景中也是值得疑问的。南斯拉夫军队和“斯普斯卡共和国军队”的一个突出特征是，他们具有共同的军事目的。因此，必须要求贝尔格莱德发出规避或推翻当地团长发出的命令在本质上是是不可能的，因为这些军队具有共同的目的。审判分庭实际上看来没有发现这一点。

154. 而且，审判分庭指出，1992年5月19日之后，所有的[……]军官仍然从贝尔格莱德领到薪水，这就承认对于个人来说，一个可能的结论是，支付薪水就是“等于控制”。不过，审判分庭认为这样的连续性[……]并不“像军事必要这样方便”，而且指出这种证据“仅仅证明这种资助所导致的依赖关系本身就具有一种潜在的控制可能”。不过，在本上诉分庭看来，[……]南斯拉夫联盟共和国具有企图掩饰其所起到的指挥作用的明确意图，抓住这一点是非常重要的，这一点也被检察官所充分证明。在本上诉分庭看来，审判分庭认为南斯拉夫联盟共和国或南斯拉夫军队和“斯普斯卡共和国”之间的关系等同于合作和协调的关系，而不是总体控制的关系，这种判定主要受到了贝尔格莱德故意表现出来的表面现象的干扰，它让人看上去以为他们与帕莱的联络只是一种互相合作的伙伴关系而已。在本案的具体情况中，这样做法不仅是有问题的，而且将对一般案件带来危害。不合理地强调交战双方的表面结构和公开的声称，而不对他们之间关系的实质进行细致分析，可能是在向那些事实上控制着军事武装的团体暗地里传递一种信息，即：只要稍微重建这些部队或表面上宣布重建后的部队是独立于他们以前的发起者，就可以逃避对这些部队所从事的行为应当承担的责任。
155. 最后必须指出，审判分庭已经查明，南斯拉夫联盟共和国政府向“斯普斯卡共和国”的武装部队提供的各种形式的协助对于实施行为来说是“至关重要的”，而且“那些部队在从事攻击行动时几乎完全依赖于南斯拉夫军队所提供的各种供应。”
156. 就像上诉分庭已经指出的，[……]没有必要证明正在审判的波斯尼亚塞族部队所实施的那些具体行动[……]是从南斯拉夫军队中得到具体命令和计划的。只要能够证明这支军队对波斯尼亚塞族部队实施了总体控制就足够了。检察官在审判分庭面前已经说明了这一点。[……]
157. 从过去几年（无论如何从1992年到1995年）也可以确认，南斯拉夫联盟共和国对“斯普斯卡共和国”从政治和军事领域进行了一般控制。[……]不过，《代顿－巴黎协定》可以被视为是一个漫长进程中的高潮。这个进程要求具有对现场实际控制权力（无论是事实上的还是法律上的）的所有政治和军事力量展开对话[……]。从1994年8月4日开始，由于南斯拉夫联盟共和国的领导层开始不再信任“斯普斯卡共和国”当局，因此，看来它停止了对后者的支持，这个事实很重要。的确，这种“脱掉联络”的行为更加说明，南斯拉夫联盟共和国对“斯普斯卡共和

国”实施了相当高程度的总体控制，因为就在南斯拉夫联盟共和国停止支持后不久，“斯普斯卡共和国”就意识到它别无选择，只能服从南斯拉夫联盟共和国当局。[……]

160. 所有这些说明，至少从1992年到1995年，南斯拉夫联盟共和国实际上对“斯普斯卡共和国”具有政治和军事上的权威（这种背景中的控制包括参与计划和监督正在进行的军事行动）。的确，南斯拉夫联盟共和国对“斯普斯卡共和国”承担国际义务具有最后的发言权、以及在冲突结束之后保证履行“斯普斯卡共和国”所作出的承诺。这些事实可以确认：第一，在武装冲突期间，南斯拉夫联盟共和国对该实体有控制；第二，这种控制一直持续到冲突结束为止。
161. 因此，这表明（虽然是间接的），在上述期间，包括1992年，“斯普斯卡共和国”及其官员对于南斯拉夫联盟共和国来说是一个从属者。
162. 因此，本上诉分庭断定，在本案的实质期限（1992年）中，“斯普斯卡共和国”的部队应当被视为是在南斯拉夫联盟共和国总体控制之下、并且是以它的名义在行为的。因此，即使在1992年5月19日之后，波斯尼亚塞族与波斯尼亚和黑塞哥维那中央当局之间在波斯尼亚和黑塞哥维那发生的武装冲突必须被定性为国际性武装冲突。

5. 受害者的地位

163. 本上诉分庭已经说明，就本案的情况而言，为了适用严重破坏制度，《规约》第2条所规定的两个条件中的第一个条件，即武装冲突必须是国际性的，已经得到了满足。本上诉分庭现在审查第二个条件，即：据称的犯罪受害者是否是“受保护之人”。

(1) 相关规则

164. 《日内瓦第四公约》（保护平民）第4条第1款对于本案是适用的，它把“受保护之人”定为那些“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之一方或占领国手中之人”，因此很有可能是严重破坏制度的受害者。换句话说，除了受到第4条第2款限制之外，该公约打算保护那些并不具有他们被落入的交战方国籍的（处在敌方领土、被占领土或战斗区的）平民或无国籍人。另外，就像准备工作显示的，该公约还打算保护那些处在被占领土上、虽然具有被落入的冲突一方的国籍，但由于是难民，因此不再对这一方效忠，从而不再享

有它的外交保护的平民（例如，1940年以前逃往法国的德国犹太人这种情形，他们发现自己处在占领法国领土的德国部队手中）。

165. 因此，早在1949年，国籍已经不再是关键的法律要求，某些特殊情形可以不作这种要求。在上面提到的难民的情形中，已经不再效忠某个国家和不再享有它的外交保护比国籍这个形式要求更加重要。在第4条第2款规定的情形中，除了国籍以外，还要考虑是否存在外交保护：除非中立国或共同交战国的国民被剥夺了外交保护或不再享有外交保护，否则，不能把他们看作“受保护之人”。换句话说，只要那些国民能够得到他们国家正常的外交保护，他们就不是“受保护之人”。当他们失去外交保护或无论如何不再享有外交保护时，该公约就自动赋予他们“受保护之人”的地位。

166. 这种依靠实质关系而不是形式要求的法律方法在当今的国际性武装冲突中已经变得越来越重要。虽然以前的战争基本上是在已经建立的国家之间发生的，但现在诸如前南斯拉夫冲突那样的种族之间的武装冲突中，在冲突过程中经常建立新的国家，效忠的理由可能是因为种族，而不是国籍。换句话说，在确定是否存在国民效忠时，种族变得更具有决定性。根据这些条件，在确定受保护之人时，国籍这个要件甚至远远不够。在这样的冲突中，不仅该公约的文本和起草历史重要，而且该公约的宗旨和目的更加重要，更能说明是否对冲突一方存在效忠。因此，一方对一块领土上的人存在控制可以被视为是一个关键标准。

(2) 事实判定

167. 在本案中，波斯尼亚塞族，包括上诉人，可以说具有与受害者相同的国籍，即他们都是波斯尼亚和黑塞哥维那的国民。但是，前面已经说明，波斯尼亚塞族部队是作为另一个国家，即南斯拉夫联盟共和国事实上的机关在行为。因此，就符合了《日内瓦第四公约》第4条所规定的条件：这些受害者是“受保护之人”，因为他们发现自己处在不是他们国籍国的国家武装部队手中。

168. 可能有人会说，在1992年10月6日波斯尼亚和黑塞哥维那通过《国籍法》之前，南斯拉夫联盟共和国的国民和波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的公民具有相同国籍，即南斯拉夫社会主义联邦共和国的国籍。即使假设这种观点是正确的，从法律观点来说，情况也发生了改变。就像本上诉分庭在上面指出的，如果根据宗旨和目的对《日内瓦第四公约》第

4条进行解释，它是在尽最大可能保护平民。因此，它的适用并不取决于形式要件或纯粹的法律关系。它的主要目的是保护那些不享有外交保护、不对控制自己的国家效忠的平民。在赋予这种保护时，第4条看重的是关系的实质，而不是法律特征本身。

169. 因此，即使在行为人和受害者具有相同国籍的情形中，第4条仍然有可能是适用的。的确，受害者并没有效忠波斯尼亚塞族部队以它的名义正在战斗的国家（即南斯拉夫联盟共和国），也没有受到该国的外交保护。

(三) 结论

170. 从上面可以得出结论，审判分庭仅仅以不适用1949年《日内瓦公约》中的严重破坏制度为由而宣布被告无罪是错误的。

171. 因此，本上诉分庭判定，上诉人犯有第8、9、12、21和32项指控的严重破坏《日内瓦公约》的罪行。

五、检察官反上诉的第二项理由：参与贾斯基契杀害事件证据不足的判定[……]

(二) 讨论

1. 上诉人所在武装团体实施了杀害行为

178. 审判分庭发现，除了其他事实以外，在1992年6月14日，上诉人和其他武装人员一起参与把已经从女人和儿童中分隔开来的男人从西弗契村运到凯拉特姆集中营，还参与在贾斯基契村叫出居民、把男人从女人和儿童中分开、以及殴打和带走男人的行为。它还发现，在贾斯基契村，有五位男人被杀害。[……]

2. 上诉人为杀害行为承担个人刑事责任

(1) 《规约》第7条第1款和共同目的的概念

185. 因此，就产生了根据国际刑法，尽管没有证据显示上诉人亲自杀害了贾斯基契五名男人的行为，但是否可以为该行为承担刑事责任的问题。这里有两个主要问题：

(一) 在两个人参与实施一项共同犯罪计划时，其中一个人的行为是否可以另一个人的行为承担刑事责任？

(二) 在这样的案件中，必须存在何种程度的犯罪意图 (*mens rea*)?

186. 首先，必须推定，国际法几乎和国内法差不多，它的刑事责任的基础也是个人应受惩处原则：没有人可以为他自己未从事或未以一些其他方式参与的行为承担刑事责任（无错误即不受处罚，*nulla poena sine culpa*）。
[……]
187. 根据上面这个一般观点，必须查明参与一项共同犯罪目的所引起的刑事责任是否属于《规约》第7条第1款的范畴。
188. 该条款首先规定的是行为人自己积极实施的作为或刑法规则规定的必须处罚的不作为。不过，也可以通过参与实现一个共同计划或目的来实施《规约》第2条、第3条、第4条或第5条所规定的其中一项犯罪。
189. 如果基于《规约》的宗旨和目的而对它进行解释，就会发现《规约》打算将本国际法庭的管辖权扩大适用到所有那些在前南斯拉夫实施的“严重违反国际人道法负责的人”（第1条）。可以从《规约》第7条第1款以及规定本国际法庭具有管辖权的犯罪的条款（第2条至第5条）中明显看出，对严重违反国际人道法所承担的这种责任并不仅仅限于那些实际从事所规定的犯罪行为的人，看来还包括其他行为人（尤其参见第2条，它提到犯下或命令他人犯下严重破坏《日内瓦公约》的行为，以及第4条，它规定关于种族灭绝的各种类型的犯罪，包括预谋、煽动、意图或共谋。）
190. [……]所有从事了严重违反国际人道法行为的人，无论他们是以什么方式实施，或者参与那些违反行为，都必须被绳之以法。如果这样，那么，就可以断定《规约》不限于规定对那些计划、煽动、命令、实际实施或在计划、实施或执行过程中起到帮助和教唆作用的人具有管辖权。《规约》并不就此罢休。它并不排除那些具有共同目的的一些人开始犯罪行为，然后一起或其中的一些人来实施犯罪这种参与方式。除了下面要指出的一些情况之外，通过一群人或群体中的一些人为了执行一个共同的犯罪目的而对犯罪的实施作出贡献的任何人，都将承担刑事责任。
191. 不仅是《规约》的宗旨和目的需要这种解释，而且许多在战争状态经常实施的国际犯罪的性质也需要作出这种解释。很多时候，这些犯罪不是因为单独一个人的犯罪倾向，而是属于集体犯罪的表现：犯罪通常是由一群个人根据一个共同的犯罪设计而实施的。虽然只有群体中的一些成员实际实施了犯罪行为（谋杀、灭绝、肆意摧毁城市、乡镇或者村庄，

等等），但群体中其他成员的参与和帮助行为对于便利有关犯罪的实施来说是至关重要的。因此，这种参与行为在道德上的严重性并不亚于那些实际实施有关行为的人，而且确实是没有区别的。

192. 在这些情况下，如果只要求那个实际实施犯罪行为的人承担刑事责任，那么，就没有看到以某种方式使行为人可能实际实施犯罪的所有其他人作为共同行为人所起到的作用。同时，如果只让后者作为帮助者和教唆者承担责任，那么，可能就是在刻意减轻他们的刑事责任。
193. [……]关于共同目的的国际刑法的规则主要、而且也在相当大程度上根植于世界许多国家的国内法制度。
194. 不过，本法庭的《规约》并没有（明示或默示）规定这种集体犯罪类型的客观和主观要件（犯罪行为，*actus reus*和犯罪意图，*mens rea*）。为了弄清楚这些要件，我们必须求助于习惯国际法。关于这个问题的习惯法规则可以在各种要件的基础上找到，主要是判例法和一些国际立法。
195. 二战以后，许多关于战争罪的判例是建立在这样一项原则的基础之上的，即：当两个或两个以上的人为了某一个共同的犯罪目的而一起行为时，他们当中任何一人实施的行为都可以产生该团体所有成员的刑事责任。如果对有关的判例法进行仔细考察，就会发现，广泛地讲，共同目的这个概念包括三类不同的集体犯罪。
196. 第一类是所有的共同被告根据一个共同的计划行为，具有相同的犯罪意图的案件。例如，共同行为人制定杀害的计划，在实现这个共同计划中，即使每一个行为人在里面扮演不同角色，他们仍然都具有杀害的意图。要使一个没有实施或不可能被证明实施了杀害行为的人承担刑事责任，必须具备下列客观和主观要件：（一）被告必须自愿参加这个共同计划的某个内容（例如，对受害者实施非致命的暴力，或者向他的同伙提供重要帮助或为他们的行为提供便利）；（二）虽然被告自己没有实施杀害行为，但必须追求这种结果的发生。[……]
202. 第二类案件与上面提到的那类案件在许多方面都很类似，包括所谓的“集中营”案件。如果所指控的犯罪是由诸如那些管理集中营的军体或管理部队的成员所实施，即由一群人根据一个协调的计划所实施，那么，共同目的这个概念对这种案件也是适用的。[……]
203. 这类案件（显然不适用于本案事实）实际上是上面提到的第一类案件的一个变种。当被告被定罪时，他被视为是虐待犯罪的共同行为人，因为

他在集中营体系中具有客观的“权威地位”以及他“有权照顾囚犯并使他们有舒适的生活”，但他却没有那样做。看来，在这些案件中，所要求的客观行为是，积极参与实施压迫制度，这可以从每一个被告的权威地位和具体职能中推导出来。犯罪意图这个要件包括：（一）知道该制度的性质；（二）推进虐待囚犯的共同而有协调的计划意图。必须指出，在这些案件中，所必需的意图还可以从集中营管理人员所具有的权威地位中推导出来。的确，当个人具有很高的衔级或权威时，本身就可以说知道一项共同的计划以及具有参与该计划的意图。在这种情况下，几乎不需要证明存在这种意图。所有那些被定罪的人都被判决犯有进行虐待的战争罪。不过，由于每一个被告在实施战争罪时所参与的程度不同，他们被判处的刑罚也不同。

204. 第三类案件涉及一项实行同一个行为过程共同计划。在这个共同计划中，共同行为人实施了一个行为。虽然这个行为超出了该共同计划的范围，但确是实现该共同目的自然的或可预见的结果。这种类型的一个例子是，一个群体具有强迫某个种族的成员从它的乡镇、村庄或地区迁离的共同目的（大致就是“种族清洗”）。它的后果是，在这个过程中，一个或更多的受害者被枪杀或者杀害。虽然这个共同计划可能不明确承认实施谋杀是它的一部分，但在枪口下强迫平民迁离则很可能导致一个或更多的平民死亡。如果实施这个共同计划可以合理预见发生死亡的风险，而且被告对这种风险存在疏忽大意或毫不关心，那么，所有参与这个共同计划的人都有可能承担刑事责任。[……]
205. 这类案件的判例法首先涉及的是暴民使用暴力的案件，即多个行为人在一个共同目的的支配下行为，他们当中每一个人都对受害者实施了犯罪，但不知道或不可能查明在混乱的情势中哪个行为人实施了具体哪个行为，或者在每个具体行为和受害者所遭受的最终后果之间存在的因果关系也不确定。[……]
220. [……]至于第三类案件，只有当关于犯罪意图的下列条件满足以后，适用“共同目的”这个概念才是合适的，即：（一）参加共同的犯罪计划以及单独或联合推进该计划的犯罪目的意图；（二）预见到该团体的其他成员也可能在实施并不属于该共同犯罪目的对象的行为。因此，参加者必须已经知道诸如虐待战俘的意图（即使这种计划是突然想到的），而且该团体的一个或多个成员已经实际上杀害了战俘。不过，为了让其他人对他们的死亡承担责任，该团体的每一个人都必须能够预见该后果。

应当指出的是，不能仅仅只是过失。所必需的是这样一种主观状态，即虽然一个人不打算产生某种后果，但他知道该团体的行为很有可能导致该后果，但还愿意冒那个风险。换句话说，必须要求具有所谓的“间接的故意”(*dolus eventualis*) (在一些国家的国内法中也被称为“刻意的放任”(*advertent recklessness*))。

224. 就像上面指出的，根据共同目的而行为的理论根植于许多国家的国内法。一些国家所采取的原则是，如果多人参与共同目的或共同计划，并且所有人都具有实施该共同目的所设想的犯罪意图，那么，所有人都应当为随后实施的犯罪行为承担责任，无论他们参与的程度或者形式如何。如果其中一个参加者实施了一个不是该共同目的或共同计划所设想的行为，他只是为该犯罪承担刑事责任。这些国家包括德国和荷兰。其他国家也支持这项原则，如果有人参加实施一个犯罪的共同目的或共同计划，他们都需要为该犯罪承担刑事责任，无论他们在其中扮演什么角色。不过，在这些国家，如果参加共同犯罪计划或目的的其中一个人实施了该共同计划以外的其他犯罪，但可以预见的话，那些人对该犯罪承担全部责任。这些国家包括民法法系的国家，例如法国和意大利。

还有像英格兰和威尔士、加拿大、美国、澳大利亚和赞比亚这样的普通法国家或地区。

225. 应当强调的是，提到国内法和判例法只是为了说明，国际刑法中的共同目的这个概念在许多国内法中具有基础。相比之下，就所讨论的领域而言，根据世界各国所承认的一般法律原则理论，不能依靠国内立法和判例法作为国际法原则或规则的渊源。如果可以依赖它们，就有必要证明，如果不是所有国家的话，也应当是大多数国家都采取了相同的共同犯罪概念。更加具体地说，必须证明，在任何情况下，世界上主要的法系都对这个概念采取了相同做法。但从上面的简单考察来看，实际上并不是这样的。在本案中，联合国秘书长在他的报告中用一般的措辞在说明《规约》的适用范围和主旨时也没有提到国内法。他指出：“已经有人提议，如果有关国内法已经纳入了国际人道法，则本国际法庭应当适用有关国内法。”就所讨论的领域而言，国内法并不来自国际法的实施。相反，在很大程度上，它们和国际法的规则是并行的或者说要先于国际法规则的。

226. 本上诉分庭认为，上面提到的判例法和条约规定存在一致性并具有说服力，它们与《规约》、一般国际刑法和国内立法中所规定的刑事责任一

般原则存在一致性。因此，可以从这里得出下面这个结论，即：判例法体现了国际刑法中的习惯法规则。

227.简而言之，《规约》（关于上述三类案件）所规定的参与其中任何一类犯罪的客观要件（犯罪行为*actus reus*）如下：

- （一）多个人。不需要他们以军事、政治或行政管理的结构方式组织起来。[……]
- （二）存在一个共同的计划、设计或目的，它们等于或牵涉对《规约》所规定的犯罪的实施。对于这种计划、设计或目的来说，没有必要要求他们事先有所安排或制定。这种共同的计划或目的可以临时形成，而且可以从多个人一致行为来实施该联合犯罪计划的事实中推导出来。
- （三）被告参加实施《规约》所规定的其中一个犯罪的共同计划。这种参加不一定要求实施所规定的其中一个具体犯罪（例如，谋杀、灭绝、酷刑、强奸，等等），但在实施该共同计划或目的的过程中采取帮助或影响的形式。

228.相比之下，犯罪意图这个要件则取决于所讨论的共同计划的类型。[……]就第三种类型来说，必须要有参与以及推进犯罪行为或该团体犯罪目的的意图，以及对共同犯罪计划或任何情况下该团体的实施犯罪起到作用。另外，只有当符合下列条件时，才需要对共同计划中制定的犯罪以外的其他犯罪承担责任：（一）可以预见这种犯罪由该团体一个或其他成员实施；（二）被告愿意冒该风险。

229.根据上面观点，现在对根据一个共同目的或计划实施犯罪而行为与帮助和教唆之间作出区分是合适的。

- （一）对于另一个人即主犯所实施的犯罪来说，帮助者和教唆者总是处在一种从属地位；
- （二）在帮助和教唆的情况下，不需要有进行共同协调计划的证据，更不用说以前是否存在这种计划了。不需要存在计划或协议：的确，主犯甚至可能不知道从犯作出的贡献。
- （三）帮助者和教唆者实施的行为特别是为协助、鼓励或对实施某个特定犯罪（谋杀、灭绝、强奸、酷刑、肆意摧毁平民财产，等等）提供道德支持的行为，而且这种支持行为对实施该犯罪具有重大影响。相

比之下，在根据一项共同目的或计划行为的情况下，只要能够证明参加者实施了以某种方式推进该共同计划或目的的行为就足够了。

(四) 在帮助和教唆的情况下，所必需的主观要件是，知道帮助者和教唆者所实施的行为对主犯所实施的具体行为有协助。相比之下，就像上面说的那样，在共同目的或计划的情况下，则还需要更多条件(要么具有实施犯罪的意图，要么具有追求该共同犯罪计划的意图，还应当能够预见很有可能实施那些共同犯罪目的以外的其他犯罪)。

(2) 本案中上诉人的有罪性

230. 在本案中，审判分庭发现，上诉人参与了1992年5月至12月期间发生在普里耶多尔地区的武装冲突。在该冲突中，存在对该领土上的非塞族平民居民实施不人道行为的政策，以便建立一个塞族国家。它还发现，在推进这项政策的过程中，“根据一项公认的计划”对许多受害者实施了不人道行为。1992年6月14日对西弗契和贾斯基契的攻击就是发生在普里耶多尔地区这场武装冲突的一部分。

231. 上诉人具有通过非人道的行为积极参加把非塞族居民从普里耶多尔地区赶走共同犯罪目的。该共同犯罪目的不是为了杀光所有非塞族男人。从所提交和被采纳的证据来看，很清楚，在把非塞族居民从普里耶多尔赶出的努力中，经常发生杀害行为。上诉人知道，在针对非塞族居民实施的不人道行为过程中，发生了杀害行为，这是毫无疑问的。就像审判分庭以及本上诉分庭在前面发现的，应当知道那就是攻击贾斯基契和他的参与行为的大背景。虽然在同一天在攻击西弗契时没有人被杀害，但那并不代表该共同犯罪目的已经得到了改变。

232. 上诉人是在普里耶多尔地区发生的冲突中于1992年6月14日攻击贾斯基契的武装团体成员的。[……]上诉人积极参加这场攻击，围捕和严厉殴打贾斯基契的男人。[……]因此，唯一可能的推论是，上诉人具有通过对他们实施不人道的行为推进把非塞族居民从普里耶多尔地区赶走的意图。就本案的情况来说，在实现这个共同目的的过程中有非塞族人可能被杀害完全是可预见的。上诉人知道他所在团体的行为很有可能导致这样的杀害行为，但他却愿意冒这个风险。

3. 本上诉分庭的判定

233. 审判分庭认为，就其所掌握的证据来看，它不能判决上诉人参加了杀害贾斯基契村五名男人的行为，因为没有达到排除合理怀疑的标准。这是

错误的。本上诉分庭判定，上诉人参加了在贾斯基契杀害五名男人的行为，而且是在武装冲突期间作为广泛或有系统攻击平民居民的一部分而实施的。因此，本上诉分庭认为，根据《规约》第7条第1款的规定，审判分庭应当判定上诉人有罪。[……]

六、检察官反上诉的第三项理由：审判分庭认为危害人类罪不可能纯粹只是为了个人动机而实施的判定

238.在判决书中，对于某项犯罪构成危害人类罪所必须满足的要件，审判分庭认为必须证明存在武装冲突，而且在有关的行为和武装冲突之间必须存在联系。

239.至于所要求的联系的性质，审判分庭认为，对于危害人类罪而言，只要行为发生在“武装冲突过程中或期间”就足够了，但受到两个限制：第一个限制是“行为必须在地理上和时间上与武装冲突有联系”；第二个限制是行为和冲突必须是有关的，或者行为至少“与武装冲突不是没有关系”。审判分庭还说，行为必须“与武装冲突不是没有关系”这项要求有两个内容：第一，行为人必须知道行为发生的大背景。第二，行为必须不是因为仅仅出于行为人的个人动机而实施。[……]

(二) 讨论 [……]

1. 《规约》第5条

248.本上诉分庭同意检察官的观点，即《规约》第5条并没有规定为纯个人动机不能实施危害人类罪。从《规约》第5条所规定的“针对任何平民居民”中可以推导出，被告的行为必须作为针对平民居民广泛或有系统的犯罪模式的一部分而实施，而且被告必须已经知道它的行为属于该模式的一部分。本上诉分庭对此表示同意。不过，从《规约》中无法看出，还要求为纯个人动机不能实施有关行为，除非这项条件是上面提到的两个条件的后果或重述。

249.检察官认为，《规约》第5条中的“在[……]武装冲突中犯下”这个表述只是要求在有关时间和地点存在武装冲突，本上诉分庭对此也表示同意。而且检察官声称，武装冲突这个条件只是行使管辖权的一个要件，而不是“危害人类罪的犯罪意图的一个实质要件”（即不是该犯罪主观要件的一个法律要件）。这也是正确的。[……]

3. 作为习惯国际法证据的判例法[……]

268. 上面这些案件没有提到“动机”，其中的一个原因可能是，就像被告说的，“这些案件不是被告是否纯粹为了个人动机而实施了行为”。不过，本上诉分庭相信，之所以没有讨论这个问题，还有一个原因，即在刑法中，动机一般是无关的，检察官在1999年4月20日的庭审中已经指出了这一点。[……]

269. 本上诉分庭同意这种观点，除非在量刑阶段为了减轻或加重量刑（例如上面提到的窃贼，如果其盗窃目的是为了给孩子赠送礼物，那么，他受到的刑罚就要比其盗窃目的是为了**满足他的毒瘾**要轻），动机变得有关。的确，下面的归谬法 (reductio ad absurdum) 也可以揭示刑法中动机是不可预测的。设想一位级别很高的党卫军军官，他声称自己参与对犹太人和吉普赛人的种族灭绝只是“纯粹出于个人的”原因，即他非常仇恨犹太人和吉普赛人，想要灭绝他们，并没有任何其他原因。尽管这是最典型的种族灭绝想法，但被告将被宣布没有犯危害人类罪，因为他的行为“纯粹出于个人的”原因。同样，如果他说，他参与种族灭绝只是出于担心失去他的工作这种“纯粹的个人”原因，那么，他也将有权被宣布无罪。因此，处在这个范围内的所有个人都将被宣布无罪。如果作最后分析，就会得出这样的结论，即任何被告如果纯粹出于自己利益的原因而参与大规模谋杀，则都将被宣布无罪。这就说明，要求提供“不是为了个人”动机的证据将变得毫无意义。不过，本上诉分庭相信，审判分庭并不想要得出这样的结论。相反，审判分庭把被告的行为必须是大规模犯罪背景的一部分以及被告应当知道这种背景说成被告不是为个人原因而行为的消极要件，这是错误的。本上诉分庭认为，审判分庭并不想要再增加“动机”这个条件。它只是重述了背景和犯罪意图这个条件，并且把这个条件和需要和武装冲突存在联系的条件弄混了，因此，增加一个新的条件看来既不合理，也无益处。

270. 因此，必须得出的结论是，关于危害人类罪的判例法和国际法规则的精神已经很清楚显示，根据习惯法，为了判定是否实施了危害人类罪，并不需要“纯粹为了个人动机”这个条件。

(三) 结论

271. 审判分庭承认，与广泛或系统地攻击平民居民无关的犯罪不应当作为危害人类罪进行起诉，这是正确的。危害人类罪是一类特殊的犯罪，它所

具有的道德卑劣性比普通犯罪要严重得多。因此，为了判决犯有危害人类罪，必须证明这个犯罪与（发生在武装冲突中的）对平民居民的攻击有关，而且被告知道它所实施的犯罪与此有关。

272. 不过，基于以上理由，本上诉分庭认为，就犯罪意图的实质要件来说，被告据称实施的具体行为和武装冲突之间并不要求存在联系，也不要求被告具有动机。因此，在本上诉分庭看来，不一定要要求行为系统纯粹出于个人动机而实施，它并不是该行为属于本法庭《规约》第5条规定的危害人类罪定义的前提条件。[……]

七、检察官反上诉的第四个理由：审判分庭作出的所有危害人类罪都需要存在歧视意图的判定 [……]

(二) 讨论

1. 对《规约》第5条文本的解释

282. 虽然从法律上讲，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是与国际条约不同的一个文件，但在解释该《规约》时，有必要遵循国际法院在“关于接纳国家进入联合国的大会权限”咨询意见案中关于条约解释的原则，即：“要求对条约进行解释和适用的第一项义务是努力根据它所产生的背景根据它们自然和通常含义予以实施”。[注意：346，国际法院报告集(1950年)，第8页]。

283. 第5条的通常含义清楚表明，该条款并不要求所有危害人类罪在实施时都具有歧视意图。这种意图只是那些犯罪中其中一个具体行为必需的，即第5条第8项所规定的“迫害”。

284. 除了这种文本解释之外，第5条的逻辑结构也可以说明，一般说来，并没有规定所有危害人类罪都必须具备这个条件。的确，如果需要这个条件，为什么第5条第8项专门规定如果“迫害”是“基于政治、种族、宗教理由”而实施，则应属于本法庭管辖范围？这种明确说明可能不符逻辑，也是多余的。我们不能把一个条款或条款的一部分说成是多余的，从而就是毫无意义的，这是解释的一项基本规则。因此，必须推定，立法者制定或同意的是经过仔细考虑和各项内容都有意义的规则。

285. 就像检察官正确说明的，如果根据宗旨和目的对第5条进行解释，就可以得出上面观点。《规约》的起草者的目的是让所有危害人类罪都能得

到惩罚，包括那些虽然符合这种犯罪概念所要求的所有条件，但还可能不是基于第5条第8项所规定的政治、种族或宗教理由而实施的行为。根据该《规约》起草者的人道目的，我们未能理解他们为什么要对属于危害人类罪的行为作出如此严格的限制，以至于排除那些仅仅因为它们没有歧视意图、但仍然是严重和广泛或系统针对平民的犯罪。例如，如果要求有歧视意图，那么，意图在平民居民之间散布恐怖的肆意和不分皂白的暴力行为就不可能成为危害人类罪。首先，如果所要求的歧视的理由限于秘书长在他的报告中列出、后来得到安理会三个成员国声明支持(其中有一个国家还进一步提出了性别这个理由)的五个理由，那么第5条的宗旨和目的就会落空。

[注意：根据1993年5月3日安理会第808 (1993) 号决议第2段建立的《秘书长的报告》(S/25704，可访问：<http://www.un.org>) 第48段指出：“危害人类罪指非常严重的不人道行为，例如基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中故意杀戮、酷刑或强奸。”]

由于不是基于列出的歧视性理由而受到侵害的受害者团体将无法得到保护，因此，对第5条进行这样解释会出现重大法律漏洞。纳粹德国的经验表明，可能因为第5条第8项所列的理由以外的其他歧视理由而实施危害人类罪，包括身体或者精神上的残疾、年龄或体弱、或性别倾向。同样，苏联在20世纪30年代对“阶级敌人”的灭绝（必须承认，就像第二次世界大战以前的纳粹行为一样，这是发生在平时的行为，而不是在武装冲突期间）以及1975年至1979年期间红色高棉驱逐受过教育的柬埔寨城市居民的行为都是一些其他例子，并不属于基于秘书长在他的报告中严格列举的歧视理由而实施的危害人类罪范畴的行为。[……]

2. 第5条和习惯国际法 [……]

292. 这需要得出的结论是，由于习惯国际法是国际文件和国内判例法逐渐发展成一般规则的结果，因此，不能推断它要求所有危害人类罪都必须存在歧视或者迫害的意图。

3. 《秘书长的报告》

293. 到此为止的解释并没有符合《秘书长的报告》和安理会在通过本法庭《规约》之前三个会员国所发表的声明。不过，本上诉分庭的观点是，这两个解释性资料并不足以得出所有危害人类罪都必须具有歧视意图才可以实施的结论。

294. 我们将首先审查《秘书长的报告》。它说所讨论的犯罪是那些“基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中”实施的犯罪。
295. 应当指出，《秘书长的报告》并具有《规约》那样的法律地位。尤其是，它不具有法律拘束力。该报告作为整体是由安理会“批准”的（参见安理会第（1993）827号决议有效内容第1段），而该《规约》则是安理会“通过”的（参见有效内容第2段）。因为是“批准”该报告，因此，对于打算通过的《规约》来说，安理会显然打算把它作为一个解释性文件来实现它的目的。当然，如果在《规约》和报告之间明显存在冲突，那么，毫无疑问，《规约》应当优先。在其他情况下，《秘书长的报告》应当作为对《规约》进行权威解释的一个依据。[……]

4. 安理会一些国家所发表的声明

298. 现在，让我们来看看安理会三个理事国在通过《规约》以后所发表的声明，即法国、美国和俄罗斯联邦。
299. 在考察这些声明可能具有什么法律含义之前，首先必须强调一点。虽然它们都是把《秘书长的报告》第48段中所列明的歧视意图加入第5条，但这些声明的主旨却是不同的。法国代表声明的目的是对《规约》作出“一些简要评论”。相比之下，美国代表的讲话明显说是一种“解释性声明”。而且，该代表还补充了一段重要评论：“我们的理解是，关于《规约》的下列说明，安理会其他国家与我们有共同的观点”，包括对第5条所作的“澄清”。至于俄罗斯联邦代表，它对第5条的声明显然是作为一种解释性声明。不过，这个声明是这样说的：对于俄罗斯联邦来说，第5条“包括”具有“歧视意图”而实施的犯罪，不过，并不仅仅限于那些行为。
300. 有一种观点认为，要根据《维也纳条约法公约》第31条规定的一般解释规则对《规约》进行解释，至少就是是否具有歧视意图这个问题来说，应当把这三份声明作为通过《规约》“上下文”的一部分而进行考虑。本上诉分庭将首先驳回这个观点。尤其是，不能把那些声明看作与通过《规约》有关的所有各方就《规约》达成的“协议”。的确，美国代表指出，关于她所做的“说明”，安理会其他成员国与她有相同观点，这是她自己的观点。然而，根据正在讨论的问题的其他两份声明所用的措辞，以及鉴于安理会其他12个理事国并没有作出任何声明，很难说安

理会成员国之间就第5条关于歧视意图的适用范围存在一致意见。尤其是，必须强调的是，美国代表在列出所需要的歧视理由时，对于危害人类罪来说，她的观点还包括了另外一个理由（“性别”），而这在《秘书长的报告》以及法国和俄罗斯代表对第5条的声明中都没有提到的。可以说，这进一步证明，对于歧视意图来说，安理会成员国之间并不存在一致意见。

301. 可以说，实际上，那些声明的主要目的是为了强调构成危害人类罪不可少的一个要件是存在广泛或系统的实践。第5条并没有规定这个要件，但《秘书长的报告》第48段却提到了这个要件。有关声明在说明必须要有这个要件时采纳了《秘书长的报告》中的有关段落，同时顺便提到歧视意图，因为在实践中它常常出现在这种犯罪中。

302. 这三个国家发表这些声明的意图是为了强调在前南斯拉夫，许多暴行的实施是出于种族、政治或宗教仇恨的动机。这也说明需要上述观点。因此，这些国家打算引起将来其他法庭的注意，以把这个重要因素考虑进去。但是，我们不能把犯罪中经常发生之事（依常情揣度，*quod plerumque accidit*）与法律的严格要求混淆。

303. 尽管这样，由于对于歧视意图来说，至少那些声明不能作为通过《规约》的一个“上下文”，因此，可以说，它们是一项“准备工作”（*Travaux préparatoires*）。即便如此，至少因为涉及的是第5条中歧视意图这个特定问题，在解释时，这些声明也不是必不可少的。上面提到的《维也纳公约》第32条编纂了习惯国际法。根据该条的规定，准备工作是进行解释的一种补充手段，只有当条约或任何其他创造规范的国际文件不明确或者晦涩不解时才可以援引。由于第5条的措辞很清楚，至少就歧视意图这个特定问题来说，并不存在不确定的情况，因此，没有必要依靠那些声明。即使不依靠措辞与第5条的精神，也可以把那些仅仅因为没有任何迫害或歧视意图的动机而实施的广泛或系统的暴行排除在危害人类罪的范畴之外。

304. 上述观点并不是说，上面提到的三个或其他国家在安理会发表的声明不应当具有任何解释作用。它们可以帮助澄清含义不明确的条款的确切含义，或产生不同的解释。的确，在“塔迪奇”案关于管辖权的决定中，本上诉分庭不断提到那些声明以及其他国家所作的声明。例如，当在解释《规约》第3条[注意：注释363：参见：“塔迪奇”案关于管辖权的决定，第75段和第88段（还提到英国和匈牙利代表的意见）。[参见：A., 管辖权，第1437页。]]以及审查本国际法

庭是否可以适用对冲突各方具有拘束力的国际协定时，都是那样做的。
[……]

[注意：根据1997年5月7日审判分庭的判决、1999年7月15日的上诉决定、1997年7月14日和1999年11月11日的量刑判决、以及2000年1月26日对量刑判决上诉的最终决定，达斯科·塔迪奇被判犯有指控他的20项犯罪。他被判处犯有危害人类罪、违反战争法和惯例以及严重破坏1949年《日内瓦公约》罪，被判处20年监禁。]

讨 论

1. (管辖权，第11—12段。) 一个法庭有审查自己是否是合法设立的附带管辖权，这是否是法庭性质中固有的？如果被告在刑事法庭面前主张他或她具有受到“依法设立”的法院审判的人权，那么，他是否至少有权要求法院审查它本身的设立是否合法？
2. (管辖权，第30—39段。)
 - (1) 前南斯拉夫各种不同的武装冲突是否是对国际和平的威胁（以至于可以采取《联合国宪章》第七章中的措施，可访问：<http://www.un.org>）？对这个问题作肯定的回答是否取决于那些冲突是否是国际性武装冲突？非国际性武装冲突是否可能构成对国际和平的威胁？建立前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否是重建国际和平的一种适当措施？违反国际人道法本身是否就是对国际和平的威胁？
 - (2) 是否可以说前南斯拉夫问题国际刑事法庭已经对重建前南斯拉夫地区的和平作出了贡献？是否减少了战争罪的实施？对于判断建立前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否符合《联合国宪章》来说，这是否是至关重要的一个最后结果？在和谈期间起诉领导人难道不会使他们更加不想妥协？
3. (管辖权，第41—48段。) 什么样才可以说一个国际法庭是依法设立的？安理会是否有能力进行立法或它的职能只限于适用规范？在国际法中，规则的制定和规则的适用之间是否存在严格区别？无权制定规则的机构是否可以“依法设立”一个法庭？
4. (管辖权，第67—70段。) 国际人道法的空间和时间的适用范围是什么？国际人道法的规则是否适用于发生国际性武装冲突的国家的整个领土？非国际性武装冲突呢？适用于国际性武装冲突的国际人道法是否一直适用到“达成一项一般的和平协定为止”（第70段）？（比较《日内瓦第三公约》第5条；《日内瓦第四公约》第6条；《第一议定书》第3条第2款。）适用于非国际性武装冲突的国际人道法是否一直适用到“达成一项和平解决方案为止”（第70段）？（比较《第二议定书》第2条第2段。）
5. (1) (管辖权，第72段和第73段。) 在前南斯拉夫发生的哪个武装冲突可以说是国际性的？哪个是非国际性的？南斯拉夫人民军的参加是否导致克罗地亚的武装冲突国际化？从哪个时刻开始的？是否从克罗地亚宣布独立那个时刻开始？是否从它得到其他国家的承认开始？是否从它被接纳加入联合国开始？如果南斯拉夫军队还留在克罗地亚，它是否成了克罗地亚地区的占领军？（比较《日内瓦公约》共同第2条。）什么因素可能导致波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突国际化？在1992年5月19日之前吗？还是这个日子之后？

- (2) (审判分庭, 事实真相, 第569段; 上诉分庭, 事实真相, 第87段。)为什么“从1992年初开始到1992年5月19日”, 波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突是国际性的? 即使在1992年4月宣布独立之前是否也是如此? 从宣布独立那天开始, 南斯拉夫人民军是否成了占领当局?
- (3) (管辖权, 第76段和第136段; 审判分庭, 事实真相, 第564段至第569段; 事实真相, 上诉分庭, 第87段至第162段。)为什么说1992年5月19日之后波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突是国际性的?
6. (管辖权, 第79段至第84段。)
- (1) 为什么说弄清楚某个行为是否构成“严重破坏”很重要?(比较四个《日内瓦公约》分别的第49条、第50条、第129条和第146条;《第一议定书》第85条第1款。)
- (2) 在非国际性武装冲突中是否存在严重破坏行为? 上诉分庭是怎么说的? 美国政府是怎么说的? 美国政府的观点是否适用于前南斯拉夫以外的其他冲突? 对于自己针对诸如中美洲那样的某些冲突所承担的义务来说, 美国作出那种解释有哪些实际后果?(比较四个《日内瓦公约》分别的第49条、第50条、第129条和第146条;《第一议定书》第85条第1款。)
- (3) 在非国际性武装冲突中, 平民难道不是“受保护之人”? 在非国际性武装冲突中, 针对平民实施的暴行难道不是针对“受保护之人”实施的暴行, 难道不是一种“严重破坏”的行为?(比较四个《日内瓦公约》分别的第50条、第51条、第130条和第147条;《第一议定书》第85条。)
- (4) 在国际性武装冲突中, 所有谋杀平民的行为是否都是“严重破坏”的行为? 平民是否必须受到“保护”? 谁是“受保护的平民”? 哪些平民不是“受保护的平民”? (比较《日内瓦第四公约》第4条和第147条。)
7. (上诉分庭, 事实真相, 第68段至第171段。)根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第2条的规定, 要使塔迪奇的行为构成该条款所规定的“严重破坏”行为必须符合哪些条件? 请找出上诉分庭和审判分庭对这个问题的法律和事实的不同观点。为了惩治塔迪奇的行为, 是否有必要把冲突定为国际性?
8. (上诉分庭, 事实真相, 第99段至第145段。)上诉分庭是不是相信它必须回答国际法院在“尼加拉瓜诉美国”案中面临的相同问题? 它对此是否给出了相同裁决? 即使根据《联合国宪章》第92条的规定, 国际法院是联合国的主要司法机关, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否可以故意不遵守国际法院的判例法? 不同的判例法会带来哪些困难?
9. (1) (上诉分庭, 事实真相, 第117-123段。)国家是否必须为其代理人实施的违反指示的行为承担责任? 如果个人实际上是国家代理人呢? 国家是否必须为它实际上的代理人实施的违反指示的行为承担责任? 在个人的情况下呢? 如果他们是有组织的团体呢? 为什么与个人相比, 对有组织的团体来说承担的责任更加严格呢?
- (2) (上诉分庭, 事实真相, 第131段。)要使第三国对它所支持的武装团体实施的行为承担责任, 需要满足哪些条件?

- (3) 如果“斯普斯卡共和国军队”实施的所有行为都可以归属于南斯拉夫联盟共和国(南斯拉夫联盟共和国),那么这支军队中的所有成员是否都自动成为南斯拉夫联盟共和国的战斗员?(比较《第一议定书》第43段。)如果他们被波斯尼亚武装部队抓获,他们是否就成了战俘?(比较《日内瓦第三公约》第4条。)在冲突结束之后,是否必须把他们遣返回南斯拉夫联盟共和国?(比较《日内瓦第三公约》第118条。)塞族平民是否也是南斯拉夫联盟共和国的代理人?
10. (上诉分庭,事实真相,第150段至第162段。)是哪些事实导致上诉分庭断定南斯拉夫联盟共和国对“斯普斯卡共和国军队”进行了总体控制?你是否信服?南斯拉夫联盟共和国代表波斯尼亚塞族签署了《代顿协定》是否是一种暗示?在波斯尼亚和黑塞哥维那宣布独立之后,南斯拉夫联盟共和国是否可以采取像美国支持尼加拉瓜反政府武装那样的方式帮助“斯普斯卡共和国军队”?它怎么做才可以让自己不需要为它的行为承担责任?根据上诉分庭的判例法,美国是否需要为尼加拉瓜反政府武装的行为承担责任?
11. (管辖权,第76段;上诉分庭,事实真相,第163段至第169段。)前南斯拉夫问题国际刑事法庭在关于管辖权的决定第76段中所采取的归谬法(reductio ad absurdum)是否能让你信服?由于波斯尼亚塞族是南斯拉夫的代理人因此波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突是国际性的,为什么塞族人谋杀穆斯林人是严重破坏行为,而穆斯林人谋杀塞族人就不是严重破坏行为?根据适用于国际性武装冲突的法律,难道这不是一个荒唐的结论?上诉分庭是如何在它关于事实真相的决定中避免这样一个荒唐结论的?(比较《日内瓦第四公约》第4条和第147条。)
12. (管辖权,第76段;上诉分庭,事实真相,第163段至第169段。)
- (1) 根据《日内瓦第四公约》第4条,谁是“受保护之人”?根据上诉分庭的观点呢?它在关于管辖权的决定和关于事实真相的裁决中是否改变了观点?
- (2) 对难民和无国籍人进行保护是取决于国籍还是是否需要得到切实保护?(比较《日内瓦第四公约》第4条第2款、第44条以及第70条第2款。)如果对难民和无国籍人进行保护取决于是否需要得到切实保护,那么我们是否可以说国际人道法都赋予那些所有需要得到切实保护的人“受保护之人”的地位?为了进行保护,国际人道法是否总是关心“关系的实质,而不是法律特征本身”? (上诉分庭,事实真相,第168段。)
- (3) 在界定受保护之人的地位时所采取的效忠标准是否只适用于前南斯拉夫?是否只适用于种族之间的冲突?是否适用于所有的国际性冲突?甚至还适用于非国际性冲突?
- (4) 对于必须遵守国际人道法的战斗派别和人道行为者来说,采取效忠标准还是国籍标准哪一种更加容易和实际?如果你是被拘留的平民,你是否会为了获得受保护之人的待遇而声称不对逮捕你的人效忠?
- (5) 如果一个政府强迫招募不对自己效忠的人或迫使该人到军队服役,它是否是严重破坏的行为?(比较《日内瓦第三公约》第50条和第130条;《日内瓦第四公约》第40条、第51条和第147条。)

- (6) 为了支持自己的解释，上诉分庭是否提到了实践方面的先例？它是否有义务那样做？在国际性武装冲突中，一旦自己的公民开始对敌人效忠，国家是否还赋予他们广泛的法律保护？
- (7) 上诉分庭对塔迪奇过去的行为适用对《日内瓦第四公约》第4条的新解释是否违反了罪刑法定原则？为了惩罚他的行为，是否有必要把受到塔迪奇行为受害的人定性为“受保护之人”？是否作为严重破坏《日内瓦公约》的行为？是否作为违反战争法和惯例的行为？

13. (管辖权，第86—136段。)

- (1) 在什么情况下，违反国际人道法的行为属于《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条规定的行为？严重违反习惯国际人道法是否够了？是严重违反适用于非国际性武装冲突的国际人道法？是严重违反适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法？
- (2) 鉴于法院已经对《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条进行了解释，为什么在决定中还对适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法作出如此详细的解释(管辖权，第96—136段。)？为了确定前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否有权审理塔迪奇对俘虏实施的强奸、酷刑和谋杀罪，这种分析是否有必要？前南斯拉夫问题国际刑事法庭本来是否就可以不适用《日内瓦公约》共同第3条和《第二议定书》？为什么在《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中没有提到第一和第二议定书？为什么说由于前南斯拉夫和它的继承国都是第一和第二议定书的缔约国就可以不用担心是否违反罪刑法定原则(管辖权，第143段)？
- (3) (管辖权，第99段和第109段。)对于确定习惯国际人道法规则来说，有哪些具体的困难？红十字国际委员会如何促进习惯法规则的发展？它的实践是否促进了习惯法中客观因素的形成？是否是法律意见？还是两个都有？还是两个都没有？
- (4) 法院判定哪些习惯国际人道法适用于非国际性武装冲突？这些习惯法中哪些规定个人需要为违反行为承担刑事责任？我们是否可以从关于管辖权的决定第89段中推导出即使严重违反关于国际性武装冲突的《海牙章程》是在非国际性武装冲突中实施的，也是属于《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条管辖的范围？
- (5) (管辖权，第97段。)”对人来说”，国际性和非国际性武装冲突的区分是否已经失去了意义？国际人道法中是否有保护“人”的利益以外的其他利益的规则？允许国家在非国际性武装冲突中使用国际性武装冲突中禁止的武器是否符合逻辑？在道德上是否可以接受？(管辖权，第119—126段。)在国际人道法的其他领域，例如提供保护以及有关人员的法律地位，这种区分是否符合逻辑？在道德上是否更有必要？
- (6) 关于管辖权的决定第128—136段只意味塔迪奇的行为属于前南斯拉夫问题国际刑事法庭管辖的范围，还是说，还意味第三国有义务或权利起诉那些在世界其他地区的非国际性武装冲突中实施的此类行为？你将如何阐述前南斯拉夫问题国际刑事法庭确立的规则？它是否符合国家实践？是在1992年符合？是在1995年符合？还是在2005年符合？

- (7) (管辖权, 第89、94、143段。)对于前南斯拉夫问题国际刑事法庭来说, 为了判断塔迪奇是否违反《日内瓦公约》中的某项规则, 它是否必须判定该规则是习惯法?
- (8) (管辖权, 第135段。)如果与前南斯拉夫问题国际刑事法庭相反, 我们发现惩治违反适用于非国际性武装冲突的国际人道法国家实践并不能证明存在一项产生个人刑事责任的习惯法规则, 那么审判塔迪奇是否就违反了罪刑法定原则?
14. (审判分庭, 事实真相, 第562—568段。)非国际性武装冲突与土匪或者恐怖主义有哪些不同? 在国际人道法中, 是否有判定不适用《日内瓦公约》共同第3条的最低标准?
15. (审判分庭, 事实真相, 第573—575段。)在某个国家发生非国际性武装冲突的情况下, 该国发生的所有谋杀平民的行为是否都违反《日内瓦公约》共同第3条? 在冲突和谋杀之间是否必须存在联系? 在罪犯和冲突一方之间是否必须存在联系?
16. (审判分庭, 事实真相, 第615段。)《日内瓦公约》共同第3条保护哪些人员? 这些人员和适用于国际性武装冲突的国际人道法中的“受保护之人”是否相同?
17. (审判分庭, 事实真相, 第626段。)什么是危害人类罪? 习惯法是怎么规定的? 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是怎么规定的?
18. (上诉分庭, 事实真相, 第248—270段。)
- (1) 为了证明构成危害人类罪, 在犯罪和武装冲突之间必须存在什么样的联系? 仅仅出于个人原因而实施行为是否可能构成危害人类罪? 上诉分庭在第269段中提到的一些例子是否真的是因为个人原因而实施的? 运用归谬法 (reductio ad absurdum) 是否真的有说服力?
 - (2) 当行为人在一般或系统的攻击背景中为了希望与邻居的妻子结婚而杀害邻居的行为是否是危害人类罪? 如果他所选择的手段只是谴责邻居是正在对平民居民进行一般或系统攻击的敌人, 是否是危害人类罪? 用这种方式扩大危害人类罪的适用范围有什么优点和缺点?
 - (3) 在刑法中, 在判定某个行为是否属于犯罪时, 动机是否有意义?
19. (上诉分庭, 事实真相, 第282—304段。)
- (1) 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第5条第1至7项所规定的行为如果没有歧视意图, 是否还是危害人类罪? 如果一名警察利用对平民居民的一般攻击而去逮捕一位与他存在遗产纠纷的无辜平民, 是否是一种危害人类罪?
 - (2) 不是依据《规约》第5条第8项规定的区分而实施的歧视性的迫害是否可能构成该条款规定的其他各项中的行为? 这是否足以成为其他各项中不考虑所有歧视意图的理由? 由于存在法律漏洞, 是否因此就可以对刑法进行扩大解释?
 - (3) 对于解释《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》来说, 《秘书长的报告》和一些国家的声明有什么重要意义? 是否必须像条约那样解释安理会的决议? 在解释安理会的决议时, 安理会成员国的声明是否比在解释条约时通过条约的外交会议一些国家所作的声明更加重要? 如果没有国家谴责安理会三个常任理事国所作的解

释，前南斯拉夫问题国际刑事法庭对此是否就可以忽略？至少如果文本是很清楚的，而且不会导致显属荒谬或不合理的结果呢？

- (4) 在（扩大）解释《规约》第3条时，为什么说《秘书长的报告》和安理会成员国的声明很重要？（比较A., 管辖权，第75、88和143段。）但是，当它们反对扩大解释《规约》第5条时，为什么反而不重要？
20. (审判分庭，事实真相，第638—643段。) 在一般或系统地针对平民居民的攻击中，杀害一个战斗员的行为是否是危害人类罪？在这种情形中，对战俘实施酷刑是否是危害人类罪？杀害“在这种情况下，为了保护自己的家庭而手中握枪的家长”或“处于同等情形中的当地守卫人员”（第640段）是否是违反国际人道法的行为？是否是危害人类罪？这个“家长”或这个“当地守卫人员”是平民还是战斗员？如果他们平民，他们是否可以对敌人的军队实施暴力行为？在什么情况下可以？（比较《日内瓦第三公约》第4条第4款；《第一议定书》第43条第2款、第48条以及第51条第2—3款。）
21. (1) (上诉分庭，事实真相，第185—195段以及第229段。) 什么样的人犯罪的帮助者和教唆者或煽动者？什么样的人共犯？在什么样的情况下，共犯需要为其他共犯实施的行为承担责任？
- (2) (上诉分庭，事实真相，第204—228段。) 在什么样的情况下，塔迪奇需要为同伙实施的共同计划以外的犯罪承担责任？审判分庭适用了什么规则？普通法是怎么规定的？意大利的法律呢？法国的法律呢？德国的法律呢？荷兰的法律呢？上诉分庭适用了什么规则？只要结果是可以预见的，而且塔迪奇对该结果漠不关心是否就足够了？事实是否是他知道同伙实施的行为会导致我们现在知道的结果，但他仍然故意冒这个风险？结果是否必须是不可避免的，或者说可能与共同计划有联系，而且他知道该结果肯定会发生？即使他本来希望该结果不会发生，他是否仍然需要承担责任？
- (3) (上诉分庭，事实真相，第220段。) 共犯所具有的对超出共同目的以外的个人行为承担责任的共同目的是否必须是受到刑法禁止的？根据国际人道法是合法的军事行动（例如占领敌人控制的村庄）是否足以作为一个出发点？如果军事行动是侵略呢？
- (4) (上诉分庭，事实真相，第225—226段。) 上诉分庭是否认为正在发展的法律符合一般法律原则？如果国内法在这一点是一致的，那么是否可以说存在这样一项习惯国际刑法规则？根据上诉分庭的观点，要证明存在这样一项国际刑法规则，还缺少什么？为什么上诉分庭所发展的规则仍然是习惯法？
- (5) 上诉分庭所发展的规则是否符合战斗员的地位？是否符合个人刑事责任原则？战斗员是否可以像罪犯参加犯罪团体一样自由加入武装力量（他知道该武装力量所追求的目标违反国际人道法）？根据判决，参与掠夺的武装团体的战斗员是否必须对同伙所实施的构成掠夺的谋杀平民行为负责？即使他自己没有实施谋杀行为？即使他占领了将被掠夺的村庄但没有参与这个过程？即使他的动机是为了保卫祖国？

22. (审判分庭，事实真相，第540—553段。) 为了确定敌对方的责任，在判定种族间冲突的证人可信度时，存在哪些具体困难？为了确定证人以外属于其他种族团体成员的责任呢？
23. (审判分庭，事实真相，第239—241段。) 当俘虏被拘留在集中营中，而在该集中营中，有许多人被杀害，该俘虏曾经受到虐待，与同伴被分隔开，甚至连家人都没有看见时，是否可以说该俘虏已经死亡？为了向家人出具死亡证书的目的呢？为了判定那些参与拘留和虐待的人有罪呢？
24. 对于国际人道法来说，这个案件中有四项重要的宣布，是哪四项？它们对于国际人道法意味着什么？对于战争受难者来说呢？对于将来的冲突受难者来说，这些宣布有哪些优点和风险？

**案例181，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，
检察官诉马尔蒂奇案，依据规则61所做的裁决**

案 例

[资料来源：International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-95-11-I, March 8, 1996; 脚注省略]

**检 察 官
诉
米兰·马尔蒂奇 (Milan Martić)
裁 决**

[……]

一、简介

[……]

3. [……]《规则》第61条所规定的程序是为了确保本法庭，虽然没有直接的执行权力，但不致因为被告不出庭而变得没有效力，因此可以继续对本诉讼。为此目的，如果本审判分庭相信指控是合理的，在它再次确认指控令之后，它将对被告发出国际逮捕令。而且，如果本审判分庭相

信，如果没有执行逮捕令全部是因为或部分是因为某个国家拒绝合作，本法庭庭长将通知安全理事会。由法官组成的法庭在经过公开庭审后对指控令进行审查，这增强了确认的裁决，当传唤他们出庭时，就给受害者提供了陈述的机会以及成为历史一部分的机会。

二、对指控令的审查

(一) 指控

4. 米兰·马尔蒂奇被指控在1995年5月2日和3日明知并故意用喀秋莎(Orkan)火箭弹炮击萨格勒布(第一项和第三项指控)。据称，攻击造成该城市平民伤亡。鉴于米兰·马尔蒂奇的地位以及据称没有防止炮击的发生以及对行为人进行惩罚，他还被指控应当为炮击负责(第二项指控和第四项指控)。在庭审过程中，检察官声称，他将在其他时候提出后两项指控。[……]

(二) 法庭根据《规约》第3条所享有的权限

5. [……]在1995年10月2日“塔迪奇”案的裁决(IT-94-I-AR 72，下称“上诉分庭的裁决”)[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。[比较A.，管辖权。]第1794页]中，上诉分庭断定，第3条[参见：**案例179**，联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第1781页。]所包括的是一类非常广泛的犯罪行为，即：所有“违反战争法或惯例”的行为，而且，第3条所规定的一些违反行为只是列举性的，而不是穷尽性的。由于检察官所指控的违反行为并没有完全规定在第3条第1项至第5项中，本审判分庭必须证明它构成该条款所指的违反战争法和惯例的行为。由于上诉分庭就本法庭根据第3条所具有的管辖权规定了许多条件，因此，本审判分庭必须证明，在这个阶段，这些条件看来已经是满足的了。

1. 查明国际人道法规则

[……]

8. 违反协定法规则的行为属于作为条约法的《规约》第3条的范围。上诉分庭已经指出，必须把该条款解释为包括违反《第一议定书》和《第二议定书》的行为。在指称的行为发生之时，所有曾经是前南斯拉夫一部分的本冲突各方的国家都有义务遵守《第一议定书》和《第二议定书》，它们分别适用于国际性和非国际性武装冲突。根据这些议定书条

款的规定，禁止攻击平民。《第一议定书》第85条第3款第1项规定，当故意违反本议定书的有关规定，并造成死亡或严重伤害身体健康时，将平民居民或平民个人作为攻击对象是严重破坏本议定书的行为。严重破坏《第一议定书》的行为属于战争罪，根据《规约》第3条的规定，是可以受到起诉的。第51条第2款还规定，“平民居民本身以及平民个人，不应成为攻击的对象”，禁止“以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁”。根据《规约》第3条的规定，违反这些规定的行为属于本法庭的管辖范围。同样，第51条第6款规定，“禁止通过攻击平民居民实施报复。”根据《规约》第3条的规定，违反该条款的行为也是属于本法庭的管辖范围。最后，《第二议定书》第13条第2款规定，“平民居民本身以及平民个人，不应成为攻击的对象”。该条款第1款还规定，该条款必须在“任何情况下”得到遵守，“平民居民和平民个人应享受免于军事行动所产生的危险的一般保护”。违反《第二议定书》的行为属于违反战争法或惯例的行为，因此属于《规约》第3条的管辖范围。

9. 1969年《维也纳条约法公约》第60条第5款进一步说明禁止攻击平民的协定法规则具有绝对性质。该条款规定在协定法中，当出现对“各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定”有重大违约时，不得适用相互性。
10. 就习惯法而言，平民居民本身以及平民个人不应成为攻击的对象，这项规则是国际人道法的一项基本规则，适用于所有武装冲突。
11. 目前，已经出现了适用于所有武装冲突的习惯国际法体系，无论它们是国际性还是非国际性武装冲突。这套体系包括旨在保护平民居民的一般规则或原则以及调整作战手段或方法的规则。就像上诉分庭确认的，冲突各方选择作战手段或方法的权利并不是不受限制的，禁止攻击平民居民或平民个人，毫无疑问，它们都是这套习惯法体系的一部分（上诉分庭的裁决，第127段。）
12. 联合国大会在1968年和1970年分别一致通过的第2444 (XXIII) 号决议和第2675 (XXV) 号决议进一步确认这些规则适用于所有武装冲突。这些决议被视为这个领域的习惯国际法的宣示。两个议定书规定了禁止在武装冲突中攻击平民，进一步说明它具有习惯法的性质。《第一议定书》第51条以及《第二议定书》第13条都规定禁止对平民居民和平民个人攻

击。两个条款都明确规定必须在所有情形中遵守它们。上诉分庭确认，两个条款都构成习惯国际法。

13. 而且，禁止对平民居民和平民个人进行攻击以及限制作战手段和方法这些一般原则还来自“马顿斯条款”。该条款已经规定在人道法的基本文件中。它的内容是：“在（有关文件）未包括的情形下，平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配”。而且，这些规范还来自基本的人性考虑，它是适用于所有武装冲突的整个国际人道法体系的基石。
14. 在这个方面，只要忆及体现在《日内瓦公约》共同第3条的基本的人性考虑就足以。这个条款体现了冲突各方“在任何时候和在任何地方”都应当“最低限度”遵守的习惯国际法规则。禁止攻击平民必须来自共同第3条，它规定“不实际参加战事之人员，……在一切情况下应予以人道待遇”，而且其中的第1款第1项禁止“对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体……”。攻击平民居民本身以及平民个人肯定是违反适用于所有武装冲突的最低强制规范的。《第二议定书》第4条进一步发展和完善了共同第3条的内容，重申了这些基本保证。
15. 那么，是否可能存在全部或部分排除非法性的情形？具体说来，如果攻击是作为一种报复手段进行的，是否可以阻却它的违法性？必须在一切情形下尊重禁止攻击平民居民本身以及平民个人这项规则，至于对方行为为何，则在所不问。根据绝大多数权威法学家的观点，本审判分庭有理由确信，即使对平民的攻击是与对方实施的同样违反行为相称的一种反应，在一切情况下都不能使攻击平民的行为合法化。四个《日内瓦公约》共同第1条都确认，对于人道法的这种基本规范来说，报复原则是不能适用的。该条款规定，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，即使对方的行为可能是不法的。国际法院认为，这项义务不仅仅来自《日内瓦公约》本身，而且还来自人道法的基本原则（在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动案，尼加拉瓜诉美国，实体判决，《国际法院报告集》，1986年，第220段。）
16. 禁止攻击平民居民或平民个人适用于所有武装冲突，这还得到了各种文件的支持。联合国大会第2675号决议强调，有必要采取措施确保对各类武装冲突中的人权的更好尊重，认为“平民群众或个人不应作为报复……之对象”。而且，从上面提到的《第一议定书》第51条第6款的

规定来看，这种禁止是绝对的，因为“在任何情况下，作为报复对平民居民的攻击，是禁止的”。虽然《第二议定书》没有明确提到对平民的报复，但从第4条中可以推导出禁止这种报复的规定。对平民进行报复是违反该条款所列举的各种绝对和不可克减的禁止规定的。“在任何时候和在任何地方”，这种行为都是受到禁止的。由于《第二议定书》第4条第2款第2项规定了禁止“集体惩罚”，因此，这进一步明确了在非国际性武装冲突中禁止报复平民。

17. 因此，在任何情况下禁止对平民居民本身或平民个人进行报复是受到禁止的，即使对方的行为是非法的。这项规则是习惯国际法不可分割的一部分，必须在任何武装冲突中得到尊重。
18. 最后，即使攻击针对的是合法的军事目标，选择和使用武器仍明确受到国际人道法规则的限制。虽然并没有正式条款禁止在武装冲突中使用集束炸弹，但《第一议定书》第35条第2款禁止“使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射体和物质及作战方法”。另外，该议定书第51条第4款第2项规定禁止不分皂白的攻击，包括“使用不能以特定军事目标为对象的作战方法或手段”。最后，根据该条款第5款第2项的规定，与预期的具体和直接军事利益相比，攻击不能对平民居民造成过分的伤害和损害。

2. 其他条件

19. [……]上诉分庭认为，为了使违反国际人道法的行为成为法庭根据《规约》第3条所具有的管辖权的行为，它实际上必须是严重的。上诉庭用两个标准来判断行为的“严重性”：违反行为必须侵犯了重要的价值；对一个或多个受害者造成了严重后果。在这个方面，受到违反的规范来自基本的人性考虑，并且保护平民居民或平民个人不受攻击。因此，违反这种规范的行为威胁到平民的生存和安全，这样一来，就侵犯了重要的价值。而且，它也给受害者带来了严重后果。
20. 上诉分庭还明确指出，要使违反人道法规范的行为成为法庭的管辖对象，它还必须能够对违反行为产生个人刑事责任。在武装冲突期间，禁止攻击平民居民本身或平民个人是很清楚的，国家也决心使其承担个人责任。就像上诉分庭在援引纽伦堡国际军事法庭的判决中确认的，“违反国际法的犯罪是由人、而不是由抽象的实体实施的，只有惩治实施了这些犯罪的个人，国际法的规定才能得到实施。”（上诉分庭的裁决，

第128段。) 本法庭《规约》第7条第1款所规定的刑事责任原则包括那些计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或实施犯罪的人。因此，国际法允许起诉任何以官职身份行为的个人，《规约》第7条第2款也是那样规定的。

21. 尤其是，本法庭具有合理理由对那些因为他们在政治或军事权力中的地位而能够命令实施属于本法庭事物管辖权范围内的犯罪，或者在明知的情况下没有防止或惩罚这种犯罪的行为人行使管辖权。在1995年5月16日的裁决中，本审判分庭认为，这种人“与那些仅仅只是执行命令的人相比，(……) 更加危及国际公共秩序”(卡拉季奇 (Karadzic)、姆拉迪奇 (Mladic) 和斯塔尼希奇 (Stanisic)，IT-95-5-D，正式请求提交，第25段)。由于是在很高的行政等级中形成犯罪意图的，因此，违反国际人道法的行为更加成为本法庭需要审理的犯罪的一部分。
22. 因此，在任何后续审判中，除非受到实体问题相反解释的限制，本法庭的管辖权就此确立起来了。

(三) 事实

[……]

24. 就1995年5月攻击萨格勒布时的军事和政治事态来看，毫无疑问，克罗地亚共和国的武装部队和自己宣布独立的“克拉伊那塞族共和国”的武装部队之间正在发生武装冲突。而且，还非常清楚的是，南斯拉夫联盟共和国在那个时候支持自己宣布独立的“克拉伊那塞族共和国”。从所提交的证据来看，1995年5月1日，克罗地亚军队对塞族在西斯拉沃尼亚控制的领土发起了大规模攻击。该块领土直接毗邻连接萨格勒布和贝尔格莱德的高速公路，它是克罗地亚境内东西方向的交通要道。在东斯拉沃尼亚这个地区发生的战斗中，萨格勒布市在1995年5月2日和3日遭到炮击。
25. 从庭审过程记录的有关内容以及证言来看，炮击萨格勒布是由米兰·马尔蒂奇下令的。在这些行为发生的时候，米兰·马尔蒂奇是自己宣布独立的“克拉伊那塞族共和国”的总统。根据该自己宣布独立的实体《宪法》第78条第5款，“总统在平时和战时指挥武装部队、在战时指挥全国的抵抗、部分或全面下令总动员，并根据本法的规定组织军事准备。”在炮击之后，在接受电视、广播以及报纸通讯员的采访中，米兰·马尔蒂奇屡次承认他就是那个下令炮击的人。

26. 而且，从检察官所提交的事实来看，可以认为炮击萨格勒布是一项事先计划和准备好的行动。1995年3月24日，就在指控的事件发生之间一个多月，切莱凯蒂奇 (Celeketić) 将军向媒体宣布他接到了米兰·马尔蒂奇的命令，如果克罗地亚人发起攻击，他打算采取的反应是，攻击“弱点”，即“克罗地亚城市的公园”。切莱凯蒂奇将军还补充说，“我们知道在公园里的是什么人——平民。” [……]
28. 关于攻击行动，检察官办公室工作人员萨金特·柯蒂斯 (Sergeant Curtis) 以及来自萨格勒布两位警官的证言表明，1995年5月2日早晨，有三枚火箭击中萨格勒布市中心，其他三枚火箭击中民用机场附近的一个地方。1995年5月3日，在午饭时间，又有两枚火箭击中市中心，并有三枚火箭在附近地区爆炸。在两次攻击中，有数人死亡，超过一百人严重受伤，还有相同数量的人受轻伤。所有的证言进一步确认，这些人中没有人当时正在或可以推定在履行军事职责。
29. 就像在庭审过程中的照片和录像带显示的，炮击产生重大的物质损失，实际情况可能更加严重。从所提供的文件和庭审证言来看，有一所高中、一家儿童医院、一个退休住宅和国家研究院受损。根据目击证人的说法，在它们附近并不存在军事目标。不过，需要指出的是，在5月2日的攻击中，内务部的行政管理大楼据说也被击中。另外，目击证人强调说，在平民被杀的附近并不存在军事目标。所有人都声称，死亡人数可能要多得多。在第二次攻击时，萨格勒布市街道上几乎没有行人，据说这是因为前一天攻击中所产生的恐怖气氛所致。被吓坏了的居民选择在午饭时间离开街道，这显然减少了这种类型的炮击可能产生的伤亡人数。
30. 庭审时，武器专家清楚地说明了喀秋莎火箭弹的特征以及它们所发射出来的炸弹威力。从他所提供的证言来看，看来南斯拉夫人民军改进了在攻击萨格勒布时所使用的火箭弹。多年来，这种火箭弹的威力已经人人皆知。这种火箭弹装有288颗炸弹。在爆炸的时候，每一颗都会向各个方向发射出形状各异的金属片以及超过400颗小钢球。这种火箭弹的射程大约有50公里，致命的半径范围在10米左右。与可以控制所要攻击目标的导弹不同，这种火箭弹的精确度相对要低，因为它向任何一方的侧面幅度错误率有600米。这种火箭弹所发射出来的炸弹有双重目的：既可以用来作为杀伤人员的武器，又可以作为摧毁轻型火炮的手段，因为它们可以穿透超过60毫米的钢板。庭审时，军事专家相信，由于它们并不精确以及打击力度很弱，因此，如果攻击萨格勒布的目的只是为了摧

毁军事目标，那么，选择喀秋莎火箭弹并不合适。关于这个方面，专家提到了一组照片，说明在1995年5月的攻击中对萨格勒布的建筑只造成了轻微损害。因此，根据他的观点，有理由相信使用这种火箭弹的主要原因是为了攻击和恐吓平民居民。最后，该专家说，火箭弹是从自己宣布独立的“克拉伊那塞族共和国”武装部队控制的距离萨格勒布不到50公里的地区发出的。该地区的地质条件使他们自己采取这种行动。

31. 基于提交的证据以及听到的证言，本审判分庭相信，有合理理由可以认为在1995年5月2日和3日，萨格勒布市的平民居民受到了喀秋莎火箭弹的攻击，而下令的人正是当时自己宣布独立的“克拉伊那塞族共和国”总统米兰·马尔蒂奇。攻击造成许多平民伤亡。基于它的精确性和打击力度，在本案中使用的喀秋莎火箭弹并非想要攻击军事目标，而是为了恐吓萨格勒布的平民。因此，这些攻击是违反上面讨论的习惯国际法和协定国际法的，因此属于本法庭按照《规约》第3条所确定的管辖对象。

32. 因此，本庭相信，有理由重申针对米兰·马尔蒂奇的所有四项指控，并向他发出的国际逮捕令将通报所有国家。[……]

[……]

讨 论

1. 第8、11—14、24段：克罗地亚共和国和自己宣布独立的“克拉伊那塞族共和国”之间的武装冲突是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突？根据什么条件可以说该武装冲突是国际性武装冲突？审判分庭是否对该冲突进行了定性？
2. (1) 第8段：是否所有故意杀害和伤害平民的行为都是违反第一和第二议定书的行为？如果不是，在什么情况下是违反这些议定书的行为？《第一议定书》和《第二议定书》所规定的条件是否有所不同？所有攻击平民的行为是否都是违反第一和第二议定书的行为？（比较《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条。）
(2) 第8、11—14段：就禁止杀害和伤害平民的故意攻击而言，审判分庭是否认为习惯国际人道法和两个议定书之间有区别？禁止的范围是否可以从“马顿斯条款”和《公约》共同第3条中推导出来？共同第3条是否可以适用于交战行为？《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条是否都是习惯法？
(3) 第25—31段：是什么观点使审判分庭相信攻击实际上是针对平民居民的？
(4) 第30—31段：审判分庭是否认为使用喀秋莎火箭弹是一种不可能针对某个具体军事目标的作战手段？审判分庭根据武器专家的证言还得出了其他什么结论？

3. 第9、15—18段：

- (1) 如果采取《第一议定书》禁止的、影响平民居民的所有攻击行为是为了迫使敌人停止类似的非法攻击而相应采取的一种报复行为，是否仍然是非法的？
- (2) 《第二议定书》是否禁止为了迫使对方停止类似的违反行为而同样采取相应的违反《第二议定书》的报复行为？在非国际性武装冲突中，报复这个概念是否可以被允许？（比较《第二议定书》第13条。）
- (3) 《维也纳条约法公约》第60条第5款是否暗示违反国际人道法的所有报复行为都是非法行为？在报复和因重大违约而终止或暂停施行条约之间是否存在区别？
- (4) 习惯国际人道法是否禁止为了迫使敌人停止类似的非法攻击把攻击平民居民作为符合比例的一种报复手段？

4. 第20、21段：是什么原因使审判分庭认为攻击平民居民将给行为人产生个人刑事责任？被告处在权力的某个位置是否是一个合理理由？

**案例182，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，
检察官诉拉伊奇案，依据规则61所做的裁决**

案 例

[资料来源：International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No. September 13, 1996]

检察官

诉

伊维察·拉伊奇 (维克托·安德里奇)
(Ivica Rajic) (a/k/a VIKTOR ANDRIC)

根据《程序和证据规则》规则61对指控令进行的审查

[……]

一、指控

1. 伊维察·拉伊奇被指控在1993年10月23日下令对位于波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的斯图普尼·杜 (Stupni Do) 村发动攻击。据称，攻击是由克

族防卫委员会 (HVO) 实施的，该委员会是自己声称的“黑塞哥—波斯那克族共同体” (Croatian Community of Herceg-Bosna) (HB) 的武装部队，受到伊维察·拉伊奇的控制。伊维察·拉伊奇受到六项指控：第一项指控是，本国际法庭《规约》（“《规约》”）第2条第1项规定的严重破坏《日内瓦公约》的行为（故意杀害）；第二项指控是，《规约》第2条第4项规定的严重破坏《日内瓦公约》的行为（破坏财产）；第三项指控是，《规约》第3条规定的违反战争法和惯例的行为（故意攻击平民居民和横蛮地摧毁村庄）。[……]

二、先决问题

2. [……]规则61所规定的程序[……]赋予检察官公开向法庭呈递针对被告的指控令以及支持指控令证据的机会。因此，规则61所规定的程序是通缉被告犯有严重违反国际人道法的公开宣告。它们还给暴行的受害者提供了向法庭质证的机会，这开创了对待他们方式的历史记录。如果本审判分庭断定有合理理由相信被告实施了指控令中所指控的任何一项或全部指控，就将发出国际逮捕令。联合国的所有会员国都有义务遵守这种逮捕令，因此，如果被告穿越国际边界，发出这种逮捕令就可以确保将其缉拿归案。根据规则61的其中一项程序，如果某个国家没有与本国际法庭进行合作，本国际法庭的庭长就将通知安全理事会。检察官已经提供了材料。他在其中声称，向伊维察·拉伊奇发出的指控令传票没有得到执行，全部或部分是因为克罗地亚共和国和“黑塞哥—波斯那克族共同体”拒绝同本国际法庭进行合作。
3. 规则61所规定的程序并不是缺席审判。在这个程序中，并不存在定罪问题。审判分庭唯一作出的决定是是否有合理理由相信被告实施了指控令所指控的犯罪。[……]

三、事物管辖权

[……]

1. 《规约》第2条——严重破坏

[……]

8. 由于检察官所指控的犯罪是攻击平民居民和财产，因此与本案有关的《日内瓦公约》是[……]《日内瓦第四公约》[……]。根据该公约的规

定，本审判分庭首先需要审查的问题是，检察官是否已经充分证明据称的攻击斯图普尼·杜是发生在国际性武装冲突中，然后再审查攻击的是否是受到《日内瓦第四公约》保护的人员以及（或者）财产。

(1) 国际性武装冲突

9. 检察官提供的证据表明，对斯图普尼·杜村的攻击是波斯尼亚中南部地区发生在克族防卫委员会[……]作为一方和波斯尼亚政府军作为另一方的冲突过程中。[……]
11. [……]除非能够证明有另外一个国家直接介入，否则，发生在克族防卫委员会和波斯尼亚政府军[……]之间的冲突应当被视为是国内性质的。因此，据称的对斯图普尼·杜的平民居民进行的攻击是否是国际性武装冲突的一部分就取决于波斯尼亚政府军和克族防卫委员会在波斯尼亚中南部发生的冲突是否存在外部介入以及介入的程度。
[……]
- i. 克罗地亚直接的军事干预
13. 本庭查明，就适用《日内瓦第四公约》中的严重破坏条款而言，克罗地亚武装部队为了支持波斯尼亚克族人在波斯尼亚领土上抵抗波斯尼亚政府军发动了重大而持续的军事行为，这足以使发生在波斯尼亚克族人和波斯尼亚政府军之间的国内冲突转变成国际冲突。检察官提供的证据使本庭有合理理由相信，在波斯尼亚领土上，存在大约5000到7000名克罗地亚军队 (HV) 的士兵以及克罗地亚武装部队 (HOS) 的一些士兵。他们在波斯尼亚中南部地区直接或通过他们与“黑塞哥—波斯那克族共同体”武装部队 (HB) 和克族防卫委员会武装部队 (HVO) 的关系卷入与波斯尼亚政府军的冲突。
17. [……]有关文件显示，在克族防卫委员会武装部队 (HVO) 服役的克罗地亚军队 (HV) 的士兵并不是志愿军，而是克罗地亚员参加的，是作为克罗地亚军队 (HV) 士兵的身份在服役的，在克族防卫委员会武装部队 (HVO) 具有特殊地位。
18. 有证人证言证明上述结论，这些证人报告说亲眼看见在波斯尼亚境内的克罗地亚军队的所有军旅。[……]这种规模的部队不太可能是他们自己同意作为志愿军在外国服役的。而且，有证人证明说，他们在波斯尼亚中南部亲眼看见刻有波斯尼亚军队徽章的军事装备，例如坦克、直升飞

机和火炮。[……]如果没有克罗地亚政府的合作，仅仅由志愿军把这种装备运到波斯尼亚看来是不可能的。[……]

21. [……] 因此，有足够证据证明，就现在的程序而言，由于克罗地亚军队为了支持波斯尼亚克族人采取了重要而持续的军事干预，因此发生在波斯尼亚中部波斯尼亚克族和他们政府之间的国内冲突变成了国际性武装冲突，而且，当 1993 年 10 月攻击斯图普尼·杜村时，这场冲突正在进行。

ii. 克罗地亚对波斯尼亚克族的控制

22. 本庭上面之所以需要对提及的冲突进行定性，都是因为适用《日内瓦第四公约》需要满足国际性武装冲突这个条件。不过，对于检察官提出的受到《日内瓦第四公约》保护的人员的观点来说，将在下面讨论。本庭认为先审查检察官提出的其他观点是合适的，即由于克罗地亚和“黑塞哥—波斯那克族共同体”武装部队 (HB) 之间的关系，波斯尼亚政府军和“黑塞哥—波斯那克族共同体”武装部队 (HB) 之间的冲突可以被视为是国际性的。检察官声称，由于克罗地亚对波斯尼亚克族实施了如此大程度的政治和军事方面的控制，因此，后者可以被视为是前者的代理人或延伸。
23. 本审判分庭相信，如果在审判时能够证明在克罗地亚和波斯尼亚克族之间存在代理人的关系，那么，将足以使发生在波斯尼亚克族和波斯尼亚政府之间的冲突变成国际性质。
24. 一群人何时可以被视为一个国家的代理人？在要求国家为其代理人行为承担责任方面，这个问题不断被考察。国际法委员会在 1980 年的《国家责任条款草案》中对这个问题进行了考察。《条款草案》第 8 条有关内容规定，如果“一个人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事”，其行为应视为“国际法所指的一国的行为”（《国际法委员会年报》，1980 年第二部分，第 31 页）。国际法院在“尼加拉瓜”案中也讨论了这个问题。在那个案件中，法院考察的问题是，为了判断美国是否必须为与尼加拉瓜政府作战的非正规的反政府武装据称实施的违反国际人道法的行为承担责任，必须首先判断他们是否是美国的代理人。法院认为，有关的标准是，从法律来看，它们之间的关系一方对另一方的依赖程度是否大到可以把反政府武装等同于美国政府的代理人或者是在以美国政府的名义在实施（“尼加拉瓜”案，《国际法院报告集》，1986 年，第 109 页）。它发现，美国资助、组织、训练、供应和装备尼

加拉瓜的反政府武装，而且协助他们挑选军事和准军事的目标。但是，这些行为并不足以使美国对反政府武装实施的违反国际人道法的行为承担责任。

25. 本审判分庭认为，有必要强调一下，国际法院在“尼加拉瓜”案中审查的代理问题和本审判分庭在本案中需要审查的问题非常不同。首先，法院在“尼加拉瓜”案中的裁决是最终确定美国对反政府武装的行为是否承担责任问题。相比之下，本案中的问题是一个先决问题，可能在后来的审判阶段被推翻。第二，在“尼加拉瓜”案中，法院的任务是确定违反国际人道法的国家责任。因此，它正确地集中在美国对反政府武装的行动控制问题上，认为“[美国]对一支高度依赖[美国]部队的一般控制”不足以为该支部队实施的违反行为确立起责任（“尼加拉瓜”案，《国际法院报告集》，1986年，第115页）。相比之下，本庭并没有被要求确立克罗地亚是否为波斯尼亚塞族的违反行为承担责任。相反，要求本庭裁决的问题是，为了确立对据称违反《日内瓦公约》严重破坏条款行为的事物管辖权，[……]波斯尼亚塞族是否可以被视为是克罗地亚的代理人？因此，具体的行动控制对于本审查来说并不重要。相反，本审判庭集中的问题是克罗地亚对波斯尼亚克族一般的政治和军事控制。
26. 从本案提交的证据来看，本庭有合理理由相信，波斯尼亚塞族是克罗地亚政府从1992年秋开始在波斯尼亚中南部与波斯尼亚政府发生冲突中的代理人。看来，克罗地亚协助波斯尼亚克族就像美国支持尼加拉瓜的反政府武装一样，除此之外，克罗地亚还向波斯尼亚境内的冲突派出自己的武装部队，并对波斯尼亚克族的军事和政治机构实施高度控制。[……]
29. 除了上面描述的克罗地亚对波斯尼亚克族的军事机构实施主导以外，检察官还向本审判分庭提交的材料证明，波斯尼亚克族的政治机构也受到克罗地亚的影响。[……]
30. 1992年4月7日，克罗地亚决定承认波斯尼亚和黑塞哥维那共和国，还明确声称：承认波斯尼亚表明，“作为波斯尼亚和黑塞哥维那三个主要的构成民族之一，克族人民应当保证获得主权权利”，并且赋予波斯尼亚克族人具有取得克罗地亚国籍的权利。
31. [……]也许最能说服人的是，在《代顿协定》签订的时候，克罗地亚共和国外交部长马特·格拉尼奇 (Mate Granic) 写信给一些国家的外交部长，

向他们保证克罗地亚将采取一切必要措施保证“在波斯尼亚和黑塞哥维那受其控制或影响的人员或组织完全尊重和遵守[《代顿协定》某些部分]的条款”(1995年11月29日, 美利坚合众国常驻联合国代表致秘书长的信件, U.N. GAOR, 50th Sess., U.N. SCOR, 50th Sess., at 126-130, U.N. Doc.A/50/790 & S/1995/999 (1995年11月30日))(“《代顿和平协定》”)。

[……]

(2) 受到保护的人员和财产

33. 本审判分庭已经断定对斯图普尼·杜的攻击是国际性武装冲突的一部分, 现在转向适用本国际法庭《规约》第2条的第二个条件, 即据称的行为是否是“针对受到有关《日内瓦公约》条款保护的人员或财产”实施的。
[……]

i. 受保护之人

34. 《日内瓦第四公约》第4条涉及在战时对平民人员的保护, 有关内容它是这样规定的:

“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。”

根据这种定义, 如果波斯尼亚的平民受害者是“依不论何种方式, 处于非本国之冲突之一方……手中之人”, 那么他们就是“受保护之人”。检察官声称, 受伊维察·拉伊奇指挥的克族防卫委员会 (HVO) 部队是如此受到克罗地亚的控制, 以至于被伊维察·拉伊奇的部队攻击的波斯尼亚人可以被视为是处在克罗地亚的权力之下。

35. 本审判分庭已经断定, “黑塞哥—波斯那克族共同体” (HB) 和克族防卫委员会 (HVO) 可以被视为克罗地亚的代理人, 因此, 发生在克族防卫委员会 (HVO) 部队和波斯尼亚政府军之间的冲突可被视为是可适用严重破坏制度的国际性武装冲突。现在的问题是, 这种控制程度是否足以符合《日内瓦第四公约》第4条所规定的“受保护之人”的条件?
36. 《红十字国际委员会对<日内瓦第四公约>的评注》说明, “受保护之人”这个条件应当进行广义解释。该《评注》说, 之所以使用“于一定期间及依不论何种方式”这种措辞是“为了确保能够包括所有的情势和所有的情形”。

[……]《对<日内瓦第四公约>的评注》[……],第47页[……]指出,“处于……手中之人”这种表述是非常一般的含义。

[……]换句话说,“处于……手中之人”不一定是从身体的角度进行理解;它的含义只是指那些处在有关当局控制之下的领土上的人即可。

37. 已经向本审判分庭提交了相当多证据证明波斯尼亚克族人控制了斯图普尼·杜村附近的领土。[……]由于本审判分庭已经断定,有合理理由相信克罗地亚控制了波斯尼亚的克族人,因此,可以把克罗地亚视为控制该地区的当局。因此,虽然斯图普尼·杜村的村民并没有直接或真的处在克罗地亚的“手中”,但他们仍然可以说是处在不是他们国籍国的国家即克罗地亚的“手中”。因此,本审判分庭认为,就《日内瓦第四公约》中的严重破坏制度来说,斯图普尼·杜村的平民居民是应该受到波斯尼亚克族人保护之人,因为波斯尼亚克族人受到了克罗地亚的控制。本审判分庭指出,作出这样的裁决只是为了确立起对被告据称实施的犯罪的事物管辖权。

ii. 受保护之财产

38. 《日内瓦第四公约》的一些条款还规定了受到该公约保护的财产类型。检察官认为,该公约第53条是适用本案的合适定义。该条款规定如下:

“占领国对个别或集体属于私人,或国家,或其他公共机关,或社会或合作组织所有之动产或不动产之任何破坏均所禁止,但为军事行动所绝对必要者则为例外。”

检察官诉称,当斯图普尼·杜被伊维察·拉伊奇指挥的克族防卫委员会(HVO)部队占领并受到他们控制时,“斯图普尼·杜的财产就变成了第53条意义上的受保护之财产……[因为]它们已经成了受克族防卫委员会(HVO)武装部队控制的[波斯尼亚的]财产,而克族防卫委员会(HVO)是国际性冲突中的另一方,即克罗地亚的一部分。”

39. 第53条规定的是受到该公约保护之财产,这是在占领的情况下的一种禁止行为。因此,为了使平民财产根据《日内瓦第四公约》免受破坏的保护,必须要求存在占领状态。《日内瓦第四公约》中可以用来帮助界定“占领”含义的条款只是第2条和第6条。第2条规定,“凡在……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”,

而第6条规定,《日内瓦第四公约》“应于第二条所述之任何冲突或占领开始时适用。”[……]

42. 本审判分庭已经断定,波斯尼亚克族人控制了斯图普尼·杜村周围的领土,而且克罗地亚可以说是控制了这个地区。因此,当斯图普尼·杜被克族防卫委员会(HVO)部队占领时,该波斯尼亚村的财产就处在克罗地亚的控制之下,这是一场国际性冲突。因此,本审判分庭认为,斯图普尼·杜的财产就变成《日内瓦第四公约》严重破坏制度意义上的“受保护之财产”。本审判分庭指出,作出这样的判决只是为了确立起对被告据称实施的犯罪的事物管辖权。[……]

2. 第3条——违反战争法和惯例的行为

[……]

48. 在“塔迪奇”案中,上诉分庭确立起了国内武装冲突中平民受保护的原则[“塔迪奇”案,上诉分庭,关于管辖权的裁决,第119、127段]。本国际法庭第一审判分庭在“马尔蒂奇”案(根据规则61作出的裁决)中审查了对平民居民的攻击是否构成违反战争法和惯例行为的问题。第一审判分庭认为,无论在国际还是国内武装冲突中,对平民居民的攻击都受到协定国际法和习惯国际法的禁止。关于协定国际法,分庭提到了第一和第二附加议定书的条款。它还以上诉分庭的裁决、联合国大会的决议、《日内瓦公约》共同第3条以及第一和第二附加议定书的条款作为依据,认为禁止这种行为是习惯法上的规则,认为它们反映了习惯法。第一审判分庭还认为,上诉分庭关于本国际法庭根据第3条具有的管辖权的其他条件也都已经满足,即违反是严重的,因为它侵犯了重要的价值并且给受害者造成了严重的后果,而且行为人的违反行为将产生个人刑事责任(参见:“马尔蒂奇”案,根据规则61作出的裁决,第8、10、19、20段)。本审判分庭同意第一审判分庭在“马尔蒂奇”案(根据规则61作出的裁决)中的分析,认为本国际法庭根据《规约》第3条具有管辖权,审理攻击平民居民的指控。[……]

四、合理理由

[……]

51. 检察官提交的证据显示,斯图普尼·杜是波斯尼亚中部瓦雷什(Vares)东南方向大约4公里的一个小村庄。与附近的瓦雷什相比,斯图普尼·杜的

主要居民是穆斯林，他们大约有250人。有证人证明，1993年10月23日早晨8点左右，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵在伊维察·拉伊奇的指挥下攻击斯图普尼·杜。一听到标志攻击开始的枪声之后，村民们躲进了避难所、地下室和其他躲避的地方。大约有40名当地村民携带轻型武器试图防卫，以便保护他们的家人和财产。战斗大约持续了三个小时，但由于这些村民是克族防卫委员会 (HVO) 的唯一对手，因此他们很快被拿下。保卫村庄的人随后撤离到了一个主要的避难所，想要保护和警告躲在那里的村民。[……]

52. 看来，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵挨家挨户地搜查村民。证据显示，当发现村民后，克族防卫委员会 (HVO) 就迫使他们离开避难所，随后对他们进行恐吓。证人证言表明，克族防卫委员会 (HVO) 强行拿走村民的金钱和财物，对他们遇到的手无寸铁的平民进行穿刺、枪杀、强奸、并威胁杀死他们。克族防卫委员会 (HVO) 的士兵显然不在意这些村民都是手无寸铁的。例如，直接从上面向躲在地下室的四名妇女开枪，打死三人。幸存的一位妇女说，她逃离那个房子后逃向树林，有克族防卫委员会 (HVO) 的士兵向她开枪。证人证词表明，他们看到至少16具手无寸铁的村民尸体，看来是以这样或那样类似的方式谋杀的。另外，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵将大约12名平民反锁在一间屋子里，然后将该屋子用火点燃，试图将他们活活烧死。这些平民后来用斧头砍破大门后成功逃脱。在整个过程中，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵将可以爆炸的含磷军火点燃后扔进许多房子，以便烧掉这些房子。克族防卫委员会 (HVO) 的士兵把许多尸体拖向正在燃烧的房子。[……]
53. 根据负责保存斯图普尼·杜死亡记录的书记官处瓦雷什市办公室的材料，到攻击结束的时候，有37名斯图普尼·杜的居民死亡。该村几乎所有60座房子都实际上遭到了破坏。[……]
54. 一些证人证言表明，斯图普尼·杜并没有军事价值。村子中也根本没有民兵，“防卫部队”几乎全部都是村民拼凑组成的，他们走到一起是为了保卫他们自己。[……]
56. [……]没有证据显示，在该村中有军事装置或任何其他合法目标。
[……]
59. 有证据证明伊维察·拉伊奇知道该次攻击，并且实际上下令进行攻击。[……]埃肯海姆 (Ekenheim) 中士说，伊维察·拉伊奇计划进行攻击。他还指出，伊维察·拉伊奇明确说过要拿下斯图普尼·杜，“因为他以为波斯

尼亚军队将通过斯图普尼·杜对瓦雷什发动攻击，因此他们并且把斯图普尼·杜中立化。这是波斯尼亚一个布满士兵和叛徒的据点。”[……]在他与联合国保护部队的几次会晤中，伊维察·拉伊奇有一次通知埃肯海姆中士和亨利克松上校 (Henricsson)，他不会伤害平民，还说在斯图普尼·杜的军队是他的军队，而且因为是他指挥他们，因此，平民不会受到伤害。[……]

60. 而且，在该地区的克族防卫委员会 (HVO) 的军队显然承认伊维察·拉伊奇的权威。例如，在前往瓦雷什的路上，萨金特·埃肯海姆和亨利克松上校通过了克族防卫委员会 (HVO) 的一个检查站。在那个检查站，克族防卫委员会的士兵说，如果没有他们的指挥官伊维察·拉伊奇的同意，他们就不让通过。[……]
61. 最后，一位克族防卫委员会 (HVO) 和克罗地亚武装部队成员的证人说，在攻击发生之前，克族防卫委员会的许多当地军队被伊维察·拉伊奇派往前线。[……]这位证人相信，伊维察·拉伊奇在指挥该支军队，因为伊维察·拉伊奇给了他授权出入斯图普尼·杜周边检查站时保有武器的手写纸条。当他们为此目的会晤时，伊维察·拉伊奇说他对自己军队的行为感到自豪，还说像这样的行动产生伤亡是很正常的事情。[……]该证人还说，由于一位克族防卫委员会 (HVO) 的士兵据说在攻击斯图普尼·杜时释放了一位女孩，他看到伊维察·拉伊奇扇了他一记耳光。

五、没有与本国际法庭合作

[……]

66. 本审判分庭相信，自从释放以来，伊维察·拉伊奇已经多次出现在克罗地亚以及波斯尼亚和黑塞哥维那联邦领土境内。检察官提交了可靠的情报，说明伊维察·拉伊奇现在居住或一直居住在克罗地亚共和国的斯普利特 (Split)，而且他还短期访问过波斯尼亚和黑塞哥维那联邦的基塞尔雅克 (Kiseljak)。[……]另外，本审判分庭还收到过伊维察·拉伊奇签字的律师的授权书，在基塞尔雅克时，他还指定一名克罗地亚的律师霍达克 (Hodak) 先生作为他在本案中的诉讼代表。
67. 根据《规约》第29条的规定，克罗地亚共和国有义务与本国际法庭合作。虽然伊维察·拉伊奇在该国领土境内，但克罗地亚共和国既没有将指控令传达给他，也没有执行向他发出的逮捕令。

68. 在签订《代顿和平协定》之后，波斯尼亚和黑塞哥维那联邦也有义务与本国际法庭合作。根据《代顿和平协定》附件1-A第10条的规定，波斯尼亚和黑塞哥维那联邦有义务“与执行本和平协定有关的所有实体进行完全合作，……包括前南斯拉夫问题国际刑事法庭。”同样，尽管伊维察·拉伊奇在该国领土境内，但波斯尼亚和黑塞哥维那联邦既没有将该指控令传达给他，也没有执行向他发出的逮捕令。
69. 1995年11月21日，在《代顿和平协定》的附函中，克罗地亚共和国承诺确保：

在波斯尼亚和黑塞哥维那受其控制或它具有影响的人员或组织完全尊重和遵守上述附件中的条款[即《代顿和平协定》附件1-2]（《代顿和平协定》第126-130页）。

联合国安理会和欧盟主席最近都敦促克罗地亚共和国运用它对波斯尼亚克族的影响和领导确保波斯尼亚和黑塞哥维那联邦完全遵守国际义务。波斯尼亚和黑塞哥维那联邦没有遵守就表明克罗地亚共和国没有遵守。

70. 基于以上理由，本审判分庭认为，没有向伊维察·拉伊奇传达指控令和执行逮捕令可以说是因为克罗地亚共和国和波斯尼亚和黑塞哥维那联邦拒绝与本国际法庭进行合作。因此，本审判分庭将予以确认并通知安理会。[……]

三、判决

基于上述理由，本审判分庭根据规则61一致，

裁决对伊维察·拉伊奇发出的指控令的所有各项指控具有事物管辖权；

进一步裁决认定有合理理由相信伊维察·拉伊奇实施了对它发出的指控令中所有各项指控的罪行；

因此确认该指控令中的所有各项指控；

对伊维察·拉伊奇发出国际逮捕令；并且

下令将该逮捕令发给所有国家和多国军事执行部队（执行部队）；

指出没有传达指控令可以说是因为克罗地亚共和国和波斯尼亚和黑塞哥维那联邦拒绝与本国际法庭合作，并根据规则61第5项把通知安理会的责任交付给本国际法庭庭长。[……]

讨论

1. 第2、66—70段，判决：与缺席审判或检察官发出的简易指控令相比，“第61条程序”有哪些优势和劣势？“第61条程序”的目的是什么？对于拉伊奇、克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那联邦来说，法庭的裁定分别具有什么后果？法庭怎么可以对波斯尼亚和黑塞哥维那联邦（它是组成波斯尼亚和黑塞哥维那的两个实体之一）作出不利裁决？难道波斯尼亚和黑塞哥维那现在在国际上不需要为波斯尼亚和黑塞哥维那联邦承担责任？联合国安理会现在可以对波斯尼亚和黑塞哥维那实施制裁？是否可以针对波斯尼亚和黑塞哥维那联邦？是否可以针对该联邦中的克族居民？（根据这里讨论的这个裁决）是否可以针对该联邦中的穆斯林居民？
2. 第8、33和34段：在武装冲突中，是否每一个故意杀害平民的行为都是严重破坏国际人道法的行为？至少如果是在国际性武装冲突中实施的呢？（比较《日内瓦第四公约》第1、4和147条。）
3. (1) 第13—31段：法院是否裁决在波斯尼亚和黑塞哥维那与克罗地亚之间存在武装冲突？它是怎么判定存在冲突的？是否只要克罗地亚资助、组织、供应和装备克族防卫委员会（HVO）就足够了？克族防卫委员会（HVO）是否必须是克罗地亚政府的一个机构？法庭是否适用了与国际法院在**案例130**（国际法院，尼加拉瓜诉美国，第1359）中一样的标准？
(2) 第13—31段：克罗地亚军队在波斯尼亚和黑塞哥维那领土之上是否就足以使其变成国际性武装冲突？法庭是否认为来自克罗地亚的军队出现在了斯图普尼·杜村？如果没有，它怎么断定可以适用调整国际性武装冲突的法律？为了惩罚拉伊奇的行为，是否有必要适用调整国际性武装冲突的法律？（比较《日内瓦第四公约》第1条和第3条；《第二议定书》第4条和第13条；**案例173**，前南斯拉夫，《冲突各方间的特别协定》，第1752页中的“《第一号协定》”。）
(3) 第31段和第69段：克罗地亚承诺根据《代顿和平协定》“确保”克族防卫委员会（HVO）的人员尊重该协定，这是否足以证明克族防卫委员会（HVO）是在以克罗地亚的名义行为？（通过类推比较，《日内瓦公约》共同第1条。）
(4) 第34—37段：难道法庭自己没有适用上诉分庭在**案例180**（南斯拉夫，检察官诉塔迪奇，[比较A.，管辖权。]第1794页）中认为检察官荒唐和错误的推理？如果斯图普尼·杜村的“防卫者”对路过瓦雷什附近的波斯尼亚克族居民实施了酷刑，那是否是严重破坏国际人道法的行为？对于“防卫者”来说，波斯尼亚克族人怎么样可以被定性为“受保护之人”？（比较《日内瓦第四公约》第4、27、31和147条。）
(5) 第37和42段：法院有没有认为根据《规约》第2条对克族防卫委员会（HVO）实施的行为是否具有事物管辖权和克罗地亚对克族防卫委员会（HVO）的行为是否具有责任是两个不同问题？
4. 第34—37段：一个人怎么可能落入没有受到管辖（也没有受到它的军队控制）的克罗地亚的手中？

5. 第39—42段：在克族防卫委员会进行攻击之后，斯图普尼·杜是否成了被克罗地亚占领的领土？
6. 第48段：为什么说在非国际性武装冲突中攻击平民居民是违反国际人道法的行为？（比较《日内瓦第四公约》第3条和《第二议定书》第13条。）
7. 第51—56段：在斯图普尼·杜是否存在军事目标？“几乎全部由村民拼凑组成、走到一起是为了保卫他们自己的防卫部队”的成员是平民还是战斗员？他们是否是军事目标？如果他们是，是否能使他们的妻子或房子成为合法的攻击目标？（比较《第一议定书》第48、50和52条。）
8. 第59段：拉伊奇“把斯图普尼·杜中立化”的计划是“因为他以为波斯尼亚军队将通过斯图普尼·杜对瓦雷什发动攻击”，这种计划是否违反国际人道法？如果他不是因为担心对瓦雷什的攻击，是否也违反国际人道法？（比较《第一议定书》第48、50和52条。）

**案例183，前南斯拉夫问题国际刑事法庭/国际刑事法院，
保密性和红十字国际委员会工作人员的证词**

[还可以参见：**文件19**，《红十字国际委员会与前南斯拉夫问题国际刑事法庭间关于等待法庭审判之人问题的协议》，第667页。]

案 例

一、前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉希米奇等人案

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric, IT-95-9-PT, in the Trial Chamber, Decision of July 1999; 未复制脚注。]

[注意：本裁决是于1999年10月1日由法庭公开的。]

审判分庭

1999年7月27日裁决

检察官

诉

布拉戈耶·希米奇 [等人]

单方保密

关于检察官根据规则73要求裁决证人证词的动议的裁决 [……]

二、陈请观点

(一) 检察官 [……]

3. [……]根据检察官的观点，本案的问题是，像红十字国际委员会这样的诉讼第三方是否有权参加诉讼来阻止愿意作证的证人前来作证？检察官声称，红十字国际委员会和检察官之间争议的问题是：(一) 即使红十字国际委员会的雇员或前任雇员愿意在本国际法庭面前作证，红十字国际委员会是否有权单方面决定他们不能这样做？检察官的立场是，它没有这种权力；(二) 是否应当由审判分庭来决定是否应当采取保护措施来充分保护红十字国际委员会的有关保密性？(三) 如果是，是否应当由审判分庭来决定在本案的特殊情况下，案情是否如此极端以至于只能通过完

全不传唤证人的方式来保护红十字国际委员会相关的保密性？检察官再次持否定态度。检察官就估计红十字国际委员会将提出的各种问题，尤其是豁免和特权问题发表了观点。

4. 关于红十字国际委员会的一般立场，检察官说，他理解红十字国际委员会的担心，即如果国家当局认为红十字国际委员会的工作人员在探视受到《日内瓦公约》保护之人所在地后，在后来的刑事诉讼中就他们的所见所闻作证，那么，国家当局可能会拒绝他们以后的探视。检察官认为，他虽然对此同情红十字国际委员会，但他重申其观点，即从法律上说，红十字国际委员会并不享有单方面阻止它的任何前任雇员作证的任何豁免和特权。
5. 检察官认为，审判分庭应当在个案基础上一一作出裁决，而且应当裁决只有在例外情况下才可以排除证人作证。检察官的观点是，可以通过采取保护措施适当照顾红十字国际委员会的利益。[……]

(二) 红十字国际委员会 [……]

12. 为了支持它的立场，红十字国际委员会特别阐述了下列观点：红十字国际委员会的国际使命、运作原则及其适用、豁免的地位、通信的特权性质、这类证词对运作的影响、以及国内法中的特权或保密理论。
13. 红十字国际委员会的一般观点是，红十字国际委员会前任雇员的作证涉及违反关于红十字国际委员会的地位和使命的国际人道法原则。这些原则规定在《日内瓦公约》、两个附加议定书以及《红十字国际委员会章程》中。红十字国际委员会认为，如果允许作证，将损害它在将来履行使命的能力，因为如果有关各方（国家当局或者交战各方）相信红十字国际委员会的官员或雇员以后会就他们遇到的人员或目睹的事件提供证据，那么，他们可能会拒绝或限制他们探视监狱和拘留场所。[……]
14. 红十字国际委员会援引《日内瓦公约》、两个附加议定书、自己的《章程》所具有的使命以及所具有的特殊地位和作用来支持它的观点。它尤其强调尊重不偏不倚和中立这种原则的重要性，以及在行使职能中进行保密的必要性。红十字国际委员会指出，如果遵守这些原则，那么，它就可以赢得武装冲突各方和参与敌对行动实体的信任，而如果没有这些原则，它将无法开展国际人道法赋予的任务。而且，红十字国际委员会还声称，在执行使命的过程中，它有义务向交战各方保密。该项义务的

一个基本特征是，红十字国际委员会的官员和雇员对行使职能过程中注意到的事项不进行作证。[……]

19. [……] 红十字国际委员会认为，在未经红十字国际委员会同意的情况下，本国际法庭应当排除提交的证据，除非检察官能够证明采纳这些证据具有压倒一切的必要性，而且这种必要性还必须大到足以胜过对保密的必要性和可能对红十字国际委员会履行使命的能力带来的不利影响。红十字国际委员会认为，要符合上面提到的标准，必须满足下列条件：

- (一) 所指控的犯罪必须极其严重；
- (二) 证据必须绝对必要，即如果没有该份证据，该案件将无法继续审理；
- (三) 采纳该份证据不会危害红十字国际委员会的工作。

根据红十字国际委员会的观点，基于现在已有的情报，尤其是该份证据的内容，本案并不符合上述条件。[……]

三、讨论 [……]

(一) 检察官和红十字国际委员会之间不存在争议的问题 [……]

36. [……] 审判分庭的观点是，如果有关情报来自红十字国际委员会的前任雇员在执行公务活动中所了解的情况，那么，红十字国际委员会就对这个事项具有充分的利害关系，其有权就该动议发表看法，因为红十字国际委员会的利益可能受到潜在影响。当然，在公务行为过程中收集的情报与以私人身份收集的情报之间应当作出区分。如果情报是在执行公务过程中收集的，那么，应当认为该情报是该个人工作的实体所有。因此，有关实体可以说对这种情报具有利害关系，从而可以对披露这种情报提出反对。相比之下，如果情报是由个人以私人身份从事的，那么，该实体就对此不存在利害关系。而且，如果情报是在执行并不属于红十字国际委员会权限范围的任务过程中获得的，那么红十字国际委员会也不能就是否披露该情报主张利害关系。[……]

(二) 争议的问题和有关问题

38. 问题并不是本国际法庭对红十字国际委员会是否具有管辖权，特别是，并不是本国际法庭是否有权迫使红十字国际委员会提供情报。在本审判分庭看来，需要审查的问题是，红十字国际委员会是否具有关联而真实

的保密利益，以至于它的前任雇员在执行公务过程中所获得的情报不能作为可以采纳的证词。[……]

42. [……]本国际法庭有义务遵守习惯国际法，并不仅仅因为根据《规约》第1条，它将适用国际人道法，而是因为国际人道法是由习惯规则和协定规则构成的。这可以说已经是老生常谈的观点了。[……]
44. 因此，本审判分庭认为，在裁决本案时，下列考虑是有关的。

1. 协定或习惯国际法是否承认红十字国际委员会具有保密的利益以至于它有权要求不披露前任雇员的证词？

(1) 红十字国际委员会根据协定或习惯国际法具有的使命 [……]

46. 众所周知，作为一个独立的人道组织，根据国际社会赋予它的使命，红十字国际委员会在国际法中享有特殊地位。本审判分庭注意到，红十字国际委员会的职能和任务直接来自国际法，即《日内瓦公约》及其附加议定书。根据它的《章程》的规定，红十字国际委员会的另一个任务是促进国际人道法的发展、执行、传播和适用。[……]
50. 联合国大会也承认红十字国际委员会的特殊地位和作用。“考虑到红十字国际委员会据此而在国际人道关系方面发挥了特别作用”，大会赋予红十字国际委员会具有大会观察员的地位。本审判分庭注意到，这项决议得到了131个国家的支持，是由大会一致通过的。当以共同发起国的名义介绍该项决议时，意大利常驻联合国代表是这样形容红十字国际委员会的：“国际社会赋予红十字国际委员会的特殊作用以及《日内瓦公约》赋予它的使命使其成为一个特殊的组织，而且是具有这种地位的唯一一个组织。”在同一场合，美国代表说：“红十字国际委员会的独特使命把该委员会与其他国际人道救济组织或代理机构区分开来。”
51. 红十字国际委员会之所以具有广泛承认的威望和“道德权威”，是因为红十字国际委员会一般一贯坚持为执行使命所采取的基本原则。在履行使命过程中，红十字国际委员会所依赖的基本原则是人道原则、不偏不倚原则、中立原则、独立原则、志愿服务原则、团结原则和普遍性原则。与需要审查的问题非常有关的是中立原则、不偏不倚原则和独立原则。
52. [……]不偏不倚原则、中立原则和独立原则这三项原则一直被形容为“派生原则，其目的是为了确保红十字对所有各方都保密，这对于它来说是不可缺少的。”之所以说它们是派生原则，是因为它们并不是与目

的有关联，而是与手段有关联。中立和不偏不倚是确保红十字国际委员会执行职务的手段。根据这些原则，红十字国际委员会不得卷入冲突各方之间的任何争端。

53. 不偏不倚原则要求红十字国际委员会在履行职能时不得站在任何一方。根据红十字国际委员会的观点，不偏不倚“实际上就等于红十字的理念，防止任何人被排除在人道关注之外。”根据中立原则，红十字国际委员会在任何种类的武装冲突中不得站在任何一方，红十字国际委员会的工作人员也应当避免直接或间接干预任何战争行动。红十字国际委员会认为，为了遵守这项原则，它必须避免以一种让过去或现在的战争一方觉得自己是在采取反对它的立场的方式行事。中立原则还要求红十字国际委员会不参与任何争端，尤其是政治、种族或宗教性质的争端。中立原则表明，红十字国际委员会平等地对待各方。对于政府或战争各方，它并不对他们的政策和合法性发表观点。独立原则要求红十字国际委员会自由采取行动，而且只根据自己机构的决定和自己的程序采取行动。因此，它不得依赖任何国家当局。这确保了中立性。[……]
55. 检察官和红十字国际委员会的观点都提到了保密性这个问题。红十字国际委员会所依赖的保密原则是指它的工作人员在执行公务过程中所得到的情报不向第三方披露。红十字国际委员会主张，为了执行它的使命，这是一项必须依赖的关键原则。它把这项原则称为“工作工具”，或更一般地说，是一贯的做法。保密性直接来自中立原则和不偏不倚原则。本审判庭注意到，在人道行动中，它经常被提到。而且，红十字国际委员会的所有雇员都承诺尊重保密原则。在每一份雇用合同中，都规定有这种保密誓约。[……]
59. 为了尊重中立和不偏不倚这些基本原则以及保密性这项工作原则，红十字国际委员会通过了一项政策，不允许它的工作人员在法院面前作证，尤其是不对被告作出不利证词。红十字国际委员会的意见是，未经红十字国际委员会的事先同意，任何雇员，无论是过去的还是现在的，都不得披露其在履行红十字国际委员会职能过程中获得的有关情报。
60. 本审判分庭同意红十字国际委员会提出的观点，即自从第二次世界大战以来，已经形成了代表和雇员不在法院作证的一贯做法。[……]总部协定也规定有这样一个条款。[……]
63. 检察官认为，红十字国际委员会的做法前后并不一致，因为它在某些冲突中曾就违反国际人道法的行为发表公开声明。红十字国际委员会反驳

检察官的这种观点，认为只是在符合某些特定条件的情况下发表公开声明，而且在任何情况下都是在深信履行使命的能力不会受到损害的情况下，才发表公开声明的。红十字国际委员会还认为，它所发表的公开声明都是非常一般的，从来没有提及任何个人。本审判分庭并不认为，检察官认为红十字国际委员会发表公开声明的行为违反了它的保密政策。相反，本审判分庭相信，红十字国际委员会不对违反人道法过程中具体实施的行为和具体的个人发表公开声明恰恰反映了它对中立原则的基本承诺。[……]

(2) 披露情报对红十字国际委员会履行使命的能力产生的影响

65. 就像上面指出的，为了履行使命，红十字国际委员会需要探视营地、监狱、拘留地，而且为了履行这些职能，它必须和政府或战争各方保持一种信任和信心的关系。[……]根据保护国制度采取的这些行为必须事先取得拘留当局的邀请或同意，而这种授权是需要建立在红十字国际委员会与政府和战争各方之间一种信任和信心的关系基础之上的。红十字国际委员会还需要取得所探视俘虏的信任。[……]红十字国际委员会还认为，采纳获得的情报将危及它在这个领域的代表和工作人员以及受害者的安全。[……]

(3) 裁决 [……]

73. 上面的分析已经清楚说明，对于红十字国际委员会有效履行职能来说，在司法诉讼中不披露红十字国际委员会工作人员所掌握的与其行为有关的情报这项权利是非常必要的。因此，本审判分庭认为，《日内瓦公约》及其附加议定书的缔约各方已经在这些公约中承诺确保在司法诉讼中尊重不披露红十字国际委员会的雇员所掌握的与红十字国际委员会工作有关的情报。反过来说，红十字国际委员会就有要求《日内瓦公约》及其议定书的缔约各方不进行披露的这项权利。就这个方面来说，必须认为缔约各方已经同意了红十字国际委员会运作所必需的基本原则，即不偏不倚原则、中立原则和保密原则，尤其是，它们已经同意，保密性对于红十字国际委员会有效履行职责来说是非常必要的。
74. 除了上面提到国家关于红十字国际委员会的一般实践以外，还有188个国家批准了《日内瓦公约》，这可以说反映了这些国家的法律意见。因此，本审判分庭断定，红十字国际委员会有权根据习惯国际法要求不披露情报。[……]

2. 红十字国际委员会的保密性利益是否应当与司法利益权衡？

76. 本审判分庭已裁定，红十字国际委员会根据国际法有保密性利益，而且有权要求不披露有关情报，从这里可以推导出并不存在需要权衡利益的问题。本审判分庭有义务遵守这项习惯国际法规则。从内容来说，这项规则并不允许、也不要求对不同利益进行权衡。如果进行正确理解，从内容来看，这项规则是毫不含糊的，而且也是毫无争议的，并不需要任何条件。它的后果是很简单的，即：从法律上来说，本审判分庭将无权采纳有关情报。[……]

3. 采取保护措施是否可以完全满足红十字国际委员会的保密性利益？

80. 本审判分庭已经裁定，习惯国际法中存在一项不得采纳有关情报的规则。这说明，并不存在是否可以采取保护措施的问题。[……]

四、判决

基于上述理由，

根据本国际法庭《程序和证据规则》第73条的规定，

本审判分庭裁决检察官试图要求红十字国际委员会的前任雇员提供证据是不可以采纳的。

本判决另附戴维·亨特 (David Hunt) 法官的不同意见。[……]

单方和保密

戴维·亨特法官关于检察官提出的 就证人证词的裁决的不同意见 [……]

四、牵涉的各种利益 [……]

15. 我也认为红十字国际委员会对战争各方承担着保密义务，这是一项允许它执行该项职务的义务[……]。

17. 但是，在本案中，不在作证中被披露这些情报以保护的红十字国际委员会的利益并不是唯一的公共利益。本案还有其他重要的公共利益需要考虑，即当法院审理严重违反国际人道法的案件时，所有相关证据必须提交给法院，以便法院根据法律在这种审判中获得公正结果。[……]

五、保护红十字国际委员会不令其披露情报是否是绝对的？

19. [……]但是，鲁滨逊 (Robinson) 法官和贝努那 (Bennouna) 法官的联合裁决（以下简称“联合裁决”）认为，根据习惯国际法，不应当披露这种证据，以对红十字国际委员会提供绝对保护。[……]
22. 红十字国际委员会并没有说保护它的情报不被披露已经明确成为习惯国际法的一部分。它顶多只是说该项规则是得到默示承认的。但是，否真的如此？国家同意红十字国际委员会的说法是指对任何人，包括国际的刑事法院来说，对它的保护具有绝对性质，还是指只要它们有能力那样做，国家就支持绝对保护红十字国际委员会，例如通过缔结协定让其在国内法院赋予豁免？看来，对本法庭具有拘束力的习惯国际法只能是前者。
23. [……]联合裁决认为，国家和红十字国际委员会所签订的《总部协定》规定它的雇员在国内法院享有提供证据的豁免权。虽然这种条款可能属于证明红十字国际委员会在国内法院享有绝对保护的惯法规则的法律意见和国家实践，但我并不认为这样一项规则适用于审判严重违反国际人道法，包括严重破坏《日内瓦公约》行为的国际的刑事法院。[……]在我看来，要国家在制定《日内瓦公约》时已经考虑到国际的刑事法院中存在类似豁免（直到近半个世纪后才第一次创立），或者说要想象它们已经考虑到在这种法院中存在这种豁免，这是一种过分的要求。基于这些原因，我相信习惯国际法并没有为此提供明确答案。[……]
28. 我已经仔细审查了红十字国际委员会提交的意见，而且（我承认）对它表示同情，我现在无法相信它或联合裁决的观点，即它们认为保护情报不被披露是绝对的。有两种情形足以说明为什么在我看来在少数情况中法院（或者说至少是国际的刑事法院）有必要具有最后的发言权。
29. 第一种情形是，红十字国际委员会的官员或雇员所掌握的情报对于判决被告无罪来说至关重要。为了确保红十字国际委员会保护它的情报免受披露，被告是否必须被判决有罪而且是否必须要被监禁相当长时期？[……]
31. 在我看来，法院应当有最后发言权的第二种情形是，在极其重要的审判中，红十字国际委员会的官员或雇员所掌握的证据对于判定某个被告是否有罪具有至关重要的作用。红十字国际委员会的政策显然将妨碍提交这种证据。

32. 我并不是说，国际的刑事法院必须在任何上述情况中允许红十字国际委员会的官员或雇员提交证据。每个案件的具体情况是不同的，因此，无法作出适当预测。我也没有限制法院对我提到的这两种情形进行权衡。对可能出现的每一种情形进行预测是不可能的。这就是为什么对于法院可能进行的权衡来说，像红十字国际委员会制定的那种指导纲领显然是不够的原因。在每一种情况下，法院都需要对各种不同的利益进行权衡，以便决定应当倾向哪一方，这种利益包括在具体审判中证据的重要性、红十字国际委员会官员或雇员提交的证据被披露的风险大小等。但我要强调的是，那种可以超过保护红十字国际委员会情报不被披露重要性的证据显然是罕见的。[……]

六、权衡的做法 [……]

41. 在我看来，在本案中，如果要进行权衡，我显然会倾向于支持红十字国际委员会。因此，无论不披露情报以保护红十字国际委员会是否具有绝对性质，我均不会允许提供证据。

七、判决

42. 联合裁决作出的裁决是，“检察官试图要求不采纳红十字国际委员会前任雇员提供的证据”。我相信，这个裁决只限于检察官要求该特定证人提供的证据，这种限制是得到联合裁决其他内容确认的，而且这个裁决也不是为了体现联合裁决本身的推理。它不是说在任何情况下红十字国际委员会的前任官员在工作过程中掌握的情报都是不可以作为证据提交的。
43. 基于上述原因，我同意该裁决。

二、国际刑事法院，《程序和证据规则》，规则73

[资料来源：ICC-ASP/1/3 (Part II-A), adopted on 09/09/2002; 可访问：<http://www.icc-cpi.int>]

规则73

保密通讯和资料 [……]

4. 对于红十字国际委员会（红十字委员会）在根据《国际红十字和红新月运动规约》履行其职能时，或因履行其职能而得到的任何资料、文件或

其他证据，本法院应视其为保密材料，因此不在披露之列，包括通过任何红十字委员会现任或离任官员或雇员的证言披露，除非：

- (1) 根据分则6进行协商后，红十字委员会书面表示不反对作出披露，或以其他方式放弃保密权；或
 - (2) 这些资料、文件或其他证据载于红十字委员会的公开声明或文件。
5. 对于从红十字委员会及其官员或雇员以外来源取得的同一证据，分则 4 不影响其可采性，但该来源必须以独立于红十字委员会及其官员或雇员的途径取得该证据。
6. 本法院断定红十字委员会掌握的资料、文件或其他证据对某一案件具有重大意义时，应与红十字委员会进行协商，以合作方式解决问题。为此应考虑案件的具体情况、所需证据的相关性、是否可以从红十字委员会以外的来源取得该证据、司法公正的问题和受害者的利益，及履行本法院和红十字委员会职能的需要。

讨 论

1. (1) 为什么在红十字国际委员会看来保密性和拒绝作证是如此重要？难道对武装冲突中实施的所有违反国际人道法的行为进行公开谴责不是更加有效？其他组织都采用了予以谴责的方法，红十字国际委员会和其他组织之间有什么区别？是使命不同、法律地位不同还是有效性不一样？可不可说它们之间是互相竞争的，还是说它们之间的作用是互相补充的？
- (2) 保密性是否是和中立、不偏不倚或者独立原则一样？它是否肯定来自那些原则？一个组织允许它的工作人员在国际的刑事法庭面前作证是否就一定违反了它的中立原则或不偏不倚原则？
2. (1) 在国际法中，国际的刑事法庭的判例法具有什么价值？什么是习惯国际法规则？法庭是根据什么理由判定红十字国际委员会不披露的权利具有习惯法基础？总部协定规定有豁免权是否有助于使这种豁免成为习惯法规则？红十字国际委员会如何促进习惯法规则的形成？关于国际人道法？关于它的豁免权？它的实践是否可以促进习惯法中客观要件的形成？是否促进法律意见的形成？或者说，红十字国际委员会的实践是否只是促进国家当中这种要件的出现？
- (2) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭的审判分庭是否是从国家真实实践和法律意见形成的习惯法推导出红十字国际委员会具有绝对豁免权？还是通过对以条约为基础的规则进行解释得到的？它认为豁免来自实践还是说豁免暗含在国家赋予红十字国际委员会的使命中？

3. 难道司法利益不能压倒这项不披露原则？虽然在本案中并没有发生，但如果红十字国际委员会代表的证词使法官可以修正或推翻他们作出的裁决，那该怎么办？对于红十字国际委员会的战场行动和探视战争受难者来说，如果红十字国际委员会代表的证词披露了保密信息，那么将会有哪些直接或间接后果？
4. 国际刑事法院《程序和证据规则》赋予红十字国际委员会这种特权，这是否进一步确认了它的习惯法性质？
5. 请比较前南斯拉夫问题国际刑事法庭阐述的赋予红十字国际委员会的豁免和国际刑事法院《程序和证据规则》赋予的豁免。后者的规则73所规定的例外是否违反了前南斯拉夫问题国际刑事法庭阐述的绝对豁免理论？

案例184，前南斯拉夫问题国际刑事法庭， 检察官诉库布雷什基奇等人案

案 例

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, IT-95-16, Trial Chamber, Judgment of : January 2000; 可访问：<http://www.un.org/icty>; 仅复制部分脚注。]

审判分庭 [……]

2000年1月14日判决

检察官

诉

佐兰·库布雷什基奇，

米里扬·库布雷什基奇，

弗拉特科·库布雷什基奇，

德拉戈·约西波维奇，

德拉甘·帕皮奇，

弗拉迪米尔·尚蒂奇，又名“弗拉多”

判 决 [……]

二、对被告的指控

31. 检察官声称存在下列事实，并提出下列指控：

32. 被告帮助准备1993年4月对阿赫米契－尚蒂契 (Ahmici-Santici) 平民的攻击[……]
33. 根据第一项指控，所有六名被告被指控犯有危害人类罪[……]因为从1992年10月至1993年4月，他们迫害阿赫米契－尚蒂契的波斯尼亚穆斯林居民，并且基于政治、种族或宗教原因计划、组织和执行旨在将所有波斯尼亚穆斯林从该村庄及其周围地区驱赶出去的攻击和包围。作为这种迫害的一部分，被告参与或教唆和协助故意和有系统杀害波斯尼亚穆斯林平民、全面破坏他们的家园和财产。他们还有组织地进行拘留，把受害者从阿赫米契-尚蒂契及其周围地区驱赶出去。
34. 根据第2－9项指控，被告米里扬·库布雷什基奇和佐兰·库布雷什基奇被指控犯有危害人类罪中的谋杀罪，[……]以及违反战争法和惯例的行为[……]中的（谋杀）[……]。当1993年4月16日凌晨开始攻击阿赫米契－尚蒂契时，证人KL正和他的儿子纳赛尔 (Naser)、儿媳泽赫茹蒂娜 (Zehrudina) 以及两个孙子即四岁大的埃尔维斯 (Elvis) 和三个月大的塞亚德 (Sejad) 住在一起。佐兰·库布雷什基奇和米里扬·库布雷什基奇带着自动武器进入KL的房子。佐兰·库布雷什基奇开枪杀死了纳赛尔，随后开枪杀伤了泽赫茹蒂娜。米里扬·库布雷什基奇则把可以燃烧的液体倒到家具上，然后点火焚烧房子。随后，被告开枪杀死了两个孩子：埃尔维斯和塞亚德。当证人KL逃离正在燃烧的房子时，受伤的泽赫茹蒂娜还活着，但最终被火烧死。纳赛尔、泽赫茹蒂娜、埃尔维斯赫塞亚德都死了，证人KL也被烧得遍体鳞伤。
35. 根据第10－11项指控，佐兰·库布雷什基奇和米里扬·库布雷什基奇被指控犯有危害人类罪[……]中的（不人道行为）[……]以及违反战争法和惯例的行为[……]（虐待）[……]，因为在证人KL面前杀害他的家人，而且当他还在房子里时烧毁他的房子造成了他严重烧伤。
36. 根据第12－15项指控，被告弗拉特科·库布雷什基奇被指控犯有危害人类罪中的谋杀、不人道待遇和虐待[……]以及违反战争法和惯例的行为[……]。在1993年4月16日发动攻击之前，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵携带自动步枪在阿赫米契被告的住处集合。[……]在整个攻击过程中，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵从被告的房子向波斯尼亚穆斯林平民扫射。佩泽尔 (Pezer) 一家人都是波斯尼亚穆斯林，他们决定向森林中逃去。当他们穿过被告的房子准备逃往森林时，被告以及在他房子前面的克族防卫委员会 (HVO) 士兵互相帮助并唆使向人群开枪，造成泽娜

娜·佩泽尔 (Dzenana Pezer) [……]和另一名妇女受伤。泽娜娜·佩泽尔倒在地上，法塔·佩泽尔 (Fata Pezer) 回头来帮助她的女儿。被告和克族防卫委员会 (HVO) 的士兵向法塔·佩泽尔开枪并杀死了她。

37. 根据第16—19项指控，德拉戈·约西波维奇和弗拉迪米尔·尚蒂奇被指控犯有危害人类罪[……]中的（谋杀）和[……]（不人道行为）[……]以及违反战争法和惯例的行为[……]（谋杀和虐待）。1993年4月16日，许多克族防卫委员会 (HVO) 的士兵，包括被告，攻击穆萨费尔 (Musafer) 和苏赫雷塔·普库尔 (Suhreta Pucul) 的房子，当时他们的家人，包括两个年幼的女儿都在睡觉。在攻击期间，被告和其他克族防卫委员会 (HVO) 的士兵互相协助并唆使强行把她们从房子中拉出，然后，在他家人在场的情况下杀死了穆萨费尔·普库尔 (Musafer Pucul)。作为攻击的一部分，克族防卫委员会 (HVO) 的士兵，包括被告，破坏了他的房子，然后把它烧为灰烬。[……]

五、适用的法律 [……]

（一）先决问题

1. 一般概况

510. 必须用最强烈的措辞驳回被告提出的或被告要求的证人证言中暗含的两个具体观点。
511. 被告提出的第一个观点是，攻击拉斯瓦谷地的穆斯林居民是可以接受的，因为当时穆斯林据称也正在对克族居民发动类似攻击。对于这个问题，本审判分庭想要强调的是，尤其是对于国际人道法规定的义务来说，对等措施是不适用的，因为它们具有绝对和不可克减的性质。因此，在现代国际人道法中，“你也一样” (tu quoque) 这种辩护意见是没有意义的。相反，现代国际人道法的确定性质是有义务遵守这套法律体系，不论敌方交战员的行为。[……]

2. “你也一样”这项原则是错误和不适用的：国际人道法基本原则规定的义务具有绝对性质 [……]

517. 原则上，“你也一样”这种观点是错误的。它假定人道法是建立在非常狭窄的双方交换权利和义务基础之上的。相反，这个法律体系规定了绝对义务，即无条件的义务，或者换句话说，它们不是建立在对等基础之

上的。1949年《日内瓦公约》已经明确规定了这个概念，即：“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约……”（着重号为判决书所加）。而且，还必须注意共同条款（分别是第51条、第52条、第131条和第148条），它们规定，“任何缔约国不得自行推卸，或允许任何其他缔约国推卸，其本身或其他缔约国所负之关于上条所述之破坏公约行为之责任（即严重破坏的责任）”。必须承认，这个条款只提到国家对国家代理人或实际上的国家代理人所实施的严重破坏公约行为的责任，或者至少对产生国家责任的严重破坏行为（例如国家没有防止或者惩治这种破坏行为）承担的责任。然而，强调这些条款的一般观念是，对严重破坏行为承担的责任是绝对的，在任何情况下均不可以通过任何法律方式（例如克减条约或协定）来撤销。而且，不可以通过诸如相互性这样的观点来否认这种责任，以及更为一般的个人对严重违反国际人道法承担的刑事责任。

519. 作为它们具有绝对性质的后果，国际人道法的这些规范并没有规定双方的义务，即一国针对另一国所承担的义务。相反，就像国际法院在“巴塞罗那牵引公司”案中指出的那样（它明确提到了关于基本人权的义务），它们规定的是针对整个国际社会所承担的义务，它们的后果是国际社会中每一个成员都在遵守方面具有“法律上的利益”，因此，有权要求尊重这些义务。[脚注770：巴塞罗那牵引、电灯和电力公司（比利时诉西班牙），《国际法院报告集》，1870年，第32页，第33和34段[……]。]

520. 而且，国际人道法中的多数规范，尤其是那些禁止战争罪、危害人类罪和种族灭绝的规范同时还是国际法中的强制性规范或强行法，它们具有不可克减和压倒一切的性质。从这种性质可以推导出来的一种后果是，与《维也纳条约法公约》第60条所规定的一般规则相反，如果其中一方对条约中规定的有关规范出现重大违反 [参见第一卷第十三章、九、(二)、3.(4)引文，但是没有相互性，第301页。]，另一方无权要求援引该种违反来终止或暂停施行该条约。第60条第5款规定，这种相互性，或者说不守约者不得要求践约 (*inadimplenti non est adimplendum*) 这项原则不适用于各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定。

3. 禁止攻击平民居民 [……]

525. 更加具体说来，还可以求助著名的“马顿斯条款”。根据国际法院的权威观点，它现在已经成为习惯国际法的一部分 [参见：案例46，国际法院，核武

器咨询意见，[比较第84段]，第910页]。虽然不能将该条款理解为“人道原则”和“公众良知要求”已经上升到国际法独立渊源的高度，因为这种结论与国际实践不符，但该条款至少要求援引这些原则，而且说明国际人道法的规则在任何时候都不是死板和固定的：在这些情况下，必须通过援引这些原则和指引来确定这项规则的适用范围和主旨。对于正在审理的本案来说，援引这些原则的后果是，对[《第一议定书》]第57条和第58条（以及相应的习惯法规则）的规定应尽可能作狭义解释，把攻击敌对方的自由裁量权解释得最小，同时尽可能扩大对平民的保护。

526. 关于可以适用马顿斯条款的例子，还可以提到其他考虑，例如在攻击军事目标时对平民造成附带损失的累积效果。换句话说，对军事目标的单独一次攻击可能引起平民的附带损失。尽管它的合法性可能产生疑问，但至少从表面来看并没有违反第57条和第58条（以及相应的习惯法规则）。不过，在不断攻击的情况下，处在合法与非法灰色地带的所有或大部分的攻击累积起来的后果是违反了国际法。确实，这种军事行为模式可能过分危害平民的生命和财产，是与人道的要求相悖的。

527. 至于对平民的报复，根据习惯国际法，只要平民发现他们自己处在敌人手上，报复是禁止的。对于处在战斗区的平民来说，1977年《第一议定书》第51条第6款禁止对他们进行报复，对民用物体的报复，则受到该文件第52条第1款的禁止。不过，问题是，假定这些条款并不是习惯国际法的宣示，后来是如何变成国际法一般规则的？换句话说，那些尚未批准《第一议定书》的国家（包括像美国、法国、印度、印度尼西亚、以色列、日本、巴基斯坦和土耳其）是如何受到具有那两个条款相同主旨的一般规则禁止的？必须承认，近来并没有出现一套一贯支持以下观点的国家实践，即习惯法的其中一个构成要件——惯例 (*usus*) 或长期持续 (*diuturnitas*) 已经形成。不过，由于存在上面提到的马顿斯条款，这可能是一个必要的法律意见 (*opinio iuris sive necessitatis*) 比惯例更能发挥作用的领域。根据国家和法院执行之的各种方式，这个条款显然表明，通过人道或公众良知要求的压力的惯常过程可以形成国际人道法的原则，即使国家实践很稀少或不一致。另一个要件作为人道或公众良知要求的具具体化，表现为必要的法律意见的形式，它可能是一种决定性因素，促进了人道法一般规则或原则的形成。

528. [……]不可否认，对平民进行报复在本质上是一种寻求遵守国际法的野蛮方式。通常伴随报复都具有普遍的厌恶。这其中最明显的原因是，它

们可能不仅是任意的，而且直接针对首先违反的个别行为人。报复通常是在需要替违反行为承担责任的个人不清楚或无法抓到的情况下进行的。这些报复措施针对的是其他更脆弱的个人或团体。这些个人或团体可能与首先违反的行为人之间并没有任何关系；他们之间唯一相同的可能只是国籍或对同一个统治者效忠。[……]

530. 还应该说的是，虽然在过去报复可能有一点点合理性，因为它们是在实践中唯一能够迫使敌人放弃非法战斗行为以及以后遵守国际法的有效手段，但在现在，它们不再可以通过这种方式合理化。现在，促使遵守国际法的手段更加广泛，而且更重要的是，现在正被证明是非常有效：可以通过国内或国际的法院起诉和惩罚战争罪和危害人类罪。[……]

531. 由于人道要求和公众良知要求所施加的压力，就正在审查的问题来说，已经形成了一项习惯国际法规则。关于习惯法规则的形成，为了论证存在法律意见或必要意见，必须说明两点。

532. 首先，即使在1977年通过《第一议定书》之前，许多国家已经在军事手册中宣布或规定，只有当报复是为了针对敌方武装部队而使用否则禁止的武器时，在现代战争中才是允许的，这实际上是从反面禁止报复平民。[……]然而，事实是，在国际交往中，广泛的必要意见是可以查明的。这首先得到1970年联合国大会以绝对多数通过的一项决议的支持。该决议规定，“平民群众或个人不应作为报复之对象”[脚注78：联合国，大会第2675（XXV）号决议，1970年12月9日]。另外一个确认是，有相当多国家已经批准了《第一议定书》。这说明它们都认为，对平民的报复必须禁止。而且，还值得注意的是，在1983年5月7日就两伊战争致1949年《日内瓦公约》缔约国的备忘录[参见：案例142，第1516页]中，这种观点也得到红十字国际委员会的支持。它还得到前南斯拉夫问题国际刑事法庭第一审判分庭在“马尔蒂奇”案的支持[参见：案例181，第1866页]。

533. 第二，在过去五十年，发生国际或国内武装冲突的许多国家通常都没有说它们有权在战斗区对对方平民进行报复。看来，只有伊拉克在1980年至1988年两伊战争期间主张过这种权利。还有一些抽象和假想的情形，例如1974年的法国和1998年的英国。上面提到的资料看来可以用来证明，必要的信念所体现出来的人道和公众良知的要求现在已经成为一项习惯法规则。这项规则也对那些少数国家有拘束力，即使这些国家在某个阶段有进行报复的可能（法律上的抽象可能）。

534. 国际法委员会也确认存在这样一项规则，尽管是间接的，但很权威。

《国家责任条款草案》[参见：**案例38**，第822页]第14条第4项把减损基本人权的任何行为排除在合法的对等措施之外。在对该款项的评注中，委员会指出，1949年四个《日内瓦公约》共同第3条“禁止在非国际性武装冲突中把明确禁止的行为作为报复措施，也禁止与人道待遇这项绝对要求不符的任何其他报复”。因此，在委员会看来，在战斗区对平民报复也是受到禁止的。在本审判分庭看来，这种观点是正确的。不过，必须补充两点。第一，共同第3条现在已经变成习惯国际法。第二，就像国际法院在“尼加拉瓜”案[参见：**案例130**，[比较第219段]，第1359页]中正确指出的，它是适用于国际和国内武装冲突的基本法律标准，适用于一切情形的武装冲突。的确，如果认为只要平民在战斗区域，对生命和人身安全造成威胁的针对平民的报复在内战中是禁止的，而在国际性武装冲突中是允许的，那么，将是非常荒唐的。

535. 还应当指出的是，在任何情况下，即使被视为合法的情况下，报复也是受到限制的，即：（一）必须作为要求对方遵守法律标准的最后一个手段（除其他外，它们只能在事先给出警告，而且这种警告没能迫使对方中止犯罪的情况下）；（二）在执行之前必须遵守采取预防措施的义务（只能由最高政治或军事当局作出这种决定以后才可以采取）；（三）遵守比例原则（与先前的非法战争行为相比，报复不能过分，而且一旦非法行为停止，报复就必须停止）；（四）遵守（就像上面提到的）“基本的人性考虑”。

536. 最后，尤其就本案而言，必须指出的是，无论习惯法就报复是怎么规定的，禁止报复的条约规定无论如何对本案都是适用的。1993年，克罗地亚、波斯尼亚和黑塞哥维那除了批准1949年四个《日内瓦公约》之外，都已经批准了第一和第二附加议定书。因此，无论攻击阿赫米契的武装冲突是否是内战的一部分，毫无争议的是，冲突各方都有义务遵守禁止报复的有关条约规定。

4. 国际法庭在查明法律中非常重视判例法

537. 虽然这个问题具有一般性，而且是一个方法论问题，但对于本判决来说特具重要意义，因为它基本上是建立在国际和国内司法判例的基础之上的。我们只能期待本法庭的结论来自司法判例，因为在国际法中，刑事实体法和程序法仍然处在原始的发展阶段。特别是，关于这个问题几乎

很少有条约规定。相比之下，尤其是在第二次世界大战之后，关于国际犯罪已经出现了大量的判例法。这也是可以理解的：在刑法和程序法领域，国际立法者想要制定充分考虑不同法律传统的一般规则来协调各种不同的、甚至是对立的国内传统是非常困难的。相比之下，一般原则可以通过国际和国内法院在审理特定案件时作出的一系列司法判例中采纳和阐释的方法逐渐确立起来。尽管如此，国际的法院应高度依赖这种法理，这也是符合逻辑的。那么，对于这套体系应当赋予何种司法价值呢？

538. 在很大程度上，赋予司法判例何种价值取决于，而且也和本法庭法律性质密切相关的是，本法庭是否本身是一个国际的法院。因此，本审判分庭应当首先简要考察这个问题，到目前为止，本法庭还没有机会仔细考察该问题。

539. 毫无争议的是，前南斯拉夫问题国际刑事法庭是一个国际的法院，这是因为：（一）它是安理会的意图，这明确规定在设立本法庭的决议当中；（二）本法庭的结构和职能，以及它根据《规约》第30条所具有的地位、特权和豁免；（三）它被要求适用国际法来确定在前南斯拉夫领土上是否实施了严重违反国际人道法的行为。因此，本法庭所适用的规范体系从一开始 (*principaliter*)，即对所提交的主要问题开始进行裁决，就是国际法。的确，我们可以建议本法庭适用国内法来填补《规约》或习惯国际法中的漏洞。例如，为了断定是否存在世界所有主要法系共有的刑法一般原则，我们必须仔细阅读、并援引国内立法或司法判例。

540. 由于在性质上是国际的法院，而且从一开始就要适用国际法，因此，本法庭只能依赖已经完全确立的国际法渊源，并且在国际法框架内援引司法判例。对于这种判例，应当给予何种价值呢？本庭的观点是，它们只能用来作为“作为确定法律原则之补助者的司法判例”（采用《国际法院规约》第38条第1款第4项中的表述，必须认为这是习惯国际法的宣示）。因此，一般说来，除非本法庭的上诉分庭作出的裁决对审判分庭具有拘束力，否则，本国际法庭不能支持普通法国家所坚持的判例具有拘束力原则（遵循先例原则，*stare decisis*）。不错，包括这项原则在内的一些原则以某种程度的司法等级结构为先决条件。但是，在国际社会中，并不存在这种司法等级结构。显然，在国际刑事司法中，司法判例并不是一个独立的法律渊源。本法庭没有义务遵守诸如纽伦堡法庭或东京法庭那种国际的法院所确立起来的先例，更不用说那些审判国际犯罪的国内法院的判例了。同样，本法庭也不以一套判例为依据，更不用说

是单独一个判例来确立一项法律原则：先例的权威性 (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) 只能表明可能存在一项国际规则。具体说来，先例可以作为习惯国际法存在的证据，因为它们表明存在某种形式必要的法律意见和国际实践，或者说它们表明形成了国际法的一般原则。换句话说，先例对于证明存在一项规则或原则来说具有说服力的价值，即它们可以说服本法庭以前作出的裁决是对既有法律的正确解释。坦率地说，在这种情况下，先前的司法判例可以说服法院采取了正确做法，但不能仅仅通过先例的价值来迫使法院得出结论。因此，可以说，查士丁尼的名言，即“判决只能根据法律而非依实例做出” (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*) 也适用于本法庭，就像适用于其他国际的刑事法院一样。

541. 就像上面指出的，对于既有法律来说，司法判例可能被证明没有多大价值。不过，在这个问题上，还需要注意在不同种类的判例之间作出区分，因为它们对于查明国际法规则或原则来说，可能具有不同的份量。必须承认，我们应当赋予像纽伦堡国际法庭或者东京国际法庭那样的国际的刑事法院的裁决、还有那些国内法院通过或基于控制理事会《第10号法令》所作出的裁决相当重的份量[……]。在许多情况下，国内法院根据1948年《灭种罪公约》、1949年《日内瓦公约》或1977年议定书、或类似的国际条约对国际犯罪所作出的裁决所具有的份量就相对较轻。[……]

(三) 作为危害人类罪的“迫害”

567. 国际条约从来没有对第5条第8项所规定的“迫害”作出全面定义。而且，无论是国内的判例法，还是国际的判例法，都没有对什么构成“迫害”给出一个权威的单独定义。因此，在本判决中，将对这类重大犯罪进行重点说明。

568. 显然，迫害可以有各种形式，不一定要求存在身体因素。另外，根据习惯国际法（《规约》第5条偏离了这项习惯法），在发生迫害的情况下，危害人类罪的受害者不一定只能是平民，还可以包括军事人员。这个方面一个明显的例子是法国法院在“巴尔比耶”案 (Barbie) 和“图维耶”案 (Touvier) 作出的裁决。根据《规约》第5条，迫害的一个关键内容看来是针对平民居民实施了任何禁止的行为，而且动机是因为有歧视性的敌意（政治、种族或宗教理由）。不过，除了这些简单结论之外，仍然存在许多不确定的内容[……]。

570. 下面让我们审查第5条的文本内容, 危害人类罪的一般要件, 例如要求存在针对平民居民广泛或有系统的攻击, 是适用于第5条第8项的[……]。不过, 第5条的文本并没有进一步规定“迫害”的定义, 或者说, 没有就它与第5条的其他各项之间的关系作出规定, 它只是规定迫害必须基于政治、种族或宗教理由。从上诉分庭在“塔迪奇”案中对第5条的文本所作的解释来看, 很清楚的是, 这种歧视性质的目的只能适用于迫害行为[脚注835: 塔迪奇, 上诉分庭, 判决, 1999年7月15日, [……][比较案例180, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉塔迪奇, [比较C., 上诉分庭, 事实真相, 第282-304段], 第1794页]]。

571. 关于第5条的逻辑解释, 可以说, 迫害罪还包括那些在其他各项中所列的行为以外的其他行为: 每一项看来规定了一个单独的犯罪行为。不过, 如果进行更仔细考察, 就会发现所列的一些犯罪之间存在重叠。例如, 灭绝肯定包括谋杀, 酷刑可能包括强奸, 奴役可能包括监禁。因此, 从逻辑上进行解释, 第5条的措辞并不排除把“迫害”解释成包括其他各项所规定的犯罪的可能。不过, 第5条并没有对这一点规定任何指引。[……]

572. 从各方提交的观点来看, 看来在各方之间就下列几点存在一致观点: (一)“迫害”可以由作为或不作为构成; (二) 对于那种作为或不作为来说, 具有歧视性质被要求为所列的理由之一。有两个问题仍然存在争议: (一)“迫害”这种犯罪是否必须和《规约》中规定的其他犯罪存在联系, 或者说它是否可以单独存在? (二)“迫害”这种犯罪的客观行为是什么, 如何进行界定? 下面将对这些问题进行一一审查。

1. 据称在“迫害”和其他国际犯罪之间需要存在联系

573. 被告辩称, “塔迪奇”案对“迫害”的定义违反了一贯要求的条件, 即迫害必须是“为执行或有关于本法庭裁判权内之任何犯罪”的情况下进行。这种表述可以在《国际军事法庭宪章》中找到。它对危害人类罪是这样定义的:

“[……] 在战前或战时, 对平民施行谋杀、歼灭、奴役、放逐及其他任何非人道行为, 或基于政治、种族或宗教的理由, 而为执行或有关于本法庭裁判权内之任何犯罪而做出的迫害行为, 不论其是否违反犯罪地之国内法规。”(着重号为本判决书所加)

574. [……]虽然控制理事会《第10号法令》排除了这项要求, 但《国际刑事法院规约》第7条第1款第9项坚持这项要求[参见: 案例15, 国际刑事法院, [比较A.,

《规约》]。第634页]。因此，被告辩称，现在的共识是，迫害是“一个相对狭窄的定义”。被告还辩称，“应当把迫害解释为仅仅包括《规约》其他地方规定的行为，或最多只能是那些与前南斯拉夫问题国际刑事法庭裁判权内特别提到的犯罪有关的行为。”

575. 显然，第6条第3项所规定的“为执行或有关于本法庭裁判权内之任何犯罪”这段表述不仅指的是迫害，还指的是整个一类危害人类罪。应当指出，当这类犯罪第一次在第6条第3项中规定时，就管辖权来说，所有危害人类罪都是要求和武装冲突之间存在联系。因此，只有当危害人类罪是在实施或与战争罪或破坏和平罪有关的情况下才可以受到惩罚。危害人类罪是一类新的犯罪，第6条第3款的起草者将它的适用范围限制在像战争罪那样更“确定”的犯罪的管辖权之内。

576. 而且，在适用第6条第3项时，国际军事法庭对只实施了危害人类罪的个人行使管辖权，即使与战争罪或破坏和平罪之间存在很小的联系。
[……]

577. 更为重要的是，而且对于这个问题更具决定性的是，如果对习惯国际法进行考察，就会发现，由于关于危害人类罪的习惯法规则是在1945年之后逐渐形成的，因此，在危害人类罪和战争罪之间存在联系的要求已经消失了。这可以从下面看出：(一) 控制理事会第10号法令的有关条款忽略了这种要求；(二) 国内立法（例如加拿大和法国的立法）；(三) 判例法；(四) 类似1948年《灭种罪公约》、1968年《战争罪和危害人类罪不适用法定时效的公约》以及1973年的《种族隔离罪公约》等国际条约[可访问：<http://www.unhchr.ch>]；(五) 本国际法庭以前的法理解释。因此，这种发展表明已经逐渐抛弃了在危害人类罪和战争罪之间需要存在联系这个条件。

578. 被告援引《国际刑事法院规约》第7条第1款辩称，“迫害”必须在和该规约规定的另一个犯罪有联系的情况下才可以受到指控。第7条第1款第8项规定：[参见：案例15，国际刑事法院，[比较A.，《规约》]，第634页。]

579. 第7条第2款第7项规定：[同上。]

580. 因此，第7条第2款规定了相当广泛的迫害行为，同时，这些行为只限于与危害人类罪（谋杀、灭绝、奴役等）的条款规定的行为或者像战争罪、种族灭绝或侵略这种条款规定的行为“有关”的行为。从要求“迫害”必须是和战争罪或侵略罪有关的情况下实施这个意义上说，这项条

件是非常令人惊讶的，因为《国际刑事法院罗马规约》已经废除了危害人类罪和武装冲突之间的联系，这体现了习惯国际法。而且，这种限制可能很容易被回避，因为第7条第1款第11项还规定“故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为”。简而言之，本审判分庭认为，虽然《国际刑事法院罗马规约》可能说明许多国家的法律意见，但第7条第1款第8项并不符合习惯国际法。另外，它注意到，《国际刑事法院罗马规约》在处理这个问题时有一个重要条款。适用《规约》第二编规定的条款，包括关于危害人类罪的第7条，受到该规约第10条的限制，即“除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则”（着重号为本判决所加）。这个条款显然传递了一个明确的信息，即：除其他外，《规约》的起草者并不想要影响关于诸如战争罪、危害人类罪和种族灭绝这种事项的现有法（*lex lata*）。

581. 因此，本审判分庭驳回那种认为“迫害”必须和本国际法庭《规约》其他地方规定的犯罪存在联系的观点。必须指出，在任何情况下，本国际法庭《规约》并没有要求存在这样一种联系。

2. 迫害的客观行为

(1) 双方的争论

582. 检察官指称，“迫害行为”应当作广义理解，不仅应包括《规约》所没有规定的行为，而且还应包括《规约》其他地方规定的行为，尤其是第5条规定的其他各项行为，只要它们具有歧视意图。根据检察官的观点：

“(1) 迫害罪[在习惯国际法中]非常明显，是所有非人道行为其他刑事责任的基础。[如果危害人类罪不是由《规约》规定的其他犯罪构成]，那么将使被告仅仅因为有关行为规定在《规约》其他条款或指控令其他地方而逃脱因迫害罪应当承担的其他刑事责任。迫害是危害人类罪中最严重的一项罪行，如果把《规约》解释为没有这样规定，那将是站不住脚的。”

583. 检察官指称，迫害还应当包括那些《规约》其他地方所没有规定的行为。因此，在指控令中提到的迫害还涉及“种族清洗行为”，它们的具体表现是杀害穆斯林平民、破坏他们的家园、对他们进行有组织的拘留，并且把他们从阿赫米契—安提契及其周边地区驱赶出去。

584. 被告辩称，如果对迫害进行扩大解释，那就违反了罪刑法定原则 (*nullum crimen sine lege*)，因此，必须对迫害进行狭义解释，以便就哪些行为构成迫害以及防止检察官可能滥用自由裁量权给出行为指引。被告辩称，如果对第5条进行法定解释，那么，谋杀就不应该包括在迫害之中。
585. 被告不同意审判分庭在“塔迪奇”案中作出的结论，即迫害行为包括“那些侵犯他人平等享有基本权利的权体的身体、经济或司法性质的行为”[脚注849：塔迪奇，审判分庭，判决，1997年5月7日，第710段[可访问：<http://www.icty.org>]]。被告辩称，迫害不应当包括根据国内法是合法的行为，也不应当包括《规约》所没有提到的行为，这些行为“虽然本身不是非人道的，但由于具有歧视的理由而被认为不人道”[脚注850：同上，第715段]。被告还辩称，这样定义太宽泛了，违反了罪刑法定原则。他们辩称，“塔迪奇”案中给出的定义基本上遵循了国际法委员会条款草案中的定义，应当被驳回，而应当采取《国际刑事法院罗马规约》中的定义，该定义“体现了国际社会已有的共识”，并对第7条第2款第7项中规定的迫害行为采取了相当狭窄的定义。

(2) 讨论

586. 本审判分庭现在开始审查前面一个问题，即所提到的迫害的定义问题：首先，在难民法体系中；其次，在国际法委员会的讨论中。本讨论的目的是为了断定它们所宣布的定义是否是反映了习惯国际法。
587. 有人主张，国际难民法中已经对“迫害”这个术语规定了详细含义。在对1991年提交的条款草案的评注中，荷兰政府说：“对‘迫害’这个术语的解释应当依据其在《难民公约》中体现的相同方式进行。”对于判定什么人可以根据1951年《关于难民地位的公约》以及1967年的议定书[可访问：<http://www.unhcr.ch>]取得难民地位，“迫害”这个概念是至关重要的。
588. 不过，难民法体系本身并没有对“迫害”进行定义[脚注854：联合国难民署《判断难民地位的程序和标准手册》，（下称《联合国难民署手册》）在第51段说：“没有一个普遍接受的‘迫害’的定义，而且想要对它进行定义的各种尝试都几乎没有成功。从1951年公约第33条中可以推导出，基于种族、宗教、国籍、政治意见或某个特定的社会团体的身份而对生命或自由的威胁肯定是迫害。基于相同的原因而实施的其他违反人权的行为也可以构成迫害。”]人权法也没有规定这样一个定义。欧洲人权委员会和法院已经在一些案件中宣布，将一个人置于他或她的来源国有迫害的风险是违反《欧洲人权公约》第3条的[脚注855：《欧洲人权公约》第3条规定：“不得对任何人实施酷刑、或不人道或有辱人格的待遇或惩

罚”[可访问：<http://conventions.coe.int>。]]。不过，对于“迫害”的定义来说，它们的判决没有给出任何指引。为了试图界定什么人有权取得难民地位，一些国家的国内法院已经对什么行为可能构成“迫害”作出了判决。[……]

589. 不过，本审判分庭发现，这些案件不能作为追究个人刑事责任的基础。如果根据国际难民法或人权法中的定义而判决某个人犯有迫害罪，那将是违反罪刑法定原则的。在这些法律中，需要决定的核心问题是声称自己具有难民地位或有可能被驱逐或遣送回去的人是否“由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因而有正当理由畏惧”。它更多强调的是声称会受到迫害（或很有可能受到迫害）的人的主观状态，而不是迫害是否已经发生或可能发生的事实状态。另外，迫害者的意图是无关的。因此，“迫害”的范围比合法施加个人刑事责任要广泛得多。因此，在这个问题上，不能遵循国际难民法或人权法中的定义。

590. 国际法委员会的《危害人类和平和安全罪法典草案》并没有对“迫害”作出多少解释。国际法委员会刚开始时吸纳了《纽伦堡宪章》对危害人类罪的定义，从第一个草案版本开始就包括有迫害罪。国际法委员会在对1996年《条款草案》的评注中建议对“迫害”这样定义：

“迫害的不人道行为可能呈现出很多形式，它们的共同特征是拒绝人权和基本自由，而《联合国宪章》（第1条和第55条）和《公民权利和政治权利国际公约》（第2条）认可，每个人均有权不加区别地得到人权和基本自由。本条款将适用于缺少种族灭绝罪所需的主观意图的迫害行为。”

591. 由于难民法和国际法委员会的草案都没有澄清有争议的“迫害”的范围问题，因此，本审判分庭必须求助于习惯国际法。的确，《规约》在任何时候都没有规定具体事项，而且《秘书长的报告》对于解释《规约》来说也没有多大帮助，因此，本国际法庭有权查明下列规则：（一）习惯国际法的规则；或（二）国际刑法的一般原则；或如果没有这种原则，（三）世界主要法系刑法共有的一般原则；或如果没有这种规则，（四）符合国际正义基本要求的一般法律原则。必须认为，起草者的意图是把《规约》建立在国际法的基础之上，任何可能出现的漏洞必须通过寻求该法律来填补。

592. 为了讨论这个问题，本审判分庭将集中在两个不同问题上：（一）第5条其他各项所规定的行为是否属于迫害的范围？（二）迫害是否可以包括第5条其他各项所没有规定的行为？

(3) 第5条其他各项所规定的行为是否属于迫害的范围？

593. 就像上面指出的，检察官指称，虽然“迫害行为”应当具有广泛的含义，包括《规约》所没有规定的各类广泛行为，但它还应当包括《规约》中已经规定的行为，特别是包括第5条各项所规定的行为，只要在实施它们时具有歧视的意图。相反，被告辩称，如果本法庭适用第5条第8项时扩大到被告实施的任何行为，那么，将违反罪刑法定原则（法无明文规定不为罪）。根据这种观点，应当对“迫害”作狭义解释，以便对于哪些行为构成迫害以及防止检察官可能滥用自由裁量权提供行为指引。

594. 关于“迫害”是否可以包括第5条其他各项所规定的行为这个问题，尤其是谋杀罪和驱逐出境罪，本审判分庭指出，第二次世界大战以来，有许多被判犯有迫害罪的例子。国际军事法庭在其迫害罪的裁决中包括了现已属于第5条其他各项所规定的几种犯罪。这些行为包括党卫队(Einsatzgruppen)及其安全部(SD)大规模杀害犹太人、以及在集中营广泛出现的灭绝、殴打、酷刑和杀害。同样，根据控制理事会第10号法令作出的判决包括如下犯罪，例如纳粹时期对犹太人和犹太团体进行谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境、监禁和酷刑。因此，设在纽伦堡的各个军事法庭都认定，迫害可以包括那些现在属于《规约》第5条其他各项所规定的犯罪。

595. 国际军事法庭在它的判决中提到了迫害。它认为：“落入纳粹政府手中的犹太人遭到迫害已经在本法庭面前得到了最详细的证实。它是最大规模的、一贯的和有系统的不人道行为的记录。”国际军事法庭是通过描述纳粹政府针对犹太人的早期政策开始的：通过歧视性法律，限制犹太人担任公职或从事职业；对他们的家庭生活和公民籍的权利进行限制；把犹太人完全排除在德国的生活之外；组织对犹太人的大屠杀，包括烧毁和摧毁犹太人的教堂；劫掠犹太人的商业生意；逮捕杰出的犹太商人；对犹太人集体罚款10亿马克；没收犹太人的财产；限制犹太人的迁徙；设立犹太人区；犹太人被迫携带一颗黄星。根据国际军事法庭的判决，“这些暴行是1941年采取的政策的全部或一部分[……]但所采取的方式却从来没有遵守一个单独模式。”

596. 在纽伦堡审判中，组织和个人都被判决犯有迫害行为，例如根据“最后解决方案”把犹太人驱逐出境、进行奴隶劳动以及灭绝。而且，一些被告个人还被判决犯有以歧视性的经济行为所表现出来的迫害罪。[……]
597. 从对迫害的描述来看，非常清楚的是，国际军事法庭将该罪置于非常重要的地位，而且它把这种罪理解为包括对犹太民族实施的相当广泛的行为，从针对他们一般的政治、社会和经济权利的歧视性行为到对他们居民的攻击。[……]
600. 很清楚，各个法院都把“迫害”理解为包括对居民的一些攻击，例如谋杀、灭绝和酷刑；它们潜在地构成第5条其他各项行为的危害人类罪。这种结论得到国内法院审理的因第二次世界大战而引起的案件判决的支持。[……]
604. [……]相反，这些法庭和法院在其关于迫害最的裁决中，特别将诸如谋杀、灭绝和驱逐出境这样的犯罪包括在内。
605. 本审判分庭发现，上面提到的判例法体现、而且表明习惯国际法中规定有迫害罪的概念。本审判分庭因此断定，第5条其他各项中所包括的行为可以构成“迫害”。“迫害”已经被用来形容在纳粹统治期间所实施的一些最严重罪行。因此，那种把第5条其他各项行为排除在外的对“迫害”的狭义解释并不是习惯国际法中的迫害罪概念的准确反映。
606. 应当补充的是，如果对“迫害”进行狭义解释，把第5条其他各项所规定的犯罪排除在外，那么，就等于说本法庭《规约》出现了法律漏洞。这将无法使那些在歧视基础上所实施的、但不属于种族灭绝的危害人类罪得以成立，因为种族灭绝行为要求存在“全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”的特定目的。危害人类罪中这种犯罪的一个例子是所谓的“种族清洗”，虽然它不是一个专业术语，但对于本法庭的工作来说却是密切相关。
607. 虽然迫害的客观行为可能与危害人类罪的其他行为相同，但迫害罪特有的地方是，它是基于歧视理由而实施的。因此，本审判分庭同意检察官的指称，即“迫害可以被用来指控基于歧视理由而实施的种族清洗行为，这是其中一种严重犯罪，而且本身也是。因此，必须审查除了第5条规定的并非基于歧视理由而杀害以外的其他行为”。

(4) 迫害是否可以包括第5条其他各项所没有规定的行为？

608. 检察官指称，“迫害”还可以包括第5条所规定的行为以外的行为。他们指称，“迫害行为”应当具有广泛的含义，应当包括《规约》其他地方没有规定的各种广泛行为。相反，被告辩称，迫害罪的两个构成要件是：（一）发生了迫害的作为或不作为；（二）该作为或不作为建立在明确规定的歧视理由的基础之上。就像上面提到的，被告辩称应当对迫害作狭义解释。

609. 因此，本审判分庭必须审查本国际法庭《规约》第5条所没有规定的行为是否属于“迫害罪”这个概念。坦率地说，本审判分庭必须确定迫害罪概念的确切含义，以便决定本案中所指控的犯罪是否属于本法庭管辖的对象。另外，这个概念必须和刑法的一般原则保持一致，例如罪刑法定原则和具体说明原则。首先，本审判分庭将审查除了危害人类罪其他类型以外的那些行为是否可以被认为构成迫害罪；其次，将审查是否存在一些强调这些行为的因素可以用来帮助界定“迫害”的内容。

610. 国际军事法庭的判决书把目前不属于本国际法庭《规约》规定的各种行为包括在迫害罪当中，例如制定歧视性的法律、把某一个种族或宗教团体的成员排除在社会、政治和经济生活之外、对他们施加集体罚款、限制他们的迁徙以及把他们隔离在犹太人居住区、还有要求他们必须携带黄星以便表明身份。[……]

611. 还很清楚的是，其他各种法院也采用“迫害”这个术语来形容第5条所规定的行为以外的其他行为。[……]

614. 因此，本审判分庭支持该结论，即迫害可以由剥夺各种广泛权利的行为构成。“迫害”行为不一定要受到第5条或《规约》其他地方明确禁止。同样，这种行为根据国内法是否合法也是无关的。众所周知，纳粹通过当时存在的宪法和立法途径通过了许多歧视性的法律，后来也都得到了它的司法机关的实施。这并不影响这些法律违反了国际法律标准。因此，本审判分庭必须驳回被告的辩称，即迫害不应当包括那些根据国内法是合法的行为。

615. 简而言之，从上面援引的判例法中，本审判分庭可以就迫害罪的客观行为特征得出下列结论：

（一）习惯国际法不支持对迫害罪的狭义解释。各种法院已经把迫害罪形容为是对犹太民族和纳粹政权下其他团体所实施的广泛而极其严重的一类罪行；

- (二) 在它们对迫害的解释中，各种法院把诸如谋杀、灭绝、酷刑和其他针对人身的严重行为，例如第5条所规定的行为，包括在内；
- (三) 迫害还可以包括一类其他的歧视性行为，涉及对政治、社会和经济权利的侵犯。这些行为的范围下面将由本审判分庭作出更加详细的界定；
- (四) 迫害通常是用来形容一系列行为，而不是一个单独行为。迫害行为通常都是一个政策的一部分或者至少是一种成型的实践，而且必须是在那种背景下理解的。在现实中，迫害行为通常是根据歧视性的政策或广泛的歧视实践所实施的。[……]
- (五) 可以从上面第(四)点中推导出来的是，不能孤立理解被指控为迫害的歧视行为。上面提到的一些行为可能没有严重到构成危害人类罪的程度。例如，对某个特定团体施加的限制，限制他们参加某个特定社会生活的权利（例如进入公共公园、剧院或图书馆）构成歧视，这本身就是一种应当受到谴责的行为。但是，它们本身不等于迫害。不能孤立理解这些行为，相反，必须根据整个背景进行审查，并且根据它们累积的效果进行权衡。

3. 迫害的定义

616. 在“检察官诉塔迪奇案”的判决中，第二审判分庭裁定，迫害是一种基于种族、宗教或政治意见的歧视形式，目的是为了侵犯或造成侵犯他人的基本权利[……][脚注896：塔迪奇，审判分庭判决书，1997年5月7日，第697段、第710段[可访问：<http://www.un.org/icty/judgements>]]。
617. 就像上面提到的，这是广泛的定义，不仅包括第5条其他各项禁止的行为、《规约》其他条款禁止的行为，而且还包括《规约》本身没有规定的行为。《国际刑事法院罗马规约》第7条第2款第7项也采取了相同做法，规定“‘迫害’是指违反国际法规定，针对某一团体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利”（着重号为本判决书所加）。
618. 然而，本审判分庭所持的观点是，要使“迫害”成为危害人类罪，仅仅界定行为的主要部分而将外部行为置于一种不确定的状态是不够的。必须清楚界定构成迫害的行为类型。尽管人权领域是动态的并在不断扩展，但并不是每一个否定人权的行爲都构成危害人类罪。
619. 因此，可以说，“迫害”行为至少必须和第5条所规定的其他行为具有相同的严重性或重大性。[……]

620. 不过，应当强调的是，如果基于这种标准的分析只涉及行为的严重程度，那么，它就没有对构成迫害的行为类型提供任何指引。同类 (*ejusdem generis*) 标准可以用来作为补充工具，确定一般说来属于第5条第8项所规定的某些行为是否符合该条款所要求的严重程度。从对它的适用中可以得出的唯一结论是，只有严重或公然侵犯基本人权的行為才构成危害人类罪。
621. 在上面对“其他不人道行为”的讨论中，本审判分庭认为，要查明那些侵犯之可能构成迫害的权利，可以从国际人权标准中寻找界定人的尊严的更确定的参数，例如，这些标准规定在1948年《世界人权宣言》、1966年的两个联合国人权公约以及其他关于人权或人道法的国际文件[可访问：<http://www.unhchr.ch>]。从这些文件的不同条款可以看出，想要查明一套和任何人都有关的基本权利，而且证明在具体情况基础上严重侵犯这种权利等于危害人类罪是可能的。“迫害”是由一系列侵犯那些权利的行为构成的，目的是基于歧视的理由把某个人从社会中排除出去。因此，本审判分庭把“迫害”定义为：基于歧视的理由，严重或公然侵犯习惯国际法或条约法所规定的基本人权，达到第5条禁止的其他行为同样严重的行为。
622. 在决定哪些特定行为构成迫害时，本审判分庭希望重申，不能对迫害行为进行孤立评估，而必须结合背景进行，尤其要考察它是否有累积的效果。虽然单独的行为不可能是不人道的，但它们的总体后果必须是侵犯了人性，以至于它们必须被认为是“不人道的”。这种界定也足以符合罪刑法定原则，因为不人道行为是明确规定在《规约》里面的。
623. 本审判分庭认为没有必要查明哪些权利构成“迫害”所要求的基本权利。这样做也不符合司法正义要求，因为把某些基本权利明确包括在内可能被解释为把其他权利暗示排除在外 (*expressio unius est exclusio alterius*)。这不是习惯国际法对危害人类罪所采取的做法，“其他不人道行为”还允许在审判它们面前的案件时采取灵活做法，取决于可能采取的侵犯人性的方式，这些方式在具体情形中是在发生变化的。因此，每一个案件都必须在实体问题的基础上进行审查。
624. 在以前的裁决中，本审判分庭指出，“迫害”通常被用来是指一系列行为。不过，本审判分庭并不排除单独一个行为也可能构成迫害的情形。在这种情形下，必须要有明确的证据证明具有歧视的意图。例如，在前南斯拉夫，个人可能参与了谋杀穆斯林的单独行为。如果他的意图显然

仅仅因为他是穆斯林而杀死他，而且是发生在针对平民居民的广泛或有系统攻击的一部分，那么这个单独的谋杀行为也可以构成迫害。但是，必须证明行为人具有实施这种犯罪的意图，才可以说是迫害。[……]

627. 简而言之，指控“迫害”必须包括下列要件：

- (一) 符合《规约》中所有危害人类罪必要的那些条件；
- (二) 达到第5条所禁止的其他行为那样严重程度的严重或公然侵犯人权的
行为；
- (三) 要有歧视的理由。

4. 上面阐述的定义对本案的适用

628. 本审判分庭现在开始审查本案中的具体指控，即“故意而有系统地杀害波斯尼亚穆斯林平民”、“有组织地拘禁波斯尼亚穆斯林并把他们从阿赫米契—安提契及其周围地区驱逐出去”、“全面摧毁波斯尼亚人的家园和财产”。这些行为是否构成迫害？[比较**案例185**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉布拉什基奇，第1921页。]

629. 根据上面得出的结论，本审判分庭发现，“故意而有系统地杀害波斯尼亚穆斯林平民”和“有组织地拘禁波斯尼亚穆斯林并把他们从阿赫米契驱逐出去”可以构成迫害。这是因为，这些行为符合谋杀、监禁和驱逐出境，这明确规定在《规约》第5条中。

630. 本审判分庭接下来把注意力集中在据称的全面摧毁波斯尼亚人的家园和财产上。这里的问题是，某些财产和经济权利是否可以如此基本，以至于侵犯这些权利可以构成“迫害”。[……]

631. 本审判分庭发现，对财产的攻击可以构成“迫害”。[……]对财产的这种攻击实际上是破坏特定居民的生活。这和强迫转移或驱逐出境一样具有不人道的后果。而且，烧毁居民财产通常是在不顾当地居民生活的情况下实施的。因此，本审判分庭断定，这种行为可以构成对基本人权严重或公然的侵犯，如果实施具有歧视的理由，那么，它可以构成迫害。

5. 迫害的犯罪意图

632. 本审判分庭现在开始讨论国际判例法关于迫害的犯罪意图要件。

633. 双方都同意，迫害的主观要件是基于《规约》规定的理由而有歧视的意图。不过，本审判分庭将对必需的歧视意图进行更为详细的阐述。

634. 如果对上述提到的一些迫害的例子进行考察，我们就会发现存在一项共有要件，那就是：那些行为都通过剥夺特定个人作为更广泛的社会成员应当享有的政治、社会或经济权利在歧视理由的基础之上进行挑选并攻击的。可以说，剥夺这种权利就是具有把那些人从与行为人一起生活的社会中，或甚至从人类社会排除出去的目的。[……]
636. 就像上面阐述的，与一般的危害人类罪相比，“迫害”所必需的犯罪意图要高，尽管比种族灭绝罪要低。在这个问题上，本审判分庭想要强调的是，作为危害人类罪的迫害行为是与种族灭绝罪同类的犯罪。迫害和种族灭绝都是针对属于某个特定团体的人员所实施的，而且都是因为他们身份而受到的攻击。在这两个类型中，重要的是具有歧视的意图：基于他们的族裔、种族或宗教特征（对于迫害的情形来说，是基于他们的政治意见）而攻击人员。在迫害的情形中，歧视的意图可以呈现各种各样的不人道形式，并且可以通过包括谋杀在内的多种行为体现出来；在种族灭绝罪的情形中，意图必须伴随有全部或者部分消灭种族灭绝受害者所属团体的意图。因此，可以说，从犯罪意图来说，种族灭绝是一种极端的以及最不人道的迫害形式。换句话说，当迫害升级到旨在消灭某个团体或某个团体的一部分并且明知以及故意行为这种极端形式时，就可以说这种迫害就等同于种族灭绝。[……]

八、判决

(一) 量刑

基于上述理由，鉴于双方呈递的所有证据和观点、《规约》和《规则》，本审判分庭认定，并量刑如下：

1. 德拉甘·帕皮奇

关于被告德拉甘·帕皮奇：

第一项指控：没有犯危害人类罪（迫害）。[……]

5. 德拉戈·约西波维奇

关于被告德拉戈·约西波维奇：

第一项指控：犯有危害人类罪（迫害）。[……]

第十六[和第十八]项指控：罪行成立。[……]

6. 弗拉迪米尔·尚蒂奇

关于被告弗拉迪米尔·尚蒂奇：

第一项指控：犯有危害人类罪（迫害）。[……]

第十六[和第十八]项指控：罪行成立。[……]

[注意：本案有上诉。2001年10月23日，对佐兰·米里扬以及弗拉特科·库布雷什基奇犯有危害人类罪（迫害）的定罪被推翻，理由是指控令过分模糊，而且查明的证据过分微弱。他们得以释放。对德拉戈·约西波维奇和弗拉迪米尔·尚蒂奇的第一、十六和十八项指控的定罪得到维持。而且，由于现在已经接受了累积指控和定罪，因此他们受到的第十七项和第十八项指控得到定罪。不过，他们的最终量刑被（分别）减少到12年和18年有期徒刑。关于判决书，可访问：<http://www.un.org/icty>]

讨 论

[参见**案例15**，国际刑事法院。[比较A.，《规约》]第634页，以及**案例第179**，联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第1791页。]

1. (1) “你也一样”这种观点的具体内容是什么？如何把它与适用条约中的对等观点进行比较？为什么在国际人道法中“你也一样”这个观点看似不能成立？
 - (2) 根据国际条约法和有关的《维也纳公约》，如果他国已经违反了它应承担的义务，一国是否就不可以暂停施行它的条约义务？同样根据该公约，国际人道法的条约从这项特殊规则中是否受益？为什么？从哪个方面可以看出它们之间存在不同的地方，以至于“你也一样”这种辩护理由在国际人道法中是不能成立的？（参见：引文，上文第13章，九，(二)，3.(4)但是，不得主张相互性，第301页。）
 - (3) 驳回“你也一样”这种辩护理由是不是和相互性不适用于国际人道法有关？在批准国际人道法条约时，缔约国的义务是针对谁承担的？
2. 请解释一下“强行法规范”和“对一切的义务”这两个概念的含义。这两个概念之间存在什么联系？这些概念是否得到整个国际社会的承认？国际人道法是否是强行法的一部分？只有部分才是？你的国家对强行法和作为它一部分的国际人道法持什么立场？
3. (第522—527段)
 - (1) “马顿斯条款”的意义是什么？对于解释国际人道法来说呢？
 - (2) 针对军事目标、每一个都没有引起平民过分伤亡的累积攻击是否可以因为平民伤亡的累积而受到禁止？是否是因为和累积的军事优势比较之后看上去过分了才受到禁止？是否是因为马顿斯条款而受到禁止？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项、第57条第2款第1向第3目。）

4. (1) 禁止报复从某种意义上说是否和相互性不适用于国际人道法有关？《维也纳条约法公约》第60条第5款规定违反国际人道法条约的所有报复是否都非法？（参见：引文，上文第13章，九，(二)，3.(4) 但是，不得主张相互性，第301页。）在报复和因为重大违反条约而终止或暂停施行条约义务之间是否存在区别？
- (2) 禁止报复是否是习惯国际人道法的内容？在这个事项上，国家实践有哪些？一些国家进行了报复是否就说明习惯法没有禁止？
- (3) (第527段) 在国际人道法领域，法律意见是不是比实践更加重要？为什么？是否是因为马顿斯条款？第532段所列出的先例是否说明存在一致的法律意见？一些国家抽象地提到它们有权进行报复（第533段）是否说明这是它们的实践？还是它们的法律意见？是两个都是？还是两个都不是？禁止报复是否是习惯法规则？
- (4) 所有形式的报复是否都受到禁止？《日内瓦公约》禁止哪些报复？《第一议定书》呢？习惯国际法呢？前南斯拉夫问题国际刑事法庭又是怎么说的？受到《第一议定书》禁止的任何影响平民的攻击如果旨在结束敌人所实施的类似的非法行为而作为一种相称的报复手段实施，是否也是非法？《第一议定书》是怎么规定的？习惯国际法呢？（比较《日内瓦第一公约》第46条；《日内瓦第二公约》第47条；《日内瓦第三公约》第13条；《日内瓦第四公约》第33条；《第一议定书》第20条；第51条第6款；第52条第1款；第53条第3款；第54条第4款；第55条第2款以及第56条第4款。）
- (5) 对于像英国那样对《第一议定书》第51条和第55条采取保留的国家来说，前南斯拉夫问题国际刑事法庭所确认的习惯法禁止报复是否具有拘束力？（参见：案例65，英国，对第一附加议定书的保留，第999页。）
- (6) (第534段) 《国家责任条款草案》第50条第1款第4项是否禁止那些没有受到国际人道法禁止、但不执行国际人道法义务的报复，例如对战斗员使用某种武器？（参见：案例38，第822页。）
- (7) 报复是否是对违反国际法的一种制裁？它们是否可以被刑事起诉取代？这种取代有哪些优势和不便？要让它发挥作用必须具备哪些条件？
- (8) 报复是否只在国际性武装冲突中受到禁止？在非国际性武装冲突是否也受到禁止？根据适用于非国际性武装冲突的国际人道法，这在习惯法上是否也受到禁止？《第二议定书》是否禁止那些为了迫使敌人实施的类似违反行为而相应违反《第二议定书》的报复？在非国际性武装冲突中，是否可以存在报复的概念？（比较《第二议定书》第13条。）
- (9) (第535段) 要使报复符合国际人道法，必须受到哪些限制？
- (10) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在第525至536段中的推理是否说明了关于国际法渊源的某种理论？在采纳自愿同意的理论（根据这种理论，国际法是建立在国家意志基础之上的）时，前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否可以作出相同的推理？那样是否也可以得出相同的结论？

5. 国际法的渊源有哪些？国际人道法的渊源呢？“先例”是否是国际法的渊源？是二级渊源？法官是否必须遵循国际裁决？是否只有同一法庭的法官才需要遵循？国际的法院是否必须考虑国内的判例法？至少是否必须考虑被告人国籍国的判例法？（比较《国际法院规约》第38条，可访问：<http://www.icj-cij.org> 以及《国际刑事法院罗马规约》第21条，比较**案例15**，第634页。）
6. (1) 分庭是否可以在《国际刑事法院罗马规约》基础之上发展出“迫害”的定义，然后用该定义来作出判决？难道这不是非法适用行为发生以后和前南斯拉夫问题国际刑事法庭设立之后生效的规则？
(2) 《国际刑事法院罗马规约》是否只编纂了习惯国际人道法？就迫害而言，与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》以及该法庭的判例法相比，第7条是否是一种倒退？
(3) 分庭应当把《国际刑事法院罗马规约》所规定的关于迫害的定义作为后法来适用，因此在迫害和危害人类罪的其他行为或者说属于它管辖权范围内的“所有其他犯罪”之间是否确立起“相互关系”？为什么分庭决定不确立起这种相互关系？
7. 你是否同意法院在第623段中的推理？它是否符合罪刑法定原则？难道它不是刑法的作用？至少是否可以起到明确界定受到禁止行为的判例法的作用？
8. 在确定危害人类罪被告的个人刑事责任时，分庭拒绝考虑难民法和人权法中关于迫害的概念。对此你是否同意？为什么？难道其中的迫害概念有所不同？
9. (1) 你将如何解释危害人类罪中的迫害与种族灭绝之间的差异？在种族灭绝、“种族清洗”和迫害之间存在哪些差异？难道要求迫害必须具有歧视意图（犯罪意图）没有让它和种族灭绝之间的区别变得更加困难？哪些条件可以把种族灭绝行为与危害人类罪区分开来？种族灭绝行为、危害人类罪的迫害行为以及危害人类罪的其他罪行之间在犯罪意图方面有哪些区别？
(2) 为了查明迫害的定义，分庭为什么提到纳粹政权针对犹太人实施的构成危害人类罪的“最后解决方案”？是否是因为它是种族灭绝行为？某个犯罪是否既可以被定为危害人类罪中的迫害，又可以被定为种族灭绝？根据什么条件？由于纳粹政权灭绝犹太人的行为是种族灭绝行为，该行为在种族灭绝行为范围内是否仍然可以被定为战争罪或危害人类罪？另一方面，是否每一个对种族灭绝行为有所贡献的行为必须被认为是种族灭绝行为？第二次世界大战期间是否有“种族灭绝”这个概念？发明这个概念是否是因为“危害人类罪”这个概念还不足以描述那种达到种族灭绝这种极端程度的情形？

**案例185，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，
检察官诉布拉什基奇案**

案 例

一、审判分庭

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, IT-95-14, Trial Chamber, Decision of 3 March 2000; 可访问：<http://www.un.org/icty>; 仅复制部分脚注。]

审判分庭
[……] **2000年3月3日判决**
检察官
诉
蒂霍米尔·布拉什基奇
判 决 [……]

缩 写：
ABiH：波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队
BH：波斯尼亚和黑塞哥维那共和国 [……]
ECMM：欧洲委员会监督使团
UNPROFOR：联合国保护部队 [……]
HVO：克族防卫委员会 [……]
CBOZ：波斯尼亚中部作战区域 [……]

二、适用的法律 [……]

(一) 存在武装冲突的条件 [……]

2. 作用 [……]

(2) 属于《规约》第5条管辖的一个条件

66. 对于本法庭要审理的危害人类罪来说，是否存在武装冲突并不是一项构成要件。通过对有效国际文件的分析，上诉分庭确认，那场冲突对于指

控来说是无关的，因为要求存在交战状态并没有“逻辑或法律”基础，而且与习惯国际法冲突。

67. 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第3条、《国际刑事法院罗马规约》第7条以及卢旺达问题国际刑事法庭的判例法都没有说存在武装冲突是危害人类罪的构成要件。秘书长在就通过将来的[国际刑事]法院规约向安全理事会提交的报告也明确否认这个条件是该犯罪的一个构成要件：

“危害人类罪针对的是任何平民居民，是受到禁止的，不论它们是在国际性或非国际性武装冲突中实施的。”

68. 不过，上诉分庭说，无论在国内还是国际的武装冲突中，要使本法庭对该犯罪享有管辖权，必须要求存在武装冲突。在“塔迪奇”案的上诉决定中，上诉分庭在分析《规约》第5条时，是这样断定的：

[……] 对于国内或国际性武装冲突中实施的犯罪来说，第5条都可以作为获得管辖权的基础。

“塔迪奇”案的上诉判决重申了这个立场：

而且，检察官声称，武装冲突这个条件只是行使管辖权的一个要件，而不是“危害人类罪中犯罪意图的一个实质要件”（即不是该犯罪主观要件的一个法律要件）。这也是正确的。

3. 被告所犯的罪行与武装冲突的联系

69. 除了要存在武装冲突以外，还必须证明在指称的犯罪和作为整体的武装冲突之间存在联系。这并不是说，在某个特定时刻，该犯罪必须在正在发生的武装冲突的确切空间范围内实施。为了证明存在这种联系，只要能够证明下列一点就足够了：

指称的犯罪与冲突各方控制的领土其他部分上发生的敌对行动之间存在密切联系。

70. 这个观点说明，要使本案适用国际人道法标准，不一定要要求某个市镇成为武装冲突的对象。就像“塔迪奇”案和“切莱比契”案 (Celebici) 的判决所表明的，还需要注意下面一点，即该犯罪不需要：

成为冲突一方正式支持或容忍的政策或实践的一个部分，或者说，行为必须是实际推进与战争行为有关的政策或冲突一方的实际利益。

71. 尤其是关于《规约》第5条，该条款的措辞、“塔迪奇”案的上诉判决、审理“塔迪奇”案的审判分庭以及美国、法国、英国和俄罗斯联邦常驻联合国代表的声明都指出，危害人类罪必须是在武装冲突期间实施的。因此，如果行为人的行为是在该冲突的空间和时间背景中实施的，就不需要他具有积极参与武装冲突的意图。
72. 另外，被告并没有质疑该犯罪是在有关武装冲突期间实施的，他只是质疑该冲突是否是国际性的以及该犯罪是否是由被告实施的。[……]

(二)《规约》第2条：严重破坏日内瓦公约

[……]

(2) 受到保护的人和财产 [……]

i) 受害者的“国籍” [……]

- 127.[……]在种族之间发生的冲突中，某人的种族背景可以说是判定他是在向哪个国家效忠从而确立是否具有受保护之人地位的决定性标准。本审判分庭认为，本案也是这样的。
- 128.[……]在南斯拉夫的解体过程中，出现了“种族”问题。在判定是否存在效忠或承诺时，种族比国籍还要重要。[……]

ii) 共同作战国

134. 检察官认为，波斯尼亚穆斯林平民是《日内瓦第四公约》意义中的“受保护之人”，因为克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那并不是共同作战国。在实施严重破坏行为时，它们之间并不存在外交关系。
135. 被告辩称，即使该冲突是国际性的，可归属于克族防卫委员会所实施的行为产生的波斯尼亚穆斯林受害者也不具有“受保护之人”的地位，因为克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那是共同作战国，是联合起来针对波斯尼亚塞族的侵略的。他的这个观点来自《日内瓦第四公约》第4条第2款，该条款特别规定：

凡在交战国领土内之共同作战国人民，在其本国尚有通常外交使节驻在控制彼等之国家时，不得认为被保护人。

136. 我们可以从三个角度来审查被告的辩护意见：共同作战国、通常外交关系以及《日内瓦第四公约》第4条的理由。

a. 共同作战国

137. 首先，只有当克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那是共同作战国或第4条意义上的同盟时，才可以支持被告的推理。[……]
138. 克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那的确就冲突签订了协定。其中一项协定是1992年4月14日的协定，它规定克罗地亚与波斯尼亚和黑塞哥维那驻外的外交和领事使团在某个特定国家只存在一个使团时，应互相负责保护对方国家国民的利益。1992年7月21日，两国签订了友好合作协定。7月25日，两国又签订了建立外交关系的协定。
139. 不过，真正的情形与这些协定可能体现出来的大不相同。波斯尼亚和黑塞哥维那之所以把克罗地亚看作共同作战国，只是因为它们是在一道和塞族作战。波斯尼亚显然没有把克罗地亚当作共同作战国，因为在有关时期，当克族防卫委员会与波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队作战时，克罗地亚正在协助克族防卫委员会。[……]
142. 无论如何，看来，如果只从它们互相之间遭受的伤亡数据来看，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林和克族防卫委员会并没有在波斯尼亚中部作战区域以共同作战国的方式在行动。
143. 简而言之，本审判分庭认为，在波斯尼亚中部发生的冲突中，克罗地亚与波斯尼亚和黑塞哥维那并不是《日内瓦第四公约》意义上的共同作战国。

b. 《日内瓦第四公约》第4条的理由

144. 本审判分庭认为，应当对这个问题作出最终判定。《对〈日内瓦第四公约〉的评注》重申，只要一国和另一个共同作战国之间存在通常的外交关系，该国国民就不得被视为“受保护之人”。规定这个例外的理由是很清楚的，即：“这个条款认为，共同作战国，即同盟国的国民并不需要受到该公约的保护”[脚注291：《评注》[红十字国际委员会出版，可访问：<http://www.icrc.org/ihl>]，第49页]。
145. 在那些不适用这个理由的情形中，有人可能会想这个例外是否应当受到严格限制。在这个问题上，如果看一下“塔迪奇”案上诉判决对“受保护之人”地位的分析可能是很有帮助的。上诉分庭指出在该公约第4条第2款设想的情形中，

只要那些国民能够得到他们国家正常的外交保护，他们就不是“受保护之人”。当他们失去外交保护或无论如何不再享有外交保护时，该公约就自动赋予他们“受保护之人”的地位。[脚注292：[……][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[比较C.，上诉庭，实体判决，第165段]第1794页]]。

因此，在那种情形下，当平民无法享受他们国家通常的外交保护时，他们应当具有“受保护之人”的地位。

146. “塔迪奇”案上诉判决对国籍这个问题所采取的法律做法更多看重的是实质关系，而不是形式联系。如果看一下该公约的宗旨和目的，就会发现必须把波斯尼亚穆斯林看作是该公约第4条意义上的“受保护之人”，因为他们在实际上并没有享受任何外交保护。[……]

(3) 严重破坏的内容

151. 一旦确定可以一般适用《规约》第2条，就有必要证明各种指称的犯罪。指控令中包括六项严重破坏《日内瓦公约》的指控，涉及《规约》第2条中的五种行为。

152. 被告辩称，仅仅证明犯罪是过失的还不够。不过，在本审判分庭看来，违反《规约》第2条的犯罪意图既包括直接故意，也包括那种类似过失的放任。下面将对犯罪要件进行阐明。

i) 第2条第1项：故意杀害（第五项指控）

153. 在审理“切莱比契”案时，本审判分庭曾经在判决中对故意杀害这项犯罪进行过界定。就该犯罪的客观要件来说，必须证明受害者的死亡是被告作为一个指挥员所采取的行为导致的。一旦证明被告有造成死亡或可能合理推断引起死亡的严重身体伤害的意图，就可以说存在故意杀害的意图或犯罪意图。

ii) 第2条第2项：不人道待遇（第15项和第19项指控）

154. 《日内瓦第四公约》第27条规定，受保护之人“在一切情形下均应予以尊重”。 “切莱比契”案的判决详细阐述了“不人道待遇”的含义[脚注300：“切莱比契”案，判决书，[可访问：<http://www.un.org/icty/judgments.htm>]，第512段至第544段]。在审理本案时，本审判分庭决定对该案的结论作出如下归纳：

不人道行为是指那些明知的作为或不作为。如果对这种行为进行客观判断，就知道它们是故意的而非偶然的，而且造成严重的精神伤害、身体痛苦或伤害，或者是对人的尊严的严重侵犯[……]。因此，不人道待遇是一种故意的待遇，它不符合基本的人道原则，是《日内瓦公约》中所列的“严重破坏”其他行为的总括。因此，可

以说，被《日内瓦公约》及其评注定为不人道的行为或不符合人道原则的行为是不人道待遇行为的其中几个例子而已。[脚注301：“切莱比契”案，判决书，第543段。]

155. 本审判分庭还断定，“不人道待遇”这类行为不仅包括诸如酷刑和故意对身体、精神或健康造成重大痛苦或引起严重伤害的行为，而且还包括其他违反人道待遇这项基本原则的行为，尤其是那些属于侵犯人的尊严的行为。最后，判断某个行为是否构成不人道待遇是一个需要在案件所有情形基础之上进行判断的事实问题。[脚注302：“切莱比契”案，判决书，第544段。]

iii) 第2条第3项：故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害
(第八项指控)

156. 这项犯罪是对身体或健康，包括精神健康造成重大痛苦或严重伤害的故意作为或不作为。这类犯罪包括那些不符合酷刑条件的行为，即使酷刑可能同时符合给出的定义。[脚注303：“切莱比契”案，判决书，第511段。]如果对“故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害”这个表述进行解释，就会发现它只是一个单独犯罪，已经在其他行为中阐明了它的构成要件。[脚注304：“切莱比契”案，判决书，第506段。]

iv) 第2条第4项：过分破坏财产（第11项指控）

157. 占领当局不得破坏动产和不动产，除非破坏财产是因为军事行动有绝对必要性。要使行为成为严重破坏的行为，不存在军事必要的破坏行为必须是过分的、非法的和横蛮的。“过分”这个单词需要结合案件事实判断。单独一个行为，例如破坏一座医院，可能足以构成这项指控中的罪行。[脚注305：[红十字国际委员会]评注，第601页。]

v) 第2条第8项：劫持平民作人质（第17项指控）

158. 就《规约》第2条来说，平民人质是指那些被非法剥夺自由，而且通常是任意、并且有时是在受到死亡威胁的情况下被剥夺的。[脚注306：评注，第600–601页。]然而，就像被告辩称的，在某些情况下，拘留是合法的，特别是为了保护平民或是有迫切的安全需要。检察官必须证明，在据称的拘留行为中，实施据称的有待审查的行为是为了获得供认或获取利益。这项犯罪的构成要件和《规约》第3条所规定的《日内瓦公约》共同第3条第2项行为的构成要件是相同的。[……]

(三) 《规约》第3条：违反战争法和惯例的行为

[……]

(2) 犯罪的构成要件

179. [……]指控令根据第3条在十项指控中据称被告犯了九项犯罪。检察官指称，构成违反《规约》第3条以及第2条的所有行为必须具有的犯罪意图是，其中的作为和不作为都是故意的，既包括犯罪的直接故意，也包括类似过失的放任。下面将阐述必须证明的犯罪要件。

i) 非法攻击平民（第三项指控）；非法攻击平民财产（第四项指控）

180. 正像检察官指称的，本审判分庭认为，攻击必须对平民居民造成死亡以及（或者）严重的身体伤害，或者对平民财产造成损害。冲突各方有义务在军事目标和平民人员或财产之间努力作出区分。如果不存在军事必要，攻击平民或平民财产是一种犯罪。第3条规定中的“平民”是指那些不属于武装部队或者不再属于武装部队成员的人。平民财产包括那些不得作为军事目标可以合法攻击的财产。这种攻击必须是在明知或不可能不知道平民或平民财产正在受到攻击的情况下故意进行的，而且不存在军事必要性。

ii) 谋杀（第6项指控）

181. 第3条中的谋杀罪的内容和第2条中的故意杀害的内容一样。

iii) 对生命和人身实施暴力（第9项指控）

182. 这项犯罪规定在《日内瓦公约》共同第3条第1款第1项中。这是一项范围非常广的犯罪，一眼看上去，它包括谋杀、伤残身体、虐待以及酷刑，因此是这些具体犯罪要件的累积。这项犯罪和《规约》第2条第1项的犯罪（故意杀害）、第2条第2项的犯罪（不人道待遇）以及第2条第3项的犯罪（对身体造成严重伤害）是有关的。被告辩称，必须证明存在对生命和人身实施暴力的特定意图。本审判分庭认为，一旦证明被告有对受害者的生命或人身故意或过失实施暴力的意图，就可以说存在犯罪意图。

iv) 摧毁财产（第12项指控）

183. 与《规约》第2条第4项所规定的严重破坏行为相同的是，摧毁财产也是受到禁止的，除非有军事必要。要对它进行惩罚，它必须是故意进行摧毁或者是被告实施的行为可以预见的后果。

v) 劫掠公私财产（第13项指控）

184. 禁止任意征收敌人的公私财产既包括为了私人利益劫掠财产，也包括那些“在对被占领土进行有系统的剥削框架中有组织地攫取财产”的行为。劫掠“应当包括在武装冲突中所有形式的非法征收财产的行为，根据国际法，将产生个人刑事责任，包括那些传统上被视为‘掠夺’的行为。”[脚注343：“切莱比契”案，判决书，第590—591段。]

vi) 摧毁或故意损坏专用于宗教或教育的机构（第14项指控）

185. 损坏或摧毁行为必须是故意针对那些显然被认为是专用于宗教或教育的机构实施的，而且，在行为实施时，这些机构不能正在被用于军事目的。另外，这些机构不能紧邻军事目标。

vii) 虐待（第16项和第20项指控）

186. 被告尤其辩称，只有当受害者是处在敌方领土上的外国人、被占领土上的居民或被拘禁的人员时，使用人体盾牌和挖掘战壕才属于虐待行为。本审判分庭的意见是，无论有关人员的地位是什么，都可能构成虐待。本审判分庭完全同意“切莱比契”案的判决。在该案中，审判该案件的审判分庭得出的结论是，虐待是一种故意的作为或不作为，它们“造成重大的精神或身体痛苦或者伤害，或者是对人的尊严的严重侵犯。因此，它具有相同的含义，而且具有与《规约》规定的共同第3条相同的兜底的作用，就像不人道待遇对于《日内瓦公约》中的严重破坏行为一样。”[脚注345：“切莱比契”案，判决书，第552段。]

viii) 劫持人质（第18项指控）

187. 《日内瓦公约》共同第3条第2项禁止劫持人质，而且这还规定在《规约》第3条中。对《日内瓦公约》的评注把“人质”定义为：

人质是指那些出于自己意愿或因为受胁迫而落入敌人手中，并且交战国在执行命令和为了武装部队的安全而对他们的自由或生命负有责任的交战国国民。[脚注346：[红十字国际委员会]，第229页。]

该《评注》与《日内瓦第四公约》的精神是一致的，说明必须从最广义角度来理解“人质”的含义。[脚注347：评注，第230页。]必须把人质理解为《规约》第2条规定的严重破坏意义上的被劫持为人质的平民，即那些被非法剥夺自由，而且通常是任意、有时甚至是受到死亡威胁的人。诉讼双方都同意，要使被拘禁的人成为人质，他必须被用来获取某种利益或者确保交战一方、其他人员或其他人员团体签订某种协定。在这个问题上，本审判分庭将审查受害者是否是被克罗地亚部队（克族防卫委员会或其他武装）拘禁的人或类似被剥夺自由的人。[……]

三、事实和讨论 [……]

(二) 维特兹市 (Vitez)

1. 阿赫米契、尚蒂契、皮里契 (Pirici)、纳迪奥契 (Nadioci)

384. 阿赫米契、尚蒂契、皮里契和纳迪奥契四个村庄距离维特兹镇大约四到五公里，属于维特兹市管辖。根据1991年进行的最后一次人口普查，该市有居民27859人，其中45.5%是克族人、5.4%是塞族人、41.3%是穆斯林人、还有2.8%是其他民族人。这四个村庄相距大约1000米，它们的总人口大约有2000人。尚蒂契是其中最大的村，有大约1000人，主要居民是克族人。皮里契是最小的村，仅仅是一个多民族杂居的小村落。纳迪奥契也是一个主要以克族人为主的村庄。阿赫米契大约有500人，90%是穆斯林，大约有200个穆斯林家庭和15个左右的克族家庭。

385. 1993年4月16日是星期五，凌晨5点30分，克族部队同时攻击维特兹、斯塔里·维特兹 (Stari Vitez)、阿赫米契、纳迪奥契、尚蒂契、皮里契、诺瓦契 (Novaci)、普蒂斯 (Putis) 和东贾·维塞里斯卡 (Donja Veceriska)。布拉什基奇将军提到在连接特拉夫尼克 (Travnik)、维特兹和布索瓦察 (Busovaca) 公路沿线20至22个地方同时遭到攻击。本审判分庭发现，这是对穆斯林平民居民有计划的攻击。

(1) 动用大量物资有计划地攻击

i) 有组织的攻击

386. 毫无疑问，一些因素表明，4月16日的攻击是有计划、有组织的。

387. 本审判分庭注意到，首先，在攻击之前已经有一些政治声明，宣布在克族部队和穆斯林部队之间将立即爆发冲突。[……]

388. 这些声明的发表是和黑塞哥—波斯尼亚政府当局对克族居民发布命令一起进行的。尤其是，4月14日，安托·瓦伦塔 (Anto Valenta) 在波斯尼亚中部的一些城镇向克族官员下令，要求从21点到第二天凌晨6点之间进行宵禁，并且在4月19日之前都要关闭学校。
389. 而且，证据还显示，那些村庄中的克族村民已经得到了马上要发动攻击的警告，其中有一些还参与准备攻击当中。在关键时刻居住在阿赫米契的一些证人证明，克族妇女和儿童已经在战斗发生的前夜被撤离了。证人法蒂玛·阿赫米奇 (Fatima Ahmic) 还证明，她的克族邻居告诉她，克族男人正在定期举行会议，打算“把穆斯林人从阿赫米契清除掉”。证人S也证实发生在纳迪奥契的一些事情，包括在攻击之前的一些天一些克族家庭据说已经离开了该村，而且有一位克族邻居据说已经告诉证人应该马上躲藏起来。[……]
390. 从攻击所采取的方式来看，也可以说明早就存在高度准备。斯图尔特上校 (Colonel Stewart) 说，就在事件发生不久，他收到许多报告说明克族防卫委员会的军队在迅速集结。证人舍菲克·佩泽尔 (Sefik Pezer) 也说，在4月15日傍晚，他注意到克族防卫委员会的部队不寻常的运动。在4月16日早晨，主要的道路都被克族防卫委员会的部队封锁。根据一些国际观察员的说法，攻击是从三面发起的，目的是迫使居民向南部逃离，而在那里精湛的射手用相当高级的武器向逃离的居民开火。其他的部队大约五个到十个左右士兵组成一个个小团体，挨家挨户地点火并进行谋杀。看来，大约有100名士兵参与了这次行动。[……] 攻击是在早晨进行的。
391. 所有的国际观察员、大多数的军事专家在攻击发生之后去视察以后认为，毫无疑问，这种行动只能是在很高的军事等级指挥下才可能计划实施的。
392. 被告自己也是那样认为的。就在1993年4月攻击发生之后不久以及在本审判分庭，布拉什基奇将军都供认，这是“一起有组织的、系统的和有计划的犯罪”。
393. 就像第二审判分庭在“库布雷什基奇”案中那样，本审判分庭因此断定，而且这项断定是不容挑战的，也是无法挑战的，即在阿赫米契、纳迪奥契、尚蒂契和皮里契所实施的攻击是在很高军事等级指挥下有计划进行的。[……]

(2) 针对穆斯林平民居民的攻击

i) 不存在军事目标

402. 为了替这次战斗辩解，被告提出了不同观点。首先，他指出，连接布索瓦察和特拉夫尼克的公路具有战略性质。在关键时刻，虽然该条公路受到克族防卫委员会部队的控制，但他们的情报人员据说已经注意到，4月15日，在从特拉夫尼克到阿赫米契的区域以及附近村庄有穆斯林的部队在运动。他们因此相信穆斯林人正在试图重新控制该条公路。不过，这种观点不足以作为对村庄发动攻击的正当理由，因为除了阿赫米契以外，主要公路都没有穿过这些村庄。[……]

406. 被告还辩称，“得到授权的波斯尼亚中部作战区域军事行动包括合法的军事战术，即在街区战斗 (FIBUA)”。证人托马斯把这种军事战术定义为“在一家接着一家的地区进行清除”，这通常需要带着自动武器和手榴弹。被告承认这样的行动通常会产生许多受害者，而且受害者的数量甚至可能会超过参加敌对行动的士兵数量。但是，被告辩称，这种平民受害者应当被视为“附带伤亡”，而且在某种情况下，这种攻击是合法的。这是对证人巴格森 (Baggesen) 向本审判分庭所作陈述的错误理解，因为他说并不存在造成如此多平民死亡的正当理由。而且，布拉什基奇将军自己也在口头证词中承认，通常由专业人员所采取的战术可以避免在村子中开展的所有战斗行动。证人兰德里 (Landry) 是1993年2月至4月期间欧洲共同体监督使团的监督员。他也解释说，“在这种清洗行动中，尤其是对于具有战术意义的地区来说，[……]你会摧毁某些建筑物或者房屋[……]那些含有某种军火的区域，但是[……]进行实际推进和焚毁村庄也是很常见的。”他于4月16日去了阿赫米契，并注意到4月16日晚，已经不再有任何武装部队存在，但在第二天清晨仍然发现在连接维特兹和泽尼察 (Zenica) 的主要道路上有相当多的克族防卫委员会的部队在集结。根据那位证人的描述：“如果该村庄的确具有某种战术方面的重要性，也许只是用于克族防卫委员会部队巩固他们的地盘，具有进行观察的作用或组织展开军事行动的作用。”他还补充说：“对于我来说，从军事角度来说，要说进行这种残杀到底出于什么军事理由是很困难的。”[……]

409. 在关键时刻，托马斯中校，联合国保护部队的指挥官，于1993年4月17日去了阿赫米契。他说，他没有看到任何可以证明两个不同军事实体之间发生冲突的证据，也没有看到任何诸如战壕、沙袋或带刺铁丝网那样

的说明在村子当中存在准备战斗的武装部队进行抵抗的证据。而且，他所看到的尸体并没有穿制服，在被摧毁的建筑物中也不存在任何武器。相反，在地上横躺的尸体中有妇女和儿童的尸体。[……]人权委员会在关于前南斯拉夫领土上人权情势的第二份定期报告中，甚至认为“据大家所说，包括克族防卫委员会当地指挥官以及国际观察员的说法，该村子中并不存在任何合法的军事目标，而且也没有任何对攻击的有组织抵抗。”被告自己也在本审判分庭承认说“阿赫米契的村民，即波斯尼亚的穆斯林”已经成为攻击的受害者，在平民居民和战斗员之间并没有作出任何区分的努力。

410. 本审判分庭因此相信在这些攻击中并不存在任何军事目标，这是可以排除任何合理怀疑的。

ii) 攻击的歧视性质

411. 虽然阿赫米契村并没有可以为战斗提供正当性的战略意义，但对于波斯尼亚的穆斯林来说特具有重要意义。许多伊玛目和毛拉都是在那里来的。有鉴于此，在波斯尼亚的穆斯林都把阿赫米契看作是一个圣地。证人沃特斯 (Watters) 相信，之所以选择攻击阿赫米契就是因为那个原因。

412. 看到攻击的目击证人们都描述了相同的攻击手段。[……]在炮兵炮击之后一段时间里，五至十个士兵组成的团体进入每一家穆斯林家庭，对穆斯林进行辱骂，把他们称为“巴利亚 (Balijs)”。这些一群一群的士兵有时强迫居民离开房屋，甚至根本没有让他们穿衣服的时间。他们当中许多人仍然穿着睡衣，有些人甚至没有时间在逃离之前在脚上穿任何东西。这些士兵在近距离向符合战斗年龄的男人开枪，并把穆斯林人的房子和马厩用燃烧弹、手榴弹和汽油点燃。一些房子在居民能够有机会逃出之前都被付之一炬。[……]

iv) 谋杀平民

414. 许多男人都在近距离被射杀了。一些证人描述了他们家里的男人是如何被克族士兵围捕然后被杀害的。[……]国际观察员也在公路上看到有躺着的尸体，许多人都是被枪支顶住头部近距离杀害的。

415. 在东集·阿赫米契有大约20名左右的平民被杀害，他们是在试图逃往该村庄的过程中被杀的。在逃到主要公路之前，逃离的居民只能逃到一块

空地上。在该块空地上，发现了大约20具尸体，他们都是被精确射杀的。军事专家认定他们是被狙击手射杀的。

416. 在房子里还发现了其他尸体，他们已经被烧焦了，因此，无法认出身份来。从他们的姿势中可以看出他们是被活活烧死的。受害者包括许多妇女和儿童。联合国保护部队中的英国军营报告说，“从村子里面发现的89具尸体中，大多数都是年老的人、妇女、儿童和婴儿。”欧洲共同体监督使团的观察员说他也发现了儿童的尸体，而且从姿势来看，是在被火烧的过程中痛苦死去的。他说：“一些房子绝对是恐怖的场面，因为不仅有人死亡了，而且那些人显然是烧死的，而且根据监督员的想法，显然是被火焰发射器烧死的。这些火焰发射器烧焦了尸体，这就是其中一些尸体的样子。”

417. 根据欧洲共同体监督使团的报告，至少有130人在对阿赫米契攻击当中被杀害。

v) 摧毁居住区

418. 根据在泽尼察的“人权中心”的报告，在攻击期间，在阿赫米契200个房子中有180个房子遭到了焚毁。人权委员会在1993年5月19日提交的报告中也是这样说的。检察官展示的P117也说明，几乎所有的穆斯林房子都被付之一炬，而克族人的房子则都安然无事。[……]

vi) 摧毁专用于宗教的机构

419. 一些宗教性质的大型建筑物遭到摧毁。被告承认摧毁了东集·阿赫米契的清真寺或在东集·阿赫米契的马蒂夫 (matif) 清真寺。不过，他认为，之所以进行摧毁，是因为“在第四军事警察营发动攻击之后，阿赫米契的学校和教堂成了战斗场所。”

420. 相反，检察官诉称“两个清真寺里面都被故意放置了地雷，而且在这些建筑物里面被仔细地放置了爆炸物，它们是在克族防卫委员会的士兵控制了这些建筑物以后才被放置地雷的。”

421. 本审判分庭首先注意到，根据证人斯图尔特的意见，如果说士兵是在清真寺里面避难，那是不太可能的，因为在那里进行防卫是不太可能的。而且，东集·阿赫米契的清真寺是被放置在塔尖上的爆炸物摧毁的。[……]因此，摧毁塔尖肯定是事先预谋的，无法通过任何军事目的得到辩解。能够解释这一行为的唯一理由是存在歧视。[……]

vii) 劫掠

424.就像被告自己指出的，当4月27日那天他来到现场的时候，士兵们还放火焚烧马厩，并且屠杀牲畜。[……]这些偷盗行为的受害者总是穆斯林。[……]

(3) 结论

425.从攻击的手段以及针对穆斯林居民和代表他们文化的建筑物所实施的犯罪规模来看，足以说明攻击是专门针对穆斯林平民居民的，这是可以排除任何合理怀疑的。[……]

426.证人巴格森提到了对阿赫米契的攻击：“我们认为，针对平民居民的这次行动是军事行动，是为了恐吓他们，是为了向其他村民表明，生活在其他村庄的穆斯林居民如果不打算搬走的话，他们将发生什么。”尤其是，阿赫米契对于穆斯林社会来说具有特殊的象征意义。

427.人权委员会注意到，所有的穆斯林都从阿赫米契逃离了。只有一些克族人还留在那里。根据证人卡伊莫维奇 (Kajmovic) 的意见，到1995年，生活在阿赫米契的穆斯林居民都已经消失了。根据在泽尼察的“人权中心”的报告，生活在纳迪奥契的四个穆斯林家庭已经被杀光了。[……]

428.所有这些证据使本审判分庭毫不犹豫地断定，阿赫米契、尚蒂契和纳迪奥契这三个村庄已经成为1993年4月16日针对穆斯林居民有计划攻击的对象。[……]

四、最后结论

744.本审判分庭断定，可以归属于蒂霍米尔·布拉什基奇的行为是作为国际性武装冲突的一部分而实施的，因为克罗地亚共和国对黑塞哥—波斯尼亚克族共同体和克族防卫委员会进行了全部控制，而且对在波斯尼亚中部的克族政治和军事当局具有一般控制。

745.被告是被克族军事当局任命的。在1992年4月到达基谢尔雅克 (Kiseljak) 之后，他在1992年6月27日被任命为波斯尼亚中部战区司令，而且直到指控令指出的期限末期，他仍然保有那个职位。例如，他宣布在基谢尔雅克市的穆斯林领土保卫部队为非法组织。

746. 从1992年5月到1993年1月，在克族人和穆斯林人之间的紧张关系持续升级。同时，布拉什基奇将军在克族政治当局同意的情况下强化了克族防卫委员会武装部队的结构。
747. 1993年1月，克族政治当局向穆斯林发出了最后通牒，尤其是迫使他们交出武器。他们试图控制所有在历史上被认为是克族人生活的领土，尤其是拉斯瓦谷地。随后在布索瓦察爆发了严重冲突，穆斯林人的房屋被摧毁。许多穆斯林平民被拘禁，他们随后被迫离开该市的领土。
748. 虽然国际组织，尤其是欧洲共同体监督使团和联合国保护部队作出了努力，但他们之间的气氛仍然高度紧张。
749. 1993年4月15日，克族军事和政治当局，包括被告，发出一份新的最后通牒。布拉什基奇将军与克族防卫委员会、军警以及维特佐维 (Vitezovi) 的指挥官们会面，并向他们下达命令，本审判分庭认为这些命令是真正攻击的命令。1993年4月16日，克族部队在布拉什基奇将军的指挥下攻击维特兹和布索瓦察两个城镇。
750. 克族部队，无论是克族防卫委员会的部队还是独立部队，都劫掠穆斯林人的房屋，而且还把他们的房屋和马厩烧为灰烬。他们还杀害平民居民，根本不顾年龄和性别，并屠杀牲口、破坏或损坏清真寺。而且，他们拘禁一些平民，把他们转移到集中营，那里的生活条件非常悲惨，他们被迫去挖战壕，而且有时被劫持用来作为人体盾牌。被告自己也承认有大约20个左右的村庄受到攻击，并且是按照既定方案进行的。村庄首先受到“包围”，然后炮兵发动攻击，由5位至10位士兵组织起来的搜查部队随后展开对村庄的“清洗”。几天以后，在基谢尔雅克市也出现了相同情形。克族部队的行动非常协调。由于在这么短的时间里对穆斯林居民实施的犯罪规模如此之大和如此保持一致，以至于本审判分庭必须断定，这种行动是有计划的，而且目的是为了迫使穆斯林居民逃离，这是可以排除任何合理怀疑的。
751. 因此，攻击是广泛的、有系统的和暴力的，是迫害穆斯林居民政策的一部分。
752. 为了达到他所描述的政治目的，布拉什基奇将军使用了所有他可以调动的武装部队，不论他们与他之间是否存在法律上的从属关系。
753. 有时候，他发表全国演说，根本不考虑可能导致的后果。另外，他虽然知道一些部队实施了犯罪，但仍然派他们去攻击其他的目标。

754.[……]这种攻击的最后结果不仅仅是本审判分庭已经审查过的犯罪的规模，而且也是为了实现克族民族主义分子的目标，即通过杀死或伤害穆斯林居民、摧毁他们的居住区、劫掠他们的财产以及对他们实施虐待和非人道待遇迫使大多数穆斯林居民从拉斯瓦谷地迁离。[……]

六、判决

基于上述理由，本审判分庭一致裁定：

认定蒂霍米尔·布拉什基奇犯有：

下令危害人类罪，即在1992年5月1日至1994年1月31日期间（第一项指控）对波斯尼亚维特兹、布索瓦察和基谢尔雅克的[……]穆斯林平民进行迫害，实施了下列迫害行为：

- 攻击城镇和村庄；
- 谋杀和严重的身体伤害；
- 摧毁和劫掠财产，尤其是专用于宗教或教育的机构；
- 对平民实施非人道待遇或虐待，尤其是被劫持为人质和当作人体盾牌；
- 强迫转移平民；

通过这些相同的行为，就国际性武装冲突而言，布拉什基奇尤其实施了：

- 《规约》第3条所规定的、得到《第一议定书》第51条第2款承认的违反战争法规或惯例的行为：非法攻击平民（第三项指控）；
- 《规约》第3条所规定的、得到《第一议定书》第52条第1款承认的违反战争法规或惯例的行为：攻击平民目标（第四项指控）；
- 《规约》第2条第1款所规定的严重破坏行为：故意杀害（第五项指控）；
- 《规约》第3条所规定的、得到《日内瓦公约》第3条第1款第1项承认的违反战争法规或惯例的行为：谋杀（第六项指控）；
- 《规约》第5条第1项所规定的危害人类罪：谋杀（第七项指控）；
- 《规约》第2条第3项所规定的严重破坏行为：故意造成身体或健康重大或严重伤害（第八项指控）；

- 《规约》第3条所规定的、得到《日内瓦公约》第3条第1款第1项承认的违反战争法规或惯例的行为：对生命和人身实施暴力（第九项指控）；
- 《规约》第5条第9项所规定的危害人类罪：不人道行为（第十项指控）；
- 《规约》第2条第4项所规定的严重破坏行为：过分摧毁财产（第11项指控）；
- 《规约》第3条第2项所规定的违反战争法规或惯例的行为：没有军事必要而进行的摧毁（第12项指控）；
- 《规约》第3条第5项所规定的违反战争法规或惯例的行为：劫掠公私财产（第13项指控）；
- 《规约》第3条第4项所规定的违反战争法规或惯例的行为：摧毁或故意损坏专用于宗教或教育的机构（第14项指控）；
- 《规约》第2条第2项所规定的严重破坏行为：不人道待遇（第15项指控）；
- 《规约》第3条所规定的、得到《日内瓦公约》第1条第1款第1项承认的违反战争法规或惯例的行为：虐待（第16项指控）；
- 《规约》第2条第8项所规定的严重破坏行为：劫持平民作为人质（第17项指控）；
- 《规约》第3条所规定的、得到《日内瓦公约》第3条第1款第2项承认的违反战争法规或惯例的行为：劫持人质（第18项指控）；
- 《规约》第2条第2项所规定的严重破坏的行为：不人道待遇（第19项指控）；
- 《规约》第3条所规定的、得到《日内瓦公约》第3条第1款第1项承认的违反战争法规或惯例的行为：虐待（第20项指控）。

在任何情况下，作为一位指挥官，他未能采取本来可以防止这些犯罪或惩治罪犯的必要的合理措施。[……]

量刑：判处蒂霍米尔·布拉什基奇45年监禁；[……]

二、上诉分庭

[资料来源：ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-A, Appeals Chamber, Decision of 29 July 2004; 可访问：<http://www.un.org/icty>; 未复制脚注。]

上诉分庭 检察官 诉 蒂霍米尔·布拉什基奇 判 决

[……]

三、据称的关于《规约》第7条的法律适用错误

[……]

(一)《规约》第7条第1款规定的个人刑事责任

[……]

41. 在审查了国内法以及国际法庭判例所采取的做法之后，本上诉分庭认为，审判分庭[……]就发出命令的犯罪意图所做出的如下说法是错误的，即根据《规约》第7条第1款，应受惩罚的精神状态低于直接故意。无论明知任何风险的可能性是多么小，都不足以追究严重违反国际人道法的刑事责任。审判分庭并没有指出必须证明何种程度的风险。的确，看来，按照审判分庭设定的标准，任何军事指挥员只要发出命令都将承担刑事责任，因为发生违反行为总是可能的。本上诉分庭认为，知晓风险的高度盖然性和意志要素必须包含在这项法律标准中。
42. 因此，本上诉分庭断定，如果某人知道执行命令过程中实施犯罪具有相当重大的可能性还下令作为或不作为，他就具有第7条第1款所规定的需要为下令承担责任的犯罪意图。如果在如此明知情况下进行下令，那么，就必须被视为是同意实施了该犯罪。[……]

(二)《规约》第7条第3款的指挥官责任

53. 在这个部分，本上诉分庭将只审查据称的适用《规约》第7条第3款的错误问题，而把上诉人在第二个上诉理由中提出的观点先搁置一边，即本

案的事实是否足以认定上诉人对波斯尼亚中部战区 (CBOZ) 进行了有效控制，这是上诉事实理由中提到的判决书部分。[……]

2. “有理由知道”的标准 [……]

61. 本上述分庭注意到，审判分庭曾经断定：

如果指挥官在行使职责方面尽到了谨慎注意义务，但不知道犯罪即将发生或已经发生，那么，就不能以这种不知道为由作出对其不利的裁决。但是，如果不知道是因为在履行职责过程中的疏忽产生的，考虑到他作为指挥官的特殊职位以及当时的主要情形，这样一种疏忽不能作为一种辩护理由：该指挥官具备《规约》中规定的“有理由知道”。

在审判分庭判决的另一个部分，审判分庭“再次援引《评注》中的话，断定‘他们所处的地位使其有义务一直知道下属完成赋予他们任务的方式，并且必须为此目的采取必要措施。’”因此，作为指挥官的其中一个职责是必须知道下属采取的行为。

62. 本上诉分庭认为，“切莱比契”案的上诉分庭判决已经解决了对“有理由知道”这个标准的解释问题。在该判决书中，上诉分庭指出，“只有当他可以得到下属实施的的行为的情报时，上级才可以因为上级责任原则而被追究刑事责任。”而且，上诉分庭指出，“不过，不履行获得这种情报的义务并不是该条款（第7条第3款）的一个特征（作为另外一项独立罪行，因此，上级不需要根据该条款对下属没有履行这种义务承担责任，而只是对没有采取必要而合理的措施予以防止或惩罚而承担责任）。”对于本上诉分庭来说，没有理由偏离这种立场。审判分庭在判决书中对这个标准的解释与上诉分庭在这个方面的法理不一致，因此，必须予以纠正。

63. 至于上诉人提出的观点，即审判分庭确立的指挥官责任的基础是过失，本上诉分庭忆及，卢旺达问题国际刑事法庭上诉分庭已经在以前一个场合驳回了刑事过失作为指挥官责任的基础，而且它还说“让被告根据刑事责任来承担责任既是没有必要的，也是不公平的，国际刑法没有界定过刑事责任的确切含义。”它还明确指出，“在上级责任中提到‘过失’很有可能导致思想的混乱……”本上诉分庭明确支持这个观点。

64. 在这个方面，必须允许上诉，而且对“有理由知道”标准的权威解释仍然必须是上面提到的“切莱比契”案上诉分庭判决书给出的那个解释。[……]

四、据称的关于《规约》第5条的法律适用错误

(一)《规约》规定的危害人类罪的共同要件

94. 上诉人诉称，审判分庭“在解释和适用第5条的实体法律标准时在一些重要方面存在错误”。他一般诉称：

“审判分庭偏离了法庭已经确立的原则和（或）习惯法，因为：（一）没有要求上诉人要求知道确定危害人类罪必须具备的更广泛的犯罪攻击；（二）没有根据罪刑法定原则和罪刑确定原则对迫害罪的客观行为以相当狭义的方式进行界定；（三）没有要求上诉人具备确立迫害罪必要的具体的歧视意图。”（）

1. 被告的行为必须在广泛或有系统的攻击背景中实施这项要求

98. 根据本国际法庭已经完全确立起来的法理，要使构成危害人类罪，被告的行为必须是对任何平民居民进行广泛或有系统攻击的一个部分。这也得到审判分庭的承认，它说：“毫无疑问，构成危害人类罪的不人道行为必须是对平民进行的系统或广泛攻击的一部分。”

99. 审判分庭随后说，“有系统的”这个要件：

是指下列四个条件，对于本案来说，这四个条件可以明确说明如下：

- 存在政治目标。这是一个计划，根据这个计划来实施攻击，或一个广义的意识形态，即摧毁、迫害或削弱一个共同体；
- 对一群平民大规模地实施犯罪行为，或者不断和持续实施互相有联系的不人道行为；
- 准备或使用重大公私资源，无论是军事的还是其他的；
- 在界定和确定有系统的计划中存在高层政治和（或）军事当局的影响；

审判分庭继续说，该计划“不需要明确宣布或清楚而精确地表述”。相反，它可以从一系列所列出的各种事件和例子中归纳出来。

100. 本上诉分庭认为，审判分庭认为，存在一个计划是否是确定危害人类罪的一个法律要件尚不清楚。在本上诉分庭看来，存在计划或政策显然是有关的，但并不是这个犯罪的法律要件。[……]

2. 攻击必须是针对平民居民这项要求 [……]

105.[……]上诉分庭在“库纳拉奇”案的判决中已经对《规约》第5条所要求的有关攻击必须针对平民居民这项法律要求作出了详细阐述。在该案中，上诉分庭说：

使用“居民”这个词并不是说，攻击正在发生的地理空间内的整个居民都必须成为攻击的对象。只要证明在攻击的过程中针对足够的个人就够了，或者说只要他们受到攻击的方式使本分庭相信攻击实际上是针对一个平民“居民”，而不是针对有限的、随即挑选的一群个人就够了。

106. 在“库纳拉奇”案中，上诉分庭还说：

“针对”这个术语表明，“在发生危害人类罪的情况下，平民居民是攻击的首要目标。”为了断定攻击是否存在“针对”这个情形，本审判分庭将尤其审查在攻击过程中所采取的手段和方法、受害者的地位、他们的数量、攻击的歧视性质、在该过程中实施的犯罪的性质、在那个时候对攻击者的抵抗以及发动攻击的部队遵守或尽量遵守战争法所要求的预防措施的程度。就指称的危害人类罪是在攻击过程中实施的这个意义来说，战争法规定了分庭可以用来评估攻击的性质和在此过程中实施的行为的标准。

107. 在本案中，审判分庭确认危害人类罪是那些针对任何平民居民的犯罪。

但是，它又说：“危害人类罪的特殊性不是来自受害者的地位，而是来自实施的规模和组织。”本上诉分庭认为，受害者作为平民的地位以及实施的规模和组织程度都与危害人类罪的性质有关。

108. 审判分庭断定：

因此，危害人类罪并不只能针对严格意义上的平民所实施的行为，还包括针对两类人群实施的犯罪：那些属于抵抗运动成员的人员和曾经是战斗员的人员，无论他们是否穿有制服，但在行为实施的时候，后来不再参加敌对行动的人员，因为他们可能离开了军队、不再携带武器或最终成为丧失战斗力的人员，尤其是因为他们受伤了或者被拘禁了。在断定是否作为平民的地位时，必须考虑的因素是在犯罪实施时的受害者的特定情形，而不是他们的地位。最后，可以说，在故意被攻击的平民居民中存在士兵并不能改变那些居民的平民性质。

109. 在对“平民居民”这个术语的范围进行界定之前，本上诉分庭认为有必要先修正审判分庭在其判决书第180段中所作的陈述，即“当不存在军事必要这种合理理由的情况下，攻击平民或平民财产是犯罪。”本审判分庭强调指出，在习惯国际法中存在绝对禁止攻击平民的规则。

110. 为了断定“平民居民”这个术语的范围，本上诉分庭将忆及查明犯罪发生时的习惯法。在这个方面，它注意到，《秘书长的报告》说《日内瓦公约》“是国际人道法规则，而且规定了适用于国际性武装冲突的习惯法的核心内容。”《日内瓦公约第一附加议定书》第50条规定了“平民”和“平民居民”的定义，该条款的规定很大程度上可以被视为习惯法的体现。因此，对于考察《规约》第5条规定的关于危害人类罪的内容特别有关。

111.《第一议定书》第50条第1款规定，平民是“不属于第三公约第四条(子)款第一项、第二项、第三项和第六项及本议定书第四十三条所指各类人中任何一类的人。遇有对任何人是否平民的问题有怀疑时，这样的人应视为平民”。本审判分庭注意到，“有怀疑时”这个定语是为了限制军队士兵的行为。不过，当需要对后者的刑事责任进行裁判时，关于这样的人是否属于平民的举证责任应该在检察官一方。

113.如果把《第一议定书》第50条和《日内瓦第三公约》第4条第1款的内容放在一起解读，就会发现，武装部队的成员和构成这种武装部队的民兵成员或志愿军成员不能主张平民的地位。如果有组织的抵抗运动成员由一个对其部下负责的人统率、备有可从远处识别之固定的特殊标志、公开携带武器以及遵守战争法规及惯例进行战斗，那么，他们也不是平民。但是，本上诉分庭认为，在平民居民中存在抵抗运动团体成员或已经放下武器的前战斗员并不改变他们的平民性质。在这个方面，审判分庭的观点是正确的。

114.不过，审判分庭还认为，在断定是否是平民时还应当考虑实施犯罪时受害者的具体情形，这可能让人产生误解。在这一点上，红十字国际委员会的《评注》是有启发的，它说：

武装部队的所有成员都是战斗员，而且只有武装部队的成员才可以成为战斗员。因此，这就应该抛弃“准战斗员”这个概念，使用“准战斗员”有时的基础是或多或少与战争努力是有关的。同样，那种“临时地位”、“准平民”、“准军事地位”、“晚上是士兵白天是平民”的概念也都消失了。一旦平民被并入上面第一段所提到的武装组织，就在整个敌对行为期间变成军队成员和战斗员（或者说，在任何情况下，在他被第一段所提到的负责的指挥永久复员之前），不论他是否参加战斗或他是否暂时携带武器。如果他受伤了、病了或遇到船难，他就有权享受《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》所赋予的保护（第44条第8款）。如果他被捕了，他就有权享受《日内瓦第三公约》所赋予的保护（第44条第1款）。

因此，对于判断某人是否具有平民或非平民的地位时，在犯罪实施时受害者的具体情形可能无关紧要。如果他的确是武装组织的成员，他在实施犯罪时并没有携带武器或在战斗这个事实并不能赋予其平民的地位。

115.审判分庭还说，“在受到故意攻击的平民居民中存在士兵并不改变居民的平民性质。”关于这一点，红十字国际委员会的《评注》指出：

……在战时的情况下，属于战斗员的个人与平民居民混杂在一起是不可避免的，例如，士兵可能因为请假去探亲。不过，如果并不存在相当大数量的常规部队，这在任何情况下都不能改变居民的平民性质。

因此，为了断定在平民居民中存在士兵是否会改变居民的平民性质，士兵的数量以及他们是否是请假是必须考察的。

116. 根据上述理由，本上诉分庭断定，审判分庭在断定《规约》第5条中的平民居民和平民性质时存在错误。[……]

4. 被告知道其行为是更广泛的刑事攻击的一部分这项要件

121. 上诉人诉称，检察官必须证明，被告知道针对平民居民存在广泛或有系统的攻击，而且还必须证明他的行为是这种攻击的一部分。根据上诉人的观点，审判分庭没有断定他是否知道以及在多大程度上知道存在攻击以及他的行为是否是其中一部分的问题。的确，他诉称，审判分庭适用了放任标准，而这个标准并没有得到法律的支持，而且它只考虑上诉人可能知道他的行为得到实施的政治背景的程度，这种标准比危害人类罪所要求的标准要低得多。[……]

124. 上诉分庭认为，如果被告具有实施有关犯罪（他受到指控的犯罪）的必要意图、知道对平民居民存在攻击，而且还知道他的行为是攻击的一部分，那么，就可以说存在危害人类罪的犯罪意图。而且，上诉分庭还认为，

要使被告能够根据《规约》第5条承担责任，他“参加攻击的动机是无关的，仅仅纯粹出于个人原因也可能实施危害人类罪。”而且，被告不需要在攻击之后分享目的或动机。被告的行为是否针对受到攻击的居民或仅仅针对受害者是无关的。针对平民居民的必须是攻击，而不是被告的行为，而且被告只需要知道他的行为是其中一部分而已。最多，如果他仅仅出于个人原因而实施犯罪，那么，只能推测他不知道自己的行为是该攻击的一部分。

125. 在本案中，审判分庭提到了“塔迪奇”案的上诉判决，即“被告的行为必须是对平民居民所实施的广泛的或有系统的犯罪模式的一个组成部分，而且被告必须知道他的行为符合这种模式。”它随后还说：

被告并不需要获得实施行为背景的所有要件。只要通过自愿接受的职务，故意的承担参加执行这一背景的风险，即为足矣。

而且，虽然本法庭和卢旺达问题国际刑事法庭判例法要求并重申，所实施行为需要与体制上或事实上的政权存在联系，并知道存在这种联系，但并不要求代理人具有支持该政权的意图或作为该政权的中间人采取行为的全部或绝对意图，只要能够证明存在直接或间接的恶意或放任即可。的确，本法庭的审判分庭、卢旺达问题国际刑事法庭以及本上诉分庭都只要求被告“知道”犯罪的政策或计划，这种犯罪的政策或计划本身不一定要求他具有意图或直接的恶意（“……代理人寻求实施禁止的行为，这种行为要么是他的目的，或者至少是实现他的目的的手段”）。也可能是间接的恶意（“代理人并不故意追求结果的发生，但

知道将发生这种结果”)或者放任(“行为人预见结果极有可能发生”)。换句话说,知道还可以包括“明知风险,但希望风险不造成伤害的人”的行为。

因此,危害人类罪所具有的犯罪意图并不要求代理人具有意识形态、政策或计划,以此名义实施大规模犯罪,也不要求他是否予以支持。只要他知道承担参与实施该种意识形态、政策或者计划的风险就足够了。这尤其是指例如,必须证明:

- 被告自愿同意履行他正在从事的职责;
- 这些职责导致他和作为犯罪根源的确定意识形态、政策或计划的政治、军事或平民当局进行合作;
- 他接到关于意识形态、政策或计划的命令;以及最后
- 他通过故意行为或仅仅通过拒绝采取必要的防止犯罪实施的措施对实施犯罪作出贡献。

126.就适用于危害人类罪的犯罪意图来说,本上诉分庭将重申自己的判例法,即被告必须知道存在对平民居民的攻击,而且还必须知道他的行为是这种攻击的一部分。审判分庭说,“只要他自己愿意承担参与实施意识形态、政策或计划的风险就足够了”,这并没有正确说出危害人类罪的犯罪意图。而且,就像上面所说的,对于计划或政策并不存在法律要求,在这个方面,审判分庭的说法是令人误解的。本上诉分庭还认为,关于被告是否知道的证据取决于特定案件的事实,因此,这项法律要件可以得到证明的方式取决于个案。因此,本上诉分庭拒绝给出一系列如果能够得到证明就会确立起被告具有必要的明知的证据的内容。[……]

128.基于上述原因,本上诉分庭断定,审判分庭所说的危害人类罪的犯罪意图是错误的。[……]

七、据称要求上诉人对阿赫米契地区实施的犯罪承担责任是错误的

304.审判分庭认定,上诉人必须对下令对阿赫米契及其毗邻的尚蒂契、皮里契和纳迪奥契村进行的军事攻击承担责任。该军事攻击导致针对穆斯林平民居民实施下列犯罪:(一)迫害(第1项指控);(二)非法攻击平民和民用物体(第3—4项指控);(三)故意杀害(第5—10项指控);(四)摧毁和劫掠波斯尼亚穆斯林居住区、建筑物、商业财产、私人财产和牲口(第11—13项指控);(五)摧毁专用于宗教或教育的机构(第14项指控);[……]

(一) 上诉人根据《规约》第7条第1款所承担的责任 [……]

2. 上诉分庭的发现

324. 审判分庭根据《规约》第7条第1款判决上诉人犯有攻击穆斯林平民居民的犯罪，并且这种犯罪是通过下令维特斯卡旅 (Viteska Brigade)、尼克拉·苏比奇 (Nicola Subic)、兹林斯基旅 (Zrinski Brigade)、第四MP军营 (the 4th MP Battalion)、德佐克里 (王牌军) (the Dzokeri (Jokers))、维特佐维 (Vitezovi) 和多莫布拉尼 (Domobrani) 攻击阿赫米契及其毗邻村庄而实施的。本上诉分庭认为，上诉人根据《规约》第7条第1款被定罪是基于审判分庭认定的下列事实：(一) 攻击是有组织的、并且很高级别的军事等级所计划的，而且是在阿赫米契和临近村庄针对穆斯林平民居民实施的；(二) 军警、王牌军、多莫布拉尼和克族防卫委员会的常规部队（包括维特斯卡旅）参与了战斗，而且攻击时并不存在军事目标；(三) 上诉人在有关期间对维特斯卡旅、多莫布拉尼、第四MP军营和王牌军具有“指挥权威”。

(1) 上诉人发出的命令

325. 检察官的说法是，上诉人向维特斯卡旅、尼克拉·苏比奇、兹林斯基旅、第四MP军营、王牌军、维特佐维和多莫布拉尼下令攻击阿赫米契地区、摧毁和焚烧穆斯林人的房屋、杀害穆斯林平民、摧毁他们的宗教机构。在审判时作为一项辩护理由，上诉人提交了在1993年3月14日的一份军事情报之后他签发的三项命令，该军事情报表明波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林部队可能对阿赫米契发动攻击，以便切断布索瓦察和维特兹之间的联系。

326. 关于向第四MP军营、维特佐维和克族防卫委员会战区各个旅发出的D267，审判分庭断定，“这份命令所依赖的原因是：防止旨在针对克族防卫委员会采取恐怖性质的战斗行动，以及极端穆斯林武装对该地区克族人所进行的种族清洗。” [……]

329. 审判分庭发现，D269是一份“非常清楚”的攻击命令，而且它是发给维特斯卡旅、第四MP军营、尼克拉·兹林斯基旅和“因为执行攻击的理由而得到承认的”民事警察部队的。审判分庭还发现，该份命令中列明的开始敌对行动的时间和实际开始的攻击时间刚好吻合。

330. 本上诉分庭认为，审判分庭对 D269 命令中所包括指令的解释方式是和该命令的含义相悖的。即使该命令是作为战斗指挥出于防止攻击而发出的，审判分庭断定它仍然是攻击战略的一个组成部分，因为“攻击中并不存在军事目标”，而且无论如何这是一个“攻击的命令”。该命令把军事行为定义为对克鲁斯契察 (Kruscica)、弗兰基斯卡 (Vranjska) 和 D·维塞尔斯卡 (Vecerska) (阿赫米契和附近的村庄并没有特别点到) 这些领土的封锁，而且它是发给维特斯卡旅、特弗尔特克 (Tvrsko) 特别分队的，而不是发给王牌军或军警，它们只是在该命令第 3 条中提到，措辞如下：

在你的前面是第四军营 VP 的部队、在你的后面是你自己的部队、在你的右边是 N·S·兹林斯基分队的部队，在你的左边是民事警察部队。

331. 就像上面提到的，审判分庭认为，既然阿赫米契在战略上并不重要，因此，这次攻击就没有军事目标，就没有必要对上诉人发出 D269 这项命令的原因进行分析。审判分庭断定，没有什么可以用来支持以下观点，即攻击将立即发生可以为发出 D269 命令提供正当依据。本上诉分庭注意到，审判分庭对连接布索瓦察和特拉夫尼克之间公路的战略重要性予以了关注，而且对于据报告的波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队士兵在朝着维特兹集结的事实，它认为“这些士兵正在喝酒这个事实表明这些士兵是在请假，而不是为了到维特兹市去准备投入战斗。”

332. 本上诉分庭认为，审判分庭在其判决中对 D269 的分析严重偏离上诉分庭在评估以后作出的分析。本上诉分庭认为，审判分庭对这点的分析“完全是错误的。”

333. 本上诉分庭认为，在审判中提交的证据并不支持审判分庭作出的结论，即波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林部队并不准备在阿赫米契地区投入战斗。另外，本上诉分庭注意到，在上诉审过程中提交的证据显示，在阿赫米契和附近村庄存在一支穆斯林军队，上诉人有理由相信波斯尼亚和黑塞哥维那打算对阿赫米契—尚蒂契—杜布拉维察轴心区发动攻击。因此，本上诉分庭认为，上诉人发出 D269 在军事上是有合理性的。

334. 本上诉分庭还注意到，根据 1993 年 4 月 16 日在维特兹市实施犯罪的计划性质、规模和方式，审判分庭断定 D269 与阿赫米契地区开始的战斗吻合，而且该命令指令上面提到的所有部队协同攻击，并且实施有关犯罪。本上诉分庭无法在记录中找到能够证明上诉人发出 D269 具有“实施大屠杀明确意图”的证据，也没有找到在阿赫米契地区针对穆斯林平民居民的犯罪是作为对 D269 的反应而实施的证据。

335. 根据审判分庭对D269解释的分析以及审判分庭掌握的有关证据，本上诉分庭认为，并不存在合理事实链条可以断定，发出D269是具有“实施大屠杀明确意图”，或是引起1993年4月16日在阿赫米契地区实施的犯罪的原因。本上诉分庭需要强调指出，上诉审过程中所提交的证据可以确认，发出D269在军事上有正当性。还有证据显示，D269是一项合法命令，是为防止受到攻击而发出的指示，并没有向上面提到的军队发出进行攻击或实施犯罪的指示。[……]

(三) 新证据表明，是上诉人以外的其他人计划和命令在阿赫米契地区实施犯罪[……]

(四) 上诉人是否知道平民会受到伤害的重大可能性[……]

344. 审判分庭断定，由于上诉人知道一些军队参加了对阿赫米契和临近村庄的攻击，而且这些军队中有一些以前曾经参与针对波斯尼亚穆斯林居民犯罪行为的人，因此在下令那些部队于1993年4月16日根据D269发动攻击时，上诉人故意冒着在阿赫米契地区针对穆斯林平民居民及其他的财产实施犯罪的风险。审判分庭认为：

即使对被告是否具有实施大屠杀的明确意图的情况下下令攻击仍然存在疑问，他仍然必须根据《规约》第7条第1款对下令实施犯罪承担责任。……任何下令攻击的人如果知道存在实施犯罪的风险并且冒那种风险的，就说明具有对下令、计划或煽动实施犯罪而承担责任的必要意图程度（过失）[法文本：le dol éventuel]。在本案中，被告知道用来在4月16日实施攻击命令的部队以前曾经犯有许多针对波斯尼亚穆斯林平民的罪行。

345. 本上诉分庭已经阐明了在不存在直接故意的情况下需要根据《规约》第7条第1款为下令犯罪承担责任的犯罪意图。它已经指出，如果一个人知道实施命令过程中存在实施犯罪的重大可能，仍然下令作为或不作为，那么，他就具有根据第7条第1款对下令承担责任必要的犯罪意图。在已经这样知道的情况下发出命令，就必须被视为同意实施该犯罪。审判分庭在对上面提到的认定方面并没有适用这种标准。因此，为了断定上诉人是否需要根据《规约》第7条第1款对下令发生在1993年4月16日在阿赫米契地区的犯罪承担责任，必须适用正确的法律标准。

346. 审判分庭判决书第474段中采纳的证据包括上诉人发出的旨在防止刑事犯罪行为的命令，即禁止进行抢劫、焚烧穆斯林人的房屋以及告诫那些可能从事刑事犯罪行为的士兵的命令。如果对审判分庭所依赖的证据进行分析，就会发现已经采取了具体措施防止犯罪行为的发生，而且一旦

他们得到查明的话，就可以排除犯罪要件。例如，大约在1993年4月16日发生攻击之前一个月，上诉人就下令克族防卫委员会各个旅和独立分队的指挥官查明违法乱纪的情形，并且撤销、逮捕和解除了可能会实施这种犯罪的士兵。

347.本上诉分庭认为，上面提到的命令和报告最多证明上诉人仅仅知道下属有实施犯罪的可能。但是，根据本上诉分庭已经阐明的法理，这并不足以证明上诉人知道在执行D269时具有实施犯罪的重大可能。

348.因此，本上诉分庭并不认为，审判分庭采纳的有关证据以及在上诉审中采纳的新证据可以排除一切合理怀疑地证明上诉人应当根据《规约》第7条第1款为在1993年4月16日在阿赫米契地区下令实施的犯罪承担责任。

(二) 上诉人根据《规约》第7条第3款所承担的责任 [……]

2. 上诉分庭的发现

372.本上诉分庭注意到，审判分庭除了判定上诉人根据《规约》第7条第1款有罪以外，还判定根据《规约》第7条第3款上诉人需要承担上级刑事责任。审判分庭说：

最后，本审判分庭相信布拉什基奇将军发出了产生那些犯罪的命令。无论如何，很清楚的是，他从来没有采取任何合理措施防止犯罪的发生或惩罚那些负有责任的人。[……]

375.本国际法庭的法理已经确立起来的一项原则是，有能力施加有效控制是确立上级责任的必要条件。为达《规约》第7条第3款之目的，上级—下属关系得以确立的最低标准，从防止或惩治犯罪行为的实质能力来说，是对下属施加有效控制。本上诉分庭将审查上诉人是否对阿赫米契地区实施犯罪的军队施加了有效控制。

376.审判分庭发现，上诉人在有关期间对第四MP军营和王牌军具有“指挥权威”。[……]

419.本上诉分庭已经在上诉审过程中采纳了新证据，包括对阿赫米契地区实施的犯罪据称负责的那些人的信息；这些证据表明，上诉人并不知道调查的结果，而且也不知道行为人的姓名。[……]

420.本上诉分庭认为，在审判分庭中得到评估的证据连同在上诉审过程中提出的新证据都表明，上诉人已经在谴责实施犯罪的实质能力方面采取了

合理措施，也证明上诉人曾经要求调查在阿赫米契地区实施的犯罪。他要求莫斯塔尔 (Mostar) 的秘密情报机构进行这种调查，而且他并没有被告知调查的结果，也不知道犯罪实施者的姓名。

421. 基于上述理由以及对《规约》第7条第3款所规定的承担责任条件进行审查之后，本上诉分庭认为，从是否具有防止或惩罚犯罪行为的实质能力来说，上诉人并没有有效控制对1993年4月16日在阿赫米契地区实施犯罪负责的军事部队。因此，并不符合确立指挥官责任的各种构成要件。
422. 基于上诉理由，本上诉分庭认为，根据审判分庭中提交的证据以及在上诉审中提交的新证据，上诉人无需根据《规约》第7条第3款对未能防止1993年4月16日在阿赫米契、尚蒂契、皮里契和纳迪奥契实施的犯罪以及惩罚罪犯承担责任。[……]

十一、关于上诉人对与拘禁有关的犯罪的责任的据称的错误

574. 审判分庭的判决书在称为“与拘禁有关的犯罪”一节中审查了第二份经修正后的指控令第15–20项指控，因为它们都涉及对自由的剥夺。在波斯尼亚中部发生的武装冲突中，克族防卫委员会部队在各个地方拘禁了波斯尼亚的穆斯林，既包括平民也包括战俘。审判分庭发现，在波斯尼亚中部拉斯瓦谷地发生的冲突，尤其是在维特兹发生的冲突中，波斯尼亚的非战斗员穆斯林，包括平民和战俘都遭到了拘禁。审判分庭断定，上诉人知道波斯尼亚穆斯林被拘禁的情况和条件以及他们所受到的待遇，而且“毫无疑问，上诉人（有理由知道正在实施违反国际人道法的行为）”。审判分庭断定，要么根据《规约》第7条第1款，要么根据《规约》第7条第3款，要么根据两者，上诉人都犯有所有《规约》第2条和第3条所规定的关于拘禁的犯罪的各项指控。[……]

(二) 第17项和第18项指控：劫持人质

635. 审判分庭判定上诉人犯有劫持人质罪，首先是为了交换俘虏，其次是为了威慑波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林部队针对克族防卫委员会的军事行动。但是，审判分庭判定这种犯罪的依据是《规约》第7条第1款还是第7条第3款是不清楚的。
636. 上诉人并不否认有人质被劫持，而且也不对这种认定本身作为一项单独的上诉理由提起上诉。相反，上诉人就关于劫持人质罪的辩护是，审判分庭是“极端模糊”的，因为它并没有认定上诉人是否下令实施劫持人

质行为，也没有推定他是否根据《规约》第7条第3款犯有所指控的犯罪。检察官指称，即使审判分庭认为上诉人并没有明确下令进行劫持人质，上诉人实际上是根据《规约》第7条第1款被判犯有劫持人质罪的。

637. 不过，本上诉分庭强调指出，而且审判分庭本身也认定，上诉人并没有下令劫持人质或者使用人质。相反，审判分庭的判决说，上诉人下令保卫维特兹，据此“故意冒许多被拘禁的人可能为此目的被劫持为人质的风险”。本上诉分庭认为，上诉人被判犯有劫持人质罪是根据《规约》第7条第1款进行的，并没有对这些指控根据《规约》第7条第3款进行认定。因此，本上诉分庭不再考察根据第7条第3款所产生的责任问题。

638. 在本案中以及在“科尔迪奇”案 (Kordic) 和“切尔凯兹”案 (Cerkez) 的审判分庭判决中，审判分庭认为劫持人质是严重破坏《日内瓦公约》的行为，也是违反战争法规或惯例的行为。在后面两个案件中，审判分庭是这样说的：

因此，把平民劫持为人质这种犯罪看来是由非法剥夺自由构成的，包括非法限制人身自由这种犯罪……

还有一个要件是……对那些被非法拘禁的平民的身体和精神健康发出有条件的威胁。红十字国际委员会的评注认为，这个附加条件是“延长人质的羁押期限或将其处死的威胁”。在本分庭看来，这种威胁的目的必须是为了实现某个条件而作出的强制措施。

639. 本上诉分庭也认为，劫持人质罪的基本要件是对被拘禁的人进行威胁，以便获得供认或者取得某种优势。如果某人为了迫使第三人采取或不采取某种行为作为释放该人的条件而抓捕或拘禁并且威胁杀害、伤害或继续拘禁另一个人，则可以说存在劫持人质这种情形。《日内瓦公约》共同第3条、《日内瓦第四公约》第34条和第147条以及《第一议定书》第75条第2款第3项禁止劫持人质这种犯罪。[……]

2. 在保卫维特兹时劫持人质

641. 在判决上诉人犯有劫持人质罪时，审判分庭采纳了证人穆耶齐诺维奇 (Mujezinovic) 的证词。证人穆耶齐诺维奇在审判时证明，1993年4月19日，他被叫去和维特兹旅的指挥官切尔凯兹会面。在那次会面中，切尔凯兹指示证人穆耶齐诺维奇与波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队指挥官和波斯尼亚的指挥官联系，告诉他们波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队必须停止对维特兹镇的攻击行动，如果不停止，那么，在维特兹的2233

名穆斯林被拘禁者（明确说明包括妇女和儿童）都将被杀害。还要求证人穆耶齐诺维奇在电视播放中出面重申该种威胁，告诉在斯塔里·维特兹的穆斯林人交出他们的武器。在第二天早晨，他又发出这种威胁。

642. 审判分庭断定，为了防止波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队向维特兹推进，被拘禁的人“受到了死亡的威胁”。上诉人并没有辩称没有发生这些事情。不过，审判分庭进一步断定下列内容，因为切尔凯兹是维特兹旅的指挥官而他是直接受上诉人领导的：

审判分庭断定，虽然布拉什基奇将军并没有下令劫持人质，但作为指挥官他一定已经下令保卫他的司令部所在的该镇。因此，布拉什基奇将军故意冒着许多被拘禁的人可能为此目的而被劫持为人质的风险。[……]

644. 审判分庭自己也发现，上诉人并没有下令利用人质来击退对维特兹的攻击，他只是下令保卫维特兹。不过，审判分庭接下来认定上诉人因此可以对劫持人质行为承担责任。这是有问题的，具体说来，有两个理由。第一，本上诉分庭无法同意审判分庭的观点，即上诉人下达保卫维特兹的命令一定会导致下属从事非法的威胁行为。根据保卫具有军事价值的设施的合法命令，这并不一定说明上诉人就会对下属如何实施该命令的非法挑选行为承担刑事责任。在保卫某个地方的命令和劫持人质之间不一定存在因果关系。

645. 第二，审判分庭作出上述结论，其依据是它发现上诉人“故意冒许多被拘禁的人可能会为此目的被劫持为人质的风险”，因此，他就需要对劫持人质行为承担责任。如前所述，对不存在直接故意的情况下，下令实施《规约》第7条第1款规定之犯罪的犯罪意图，本上诉分庭已经进行了阐明：如果知道执行命令的过程中有实施犯罪的重大可能，从而下令作为或不作为，就具有根据第7条第1款对下令承担责任的必要的犯罪意图。在明知这种情况下仍然下令，就必须被视为同意实施该犯罪。在对劫持人质罪的认定方面，审判分庭并没有适用这种标准。

646. 本上诉分庭认为，审判分庭没有充分证据可以证明上诉人是在明知会发生劫持人质重大可能的情况下下令保卫维特兹的。审判分庭所掌握的证据不足以使审判分庭判定，上诉人在得知克族防卫委员会部队为了保卫维特兹很有可能劫持人质或上诉人知道其他人在这个过程中会发出威胁。本上诉分庭认为，这种证据并不足以可以排除任何合理怀疑地证明他知道在执行其命令的过程中存在实施犯罪的重大可能。因此，必须推翻审判分庭关于劫持人质的认定。根据这些结论，本上诉分庭拒绝审查

单独一位证人证言的可信性，并且允许这项上诉理由。因此，必须推翻上诉人因指控令第17—18项指控而得到的定罪。

(三) 第19项和第20项指控：人体盾牌

647. 审判分庭发现，上诉人为了保卫在维特兹宾馆的司令部，于1993年4月20日下令利用被拘禁的人作为人体盾牌。本上诉分庭发现，并没有根据《规约》第7条第3款作出这项指控的认定，因此本上诉分庭将不会审查对这个问题的责任。

648. 审判分庭还发现，为了防止波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队对克族防卫委员会据点发动攻击，被拘禁的人在1993年1月或2月被用作人体盾牌。不过，关于1993年1月或2月把被拘禁的人用作人体盾牌，审判分庭并没有确定上诉人的刑事责任，因此，本上诉分庭将不再审查这一点。另一方面，关于1993年4月19日和20日的使用人体盾牌事件，审判分庭发现检察官并没有能够排除任何合理怀疑地证明在杜布拉维察学校和维特兹文化中心（不包括维特兹宾馆），被拘禁的人被作为人体盾牌以免受攻击。审判分庭的判决对在那些地方针对被拘禁的人的行为没有定罪，由于检察官没有对这一点提起上诉，因此，本上诉法庭就无法对这些指控进行审查。

649. 不过，审判分庭的确发现，在1993年4月20日，加契切 (Gacice) 村的村民被用作人体盾牌，以便保护在维特兹宾馆的克族防卫委员会司令部，这“给有关人员带来了相当大的精神痛苦”。在判定上诉人犯有第19项和第20项所指控的犯罪时，审判分庭的推理是这样的：第一，(247名) 被拘禁的人被拘禁在上诉人的司令部之前有两个半小时到三个小时时间；第二，上诉人在那天下午的大多数时间一直待在该建筑物内；第三，1993年4月20日，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队开始了上诉人知道的攻击行为。“因此，审判分庭相信在1993年4月20日，布拉什基奇将军下令把加契切村的村民作为人体盾牌，以便保卫他的司令部，这是可以排除合理怀疑的。” [……]

652. 本上诉分庭注意到，《日内瓦第三公约》第23条是这样规定的：

无论何时不得将战俘送赴或拘留于战斗地带炮火所及之地，亦不得利用彼等安置于某点或某地区以使该处免受军事攻击。

它还审查了《日内瓦第四公约》第28条的内容，即“对于被保护人不得利用其安置于某点或某地区以使该处免受军事攻击。”该公约第83条

还规定，“拘留国不得将拘禁处所设立于特别冒战争危险之区域。”而且，《第一议定书》第51条关于国际性武装冲突中对平民居民的保护，是如下规定的：

平民居民或平民个人的存在或移动不应用于使某些地点或地区免于军事行动，特别是不应用以企图掩护军事目标不受攻击，或掩护、便利或阻碍军事行动。冲突各方不应指使平民居民或平民个人移动，以便企图掩护军事目标不受攻击，或掩护军事行动。

653. 因此，使用战俘或被拘禁的平民作为人体盾牌是受到《日内瓦公约》禁止的，而且如果符合其他条件，也分别构成《规约》第2条和第3条中所规定的不人道或残忍待遇。

654. 审判分庭判定上诉人犯有命令使用被拘禁的人作为人体盾牌的罪行。这个判决一部分是建立在据称的对维特兹宾馆进行炮击以及需要保护克族防卫委员会司令部免受炮击的基础之上的。还有证明表明，在几天以前以及在1993年4月20日，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林部队对该地点进行了炮击。虽然有证明表明4月20日的攻击并没有像前几天的攻击那么厉害，但是，与上诉人的辩称相反，维特兹宾馆在4月20日是否实际上遭到攻击并不是确立被拘禁的人被非法用来作为人体盾牌预防这种炮击所必需的条件。把受保护的被拘禁者作为人体盾牌使用属于违反《日内瓦公约》的行为，无论那些人体盾牌是否实际上受到攻击或伤害。的确，禁止的目的是为了保护被拘禁的人免受伤害的危险，而不是伤害本身。从审判分庭考察1993年4月20日对维特兹的攻击强度来看，那种考察对于分析是否违反《日内瓦公约》的条款是肤浅的，但对于分析使用受保护的被拘禁者作为人体盾牌是否属于《规约》第2条中的不人道待遇来说则是有关的。[……]

656. [……] 证人赫鲁斯蒂奇（Hrustic）在被问及她认为自己被用作人体盾牌，以及她和其他的被拘禁人被拉到维特兹宾馆周围是被用作人体盾牌，是否是因为有士兵那样对她说时 [……]，她说：

让我告诉你，当我们同孩子和男人一起被拉来的时刻，我们知道村子中有人死亡，知道其他村子中发生的一些情况，看到火焰和炮击以及其他任何事情，知道以及士兵们对我们说的话，他们说：“你们在那里坐一段时间，让你们的人现在炮击你们，因为他们已经在炮击我们”，而且还知道这个宾馆此前长期以来是一个军事基地，我们本来可以预料到炮击的。从那个时刻开始，我就开始相信我们被带到那里是被用作人体盾牌的，因为在宾馆里面没有很多克族的士兵，随后我们被带回。从那个时刻开始，我就不再关心我是否会死在那里或其他地方了。[……]

658. 为了断定上诉人是否下令使用人体盾牌，本上诉分庭也认为，被拘禁的人被拘禁在兹宾馆前（该宾馆在前几天受到炮击）长达近三个小时。不过，作为情形证据来说，上诉人在那天下午的大多数时间内出现在维持兹宾馆里并没有多少价值。对于本上诉分庭来说，问题仍然是审查审判分庭的裁决是否形成了合理的事实链条。
659. 本上诉分庭断定，审判分庭认为，上诉人应当对发出将被拘禁的平民用作人体盾牌的命令承担责任。虽然这种认定并没有影响判决，但审判分庭的推理是错误的。从提交至审判分庭的证据来看，无法证明上诉人曾下令将被拘禁的人用作人体盾牌。相反，审判分庭推断，上诉人下令将加契切村的平民用作人体盾牌实际上是因为被指称利用被拘禁的人保护的设施中有他的司令部，而且因为该司令部离那个地方很近。虽然被拘禁的人在特殊场合被用作人体盾牌来，但并不能从这个事实（这是一个本来可以得出的合理的事实链条）中必然推断上诉人肯定发出了这样的命令。
660. 不过，根据第7条第1款判定的罪并不仅限于发出命令这种积极行为。本上诉分庭注意到，第二份修正后的指控令指控上诉人犯有计划、煽动、下令或类协助并教唆计划、准备或执行针对波斯尼亚穆斯林的非法的和无人道待遇的罪行。因此，除指控上诉人犯有下令这种积极行为以外，第二份修正后的指控令还非常公正地指控上诉人实施了《规约》第7条第1款规定的其他形式的参与行为。尤其是，第二份修正后的指控令明确指出根据《规约》第7条第1款应当对不作为所承担的刑事责任。
[……]
662. 在缺乏证明上诉人有积极下令将被拘禁的人用作人体盾牌以保护维持兹宾馆证据的情况下，经过上面对第二份修正后的指控令进行分析之后，本上诉分庭现在将审查上诉人应当对使用人体盾牌来承担责任是否可以是一种不作为。
663. 虽然承担刑事责任一般要求实施积极行为，但这并不是一项绝对条件。就像没有惩罚下属的指挥官也需要承担责任一样，即使指挥官自己并没有采取积极行为（即所谓的指挥官责任理论），也需要承担责任。要求具有积极行为这项一般规则还有一个例外，那就是对根据第7条第1款因不作为而实施的犯罪，强加了一项法律义务，即作为指挥官，必须照顾受其下属控制的人员。在没有积极行为的情况下，根据《规约》第7条第1款的规定，故意不履行这种义务也可能产生刑事责任。

664. 根据《规约》第7条第1款所承担的责任模式和根据《规约》第7条第3款所承担的责任模式之间存在区别。区别的因素尤其可以从上级对下属参与的犯罪所施加的具体影响程度中看出来：如果犯罪已经变得更加具体或正在发生，而上级故意不去防止犯罪的发生，那么，上级也可以根据《规约》第7条第1款承担责任。[……]
666. 要使根据第2条对不作为承担责任，上诉人必须已经知道把被拘禁的人用作人质。审判分庭断定，上诉人已经知道被拘禁的人正在他的司令部的外面，而且正在被用作人体盾牌。审判分庭作出上述结论所采纳的证据是：1993年4月20日维特兹和维特兹宾馆受到炮击；1993年4月20日，有247名来自加契切村的穆斯林男人、妇女和儿童在克族防卫委员会对他们的村庄进行攻击以后被带到维特兹宾馆前面一块地方；男人被带到其他地方；其中有一位士兵对他们当中的一些人说他们必须坐在那里等待波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林部队的炮击；被拘禁的人受到维特兹宾馆内的士兵的监视；任何人如果移动都将被枪杀；被拘禁的人大约在两个半到三个小时后被带回他们自己的村庄（男人除外）。审判分庭还采纳了下列证据：在维特兹宾馆里面以及周围有许多克族防卫委员会的士兵，该宾馆有玻璃墙体；其中一位克族防卫委员会士兵在维特兹宾馆前告诉一位被拘禁的人他将告诉“指挥官”；上诉人手下对本次行动负责的一位军官暗地里承认被拘禁的人处在危险境地。虽然上诉人在那天下午绝大多数时间都在维特兹宾馆的司令部内，但他说不知道外面的情况。本上诉分庭断定，审判分庭认定，完全可以通过合理的事实链条证明上诉人知道被拘禁的人正被用作人体盾牌。[……]
670. 本上诉分庭断定，对上诉人所犯根据第19项和第20项利用人体盾牌的定罪在实体上正确的。但是，在不存在能够证明上诉人积极命令使用人体盾牌的证据情况下，上诉人的刑事责任能够确立的恰当方式是就像第二份修正的指控令中指控的第7条第1款所规定的不作为。因此，本上诉分庭判定，不人道待遇罪的各项构成要件都已经得到满足，即没有对因受故意攻击、并不是因附带而产生的受保护之人进行照顾，造成他们严重的精神伤害，以及构成对人的尊严的严重侵犯。因此，上诉人犯有第7条第1款所规定的不人道待遇罪，具体行为是将被拘禁的人作为人体盾牌使用。
671. 本上诉分庭已经在前面考察了第2条（不人道待遇）和第3条（虐待）之间的唯一区别，即：前者的受害者必须是受保护之人，而后者则不需要

这个要件。而且，在前面还对《日内瓦公约》第4条规定的“受保护之人”的定义进行了考察，还对这个概念如何可以扩大适用到种族之间的冲突进行了考察。本上诉分庭认定，作为人体盾牌来使用的被拘禁的波斯尼亚穆斯林是这种区分中的“受保护之人”。对第3条中“虐待”的定罪并不需要第2条所不需要的事实证据；因此，必须驳回根据第20项的指控对第3条的定罪。[……]

十三、判决

基于上诉理由，本上诉分庭[……]

判决上诉人九年的监禁，从本日开始计算[……]。

讨 论

1. (1) 哪些人是《日内瓦第四公约》中的“受保护之人”？哪些平民不是“受保护的平民”？（比较《日内瓦第四公约》第4条和第147条。）
- (2) 分庭用“断定是否存在效忠或承诺”的种族标准来取代国籍标准从而断定“受保护之人”的地位（审判分庭，第128段），这是否是一种不尊重《日内瓦第四公约》第4条的表现？
- (3) （审判分庭，第134—146段）就前南斯拉夫那种特定的情形来说，采取“公约的目的和宗旨”而放弃字面解释是否可取？这是否更加有利于受害者？在克族防卫委员会发动的攻击情况下，由于波斯尼亚和黑塞哥维那以及克罗地亚正在对一个共同的敌人作战，从而认为波斯尼亚穆斯林不具有“受保护之人”地位这种观点是否符合第4条的目的和宗旨？前南斯拉夫问题国际刑事法庭的解释是否符合罪刑法定原则？
- (4) 作为决定性因素的效忠标准是否仅仅适用于前南斯拉夫的情形？是否仅仅适用于种族之间的冲突？还是说适用于所有国际性冲突？
- (5) 对于交战方以及需要适用国际人道法的人道行为而言，适用效忠标准是否比适用国籍标准更加容易和实际？如果你是被拘禁的平民，为了获得“受保护之人”能够获得的待遇，你是否会向拘禁你的当局说你并没有对它效忠？
2. 什么是战争法规或惯例？在违反战争法规或惯例（《规约》第3条）和严重破坏行为（《规约》第2条）之间有什么区别？
3. (1) （审判分庭，第152段）要使某个行为构成严重破坏行为，它是否必须是故意的？过失是不是也可以？《日内瓦公约》和《第一议定书》是怎么规定的？（比较4个《日内瓦公约》的分别第50条、第51条、第130条和第147条；《第一议定书》第85条第1款。）《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是怎么规定的？（参见：案

例179，联合国，前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约，[比较C.，《规约》]，第1781页？《国际刑事法院罗马规约》是怎么规定的？（《国际刑事法院罗马规约》第30条（参见：**案例15**，国际刑事法院，第634页））。

- (2) 对于审判分庭判决书第151段至第158段所阐明的所有破坏行为来说，放任或严重的过失足够了吗？即使对于故意杀害来说是否也是那样？
4. (1) (审判分庭，第179段) 为了构成《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条中违反战争法规或惯例的行为，行为是否必须是故意的？对于《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第2项中的战争罪而言是否也是这样？（《国际刑事法院罗马规约》第30条；比较**案例15**，第634页。）
- (2) 对于审判分庭判决书第180段至第187段阐明的所有破坏行为而言，放任或严重的过失是否足够？即使对于谋杀而言是否也是那样？
5. (审判分庭，第152段和第179段) “放任”是否是罗马法－日尔曼法法系意义中的故意或过失的一种形式？
6. (1) (审判分庭，第66－72段) 危害人类罪的构成要件是什么？习惯国际法中的呢？《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是怎么规定的？
- (2) 危害人类罪的其中一个构成要件是否必须是存在武装冲突？是否只有在起诉这种犯罪的行为人的前南斯拉夫问题国际刑事法庭是那样的？如果危害人类罪可以在武装冲突以外的其他情形实施，那么它是否是一种违反国际人道法的行为？是否是违反国际人权法的行为？
- (3) (上诉分庭，第105－116段) 作为危害人类罪的构成要件的“平民居民”这个概念的含义和国际人道法中的概念是否相同？根据国际人道法，如果武装部队或抵抗运动的成员并没有直接参加敌对行动，他们是否是合法的目标？如果是，在什么情况下存在这种人员就会使某块居民失去平民的性质？对平民地位的推定是否适用于刑事审判？
- (4) (上诉分庭，第121－128段) 关于危害人类罪的犯罪意图，审判分庭和上诉分庭之间就哪些观点产生了分歧？
7. 请对审判分庭判决书第384－428段描述的事实和上诉分庭第574－671段所描述的事实就那些属于严重破坏的行为（《规约》第2条）、违反战争法规或惯例的行为（《规约》第3条）或危害人类罪的行为（《规约》第5条）进行分类。所描述的所有行为是否都是《规约》规定的犯罪？某些行为是否同时构成严重破坏的行为和危害人类罪？
8. 如果攻击产生的被害平民的“数量甚至会超过参加敌对行动的士兵数量”（审判分庭，第406段），那么这些受害者是否还可以说是“附带伤亡”或者说违反了比例原则和区分原则？
9. (审判分庭，第402－410段) 根据国际人道法，如果对阿赫米契村的攻击中并不存在军事目标，那么对它进行攻击是否合法？占领它是否合法？（比较《第一议定书》第52条第2款）。

10. (审判分庭, 第416段) 用火焰发射器进行攻击在国际人道法中是否合法? 这种武器是否是1980年《常规武器公约》第三议定书意义中的燃烧武器? 这场冲突的各方是否是该议定书的缔约国? 如果是, 对战斗员使用火焰发射器是否得到了授权? 假如国际人道法禁止使用这种武器, 那么前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否可以对被告因为这种使用而予以惩罚? (参见文件4, 《禁止或限制使用某些常规武器的公约》, 日内瓦, 1980年10月10日, 第575页; 文件6, 《禁止或限制使用燃烧武器的议定书》(1980年公约第三议定书, 第579页)。) 在本案中, 火焰发射器受到禁止、限制或允许是否很重要?
11. 如果在维特兹市只有穆斯林被屠杀和劫掠, 而且只有穆斯林人的房屋和清真寺遭到摧毁, 这种情形是否可以说是种族灭绝? 即使“只有20个左右的村庄”呢(审判分庭, 第750段)? 可不可以把阿赫米契村的“穆斯林居民”(审判分庭, 第425段)看作是“某一个民族、人种、种族或宗教团体”(《规约》第4条)? 审判分庭在对“受保护之人”进行界定的情况下在对受害者的“种族背景”(审判分庭, 第127段)进行审查时是否会让我们得出所有受害者都属于同一个“种族团体”的结论? 如果想要证明存在迫害罪, 还缺少什么要件?
12. (1) (上诉分庭, 第42-64段) 要使指挥官对其他人实施的行为承担责任需要具备哪些条件? 根据上诉分庭的判决, 应当如何解释“有理由知道”这个主观要件的内容? 低于直接故意的犯罪意图标准是否可以适用于《规约》第7条第1款中所规定的命令行为? 是否可以适用于根据《规约》第7条第3款所规定的指挥官责任?
- (2) (上诉分庭, 第324-670段) 如果一位指挥官命令他的部队采取合法行动, 并且知道那些部队可能在该行动期间实施战争罪, 那么他在什么情况下需要对《规约》第7条第1款规定的那些罪行承担责任? 是否需要为《规约》第7条第3款的规定承担责任?
- (3) (上诉分庭, 第647-670段) 根据《规约》第7条第1款, 指挥官是否需要对其下属实施的行为因不作为而承担责任? 在那种责任和根据《规约》第7条第3款而承担的责任之间有什么区别?

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

案 例

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, IT-96-23 and IT-96-23/1, Appeals Chamber, Judgement rendered 12 June 2002;可访问：<http://www.un.org/icty/kunarac/appeal/judgment/index.htm>；脚注只是部分得到复制。]

[注意：关于审判分庭在2001年2月22日作出的判决书，可访问：<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgment/index.htm>。]

[还可以参见**案例179**，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第1781页。]

上诉分庭 [……]

2002年6月12日判决

检察官

诉

德拉戈柳勃·库纳拉茨

拉多米尔·科瓦奇

以及

佐兰·武科维奇

判 决

[……]

在“检察官诉德拉戈柳勃·库纳拉茨、拉多米尔·科瓦奇和佐兰·武科维奇案”中，对第二审判分庭在2001年2月22日作出的审判分庭判决向起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人的国际法庭上诉分庭提起了上诉。

在审查了当事方提交的书面和口头陈请之后，本上诉分庭在此作出本判决书。
[……]

简介 [……]

(三) 本上诉分庭的发现

1. 定罪

32. 本上诉分庭发现，审判分庭在对证据的评估或关于任何上诉理由的判定方面并不存在任何错误[……]。因此，本上诉分庭必须驳回上诉人就对他们的定罪提出的任何上诉理由以及所有上诉的共同理由。

2. 量刑

33. [……]本上诉分庭必须驳回针对上诉人库纳拉茨、武科维奇以及其他上诉人科瓦奇的所有上诉理由，因为审判分庭得出的结论是合理的，而且并不存在错误。[……]

五、关于审判分庭对犯罪定义的上诉理由

(一) 奴役罪的定义(德拉戈柳勃·库纳拉茨和拉多米尔·科瓦奇) [……]

2. 讨论

116. 在对各种渊源进行考察后，审判分庭断定，“在与指控令有关的时期，在习惯国际法中，作为危害人类罪的奴役是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力。”[脚注143—审判分庭判决，第539段]。它发现，“所违反的客观行为是对一人行使任何附属于所有权的任何或一切权力的行为”，而“所必需的犯罪意图是故意实施这种权力”。[脚注144，同上，第540段。]

117. 本上诉分庭同意审判分庭庭长的观点，即1926年的《奴隶制公约》[可访问：<http://www.unhchr.ch>]中的“奴隶制”的传统概念是通常被认为“动产奴隶制”(chattel slavery)，它现在已经发展成包括奴隶制在内的各种现代形式，它们也都是建立在对一人行使附属于所有权的任何或一切权力。在各种形式的现代奴隶制中，受害者并不是更为极端的与“动产奴隶制”有关的所有权的行使对象，而是在所有情形中，由于行使附属于所有权的任何或一切权力，出现了对法律人格的否认；在“动产奴隶制”中，这种否认更加严重，但它们之间的区别仅仅是程度问题。本上诉分庭认为，在据称的犯罪事实的有关时期，这些现代奴隶制形式已经构成习惯国际法中关于危害人类罪的奴役行为。

118. 不过，本上诉分庭认为，法律并不承认“对某个人的所有权”。[脚注147：审判分庭判决，第539段。还可以参见1998年7月17日通过的《国际刑事法院罗马规约》第7条第2款第3项 [比较**案例15**，国际刑事法院。[A., 《规约》。]第634页。]1926年《奴隶制公约》第1条第1款更加小心地规定“对一人行使附属于所有权的任何或一切权力”。那种措辞需要变得更加精确。

119. 本上诉分庭认为，某个现象是否属于奴役形式这个问题取决于审判分庭查明的奴役行为的因素或指数。这些因素包括：“对某人行动的控制、对身体环境的控制、对心理的控制、防止或阻止逃跑所采取的措施、强迫、暴力威胁或胁迫、持续的期间、体现排他主义的声称、受到虐待和辱骂、控制性行为和强迫劳动”。[脚注148：审判分庭判决，第543段。还可以参见审判分庭判决，第542段。]因此，想要列举完现代奴隶制的所有形式是不可能的，因为现代奴隶制形式是对传统概念的逐渐扩大。本判决书只限于要审理的这个案件。在这个方面，本上诉分庭想要提及审判分庭在其判决书第543段发表的观点，它说：

检察官还认为，仅仅有能力购买、出售、交易或继承某个人或其的劳动或服务可以是一个相关因素。本审判分庭认为，仅仅有能力这样做是不够的，实际上发生这种行为也是一个相关因素。

不过，由于审判分庭的判决书在这个方面并不存在争议，因此本上诉分庭认为没有必要对这个争议点进行裁决。

120. 在这些方面，本上诉分庭必须驳回上诉人的观点，即在整个拘禁阶段没有抵抗或没有明确、一贯的同意的阙如，就可以被解释为同意的标志。的确，本上诉分庭并不认为，不存在同意是其中一项犯罪要件，因为在本上诉分庭看来，奴役的基础是指称的所有权；因此，检察官没有必要证明缺乏同意是犯罪的构成要件。不过，从证据的角度来看，对检察官是否已证明关于被告行使了附属于所有权的任何或一切权力的犯罪要件来说，是否存在同意可能是有关的。在这个方面，本上诉分庭认为，从不可能表示同意的情况中，可以推定不存在同意。在本上诉分庭看来，本案中的情况就是这样的。

121. 上诉人辩称，奴役罪的另一项构成要件是要求受害者必须已经被奴役了一段不确定的或者说至少是很长的时间。审判分庭发现，拘禁的期限是需要审查的另一项要件，但它的重要性取决于是否存在奴役的其他要件。[脚注149：[判决书]第542段。]本上诉分庭支持这种观点，认为奴役的期限并不是犯罪的构成要件。问题取决于被告和受害者之间的关系性质。许

多因素可以决定这种性质。其中一个因素是关系的持续时间。本上诉分庭认为，时间期限是否适当取决于每个案件的具体情况。

122.最后，就奴役罪的犯罪意图来说，本上诉分庭同意审判分庭的观点，即所必需的犯罪意图是要求故意行使对附属于所有权的权力。[脚注150：同上，第540段。]至于被告是否有打算出于性行为的目的而持续不断地控制很长时间的目的是否无关紧要。

123.除了上面的内容以外，本上诉分庭认为，就本案的情形来说，强调一下审判分庭在“蓬”(Pohl)案中援引的下列一段话是非常合适的：[脚注151：美国诉奥斯瓦尔德·蓬(Oswald Pohl)等人案，1947年11月3日判决，重印于：《纽伦堡军事法庭根据控制理事会第10号法令进行的战争罪犯审判》，第5卷，1997年，始于958页，具体在第970页。]

即使不存在酷刑，也可能存在奴役。如果他们没有被合法程序剥夺自由，即使他们吃得很好、穿得很好并且住的很舒服，他们仍然是奴隶。我们可能排除了所有虐待的证据、忽略了饥饿、殴打和其他野蛮的行为，但是公认的奴隶行为，即强迫从事无法得到补偿的劳动，仍然是存在的。所谓的“慈善的奴隶”是不可能存在的。不自愿的奴役，即使受到各种人道待遇的诱惑，也仍然是奴隶。

这一段就说出了什么叫奴隶制；它对奴役也是适用的。

124.基于上述理由，本上诉分庭认为，审判分庭对奴役罪的定义并不是很宽泛，而是对据称的犯罪实施时的习惯国际法的反映。因此，必须驳回上诉人的观点；不能支持关于奴役罪定义提出的上诉。

(二) 强奸罪的定义 [……]

2. 讨论

127.审判分庭在对本法庭的法理和许多国家的国内法进行广泛审查之后[脚注156：审判分庭判决书，第447—456段。]断定：

在国际法中，强奸罪的客观行为是这样的：在未经受害者同意的情况下，进行性器官的插入，无论多么轻微：(一) 行为人的阴茎或行为人所使用的任何其他物体插入受害者的阴道或肛门；或(二) 行为人的阴茎插入受害者的嘴巴。这里的同意必须是出于受害者自愿意志的真正同意，而这需要根据案件的整个情况进行评估。犯罪意图是，具有插入性器官的这种意图，而且知道它是在未经受害者同意的情况下所实施的。[脚注157：同上，第460段。]

128.本上诉分庭同意审判分庭对强奸罪的定义。不过，本上诉分庭认为，有两点需要强调。第一，它不同意上诉人提出的“遭到抵抗”的条件，在

习惯国际法中并不存在这项条件。上诉人不加掩饰地声称，持续的抵抗是对犯罪实施者的充分通知，即告之他的殷勤是令人厌恶的。这种声称在法律上是错误的，在事实上也是荒唐的。

129. 第二，关于强奸罪定义中暴力的作用问题，本上诉分庭注意到，审判分庭看来是偏离了法庭以前对强奸罪的定义。[脚注158：例如参见：“富伦基亚”案，审判分庭的判决，第185段。[可访问：<http://www.un.org/icty>]在对强奸罪性质的定义中，以前的焦点放在暴力上。根据这种推理，存在暴力或者威胁使用暴力使通过身体暴力进行抵抗变得无效，或者会使情况变得强制性十足，以至于不可能存在同意。]不过，在解释是否存在作为强奸罪前提条件的同意时，审判分庭并没有否认法庭以前的法理，而是试图在暴力和同意之间进行解释。暴力或威胁暴力是说明不可能存在同意的清楚证据，但暴力本身并不是强奸行为的构成要件。[脚注159：审判分庭判决，第458段。]尤其是，审判分庭想要解释的是，“[除了暴力以外]对于受害者来说，还有其他因素可以说明性器官的插入是不同意的或不自愿的”。[脚注160：同上，第438段]如果对暴力或威胁暴力采取狭义解释，那么就会使行为人通过不是利用身体暴力、而是利用胁迫的环境而逃避对方并没有表示同意的性行为的责任。

130. 本上诉分庭注意到，例如，在一些国家的国内法中，采取使用武力或者对受害者使用身体暴力都不是证明存在暴力的必要条件。如果发出“在将来对受害者或任何其他入”进行报复的威胁，只要“存在行为人将实施这种威胁的合理可能性”，就可以说存在暴力的充分证据。[脚注161：1999年《加利福尼亚刑法典》，第九编，第261条第1款第6项。[……]]虽然强调某一方面内容的确会赋予该犯罪一些细微差别，但值得注意的是，在本上诉以及在许多被指控为战争罪或危害人类罪的案件几乎都是胁迫的。也就是说，不可能存在真正的同意。

131. 在德国刑法中有一章标题为“侵害性自主的犯罪 (Crimes Against Sexual Self-Determination)”。其中有一节专门规定，与囚犯和受公共机构监禁的人发生性行为是犯罪行为，而且，是否存在同意并不是该犯罪的一项构成要件。渐渐地，美国各个州和联邦的法律也支持这种一种推理，旨在针对那些根本不构成战争的情形。[……]

132. 在本案中，上诉人在许多情况下都被判决犯有强奸妇女罪。这些妇女被关押在事实上的军事司令部、拘禁中心和作为士兵住所的公寓。作为最恶劣的情形，这些受害者被当作捕获她们的人的合法性猎物。一般说来，妇女受到了一个以上行为人的强奸，而且是以难以想象的定期方式

进行的(那些刚开始企图寻求帮助或抵抗的妇女尤其遭受了野蛮行为的虐待)。这种拘禁就等于是那些如此胁迫以至于不可能存在同意的情形。

133. 总之, 本上诉分庭同意审判分庭的结论, 即在本案中存在的胁迫情形使得上诉人对本案中的性行为不可能存在同意。因此, 必须驳回上诉人提出的关于强奸罪定义的上诉。[……]

七、累积定罪 [……]

(二) 本案定罪 [……]

2. 《规约》第5条内的定罪问题

(1) 强奸和酷刑

179. 本上诉分庭现在开始审查上诉人提出的条款之内的定罪观点。上诉人诉称, 审判分庭判定上诉人犯有《规约》第5条第6款的酷刑罪以及第5条第7款的强奸罪是错误的, 因为法律和事实都不可能合理地被认为规定了不同的犯罪。审判分庭认为, 强奸罪和酷刑罪每一个都有自己独立的构成要件, 这就使同时判决两种犯罪成为可能。[脚注242: 参见审判分庭判决书, 第557段。] 就像前面对强奸罪和酷刑罪的讨论中已经弄清楚的, 本上诉分庭同意上述讨论。累积定罪问题取决于《规约》对不同犯罪的定义, 而且根据法庭的法理, 这种定义被扩大了。酷刑和强奸每一个都在实体上具有不同的构成要件, 而且互相都不规定有对方的构成要件, 这就可以驳回上诉理由。也就是说, 强奸罪的构成要件是插入, 而酷刑罪的构成要件是受到禁止的目的, 这在对方犯罪中都不是构成要件。[……]

181. 在“切莱比契”案的判决中, 审判分庭考察了通过强奸实施酷刑的问题。[脚注245: “切莱比契”案, 审判分庭的判决书, 第475—496段(可访问: <http://www.un.org/icty>)。] 上诉分庭推翻了根据《规约》第3条的定罪, 因为它与《规约》第2条的累积定罪是不恰当的, 但审判分庭对酷刑和强奸的广泛分析仍然有说服力。在对国际机构的法理进行了彻底调查分析之后, 审判分庭断定, 强奸可以构成酷刑。美洲人权委员会和欧洲人权法院都认定, 可以通过强奸来实施酷刑。联合国关于酷刑问题的特别报告员把性侵犯列为酷刑的方式之一。[脚注246: 同上, 第491段。[……]]

182. 要使强奸成为酷刑, 必须同时符合强奸罪和酷刑罪的构成要件。审判分庭在对国际判例法归纳后断定, “如果强奸涉及造成的痛苦达到必要

的严重程度就会使其成为酷刑。”[脚注247：“切莱比契”案，审判分庭判决书，第489段。]经过分析，审判分庭审查了两个主要案件，即美洲人权委员会的“费尔南多和拉克尔·迈卡 (Fernando and Raquel Mejca) 诉秘鲁”案和欧洲人权法院的“艾丁 (Aydin) 诉土耳其”案。[脚注248：Fernando and Raquel Mejca v. Peru, 案件10970, 1996年3月1日的判决, [……]《美洲人权年报》，1996年，第1120页[在《年度报告》1995年，可访问：<http://www.cidh.org>]。以及Aydin v. Turkey, 欧洲人权委员会意见，1996年3月7日，重印于欧洲人权法院，欧洲人权法院，1997-VI, 第1937页，第186段和第189段。]

183.[……]在“切莱比契”案中，审判分庭认为，“我们不能只看身体后果，还应看强奸所产生的心理和社会后果。”[脚注251：“切莱比契”案，审判分庭判决书，第486段。][……]

185.就本案情况而言，本上诉分庭发现，上诉人的诉讼请求完全没有说服力。上诉人的行为不断给受害者带来身体上的痛苦、恐惧、苦恼、不确定性以及羞辱，已经使其行为上升到了酷刑的高度。这些并不是孤立的行为。相反，故意而有协调地进行强奸是肆无忌惮的，而且持续了很长一段时间。受害者的年龄也无法保护她们免受这些行为的侵害。（的确，审判分庭认为有几个受害者的很年轻，这是加重情节。）或是在不安定的休息中被拖下床去忍受残酷的夜晚挑选仪式，或是被拉到在司令部进行拙劣的表演，受害者不断遭到强奸，说明这已经不仅是强奸罪，而且也是《规约》第5条所规定的酷刑罪。就本案的恶劣情形而言，本上诉分庭发现，强奸和酷刑的所有要件都已经得到了满足。本上诉分庭因此必须在这一点上驳回上诉。

(2) 强奸和奴役

186.上诉人还诉称，不可以同时判决库纳拉茨和科瓦奇犯有《规约》第5条第3项中的奴役和第5条第7项中的强奸，但这种诉称同样是站不住脚的。上诉人还迫使被抓的人遭受非常恶劣的家庭奴役式的强奸，这没有使两罪合并。就像上诉分庭已经在审查奴役罪时解释的，即使建立在性剥削基础之上，奴役也是一种不同于强奸的罪行。因此，本上诉分庭必须驳回这种上诉理由。

3. 《规约》第3条 [……]

(2) 《规约》第3条内的定罪问题[……]

194.就像上诉分庭以前分析的，《规约》第3条还禁止严重违反国际人道法的其他行为。在关于管辖权的“塔迪奇”案中，上诉分庭提出了可以使

某个行为属于《规约》第3条管辖范围的四项条件[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。[参见：A.，管辖权，第94段。]第1794页。]

(一) 违反必须是违反国际人道法规则的行为；(二) 该规则在性质上必须是习惯法……；(三) 违反必须是“严重的”，也就是说，必须是破坏一项保护重要价值的规则……；(四) 根据习惯法或条约法，违反该规则必须会让破坏该规则的个人产生个人刑事责任。[……]

强奸是习惯国际法中能产生“个人刑事责任”的“严重战争罪”之一。
[……]

195.为了遵循本法庭的法理，本上诉分庭断定，强奸罪符合这些要件。因此，它是习惯国际法承认的战争罪，而且根据《规约》第3条是必须得到惩罚的。强奸罪在国内法中都被规定为犯罪，在《日内瓦第四公约》和第一以及第二附加议定书中都受到明确禁止，而且在包括欧洲人权委员会和美洲人权委员会在内的国际机构的法理中都承认这种犯罪的严重性。这都可以得出上述结论。[……]

八、指称的事实错误 (德拉戈柳勃·库纳拉茨) [……]

(二) 根据第一项至第四项的定罪

1. FWS-75和D.B.的强奸

(1) 当事方的陈请意见

A. 上诉人 (库纳拉茨) [……]

211.[……]上诉人诉称，审判分庭认为他具备强奸D.B.所必需的犯罪意图，这是错误的。上诉人承认他和D.B.有过性交，但否认D.B.的同意是因为受到了加加 (Gaga) 的威胁，而且强调指出，是D.B.自己首先想和他有性接触，而不是自己首先那样，因为在那个时刻之前，他并没有兴趣与她发生性关系。而且，上诉人诉称，审判分庭仅仅根据一位证人的证词，即当他强奸该妇女时，上诉人曾经告诉他们他们会生出塞族人的婴儿或者说他们应该会“享受被塞族人奸淫的快乐”，就断定他具有在歧视的意图上实施犯罪，这个结论是错误的。

B. 被上诉人 [……]

214.[……]被上诉人回顾了FWS-183发表的证词。她说，当她刚刚被上诉人强奸完之后又被一位士兵强奸时，“……他，即扎加 (Zaga (上诉人)) 说

我将有一个儿子，我不知道将会是谁的，但最重要的是，他将是一个塞族人的婴儿。”被上诉人诉称，这份证据充分说明，审判分庭作出的上诉人出于歧视的目的而实施犯罪的结论是正确的。

(2) 讨论 [……]

218. [……] 证人FWS-183提供了上诉人在涉嫌实施强奸期间所发表言论的证据，审判分庭尤其认为他具有歧视的意图，这种推论是正确的。[……] 本案的特殊情况以及基于种族对受害者的挑选足以支持审判分庭的上述结论。基于这些原因，必须驳回这项上诉理由。[……]

(五) 根据第18至20项的定罪 – 对FWS-186和FWS-191的强奸和奴役

1. 当事方的陈请意见

(1) 上诉人(库纳拉茨) [……]

251. 上诉人否认FWS-191是他的个人财产。他强调指出，FWS-191曾经在审判时说上诉人保护她免受一位喝醉酒的士兵的强奸，该士兵曾经向他塞钱想要强奸她。而且，上诉人辩称，虽然FWS-191被关在位于特尔诺瓦切 (Trnovace) 的房子里，但这与他无关，因为该房子是DP6的房子。他说，FWS-191曾经问DP6自己是否可以待在该房子里，DP6则给她提供安全保护。他还解释说，如果她们离开那个房子，她和FWS-186 “会被其他人强奸”。

(2) 被上诉人 [……]

253. 关于奴役罪，检察官指称，审判分庭已经查明了上诉人对FWS-186行使了所有权的各种作为和不作为，因此符合奴役罪的标准。[……]在检察官看来，审判分庭判定上诉人禁止其他人强奸FWS-191并不存在问题。相反，检察官指称，这个事实恰恰说明存在某种程度的控制和所有权，而这是符合奴役罪的。

2. 讨论 [……]

255. 最后，关于奴役罪，审判分庭发现，在特尔诺瓦切 (Trnovace) 的妇女 “不能随意到她们想去的地方，即使就像 FWS-191 说的那样她们有该房子某个地方的钥匙”。[脚注 337：审判分庭判决书，第 740 段。] 为了得出这个结论，审判分庭认为，“……就像 FWS-191 描述的，这些女孩无处可去，也没

有地方可以躲避德拉戈柳勃·库纳拉茨和 DP6，即使她们想要逃离该房子……”。[脚注 338，同上。]本上诉分庭认为，基于塞族士兵对福卡 (Foca) 市及其居民的全面控制以及受害者的一致证词，就本案的情形来说，审判分庭的判决完全是合理的。基于上诉理由，必须驳回本项上诉。

(六) 结论

基于上述理由，必须驳回上诉人库纳拉茨对事实判决的上诉。

九、据称的事实错误 (拉多米尔·科瓦奇) [……]

(二) 拉多米尔·科瓦奇寓所的条件

1. 当事方的陈请意见

(1) 上诉人 (科瓦奇)

261. 上诉人诉称，审判分庭没有评估 FWS-75，FWS-87，A.S. 和 A.B. 在他的寓所据称遭到的强奸和有辱人格和羞辱的待遇、以及有时候被打耳光和受威胁方式的证据，这是错误的。[……]他还诉称，审判分庭的判决认为他完全无视这些女孩的饮食和卫生以及有时候甚至没有给任何食物，这并没有排除合理怀疑。他坚持说，这些女孩可以进入整个寓所，她们可以看电视和录像，她们可以做饭，还可以和他以及亚戈什·科斯蒂奇 (Jagos Kostic) 一起吃饭，她们也可以去镇上的咖啡馆。

(2) 被上诉人

262. 被上诉人诉称，审判分庭有权根据审判时向它呈递的证据断定 FWS-75、FWS-87、A.S. 和 A.B. 在上诉人的寓所遭到拘禁，而且受到殴打和强奸。[……]

2. 讨论

263. 本上诉分庭注意到，审判分庭对上诉人在审判时提出的辩护意见进行了审查。[脚注362：审判分庭判决书，第151—157段。]而且，审判分庭对上诉人的寓所条件进行了认真审查。[脚注363：同上，第750—752段。]就受害者遭到的待遇来说，[脚注364：同上，第757—759段、第761—765段以及第772—773段。]审判分庭所采纳的证据详细描述了受害者在上诉人寓所遭到的生活方式以及她们身体上遭到的羞辱待遇。本上诉分庭认为，审判分庭的有关判决是经过认真审

查后得出的，因此审判分庭判决所得出的结论是正确的。因此，这项上诉理由明显不能成立，必须予以驳回。[……]

(八) 结论

290. 基于上述理由，必须驳回上诉人科瓦奇提出的关于事实判决的上诉理由。

十二、判决

基于上述理由，

(一) 德拉戈柳勃·库纳拉茨对定罪和量刑提出的上诉

1. 定罪

本上诉分庭：

驳回德拉戈柳勃·库纳拉茨对定罪的上诉 [……]

2. 量刑

本上诉分庭：

驳回德拉戈柳勃·库纳拉茨对量刑提出的上诉；[……]

因此，本上诉分庭维持审判分庭作出的28年有期徒刑的判决。

(二) 拉多米尔·科瓦奇对定罪和量刑提出的上诉

1. 定罪

本上诉分庭：

驳回拉多米尔·科瓦奇对定罪提出的上诉；[……]

2. 量刑

本上诉分庭：

驳回拉多米尔·科瓦奇针对量刑提出的上诉；[……]

因此，本上诉分庭维持审判分庭作出的20年有期徒刑的判决。[……]

本判决以英文和法文两种文字作出，法文文本是权威文本。[……]

讨 论

1. 根据习惯国际法，奴役是否是一种危害人类罪？根据习惯国际人道法呢？除了前南斯拉夫问题国际刑事法庭和国际刑事法院规约之外，这项犯罪是否还规定在其他文件中？（比较《纽伦堡军事法庭宪章》第6条第3项，<http://www.icrc.org/ihl>；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第5条第3项，比较**案例179**，第1781页；《国际刑事法院规约》第7条第1款第3项以及第7条第2款第3项，比较**案例15**，第634页。）
2. (1) 禁止奴隶制是否更是国际人权法上的问题？（比较《公民权利和政治权利国际公约》第8条第1款，比较<http://www.unhchr.ch>）它是否是一项不可克减的人权？
(2) 国际人道法是否禁止奴隶制？（比较《第二议定书》第4条第2款第6项。）
(3) 仅仅只有《第二议定书》明确禁止奴隶制是否意味着在国际性武装冲突中它仍然是合法的？《第二议定书》仅仅只是一种提醒，即奴隶制“在任何时候在任何地方都仍然是禁止的”？（比较《第一议定书》第4条第2款。）
3. 在国际性武装冲突中，国际人道法是否禁止交战一方的人员进行强奸？适用于非国际性武装冲突中的国际人道法呢？（比较《日内瓦公约》共同第3条；4个《日内瓦公约》分别的第50条、第51条、第130条以及第147条；《日内瓦第四公约》第27条第2款；《第一议定书》第76条第1款以及《第二议定书》第4条第2款第5项。）
4. 强奸是否是战争罪？（比较《日内瓦公约》分别第50条、第51条、第130条以及第147条；《第一议定书》第85条。）它是否也是危害人类罪？《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》中把强奸规定为危害人类罪是否是一种创新？今天，关于国际判例法和《国际刑事法院罗马规约》，国际人道法的发展是否可以被视为已成为习惯法的一部分？（比较《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第5条第7项；比较**案例179**，第1781页；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第3条第7项；比较**案例196**，第2138页；《国际刑事法院罗马规约》第7条第1款；比较**案例15**，第634页；还可以参见：**案例200**，卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保尔·阿卡耶苏，第2154页。）如果危害人类罪的条件都符合，强奸是否只能被视为危害人类罪？是危害人类罪中的哪一个行为？如果这些条件不符合，它是否可以被视为战争罪？

案例187，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉加利奇案**案 例**

[资料来源：ICTY, The Prosecutor v. Stanislav Galic, Judgement and opinion, 5 December 2003; IT-96-T, 可访问：<http://www.un.org/icty>]

第一审判分庭
2003年12月5日判决
检察官
诉
斯坦尼斯拉夫·加利奇
判决和意见

一、简介

1. 本国际法庭第一审判分庭（下称“审判分庭”）审理的案件涉及1992年波斯尼亚塞族部队对萨拉热窝进行军事围攻过程中发生的事件。[……]
3. 在萨拉热窝及其周边发生的三年半的武装冲突过程中，[……]斯坦尼斯拉夫·加利奇上将[……]是任期最长的指挥官，其任职期长达近两年，即从1992年10月至1994年8月10日。检察官指控，在这段时间里，他对萨拉热窝平民发动了一场长期的袭击和炮击。[……]

二、可适用的法律 [……]**(一) 适用《规约》第3条的前提条件 [……]**

11. 根据[……]上诉分庭的决定，要使犯罪行为属于《规约》第3条的适用范围，必须符合下列四项条件（“塔迪奇案条件”）：[“塔迪奇案”管辖权]
 - (一) 违反必须是违反国际人道法规则的行为；
 - (二) 该规则在性质上必须是习惯法，或者说，如果是条约法，必须符合下面提到的必要条件；
 - (三) 违反必须是“严重的”，也就是说，必须是破坏一项保护重要价值的规则，而且破坏必须使受害者产生严重的后果。以及
 - (四) 根据习惯法或条约法，违反该规则必须会让破坏该规则的个人产生个人刑事责任。[……]

12. 指控令指控被告犯有违反《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例的行为，其中一项指控是“非法恐吓平民”（第1项指控），两项指控是“攻击平民”（第4项指控和第7项指控），依据分别是1949年日内瓦公约《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条。这些犯罪并没有明确规定在《规约》第3条中。从攻击平民罪开始，审判分庭将决定是否可以通过证明上述“塔迪奇案”中的四个条件已得到满足来根据《规约》第3条进行审判。审判分庭也将对该犯罪的客观和主观要件进行审查，然后，再对恐吓罪依相同程序进行审查。

（二）作为违反战争法规或惯例的攻击平民行为 [……]

2. 塔迪奇案的第一项和第二项条件

16. 指控令第4项指控和第7项指控有明确的国际人道法规则的依据，即《第一议定书》第51条第2款和《第二议定书》第13条第2款。两者都在有关部分规定“平民居民本身以及平民个人，不应成为攻击的对象”。因此，“塔迪奇案”的第一个条件，即违反必须是违反国际人道法规则的行为，已得到满足。
17. 至于“塔迪奇案”的第二个条件，即该规则必须在性质上是习惯法，或者如果是条约法，则有关条件必须符合。检察官指控，冲突各方受到《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条的约束，而它们既是条约法，也是习惯法。[……]
19. 本法庭的法理已经表明，保护平民这项原则已经成为习惯国际法上的一项原则，而且是适用于所有的武装冲突的。因此，上述条款中所体现出来的禁止攻击平民反映了习惯国际法。
20. 而且，就像下面要解释的，这项原则已经通过公约的方式对各方生效。[……]
22. 本审判分庭认为没有必要对发生在萨拉热窝及其周围的武装冲突进行定性。它注意到，战争各方已经在红十字国际委员会主持之下签订了一些协定。第一项协定在5月22日签订[参见**案例173**，[比较B.]，第1752页]。根据该协定规定，各方承诺保护平民居民免受敌对行为的影响，而且尊重禁止攻击平民居民这项原则。关于敌对行动，它们同意尤其要尊重《第一议定书》第35条至第42条以及第48条至第58条。[……]

3. “塔迪奇”案的第三项条件 [……]

27. 把平民居民或平民个人作为攻击的对象[……], 导致平民的伤亡, 侵犯了国际人道法的核心原则, 毫无疑问, 这是对《第一议定书》第51条第2款的有关部分所规定的规则的严重违反。这甚至可以说是对《第一议定书》的严重破坏。对于受害者来说, 这产生了严重后果。因此, 本审判分庭认为“塔迪奇”案的第三项条件已经得到满足。

4. “塔迪奇”案的第四项条件

28. “塔迪奇”案的第四项条件是, 根据习惯法或条约法, 违反该规则必须会让破坏该规则的个人产生刑事责任。

29. 上诉分庭已经断定, “习惯国际法规定严重违反共同第3条的行为将产生刑事责任, 这得到了关于保护国内武装冲突中受害者的其他一般原则和规则的补充, 破坏关于内部冲突的作战手段和方式的某些基本原则和规则也将产生刑事责任。”它还明确承认, 习惯国际法规定违反禁止攻击平民原则将产生个人刑事责任。

30. 应当指出, 从上面提到的事实可以看出, 《第一议定书》有意把违反《第一议定书》第51条第2款的行为规定为犯罪, 即根据该议定书第85条第3款第1项的规定, 攻击平民是严重破坏该议定书的行为。本审判分庭还指出, “关于人道问题的行动方案”[即各方在1992年8月27日的伦敦会议上签署的内容相同的单方面声明]承认那些实施或下令实施严重破坏行为的人应当承担个人责任。

31. 而且, 国内刑法典已经把违反平民免受攻击这项原则的行为规定为战争罪。根据1990年的《南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法典》第142条的规定, 这种战争罪是应当受到惩罚的。在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国, 根据1992年4月11日的法令, 它也是应当受到惩罚的。国内军事手册也一致对违反这项原则的行为进行制裁。[……]

5. 客观和主观要件 [……]

(2) 讨论 [……]

42. [……]在“布拉什基奇”案中[参见: **案例185**, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉布拉什基奇, 第1921页。]关于客观行为, 审判分庭指出, “攻击必须对平民居民造成死亡以及(或者)严重的身体伤害, 或者对平民财产造成损

害。[……] 如果不存在军事必要，攻击平民或平民财产是一种犯罪。”关于犯罪意图，它指出，“这种攻击必须是在明知或不可能不知道平民或平民财产正在受到攻击的情况下故意进行的，而且不存在军事必要性。”[……]

44. 不过，本审判分庭认为，《第一议定书》第51条第2款第一部分规定的受禁止的行为并不足以被描述为在“没有军事必要的情况下攻击平民”。该条款明确规定平民和平民居民本身不应成为攻击的目标。它并没有规定有任何例外。尤其是，它并没有规定可以通过援引军事必要来减损这项规则。[……]
47. [……]根据《第一议定书》第50条的规定，“平民是指不属于《日内瓦第三公约》第四条（子）款第一项、第二项、第三项和第六项及本议定书第四十三条所指各类人中任何一类的人”。就保护武装冲突中的受害者而言，“平民”这个术语是被消极定义的，即任何不是武装部队或者属于冲突一方的有组织的军事团体的成员都是平民。在每一个具体的案件中，确定某个人是否具有平民的地位是个证据问题。
48. 当平民个人直接参加敌对行动时，在那个时候，《第一议定书》第51条所赋予的免受攻击的保护就没有了。“直接”参加敌对行动是指那些根据行为的性质或目的，很有可能对敌方武装部队的人员或物资产生实质损害的战争行为。[……]
50. 在居民中存在个别战斗员并不改变它的平民性质。为了促进对平民的保护，战斗员有义务在任何时候把他们自己与平民居民区分开来。一般的做法是，他们应当穿制服，或者至少应当携带明显的区别标志，并且公开携带武器。在某些情况下，要在居民当中查明某些人员的地位是很困难的。在判断他或她是否是平民时，这个人的穿着、行为、年龄或性别都是可以考虑的因素。如果对他或她的真实地位有所怀疑，那么，该人应当被视为平民。《对第一附加议定书的评注》解释说，需要推定具有平民地位的人是指“那些没有实施敌对行为，但从有关情况来看他们的地位看起来存在问题的人员。在没有提供进一步情报之前，应当把他们视为平民，因此，不能对他们发动进攻。”审判分庭的理解是，如果不能合理相信，从企图攻击的人员情况，包括已经得到的情报来看，潜在的目标是战斗员时，就不应当把这个人作为攻击的目标。

51. 就像上面提到的，根据区分原则和保护平民居民原则，只有军事目标才可以受到合法攻击。《第一议定书》第52条规定的军事目标的定义是广为接受的[……]。
53. 根据上面的讨论，审判分庭认为，第51条第2款第一部分所规定的受禁止的行为是对没有参加敌对行动的平民居民和平民个人发动的（《第一议定书》第49条所定义的那种）攻击。
54. 本审判分庭现在审查导致死亡或对身体或健康造成严重损害的攻击平民罪的主观要件。《第一议定书》第85条对适用第51条第2款第一部分所必需的意图进行了解释。它明确将那些故意“使平民居民或平民个人成为攻击目标”的行为规定为严重破坏的行为。对《第一议定书》第85条的评注对“故意”这个词是这样解释的：

故意：被告必须有意识地和有意图地行为，即他的头脑中应当意识到他的行为及其产生的后果，而且愿意那样做（“犯罪意图”或“恶意想法”）；这包括“不法意图”或者“放任”，即某人在不确定行为后果的情况下预见到行为发生的可能性；另一方面，不包括那些一般的过失或无法预见的行为，即不知道行为或行为后果的情况下所实施的行为。

本审判分庭同意这种解释。根据这种解释，“故意”这个概念包括放任这个概念，不包括过失。行为人在放任的情况下攻击平民就是“故意”。

55. 要证明存在《第一议定书》中规定的犯罪意图，检察官必须证明行为人知道或应当知道受到攻击的人具有平民地位。在对某个人是否具有平民地位存在疑问的情况下，这个人应当被视为平民。不过，在这种情况下，检察官必须证明，在某个特定情况下，一个理性的人是不可能认为受到攻击的人就是战斗员的。
56. 总而言之，本审判分庭认为，攻击平民罪所必需的构成要件是所有属于《规约》第3条中犯罪共有的构成要件，而且还必须具备下列特殊要件：
- (一) 针对不直接参加敌对行为的平民居民或平民个人的暴力行为，该暴力行为造成平民居民死亡或对身体或健康造成严重伤害；
 - (二) 行为人故意使不直接参加敌对行动的平民居民或平民个人成为暴力行为的对象。
57. [……]本审判分庭同意以前的审判分庭的意见，即不分皂白的攻击，即那些在平民或民用物体和军事目标之间不作区分的攻击，是对平民的攻

击。它注意到,《第一议定书》明确禁止不分皂白的攻击。这种禁止早就受到习惯法的禁止,适用于所有武装冲突。

58. 违反比例原则的攻击是不分皂白的攻击的一个种类。区分原则的实际适用要求计划或发动攻击的那些人采取一切预防措施核实受到攻击的目标既不是平民、也不是民用物体,以便尽可能使平民免受伤害。一旦确定是军事性质的目标,指挥官必须决定打击该目标是否“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分”。如果预计将产生这样的伤亡,就不应当进行攻击。攻击一方在考虑攻击的比例性时必须遵守尽可能使平民和民用物体免受损害这项基本义务。在决定攻击是否符合比例原则时,有必要审查作为一个充分得到情报的理性人在实际行为人的情况下、在合理使用其所知情报的情况下,是否本来可以预见到攻击所可能带来的过分伤亡。[……]
60. 本审判分庭认为,从某些明显不成比例的攻击中可以推断出,平民实际上是攻击的目标。这需要在个案的基础上根据证据得出结论。
61. 就像辩护律师辩称的,冲突各方有义务尽最大实际可能把平民从军事目标附近撤离,并且避免把军事目标设在人口密集的居民区或附近。不过,一方没有遵守这种义务的,并不能免除负有义务的攻击一方在发动攻击时遵守区分原则和比例原则。[……]

(三) 作为违反战争法规或惯例的对平民居民的恐怖罪 [……]

3. 讨论 [……]

(1) 初步评论

91. [……]为了解释两个附加议定书的条款以及上面提到的其他条约,多数法官将适用1969年《维也纳条约法公约》第31条第1款,即:“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”。多数法官认为,条约中没有一个字是多余的、毫无意义的或毫无目的的。
92. 多数法官还确认,1966年《公民权利和政治权利国际公约》第15条规定的原则非常重要,即:“任何人的任何行为或不行为,在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者,不得据以认为犯有刑事罪。[……]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”。

93. 这项原则（以“法无明文规定不为罪”著称）的目的是防止某人根据合理相信当时有效的法律在实施时并不是犯罪的行为而受到起诉和惩治。在实践中，这说明“应当严格解释刑法规定”，而且“司法解释者有为了实现目的而善意解读立法者的用词、它的普通和合理含义的高度义务。”[……]

(2) “塔迪奇”案的第一项和第二项条件 [……]

96. 因此，“塔迪奇”案的前两个条件得到了满足。第一项指控的基础是国际人道法的实际规则，即《第一议定书》第51条第2段的第二部分。至于该规则是否对指控令涉及的有关时期适用，该规则至少已经通过5月22日的协定得以生效。该协定不仅援引了第51条第2款的第二部分内容，而且在协定中重申了该项禁止，即：“禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁”。
97. 多数法官强调指出，没有必要宣布有关规则是否也具有习惯法的性质。就像上面指出的，它属于“条约法”。这足以满足上诉分庭在“塔迪奇”案中说的第二项条件。[……]

(4) “塔迪奇”案的第四项条件

113. 多数法官现在开始审查“塔迪奇”案的第四个条件，即根据习惯法或协定法，严重违反禁止恐吓平民居民的规定是否会产生个人刑事责任。尤其是，这里的问题是散布恐怖的意图是否已经在1992年被刑事化了。多数法官重申，它并没有对习惯法是否规定恐吓行为是违反战争法规或惯例的行为发表观点。在下面对这个问题的讨论中，它将从制定法和协定法方面对是否符合“塔迪奇”案的第四个条件进行审查。
114. 就多数法官所掌握的知识来说，第一次判决对平民犯有恐吓罪的是荷兰东印度公司 (N.E.I.) 设在望加锡 (Makassar) 的一个军事法庭在1947年7月作出的。[……]
116. 该东印度公司的法律所列出的战争罪名录是从1919年3月所谓的“责任委员会”建议的战争罪名录经过稍微修改以后复制过来的，该委员会是由巴黎初步和平会议设立的，旨在调查德国人及其盟友在1914—1918年战争期间实施的破坏战争法规和惯例的行为。[……]该委员会所列出

的战争罪名录把对平民的“谋杀和屠杀；有系统的恐怖主义”列入其中(名录中第一个)。[……]

118. 1945年的《澳大利亚战争罪法》提到了“责任委员会”的工作，并在战争罪类型中包括了“有系统的恐怖主义”。

119. 接下来有关禁止散布恐怖的规定是1949年《日内瓦第四公约》的第33条，[……]纯粹根据第33条的规定，生活在没有被对方控制领土之上的平民不受对方可能针对他们实施的“恐吓或者恐怖措施”的保护。

120. 在国际层面，接下来最为重要的发展是《第一议定书》第51条第2款(以及《第二议定书》措辞完全相同的条款)，它们并没有遭到任何反对[……]。[……]

121. 多数法官现在审查与该指控令有关的地区的立法发展。[……]

124. 1992年5月22日的协定在关于“执行”的那条中规定，任何一方“承诺在尤其是得到红十字国际委员会提出的任何违反国际人道法的指控的通知后，立即展开调查、尽责地进行跟踪、采取必要措施停止据称的违反行为或者防止他们重新发生，还应当对那些负责的人根据有效的法律进行惩罚”。显然，各方同意，严重违反国际人道法的行为将作为个人实施的刑事犯罪受到起诉。

125. 到此为止，已审查的发展说明，到5月22日的协定规定第51条第2款第二部分时，它已经在前南斯拉夫地区通过直接或间接援引产生重大影响。[……]

128. 通过另外一种推理也可以得出这种结论。[……]多数法官发现，在制定[第一议定书]第85条的过程中，在外交会议上普遍接受的是，某些违反《第一议定书》第51条第2款的行为已经被刑事化了。[……]

129. 由于据称的违反在1992年已经将受到刑事制裁，无论是国际的还是在包括波斯尼亚和黑塞哥维那在内的前南斯拉夫地区，因此“塔迪奇”案中的第四项条件已经得到了满足。

130. [……]多数法官对法庭是否对其他形式违反该规则的行为具有管辖权发表了意见，例如仅仅只是暴力威胁的形式，或者没有造成伤亡的暴力行为的形式。[……]

133. 总之，指控令所指控的对平民居民的恐吓罪除了必须符合《规约》第3条中的犯罪共有的构成要件以外，而且还必须具备下列特殊要件：

- (一) 针对不直接参加敌对行为的平民居民或平民个人的暴力行为，该暴力行为造成平民居民死亡或对身体或健康造成严重伤害；
- (二) 行为人故意使不直接参加敌对行动的平民居民或平民个人成为暴力行为的对象；
- (三) 实施上述犯罪的首要目的是在平民居民中散布恐怖。

134. 多数法官认为应当驳回当事方的意见，即认为恐吓罪的一个构成要件是造成实际的恐怖。[……]

135. 关于“暴力行为”，它并不包括对战斗员的合法攻击，而仅仅只是对平民的非法攻击。

136. “首要目的”说明了恐吓罪的犯罪意图。可以认为，这把放任 (*dolus eventualis* 或 *recklessness*) 排除在了恐吓罪所具有的特殊的故意状态之外。因此，检察官不仅需要证明被告同意恐怖可能来自非法行为，或者换句话说，他知道将产生恐怖的可能性，而且还必须证明那是他特定故意的结果。恐吓罪是一种意图特定的罪行。

137. [……] 多数法官同意检察官的意见，即“恐怖”是一种“极端的担忧”。外交大会的准备文件并没有说明存在另外一个不同含义。[……]

(三) 数罪指控和定罪 [……]

2. 数罪 [……]

158. 根据上诉分庭的意见，如果“每个有关条款具有不同于其他条款所规定的客观要件（如果某个构成要件要求另外一个犯罪所没有规定的事实证据，该要件就是与另一个犯罪不同的客观要件）”[脚注270：“切莱比契”案，上诉分庭判决，第412段]，可以根据不同的法律条款将同一个犯罪行为定为数罪并进行累积定罪。如果情况并不是每个有关法律规定具有不同的客观要件，那么，只有根据更加具体的规定，即具有其他的构成要件的规定来定罪。[脚注271：“切莱比契”案，上诉分庭判决，第413段。][……]

162. 按照上述标准，不得基于相同行为判定同时犯有恐吓罪和《规约》第3条的攻击平民罪。它们的法律构成要件是相同的，只有一个不同的客观要件，即恐吓罪要求“散布恐怖为首要目的”。这使恐吓罪成为比攻击平民罪更具体的一个犯罪。因此，如果能够证明所有相关要件，只能根据第一项指控进行定罪。

(2) 第3条和第5条：战争罪和危害人类罪的数罪

163. 上诉分庭还认为，可以对同一个行为根据《规约》第3条和第5条确定犯有数罪。因此，可以同时宣布判决犯有针对平民居民的恐吓罪（《规约》第3条）和判决犯有谋杀和不人道行为罪（《规约》第5条）。[……]

(四) 《规约》第7条的责任理论

165. 指控令据称，作为萨拉热窝罗马尼亚兵团 (Romanija Corps) 的指挥官，根据《规约》第7条第1款的规定，加利奇将军需要为计划、煽动、下令、实施或者类似的协助和教唆计划、准备或实施针对萨拉热窝平民居民的炮击和狙击行动承担个人刑事责任。被告据称还需要根据《规约》第7条第3款为下属实施的行为承担个人刑事责任。[……]

1. 《规约》第7条第1款规定的个人责任 [……]

168. 审判分庭将简要审查本国际法庭的判例法，它们对《规约》第7条第1款所规定的个人刑事责任的各种形式要件进行了详细阐述。下面，按照它们在《规约》出现的顺序进行一一考察。“计划”是指一人或多人设计实施犯罪，无论是准备阶段还是实施阶段，而且该犯罪在他人设计的框架内实际得到了实施。“煽动”是指促使他人实施犯罪，而且实际上已经实施。只要能够证明煽动是“促进他人行为的一个明显因素”就足够了，没有必要证明被告的介入是否会影响犯罪的实施。“下令”是指具有某种权威的人利用该种权威指示他人实施犯罪。所下的命令没有必要一定要以某种形式发布。“实施”是指“被告亲身或其他直接参与法庭《规约》规定的犯罪的客观行为”。因此，它“首先指的是罪犯自己亲身实施的犯罪”。“协助和教唆”是指对犯罪的实施作出重大贡献的行为。这些参与犯罪的形式可能是通过积极的行为，也可能是通过应受惩罚的不作为的形式进行。已经指出，“煽动”是指，在指挥官已经创造了下属可以实施犯罪的环境的情况下，不作为就等于煽动。被告辩称，这些判例法是不能适用的。他还辩称，“在所有这些情况中（第7条第1款），一个人必须采取了促进犯罪实施的行为。”

169. 根据多数法官的意见，如果上级的行为对于下属实施犯罪具有积极的效果，而且存在根据第7条第1款承担责任的犯罪意图，上级就需要根据第7条第1款承担责任。根据第7条第3款（参见下面的讨论），下作为属的行为人，其行为并不需要得到支持，或明知上级官员知道有关犯罪行为

为，或明知上级没有对行为进行调查或惩治的意图。更笼统地说，要使上级根据第7条第3款承担责任，在上级和下属之间并不需要存在任何形式的积极贡献或积极鼓励行为，无论是明示的还是默示的，而且下属也不需要知道上级作出的对行为的处理情况。不过，如果上级的行为通过任何形式的积极贡献或消极鼓励（从通过煽动来下令的形式直到通过等同于提供便利的作为或不作为来协助和教唆的形式）来支持下属实施犯罪，而且如果上级的行为存在必要的犯罪意图，那么，上级就可以根据第7条第1款承担责任。在这种情况下，下属通常很有可能知道上级的支持或鼓励，尽管严格说来并不一定如此。[……]

2. 《规约》第7条第3款

173. 本国际法庭的判例法表明，要使某人为他人所实施的犯罪根据《规约》第7条第3款承担责任，必须符合下列三个条件：（一）前者和后者之间存在上级和下属的关系；（二）上级知道或者有理由知道犯罪将要实施或者已经实施；（三）上级没有采取必要的合理措施防止犯罪行为或者惩治行为人。上诉分庭已经指出，要使存在上级和下属的有关关系，必要要求存在有效的控制。如果指挥官“在法律上或者事实上有防止下属实施犯罪或惩治行为人在实施了犯罪之后的权力或权威”，那么，就可以说存在控制关系。上诉分庭强调指出，“如果本身不存在有效控制，尽管法院可以推定看上去存在这种权力导致实际存在控制，但一般说来，具有法律上的权力本身不一定足以确立指挥官责任，除非存在相反的证据。”

174. 当缺少上级实际上知道下属实施犯罪的直接证据时，可以通过情形证据推断存在这种知道。[……]审判分庭也会考虑下列事实，即：对于处在高度专业和正式指挥系统中的指挥官来说，要证明他存在这种知道的证明标准要比那些具有确定的报告和监督体系的没有组织化的结构中的指挥官知道的证明标准要低。

175. 关于上级“有理由知道”下属将要实施或已经实施犯罪，“如果能够证明上级掌握他可以掌握的一些一般情报，这些情报可使其得知下属可能的非法行为，那么，就足以证明他‘有理由知道’。”[……]如果下属以前有过这种行为或具有违法乱纪的记录，那么可能说明需要采取进一步调查。[……]

177. 最后，如果因第7条第1款的责任形式和第7条第3款的责任形式同时得到满足因而可以同时适用，本审判分庭有权选择最适合描述被告刑事责任的那种责任形式。

三、事实和法律判定 [……]

(三) “斯普斯卡共和国”军队针对平民是否实施了狙击和炮击的战役? [……]

208. 在这一点上, 多数法官想要澄清从具体计划的事件向一般战役改变的推理。从上述意义来说, 说24次狙击和5次炮击就等于是“战役”是不合理的。多数法官并不这样认为。虽然持续时间超过两年, 如果有的话, 已经得到证明的全部攻击本身并不能说明有针对平民的令人信服的“广泛的”或“有系统的”狙击和炮击。因此, 需要认真审查是否有证据证明, 据称的有计划的事件并不是孤立的事件, 而是如同检察官声称的, 是一场由狙击和炮击构成的战役。[……]

1. 指控令所指控的期间对萨拉热窝波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制区域内的平民进行狙击和炮击的一般证据

210. 在指控令所指控的期间, 萨拉热窝市受到了大量炮火的攻击。这得到了联合国的报告、以及其他来自联合国的文件的证明。它们对萨拉热窝平民在这些攻击中所遭受的伤亡进行了一般评估。[……]

211. 不过, 被告辩称, 有证据表明, 波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队自己对自己平民进行了攻击, 目的是为了吸引国际社会对它们的同情。检察官也认为, 从审判记录来看, 赞成或属于波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队的人可能攻击了萨拉热窝的穆斯林居民, 不过他指称这种证明并不具有决定性。[……]在联合国保护部队工作的一位加拿大军官证明, [联合国所进行的调查]强烈说明, 穆斯林部队自己的确偶尔炮击自己的平民, 尽管“出于政治原因”, 这些信息并没有被公开, 但这是“大家都知道的”。[……]根据1994年1月至1995年1月负责指挥在波斯尼亚和黑塞哥维那的联合国保护部队的英国将军迈克尔·罗斯 (Michael Rose) 的证词, “非常确定的是, 波斯尼亚政府军不时向塞族人开火, 尤其是在一些政治上很关键的时刻, 以便吸引塞族部队向萨拉热窝开火还击, 然后波斯尼亚政府就可以向世界说明萨拉热窝人民仍然处在苦难之中。”

212. 在其他场合, 来自联合国的情报也把平民伤亡归于“斯普斯卡共和国”的行动, 包括故意发动攻击。根据从1993年7月12日到1994年1月24日指挥联合国在波斯尼亚和黑塞哥维那部队的弗朗西斯·布里凯蒙 (Francis Briquemont) 将军的证词, “毫无疑问, 在‘斯普斯卡共和国’对萨拉热窝的炮击中, 有平民被击中。” [……]

215. 约翰·阿什顿 (John Ashton) 在1992年7月作为摄影师来到萨拉热窝。他还记得, 在他逗留萨拉热窝期间, “主要的事情是, 我所看见的目标是平民目标。我看见许多人在排队领水。这些人尤其受到攻击的。我看见人们试图砍倒树木。我看见狙击手实际上向人们开枪。”莫顿·瓦尔 (Morten Hvaal) 是从1992年9月到1994年8月对该冲突进行报道的挪威记者。他证明说, “如果不是每天的话, 也几乎是每天”都有平民受到攻击。他估计说, 他看见在30分钟时间里, “100个中至少有50”个情况下有平民实际上被小型军火击中。[……]
218. 阿什顿证明说, 当炮击开始时, 有开火者发动了攻击。[……]
219. 救护车也受到了攻击。为了避免受到攻击, 它们有时是在夜间行驶, 而且不开闪光灯, 也不是行驶在主路上。证人AD是一位“斯普斯卡共和国”的士兵。他证明说, 伊里亚斯 (Ilijas) 旅的指挥官在姆拉科沃 (Mrakovo) 向他的迫击炮连下令, 从该市的北面攻击救护车、市场、殡葬场所和墓地。
220. 瓦尔证明, 在指控令指控的期间, 他一个星期要参加好几次葬礼, 看见波斯尼亚塞族军队仍在炮击他们。[……]
221. 根据联合国军事人员的说法, 波斯尼亚塞族部队还故意攻击有轨电车。[……]
222. 波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的萨拉热窝地区, 平民们甚至把基本的生存活动推迟到能见度受到削减的时间段, 例如大雾天气或夜间, 因为在其他时间段, 他们将受到攻击。[……]

2. 对波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的萨拉热窝城市地区的平民进行狙击和炮击

(1) 格尔巴维察 (Grbavica) 的普通地区 [……]

A. 有计划的狙击事件五

247. 米拉达·哈里里 (Milada Halili) 和丈夫萨布利·哈里里 (Sabri Halili) 证明说, 1993年6月27日上午, 大约中午时间, 他们正和米拉达的母亲阿尔马萨·科霍季奇 (Almasa Konjhodzic) 走着去PTT大厦。[……]米拉达·哈里里走在前面一点, 试图穿越一堆箱子组成的障碍物后面的十字路口, 这些箱子是为了挡住来自格尔巴维察方向的射击的。由于被射击吓坏了, 阿尔马萨·科霍季奇失去了平衡, 她摔倒了。萨布利·哈里里把她扶起来后

继续前行。他们走了大约十分钟，这时阿尔马萨·科霍季奇被子弹击中。萨布利·哈里里看到他岳母后面有一摊血。受害者被送往医院，但因伤不治而亡。

248. 本审判分庭同意证人们对所遇到的事件的描述，并且认为受害者是一位平民。受害者穿着平民服装。虽然萨布利·哈里里是波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队的成员，但那天他并没有在岗，也没有穿着制服或携带武器。[……]
253. 因此，多数法官认为，阿尔马萨·科霍季奇是作为平民在受到来自格尔巴维察斯“普斯卡共和国”控制地区枪火的故意攻击而身亡的。[……]

B. 有计划的狙击事件六

352. 萨迪哈·萨西诺维奇 (Sadiha Sahinovic) 证明说，1993年7月11日，大约下午2点或3点，她去她朋友姆尼拉·扎梅蒂察 (Munira Zametica) 那里，准备一起去多布里尼亚 (Dobrinja) 河取水。那天整天有狙击手在发动狙击。萨西诺维奇解释说，她和扎梅蒂察在河流流经的一座桥下找到了一个避难场所，那里已经有六、七个人躲着。他们都不敢走到河岸，直到扎梅蒂察不再犹豫了，她走向了河岸。当她正在向水桶舀水时被子弹击中。对于萨西诺维奇和受害者16岁的女儿瓦希达·扎梅蒂察 (Vahida Zametica) 来说，这太危险了。虽然被告知离开桥下是很危险的，但她女儿一定要前去帮她。受害者脸朝下浮在河中，鲜血从她的嘴中流了出来。瓦希达听到射击还在继续，而且看到子弹击中她母亲旁边的水面。路过该桥的波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队士兵看到了发生的一切，然后在沙袋背后的桥梁上构筑阵地，并向东正教教堂的方向开火。受害者被拉出水面并被送往医院。但是，她在那天黄昏时分死亡。
353. 被告辩称，受害者不可能被从“斯普斯卡共和国军队”阵地发出的子弹击中，因为无法从那里看到多布里尼亚河或受害者。被告还辩称，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队士兵在桥上构筑了阵地，当事件发生时战斗正在进行，受害者是被偏离的子弹击中的。
354. 萨西诺维奇证明说，子弹针对的是受害者，是来自多布里尼亚的东正教教堂的。就像受害者的女儿一样，她表示，指向河流方向的射击总是来自东正教教堂。这既与那些来取水的人避难的桥的一侧相吻合，也与持续的枪火可以防止在场的人将受害者从河岸转移走的观点相一致。一些

证人的说法确认，“斯普斯卡共和国”开火的阵地在东正教教堂上以及附近的高层建筑物。[……]

355. 被告还辩称，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队士兵那时在桥上构筑阵地，并且受害者是在战斗中被偏离的子弹击中的，本审判分庭必须驳回这种意见。有确切证据表明，在事件发生之后，有波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队的士兵通过，只有在那时才朝着东正教教堂的方向开火还击。在本案中，受害者是在这个地方从事平民日常从事的行为，即取水，而且她的平民服装说明受害者具有平民身份。在距离1100米的地方，如果行为人的装备良好，或即便没有光学设备或双筒望远镜，按当时的情况也是能够看到扎梅蒂察（一位48岁的平民妇女）的平民样子的，但案件却是，被告罔顾受害者是平民的可能性，因此，可以说存在放任。而且，行为人不断朝受害者开枪，试图阻止救援人员接近她。审判分庭断定，行为人故意攻击平民。虽然在1100米之外击中目标的可能性很小，但仅仅这个事实无法改变上述结论。被告还辩称，在没有具体法医医疗意见的情况下应当对造成死亡的原因表示怀疑。本审判分庭必须驳回这种辩护意见。事件的过程足以证明，扎梅蒂察的死亡是对她直接开枪造成的后果。

356. 审判分庭发现，姆尼拉·扎梅蒂察作为一位平民，是被来自“斯普斯卡共和国”控制领土上的枪火故意击中的。[……]

F. 有计划的炮击事件一

372. 1993年6月1日，多布里尼亚的一些居民决定在多布里尼亚III B社区组织一场足球锦标赛。那天天气晴朗。由于知道组织这种活动存在危险，因此，居民们决定寻找一个安全的地方来举行比赛。足球场地可以选在一个停车场的角落，该停车场的三个方面是六层的公寓街区，第四个方面朝向北方的莫耶米洛 (Mojmilo) 山。从萨拉热窝罗姆兵团前线的任何一点都是看不到这个场地的。前往观看比赛的有大约200名观众，主要是妇女和儿童。[……]

373. 锦标赛的第一场比赛在大约上午9点开始，第二场比赛是在一个小时之后开始的。就在10点刚过几分钟，有两颗炮弹在停车场爆炸。伊斯美特·法兹里奇 (Ismet Fazlic) 是民防成员之一，是当时第二场比赛的裁判。[……]

376.[……]多数法官[……]发现,有足够具体和可靠的证据断定,1993年6月1日在多布里尼亚的爆炸杀死了超过十人。爆炸还大约造成100人受伤。这是可以排除任何合理怀疑的。

377.被告辩称,萨拉热窝罗姆兵团部队并没有故意对平民进行炮击。[……]

387.[……]如果萨拉热窝罗姆兵团对居住区的邻居在没有采取实际预防措施核实攻击目标的情况下随意发动两次炮击,那么他们就是对平民区域的非法炮击。多数法官注意到,从审判记录看,并没有证据表明萨拉热窝罗姆兵团得知在停车场区域正在举行的活动。不过,如果萨拉热窝罗姆兵团已经得知存在这种集结,而且得知那里有波斯尼亚和黑塞哥维那共和国穆斯林军队的士兵,并且有意攻击这些士兵,那么,这种攻击就是非法的。虽然活动现场有为数不少的士兵,但对大约2000人的人群发动攻击,其中有许多儿童,显然将造成附带的平民伤亡,而且这种附带伤亡与预期的直接和具体的军事优势相比是过分的。从火力来源和方向来看,考虑多布里尼亚邻居,包括停车场区域不断受到来自萨拉热窝罗姆兵团阵地炮击这些证据,多数法官判定,第一个有计划的炮击事件是萨拉热窝罗姆兵团对平民区域不分皂白的炮击。[……]

B. 有计划的炮击事件五

a. 对事件的描述

438.证人们证实,1994年2月5日,许多人在马克尔(Markale)露天市场购物,突然爆炸震动了该区域。[……]在该区域的居民和路人[……]都作证说,他们听到了一声巨大的爆炸声。爆炸导致在该市场的许多人伤亡。在该市场的人们把受到爆炸影响的受害者送到当地医院。受害者的撤离直到到12点40分才结束。

439.代表当地调查小组对事件展开调查的艾登·苏尔季奇(Edin Suljic)和代表联合国的阿富汗扎尔·尼亚兹(Afzzal Niaz)对医院和摆放爆炸受害者的停尸房进行了访问。他们每人都发现至少超过60人死亡,超过140人受伤。[……]

h. 对攻击的故意性质的结论

494.审判记录的证据表明,如果某个地区已经事先被记录,那么,像马克尔市场这样的地区可以从很遥远的地方被一炮击中。尼亚兹证明说,在马克尔市场事件发生之前的四个月时间里,大约有10到12枚迫击炮弹落

在马克尔市场周围，它们当中大多数都有120毫米的口径，并且来自塞德雷尼克 (Sedrenik) 北面或东北方向。想要对这些攻击进行调查的联合国军事观察员没有被允许进入受到萨拉热窝罗姆兵团控制的该市东北地区。在马克尔市场事件发生之后，哈米尔 (Hamil) 对该市东北地区驻有阵地的萨拉热窝罗姆兵团的代表茨韦特科维奇上校 (Colonel Cvetkovic) 进行了访问。该陆军上校向他证实，在姆尔科维契 (Mrkovici) 和马克尔北面到东北方向开火方向沿线有许多120毫米口径的迫击炮。

495. 多数法官相信，击中马克尔的迫击炮炮弹是故意向该市场发射的。那个市场里有相当多的人。说该市场是一个军事目标是无法令人相信的。向法庭提交的证据涉及该市场内一幢名为“12月22日”的建筑物的地位。该建筑物用来制造警服和军服。不清楚的是，当事件发生时，该建筑物内是否还在制造制服，但无论如何把这种制造工厂的雇员当作合法的目标是不合理的。

496. 总之，多数法官认为，1994年2月5日对马克尔市场用120毫米口径的迫击炮进行攻击造成60多人死亡、140多人受伤。这次攻击是从萨拉热窝罗姆兵团控制的领土上故意进行的。[……]

4. 对波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的萨拉热窝地区的开火方式

561. 在指控令指控期间，已经注意到了在萨拉热窝一般的开火方式，因为对该市的炮击在1992年和1993年非常猛烈。莫尔 (Mole) 从1992年9月至12月期间担任联合国军事观察员中的高级官员。他证明说，在萨拉热窝度过的三个月时间里，该城市没有一天不受到炮弹影响的。他不断听到小型武器、迫击炮和炮弹的声音。[……]塔克 (Tucker) 是1992年10月至1993年3月莫利龙 (Morillon) 将军的助手，他是英国军官。他补充说：“每天对该城市的不同部分都有随意的炮击。当一方或另一方的攻击继续时，不断有狙击手开枪，而且在外围不时有密集的小型武器和炮兵开火。这正是一个恐怖的情景。”[……]

5. 对波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的萨拉热窝地区的平民狙击和炮击是否是为了散布恐怖？

564. 检察官指称，进行狙击和炮击“战役”的根本原因是为了恐吓萨拉热窝的平民居民。[……]

566. 塔克解释说，确实，“从1992年12月开始，波斯尼亚塞族人这一边想要和平。他们想要全面停火，以便巩固他们已经有效控制的领土。”另

一方，波斯尼亚人无法接受停火，因为这“意味着接受现实”。罗斯也补充说，的确，“加利奇将军领导的军队不再想要战争，而是想要全面停火。”不过，他补充说，波斯尼亚塞族军队“享有军事优势，因此，从政治上说，在那时停止战斗符合他们的利益。”罗斯还补充说，国际社会在接受停火计划问题上还存在一些困难：“国际社会当然存在一种不想要奖励侵略者的想法。”在对证人进行再诘问时，证人不断强调指出，“塞族人从来没有被认为是一味乞求和平的人。他们是侵略者。他们已经占有了萨拉热窝和波斯尼亚的大部分领土。”

567. 这份证据得到审判记录中相当多联合国军事人员其他证据的支持。他们证明说，早在1992年秋天，已经有从萨拉热窝罗姆兵团控制的领土向萨拉热窝市的狙击和炮击。这样做并不存在军事必要，相反，这样做的目的只是为了恐吓生活在波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的萨拉热窝区域的平民居民。[……]

571. 证人Y是1993年上半年驻扎在萨拉热窝的联合国保护部队的士兵。他解释说，在他看来，“他们[萨拉热窝罗姆兵团部队]所追求的目的是让每一位萨拉热窝的居民都感到，没有人可以免受[……]射击，射击不是针对军事目标，而是为了增加这些居民的无助感[……]，其目的是为了压制他们，使他们精神崩溃，说话紧张。”关于狙击，他重申了相同的观点。他说：“这个想法的目的是为了施加心理上的压力，我们认为，他们的目标就是非常平民的目标。”[……]

573. 范·巴尔 (Van Baal) 是1994年期间联合国保护部队的人事首领。他解释说，对萨拉热窝的狙击“是不加任何区分的，对手无寸铁的市民、妇女、儿童进行的不分皂白的狙击。他们在无法预料的地方、在无法预料的时间无法保护和防卫自己。”这使他相信目的是为了制造恐怖。他还特别指出，妇女和儿童是主要的目标。1993年7月到1994年1月联合国在波黑的部队指挥官弗朗西斯·布里凯蒙也有相同的观点。他说，“[战役的]目标基本上是平民的，是为了对居民施加压力。”他还补充说，在许多情况下，要么是根据他自己的经验，要么是根据其他人的经验，萨拉热窝罗姆兵团采取它所称的“准狙击或游戏狙击手”的做法。这种击中目标的策略实际上并不是为了让居民保持中立，而是为了恐吓居民。[……]

6. 在指控令指控期间在萨拉热窝波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制地区被杀或受伤的平民数量

579. 根据塔博 (Tabeau) 提交的报告, 在指控令指控期间在萨拉热窝战斗前线内被杀害的人员数目至少是3798人, 其中有1399人属于平民。在该期间受伤的最小数目为12919人, 其中包括5093位平民。[……]

581. 本审判分庭认为, 塔博报告的主要结论得到审判记录其他证据的支持。[……]

7. 萨拉热窝罗姆兵团部队在萨拉热窝是否存在狙击和炮击的结论 [……]

583. 审判分庭更早的时候指出, 它认为指控令所称的“战役”包括在萨拉热窝地区的军事行动, 该行动涉及对平民广泛或系统的炮击和狙击, 并造成平民伤亡。多数法官相信, 根据下列原因, 这样一个战役是存在的。[……]

593. 根据审判记录中已经接受和权衡的证据, 多数法官发现, 针对平民的攻击是很多的, 但不是一直都是密集到如下程度, 即萨拉热窝罗姆兵团要通过消耗战来赶走甚至消灭平民居民。从军事角度来看, 攻击平民没有任何意义。有时, 这种攻击经常发生得更频繁, 但很清楚的是, 它所传递的信息是, 萨拉热窝平民无人可以在白天或黑夜找到安全场所。证据显示, 萨拉热窝罗姆兵团在整个萨拉热窝市用相同的方式攻击平民, 无论男女老幼, 尤其是在当他们在从事典型的平民行为时, 或者是在平民经常活动的地方。

(四) 法律判决

1. 《规约》第3条规定的犯罪

595. 在本案中, 毫无疑问存在武装冲突状态, 一方是波斯尼亚和黑塞哥维那及其武装部队, 另一方是“斯普斯卡共和国”及其武装部队。毫无疑问, 从本判决书的事实部分可以看出, 里面所描述的所有犯罪行为不仅发生在武装冲突的情景之中, 而且与该冲突存在密切联系。

596. 本审判分庭相信, 在指控令指控的期间, 对萨拉热窝的平民居民实施了《规约》第3条意义上的攻击平民的犯罪。本审判分庭发现, 关于这犯罪的客观行为, 通过对没有参与敌对行动的平民居民和平民个人进行狙击和炮击构成暴力行为。这些暴力行为导致平民的死亡或严重受伤。本

审判分庭还发现，这些行为是故意针对平民实施的，也就是说，要么是通过平民的直接故意进行，要么是通过放任进行的。

597.多数法官还相信，在指控令指控的期间，对萨拉热窝的平民居民还实施了《规约》第3条意义上的恐怖罪。本审判分庭发现，关于前面审查的恐怖罪的客观行为，在指控令指控的期间，针对萨拉热窝的平民居民实施了暴力行为。多数法官还发现，针对波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的萨拉热窝地区的平民居民还实施了由狙击和炮击组成的战役，首要的目的是为了散布恐怖。

2. 《规约》第5条规定的犯罪

598.基于本判决书事实部分对事实的查明，本审判分庭发现，《规约》第5条所规定的必要条件，即必须存在攻击、攻击必须是针对任何平民居民、攻击必须是广泛的或有系统的，都已经得到了满足。本审判分庭还发现，在指控令指控期间在萨拉热窝所实施的犯罪是针对平民居民所进行的攻击的一个部分，当时驻扎在萨拉热窝及其附近地区的人都知道这种情况。

599.本审判分庭还相信，就像判决书的这个部分所审查的，在指控令指控期间，在萨拉热窝还实施了《规约》第5条意义上的谋杀和无人道行为。

600.总之，本审判分庭的多数法官发现，在指控令指控的期间，萨拉热窝罗姆兵团部队实施了指控令据称的每一项犯罪，即恐怖罪、攻击平民罪、谋杀和无人道行为。[……]

四、加利奇将军的刑事责任

(一) 简介 [……]

3. 加利奇将军的角色

609.当事方都同意，加利奇将军作为兵团的指挥官，负责维持对萨拉热窝进行军事包围的计划和实施。当加利奇将军被任命为萨拉热窝罗姆兵团的指挥官时，已经完成了对萨拉热窝的军事包围。[……]

610.[……]检察官尤其指称，1992年9月被告接管指挥萨拉热窝罗姆兵团之后，狙击和炮击的战役并没有显著改变。根据检察官的意见，被告因此成为事先存在的战略执行者，并且既参与了针对波斯尼亚和黑塞哥维

那穆斯林军队的合法战役，也参与了对萨拉热窝平民居民的非法攻击。
[……]

612. 指控令指称，根据《规约》第7条第3款，加利奇应当为参与犯罪行为负刑事责任。[……]检察官[……]还指称，加利奇将军知道他指挥下的部队在萨拉热窝实施了犯罪、他对下属享有的高度纪律权以及在知道犯罪实施之后没有采取行动，这些都足以“排除合理怀疑地证明攻击平民是他下令的”。[……]

(二) 在整个有关时期加利奇将军是否有效指挥了萨拉热窝罗姆兵团？[……]

2. 关于指挥的有效性和指挥系统控制的结论

659. 加利奇将军是一位效率很高的职业军官，对此，本审判分庭毫不怀疑。被任命后，他完成了萨拉热窝罗姆兵团的构建与组织工作。加利奇将军给他的工作人员和国际人员的印象是，他控制了萨拉热窝的局势。

660. 在指控令指控的整个期间，加利奇将军一直在萨拉热窝战场的战斗前线附近，那里的局势相对来说是静止的，他还积极监督萨拉热窝的局势。加利奇将军非常清楚萨拉热窝战场的局势。审判记录表明，萨拉热窝罗姆兵团的报告和监督体系运作完全正常。加利奇将军处在向他的部队发出指示和命令的最佳位置，尤其是通过兵团的简报。被告传唤的许多证人都证明，命令在指挥系统中正常下达。他们尤其回忆说，命令通常是以口头形式下达的，说明萨拉热窝罗姆兵团的通信系统非常正常。

661. 从许多国际军事人员那里获得的大量证据证明，萨拉热窝罗姆兵团的人员是有能力的，而且处在指挥系统的控制之下，该指挥系统说明该支军队是管制良好的军队。从对在萨拉热窝市是否发动协调的军事攻击、是否迅速执行停火协定、是否随后发出攻击威胁以及使用何种武器的观察中，军事人员得出的结论是，萨拉热窝罗姆兵团的狙击和炮击行为是受到指挥系统的严格控制的。本审判分庭相信，萨拉热窝罗姆兵团的军事人员受到正常的军事指挥和控制。

662. 根据审判记录，本审判分庭也可以排除合理怀疑地相信，作为兵团的指挥官，加利奇将军完全有能力起诉和惩罚那些违反他的命令的人、违反军事纪律的人、或实施了犯罪行为的人。

663. 本审判分庭发现，加利奇将军作为萨拉热窝罗姆兵团的指挥官，在他的责任领域对萨拉热窝罗姆兵团进行了有效控制。[……]

(三) 加利奇将军是否知道审判中证实的犯罪? [……]

7. 关于加利奇将军知道萨拉热窝罗姆兵团犯罪行为的结论

700. 虽然已经发现萨拉热窝罗姆兵团的报告和监督体系是完好的, 但本审判分庭不能排除加利奇将军不知道所指挥的部队所实施的每一个犯罪的可能。[……]

701. 不过, 本审判分庭回忆到, 对于处在高度专业和正式指挥系统中的指挥官来说, 要证明他存在这种知道的证明标准要比那些具有确定的报告和监督体系的没有组织化的结构中的指挥官知道的证明标准要低。[……]

702. [……]首先, 有大量可靠而可信的证据证明, 加利奇将军自己是知道萨拉热窝罗姆兵团部队涉及犯罪行为的。被告对向他提交的正式指控的反应是, 他知道下属正在实施犯罪的背景情况, 其中一些尤其受到指控令的指控。加利奇将军不仅自己知道萨拉热窝罗姆兵团对萨拉热窝平民实施的非法狙击和非法炮击行为, 而且也知道他的下属对这些行为是很熟悉的。本审判分庭认为, 被告的下属后来显然是通知了被告的。[……]

705. 本审判分庭发现, 加利奇将军完全知道发生在萨拉热窝及其周围地区针对平民的非法狙击和炮击, 这是可以排除合理怀疑的。[……]

(四) 加利奇将军在知道犯罪以后是否采取了合理措施? [……]

2. 结论

717. 加利奇将军也许已经发出命令要求不要攻击平民。不过, 就像本判决书第三部分审查的, 本审判分庭关注萨拉热窝的平民是否受到了来自萨拉热窝罗姆兵团控制的领土上的攻击。虽然萨拉热窝罗姆兵团军官知道战场的情况, 但在萨拉热窝对平民的暴力行为仍然持续了很长时间。

718. 也有一些证据证明, 加利奇将军指示要求尊重1949年《日内瓦公约》。但是, 证人DP35和DP14这两位萨拉热窝罗姆兵团军官的证词表明, 他们缺乏有关保护平民的适当知识。尤其是, 萨拉热窝罗姆兵团的营长DP35说, 为了不致被击中, 平民必须在前线300米以外, 这引起了关注。如果战场在城市, 几乎不可能保证平民至少在前线300米以外的地方。证人DP34也证明说, 从来没有告诉过他那些对非法狙击或炮击正式抗议的信息。[……]

723. 基于上述理由，本审判分庭发现，被告没有采取合理措施起诉和惩治行为针对平民的犯罪。[……]

(六) 结论：根据《规约》第7条第1款，加利奇将军是否需要承担刑事责任？

730. 这个结论是审判分庭多数法官的意见。涅托·纳维亚（Nieto Navia）法官有不同意见，在本判决书后面附有他的不同意见。[……]

2. 加利奇将军是否下令实施审判中证实的犯罪？[……]

749. 总之，从证据中可以得出的结论是，虽然加利奇将军知道他全面控制的下属所实施的犯罪，但一直以来在很长一段时间里（23个月）他没有防止犯罪的实施，也没有在知道以后对行为人进行惩罚，因此，他是在通过萨拉热窝罗姆兵团的指挥系统里面下令推进针对平民的非法暴力行为的实施，而且他实施该战役的首要目的是为了在萨拉热窝的平民居民中散布恐怖。多数法官发现，加利奇将军犯有下令实施得到证明的犯罪的罪行。[……]

六、判决

769. 基于上述原因，在考察了各方提交的所有证据和观点之后，在把检察官未能证明指控令中指控的犯罪排除在外之后，审判分庭根据《规约》和《规则》得出下列判决（涅托·纳维亚法官有不同意见）：

根据本法庭《规约》第7条第1款，斯坦尼斯拉夫·加利奇犯有下列罪行：

第一项：法庭《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例（1949年日内瓦公约《第一议定书》第51条规定的在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为）。

第二项：法庭《规约》第5条第1项规定的危害人类罪（谋杀）；

第三项：法庭《规约》第5条第9项规定的危害人类罪（除了谋杀以外的不人道行为）；

第五项：法庭《规约》第5条第1项规定的危害人类罪（谋杀）；

第六项：法庭《规约》第5条第9项规定的危害人类罪（除了谋杀以外的不人道行为）。

判决犯有第一项的罪行就必须把下列指控驳回：

第四项：法庭《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例（1949年日内瓦公约《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条所规定的攻击平民行为）；

第七项：法庭《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例（1949年日内瓦公约《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条所规定的攻击平民行为）。

经过多数表决，审判分庭因此判决斯坦尼斯拉夫·加利奇二十年有期徒刑。[……]

2003年12月5日用英文和法文判决，英文是权威文本。

荷兰海牙

阿明·艾尔·马赫迪 (Amin El Mahdi) 法官

阿方斯·奥利耶 (Alphonse Orie) 庭长

拉斐尔·涅托－纳维亚 (Rafael Nieto-Navia) 法官

七、涅托－纳维亚法官的不同和部分反对意见

(一) 简介 [……]

2. 我将从回顾指控期间审查发生在萨拉热窝冲突情况的重要事实开始。我会解释我为什么不能同意判决书关于涉及平民的某些事件的结论以及我为什么断定已有的证据并不能够证明在整个指控期间萨拉热窝罗姆兵团故意对平民发动了一场战役。最后，我将讨论适用本案的法律，并且就合适的法律判决发表我的结论。

(二) 关于萨拉热窝冲突的初步评论 [……]

2. 已有的武器

4. 冲突双方都在1992年前几个月利用混乱局势获取南斯拉夫人民军从该城市撤离以后留在军营中的武器，如枪支和迫击炮。证据显示，在1992年4月之前，在萨拉热窝有一个工厂在制造步枪的瞄准设备，在冲突期间该工厂可能还在继续开工。看来，在南斯拉夫人民军中有专门的狙击手部队，而且波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队和萨拉热窝罗姆兵团都获取了其中一些特殊的步枪。尽管有证据表明萨拉热窝罗姆兵团在冲突期间用到了这些专门武器，但审判记录含有的证据很少。而且，在审判分

庭出庭作证的萨拉热窝罗姆兵团士兵解释说，他们并不知道在萨拉热窝罗姆兵团中有狙击手部队，而且也没有证据显示，在指控令指控的期间曾经在具体事件中用到了这些武器。[……]

3. 联合国军事观察员的角色

5. 在冲突期间，联合国以联合国保护部队和联合国军事观察员代表的形式在萨拉热窝存在。虽然联合国军事观察员负责监督交战双方之间的军事接触，但实际上他们关注的重点是监督萨拉热窝罗姆兵团，他们在沿着萨拉热窝罗姆兵团冲突前线设置的观察站的数量比在该市市内设置的观察站多很多。由于联合国军事观察员的数目不多，因此，要让他们有效履行职责显得非常困难。由于波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队使用了移动迫击炮，他们的使命变得更加复杂。因此，在联合国军事观察员关于被监督的军事接触的报告之间经常出现不一致的情形。[……]

5. 市内的生活条件

7. 证据显示，萨拉热窝罗姆兵团允许提供人道救济以及运送那些想要通过检查站离开该城市的平民车辆通过。称为“蓝色公路”的安全通道得到建立，以便允许人道车队和平民进入该城市。在这些公路的沿线建立起了检查站，以便检查这些人道车队的物资不被用于走私军事装备。不过，有证据显示，其中一些车队在属于联合国难民署的武装人员护卫下被滥用了，把武器和军火运进了该城市。
8. 虽然萨拉热窝是正在进行的战争的焦点，但从审判记录中无法看出该城市的居民遭到了广泛的饥饿或大量缺乏医疗用品。由于战斗对电线和输水管道造成了破坏，出现了一些无法得到饮用水和电力的情况。根据其中一位联合国代表的说法，某些当地波斯尼亚和黑塞哥维那的领导为了获取国际同情，拖延对公用事业网络必要的修理。不过，看来在波斯尼亚和黑塞哥维那总统有效控制的地区，公用事业得到了迅速修复。而且，没有证据显示，萨拉热窝罗姆兵团阻止对这些公用事业的修复或故意打断水电的供应。有一次，由于波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队和萨拉热窝罗姆兵团都无法保证需要进入冲突前线抢修电线小组的安全，电力供应被中断了三个月。审判记录还揭示，为了保存军队的士气，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队阻止许多想要逃离该城市及其生活条件的平民。

6. 在萨拉热窝的城市环境中发动战争的困难性

(1) 波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队在该城市的存在规模很大

9. 证据显示，在萨拉热窝城市环境中发动战争时，指挥官很难避免平民伤亡。在冲突期间，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队在城市内部有大约45000名军人，在萨拉热窝估计的34万名居民中，这是一个不小的数目。在攻击波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队目标时，在城市里面这种密集的军事存在大大增加了伤及附近居民的可能性，尤其是使用诸如迫击炮这样的武器。就像一位联合国代表解释的，在这种情况下发动战争“对于一个士兵来说是最可怕的梦魇”。还有一位联合国代表也同意这种说法，证实说“双方都（在城市中）发动了战争，而且双方都在用大炮和迫击炮。我想从我在那里的经历来说，要避免不影响到某些平民邻居是不可能的。”
10. 萨拉热窝罗姆兵团在区分军事目标和民用物体时也遇到了困难。在指控令指控的期间，在城市里面的波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队并不总是穿着制服。而且，总是从位于萨拉热窝平民区阵地上可移动的迫击炮对萨拉热窝罗姆兵团发动攻击，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队还把军事资源放在平民区，包括平民建筑和就在萨拉热窝科塞沃 (Kosevo) 医院的附近。他们还利用城市中可用的车辆，包括那些属于平民的车辆，在没有系统的辨明这些货车和轿车是否属于军方的情况下用之运送军事物资。

(2) 从受保护的设施中攻击萨拉热窝罗姆兵团

11. 波斯尼亚和黑塞哥维那军队从平民设施以及平民设施的附近发动攻击。例如，从科塞沃医院的地下室发动迫击炮，为了补充火药和引信等军事储备，该医院的医疗设备供应线经常被滥用。从被联合国人员占有的PTT大厦的紧邻对萨拉热窝罗姆兵团发动坦克和迫击炮的攻击。证据还显示，萨拉热窝罗姆兵团的阵地也经常受到从该城市的学校、礼拜场所和公墓中发动的攻击。[……]

7. 攻击平民目标

15. 在冲突期间，该城市中受到萨拉热窝罗姆兵团和波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的平民都受到伤害。而且，对萨拉热窝罗姆兵团和波斯

尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队均有控诉指责之用迫击炮或重型武器攻击平民。位于萨拉热窝的联合国代表的证据明显表明，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队有时还攻击受其控制的领土上的平民。

8. 媒体的角色

16. 由于媒体对萨拉热窝局势所采取的报道方式，它们在这场冲突中扮演了关键角色。有证据显示，新闻媒体经常不公正地、有选择地指责萨拉热窝罗姆兵团。例如，有一次，当联合国代表观察到炮火来自波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队在伊格曼 (Igman) 山上布置的阵地时，英国广播公司 (BBC) 却报道说，萨拉热窝罗姆兵团正在炮击机场。该媒体所报道的新闻尤其重要，因为联合国对该城市局势的评估许多时候都需要依赖这些新闻来源。一位在该城市的联合国高级代表断定，穆斯林居民“有整个世界站在他们一边，因此（波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队有时为了吸引萨拉热窝罗姆兵团发动攻击才对其发动攻击的）……是为了抹黑塞族人的形象”。他还补充说，来自联合国观察员的报告加剧了塞族人的这种不利形象。还有一位联合国高级代表回忆说，他亲眼目睹了一个事件。在该事件中，在英国官员正在访问时，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队对波斯尼亚和黑塞哥维那发动了攻击，目的是为了吸引国际关注。联合国的高级官员也同意这种观点。他们解释说，媒体们都认为波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队是受到围攻的一方。从某种程度上说，在冲突期间，媒体的聚光灯聚集在萨拉热窝罗姆兵团所采取的行动身上。

(三) 有计划和无计划的事件 [……]

97. 基于上述理由，我并不相信，检察官已经能够排除合理怀疑地证明萨拉热窝罗姆兵团发射了1994年2月5日在马克尔市场爆炸的炮弹。我不是无缘无故地得出这个结论，因为在冲突期间，波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队和萨拉热窝罗姆兵团都有120毫米口径的迫击炮，这些武器相对来说很容易得到。最后，我需要指出的是，我关于开火来源的结论也得到联合国专门成立的正式调查小组结论的支持。该结论也已经报告给了联合国安理会。在该结论中说到，“没有充分的物证能够证明，一方或者另一方发动了这次迫击炮的攻击。” [……]

(四) 战役行为

104. 我现在将通过审查与被杀害的人员数量有关的一些问题来审查萨拉热窝罗姆兵团是否在整个指控令指控期间故意对萨拉热窝的平民发动了一场战役。我承认，由于强调这些人所遭受的痛苦可能在数目上被抽象化，因此，可能会被误解为不看重在审判分庭前作证的每一位萨拉热窝居民所诉说的一个个痛苦而悲惨的故事。
105. 就像前面看到的，在冲突期间，生活在萨拉热窝的人口数量是34万，包括45000名驻扎在市内的士兵。检察官提交的证据来自三位专家的报告，报告涉及在指控令指控的23个月期间在波斯尼亚和黑塞哥维那穆斯林军队控制的区域上的这些受伤或被杀的居民的数量。在对消息来源进行广泛审查之后，这些专家断定，因为炮击和射击，至少有5093名平民受伤、至少有1399名平民被杀，尽管他们并没有说出因为故意攻击而导致的这些伤亡的组成部分。他们还断定，被杀的平民和士兵的最少的总体数目是3798人，并且估计说这个数字因为有大约600名实际遭到杀害的人员总数而被低估了。在指控令指控的期间，平民伤亡并不是一成不变的，而是随着时间的推移显著下降。在1992年的后四个月，每个月被杀的平民的平均数目是105人，到1993年减少到63.5人。每个月的平均数目到1994年前六个月已经下降到平均每个月28.33人，尽管检察官请来的专家警告说，由于有关消息来源受到限制，这个最后数字很有可能小于实际上的平均数字。
106. 萨拉热窝罗姆兵团被检察官定性为一支能力和专业性很强的军队，这样一支军队自然被认为在23个月内故意对一座拥有34万人口的城市平民发动了攻击，并造成很大数量的平民伤亡，这个数量对于这个城市的居民数量来说是很大的，而且每个月都平均有很多平民被杀。然而，就像上面看到的，检察官请来的人口专家提供的结果却是：平民受伤和被杀的数目分别是5093人和1399人，须知这是在一座拥有34万人口的城市里，而且在指控令指控的23个月内，这个城市正在成为战争中的焦点；更为重要的是，在该期间，平民伤亡的月平均数量下降得非常明显。因此，我断定，从已有的证据来看，无法认为萨拉热窝罗姆兵团在整个指控令指控的期间对该城市的平民进行了故意攻击。
107. 我这个结论得到关于萨拉热窝罗姆兵团领导层行为证据的支持。萨拉热窝罗姆兵团的领导层自愿放弃对机场的控制，授权建立“蓝色公路”以便允许对该城市的人道物资供应，签订禁止狙击的协定以及同意建立绝

对禁区。而且，我还注意到，在指控令指控的期间开始的时候，属于波斯尼亚和黑塞哥维那萨拉热窝罗姆兵团的塞族当局还签订了两份协定、发表了两份声明，包括1992年5月13日声明，宣布遵守国际人道法的基本原则。根据其中一位萨拉热窝罗姆兵团士兵的证词，“斯普斯卡共和国”总统在1993年5月13日发布声明，该声明向所有萨拉热窝罗姆兵团部队进行了宣读，而且在冲突期间“在很大程度上”都得到了执行。

(五) 对有关可适用的法律的审查

1. 作为违反战争法规或惯例的恐吓平民居民罪

108. 多数法官发现，审判分庭根据《规约》第3条有权审理“以在平民居民中散布恐怖为主要目的的、故意针对平民居民或平民个人的、造成平民个人死亡或身体或健康严重伤害的暴力行为”。我无法同意这样一种结论，因为我相信这样一种犯罪并不属于法庭的管辖范围。
109. 联合国秘书长在向安理会提交的关于建立本法庭的报告中解释说，“实施[刑法]法无明文不为罪的原则要求国际法庭应适用已无疑成为习惯法一部分的国际人道法的规则”。因此，《秘书长的报告》规定了一项原则，即本法庭不能规定新的犯罪，而只可以审理那些已经在国际人道法中得到牢固确立的犯罪。这个结论也符合下列要求，即“在任何情况下，法院都不可以为了进行起诉或惩罚而规定当时不存在的犯罪或者把到目前为止还没有被视为是犯罪的行为规定为犯罪从而把被告受到指控的行为在实施以后才规定为犯罪。”
110. 在最近的一个决定中，上诉分庭审查了这项原则，以便决定在什么情况下某个犯罪属于本法庭的管辖范围。它的结论是，“本法庭有关事务(*ratione materiae*)的管辖权[即事物管辖权]的范围可以说……是由《规约》和习惯国际法来决定的，只要《规约》规定了本国际法庭的管辖权框架。在习惯国际法的情况下，本法庭是否具有判决被告犯有《规约》中列出的任何犯罪的权力则取决于该犯罪在实施时是否存在习惯法。”关于属人管辖权或对人管辖权，上诉分庭发现，《秘书长的报告》并没有对本法庭可以适用的法律的性质作出任何明确限制，但它的结论是，“罪刑法定原则要求本法庭适用在被指控的犯罪实施时对该人具有拘束力的法律。而且，就像本法庭的属人管辖权一样，该法律必须已经是习惯国际法。”

111. 因此，只有当它作为习惯国际法中的责任形式存在时，该犯罪才可以说属于本法庭的管辖权范围。在审查某个犯罪时，任何审判分庭都必须核实指控所依据的法律是否建立在习惯国际法的基础之上。而且，它还必须证明为了满足属人管辖权的条件，在指控令有关时间里，违反这样的规则根据习惯国际法将产生个人刑事责任。一旦确定某个行为或某些行为根据习惯国际法的确是犯罪，任何审判分庭还必须最后确定这项犯罪在习惯国际法中已经规定的足够清楚。它的一般性质、犯罪特征以及大概的严重性质都必须已经足以到达可预见和可识别的程度。
112. 被告根据《规约》第3条受到的指控是犯有“1949年日内瓦公约《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条规定的对平民制造非法恐怖罪”。由于这样一种犯罪以前在本法庭面前从来没有被审理过，因此，为确认这种犯罪属于本审判分庭的适当管辖范围，根据习惯国际法决定它是否作为一种责任形式存在是非常重要的。但是，多数法官没有宣布这项犯罪是否具有习惯法的性质，尤其是，并没有断定在指控令指控期间实施这项犯罪在习惯国际法中是否会引起个人刑事责任。相反，它说产生这样一种个人刑事责任的依据是协定国际法。为了支持它这个结论，它注意到，在1992年5月22日冲突各方之间达成了一项协定，他们在其中承诺遵守《第一议定书》第51条的规定，尤其是关于该条第二款第二部分的内容，即“禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。”
113. 但是，签订5月22日的协定并不足以满足审判分庭只可以审理已构成习惯国际法的犯罪这项管辖权的条件。即使我同意——但是我不能同意——审判分庭根据签订5月22日的协定已经有必要的事物管辖权来审理对平民居民实施的恐怖罪，但还需要满足属人管辖权这项条件，即这项犯罪根据习惯国际法必须对指控令指控期间实施的行为引起个人刑事责任。检察官和多数法官几乎没有引用任何例子来证明在那个期间已经有国家实践说明这种行为已经被定性为犯罪了。在我看来，这些有限的例子不足以说明根据习惯国际法这种犯罪已经作为一种责任形式存在以及将引起个人刑事责任。因此，我认为对平民居民进行恐怖这项犯罪并不是本审判分庭管辖的范围。在没有证明对平民居民制造恐怖的犯罪根据习惯国际法将引起个人刑事责任的情况下，多数法官正在制定我并不支持的国际人道法概念。

(六) 法律判决 [……]

3. 第7条

(1) 第7条第1款

116. 多数法官断定，被告故意命令他的军队对萨拉热窝平民发动攻击，因此，根据《规约》第7条第1款判定他必须承担刑事责任。这个结论整个都是建立在推论的基础之上的，因为没有任何证人证明他们听到被告下达这样的命令，也没有任何书面的命令说明他对他的军队下达了这样的命令。实际上，已有的证据明确支持的结论是，被告并没有下令这样的攻击。例如，他自己曾经亲自用书面形式下令他的军队要遵守《日内瓦公约》和其他国际人道法文件。[……]而且，当联合国代表警告说他的部队存在可能对平民的攻击时，被告还至少两次进行了内部调查。因此，我认为审判记录并不支持被告故意下令攻击萨拉热窝的平民的结论，而且也不同意多数法官认为他根据《规约》第7条第1款将引起个人刑事责任的结论。[……]

119. 最后，在审查法庭关于《规约》第7条第1款的个人刑事责任各种形式的构成要件的法理时，多数法官解释说下令行为是指“具有某种权威的人利用该种权威指示他人实施犯罪”。他们然后解释说，当上级“已经知道下属的非法行为有义务惩治但没有惩治时，结论只能是，其以应受……惩罚的不作为形式通过第7条第1款规定的一个或多个参与方式直接参与实施了该犯罪。”随后，对第7条第1款的这种解释并没有排除上级可以被视为已经“下令”下属通过“应受惩罚的不作为”实施犯罪。后者的这个概念虽然被低估，但却对多数法官关于被告的刑事责任的结论产生了相当影响，这种影响可以在整个判决书中感受到。例如，多数法官说：

证据是非常充分的。在大约23个月内，一个显然知道下属对平民实施了犯罪、而且定期根据该种情报履行职责的兵团指挥官并没有采取行动。这等于是说有对平民实施暴力行为的直接故意。

在另外一处，多数法官在一段他们认为被告下令实施了在审判中得到证实的犯罪的段落中说：

从证据中可以得出的结论是，虽然加利奇将军知道他全面控制的下属所实施的犯罪，而且一直以来在很长一段时间里（23个月）没有防止犯罪的实施，也没有在知道以后对行为人进行惩罚，因此他是在通过萨拉热窝罗姆兵团的指挥系

统里面下令推进针对平民的非法的暴力行为的实施，……而且……实施该战役的首要目的是为了在萨拉热窝的平民居民中散布恐怖。

因此，根据多数法官的意见，在指控令指控的期间，被告“没有采取行动”或者说“没有防止犯罪的实施”可以说他下令实施了审判中得到证实的犯罪。但是，我无法理解被告如何可以因为在没有采取行动或不作为(尽管是“应受惩罚的不作为”)的情况下下令实施犯罪而承担责任。

(2) 第7条第3款

120. 《规约》第7条第3款所规定的个人刑事责任的要件有法庭法理的坚实基础。要让上级对下属的行为承担责任，必须符合下列三个条件：(一) 存在上级和下属的关系；(二) 上级知道或有理由知道下属将要实施犯罪或已经实施了犯罪；(三) 上级没有采取必要的合理措施来防止这种行为或惩治行为人。我相信，从审判记录中来看，所有上述三个条件都得到了满足，因此根据《规约》第7条第3款断定被告犯有非法攻击平民、谋杀和无人道行为罪。[……]

拉斐尔·涅托－纳维亚法官
2003年12月5日，荷兰海牙

讨论

- (第12－31段、第96－129段) 审判分庭把发生在萨拉热窝周围的武装冲突定性为是国际性的还是非国际性的？如果它无法援引1992年5月22日的协定，它是否只能对该冲突定性？为了证明加利奇被指控的行为是受到国际人道法的禁止，它是否必须定性？为了证明它们已经是犯罪，它是否必须定性？
 - 1992年5月22日的协定是否使该冲突成为国际性武装冲突？审判分庭中的多数法官的意见是什么？(比较《日内瓦公约》共同第3条第3款和第4款。)
 - (涅托－纳维亚法官的反对意见，第108－113段) 涅托－纳维亚法官是否对冲突定性？根据他的理论，是否必须对该冲突定性？
- (第12－31段) 协定国际人道法和习惯国际人道法是否都禁止在国际性和非国际性武装冲突中对平民的攻击？两者是否都把它们规定为是犯罪？本国际法庭是否有管辖权？根据习惯国际法呢？根据协定国际法呢？如果没有1992年5月22日的协定，本法庭是否对攻击平民罪具有管辖权？(比较《第一议定书》第51条第2款；《第二议定书》第13条第2款。)
- (第44段) 如果存在军事必要，是否就可以攻击平民？

4. (第47-51段) 什么时候某个人可以得到免于攻击平民罪的保护? 如果受到攻击的该人直接参与敌对行动呢? 在什么时候可以说一个人直接参与了敌对行动? 国际人道法对国际性和非国际性武装冲突中的这些问题是否有规定? (比较《第一议定书》第50条和第51条第3款;《第二议定书》第13条。)
5. (第16-61段) 审判分庭认为攻击平民罪特有的构成要件是什么?
6. (第53-56段) 如果他或她对受到攻击的人员是战斗员还是平民存在疑问, 是否可以被判犯有攻击平民罪? 如果他或她不知道正在攻击平民, 但应当知道他们具有平民地位呢? 如果他或她并不知道受到攻击的人是平民(但应当知道他们的地位)呢? (第55段), 在什么情况下可以同意攻击平民的可能性呢? (第54段) 审判分庭是怎么说的? 红十字国际委员会的评注又是怎么说的?
7. (第57-61段) 在什么情况下, 不分皂白的攻击是攻击平民罪? 不分皂白的攻击是否是攻击平民的行为? 或者说它只是证明构成攻击平民罪犯罪意图的必要证据?
8. (第94-137段; 涅托-纳维亚法官的反对意见, 第108-113段) 协定国际人道法和习惯国际人道法是否都禁止在国际性和非国际性武装冲突中对平民居民进行恐吓? 它们是否都把这种行为规定为犯罪? 该国际法庭对此是否具有管辖权? 是根据习惯国际法? 是根据协定国际法? 如果没有1992年5月22日的协定, 该法庭对攻击平民罪是否具有管辖权? 因为哪一个问题才使涅托-纳维亚法官不同意多数法官的意见呢? 你是否同意多数法官关于恐怖罪构成要件的判决? (比较《第一议定书》第51条第2款;《第二议定书》第13条第2款。)
9. (涅托-纳维亚法官的反对意见, 第108-113段) 涅托-纳维亚法官认为只有那些违反习惯国际人道法的行为是否才可以(根据《规约》第3条)受到前南斯拉夫问题国际刑事法庭的追究? 为什么? 为什么他不同意前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在“塔迪奇”案中关于管辖权的判决的第94至143段? (参见**案例180**, 第1794页。)
10. (第113-137段) 是否所有违反《第一议定书》第51条第2款第二部分的行为都是犯罪? 《第一议定书》是否是这样规定的? 习惯国际法是否是这么规定的? 1992年5月22日的协定是否是这么规定的? (比较《第一议定书》第85条第3款第1项。)
11. (第113-129段) 法庭多数法官对有关“塔迪奇”案的四个条件是否得到满足对制定和协定法进行考察难道不是对习惯国际法中是否存在恐怖罪进行了表态? (第113段) 多数法官讨论中还用到了其他什么依据? 这种讨论是不是不用考虑对该冲突的定性?
12. (第133、158和162段) 审判分庭判决哪些要件是对平民居民进行恐吓罪所特有的要件? 要使恐吓罪与攻击平民罪区分开来需要哪些特殊的主观要件?
13. (第158-163段) 被告可以因为同一个行为被判决既犯有攻击平民罪又犯有对平民居民进行恐吓罪? 可以被判决既犯有对平民居民的恐吓罪又犯有危害人类罪?
14. (第165-177段、第609-749段; 涅托-纳维亚法官的反对意见, 第116-120段)
 - (1) 在什么时候指挥官需要为下属所实施的行为承担个人责任? 不作为是否够了? 分庭的多数法官是怎么认为的? 涅托-纳维亚法官呢? 什么时候指挥官需要承担指挥责任? 什么时候他需要承担两种形式的责任?

- (2) 为什么就证明知道犯罪行为的证据标准来说，在一个具有高度专业化和正式化的指挥系统中的指挥官比那些行使相对不正式权力类型的人来说要低？你是否同意这种观点？
15. (第208—593段；涅托—纳维亚法官的反对意见，第104—107段) 为什么必须证明存在狙击和炮击的一般战役？多数法官的观点呢？涅托—纳维亚法官的意见呢？他认为是否存在这样一种战役？
16. (第211段) 如果对受到波斯尼亚政府控制的萨拉热窝居民的某些攻击可以归属于该政府本身，加利奇是否就可以不需要为他的军队发动的攻击承担责任？当局对他们自己的居民发动的这种攻击就冲突中违反国际人道法来说告诉了我们什么？
17. (第247段提到的) 萨布利·哈里里是否是平民？这对于确定杀害阿尔马萨·科霍季奇行为的非法性来说有什么重要意义？（比较《第一议定书》第50条）
18. 即使塞族部队不知道正在举行足球锦标赛，炮击足球锦标赛（第373—387段）是否是违反国际人道法的行为？即使他们不可能知道呢？（比较《第一议定书》第51条第2款、第4款和第5款。）
19. (第564—573段) 由于“塞族人”是侵略者，因此塞族部队对萨拉热窝的炮击和狙击方式在军事上是否就没有必要？由于“波斯尼亚人”拒绝停火，因此炮击在军事上是否是必要的？关于那些攻击的目的是不是为了散布恐怖的讨论那些要件是否是有关的？
20. 第609—723段中讨论的事实判决对于让加利奇个人承担责任来说是否是必要的？为什么？涅托—纳维亚法官在他的反对意见第116—120段中是不是不同意多数法官对事实的判决还是不同意所适用的法律标准？
21. 涅托—纳维亚法官在他的反对意见第4—16段中所发表的初步评论对于判决加利奇有罪来说是否有关？对于历史的判决来说呢？

案例188，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉斯特鲁加尔案**案 例**

[注意：在本案中提到的塔迪奇、布拉什基奇以及加利奇案的判决都可以在本卷中找到，分别是：**案例180**，第1794页，**案例185**，第1921页，**案例187**，第1971页。提到的其他案例可访问：<http://www.icty.org>]

一、上诉分庭，关于中间上诉的决定

[资料来源：Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-AR72 Decision on Interlocutory Appeal of 22 November 2002 [关于缺乏对违反第一议定书和第二议定书的管辖权]；脚注省略。]

[……]

9. 《第一议定书》第51条和第52条以及范围更小的《第一议定书》第13条是由许多条款构成的。它们主要规定的是指控令指控的各项犯罪涉及的禁止攻击平民以及平民目标的行为，但不限于此。[……]审判分庭并没有对有关条款的法律地位作出判决，因为它发现它们并不是指控上诉人的法律基础，所以，它认为自己没有义务那样做。相反，它审查了“两个附加议定书有关条款中所包涵的原则是否已经具备了习惯国际法的地位”（着重号为此处添加），尤其是那些在指控令中指出的原则，即：禁止攻击平民以及非法攻击民用物体。它裁定它们已经取得这样一种地位。在这一点上，它是正确的。
10. 因此，[……]审判分庭的判决并没有错误。根据本上诉分庭的理解，《第一议定书》第51条和第52条以及《第二议定书》第13条规定的禁止攻击平民和非法攻击民用物体是习惯国际法中的原则。根据习惯国际法，违反这些原则将产生个人刑事责任。

二、审判分庭，判决

[资料来源：Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-T (Trial Chamber) 31 January 2005；一些脚注省略。]

1. 被告帕夫莱·斯特鲁加尔是那个时候南斯拉夫人民军已经退休了的中将。指控令指控他从1991年12月6日至31日在南斯拉夫人民军1991年10月、11月和12月在克罗地亚杜布罗夫尼克 (Dubrovnik) 及其周围的军事战役过程中实施了犯罪。

2. 经过最后修正后的指控令指控说，在南斯拉夫人民军于1991年12月6日在杜布罗夫尼克老城区进行的非法攻击中，有两个人被杀害，两个人受重伤，还有在老城区有许多具有历史和文化意义的建筑物，尤其是包括专门用于宗教、艺术和科学的机构遭到破坏。这些行为据称触犯了法庭《规约》第3条规定的六种违反战争法规或惯例的行为，即：谋杀、虐待、攻击平民、在没有军事必要的情况下的破坏、攻击民用物体以及摧毁尤其是专用于宗教、艺术和科学的机构。被告被指控根据《规约》第7条第1款必须为下令、协助和教唆上面提到的犯罪承担个人刑事责任，还必须根据《规约》第7条第3款为他的下属实施的犯罪承担上级责任。被告的责任据称来自他当时担任第二战区指挥官这一职位。据称，尤其是，在弗拉迪米尔·科瓦切维奇 (Vladimir Kovacevic) 上尉指挥下的第472摩托化旅第3营 (3/472营) 在1991年12月6日非法炮击老城区。那个时候，科瓦切维奇上尉指挥的营受到第九军事海军军区 (9 VPS) 的领导，该军区是由米奥德拉格·约基奇 (Miodrag Jokic) 海军上将指挥的，而这个第九海军军区则是被告指挥的第二战区的一部分。[……]

四、1991年12月6日的攻击

[……]

(二) 1991年12月6日对老城区的攻击——居民们的经历

99. 1991年12月6日早晨5点50分，就在日出之前，杜布罗夫尼克老城区的居民被爆炸声惊醒。炮兵发动的攻击已经开始。炮击持续了一天时间，只是大约在11点15分以后停顿了一段时间。尤其是到了下午，炮击变得有些断断续续。刚开始时，炮火主要集中在斯尔吉山 (Mount Srdj) 周围地区，但不仅限于该地区，该地区是杜布罗夫尼克的显著地理特征，位于老城区以北一公里处。那里有一个拿破仑时期的石头要塞，一个位于斯尔吉山上的巨大的石头十字塔和通信塔。[……]
- 103.[……]一些炮击发生在杜布罗夫尼克的居民区，包括老城区和老城区的港口，实际上从攻击一开始就进行了，虽然刚开始只集中在斯尔吉山上。不过，攻击的重点开始从斯尔吉山向杜布罗夫尼克市更大的区域扩展，包括老城区。[……]
112. 1991年12月6日对杜布罗夫尼克，包括老城区的攻击不可避免产生了平民的伤亡。[……]第三份经过修正后的指控令指控被告的行为只导致两

人死亡、两人严重受伤，它们据说都发生在老城区。[……]尤其是在老城区的平民、宗教和文化财产都因为攻击而受到严重破坏。

(三) 1991年12月6日攻击杜布罗夫尼克老城区——攻击者

113. 本审判分庭发现，1991年12月6日，南斯拉夫人民军的第九海军军区部队[……]试图夺取斯尔吉山，该山是最明显的地方，而且是当时在杜布罗夫尼克上面的高地中唯一还被克罗地亚军队所控制的阵地。[……]
116. 南斯拉夫人民军的计划当然是在12点该地区马上要停火之前迅速夺取斯尔吉山。科瓦切维奇上尉看来已经预见到了在早晨保卫斯尔吉山的克罗地亚军队要投降了，该上尉就直接指挥着发起攻击的军队，并且从扎尔科维察 (Zarkovica) 协调炮兵和地面部队。扎尔科维察这个阵地可以使其非常好地监督斯尔吉和杜布罗夫尼克，包括老城区。
117. 但克罗地亚负责保卫的部队并没有投降。在斯尔吉最后的战斗是孤注一掷的。[……]下午2点以后，南斯拉夫人民军被允许从斯尔吉撤出。撤出的过程也是一个非常困难的过程，直到3点以后整个撤军过程才得以完成。
118. 南斯拉夫人民军夺取斯尔吉的计划破产了。而且，攻击产生了伤亡，在[塞族]部队中有五人被杀，有七人受伤。南斯拉夫人民军的炮兵在下午3点以后发动攻击的剧烈程度已经减轻，但在下午4点30分以后继续对杜布罗夫尼克开火。[……]
122. 大约6点左右，向斯尔吉推进的军队注意到，南斯拉夫人民军的ZIS大炮向克罗地亚狙击手在斯尔吉周围挖掘的低处防御工事开火，而且还用迫击炮对斯尔吉齐射。[……]佩希奇 (Pesic) 中尉和他的士兵受到了攻击。攻击的火力来自两个口径为82毫米的迫击炮，他说攻击是从在巴宾·库克 (Babin Kuk) 的网球场区域发过来的。支援佩希奇部队的T-55坦克在这个点上也受到来自杜布罗夫尼克方向侧面火力的攻击。除了吸引来自杜布罗夫尼克更大区域阵地上的火力以外，在他们继续推进的过程中，他们还遭到来自斯尔吉的火力攻击。[……]本审判分庭注意到，虽然提到有来自杜布罗夫尼克或者说更广大的杜布罗夫尼克方向的火力攻击，但这并不是证明有来自老城区的火力攻击的证据。[……]自由 (Libertas) 宾馆和在巴宾·库克的网球场都位于老城区的西北方向。[……]

- 124.[……]在南斯拉夫人民军虽然控制了斯尔吉高原，但遭到了克罗地亚军队迫击炮的猛烈还击。勒马尔 (Lemal) 中尉的证据是，迫击炮的攻击来自拉帕德 (Lapad) 地区，该地区也位于老城区的西北方向。[……]
- 139.本审判分庭发现，事实看来应该是，南斯拉夫人民军的迫击炮和其他武器火力攻击克罗地亚军队的目标方向是不恰当的。相反，他们在杜布罗夫尼克，包括老城区进行广泛地、没有专门方向地发动攻击，目标也是不正确的。因此，几乎很少有克罗地亚的炮兵能够继续发动攻击，并且把他们的火力集中在斯尔吉地区。在该地区几乎没有负责保卫的克罗地亚军人在地下，南斯拉夫人民军中的攻击者被暴露了。[……]
- 159.[……]分庭发现，在那次会议上，被告告诉[证人]，他已经对在波斯尼亚和黑塞哥维那对他的军队的攻击作出反应，即对杜布罗夫尼克市发动攻击。基于后面解释的原因，分庭发现这是可以采纳的证据，证明他下令对在杜布罗夫尼克的斯尔吉地区发动攻击。[……]

(六) 老城区是如何受到炮击的？

[……]

3. 南斯拉夫人民军是否只是向克罗地亚军队的阵地开火？

- 182.但是，被告还辩称，[……]1991年12月6日造成对老城区的损坏虽然很遗憾，但这是南斯拉夫人民军在老城区及其附近对克罗地亚军队的阵地发动炮火攻击不可避免的后果。被告辩称，南斯拉夫人民军对老城区的攻击只是对克罗地亚军队从它们的阵地发动的攻击的回应。[……]
- 183.本审判分庭十分强调一般观察。它注意到在1991年12月6日，有充分的证据可以证明，克罗地亚防御军队在老城区根本没有军事阵地。那样做显然是对老城区做为文化遗产享有受保护地位的破坏。本审判分庭认为，老城区的市民非常担心不要破坏老城区的非军事化地位。虽然有人认为，有证明表明，在冲突发生的早期，克罗地亚防御部队也有违反行为，但分庭仍然坚持上述意见。[……]
- 193.本审判分庭断定，证明克罗地亚1991年12月6日在老城区有开火的阵地或重型武器的证据是不一致的、不大可能的、也是不可信的。它还注意到，那些声称看到阵地上武器的证人都是南斯拉夫人民军的指挥官或军官，或负责那天开火的南斯拉夫人民军炮兵的军官。[……]经过对所有因素进行权衡，包括那些直接矛盾的证据后，本审判分庭完全相信，并

且认为在1991年12月6日在老城区或城墙内都没有克罗地亚的军事阵地或重型武器。

194. 还有一个问题是，即使在老城区没有任何克罗地亚的阵地或重型武器，那些负责炮击老城区的南斯拉夫人民军指挥官也相信那里有阵地或武器。关于这个问题，本审判分庭发现，在每个情形下，证明存在这种阵地或重型武器的证据都是假的，而不仅仅是错误的。即使假定我们正在审查的证据中提到的阵地或重型武器的确存在老城区或者城墙上，证据证明，它们并没有在那天对南斯拉夫人民军的部队造成任何重大威胁。[……]

195. 本审判分庭还注意到，即使据称存在克罗地亚阵地的证据被假定是真实的或真的是那样，而且如果接受最有利于被告的说法，这些证据也无法解释或辩解那天炮击老城区的性质、范围、期限以及受到炮击的阵地类型。本审判分庭认为，从证据来看[……]，不能说南斯拉夫人民军的炮兵只是炮击老城区中克罗地亚的军事目标。从规模来看，在证明攻击原因的证据和南斯拉夫人民军炮兵的反应之间并不存在任何关系。[……]

203. 上面描述的[克罗地亚]阵地位于老城区的各个地方。所有的阵地都在老城区的外面。其中一些离老城区非常遥远，以至于南斯拉夫人民军部队试图用最精确的武器把它们中立化都无法对老城区产生影响。关于离老城区更近的阵地，本审判分庭听取了专家意见，他们就紧邻老城区的阵地如受到南斯拉夫人民军的攻击是否会导致附带炮击老城区提供了证据。[……]

211. 本审判分庭发现，最需要听取的（关于阵地和武器的）专家意见是，如果克罗地亚的军事阵地位于老城区以外但离老城区又非常近，而且在1991年12月6日的确受到了南斯拉夫人民军迫击炮的攻击，那么，其中一些发出去的炮弹是否有可能落到老城区里面。基于已经给出的理由，专家认为，几乎很少有克罗地亚的军事目标可能成为南斯拉夫人民军迫击炮攻击的对象，而且它们也没有受到长期的猛烈攻击。由于[……]专家报告存在缺点以及它们之间存在互相矛盾的地方，本审判分庭无法只依赖其中一份报告来断定紧邻老城区的目标是否会带来对老城区的附带炮击。[……]

214. 基于上述理由，本审判分庭发现，1991年12月6日炮击老城区既不是南斯拉夫人民军对无论在老城区是否实际上存在克罗地亚火力或其他军事阵地的反应，也不是由克罗地亚炮兵或克罗地亚部队故意攻击老城区所

引起的。南斯拉夫人民军的确在一定程度上攻击了在杜布罗夫尼克的克罗地亚火力或其他军事阵地，无论是实际存在还是据信存在，但它们都不在老城区内。这些克罗地亚阵地离老城区非常遥远，以至于它们不可能受到南斯拉夫人民军随意发出的试图攻击那些克罗地亚阵地的炮弹的附带危险。本审判分庭发现，1991年12月6日故意炮击老城区的行为对老城区造成了广泛和大规模的损坏。[……]

五、《规约》第3条的管辖权

(一) 存在武装冲突以及在被告的行为和武装冲突之间存在联系

215. 指控令中指控的所有犯罪的依据都是本法庭《规约》第3条。为了适用《规约》第3条，必须满足两个前提条件。第一，在据称的犯罪实施时，必须已经存在武装冲突。第二，在该武装冲突和据称的犯罪之间必须存在密切联系，也就是说，被告的行为必须与敌对行为“密切相关”。上诉分庭指出，武装冲突“不一定是实施犯罪的原因，但是至少存在武装冲突必须在行为人实施犯罪、决定实施犯罪、实施的方式或实施的目的方面起到重要作用。”[脚注745：“库纳拉茨”案，上诉分庭判决，第58段。]

216. 关于冲突的性质，法庭已经确立起来的法理是，适用《规约》第3条无须考虑冲突的性质。[脚注746：“塔迪奇”案，管辖权问题，第94段。]在本案中，虽然检察官在指控令中指控在实施犯罪时，在克罗地亚存在国际性武装冲突和部分占领，但双方都同意冲突的性质并不是被告所实施犯罪的构成要件。因此，本审判分庭将不对这个问题发表观点[……]。

217. 就像本决定中已经说的，证据明显说明，在指控令指控的整个时期，在南斯拉夫人民军和克罗地亚武装部队之间存在武装冲突。它们都是政府当局的部队，至于是否属于不同国家或同一个国家则无需回答。指控令指控的所有犯罪都和炮击杜布罗夫尼克老城区有关，该地区在这场武装冲突中具有重要意义。因此，被告所指控的行为是在武装冲突期间实施的，而且与该冲突之间存在密切联系。

(二) “塔迪奇”案的四个条件

218. 在“塔迪奇”案中，上诉分庭指出，第3条是“剩余条款”，目的是为了 确保所有严重违反国际人道法的行为都属于法庭的管辖范围。根据上诉分庭的观点，该条款赋予法庭对除了《规约》第2条、第4条或第5条

以外所有严重违反国际人道法的行为，只要符合下列条件：（一）违反的必须是国际人道法的规则；（二）规则在性质上必须是习惯法的规则，如果是条约法的规则，则必须符合必要的条件；（三）违反必须是严重的，也就是说，它必须是破坏一项保护重要价值的规则，而且这种破坏行为必须对受害者产生严重后果；以及（四）根据习惯国际法，违反该规则必须让该人因为违反该规则而产生个人刑事责任。根据本审判分庭的观点，无论该犯罪是否规定在《规约》第3条中，这些条件都必须得到满足。因此，本审判分庭将审查被告所指控的犯罪是否符合“塔迪奇”案中说的四个条件。

1. 谋杀和虐待

219. 本案中，所指控的虐待和谋杀所依据的是《日内瓦公约》第3条第1款第1项。首先，本审判分庭注意到，法庭关于共同第3条的法理现在已经很确定了。[……]首先，《规约》第3条包括违反共同第3条的行为，这是没有疑问的。[脚注752：“塔迪奇”案，关于管辖权的决定，第89段]毫无疑问，谋杀罪和虐待罪是破坏保护重要价值的规则，而且对受害者造成严重后果。而且，共同第3条也是适用于国内和国际性武装冲突的习惯国际法的一部分，而且它将产生个人刑事责任，这些都是毫无疑问的。因此，本审判分庭发现，关于这些犯罪，“塔迪奇”案中的四个条件都已经得到了满足。

2. 攻击平民和民用物体

(1) 攻击平民

220. 本审判分庭注意到，第3项指控所依据的是《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条，它们明确规定了国际人道法的规则。因此，符合“塔迪奇”案的第一个条件。[脚注755：“加利奇”案，审判分庭判决书，第16段。]至于第二个条件，本审判分庭忆及本案中作出的、得到上诉分庭支持的裁决。根据该裁决，两个附加议定书所规定的禁止攻击平民具有习惯国际法的地位，而且是已有习惯法的重述。[……]两个附加议定书都规定禁止攻击平民，《第一议定书》涉及国际性武装冲突的情形，《第二议定书》涉及非国际性武装冲突的情形。因此，对于《规约》第3条的适用问题，冲突的性质是无关的。因此，本审判分庭发现，“塔迪奇”案的第二个条件得到了满足。

221. 至于“塔迪奇”案的第三个条件，禁止攻击平民是规范战争行为的基本规则之一，毫无疑问是保护“重要价值”的。[脚注757：“加利奇”案，审判分庭判决书，第27段和第45段。]本审判分庭认为，任何违反这项禁止的行为都是对在战斗员和非战斗员之间作出区分这项基本原则的违反。从整个武装冲突的历史来看，发展这项原则的目的是为了避免平民受到敌对行为危险的影响。本审判分庭指出，攻击平民危及那些没有积极参加战斗的人的生命或者健康。[……]因此，关于适用《规约》第3条的第三个条件已经得到了满足。
222. 关于“塔迪奇”案的第四个条件，本审判分庭重申上诉分庭的说法，即“违反（禁止攻击平民）将产生个人刑事责任”。[脚注760：“斯特鲁加尔”案，上诉分庭关于管辖权的决定，第10段。]另外，本审判分庭必须指出，在关键时刻，还存在“关于南斯拉夫社会主义联邦共和国的武装部队适用国际战争法的规章”。该规章规定“战争罪或其他严重违反战争法”的行为需要承担刑事责任，而且还规定了对南斯拉夫社会主义联邦共和国武装部队具有拘束力的法律清单，包括《第一议定书》和《第二议定书》。

(2) 攻击民用物体

223. 攻击民用物体罪是破坏国际人道法规则的行为。就像本审判分庭已经在本案中裁决、而且得到上诉分庭支持的那样，关于攻击民用物体的该项指控中提到的第52条是对已经成为习惯国际法地位规则的重申和重述。[脚注762：“斯特鲁加尔”案，上诉分庭关于管辖权的决定，第9段。]
224. 本审判分庭注意到，禁止攻击民用物体只规定在第五项指控所提到的《第一议定书》第52条。《第二议定书》并没有规定禁止攻击民用物体。不过，就像上诉分庭发现的，禁止攻击民用物体已经演变成适用于国内性质的冲突的规则。[脚注763：“塔迪奇”案，关于管辖权的决定，第127段。][……]因此，本审判分庭断定，虽然《第二议定书》中没有第52条那样的条款，但禁止攻击民用物体作为一项一般规则也适用于国内冲突。因此，第一个和第二个条件已经得到了满足。
225. 至于“塔迪奇”案的第三个条件，本审判分庭注意到，禁止攻击民用物体的目的是为了那些物体在冲突期间免受毁坏的危险。它还重申，禁止攻击民用物体也是保护平民居民的必要补充。本审判分庭注意到，在[……]大会1970年通过的[关于“一切类型之武装冲突”中保护平民的]决议中，禁止把仅为平民使用之住宅及其他设施作为军事行动之目标属

于“武装冲突中保护平民之基本原则”。那些原则之所以得到重申，是因为“确保在一切类型之武装冲突中对人权作更妥善之保障”。大会还强调指出，平民“在武装冲突之际尤其需要加以保护”。《第一议定书》的起草者认为区分原则，即冲突各方有义务区分民用物体和军事目标，是“基本”原则。[……]同时，本审判分庭忆及严重性这个要件也包含对被告造成后果的严重性。本审判分庭认为，与攻击平民的情形不同，如果没有损坏，现在要审理的犯罪不一定符合“严重后果”这个条件。因此，那些后果是否足以严重到使该犯罪属于法庭《规约》第3条的管辖范围取决于该案件的事实。本审判分庭注意到，在本案中，据称指控被告的攻击民用物体的行为的确对那些物体造成了损坏。因此，它审理这个案件的基础是指控令指控的攻击行为的确对受害者造成了严重后果，因此，“塔迪奇”案的条件已经得到了满足。如果关于据称的损坏的证据无法证明检察官的说法，以致攻击所产生的后果对于受害者来说是否属于严重产生疑问，本审判分庭将只需要回过头去审理《规约》第3条的可适用性。就像马上在本决定中看到的，本案并不是那样的。

226. 就像上面忆及的，“塔迪奇”案的第四个条件涉及个人刑事责任。上诉分庭发现，根据习惯国际法，违反禁止攻击民用物体这项规则将产生个人刑事责任。[脚注772：“斯特鲁加尔”案，关于管辖权的上诉分庭的决定，第10段。]而且，本审判分庭忆及上面提到的南斯拉夫社会主义联邦共和国规定违反《第一议定书》的行为必须承担刑事责任。

3. 破坏和摧毁财产，包括文化财产

227. 关于“塔迪奇”案条件中的第一项和第二项条件，本审判分庭注意到，第3条第2项的基础是1907年《海牙第四公约》以及所附章程第23条。1907年的《海牙第四公约》以及《海牙章程》都是国际人道法的规则，它们都已经成了习惯国际法的一部分。

228. 虽然《海牙章程》制定时只能适用于国际性武装冲突，本审判分庭现在将审查《规约》第3条第2款所规定的禁止行为是否也适用于非国际性武装冲突。正在审查的这项规则与禁止攻击民用物体密切相关，即使那两项规则的某些内容存在区别。两项规则都是为了保护财产免受军事行动造成的损坏。另外，被告被指控的摧毁财产的犯罪据称是在针对民用物体的攻击中实施的。因此，由于已经有结论断定禁止攻击民用物体也适用于非国际性武装冲突，故本审判分庭认为，除了认为《规约》第3条

第2项所规定的禁止行为也适用于非国际性武装冲突以外，没有理由得出其他结论。

229. 现在开始审查根据第3条第4项所指控的犯罪。本审判分庭注意到，这个条款的基础是《海牙章程》第27条。而且，在早期的法典中，已经发展出了保护文化财产的规则。1954年的《武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》[脚注780：“分庭认为，《规约》第3条第4项规定的机构和物体就包含在第1条所规定的‘文化财产’的定义之中”]中就有相关的条款，它们就是这种早期的法典。在“塔迪奇”案中，上诉分庭明确提到了1954年《海牙公约》第19条，而且还认为该条约规则已经形成为对非国际性武装冲突的各方都有拘束力的习惯国际法的一部分。更具体说来，它发现关于保护文化财产的习惯法规则已经发展成可以规范国内冲突中的行为。另外，本审判分庭还注意到，关于国际性武装冲突的《第一议定书》第53条和关于非国际性武装冲突的《第二议定书》第16条都禁止“针对[文化财产]的任何敌对行为”。[脚注785：红十字国际委员会关于第一附加议定书的评注，第2046段。[……]]

230. 根据上述理由，本审判分庭相信，《规约》第3条第4项是国际人道法的规则。它不仅反映了习惯国际法，而且还适用于国际性和非国际性武装冲突。因此，关于第3条第2项和第3条第4项的“塔迪奇”案条件中的第一和第二个条件都已经得到了满足。

231. 关于“塔迪奇”案中的第三个条件，本审判分庭忆及上面提到的一个结论，即攻击民用物体的犯罪如果导致的损害严重到足以对受害者产生“严重后果”，那么，就是符合这个条件的。本审判分庭的观点是，与攻击民用物体一样，如果财产的损坏“严重地”影响到犯罪受害者时，那么摧毁财产的行为就属于法庭根据《规约》第3条所确立的管辖权的范围。本审判分庭注意到，这项犯罪的其中一项条件是损坏必须是大规模的，毫无疑问，本案中审理的犯罪是严重的。

232. 关于损坏文化财产罪（第3条第4项）的严重性，本审判分庭注意到，从定义来看，这种财产“对每一民族文化遗产具有重要意义的”。[1954年《海牙公约》第1条第1款]因此，它认为，即使这种犯罪的受害者应当被广义理解成“民族”，而不是任何特定的个人，这种犯罪也可以说是对受害者造成了严重后果。例如，在“约基奇”（Jokic）案中，审判分庭[……]发现，“由于攻击平民建筑是严重违反国际人道法的行为，因此攻击受到特殊保护的场所，例如[杜布罗夫尼克]老城区甚至是更严重的一种犯罪。”基于上述理由，本审判分庭发现，《规约》第3条第2项忆

及第3条第4项中规定的犯罪是严重违反国际人道法的犯罪。因此，符合“塔迪奇”案的第三项条件。

233. 至于“塔迪奇”案的第四项条件，本审判分庭注意到，《纽伦堡国际军事法庭宪章》第6条已经规定了战争罪，包括没有军事必要所进行的摧毁，将产生个人刑事责任。该犯罪也规定在了《规约》第3条第2项中。关于《规约》第3条第4项，本审判分庭忆及1954年的《海牙公约》第28条规定，“各缔约国承允于其普通刑事管辖权范围内采取必要步骤，以对违反或唆使违反本公约的人，不问其国籍，进行起诉并施以刑事或纪律制裁。”。[……]因此，本审判分庭发现，《规约》第3条第2项和第3条第4项都将产生个人刑事责任。因此，“塔迪奇”案的第四项条件也得到了满足。

六、指控

(一) 针对人身的犯罪 (第一项和第二项指控)

1. 谋杀 (第一项)

234. 指控令指控被告应当为违反《规约》第3条所规定的战争法或惯例的行为承担刑事责任。这项犯罪据称的受害者是通奇·斯科奇科 (Tonci Skocko) 和帕沃·乌尔班 (Pavo Urban)。[……]

240. 基于上述分析，看来，法庭的法理可能已经认为，当有平民居民受到像炮兵那样的攻击并且导致有平民死亡时，当行为人知道攻击将很有可能导致死亡时，这样的致人死亡就可以说是谋杀。无论是否是那样，鉴于放任足以构成谋杀和故意杀害必要的犯罪意图，因此看来，原则上，没有理由认为故意炮击平民居民生活的城镇为什么不可或者说行为人知道存在致人死亡的可能性。本审判分庭将继续在此基础上审理这个案件。[……]

248. [……]本审判分庭发现，通奇·斯科奇科死于大出血，而这是由于南斯拉夫人民军的炮兵在1991年12月6日攻击老城区的过程中发出的榴散弹的弹片击中引起的。

249. 关于谋杀罪必需的犯罪意图，本审判分庭重申，南斯拉夫人民军对老城区的攻击是故意的，行为人知道那里人口密集。本审判分庭发现，实施攻击的行为人只可能在知道老城区平民居民中因为攻击很有可能造成一个或多个平民死亡的情况下实施的。

250. 基于上述理由，忆及把本案中被告刑事责任的问题放在一边，本审判分庭发现，谋杀通奇·斯科奇科的罪行构成要件都得到了满足。

(二) 攻击平民和民用物体 (第三项和第五项指控)

1. 法律

[……]

280. 早期的法理把攻击平民和民用物体的犯罪解释成在平民居民中造成死亡和（或）严重身体伤害或对民用物体造成损坏的、在“知道或不可能不知道平民或平民财产正在受到没有军事必要的攻击情况下故意实施”的攻击行为。近来，上诉分庭澄清了有关这项犯罪各种构成要件的法理。首先，上诉分庭驳回了那种认为可以基于军事必要而有例外的观点，并且强调指出，禁止攻击平民和民用物体在习惯国际法中是绝对的。^{[脚注 895：“布拉什基奇”案，上诉分庭判决书，第109段。[……]]}关于这一点，本审判分庭需要指出，就本案的事实来说，1991年12月6日攻击老城区不存在任何可能的军事必要。而且，上诉分庭确认，非法攻击产生的刑事责任需要有结果的证明，即必须要有平民死亡或受伤，或者有民用物体受损。关于所需的损坏的规模，上诉分庭虽然没有对这个问题进行过详细讨论，但看来赞成以前的法理，即对民用物体的损坏必须是广泛的。但是，在本案中，由于已经产生了广泛的损坏，因此，本审判分庭认为没有必要再对这个问题进行讨论，故将继续审理这个案件。如果需要证明存在广泛的损坏，那么本案事实中也已经得到了证明。

281. [……]在本案中，并不存在被告受到指控的攻击是否针对军事目标以及对造成的损害是否只是附带的问题。因此，本审判分庭认为没有必要断定附带造成过分损坏的攻击是否应当被定性为针对平民或民用物体的攻击。

282. 根据日内瓦公约《第一议定书》第49条第1款，“攻击”是指针对对方的暴力行为，无论是作为进攻还是作为防守。根据红十字国际委员会的《评注》，进攻被理解是“战斗行动”。它指的是在武装冲突开始或进行过程中使用武力采取军事行动。关于平民的定义，本审判分庭注意到，平民居民的成员是指那些没有积极参加敌对行动的人，包括放下武器的武装部队的成员以及那些因为病、伤、被拘禁或任何其他原因丧失战斗力的人员。在受到攻击的居民中存在某些非平民并不改变该居民的

性质。它必须“主要是平民性质”。而且,《第一议定书》第50条第1款规定,在对某个人是否属于平民存在疑问的情况下,那个人应当被推定为是平民。本审判分庭重申,“平民财产包括任何不可能被合法地当作军事目标的财产”。

283. 因此,本审判分庭断定,作为属于《规约》第3条范围内的一项犯罪,攻击平民或者民用物体罪的客观行为是那些针对平民居民或平民个人或民用物体、造成平民居民死亡以及(或者)严重伤害或民用物体损坏的攻击行为。它的犯罪意图是,这样的攻击必须是在意图使平民居民或平民个人或民用物体成为攻击对象的情况下实施的。[……]至于轻于直接故意是否也是可以的,在本案中并不存在这个问题。

2. 判决

284. 本审判分庭已经发现,1991年12月6日,南斯拉夫人民军对杜布罗夫尼克老城区发动了攻击。本审判分庭还发现,前面已经有记录,在该老城区内并没有军事目标,而且攻击并不是在相信那里有军事目标的情况下发动的或者持续进行的。也许,在1991年12月6日,在老城区内有人和克罗地亚负责保卫的武装之间存在联系,但这种人并没有对南斯拉夫人民军发动攻击或者从事任何公开的军事行为。他们的存在不可能改变居民的性质。他们的性质是平民居民,位于他们当中的物体是民用物体,这是正确的。关于被告对据称的危机人员(Crisis Staff)(他们的司令部位于老城区)采取的军事行动提出的辩护意见,本审判分庭注意到,没有具有说服力的证据证明危机人员当时正在老城区从事军事行动。相反,危机人员根本不负责防卫事项。[……]这些人员都没有战斗,而且也没有穿着制服。有证人证明,领土防卫的司令部是在拉帕德[杜布罗夫尼克西北方向的一个岛屿]。没有任何证据可以证明危机人员所在的建筑物“对军事行动有实际贡献”或者摧毁该建筑物将具有“明确的军事利益”。因此,本审判分庭发现,从本案的证据来看,虽然在老城区的建筑物中有危机人员存在,但这并没有使该建筑物成为合法的军事目标。本审判分庭还注意到,有关建筑物并没有证明在炮击中受到了损害,因此被告的辩护意见显然缺乏事实依据。

285. 1991年12月6日,有证明充分证明,老城区是有人居住的城区,而且现在也是这样。虽然这是一个世界遗产,但它里面居住的人口在7000到8000之间,许多人还都是在老城区受雇的人,还有许多其他的人从杜布

罗夫尼克来到老城区工作。老城区也是城墙内的商业、当地政府以及宗教活动的中心。由于受到南斯拉夫人民军的包围，一些妇女和儿童临时离开了老城区，但还是有许多人都留了下来。另外，随着南斯拉夫人民军向杜布罗夫尼克的推进，许多无家可归的家庭和人员都逃到老城区避难。一些来自大杜布罗夫尼克地区的人员由于相信作为世界遗产的老城区能够使他们免受军事攻击的影响，因此都逃到老城区临时居住。作为生活区的老城区的存在是一个已经存在了几个世纪的突出现象。[……]

286.除了这个长期确定的突出现象以外，有证据明显证明，由于南斯拉夫人民军部队在11月已经接近杜布罗夫尼克，因此，他们可以从许多阵地观察大杜布罗夫尼克以及老城区。在老城区和大杜布罗夫尼克地区有大量平民居民存在以及在流动。对于这么近的军事观察人员来说，肯定是能发现的。当然，南斯拉夫人民军的领导们，包括被告和约基奇海军上将，直接关心的是与平民居民的代表（不限于此类代表）进行的谈判。而且，南斯拉夫人民军包围杜布罗夫尼克的一个明显目的是想要通过让平民居民因为受到包围而被迫经历极端困难，从而让克罗地亚的防卫部队投降。分庭发现，尤其明显的是，南斯拉夫人民军的攻击者，尤其是被告和他的下属，显然知道在老城区和大杜布罗夫尼克有大量的平民居民，但他们还是下令、计划和指示部队发动攻击。

287.关于老城区以及大杜布罗夫尼克地区的平民居民问题的证据中，其中有一个或者两个方面需要引起特别注意。1991年12月6日，发动攻击的南斯拉夫人民军的士兵可以在早晨7点听到在杜布罗夫尼克拉响的空袭警报。在关于那天的报告中，指挥3/5迫击炮旅的约瓦诺维奇 (Jovanovic) 中校据称推想在警报之后有城市居民逃到了避难场所。因此，就像他在作证时说的，他下令攻击的依据是任何仍然在杜布罗夫尼克居民区活动的人正在从事战斗行为。当然，这种观点承认存在平民，但根据上面的这个依据认为可以对在活动的人员和车辆进行攻击。约瓦诺维奇中校关于那天所发表的观点无法经受检验。常理和在本案中许多证人提供的证据都可以证明，杜布罗夫尼克的居民主要是平民，而且许多平民居民有合理理由在十个半小时的攻击期间在杜布罗夫尼克进行活动。其中一个明显的例子是，还有那些想要接近伤者或者把他们送往医院的人们。由于建筑物遭到了损坏或者摧毁，其他人都想要寻找更好的避难场所。还有人想要回家或者到达工作地点。还有其他许多这样的例子。[……]在老城区存在平民的事实还通过危机人员那天向南斯拉夫人民军指挥层送交抗议的方式通知给了他们。[……]

288. 本审判分庭发现，老城区在1991年12月6日遭到南斯拉夫人民军炮兵和其他武器的广泛攻击，而且老城区内的军事阵地或者其他目标（无论是真实存在的，还是相信存在的）并没有受到南斯拉夫人民军的攻击。因此，本审判分庭发现，行为人的意图是为了攻击老城区的平民和民用物体。另外，本审判分庭还发现，1991年12月6日，老城区以外、大杜布罗夫尼克地区以内几乎没有军事目标（无论是真实存在的，还是相信存在的）受到南斯拉夫人民军的攻击。在许多情况下，受到攻击的地方也是一些与老城区相隔遥远而且完全隔开的地点。由于本决定给出的理由，炮击大杜布罗夫尼克地区，包括那些与老城区更为接近的克罗地亚的军事阵地（无论是真实存在的，还是相信存在的），都没有对老城区造成损坏。对于1991年12月6日所使用的南斯拉夫人民军的所有武器，包括迫击炮来说，也是如此。不过，除此之外，本审判分庭发现，还有许多攻击大杜布罗夫尼克地区内、老城区以外的非军事目标的情形。[……]

(三) 针对财产，包括文化财产的犯罪 (第四项和第六项指控)

1. 关于没有军事必要进行摧毁的法律 (第四项指控)

[……]

292. 虽然法庭很少有机会对“没有军事必要而进行的摧毁”这项犯罪进行审查，但在“科尔迪奇”(Kordic) 案中，审判分庭还是对“没有军事必要的肆意破坏”这项犯罪的构成要件进行了分析，而且最近在该案中也得到了上诉分庭的支持。它的构成要件如下：

- (一) 破坏财产是大规模发生的；
- (二) 破坏是在没有军事必要的情况下发生的；
- (三) 行为人行为的意图是破坏有关财产或者有不管是否有被破坏的可能性的放任。

293. 至少对于本案的审判来说，这个定义看来好像也适用于摧毁罪。本审判分庭将在对该定义进行适当修正后对“没有军事必要的摧毁罪”采取这种定义，以便反映“摧毁”。检察官和被告都认为应当这样。

294. 关于第一项条件，即摧毁必须是“大规模的”。本审判分庭认为，虽然这项条件要求证明有相当数量的物体受到损害或破坏，但这并不需要摧毁的是整个城市、乡镇或者农村。[……]

295. 第二项条件是行为是“没有军事必要的”。本审判分庭认为，就本案来说，可以用《第一议定书》第52条中广泛接受的“军事目标”的定义来界定是否存在军事必要。根据该条款的规定，军事目标是指“由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体”。就像审判分庭在“加利奇”案中说的，军事利益是否可以得到实现必须从“谋划攻击，包括对于其来说可用的情报在内，物体是否正在被用于对军事行动有实际贡献”的角度来判断^[脚注940：“加利奇”案，审判分庭判决书，第51段。] [……]由于在1991年12月6日在老城区并不存在军事目标，因此本审判分庭认为，就本案的事实来说，并不存在需要判定军事必要是否成比例的问题。

296. 根据法庭一贯的判例法，如果行为人在直接故意或者放任的情况下行为，那么，就可以说已经符合了第3条第2项所规定的犯罪的犯罪意图条件，放任要求知道摧毁是他的行为很有可能发生的后果。

297. 总之，至少就本案来说，可以说要构成“没有军事必要而进行的摧毁”罪需要符合下列构成要件：(一) 摧毁或损坏是大规模的；(二) 摧毁或损坏是没有军事必要的；(三) 行为人是在故意摧毁或破坏财产、或者知道这种摧毁或损坏是他的行为很有可能的后果的情况下进行的。

2. 关于破坏或者故意损坏文化财产的法律 (第六项指控)

298. 指控令第六项指控指控被告犯有破坏或者故意损坏专用于宗教、慈善和教育、艺术和科学的机构、历史纪念物以及艺术和科学作品的罪行，根据《规约》第3条第4项的规定，这是应当受到惩罚的。[……]

300. 迄今，法庭已经在一些案件中解释了这个条款。在“布拉什基奇”案中，审判分庭采纳了下列定义：

损坏或者破坏必须是指对明显被查明专用于宗教或者教育、并且在行为时不被用于军事目的的机构而故意实施的。另外，这种机构必须不得紧邻军事目标。

^[脚注943：“布拉什基奇”案，审判分庭判决书，第185段。]

301. 在“纳勒迪里奇”(Naletilic) 案的判决中，审判分庭虽然驳回了“布拉什基奇”案中的意见，即要使得得到保护，这种机构必须不得紧邻军事目标，但认为，如果符合下列条件，破坏专用于宗教的机构的罪就成立：

“(一) 符合《规约》第3条所规定的一般条件；(二) 破坏的是专用于宗教

的机构；（三）该财产不得用于军事目的；（四）行为人是在意图破坏该财产的情况下行为的。”[脚注945：“纳勒迪里奇”案，审判分庭判决书，第605段。]

302. 而且，[……]当有关行为针对的是文化遗产时，第3条第4项的规定就是特别法的规定。

303. 为了界定第3条第4项所规定的犯罪的构成要件，也许从习惯国际法和条约法对它的渊源进行考察是有用的。1907年的《海牙章程》第27条、1954年的《海牙公约》、《第一议定书》第53条以及《第二议定书》第16条都规定禁止对文化财产采取行动。

304. 1907年的《海牙章程》第27条规定：[参见**文件1**，第553页]

305. 1954年的《海牙公约》第4条要求该公约的缔约各国：[参见**文件3**：《关于保护文化财产的公约》，[比较A.]第561页。]

306. 《第一议定书》第53条规定：[……]

从文本来看，这个条款规定的内容与《第二议定书》（第16条）几乎一样。唯一不同的是，后者没有提到“其他相关的国际文件”以及禁止把文化财产当作报复的对象。

307. 1954年的《海牙公约》保护那些“对每一个民族的文化遗产具有重要意义”的财产。两个附加议定书都提到了“构成各国人民文化或精神遗产的历史纪念物、艺术品或礼拜场所”。[……][这两个规定所强调的]基本思想都是相同的。[……]本审判分庭将把讨论限制在受到上述文件保护的财产当中（下称“文化财产”）。

308. 虽然上面提到的规定禁止“针对”文化财产的敌对行为，但《规约》第3条第4项只是明确把那些对这些财产造成损坏或者破坏的行为规定为犯罪。因此，指控令中所指控的这项犯罪必要的构成要件是，因为针对这种财产的行为导致产生实际的损坏或者破坏。

309. 1907年的《海牙章程》规定是否给予文化财产保护，取决于这种财产是否用于军事目的。1954年的《海牙公约》规定有义务尊重文化财产。这项义务有两个明确的内容，即：“不为可能使之在武装冲突情况下遭受毁坏或损害的目的，使用文化财产及紧邻的周围环境或用于保护该项财产的设施”以及“进行针对该等财产的敌对行为”[《海牙公约》第4条第1款]该公约规定可以免除这些义务，但“仅在军事必要所绝对需要的情况下”。[同上，第4条第2款]两个附加议定书禁止把文化财产作为支

持战争努力的手段，但并没有明确规定这样使用后会导致什么后果，即这种使用是否可以让对这种采取采取的敌对行为合法化。而且，两个附加议定书禁止对文化财产采取敌对行动，但没有明确提到军事必要。但是，两个附加议定书的有关条件明确提到了“不妨害”1954年《海牙公约》中的条款。这表明，在这种尊重中，当军事必要要求免除这种义务时，两个附加议定书不可以对1954年《海牙公约》免除义务条款的效力产生影响。在本案中，就炮击老城区的事实来说，并不存在军事必要的问题，因此，不需要进一步审理这个问题。基于同样的原因，也没有必要审理1954年《海牙公约》第4条第2款中规定的军事必要中“绝对需要”这个词打算作出何种区分的问题。

310. 不过，法庭的法理已经确认了“军事目的”除外原则[脚注956：“布拉什基奇”案，审判分庭判决书，第185段[……]]，这是和1907年的《海牙章程》和两个附加议定书一致的。它使本审判分庭相信，当文化财产用于军事目的时，赋予这种财产的保护就丧失了。而且，关于审判分庭在“布拉什基奇”案和“纳勒迪里奇”案上面注意到的区别[关于为了军事目的而使用文化财产附近地区的问题]，[……]看来应当优先采纳的观点是，决定文化财产是否应当丧失以及何时丧失保护的是对文化财产的使用，而不是它的位置。[脚注957：“就像《海牙章程》第27条明确提到‘包围和轰击’一样，它并不是因为文化财产的位置，而是因为它们的使用，才使文化财产丧失保护。1954年的《海牙公约第二议定书》第16条[应当是第13条：译者注]加强了这种观点。它规定，作为对文化财产保护的丧失，‘只有在下列情况下：（一）有关文化财产的使用方式已使其成为军事目标’”。[着重号为判决书所加]因此，与被告的辩称相反，本审判分庭认为，不能仅仅因为有在文化财产紧邻的军事行为或军事设施就可以使文化财产所具有的特殊保护丧失。不过，在这种情况下，实际的结果可能是，它无法认定对文化财产造成破坏或损坏的行为是“针对”该文化财产的，而不是在其紧邻有军事设施或对它的使用。

311. 至于这项犯罪的犯罪意图，本审判分庭认为应当遵守法庭以前的法理，即行为人必须是在具有损坏或者破坏有关财产的直接故意情况下行为的。有理由询问放任是否也可以被认为是构成该犯罪的犯罪意图。[……]

312. 根据上述观点，法庭法理所确立起来的定义看来反映了习惯国际法的立场。就本案来说，如果符合下列条件，某个行为就符合《规约》第3条第4项意义上的破坏或者故意损坏文化财产罪的构成要件：（一）它对属于每个民族的文化或精神遗产的财产造成损坏或者破坏；（二）当针对这些

物体的敌对行为发生时，被损坏或破坏的财产并没有被用作军事目的；
(三) 行为是在具有损坏或者破坏有关财产的故意情况下实施的。

3. 对第四项和第六项指控的判决

[……]

318. 本审判分庭发现，在根据规则98（第二）决定的附件中列出的116幢建筑物和结构中，有52幢在12月6日南斯拉夫人民军对老城区的炮击中遭到破坏或损坏。[……]

319. 因为1991年12月6日的攻击而对52幢建筑物和结构造成的损坏的性质和程度各不相同。[……]

320. 本审判分庭还注意到，在那些因为攻击而遭到损坏的建筑物中，有修道院、教堂、清真寺、犹太教教堂以及场所。在其他受到影响的建筑物中有居住的街区、公共场所和商店。对这些建筑物造成的损坏将对居民或主人产生严重的后果。也就是说，他们的家园和生意都受到了重大损害。[……]

326. 就第四项指控来说，本审判分庭发现老城区因为1991年12月6日南斯拉夫人民军的攻击而遭受大规模的损坏。关于这一点，本审判分庭考察了下列因素：有52幢可以单独查明的建筑物以及结构受到了破坏或损坏；遭到破坏或损坏的建筑物和结构位于整个老城区，包括围绕老城区的城墙；有许多遭到损坏的房子就在老城区中心线附件，即斯特拉顿(Stradun)区域，它本身也遭到了损坏，或者就在该区域的紧邻；以及最后，总体上看，损坏从遭到完全破坏，即完全被焚毁的建筑物，到对部分建筑物和结构造成相对小的破坏都有。

327. 就第六项指控来说，本审判分庭注意到，在南斯拉夫社会主义联邦共和国的推荐之下，杜布罗夫尼克的老城区整个都在1979年被列入世界遗产名录。被列入世界遗产名录的遗产包括那些由于“从历史、艺术或科学角度看在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方面具有突出的普遍价值”[脚注991：《保护世界文化和自然遗产公约》，第十七届大会通过，巴黎，1972年11月16日，展览P63/11，第1条]本审判分庭认为，老城区的所有财产，即每一幢结构或建筑物，都属于《规约》第3条第4项的范围。因此，本审判分庭断定，1991年12月6日南斯拉夫人民军对老城区发动的攻击是针对《规约》第3条第4项意义上的文化财产的攻击，因为该条款是关于文化财产的。

328.关于第六项指控，本审判分庭发现，没有证据证明在1991年12月6日遭到破坏或损坏的52幢建筑物和结构在那时正被用于军事目的。[……]就像上面讨论的，在某些情况下，军事必要可以作为损坏或破坏财产的正当理由。就这一点来说，本审判分庭确认，在1991年12月6日遭到破坏的52幢建筑物和结构的紧邻、老城区或者它的紧邻并不存在军事目标。本审判分庭认为，1991年12月6日对老城区的财产进行破坏或损坏并不存在军事必要性。

329.关于这两项犯罪的犯罪意图，本审判分庭将发表下列观点。关于第四项指控的犯罪意图，本审判分庭发现，对老城区的攻击是故意的，而且直接的行为人知道老城区的民用性质，因此，可以从中推断出直接行为具有破坏或损坏财产的故意。同样，关于第六项指控，有证据证明对老城区的攻击是故意的、老城区具有独特的文化和历史性质是众所周知的、就像老城区在联合国教科文组织具有世界遗产的地位一样，因此，本审判分庭可以推断，直接行为人具有故意破坏文化财产的故意。还可以证明最后一点的证据是，在1991年12月6日，从南斯拉夫人民军在扎尔科维察以及其他地方的阵地可以明显看到老城区上面联合国教科文组织的保护性标志。

七、被告的个人刑事责任

(一) 下令

[……]

2. 判决

334.指控令指控，在1991年12月6日，被告命令受其指挥的部队，包括科瓦切维奇上尉指挥的部队向杜布罗夫尼克的老城区非法发射炮弹和迫击炮。科瓦切维奇上尉指挥的部队是约基奇海军上将指挥的第九海军军区部队的直接下属。

335.检察官指称，“虽然没有下令的直接证据，但有情形证据证明必须得出这样的结论，因为被告曾经明示或暗示下令在1991年12月6日发动攻击之前攻击斯尔吉”。他还指称，“被告在1991年12月6日明示或默示下令攻击斯尔吉的命令肯定是在知道老城区也将在攻击斯尔吉的过程中受到非法攻击这种重大可能性的情况下发出的。”[……]

338. 不过，本审判分庭发现，证据不足以证明被告有明确的要求向老城区或者大杜布罗夫尼克市进行攻击或开火的命令。有关的命令是针对斯尔吉的。[……]
341. 虽然为炮兵支援作了充分准备，但制定的计划对于攻击和夺取斯尔吉来说并不是不合适的。没有证据证明被告企图或应当企图在攻击中使用的部队或炮兵超出了范围。到此为止，有证据证明，如果该计划得到圆满实施，那么，在1991年12月6日12点之前就可以成功夺取斯尔吉。
342. 虽然被告下令的攻击针对的是斯尔吉，但从证据来看，以及在本决定其他地方指出的那样，显然，任何这种攻击必须是南斯拉夫人民军的炮火限制在对于任何威胁正在攻击斯尔吉的、并且威胁到成功夺取斯尔吉的南斯拉夫人民军部队的克罗地亚部队必要的范围之内。就像已经表明，实际情况非常明显，除了在斯尔吉中有限的克罗地亚部队以外，克罗地亚部队所采取的任何这种防卫行动都只能来自大杜布罗夫尼克市内非常有限的炮兵和其他武器。
343. 从这些情况看，本审判分庭发现，被告作为具有非常专业的军事知识和专长的人，非常清楚他下令攻击斯尔吉的命令肯定会设想到，他的部队可能需要炮击在大杜布罗夫尼克地区的任何克罗地亚炮兵和其他军事阵地，因为他们在采取保卫行动，对南斯拉夫人民军部队攻击斯尔吉以及是否能够成功夺取斯尔吉的行动带来了威胁。这是本审判分庭得出的推论。
344. 就像本审判分庭前面已经发现的，攻击斯尔吉的南斯拉夫人民军的确受到了克罗地亚军队从大杜布罗夫尼克市发出的有限的、但决定性的迫击炮以及重型机关枪（打飞机的高射枪）和其他火力的攻击。这种火力造成南斯拉夫人民军人员在斯尔吉的死亡或人员伤亡。显然，这对攻击是否取得成功造成了威胁。南斯拉夫人民军的炮火[……]一部分就是针对大杜布罗夫尼克地区内克罗地亚的这些许多防御阵地的。[……]1991年12月6日，克罗地亚防卫火力并没有从老城区对斯尔吉或其他南斯拉夫阵地发动攻击，南斯拉夫人民军的部队也没有根据任何其他的信念采取行动。
345. 的确发生的是，南斯拉夫人民军的炮兵并没有把他们的火力针对克罗地亚的军事阵地，更不用说那些实际上向对在斯尔吉的南斯拉夫人民军部队或其他南斯拉夫人民军的阵地开火的克罗地亚阵地了。那天，南斯拉

夫人民军的炮兵积极地对杜布罗夫尼克开火，包括老城区，根本不考虑军事目标，而是故意地、不分皂白地和广泛地进行的，持续了很长一段时间。南斯拉夫人民军对老城区的炮击造成了大量平民财产的损坏以及平民死亡和伤亡。虽然无法证明被告发出了用炮火攻击杜布罗夫尼克或老城区的一般命令，但有证据证明他的确那样做了。他的命令只限于攻击斯尔吉。不过，无法证明南斯拉夫人民军炮兵攻击杜布罗夫尼克对被告下令攻击斯尔吉的影响是否可以扩大到一般地炮击杜布罗夫尼克或老城区。

346.就被告的个人刑事责任来说，据称他在1991年12月6日下令攻击老城区，接下来一个问题是，被告是否知道在执行发出的攻击斯尔吉的命令中可能出现他的部队对老城区的故意炮击行动。在南斯拉夫人民军1991年10月和11月在杜布罗夫尼克市附近，包括斯尔吉所采取的军事行动过程中，曾经炮击过杜布罗夫尼克，而且出现过未经授权炮击老城区的情形。这显然应当提醒被告注意这种情况是可能发生的，尤其是他认为第3/472迫击炮旅和有可能参加11月发动的炮击。

347.不过，还是有不同之处。在1991年10月和11月南斯拉夫人民军发动的军事行动中，每一个都是在海军和空军的支援下由许多南斯拉夫人民军的部队从很长的战线上一连几天发动的全面而广泛的攻击和推进。从参与攻击的部队、获得的地面以及部队所使用的时间来看，1991年12月对斯尔吉的攻击其实是一场规模小得多的行动。虽然对南斯拉夫人民军炮兵对付威胁他们正在发动攻击和夺取斯尔吉的杜布罗夫尼克市内的克罗地亚防御部队来说，被告发出攻击斯尔吉的命令肯定具有影响，但那种影响是有限的、目标是具体的、而且被告的部队所反应的火力是受到控制的。虽然南斯拉夫人民军将炮击杜布罗夫尼克的行为升级到故意的、不分皂白的和广泛的炮击，这和以前的情形并没有什么不同，但和被告命令所暗示的相比，却是明显的步骤，这是在和以前情形十分不同的情形下发生的。从某种程度来说，是为了减轻他的部队重复以前行为的可能性。在其下令攻击斯尔吉时，被告知道的情形虽然只能提醒他，其部队存在再次忽视命令并具有发动故意和不分皂白的攻击的可能性，但检察官必须证明被告已经知道存在再次发生这种行为的重大可能。被告知道的风险不是轻微的，或不可预见的；这种风险显然是更加真实而清楚的。不过，本审判分庭认为，没有足够的证据能够证明被告在下令攻击斯尔吉时知道有发生这种行为的“重大可能”。[……]

(三) 指挥责任

1. 法律 [……]

(1) 上下级关系

361. 在本案中，提出的一个问题是，指挥官是否需要为指挥系统中比他低两级的下属实施的犯罪承担责任。

362. 从法理来看，指挥和下属的概念是相对广泛的。不能仅仅从上级的正式或法律上的地位来判断是否存在指挥，指挥还可以“基于存在事实上的控制权”。在这一点上，确定存在上下级关系的必要性“并不[……]要求具有直接或正式下属这项条件”。同样，也不需要上级和下属的关系必须是永久性质的。军事部队的临时性质本身并不足以排除存在对下属的管辖可能。

363. 此外，还有其他有说服力的证据可以证明，要使指挥官为下属实施的行为承担责任，并不要求上下级的关系在性质上必须是直接的。只需要证明上级对下属进行了有效控制就够了，不论下属是否对该上级直接负责或更间接地接受他的指挥。[……]

366. [……]至于上级是否具备必要的控制程度，本审判分庭认为，这是一个需要在个案证据的基础上决定的事项。

(2) 主观要件：上级知道或有理由知道

367. 尤其是，如果上级知道或有理由知道下属将要实施或已经实施这种犯罪，那么上级就需要为下属实施的犯罪根据《规约》第7条第3款承担责任。[……]

(3) 必要和合理的措施

374. 需要什么样的防止义务取决于特定情况下上级进行干预的实质权力。[……]

2. 判决

(1) 上下级关系

A. 指挥结构

[……]

391.[……]本审判分庭认为, 1991年12月6日, [执行攻击任务的部队]是第九海军军区的直接下属, 而其又是第二战区的下属。执行攻击任务的部队是第二战区的两级下属。因此, 本审判分庭认为, 作为第二战区的指挥官, 被告对攻击斯尔吉以及炮击杜布罗夫尼克包括老城区的南斯拉夫人民军的部队具有法律上的权力。

B. 有效控制

392.就像上面讨论的, 是否存在有效控制取决于案件的具体情形。本审判分庭现在开始审查本案的证据是否足以证明被告有权防止1991年12月6日对杜布罗夫尼克老城区的非法炮击及其是否有权对行为人施以惩罚或采取纪律或者其他不利的行政处分。

a. 被告是否完全有能力防止1991年12月6日对老城区的攻击?

[……]

405.本审判分庭认为, 作为第二战区的指挥官, 被告完全有能力防止1991年12月6日对老城区的非法炮击以及在炮击持续过程中可以随时干预和阻止。

b. 被告是否完全有能力惩罚行为人?

[……]

414.[……]分庭认为, 作为第二战区的指挥官, 被告有效控制着1991年12月6日非法攻击杜布罗夫尼克老城区的行为人。无论从法律上, 还是从实际上, 被告都有能力向3/472迫击炮旅以及其他参与攻击斯尔吉和炮击包括老城区在内的杜布罗夫尼克的南斯拉夫人民军的部队发出命令, 明确禁止其对老城区的攻击, 采取其他措施确保遵守这些命令, 以及确保老城区不受到炮火的攻击, 或者应当立即停止攻击。而且, 本审判分庭认为, 在1991年12月6日的攻击之后, 无论从法律上, 还是从实际上, 被告都有能力进行有效调查, 对那些炮击老城区负有责任的军官采取行政和纪律制裁。

(2) 主观要件: 被告是否知道或有理由知道下属将要或已经实施了犯罪?

415.本案的决定已经审查了证明主观要件的证据。与那个事实背景相反, 《规约》第7条第3款产生了一个重大问题。这个问题就是, 由于南斯拉夫人民军炮击杜布罗夫尼克是为了支持被告下令的对斯尔吉的攻击, 他

是否知道或有理由知道在攻击的过程中，南斯拉夫人民军的炮兵会实施诸如所指控的犯罪那样的犯罪？根据一般的分析，被告知道他的部队最近在10月和11月对老城区的炮击。的确，在1991年12月6日发动攻击的部队曾参与11月的炮击。[……]12月发出的命令禁止炮击老城区，但10月和11月的炮击命令也是这样的，因此，这种一般命令作为防止他的部队炮击杜布罗夫尼克，尤其是老城区的手段来说，看来并不有效。被告非常清楚，在以前炮击老城区的行动中，并没有对任何人采取任何不利行动，因此，在以前的场合中，也缺乏例证向那些违反命令或国际法的人表明，这会产生不利的纪律或其他后果。

416. 本审判分庭认为，就像本决定在前面已经讨论的，被告在1991年12月5日下令攻击斯尔吉以及在1991年12月6日发起攻击时，所掌握的情况使其有理由相信其部队在执行其发出的攻击斯尔吉的命令中可能实施那些受到指控的犯罪行为。不过，《规约》第7条第3款所引起的问题是，被告那个时候是否有理由知道他的部队将要实施犯罪？[……]

417. 从本审判分庭对被告在对斯尔吉发动攻击之前和之时所掌握的情况的分析来看，在攻击斯尔吉的热情和情绪中，受其指挥的炮兵非常有可能再次脱离控制，实施受到指控的那类犯罪，这种可能是真实而明显的，或很清楚的。不过，无法证明被告有理由知道这将会发生。例如，无法证明在其部队计划或有意非法炮击老城区时，被告知道这些情况。在攻击之前进行其他的调查是否本来可以使被告处于更好的位置，尚不明确。因此，在那时，被告知道的实际情况是，分庭需要完善权衡“有理由知道”这个问题。最后，在对必需的证明标准进行考察之后，分庭认为，无法证明被告有理由预见在对斯尔吉发动攻击之前，其部队将会实施诸如那些受到指控的犯罪。相反，他只知道他们有脱离控制并且实施该种犯罪的风险，这种风险并不是轻微的或间接的。但在本审判分庭看来，根据法理中所理解的概念，无法证明这种风险是如此之大，以至于在就本案的情形来说，将使其知道他的部队将会实施犯罪。因此，无法证明在对斯尔吉展开攻击之前，被告知道或有理由知道在攻击时他的部队攻击老城区会构成犯罪。

418. 即便如此，本审判分庭现在将审查在1991年12月6日对斯尔吉进行的攻击过程中，被告所知道的情况是否发生了变化，以至于可以适用第7条第3款。本审判分庭已经发现，在攻击刚开始时，也就是在发动攻击的南斯拉夫人民军步兵团实际上到达斯尔吉地区和堡垒时，大约在早晨

7点左右，南斯拉夫联邦国防部长卡迪耶维奇 (Kadijevic) 将军通知被告说，欧洲共同体军事监督员提交了一份炮击杜布罗夫尼克的抗议信。根据前面给出的理由，被告发出的攻击斯尔吉的命令肯定说明他知道南斯拉夫人民军炮兵可能需要对杜布罗夫尼克内负责防卫的克罗地亚阵地展开行动，因为这些阵地正在对发动攻击的士兵的生命以及是否可以成功夺取斯尔吉构成威胁。本审判分庭发现，他所知道的情况是，那里只存在数量极其有限的克罗地亚防御阵地，而且随着攻击的推进，这些阵地可能受到控制，只有有限的南斯拉夫人民军的炮击针对的是这些阵地，或者说针对的是他的部队相信是这些阵地的目标。本审判分庭发现，虽然在炮击克罗地亚防御阵地中也可能出现向卡迪耶维奇将军提交抗议信的情形，但杜布罗夫尼克正在受到炮击、抗议信早在发动攻击时就发出（日出之前），以及欧洲共同体军事监督员因为设想的情形非常严重而向贝尔格莱德最高当局提交抗议信，这些都可以说明，被告至少知道炮击杜布罗夫尼克已经超出了他原先发出的攻击斯尔吉的命令。本审判分庭认为，如果和他早期知道的情形结合起来，这种知道的性质就是，他知道存在明显而严重的风险，即他的炮兵正在从事以前的行为，正在实施受到指控的犯罪。本审判分庭认为，这种正在实施犯罪的风险是如此真实，影响是如此严重，以至于关于卡迪耶维奇将军的事件应当对被告警钟长鸣，至少他知道迫切需要掌握其他的可靠情报，即进行调查，更好地评估局势来断定南斯拉夫人民军炮兵实际上是否在炮击杜布罗夫尼克，尤其是老城区，而且并没有法律依据，以至于构成刑事犯罪行为。[……]

(3) 防止和惩治的措施

A. 防止的措施

420.[……]在决定下令攻击斯尔吉以及攻击开始时，被告知道存在真实的风险，即在攻击过程中，南斯拉夫人民军的炮兵可能重犯以前实施过的非法炮击杜布罗夫尼克尤其是老城区的非法行为。[……]这种已经知道的风险是如此真实、进一步发动不受制约的非法炮击的后果是如此严重，以至于任何一位谨慎的指挥官都可能会考虑有必要在攻击斯尔吉的命令中明确提醒并没有授权支援的炮兵进行炮击，至少炮击老城区。尽管这取决于指挥官对老城区地位的认识，但任何这种明确的澄清都可以包括例如“除非受到来自老城区的致命炮火的攻击”这样的措辞。在以前的

命令中有这样的措辞。本审判分庭认为，在攻击之前没有作出这种澄清不一定会使被告根据《规约》第7条第3款对随后发生的行为承担刑事责任。任何此种澄清都只是一种明智的预防措施。不过，当评估后来发生的事件时，没有采取此种预防措施仍然是有关的。

421. 当然，已经有命令存在了。就像在本决定其他地方描述的，在某些情况下，它们的效果是不炮击杜布罗夫尼克，在其他情况下则是禁止炮击老城区本身。[……]对于防止以前的炮击来说，有这种命令并不有效。而且，也没有对那些对以前违反命令负责的人进行过处分。本审判分庭发现，在这些情形中，在1991年12月6日仅仅有这种命令并不能被认为可以有效防止以后不再重犯炮击杜布罗夫尼克，尤其是老城区的行为。不过，本审判分庭认为，在有这种命令但没有被部队善意遵守而且最终逍遥法外的情形与那些在发动新攻击时发出措辞更明确和具体的命令之间还是有差别的。如果在发出攻击斯尔吉的命令时有禁止炮击老城区（如果被告有这种意图的话）的明确措辞，那么，这既会提醒他的部队已经有这种禁止，也会加强这种禁止。而且，重要的是，这可以让那些计划和指挥攻击的人以及那些带领各种部队的人（如果被告有这种意图的话）明确知道攻击斯尔吉的命令中不包括允许攻击老城区的行动。在不存在这种措辞的情况下，那些计划、指挥和领导攻击的人非常可能会认为攻击斯尔吉的这个新的命令至少表明允许为了支援攻击斯尔吉而发动炮击，不论是否存在这种命令。[……]没有证据证明被告采取了任何不致这种情形发生的措施。的确，就像本审判分庭已经发现的，被告下令攻击斯尔吉所想要得到的影响是，对于支持夺取斯尔吉的步兵团来说非常必要的炮击，即使是炮击老城区，是可以实施的。不过，就像本决定已经查明的，本审判分庭发现，12月6日发生的行为是故意、长期和不分皂白地炮击老城区、炮击的范围远远超出被告的命令所暗示的范围。不过，在攻击斯尔吉之前，被告没有做任何事情来提醒那些计划、指挥和领导攻击的人，尤其是那些指挥和领导支援炮兵的人要对老城区的炮击有所节制，或加强已有的禁止命令。这仍然是有关的。

422. 因此，当卡迪耶维奇在7点左右把欧洲共同体军事监督员的抗议信通知被告时，被告就非常有可能直接知道他的炮兵那时又在实施以前炮击老城区的行为了。下列因素都是有关的：被告已经知道10月和11月对老城区进行炮击的程度；第3/472迫击炮旅存在的纪律问题；他们至少在11月攻击杜布罗夫尼克、尤其是老城区时约基奇海军上将进行调查发现

他们的明显角色；以及他没有澄清攻击斯尔吉命令的意图与炮击杜布罗夫尼克或老城区之间的关系。分庭发现，如果进行综合分析，就会发现非常有必要对那些指挥和带领攻击的部队，尤其是炮兵立即发出直接命令，通知他们老城区的特殊地位、以及禁止对其进行炮击，以及如果有的话，被告在1991年12月6日打算限制或禁止炮击老城区的行为。这应当说是非常明显的。没有证据证明被告或任何其他人在那天发出了这种命令。[……]

423.当然，还非常有必要确切掌握南斯拉夫人民军炮兵到底在炮击什么地方以及为什么进行炮击。[……]

424.被告手头完全有各种手段接到南斯拉夫人民军炮击杜布罗夫尼克和老城区行动的情报，还可以随时派出人员去调查和报告。同样，他手头也完全有各种手段在1991年12月6日整天把他的命令发给攻击部队的指挥官科瓦切维奇上尉以及在扎尔科维察的第九海军军区的其他高级军官，包括舰长泽奇 (Zec)。[……]

433.[……]无论从法律上还是实际上，被告都有办法阻止对老城区持续长达十个半小时的炮击，就像他有办法和权力阻止对大杜布罗夫尼克市的炮击一样。被告已采取的措施看来都没有奏效。虽然负责攻击的部队受到第九海军军区的直接领导，但他们受到他的上级的指挥，并且是根据那天被告发出的夺取斯尔吉的命令而发动军事攻击的。

434.虽然本审判分庭发现被告在1991年12月6日早晨7点左右和约基奇海军上将谈话时并没有发出停止攻击斯尔吉的命令，但本审判分庭还注意到，假如他的确发出这样的命令，接下来发生的后果说明，被告完全没有在他的实际能力和法律权力范围内采取合理措施确保他的命令下达给所有积极参与攻击的南斯拉夫人民军部队，以及确保他的命令得到遵守。仅仅没有这样做就足以证明，被告应当为他的下属实施的行为根据第7条第3款承担责任，即使他已经在7点左右下令停止攻击斯尔吉。

B. 惩治的措施

[……]

444.本审判分庭发现，有证据证明被告在所有重要时刻，无论从法律上还是实际上，都有权力自己进行调查、对直接参与或没有防止或阻止在1991年12月6日非法炮击老城区的第九海军军区的军官采取纪律或其他不利行动。尽管如此，被告选择没有采取任何行动。被告辩称，是约基奇海

军上将及其第九海军军区的人员计划、授权和监督1991年12月6日对杜布罗夫尼克的攻击，而且故意遵守来自被告和第二战区的攻击命令，直到攻击失败为止。本审判分庭发现，被告在任何时候都没有调查约基奇海军上将及其人员的行为，也没有对他们在1991年12月6日的事件采取其他不利行动。这是必须考虑的。[……]

3. 结论

446. 根据本部分前面作出的判决，本审判分庭认为，被告对行为人1991年12月6日非法炮击杜布罗夫尼克老城区的行为具有有效控制。被告还有法律和事实上的能力阻止对老城区的非法炮击和惩治行为人。本审判分庭还发现，到1991年12月6日早晨7点，被告已经至少知道他的炮兵又在从事以前的行为和诸如那些受到指控的犯罪行为。虽然他已经知道了，但被告并没有确保获取可靠情报掌握南斯拉夫人民军是否真的在炮击杜布罗夫尼克，也没有采取必要措施至少确保阻止炮击老城区的非法行为。本审判分庭还发现，在任何时候，被告都没有对炮击老城区负有责任的下属展开任何调查，也没有对他们在1991年12月6日事件中的行为采取任何纪律或不利行动。因此，本审判分庭认为，已经满足了《规约》第7条第3款所规定的被告需要为1991年12月6日南斯拉夫人民军非法炮击老城区的行为承担上级责任的所有构成要件。

八、数罪

(一) 是否应当定数罪？

447. 当针对同一犯罪出现一个以上指控时，就产生了数罪问题。在本案中，1991年12月6日南斯拉夫人民军炮击老城区的行为成为指控令指控的所有犯罪的基础。上诉分庭已经指出，根据《规约》中的不同规定对同一犯罪行为定数罪是可以的，条件是“《规约》的每个条款与其他条款的构成要件之间存在重大区别”。关于两个犯罪，当这个标准不符合时，本审判分庭应当判定其犯有更具体的那个犯罪。[……]

449. 数罪问题首先是在谋杀罪（第一项指控）、虐待罪（第二项指控）和攻击平民罪（第三项指控）之间。[……]由于谋杀和虐待并没有包括除了攻击平民罪构成要件以外的其他构成要件，而且由于攻击平民罪包括其他的构成要件（即攻击），因此，从理论上说，这是一个更具体的规定。

450. 在本案中，基本的犯罪行为是对有平民居民居住的老城区发动的炮击。在攻击过程中，有平民被杀害和受伤。行为人基本的犯罪行为直接而全面地反映在第三项指控中。攻击平民罪是指蓄意使平民居民成为攻击目标的情况下，针对平民居民实施的造成死亡和严重伤害的行为。在本案中，鉴于这些情形，谋杀罪并没有增加任何其他构成要件，虐待罪也没有其他构成要件，它们都被攻击平民罪吸收了。[……]
452. 指控令指控的其他犯罪也存在数罪问题。它们是：没有军事必要破坏罪（第四项指控）、非法攻击民用物体罪（第五项指控）、以及摧毁或故意损坏文化财产罪（第六项指控）。本决定已经对这些犯罪的每一项的法律基础和构成要件作了详细说明。这三项中的每一项犯罪构成要件从理论上说都存在“重大”区别。
453. 攻击民用物体罪要求有存在攻击的证据，但没有军事必要破坏罪和摧毁或故意损坏文化财产罪都不需要这项要件。摧毁或故意损坏文化财产罪要求存在摧毁或故意损坏那些构成各个民族文化或精神遗产的财产这一要件，而攻击民用物体罪或没有军事必要破坏罪不需要这一要件。没有军事必要破坏罪要求破坏或损坏财产：（一）大规模发生；（二）没有军事必要。其中一项犯罪要求某个要件，但另一项犯罪不需要。这使得它们各自成为互不相同的犯罪。
454. 不过，在本案中，每一项犯罪都涉及1991年12月6日南斯拉夫人民军炮击杜布罗夫尼克老城区造成的财产损坏。整个老城区都是民用和文化财产。造成损坏的规模很大。攻击也不存在军事必要。本审判分庭认为，鉴于这些特殊情形，基本的犯罪行为直接和全面地反映在第六项指控中，即摧毁或故意损坏文化财产罪。第四项指控和第五项指控并没有实际上增加不同的构成要件，因为实施这些犯罪的情形很特殊。被告关于这三项指控的刑事犯罪全部以及最恰当地反应在第六项指控中。[……]
455. 基于上述理由，在实施这些犯罪的特殊情况下，本审判分庭只判决被告犯有第三项指控中的犯罪，即攻击平民罪，和第六项指控的犯罪，即摧毁或故意损坏文化财产罪。

[……]

判 决

- 一、基于上述理由，考虑了所有证据和各方意见之后，本审判分庭作出如下决定：

二、本审判分庭发现根据《规约》第7条第3款，被告犯有下列两项**罪行**：

第三项指控：《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例，攻击平民罪；

第六项指控：《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例，摧毁或损坏专用于宗教、慈善和教育、艺术和科学的机构、历史纪念物和艺术和科学作品罪；

三、虽然本审判分庭认为根据《规约》第7条第3款，下列四项犯罪的构成要件都已经得到了满足，但基于前面给出的理由，本审判分庭并**不**认为被告犯有下列罪行：

第一项指控：《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例，谋杀罪；

第二项指控：《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例，虐待罪；

第四项指控：《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例，没有军事必要破坏罪；

第五项指控：《规约》第3条规定的违反战争法规或惯例，非法攻击民用物体罪。

四、本审判分庭认为，根据《规约》第7条第1款，被告并**没有**犯任何六项指控的犯罪。

五、据此，本审判分庭判决被告八年有期徒刑。

六、被告已经被关押有457天。根据《规则》第101条第3项的规定，已经被关押的期限可以折算刑期之内。

七、根据《规则》第103条第3项，被告应当继续关押在法庭内，等待将他转交他将服刑的国家的最终安排。

讨 论

1. 审判分庭是否对冲突进行了定性？如果是，为什么？如果不是，又是为什么？你将如何对这场冲突定性？正确定性的依据应该是什么？把这场武装冲突定性为国际性质或非国际性质对于从法律上分析炮击杜布罗夫尼克具有什么影响？冲突的性质对于炮击平民或民用物体是否是犯罪是否具有影响？（比较《日内瓦公约》共同第2条；《第一议定书》第51条和第52条；《第二议定书》第13条。）
2. 法庭为什么提到《第二议定书》是否也规定有《第一议定书》第52条的内容？为什么它需要评估《海牙章程》是否也是适用于非国际性武装冲突的习惯国际法（审判分庭，第228段）？（比较《第一议定书》第51条和第52条；《第二议定书》第13条。）

3. (1) 分庭是如何定性杜布罗夫尼克老城区的？一个城市的整个区域是否都可以说是“民用物体”？即使在那里驻扎着军事人员？即使那里有火箭和其他武器？把杜布罗夫尼克老城区定性为世界遗产是否意味着它完全不可能成为军事目标？（比较1954年《保护文化财产海牙公约》第4条，**文件3**[比较A.]第561页。）
- (2) 在什么情况下文化财产可以变成军事目标？你是否同意审判分庭的观点，即起到决定标准是对这种财产的使用而不是它的位置？（审判分庭，第310段）1954年的《文化财产海牙公约》是如何规定的？（参见：**文件3**[比较A.]第561页。）
- (3) 文化财产可以作为合法攻击目标的标准，即“有绝对的军事必要”，是否比判断“军事目标”的标准，即其他目标的标准要高呢？分庭是否注意到这个问题？如果是，为什么？如果不是，又是为什么？在《第一议定书》和《第二议定书》中保护文化物体与1954年《海牙公约》中保护文化物体有什么关系？谁来决定军事必要是否是“绝对的”？（比较《第一议定书》第53条、《第二议定书》第16条以及1954年《保护文化财产海牙公约》第4条，**文件3**[比较A.]第561页。）
- (4) 分庭为什么讨论了老城区的危机人员的性质？（审判分庭，第284段）？在你看来，如果危机人员在向克罗地亚的部队提供情报，危机人员的司令部是否就是合法的军事目标？要使文化财产可以得到攻击，这种提供情报的行为是否就是“绝对的军事必要”？（比较《第一议定书》第52条和1954年《保护文化财产海牙公约》第4条，**文件3**[比较A.]第561页。）
- (5) 在本案中，杜布罗夫尼克老城区被列入世界遗产名录。还有其他哪些因素可以决定某个民用物体是否等于“文化财产”？分庭说了还有其他哪些因素了吗？为什么？由于受到正在进行的海军封锁，许多妇女和儿童都离开了老城区（审判分庭，第285段），提到这个事实有什么意义？
- (6) 在老城区中有“受到保护的联合国教科文组织的标志”（审判分庭，第329段），提到这个事实有什么意义？联合国教科文组织的标志和红十字或红新月是否具有相同的保护效力？它们是否赋予相同的保护？（比较《日内瓦第一公约》第39条至第43条；《第一议定书》第18条以及1954年《保护文化财产海牙公约》第4条和第17条，**文件3**[比较A.]第561页。）
4. 攻击平民居民罪和攻击民用物体罪的构成要件分别是什么？两者之间有何区别？
5. 法庭如何判定摧毁文化财产将产生个人刑事责任？有条约规定缔约国必须把某些行为当作犯罪是否足以说根据国际法从事那种行为就将产生个人刑事责任？
6. 审判分庭对攻击是否不分皂白或故意攻击平民或平民财产之间是否作出了区分？根据国际人道法，炮击平民和民用物体是否是故意或不分皂白是否很重要？对于产生刑事责任来说是否相关？（比较《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条。）
7. 在非法攻击中，每一个违反国际人道法的行为是否都将产生刑事责任？对于针对文化财产的敌对行为来说，要产生刑事责任还需要哪些额外要件（审判分庭，第308段）？

8. 审判分庭说，就本案的事实来说，并不存在是否符合比例原则的问题（审判分庭，第295段），这种说法是否正确？如果是，为什么？如果不是，又是为什么？审判分庭的话是否说明，如果在老城区内有军事目标，那么它将会对比例原则作出何种评估（审判分庭，第195段）？
9. 审判分庭是否认为斯特鲁加尔知道或应知道当他下令攻击斯尔吉时，杜布罗夫尼克更加有可能受到攻击？要使他为下令攻击合法军事目标而承担上级责任，他对于他的部队可能会非法炮击杜布罗夫尼克应具备何种程度的确定性（审判分庭，第347段）？根据指挥责任，是否所必需的确定性相对要低（审判分庭，第415–417段）？
10. 法庭为什么要注意克罗地亚的火力是否足以严重危及南斯拉夫人民军成功夺取斯尔吉（审判分庭，第343段）？
11. 法庭是否认为，一旦斯特鲁加尔知道增援火力正在攻击杜布罗夫尼克市区和老城区时，他就负有义务下令停止攻击斯尔吉（审判分庭，第433段）？国际人道法要求在这种情况下必须停止攻击吗？有哪些国际人道法规则可以用来支持这种结论？（比较《第一议定书》第51条第4款和第57条。）
12. 根据指挥责任，防止和惩治的义务是一种结果义务还是手段义务（审判分庭，第433段至第434段）？法庭是怎么认为的？你的观点呢？
13. 根据指挥责任，关于防止的措施，国际人道法是否要求指挥官在下令时“很谨慎”（审判分庭，第420段）？没有明确下令不要攻击老城区是否将引起刑事责任？下令在攻击斯尔吉期间不得攻击老城区是否是指指挥官必须采取的预防措施？在国际人道法所要求的预防措施和在计划攻击时指挥责任所要求的防止措施之间是否存在区别？（比较《第一议定书》第57条。）
14. 为什么说对于指挥责任来说，斯特鲁加尔中将和科瓦切维奇上尉之间的关系很重要？
15. 约瓦诺维奇中校说，由于已经发出了空袭警报，因此他完全可以推定所有平民都已经待在屋子内了，因此任何看到的人都是战斗员。法庭是否同意这种观点？发出空袭警报是否可以免除攻击者在攻击中采取预防措施和核实某人是否是平民或战斗员的义务（审判分庭，第287段）？（比较《第一议定书》第57条和第58条。）
16. 即使谋杀罪的所有构成要件都得到了满足，为什么不能判定斯特鲁加尔犯有谋杀罪？根据法庭适用的累积定罪理论，是否可能出现上级因在非法攻击中造成死亡而犯谋杀罪的情况？可能存在哪些不同的构成要件？

五、国内法庭的裁决

案例189，美国，卡迪奇等人诉卡拉季奇案

案 例

[资料来源：ILM, vol. 34(6), 1995, pp. 1595-1614; 脚注部分省略。]

S. 卡迪奇等人，原告 (上诉人)
诉
拉多万·卡拉季奇，被告 (被上诉人)
1995年10月13日

[……]

约翰·O·纽曼 (John O. Newman) 庭长的意见：

发生在波斯尼亚的暴行受害者在美国曼哈顿一地区法院起诉叛乱的波斯尼亚塞族部队领导人。许多美国人可能会对此感到奇怪。他们寻求起诉的依据是本院在“费拉尔蒂加诉佩纳－伊拉拉案” (Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980)) 作出的判决。在该案中，本院承认了一项重要原则，即于1789年通过、但以后几乎没有适用过的历史悠久的《外国人侵权法》 (Alien Tort Act) (280 U.S.C. at 1350 (1988)) 有效赋予联邦法院对世界各地发生的外国人违反万国公法的侵权行为具有管辖权。本案正在进行的上诉对《外国人侵权法》的范围提出了其他重大问题，即：当一些违反万国公法的行为不是根据国家权力而实施时，是否可以得到救济？如果可以，种族灭绝、战争罪和危害人类罪是否属于那种不需要国家行为的违反行为？[……]

原告 (上诉人) 组成的两个团体从1994年11月19日对美国纽约南区地区法院彼得·K·莱热 (Peter K. Leisure) 法官作出的判决提起了上诉。在该上诉中，就产生了这些问题。在该判决中，莱热法官驳回了这个案件，因为针对被告 (被上诉人)，即自我宣称的波斯尼亚“斯普斯卡”塞族共和国总统拉多万·卡拉季奇的案件缺乏事物管辖权。[……]基于下面要阐述的理由，我们认为，对本案的事物管辖权是存在的，卡拉季奇必须为以私人身份实施的种族灭绝、战争罪和危害人类

罪以及作为国家行为人身份实施的其他违反行为承担责任，而且他也不享有诉讼程序的豁免。因此，我们推翻了一审判决，下令一审法院重新审理这个案件。

背景：原告（上诉人）是作为前南斯拉夫加盟共和国、但已经得到国际社会承认的波斯尼亚和黑塞哥维那这个国家的克罗地亚和穆斯林公民。他们诉称，在波斯尼亚内战过程中，波斯尼亚塞族武装部队实施了作为种族灭绝行动一部分的各种暴行，包括野蛮的强奸行为、强迫卖淫、强迫绝育、酷刑以及即决处决，他们是受害者和受害者的代表，就本上诉来说，我们也认识是这样的。卡拉季奇以前是南斯拉夫公民，现在是波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的公民。他现在还是在波斯尼亚和黑塞哥维那境内自我宣称的波黑塞族共和国三人主席团的总统。这个共和国有时也被称为“斯普斯卡共和国”，声称行使合法权力，而且的确在事实上对波斯尼亚和黑塞哥维那的大片领土行使着实际控制权。作为总统，卡拉季奇对波斯尼亚塞族武装部队掌握着最终的指挥权，原告所遭受的伤害是在系统侵犯人权过程中实施的，这种侵犯是在卡拉季奇的指导下由受他指挥的武装部队实施的。原告诉称，卡拉季奇要么作为“斯普斯卡共和国”名义上的元首，要么和得到承认的前南斯拉夫和它的主要加盟共和国即塞尔维亚政府一起以官方身份行为。[……]

在没有发出通知和庭审的情况下，当事方简单地向地区法院提交了必要的资料。该法院随后以缺乏事物管辖权为由驳回了这个案件。[……]

关于《外国人侵权法》的事物管辖权，法院断定，“非国家行为人实施的行为并没有违反万国公法。”[……]

地区法院的法官还认为，由于显然不存在国家行为，因此原告无权根据《酷刑受害者法》(Torture Victim Act) 提起诉讼。该法明确要求作为个人的被告的行为必须是“在外国国家实际或表面的权力或法律的外衣之下”实施的（《酷刑受害者法》第2条第1款）。[……]

讨论：虽然地区法院以缺乏事物管辖权为由驳回了这个案件，但当事方不仅对那个问题进行了简单讨论，而且还对属人管辖权的标准问题以及政治事项的可裁决性问题进行了简单讨论。卡拉季奇案要求我们对这三个问题作出回答。我们现在依次进行审查。

一、事物管辖权

上诉人诉称，确立地区法院具有事物管辖权有三个法律依据，即：《外国人侵权法》、《酷刑受害者法》和关于管辖权的联邦一般法律。

(一) 《外国人侵权法》

1. 上诉人请求的一般适用

[……]

莱热法官同意卡拉季奇的辩称，即“非国家行为人所实施的行为并不违反万国公法，”[……]

我们认为，现代所理解的万国公法不能只限于国家行为。确实，我们认为，某些行为的方式违反了万国公法，无论它们是在国家的授权之下所采取的行为还是说仅仅是个人的行为。把万国公法适用到个人的私人行为的一个早期例子是禁止从事海盗行为。[……]

2. 《外国人侵权法》具体适用到上诉人的请求

为了判定本案中上诉人据称的行为是否违反《外国人侵权法》中针对个人提起诉讼中的万国公法，我们必须对这些犯罪进行具体审查，而且一定要铭记如下这个重要理念，即“国际法关于支配谁属于[《外国人侵权法》]管辖范围内的标准是在不断演进的”(Amerada Hess, 830 F.2d at 425)。为了进行这种审查，把上诉人的请求分成以下三类是有帮助的：(一) 种族灭绝；(二) 战争罪；以及(三) 其他造成死亡、酷刑和有辱人格待遇的情形。

(1) 种族灭绝 [……]

上诉人诉称，卡拉季奇个人计划和命令发起了一场谋杀、强奸、强迫绝育以及其他形式的旨在摧毁波斯尼亚穆斯林以及波斯尼亚克族人的酷刑运动。这场运动显然违反了国际法中禁止种族灭绝的规定，无论卡拉季奇是披着法律的外衣还是作为个人行为。根据《外国人酷刑法》，地区法院对这些请求具有事物管辖权。

(2) 战争罪

原告还诉称，在敌对行为过程中从事的谋杀、强奸、酷刑和任意拘禁平民的行为违反了战争法。据称的这些暴行早就被国际法规定为是违反战争法的行为(参见：“山下案”，327 U.S. 1, 14, 90 L.Ed. 499, 66 S. Ct. 340 (1946))。而且，国际法明确规定军事指挥官有义务在其具有的权限范围内采取适当措施控制受其指挥的军队，防止其实施这种暴行(同上，at 15-16)。

第二次世界大战之后，战争法在四个《日内瓦公约》中得到编纂，[……]该公约已经得到了超过180个国家的批准，包括美国[……]。共同第3条在四个《日

内瓦公约》中的规定完全相同，适用于“非国际性之武装冲突”，而且“冲突之各方最低限度应遵守下列规定”[这里援引了共同第3条的规定]。因此，根据《日内瓦公约》编纂的战争法，冲突之“各方”，包括叛乱的军事团体，都有义务遵守这些最基本的战争法规定。

[注8行文如下：上诉人还诉称，卡拉季奇指挥的部队必须遵守[……]《第二议定书》[……]，美国虽然尚未批准但已经签署[……]。第二议定书是对共同第3条基本义务的补充，适用于“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持不同政见的武装部队或其它有组织的武装集团之间的一切武装冲突。”。[……]（[第二议定书]第1条。）另外，原告还诉称，卡拉季奇指挥的军队还必须遵守《日内瓦公约》的其他条款，它们调整国际性武装冲突（参见《日内瓦第一公约》第2条），因为自我宣称的波斯尼亚塞族共和国是一个与波斯尼亚和黑塞哥维那发生战争的国家，或者说，波斯尼亚塞族人是一个已经取得“交战团体”身份的内战中的叛乱团体，因此必须适用调整国际战争的规则。

不过，在诉讼的这个阶段，我们没有必要决定《第二议定书》的规定是否已经到达被普遍接受的国际法规范的程度，或者说，适用于国际性武装冲突的《日内瓦公约》的条款是否依据原告提出的任何一种理论而适用于波斯尼亚塞族部队。]

上诉人据称的犯罪如果得到证实，就是违反共同第3条所规定的战争法中最基本的规范，它对国内冲突的各方都有拘束力，不论它们是否被承认为国家或叛乱团体。自从第一次世界大战以来，私人实施战争罪的责任已经得到了承认，并且在第二次世界大战之后得到了纽伦堡法庭的确认。[……]根据《外国人侵权法》，地区法院对上诉人提出的战争罪和其他违反国际人道法的行为具有管辖权。

(3) 酷刑和即决处决

[……]在本阶段，足以证明，根据《外国人侵权法》，据称的暴行是可以被起诉的，不论是否是国家行为，因为他们是在追求种族灭绝或战争罪，而且也是可以起诉卡拉季奇的，因为他被证明是国家行为人。由于违反国际法中的国家行为这个要件的含义将很有可能在重审时讨论，而且已经得到了地区法院的审查，因此，我们接下来将讨论这个要件。

3. 违反国际法的国家行为要件

地区法院以缺乏事物管辖权为由驳回原告的起诉，并断定据称的违反行为必须要求是国家行为，而卡拉季奇领导的“波斯尼亚塞族实体”并不符合国家的定义。[……]上诉人诉称，他们有权证明“斯普斯卡共和国”已经符合了国际法中国家的定义，而且卡拉季奇是在和被承认的前南斯拉夫和他的主要加盟共和国即塞尔维亚协调行动的。

(1) 国际法中国家的定义

[……]关于人权的习惯国际法，例如禁止官方实施的酷刑，是适用于国家的，不论其是否得到承认。[……]的确，如果美国没有承认，就说明美国有时可

能因为有人权的原因而不承认该外国政权，但如果这种不承认如下负面效用，即包庇这个没有得到承认的政权的官员，使之免于承担违反只适用于国家行为人的国际法责任，那么，这将是异常的。

对于那些要求国家行为违反国际法的行为来说，上诉人的请求必须证明卡拉季奇的政权符合国家的构成要件。“斯普斯卡共和国”据称控制了确定的领土、有该权力之下的人口以及与其他政府缔结了协定。它有总统、立法机关和自己的货币。这些情形看来说明它在所有方面都符合国际法中国家的构成要件。而且，国家行为的概念对于像“官方”酷刑这样的违反行为是适用的，这个概念可能仅仅要求具有国家权力的表象就够了。毕竟，必须查明的是，据称行使国家权力的人是否超出了国际承认的文明行为的标准，而不是是否存在符合国家资格的各个要件。

(2) 与外国国家协调行动

上诉人还诉称，卡拉季奇是在披着法律外衣的情况下行为的，因为他们诉称他是和前南斯拉夫这个国家协调行动的，虽然前南斯拉夫是否是一个国家存在争议。对于判定被告是否从事了《外国酷刑法》中的官方行为来说，1983年的《美国法典》第42卷中的“法律外衣”的含义是有关的。[……]当个人在国家官员或国家的重大协助之下协调行动时，他就是在披着1983年法典该节中的外衣在行动。[……]上诉人有权证明卡拉季奇是披着南斯拉夫的法律外衣在和南斯拉夫官员或在南斯拉夫的重大协助之下行动的。[……]

结 论

必须驳回地区法院作出的因为缺乏事物管辖权而驳回上诉人上诉的判决，必须要求本案根据本意见进行重审。

讨 论

1. (1) 谁能够违反国际人道法？是否只有国家？非国际性武装冲突中的非国家一方是否可以？非国际性武装冲突中为国家行动的个人或为非国家行动的个人是否可以？在武装冲突中行动的、但并非为非国际性武装冲突中的国家或非国家一方行动的个人是否可以？（比较《海牙第四公约》第3条；《日内瓦公约》共同第3条；四个《日内瓦公约》分别的第51条、第52条、第131条和第148条以及第49条、第50条、第129条和第146条；《第一议定书》第1条第1款、第75条第2款、第86条和第91条；《第二议定书》第4—6条。）

- (2) 法院是否认为“斯普斯卡”是国家？它需要证明“斯普斯卡”在国际人道法中具有义务（和权利）吗？
2. 法院如何定性波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突？只有当《第二议定书》的要求“[……]已经到达被普遍接受的国际法规范的程度”时它才可以适用还是说只要前南斯拉夫和波斯尼亚和黑塞哥维那是《第一议定书》的缔约方就足够了？
3. 违反《日内瓦公约》共同第3条的行为是否是违反《外国人侵权法》中万国公法的行为？它是否构成战争罪？
4. (1) 根据国际人道法，每一个缔约国是否都有义务通过立法赋予受害者针对违反那些立法的人提起民事诉讼的权利？即使违反行为与该国没有任何关系？这种立法是否符合国际人道法？（比较《海牙第四公约》第3条；四个《日内瓦公约》分别的第51条、第52条、第131条和第148条；《第一议定书》第91条。）
- (2) 根据国际人道法，如果违反行为是严重破坏的行为，那么每一个缔约国是否都有义务通过立法赋予对这种违反的个人的刑事管辖权？即使违反与该国没有任何关系？（比较四个《日内瓦公约》分别的第49条、第50条、第129条和第146条；《第一议定书》第85条第1款。）

案例190，法国，亚沃尔及其他人案

案 例

[资料来源：Jurisprudence Française, *Revue Générale de droit international public*, vol.4, 1996, pp. 1083-1084; 原文为法文，非官方的英文译文。]

亚沃尔·埃尔维尔 (Javor Elvir), [等人]

1996年3月26日

最高法院刑事分庭

法国

第95 – 81.527号

本法庭必须驳回亚沃尔·埃尔维尔等人在民事诉讼中提出的针对巴黎上诉法院指控令分庭在1994年11月24日作出的判决的上诉。在该判决中，分庭判决调查法官无权对酷刑、种族灭绝、战争罪和危害人类罪的指控进行调查。

法院，

[……]

[申请的理由：]

关于第二个观点，关于违反《宪法》第55条、1949年8月12日的《关于战时保护平民之日内瓦公约》第146条第2款、《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第49条第2款、《关于战俘待遇之日内瓦公约》第129条第2款以及《刑事诉讼法典》第485条和第593条：

“由于对认为法国法院没有管辖权的判决提起了上诉；

“鉴于1951年12月28日对法国生效的《日内瓦公约》规定，缔约国担任制定必要之立法，俾对于严重破坏本公约之行为之人，处以有效的刑事制裁；鉴于这些公约还规定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，送交各该国法庭或将此种人送交另一有关之愿意提起法律诉讼的缔约国审判；鉴于可以从这些规定中推定上述义务只适用于缔约国而在国内法中无法直接适用；鉴于这些条款在性质上规定的过于笼统以至于没有创设刑法的域外管辖规则，因为这种规则必须是非常详细而且精确的；鉴于关于搜捕和起诉实施了严重破坏的人的《日内瓦公约》条款并没有直接效力，因此，《刑事诉讼法典》第689条无法适用；

鉴于那种规定的内容足够精确以至于在执行之前不需要采取特定措施的国际公约是可以直接适用的；鉴于这样的公约属于法国国内法律秩序的一部分，而且为个人创设了权利；鉴于《日内瓦公约》就是这样的公约，它规定每个缔约国有义务搜捕那些据称实施或命令实施公约中规定的任何严重破坏的人，无论他们的国籍为何；鉴于这些清楚的、精确的和自治的条款必须被认为是可以直接适用的，国家无需将这种人移交给另一缔约国审判来自这些公约条款的可执行性质”；

[法院驳回上诉的理由]

鉴于从被提起上诉的判决来看，这个案件是1993年6月20日，埃尔维尔·亚沃尔等人是生活在法国的波斯尼亚国民，他们向巴黎的调查法官对一位不知名的人提起诉讼，还要求作为民事当事方申请参加诉讼，指控其实施了战争罪、酷刑、种族灭绝和危害人类罪；鉴于申请人认为他们在1991年在波斯尼亚和黑塞哥维那那是被申请人行为的受害者；[……]鉴于1994年5月6日调查法官作出的决定[……]宣

布他有权进行调查，基础是[……]1949年8月12日关于战争罪的四个《日内瓦公约》的条款；[……]

鉴于为了撤销上述裁决，检察官认为调查法官没有管辖权，指控令分庭尤其认为法国法院的管辖权规定在《刑事诉讼法典》第689条第1款和第689条第2款中，它的基础是一定要有客观和实质的连接因素，即据称的行为人已经出现在法国领土之上；鉴于法官们注意到，在本案中，没有证据证明行为人已经出现在法国领土之上；[……]鉴于判决还说关于搜捕和起诉严重破坏的行为人的四个《日内瓦公约》并没有直接效力，因此《刑事诉讼法典》第689条无法适用；

鉴于尽管如此，最高法院的立场是，该决定并不影响提到的据称行为；

鉴于申请人提到的行为属于1995年1月2日《修正法国关于联合国安理会第827号决议的规定建立一个国际法庭起诉据称对1991年1月1日以来在前南斯拉夫领土实施的严重违反国际人道法的行为负有责任的人的法律》的范围；鉴于它产生于该法第1条和第2条的规定，该法适用于本案，即除非应当对法国法律规定的犯罪负有责任的人或他们的同伙已经在法国被发现，否则法国法院不得起诉和审判这些人，而且法国法律规定的这些犯罪必须是该国际法庭规约第2条至第5条规定的严重破坏1949年8月12日的《日内瓦公约》的行为、违反战争法规或惯例的行为、种族灭绝或危害人类罪；鉴于只有这种破坏行为的受害者出现在法国领土上不足以提起诉讼，因为在本案中，涉嫌犯有这种破坏行为的人或其同伙并没有在法国领土上被发现；

因此，不能接受上诉人的上诉；

[……]

驳回本上诉。

[……]

讨论

1. 因为什么原因导致法院认为法国无权搜捕和起诉埃尔维尔·亚沃尔等据称的受害者？
2. 《日内瓦第四公约》第146条第2款是否是自动执行的条款？在像法国这样的法系国家中，国际条约在这些国家的法律中是可以直接适用的，该条款是否使法国法院可以对据称实施了严重破坏的行为人行使普遍管辖权？你的观点是否取决于据称的行为人是否在法国领土上被发现？这个决定是否可以被解释为第146条第2款的某些内容是自动执行的，而其他内容则不是？哪些内容是被认为如果需要适用是需要经过国内立法的？

3. 第146条第2款是否说明缔约国必须搜捕那些据称实施了严重破坏行为的人，即使他们并没有出现在领土上或其管辖的范围之内？

案例191，瑞士，一区军事法庭，G的无罪判决

案 例

[资料来源：Divisional Court Martial I, Hearing of 14 to 18 April 1997;原文是法文，非官方的英文译文。]

一区军事法院

1997年4月14日至18日的庭审

[……]

判 决

[……]

已经对G.提起了诉讼

G.

出生在[……]波斯尼亚和黑塞哥维那[……]，已婚，司机，在寻求庇护者登记中心的临时居住，[……]目前关押在[……]监狱中。

他被指控犯有

破坏战争法规和惯例（《军事刑法典》[参见**案例47**，第927页第109条]），

也就是说：

- （一）破坏1949年8月12日的《关于战俘待遇之日内瓦公约》（第3条第1款第1项和第3项以及第13条、第14条、第129条和第130条）；
- （二）破坏1949年8月12日的《关于战时保护平民之日内瓦公约》（第3条第1款第1项和第3项以及第16条、第27条、第31条、第32条、第146条和第147条）；
- （三）破坏1949年8月12日的日内瓦公约附加议定书和关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书（《第二议定书》）（第4条、第5条和第13条）；

(四) 破坏1949年8月12日的日内瓦公约附加议定书和关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书(《第二议定书》)(第10条、第11条、第75条、第76条、第77条和第85条)。

- 在1992年7月，在其他三个不清楚背景的人(可能是士兵)的陪同下在奥马斯卡集中营用警棍殴打至少六位被关押者，包括至少一位妇女和一位年青男性，因此至少造成两人受伤；
- 在1992年5月30日至8月15日，在凯拉特姆集中营在至少其他两位穿着制服的人的陪同下至少对一些被关押者参与两轮殴打，包括A.，因此对他们的身体和精神实施了暴力；
- 在1992年5月30日至8月15日，在凯拉特姆集中营在至少其他两位穿着制服的人的陪同下至少对一些被关押者的人格尊严进行侮辱，包括A.，因为迫使其中一人舔其中一位穿着制服的人的靴子。

法院裁决如下：

事 实

关于前南斯拉夫冲突的总体局势

本案的事实发生在前南斯拉夫冲突的背景中。关于那场冲突的总体局势，法院考察了各种公开的消息来源，尤其是设在海牙的国际刑事法庭上诉庭作出的“塔迪奇”案的決定以及联邦难民事务办公室[……]尤其是关于奥马斯卡和凯拉特姆集中营的报告。

1991年6月25日，在斯洛文尼亚和克罗地亚宣布独立之后，在南斯拉夫联盟共和国武装部队和斯洛文尼亚和克罗地亚的武装部队之间在前南斯拉夫地区爆发了武装冲突。

在这种总体的冲突背景中，还爆发了各种国内武装冲突，包括在波斯尼亚爆发的冲突，因为波斯尼亚的塞族军队试图实现南斯拉夫联盟共和国的目标，即在克罗地亚和波斯尼亚和黑塞哥维那区域建立一个新的南斯拉夫人的国家。

1992年春，在塞族民兵的支持之下，波斯尼亚塞族军队在波斯尼亚和黑塞哥维那领土上发动了军事进攻。

因此，波斯尼亚和黑塞哥维那政府认为它自己尤其是塞尔维亚共和国的侵略目标，在1992年6月20日宣布该国进入战争状态。

从冲突一开始，在整个波斯尼亚和黑塞哥维那的领土上很有可能存在一项驱逐和摧毁克族平民和穆斯林居民的政策（种族清洗）。

普里耶多尔地区的特殊局势

在那个地区，塞族军队和民兵对波斯尼亚和黑塞哥维那西北部的城镇发动了突然袭击，尤其是巴尼亚·卢卡、科扎拉奇和普里耶多尔。

在那些攻击中，有许多平民，主要是穆斯林人，被逮捕、围捕和关押在监狱中。除了对那些进行虐待以外，还有许多人被即决处决。

奥马斯卡和凯拉特姆集中营

由于塞族军队认为他们有敌意，因此，有许多平民居民被驱逐关进了集中营，男人和女人通常被分别关押。在平民囚犯和军人囚犯之间并不作出区分。

在占领普里耶多尔镇之后，也就是说，在1992年5月25日以后，塞族部队在位于该镇大约20公里的奥马斯卡矿区的建筑物里以及在普里耶多尔镇郊区凯拉特姆一些被废弃的陶瓷厂设立了集中营。

显然，从已经记录的各种报道和许多证人的证词，尤其是那些在庭审本案过程中传唤的证人证词中，可以发现关押在奥马斯卡和凯拉特姆集中营的人的处境是灾难性的。被关押的人没有基本设施，包括充分的卫生、食物或饮水供应、最低的卫生照顾，他们甚至没有足够的空间睡觉。

对诸如奥马斯卡那样的集中营的组织是由民事当局负责的。除了监狱条件以外，这些囚犯还经常受到监管人员和那些允许进入集中营的人员的随意对待。因此，他们实际上每天受到骚扰和虐待、殴打、各种野蛮的行为和酷刑，它们经常致人死亡。即决处决也经常发生。

尤其是，许多证人经常描述奥马斯卡集中营里面的两个小屋，它们位于主建筑物很远的地方，囚犯对这两个小屋尤其感到恐惧。一个小屋是红色的小屋，据称没有囚犯可以从那里活着出来，另外一个白色的小屋，据称监管人员已经把那里设为酷刑室。囚犯在那里遭到殴打，有时被殴打致死。许多证词都证明，进行殴打和处决最常见的理由只是监管人员想要不加区别地进行打击。

集中营的监管人员和实施酷刑的团伙

看守奥马斯卡和凯拉特姆集中营的人是长期穿着制服的监管人员，携带有自动武器，受到民事当局的领导。

一般说来，他们来自同一地区，互相都是认识的。许多证词都说他们侮辱和殴打囚犯，尤其是在凯拉特姆集中营工作的博什科·巴尔蒂奇（Bosko Baltic）、日夫科·格拉霍瓦茨（Zivko Grahovac）（通常称为“日卡”（Zika））以及泽尔科·卡尔利察（Zelko Karlica）（通常称为“扎克”（Zak））。

除了那些长期的监管人员之外，许多证词还证明有其他不属于集中营组织的人员可以随时进出集中营。他们并没有正式职位，只是在集中营待一段很短时间。根据曾经被关在集中营的人证明，这种人之所以可以进出集中营是因为他们认识监管人员以及管理集中营的当局官员。

许多证词都证明，为了避免被囚犯看出，监管人员经常低着头，并且在站立的时候迫使他们低头。而且，他们之间互相避免叫自己的姓名，而是使用绰号。

这些人员通常都被说成是非常残忍的，有时甚至会把人打死。他们一般说来都是穿着制服的士兵，虽然不一定就是有组织的武装部队士兵。其中一个最令人恐怖的小组是杜什科·塔迪奇领导的小组和杜尚·科奈耶维奇（Dusan Knejevic）（通常称为“杜察”（Duca））领导的小组，佐兰·日吉夫（Zoran Zigiv）通常在边上，他们在庭审过程中尤其得到证人Dr.的确认。

在庭审过程中，尤其是B.、K.、A.、以及J.等人都作为证人证明，监管人员在上面提到的集中营中对被囚禁的平民尤其进行了殴打和酷刑。

被告的个人情况

G.出生在……波斯尼亚和黑塞哥维那的普里耶多尔。[……]他的父亲现在已经退休了，曾经是一位警察。

被告具有初中文化，经过钳工的培训。从1986年9月至1987年9月，他作为司机在斯洛文尼亚服役，然后，他在那里工作了一段时间。

回到普里耶多尔以后，他开始成为出租车司机，直到1989年。1990年和1991年，被告和他父母生活在一起，除了1991年他为一家面包店开车一段短时间以外，他都失业在家。

从个人的情况来看，他和一个叫Mi.的年青女子结婚，然后，在1992年夏天有了一个孩子Al.。不过，此后，看来他不再和那位妇女或他的儿子有任何联系。

1997年3月27日，贝勒莱（Bellelay）精神病医院的高级医生弗拉特科维奇（Vlatkovic）就被告出具了一份精神病报告。显然，该报告尤其认为被告没有任何可以减轻刑事责任的精神疾病。目前，他情绪低落。但根据专家的看法，这是因为他被囚禁而引起的。被告认为对他的囚禁是不公正的，因此认为不能忍受这种

待遇，他还声称这将迫使他自杀。而且，专家认为被告的智力一般。他是那种有意见要提但还没有失去关键感觉的人。被告几乎没有军事爱好，相反，他对军事具有某种程度的恐惧感，而且对于威胁波斯尼亚的悲剧事件总是感到很痛苦。作为对那种痛苦的反应，被告打算出国，虽然具体原因并不清楚。

总体说来，被告的暴力行为从证据来看是很明显的，尤其是在审判过程中普里耶多尔警察局长Ka.所说的话。他说，在读初中的时候，被告就已经用刀去刺一个同学。证据还显示，被告据称在南斯拉夫还犯过罪，因为他曾经在他的出租车中载过小偷，而且非法进入奥地利，在那里还被判犯有偷窃汽车罪。

据称的行为

所有的证人都把被告称为戈兰·卡尔利察 (Goran Karlica)，是佐兰的兄弟。佐兰是切特尼克 (Chetnik) 的指挥官，在 1991 年 5 月 31 日夺取普里耶多尔的战斗中阵亡。

当被日内瓦警察讯问时，被告给出的姓名是G.，而且否认自己是戈兰·卡尔利察，也否认自己曾经在奥马斯卡或凯拉特姆集中营或曾经打过任何人。他声称，在归咎于他的这些行为实施时，他在奥地利和德国。

从案件的卷宗中还可以看出，1992年2月的某些时刻，被告离开波斯尼亚到达奥地利林茨 (Linz) 的威尔斯 (Wels)。在那里，他在D.公司找到了一份工作。后者把他和雇员R.一起送往在德国一个建筑工地工作。

从卷宗中还可以看出，1992年5月，被告和R.见到他们一个同事S.被一位叫Bo.的人谋杀。第二天，被告和R.回到奥地利，把见到的事实向雇主作了报告。最后，1992年5月16日，被告和R.一起前往林茨警察局报告Bo.的犯罪。奥地利警察随后把这两个人带到德国，把他们俩交给德国警察当局。

提交的证据 (证据147) 显示，被告G.在德国一直待到1992年5月12日或13日，随后在奥地利加斯托夫·拜恩林·霍夫 (Gasthof Bayrischer Hof) 一直到1992年5月20日，然后在林茨的沃海姆·沃斯特-阿尔卑恩 (Wohnheim Voest-Alpine)，随后在施泰尔姆尔 (Steyermuhl) 的加斯托夫·施泰尔姆尔 (Gasthof Steyermuhl)。

而且，从卷宗中还可以看出，被告向奥地利申请了签证，并且在1992年6月12日和1992年7月3日亲自前往有关当局两次履行某些手续。

在证人证词中，A.说被告和佐兰·日吉奇 (Zoran Zigic) 以及杜尚一起在那段时期在凯拉特姆集中营曾经殴打他。在后来的一个阶段，据称被告还在同一个集中

营再次殴打证人和其他囚犯。在那个时候，据称日吉奇还迫使该位证人舔他的鞋子，而且据称被告当时就在场。

在证人证词中，Mu.还作证说，被告从1992年5月到7月就在普里耶多尔。他说他看到被告穿着一件有斑点的制服。不过，Mu.从来没有看到被告殴打或杀害任何人。

证人Bs.从1992年5月27日至8月6日被关在奥马斯卡集中营。大约在1992年6月30日，证人看到一辆载有四至五位占领者的黑色轿车开到集中营。他的一位被关押的同伴声称G.就是那五个人之一，即使他在对审查案件的法官的证词中说他看到了G.和戈兰·卡尔利察，他们是集中营中两个不同的人。

在日内瓦，1995年4月24日，证人Mu.说他认识被告，还说被告就是特尔诺波杰 (Trnopolje) 集中营实施酷刑的人。1995年4月26日，证人Ki.认为他认识被告，认为被告就是奥马斯卡和凯拉特姆集中营中实施酷刑的人。证人B.认为被告是凯拉特姆集中营的监管人员。对于证人Ki.来说，他在1995年4月28日说，他认为被告是在奥马斯卡集中营中实施酷刑的人，认为被告殴打了六个人，包括他以前的物理老师Md.和他妻子以及大约20岁左右的儿子。

证人Ki.还认为，他看到在奥马斯卡集中营的白色小屋里杀害了他以前的物理老师Md.时被告在场，或者甚至说被告参与了杀害行为。据说那个悲惨的事情发生在1992年6月底7月初。但是，从卷宗来看，杀害Md.的是杜察。

证人Ki.声称，她在1992年5月27日看到被告在科扎拉奇的一辆坦克上，那时她是一个囚犯，正好在那辆坦克前面与其他囚犯一起路过一个纵队。她还说，她在1992年6月中旬在巴尔干宾馆前面再次看见被告，那时他正在参加佐兰·卡尔利察的葬礼。她自己在1992年6月10日从特尔诺波杰集中营中得以释放。证人Ki.失去了她的丈夫，她丈夫是普里耶多尔的一位穆斯林警察。根据她的说法，1992年5月，佐兰·卡尔利察的部队抓走了她的丈夫。他再也没有出现过，极有可能已经死了。

证人Ka.说，他看见被告穿着塞族军人的制服在普里耶多尔，一直到1992年4月，还说他知道他曾经在1991年时在克罗地亚参加佐兰·卡尔利察部队的战斗。他说他在1992年5月24日之前在普里耶多尔看到过G.。他以前的下属对该证人实施了酷刑，导致其失去了许多家人，包括他的父亲、兄弟以及这些兄弟的五个儿子。

法 律

管辖权

本法院认为，必须对前南斯拉夫的冲突进行全面考察，并将之定性为国际性武装冲突。

1991年6月25日，斯洛文尼亚和克罗地亚宣布独立后不久，在南斯拉夫联盟共和国的武装部队和斯洛文尼亚以及克罗地亚的武装部队之间在前南斯拉夫爆发了武装冲突。那时的武装冲突必须被定性为国内冲突，因为经欧洲共同体请求以后，宣布独立被推迟了三个月时间。在那段时候的后期，1991年10月7日，斯洛文尼亚宣布独立，随后，克罗地亚在1991年10月8日宣布独立。因此，从1991年10月8日开始，前南斯拉夫的武装冲突应当被定性为国际性，因为那时这两个国家都已经独立了。所有这些国家都已经加入了《日内瓦公约》。

瑞士尤其批准了1949年8月12日《关于战俘待遇之日内瓦公约》、1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》以及两个附加议定书。

而且，《军事刑法典》第109条适用于所有性质的武装冲突。《军事刑法典》第108条第2款规定，如果国际协定规定了比宣战或其他的武装冲突更广的适用范围，那么违反这些国际协定就是应受惩罚的。

因此，如果事实上可以归属于被告的行为真的是他实施的，而且构成破坏《军事刑法典》第109条意义上的战争法，那么，本法院就对本案具有管辖权。

对证据的评估

[……]本法院将根据诉讼过程中提出的意见自由评估证据。

从卷宗来看，被告显然从1992年5月15日至8月1日在沃海姆·沃斯特－阿尔卑恩是有房间的。而且，被告直到1992年5月20日都在德国和奥地利，从6月6日至7月3日在奥地利从事一些与他申请签证有关的工作。证人D.并没有非常深刻的印象，但看来认为被告在1992年6月底和7月初很有可能是在林茨。不过，无法证明被告是否如同他自己声称的那样一直待在林茨或施泰尔姆尔。

本法院认为，虽然被告作为G.的身份是毫无疑问的，但证人们之间互相混淆，他们善意地将被告和其他叫做“卡尔利察”的人混淆，后者是在该地区遭到厌恶的人。他们都认为他就是被告。那是因为奥马斯卡或凯拉特姆集中营里面的监管人员和出入这些集中营的人员都对所有证人实施了暴行，造成他们身体上和

精神上的痛苦。他们失去了一切，现在在瑞士成了难民。他们的证词是互相干扰和触动人心的，但关于地点、时间和被指控的人的身份存在互相矛盾之处。

由于在本法院前有互相矛盾的证据，这些证据无法使法院相信被告在1992年5月27日和7月底之间曾经在普里耶多尔、科扎拉奇、奥马斯卡和凯拉特姆。由于无法证明被告出现在那里，因此，这些行为是否由他实施，就非常值得疑问。

[……]

虽然被告说的话一般说来几乎不值得信任，但必须承认，他从来没有偏离关于他当时并不在普里耶多尔而是在德国和奥地利的声明。如果有任何疑问，必须对被告有利。因此，必须宣布他没有实施所有指控的犯罪。

赔偿和非金钱的伤害

G.在1995年5月8日受到羁押。虽然他向当时的法院院长科尔·比勒尔 (Col Bieler) 就关押他提出了抗议，但他从来没有在审判期间要求被释放。而且，他从来没有向上诉法院就对他延期羁押的决定提出上诉。

作为一名难民，[……]G. 在瑞士六个月里本来可以找到工作。[……]关于这个问题，看来赔给他30000法郎作为羁押期间所遭受的损失是公平的。

另一方面，指控他是战争罪罪犯（并没有得到排除合理性怀疑的证明），对他造成了严重伤害，但是，在前南斯拉夫冲突的框架中，这种指控的强度与其他地方可能已经具有的强度并不相同。虽然他随后被无罪释放了，但不应减少他在波斯尼亚塞族人中应当享有的尊重。而且，尤其是在他的通信中，G.并不非常在意波斯尼亚穆斯林的意見和看法。

他的确因为受到长期监禁遭受了痛苦，尤其是应当受到监狱医院的心理治疗。

鉴于所有这些事实，看来给予他总数70000法郎，作为非金钱伤害的赔偿是公平的。

[……]

基于这些理由

一区军事法院[……]

据此裁决

G.

无罪。

[……]

而且，联邦政府应当给他总数30000法郎的金钱作为损害赔偿，以及总数700000法郎作为非金钱伤害的赔偿。

因此，本法院院长命令立即释放G.[……]

讨 论

1. 为什么瑞士法院有权审理G.？是否是因为国际人道法规定对诸如G.所受指控的犯罪具有普遍管辖权？瑞士法律所规定的管辖权是否超出了国际人道法所规定的管辖权范围？即使G.所指控的行为没有违反国际人道法，瑞士法院根据瑞士法律是否仍然有管辖权？（参见：**案例47**，瑞士，《军事刑法典》，第927页；比较《日内瓦公约》共同第2条，四个《日内瓦公约》分别第49条、第50条、第129条和第146条；《第一议定书》第85条。）
2. (1) 法院对前南斯拉夫的冲突是否定性？对于确定是否对于G.有管辖权来说，这种定性是否有必要？国际人道法是怎么规定的？瑞士法律呢？（参见：**案例47**，瑞士，《军事刑法典》，第927页；比较《日内瓦公约》共同第2条，四个《日内瓦公约》分别第49条、第50条、第129条和第146条；《第一议定书》第85条。）

(2) 根据法院的观点，从什么时候开始南斯拉夫人民军和斯洛文尼亚以及克罗地亚之间的冲突变成国际性武装冲突？自从后者宣布独立开始？自从独立宣言生效时开始？自从它们得到其他一些国家承认开始？法院是否采取了正确的标准来评估冲突的地位？假设瑞士某个州宣布独立，然后在该州与瑞士其他领土之间发生武装冲突，你是否认为法院应当适用国际性武装冲突的法律？

(3) 当克罗地亚和斯洛文尼亚作为一方、南斯拉夫作为另一方的冲突被定性为国际冲突之后，是否意味着发生在波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突只能被认为是国际性武装冲突？你认为G.据称实施的行为是否属于适用于国际性武装冲突的国际人道法调整的范围？对于那个问题，法院还有其他什么选择？
3. (1) G.被指控的行为是否违反国际人道法？即使冲突是非国际性武装冲突呢？（比较《日内瓦第三公约》第3条、第13条和第14条；《第二议定书》第4条和第5条。）

(2) 如果冲突是国际性的，那么G.被指控的行为是否是严重破坏国际人道法的行为？受害者是否可以被视为是“受保护之人”？（比较四个《日内瓦公约》分别的第50条、第51条、第130条和第147条；《第一议定书》第85条。）

(3) 法院对普里耶多尔冲突的定性与前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪奇”案中对冲突的定性是否相同？（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，[比较A.，管辖权，第72段和第73段，以及B.，审判分庭，实体判决，第584—608段]，第1794页。])

4. 在种族之间的冲突中，在评估证人的可信度时，出现了哪些特殊问题？在确定一方违反国际人道法的责任时出现了哪些特殊问题？
5. 本案说明一个与某个冲突无关的国家确立对违反国际人道法行为的普遍管辖权时是否存在特殊问题？这样的管辖权是否现实？是否还有其他办法？如何可以使其变得更加有效？
6. 你对判决G.无罪是否满意？至少他被审前羁押不应当得到赔偿？
7. 本案增强了国际人道法的威信还是破坏了它的威信？难道检察官不应当指控G.？

案例192，克罗地亚，检察官诉拉伊科·拉杜洛维奇及其他人案

案 例

[资料来源：Split country court, Record, May 26, 1997, K-15/95; 不是最后版本，非官方的译文。]

记 录

[被告的辩护意见]

1997年5月21日，继续主审被告拉伊科·拉杜洛维奇 (Rajko Radulovic) 和其他人实施了《克罗地亚共和国基本刑法》第121条和第122条规定的犯罪的刑事诉讼。[……]

被告米洛斯拉夫·温契奇 (Miroslav Vincici)，[……]伊万·马泰希奇 (Ivan Matesic) 的辩护律师在最后提交的陈述中指出，法院的程序已经持续了六个月了，而且所有的案件都已经在专业的基础上提交了。整个诉讼的目的是为了证实事实。证人和被告的证词以及所有其他物证都有助于证实事实。不过，关于被告的事实是否真的已经被证实了？所有被告刚开始在警察局被讯问，各种级别的警察询问方式都被采用了，后来，在调查程序中，被告给出了符合主审方式的陈述。[……]

在整个诉讼中，在给出最终裁决时，都应当考虑被告的所有行为方式。在他的演讲中，[……]马泰希奇说，所有被告都是普通百姓，只是受到外部情形的迫使，在失去控制的情况下，参与了战争中的一些冲突行为，而不是他们所受到的指控的危害人类罪和违反国际法这样严重的犯罪。的确，他们积极参加战争，但他们同样也是受害者。[……]

虽然所有证人都忆及事件，但没有人提到现在被指控的人员的姓名。许多证人都给出了各种声明，但不足以指控被告。法院的专家已经排除了被告积极破坏佩鲁察 (Peruca) 水坝的可能性。[……]

根据他的意见，各种国际机构之所以对该事件以及其他类似案件特别感兴趣，是因为甚至在法院实际判定他们有罪之前，媒体的报道已经使人们相信被告是有罪的。有必要证实是否每一个被告个人都有罪。[……]

[……]

没有一位证人证明米洛斯拉夫·温契奇与把平民驱逐出达巴尔 (Dabar)、扎西奥克 (Zasiok) 和东集·朱基奇 (Donji Jukici) 地区的行为有关。他积极参与在格拉迪纳 (Gradina) 的军事行动。他从来没有参与在普鲁察 (Pruca) 湖右岸的放火和破坏房子的行为，也没有向从奥普森亚克 (Opsenjak) 到达巴尔 (Dabar)、弗奇波利耶 (Vucipolje) 和扎西奥克 (Zasiok) 地区开火。许多武装部队都来回出入该地区，因此，要列出那些向该地区平民定居者开火的人员名单真的是非常困难。

温契奇从来没有参与在1993年1月27日和28日向佩鲁察水坝投放炸弹的行为。从证据来看，他在1991年12月时是曾在大坝上。[……]来自弗尔立卡 (Vrlika) 的警察采用各种威胁手段迫使他加入在佩鲁察水坝上的列队，这是一种强迫劳动行为。他对货车上的货物进行卸载，但并不知道这些包裹中是什么东西。[……]作为保卫领土的组织一员，并没有实际通知他包裹里面装的是什么东西，只能推想包裹里面可能装的是用来破坏水坝的炸药。不管如何，等到联合国的肯尼亚军营到达时，所有的炸药都已经从水坝上移走了。没有证据证明温契奇从货车上卸载的炸药已经被用于破坏水坝，也没有证据证明温契奇从事了什么行为。

被告辩称，没有足够的证据可以对被告提起指控，没有足够的证据、也没有任何证人证言足以证明温契奇从事了任何犯罪行为。

米洛斯拉夫·温契奇是向克罗地亚当局自首的，他毫无恐惧地进行了自首。希望法院判决他无罪。[……]

主审结束

法庭退庭进入评议和投票

当事人将在1997年5月26日上午9点得到判决宣告

上午10点15分主审结束

庭长

书记长

法庭在1997年5月26日上午9点作出了下列决定，庭长进行了宣读并进行了详细解释：

判 决

以克罗地亚共和国的名义

被告：

1. 拉伊科·拉杜洛维奇

[……]

38. 米洛斯拉夫·温契奇

39. 佩塔尔·佩奥维奇 (Petar Peovic)

判决有罪

被告从3到39[……]一直是所谓的边境部队成员之一，从1992年5月30日开始作为“斯普斯卡共和国”的成员之一，并且在与克罗地亚警察部队发生的武装冲突中，从事了违反1949年8月12日的《关于战时保护平民之日内瓦公约》第3、27、32、33、39、53条的行为，《第一议定书》第51、52、53、56、57条的行为，以及《第二议定书》第4、13、14、15、16、17条的行为。他们唯一的目的是进行种族清洗，根据[……]已经准备好的计划劫掠和破坏被他们部队[……]占领的领土上的平民私人财产。[……]

第一被告拉伊科·拉杜洛维奇和他的副手（第二被告）[……]从坦克开火[……]，还对人口密集的地区和平民协调枪支和步兵开火，击中房屋、工厂、教堂、学校、佩鲁察水坝等，没有一个目标甚至和疑似的军事目标非常接近，还向大批离开的居民开火。他们还进入了受联合国[……]保护的地区，劫掠任何他们可以从空无一人的房屋中拿走的财产。那些仍然还留在屋子里的人则受到了虐待和恐吓，他们还在空无一人的房屋和工厂中放置了大量爆炸装置，造成了无法统计的损失，被占领土上的所有私人财产要么被破坏，要么被劫掠。还留在那里的平民则被囚禁在房子里面，许多人被杀害。

- 从3到5[……]，被告决定通过武力驱逐平民，[……]劫掠和摧毁他们的物质财产[……]他们在此前制定了一份进行恐吓和虐待平民的计划，而且提前计划了一些恐怖行动。[……]

- 从1991年9月16日至1992年5月底，被告从1到5[……]被介绍参加所有关于征服领土的计划[……]驱逐[……]平民，而且还摧毁[……]他们在佩鲁察湖右岸和左岸定居点上的财产。[……]

[……]

第14被告斯特万·切特尼克 (Stevan Cetnik) 进行了开火，另一位被告用机关枪开火，所谓的切迪纳 (Cetina) 领土保卫部队受到第14被告的指挥，而保卫奥蒂希奇 (Otisic) 领土的部队则受到第3被告的指挥[……]，随意对平民居民和村庄开火[……]。同时，在佩鲁察湖的左岸，从27到39，被告在第一被告的指挥下，在直接指挥员的指挥命令下[……]，也向上面提到的村庄和波特拉夫利耶 (Potravlje) 和萨特利奇 (Satric) 方向随意用机关枪扫射。上面提到的这些地方的平民被迫大批离开。上面提到的武装部队还进入佩鲁察湖左岸和右岸不设防的村庄，继续攻击房屋和农场，放置爆炸物以及放火。[……]

有一些人[留下来的平民]从一开始就没有离开。他们没有受到任何保护，完全无依无靠。他们没有对侵略和劫掠进行抵抗，也无法保卫他们的物质财产。[……]另一方面，那些负责指挥的人有义务[……]采取不同的行为，必须遵守《日内瓦公约》的规定，但他们却组织了所谓的“清洗该地区”的行为，其唯一的是为了虐待和驱逐那些还留在该地区的人。[……]第35被告和第36被告自己实施劫掠，而且没有采取任何行动阻止其他领土防卫的群体、南斯拉夫人民军和马尔蒂奇的民兵在空无一人的房屋和农场里劫掠财产，还有组织地从空无一人的房屋和农场里没收财产，在空房子里放置地雷。[……]

第一被告下令把一位名叫米莱·布连 (Mile Buljan) 的平民和他的儿子伊维察·布连 (Ivica Buljan) 拉进装甲车，然后，驾驶着装甲车用机关枪扫射摧毁和烧毁了村庄。他还下令把他们关在一个房子里，然后又把他们扔出装甲车，命令他的士兵殴打他们。伊瓦·布连 (Iva Buljan) 在[……]经过暴力殴打之后第二天去世。

第9、第11、第14、第17、第18、第21和第23被告除了偶尔进行开会以外[……]，还严重地破坏[……]教堂，偶尔还放置[……]大量爆炸装置[……]。第7被告自己还破坏教堂的内部结构和在弗尔立卡的普罗佐尔 (Prozor) 堡垒，他拉响教堂的钟声，穿上神父的衣服，禁止教堂行人参加弥撒，大约有10位所谓的“克拉伊那塞族自治区”马尔蒂奇民兵虐待了平民。[……]

第一被告搜查平民居民的房屋，翻找金钱和有价值的东西。在伊万·武切米洛维奇—弗拉尼奇 (Ivan Vucemilovic-Vranic) 家里，他们发现了克罗地亚国旗。随

后，他们去镇上找到了出售旗帜的人，然后用木制的国旗架子对他进行虐待，从头到脚进行殴打，迫使他吞咽旗帜和一些弹药，他被[……]活活噎死。[……]

- 第3[……]和第11被告[……]在警察局院子里完成对一位名叫博若·乔里奇(Bozo Coric)的平民的讯问。他们指控他与乌斯塔萨斯(Ustashes)有联系，并用行刑队威胁他，迫使他供出克罗地亚警察和军队的行动情报。[第3被告]给克鲁尼奇(Krunic)下令，用行刑队威胁他，假装要枪决他。他被带到一个叫做布希奇(Busic)的地方，然后受到威胁说要在五分钟内枪决他，除非他供出同伙的姓名。[……]他被命令站在一块石头边上，准备好了被枪决，行刑人员准备好了他们的枪弹，再次要求他用最大力气大声喊“我是塞族人”。
- 从1991年9月20日到1993年1月28日，第三被告[和被告]从5到26携带他们指挥员的命令，目的是为了恐吓和威胁破坏[……]佩鲁察大坝，还威胁会淹死下游三万人口和毁坏他们的物资。[……]

在第6、第7、第16、第17被告的指挥下以及在停火期间与他们[……]的合作与监督，放置了大量炸药[……]。第5、第11、第18、第22、第26被告和所谓的“斯普斯卡共和国”克拉伊那民兵部队的其他成员在联合国保护部队检查站所在的佩鲁察大坝左右两岸放置[……]炸药，还攻击来自肯尼亚的联合国保护部队的军营，并解除他们的武装和驱逐他们[……]。为了安全起见，肯尼亚军营驻扎在佩鲁察湖大坝附近。上述被告抓了联合国保护部队的士兵，自己进驻肯尼亚的军营，并通过这种方式放置炸药[……]以便摧毁大坝[……]。1993年1月28日上午10点，在所有参与放置炸药的人都撤退后[……]，一位不知身份的人启动了装置，点燃了炸弹引信。该大坝随后崩溃，出现了所谓的“图片库”情形：桥梁的塔、管理水位的单位都受到了严重破坏，水还进入了管理大楼，淹没了水涡轮，大坝完全崩溃，还形成最高潮水位，下游地区无辜平民和物资[……]受到威胁。不过，“克罗地亚水电工业”的雇员一边封堵缺口，一边开闸放水。这[……]减缓了湖水造成的冲击。

上述被告在武装冲突期间违反国际法，不加区分地下令和执行[……]攻击平民居民和定居区，造成多人死亡，出现了对平民的不人道待遇、驱逐平民、恐吓、威胁、劫掠、没有军事必要破坏财产，以及攻击含有危险力量的建筑物，包括大坝以及水电站等行为。[……]

讨 论

1. 法院如何可以把国际性武装冲突的法律适用于所谓的“塞尔维亚克拉伊那共和国”军队一方的士兵？它是否因此承认该“共和国”是一个国家？法院是否认为那些士兵是为南斯拉夫联盟共和国作战的士兵？考虑到**案例172**（案例研究，前南斯拉夫的武装冲突，第1717页，第2、6、31部分）所描述的事件，什么时候开始该冲突被定性为国际性质？
2. 国际人道法是否禁止“种族清洗”？在国际性武装冲突？在非国际性武装冲突？对于判定判决书提到的行为是否受禁止来说，是否必须对冲突进行定性？在国际性武装冲突中，强迫平民迁移，不论使用方法为何，是否都受到禁止？移入被占领土和移出被占领土是否都是这样？在非国际性武装冲突中呢？（比较《日内瓦第四公约》第2、27、31-33、35-39、49以及53条；《第一议定书》第51-53、56、57条；《第二议定书》第1-17条。）
3. 破坏佩鲁察大坝的行为是否违反国际人道法？即使在适用非国际性武装冲突的国际人道法的情况下？破坏是否是“攻击”行为，因而受到《第一议定书》第56条禁止？判决书所提到的这种攻击行为是否可能得到《第一议定书》第56条支持？破坏水坝是否是严重破坏国际人道法的行为？（比较《海牙第四公约》第23条第7款；《日内瓦第四公约》第53条和第147条；《第一议定书》第49条、第52条、第85条第3款第1项；《第二议定书》第15条。）
4. 攻击联合国保护部队中的肯尼亚士兵是否违反国际人道法？
5. 如果被告的辩护意见是正确的，那么应当如何判处米洛斯拉夫·温契奇？判决书是否提到了个人责任？他属于某一违反国际人道法的部队是否就足以判决他有罪？他在佩鲁察大坝卸载炸药是否足以要让他承担大坝受到破坏的责任？至少如果他知道这些炸药将被用于破坏该大坝呢？

六、北约对南斯拉夫联盟共和国的干涉

案例193，南斯拉夫联盟共和国，北约干涉

案 例

[还可以参见：**案例194**，欧洲人权法院，班科维奇及其他人诉比利时和其他16国案，第2077页。]

一、大赦国际：北约对南斯拉夫的干涉：“附带损失”还是非法杀害？

[资料来源：Amnesty International, Eur 70/018/2000 6 June 2000, NATO/Federal Republic of Yugoslavia, "collateral Damage" or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force, London June; 部分脚注有复制，段落号码是我们加上去的；可访问：<http://www.amnesty.org>]

大赦国际编号：EUR 70/018/2000

伦敦，2000年6月6日

公开的文件

北约/南斯拉夫联盟共和国

“附带损失”还是非法杀害？

联军行动过程中

北约违反战争法 [……]

5.1 攻击格尔代利察 (Grdelica) 铁路桥，击中旅客列车：4月12日

[1] 4月12日，一列旅客列车正在穿过塞尔维亚南部格尔代利察的一座桥梁，突然被两枚炸弹击中。攻击发生在那天中午。据报道，至少有12位平民死亡。北约承认，它的战斗机轰炸了那座桥梁，而且击中了那列火车，但说目标只是那座桥梁本身，火车是刚好被击中的。在4月13日的新闻发布会上，盟军欧洲最高指挥 (SACEUR) 克拉克 (Clark) 将军解释说，飞行员的任务是去摧毁那座铁路桥梁的。他从几英里之外发射了武器，不知道那列火车正在驶向该桥梁：

“突然，在不到一秒钟的最后一瞬间，发现有一个闪动的点进入屏幕，是一辆正在驶入的火车。不幸的是，他不能在那个时刻卸掉炸弹，

它已经被锁定了，而且正在发向目标。这是一个不幸的事件，他以及飞机上的人员和我们大家都感到非常遗憾。”

- [2] 这位飞行员已经意识到在发动攻击时击中了一列旅客列车而不是那座桥梁，但他飞回去又往该桥梁上丢下一枚炸弹，并再次击中了那列火车。克拉克将军随后就此作出了下列解释：

“当时的任务是要炸掉该座桥梁。……他相信，他仍然必须完成他的任务。他把他的武器对准火车刚好驶过来的该座桥梁的另一头，等到炸弹接近时，该桥梁上都是浓烟了，在最后一分钟，在这个离奇的事件中，该列火车因为受到原先的影响而往前滑动了，火车的一部分就移过了该座桥梁，因此，在击中桥梁的另一头时，他实际上又造成了该列火车的损失。”

- [3] 4月13日，在新闻发布会上，播放了这两次攻击的驾驶员座舱的录像带。几个月之后，德国《法兰克福评论报》(Rundschau) 报道说，该录像带是以三倍的速度播放的，给人的印象是那列旅客列车的行驶速度非常快。[……]北约发言人杰米·谢伊 (Jamie Shea) 在布鲁塞尔告诉大赦国际，由于在战斗过程中分析员每天需要看大量的录像带，因此，加速播放录像带是为了便于观看。[……]
- [4] 北约对轰炸的解释，尤其是克拉克将军对飞行员在已击中火车以后继续攻击的合理性的解释说明，飞行员知道他的任务是摧毁该桥梁，而不论平民伤亡的代价有多少。这违反了区分原则和比例原则。
- [5] 而且，北约看来没有采取足够的预防措施在发动第一次攻击之前防止对桥梁附近的民用交通造成影响。发动攻击的战斗机，或者另一架战斗机，本来可以在上空飞行以便确认有没有火车正在驶向该桥梁。如果已经那样做，就可以等一下，直到那列火车离开之后再发动攻击。
- [6] 然而，即使出于某些原因，飞行员不能确定在发动第一次攻击之前是否有火车正在驶近该桥梁，当他投下第二枚炸弹时，无论在确切的地方是否有浓烟，他也完全知道该列火车就在桥梁之上。看来，决定继续发动第二次攻击的行为违反了《第一议定书》第57条，该条款规定，“如果发现目标不是军事目标[……]，或者发现攻击可能附带造成与预期的具体和直接军事利益相比为过分的平民生命受损失[……]，该攻击应予以取消或停止”。除非北约能够证明在那个特定的时刻摧毁该座桥梁在军事上是如此重要、以至于可以对持续攻击可能造成的平民伤亡数量可以不用考虑。但北约并没有提出这种观点，因此攻击本来是应该停止的。

- [7] 4月14日,《纽约时报》还提出了关于这次攻击的另一个问题。据报道,北约官员拒绝透露所使用的武器或战斗机的型号。华盛顿官员说,使用的战斗机是美国的F-15E战斗机,所使用的炸弹是AGM-130炸弹。克拉克将军只提到了有关战斗机的飞行员,但F-15E战斗机有两位人员:一位飞行员,一位是负责控制武器发射的武器人员。根据这份报道,AGM-130是受到卫星精确制导的,但一旦它靠近目标,飞行员或武器人员是可以使用视频图象进行引导的。[……]

5.3 塞尔维亚国家电视和广播台: 4月23日

- [8] 4月23日清晨,北约战斗机轰炸了位于贝尔格莱德市中心的塞尔维亚国家电视和广播台(塞尔维亚广播电视台,RTS)的总部大楼和录播室。毫无疑问,北约的战斗机已经击中了该目标。在受到轰炸时,该建筑物里面都是工作的技术人员和其他录播人员。据估计,在被轰炸时,至少有120名平民在该建筑物内工作。至少有16位平民被杀死,还有16位平民受伤。新闻报道因此被中断。在轰炸之后三个小时,塞尔维亚广播电视台的广播才得以恢复。
- [9] 在那天后来举行的新闻发布会上,北约上校康拉德·弗赖塔格(Konrad Freytag)认为这次攻击的背景是,北约有一个“摧毁全国指挥网络,遏制南斯拉夫联盟共和国宣传机器”的政策。他解释说:“我们的部队打击了该政权领导层中传播新闻报道和向在战场的部队介绍的能力。”除了该建筑物是贝尔格莱德主要电视和广播录播室之外,北约说该建筑物“还有大量具有多重目的的碟形通信卫星天线。”
- [10] 在攻击那天,大赦国际公开表达了严重关注,从已有的强调它具有宣传作用的情报来看,没有任何理由可以发动攻击。该组织向北约秘书长哈维尔·索拉纳(Javier Solana)去信,要求“立即就发动该攻击作出解释”。在5月17日的回信中,北约说,它“通过单独和仔细地攻击米洛舍维奇总统的军事基础设施,已经作出了任何可能的努力以避免平民伤亡和附带损失”。它还说,塞尔维亚广播电视台“当时正在用来作为无线电信号接收和中转站,来支持南斯拉夫联盟共和国的军事和特种警察部队的行动,因此,它们是合法的军事目标。”
- [11] 在布鲁塞尔与大赦国际的会面中,北约官员澄清说,提到它是接收和中转站是说对塞尔维亚广播电视台基础设施的其他攻击,而不是对塞尔维亚广播电视台总部的这次特定攻击。他们还坚持说,之所以发动这次攻

击，是因为塞尔维亚广播电视台是一个宣传机构，而且宣传是对军事行动的直接支持。北约仅仅依据它是一个宣传机构而攻击塞尔维亚广播电视台的决定得到美国国防部的重申。美国国防部回顾了这次空袭，认为由于塞尔维亚广播电视台是“一个用来宣传的设施”，因此，是可以攻击的。并没有提到任何接收站的说法。

- [12] 在接受英国广播公司电视记录片的采访中，英国首相托尼·布莱尔 (Tony Blair) 对轰炸塞尔维亚广播电视台进行了辩解，他的意思是，受到攻击的其中一个原因是，它关于北约失误所造成的人员伤亡，例如，在贾科维察 (Djakovica) 轰炸平民车队的录像胶片，正在通过西方媒体重播，这损害了同盟内部对该战争的支持力度。“这是一个在现代通信和新闻世界中关于发动冲突的问题。……我们知道那些画面将重新出现，因此，对战斗的受害者表示本能的同情。”

- [13] 《第一议定书》第52条第2款规定了军事目标的定义，这也是北约接受的，即：

“军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。”[着重号为大赦国际所加]

- [14] 大赦国际承认，虽然干扰政府的宣传可能有助于动摇居民和武装部队的士气，但相信以这种理由为对平民设施的攻击进行辩解超出了“对军事行动有实际贡献”和“明确的军事利益”的本来含义。根据《第一议定书》第52条第2款，塞尔维亚广播电视台总部不能被视为是军事目标。因此，对塞尔维亚广播电视台总部的攻击违反了第52条第1款所规定的禁止攻击民用物体，故构成战争罪。

- [15] 红十字国际委员会对1949年8月12日的《日内瓦公约》两个附加议定书的评注是这样解释“明确的军事利益”的，即“不得攻击那种只是潜在地或不确定的优势”。最近，对《德国军事手册》的评注指出：“如果削弱敌人居民战斗意志被认为是武装部队的合法目标，那可以说战争是无限的了。”而且，该评注还说：“纯粹出于政治目的的攻击，例如显示军事力量或者恐吓敌对方的领导人”都是受到禁止的。英国国防部的理论采取了一个类似的做法：“敌方平民居民的士气并不是合法的目标。”

- [16] 在这个方面，还应当回顾纽伦堡国际军事法庭在1946年在“汉斯·弗里切” (Hans Fritzsche) 案中的判决。他是第三帝国宣传部的高级官员，还

从1942年11月开始负责广播电台。检察官诉称，他“煽动、鼓励实施战争罪，因为他故意捏造新闻，在德国民众中煽动实施暴行的情绪”。法庭承认弗里切在演讲中显示出“确定的反犹太人主义”，而且“有时还散布不实消息”，但认定他无罪。法庭在本案的判决中是这样断定的：

“看来，弗里切有时在他的广播中发表了具有宣传性质的错误声明。但法庭不准备认为他们的意图是为了煽动德国民众对被征服民众实施暴行，他是情不自禁参与所指控的犯罪的。他的目的是为了唤醒民众对希特勒和德国战争努力的支持。”[参见《美国国际法杂志》(American Journal of International Law)，第41卷，1947年，第328页。][着重号为大赦国际所加]

- [17] 关于一般攻击电视台的合法性问题，还可以提到一类军事目标，包括1956年红十字国际委员会发表的工作文件，即《战时限制平民居民引起的危险的规则草案》(Draft Rules from the Limitations of Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War) [注释53：该清单在红十字国际委员会关于两个附加议定书的评注中有提及，第2002段，脚注3：可访问：<http://icrc.org/ihl>.]在第7段中，该清单包括了“广播和电视台设施”。但是，该规则草案的法文版明确指出，这种设施必须“在军事上具有至关重要性”。而且，《规则草案》第7条规定，如果攻击它们“不会具有军事优势”，即使是所列的目标也不能被视为是军事目标。
- [18] 无论《规则草案》的内容是什么，能否将它作为攻击塞尔维亚广播电视台总部的合法依据是值得疑问的。无论如何，该《规则草案》在1957年的红十字国际大会上经过了讨论，因为该草案是为该大会起草的，但在接下来一年，起草军事目标清单的做法被抛弃，转而支持最终在《第一议定书》第52条规定的做法。
- [19] 即使塞尔维亚广播电视台总部被确切地视为军事目标，攻击该建筑物也可能完全是违反国际人道法的。尤其是，该次攻击可能违反《第一议定书》第51条第5款第2项所规定的比例原则，也可能违反该议定书第57条第2款第3项所规定的事先进行有效警告的义务。
- [20] 第51条第5款第2项禁止攻击“可能附带使平民生命受损失……而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”。红十字国际委员会的评注指出，“‘具体和直接’这个表述是为了表明有关的优势应当是重大和相对直接的，应当忽略那些几乎无法感觉和只是长远才能体现的优势。”北约本来可以清楚预见到在塞尔维亚广播电视台的建筑物内可能

有平民被杀害。另外，看来，北约是知道攻击塞尔维亚广播电视台只会短期打断它的广播。北约欧洲最高指挥韦斯利·克拉克 (Wesley Clark) 将军说：“我们知道，当我们打击那里时，还可能有其他方法收到塞族人的电视信号。并不存在可以中断一切信号的单独办法，但我们认为这是一个打击它的好行动，政治领导层都同意我们的看法。”换句话说，北约为了在午夜中断塞族电视广播三个小时时间而故意攻击平民目标，杀害了16位平民。实在看不出为何这样的行为可以说是符合比例原则的。

- [21] 《第一议定书》第57条第2款第3项规定：“除为情况所不许可外，应就可能影响平民居民的攻击发出有效的事先警告”。在塞尔维亚广播电视台遭到轰炸之前，北约曾经发表了是否正在攻击媒体的官方声明，但它们之间是互相矛盾的。4月8日，空军准将威尔比 (Wilby) 说，北约认为塞尔维亚广播电视台是“这场战斗中的合法目标”，因为它被用来“作为宣传和镇压的工具”。他还说，如果米洛舍维奇总统能够给未受审查的西方媒体的新闻报道提供每天至少两次、每次三个小时的平等时间报道，广播和电视才“可能成为可以接受的提供公共信息的工具”。同一天，法国军队的总司令让·皮埃尔·凯尔希 (Jean Pierre Kelche) 将军在新闻发布会上说：“我们决定粉碎他们的中转站和接收站，因为它们米洛舍维奇政权的宣传工具，正在为战争努力作出贡献。”
- [22] 但是，[……]杰米·谢伊 [……]在4月12日致信给在布鲁塞尔的国际记者联盟 (International Federation of Journalists) 说：“盟军只攻击军事目标，只有当电视台和广播电台是战争设施的一部分时才会受到打击……本身并不存在打击电视和电台中转站的政策。”
- [23] 看来，在媒体一些成员报道之后，威尔比和谢伊发表的声明已经表明攻击电视台是事先计划好的。根据美国有线电视新闻网 (CNN) 主席伊森·乔丹 (Eason Jordan) 的说法，在4月早期，他就收到北约官员的电话，该官员告诉他正在打算攻击贝尔格莱德的塞尔维亚广播电视台，还说应当告诉美国有线电视新闻网的记者撤离该地区。[……]
- [24] 约翰·辛普森 (John Simpson) 是战时在贝尔格莱德的英国广播公司 (BBC) 记者。他当时是在攻击失败之后从总部收到警告离开塞尔维亚广播电视台的外国记者之一。
- [25] 英国首相托尼·布莱尔批评南斯拉夫的官员没有撤离该建筑物。“他们本来可以让那些人撤离该建筑物的。他们知道这是一个目标，但他们没有

那样做。我不知道。你知道，可能是因为出于宣传的目的。……这是没有意义的，我的意思是，不可能以一种美好的方式发动战争。它是丑陋的。它是丑陋的交易。”

[26] 大赦国际认为，空军准将威尔比在攻击前两个星期针对塞尔维亚官方媒体发表的声明并不是对平民的有效警告，尤其是因为北约官员和同盟成员发表的声明互相矛盾。就像上面指出的，西方记者已经报道他们已经收到他们雇主的警告，要求他们在攻击之前离开电视台，看来，一些南斯拉夫官员也预见到该建筑物将要受到攻击。不过，北约没有发出塞尔维亚广播电视台马上就要受到攻击的警告。在布鲁塞尔的北约官员告诉大赦国际他们不想要给出具体的警告，因为这会危及他们的飞行员。

[27] 媒体的一些解释说明，是美国政府在不顾其他北约成员国反对的情况下决定轰炸塞尔维亚广播电视台的。根据作家迈克尔·伊格纳季耶夫 (Michael Ignatieff) 的说法，“在北约指挥同盟里出现了争执：英国律师们认为《日内瓦公约》禁止攻击记者和电视台，但美国一边认为该电视台播放的据称是‘仇恨言论’ (hate speech) 剥夺了公约中赋予它们具有的法律豁免权。” [……]

[28] [……]不过，如果事实上英国或其他国家的确反对、而且没有参与这次攻击，那么作为故意攻击平民目标的同盟成员，它们不用根据国际法承担责任。[……]

二、前南斯拉夫问题国际刑事法庭，关于北约轰炸行动的检察官报告

[资料来源：ICTY Prosecutor's Office, *Final Report to the Prosecutor by the Committee established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, The Hague, 13 June 2000; 可访问：<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>]

关于建立审查北约针对南斯拉夫联盟共和国轰炸行动的委员会向检察官提交的最终报告[……]

四、评估

六、对轰炸行动的一般评估

54. 在轰炸行动中，北约战斗机出动了 38400 架次，包括 10484 架次的打击行动。在这些架次中，投放了 23614 颗空中炸弹（数据来自北约）。

就像前面段落指出的，看来在这场行动中有大约 500 位平民被杀害。这些数据并不说明，北约可以直接或间接地从事旨在造成平民重大伤亡的行动。

55. [……]所有的目标必须是军事目标。[……]如果他们不这样做，就是非法的。[……]媒体本身并不是传统的目标。如果特定的媒体属于3C网络（指挥、控制和通信）的一部分，那么，它就是军事目标。如果媒体不是3C网络的一部分，那么，它是否是军事目标取决于它们的用途。至少，平民、民用物体和平民士气本身不是合法的军事目标。媒体的确对平民士气有影响。如果那种影响仅仅是为了提高对战争努力的支持度，那么，该媒体就不是合法的军事目标。如果该媒体被用来煽动犯罪，就像在卢旺达那样，那么，它就可以成为合法的军事目标。如果媒体是确保战争贩子掌权的中枢系统，因此使战争努力永久化，那么，它可以说符合合法的军事目标的定义。一般说来，在委员会审查的特定事件中，委员会的意见是，北约试图攻击它认为是合法的军事目标的物体。
56. 委员会同意，在敌方防空部队能够达到的高度上空飞行本身并不存在非法的问题。不过，北约空军指挥官有义务采取切实措施把军事目标和平民或者平民目标区分开来。为这场行动所制定的最低15000英尺高度可能意味着无法用肉眼核实打击的目标。不过，看来，在使用现代技术的情况下，在轰炸行动中，在绝大多数的情况下都切实履行了进行区分的义务。

具体事件[……]

（一）1999年4月12日在格尔代利察峡谷攻击平民旅客列车

58. 1999年4月12日，北约战斗机对位于塞尔维亚东南的格尔代利察峡谷和南摩拉瓦（Juzna Morava）河上面的莱斯克瓦茨（Leskovac）铁路桥梁发射了两枚激光制导炸弹。一辆从贝尔格莱德驶往马其顿边境利斯托瓦茨（Ristovac）的五节旅客列车那个时候正在驶向该桥梁，结果被两枚导弹击中。[……]至少有10人在这个事件中丧生，还有至少15人受伤。计划攻击的目标是该铁路桥，据说它是用来支持在科索沃的塞族军队的供应路线。在发出第一枚导弹后，控制武器发射的人员在发出冲击力之前的最后一刻看到了在桥梁上有物体在运动。在那个时候，控制者已经无法卸掉炸弹，它击中了该列火车。炸弹的冲击力把第二位乘务长炸成两段。由于发现该桥梁还是完整的，控制者第二次瞄准了该列火车离开的

该桥梁的另一端，并发射了第二枚炸弹。同时，由于受到第一次冲击力的影响以及该列火车的一部分已经受到了第二枚炸弹的影响，火车开始向前滑动。

59. 看来该列火车并不是被故意击中的。[……]北约欧洲盟军最高指挥韦斯利·克拉克就没有发现旅客列车的靠近以及在被第一枚导弹已经击中的情况下发射第二枚导弹给出了主要的解释理由。他是这样说的：

[请阅读大赦国际对他的话的引用，参见文件A(1)和(2)，第2077页。][……]

克拉克将军随后播放了攻击该座桥梁的该战斗机驾驶员座舱上的录像带。

“战斗机上的飞行员正看着5英寸的屏幕。他正看得非常仔细，在这里你可以看到有一座铁路桥，它比实际看起来更加好，你可以看见有铁路是朝着这个方向前进的。

如果故意看那个目标点，就集中在那里，你可以发现，如果你作为一位飞行员就是在集中你的工作，怎么突然一列火车出现了？！这真的是非常不幸！

这里，他回来了，试图打击桥梁的另一点，因为他试图完成该工作，即摧毁该座桥梁。看这个目标点，你会看到那里有浓烟和其他昏暗的东西，他不可能知道那到底是什么东西。

他故意击中那个交叉瞄准线的中心。他正在把两个交叉瞄准线集合起来，突然他发现在最后一刻，已经被击中的那列火车开始沿着那座桥梁继续移动了，因此看来是第二枚炸弹击中了它的发动机。”（新闻发布会，北约总部，布鲁塞尔，4月13日）

60. 一位名为埃克哈德·文茨 (Ekkehard Wenz) 的德国公民提交了一份全面的技术报告，对上述说法提出了一些疑问。他就北约播放的该事件的录像带胶片对事件发生的真实速度进行了调查。该份报道的意思是说，对于控制炸弹的人员来说，他当时具有的反应时间实际上比北约据称的时间要多得多。文茨先生还说，该架战斗机是 F15E 攻击鹰战斗机，上面有两位人员，武器是由一位武器系统军官 (WSO) 控制的，而不是飞行员自己。
61. 委员会已经相当仔细地审查了北约提供的材料以及文茨先生提供的报告。委员会的意见是，控制炸弹的人员是否是飞行员，还是武器系统军官是无关的。每一个人都会在高速战斗机里旅行，都有可能同时履行一些任务，包括努力使飞机停留在空中，并且在战斗的环境中保持飞机不

受周围威胁。如果委员会同意文茨先生对可以反应时间的估计，那么，控制炸弹的那个人仍然有很短的时间作出反应，在各种可能中有7到8秒钟的时间作出反应。尽管文茨先生的意见是武器系统军官故意对准那列火车，但委员会对报告中所采用的情景评估说明也可以有另一种解释。交叉瞄准线仍然停留着整座桥梁上，从这个胶片中可以清楚看出，只是因为炸弹在飞行才导致这辆火车看来是在朝着该座桥梁在移动：只是在该枚炸弹的轨道中该列火车的样子才可以被看到。炸弹在冲击力形成的几秒钟时间里，都可以看到对瞄准目标的那枚炸弹有非常轻微的改变。关于这枚炸弹瞄准的次序可以说明，武器系统军官正在瞄准该列火车是不可能的，相反说明的是该目标是在火车出现之前的那座桥梁的跨度的某个点上。

62. 委员会的意见是，该座桥梁是合法的攻击目标。那列旅客列车并不是故意受到攻击的。控制炸弹的那个人，无论是飞行员还是武器系统军官，瞄准的是那座桥梁，在非常短的一段时间里，在第一枚炸弹正在飞行的过程中未能看到有火车正在靠近。当该座桥梁第二次受到攻击时该列火车正在桥上，桥梁的长度据估计是50米。[……]委员会的意见是，关于用第一枚炸弹攻击的情报并没有为启动调查提供充分的基础。委员会关于用第二枚炸弹攻击产生了分歧，围绕的问题是飞行员或武器系统军官的行为是否是放任。尽管如此，委员会认为，就启动调查的标准来说[……]，不应当调查这个事件。关于是否存在要求审查指挥官责任的情报问题，委员会的意见是，没有情报证明，必须要求对指挥系统中更高级别的人员的刑事责任进行调查。基于委员会已知的情报，委员会的意见是，检察官办公室不应当调查攻击格尔代利察峡谷中的火车。[……]

(二) 1999年4月23日轰炸塞尔维亚广播电视台

71. 1999年4月23日凌晨2点20分，北约估计轰炸了贝尔格莱德市中心塞尔维亚广播电视台的中央演播室。[……]虽然对于确切的伤亡数据还有一些疑问，但据估计有10人至17人被杀害。
72. 轰炸电视演播室是旨在干扰和削弱3C网络（指挥、控制和通信）的有计划攻击的一部分。在同一天晚上，在协调的攻击行动中，广播中转塔和电力变压器站都被击中。在1999年4月27日的新闻发布会上，北约官员是这样辩解这次攻击的，即南斯拉夫联盟共和国的通信系统经常是军民两用的。[……]

73. 在1999年4月23日的[……]新闻发布会上，北约官员报告说，该电视建筑物中还有一个很大的多用途的通信卫星碟形接收器，而且“电台中转控制塔是正在进行的削弱南斯拉夫联盟共和国指挥、控制和通信网络战役中的攻击目标”。在1999年4月17日致大赦国际的信函中，北约声称，塞尔维亚广播电视台设施当时正在被用于“作为电台中转站和发射站支持南斯拉夫联盟共和国军事和特种警察部队的行动，因此，它们是合法的军事目标”（大赦国际报告，[……][参见文件A (10)，第2079页]。）
74. 在受到攻击的电力变压器站中，一个变压器站在向防空协调网络提供电力，另一个则在向北部战区行动中心提供电力。在南斯拉夫联盟共和国整个防空系统中，这些设施都是关键的控制部门。关于这一点，北约表明，“我们已经不断声明，我们不是在攻击塞族人民，也不是在攻击米洛舍维奇总统个人，我们是在攻击用来操控军事和安全部队的控制系统。”

不过，更加有争议的是，辩解这次轰炸的还有一个理由说是它正在被用作宣传目的：

“[我们需要]直接打击米洛舍维奇政权的中枢神经系统。当然，这指的是那些被用来在南斯拉夫计划、指示和创造容忍的政治氛围的资源。在南斯拉夫，这些暴行不仅能够被接受，而且甚至被宽恕。[……]打击电视发射器和广播设施就是我们摧毁南斯拉夫联盟共和国宣传机器战役的一个部分，对于米洛舍维奇总统的控制机制来说，宣传机器是关键的部分。”

在还有一份类似声明中，《泰晤士报》报道说，英国首相托尼·布莱尔说，该媒体“是让他[米洛舍维奇]继续掌权的机构，我们北约盟国完全可以摧毁和攻击那些目标”（1999年4月24日）。在1999年4月8日的一份声明中，北约还暗示，除非电视演播室每天播放西方媒体的报道六个小时，否则他们将受到攻击：“如果米洛舍维奇总统能够为西方的新闻广播在节目中没有经过审查的情况下每天在中午和下午6点之间播放3个小时、在下午6点到午夜之间再播放3个小时，那么，他的电视台才可以说是提供公共资讯的工具。”

75. 北约故意轰炸广播和电视台，被杀死或伤害的人都是平民。问题是：广播和电视台是否是合法的军事目标？如果是，该平民伤亡与攻击所取得的军事优势来说是否相称？要使广播和电视台成为《第一议定书》第52

条中的军事目标的定义，必须符合：（一）它的性质、目的或使用对军事行动具有实际贡献；（二）全部或部分进行摧毁必须为当时情况下提供明确军事优势。在两个附加议定书起草之前，1956年红十字国际委员会关于军事目标的清单中把在军事上具有至关重要性的广播设施和电视台列为军事目标。[……]罗杰斯 (Rogers) 少将准备的这份清单认为，如果广播和电视台符合军事目标的标准，那么它们就可以包括在内。[……]就像上面第72段和第73段表明的，这次攻击是更为一般的旨在干扰作为米洛舍维奇能够掌权的神经中心和机构的南斯拉夫联盟共和国指挥、控制和通信网络的攻击的一部分，也是试图摧毁南斯拉夫联盟共和国宣传机器的一部分，因此，北约的攻击看来是合理的。由于这次攻击实际上旨在干扰通信网络，因此，从法律上来说是可以接受的。

76. 不过，如果发动这次攻击的理由是因为没有给西方新闻报道以相同的时间，也就是说，是因为该电视台是宣传机器的一部分，那么，它的法律基础就更有争议。干扰政府的宣传也许有助于削弱居民和武装部队的士气，但仅仅以此作为攻击民用设施的依据可能不符合两个附加议定书所要求的“对军事行动有实际贡献”和“明确的军事利益”这两个标准。[……]红十字国际委员会对两个附加议定书的评注在解释“明确的军事利益”时，认为应当把“只具有潜在的或不确定的利益的那种攻击”排除在外，在解释“明确的”这个表述时，认为它的意图是为了表明，有关的利益应当是实质的和相对接近的，而不能是几乎无法预见的和只是在长期才可以显现的（红十字国际委员会关于1977年6月8日的附加议定书的评注，第2209段[可访问：<http://www.icrc.org>]）。虽然阻止这种宣传可能有助于压制南斯拉夫居民的士气和动摇对政府的政治支持，但这些目的都不可能提供“明确的”必要的军事利益以至于使其成为合法的军事目标。北约相信南斯拉夫的广播设施“完全被用来煽动仇恨和宣传”，并声称南斯拉夫政府已经把塞尔维亚所有的私人电视和广播台纳入军事管制之下（北约1999年4月28日和30日的新闻发布会）。但是，北约没有说，类似于卢旺达种族灭绝期间“千丘独立广播电台” (Radio Mille Collines) (这样可以为摧毁它们的行为辩解) 那样，它们正在被用来煽动暴力。[……]最多，南斯拉夫政府正在用广播网络来对它的战争努力进行宣传支持：这种情形本身并不等于战争罪（关于这一点，参见1946年纽伦堡国际军事法庭在“汉斯·弗里切”案的判决，被告当时是宣传部的高级军官，据称煽动和鼓励实施犯罪。国际军事法庭判决，虽然[请阅读大赦国际报告中对这一段的援引，参见文件A (16)，第2080页]）。委员会发现，如

果攻击塞尔维亚广播电视台可以仅仅通过援引宣传目的被正当化，那么，它的合法性就会受到国际人道法这个领域一些专家的质疑。不过，看来北约出于宣传目的而攻击塞尔维亚广播电视台是瘫痪塞尔维亚的军事指挥和控制系统以及摧毁保持米洛舍维奇掌权的神经系统和机构这个首要目的的附带（即补充）目的。在1999年4月9日的新闻发布会上，北约宣布，电视发射站并没有受到直接攻击，而是“在南斯拉夫军事广播中转站经常和电视发射站混在一起，因此，我们攻击军事目标。如果对电视发射站也有损坏的话，也是次要的后果，但我们的首要目的不是那个。”北约发言人杰米·谢伊也在4月12日写信给在布鲁塞尔的国际记者联盟 [请阅读大赦国际报告中对此的援引，参见文件A (22)，第2082页]。

77. 假定该电视台是合法的目标，而且平民伤亡不幸很多，看来也不是显然不成比例。

虽然北约声称，它已经“尽了一切可能的努力避免平民伤亡和附带损害”（大赦国际报告，[参见文件A (10)，第2079页]），但北约对于计划的打击是否给出了事先警告以及通知是否构成《第一议定书》第57条第2款所要求的“可能影响平民居民的有效攻击警告，除非情况不允许”还有一些疑问。[……]

另一方面，外国的媒体代表显然已经收到了要攻击的事先警告（大赦国际报告，[参见文件A (23) 以及 (24)，第2082页]）。就像西方记者据报道已经得到他们雇主的警告要求他们在攻击之前远离该电视台，看来一些南斯拉夫的官员可能也已经预料该建筑物即将受到打击。因此，英国首相托尼·布莱尔批评南斯拉夫的官员没有把人员从该建筑物撤离，声称 [请阅读大赦国际报告对这段话的援引，参见文件A (25)，第2082页]。虽然南斯拉夫官员知道即将要受到的攻击不可以消除北约根据第57条第2款对平民发出警告的义务，但可以说明南斯拉夫当局也在一定程度上需要为攻击所造成的平民伤亡承担责任，可以说明北约给出的事先警告实际上在这种情况下已经足够了。

78. 假定塞尔维亚广播电视台是合法的军事目标，看来北约意识到攻击塞尔维亚广播电视台只会在短期内打断广播。的确，据称广播在受到打击之后几个小时之内重新恢复了，因此引起了攻击所获得的军事利益的重要性相对于产生的平民伤亡是否重要的问题。北约据称南斯拉夫联盟共和国的指挥和控制网络是一套复杂的网络系统，因此，不可能在受到一次打击后瘫痪。就像北约的韦斯利·克拉克将军指出的，[请阅读大赦国际报告中对

这段话的援引，参见文件A(20)，第2081页[……]攻击的相称性或类似原则不一定都应只关心某个特定的事件。[……]关于这些目标，这些攻击的战略目标是南斯拉夫的指挥和控制网络。因此，攻击塞尔维亚广播电视台必须被看作是对许多目标，包括“对于米洛舍维奇指挥和控制他的军队和特种警察部队在科索沃所实施的镇压行动起到根本作用的”（北约新闻稿，1999年5月1日）和构成“南斯拉夫防空网络关键内容”（同上，1999年5月1日）的南斯拉夫广播中转网络的发射塔和控制建筑物的整体攻击的一部分。攻击还针对为南斯拉夫军队的指挥和控制结构供电的电网（同上，1999年5月3日）。其他的战略目标包括诸如在新帕扎尔 (Novi Pazar)、科索瓦卡 (Kosovaka) 和克鲁舍瓦茨 (Krusevac) 的其他指挥和控制资源（同上）以及指挥站（同上，4月30日）。在被攻击的电力中转站中，其中有一个中转站是向防空协调网络供电的，而其他是向北部战区中心供电的。这些设施对于南斯拉夫联盟共和国整体防空系统来说都是关键的控制内容（同上，1999年4月23日）。[……]这些不仅对于南斯拉夫管理机构来说是处于中心地位的，而且从军事角度来说，是使军事和国家指挥当局指挥在科索沃发生的镇压和暴行行动能够展开的战略通信网络不可分割的一部分（同上，1999年4月21日）。

79. 基于上面的分析以及现在已知的情报，委员会建议检察官办公室对攻击塞尔维亚广播电视台的新闻不启动调查。[……]

五、建议

90. 委员会所进行的审查基本上都依赖公开的文件，包括北约和北约国家在新闻发布会上所作的声明以及南斯拉夫联盟共和国所提供的公开文件。它倾向于认为，北约和北约国家的新闻声明一般说来是可靠的，所给出的解释也是诚实的。不过，委员会必须指出，当检察官办公室就特定的事件请求北约回答特定的问题时，北约的回答只是用笼统的措辞，没有针对具体的事件。委员会没有对那些指令或者实施轰炸行动的人进行面对面地谈话。委员会还非常重视“人权观察”对事实的声称，因为它的调查员在南斯拉夫联盟共和国的现场的确花费了一定的时间进行调查。而且，委员会还注意到，“人权观察”发现南斯拉夫联盟共和国外交部编纂的题为“北约在南斯拉夫的罪行” (NATO Crimes in Yugoslavia) 的两卷书的内容一般说来是可靠的，委员会倾向于援引这两卷书中就特定的事件给出的伤亡数据。如果有人同意那些书中给出的在有记录的事件

中大约有495名平民被杀害、还有820名平民受伤，那么，就没有证据证明存在指控种族灭绝或危害人类罪的必要犯罪。而且，在委员会非常仔细审查的特定事件中，[……]委员会认为，在所有特定的事件进行评估后都可以说检察官办公室不需要启动调查。北约承认在轰炸行动中的确出现了错误；判断的错误也可能已经发生了。选择某些目标进行攻击可能引起法律上的争论。但是，基于已经审查的情报，委员会的意见是，不需要对轰炸行动本身进行深入调查，也不需要具体的事件进行调查。无论如何，要么是法律不是非常清楚，要么是进行调查不可能获得充分的证据可以来指控那些高层或低层被告实施了尤其严重的犯罪。[……]

讨 论

1. (1) 你对发生在科索沃解放军（UCK）和南斯拉夫联盟共和国（南斯拉夫联盟共和国）军队之间的冲突如何定性？它是国际的还是非国际的武装冲突？仅仅只是内部暴力行为？是民族解放战争？在发生在北大西洋公约组织（北约）和南斯拉夫联盟共和国之间的冲突？（比较《日内瓦公约》共同第2条；《第一议定书》第1条和《第二议定书》第1条。）
- (2) 如果发生在科索沃解放军和南斯拉夫联盟共和国军队之间的冲突是非国际性武装冲突，那么北约介入打击南斯拉夫联盟共和国军队是否使该冲突国际化了？如果是，为什么？这种性质的改变是否改变了南斯拉夫联盟共和国与科索沃解放军之间关系的性质？
- (3) 如果北约介入打击科索沃解放军，冲突是否变成国际性？为什么？这是否意味着应当适用的法律取决于第三国是否介入站在国家一边还是反对国家一边？
- (4) 既然北约不是《日内瓦公约》及其附加议定书的一方，它是否还受到国际人道法的拘束？如果是，为什么？既然所有的北约成员国都没有受到相同的国际人道法文件的约束，怎么可能断定哪一个文件适用于北约？北约是否只受到适用于所有成员国的国际人道法规则的约束吗？或者说，北约作为一个国际组织，是否只受到习惯国际人道法的约束？
2. 在诉诸战争权方面，北约干涉的合法或非法性质是否对国际人道法的适用产生影响？在非法的行动中实施的所有行为在国际人道法中是否当然非法？这两套不同的规则之间是否互相独立？（比较《第一议定书》序言第5段。）
3. (1) 关于国际人道法，北约在干涉南斯拉夫联盟共和国期间，你认为是什么使北约进行高空攻击？它本身是否是禁止的？它是否允许尊重国际人道法的基本原则，例如比例原则和区分民用物体和军事目标的原则？就像前南斯拉夫问题国际刑事法庭的检察官报告指出的那样，“进行区分的义务在绝大多数的情况下是得到有效

- 执行”（我们的强调，参见：文件B(56)）是否够了？（比较《第一议定书》第51条第4款第2项至第3项以及第57条第2款第1项第2目。）
- (2) 桥梁是否可以成为军事目标？在什么情况下？你如何确定军事目标的概念？检察官的报告看来认为它是军事目标？他或她得出这个决定的标准是什么？北约的宣布是否足以确定根据国际人道法成为军事目标的合法性？（比较《第一议定书》第52条第2款）。
- (3) 如果在攻击期间击中平民火车，但不是“故意击中”的（比较文件B(62)。），是否违反国际人道法？是否是战争罪？是否是“附带损害”？你如何确定“附带损害”的定义？是否是在尊重比例原则的攻击中造成平民或平民财产的损失？当摧毁的军事目标是一座桥梁而“附带损害”是平民时，后者是否得到了尊重？即使是因为“离奇的意外”（比较文件A(2)。）呢？（比较《第一议定书》第57条）
- (4) 根据你掌握的信息，你相信攻击格尔代利察桥梁的行为是否符合国际人道法？如果第一次攻击是在不知道火车正在靠近该座桥梁的情况下实施的，是否只有第一次攻击才算符合国际人道法？北约的行为是否尊重了预防措施原则？北约还可以采取哪些预防措施？如果它还可以采取更多的措施，根据国际人道法它是否应当采取？你对第一次和第二次的打击的回答是否不同？你如何评价委员会在文件B第62段中的解释而得出的对这个事件的结论？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第57条第2款第2项。）
4. (1) 根据国际人道法，在贝尔格莱德的塞尔维亚广播电视台是否是军事目标？只要它不是“可以接受的公开信心的工具”，即它不允许“给予西方媒体不受审查的每天两次三个小时的时间”（比较文件A(21)。），它是否就是军事目标？如果我们接受这种观点，那么是否意味着南斯拉夫联盟共和国的部队可以认为北约成员国的电视台是军事目标因此也可以基于相同的理由予以摧毁？（比较《第一议定书》第52条。）
- (2) 如果塞尔维亚广播电视台被用来作为“支持南斯拉夫联盟共和国军队[……]的广播中转站[……]和发射站[……]”（比较文件B(73)），是否就是合法的军事目标？如果它被用于宣传目的呢？如果用来作为煽动仇恨和暴力的工具呢，就像卢旺达的“千丘独立广播电台”那样？（比较《第一议定书》第52条。）
- (3) 检察官的报告估计受害者的数目对于轰炸所取得的“具体的和直接的军事利益来说”“看来并不明显不成比例”。你认为应当根据什么标准来权衡？在这个方面，军事指挥官具有什么责任？（比较《第一议定书》第51条第5款第2项和第52条。）
- (4) 在轰炸塞尔维亚广播电视台中，北约部队是否遵守了预防措施原则？（比较《第一议定书》第57条第2款第3项。）北约据说给出的警告根据《第一议定书》第57条是否充分？即使只是给予外国记者呢？
5. 记者从国际人道法赋予的地位中是否受益？他们是否具有“受保护之人”的地位？这种地位在本案中是否有关？即使他们通过播送“仇恨言论”（比较文件A（27））对战争努力有贡献呢？（参见**案例24**，保护记者，第692页）。

6. (1) 你如何认为报告中的结论（比较文件B(90)）？“不够清楚的”法律在哪里？关于哪些特定的事件？诸如前南斯拉夫问题国际刑事法庭这样的法庭的角色不就是为了澄清法律么？弄清楚在本案中的所有事件，是法律、事实还是法律和事实都不清楚？为什么说进行调查很有可能无法提供充分的结果？
- (2) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否有权审判北约部队中据称实施了战争罪的人？为什么它没有那样做？前南斯拉夫问题国际刑事法庭所作出的选择把重点放在最严重的罪犯是否合理？（比较《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第1条，参见案例179，第1781页。）

案例194，欧洲人权法院，班科维奇及其他人诉比利时和其它16国案

案 例

[资料来源：European Court of Human Rights, Grand Chamber Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99, 12 December 2001, 可访问：<http://hudoc.echr.coe.int>]

欧洲人权法院，大法庭

第52207/99号申请的可受理性的决定

弗拉斯蒂米尔和博尔卡·班科维奇、日瓦娜·斯托扬诺维奇、
米里亚娜·斯托伊梅诺夫斯基，
德拉加娜·约克西莫维奇和德拉甘·苏科维奇

诉

比利时、捷克共和国、丹麦、法国、德国、希腊
匈牙利、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、挪威
波兰、葡萄牙、西班牙、土耳其和英国 [……]

事 实 [……]

一、案件的情况 [……]

(二) 轰炸塞尔维亚广播电视台 (RTS)

9. 位于贝尔格莱德的塞尔维亚广播电视台有三个电视频道、四个广播电台在播放。主要的制作设施位于塔科弗斯卡 (Takovska) 街上的三幢大楼内。主控房间位于其中一幢大楼的一层，主要的工作人员是技术人员。

10. 1999年4月23日，大约在凌晨2点后不久，在塔科弗斯卡街的其中一幢塞尔维亚广播电视台的大楼被北约战斗机发射的一枚导弹击中。该幢大楼四层中有两层倒塌，主控房间受到破坏。
11. 第一位和第二位申请者的女儿、第三位和第四位申请者的儿子、第五位申请者的丈夫被杀害、第六位申请者受伤。在轰炸塞尔维亚广播电视台中，有16人被杀害、另外还有16人严重受伤。那天晚上，在南斯拉夫联盟共和国有24个目标被击中，包括贝尔格莱德的三个目标。[……]

起 诉

28. 申请者对北约部队在1999年4月23日轰炸塞尔维亚广播电视台大楼提起了诉讼。他们援引《(欧洲人权) 公约》的下列条款：第2条 (生命权)、第10条 (表达自由) 和第13条 (得到有效救济的权利)。

法 律 [……]

30. 关于本案的可受理性问题，申请者诉称，从属地管辖来说，申请是符合《公约》的条款的，因为被告国家被谴责的行为要么是在南斯拉夫联盟共和国的领土上实施，要么虽然是在它们自己国家的领土上实施但对南斯拉夫联盟共和国产生了影响，这使他们及其死亡的家属处在这些国家的管辖范围之内。他们还表明，虽然打击是由北约部队实施的，但被告国家应当对打击承担连带责任，而且他们也没有有效的救济可以用尽。
31. 被告国家的政府们对于本案是否可以受理提出了异议。他们主要辩称，从属人管辖来说，申请不符合《公约》的条款，因为申请者并不处在《公约》第1条意义上的被告国家的管辖范围之内。[……]
32. 法国政府还辩称，轰炸行为不是被告国家政府的行为，而是北约的行为，而北约是一个具有与被告国家不同国际法律人格的组织。土耳其政府就它对于北塞浦路斯的立场的观点提出了一些辩称。[……]

(一) 申请人及其死亡的亲属是否属于《公约》第1条意义上的被告国的“管辖”范围内？

34. 这是被告国家政府们质疑适用《公约》的可受理性的主要基础，法院因此将首先审查这个问题。《公约》第1条是这样规定的：

“缔约各国应当确保位于它们管辖范围以内的任何人具有本公约第一部分所规定的权利和自由。” [……]

1. 被告国家政府们的辩称 [……]

37. 它们辩称，它们在这个方面得到了法院法理的支持，法院法理已经适用过关于管辖的这个含义，确认受到位于它们领土以外的被告国家行为影响的某些个人可以被视为属于它的管辖范围之内，因为有关国家对他们实施某种法律权力。根据被告国家政府的观点，在“伊萨”案 (Issa) (伊萨和其他人诉土耳其，第31821/96号案件，2000年5月30日，没有报道) 和“奥贾兰”案 (Ocalan) (奥贾兰诉土耳其，第46221/99号案件，2000年12月14日，没有报道) 中，逮捕和羁押位于被告国家领土以外的申请者是武装部队对位于外国领土上的那些人典型实施这种法律权力或管辖。在“扎瓦拉” (Xhavara) 案 (扎瓦拉和其他人诉意大利和阿尔巴尼亚，第39473/98号案件，2001年1月11日，没有报道) 中，那个案件涉及据称的意大利海军在意大利海岸线以外35海里故意打击一艘阿尔巴尼亚船只。被告国政府之间通过书面协定分享这个案件的管辖权。[……]
38. 被告国政府断定，很清楚，申请者起诉的行为不能被视为是在行使这种法律权力或权限。[……]

2. 申请者的申请

52. 另外，申请者还诉称，就空中行动的规模大小和几乎很少有空中伤亡来说，北约对空气空间的控制几乎可以说和土耳其对北塞浦路斯领土的控制一样完整。虽然这种控制在空间上是局部的 (仅限于空气空间)，但第1条规定的积极义务也可能受到同样的限制。它们认为，“有效控制”和“管辖”这两个概念必须进行灵活理解，足以考虑是否存在和使用现代精确武器，这种武器可以采取具有高度精确性并且在不需要地面部队的情况下采取域外行动和影响。鉴于这种武器的先进性，对依赖空中打击和地面部队作出区分是不现实的。[……]

3. 法院的审查 [……]

(4) 因此，现在的申请者是否能够位于被告国家的“管辖”范围之内？

74. 申请者坚持认为，被告国家轰炸塞尔维亚广播电视台是实施那些属于《公约》第1条“管辖”概念范围内域外行为的另一个例子，也是要求

对《公约》第1条中“管辖”一词一般含义的进一步澄清。法院必须相信，在本案中同样存在可以等于缔约国实施域外管辖权的例外情形。

75. 首先，申请者建议应当适用“北塞浦路斯”案中所发展出来的“有效控制”标准。他们诉称，在任何特定的域外情势中，第1条的积极义务应当以与该情势中所实施的控制程度相称的方式扩大公约确保的权利。被告国政府辩称，这等于是“原因和效果”的管辖概念，而这种概念是《公约》第1条所没有设想的，也是不合适的。法院认为，申请者的申请等于是说任何受到缔约国行为不利影响的个人，无论这种行为是否是由它们实施的还是仅仅是行为的后果，都将因此而成为《公约》第1条意义上该国的管辖范围之内。

法院倾向于同意被告各国政府的立场，即第1条并不包括对“管辖”进行的这种解释。必须承认的是，申请者接受了那种管辖，任何由此引起的国家在公约中的责任都将限于对该特定行为的实施和后果。不过，法院的意见是，第1条的措辞并不支持申请者提出的第1条规定的“确保本公约第一部分所规定的权利和义务”的积极义务可以根据有关域外行为的特定情况被分割和调整的观点，在这个问题上，它考察了公约第19条，这是支持它的观点的。的确，申请者的做法并没有解释第1条所规定的“位于它们管辖范围以内”的措辞的含义，它甚至走的更远，使“位于它们管辖范围以内”变成多余的和不再有任何目的。如果公约的起草者想要确保它的管辖范围有像申请者提议的那样广泛，那么，它们就可能通过一个和1949年四个《日内瓦公约》第1条一样的文本。[……]

4. 法院的结论

82. 因此，法院并不相信在被告的行为受害者与被告国政府之间存在任何管辖联系。因此，它并不认为，申请人和他们的死亡亲属有能力基于有关域外行为而处在被告国的管辖之下。[……]

基于这些理由，法院一致

宣布该申请不可受理。

保罗·马奥尼书记长 (Paul Mahoney)

卢齐厄斯·怀尔德哈贝尔院长 (Luzius Wildhaber)

讨论

1. (1) 法院是因为申请者不能针对被告国政府主张他们的人权还是因为它没有管辖权审理任何侵犯这些权利的案件而认为案件不可受理？
 - (2) 被告国政府针对申请人是否负有保护人权的义务？他们根据国际人道法对申请者是否负有义务？
 2. (1) 从属人管辖来说，在《欧洲人权公约》中谁是受到缔约国保护的人？
 - (2) 从属人管辖来说，根据国际人道法，谁是受到国际人道法条约缔约国保护的人？（比较《日内瓦第三公约》第4条；《日内瓦第四公约》第4条；《第一议定书》第49条第2款、第50条以及第51条。）
 - (3) 《日内瓦公约》共同第1条和《第一议定书》第1条是否涉及国际人道法的范围？对于属人管辖的保护范围来说，它是否具有影响？
 3. (1) 法国提出轰炸是北约的行为而不是（具体实施的）成员国的行为，对于人权来说，这是否可以站得住脚？对于国际人道法来说呢？
 - (2) 如果贝尔格莱德在战争中已经被占领，占领军所实施的行为是否可以归于所有北约成员国的行为？还是说只能归于那些派遣占领军的国家的行为？还是说只是那些派遣军队并且实施了该行为的国家的行为？还是说要归于北约自己？
 - (3) 北约是否必须遵守国际人道法？
 4. (1) 如果被告国家在它们自己的领土上实施了轰炸行为，那么案件是否可以受理的？如果南斯拉夫是《欧洲人权公约》的缔约国呢？在那种情况下，申请者是否可以对南斯拉夫提起诉讼？
 - (2) 如果申请是可以受理的，法院是否会适用国际人道法？基于什么理由？它是否有权那样做？
- （《欧洲人权公约》第2条保证生命权，第15条规定：
- “1. 在战时和威胁国家生命或其他公共紧急状态的情况下，任何缔约国可以采取减损它在本公约下的义务，但这种减损必须在这种情形的紧急状态所严格要求的范围之内，而且不违反它根据国际法所承担的其他义务。
2. 根据本条款不得对第2条[规定了生命权]进行减损，除非有关的死亡是合法的战争行为所造成的[……]”）
- (3) 如果法院认为该案件可以受理，法院是否很有可能判定公约遭到违反？是否只是因为平民被杀害？是否是因为没有遵守比例原则？是否是因为没有采取预防措施？是否是因为受到攻击的目标不是军事目标？广播台是否可以成为军事目标？如果它煽动居民和武装部队进行作战呢？如果它煽动实施种族灭绝呢？如果它被用于军事通信呢？（比较《第一议定书》第49条第2款、第50条、第51条、第52条第2款和第57条；参见**案例193**，南斯拉夫联盟共和国，北约的干涉，第2061页。）
 - (4) 对武装冲突期间空中打击行为的合法性来说，法院是否有管辖权？为了作出这样的裁决，它如何可以确定必要的事实？《欧洲人权公约》是否是作出这种裁决的适当文件？法院的裁决是否是武装冲突期间保护受轰炸的受害者可能和适当的手段？其他法院是否可以给受害者提供救济？

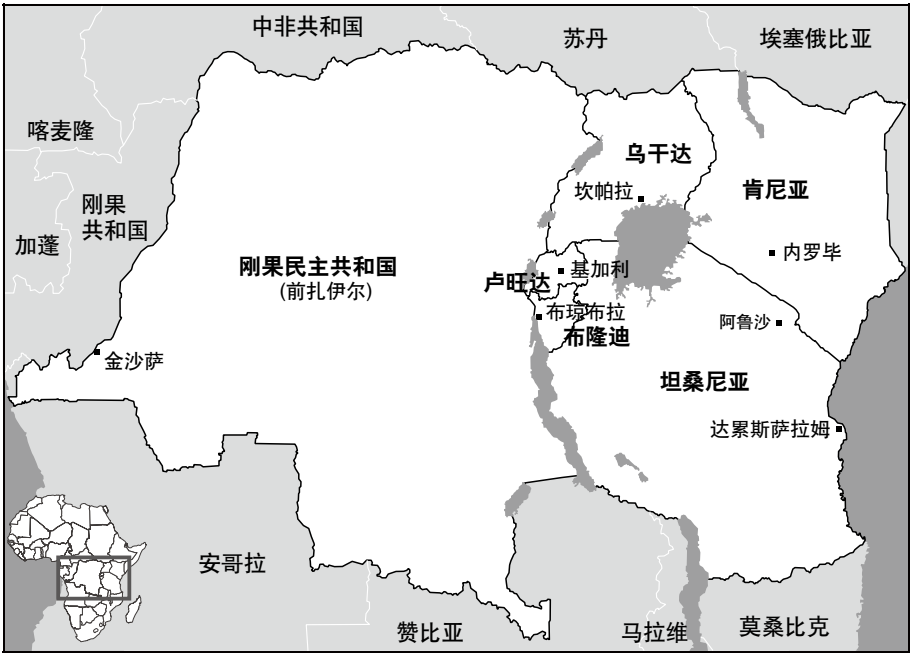
二十九、大湖地区的冲突

(另见前文第1122页，第十章刚果)

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突

案 例

[注：本案例研究是由托马斯·德·圣莫里斯 (Thomas de Saint Maurice) 为本书的法文版准备的。它完全以公开的文件为基础，一部分也使用了本书第一版中丽娜·米尔纳 (Lina Milner) 准备的案例研究。]



[本地图中的国名和边界仅供参考，不具有任何政治意义。]

案例研究的结构

(一)卢旺达种族灭绝

1. 种族灭绝

- (1) 种族灭绝的起源
- (2) 红十字国际委员会1994年4月21日新闻报道

2. 联合国卢旺达援助团 (UNAMIR)

3. “绿松石行动”

- (1) 安理会第929 (1994) 号决议
- (2) 红十字国际委员会1994年6月备忘录

4. 联合国1997年难民问题报告

5. 国际惩治：卢旺达问题国际刑事法庭(ICTR)

6. 卢旺达的国内惩治

- (1) 盖卡卡，以正义为赌注
- (2) 拘留问题

(二)布隆迪内战

1. 布隆迪的“村有化”现象

2. 武装冲突

(三)刚果民主共和国国内的冲突

1. 刚果民主共和国领土上武装冲突的限定：多方参与者

- (1) 非洲的首次世界大战
- (2) 联合国关于刚果民主共和国人权状况的报告

2. 1999年《卢萨卡和平协定》

3. 对国际人道法的违反

- (1) 联合国对刚果民主共和国的人权报告
- (2) 2002年5月基桑加尼大屠杀
- (3) 2002年6月18日联合国新闻报道

4. 联合国刚果民主共和国特派团(MONUC)

- (1) 联合国刚果民主共和国特派团的权限
- (2) 2005年安理会第1592号决议

缩略语

卢旺达

FAR:	卢旺达武装，例如前胡图族政府军
FPR:	卢旺达爱国阵线
MRBD(MRND):	全国发展革命运动
UNAMIR:	联合国卢旺达援助团

布隆迪

CNDD:	保卫民主全国委员会
FDD:	保卫民主力量
FROLINA:	民族解放阵线
PALIPEHUTU:	胡图族人民解放党

刚果民主共和国

DRC:	刚果民主共和国
FAC:	刚果武装
RCD:	刚果民主联盟
SADC:	南部非洲发展会议

安哥拉

UNITA:	争取安哥拉彻底独立全国联盟
--------	---------------

(一) 卢旺达种族灭绝

[另见第2154页，**案例200**，卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏；第2218页，**案例205**，瑞士，尼永泰泽案；第2177页，**案例201**，卢旺达问题国际刑事法庭，媒体案。]



[本地图中的国名和边界仅供参考，不具有任何政治意义。]

1. 种族灭绝

[注：对种族灭绝行为的描述可参考艾利森·德·福治(Des FORGES Alison)、人权观察-人权联合会(HRW-FIDH)：《既无证据，也无幸存者》(Aucun témoin ne doit survivre)，巴黎，卡萨拉(Karthala)，1999年，第911页；杰勒德·布鲁尼尔(PRUNIER Gerard)：《卢旺达危机，1959-1994：种族灭绝的历史》，伦敦，斯赫特，第389页。另见卢旺达问题国际刑事法庭对案件的事实报告，可访问<http://www.ictt.org>]

(1) 种族灭绝的起源

[资料来源：“对让-皮埃尔·克里迪恩的庭审”，载《法国民族汇编：卢旺达实况调查团1998年3月24日至5月5日审判记录》，巴黎，可访问<http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/Rwanda.asp>。原文用法语写成，此为非官方译文。]

对法国国家科研中心研究主任

让-皮埃尔·克里迪恩先生的审判

(1998年4月7日举行)

国防委员会主席，保罗·奇兰先生主持

主席，保罗·奇兰(Paul Quiles)先生欢迎历史学家，法国国家科研中心(CNRS)研究主任让-皮埃尔·克里迪恩(Jean-Pierre Chretien)先生。他补充说，让-皮埃

尔·克里迪恩先生坚持的学说认为胡图族和图西族之间的裂痕基本上是后殖民时代的产物。因此，他建议让-皮埃尔·克里迪恩向事实调查团解释一下该学说同其他观点之间的争议。[……]

让-皮埃尔·克里迪恩先生从卢旺达民族问题的独特性质讲起，他指出，大湖地区的胡图族—图西族问题反映了一个特殊的民族问题，因为胡图族和图西族并不是不同源的人民聚集在人为的疆界中。因此，有必要对历史阶段做一个清晰的划界：几千年前流向卢旺达的移民潮；可以追溯到四、五百年之前的王国的政治历史；以及以地域、部落间的各种冲突，胡图族、图西族、特瓦族的民族区分为特征的社会历史。这种民族区分并不是古已有之，它是逐渐形成的，特别是自18世纪中央集权的王国政府建立以来得到了进一步的强化。

所以，这种民族区分并不是殖民者创造出来的，它们在殖民者出现的时候就已经存在了。因此，随着时间的推移来分析图西族和胡图族之间的关系是比较适当的。先从伟大的图西族入侵的神话说起，殖民时代见证了戈宾诺型(Gobineau-type)神话的逐渐加强，这可以解释班图和哈姆族群间古老的冲突的一切问题。它提出了一个伴有科学主张的意识形态的图景。让-皮埃尔·克里迪恩先生一再强调殖民统治下无处不在的种族困扰：它不仅使白人感到高兴，也让第一代有文化的黑人着迷，它让图西族人的自豪感不断膨胀，因为他们被当作欧洲黑人对待，却让胡图族人感到懊恼，因为他们只被看作班图黑人。让-皮埃尔·克里迪恩先生为证明自己的观点，专门引用了德国高岑伯爵(German Count von Goetzen)在1895年提到的“来自阿比西尼亚的大规模入侵”[……]以及《阿斯特里达校友杂志》(Journal of Former Pupils of Astrida)1948年发表的一段话：“像闪米特人和印欧语系的人一样具有高加索渊源的哈姆族人原本与黑人没有任何关系。高加索人的优点仍突出体现在图西族人(the Batutsi)的身上……他们的身高-很少低于1米80……他们美丽的面庞充满智慧的神情，所有这些特征都证明了探索者赋予他们的头衔：贵族气质的黑人”。因此，让-皮埃尔·克里迪恩先生说，殖民统治追求的远不是单纯的“分而治之”政策，殖民统治对社会的管理实际上是基于种族不平等的理念，这种理念让图西族人和胡图族人对立起来，前者被当作事实上的贵族，而后者却成了被某种科学方法合法化的人类侵蚀的牺牲品。因此，殖民统治者将种族歧视带入了本已存在社会分类的卢旺达社会的核心。[……]

接下来，让-皮埃尔·克里迪恩先生谈论了从后殖民时代到1990年对卢旺达的研究。他特别强调了卢旺达“民主”工程的特殊性质，这项民主的基础是在数量上占据优势的胡图族群众，他们被看作是一个同质的群体；及其被界定为唯一“真正的卢旺达人”的成员的本土特征。从1959至1961年，在独立到来之前，

爆发了所谓的“社会”革命，革命的对象是整个图西族，他们集体被看作是以殖民力量为后台的“封建”体制的同义词。从那时起，无论在现实生活中还是在人们的头脑里都引入了一个模式：在比利时基督教民主主义和传教教会的支持和认可下，它一方面谈民主，一方面将一代又一代的图西族少数民族界定为封建的异族。它不过是颠倒了1789年的世袭秩序，这种世袭秩序并没有遭到镇压，而不过是作了简单的更改。这种思路反映在大量的引语中：例如革命领袖格里高拉·卡伊班达(Gregoire Kayibanda)1959年曾说这个国家“要靠它的主人，胡图族人”；1960年胡图族解放党(Parmehutu)宣称：“卢旺达是胡图族人和所有黑人、白人，以及以摆脱封建-殖民主义者为目标无论欧洲裔或其他出身的图西族人的国家”，并邀请放弃了那种想法的图西族人“返回阿比西尼亚”；[……]在民主的语言背后民族身分的优先性被不由分说地强化着，在身份证上都会正式标注民族：民主是大民族主义的伪装而已。胡图族解放党散布的宣传口号，以及1973年成为“全国革命发展运动”(MRND)的唯一政治政党一直没有变。1972年7月，胡图族解放党的信条“*Ingingo z'ingenzi mu mateka y'Urwanda*”断定：“有史以来胡图族遭受的所有不幸都源于图西族的统治。”[……]《自由比利时》日报(La Libre Belgique)的玛丽-法兰西·克罗斯(Marie-France Cros)把这种官方的歧视称为“值得尊敬的种族主义”，并被赋予有明确道德价值的意义，得到了社会、民主言论以及教会的支持。从1959年至1994年，当局非但没有调整这种失衡状态，相反只是在反复强调边缘化或排斥少数民族，并且常常反映出如不排斥就将其边缘化的愿望。这个问题不能被看作是联邦对地方问题的反映，也不能被当作社会问题处理，因为两个阵营里都既有穷人也有富人。在那样的情况下，这种关系的双重性质让它变得尤其容易被引爆。

[……]自从预计会受到伤害可以说辩解预防性自卫行为以来，针对上文提到的背景，恐惧就被频频利用，并在大湖地区的危机中扮演了重要的角色。从1959年以后，它一直是屠杀中用来动员群众的基本战术动力。因此，在1963年圣诞节，四名士兵在图西族难民的袭击中被杀害。为了报复，政府派各部部长在各省组织“民众自卫”。1964年9月，10000名图西族人在吉贡戈洛省(Gikongoro prefecture)被屠杀。

种族灭绝的阴云沉重地笼罩在卢旺达上空，这个被很快掩饰的危机预示了30年后，即于1994年爆发的大屠杀和种族灭绝。类似的事件于1973年再度上演，从此恐惧和猜疑，这类危机成为代代相传的经历和回忆。

让·皮埃尔·克里迪恩先生接着讲到哈比亚利马纳(Habyarimana)统治的末期。在20世纪80年代末，不变的政治体制面临着结构性的、循环出现的经济与社会困

难——经济陷入僵局、结构调整、青年人中的绝望感、反对意见的上升、对多元表达的渴望——1990年10月1日，“卢旺达爱国阵线”（FPR）的入侵，以及随后于10月4日和5日在首都基加利发生的伪装袭击更加剧了这种困难。对这些事件的回应是相互矛盾的两面：开放民主和民族动员。从1990年至1994年，一场争分夺秒的竞赛真的展开了——对立的双方是民主化与和平的阵营和战争与种族主义的阵营。

迫于来自国内反对派和外国势力的压力，1991年6月，在民主化阵营的推动下，政府对考虑公众自由和接受多党制表现出更大的意愿。从1992年之后，三个支柱决定了卢旺达政党策略的形成：被认为以阿卡祖（Akazu）为代表的哈比亚利马纳势力的影响（阿卡祖由来自西北部的家族组成，领头的是“总统夫人”——哈比亚利马纳夫人的家族）；国内反对势力，主要是胡图族；以及“卢旺达爱国阵线”反对武装，主要是图西族。1992年7月，“卢旺达爱国阵线”与卢旺达当局的会议之后签署了停火协议，这看起来像是超越种族对抗的一个标志，但实际上远没有这么简单。

让-皮埃尔·克里迪恩先生强调了在他继续重申无论如何反图西族的屠杀不可避免会继续进行之前，他与胡图族反对势力的会面是如何帮助他评估当时的情势的。他指出，作为种族灭绝逻辑的体现，极端主义者的反应同时假设了一种以种族主义宣传为基础的暴力形式和一种旨在瓦解国内反对势力的更加微妙的形式。[……]

在这样的背景下，1990年5月，在阿卡祖的资助下创办了名为《康古拉》（Kangura）的报纸，它的任务就是传播种族主义的“信仰”（Gospel）。1993年4月至7月，弗迪南德·纳西马纳（Ferdinand Nahimana）发起创办了一家“自由”的广播电台，即“千丘广播电视”（Radio-Television Libre des Mille Collines, RTLMC）。纳西马纳是一个极端主义者，他曾因在布吉西拉（Bugesera）地区煽动大屠杀而被反对派从卢旺达全国信息办公室（Rwanda National Information Office, ORINFOR）主任的位置上拉了下来。[……]（参见第2177页，**案例201**，卢旺达问题国际刑事法庭，媒体案。）

暴力的空气就是这样形成的，卢旺达和国际社会的各方参与者对此都进行了公开谴责[……]。让-皮埃尔·克里迪恩先生指出，1993年3月，他自己曾提到“陷入种族灭绝的悲剧”。

于是，在卢旺达一场深远的政治辩论展开了，这让反对势力接受了政府以种族取向的路线代替民主路线的做法。不仅如此，一系列的文件中都提到了那

些辩论，没有人会不知道这一点。同样的文件也证明了1992年底正在出现一股与政府关系密切的势力，并为所有的事情做准备。[……][让-皮埃尔·克里迪恩]回顾了哈比亚利马纳总统曾于1992年11月说过的话，他说《阿鲁沙协定》(Arusha agreement)就是“一张废纸”；另一“全国发展革命运动”中有影响的成员，穆基西拉(Mugesera)教授曾呼吁根除图西族人。[……]

在谈到种族灭绝的过程本身时，让-皮埃尔·克里迪恩先生将注意力集中到大量调查和证词上。它们证实了种族灭绝的事实，并已成为“常态”。新闻和广播在这些事件中使用的宣传是当时政治文化的一个组成部分，又一次倒退回三十多年前，循环播放着三个主题：胡图族或是图西族源的优越性；让真正的种族冲突合法化，谴责一些人，同时利用集权的方式巩固另一些人的权力；最后，暴力文化正常化。无可否认，人们很难提前设想出种族灭绝的规模和残暴程度，但是让人震惊的是国际社会过了这么长时间才注意到它，开始谴责它。[……]

(2) 红十字国际委员会1994年4月21日新闻报道

[资料来源：红十字国际委员会1994年4月21日第1771号新闻报道。]

卢旺达的人类惨剧

日内瓦（红十字国际委员会）——成百上千，或许成千上万的人被屠杀了：在过去两周里放眼整个卢旺达，大屠杀中遇难者的精确数目也许永远不得而知。惊恐万状的居民从国家的中心地带逃了出来，几十万流离失所的人们涌到了国家的南部和北部。红十字国际委员会几乎从未目睹过像卢旺达这样的人类惨剧。

在首都基加利的医院，外科医生只能挽救几百个人的生命。然而，伤员不能再被带到医疗中心了，因为担心他们半路就会被杀死；得救的人也不能离开医院，因为出去了注定会送命。

在国家的边远地区，同样需要大量的人道援助，因为在那里亦有成千上万的人，包括许多伤员，他们已经在寻求避难。被迫逃离家园的人，缺少食物和医疗，一旦安全条件允许他们将得到卢旺达医疗人员的救助。此外，为使流行病蔓延的风险降到最低，必须建立相应的卫生系统。

自暴力开始以来，已经有大约30名红十字国际委员会的代表、“医师无国界”组织的法国小组以及卢旺达红十字会的志愿者冒着生命的危险在屠杀中维护人道措施。他们的工作是至关重要的，但也不过是杯水车薪而已。

现场的红十字国际委员会的代表一直在与有关各方联系，并且通过当地的广播电台发出信息，呼吁结束暴行，并极力要求让所有的平民、伤员以及被俘的人都获得自由。

2. 联合国卢旺达援助团 (UNAMIR)

[资料来源：1999年12月16日第S/1999/1257号文件：1999年12月15日联合国秘书长致安理会主席的信，“附文：调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告”；可访问<http://www.un.org>]

附文

调查联合国在1994年卢旺达灭绝种族事件期间所采取的行动的 独立调查委员会的报告 1999年12月15日

一、引言

1994年在卢旺达发生的灭绝种族事件中共约有80万人被杀害。从1994年4月至7月的约100天期间内，男女老幼被系统地杀戮。这是二十世纪中一件最令人痛恨的事件，将永远留在人们的记忆之中。卢旺达人杀害卢旺达人，残酷的大批杀害该国的图西族人，并且将胡图族人中态度温和者也作为攻击目标。不但民兵和部队犯下这种骇人的暴行，平民也杀害其他平民。

国际社会没有防止这一灭绝种族事件，也没有在这一瞬间开始后制止杀戮。这一失败给卢旺达社会、给卢旺达人同国际社会之间的关系，特别是同联合国的关系留下了深刻的伤痕。为了卢旺达人民，也为了联合国，必须治疗这些创伤。为了卢旺达和联合国，也是为了不论生活在何地但日后可能成为灭绝种族受害者的所有人，必须将真相查明。

[……]调查委员会分析了联合国系统各个行动者和机关的作用。这个系统的每一部分，特别是秘书长、秘书处、安全理事会和联合国会员国必须对国际社会在卢旺达的失败承担和承认各自的责任。除承担责任之外，它们还必须拿出改革的意志：承诺确保日后任何地方都不会再发生像卢旺达灭绝种族事件的灾难。

联合国未能预防，继而未能制止在卢旺达的灭绝种族事件，是联合国整个系统的失败。根本性的失败是对卢旺达的事态发展和联合国在该国的存在没有投入资源，也没有作出政治承诺。各会员国一直缺乏采取行动或采取足够坚定行动的

政治意志。这种缺乏政治意志的情况影响到秘书处的反应和安全理事会的决策，从联合国卢旺达援助团（联卢援助团）一再未能得到必需的部队一事可以看出这一点。最后，虽然联卢援助团长期缺乏资源和没有得到政治上的重视，但必须承认，在使用联合国所掌握的这些资源方面也犯下了严重的错误。[……]

二、对关键事件的说明

《阿鲁沙和平协定》[……]

协定签署仅一周后，联合国便发表了一份卢旺达可能出现很严重的人权情况的报告。报告谈到1993年4月8日至17日人权委员会法外、即决和任意处决问题特别报告员瓦利·巴克雷·恩迪阿耶(Waly Bacre Ndiaye)先生对卢旺达的访问情况。恩迪阿耶断定卢旺达正在发生大屠杀和大量其他严重侵犯人权的行为。图西族人成为袭击目标，这时恩迪阿耶提出了是否适用灭绝种族一词的问题。他指出，他在该阶段还无法作出判断，但他援引《灭绝种族罪公约》后又说，他注意到的两族间的暴力案件“非常清楚地”说明，“攻击的受害者绝大部分都是图西族人，它们成为袭击目标，仅仅是因为他们是某个族裔群体的成员，而没有其他客观原因。”尽管恩迪阿耶——除了指出灭绝种族在卢旺达的严重危险外——建议采取一系列步骤，以防止大屠杀和其他虐待事件的进一步发生，但他的报告似乎基本上被联合国系统内的关键行动者所忽视。

为了对《阿鲁沙协定》采取后续行动，1993年8月19日至31日，秘书长向该地区派遣了一支考察团。[……]考察团由加拿大的罗密歇·达赖尔(Romeo A. Dallaire)准将(Brigadier-General)率领，他当时是联合国乌干达—卢旺达观察团（乌卢观察团）的首席军事观察员。[……]

9月15日，政府—“卢旺达爱国阵线”联合国代表团与秘书长在纽约举行会晤。代表团力主快速部署国际部队和快速设立过渡机构。代表团警告说，任何拖延都有可能導致和平进程夭折，他们表示希望派遣一支人数为4260人的部队。秘书长向代表团泼了冷水，他说即使安理会核可派遣一支那样规模的部队，进行部署也需要至少2至3个月的时间。除了以派遣的72名观察员外，联合国或许可以再部署一些观察员。因此，应告诉卢旺达人民，在过渡期间，他们必须依靠自己。秘书长说，政府和“卢旺达爱国阵线”必须作出努力，尊重停火，因为如果重新开战，组织部队将变得更加困难。他还提到，许多地方都需要联合国派遣部队，特别是在索马里和波斯尼亚，而且联合国正在经历财政危机。

联卢援助团的设立

1993年9月24日, [……]秘书长根据考察团的报告, 就建立卢旺达维持和平行动问题向安全理事会提出了报告 (S/26488)。报告提出了部署一支由2548名军事人员组成的维持和平部队的计划。行动分为四个阶段, 秘书长提议立即部署一支约有25名军事人员、18名文职人员和3名民警的先遣队。第一阶段将持续3个月, 至基础广泛的过渡政府成立时为止, 在此期间, 此维和行动将在基加利筹备建立一个安全区并监督停火。秘书长的报告说, 到第一阶段结束时, 维和行动的军事人员将达到1428名。[……]

10月5日, 安理会一致通过第872 (1993) 号决议, 设立了联卢援助团。安理会没有核可秘书长所建议的所有任务, 而决定执行较为有限的任务。[……]

达赖尔被任命为新特派团的部队指挥官。他于10月22日到达基加利。10月27日, 由21名军事人员组成的先遣队和他会合。秘书长随后任命喀麦隆前外交部长雅克·罗歇·布布(Jacques-Roger Booh Booh)为他的卢旺达问题特别代表。1993年11月23日, 布布到达基加利。

1993年11月23日, 达赖尔将联卢援助团《接战规则》(Rules of Engagement, ROE) 草案发往总部, 请秘书长核可。草案第17条特别规定允许特派团对危害人类罪和其他虐待行为采取行动甚至使用武力(“在本任务期间, 还有可能发生具有种族或政治动机的犯罪行为, 这从道义和法律上都要求联卢特派团使用一切现有手段制止它们。这方面的事例有处决、攻击流离失所者或难民”)。总部从未对部队指挥官的核可要求作出正式答复。[……]

1月11日电报

1994年1月11日, 达赖尔给秘书长军事顾问莫里斯·巴里尔(Maurice Baril)少将发了一份题为“请求保护提供情报者”的电报, 该电报在讨论联合国掌握哪些有关灭绝种族危险的情况时占有突出地位。该电报指出达赖尔接触到一名提供情报者, 他是帮派民兵的一名高级训练员。这次接触是由一名“非常非常重要的政府政治家”安排的(后来函电称此人为候任总理福斯坦·特瓦基拉蒙古 (Faustin Twagiramungu)先生)。电报中有几条关键情报。

第一条情报涉及挑动杀害比利时士兵并使比利时营撤离的计划。[……]

第二, 提供情报者说帮派民兵已经在“卢旺达爱国阵线”营地训练了1700人, 每40人一组, 分散在基加利各处。他曾经接到命令对所有在基加利的图西族人进行登记, 他怀疑其目的是消灭这些人。他说他的人员能够在20分钟内杀死1000名图西族人。

第三，提供情报者谈到一个主要的武器库，其中至少有135件武器（G3和AK47）。如果他的家人得到保护，他准备向联卢援助团指出武器库的地点。

达赖尔介绍了从提供情报者获得的情报，并通知秘书处，联卢援助团打算在36个小时内采取行动。他建议保护提供情报者并将他撤离，并就此特定事项，而非上次事项，要求秘书处对如何行事给予指导。最后，达赖尔承认对提供情报者的可靠性有某些保留，并说不能完全排除这可能是一个陷阱。作为经常使用的用语，电报以“请尽快酌定”结尾，要求采取行动。[……]

总部给联卢援助团的第一个答复[……]最后说“在得到总部的明确指示前，联卢援助团不应采取侦查或其他行动，包括回答保护的请求。”

布布也于1月11日复电安南。特别代表叙述了达赖尔和布布的政治顾问阿卜杜勒·卡比亚(Abudul Kabia)会见未上任总理的情况，侯任总理表示“完全、完全相信提供情报者是诚实的和有不凡的抱负。”布布强调说，提供情报者只有24至48小时，之后便不得不分发武器，并请示如何处理这一情况，包括请求保护提供情报者。电报的最后一段第7段指出，达赖尔“准备按照使用压倒性力量进行侦察、演习和执行的军事理论采取行动。”[……]

同一天早些时候，总部复电。同样，还是安南的电报，由里扎(Riza)签发，这次是发给布布和达赖尔的。总部指出，他们不能同意布布电报第7段所设想的行动，因为他们认为这明显超越了第872（1993）号决议赋予联卢援助团的授权。如果联卢援助团认为提供情报者绝对可靠，则指示布布和达赖尔请求紧急会见哈比亚马纳总统，并告知他们已经得到有关对和平进程构成明显威胁的帮派民兵活动的可靠情报。[……]如果在基加利发生任何暴力，则有关帮派民兵的情报将不得不提请安全理事会注意，调查有关责任并向安理会提出建议。[……]

总部电报最后明确指出“压倒一切的考虑是，要避免采取可能导致使用武力和意外反响的行动。”[……]

政治僵局和安全形势的恶化[……]

得出的结论是：坚决的、有选择性的威慑行动是必要的，目标是经确认的武器藏匿处以及已知的拥有非法武器的个人[……]联卢援助团曾请求得到总部的指导与同意以开始威慑行动。[……]

2月14日，[……]比利时外交大臣维利·克拉斯(Willy Claes)先生致信秘书长，主张加强联卢援助团的任务规定。令人遗憾的是，该建议似乎没有引起秘书长或其他有关国家的认真注意。

达赖尔继续要求批准在对基加利武器安全区内武器暗藏地的遏制行动中发挥更加积极的作用。但是，秘书长维持对任务规定的解释，在给达赖尔的复电中说得明白，仍坚持联卢援助团只能支助警察的努力。[……]安南强调公共安全是有关当局的责任，而且必须如此。“如你所知，第792[原文如此](1993)号决议只授权联卢援助团促进基加利时的安全，如在由各方建立的武器安全区内？”[……]

在2月23日的报告中，达赖尔写到，有许多关于武器分发、行刑队目标名单、策划平民动乱和示威的情报。“政治谈判所剩的时间似乎已不多，因为安全方面的任何星星之火都可能造成灾难性后果。”[……]

总统飞机坠毁；灭绝种族开始

1994年4月6日，哈比利亚马纳总统和布隆迪总统西普里安·恩塔里亚米拉(Cyprien Ntaryamira)出席一次分区域首脑会议之后，乘机返回。[……]

据联卢援助团给总部的报告说，大约20时30分，飞机行将在基加利着陆时被击落。飞机爆炸，机上人员全部遇难。21时18分，总统卫队设下了第一道路障。数小时内，总统卫队、帮派民兵，有时还有卢旺达军人和宪兵都设置了许多路障。约21时30分，联卢援助团已处于戒备状态。[……]

飞机失事后，联卢援助团接到各部长和其他政治家的许多电话，要求联卢援助团予以保护。[……]

比利时维和人员在总理府外面与卢旺达士兵发生冲突，在冲突加剧后惨遭杀害。[……]在基加利营地，联合国维和人员遭到毒打，后来待加纳维和人员和多哥人员被引开之后，比利时士兵便被野蛮杀害。[……]

达赖尔介绍说联卢援助团有缺陷与资源困乏，他无法找到营救比利时士兵的部队：“联卢援助团是一个维持和平行动特派团。它没有装备，没有受过训练，也没有人员去进行干涉行动。”[……]

当时大约有2000人到公立技术学校避难，以为联卢援助团能够保护他们。校园外面有帮派民兵和卢旺达士兵。4月11日，法国军队将公立技术学校的侨民撤走之后，驻在公立技术学校的比利时特遣队就离开了学校，丢下了男女和儿童，其中有许多人被等在外面的士兵和民兵屠杀了。[……]

在总统飞机失事后的几天里，比利时、法国、意大利、美国开展了撤出国民行动，目的是撤走侨民。部队指挥官通知总部，4月8日清晨，首先有3架法国飞

机到达。在安南（里扎）4月9日发出的一份电报里，要求达赖尔“与法国和比利时指挥官合作，协助撤出他们的国民和要求撤走的其他外国国民。[……]除非自卫，再重复一遍，绝不应当去参加可能发生的战斗。”

比利时特遣队的撤离

4月12日，秘书长在波恩会见了比利时外交部长维利·克拉斯(Willy Claes)先生。联合国的会谈记录记有克拉斯对联合国的如下谈话：“在卢旺达展开维和行动的要求已经无法再满足，阿鲁沙和平计划名存实亡，已无法让双方进行对话；因此，联合国应当终止联卢援助团。”[……]

秘书长在4月13日的信中向安理会通报了比利时的立场。信中指出，联卢援助团很难有效执行其任务。除非有一支同样装备精良的特遣队来接替比利时特遣队，或比利时重新考虑其决定，联卢援助团就“难以”继续执行其任务。[……]常驻代表指出，既然《阿鲁沙和平协定》的执行严重受到破坏，联卢援助团的整个行动就应当停止。据调查团了解，除了上述信函及后来给安理会的信之外，比利时政府向安理会成员进行高层的游说活动，以说服安理会撤出联卢援助团。

联卢援助团继续发挥作用 [……]

达赖尔在4月14日的一份[……]电报中明确指出比利时撤出的灾难性后果，他将此称为是对“援助团的可怕打击”。

4月13日，尼日利亚代表不结盟运动核心小组向安全理事会提交一份决议草案，主张加强联卢援助团。[……]

[……]联合国最初表示，如果当时就做决定的话，联合国只能同意撤出联卢援助团，因为它认为在当时的情况下，维持和平行动在卢旺达已没有什么作为。[……]

维和部认为，既然看不到停火的任何实际前景，他们打算向安理会报告说，必须设想全面撤离联卢援助团。[……]

4月19日，达赖尔在答复时力主维持一支250人的部队，作为最起码的存在，它反对全面撤离：“联卢援助团全部撤离即使不被看成是将下沉的船抛弃，也无疑会被解释为撒手不管。”他还指出，在撤离时，有可能对联卢援助团作出危险反应。[……]

4月21日，安理会一致决定将联卢援助团缩减到大约270人及改变援助团的任务规定。[……]

有关联卢援助团任务的新建议

但是到了4月底，鉴于卢旺达的灾难性局势，秘书长只能建议改变减少部队人数的决定。4月29日布特罗斯·加利(Boutros-Ghali)在给安全理事会的信(S/1994/518)中对重点进行了重大修正——从将联合国的作用是为在内战中的中立调解员，转到确认必须制止对平民的大屠杀，这场大屠杀已持续三周，估计约已有20万人被杀。[……]

5月13日，秘书长在提交安全理事会的报告中正式提出了他的建议，其中概述将分阶段部署第二期联卢援助团，使其最后达到5500人的兵力，强调必须加速将部队派往现场。上述分歧继续存在。最后一天的协商主要集中讨论美国对决议草案提出的修正案。美国的建议明确提到必须征得当事方的同意、在安理会作出进一步决定之前推迟稍后阶段的部署，并要求秘书长在向安理会提出修订的行动构想，除其他内容外，还应包括当事方的同意及可用资源。[……]

建立第二期联卢援助团

安理会于1994年5月17日通过第918 (1994) 号决议，决议包括决定增加联卢援助团部队人数，并对卢旺达实行武器禁运。[……]

只有几个非洲国家表示一定程度上愿意提供部队，但要有财政和后勤援助。到7月25日，第918 (1994) 号决议通过两个多月之后，联卢援助团依然只有550人，只达到授权兵力的十分之一。灭绝行动开始时缺乏做出强烈反应的政治意愿、而联合国广大成员国又不愿承担提供必要部队是联合国设法制止杀戮，因此产生雪上加霜的结果。[……]

为继续执行第918 (1994) 号决议，秘书长还派里扎和巴里尔前往卢旺达，主要是试图推动各方走向停火并讨论第918 (1994) 号决议的执行情况。特派团5月22日至27日期间访问这一区域。在秘书长向安全理事会提交日期为5月31日的报告中，他根据上述访问提出结论。报告内详尽描述灭绝行动开始的数周内发生的恐怖，“提到疯狂的大屠杀”并估计有25万人到50万人被杀戮。重要的是报告指出屠戮和杀害是有步骤的，而且所发生的事件已构成灭绝种族是“毫无疑问”的。[……]

三、结论

独立调查委员会认定，在1994年卢旺达境内发生灭绝种族行为之前即发生期间，联合国未能在一些重要方面作出有效反应。联合国未能预防及阻止卢旺达境内的种族灭绝行为，责任在于一些不同的行动者，特别是秘书长、秘书处、安全

理事会、联卢援助团和联合国的会员国。面对这一国际责任，联合国及有关会员国应当向卢旺达人民明确地道歉。至于那些对同胞策划、煽动并实施灭绝种族行为的卢旺达人的责任，必须继续努力，将他们交给卢旺达问题国际刑事法庭及卢旺达本国机关审判。[……]

1. 严重失败

卢旺达境内发生灭绝种族行为之前即发生期间，联合国的反应方面的最大失败，可归纳既无资源也无意愿做出预防或阻止种族灭绝行为所必需的承诺。联合国派驻在卢旺达的主要部门是联卢援助团，其规划、规模、部署或指示都未规定它在和平进程严重受挫时主动发挥和积极的作用。援助团的规模比原来从实现提出的建议所要求的要小。援助团的建立速度慢，又受到行政方面的困难的拖累。援助团缺乏训练有素的部队和可以正常使用的军用品。援助团的任务规定是根据对和平进程的一项分析，这项分析后来证明是错误的，虽然有重要迹象警示原来的任务规定不足以应付，也没有对该项分析加以纠正。发生灭绝种族行为之时，援助团并不是一个完整运作的队伍：不断有证词表明，在危机最深重的日子里，在危机最深重的时刻，缺乏政治领导，缺乏军事能力，在指挥和控制方面存在严重问题以及缺乏协调和纪律性。[……]

2. 联卢援助团任务不符需求 [……]

联卢援助团原先任务方面的限制，责任首先在于联合国秘书处、秘书长和维和部内的负责官员，他们的错误分析成为提交安理会各项建议的基础，他们还建议援助团的部队人数少于考察团认为必需的人数。那些施加压力、要求秘书处限制提议的部队人数的会员国也承担部分责任。更重要的是，安全理事会本身负有责任，就是在索马里行动之后对支持新的维持和平行动犹豫不决；具体而言，就是限制援助团在武器安全区的任务。[……]

10. 会员国缺乏政治意愿 [……]

总的来说，虽然可以批评联卢援助团部队的种种错误和能力限制。但不应该忘记联合国大多数成员国的责任，它们根本不肯派出部队或物资去卢旺达。[……]

调查团在访谈期间，被一再指出的一个事实是，卢旺达对别的国家没有战略利益，国际社会在面对当地可能发生大灾祸的局势时，同在别处采取的行动相比较，采取了双重标准。[……]

3. “绿松石行动”

(1) 安全理事会第929 (1994) 号决议

[资料来源：联合国，1994年6月，S/RES/929，可访问<http://www.un.org/documents/>。]

第929 (1994) 号决议 **安全理事会1994年6月22日** **第3392次会议通过**

安全理事会，

重申其以往关于卢旺达局势的所有决议，特别是1994年4月21日第912 (1994) 号、1994年5月17日第918 (1994) 号和1994年6月8日第925 (1994) 号决议，其中规定了联合国卢旺达援助团（联卢援助团）的任务和兵力，

决心协助恢复根据《阿鲁沙和平协定》的政治解决进程，并鼓励秘书长及其卢旺达问题特别代表在国家、区域和国际各级继续并加倍努力，促进这些目标，[……]

注意到会员国提议同秘书长合作，以求实现联合国在卢旺达的目标 (S/1994/734)，并强调这种行动纯属人道主义性质，将以公正和中立的方式进行，并且不应成为双方之间的隔离部队，[……]

深为关切在卢旺达继续发生有计划、普遍杀害平民的事件，[……]

认识到卢旺达当前局势是一种独特情况，需要国际社会紧急做出反应，

确认卢旺达境内人道主义危机的严重性对该区域的和平与安全构成威胁，

1. 欢迎秘书长 1994 年 6 月 19 日的信 (S/1994/728)，并同意在联卢援助团达到必要的军力以前，可以为卢旺达境内的人道主义目的发起一项多国行动；
2. 又欢迎会员国提议同秘书长合作 (S/1994/734)，发起一项在国家指挥和控制下的临时行动，旨在以公正的方式促进卢旺达境内流离失所者、难民和面临危险的平民的安全并给与保护，借以实现联合国在卢旺达的目标，但有一项了解，即执行这项提议的费用将由有关会员国承担；
3. 根据《联合国宪章》第七章采取行动，

授权同秘书长合作的会员国进行上文第2段所载行动，使用一切必要手段实现第925 (1994) 号决议第4 (a) 和 (b) 分段规定的人道主义目标；[……]

[注：这两个分段的内容如下：

“(a) 资助维持卢旺达境内流离失所者、难民和处境危险的平民的安全，向他们提供保护，包括在可能的情况下设立并维持人道主义安全区；

(b) 为救济品的分发和人道主义救济行动提供安全和援助；”。

9. 要求冲突各方和其他有关方面在其控制地区内立即制止一切屠杀平民行为，并允许同秘书长合作的会员国充分执行上文第3段规定的任务；
[……]

(2) 红十字国际委员会1994年6月备忘录

[资料来源：1994年6月23日，日内瓦，红十字国际委员会《关于尊重国际人道法的备忘录》。原文用法语写成，此为非官方译文。]

自1994年4月6日的事件以来，卢旺达正在经受一场暴力的蹂躏，一场在近历史上没有先例的、以系统灭绝相当大一部分人口为特征的人道灾难。与此同时，政府军与“卢旺达爱国阵线”之间的冲突重新出现并不断攀升，同样以受害者、苦难和破坏为代价。

根据联合国安全理事会第929号决议的条款，会员国有权向卢旺达派驻武装部队，并在一定的条件下可以选择使用武力。

红十字国际委员会作为国际人道法的推动者和维护者，想提出以下值得关注的问题。任何外国部队与其反对武装或团体之间的敌对军事行动，以及由此产生的直接后果都受国际人道法所包含的原则和规定的调整，特别是受1949年日内瓦四公约以及得到1977年日内瓦公约《第一附加议定书》第35至42条、48至58条确认的与军事行动相关的习惯法的调整。

有关各方必须采取必要步骤，尊重并确保尊重国际人道法，特别是：

1. 保护未参与或不再参与敌对行动的人

那些未参与或不再参与敌对行动的人，例如伤者、病者、战俘和平民，在任何情况下都应得到保护，免遭伤害：

- 根据《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》的基本规定，所有的伤者、病者，无一例外，都应予收集并照顾；
- 停止敌对行动的平民应当免遭伤害，得到人道的待遇；特别禁止谋杀、残伤肢体、损害个人尊严、充当人质以及未经公正审理遽行判罪；

- 被俘获的战斗员和其他人员，以及放下武器的人应当得到同样的保护；他们应当被立即移交给直接上级军官，尤其是不应被谋杀和虐待；
- 被俘获的战斗员和平民也应分别根据《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》受到人道的对待：
 - 特别是拘留他们的地方应当有安全保障，并能提供卫生、食品、栖身处所等方面令人满意的物质条件；
 - 严格禁止任何形式的酷刑、虐待；
 - 接受红十字国际委员会访问的权利应当受到尊重和支持。

2. 军事行动

武装力量在选择作战方式和方法方面没有无限制的权利；在任何情况下，都应当明确区分民用物体、未参加敌对行动的平民、不再参与暴力行动的平民以及战斗员和军事目标：

- 禁止对平民个人和物体的袭击；
- 应采取一切可行措施避免伤及平民，造成平民生命损失或破坏民用物体；特别是，平民必须远离军事行动造成的危险，在安全条件要求和允许的情况下组织和协助疏散平民；
- 禁止对军事目标和平民进行不作区分地袭击，这是指那些希望在平民中造成附带的生命损失或财产损坏的袭击，这超出了具体的直接的预期军事利益；
- 禁止针对已经失去战斗力的人使用造成不必要痛苦的或不可避免造成死亡的武器或战争方法；禁止下达杀无赦的命令；
- 对平民生存所不可缺少的物体，例如粮食、农作物、牲畜、饮用水等的设备和供给，不应受到攻击、毁坏或使其失去效用。

3. 尊重红十字标志和医疗活动

医疗和宗教人员、救护车、医院和其他医疗队及医疗运输必须得到保护和尊重；象征着这种保护的红十字标志在任何情况下都应得到尊重：

- 所有红十字人员和医疗人员为协助平民和失去战斗能力的人所必需的行动自由应当得到保障；这些人的安全也应有保障；

— 禁止和惩罚任何滥用红十字标志的行为。

4. 救济行动

纯粹出于人道目的的、不偏不倚的、非歧视性的救济平民的行动必须得到协助和支持。救济机构的人员、交通工具及其他救济设施必须受到保护。

5. 国际人道法的传播

有关各方必须保证所有军事的、准军事的力量以及他们负责的其他民兵组织知晓他们根据国际人道法承担的义务。重要的一点是，为确保那些义务得到尊重，应反复进行适当的指导。

6. 红十字国际委员会的角色

红十字国际委员会的主要职能是保护和帮助武装冲突的受害者，在有关各方同意以及自身条件允许的情况下强调帮助确保遵守人道规则的愿望，以及执行国际人道法赋予它的任务。

日内瓦，1994年6月23日

4. 1997年联合国关于难民问题的报告

[资料来源：1997年1月20日联合国第E/CN.4/1997/61号文件；可访问<http://www.unhchr.ch>]

在世界上任何地区、特别是在殖民地和其他未独立国家和 领土上人权和基本自由遭受侵犯的问题

人权委员会特别报告员勒内·德尼-塞吉先生(Rene Degni-Ségni)
根据1994年5月25日第S-3/1号决议第20段
提出的关于卢旺达人权情况的报告 [……]

三、难民返回的问题

133. 长久以来，国际社会一直在关注卢旺达难民返回的问题，可是，尽管难民署、非洲统一组织以及大湖区各国都作出了不少努力，至今一直没有找到长期的解决方法。事实上，卢旺达难民危机一直在不断地复杂化，最后陷入武装冲突，威胁到大湖区的安全和稳定，最终很可能造成一种“内爆炸”。

134. 对难民署来说，卢旺达难民的继续停留在邻国使它的策略受到极严峻的考验，造成了东扎伊尔极大的危机。[……]

B. 难民署策略的失败

150. 在亚特兰大城卡特中心的主持下，1995年11月29至30日在开罗、1996年3月18至19日在突尼斯召开了二次会议，试图通过外交途径去解决卢旺达难民的危机，结果都没有成功。其后，难民署又采取了两项策略。第一项是所谓有选择性的策略，结果也没有成功。第二项是新策略，以一个全球性的方针作基础，可是，这也没法应付扎伊尔的危机。

1. “选择性”的策略

151. 卢旺达的难民在营里受到许多威胁，使他们不敢返回。有鉴于此，难民署于1995年底同一些有关的难民接受国合作，采取了一系列的措施，结果发现都没大用。有些措施是对付恐吓者，另一些措施则是鼓励难民返回。

(a) 对付恐吓者的措施

152. 这些措施试图在难民中把恐吓者隔离，让一般难民能完全自由地决定是否愿意返回卢旺达。

153. 所谓恐吓者是一些在营里煽风点火的分子，到处作反返回宣传，甚至用蛮力或心理压力去强迫别人放弃返回卢旺达的计划。这些恐吓者大部分是前卢旺达武装部队成员、民兵和那些同前政权有瓜葛的人士。国际大赦的一份报告(AFR/EFAI/2 January 1996)声称，这些恐吓者主要是靠散发传单进行煽动。一份1995年9月在穆贡嘎(Mugunga)营散发的传单用基尼亚卢旺达语(Kinyarwanda)这样写：

“所有那些被难民署遣返的人都不值得我们羡慕……胡图人所有的东西都被图西人抢掉，谁敢说话谁就被杀……难民署就是这样蛮不讲理，明明知道回去是死路一条也要把难民全部遣返……好兄弟，我们知道你有问题，但自杀并不是解决办法……我们讲明了，谁想送死谁就可以回去。”

154. 1995年1月7日在内罗毕召开了一次区域会议，专门讨论大湖区难民和流亡者的遣返。会议决定将种族灭绝罪嫌疑犯和恐吓者同一般的难民隔离。1995年2月，在布琼布拉(Bujumbura)又召开了一次关于大湖难民流

亡者的区域会议，结合上述策略通过了一项行动计划。可是，事实上，这几类人几乎是不可能分开的，即使能认出一些坏分子，也很难把他们赶出难民营。扎伊尔当局根据难民署提供的一张名单，在穆贡嘎营地逮捕了12名被指称为恐吓者的难民，可是，营里的难民马上对难民署的人员凶起来，骂说，如果难民署要赶人，他们就不客气了。

155. 因此，对恐吓者采取的措施没有得到预期的效果。在难民营里有几千人横行霸道，实际上只逮捕了几十个恐吓者。这些措施于1995年12月中旬在扎伊尔开始实行，至1996年5月，难民署只不过逮捕了34名恐吓者。根据扎伊尔问题特别报告员的上一份报告(E/CN.4/1997/6/Add.1)称，截至1996年9月，被逮捕的人数只不过41人。肃清难民营里恐吓者策略的失败，使难民署不得不想出另一方法去鼓励卢旺达难民遣返。

(b) 鼓励遣返的措施

156. 新的做法基本上是发起一项宣传运动，用正面、反面两种手段去鼓励难民返回。

(i) 正面措施

157. 为了鼓励卢旺达难民自愿返回，难民署于1996年3月设立了一些录象咨询中心，散布信息说，难民一旦返回卢旺达就有可能接受援助。难民署的新闻处也写了一份文件，很详细地说明了难民可能得到的援助：“在戈马(Goma)地区的基本巴(Kibumba)难民营已设立了5个中心，分别称为：绪方(Ogata)中心、曼德拉(Mandela)中心、尼雷尔(Nyerere)中心、马丁·路德·金(Martin Luther King)中心和甘地(Gandhi)中心。每个中心用木头修建，能容纳300到400人，设有电视机、录象机、无线电和扩音器……项目还计划在戈马营地设立16个新的中心，在布卡武和乌维拉地区也设立其他的中心……难民署放电影综合地介绍了卢旺达若干省的生活现状，一般得到卢旺达难民的好评。”

158. 但是，也不得不承认，难民署制订的营地访问策略并没有取得预期的效果。策略执行过程中出现了一些错误，使难民署的工作不能很顺利地進行。1996年5月，难民署送了两名难民回卢旺达作为试探情况的先锋，其中一人一回到家乡就被逮捕，被当局指称为种族灭绝的参与者。这种事件对整个返回运动会起到一定的消极作用。尝试失败之后，难民署又试图采取一些反面措施。

(ii) 反面措施

159. 这些措施旨在制造障碍，使难民难以继续留在营里。众所周知，大部分的难民在营里都创立了一些生活结构，有商业性(餐馆、小店、车辆等)，也有社会性的(学校、诊所等)。搞这些活动有很明显的好处，一方面减少难民对粮食援助、也就是经济援助的依靠，另一方面也使他们不至于变得懒散，导致他们犯罪。可是，这些活动，一旦发展起来，就会鼓励难民留在营里而不返回卢旺达。为了改变这一局面，难民署开始拆掉这些结构，决定把营里的学校和商店关闭，同时又把难民每人每天所得粮食配给由2,000卡路里减至1,500卡路里。

160. 这些措施很不得人心，不但受到难民、而且受到许多人道主义组织的反对。难民通过卢旺达难民返回和民主联盟，把这种措施说成是“伪装的强迫遣返”。人道主义组织也认为这种措施严重地侵犯到人的基本权利，特别是儿童——尽管是难民儿童——受教育的权利。[……]

2. 全面策略

161. 1996年10月11日，难民署执行委员会开会的时候通过了一项全面的、综合的新策略，具体包括四项措施：设法改变目前情况的协调措施；按每一国家情况适用的措施；同卢旺达问题国际法庭联合采取的措施；由国际社会施行的措施。

(a) 综合措施

162. 这种措施基本包含四点：

- (1) 难民署鼓励逐步、有选择性地关闭卢旺达难民营，积极帮助难民遣返。措施相互配合，执行时要把难民营里的恐吓者和其他领袖隔离；
- (2) 由难民署帮助收容国政府鉴定每个不愿返回卢旺达的难民的情况。任何有足够证据被指称为种族灭绝参与者、因而受到国际法庭通缉的人士马上失去受庇护的资格，被送到另一个地方受审查。
- (3) 丧失难民身份的人士不再受难民署的国际保护。
- (4) 根据布琼布拉综合行动计划，上述措施在执行时应争取原籍国、收容国和国际社会的密切合作。

(b) 在每个有关国家里执行的措施

163. 这些措施涉及原籍国卢旺达和两个收容国——坦桑尼亚联合共和国和扎伊尔。

(i) 卢旺达

164. 卢旺达政府应：① 继续鼓励难民的遣返和重新安置，为此，要在这方面作一项宣传运动，并根据《阿鲁沙协定》，对难民作出一定的保证；② 根据有关种族灭绝的组织法，追究为种族灭绝嫌疑犯，不容他们逍遥法外；③ 继续同卢旺达人权行动团合作，使人权行动在卢旺达能得到加强。

165. 为了准备难民的大规模返回，需要通过难民署的协助建立粮食储备。难民署应：① 提请当局注意房屋和不动产的争端；② 同捐助国协作，加强援助返回难民，包括为脆弱群体拟订具体项目，特别是针对妇女拟定一个全面方案，名为：“卢旺达妇女援助行动”，于1997年开始运行。方案的目的是提高妇女的经济能力，加强种族灭绝后的社会结构，在国内推动全国协调的进程。

(ii) 坦桑尼亚联合共和国

166. 坦桑尼亚联合共和国政府应：① 在难民署的协助下开始分别审查每项庇护申请，隔离那些有足够证据被指称参与种族灭绝的人；为此目的应设立了一个隔离难民营；② 由于进行隔离有一定的危险，加强难民营周围的安全措施；③ 保护那些有充分理由不敢返回卢旺达的无辜人士，但目的不是要收容他们，最后还是要遣返。

167. 难民署本身承诺与国际社会协调行动，帮助坦桑尼亚联合共和国恢复由于难民流入其领土而造成的环境和基层结构的破坏。

(iii) 扎伊尔

168. 扎伊尔政府和难民署应：

- (1) 开始逐步地、有选择地关闭难民营。一些愿意返回卢旺达的难民可得到后勤支援，帮助他们返回和重新结合。其他人应经审查分类，持有效证件、有权享受国际保护的人士可继续得到扎伊尔政府的保护。但这并不意味着他们可以在当地定居；
- (2) 考虑到这策略的执行可能会引起一定的危险，它需要与一系列措施配合：扎伊尔政府应扩大和加强扎伊尔部队(按初步设想，这部队不

超过2,500名士兵), 以保证难民营的安全。国际社会要提供援助, 提高部队的功效, 保证部队的训练和监督。国际安全顾问的人数应同有关国家政府所作出的承诺成正比例;

- (3) 有关国家政府应在难民署的援助下同扎伊尔当局谈判, 拟订具体措施, 以避免难民受到恐吓者的操纵(例如, 用暴力破坏人口统计行动), 保证援助物资不会用来帮助那些在北基伍(Kivu)和南基伍地区活跃的前卢旺达武装部队成员和民兵。扎伊尔政府应在国际社会的援助下采取措施, 解散前卢旺达武装部队的所谓“香蕉种植园”大本营, 拆除前卢旺达武装部队的军事设施。扎伊尔应与国际法庭全面合作。
- (4) 难民署应立即通知扎伊尔境内营里的难民: 最近试图用暴力破坏人口调查是公开反对难民署的任务, 证实难民营里有一些领袖存心不良, 非为难民署所能接受。对难民应发起一次大规模的宣传运动, 让他们知道, 特别是由于他们的领袖百般阻拦难民遣返, 粮食配给将受到严格控制和削减。在采取这些措施的同时还要逐步地关闭难民营。在这方面, 难民署在各国政府坚决支持下将努力争取扎伊尔政府的全面合作;
- (5) 为了尊重儿童接受教育的基本权利, 同时解决遣返的问题, 扎伊尔政府应重新开放营里的小学, 设法保护学童不让他们受人操纵, 也不让他们逃学。

169. 卢旺达、扎伊尔和难民署组成的三边委员会在关闭难民营的行动中应作出更大的协调。最后, 难民署应同捐助国和伙伴国合作, 争取更多的援助, 设法恢复难民在扎伊尔境内所带来的环境和基本设施方面的破坏。

(c) 同国际法庭合作实行的措施

170. 为了鉴别隔离法所针对的人士, 要作出一切努力去加强审查和寻找被国际法庭提名的嫌疑犯。

171. 难民署取得国际法庭的同意, 将决定如何加强它们之间的合作。各国政府也能发挥重要的作用, 通过一定的程序设法隔离种族灭绝罪的嫌疑犯, 不使他们受国际保护, 把他们递交国际法庭。

(d) 国际社会所应采取的措施

172. 卢旺达的难民危机同大湖地区的和平密切相关，非有一套综合战略、同时涉及安全、司法、政治、人道主义各个方面不足以解决这些问题。难民署愿意同联合国和非统组织在这领域密切合作。各国政府也应提供更多的财政资源，加强它们对卢旺达的援助——例如，在司法行政方面提供援助——以便创造安全的条件，设法鼓励难民回归。在给予难民的援助和给予种族灭绝生存者的援助之间，各国政府应保持一定的平衡。它们需要看清楚，主要的目的是实现全国的协调。

173. 各国政府还应作出贡献，全面支持卢旺达、坦桑尼亚联合共和国和扎伊尔去落实上文所述的一些措施，同时应采取其他必要措施设法缓和目前的矛盾。各国政府还应帮助上述三国处理难民所造成的环境和基层结构方面的破坏。

174. 但是，还没等到难民署开始实行这个多方面的方案，东扎伊尔的危机就已暴发。[……]

5. 国际制裁：卢旺达问题国际刑事法庭

[参见**案例196**：《联合国卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第2138页；**案例200**，卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏，第2154页；**案例201**：卢旺达问题国际刑事法庭，媒体案，第2177页；另可一般参阅卢旺达问题国际刑事法庭网站www.ict.rw]

[资料来源：国际危机小组：《卢旺达法庭：进入倒计时》，2002年8月1日内罗毕·布鲁塞尔新闻报道，可访问<http://www.crisisweb.org>]

卢旺达法庭：

准备工作的耽搁和卢旺达的阻碍

威胁卢旺达问题国际刑事法庭的独立性和可信度

内罗毕/布鲁塞尔，2002年8月1日：卢旺达问题国际刑事法庭的职责已经履行了一半，但是从目前的情况来看，它不可能在2008年底结束工作。

国际危机小组 (ICG) 的一项新报告，《卢旺达问题国际刑事法庭：进入倒计时》[可访问<http://www.crisisweb.org>]中说，有两个主要的因素影响法庭完成工作的能力：过于雄心勃勃的起诉进度表与缺乏改革法庭程序和加速审理程序的有效努力。

仍有五个最重要的案件等待审理——其中一个涉及媒体；两个涉及军事力量，包括宣称策划种族灭绝的西奥纳斯特·巴格索拉 (Theoneste Bagosora)；另两个涉

及前部长和政治政党领导人。这些审判对于披露 1994 年卢旺达种族灭绝事件的准备、发起和执行的重要事实是非常关键的。而“媒体案”是其中唯一真正进入起步阶段的案子。[参见第 2177 页, **案例 201**, 卢旺达问题国际刑事法庭, 媒体案。]

国际危机小组非洲项目联合主任法比恩·哈拉(Fabienne Hara)说:“当前至关重要, 法庭应高效处理眼前的大量案件, 集中精力履行核心职责, 为加快审案进程推行改革。否则, 混乱和障碍不仅会威胁到法庭的使命, 而且会使法庭对卢旺达及该地区政治重建的影响降为零。”

在调查据称是“卢旺达爱国阵线”成员 1994 年所犯的罪行时, 法庭和卢旺达政府之间也出现了危机。基加利当局在关于他们违反国际义务方面中断了对卢旺达问题国际刑事法庭的一切协助, 并且要求停止调查。这种紧张关系只可能不断恶化, 为确保法庭的公信力和独立性, 联合国安理会非常有必要给与其强有力的、明确的支持。法庭不应当被看作是胜利者的正义工具。

国际危机小组中非项目主任弗朗索瓦·格里格农说:“遗憾的是, 在这样的背景下, 2001 年到 2002 年, 安理会代表团的年度中部非洲之行没有访问法庭。这给卢旺达发出一个危险的信号, 即安理会并不关心联合国法庭的使命以及他在结束刚果和布隆迪危机方面的作用。”

在刚果战争中, 卢旺达政府长时间要求逮捕刚果领土内的灭绝种族者, 这就像刚果民主共和国同意开放一个办公室协助卢旺达问题国际刑事法庭在金沙萨进行调查一样荒谬, 卢旺达政府让法庭的工作陷入了瘫痪。金沙萨和基加利都在玩弄国际正义。结束这种局面的唯一办法是确保法庭进行改革, 并树立信誉——同时要求两个国家遵守它们对法庭的国际义务。

6. 卢旺达国内惩治

(1) 盖卡卡: 以正义为赌注

[资料来源: “大赦国际”: 《盖卡卡——以正义为赌注》, 第 103/02 号新闻报道, “大赦国际”索引号: AFR47/003/2002, 2002 年 6 月 19 日; 可访问 <http://www.efai.org>]

卢旺达: 盖卡卡——以正义为赌注

第 103/02 号新闻报道

“大赦国际”索引号: AFR47/003/2002, 2002 年 6 月 19 日

“大赦国际”今天在回应为解决 1994 年种族灭绝案件的积压问题新成立了一个以社区为基础的法庭体系时说:“盖卡卡社区法庭体系对种族灭绝的受害者、

被告人以及目击者来说象征着可以在一个开放的、更多参与的环境中提交案件的机会。这是朝着全国和解和解决卢旺达监狱危机的方向迈出的重要一步。”

“然而，盖卡卡法外裁决的性质、其最初不够充分的准备，再加上当前政府对反对者的宽容、没有将其糟糕的人权纪录呈现出来的意愿，这些因素都使新体系面临被摧毁的危险，”这个组织继续说。“因此，无论是卢旺达政府还是国际社会都有责任让盖卡卡遵循公平审判的最低国际标准。”

面对大量被指控与种族灭绝相关联的拘留者，正式的国家司法体系显然不可能完成任务。这个新体系建立在在当地社区内部解决分歧的传统模式的基础上。它将审判成千上万被指控犯有卢旺达种族灭绝立法中第2、3、4类罪行的被拘留者。

“大赦国际”一方面看到了审判被指控参与种族灭绝者的迫切需要，另一方面也担心，如果不及时解决盖卡卡体系的突出缺陷，这个体系可能无法胜任卢旺达政府承诺的实现正义、披露真相和民族和解的任务。”大赦国际”补充到：“盖卡卡可能会成为让被告人和种族灭绝的幸存者同样失望的粗略和任意审判的工具。”

卢旺达政府领导承认盖卡卡有缺陷，但是认为别无选择。资助盖卡卡成立的国际社会大部分都认同这个评价。

“大赦国际”主要担心的是盖卡卡的法外审判性质。盖卡卡的立法中没有包含公正审判的国际标准。即使一些人可能会面临最高刑期为终身监禁的判决，法庭也没有为被告提供可以应用的司法保障，因此并不能保证审判程序的公正。

最重要的是，那些即将任职于盖卡卡的地方法官并不具备法律或是人权知识背景。考虑到种族灭绝期间所犯罪行的复杂性质和背景，他们所接受的简短培训根本不足以应付手头的任务。

“大赦国际”还提出了在庭审过程中信息流通是否开放和自由、当事人是否都会得到公平的审理、能否尊重无罪推定的原则等问题。2001年，“大赦国际”旁听了盖卡卡之前的几次审判，整个审判充斥着被告官员、辩护方证人和当地老百姓的胁迫和斥责。

卢旺达政府最近的人权纪录反映出漠视表达和结社自由、任意逮捕、非法拘留以及其他对人权的侵犯。“卢旺达政府无意抑制正在进行的人权侵犯，也无意调查其国家机构过去侵犯人权的情况，这些都贬损了它声称盖卡卡需要负责任、讲真话、正义的可信度。”

盖卡卡的执行也承受着巨大的后勤保障的问题。成千上万被拘留者都将从中央监狱转移到家乡的社区接受盖卡卡的审判。卢旺达政府并没有公布这些被拘留

者将在什么样的条件下如何被运送回乡，在当地的食宿条件及其他待遇。政府若不能解决这些问题会进一步加深卢旺达被监禁人口面临的残忍、不人道的境遇。

建 议

卢旺达政府和国际社会仍有完善盖卡卡，以及为卢旺达境内过去和现在侵犯人权问题明确责任的空间。为此目的，卢旺达政府必须：

- 确保盖卡卡遵守国际承认的公平审判标准，包括无罪推定和有充分的时间和条件准备辩护的权利；
- 确保盖卡卡的被告人，特别是那些面临长期监禁的被告人有向正式的法院系统提出上诉的权利；
- 确保在盖卡卡法官对罪行进行归类时，被告人能够在场；
- 适当安排一个监督盖卡卡审理的独立有效的程序，并将判决结果公之于众；
- 为审判人员、被告人和证人提供充分的保护，及时调查任何威胁言论；
- 保障拘留条件符合国际最低标准，包括保证拘留符合人道条件、被拘留者免遭酷刑的权利；
- 对自己的势力在过去和当权以来侵犯人权的行为进行公开调查。

“大赦国际”同时号召国际社会支持卢旺达政府为盖卡卡建立监督程序，保障它的独立、有效和透明；确保卢旺达当局及时处理在盖卡卡审判过程中出现的违反公平审判原则的做法；为使卢旺达政府履行根据拘留条件的国际标准承担的义务提供一切必要的支持。

背 景

在1994年种族灭绝中，约有一百万卢旺达人被他们的卢旺达同胞残忍杀害了。与屠杀相伴的是无以计数的酷刑，包括强奸。

盖卡卡体系将审判被指控犯有卢旺达种族灭绝立法中第2至第4类罪行的被拘留者。第二类罪包括蓄意杀人或是严重伤害致人死亡的行为人及其同犯。拒不自首的第二类罪被告人若被证明有罪，将面临最长25年至终身监禁。第三类罪包括其他被指控对他人造成严重伤害的罪行。第四类罪处理被指控犯有财产罪的人。第一类罪处理最严重的种族灭绝罪行，包括据称组织、煽动、领导或积极参与犯罪的人。第一类犯罪的被告人将继续在正式的法院系统接受审判。

种族灭绝之后卢旺达的司法系统面临的重任是难以克服的。卢旺达种族灭绝特别法庭已经审理了不到6%的被拘留的种族灭绝罪的犯罪嫌疑人。现在在全国的拘留所里大约有11万卢旺达人，他们中的绝大多数都在等待审判。许多人未经调查被指控的罪行或仅进行了略微的调查就被任意逮捕、并被非法拘留多年。拘留所过于拥挤、卫生条件差已够得上是残忍、不人道、有辱人格的待遇，另外，因为可以预防的疾病蔓延、营养不良、因为拥挤而导致的虚脱等已造成死亡现象。

建立盖卡卡法庭的法律是在2001年初制定的。在2001年末，地方社区挑选了26万“正直、诚实、品行端正”的成年人到一万余盖卡卡法庭充任审判官。这些审判官在2002年初接受了有限的培训。

(2) 拘留问题

[资料来源:] 红十字国际委员会，红十字国际委员会2001年4月5日地01/13号新闻，可访问<http://www.icrc.org/eng/>

卢旺达：在日历马(Rilima)监狱的紧急援救

在过去几天里，红十字国际委员会在位于卢旺达东南部布吉西拉地区的日历马监狱的援助不断增加。在这里的7400被拘留者中绝大部分在等待审判，但是在过去几个月里不断恶化的卫生条件已经让许多人丧命。糟糕的拘留条件和食物匮乏加重了疟疾（地区流行病）、斑疹（还需进一步确诊）、腹泻的病症。

一周前，红十字国际委员会采取措施增加监狱的供水量，修复了一口井，并安装了额外的储水池。该组织目前正在安排为几十名最严重的生病囚犯进行治疗，已经提供了必要的药品。红十字国际委员会还准备协助卢旺达当局对监狱进行彻底消毒，所需材料将在几天内准备就绪。该监狱的严重情况已经向卫生部和内务部通报。

红十字国际委员会没有条件、也无意从卢旺达当局手里接管该监狱；当局有责任确保其国家被拘留人员的健康以及监狱的卫生条件。红十字国际委员会在充分了解到卢旺达居民普遍没有必要的生活卫生条件，也没有医疗保障后，正在鼓励有关责任机关关注该问题并投入所需的资源。

红十字国际委员会的代表正在同卢旺达地方和最高层当局保持联系，努力改善日历马监狱及卢旺达境内其它拘留所的负责机关的职能。此举的目标是让政府采取预防措施防止在未来数月内再度发生类似的紧急事件。

红十字国际委员会定期访问卢旺达境内的拘留所，满足了19个中央监狱92000余人一半的食品需求。

卢旺达目前正在努力解决11万5000名被拘留者的问题，其中大部分是因涉及1994年4月至7月种族灭绝被拘留的。有2万人被关在乡村拘留所里，其中3/4在吉塔拉马(Gitarama)和布塔雷(Butare)省。

讨 论

1. 你如何将种族灭绝罪同其他犯罪区分开来？种族灭绝行为和严重违反国际人道法的行为之间的区别是什么？种族灭绝罪与危害人类罪的区别是什么？出于政治原因的大屠杀是否属于种族灭绝？（另见第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案[比较2. 审判分庭，事实真相，第618至654段和3. 上诉分庭，事实真相，第238至249段，及第271至304段。]；第2154页，**案例200**：卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏案。[比较1. 审判分庭第492至523段。]）
2. 国际人道法是如何规定种族灭绝行为的？无论是何种背景下，规定种族灭绝的条款是可以适用的？法律上？还是在实践中？国际人道法是否适用于非武装冲突的情况？国际人道法在面临种族灭绝的情况时有何不足之处？（比较，如《日内瓦第一公约》第12条第2款和第50条；《日内瓦第二公约》第12条第2款和第51条；《日内瓦第三公约》第13条和第130条；《日内瓦第四公约》第32条和第147条以及《第一附加议定书》第85条第2款。）
3. 谁可以为种族灭绝罪行承担国际责任？卢旺达的政府吗？时至今日，卢旺达当局是否还主要由图西族人组成？是国际社会吗？联合国吗？还是特定第三国（法国、比利时或是美国）？这些国家以及联合国的领导人因为已经知道在准备进行种族灭绝，他们是否可以因种族灭绝前的不作为受到起诉？是否可以因种族灭绝期间的不作为受到起诉呢？（比较第634页，**案例15**，国际刑事法院。[比较1. 《规约》，第6条和第30条。]）
4. (1) 在非国际性武装冲突中，联合国在什么情况下有义务进行干预？
(2) 为了“确保对国际人道法的尊重”，《日内瓦公约》共同第1条和《第一附加议定书》是否给缔约国施加了对冲突进行军事干预的义务？它是否授权进行这样的干预？它是否要求缔约国在干预之前应努力获得联合国的必要授权？
5. 如何在对严重侵犯人权作出反应和尊重国家主权之间进行平衡？
6. 国际人道法如何适用于联合国部队？如何适用于根据安理会决议进行干预的外国部队？（参见第875页，**文件42**：联合国，联合国部队指导方针；第1681页，**案例168**：比利时，驻索马里的比利时士兵。）
7. 这些部队的干涉是否可以看作执行国际人道法的一种途径？
8. 有没有可能清楚区分这些部队解决冲突的角色和保护人道援助的角色？
9. (1) 《日内瓦公约》及其《附加议定书》是如何保护在爆发敌对行动的区域出现的难民的？在国际性武装冲突和非国际性武装冲突的背景下其规定是否相同？关于非

国际性武装冲突的国际人道法没有提到难民的原因和后果是什么？（比较《日内瓦公约》共同第3条；《日内瓦第四公约》第70条第2款；《第一附加议定书》第73条；另见1951年《关于难民地位的公约》，可访问<http://www.unhcr.ch>；以及第661页，文件17：《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》。）

- (2) 将冲突的类型放在一边，在难民的逃离国与避难国之间爆发敌对行动的区域难民的地位如何？（比较《第一附加议定书》第73条。）
10. (1) 联合国难民署将卢旺达难民强制遣返回国的措施是否与《日内瓦第四公约》第45条相违背？
 - (2) 此外，对难民的遣返是否应同时具备充分的安全保证以及来源国诚恳接受的设备保障？在这方面国际社会是否应承担重要角色？
11. (1) 武装战斗员是否可以享受难民地位？是否可以受到国际人道法的保护？曾经对图西族进行种族灭绝的前卢旺达武装部队中的非武装成员是否可以享受难民地位？是否可以受到国际人道法的保护？（比较《日内瓦第四公约》第3、4、5条；1951年《有关难民地位的公约》第1条第6款第1项和第32条第1款，可访问<http://www.unhcr.ch>）
 - (2) 难民署是否有义务区分武装的个人和非武装的难民？国际社会呢？来源国呢？避难国呢？红十字国际委员会呢？理由是什么？
 - (3) 武装难民在自己军营内部所犯的罪行可以以什么理由进行起诉？
 - (4) “不推回”原则是否也适用于武装难民？适用于1994年卢旺达种族灭绝中的犯罪嫌疑人吗？（比较1951年《有关难民地位的公约》第33条第1款，可访问<http://www.unhcr.ch>）
12. (1) 对涉嫌在卢旺达种族灭绝期间犯有战争罪的难民，是否应该在他们中区分被推测已放下武器的人和未放下武器的人？是否应区分据称犯有战争罪的人，犯有危害人类罪的人，普通的违法犯罪者以及单纯的前战斗员？
 - (2) 根据你的回答，难民在什么时候可以被认为犯了罪？仅仅是曾经属于犯有罪行的武装部队或仍然属于该武装部队的事实就足以证明吗？
13. 人道组织是否也应给种族灭绝罪的嫌疑人提供食物？即使他们没有放下武器也要提供吗？这样的组织是否会因为向种族灭绝罪的嫌疑人提供食物而失去其人道组织的地位？如果有的话，什么方法可以只为无辜难民提供食物？
14. 为武装难民提供武器的国家违反了国际法的什么规则？如果接受者属于犯有灭绝种族罪的武装部队呢？
15. 卢旺达是否有义务起诉其领土内犯有灭绝种族罪的人？根据1948年《灭绝种族罪公约》呢？根据《日内瓦公约》及其《附加议定书》呢？（比较1948年12月9日，纽约，《防止和惩治灭绝种族罪公约》，可访问<http://www.unhcr.ch>；《日内瓦公约》各自的第49/50/129/146条以及《第一附加议定书》第85条第1款。）

16. 为什么《第二附加议定书》没有将非武装冲突中的行为规定为犯罪的条款？相反，《第二附加议定书》在号召当局“对参加武装冲突的人或因与武装冲突相关的原因被剥夺自由的人应给予最大可能的赦免”时是不是在激励当局免于处罚犯罪者？（比较《第二附加议定书》第6条第5款。）
17. 是否存在起诉这些责任人的普遍管辖权？在国际性武装冲突和非国际性武装冲突的背景下均可以行使吗？对于灭绝种族罪的犯罪者，1948年《灭绝种族罪公约》是否直接提到了该问题？
18. (1) 文中描述的监狱条件是否符合国际人道法的要求？严重违反国际人道法的人是否可以援引国际人道法中包含的关于保障待遇的规定？（比较《日内瓦第四公约》第146条第4款；《第一附加议定书》第75条；《第二附加议定书》第2条第2款、第4条和第5条。）
(2) 盖卡卡体系看上去是否符合有关独立、公正的刑事诉讼制度的最低标准？如何在加快完成刑事诉讼的同时解决卢旺达法律制度缺乏司法保障的问题？
(3) 为结束这种可悲的局面，国际社会应该如何行动？
19. 卢旺达问题国际刑事法庭是否可以负责卢旺达监狱中11万被指控者中部分人的刑事审判？如何进行？为什么国际司法机构只考虑策划、准备或实施种族灭绝的个人的案件？卢旺达问题国际刑事法庭是否只负责审判种族灭绝的犯罪？对于卢旺达前政府和“卢旺达爱国阵线”之间的武装冲突中发生的罪行法庭是否具有管辖权？

(二) 布隆迪内战



[本地图中的国名和边界仅供参考，不具有任何政治意义。]

1. 布隆迪的“村有化”现象

[资料来源：1997年2月10日联合国第E/CN.4/1997/12号文件；可访问<http://www.unhchr.ch>]

特别报告员保罗塞尔吉奥皮涅罗先生
按照委员会第1996/1号决议提交的关于布隆迪人权情况的
第二份报告

二、关于人权情况的意见 [……]

C. 迁徙自由和选择居住地自由权利遇到的障碍 [……]

56. [……]更令人吃惊的是强行将人赶入营地的政策，事实当局现在正在若干省份这样做，自称是要对民众群体加强控制，切断反叛分子的供应和扩员基地。在1996年12月，据报告说卡鲁济(Karuzi)、布班扎(Bubanza)、锡比托凯(Cititoke)、和鲁伊吉(Ruyigi)省份有大量山丘

(Collines)被居民遗弃。据说拒绝服从这一政策的人马上就被控于反叛者同谋, 被视为敌人。然而, 统一到为他们建立的营地区又会意味着失去反叛分子及其支持者的信任。在12月份下半个月中, 卡鲁济省的情况尤其困难, 因为据说当局想要强迫赶紧营地的群体恰恰是来自显然有很多人支持反叛分子的社区。据说布隆迪当局正在考虑其他省份的此类进一步行动以求保护平民不受反叛分子的阴谋利用并查明其中的反叛人员。

57. 在1996年11月下旬至12月上旬, 布隆迪的流离失所者人数突然急增, 主要原因是当局想要把某些群体从山丘移入营地的政策和交战加剧, 据说百姓被夹在反叛分子和军队的交火之中。有消息来源说, 可能已经被迫住进这种临时营地的布隆迪胡图人多达20万人, 甚至更多。另外, 人们逃离战火, 到家园周围的地带躲避。在布琼布拉乡村, 据说有数十人处于严重营养不良状态, 从藏身数月之久的树林中三三两两走出, 在此期间, 他们一直处于惊恐万状之中, 有若干非政府组织认为, 可能已有许多布隆迪人为逃离席卷锡比托凯省的暴力而前往卢旺达。[……]

2. 武装冲突

[资料来源: “大赦国际”: 《布隆迪叛乱与反叛乱状态让侵犯人权永久化》, “大赦国际”索引号 AFR16/034/1998, 1998年11月19日; 可访问<http://www.amnesty.org>]

1. 概述

从1997年12月至1998年9月, 成百上千的人在布隆迪被杀害, 而他们中的许多人是手无寸铁的平民。更有成千上万的人被迫离开家乡, 有些在国内漂泊, 有些逃到了周边国家; 他们加入了几十万已经背井离乡或在布隆迪国内迁移的人的行列。布隆迪军队的士兵故意和任意杀害了成百上千的平民, 这些平民几乎都是胡图族人。其它上百名非武装的平民是被布隆迪境内的不同武装反叛集团或其他民兵组织杀害的。只有极少数责任人被逮捕并交由审判。[……]

2. 武装冲突的背景

从1994年末开始, 胡图族领导的“保卫民主全国委员会”(CNDD) 的武装力量“保卫民主力量”(FDD)就开始进行针对图西族人支配的政府军的叛乱活动。胡图族反对党的武装力量“胡图族人民解放党”(PALIPEHUTU)和“民族解放阵线”(FROLINA) 也参加了针对政府的叛乱。从1993年末开始, 武装冲突和其它政治暴力已经导致15万人丧生, 其中大部分是平民。

胡图族的平民被夹在冲突中间：他们被武装部队看作是支持叛乱的力量，常常成为武装部队报复行动的受害者，同时不断成为武装反对集团袭击的受害者。从冲突开始以来，平民就一直是不同武装反对团体混战中的牺牲品。例如1997年7月在布班扎省，据报道有多达500名胡图族平民被“胡图族人民解放党”杀害，理由是认为这些平民支持“保卫民主全国委员会”。许多平民的财产遭到了军队和武装反对团体的掠夺。图西族平民也遭到了武装反对团体的袭击，那些背井离乡被赶到营地的人尤其容易受到虐待。[……]

政府除了不断征兵之外，还发起了一项保护所有平民的自卫活动。政府声称，该活动旨在鼓励平民负起责来，包括培训平民居民通过监视支持民事和军事当局打击叛乱。尽管“大赦国际”承认政府有权采取措施保护平民，但是该组织担心这个自卫活动本身可能进一步导致对人权的侵犯。虽然政府官员在不同的场合多次否认该活动包括为百姓提供武器，然而至少在某些特定地区，包括在布琼布拉和布鲁里(Bururi)省，政府已经对图西族平民进行了培训，并将他们武装起来。1998年4月，布琼布拉乡村的地方官员承认当地一些平民已经被配给了枪和手榴弹。[……]

除国内的武装冲突外，据报道，布隆迪军队和武装反对团体还参与了邻国刚果民主共和国(DRC)1998年8月爆发的武装冲突。尽管布隆迪政府一再否认曾卷入此类冲突，但是布隆迪和刚果境内的大量消息来源都称，布隆迪部队协助刚果武装反对团体“刚果民主联盟”(RCD)参与了夺取刚果民主共和国乌韦拉(Uvira)镇、卡莱米(Kalemie)镇及其他东部城镇的战役。据报道，布隆迪政府还给了卢旺达和乌干达部队相应支持，包括允许他们的队部和装备通过布隆迪，而这些部队也支持“刚果民主联盟”。“大赦国际”获取了自刚果民主共和国内的冲突开始以来，有成百上千名非武装平民被“刚果民主同盟”、卢旺达安全部队及其同盟军杀害的详细信息。[……]布隆迪政府称，布隆迪武装反对团体为了报答劳伦特·卡比拉(Laurent Desire Kabila)总统对他们的支持，参加了刚果民主共和国的冲突。[……]

3. 安全部队的侵犯人权行为

法外执行与任意杀戮

在整个1998年，主要由政府军进行的大规模屠杀手无寸铁的平民在布隆迪持续进行着。这不仅违反了国际人道法，也违反了布隆迪政府根据其批准的国际条约承担的义务。杀害未直接参与布隆迪冲突的人违反了1949年《日内瓦公约》

共同第3条。该条明确禁止针对一切非战斗员的“生命与人身施以暴力，特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑”。通过批准《日内瓦公约》的《第二附加议定书》，布隆迪政府承担了在非国际性武装冲突中尊重和保护某些基本承诺的义务。这些承诺包括，所有非直接参与或已停止参与敌对活动的人获得人道待遇的权利。《第二附加议定书》禁止对这些人的生命施以暴力、禁止酷刑和其他侵犯人权的行为。此外，杀害非武装平民也违反了已经布隆迪政府自愿批准的《公民权利和政治权利国际公约》和《非洲人权和民族权宪章》（《非洲宪章》）中所铭记的对生命权的保障。

“大赦国际”收到了大量来自南部省份马坎巴(Makamba)和布鲁里，以及来自布琼布拉乡村(Rural Bujumbura)省关于杀戮的报告。大部分的屠杀是在武装冲突的地区进行的，因此是获取和查证这些信息变得特别困难。然而，一些明显的趋向已经出现。

政府军对胡图族平民的杀害大多发生在胡图族控制的武装反对团体对叛乱活动进行报复，或对士兵和图西族平民进行的屠杀过程中。

大部分非武装的平民成为被袭击、被杀害的对象都是基于这样的借口：即他们被认为是武装战斗员。还有许多非武装平民被杀害是因为安全部队的成员无法区分战斗员和平民。“大赦国际”收到的报告中的大部分案件，似乎都没有试图作出这样的区分。一些年轻的孩子在明显不会对士兵或其他平民的生命构成危险的情况下被单独杀害了。

还有许多被政府军杀害的平民是因为被指控无法提供关于武装反对团体的信息，或以某种方式保护反对团体或与反对团体共谋。在某些情况下，当武装反对团体出现时，政府军会受到当地居民的警告但又不能或不愿直接参与斗争，取而代之的就是在战斗员离开后对平民进行报复性打击。

其他一些被法外执行的或失踪的平民被认为在被捕后很快就被武装部队的成员杀害了。

大部分案件中，凡有此类谋杀罪的安全部队成员都没有受到惩罚。(参见文件，布隆迪：审判的正义(索引号AFR16/013/1998)[可访问<http://www.amnesty.org>])

还有许多被致死或致残的平民是由于例如杀伤人员地雷等不分皂白的武器的使用。政府军和武装反对团体的战斗员同样遭受了死亡和伤害。据报告，所有的冲突参与方都使用了杀伤人员的地雷或是反坦克地雷。[……]现在，在坦桑尼亚和布隆迪边境显然已经被政府布了重雷，以防止号称以坦桑尼亚为基地的武装反

对团体的侵入。在边境地区布上地雷也起到了防止一些百姓逃离国家到各处寻求避难的效果。[……]

讨 论

1. 假设布隆迪的情况可以被归为非国际性武装冲突，政府是否有充分的理由使其强迫胡图族平民移居到集体宿营地的措施合理化？
2. 以军事命令和保护平民为理由来使那些行为正当化是否构成当局滥用职权，是否违反禁止将强制移民作为作战方法的规定？（比较《日内瓦公约》共同第3条，以及《第二附加议定书》第17条。）
3. 如果这些理由能站得住脚，当局是否违反了《第二附加议定书》第4条、第5至17条及第18条？
4. 将胡图族平民集中起来的政策及其给叛乱团体和平民带来的后果是否违反了禁止使平民陷于饥饿作为作战方法的规定以及保护对平民居民的生存所不可缺少的物体的要求？（比较《第二附加议定书》第14条。）
5. 国际人道法是否适用于平民为自卫而组建的民兵？如果携带武器，他们的成员还属于“平民”吗？（比较《日内瓦公约》共同第3条，以及《第二附加议定书》第13条第3款。）
6. 国际人道法是否禁止在非国际性武装冲突中使用报复性袭击？习惯国际人道法是否禁止？如何理解非国际性武装冲突中报复的概念？根据非国际性武装冲突的国际人道法，袭击据称藏有反叛武装的农村是否合法？在什么条件下可能合法？比例原则和区分原则是否适用于非国际性武装冲突？

(三) 刚果民主共和国内的武装冲突

[注：另见国际法院，“刚果领土上的武装活动”（新申请：2002）（刚果民主共和国诉卢旺达）以及“刚果领土上的武装活动”（刚果民主共和国诉乌干达），可访问<http://www.icj-cij.org>]



[本地图中的国名和边界仅供参考，不具有任何政治意义。]

1. 刚果民主共和国领土上武装冲突的限定：多方参与者

(1) 非洲的首次世界大战

[资料来源：科莱特布莱克曼：“非洲的首次世界大战”（La premiere guerre mondiale africaine），2001年1月20日，布鲁塞尔《晚报》（La Soir），原文用法语写成，此为非官方译文。]

非洲的首次世界大战

刚果民主共和国是“非洲首次世界大战”的战场。在这片“黑色的大陆”上首次爆发了涉及六个国家的武装冲突。现在卡比拉(Kabila)总统已经去世了，是什么在驱动着不同的力量？他们各自的目标是什么？

1. 卢旺达。为证实其部队在刚果的合理性，基加利一直在强调它的安全需求，以及追捕种族灭绝中胡图族罪犯的必要性。实际上，是另有原因：它希望开发刚果东部的资源，梦想着领土的扩张，无论如何要在金沙萨安插一个即使不是顺从、但至少是友好的政府。为此目的，卢旺达在支持“刚果民主同盟”，希望他们无论通过暴力还是谈判，能够最终执掌政权。此外，卢旺达人曾经为卡比拉总统而战，现在他们感到以前的同盟背叛了自己；他们对卡比拉允许在1998年8月追捕图西族人的做法非常生气，这些图西族人许多在金沙萨、卢本巴希 (Lubumbashi) 及其他地方被杀害。[……]
2. 乌干达。与卡加梅一样，穆塞韦尼 (Museveni) 总统感到他曾经帮助其执掌政权的同盟卡比拉背叛了自己。事实上，卡比拉反对乌干达部队系统开采刚果东北部的资源，也不打算遵从穆塞韦尼强加给他的政治治理的建议。穆塞韦尼一向以自封的该地区的守护者自居。与卢旺达结成联盟一方面让卡比拉掌握了政权，一方面又试图废弃他。然而，乌干达远离卡比拉有两个基本的理由：第一个理由与开发东部矿产资源的竞争有关(通过三次基桑加尼战争就可见一斑)；第二个是政治理由。事实上，尽管卢旺达梦想能牵制刚果的掌权者，乌干达鉴于其安全控制能力不是很强，希望能出现一个自治的、有能力的刚果政权，为此他们支持让-皮埃尔·本巴(Jean-Pierre Bemba)，并为他训练部队。
3. 布隆迪。布隆迪承认在刚果民主共和国境内有自己的部队，但出于安全考虑，将部队的活动限制在位于南部基伍 (Kivu) 省的坦噶尼喀湖岸区域：它在边境的另一侧进行活动，主要是追捕应成为卡比拉军事及其组成部分的胡图族叛乱分子。[……]
4. 津巴布韦。津巴布韦是卡比拉最显著的联盟，在该国境内保持有12000人的部队，但这并不是决定性因素。受到国内矛盾的削弱，加上管理不善导致的经济危机，以及国际债权人因津巴布韦卷入刚果冲突而对其进行的处罚，穆加贝 (Mugabe) 总统试图从刚果退出[……]。然而，为了保住卡比拉的政权，更重要的是保住刚果的领土完整和金沙萨的主权，津巴布韦不可能轻易丢下这个自己已有很多投资的国家；而且它承诺将继续协助刚果。
5. 纳米比亚。纳米比亚根据南部非洲发展会议 (SADC) 的协议在刚果有2500人的队部。它的目的更多的是显示同安哥拉和津巴布韦的团结，而不是支持卡比拉政权本身[……]。

6. 安哥拉。富有、并配备有经验丰富的部队的安哥拉支援金沙萨的理由很直接：执行南部非洲发展大会国家间的团结协定，特别是防止“争取安哥拉彻底独立全国联盟”(UNITA)在刚果民主共和国建立后卫基地。[……]出于对其安全和疆界的高度警惕，安哥拉不会容忍“刚果民主同盟”的叛乱，也不会容忍卢旺达扩展到卢本巴希或姆布吉马伊(Mbuji Mayi)，因为他们认为，这会使若纳斯·萨文比(Jonas Savimbi)领导的反安哥拉武装恢复元气并执掌政权。事实上，他们怀疑基加利正在充当“争取安哥拉彻底独立全国联盟”的武器中转中心，并且在军事事务上与该联盟合作。

这场战争最有力的参与者是基加利和罗安达。另一方面，只要这两个首都缔结一个协议就可以维持和平。目前负责金沙萨安全、并支持政府中的加丹加人的安哥拉，无论其是否愿意，已被置于充当后卡比拉政府的真正支持者的位置上。

(2) 关于刚果民主共和国的人权报告

[资料来源：2000年1月18日联合国第E/CN.4/2000/42号文件，可访问<http://www.ohchr.org/english/>]

在世界任何地区人权和基本自由遭受侵犯的问题

特别报告员罗伯特加雷顿先生根据
人权委员会第1999/56号决议提交的
刚果民主共和国人权情况报告[……]

二、武装冲突

13. 1998年8月2日，在卡比拉总统将其前盟友、卢旺达爱国军(卢爱国军，APR)逐出刚果六天后，刚果民主共和国境内就爆发了战争。一个无人知晓的党派——后称为刚果争取民主联盟(刚果民盟，RCD)，在卢旺达、乌干达和布隆迪的支持下，对刚果民主共和国发动了攻击。卢旺达和乌干达现在公开承认支持，布隆迪继续否认支持。1998年11月，另一个武装集团、刚果解放运动(MLC)开始活动。到1999年8月31日，这些集团已占领了刚果60%的领土。刚果民盟分裂成为两派，一派以戈马(Goma)为基地(刚果民盟/戈马，RCD/Goma)，另一派以基桑加尼为基地，但后来迁往布尼亚(Bunia)，并将名称改为刚果民主解放运动

联盟 (刚果民盟/解放运动, RCD/ML), 通常称为刚果民盟/布尼亚(RCD/Bunia)。尽管存在强烈的内部分歧, 这两个派别于8月31日签署了《卢萨卡和平协定》(Lusaka Peace Agreement)。[……]在班顿杜(Bandundu)出现了一个新的反叛集团——刚果解放阵线 (解放阵线, FLC), 并显然得到了争取安哥拉彻底独立全国联盟 (安盟, UNITA) 的支持。

14. 为了支持刚果武装部队 (刚果部队, FAC), 安哥拉、纳米比亚、苏丹、乍得和津巴布韦不对援引《联合国宪章》第51条规定并经安全理事会1999年4月9日第1234 (1999) 号决议以及的单独或集体自卫的固有权利, 对冲突进行干预。除了这9支国家军队之外, 至少还有其他16个非正规武装集团。[……]
15. 在全国各地, 不论是在被占领地区或在非占领地区, 这一战争都被看作是外国侵略, 目的是要吞并该国的一部分, 或并入卢旺达。[……]
16. 暴力活动极其严重, 特别是在东部地区。叛乱分子在外国支助下进行的行动遭到了马伊-马伊 (Mai-Mai) 民族主义游击队成员恐怖主义的反击, 而马伊-马伊人得到了人民的支持, 只有人权保卫者除外, 因为他们始终反对一切暴力行动, 这一点值得赞扬。[……]

冲突的分类

20. 特别报告员在关于刚果民主共和国人权情况的报告 (E/CN.4/1999/31) 第41段中, 宝刚果民主共和国内的冲突定位为有外国武装部队参与的国内冲突。但各方面的事实使得有必要重新研究这个观点。事实上, 外国军队、包括应卡比拉总统呼吁根据《联合国宪章》第51条进行干预的外国军队与安理会称之为“未受邀请”的国家之间, 曾根据1949年8月12日关于战俘待遇的《日内瓦第三公约》规定的准则交换过战俘; 在“未受邀请”的国家的领土上发现有战俘存在; 该刚果领土上, 还发生了典型的外国军队与外国军队之间的冲突; 未受邀请的国家签署了《卢萨卡停战协定》, 其中具体提到了战俘和这一冲突的交织性质。因此, 特别报告员认为, 实际上在这一冲突中既有国内冲突 (刚果民盟对抗金沙萨政府和刚果解放运动对抗金沙萨), 也有国际冲突, 如卢旺达和乌干达在刚果境内的冲突、卢旺达和乌干达军队与刚果武装部队之间的冲突。在国际武装冲突中必须遵守《日内瓦公约》, 在国内武装冲突中, 则应适用四公约的共同第3条的规定。[……]

2. 1999年《卢萨卡停火协定》

[资料来源：联合国，1999年7月23日赞比亚常驻联合国代表写给安理会主席的信，S/1999/815，(附件：停火协定)；可访问<http://www.un.org>]

1999年7月23日
赞比亚常驻联合国代表
致安全理事会主席的信 [……]

附 件
停火协定
序 言

本协定缔约各方；[……]

决心确保本《协定》签署各方，如1998年3月25日恩德培区域首脑会议所重申的那样，尊重1949年《日内瓦四公约》及1977年各项附加议定书以及1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》；

并决心立即停止向一意破坏邻国稳定的负面势力提供任何协助、合作或庇护；
强调有必要确保睦邻关系及不干涉别国内政的原则得到尊重；

关切刚果民主共和国境内的冲突及其对该国以及大湖区其他国家的消极影响；[……]

认识到刚果民主共和国的冲突具有国内国外两方面因素，其解决需要刚果人之间的政治谈判以及签署各方承诺执行本《协定》；

注意到刚果政府、刚果争取民主联盟、刚果解放运动以及刚果所有其他政治和民间组织承诺举行一个包括所有各方的全国对话，以在刚果民主共和国实现民族和解和新的政治统治；

兹协定如下：

第一条：停火

1. 协定各方同意其在刚果民主共和国的所有部队之间停火。[……]

第三条：《协定》原则 [……]

7. 本《协定》生效后，协定各方应释放被拘禁或被扣为人质的人员，并应允许他们选择前往刚果民主共和国境内任何省份或可保障其安全的任何国家。
8. 《协定》各方承诺交换战俘，并释放因战争而被拘禁的任何其他人员。

- 9. 协定各方应允许红十字国际委员会(红十字委员会)和红新月会立即和不受阻碍地进入刚果民主共和国，以便安排释放战俘及因战争而被拘禁的其他人员,以及收尸和疗伤。
- 10. 协定各方应开放人道主义通道和创造有利于向流离失所者、难民和其他受影响者提供紧急人道主义援助的条件，以此为人道主义援助提供便利。
- 11. a. 应请联合国安全理事会，根据《联合国宪章》第七章并与非统组织合作，在刚果民主共和国组建、便利和部署一支适当的维持和平部队，以确保本《协定》的执行；并且，考虑到刚果民主共和国的特别情况，授权维持和平部队追查在刚果民主共和国的所有武装团体。在此方面，联合国安全理事会应授予维持和平部队必要的权限。[……]
- 13. 禁止布置任何类型的地雷。[……]
- 22. 将制订解除民兵和武装集团，包括种族灭绝部队在内的武装机制。在这方面，所有各方承诺执行认明地点、查明身份、解除武装和集结刚果民主共和国内武装集团所有成员的进程。武装集团成员的原籍国承诺采取一切必要的措施予以遣返。这种措施可能包括在认为赦免有益的国家中给予赦免。然而，赦免不适用于种族灭绝罪行疑犯。各方将负全部责任，确保和自己的部队共同行动的武装集团或在自己控制的领土内活动的武装集团遵守特别是导致解散这些集团的进程。[……]

各方代表已签署该协议[……]

安哥拉共和国代表(签字)
刚果民主共和国代表(签字)
纳米比亚共和国(签字)
卢旺达共和国代表(签字)
乌干达共和国代表(签字)
津巴布韦共和国代表(签字)
刚果争取民主联盟代表(签字)
刚果解放运动代表(签字)

见证人：

赞比亚共和国代表(签字)
非洲统一组织代表(签字)
联合国代表(签字)
南部非洲发展共同体代表(签字)

停火协定附件A
在刚果民主共和国境内执行停火协定的方式 [……]

第9章：解除武装团体的武装

- 9.1 联合军事委员会应在联合国/非统组织的协助下，制定机制追查刚果民主共和国境内所有武装团体，解除其武装，让其进入营地，并加以记录，其中包括前卢旺达武装部

队、联合民主阵线 (ADF)、上帝抵抗军(LRA)、乌干达民族救亡第二阵线(UNRFH)、帮派民兵(Interahamwe)、前乌干达国民军(FUNA)、捍卫民主阵线(FDD)、尼罗河西岸阵线(WNBF)和安盟, 并采取措施:

- a. 把大规模杀人凶手和危害人类罪罪犯交给联合国国际法庭和国内法院; 和
- b. 交出其他战争犯。[……]

3. 对国际人道法的违反

(1) 刚果民主共和国人权报告

[资料来源: 2000年1月18日联合国第E/CN.4/2000/42号文件; 可访问<http://www.unhchr.ch>]

在世界任何地区人权和基本自由遭受侵犯的问题

特别报告员罗伯特加雷顿先生根据
人权委员会第1999/56号决议提交的
刚果民主共和国人权情况报告 [……]

五、违反国际人道法的行为

A. 金沙萨政府方面

108. 金沙萨政权及其盟国军队主要有以下违反关于武装冲突法律的行为:

攻击平民

109. 特别是1月份对基桑加尼的轰炸和掠夺(17人死亡); 5月份对宗戈 (Zongo) (120人死亡)、利本哥(Libenge)(200人死亡)、戈马(30至65人死亡)和乌维拉(3人死亡)的轰炸, 此外还有乍得士兵在班加(Bunga)和吉梅纳(Gemena)犯下的暴行。另外, 津巴布韦军队轰炸反叛者占领的城镇也造成了很多伤亡。

东北地区的屠杀

110. 在莫比 (Mobe), 搜索反叛者时杀害了约300名平民, 但没有找到反叛者 (1999年1月第二个星期)。

对妇女的性暴力

111. 虽然提出了许多一般性指控, 但多数具体资料涉及到刚果武装部队的士兵在年初逃离赤道省的情况, 他们除了抢劫之外, 还强奸妇女。

B. 刚果民盟和解放运动的部队

对平民的攻击

112. 最为残忍和凶暴的行为是不顾战争法而对平民人口进行的袭击，对马伊－马伊的行为进行报复的手段是攻击平民[……]许多这类屠杀是以砍刀、匕首和枪枝为凶器的，通常总是同时纵火焚烧房屋。刚果民盟说，这些事件是帮派民兵或马伊－马伊人挑衅引起的，但这些集团没有理由对占受害人多数的刚果人或胡图难民进行屠杀。这些事件[……]开始时受到刚果民盟的否认，最后又承认是不幸的错误。[……]所有这些事件的一个共同之处是企图在事后马上掩盖一切痕迹。乌干达士兵11月14日在贝尼 (Beni) 进行了类似的屠杀，未经证实的死亡人数为60名平民。[……]

纵火和破坏

114. 刚果民盟部队纵火烧焚了许多村庄，多数这类事件与屠杀无关，但有时与屠杀同时发生。

驱 逐

115. 在军事行动中有些马伊－马伊人和其他人被逮捕，并被送往卢旺达和乌干达，往往在那里消失得无影无踪。

毁伤身体

116. 特别报告员收到了许多关于毁伤身体的指控，其中至少核实了一个案例。特别报告员在2月份的一次访问中见到了一名18岁的青年，他与一名因受怀疑与马伊－马伊人合作而被卢旺达士兵逮捕的青年人一起拘留在南基伍的一个村庄中。该名18岁的青年人的生殖器被完全割掉，人被遗弃在丛林中，后来他被人救起，然而身体却受到了不可补救的伤害。他的同志被挖出心脏死去。

以强奸妇女作为战争手段

117. 特别报告员得到的报告说，在卡班巴(Kabamba)、卡塔纳 (Katana)、勒维基 (Lwege)、卡林希姆比 (Karinsimbi) 和卡勒伊 (Kalehe) 等地，妇女遭到强奸。另有报告说，在东方省的一些城镇，妇女遭受乌干达士兵的强奸。[……]

(2) 2002年5月基桑加尼大屠杀

[资料来源：阿纳德·扎特曼 (ZAJMAN Arnaud)：“基桑加尼大屠杀”，2002年5月30日，巴黎《解放报》(Liberation)；非官方译文。]

基桑加尼大屠杀

[……]意外事件还是有预谋的犯罪？有一点是肯定的：5月14日至15日，在刚果金沙萨东部的基桑加尼，至少200名刚果人被残忍杀害了，其中一些残忍得骇人听闻。在过去四年里，刚果的第三大城市落入了叛乱团体“刚果民盟/戈马”手里。这是一个受卢旺达控制的不受欢迎的组织。他们实际控制着这个地区，[……]而不是身处金沙萨的总统约瑟夫·卡比拉 (Joseph Kabila)。

一切都从5月14日的黎明开始。此时，一个反对卢旺达占领的叛乱团体控制了当地的一家广播电台。“如果你是一名刚果士兵，请拿起武器。如果你是一个普通百姓，请拿起石头。如果你是拳击手、摔跤手、空手道专家、神汉 (Wizard) 或教士 (fetish-man)，带上你们的知识，你们的力量。把卢旺达人扔出去的时刻来到了”。这家广播电台发出这样的通告，并一一罗列着卢旺达人居住的大楼的名称。

80万基桑加尼居民准备好了，他们等待着反抗卢旺达及其支持者的机会。随着上月底在南非举行的和平谈判的失败，迅速恢复常态的希望破灭了。电台的广播很快传到了自愿参加者的耳中。成千上万的人渐渐聚集在这条位于刚果河和乔波河 (Tshopo Rivers) 之间的城市中心。

让-保罗是一个混血的外国人。他惊恐地呆在家里。“他们将去杀死那些卢旺达人，谁会是下一个呢？卢旺达的种族灭绝就是从电台开始的。”广播对群众起了作用。有五个卢旺达人失去了性命，其中包括三位平民。他们或被射死、或被石头砸死、或被活活烧死。

[……]突然间，一群“忠诚的叛乱”士兵掌控了广播电台。他们冲进大楼，命令那些叛徒离开，并告诉人们回家去。他们在城市大街上向着天空开枪。人群散开了，事情本来可以就此结束。但是，就在接近中午时分，一群“祖鲁族人” (Zulus) 从“刚果民主联盟”的总部、卢旺达部队在刚果-金沙萨的驻扎地、刚果最东端的城市戈马乘机抵达了。卢旺达人指挥着一支强有力的代号为“120”的不明来源的部队。一群祖鲁族人抢劫了一家酒店，另一些正在教堂边上喝啤酒，剩下的人被看见与“刚果民主同盟”基桑加尼军事行动指挥官劳伦特·昆达 (Laurent Kunda) 在一起。昆达正给他们威士忌喝。看上去恢复了平静，但这些人有他们的任务，而且他们正计划执行任务。

一位比利时牧师盖伊·弗拉根 (Guy Verhaegen) 听到了第一声枪响。紧接着，他看到“祖鲁族人”在整个地区穿行。他呆在教堂区，躲在一堵墙后面。从那里他可以看到正在发生的一些情况。“大约有15个人在一辆敞篷小货车的后面。他们使用自动武器猛烈射击。我没有听到有回击声。有好几次，汽车停下来，士兵们跑进了周边的房子。我不知道他们在里面干了什么。”坦达·堂瓦 (Tenda Tangwa) 就住在这个地区。他非常清楚士兵们做了什么。“他们破门而入，其中一个直接冲入我21岁的儿子的房间。我的儿子央求他不要开枪。士兵说：‘你该恳求上帝，而不是我’，然后杀死了他。”士兵们在下午过了一一半的时候离开了这里。根据弗拉根教父的说法，有40到50人被杀害。

没有权限。联合国在基桑加尼有一支500名乌拉圭和摩洛哥士兵组成的分遣队。他们在那里是维持“停火协议”的。他们什么也没做。蓝盔部队的联合国观察团在刚果民主共和国特派团（联刚特派团）配有武装……但是没有权利干预。基桑加尼被认为在两年前就根据安理会的决议解除了武装，但决议一直都没有被执行。

同时，大屠杀持续进行着。许多与“刚果民主联盟”有关的士兵和警察，因为在卢旺达人眼里没有某些人忠诚，在城市的各地被逮捕了。特别是那些即将开始接受联合国组织的培训的警察，标志着城市中的反叛力量逐渐减弱。人们看到至少有四个人被捆起来，不知被带到了哪里。现在仍没有他们的消息。当天晚上，大量被“祖鲁族人”霸占的交通工具高速驶来，并停在乔波河的铁桥上。他们封锁了大桥、水电大坝、海滩以及下游几百米围成的这片区域。

手被捆着。“他们是卢旺达士兵。很容易就可以辨认出他们，他们有收音机，而且在讲他们的语言[齐尼亚卢旺达语 (Kinyarwanda)]，”当地的一个军民报告说。当地人说，那天整个下午和晚上一直有枪声从岸边传来。第二天，大坝的工人回去工作。因为这次事件，水闸前一天被关上了。现在他们打开水闸，让河流恢复正常。真相随之出现了。“渔夫第一个看到了尸体。他们立刻告诉了我们。几十具尸体冒了出来。”当地一位不愿透露姓名的居民说。“尸体已经被毁伤了，胃部被划开了口子，里面装上了石头。”“他们中的一些人被砍了头”，另一个人补充到。大部分受害者的手都被捆着，而且身着制服。红十字国际委员会能够对尸体进行回收。一位人道工作者说，从河里打捞上来50至150具尸体。一位当地人解释说：“如果那些士兵知道基桑加尼的话，他们决不会在这里犯罪。人人都知道在这里有一股逆流。”尽管已经有许多人被杀害，但是在基桑加尼的荒郊野外，屠杀仍在继续。

联合国刚果民主共和国特派团的一位职员称，曾于5月15日下午在基桑加尼机场目睹约有60人被处决。其中大部分是士兵和警察。“他们被埋在跑道尽头的一个集体坟墓中”。这位不愿透露姓名的职员说。基桑加尼的人民对卢旺达人和反叛团体当然很恼火，但也对蓝盔部队感到生气：“他们不是维持和平的观察团。他们是刚果人尸体观察团。”一位妇女气愤地说。“我们处在黑暗中。”黑暗的中心。

(3) 联合国2002年6月18日新闻报道

[资料来源：联合国2002年6月18日第GG/SM/8277号新闻报道；可访问<http://www.un.org>]

联合国秘书长强烈谴责 胁迫刚果民主共和国内联合国使团的行为

今天，秘书长科菲·安南 (Kofi Annan) 的发言人发表了关于刚果民主共和国的如下声明：

昨天，刚果民盟/戈马的指挥官，带领一队武装分子，强行闯入驻扎在基桑加尼奥纳特拉港口 (Onatra Port) 的联合国驻刚果民主共和国特派团。他们粗暴地对待联刚特派团正在值班的警卫，并且绑架了联刚特派团的两名成员。他们被带进刚果民盟的区域，带到围区的另一端。20分钟后，他们被释放了，在这期间他们遭到了毒打，以及对面部的持续伤害。这一事件之后，刚果民盟/戈马又于昨天下午和今天上午两次强行闯入联刚特派团驻地。

秘书长强烈谴责胁迫联刚特派团的行为。秘书长提醒刚果民盟的领导人，在刚果民主共和国布置联刚特派团是协助推进和平进程的。这只有通过各方的全力合作才有可能实现，同时各方有责任确保联合国工作人员的安全。秘书长希望提醒刚果民盟/戈马在这方面承担的义务，应呼吁它遵守联合国安理会的相关决议。

4. 联合国刚果民主共和国特派团

(1) 权限

[资料来源：刚果民主共和国-联刚特派团-权限，可访问联刚特派团官方网站：<http://www.monuc.org>]

根据安全理事会2000年2月24日第1291（2000）号决议：

联刚特派团经授权由5537名军事人员组成，其中包括至多500名观察员，或秘书长确定需要并可在总兵力和结构范围内容纳的更多观察员，以及人权、人道

事务、新闻、儿童保护、政治事务、医疗支助和行政支助等领域的适当的文职支助人员。联刚特派团与联合军事委员会(JMC)合作履行以下职责：

- 监测《停火协定》的执行情况并调查破坏停火的情事；
- 同所有各方军队的战地总部建立并保持持续的联系；
- 在1291号决议通过后45天内拟订一项行动计划，以便有关各方全面执行《停火协定》，特别着重下列关键目标：收集并核查关于各方部队的军事情报，维持停止敌对行动和各方部队脱离接触与重新部署，《停火协定》附件A第9.1章所列各武装团体的所有成员全面解除武装、复员、重新安置和重返社会，所有外国部队有序地撤离；
- 与国际人道主义机构合作，争取各方释放所有战俘、军事俘虏和遗体；
- 监督并核查各方部队的脱离接触和重新部署；
- 在其部署地区与力所能及的范围内监测遵守《停火协定》关于向战场、包括向附件A第9.1章所列各武装团体供应弹药、武器和其他军需物资的规定的情况；
- 与联刚特派团认为力所能及的范围内，并在可接受的安全条件下，与联合国其他机构、有关组织和非政府组织密切合作，便利人道主义援助和人权监测，特别注意脆弱群体，包括妇女、儿童和复员儿童兵；
- 与全国对话调解人密切合作，向他提供支助和技术援助，并为此协调联合国其他机构的活动；
- 部署排雷专家，以评估地雷和未爆弹药问题的范围，协调开展排雷活动，拟定一项排雷计划，并为支持其任务的需要进行紧急排雷活动。

根据《联合国宪章》第七章采取行动，安全理事会还决定联刚特派团可以在其步兵营部署地区于自认为力所能及的范围内采取必要行动，保护联合国和共处一地的联合军委会的人员、设施、装备和设备，确保特派团人员的安全和行动自由，并保护面临人身暴力的急迫威胁的平民。

随后根据2004年10月1日安理会第1565（2004）号决议，

安理会修改了联刚特派团的职责，授权将联刚特派团的编制增加到5900人*，其中包括至多341名民警人员，并部署适当的文职人员、适当和相称的空中机动资源以及其他增力手段，并决心结合当地局势的演变，定期审查联刚特派团的兵力和结构。

理事会决议联刚特派团将承担以下任务：

* 到2004年10月1日，获授权的统一制服人员编制的总数为17,175人。此前，2002年12月4日的安理会第S/RES/1445号决议和2003年7月28日的第S/RES/1493号决议分别将特派团的编制增加至8,700人和10,800人。

- 在可能动荡不安的重要地区部署并保持人员，以便促进恢复信任，制止暴力，尤其是组织使用武力威胁政治进程，并允许联合国人员自自由开展活动，尤其是在刚果民主共和国东部地区，
- 确保面临迫在眉睫的人身暴力威胁的平民、包括人道救援人员受到保护，
- 确保联合国人员、设施、装置和设备受到保护，
- 确保其他人员的安全和行动自由，
- 同联合国布隆迪行动 (ONUB) 以及刚果民主共和国政府和布隆迪政府建立必要的业务联系，以便协调各方监测和制止战斗人员在两国之间越界移动，[……]
- 不预先通知及检查使用北基伍 (North Kivu)、南基伍 (South Kivu) 和伊图里 (Ituri) 境内港口、空港、机场、军事基地和边界过境点的飞机或任何运输车辆装载的货物，
- 酌情收缴或收集违反第1493号决议第20段所规定措施而进入刚果民主共和国领土的武器和任何有关物资，并适当处理这些武器和物资，
- 及时观察并报告动荡不安的重要地区的武装运动和集团的位置及外国部队的驻留情况，尤其是监测简易机场的使用情况和边界地区，特别是湖区。

安理会决定联刚特派团还应承担支助全国团结和过渡政府的以下任务：

- 按照秘书长第三次特别报告第103 (c) 段的建议，帮助作出安排，以保证金沙萨过渡机构的安全并保护其官员，直至统一的金沙萨警察部队能够接过责任，并协助刚果当局在其他战略地区维持秩序，
- 帮助改善提供人道主义援助的安全条件，并协助难民和境内流离失所者自愿返回，
- 支持刚果民主共和国武装部队牵头解除外国战斗人员的武装，包括采取秘书长第三次特别报告第75段 (b)、(c)、(d)和(e)分段所列的步骤，
- 协助已解除武装的外国战斗人员及其家属复员和自愿遣返，
- 为纳过战斗人员及其家属的解除武装、复员和重返社会国家方案（复员方案）的解除武装部分提供协助，监测该过程并在某些民该地点酌情提供安全保障，
- 帮助圆满完成《包容各方的全面协定》规定的选举进程，协助创造举行自由、透明与和平选举所需的安全环境，
- 协助促进和保护人权、特别注意妇女、儿童和弱势人员，调查侵犯人权行为以杜绝有罪不罚现象，继续同各方合作，努力确保依法惩处应对严重侵犯人权和违反国际人道法负责人，同时密切配合联合国相关机构工作。

理事会授权联刚特派团在其能力范围内，在其部署了武装部队的地区采取一切必要手段，执行上述任务。

理事会进一步决定联刚特派团在其能力范围内，在不影响其执行上述任务的前提下，还有职责根据《包容各方面的全面协定》的各项承诺向过渡政府和当局

提供咨询意见和援助，包括支助秘书长第三次特别报告第62段所述的三个联合委员会，以便促进它们的努力，从而推动下列方面的工作：

- 基本立法，包括未来的宪法，
- 安全部门的改革，包括整编国防部队和国内治安部队，并执行解除武装、复员和重返社会方案，尤其是对警察进行培训和监测，同时确保该部门保持民主性质并充分尊重人权和基本自由，
- 选举过程。

(2) 安全理事会第1592 (2005) 号决议

[资料来源：联合国，2005年3月30日，第S/RES/1592(2005)号决议，可访问<http://www.un.org>]

第1592 (2005) 号决议

2005年3月30日安全理事会第5155次会议通过

安全理事会，

[……]

重申承诺尊重刚果民主共和国和该区域所有国家的主权、领土完整和政治独立，支持2002年12月17日在比勒陀尼亚签署的《关于刚果民主共和国过渡时期的包容各方的全面协定》进程，并呼吁刚果各方履行其在这方面的承诺，尤其是为了能够举行自由、公平与和平的选举，

重申严重关切刚果民主共和国东部、尤其是北基伍省和南基伍省以及伊图里地区武装团体和民兵的敌对行动持续不已，以及与这些敌对行动同时出现的严重侵犯人权和违反国际人道法的行为，呼吁全国团结和过渡政府毫不迟延的将犯罪人绳之以法，并认识到前卢旺达武装部队和联攻派民兵的继续存在仍然威胁当地平民，妨碍刚果民主共和国和卢旺达的睦邻友好关系，

在这一方面，欢迎非洲联盟支持在刚果民主共和国东部开展促进和平工作，应呼吁非洲联盟与联刚特派团密切合作以界定它在这一区域的作用，

回顾安理会谴责这些民兵中的一支民兵于2005年2月25日袭击联合国组织刚果民主共和国特派团（联刚特派团）人员，并欢迎迄今未惩罚他们所采取的初步步骤，特别是逮捕涉嫌对侵犯人权行为负责的民兵领导人，

再次呼吁刚果各方为全国团结和过渡政府、包括武装部队和国家警察的重要职位挑选人员时，要考虑到这些人选在尊重国际人道法和人权方面的记录和承诺，

回顾所有各方均有责任确保平民，特别是妇女、儿童和其他弱势人员的安全，并对持续发生性暴力行为表示关切，

[……]

回顾某些地区自然资源的非法开采和贸易同助长武装冲突之间的联系，断然谴责对刚果民主共和国的自然资源及其他财富来源的非法开采，敦促所有国家、特别是包括刚果民主共和国本身在内的该区域各国采取适当步骤，杜绝这些非法活动，

[……]

注意到刚果民主共和国局势继续对该区域的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. 决定将第1565号决议所载的联刚特派团任务期限延长至2005年10月1日，并打算继续延长；
2. 再次要求各方充分配合联刚特派团的行动，在刚果民主共和国全境确保联合国人员和有关人员的安全，立即允许他们在执行任务时畅行无阻，尤其要求各方给予联刚特派团军事观察员充分的准入，包括准入所有港口、大小机场、军事基地和过境点，并请秘书长立即报告任何不遵守这些要求的情况；
3. 敦促全国团结和过渡政府有效地将国家权力扩展至刚果民主共和国全境，尤其是南、北基伍和伊图里，全力确保包括人道主义人员在内的平民的安全；
4. 呼吁全国团结和过渡政府改革安全部门，迅速整编刚果民主共和国武装部队和国家警察，尤其是确保他们得到足够的薪酬和后勤支助，并强调为此需要立即执行刚果战斗人员解除武装、复员和重返社会国家方案；
5. 还呼吁全国团结和过渡政府与联刚特派团拟订一项联合行动构想，以便在联刚特派团根据其职权和能力提供援助的情况下，由刚果民主共和国武装部队解除外国战斗人员的武装；
6. 呼吁捐助界作为紧急事项，继续坚定地参与提供刚果民主共和国武装部队和国家警察的整编、培训和装备所需的援助，并敦促全国团结和过渡政府推动以一切可能手段促进和加快为此目的而开展的合作；
7. 强调授权联刚特派团动用一切必要手段，在其能力范围内和部队部署地区阻止以武力威胁政治进程的任何企图，确保面临迫在眉睫的人身暴力

威胁的平民受到保护，免遭任何外国或刚果武装团体、尤其是前卢部队和联攻派民兵的迫害，为此鼓励联刚特派团继续在刚果民主共和国东部充分行使第1565号决议所赋权力，并强调，根据任务规定，联刚特派团可利用警戒和搜索策略防范对平民的袭击，瓦解继续在这些地区使用暴力的非法武装团体的军事能力；

8. 呼吁刚果民主共和国过渡进程所有各方为按照《包容各方的全面协定》举行选举取得具体进展，尤其是推动早日通过宪法和选举法以及进行选民登记；
9. 要求乌干达、卢旺达和刚果民主共和国政府制止利用各自领土支助违反2003年7月28日第1493号决议规定的武器禁运的行为或支助在该区域行动的武装团体开展活动；
10. 还敦促刚果民主共和国的所有邻国阻止任何支助非法开采刚果自然资源的活动，尤其是防止此类资源进出各自领土；
11. 重申关切联合国人员对当地居民的性剥削和性虐待行为，请秘书长确保其界定的零容忍政策及为防范和调查一切形式的不端行为而制订的各项措施得到遵守，惩处应负责任者，为受害者提供支助，对联刚特派团所有人员积极开展培训和提高认识活动，还请秘书长定期向安理会通报所执行的措施及其效力；
12. 敦促部队派遣国仔细研究秘书长2005年3月24日的信(A/59/710)，采取适当行动，包括进行部署前提高认识培训，以预防其参加联刚特派团的人员从事性剥削和性虐待活动，并在涉及本国人员的行为失检案件中采取惩戒措施和其他措施，确保全面追究其责任；
13. 决定继续积极处理此案。

讨 论

1. (1) 刚果民主共和国内发生的冲突在性质上属于国际性冲突还是非国际性冲突？为判断冲突的法律性质，是否有必要区分政府与叛乱武装间的斗争，以及外国势力介入的斗争？（比较《日内瓦公约》共同第2条和第3条。）
- (2) 举例来说，在刚果政府军即“刚果军队”与“刚果民主同盟”的军队之间的冲突属于什么性质？作为卢旺达政府军的“卢旺达爱国阵线”与作为卢旺达叛乱团体的“帮派民兵”在刚果领土上发生的冲突又属于什么性质？
- (3) 外国的干预是否自动使冲突国际化？对津巴布韦军队（与“刚果军队”一起）打击“刚果民主同盟”的情况，以及（卢旺达政府的）“卢旺达爱国阵线”与“刚

果军队”或与刚果政府结盟的其他非国家的武装团体进行的战斗是否也可以用同样的方法分类？

- (4) 某项冲突情势是否可以根据国际和国内参与方的数量分成若干双边关系，这样国际人道法可适用的范围就会根据彼此对抗的参与方而有所不同？例如，适用于“刚果军队”与“刚果民主同盟”间冲突的国际人道法的范围是否比适用于“刚果军队”与“卢旺达爱国阵线”间冲突的国际人道法的范围要窄？即便“刚果民主同盟”是受到“卢旺达爱国阵线”的支持也是这样吗？
 - (5) 如果涉及非国际性武装冲突，应适用哪些规定？考虑到在当时刚果民主共和国还不是《第二附加议定书》的缔约方，可适用的条款是否只有《日内瓦公约》共同第3条？当时的情况是否满足了《第二附加议定书》的适用条件？是否可以针对非国家的武装团体实施国际人道法？如果非国际性武装冲突的各方“决心确保尊重[……]1949年《日内瓦公约》及其1977年的《附加议定书》”（《卢萨卡协定》序言），是否可以将国际人道法适用于他们？前言的这段规定是否只对《卢萨卡协定》的缔约方有效？这是否意味着对即使未批准《第二附加议定书》的国家也可以适用该议定书？
2. (1) 根据国际人道法，什么时候可以认为领土已被占领？（比较《海牙章程》第42条。）被卢旺达或乌干达控制的刚果领土是否属于国际人道法意义上的被占领土？根据国际人道法，占领国应当承担哪些义务？
 - (2) 占领国是否被授权开发所占领土的自然资源？可以在多大程度上进行开发？国际人道法的哪些条款规定了此类问题？这类开发算得上是征用吗？如果算得上，这种征用是否与国际人道法相一致？占用（seize）和征用财产的区别是什么？占领者可以占用什么？占领者可以征用什么？国际人道法是否包含了具体的规则来规范这两种行为？根据《海牙章程》第53条，占用须满足哪些必要条件？《章程》的条款明示了还是暗含了这些条件？占领国是否应对私人公司开采矿产资源的行为负责？（比较《日内瓦第四公约》第33条第2款，《海牙章程》第23条第7项、第42条第2款、第47、52和53条（比较文件一），以及第1071页，**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；第1221页，**案例110**：以色列，阿尤布诉国防部长案，第1234页**案例112**：以色列纳瓦尔诉国防部长案。）
 - (3) 占领国的当局是否有义务遵守《日内瓦第四公约》适用于被占领土的规定？这些规定适用于刚果的情况吗？适用于被占领土上卢旺达国民的行为吗？（比较《日内瓦第四公约》第4、13、25、26、29、45、47和70条，《第一附加议定书》第70条；以及第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案。[比较3. 上诉分庭，事实真相，第163至169段。]）他们是否有权在卢旺达的领土上逮捕卢旺达国民并将他们运送到自己的领土？（比较《日内瓦第四公约》第49条。）卢旺达或乌干达的当局是否可以在刚果领土上逮捕叛乱的卢旺达国民并把它们分别送往卢旺达或乌干达？（比较《日内瓦第四公约》第4、49和第70条第2款，《第一附加议定书》第73条；以及第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案。[比较3. 上诉分庭，事实真相，第163至169

- 段。1) 国际人道法是否禁止强迫失踪的做法？国际人道法是否调整失踪人问题？（比较《日内瓦第四公约》第26条和第137条，《第一附加议定书》第32条和第33条，《国际刑事法院规约》第7条第1款第1项和第7条第2款第1项；第634页，**案例15**。）
- (4) 被刚果当局的盟友（特别是安哥拉和津巴布韦）控制的刚果领土是否已被宣称或被占领土？即便他们的控制是得到“东道国”的同意也是如此吗？即便这种控制是通过特许矿山开采权的形式实现也是如此吗？即便同盟国是被授权在刚果领土上追踪叛乱组织也是如此吗？（例如安哥拉军队打击“争取安哥拉彻底独立全国联盟”的武装）。
3. 红十字国际委员会是否可以处理“回收死者和治疗伤员”（《卢萨卡协定》第9条）或者“回收尸体”（上述文件：（三）.3.(2)）等事情？在什么条件下可以这么做？在埋葬尸体之前是否必须经过辨认？这属于红十字国际委员会的职权范围吗？有关各方是否有义务接受红十字国际委员会的服务？（比较《日内瓦公约》第9、17和第18条；《日内瓦第四公约》第10条和第140条；《第一附加议定书》第33条。）
4. (1) 在刚果民主共和国，联合国部队扮演什么样的角色？他们是否有权使用武力来阻止屠杀？如果联合国不这么做，它是否应承担责任？联合国的会员国呢？联合国是否应基于联卢援助团的调查报告来行动，以避免在刚果民主共和国重犯在卢旺达所犯的错误？这两国的形势是否具有可比性？
- (2) 国际人道法是否禁止袭击联合国部队？非国家团体是否受此禁止规定的约束？（比较《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第3目和第8条第2款第5项第3目；第634页，**案例15**；另见第629页，**案例14**：《关于联合国人员安全问题的公约》，[比较第9条。]）
- (3) 既然刚果民主共和国是《国际刑事法院规约》的缔约国，该法院是否对刚果冲突的责任人具有管辖权？该法院对其他违反国际人道法的责任人有管辖权吗？卢旺达问题国际刑事法庭对刚果民主共和国冲突框架下违反国际人道法的人是否具有管辖权？法庭是否至少应对在刚果领土内的卢旺达冲突的延续方面（例如，在刚果民主共和国领土内“卢旺达爱国阵线”与“帮派民兵”的斗争）具有管辖权？（比较第634页，**案例15**：国际刑事法院；第2138页，**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。）
5. 《日内瓦公约》及其《附加议定书》是如何保证受害者受到援助和保护的权利的？在国际性武装冲突和国内武装冲突的框架下这种保证是否完全一样？《第二附加议定书》关于获得人道援助的规定是否比有关国际性武装冲突的国际人道法的规定更加有限？（比较《日内瓦公约》各自的第9/9/9/10条，《日内瓦第四公约》第23、30、55、59至62条和第148条，《第一附加议定书》第68至71条，《第二附加议定书》第5条和第18条。）
6. 联合国工作人员是否受国际人道法的约束？他们是否应受约束？假定他们应该受到约束，其中一些人的性剥削和性虐待行为应如何定性？谁有责任起诉这些罪行？

(一) 国际社会的反应

案例196. 联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》

案 例

1. 规约

[资料来源：1994年11月8日，联合国文件，第S/RES/955号]

起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间
在卢旺达境内的种族灭绝
和其他严重违反国际人道法行为负责者
和应对这一期间邻国境内种族灭绝
和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的
国际刑事法庭规约

安全理事会，
[……]

审议了秘书长根据1994年7月1日第935(1994)号决议第3段提出的报告(S/1994/879和S/1994/906)，并注意到联合国人权委员会卢旺达问题特别报告员的报告(S/1994/1157，附件一和附件二，

表示感谢第935(1994)号决议所设专家委员会的工作，特别是秘书长1994年10月1日的信(S/1994/1125)转递的专家委员会关于卢旺达境内违反国际人道主义法行为的初步报告，

再次表示严重关切有报道指出卢旺达境内广泛发生种族灭绝和其他有计划的、公然违反国际人道主义法行为，

断定这一情况对国际和平与安全仍然构成威胁，

决心制止这种罪行，并采取有效措施，将应对上述罪行负责的人绳之以法，

深信在卢旺达的特殊情况下，起诉应对严重违反国际人道主义法行为负责者能使这一目标得以实现，并有助于民族和解以及恢复和维持和平的进程，

相信设立国际法庭来起诉应对种族灭绝和上述违反国际人道主义法行为负责者将有助于确保遏止并切实纠正上述违法行为，

还强调需要国际合作以加强卢旺达的法院和司法制度，特别是考虑到这些法院需要审理大批嫌疑犯，[……]

根据《联合国宪章》第七章采取行动，

1. 收到了卢旺达政府的要求(S/1994/1115)，兹决定设立一个国际法庭，专为起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间卢旺达境内种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民，并为此目的通过本决议所附《卢旺达问题国际法庭规约》；
2. 决定所有国家应根据本决议和《国际法庭规约》同国际法庭及其机构充分合作，因此所有国家应根据其国内法采取一切必要措施，以执行本决议和《规约》的规，包括各国义务遵从审判分庭按照《规约》第28条发出的援助要求或命令；并请各国不断向秘书长通报这些措施的执行情况；
3. 认为在按照《规约》26和27条作出决定前，应先通知卢旺达政府；[……]

附 件

《卢旺达问题国际法庭规约》

安全理事会根据《联合国宪章》第七章设立的起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭（以下称为“卢旺达问题国际法庭”），应依照本规约各条款履行职责。

第1条：卢旺达问题国际法庭的职权范围

卢旺达问题国际法庭有权根据本规约各条款，起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和为邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民。

第2条：灭绝种族

1. 卢旺达问题国际法庭应有权对犯有本条第2款定义的灭绝种族罪的人或犯有本条第3款所列举任何其他行为的人予以起诉。
2. 灭绝种族指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团，犯有下列行为之一：
 - (a) 杀害该团体的成员；
 - (b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；
 - (c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；
 - (d) 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；
 - (e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。
3. 下列行为应予惩治：
 - (a) 灭绝种族；
 - (b) 同谋灭绝种族；
 - (c) 直接公然煽动灭绝种族；
 - (d) 意图灭绝种族；
 - (e) 共犯灭绝种族。

第3条：危害人类罪

卢旺达问题国际法庭应有权对出于民族、政治、人种、种族或宗教原因，在广泛的或有计划的攻击平民中对下列罪行负有责任的人予以起诉：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境；
- (e) 监禁；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸；
- (h) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害；
- (i) 其他不人道行为。

第4条：违反《日内瓦公约》的共同第3条和《第二附加议定书》的行为

卢旺达问题国际法庭有权起诉犯下或命令他人犯下严重违反1949年8月12日各项《关于保护战争受害者的日内瓦公约》的共同第3条和1977年6月8日公约的《第二附加议定书》的行为的人。违法行为包括但不限于：

- (a) 强暴对待人的生命、健康以及身体或精神福祉,特别是谋杀以及诸如拷打、截肢或任何形式的体罚等酷刑;
- (b) 集体处罚;
- (c) 劫持人质;
- (d) 恐怖主义行为;
- (e) 残害人性尊严,特别是羞辱和贬损、强奸、迫良为娼以及任何形式的粗鄙攻击;
- (f) 劫掠;
- (g) 事先未经正规组成的提供文明人所承认且不可或缺的司法保证的法院审判而逕行宣判和执刑;
- (h) 威胁要犯下上述的任何行为。

第5条：属人管辖权

卢旺达问题国际法庭根据本规约的规定,对自然人有管辖权。

第6条：个人刑事责任

[除提到具体条款外,与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条的规定一致,参见第1781页, **案例179**: 联合国,《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。]

第7条：属地和属时管辖权

卢旺达问题国际法庭的属地管辖权涵盖卢旺达的领土,包括其地面和领空以及卢旺达公民严重违反国际人道主义法行为所涉邻国领土在内。卢旺达问题国际法庭的属时管辖权涵盖自1994年1月1日起,至1994年12月31日止。

第8条：并行管辖权

[在作必要的修正后,与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第9条的规定一致,参见第1781页, **案例179**: 联合国,《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。]

第9条：一罪不二审

[除提到卢旺达的地方外,与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第10条的规定一致,参见第1781页, **案例179**: 联合国,《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。]

第10条：卢旺达问题国际法庭的组成

卢旺达问题国际法庭将由下列机构组成:

- (a) 分庭,其中包括两个审判分庭和一个上诉分庭;
- (b) 检察官;
- (c) 书记官处。

第11条：分庭的构成

[根据安全理事会1512 (2003) 号决议修正]

1. 各分庭应由16位独立常任法官组成，但不得有任何两位为同一国国民；同时在任何一个时候应有最多9位按照本规约第12之三条第2款任命的独立审案法官，但不得有任何两位为同一国国民。
2. 每个审判分庭应有3位常任法官以及在任何一个时候加上最多6位审案法官。每一个获派审案法官的分庭可分为若干个审判组，各由3位法官组成，其中兼有常任法官和审案法官。审判分庭的审判组应拥有本规约赋予审判分庭的同样权力和职责，并应根据同样规则作出判决。[……]

第14条：程序和证据规则

卢旺达问题国际法庭的法官，为了卢旺达国际法庭诉讼的目的，应采用前南斯拉夫国际法庭关于诉讼预审阶段、审判和上诉的进行、证据的采用、受害人和证人的保护和其他相关事项的程序和证据规则，并作出他们认为必要的更改。

[除提到提到卢旺达的地方外，第15至25条与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第16至26条的规定一致，参见第1781页，**案例179**：联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。][……]

第26条：判决的执行

将在卢旺达问题国际法庭已从已向安全理事会表示愿意接受已定罪者的国家名单中指定的国家服刑。这种徒刑应符合有关国家的适用法律，并须受卢旺达问题国际法庭的监督。

[除提到卢旺达的地方外，第27至32条与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第28至30条，32至34条的规定一致，参见第1781页，**案例179**：联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。]

2. 安全理事会第1534 (2004) 号决议

[资料来源：2004年3月26日，联合国安全理事会第4935次会议通过的第1534 (2004) 号决议。]

安全理事会，[……]

回顾并最坚决重申2002年7月23日安全理事会主席发表的赞同前南问题国际法庭的完成工作战略的声明(S/PRST/2002/21)和2003年8月28日第1503(2003)号决议，

回顾第1503(2003)号决议吁请前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南问题国际法庭)和卢旺达问题国际刑事法庭(卢旺达问题国际法庭)采取一切可能的措施，在2004年底完成调查，在2008年底完成所有一审工作，在2010年完成全部工作

(《完成工作战略》), 并请前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的庭长和检察官在提交安理会的年度报告中解释他们执行《完成工作战略》的计划, [……]

根据《联合国宪章》第七章采取行动, [……]

4. 吁请前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭检察官分别审查两个法庭的案卷, 特别要确定哪些案件应该继续审理, 哪些应该移交给国家主管司法机构, 以及需要采取哪些措施, 以实现第1503(2003)号决议所述《完成工作战略》, 并敦促他们尽快进行这一审查, 在根据本决议第7段提交安理会的评估报告中列入进度报告;
5. 吁请两法庭在审查和确认新的起诉时, 按照第1503(2003)号决议的规定, 确保这类起诉集中于涉嫌应对各该法庭所审理罪行负最大责任的最高级领导人; [……]
9. 回顾加强国家主管司法系统对法治、特别是对执行前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的《完成工作战略》至关重要; [……]

讨 论

1. (1) 《规约》是否对1994年卢旺达的形势作出了定性?
 - (2) 种族灭绝与武装冲突之间的区别是什么? 武装冲突是否可以成为种族灭绝行为? 是否每一次种族灭绝都至少属于《日内瓦公约》共同第3条调整的武装冲突? 为什么国际人道法不明确禁止种族灭绝行为? 同样的行为是否可以属于《规约》第2条至第4条的调整范围?
 - (3) 《规约》第2条和第3条列举的哪些行为不一定为《第二附加议定书》所涵盖?
2. (1) 卢旺达的种族灭绝尽管不是国际性的, 但是否已对和平构成了威胁(从而可以采取《联合国宪章》第七章规定的措施)? 建立法庭起诉违反国际人道法者是否是停止威胁的适当措施? 今天我们是否可以说它有助于卢旺达重建和平? 那(最终结果)真正起作用了吗? 起诉(前)领导人是否非但没有实现和平反而使和解变得更加困难?
 - (2) 或者违反国际人道法本身是否就构成对和平的威胁(从而可以采取《联合国宪章》第七章的措施)? 即使非国际性武装冲突的情况也会如此吗? 是否可以说武装冲突之外的大规模侵犯人权也同样构成对和平的威胁?
3. (1) 联合国安全理事会可以建立法庭吗? 这样的法庭具有独立性吗? 它是“依法建立的法庭”吗? 建立一个可以审判在它建立之前所犯罪行的法庭本身是否违反了(国际人道法和国际人权法中)刑事立法禁止溯及既往的规定?

- (2) 除通过安全理事会的决议建立外，还可以怎样建立卢旺达问题国际刑事法庭？其他方法的优缺点各是什么？
4. 国际人道法是否规定了起诉严重违反非国际性武装冲突的国际人道法的内容？这么做是否与国际人道法相一致？
5. 《规约》第2条至第4条属于刑事立法还是仅仅是对卢旺达问题国际刑事法庭的职权的规定？
6. (1) 考虑到无论是《日内瓦公约》共同第3条还是《第二附加议定书》都没有规定对违反非国际性武装冲突的法律的个人刑事责任，《规约》第4条是否可以够得上是刑事立法？这些行为是否为卢旺达的法律所禁止（因为卢旺达是《第二附加议定书》的缔约国）？这些行为根据卢旺达的法律应受惩罚，这一事实是否足以说没有违反“法无明文不为罪”这一原则？这一原则是否只在存在这种立法的情况下才应受到尊重？《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》是否可以看作自动执行的刑事立法？
- (2) 为什么《规约》第4条只重复的是《第二附加议定书》第4条第2款，而没有重复其他条款？这对于证明其他违反《第二附加议定书》的行为也是严重违反行为有意义吗？你是否可以举例说明某些违反《第二附加议定书》条款的行为当然属于《规约》第4条的范围？你是否也可以举出某些虽违反了《第二附加议定书》但不属于《规约》第4条调整范围的例子？
7. 《规约》第9条是否与关于非国际性武装冲突的国际人道法相一致？（比较《日内瓦公约》共同第3条，以及《第二附加议定书》第6条。）
8. (1) 卢旺达问题国际刑事法庭依职权拘留的人（等待审判或已被判决）是否受到《第二附加议定书》第5条和第6条的保护？《规约》中是否包含与国际人道法的此类保障不相一致的条款？
- (2) 红十字国际委员会是否有权探访被指控者？

案例197. 联合国，多国部队为人道援助提供便利

案 例

[资料来源：1996年11月15日，联合国文件，第S/RES/1080号]

安全理事会，

[……]

严重关切大湖区、特别是扎伊尔的局势日益恶化，[……]

强调所有国家必须按照《联合国宪章》规定的义务尊重该区域各国的主权和领土完整，

强调有关各方必须严格尊重国际人道主义法的有关规定，[……]，

认识到国际社会必须紧急应付扎伊尔东部当前的局势，

重申迫切需要在联合国和非统组织主持下举行一次大湖区和平、安全与发展问题国际会议，以综合处理该区域的问题，

确定扎伊尔东部当前局势对该区域的国际和平与安全构成威胁，

铭记多国部队如下所述的人道主义目的，

根据《联合国宪章》第七章采取行动，

1. 重申谴责一切暴力行为，要求立即停火和彻底停止该区域一切敌对行动；[……]，
3. 欢迎会员国同该区域有关各国协商后已表示愿意为人道主义目的建立一支临时多国部队，以协助人道主义组织立即返回，协助民间救济组织有效运送人道主义援助以减轻扎伊尔东部流离失所者、难民和处境危险的平民目前的苦难，协助联合国难民事务高级专员将难民自愿而有秩序地遣返，以及协助流离失所者自愿返回，并请其他有关国家表示愿意参与这些努力；[……]，
5. 授权与秘书长合作的会员国开展上文第3段所述的行动，以利用一切必要手段达成该段所列的各项人道主义目标；
6. 吁请该区域有关各方与多国部队和人道主义机构充分合作并确保其人员的安全和行动自由；
7. 吁请参加多国部队的会员国与秘书长合作，并与联合国扎伊尔东部人道主义援助协调员及有关的人道主义救济行动密切协调；[……]，
12. 表示打算授权设立一个后续行动以接替多国部队，并请秘书长至迟在1997年1月1日提交一份报告，内载他关于这一行动的可能概念、任务、结构、规模和期间以及估计费用的建议；[……]。

讨 论

1. (1) 如此大规模的形势是否构成对和平的威胁，因此有理由根据《联合国宪章》第七章采取措施？违反国际人道法本身（特别是不接受人道援助）是否可以构成对和

平的威胁，从而可以采取《联合国宪章》第七章的措施？武装冲突之外的大规模侵犯人权的情况是否也可以说构成了对和平的威胁？

- (2) 派遣多国保护部队为人道援助提供便利是否是停止威胁的适当措施？军事部队真的应当承担这样的角色吗？它可以这样做吗？联合国运用职权提供保护部队是否是解决这种情势的最好方法，特别是当可能使用“一切必要措施”时？它有助于重建法律与秩序吗？将这里的目标定义为解决冲突而不是人道行动是不是更加准确？
- (3) 军事部队和人道组织各自的角色应该怎样分配？
2. (1) 人道援助与冲突解决之间有哪些突出的区别？它们为什么应该保持不同的目标？
- (2) 如何尽可能避免“干涉”一国内政？人道干预与政治干涉的分界线在哪里？
3. (1) 是否可以设想联合国派遣军事部队仅仅是为了执行国际人道法而完全排除任何解决冲突的行动？
- (2) 如果一国、一个组织或军事部队既想介入冲突的解决又想执行国际人道法或提供人道援助，它们会面临什么问题？
4. 联合国派遣的多国部队是否受国际人道法的约束？国际人道法的适用性是不是取决于这些部队是否被看作依各自国家的授权行事？国际人道法是否适用于此处的国际部队？对于下述观点，你的看法是什么：国际人道法不能被正式适用于这样的军事行动，因为它们不是平等主体之间的武装冲突，而是经安全理事会授权，由国际社会进行的如不属于“警察行动”也是执法行动，反映了国际法律规则的目的不是进行战争，而是推行“法律和秩序”？（比较《日内瓦公约》共同第2条。）
5. 国际性或非国际性武装冲突的当事方是否有义务接受对平民提供的必要人道援助？人道组织或第三国在未得到有关当事方同意的情况下可以提供这种必要的人道援助吗？联合国安全理事会的决议是否可以取代这样的同意？（比较《日内瓦第四公约》第1、2、3、59至61条，《第一附加议定书》第69、70、81条，以及《第二附加议定书》第18条。）

案例198. 德国，与卢旺达问题国际刑事法庭合作之法规**案 例**

[资料来源：“Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für Rwanda”, in BGBl(Bundesgesetzblatt) 1998 I. p. 843; 原文用德语写成，此为非官方译文。]

§ 1. 合作的义务

- (1) 根据本法，德意志联邦共和国将履行联合国安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的第955 (1994) 号决议中所声明的合作义务。
- (2) 依本法的目的，“法庭”一词指的是由第955 (1994) 号决议建立的起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭，并应包括它的分庭、检察当局、法庭的成员以及检察当局的成员。

§ 2. 相关刑事诉讼程序在德意志联邦共和国的地位

- (1) 根据法庭的要求，如涉及法庭管辖权范围内的罪行，无论刑事诉讼程序进行到任何阶段均应移转给法庭。如依此移转的刑事诉讼程序已经导致强制接受一项依法有效的判决，一旦依第3条第1款犯罪嫌疑人已经处于法庭的羁押之下，那么应停止对该判决的进一步执行。
- (2) 一旦根据第1款第1项提出了这样的要求，即不得针对任何人就法庭管辖权范围内的罪行发动因此进行审判或已经进行审判的程序。
- (3) 在满足第1款第1项的要求的情况下，适格的法院应当作出将程序移转给法庭的决定。该法院还应向法庭提交现有的证据、调查报告和截至目前已经进行的程序，以及任何已经宣布的司法决定。[……]
- (4) 根据应由公诉人作出最终决定的限定条件，如果法院的诉讼程序尚未停止，第3款第1项和第2项在进行必要修改后予以适用。[……]
- (6) 在第3款第1项规定的情况下，法院在法庭对已经移转的程序作出法律结论之前不应应对移转给法庭前的程序发生的费用作出裁决。关于这一点，法院应根据法庭对罪行与惩罚的裁决来断定费用。在与有关当事方磋商之后，法院应以法院命令的形式让此费用决定生效。第1项和第3项在做出必要的修改后适用于根据刑事诉讼程序赔偿法作出的决定。

§ 3. 个人的移转与运送

- (1) 为起诉法庭管辖权范围内的罪行的目的，或为执行施加于此类罪行的刑罚的目的，应法庭的要求，任何居住在本法效力范围内的人其行为都应受到限制，并交由法庭羁押或交由承担着执行法庭判决的责任的国家羁押。
- (2) [……]《刑事问题国际共同协助法》在做出必要的修改后适用于此类程序。
- (3) 为起诉法庭管辖权范围内的罪行的目的，或为执行施加于此类罪行的刑罚的目的，应法庭的要求，有关个人在本法效力范围内进行运送时，为确保运送的目的应进行羁押。[……]

§ 5. 通过执行进行共同协助

- (1) 共同协助可以通过对法庭发布的一项依法有效的监禁判决的执行得到实现。
- (2) [……]如果德国执行当局认为已经执行了某项判决，如果罪犯在最终判决做出之前脱逃，如果因其它原因对判决的执行不再可能，或者在法庭要求一项特别报告的情况下，适格的当局，[……]应当对法庭进行相应的建议或协助。
- (3) 如果依有关适格当局的意见应当考虑宽恕，那么适格的当局根据《刑事问题国际共同协助法》第74条第1项应该向法庭提出相应的建议，以便法庭考虑做出同意宽恕犯罪嫌疑人的裁定。

§ 6. 特权与豁免

法官、检察当局的主任、法庭庭长应当享有同外交官根据国际法所享有的一样的特权、豁免、免除或便利。考虑到为高效执行法庭任务有必要作这种安排，在对1946年2月13日《联合国特权与豁免公约》(1980年第2号《联邦法律公报》，第941页)第6条第22节进行必要修改后适用于其它与法庭程序密切相关、但非法庭成员的人。

§ 7. 生效

本法自颁布之第二日生效。

讨 论

1. 安全理事会第955号决议（参见第2138页，**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》）在多大程度上可以约束国际社会同卢旺达问题国际刑事法庭合作？
2. (1) 国家是否必须制定与有关国际法庭合作的法律？
(2) 这类法律是否应阐明卢旺达问题国际刑事法庭的司法管辖权？
(3) 为什么关于在刑事问题上共同协助的普通立法不足以执行第955（1994）号决议？第955号决议可以被看作可自动执行的吗？根据第955号决议，哪些义务超越了普通的引渡和共同司法协助条约？
3. 你是否认为卢旺达问题国际刑事法庭与德国对某一被告的命运会有利益冲突？
4. 这一立法是否授权德国逮捕嫌犯并转交给卢旺达问题国际刑事法庭的主管机构？德国是否可以不转交嫌犯并根据自己国家的法律对其进行审判？
5. 这类立法是否阻止了那些为免遭被起诉而决定前往德国的嫌犯？

案例199. 卢森堡，与国际刑事法庭合作之法规**案 例**

[资料来源：卢森堡，1999年5月18日，《为执行和便利与前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的合作引入某些措施的法律》，可访问<http://www.cicr.org/ihl-nat>法文版；此为非官方译文。]

1999年5月18日为便利同[……]合作引入某些措施的法律

- 2) 由联合国安全理事会第955（1994）号决议建立的起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭。

我们，让，受上帝、卢森堡大公爵、拿骚公爵的恩典；

已听取了国务委员会的意见；

议会已正式同意；

考虑到1999年4月21日议会的决定，1999年4月27日国务委员会第二次投票未获承认的决定；

已颁布并确认颁布：

第一条

在适用[……]联合国安全理事会第955 (1994年11月8日) 号建立的起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭的决议时，根据本法，卢森堡大公国应在惩治违反行为方面发挥作用，并应与[该法庭]合作。

下列规定适用于任何根据卢森堡的法律被指控按照[……]第955号决议建立的国际法庭规约第2条和第4条严重违反1949年8月12日《日内瓦公约》及1977年6月8日在日内瓦签署的《第二附加议定书》、违反战争法律与惯例、种族灭绝或危害人类罪的人。

第一节：卢森堡法院的司法管辖权与延缓

第一小节：卢森堡法院的司法管辖权

第二条

在不损害其他专门法律规定的前提下，那些被指控犯有上述罪行的人或其同犯如果在卢森堡境内被发现，则可以被起诉并交由卢森堡法院审判。在意图犯此类罪行应受惩罚的情况下，这些规定也适用于此类犯罪意图。

如果起诉所涉的罪行属于国际法庭的管辖范围，首席国家检察官应通报国际法庭。首席国家检察官应同时将此类通报的副本发给司法部长。

对构成严重违反国际人道法的罪行，如果被告人已经由国际法庭以同一理由审判，那么不得在国内法院再行起诉此罪行。

第二小节：卢森堡法院的延缓

第三条

国际法庭要求卢森堡延缓调查程序或卢森堡法院延期审理的请求原件，连同所有证明文件，应提交给司法部长，以保障相关程序适当进行。

第四条

根据具体情况，如果调查正在进行，首席国家检察官或其他国家检察官应通知调查官员；如果法院已经在拘留待审或直接传唤的基础上开始处理案件，应通知其按照国际法庭的要求延缓审理。

延期处理的要求应同时通知其他相关当事方。由通知产生的调查应该在八日内进行。调查官员或处理案件的法院也要决定获取当事方的口头声明。为此目的，书记官应该通过挂号信的形式传唤相关当事人。

第五条

如果调查官员或正在处理案件的法院认为构成请求延期理由的罪行属于本法第一条的涵盖范围，并无明显的错误，他/她应该延缓案件并交给国际法庭。不得对调查官或处理案件的法院做出的延缓案件的决定提出上诉。

第六条

案件一旦被延缓，案件相关文件应由司法部长交给国际法庭。

第七条

国内司法系统对案件的延缓不影响当事方根据调整刑事案件调查法典第三条的规定提出损害赔偿请求的权利。

在法院已延缓案件的情况下，除非法律另有规定并且不损害国际法庭命令将非法获取的所有财产和资源归还其合法所有者的能力，该法院保有应已延缓的刑事案件受害人起诉损害赔偿的要求，在国际法庭发布刑事判决之后对民事诉讼作出裁定的能力。

第二节：司法合作

第一节：国际司法协助

第八条

国际法庭或其检察官请求司法协助的原件或经过鉴定的副本，连同相关证明文件，必须提交给司法部长。

这些文件应转寄给具有属地管辖权的地方法院的国家检察官，他将采取一切必要的步骤。

在紧急情况下，可以将这些文件通过一切可能途径直接寄送具有属地管辖权的地方法院的国家检察官。同时这些文件应以前述段落规定的形式寄送。

第九条

根据具体情况，协助请求可以由具有属地管辖权的地方法院国家检察官处理，或由地方法院的调查官员处理，在适当情况下，国际法庭的检察官可以在场。

应国际法庭或其检察官的要求提供任何信息或在卢森堡领土范围内执行这些机构颁布的任何许可证，都应在符合国内法的情况下进行，特别是应与国内当局的职权范围相一致，同调整刑事案件调查的法典相一致。在处理这些要求的过程中，起草的报告应由司法部长根据情况提交给国际法庭或其检察官。

对于紧急案件，此类报告经过鉴定的副本可以通过一切手段直接寄送给国际法庭。

第十条

对卢森堡领土上的财产采取任何保全措施之前都必须获得司法部长的批准。为此目的，具有属地管辖权的地方法院的调查官员将发布搜查和查封命令。

第二小节：逮捕与移交罪犯

第十一条

国际法庭或其检察官关于逮捕或移交罪犯的请求原件，连同所有证明文件，必须寄送给司法部长，在确保相关程序适当后，司法部长将把文件转寄给被搜寻人住所地或可以找到他/她的地方的地方法院的国家检察官。

国家检察官将向地方法院法庭提出宣布国际法庭的逮捕请求可予强制执行的申请。

在紧急情况下，可以将这些文件通过一切可能途径直接寄送具有属地管辖权的地方法院的国家检察官。同时这些文件应以前述段落规定的形式寄送。

第十二条

卢森堡领土上任何被指控犯有第一条所列罪行的人，经国际法庭适当请求逮捕和移交后，一俟地方法院法庭应国家检察官的请求宣布了国际法庭的请求可予强制执行，即应毫不迟延的被逮捕，在紧急情况下，一旦国家检察官或地方法院的调查官在国家检察官的要求下发布了逮捕许可，国际法庭所指控的人就应被逮捕。被逮捕者应立即获知针对他/她的指控。

被追捕者在被逮捕后24小时内应交给调查官员。调查官员应记录被捕者同意提供的任何信息和解释。

被捕者可以随时向地方法院法庭提出被释放的申请。后者应根据调整刑事案件调查的法典第116条 (f) 进行处理。然而，该申请不应推迟移交被捕者。

第十三条

上诉法院法庭应立即处理这一问题。被追捕者可以在被逮捕后10天内提出上诉。检察当局、被捕者、在可能的情况下被捕者的律师、如果需要在翻译员在场的情况下，有机会进行陈述。

第十四条

如果法庭查明所犯罪行构成根据第一条提出逮捕和移交罪犯的请求的基础，并且请求没有明显错误，则应命令移交被捕者。

法庭还应决定是否将查封的文件或其他物品全部或部分移交给国际法庭的理由。它还应命令将与被捕者被指控的罪行没有直接关系的文件或物品归还被捕者。

法庭应该在被捕者出现在法庭之日起10日内在公开审理的场合以命令的形式宣布其决定。

在这种情况下不得就法律方面提出上诉。

第十五条

上诉法院发布的命令，在某些情况下包括移交被捕者的时间和地点、被捕者在移交之前的拘留期限等应由司法部长通报国际法庭。

被捕者应该在移交命令发布之日起一个月内被移交。否则，上诉法院法庭的主席应命令立即释放被捕者；除非是因为当局无法控制的情势延误了移交。

对被捕者的释放应排除随后又被逮捕或根据国际法庭的新请求所作的新的移交决定。

第十六条

如果被追捕者在卢森堡因为国际法庭请求理由之外的罪名正在被起诉或已经被证明有罪，那么本小节的规定同样适用。然而，在这种情况下，被拘留者不享有第十五条规定的申请被释放的权利。

相对于卢森堡的涉及被追捕者的司法和监狱制度，有关起诉时限以及执行判决的时限将受国际法庭的程序的约束。

第三小节：对国际法庭发布的返还财产命令的执行

第十七条

国际法庭根据其规约第24条第3款（前南斯拉夫问题国际刑事法庭，相应的《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第23条第3款）作出的返还财产的决定，只有在被卢森堡民事法院根据《民事诉讼法典》第546条规定的普通执行程序声明为可予强制执行后，才可以在卢森堡得到执行。

我们要求并命令本法经《正式公报》公布执行，所有有关各方都应遵守本法。

司法部长，[……]

吕克·弗利登 (Luc Frieden)

大公：他的代表

大公王位继承人，亨利

讨论

1. 安全理事会第955号决议（参见第2138页，**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》）在多大程度上约束国家同卢旺达问题国际刑事法庭合作？
2. (1) 国家是否必须制定与卢旺达问题国际刑事法庭合作的法律？
(2) 这类法律是否应阐明卢旺达问题国际刑事法庭的司法管辖权？
(3) 为什么关于在刑事问题上共同协助的普通立法不足以执行第955（1994）号决议？第955号决议可以被看作可自动执行的吗？根据第955号决议，哪些义务超越了普通的引渡和共同司法协助条约？
3. 根据这一立法，卢森堡是否有义务逮捕嫌犯并转交给卢旺达问题国际刑事法庭？卢森堡是否可以决定不转交嫌犯，相反，而是在自己的法院对其进行审判？
4. 这类立法是否会使嫌犯因害怕面临被起诉而不去卢森堡？

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏

案 例

1. 审判分庭

[资料来源：1998年9月2日，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏，ICTR-96-4-T；省去了脚注；可访问<http://www.icttr.org>]

检 察 官
诉
让-保罗·阿卡耶苏
案件编号：ICTR-96-4-T
判 决 [……]

1. 导言 [……]

6. [……] “卢旺达问题国际刑事法庭检察官，根据法庭规约第17条赋予他的职权，指控：

让-保罗·阿卡耶苏
犯有灭绝种族、危害人类罪和违反《日内瓦公约》共同第3条，详述如下：
[……]

被告人

- 3. 让-保罗·阿卡耶苏，1953年出生于塔巴 (Taba) 公社的穆雷赫(Murehe)地区。1993年4月至1994年6月期间担任公社的社长。在被任命为社长之前，他是一名教师，并担任塔巴地区的学校巡视员。
- 4. 作为社长，让-保罗·阿卡耶苏服从于省长 (prefect) 的权威，负责履行行政职能，维护他所在公社的公共秩序。他对公社的警察机关，以及由公社部署的警官有绝对的控制权。他负责执行法律、法规以及行政司法，同样只服从于省长的权威。

指控书

5. 除非另有说明，本指控所列的所有作为与不作为均发生在卢旺达领土吉塔拉马省 (Prefecture Gitarama) 塔巴公社，发生于1994年1月1日至1994年12月31日之间。
6. 在指控被法庭规约第2条所承认的种族灭绝罪的段落中，被指控的作为或不作为是指蓄意全部或部分的消灭一个民族、人种或种族团体的行为。
7. 在指控种族灭绝罪的段落中，受害人是指一个民族、人种、种族、宗教团体的成员。
8. 在指控被法庭规约第3条所承认的危害人类罪的段落中，被指控的作为或不作为是指基于民族、政治、种族、人种的理由，广泛地、系统地袭击平民的行为。
9. 与本指控相关的时间段里，卢旺达一直处于内部武装冲突状态。
10. 在这段时间里，指控中所提到的受害人均没有积极地参与敌对行动。
- 10A. 本指控所称的性暴力行为包括将阴茎强迫插入阴道、肛门或口腔，和/或将其它物体强迫插入阴道或肛门，以及性虐待，例如强迫裸露。
11. 被告人对本指控所称的罪行负有个人责任。根据法庭规约第6条第1款，那些策划、煽动、命令、实施或者在计划、准备或实施法庭规约第2条至第4条的罪行期间发挥协助和教唆作用的人应该承担个人刑事责任。

指 控

12. 作为社长，让-保罗·阿卡耶苏对于维持所在公社的法律和公共秩序负有责任。在他当权期间，从1994年4月7日至6月底，塔巴公社至少有2000名图西族人被杀害。塔巴公社的屠杀公开进行，而且范围如此之大，作为社长，让-保罗·阿卡耶苏不可能不知道。尽管让-保罗·阿卡耶苏有权力、也有责任制止在公社杀害图西族人的行为，但是他从未试图通过任何方式来阻止，也没有请求地区或国家当局协助镇压这种暴力行为。
- 12A. 在1994年4月7日至6月底之间，有成百上千的平民（下文称为“流离失所的平民”）来到公社办公楼寻求庇难。流离失所的平民中大部分是图西族人。在公社办公楼寻求避难期间，女性流离失所者定期被当地的武装民兵和/或公社警察带到公社办公楼或附近的房屋遭受性暴力，并/或被毒打。在公社办公楼或其附近的建筑里，流离失所的平民频繁地遭到谋杀。许多妇女经常被迫承受不止一个施暴者的多种性暴力。这

些性暴力行为通常伴随着公开的死亡或伤害身体的威胁。女性流离失所者处于持续的恐惧之中，身体和心理健康因为性暴力、殴打和屠杀而极度恶化。

- 12B.让-保罗·阿卡耶苏不仅知道正在进行性暴力、殴打、屠杀的行为，而且在他们实施这些行为时他还不时出现在现场。让-保罗·阿卡耶苏通过允许这些性暴力、殴打、屠杀行为发生在公社办公楼及其附近建筑里来为这些行为提供便利。因为他出现在这些行为的现场，并不阻止这些行为，所以这些行为受到了让-保罗·阿卡耶苏的鼓励。[……]
19. 大约是1994年4月19日，让-保罗·阿卡耶苏从塔巴公社办公楼带走8名被捕的男人，并命令民兵队员杀了他们。民兵们用球棒、弯刀、小斧头、棍子打死了这些人。这些受害人是 从伦达公社 (Runda Commune) 逃出来的，被让-保罗·阿卡耶苏抓到了。
20. 大约在1994年4月19日，让-保罗·阿卡耶苏命令当地居民和民兵杀死那些有智慧又有影响力的人。在他的授意下，五名塔巴中学的教师被杀害了。受害者分别是提奥吉恩 (Theogene)、菲比·威尼兹 (Phoebe Uwineze) 及其未婚夫 (名字不明)、塔尔西丝·图兹乌仁买 (Tharcisse Twizeyumuremye) 和萨穆尔 (Samuel)。当地人与民兵用弯刀和农具在公社办公楼前杀死了他们。[……]

罪状7-8

(危害人类罪)

(对《日内瓦公约》共同第3条的违反)

第19段中描述的让-保罗·阿卡耶苏在公社办公楼前杀死8名被捕者的行为，违反了：

罪状7： 根据法庭规约第3条 (a) 项应予惩罚的危害人类罪 (谋杀)；以及

罪状8： 违反了已纳入法庭规约第4条 (a) 项 (谋杀) 的《日内瓦公约》共同第3条。

罪状9-10

(危害人类罪)

(对《日内瓦公约》共同第3条的违反)

第 20 段中描述的让 - 保罗 · 阿卡耶苏在公社办公楼前杀死 5 名教师的行为，违反了：

罪状9： 根据法庭规约第3条 (a) 项应予惩罚的危害人类罪 (谋杀)；以及

罪状10： 违反了已纳入法庭规约第4条 (a) 项 (谋杀) 的《日内瓦公约》共同第3条。[……]

罪状13-15 (危害人类罪)

(对《日内瓦公约》共同第3条的违反)

第12段A与B中描述的让-保罗·阿卡耶苏与公社办公大楼发生的事有关的行为，违反了：

罪状13： 根据法庭规约第3条 (g) 项应予惩罚的危害人类罪 (强奸)；以及

罪状14： 根据法庭规约第3条 (i) 项应予惩罚的危害人类罪 (其他非人道的行为)；以及

罪状15： 违反了已纳入法庭规约第4条 (e) 项 (残害人性尊严,特别是羞辱和贬损、强奸、迫良为娼以及任何形式的粗鄙攻击) 的《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》第4条第2款第5项。[……]

6. 法律 [……]

6.3 种族灭绝 (规约第2条)

6.3.1 种族灭绝

492. 规约第2条规定法庭有权起诉对种族灭绝负责的人、种族灭绝罪的共谋、直接公开煽动种族灭绝罪行、意图犯种族灭绝罪以及种族灭绝罪的共犯。[……]

根据规约第2条第3款 (a) 应受惩罚的种族灭绝罪

494. 法庭规约第2条给出的对种族灭绝罪的定义，逐字引用了《防止及惩治灭绝种族罪公约》(“《灭绝种族罪公约》”)第2条和第3条的规定。它规定如下：

“灭绝种族罪系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者：

(a) 杀害该团体的成员；

- (b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；
- (c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；
- (d) 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；
- (e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。”

495. 不可否认，灭绝种族罪公约已被视为习惯国际法的一部分，[……]。

496. 法庭注意到，卢旺达于1975年2月12日以立法机关的法令，同意加入《灭绝种族罪公约》。因此，1994年，当被指控的行为发生时，在卢旺达确已存在对灭绝种族罪的惩罚，那些作恶者应该被提交给卢旺达适格的法庭，并为自己的罪行承担责任。

497. 与人们一般的理解不同，灭绝种族的罪行并不意味着实际上将一个团体整个消灭，它应被理解为以“全部或局部”消灭某一民族、人种、种族或宗教团体的蓄意去实施第2条第2款(a)至(e)项所列举的行为。

498. 种族灭绝罪同其他犯罪的区别之处在于：它包含了一个特定的故意或者叫“专门的恶意”(dolus specialis)。某一犯罪的特定故意是指构成犯罪要件的专门意图，它要求行为人明确追求实现所指控的行为。因此，灭绝种族罪的特定故意在于“蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体。”

499. 因此，构成灭绝种族罪要求，必须实施了《规约》第2条第2款所列的行为之一，该行为是针对民族、人种、种族或宗教的某一特定团体实施的。因此，为了阐明灭绝种族罪的构成要素，法庭首先应声明它对以下要素的裁定：《规约》第2条第2款(a)到(e)项规定的行为、《灭绝种族罪公约》所保护的团体，以及发生灭绝种族罪所必须的特定故意或专门恶意。

杀害该团体的成员(第(a)项)：

500. [……]故意致人死亡即构成谋杀[……]。

致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害(第(b)项)：

502. 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受伤害并不一定意味着这种伤害是永久的和不可治愈的。[……]

504. 法庭为解释《规约》第2条第2款(b)项，认为严重的身体或精神伤害是指，但不限于：对身体和精神的酷刑、不人道的有辱人格的待遇、迫害。

故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命 (第 (c) 项):

505. 法庭认为，“故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命”的表述应该被解释为，作恶者采用一种不会立即致团体成员死亡的毁灭方法，但这种方法的最终目的是追求毁灭他们的生命。
506. 法庭为解释《规约》第2条第2款 (c) 项，认为故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命的方法，除其他外，包括让某一团体的成员只获得难以维持生命的食物，将其系统地驱逐出家园，将必要的医疗服务降到最低标准之下。

强制施行办法，意图防止该团体内的生育 (第 (d) 项):

507. 法庭为解释《规约》第2条第2款 (d)，认为意图防止该团体内生育的强制措施应该被解释为性隔绝、绝育、强制性生育控制、两性分离、禁止结婚。在家长制社会里，团体的成员资格是由父亲决定的。在这样的团体里防止生育的措施是，举例来说，在强奸过程中，另一团体的一名男子为让该团体的一名妇女生育小孩而强行使她受孕，由此出生的孩子将不属于母亲的团体。
508. 另外，法庭指出，意图防止该团体内生育的措施可以是肉体的，但也可以是精神的。例如，当被强奸的人拒绝生育时强奸也可以看作是防止生育的措施。类似地，可以通过威胁或精神刺激而引导团体成员不去生育。

强迫转移该团体的儿童至另一团体 (第 (e) 项)

509. 法庭认为，同采取强制手段意图阻止生育一样，强迫转移该团体的儿童至另一团体，其目标不仅是许可直接强制转移行为，还包括许可通过威胁或精神刺激行为致使强制将儿童从一个团体转移到另一个团体。
510. 既然灭绝种族罪的特定故意在于蓄意“全部或局部消灭一个民族、种族、人种或宗教团体”，因此，有必要考虑对这些团体进行界定。像《灭绝种族罪公约》一样，《规约》第2条规定了四种受害团体，即民族、种族、人种、宗教团体。
511. 通读《灭绝种族罪公约》准备阶段的资料，可以看出：灭绝种族罪被视为只针对“稳定的”团体，即以一种持久的方式组成，其成员身份依出生决定，而排除通过以个人自愿承诺加入的更具“流动性的”团体，例如政治或经济团体。因此，《灭绝种族罪公约》所保护的这四个团体的共同标准是，团体成员的身份因出生而自动取得，并以一种持续和通常

是不可更改的方式存在，这种身份是自然而然的，其他成员不可以提出质疑。

512.[……] 法庭认为，民族团体可以被定义为同享基于共同的国籍、相互的权利义务关系的一个法律联系的群体。

513.人种的团体通常被定义为拥有共同的语言和文化的群体。

514.《公约》对种族团体的定义基于通常与地理区域有关的具有遗传性的身体特征，而不考虑语言、文化、民族和宗教等因素。

515.宗教团体指的是其成员分享相同的宗教、教派或崇拜模式的团体。[……]

517.如上文所说，灭绝种族罪以其专门恶意或特定故意为特征，即《规约》第2条第2款所列的被指控的行为必须是以“蓄意全部或局部消灭一个民族、人种、种族、宗教团体”的意图实施的。

518.特定的故意是罗马-大陆法系中一个著名的刑法概念。它是某些犯罪的构成要素，要求作恶者有明确的导致犯罪行为发生的意图。按照这种解释，特定故意是故意犯罪的关键因素，此类犯罪的特征是作恶者的精神状态和行为结果之间有着心理上的联系。[……]

521.具体而言，《规约》第2条第2款所列举的任何一项行为，如要成为灭绝种族罪的构成要素，该行为必须是针对一个或数个个人实施的，因为这些个人是某一特定团体的成员，而且仅仅是因为他们属于这一团体。因此，在选择袭击对象时并不考虑其个人身份，而是考虑他是否是某一民族、人种、种族、宗教团体的成员。因为行为选取的袭击对象是某一团体的成员，这意味着种族灭绝罪的受害者是这个团体本身而不仅仅是个人。[……]

523.关于判断犯罪嫌疑人的特定故意的问题，法庭认为，故意是一个精神要素，很难，甚至不可能判断。这也是为什么如果没有被告人的坦白，他的犯罪故意只能从一系列的事实假定中推断出来。法庭认为，一般的背景下，从其他应受惩罚的犯罪行为系统地针对某一个团体进行的事实可以推断出该特定行为具有灭绝种族罪固有的犯罪意图，而无论这些行为是否是同一个犯罪嫌疑人实施。其他的因素，例如在一个地区或一个国家内暴行的规模、其一般性质、或者进一步而言故意和系统地针对特定团体的成员，而不对其他团体的成员实施，可以使法庭推断出某一特定行为的灭绝种族意图。[……]

6.5 对共同第3条和《第二附加议定书》的违反(规约第4条)[……]

599. 根据《规约》第4条，法庭应有权起诉严重违反1949年8月12日保护战争受难者的日内瓦四公约共同第3条以及1977年6月8日《第二附加议定书》的罪行以及指挥进行这些罪行的行为。这些违反行为包括，但不限于：[参见第2138页**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。][……]

600. 在讨论上述《规约》第4条所包含的罪行的要件之前，法庭认为有必要解释共同第3条以及《第二附加议定书》对1994年指控中所列的事件发生时卢旺达局势的适用性。

共同第3条和《第二附加议定书》的适用性

601. 1949年日内瓦四公约和1977年的《第一附加议定书》一般说来仅适用于国际性武装冲突。然而，《日内瓦公约》共同第3条将最低限度的人道保护也扩展到所有受非国际性武装冲突影响的人。这一保护被1977年的《第二附加议定书》进一步发展和加强了。在国际人道法的领域，一开始就有一个明确的区分，对于国际性武装冲突，武装冲突法作为一个整体予以适用；对于非国际性（国内）武装冲突，共同第3条和《第二附加议定书》将予以适用；其他非国际性武装冲突只适用共同第3条。国际人道法不调整国内的动乱局势。

602. 对非国际性武装冲突再作进一步的区分取决于冲突的不同激烈程度。这种区分已包含在共同第3条或《第二附加议定书》各自规定的适用条件中。共同第3条适用于“不具有国际特征的武装冲突”，而属于《第二附加议定书》范围内的冲突必须是“在缔约一国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持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的冲突”。《第二附加议定书》本身并没有为非国际性冲突创设标准，它仅仅是在不修改共同第3条适用条件的前提下，发展和补充了共同第3条包含的规则。

603. 应该强调一点，确定非国际性冲突的激烈程度并不取决于冲突当事方的主观判断。要记住，通过日内瓦四公约及其两个附加议定书的首要考虑是保护武装冲突中的受害者，以及潜在的受害者。如果国际人道法的适用性仅仅取决于冲突当事方的自由判断，那么在很多场合当事方都有可能尽量对冲突轻描淡写。所以，以客观标准为基础，一旦确定存在满

足共同第3条和《第二附加议定书》各自的先决适用条件的国内武装冲突，就应立即适用相应的规定。

604. 安全理事会在界定卢旺达问题国际刑事法庭对实质问题的管辖权时，纳入了在国际和国内武装冲突中可能出现的对国际人道法的违反：

“鉴于非国际性冲突的性质，理事会已经在法庭对实质问题的管辖权中纳入了违反国际人道法的内容，这种违反既可能在国际和国内武装冲突中均发生，例如灭绝种族罪和危害人类罪，也可能只发生在国内武装冲突中，例如对日内瓦四公约共同第3条的违反，其内容在《第二附加议定书》第4条中有更加全面详细的阐述。

对于后者，安全理事会已经决定在选择可适用的法律时采取一种与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》的规定相比更加全面的方法，并且在卢旺达法庭对主要问题的管辖事项中纳入国际文件，无论这些文件是否已被视为习惯国际法的一部分还是已经将对犯罪承担个人刑事责任作为一种惯常做法。相应地，《规约》第4条涵盖了对《第二附加议定书》的违反。《第二附加议定书》作为一个整体尚没有被普遍接受为习惯国际法的一部分，但是该议定书首次将违反日内瓦四公约共同第3条刑罚化。”

605. 虽然安全理事会选择采取一种与前南斯拉夫问题国际刑事法庭相比更加全面的方法来选择（卢旺达）国际法庭对实质问题的管辖，即纳入无论是否已被视为习惯国际法的一部分或已将对犯罪承担个人刑事责任作为一种惯常做法的国际文件，但是本法庭认为，现阶段需要解决的一个基本问题是，《规约》第4条是否包括在所指控的罪行发生时并不是现存习惯国际法的组成部分的那些规则？另外，本法庭还记起在建立前南斯拉夫问题国际刑事法庭时，联合国安全理事会声称在适用“法无明文不为罪”的原则时，国际法庭应当适用已毫无疑问成为习惯法组成部分的国际人道法。

606. 尽管存在上述问题，但仍有一个可能的方法让本法庭不去考虑《规约》第4条组成部分的性质，也不去区分冲突的类型，而是仅看共同第3条和《第二附加议定书》中与本次审判相关的部分。实际上，安全理事会自己也从没有明确决定如何判断一个武装冲突的性质。然而，对前南斯拉夫问题国际刑事法庭的情况，安全理事会提到了日内瓦四公约，认为在前南斯拉夫发生的冲突是国际性武装冲突，尽管安全理事会并没有提出

它得出这一结论的标准。类似地，当安全理事会将《第二附加议定书》加入到卢旺达问题国际刑事法庭对主要管辖事项的范围时，这可能表明安全理事会认为卢旺达冲突属于《第二附加议定书》中的冲突。因此，本法庭没有必要判断冲突的准确性质，这一点已经由安全理事会事先做出判断了。只要冲突已经被共同第3条的规范所涵盖，就可以不考虑《第二附加议定书》的问题而适用《规约》第4条。这样，做出判决的基础将是，能否排除合理怀疑地证明存在以《规约》第4条列举的一种或多种行为实施的严重违法行为。

607. 然而，法庭回忆起检察官针对被告人提出罪状，即罪状6、8、10、12和15的方式。在提出前四个罪状时，只提到了共同第3条，将其作为对被指控的特定罪行的实质管辖权的范围依据；然而，在提出罪状15时，附带提到了《第二附加议定书》。在法庭看来，补充提及《第二附加议定书》并不是已经被安全理事会预先决定的属事原则的扩大阐释。相反，法庭裁定有必要、并且有理由确定共同第3条和《第二附加议定书》的单独适用性。因此，按照罪状15，如果一项罪行是根据共同第3条和《第二附加议定书》被起诉的，就不能简单认为适用共同第3条，从而理所当然要适用规约第4条，这样《第二附加议定书》也因此具有了自动适用性。

608. 今天，共同第3条的规则已经明确获得了习惯法的地位，因此，大部分国家都通过国内刑法典将在国内武装冲突中所犯的可能构成违反共同第3条的行为刑罚化。前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在“塔迪奇”案的判决中认为，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条（战争惯例），作为《规约》第2、4、5条没有包含的习惯国际人道法的主要部分，包括了根据共同第3条建立的可以适用于不具有国际特征的武装冲突的保护体制。这与前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭的观点相一致，上诉分庭明确指出：毫无疑问，共同第3条构成习惯国际法的一部分，并且还存在大量关于国内武装冲突的一般原则和规范，它们不仅包含了共同第3条的内容，还扩展到更广的范围。

609. 然而，如前所述，《第二附加议定书》作为一个整体并没有被秘书长认为已成为普遍接受的习惯国际法的一部分。（前南斯拉夫问题国际刑事法庭）上诉分庭持有相同的观点：“现在可以认为，这一议定书[《第二附加议定书》]中的许多条款是对已经存在的规则的宣示，或者是对正在形成的习惯法规则的明确[]”，但并不是全部条款都如此。

610.虽然本法庭对整个《第二附加议定书》持有完全相同的意见，但是应当记住，与卢旺达问题国际刑事法庭的背景相关的条款只是《第二附加议定书》的第4条第2款（基本保证）。第4条所列的所有保证都是对共同第3条的重申和补充，并且如上文讨论的，共同第3条具有习惯法的性质，本法庭认为，在被指控的事件发生时，这些保证构成既存国际习惯法的一部分。

个人刑事责任

611.从对个人进行审判的国际刑事法庭的目的考虑，仅仅确认共同第3条以及《第二附加议定书》第4条的部分内容——《规约》第4条实质问题管辖权的范围——构成习惯国际法的一部分是不够的。尽管《规约》第6条规定了关于《规约》第2、3、4条的个人刑事责任，但是还必须表明作为习惯法，如果个人严重违反这些习惯规则就会引起个人刑事责任。否则，有人可能会认为，这些文件仅仅宣示了适用于国家和冲突方的规则，并没有为接受审判的个人创设罪行。

612.前南斯拉夫问题国际刑事法庭已经在“塔迪奇”案中确认了关于严重违反共同第3条的个人刑事责任的原则。因此，在前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭出现这样一个问题：

“上诉人认为，即便习惯国际法包含可以适用于国内和国际武装冲突的某些原则，这些规定也并没有让国内武装冲突中的违法行为者承担个人刑事责任；因此，这些规定不属于国际法庭的管辖范围。”

613.前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭根据纽伦堡法庭的规则、“那些证明国家有意把国内冲突中实施的严重违反习惯法规则和原则的规定为犯罪的国际实践的内容”、以及旨在执行《日内瓦公约》的国内立法，得出如下结论：

“所有这些因素都肯定，习惯国际法对严重违反以其他保护国内武装冲突受害者的一般原则和规则为补充的共同第3条的行为，以及违反关于内乱中的战斗方法和手段的根本原则和规则的行为课以刑事责任。”

614.前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在对“塔迪奇”案作出判决时肯定了这一点。

615.本法庭认为，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭关于严重违反共同第3条和《第二附加议定书》问题的决定很具有说服力，因此具有决定性。

616. 此外，还应注意，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4条称：“卢旺达问题国际刑事法庭有权起诉实施严重违反或命令实施严重违反1949年8月12日《保护战争受难者的日内瓦公约》共同第3条以及1977年6月8日《第二议定书》的人”（着重号为作者所加）。依本法庭的理解，“严重违反”的意思是“违反了保护重要价值的规则，给受害人带来了严重的后果”，与上文提到的上诉分庭对“塔迪奇”案的決定第94段相一致。《规约》第4条列举的严重违反的情形取自共同第3条——包含了作为保护战争受害者最低限度人道标准的基本禁止性规定——以及《第二附加议定书》第4条，该条平行列举了“基本保证”。因此，《规约》第4条的列举包括了如上文所说的，对已成为习惯国际法一部分的基本人道保证的严重违反。本法庭认为，很显然，行为人必须为其极端恶劣的违法行为承担个人刑事责任。
617. 因此，法庭得出结论：违反这些已经构成习惯国际法组成部分的规则的人应该承担个人责任。除了从习惯法的角度进行论证外，还应注意到一个事实：卢旺达已于1964年5月5日批准了《日内瓦公约》（当然也包括共同第3条），并于1984年11月19日批准了《第二附加议定书》，因此在被指控的犯罪行为发生时，《公约》和《附加议定书》已经在卢旺达的领土上生效。另外，《规约》第4条列举的所有罪行根据卢旺达1994年的法律都构成犯罪。因此，1994年，卢旺达的国民知道或应该知道，如果犯有《规约》第4条列举的那些罪行将有义务服从卢旺达法院的管辖。

冲突的性质

618. 如上文指出，仅因为满足了共同第3条设定的标准还不足以确定《规约》整个第4条以及《第二附加议定书》的适用性。如果是根据共同第3条和《第二附加议定书》起诉被指控的罪行，这就提高了门槛，检察官需要证明，不仅满足了共同第3条的标准，而且满足了《第二附加议定书》的标准。这是因为，《第二附加议定书》作为一个法律文件，它的唯一目的是为处在不具有国际特征的冲突中的受害者提供保护。因此，本法庭认为，在判定是否对《规约》第4条的规定构成严重违反之前，如有一项针对被告人的指控专门提到了《第二附加议定书》，那么法庭有理由、也有必要（要求检察官）证明当前的冲突满足《第二附加议定书》中的要求。

共同第3条

619. 只要武装冲突不具有国际特征，就可以适用共同第3条的规定。紧随这一描述的一个内在问题是，什么构成武装冲突？在“塔迪奇”案中，上诉分庭在关于管辖权的决定中写到：“只要在政府当局与有组织的武装团体之间或者一国内武装团体相互之间发生了在时间上具有延续性的武装暴力，就可以说存在武装冲突。从武装冲突开始直到停止敌对行动后[……]对国内冲突而言，直到缔结和平协定，这段时间一直适用国际人道法。”本法庭注意到，红十字国际委员会在1949年日内瓦外交会议期间讨论对共同第3条的各种修正案时对第3条的适用标准给出了有用的建议，除其他外，包括：

- 针对合法政府的反对党必须拥有有组织的军事力量，是一个对自己的行为负责的当局，在确定的领土内活动，有办法尊重或确保对《公约》的尊重。
- 合法政府有义务依靠常规武装力量打击国家领土内另一个政党的军事组织发动的起义。
 - (a) 起义被合法的政府视为交战一方；或者
 - (b) 起义者自己主张交战方的权利；或者
 - (c) 将起义者视为交战一方仅是出于遵守《公约》的目的；或者
 - (d) 争端已经提上了联合国安全理事会或者大会的日程，并被认为构成对国际和平的威胁、对和平的破坏，或属于侵略行为。

620. 上面列举的参考标准用来区分真正的武装冲突和仅仅是盗贼行为或没有组织的短命起义。“武装冲突”这个用语本身即表明存在大规模或小规模有组织的武装力量之间的敌对行动。因此，它排除了国内的骚乱或紧张局势。要判断在被指控的事件发生时卢旺达领土内是否存在国内武装冲突，就有必要衡量冲突的剧烈程度以及冲突各方的组织情况。

621. 关于指控书第5至第11段的证据，即达赖尔少将的证词，显示这是两个集团的国内战争，一方是作为政府军的“卢旺达军队”，另一方是“卢旺达爱国阵线”。双方都组织良好，都认为自己是军队。而且，关于冲突的强度，本次事件的所有旁观者，包括联合国卢旺达援助团和联合国特别报告员都一直将两股力量之间的冲突定义为战争，是一次国内武装冲突。基于上述内容，本法庭裁定，在罪状中指控的事件发生时存在1949年《日内瓦公约》共同第3条所规定的不具有国际特征的武装冲突。

《第二附加议定书》

622. 如上所述, 《第二附加议定书》适用于“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持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”。

623. 因此, 在罪状中被指控的事件发生时如果适用《第二附加议定书》, 须满足以下实质性的要求:

- (1) 在缔约一方, 即卢旺达的领土内发生了该方武装部队与持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的武装冲突;
- (2) 持不同政见的武装部队或其他有组织的武装团体处于负责责任的统率之下;
- (3) 持不同政见的武装部队或其他有组织的武装团体有能力对该方的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; 并且
- (4) 持不同政见的武装部队或其他有组织的武装团体有能力执行《第二附加议定书》。

624. 按照共同第3条, 应该客观地适用这些标准, 而不管冲突参与方各自的主观结论是什么。本法庭在作决定之前还需要做大量的工作使这些标准更加精确。

625. 武装冲突的概念在前面关于共同第3条一节中已经讨论过了。记住通过冲突的强度和冲突各方的组织程度来区别武装冲突与国内动乱就足够了。而根据《第二附加议定书》, 冲突的各方要么是政府同持不同政见武装力量的斗争, 要么是政府同有组织的武装起义团体的斗争。“缔约一方的武装力量”这个短语是一个范围很广的定义, 囊括了一国国内法中规定的所有武装力量。

626. 反对政府的武装力量必须受到负责责任的指挥, 这要求在武装团体或持不同政见的武装力量内一定程度的组织化。组织化的程度必须使得武装团体或持不同政见的力量有能力策划、协调军事行动, 并有能力以事实上的当局的名义颁布和实施纪律。另外, 这些武装力量必须能够在领土内划定一块足够大的领域来维持持久的协调的军事行动, 并能执行《第二附加议定书》。最本质的一点, 军事行动必须是持久的和经过策划的。他们所控制的领土通常是政府军控制不到的地区。

627. 在本案中，提交给法庭的证据显示，在罪状中被指控的事件发生时，在卢旺达至少存在非国际特征的冲突。同时法庭以司法的眼光注意到了联合国关于1994年卢旺达冲突的官方文件，法庭发现，（卢旺达的冲突）不仅满足了共同第3条的要求，而且符合上文所列举的《第二附加议定书》的实质条件。证据显示，在卡加梅 (Kamagye) 将军指挥的“卢旺达爱国阵线”和作为政府军的“卢旺达军队”之间存在冲突。到1994年5月中旬，“卢旺达爱国阵线”对卢旺达领土的控制已经从《阿鲁沙协定》规定的范围扩大到整个国家的一半以上，在1994年7月18日缔结《停火协定》结束战争之前，“卢旺达爱国阵线”一直进行着持续的军事行动。“卢旺达爱国阵线”的部队训练有素，并有组织化的领导体制为当局负责。“卢旺达爱国阵线”还对红十字国际委员会称，它受国际人道法的约束。本法庭认为，本案的冲突构成《第二附加议定书》规定的国内武装冲突。并且，法庭进一步认为，冲突发生在罪状指控的事件发生时。

属人管辖权

628. 对严重违反共同第3条和《第二附加议定书》的属人管辖权方面出现了两个突出的问题——受害者集团和犯罪者集团。

受害者集团

629. 指控书第10段称：“本指控所提到的受害人是指，在任何相关时候都没有积极参加敌对行动的人”。这是对涉及第4条的指控的实质确认，因为共同第3条是为了保护“没有积极参与敌对行动的人”（共同第3条第1款），《第二附加议定书》第4条是为了保护“没有直接参与或已经停止参与敌对行动的所有人”。这些短语如此接近，法庭考虑可以将他们视为同义词。指控书中提到的受害者是否的确是积极参加敌对行动的人是一个事实问题，已经在对指控书的事实调查部分进行了考虑（指控书第5段至第11段）。

犯罪者集团

[注：上诉分庭回顾了这些段落的内容（见下文，第2187页，上诉分庭，第430至446段）。][……]

属地管辖权

635. 在共同第3条和《第二附加议定书》中对属地管辖权的适用性都没有明确的规定。然而，《第二附加议定书》似乎稍微明确一些，因为它规定

议定书应当适用于“所有受到第一条定义的武装冲突影响的人”。对该条的评注指出，无论受到影响的人在冲突参与国领土内的具体位置在哪里，该条都应被适用。对于共同第3条规定的在非国际性武装冲突中属地管辖权的适用性应以同样的方法解释，即该条应当适用于冲突参与国的整个领土。“塔迪奇”案的上诉分庭在关于管辖权的决定中沿用了这一方法，该上诉分庭在决定中写到：“[共同]第3条中包含的规则也应适用于军事行动的实际战场这块狭窄的地理位置之外”。

636. 卢旺达陷入了武装冲突，因此满足了共同第3条和《第二附加议定书》的要求。这一事实表明，相关的文件将适用于卢旺达的整个领土。因此，也适用于远离战争前线的大屠杀。由此得出，不可能在一国的这一部分适用这些规定（例如共同第3条），而在该国的另一部分适用其他规定（例如共同第3条和《第二附加议定书》）。然而，需要提醒的是，得出上述结论的前提是，行为人实施犯罪并不是纯粹出于私人的动机。

结 论

637. 上文解决了共同第3条和《第二附加议定书》的适用性问题，并将根据指控书中指称的事实发生的背景来作出裁判。法庭应根据《规约》第4条对被告人是否有罪作出裁判。这将在第7节判决部分解决。

7. 法律裁决

7.1 罪状6、8、10、12——违反共同第3条（谋杀与残忍待遇）以及罪状15——违反共同第3条和《第二附加议定书》（残害人性尊严，特别是强奸……）

638. 指控书中的罪状6、8、10、12指控阿卡耶苏违反了1949年《日内瓦公约》的共同第3条，罪状15指控阿卡耶苏违反了1949年《日内瓦公约》共同第3条及其1977年《第二附加议定书》。《规约》第4条涵盖了所有这些罪状。

639. 已经排除合理怀疑地证明，在1994年，在指控中所指的事件发生时，在卢旺达政府和“卢旺达爱国阵线”之间存在非国际特征的武装冲突。法庭裁定，该冲突符合共同第3条以及《第二附加议定书》的要求。[……]

8. 判决

根据上述理由，考虑了所有证据和辩论意见，法庭一致作出如下判决：[……]

罪状7：危害人类罪成立 (谋杀) [……]

罪状9：危害人类罪成立 (谋杀) [……]

罪状13：危害人类罪成立 (强奸)

罪状14：危害人类罪成立 (其他不人道的行为) [……]

2. 上诉分庭

[资料来源：2001年6月1日，卢旺达问题国际刑事法庭上诉分庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏，ICTR-96-4-A；只保留部分脚注；可访问<http://www.icttr.org>]

[注：第一审判分庭在判决第492至523段中对种族灭绝的定义在当前上诉分庭的判决中没有作修改。]

检察官 诉 让-保罗·阿卡耶苏 判 决 [……]

四、控方上诉的理由

(一) 第一和第二个上诉理由：《规约》第4条 (对《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》的违反)

425. 针对审判分庭关于《规约》第4条的分析，控方提出了两点上诉理由。

根据《规约》第4条，阿卡耶苏被指控有五项罪状，但这五项罪状都被宣告无罪。第一个上诉理由称，审判分庭在决定谁能够为严重违反共同第3条和《第二附加议定书》的行为负责时在法律上错误适用了一个“公共代理人或政府代表标准”(下文称“公共代理人标准”)。第二个上诉理由是一个备选的理由，这个理由只有在上诉分庭驳回了控方的第一个上诉理由时才有必要提出。控方的第二个理由称，审判分庭在运用了公共代理人和政府代表标准后，在事实上错误得出让-阿卡耶苏不是公共代理人或政府代表，因此不能根据《规约》第4条承担责任。

426. 至于补救措施，对第一个上诉理由，控方要求上诉分庭驳回审判分庭关于此问题的裁定。对第二个上诉理由，控方要求上诉分庭判决审判分庭对本案的事实裁定中错误地运用了公共代理人标准。[……]

2. 讨论

430. 审判分庭作出了以下裁决：

630. 日内瓦四公约及其两个附加议定书，如上文指出的，主要是为了保护武装冲突中的受害者，以及潜在的受害者。这因此意味着这些法律文件主要是为了处理那些以他们的当局为后台，对敌对行动的爆发负有责任或者直接参加敌对行动的人。由此，在大多数情况下，责任人的范围仅局限于武装冲突的指挥官、战斗员以及武装冲突的其他成员。

631. 然而，考虑到这些国际法律文件全面的保护目的和人道目的，受共同第3条和《第二附加议定书》约束的人的范围不应该做太严格的限制。因此，《日内瓦公约》及其附加议定书规定的义务和责任通常将只适用于处于交战各方军事指挥下的武装冲突中所有级别的个人，或者作为公共官员、公共代理人、拥有公共职权、在事实上代表政府而被合法地赋予职权、并被要求支持战争和进行参战努力的个人。这种解释的目标是为了以最符合公约和议定书潜在的保护目的的方式运用规约的条款。[脚注794：审判判决，第630和631段（着重号为作者所加）]

431. 随后，审判分庭在“阿卡耶苏案”中运用了这一结论来决定他是否应根据《规约》第4条被指控的罪行承担个人责任。分判分庭认为：

640. 为让阿卡耶苏根据《规约》第4条承担刑事责任，控方有责任排除合理怀疑地证明，阿卡耶苏是为了执行政府或是“卢旺达爱国阵线”的冲突目标在做事。如本判决前文已明确的，如果能够证明阿卡耶苏以当局为后台，对敌对行动的爆发负有责任或是直接参与了敌对行动，他就应该为自己的行为承担个人刑事责任。所以，控方应该向法庭显示并证明，阿卡耶苏是受交战一方军事指挥的武装冲突的成员，或者是作为公共官员、公共代理人、拥有公共职权、在事实上代表政府而被合法地赋予职权、并被要求支持和进行参战努力的人。当然，法庭也承认《规约》第4条也可以适用于平民。[脚注795：审判判决，第640段。]

432. 上诉分庭认为，毫无疑问，审判分庭在解释《规约》第4条并在随后考虑“阿卡耶苏案”的特定情况时运用了公共代理人标准。尽管审判分庭指出《日内瓦公约》及其议定书具有“全面的保护目的和人道目的”[脚注796：同上注，第631段。]由此，“受共同第3条和《第二附加议定书》约束的人的范围不应该做太严格的限制”[脚注797：同上注，第631段。]，它还是裁定，可能对违反《规约》第4条承担责任的人的范围“只适用于[……]处于交战各方军事指挥下的武装冲突中所有级别的个人，或者作为公共官员、公共代理人、拥有公共职权、在事实上代表政府而被合法地赋予职权、并被要求支持战争和进行参战努力的个人”。审判分庭认为，这种方法会以一种“最符合公约和议定书的潜在的保护目的”的方式运用……[原文如此]。[脚注798：同上注，第631段（着重号为作者所加）。]

433. 现在的问题是，这一解释是否与一般的国际人道法，以及具体到本案与《规约》的规定相一致。为解决这一问题，首先有必要回顾一下（卢旺达）国际法庭在案例法中对规约相关条款的解释，其次是《日内瓦公约》共同第3条的目标和目的。[脚注799：(1969)《维也纳条约法公约》[可访问<http://www.walter.gehr.net>]第31条第1款规定：“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。”]
434. 上诉分庭首先回顾了《规约》第4条的规定：[参见2138页**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。][……]
435. 《规约》第4条并没有提到对根据该条有可能被起诉的人的范围做出任何可能的限定。它只规定，法庭“有权起诉实施或命令他人实施”，特别是严重违反《日内瓦公约》共同第3条的人。如果将第4条和分别规定法庭的总体权限以及属人管辖权的规约第1条和第5条放在一起看，也并没有进一步揭示根据这些条款，特别是根据第4条可能被起诉的人的范围。[参见第2138页**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。][……]
436. 因此，《规约》并没有明确的规定个人刑事责任仅限于特定范围的个人。事实上，《规约》关于个人刑事责任的条款只是对纽伦堡法庭关于个人刑事责任原则的反映。所以对《规约》条款的分析并不具有决定性。这样，上诉分庭必须转向《规约》第4条的基础，也就是《日内瓦公约》共同第3条[……]。
437. 必须指出，《日内瓦公约》共同第3条既没有明确的界定受它约束的人的范围，也没有明确的提到违反该条的刑事责任。共同第3条仅在开始总括性的规定“冲突之各方最低限度应遵守下列规定”。该条的首要目的是为了突出它施加给冲突各方对共同第3条所包含的人提供最低限度保护的“无条件性”[脚注802：红十字国际委员会[对《日内瓦第四公约》的评注][可访问<http://www.icrc.org/ihl>]，第38页。]上诉分庭认为，由此并不能推出违反共同第3条的人就必须同上述冲突方之一有特定的联系。
438. 虽然共同第3条没有明确提及[脚注803：塔迪奇案(管辖权决定)，[参见**案例180**，[比较第1794页(一)]第128段。]，但是前南斯拉夫问题国际刑事法庭的上诉分庭认为，违反该条的人应该承担个人刑事责任。另外，它形成了一些适用共同第3条的其它标准，本上诉分庭将其概括如下：
- (严重违反) 行为必须是在武装冲突的背景下发生的；
 - 武装冲突可以是国内冲突也可以是国际冲突；

- 行为必须是针对没有积极参与敌对行动的人；
- 在武装冲突和违法行为之间必须有关联。

439. 尽管前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭好几次对共同第3条进行了解释，但是应该注意到，它从不认为有必要限制根据第3条被起诉的人的范围。因此，除了最近前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭的判决外，到目前为止，在法庭的法理中并没有关于这一问题的阐释。前南斯拉夫问题刑事法庭审判分庭的确裁定，“共同第3条可能也要求在违法行为人和冲突的一方之间存在一定的联系”。[脚注808：库纳拉奇（Kunarac）判决，第407段。]但是，上诉分庭认为，这一判决既没有得到《规约》也没有得到案例法的支持。在任何情况下，审理“库纳拉奇”案的审判分庭都认为，根据案件的具体情况，没有必要详细解释这一点。

440. 在这样的背景下，上诉分庭认为，应当对《日内瓦公约》整体的以及共同第3条专门的目标和宗旨进行分析，那些目标和宗旨在它看来对解释《规约》第4条起决定性作用。

441. 红十字国际委员会的评注勾勒了通过共同第3条的原则：

“该条是四个日内瓦公约所共有的[……]。它标志着作为红十字会基础的不发展的理念又向前迈进了一步，也意味着这一理念在以国际义务的形式具体化方面又向前迈进了一步。它几乎超出了第2条范围的意料之外[……]。将它所关心的范围一点点地扩大到其它类型的战争受害者，合乎逻辑的运用它的基本原则，[红十字会]指明了道路，首先对原来的公约进行修改，然后将法律保护的范围扩展到战俘和平民。按照相同的逻辑思路一定会得出将原则运用于所有类型的武装冲突，包括国内特征的武装冲突中的观点”。[脚注811：红十字国际委员会[对《日内瓦第四公约》]的评注，[可访问<http://www.icrc.org/ihl>]第26页。]

442. 因此，共同第3条寻求将运用于国际性武装冲突的保护规定扩大到非国际性武装冲突中。它的宗旨和目标是通过界定什么构成最低限度的人道待遇以及可以适用于一切情况的规则来扩大国际人道法的运用。的确，“按照红十字国际委员会的说法，共同第3条的宗旨是确保对所有文明国家均认为在任何地方、任何情况下都有效的、高于战争并超出战争之外的、为数不多的、根本的人道规则的适用。因此这些规则可以被看作是《日内瓦公约》作为整体所确立的人道规则的精髓”。[脚注812：切莱比契（Celebici）上诉判决，第143段。]因此，保护受害者是共同第3条的核心概念。

443. 上诉分庭的观点是，共同第3条规定的对受害者的最低限度的保护表明，有必要对违反它的人做出有效的惩罚。现在，这种惩罚应该毫无例外地适用于每一个人。这是调整个人刑事责任的原则的要求，纽伦堡法庭将其专门规定了下来。所以上诉分庭认为，如果承认以他们不属于某一特定的团体的借口免除某些违反共同第3条的人的个人刑事责任，那么国际人道法将会受到质疑、会被削弱。
444. 在审判分庭的判决第 630 段，分庭认为：“通过四个公约主要是为了保护武装冲突的受害者以及潜在的受害者”。分庭进一步认为：“因此应该在这方面承担责任的人的范围在大多数情况下限于武装冲突的指挥官、战斗员或其他成员”。这一裁判乍看起来并非没有道理。事实上，违反共同第 3 条的行为人很可能会落入这几类范围之内。这缘于共同第 3 条要求违法行为与武装冲突之间有密切联系的事实。违法行为与武装冲突间的这一联系表明，在大部分情况下，犯罪行为人很可能同冲突的一方有特别的关系。然而，这种特别的关系并不是适用共同第 3 条、及由此产生的《规约》第 4 条的前提条件。上诉分庭认为，审判分庭错误地要求将特定的关系作为对违反《规约》第 4 条启动刑事责任的独立的条件。
445. 相应地，上诉分庭裁定审判分庭在法律上错误地将共同第3条限定在仅适用于该分庭所定义的几类人身上。
446. 根据前述理由，上诉分庭接受这个上诉理由，并因此进一步裁定，没有必要再去考虑控方的另一个上诉理由。[……]

五、最终决定

根据这些理由，上诉分庭，[……]

一致驳回让·保罗·阿卡耶苏提出的每一个上诉理由，

确认针对让·保罗·阿卡耶苏所犯所有罪状的有罪判决，宣布判处其终身监禁，[……]

考虑了检察官的第1、第3和第4个上诉理由，

裁定关于控方提起上诉的事件中的法律问题，本判决已经列出了所有相关的法律决定。

判决用英文和法文写成，法文本为作准文本。

讨 论

1. (审判分庭, 第492-499段)

- (1) 为了与危害人类罪相区别, 你如何定义种族灭绝罪?
- (2) 制裁种族灭绝的义务是习惯国际法的组成部分吗? 是习惯国际人道法的组成部分吗? 红十字国际委员会有没有权限依据自己的章程起诉实施种族灭绝的个人? 被告人的国籍国必须是《灭绝种族罪公约》的缔约国吗? 该国是否必须在国内法中规定制裁这种犯罪?
- (3) “部分地”这一短语是对实际发生的犯罪的范围的限定还是对行为人意图的限定? 你是否同意法庭的下述观点: 以消灭一个特定团体的一部分为意图实施的犯罪构成种族灭绝?
- (4) 发生种族灭绝所必须的特定意图(或犯罪意图)是什么? 我们如何才能断定存在这样的特定意图?(比较第517-523段。)

2. (审判分庭, 第510-523段)

- (1) 你对卢旺达问题国际刑事法庭对被保护团体的定义有何看法? 法庭使用的是主观标准还是客观标准? 成员资格不由该组织的成员“自我证明”或者不被组织的敌人所“诬蔑”, 是否因此可以说这是主观标准因此是不适当的?
- (2) “稳定的团体”的意思是什么? 只有民族、人种、种族、宗教的团体才是“稳定”的吗? 这是否意味着消灭其他团体(例如纳粹体制下对残疾人、某些政治团体以及同性恋团体)可能构成危害人类罪但不构成灭绝种族罪? 国际法是否承认“文化灭绝”? 你认为应该承认吗?

3. (审判分庭, 第601-610段, 619-627段)

- (1) 卢旺达问题国际刑事法庭是如何界定卢旺达发生的冲突的? 《日内瓦公约》的共同第3条是否适用于该冲突? 《第二附加议定书》适用吗?
- (2) 对冲突的界定与本案有何关联?
- (3) 《日内瓦公约》共同第3条与《第二附加议定书》的适用性有何区别?

4. 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4条是否规定了某些行为是犯罪行为? 它是否授权卢旺达问题国际刑事法庭对其他地方发生的此类犯罪行为行使管辖权? 如果是这样的话, 哪些地方的此类行为可以被认为是犯罪行为?(参见第2138页, **案例196**: 联合国, 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。)

5. (审判分庭, 第601-610段)

- (1) 确定《规约》第4条的规定在被指控行为发生时是否构成习惯国际法的一部分与起诉被告人之间有何关联?
- (2) 为什么法庭认为有必要确认《日内瓦公约》共同第3条是习惯国际法的一部分? 法院对《第二附加议定书》的相关结论是什么?

- (3) 运用法庭的结论来论证阿卡耶苏犯罪时第4条构成既存习惯法的一部分是否正确？
 - (4) 卢旺达问题国际刑事法庭按照其《规约》第4条是否有必要适用成为习惯法的《日内瓦公约》共同第3条或《第二附加议定书》的一个条款？为什么？是因为“法无明文不为罪”的原则吗？如果适用《第二附加议定书》中仅仅是公约性质的条款是否违反该原则？即便卢旺达在犯罪行为发生时已经是《第二附加议定书》的缔约国了，这样做也会违反该原则吗？是不是至少适用那些既没有被纳入卢旺达立法、也不是自动执行的条款会违反该原则？
 - (5) 联合国安全理事会是否没有通过《规约》第4条授权卢旺达问题国际刑事法庭适用《第二附加议定书》的所有条款？如果是这样的话，法庭是否认为这样做会违反“法无明文不为罪”的原则？
 - (6) “塔迪奇”案（参见第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇。[比较（一）管辖权，第89、94、143段。]）中的法庭是否认为前南斯拉夫问题国际刑事法庭只能适用习惯规则？如果这个解释被接受，它是否也应适用于卢旺达问题国际刑事法庭？
6. （审判分庭，第611-617段）
- (1) 为什么卢旺达问题国际刑事法庭只对可以预见到个人刑事责任的违反第3条和《第二附加议定书》的行为进行起诉？前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪奇”（管辖权问题）案是否适用同样的理由？你是否同意在审判分庭决定第608段中的声明，即大部分国家已经在国内刑法典中将违反《日内瓦公约》共同第3条的行为刑罚化了？是否有必要主张习惯国际法已经将违反共同第3条的行为罪行化了？那还有必要由卢旺达问题国际刑事法庭来审判阿卡耶苏吗？
 - (2) 卢旺达刑法典如果对阿卡耶苏所犯的罪行预设了个人刑事责任，它可能会充分吗？我们是否可以假定根据卢旺达刑法阿卡耶苏所实施的行为是被禁止的？卢旺达问题国际刑事法庭的这种方法是否违反了“法无明文不为罪”的原则？
7. （上诉分庭，第430-445段）
- (1) 谁是调整非国际性武装冲突的国际人道法的受益人？谁应该尊重《日内瓦公约》的共同第3条以及《第二附加议定书》？是不是所有在武装冲突发生时在冲突国的领土上实施了被禁止的行为的人都应遵守？行为必须与冲突有关联吗？（关于这个问题，参见第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案。[比较（二）审判分庭，事实真相]）违法行为人是否必须属于冲突的一方？它是否必须是冲突一方的公共代理人？它是否必须是一方武装部队的成员？
 - (2) 根据审判分庭的观点（比较上诉分庭的判决第430段引用的审判分庭的判决），是不是只有在冲突一方中被赋予职责、并被期待协助进行战争努力的人才应该受到国际人道法的约束？在这个问题上，你如何解释《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》？你认为上诉分庭裁定审判分庭犯了错误的决定是否正确？
 - (3) 上诉分庭的解释是不是允许对失败国家发生的非国际性武装冲突适用个人刑事责任的唯一依据？

案例201. 卢旺达问题国际刑事法庭，媒体案**案 例**

[资料来源：卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉费迪南德·纳西马纳 (Ferdinand Nahimana)、让-博斯科·巴拉亚圭扎(Jean-Bosco Barayagwiza)、哈桑·恩格泽(Hassan Ngeze)，脚注省略；可访问<http://www.icttr.org>]

2003年12月3日判决

检察官

诉

费迪南德·纳西马纳

让-博斯科·巴拉亚圭扎

哈桑·恩格泽

案例编号：ICTR-99-52-T

判决与宣判 [……]

术语表

Akazu: (阿卡祖) “小房子”；这里用来指与总统哈比亚利马纳关系密切的一个小团体

CDR: 保卫共和国联盟

CRP: 卢旺达进步共和党人集团

Gukora: 工作，有时用来指杀图西族人

Gutsembatsemba: “杀了他们”的祈使语句

Icyitso/Ibyitso: 帮凶；“卢旺达爱国阵线”的同情者/帮凶；有时用来指图西族人

Impuzamugambi: “有共同目的的人”，保卫共和国联盟的青年团

Inkotanyi: “卢旺达爱国阵线”战士；有时用来指图西族人

Inkuba: “雷”；共和民主运动青年团

Interahamwe: “共同袭击的人”；全国发展革命运动青年团

Inyenzi: 蟑螂；1959年为推翻新政权而成立的难民团体；卢旺达爱国阵线的同情者；有时用来指图西族人

Kangura: “醒来” 的祈使语句；用基尼亚卢旺达语和法语印制的报纸名称

MDR: 共和民主运动

MRND: 全国发展革命运动

PL: 自由党

PSD: 社会民主党

RDR: 卢旺达民主共和大会

RPF: 卢旺达爱国阵线

RTL: 自由千丘广播电视台

Rubanda nyamwinshi: 大多数人，胡图族多数人或卢旺达民主多数派

Tubastsembastsembe: “让我们杀了他们”

第一章

导 言 [……]

2. 被告人

5. 费迪南德·纳西马纳[……]。1992年，纳西马纳与其他人成立了一个倡议委员会，为建立名为“自由千丘广播电视台”的公司做准备。他本人是“全国发展革命运动”党的成员。
6. 让-博斯科·巴拉亚圭扎[……]是倡议委员会的成员，由该委员会组织创建自由千丘广播电视台。在这段时间里，他还担任外交部政治事务部主任一职。[……]

3. 指控书

8. 根据《规约》第2条和第3条，费迪南德·纳西马纳被指控犯有[……]7项罪状：共谋实施种族灭绝、种族灭绝、直接和公开煽动种族灭绝、种族灭绝共犯、危害人类罪（迫害、灭绝和谋杀）。[……]对他的指控主要与一家名叫“自由千丘广播电视台”的电台有关。
9. 根据《规约》第2、3、4条，让-博斯科·巴拉亚圭扎被指控犯有[……]9项罪状：共谋实施种族灭绝、种族灭绝、直接和公开煽动种族灭绝、种族灭绝的共犯、危害人类罪[……]，以及两项严重违反《日内瓦公约》共

同第3条和《第二附加议定书》的罪状。[……]对他的指控主要与自由千丘广播电视台和“保卫共和国联盟”党有关。[……]

第三章

事实裁定 [……]

4. 自由千丘广播电视台

4.1 自由千丘广播

342. 许多目击者证实，电台在卢旺达人的生活中扮演着重要角色。控方的专家证人艾利森·德·福杰斯 (Alison Des Forges) 证实，在20世纪80年代，全国发展革命运动政府为电台的出版物提供资助，这些产品以低价卖出，甚至分发给该党行政管理部门的人。按照德·福杰斯的说法，电台在提供信息、娱乐方面的作用变得越来越重要，逐渐成为社会生活的中心。自由千丘广播电台从1993年7月开始广播。[……]

343. [……]弗朗索瓦·泽维尔·恩桑祖维拉 (Francois Xavier Nsanzuwerwa) 1994年在基加利担任检察官，[……]据他描述4月10号这天，他穿过至少四个路卡，发现每一个路卡处的工作人员都在收听自由千丘广播。他在很多场合都发现了这个现象，而且说广播和武器是在路卡可以找到的两个关键物。证人LAG，曾在尚古古的一家路卡工作过，证实说他们通过自由千丘广播获知国家正在发生什么事以及领导的指示。[……]

4.1.1 1994年4月6日之前

345. 千丘广播的一些节目关注历史上形成的种族划分，并且明显是在努力唤醒人们对胡图族-图西族关系的政治动力的意识。例如，在1993年12月12日该电台的一则广播中，巴拉亚圭扎与听众分享了他作为胡图族人的个人经历，目的是为了详细阐述教育和文化在发展种族意识中的作用：

一个胡图族孩子，…以我以自己为例，因为我自己生下来就是胡图族人；我父亲是胡图族，我爷爷是胡图族，我爷爷的父亲是胡图族，我母亲的父母也是胡图族。[……]他们把我作为胡图族人养大，我在胡图族的文化中长大。我出生于1959年革命之前；我父亲曾被强迫服劳役[……]。我母亲曾在当权的图西族人的土地上割草。我祖父要交贡品。这些事情我都看在眼里，每当我问为什么我们自己的花园都荒芜了却还在帮他们耕作，为他们除草，父辈就会告诉我：“事情就是这样的；我们必须为图西族人劳动。[……]

346. 控方的专家证人艾利森·德·福杰斯认为，这段话毫不隐讳地反映了巴拉亚圭扎对“种族集团是一个基本事实的坚持”。她认为，尽管以自己的种族出身为荣没什么错，但是在胡图族当权者被界定为持有反对少数民族团体的意识形态，并威胁对这些团体使用暴力的背景下，这种言论可以增强民族紧张关系。[……]

348. 紧接着，在同一则广播中，[……]，自由千丘电台的主编加斯帕德·加西基 (Gaspard Gahigi)，[……]评论说：“人们想掩饰种族问题，这样其他人就不会知道他们想寻求权力的野心”，然后，巴拉亚圭扎接过头头，表示同意并进一步详细解释了这个观点：

没错！这些人中的突出代表就是“卢旺达爱国阵线”的人，他们要每个人都接受不存在种族团体。当有人提出这个问题时，他们就说这样的人“不爱国，是和平的敌人，目的是要把国家分成两个阵营”。然而，我们的讨论从一开始就是正确的，我们已经证明种族集团的确存在，种族问题的确存在，但是今天，……，不，不只是今天，这可以追溯到很久以前，这个问题与对权力的要求联系在一起。

“卢旺达爱国阵线”主张他们代表图西族人，但是他们否认图西族人是少数民族。他们只占到人口的9%。胡图族人占到80%！因此，他们的结论是，“如果我们承认我们是图西族人，并且承认民主规则，当我们去投票时，胡图族人将一直占居多数，我们永远都不会得到统治地位”。看看布隆迪发生的事情吧：他们有同样的想法。那些策划国家政变的人持有同样的想法。他们的思想就像“蟑螂”组织的人，目的仅仅是获得权力，尽管他们非常清楚在今天没有通过民主程序获得的权力是不被认可的……他们设想着“我们如何才能进入权力集团？”，然后补充到，“最好的办法就是驳斥种族团体的存在，这样当我们掌权时，就不会有人说是一个单独的种族集团在执政。”这就是我们现在面临的问题。[……]

361. 1994年3月23日，在坎塔农·哈比马纳 (Kantano Habimana) 和努尔·希迪马纳 (Noel Hitimana) 主持的一则广播中，自由千丘电台的记者警告听众，“卢旺达爱国阵线”正在进行一个长期计划，他们的任务是“同一切与‘权力有关’的事务进行战斗，即同胡图族人战斗，与曾经说过这话的胡图族人战斗：‘卢旺达是我们的，我们是多数派，任何事先由我们来决定，轮不到你。’”[……]

362. 克雷提恩 (Chretien) 注意到，这则广播强调了胡图族人感到的恐惧，胡图族人曾一直受图西族人的统治。1959年，胡图族人从图西族人手里夺取了政权，图西族人希望能再夺回来。历史的政治背景完全用种族主义的词句写成，“胡图族”和“图西族”这两个短语也被用来指为权力而战的政治团体的人们。[……]

363. 自由千丘电台对无论政治事件还是经济事件仍在用一成不变的种族主义语汇广播。[……]

368. 自由千丘电台的广播在提及相貌特征时也用种族主义的陈词滥调。在1993年12月9日的一则广播中，坎塔农·哈比马纳讨论了对自由千丘电台仇恨图西族人的指责：

“并不是所有的图西族人都是邪恶的；他们中的一些人是邪恶的。也并不是所有的胡图族人都是好人，他们中也有坏人。在种族团体中也有邪恶的特瓦人。这表明，卢旺达的所有种族团体、卢旺达所有人保留了相同的人性。但是，是哪些人认为自由千丘电台仇恨图西族人呢？图西族人到底做了什么让我们憎恨的事呢？哪些图西族人，（他笑道），谁……憎恨他们的方式是什么？仅仅是看到图西族人四处游荡强迫你说他长着漂亮的鼻子、他很高、很苗条，而你却不愿说吗？即使他有漂亮的鹰钩鼻，但你有自己的宽鼻子，这让你能吸入足够的空气好让你的肺通风。[……]”

369. 法庭注意到，尽管哈比马纳想尽量表现得不偏不倚，但这则广播已经传递出对图西族人的敌意和怨恨，并且承认一些人认为自由千丘电台仇恨图西族人。广播中的否认是不具有说服力的。在1994年1月1日自由千丘电台的另一则广播中，坎塔农·哈比马纳再一次提到人们对自由千丘电台正在促进种族仇恨的担忧：

“[……]然而，在这场战争中，在胡图族和图西族转向合作的艰难时刻，一些人与其他人发生了冲突，一些人欺骗其他人，为的是让他们陷入斗争……对此我必须解释：‘这与那，……欺骗者和某些人……’你知道，……如果图西族人想要施诡计来夺回政权……每个人都不得不说：‘大家伙儿，提高警惕……你们的财产正在被剥夺。你们59年的斗争果实正在被剥夺。’所以，孩子们，别谴责我。我与图西族、特瓦、胡图族人没有任何瓜葛。我是胡图族人，但我并不反对图西族人。但是，在当前的政治局势下，我必须解释：‘小心，图西族人想通过暴力或诡计从胡图族人手里夺走一些东西。’所以，说这些话和仇恨图西族人没有任何联系。当一个情况普遍出现时，它就会被谈及。”

370. 这则广播同样没有提到“卢旺达爱国阵线战士”或“蟑螂”。这里对立的力量以胡图族和图西族出现。在这里，图西族人被说成是想要通过暴力或诡计夺回权力，哈比马纳再一次不具有说服力地说：“我并不是针对图西族人”，这与所有他所说的话都形成矛盾。[……]

371. 广播号召民众武装起来，这证明了自由千丘电台的广播企图让人“头脑逐渐升温”。在1994年3月16号的一则广播中，瓦莱莉·伯麦利基(Valerie Bemeriki)发出了“起来反抗”的号召：

“我们知道我们的武装力量很理智。他们很小心，很谨慎。我们能做的就是全心全意帮助他们。在不久前，一些听众向我确认，他们说：‘我们应该站在我们的军队背后，如果需要，我们应该拿起任何武器、长矛和弓箭。……一般来说，每家都应该有一件，然而，我们还应该起来反抗。我们的想法是，‘卢旺达爱国阵线’的战士必须清楚，无论他们做什么事，破坏工程设施或是杀害无辜百姓，他们都休想夺走卢旺达的政权。让他们知道这是不可能的。[……]’”

375. 法庭审查过的自由千丘电台的许多广播都公开将某些人说成是“卢旺达爱国阵线”的帮凶，呼吁听众对这些人造成的安全危险提高警惕。在1994年3月15日电台的一份广播中，努尔·希迪马纳报道说：

“但是在比尔尤贡 (Bilyogo)，我进行了一项调查，那里有些人同‘卢旺达爱国阵线’的战士结盟。上次，我们在那里抓到了埃里克少尉 (Lt Eric)，我对他说，如果他愿意，他可以来看看自己的贝雷帽在哪里，他甚至已经在那里注册了。我们是在金雅姆伯 (Kinyambo)·恩依拉努玛 (Nyiranuma) 的家中抓获他的。还有一些人也成了‘卢旺达爱国阵线’的战士，马克·祖贝里 (Marc Zuberi)，你好啊！马克·祖贝里 (他发出讥讽的笑声)，马克·祖贝里是基邦贡 (Kibungu) 的香蕉搬运工。他用‘卢爱阵’战士给的钱在那里为自己建了一所巨大的房子，因此他没法掩饰，只有几次他谎称自己是‘全国发展革命运动’青年团成员；你说自己是青年团成员，可是当派人去检查时，他们却发现你是‘卢爱阵’队员。这里有一个问题，这就好像在鲁亨盖里 (Ruhengeri) ‘卢爱阵’的人从山上下来，谎称自己是‘保卫共和国联盟’，当地人兴高采烈的欢迎他们，认为他们是‘保卫共和国联盟’，结果都被他们消灭了。他还谎称自己是‘全国发展革命运动’青年团成员，可他是‘卢爱阵’的人，这是众所周知的。当我们抓到他的同事，图西族人恩孔坦伊 (Nkotanyi) 时，他是怎么挺过来的？让他表达一下自己的悲伤吧。

让我们再来看看吉特加 (Gitega)，我向那里的委员会致敬，他们在持续监督那里的人，因为在吉特加有许多人，包括许多‘卢爱阵’的人。那里有一个老人，他经常去CND，他与‘共和民主运动’的人住得非常近，在穆斯塔法附近，每天去CND几乎都可以看到他，他穿着一身袍子，他有一只眼睛几乎要掉出眼眶了，我不想说他的名字，但吉特加的当地人知道他。他几乎每天都去那里，每当他回来时都会去他在比尔尤贡的同事家里发布消息，我是不是应该说他们的名字？一个跛子“Ndayitabi”，加塔拉伊哈·斯勒曼 (Gatarayiha Seleman) 的家。”

376. 法庭注意到，这则广播中所公开名字的人显然都是平民。广播中指出了自由千丘电台要公众怀疑他们的理由。但这些理由含混不清、具有高度的猜测性、与军事行动和武装起义没有明显的联系。

377. 在自由千丘电台 1994 年 3 月 14 日的一则广播中，加斯帕德·加西基指出了一个“卢爱阵”成员的名字，并在广播的最后列出了他所有家人的名字：

“自由千丘电台决定要保持警惕。我迫切的希望所有收听我们广播的比尔尤贡的人们保持警惕。小心，一条象鼻虫已经爬到你们中间。注意，你们已经被渗透了，为了保护自己，你们必须保持格外警惕。你可能会说：‘加西基，你是不是在吓唬我们？’我不是有意要吓唬你们，我是说人应该讲真话。这比欺骗别人更有用。我想告诉你们，比尔尤贡的居民，你们一个名叫曼兹·苏迪·法迪 (Manzi Sudi Fadi)，化名为布库米(Bucumi)的邻居，已经不再是你们中的一员。他现在是为穆哈布拉 (Muhabura) 电台工作的一名技术人员。我们截获了他写给伊斯梅尔·希提马纳 (Ismael Hitimana)，化名为萨法里(Safari)的一封信……后者是‘卢爱阵’在比尔尤贡地区一支队伍的头，这支队伍叫阿坝提甘达 (Abatiganda)。他们是他们的协调人。这支队伍由在比尔尤贡的‘卢爱阵’战士组成。[……]

你们可以看到，这支队伍就存活在比尔尤贡地区。你们必须知道曼兹·苏迪这个人已经不再是你们的人，还有这支队伍在一个名叫伊斯梅尔·希提马纳的人的领导下，他是比尔尤贡地区的阿坝提甘达部队的协调员。曼兹·苏迪在信中写道：‘坚强起来，我非常相信你。即使所剩时间不多，也要坚持你对解放战争的信念。向朱玛 (Juma) 和朱玛父亲(Papa Juma)问好。也向埃斯佩兰斯 (Esperance)、克拉利斯 (Clarisse)、辛特雷 (Cintre) 以及她的妹妹……乌木冬妮 (Umutoni) 问好。’”

378. 克雷提恩注意到，这则广播通过名字指控某人是“卢旺达爱国阵线”的帮凶，并阅读私人信件，包括家庭成员的名字。他证实，卢旺达问题国际刑事法庭的一名调查员在基加利设法找到了曼兹·苏迪·法迪，并且得知他所有的家人，包括他的孩子埃斯佩兰斯、克拉利斯、辛特雷和其他人都在种族灭绝中被杀害了。[……]

388. 在1994年4月3日的一则广播中，努尔·希迪马纳预报了一场眼看就要发生的“卢旺达爱国阵线”袭击：

“他们要在复活节期间搞点动作。事实上，他们说：‘我们已经确定了日期’。他们确定了日子，我们也知道他们的日子。他们应该小心，我们在‘卢爱阵’中也有帮手……他们给我们提供了情报。他们告诉我们，‘3号、4号和5号在基加利城将有事发生’。从今天开始，复活节、明天、后天在基加利城可能会发生一点小事；这件事实际上会延续到7号和8号。因此，我们会听到枪声和手榴弹的爆炸声。尽管如此，我希望‘卢旺达’武装部队应该谨慎。不错，有敢死队，他们分成若干个单元！与他们对抗的‘卢爱阵’队员知道他们是谁……关于保护基加利，没错，我们知道，我们知道，在3号、4号和5号基加利的确会发生一点小事。实际上，6号休整一下，在7号和8号这件充斥着子弹和手榴弹的事件还会继续……然而，他们已经策划了一次大的手榴弹袭击，现在还在想：‘等毁了这座城，我们再来发动一场更大规模的袭击，然后……’”

389. 克雷提恩提出，这则广播利用了《阿鲁沙协定》失效后人们的恐惧心理，完全具备了“谣言控制”的力量。

4.1.2 1994年4月6日后

390. 1994年4月6号刚过，努尔·希迪马纳就广播说卡尼亚伦圭 (Kanyarengwe) 和牧师比齐蒙古(Pastor Bizimungu)死了，暗示这两人希望并挑动了这场灾难，自身也受到了灾难的影响，广播里问道是什么刺激他们这么做，并要求胡图族人与那些想消灭“我们”（从上下文的背景看很显然指的是胡图族人）的人签定生死协定。然后，广播要听众寻找“蟑螂”：

你们这些居住在鲁冈加(Rugunga)的人，住在卡诺贡(Kanogo)的人，那些住在卡诺贡的人，其实还有住在穆布拉布图罗(Mburabuturo)的人，看看穆布拉布图罗的树丛里，仔细地搜，看看那里到底有没有蟑螂。仔细地搜，检查那里到底有没有藏着蟑螂……

391. 面对在交叉质证阶段查明对卡尼亚伦圭和比齐蒙古的死讯报道是虚假报道时，纳西马纳说，卡尼亚伦圭是“卢旺达爱国阵线”的首领，比齐蒙古是他的发言人。他说，他理解军队有可能让记者这么做，以挫败对方的士气。“当发生战争时，发生战争时，宣传就成为战争的一部分。”他说。关于要人们在树丛找寻人一事，纳西马纳的观点是，如果藏在树林中的是恐惧的平民，那么他就不能接受广播里的那种说法。相反，如果军事情报人员证实那些人是“卢旺达爱国阵线”的武装渗透分子，那么他可以理解广播里的通告。

392. 在4月6日之后的广播中，自由千丘电台多次明确地将敌人定义为图西族人。例如1994年5月15日，电台主编加斯帕德·加西基说：

“我们正在发动的战争，尤其是从20世纪90年代早期开始，据说让那些希望建立‘民主’的人感到担忧。我们曾多次说过，并再次强调这是在说谎。这些天，他们这些人在鼓吹，说图西族人正在被消灭，正在被胡图族人大批杀害，云云。我想告诉你们，亲爱的自由千丘电台的听众朋友，我们发动的战争正是两个种族团体，胡图族和图西族之间的战争。”[……]

395. 在自由千丘电台1994年5月30日的一则广播中，坎塔农·哈比马纳将“卢旺达爱国阵线”的战士等同于图西族人。在多次提到敌人时，先说是“卢爱阵”战士，然后又说是图西族人：

“如果每人，如果90%的卢旺达人，能发动起来团结得像一个人一样一起指向一种叫‘卢爱阵战士’的东西，只针对‘卢爱阵战士’，他们将把这种东西驱赶出去，直到它消失，它永远别梦想再回到卢旺达。如果他们继续这样杀害自

己，他们自己将会消失。看吧，所有的年轻人都收到枪的那一天，每个公社，每个人都想要枪，所有这些人都是胡图族人。只占人口10%的图西族人，即便他们向难民求援，他们又如何能找到那么多的年轻人来同占人口90%的其他人相抗衡呢？

‘卢爱阵战士’们如何能将这场战争进行下去呢？如果所有的胡图族孩子都像一个人一样站起来，说我们这个国家不再想要任何图西族 (Gatutsi) 人的后代，他们能怎么办呢？我希望他们能理解就连外国人也给他们的那些忠告。[……]”

396. 在自由千丘电台1994年6月4日的一则广播中，坎塔农·哈比马纳更加生动细致地刻画了“卢爱阵战士”和图西族人之间的等式，描绘了种族团体的外貌特征可以作为挑选暴力对象的指南。他说：

“必须立刻召集一万名年轻人。他们应该站出来，这样我们既可以杀死‘卢爱阵战士’，消灭他们，所有这更容易[Tr.]，我们消灭他们的原因是，他们属于一个种族团体。你瞧那些人的身高和他们的长相。只要看一眼他的小鼻子，就知道该毙了他。接下来我们会去基奔古 (Kibungo)、鲁苏莫 (Rusumo)、鲁亨盖里、比温巴 (Byumba)，任何地方。直到解放了我们的国家，我们才会休息。” [……]

403. 在自由千丘电台 1994 年 7 月 2 日的一则广播中，坎塔农·哈比马纳对消灭‘卢爱阵战士’感到欢欣鼓舞：

“那些过去给我打电话的‘卢爱阵战士’现在都跑到哪去了，啊？他们一定是被消灭了。来，让我们唱起来：‘来吧，让我们欢呼：卢爱阵已经被消灭了！来吧亲爱的朋友，让我们欢呼，亲爱的主是公正的。’亲爱的主的确是公正的，这些坏事做尽的人、这些恐怖分子、这些自取灭亡的家伙都将落得被根除的结局。当我想起只昨天一天我在恩亚米兰堡 (Nyamirambo) 看到的尸体数目；他们都是来保卫他们刚刚被杀死的将军的。一些卢爱阵战士将自己锁在马提亚斯 (Mathias) 的房间里。他们呆在那里，找不到出路，现在他们就要被饿死了，他们中的一些人已经被烧死了。然而，这些卢爱阵的战士真是邪恶到家了，即使他们中有人被烧了，看上去就是一具烧焦的尸体，他仍然设法在枪后面摆好姿势，向各个方向射击，然后他们会自己疗伤。我不知道他们用的是什么药。他们中许多人在烧伤后还能用脚来上扳机进行射击。我真不知道他们是用什么做成的。我不知道。当你看到他们时，你禁不住要问他们到底是什么样的人。总之，让我们紧密地站在一起消灭他们，这样我们的孩子、孙子就再也不会听到‘卢爱阵战士’这个词。” [……]

408. 自由千丘电台的一些广播将战争同被认为和被描述为图西族人内在的民族特性的一种东西联系起来。例如，在1994年5月31日的一则广播里，坎塔农·哈比马纳说：

“轻蔑、傲慢、认为自己不能被超越是图西族人的特征。他们总是认为自己比胡图族人更聪明、更狡诈。正是这种傲慢和轻蔑才给那些‘蟑螂-卢爱阵战士’

及其图西族同伙带来了那么多痛苦，他们遭到了大批屠杀。现在‘蟑螂-卢爱阵战士’还在遭受大批屠杀，真难以理解那些疯狂的人如何解释自己这么多人被屠杀。”[……]

413. 在千丘电台1994年6月5日的一则广播中，坎塔农·哈比马纳描述了自己和一个“卢爱阵”孩子的遭遇：

“就在刚才，我因为碰到一个小‘卢爱阵’战士在基米萨加拉 (Kimisagara) 被抓而迟到了。他是一个14岁的‘卢爱阵’战士。[……]因此，‘卢爱阵’战士有可能在加萨塔 (Gatsata)，也可能在吉索兹 (Gisozi)，利用这些长着大耳朵的脏兮兮的‘卢爱阵’小兵，他们过来的时候背着一个大油桶，假装去取水，实际上却盯着路卡处我们士兵的枪。此事件提醒了路卡处的人。因此，很清楚，关于‘卢爱阵’利用小孩的策略，这一点我们已经说了很长时间，这些孩子不明白他们的目标是什么，但是‘卢爱阵’通过许诺给他付学费、为他买车等让他理解，让他参加战争活动，替他们给枪上弹药。在这些孩子去挖土豆的时候，给他一支枪让他冲着马路上的行人射击。说实话，在战争中利用孩子的邪恶作法是绝无仅有的，因为你知道孩子什么都不懂。”

414. 这则报道在没有援引任何证据的情况下将一个孩子和间谍活动联系起来，说那个孩子可能作出除了取水之外的任何事，并四处乱看。后来对于武器的联想让听众产生了这样的印象：任何取水的男孩都可能是暗地里帮助敌人的嫌疑犯。自由千丘电台正在传播帮凶无处不在的观念。[……]

415. 千丘电台的许多广播都使用了“根除”这个词；其他人也承认，正如上面引用的许多广播中所说的，根除的事实正在进行。在1994年6月9日的广播中，坎塔农·哈比马纳说：

“我将向你们讲述在基辅吉扎 (Kivugiza) 发生的事情，昨天我去了那里，看到‘卢爱阵’战士在卡达菲 (Khadafi) 清真寺里；他们中有一百多人被杀了。然而，又到了一些人。他们到达此地后，我过去看了一下，发现他们就像牲畜一样被宰杀掉。我不知道他们今天是否已经被宰杀了或是今晚会被宰杀。但事实上，那些给卢旺达儿童（或者有可能是外国人）施了魔咒的人定会全力以赴。他们是以一种自杀的方式在卢旺达孩子发射的弹火中穿行。如果不小心的话，他们一定会被射死的。”

416. 法庭注意到，这则广播里明显表现出对这场大屠杀的惊人的漠不关心，将受害人非人化。尽管在文字上没有提到种族区分，但是考虑到图西族人四处逃窜在宗教场所寻求避难背景，以及在其他广播里将“卢爱阵”战士和图西族人等同起来的用法，听众很容易就可以理解“卢爱阵”指的就是图西族平民。哈比马纳提到新到的一批人已经被屠杀了或

即将被屠杀，这实际上承认了、饶恕了、并且公开呈现了在清真寺杀死数百人已是正常现象。

417. 1994年5月31日千丘电台一位未报姓名的广播员描述了棍打图西族儿童的事件：

“他们欺骗了图西族儿童，向他们承诺了根本办不到的事。昨晚，我看到一个图西族儿童受伤了，被扔到15米深的洞里。他设法爬出了那个洞，但是最后被用棍棒打死了。在他死之前，他曾被审讯。他回答说，‘卢爱阵’曾许诺将一直支付他上到大学的学费。然而，如果他不是冒着生命的危险，他们没有做破坏国家的事，这个许诺还有可能实现。我们不理解‘卢爱阵’战士的态度。他们的轻、重武器都没有我们多。我们在数量上也远远超过他们。我相信，如果他们不撤退的话，将被彻底消灭。”

418. 在这则报道里，法庭找不出任何迹象显示这个图西族孩子有武器或是构成了威胁。他被残害致死在这则报道里竟描述得如此冷静，这则报道的核心是，“卢爱阵”似乎不明白他们将被歼灭。

[……]

425. 相反，一些报道明确号召屠杀平民。1994年5月23日坎塔农·哈比马纳在千丘电台报道中说：

“让我向今天早晨在基加利大街上看到正在为打击‘卢爱阵’战士接受军事训练的成千上万的年轻人表示祝贺……我们要不惜一切代价将这个国家所有地方的‘卢爱阵’战士消灭干净。无论他们是在机场还是在什么地方，他们都应该将性命留在那个地方。事情就该如此……一些人（乘客）可能借口他们是难民，另一些人假扮医生或护士。要密切注视他们，因为‘卢爱阵’战士的诡计非常多……这是不是说我们要跑到难民营去寻找那些让孩子加入‘卢爱阵’的人并杀了他们？我觉得我们就该这么做。我们还应该到邻国的难民营去找到那些让孩子参加‘卢爱阵’的人，并杀了他们。我觉得不可能这么做。但是，如果‘卢爱阵’战士继续这么干，我们就将在被驱逐的人中间寻找那些让孩子参加‘卢爱阵’的人，并杀了他们。因为我们必须遵从以眼还眼的原则，我们应有所反应。不可能是别的。”

426. 法庭注意到，这则报道中号召灭绝，尽管‘卢爱阵战士’一语与图西族人有所区别，但是广播号召杀死不是“卢爱阵”战士的人，杀死难民营中让孩子参加“卢爱阵”的人。广播还警告听众在路卡处要警惕，提防某些人利用自己是难民的“借口”，这实际上是号召平民袭击难民。

427. 在千丘电台1994年5月28日的一则广播中，坎塔农·哈比马纳明确指出，母亲是图西族人的胡图族人也应被杀死：

“另一个叫阿洛伊斯 (Aloys) 的男人，塞伊哈菲 (Cyahafi) ‘全国发展革命运动’ 青年团成员，身着军装带着枪走进市场，逮捕了一名叫伊利卢汉迪·欧斯塔施 (Yirirwahandi Eustache) 的年轻人。在他的身份证上写着他是胡图族人，但他承认他的母亲是图西族人。阿洛伊斯和其他塞伊哈菲 ‘全国发展革命运动’ 青年团的成员将欧斯塔施带到一边，让他签署一份15万卢旺达法郎的文件。现在，他告诉我们准备杀了他，而他正在借这笔钱。他害怕被这些人杀死。如果你是‘蟑螂’，你就必须被杀，这不可改变。如果你是‘卢爱阵’战士，你也不能改变任何事。没有人能说他被捕时是蟑螂，后来他为自己的命付了钱就不是蟑螂了。这是不可接受的。如果一个人的身份证是假的，如果他是‘卢爱阵’战士，臭名昭著的‘卢爱阵’帮凶，就不能接受任何交换条件。他必须死。”

428. 从这则报道中可以看出，伊利卢汉迪·欧斯塔施被认为是“蟑螂”和“卢爱阵战士”，这是因为他承认他的母亲是图西族人。这则报道透出的无情的信息是“卢爱阵”的任何帮凶，暗指任何有图西族血统的人，不能赎买他的命，他必须被杀。[……]

431. 千丘电台还在广播里列出个人的名字。例如1994年3月31日的一份报道，穆比利兹 (Mbilizi) 在宣读新闻题目时，称“13名尼亚萨 (Nyanza) 的学生组成的名为‘绝不迟到’的小分队很快将被‘卢旺达爱国阵线’接收”。不一会儿，穆比利兹开始报道这则新闻，他说“卢爱阵”刚刚接受了13名来自尼亚萨的学生。他列出了5所学校，并宣读了‘绝不迟到’小分队的13名队员的名字。在宣读每一个人的名字时，他还附带报道了他们在小分队中担任的角色，年龄、学校名、他将在“卢爱阵”获得的代号。13个人的年龄在13岁至18岁之间不等。读完名字后，穆比利兹说：

“亲爱的听众，现在你们知道了这些学生这么年轻，却又这么危险。我们不得不说这足以证明千丘电台一直在传播的信息，即‘卢爱阵’已经渗透到学校里了。”

[……]

433. 还有大量广播报道了设置路卡的人，支持他们的活动。在5月26日至28日之间，坎塔农·哈比马纳直接鼓励那些为提防“蟑螂”看守战壕的人吸食毒品：

“现在我要向那些在基米萨加拉一家屠宰场附近工作的年轻人致敬……昨天，我看到他们在跳祖克舞 (Zouk)。他们还杀了一头小猪。让我告诉你……噢，不！你给我吸的那东西对我产生了坏效果。我抽了三口。那感觉真强烈，非常强烈，但它会让你变得异常有胆量。好好看守那些战壕，明天别让任何‘蟑螂’通过。抽点儿那小东西，送那些‘蟑螂’下地狱。”[……]

关于自由千丘电台节目的证人证言

444. 控方的许多证人证实，千丘电台广播里提到名字的人，因为那些广播，马上就被杀害了。当时基加利的一名检察官恩桑祖维拉在4月7日前就说，被千丘电台指名道姓就相当于“被判了死刑”。[……]有一件发生在4月7号或8号的这类事件，是对总统哈比亚利马纳的朋友德斯勒·恩顺古因卡 (Desire Nshunguyinka) 的杀害。在千丘电台公布了他所乘坐的车牌照号后，他及他的妻子、妹妹、妹夫很快都被杀害了。千丘电台广播要恩亚米兰堡的路卡人员提高警惕，说带着这个车牌照的一辆轿车即将通过，车上有“卢爱阵战士”。当轿车到达路卡处时，这则广播刚刚结束，路卡的工作人员把这四个人全都杀害了。恩桑祖维拉说，自由千丘电台向路卡的人广播，并明确地传递这样的信息：把广播放在近便的地方，因为千丘电台随时会提供关于敌人动向的信息。许多人收听千丘电台是出于恐惧，因为它煽动种族仇恨和暴力。恩桑祖维拉说，一些人将这个电台叫做“Ruswitsi”电台，意思是“焚烧”，指的是种族暴力。4月6日后，它甚至被一些人叫做“弯刀电台”。

445. 控方的证人FS是一位来自吉塞尼 (Gisenyi) 的商人。他证实说，在1994年4月7日的广播中听到了许多人的名字，其中有自己的哥哥。在那之后不久，哥哥和他的妻子，还有7个孩子都被杀害了。他证实说，哥哥并不是唯一一个在广播后被杀的人，还有许多人在广播之后被杀了。[……]

449. 控方的证人还讲述了千丘电台的广播的设计明显是在操纵图西族人的行动，以便利屠杀他们。恩桑祖维拉讲述了一件事，牵涉到查尔斯·卡林让博 (Charles Kalinjabo) 教授。他在1994年5月在一处路卡被杀害。事件发生在千丘电台的一则广播后，广播号召所有不是“卢爱阵”战士、但是爱国者的图西族人在路卡处与他们的胡图族同志会合。查尔斯·卡林让博就是那些听了广播后离开藏身处到路卡的人之一。他在随后另一则广播播出后被杀害了，这则广播告诉听众别到敌人的住处去找他们了，他们现在就在路卡处。证人FW证实，1994年4月11日，他听到千丘电台广播让所有逃离家园的图西族人返回家中，因为即将进行一次搜缴枪支行动，没人在家的房子将会在搜查中被破坏。[……]证人FW说，大部分听了这则广播回家的人都被杀了。他没有回家，找了另一个藏身地，因为他不信任千丘电台。

450. 证人FW还证实1994年4月13日发生在伊斯兰文化中心的一件事。证人估计，大约有300名男子、175名妇女，还有许多孩子，他们都是来寻求避难的特西族人。它描述了当时的可怕情形，并说有一些胡图族的年轻人进入里面，并给里面的人发食物。4月12日，他看到千丘电台的努尔·希迪马纳到了这里，他听到努尔问那些年轻人为什么要给伊斯兰文化中心的这些“蟑螂”提供食物。证人FW说，他告诉希迪马纳这些被他叫做“蟑螂”的人是他的邻居，并问他为什么把这些人唤作“蟑螂”。大约一个多小时后，证人说，他听到坎塔农·哈比马纳在千丘电台广播中说，在伊斯兰文化中心有武装的“蟑螂”，他要卢旺达武装部队必须注意到这个事实。但是证人说，集中在这里的难民没有一个人有武器；他们都没有防御能力。第二天早晨，即4月13号，这里受到了士兵和“全国发展革命运动”青年团的袭击。他们包围了并杀死了这些难民。从证人FW的藏身地可以看清正在发生的一切。他描述了一些“全国发展革命运动”青年团员不情愿在清真寺里杀人，于是他们命令所有都出来，包括老妇人和小孩。随后他们被带到附近的房子，几乎所有的人都被杀害了。事发第二天的早晨，证人找到了6个幸存者，其中三个因为伤势严重后来也都死了。他们告诉他，难民一进那房子，那些人就向里面扔手榴弹，他们是袭击中仅存的人。在被杀害的人中有证人的表妹，一个7岁的小女孩。

451. 证人FW证实，5月的一天，他听到千丘电台的一则广播，他把它称作“煽动节目”之一。加西基在采访贾斯汀·穆根兹 (Justin Mugenzi)，后者说1959年他们把特西族人赶了出去，但是这一次，他们不再驱赶他们，而是要杀了他们，胡图族人应该杀了所有的特西族人——孩子、女人和男人——如果他们有一天又回来了，说明上次没有被杀绝。不能再犯同样的错误了，他们应该杀了所有特西族人。证人FW说，这一声明让他们感到非常恐惧，因为他们知道几乎没有存活希望了，即使活下来也不会太长久。[……]

457. 控方证人菲利普·达辛登 (Philippe Dahinden) 是一位起初曾追随自由千丘电台的瑞士籍记者，于1994年5月25日向联合国人权委员会递交了一份声明，呼吁谴责自由千丘电台从一开始就在大屠杀中扮演的角色，请联合国要求关了这家电台。在他的声明中，他还指出：“即使在1994年4月血腥事件发生前，自由千丘就在倡导针对特西族人以及胡图族反对派的仇恨和暴力。比利时国民和联合国维和人员也是这个‘杀手电台’

的目标和受害者。”达辛登称，在发动和持续进行的大屠杀中，自由千丘是胡图族极端分子和民兵“至关重要的宣传工具”。他说，从1994年4月6日开始，自由千丘“不断激化仇恨，煽动针对图西族人、胡图族反对派的暴力，换句话说，他们的仇恨和暴力针对所有支持1993年8月《阿鲁沙和平协定》人”。

458. 专家证人德·福杰斯证实，她从大部分在大屠杀期间同她交谈过的人那里获得的信息是“关掉千丘电台”。她指出，潜在的受害者因为恐惧，尽可能地收听千丘电台，并把里面说的话都当真，攻击者也不间断地听这个广播，广播充斥在路卡处、大街上、酒吧里、甚至在当局的办公室里。她讲述了一则报道，其中一位村长曾说：“听着广播，把它说得就当你自己说的话一样，照它说的去做”。从她收集到的资料可以得出的结论是，自由千丘电台对局势有着巨大的影响，它鼓励屠杀图西族人和保护图西族人的人。[……]

460. 至于1994年4月6日之后的广播，纳西马纳说，他本人讨厌让听众产生所有的图西族人都应该被杀的印象。他让自己远离这些活动，认为这是“不可接受的”，并说自由千丘被极端分子接管了。他说，自由千丘的确煽动群众去寻找敌人。他一面说不相信自由千丘电台“有组织有计划的呼吁屠杀百姓”，另一面又说在拘留期间听说广播员请人们注意图西族人的外貌特征他感到非常震惊，他承认，这些人很快就会被在路卡处被杀害。纳西马纳说，假设自己试图阻止自由千丘电台广播被叫做“卢旺达爱国阵线”战士的个人信息，他自己可能就会成为自由千丘广播的对象，进而面临死亡威胁。在交叉质证阶段，他专门对几则自己质疑的广播进行了谴责，他要求他的谴责能被看作是对所有这类广播的谴责。[……]

461. 法庭指出，在1994年4月6日之前和之后都是同样的记者在广播。在回应法庭关于自由千丘电台记者的疑问时，纳西马纳将记者行为的转变归咎于管理体系的崩溃，使得大量激进分子控制了电台。他说，在他被拘留期间，他更加熟知了千丘电台4月6日之后的广播节目，并再次公开谴责这些广播，特别是坎塔农·哈比马纳的广播，他说，此人经常吸食毒品，然后就播出一些不能接受的内容。他指出，哈比马纳在4月份千丘电台的爆炸中失去了一条腿。他说，一定程度上可以理解哈比马纳在节目中流露出的愤怒，但即便是他全家人都被“卢旺达爱国阵线”的部队杀害了，这个事实也不能证明他的广播就是公正的。在回忆起被拘留后获知

记者吸食毒品一事时，纳西马纳说，坎塔农是一个训练有素的杰出新闻记者，这种事在4月6日之前从未发生过。

462. 纳西马纳坚持否认自由千丘电台在1994年4月6日之前和之后的广播仅是程度差别的观点。他说，4月6日之前所广播的那种辩论在之后是根本不可能的。他表扬加斯帕德·加西基是“印刷媒体的精华中的精华中的精华”，指出，是他培养了大湖地区的记者。他同意加西基犯了错，但是认为任何人都会犯错，而且回忆起加西基曾说因疏忽犯错的人应该有答辩的权利，因此认为加西基对所犯的错误深感痛心。4月6日之后，他说，一些记者就像疯了一样，这一方面因为吸食了毒品，另一方面是被他们同事的遭遇所烦扰。他声称，从未见过记者吸毒，在提及坎塔农·哈比马纳时似乎已将他列入了“犯罪分子的阵营”。[……]

对证据的讨论

[……]

468. 法庭指出，在上面着重提到的几则广播中，可以看到种族和政治力量之间一种复杂的相互影响关系。这种互相影响的关系不是自由千丘电台创造的。它在一定程度上反映了卢旺达的历史。法庭认为，1993年12月12日巴拉亚圭扎的那则报道可以看作是努力唤起民众对历史的意识的典型例子，历史上占人口多数的胡图族人被有特权的图西族少数民族歧视。历史上这种歧视同卢旺达权力分配的不平等密切相关。因为这种权力分配遵循种族划分的原则，它必然同种族因素有关。巴拉亚圭扎对个人经历的描述很显然为了传递一个政治信息：在历史上，胡图族人被当作二等公民对待。法庭注意到，自由千丘电台的广播贯穿着一个潜在的担忧，即“卢旺达爱国阵线”的武装叛乱是对1959年后为改变这种历史不平等所取得的进步的威胁。考虑到卢旺达的历史，法庭接受了这一担忧是有根据、并有必要进行公开讨论的观点。[……]

472. [……] 控方的专家证人艾利森·德·福杰斯承认自由千丘电台有许多这种类型的报道，但是又说，这些报道是例外而已。法庭认为，情况的确是这样，无论是证人的证词还是法庭审查过的广播的样本都可以说明这一点。这些证据都说明，自由千丘关于该问题早已形成了自己的观点，人们并不认为自由千丘是、而事实上它也不是一个可以表达分歧意见的公开论坛。

473. 自由千丘的许多广播明确将敌人定义为图西族人，或是将“卢爱阵”战士和“蟑螂”等同于所有图西族人。另一些广播里则暗示了这种确认。尽管也有一些广播提到“卢爱阵”战士和“蟑螂”是为了与图西族人作区分，但是对敌人就是图西族人的反复确认已经有效地传给了听众，目击者的证言证明了这一点。在这样的背景下，号召公众拿起武器对付“卢爱阵”战士和“蟑螂”就被解释成了号召公众拿起武器对付图西族人。即使在1994年4月6日之前，广播里也做过这种号召[……]。
474. 法庭注意到，纳西马纳在他的证词中反复建议一个人是否在事实上属于“卢旺达爱国阵线”，或是合法的被认为是“卢旺达爱国阵线”的成员，是评判广播的一个关键因素。法庭承认，在战争期间，媒体通常被用来向人民就敌人的行动发出警告，甚至被用来动员平民参加国家的防卫。然而，对自由千丘电台的审查以及其他证据都表明，那些被公布名字的个人并不是“卢旺达爱国阵线”的成员，要么就是自由千丘在没有依据的情况下妄下结论，把目标指向他们仅仅是因为他们的种族。[……]
477. 对于1994年3月14日加西帕德·加西基在广播里阅读“卢爱阵”战士写的信一事，纳西马纳坚持认为，这封信证明存在“卢爱阵”的分支队伍。如果真实的话，这封信的确是一个自认为是“卢爱阵”的成员所写，但是自由千丘电台广播了他的孩子的名字。据克雷提恩证实，这些孩子随后都被杀害了。就连纳西马纳在关于这则广播的最后陈述中也承认，他不喜欢广播人名的做法，尤其是当这可能给他们带来死亡的后果时更不应该。法庭认可纳西马纳对缺乏注意所表达的失望感，或者仅仅是为了确认信是“卢旺达爱国阵线”的一名成员写的就证明“卢爱阵”的确有分支队伍。然而，控方的许多证人在他们的证词中承认，存在分支队伍，而且法庭也注意到，控方的许多证人，例如证人AEN和WD证实，自己在当时本身就是卢旺达国内的“卢爱阵”成员。这样，问题就不再是信的作者究竟是不是“卢爱阵”的成员，而是他的孩子的名字被自由千丘广播逐一列出。纳西马纳在陈述中勉强承认这是不好的做法。
478. 1994年4月6日之前被自由千丘电台在广播中明确提到名字的人后来都被杀害了。[……]
481. 1994年4月6日后，自由千丘电台广播的愤怒和激烈程度不断攀升，尤其表现在号召人民采取行动打击敌人时。自由千丘继续用4月6号之前的

方式将“卢爱阵”战士和“蟑螂”等同于图西族人。这并不是说所有的广播都作了这种等式，但是许多广播这么做了，而且传递给听众的总体信息非常明确，也正如同证人证言所证实的，敌人的定义包括图西族平民。纳西马纳再一次声称对于4月6日之后的报道，要听众寻找的敌人到底是不是“卢爱阵”的成员对于评判报道来说是个关键因素。法庭指出，这则报道号召民众仔细搜寻穆布拉布图罗树丛里的“蟑螂”。从其他报道的背景来看，都将“蟑螂”明确等同于图西族平民，这则报道并没有提到是带着武器的“蟑螂”或以某种方式明确界定是战斗员。法庭查明，这样的—个号召会让大部分听众当成是号召寻找逃到树林中的图西族难民。1994年5月23日坎塔农·哈比马纳在报道中提到“卢爱阵”战士假扮难民，指示听众，即使这些人抵达机场企图逃跑，“他们也应把命留下来”。哈比马纳在1994年6月5日的报道中又让人们注意一个取水的小男孩实际上是敌人的间谍，但他并没有说明为什么得出这样的怀疑。在1994年5月15日的广播中，自由千丘电台的主编加斯帕德·加西基告诉听众：“我们发动的战争实际上是胡图族和图西族这两个种族团体之间的战争。”1994年5月29日自由千丘的广播里，一位居民描述了如何通过检查身份证来区别胡图族人和“卢爱阵”战士的帮凶。在1994年6月4日自由千丘广播里，坎塔农·哈比马纳建议听众通过身高、外貌特征来识别敌人。“只要看看他们那小鼻子就可以宰了他”，他通过广播这样说。

482. 1994年4月6日后自由千丘广播中明确提到名字的人后来都被杀害了。
[……]

484. 法庭认为，自由千丘号召听众采取行动对付图西族敌人的广泛程度已经构成一种节目模式。尽管有一小部分广播突出要求听众不要不分皂白地屠杀，表面上作了区分敌人和所有图西族人的努力，而这些广播大多数是在感觉到国际社会正在关注此事，需要马上销毁屠杀证据的背景下作出的，这些广播里明确提到了这样的话。关于自由千丘节目的广泛证词证实了自由千丘电台的广播给法庭的总体感觉，上述少量的广播背离了自由千丘电台的一贯模式，即积极推动屠杀敌人——明示或默示地指明是图西族人。

485. 法庭还注意到，在整个事件前后，自由千丘电台节目模式的发展——从扩大种族敌对情绪到加速号召对图西族人实施暴力。考虑到上面所讨论的证据，法庭查明，这种发展是持续进行的，从自由千丘电台创立开始

就讨论种族划分的问题，逐步转向几乎不停地号召消灭图西族。据大家说，某些事件，例如 1993 年 10 月暗杀布隆迪总统恩达达耶 (Ndadaye) 对自由千丘电台的节目产生了影响，那么毫无疑问，1994 年 4 月 6 日的事件则是对自由千丘电台节目的急剧的、直接的影响。然而，这些都不是转折点。相反，这些事件都是不断激化的因素，由同样的记者按照之前制作的同样节目模式进行广播，这些事件只是加剧了危险和破坏的层次。

事实裁决

486. 法庭查明，自由千丘广播电台通过推动对图西族人的侮辱和仇恨让种族矛盾一成不变。自由千丘广播号召听众寻找敌人并拿起武器对付敌人。敌人被界定为“卢旺达爱国阵线”、“卢爱阵”战士、“蟑螂”以及他们的帮凶，而所有这些人被电台的广播有效地等同于图西族团体。1994 年 4 月 6 日后，自由千丘广播宣传种族仇恨和号召暴力的恶意和激烈程度不断攀升。这些广播明确号召消灭图西族种族团体。

487. 1994 年 4 月 6 日前后，自由千丘电台都在广播图西族人及其家人，以及胡图族政治反对派的名字。有些时候，这些人随后就被杀害了，法庭查明，他们的死在不同程度上都与他们的名字被广播有某种联系。自由千丘电台还在广播中鼓励图西族平民从藏身地返回家中或是聚集到路卡处，结果根据自由千丘电台对他们行踪的跟踪报道，这些人都被杀害了。

488. 电台是卢旺达境内波及范围最广的大众传播。许多人都有收音机，都收听自由千丘广播，无论是在家里、酒吧、大街上还是路卡处。法庭查明，自由千丘电台利用图西族拥有特权和胡图族处于劣势的历史，以及人们对于武装起义的恐惧，动员人民，把他们推向仇恨和暴力的狂暴状态，而这种仇恨和暴力主要都是针对图西族人的。“全国发展运动”青年团和其他民兵，他们都收听自由千丘电台，根据电台提供的信息行动。电台积极怂恿他们去杀人，无情地传递给他们这样的信息，即图西族人是敌人，必须立即被消灭，全部被消灭。

4.2 对自由千丘广播电台的所有权和控制 [……]

关于 1994 年 4 月 6 号后对自由千丘电台的控制的证据的讨论

561. 法庭指出，1994 年 4 月 6 日后，自由千丘电台的运行和管理结构并没有改变。[……]

事实裁定

566. 法庭查明，自由千丘广播电台主要为“全国发展革命运动”党的成员所有，共和国总统尤维亚利斯·哈比亚利马纳 (Juvenal Habyarimana) 是最大的股东，大量重要的持股人来自卢旺达军队。“保卫共和国联盟”的领导处于电台的最高管理层，其中巴拉亚圭扎是指导委员会的创始成员，斯塔尼斯拉斯·希姆比兹 (Stanislas Simbizi) 随后也加入了电台指导委员会。
567. 法庭查明，纳西马纳和巴拉亚圭扎通过他们各自在自由千丘广播电台指导委员会中的角色，发挥着董事会的职能，从电台创立到1994年4月6日这段时间有效地控制着电台的管理。纳西马纳曾是、而且被认为是公司的创始人和主任。巴拉亚圭扎曾是、而且被认为是他的第二把手。纳西马纳和巴拉亚圭扎对外是电台的正式代表，对内，他们则控制着公司的财政运行，对电台的活动负有监督职责，在必要的时候采取补救措施。纳西马纳在决定电台广播的内容上也发挥着积极作用，撰写社论，并发给记者要宣读的稿子。
568. 法庭查明，1994年4月6日后，纳西马纳和巴拉亚圭扎从法律上依然对自由千丘广播电台可以行使权力。他们对于自由千丘电台的广播并没有表示担忧，尽管他们知道这种担忧是存在的，而且其他人也表示过这种担忧。1994年6月末7月初，纳西马纳要求停止对达赖尔将军和联合国卢旺达援助团的攻击。他的成功干涉表明，他在实际上具有控制权，尽管这种权力在1994年4月6日后没法继续实施。

4.3 违反通知 [……]

事实裁定

617. 1993年10月25日，在信息部长写给自由千丘广播电台的信中第一次正式表达了对自由千丘电台广播的担忧。这种担忧逐步增强，最终部长于1993年11月26日召集了一次会议，纳西马纳和巴拉亚圭扎，以及菲利斯恩·卡布加 (Felicien Kabuga) 都出席了会议。会上，纳西马纳和巴拉亚圭扎被告知不断升级的担忧，这种担忧在部长之前给电台的信中已经表达过，电台正在违反它同政府协议中的第5条第2款，它正在推动种族分化、反对《阿鲁沙协定》、并以不符合新闻报道标准的方式报道新闻。纳西马纳和巴拉亚圭扎都承认，是记者犯了错。这次会议上达

成了许多关于自由千丘电台广播节目的承诺。会上，纳西马纳被称为自由千丘电台的“主任”，巴拉亚圭扎被称为电台的“创始成员”。在本次会议上，他俩与菲里斯恩·卡布加都是代表电台的管理成员，他们积极地参加会议，表达了对信息部的理解，他们当时有效地控制、并负责电台的节目。

618. 1994年2月10日，举行了第二次会议。这次会上提到了第一次会议作出的承诺，部长表达了对自由千丘电台节目的担忧，因为电台的节目继续在推动种族分化，违反了电台同政府之间的协议。部长的讲话语气强烈，表意明确，并通过电视公开播放。卡库加代表自由千丘电台做了回应，同样强烈而明确，不仅为电台的节目辩护，还指出电台将继续自己的事业，公开向信息部挑战。在自丘电台的广播中提到了信息部长和他写给电台的信，公开嘲笑他试图提出这些担忧，却没有能力阻止千丘电台。根据证人GO的描述，巴拉亚圭扎曾威胁信息部。据恩桑祖维拉说，部长非常清楚这些威胁。尽管如此，部长告诉证人GO继续他的工作，在部长的推动下提出了针对自由千丘电台的案子，就在部长和他的家人在1994年4月7日遇害之前，他正准备向内阁提出这件事。

619. 1993年10月25日的信、1993年11月26日的会议以及1994年2月10日的会议可以证明，对于自由千丘电台广播种族仇恨、虚假宣传的担忧已经明确、并反复通告了自由千丘电台。电台派他们的高级管理层与政府磋商这些关切。两次会议，纳西马纳和巴拉亚圭扎都出席了。一次会议承认他们的记者犯了错，并愿意改正，一次会议则仍在为他们的节目辩护，没有任何暗示说他们对电台的节目完全不负责任。[……]

第四章

法律裁定

1. 引言

944. 1946年，联合国大会通过的一项决议宣布了信息自由是一项基本人权，“欲求信息自由之实现，须具有行使此特权之意愿与能力，并避免其滥用：此为其不可或缺之要素。尤须一本道德责任心，探求事实，不存偏私，广播知识，不怀邪意：斯乃基本之操守。”

945. 本案提出了有关媒体角色的重要原则，这从纽伦堡审判之后还没有在国际刑事司法层面讨论过。媒体塑造和摧毁基本人类价值的权力须伴随重大的责任。控制媒体的人须对它的后果承担责任。

2. 种族灭绝

946. 指控书罪状2根据《规约》第2条第3款 (a) 指控被告人犯有种族灭绝罪，因为他们对以全部或局部消灭某一种族或民族团体的蓄意屠杀和引起图西族人身或精神的严重伤害的事件负责。

947. 《规约》第2条第3款将种族灭绝定义为蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者：

- (a) 杀害该团体的成员；
- (b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；
- (c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；
- (d) 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；
- (e) 强迫转移团体的儿童至另一团体。

948. “阿卡耶苏案”的审判分庭在解释这类行为时说，行为针对某人实施是因为该个人是特定团体的成员，而且只是因为他属于该团体，因此受害对象是团体本身，而不仅仅是个人。个人只是团体的化身。本法庭认为，袭击胡图族反对派是因为他们支持图西族，这更暴露了他们消灭图西族的意图。

自由千丘广播电台

949. 法庭查明，如在第486段所言，自由千丘广播电台通过推动对图西族人的侮辱和仇恨以及号召听众寻找敌人并拿起武器对付敌人，来使种族矛盾一成不变。敌人被定义为图西族。这些广播明确号召消灭图西族。1994年，在4月6日前后，千丘电台广播了图西族人及其家人，以及支持图西族的胡图族政治反对派的姓名。有些时候，这些人随后就被杀害了。法庭确认，在自由千丘电台的广播和这些人的死亡之间有某种特别的联系——要么是公开他们的姓名，要么是操纵他们的行动，指挥着这些人被成群杀害。（参见第487段）[……]

因果关系

952. 媒体的性质是这样的，除了传媒本身，杀人和其他种族灭绝的行为必然受到某种直接因素的影响。法庭认为，这并不会弱化将原因归于媒体，或是将刑事责任归于那些应该对传媒负责的人。

953. 辩护律师称，总统的飞机坠毁以及哈比亚利马纳总统的死亡突然激起了对无辜的图西族人的杀戮。法庭承认，这一事件为后来的事情叩响了扳机。这是显而易见的。但是，如果将飞机失事看作是扳机，那么自由千丘电台[……]就是枪里的子弹。扳机之所以会产生如此致命的影响是因为枪里已经装满了子弹。因此，法庭认为，造成屠杀图西族平民的原因，至少是部分原因，应归咎于自由千丘电台于1994年4月6日前后明确而有效散布的、将另一种族作为死亡靶子的信息。

[……]

种族灭绝的意图

957. 在确定被告人的犯罪意图时，法庭不仅考虑了他们的个人言行，还考虑了通过他们所控制的媒体传播的信息。

958. 1994年5月15日，自由千丘电台主编加斯帕德·加西基告诉听众：

“……他们说图西族人正在被灭绝，他们正在被胡图族人大批杀害，云云。让我告诉你们，自由千丘电台亲爱的听众朋友，我们发动的战争正是这两个种族之间的战争，胡图族和图西族。”

959. 1994年6月4日自由千丘电台的另一则广播也引人注目地展示了种族灭绝的意图：

“他们应该站起来，这样我们就可以屠杀‘卢爱阵’战士，消灭他们。我们之所以要消灭他们是因为他们属于另一种族。看看那些人的身高和长相。只要看看他们的小鼻子就可以宰了他。”

960. 即使在1994年4月6日前，自由千丘电台也将图西族人等同于敌人，如1994年1月6日一则广播中，坎塔农·哈比亚纳问道：“我为什么要恨图西族人？为什么应该恨‘卢爱阵’战士？”[……]

963. [……] 将图西族人妖魔化，说他们有与生俱来的邪恶本质，将这个种族等同于“敌人”，将这个种族的妇女描绘成敌人的诱惑工具，媒体把呼吁消灭图西族作为对与图西族种族联系起来的政治威胁的回应。[……]

965. 法庭认为，自由千丘电台的广播不仅证明了电台的编辑政策，而且是种族灭绝意图的确定的证据。而每个被告各自的言论又进一步证明了他们的种族灭绝意图。[……]

969. 基于上述证据，法庭排除合理怀疑地查明，费迪南德·纳西马纳、让-博斯科·巴拉亚圭扎、哈桑·恩格泽以全部或局部消灭图西族的意图行事。法庭认为，将图西族和政治日程联系起来，有效地将种族和政治身份融合在一起，但这并没有否定被告所持有的种族灭绝的意图。相反地，将图西族人的身份同国家的敌人和政治反对派联系起来，仅仅是根据他们的图西族图身份，强调了他们属于那个种族的事实，这是他们遭受攻击的唯一理由。[……]

3. 直接、公开煽动实施种族灭绝

法 理

978. 法庭首先考虑了在“阿卡耶苏案”中直接和公开煽动实施种族灭绝的原理，注意到在《灭绝种族罪公约》通过时，该项罪行包括“特别是，因为他在策划种族灭绝中的关键角色”。“阿卡耶苏案”的判决引用了苏联代表的解释性评论，该代表认为，这个角色至关重要，说：“除非受到煽动，否则不可能成千上万的群众都去实施这么多的罪行。”他质问：“在这样的情况下，怎么可能让煽动者和组织者逃脱惩罚呢？他们才是真正应当为暴行负责任的人”。

979. 本案全面处理了媒体在1994年卢旺达发生的种族灭绝中扮演的角色，以及什么构成直接和公开煽动实施种族灭绝罪的个人刑事责任等法律问题。与法庭裁判的阿卡耶苏以及其他案件中通过个人演讲煽动种族灭绝不同，本案被告人系统地利用印刷和广播媒体，不仅传播自己的言论，而且传播许多其他人的言论，集中传递信息，对人民进行大规模动员。考虑到大众传媒的角色，法庭不仅要考虑特定的广播和文章的内容，而且还要考虑这些原则在媒体节目中的广泛运用，以及媒体所有权和对媒体实施制度控制所带来的责任。[……]

卢旺达问题国际刑事法庭的法理

1011. 卢旺达问题国际刑事法庭的法理在解释“直接和公开煽动种族灭绝”方面只提供了一个先例。在“阿卡耶苏案”中，法庭审查了构成“直接和

公开煽动”的每一个词的含义。关于“煽动”，法庭注意到，在普通法和大陆法制度中，“煽动”或是大陆法中说的“挑拨”，被定义为怂恿或挑衅去实施某种侵权行为。法庭引用了国际法委员会对“公开”煽动特征的归纳，即“在公开场所面向许多人，或者通过像广播和电视一类的大众传媒对一般的公众呼吁实施犯罪行为”。法庭一方面承认，“直接”煽动的含义应该“不只是含糊不清的、间接的暗示”，另一方面认为有必要在卢旺达文化和语言环境中解释“直接”的含义，请看如下记录：

……法庭认为煽动的直接因素应该放在它的文化和语言背景下看。的确，专门的演讲可能在一个国家看是“直接”，而在另一个国家看却不同，这取决于听众。法庭进一步认为有些煽动可能是含蓄的，但却是直接的……

因此，法庭认为，应该根据卢旺达的文化和特定的环境，进行具体案件具体分析，主要通过分析信息的受众是否立刻领会了信息的含义，来判断煽动行为是直接的还是间接的。

1012.在“阿卡耶苏案”中，法庭对犯罪意图作了如下定义：

直接公开煽动实施种族灭绝罪的犯罪意图在于，直接提示或挑拨他人实施种族灭绝行为。这表明，就犯罪行为而言，他有通过自己的行动将自己脑海里认为有必要实施这种犯罪的思想传递到他人脑海里的愿望。这就是说，煽动实施种族灭绝的人自己必须有明确的实施种族灭绝的意图，即全部或局部消灭一个民族、种族、人种或宗教团体的意图。

1013.“阿卡耶苏案”的判决还考虑了如果煽动不成功，直接公开煽动种族灭绝行为是否应受惩罚的问题。判决认为，此时犯罪应该被认为是普通法上的“未遂犯罪”(inchoate offence)，或大陆法中的“形式侵害”(infraction formelle)，因此应受惩罚。法庭强调，“这类行为因为给社会带来的高度风险，所以即便没有产生后果，但行为本身就是非常危险的。”法庭认为，“种族灭绝显然属于严重的犯罪，因此直接和公开煽动这类犯罪就必须受到惩罚，即便煽动后并没有产生煽动者预期的后果”。

1014.在进一步确定直接和公开煽动种族灭绝罪的界限时，法庭提到了“阿卡耶苏案”的事实裁定。裁定指出，被告人向群众发表演讲，敦促他们团结起来消灭敌人，即那些“卢爱阵”战士的帮凶，围观群众认为他是在号召屠杀图西族人，而且被告人知道群众会如何理解他所说的话。因此，他的言论与社区后来大规模屠杀图西族人之间有因果关系。

1015.在“阿卡耶苏案”中，法庭在关于直接和公开煽动实施种族灭绝的指控的法律裁定中认为，“在被告向群众发表的言论和在社区随后大规模屠

杀图西族人之间有因果关系”。法庭指出，这种因果关系并不是裁定煽动罪的必要要件。信息造成种族灭绝的可能性使传递该信息成为一种煽动行为。像在“种族灭绝的法律裁定”中所言，一旦这种可能性变成现实，种族灭绝罪和煽动种族灭绝罪也成了既成事实。

对被告人的指控 [……]

1025.被告人在辩护中引用了需要对敌人提高警惕，这里的敌人指的是武装起来的危险的“卢旺达爱国阵线”的部队，他们袭击胡图族平民，破坏卢旺达的民众，并想夺回政权。法庭承认，媒体有保护民主、并且在必要的时候动员民众为保卫国家和人民而战的作用。而自由千丘电台与实现该目标的不同之处在于，[……]它在广播中持续地将敌人确定为图西族人。[……]它并没有指导听众去打击那些拥有武器和危险的个人。相反，图西族平民，事实上整个图西族人都被认为构成威胁，是打击的目标。[……]

1029.至于因果关系，法庭再次强调，煽动就是犯罪，无论是否产生了它想要的效果。在判断传递信息是否代表想引起种族灭绝的犯罪意图因此构成煽动时，法庭认为，这时，种族灭绝是否实际发生非常重要。该媒体产生这种效果的意图部分地被这种效果的实际发生证明了。[……]

自由千丘广播电台

1031.自由千丘广播电台的广播大肆鼓吹，号召听众对敌人及敌人的帮凶采取行动，实指图西族人。“让头脑升温”一语抓住了自由千丘电台致力于系统煽动的过程。1994年4月6日后，该电台以“弯刀电台”而闻名。电台性质的转变，以及它波及范围的广度，让自由千丘电台变得异常危险和有害。与印刷媒体不同，广播电台能反应迅速、非常活跃。当法庭在收听用基尼亚卢旺达语播放的电台广播磁带时，明显地感受到人类的声音为信息增加质量和维度的力量远远超出了文字本身所表达的信息。在这一段里，广播突出表现了那种恐惧感、危险感、让听众必须立刻行动起来的紧迫感。对图西族的诋毁通过电台广播传递出来的发自内心的鄙视——奚落的笑声和恶意的嗤之以鼻——进一步膨胀了。这些因素大大扩张了自由千丘广播的影响力。

1032.法庭特别指出1994年6月4日由坎塔农·哈比马纳制作的一则广播。它反映了自由千丘电台的煽动努力。哈比马纳号召听众消灭“卢爱阵”战

士，这些人从他们的高度和外貌特征就可以获知，哈比马纳说：“看一眼他那小鼻子就知道应该宰了他”。通过鼻子识别敌人，以及对毁灭他们的渴望生动地体现了消灭图西族的意图。

1033.法庭排除合理怀疑地查明，如第969段所述，费迪南德·纳西马纳带着灭绝种族的意图行事。已排除合理怀疑地证明，根据《规约》第6条第1款，哈西马纳对自由千丘电台的广播节目承担责任，《规约》第6条第3款确立了他的责任基础[……]。相应地，法庭根据《规约》第6条第1款和第6条第3款，裁定费迪南德·纳西马纳犯有第2条第3款(c)规定的直接和公开煽动实施种族灭绝罪。

1034.法庭排除合理怀疑地查明，如第969段所述，让-博斯科·巴拉亚圭扎带着种族灭绝的意图行事。已排除合理怀疑地证明，根据法庭《规约》第6条第3款，让-博斯科·巴拉亚圭扎对自由千丘电台的广播节目承担责任[……]。相应地，法庭根据《规约》第6条第3款，裁定让-博斯科·巴拉亚圭扎犯有第2条第3款(c)规定的直接和公开煽动实施种族灭绝罪。

4. 共谋实施种族灭绝

1040.罪状1指控被告人犯有《规约》第2条第3款(b)规定的共谋实施种族灭绝罪，因为他们以全部或局部消灭某一人种和种族的目的，相互谋划、并与他人谋划屠杀图西族人，或给他们造成肉体上和精神上的严重损害。[……]

1042.共谋实施种族灭绝罪的意图要件同种族灭绝罪的意图相同。三被告已被排除合理怀疑地证明有此意图，这在第969段中已述及。[……]

1047.法庭认为，从众多个人以共同的目的、在统一的框架下协调行动可以推断出有灭绝种族罪的谋划。一个联盟，即便是一个非正式的联盟，只要在这个联盟内行动的人意识到它的存在、知道他们在参加这个联盟、联盟的角色是为了进一步推动他们的共同目标，该联盟就构成了这样的框架。

1048.法庭进一步认为，共谋实施种族灭绝可以是个人在一个制度化的范围内行事，也可以是独立地依靠他们彼此的私人联系来进行。对那些控制着实施协调行动的机构的人来说，制度化的协调可以构成共谋的基础。法庭认为，协调行为是区别共谋与“自觉并行”(conscious parallelism)的核心因素。自觉并行的概念是辩护方在解释本案证据时提出的。[……]

5. 种族灭绝的共犯

1056.对纳西马纳指控的罪状4，对巴拉亚圭扎指控的罪状3，以及对恩格泽指控的罪状3都控诉被告人是种族灭绝的共犯，理由是：他们以全部或局部消灭人种和种族团体的意图，协助实施了对图西族人的屠杀、致其身体和精神严重伤害的行为。法庭认为，种族灭绝的共犯和种族灭绝罪是相互排斥的两个罪名，因为一个人不可能既是某个罪行的主犯又是同一罪行的从犯。根据对种族灭绝罪的裁定，法庭裁决对被告是种族灭绝的共犯的指控不成立。

6. 危害人类罪（灭绝）

1057.针对纳西马纳的罪状6、针对巴拉亚圭拉的罪状5以及针对恩格泽的罪状7分别指控被告人犯有法庭《规约》第3条 (b) 规定的灭绝罪，因为作为以政治、种族、人种为根据广泛而系统地袭击平民的一部分，他们对灭绝图西族人负有责任。

1058.法庭指出，在1994年4月6日暗杀哈比亚利马纳总统行动后发生的大规模和系统地袭击之前，自由千丘电台就开始播出一些广播[……]。法庭裁定，在1994年4月6日之前，系统袭击图西族人就已经开始了。法庭认为，自由千丘电台在始于1994年4月6日的袭击发生之前的广播是这次大规模、系统的袭击以及之前系统袭击图西族人事件不可分割的组成部分。[……]

1061.[……]法庭同意，要构成灭绝罪，被告人必须亲自参与对平民的大规模屠杀，但是认为，影响定性的因素不完全在于屠杀的数量。灭绝和谋杀的区别存在于概念中，与受害人以及受害人被袭击的方式有关。

1062.[……]自由千丘电台鼓动进行大规模屠杀。媒体，特别是广播的特性是信息的影响波及范围广泛，大大扩展了它所造成的有害后果。[……]

7. 危害人类罪（迫害）

1069.针对纳西马纳的罪状5、以及针对巴拉亚圭扎和恩格泽的罪状7分别指控被告人犯有《规约》第3条 (h) 规定的、以政治和种族为理由实施危害人类罪（迫害），因为他们对作为以政治、人种、种族为基础广泛而系统地袭击平民的一部分，以政治和种族为基础的迫害行为负有责任。[……]

- 1071.与法庭《规约》列举的其他危害人类罪的行为不同，迫害罪特别要求具备基于人种、宗教或政治理由的歧视性的意图。法庭注意到，前南斯拉夫问题国际刑事法庭对这项要求作了广泛的解释，认为包括针对所有不属于某特定团体的成员，例如非塞尔维亚人的歧视行为。证据显示，在卢旺达，袭击的目标是图西族以及支持图西族的所谓“温和”的胡图族政治反对派。法庭认为，这种针对某一团体的歧视性袭击不仅可以依政治因素界定、也可以依种族因素界定。[……]自由千丘电台[……]，如证据所显示的，在本质上将政治和种族身份结合在一起，以同种族划分相关联的种族和政治立场为基础来确定他们的政治袭击对象。法庭认为，在这些情况下，被告人带有种族特征的政治歧视意图属于构成危害人类罪的迫害所要求的犯意范围。[……]
- 1073.与以意图来界定的煽动罪不同，迫害罪的界定还需考虑实际影响。它不是挑拨去造成伤害。它本身就意味着伤害。相应地，构成迫害不一定要通过信息号召行动。同样道理，迫害和暴力行为之间不需要必然的联系。[……]
- 1074.法庭指出，表达自由和免遭歧视并不是相互矛盾的法律原则。根据国际法，仇恨言论是不被保护的言论。事实上，政府根据《公民权利和政治权利国际公约》有义务禁止任何构成煽动歧视、敌意或暴力的民族、种族、宗教仇恨倡议。同样，《消除一切形式种族歧视公约》要求禁止推动和煽动种族歧视的宣传活动。
- 1075.世界上许多国家，包括卢旺达都通过国内立法禁止对歧视性仇恨的倡议，承认它所带来的危险和可能造成的损害。[……]
- 1076.法庭认为，根据国际法和国内法确立的原则和法理[……]，表达种族和其他歧视的仇恨言论违反了禁止歧视的习惯国际法规范。随着媒体强大的破坏力被逐步承认，该习惯法规范所规定的禁止倡导歧视和禁止煽动暴力变得越来越重要。
- 1077.法庭在关于直接和公开煽动实施种族灭绝罪的法律裁定部分（参见第1019-1037段）审查了自由千丘电台的广播[……]。在确立了这些构成直接和公开煽动实施种族灭绝的信息均是以灭绝种族的意图作出的后，法庭认为，这些信息也满足了迫害罪所要求的不太严格的意图，即歧视意图。同样，在确定这些信息构成大规模或系统袭击的一部分后，法庭裁定，这些种族仇恨的言论也构成迫害的危害人类罪和直接、公开煽动种族灭绝罪。

1078.法庭指出，迫害比直接和公开煽动更宽泛，包括以其他形式倡导种族仇恨。[……]

1079.法庭注意到，本案中图西族妇女尤其是迫害的对象。在自由千丘电台的广播中图西族妇女被一遍遍地描绘成致命的妇女、是敌人用来引诱人的工具（）。自由千丘电台广播的《十诫》[……]，诋毁并使图西族妇女处于危险境地，如证人AHI证实的，“保卫共和国联盟”的一些人杀死了一名图西族妇女，但绕了她丈夫一命，并说：“别担心，我们给你再找一个老婆，一个胡图族老婆”。自由千丘电台通过这种方式将图西族妇女界定为敌人，[……]在电台清晰勾勒出的框架中，图西族妇女因为她们的这种地位，遭受性袭击成为一种可以料到的后果。

1080.法庭指出，以杀害形式进行的迫害已经属于灭绝罪的范围。[……]

讨 论

1. (1) 卢旺达1994年4月6日之后的局势是否构成武装冲突？冲突的各方是谁？（比较《日内瓦公约》共同第2条和第3条，以及《第二附加议定书》第1条。）
(2) 民兵屠杀图西族平民，甚或胡图族平民屠杀图西族平民是否构成战争行为？种族灭绝罪是否可以发生在平时时期？危害人类罪呢？战争不是实施这些罪的必要条件吗？你如何协调危害人类罪必须是“大规模或系统袭击”的一部分，与这一罪可以在平时时期实施的事实？这些罪行违反国际人道法吗？（比较，例如，《日内瓦第一公约》第12条第2款和第50条；《日内瓦第二公约》第12条第2款和第51条；《日内瓦第三公约》第13条和第130条；《日内瓦第四公约》第32条和第147条，以及《第一附加议定书》第85条第2款。）
2. 种族灭绝罪和严重破坏国际人道法的区别是什么？危害人类罪和种族灭绝罪的区别是什么？更精确地说，迫害罪和种族灭绝罪的区别是什么？有没有可能一项行为构成种族灭绝却不构成迫害罪？什么情况下构成迫害罪的行为不构成种族灭绝？（参见第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案。[比较二、审判分庭，事实真相，第618-654段，三、上诉分庭，事实真相，第238-249段，及第271-304段]；第2154页，**案例200**：卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏案。[比较一、第492-523段。])
3. 在什么情况下一个没有亲自实施谋杀行为的人可以被指控犯有灭绝种族罪？
4. 你如何评价在此类犯罪中媒体的影响力？战争时期媒体的角色是什么？国际法对媒体报道的内容有何限制？如果媒体被用来作为煽动犯罪的手段，就像卢旺达种族灭绝期间的情况一样，根据国际人道法，该媒体是否可以成为军事袭击的合法目标？如果它被用来广播宣传信息，呼吁动员人民反对敌人呢？（比较《第一附加议定书》第52条。）

(二) 第三国立场

案例202. 法国，自由千丘广播电台

案 例

[资料来源：《局势》，载《国际法90》杂志研究中心，1995-1996冬季版，第48-51页；原文用法语写成，此为非官方译文。]

“记者无国界”诉“自由千丘电台”

巴黎上诉法院

第一刑事上诉分庭

针对部分缺乏管辖权和刑事附带民事诉讼不予受理的命令提出上诉。

法庭于1995年11月6日发表判决。[……]

经审议后根据《刑事诉讼法典》第200条作出决定。[……]

事实真相

[……]

“记者无国界联盟” (association Reporters sans frontieres) 支持本案的核心主张是，一方面它所提到的四个人[……]在幕后创立、组织、资助“自由千丘广播电台”，并操纵其内容，这是煽动实施所报道的罪行的臭名昭著的手段；另一方面，他们中的一些人还是卢旺达“行刑队” (death squads) 的成员。[……]

在审查“记者无国界联盟”提出的民事诉讼的可受理性之前，负责调查的法官首先对自己的管辖权作出了裁定。[……]

从国际刑法来看，民事诉讼的当事方援引关于惩治种族灭绝、战争罪、危害人类罪和酷刑罪的国际文件的规定，主张法国法院有管辖权。

民事诉讼当事方在陈述上诉理由时进一步援引了关于种族灭绝、战争罪和危害人类罪的习惯国际法来支持法国法院的管辖权。

然而，法院主张，在缺乏国内法规定的情况下，习惯国际法不能将法国法院的管辖权扩展到领土以外。在这方面，如果满足以下条件，在国内法律制度下，只能适用国际条约的规定：

- 所述条约已经法国正式同意或批准；
- 这些条约条款本身据其内容有直接效力。[……]

负责调查的法官同时声明，他在法国加入的1949年8月12日日内瓦四公约和1977年6月8日《第二附加议定书》下没有任何管辖权。

根据1951年12月28日对法国生效的日内瓦四公约，缔约国有义务通过必要的国内立法措施对严重破坏行为进行适当的制裁。

从《日内瓦第一公约》第49条第2款、《日内瓦第二公约》第50条第2款、《日内瓦第三公约》第129条第2款和《日内瓦第四公约》第146条第2款这些措辞相同的条款，[……]

从“每一缔约国承担义务”的措辞可以推断出上述义务仅是缔约国的义务。

此外，上述条款在性质上太笼统，不能直接创设对刑事问题的域外管辖权规则，因为这样的规则必须用语精确。[……]

讨 论

1. 国际人道法是否赋予法国起诉在法国领土外实施的犯罪，或非法国公民实施的犯罪，或不是针对法国公民的犯罪的权限？法国是否有义务运用这项权限？
2. 日内瓦四公约各自的第49条第2款/第50条第2款/第129条第2款/第146条第2款是可以自动执行的吗？这些规定只为缔约国创设义务而没有为他们的法院创设义务，这种观点是否合乎逻辑？这些规定是不是太概括了？这些条款的第1款是可自动执行的吗？当第1款不可以自动执行时第2款有可能是可自动执行的吗？

案例203. 法国，迪帕基耶等人诉穆涅夏卡案

案 例

[资料来源：1996年，《国际公法综合杂志》，第4卷，第1084-1089页；原文用法语写成，此为非官法译文，脚注省略。]

**迪帕基耶等人诉穆涅夏卡
法国尼姆上诉法院起诉分庭
1996年3月20日**

1995年6月21日，尼姆 (Nimes) 副执行官迈德里·里加 (Maitre Rigal) 代表让-弗兰瓦·迪帕基耶 (Jean-Francois Dupaquier) [等人]向尼姆首席检察官递了一张传票，要求毫不延迟地处理、并立即逮捕法国领土内据称参与卢旺达大屠杀的温塞斯拉斯·穆涅夏卡 (Wenceslas Munyeshyaka) 神父及其他人。

1995年7月12日，相同的当事人曾向巴黎大审法院检察官针对相同的行为提出控诉。

在控诉和附加证言中，16人证实在基加利圣家 (La Sainte Famille) 教区，特别是在1994年4月和5月期间，温塞斯拉斯·穆涅夏卡神父虐待图西族难民。他不给他们水和食物，收取服务费，把难民交给胡图族民兵，强迫妇女以同性性交来保命。

据目击者称，宗教人士拥有武器，穿着防弹马甲，积极参与挑选准备交给胡图族敌人行刑的图西族人。

从1994年9月24日开始，温塞斯拉斯·穆涅夏卡到法国寻求避难，住在阿尔代什 (Ardeche) 的圣阿多尔镇 (Bourg-Saint-Andol)，担任教区牧师助理的职务。
[……]

1995年8月1日，温塞斯拉斯·穆涅夏卡在接受审问时否认犯有被指控的行为。这次对他颁发了初审令 (committal warrant)。

根据上诉法院起诉分庭1995年8月11日的命令，温塞斯拉斯·穆涅夏卡被释放，但处于司法监督之下。

同时，随着民事诉讼当事方提出的诉讼请求不断增加，诉讼程序中提出了更多的证言、证词和请求，以致到1995年9月18日，档案 (D45) 中已经记录了15个此类申请。

在法院1996年1月9日作出部分缺乏管辖权的裁定时，负责调查的法官宣称，他没有权力审查种族灭绝、危害人类罪和战争罪一类的罪行；1948年12月9日、1949年8月12日以及1977年1月27日的国际公约也没有赋予他管辖权；[……]

民事诉讼的原告让·路易斯·恩义林圭亚 (Jean-Louis Nyilinkwaya) [及其他人]在3月1日的一份文件中主张，应推翻这个裁定，负责调查的法官对依法提出的灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的诉讼有管辖权。

鉴于已经向普里瓦斯 (Privas) 地区的调查官员提起过一个1994年4月至5月间由卢旺达国民、现居住在法国阿尔代什的温塞斯拉斯·穆涅夏卡在基加利针对外国人犯罪的案件，该案假设那些犯罪行为成立；[……]

鉴于根据《刑事诉讼法典》第689条以及下列诸条的规定，在阿尔代什地区，被调查者出席调查并不意味着赋予普里瓦斯的调查官员处理外国人在国外针对其他外国人的犯罪的权限；[……]

鉴于普里瓦斯的调查官员不能根据1949年8月12日关于保护平民和战俘待遇的，包括了不同类型的情势的日内瓦国际公约获得管辖权；[……]

考虑到上述方面，

尼姆上诉法院起诉分庭[……]

根据案情，驳回已宣布的裁定，

宣布温塞斯拉斯·穆涅夏卡神父的行为，如果成立的话，构成种族灭绝罪和共谋种族灭绝罪，

宣布普里瓦斯的调查官员没有审查这些罪行的权限。

讨 论

1. 为什么说《日内瓦公约》“包括了不同类型的情势”，却不包括穆涅夏卡被指控的罪行？
2. 当时卢旺达不存在武装冲突吗？穆涅夏卡被指控的罪行没有违反《日内瓦公约》吗？（比较《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》。）
3. 法院是否认为《日内瓦公约》中关于普遍管辖权的规定在法国法院不能被直接适用？法院是否认为这个规定没有涵盖违反非国际性武装冲突法的情况？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条。）

案例204. 瑞士，X诉联邦警察局案

案 例

[资料来源：瑞士联邦法庭判决，官方汇编，1997年，第123卷，第2部分，第175-191页；原文用法语写成，此为官方译文。]

1997年4月28日

公法第一法庭

X诉联邦警察局案判决摘要 (行政法上诉)

[……]

X于1995年2月11日在瑞士被捕。他被指控违反战争法，因此正在接受刑事调查，并处在军事检察官的控制下。他主要被指控在1994年4月至7月卢旺达种族战争期间曾经推动、资助、组织屠杀基布依省 (Kibuye Prefecture) 比瑟瑟罗 (Bisesero)地区的平民。

1996年3月12日，位于坦桑尼亚阿鲁沙的卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭 (以下简称卢旺达问题国际刑事法庭) 正式提出暂缓行使它所拥有的所有针对X的管辖权的请求。

1996年7月8日，最高军事法院通过一项决定，对此要求作出回应。[……]

1996年8月26日，卢旺达问题国际刑事法庭的书记官长向瑞士提交了一份移交被告人的请求，同时提交了以下证明文件：

- 卢旺达问题国际刑事法庭检察官于1996年7月11日的一份指控书。在这份指控书中，被告人X被指控于1994年4月至6月间，让武装人员进入比瑟瑟罗地区、并命令他们袭击到那里避难的平民；据称X本人也亲自参与了某些袭击。指控如下：以全部或局部消灭种族、民族或此类团体的目的，屠杀或严重损害该团体成员的肉体或精神健康的种族灭绝罪；(2) 共谋实施种族灭绝；(3、4、5) 作为大规模或系统袭击的一部分屠杀或消灭人口的危害人类罪，以及基于政治、人种或种族的理由针对平民实施非人道的行为；(6) 以实施或命令实施针对生命、健康、身体或精神良好状态的暴力行为违反《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》；
- 卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭于1996年7月15日对指控书的确认决定；

- 同时发布的“附有移交命令的逮捕令”。在逮捕令中，卢旺达问题国际刑事法庭要求引渡X，以便让他对指控书中提到的可能的罪行负责；被告人将被告知他的诉讼权利，并将了解对他的起诉。

[……]

1996年12月30日，联邦警察局通过一项决定，命令根据1996年8月26日的请求中提到的行为，将X移交给卢旺达问题国际刑事法庭。这些行为根据瑞士法律也是应受惩罚的，并属于卢旺达问题国际刑事法庭的管辖范围。[……]

在行政法上诉中，X提出下列请求：宣告关于移交他的决定无效；询问联邦警察局从卢旺达问题国际刑事法庭获得的分配给辩护人的款项数目和必要便利；要求质疑联邦警察局，或让联邦警察局质疑联邦委员会关于瑞士允许X在其领土内服可能的监禁刑的承诺。

[……]

理由节录

[……]

2. —(1) 联合国安全理事会第827 (1993) 号决议，决定建立“特别”国际法庭审判前南斯拉夫境内的战争犯罪；同时，它通过了一个由联合国秘书长起草的法庭规约。根据规约的条款，“所有国家”都有义务同法庭全面合作，并对国内立法作出必要的修改。

1994年11月8日，联合国安全理事会又通过第955号决议，决定建立一个特别法庭来审判1994年1月1日至12月31日之间卢旺达人在卢旺达及其邻国所犯的种族灭绝罪行及其他严重违反国际人道法的行为，并通过了《卢旺达问题国际刑事法庭规约》[参见第2138页，**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。]该决议为国家规定了与第827 (1993) 号决议的规定相同的义务。根据《规约》第8条第2款，当国际法庭与国家法庭的管辖权竞合时，国际法庭居于“优先”地位，而且国际法庭可以在任何时候要求将案件移交给它管辖。[……]

- (2) 1994年2月2日和1995年3月20日，联邦议会考虑到事件属于《联合国宪章》第七章（维持和平）的范围，一致决定适用这两个决议，它们力图确保真正适用国际人道法，特别是《日内瓦公约》，瑞士积极参与了两个《规约》、《联合国宪章》以及同类内容的准备工作。国家的义务包括合作搜寻特定人、逮捕和引渡在押的囚犯和被

告人，以及其他司法合作（《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第28条）。有必要通过国家的法律来保证同两个国际刑事法庭进行有效合作。[……]

- (3) 1995年12月21日，联邦议会通过了一项《关于同负责起诉严重违反国际人道法的国际法庭合作的紧急联邦法令》[紧急联邦法令，一种由议会通过的紧急立法，只有在其生效后才有进行全民公投的可能性]。法令的条款涉及特定类型的合作提出的特别问题，意在通过避免迟延来简化程序[……]，这些条款一部分是全新的，一部分是受到了《关于刑事问题共同国际协助的瑞士联邦法》的启发，并对其进行了必要的修改。相反地，根据这项条款，《法令》所包括的规则及其实施细则类推适用于同国际法庭的合作（《法令》第2条）。

《法令》调整同前南斯拉夫问题国际刑事法庭以及卢旺达问题国际刑事法庭的合作，联邦委员会还可以将其范围扩展到同安理会设立的其他同类法庭的合作（第1条）。[……]

4. 根据《法令》第10条，出于与刑事起诉相关的目的，任何人，如果请求和附加文件明显表明其违法行为 (a) 在法庭的管辖权内，以及 (b) 在瑞士应受惩罚，都可以被移交给国际法庭。[……]为保障同国际法庭的有效合作，瑞士决定尽可能减少引渡过程中的障碍。因此，立法者有意选取了“移交”这种表述，以表明并不包括《关于刑事问题共同国际协助的瑞士联邦法》(EIMP) 中“典型的”引渡的意思，后者涉及请求当局的性质以及有关同意的条款。[……]

[……]当有关方面向瑞士当局提出移交请求时，瑞士当局不需要证实针对引渡对象的指控的实质部分。请求方不需要对他所指控的行为提供证据，甚至不需要表明这种行为发生的可能性。只有当请求明显不正确或不完整，致使请求当局的代表看上去显然是在滥用权力时，该请求才会被拒绝。[……]这些伴随引渡发展的原则更充分地适用于移交程序。立法者意图使程序更加简化和迅速，以排除不在犯罪现场的查证过程和违法行为属于政治属性的辩护过程（《法令》第13条第1款）。[……]

- (2) 因为理由充分，上诉人并不否认本案满足了《法令》第10条规定的两个条件。根据1996年7月11日的指控书，他的行为被认为构成了种族灭绝、共谋实施种族灭绝、危害人类罪以及严重违反《日内瓦公约》共同第3条及其《第二附加议定书》；根据《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第2、3、4条，这些行为属于卢旺达问题国际

刑事法庭管辖。至于1994年在卢旺达领土实施的行为，毫无疑问属于卢旺达问题国际刑事法庭的属地和属时管辖范围（《规约》第7条）。另外，如军事法院上诉法庭所指出的，在武装冲突期间，平民违反国际公法同样会遭到《军事刑法典》第109条意义上的违反战争法的起诉[军事刑法典，CPM，参见第927页，**案例47**，瑞士，军事刑法典。]因此，X被指控的行为根据瑞士法律也应受到惩罚。[……]

7. 上诉人的基本主张是，卢旺达问题国际刑事法庭的程序不符合公平审判的要求。他声称，法庭自建立以来就面临管理和资金问题，它的运行并不让人满意。他提出，上诉人辩护所必需的实质费用将得不到偿还。另外，卢旺达问题国际刑事法庭提出的获得关于某问题的信息请求不能迅速得到满足，这些状况让人担心可能会违反《欧洲人权和基本自由公约》第6条第1款（平等武装）和第6条第3款第3项和第4项（辩护权）的规定。在任何情况下，请求当局都应该确定将分配给辩护律师用以支付他的费用的款项数目。

—(1) 当瑞士同意引渡或就法律问题进行协助时，瑞士必须保证它提供合作的程序能够确保被起诉者享有根据民主国家法律，特别是《欧洲人权和基本自由公约》以及联合国《公民权利和政治权利公约》（联合国《第二公约》[……]）规定的最低标准待遇。[……]如果瑞士任意同意协助或将个人引渡给一个有重要的理由证明该个人在该国将受到违反《欧洲人权公约》或联合国《第二公约》的待遇的国家，瑞士将违反它所做出的承诺。[……]

—(2) 那些与涉及第三国的国际合作相关的原则不能被自动适用于同意与国际刑事法庭进行合作的特定案件，即便瑞士明确和毫无保留地承认了该国际刑事法庭的管辖权。当联邦委员会和瑞士的立法机构单方面决定适用第827 (1993) 号和第955 (1994) 号决议时，他们预期这些由国际社会产生的国际法庭将会充分保证程序的适当性。[……]与上诉人的主张相反，看不到可以由法庭进行弥补的法律缺失[……]。因此，没有必要向上诉人请求的那样去检查卢旺达问题国际刑事法庭的程序是否符合《欧洲人权公约》和联合国《第二公约》规定的最低标准，必须假定存在这样的相符性。如下文所显示的，在任何情况下，这样的检审都不能成为拒绝合作请求的理由。

—(aa) 根据请求法庭的特别性质，对它的假设是从其《规约》的措辞中派生出来的。这是因为，上文所引用的第20条赋予了被告人《欧洲人

权公约》和联合国《第二公约》规定的所有程序权利。此外，1996年7月5日通过的卢旺达问题国际刑事法庭《程序和证据规则》第44条[原文如此]规定为贫困的被告人分配辩护律师。关于贫困的标准，愿意接受指派的律师名单以及费用的数目由国际法庭的书记官长决定。卢旺达问题国际刑事法庭的书记官长为行使该项权利起草了一个关于分配律师的指令，法庭于1996年1月9日通过了该指令，该指令规定了指派律师及获得报酬的规则和程序。

此外，卢旺达问题国际刑事法庭于1996年12月12日为上诉人指定了辩护律师。当时，书记官长还向她递交了三份文件（这些文件已经附在了移交请求的后面）、法庭《规约》、和一份关于审前羁押的中间法律。

—(bb) 1996年6月7日，联合国大会第50/213C号决议要求内部监督事务厅 (Office of Internal Oversight Services) 对卢旺达问题国际刑事法庭进行检查。这项检查从1996年9月30日进行到11月份。1996年2月6日，该事务厅向联合国大会提交了一份报告，提到了卢旺达问题国际刑事法庭在管理上的不足，制度上的多处失灵及其机构（法庭庭长、书记处、检察官办公室）之间的内部分歧，这些因素导致多名官员被更换。报告说法庭现在的工作没有达到预期的目的，如果得不到必要的支持将无法实现目标。事务厅起草了多项建议，特别是关于书记官长及其机构的作用的建议。1997年的第二个季度，事务厅进行了进一步的、有限的检查。联合国秘书长1997年2月6日的文件附上了该报告，接受并认可了报告的结论。他承诺，自己将弥补已经暴露出来的缺陷，采取一些必要措施使其合理化，并加强秘书长对国际法庭的支持。作为对上文提到的建议的“立即执行措施”，国际法庭正在获得额外的援助，另外为满足法庭需求，正在开发更加系统的支持程序。

—(cc) 应当指出，上文提到的对法庭有效性的批评[……]只针对其管理和组织方面的问题。相反，并没有表露出任何对尊重被告人权利方面的担心。另外，国际主管当局已经认真考虑了提到的缺陷，并采取了专门的补救措施来促使法庭有效运行。卢旺达问题国际刑事法庭所接受的严格检查最好地保证了法庭将通过适当的途径让人满意地运行，上诉人的公平审判权也将得到保障。

因此，上诉人关于卢旺达问题国际刑事法庭存在组织缺陷和资金匮乏的主张并不能推翻根据法庭《规约》，法庭的刑事程序作为一个整体满足人权文件所规定的最低标准的假设。根据请求，法庭合法地、满怀信任地提出的协助请求，没有理由给移交附加条件或者质疑法庭关于为被告人分配辩护人的程序。

- (c) 上诉人还对联邦委员会提出了质疑，希望联邦委员会能够承诺允许他在瑞士服监禁刑，并承诺向卢旺达问题国际刑事法庭表达这个意思。根据卢旺达问题国际刑事法庭的《规则》第103条，“应该在卢旺达或者法庭从愿意接受罪犯的国家名单中指定的国家服监禁刑……”[第一段]。“上诉期满后将罪犯移交给各该国的行动应立即生效”[第二段]。上诉人援引他是在瑞士寻求避难者的身份，称自己害怕在卢旺达接受监禁，因为那里的监狱条件普遍非常糟糕，而且该国现在仍在发生其他侵犯人权的事件。

在那样的程序背景下，类似的请求没有存在余地。这是因为将上诉人移交给卢旺达问题国际刑事法庭与直接引渡给卢旺达没有可比性。在审判之前，上诉人将被拘留在坦桑尼亚。此外，也没有迹象表明，如果上诉人被证明有罪、并且有理由相信他将在卢旺达接受囚禁，他就会受到违反《欧洲人权公约》第3条和联合国《第二公约》第7条的待遇。法庭《规约》第26条以及[关于程序和证据的]《规则》第104条规定所有的监禁刑都将受到法庭或它指定的机构的监督，这应该能消除上诉人的恐惧。

根据《法令》第29条第1款，如果罪犯是瑞士的常住居民，并且违法行为在瑞士也应受到惩罚，那么就允许在瑞士实施国际法庭可予强制执行的决定。然而，这一规定的先决条件是卢旺达问题国际刑事法庭提出的请求。除非罪犯是瑞士公民，[……]否则没有权利在瑞士接受国际法庭的监禁刑，在当前的程序下，《法令》也不允许联邦法院起草任何关于监狱地点或条件的限定规定。[……]

讨 论

1. X是否被指控严重破坏国际人道法的罪行？考虑到《瑞士军事刑法典》第109条（参见第927页，**案例47**：瑞士，军事刑法典），瑞士是否可以就被指控的行为惩处X？根据国际人道法，瑞士是否可以起诉这些行为？瑞士必须起诉这些行为吗？

2. 为什么瑞士在还不是联合国成员国的时候，仍受《卢旺达问题国际刑事法庭规约》的约束？
3. (1) 将被告人移交给卢旺达问题国际刑事法庭是否属于引渡？国家是否可以根据国际人道法将严重破坏国际人道法的被告人移交给卢旺达问题国际刑事法庭？（比较日内瓦四公约各自的第49条第2款/第50条第2款/第129条第2款/第146条第2款。）
(2) 受《卢旺达问题国际刑事法庭规约》（参见第2138页，**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》）约束的国家是否可以将把某人移交给法庭的行为视为一般的引渡行为，并且适用其国内引渡法的一般程序？这些程序的哪些条件可能会与《卢旺达问题国际刑事法庭规约》相冲突？
(3) 瑞士可以以什么理由拒绝将被告人移交给卢旺达问题国际刑事法庭？根据《卢旺达问题国际法庭规约》吗，还是根据瑞士的法律？
4. (1) 国际人道法是否规定了有利于严重破坏行为的嫌疑人的司法保障和待遇保障？这些保障是否适用于不是冲突当事国的国家？（比较日内瓦四公约各自的第49条第4款/第50条第4款/第129条第4款/第146条第4款。）
(2) 瑞士是否必须确保在引渡严重侵犯第三国的嫌疑人之前尊重上文提到的保障规定：是根据国际人道法吗？还是根据国际人权法？对移交给卢旺达问题国际刑事法庭的情况是否会得出类似的答案？如果不是，两类情况的区别之处在哪里？
(3) 在阿鲁沙是否存在侵犯被告人前述保障的风险？
5. (1) 卢旺达问题国际刑事法庭是否可以将被告人移交给卢旺达进行服刑？
(2) 瑞士是否可以坚持主张被告人在瑞士服刑？是不是至少在被告人是瑞士公民时可以这么做？根据《卢旺达问题国际刑事法庭规约》呢？根据瑞士法律呢？
(3) 如果被告人是瑞士公民时，瑞士是否可以拒绝将其移交给卢旺达问题国际刑事法庭？是不是至少当他的罪行在瑞士被起诉时可以这么做？

案例205. 瑞士，尼永泰泽案

[另见第2154页，**案例200**：卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏案；及第927页，**案例47**：瑞士，军事刑法典[下文简称MPC]。]

案 例

[注：根据瑞士法庭的做法，本案的公开决定中不公布被告人的名字。然而，比照联邦委员会2000年11月15日给国会的关于《国际刑事法院罗马规约》的信息中的做法，我们冒昧地披露了被告人的名字，《联邦公报》2001，487，第270号，以及吕克·雷当斯 (Luc REYDAMS)：《国际决定，尼永泰泽诉公人》，载于《美国国际法杂志》，2002年，第96卷，第231-236页。]

[为便于对本案的理解，在2000年5月26日的上诉分庭裁决之前登载了最高法院2001年4月27日的决定。]

1. 最高军事法院

[资料来源：瑞士，最高军事法院2001年4月27日在N案中的决定，可访问（法语版）<http://www.vbs-ddps.ch/internet/groupgst/de/home/peace/kriegsv0/umund/chrechtsprechung.Par.0004.DownloadFile.tmp/N.pdf>；非官方译文。]

最高军事法院

[瑞士最高军事法庭]

2001年4月27日根据由[……]代表的N.以及第二分庭检察官[……]

中校(Lieutenant-Colonel)提交的进行司法审查的申请

在伊文尔登 (Yverdon-les-Bains) 进行审理后作出如下裁决

N. 与检察官的申请针对2000年5月26日第1A军事上诉分庭发布的决定，在该决定中N.被裁定犯有违反战争法的罪行（《瑞士军事法典》第109条），被判处14年监禁（减去已经受到的审前拘留的时间），被驱逐出瑞士15年，并被命令支付案件的费用

案件详情：

- A. 1996年7月3日和8月20日分别命令对在瑞士避难的卢旺达公民N.进行一项支持证据的调查和一项普通的军事犯罪调查。

第二军事分庭检察官（下文称“检察官”）1998年7月3日准备了一项指控书。针对被告人指控的基本事实如下：在1994年5月初到7月15日之

间，一场针对胡图族反对派和图西族少数民族的大范围、有系统的袭击在卢旺达基塔拉马 (Gitarama) 省社长N.管辖下的木枢巴蒂 (Mushubati) 公社进行。他的公社给当权者的印象并不好，他召集众多公社居民，到木枢巴蒂山顶，在他的劝诱或命令下屠杀其他卢旺达人，即没有参与冲突的图西族人和胡图族人中的温和派；与此同时，在卢旺达卡布加依 (Kabgayi) 的难民营，他怂恿公社里一大批图西族人和胡图族人中的温和派返回公社，目的是屠杀他们，对他们施以暴力，破坏他们的财产，并命令跟随他的士兵杀了两个人；最后，他没有采取任何措施来预防在他的公社里发生对图西族人和胡图族人中的温和派的大屠杀。指控书中反映的事实应该放到1994年4月到7月在卢旺达发生的大屠杀的背景下来看待。

- B. 1999年4月30日，第二军事分区分庭（下文称“分区分庭”）发表的判决裁定，N.犯有谋杀罪（《军事刑法典》[下文称MPC]第116条）、[……]煽动谋杀罪（MPC第22条和第116条）、企图谋杀罪（MPC第19条a项和第116条）以及严重违反调整敌对行动和保护居民和财产的国际公约（MPC第109条），判处他终身监禁，并被驱逐出瑞士15年。分区分庭裁定，被告人对前两项关于在木枢巴蒂山召集屠杀以及在卡布加依营发生的事件的指控承担刑事责任，但是对第三项有关违反社长职责的指控不承担责任。
- C. N.对本判决提起了上诉。第1A军事上诉分庭（下文称上诉分庭）于2000年5月15日至26日之间审理了该上诉。上诉分庭5月26日发表的决定承认了N.的部分上诉。上诉分庭裁定，他犯有违反战争法的罪行（MPC第109条）并，判处他14年监禁和被驱逐出瑞士15年[……]。
- D. N.申请进行审查[……]。他主张，[……]之前的审理违反了MPC中关于违反武装冲突期间的国际法的规定（《军事刑事诉讼法》，下文称MPP[MPP，可访问http://www.admin.ch/ch/f/rs/c332_1.html]，与MPC第108条和109条相关的MPP第185条第1款第4项[……]）。
- E. 检察官也要求审查[……]，检察官主张，上诉分庭武断地拒绝了分区分庭已经裁定N.有罪的一项指控。他同时还对施与被告人的刑期提出了批评。[……]

考虑到：[……]

2. N. (下文称“被告人”)提出的司法审查申请。[……]

3. 为了处理被告人关于取证和指控书内容的主张,有必要列出构成他被裁定有罪的犯罪要件,然后才能决定适用刑法的关键或基本的事实(参见MPP第185条第1款第6项[《军事刑事诉讼法》http://www.admin.ch/ch/f/rs/c322_1.html])。

- (1) 上诉分庭根据MPC第109条裁定被告人有罪(违反战争法罪)。这一条是MPC关于违反武装冲突期间的国际法的规定(MPC第108条至114条)的一部分。该条第1款规定:

“任何人如果违反关于敌对行动或保护居民和财产的国际公约的规定,

任何人如果违反其他已获得公认的战争法律或习惯规则,除需适用更加严厉的规定外,应受到监禁。

情节严重者应被判处监禁刑。”[……]

原则上,MPC第108条至114条适用于宣战或者有两个或多个国家参与冲突的情况(MPC第108条第1款)。然而,MPC第108条第2款规定,如果某国际协定规定了更广的适用范围,违反该协定也应受到惩罚。因此,那些适用于非国际性冲突的“关于敌对行动和保护居民及财产的国际公约”比仅仅适用于国际性冲突的公约的适用范围更广,并且也属于MPC第109条第1款的范围。

- (2) [……]受到质疑的判决还提到了[……]1977年6月8日的《第二附加议定书》。该议定书于1982年8月17日对瑞士生效,于1985年5月19日对卢旺达生效。议定书“发展和补充了1949年8月12日《日内瓦公约》共同第3条,但并没有修改它现有的适用条件。”(《第二附加议定书》第1条第1款)。特别是,该议定书比共同第3条更加详细地列举了对“没有直接参加或已停止参加敌对行动的人”获得人道待遇的基本保障(《第二附加议定书》第4条)。该议定书专门规定,无论何时何地,均禁止“针对人的生命、健康、肉体或精神的良好状态的暴力,特别禁止谋杀和残忍的待遇,诸如酷刑、残害身体或任何形式的体罚。”(《第二附加议定书》,第4条第2款第1项)。

- (3) 毫无疑问,日内瓦四公约的共同第3条(下文称“共同第3条”),以及《第二附加议定书》的进一步规定,构成了MPC第109条第1款提到的“国际公约的规定”,因此可以根据该条款惩罚违反共同第

3条和《第二附加议定书》第4条的行为。另外，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭最近确认了一项结论，即违反共同第3条构成犯罪，可以根据一国的国内立法提起刑事诉讼（参见2001年2月20日“切莱比契”（Celebici）案判决，第168段）。根据MPC第109条，同样毫无疑问，当外国人在非国际性武装冲突期间在另一国的领土上针对外国人实施了违反战争法的行为时，瑞士法院可以起诉、并可以作出判决；瑞士普通刑法典没有规定对应的条款。这一对瑞士刑法的属地管辖权的扩展来源于MPC第2条第9款，该条款规定公民（这里指的是无需在瑞士服军役的人）如果在武装冲突期间违反了国际法（第108条至114条），将受到瑞士军事刑法的管辖。该条款必须与MPC第9条的其他内容结合起来理解，第9条称，MPC适用于在瑞士和其他国家实施的违法行为。军事法庭拥有管辖权，因为MPC第218条规定，所有接受军事法管辖的人将接受军事法庭的审判（第1款），即使违法行为发生在瑞士国外（第2款）。[……]

4. 被告人声称存在对程序基本内容的违反，因为上诉分庭对他裁定了一项在指控书中没有提到的罪名[……]。[……]上诉分庭指出，一名证人的大女儿（证人21，根据程序，他应被保持匿名状态，这是卢旺达给大部分证人提供的保护措施），名字叫D.，23岁，以及证人3的叔叔的妻子，在木枢巴蒂山的集会上被杀害，被告人发表的煽动公社居民根除图西族人的演讲直接导致了受害人的死亡。被告人称，指控书应该引用被害人的姓名，这一程序措施使得上诉分庭不能就相应的指控裁定其有罪。[……]

- (2) [……]指控书提到了木枢巴蒂山的集会，指控被告人在集会期间“先是劝诱，然后命令参与者[……]进行谋杀，杀害上文提到的胡图族反对派和图西族少数民族并破坏他们的财产。”指控书没有进一步提供关于受害人身份的详情，但称他们“没有直接参加冲突”。

本案中，违反共同第3条（根据MPC第109条）的指控与“各种谋杀”有关（共同第3条第1款和第2款第1项）。换言之，根据瑞士法律，被告人被指控间接实施或煽动实施谋杀，鉴于事情发生在卢旺达正在进行大屠杀的那段时间，谋杀被认为是木枢巴蒂山集会的直接后果。违反战争法的刑事程序并不自动要求提供受害人的准确身份。审判一开始，指控书已经确定了受害人的身份，在这种情况下，在判决书中提到某些受害人将被视为多余的信息；这只会给检

察官提交的控诉增加一些细节，并不会改变被指控的事实的客观性[……]。

另外，被告人提出了一个他认为应该在卢旺达问题国际刑事法庭得到适用的规则。这个规则要求在提出违反共同第3条的指控时，必须公布被害人的姓名。被告人在辩护中没有援引法庭《规约》或其《程序规则》中的任何条款，或是准确的法庭的法理依据。瑞士法院在任何情况下都不受外国法或国际程序规则的约束。[……]因此，这一要求审查的理由不予认可。

5. 被告人从许多方面对质证提出了批评[……]。

6. (1) 上诉分庭裁定(受质疑的判决第3章)，被告人在1994年3月12日到5月14日在欧洲停留后，于1994年5月18日至19日晚返回木枢巴蒂，途经利伯维尔(Libreville)、金沙萨和戈马(Goma)，以他作为社长的职权召集公社的居民于1994年5月下半月在木枢巴蒂山顶集会。在指定的日子，部分居民经由不同的道路向山顶聚集。被告人在大约走了一个半小时后到达山顶，在大约二百名群众面前发表演讲，演讲时使用了公共广播系统或扬声器。与他同来的还有许多士兵。演讲的实质内容是在他不在这段时间，政府对木枢巴蒂公社的印象很差，原因是人们仅仅屠杀了图西族人的家畜、烧毁他们的房屋，却让他们逃到卡布加依营去避难。当局谴责木枢巴蒂的居民让大量图西族人和胡图族温和派逃过了在该地区发生的大规模屠杀。

在集会进行时，在公社还躲藏着为数不多的图西族人，他们正藏在木枢巴蒂山的森林里。集会的目标是彻底清除幸存的图西族人，在出席集会的人群中煽动对图西族人的仇恨。被告人在演讲时劝诱居民屠杀幸存的图西族人以及那些怀有图西族孩子的孕妇。更准确地说，被告人向与会者发出了进行“地面清理”(法语表述是débroussaillage)的正式指示，意思是屠杀图西族人和持反对立场的温和的胡图族人，破坏他们的财产。参加集会的人遵从了他们的社长的劝诱和命令，导致了数目不详的人的死亡，其中包括证人21的23岁的女儿D，以及另一个证人(证人3)的叔叔的妻子。D(她的父亲是图西族人)在木枢巴蒂山集会那天在去往卡布加依的路上被杀害，她的孩子被扔到了公共厕所里。她的名字被列到了失踪人名单上。证人3的叔叔的妻子(图西族人)被杀害后，她的孩子被扔进了河里。

[……]被告人辩称，将居民聚集在一起是执行一次有社长参加的公社议员部门会议的决定，目的是组织一次“地面清理”的社区劳动。这里“地面清理”一词是通常含义，即沿着森林中的道路清理木枢巴蒂山坡上低矮丛林。进行这项工作是为了便利打击掠夺、纵火、非法采伐、土匪以及“共同袭击人”的活动（共同袭击人运动最初是多数党“全国发展革命运动”青年团，1994年该运动的成员积极地参与了对图西族人的大屠杀）。被告人承认爬上山大约需要一个半小时。他声称，发表演说是为了感谢前来参加集会的人，鼓励他们打击强盗和共同袭击人运动，号召他们抵制对仇恨和暴力的煽动。

上诉分庭裁定，被告人关于木枢巴蒂山集会目的的说法、“地面清理”以及他演讲的内容（挫败侵略、重建安全）是不可信的。与此相反，上诉分庭相信证人证词，并概括出了其中的决定性因素。

- (2) 被告人在审查申请中要求质疑被上诉分庭接受的证词的可信度。他指出，在他们的证词中存在许多先后矛盾的地方。从这些矛盾之处，被告人得出这些证词总的来说是不可信的。

[……]的确，证人证言中的矛盾或错误可以导致对其真实性的质疑。上诉分庭在提到一审判决时考虑了证人于1994年春在卢旺达的血腥遭遇，在许多情况下他们失去了家人，自己遭受到身体的残害，他们中的一些人是文盲，根本没有日历知识。对瑞士法院来说，这并不是典型的情况。此外，卢旺达问题国际刑事法庭的法官也指出，在评估证言的证据价值时应考虑这种特定的情况。在关于该问题的论述中，他们指出，纳粹德国的领导人在第二次世界大战中详细记录了他们的行为，与纳粹德国的领导不同，1994年卢旺达大屠杀的策划者和实施者对他们的所作所为几乎没有留下任何痕迹，这种情况下，幸存者的证言显得更加重要（参见卢旺达问题国际刑事法庭1999年5月21日“卡伊舍马 (Kayishema) 和鲁辛达纳 (Ruzindana)案”判决，第65段）。因此，卢旺达问题国际刑事法庭认为，人们必须考虑残害事件对证人证词的影响，不能仅仅因为这些证词与残害事件有关就予以排除；在这种情况下证词中存在一定的矛盾和错误之处是可以理解的（同上注第75段）。本案中，瑞士司法机构采取措施使自己有能力评估在这种特定背景下证据的可靠性：预审法官和审判法官抵达卢旺达，大量听取在卢旺达和在瑞士

的证人的证词，听取新闻记者和专家讲述这个国家的文化和当代历史。上诉分庭还参考了美国历史学家、专家组领导艾利森·德·福杰斯的著作（《没有留下幸存者来讲述故事：卢旺达大屠杀》，人权观察与国际人权联盟出版，1999年，巴黎），该书展现了对1994年卢旺达事件的调查，并提供了相关的历史、政治和文化背景。这本书没有提到被告人，也没有提及木枢巴蒂公社的大屠杀，因此并不构成证据，但是这本历史著作作为瑞士的法官考虑相关的证词提供了重要的、无可争议的历史文献资料。[……]

- (3) 对于一审判决，上诉分庭裁定，被告人对事实的陈述是不可信的。分区分庭认为，通过“地面清理”来重建安全几乎不可能获得成功，在战争年代也几乎不可能优先考虑纵火、非法采伐、非法制造木炭等问题。对于[刑事分庭]来说，这么考虑不是没有道理的。

然而，无论如何，上诉分庭可以基于据称参与了木枢巴蒂山集会的人以及会上听到了被告人演讲的人的陈述来做出决定。[……]

被告人为了支持有关木枢巴蒂山集会事件的言论，声称“地面清理”或者沿着森林里面的道路清理森林的边缘在当时是必要的，这项工作是为了预防非法使用森林，被告人提交了一份关于该地区植被状况的专家意见作为这一主张的证明。然而，在1994年几乎找不到讨论森林工作的必要性和存在空间；即便人们接受有必要沿着森林道路清理低矮植物，但没有一项证言表明，正在讨论的集会有这样的目的——哪怕是间接的目的。[……]

8. (1) 在考虑被告人的个人情况时（受质疑的判决第3章），上诉分庭总结了被告人决定在冲突和大屠杀爆发后返回卢旺达的情势。分庭还提到了被告人在他的公社停留的几个星期的活动（从1994年5月18日至19日到6月11日至12日）和他离开的方式，以及他的家人被安排前往扎伊尔（现在的刚果民主共和国）。

[……]分庭还裁定，被告人一返回木枢巴蒂时就拥有有效的、重要的权力。[……]

- (3) 关于1994年5月木枢巴蒂村长的政治从属关系以及权力的事实结论与适用MPC第109条很相关，因为该条是对共同第3条的运用（参见上文第3段和下文第9段）。针对违反战争法的起诉的前提是，有关犯罪行为及其行为处于冲突过程中的某些客观条件已经得到满足。[……]

被告人对于社长在和平时期的权力范围没有争议，但是主张，随着冲突的爆发，特别是在距离木枢巴蒂几公里远的基塔拉玛(Gitarama)成立临时政府后，由于派来了大量的士兵和民兵，他在公社只行使单纯的行政职权。被告人为支持自己的言论，列举了受到质疑的判决中提到的事件期间他采取行动的条件。

显然，一个外国法院在事件发生若干年后，很难在几周内断定在急剧变化的情况下卢旺达一名文职行政官员的职权范围。然而，所有已经确定的事实显示，被告人仍然保留一定的权力，他作为社长的权力没有受到质疑，他对公社的管理或他的政治地位同政府、上级、军队、民兵都没有直接的冲突。在这个特殊的形势下，各级国家机构都不能再像以往一样运转，所有的组织都不再跟从前一样有序或有效，作为社长很显然不再享有同正常情况下一样多的权力。事实上，受到质疑的判决提到了“局势混乱”，这种局势让被告人通常情况相比只剩下有限的决定和行动自由。既然如此，分庭关于被告人在这种情况下享有的权力范围的裁定看上去既不是站不住脚的，也不是明显地与诉讼和证词中出现的事实情况不相一致。因此，在这一点上，受到质疑的判决中的事实裁定并不是专断的。

9. 被告人称，刑法没有被遵守[……]，尤其是与MPC第108条第3款、109条第1款，《日内瓦公约》共同第3条、《日内瓦第四公约》第146条和第147条，以及《第二附加议定书》第4条相关的规定。被告人主张，对他的指控与卢旺达的冲突没有紧密的联系，因此不满足适用国际人道法的这些条款所要求的条件。[……]

- (1) 如上文提到的，[……]只有根据MPC第109条才可以定罪，该条提到的“国际公约的规定”指的是共同第3条和《第二附加议定书》第4条。这时并不适用MPC第108条第2款。《日内瓦第四公约》(关于保护战争中的平民的公约)第146条和第147条为缔约方设定了义务：通过立法为严重破坏公约的行为人规定刑事制裁，调查被指控破坏公约的人，审判这些人或将这些人移交其他国家接受审判。它们没有包含任何直接适用于敌对行动的规则。另外，瑞士通过制定MPC第109条履行了《日内瓦第四公约》第146条第1款规定的立法义务[……]。

对1994年卢旺达冲突的性质没有争议[……]：它属于共同第3条意义上的不具有国际性质的武装冲突。该冲突也在《第二附加议定书》

的范围之内，该议定书在有些方面比共同第3条的范围略窄：它符合《第二附加议定书》的定义，第1条第1款：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的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的武装冲突（共同第3条适用于强度较弱的冲突[……]）。

被告人对自己被指控的行为以及无争议的事实（参见上文第6段、第7段）可以被归为故意杀人、他本人可被认为是间接作案者、帮凶或煽动者没有异议。这些行为的受害者，即那些数目不详的被杀害者，特别是藏在木枢巴蒂的图西族人和卡布加依的难民，是受共同第3条和《第二附加议定书》保护的“没有直接参加敌对行动的人”。国际人道法的这些文件禁止参与各种形式的杀害，明确禁止对这些人的生命实施暴力（共同第3条第1款和第2款第1项，《第二附加议定书》第4条第2款第1项）[……]。这与普遍接受的国际标准相一致，故意杀害或谋杀的概念包括行为人通过自己的行为导致他人的死亡，行为人明白自己的行为意图并希望结果发生的一切情况（参见瑞士联邦委员会关于《国际刑事法院罗马规约》、关于同国际刑事法院合作的瑞士联邦法，以及修改刑法的信息，联邦议会2001年1，第474页，第5.3.2.1号）。

尽管如此，如果根据MPC第109条适用共同第3条和《第二附加议定书》第4条，行为（及其实施者）与武装冲突之间必须有特定的联系，因为，并不是在涉及冲突的国家领土内发生的每一项针对生命的暴行都属于国际人道法的调整范围。上诉分庭裁定，这一条件已经得到满足。被告人对此有异议。[……]

- (2) 根据受到争议的判决，没有适用卢旺达问题国际刑事法庭标准的正当理由，国际法庭要求违法行为与武装冲突之间有密切的联系，这将会把《日内瓦公约》的适用范围限制到武装冲突或文职政府中担任职务的人。上诉分庭认为，“犯罪者”的概念应被赋予更广泛的含义；任何人，无论是军人还是平民，只要袭击了《日内瓦公约》所保护的人就违反了这些条款，应受MPC第109条的管辖。另外，违反行为和武装冲突之间必须有一定的联系。在确立了这些标准后，上诉分庭裁定，被告人的职权，即对他公社的居民享有一定的权力，与武装冲突与民兵，以及木枢巴蒂山集会和访问卡布加依的行

为之间有联系。分庭认为，被告人满足了成为被指控的行为的实施者的客观条件，他的行为与武装冲突之间存在联系。

- (3) 卢旺达问题国际刑事法庭的若干一审判决比较详细地描述了被告人与武装冲突以及武装冲突与犯罪行为之间的联系的双重条件。

1999年5月21日，在“卡伊舍马和鲁辛达纳”案的判决中，卢旺达问题国际法庭第二审判分庭裁定，不属于武装部队的成员的人只有在他们与武装冲突之间存在联系时才承担刑事责任。因为武装冲突一直处于代表政府的官员的职权之下，所以这些官员被认为支持战争并在战争中发挥着一定的作用（参见“卡伊舍马和鲁辛达纳”案判决，第175段）。在1998年9月2日“阿卡耶苏”案（阿卡耶苏是塔巴公社的社长）的判决中，卢旺达问题国际刑事法庭第二审判分庭裁定，受共同第3条和《第二附加议定书》管辖的人包括属于交战团体的任何一方的军事指挥下的武装部队的任何级别的个人，或者作为公共官员或代表或持有公共职权的个人或在事实上代表政府的人，他们被合法赋予职权并被预期将支持或进行战争努力。1994年春，作为不单单是平民的社长，并不被排除在上述范围之外（参见“阿卡耶苏”案判决，第631和634段）。

关于武装冲突和犯罪行为之间的联系，卢旺达问题国际刑事法庭第二分庭提到了“直接联系”，而不是模糊的、不确定的联系。然而，分庭并没有试图定义抽象的检验标准（“卡伊舍马和鲁辛达纳”案判决，第188段）。在“阿卡耶苏”案的判决中（第641段），卢旺达问题国际刑事法庭第一分庭也提到需要“联系”，也没有详细描述这一联系。

应该指出，上面提到的卢旺达问题国际刑事法庭审判的两个一审案件均涉及平民（社长、地方官员和商人），分庭裁定，控方没有证明被指控的罪行和武装冲突之间存在联系（参见“阿卡耶苏”案第643段，“卡伊舍马和鲁辛达纳”案第615段和623段）。

上诉分庭还引用了2000年1月27日卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭在“穆瑟玛”（Musema）案中的判决。该判决提到了上面引用的两个判决中关于犯罪与武装冲突的联系的论述，即犯罪与敌对行动有密切联系或犯罪与武装冲突有关联的条件（第259段和第260段）。该判决还提到了其他判决中确立的关于平民违反战争法的刑事责任的原则（第264段等）。分庭裁定，穆瑟玛作为国家指定的茶工

厂的主任，属于可以为严重破坏国际人道法的行为承担责任的个人范围（第275段）。然而，这个问题并没有最终确定，因为控方不能排除合理怀疑地证明这种联系（第974段）。

- (4) 军事最高法院作为最高法院可以独立解释MPC第109条。以前，它并没有机会裁判在非国际性武装冲突中，平民在什么条件下可以为违反战争法或共同第3条和《第二附加议定书》中规定的国际人道法条款承担责任。[……]

瑞士法院没有必要适用卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭运用的判断是否存在违反共同第3条或者《第二附加议定书》的行为的标准。然而，特别是考虑到这些标准范围相对广泛，很难找到不适用国际法庭标准的理由。“直接”联系的标准，即违法行为与武装冲突之间的不模糊或者非不确定的关联的标准并不是非常准确，需要根据特定的案件进行评估。关于可能实施这类罪行的平民的范围，卢旺达问题国际刑事法庭接受了一个不具有特别限定性的概念：所有作为公共官员或代表或持有公共职权的个人或在事实上代表政府的人，只要他们被合法赋予职权、并被预期将支持或进行战争努力。卢旺达问题国际刑事法庭没有排除卢旺达社长可以受到相关规定的约束的可能性。因此在本案中，人们必须采用这些标准，并且根据被告人的具体情况解释这些标准。

不幸的是，上诉分庭声明，它将不遵循卢旺达问题国际刑事法庭当前的法理，虽然做了这个声明，它还是在这个案件中运用了上面提到的标准。因此，没有必要进一步分析在解释国际人道法上的分歧。然而，有必要核实上诉分庭在对经过非任意的方式确立的事实运用这些标准时，是否正确地裁定了MPC第109条所规定的犯罪的构成要素的满足情况。

- (5) 在卢旺达的行政系统中，社长被认为是国家的代表。这是一个显要职位，因为全国的公社数目有限（1991年时是145个，通常每个公社的人口在4万到5万人之间。参见德·福杰思，前引著作，第55页，法语版）。尽管社长没有正式的军事职能，本案显示，被告人通常都有士兵陪同，他对这些士兵享有一定的职权。在木枢巴蒂山集会和访问卡布加依期间，被告人以社长的身份或者利用作为社长被

授予的职权向他公社的居民发布命令。它的目的，运用卢旺达问题国际刑事法庭的术语是“支持进行战争努力”，换言之，是促进实现当时的政府屠杀图西族人和温和的胡图族人的目的。[……]

很显然，在木枢巴蒂山集会和卡布加依所犯的罪行同武装冲突之间有重要的联系，他的职务及履行社长职能的方式表明，他满足了适用共同第3条和《第二附加议定书》关于犯罪行为实施者的规定。因此，关于“起诉有违MPC第109条”的主张是没有依据的。

10. 被告人主张，刑法（MPP第185条第1款第4项）没有得到遵守，批评被驱逐出瑞士15年的刑罚。他批评法庭没有考虑他是瑞士难民的身份，在这里他受到平等的待遇，他的妻子和两个孩子还在像难民一样生活。[……]

(1) [……]

- (2) 关于根据刑法驱逐难民，MPC第44条应该依照《关于难民地位的公约》第32条第1款[……]以及庇护法（下文称Lasi）第65条[可访问http://www.admin.ch/ch/f/rs/c142_31.html]进行解释和适用，即以比其他外国人更加严格的方式适用[……]。这些条款允许以公共秩序为理由进行驱逐。被告人所犯的罪行满足了这个理由。因此，就没有必要首先考虑被告人是否受上述公约的保护。《公约》第1条(F)(a)规定，《公约》不适用于犯有“国际文件所定义的破坏和平罪、战争罪、危害人类罪”的人，也不考虑是否有理由撤销庇护或难民地位。Lasi第63条也规定了这样的措施，如果难民通过虚假陈述或隐瞒事实真相获得庇护或难民地位，或者他犯了应受惩罚的特定罪行，则可被驱逐。刑事诉讼的法官不负责宣布撤回难民地位。此外，考虑到罪行的严重性，被告人的家庭成员居住在瑞士的事实也不能说他不可以被驱逐（参见《保护人权和基本自由公约》第8条第2款，[可访问<http://conventions.coe.int/Treaties/Html/005.html>]）。

上诉分庭运用法律标准决定被告人是否应该、以及应被驱逐出瑞士多长时间。考虑到所犯罪行的性质，引用保护公共安全显然是合理的，受到质疑的决定在这一点上看上去并不过分。因此，上诉分庭在适用MPC第40条第1款时并没有滥用职权。[……]

3. 检察官的司法审查申请[……]

13. 检察官主张，上诉分庭在决定被告人的刑期时没有充分考虑所犯罪行的极端严重性，存在累犯的情形也构成对情节的加重。根据检察官的观点，唯一可能的刑期是20年监禁。

- (1) 尽管军事最高法院的确有权断定是否存在违反联邦法律的情形，但是考虑到在该领域授予低级法院的自由裁量权，它不能接受针对刑罚的上诉，除非该刑罚偏离了法律框架、依据的是MPC第44条之外的标准从而没有考虑已经被确定的因素、或者看上去极端严重或极端宽松以致于有滥用职权之嫌[……]。
- (2) 14年监禁本身已经非常严重了。没错，卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭对卢旺达大屠杀或种族灭绝的责任人判处了更长的刑期，特别是在塔巴社长，让-保罗·阿卡耶苏，但这并不是一个决定性的因素。这个国际法庭《规约》中的判刑标准不一定同MPC第44条的标准相一致，因此，人们也不能将对被告人的诉讼同对阿卡耶苏的诉讼相提并论。但是，尽管如此，本案的判决是建立在依法律标准进行评估的基础上的，看上去并不是过分宽松。因此，检察官关于这一点的上诉也不被认可。[……]

16. 军事最高法院确认14年的刑期[……]

根据前述理由

军事最高法院

裁定如下：

1. 接受N.提出的部分上诉，撤销受到质疑的判决中有关将上诉人驱逐出境的部分，本案发回军事上诉法庭第1A分庭，对是否保留驱逐出境重新作出决定。
N.提出的其他进行审查的理由不予接受。
2. 刑事第二分庭检察官提出的审查理由不予接受。
3. 被告人从作出上诉决定之日起到作出本决定之日止共被拘留336天，这一期间应该从刑期中扣减。
4. 确认14年监禁的刑罚[……]

2. 上诉裁决

[资料来源：瑞士，军事上诉法庭第1A分庭，2000年5月26日对N.案中的裁决，法语版可访问http://www.vbs-ddps.ch/internet/groupgst/de/home/peace/kriegsv0/umund/chrechtsprechung.Par.0002.DownloadFile.tmp/Urteil_N_2_Instance.pdf]

军事上诉法庭第1A分庭
2000年5月15日至26日
日内瓦，正义宫，第G3大厅
案 件：

N, [……]目前处于审前拘留中[……]

被指控：

1. 谋杀 (MPC第116条),
2. 煽动谋杀 (MPC第116条和第22条),
3. 违反战争法 (MPC第109条), 即：
 - (1) 违反《改善战地伤者病者待遇的日内瓦公约》(第3条第1款第1项和第3项, 第3条第2款和第12条、13条、50条),
 - (2) 违反《关于战俘待遇的日内瓦公约》(第3条第1款第1项和第3项, 第13、14、129、130条)
 - (3) 违反《关于保护战时平民的日内瓦公约》(第3条第1款第1项和第3项, 第16、27、31、32、146和147条),
 - (4) 违反《关于保护非国际性武装冲突受难者的日内瓦公约附加议定书》(第4、5、13条)。

被传唤

被告人在为他指定的辩护律师的协助下出席审判。[……]

2. 事实问题

第一章——初步意见

[……]为确定事实，本法庭将参考初审法官收集到的证人证言，提交给分区分庭和本法庭的证言，以及所有记录在案的文件和声明。上诉分庭还将评估受到质疑的判决关于总体评估证据和评估特定证据时的推理过程。在评估证据时，记

住以下几点很重要：卢旺达的规则和价值体系、被指控的罪行发生距今已有若干年、以及证人的受教育水平。分庭认为，在评估证言的可信度和其他方面是没有必要深入审查细小的差异；相反，人们应该将证据作为一个整体对待。被告人的辩护对某些证人的可信度提出了质疑，由于证人的立场并不是解释那些可能引起人们怀疑的误差，因此，在上诉阶段更应该记住以上几点。[……]

第二章——被告人的个人情况

(1) N.出生在M.公社[……]。他是一名罗马天主教徒。他有三个兄弟和十个同父异母的兄弟姐妹。他的父母是农民。[……]1980年，他在布塔雷 (Butare) 省尼亚撒(Nyanza)上高中，专业是科学(数学、物理和化学)。1983年，他获得中学证书，这使他可以进入大学或开始工作。在1983年到1984年间，被告人参加了基加利全国邮政电讯学院高级课程班，获得了电讯技术员资格。接下来，他在基加利非洲统计与经济研究院学习，1986年结束学习时获得经济和统计教育学位。他直到1993年4月才开始工作，[……]担任木枢巴蒂公社的社长一职，月收入3万卢旺达法郎(大约300美元)。1992年秋季他在第一轮社长选举中当选，由公社里来自不同政党、教派和管理机构的代表组成的选举团中83%的人投了票。

被告人于1989年与M.结婚。他有两个孩子[……]。他首先于1991年加入“共和民主运动”反对党，是一名激进分子。1983年至1993年间，他生活在基加利。从1986年4月开始，他在国外的许多机构进行实习(在加拿大、意大利和美国)。他于1994年3月12日来到法国，参加了当地政府的一个课程班。[……]他一直在巴黎待到1994年5月13日，这段期间他一直寻找合适的方式返回自己的国家。1994年5月14日，他经由利伯维尔飞抵金沙萨，然后来到戈马，在那里他待了两天。他从那里租车，于1994年5月18日至19日晚返回木枢巴蒂。那时，大规模的屠杀已经结束了，他所在的公社几乎没有图西族人了，而之前图西族人占到公社人口总数的15%。他们曾经躲藏或在卡布加依和尼亚鲁桑治(Nyarusange)的教区寻求避难，后都被杀死了。[……]

第五章——违反社长的职责

分区分庭没有排除合理怀疑地认定被告人亲自给一些人分发枪支和手榴弹，也没有认定他曾教他们如何使用。审判法官认为，被告人帮助某些有困难的人逃离家园是在履行社长职责，这些人中大部分是图西族人，他给他们提供假证件，他通过这么做尽最大可能挽救了一些人的生命。审判法官还认为，被告人作为社

长，并没有完成人们期望他该做的事——防止或限制大屠杀，但是这些疏忽应该与被告人被委派的行为和他的一般行为相比较，这些疏忽并不构成他被指控的犯罪之外的罪行。既然检察官对一审判决没有提出上诉，判决中的这些方面将不被质疑（参见第二章，“法律问题”）。

[注：分区分庭在（未公开的）决定中宣告N.对违反社长职责的指控无罪。它裁定这些不作为已经被被告人被证明有罪的行为所吸收，而且根据可予适用的文件，这些不作为也不能受到惩罚。]

3. 法律问题

第一章——瑞士军事法院的属物管辖权和属人管辖权[……]

(2) 属物管辖权 [……]

上诉分庭裁定，MPC第109条不仅禁止对瑞士签署和批准的国际公约的违反，而且禁止对国际社会承认的习惯法的违反（参见瑞士联邦委员会关于部分修改《军事刑法典》的信息，1967年3月6日，[……]）。1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》（以下称为“《灭绝种族罪公约》”）尚未被瑞士批准，它包含有习惯法的内容（参见联邦委员会关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》及对刑法进行相应修改的信息，[……]），因此属于MPC第109条所指的范围。因此，该公约可以被视为习惯法加以适用。然而，MPC第109条必须与MPC第108条联系起来进行解释。108条的边注表明，该条专门规定了《军事刑法典》第6章的适用范围。该条规定在战争或武装冲突的情况下（第1款），MPC第109条将得到无保留的适用。例如，前南斯拉夫战争具有国际性质，瑞士军事法庭根据习惯法对被指控破坏《日内瓦公约》和灭绝种族罪的人具有审判管辖权。

然而，第2款特别提到了非国际性武装冲突，该款限制将国际协定运用到更广的范围。发生此类冲突时，MPC第109条不会自动得到适用，它要求存在已得到瑞士批准的公约。如果没有这样的公约，就不可能将MPC第109条中规定的习惯法适用于国内武装冲突中。对于卢旺达的冲突，因为是非国际性冲突（参见第3C章，“法律问题”），瑞士军事法庭不能根据习惯法对种族灭绝的禁止来行使管辖权，因为瑞士没有批准《种族灭绝公约》。然而，如果从适用于非国际性武装冲突的《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》的角度考虑，军事法庭的确具有管辖权，这些条款属于MPC第108条第2款所作的保留的范围[……]。

上诉分庭因此将专门从《日内瓦公约》和《第二附加议定书》的角度考虑对MPC第109条的违反。

(3) 属人管辖权

MPC第218条第1款规定，在适用对13条第2款和第14条的保留的前提下，所有受到军事法约束的人都有可能接受军事法庭的审判。该规定也适用于违法行为发生在瑞士境外的情形（第2款）。《军事刑法典》第一章第1条至第9条规定了可予适用的刑法。根据MPC第2条第9款，平民在武装冲突期间（MPC第108条至114条）如果违反国际法将受到军事法律的约束。

瑞士通过制定MPC第2条第9款来履行其国际义务，允许适用国际法。在这个特定背景下，即使不存在战争或者受到迫近的战争危险的威胁，瑞士也有责任起诉那些在瑞士境外严重破坏《日内瓦公约》的人，无论行为人的国籍是什么[……]。

与审判法官的裁决不同，MPC第109条第1款和第3款[除非需要适用更严格的规定]不是一个对照，而是保留。它的效果不是让平民普遍受到军事法的约束。它所关注的是那些通常应该受军事法约束的人，它的效果是防止这些人根据《日内瓦公约》主张排除受到惩罚，因而逃避因适用军事法可能导致的更加严厉的惩罚的风险。关于这一点，值得指出的是，违反MPC第109条规定的战争法的最高刑罚是20年监禁（MPC第28条），而《军事刑法典》的确规定了某些犯罪行为（特别是根据第116条、第139条第2款、第140条第2款、第151c条第4款）可被判处终身监禁。上诉分庭的这个解释得到了MPC第6条和第220条的进一步支持。根据这些条款，平民实施的普通犯罪行为（MPC第115条至179条）仍然接受一般刑法和一般法庭的约束，即便他同军人一起实施这项犯罪。

上诉分庭认为，如果瑞士既没有战争，也没有面临迫近的战争危险，那么让一个非瑞士国民对在瑞士领土外针对外国人的罪行受军事法约束不符合军事法律制度。因此，上诉分庭不具备根据MPC第115条至179条对N.进行审判的管辖权，即便他仍受卢旺达平民或军事法庭对其普通犯罪（例如谋杀）或种族灭绝罪的管辖权。[……]关于这一点，受质疑的判决是错误的，上诉予以认可。[……]

第三章——共同第3条和《第二附加议定书》的可适用性 [……]

(2) 属地管辖权

尽管有共同第3条和《第二附加议定书》，《第二附加议定书》第4条第2款的确禁止如其描述的“任何地方”的行为，这一禁止很显然只限于缔约国的领土范围内（共同第3条和《第二附加议定书》，《第二附加议定书》第1条第2

款)。这一领土的范围超过了敌对行动发生的前线或直接发生地的范围,扩展到敌对行动发生国的整个领土[……]。

根据这些原则,当前的条款运用于整个卢旺达。[……]

(3) 属物管辖权

共同第3条适用于任何“不具有国际性质的武装冲突”。共同第3条没有对这一概念作出详细界定。这个概念指的是一国内的武装部队与有组织的武装团体之间发生的敌对行动[……]。

《第二附加议定书》第1条第1款中的“武装部队”的概念,必须从最广义的意义上理解,包括所有国内立法中描述的武装力量(参见“穆瑟玛”案判决,第256段,以及所引用的参考)。“负责任的指挥”指的是在武装团体和持不同政见的武装力量内部一定程度的组织状况,但这并不必须意味着存在同正规武装力量类似的分等级的军事组织体系。它指的是一方面该组织有能力策划和执行持续的和协调的军事行动——持续的根据策划进行的军事行动——另一方面该组织有能力贯彻纪律[……]。

这个条件意味着一个持续期间的概念:国际人道法从武装冲突开始一直适用到敌对行动停止之后的一段时间[……],对于国内冲突,一直适用到缔结和平协定为止[……]。

(4) 属人管辖权

1. 受害人

共同第3条保护没有直接参加敌对行动的人,包括放下武器的武装部队的成员以及那些失去战斗力的人。这一规定范围非常广泛,包括武装部队的成员以及没有参加敌对行动的人,但无论如何都适用于平民,即那些没有武器的人[……]。

《第二附加议定书》第2条第2款适用于受到第1条意义上的武装冲突影响的人。人们应该将这条理解为没有或不再参加敌对行动的人、享受议定书的规则保护的人、一国内无论国籍,陷入冲突的所有居民,包括难民和无国籍人(参见[……]桑多(Sandoz)、斯维纳尔斯基(Swinarski)和齐默尔曼(Zimmermann):《对1977年6月8日对1949年8月12日〈日内瓦公约〉的附加议定书的评注》,1986年,日内瓦,第4485至第4489段[可访问<http://www.icrc.org/ihl>])。该议定书第4条第1款

涉及所有没有直接参与敌对行动的人，或者不再参加敌对行动的人。鉴于共同第3条与《第二附加议定书》第4条的相似性，它们应该被认为意义相同（比较“阿卡耶苏案”判决，[第2154页，**案例200**：卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏。[比较一]第629段）。

卢旺达问题国际刑事法庭以受害人为基础，对“平民”做了一个否定的定义。平民指的是“犯罪者”范围之外的任何人，犯罪者是指属于交战团体的任何一方的军事指挥下的武装部队的任何级别的个人，或者作为公共官员或代表、或持有公共职权的个人、或在事实上代表政府的人，他们被合法赋予职权、并被预期将支持或进行战争努力（比较“穆瑟玛”案判决，第280段）。

在本案中，受害人D.，证人3的叔叔的妻子，证人32以及他的哥哥F.都是具备共同第3条和《第二附加议定书》第2条第2款与第4条意义上的受害人特征的平民。

2. 犯罪者

犯罪者必须属于“冲突一方”（共同第3条），或者属于政府的或反对派的“武装部队”（《第二附加议定书》第1条）。然而，这两个文件都没有规定或定义有能力实施战争罪的人的范围。考虑到这些国际文件的首要目标是保护平民免遭战争暴行，考虑到它们的人道目的，上诉分庭认为，“犯罪者”的范围应该界定得更广泛一些。定义受害人时的评注也适用于潜在的犯罪者。任何人，无论军人还是平民，只要伤害了上面定义的受《日内瓦公约》保护的人，就违反了《公约》，应受MPC第109条的约束。因此，上诉分庭没有遵从卢旺达问题国际刑事法庭判决中对违法行为和武装冲突之间需要有密切联系的要求，以及将《日内瓦公约》的适用范围限定于在武装部队或平民政府中占据职位的人（比较“穆瑟玛”案第259段，并参考“阿卡耶苏”案判决第642段和643段，这里卢旺达问题国际刑事法庭认为，尽管证据实质性地支持被告人进行着战争努力，但裁定不存在这样的联系。关于该问题，卢旺达问题国际刑事法庭的检察官提起了上诉）。

尽管如此，上诉分庭裁定，在所有情况下违法行为和武装冲突之间必须有联系。如果在国内战争中，冲突双方的平民都受到《日内瓦公约》的保护，一个被保护的人侵犯了另一方受保护者，这时有必要确定侵犯行为与武装冲突之间的联系。如果不存在这样的联系，则侵犯行为不构成战争犯罪，而仅属于普通犯罪。

在本案中，N.是拥有8万人口的木枢巴蒂公社的社长，他属于卢旺达平民管理的一部分，他并没有辞职。相反地，当他于1994年5月19日返回卢旺达时，

他再次接过职位，他在欧洲期间，他曾委派副手履行职权，当时的政府并不认为他是反对派成员。上诉人的行为被指控时，卢旺达军队与“卢旺达爱国阵线”之间的战争正在进行，这一冲突很难同时对图西族人和胡图族温和派的大屠杀分离开来。尽管战争在一定程度上削弱了 N. 作为社长的职权，相当一部分证据表明，他仍然在事实上和法律上对他公社的居民以及军队人员、民兵有效地行使职权，大量观点强调，他同卢旺达军队之间的联系，卢旺达军队是武装冲突的一方：他曾经收到高级官员 K. 团长的推荐信；他两次去卡布加依时都有士兵陪同，三名士兵护送他的家人和他的妹妹离开卡布加依天主教的住处。在木枢巴蒂山他也有士兵陪同。他不仅可以在自己村里自由的行动，而且可以自由去基塔拉马。他可以自由穿越路障，他的妻子被视为社长夫人，民兵确保她得到优待。很多情况下，他均可以在基塔拉马获得汽油，他还可以毫不费力地为他的家人和妹妹获得外出签证。

N. 以他公务员的身份召集公社的居民在木枢巴蒂山集会，目的是煽动人们仇恨和消灭图西族人，杀害、谋杀胡图族温和派以及图西族少数民族，并破坏他们的财产。[……]因此，N. 作为犯罪者的身份以及他的行为与武装冲突之间的联系已经得到证明。

既然适用共同第3条和《第二附加议定书》的所有条件都已经得到满足，被证明的事实将根据这些规定进行评估。

第四章——罪行的法律归类与刑罚的确定

(1) 罪行的法律归类

MPC第109条是一个独立的条款，[……]行为的一般概念，共谋、共犯和煽动都适用该条。[……]

N. 作为社长，召集他的村民到木枢巴蒂山集会，目的是煽动他们仇恨和消灭图西族人，杀害、谋杀胡图族温和派以及图西族少数民族，并破坏他们的财产，杀害怀有图西族男人的孩子的孕妇。这一行为本身构成企图煽动谋杀或杀害罪，无须找到或识别受害者就应受到惩罚。关于这一点，上诉分庭指出，N. 的言论导致数目不详的人的死亡，其中包括D. 和证人3的叔叔的妻子。

因此，上诉人犯有煽动违反MPC第109条规定的战争法（1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》第3条、第146条和第147条以及《第二附加议定书》第4条）的罪行。这一罪行导致蓄意杀害，构成对MPC第109条第1款和第3款的严重破坏。

同样，上诉人作为社长至少两次在士兵的陪同下来到卡布加依，动员来自他的公社的难民返回木枢巴蒂，他这么做只有一个目的就是屠杀他们。他还命令同他前来的士兵杀死证人32及其哥哥F，前者存活了下来。

因此，上诉人犯有MPC第109条规定的严重破坏战争法（1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》第3条、第146条和第147条以及《第二附加议定书》第4条）的罪行。

(2) 刑罚的确定

对严重破坏的情况，根据MPC第109条第1款和第3款，以及MPC第28条，可被判处一年到二十年监禁。在这一法律框架下，确定刑期的依据是MPC第44条和法律理论中的标准[……]。

上文描述的行为构成蓄意对生命实施暴力。生命权是刑法所保护的最高权利。这些行为构成战争罪，性质非常严重。它导致至少三人死亡。这些人不仅在令人恐怖的情况下（例如，使用枪托或刺刀）被活活杀死；他们死后甚至没有一个体面的坟墓，被扔进水沟里（证人32的哥哥就是这种情况），或者被扔进厕所里（例如D.）。煽动他人去谋杀以及用如此卑劣的手段杀死他人都需要在情感非常冷漠。上诉人在木枢巴蒂山的集会时的言语以及在1996年8月14日电话中的言论表露出他对图西族人以及胡图族温和派怀有真正的仇恨。另外，上诉分庭发现，上诉人对毁灭卢旺达的悲惨事件或者对与之相关的受害人没有一丝遗憾、没有任何自责或后悔的迹象。

因为N.于1994年3月12日至1994年5月19日期间不在卢旺达，因此他没有参加1994年4月18日的会议，在大屠杀的高潮阶段，即1994年4月的下半月，没有发挥积极作用。他虽然不是大屠杀的组织者，但是他从欧洲回到卢旺达后的三个多星期里，参加了大屠杀。当然，他的职位和他做为社长的能力使他有义务确保他的公社所有居民的安全，无论是图西族人还是胡图族中的温和派，至少应避免杀害他们。上诉分庭认为，这的确构成加重情节。尽管如此，上诉分庭注意到当他返回木枢巴蒂时，上诉人面临着混乱的局面，这使他只有有限的决定和行动自由。这些情况削弱了N.的犯罪意图。[……]

在这样的情况下，上诉分庭认为，14年监禁是一个适当的惩罚。根据MPC第50条，审前拘留的期间（1367天）应该从刑期中被扣减。[……]

根据这些理由[……]

根据1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》第3条、第146条和第147条以及公约《第二附加议定书》第4条，[……]

裁 定

1. 接受部分上诉内容。
2. N.犯有违反战争法 (MPC第109条) 的罪行
因此，判处他14年监禁[……]。

讨 论

1. (1) 在相关的时段，卢旺达是否存在武装冲突？是国际性的还是非国际性的？（比较《日内瓦公约》共同第2、第3条，《第二附加议定书》第1条。）
(2) 是不是“直到冲突得到和平解决”之前都必须适用《第二附加议定书》？（比较《第二附加议定书》第2条第2款）
(3) 第2条是否界定了《第二附加议定书》的属人管辖适用范围？
2. (1) 哪些人受到《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》第4条的保护？
(2) 关于非国际性武装冲突的国际人道法是否只保护依其地位没有参加敌对行动、不属于犯罪者的人？（比较《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》第4条。）
3. (1) 瑞士《军事刑法典》关于违反国际人道法的规定属事适用范围是否满足国际人道法关于严重破坏的规定要求？它是更严格了还是更进一步了？（比较《日内瓦公约》共同第49/50/129/146条，第927页，**案例47**：瑞士，军事刑法典。）
(2) 如果国际协定本身没有规定刑事责任，瑞士是否有权利惩罚违反该协定的行为？是否有权利惩罚外国人在外国针对其他外国人的违反行为？
(3) 瑞士《军事刑法典》第109条（参见第927页，**案例47**：瑞士，军事刑法典。）是否将所有违反《日内瓦公约》的行为刑罚化了？还是仅仅处罚严重破坏行为？违反习惯国际人道法的行为是否也被刑罚化了？
(4) 瑞士《军事刑法典》第109条的措辞作为一条刑法规定是否足够精确？
4. (1) 为什么尼永泰泽不能被指控犯有种族灭绝罪？是因为瑞士没有种族灭绝的罪名吗？还是因为罪行发生在外国，因此瑞士没有资格起诉它？
(2) 瑞士是否受禁止灭绝种族的约束？种族灭绝在瑞士是否应受惩罚？“关于敌对行动的国际条约”或者“战争法规和惯例”是否包括禁止种族灭绝的规定？武装冲突事件中是否禁止灭绝种族？只有在武装冲突的情况下吗？

- (3) 如果一项种族灭绝行为发生在武装冲突期间，它是否属于瑞士《军事刑法典》第109条规定的范围？只有当武装冲突属于国际性冲突时才属于吗？
- (4) 为什么只有在国际性武装冲突而不是非国际性武装冲突的情况下，瑞士法院才可以适用习惯国际法？难道在像瑞士这样的一元论法律体系的国家，习惯国际法不是国内法的一部分吗？
5. 瑞士是否可以惩罚违反适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法的行为？根据这些文件，瑞士是否应该惩罚违反《日内瓦公约》共同第3条或《第二附加议定书》的行为？根据前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪奇”案（管辖权问题）中对习惯国际人道法的解释，瑞士是否应该惩罚违反行为？（比较，特别是该案第134段，参见第1794页，**案例180**：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案，[一、管辖权]）
6. (1) 为什么瑞士军事法院有权起诉一个在卢旺达针对卢旺达人实施违反国际人道法罪行的卢旺达公民？国际人道法是否规定了这种情形？如果卢旺达的冲突属于国际性冲突，国际人道法是否会规定这种情形？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条。）
- (2) 瑞士军事法院是否有资格起诉一个在卢旺达针对卢旺达人实施普通犯罪的卢旺达公民？为什么不可以？
- (3) 在你的国家，在什么情况下违反国际人道法的行为也可以被作为一般犯罪行为起诉？
7. 《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》是否适用于卢旺达的整个领土？还是仅仅适用于政府和“卢旺达爱国阵线”发生战事的地方？
8. (1) 谁是适用于非国际性武装冲突的国际人道法所调整的对象？谁可以违反《日内瓦公约》共同第3条？谁可以违反《第二附加议定书》？是在非国际性武装冲突发生的领土内实施禁止行为的任何人吗？禁止行为和武装冲突之间必须有联系吗？犯罪者必须属于冲突的一方吗？必须属于一方武装力量吗？他必须在平民管理机构或在武装部队中任职吗？
- (2) 在判断关于非国际性武装冲突的国际人道法意在禁止哪些人的行为时，你更倾向于同意谁的观点，军事上诉法院、卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭、瑞士军事最高法院还是卢旺达问题国际刑事法庭上诉分庭？（参见第2154页，**案例200**：卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏案[二、上诉分庭]）瑞士军事法院是否有权偏离卢旺达问题国际刑事法庭的判例法？根据《规约》第8条第2款（联合国安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过），卢旺达问题国际刑事法庭是否具有“高于所有国家国内法院的优先地位”？
- (3) 根据卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭的解释，平民医院的医生是否可以违反《日内瓦公约》共同第3条第2款和《第二附加议定书》第7条规定的对伤员的照顾义务？法官是否可以违反《日内瓦公约》共同第3条第1款（d）和《第二附加议定书》第6条规定的司法保障义务？狱警是否可以违反《第二附加议定书》第5条？卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭的解释是否让这些规定变得没有意义了？

9. (1) 尼永泰泽先生是否违反了《日内瓦第四公约》第3、146、147条和《第二附加议定书》第4条，还是仅违反了其中的部分条款？
 - (2) 根据你的国家的法律，对战争犯罪进行起诉时是否需要确定被害人的身份和数目？哪些案件有这样的要求？
 - (3) 像瑞士这样的一元论宪政体系的国家，《日内瓦第四公约》的第146条和147条不可以被直接适用吗？这些条款是否可以适用于非国际性武装冲突中？
10. (1) 为什么对尼永泰泽先生违反社长职责的指控被宣告无罪？他对所在社区成千上万居民的生命漠视是否是导致其它指控的起诉行为的一部分？根据应予适用的法律，这些行为不应受到惩罚吗？非军事领导对其履行职责的行为不需要承担刑事责任吗？（比较《第一附加议定书》第86条第2款和第87条。）
 - (2) 尼永泰泽先生的社长身份是加重情节还是减轻情节？即便当局已经对他的社区留下了坏印象，他是否能够阻止社区参与种族灭绝？如果他既没有召集人们到木枢巴蒂山集会，也没有访问卡布加依营，仅仅是允许在他的公社发生种族灭绝的事，这是否也会让他犯错？
11. 瑞士起诉尼永泰泽先生的成本以及可能引起的实践和文化问题有哪些？瑞士是否值得这么做？瑞士是否可以将案件移交给卢旺达问题国际刑事法庭？（比较《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第8、17、28条；第2138页，**案例196**：联合国，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》。）你认为尼永泰泽被卢旺达法庭、国际法庭或瑞士法庭审判各自的优缺点是什么？

案例206. 国际法院，刚果民主共和国诉比利时案

案 例

[资料来源：国际法院，关于2000年4月11日逮捕令案（刚果民主共和国诉比利时），2002年2月14日判决；可访问：<http://www.icj-cij.org>；保留部分脚注。]

国际法院2002年 2002年2月14日 关于2000年4月11日逮捕令案 (刚果民主共和国诉比利时)

判 决 [……]

13. 2000年4月11日，布鲁塞尔一审法院负责调查的法官对阿卜杜拉耶·耶罗迪亚·恩多姆巴希先生 (Abulaye Yerodia Ndombasi) 签署了“缺席国际逮

捕令”，指控他严重破坏1949年《日内瓦公约》及其附加议定书，并犯有危害人类罪。

在逮捕令签署时，耶罗迪亚先生是刚果外交部长。[……]

15. 在逮捕令中，耶罗迪亚先生被指控在1998年8月间通过各种演说煽动种族仇恨。耶罗迪亚先生被指控的罪行根据比利时1993年6月16日制定的《关于严重破坏1949年8月12日日内瓦国际公约及1977年6月8日公约第一和第二附加议定书的惩罚法》应当受到惩罚，该法于1999年2月19日被《关于严重违反国际人道法的惩罚法》修正（下文称“比利时法”）。[参见第955页，**案例52**：比利时，普遍管辖权法]

比利时法第7条规定：“比利时法庭对本法规定的犯罪行为，无论这些行为发生在何地，均拥有管辖权”。在本案中，根据比利时的说法，发起诉讼并最终导致签发逮捕令的是12位居住在比利时的个人，他们中的5人是比利时公民。对此，比利时没有提出质疑。然而，逮捕令所针对的被指控的行为发生在比利时领土外，在被指控的行为发生时耶罗迪亚先生不是比利时公民，签发和递送逮捕令时耶罗迪亚先生也不在比利时领土内。还有一点没有争议，即耶罗迪亚先生被指控的行为的受害者中没有比利时公民。比利时法第5条第3款进一步规定：“一个人因其官方身份受到的豁免不妨碍本法的适用”。[……]

17. 2000年10月17日，刚果在书记处提出申请，提起当前的诉讼[……]，要求法院“宣布比利时王国应该撤销2000年4月11日签署的国际逮捕令”。刚果的申请基于两个独立的法律理由。第一，它声称：“比利时根据其法律第7条赋予自己的普遍管辖权”违反了“国家不得在其他国家的领土上行使权力的原则，以及《联合国宪章》第2条第1款规定的联合国所有成员国主权平等的原则”。第二，它主张：“根据比利时法第5条不承认在职的外交部长的豁免权”构成对“主权国家外交部长外交豁免权”的违反。[……]
19. 2001年4月中旬，刚果新政府形成，从此耶罗迪亚先生停止担任教育部长一职。现在他不担任任何部长职位。[……]
45. [……]刚果最初以两个独立的理由质疑逮捕令的合法性：一方面，针对比利时行使普遍管辖权的主张，另一方面指控违反了刚果时任外交部长的豁免权。然而，在刚果提交的备忘录中，以及在口头辩论结束时的最后陈述中，刚果只援引了后一个理由。

46. [……]根据刚果提交的最后请求，法院将首先处理这个问题：假设根据国际法比利时有权发布和递送2000年4月11日的逮捕令，它这么做是否侵犯了刚果外交部长的豁免权。[……]
54. 法院随后作出结论，外交部长的职能使他或她在任期间，在国外时享受完全的刑事管辖豁免、不受侵犯。这一豁免权和这一不受侵犯性保护相关的个人免遭来自其他国家当局的任何妨碍其履行职责的行为。
55. 在这方面，很难区分某一行为的履行[……]是出于“官方地位”，还是出于“个人地位”，对这个问题，也很难区分行为是在相关个人上任前履行的[……]还是在任期间进行的。[……]
56. 法院现在将考虑比利时的主张，比利时认为，在任何情况下，当在职的外交部长被怀疑犯有战争罪或危害人类罪时，他所享有的豁免权也不能袒护他。[……]
58. 法院仔细审查了国家的实践，包括国家立法和国家高级法院的少量决定，例如英国上议院和法国最高法院。从这些实践中，法院无法推断出在习惯国际法中关于在职外交部长免遭刑事管辖的豁免权和不可侵犯性存在任何形式的例外，即便该外交部长被怀疑犯有战争罪或者危害人类罪。法庭还审查了创设国际刑事法庭的法律文件中关于豁免或在职个人的刑事责任的规则，这些专门适用于后者（参见《纽伦堡国际军事法庭宪章》第7条；《东京国际军事法庭宪章》第6条；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条第2款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条第2款；《国际刑事法院规约》第27条）。法庭裁定，法庭通过这些规则同样不能得出在习惯国际法上存在任何国内法院所主张的这类例外。最后，比利时所引用过的纽伦堡或东京国际军事法庭的裁决或前南斯拉夫问题国际刑事法庭的裁决都没有讨论过在国内法院指控在职的外交部长犯有战争罪或危害人类罪时的豁免权问题。因此，法院指出，这些裁决与法院上面得出的结论并不矛盾。根据前述观点，法院因此不能支持比利时关于这一点的主张。
59. 应该进一步指出，调整国家法院管辖权的规则必须同调整司法豁免权的规则仔细区分开来：管辖权并不意味着失去豁免权；而失去豁免权也并不意味着可以行使管辖权。因此，尽管许多关于预防和惩治某些严重罪行的国际公约向国家施加了起诉或引渡的义务，从而要求他们扩大管辖权，但管辖权的这种扩展并没有影响根据习惯国际法享有的豁免权，包

括外交部长的豁免权。即便外国的法院是根据这些公约在行使管辖权，这些管辖权也是可以被反对的。

60. 然而，法院强调，在职外交部长享有的免于受到管辖的权利并不意味着他可以对所犯的任何罪行，无论严重与否，均免受处罚。免受刑事管辖和免于承担个人刑事责任是两个独立的概念。管辖权豁免在性质上属于程序问题，刑事责任是一个实体法上的问题。管辖权豁免可以有效地在一段时间内阻止起诉，或者阻止对某些行为提起诉讼；它不能使适用对象免除所有的刑事责任。

61. 因此，在职或前任外交部长根据国际法享有的豁免权在某些情况下并不阻止刑事起诉。

首先，这些人在自己国家不享有国际法规定的豁免权，可以被这些国家的国内法院根据相关国内法进行审判。

其次，如果他们代表的国家或曾经代表的国家表示放弃这项豁免权，则这些人将停止享有外国管辖豁免权。

第三，当某人不再担任外交部长职务时，他或她根据国际法在其他国家就不再享有全部的豁免权。只要一国的法院根据国际法拥有管辖权，就可以对其他国家的前任外交部长在任职前或离任后的犯罪行为，以及任职期间以个人身份实施的犯罪行为进行审理。

第四，如果某些国际刑事法庭拥有管辖权，可以对在职或前任外交部长提起刑事诉讼。[……]

75. 法院已经得出结论，[……]比利时当局于2000年4月11日签署和递送的逮捕令没有尊重刚果在任外交部长的豁免权，特别是侵犯了耶罗迪亚先生当时根据国际法所享有的刑事管辖豁免和不受侵犯的权利。这些行为导致比利时应该承担国际责任。法院认为，法院作出这样的裁定已经构成一种补偿，将补偿刚果提出的道德损害。

76. 然而，常设国际法院在其1928年9月13日关于“霍茹夫工厂”案的判决中称：“基本原则[……]是，如果有可能的话，赔偿必须消除非法行为引起的一切后果，最大概率地重新建立若不存在非法行为可能会出现的面局”（常设国际法院，系列A，o.17，第47页）。在本案中，仅仅通过法院根据国际法裁定逮捕令的非法性并不能重建“若不存在[非法行为]可能会出现的面局”。虽然耶罗迪亚先生已经不再是外交部长了，但

逮捕令依然存在，而且依然非法。因此，法院认为，比利时应该通过自己选择的方式，撤销逮捕令，通知负责传递逮捕令的当局。[……]

78. 根据这些理由，

法院，[……]

(2) 以13票对3票

裁定2000年4月11日对阿卜杜拉耶·耶罗迪亚·恩多姆巴希先生签发逮捕令、并在国际上传播，比利时王国违反了它对刚果民主共和国的义务，因为前者没有尊重刚果民主共和国在任外交部长根据国际法享有的刑事司法管辖豁免权和不受侵犯的权利；

赞成： 院长纪尧姆 (Guillaume)；副院长史久镛；法官朗热瓦 (Ranjeva)、赫尔茨泽格 (Herczegh)、弗莱施豪尔 (Fleischhauer)、科罗马 (Koroma)、韦列谢京 (Vereshchetin)、希金斯 (Higgins)、帕拉-阿朗古伦 (Parra-Aranguren)、科艾曼斯 (Kooijmans)、雷塞克 (Rezek)、比尔根塔尔 (Buergenthal)；专案法官布拉-布拉 (bula – bula)；

反对： 法官小田滋 (Oda)，阿尔-哈苏奈 (Al-Khasawneh)；专案法官范·登·维尼加尔特 (Van den Wyngaert)；

(3) 以10票对6票，

裁定，比利时王国必须通过自己选择的方式撤销2000年4月11日的逮捕令，并且通知已经传递过逮捕令的当局；

赞成： 院长纪尧姆；副院长史久镛；法官朗热瓦、赫尔茨泽格、弗莱施豪尔、科罗马、韦列谢京、帕拉-阿朗古伦、雷塞克；专案法官布拉-布拉；

反对： 法官小田滋、希金斯、科艾曼斯、阿尔-哈苏奈、比尔根塔尔；专案法官范·登·维尼加尔特。[……]

纪尧姆院长的个别意见 [……]

17. 现在来看摆在我们面前的这个案件，我想说，耶罗迪亚·恩多姆巴希先生被指控两类罪行，即根据《日内瓦公约》应受惩罚的严重的战争罪，以及危害人类罪。

对于第一项罪状，我发现，根据《日内瓦第一公约》第49条、

《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条以及《日内瓦第四公约》第146条：[……]该规定要求缔约国搜查被指控的犯罪嫌疑人，并将他们交给法庭（除非他愿意将嫌疑人移交给另一个缔约国）。然而，《日内瓦公约》没有包含类似于《海牙公约》[1970年12月16日《关于制止非法劫持航空器的公约》，规定：“每一缔约国应该……采取必要措施确立对出现在其领土内的犯罪嫌疑人的管辖权[……]”]第4条那样的管辖权规定。另外，当犯罪嫌疑人不在相关国家的领土上时，《日内瓦公约》也没有为缔约国创设搜查、逮捕或者起诉的义务。这样，在被告人缺席的情况下，缔约国无论如何都不具有普遍管辖权。因此，比利时不能根据这些公约授予本国法庭这样的管辖权，也不能由一名在国际法看来不适格的法官针对耶罗迪亚·恩多姆巴希先生提起犯有战争罪的诉讼。[……]

如果国际法院处理这些问题，我认为，她应该裁定比利时的法官依据同国际法不一致的普遍管辖权认为自己有资格起诉耶罗迪亚·恩多姆巴希先生的做法是不正确的。[……]

雷塞克法官的个别意见 [……]

[注：非官方译文]

7. 在现存的条约法中，1949年《关于保护战时平民的日内瓦第四公约》第146条——1949年的其他三个日内瓦公约中也可以找到相同的条款——为被告国主张的依据普遍管辖原则行使刑事管辖权提供了最有力的支持。[……]

然而，不仅本案不属于1949年《日内瓦公约》严格的适用范围，而且如古米利耶-根德罗 (Chemillier-Gendreau) 女士在试图阐明本条的含义时，引用一位最杰出的国际刑法（及刑事国际法）专家克劳德·隆布瓦 (Claude Lombois) 的话所指出的：“即便这一条件没有写在文字里，它所暗示的意思也必须得到考虑：一个国家怎么能在别的国家领土内搜查犯罪嫌疑人呢？如果罪犯不在它的领土上出现，该国又怎么能够移交罪犯？搜查和移交的前提是与主权权力相联系的行为克制，既由领土构成的空间限制。”

8. 当国家试图将国内法朝着同在今天仍然有效的国际关系原则相悖的方向推进时，每个国家都应该问问自己：如果其他国家，很可能很多国家，都采取同它相同的做法，那后果将是什么样子？当事国在法院面前讨论：“如果刚果法官指控某些欧洲国家政府成员在非洲实施或命令实施犯罪，欧洲国家将会作何反应？”，这一问题并非偶然。

布拉-布拉法官的个别意见 [……]

[注：非官方译文]

65. 1949年8月12日《日内瓦第一公约》第49条，另有其他几处，宣布了“普遍管辖”的原则。但是，关于这个概念被告国主张的原则，以及它企图在本案中运用该原则的方式，偏离了法律的基本观点。
66. 根据对该条约规定的权威解释，这一体系的基础是施加给每一缔约国的三个基本义务，即：“制定关于该问题的专门法律的义务、搜查任何被指控违反公约的人的义务、审判该被指控的人，或在缔约国愿意的情况下将其移交给其他相关国家审判的义务”[注释69：让·皮克泰编：《〈改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约〉评注》，日内瓦，红十字国际委员会，1952年，第362页；着重号为作者所加。]。[……]
70. 该评注不仅强调了无论国籍起诉嫌疑人，而且强调了属地管辖权。因为《公约》是在日内瓦制定的，可以预见它的根据是传统国际法：只要缔约国“知道它领土上的某人犯了这样的罪行，它就有责任确保这个人将毫不迟延的被逮捕并被起诉”。因此，这不仅是国家提出要求进行必要的警察搜查，而且是发自本能的反应。如果超越了一国领土，在原则上，国家的立法、行政、司法权将受到限制，我认为，评注很自然地提到引渡这一司法合作机制——这一机制要求对被告人的指控应当“足够严重”。[……]

范·登·维尼加尔特法官的反对意见 [……]

34. 现在来看法院的观点：根据国际法保护在任外交部长的豁免在法院列举的特定情况下不能成为刑事诉讼的障碍。法院提到在四种情形下，在任或前任外交部长即便根据习惯国际法享有豁免权也可以被起诉：[……]（判决第61段）。

理论上，法院可能是正确的：豁免和免受处罚不是同义词，因此两个概念不能被合并使用。然而，在实践中，豁免的结果实际上就是免受处罚。上面提到的四种情形都可以说是虚假的。

35. 在前两种情况下进行起诉的前提是，任命相关人为外交部长的国家愿意在国内调查和起诉被指控的行为，或者愿意放弃对相关人的豁免，以便其他国家进行调查或起诉。

然而，免受处罚的核心问题是：当国家当局不愿或不能调查或起诉犯罪时，犯罪分子就不会受到惩罚。这正是耶罗迪亚先生一案的情形。刚果指控比利时在缺席的情况下对在任外交部长行使管辖权，但它自己在耶罗迪亚出席的情况下却不去行使管辖权，因此违反了《日内瓦公约》，与联合国为达此效果通过的决议不一致。[……]

54. 在条约国际法中，不存在禁止在缺席情况下行使普遍管辖权的规则。对战争罪行使普遍管辖权的最重要的法律基础是1949年《日内瓦第四公约》第146条，该条确定了“不引渡即起诉”的原则。对该条的文本解释在逻辑上并不像刚果试图证明的，需要犯罪者在场。刚果在这方面在理论上作了一个有趣的推理，但是并不符合该文本的逻辑。对于战争罪，几乎得到普遍批准的《日内瓦公约》由于它得到的如此广泛的接受，因此所包含的已不仅仅是条约义务，《公约》也不要求犯罪嫌疑人必须在席。仔细读《日内瓦第四公约》第146条，对国家行使普遍管辖权的限制要求对《日内瓦公约》进行目的性解释。这些公约的目的，很显然不是限制国家根据国际法对犯罪行使管辖权。[……]

59. 国际法无疑允许对战争罪和危害人类罪行使普遍管辖权。在国际法上存在这样的许可。对危害人类罪而言，虽然不存在明确的条约条款，但是人们普遍承认，至少在种族灭绝的情况下，国家有权主张域外管辖权。而对于战争罪，存在专门的协定国际法支持国家有权主张对发生在国外的犯罪行使管辖权的观点：《日内瓦第四公约》第146条的相关条款为针对平民的战争罪规定了非引渡即起诉的原则。

讨论

1. (1) 通过发表声明煽动种族仇恨是否可以构成对国际人道法的严重破坏？1998年8月在刚果是否存在国际性武装冲突？在非国际性武装冲突的背景下是否可以出现对国际人道法的严重破坏？根据国际人道法呢？根据比利时法律呢？（比较第955页，

案例52：比利时，普遍管辖权法；第2082页，**案例195：**案例研究，大湖地区武装冲突；《日内瓦公约》共同第2条；《日内瓦公约》各自的第50/51/130/147条；《日内瓦第四公约》第4条。）

- (2) 通过发表声明煽动种族仇恨是否可以构成危害人类罪？
2. 法院关于赋予在任外交部长完全的豁免权并赋予前任外交部长一定的豁免权的推理是否仅适用于外交部长？还是适用于所有的政府部长？适用于国家元首吗？政府首脑呢？适用于外交官吗？（下文将其统称为“管理者”。）
3. （第60段）“免于处罚”和“豁免”这两个概念的区别是什么？
4. 国际人道法是否允许国家（单方面或通过条约）同意对遭到严重破坏起诉的人免于处罚？（比较日内瓦四公约各自的第51/52/131/147条。）
5. (1) 国际人道法是否允许国家单方面对遭到严重破坏起诉的人授予豁免权？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条；《第一附加议定书》第85条。）
- (2) （第56-58段）在被告有国际罪行的情况下根据国际人道法是否存在个人豁免权的习惯法上的例外？当严重破坏国际人道法的犯罪者根据国际法享有豁免权时，国家的搜查和起诉义务是否存在习惯法上的例外？
- (3) 根据国际人道法起诉严重破坏者的义务也针对享有国际豁免权的人吗？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条。）
6. （第59段）起诉义务和个人豁免权都是国际法规定的，这两者之间是否存在冲突？如果两条规范之间存在冲突，哪一个应该优先适用？哪一个属于强行法？规定起诉义务的原则属于强行法吗？国际法所规定的个人豁免权属于强行法吗？（比较日内瓦四公约各自的第1条，第49/50/129/146条，第51/52/131/148条。）
7. (1) 法院面临的问题是判断在职的管理者具有豁免权还是前任管理者具有豁免权？法院的裁判是否也对前任管理者的豁免权发表了看法？
- (2) 为什么前任管理者对在职期间履行职责时的行为仍然享有豁免权？
- (3) 管理者以个人身份实施的行为有没有可能构成对国际人道法的严重破坏？
8. 法院关于赋予在任外交部长完全的豁免权、并赋予前任外交部长一定的豁免权的推理仅适用于基于普遍管辖权的缺席起诉吗，还是也适用于当犯罪嫌疑人出现在起诉国领土的情况？当起诉国对自己领土上的犯罪行为行使管辖权时是否适用这一推理？
9. (1) 假设起诉的义务优于豁免权，这对在职管理者行得通吗？
- (2) 当起诉义务在制度上被规定优于国际豁免权的地位时，将出现怎样的后果？
10. （第61段）法院列举的允许对管理者进行起诉的几种情形是否足够对抗管理者的豁免权？国际人道法中规定的起诉义务，是否至少在涉及管理者的情况下，应该根据法院列举的情形进行限制解释？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条。）

11. 你如何才能使国际人道法规定的起诉义务和国际豁免权相协调？
12. (1) 对严重破坏国际人道法的行为进行起诉的义务是否也意味着当发生这样的违法行为时存在普遍管辖权？它是否要求国家规定这样的普遍管辖权？即便犯罪者在起诉国的领土之外，也有这样的普遍管辖权吗？这一义务在实践中可能带来什么样的后果？（比较日内瓦四公约各自的第49/50/129/146条。）
 - (2) 国际人道法是否允许在缺席的情况下确立普遍管辖权？
13. 为什么在耶罗迪亚先生已不再担当政府部长的时候比利时还需要撤销逮捕令？这种情况属于对前任管理者的豁免还是对职务行为的豁免？这是停止继续侵害的普遍义务的结果吗？是恢复违法行为发生之前的情形的结果吗？是补偿的结果吗？比利时是否可以签发一个新的逮捕令？

三十、哥伦比亚

案例207. 哥伦比亚，《第二议定书》的合宪性

案 例

[资料来源：第C-225/95号判决，参考第L.A.T.-040号文件；原文为西班牙文，此为非官方译文，保留部分脚注。]

哥伦比亚共和国
宪法法院

对1977年6月8日于日内瓦拟定的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》，以及1994年12月16日通过该议定书的法律的违宪审查。

[……]

2. 法律基础

法院的管辖权与职权范围

- 1. 根据《宪法》第241条第10款，宪法法院有权对《第二附加议定书》以及通过它的法律进行合宪性审查[……]。此外，正如本机构反复声明的，无论出于实质的还是形式的考虑，这对于确保条约草案以及通过它的法律的合宪性来说是一项初步的、全面的和自动的程序。[……]

国际人道法的性质及其在国际和国内层面的强制性 [……]

- 6. 至于武装冲突法，传统理论区分了海牙法与日内瓦法。前者，或者叫严格意义上的战争法，如人们所知，编纂在1899年和1907年《海牙公约》中，目的是规制敌对行为与合法的作战方法。后者，或者叫严格意义上的国际人道法，目的是保护没有直接参加敌对行动的人。这似乎表明，当宪法提到人道法时，它指的仅仅是日内瓦法。然而，情况并非如此，法律意见认为，时至今日，不可能在两类法律体系之间作明确的划分，因为保护平民（即严格意义上的国际人道法的条约目的）逻辑上要

求规定合法的作战方法（即传统的战争法的目的），反之亦然。而且，日内瓦法在一定程度上吸收了海牙法的内容，例如《1949年日内瓦四公约第一附加议定书》第三部分对作战方法的广泛规制。[……]

7. 国际人道法从根本上说起源于大量实践，这些实践被认为是文明国家的习惯法的组成部分。因此大多数国际人道法条约应该被更多地看作只是对现有义务的编纂，而不是对新的规则和原则的创制。根据国际学说和法学理论的权威性质，本机构在上文提到的判决中因此认为，国际人道法的规则构成强行法不可分割的组成部分。现在，1969年《维也纳条约法公约》第53条这样定义强行法，或者叫一般国际法强制规律：“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律使得更改之规律。”因此，《维也纳公约》的同一条款规定，根据国际法，与上述原则冲突的条约无效。这解释了为什么人道规则对那些即便尚未批准条约的国家和冲突方也有拘束力，因此，这些规则的强制性质不是来源于国家的同意，而是来源于规则的习惯法性质。对此，本机构已经指出：

“总之，既然《日内瓦公约》及其两个附加议定书所包含的国际人道法原则构成适用于国内或国际冲突形势的最低道德标准、并为国际社会所广泛接受，它们就构成了强行法或者国际法中的习惯法的组成部分。因此，它们的拘束力来源于国际社会之国家全体通过遵守一系列规则以及拒绝接受相反的规则或做法所表达的对它们的普遍接受和承认。拘束力的获得并不是因为它们被编纂为国际法规则，这在下文将作更加详细的阐述。所以，对这些原则的尊重并不取决于国家是否批准了或加入了包含这些原则的国际文件。

总而言之，国际人道法是一系列道德标准，这些标准的绝对的和普遍的效力并不取决于其是否已被实在法所规定”。

8. [……]

因此，从前述内容可以得出结论，国际人道法的强制性质适用于武装冲突的所有参加方，而不仅仅是批准了相关条约的国家的武装部队。非正规的武装个人或国家部队不能再以他们不是相关国际协定的缔约方为由认为他们在武装冲突中可以不尊重最低人道标准。再次说明，这是因为，国际人道法的规则效力来源于文明国家对其规则的普遍接受，以及这些国际文件所包含的基本的人道价值。这样一来，所有武装起来的

个人，无论他是否属于国家部队，都有义务遵守包含基本人道原则的规则，这一点即便在武装冲突的极端形势下也不得有所损抑。

9. 经过武装的个人不能以其敌人没有尊重人道法为借口来为自己违反这些规则的行为开脱，因为对作战行为的限制是为了保护个人的利益。因此，本法的独特之处在于它的规则构成不可剥夺的保证，这是独一无二的，因为它为武装个人施加义务的目的不是为了这些人的利益，而是为了第三方的利益，即那些非战斗员以及冲突的受害者的利益。这解释了为什么人道义务不以互惠为基础；的确，它给冲突各方施加义务的前提不是另一方遵守规则，因为这些保证的受益人是没有参加战斗的第三方，即非冲突当事方。关于这一点，本法院早已指出：“正如国际法院在美国与尼加拉瓜冲突案中指出的，有关互惠的传统原则对这些条约不起作用，对此没有例外”。

哥伦比亚很荣幸成为为人道义务的非互惠性辩护的首批独立国家之一。的确，早在第一个《日内瓦公约》或《海牙公约》在欧洲签署之前，“解放者”西蒙·玻利瓦尔 (Simon Bolivar) 就同莫里约 (Morillo) 将军签订了《规制战争条约》以“尽可能避免流血”。法国法理学家朱尔斯·巴迪旺 (Jules Basdevant) 认为，这个协定是适用于武装冲突的国际法的最重要的先驱之一，因为它不仅包含了对伤者、病者和战俘给予人道待遇的创新规定，而且是人们所知的第一个将战争惯例运用于我们今天称之为民族解放战争的协定。此后不久，1821年4月25日，玻利瓦尔向他的士兵宣布，命令他们尊重规制战争的规则。玻利瓦尔说：“即便我们的敌人违反了这些规则，我们也必须遵守它们，这样哥伦比亚的荣誉才不会被血迹玷污”。

10. 对哥伦比亚而言，人道规则尤其具有拘束力，因为《宪法》第214条第2款规定：“国际人道法的规则在任何情况下都应该得到尊重”。正如本机构已经声明的，这不仅意味着国际人道法在任何时候在哥伦比亚都有效力，而且意味着它已被自动纳入“国家法律秩序，而且这与法律公理的强制性质（如前文所揭示的）相一致，这部分法律已经成为强行法不可分割的组成部分”。因此，所有的非正规武装部队以及所有的国家官员，特别是有义务适用人道规则的警察部队的所有成员，无论何时何地均有义务尊重国际人道法的规定，这不仅是因为这些规则是国际法的强行性规律（强行法），而且因为它们本身是法律秩序中具有拘束力的规则，必须被哥伦比亚领土内的所有居民遵守。实际上，国际人道法的规

则保存了有形和无形的人权核心，这些核心价值即便是在武装冲突这样的极端情况下都不能以任何理由被漠视。国际法院在1949年“科孚海峡案”的判决中指出，它们代表了“人性的基本考虑”。因此，无论在国际社会还是根据哥伦比亚的法律都没有理由做出违反公众良心的事情，例如任意屠杀、酷刑、虐待、劫持人质、强迫失踪、得不到司法保障的审判以及进行事后惩罚。

宪法对国际人道法规则的纳入

11. [……]

人权条约与国际人道法公约根据保护人性原则的共同理念，相互补充，构成保护个人权利的国际体系的一部分。因此二者之间的区别之一在其适用性，前者本质上适用于平时时期，后者适用于武装冲突时期，但两部分法律均为保护人权而制定。对此，本法院已经指出“国际人道法是把人权文件中所铭记的基本的、最低限度的、不可剥夺的原则运用于武装冲突的极端形势下”。

如今，《宪法》第93条规定，哥伦比亚批准的人权条约的某些内容优于国内立法。本法院之前列举了这些条约优于国内法需要满足的两个条件。“第一个条件是需要承认涉及人权问题，第二个条件是问题所涉及的权利不会在紧急状态下受到限制。”很显然，国际人道法条约，例如1949年《日内瓦公约》、其《第一附加议定书》，或是正在审查的《第二附加议定书》满足了这些条件，因为它们所确认的人权无论在武装冲突时期还是在紧急状态下都不会受到限制。[……]

[……]

《第二附加议定书》、共同第3条与尊重国家主权 [……]

14. 一方面，共同第3条称对其规定的适用“不应该影响冲突各方的法律地位”。从法律角度看，该短语在当时具有革命意义，因为它意味着在国内冲突中运用人道法不再取决于是否承认叛乱团体为交战方。

在1949年《日内瓦公约》之前，一些法律专家认为武装冲突法只适用于国家参与的冲突，或者第三国承认拿起武器的各方为交战方的冲突。这意味着根据国际人道法，对叛乱团体而言，它必须被确认须遵守国际法，因为，简单地说，被承认为具有交战方地位将使叛乱团体或非正规武装团体有权在与国家平等的条件下发动战争，并获得平等的国际保

障。一旦承认了交战方地位,他们将不再受国内法律秩序的约束,国内冲突变成了内战,受适用于国际冲突的规则的调整,这是因为拿起武器的各方已经被本国或者第三国承认为“交战团体”,有权发动战争。在这种情况下,被国家俘获的交战团体成员将自动享受战俘地位,因此可能不再仅仅因为拿起武器、参与敌对行动而受到惩罚,他们的交战团体地位使他们享受到战斗员的权利。

这种情况显然会带来对非国际性人道规则的漠视,因为承认交战方地位对国家主权产生了重要影响。因此,1949年《日内瓦公约》在承认交战方地位和运用人道法之间作了严格的区分,《公约》声称引用其规定并不改变冲突各方的法律地位。因此,上文引用的短语消除了人道法可能侵蚀国家主权的任何疑虑。在实践中,国家在国内冲突中运用人道法规则并不意味着承认拿起武器的一方具有交战方地位。

因此,在非国际性武装冲突中,拿起武器的个人也受国际人道法的约束,因为他们有义务遵守已经成为对冲突各方均有拘束力的强行法的人道规则。尽管如此,叛乱团体不能仅仅因为适用了人道法就受到国际公法的调整,因为他们将继续受国家刑事立法的约束,并可能因为拿起武器和破坏公共秩序而受到惩罚。[……]

15. [……]

从上文可以得出结论,《第二附加议定书》既没有侵犯国家主权,也没有暗示承认叛乱团体为交战方。因此,某些发言人所作的在哥伦比亚执行《第二附加议定书》将赋予非常规武装团体合法地位的假定是不正确的,因为适用人道规则不会对当事方的法律地位产生影响。政府在解释通过该国际文件的法律草案时正确地指出:

“重要的是,在国际实践中,没有哪个国家以另一个国家遵守议定书为理由承认后者领土上的叛乱集团为交战方。此外,交战方的地位可以在任何时候得到认可,无论是否存在《第二附加议定书》,也无论该团体所在的国家是否是议定书的缔约国。

[……]”

[脚注25:《对通过〈1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书〉的法律草案的原因解释》,载于《国会公报》,第123/94号,1994年8月17日,第7页。]

16. 前述内容并不意味着人道法对主权没有影响,如政府检察官办公室指出的,这些规则要求以新的视角看待国家与其国民的关系。的确,对冲突

当事方作战手段的限制并要求其承担确保保护个人的义务，意味着国家对其国民不再享有绝对的主权，管理机构与被管理者之间不再是垂直关系，因为国家的属性受制于个人的权利。[……]

17. 另一方面，共同第3条称冲突当事方可以达成加强适用人道规则的特别协定。严格来讲，此类性质的协定不属于条约，因为它们不是根据国际公法缔结的，而是受国际人道法约束的国内冲突的当事方之间缔结的。另外，人道规则的法律效力并不取决于是否存在这样的协定。当然，从另一个角度看，后者可以很好地满足合理的政治目的，因为国际人道法的实践性和有效性在很大程度上取决于冲突的解决以及冲突各方尊重人道规定的承诺。显然，这并不意味着人道义务具有互惠性，如判决第9段指出的，人道义务独立约束冲突各方。然而，存在这样的互惠承诺看上去是一种政治意愿，因为这将逐步确保对《第二附加议定书》的人道规则的更有效的适用。[……]
18. 同样道理，宪法法院认为，像红十字国际委员会这样的中立组织的参加，如1949年《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》第18条规定的，不会对哥伦比亚的主权构成威胁，因为后者可以自由决定是否请求他们提供服务、是否接受他们的服务。此外，法院同意政府检察官的观点，即这类组织的活动对于确保把国际人道法真正运用于实践中、而不仅仅具有规则效力方面可能发挥至关重要的作用。再者，国际层面的经验表明，这些组织参与监督对人道规则的遵守不仅可以使武装冲突更加人道，而且有助于推动重建和平。

《第二附加议定书》、战争的人道化、保护人的尊严、和平的权利与义务 [……]

20. [……]

本机构已经指出，从法律上讲，国家不应该企图否认冲突的存在，因为冲突在社会生活中是不可避免的。国家能够、并且应该提供的是“充分的制度渠道，因为宪政体制的功能不是镇压社会生活所固有的冲突，而是控制冲突，使它成为财富的源泉，并且和平地、民主地发展”。因此，国家对武装冲突的首要责任是预防其发生；为达此目的，国家必须建立机制，在社会和制度层面为社会生活中可能产生的各种冲突的和平解决留下足够的空间。这是国家维持公共秩序，确保和平共存的责任的主要构成要素。

一旦冲突爆发,确保以人道的方式发动战争并没有免除国家利用国家法律秩序中的资源恢复公共秩序的责任,如本判决在前文中所说的,适用国际人道法并不中止国内法的效力。

21. 显然这表明人道法绝没有使战争合法化。它的目的是确保参战方采取保护个人的措施。正如政府检察官意见、政府代表及其他人指出的,战争的人道化,尤其是当努力重建平时,具有特别的宪政意义。事实上,国内和国际的法律意见已经反复强调,人道规则不仅能限制战争的破坏性,而且还具有有时难以言表的价值目标。的确,这些规则通过预防军事行动中不必要的残酷,还可以鼓励冲突各方之间达成和解。因此,国际人道法通过承认一系列应予适用的最低限度的规则和道德标准,鼓励参与方共同承认,进而促进和平进程和被武装冲突搅乱的社会和解。[……]

“马顿斯条款”以及《第二附加议定书》与国际人道法规则的关系

22. 《第二附加议定书》的序言部分也包含了国际法律意见中提到的“马顿斯条款”(Martens Clause),即“在有效的法律未涵盖的情况下,个人仍受到人道原则和公众良心的保护”的原则。

这个条款表明,对《第二附加议定书》不应该孤立地进行解释,在任何时候都应放在整个人道原则的大背景下进行解释,因为该议定书只是将人道法的原则扩展适用到了非国际性的武装冲突中。因此,宪法法院认为,《第二附加议定书》尽管没有与保护平民和规制敌对行动相关的条款,但这并不意味着议定书许可冲突当事方实施违背这些规则的行为。其他国际人道公约包含的与非国际性武装冲突相协调的规则,即便没有出现在《第二附加议定书》中,一般来讲也应该被认为可以适用于后者,这仍然是因为在该领域被成文化的规则是对强行法原则的表述,如本机构在以前的决定中所裁定的,强行法原则被理解为自动纳入哥伦比亚的国内立法中。

23. 因此,所有明确适用于国内武装冲突的国际人道法规则,即共同第3条和本议定书,均没有包含调整合法的作战方法和敌对行为的详细规定。但是,国际法律意见认为,这些来自于战争法的规则可以适用于国内武装冲突,因为这是为此类冲突的潜在受害者提供有效保护的唯一途径。

1990年4月7日,国际人道法研究所理事会意大利的陶尔米纳(Taormina)召开会议,通过了关于调整非国际性武装冲突中的敌对行为

的国际人道法规则宣言。[脚注29：“宣言文本载于《红十字国际评论》1990年9月-10月版，第278号，第404-408页”]

本宣言可以看作关于该领域的国际法律意见的权威表述，根据该宣言，非国际性武装冲突受到与敌对行动有关的规则的调整，依照比例原则，这些规则限制冲突方选择作战方式的权利，为的是防止过分的伤害和不必要的痛苦。尽管明确适用于国内武装冲突的条约规则没有禁止不分皂白的打击或某些武器的使用，但是《陶尔米纳宣言》认为，对使用化学武器、细菌武器、地雷、诱杀装置、“达姆弹”以及类似装置的禁令（部分由习惯法、部分由条约法确立起来）适用于非国际性武装冲突，这不仅是因为这些禁令是习惯国际法的组成部分，而且是因为这些禁令明显是从禁止对平民实施打击的一般规则中衍生出来的。

24. 对哥伦比亚来说，既然《宪法》已经声明“国际人道法规则在任何情况下都应得到尊重”（宪法，第214条第2款），那么将这些规则适用于国内武装冲突更是显而易见的。[……]

《第二附加议定书》在哥伦比亚的适用性

25. 《第二附加议定书》第1条规定了该议定书的适用范围，并确立了某些“情形条件”，它们比1949年《日内瓦公约》共同第3条更加严格。尽管共同第3条调整的国内武装冲突超越了内部动乱和紧张局势的范围，但是《第二附加议定书》要求非常规武装团体应该在负责统率下对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国际人道法规则。

第1条设定的要求可能产生有关《第二附加议定书》在哥伦比亚是否具有可适用性的广泛的法律和经验方面的讨论。法院认为，这样的讨论可能同哥伦比亚所承担的国际义务有关。然而，考虑到哥伦比亚的宪法，法院认为，进行此类讨论没有必要，如政府检察官意见中所说的，第1条关于可适用性的要求是最大限度的要求，国家可以放弃，因为《第二附加议定书》是在扩展和补充1949年《日内瓦公约》共同第3条。现在的哥伦比亚宪法明确规定，国际人道法规则在任何情况下都应该受到尊重（《宪法》第214条第2款）。这意味着，根据《宪法》，显然包括《第二附加议定书》在内的国际人道法在任何情况下都适用于哥伦比亚，没有必要确定冲突是否达到了第1条规定的激烈程度。

同样,第1条第2款称《第二附加议定书》不适用于“非武装冲突的内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”。法院认为,这也构成有关哥伦比亚国际义务的适用性的一个要求,但是,根据哥伦比亚宪法,《宪法》第214条第2款的强制规定具有优先效力。因此,国际人道法中确立的人道待遇的要求在任何暴力情况下都应该得到遵守,即便该暴力事件没有被界定为战争也不具有武装冲突的特征。在实践中,人道规则的适用范围涵盖了这类情况,因为它们可以成为规制国内动乱的典范。既然人道法规则并不局限于国际冲突或经过宣战的国内战争,那么就可以持久地、一贯地适用于国内层面。不仅是在紧急状态下,而且在任何有必要保护个人尊严的情况下都应该尊重人道原则。[……]

区分战斗员与非战斗员的原则

28. 国际人道法的基本规则之一是区分原则,据此冲突方必须在战斗员和非战斗员之间做出区分,因为后者可能永远不能成为战争行为的对象。这里存在一个基本原因:尽管战争的目的是削弱敌人的军事实力,但它不应该以那些没有积极参加敌对行动的人——无论他们从没有拿起武器(平民)还是已停止战斗(已经放下武器的敌军)——为目标,因为这些人不属于军事人员。因此,武装冲突法认为,以这类人为目标的军事袭击是非法的,如《第一附加议定书》第48条规定的,“冲突当事方在任何时候都应该区分平民与战斗员、区分民用物体和军事目标,他们的军事行动只能针对军事目标”,这一规定也适用于国内冲突。

正在接受审查的该条约的第4条吸收了这一规定,这对于在任何武装冲突中引入有效的人道措施是至关重要的,因为该条声称非战斗员,无论其自由是否受到限制,均有权受到人道的待遇,他们的人身、荣誉、信念和宗教仪式应该受到尊重。

29. 考虑到冲突方不可以随意界定是否属于战斗员因此是否可以成为合法打击的对象,第4条还列举了适用区分原则的客观标准。该条需依据《第一附加议定书》第50条和第43条进行解释。根据该条,战斗员是指直接参加敌对行动,在武装部队或融入武装部队的武装组织中发挥积极作用的成员。因此,第4条保护的非战斗员是“所有没有直接参加或停止参加敌对行动的人”。另外,《第一附加议定书》第50条规定,在不能确定某人是否平民的情况下,应该视其为平民;这意味着他或她不应该成

为袭击的对象。第50条还规定“在平民居民中存在不属于平民的定义范围的人，并不使该平民居民失去其平民的性质。”正在审查的条约第13条第3款也规定，“除非平民直接参加敌对行动”，否则他们不应失去平民的地位而成为打击的目标。

区分原则衍生出来的义务

30. 对战斗员与非战斗员的区分带来一些根本性的结果。首先，正像关于豁免平民居民的条款（第13条）规定的，当事方有保护平民免遭军事行动带来的危险的一般义务。由此，该条第2款接着规定，平民居民不可以成为攻击的对象，禁止以在平民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。对平民免遭战争危险的一般保护还意味着冲突一方将平民卷入武装冲突不符合国际人道法，因为这么做将让平民参加冲突，从而将他们暴露在了敌对势力的军事打击之下。
31. 对平民居民的一般保护还包括对后者的生存必不可少的物体的保护，这些物体不是军事目标（第14条）。文化目标和礼拜场所（第16条）不应被用于军事目的或者成为袭击目标，含有危险力量的工程或装置，如对其打击可能在平民中造成严重的损失，则禁止对其进行打击（第15条）。最后，《第二附加议定书》还禁止强迫平民迁移，除非这么做是平民的安全或迫切的军事理由所需要的。对于后者，该议定书称“应采取一切可能的措施，使平民居民能在满意的住宿、卫生、健康、安全和营养的条件下被收留”（第17条）。
32. 人道保护不作区分地适用于伤者、病者和遇船难者，无论这些人是否参加过敌对行动。《第二附加议定书》因此规定，应采取一切可能措施搜寻和收集伤者、病者和遇船难者，对他们进行保护并提供必要的协助（第8条）。因此，他们必须受到人道待遇，并应在最大实际可能范围内和尽速得到其状况所需的医疗照顾和注意（第7条）。

这些为伤者、病者和受船难者提供人道协助的规定显然意味着，这些被委以协助的人应该得到保障和豁免；因此，《第二附加议定书》保护医务和宗教人员（第9条），武装冲突的各方在任何时候都应该尊重医疗职责（第10条）、医疗队和运输（第11条和第12条）。

33. [……]

谈到哥伦比亚的局势，冲突各方尤其应遵守并执行这些规则，这一点特别重要，因为目前影响国家的武装冲突已经对平民产生了严重影响，有

关被迫迁移的人口的惊人数据证明了这一点。法院不能忽视以下事实：哥伦比亚主教 (Colombian Episcopacy) 编纂的统计数据显示，暴力行为导致50余万哥伦比亚人离开家园。该调查声明迁移的主要原因是与国内武装冲突相结合的对国际人道法的违反。

34. 法院不赞同一位发言人提出的如下令人费解的主张，即保护平民是违宪的，因为战斗员可以以平民为掩护，从而让他们“遭受冲突的后果”。相反，法院认为，根据区分原则，冲突当事方不可以通过利用或威胁平民居民来获得军事上的好处，因为这样做违背了他们的为平民居民提供一般保护，以及军事行动只能针对军事目标的义务。

另外，假扮平民地位去伤害、杀害或捕获敌人构成国际人道法明确禁止的背信弃义的行为，这在《第一附加议定书》第37条做了明确的规定。诚然，《第二附加议定书》没有明确禁止冲突当事方实施这类行为，但是，正如本判决已经指出的，这并不意味着该议定书允许发生这种行为，因为条约应该根据所有的人道原则进行解释。《陶尔米纳宣言》指出，禁止背信弃义的行为是调整敌对行动的一般规则，适用于非国际性武装冲突中。

基本的禁止与保障

35. 正在审查的该条约第4条不仅规定了对非战斗员的一般保护，而且扩展了1949年《日内瓦公约》共同第3条，规定了一系列绝对禁止的事项，这些禁止事项被认为是国际人道法提供的保障的核心。[……]
36. 鉴于国际人道法下这些禁止性规定同保护生命、尊严和个人完整性之间的直接的、显著的联系，它们对国家宪法也产生了重要的影响，因为它们要求根据宪法的最高价值来评估《宪法》第91条第2项所规定的适当服从的军事原则。本机构实际上已经指出，既然军事纪律应该与尊重宪法相协调，这就不可避免地需要区分“为保证纪律不崩溃，下级必须遵守的”军事服从和“超出合理秩序的界限盲目遵从上级指示的服从”。因此，宪法法院作出以下声明：

“因此，根据已确立的标准，当上级的命令涉及对战俘实施酷刑，或者导致失去战斗力的人的死亡时，下级的确应拒绝遵守这样的命令，因为即便当事人不具备任何法律知识也可以判断，仅仅是宣布实施这类行为就表明这类行为明显有害于人权，明显有宪法相违背。

《宪法》序言中出现的合法命令的概念不能以任何其他方式进行解释,《宪法》第93条也不能以其他方式解释,该条规定:‘国会通过的承认人权和禁止在紧急情况下限制人权的国际公约和条约优于国内法律秩序’。

根据1960年第5a号法律(官方公报第30318号)通过的1949年8月12日《日内瓦第一公约》的条款,缔约国承担尊重、并承诺在‘在任何情况下’确保尊重这些条款,当它们遭到严重违反时,缔约国必须采取适当措施予以应对。[……]”

上文的意见表明,不能孤立地解释有关适当的军事服从的条款(《宪法》第91条),需要系统地确定它的意思。因此有必要将该原则同《宪法》中包含的其他原则、权利和义务进行比较,特别是它的范围必须符合国际人道法施加给冲突当事国的最低限度的义务。[……]

从上文描述的情况可以明显得出一个结论:不能援引适当军事服从来证明明显侵害人权的行为的正当性。[……]这一点在联合国《禁止酷刑、其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》中得到了确认,[……]该公约优于国内的法律秩序,因为它承认权利不因紧急状态而中止(《宪法》第93条),[而且]它毫不含糊地声明“不能援引上级官员或公共当局的命令来为酷刑辩护”。[……]

以与武装冲突相关的理由对停止敌对行动予以赦免的选择性条款

41. 第6条第5款规定,一旦敌对行动结束,“当局应该尽可能广泛地赦免曾经参加武装冲突的人,或因与武装冲突相关的理由被剥夺自由的人,无论他们是被拘留还是被关押”。

一位发言人认为,该条规定是违宪的,因为它默认难以令人接受的有罪不罚的情形,而赦免是预先授予残暴的罪行的。另外,发言人主张,如果这么做,赦免将不再是国家的特权,而将成为提前商定的承诺,成为一种在武装冲突期间所犯罪行的“海盗通行证”。

42. 法院不同意这种观点,认为这样解释第6条的范围是不正确的。的确,为了解这一规定的含义,有必要考虑它在适用于国内冲突的人道法条约上的目的,因为此类规定不会出现在关于国际战争的人道条约中。对适用于国际冲突的《第一附加议定书》作了仔细的审查后发现,该议定书的一百多个条款中没有任何关于冲突各方授予赦免或宽恕的规定。另外,《第一附加议定书》第75条关于程序保证的规定与《第二附加议定书》第6条的规定几乎完全相同,只是没有提到赦免问题。

《第一附加议定书》之所有没有作出规定，不是因为粗心遗漏了，也并不意味着被冲突一方捕获的战斗员在武装冲突结束后仍将继续被剥夺自由。很显然，之所有没有规定是适当的，因为在国际战争的情况下，被敌人俘获的战斗员将自动享有《第一附加议定书》第44条和《关于战俘待遇之日内瓦第三公约》第4条规定的战俘地位。现在，如本判决已说明的，战俘地位的一个基本特征是：战俘不能简单地因为曾经拿起武器以及曾经参与敌对行动而受到惩罚；实际上，如果国家处于战争状态，各自武装部队的成员都有权利被视为战斗员。俘获他们的一方可以扣留他们，目的仅在于限制敌人发动战争的潜在能力，但不能因为他们参与争斗而惩罚他们。因此，如《日内瓦第三公约》第118条所言，如果一个战俘没有违反人道法，在敌对行动停止后应毫不迟延地得到释放并遣返。违反人道法的战俘，如果是实施了严重破坏的行为，则应以战争罪受到处罚；如果是其他违反则应受到其他惩罚，但无论如何不能因充当过战斗员而受到惩罚。

因此，国家之间没有必要在国际战争结束后相互进行赦免，因为战俘必须自动被遣返。然而，在国内武装冲突中，拿起武器的人在原则上不享有战俘地位，而且因为非法进行武装斗争还将受到国家的刑事制裁。他们这么做犯了叛乱或煽动暴动等罪名，根据国内法律可以被惩罚。[……]

在国内冲突的情况下，拿起武器的人不享有战俘地位，由此很容易理解，保证当局在敌对行动结束后尽可能广泛地以与冲突相关的理由予以赦免的规定，这么做可以为达到国内和解铺平道路。[……]

3. 裁定

对前述问题，哥伦比亚共和国宪法法院以哥伦比亚人民的名义，根据宪法，

裁 定：

1. 宣布1977年6月8日在日内瓦起草的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二附加议定书》）应予适用。
2. 宣布1994年12月16日通过《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二附加议定书》）的第171号法律应予适用。[……]

讨论

1. 哥伦比亚体系规定的由宪法法院对即将约束哥伦比亚的国际条约是否符合哥伦比亚宪法进行初步控制有何优势和不便之处？
2. (1) 如果某条约包含国际人道法的规则，条约的非缔约国受该规则约束的理由是因为规则属于习惯法还是因为规则属于强行法？国际人道法的所有规则都属于强行法吗？不属于强行法的国际人道法规则具有拘束力吗？
(2) 是不是每一个属于习惯法或属于强行法的规则都对一国内与政府作战的武装集团具有约束力？只有这样的规则才对这样的集团有拘束力吗？
(3) 在哥伦比亚尚未成为《第二附加议定书》的缔约国时，《哥伦比亚宪法》第214条第2款是否使《第二附加议定书》成为哥伦比亚法律的一部分？
3. 国际人道法在极端情况下，例如在武装冲突的情况下，或者在尚未达到武装冲突强度的紧急状态下是否有可能受到损抑？
4. 在何种意义上与政府作战的叛乱团体将因为国际人道法而受到国际法的约束？这个问题会不会影响你对相关国家是否属于《第二附加议定书》的缔约国的回答？
5. 根据《日内瓦公约》共同第3条第3款缔结的特别协定是否受条约法的约束？这些特别协定有没有法律拘束力？这些协定所预设的人道义务是否独立于这些协定而存在？在这种情况下，协定的目的是什么？
6. 在何种意义上在非国际性武装冲突中诉诸战争权 (*Jus ad bellum*) 和战时法 (*jus in bello*) 存在区别？国际法禁止非国际性武装冲突吗？
7. (1) 根据判决第22段的推理，国际人道法的所有规则都适用于非国际性武装冲突吗？因为或者说只要这些规则属于强行法就适用吗？至少在哥伦比亚因为《宪法》第214条第2款有此规定就应适用吗？第214条第2款是否使这些规则甚至可以适用于武装冲突之外？第214条第2款在纳入国际人道法条约时是否独立于国际人道法条约规则关于其实质适用范围的规定？
(2) 为什么区分原则适用于非国际性武装冲突？是因为这是保护平民的唯一途径吗？是因为这是适用于国际性武装冲突的习惯法规则吗？是因为非国际性武装冲突的当事方通过他们的行为创造了这一条习惯法规则吗？是因为它暗含在《第二附加议定书》第13条第2款关于禁止袭击平民的规定中了吗？
(3) 关于国际性和非国际性武装冲突的法律是否根据区分原则对相同的个人范畴作了区别？《第二附加议定书》第4条是否在平民和战斗员之间确立了区分原则？这一原则在《第二附加议定书》的其他地方是否被提及？你认为是什么原因使得《第二附加议定书》没有出现与《第一附加议定书》第48条类似的措辞？
(4) 在法院看来，作出判决时哥伦比亚是否存在国内武装冲突？是否满足了适用《第二附加议定书》的条件？

- (5) 为什么《第二附加议定书》应该同《第一附加议定书》第43条和第50条协调起来进行理解？法院是如何得出“《第二附加议定书》（及共同第3条）中没有提到的国际武装冲突法的规则也适用于非国际性武装冲突”的结论的？是因为这些规则属于习惯法吗？是因为没有这些规定，《第二附加议定书》中预设的保证就将变得无效吗？是不是《第一附加议定书》第50条的所有款项即使没有出现在《第二附加议定书》第13条里也平等的适用于非国际性武装冲突中？《第一附加议定书》第50条中的哪些内容不能类推适用于非国际性武装冲突中？
- (6) 为什么《第二附加议定书》中没有提到假扮居民身份？尽管如此，为什么非国际性武装冲突中也禁止这类行为？是因为马顿斯条款吗？是因为习惯法禁止这种做法吗？是因为它暗含在禁止袭击平民的规定中吗？
8. 为什么可以不执行上级的严重违反国际人道法的命令？
9. 本判决对《第二附加议定书》第6条第5款的解释在哪方面同第1509页南非最高法院在**案例141**，南非，阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案中的解释相矛盾？有哪些类似的主张？哥伦比亚判决对第6条第5款的解释增加了哪些主张？

案例208. 美洲国家间人权法院，拉斯帕尔梅拉斯案

案 例

[资料来源：美洲国家间人权法院，拉斯帕尔梅拉斯案。初步反对意见，2000年2月4日判决。可访问 http://www.corteidh.or.cr/index_ing.html；保留部分脚注。]

美洲国家间人权法院

拉斯帕尔梅拉斯案

初步反对意见

2000年2月4日判决 [……]

1. 案件概况

1. 本案由美洲国家间人权委员会（下文称“委员会”或“美洲间委员会”）于1998年7月6日提交给法院。委员会的申请来源于1994年1月27日其位于波哥大的秘书处收到的（第11.237号）申诉。

2. 申请中列举的事实

2. [……] 据称 1991 年 1 月 23 日, 普图马约 (Putumayo) 省警察部队部门指挥官命令国家警察部队的成员在普图马约行政区莫科阿 (Mocoa) 自治市拉斯帕尔梅拉斯执行武装行动。武装部队成员将为国家警察部队提供支持。

同一天早晨, 拉斯帕尔梅拉斯乡村学校的一些孩子正在等待上课, 两名工人朱利奥·米西阿德·西隆·贡梅 (Julio Miciades Ceron Gomez) 和阿特米奥·潘托加 (Artemio Pantoja) 正在修理坦克。威廉和伊德布莱兹·西隆 (Edebraiz Ceron) 兄弟俩正在附近的田里挤牛奶。教师贺南·加威尔·古兰·穆察威索伊 (Hernan Javier Cuaran Muchavisoy) 就要到达学校。

武装部队从直升机上开火, 伤及6岁的孩子恩义奥·奇纳亚斯·莫利纳 (Enio Quinayas Molina), 他正在去学校的路上。

在学校里和学校附近, 警察拘留了教师古兰·穆察威索伊, 工人西隆·贡梅和潘托加, 以及威廉和伊德布莱兹·西隆俩兄弟, 还有另一个身份不明的人, 可能是穆瓦塞·奥杰德 (Moises Ojeda) 或者贺南·立兹考诺·加卡纳梅加伊 (Hernan Lizcano Jacanamejoy); 国家警察部队未经法律程序至少杀死了其中的6人。

警察部队和军队成员作出许多努力企图为他们的行为辩护。对此, 他们给一些尸体穿上军装, 他们烧了死者的衣服, 并威胁事件的目击者。另外, 国家警察部队还指认其中七具尸体, 说死者系叛乱分子, 在所谓的正面交锋中被打死。这七具尸体中六具是被警察拘留的那六个人的, 至于第七个人是如何死亡的没有说明。

在这些事件之后启动了纪律的、行政的和刑事的程序。普图马约国家警察部队的指挥官执行了纪律程序, 在五天内作出了判决, 赦免了所有参与拉斯帕尔梅拉斯事件的人。同样, 两项行政诉讼明确承认, 武装行动的被害人不属于任何武装团体, 事发当天他们都在进行各自的日常工作。这些程序证明, 国家警察部队未经法律程序在被害人毫无防备的情况下杀死了他们。至于刑事军事程序, 自提起诉讼起七年后, 仍然处于调查阶段, 对事件负责的那些人中没有一个人被正式起诉。[……]

4. 法院审理 [……]

16. 1998年9月14日, 哥伦比亚提交了如下初步反对意见:

[……]

第二：

美洲国家间人权委员会没有资格适用国际人道法以及其他国际条约。

第三：

美洲国家间人权法院没有资格适用国际人道法以及其他国际条约。[……]

8. 第三项反对意见：法院缺乏资格

28. 委员会提出申请，要求法院“得出结论，并宣布哥伦比亚违反了《公约》第4条和1949年《日内瓦公约》共同第3条规定的生命权……。”对此，哥伦比亚提出一项初步反对意见，声称法院“没有资格适用国际人道法以及其他国际条约。”

对此，该国宣称《公约》第33条和第62条限制了法院适用公约条款的能力。它还援引了1982年9月24日第OC-1号咨询意见（第21和22段），并主张法院“只能在公约专门分配给它的能力范围内发表声明。”

29. 委员会在答辩状中一起回答了反对意见对它自身以及法院适用人道法及其他条约的质疑。在分析具体问题之前，委员会以原则宣言的形式指出本案应该根据“《美洲公约》以及1949年《日内瓦公约》共同第3条中包含的适用于国内武装冲突的习惯国际人道法”作出判决。委员会反复强调，它认为法院和委员会有资格适用这些法律。

委员会接着说，存在武装冲突并没有免除哥伦比亚尊重生命权的义务。委员会在叙述理由部分一开始便指出，委员会在申请中列举的剥夺生命的事件发生时哥伦比亚领土上正在进行国内武装冲突，对此哥伦比亚并不反对；该国对这项冲突同《日内瓦公约》共同第3条所定义的冲突相一致的主张也没有争议。

尽管如此，委员会认为，在武装冲突中，在某些情况下敌人可以被合法杀害，但另一些情况下这么做却是被禁止的。委员会称，《美洲公约》没有包含任何区分两类情况的规定，因此，应当适用《日内瓦公约》。为证明这一观点，委员会还引用了国际法院关于威胁或使用核武器的法律性质的咨询意见，意见如下[参见第910页，**案例46**：国际法院，核武器咨询意见]：

原则上，不被任意剥夺生命的权利也适用于敌对行动中。然而，关于构成任意剥夺生命的标准需要通过特别法来确定，即调整敌对行为的武装冲突法。因

此，在战争中通过使用某些武器而失去生命是否被认为是违反公约第6条的任意剥夺生命，只有通过援引适用于武装冲突的法律才能决定，从公约本身的措辞无法推论出来。

委员会认为，本案应该首先确定是否违反了《日内瓦公约》共同第3条。一旦这一点得到确认，接着就应确定是否违反了《美洲公约》第4条。[……][脚注2：《关于威胁或使用核武器的法律性质的咨询意见》，国际法院报告，1996年，第240页。]

30. 在公开审判阶段，哥伦比亚试图反驳委员会在答辩状中提出的观点。该国强调国际法中同意原则的重要性。没有国家的同意，法院不能适用《日内瓦公约》。

该国的代表随后断言，《美洲公约》第25条和第27条第1款均不能认为是授权法院适用《日内瓦公约》的条款。

最后，哥伦比亚区分了“解释”和“适用”。法院可以解释《日内瓦公约》及其他国际条约，但它只能适用《美洲公约》。[……]

32. 《美洲公约》是一项国际条约。根据该公约，缔约国有义务尊重其包含的权利和自由，并保证公约管辖范围内的所有人都可以行使这些权利和自由。该公约规定，美洲国家间法庭审理与公约条款的“解释和适用相关的一切案件”（第62条第3款）。

当一国成为《美洲公约》的缔约国、并且接受了法院的争议管辖权后，法院既可以审查该国的行为以确定其是否符合公约的规定，即便相关问题已经由国内法律秩序作了最后解决。法院还有权利判断国家在平时或战时适用的国内或国际法规范是否同《美洲公约》相一致。在这方面，对法院的活动不存在规范限制，任何法律规范都可以交由法院审查其一致性。

33. 在进行此类审查时，法院将根据该公约的规定解释和分析被审查的规范。审查结束，法院将做出意见，指出规范或事件是否同《美洲公约》相一致。《美洲公约》只授权法院判断一国的行为或规范是否同该公约相一致，而没有授权其判断同1949年《日内瓦公约》的相符性。

因此，法院决定接受该国提交的第三项反对意见。

9. 第2项反对意见：委员会缺乏资格

34. 哥伦比亚在第2项反对意见中声称，委员会缺乏适用国际人道法和其他国际条约的资格。[……]

尽管美洲国家间委员会作为促进和保护人权的机构享有广泛的职能，但是从《美洲公约》可以明确推断出来委员会处理争议案件的程序最多只能是向法院提出申请，而处理的案件必须同公约保护的特定权利相关（比较第33条、第41条、第48条第1款和第48条）。若该国批准的另一项条约授予美洲国家间法院或委员会审理违反该公约所保护的权利的案件的案件则另当别论；这种情况例如《关于强迫失踪人的美洲国家间公约》。

因此，法院决定接受该国提交的第2项初步反对意见。[……]

A.A.甘加多·特林达德 (A.A. Cancado Trindade) 法官的个别意见 [……]

7. 多年来，我一直致力于人权法与国际人道法（在规范、解释和操作层面）的融合，然而，我认为，通过鉴别和遵守《美洲公约》和《日内瓦公约》（下文）所共有的保证个人行使权利的一般义务，而不是通过在《美洲公约》和《日内瓦公约》有关被保护的权利，例如生命权的各自独立的条款之间建立联系，将更有助于达到发展一般保护义务（关于这么做的必要性我也曾多次提到）的具体和专门的目的。
8. 《美洲公约》第1条第1款、《日内瓦公约》第1条以及《日内瓦公约》的《第二附加议定书》(1977) 第1条都提出了这一普遍义务。它们的内容相同：它们铭记了在任何情况下尊重并且确保尊重保护性规范的义务。我认为，这是《美洲公约》与《日内瓦公约》的共同之处（奇怪的是，在委员会的答辩状中似乎忽略了这一点），它让人们在任何情况下，在任何时候，无论平时还是国内武装冲突时期，将保护基本的生命权的对世义务合并了起来。令人惊讶的是，至今无论是学说还是判例法都没有充分的、令人满意的讨论这一问题；难道我们要等到他们从长期的显而易见的心理惯性和嗜睡中醒过来吗？
9. 2000年，是对国际法院早在三十年前在著名的“巴塞罗那电车公司案”（1970年比利时诉西班牙）中就已准确提出过的问题果断地做出初步法理阐释的时候了。在21世纪到来之际，是对国际人权法范畴内的保护这项对世义务的内容、范围、司法效果或后果进行系统梳理的时候了，

在这一过程中要始终牢记所有人权条约所暗含的、并且已促成了该领域的一些进步的“集体保障”概念得到适用的重大潜力。

10. 对世义务的概念在国际判例法中已经出现过。[……]不过，国际法院尽管在案例法中明确提及对世义务，却尚未提炼出存在这样的义务的后果，以及违反这样的义务的后果，也未确定相关的法律制度。
11. 但是，一方面我们尚未成功地得出国际社会整体的保护义务的可反对性，另一方面现在的国际人权法已经包含了巩固人权条约所有缔约国的保护义务（缔约方的对世义务-比较下文）的可反对性的因素。因此，人权以及国际人道法的许多条约规定了缔约国保证条约所确立的权利得到行使和遵守的一般义务。
12. 国际法研究院于1989年在孔珀斯特拉 (Compostela) 的圣地亚哥会议上通过的一份决议中正确地指出，这样的义务具有对世性，因为每个国家在保护人权方面都有法律利益（第1条）。因此，与《美洲公约》所有缔约国的保护公约所铭记的权利并保证公约管辖范围内的所有个人都可以自由、全面地行使这些权利的义务相平行，还存在一个缔约国相互确保公约的完整性和有效性的义务：每个国家以及他们的联合体（对世义务的当事方）对这一一般的保护义务（集体保证）都有直接的利益。这一点在和平时期和武装冲突时期都有效。
13. 一些人权条约建立了申诉或来文机制，与个人申诉机制相平行还建立了国家间申诉机制；后者是集体保障行动的杰出范例。它们不经常被使用（至今在美洲国家间保护体制中还没有被使用过），这一事实说明，缔约国还没有表露出建立一个以尊重人权为基础的国际公共秩序的决心。但是今后，随着他们对有必要至少在当前保护的范畴内达到更加制度化和更具凝聚力的国际法律秩序的认识不断提高，他们可以、而且应该这么做。
14. 无论如何，有关适用对世的保护义务（至少在缔约国相关之间）的机制，在行使集体保障被保护的权利方面，很难找到比国际人权条约自身的预先监督更好的方法了。换句话说，适用缔约国对世保护义务的机制已经存在，当前急需做的是发展它的法律制度，并特别关注积极义务以及违反这些义务的司法后果。
15. 最后，绝对禁止对以基本生命权为首的基本人权的严重侵犯，我认为它实际上已经超越了条约的范围，已经被纳入到当代习惯国际法中。这一禁止性规定强调了国际社会作为一个整体的对世义务。国际社会的整体

显然超越了国家的个别同意，坚定地埋葬了国际法上实证主义—自愿主义的概念，预示着承诺实现以更高的共同价值、道德和司法强制——例如在任何情况下，无论和平时期还是战争时期，保护个人——为主导的新的国际法律秩序的到来。

讨 论

1. 《日内瓦公约》是否被违反？是否违反了《第二附加议定书》？如果是的话，既然美洲国家间法院没有管辖权，可以通过什么途径对犯罪者进行审判？哥伦比亚是否通过发起纪律、行政和刑事程序履行了作为《日内瓦公约》缔约国的义务？
2. (1) 美洲国家间人权委员会想要适用国际人道法的依据是什么？是以国际人道法为依据吗？还是以《美洲公约》为依据？你认为美洲国家间人权委员会有资格适用国际人道法吗？“根据‘《美洲公约》包含的规范’”它有资格适用吗？根据习惯国际法包含的规范呢？
(2) 法院呢？法院是否回应了委员会的主张？法院的判决是否意味着它在解释《美洲公约》时不可以考虑国际人道法？
3. 你对委员会援引国际法院关于威胁或使用核武器的法律性质的咨询意见来证明可以适用《日内瓦公约》有何看法？
4. 生命权是不是绝对的（参见第29段）？你同意委员会的主张吗？
5. 为什么A.A. 甘加多·特林达德法官在第8段—第10段中提到的“理论”和“判例法”没有得到发展？你同意他关于对世义务的概念发展的看法吗？他是不是主张法院必须有资格审查对对世义务的遵守？那些公约的共同第1条是否使法院有能力适用那些公约？

三十一、缅甸

(又见**案例87**，Burma, Ko Maung Tin v. U Gon Man, p. 1077页。)

文件209. 红十字国际委员会，探视被拘留者：单独探视

[注：在本文件所述事件之后，已经同缅甸政府达成了新的协议。根据这一协议，红十字国际委员会已经在该国恢复了活动。参见ICRC Press Release, ICRC begins visits to detainees and prisoners in Myanmar, 99/26, May 6, 1999。]

1. 1995年红十字国际委员会从缅甸撤出：报纸文章

[资料来源：Reuters: "Red Cross shuts office in Burma out of frustration" in *Bangkok Post*, June 20, 1995.]

红十字国际委员会昨天说其正在关闭在仰光的办公室，因为它无法适当会见缅甸的政治犯。

红十字国际委员会在一份声明中说，它于去年5月首次请求会见缅甸的政治犯。执政的国家恢复法律和秩序委员会（“恢委会”）最终于3月对请求做出了答复。

“答复不令人满意，因为它没有考虑红十字国际委员会在其开展此类活动的所有国家探视拘留场所时所遵循的习惯程序，”声明称。

“红十字国际委员会试图劝说恢委会重新考虑其立场，但没有成效，”它说。

人权团体和驻仰光的外交官估计在缅甸有数百名政治犯，包括1991年诺贝尔和平奖得主昂山素季 (Aung San Suu Kyi) 及其联合创立的亲民主政党的许多成员。

2. 红十字国际委员会文件

[资料来源：ICRC Action on behalf of prisoners, Geneva, ICRC。]

私下探视囚犯：红十字国际委员会行动的基石

委员会代表同单个囚犯之间在没有任何当局在场的情况下进行的严格保密的谈话，是红十字国际委员会代表被剥夺自由人员开展的行动的基石。这种有时被称为单独探视的面谈服务于双重目的：它们使囚犯从监狱例规中暂得脱身，得以

自由谈论那些对他们最重要的事情，并且确保被倾听；它们也使得红十字国际委员会能够了解一切有关拘留条件和囚犯待遇的情况。探视代表还询问逮捕及其后的审问是如何进行的，以及在囚犯到达被探视场所之前用于暂时监禁他的各种不同场所的拘留条件。此外，代表还可能获得有关被捕后尚未通知红十字国际委员会或它尚未能取得联系的别的囚犯的信息。他或她将确保探视的进行不被那些可能试图施加压力的其他囚犯打扰。

鉴于进行此种讲述往往会激活对于创伤经历的痛苦回忆，又绝不可能让囚犯接受新的讯问，这种探视任务就更加微妙。没有探视他们的确切规则，而是要由代表在个案基础上评估形势并与之相适应，以营造信任的氛围。有的时候，有机会同外面来的人谈话就足以令囚犯向代表吐露秘密，而另一些时候则可能要经过数次探视他们才会讲述自己的经历。此外，他们还可能只愿意向红十字国际委员会的医生敞开心扉。红十字国际委员会根据这样收集到的信息的充分程度，在反复核对之后决定应当采取何种行动。

在任何必要的时候都利用翻译同囚犯交流。他们由红十字国际委员会自己招募，并且为避免任何压力，从来不是探视进行地国的国民。如果没有合适的翻译，红十字国际委员会可能会让囚犯从他们自己中间指定一个或更多人。但是，这种做法罕有采用，因为翻译狱友评论的囚犯可能会因此遭到危险，或者可能会曲解他或她的话。

顾及囚犯利益的职业行为守则

对于红十字国际委员会而言，被探视的单个囚犯的利益压倒其它所有考虑。他们的情形可能导致外交手段或其它干预，但必须始终本着最大谨慎处理：因向监狱当局报告被声称的虐待情况而使囚犯遭到报复的风险可能会使得红十字国际委员会推迟其调查要求。但是代表仍将联系其他官员——常常是更高一级的——来防止此种情况再次发生。红十字国际委员会绝不会未经当事人明示允许而引用囚犯的陈述。它着意确保其干预措施不对囚犯的日常生活产生任何负面影响，并会视情形相应调整这些措施。例如，如果存在过度拥挤的情形，想来最合乎逻辑的解决途径是将一些囚犯移送到其它拘留场所。但是在很多情况下他们将可能因此被从家人身边带走，被剥夺掉他们受到的物质支持，而这有时是至关重要的。因此，代表要确保在任何移送中都顾及这一正当考虑。

红十字国际委员会还注意不扰乱囚犯自己的内部组织。为了在能力范围内尽可能抵挡监狱生活的压力，每个囚犯群体都会建立自己的结构，有时反映出外部世界的社会等级和政治运动。将囚犯从一个监区移送到另一个的请求可能会扰乱

这种内部结构，并产生严重后果，如打架、群体之间的敌对状态或者失去同住在特定监区相联系的某些利益。另一方面，红十字国际委员会可能会因为囚犯由于政治或其它原因被室友嘲笑或虐待而要求移送他们。

三十二、土耳其

案例210. 德国，政府回应库尔德斯坦冲突

案 例

[资料来源：German Bundestag, Document 12/8458, 12th legislative period, September 7, 1994; 原文为德文，非官方翻译。]

联邦政府对联邦议会议员薇拉·沃伦贝格尔 及议会政党90联盟/绿党提交的书面问题的答复

文件12/8219－库尔德斯坦冲突

[答复是联邦外交部在日期为1994年9月5日的信中代表联邦政府做出的。文件还用小字体列出了问题的内容。]

土耳其的库尔德人自决战争在1993年夺去了双方各自4, 200条生命（《法兰克福评论报》，1994年3月21日）。共有874座村庄被毁。据总理坦苏·西列尔(Tansu Ciller)称，过去十年内仅土耳其就因内战损失了950亿德国马克（《法兰克福评论报》，1994年3月22日）。[……]

1994年4月28日，德国联邦议会通过了议会社会民主党提出的动议（根据外交委员会1994年4月12日提交的决议，文件12/7224），称德国联邦议会认为“土耳其政府试图完全依靠军事力量击败库尔德工人党的政策是没有希望的”，以及“暴力升级不会解决问题，而只会造成更大的伤害，并使得实现和平解决的手段更加困难”。[……]

德国外交政策的目标应当是鼓励冲突各方之间的对话，促进冲突的和平解决。但是，初始步骤可以是敦促双方尊重人权，遵守适用于武装冲突的国际人道法。目前这两方面的原则都在冲突地带被日益违反。[……]

8. 根据联邦政府的了解和估计，库尔德工人党是否满足1907年《海牙公约》所附章程之第1条的要求？

如果否，它未能满足哪些要求？

如果是，该事实如何同库尔德工人党是恐怖组织这一指控相调和？

《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》附件《章程》第1条对“交战者”一词进行了界定。根据《公约》，战争的法律、权利和义务不仅适用于军队，也适用于满足第1条所列具体条件的民兵和志愿部队。

在分析库尔德工人党是否能被视为第1条含义范围内的交战者之前，必须首先确定《海牙公约》事实上是否适用于库尔德斯坦冲突。被称为“全部参加条款”的《公约》第2条规定，其条款只适用于缔约国之间，并且只有在交战各方都是缔约国时方能适用。因此，《公约》不适用于库尔德冲突。[……]

12. 1994年3月12、13日在布鲁塞尔举行的“西—北库尔德斯坦国际会议”呼吁库尔德工人党（最终决议第20段）“依照1949年《日内瓦公约》之1977年《第一议定书》第96条第3款之规定，向作为该议定书保存者的瑞士政府提交一份声明，表达其接受可适用之国际法规则约束的意愿”。库尔德工人党总书记阿卜杜拉·厄贾兰 (Abdullah Ozcalan) 声明愿意遵从这一请求。

联邦政府是否愿意向土耳其政府做出同样要求，作为缓解冲突的第一步？

根据1949年《日内瓦公约》之《第一议定书》第96条第3款，“代表同一个缔约国之间存在第1条第4款所指类型的武装冲突的人民的当局”，可以向保存者提交单方面声明，承诺对该冲突适用《公约》和《议定书》。

第1条第4款所指类型的冲突包括“各国人民在行使自决权过程中对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的”武装冲突。这些标准中没有哪个适用于库尔德冲突。

但是，联邦政府欢迎库尔德冲突双方采取行动，遵守《日内瓦公约》及《第一议定书》中与战争法有关的规定。无论如何，规定非国际武装冲突各方必须遵守的最低标准的四个《日内瓦公约》共同第3条是适用的。而且，第3条第2款鼓励国内冲突各方以特别协定之方式使《日内瓦公约》的其它规定全部或部分发生效力。

讨 论

1. 东土耳其/库尔德斯坦的局势是武装冲突吗？国际人道法是否涵盖该局势？如何解释库尔德工人党根据《第一议定书》第96条第3款做出的声明？它是否使得土耳其有义务尊重国际武装冲突的国际人道法？在非国际武装冲突的国际人道法上如何解释该声明？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条。）
2. (1) 《海牙第四公约》是否适用于这一冲突？如果《海牙章程》第1条不适用于库尔德工人党，是因为冲突各方不都是《海牙公约》缔约方吗？因为库尔德工人党不是该公约缔约方？因为库尔德工人党不是国际武装冲突之一方？

- (2) 如果库尔德工人党不受《海牙章程》第1条拘束，它是否就没有将其战士与平民人口相区分的义务？
3. 如果库尔德工人党的战士不被《海牙章程》第1条涵盖或者不尊重它，他们是否丧失国际人道法上的任何保护？

三十三、阿富汗

(一) 阿富汗战争 (1978 – 1992年)

案例211. 阿富汗，将苏联被关押者移送至瑞士

案 例

[资料来源: *International Review of the Red Cross*, No. 241, 1984, pp.239-240。]

阿富汗冲突

在阿富汗被抵抗运动俘虏并由红十字国际委员会于1982年5月28日移送至瑞士的最初三名苏联士兵，其经相关各方同意的两年拘禁期已经结束。其中一人确认其愿意被移送至本国，并已回到苏联。另两人告知瑞士当局，他们不想回国。他们的地位将由瑞士当局根据现行立法确定。

借此机会，红十字国际委员会在5月20日发布于日内瓦的下列新闻稿内公开表达了其关于阿富汗冲突所有受害者的立场：

“1979年以来，红十字国际委员会依照《日内瓦公约》和国际红十字章程 (statutes of the International Red Cross) 赋予它的使命，竭尽全力为阿富汗武装冲突中的平民和军人受害者提供保护和援助。它已在数个场合提醒有武装部队卷入冲突的当事方注意其在国际人道法上的义务。但是，尽管再三向阿富汗政府提议服务及向苏联政府进行交涉，红十字国际委员会只在两个场合——在1980 – 1982年的短暂使命期间——被授权在阿富汗境内行动。因此，迄今为止，在阿富汗境内冲突中的大量受害者所急需的援助和保护活动中，红十字国际委员会已经开展的寥寥无几。

鉴于阿富汗局势的严重后果，红十字国际委员会于1980年决定在阿富汗开展保护和援助活动。它为阿富汗战争伤员开设了两家外科医院，一家设在白沙瓦 (Peshawar)，另一家于1983年7月设在奎达 (Quetta)。此外，红十字国际委员会对

于被阿富汗抵抗运动俘虏的人的处境以及这些人中有几个已被处决的消息深为关切，努力寻找保护阿富汗和苏联被俘人员生命的途径。

红十字国际委员会同苏联、阿富汗抵抗运动、巴基斯坦和瑞士陆续进行的谈判取得了部分成功。当事方同意类推适用《关于战俘待遇的日内瓦第三公约》，将被阿富汗抵抗运动拘留的苏联士兵移送至一个中立国拘禁。

基于这一协议，红十字国际委员会已经见到处于阿富汗抵抗运动控制下的一些苏联囚犯，并在单独探视过程中告知他们，可以由红十字国际委员会将其移送至瑞士，在那儿他们将在瑞士政府的负责和监视下度过两年，然后回到本国。

红十字国际委员向苏联囚犯提出这一建议是基于产生于1949年外交会议并规定于《日内瓦公约》中的原则，即遣返战俘意味着回到正常状态，是为了战俘的最大利益。所以，上述程序只适用于认为自己的处境类似于在敌人控制中的战俘的苏联囚犯。因此，整个行动都是基于对这一原则的尊重；根据该原则，红十字国际委员会从不违背它正在援助的人的意愿而行动。

迄今为止已有11名苏联囚犯接受了建议。最初3名于1982年5月28日被移送至瑞士。其他8名分别于1982年8月和10月、1983年1月和10月以及1984年2月和4月抵达。其中一人于1983年7月逃往联邦德国。

最初3名苏联战俘的拘禁期于1984年5月27日结束。根据这方面的国际人道法规定的精神，负责拘禁这些士兵的瑞士政府已经采取必要措施，遣返那些仍愿回到本国的被拘禁者。

自冲突爆发以来，红十字国际委员会主要关心的是针对其人道行动的不可接受的限制。鉴于局势四年多来已经给阿富汗局面造成了如此之多的苦难，红十字国际委员会期待冲突各方使其能够通过一切可能手段、在一切地方保护和援助这场冲突的一切受害者，从而充分尊重国际人道法及其原则。”

讨 论

1. 你如何给阿富汗的冲突定性？冲突的定性对在阿富汗的相关各方有何影响？
2. 当士兵被冲突中的敌对方俘虏时，他们是否被自动视为战俘？在这一点上冲突的定性是否至关重要？苏联和阿富汗当局为何签署协议，声明在两年后释放被俘士兵？理论上，在国际武装冲突中当事方是否需要签署协议才能解决在冲突期间释放战俘的问题？国际人道法中在战事结束时必须释放战俘的规定吗？（参见《日内瓦第三公约》第109和118条。）

3. 哪些苏联囚犯认为自己的“处境类似于战俘”？基于人们可以声称我们是处于国际武装冲突局势中这一简单的事实，他们不是被自动视为战俘吗？（参见《日内瓦第三公约》第2条和第4条。）哪些苏联士兵不“认为自己的处境类似于战俘”？那些人的法律地位如何？国际人道法的哪些规定适用于在阿富汗反叛者掌握中的那些人？
4. 在哪种情况下战俘可以被第三国拘禁？（参见《日内瓦第三公约》第110条第2款和第111条。）
5. 根据哪些规定，红十字国际委员会可以主动在阿富汗冲突各方之间充当中间人？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条，第一、二、三公约第9条，《日内瓦第四公约》第10条，《第一议定书》第81条第1款。）
6. 在瑞士的苏联战俘的地位如何？他们必须被作为战俘对待吗？红十字国际委员会是否有权探视他们？拘留被俘战斗员在国际人道法上有什么正当理由？在国际人权法上呢？如果你是瑞士法官，你会如何回答他们的释放请求？（参见《日内瓦第三公约》第4条第2款第2项。）
7. 根据国际人道法，瑞士是否有权利或者也许甚至有义务不遣返不愿被遣返的战俘？
8. (1) 作为该组织的通常做法，红十字国际委员会在两年协议期满后询问被俘士兵是否愿意回到本国：这一做法在国际人道法中有所预见吗？它可以基于哪些前提被正当化？（参见《日内瓦第三公约》第118条。）
(2) 本案中拒绝回到苏联的两名被俘士兵在那个时候能否被视为寻求庇护的难民？
9. 你认为红十字国际委员会在阿富汗不能接触到受害者的原因何在？拒绝让红十字国际委员会接触受害者的做法是否违反国际人道法？红十字国际委员会在促使当局服从其在该国境内开展行动的意愿方面有哪些手段？此外，红十字国际委员会在促使冲突各方遵守与战俘待遇有关的《公约》方面有哪些手段？（参见《日内瓦第三公约》第3条和第126条，《日内瓦第四公约》第3条和第143条。）

(二) 塔利班政权

案例212. 阿富汗，男女分院治疗

案 例

[注：在本文所述事件之后，塔利班已经不再执行文中提及的政策。参见ICRC News: Afghanistan: Women gradually being re-admitted to Kabul Hospitals, 97/47, November 26, 1997。]

1. 喀布尔医院拒收女性患者

[资料来源：Perrin, J.-P. “Les hôpitaux de Kabul interdits aux femmes”，原文为法文，非官方翻译。]

喀布尔医院拒收女性患者 [……]

塔利班禁止治疗女性患者，并将她们赶出医院[……]

起初，喀布尔 (Kabul) 的妇女被禁止工作。然后，她们被禁止参加职业学习或培训。接下来的命令规定她们只有在有丈夫、父亲或兄弟陪同时才能公开外出。但是，在喀布尔这个以前非常西方化的城市，没有人曾想到控制阿富汗首都刚刚一年多的塔利班竟然会走到禁止妇女接受治疗的地步。然而，这正是“伊斯兰神学生”在9月6日颁布的最新指令中明白无误的命令。现在，任何城镇的公立医院都被禁止治疗女性患者，除非是急诊——一个相当不可信和理论上的例外规定。这些医院中剩下的寥寥无几的女职员被禁止提供任何治疗。从现在开始，直到（假设的）为妇女保留的医院开张为止，在喀布尔将只有一家机构负责所有女性居民的治疗。但是，据访问过该机构的西方医生说，这个“中央综合医院”没有自来水，在二层以上没有电，没有实验室，没有能用的手术室，只有一台显微镜。更糟糕的是，它只有45张床位，却要供一个有将近150万居民、并且受到战火摧残和各种物品短缺困扰的城市的全部女性人口之用。

自法令颁布以来，不仅女性患者被拒绝治疗，而且那些已经在医院里的人也正在被赶出——这是在一个有着大量医疗设施的城市进行的。“医生无疆界”在一份新近公布的文件中报告说，有12名女性患者，其中一些身负弹伤，10月19日从主要医院之一的瓦齐尔·阿克巴尔汗医院 (Wazir Akbar Khan) 被赶出，其中只有两名后来在“综合医院”被发现。同日，卡特·塞医院 (Karte Se) 的15名女性雇员

被解雇；该医院可能将很快停止运行，因为男工人不愿意在洗衣房做事。更糟糕的是，卫生部长穆拉为·阿巴斯 (Mullawi Abbas) 在西方非政府组织压力下做出的医院可以在急诊时治疗妇女的这一决定，已经受到广泛谴责。喀布尔的四所大医院中已有两所的急诊部拒绝接收妇女。10月初，一名深度昏迷的妇女被赶走，送回家中。9月，另一名患一种高传染性肺结核的妇女在完成疗程前被送回家中，从而使其整个家庭承受感染的风险。近来一个大医院的医生透露说，他未敢替一名烧伤面积达80%的妇女治疗，因为那样他将不得不脱掉她的衣服。

更令在喀布尔的非政府组织“恶心”的是实施指令过程中所使用的暴力。9月27日，卫生部决定关闭所有有住院设施的私人诊所；仅仅两天后，塔利班成员闯入这些诊所，将两名正在生育过程中的妇女强行逐出。“我们所看到的是对与教育系统相比迄今为止仍保持相对完好的卫生系统的全面破坏。人们应当意识到，今天喀布尔的妇女待在家里等死，因为塔利班不允许她们接受治疗。首先，这些妇女不敢外出。其次，当她们鼓起勇气离开家时，常常是为时已晚，情形已经不可挽回。她们的孩子也是如此”，“医生无疆界”喀布尔代表团协调人皮埃尔·萨利贡 (Pierre Salignon) 说。[……]

塔利班的军事/宗教命令所致力于建立的是一个与他们鼓吹的理想伊斯兰社会相一致的卫生保健系统，在这个系统中男女被严格隔离，妇女常常是过着完全与世隔绝的生活。该局势中最令人难以置信的一点是，这一隔离政策竟然是由世界卫生组织资助乃至发起的。“医生无疆界”在其报告中指出，剥夺喀布尔女性居民医疗权利的这个臭名昭著的指令与拉比耶·巴尔希 (Rabia Balkhi) 医院的修缮工作的开始时间一致；该医院被指定为首都唯一的“妇女医院”，可能将在一年后开张。世界卫生组织被证明是这一建设项目的捐款人，在头六个月内捐赠了6.4万美元。

2. 安全理事会第1193号决议 (1998)

[资料来源：UN Doc. S/RES/1193 (August 28, 1998).]

安全理事会，

审议了阿富汗局势，

回顾其以前1996年10月22日第1076号决议 (1996) 和安全理事会主席关于阿富汗局势的各项声明，

又回顾大会第52/211号决议，

深为关切阿富汗冲突持续不断，最近更因塔利班部队进攻阿富汗北部而急剧升级，日益严重地威胁着区域及国际和平与安全，造成人民巨大苦难、进一步的破坏、难民潮和大批人民被迫流离失所，[……]

9. 敦促阿富汗各派，尤其是塔利班，为国际人道组织的工作提供便利，并确保这些组织能够通行无阻和有适当的条件向所有需要援助的人提供援助；
10. 呼吁所有国家、联合国系统各组织和计划署、专门机构以及其它国际组织在当地情况许可时立即恢复向阿富汗境内所有需要人道援助的人提供此种援助；[……]
12. 重申冲突各方都必须遵守国际人道法、特别是1949年8月12日各项日内瓦公约所规定的义务，凡实施或命令他人实施严重违反这些公约的行为的人均需对这些违法行为负个人责任；[……]
14. 敦促阿富汗各派停止歧视女童和妇女及其它侵犯人权和违反国际人道法的行为，遵守这方面国际公认的准则和标准；

讨 论

1. 阿富汗的武装冲突是国际还是非国际的？《公约》关于严重破坏的规定是否适用于非国际武装冲突？安全理事会是否通过其决议第12段将冲突定性为国际武装冲突吗？它是否确认严重破坏的概念适用于非国际武装冲突？（参见四个《日内瓦公约》共同第2、3条和50/51/130/147条，《日内瓦第四公约》第4条。）
2. (1) 隔离男女卫生设施的要求是否违反国际人道法？如果这种隔离意味着女性得不到平等、更不要说充分的照顾和治疗，你的回答是否会有所不同？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条。）如果两个系统提供同样标准的治疗，男女卫生系统之间的完全隔离是否符合国际人道法？此种隔离是否符合国际人权法？（参见安全理事会决议第14段。）
(2) 如果国际武装冲突的国际人道法适用的话，该局势在国际人道法上是否会有所不同？（参见《日内瓦第一公约》第12条和《第一议定书》第10条。）
(3) 如果国际武装冲突的国际人道法适用的话，报纸上的这篇文章描述的对妇女的治疗在哪些情形下构成对国际人道法的严重破坏？（参见《日内瓦第一公约》第50条，《日内瓦第四公约》第147条，《第一议定书》第11条第4款和第85条。）
3. (1) 这种对治疗的限制是否使得人道行动在这些特殊情形下无法开展？
(2) 如果人道组织选择不在这种情形下继续停留，它们的离开是对缺乏对妇女的充分治疗和照顾的抗议吗？或者是对男女隔离的抗议？后者不是文化判断吗？援助组

- 织不应当尊重和适应它们在其间工作的地区的文化和信仰吗？它们必须始终适应吗？可以适应到何种程度？它们是否应当咨询阿富汗妇女，她们是否同意或者希望隔离治疗？它们应当始终尊重那些相关人员的这种意愿吗？
- (3) 如果人道组织选择离开以抗议这种情形，这是否会在事实上惩罚妇女，因为她们能得到的救助会更少？

案例213. 阿富汗，摧毁巴米扬大佛

案 例

[资料来源：MATSUURA Koichiro, “Les crimes contre la culture ne doivent pas rester impunis”, in Le Monde, Paris, 16 March 2001; 原文为法文，非官方翻译。]

破坏文化的罪行绝不能逍遥法外

一起破坏文化的罪行刚刚被实施。通过摧毁已经守望巴米扬峡谷 (Bamiyan Valley) 1,500年的巨大佛像，塔利班造成了无法弥补的损失。他们摧毁的不仅是阿富汗历史遗产的一部分，而且是几个文明交汇的非凡证据和属于全人类的遗产。

罪行是冷静和蓄意地实施的。在阿富汗的那一地区没有正在开展的军事行动可以作为借口。近年来，环绕大佛的洞穴——里面有僧侣创作的壁画——被在那里露营的不同派别的士兵玷污和毁损。武器被存放在那里，就在大佛的脚下；后者被降格为盾牌。在那些年里，佛像也数次成为攻击目标。那已经够令人无法容忍了，但战争也许能够解释那些攻击——即使不能将之正当化。最近进行的系统破坏甚至连那样虚弱的借口也无法找到。

这一破坏文化的罪行是以宗教的名义——或者更准确地说，以既可疑又有争议的宗教解释的名义——进行的。伊斯兰教的一些主要神学家已经质疑了那种解释。通过以他的信仰的名义下令摧毁阿富汗遗产中的杰作，毛拉·奥马尔 (Mullah Omar) 声称比过去15个世纪以来所有世代的穆斯林，所有那些放过了迦太基 (Carthage)、阿布辛贝 (Abu Simb) 或塔克西拉 (Taxil) 的穆斯林征服者和领袖都更懂得信仰——甚至比先知穆罕默德 (Mohammed) 自己也更懂，因为后者选择了保留麦加 (Mecca) 的圣堂建筑。

[……]除这些佛像的巨大损失外，刚刚发生的事情还是史无前例的。头一次，一个中央政权——尽管未获认可——篡夺了破坏我们共同遗产一部分的权

利。头一次，奉其组织法之命保护我们的普遍遗产的联合国教科文组织面临这样的局面。[……]

通过在三个主要方面开展工作，联合国教科文组织对其做出了重大贡献：根据《海牙公约》[1954年，参见**文件3** [参见1.]，第561页]，在武装冲突情形下保护文化财产；根据各种规范性措施与针对这些物品的非法贸易做斗争；自1972以来，推广普遍遗产这一概念。而且，《世界遗产名录》的成功恰当说明了对于我们的遗产的意识和新的关切的程度。

[……]被摧毁的不仅仅是石头。它是在企图抹去一段历史，一种文化，一些证明两个伟大文明间有意义碰撞的可能性的证词，一段不同文化间对话的经验。

这就是为什么塔利班在巴米扬或者在阿富汗的博物馆里针对前伊斯兰塑像的疯狂举动必须被界定为犯罪。这种文化退步绝不能被允许。对这一罪行需要有新形式的制裁。就在几天前，前南斯拉夫问题国际刑事法庭通过将摧毁历史纪念碑的行为包括在其关于1991年对克罗地亚历史港口杜布罗夫尼克的攻击的16项指控中，为我们提供了例子 [参见前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉斯特鲁加尔案[参见2.]，**案例188**，第2005页]。

国际社会绝不能再无动于衷，绝不能继续容忍破坏文化财产的罪行。塔利班所做的是一个孤立的但却充满了危险性的行为，联合国教科文组织将采取适当措施做出反应。特别是，同交易阿富汗文化财产的行为——不幸的是，这种行为肯定会增多——做斗争，抢救这个国家其余的无论是前伊斯兰还是伊斯兰遗产，以及在世界遗产委员会的框架内考虑加强保护。国际社会已经失去了巴米扬大佛；它绝不能再失去任何别的东西。

松浦晃一郎是联合国教科文组织总干事。

讨 论

1. 考虑到当时塔利班政权和国际承认的政府的部队之间正在进行武装冲突，但冲突并非摧毁大佛的原因，你认为国际人道法适用吗？（参见1954年《海牙公约》（参见**文件3** [参见1.]，第561页）第19条，《第二议定书》第16条。）
2. 保护文化财产的国际人道法规则是什么？破坏这种财产的行为是否被允许？如果是，在何种情形下？能在文化财产内存放武器吗？文化财产能被用于保护军事目标吗？（参见《海牙章程》第27条；1954年《海牙公约》第4、9、19条；《第一议定书》第16条；1954年《海牙公约》之1999年议定书（参见**文件3** [参见3.]，第561页）。）

3. 这些规则是否适用于非国际武装冲突？保护文化财产是习惯国际人道法的一部分吗？（参见**案例29**. 红十字国际委员会，习惯国际人道法 [规则38–41]，第749页。）即使阿富汗不是一些禁止破坏文化财产的国际人道法文件的缔约方，这些规则也适用吗？
4. 如果巴米扬大佛已经被列入1972年《保护世界文化和自然遗产公约》（<http://www.unesco.org/whc>）所确立的《世界遗产名录》，那么它们能享受到何种额外的法律保护？如果它们已成为“特别保护”或“重点保护”的对象呢？（参见1954年《海牙公约》第8条，1954年《海牙公约》之1999年议定书第10条。）
5. 这种破坏行为在何种程度上可以被视为犯罪，或者战争罪？此种罪行的条件在本案中是否已被满足？（参见1954年《海牙公约》第28条；《第一议定书》第85条第4款；《国际刑事法院规约》（参见**案例15**. 国际刑事法院 [参见1.]，第634页）第8条第2款第2项第9目和第5项第4目。）

(三) 美国在阿富汗的干预行动

案例214. 阿富汗，“持久自由”行动

案 例

1. 美国使用集束炸弹

[资料来源：GARDAZ, Samuel, “Les États-Unis utilisent des bombes à fragmentation”, in *Le Temps*, Geneva, 26 October, 2001. 原文为法文，非官方翻译。]

美国使用集束炸弹

联合国于周四证实，9名阿富汗平民死于有争议武器。[……]

美国每天都把用于对付塔利班的武器范围放宽一点点，本周似乎又多走了一步。在轰炸阿富汗的第20天，据称美国飞机对西部靠近赫拉特 (Herat) 的目标以及喀布尔以北靠近马扎里沙里夫 (Mazar-i-Sharif) 的前线投掷了集束炸弹。五角大楼一位不愿透露姓名的官员于周四承认使用了这种武器。

赫拉特的受害者

据联合国在伊斯兰堡的发言人称，这些导弹——如果在接触地面前打开的话，会分散成数以百计的小炸弹——本周以来已经夺去了9名赫拉特平民的生命。因为技术原因，这些软饮料罐大小的子弹药在撞到地面时并不必然爆炸，从而成为事实上的 (de facto) 地雷。据说受害人之一就是摆弄一个子弹药时将之引爆的。

联合国想要听到解释

美国对集束炸弹这一未被国际条约正式禁止的有争议武器的使用激怒了数个人道组织。正在阿富汗开展排雷行动的联合国要求华盛顿加以澄清。红十字国际委员会没有发表意见。在周三发布的一份“正式声明”中，它仅仅表达了对“阿富汗战争的人道影响”的日益增加的关切。红十字国际委员会副发言人达西·克里斯滕 (Darcy Christen) 指出：“红十字国际委员会只对作为最后手段使用的军事手

段的合法性发表意见，并且始终将观点基于其自己在战场收集到的情报。”同其它国际组织一样，红十字国际委员会已经从阿富汗撤出了其国外工作人员。

红十字国际委员会项目

最晚曾在1999年被美国用于科索沃的集束炸弹是有争议的武器。根据“人权观察”2000年1月的一份报告，1999年5月美国最高司令部发布了一项秘密命令，禁止其武装部队使用集束炸弹。明年12月在日内瓦审查1980年《联合国常规武器公约》时，作为建议之一，红十字国际委员会将提议禁止对靠近平民人口稠密地区的军事目标使用子弹药，包括集束炸弹。

会裂成许多其它炸弹的炸弹 [……]

集束炸弹为管状，每枚装有200到300颗子弹药。炸弹由飞机投掷或者大炮发射，在100到1,000米高处释放出这些软饮料罐大小的子弹药。这些子弹药能够覆盖200×400平方米的区域，相当于8个足球场大小。通过在76米射程内散布弹片，每颗小炸弹的爆炸力都足以穿透装甲板、歼灭集结的军队或者清除雷区。集束炸弹曾在越南战争中使用，在子弹药不爆炸时变成地雷：据北约称，在科索沃有29,000颗子弹药没有爆炸。

2. 轰炸红十字国际委员会仓库

(1) 红十字国际委员会，2001年10月16日新闻稿

[资料来源：ICRC, Press Release, 01/43, 16 October 2001; 见于<http://www.icrc.org>]

红十字国际委员会在喀布尔的仓库遭轰炸

日内瓦 (红十字国际委员会)——今天当地时间下午1点刚过，两枚炸弹被投到喀布尔的一处红十字国际委员会围区，伤及该组织一名正在守卫这处设施的工作人员。他被送往医院，来自在阿富汗首都的红十字国际委员会工作人员的最新报告显示他的情况稳定。

围区位于离这个城市的机场两公里远的地方。像红十字国际委员会在该国的所有其它设施一样，通过在每栋房屋的屋顶上都绘有的白色背景的巨大红十字，在空中可以清晰辨认。

围区内五栋房屋中的一栋被直接击中。房屋内有毯子、防水油布和塑料床单，据报告完全被毁。装有食品储备的另一栋房屋着火，在火势被控制之前部分被毁。

红十字国际委员会对这一事件深表遗憾，尤其是因为它的一名工作人员受伤。它已向美国当局了解有关确切情形的信息。

国际人道法责成冲突各方尊重红十字与红新月标志，并采取所有必要的防范措施防止伤害平民。

(2) 红十字国际委员会，2001年10月26日新闻稿

[资料来源：ICRC, Press Release, 01/48, 26 October 2001; 见于<http://www.icrc.org>]

对阿富汗的红十字国际委员会设施的轰炸和占领

日内瓦(红十字国际委员会)——红十字国际委员会对其在喀布尔的仓库再次遭到轰炸表示谴责。围区内每栋房屋的屋顶都展示有白色背景的巨大(3×3米)红十字。初步报告显示没有人在这一最新事件中受伤。

当地时间上午11点半左右，红十字国际委员会工作人员看到一架缓慢飞行的巨大飞机从低空向围区投下两枚炸弹。这正是其中一栋房屋于10月16日在类似情形下被毁的那个围区。在这一最新事件中，保留下来的四栋房屋中有三栋着火。据说有两栋被直接击中。

在10月16日的事件之后，红十字国际委员会再次向美国当局通报了其设施的位置。

房屋内装有红十字国际委员会正在分发给大约55,000名残疾人或者其他特别脆弱人员的大部分食品和毯子。美国当局已被告知分发一事以及分发点的车辆行驶和人员聚集情况。

红十字国际委员会还对位于三天前被武装人员夺取的马扎里沙里夫的办公室被占领和抢掠一事表示谴责。包括计算机在内的办公室设备和车辆被盗。红十字国际委员会向地方当局及塔利班驻巴基斯坦大使进行的交涉均无收效。

红十字国际委员会重申，攻击或占领标有红十字标志的设施构成对国际人道法的违反。

(3) 美国中央司令部新闻稿

[资料来源: U.S. inadvertently strikes residential area and ICRC warehouses, Centcom release number 01-10-06, 26 October 2001.]

2001年10月26日

发布号: 01-10-06

立即发布

美国无意中攻击住宅区和红十字国际委员会仓库

麦克迪尔空军基地, 佛罗里达——昨天 (10月25日) 东部时间晚上8点左右, 两架美国海军的F/A-18C大黄蜂轰炸机向在阿富汗喀布尔的红十字国际委员会仓库各投下了一枚2,000磅的全球定位制导联合直接攻击炸弹 (JDAM)。

大约在同一时间, 一架F/A-18C飞机在打算攻击仓库时无意中在仓库以南约700英尺的一处住宅区投下了一枚500磅的GBU-12炸弹。

今天 (10月26日) 东部时间早上4点, 两架B-52H同温层堡垒轰炸机向同一处仓库综合建筑各投下了三枚2,000磅的联合直接攻击炸弹。

日内瓦红十字国际委员会已经发表声明, 显示没有人在此次事件中受伤。美国对这一对红十字国际委员会仓库和住宅区的无意攻击诚表遗憾。

尽管细节仍在调查之中, 但初步迹象表明对仓库的攻击是缘于确定目标过程中的人为错误。六个仓库中的两个被美国飞机无意中击中, 是因为之前塔利班曾在此存放军事装备, 并且在这些仓库附近看到有军用车辆。关于无意中攻击住宅区的F/A-18C飞机, 初步迹象表明是因为炸弹的制导系统失灵。

美国军队只对军事和恐怖主义目标进行有意攻击。美国是阿富汗食品和其它人道援助的最大捐赠国, 美国军队是帮助阿富汗人民的全球努力的积极支持者。美国是红十字国际委员会强有力的长期支持者。

(4) 范妮, 8岁, 在加拿大广播电视台的节目中

[资料来源: Commentary by Fannie, 8 years old, Montréal, Canada, during the programme "Le Point", Télévision de Radio-Canada, 13 November 2001; 非官方翻译。]

他们犯了错误; 今天早上他们发射了导弹。我听说它们把它们射进了一栋红十字的房屋。我想我们会犯错误, 这是真的, 但我认为他们应该把错误犯在别的地方。

讨 论

1. (1) 尽管使用集束炸弹没有被特别禁止，但是否在所有情形下都被许可？在何种情况下使用这种武器可以构成对国际人道法的违反？（参见《第一议定书》第35条和第51条第4款。）
- (2) 使用大多数情况下会影响到平民人口的武器是否在任何情形下都不加区别地禁止？
- (3) 这种武器的子弹药会转化成事实上的杀伤人员地雷这一事实是否足以使该武器基于禁止使用地雷的规则而被禁止？美国不是《渥太华公约》缔约方这一事实是否使其有权使用杀伤人员地雷？如果它是该公约缔约方，它还能使用集束炸弹吗？使用这种武器是否被美国是1980年《联合国常规武器公约》之《第二议定书》的缔约方这一事实所禁止？（参见**文件8**，经1996年5月3日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其它装置的议定书》（1980年公约《修正的第二号议定书》），第581页；**文件10**，《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公约》，渥太华，1997年9月18日，第592页。）
2. (1) 攻击红十字国际委员会是否违反国际人道法？如果是，是因为在仓库上展示有红十字标志吗？因为它们被红十字国际委员会使用？因为它们装有准备提供给平民的救济物资？因为它们不是军事目标？（参见《日内瓦第一公约》第9、19、38、44条；《日内瓦第四公约》第10、18、142、143条；《第一议定书》第48、50条，第51条第2款，第52条第2款。）
- (2) 展示在红十字国际委员会仓库上的标志的目的是什么？如果该标志没有在其上展示，攻击仓库会是合法的吗？如果标志没有展示在仓库上，你对攻击的法律意见会有何不同？（参见《第一议定书》第48、50、51条，第52条第2、3款，第57条。）
- (3) 根据国际人道法，范妮认为美国不当犯错误这一点对吗？如果它是在别的地方犯的错误，会更容易让人接受吗？“错误地”以民用财产为目标或影响民用财产的攻击（即攻击者并不打算如此）是否违反国际人道法？此次攻击，像错误地进行的其它任何攻击一样，能否构成违反国际人道法的行为？战争罪？（参见《第一议定书》第57条和第85条第3款，《国际刑事法院规约》第30、32条。）
- (4) 为了避免错误，攻击者必须采取何种预防措施？本案中什么可以表明美国是否采取了此种预防措施？（参见《第一议定书》第51条，第52条2、3款，第57条。）
- (5) 如果攻击者采取了国际人道法规定的所有预防措施，但仍然击中或影响到民用目标，他是否违反国际人道法？
- (6) 红十字国际委员会专门提及仓库和机场之间距离的用意何在？飞机在低空飞行，并且美国当局已经被告知仓库位置以及可能的车辆行驶和人员聚集情况，这些重要吗？为了确定此次攻击是否违反国际人道法，你还希望额外澄清哪些事实？（参见《第一议定书》第51条，第52条2、3款，第57条。）

- (7) 红十字国际委员会是否有权在仓库上展示红十字？即使里面并未（只）装有医疗物资？红十字国际委员会为何在阿富汗使用红十字而不是红新月标志？（参见《第一议定书》第9、19、38、42条，第44条第3款。）
3. (1) 对红十字国际委员会办公室的占领和抢掠是否违反国际人道法？如果是，是因为办公室展示有红十字标志吗？因为它们被用于红十字国际委员会的活动？因为它们不是军事目标？（参见《日内瓦第四公约》第4、10条，第33条第2款，第142条，第143条第5款。）
- (2) 为了确定占领和劫掠是否违反国际人道法，你还希望额外澄清哪些事实？

案例215. 阿富汗，红十字国际委员会对所谓虐囚事件的立场

案 例

[资料来源：ICRC, Press Release, 01/69, Geneva, 12 December 2001; 见于<http://www.icrc.org>]

阿富汗，红十字国际委员会对所谓虐囚事件的立场

日内瓦（红十字国际委员会）——尽管各方被再三提醒其在国际人道法上的义务，但关于屠杀和严重虐待的声言仍在阿富汗战争中继续出现。红十字国际委员会被多次问及是否打算对这些声言进行一次公开调查。为了避免对此问题的任何误解，红十字国际委员会希望做出如下声明：

- 作为国际人道法的监护人，红十字国际委员会非常认真地对待关于屠杀或虐待的任何声言。没有什么可以作为故意无视适用于所有个人——无论他们是否是发生战争的国家内的外国国民——的基本人道规则的借口。这些规则规定必须人道对待囚犯并尊重其尊严。
- 红十字国际委员会不断提醒各方注意其在适用于阿富汗冲突的国际人道法特别是《日内瓦公约》上的义务。它已从各最高当局得到了这方面的保证。
- 红十字国际委员会目前正在收集所有关于虐待的声言的信息。按照该组织在此种案件中的标准程序，这些信息不会公开，但根据调查结果，会作为同相关当局交涉的依据。
- 国际社会已经认识到红十字国际委员会在武装冲突及其它动乱局势中所扮演的特殊角色。因此，该组织不会参加用于评估任何特定声

言的真实性的公开调查或法庭，因为这将危及其接触脆弱社区和个人的能力。但是红十字国际委员会仍然欢迎可以导致对国际人道法的更好遵守的任何行动。

- 一 迄今为止，为了检查他们的逮捕和拘留条件，红十字国际委员会代表已经登记和探视了在阿富汗的1,000多名囚犯。在这些持续进行的探视中，代表对囚犯进行基本的医疗照顾，并向其提供给家人写信的机会。

讨 论

1. 红十字国际委员会公认的“《日内瓦公约》监护人”角色包含哪些内容？（参见四个《日内瓦公约》分别第9/9/9/10条，《日内瓦第三公约》第126条，《日内瓦第四公约》第143条，《国际红十字与红新月运动章程》第5条第2款第3、7项，文件20，第670页。）
2. 因为这一角色，红十字国际委员会是否必须（可以）公开谴责一切虐囚行为？你认为哪些考虑和标准将决定红十字国际委员会在这方面的态度？如果红十字国际委员会公开谴责了囚犯所受到的任何虐待，它还能继续探视他们吗？
3. 红十字国际委员会的工作程序源于红十字的哪些基本原则？

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地

案 例

1. 红十字国际委员会探视关塔那摩监狱

[资料来源：First ICRC visit to Guantánamo Bay Prison Camp, ICRC Geneva, 18-01-2002 Press Release 02/03，见于<http://www.icrc.org>]

红十字国际委员会首次探视关塔那摩监狱

日内瓦（红十字国际委员会）——2002年1月18日，红十字国际委员会包括一名医疗代表在内的四名代表开始探视被从阿富汗移送并被关塔那摩海军基地的美国军队拘留的囚犯。代表将对这些囚犯进行登记，并记录其逮捕、移送和拘留条件。

根据同美国当局的协议，这些探视正根据红十字国际委员会的标准工作程序进行，包括同囚犯私下谈话，以及给予他们通过红十字通讯同家人交换消息的机会。

这些程序包括向拘留当局提交关于代表之所见的严格保密的书面报告。红十字国际委员会在任何情况下均不会公开评论被拘留者的待遇或拘留条件。红十字国际委员会代表将同拘留当局直接讨论其发现，向他们提交建议，并鼓励他们采取必要措施解决任何人道问题。

2. “红十字需要面对现实”

[资料来源：ROSETT Claudia, “The Red Cross Needs to Get Real”, in *The Wall Street Journal*, New York, 23 January 2002, <http://opinionjournal.com/columnists/cRosett/?id=95001764>.]

红十字需要面对现实 是重新思考《日内瓦公约》的时候了 克洛迪娅·罗塞特

2002年1月23日，星期三，东部时间凌晨12点零1分

关塔那摩湾的真正耻辱，与美国对现在关押在那里的被俘塔利班或基地组织战士的待遇无关。它与挥舞着《日内瓦公约》冲向现场，好像是去拯救《霍根英雄》里那些可爱的老战俘，要求就像对待善良的传统老战俘一样对待恐怖主义的现代门徒的红十字国际委员会密切相关。

真正的问题不在于被拘留者住的网眼单人牢房的大小、他们连裤装的颜色或者他们早餐中的卡路里含量，而在于仍在重温往昔冲突的德高望重的红十字能否跟得上正在重新定义现代战争的恐怖主义的脚步。如果它不能，那么为红十字国际委员会提供25%以上资金的美国可能就会觉得有必要重新思考其同红十字的关系了。

如果这些被拘留者像红十字要求的那样被定性为战俘，那么根据《日内瓦公约》他们就将只被要求吐露姓名、等级、番号和出生日期。那可能会是个问题，因为这些人并非普通的被俘士兵。国防部长堂唐纳德·拉姆斯菲尔德 (Donald Rumsfeld) 曾称他们是“核心恐怖分子”。鉴于9.11所告诉我们的关于阿富汗的恐怖孵化场所的信息，有理由在证据不足的情况下给美国政府有利判决。更重要的是，关塔那摩的被拘留者可能拥有某些信息，如果及时获得，就能防止对平民的进一步大规模谋杀。

由于红十字国际委员会是全世界救济机构的旗舰，它对于关塔那摩湾的大惊小怪已经成了让人道救援游戏中每个玩家都来凑热闹的公开邀请——将《日内瓦公约》升上旗杆，让美国敬礼。到目前为止马戏团里有大赦国际、人权观察、联合国人权高级专员、欧盟官员、杂七杂八的英国小报以及一群想将整场表演搬去加利福尼亚法院的美国积极分子。

与此同时，红十字还在用否定性评论为这场狂热加温，例如红十字国际委员会发言人达西·克里斯滕 (Darcy Christen) 批评说，美国政府发布被拘留者照片的行为“与《日内瓦公约》冲突”，因为这使他们曝露于“公众好奇心”之下（尽管与此同时右翼团体也在攻击美国政府，说是曝露得还不够）。为了努力合作，美国政府允许红十字国际委员会代表视察关塔那摩湾。他们现在正在做此事。但在向媒体解释此次使命时，红十字国际委员会另一名发言人金·戈登-贝茨 (Kim Gordon-Bates) 的措辞颇为含沙射影地谴责了美国：“他们将非常、非常仔细地查看房屋。他们将检查供水系统。他们将检查食物。他们将检查生活条件、他们在需要时能否获得适当治疗以及他们能否同家人联络。”看上去红十字国际委员会自己正在违反其在1月18日新闻稿中所强调的自己的谨慎政策，即“红十字国际委员会在任何情况下均不会公开评论被拘留者的待遇或拘留条件”。

那么为什么对关塔那摩这么吵吵闹闹？或许是因为由红十字国际委员会所开拓的救济生意已经迅速扩张成一项全球产业，伴有争夺注意力、资金、途径和权威的竞争。人道救助在很多方面都是一桩生意，同任何其它生意一样：地盘已经变得拥挤，有很多花招来将救济马车推上头条。红十字国际委员会自己在1997年思考其自己的未来的一份报告中间接提到了这一点，指出人道机构的繁殖虽然“本身是受欢迎的发展”，但带来了“竞争和混乱”，后者又造成“伦理和操作方面的”问题。

即使没有关塔那摩，人道主义者也不会缺工作。但既然他们已经将此变成了媒体事件，让人看到的就是随着恐怖主义的扩散，受人尊敬的老红十字国际委员会及其努力支持的诸公约可悲地过时了。问题远远超出了那些离奇古怪的东西，如规定战俘免付邮资向家人寄送卡片和信件的条款——一条与穆罕默德·阿塔 (Mohammed Atta) 通过电子邮件工作的时代不合拍的规定。不，围绕关塔那摩的吵闹来自于一整套关于传统战争惯例的假定。没有明确机制用于帮助红十字国际委员会对被怀疑同诸如通过自杀式爆炸者操纵劫持的喷气式飞机撞进大楼的方式来远程实施的大规模恐怖主义谋杀这样的活动有联系的被拘留者进行合理归类。

有足够的先例支持修改《日内瓦公约》。红十字国际委员会的起源要追溯到1859年瑞士公民亨利·迪南 (Henri Dunant) 看到索浮里奥 (Solferino) 战役之后留

在战场上无人照料的伤员所受的苦难之时。迪南创立了一个简单的运动，从帮助战争伤员的简单协定，发展成一系列条约。这是一个摸着石头过河的过程。事实是，在第二次世界大战期间，《日内瓦公约》中并无让代表探视有数以百万计的犹太人及其他人死于其中的集中营的规定。战后，《公约》1949年被修订以应对这一问题，给了我们这个现在被援引的版本。看起来正该是再次调整的时候了。

一套好的修订可能会是什么样子，这是个困难的问题。红十字国际委员会长期以来的基本角色是在战争当事方之间充当中间人——交换双方在确保战俘和平民的体面待遇方面所可能具有的任何利益。这正是让红十字在处理第二次世界大战的战俘营以及从那以后的许多工作中获得高分的东西。但是，这种人道主义讨价还价并不是总能见效。红十字国际委员会有努力说服的任务，但没有强制执行的实际权力——它能做的全部事情就是提出抗议，也许还有离开。有谁相信敲敲文明价值观之鼓就能改变乌萨马·本·拉登 (Osama bin Laden) 及其同类的行为方式？想想录像带上本·拉登在描述他指使追随者充当自杀式爆炸者时的窃笑吧。

红十字国际委员会的网站详细说明了在对待战俘时尊重他们的“信念”及“个人权利”的必要性。但如果这些信念中包括“参与大规模谋杀平民是好事”这样的想法，我们就有了大问题。紧密的安全设施——必要时包括镣铐和探照灯——是否是误入歧途这一点也并不清楚。去年11月我们已经在阿富汗见到过这种囚犯的暴动。那些囚犯杀死了一名中情局特工，然后殴斗，在暴乱被镇压之前有多人死亡。如果那儿有关塔那摩级别的安全措施的话，所有那些人今天可能都还活着。

照这样看来，红十字国际委员会对关塔那摩的喋喋不休含有病态的笑话而非严肃的政策成分。它已经成为上周“周六晚间直播”辛辣讽刺的对象，在里面演员吉米·法伦 (Jimmy Fallon) 问红十字为何如此关注被拘留者的“生活条件”：“他们是自杀式爆炸者。他们憎恶生活条件。”

如果红十字国际委员会和其他人道主义者能够停止围绕关塔那摩的叫嚣足够长的时间，使其能够跟得上战争性质的改变，他们也许还能发现机会。随着这场反恐战争的继续，完全可以有独立监测者的一席之地。但红十字国际委员会为此必须超越目前的小题大做，敦促国际社会将智慧和想像力集中到设计红十字国际委员会可以引以为豪的支持的公约上来——不是作为笑话，不是作为倒退，而是作为新的战争时代的重大贡献。

3. 人权观察，美国官员误述《日内瓦公约》的规定

[资料来源：ROTH Kenneth, *U.S. Officials misstate Geneva Convention requirements*, Human Rights Watch, New York, 28 January 2002, <http://www.hrw.org>]

人权观察

2002年1月28日

尊敬的康多莉扎·赖斯 (Condoleezza Rice)

国家安全顾问

白宫

华盛顿，哥伦比亚特区

亲爱的赖斯女士：

我们是为关塔那摩被拘留者的法律地位致函。我们的观点反映了人权观察在将《日内瓦公约》适用于世界各地武装冲突方面20多年来的经验。我们致函回应主张不适用1949年《日内瓦第三公约》第5条的几个论点；如你所知，该条要求在对于被拘留者的地位存在任何疑问时，设立“主管法庭”来个别确定每个被拘留者是否享有战俘地位。下面我们列出每个主张忽略第5条的论点，以及人权观察的回应。

论点：《日内瓦公约》不适用于反恐战争。

人权观察回应：美国政府可以通过传统执法方式追究恐怖主义嫌疑人，在那种情况下《日内瓦公约》确实不适用。但是既然美国政府通过轰炸及进行其它军事行动参与了阿富汗武装冲突，《日内瓦公约》就明显适用于该冲突。根据其条文，《日内瓦公约》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”。美国和阿富汗都是《日内瓦公约》的缔约国。

论点：没有必要设立主管法庭，因为在被拘留者未能满足关于战俘地位的第4条第1款第2项之要求这一点上没有“疑问”。

人权观察回应：第5条只有在对于被拘留者是否满足第4条所规定的关于战俘地位的必要条件“发生任何疑问”时才要求设立主管法庭。有人主张，被拘留者明显未能满足第4条第1款第2项关于战俘地位的四个条件——有负责任的指挥，公开携带武器，穿着具有特殊标志的制服，以及遵守战争法规及惯例进行战斗——中的一个或更多。然而，根据第4条第1款第2项的条文，这四个条件只适用于独立于政府的正规武装部队的民兵，例如那些独立于塔利班武装部队作战的基地组织成员。但根据第4条第1款第1项，这四个条件不适用于“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”。也就是说，这个四部检验不适用于塔利班武装部队成员，因为作为阿富汗事实上的政府，塔利班是《日内瓦公约》的缔约方。这个四部检验也不适用于被整合进塔利班武装部队的民兵，例如，也许，塔利班的“第55旅”；据我们理解它是由作为塔利班一部分作战的外国军队组成的。

行政官员一再称关塔那摩的被拘留者既包括塔利班也包括基地组织成员。既然如此，就需要主管法庭来确定被拘留者究竟是自动享有战俘地位的塔利班武装部队（或者被整合的民兵）成员，还是只是基地组织的成员；后者可能不享有战俘地位，因为他们可能无法通过上述四部检验。第5条要求所有被拘留者被作为战俘对待，直至法院做出决定。

论点：甚至塔利班武装部队的成员也不应享有战俘待遇，因为塔利班未被承认为阿富汗的合法政府。

人权观察回应：正如《日内瓦公约》第4条第1款第3项所明确指出的那样，对政府的承认与确定战俘地位无关。它无条件给予“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”战俘地位。也就是说，第4条第1款第2项的四部检验只适用于独立于政府武装部队的民兵，而不适用于被承认（第4条第1款第1项）或未被承认（第4条第1款第3项）之政府的武装部队的成员。因此，无论政府被承认与否，其武装部队成员均无需满足四部检验即享有战俘地位。

对第4条明白用语的解读同合理政策及美国以往实践是一致的。在政策方面，如果拘留国可以简单通过收回或不给予对敌对政府的承认来否认战俘地位，《日内瓦第三公约》的保护将被削弱。这样的漏洞会吞噬《日内瓦第三公约》的各项保障——美国及盟国军队在战斗中被俘时所依赖的保障。这一解读同美国以往实践也是一致的。在朝鲜战争期间，美国将被俘的中国共产党军队作为战俘对待，尽管当时美国（及联合国）承认台北而非北京为中国合法政府。

论点：将被拘留者作为战俘对待将迫使美国在冲突结束时遣返他们，而不能因为其被声称的对针对美国人的恐怖主义罪行的参与而起诉他们。

人权观察回应：战俘地位提供的保护仅限于拿起武器抗击对方军队的行为。如果战俘所做的就是这些，那么确实要求在冲突结束时遣返战俘。但是正如第82条所解释的那样，战俘地位并不在也适用于拘留国士兵的刑事犯罪规定方面保护被拘留者。也就是说，如果能收集到适当证据，美国完全有权指控关塔那摩被拘留者犯有战争罪、危害人类罪或者违反美国刑法的其它行为——足以应对任何针对美国人的恐怖主义行动而有余——无论主管法庭是否认定其中一些被拘留者为

战俘。正如《日内瓦第三公约》第115条所解释的那样，因刑事追诉而被拘留的战俘，只有“拘留国 [也就是说，美国] 同意”才有权被遣返。

论点：将被拘留者作为战俘对待将妨碍讯问那些被声称拥有关于未来可能的恐怖主义行动的信息的人。

人权观察回应：这可能是《日内瓦第三公约》最受误解的方面。第17条规定战俘仅有义务告知其姓名、等级、番号和出生日期。拒不提供这些信息将使战俘特权受到“限制”。然而，《日内瓦第三公约》中没有什么规定妨碍针对其它事项的讯问；《公约》只是免除了战俘的回答义务。无论是否给予战俘地位，只有有限手段可供执行任务的讯问者都面临鼓励敌对被拘留者提供信息的难题。第17条规定不得为此目的对战俘使用酷刑或其它任何形式的胁迫。但这一点对于所有被拘留者都成立，无论是在和平还是战争时期被拘留。（例如，参见美国已经批准的《禁止酷刑及其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第2条：

“任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其它社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑之理由。”又见第4、5条，将违反这一规则的行为规定为各国享有普遍管辖权的刑事罪行。）

《日内瓦第三公约》第17条规定，战俘不得因为拒绝提供超出其姓名、等级、番号和出生日期之外的信息而“受任何不快或不利之待遇”。例如，这将排除因为拒绝同讯问者合作而威胁给予不利待遇，但并不排除传统的辨诉交易——亦即以宽大换合作——或其它激励措施。辨诉交易及相关激励措施已经一再被成功用于劝诱诸如黑手党或毒品走私犯这样的其它暴力犯罪团伙的成员进行合作。这些仍将是应付关塔那摩被拘留者的强大手段，即使主管法庭认定其中一些为战俘。

论点：被拘留者非常危险，因此不应享有被要求给予战俘的、更为舒适的拘留条件。

人权观察回应：鉴于阿富汗的两起囚犯暴动，我们不怀疑至少部分关塔那摩被拘留者很可能是非常危险的。《日内瓦公约》中没有什么规定排除适当的安全措施。但如果一些被拘留者本来享有战俘地位，那么《公约》不允许因为对危险的担心而剥夺这一地位。对战俘地位引入未经承认的例外，尤其是由世界第一军事大国这样做，将削弱作为整体的《日内瓦公约》。那几乎不可能符合美国的利益，因为实在太容易设想那样的先例会如何转而困扰美国及盟国军队了。拘留美国或盟国军队的敌人部队无疑会以美国为榜样，找到同样有创造性的理由来拒绝给予战俘保护。

总之，我们希望美国政府为逐个确定关塔那摩每个被拘留者是否享有战俘地位起见，同意设立《日内瓦第三公约》第5条所规定的“主管法庭”。该决定将支持国际法，促进美国的国家利益，并且不会妨碍制止恐怖主义的正当努力。
[……]

肯尼思·罗斯 (Kenneth Roth)

执行董事

4. 美国，美国国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德新闻发布会

[资料来源：US Department of Defence News Briefing, Secretary Rumsfeld and Gen. Myers Washington, 8 February 2002, http://www.defenselink.mil/FEB2002/t02082002_t0208sd.html]

美国国防部

新闻记录

发言人：国防部长唐纳德·H. 拉姆斯菲尔德

星期五，2002年2月8日，东部时间下午1点30分

国防部新闻摘要：拉姆斯菲尔德部长与迈尔斯将军

(参加者还有：参谋长联席会议主席理查德·迈尔斯将军)

拉姆斯菲尔德：下午好。正如我已经说过的那样，美国强有力地支持《日内瓦公约》。实际上，由于保证我军安全的重要性，以及由于我们在这种局势下对《公约》的适用很可能会形成可以影响未来冲突的法律先例，因此谨慎性要求美国政府留心确定这场冲突中的塔利班和基地组织被拘留者的地位。

如你们所知，总统已经确定《日内瓦公约》适用于在阿富汗同塔利班的冲突。它不适用于同基地组织的冲突，无论是在阿富汗还是别的地方。他还确定，根据《日内瓦公约》，塔利班被拘留者未能满足战俘地位的标准。

当《日内瓦公约》在20世纪中叶签订时，它是由主权国家为处理主权国家间的冲突而精心设计的。今天的反恐战争，在其中我们的国家被在许多国家运作的恐怖主义网络攻击并正在捍卫自己，不在《公约》的制定者所设想的范围之内。

从一开始，美国武装部队就给予所有塔利班和基地组织被拘留者人道待遇。他们今天在这么做，他们将来还会这么做。上个月我向我们的军队发布了一条命令，已经被总统重申，那就是所有被拘留者，塔利班和基地组织也一样，将被人道地 and 以符合《日内瓦公约》原则的方式对待。

正如总统所决定的那样，同塔利班的冲突被确定为属于《日内瓦公约》的适用范围，因为阿富汗是《日内瓦公约》的缔约国。作为非国家的恐怖主义网络的基地组织则不是。事实上，通过其行动，基地组织已经表明了对于《日内瓦公约》原则的蔑视。之所以确定塔利班被拘留者没有资格作为《公约》上的战俘，是因为他们未能满足战俘地位的标准。

《日内瓦公约》的一个核心目的就是非常明确地区分战斗员与非战斗员来保护无辜平民。这就是为什么《公约》要求士兵穿着使他们区别于平民的制服。塔利班没有特殊的标志、徽章、记号或制服。相反，他们远没有寻求将自己同阿富汗平民人口相区分，而是寻求混杂于非战斗员平民，藏匿于清真寺和人口稠密区。以此而论，他们不是按军事单位组织，没有可识别的指挥系统；实际上，他们的部分部队是由基地组织部队组成的。

这些决定对于塔利班和基地组织被拘留者的情形有什么影响呢？回答是，一句话，没有。这些决定对于他们的待遇将不会有任何影响。美国政府将继续像我们过去和现在所做的那样，人道地对待他们，并遵守《日内瓦公约》的原则。他们将继续有每天适当的三餐、医疗保健、衣服、淋浴、牧师（如适当，穆斯林牧师）的探视以及自由礼拜的机会。我们将继续允许红十字国际委员会对每个被拘留者进行私下探视，一项通常只给予有资格作为《公约》意义上的战俘的个人的权利。

简而言之，我们将继续依照我们国家所赖以建立的公平、自由和公正原则来对待他们，这些他们显然憎恶并寻求攻击和破坏的原则。尽管国际上有个别孤立的过激反应，但事实上我们并不以人道方式以外的任何方式对待被拘留者。[……]

提问：部长先生，你如何回答那些人的批评，说你之所以不愿将这些被拘留者称为战俘，是因为作为战俘，他们可能会被军事法庭审判，在那里，与总统已经授权的可能设立的法庭不同，他们的权利将得到更清楚地说明？

拉姆斯菲尔德：嗯，我将据实回答，说那是不正确的。那些问题从未被讨论过，也从未作为决定过程中考虑的一部分。考虑的始终是，正如它们被律师所讨论的那样，关于先例的问题：什么是该做的事，什么是同《公约》相一致的，以及什么能够确立对未来合适的先例。我们可以用多种方法审判他们。那根本就没有成为过一个因素。

《公约》创设了让士兵将自己区别于平民的规则，而这样做的原因是确保平民不会受到战争的过度危害。事实上《公约》创造了一套激励制度，即按照规则

行事的士兵将获得战俘地位的特权，这是《公约》极其重要的一部分。给不尊重规则的人战俘待遇，显然会削弱《公约》的激励制度，并会产生增加其它冲突中的平民的危险这一非直觉的效果。[……]

提问：你考虑对针对X光营的电视或照片报道加以任何限制、新限制或完全禁止吗？

拉姆斯菲尔德：我现在在考虑任何那样的事吗？我不知道我们在考虑。我必须说，我发现那些照片的虚假陈述是极其恶劣的，尽管我从一开始就被告知在那下面有一个标题。

提问：你说的是原始照片吗？

拉姆斯菲尔德：原始照片。它有——那些人是在从飞机、汽车、渡船上下来进入那个区域的时候待在那儿的。他们待在那儿大约10到60分钟，最多80分钟，被单个接收并在旁边一个帐篷里处理，在里面有人同他们会面并采集数据，然后他们被安置在单人牢房里。

叫喊着“酷刑！接下来是什么？电极？”的报纸头条和所有这些垃圾是如此不可原谅，以至于它确实让人想知道，正如我对杰米 [注：杰米·McIntyre，美国有线新闻网军事记者] 所说的，如果这就是它们将被对待的方式，我们干吗要如此不负责任的公布任何照片。

杰米的意见是我们应当公布更多有标题的照片。我不确定——我差不多总是同意杰米，但在这件事上我不是太确定。有人提出一个想法，我不知道它是否还在被考虑，那就是我们公布照片，但附上强制性标题，如果有人想用照片，就必须用我们提供的标题。但我还没考虑它。我不知道那是个好主意还是坏主意。[……]

提问：我是问你独立新闻组织的照片或电视报道。有吗？

拉姆斯菲尔德：嗯，如你所知，有一个——有些——我不打算说没有规则，但确实有自《日内瓦公约》以来发展起来的模式和实践，反对允许出现可能会令人难堪的照片。好像他们用的是几个别的字眼，侵犯他们的隐私？什么？

维多利亚·克拉克 (Victoria Clark)，国防部公共事务部长助理：好奇心，将他们展示给公众——

拉姆斯菲尔德：将他们展示给公众好奇心。因此我们必须对拍摄的照片留神。[……]

提问：你能解释——我知道政府已经说了塔利班没有资格获得战俘地位，因为这四个标准——(听不见)——制服，特殊标志——[……]但还有另一部分，规定冲突任何一方的武装部队都应有资格作为战俘。你为什么不把塔利班放在这个不用那四个标准检验的类别？

拉姆斯菲尔德：总统说过塔利班适用——公约确实适用于塔利班。

提问：公约适用于塔利班——但是战俘地位不适用？

拉姆斯菲尔德：两者标准不同。

提问：确实如此，这也是我想说的。第二个标准——你有四个标准，这是外部的——[……]一篇文章说，如果是冲突一方武装部队之一员，便有资格获得战俘地位。为何塔利班不能根据这个标准有资格成为战俘？为何你要将其放在另一个种类之中，在这里他们将是民兵？

拉姆斯菲尔德：我想你——我可能没有听清问题，但我想我们混淆了苹果和橘子。[……]

提问：但是有另一个类别，规定如果他们是冲突一方武装部队的成员，他们就有资格获得战俘地位。我不想涉及这些法律大问题——

拉姆斯菲尔德：是的，因为我不是律师，而且——

提问：——但那就写在民兵的上面，在那里这四个——

拉姆斯菲尔德：我们会问律师。做出这个决定的不是我，不是国防部，是律师和美国总统。我们将——

提问：但你说塔利班是那个国家的武装部队吗？

拉姆斯菲尔德：我们将记下你的问题，看看做出这个决定的律师是否愿意回答它。[……]

提问：[……]在日内瓦，国际红十字的一位发言人说决定是不充分的，因为国际红十字说所有基地组织和塔利班都是战俘，除非主管法庭做出另外的决定。你对此的反应是什么？

还有，你没有提到这一决定在法律上将如何影响他们，例如他们获得法律顾问的权利、他们被讯问的方式。两个角度，首先是国际红十字。

拉姆斯菲尔德：关于问题的第二部分，我被告知它完全不影响他们的法律地位，也不影响对待他们的方式。也就是说，他们的地位不会因为白宫做出这个决

定之前或者现在对待他们的方式而受到影响。据我所知，他们的地位和对待他们的方式两方面都没有变化。

提问：或者回答这样的问题——他们可以不提供姓名、等级、番号之外的任何信息？这会影响到讯问他们的方式吗？

拉姆斯菲尔德：那个，我相信，适用于《日内瓦公约》上的战俘。

关于红十字国际委员会，我的猜测是如果他们有律师鼓励他们说他们所说的东西，那么得出相反结论的律师就很可能对于他们所说的有话可说。这个世界就是这么运转的。这类东西——如果我们从事实开始，也就是说，它不影响对待他们的方式，然后说整个问题真的是围绕律师之间关于给将来提供的先例的讨论，那么在我看来让律师讨论那些东西是合适的。声明是由白宫——阿里·弗莱舍尔(Ari Fleischer)——做出的，我想这类法律问题也应当由阿里·弗莱舍尔来回答。[……]

提问：在决定下一步的行动方面你是否已经有了任何可以跟我们分享的进展？换句话说，这些人将被送交委员会，送上法庭，送交民事司法系统还是送回他们的国家？你在任何这些方面有所进展吗？

拉姆斯菲尔德：当然，当然，当然。我们正在跟他们谈话。他们已经——我忘了数字是多少，但大约有，如果在最新的[查看]之前有158人的话，我想大约有105人已经被讯问和会见，情报也正在从他们那里采集。关于他们中是否有任何人应受设立军事委员会——有些人称其为法庭，但我想命令中说的是委员会——的总统军事令约束，回答是那取决于总统。他决定他想将谁——这些人中哪些——放进这个类别，而他还没有就以那种方式对待任何人做出决定。

提问：但我相信你们国防部正在制订关于这些人应当根据什么标准被分类和对待的计划。

拉姆斯菲尔德：我们在，你是对的。

提问：关于这些决定你有任何可以跟我们分享的进展吗？

拉姆斯菲尔德：除了说我们已经取得了很大进展，我们已经扫除了很多障碍之外，有四、五样东西我想我们已经合理地相当确定我们将会用到。然后，显然必须有自由裁量——一定程度的自由裁量——留给单个委员会来决定他们如何处理各种不同问题。[……]

提问：部长先生，除了战俘以外，《日内瓦公约》当然还涵盖其它很多东西。例如，它们决定什么是合法目标，什么不是合法目标。随着美国对基地组织的军事行动在未来的深入，那些军事行动将受到任何国际法律约束的支配或拘束吗？

拉姆斯菲尔德：嗯，我想那句话是，“按照战争法规和惯例，那是武装部队中的男兵和女兵被训练的方式。那是他们开展行动的方式”——我想是合适的回答。

提问：因为那样做是你自己的意愿。但你有没有看到任何将会实际适用于美国对基地组织的军事行动的法规，我是说将会适用于对基地组织的军事行动的国际战争法规？

拉姆斯菲尔德：我们没有注意到基地组织遵守了任何国际战争法规或惯例。美国在遵守，已经遵守并且将会遵守。那是美国武装部队中的每一个男兵和女兵被训练的方式，他们懂得那个。[……]

提问：这是否是义务？

拉姆斯菲尔德：是的。我是说，我们已经说了，作为政策问题，那是我们行动的方式，那是我们将要对待人们的方式，那是我们将要工作的方式，而且已经是。

提问：部长先生，你提到《日内瓦公约》的原则之一，即士兵应当能够同平民人口相区分。但你们不是在阿富汗有留络腮胡、不穿徽章制服的特种部队吗？假如美国特种部队的成员——但愿不会如此——在阿富汗被俘，但被人道地对待，你会有何感想？如果不给他们战俘地位，你会反对吗？

拉姆斯菲尔德：简短的回答是美国特种部队——我不知道有任何反对留络腮胡的法律。我是说，这是个有点奇怪的问题。

提问：是的，那不佩戴徽章呢——[……]

拉姆斯菲尔德：[……]他们佩戴徽章，他们穿制服。你看到骑在马背上的美国特种部队的那些照片，他们穿着美国陆军的正式制服，他们佩戴徽章，他们公开携带武器，他们像士兵那样行动。那是他们被教授的方式，那是他们所做的。他们可能有络腮胡，他们可能在沙暴袭来时围起头巾，但没有规则禁止那样做。

他们当然应该获得一个遵守战争法规和惯例的人所自然获得的所有权利和特权。他们还携带关于他们的《日内瓦公约》情况的卡片。你可能现在口袋里就有一张。

迈尔斯：是的，他们携带的身份证是《日内瓦公约》卡。我是说，那是标准。

拉姆斯菲尔德：他们都有那个。[……]

提问：你能说说被拘留者中有多少是基地组织成员，多少是塔利班吗？

拉姆斯菲尔德：我不知道。我已经看了几份正在用来开始收集数据的表格。它们有照片，有识别特征。然后它们有这些人已经提供给我们的信息，也就是说

他们的国籍、大致的出生日期、他们说什么语言以便你能跟他们交谈，一整套像这样的东西。他们是否说他们是基地组织，他们是否说他们是塔利班，他们从事什么单位——活动，他们在哪儿受训——那一类的东西。有一份他们填的表格，是初步信息。不管它是不是真的——他们中有很多不怎么讲真话。

提问：但他们到现在还没被筛选吗？

拉姆斯菲尔德：有。

让我们——你想要了解筛选程序。让我们——它可能是有用的。

有人被拘留——他们可能被阿富汗部队、巴基斯坦部队、美国部队拘留——然后就进行归类。被我们拘留的人，他们将被一组人访谈，三个、四个或五个——有时是司法部，有时是军队，混合军队，有时是中情局，有时是别的什么。同他们见面，同他们谈话，同他们面谈。然后进行初步讨论，做出初步决定。

在有些情况下，他们直接放他们走。他们是步兵，他们——他们将回到他们的村庄，他们将不会打扰任何人。在有些情况下，他们是基地组织成员，高级成员，在这种情况下他们将被以完全不同的方式对待，非常仔细的方式。在有些情况下，不是很清楚，那么他们将被送到某个地方，如果他们在我们羁押中的话；他们要么去巴格拉姆 (Bagram)，要么去坎大哈 (Kandahar)。有一次或两次，他们被送到船上接受治疗。最后，在一些情况下，他们去了关塔那摩。

如果阿富汗人囚禁他们，他们将告诉我们他们已经得到的信息，他们认为他们已经得到的信息。然后当我们有时间时，我们送进去这些组，进行同样的筛选，然后做出决定。当巴基斯坦人囚禁他们时也是一样。

你知道，这些人有三 (千)、四 (千)、五 (千)、六 (千)，数以千计。我们实施和保持羁押的相对很少。

提问：但你们已经确定——在你们确实羁押的人当中，你们逐个确定他们的地位吗？

拉姆斯菲尔德：是的，事实上，逐个。

提问：因此你们知道哪些是基地组织，哪些是塔利班？

拉姆斯菲尔德：“确定”是个很难的词。我们在你同那些也许说真话也许不说真话的人打交道时所能确定的范围内已经确定。[……]因此是的，我们尽我们所能。

提问：所以没必要设地位法庭来决定谁是塔利班谁是基地组织了？

拉姆斯菲尔德：我的理解是当有——当对此发生疑问时——就会有更详细复杂的程序，对他们重新进行讨论和讯问，其他人也会询问关于他们的事。嗯，我们同时也会问其他人这些人是谁，努力确定是怎么个情况。但——现在，一旦经过一次或两次那样的筛选，我们确定他们很可能是我们想用更多时间进行讯问并摆脱他们所处的——他们所可能处于的不完善环境——比如巴基斯坦人想要干掉他们，阿富汗人想要干掉他们，或者坎大哈没有足够的地方——的人，那么只要监狱房间建得足够快，我们就把他们带去关塔那摩。

他们在那儿会经过一个更长的讯问过程。[……]

提问：关于战俘地位的问题，你肯定你们不是在创设一个可能在将来某个时候的另一场冲突中转而给被俘的美国军队带来不利影响的先例吗？

拉姆斯菲尔德：对此我——同样——首先，要想知道你正在创设什么样的先例，你必须非常、非常聪明，能够看清将来。那不容易做到。即使对非常聪明的律师来说也不容易，而我不是。

我很肯定我们不是在做任何——在任何方面对美国军队的权利和情况不利的事。我想总统在做决定的时候完全考虑到了那一点，在商议过程中也有很多人谈到，而且是在很长一段时期内谈到，因为它被非常仔细地处理。那不是仓促的决定。花了我们一些日子。

关于先例我没法说的是，那个决定，或者其它任何决定，可以想见最终都可能产生目前所难以预料的效果，先例性的效果。正是缘于他们想要非常仔细地对它进行适用的那种谨慎和顾虑，才会花那么多时间来试图做出那个判断。但是我比较满意的一件事是你问的问题，那就是我们已经采取了一切措施来确保这个决定不会在任何方面给美国武装部队带来不利影响。[……]

提问：跟美国军队一起参与冲突的阿富汗部队有制服、徽章以及《日内瓦公约》规定的其它东西吗？

拉姆斯菲尔德：你知道，我无法就所有那些部队发表意见。但我肯定看到过有制服、徽章、公开携带武器、属于组成北方联盟的不同派系中一派的阿富汗部队。我见过他们所有在阿富汗的人吗？没有，所以我不能回答你关于是否可能有一些的问题。但我肯定看到过事实上的确按照与《日内瓦公约》一致的方式行事的阿富汗部队。[……]

提问：……地面上没有不穿制服、不佩戴徽章的某种形式的中情局特工或情报特工吗？他们不是处于某种战斗员角色，换言之，帮助协调空袭之类的事情吗？

拉姆斯菲尔德：我不知道有协调空袭的人那样做。[……]

提问：其次，关于照片，有很多从事国际法的律师都已提出这是对关于照片的限制的有点史无前例的解释。换言之，本意是你不能将囚犯游街示众，接受公众的嘲笑。

拉姆斯菲尔德：对。

提问：它不是意在禁止偶然的新闻照片。

拉姆斯菲尔德：是的，因此这就是为什么你不得不仔细点，也是为什么我们尽量争取仔细点。你知道，钟摆应该在这边还是那边？这很难判断。这是——对我们来说这是一套新事实。是新局面。在那儿他们已经，这些囚犯，被拘留者，多久？我不知道，20天。差不多那么多，25天？反正不久。

迈尔斯：提醒你一下，我们有红十字国际委员会在那儿，基本上持续地同被拘留者谈话。[……]你知道，我们对这些关于《日内瓦公约》、待遇等等的论点分析得很深入。我们对这些关于《日内瓦公约》、待遇等等的论点分析到第三层次和第四层次的细节。我想我们已经对那些做出了直接回答，并且记下了很多人的意见。实际上，我想今天就有一个国会代表团去那儿。但首先让我们永远别忘了我们为什么关他们。我们关他们是因为很可能他们有一个或两个或全部知道下一次事件。而那是——尽量予以查明是我们的义务，与人道待遇和《日内瓦公约》相一致的义务。我想当我们在某些情况下对此有更深奥的辩论时，我们是在尽量发现怎样才能防止另一个事件在这个国家或者在我们的朋友和伙伴的国家发生。[……]

提问：关于这四个标准，以及你对为什么你认为塔利班部队不符合战俘待遇标准的说明——你谈到没有区别于平民、没有恰当的部队单位、没有真正的层级——但我希望我们所有人都能记得“持久自由”行动期间我们所听到的每一次我们被告知我们在攻击塔利班的指挥和控制系统、我们在攻击可识别的塔利班部队以及我们的特种部队可以清楚地将他们同平民相区分的新闻摘要。那些跟你的整个陈述似乎颇为不同？

拉姆斯菲尔德：那当然是因为那是不同的命令。《日内瓦公约》所说的东西是你就站在一个人旁边看他如何行事时所看到的东西。

我们所说的关于指挥和控制的東西是通讯拦截，是对北方联盟部队开火和攻击的人，是大炮或者地对空导弹的集结，那一类的东西——以及知道他们不是北方联盟的人。而你仍然看见他们在那儿，你能看出一系列东西，告诉你他们是在同北方联盟部队作战的战斗部队，它使得地面和空中的人得以做出那一类的判断。

这是不是相当——

提问：但追问一句，塔利班部队是在按单位作战这一点难道还不清楚吗？他们是否称自己为连或排或……是另一个问题，但他们是以我们的空袭所能攻击的集合方式作战，而且很清楚它们是沿指挥和控制系统接收命令，这也正是我们攻击指挥和控制系统的原因。

拉姆斯菲尔德：毫无疑问，在那些东西的任何单独一个上你可能是完全正确的，你都可以成立。但我想没有人能够在所有那四个标准上都成立。

提问：但当美国攻击他们的时候他们是阿富汗的武装部队吗？他们被认为是吗？

拉姆斯菲尔德：那是个法律问题。总统说了他将——我不应当重复他所说的，白宫的声明所说的。你知道它说了什么。他将《公约》适用于塔利班。对你问题的回答是，作为政策问题或者法律问题，他们都被视为被《日内瓦公约》涵盖。我不知道你为什么还要问这个问题。……

5. 美洲国家间人权委员会

(1) 请求采取预防措施

[资料来源：Organization of American States, Detainees in Guantánamo Bay, Cuba, Request for Precautionary Measures, decision published in *International Legal Materials*, vol. 41, no. 3, May 2002, p. 532-535; 脚注略。]

[注：The Organization of American States Charter, 见于<http://www.oas.org>; The Inter-American Commission Statute on Human Rights, The American Declaration on the Rights and Duties of Man and the American Convention relative to Human Rights见于<http://www.cidh.org/basic.eng.html>]

美洲国家组织
华盛顿，哥伦比亚特区20006美国
2002年3月13日
关于
古巴关塔那摩湾被拘留者
请求采取预防措施

[……]

经过对请求的仔细商议，委员会在第114次例会期间决定采取预防措施，据此我们请求阁下的政府采取必要的紧急措施，由主管法庭确定关塔那摩湾被拘留

者的法律地位。鉴于这一请求对于美国及所涉被拘留者的重要性和含意，委员会希望说明其做出这一决定的依据。

[……]

包括美国在内的美洲组织成员国根据《美洲国家组织宪章》第106条和委员会《规约》第18、19、20条所给予委员会的授权，依次对委员会考虑目前面对的问题具有核心意义。通过上述条款，美洲国家组织成员国责成委员会监督成员国在西半球遵守人权的情况。这些权利包括《美洲人类权利和义务宣言》所规定的那些权利，该宣言构成所有美洲国家组织成员国与处于其权力和控制之下的人有关的法律义务的渊源之一。委员会已经被指示特别注意对《美洲宣言》第1条（生命权）、第2条（法律面前平等权）、第3条（宗教自由和信仰权）、第4条（调查、言论、表达和传播的权利）、第18条（公平审判权）、第25条（免遭任意逮捕权）和第26条（正当法律程序权）的遵守情况。

此外，尽管其明确任务是确保在西半球对国际人权保护的遵守，但委员会过去在武装冲突场合解释《美洲宣言》及其它美洲间人权文件时已经借鉴并适用了国际人道法的定义性标准和相关规则。

在采取这一方法时，委员会运用了某些表明国际人权法和国际人道法之间相互关系的基本原则。国际人道法被公认为适用于一切时候，无论是平时时期还是武装冲突场合。相反，国际人道法一般不适用于平时时期，它的主要目的是对作战方式加以限制，并保护武装冲突中的受害者，包括平民和已经放下武器或丧失战斗力的战斗员。此外，在武装冲突场合，国际人权法与国际人道法上的保护可以相互补充和加强，因为两者都以不可贬损的权利为共同核心，以增进人类生命安全与尊严为共同目标。然而，在某些情况下，在武装冲突场合评估对某个特定权利——如自由权——的遵守与否的标准，可能同平时时期所适用的标准有所不同。在这种情况下，国际法，包括本委员会的判例，就规定可能有必要通过参照作为可适用之特别法 (*lex specialis*) 的国际人道法来推导出可适用的标准。

因此，当人们发现自己处于国家的权力和控制之下，并且可能涉及武装冲突的情况时，他们的基本权利可以通过部分参考国际人道法和国际人权法来确定。但是，即使国际人道法的保护可能被认为不适用，这些人至少仍然享有国际人权法上的不可贬损的保护。简言之，不管他或她的情况如何，没有哪个处于国家的权力和控制之下的人完全不享有对其不可贬损之基本人权的法律保护。

这一基本观念反映在包括关于陆战法规和惯例的1899年和1907年《海牙公约》在内的许多历史悠久的人道法条约所共有的马尔顿斯条款中。根据该条款，

不属于那些条约及其它国际协定保护范围的人仍应受国际法原则的保护，因为这些原则是来源于文明国家间确立的惯例、人道法规和公众良知的要求。根据适用于平时时期和战争时期的国际规范，例如那些反映在《日内瓦第三公约》第5条和《美洲人类权利和义务宣言》第18条中的规范，必须由不同于政权机构的主管法院或法庭负责确保尊重处于国家权力和控制之下的人的法律地位。

关于其目前面对的预防措施请求，委员会认为涉及关塔那摩湾被拘留者的某些相关事实已经众所周知，无可争议。这些事实包括美国政府认为自己正在同一个国际恐怖分子网络作战，为了打赢这场战争美国政府从2001年10月开始在阿富汗展开军事行动，以及大部分关塔那摩湾被拘留者是在此次军事行动中被逮捕并仍完全处于美国政府的权力和控制之下。

对于这些被拘留者的法律地位存在疑问也是众所周知的。这包括《日内瓦第三公约》及/或其它国际人道法规定是否及在何种程度上适用于一些或全部被拘留者，以及这对于其国际人权保护意味着什么。根据美国政府的正式声明，其行政部门最近已经拒绝给予这些被拘留者《日内瓦第三公约》上的战俘地位，而未将此问题提交主管法庭或以其它方式确定被拘留者根据国际法或美国国内法所享有的权利和保护。相反，现有信息显示被拘留者仍然完全处于美国政府不受限制的自由裁量权之下。委员会认为，不对这些被拘留者的法律地位做出澄清，他们根据国际法或国内法所可能享有的权利和保护就不能说受到了国家的有效法律保护。

根据上述考虑，在不对国际人道法适用于关塔那摩湾被拘留者的可能性做预先判断的情况下，委员会认为，为了确保每个被拘留者的法律地位都得到澄清，并且被给予与其所具有之地位相称的、在任何情况下都不低于不可贬损的权利的最低标准的法律保护，预防措施既是适当的，也是必要的。据此，委员会特请求美国采取必要的紧急措施，由主管法庭确定关塔那摩湾被拘留者的法律地位。

[……]

(2) 美国政府的答复

[资料来源：International Law in Brief, 4 June 2002, ASIL, <http://www.asil.org/iilibindx.htm>]

美国：美国对请求采取预防措施的答复—— 关塔那摩湾被拘留者，古巴 (2002年4月12日)

美国对美洲国家间人权委员会（“委员会”）2002年3月12日关于关塔那摩湾被拘留者的预防措施的決定做出答复[……]，声称委员会在本案中请求采取预

防措施没有“法律或事实”依据。美国还主张委员会没有适用国际人道法所需的管辖权。作为替代主张，美国声称预防措施在本案中既不必要也不适当。

美国辩称，支配在武装冲突中俘虏和拘留敌方战斗员的是人道法而非人权法。美国因此主张，“其使命……在于根据[《美洲人类权利和义务宣言》]解释人权”的委员会缺乏解释和适用人道法的管辖权。作为替代主张，美国指出，它不是《美洲人权公约》或任何其它给予委员会考虑适用国际人道法之管辖权的公约的成员国。

美国主张没有必要采取预防措施，理由之一是被拘留者的法律地位是清楚的。美国提出，关塔那摩湾被拘留者不是战俘这一点是众所周知的，因为他们“未能满足适用于合法战斗员的标准”。美国进一步主张，按照国际人道法，参与武装冲突的国家有权俘虏和拘留战斗员，“无论是否是”战俘。作为替代主张，美国声称关塔那摩湾被拘留者受到人道对待，没有面临任何“危险或无法补救的伤害”，而根据委员会《规约》第19条第3款，后者是采取临时措施的先决条件。

6. 美国，总统军事令

[资料来源：“President's Military Order”, 13 November 2001, in *Federal Register*, vol. 66, no. 222, 16 November 2001, p.57833-57836. 见于 <http://www.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm>]

白宫新闻稿

发言人办公室

华盛顿，哥伦比亚特区

2001年11月13日

在反恐战争中对某些非公民的拘留、对待和审判

军事令

根据美利坚合众国宪法和法律赋予我作为总统和武装部队总司令的权力，[……]特命令如下：

第1条. 调查发现

1. 国际恐怖分子，包括基地组织成员，已经对国外的美国外交和军事人员及设施以及美国境内的公民和财产实施攻击，其规模已经造成武装冲突状态，需要动用美国武装部队。

2. 鉴于严重的恐怖主义行动和恐怖主义威胁，包括2001年9月11日对国家首都地区的美国国防部、纽约的世界贸易中心和宾夕法尼亚州等地民用飞机的恐怖主义攻击，我于2001年9月14日宣布全国实施紧急状态（第7463号公告，因某些恐怖主义攻击全国实施紧急状态的声明 [见于<http://www.whitehouse.gov/news/proclamations/>]）。
3. 参与国际恐怖主义的单独或协同行动的个人拥有对美国进一步发动恐怖主义攻击的能力和意图，这种攻击如果不被察觉和防范，将造成大量伤亡和大规模财产损失，并可能危及美国政府的持续运行。
4. 美国保护其国家和公民以及帮助其盟国及其它合作国家保护它们的国家和公民免遭恐怖主义攻击的能力，在很大程度上取决于动用美国武装部队来辨认恐怖主义分子及其支持者、瓦解他们的行动以及消除他们发动或支持这种攻击的能力。
5. 为了保护美国及其公民，以及有效开展军事行动和防止恐怖主义攻击，根据第2条应受本命令约束之个人有必要被拘留，并在被审判时由军事法庭以违反战争法及其它可适用法律之理由审判。
6. 鉴于国际恐怖主义的本质和对美国安全构成的威胁，并在本命令的限度内，我认为与《美国法典》第10章第836条 [见于<http://uscode.house.gov>] 相一致的是，对根据本命令设立的军事委员会适用在美国地区法院刑事案件审判中普遍承认的法律原则和证据规则是不可行的。
7. 充分考虑到潜在的恐怖主义行动所能造成的巨大人员伤亡和财产损失，以及这种行动实际出现的可能性，我已确定，就国防而言存在非常之紧急状态，该紧急状态构成迫切和极其重大之政府利益，并且发布本命令是应对该紧急状态所必需。

第2条. 定义及政策

1. “应受本命令约束之个人”是指我不时以书面形式确定具备以下条件之任何非美国公民之个人：
 - (1) 有理由相信该个人在相关时间，
 - ① 是或曾是基地组织成员；
 - ② 参与、教唆或共谋进行对美国国家、公民、国家安全、外交政策或经济造成、威胁造成或旨在造成伤害或不利后果的国际恐怖主义行动或其准备活动；或

③ 故意窝藏本命令第2条第1款第1项第1、2目所述之一人或多人；及

(2) 为了美国的利益，此等个人应受本命令约束。

2. 美国的政策是，国防部长应当采取一切必要措施确保任何应受本命令约束之个人均依照第3条被拘留，并且若被审判，只依照第4条进行审判。
3. 还有，美国的政策是，任何尚未在国防部长控制之下、而是在美国或任何州的任何其他官员或代表的控制之下的应受本命令约束之个人，应在该官员或代表收到此等书面决定时立即被置于国防部长的控制之下。

第3条. 国防部长的拘留权。任何应受本命令约束之个人应被——

1. 拘留在国防部长指定的、美国境外或境内的适当地点；
2. 给予人道待遇，不作基于种族、肤色、宗教、性别、出生、财富或任何类似标准的任何不利区分；
3. 给予足够的食物、饮水、住处、衣物和治疗；
4. 允许自由进行与此等拘留相一致的宗教活动；
5. 依照国防部长所可能规定的其它条件拘留。

第4条. 国防部长关于应受本命令约束之个人的权力

1. 任何应受本命令约束之个人，当被审判时，应当由军事委员会基于该个人被控犯有的可由军事委员会审判的任何及所有罪行进行审判，并可被判处可适用法律所规定之刑罚，包括无期徒刑和死刑。
2. 作为军事职能并根据第1条，包括其第6款，之调查发现，国防部长应发布为执行本条第1款所必需之命令及规章，包括任命一个或多个军事委员会之命令。
3. 根据本条第2款所发布之命令及规章应包括但不限于军事委员会的诉讼程序规则，包括审前、审中和审后程序、证据形式、传票之发出及律师资格，并应至少规定——
 - (1) 军事委员会在与国防部长所可能制定的关于时间和地点的指南相一致的任何时间和任何地点开庭；
 - (2) 充分和公平的审判，由军事委员会同时作为事实和法律的审判者；

- (3) 接纳任何根据军事委员会主持官员的意见（或者根据军事委员会当时之多数意见，如果委员会任何成员在主持官员提出意见时有此请求），对于一个通情达理的人具有证据价值的证据；
- (4) 以与保护根据经修订之1995年4月17日第12958号行政令或任何后续行政令归为或应归为机密、受禁止擅自披露之法律或规则保护或受到其它法律保护之信息相一致的方式，第一，材料和信息之处理、作为证据接纳及接触途径；第二，诉讼之进行、终止及准入；
- (5) 由国防部长指定的一名或多名律师起诉，由代表应受本命令约束之个人的律师辩护；
- (6) 须委员会成员过半数出席且出席者三分之二以上多数同意方能定罪；
- (7) 须委员会成员过半数出席且出席者三分之二以上多数同意方能判决；
- (8) 将包括定罪或判决在内之审判记录提交我，或者若我为该目的做此指定，提交国防部长，进行审查及最终决定。

第5条．其它机构对国防部长的协助义务

美国的政府部门、机构、单位及办公室应在法律许可的最大限度内向国防部长提供他为实施本命令所请求之协助。

第6条．国防部长的其它权力

1. 作为军事职能并根据第1条之调查发现，国防部长应发布为执行本命令任何条款所必需之命令及规章。
2. 国防部长可以履行其任何职权或职责，并可依照《美国法典》第10章第113条第4款行使本命令（第4条第3款第8项除外）所给予他的任何权力。

第7条．同其它法律和法庭的关系

1. 本命令之任何规定均不得被解释为——
 - (1) 授权向任何无权接触它们的人披露国家机密；
 - (2) 限制总统作为武装部队总司令之权力或总统缓刑或赦免之权力；
 - (3) 限制国防部长、任何军事指挥官或者美国或任何州的任何其他官员或代表对不应受本命令拘束之个人进行拘留或审判的合法权力。

2. 关于应受本命令约束之任何个人——
 - (1) 军事法庭对该个人所犯之罪行应当享有排他管辖权；
 - (2) 该个人无权在美国或其任何州的法庭、任何外国法庭或任何国际法庭直接或间接寻求任何救济或进行任何诉讼，或由他人代表该个人寻求此等救济或诉讼。
3. 本命令无意也并不创设可由任何当事人对美国及其部门、机构、其他实体、官员、雇员或其他任何人强制执行的法律或衡平上的任何实质性或程序性权利、利益或特权。
4. 就本命令而言，“州”一词包括美国的任何州、特区、领土或属地。
5. 我保留指示国防部长在此后任何时候向一个政府机构移送对任何应受本命令约束之个人的控制之权力。本命令之任何规定均不得被解释为限制任何此等政府机构对控制权被移交于彼之任何个人提起公诉之权力。

第8条．公布

本命令应被公布于《联邦公报》。

乔治·W. 布什

白宫

2001年11月13日

讨 论

1. (1) 红十字国际委员会是否有权探视在发生国际武装冲突后被监禁的囚犯？拘留国是否有义务接受这些探视？它是否有义务接受所有探视程序（例如单独探视）？（参见《日内瓦第三公约》第126条第4款，《日内瓦第四公约》第143条第5款。）
(2) 这一权力是否随被拘留者的地位而不同？
2. 你如何定性塔利班与美国在阿富汗的冲突？不承认塔利班政权构成阿富汗的合法政府影响对冲突的定性吗？塔利班能否被视为反对受到国际承认之政府的反叛团体，尽管他们对包括首都内的大部分国家拥有事实上的控制？
3. 你如何定性基地组织与美国在阿富汗的冲突？国际警察行动？武装冲突？国际武装冲突？
4. (1) 根据国际人道法，被俘虏的塔利班成员是武装部队战斗员吗？如果被俘，他们能否受益于战俘地位？如果有疑问，应如何对待他们？你的回答会取决于他们是被

- 北方联盟还是被美国俘虏的吗？（参见《日内瓦第三公约》第4条第1款和第5条，《第一议定书》第43—45、75条。）
- (2) 当美国认为他们同塔利班的冲突被《日内瓦公约》涵盖，但塔利班武装部队成员“未能满足战俘地位的标准”（文件4），他们所说的是什么标准？塔利班武装部队成员必须满足《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项的标准吗？即使他们属于第4条第1款第1项或第3项的范围？（参见文件3。）
- (3) 对于不是塔利班武装部队成员的囚犯，你对问题4（1）的回答会有所不同吗？如果他们可能是基地组织成员呢？
- (4) 如果拘留国对塔利班的地位有疑问，必须由主管法庭对其地位做出决定吗？如果拘留国认为对于某类被拘留者不能受益于战俘地位这一事实没有疑问，但客观评估却对此提出了疑问？谁决定囚犯被赋予之地位以及可能有必要由主管法庭来确定这一地位？如果由拘留国来决定是否存在疑问，那么《日内瓦第三公约》第5条的意义和效果何在？（参见《日内瓦第三公约》第5条，《第一议定书》第45条。）
- (5) 根据国际人道法应如何对待战俘？应如何对待平民被拘禁者？
- (6) 国际人道法对于可能使其曝露于公众好奇心之下的公布囚犯照片行为是如何规定的？这种公布行为是否构成对国际人道法的严重破坏？（参见《日内瓦第三公约》第13条第2款，《日内瓦第四公约》第27条第1款。）国际人道法对于进行其宗教活动的被拘留者是如何规定的？（参见《日内瓦第三公约》第34—37条，《日内瓦第四公约》第93条。）
5. (1) 如果你认为在阿富汗冲突后被拘留的所谓基地组织或塔利班成员不是战俘，那么他们在国际人道法上的地位是什么？他们是《日内瓦第四公约》意义上的平民被拘禁者吗？是“非法战斗员”吗？国际人道法预见到了这一类别吗？你对红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》第4条的评论“不存在中间地位；处于敌人控制之下的人没有在法律之外的”有何回应？你的回答会随被拘留者的国籍而不同吗？（参见《日内瓦第四公约》第4、5条；评论见于<http://www.icrc.org/ihl>。）
- (2) 当罗塞特女士说“是重新思考《日内瓦公约》的时候了”（文件2）时，你是否同意？你是否认为国际人道法对于由确定被拘留者地位所引发的问题提供了答案？
6. (1) 根据国际人道法，美国是否有权将在阿富汗被捕的被拘留者移送出国？如果他们是战俘？如果他们是平民？地位未被明确界定的囚犯？他们是否有权将他们移送至非冲突方国家的领土（古巴）？如果它是由美国军队控制的军事基地？（参见《日内瓦第三公约》第12、21、22、46—48条，《日内瓦第四公约》第49条第1款、第76条、第127—128条。）
- (2) 阿富汗能否被视为被美国占领的领土？只有那些处于美国直接控制之下的地区（军事基地、拘留中心）？国际人道法关于被占领地的规则是否适用？阿富汗领土是否“被有效置于敌军当局的权力之下”？美国在阿富汗领土俘虏个人这一事实是否意味着这些规定自动适用，尤其是第49条？如果《日内瓦第四公约》有关被占

领地的第三部分第三编不适用，被美国逮捕的阿富汗平民是否仍是受保护平民？他们被第二编涵盖吗？有没有既不被第二编涵盖也不被第三编涵盖，而只被第一编涵盖的平民？（参见《海牙章程》第42条；文件1，第553页；《日内瓦第四公约》第4、27—28、126条。）

- (3) 根据国际人道法，在阿富汗被逮捕的关塔那摩湾被拘留者应于何时遣返？如果他们战俘？平民被拘禁者？如果他们没有被赋予任何这些地位？如果他们应受刑事追诉？（参见《日内瓦第三公约》第118和119条，《日内瓦第四公约》第132—135条。）
 - (4) 既非阿富汗国民亦非美国国民、但在阿富汗被俘的被拘留者能否被遣返回其本国？有何条件？如果他们因为被假定同基地组织有联系而有被迫害的危险怎么办？美国是否必须确保他们不会遭受酷刑，并且在需要时受益于符合人权的公平审判和待遇？国际人道法是否规定了不驱回原则？这是习惯法吗？（参见《日内瓦第三公约》第12条，《日内瓦第四公约》第45和134条。）
7. 承认一个人战俘是否妨碍拘留国对该被拘留者所犯罪行进行裁判？对他进行审问？战俘只有义务告知“姓名、等级、番号和出生日期”这一说法（文件2）是否正确？（参见四个《日内瓦公约》分别第49条第2款、第50条第2款、第129条第2款和第146条第2款；《日内瓦第三公约》第17条第1、4款，第82、85、99、102条；《第一议定书》第85条第1款。）
8. (1) 国际人道法为何与美洲国家间人权委员会有关（参见文件5（1））？因为国际人道法是国际法的一部分？因为它对美国有拘束力？因为它对受《美洲人类权利和义务宣言》保护的与武装冲突有关的权利做了更为详细的界定？因为它必须适用所有提供比《美洲宣言》更为全面的保护的规则？因为对受到《美洲宣言》保护的权利的减损只有在不违反所涉国家的其它义务时才能被允许？（参见《美洲人类权利和义务宣言》，见于<http://www.cidh.org/basic.eng.htm>。）
- (2) 当美国在其对美洲国家间人权委员会的答复中说“关塔那摩被拘留者不是战俘这一点是众所周知的”（参见文件5（2））时，你是否同意？美洲国家间人权委员会要求美国采取“必要的紧急措施，由主管法庭确定关塔那摩湾被拘留者的法律地位”的决定是否因此而不相干？
9. (1) 美国总统的军事令是否符合国际人道法？对于在阿富汗冲突后处于美国控制之下的被拘留者，有关刑事追诉和司法保障的可适用的人道规则是什么？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条第1款第4项，《日内瓦第三公约》第99—108条，《日内瓦第四公约》第66—68、70—76、126条，《第一议定书》第75条第4款，《第二议定书》第6条。）
- (2) 设立军事委员会来裁判恐怖主义行为是否违反禁止刑事立法溯及既往的规定？根据这一总统令的条文，军事委员会是否独立？（例如，参见《第一议定书》第75条第4款。）他们能否被视为正规组成？

案例217. 美国，军事委员会指示**案 例**

[资料来源：US Department of Defense, Military Commission Instructions, 见于 http://www.defenselink.mil/releases/2003/b05022003_bt297-03.html]

[本指示是下发给为审判“反恐战争”中的外国“敌方战斗员”而根据2001年11月13日美国总统军事令(参见**案例216**. 古巴, 被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 [比较6. 美国, 总统军事令], 第2293页)设立的军事委员会的。关于该类审判的合理性, 参见**案例220**, 美国, 哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案, 第2330页。]

国防部**第2号军事委员会指示****2003年4月30日****主题：军事委员会审判的罪行及构成要件**

[……]

5. 定义

(3) 在武装冲突背景中并与武装冲突相联系 [只有在这种背景中实施的犯罪才能进入委员会的管辖范围]。这一用语所包含的要件要求在行为与战事之间存在联系。这种联系包括但不限于与战事有关的时间、地点及行为目的。但是，这些因素的存在并不一定能满足必要联系（例如，为了与冲突无关的个人利益而发生在同一武装部队成员之间的谋杀，即使在时间和地点上同武装冲突相联系，也不是在武装冲突“背景中”）。这一构成要件的核心不是冲突的本质或特性，而是同冲突的联系。这一要件不要求有宣战、持续的相互敌对行动或者涉及正规国家武装部队的对峙。一个单独的敌对行为或未遂行为就可能为这种联系提供充分理由，只要其规模或严重性达到了“武装攻击”或“战争行为”的程度，或者与行为人相联系的部队的数量、实力、公开意图或组织使得行为或未遂行为实质上等同于武装部队的攻击。同样地，带着引发或促成这种敌对行为或战事的明知或意图而实施或组织的行为也将满足联系要求。

(4) 军事目标。“军事目标”是那些武装冲突期间的潜在目标，它们由于其性质、位置、目的或用途而有效地促进敌对部队的作战能力或战争补给

能力，并且对它们的全部或部分破坏、夺取或中立化能够在攻击之时的情况下构成攻击者的确定的军事优势。

- (5) 攻击目标。“攻击目标”是指攻击所有意指向的人、地、物。就这点而言，这个术语既不包括间接损害也不包括偶然受伤或死亡。[……]

6. 罪行及构成要件

- (1) 独立罪行—战争罪。下列罪行，如适用，应单独指控。要件用于反映犯罪者的行为。不必专门指控每个要件。
- (2) 独立罪行—其它由军事委员会审判的罪行。下列罪行，如适用，应单独指控。要件用于反映犯罪者的行为。不必专门指控每个要件。[……]

2) 恐怖主义罪

a. 构成要件

- (1) 被告杀害一人或多人或对其实施身体伤害，或者破坏财产；
- (2) 被告：
- (a) 有杀害一人或多人或对其实施严重身体伤害的故意；或
- (b) 故意参与对于他人具有固有危险性的行为，表现出对人的生命的极度漠视；
- (3) 杀害、伤害或破坏行为的意图是恐吓或胁迫平民人口，或者通过恐吓或胁迫影响政府的政策；及
- (4) 杀害、伤害或破坏行为发生在武装冲突背景中并与其相联系。

b. 评论

- (1) 本罪的要件1包括造成死亡或身体伤害，即使是间接。
- (2) 本罪要求行为是不正当的，这就要求构成本罪的行为不包括由一国军队在行使其正式职责过程中对合法军事目标进行的攻击。

3) 非特权交战者谋杀罪

a. 构成要件

- (1) 被告杀害一人或多人；

(2) 被告：

- (a) 有杀害该一人或多人或对其实施严重身体伤害的故意；或
- (b) 故意参与对于他人具有固有危险性的行为，表现出对人的生命的极度漠视；

(3) 被告不享有战斗员豁免；及

(4) 杀害行为发生在武装冲突背景中并与其相联系。

b. 评论

- (1) “杀害”一词包括故意造成死亡，无论直接或间接。
- (2) 与受害者身份是犯罪性之前提条件的故意杀害或攻击平民罪不同，对本罪而言受害者的身份无关紧要。即使是对士兵的攻击也能构成犯罪，如果攻击者不享有“交战特权”或“战斗员豁免”。[……]

5) 助敌罪

a. 构成要件

- (1) 被告帮助敌人；
- (2) 被告有帮助敌人的意图；
- (3) 行为发生在武装冲突背景中并与其相联系。

b. 评论

- (1) 满足本罪要件1的手段包括但不限于：向敌人提供武器、弹药、补给、金钱、其它物品或服务；窝藏或保护敌人；向敌人提供情报或其它信息。
- (2) 本罪要求行为是不正当的，这就要求被告在行为时并无适当权力。例如，根据可适用的命令或政策向在作战期间被拘留的敌方战斗员提供食物和住处的行为不是助敌。
- (3) 本罪要求行为是不正当的，如果是合法交战者，这可能会要求被告对于美国或盟国负有效忠义务或某种职责。例如，在或与美国或盟国的公民身份、居民外国人身份或契约关系足以满足这一要求，只要该关系存在于与被控罪行相关的时间。[……]

讨论

1. (1) 武装冲突的定义是什么？何时能说武装冲突已经开始？宣战是必要条件吗？（参见四个《日内瓦公约》共同第2、3条，《第二议定书》第1条。）
 - (2) 恐怖主义行为能否构成武装冲突？武装冲突的开始？比如发生在巴黎或伦敦的地铁或者马德里的市郊火车上的炸弹爆炸事件？2001年9月11日的攻击？只要其规模或严重性达到“武装攻击”的程度，一个单独的未遂行为就能构成武装冲突吗？国际人道法是否适用于这些行为？只有当恐怖主义行为实施地国的武装部队同被相信是该恐怖主义源头的国家或非国家团体之间进入了武装冲突？它们是否构成“战争行为”？或者“武装攻击”？在什么情况下？
 - (3) 例如，要想让行为属于国际人道法的适用范围或者被归类为战争罪，谋杀同武装冲突有联系这一点是否足够（即使它在时间和地点上都远离武装冲突）？即使行为在武装冲突期间发生在冲突一方当事国领土内，这种联系也是该行为受国际人道法约束或者被归类为战争罪的必要条件吗？（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（*The Prosecutor v. Tadic*）〔1. 上诉分庭，管辖权，第68–69段〕，第1794页；**案例200**. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏案（*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*）〔2. 上诉分庭，第425–446段〕，第2154页。）
2. 国际人道法是如何界定“军事目标”的？比较美国国防部和国际人道法的定义。对于敌方“战争维持能力”的贡献足以使一个目标成为军事目标吗？每一个对敌方国家、政府或居民继续进行武装冲突的能力或意愿有所贡献的目标都是合法的攻击目标吗？这样一个宽泛的定义的优点和风险是什么？对于军事委员会的管辖权而言？（参见《第一议定书》第52条。）
3. (1) 国际人道法对于恐怖主义是如何规定的？“恐怖主义”的定义是什么？你如何看待美国国防部在这份文件中给出的恐怖主义“构成要件”？国际人道法特别提到过恐怖主义吗？如果没有，这是否意味着恐怖主义行为只能在和平时才有可能实施？找出所有可能被恐怖主义行为违反的国际人道法规则。这种行为能否被定性为战争罪？（参见《日内瓦第四公约》第33条第1款，《第一议定书》第51条第2款和第85条第3款第1项，《第二议定书》第4条第2款第4项和第13条第2款。）
 - (2) 国防部为何没有提及禁止恐怖主义行为的国际人道法规则？为什么关于恐怖主义罪的规定不是在关于战争罪的第一部分，而是在关于“其它罪行”的第二部分？
 - (3) 针对军事目标的攻击能否被定性为“恐怖主义”攻击？只有当它由非国家团体（参见关于恐怖主义罪的第2点评论）实施时？攻击是否必须指向平民或民用目标才能被定性为恐怖主义行为？
4. (1) 什么是“非特权交战者”？在国际人道法上存在这一类别吗？在战时，谁可以杀死敌对军队的士兵而不违反法律？只有穿着制服的武装部队正规成员？使用平民服装及/或伪装技术的特种部队？间谍？雇佣军？你是否认为这取决于实施“谋

- 杀”的方式？杀死敌方士兵的非特权交战者违反的是国际人道法还是国内法？（参见《日内瓦第三公约》第4条第1款，《第一议定书》第43—44条。）
- (2) 如果在国际武装冲突期间被敌人俘虏，这个“非特权交战者”的地位如何？他是“战俘”吗？受保护平民？既不是战俘也不是平民？是否存在国际武装冲突中的被俘战俘不属于国际人道法所界定之类别的可能？给予战俘地位的标准是什么？这一地位有何好处？受益于这一地位的人能否因为在没有违反国际人道法的情况下杀死敌方士兵而被追诉？如果能，那么否认这一地位对于拘留国有何好处？（参见《日内瓦第一公约》第49条第2款；《日内瓦第二公约》第50条第2款；《日内瓦第三公约》第4—5、17、84—85、99、102、129条；《日内瓦第四公约》第4—5、146条；《第一议定书》第43—45、75条，第85条第1款。）
- (3) 如果在非国际武装冲突期间被敌人俘虏，这个“非特权交战者”的地位如何？如果拘留国想要因为其所犯罪行起诉这个被拘留者，应当适用什么规则？这种人能否因为在没有违反国际人道法的情况下杀死敌方战士而被起诉？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条，《第二议定书》第6条。）
- (4) 如果在国际人道法不适用时（例如不存在冲突）被敌人俘虏，这个“非特权交战者”的地位如何？如果拘留国想要因为其所犯罪行起诉这个被拘留者，应当适用什么规则？
5. 在第6条第2款第2、3、5项规定的罪行中，哪些能够对战俘指控？对受保护平民？这些人能否因为这些指控而被提交军事委员会？（参见《日内瓦第三公约》第84、99、102条，《日内瓦第四公约》第64、66、67条，《第一议定书》第43条第2款。）

案例218. 美国，拉苏尔诉布什案**案 例**

[资料来源: Shafiq Rasul, et al, Petitioners 03-334 v, George W. Bush, President of the United States, et al, Appeal, Columbia Circuit, June 28, 2004, 见于<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/28june20041215/www.Supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf>]

[注: 为便于理解, 段落顺序有所调整]

美国最高法院**第03-334号和03-343号****沙菲克·拉苏尔等人, 请愿人03-334诉****美国总统乔治·W. 布什等人****法齐·哈立德·阿卜杜拉·法赫德·奥达****(FAWZI KHALID ABDULLAH FAHAD AL ODAH)等人,****请愿人03-343诉美国等案****(PETITIONERS 03-343 v. UNITED STATES ET AL.)****根据对美国哥伦比亚特区巡回上诉法院发出之调卷令****[2004年6月18日]****史蒂文斯法官宣读了法庭意见**

这两个案件提出了一个有限但却重要的问题, 那就是美国法院在审理对于在国外战事中被俘并被监禁在古巴关塔那摩湾海军基地的外国国民被拘留的合法性质疑方面是否缺乏管辖权。[……]

这些案件中的请愿人是2名澳大利亚公民和12名科威特公民, 他们于美国同塔利班的战事期间在国外被俘。美国军方从2002年初开始将他们——据政府估计, 同大约640名在国外被俘的其他非美国人一起——关押在关塔那摩湾海军基地。[……]

2002年, 请愿人通过作为其诉讼代理人的亲属, 在美国哥伦比亚特区地区法院提出不同诉讼, 质疑将他们拘留在基地的合法性。所有人均声称没有任何请愿人曾是与美国作战的战斗员或者曾参与任何恐怖主义行为。他们还声称没有人

被控犯有任何罪行、被允许咨询律师或者被给予由法院或其它任何法庭审判的机会。[……]

这些案件中的请愿人在一些重要方面不同于艾森特雷格案中的被拘留者 [参见

案例84. 美国，约翰逊诉艾森特雷格案 (Johnson v. Eisentrager)，第1066页]：他们不是同美国交战的国家的国民，并否认自己曾经参与或策划针对美国的侵略行为；他们从未被给予由任何法庭审判的机会，更不用说被指控或认定犯有任何罪行；他们被关押在美国行使排他管辖权和控制权的领土内长达两年多。[……]

裁定概要 [……]

裁定：美国法院在审理对于在国外战事中被俘并被监禁在古巴关塔那摩湾海军基地的外国国民被拘留的合法性质疑方面有管辖权。[……] (1) 根据授权地区法院“在其各自管辖范围内”受理声称被“违反……美国……法律而监禁”的人的人身保护申请 (第2241条第1款、第3款第3项) 的《美国法典》第28章第2241条，地区法院有审理请愿人的人身保护质疑的管辖权。这种管辖权及于关押在美国行使完全和排他管辖权、但并非“最终主权”的领土内的外国人。[……]

② 被告主张第2241条受限于这一原则，即立法被假定不具有域外效力，除非国会清楚表明此种意图。“均等就业机会委员会诉阿拉伯美国石油公司案” (EEOC v. Arabian American Oil Co.)。法庭对此也予以拒绝。在涉及被拘留在“〔美国〕属地管辖权范围内”的人时，那一假定不适用于人身保护法。“福利兄弟公司诉菲拉尔多案” (Foley Bros., Inc. v. Filardo) [……]。根据同古巴之间的协定的明示条款，美国对于关塔那摩基地行使完全的管辖权和控制权，并且如果愿意，可以永远继续如此。被告承认，人身保护法将会为被关押在基地的美国公民的请求权创设联邦法院管辖权。鉴于第2241条没有区分被联邦政府监禁的美国人和外国人，几乎没有理由认为国会意在使该法律的地域适用范围随被拘留者的公民身份而不同。被关押在基地的外国人，同美国公民一样，有权援引联邦法院的第2241条权力。[……]

(2) 地区法院对于审理“奥达案”请愿人援引《美国法典》第1331条即联邦问题法和第1350条即外国人侵权法的申诉也有管辖权。上诉法院再次依赖艾森特雷格案，认为地区法院正确地以因请愿人没有在美国法院进行诉讼的特权而缺乏管辖权为由驳回了这些请求。[……]

讨论

1. 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，第14条第3款；《日内瓦第四公约》第4、38条；《海牙章程》第23条第8款。）
2. 本案的裁定为何与艾森特雷格案不同？怎样不同？（参见**案例84**. 美国，约翰逊诉艾森特雷格案，第1066页。）

案例219. 美国，对约翰·菲利普·沃克·林德的审判

案例

1. 美籍塔利班成员飞回国内，但不会被押往关塔那摩湾监狱

[资料来源：HUGGLER Justin, "American Taliban flies back, but not to the cages of Guantanamo Bay", in The Independent, London, 23 January 2002.]

**美籍塔利班成员飞回国内，
但不会被押往关塔那摩湾监狱**

**贾斯廷·哈格勒
2002年1月23日**

加入塔利班、见过乌萨马·本·拉登、在炸弹落向阿富汗时同基地组织军队一起战斗的美国人约翰·沃克·林德，昨天从战场启程回国，去面对审判。

他被从其关押所在的阿拉伯海中的美国海军巴丹号突击舰用飞机送往弗吉尼亚州亚历山大市的一座监狱。

沃克先生是一名基地组织志愿者。但是，同其他嫌疑人不同，他将不会被关押在古巴关塔那摩湾的监狱中，而且他的命运将不会由军事委员会来决定。沃克先生将会在美国民事法庭面对司法，因为他是美国公民。

他也许是唯一一个在9.11之前就知道将会有某种可怕的事发生的美国人。他6月份在阿富汗的基地组织营地进行训练，那里的一名教员告诉他本·拉登先生已经派出特务去攻击美国。

当 he 从被淹没的地下室，从这场战争中最黑暗的片断之一——超过150名塔利班战俘在马扎里沙里夫进行监狱暴动时被美国的炸弹炸死——中出现，几乎不能行走时，沃克先生让美国目瞪口呆。

当他爬到亮处时，美国人几乎无法相信他们的一个公民在为塔利班战斗。然而沃克先生的脸就在那里，浓密的络腮胡须，圆睁的双眼满是恐惧，透过电视屏幕盯着他们。

他的脸不断回来困扰美国。沃克先生出现在一段美国中情局特工讯问在马扎尔 (Mazar) 的詹吉堡 (Qalai Jangi) 投降的塔利班外国志愿者的异乎寻常的录像带中。约翰尼·“迈克”·斯潘 (Johnny “Mike” Spann)，一名几小时后被杀死的中情局特工，蹲在沃克先生面前，冲着他的脸打着响指。镜头之外，另一名中情局特工“戴夫” (Dave) 说道：“他需要决定他想死还是想活。如果他想死，他就会死在这儿——他就能他妈的死在这儿。”之后不久，暴动开始了。

沃克先生的案件记录揭露了令人震惊的真相。记录显示，他不仅同塔利班一起战斗，而且是本·拉登领导的一个基地组织战队的成员。这名美国年轻人据称会见过本·拉登先生至少一次，并且在小组内同他说过话。

许多美国人在叫喊着要报复。当局说没有足够的证据来支持叛国罪指控，该罪名可以被判处死刑。但沃克先生在包括共谋杀害美国人和帮助恐怖主义团体的指控下可能面临无期徒刑。

弗吉尼亚监狱的条件将同他丰衣足食的养育过程大不相同。沃克先生以前的朋友说他是一个典型的美国小孩。他玩美式足球和棒球。他的父亲是律师，母亲是家庭主妇。他的名字是随约翰·列侬 (Jonh Lennon) 取的。在他10岁时，他家从马里兰搬到了加利福尼亚。

读过马尔科姆 (Malcolm) 的自传之后发现，16岁时，沃克先生转信伊斯兰教。他去一个伊斯兰中心参加星期五的礼拜。他改名为苏莱曼·法里斯 (Suleyman al-Faris)。

1998年，他到也门去学习阿拉伯语和伊斯兰教。沃克先生的父亲，弗兰克·林德 (Frank Lindh)，说他那时并不担心。2000年10月，他搬去了作为塔利班征募地之一的巴基斯坦西北边境省的一所宗教学校。他的家人同他失去了联系。

美国的案件记录显示，去年5月沃克先生加入了活跃在克什米尔地区、被美国确认为“恐怖主义组织”的伊斯兰团体哈拉克慕查希丁 (Harakat ul-Mujahedin) 的训练营。他很快离开了训练营，前往阿富汗加入塔利班。联邦调查局说，在那里他被告知他必须加入一个阿拉伯人旅，因为他不会说阿富汗语，但会说阿拉伯语。

他被送往法鲁克(al-Farooq)的基地组织训练中心,在那里新兵数次接受本·拉登先生训话。根据案件记录,沃克先生在训练营得知本·拉登先生正在策划自杀式攻击。他曾被问及是否愿意对美国目标发动攻击,但选择了留在阿富汗前线。

美国开始轰炸后,他被送往靠近塔卢坎(Taloqan)的前线。当塔利班开始溃败时,他同其他外国战士退往昆杜兹(Kunduz)。最终,阿富汗塔利班领导人就昆杜兹投降进行了谈判。沃克先生是同意向拉希德·杜斯塔姆(Rashid Dostum)将军投降的大约400名外国战士之一。这就是沃克先生怎么会发现自己跪在詹吉堡中,同中情局的约翰尼·斯潘面对面地在一起。

2. 林德同意服刑20年

[资料来源: BRAVIN Jess, "Lindh agrees to serve 20 years", in *The Wall Street Journal*, New-York, 16 July 2002.]

林德在经布什批准的辩诉交易中同意服刑20年

杰斯·布拉温

《华尔街日报》记者

亚力山大, 弗吉尼亚——在经布什总统批准后达成的辩诉交易中, 约翰·沃克·林德同意为5个月的塔利班士兵生涯服刑20年。

这个出人意料的交易是于周一在一个挤满了人的法庭宣布的, 它使21岁的被告得以避免可能面临的无期徒刑, 如果他在包括同塔利班和基地组织共谋杀害美国人在内的指控上被认定有罪的话。

它也使得政府无需再进行一场复杂的刑事诉讼, 其中涉及来自阿富汗战场的证据、情报官员的证词, 甚至可能需要将塔利班和基地组织的战士从他们在古巴关塔那摩湾海军基地的监狱带来出庭。

这一交易的迹象出现在周一预定听证会快要开始时, 如果举办听证会, 会上关于林德先生的那些陈述可能对他不利。被告的父亲弗兰克·林德做了令人迷惑的表示: 他向美国检察官保罗·麦克纳尔蒂(Paul McNulty)问好, 同这个负责起诉他儿子的男人热烈握手。

据律师说在听证会前半小时才获知这一交易的美国地区法官埃利斯三世(T.S. Ellis III)同被告进行了交谈, 以确认他理解他的认罪后果。没有从联邦监狱的假释。

“你今天感觉还好吧？”埃利斯法官问。“你觉得你能够为你的未来做决定吗？”

“是的，先生。”林德先生回答。

林德先生出生在华盛顿特区，10岁时随家人搬到加利福尼亚州的马林县。他转信了伊斯兰教，并于1998年到也门学习阿拉伯语。后来他去了阿富汗，去年6月成为一支塔利班部队的志愿者，该部队于11月向敌对的北方联盟军队投降。他在马扎里沙里夫附近一场血腥的监狱暴动后被俘。

林德先生对两个指控认罪，二者各包含10年刑期和最高25万美元的罚金。原始起诉中的罪状之一是向塔利班政权提供服务，根据克林顿总统1999年发布的命令这是非法的。

在周一提交的新指控中，林德先生对在实施第一项罪行时携带炸药的行为认罪。他还同意与当局合作，包括可能在军事法庭前针对其他人作证。他承诺将出售其故事所可能获得的任何收入交给政府。

检察官同意取消起诉中的其余9个罪状，放弃关于林德先生支持基地组织恐怖主义网络或共谋杀害美国人的指控。

本案律师说关于辩诉交易的非正式谈话开始于6个星期前，辩方起初提议判10年。布什总统周四批准了20年的刑期。双方在周末敲定细节，并于周一凌晨1点左右签署了条款。

麦克纳尔蒂先生称这一交易是“美国人民的重大胜利”，并说它证明“刑事司法制度能够成为打击恐怖主义的有效工具”。

最近几个月来，布什政府并非如此确定。在遭遇诸如林德先生的出类拔萃的辩护团队和在关于9.11劫机事件共谋指控的审判中自我辩护的扎卡里亚斯·穆萨维(Zacarias Moussaoui)在法庭上的古怪行为之类的各种障碍后，官员们日益寻求完全绕过司法制度。

相反，官员们已经把两个在反恐作战中俘虏的出生于美国的人指定为“敌方战斗员”，将他们关押在军事监狱中，没有指控也没有律师。

据首席辩护律师詹姆斯·布罗斯纳安 (James Brosnahan) 称，检察官们暗示说如果林德在刑事指控上被认定无罪的话可能会面临同样的命运，从而使其更有压力接受辩诉交易。

辩护律师托尼·韦斯特 (Tony West) 说他的当事人希望在监狱中攻读博士学位，也许是在伊斯兰文学方面。检察官们同意推荐林德先生去他父母家附近的监

狱，但司法部将拥有最终发言权。林德先生在10月4日面临正式宣判。埃利斯法官可以将刑期缩短至20年以下，但他说他不大可能这样做。

[注：2002年10月4日，弗吉尼亚州东区地区法院判处约翰·沃克·林德20年有期徒刑。]

讨 论

1. 林德先生在国际人道法上的地位是什么？战俘？平民？他是美国公民这一事实对于确定他的地位有影响吗？根据《日内瓦第三公约》？根据《日内瓦第四公约》？（参见《日内瓦第三公约》第4条，《日内瓦第四公约》第4条，《第一议定书》第44条。）
2. 如果林德先生在被美国俘虏时是阿富汗武装部队成员，他会因为其公民身份而丧失战俘地位吗？《日内瓦第三公约》能否防止美国以叛国罪惩治美国战俘？（参见《日内瓦第三公约》第4、85条。）
3. 为什么林德先生没有资格接受根据2001年11月13日的总统军事令（参见**案例216**。古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地〔6. 美国，总统军事令〕，第2293页。）设立的军事委员会的审判？

案例220. 美国，哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案

案 例

[资料来源：United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 04-1519(JR), 部分脚注略；见于<http://www.dcd.uscourts.gov/04-1519.pdf>]

[注：当本书已经交付印刷，不可能再做实质性改动时，这一判决在上诉中被推翻 [参见哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院，第04-5393号 (2005年7月18日重新发布)，见于<http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200507/04-5393a.pdf>]。针对上诉法院判决向最高法院提起的申诉尚待解决。]

美国哥伦比亚特区地区法院

民事诉讼第04-1519 (3R)号

原告萨利德·艾哈迈德·哈姆丹诉被告唐纳德·H. 拉姆斯菲尔德
(SALIM AHMED HAMDAN v. DONALD H. RUMSFELD)

备忘录意见

萨利姆·艾哈迈德·哈姆丹申请人身保护令，对国防部长计划以所谓战争罪为由在根据美国总统发布的特别命令设立的军事委员会而非根据《统一军事司

法典》设立的军事法庭对其进行审判的合法性提出质疑。政府请求驳回申请。[……]

背 景

哈姆丹是在藏身于阿富汗的恐怖主义团体基地组织2001年9月11日对美国发动恐怖主义攻击之后，于2001年晚些时候在随之而来的阿富汗战事期间被俘的。他被美国军队拘留，并于2002年某个时候被移送至国防部在古巴关塔那摩湾海军基地建立的拘留设施。2003年7月3日，总统依照其2001年11月13日发布的军事令，发现“有理由相信 [哈姆丹] 是基地组织成员或以其它方式参与了针对美国的恐怖活动”，指定由军事委员会对哈姆丹进行审判。国防部新闻稿，“总统确定敌方战斗员应受其军事命令约束”（2003年7月3日），<http://www.defenselink.mil/releases/2003/nr20030703-0173.html>。2003年12月，哈姆丹被安置在作为关塔那摩湾设施一部分的所谓“回声营”。2003年12月18日，为他指定了军事律师。2004年2月12日，哈姆丹的律师根据《统一军事司法典》第10条要求提出指控和快速审判。2004年2月23日，指定机关的法律顾问裁定《统一军事司法典》不适用于对哈姆丹的拘留。2004年4月6日，哈姆丹的律师在美国华盛顿西区地区法院申请书面训令或人身保护令，亦即现在本法庭面前的申请。2004年7月9日，哈姆丹被正式指控共谋实施如下犯罪：“攻击平民；攻击民用目标；非特权交战国谋杀；非特权交战国破坏财产；以及恐怖主义。”[……]

2. 尚未适当确定哈姆丹是可以由军事法庭根据战争法审判的犯罪者。[……]

(1) 战争法包括《日内瓦第三公约》，后者要求只要对哈姆丹的战俘地位存在疑问，就应由军事法庭进行审判。

“本法庭自设立以来就一直承认和适用战争法，包括为战争之开展规定敌方国家和敌方个人之地位、权利和义务的那部分国际法。”

这句话引自奎林案 (Quirin), 317 U.S. at 27-28 [参见**案例83**，第1063页]。美国已经批准了《关于战俘待遇的日内瓦公约》[……]阿富汗是《日内瓦公约》缔约方。《日内瓦第三公约》被公认为战争法的一部分，[……]。它根据其条款适用于“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”。《日内瓦第三公约》，第2条。这一用语涵盖了2001年晚些时候在阿富汗进行中的战事，哈姆丹在其间被俘。如果哈姆丹有权享受《日内瓦第三公约》所给予战俘的保护，那么我们只需在第102条就能找到要求同意其人身保护申请的规则：

对于战俘之判决只有经审判拘留国武装部队人员之同一法院，按照同样程序而宣布，并曾遵照本公约之各项规定者，始属有效。 [脚注7：参见Brief

Amici Curiae of Sixteen Professors at 28-30。]

军事委员会不是这种法院。它的程序不是这种程序。

政府并不反对战俘不得由军事法庭审判的主张。它的主张是哈姆丹根本无权享受《日内瓦第三公约》的保护，肯定不享有战俘地位，以及《日内瓦第三公约》的保护无论如何都不能通过人身保护令来强制实施。

- ① 政府的第一个论点是《日内瓦第三公约》不保护哈姆丹，因为哈姆丹不是在美国同阿富汗的冲突中、而是在同基地组织的“单独”冲突中被俘的。法庭拒绝这个论点。政府的论点显然是基于其声称为“不可审查”的总统“发现”。参见“希克斯诉布什案”(Hicks v. Bush) 驳回起诉申请第33页(国防文件中心第02-00299号文件，2004年10月14日)。这一发现被表述在总统给副总统等人的备忘录“给予基地组织和塔利班被拘留者人道待遇”(2002年2月7日) [参见**案例157**。美国，施莱辛格报告，第1609页 [附件3]。] http://library.law.pace.edu/research/020207_bushmemo.pdf中，称《日内瓦第三公约》适用于在阿富汗被俘的塔利班被拘留者，但不适用于基地组织被拘留者，因为基地组织不是《日内瓦公约》的缔约国。尽管总统认为美国在阿富汗参与的是两个单独的冲突(公众的普遍理解与此相反，参见琼·菲茨帕特里克(Joan Fitzpatrick):《军事委员会的管辖权及含糊的反恐战争》，96 Am. J. Int'l L. 345, 349 (2002) (阿富汗冲突是国际武装冲突，在其中塔利班和基地组织联手对付美国及其阿富汗联军))，但政府就《日内瓦公约》而言将塔利班同基地组织相区分的尝试在诸公约自身结构中找不到支持，因为引发其适用的是冲突地点，而不是战士所属的特定派别。参见大卫·M. 布拉姆(David M. Brahm) 将军(退役)的法庭之友简要意见第17页(引用国务院法律顾问威廉·H. 塔夫脱四世(William H. Taft IV)给总统顾问的备忘录(2002年2月2日)，<http://www.fas.org/sgp/othergov/taft.pdf>)。因此在某种程度上——无论是作为享有《公约》整套保护的战俘还是只根据共同第3条所给予的有限保护——《日内瓦第三公约》适用于战事期间在阿富汗被拘留的所有人。
- ② 政府继而辩称，即使《日内瓦第三公约》可能在理论上适用于在阿富汗战区被俘的任何人，像哈姆丹这样的基地组织成员也不享有战俘地位，因为他们不满足《日内瓦公约》第4条第2款所设定的检验标准——他们没有公开携带武器和遵守战争法规及惯例进行战斗。政府陈述第35页。

又见白宫：“新闻发言人关于《日内瓦公约》的声明”（2003年5月7日），<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/05/20030507-18.html>。政府论证说，我们知道这一点，因为总统自己已经确定哈姆丹是基地组织成员或以其它方式参与了针对美国的恐怖活动。同上。政府认为，这一领域内的总统决定应被给予“异乎寻常的尊重”。10/25/04 Tr.第38页。而且（法庭在2004年10月25日的口头辩论中首次被告知），战斗员地位审查法庭在2004年10月3日的一次听证会后发现，哈姆丹“作为基地组织成员或隶属于基地组织的人”具有敌方战斗员地位。[……]

《日内瓦第三公约》第5条规定：

凡曾从事交战行为而陷落于敌方者，其是否属于第四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。

这一规定已经被陆军规章第190-8号，“敌方战俘、保留人员、平民被拘禁者及其他被拘留人员”http://www.army.mil/usapa/epubs/pdf/r190_8.pdf 实施和确认，哈姆丹已经主张其享有战俘地位，并且陆军规章规定只要被拘留者提出此种主张他的地位就“存在疑问”。[……]陆军规章在这一点上与对第5条含义的国际通解一致。

因此，哈姆丹的地位不存在疑问这一政府立场经不起审查。政府的另一立场，即如果陆军规章要求举行听证，“它已经被提供”，同样经不起审查。没有任何记录显示主管法庭已经确定哈姆丹不是《日内瓦公约》上的战俘。哈姆丹已经在战斗员地位审查法庭出庭，但战斗员地位审查法庭的设立并不是为了处理被拘留者在《日内瓦公约》上的地位问题，而是为了遵守最高法院在“哈姆迪案”中的命令，确定为继续拘留之目的“被拘留者是否被恰当地作为敌方战斗员拘留”。国防部副部长给海军部长的备忘录：“设立战斗员地位审查法庭的命令”（2003年7月7日），<http://www.defenselink.mil/news/Jul2004d20040707review.pdf>；又见海军部长的备忘录：“在古巴关塔那摩湾海军基地的被拘留战斗员的战斗员地位审查法庭程序的实施”（2004年7月29日），<http://defenselink.mil/news/Jul2004/d20040730comb.pdf>。

政府的法律立场是，战斗员地位审查法庭关于哈姆丹是基地组织成员或隶属于基地组织的决定对于哈姆丹的战俘地位也有决定意义，因为总统已经确定被拘留的基地组织成员不是《日内瓦公约》上的战俘，[……]然而，总统不是“法庭”。政府必须设立主管法庭（或者将案件提交已经设立的主管法庭），就哈姆

丹在诸公约上的地位问题寻求具体决定。直至或除非该法庭另有决定，否则哈姆丹享有，并且必须被给予，全面的战俘保护。

- ③ 政府的下一个论点，即共同第3条不适用，因为它所涵盖的是地方而非国际武装冲突，法庭也予以拒绝。被普遍同意，并且被《公约》自身用语、制定《公约》的背景以及普遍认可的国际法所证明的是，共同第3条体现了“国际人道标准”，“梅希诺维奇诉武齐科维奇案” (Mehinovic v. Vuckovic), 198 F. Supp. 2d 1322, 1351 (N.D. Ga. 2002)，并且阐述了“战争法最基本的要求”，“卡迪奇诉卡拉季奇案” (Kadic v. Karadzic) [参见**案例189**，第2038页]。[……]国际刑事法院明白说道：“毫无疑问，在发生国际武装冲突时……在同样适用于国际冲突的更为细致的规则之外，[共同第3条所表述的规则]……构成最低限度的标准；在本法院看来，它们是反映本院在1949年所说的‘基本人道考虑’的规则。”“尼加拉瓜诉美国案” (Nicaragua v. United States) [参见**案例130** [第218段]，第1359页]。[……]法院继续说道：“因为针对国际和非国际冲突的最低限度标准是完全相同的，因此无需回答〔被声称违反共同第3条的行为〕……是否必须在适用于这类或者那类冲突的规则的背景下来看待的问题。”同上。

政府所声称的立场与美国在以往冲突中的立场和行为截然不同，这只会削弱美国自己要求对在国外冲突中被俘的美国人适用《日内瓦公约》的能力。法庭之友提醒我们注意1993年美军准尉迈克尔·杜兰特 (Michael Durant) 被忠于一个索马里军阀的部队俘虏一事。美国要求对方确保杜兰特的待遇与《公约》所给予的保护一致，尽管如果《公约》的适用范围真如政府目前在将之适用于哈姆丹时所希望的那样狭窄，那么“杜兰特的俘虏者将没有义务遵守公约，因为他们不是‘国家’”。尼尔·麦克唐纳 (Neil McDonald) 和斯科特·沙利文 (Scott Sullivan): 《非理性时期的理性解释: <日内瓦第三公约>与“反恐战争”》，44 Harv. Int'l. L. J. 301, 310 (2003)。其它政府已经开始援引美国的关塔那摩政策来将自己的镇压政策正当化，这方面的例子见于人权律师委员会: 《评估新常态: 后9.11时代的美国的自由和安全》，第77—80页 (2003年)。

- ④ 政府假定的王牌是，哈姆丹在《日内瓦公约》上的权利，如果有的话，不管是什么，都不能被本法庭强制执行——事实上，哈姆丹未能提出可以给予救济的请求——因为《日内瓦第三公约》不是“自动执行”的，没有带来私人诉因。

作为初步问题，应当注意的是哈姆丹并未主张《日内瓦第三公约》上的“私人诉因”。《公约》在本案中涉及是缘于将军事法庭的审判范围限于“可以根据战争法审判的……犯罪者”的法律要求。10 U.S.C. § 821。因此，政府的论点等同于主张没有哪个联邦法院有权确定《日内瓦第三公约》是否被违反，以及如果是，提供针对违法行为的救济。

基于合众国权力所签订的条约是这个国家的最高法律。《美国宪法》第6条第2段。美国法院有义务实施国际法和美国的国际协定，除非此等协定是“非自动执行”的。“帕克特·哈巴纳案” (Paquete Habana), 175 U.S. 677, 708 (1900); 《美国对外关系法第三次重述》，第111段。如果条约表明了在没有制定实施性立法时不作为国内法生效的意图，或者参议院在同意条约时要求有实施性立法，或者宪法要求有实施性立法，那么条约就是“非自动执行”的。同上，第114段第4小段。本巡回区关于条约是否自动执行这一主题的支配性法律是“迪格斯诉理查德森案” (Diggs v. Richardson), 555 F.2d 848 (D.C. Cir. 1976), [……]。该案的判决指示法院在解释条约时关注条约文字所表明签署国的意图；如果文字不确定，则关注条约签订时的情形。同上，第851页。“迪格斯案”依赖“人头税案”，112 U.S. 580 (1884)，后者确立了这一命题，即“只要其条款规定了可借以确定私人公民或臣民的权利的规则，条约就像国会立法一样，是这个国家的法律”。

《日内瓦公约》当然正是在规定可借以确定个人权利的规则。而且，正如请愿人和数个法庭之友已经指出的那样，[……]从批准《日内瓦公约》的立法历史可以很清楚地看出，国会仔细考虑了什么样的补充立法，如果要有的话，是使四个公约中的条款生效所必需的，参议院报告第84-9号，第30页 (1955年)，并发现只有4个条款需要实施性立法。对于哈姆丹的案件具有决定性意义的第5条和第102条不在其中。确实需要实施性立法的是第129条和第130条，规定对那些有酷刑、医学实验或“故意”否认公约保护等“严重”违反诸公约之行为的人额外判处刑罚，此处均不涉及。《日内瓦第三公约》，第130条。当博克 (Bork) 法官发现《日内瓦第三公约》因为需要“实施性立法”而不是自动执行的时，“泰尔-厄伦诉利比亚阿拉伯共和国等案” (Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, et al), 726 F.2d 774, 809 (D.C. Cir. 1984) (博克法官，并行意见)，他一定是想到了那些条款，以及国会在制定《战争罪法》18 U.S.C. § 2241时的回应。该意见是三人法官组所写的三份意见之一，其

中没有任何一份获得组内其他法官的赞同。它不是巡回区先例，并且我尊重地认为，它是错误的。“国际协定的一些条款可以是自动执行的，而另一些是非自动执行的。”《美国对外关系法第三次重述》，第111段，评论8。[脚注10：“奥达诉美国案”321 F.3d 1134, 1147 (D.C. Cir. 2003) 中关于《日内瓦第三公约》不是自动执行的评论仅仅依赖博克法官在“泰尔－厄伦案”726 F. 2d 809中所陈述的理由。因为该评论对于“奥达案”的结果并非必不可少，而且无论如何该案已经被最高法院改判，我不受其拘束。]

* * *

因为《日内瓦公约》是制定来保护个人，因为行政部门已经实施了《日内瓦公约》50年而未质疑缺乏实施性立法，因为《公约》除少数具体领域外并不要求实施性立法，还因为《日内瓦第三公约》中没有什么表明缔约国的意图是它在没有制定实施性立法时不作为国内法生效，所以我断定，在与本案相关的范围内，《日内瓦第三公约》是自动执行的条约。[脚注11：哈姆丹是也门公民，政府已经拒绝许可也门外交官到关塔那摩湾探视哈姆丹。在这种情况下政府不应当辩称《日内瓦公约》只能通过外交渠道执行。]我进一步断定，对于哈姆丹是否有权作为战俘享受《日内瓦第三公约》的保护至少存在一些疑问，因此他必需被给予那些保护，除非并直至第5条提及的“主管法庭”另有决定。随这些结论而来的是，哈姆丹不得因为所指控他的战争罪而被审判，除非是由根据《统一军事司法典》正当设立的军事法庭来进行。

(3) 关于哈姆丹在共同第3条上的权利，司法克制是适当的。

有一个论点是，即使哈姆丹不具有战俘地位，军事委员会以其被声称的战争罪行审判他也会违反共同第3条。在这一问题上，司法克制是适当的，也许是必需的，因为与明白无误地规定只能由一般军事法庭来审判战俘、从而暗示了军事委员会管辖权的第102条不同，共同第3条关于“具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭”的要求没有固定的专门含义。《统一军事司法典》所规定的权利和程序有相当数量在军事委员会规则中缺失。[……]我没有觉察到有任何先例将共同第3条中的“保障”界定为所有这些权利都必须在审判前被确保。在审前具有直接意义的权利，只包括哈姆丹在审判的每个阶段都到场并看到对他不利的被接纳证据。[……]

结 论

由于最高法院在“哈姆迪案”中的判决，现在已经清楚的是在关塔那摩湾对敌方战斗员的拘留本身并非非法。因此，对哈姆丹的人身保护申请的（部分）许

可只能提供有限救济。伴随这一意见的命令规定：(1) 除非并直至主管法庭确定哈姆丹不享有战俘地位，只能由根据《统一军事司法典》设立的军事法庭就其被控罪行对其进行审判；[……]

詹姆斯·罗伯逊 (James ROBERTSON)

美国地区法官

2004年11月8日

[注：在“Ridouane·哈利德诉乔治·沃克·布什等人案”(Ridouane Kharid v. George Walker Bush et al)和“拉赫达尔·布迈丁等人诉乔治·沃克·布什等人案”(Lakhdar Boumediene et al v. George Walker Bush et al)，备忘录意见及命令，美国哥伦比亚特区地区法院，2005年1月19日，民事案例号1:04-1142(RSL)和1:04-1142(RSL) (<http://www.dcd.uscourts.gov/04-1142.pdf>) 中，利昂(Leon)法官判决说，最高法院在“拉苏尔诉布什案”[参见案例218，第2324页]中确定只有美国法院才有审理关塔那摩湾被拘留者的人身保护申请的管辖权。利昂法官拒绝了该案中的人身保护申请，判决说所有请愿人都是非美国公民，不能援引任何可借以质疑其拘留合法性的美国宪法、国际法或任何条约法。]

在“关于关塔那摩被拘留者案”，部分拒绝、部分许可被告驳回起诉或作为法律问题裁判之申请的备忘录意见，美国哥伦比亚特区地区法院，2005年1月31日 (<http://www.dcd.uscourts.gov/opinions/2005/Green/2002-CV-299~8:57:59~3-2-2005-a.pdf>) 中，亨斯·格林(Hens Green)法官拒绝了利昂法官对“拉苏尔案”的上述狭义解释。相反，她判决说在恰当解释下，“拉苏尔案”意味着被关押在关塔那摩湾的非公民被拘留者也享有美国宪法上的基本实体权利，包括未经正当程序不得被剥夺自由的权利。而且，亨斯·格林法官认为被设立来确定每个被拘留者是否应被视为“敌方战斗员”的战斗员地位审查法庭有宪法性缺陷，因为它们：(1) 没有为被拘留者提供接触实质性证据的机会；(2) 在机密信息被拒绝向被拘留者披露时没有允许律师的协助；(3) 在某些案件中没有充分处理酷刑指控；及(4) 基于模糊或潜在地过于宽泛的“敌方战斗员”定义而运作。亨斯·格林法官同意“哈姆丹案”中的意见，即对于塔利班或与塔利班有联系的人是否享有战俘地位必须进行个别确定。]

讨论

1. 你如何对哈姆丹在其间被俘的冲突归类？能否想像在阿富汗存在两个截然不同的武装冲突，一个受国际武装冲突国际人道法支配，而另一个不？即使美国是阿富汗和哈姆丹所为之战斗的团体的共同敌人？
2. (1) 你如何界定哈姆丹的地位？什么会使你对他的战俘地位发生疑问？国际人道法为战俘地位确立的检验标准是什么？谁来确定某人是否满足这一标准？
(2) 如果哈姆丹是战俘，他能否被军事委员会审判？如果不能，他是否必须被释放？是否必须许可人身保护申请？应当由谁来审判哈姆丹？
(3) 如果哈姆丹是战俘，他能否因为攻击平民而被审判？因为攻击民用目标？因为谋杀？因为恐怖主义？
(4) 如果对于哈姆丹是否是战俘存在疑问，他能否被军事委员会审判？如何消除疑问？战斗员地位审查法庭的发现为何不能解决哈姆丹是否是战俘的问题？是否只能由一个独立和无偏私的法庭来裁定哈姆丹的地位？只能由军事法庭？

3. 如果哈姆丹不是一支以任何方式属于阿富汗的武装部队的成员，这会否改变适用于冲突的法律？适用于哈姆丹地位的法律？
4. (1) 《日内瓦第三公约》是否是自动执行的？与本案有关的公约条款是否是自动执行的？那些条款是哪些？它们为什么是自动执行的？
(2) 哈姆丹援引了《日内瓦第三公约》吗？他主张了私人诉权吗？在法官看来？在你看来？
5. (1) 共同第3条能够如何保护哈姆丹？这是否意味着冲突是非国际性的？法官或者美国政府是否主张哈姆丹是在非国际武装冲突期间被俘的？
(2) 如果哈姆丹或迈克尔·杜兰特准尉受共同第3条保护，他们必须被像战俘一样对待吗？
(3) 如果哈姆丹受共同第3条保护，它的规则中哪些会使你对于哈姆丹能否被军事委员会审判发生疑问？这一规则是否是自动执行的？

案例221. 联合国，关于调查战争罪的要求

案 例

[资料来源：Brunnstrom, David, UN, Request for an Investigation on War Crime; 原文为法文，非官方翻译。]

阿富汗/联合国，关于调查战争罪的要求

大卫·布伦斯特伦

路透社，2002年10月23日

喀布尔（路透社）——联合国专家星期三呼吁设立独立的国际委员会，调查在阿富汗23年武装冲突期间所犯的危害人类罪及其它侵犯人权的行为。

阿斯马·贾汉吉尔 (Asma Jahangir) 是巴基斯坦律师，现正作为联合国关于法外处决、即决处决和武断处决问题的特别报告人。他说对这种行为的发现将构成建立一个能够将犯罪者提交审判的机制的第一步。

在结束她为期十天的阿富汗之行时，贾汉吉尔在新闻发布会上说，23年战争期间被处决的人的数目“惊人”，并建议暂停死刑，直至实行死刑的国际标准得到满足。

她同时说，在免受惩罚的情形被终结、危害人类罪的犯罪者被提交审判之前，暴力循环不会停止。[……]

当被问及她指的是阿富汗国内还是国外的法庭时，贾汉吉尔回答说现在谈哪种机制最为合适还为时过早。[……]

正义必须实现

在阿富汗期间，贾汉吉尔访问了赫拉特、坎大哈、马扎里沙里夫和帕格曼 (Paghman) 等城镇，在那里法外处决和即决处决的数目似乎有所减少。

但是，她说恐惧的气氛四处弥漫，特别是在喀布尔以外的地方，而且最近有关法外处决的若干报告很可能只是“冰山一角”。

这些包括一名男子在坎大哈对一艘美国潜艇开枪后被杀死，尸体被吊起来并附上警告牌，以及数名妇女被其家人以道德的名义杀害。

这位联合国专家说她对被声称的在塔利班倒台后的处决战俘行为感到“不安”，并对关于美国领导的联军7月份在乌鲁兹甘省 (Uruzgan) 过度使用武力的报告“深为关切”。

她还提到在阿富汗北部发现的集体墓地，里面有大约1,000名被移送给联军支持的阿富汗军阀的塔利班战俘的残骸，以及美国飞机对乌鲁兹甘省村庄的一次错误攻击所造成的大约40名阿富汗人的死亡。

根据贾汉吉尔搜集到的信息，战争罪的犯罪者仍然在喀布尔及这个国家的其它地方占据高位。

“我们的工作确保正义被实现。无论其等级或职位如何，没有人应当被视为高于法律。”

讨论

1. 你如何定性北方联盟同塔利班之间的武装冲突的性质？后者同美国之间的冲突呢？
2. 如果确认在这一武装冲突中存在对塔利班战俘的法外处决和即决处决，这些是否构成战争罪？危害人类罪？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条，《日内瓦第三公约》第13、14、130条，《日内瓦第四公约》第27、32、147条，《第一议定书》第75条第2款和第85条第2款，《第二议定书》第4条。）
3. 造成40名阿富汗人死亡的轰炸乌鲁兹甘省村庄的行为是战争罪吗？即使是误炸？（参见《第一议定书》第48、51、52、57条，第85条第3款。）

4. 为了落实贾汉吉尔女士关于设立国际委员会的想法，可以考虑何种类型的委员会？（参见四个《日内瓦公约》分别第52/53/132/149条，《第一议定书》第90条。）
5. 国际事实调查委员会在阿富汗能够扮演何种角色？在什么条件下它才能介入？
6. 能否将调查工作交给诸如人权观察或大赦国际这样的非政府组织进行？能否交给红十字国际委员会，还是说这将影响其以中立和公平为基础的活动及其以对话为基础的工作方式，并因此影响其所获信息的保密性？（参见**案例183**，第1887页；**案例215**，第2292页。）
7. 阿富汗是否有义务追诉战争罪犯罪者？委员会的设立能否允许阿富汗履行这一义务？设立“真相与和解”型委员会呢？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条，《第一议定书》第85条。）

三十四、印度

(又见六、果阿，第1097页。)

案例222. 印度，新闻稿，克什米尔的暴力事件

案 例

[资料来源：Physicians for Human Rights and Human Rights Watch/Asia, Press Release, India, May 9, 1993。]

克什米尔的强奸事件：一项战争罪行

[……]

根据总部设在纽约的“人权观察”的分部“亚洲观察”及总部设在波士顿的“人权医师”这两个人权组织今天发布的报告，在克什米尔参与执行反叛乱任务的印度安全部队犯有强奸罪行而未受惩罚。这份18页的报告，《克什米尔的强奸事件：一项战争罪行》，是亚洲观察和人权医师1992年10月赴克什米尔的事实调查团的工作成果。报告集中关注在克什米尔被作为一种战术使用的强奸，并认为在冲突和非冲突情形中，强奸的核心要素都是权力。克什米尔的印度安全部队和武装力量将强奸作为一件武器：用以惩罚、恐吓、强迫、羞辱和败坏他们的女性受害者。亚洲观察和人权医师呼吁国际社会谴责这一违反国际人权法和人道法的罪行。

自从政府于1990年1月开始认真在克什米尔镇压武装分子以来，关于安全部队强奸的报告已经更加频繁。强奸最常发生在搜索行动中，在这些行动中安全部队经常参与对平民人口的集体惩罚，最常见的是殴打或以其它方式侵犯居民并烧毁他们的房屋。强奸还经常发生在遭遇武装分子伏击后对平民的报复性攻击中。在一些案例中，受害者被控向武装分子提供食物或住处，或者被命令辨认其作为武装分子的男性亲属。在另一些案例中，虐待行为的动机不明。在许多攻击中，受害者看上去是被随意选取的。同其他被侵犯或杀害的平民一样，这些妇女之所以成为目标，仅仅是因为她们恰好在错误的时间处于错误的地点。报告记录了印度安全部队的15起强奸行为。调查者同受害者进行了面谈，一名妇科医生检查了其中9名妇女，并取得了报告所记录的案件中的医学证据。

印度政府当局罕有调查关于安全部队在克什米尔强奸行为的指控。尽管并无证据表明这种形式的酷刑作为政府的政策在克什米尔得到批准，但通过不追诉和惩罚责任人，印度当局发出的信号是，强奸行为是被容忍的，如果不是被宽恕的话。事实上，在回应新闻界和人权团体关于强奸事件的报告时，政府官员无一例外地试图否认妇女的证词，指控她们是武装分子的同情者。在报告所描述的一个案例中，一名援助强奸受害者并安排她们接受检查的外科医生被安全部队拘留和折磨。

关于克什米尔武装团体强奸行为的报告自1991年以来有所增加，这份报告中也包括了有关这些虐待行为的信息。在一些案例中，妇女在被对立武装团体作为针对其男性亲属的人质劫持后被强奸和杀害。在另一些案例中，受害者或其家人被控告密、反对武装分子或者支持竞争武装团体。亚洲观察和人权医师同样没有觉察到武装团体做了任何努力防止其部队进行强奸。事实上，一些团体继续鼓励对不遵照规定的社会行为方式行事的妇女进行暴力攻击。

报告还对印度政府提出建议，包括追诉对强奸负有责任的安全部队、培训为追诉强奸罪行充分收集证据的技能、以及保护参与检查和治疗强奸受害者的医务工作者。报告还呼吁国际社会将强奸作为一项战争罪行谴责，并对包括武装团体在内的所有当事方施加压力，以结束这一虐待行为。[……]

讨 论

1. 在哪些条件下可以将克什米尔的局势定性为印度和巴基斯坦之间的国际武装冲突？那样的话被描述的强奸行为是否违反国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条，四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条，《日内瓦第四公约》第27条第2款，《第一议定书》第1条第4款、第11条、第76条第1款、第85条。）
2. 如果克什米尔的局势被定性为非国际武装冲突，那么被描述的强奸行为是否违反国际人道法？它们是否构成对国际人道法的严重破坏？（参见四个《日内瓦公约》共同第2、3条，四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条，《日内瓦第四公约》第4条，《第二议定书》第4条第2款第5项。）
3. 国际社会是否已经将强奸作为“一项战争罪行”谴责？哪些额外措施可能会有助于结束这种行为？一份新的国际文件会有用吗？它应当包含什么样的条款？（参见**案例15**国际刑事法院 [1.《规约》，第8条第2款第22项和第5款第6项]，第634页。）
4. 强奸受害者是平民、战斗员、战士、武装分子同情者还是恐怖分子，在国际人道法上有关紧要吗？
5. 能否想像存在任何局势，在那里武装冲突中的强奸行为不违反国际人道法？

6. 如果强奸行为是一国安全部队所为，尽管它们不是政府的政策，国家是否也违反了国际人道法？尽管它们被该国法律所禁止？（参见《海牙第四公约》第3条，《第一议定书》第86、91条。）

案例223. 印度，人民争取公民自由联盟诉印度联邦案

案 例

[资料来源：The Report of JAG Seminar, People's Union for Civil Liberties, Petitioner v. Union of India, S.C. 1203-1208, 1997.]

AIR 1997 SUPREME COURT 1203

B.P.吉瓦·雷迪(B.P. JEVVAN REDDY)、SUHAS C. SEN法官

Writ Petn. (Cri)No. 612 of 1992. D/-5-2-1997

人民争取公民自由联盟，上诉人 诉印度联邦及另一人，被上诉人 [……]

B.P. 吉瓦·雷迪法官：人民争取公民自由联盟根据《印度宪法》第32条提起这一令状申请，请求[……]发布适当命令或指示，(1) 对英帕尔警方1991年4月3日在其中杀害两名Lunthilian村人的虚假遭遇战进行司法调查，(2) 对犯有错误的警方官员采取适当措施及 (3) 对死者的家庭成员进行赔偿。根据请愿人的说法，事实上并没有遭遇战，而是某些村民在1991年4月3日晚间被警察抓走，用卡车运到远方，并有两人在那里被杀死。据称其余三个也被抓并同两名死者一起带走的人在被警方羁押多日后送到米佐拉姆 (Mizoram)。他们于1991年7月22日被保释。请愿人还提出，哈马尔人民大会是活跃在米佐拉姆的政党，不是非法组织。即使根据该组织发布的消息，这也是一起故意杀人案件。虽然已经向曼尼普尔邦 (Manipur) 首席部长及其他官员进行了说明，但未见采取任何措施。[……]死者妻子的书面证言[……]叙述了在其各自的丈夫死后她们的家庭的悲惨境遇。

2. 在收到通知后，曼尼普尔政府联合秘书提交了相反书面证言，否认指控。所谓“虚假遭遇战”被否认。据称在警察和哈马尔人民大会激进分子之间存在真正的相互交火，其间发生了上述两起死亡。他依赖警察主管Churachandpur的报告来支持这一断言。据称哈马尔人民大会肆意从事非法和恐怖活动，以及扰乱公共秩序的行为。[……]

3. [……]博学的地区及治安法官 (District and Sessions Judge) 已经断定1991年4月3日至1991年4月4日之间在Lunthilian没有发生遭遇战。两名死者[……]是于1991年4月4日在羁押期间被警察击毙的。曼尼普尔邦已经对报告提出了反对。

我们已经听取了双方律师的意见。我们没有发现有任何理由不接受博学的地区及治安法官的报告，即该两名死者于4月3日晚被抓捕，用卡车运到远方，并在那里被枪杀。问题是，在这一令状申请中应当给予何种救济？

4. 博学的曼尼普尔邦律师S·贾纳尼 (S. Janani) 女士提出，曼尼普尔是一个动荡地区，有数个恐怖主义团体在该邦活动，哈马尔人民大会就是这样的恐怖主义组织之一。它们已经肆意进行了许多影响公共秩序——事实上，影响该邦的安全——的犯罪。据称警方和恐怖分子已经在许多场合经常遭遇和交火。已经有许多公民在恐怖分子手中遭受痛苦，许多人被杀害。那里的局势并不是正常局势。警方接到消息称恐怖分子那晚在那座房屋中聚会，根据这一消息警方实施了突袭。幸运的是，房屋中的人没有觉察到警察的到来，否则警方将会遭受重大伤亡。警方成功地突袭了恐怖分子。双方之间的交火导致了恐怖分子的死亡。
5. 鉴于我们已经接受了博学的地区及治安法官所记录的事实发现，我们不可能承认贾纳尼女士关于事件发生方式的主张。诚然，曼尼普尔是一个动荡地区，看来存在大量影响公共秩序甚至也许是该州安全的恐怖主义活动。也可能，在这些条件下必须给予警方额外和非常的权力来对付恐怖主义。也许有必要用高压手段打击恐怖主义，这些手段可能包括给予参与战斗的警察官员或其它准军事部队大量自由裁量权。[……]不应由法院来指出该如何同恐怖分子战斗。我们不能无视这一事实，即甚至在取得独立50年以后，仍然不能完全确保我们的领土完整。在这个国家的几个地区存在几种类型的分裂和恐怖活动。它们必须被镇压。对它们应当用政治手段对付还是用武力扑灭是要由政府来决定的政策问题。法院不是决定这些问题的适当场所。所有这些都是无可争议的。但是本案看来是这样：两个人就是同其他人一起被抓走，用卡车运到远方，在那里被射杀。即使是发生在动荡地区，这种类型的行为也肯定不能得到法院的支持。[……]对他们的适当做法是按照法律处理他们。“行政清算”肯定不是对他们可以采取的做法。[……]

7. [……] “然而问题是，邦是否有权剥夺公民的生命和自由[……]，却以对生命的这一剥夺是邦官员在行使该邦主权权力过程中发生的为由要求豁免。[……]〔宪法〕第21条所保障的基本生命权能否被通过援引主权职能这一陈旧的抗辩而挫败？[……]我们认为不能。第21条不承认任何例外，[……]。”

[……]

9. [……]本法院[……]认为，在由最高法院根据第32条或者高等法院根据第226条所进行的诉讼中，判决赔偿是基于违反基本权利的严格责任在公法上可以获得的救济。我们认为主权豁免抗辩不适用于这种案件，尽管其也许可以在基于侵权的诉讼中被作为私法上的抗辩。[……]它是本法院或者高等法院强制实施基本权利的方式之一。我们依赖1966年《公民权利与政治权利国际公约》第9条第5款，即“任何遭到非法逮捕或拘留的人都有可强制执行的获得赔偿的权利”。[……]

“[……]在评估赔偿数额时，重点必须放在补偿而非惩罚成份。目标是给伤口止痛，而不是处罚侵权者或犯罪者，因为对犯罪给予适当的处罚（与赔偿无关）必须留给追诉犯罪者的刑事法院来进行，而邦在法律上有义务进行这种追诉。[……]”

14. 根据本案事实，我们认为判给每个死者的家庭 10 万卢比是适当和公正的。准此。

讨 论

1. (1) 本案中警方的行动是否违反国际人道法？国际人道法在此是否适用？
 - (2) 此处的情形是否属于适用四个《日内瓦公约》共同第3条的必要情形？必要的标准是什么？扰乱公共秩序或威胁邦安全的行为是否足以触发四个《日内瓦公约》共同第3条？同有组织反对团体（如哈马尔人民大会）定期发生遭遇战是否足够？
 - (3) 适用《第二议定书》所需的冲突激烈程度比适用四个《日内瓦公约》共同第3条的门槛更高还是更低？《第二议定书》在此是否适用？（参见《第二议定书》第1条。）
2. (1) 本案中的局势能否被描述为国内紧张局势或骚乱？同四个《日内瓦公约》共同第3条所涵盖之冲突类似的暴力行为不能发生在国内骚乱中吗？如果四个《日内瓦公约》共同第3条不适用于这种情形，是否应当降低其适用所必需的门槛？
 - (2) 什么法律适用于保护处于这种局势中的个人？国际人权法是否总是足够？它没有提供国家不得贬损的权利吗？仅有这个足够吗？

- (3) 缔约国采纳像《土尔库宣言》（参见**文件40**. 最低限度人道标准，第839页）这样的文件能否弥补保护方面的这一缺口？如果它是对印度有约束力的文件，本案中的法律局面会因此改变吗？
3. (1) 国际人道法是否像印度法律和《公民权利与政治权利国际公约》第9条第5款一样，规定对违反国际人道法行为的受害者给予赔偿？在何种情形下？由谁？（参见《海牙章程》第3条，四个《日内瓦公约》分别第51/52/131/148条，《第一议定书》第91条。）
- (2) 赔偿是否适当地矫正了如法庭所说的“侵犯基本权利”的对生命的不当剥夺？“适当和公正的”数额如何评估？

三十五、塞拉利昂、利比里亚和几内亚

案 例

案例224. 案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突

[注：这一案例研究由托马斯·德圣莫里斯 (Thomas de Saint Maurice) 根据其在本书2001年法文版中的内容撰写。它完全基于可公开获得的文件，如新闻稿、机构报告或联合国文件。]



[本地图中的国名和边界仅供参考，不具有任何政治意义。]

案例研究提纲

(一) 多重行动者

1. 内部行动者

- (1) 塞拉利昂局势
- (2) 利比里亚局势
- (3) 几内亚局势

2. 外部行动者

- (1) 私人武装部队的干预：以“执行结果”雇佣军为例
- (2) 地区力量的干预：西非维和部队
- (3) 联合国的干预：联塞特派团
 - ① 任务
 - ② 行动概念
- (4) 外国力量的干预：英国

(二) 违反国际人道法的行为

1. 塞拉利昂冲突各方违反国际人道法的行为
2. 西非维和部队违反国际人道法的行为
3. 对塞拉利昂人道局势的分析
4. 在利比里亚违反国际人道法的行为
5. 在几内亚违反国际人道法的行为

(三) 镇压与和解

1. 《塞拉利昂问题特别法庭规约》
2. 秘书长关于联塞特派团的第11次报告
3. 在塞拉利昂平衡和平与正义
4. 《洛美和平协定》中的大赦条款

缩 写

西共体 (ECOWAS): 西非国家经济共同体
西非维和部队 (ECOMOG): 西非国家经济共同体维和部队

塞拉利昂:

民防军 (CDF): 民防部队 (卡马约)
临执会 (NPCR): 全国临时执政委员会
联阵 (RUF): 革命联合阵线
塞军 (SLA): 塞拉利昂军
联塞特派团 (UNAMSIL): 联合国塞拉利昂特派团

利比里亚:

利武装 (AFL): 利比里亚武装部队
利委会 (LPC): 利比里亚和平委员会
利爱阵线 (NPFL): 利比里亚全国爱国阵线
利联运动 (ULIMO): 利比里亚联合解放运动 (后称为利联合: 利比亚
人和解与民主联合)

几内亚:

几民联 (RFDG): 几内亚民主力量联盟

(一) 多重行动者

1. 内部行动者

(1) 塞拉利昂局势

[资料来源：PEREZ Andres, “UN peacekeepers for rival gangsters. Sierra Leone’s diamond wars”, in *Le Monde diplomatique*, June 2000, 脚注略：见于<http://www.monde-diplomatique.fr>]

联合国为竞争匪徒维和

塞拉利昂的钻石战争

这是一段短命的和平：去年7月在弗里敦 (Freetown) 政府和联阵之间签署，今年5月初在300名蓝盔部队士兵被叛军俘虏时破裂。英国军队5月10日对联阵领导人福戴·桑科 (Foday Sankoh) 的逮捕并未使战斗停止。内战的背景是国际矿业公司之间为控制塞拉利昂的钻石而进行的百无禁忌的战斗。

犯罪体系能够侵蚀政权乃至整个国家的核心，这不是什么新鲜事。但是，最近发生在塞拉利昂的事件表明，它还能将由联合国进行并受到主要外国支持的整个维和行动用作为自己谋取利益。联合国塞拉利昂特派团 (联塞特派团)——拥有9,000人，是全世界最大的联合国维和特派团——的成立意图是结束长达10年的恐怖内战[……]。[2001年，它的组成人员达到16,600人。]

我们必须清楚都有谁牵扯进来。尽管他们可能野蛮粗俗、吸毒成狂、被军阀用严酷手段驱使，但这些武装起来的绝望年轻人不可能只靠他们自己就能使联塞特派团屈服。联合国掉进了别的陷阱，更新也更阴险的陷阱：由意在控制矿石财富的商人支持的两个竞争集团之间的斗争。通过拒绝宣布对产自塞拉利昂的钻石实施禁运，或者宣布已经被许多专家呼吁的专属经济区，安全理事会和联合国秘书长为黑手党式的冲突大开方便之门，士兵成为了游戏中的卒子。

一方面，反叛的联阵作为领土的真正主人，控制着这个国家的一半，并让不安全感在另一半扩散，后者使得“小字辈”的小公司所愿意启动的任何大规模开采活动成为不可能。它的基地位于现任利比里亚（绰号“泰勒国”）总统查尔斯·泰勒 (Charles Taylor) 施加军事和商业影响的地带。蒙罗维亚 (Monrovia)，他的基地，是大部分塞拉利昂走私钻石的交易地，同非洲及其它地方的“武器、毒品和洗钱市场相联系”，每年进出约2亿美元。[……]

面对联阵的是围绕在总统艾哈迈德·泰扬·卡巴 (Ahmed Tejan Kabbah) 周围的“正统派”力量。他的政府包括强有力的国防部副部长和民兵组织民防军领导人塞缪尔·欣加·诺曼 (Samuel Hinga Norman)，以及早些时候的政变领袖和酷刑者约翰尼·保罗·科罗马 (Johnny Paul Koroma) 及其民兵。[……]

正是这两个联盟之间的野蛮冲突，在燃起长达十年的战火、使得平民尤其是儿童成为唯一受害者之后，毁掉了和平的任何希望，并改变了联合国特派团的性质。正是因为所牵涉利益的真实和巨大——珠宝店每年出售的价值10亿多美元的宝石、全世界第二大金红石矿区、能够对全球价格产生影响的矾土储备——老牌殖民国家英国才自告奋勇地部署军事力量支持塞拉利昂政府，而不再像以前那样，躲在沙线国际雇佣军的烟幕后。

“卡拉什尼科夫生活方式有助于我们的生意，”联阵的儿童兵唱道。[……]

在这些孩子看来，佩戴联合国徽章的蓝盔部队同1994年由私人公司雇佣的廓尔克安全警卫雇佣军，执行结果 (1996年) 或沙线国际 (1997年) 的士兵，或者他们从1998年起围困至今的救生员雇佣军并无区别。而且，英国广播公司去年12月的广播已经告诉他们，蓝盔部队的印度营里有廓尔克人，他们将会在钻石开采地区作战。他们甚至还知道去年3月联合国要员同许多私人军队 (包括执行结果、沙线国际和以色列的莱弗丹 (Levdan)) 会面，商谈合作的方式。[……]

(2) 利比里亚局势

[资料来源: STEAD David, "Troubled Past of Africa's First Republic", *BBC News Online*, August 12, 1999, 见于<http://news.bbc.co.uk>]

非洲第一共和国混乱的过去

在过去20年来的大多数时间里，利比里亚都是非洲最不稳定的国家之一。

从1980年代初开始先后受到政变企图和国内冲突的折磨，它的财富被大肆挥霍，对立种族的战士在残暴的野性方面相互胜出。[……]

利比里亚政治问题的根源，是19世纪定居于此的美国被解放黑奴的后代同土著种族团体之间的冲突。[……]

富有的沿海精英同其余人口之间的巨大差距造成了国内的不团结，进而在1980年引发了由克拉恩种族团体的一名成员，军士长塞缪尔·多伊 (Samuel Doe) 领导的军事政变。[……]

1989年圣诞前夜，查尔斯·泰勒及其利比里亚全国爱国阵线（利爱阵线）从西北地区的宁巴省发动叛乱，1990年9月攻到蒙罗维亚。[……]

三个武装团体争夺蒙罗维亚——利爱阵线、由普林斯·Yormie·约翰逊领导的脱离团体以及作为多伊军队残余的利比里亚武装部队（利武装）。

正是普林斯·约翰逊 (Prince Johnson) 的部队俘虏了多伊，并残忍地将其砍死。

自1990年以来，利比里亚的战争有所升级，新的反叛团体在全国各地建立起权力基地。

主要由尼日利亚士兵组成的非洲维和部队——西非维和部队——保护着蒙罗维亚[……]但反叛团体继续控制着首都以外的大片国土。[……]

实现和平和重新统一国家的持续努力遭到失败，出现了挑战利爱阵线的新的反叛运动——利比里亚联合解放运动（利联运动）。

从塞拉利昂入侵的利联运动成功地从泰勒的部队手中夺取了利比里亚西部的洛法县 (Lofa) 和角山县 (Cape Mount) 的大片地区。

该运动后来一分为二：罗斯福·约翰逊 (Roosevelt Johnson) 领导的主要由克拉恩人组成的利联运动约派和哈吉·克罗马 (Alhaji Kromah) 领导的主要由曼丁哥人组成的利联运动克派。

1993年出现了又一个武装派别——利比里亚和平委员会（利委会），在利比里亚东南地区同利爱阵线作战。[……]

突破来自1995年8月在尼日利亚的阿布贾签订的和平协定，以及其后西非维和部队在利比里亚全国范围内的部署。

在经过多次最后关头的耽搁后，利比里亚最终于1997年7月19日进行了选举投票——查尔斯·泰勒大获全胜。

就职后不久，泰勒总统就指控利联运动克派在塞拉利昂重新集结，旨在动摇他的政府。[……]

(3) 几内亚局势

[资料来源: *The Forces involved in the fighting in Guinea*, Agence France Press, February 14, 2001.]

卷入几内亚战斗的部队

科纳克里 (Conakry), 2月14日 (法新社)——自9月份以来, 几内亚南部一直在政府军同来自邻国塞拉利昂和利比里亚的反叛团体之间的激烈战斗中动荡不安。已有超过1,000人被杀死, 数十万难民被迫逃亡。

联合国已经警告说, 它目前正面临这一混乱地区最为严重的人道危机。迹象表明几内亚持不同政见者也卷入了战斗。

以下是被视为几内亚的“敌人”并被科纳克里标记为“反叛联盟”一部分的团体、运动和派别的名单:

- 革命联合阵线 (联阵), [……]基地在塞拉利昂北部和西部。[……]
- 利联运动, 即利比里亚争取民主联合解放运动。这一团体创立于1991年初, 是查尔斯·泰勒的利比里亚全国爱国阵线 (利爱阵线) 的主要竞争者之一; 后者于1989年12月挑起了利比里亚内战。1994年, 利爱阵线的领导人之一罗斯福·约翰逊脱离出去, 创立了主要由克拉恩种族团体组成的利联运动约派。[……]

自掌权以来, 泰勒经常指控利爱阵线派别之一的利爱阵线克派在几内亚南部拥有基地, 并在科纳克里的支持下向利比里亚北部发动袭击。

- 利联运动克派, [……]。军阀哈吉·克罗马训练的 [曼丁哥种族团体] 雇佣军[……]。
- 几民联, 即几内亚民主力量联盟, 反对几内亚政府的外部运动。[……]

在对这些团体的战斗中, 几内亚军队受到下列力量的支持:

- “志愿军”, 即被当局全民征募来“驱逐侵略者”的几内亚平民。他们作为自卫民兵被组织起来, 装备有鸟枪、梭镖、弓箭及其它传统战争武器。
- 卡马约, 塞拉利昂好战的传统猎人[……], 塞拉利昂总统艾哈迈德·泰扬·卡巴最为忠实的支持者之一, 同时也是联阵最为可怕的

敌人之一。[……]根据来自科纳克里的消息，目前在几内亚有大约1,000名卡马约战士。

2. 外部行动者

(1) 外部武装部队的干预：以“执行结果”雇佣军为例

[资料来源：United Nations, E/CN.4/1996/27, 17 January 1996, 见于<http://www.unhchr.ch>]

人权委员会 民族自决权及其对处于殖民或 外国统治或者外国占领下的民族的适用

关于使用雇佣军作为违反人权和妨碍行使民族自决权之手段的问题的报告，由特别报告员恩里克·贝纳莱斯·巴列斯特罗斯 (Enrique Bernales Ballesteros) 根据委员会第1995/5号决议和经社理事会第1995/254号决议提交。[……]

3. 塞拉利昂

62. 塞拉利昂深陷国内武装冲突。冲突爆发于1991年3月，被称为革命联合阵线（联阵）的敌对团体在当时作为武装反抗运动成立，并从邻国利比里亚发动入侵，旨在占领该国南部和西部的部分地区。1992年，由瓦伦丁·斯特拉瑟 (Valentine Strasser) 上尉领导的自称为全国临时执政委员会（临执会）的军事—民族主义运动在政变中攫取了权力、中止了1991年宪法并宣布进入紧急状态。冲突并未随之结束。
63. 在国内冲突过程中，临执会和福戴·桑科领导的联阵反叛部队都存在严重违反国际人道法和无视国际人道法基本规定的行为。[……]据估计这一冲突中的平民受害者数以千计。
64. 有清楚证据表明雇佣军卷入了这一国内武装冲突。[……]临执会通过雇佣执行结果的雇佣军增强了军事实力。执行结果是在比勒陀利亚正式注册为保安公司的一家公司，但在这里据说是提供特训雇佣军和武器，并以现金、特别是采矿特许权的方式获得报酬。根据对特别报告员公开的信息，执行结果涉及征募、签约和训练雇佣军以及为其制订作战计划。它将他们用于多种局势，并作为付款的回报，从事了各种各样的非法行为。据报告，执行结果已经向塞拉利昂提供了来自各国的大约500名雇

佣兵，根据其资格和经验，通常每月支付他们15,000至18,000美元，并为其提供武器和慷慨的人寿保险安排。

65. [……]根据所咨询的消息提供者，执行结果收到大约3,000万美元以及采矿权[……]。据说执行结果是通过由在不同国家经营的保安公司、军事冒险者及情报界组成网络征募雇佣军的。它在塞拉利昂的工作据说包括以下活动：培训军官及其他等级士兵；侦察及航空拍摄；制定战略；培训使用新型军事装备；提供武器购买建议；设计旨在造成平民人口恐慌和败坏联阵领导人声誉的心理战，等等。根据所咨询的消息提供者，所有这些活动都在公司管理人员的监督下进行。
66. [……]无论如何，这看来都是雇佣军的参与使得冲突延长并更加残酷、同时妨害所涉国家的人民行使自决权的国内武装冲突的又一个例子。

(2) 地区力量的干预：西非维和部队

[资料来源：PEYRO LLOPIS Ana, “La Sierra Leone ou le renouveau des operation de paix”, in *Actualité et droit international*, Paris, February 2001, 脚注略；原文为法文，非官方翻译。]

塞拉利昂：重新开始的维和行动

[……]塞拉利昂冲突始于1991年3月，当时联阵对约瑟夫·莫莫 (Joseph Maomoh) 领导的政府发动了攻势。政府于1992年4月被推翻——不是被联阵，而是被由瓦伦丁·斯特拉瑟领导的它自己的官员。他宣布自己为新政府的首脑，而新政府又于1996年1月被其成员之一，布拉加迪尔·朱利叶斯·马达·比奥 (Brigadier Julius Maada Bio) 推翻。他组织了选举，1996年3月艾哈迈德·泰扬·卡巴在选举中获胜。他又于1997年5月25日被约翰尼·保罗·科罗马少校领导的、由塞拉利昂军一部及联阵组成的联盟夺权。在西非国家经济共同体（西共体）和西非国家经济共同体维和部队（西非维和部队）干预后，从1998年3月起，卡巴先生再次成为塞拉利昂政府的“有效”首脑。

一、有着可变几何形状的地区维和行动 [……]

1. 西非维和部队实施联合国禁运

起初，安全理事会根据《联合国宪章》第八章授权西共体确保实施1997年10月8日第1132号决议中规定的武器和汽油禁运。尽管安全理事会并未明确引用，但更准确地说，这是一个《宪章》第53条的实施问题；该条要求根据地区安排或

由地区机构采取的强制执行行动得到安理会授权。为了实施安理会规定的禁运，西共体向塞拉利昂派出了西非维和部队分遣队。[……]

2. 西非维和部队：地区维和力量

[……]从其作为负责监督对禁运的遵守情况的最初角色开始，西非维和部队成为了一支地区维和部队，其活动归入《宪章》第六章及第52条规定的和平解决争端的范围之内。但是，它很快诉诸于使用武力——没有安理会授权。那是[……]对国际法的违反吗？

随着1997年10月23日在科纳克里在当时掌权的科罗马少校和西共体之间签署的和平协定的破裂，西共体决定派出新的分遣队增强西非维和部队；分遣队于1998年2月进入塞拉利昂领土。和平协定规定由西非维和部队在该国监督对停火遵守情况，处理战斗员解除武装、复员和重返社会事宜，并监测人道援助。采取该措施没有得到任何安理会授权。[……]

根据同卡巴总统签署的双边防御协定，来自尼日利亚的军队此前已经进驻塞拉利昂，并在1997年5月政变的次日就试图推翻新的科罗马政府。尼日利亚军队很快开始以西非维和部队的名义行动。尽管可以确切地说，地区维和行动从1998年2月起在塞拉利昂展开，但从1997年5月政变到1998年2月之间的这段时间里，在塞拉利昂的西非维和部队和尼日利亚部队的地位是非常有争议的。卡巴总统说他是根据双边防御协定请求尼日利亚干预，而尼日利亚坚持说“它是在西非维和部队的旗帜下发动攻势的”。然而，由安理会授权单独监督禁运的西非维和部队从未被赋予这种任务。事实上，为干预利比里亚而于1991年成立的西非维和部队一直是尼日利亚的外交政策工具。

在其1998年4月17日的第1162号决议中，安理会称赞“西共体及西非维和部队在塞拉利昂支持……恢复和平和安全方面所扮演的重要角色”。1999年8月20日，它以类似用语称赞西非维和部队“在恢复塞拉利昂的安全与稳定、保护平民及促进冲突和平解决方面的杰出贡献”。安理会由此避免了面对西非维和部队问题的真实本质：将其视为有关和平解决争端的传统力量，在此调整全球性组织与地区性组织之间关系的基本原则是协调（《宪章》第52条），比使其隶属于安理会（《宪章》第53条）更为容易。

在卡巴总统由于西非维和部队的行动而复位后，安理会决定部署“联合国军事联络团和安全顾问”，同塞拉利昂政府和西非维和部队协调行动。安理会由此承认了西共体和西非维和部队的关键角色。但是，1998年7月安理会决定开展自己的维和行动。

(3) 联合国的干预：联塞特派团

① 任务

[资料来源：UNAMSIL mandate, United Nations, 见于<http://www.un.org>]

根据安理会1999年10月22日第1270号决议 (1999), 联塞特派团任务如下：

- 同塞拉利昂政府及《和平协定》其它各方合作执行《协定》
- 协助塞拉利昂政府执行解除武装、复员和重返社会计划
为此在塞拉利昂全境的重要地点，包括在各解除武装/接待中心和复员中心，派驻人员
- 保障联合国人员的安全和行动自由
- 根据1999年5月18日停火协定[……]通过其中所规定结构监测停火遵守情况
- 鼓励当事各方创建信任建设机制并支持这些机制运作
- 协助运送人道主义援助物品[……]

按照安理会2000年2月7日第1289号决议 (2000) (根据《联合国宪章》第七章)，任务被修改以包括下列工作：

- 向特别是在弗里敦的关键地点和政府大楼、重要的十字路口和包括隆吉 (Lungi) 机场在内的主要机场提供安全保障
- 为人员、货物和人道主义援助沿具体指定的干道自由流动提供便利
- 在解除武装、复员和重返社会方案的所有地点和场地内提供安全
- 协调和协助塞拉利昂执法当局行使职能
- 看守从前战斗人员收缴的武器、弹药和其它军事装备，并协助随后对其进行的处置或销毁

安理会授权联塞特派团 (UNAMSIL) 采取必要行动完成这些附加任务，考虑到塞拉利昂政府的责任，安理会确认在履行其职责时，联塞特派团可以采取必要行动确保其人员行动的自由，并在其能力和部署范围内向身体受到直接暴力威胁的平民提供保护。

② 行动概念

[资料来源: United Nations, S/2001/228, *Ninth report of the Secretary-General on the United Nations Mission in Sierra Leone*, 14 March 2001; 见于<http://www.un.org>]

[……]

六、行动概念

57. 考虑到《阿布贾停火协定》[2000年11月10日]、特派团军事结构的变化以及地面情形, 联塞特派团已经修改了其行动概念。[……]
58. 联塞特派团在塞拉利昂的主要目标仍然是协助塞拉利昂政府延伸权力, 恢复法律和秩序并在全国内逐步稳定局势, 并协助推进应当通往重启解除武装、复员和重返社会计划和按照正当程序举行自由和公平选举的政治进程。
59. 更新后的特派团行动概念整合了军事和非军事方面, 并设想逐步在联阵控制地区部署联塞特派团军队、联合国民政、民事警察及人权人员、人道组织代表以及政府人员和财产, 以便在这些地区建立和巩固国家权力与基本服务。
60. 在推进其行动和部署过程中, 联塞特派团将继续展示必要的军事力量和决心来威慑任何对联合国及其在塞拉利昂的任务使用武力的企图。特派团的交战规则允许其强力回应任何攻击或攻击威胁, 包括在必要时采取先发制人的方式。[……]

(4) 外国力量的干预: 英国

[资料来源: Rémy Ourdan, "La Grande-Bretagne mène en Sierra Leone sa plus vaste opération militaire depuis les Malouines", in *Le Monde*, 25 May 2000. 原文为法文, 非官方翻译。]

英国在塞拉利昂: 自福克兰群岛战役后最大的军事行动

[……]英国在塞拉利昂的军事行动现在已经使英国士兵逾越了其疏散欧盟和英联邦公民的正式使命。[……]安全感之所以已经在塞拉利昂首都恢复, 显然是因为“帕利泽行动”(Operation Palliser)并不仅仅是向达喀尔(Dakar)进行空运。这一行动现在已经成为对革命联合阵线(联阵)反叛分子进行的全面政治和军事反击的中心。

这800名英国士兵起初是保护隆吉机场及作为Mammy Yoko直升飞机场和联合国总部所在地的阿伯丁半岛，但从他们抵达的那一刻起，他们给人的印象就是决心保卫反叛攻势中的弗里敦。巡逻延伸至首都的每个角落，军事“顾问”被派往塞拉利昂军（塞军），确保亲政府武装以能最好地保卫城市的方式被部署。

签约“顾问”

大约40名反叛分子在隆吉以外15公里处的一次攻击将这些伞兵推入了其军事行动的新阶段。他们以自卫行动还以颜色，但据军方消息提供者称，他们还追击其攻击者。直升飞机在空中照亮了撤退的联阵战斗员，使得伞兵在沿着道路推进时能轻易找出他们。据称英国士兵当晚杀死了约15名反叛分子。

英国干预的另一个方面，是其由军事指导员向塞拉利昂部队以及由伞兵团向联合国部队提供的援助。[……]由忠于总统艾哈迈德·泰扬·卡巴的士兵、萨姆·欣加·诺曼领导的传统卡马约猎人以及约翰尼·保罗·科罗马领导的前反叛分子组成的亲政府联盟处于战斗的最前线。战士们显然拥有英国提供的自动步枪、迫击炮和弹药。在塞军体系内，英国军官静静地支持着他们的塞拉利昂同事。[……]

战斗一结束，联合国部队就回到了他们在蓝盔部队被俘虏和联阵反叛分子推进后放弃了的阵地。英国军官再次确保士兵被平稳部署，就如何设立更为有效的观测哨提供建议，并提供通讯设备。

空军特种部队突击队当然秘密的行动不应被忽视。据说有120名这样的英国军队战斗精英被部署在塞拉利昂前线之外，深入到联阵控制下的林木茂密的钻石产区。[……]

讨 论

1. 你如何定性以下势力之间在塞拉利昂的战斗：
 - 塞拉利昂政府军同联阵反叛分子之间？
 - 卡马约同联阵之间？
 - 联塞特派团士兵同联阵之间？
 - 雇佣军同联阵之间？
 - 西非维和部队士兵同联阵之间？
 - 英国军队同联阵之间？
2. 我们是否必须按照武装团体的性质划分冲突的不同成分？即使这会产生定性随行动者不同而不同的风险？将同一冲突在某些方面定性为国际冲突，在其它方面定性为非国

际冲突，在国际人道法上将会产生什么样的后果？一个人在冲突一方控制下时能受益于特定地位，在另一方控制下时却不能，这可能（可取）吗？

3. 在问题一列举的每个局势下，可能被拘留者的地位如何？如果是联阵控制下的联塞特派团成员会怎么样？劫持人质是违反国际人道法的行为吗？这对于被充作“人质”的战斗员也有效吗？如果不同团体的两名成员被关押，例如被联阵，他们可以有不同地位吗？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条；《日内瓦第三公约》第4条；《国际刑事法院规约》第8条，参见**案例15**，第634页。）
4. 你如何定性以下势力之间在利比里亚的战斗：
 - （塞缪尔·多伊的）政府部队同利爱阵线之间？
 - 政府部队同普林斯·约翰逊的部队之间？
 - 作为新政府的临时会同其它武装团体（利联运动、利委会）之间？
 - 利比里亚反叛团体或派别自己之间？
5. 如果战斗部分或全部发生在利比里亚领土之外，例如在几内亚，会怎么样？
6. 能否因为利联运动是由忠于多伊的军队的前成员创立而让其为多伊政府军实施的行为负责吗？能否让查尔斯·泰勒的政府为利爱阵线作为反叛团体实施的行为负责？（参见**案例38**，国际法委员会，关于国家责任的条款草案[参见1.，第10条第1款]，第822页。）
7. 你如何定性以下势力之间在几内亚的战斗：
 - 政府部队同反叛分子之间？
 - 政府部队同几民联的几内亚反叛分子之间？
 - 政府部队同国外反叛者（联阵、利联运动）之间？
 - 塞拉利昂卡马约同反叛分子或几民联成员之间？
 - 几内亚“志愿军”同反叛分子、几民联或外国反叛者之间？
8. 你如何定性涉及利比里亚、塞拉利昂或几内亚政府部队的在其领土之外的战斗：
 - 如果这些攻击是针对战斗发生地国的反叛部队，例如几内亚政府同联阵在塞拉利昂领土内？
 - 如果这些攻击是针对进攻部队所属国家的基地在外国领土内的反叛团体，例如利比里亚政府在几内亚对利联运动进行的攻击？
9. 雇佣军在国际人道法上的地位如何？在非国际武装冲突国际人道法上？国际法是否许可使用雇佣军（由国家、联合国、反叛部队）？他们在被俘时的地位如何？他们受国际人道法规则约束吗？例如，保护矿产开采的私人保安机构职员是雇佣军吗？如果他们使用武装部队完成任务呢？在刑事和国际责任方面，能让谁为雇佣军实施的行为负责：像塞拉利昂和法国这样使用雇佣军的国家及政府成员，雇佣军公司的领导人，使用他们的矿业公司？（参见1997年非统组织公约和1989年联合国公约，见于<http://www.icrc.org/ihl>，以及**案例12**，雇佣军问题，第604页，《第一议定书》第47条。）

10. 卡马约民兵的头目塞缪尔·欣加·诺曼是塞拉利昂国防部副部长。这会如何影响国际人道法（冲突定性、可适用的法律、国家责任等）？
11. 西非维和部队是否受国际人道法约束？由于尼日利亚士兵是这一部队的主要成分，它能否被吸收进尼日利亚军队？这样做会有何后果？如果安理会授权西非维和部队进行武装干预，在国际人道法适用及责任方面会有何后果？
12. 联合国部队，如联塞特派团，是否受国际人道法约束？讨论专门针对联合国部队的国际人道法规定。（参见**案例14**。关于联合国人员安全问题的公约，第629页；《国际刑事法院规约》第8条，参见**案例15**，第634页；**文件42**。联合国部队指导方针，第875页。）
13. 英国空军特种部队成员在国际人道法上的地位如何？空军特种部队同联阵之间的战斗的法律后果如何？在被俘时？空军特种部队能否被定性为间谍？什么样的国际人道法规则适用于间谍？如果冲突被定性为非国际的，它们是否适用？（参见《日内瓦第四公约》第5条和《第一议定书》第46条。）

(二) 违反国际人道法的行为

1. 塞拉利昂冲突各方违反国际人道法的行为

[资料来源：Sierra Leone, Annual Report 2001, Amnesty International; 见于<http://www.amnesty.org>]

[……]

反叛部队的虐待行为

2000年初，反叛部队违反平民人权的虐待行为——绑架、强奸、抢掠并破坏村庄——几乎每天都在北部省发生，[……]。从5月开始，故意及任意杀人、残伤肢体、强奸、绑架以及强迫劳役和征兵的行为有所增加。救援工作者遭到袭击，并被迫从反叛分子控制的地区撤出。

[……]被迫从几内亚返回的难民遭到攻击，并被强迫加入坎比亚地区的联阵部队。

一群被称为“西面男孩”的反叛士兵通过杀人、强奸、酷刑、绑架以及在弗里敦以西的Occra Hills地区主要道路上进行伏击来恐吓平民，一直到9月其领导人被俘及许多人投降或被逮捕为止。

故意及任意杀人行为

5月以来有大量平民被反叛部队杀害，特别是在洛克港 (Port Loko)、隆萨 (Lunsar)、马克尼 (Makeni) 和马布拉卡 (Magburaka) 周围的地区。

5月8日，联阵人员对在弗里敦的福戴·桑科住处外抗议联阵进攻联塞特派团的大约30,000人开火，造成约20人死亡，其他数十人受伤。[……]

9月初，反叛部队进攻靠近塞拉利昂边境的几内亚村庄，杀死塞拉利昂难民。

包括残伤肢体和强奸在内的酷刑

许多平民被故意截肢；其他人的身体被刻上“联阵”字样。绑架女童和妇女、强奸以及性奴役系统和广泛地存在。大多数受害者感染了性传播疾病，许多人怀孕。[……]

10月份从6个月的监禁中逃脱的蒙哥里 (Monger) 附近的平民，在监禁期间被强迫劳动，并被多次殴打和威胁处死；妇女被多次强奸。[……]

政府部队的侵犯人权行为

民防军和塞拉利昂军对即决处决、任意拘留、对被俘或嫌疑反叛分子施加酷刑以及征募和利用儿童战斗员负有责任。在东部和南部省作战的民防军变得日益自由散漫，并篡夺了警察权力。平民在博城 (Bo)、克里邦都 (Koribundu) 和凯内马 (Kenema) 等地的民防军总部也被任意拘留。检查站的虐待及敲诈钱物行为司空见惯，以前罕见的强奸行为也有数起被报告。[……]

5月份被民防军俘虏并关押在博城的一名被拘留者在被用刺刀殴打后失去了一只耳朵，背部被割伤；其他人据报告被脱掉衣服，用棍棒殴打至出血。

9月份，在反抗民防军征募时，两名男子被杀死，另一名受伤。[……]

空袭造成的平民伤亡

5月和6月，政府部队在北部省从武装直升机上对被怀疑的反叛分子阵地进行的攻击造成多达30名平民死亡，其他多人受伤。攻击经常是不分皂白的，没有充分的平民保护措施。尽管在马克尼和马布拉卡投放了传单，但随后很快就发动了攻击。但据逃离马克尼的平民说，当武装直升机在空中飞行时，反叛部队强迫他们从家中出来。至少14名平民在马克尼被杀死，并有至少6人在下午早些时候对马布拉卡集市的攻击中丧生。

儿童战斗员

5月份重新燃起的战火令儿童战斗员的复员工作陷入停顿，留下数千人有待反叛部队释放，并导致进一步的征募。

联阵部队继续在北部省绑架及强迫征募儿童兵。民防军也继续在南方省征募儿童兵，[……]。据观察，5月份在马希尔卡 (Masiaka) 附近同政府部队作战的战斗员中有大约25%不满18岁，有的仅有7岁。政府重申18岁是最低征兵年龄，并指示代理国防参谋长确保所有18岁以下士兵的复员。[……]

2. 西非维和部队违反国际人道法的行为

[资料来源：Francis Kpatinde, “Les ‘casques blancs’ aussi...”, in *Jeune Afrique*, 26 February 1999, 原文为法文，非官方翻译。]

“白盔”也一样

西非维和部队对待平民比革命联合阵线 (联阵) 反叛分子好不了多少。[……] 自从今年开始以来，西非维和部队成员已经多次攻击、强奸、殴打和即决处决被声称反叛分子或反叛分子同情者的平民。联合国秘书长科菲·安南 (Kofi Annan) 在2月11日安理会闭门会议上提交的一份未公布的联合国报告中披露了这一点。尽管西非维和部队和民防军[……]的违反人权行为比不上联阵恐怖运动的规模，但正如报告所强调的那样，它们仍然是“完全不能接受的”。报告来自于1998年6月被安理会派往塞拉利昂的联合国塞拉利昂观察团 [联塞观察团，1999年10月被联塞特派团承继]。联合国观察员从弗里敦的大约100名目击证人处收集了证据。他们还报告西非维和部队有在检查站虐待平民的行为。被怀疑效忠反叛分子的人——包括妇女和儿童——被当众脱光衣服，有时还被鞭打。数名证人说到尼日利亚士兵经过草率盘问后便处决了三个人。与此相似，一名被发现持有从地上捡起的枪的8岁男孩被当场射倒。证人们还声称西非维和部队不经任何审判就射杀妇女和儿童，并且于1月12日在弗里敦的康诺特医院杀死了约20名病人。同一份报告还声称[……]尼日利亚士兵不分皂白地轰炸工人居住区，故意向被反叛分子用做人盾的平民开火，并且虐待尽力援助人民的人道工作者——特别是红十字人员。掌管多数成员为尼日利亚人的15,000人西非分遣队的尼日利亚将军蒂莫西·谢尔皮迪 (Timothy Shelpidi) 起初否认这些事实，但2月17日承认已有大约100名他的士兵因为对平民实施的暴行而被羁押待审。[……]自从联阵战斗员1月份渗透进弗里敦以来，人道组织已经报告见证了数次由西非维和部队士兵组织、被其上级军官漠视乃至批准的显然是“惩罚性的攻击”。[……]当事态相对平稳时，由尼日利亚、加纳和几内亚分遣队组成的西非部队的士兵劫持平民勒索赎金。在战事开始后，他们表现得像一帮恶棍。

3. 对塞拉利昂人道局势的分析

[资料来源：PRATT David, *Sierra Leone: Danger and Opportunity in a Regional Conflict. Report to Canada's Minister of Foreign Affairs*, July 27, 2001。]

[……]

人道局势

塞拉利昂的总体人道局势是严重的，并且在好转之前有可能进一步恶化。人道社会正式处理的案件量涉及超过400万国内流离失所者，而这还只是总数的一小部分。据估计靠自己或接待家庭生活的国内流离失所者总数高达200万，几乎是人口的一半。[……]人道机构处理的案件量自战斗在几内亚打响以来已经有所增加。截止到2000年9月，据估计已有57,000名塞拉利昂难民返回该国，尽管不是回到其原来的地区。实际数字可能远高于此。

国内流离失所者生活在其中的有组织营地和接待社区拥挤而肮脏。发病率和死亡率高企，住处及各种基础设施极为糟糕，食物定量不足，许多人已经离家在外10年之久。[……]联合国机构和非政府组织在最基本的预算下工作，提供食物、紧急卫生服务、儿童保护、寻人服务及其它服务。

人们不顾一切地想要回家，而随着新的地区被宣布为“安全”，新的问题将会出现。一旦一个地区被宣布为安全，就意味着国内流离失所者将重新定居，而他们的食物定量供应将会停止。[……]

因此，在最近的将来，对食品援助的需求仍将高企，无论人们是否返回家园。如果他们返回，那么住处将是最严重的问题之一，因为据估计在反叛分子控制地区80%的房屋已经被损坏或摧毁。据人道事务协调办公室估计，在全国439,000户农民家庭中，有331,200户境况脆弱，需要紧急农业援助。

卫生基础设施的建设和重建将是最大的短期需求之一。这个国家大量地区的卫生服务很差甚至完全没有，甚至在反叛分子控制地区之外的主要城镇的医院的设备也严重不足。[……]

在和平进程中取得的进步可能会给人以人道局势正在好转的印象。然而，随着雨季的到来和10万多名难民的可能回归，局势在整个2001年可能会变得糟糕得多。事实上几内亚的难民局势仍不稳定。科特迪瓦也已受到影响。2001年6月中旬，大约2,000名利比里亚新难民到达了利比里亚边境附近的达纳内 (Danane)。[……]

4. 在利比里亚违反国际人道法的行为

[资料来源: *Liberia, Killings torture and rape continue in Lofa County*, Amnesty International, London, 1 August 2001; AI index, AFR 34/008/2001; 见于<http://www.amnesty.org>]

利比里亚：杀人、酷刑和强奸在洛法县继续

绪 论

针对包括妇女和儿童在内的无武装平民的普遍和严重的虐待行为在利比里亚北部毗邻几内亚和塞拉利昂的洛法县毫不减弱地继续存在。自从2000年7月敌对武装团体从几内亚进入洛法县以来，这一地区就一直存在武装冲突。已有成百上千的平民成为杀人、任意拘留、酷刑和强奸行为的受害者，逃离战火的平民人数——估计数以万计——现在已经达到前所未有的水平。

大赦国际收集的证词和报告显示，自2001年4月下旬以来，政府安全部队，尤其是反恐战队，一个特别军事单位[……]，已经法外处决、拘留或者折磨——包括强奸妇女和女童——了超过200名被怀疑支持敌对武装团体的平民。逃离洛法县的平民经常被阻止去往更加安全的地区，理由是怀疑其中有持不同政见者。

据报告基地在几内亚、从属于利比亚人和解与民族联合（利联合）的敌对武装战斗员，也对最近几个月的虐待行为负有责任。据报告他们对被怀疑同利比里亚安全部队合作的平民实施了即决处决、酷刑和强奸。[……]

5. 在几内亚违反国际人道法的行为

[资料来源: in *Fraternité Matin*, Abidjan, 2 October 2002. 原文为法文，非官方翻译。]

几内亚：70人在利比里亚和塞拉利昂边境上的 系列武装冲突中丧生

科纳克里的一名警方消息提供者报告说，有将近70人在周五和周六发生在几内亚西南部和东南部的“反叛”攻击中丧生。据警方称，约有60人在周五至周六晚间发生在靠近利比里亚边境的马森塔 (Macenta, 几内亚西南部) 附近N'delenou村的“反叛”攻击中丧生。而据来自几内亚共和国总统发言人的信息，约有10人在周六发生在靠近塞拉利昂边境的Farmoreya [……] (几内亚东南部) 的攻击中丧生。发言人称Farmoreya的战斗“尤其激烈”，并说几内亚军队已立即开赴当地并在下午成功“恢复了秩序”。“现在事态已经平稳下来，”他说，“但来自

塞拉利昂的进攻者摧毁了这个县，四处放火。”[……]发言人说受害者中大多数是平民，但至少有三名几内亚武装部队成员也被报告丧生，并与其他几人受伤。[……]

讨论

1. 这些文件所罗列的虐待行为是否为国际人道法所禁止？它们是否也被作为刑事犯罪？我们能谈到危害人类罪吗？种族灭绝呢？所描述的事实在国际武装冲突法和非国际武装冲突法上是否被作为同样的刑事犯罪？这一区分对于危害人类罪及种族灭绝罪的定性有影响吗？
2. 这些禁令及/或这一刑事责任是习惯法还是条约法的一部分？
3. 在这种情况下，政府的空中进攻是否违反国际人道法？在发动进攻前应当采取何种措施？投放传单足够吗？能否要反叛分子承担（部分）责任？国际人道法对于“人盾”是如何规定的？（参见《日内瓦第四公约》第28条；《第一议定书》第51、57和58条；《国际刑事法院规约》第8条，参见**案例15**，第634页。）
4. 国际人道法对于“儿童兵”是如何规定的？征募参加武装部队的年龄限制是多少？在国际人道法中有任何保护所有儿童的专门规定吗？即使其公开携带武器，儿童是否也被禁止杀害？如果该儿童是武装团体的一部分并公开携带武器呢？（参见《第一议定书》第77条；《第二议定书》第4条；1989年《儿童权利公约》及**文件16**。《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》，2000年5月25日，第658页，以及国际劳工组织第182号公约，见于<http://www.ilo.org>；《国际刑事法院规约》第8条。）
5. 对红十字人道工作者施加的虐待行为是否被禁止和按犯罪论处？红十字人员相比其他人道工作者是否受到附加保护？（参见四个《日内瓦公约》分别第9/9/9/10条，《日内瓦第三公约》第122条，《日内瓦第四公约》第142条，《第一议定书》第8、17、18、38、71、81条，《第二议定书》第9、12、18条。）
6. “国内流离失所者”与难民的区别何在？他们受国际人道法保护吗？国内流离失所者和难民的营地是否受到特别保护？如果那里住有武装团体成员怎么办？国内流离失所者和难民有接受人道救助的特殊权利吗？关于他们冲突各方有何义务？能否阻止平民逃离冲突？能否强迫他们这样做？（参见《日内瓦第四公约》第44和48条，《第一议定书》第58和73条，《第二议定书》第17条。）
7. 塞拉利昂反叛分子摧毁一个县的行为是否被禁止和按犯罪论处？它是军事目标吗？界定军事目标的标准是什么？它也适用于非国际武装冲突的场合吗？尽管在本案中边境被跨越，这后一种定性是否仍然是可能的？

(三) 镇压与和解

1. 《塞拉利昂问题特别法庭规约》

[资料来源: United Nations, S/2001/915, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 4 October 2000; 见于<http://www.un.org>]

塞拉利昂问题特别法庭规约

塞拉利昂问题特别法庭（以下简称“特别法庭”）根据联合国与塞拉利昂政府之间按安全理事会2000年8月14日第1315号决议(2000) 签署的协定设立，应依据本规约的规定履行职责。

第1条：特别法庭的职权范围

特别法庭有权起诉对1996年11月30日以来在塞拉利昂境内严重违反国际人道法和塞拉利昂国内法的行为负最大责任的人。

第2条：危害人类罪

特别法庭有权起诉在广泛或有系统的针对任何平民人口攻击中，作为攻击一部分而实施下列犯罪的人：

- (1) 谋杀；
- (2) 灭绝；
- (3) 奴役；
- (4) 驱逐出境；
- (5) 监禁；
- (6) 酷刑；
- (7) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕以及任何其它形式的性暴力；
- (8) 基于政治、种族、民族或宗教理由的迫害；
- (9) 其它不人道行为。

第3条：违反《日内瓦公约》共同第3条及《第二议定书》的行为

特别法庭有权起诉实施或命令他人实施严重违反 1949 年 8 月 12 日各项《关于保护战争受害者的日内瓦公约》共同第 3 条及其 1977 年 6 月 8 日《第二议定书》的行为的人。这些违法行为包括：

- (1) 对人的生命、健康以及身心安康施以暴力，特别是谋杀以及诸如酷刑、残伤肢体或任何形式的体罚等虐待；

- (2) 集体处罚；
- (3) 劫持人质；
- (4) 恐怖主义行为；
- (5) 损害个人尊严，特别是侮辱和降低身份的待遇、强奸、强迫卖淫及任何形式的猥亵行为；
- (6) 抢劫；
- (7) 未经具有文明社会公认为必需的司法保障的正规组织的法庭宣判，径行判罪和处决；
- (8) 威胁实施上述任何行为。

第4条：其它严重违反国际人道法的行为

特别法庭有权起诉实施下列严重违反国际人道法行为的人：

- (1) 故意指令攻击平民人口本身或未直接参与敌对行动的个别平民；
- (2) 故意指令攻击依照联合国宪章执行人道主义援助或维持和平行动，且根据武装冲突国际法规享有给予平民和民用物体的保护的所涉人员、设施、物资、单位或车辆；
- (3) 为利用他们积极参与敌对行动之目的，绑架并强行征募15岁以下儿童加入武装部队或团体。

第5条：塞拉利昂法律确定的犯罪 [……]

第6条：个人刑事责任

- 1. 策划、煽动、命令、实施或帮助和教唆他人策划、准备或实行本公约第2条至第4条所述犯罪的人应对犯罪负个人责任。
- 2. 任何被告人，无论是国家元首、政府首脑或政府负责官员，都不得因其官职而免除刑事责任，或减轻刑罚。
- 3. 本公约第2条至第4条所述的任何行为系由下级实施这一事实并不免除其上级的刑事责任，如果后者在知道或理应知道该下级即将或者已经实施这种行为的情况下，没有采取必要而合理的措施加以阻止或处罚行为人为人。
- 4. 被告人奉政府或上级命令行事并不免除其刑事责任，但在特别法庭认为合乎司法公正的要求时可基于此事实考虑减刑。[……]

第7条：对年满15岁的人具有管辖权

- 1. 特别法庭对被控告的犯罪发生时年满15岁的人具有管辖权。
- 2. 在包括调查、起诉和裁判在内的所有诉讼阶段，都应对待未满18岁的被告人（以下简称“少年犯”）给予尊重其人格与价值的待遇，考虑到其年少，理应帮助其改过自新，重新融入社会并在其中发挥建设性作用。

3. 在审判少年犯时，特别法庭应：

- (1) 优先考虑释放少年犯，除非出于安全和保护考虑而需要将其置于严密监视之下或收押在少年拘留所；拘留候审只能被作为不得已的措施；
- (2) 组成“少年犯分庭”，由至少一名审判法官和一名候补法官组成；法官应具备少年司法审判方面的所需资格及经验；
- (3) 在少年犯与成年人一起被告时，下令对少年犯单独审判；
- (4) 向少年犯提供法律、社会和任何其它援助，以帮助少年犯准备和做出辩护，包括帮助其父母或法定监护人参与法律诉讼程序。
- (5) 提供保护措施以保障少年犯的隐私权；此类措施包括但不限于对少年犯身份的保护，或进行不公开审理；
- (6) 在处置少年犯案件时，做出以下任何一项命令：接受看护、指导和监护的命令，社区服务命令，接受辅导，收养，参加感化、教育和职业培训计划，到工读学校学习，以及酌情参加任何解除武装、复员和重新融入社会计划或儿童保护机构的计划。

第8条：共同管辖权

1. 特别法庭和塞拉利昂国内各法院拥有共同管辖权。
2. 特别法庭优先于塞拉利昂各国内法院。在诉讼程序的任何阶段，特别法庭均可正式要求国内法院按本规约及《程序与证据规则》的规定服从特别法庭的权力。

第9条：一罪不二审

1. 任何已受特别法庭审判的人，不得因同一行为而再受塞拉利昂国内法院的审判。
2. 因本规约第2条至第4条所述行为而经由国内法院审判的人，在下列情况下，随后仍然可以由特别法庭进行审判：
 - (1) 受审的行为被定为普通罪；或
 - (2) 国内法院的诉讼程序缺乏公正或独立性，其目的是包庇被告人，使其免负国际刑事责任，或有关案件未经全力起诉。
3. 对于根据本规约被定罪的人，特别法庭在量刑时应考虑国内法院对同一人的同一行为所判刑罚已执行的程度。

第10条：赦免

对于因本规约第2条至第4条所述犯罪而受特别法庭管辖的人，赦免不妨碍起诉。[……]

2. 秘书长关于联合国塞拉利昂特派团的第11次报告

[资料来源: United Nations, S/2001/857, *Eleventh report of the Secretary-General on the United Nations Mission in Sierra Leone*, 7 September 2001; 见于<http://www.un.org>]

[.....]

真相与和解委员会

44. 联塞特派团继续努力使联阵领导人参与讨论真相与和解委员会的问题。2001年8月2日在马克尼发动了对北部省的宣传活动。总的说来, 联阵似乎愿意接受真相与和解委员会。尽管如此他们仍对真相与和解委员会的独立性以及真相与和解委员会与特别法庭之间的关系表示关切。
45. 2001年8月1日, 联合国人权事务高级专员致函可能提供捐款的国家, 信中列有关于真相与和解委员会的初步预算资料。根据这些初步概算, 该委员会第一年的行动大约需要1,000万美元。目前, 人权专员办事处正与联塞特派团合作, 在人权事务高级专员正式发动特别呼吁之前, 对初步预算进行修订。高级专员还考虑为真相与和解委员会设立一个临时秘书处。该秘书处将在联塞特派团的主持下初步行使职能。与此同时, 挑选国际专员的工作也取得了进展。高级专员不久将向甄选小组提出她的建议。至于国家专员的问题, 秘书长特别代表咨询委员会最近举行会议, 并提出了一份供他考虑的最后候选人名单。

特别法庭

46. 秘书长和安全理事会交换了信函 (S/2001/693和S/2001/722), 其中安理会同意关于特别法庭开始行动的建议。此后, 秘书处于2001年7月23日致函给特别法庭第一年认捐的各国, 请它们在30天之内把捐款交给联合国。总共认捐了15,492,500美元, 但在30天期限结束之前, 只收到了三分之一的款项。
47. 待收到足够的捐款、信托基金可以开始运转时, 秘书处将向塞拉利昂派出一个规划团, 与该政府讨论设立特别法庭的切实安排。[.....]
48. 革命联合阵线表示, 虽然它不会阻挠设立法庭, 但它希望法庭能够保持公正, 并对所有被控在有关期间实施暴行的人、而不仅仅是联阵人员,

进行审判。政府继续表示全力支持法庭。然而，政府在8月20日致函联合国法律顾问，要求把法庭的临时司法管辖权延伸到1991年3月冲突开始以来的这一时期。规约草案和协定草案规定，临时管辖权始于1996年11月30日。

3. 在塞拉利昂平衡和平与正义

[资料来源：PARLEVLIET Michelle, "Truth Commissions in Africa: the Non-case of Namibia and the Emerging Case of Sierra Leone", in *International Law Forum*, vol.2, no. 2, 2000; 注释略。]

在塞拉利昂平衡和平与正义

[……]1999年7月《洛美协定》[……]给予联阵领导人福戴·桑科无条件 and 绝对的赦免与缓刑。[……]它还规定成立真相与和解委员会来处理逃脱惩罚问题、打破暴力循环、确认所发生的事情以及为那些受到影响或牵连的人提供一个讲述其遭遇的场所。[……]赦免条款受到广泛批评。甚至联合国似乎[……]也对此感到尴尬：当签署《协定》时，秘书长塞拉利昂问题特别代表弗朗西斯·奥凯罗 (Francis Okelo) 加上了一个免责声明，即联合国认为赦免不适用于种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪及其它严重违反国际人道法的行为。[……]

联合国人权事务高级专员办公室（联合国人权高专办）发挥了关键作用[……]。这是联合国人权高专首次如此近距离地参与设立真相委员会。[……](高级专员玛丽·罗宾逊 (Mary Robinson)的)办公室协助准备了委员会所需立法。

[2000年]2月，塞拉利昂议会通过了《真相与和解委员会法》。[……]委员会的目标 [是]：“建立关于违反和侵犯人权及与武装冲突有关的国际人道法行为的公平的历史档案；处理逃脱惩罚问题；回应受害者的需求，促进康复与和解，以及防止所遭受的违反和侵权行为再度发生。”调查涉及从1991年3月战争开始至《洛美协定》签署这一时间段。[……]

这是对真相委员会的授权中首次明确提及“违反国际人道法的行为”。这可能是旨在确保国际行为者与非国家行为者的行为都能归入委员会的授权范围。[……]

真相委员会能否在任何较大程度上吸引犯罪者尚待观察。鉴于已经给予的普遍赦免，没有直接的激励因素让他们参与这一进程。[……]

4. 《洛美和平协定》中的赦免条款

[资料来源: United Nations, S/2000/915, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 4 October 2000; 见于<http://www.un.org>]

[……]

(1) 《洛美和平协定》中的赦免条款

22. 尽管承认赦免是得到接受的法律概念及在内战或国内武装冲突结束时和平与和解的表示, 但联合国一贯坚持这一立场, 即赦免不适用于国际罪行, 例如种族灭绝罪、危害人类罪或其它严重违反国际人道法的行为。
23. 在签署《洛美和平协定》时, 秘书长塞拉利昂问题特别代表被指示在其代表联合国的签名上附加一个免责条款, 内容是《协定》第6条所包含的赦免规定(“绝对和无条件的赦免”)不适用于种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪及其它严重违反国际人道法的行为等国际罪行。安全理事会在第1315号决议(2000)序言的一段中回顾了这一保留。
24. 在《特别法庭规约》的谈判过程中, 塞拉利昂政府同意联合国的立场, 并同意加入关于赦免的条款, 内容如下:

“对任何在本规约第2条至第4条所述犯罪方面属于特别法庭管辖范围的人所给予的赦免不应妨碍起诉。”[……]

讨 论

1. 塞拉利昂问题特别法庭、前南斯拉夫和卢旺达问题临时国际刑事法庭及国际刑事法院的区别何在?
2. 法庭对于1996年9月30日之前所犯的罪行没有管辖权, 这能否令人接受? 《法庭规约》第1条是否排除了对这一日期之前的严重违法行为起诉的一切可能性? 国际刑事法院能否审判这些罪行的嫌疑人? 对于破坏国际人道法的行为有时效规定吗? (参见《联合国1968年公约》, 见于<http://www.icrc.org/ihl>; 《国际刑事法院规约》第11、29条, 参见**案例15**, 第634页。)
3. 关于危害人类罪的第2条使用了“普遍或系统攻击”这一表述, 而法文版则用的是“普遍和系统攻击”这一表述。《国际刑事法院规约》第7条采用了“普遍或系统攻击”这一表述。这一区别是否改变了这一条款的适用范围? 一种版本优先于另一种吗?
4. 《规约》第4条第3款是否意在适用于自愿拿起武器的儿童? 15岁以下儿童自愿参军是否合法? 2000年5月25日《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》对此是如何规定的(参见**文件16**. 《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》, 第658页。)?

5. 法庭是否有权审判在塞拉利昂领土内犯有违法行为的外国部队（利比里亚、尼日利亚及其它）？它是否有权起诉联阵在几内亚所犯罪行？
6. 如果福戴·桑科（2003年7月去世）必须在法庭出庭，他能否援引1999年《洛美协定》给予他的赦免？赦免在国际人道法上可接受吗？（参见《第二议定书》第6条。）
7. 真相与和解委员会和特别法庭同时存在不是自相矛盾吗？二者如何互动？你如何决定谁应当上法庭，谁又该由委员会审理？
8. 在《真相与和解委员会法》提到的“违反国际人道法的行为”与被从赦免中排除的“战争罪”或“严重破坏国际人道法的行为”之间有何区别？

案例225. 塞拉利昂，特别法庭关于泰勒豁免权的裁定

案 例

[资料来源：Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Charles Taylor Decision on Impunity from Jurisdiction*, 31 May 2004, 见于<http://www.sc-sl.org>]

塞拉利昂问题特别法庭

上诉分庭

伊曼纽尔·阿尤拉法官 (Justice Emmanuel Ayoola), 主持

乔治·杰拉加·金法官 (Justice George Gelaga King)

雷纳特·温特法官 (Justice Renate Winter)

书记员：罗宾·文森特 (Robin Vincent)

日期：2004年5月31日

检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒

案件号SCSL-2003-01-1

关于管辖豁免的决定 [……]

一、绪论：程序及事实历史

1. 这是由利比里亚共和国前总统查尔斯·泰勒提出的申请，请求取消对他的指控及逮捕令，理由是他对于本法庭行使的任何管辖权均享有豁免。指

控和逮捕令是班克尔·汤普森法官 (Justice Bankole Thompson) 于2003年3月7日批准的, 当时泰勒先生是利比里亚国家元首。应检察官2003年6月4日的请求, 它们被转交泰勒先生正在进行访问的加纳的适当当局, 但在确保其被捕方面被证明没有作用。[……]

3. 泰勒先生于1997年当选利比里亚国总统。[……]
4. 泰勒先生担任国家元首直至 2003 年 8 月, 其任期覆盖了特别法庭根据授权对那些 1996 年 11 月 30 日以来在塞拉利昂法实施的战争罪和危害人类罪的主要责任人进行审判的命令而拥有属时管辖权的时期的大部分时间。
5. 针对泰勒先生的指控含有 17 条罪状。它指控他犯有危害人类罪和严重破坏《日内瓦公约》的行为, 意在“获取塞拉利昂共和国的矿产财富, 尤其是塞拉利昂的钻石财富, 以及破坏国家稳定”。它声称他向整个塞拉利昂冲突中的反叛派别“提供财政支持、军事训练、人员、武器、弹药及其它支持和鼓励”。罪状以不同方式指控他对“恐吓平民人口及下令进行集体惩罚”、对平民实施性暴力和身体暴力、使用儿童兵、绑架和强迫劳动、对平民财产的普遍抢掠和烧毁以及攻击和绑架联塞特派团维和士兵和人道援助工作者等行为负有责任。简而言之, 控方主张, 他从早期开始就以私人而非官方身份支持和指导反叛部队, 鼓励他们实施恐怖战、酷刑及大规模谋杀, 以便从被反叛部队夺取的钻石矿中分赃自肥。

二、当事人的意见

(一) 辩方的预先申请

6. 申请人首先主张:
 - (1) 根据国际刑事法院在刚果民主共和国诉比利时案 (*Democratic Republic of Congo v. Belgium*) (叶罗迪亚案 (*Yerodia Case*)) [参见**案例 206**. 国际刑事法院, 刚果民主共和国诉比利时案, 第2241页] 中的判决, 作为在指控之时的在任国家元首, 查尔斯·泰勒享有刑事起诉豁免;
 - (2) 外交豁免的例外只能来自其它国际法规则, 如安全理事会根据《联合国宪章》第七章做出的决议;
 - (3) 特别法庭没有第七章权力, 因此特别法庭的司法命令具有同国内法院的司法命令同样的性质;

- (4) 由于其对刑事起诉享有的属人豁免权，针对查尔斯·泰勒的指控无效。[……]
7. 申请人还提出第二个主张：
 - (1) 根据莲花号案 (*Lotus case*) [见于http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf]，主权平等原则禁止一国在另一国领土上行使其权力。
 - (2) 作为例外，一国可以起诉外国人在另一国领土上所实施的行为，但只有在行为人位于起诉国领土内时。
 - (3) 特别法庭试图在加纳对查尔斯·泰勒送达指控和逮捕令的行为违反主权平等原则。
8. 申请人寻求：
 - (1) 下令取消指控、逮捕令及所有后续命令。
 - (2) 给予阻止对查尔斯·泰勒送达指控和逮捕令的临时救济。

(一) 控方的回应

9. 控方关于辩方第一个主张的意见是：[……]
 - (4) 叶罗迪亚案是关于现任国家元首对另一国法院管辖权的豁免问题。
 - (5) 习惯国家法允许国际刑事法庭指控现任国家元首，特别法庭是根据国际法设立的国际法庭。
 - (6) 没有第七章权力并不影响特别法庭对国家元首的管辖权。没有第七章权力的国际刑事法院明确否认了国家元首对国际罪行的豁免权。
10. 对于申请人的第二个主张，控方声称：
 - (1) 查尔斯·泰勒是根据《特别法庭规约》第1条第1款、因为在塞拉利昂而非第三国领土内所犯罪行而被指控的。
 - (2) 将文件转交加纳当局的行为不会侵犯加纳主权。[……]

一、法庭之友的意见

(一) 菲利普·桑兹教授 (*Professor Philippe Sands*)

17. [……]他得出如下结论：

- (1) 关于国际法庭，国际实践和学术评论支持这一观点，即在涉及国际罪行时可以对现任国家元首行使管辖权。可以特别参见皮诺切特案 (Pinochet) [参见上议院……见于<http://www.publication.parliament.uk>]和叶罗迪亚案。
- (2) 关于国内法院，即使是在涉及国际罪行时现任国家元首也享有豁免。
- (3) 发出逮捕令的合法性取决于法庭的权力和属性，以及其赖以成立的法律基础。特别法庭不是塞拉利昂司法系统的一部分，也不是国内法院。相反，它是由条约设立的国际法庭，有着类似于前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的职权和管辖权。
- (4) 《特别法庭协定》或《特别法庭规约》中没有什么妨碍法庭寻求对塞拉利昂国家元首在塞拉利昂领土内所犯罪行行使管辖权。
- (5) 特别法庭转交对泰勒的逮捕令的行为没有侵犯加纳主权，但加纳并无义务执行这一令状。
- (6) 在涉及国际罪行时，前国家元首无权在国际刑事法庭主张属事豁免权。

(二) 黛安·奥伦特里特教授 (Professor Diane Orentlicher)

18. [……]

- (1) 在“叶罗迪亚案”中，国际刑事法院将适用于国内法院对另一国外交部长的企图起诉的法律同国际刑事法庭的规约中所体现的规则区分开来。就国内和国际刑事法庭之间被国际刑事法院和其它权威公认的区别而言，特别法庭是一个国际法庭，可以根据其规约对现任和前任国际元首行使刑事管辖权。
- (2) 必须区分附随于特定现任官员之身份、作为另一国对其行使管辖权之程序性障碍的属人豁免（程序性豁免），与防止国内法院对外国官员的职务行为进行审查的属事豁免（实体性豁免）。尽管实体性豁免在国家元首卸任后保护其职务行为，但这种豁免并不适用于泰勒被指控的罪行。

(三) 非洲律师协会

19. 非洲律师协会的法庭之友简要意见涉及很多问题，其中关于对泰勒的指控的有效性的第三个问题与这一预先申请相关。根据美国诉诺列加案 (United States of America v Noriega) [参见**案例134**，美国诉诺列加案，第1391页]、皮

诺切特案和米洛舍维奇案 (Milosevic) [见于<http://www.un.org/icty>]、1993年世界人权大会和《国际刑事法院罗马规约》[参见**案例15**，国际刑事法院，第634页]，非洲律师协会认为泰勒对其被指控在塞拉利昂所犯国际罪行不享有豁免。

在此决定如下：

三、对申请的考虑

20. 在针对他的指控提出时 (2003年3月7日)、将之通知加纳当局时 (2003年6月4日) 以及申请将之取消时 (2003年7月23日)，泰勒先生都是在任的国家元首。因此，他主张享有该国针对本法庭之管辖权所声称之任何豁免。这些不加渲染的事实提出了要求我们决定的这一法律问题，即特别法庭对在任国家元首发出指控和逮捕令是否合法。[……]

五、塞拉利昂问题特别法庭的法律基础

35. 特别法庭是由根据安全理事会第1315号决议 (2000) [参见<http://www.un.org>] 签署的《联合国与塞拉利昂协定》设立的，其唯一目的在于起诉对在塞拉利昂境内严重违反国际人道法和塞拉利昂国内法的行为负最大责任的人。[……]

六、特别法庭是否是国际刑事法庭？

37. 尽管不同于由安全理事会在行使《联合国宪章》第七章权力过程中通过决议设立的前南斯拉夫问题国际刑事法庭和前卢旺达问题国际刑事法庭，特别法庭是由条约设立的，但清楚的是，安全理事会为设立法庭而签署协定的权力来自《联合国宪章》第1条关于联合国一般目的的规定以及第39和41条关于安全理事会具体权力的规定。这些权力的广泛性足以使安全理事会能够像它通过第1315号决议所做的那样，通过同塞拉利昂签署《协定》设立特别法庭。第39条授权安全理事会确定任何对和平的威胁。在1315号决议中，安全理事会重申塞拉利昂局势继续构成对该地区国际和平与安全的威胁。
38. 对于特别法庭欠缺第七章权力这一点已经争论颇多。对那些权力的恰当理解表明，所谓的第七章权力本身并不界定特别法庭的法律地位。从第41条的第一句话可以看出：(1) 安全理事会被授权“决定为实施其决议

所应采取之武力以外的措施”；(2) 它可以（由其自行决断）促请联合国成员国执行这种措施。被提及的决议是根据第39条做出的决议。当安全理事会作为维持或恢复国际和平与安全的措施决定设立法庭时，它与此同时可以促请也可以不促请联合国成员国做为一项义务同该法院进行合作。为了促进第41或48条，它可以在法庭成立后做出这种决定，如果之后发生的事件表明这样做是审慎的。值得注意的是，在根据其维护国际和平与安全之责任履行职责时[……]，安全理事会是代表联合国成员国行事。因此，《联合国与塞拉利昂协定》是联合国所有成员国同塞拉利昂的协定。这一事实使得《协定》成为国际社会意志的表达。在这种情况下成立的特别法庭是真正国际性的。

39. 通过在第1315号决议序言中重申“凡实施或授权实施严重违反国际人道法行为的人，均应对这类违法行为承担个人责任，而且国际社会将竭尽全力依照正义、公平和正当法律程序等国际标准，将那些应负责任者绳之以法”，已经清楚表明特别法庭是设立来完成一项国际任务，并且是国际司法系统的一部分。
40. 我们重申，正如我们在“合宪性决定”中所认定的那样，特别法庭不是塞拉利昂国内法院，不是行使塞拉利昂司法权力的塞拉利昂司法系统的一部分。这一结论消除了申请人律师关于特别法庭性质的意见的基础。
41. 基于已经给出的理由，不难接受并感激地采纳作为法庭之友协助法庭的桑兹教授所得出的如下结论：
 - (1) 特别法庭不是塞拉利昂司法机构的一部分，不是国内法院。
 - (2) 特别法庭是由条约设立的，拥有与传统国际组织相联系的特征（包括法律人格、同受国际法支配的其它国际主体签订协议的能力、特权与豁免以及区别于其成员的自主意志）。
 - (3) 特别法庭的职权及属事和属人管辖权广泛类似于前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院，包括确认任何人无权主张豁免的相关规定。
 - (4) 因此，没有理由认为特别法庭应当被作为不同于国际法庭或法院的任何机构，及其对于现任国家元首豁免权这一问题的涵义。
42. 我们断定特别法庭是国际刑事法庭。法庭的组成文件含有举不胜举的证据证明这一点。要列举那些证据实际上几乎等于要引用那些文件的全部

规定。指出这一点就足够了：在注意到那些规定后，我们所得出的结论是不可避免的。

七、特别法庭与管辖豁免 [……]

44. 《规约》第6条第2款规定如下：

任何被告人，无论是国家元首、政府首脑或政府负责官员，都不得因其官职而免除刑事责任，或减轻刑罚。

45. 第6条第2款实质上与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条第2款及《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条第2款的表述相同。2002年7月1日生效的《国际刑事法院规约》第27条第2款 [参见**案例15**，国际刑事法院 [参见1. 规约，第27条]，第634页] 规定：“可能附随于某人之正式职位的豁免或特别程序规则，不应妨碍法庭对该人行使其管辖权。”

46. 作为《规约》第6条第2款及前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭规约和国际刑事法院规约中类似条款的前驱的，是《国际军事法庭宪章》（“《纽伦堡宪章》”）第7条，规定：

被告人的官职，无论是国家元首或政府部门负责官员，都不得被视为使其免除刑事责任或减轻刑罚。

47. 联合国大会通过第177 (II) 号决议指示国际法委员会“编订纽伦堡法庭组织法及法庭判决所承认之国际法原则”。国际法委员会在执行该指令时的出发点是，大会已经确认了《纽伦堡宪章》及法庭判决所承认的原则，所要做的仅仅是编订它们。基于此，它从《纽伦堡宪章》第7条编订成原则三如下：

实施构成国际法上罪行之行为的人担任国家元首或负责官员这一事实，并不免除其在国际法上的责任。

早在1950年12月12日大会接受国际法委员会对国际法原则的这一编订之时，该原则就已牢固确立。[……]

50. 更近以来，国际法院在“叶罗迪亚案”中依赖习惯国际法确认了在国内法院的豁免权，即使是关于战争罪和危害人类罪。法院在仔细审查“国家实践，包括国内立法以及诸如上议院或法国上诉法院等国内高等法院的少量判决”后，称其“未能从这一实践中断定，在习惯国际法上对于给予被怀疑犯有战争罪或危害人类罪的现任外交部长刑事管辖豁免及不可侵犯之权利这一规则存在任何形式的例外”。它判决道：

尽管关于防止和惩治某些严重罪行的国际公约对国家课以起诉或引渡之义务，由此要求它们延伸其刑事管辖权，但这种延伸毫不影响习惯国际法上的豁免权，包括外交部长的豁免权。这些在外国法院面前仍然是可反对的，即使那些法院是根据这些公约行使这种管辖权。

但对于在“某些国际刑事法庭”进行的刑事诉讼，它判决道：

现任或前任外交部长可以受制于在某些国际刑事法庭进行的刑事诉讼，如果它们有管辖权。这方面的例子包括依照安全理事会根据《联合国宪章》第7条所做决议成立的前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭，以及由《罗马规约》创设的将来的国际刑事法院。后者在第27条第2款明确规定：“可能附随于某人之官职的豁免或特别程序规则，不应妨碍法庭对该人行使其管辖权。”

51. 在这方面对国内法院和国际法院做出区分的原因，虽然不是显而易见，但似乎是基于这一事实：作为原则一个主权国家不得裁判另一个国家的行为；国家豁免原则源自主权国家间的平等，因此与国际刑事法庭无关，因为后者并非国家机关，而是从国际社会获得授权。另一个原因是正如奥伦特里特尔教授在其法庭之友简要意见中所说的：

各国已经将国际社会集体判决视为抵御单边判决在这一领域可能造成的不稳定局面的必要保障。

52. 无论如何，国家主权平等并不妨碍国家元首在国际刑事法庭或法院被起诉这一原则现在看来是已经确立了。我们接受哈德利的斯林 (Slynn) 勋爵所表达的观点：

“毫无疑问，各国已经逐渐承认，某些犯罪，当在国际法庭上提出指控时，不应被国家豁免、国家元首豁免、其他官员豁免或外交豁免请求所涵盖。” [脚注45：参见R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others, *Ex Parte Pinochet*, House of Lords, 25 November 1998 [见于<http://www.publications.parliament.uk>].]

53. 上诉分庭因此认定，《规约》第6条第2款并不同任何一般国际法的强行性规范相冲突，本法庭必须执行其规定。我们判决，申请人在这些刑事诉讼对其提起时作为在任国家元首的官职并不妨碍本法庭起诉他。申请人过去和现在均应受制于在塞拉利昂问题特别法庭进行的刑事诉讼。[……]

57. 最后，申请人辩称说发布逮捕令及将之转交加纳的做法侵犯了加纳主权。适于提出这一问题的应当是加纳而不是申请人，并且即使加纳决定如此，提出问题的场所也不应是特别法庭，因为特别法庭是针对个人的刑事诉讼法庭。必须指出的是，由一国转交另一国的逮捕令并不是自动执行的。它仍然需要接收国的合作和权力才能得到执行。除非接收国负有《联合国宪章》第七章义务或条约义务执行该令状，否则接收当局并无义务这样做。该国通过拒绝执行令状声称了其主权。[……]

七、处置

60. 基于我们已经给出的理由，申请必须被驳回。

弗里敦，2004年5月31日

阿尤拉法官

金法官

温特法官

主持

讨 论

1. 塞拉利昂问题特别法庭、前南斯拉夫和卢旺达问题临时国际刑事法庭及国际刑事法院之间有何区别？你认为塞拉利昂问题特别法庭是国际法庭吗？
2. (1) 如果塞拉利昂问题特别法庭被视为国内法庭，那么它是否不可能起诉现任国家元首？为什么？如果是前任国家元首呢？如果这一国家元首被发现在塞拉利昂领土内呢？
(2) 你认为只允许由国际社会合法设立的国际法庭来起诉对战争罪和危害人类罪享有属人豁免权的人是否足够？或者你认为国内法院也应当有权行使其普遍管辖权，即使是对国家元首？这种权利的不便之处是什么？
3. (1) 起诉严重破坏国际人道法行为的义务对于享有属人豁免权的人，如国家元首，是否也存在？这一义务只涉及国际法庭吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条。）
(2) 在国际法规定的起诉义务与属人豁免权之间是否存在冲突？如果两条规则之间存在冲突，哪个应当优先？属于强行法的规则？（参见四个《日内瓦公约》共同第1条，分别第49/50/129/146条及51/52/131/148条。）
4. 加纳当局是否有义务执行塞拉利昂问题特别法庭这样的国际法庭发布的逮捕令？如果没有，什么能够迫使加纳执行这一逮捕令？安全理事会决议？如果发布逮捕令的是国

际刑事法院会怎么样？卢旺达问题国际刑事法庭这样的临时法庭？国内法院？国际人道法是否暗示有义务执行对因战争罪被起诉的人所发出的逮捕令？引渡这种人？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条，《第一议定书》第88条。）

案例226. 塞拉利昂，特别法庭关于征募儿童兵的裁定

案 例

[资料来源：Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction*, 31 May 2004, 见于<http://www.sc-sl.org>]

塞拉利昂问题特别法庭

检察官诉萨姆·欣加·诺曼

有关基于无管辖权的预先申请的决定 (征募儿童兵)

[……]

塞拉利昂问题特别法庭（“特别法庭”）上诉分庭：

知悉辩方2003年6月26日代表萨姆·欣加·诺曼（“被告”）提交的基于无管辖权的预先申请：征募儿童兵（“预先申请”）；[……]

一、当事人的意见

(一) 辩方的预先申请

1. 辩方在其意见中提出下列要点：

- (1) 特别法庭无权因为《规约》关于禁止征募15岁以下儿童“进入武装部队或团体，或者利用他们积极参与敌对行动”的第4条第3款上的罪行（如指控书罪状8所指控）审判被告，因为征募儿童兵罪在指控相关时间内并非习惯国际法的一部分。
- (2) 因此，《特别法庭规约》第4条第3款违反了罪刑法定原则。

- (3) 尽管1977年《<日内瓦公约>第二议定书》及1990年《儿童权利公约》也许创设了禁止征募儿童兵的国家义务，但这些文件并未将这种活动按犯罪论处。
- (4) 1998年《国际刑事法院罗马规约》将征募儿童兵按犯罪论处，但它并未将习惯国际法成文化。

辩方请求宣布，法庭不具有就指控书罪状8审判被告的管辖权。

(二) 控方的回应

2. 控方回应如下：

- (1) 征募儿童兵罪在相关时间是习惯国际法的一部分。《日内瓦公约》将保护15岁以下儿童确认为不容争议的国际人道法规范。将征募儿童兵规定为其国内法上的非法行为的国家以及其后处理征募儿童兵问题的国际公约的数量，都表明存在这一习惯国际法规范。
- (2) 《国际刑事法院规约》成文化了现有的习惯国际法。
- (3) 无论如何，根据“塔迪奇案”[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]，即使没有专门提及刑事责任的条约条款，个人刑事责任也能够存在。
- (4) 罪刑法定原则不应机械适用于被普遍视为令人憎恶的行为。问题在于该行为的可罚性对于可能的犯罪人而言是否是可预见和可获知的。

(三) 辩方的答复

- 3. 辩方在其答复中认为，如果特别法庭接受控方的主张，即征募儿童兵已经成为国际法上的罪行，那么法院必须精确查明征募行为成为犯罪的时间点，以便确定法庭对于哪些行为有管辖权。再者，辩方主张，国际法上的禁止并不必然包含刑事责任。

(四) 控方的补充意见

4. 控方进一步主张：

- (1) 与在国内法律体系中不同，在国际法上没有一个对全世界具有立法权的议会。因此，永远不会有一部法律宣布某个行为从特定日期开

始成为习惯法上的罪行。征募儿童兵的刑事责任是多种因素累积的结果，这些因素必须被一起考虑。

- (2) 就罪刑法定原则而言，被告不能预见到国际刑事法庭的创设这一点无关紧要，只要基础行为的可罚性对于他们而言是可预见的就足够了。可能的犯罪人不需要知道对罪行的具体描述。公众良知的指令对于确定何者构成犯罪行为具有重要性，而这将随时间推移而演变。
- (3) 作为替代主张，征募儿童兵的个人刑事责任到1997年4月30日为止已经确立；当日非洲防止征募儿童兵加入武装部队暨儿童兵复员和重返社会研讨会通过了《开普敦原则》，规定“非法征募儿童兵者应被绳之以法”。
- (4) 作为替代主张，征募儿童兵的个人刑事责任到1998年6月29日为止已经确立；当日安全理事会主席谴责了使用儿童兵的行为，并呼吁成员国遵守其国际法义务，起诉那些对严重破坏国际人道法行为负有责任的人。
- (5) 作为替代主张，征募儿童兵的个人刑事责任到1998年7月17日《国际刑事法院规约》被通过时已经确立。[……]

(六) 法庭之友的意见

多伦多大学国际人权诊所及有利害关系的人权组织

6. 多伦多大学国际人权诊所的主张如下：

- (1) 在援引罪刑法定原则时，辩方假定在战争罪与违反国际人道法行为之间存在清晰区别，只有前者才能被起诉而不违反这一原则。这一前提是错误的，已有判例支持起诉违反国际人道法行为的能力。[……]
- (3) 由于征募儿童兵可以因违反，例如，针对绑架的法律而招致起诉，因此将对军事征募的规制描述为只是限制征募、而不是禁止或将之按犯罪论处，过于形式主义。
- (4) 1996年以来对征募儿童兵行为表示愤慨的国际决议和文件表明对这一禁令的约束力的接受。
- (5) 国际人道法允许起诉个人严重违反战争法的行为，无论它们是否被明确规定为犯罪，这一点被国际判例、国家实践及学者观点所确认。

- (6) 禁止征募儿童兵的规定包含在《第二议定书》的“基本保证”中，而前南斯拉夫和卢旺达问题国际刑事法庭的判决也提供了极具说服力的证据证明该违法行为是习惯国际法上预先存在的罪行。
- (7) 罪刑法定原则意在保护善意地认为其行为合法的无辜者。被告不可能合理地相信其行为在实施时是合法的，因此不能依赖罪刑法定作为抗辩。

联合国儿童基金会

7. 联合国儿童基金会的意见如下：

- (1) 到1996年11月30日为止，习惯国际法已经将征募或在敌对行动中使用15岁以下儿童的做法确认为一项刑事罪行，这也是《规约》第4条第3款的条文被提议时安全理事会的看法。尽管《特别法庭规约》初稿提到的是“绑架和强行征募15岁以下儿童”，但最终版本的用语被安全理事会成员认为符合在1996年业已存在、目前已获国际社会接受的法律。[……]
- (8) 两个《议定书》及《儿童权利公约》所禁止的征募儿童兵行为已经成为一项刑事罪行。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定、其判例也确认，破坏《第一议定书》的行为将导致刑事制裁；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》承认刑事责任附随于严重违反《第二议定书》的行为。卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭在阿卡耶苏案[参见**案例200**. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让—保罗·阿卡耶苏案 [比较—]，第2154页]中确认了这一观点，即“严重违反”《第二议定书》中所包含的基本保证的行为在1994年应承担刑事责任，而征募儿童兵具有同那里面列举的违法行为相同的性质。[……]

在此决定：

二、讨论

根据其《规约》第4条，特别法庭有权起诉犯有严重违反国际人道法行为的人，包括：

- (3) 征召或招募15岁以下儿童加入武装部队或团体，或者利用他们积极参与敌对行动（“征募儿童兵”）。

秘书长关于建立特别法庭的报告中提出的最初草案提到的是“为利用他们积极参与敌对行动之目的，绑架及强行征募15岁以下儿童加入武装部队或团体”，这反映出对于规定于《国际刑事法院罗马规约》并反映在《特别法庭规约》中的征召或招募儿童罪是否具有习惯国际法性质的某种不确定。这一条款的措辞根据安全理事会主席为确保第4条第3款符合“在1996年业已存在、目前已获国际社会接受的法律”而提出的建议进行了修改。预先申请所提出的问题是，《规约》第4条第3款所界定的犯罪，在被告人被指控的行为实施之时，在国际法上是否被公认是需要承担个人刑事责任的犯罪。

9. 为了回答本法庭所面对的这一问题，必须仔细审查《国际法院规约》第38条第1款提及的前两种国际法渊源：

- (1) 无论一般或特别国际公约，确立为争讼当事国所明确承认之规则者；
- (2) 国际习惯，作为被接受为法律之通例之证明者[……]

(一) 国际公约

10. 鉴于辩方并不就征募儿童兵违反国际人道法这一事实进行争辩，没有必要详细阐述这一点。但是，相关国际文件的关键词句将被重点提及，以便为分析预先申请所提出的问题提供一个平台。应当特别注意的是，塞拉利昂在1996年以前就已是1949年《日内瓦公约》及其1977年两个《附加议定书》的缔约国。

1) 1949年《日内瓦第四公约》

11. 该公约于1965年被塞拉利昂批准。截至1996年11月30日，《日内瓦公约》已有187个缔约国。《公约》的相关条款如下：[参见第14、24、51条，见于<http://www.icrc.org/ihl>] [……]

2) 1977年第一和第二议定书

12. 两个《附加议定书》均于1986年被塞拉利昂批准。应当注意《第一议定书》的下列条款：[参见第77条第2、3、4款，见于<http://www.icrc.org/ihl>]
13. 截至1996年11月30日，《第二议定书》已有137个缔约国。塞拉利昂于1986年10月21日批准了《第二议定书》。关键条款是题为“基本保证”的第4条，在相关部分规定：[参见第4条第3款第3项，见于<http://www.icrc.org/ihl>] [……]

3) 1989年《儿童权利公约》

14. 该公约于1990年9月2日生效，同日被塞拉利昂政府批准。1996年，除6个国家以外的当时所有国家均已批准《公约》。《儿童权利公约》承认国际人道法对儿童的保护，并要求缔约国通过采取适当而可行的措施确保对这些规则的尊重。
15. 关于可行的措施：

第38条

[参见“引用”，上文第177页。]

16. 关于国家的一般义务

第4条

缔约国应采取一切适当的立法、行政和其它措施以实现本公约所允许的权利。关于经济、社会及文化权利，缔约国应根据其现有资源所允许的最大限度并视需要在国际合作范围内采取此类措施。

(二) 习惯国际法

17. 在1996年11月之前，禁止征募儿童兵的规定也已成型为习惯国际法。习惯的形成既需要国际实践，又需要事先存在的义务（法律确信），“口头表达的义务感如果没有实践行为，只不过是修辞。反之，国家实践如果没有法律确信，则只不过是惯性。”
18. 就国家实践而言，制定有关于征兵或自愿参军立法的国家的名单清楚表明，几乎所有国家都禁止（并且已经长期这样做）征募15岁以下的儿童。由于有185个国家，包括塞拉利昂，在1996年以前是《日内瓦公约》缔约国，因此可以断定这些公约的规定被广泛承认为习惯国际法。与此相似，有133个国家，包括塞拉利昂，在1995年批准了《第二议定书》。考虑到缔约国的数量之多，可以断定《第二议定书》的许多规定，包括基本保证，到1996年为止都已被广泛承认为习惯国际法。尽管《第二议定书》处理的是国内冲突，但前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在“检察官诉塔迪奇案”中判决说“‘严重违法行为’是发生在国际还是国内武装冲突中无关紧要”。这意味着无论发生的是国际还是国内武装冲突，儿童都受到基本保证的保护。

19. 再者，正如已经提到的那样，除6个国家以外的所有国家到1996年为止均已批准《儿童权利公约》。这一巨大的接受量，所有国际公约中的最高接受率，清楚表明《儿童权利公约》的规定几乎在《公约》生效时便已成为国际习惯法。
20. 对《第二议定书》和《儿童权利公约》中禁止征募儿童兵的规范的广泛承认和接受提供了极具说服力的证据，证明公约规范在1996年之前很久便已进入习惯国际法。没有任何关于降低《儿童权利公约》第38条义务标准的保留这一事实更加突出了这一点，特别是如果再考虑到第38条是为数不多的可以声称获得普遍接受的公约条款之一。
21. 在《儿童权利公约》生效的同一年通过的《非洲儿童权利与福利宪章》以几乎相同的措辞重申了对征募儿童兵的禁止：

第22条第2款：武装冲突

2. 本宪章的缔约国应采取必要措施，确保没有儿童直接参与敌对行动，特别是不得征募任何儿童兵。
22. 正如多伦多法庭之友简要意见所述及1996年《梅切尔报告》(Machel Report) 所示，已经牢固确立的规则是，武装冲突的所有当事方，无论是国家还是非国家行动者，都受国际人道法约束，即使只有国家可以成为国际条约的缔约方。习惯国际法代表国际社会的共同行为标准，因此即使是同特定政府敌对的武装团体也必须遵守这些法律。另外，非国家实体必须受国际人道法文件所体现的规则约束，它们要“为其成员的行为负责”，并且可以被“敌对当事方或外部世界要求承担此种责任”，这一点也已经被指出。因此，塞拉利昂冲突各方均受存在于国际习惯法中的禁止征募儿童兵的规定约束。
23. 再者，应当提及的是，自1980年代中期以来国际和非国家实体都开始承诺防止使用儿童兵，并停止使用已经征募的士兵。
24. 现在必须考虑的核心问题是，在被指控的犯罪实施之时，禁止征募儿童兵的规定是否也伴有个人刑事责任。

(三)法无明定不为罪，法无明罚不为罪

25. 确保不溯既往原则不被违反是本分庭的职责。作为所有法律体系必不可少的元素，法无明定不为罪的基本原则和法无明罚不为罪的古老原则需

要加以考虑。前南斯拉夫问题国际刑事法庭在检察官诉哈吉哈萨诺维奇案 (*Prosecutor v. Hadzihasanovic*) 中评论道：“在解释法无明定不为罪的原则时，至关重要的是确定基础行为在实施时是否是可处罚的。主要意义在于强调行为，而不是强调实体刑法中对于犯罪的具体描述。”换言之，“具体行为的可罚性对于可能的犯罪人而言必须是可预见和可获知的”。正如上文已经表明的那样，征募儿童兵到1996年为止已成为违反条约国际人道法和习惯国际人道法的行为。但是否也能说，在足以证明习惯做法存在的程度上，这一禁止行为在国际法和国内法上被作为犯罪并可以处罚？

26. 在前南斯拉夫问题国际刑事法庭的检察官诉塔迪奇案中，违反人道法的行为是否应受起诉和处罚的检验标准被表述如下：

一项犯罪必须满足如下条件才能根据 [《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》] 第3条在国际法庭被起诉：

- (1) 违法行为必须构成对国际人道法规则的违背；
- (2) 规则必须具有习惯性质，或者如其属于条约法，必须满足所需条件；
- (3) 违法行为必须“严重”，也就是说，必须构成对保护重要价值的规则的破坏，并且该破坏对于受害者必须造成严重后果[……]；
- (4) 对规则的违反必须伴有违反者在习惯或条约国际法上的个人刑事责任。

1. 国际人道法

27. 关于第 (1) 点和第 (2) 点，从这些要求已经被充分分析的上述讨论中可以断定，在这方面该检验标准已被满足。

2. 保护重要价值的规则

28. 关于第 (3) 点，上述所有公约均涉及儿童保护，并且其已被表明是《第二议定书》所规定的基本保证之一。《特别法庭规约》，正如此前的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》一样，借鉴了《第二议定书》题为“人道待遇”的第二部分及其基本保证，以及具体规定属于其管辖范围的犯罪的四个《日内瓦公约》共同第3条。“所有基本保证均具有相似特性。通过将它们承认为基本，国际社会为武装冲突中的最低行为标准设定了基准点。”共同第3条要求提供人道待遇，并专门涉及侮辱及

降低身份的待遇。这包括在招募过程中对儿童兵的待遇。第3条第2款进一步规定冲突各方“应进而努力[……]使本公约之其它规定得全部或部分发生效力”，由此将上述《日内瓦公约》对儿童的特别保护包括在内。[……]

3. 个人刑事责任

30. 关于第(4)点，辩方提及秘书长的陈述：“尽管禁止招募儿童兵到目前为止已经获得了一种习惯国际法地位，但是否已经习惯地认为这是一种应使被告承担个人刑事责任的战争罪行，还很不清楚。”在1995年的塔迪奇案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭支持起诉违反战争法规和惯例的行为，包括违反共同第3条和《附加议定书》的行为。[……]
32. 《国际刑事法院罗马规约》于1998年被通过，并于2002年7月1日生效。第8条规定了在国际武装冲突 [脚注50：Article 8(2)(b)(xxvi)] [参见**案例15**，国际刑事法院，第634页]和国内武装冲突 [脚注51：Article 8(2)(e)(vii)]中招募儿童兵罪。[……]
34. 在较早公约所述原则基础上，1999年国际劳工组织《关于禁止和立即行动消除最恶劣形式童工劳动的第182号公约》规定：

第1条

凡批准本公约的会员国应立即采取有效的措施，以保证将禁止和消除最恶劣形式的童工劳动作为一项紧迫事务。

第2条

就本公约而言，“儿童”一词适用于18岁以下的所有人员。

第3条

就本公约而言，“最恶劣形式的童工劳动”一词包括：

- (1) 所有形式的奴隶制或类似奴隶制的做法，如出售和贩卖儿童、债务劳役和奴役，以及强迫或强制劳动，**包括强迫或强制招募儿童用于武装冲突。**

清楚的是，到拟定该公约第2条时，辩论已经从招募15岁以下儿童的行为是否被禁止或按犯罪论处这一问题向前推进，焦点已经转移到国际法的新发展，即提出了包括所有18岁以下儿童的标准。这最终导致了《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的第二任择议定书》第4条的措辞。

35. 《〈儿童权利公约〉第二任择议定书》于2000年5月25日签署，2002年2月12日生效。它已被115个国家签署，70个国家批准。就我们而言，相关条款是第4条，规定：
1. 非国家武装部队的武装团体在任何情况下均不得招募或在敌对行动中使用**不满18岁的人**。
 2. 缔约国应采取一切可行措施防止此种招募和使用，包括采取必要的法律措施，**禁止并将这种做法按犯罪论处**。[……]
38. 一项规范不是必须表述在国际公约中才能成为习惯国际法上的罪名。如果只有被纳入诸如《罗马条约》这样的国际文件中才能适用，那么习惯规则还有何意义呢？并不是必须在公约中明确陈述被告人的个人刑事责任，才能让公约的规定伴有习惯国际法上的个人刑事责任。正如梅龙(Meron)法官以其教授身份所指出的那样，“没有受到认真质疑的是，某些被国际法禁止的个人行为构成刑事犯罪，即使没有伴随条款规定特定法院管辖权或刑罚尺度”。
39. 禁止征募儿童兵构成一项基本保证；尽管它没有被列入前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭规约，但它同这些规约所明确列举的违法行为具有相同的性质和严重程度。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭已经起诉了违反《第二议定书》的行为，这一事实进一步证明征募儿童兵在1996年前就已具有犯罪性。[……]
44. 截至2001年，并且大多数情况下是在《罗马规约》以前，已有108个国家明确禁止征募儿童兵，其中一例早至1902年；另有15个国家虽然没有专门立法，但没有任何使用儿童兵的迹象。2001年《全球儿童兵报告》中的国家清单表明，法律体系大相径庭——民法、普通法、伊斯兰法——的国家，在这一主题上观点相同。
45. 为了进一步表明罪行法定原则得到了坚持，举几个在1996年以前就将征募儿童兵按犯罪论处的国内立法就足够了。[……]
46. 更具体而言，关于法无明罚不为罪的原则，1996年以前各国对于征募儿童兵行为的处罚有三种可区分的方法。
47. 首先，如上所述，属于各种不同法律体系的某些国家已在其国内立法上将征募儿童兵按犯罪论处。其次，绝大多数国家将禁止征募儿童兵规定在军事法中。[……]

49. 当考虑习惯国际法的形成时，“参与一项实践的国家的数量是比这一实践的持续时间更为重要的标准[……]。”还应当注意的是，“创设习惯法规则所需的国家数量随与该规则相冲突的实践的数量不同而不同；如果不存在与该规则相冲突的实践，[即使是] 一项只有极少数国家从事的实践也能创设习惯法规则。”
50. 习惯法顾名思义源自习惯。习惯的形成需要时间。因此，试图确定一个可以确认一项规范已经成型的具体事件、日子或日期的做法是不可能的，甚至是同习惯国际法的概念背道而驰的。但仍然可以说，在某个特定时期，领导人和人民的良知开始注意到某个特定问题。还可以进一步确定习惯法开始发展的时期，例如在本案中是始于1990年至1994年间对关键法律文件的接受。最后，可以确定大多数国家将被禁止行为按犯罪论处的时期，在本案中已经被表明是1994年至1996年间。又过了6年，征募15至18岁儿童的行为才作为可以对个人进行处罚的行为规定在条约法中。这一关于征募儿童兵行为的发展过程的顶点，考虑到将儿童定义为不满18岁的人的因素，是《〈儿童权利公约〉第二任择议定书》对于这一问题的成文化。
51. 如上所述，1996年以前绝大多数国家根据其国内法不征募15岁以下儿童，并且很多国家已经通过刑法或行政法，将此种行为按犯罪论处。征募儿童兵行为仍有发生并因此存在非法实践的事实并不减损这一习惯规范的效力。既然国家认为自己负有不征募儿童兵的义务，就不能说存在具有相应法律确信的相反实践。

4. 善意

52. 到1994年为止国际社会已经广泛拒绝使用儿童兵。此外，到1996年《格拉萨·梅切尔报告》提交时，主张在征募儿童兵时是基于善意行事已不再可能（与辩方在口头听证中的建议相反）。**具体到塞拉利昂，政府在其1996年向儿童权利委员会提交的报告中确认**，“除《日内瓦公约》中关于不得征募15岁以下儿童加入军队的规定外”，没有征募加入武装部队的最低年龄。这表明塞拉利昂政府在1996年就已清楚意识到不应征募15岁以下儿童。塞拉利昂公民，更不用说领导人，不可能主张其不知道征募儿童兵是违反国际人道法的犯罪行为。
53. 在其作为被禁止的犯罪行为规定在条约法中之前，并且肯定在1996年11月，即与指控相关的时间段的起始点之前，征募儿童兵就已经被作为犯罪对待。如上所述，合法性原则和具体性原则都得到了坚持。

三、处置

54. 基于所有上述理由，驳回预先申请。[……]

罗伯逊法官的反对意见 [……]

讨 论

33. 因此，到1996年为止，习惯国际法上所出现的是一条人道规则，责成国家及国家内的武装派别避免征募15岁儿童或使其参与无论是国际还是国内冲突中的敌对行动。然而，尚未发展出的则是国际刑法所承认的犯罪，据此可以对被指控征募（亦即接受其服兵役）15岁以下志愿兵的个人进行审判和处罚。也许在某些国家这将构成国际法上的犯罪，但这一事实对于国际法罪行的存在与否并不具有决定性意义：例如，盗窃在世界各国都是非法的，但并不因此而成为国际法上的犯罪。值得强调的是，我们在此涉及的是一个非常特别的法庭，有权优先于国家主权决定是否起诉其本国国民。将一项犯罪提升到国际罪行的种类，意味着被可靠地指控犯有该罪的个人将丧失国际法通常给予的保护，如外交豁免或国家元首豁免。正因为如此，国际刑法是为最恶劣地滥用权力行为——那些“危害人类”的犯罪所保留的，因为策划和实施这些犯罪的人所损害的是所有人类成员，而不仅仅是指示或允许进行这些犯罪的国家的国民。这就是为什么并不是所有，甚至并不是大部分破坏国际人道法的行为，亦即在武装冲突过程中实施的违法行为，都是国际刑法上的罪行。此种罪行限于违反共同第3条的破坏《日内瓦公约》行为，以及其它被全面和清楚地确认为国际法罪行的具体行为：由条约、国家实践或其它方式所表明国际社会的共识，认为它们如此严重地损害了人类尊严，以至于被控实施它们的个人必须被提交审判，必要时在国际法庭进行。

34. 要将一项具体罪行——在这里是非强迫招募15岁以下儿童服兵役——加入陈列国际法罪行的恐怖室，一个必要条件是，正如我在上文所主张的，国家间普遍同意至少对于那些对此种征募行为负最大责任的人要追究其个人责任。必须有关于罪行说明的普遍同意，该说明应满足对任何严重犯罪所适用的标准，即对于被禁止行为的明确陈述，以及对于犯罪意图的令人满意的证明要求。罪行的存在必须是可以合理获知的事实。在检察官或者法庭之友提供的原始资料中，我没有发现在1996年11月30日之前满足了这些条件。《日内瓦第四公约》、1977年《附加议定

书》、《儿童权利公约》和《非洲宪章》即使被视为一体，也仍然不够。它们所表明的，是至少对于前线战斗而言，国际社会日益倾向于支持新增一项非强迫招募儿童兵罪。它们所没有证明的，是存在普遍或至少是广泛的共识，认为已经存在国际法上的个人责任。[……]

35. 事实上，格拉萨·梅切尔 (Graca Machel, 1996年首次向联合国提交这一主题的报告) 的工作以及由联合国儿童基金会、大赦国际、人权观察和无公正则无和平牵头的非政府组织所发起的引人注目的运动，差不多正是从这一时间开始的。它们发起运动的目的当然是在国际刑法中引入征募儿童兵罪，而如果该罪行已经在国际刑法上成型的话，它们就没有必要在1996年以后继续开展运动了。
36. 表明已经成型的首个时间点是1998年7月17日为期5周的罗马外交会议的结束，会上通过了《国际刑事法院规约》。[……]
38. 《罗马规约》是国际刑法发展过程中的里程碑——就儿童而言，参与敌对行动被首次规定为一切严重武装冲突中的国际罪行。《规约》作为整体得到122个国家批准。诚然，有27国弃权，7国反对，但会议记录显示，没有任何弃权或反对是基于甚至提到关于征募儿童兵的这一特殊规定。在讨论过程中，少数国家——特别是美国——采取的立场是“它并不反映习惯国际法，并且与其说是刑事规定，还不如说是人权规定”。在我看来，那是对的——在《罗马条约》本身之前，禁止招募儿童兵的规则是人权原则和国家义务，但并未伴有国际法上的个人刑事责任。首次确立个人刑事责任是在《条约》于1998年7月17日被缔结和批准之时。[……]
40. 基于所有上述理由，我认为不可能在任何更早的阶段确定征募儿童兵罪的成型时间，尽管我确实认可一个有力的论点，即1998年7月是这一过程的开始而非结束。该过程完成于四年后、收到足够数量的批准书 (6个国家) 使《罗马条约》得以生效之时。但是，紧接1998年7月的国家实践表明，《罗马条约》被各国认可为将征募儿童兵行为刑事化过程中的转折点。[……]
41. 换言之，在《罗马条约》之前不存在将征募儿童兵行为明确刑事化的普遍国家实践，许多国家是在批准《条约》的过程中才制定了国内立法来反映它。[……]

结 论

45. 上述分析令我确信，在其中122个签署《罗马条约》之前，认为各国具有增设一项征募儿童兵的国际法罪行所需的意图，是对罪刑法定原则的破坏。在我看来，从那以后任何一个称职的律师基本上都会认为，任何在国内或国际武装冲突中征募儿童兵为一方或另一方作战的人“可能”会被起诉。一项规范当然不是必须体现在条约中才能成为国际法规则，但在征募儿童兵的问题上，《罗马条约》提出了足够的要求——在此之前的任何发展都肯定是不够的。[……]
46. 今天，很多国家用真枪实弹训练青少年保卫国家或者国家领导人。这一国际罪行最为认真地作为目标的，是利用儿童“积极参与”敌对行动——将那些几乎还没有开始生活的人的生命置于危险之中。“征召”意味着某种强制，而“招募”虽然也许不需要征兵队的强制或者募兵官的大肆宣传，但仍然要求必须知悉那些被招募的人实际上未满15岁，并且他们可能会被投入前线战斗或为此受训，而不是被用于远离战斗地带的兵役任务。可能会存在紧急避险抗辩，为家庭或社区受到残忍和非法攻击时所采取的迫不得已的措施提供正当性，但任何此种抗辩的范围必须留待审判分庭确定，如果被请求如此的话。
47. 我羞怯地不同意我的同事们，但我确信，非强迫招募儿童兵罪直至1998年7月《罗马条约》签署才进入国际刑法。它存在于现在和将来的所有冲突中，这一点是本法庭今天的判决所首次宣布。当代反儿童兵运动经常被归因于奥尔登·罗伯托 (Holden Roberto) 在安哥拉的所作所为，他认识到让儿童处决一个村子的首领对于打击村民士气有多么大的作用。更近以来，我们听说了儿童被教导成自杀式爆炸者——无疑是儿童兵启蒙的最恶劣的例子。通过今天的判决，我们宣布国际刑法能够应对这些令人憎恶的行为。但就这一申请人而言，我会宣布，不得因其被控于1998年7月底之前实施的《规约》第4条第3款上的招募罪而起诉他。

弗里敦，2004年5月31日

罗伯逊法官

讨 论

1. (1) 国际人道法如何保护儿童？（参见《日内瓦第四公约》第14、17、23、24、38、50、76、82、89、94、132条，《第一议定书》第70、77、78条，《第二议定书》第4条第3款。）

- (2) 具体而言, 国际武装冲突国际人道法和非国际武装冲突国际人道法对于征募和参与敌对行动有何规定? (参见《第一议定书》第77条第2、3款, 《第二议定书》第4条第3款第3、4项, 《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第26目和第8条第2款第5项第7目。)
2. (1) 《规约》第4条第3款提及的对征募15岁以下儿童加入武装部队或利用他们积极参与敌对行动的禁止是国际法习惯规则吗? 红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究对这一规则有何说法? (参见**案例29**. 红十字国际委员会, 习惯国际人道法[参见规则136和137], 第749页。)
- (2) 法庭参考何种实践来断定征募15岁以下儿童被习惯国际法禁止? 习惯国际法能否源自诸如外交声明、承诺和宣言等抽象国家行为? 交战国的? 非交战国的? 双方的? 如果交战国的实际行为不符合其声明怎么办? 不符合其它国家的声明呢?
- (3) 如果这一罪行不具有习惯性质, 还有可能将其列入《特别法庭规约》吗? 如果塞拉利昂不受这一规则约束呢?
- (4) 你是否同意辩方关于《国际刑事法院罗马规约》没有将习惯国际法成文化的说法? 考虑到塞拉利昂政府签署(1998年)和批准(2000年)了《规约》, 这一点在这个具体案件中重要吗? 《规约》是法典化了现有的习惯国际法, 还是仅仅是新的习惯规则的起点(如罗伯逊法官对于是本案涉及到的规则所言)?
3. (1) 你对于罗伯逊法官的反对意见, 即把征募15岁以下儿童和使其直接参与敌对行动的行为按犯罪论处在1998年7月《罗马规约》通过之前不是习惯国际法的一部分, 有何看法?
- (2) 法庭是否认为习惯国际法在犯罪实施时已将征募15岁以下儿童的行为作为犯罪? 如果是, 法庭的结论是基于何种实践?
- (3) 你是否同意多伦多大学的(也是法庭自己的)陈述, 即严重违反战争法的行为不是必须被明确规定为犯罪才能被起诉?
- (4) 如果一个人在实施一项行为时知道它违反国际人道法, 但假定它并未被明确规定为犯罪, 你觉得是否还有可能提出罪刑法定抗辩? 罪刑法定原则的目标和定义是什么?

三十六、安哥拉

案例227. 安哥拉，将饥饿作为武器

案 例

[资料来源：AYAD Christophe, “L’arme de la famine en Angola”, in *Libération*, Paris, 28 June 2002. 原文为法文，非正式译本。]

在安哥拉将饥饿作为武器 三百万安哥拉人需要援助，六十万人濒临危险

到6月初，在奇泰塔(Chiteta)营地中，每天的死亡率已经达到了万分之二点三，而“紧急状态门槛”则是每日万分之一。战斗或许已经停止了，但战争状态却还处于持续之中。每天，都有上千安哥拉人死于非命。安哥拉民众不“仅仅”是受到一场饥荒的蹂躏，战争也还在继续。据联合国粮食计划署的估计，大约有3百万安哥拉人需要援助；而据“无国界医生”组织的估计，其中有60万人马上就面临着断粮的危险。但是，这一情形并不是由那场波及整个非洲南部、持续两年的严重干旱造成的。在对若纳斯·萨文比 (Jonas Savimbi) 领导的叛军“安盟”发起的持续性的决战攻击中，安哥拉政府将饥荒作为了其首选的武器。

焦 土

为了切断“安盟”的供给线，安哥拉军队会毫不犹豫地将一个个村庄夷为平地，并将其居民强行集中在严密看守的“营地”之中。实行这一焦土政策的目的在于防止“安盟”招募成员并一般性地压榨民众。被迫离开他们被摧毁的家园，忍受着离别土地的伤痛，这些农民挨过了秋天和冬天，没有从任何人那里获得帮助。在万博南部本杰(Bunjei)这个萨文比先前的据点，1.4万人被集中到紧邻军营的地方。这座军营本身受到地雷的保护，并且有食物和啤酒供应。但就在它的旁边，流离失所者们却像苍蝇一样在大量死亡——一天死亡15人，其中绝大多数死于营养不良。一场麻疹疫情又夺去了许多身体虚弱之人的生命。其死亡率与营养不良率已经接近1998年在苏丹南部发生的那场可怕的饥荒中创下的记录——在那里，有四分之一的儿童体重未达到正常标准的70%。在希平多 (Chipindo)，自去年9月份以来，其1.8万总人口中有4千人死亡。

直到2月22日萨文比在战斗中身亡、4月4日签订和平协议，军队才最终放宽了其对营地的管控。最勇敢的一些人开始步行向北方进发，因为他们听说西方国家的一些非政府组织正在那儿分发食物。正是在这个时候，“无国界医生”组织开始看到“来自内地的难民”已陷入了濒临崩溃的境地。根据他们的统计，超过90%难民的家已经被烧毁。在多次被拒绝后，这家法国的非政府组织最终获准开展一项调查，正是在这一过程中，该组织“发现了”本杰营地。

在本杰，最病弱的儿童现在得到了照料，营地中的人口上升到了2万人，死亡率也稳定下来了。但是，如果沿着2001年至2002年政府军的攻击线路，从洛比托 (Lobito) 到卢埃纳 (Luena) 自西向东划出一条想象的线，在该线的两侧，还有数十个本杰这样的营地。这些地区被人们称为“灰色区域”。自从1998年重新爆发全面战争以来，80%的安哥拉领土被封闭，拒绝一切形式的人道援助，政府与“安盟”叛军两方面均禁止人道组织进入这些区域。毫无疑问，在远离主要道路的地区，还存在着一些未被发现的饥荒区。由于在该国境内埋设的1,200万颗地雷——平均每一个居民一颗地雷——的缘故，这些路是唯一可通行的道路[……]。

讨 论

1. (1) 使人忍饥挨饿可以被视为一种武器吗？它是否“仅仅是”战争的一种不可避免的结果？如何将因气候条件导致的饥荒与冲突一方人为制造的饥荒区分开来？如果该冲突方“有组织地”致使人们挨饿，那么它是否因此犯下了一项战争罪行？这是一项反人类罪吗？如果该情形发生在非国际性武装冲突中，又会如何呢？如果在国际性武装冲突中将饥饿战法界定为不法行为，而在非国际性武装冲突中却不这样做，这可以想象吗？（参见《第一议定书》第54条；《第二议定书》第14条；《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第25子项；参见**案例15**，第634页。）
- (2) 即便饥饿战法不能被规定为一项犯罪，但如此种行为导致了饥荒，那么它是否违反了国际人道法呢？“将整座村庄夷为平地”，迫使人们集中到营地中，烧毁他们的房屋，这样的行为是否构成一项战争罪？它是否构成反人类罪？在什么条件下构成？在非国际性武装冲突条件下，情形又如何呢？（参见《第一议定书》第52条；《国际刑事法院规约》第8条第2款第1项第4子项、第2项第2及第13子项、第5项第12子项。）
2. 冲突一方拒绝人道组织对战争受难者（尤其是那些忍饥挨饿的人们）提供援助而不违反国际人道法，这有可能呢？如果答案是肯定的，那么其条件是什么？该方能够拒绝红十字国际委员会接近受难者吗？它能拒绝其它人道组织接近受难者吗？在非国际性武装冲突中，情形又如何呢？（参见《日内瓦第四公约》第23、55及59至63条；《第一议定书》第69、70条；《第二议定书》第18条第2款。）

3. 国际人道法是否禁止杀伤人员地雷的使用？即使在非国际性武装冲突中也禁止吗？（参见经1996年5月3日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其它装置的议定书》（1980年公约第二议定书）文件八第547页以及 1997年9月18日于渥太华制定的《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公约》第十文件第560页。）

三十七、车臣

案例228. 德国，政府对车臣问题的回应

案 例

[资料来源：German Bundestag, Document 13/718, 13th legislative period, March 9, 1995; 原文为德文，非正式翻译。]

联邦政府
对议会社会民主党提交的书面质询的答复 (文件13/437)
联邦政府关于俄罗斯在车臣冲突中之行动的立场

[这一答复是由联邦外交部代表联邦政府在一封信函中发布的，时间是1995年3月2日。

该文件也（以小号字）列出了质询的问题。][……]

在德国联邦议会就车臣问题展开辩论时，联邦政府未回答许多重要问题。联邦政府在议会辩论前后的立场已经引起了人们的质疑，即它是否已经竭尽所能，并将继续尽其所能地去结束在车臣的武力使用以及违反国际法和侵犯人权的事件。

初步评论

对于书面质询中所声称的事实，联邦政府认为并没有事实依据，从而拒绝予以承认[……]

[……]

然而，联邦外交部长克劳斯·金克尔(Klaus Kinkel)博士于1995年1月19日在阐述政府在车臣问题上的政策时所做的以下声明仍然有效：“我们不能强迫俄罗斯政府采取特定行动，我们仅能说服它”。[……]

6. 联邦政府是否认为，俄罗斯在车臣的行动违反了《1949年日内瓦公约第一附加议定书》第48条的规定？

根据《1949年日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受难者的第一附加议定书》第1条第3款，并结合四个《日内瓦公约》共同第2条的规定，《第一议定书》仅适用于在缔约国之间发生的国际性武装冲突。因此，它不能适用于在一个

缔约国境内发生的国内冲突。尽管如此，联邦政府反复提醒俄罗斯，希望它遵守《1949年日内瓦公约第二附加议定书》的义务，该附加议定书保护非国际性武装冲突的受难者，因此，可适用于车臣的冲突。

讨 论

1. 你如何认定发生在车臣之武装冲突的性质？根据《第一议定书》的哪一条规定可以将其归入国际性武装冲突？（参见《第一议定书》第1条第4款。）
2. 非国际性武装冲突法中是否包含与《第一议定书》第48条类似的规定？（参见《第二议定书》第四部分。）
3. 在车臣武装冲突中遵守国际人道法是否属于俄罗斯联邦的国家内部事务？德国请求俄罗斯联邦在车臣遵守国际人道法的依据是什么？德国请求之基础是否允许国际人道法在这种局势下得到最大程度的适用？

案例229. 俄罗斯联邦，车臣，萨马什基行动

[资料来源：Memorial Human Rights Center, *By All Available Means: the Russian Federation Ministry of Internal Affairs Operation in the Village of Samashki: April 7-8, 1995*, Moscow, 1996; 脚注省略。]

案 例

1. 前言

这是一份有关俄罗斯联邦政府内务部于1995年4月7日至8日在萨马什基村庄所采取之行动的报告。根据驻车臣地区内务部队副指挥官阿纳托利·亚历山德罗维奇·安东诺夫 (Anatoly Aleksandrovich Antonov) 的说法，这是“由俄罗斯联邦政府内务部队第一次完全独立完成的军事行动”。这一行动及其所产生的结果引起了俄罗斯国内和国际上的广泛关注。

1994年12月9日，俄罗斯总统发布了《有关采取措施停止在车臣共和国及奥塞梯与印古什冲突地域非法武装组织之活动的法令》。该法令指示俄罗斯联邦政府“采取一切必要手段保障国家安全、法律秩序、公民的权利与自由、公共秩序的维护、打击犯罪以及解除所有非法组织的武装”。

1994年12月11日，国防部与内务部队开始进入车臣地区。车臣武装组织对联邦军队进行抵抗，一场不宣而战的战争就这样在高加索北部开始了。

这份报告的作者认为，随着该法令的发布而发生的大规模军事行动具有非国际性武装冲突的性质，应严格按照四个1949年8月12日《日内瓦公约》共同第3条及其《第二议定书》的规定对其受难者加以保护。根据这些条约的规定，冲突双方有义务遵守这些法律及其它有关战争行为的法律和习惯法。[……]

观察团成员于5月和8月两次访问了萨马什基村庄，并采集了为准备这份报告所需的其它证据。

2. 萨马什基村的地理与人口概况

[……]

当1992年车臣印古什苏维埃社会主义自治共和国分裂时，位于萨马什基村以西9.5公里处的塞尔诺沃达斯克 (Sernovodsk) 村归入了印古什 (Ingushetia)，而萨马什基村则成为了车臣共和国的一个边境村庄。[……]

战前，萨马什基村的人口大约是14,600人。随着军事行动的开始，该村开始接受来自格罗兹尼 (Grozny) 以及其它位于冲突区内或遭到炮击和轰炸之村庄的流离失所者。另外，从1995年2月开始，也有一些难民离开了萨马什基。根据村庄中长老的估计，到4月初，大约有4,500到5,000人仍留在村中；而根据村庄管理部门的说法，这一数字在5,000至6,000之间。[……]

3. 1994年12月至1995年4月间萨马什基村的局势

当俄罗斯以“恢复宪法秩序并解除非法组织的武装”为目的而向车臣派出军队时，俄罗斯军方计划将其首要的任务定位于控制车臣首府格罗兹尼。为此，指挥官并未将过多的兵力分散到该共和国的其它地区，以恢复这些区域内的“宪法秩序”；于是，沿边界线所部署的军队形成了一些“不战不和”的区域。

在某一时期，这样一个区域就存在于车臣西部（该地区中心阿其克马尔坦 (Achkoi Martan)、萨马什基村、阿斯挪维斯卡亚村 (Assinovskaya)、镁尔金-尤尔特村 (Melkhi-Yurt)、罗维伊沙洛逸村 (Novyi Sharoi) 以及与印古什交界的赞堪-尤尔特村 (Zakan-Yurt)，在那里聚集了数以万计的格罗兹尼难民[……]）。

12月12日，几支联邦军队的车队在阿斯挪维斯卡亚村遭到炮击，而在罗维伊沙洛逸村，一群邻近村庄的居民阻断了道路。进一步的军队调动不可避免地会首先导致军队向手无寸铁的居民开火（当时士兵和军官本并未打算这样做）；随后，军队又与每个村庄都有的游击队展开了小规模的战斗。这些游击队装备有自

动步枪、机关枪和榴弹炮。以巴姆特村 (Bamut) 以南地区为基地的自卫组织还装备有装甲车。

于是，联邦军队向萨马什基、德维登科 (Davydenko)、阿斯挪维斯卡亚、阿其克玛顿和巴姆特村附近的这一出现状况的地区增兵。12月17日，联邦军队对萨马什基村实行了半包围，但随后这支军队又撤离了。在距离萨马什基村4到5公里的通往塞尔诺沃达斯基的路上设立了一个内务部队的检查站 (第13号检查站) [……]。

[……]驻车臣联邦军队的指挥官维持一条人道通道的畅通，将车臣的许多村庄与外部世界连接起来，这样的行为方式当然是符合人道法的。但是，在众多的事件中，内务部队在13号检查站却因这样或那样的原因将车臣人拘留，并在将他们送往设在莫斯达克 (Mozdok) 的筛选营之前，虐待、拷打和折磨他们。[……]

1月18日，一件令人感到特别不可思议的事情发生了。根据《公共报》(Obshchaya Gazeta) 通讯员扎沃龙科夫 (G. Zhavoronkov) 及其同伴P·马尔琴科 (Marchenko) 的报道，他们跟随印古什共和国紧急情况部的一支车队运送一批食品到格罗兹尼。冲突双方都允许这种插上白旗的车队畅通无阻地通过检查站。大概在上午11点30分左右，车队通过设在塞尔诺沃达斯基和萨马什基之间的俄内务部队的检查站。

在车队进入萨马什基之时，一辆俄罗斯装甲车赶上车队，它开到了车队的中央，并跟随这个标有紧急情况部标志的车队抵达村庄的边缘。车队立刻遭到射击。幸运的是，紧急情况部车辆中无人伤亡，因为一些车辆迅速地驶离了现场，而另一些则以路两侧的沟渠做掩护。[……]

1月30日，一个由装甲车和卡车组成的俄罗斯车队试图驶过萨马什基。对这一事件有不同的说法。报纸的报道如下：

“村里的长老走上公路，他们要求车队不要穿过村庄，以免与村民发生冲突。但是车队仍继续前进，并开始对村民射击。车臣人开始反击，造成至少3名俄罗斯士兵死亡，17人受伤，并有数辆装甲车及军车损坏。军方后来让车队撤离了村庄。”

“星期一 (1月30日) 晚上，在位于与印古什交界处的萨马什基村，杜达耶夫 (Dudayev) 武装袭击了运送太平洋舰队海军陆战队队员的装甲车车队。造成至少3人死亡和9人受伤。”

根据萨马什基村一位长老的说法，1月30日车臣武装组织攻击了因迷路而进入村庄北端的俄罗斯武装车队。3名士兵被杀，受伤的士兵被俘并被送往医院。

这位长老还说，这些受伤的士兵都喝醉了。一些证据表明，在这场冲突中，车臣武装分子缴获了一辆装备有卫星设备的车辆……

2月2日，在一场葬礼上[……]一颗炸弹爆炸，杀死了几名萨马什基村的村民。《莫斯科日报》记者A·科尔帕科夫 (Kolpakov) 目击了这一事件。他描叙了爆炸所产生的后果。

“在离我们 100 米远的地方，突然响起了一声沉闷的爆炸声。一分钟后，听见一个人大声地惨叫。我们顺着喊叫声跑过去。那是一个四方的院落。地上，三个人倒在血泊中，已经死去。一个受伤的人坐在墙边，他的头向后耷拉着，他的前额肿胀得吓人，满头是血。附近有一些女人和小孩，他们哭喊着，不断擦拭着脸上的眼泪。看来炸弹似乎是直接落在了葬礼上。就在那天早上，同一种炸弹造成了一名妇女和一名 14 岁的女孩死亡。我方明显地有一个目标 [……]”。

从2月底到3月初，在杜达耶夫武装被赶出格罗兹尼之后，驻扎在车臣西部的俄罗斯部队采取更为积极的行动解除村民的武装，并驱逐叛乱者。在村庄之间的道路上设立了检查站，村庄受到炮击，这些行动多为内务部队所为。同时，就反叛武装从村庄撤退的事宜，军队与村庄中的长老进行了谈判[……]。

2月24日，萨马什基村的一些村民以及该村行政负责人前往检查站，在那里，他们与俄罗斯上校尼古拉·尼古拉耶维奇 (Nikolai Nikolaevich) 草签了一份协议，供村民讨论。妇女与年轻人对此犹豫不决。[……]

同时，据3月11日NTV新闻节目“今天”的报道，武装分子并未离开村庄，“有超过400名杜达耶夫武装分子仍留在萨马什基村。由于当地政府领导人支持与和平方式解决争端，武装分子威胁要对他们采取人身报复。”第二天，同一电视台节目援引俄罗斯军方的消息报道说，村子里有200名支持杜达耶夫的武装分子。[……]

萨马什基村的居民处于一个困难的境地。一方面，作为3月23日至25日举行谈判的结果，俄罗斯军方的武装列车要通过萨马什基村。如果不让列车通过，参加谈判的另一位俄罗斯将军威胁将使用武力和流血手段。另一方面，从森林中出来的杜达耶夫武装分子要求村民不得让列车通过萨马什基村。支持杜达耶夫的狙击手击伤2名俄罗斯士兵，在此之前的3月中旬，在塞尔诺沃达斯克和萨马什基村之间的铁路线上有两座铁路桥被炸。[……]

3月26日，在通过萨马什基村时，“和平行进”活动的参与者们看见直升机用火箭炮向这一地区射击[……]当行进队伍抵达村庄入口处时，当地居民询问他

们当中是否有外科医生，因为2小时之前村庄遭受了空袭，4人受重伤，4间房屋被毁。行进队伍中的几个人查看了在空中袭中被毁坏的房屋。许多武装人员确实在村庄里（他们装备有自动步枪和狙击步枪），一些人穿着便服，另一些则穿着迷彩服。在与行进活动参与者之一D·A·Salokhina的交谈中，村民说这些武装人员是本地居民。

根据该村行政负责人L.Abdulhajiev的说法，负责萨马什基村附近检查站的俄罗斯上校要求村民代表上缴他们的武器。值得注意的是，先前达成的协议并未要求村民缴出武器。[……]

4. 4月6日的最后通牒、谈判、内务部队采取的行动和军队的进入

[……]

在与观察团成员的一次电话交谈中，印古什副总统鲍里斯·尼古拉耶维奇·阿加波夫 (Boris Nikolaevich Agapov) 谈到，根据他所收到的报道，俄罗斯内务部队指挥官准备拘押萨马什基村所有男性村民，以便进行“筛查”。他承诺将继续与莫兹多克的指挥官保持联络，以便促使妇女、儿童和老人离开萨马什基村[……]

根据村庄负责人的说法，最后通牒的最后期限是下午4点钟，这使得他们根本没有足够的时间去通知全村的居民，以便使他们能够清理他们的财物并离开村庄。在最后期限到来之时，许多村民仍不相信军队会真正进入村庄的威胁，所以他们并没有离开自己的家园。[……]

离最后通牒的最后期限还有15到25分钟的时候，军队开始炮击村庄，对在离开村庄的村民造成了伤亡。(参见下文“萨马什基村民的死亡”。)

当炮击开始后，在沙里波瓦街(Ulitsa Sharipova)，一辆满载附近村民的巴士根本没有充分的时间离开上客点。

5. 向村中长老射击及有关杜达耶夫武装分子向萨马什基村平民开火的报道

4月7日晚，一频道的新闻以及NTV的新闻节目“今天”都援引国际文传电讯社的报道，在萨马什基村的杜达耶夫武装分子向村中的长老开枪射击，因为后者呼吁反叛分子离开村庄并允许俄罗斯军队通过。国际文传电讯社的消息来源则是“莫兹多克的俄罗斯军方消息灵通人士”。NTV也报道说，“根据国际文传电讯社的消息来源，幸存的长老要求联邦军队帮助他们从萨马什基村转移平民”。[……]

通过采访一些从萨马什基来的难民，包括村里的部分长老，观察团得出如下结论：有关向村中长老开枪射击的报道是虚假的。实际上，根据萨马什基村中长老和毛拉们的报告，4月7日，在村里的一些长老和毛拉（一共8人）与俄罗斯指挥官谈判之后，在返回村庄的途中，他们所乘坐的两辆小汽车遭到小火火力武器的射击。尽管在汽车上留有一些弹孔，但幸运的是，除了长老阿加利尔·萨利霍夫 (Ajalil Salikhov) 的手指受了点轻伤外，没有其他人受伤。射击是从俄罗斯军队阵地方向发出的。

根据村行政负责人及其副手博尔希戈夫(M·Borshigov)的说法，他们二人都亲眼看见，向运送长老们从检查站回到萨马什基的小汽车射击的火力来自位于孙扎(Sunzha)山丘的俄罗斯军队阵地。

第二天，当博尔希戈夫返回检查站时，他询问那里的将军（他没有说出自己的名字），“你们为什么要向这些长老开火？”他得到的答复是，“你又能指望什么？这是一场战争！”

4月11日，萨马什基村负责人在塞尔诺沃达斯克签署了一份声明，声明否认了有关他们被反叛分子射击的虚假报道。4月13日，在纪念人权中心举行的一次记者招待会上，披露了长老们有关萨马什基事件的讲述与声明。此后，对有关此次向村中长老开枪射击事件，俄罗斯军方再也没有做出任何进一步的声明或评论。

5月29日，在国会委员会举行的听证会上，这些报道被证实是不真实的。但是，委员会认为没有必要去调查这些报道是如何产生和传播的，尽管谢尔盖·卡瓦廖夫 (Sergei Kovalev) 提出了此项要求。所以，驻车臣联邦军队的指挥官很明显地而且是有意地撒了谎。他们为什么要这么做呢？

由于缺乏足够的信息，本报告的作者无从判断此次对村庄长老所乘坐车辆的开火射击究竟是一次意外，还是蓄意行为。但是，毫无疑问的是，这些有关杜达耶夫武装分子向长老开火的失实报道之所以被有意传播，其目的是为了向公众证明当时俄内务部队在该村所采取的行动是正当的。[……]

8. “肃清”行动

对萨马什基村所采取的“肃清”行动，是联邦军队在车臣所普遍采取的军事行动模式之一。在肃清行动中，大多数的村民被杀，许多房屋被毁。[……]

在村庄未被毁坏的部分，4月7日晚上和深夜，士兵再次进入村民的房屋搜索反叛武装分子。但是，根据一些证人的证词，在萨马什基村的主要肃清行动开始于在4月8日上午8点至10点之间。[……]

大多数情况下，士兵在夜间会挨家挨户地检查。一旦他们确定所检查的房屋内没有叛军，士兵并不会伤害平民。但是，在那时，有一些人已经被拘押，而且一些平民遭到了杀害。……

43岁的阿卜杜拉赫曼·钦季加耶夫 (Abdurakhman Chindigaev) (住址在46号) 和老人萨拉夫迪·乌马诺夫 (Salavdi Umanov) (住址41号)说，他们都是在中文名称未查到45号度过了4月7日的晚上。与他们在一起的还有71岁的穆赛义德·伊萨耶夫 (Musaid Isaev) 和47岁的纳斯尔丁·巴祖俄夫 (Nasruddin Bazuev)。他们之所以选择呆在那里，是因为那房子有很厚的混凝土墙和结实的天花板，因此它可以很好地防御炮火打击。联邦军队开始进入这个区域之时，他们四个人都躲在一楼的食品储藏室。当士兵进入院子的时候，他们向邻近食品储藏室的一个地方扔出了一颗手雷。乌马哈诺夫 (Umakhanov) 先生描述了后来发生的事情。

“一分钟后，甚至更早一些，他们打开了门。‘这有活着的吗？’是的，我们走出去到院子里。他们有四个人。‘趴下，狗杂种！趴下，狗杂种！’我们趴下。他们搜遍了我们的衣服。然后，他们中的一个从后面尖叫起来，接着另一个人问我，‘还有人留在这吗？’我说，‘没有。’从后头尖叫的家伙喊到，‘抓去当人质。’于是他们把我押到屋里，屋里没有人。我们又走了出来。‘到那沟里去，杂种！到沟里去，杂种！’他们把我们驱赶到那里(车库里用来维修汽车的沟里)。汽车象往常一样停在那里。纳斯尔丁第一个爬进去，他就站在那儿，面对着墙。对，对，远端的那堵墙。我们两个人站在这儿。我说‘他们会在这里把我们杀了。’于是我开始祈祷。那些士兵在周围站着。穆萨 (Musa) 对他们说，‘伙计们，别开枪。必须有人去喂牛……别开枪。’伊萨耶夫下到第三级台阶。两个士兵用自动步枪指着他的背并不断地推他。他甚至没能走到台阶的底部。他们突然向他射出了一梭子子弹。我们刚刚到达底部，并俯下身体，他们又开始了第二轮射击”。

后来，士兵离开了院子，伊萨耶夫死了，巴祖俄夫和乌马哈诺夫受伤（巴祖俄夫于第二天死去）。红十字组织的医生在萨马什基村对受伤的乌马哈诺夫进行了治疗[……]

究竟是谁执行了4月8日的“肃清”行动，这一点并未完全搞清楚。大部分村民声称，首先进入村庄的士兵中绝大部分不是现役军人（他们的年龄应该在18岁到20岁之间），而是一些年龄在25岁到35岁之间的士兵，他们看起来像是雇佣兵。但是，一些受难者证实，4月8日早上放火烧毁他们房屋的就是4月7日进入村庄的同一批士兵。例如，住在Ulitsa Kooperativnaya 117号的穆罕默德·拉巴赞诺

夫 (Magomed Labazanov) 老人告诉纪念人权中心, 4月7日夜里, 俄罗斯军队进入了他的地下室, 他与其他一些老人、妇女和儿童就藏在那里。他们试探性地向院子里扔出了一个手雷, 但是当他们听见有人尖叫时, 他们就没有向地下室扔手雷。部队的指挥官, 一名上尉, 允许他们待在地下室里, 而士兵们则在院子里过夜。第二天上午, 还是这些士兵——他们是现役军人, 这一点可以从他们的年纪看出来——开始放火烧房子。拉巴赞诺夫的儿子阿斯兰别克 (Aslambek) (他住在合作农场路(Kooperativnaya)111号) 的房屋也被烧了。但是, 当一名士兵手里拿着汽油罐走近拉巴赞诺夫先生的房屋时 (拉巴赞诺夫先生自己正藏在房子的地下室里), 另一名士兵喊住他, “回来, 地下室里有一些老人和妇女。”

5月29日“有关车臣共和国危机紧急事件之起因与环境的议会调查委员会”举行了听证会, 它成为了本报告重要的信息来源。只有在听证会上, 本报告的作者才有机会聆听到那些直接参与了萨马什基村行动之人的叙述, 这是因为, 联邦军队的部分指挥官对观察团怀有敌意, 从而导致不可能与他们进行会谈。

士兵们和“特别任务民兵武装”(OMON) 将他们4月8日的行动简单地描述为: 在他们离开村庄时, 它几乎完全未受破坏。他们声称, 没有房屋被烧毁, 也没有平民死亡。此外, 他们还声称, 实际上他们几乎没有看见平民, 更不可能对他们采取什么行动。[……]

如果仅根据这些证词重构萨马什基事件的话 (国会委员会事实上就接受了这样一个故事版本), 那么在那里进行的军事行动就太奇怪了。在攻占村庄的战斗之后, 第二天上午又莫名其妙地冒着炮火离开了。而村庄却在后来由于某种原因遭受了大规模破坏。

一名内务部队士兵声称他们没有进入房屋, 但是这却与莫斯科地区的一名特种任务民兵的回答相矛盾。

对莫斯科地区特种任务民兵的提问: “你搜查了房屋, 以便确保安全撤离, 对吗? 你进入任何房屋了吗?”

回答: “是的。”

提问: “哪些人进入了房屋? 是民兵还是现役部队来保障安全?”

回答: “我们一起。到早上时, 每个人都明白我们要离开了。一切看上去很平静, 但是那个无眠的夜晚以及那种紧张气氛还是把我们累得够呛。”

国会委员会居然没有人费心问一问部队如何在不对平民造成任何影响的情况下完成了对房屋的检查; 这是一个再明显不过的问题。

我们不应排除以下可能性：参加萨马什基村行动并在国会委员会听证会上发言的大多数士兵实际上并没有参加“肃清”行动，并且确实不了解当时村庄里发生的全部事情。[……]

S·尤苏波夫（Yusupov）还说起他是如何看见6具被害平民的尸体被遗弃在大街上，其中包括2位老人和1位妇女。（参见下文“萨马什基村村民的死亡”和附录3。）当观察团的代表访问尤苏波夫先生家的时候，他们看到的是已经被烧毁的房屋，只剩下砖墙保留了下来。在这座房子以及邻近房子的墙上、篱笆上没有发现战斗的痕迹。在地下室里留有手雷（“limonchik”）爆炸的痕迹。

对萨马什基村居民的采访表明，在执行“肃清”行动时，士兵们会毫不犹豫地 toward 居民区扔手雷。住在扎沃茨卡亚街（Ulitsa Zavodskaya）52号（靠近与合作农场路（Kooperativnaya）的十字路口）的基帕·马马俄瓦（Keypa Mamaeva）报告说，4月8日上午7点30分，她和她的亲属（丈夫、儿子和公公）从窗户望出去，看到军人正在劫掠隔壁的房子，他们抢走了奶牛、一台电视机以及其它一些物品。他们把掠夺来的物品装上一辆卡玛斯卡车和一辆装甲运兵车。一名士兵显然从窗户中看到了马马俄瓦夫人的脸，他向窗户跑过来，然后往窗户里扔了一个手雷。马马俄瓦夫人和她的亲属得以迅速地离开那个房间，没有人受伤。本报告的作者曾到这些事件发生的地点进行过勘察，因此认为马马俄瓦夫人的陈述是可信的。

许多村民相信，许多士兵是在麻醉剂的影响之下犯下了累累罪行。为了证明这一点，他们带领正在萨马什基村访问的新闻记者、杜马代表和观察团成员查看了联邦军队离开后被遗弃在村庄道路上的大量医用针头。[……]

为了对联邦士兵是否滥用麻醉剂的问题做出判断，值得一提的是，首先，驻扎在车臣的许多联邦军队的军纪相当糟糕；其次，士兵们普遍存在酗酒现象。4月份，观察团成员A·布里诺舍夫（Blinushov）和A·古里亚诺夫（Guryanov）无意中亲耳听到内务部队第13检查站的士兵说，在换班后他们将“注射一些麻醉剂”。[……]

9. 萨马什基村民的死亡

9.2 对收集的村民死亡信息的分析

9.2.1 统计数据

内务部队于4月7日至8日对萨马什基村所采取的军事行动，造成了13名妇女和90名男性的死亡。

死者按年龄段划分如下：

18岁以下：6名男孩、1名女孩；

19岁到45岁：45名男性、6名妇女；

46岁到60岁：19名男性、4名妇女；

61岁以上：20名男性、2名妇女。

[……]

9.2.2 萨马什基村民死亡的具体环境

[……]

很清楚的一点是，名单上所有的人要么是在4月7日至8日事件进程中被杀害，要么是因在那两天中受伤而不治身亡。

绝大部分证人都强调，他们那些遇害的家人、亲属或村民，既不是反叛武装分子，也不是自卫反击战士，他们也未对俄罗斯军队进行过任何抵抗。另外，我们了解到，有4位村民死于战斗，这也可以解释其他10位村民的死亡原因。

因炮击和火箭弹发射而造成的死亡

4月7日下午3点40分或3点45分开始，即俄罗斯军方为允许村里的居民离开而宣布的停火结束前的15到20分钟，火箭弹发射和炮击就开始了，一些村民死亡，成为第一批受害者。[……]

[……]陶斯·伊比舍夫（Taus Ibishev）（第40号受害者）受伤后在萨马什基村呆了3天，没有得到必要的医治；俄罗斯军方终于允许将伤员运出，4月10日，当一辆卡车将伤员运出村庄时，遭到俄罗斯军队的袭击，陶斯·伊比舍夫再次受伤，并于几天后在Sleptsovsk医院中死去。

因装甲运兵车在大街上扫射而死亡

装甲运兵车和坦克开进萨马什基村，并用机关枪和自动步枪扫射，造成了更多的死亡。[……]

坦克和装甲运兵车上的扫射，造成了5位萨马什基村民的死亡。

与狙击手有关的死亡

目击者报告说，有7位萨马什基村的村民死于狙击手的射击。6人被杀死，1人受了致命伤，并于手术后的第二天（4月8日）死亡；在被射击的当时，他们不是在院子里，就是在离家不远的街道上。[……]

在家中和院子里遭行刑般的射击

导致男子死亡的最普遍的原因就是在被拘押时遭行刑般的射击而死亡。通常，军队进入房屋或院子后，他们就会立刻这样做，但有时他们也会先殴打村民然后再将他们杀害。总共有30名男子这样遇难。[……]

因手雷在地下室、院子及其它居住区爆炸而导致的死亡

根据许多目击者的报告，俄罗斯军队在明知或者至少认为地下室和院子里有人的情况下而有意地扔出手雷。在大多数这种情况下，都有人员受伤的报告。[……]

发生在行动前夕的其它伤亡

我们的名单中有3个属于此类情况。之前，我们描述了纳斯尔丁在他侄女家中被杀的情况。前一天（4月7日）晚上，俄罗斯军队强迫他和其他3个人（其中有2位老人）离开那所他们躲避射击的房屋（沙里波瓦街45号），强迫他们爬进一个用于修理汽车的沟里，然后向他们开火。巴祖俄夫在那次事件中受了几处枪伤。军队离开后，他的妻子、女儿和侄女先把伤员首先抬到他的家，然后又转移到他侄女的家。第二天，军队来到那所房子，不顾女儿们请他们放过受伤人的恳求，把他们都杀了。[……]

焚烧尸体

我们收到许多目击者的报告，称俄罗斯军队有意焚烧死者尸体，他们要么将尸体扔进正在燃烧的房屋，要么将汽油浇在尸体上，然后点火焚烧。在一个个案中，据报告，军队用火焰喷射器来焚烧尸体。[……]

下面这些人没能从燃烧的房屋中逃生，而被活活烧死：尤基·格伊楚卡俄娃（Yuki Gaitukaeva）（第30号受害者）；马尔达·拉苏俄夫（Madu Rasuev）；凯希尔特·拉舒俄娃（Kesirt Rasueva）。多娅·察季沙俄夫（Doga Tsatishaev）的尸体也在房屋中被焚烧，在这个个案中，军队在房屋周围浇上汽油，然后点火燃烧。当阿比·艾哈迈托夫（Abi Akhmetov）（第16号受害者）和弗拉迪米尔·别洛夫（Vladimir Belov）（第23号受害者）高举双手从房屋中走出来时，军队立即向他们开枪射击。[……]

9.3 关于村民死亡的官方版本

4月8日，塔斯社报道说，“在（萨马什基村）的战斗中”有130多名支持杜达耶夫的武装分子被击毙。第二天，媒体援引俄罗斯指挥官的说法，重复报道了

这一消息。4月11日，曾参与车臣问题政府委员会的一名内务部代表告诉NTV的记者，根据官方消息，有120名支持杜达耶夫的武装分子在村子里被击毙，而平民则在战斗开始前已经离开了村庄。第二天，内务部的公共关系部门报道说，有130名支持杜达耶夫的武装分子在萨马什基村被击毙。

于是，内务部的高级官员承认，有超过100名车臣人被击毙，但是他们都被认定为武装分子。

另外，根据提供给国会委员会的有关资料，一份由内务部联合部队记录的军事行动日志报告说，支持杜达耶夫的武装分子总共损失了60人左右。

同以上我们所描述的情形不同，5月12日，在回答杜马代表T·V·斯洛特尼科娃（Slotnikova）的提问时，库利科夫（Kulikov）将军说在萨马什基村“没有人列出非法武装组织中死亡战斗员的名单”。

那些参与行动并在国会委员会听证会上作证的内务部队士兵和特种任务民兵，都明确地声明他们所在的部队里没有人杀害任何平民。而且，除一名现役军人外，他们都众口一词地声称他们根本就没有看见任何平民，并否认在村庄里进行过任何“肃清”行动。

到1995年7月底，国会委员会的部分成员着手准备就委员会负责调查的部分事件做出结论，其中包括了一小部分关于萨马什基村事件的结论。该报告认为，有关共有96位村民死亡的估计（这一数字是纪念人权中心当时初步掌握的数字）是值得怀疑的，而且高得不合理；并没有站得住脚的论据来支持这一结论。委员会成员并未去估算在萨马什基村遇难平民的数字。而且，结论报告的作者写道，“另外，我们还应将所有人都从名单上去掉。那些手持自动步枪和榴弹发射器的人是不能被称为平民的。”这些杜马代表有意地将萨马什基村的男性居民都视为战斗人员。[……]

红十字国际委员会代表对村庄中的死亡人数及其中有相当大比例平民的情况进行了评估。红十字国际委员就此展开了一系列交涉，抗议俄罗斯内务部队违反了战争法的一般规则，即在军事行动期间“不分皂白的攻击行为”。[……]

10. 红十字国际委员会、其它人道组织和医生们 被禁止进入萨马什基村

在几天时间里，（机构设在纳兹兰的）红十字国际委员会试图将车开进村庄，但是俄罗斯军队不允许他们通过。军方要求有库利科夫将军签署的访问村庄的书面许可。然而，红十字国际委员会拥有自由选择他们所要访问的地点的权

利，所以俄罗斯军方以安全条件不允许为理由而拒绝红十字国际委员会的访问是站不住脚的。4月10日，在多次向俄罗斯当局呼吁后，红十字国际委员会驻印古什的代表团向公众通报说，他们的代表未获允许访问萨马什基村。

同一天，塔斯社报道说，印古什共和国紧急情况处理部门的一支载有志愿医生的车队被挡在萨马什基村附近的检查站，未被允许通过村庄。

在那几天，“无国界医生”组织的代表也未获得许可。[……]

4月10日下午1点，红十字国际委员会的代表带来了库利科夫将军签署的批准信函，但是军方仍然不允许他们进入萨马什基村，它们声称接到了来自莫斯达克的不同命令。

红十字国际委员会的车辆直到当天下午4点后才获准进入萨马什基村，但军方继续阻挠医生和红十字国际委员会代表参观村庄。[……]

11. 受伤的村民

由于4月7日到8日的军事行动，许多村民受伤。然而，由于村庄被封锁，他们未能及时接受恰当的治疗。村庄中没有外科医生，一名女性医师尽其所能地帮助了伤员。

[……]

13. 对萨马什基村民的掠夺

在呈交给委员会主席S·戈沃鲁欣（Govoruhkin）的221份的申述中，有60份指控士兵掠夺了屋内财产，并经常放火烧毁剩余的财产。在5月29日的公开听证会上，作证的每一位士兵和特种任务民兵都坚决否认发生过此类事情。[……]

14. 萨马什基村民被监禁和“排查”

[……]

根据那些被带到莫斯达克之人的证词，萨马什基村的男性居民被迫跑过夹道，其间遭受了棍棒和枪托的殴打。牢房拥挤不堪。没有足够的水和食品。只有在到达排查营一天或一天半后，他们才会得到一点水。他们在讯问过程中受到毒打，审问者或者要求他们承认自己是武装分子，或者要求他们说出武装分子的姓名。他们被问到，“是谁首先开始射击的？”

4月11日至13日，红十字国际委员会代表探视了排查营。在探视前，军方威胁被关押者，警告他们不要抱怨：“他们是要走的，而你们还要待在这里。”[……]

一些在萨马什基村被拘押的村民被从“营地”转移到了位于阿斯挪维斯卡亚村附近的一个临时监禁点。

根据受害者的证词，在那里，遭到殴打和虐待（包括电击）乃是家常便饭。[……]

大多数被带到阿斯挪维斯卡亚村附近排查点的萨马什基村民没有再被转移到其它排查点，而是在被送到Sunzha山后获释。这些人在被释放的时候，未获得任何证明他们曾被拘押过的文件。因此，所有因“排查”而进行的拘押都没有被计算在官方的统计资料之内。[……]

15. 俄罗斯政府机构关于萨马什基事件的调查

整个4月份，“公民宪法权利与自由临时调查员委员会”的一些成员，在委员会主席、司法部长瓦连京·科瓦耶夫（Valentin Kovalyev）的带领下，一直在萨马什基村进行调查。4月27日，委员会召开了一次会议，会议审查了他们所收集的材料。会议的结果向媒体和公众进行了通报：“参加听证会的委员得出如下结论：有关在占领萨马什基村的军事行动中使用了空中打击和重炮攻击的报道是不准确的。另外，委员会获得了大量有关纵火、掠夺和死亡事件的书面陈述、证词和控告。这些行动都是由一些脸戴黑面罩或者头缠黑带并穿着非标准军装的武装分子所为。有关这些事件的材料已经送往总检察长办公室，以便展开犯罪调查”。[……]

讨 论

- （1）由于这场冲突发生在俄罗斯联邦境内，它是否应被定性为非国际性武装冲突？要将一场冲突定性为非国际性武装冲突，需要满足什么标准？是不是仅有四个《日内瓦公约》共同第3条可以适用？在车臣共和国，适用《第二议定书》的门槛是否已经达到？
 - （2）假定《第二议定书》可以适用，在这种局势下，双方均应履行哪些与敌对行为有关的义务？（参见《第二议定书》序言。）而平民又该履行什么义务呢？（参见《第二议定书》第4部分。）
2. 如果有关国际性武装冲突的国际人道法适用，那么，车臣反叛武装是否合乎《第一议定书》第44条的定义（并因此享受战斗员的身份）？

3. (1) 根据国际人道法的哪些规定，俄罗斯联邦军队应维持“一条联系村民的人道通道”？（见第3部分。）
(2) 在“1月18日那起令人不可思议的事件”（见第3部分）中，是否存在违反国际人道法的行为？1月30日事件呢？2月2日及3月26日的事件又如何？
(3) 关于“4月6日的排查行动”：如果适用有关国际性武装冲突的国际人道法，在平民与战斗人员混在一起的情形下，冲突一方能否将所有的男人分离出来并要求所有其他平民离开？当允许平民离开的最终期限过后，是否可以对村庄发动攻击？
4. 据报道，俄罗斯联邦军队进行了“肃清”行动，其间平民遭到有组织的虐待和杀害。他们是否违反了国际人道法中有关人道待遇及平民保护的条款？（参见《第二议定书》第4、5、7、8、13和17条。）
5. (1) 在平民中确实混杂有反叛武装分子，这一点能否成为联邦军队采取此类军事行动的正当理由？在9.2.2部分中所罗列的死亡情况中，哪些明显违反了国际人道法？哪些情况没有违反？对于哪些情况，你还需要其它信息来回答这个问题？
(2) 另外，报告称村民在“排查营”中受到拘押并遭到殴打和折磨。如果这是真的，那么联邦军队的这种行为是否违反了国际人道法？更具体地说，它是否违反了《第二议定书》？（参见《第二议定书》第5条。）
6. 鉴于在萨马什基村发生的事件，红十字国际委员会决定访问该村。红十字国际委员会是否有权这样做？红十字国际委员会是否有权进入该村庄？红十字国际委员会有关其被拒绝进入萨马什基村的公开声明是否符合其保密性政策？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条。）
7. 你认为，在萨马什基行动中违反国际人道法的主要原因是什么？参战方能做些什么以避免违反国际人道法？

案例230. 俄罗斯，关于车臣法令的合宪性**案 例**

[资料来源：Human Rights Journal, vol. 17 (3-6), 1996, pp. 133-138; the authentic text is published in *Rossijskaia Gazeta* of August 11, 1995, p. 3 (judgement), pp. 4-7 (separate opinions).]

莫斯科，俄罗斯联邦宪法法院**有关车臣局势的总统法令与联邦政府决议****1995年7月31日判决**

以俄罗斯联邦的名义，对以下总统法令与政府决议加以合宪性审查：1994年11月30日俄罗斯联邦总统所颁布的2137号法令，即《关于恢复车臣共和国领土上的宪政和法律秩序之措施的总统令》；1994年12月9日俄罗斯联邦总统颁布的第2166号法令，即《关于停止在车臣共和国领土以及奥塞梯与印古什冲突地区的非法武装组织活动之措施的法令》；1994年12月9日俄罗斯联邦政府的第1360号决议，即《关于确保俄罗斯联邦国家安全和领土完整、法治、公民的权利与自由以及在车臣共和国领土以及北高加索的邻近地区内解除非法武装组织之武装的决议》；1993年11月2日俄罗斯联邦总统颁布的第1833号法令，即《关于俄罗斯联邦军事原则的主要规定》。

俄罗斯联邦宪法法院[……]在公开庭审中，对这些法令的合宪性问题进行了审查[……]

根据《关于俄罗斯联邦宪法法院的联邦宪法性法律》第36条第1部分的规定，审理本案件的基础在于：俄罗斯联邦议会国家杜马的一些代表就审查《关于俄罗斯联邦军事原则的主要规定》中关于使用武装力量来解决国内冲突的规定是否符合宪法提出质询；[……]俄罗斯联邦议会的联邦委员会就第2137号法令、第2166法令及俄罗斯联邦政府第1360号决议的合宪性问题提出的质询；俄罗斯联邦议会联邦委员会的一些代表就相同内容提出的质询。

[……]这些质询[……]合并在一个案件中审理[……]

俄罗斯联邦宪法法院查明：

1. 俄罗斯联邦议会的联邦委员会[……]坚持认为，这些受到质疑的法令[……]和政府决议[……]构成了一个单独的法律规范系统，并导致了对俄罗斯联邦武装部队的违法使用，因为在俄罗斯联邦领土上使用武装部队

及采取其它措施和行动[……]只有在国家处于紧急状态或军事管制状态下才可能是合法的。质询案强调，这些措施导致了对俄罗斯公民的宪法权利和自由的不法限制和大规模侵犯。[……]

2. 在1991年至1994年期间，在作为俄罗斯联邦成员之一的车臣共和国领土上，出现了非常局势：俄罗斯联邦宪法和法律的有效性遭受否认；合法的权力机构被摧毁；配备有最新式武器的非法武装集团不断出现；侵犯公民权利和自由的事件频繁发生。[……]

这一非常局势有其历史的根源：在斯大林高压统治时期，车臣人受到驱逐，而且其不良后果一直未获得适当的纠正。当时的苏联政府以及后来的俄罗斯政府都未能正确地估计车臣人民合理的痛苦感受、共和国内的事态发展及其原因。俄罗斯联邦政府机构放松了它们在车臣共和国内的执法行动，未能确保在该共和国领土上国家军火弹药库的安全，而且，在长达数年的时间里，联邦政府机构在将车臣问题视为俄罗斯联邦政府之问题方面表现得也相当消极。[……]

保护俄罗斯国家领土统一的宪法目标，符合获得普遍承认的有关民族自决权的国际法原则。这一宪法目标遵循了1970年10月24日通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》——根据后者的规定，行使自决权“不得被解释为授权或鼓励采取任何行动，导致按照平等原则和民族自决原则行动之主权独立国家发生分裂或使其领土完整或政治统一遭受严重破坏”。

考虑到这些情况，联邦当局，包括总统、政府和联邦议会多次努力试图克服车臣共和国的危机。然而，他们并没有促成一个和平的政治解决方案。这些法令[……]规定使用国家强制措施来确保国家安全和领土完整，确保解除车臣共和国领土上非法武装组织的武装。

根据《关于俄罗斯联邦宪法法院的联邦宪法性法律》第3条第2部分的规定，俄罗斯联邦宪法法院并不考虑所做决定在政治上是否适宜以及以此决定为基础采取之行动的适当性。[……]

5. 根据俄罗斯联邦宪法所确立的法治国家的原则，国家机构的活动既受国内法也受国际法的约束。根据《俄罗斯联邦宪法》第15条第4部分之规定，获得普遍承认的国际法和国际条约的原则和准则构成国内法律制度的一部分，并应善意地加以遵守，包括在制定国内立法时加以考虑。

1989年9月29日，苏联最高苏维埃会议在批准《第二议定书》时[……]指示苏联部长委员会准备向最高苏维埃会议提出有关修改相应法律的建议。但是，这一指示没有得到执行。尽管如此，这一《附加议定书》中关于对那些没有直接参加或停止参加敌对行动的人的人道待遇的规定，关于伤者、病者的规定，关于保护平民、平民居民生存所必须的条件，关于含有危险力量的设施和装置的规定以及关于保护文化财产和宗教崇拜场所等规定，对冲突双方都具有约束力。

同时，在国内立法中不适当地考虑这些规定也构成了不遵守上述《附加议定书》规定的原因之一，依该议定书的规定，使用武力必须与军事目标相适应，并应尽量避免造成平民伤亡及财产受损。[……]

6. [……]俄罗斯联邦所参加的国际条约也以允许使用武力保卫国家统一和领土完整为出发点。根据《俄罗斯宪法》第15条第4部分的规定，这些国际条约构成俄罗斯法律制度的一部分。考虑到这些情况，国际社会在《第二议定书》中制定了有关保护非国际性武装冲突受难者的规则。[……]
7. [……]《俄罗斯联邦军事原则》中的主要规定并不具有法律规范的属性。正因为如此，通过该《原则》的总统法令也缺乏规范的内容。因此，这些文件并不属于可由俄罗斯联邦宪法法院加以审查的立法行为的范围[……]
8. [……]另外，《关于将对公共安全及公民人身安全构成威胁且并非居住在车臣共和国领土上之人驱逐出该共和国的决议》第5部分第1段第3项的规定，并不能等同于《俄罗斯联邦民兵法》第11条第22项所确立的规则，即民兵有权力让公民离开一些特定的地点和设施，有权力迫使他们待在那儿或离开这些地点和设施以保证他们的生命、健康和财产的安全，有权力采取搜查和调查等措施。[……]

根据前述事实，并依据《关于俄罗斯联邦宪法法院的联邦宪法性法律》第71条第1部分、第72和87条的规定，俄罗斯联邦宪法法院认为：[……]

- (3) 应承认，1994年12月9日俄罗斯联邦政府第1360号决议《关于确保俄罗斯联邦国家安全和领土完整、法治、公民的权利与自由以及在车臣共和国领土以及北高加索的邻近地区内解除非法武装组织之武装的决议》第3款第1段第5部分中有关将那些对公共安全和公民人

身安全构成威胁之人驱逐出车臣共和国领土的规定以及该决议第6款第2段关于剥夺新闻工作者在武装冲突地区的采访资格的规定不符合《俄罗斯联邦宪法》[……]

- (4) 根据《关于俄罗斯联邦宪法法院的联邦宪法性法律》第68条及第43条第1段第1部分的规定，为审查1993年11月2日俄罗斯联邦总统颁布的第1833号法令《关于俄罗斯联邦军事原则的主要规定》的合宪性以及对这些军事原则本身是否合宪而举行的听证会应予终结。
- (5) 根据《俄罗斯联邦宪法》第125条及《关于宪法法院的联邦宪法性法律》第3条第1、2、3部分的规定，审查武装冲突过程中各方的实际行为是否遵守了[……]《第二议定书》不是俄罗斯联邦宪法法院应考虑的问题，而应由其它合适的机构来审查。根据《俄罗斯联邦宪法》第52、53条以及《公民权利与政治权利国际公约》第2条第3部分的规定，任何违法行为、犯罪行为及滥用权力行为的受害者都应在法律上获得充分的救济，并有权要求损害赔偿。
- (6) 俄罗斯联邦的联邦议会应就有关使用俄罗斯联邦武装力量、对其它冲突及由非常局势所引发之问题的规范（包括那些《第二议定书》所规定的问题）等制定立法。[……]

讨 论

1. 法院如何界定车臣冲突的性质？在哪些条件下，这一冲突可以被界定为国际性冲突？
2. 《第二议定书》是否适用于车臣局势？法院是否适用了《第二议定书》？它为什么没有适用？国际条约是否在俄罗斯不能直接适用？法院是否认为，《第二议定书》的规则不能自动执行并因此需要进行国内立法而后才可被法院所援引？对于一个可直接适用的条约中的那些可自动执行的规则，为什么缔约国仍须制定有关实施该条约的立法？
3. 有关“将那些对公共安全构成威胁的人驱逐出车臣共和国领土”的决议是否违反了《第二议定书》？《俄罗斯联邦民兵法》第11条第22款是否违反了《第二议定书》？（参见《第二议定书》第17条。）

案例231. 欧洲人权法院，伊萨耶娃诉俄罗斯案**案 例**

[资料来源：Case of Isayeva v. Russia, European Court of Human Rights, Application no. 57950/00, Judgement, Strasbourg, 24 February 2005; 脚注省略; 见于 <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>]

伊萨耶娃诉俄罗斯案 (申请号57950/00)**判 决****斯特拉斯堡****2005年2月24日**

在伊萨耶娃（伊萨耶娃）诉俄罗斯案中，欧洲人权法院（原第一分院）组成了合议庭[……]

在2004年10月14日及2005年1月27日的非公开合议后，合议庭于2005年1月27日通过并做出了如下判决：

程 序

1. 本案发端于一位俄罗斯公民扎拉·阿达莫夫娜·伊萨耶娃（“申请人”）于2000年4月27日根据《保护人权与基本自由公约》（以下简称“《公约》”）向本院提出的一项申请（申请号57950 / 00）[……]
3. 申请人称，2000年2月4日俄罗斯军队对其所居住的村庄卡迪尔-尤尔特村（Katyr-Yurt）进行了狂轰滥炸，她是受害者之一。轰炸导致申请人的儿子及三个侄女遇难。她认为，俄罗斯军队的行为违反了《公约》第2条（生命权）及第13条（获得本国政府有效救济的权利）的规定[……]

案件事实**一、本案的事实背景 [……]****(一) 事实 [……]****1. 对卡迪尔页额村的攻击**

- (12) 1999年秋，俄罗斯联邦军队在车臣发起了军事行动。1999年12月，叛乱武装分子被推进的联邦军队堵在了格罗兹尼，在这座城市里发生了激烈的战斗。

- (13) 申请人提出，2000年1月底，联邦军队指挥官策划并执行了一项特别行动，旨在将叛军引出格罗兹尼。这项计划诱使武装分子相信，有一条冲出格罗兹尼重围并通往车臣南部山区的安全通道。武装分子向军方人士付钱，收买有关出口及安全通道的情报。2000年1月29日深夜，武装分子离开格罗兹尼这座被围困的城市，向南转移。联邦军队将他们放出了城市。但是，刚刚离开城市，武装分子就立刻进入了雷区，而且在其行进路线上不断受到炮击和空袭。[……]
- (15) 2000年2月4日清晨，一大群车臣武装分子——人数在几百至4,000人之间——进入了卡迪尔页额村。根据申请人的说法，村民们根本没有料到武装分子会进入村庄，而且，对于继之而起的战斗和安全撤离路线，他们事先也未接到任何警示。
- (16) 申请人提出，当时卡迪尔页额村的人口大约是25,000人，包括本地居民及从车臣其它地区迁移来的流离失所者。她还提出，她所居住的村庄之前已经被宣告为“安全区”，并因此吸引了许多逃离战火的车臣其它地区的居民。
- (17) 申请人提出，2000年2月4日清晨，轰炸突然就开始了。申请人和她的家人躲进了家中的地下室。下午3时许，炮击逐渐停歇，于是申请人及其家人走出了地下室。此时，他们看到村里的其他居民正在收拾东西准备离开，因为军方明显地已经为村民准备了安全的撤离路线。申请人及其家人和邻居们一道，上了一辆伽兹尔牌小巴士，并沿着奥尔忠尼启则(Ordzhonikidze)公路驶出村庄。他们在路上时，飞机又出现了，它们俯冲并向路上的汽车投掷炸弹。这一切发生在下午3点半左右。
- (18) 申请人的儿子泽利姆汗·伊萨耶夫(Zelimkhan Isayev)(23岁)被弹片击中，几分钟后就死去了。车里另有三个人受伤。在同一次攻击中，申请人的三个侄女也遇难了：扎列马·巴塔耶娃(Zarema Batayeva, 15岁)；赫达·巴塔耶娃(Kheda Batayeva, 13岁)；马连·(Marem/Maryem)巴塔耶娃(6岁)。申请人还提出，她的侄儿绍尔·巴塔耶夫(Zaur Batayev)也在那天受伤，并落下了残疾[……]
- (19) 申请人提出，联邦军队的轰炸是毫无区分的，而且军方使用了重型、不分皂白的武器，如重型飞行炸弹和多管火箭发射器等。申请人提出，轰炸导致该村中总计超过150人死亡，其中有不少是来自车臣其它地区的流离失所者。[……]

- (23) 根据俄政府的说法，2000年2月初，人数超过1,000人的一大群车臣武装分子在其战场指挥官加拉耶夫（Galayev）的带领下离开格罗兹尼，向南突破。2000年2月4日晚，他们占领了卡迪尔页额村。这些武装分子训练有素，且装备有各种大口径枪支、榴弹和火箭发射器、狙击步枪和装甲车。当时，卡迪尔页额村的一些居民已经离开了，而另一些人则躲藏在屋子里。武装分子占据了村中由石头和砖块建成的房屋，并将它们改造成坚固的防御工事。武装分子将卡迪尔页额村的居民用做了人体盾牌[……]。
- (25) 联邦军队给了武装分子一次机会，让他们投降，但遭到了后者的拒绝。军方给卡迪尔页额村的居民开辟了一条安全通道。为了传递有关安全撤离路线的消息，军方通知了村庄的行政机构。他们还将一个移动广播台开进了村庄，并使用了安装有扩音器的Mi-8型直升飞机。为确保平民有秩序地撤离村庄，在村庄的出口处设置了两个路卡。但是，武装分子阻止许多村民离开村庄。
- (26) 居民离开后，联邦军队立刻命令空军和炮兵攻击该村庄。攻击的目标是根据收集到的情报确定的。军事行动一直持续到2000年2月6日。政府方面提出，有些居民仍留在了村中，那是因为武装分子不让他们离开。这导致了严重的平民伤亡——共有46位平民死亡[……]
- (27) 根据俄政府对本案申诉是否成立的答辩意见，在对卡迪尔页额村的攻击行动中，共有53名联邦军人阵亡，200多人受伤。政府方面还提出，此次军事行动导致180多名武装分子死亡，240多人受伤。在双方对本案案件事实的表述中，均不包含有关战斗人员伤亡数字的信息。与此相似，本法庭所审查的犯罪调查档案中也未包含有关非平民伤亡的信息。
- (28) 俄罗斯及国际上的一些媒体以及一些非政府组织的报告都报道了2000年2月初的事件。一些报告称，在2000年1月底至2月初的军事行动中，在卡迪尔页额村及其它村庄中均出现了严重的平民伤亡。

2. 对攻击行为的调查 [……]

- (30) 2002年8月24日，第20102号军事单位军方公诉人对一份有关要求开展刑事调查的非政府组织请求做出回应。这份回函称，在2000年2月21日诺瓦娅·加泽塔（Novaya Gazeta）报刊载了一篇题为“车臣卡迪尔页额村中167位平民死亡”的报道后，军方公诉人即开展了一项调查。调查查明，2000年2月3日至7日期间，在卡迪尔页额村开展了一项旨在摧毁

非法武装团体的特别军事行动。陆军的西部联合部队以及内务部队根据预先拟定的计划执行了此次行动：村庄被包围，而平民被允许从一个安全走廊撤离。行动指挥部协助村民离开村庄，并帮助他们带走财产。在指挥官确信平民已离开村庄后，军方立刻向该村发射了导弹。根据乌鲁斯-马尔坦(Urus-Martan)地区的安全区指挥官的确认，此次行动没有造成平民伤亡。有鉴于此，2000年4月1日，公诉人以没有犯罪事实为理由，拒绝就被指称的平民死亡事件开展刑事调查。本法庭所审查的刑事调查档案中并无任何有关此程序的记载[……]

- (32) 在随后提交的文件中，俄政府告知本法庭：2000年9月16日，卡迪尔页额村当地的一个检察官办公室在接到一些私人的申诉后，开启了一个案件号为14/00/0003-01的刑事案件，对在该村庄附近因一枚火箭袭击而导致数人丧生的事件展开调查。这起案件相关的事实是：2000年2月4日，一辆伽兹尔牌小巴士遭到袭击，结果导致3位平民死亡，两人受伤。2000年12月，案件材料被提交给第20102号军事单位的军方公诉人办公室。后来，案件材料又于2001年被移交给驻顿河畔罗斯托夫(Rostov-on-Don)的北高加索军事巡回区军方公诉人，以便后者展开调查。
- (33) 调查确认了以下事实：村庄遭到了轰炸；一辆伽兹尔牌小客车被袭击，导致申请人的儿子及三个子女的死亡，其另外几名亲属受伤。此项调查找到了数十位证人以及对攻击行动的其他受害者，并对他们进行了询问。调查查明了在此次军事行动中死亡的46名平民及受伤的53名平民的身份。由此，有数十人被赋予了受害者的身份，其作为民事原告资格也获得了承认。调查人员还就军事行动的细节以及战斗武器的使用等问题，质询了各个级别的军官，包括此次行动的指挥官。一些军人作为证人受到询问，他们就行动计划及执行情况的细节提供了证据。没有人被起诉（见下文“二”中对调查档案中之文件的描述）。
- (34) 该调查还就受害人是否以前属于叛军以及非法武装团体的成员是否参与杀戮等问题做出了审查。
- (35) 2002年3月13日，由于“缺乏犯罪事实”，调查终结。[……]

(五) 确定其他受害者的身份并对他们提问[……]

- (59) 萝扎D. (Roza) 作证说，2000年2月4日清晨，坐落于村庄边缘的她家房子遭到轰炸。第一次爆炸发生在院子里，其2岁大的儿子受伤，并于2月6日早上不治身亡。她在地下室里一直待到2月6日，那天，她与其他

一些人试图离开村庄，前往瓦列里克(Valerik)。但是，路卡被关闭了；士兵们告知她们，他们从沙马诺夫(Shamanov)将军那里接到了一道命令，不让任何人离开村子。于是，她们又在靠近出口且位于村庄边缘的一处未完工房子的地下室里多待了一天；2月8日，她回到了家中[……]

(七) 沙马诺夫上将的陈述

(66) 2001年10月8日，调查组询问了瓦尔迪米尔·沙马诺夫 (Valdimir Shamanov) 上将，当时，他是“驻车臣西部区域联合部队”行动中心的负责人，阿奇霍伊-马尔坦(Achkhoy-Martan)地区就包含在这个区域之内[……]

(69) 在行动开始的当天（沙马诺夫先生已不记得确切的日期）早上，武装分子向联邦军队发起了攻击。他们装备精良，配备有自动武器、榴弹发射器和火箭发射器，并使用带有装甲的卡车。他说道：

“由于意识到，在村子里以传统的方式进行身份检查不可能不使部队遭受重大人员伤亡，内多比科（Nedobitko）决定——从军事的观点来看，这一决定绝对是正确的——动用陆军航空兵、实施地面打击的空军、大炮以及火箭发射器，来对付潜伏在村里的武装分子构筑的坚固工事。如果未能对武装分子采用这些强有力的、激进的措施，那么就会在执行该特别行动计划的联邦军队中造成不合理的重大伤亡，并将导致该次军事行动的目标无法达成。如果那样，联邦政府就会表现得软弱无力，其反恐行动以及在车臣恢复宪法秩序的目标能否成功达成都会成为问题；而如果这些目标不能实现，将威胁到俄罗斯联邦的安全。另外，我们的犹疑不决将会使非法武装团体吸引到新的支持者，而这些人目前还在持观望态度。这将会无限期地延长反恐行动持续的时间，并将造成联邦军队进一步的伤亡以及更多的平民伤亡。”

(70) 他说，联邦军队的火力指向的是“位于村庄边缘及其中心地带靠近清真寺”的武装分子阵地。平民获准离开村庄，而武装分子则被劝降，并被保证人身安全，但他们拒绝了。于是，武装分子就使用村民作为人体盾牌，从而造成众多平民伤亡。

(71) 在这位将军看来，卡迪尔页额村的村民原本就应该阻止武装分子进入他们的村庄。如果村民们那样做（正如此前沙拉日(Shalazhi)村村民所做的那样），那么就没有必要开展如此一个“严厉的肃清行动”，并动用飞机和大炮，如此不幸的平民伤亡就可以被避免。据他估计，武装分子方面大约有150人丧生，其他人夜里在浓雾的掩护下逃离了该村庄。

(72) 调查人员问他，在卡迪尔页额村军事行动开展期间，为最大限度地确保平民的安全，军方采取了哪些措施。对此，沙马诺夫先生回答说，内多比科使用一架配备有扩音器的Mi-8型直升机，通知平民有关其设立的安全撤离通道[……]

(八) 内多比科上将的陈述[……]

(74) [……]

“从沙马诺夫那里我了解到，有一大群武装分子，在逃离莱蒙托夫 - 尤尔特 (Lermontov-Yurt) 之后，进入了卡迪尔 - 尤尔特村。沙马诺夫命令我在卡迪尔 - 尤尔特村开展一次特别行动，以侦测并清除武装分子。

我拟定了一个特别行动计划，该计划确定了执行隔离任务的部队、负责侦察任务的部队、在遭遇敌方火力时的开火规则、路卡的位置等。一共设置了两个路卡：一个在通往瓦列里克的路口处；一个在通往阿奇霍伊-马尔坦的路口处……该计划还预先确定，如果情况恶化，就使用空袭。该计划也预先设计了炮火攻击，以便使火力能够覆盖匪帮可能的撤退线路以及赶来援助被包围武装团体的预备队的行进路线。只有在敌方火力攻击侦察队时，联邦军队才会使用炮火攻击。

这个计划是在行动前夜制定的。就在当天晚上，沙马诺夫将我叫到西区司令部，讨论行动的细节问题。我们预见到了难民与武装分子混杂的情形，并计划检查证件。第二天一大早，两辆装甲运兵车护送我返回我们的阵地。在村庄东部通向瓦列里克的一个地方，发生了交火。一辆乌拉尔牌卡车着火，地上躺着三具尸体，另有一些人受伤，他们是来自乌德穆尔特(Udmurtia)的特别警察部队成员。我们也受到来自村庄的火力攻击。

于是，我们下车并予以了回击。后来，在装甲运兵车的掩护之下，我们向南朝着指挥部驶去。我立刻通知沙马诺夫，告诉他局势已恶化。他授权我按计划执行特别行动。

某团指挥官R.上校告诉我，他已经会见了卡迪尔页额村的行政负责人，后者说村里没有武装分子，只有一小伙与“特别任务民兵武装”发生过小冲突的“散兵游勇”。我不了解村中武装分子的人数，于是我命令仍由先前确定的内务部特种部队执行侦察任务，而不使用炮火和空中支持。如果武装分子人数很少，那么侦察队就能将他们消灭；如果武装分子人数较多，那么可以利用坦克的定点射击（即“精确攻击”）将他们消灭；如果村里有一大群武装分子，那就不可能避免使用大炮和飞机，否则军队将遭受过高的人员伤亡。

侦察队向前推进[……]他们受到攻击[……]于是，我命令他们撤退，其中有一小队撤不回来。由于意识到不可避免地需要使用炮火和空中支持，我命令R.上校组织平民从村中撤离，而后者通过村庄的管理机构实施撤离。为此，R.上校使用了一辆安装有扩音器的车辆，通知住在村庄边缘房子里的村民离开。平民通过预先设立的路卡陆续离开了村庄。” [……]

(九) 地面部队士兵的证词

(84) 萨马拉 (Samara) 内务特种部队的士兵就他们参加卡迪尔页额村行动的情况作证。有两个士兵提供证词，而俄政府披露了其中的一份证词。士兵B.作证说，他所在的部队于2000年1月至3月在车臣执行任务。在2月初的某一天，他们被部署到卡迪尔页额村。在靠近河边的地方，他们的

部队遭到袭击。据他的理解，平民获准在3天内离开村庄。从他们的阵地上，他们能够通过观察是否携带武器和是否留胡须等特征清晰地区分平民与武装分子。[……]

(十) 空军、直升机和坦克连队士兵的证词

(87) 就有关卡迪尔页额村攻击行动的有关事实，空军部队的两名飞行员受到传讯。他们被俄政府称为1号飞行员与2号飞行员。两名飞行员都说，他们的部队于2000年2月4日参加了对卡迪尔页额村的轰炸。战机出击的时间在中午12时至下午2时之间，所使用的是携带6枚FAB-250型炸弹的2架苏25战机。两架飞机在大约600米的高度投下炸弹。当时的天气条件相当恶劣，在那样的天气条件下，战机通常都不会飞行，但是，那天地面部队迫切需要得到支持。目标定位的工作是由一名地面的飞行控制员完成的，当时他在村庄附近的行动中心里。他指明了目标，并在随后报告说，轰炸相当成功。在回答他们是否在村庄的街道上看到平民或民用车辆这个问题时，两位飞行员要么说当时的视线很差（由于云团以及房屋燃烧所产生的大量烟雾的缘故）以至于他们什么也看不到，要么就说他们没有看到任何平民或民用车辆。[……]

(90) 在被问及他是否知道有一项撤离平民的计划时，飞行控制员回答说，在他抵达的头一天，内多比多（Nedobito）曾提到，其原本的计划是为武装分子提供一次投降或使平民离开的机会，但是，特别任务民兵刚刚遭到攻击，他立刻就呼叫战机参战。

(91) 数个直升机驾驶员受到传讯，他们就有关参与卡迪尔页额村行动的事宜作证。在地面飞行控制员的指示下，他们向地面目标发射了没有安装制导系统的导弹。他们没有在村庄中看到任何平民或民用车辆，而只看到了用机关枪向他们发动攻击的武装分子。[……]

(十一) 军方提供的其它资料 [……]

(94) 军方航空部门提供的信息表明，FAB-250型高爆航空炸弹的水平弹片散射距离是1,170米。

(十二) 军事专家报告

(95) 2001年11月26日，调查员请求莫斯科联合武装部队军事学院的专家出具咨询意见。调查员向专家提出了6个问题，并允许后者查看调查文件。所提问题涉及计划及行动执行的精确程度、本应发布的文件及命令

以及卡迪尔页额村行动是否符合国际军事规则等。调查员还请求专家评估内多比科将军使用空中打击和炮火对付武装分子阵地之决定是否妥当；另外一个需要专家回答的问题是：西区联军指挥部是否采取了一切必要措施，以最大限度地减少卡迪尔页额村的平民伤亡。

- (96) 2002年2月11日，军事学院的6位教授——他们中，军衔最低的是中校，最高的是上将——提交了他们的报告。他们查看了联合部队行动命令、西区联军行动中心命令、行动日志等军方资料。他们还以6部法律作为其报告的基础，不过他们未向法庭披露这些法律的名称。该报告认定，内多比科上将在其所指挥的部队试图进入村庄而受到袭击之后才决定使用空中打击和炮火支持的；空中打击和炮火支持发生在2000年2月4日上午8点半到2月6日之间。
- (97) 该专家报告认为，2000年2月4日至6日在卡迪尔页额村参与清除非法武装之特别行动的内务部队军官的行为与《陆军战场手册》和《内务部队战场手册》的规定是相符的。通过对当时之行动与战术局面的分析以及对一段录像资料的察看，专家们得出结论，认为当时寻求空中打击与炮火支持的决定是正确且具有充分依据的。在援引了《陆军战场手册》第19条规定后，上述结论得到了进一步的强化——该条规定：“决意击败敌人的指挥官应该意志坚定，不应犹豫不决。如果指挥官由于害怕承担责任而未能采取行动，未能动用所有部队、采取一切措施与手段去争取战场上的胜利，那么他将是耻辱的”。
- (98) 在最大限度地减轻平民伤亡方面，该报告认为，军方采取了一些相应的措施：指挥官组织并实施了撤离村民的行动，而且选择了定点的火力攻击方法。村庄的管理机构以及村民们接获通知，知道其必须离开行动区域，而且军方也向他们提供了必要的撤离时间。在村庄西部的出口处，军方设立了一处路卡以进行身份查证，该路卡由来自内政部以及联邦安全局的军人把守，而且其设立的位置也处于交战区之外。报告同时还暗示，如果给平民更多一些的撤离时间，那么平民伤亡可以进一步下降。然而，武装分子也可能利用这更多的时间来更为彻底地准备村庄的防御。最后，专家们认为，关于到底是什么因素导致村庄的全体居民未能安全地撤离，不可能得出确定的结论，但是，这很可能是由于武装分子的阻挠。[……]

2. 申请人提交的其他证人证词 [……]

- (110) 有关对卡迪尔页额村的攻击事件，申请人还提供了另外5份目击证人和受害者的证词。目击证人A.作证说，到2000年2月初的时候，该村庄牢

牢地控制在联邦军队的手中，而且村里有大约1万名国内流离失所者，因为大家以为在卡迪尔页额村不会发生战斗。在村庄的四周设有多处路卡，而在村中心还设有指挥部。人们完全没有料到2000年2月4日上午9时左右发生的空袭。该证人于2月4日下午4点至5点间试图离开村庄，但是，他所乘坐的汽车遭到直升飞机的射击，他和他的亲属因此受伤。在失去两名亲属后，他于2月5日逃离了那里。在路上，他看到了许多尸体和被烧毁的汽车。被烧毁住宅的残留物散落在路上。在通往阿奇霍伊-马尔坦的路上挤满了逃命的人们，但是，士兵不让任何人通过，即便是伤员也一样。该名证人没有从国家那里获得任何援助。他说，当他前往村庄行政负责人那里报告他两名亲属的死亡时，他看见了一份写着272名遇难平民姓名的名单。目击证人B、C和D作证说，2000年2月4日和5日，飞机、直升机、大炮和多管火箭发射器对村庄进行了狂轰滥炸。他们还作证说，沙马诺夫将军到达了路卡，并命令士兵不让人们离开村庄。他们引证了这位将军有关“筛选出”所有男人的命令，但内务部队并未执行此项命令。[……]

二、相关国内立法和事件

(一) 宪法的规定

(116) 《俄罗斯联邦宪法》第20条保护公民的生命权。

(117) 《宪法》第46条规定，法院保障公民的权利与自由，任何公共权力机构的决定和行动都可被诉诸法院。该条第3款还规定，一旦国内的法律救济渠道被穷尽，当事人可向国际机构申请保护人权。

(118) 《宪法》第52条和53条规定，犯罪行为及权力滥用行为的受害人应受法律保护。对于因公共权力机构的不法行为所导致的损害，他们有权向法院提起诉讼并从国家获得赔偿。

(119) 《宪法》第55条第3款规定了联邦法律对权利与自由的限制，但是此类限制仅因保障宪政制度的基本原则、公共伦理、卫生、他人的权利与合法权益、国防以及国家安全之要求才可做出。

(120) 《宪法》第56条规定，可以根据联邦法律宣布国家进入紧急状态。但是，某些权利，包括生命权及不受虐待之权利不因此而受限制。

(二) 《国防法》

(121)1996年《国防法》第25部分[……]规定，“有关合法性的监督以及对所犯罪行的调查，应由俄罗斯联邦总检察官及其下属检察机关进行。在俄罗斯联邦武装部队、其他部队、军事单位及机构内发生的民事和刑事案件，应由法庭根据俄罗斯联邦的立法进行审理。”

(三) 《打击恐怖主义法》

(122)1998年《打击恐怖主义法》[……]做了如下规定：

“第三节 基本概念

就本联邦法律而言，以下基本概念指的是：

[……] ‘打击恐怖主义’是指旨在预防、侦测、打击和尽力消除恐怖行为之后果的行动；

‘反恐行动’是指预防恐怖行为，以确保个人安全，削弱恐怖分子并最大限度减轻恐怖行动之危害后果的特别行动；

‘反恐行动区域’是指邻近反恐行动开展地的陆地区域、水域、交通工具、建筑物、构筑物或住宅；[……]

第13节 反恐行动区域内的法律制度

1. 在反恐行动区域内，开展反恐行动之人有权：

- (2) 检查私人或官员的身份证明，并在前者没有身份证明时，对他们予以拘留，以查证身份；
- (3) 对那些实施了或正在实施犯罪行为以及无视执行反恐行动之人的合法要求的其它行为——包括未经授权进入或试图进入反恐行动区域等——的人实施拘留，并将他们移交给俄罗斯内务部在当地的机构；
- (4) 在打击恐怖行动或追捕有实施恐怖罪行嫌疑之人时，如果时间的延误可能危及他人的生命或健康，则有权进入私人住宅或其它居所[……]以及交通工具；
- (5) 通过使用技术手段等方法，搜查进入或离开反恐区域之人的人身、财产和车辆；[……]

第21节 损害赔偿责任的豁免

在反恐行动进行过程中，根据立法并在立法所设定的限制范围内，可以使恐怖分子的生命、健康、财产以及其它受法律保护的利益遭受损害。然而，根据俄罗斯联邦立法的规定，参与打击恐怖主义的军人、专家及其他人可对造成此等损害免责。” [……]

(五) 车臣共和国的局势

(133)在车臣，政府未宣布紧急状态，也未实施戒严。联邦并未通过立法来限制该地区人民的权利。《公约》第15条所规定的克减并未被实行。
[……]

法律问题 [……]

一、关于未能保护生命的指控

(一) 双方的争论

1. 申请人

(163)申请人提出，卡迪尔页额村军事行动的策划、控制与执行的方式构成了对《公约》第2条的违反。她认为，使用武力并导致她儿子、侄女死亡以及她本人及其亲属的受伤，既不是绝对必要的，同时也未严格遵守比例原则。

(164)申请人认为，俄罗斯联邦军队的指挥官一定已经知道了撤出格罗兹尼之叛军的行进路线，并可以合理地预期他们将抵达卡迪尔页额村，但是，他们既未阻止叛军进村，同时又未向平民居民发出预警。而且，有证据表明，他们恰恰是故意设计了一条通道，将叛军引入包括卡迪尔页额村在内的几个村庄，并在那里攻击他们。

(165)叛军进入村庄后，俄军方立刻采用了不分皂白的武器，例如，Grad多管火箭发射器、杀伤半径超过1000米的Fab-250型重型航空炸弹以及Buratino热压炸弹（即真空炸弹）。这些武器是不区分平民与战斗员的，而且与军方声称的“身份检查”目的也不相符。军方未给平民提供安全通道。平民是冒着炮火离开村庄的，而且在路卡处受到拘禁。至于军方通过此次行动所获得的军事优势，申请人提到，在调查资料中并没

有任何此方面的专门数据。毫无争议的一点是，尽管轰炸猛烈，但大多数叛军与他们的指挥官一道逃离了村子。并没有确切的信息表明在行动期间有多少武装分子被击毙或被俘，也没有有关缴获之武器的数量及描述等。

(166) 申请人提出，军事专家们在得出攻击是恰当的结论时，是以允许甚至是教唆使用不分皂白之武器的法律规定为基础的，例如，《陆军战场手册》第19条命令指挥官为获取胜利而使用一切可以利用的武器。

(167) 申请人还援引了在伊萨耶娃诉俄罗斯、尤苏波娃诉俄罗斯以及巴扎耶娃诉俄罗斯等案件（案件号：57947 / 00；57948 / 00；57949 / 00；见于www.echr.coe.int/）中第三方提供的资料。在这些案件中，一家总部设在美国的非政府组织国际权利组织（Rights International）为法庭总结了在非国际性武装冲突中对战斗员与平民混杂的目标发起攻击时应遵循的国际人道法相关规则。

(168) 申请人指出，俄政府未能提供一切针对此次攻击行动所开展之调查的相关资料。在她看来，如果政府方面提供了全部资料，那么法庭就可以得出她的诉讼主张具有坚实基础的结论。

2. 俄政府

(169) 俄政府并未就其实施攻击行动的事实、申请人的儿子和3个侄女遇难的事实以及申请人本人及其亲属受伤的事实提出异议。

(170) 俄政府辩称，根据第2条第2款第1项的规定，攻击行动及其后果是合法的，也就是说，这些都是在为保护人身不受非法暴力侵害的情况下绝对必要地使用武力的结果。由于非法武装团体的行动对军人及平民的生命与健康以及社会与国家的一般利益构成了真正的威胁，因此，采用致命的武力打击它们的积极抵抗是必要且恰当的。通过其它手段是无法消除这种威胁的，行动指挥部所采取的行动是恰如其分的。在战场上所使用的武器专门指向了预先确定的打击目标。

(171) 俄政府进一步提出，对于即将到来的攻击行动以及平民离开村庄的需要，申请人及其他平民已经获得了恰当的通知；为此，军方使用了配备有扩音器的直升飞机和移动广播台。在卡迪尔页额村的两个出口处设立了军方检查站。然而，联邦军队组织居民安全撤离的意图遭到了武装分子的破坏，他们阻止居民离开，挑动联邦军队开火，并将村民作为“人

体盾牌”。刑事调查的资料表明，在俄政府看来，大部分平民伤亡发生在特别行动的开始阶段，即2000年2月4日，并发生在村子的中心，在那里联邦军队与叛军进行了最为激烈的战斗。

(二) 法庭的认定 [……]

2. 关于本案中的申请 [……]

(181)在本案中，尽管可认定武力的使用具有正当理由，但是，不言而喻的一点是，在其所追求的目标与为实现这一目标而采用的手段间必须寻求某种平衡。本法庭现在将考虑，在本案中所采取的行动是否是为取得其所声称之目标所绝对必要的。[……]

(182)首先要说的一点是，由于缺乏相关资料，本法庭在对行动是如何策划及执行的这一点上的评价能力受到了障碍。俄政府未能公开与军事行动相关的大多数资料。它未向法庭提交任何行动计划、命令复件、记录、军事日志或对军事行动结果的估计，尤其是，它未能提供相关信息，解释在使用重型战斗武器时如何对卡迪尔页额村平民可能造成的损害进行了评估和预防。[……]

(184)申请人提出，军方肯定已经事先知道了大群武装分子抵达卡迪尔页额村的可能，而且，恰恰是军方诱导他们进入村庄。本法庭注意到，许多证据表明，军方似乎并未充分预见到武装分子的抵达，以至于他们没有足够的时间采取措施以保护村民不被战火波及。[……]

(186)相反，据申请人及其他被询问的村民所说，由于该地区有大量军队、村庄周围设有路卡而且该村庄明确地被宣告为“安全区”，因此他们感到很安全，相信不会被卷入战火。一支“特别任务民兵”分遣队就直接驻扎在卡迪尔页额村中。村民们的描述表明，他们对武装分子的到来以及随后发生的战斗始料未及（参见前文第15、59与110段）。

(187)本法庭未获得任何证据，表明军方在2000年2月4日前采取了某些措施以确保直接或通过村行政负责人将这些信息传递给村民。然而，军方可能已经合理地预见到（甚至是引诱）武装分子进入卡迪尔页额村，这一事实清楚地表明，村民将面临各种危险。考虑到上述信息的可获取性，有关当局应当预见到这些危险，而且，即便它们不能阻止武装分子进入村庄，它们至少可以事先警示村民。村庄的行政负责人担负着在军方与村

民间进行沟通的重要角色，但是，有关方面仅对他进行一次询问，他并未被问及有关武装分子到来时的情形及有关为村民组织一条安全撤离通道等问题。

(188)考虑到以上各因素以及法庭所审查的其它资料，本法庭认为，在卡迪尔页额村进行的军事行动不是应急性的。该军事行动，无论其目的是解除武装分子的武装，还是摧毁他们，都是事先策划好的。[……]

(190)一旦当局明确了武装分子大量出现在村庄的事实，行动指挥官立刻修正了计划，决定对卡迪尔页额村实施炸弹和导弹攻击。2000年2月4日上午8时至9时，内多比科上将呼叫战斗机参战，但未对其所应携带的弹药予以说明。作为标准配备，这些飞机携带FAB-250型和FAB-500型高爆炸落式重型航空炸弹，其杀伤半径超过1,000米。根据军人的陈述，炸弹及其它非制导的重型武器同时被用来攻击村庄中心与边缘的目标。[……]

(191)本法庭认为，在人口密集的区域，在非战时且事先未疏散平民的情况下使用此种类型的武器，这种做法与一个民主社会中执法机构应保持的谨慎程度是不可能相容的。在车臣，并未实行戒严法，也未宣告紧急状态，而且，俄政府也未根据《公约》第15条的规定对公民权利做出克减的规定[……]。因此，本案中的军事行动只能在正常的法律背景之下加以判断。即便面对俄政府所主张的那种局势，即村民们被一大群装备精良且训练有素的武装分子劫持为人质，行动的基本目标也应该是保护生命不受非法暴力的侵害。大规模地使用不分皂白的武器与这一目标水火不容，而且，这种做法也与国家机构在使用此类致命武力的军事行动中应保持的谨慎注意标准是不相符的。

(192)在调查过程中，军事行动的指挥官提出，军方已经为卡迪尔页额村的村民准备了一条安全撤离通道；通过村行政负责人以及一个移动广播电台和一架装有扩音器的直升飞机，有关此安全通道的信息已经恰当地传达给了村民；另外，为便于村民离开，军方开放了两个路卡。

(193)本法庭审查的资料确认，有关安全通道的相关信息[……]已经传达给村民。几位军人就军方所采取的措施举出了证据，尽管他们的陈述不尽相同。一位居民确认，她在2000年2月4日早上看到了一架装有扩音器的直升飞机，但是，由于周围在发生战斗，她无法听清喇叭里在说些什么[……]。申请人和众多证人都说，他们主要是从邻居那里听说，军方允

许平民从一条人道走廊离开村庄。尽管由军方提交并由本法庭审查的资料未显示宣告安全通道的时间，但是，村民们表示时间大约在2000年2月4日下午3点左右。因此，看起来一直到军方使用重型且不分皂白的武器进行轰炸——这已经使居民的生命面临重大威胁——数小时后，居民才得知有关安全通道的消息。[……]

(195)一旦有关安全走廊的消息扩散开来，村民们纷纷开始利用轰炸的间隙离开村庄。2000年2月4日下午，在通往阿奇霍伊-马尔坦的道路上，一定有大量的平民与民用车辆。据一位证人所说，他们离开村庄时，许多车辆在奥尔忠尼启则公路上排起了长队。申请人陈述说，她的邻居也与他们在同一时间离开[……]。R.上校说，在轰炸的第一天，有大量村民沿着通往阿奇霍伊-马尔坦的道路离开卡迪尔页额村[……]。把守通往阿奇霍伊-马尔坦道路上路卡的士兵一定看到了人们争相逃离战火。这一情况一定已经为行动指挥官所知，并应指引他们确保通道的安全。[……]

(199)申请人提出，俄罗斯国内的法律框架本身未能确保对平民生命的恰当保护。她引用了军事专家们在做出报告时所依据的唯一公开披露的法律文件，即《陆军战场手册》。本法庭在以下这一方面同意申请人的观点：俄政府未能援引任何在类似本案情境下由军队或安全部队使用武力有关的国内立法，尽管基于这一点本身尚不足以断言缔约国违反了保护生命权的积极义务，但是，在本案的情境中，它却与本法庭有关对攻击行为是否符合比例原则的判断直接相关[……]。

(200)总之，尽管可以承认俄方于2000年2月4日至7日在卡迪尔页额村开展的行动具有合法的目标，但是，本法庭并不认为，这一行动的策划和执行遵守了保护平民居民之生命的注意义务。[……]

讨 论

1. (1) 法庭是否适用了国际人道法？它是否能够根据《欧洲人权公约》的规定适用国际人道法？
(2) 如果法庭适用了国际人道法，那么它是否也会像判决书第181—199段那样进行利益平衡的考量？
2. 你如何为2000年2月发生在车臣武装分子与俄罗斯联邦军队之间的战斗定性？法庭是否对这一冲突进行了归类？法庭在第191段写到武器是“在非战时”使用，这是否意味着在车臣并未发生武装冲突？

3. 第97段和第166段提及（并在第199段被法庭认为构成一个不充分法律框架）的《陆军战场手册》第19条是否违反了国际人道法？根据国际人道法，其规定是否充分？

注：由此开始，在后文中，当提及适用于国际性武装冲突的规则时，请讨论它们是否也能适用于非国际性武装冲突，并解释其原因。

4. 如果该村庄如申请人所指出的那样被宣布为“安全区”，那么，根据国际人道法，是否应给予其特殊保护？车臣武装分子的到来是否改变了这一点？（类似的规定，可参见《日内瓦第四公约》第14、15条；《第一议定书》第60条；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则35、36]，第749页。）
5. (1) 第13段中所描述的计划是否与国际人道法相符？如果俄罗斯联邦军队“明知且故意”为叛军准备了一条通道，将他们引入了村庄”，那么这种做法是否违反了国际人道法？
- (2) 根据国际人道法，政府武装部队是否应（如法庭在第187段根据《欧洲人权公约》所做的判定那样）提早通知村民叛乱武装分子可能到来？（类似的规定，可参见《第一议定书》第57条；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则20]，第749页。）
6. (1) 叛军进入村庄，这是否违反了国际人道法？其与平民居民混杂的做法呢？其使用平民作为人体盾牌的行为呢？其阻止村民离开村庄的行为呢？（类似的规定，可参见《日内瓦第四公约》第28、35和48条；《第一议定书》第51条第7款、第58条；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则20至24]，第749页。）
- (2) 根据国际人道法，村民是否应阻止武装分子进入他们的村庄？作为平民，他们是否有权阻止武装分子进入村庄？
7. 就有关“安全通道”的信息通知村民的方法（通知村行政负责人以及使用装有扩音器的直升机）是否充分？在给予此等“自由通道”之后，对村庄发动狂轰滥炸（第26段“联邦军队命令空军和炮兵攻击该村庄”）是否合法？即便某些平民事实上并未离开村庄，也是如此吗？如果这些平民是根据自己的自由意志而未离开呢？内多比科将军认为，“如果村里有一大群武装分子，那就不可能避免使用大炮和飞机，否则军队将遭受过高的人员伤亡”（第74段），他的这种看法正确吗？（类似的规定，可参见《第一议定书》第51条第4、5、7及8款；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则15至21]，第749页。）
8. (1) 如果真如内多比科上将所言，存在经“安全通道”撤离平民的事实（第74段），那么，对试图通过此条通道离开的民用车辆的攻击是否违反了国际人道法？如果攻击的是试图通过其它方法离开的平民，是否违法？如果根本就没有“安全通道”，又如何呢？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条；《第二议定书》第4条第1款及第13条；类似的规定，可参见《第一议定书》第51条第2款；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则1]，第749页。）

- (2) 如果沙马诺夫将军确实曾下令，在攻击期间任何人均不得通过路卡，那么这是否违反国际人道法？
9. 根据国际人道法，政府军队是否应建立并保留第182段所提及的记录？此类记录是否有利于贯彻比例性原则以及攻击者采取谨慎措施的义务（类似的规定，可参见《第一议定书》第57条；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则15至18]，第749页。）
10. 对于武器的选择，你怎么想？国际人道法的相关规则是什么？看起来这些规则是否获得了遵守？根据国际人道法，内多比科将军是否应明确指明飞机应使用的弹药？（参见《第二议定书》第13条；类似的规定，可参见《第一议定书》第35条、第51条第4款及第57条；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则15、17、70、71]，第749页。）
11. 关于俄罗斯方面对此次攻击行动的调查及其结论，你怎么看？俄罗斯是否有义务调查相关指控并惩罚对罪行负责之人？假定它有此义务，它所进行的此项调查是否构成了对这一义务的履行（类似的规定，参见《日内瓦第一公约》第49条；《日内瓦第二公约》第50条；《日内瓦第三公约》第129条；《日内瓦第四公约》第146条及《第一议定书》第85条第1款；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则156、158]，第749页。）
12. 对执行反恐行动的军人的责任豁免是否与国际人道法相符？（类似的规定，可参见《海牙章程》第3条及《第一议定书》第91条；同时可参见**案例29**，红十字国际委员会，习惯国际人道法 [参见规则150]，第749页。）

三十八、荷兰

案 例

案例232. 荷兰，公诉人诉福尔克茨案

[资料来源：Lauterpacht, E (ed.), *International Law Reports*, Cambridge, Grotius Publication Limited, vol. 74,1987, pp. 695-698; 脚注省略。]

公诉人诉福尔克茨
荷兰，乌得勒支地区法院
1977年12月20日

摘 要

事实：1977年9月22日，被告，一位西德国民，在乌得勒支（Utrecht）的一家汽车租赁公司营业场所受到警察盘查。双方发生了交火，2名警察受伤，其中一人不久不治身亡。被告被控犯有谋杀、谋杀未遂及非法持有武器罪。

判决：被告被判所有指控罪名成立，被判处20年监禁。[……]

以下是法庭判决的相关部分：

[……]被告的辩护律师称，本法院无权审理这个案件。其观点基于以下推断：被告是“红色军团”（Red Army Faction）的一个成员；这一组织正在进行一场阶级战争，它不仅与其祖国即联邦德国交战，而且也与世界上任何一个存在阶级战争的国家交战。

因此，他主张，“红色军团”的成员应受1949年8月12日的日内瓦四公约以及《1949年8月12日日内瓦四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》）的保护。

这一主张不能成立，其理由在于：作为《关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法的外交会议的最后文件》，1977年12月12日之前，《第一议定书》尚未向参加外交会议的缔约国（包括荷兰）开放签署；而且，根据《第一议定书》第95条的规定，只有在“两份批准书或加入书交存后6个月”才能生效，同时

“对于嗣后批准或加入本议定书的各公约缔约方，本议定书应于该方交存其批准书或加入书后6个月发生效力”。因此，1977年9月22日，《第一议定书》显然尚未发生效力，而且目前也还尚未生效。

此外，地区法院还表明了以下立场：

1949年8月12日《日内瓦公约附加议定书》适用于四个《日内瓦公约》共同第2条所规定的情况。该条第1款规定：

于平时应予实施之各项规定之外，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它武装冲突，即使其中一方不承认有战争状态。

上述议定书对此作了如下补充（第1条第4款）：

上款所指的场合，包括各国人民在行使庄严载入《联合国宪章》和《各国依〈联合国宪章〉建立友好关系和合作的国际法原则之宣言》的自决权中，对殖民统治和外国占领及对种族主义政权作战的武装冲突。

因此，只要解放运动是在行使它们的自决权并为反对“殖民统治和外国占领及对种族主义政权”而战，那么，其成员即可获得《日内瓦公约》的保护。

根据福尔克茨（Folkerts）的辩护律师所描述的组织目标，“红色军团”根本不符合这些条件。而且，当被告于1977年9月22日在乌得勒支被捕时，根本不能证明（甚至看上去完全就不像）他正在进行一项前述《议定书》规定意义上的对抗荷兰这个国家的斗争。

福尔克茨的辩护律师还辩称，其委托人应被免于起诉，因为，在战争法上，其被指控的罪行不构成刑事犯罪。基于前述同样的理由，这一抗辩不能成立。

基于这些确凿的事实，被告应该受到惩罚。

[……]

被告及其辩护律师详尽地描述了相关政治背景，他们声称，正是这些政治背景导致了被告的行为；他们认为，被告的行为即使不能被视为正规的战争行为，无论如何，也应被认为是抵抗行为(至少本法庭是这样理解被告方的辩解) [……]这样，福尔克茨的行为就是可理解的，甚至可能说是合理的。

本法庭绝对拒绝这一辩解，对“红色军团”是否真的反对美国 and 联邦德国的政策这一问题不予考虑。

由于个人不同意其所属国家的政策，就采取类似本案这样的暴力手段，这种做法在民主国家（包括荷兰）中是完全不能被接受的。这种行为攻击的是宪政国家最基本的原则。

本法庭不考虑被告以前可能在国外所犯下的犯罪。然而，其在本案中的行为不能且永远不可能（如其辩护律师所主张的那样）因其是“红色军团”的成员而被认为是合理的或可减轻惩罚[……]

[Report: 9 Netherlands Yearbook of International Law (1978), p. 348 (英文翻译)。]

讨 论

1. 《日内瓦公约》及其《附加议定书》何时生效？它们何时可适用于某特定案件？它们能否在生效之前即被适用？（参见四个《日内瓦公约》分别第 58、57、138、153 条及《第一议定书》第 95 条。）
2. 法庭认为，本案情况不构成《第一议定书》可以适用的国际性武装冲突，对此你是否同意？（参见《第一议定书》第1条第4款。）
3. (1) 适用《第一议定书》第1条第4款的双重要求是什么？
 - (2) 自决权意味着什么？谁享有自决权？（参见《联合国宪章》第1条第2款；《各国依〈联合国宪章〉建立友好关系和合作的国际法原则之宣言》等。）

[《各国依〈联合国宪章〉建立友好关系和合作的国际法原则之宣言》，联合国大会2625号决议，1970年10月24日；

 - 1) 人民有权自由决定他们的政治立场；
 - 2) 每个国家均有义务尊重这一权利并促进其实现；
 - 3) 每个国家均有义务避免剥夺人民这种权利的强制行动；
 - 4) 根据联合国宪章的宗旨和原则，反抗和抵制这种强制行动的人民可以寻求和得到支持；
 - 5) 根据联合国宪章，殖民地或者其它非自治领土有权要求从统治它们的国家中分离和独立出来。]
 - (3) “红色军团”是否是一个享有自决权的团体？如果没有，第1条第4款的双重要求能否适用于此？或者说，有可能是第1条第4款所列的情况不完全吗？
 - (4) 假定被告代表德国人民或劳动阶级要求自决权，那么，《第一议定书》是否适用？
 - (5) 假定被告真正为一个团体的自决权而战斗，那么能否因此认为存在《第一议定书》可以适用的武装冲突？
4. 如果被告是国际性武装冲突中的一名战斗员，那么荷兰对这个案件是否还有管辖权？《第一议定书》是否会禁止荷兰政府惩罚他的那些行为？（参见《日内瓦第三公约》第82、85条以及《第一议定书》第43、44条。）

三十九、西撒哈拉

案例233. 联合国，西撒哈拉局势

案 例

[资料来源：UN Doc. S/25170 (January 26, 1993).]

关于西撒哈拉的局势 联合国秘书长报告

[……]

三、出使区域的局势

[……]

24. 1992年10月16日，在摩洛哥和西撒哈拉领土上进行了地方选举。[……]
25. 随后，在给的各种情况通报中，我的特别代表、“联合国西撒哈拉公民投票特派团”军队指挥官以及波利萨里奥阵线都报告，在整个西撒哈拉领土上都发生了严重的暴力和逮捕事件。尽管承认在西撒哈拉发生了与选举活动有关的公共示威游行，但摩洛哥政府却否认发生了暴力和逮捕事件。需要指出的是，尽管“联合国西撒哈拉公民投票特派团”目前的军事使命严格局限于监督和确认停火，但是，作为联合国的一个使团，“联合国西撒哈拉公民投票特派团”不能对侵犯平民人权的行为袖手旁观。因此，“联合国西撒哈拉公民投票特派团”巡逻队对可能发生的动荡局面保持着警觉。他们的报告并未确认波利萨里奥阵线的指控。
[……]

讨 论

1. “联合国西撒哈拉公民投票特派团”的使命是什么？为什么作为联合国使团的“联合国西撒哈拉公民投票特派团”不能“对侵犯平民人权的行为袖手旁观”（第25段）？这是因为联合国负有义务确保平民的人权受到尊重吗？还是因为组成“联合国西撒哈拉公民投票特派团”的成员国有这样的义务？

2. “联合国西撒哈拉公民投票特派团”是否只关注违反人权的行为而不关注国际人道法，即使相似的行为同时也违反了国际人道法？联合国秘书长报告及联合国其它文件中提到的“人权”是否可理解为“武装冲突中的人权”，从而与国际人道法相关呢？如果答案是肯定的，那么，这是否意味着，尽管联合国不是《日内瓦公约》的缔约方，但它仍有义务执行国际人道法并受国际人道法约束呢？这一义务是直接存在于联合国本身呢，还是存在于组成“联合国西撒哈拉公民投票特派团”的成员国，因为后者是《日内瓦公约》的缔约国？
3. 报告第25段是否描述了联合国部队的一项经常性义务？这是联合国的每一个使团都负有的非成文义务吗？在武装冲突条件下，比如在前南斯拉夫，也是如此吗？（参见**案例172**，案例研究，前南斯拉夫的武装冲突，尤其是第1717页第14和20段。）第25段是否明确说明了此种义务的范围以及要求联合国部队实施的行动？这一说明不需要进一步澄清吗？另外，考虑到其资源及其在全球范围内不断增加的任务，联合国部队是否有可能是执行国际人道法最有效的工具之一？是与不是的理由各是什么？

案例234. 西撒哈拉冲突

案 例

一、“人权观察”报告，1995年10月

[资料来源：Human Rights Watch Report, *Keeping it Secret. The United Nations Operation in the Western Sahara*, October 1995 Vol. 7 No. 7, 见于 <http://www.hrw.org/reports/1995/Wsahara.htm>; 为方便阅读，“冲突的历史”一章移至文件开头部分。]

保守秘密

联合国在西撒哈拉的行动 [……]

冲突的历史

西撒哈拉，又称“前西班牙撒哈拉”，是一片广袤的沙漠，面积约26万平方公里，与摩洛哥、阿尔及利亚和毛里塔尼亚接壤。传统上，这片领土上居住着一个游牧部落民族；1904年至1975年间，它被西班牙所占领。二战以后，不断觉醒的民族意识动摇了欧洲殖民国家的统治。1960年，联合国最终通过了一项有关非殖民地化的决议，对不断增强的民族自决要求做出了回应。[注19：United Nations General Assembly, "Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples," (New York:

United Nations, 1960), A/15/1514 [见于<http://www.unhchr.ch>] [……]但是, 西班牙并未采取任何行动, 去组织一场全民公决。1973年5月10日, “萨吉亚阿姆拉与里奥德奥罗人民解放阵线”(又称“波利萨里奥阵线”)成立, 其目标是为撒拉维(Sahrawi)从西班牙独立而战。在两年的游击战争后, 西班牙同意接受一场由联合国组织的、预定于1975年在该领土上进行的全民公决。为准备此次公决, 西班牙于1974年对居住在该领土上的居民进行了一次人口普查。

与此同时, 摩洛哥也对西撒哈拉提出了它的主权要求。[……]1974年12月13日, 联合国大会请求国际法院就下述问题提供一项咨询意见: 在被西班牙殖民化之时, 西撒哈拉是否属于“无主地”; 如果不属于, 那么该块领土与摩洛哥王国和毛里塔尼亚之间存在怎样的法律纽带。国际法院于1975年10月16日做出了咨询意见。该意见认定, 没有证据表明, 在西撒哈拉与摩洛哥以及与毛里塔尼亚之间存在“任何领土主权关系”; 但是, “有迹象表明, 在摩洛哥苏丹和该领土上的某些(尽管只是某些)部落之间存在法律上的结盟关系”。另外, 该法院还认定, “存在某些权利, 包括某些与土地有关的权利, 这构成了毛里塔尼亚……与西撒哈拉之间的法律关系”。但是, 该法院的结论是: “并未发现任何可能影响有关在西撒哈拉进行非殖民化的全民公决的联大1514(15)号决议之实施(尤其是民族自决原则)的法律关系”[……]

尽管国际法院支持了民族自决原则, 但是, 摩洛哥的哈桑二世国王却将此意见解释为对摩洛哥所提领土要求的确认。于是, 哈桑国王发起了一场后来被称为“绿色行军”的活动——共有35万摩洛哥人穿越边境, 行进至西撒哈拉。与此同时, 摩洛哥政府开始在西撒哈拉组建自己的军队。联合国安理会和联大通过决议, 谴责“绿色行军”, 并呼吁所有参与行军之人撤回。[注23: United Nations Security Council, “Situation Concerning Western Sahara,” (New York: United Nations, 1975), S/RES/380 [见于<http://www.un.org>]] 以及联合国大会“西班牙属撒哈拉问题”。(New York: United Nations, 1995), A/30/3458. [见于<http://www.arso.org/06-4-0.htm>]然而, 1975年10月31日, 更多的摩洛哥军队进入了西撒哈拉, 波利萨里奥阵线与摩洛哥皇家武装部队之间爆发了武装冲突。[……]

1975年11月14日, 西班牙、摩洛哥与毛里塔尼亚签署了秘密的“马德里协定”。根据该协定, 西班牙同意, 在其对西撒哈拉的委任期于1976年2月27日正式期满之时, 将该领土的管理控制权移交给摩洛哥和毛里塔尼亚。在西班牙撤离后的第二天, 波利萨里奥阵线宣告了一个独立的西撒哈拉国家的诞生: 撒拉维阿拉伯民主共和国; 它以波利萨里奥阵线作为其政治派别。[……]

波利萨里奥阵线与摩洛哥和毛里塔尼亚之间的冲突一直持续到1978年7月10日，当时，毛里塔尼亚政府在一次军事政变中被推翻。波利萨里奥阵线立即宣布停火，并于1979年8月5日与毛里塔尼亚签署了一项和平条约，使后者退出了冲突。但是，不久之后，摩洛哥占领了毛里塔尼亚放弃的绝大多数领土，于是，摩洛哥与波利萨里奥阵线之间的武装斗争继续进行。从1980年到1987年，摩洛哥建造了一系列长长的防御性沙墙，在这些工事周围埋设了大量地雷，并用铁丝网、观察哨和先进的预警系统加以防御。与此同时，这些沙墙还圈进了西撒哈拉所有的大城市以及该领土内丰富的磷酸盐矿。

从1979年起，非洲统一组织就开始寻求解决西撒哈拉问题，并呼吁停火和组织一次提供民族自决权的全民公决。然而，当1984年非洲统一组织承认了撒拉维阿拉伯民主共和国之时，摩洛哥退出了该组织。〔注26：迄今为止，没有任何一个国家承认摩洛哥对西撒哈拉的主权。而撒拉维阿拉伯民主共和国却与76个国家有外交关系，这些国家主要是非洲、拉丁美洲与亚洲国家。1995年9月19日，“人权观察”会见了波利萨里奥阵线驻联合国代表布哈里·艾哈迈德（Boukhari Ahmed）〕〔……〕1988年9月，在通过了一系列有关西撒哈拉冲突的决议之后，联合国为该地区提出了一项解决方案（以下称“《解决方案》”），它包括了停火、组织并实施全民公决、遣返难民及交换战俘等内容。双方最终都接受了《解决方案》，1991年9月开始正式停火，此时，摩洛哥控制着该领土的绝大多数区域，而波利萨里奥阵线控制着沿东部和南部边界的一个狭长区域。〔……〕

摘要

〔……〕“人权观察”认为，摩洛哥，这个无论是在军事上还是在外交上都处于强势的冲突方，经常性地从事阻碍和影响全民公决进程之公正性的行动。另外，由于联合国对该进程缺乏控制，其公正性已经受到严重损害。联合国向西撒哈拉派驻使团已经有4年了，但却未能够像《解决方案》所规定的那样，对全民公决承担起“唯一的且具有专属性的职责”。《解决方案》规定了一个“过渡期”，该过渡期应自停火于1991年9月生效之后立刻开始。有关过渡期的规定包括但不限于：根据确定的时间表，摩洛哥减少其在该领土上的军队；双方交换战俘，并遣返难民。〔……〕〔注3：United Nations Security Council, "The Situation Concerning Western Sahara: Report of the Secretary-General," (New York: United Nations Publications, 1990), S/21360, [见于<http://www.arso.org/06-6-0.htm>] paras. 47 and 71.〕〔……〕

独立的外部人士观察和分析身份确认进程的机会受到了严格的限制。〔……〕“联合国西撒哈拉公民投票特派团”的成员，包括军事观察员，经常性地受到摩洛哥政府的监视。这种情形，以及来自特派团内部的压力，使得他们不愿意甚至

是惧怕与我们的组织交谈，除非是在明确匿名的情形下。[……]摩洛哥当局骚扰“人权观察”组织，并严密监视该组织的活动，这大大影响了该组织在摩洛哥控制的西撒哈拉地区针对侵犯人权的事件开展全面调查的能力。[……]

制造既成事实

表面上看，摩洛哥和波利萨里奥阵线都同意接受全民公决的结果。但是，在举行全民公决之前，摩洛哥似乎每天都在通过大肆篡改人口统计资料和该领土的其它方面等手段，巩固自己在西撒哈拉地区的统治。[……]

据估计，摩洛哥已经在其西撒哈拉军事行动中部署了12万多军队，为此，在1976年至1986年期间，其每年的军事开支都达到了25,000万美元。

控制西撒哈拉绝大多数领土的摩洛哥政府还进行了大量基础设施的建设，如修建道路、港口、行政大楼，供水，提供包括住房、学校和医院在内的社会保障等。

在1976年至1989年期间，在西撒哈拉地区四省的民用开支总额达到了约25亿美元，平均每年约18,000万美元。[……]大多数的开支都分配给了阿尤恩（Laayoune）省，该省集中了几乎三分之二的人口。这些开支的主要目的是为了赢取撒拉维居民的心。从长远来看，摩洛哥政府希望从撒哈拉的渔业和硝酸盐资源的开发利润中收回投资。

“联合国西撒哈拉公民投票特派团”工作人员还指出，移居到西撒哈拉的摩洛哥人获得了丰厚的财政支持，包括免税收入和食物津贴等。这些刺激政策成功地增加了西撒哈拉的人口——从1974年西班牙人口普查的74,000人，增加到了1981年摩洛哥人口普查的162,000人。[……]

摩洛哥政府尽力在该地区增加自己的支持者，这方面最明显不过的例证是，1991年9月和10月，在西撒哈拉的大城市附近，出现了许多“帐篷城市”。这些帐篷里住着4万人，他们被运送到西撒哈拉来，其目的是为了在全民公决中投票。按照摩洛哥当局的说法，这些人都是撒拉维族人，只不过之前由于各种原因离开了这片领土。[……]

就在1991年的人口迁移发生后不久，联合国秘书长西撒哈拉事务特别代表约翰内斯·曼茨（Johannes Manz）辞去了职务，并在给秘书长的报告中称，

“有关非军事方面的违法事件，将不明身份之人转移到该领土上，也就是所谓的‘第二次绿色行军’，在我看来，这种行为即便没有在字面上违反和平计划，至少也违反了它的精神。[……]”

事实上，人口迁移明显地直接违反了《解决方案》的规定，尤其是其72和73段，根据它们的规定，对于身处该领土以外的西撒哈拉居民而言，只有在“身份确认委员会”对其投票资格加以确认后，才能返回西撒哈拉。[注120：U.N. Doc. S/21360 [见于 <http://www.arso.org/06-6-0.htm>], paras. 72 and 73.] [……]

人们普遍认为，住在帐篷里的那些人根本就不是撒拉维族人，他们被强制性地带到并留在了这里，其目的是在全民公决中增加摩洛哥的选票。“人权观察”组织无法对这一问题做出调查，因为我们的一个代表在阿尤恩试图进入一个帐篷城市时遭到了摩洛哥安全部队的拘留。事实上，除有政府官员在场情况下所进行的访问外，这一地区严格限制外国人进入。作为于1993年7月访问这一地区的美国两党代表团成员，亚拉特·乔普拉（Jarat Chopra）做了如下评论：“一排排白色的帐篷上镶嵌有黑色的摩洛哥王室标志。这不是一场自发的人口迁徙，看起来它更像一场有组织的运动[……]”。

于1992年对该地区进行一次访问后，乔普拉在美国参议院外交委员会作证说，“如果帐篷城市中的所有居民都参与投票并将撒哈拉保留在了摩洛哥的控制之下，那么，没有任何证据表明他们会留下来。这些都是临时营地，而不是定居点，平民在那儿除了等待没有任何事可做。一年以后，许多人试图离开，但是他们受到将被拘留的威胁”。

与西撒哈拉冲突有关的其它人权事务

摩洛哥控制的西撒哈拉地区的言论自由与集会自由 [……]

在20年间被报告“失踪”的数百人至今仍下落不明。1991年6月，摩洛哥政府释放了200多人，他们中的大多数人之所以“失踪”，是因为他们或他们的家人对摩洛哥政府对西撒哈拉的主权要求表示质疑。[注130：但是，在1994年7月8日实施的一次大赦中，尽管有424名政治犯获释，但是该大赦明确地排除了那些支持西撒哈拉独立的人士。] 受害人通常都被关押在秘密监禁场所，并受到虐待，有些甚至长达20年。[……] [注131：Amnesty International, "Breaking the Wall of Silence: The Disappeared in Morocco."]

根据“失踪者”家人及前“失踪者”的证词，“囚犯及失踪撒拉维人亲属联合会”报告说，至少仍有526名撒拉维人至今仍处于“失踪”状态，很可能被囚禁于摩洛哥或摩洛哥控制的西撒哈拉地区。

廷杜夫 (Tindouf) 的难民营

西撒哈拉的武装冲突导致数以万计的撒拉维人被迫流亡到该领土的东部边界。1976年1月，摩洛哥对设在西撒哈拉城市郊外的难民营进行了轰炸，导致数

千人伤亡，并迫使数万撒拉维人再次逃亡，这一次，他们逃到阿尔及利亚西南部避难。20年后，这些营地中居住着165,000个难民[……]。

战俘营的囚犯

在长达20年的时间里，在武装冲突过程中被俘的2400多名战俘（既有摩洛哥战俘，也有撒拉维战俘）一直被关押在条件简陋的地方。摩洛哥政府声称，它仅仅关押了72名战俘[……]。[注146：根据1949年8月12日《日内瓦公约》的界定，发生于摩洛哥与波利萨里奥阵线之间的武装冲突究竟属于国内武装冲突还是国际性武装冲突，“人权观察”组织对此问题不做判断。尽管如此，我们仍将在武装冲突过程中被俘的战斗员称为“战俘”，以便与《联合国西撒哈拉问题解决方案》以及秘书长和安理会所使用的术语相吻合。]波利萨里奥阵线拒绝承认这个数字，认为摩洛哥方面事实上关押了200—300名战俘。

1978年4月，红十字国际委员会对18名摩洛哥方面关押的波利萨里奥阵线战俘做了登记，但是，在那次探视后，摩洛哥方面拒绝了红十字国际委员会的探视请求，一直到1993年5月才再度允许。自此之后，红十字国际委员会在摩洛哥南部城市阿加迪尔(Agadir)又对撒拉维战俘进行了4次探视；迄今为止，它一共登记了72名战俘。在冲突开始的头两年里，波利萨里奥阵线允许红十字国际委员会探视其所关押的摩洛哥战俘。后来，在1976年至1984年期间，大概是为了抗议摩洛哥方面屡次拒绝红十字国际委员会的探视请求，波利萨里奥阵线暂停了红十字国际委员会的探视。1984年以来，红十字国际委员会一直对波利萨里奥阵线关押的摩洛哥战俘进行定期探视。[……]

一些（摩洛哥战俘）抱怨他们受到监狱警卫的不良对待，而另一些人则强调，自1986年或1987年以来，情况已经算是有了改善。[……]事实上，在过去的20年间，战俘营中的条件似乎随政治情况的不同而不断发生着变化，而自1987年以来条件似乎已经发生了最显著的改善。

所有人都对医疗问题抱怨不已，尤其是药品缺乏的问题。[……]

战俘必须到营地外波利萨里奥阵线管理的地方劳动，他们从事建筑、机械和裁缝等工作。他们的工作得不到报酬，这一点违反了国际法。[注151：1949年《关于战俘待遇之日内瓦公约》第62条要求：“拘留当局应直接付给战俘以公平之工资。”[……]另外，值得注意的是，由于缺乏财力，波利萨里奥阵线对撒拉维难民也不支付报酬[……]]战俘工作环境的气候条件以及很长的工作时间也不符合国际法的规定。[……][注153：例如，1949年《关于战俘待遇之日内瓦公约》第51条和第53条，即便没有约束力，也应成为确定关押条件的指导规则。]自1993年以来，[……]战俘已经可以经常性地收发通信、邮件乃至包裹，这主要是通过红十字国际委员会进行。[……]

释放的战俘

然而，最为凄惨的恐怕要算基于人道原因而于《解决方案》签署之前的1989年5月8日被波利萨里奥阵线释放的184名年老、生病和残疾的摩洛哥战俘的命运。摩洛哥方面做出了一个惊人的举措——它拒绝接收这些战俘，因为它相信，这一举动将会被视为对波利萨里奥阵线的承认，并会被波利萨里奥阵线利用来服务于其公共关系的目的。取而代之的是，摩洛哥方面坚持说，除非所有战俘均获释，否则它将不接收任何战俘。这一做法违反了《公民权利与政治权利国际公约》第12条所保障的进入自己祖国的权利，而摩洛哥已于1979年8月3日批准了该公约。[……]

红十字国际委员会从一开始就介入了这一事务，并向摩洛哥政府提出了无数的建议，但却没有任何成效。[……]

二、“失踪者”问题

[资料来源：Amnesty International, Day of the “Disappeared” - families still await truth and justice; AI INDEX: MDE 29/003/2002, 30 August 2002 Press release 148/02; 见于 <http://www.amnesty.org/>]

摩洛哥、西撒哈拉：“失踪者”日—— 家人仍在等待真相和正义

大赦国际索引号：MDE 29/003/2002
2002年8月30日

今天，在全世界迎来2002年“失踪者日”之际，“大赦国际”组织呼吁摩洛哥当局最终结束数百名仍在等待其“失踪”亲人消息的摩洛哥人和撒拉维人的苦难；这些人都是在过去数十年间在摩洛哥安全局手中“失踪”的。

“如果我的亲人死了，我希望能够得到他的遗体用于安葬，并开始悼念他，这将会渐渐抚平我的创伤。如果我的亲人还活着，无论他所剩的时日有多短，我都希望有机会见到他。”在摩洛哥和西撒哈拉，从摩洛哥的经济首都卡萨布兰卡（Casablanca）到西撒哈拉的沙漠城市斯卡拉（Smara），“大赦国际”从许多家庭那里不断地听到同样的诉求。

“对一个妇女来说，如果她的丈夫于1960年代或1970年代在她面前被捕，而她至今仍在努力从当局那里寻找答案，希望了解她丈夫究竟是继续被秘密关押还是已经被虐待致死，那么这将是惨无人道的”，该组织这样评论，并补充说，“现在是给出答案的时候了”。

近些年，摩洛哥当局采取了一系列积极举措改善人权状况，其中包括，穆罕默德六世国王于2000年7月成立了一个仲裁委员会，来决定对“失踪事件”受害人及其家人所遭受的物质及精神损害予以赔偿的问题。对此，“大赦国际”组织已经公开地表示了欢迎。在数百个个案中，受害人及其家人已经得到了赔偿。

“但是，真相与正义是无可替代的”，“大赦国际”如是说。

在这样一个日子，“大赦国际”为那些“失踪者”的家人大声疾呼，呼吁摩洛哥当局对每一个“失踪”案件开展及时、彻底、独立和公正的调查，并将那些须负责任人绳之以法。

背 景

“失踪”问题已经在摩洛哥和西撒哈拉过去数十年的历史上打上了深深的烙印，而且至今仍是最为痛苦的未解决的人权问题之一。有超过1,000人，其中绝大多数是撒拉维人，在1960年代中期至1990年代初之间从摩洛哥安全局手中“失踪”。

在完全与世隔绝地被关押在秘密监禁中心最长达18年之后，数百名撒拉维人和摩洛哥人于1980年代和1990年代获释。另外数十名“失踪者”被报告死于秘密监禁。但是，另外数百人的至今仍下落不明。[……]

三、战俘问题

[资料来源：ICRC Press Release, 03/10, 26 February 2003; 见于 <http://www.icrc.org>.]

摩洛哥、西撒哈拉：100名摩洛哥战俘被送回国

日内瓦（红十字国际委员会）——2月26日，红十字国际委员会将100名被波利萨里奥阵线释放的摩洛哥战俘送回国。

在一个红十字国际委员会小组的陪同下，战俘们乘坐一架由该组织租赁的飞机离开阿尔及利亚的廷杜夫，并在阿加迪尔附近的（中文名未查到）Inezgane军事基地被移交给摩洛哥当局。在开展此次行动之前，红十字国际委员会代表分别会见了每一位战俘，以确保他们是在完全自愿的情况下被护送回国。所有战俘都获准携带其个人财物。

对于战俘（其中绝大多数是老人和病人）的获释，红十字国际委员会表示欢迎。但是，该组织对1,160名仍被关押的摩洛哥战俘的命运继续表示关切，并再次呼吁根据国际人道法的规定释放他们。考虑到仍被关押之战俘的年龄和糟糕的

健康状况（他们中有些人被剥夺自由已经超过了20年），这一问题正在变得越来越急迫。2002年7月1日，在红十字国际委员会的协调下，101名摩洛哥战俘获得释放。

红十字国际委员会代表每年两次探视被波利萨里奥阵线关押的战俘。他们最近的一次探视发生在2002年12月。代表们特别地向战俘提供了医疗援助，并使他们通过红十字通信得以与其家人交换消息。

[注：2005年8月，波利萨里奥阵线释放了其关押的所有摩洛哥战俘。参见ICRC Press Release 05/44, 18 August 2005, 见于 <http://www.icrc.org>。]

讨 论

1. (1) 你如何定性摩洛哥与波利萨里奥阵线之间的武装冲突：它是非国际性武装冲突，还是国际性武装冲突？这是由于为撒拉维阿拉伯民主共和国而战的波利萨里奥阵线得到了阿尔及利亚的支持吗？是由于撒拉维阿拉伯民主共和国在国际上已为约50个国家承认并成为了非洲联盟的成员吗？还是由于波利萨里奥阵线是一个为撒拉维人的民族自决权而战的民族解放运动？联合国将西撒哈拉视为一块“非自治性领土”，这一事实是否影响对这场冲突的性质界定？摩洛哥不是《第一议定书》的缔约国，这一事实是否影响这场冲突的性质界定？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条及《第一议定书》第1条第4款。）
- (2) 既然自1991年以来停火已生效，那么该局势还能被界定为一场武装冲突吗？如果不能，那么国际人道法还能适用吗？国际人道法会何时开始适用，何时终止适用？国际人道法的哪些规定能够继续适用？继续适用的是所有那些保护因武装冲突而被关押之人的规定吗？所有那些保护被占领土上居民的规定呢？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条第2款；《日内瓦第三公约》第5条第1款；《日内瓦第四公约》第6条以及《第一议定书》第1条第4款、第3条。）
2. 西撒哈拉是否被占领土？（参见《海牙章程》第42条，**文件1**，第553页。）西撒哈拉是否“事实上处于敌军的控制之下”？“在军事行动全面停止1年后”，《日内瓦第四公约》的哪些规定不再适用，而哪些规定在整个占领期间都可适用？（参见《日内瓦第四公约》第6条第3款。）《第一议定书》是否有更广的适用范围，以至于它仅在“占领终止时”才终止适用？（参见《第一议定书》第3条第2款。）自何时起，可以决定不再存在“占领”——自“领土的解放，还是[……]根据该领土上人民的民族自决权将该领土并入一个或多个国家”之时？（参见对《第一议定书》第3条第2款的“评注”，见于<http://www.icrc.org/ihl>。）如果15年来联合国一直致力于组织的全民公决不能发生，结果会怎样呢？从国际人道法的角度看，这场冲突各种可能的结局将产生什么后果？
3. (1) 在你看来，这场冲突的当事方违反了哪些应适用的国际人道法规范？是那些与被占领土有关的规定吗？是那些与被保护人有关的规定吗？保护平民的规定？保

护战俘的规定？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条；《日内瓦第三公约》第109、110及118条；《日内瓦第四公约》第31条、32条、33条第1款、33条第3款、49条第6款、第52条第2款、第53条、第71条第1款、第76条及第143条；《第一议定书》第32条、第33条及第75条。）这些违反国际人道法的行为是战争犯罪吗？

（参见《日内瓦第三公约》第130条；《日内瓦第四公约》第147条及《第一议定书》第85条。）

- (2) 摩洛哥方面将其部分平民居民迁移到撒拉维领土上，这一行为是否违反了国际人道法？（参见《日内瓦第四公约》第49条第6款。）是否构成战争犯罪？虐待、任意拘捕和判刑的行为是否构成了对国际人道法的违反？是否构成战争犯罪？只是在针对撒拉维人时才这样，还是说针对任何平民都是如此呢？迫使他人失踪以及未能提供有关失踪人的消息，这样的行为是否违反了国际人道法？是否构成战争犯罪？（参见《日内瓦第四公约》第147条及《第一议定书》第85条；也可参见《国际刑事法院规约》第7条第2款第9项关于“强迫失踪”的定义；参见**案例15**，第634页。）波利萨里奥阵线不释放其关押的摩洛哥战俘是否构成了对国际人道法的违反？是否构成战争犯罪？强迫战俘劳动是否违反了国际人道法？是否构成战争犯罪？（参见《日内瓦第三公约》第62条、第130条；《第一议定书》第85条第4款第2项。）

四十、美国

案例235. 美国，美国诉玛丽莲·巴克案

案 例

[资料来源：United States District Court for the Southern District of New York, 690 F. Supp. 1291 (1988); 脚注省略。]

美国诉玛丽莲·巴克 (被告)

美国诉穆图鲁·沙库尔 (被告)

Nos. SSS 82 Cr. 312-CSH; 84 Cr. 220-CSH

1988年7月6日

[.....]

备忘录意见及命令

黑特，地方法院法官

被告穆图鲁·沙库尔 (Mutuku Shakur) 要求驳回起诉书SSS 82 Cr. 312 (CSH)。他坚决主张起诉书中起诉的行为是不适合刑事起诉的政治行为。他进一步主张，根据可适用的条约和国际法，他是一个战俘，因此应免于因起诉书中指控的行为而被起诉。被告玛丽琳·巴克(Marilyn Buck)参加申请“因为它适用于阴谋罪 [84 Cr. 220 (CSG)起诉书中所指控]，以及尤其是它适用于乔安妮·凯西马尔德 (Joanne Chesimard) 的越狱，也被称之为·沙库尔 (Assata Shakur)。”(1988年3月22日，审判第10178号。)

I.

1985年就起诉书的内容沙库尔(被传讯时，他口头上提出了“日内瓦公约”和“战俘”身份。

此后，有几次，沙库尔的律师都表达了要求根据国际法驳回起诉的意图。
[.....]

II.

被告的请求基于他们对非洲祖先的美国人所面临的政治形势，以及作为对这种形势做出回应的“新非洲共和国”（RNA）所担任角色的理解。简要地说，被告视“新非洲共和国”为一个从事反抗美国政府殖民统治的解放战争的独立自主国家。第五巡回法庭把一个涉及“新非洲共和国”临时政府成员的案例的前提总结为：

“新非洲共和国”宣称，它是一个与外国无关的独立国家，它们的“公民”是那些一度在美国作奴隶的人的后代。它坚决主张，通过成功的 1861、1862 年《征用法案》(the Confiscation Act)、1863 年 1 月《解放宣言》和美国宪法第十三条修正案，美国奴隶已经逐渐转化为自由人的社团。它进一步坚持，基于被解放基础上的奴隶的公民权，可以恢复到其祖先被带到美国时。对“新非洲共和国”来说，这意味着他们恢复了非洲人的国籍，而且无须宣称对美国忠诚。“新非洲共和国”主张，是它而不是美国拥有对密西西比、路易斯安那、阿拉巴马、佐治亚和南卡罗来纳的主权，因为在那些土地上，大多数是非洲人在此世代居住、工作和发展。它说，安德鲁·约翰逊 (Adrew Johnson) 总统 1865 -1866 年发布宣言把这些土地归还给原有者，自从“黑人占有这些土地武装反抗美国统治，并且主张他们的新非洲民族的领土要求，而且简要地说，要求独立”时，就主张对那些土地的主权。“新非洲共和国”（RNA）说它对上述五个州的领土主权从来没有停止，又称美国在那里进行的仅仅是没有公理和权力的统治。“新非洲共和国”（RNA）声称自从 1968 年 3 月 31 日宣告新非洲民族政府“正式恢复和组织”以来，其恢复领土的努力得到强化。

美国诉詹姆斯（UNITED STATES v. James），收集在联邦案例汇编第二辑第528期，999－1005页，第五上诉法院1976判决；重新听证驳回，联邦案例汇编第二辑第532期，从1054页开始；确定驳回，美国案例汇编第429期，959页开始；最高法院案例汇编第97期，382页开始；美国最高法院案例汇编，律师版，第二辑第50期从326页开始，1976判决。

为支持他们关于“新非洲共和国”主权地位的观点，被告已提交一份律师的正式书面陈述，详细叙述北美洲非洲人的一些历史，其中特别强调抵抗奴隶制，及以前奴隶建立的遍布美国东南的自治社区事件。被告从这些历史中得出结论，非洲人的后代正在从事并且已经从事维护其自决权的斗争。他们视地区、州和联邦法律执行机构为这一斗争的敌对方。[……]

IV.

被告还主张根据包括美国承认的条约在内的国际法，他们有资格被作为战俘来对待。

被告的论据开始于此论断，即“新非洲共和国”作为生活在美国的非洲人的所有后代，像世界上所有其他民族一样享有自治权。他们的主张如下：

像每个具有殖民地经历的情况一样，“新非洲共和国”（RNA）作为殖民地没有独立的经济结构。然而，“新非洲共和国”（RNA）绝大多数人口在历史上的所有阶段都被置于同一帝国主义经济框架中，而且在这个结构中分担了遭受歧视对待的不幸。的确，这样说是恰当的：“新非洲共和国”（RNA），像大部分殖民地一样，作为一个民族的人口是处在美国经济底层的“冻结的”阶层。

支持备忘录之22。被告争辩说作为为争取自决而从事斗争的殖民地人民，新非洲人的斗争有权获得“类似战争”性质的司法承认。他们宣称：

新非洲人解放的斗争为世界上许多国家所承认和尊重，特别是那些以前是欧洲强国的殖民地的国家，但是美国政府从未给此运动其应有的国际权利和保护。

我们相信，新非洲人(黑人)发动的针对美国[原文如此]种族压迫的斗争包含了所有战争状态的要素：申请人[沙库尔]表达了他在战争中对这种压迫的抵抗，所以在他被美国政府拘留时应当被给予战俘的身份。

回答备忘录之五

扼要地讲，在他们申请的这部分，被告并没有用与法院从各个法律引申出司法原则的案例类似的方法来寻求一种扩充适用。相反，他们直接诉诸于国际法的基本原则。[……]

- [3] 在联邦法院，可执行的国际法来源于以下几种情况：被美国批准的条约；通过执法和立法行为声明能被执行的原则；对约束审判法院的上诉法院判决；以及，虽不具备上述情形之一，一个更无定形的然而却被广泛承认的权力主体。在美利坚合众国诉史密斯（United States v. Smith）一案（美国诉史密斯，美国案例汇编，第18期，从153页开始；美国最高法院案例汇编（律师版）第61期，从57页开始）中，最高法院认为，“国际法可以通过查阅公法学家的学说，或普遍国家实践，或通过承认和执行那个法律的司法裁决来查明。”[……]

[……] 在法庭，被告声称：战俘身份免于因起诉书中所指控的行为而被起诉。这一宣称主要依据以下两个国际法渊源：第一是美国已批准的1949年8月12日《关于保护战俘的日内瓦公约》（6 U.S.T. 3316, T.I.A.S. No. 3364）。被告的第二个依据是1949年《日内瓦公约》的两个议定书，1977年瑞士政府开放供签署。[……]

第一议定书处理国际武装冲突。与在支持摘要之六中表达的观点相符合，即与被告的观点“新非洲共和国临时政府在法律、政治和国际事务中”代表为独立而奋斗的新非洲人，被告特别强调其依据的是第一议定书。第二议定书处理通常被称为“内战”的国内武装冲突。美国总统建议参议院批准第二议定书，但不批准第一议定书。

我分别考虑《日内瓦公约》和《第一议定书》。

- [4] 关于公约，被告注意到第2条规定，公约“适用于两个或多个缔约国之间所有宣战的或任何其它武装冲突，即使一方不承认战争状态（补充强调）”。根据那个否认的声明，被告接下去谈第4条，这一条对“战俘”做了定义，部分如下：

“ A. 本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下下列种类人员之一种：

- (1) 冲突之一方武装部队成员，以及构成此种武装部队一部之民兵或志愿军之成员。
- (2) 冲突之一方所属之其他民兵和其他志愿部队之成员，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：
 - (a) 有一为其部下负责之人统帅；
 - (b) 备有可从远处识别之固定的特殊标志；
 - (c) 公开携带武器；
 - (d) 根据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。

美利坚合众国做出回答如下：由于在法庭的这个案件不涉及第2条定义的“两个或多个缔约国”之间的武装冲突，公约第4条不能适用于这些被告。换句话说，虽然公约甚至适用于冲突一方不承认的战争状态，但冲突必须是在两个或多个缔约国之间发生的。然而，美利坚合众国继续说，“新非洲共和国”临时政府不具有《日内瓦公约》缔约方的特征。因此，公约中唯一可适用的规定是第3条，适用于“不具国际性特征的”国内武装冲突，其规定不包括所指的战俘。

在我看来，美国所做的关于公约第4条不适用于“新非洲共和国”或那些被告的观点是正确的。但是即使不是这样，这些被告不符合他们最初所依据的公约第4条，这也是完全清楚的。第4条第1款第2项要求，作为合格的战俘，“有组织的抵抗运动”的成员必须满足以下条件：有一为其部下负责之人统帅；备有可从远处识别之固定的特殊标志；公开携带武器；根据战争法规及惯例进行战斗。法庭的被告和他们的同伙不能

自称已经满足这些条件。基于类似的原因，被告所依据的公约第4条第3款，它所提到“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”之成员，也不适用于这个案件的情况。

我接下来看1977年的第一议定书。

- [5] 之所以会召开产生议定书的会议，主要是为了表达新国家的关注，即，战争法不反映现代战争的现实，特别是民族解放战争的情况。它被美国代表团“谨慎和焦虑”地处理。

[我们]在其它情况中已经看到，一百个或更多国家的会议将被一个由发展中国家构成的多数所控制的危险，这个多数似乎是由普遍对富有国家特别是对美国怀有恶意的激进国家所领导的。事实上，在头两次会议期间，这些关注通过政治辩论而得到合理地展示。与这些关注一致，我们与其将这个会议看做一个机会，不如将其视为一种危险。（美国代表团会议报告，第四次会议，第28-29页，引自对4-5答复的政府备忘录。）

被告目前依据第一议定书所规定的战斗员和战俘待遇来支持其主张（参见第一议定书之43-47条）。美国的会议代表乔治·H·奥尔德里奇（George H. Aldrich）称，第一议定书对战俘身份问题的提议是全面而新奇的。（乔治·H·奥尔德里奇，《游击队战斗员和战俘身份》，《美国大学法律评述》第31卷，第871-874页，（1982年）。）

之所以说议定书接受了全面而新奇的提议是基于它对冲突一方的武装力量的定义，即将其扩展定义为“冲突一方的武装部队是由一个为其部下的行为向该方负责的司令部统帅下的有组织的武装部队、团体和单位组成，即使该方是以敌方所未承认的政府或当局为代表。该武装部队应受内部纪律制度的约束，该制度除其它外应强制遵守适用于武装冲突的国际法规则。”（第43条，引自乔治·H·奥尔德里奇，同上，第874页第2条。）

根据这一提议，查明一个武装力量的成员是否具有战俘身份的关键是一个事实问题，即冲突之一方和受到指控的战俘之间是否存在指挥关系；而不是一个政治问题，即是否被敌对方所承认。第45条把这个问题的举证责任公正地赋予了拘留当局，它规定：

参加敌对行动而落于敌方权力下的人，如果主张战俘的身份，或表现为有权享有这种身份，或其所依附的一方通知拘留国代其主张这种身份，就推定为战俘。（引自奥尔德里奇，同上，第875页。）

被告认为，第一议定书及其关于授予战俘身份的详细规定是联邦法院有义务适用的国际法的一部分。[……]

这一段特别适用于法庭的这一案件，因为“召开那次外交会议的主要原因在于许多第三世界国家的观点，即对于构成一个国际武装冲突的严格的国际法标准应当放宽至包括所谓的民族解放战争。这一观点没有被美国及其主要的盟国所认可。”(政府简述反对情况之九。)准确地说，国家之间的基本分歧是意识形态的分歧，这促使最高法院在萨巴蒂诺(Sabbatino)案中撤销其下级法院关于当事人权利义务适用“国际法”的保证。

虽然美国代表团最初签署了第一议定书，但是经过进一步的研究，结果里根总统建议不批准。以总统的观点看来，第一议定书“将人道法律政治化，且旨在以一种有害的方式消除国际和非国际冲突之间的传统差异”；“承认了在某种情况下非正规力量的战斗员身份，在某些情况下，即使他们不满足其区别于平民人口的传统要求和不遵守现有的战争法，也授予非正规力量战斗员的地位”；并且，它是“不可接受的一个国际法新标准”(政府反对情况简介之十)。值得注意的是，参议院没有批准第一议定书。

美利坚合众国认为，在法庭上，总统建议不批准第一议定书的决定构成了“控制行政行为”(controlling executive act)(反对情况简介之十四)。从这个前提出发，美国认为，根据 *The Pacquette Habana* (同上)，该法庭不能依赖国际法，因为 *The Pacquette Habana* “代表了一种观点，即习惯国际法只有在没有条约或者控制行政(controlling executive)、立法或司法行为且必须求诸于习惯法以确定适用法时才能适用(第一辑第13页)。

我不准备屈服于那个符合逻辑的结论。一个人能够设想：一个接受公然违抗所有文明国家法律的“控制行为”的政府执行分支机构。我勉强得出结论，一个独立的审判员将无力执行一个不被普遍接受的国际法规则，除非它与希特勒德国顺从纳粹的法官相类似。但是出现的问题仅在于被“文明国家普遍赞成”的“一个固有的国际法规则”的存在(*the Pacquette Habana*, 同上, 美国案例汇编第175期, 从694页开始; 最高法院案例汇编, 第20期, 第297页); 而且正如法官考夫曼(Kaufman)在法勒(*Filartiga*)案中解释的那样, 一致性的程度难以论证[……]。在对公约、条约和法律文件做了一个彻底的回顾之后, 上诉法院在法勒案得出结论: “在官方权力粉饰下的蓄意拷打, 违反了普遍接受的人权国际法准则, 不管是什么国家的当事人。” 联邦案例汇编, 第二辑, 第630期, 第878页。[……]

然而有资料表明，到1980年10月，只有15个国家正式接受了此议定书。(见奥尔德里奇，《战争法的新生》75 Am. J. Int'l L-764 (1981))(博茨瓦纳，塞浦路斯，萨尔瓦多，厄瓜多尔，加纳，约旦，利比亚，尼日尔，瑞典，突尼斯，南斯拉夫，毛里塔尼亚，加蓬，巴哈马和芬兰。)

只有少数十几个国家接受第一议定，这本身就表明其条款缺乏国际法的普遍同意。此外，被告没有提供实际上执行战俘身份定义的实例，而且在我自己的研究中也找不到这样的实例。在这个国家中唯一报导的案件被驳回了请求。美国诉莫拉莱斯 (Morales)，联邦补充案例，第464期，第325页，纽约洲东部地区法院1979年判决。这种效用的缺乏，表明第一议定书对战俘的定义尚未达到必须将其原则上升到国际法地位的“习惯和惯例”的程度。

- [6] 由此得出结论，当前的被告没有要求独立的审判，以使普遍接受的国际法成为国内法的一部分，尽管他们反对一个不妥协的残暴执行者。更进一步说，关于世界上的国家已经被划分而且将继续被划分不同部分的问题，被告要求该法院忽略总统建议不批准议定书的决定，并且就像参议院已经批准了此议定书一样行事，但是事实上它没有批准。法院无权干涉应由宪法来调整的政治部门。[……]

[……]

由于上述原因，被告试图撤销这些起诉书中所包含的指控的努力缺乏国际法或国内法基础。因此，他们的主张全部被否定。

就是这样做出判决的。

讨 论

1. 法院的判决是否意味着，如果美国是第一议定书的缔约国，被告将具有战俘身份？根据第一议定书，除了为一个团体的自决权而战斗外，还必须满足哪些条件才能被给予战俘身份？根据第一议定书，冲突一方存在指挥联系确实是问题的关键吗？(参见《第一议定书》第43条、第1条第4款及第44条。)
2. 尽管美国没有批准第一议定书，联邦法院是否可以承认第一议定书的部分条款的可适用性？根据哪些条件？
3. 为了获得战俘身份，被告依据哪些条款分析了他的案件？他的案件在你们国家的法院中是可支持的吗？

4. 被告主张他所从属的运动，即新非洲国家运动，有自决权，他的主张成立吗？在做这类声明时，他指出了什么规定？一个合格的民族解放运动所必须的标准是什么？
5. 你是否接受被告的如下主张：新非洲国家正在从事反对美国的战争，因此他应当被承认为战斗员？
6. 被告主张，第一议定书中有关战俘的规定是联邦法院有义务适用的国际法部分。这意味着什么？他是否意味着，这些条款是国际习惯法，因此不论美国是否批准该议定书，它都是可适用的？
7. 你是否同意法官的推理，即第一议定书中关于战俘身份的规定，没有始终如一的惯例？
8. 记住法官是在1988年做出的决定，其后人们认为第一议定书关于战俘身份的规定是正在出现的习惯法或已经是习惯法，你认为是这样吗？今天，被告能因此而具有战俘身份吗？
9. 如果被告具有战俘身份，他一定能因此免于起诉吗？因为暴力行为？因为阴谋？因为共谋强行越狱？

案例236. 美国，发生在2001年9月11日的袭击

[注：2001年9月11日，基地组织的恐怖分子劫持了数架美国国内航班，并将四架商业运营的飞机分别撞向了纽约的世贸中心、华盛顿特区的五角大楼以及宾夕法尼亚州乡村的一片开阔地，这是美国历史上遭受的最为严重的恐怖袭击。在这一天，大约有3000名平民遇难，美国经济与世界经济遭受重创。]

案 例

一、自由世界打响新战争之日

[资料来源：JACOT Martine, “Le jour où le monde libre est entré dans une nouvelle guerre”, in Le Monde, 12 September 2001, 原文为法语，英文为非正式译本。]

自由世界打响新战争之日

“外国的社论纷纷指出，自9月11日周二纽约的神经中枢遭到袭击以来，整个世界的政治面貌都发生了变化。这个日子标志着一个新时代的开始——在这个新时代里，国际恐怖主义已经成为了全球战争的一件利器，它有能力打击世界上的任何地方。通过电视直播和互联网，恐惧似乎也已传播到了世界的各个角落。

许多人都断言，目前整个自由世界都处于战争之中。但是，社论作者们实际上分化为了几个阵营。他们中最好战的人士认为，只要在境外追究这些恐怖袭击的责任，则这样的行动就将构成战争行为，它必然需要使用武力；数量众多的‘和平主义者’则呼吁，应通过刑事司法程序而不是不分皂白的、不公正的武力报复来解决问题。应听从哪一种声音呢？”[……]

欧洲媒体

《南德意志报》：“美国处于战争之中”

“9月11日周二早上以来，美国已经处于战争状态之下了。这一系列袭击对美国主权构成了珍珠港事件以来最为严重的威胁……。反恐专家和安全专家做梦也没想到如此背信弃义、如此具有破坏性的力量；他们也根本没想到这些恐怖袭击的精确度、恐怖分子的决心以及他们对杀戮的渴望……。在恐怖主义的历史上，还从没有出现过将如此的残忍与其象征意义在一次恶毒的袭击中结合得如此完美的事件。纽约世贸中心是美国的旗帜，是其经济与文化实力的象征——国家的象征。华盛顿的五角大楼是军方的神经中枢，是一个不可战胜的国家的具体象征……确定它不可能受到来自外部的攻击”。[……]

《法兰克福汇报》：“正中心脏”

“……现在还不知道是谁在背后操纵了这些袭击。然而，确定无疑的一点是：恐怖主义已经成为二十一世纪战争的一件武器”。

[……]

《泰晤士报》（伦敦）：“改变现代世界的日子”

“美国、其盟友以及整个文明世界今天向一个敌人开战了，这个敌人尽管尚未宣战，但它却与现代国家曾经面对的任何敌人一样具有高度的组织性，而且也同样残忍……。昨天发生的致命协同袭击针对的是西方政治、商业和军事实力最具强有力的象征物，美国梦本身就是它的袭击目标。但是，其破坏性还远不止于此。它是一场对文明、自由社会的袭击，其目的在于迫使所有可能成为袭击目标的国家为了自卫而变成高度设防的国家。不管看上去有多么强烈，但实际上很少有事件能够改变政治的面貌。这场袭击则能够改变。”[……]

二、美国：红十字国际委员会谴责袭击行为

[资料来源：红十字国际委员会，新闻稿，01/30，2001年9月11日，可访问<http://www.icrc.org>]

日内瓦（红十字国际委员会）——对于今天发生在美国的毁灭性袭击，红十字国际委员会深感震惊。在此悲伤的时刻，它向受害者及其家人表示最为诚挚的同情。

这些行动以过着日常生活的人们为目标，在人群中散布恐惧并造成悲痛，对此，红十字国际委员会以最强烈的语气予以谴责。此类袭击忽视了最为基本的人道原则。

讨 论

1. (1) 2001年9月11日在美国领土上实施的恐怖袭击是否属于战争行为？美国是否卷入了一场对抗实施此行动之人的武装冲突？他们的行动是否引发了一场武装冲突？就此而言，国际人道法是否适用于这些行为？这些行为难道不属于国际法其他分支的调整对象吗？属于哪个分支呢？或者应受国内刑法的调整？恐怖行动是否只有在造成重大平民伤亡的情况下——如911恐怖袭击那样（导致3000多人丧生）——才构成武装冲突？1993年2月26日针对纽约世贸中心实施的恐怖行动（造成了6人死亡，大约1000人受伤）是否构成武装冲突？
- (2) 在不知究竟系何人犯下罪行的情况下，是否能够回答1(1)中所提出的问题？如果恐怖行为实施者“事实上”或“法律上”是一个国家的代理人，那么，你的回答将是什么？如果它是一个恐怖组织呢？如果它是一个受到某国支持的恐怖组织呢？如果它是一个处于某国有效控制之下的恐怖组织呢？如果它是一个完全处于某国控制之下的恐怖组织呢？如果它是一个受到某个政府支持的恐怖组织，而该政府又未获得国际承认呢？这些恐怖行动是在美国本土上发动的，这一点是否影响你的答案？该恐怖组织藏身国家的当局知道或者不知道该组织即将发动此恐怖袭击，这一点是否重要？
- (3) 如果一个恐怖组织并非代表某个国家而行动，那么，发生在美国与该组织之间的武装冲突是否适用国际人道法？武装冲突的定义是什么？国际性武装冲突的定义呢？非国际性武装冲突的定义呢？911恐怖行为是否受非国际性武装冲突法的调整？美国对抗该恐怖组织的战斗是否受此调整呢？
2. (1) 恐怖主义是否为国际人道法上的一个问题？如果这类行动被视为是在“战时”实施的，那么，它们是否违反了国际人道法？是否构成战争犯罪？国际人道法对于恐怖主义必须作出哪些规定？（参见《日内瓦第四公约》第33条第1款；《第一议定书》第51条第2款以及《第二议定书》第4条第2款第4项、第13条第2款。）

- (2) 如果这些行动被视为是在“和平时期”实施的，那么，它们是否构成反人类罪？反人类罪的构成要素包括哪些？（参见《国际刑事法院规约》第7条，**Case No. 15**, The International Criminal Court, p. 634.）
3. (1) 美国可以在何种程度上对这些恐怖行为作出回应？这些行动是否构成了对《联合国宪章》第51条所规定的自卫权的适用？如果恐怖行为的实施者不是一个国家的代理人，则其后果是什么？如果找出了恐怖行为实施者藏身的国家，那么，美国是否能够以自卫权为由在那个国家中实施军事干预，以追踪该恐怖组织？即便该国并未完全控制该恐怖组织，仍然可以吗？如果策划并实施这些恐怖行动之组织的成员散布在世界上许多国家，那又该怎么办呢？
- (2) 如果美国在获得所在国允许进行军事介入的情况下，在该国领土上动用武装部队摧毁恐怖组织基地或营地，或者杀死恐怖组织成员，那么，你将如何界定该冲突的性质？如果相关国家不予许可呢？
- (3) 能否认为，自2001年9月11日以来，美国已卷入了一场“反恐斗争”，而该斗争总体上属于国际人道法意义上的单一的一场武装冲突？或者说，这是一系列战争，它们发生在美国军队进行军事干预的任何地方？就反恐斗争所采取的各种行动而言，其在国际人道法的适用方面有哪些后果？如果没有武装敌对行动，反恐斗争难道不是一场大规模的国际警察行动，从而应适用国内或国际刑法（而非国际人道法）吗？
- (4) 在反恐斗争中被拘留和监禁的所有人是否都属于国际人道法所规定的某一类被关押者？他们能算是战俘吗？是受保护的平民吗？只有在国际性武装冲突中被拘留才如此吗？（参见《日内瓦第三公约》第4条；《日内瓦第四公约》第2、4条）。
4. 在国际人道法的意义上，对华盛顿特区附近的五角大楼的恐怖袭击是否属于合法的行为，因为该建筑物可视为军事目标？根据国际人道法，该行为是否因使用民用航班作为攻击手段而构成了不法？是否由于攻击者伪装成平民而构成不法？是否由于大量平民成为此次袭击的受害者而构成不法？它是否属于国际人道法上的背信弃义行为？（参见《第一议定书》第37条第1款第3项）