

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

国际人道法文选 2006

朱文奇 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



ICRC

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

国际人道法文选 2006

朱文奇 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际人道法文选. 2006 / 朱文奇主编. —北京: 法律出版社,
2008. 2

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8201 - 8

I. 国… II. 朱… III. 战争法—2006—文集 IV. D995 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 016153 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2008 年 4 月第 1 版

印张/22 字数/260 千
印次/2008 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995 苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8201 - 8

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

目标和范围

《红十字国际评论》是由红十字国际委员会出版的期刊。本评论旨在发生武装冲突和其它集体武装暴力事件的局势下，促进人们对人道法、人道政策与行动的思考。作为人道法的专门刊物，它致力于传播人道法知识，加强对人道法的评论与分析并推动人道法的发展，同时有助于防止有违基本权利与价值保护规则的行为发生。本评论为讨论当代人道行动以及分析冲突原因和特性提供了一个平台，从而就冲突所引发的人道问题提出了更清晰的见解。本评论还可以使读者了解有关国际红十字与红新月运动，特别是红十字国际委员会的行动和政策方面的问题。

红十字国际委员会

红十字国际委员会是一个公正、中立和独立的组织，其特有的人道使命是保护战争和国内暴力事件受难者的生命与尊严，并向他们提供援助。该组织负责指导和协调国际红十字与红新月运动在武装冲突局势下开展的救济行动。它还致力于通过促进和巩固人道法与普遍人道原则的方式预防苦难的发生。红十字国际委员会创立于1863年，它是国际红十字与红新月运动的发起者。

委员会成员

主席：雅各布·克伦贝格尔 (Jakob Kellenberger)

副主席：奥利维耶·沃多 (Olivier Vodoz)

常务副主席：雅克·福斯特 (Jacques Forster)

让·阿布特 (Jean Abt)

让-菲利普·阿萨尔 (Jean-Philippe Assal)

克里斯蒂娜·贝利 (Christine Beerli)

保罗·贝尔纳斯科尼 (Paolo Bernasconi)

恩斯特·布鲁格 (Ernst A. Brugger)

苏西·布鲁施韦勒 (Susy Bruschweiler)

让·德·库尔唐 (Jean de Courten)

保拉·吉拉尼 (Paola Ghillani)

克洛德·勒·库尔特 (Claude Le Coultre)

雅克·莫雷永 (Jacques Moreillon)

加布里埃勒·南尚 (Gabrielle Nanchen)

伊夫·桑多 (Yves Sandoz)

丹尼尔·蒂雷尔 (Daniel Thürer)

安德烈·冯·莫斯 (André von Moos)

主编

托尼·普凡纳 (Toni Pfanner)
红十字国际委员会

编辑委员会

艾哈迈德·阿布·阿勒-瓦法
(Ahmed Abou El-Wafa)
埃及开罗大学

丹尼尔·巴尔-塔尔 (Daniel Bar-Tal)
以色列特拉维夫大学

安妮特·贝克尔 (Annette Becker)
法国巴黎大学

安东尼奥·坎萨多·特林达德
(Antônio Cancado Trindade)
巴西巴西利亚大学

玛丽卡·法伦 (Marika Fahlen)
瑞典外交部

伯纳德·海克尔 (Bernard Haykel)
美国纽约大学

马尼 (V.S.Mani)
印度古吉拉特国立法律大学

赫弗里德·蒙克勒 (Herfried Münkler)
德国柏林洪堡大学

莫娜·里什马维 (Mona Rishmawi)
日内瓦联合国人权事务高级专员办公室

伊丽莎白·萨尔蒙·加拉特
(Elizabeth Salmón Gárate)
秘鲁利马天主教大学

马尔科·萨索利 (Marco Sassòli)
瑞士日内瓦大学

米夏埃尔·施密特 (Michael N.Schmitt)
德国乔治·马歇尔欧洲安全问题研究中心

特伦斯·泰勒 (Terence Taylor)
英国伦敦/美国华盛顿国际战略问题研究所

巴赫蒂亚尔·图兹穆哈米多夫
(Bakhtiyar R.Tuzmukhamedov)
俄罗斯联邦莫斯科外交学院

朱文奇 (Wen-qi Zhu)
中国人民大学法学院

目 录

1	国际人道法和国际刑事法庭的关系 奥滕西娅·古铁雷斯·波斯 著/李强 译
27	普遍管辖原则与补充性原则：这两个原则如何互相结合？ 格扎维埃·菲利普 著/黄燕 译
56	战争犯在克罗地亚国内法庭中的责任 伊沃·约西波维奇 著/刘毅强 译
84	人道组织与国际刑事法庭：尝试方枘圆凿 阿娜玛丽·拉罗萨 著/廖凡 译
103	真相委员会与红十字国际委员会间的合作 托尼·普凡纳 著/梁洁 译
117	失踪人员与过渡司法：知情权与制止免除惩罚 莫妮克·克雷托尔 阿娜玛丽·拉罗萨 著/霍政欣 译
126	将比例性脉络化：黎巴嫩战争中的诉诸战争权与战时法 恩佐·坎尼扎罗 著/朱利江 译
142	规制作战行为法律中的预防性措施

- 让-弗朗索瓦·凯吉内 著/薛茹 译
- 175 非对称冲突结构
罗宾·盖斯 著/刘家安 译
- 202 武装冲突中的生命权:国际人道法是否提供了所有答案?
路易丝·多斯瓦尔德-贝克 著/顾娴 译
- 229 私人军事公司:在国际人道法中的地位及其对私人军事公司规范的影响
林赛·卡梅隆 著/荀诗敏 译
- 260 公司行为人:武装冲突中雇佣军的法律地位
凯瑟琳·法拉赫 著/朱莉 译
- 275 武装冲突中非国家行为体的人权保护义务
安德鲁·克拉帕姆 著/李静 译
- 314 违反国际人道法的公司民事责任
埃里克·蒙热拉尔 著/张骥心 译

Table of Contents

中英文对照目录

Table of Content in English and in Chinese

- 1 Hortensia D. T. Gutierrez Posse: "The Relationship between International Humanitarian Law and the International Criminal Tribunals", *International Review of the Red Cross*, March 2006, Volume 88, No 861, pp. 65 – 86.
- 奥滕西娅·古铁雷斯·波斯: "国际人道法和国际刑事法庭的关系", 载《红十字国际评论》, 2006年3月, 第88卷, 第861期, 第65~86页。
- 27 Xavier Philippe: "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?", *International Review of the Red Cross*, June 2006, Volume 88, No 862, pp. 375 – 398.
- 格扎维埃·菲利普: "普遍管辖原则与补充性原则: 这两个原则如何互相结合?", 载《红十字国际评论》, 2006年6月, 第88卷, 第862期, 第375~398页。
- 56 Ivo Josipović: "Responsibility for War Crimes before National Courts in Croatia", *International Review of the Red Cross*, March 2006, Volume 88, No 861, pp. 145 – 168.
- 伊沃·约西波维奇: "战争犯在克罗地亚国内法庭中的责任", 载《红十字国际评论》, 2006年3月, 第88卷, 第861期, 第145~168页。
- 84 Anne – Marie La Rosa: "Humanitarian Organizations and International

al Criminal Tribunals, or Trying to Square the Circle”, *International Review of the Red Cross*, March 2006, Volume 88, No 861, pp. 169 – 186.

阿娜玛丽·拉罗萨:“人道组织与国际刑事法庭:尝试方枘圆凿”,载《红十字国际评论》,2006年3月,第88卷,第861期,第169~186页。

- 103 Toni Pfanner: “Cooperation between Truth Commissions and the International Committee of the Red Cross”, *International Review of the Red Cross*, June 2006, Volume 88, No 862, pp. 363 – 373.

托尼·普凡纳:“真相委员会与红十字国际委员会间的合作”,载《红十字国际评论》,2006年6月,第88卷,第862期,第363~373页。

- 117 Monique Crettol & Anne-Marie La Rosa: “The Missing and Transitional Justice: The Right to Know and the Fight against Impunity”, *International Review of the Red Cross*, June 2006, Volume 88, No 862, pp. 355 – 362.

莫妮克·克雷托尔、阿娜玛丽·拉罗萨:“失踪人员与过渡司法:知情权与制止免除惩罚”,载《红十字国际评论》,2006年6月,第88卷,第862期,第355~362页。

- 126 Enzo Cannizzaro: “Contextualizing Proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War”, *International Review of the Red Cross*, December 2006, Volume 88, No 864, pp. 779 – 792.

恩佐·坎尼扎罗:“将比例性脉络化:黎巴嫩战争中的诉诸战争权与战时法”,载《红十字国际评论》,2006年12月,第88卷,第864期,第779~792页。

- 142 Jean – François Quéguiner: “Precautions under the Law governing the Conduct of Hostilities”, *International Review of the Red Cross*, December 2006, Volume 88, No 864, pp. 793 – 822.

让-弗朗索瓦·凯吉内:“规制作战行为法律中的预防性措施”,载《红十字国际评论》,2006年12月,第88卷,第864期,第793~822页。

- 175 Robin Geiß: “Asymmetric Conflict Structures”, *International*

- Review of the Red Cross*, December 2006, Volume 88, No 864, pp. 757 – 778.
- 罗宾·盖斯:“非对称冲突结构”,载《红十字国际评论》,2006年12月,第88卷,第864期,第757~778页。
- 202 Louise Doswald – Beck: “The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All The Answers?”, *International Review of the Red Cross*, December 2006, Volume 88, No 864, pp. 881 – 904.
- 路易丝·多斯瓦尔德 – 贝克:“武装冲突中的生命权:国际人道法是否提供了所有答案?”,载《红十字国际评论》,2006年12月,第88卷,第864期,第881~904页。
- 229 Lindsey Cameron: “Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation”, *International Review of the Red Cross*, September 2006, Volume 88, No 863, pp. 573 – 598.
- 林赛·卡梅隆:“私人军事公司:在国际人道法中的地位及其对私人军事公司规范的影响”,载《红十字国际评论》,2006年9月,第88卷,第863期,第573~598页。
- 260 Katherine Fallah: “Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, September 2006, Volume 88, No 863, pp. 599 – 611.
- 凯瑟琳·法拉赫:“公司行为:武装冲突中雇佣军的法律地位”,载《红十字国际评论》,2006年9月,第88卷,第863期,第599~611页。
- 275 Andrew Clapham: “Human Rights Obligations of Non – State Actors in Conflict Situations”, *International Review of the Red Cross*, September 2006, Volume 88, No 863, pp. 491 – 523.
- 安德鲁·克拉帕姆:“武装冲突中非国家行为体的人权保护义务”,载《红十字国际评论》,2006年9月,第88卷,第863期,第491~523页。
- 314 Eric Mongelard: “Corporate Civil Liability for Violations of Interna-

“International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, September 2006, Volume 88, No 863, pp. 665 – 691.

埃里克·蒙热拉尔：“违反国际人道法的公司民事责任”，载《红十字国际评论》，2006年9月，第88卷，第863期，第665～691页。

国际人道法和国际刑事法庭的关系

奥滕西娅·古铁雷斯·波斯* 著/李强** 译

摘要

国际人道法是以习惯和条约为基础的国际实在法的分支,其目的是限制作战的方法和手段并保护武装冲突的受难者。严重破坏国际人道法规则的行为构成战争罪,个人要对此直接承担责任并由主权国家予以起诉。然而,如果一个国家不愿意或者不能够起诉,那么这些罪行就可能由通过条约或联合国安理会有约束力的决议建立的国际刑事法庭来审判。对法律和政治情势的上述描述,反映了21世纪初法律的实际状态。然而,这并不是一朝一夕之功。相反,这是国际社会在长期面对战争带来的恐慌及其对人类造成的难以言表的痛苦之后逐渐积累的意识,即必须限制暴力并将这些限制建立在法律的基础上,那些应负责的人必须受到惩罚以防止未来的行为者超越这些限制。

简要的历史回顾

由于战争法规、惯例以及保护受难者的规则,都属于国际人道法的重要内容,因此它在国际刑事法庭的发展中起到了决定性的作用。事实上,为了起诉违反1864年通过的《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦

* 奥滕西娅·古铁雷斯·波斯(Hortensia D. T. Gutierrez Posse),布宜诺斯艾利斯大学国际公法教授。

** 中国人民大学法学院2006级国际法博士研究生。

公约》的行为,早在 19 世纪就有人提出通过协议建立国际刑事法院。

1907 年,各国将适用于陆战的战争法规和惯例编纂于《海牙第四公约》及其所附章程。该公约规定其规则中列明的义务只拘束缔约国,但第一次世界大战结束后,1919 年在凡尔赛签订的和平条约^[1]则确定,被公开指控严重破坏国际道德和条约神圣性的德国皇帝威廉二世以及执行其命令的那些人应负个人责任。因此《凡尔赛和约》承认协约国政府有权建立军事法庭以起诉被指控犯有战争罪的人。^[2]

因此,不仅是国家责任,而且还有个人责任,都作为国际法上的一项原则被确立起来,该原则允许为此建立的国际法庭对严重违反国际人道法的行为予以起诉。

形势在继续发展。第二次世界大战期间,许多同盟国政府都表示希望调查、审判和惩治战犯。1943 年 10 月通过的《莫斯科宣言》为 1945 年的《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》——其附件为《欧洲国际军事法庭宪章》(即《纽伦堡法庭宪章》)——奠定了基础。出于同样的目的,在日本的占领军总司令也建立了东京法庭。^[3]由此可见,国际社会再次达成一致,即某类行为可能会根据国际法被界定为犯罪,并且那些被认为应对此负责的人可能会依法受到起诉。

《纽伦堡法庭宪章》和《东京法庭宪章》的通过有力地促进了国际人道法的编纂:条约规则第一次清楚地规定了一系列个人可能承担责任的刑事犯罪,与此同时,国际社会还设立了采取有效行动并申明了一系列

[1] 1919 年《凡尔赛和约》的第八部分(第 231 ~ 247 条)规定,德国负有赔偿协约国所受损害的义务;赔偿的数额由一个赔偿委员会来确定。

[2] See J. F. Wills, *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Greenwood, Westport, Conn., 1982, and Yoram Dinstein and Mala Tabory, *War Crimes in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996, pp. 149 - 50.

[3] 有关《伦敦协定》、《欧洲国际军事法庭宪章》、驻东京的盟军总司令的声明以及《远东国际军事法庭宪章》的文本,请参见: M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 579 - 86 and 604 - 11。

被普遍承认的原则的法院。^[4]然而,我们必须牢记,在国际人道法发展的这一阶段,被认为非法的行为必须与战争——即两个或多个国家之间的武装斗争——相联系。

20 世纪末,在前南斯拉夫境内武装冲突期间发生了一系列严重违反国际人道法的行为,这使得起诉犯罪嫌疑人的国际刑事法庭不是以主权国家之间的协议,而是以联合国安理会决议的方式设立;^[5]此后不久,由于在卢旺达内部发生的严重事件,还成立了另外一个特设国际刑

[4] See also *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)*, S/25704, 3 May 1993, paras. 41 - 44. 该报告指出,纽伦堡法庭承认《海牙规则》包含的许多规定已被所有文明国家所承认,并被视为战争法规和惯例的宣告,而且《纽伦堡宪章》第 6 条第 2 款所定义的战争罪已被承认为国际法上的战争罪并被包含在《海牙规则》之内,犯罪的个人应当受到惩罚;see *inter alia* George A. Finch, "The Nuremberg Trial and International Law", *AJIL*, Vol. 41 (1947), pp. 20 ff.; Quincy Wright, "The Law of the Nuremberg Trial", *ibid.*, pp. 38 ff.; F. B. Schick, "The Nuremberg Trial and the International Law of the Future", *ibid.*, pp. 770 ff.

[5] 在安理会第 808 (1993) 号决议中,安理会这一次在适用《联合国宪章》第七章规定的规则时,决定设立起诉应对 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刑事法庭(前南斯拉夫国际刑事法庭),法庭对严重违反 1949 年《日内瓦公约》的行为、违反战争法规和惯例的行为、灭绝种族罪和危害人类罪拥有管辖权。在其第一个上诉判决中,前南斯拉夫国际刑事法庭指出,安理会设立一个国际法庭,是采纳《联合国宪章》第 41 条规定的使用武力以外的措施,为维持在前南斯拉夫的国际和平与安全,安理会有权根据《联合国宪章》第七章作出决定(*The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT - 94 - 1 - AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995)。在一个案件的裁决中(*The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, Case No. IT - 00 - 39 - PT, Decision on Motion Challenging Jurisdiction - with Reasons, 22 September 2000),前南斯拉夫国际刑事法庭又提及了上述先例,并补充说尽管《联合国宪章》铭记主权原则和联合国不干涉在本质上属于一国国内管辖事项的原则,但其第 2 条第 7 款规定了一个例外,即上述原则不妨碍第七章内执行办法的适用;因此,当安理会根据《联合国宪章》第七章的授权行事时,它就代表了联合国所有会员国的利益。See *inter alia* M. Cherif Bassiouni and Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996, and Karine Lescure, *International Justice for Former Yugoslavia: The Workings of the International Criminal Tribunal of the Hague*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

事法庭。^[6] 换句话说,采取集体的和有效的措施以预防和消除对和平的威胁是国际法发展的形式,且国际法的这一发展导致了有权起诉被指控犯有国际法上罪行的个人的国际性司法机构的设立。但这些司法机构不是造法或立法性质的国际机构,其任务是适用现行法。

最后一步就是以条约的方式建立了国际刑事法院。该法院作为一个常设的机构,其任务是起诉被全体国际社会认为最严重的不法行为,这当然包括战争罪。^[7]

因此,在国家不愿意或不能够起诉个人的情况下而授权国际刑事法庭起诉个人的制度,与国际人道法的内容和将严重破坏国际人道法的行为界定为战争罪有关,并直接受到它们的影响。在接下来的篇幅中,我们将试着简要地逐步探索这种相互影响以便概括出它目前的范围。

现状

国际人道法的发展过程一直伴随着适用于战争罪的原则的形成和多边条约的通过,这些原则和条约力图具有普遍性。国际刑事法庭规约中的规则以及这些法庭在各自权限内已经完成或正在进行的工作,反映出这种发展,并且同时彰显出国际人道法的目的和宗旨与法庭设立之间的直接联系。法庭的判例尽管不是一个独立的造法过程,但仍是确定法律规则的存在,以及确立其意义和范围的一个特别有用的附加手段。

[6] 安理会第955(1994)号决议。See *inter alia* Mubiala Mutoy, “Le tribunal international pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l’ex Yougoslavie?”, RGDIP, Vol. 99 (1995), pp. 929 ff.; Mame Mandiaye Niang, “Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda. Et si la contumace était possible!”, RGDIP, Vol. 103 (1999), pp. 379 ff.; Catherine Cissé, “The end of a culture of impunity in Rwanda?”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, pp. 161 ff.

[7] 《国际刑事法院罗马规约》的缔约国在其序言中即宣告它们意识到各国人民唇齿相依、休戚与共,他们的文化拼合组成人类共同财产,因此确信存在代表整个国际社会而需要保护的价值; see Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 41 ff.

不溯及既往

法无明文不为罪(*nullum crimen sine lege*)是刑法的一项基本原则。该原则要求:只有根据实施某行为时事先(*ante factum*)制定的明确的法律规则认定该行为是犯罪时,行为人才可能对该不法行为负责。这一适用于国内法律体系的原则,在国际法中也有重要意义。最终,无论国内法的规定如何,个人都会因其国际法上的不法行为而承担国际责任。^{〔8〕}在纽伦堡法庭,辩护方援引了“不溯及既往”原则,认为该原则是“法无明文不为罪”原则的必然结果。法庭则判称,建立该法庭的宪章并没有体现战胜国对权力的滥用,而只是表述了当时有效的国际法,法庭还进一步指出,战争法不仅源于条约,还源于逐渐获得普遍承认的国家习惯和实践,以及被法律专家和军事法庭所适用的一般司法原则。法律不是静态的,它不断地被调整以适应变化着的世界的需要,这种调整采取了这样一种形式,即许多条约只是用更具体的条款反映并界定现有的法律原则。

个人刑事责任

纽伦堡法庭因此强调了禁止某些个人行为的国际人道法条约和习惯规则与其作为有权适用那些实在法律规则的法庭之间的关系。

1949年保护武装冲突受难者的《日内瓦公约》将一系列行为界定为严重破坏其规则的行为,还规定缔约国有义务搜捕被指控实施或命令实施此行为的人,并将其送交各自的法庭,或者如果缔约国愿意,还可将他们移交另一缔约国审判,但以该国能指出案情显然者为限。^{〔9〕}前国际

〔8〕《公民权利及政治权利国际公约》第14和15条;Luigi Condorelli, “La définition des infractions internationales, Présentation de la IIème Partie”, in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux and Alain Pellet (eds.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, pp. 241 ff.

〔9〕《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。

刑庭和卢旺达国际刑庭的规约^[10]以及《国际刑事法院罗马规约》^[11]也都规定个人应承担刑事责任。最终,由于没有任何反对而得到普遍接受,这一类型的责任成为国际法的一部分,这与传统国际法不同。国际法最初只调整国家之间的关系,并且在国际法的框架下只有国家才能对一项国际不法行为负责,即使该责任在性质上可能是民事的。^[12]

从另一方面说,刑事责任只能由实施被国际法明确界定为犯罪行为的自然人承担。这是直接涉及个人的国际法领域,因此可把它纳入国际人权法规则的范畴,尽管两者的内容和宗旨不同,但这两个法律分支的直接对象都是人。^[13]

当然,这种责任可以采取不同的形式。根据《凡尔赛和约》、《纽伦堡法庭宪章》、《东京法庭宪章》以及1949年《日内瓦公约》的规定,很明确的一点是,战争罪的刑事责任不仅要由犯有这些罪行的个人承担,而且那些命令实施这些罪行的人也要承担刑事责任,而不论其官方职务为何。前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭的规约以及《罗马规约》都明确提到了这两种形式的责任,这些规定也反映了习惯法并具体说明了责任的范围,即那些计划或引诱实施犯罪及以任何方式帮助计划、准备或实施犯罪的人也应受到惩罚。^[14]当然,为了认定某人因为以任何方式帮助不法行为的实施而应受惩罚,必须确定那些承担主要责任的人的行为与那些被指控提供帮助的人有联系。^[15]因此,根据具体情况,承担责任的

[10] 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第7条;《卢旺达国际刑事法庭规约》第6条。

[11] 《国际刑事法院罗马规约》第25条。

[12] 在这方面,参见国际法委员会的报告以及在此基础上联合国大会通过的关于国家对国际不法行为的责任的第A/56/83号决议。

[13] Victoria Abellán Honrubia, “La responsabilité internationale de l’individu”, RCADI, Vol. 280 (1999), pp. 172 ff.

[14] 根据前南斯拉夫国际刑事法庭的论证,那些参与实施犯罪而应承担次级责任的人也应当受到惩罚,如果这种参与是直接的和实质的,这一点《罗马规约》第25条第3款第1项并未明确予以表述;see *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 691 and 692.

[15] See ICTY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Judgment, 24 March 2000, which reiterates the criteria set down in *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, paras. 174-186.

人不仅包括那些实施犯罪的人,还包括其同谋、那些包庇他们的人以及那些命令、提议或引诱实施犯罪的人或者预备实施犯罪的人。^[16]

此外,个人刑事责任不仅可因作为而产生,还可因不作为而产生,即由于故意或过失而忽视了一项规则,而该规则规定了以某种方式行为的明确义务。由于不作为而应受惩罚的例子包括以停止供应食物或援助的方式故意杀害、拒绝给予战俘公正与公平审判的权利等。基本上,这是由于军事领导人或其他上级未能采取必要和合理的措施以预防或制止其下级实施不法行为而在法律上(*de jure*)和事实上(*de facto*)产生的责任。这就是指挥官责任,^[17]它产生于存在着上下级关系、并有一定组织性的机构中。^[18]

指挥官责任

军事领导人负有责任是指指挥官责任的起源,而军事领导人的责任来源于战争法,并被编纂进 1907 年《海牙第四公约》及其附件《陆战法规

[16] 前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭在参考了第二次世界大战结束后英国军事法庭和德国法院的论证以及它们对盟军管制委员会第 10 号法令的适用之后,均裁定共同实施或帮助实施一项不法行为并不必然要求直接造成后果的行为;对向实施犯罪的人提供道义支持或促使其实施犯罪的人来说,只要这种支持或鼓励对实施该行为的人有实质影响,就已满足上述情形;ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, above note 15; ICTR, *Le Procureur c. Jean - Paul Akayesu*, ICTR - 96 - 4 - T, Judgment, 2 September 1998.

[17] 这种类型的责任是习惯法的一部分,在 1949 年《日内瓦公约》的《第一附加议定书》的第 86 和 87 条中得到确立,并为前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的论证所确认;ICTY: *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Case No. IT - 96 - 21 - T, Judgment, 16 November 1998, para. 383; *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case No. IT - 95 - 14 - T, Judgment, 3 March 2000, para. 290; *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case No. IT - 95 - 14/2 - PT, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss for Lack of Jurisdiction. Portions of the Amended Indictment alleging Failure to Punish Liability, 2 March 1999; *The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, above note 5; ICTR: *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR - 97 - 23 - S, Judgment and Sentence, 4 September 1998.

[18] 前南斯拉夫国际刑事法庭发现一个军事单位的临时性质本身并不能充分排除该单位成员与其指挥官之间的上下级关系; *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Case No. IT - 96 - 23 - T and No. IT - 96 - 23/1 - T, Judgment, 22 February 2001, para. 399.