



---

人权理事会  
第十届会议  
议程项目 7

## 巴勒斯坦及其他阿拉伯被占领土的人权状况

1967 年以来巴勒斯坦被占领土的人权情况特别报告员  
理查德·福尔克提交的报告\*

---

\* 迟交。

## 概要

1967 年以来巴勒斯坦被占领土人权情况特别报告员在本报告中将根据人权理事会第 S-9/1 号决议，集中阐述 2008 年 12 月 27 日开始的、持续了 22 天的以色列对加沙的袭击所涉及的主要的国际法和人权问题。他对广泛强调以色列军队相对于巴勒斯坦对以色列安全的威胁而言是否很不相称提出质疑，而是集中论述以色列军队是否根本在法律上有道理这一问题。他的结论是，鉴于当时的情况和可利用的外交手段，这种借助武力的做法在法律上是没有道理的，是潜在的反和平罪。

特别报告员还提到以前长期存在的对加沙的封锁悍然违反了日内瓦四个公约，说明存在战争罪和可能反人类罪。他阐述了袭击期间双方所采取的策略，谴责对以色列平民目标发射火箭，并指出不允许加沙的平民选择离开战区成为难民以及将非法武器装上弹药和战斗策略是不合法的。他建议对这些事项进行专家调查，以确定关于战争罪的指控在国际法下应如何定位，并考虑对问责采取别的做法。

最后，特别报告员坚持认为，以色列的安全和实现巴勒斯坦的自决权利是根本相连的，承认局势的这一方面就说明加紧外交努力、各方尊重相关的国际法权利和实施最初由安理会第 242 号决议(1967 年)规定的、被长期拖延的以色列撤离巴勒斯坦被占领土的重要性。除非采取这些步骤，巴勒斯坦在国际人道主义法限度内的抵抗的权利同以色列的安全政策不可避免地会发生冲突，引起一轮又一轮的新的暴力。特别报告员还对应对 2008 年 12 月 14 日以色列拒绝其入境提出了行动建议。

## 目录

	段次	页次
一. 导言 .....	1 - 2	4
二. 介绍性说明 .....	3 - 6	4
三. 固有的非法性：以色列 2008 年 12 月 27 日开 始的对加沙的大规模持久攻击中不可能做到法 律上强制性的将平民目标与军事目标区分开来 .....	7 - 10	6
四. 外交补救手段没有用尽，袭击过度，袭击的非 防卫性质 .....	11 - 17	7
五. 拒绝难民 .....	18 - 24	10
六. 对战争罪进行专家调查 .....	25 - 39	11
A. 调查的范围 .....	26 - 30	12
B. 适用的国际刑法 .....	31 - 35	13
C. 可利用的问责机制 .....	36 - 39	14
七. 袭击的更广泛的环境 .....	40	15
八. 建议 .....	41	15

## 一. 导言

1. 本报告并没有因为最近对以色列进行过什么访问而受益。曾经是有计划要进行这样的访问的，并于 2008 年 12 月中进行过尝试，但因为 1967 年以来巴勒斯坦被占领土人权情况特别报告员被拒绝入境而没有实现。对加沙的访问本来要包括访问西岸和东耶路撒冷，本应以与巴勒斯坦当局总统马哈茂德·阿巴斯已安排的会晤为起点的。2008 年 12 月 14 日入境被拒；特别报告员被拘留在本古里安机场附近的一座设施内，然后在第二天被从以色列驱逐出境。如此拒绝与联合国的一位代表合作——更不要提所给予的有点羞辱的待遇了(同另外五个被拘留者一起被拘留在锁上的肮脏的牢房里和过分的搜体)——对于人权理事会的一名代表的待遇乃至联合国本身的待遇开创了不幸的先例。为授权的严肃性起见，并更广义的为确保今后成员国对于联合国官员的访问和活动给予适当的尊重和合作，对于这一先例应该严肃对待。一个可能的对付方式是就联合国特权和豁免公约的适用性征求国际法院的咨询意见。由于这种做法即使采取了也不会在近期产生结果，因此通过外交途径寻求以色列尽快修正其立场也很重要。

2. 由于特别报告员被驱逐，在实地收集资料就不可能了。根据人权理事会第九届特别会议通过的第 S-9/1 号决议，本报告的重点是始于 2008 年 12 月 27 日止于 2009 年 1 月 18 日的以色列军事行动所引起的主要国际法问题。报告也探讨了对于国际刑法所涉及的影响，并讨论了这些袭击本身是否违反了联合国宪章和国际法这一根本问题。这一更广泛的疑问从严格意义上说也许不属于作为特定主题的授权范围之内，但解决这个问题会直接影响到对违反国际人道主义法和人权的指控的解释，而反过来这又是关于战争罪还是反人类罪的争论的基础，以及对问责和个人的刑事责任所涉及的问题产生直接影响。

## 二. 介绍性说明

3. 这一冲突的参与者的性质在国际法方面提出了一个复杂的概念。关于使用武力问题的国际法随着时间的推移已经发展到监督管理国与国之间关系中的行为。在绝不质疑被占巴勒斯坦领土统一的前提下，必须回顾加沙是与被占巴勒斯坦领土的其他地方封锁开来的，并且，鉴于其目前的行政结构，在国际外交舞台上——例如，在 2009 年 3 月在沙姆沙伊赫举行的捐助方会议或在联合国——没有直接的代表。同时，关于武力问题的国际法的宗旨是保护人民和维护和平，宪章第 2 条第 4 段也是同样的意思，以“或以与联合国宗旨不符之任何其他方法”这一短语超越了国家间的关系。宪章列举了联合国的宗旨，第 1 条第 1 段肯定了必须用和平方法“且依正义及国际法之原则”解决争端的义务。这些规定，结合宪章的序言部分来看，清楚地规定了如何确定在国际关系中任何使用武力是否超越了领土主权的范围。国际法院关于尼加拉瓜案子的判决将禁止以自卫为由使用武力的这一说理扩大到超越宪章框架的一般国际法。

4. 关于加沙，还有一个令人关切的问题是以色列对于加沙人民的法律义务的性质问题。以色列官方争辩说，在 2005 年实施了分离计划后，以色列就不再是占领国了，因此没有责任遵守日内瓦四公约规定的义务。那种辩解已被专家意见、事实上的有效控制现实和一些正式声明所拒绝，例如，联合国人权高级专员和秘书长(A/HRC/8/17)，联大第 63/96 和 63/98 号决议，和安理会第 1860 (2009)号决议。自 2005 年以来，以色列完全控制了海上和陆地的全部进出通道，并宣称对加沙领空和领海的控制权。通过自 2007 年夏生效的封锁，以色列深刻地影响了生活在加沙的每一个人的生活和福利。因此，在使用武力方面无论被占巴勒斯坦领土的国际地位如何，日内瓦四公约的义务以及国际人权法和国际刑法的义务是完全适用的。

5. 最后一点介绍性说明涉及国际人权法和国际人道主义法同国际刑法的关系。并不是每一次侵犯人权或违反日内瓦四公约都构成战争罪或一种国家的罪行。此外，必须确定通过思想态度或按照情况得出的证据所表现的犯罪动机。从本质上说，第四项日内瓦公约第 147 条界定的对日内瓦四公约的“严重违反”，通常为战争罪的指控提供了法律基础。应该指出的是，国际刑法的作用不仅要指出并落实国际人道主义法在战时的基本义务，而且要考虑到和平时期的管治的高压手段造成的对人权的侵犯。

6. 调查的建议范围应是将对违反国际人道主义法、战争法和一般国际法(条约和习惯法)的关注结合起来，因为这影响到以色列作为占领国和作为目前在加沙行使有效政治控制的一方哈马斯的权利和义务。但愿以色列根据其作为一个成员国按联合国宪章第 56 条要求各成员与本组织合作所承担的义务、以及载于联合国特权和豁免公约中的其他义务，同联合国授权的任何调查合作。然而，令人不安的是，以色列总理 奥尔默特和其他高级官员都做了正式声明，大意是要采取一切必要的步骤，保护以色列国防部队的任何人免受指控，并且，一旦受到指控，则阻止起诉和诉讼。<sup>1</sup> 这种思想状态似乎与任何与拟议调查进行严肃的官方合作应有的态度完全不符。鉴于这种情况，也许有必要更多地依靠汇编证据和提交报告的各非政府组织，及与合格的观察家和目击证人的访谈。

---

<sup>1</sup> “被派往加沙执行使命的战士和指挥官务必知道，他们对于各种法庭是安全的，以色列国在这个问题上将帮助他们，保护他们。” 洛杉矶时报，2009 年 1 月 26 日。

### 三. 固有的非法性：以色列 2008 年 12 月 27 日开始的对加沙的大规模持久攻击中不可能做到法律上强制性的将平民目标与军事目标区分开来

7. 特别报告员认为，对最近的军事行动进行调查所提出的一个最重要的法律问题关系到以色列要求对生活在存在于加沙的封闭条件下的被占人口大规模使用现代武器问题。这涉及到要确定在加沙所存在的条件下，是否有可能前后足够一致地做到将军事目标与周围的平民区别开来。如果不可能这么做，那么，发动攻击先天就是非法的，并且，根据国际法，似乎会构成最严重的战争罪。根据现有的初步证据，有理由得出这一结论。

8. 考虑到袭击是针对人口稠密的地区，在一定程度上是不可避免的并且当然是可以预见的情况是，医院、宗教和教育场所、和联合国设施会被以色列的大炮击中，从而造成大量平民伤亡。由于所有边界都关闭，平民无法逃离灾难之地。为对这些问题得出更加权威、更加具体的结论，有必要以对以色列的武器、战术和理论的了解为基础开展调查，以评估在战场情况的具体条件下，避免非军事目标，尽量不伤害巴勒斯坦平民的可能性有多少。即使没有这一调查，根据现有的报道和统计资料，也有可能得出重要的初步结论，即，鉴于巴勒斯坦平民的伤亡数字和加沙地区非军事目标的破坏程要么由于战斗的形势而无法这么做，使得袭击行动不可能顺从国际法。根据现有的资料，军事行动的主要结果如下：

(a) 共有 1,434 名巴勒斯坦人被打死，其中 235 人是战斗人员。据报道，约 960 个平民丧生，其中包括 288 名儿童，121 名妇女；239 名警官也被打死，235 名是在第一天的空袭中丧生的。共有 5,303 名巴勒斯坦人受伤，其中有 1,606 名儿童和 828 名妇女(即，每 225 名加沙人中有一人丧生或受伤，还不算一定很广泛的精神创伤)<sup>2</sup>；

(b) 整个加沙地区、特别是加沙城里的家庭房屋和公共基础设施，包括几处联合国设施，受到严重损坏；估计有 21,000 栋家庭房屋或是全部被毁，或是严重损坏；

(c) 共有 51,000 人沦为境内流离失所，住在只能勉强遮风挡雨的临时帐篷里，而其他则投靠亲友，似乎稍微安全一些。<sup>3</sup>

<sup>2</sup> 人道主义事务办公室在 2009 年 1 月 26 日加沙人道主义情况报告中引用的近东咨询处最近的一份报告的结论说，96%的加沙居民患有抑郁症，北加沙和拉法区的居民有 81% 患重度抑郁症。这种精神恶化本身就表明占领国没能履行其保护生活在占领状态下的平民的健康这一基本义务。

<sup>3</sup> 人道主义事务协调办公室，人道主义协调员提供的最新情况，2009 年 2 月 9 日，和加沙闪光呼吁，2009 年 2 月 2 日；巴勒斯坦人权中心，新闻稿，第 36/2009 号，2009 年 3 月 12 日。

9. 无法将国际人道主义法的宗旨和具体规定同 2008 年 12 月 27 日开始的以色列军事袭击的规模和性质一致起来。F-16 战斗轰炸机，阿帕奇直升机，陆地和海上发射的远程大炮都基本上是瞄准毫无防卫的 150 万人口的社会。正如特别报告员最近向理事会提交的一些报告所强调的，由于整个社会已被 18 个月的封锁推到了崩溃的边缘，食品、燃料和药品供应被限制在难以维生的水平，根据卫生专家的判断，这造成了人口的健康和整个卫生系统的总体严重下降，而面对这种袭击所造成的肉体和精神损害，加沙的居民尤其脆弱。根据国际法对 12 月 27 日的袭击进行任何评估都应考虑到加沙的平民百姓因以前存在的以色列的持久非法封锁造成的脆弱状况，这种封锁违反了日内瓦四公约的第 33 条(禁止集体惩罚)和第 55 条(有义务向被占人口提供食品和医疗)。鉴于占领国有义务照顾被占平民百姓的福利，对已经因非法占领行为而削弱的社会进行全面袭击，由于难以坚持区分的原则，更加重了对上述责任的违反。

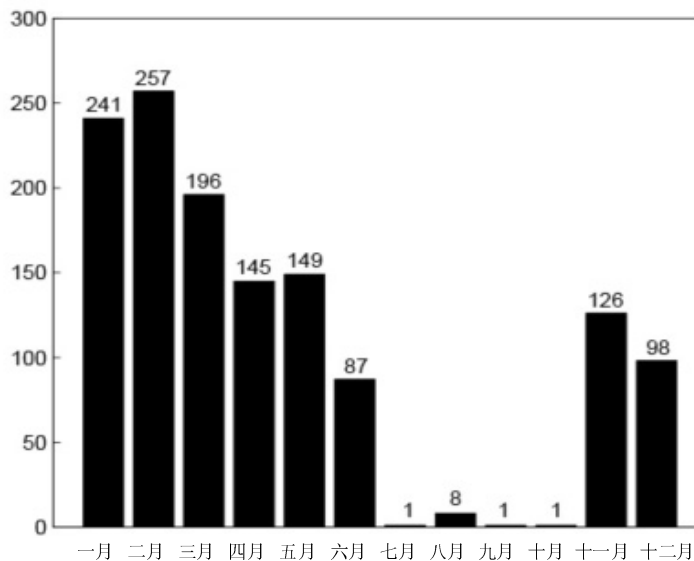
10. 以色列驻欧盟使馆副馆长 Zvi Tal 大使在与欧洲议会一个委员会讨论时试图为袭击加沙辩解，说是为了处理“一种非常奇特的”形势。在回答关于轰炸在加沙的联合国学校的指控时，他被引述的原话是：“有时候在开火和交火激烈时，我们确实犯错。我们并不是一贯正确的。”在对战区的描绘上这是十分误导的说法。这不是错误和一贯正确的问题，而是对人口稠密的城市居民区进行大规模攻击的问题，确凿的现实是要使全体平民百姓遭受非人道的战火，使生灵涂炭肢体伤残，所造成的精神伤害很可能长期持续下去，特别是对于构成加沙人口 50% 以上的儿童来说。

#### 四. 外交补救手段没有用尽，袭击过度，袭击的非防卫性质

11. 国际习惯法以及根据宪章第 1 条第 1 段解释的联合国宪章第 2 条第 4 段要求，借助武力解决国际争端应是用尽外交补救手段和其他和平办法后的最后手段，就算假设占领国可以声称是为了自卫权(见下文第 28 段)。当然，这种分析要预先假定拒绝了以色列的辩解，即，加沙自 2005 年实施脱离接触计划以来没有被合法“占领”。在保护以色列社会免受从加沙发射的火箭攻击方面，绝大多数证据都支持这样的结论：自 2008 年 6 月 19 日生效的停火是实现这一目标的有效手段——以所发射的火箭数和以色列遭受的伤亡情况来衡量。

12. 下图根据以色列资料绘制，显示 2008 年每一个月巴勒斯坦火箭和迫击炮弹的发射数，停火期基本上从其开始日 6 月 19 日至实际终止日 11 月 4 日，当时以色列对加沙进行了致命的打击，据报道，至少有 6 名哈马斯成员被打死。这再清楚不过的显示，就火箭构成的威胁而言，停火远远是最安全的时期。

2008 年发射的巴勒斯坦火箭和迫击炮弹数



13. 根据上图数据的研究报告的作者<sup>4</sup>得出结论说，“停火极为有效；自从 2008 年 6 月停火开始后，来自加沙的火箭和迫击炮弹发射率几乎下降到零，并保持那个水平几乎达四个月。”临时停火的经历显示了在加沙行使控制的人对于消除火箭和迫击炮攻击的意愿和能力。

14. 此外，记录显示，在停火期间，主要是以色列采取了与停火不符的行为，哈马斯则是为了报复。根据上述研究报告，在更长的时间内，从 2000 年到 2008 年，人们发现，79%的暴力互动的事件是以色列先打破了暴力的停顿。在 12 月 27 日袭击事件之前的事态发展中，停火破裂后于 11 月 4 日发生了一系列事件，其中，以色列在加沙打死了一名巴勒斯坦人，从加沙发射了迫击炮弹以报复，然后以色列发动了空袭在加沙又打死了六名巴勒斯坦人；换言之，停火破裂似乎主要是以色列违反的结果，虽然这在法律上、道义上或政治上并不能成为向平民目标发射火箭的借口，向平民目标发射火箭本身就是明显违反了国际人道主义法。

15. 此外，哈马斯领导人反复正式建议延长停火，包括长时期的停火。<sup>5</sup> 值得注意的是，美利坚合众国总统巴拉克奥巴马在任命以—巴冲突问题特使时的演说中呼吁这样的结果：“作为持久和平的一部份，应开放加沙的边界口岸，使援助物资和贸易得以流动。”这一主张是与安理会第 1860(2009)号决议的呼吁一致

<sup>4</sup> N.Kanwisher,H.Haushofer 和 A.Biletzki 著,“重新点燃暴力:停火是怎么结束的?”,2009 年 1 月 24 日。

<sup>5</sup> “在这一破碎的停火接近尾声的时候,我们已为新的全面停火做好准备,以换取取消封锁和开放加沙所有口岸,包括拉法。”KhalidMish'al:“这一暴行永远不能打碎我们争取自由的意志”,卫报,2009 年 1 月 6 日。也可检索: [www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jan/06/gaza-israel-hamas](http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jan/06/gaza-israel-hamas)(2009 年 3 月 3 日检索)。



的，其中要求提供人道主义援助，不受阻碍地在加沙各地分配，包括食品、燃料和医疗，实际上宣判了以色列违反第四项日内瓦公约第 33 和 55 条对加沙实行的封锁的结束。

16. 以色列继续拒绝承认哈马斯是一方政治行为者，给它贴上“恐怖组织”的标签，阻碍了实施人权和通过外交而不是依靠武力解决安全问题的所有努力。由于上文提到的理由(见上文第 3 段)，这一拒绝非同小可，即，加沙的人口密度意味着，依靠大规模军事行动来确保以色列的安全是不可能与日内瓦四公约规定的尽可能保护被占加沙人口的安全和福利这一法律义务相一致的。

17. 有一些相关的结论显示，依靠非暴力解决办法与国际人道主义法的要求之间的这种联系：

(a) 临时停火在停止跨境暴力和双方伤亡方面十分成功；

(b) 巴方坚持停火，例外情况较少，依靠暴力几乎全是被动的方式，而以色列没能信守取消封锁的诺言，从事有针对性的刺杀和其他暴力的非法挑衅活动，最严重的一次是 2008 年 11 月 4 日的空袭，似乎要对打破暴力之间的寂静负主要责任；

(c) 哈马斯领导层似乎现在已做好准备恢复停火—只要无条件地取消封锁(而封锁因其非法性无论如何总是应该取消的)，同时，巴方应保证不走私武器，而以方则停止有针对性的刺杀行动；

(d) 如果得到进一步调查的证实，在发动袭击时总体的格局会驳斥以色列的说法，即，它借助武力是必要的和防卫性的—这两种特点必须存在才能支持国际法规定的自卫的说法的有效性。

(e) 根据以上情况，以色列关于所使用的武力“不成比例”的辩解不应转移我们对于前一个问题—借助武力的非法性—的视线。然而，为辩论起见，如果自卫和防卫部队的说法被接受，那么，似乎是，以色列的空中、陆地和海上袭击如果用所构成的威胁和造成的破坏，以及所依赖的高程度的暴力与所追求的具体的安全目标之间的脱节情况来衡量，是严重和故意地不成比例的。<sup>6</sup>以色列几乎毫不掩饰其不成比例地使用武力的政策，从而承认其拒绝遵守国际习惯法的这一基本要求。路透社引述以色列总理在停火后说道：“政府的立场从一开始就是，如果对南部的居民开枪，就会有以色列的会是不成比例的严厉反应。”<sup>7</sup>就总理的话反映了以色列的政策而言，这是对关于使用武力问题的国际法的一个最根本的方面的新的悍然蔑视。

<sup>6</sup> 这一法律思想最具权威性的反映在日内瓦公约第一号议定书第 51 条第 5b 段，其中，不成比例的攻击被定义为“可预计会造成平民当场丧命、受伤、破坏民用物体、或这些情况的综合，超过预定的具体直接的军事优势的过分的攻击”。

<sup>7</sup> 见 [www.reuters.com/article/worldNews/idUSTE5100OY20090201](http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSTE5100OY20090201)。

## 五. 拒绝难民

18. 以色列奉行空前好战的政策，拒绝允许加沙地区的所有平民百姓(除了 200 名外籍妻子是例外)在 12 月 27 日开始的那场 22 天的袭击行动期间离开战区。正如联合国难民事务高级专员在 2009 年 1 月 6 日指出的，加沙“是全世界唯一的甚至不允许老百姓逃命的冲突。”在袭击行动期间，所有口岸在以色列一边都一直关闭，除了极少的小的例外。这样，儿童、妇女、残疾人就无法选择以做难民的办法逃离因军事行动造成迫在眉睫的祸害之地。由于在加沙——鉴于规模小、人口密度大及没有天然和人工的掩体——没有可躲避战火的地方，这种情况就更糟糕了，

19. 此刻，国际人道主义法没有具体明确地预见到对平民的如此虐待，但所实施的政策表明，进行公正的调查十分重要，以确定这种“拒绝难民”的做法是否构成国际刑法意义上的反人类罪。在第二次世界大战后结合对战争罪的审判制订的反人类罪的初步定义是，“对任何平民人口进行的谋杀、消灭、奴役、驱逐和其他非人道行为。”<sup>8</sup> 在这种封闭占领情况下的拒绝难民是“非人道行为”的一种表现，在此期间，加沙的全部平民百姓在总体非常小的领土内受到现代战争造成的肉体和心理的极端危害。应当牢记，这种对行动自由逃离战区的限制是强加在已经因封锁而饱受困苦的人民身上的。

20. 加沙幅员小，再加上其地理特点，也剥夺了留在其境内的大多数人口从战区内迁到别处去的机会。从这个意义上说，整个加沙地带都变成了战区，虽然实地的实际战区面积更为有限。事实上，离开加沙是使自己到达安全地点的唯一办法。在这方面，成为境内流离失所的人的选择办法在实际上对平民百姓是不存在的，虽然极少数人能在供紧急情况使用的掩体内找到相对的安全——主要是通过联合国近东巴勒斯坦难民救济工程处(近东救济工程处)和其他联合国机构和非政府组织的努力。在一些情况下，以色列武装部队不总是把这些掩体当避难所对待的。在“铸铅行动”中，近东救济工程处有六处掩体被毁。<sup>9</sup>

21. 此外，鉴于这种紧急情况，似乎在以色列南部或周边国家为袭击期间设立临时难民营是可行的。这一行动方针曾使近 100 万科索沃人(几乎是平民人口的一半)在 1999 年北大西洋条约组织轰炸期间在邻国前南斯拉夫马其顿得到临时庇护。看来很显然，要是塞尔维亚通过控制出路拒绝了科索沃人的难民选择，就会被国际社会谴责其非人道行为和罪行。这么看来，为在战时保护无辜平民起见，

<sup>8</sup> 罗马规约第 7 条第 1(k)小段载有更权威的定义，根据该定义，反人类罪包括“对躯体或精神健康或身体健康故意造成巨大痛苦或严重伤害的……非人道行为。”

<sup>9</sup> 一个广为报道的例子是贝特拉西亚，在那里约 1,600 个流离失所的加沙人在一所近东救济工程处的学校躲避，就此近东救济工程处的发言人说：“这里一所有 1,600 人避难的近东救济工程处的学校被直接击中，以色列的军队知道它的坐标，知道谁在那儿，这成了所犯下的战争罪行目录中最新的一条。”“以色列宣布停火；哈马斯说将战斗下去”，纽约时报，2009 年 1 月 18 日。

战争法和国际人权法需要肯定每一个非战斗平民成为难民的权利，或和至少有权寻求这样一种地位，特别是在不具备选择做境内难民的条件情况下。

22. 这样的肯定并没有解决一个相关的问题，即，周边国家是否有法律义务在可行的程度上至少临时接纳寻求逃离正在打仗的战区的平民。似乎以色列作为占领国和敌对方有这样的法律义务。这种义务以一般的方式写在第四项日内瓦公约第 13 条至 26 条中。特别相关的是第 15 条——期望设立“中立区”以庇护平民免受“战争影响”；第 16 条——规定给予伤病员和孕妇“特别关照和尊重”的特别义务；和第 24 条——规定占领国有义务保护任何 15 岁以下的孤儿或与家庭离散的孩子，并责成其“为在中立国在冲突期间接待这类儿童提供便利”。

23. 人们承认加沙的特殊情况使得难以按第四项日内瓦公约规定的方式履行这些义务，但也并不是完全不可能。然而，看来有一点是清楚的，即，以色列作为占领国本应对这些保护目标进行调整使之适应加沙人口面临的形势——这在相当程度上是可行的，至少最低程度应允许平民人口中的弱势群体，如儿童、病人和残疾人、孤儿、老人和伤员，离开。例如，2009 年 1 月 21 日世界卫生组织执行局报告说，以色列军事行动造成的平民伤亡(1,300 多人被打死，数千人受伤)的半数以上是妇女、儿童、孤儿和老人。这一困难也支持了这样的论点(见上文第 8-10 段)，即，这种军事行动由其固有的性质决定会产生战争罪行。

24. 在战时条件下坚持人权和国际人道主义法方面还涉及进一步的问题。将平民限制在战区还使在战斗情况下始终保持区分军事目标和平民目标更加困难，甚至不可能。这也使评估以色列声称哈马斯利用平民作为人肉盾牌和利用平民场所(如学校和清真寺)进行抵抗变得更加复杂。如果在这样拥挤的环境中平民不能离开战区，势必会发生一定程度的混杂现象，特别是在生死攸关的情况下。

## 六. 对战争罪进行专家调查

25. 人们普遍要求对关于加沙地区最近的冲突相关的战争罪指控进行调查。秘书长呼吁进行这样的调查，并敦促，如果发现战争罪的证据，应设立问责机制。人权事务高级专员也支持调查可能的战争罪，并建议调查应考虑对冲突的双方——以色列和巴勒斯坦——的战争罪指控。特别报告员并不建议另搞一套调查，而是一项专家调查，以便就现有的证据对国际人道主义法的影响，特别是明显违法的战争罪的影响提出报告。这样的报告也应考虑到人权理事会的具体保证。在思考这一调查时必须考虑几个因素，其中包括关于国际法适用文本的初步问题，和关于现有问责机制的结论性问题。调查应由三位或三位以上国际人权法和国际刑法领域有名望的专家进行。

## A. 调查的范围

26. 调查是对理事会第 S-9/1 号决议授权的事实调查团的补充，应被授权履行两项基本任务：审查所有的报告，包括根据第 S-9/1 号决议提交的报告；和尽可能明确地确定主要战争罪指控背后的事实，包括目击证人关于各执一词的战场行为的证词证据，以及特别是所能收集到的由以色列和巴勒斯坦军事司令官和政治领导人给予的免罪或减轻处罚的解释。换言之，尽管加沙袭击明显是单方面发起的，但对于冲突双方的战争罪指控都应加以考虑。关于哈马斯，这主要是指关于从其领土上发射火箭的事实情况，包括确定动机和责任归属问题(火箭是否由独立的游击队发射，或甚至由反对哈马斯的团体发射)。还需要考虑关于所使用的武器种类和使用时的战斗情况的所有可收集到的证据。如果调查报告能说明据以评估证据的国际刑法适用规则的来源，以及就确定个人和政治行为者的潜在责任的其他机制、特别是关于联合国系统的责任和能力提出建议，则也是很有帮助的。在这方面，设立有效机制所面临的法律不确定因素和政治障碍应在报告中予以承认。

27. 应当记住，确定违反国际人道主义法的证据对于国家一方，和可能是非国家行为者一方来说，会构成一种非刑事责任，这取决于对国际条约和习惯战争法的最新发展持什么观点，包括对日内瓦四公约第一项补充议定书(1977)对于澄清相关法律准则的总体影响持什么观点。在调查报告中应说明，违反战争法，甚至是严重违反，也不自动构成战争罪、反人类罪或反和平罪，尽管罗马规约第 8 条将所有确定的严重违反作为战争罪对待。对政治行为者(包括国家)和个人的潜在问责要求进一步评估指控和证据是否看上去表明违反了国际人道主义法和国际人权法，这样在事实和法律上就为指控犯下国际罪行提供了坚实的基础。<sup>10</sup>

28. 重要的是，对始于 2008 年 12 月 27 日并一直继续到 2009 年 1 月 18 日的军事行动进行的调查必须评估对双方的指控，包括与以色列政府决定发动攻击和启动对加沙的地面侵略相关的犯罪指控，和围绕巴勒斯坦好斗分子发射火箭的情况。还建议，将以色列声称自己是自卫行动的理由结合对其的驳斥——即，这一行动违反了联合国宪章第 2 条第 4 款，等于在当时情况下的一种侵略行为——一起评估，并评估依靠不成比例的使用武力或军事战役固有的不加区别的性质是否应当作违反国际习惯法和条约法的刑事罪行对待。这里存在一个复杂的、尚未解决的问题，即，占领国能否对被占领的社会声称自卫，其使用武力、即使是过度的一种跨界的方式，是否能被看作是侵略。考虑到其声称占领已经结束，以色列

<sup>10</sup> 根据国际法院，一个国家可以因犯了种族灭绝罪而须负法律责任，但只可起诉个人，因其违反国际刑法而给其定罪和惩罚。特别报告员把这一条包括进来完全是为了澄清潜在的国家责任问题，无意直接或非直接地暗示以色列的军事行动可被理解为“种族灭绝”。《防止和惩治种族灭绝罪公约的适用》。(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)，第 142-201 段。

似乎被禁止依靠其作为占领者的地位；当然，调查报告无需尊重法律关系的那种解释。

29. 在纽伦堡审判中关于所谓反和平罪的定义存在一些难题。一方面，设立国际刑事法院的罗马规约由于对侵略的定义没有达成一致意见，所以尚未将侵略或反和平罪纳入法院的权限范围。一旦在国际刑事法院的框架内达成协议，就可以起诉侵略罪(规约第 5.2 条)。这一问题的另一面，包含在反和平罪中的反侵略准则的清晰性问题是英国上院高等法院在最近的 *Regina* 诉 *Jones* 等人的案子上的多数裁决，大意是，在纽伦堡确立的侵略战争有罪原则在国际习惯法中仍然坚定的确立着，其对争夺性的使用武力的影响仍然具有权威意义。这是个重要问题，对如何解决关于以色列袭击的整个争议是个朕兆，应在调查报告中尽可能予以澄清。

30. 与调查和任何问责结果相关的其它法律问题涉及到敌对双方的特别性质，包括从国际刑法的角度正确评估占领国对于被占领人民的法律责任问题，以色列在 2005 年同加沙脱离接触对其刑事责任的性质的法律影响问题，以及在调查所涉期间事实上行使行政和政府控制的非国家行为者在国际法下的刑事责任问题等。

## B. 适用的国际刑法

31. 对任何调查适用的国际刑法文本都要包括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汇编的法理学，其中对违反战争法的情况进行了全面的论述，这已载入根据安理会批准成立的这两个法庭的建庭法理规约中。还应该包括国际刑事法院罗马规约中所罗列的国际罪行的清单。

32. 1945 年设立纽伦堡法庭的伦敦协定中所描述的罪行，随后被国际法委员会于 1950 年在“纽伦堡法庭章程和法庭裁决中确认的国际法原则”的标题下确认为习惯国际法的一部分。<sup>11</sup> 这些原则被大多数国际法专家看作是构成维也纳条约法公约(1988)第 53 条所界定的“未雨绸缪的准则”。<sup>12</sup> 这样，如果纽伦堡规定的犯罪类型有资格成为国际习惯法中包含的未雨绸缪的准则，那么，这些罪行规定仍然有效，对于为在“反和平罪”、“战争罪”和“反人类罪”的标签下评估以色列袭击仍具有实际意义。依据这些罪行的相关性，特别是反和平罪，对于能够确定以下基本指控具有核心重要意义：始于 2008 年 12 月 27 日的以色列袭击由于其无能力保持将军事目标和平民目标区分开来，因此具有固有的犯罪性质。这是以色列政治领导人和军事领导人都提出质疑的观点。如果能提出确凿的事实和证据基础来支持这一论点，就有理由提出最高政治和军事领导人应负潜在的刑事责任。

<sup>11</sup> 国际法委员会年鉴, 1950 年, 第 II 卷, 第 97 段。

<sup>12</sup> “一般国际法强制规律指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始得更改之规律。”

33. 与战场行动和指挥政策相关的犯罪指控，例如，目标瞄准学校、清真寺、救护车、居民住房和医疗设施等，应尽可能进行调查，包括与是否存在与故意的意图或严重失职有关的证据。也应考虑可使罪行减轻的情况，包括建筑物及其周围的环境被用于战斗目的的说法。必须尽快收集这一证据，并争取双方合作以使调查能在战争罪方面树立一个表面上证据确凿的案子和指出应负责任的罪犯，然后，调查报告应建议鼓励双方建立刑事诉讼程序，以便对个人进行起诉、诉讼、和如确定有罪，则进入应有的程序和给予惩罚，或者，提出其他的机制。很可能调查会确定某些做法和事件具有战争罪的特点，但不可能指出罪犯该是谁，至少在没有参与战斗的双方合作的情况下做不到。

34. 与法律上含糊的使用武器相关的犯罪指控，例如，白磷(能烧透衣服，粘在皮肤上烧透肌肉直到骨头)、箭弹(能放出剃须刀般锋利的箭标)、和高密度惰性金属爆炸物炸弹(在小范围内造成高强度爆炸，人体被炸的血肉横飞)，也应加以调查。这些武器本身没有一件是国际法明确禁止的，但相当多的人支持这样的观点：在人口稠密的城市地区明知有平民在、或按习惯来说平民是在的情况下使用这种武器应构成战争罪。为确定这种使用的程度以及发生这种使用的具体情况，应开展调查。在确定了刑事诉讼的基础的情况下，锁定责任的工作应集中在与关于使用的方针和做法相关的决策领导层，并一般对执行命令的低层罪犯给予严重但次要的关注。这里，又是要对以色列政府当局的合作作为实现问责的手段进行评价；如果不被看作是可靠的，则应建议替代的办法。

35. 对哈马斯的做法构成战争罪的指控也应进行调查，包括对平民目标发射火箭和迫击炮弹；所谓拿儿童和平民当作“人肉盾牌”的指控；和滥用某些建筑物受保护的地位，隐藏武器或作为战斗行动的庇护所。后者的这些做法在多大程度上是明显的犯罪，或被用来减轻以色列不尊重这些目标的豁免地位或这种做法的借口，需要加以确定。这里也必须把重点放在适当级别的军事指挥官和政治领导人，以确定可能罪行的所在，并就如何评估责任提出建议。

### C. 可利用的问责机制

36. 调查也应涉及问责机制问题，如果确定存在充足的理由让个人和其他政治行为者负刑事责任，就应从管辖权限和政治可信度的角度对问责机制进行评价。由于以色列不是国际刑事法院的成员，评估问责的最有效的机制应是仿效 1990 年代的先例，在安理会授权下为被占加沙设立一个特设刑事法庭(虽然在目前条件下这似乎在政治上不大可行)。还有一种在理论上可能的做法是，由安理会根据宪章第七章将情况移交法院采取进一步行动。还有一种观点(虽然是有争议的)是，可由联大行使其“为履行其职责设立其认为必要的附属机构”的权力，设立这样的法庭。这一举措是否与大会的职责相关，这是一个尚未解决的问题。还有一个问题，即，安理会在其第 1860(2009)号决议中决定继续关注此事这一事实会不会使大会采取与以色列军事行动造成的加沙局势有关的任何行动都从宪章角度说显得不合适。

37. 最理想的是，以色列作为对被指称的攻势所在领土行使控制的主权国家，应是司法评估的所在地——无论是通过其正常的刑法程序或通过设立一个临时特别程序，但由于上文讨论过的原因(见上文第 7 段)，这是极不可能发生的。虽然如此，在以色列和被占巴勒斯坦的人权团体正在将关于战争罪指控的资料尽可能多的汇编在一起，为诉诸国家法律制度提供法律根据。

38. 从是否胜任和是否可能的观点看，关于最可利用的问责举措可联想到的是比利时和西班牙等国的国家刑法程序，这些国家赋予法院根据普遍管辖权的成规审理战争罪的法律权力，条件是被告人出庭。这一选择很可能会受到联合国主持下的就问责提出建议的有说服力的一份报告的影响。

39. 上述情况导致以色列司法部长丹尼尔弗里德曼被指定为根据奥尔默特总理在加沙停火生效几天后在一次军官集会上的公开讲话，为在国外被拘留的任何以色列人提供保护：“政府将像铜墙铁壁一样保护你们每一个人免受指控。”以色列还警告说，如果以色列人在国外被逮捕和控告，它将报复。应当指出，国家司法环境中的潜在举措并不限于战场上的具体攻击行动，而是可以扩展到包括政府政治和军事最高层的被指控的罪行。涉及智利前国家元首奥古斯特皮诺切特被起诉的案子，在 1990 年代后期和 2000 年代初，使得西班牙和英国以及智利本身的法律系统审理了这些问题。

## 七. 袭击的更广泛的环境

40. 在本报告的最后，似乎应重申以色列的安全关切与巴勒斯坦自决权利的联系。只要巴勒斯坦的基本权利继续被剥夺，巴勒斯坦在国际法范围内根据巴勒斯坦自决权利对占领的抵抗权就势必与以色列在长久占领的状态下寻求安全发生冲突。在这方面，要持久结束双方的暴力行动就需要各方以一种紧迫感下大决心加紧外交活动，尊重国际法，特别是日内瓦四公约有关占领的规定。此外，必须承认，安理会第 242(1967)号决议要求以色列从巴勒斯坦领土撤离、关闭非法定居点、不要改变东耶路撒冷的人口结构、尊重国际法院 2004 年关于“哭墙”的咨询意见和通过谈判或单方面行动真正结束占领，这个早就应该执行了。

## 八. 建议

41. 特别报告员建议：

(a) 要求就在应用联合国宪章第 56 条和联合国特权和豁免权公约的相关条款方面成员国与人权理事会特别程序合作的义务问题提出咨询意见；

(b) 建立从人权理事会的作用的角度对与 2008 年 12 月 27 日至 2009 年 1 月 18 日以色列在加沙的军事行动相关的战争罪指控进行专家调查的程序；

(c) 应当肯定，巴勒斯坦根据国际人道主义法限度内的国际法的抵抗权利不断与以色列作为占领国的安全关切发生冲突，这要求以尊重巴勒斯坦人民的合法权利为前提对双方的关系进行根本的调整，加沙要实现可持续的和平，从短期说，就要永远取消封锁；从长远说，就要开展根据国际法的要求寻求和平的外交进程。

---