

先廉耻而后刑罚

——《军事组织惩治国际核心
犯罪的内在利益》^①评介

薛 茹*

摘要: 这本论文集致力于探讨军事组织在惩治国际核心犯罪背后存在的内在利益驱动,这是不同地域和文化传统中军事组织的共同实践,背后是历史、现实、宗教等多重动因。这本文集的设计思路与中国传统兵学文化中的思想以及当代中国军队普及国际人道法教育训练的思路不谋而合。今天重新反思这一问题与其说是在探索国际刑法目标达成的新路径,不如说是对传统的主权之下犯罪抑制方式的回归。

关键词: 国际核心犯罪;军事;利益

半个多世纪以前,伴随着世界人民反法西斯战争的伟大胜利,分别在欧洲和亚洲对发动战争的德国纳粹和日本战犯进行了里程碑式的国际刑事审判。在纽伦堡和东京建立的这两个国际法庭拥有一个共同的名字——国际军事法庭,这是当时战后的特殊情况

^① Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self-Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015.

* 解放军西安政治学院军事法学系讲师。

和惩治战争犯罪的迫切形势决定的,通过组建国际军事法庭调查和审理与战争有关的严重犯罪是战后国际社会秩序重建的重要环节,而且现实中那些最严重的国际犯罪往往是有组织、成建制的军队实施的,也属于军事法庭的管辖范围。军队一旦参与到犯罪活动中,就会产生非同寻常的破坏力和危害性。在和平时期,正常社会往往依赖惩罚性的刑事执行机制抑制犯罪,但是作为一种抑制犯罪的外部机制,刑事司法在武装冲突这种野蛮残酷的特殊环境中的效果不甚理想。在战场上杀害敌人的行为是合法的、受到鼓励的,参与其中的军人也会被迫越过正常文明行为的界限。我们不得不承认,决定发动或参与战争本身就需要极其强大的内在动因。当有人下定决心冒着血的代价去捍卫某种利益时,正常的犯罪抑制机制很难奏效。

与外部的刑罚体系相比,军事组织内部的纪律体系在抑制犯罪方面更为有效。严厉的纪律不仅是军事组织的鲜明特征,更是其内在利益的直接体现,能够满足军事组织的战斗力需求,良好的军纪与犯罪不相容。军事司法系统在军事组织中的意义,不仅是一种报复性正义的实现机制,而且是维持军队秩序和纪律的主要因素。军事组织想要取得胜利,就要在增进己方利益的同时打击和消灭敌方军事利益,而不仅仅是全部歼灭敌方有生力量。增进己方利益中就包括增进法制利益,一个军事组织只有承担起谴责并追究国际核心犯罪的责任时,才能获得相应的价值理性。由此而提出的问题是,军事组织在惩治国际核心犯罪的背后是否存内在的利益和驱动力? 如果存在,这些内在利益和驱动力又是什么? 《军事组织惩治国际核心犯罪的内在利益》这本书致力于探讨的就是这个问题。

奥普萨尔学术电子出版社^①于2015年5月出版的《军事组织惩治国际核心犯罪的内在利益》一书是在美国斯坦福大学召开的

^① Torkel Opsahl Academic EPublisher.

同名研讨会上,来自不同国家的与会代表们的观点集结而成的一本论文集。全书共分为十六章,每一章的论述自成体系并由不同的作者独立完成。拥有不同文化背景和职业经历的作者们围绕军事组织在惩治国际核心犯罪中的内在利益这个主题,从军事司法系统平民化,美军执行国际人道法的历史,美军职业化的历程与自我追责的关系,军事检察机关的改革,独特的社会文化对印尼军队预防犯罪的作用,国际刑事法院补充性原则的实证研究,美军犯罪调查的双重标准及其改善措施,军事司法机构和普通司法机构之间的管辖权分配等方面进行论述。可以看出这本书并不是研究特定领域问题的专著,而是在一个总体设计思想之下的自由发挥,无论从历史跨度、从学科涵盖还是从文化差异的视角来看,这本论文集所包含的内容都相当广泛,编纂者希望通过这种思想碰撞和交融的方式产生火花与灵感,这是一本可以用来开阔思路启发思维的书。

这本书的作者们不约而同地认为,在消除有罪不罚实现国际正义的漫长历史发展过程中,军事组织内在的自我约束力以及道德律和责任担当,应当受到更多重视。这正如中国古代兵家总结的那样,“先廉耻而后刑罚”。^①礼义廉耻是古代中国社会主要的道德规范,用道德规范来教化将士,使其内心生出道德羞耻感,并且要将施仁爱作为用严刑的基础。在战争中,军法的约束只能使官兵不敢怕死,而道义的约束则能使官兵为正义献身,而且从境界来说,道德约束显然高于法纪的规范。对于军事组织通过惩治战争犯罪能够满足自身哪些内在需求这个问题,十余位作者根据自己的独特经验给出了各不相同的回答,囿于篇幅所限,笔者选择其中五章在下文予以重点评介。这五章分别论述了国际人道法执行模式中的军事组织内在利益,^②以色列和穆斯林国家执行国

^① 出自《尉缭子·制谈第三》。

^② Chapter 4 in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015.

际人道法的内在驱动力,^①以二战中慰安妇问题研究为例的军事组织惩治武装冲突中性暴力犯罪的内在利益^②,以及美国在阿富汗和伊拉克军事司法实践中的经验教训,^③这五章讨论的范围涵盖了历史和当代典型武装冲突中的国际犯罪,有代表性的区域文化背景,以及国际人道法的实施这样的重要的国际法执行问题,值得详述。

二

战争罪是严重违反国际人道法的行为,如果军事组织具有强大的内在动因去遵守国际人道法,就可以大大减少战争中的暴行。各国军队遵守国际人道法不仅仅是守信履约之举,也是维护其本国国家和军事利益的必然选择。一个军事组织通过尊重和遵守国际人道法,能够满足其在获得合法性和民众支持,获取军事利益,以及维护其核心价值和组织成员的人格尊严等方面的内在利益。^④

第一,无论是一个国家的正规军队还是作为非国家主体的武装团体,声誉往往是其获得合法性和政治支持的决定性因素,而经验表明,遵守国际人道法能够极大提高军事组织在其所在区域、盟友中以及国际上的声誉。良好的守法记录能够使军事组织获得相

^① Chapter 8 and Chapter 9 in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015.

^② Chapter 10 in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015.

^③ Chapter 13 in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015.

^④ SONG Tianying, *The International Humanitarian Law Implementation Paradigm and the Idea of Military Self - Interest in Accountability*, in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 43 - 57.

当的道德优势,^①反之,一旦军事组织涉嫌实施严重的战争犯罪,不但有损其声誉,还会损害其存在的合法性。对于争取实现长期政治目标的非国家武装团体来说,守法的良好声誉对于赢得政治和物质支持很重要,能够增加他们与其他国家以及国际社会交流对话的机会。

第二,尽管国际人道法的目标是规范敌对行动、减轻战争苦难,但并非完全不考虑军事利益,国际人道法本身就是军事必要与人道原则平衡的产物,国际人道法蕴含着重要的军事价值。国际人道法对人道价值的追求,是以保障作战的军事价值为基础和前提的,国际人道法的区分原则和比例原则与战争的目的及本质相通相符。战争的目的是“保存自己,消灭敌人。消灭敌人,就是解除敌人的武装,也就是所谓剥夺敌人的抵抗力,不是要完全消灭其肉体。”^②国际人道法的区分原则要求,只攻击军事目标,不能伤害没有从事或者已经退出敌对行动的人员和不用于支持军事行动的物体,这也是战争目的或本质所要求的。比例原则要求使用的武力不得超过完成军事任务的需要,禁止超出军事必要的武力使用和毁坏,这保证了战争行动不会偏离战争的目的和本质。几百年来节省兵力原则一直被认为是最重要的战争指导原则,贯彻节省兵力原则就要求指挥官明确攻击目标,尽可能避免各种不能达到目标的浪费,这与国际人道法中的军事必要原则完全一致。军事必要原则只允许使用国际人道法允许的武装力量,以最少的生命、最短的时间和最少的物质资源为代价去制服敌人。^③

^① International Committee of the Red Cross, “Improving Compliance with International Humanitarian Law”, Report prepared by the International Committee of the Red Cross, Geneva, October 2003, p. 23, available at <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/report/ihl-respect-report-011003.htm>. See also Michelle Mack with Jelena Pejic, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflict*, ICRC, Geneva, 2008, p. 31, available at <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0923.htm>.

^② 毛泽东:《论持久战》,载《毛泽东选集》第二卷,人民出版社1952年版,第471页。

^③ 俞正山:《战争法的四大价值》,载《中国军法》2004年第2期。

第三,作为国际人道法精神内核的人道主义,与许多不同区域的文明和文化传统相契合。国际人道法中保护平民居民,尤其是保护妇女儿童的规则,在许多文化传统中都不是舶来品,而是与生俱来的价值诉求。无论是伊斯兰文明、犹太文明、基督教文明,还是中华传统文明,都能找到与之相呼应的先贤哲人的相关论述。遵守国际人道法,保护这些人类文明传统中共同的瑰宝,对于提升军队士气具有积极作用。

在现实中,有些军事组织由于集体意识形态或功利主义等原因,无视甚至践踏国际人道法规则。在冲突后的社会重建时,这些战争犯罪会加深社会分裂与仇恨,增加重建和平的难度。^①而尊重国际人道法可以带来长远利益,基于经验的研究表明,越是强大高效的军事组织,越是趋向于尊重国际人道法规则。^②当今国际社会,惩治战争暴行、终止有罪不罚已经形成了共识,冲突迟早会结束,那些在冲突期间实施的战争犯罪终将受到追究。对于国家或非国家武装团体来说,主动尊重、遵守和执行国际人道法是维护内在利益与长远利益的最佳选择。

三

在武装冲突中受到内在的道德和纪律的约束,对军事组织成员实施的国际罪行予以追究和惩治,是具有不同文化传统的军事

^① See, for example, Elizabeth Salmón G., “Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to be Learnt from the Latin American Experience”, in *International Review of the Red Cross*, 2006, vol. 88, no. 862, p. 330.

^② Heike Krieger, *A Turn to Non - State Actors: Inducing Compliance with International Humanitarian Law in War - Torn Areas of Limited Statehood*, SFB - Governance Working Paper Series No. 62, Collaborative Research Center (SFB) 700, Berlin, 2013, p. 20 - 21, available at http://www.sfb-governance.de/publikationen/working_papers/wp62/SFB-Governance-Working-Paper-62.pdf.

组织的共同实践,无论是以色列^①还是伊斯兰国家^②都谴责危害人类社会的最严重的国际犯罪,而其背后则拥有或历史的或现实的或宗教的多重动因。由于历史、宗教、道德和地缘政治等因素,以色列自新中国成立以来就十分重视执行国际人道法,并在加沙冲突中积极塑造知法守法的国际形象。在以色列人看来,以色列国家宪法性法律中铭刻的犹太人的民主和价值原则,是以色列国防军恪守国际人道法原则的内在因素。以色列第一任总理戴维·本古里安曾说:“军队的主要武器是它的道德力量。”^③以色列国防军的职责是保护以色列民众的安全,以及取得不同军事任务所授予的军事目标,其军事规章中明确规定了自律原则,要求每名士兵自我约束,只在必要和正当的情况下使用武力。^④这样的道德观念也被作为以色列国防军的军魂,写入国防军的道德条令,并且印发成口袋卡片在以色列官兵中广为传播。

以色列国防军不仅通过教育训练的方式普及国际人道法,还赋予最高法院司法审查的权力,对政府和军队中违反国际人道法和根本法精神的行为予以审查,即便是涉及国家安全的事项也不例外。以色列最高法院将为了社会公共利益而提起的针对政府行为的诉权范围,扩大至包括与案件本身没有直接利害关系的所有

^① Marlene Mazel, Compliance with the Law of Armed Conflict: An Israeli Perspective, in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 117 - 140.

^② Adel Maged, The Impact of Religion on Military Self - Interest in Accountability: An Islamic Shari' ah Perspective, in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self - Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 141 - 170.

^③ David Ben - Gurion, *Yichud Ve Yie' Ud* [Uniqueness and Destiny of Israel], Maarachot, Tel Aviv, 1971, p. 32 (in Hebrew).

^④ 以色列国防军中的自律原则是由伯尔·卡茨内尔森(Berl Katznelson)提出来的,他是20世纪早期著名的工党领袖,倡导自我约束的政策,即武器只是用来攻击袭击自己的敌人,而不能沾染无辜的鲜血。自我约束既是一项政治政策,也是一项道德原则。

公民,①接受了在军事行动期间进行司法审查的要求,②甚至在法庭认为必要的情况下,将以色列国防军高级军官从战场上召回应诉,以便能够及时澄清事实。③以色列最高法院认为,国家对涉嫌的严重违法国际人道法的行为及时进行调查很重要,“可以阻却未来发生此类犯罪行为的可能性,可以对作战部队起到教育作用,可以维护法律和道德准则,还可以展示维护法治的重要意义。”④

尤其值得一提的是,以色列成立特克尔委员会(Turkel Commission)在探索国际人道法执行机制方面做出的努力。特克尔是以色列前高等法院法官,以色列内阁委派他组建委员会调查2010年5月31日发生的海上攻击事件。⑤特克尔委员会经过调查做出了两份报告,其中,第二份报告是对以色列如何处理严重违法国际人道法行为的专门审查报告。⑥经过大量实证调查之后,委员会认为尽管国际社会对于国家具有调查违反国际人道法行为的基本义务这一问题已经形成共识,但是对于这种义务的具体性质,以及在武装冲突中遵守这种义务的情况和方式等具体问题还存在不同的观点和做法,以色列调查和处理违反国际人道法行为的机制基本满足了国际法所要求的义务。第68届联大会议在大会议报告中赞扬了特克尔委员会为促进国际人道法中的违法调查标

① See HCI, *Ressler v. The Minister of Defense*, Case no. 910/86, 42 (2) P. D. 441, Judgment, 12 June 1988, paras. 36 and 46 (<https://www.legal-tools.org/doc/5bd469/>).

② 同上,第9段。

③ For example, in HCI, *Physicians for Human Rights v. IDF Commander in Gaza*, Case No. 4764/04, 58(5)385, Judgment, 30 May 2004.

④ HCI, *Adalah - the Legal Centre for Arab Minority Rights v. Attorney General*, Case No. 3292/07, Decision of President Beinisch, 8 December 2011, para. 19.

⑤ 当时一支6艘舰船组成的小型舰队试图突破以色列国防军在加沙地带设置的海上封锁线,以色列国防军在阻止的时候双方发生交火,舰队中9人丧生。

⑥ See Israel Ministry of Foreign Affairs website, “Government Establishes Independent Public Commission”, Article 5 of the Commission’s Mandate (<https://www.legaltools.org/doc/f68e4c/>).

准的清晰化而做出的努力。^①

在阿拉伯国家中,宗教具有举足轻重的影响力,作为当今世界法律体系之一的伊斯兰教法是这些国家主要的立法渊源,在国家安全和军事方面也有重要影响。伊斯兰教法中悲悯的人道主义教法规范已经有 1400 多年的历史,这些教义规范主要写在古兰经和先知穆罕默德的伊斯兰教规中,这些伊斯兰宗教经典教义中不仅涉及开战正义的问题,也涉及作战行为的领域。例如,伊斯兰教义中也区分战斗员与非战斗员,^②非战斗员不得参与作战而且不应遭受攻击。^③ 阿布·伯克尔哈里发对其军队的训诫与当代国际人道法的内容非常近似。^④ 在伊斯兰沙菲耶教派的教义中,还对作战方法和手段进行了限制,例如,作战时禁止用火,因为火是全能的主在最后审判日用来惩罚邪恶者的武器。

自 21 世纪之始,由于基地组织和其他一些极端恐怖组织的恶劣行为,阿拉伯语中的圣战(Jihad)一词广为流行。^⑤ 许多不了解伊斯兰文化的人们都误以为,Jihad 就是伊斯兰语中发动圣战的意志,具有明确的军事意义,甚至还有些当代学者认为圣战就是伊斯兰世界的开战正义理论。^⑥ 被极端恐怖组织的宣传迷惑的人们甚

^① United Nations, General Assembly, "Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism", Note by the Secretary - General, UN Doc. A/68/389, 18 September 2013, paras. 42 - 45 (<https://www.legal-tools.org/doc/b7065c/>).

^② Ahmad Abu al - Wafa, *Kitab al - I'lam bi - Qawa' id al - Qanun al - Dawli wa - al - 'Alaqaat al - Dawliyyah fi Shari' at al - Islam* [Treatise on International Law Rules and International Relations in Islamic *Shari' ah*], Dar al - Nahdah al - ' Arabiyyah, Cairo, vol. 10, 2001, pp. 118 - 121.

^③ Wahbeh Al - Zuhli, "Islam and International Law", in *International Review of the Red Cross*, 2005, vol. 87, no. 858, p. 282.

^④ M. Cherif Bassiouni, *The Shari' a and Islamic Criminal Justice in time of War and Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 160.

^⑤ John Kelsay, "Al - Shaybani and the Islamic Law of War", in *Journal of Military Ethics*, 2003, vol. 2, no. 1, pp. 63 - 75.

^⑥ See Majid Khadduri, "Islam and the Modern Law of Nations", in *American Journal of International Law*, 1956, vol. 50, no. 2, p. 359.

至认为,圣战是当前世界以中东地区为代表的某些地区内武装冲突的根源,认为圣战是可以对一切异教徒和有不忠诚行为的敌人发动攻击的理论。似乎根据这种圣战理论,穆斯林与不信仰伊斯兰教的人们是永恒的对立状态。但是伊斯兰学者告诉我们,这些概念是极端恐怖主义者为了欺骗和招募组织成员而进行的宣传,是滥用伊斯兰教义的结果。

对绝大多数穆斯林来说,阿拉伯语中的圣战一词具有独特的意义,它首先意味着一种责任或义务,是来自于古兰经和先知穆罕默德教规的道德义务。传统的圣战并没有专门与战争概念联系在一起,也不涉及正义或非正义战争理论,直到公元622年拜德尔战役之前,圣战才第一次出现了军事含义。古兰经中专门规定了圣战的目的、规则以及适用的条件和基础,圣战最基本的含义是,自我防卫、抵抗侵略、消除压迫和腐败。古兰经强调除非万不得已不得诉诸战争,士兵应当在人性和道德的指引下实施作战行为。^①与持极端圣战理论的恐怖分子的主张刚好相反,伊斯兰教义中禁止不加区分的攻击和针对平民的暴力袭击。非国家武装团体对非战斗人员发动攻击,不仅公然违反国际法,同时也违反了伊斯兰教义,这种行为应当在适用伊斯兰法的法院受到审判并接受惩罚。^②伊斯兰道德的内在驱动力是,在生活的各个方面,主召唤每一个人实施善行,避免邪恶。伊斯兰教义中的宗教信仰完全可以用来阐释穆斯林世界起诉并审判国际核心犯罪的内在驱动力,伊斯兰教义为禁止和惩罚暴行提供了法律和道德的指引。

^① Allam Shawkī, *The Ideological Battlefield: Egypt's Dar al - Iftaa Combats Radicalization*, n. d., p. 12, available at <http://dar - alifta. org/BIMG/The%20Ideological%20Battle%20%282%29. pdf>, last accessed on 26 April 2015.

^② Mohamed Badar, ElSayed Amin and Noelle Higgins, "The International Criminal Court and the Nigerian Crisis: An Inquiry into the Boko Haram Ideology and Practices from an Islamic Law Perspective", in *International Human Rights Law Review*, 2014, vol. 3, no. 1, p. 55.

四

无论是半个世纪前的第二次世界大战中日本有计划地强制征召慰安妇的罪恶行径,^①还是当代美军在阿富汗和伊拉克这样的地区局部冲突中实施的犯罪行为,^②都需要通过适当的方式对罪行予以审判,从而满足当事国及其武装部队本身多样化的内在利益诉求。自从20世纪90年代初,日本在“二战”期间有计划地强制征召慰安妇的丑行暴露于国际公众视野之后,不断有受害者试图通过司法渠道寻求救济,但是都归于失败。究其原因主要是在国际和国内层面都缺乏司法解决这一问题的政治意愿。强制征召慰安妇的行为属于战争中的性犯罪,这种类型的犯罪无论是维和部队人员,还是国家或非国家武装组织成员,甚至是志愿者都有可能发生。这是解决慰安妇问题尚缺乏政治意愿的一个原因,另一个原因是许多受害者现在已经成为社会边缘群体,很难引起国际社会的高度重视。

有些观点用普通刑事诉讼中的犯罪预防理论解释追究国际犯罪的阻碍作用,但却忽视了国际核心犯罪的严重性和复杂性,使得这种观点不足以令人信服,至少刑事诉讼具有的抑制和阻却犯罪的功能很难独立促成一个国家做出起诉或向国际司法机构移交犯罪实施者的决定。^③不少最为严重的国际犯罪的实施者都是具有相当级别的政府和军队高级官员,他们通过实施犯罪获得的巨大政治利益远远高于受到惩罚的危险。除非整个社会发生变迁,否

^① Kiki Anastasia Japutra, The Interest of States in Accountability for Sexual Violence in Armed Conflicts: A Case Study of Comfort Women of the Second World War, in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self – Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 171 – 228.

^② Franklin D. Rosenblatt, *Awakening Self – Interest: American Military Justice in Afghanistan and Iraq*, in Morten Bergsmo and SONG Tianying eds., *Military Self – Interest in Accountability for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 295 – 340.

^③ John R. Bolton, “Flaws Undermine Concept: World Court Would Be Ineffective, Threaten U. S. Powers”, in *USA Today*, 18 January 2000.

则他们会认为掩盖犯罪付出的代价远低于起诉犯罪所要承担的壓力,如日本社会面临慰安妇问题无所作为一样。在这种情况下,最好从国际和国内两个层面同时施以压力,以使国家主动起诉国际犯罪。

事实上,一个国家通过国内刑事司法程序对国际核心犯罪予以追究,可以在多方面获益。第一,可以维护国家主权,防止因为国际司法机构的介入可能带来的对其他国内事务进行审查的风险。第二,可以促进和强化国内司法能力建设,形成高效的国内司法系统。第三,可以减少外部世界对国内司法程序的影响,避免国际审判可能对国家造成的经济损失。^① 第四,可以促进司法程序的灵活性和适应性,国家可以根据具体案件的特殊情况来调整诉讼程序,也可以将诉讼与传统文化、宗教和民众需求相结合,增加诉讼的灵活性。^② 第五,可以防止来自国际公共舆论的审查和批评。在慰安妇问题上,由于日本拒绝承认和彻底反省自己在历史上犯下的罪行,并且拒绝对受害人予以赔偿,引发了日本与邻国长期的紧张关系和不断的国际舆论批评。迄今为止,国际社会对这个问题检讨已经扩大到日本的政治、社会经济生活和教育等方面,对日本的监督和审视已经超过了慰安妇问题本身,不仅日本的国际形象和信誉遭到损害,而且现在似乎已经很难通过日本的一己之力去完全解决这个问题。第六,可以将犯罪责任个人化和明确化。通过对具体罪行的起诉和审判,可以将具体犯罪的个人责

^① 例如,《罗马规约》中就没有规定国家赔偿的义务,在谈判中有代表提议,在犯罪实施者是以国家的名义实施犯罪的情况下,国家应当承担赔偿的责任,然而这项提议遭到否决。参见 Linda M. Keller. "Seeking Justice at the International Criminal Court: Victims' Reparations", in *Thomas Jefferson Law Review*, 2007, vol. 29, no. 2, p. 197.

^② 例如,印度就认为司法适应性的问题成为了印度加入《罗马规约》的一大障碍,印度认为为了与国际刑事法院的管辖协调一致,需要出台大量的国内刑法修正案,这对于印度来说是一项沉重的负担。参见 Usha Ramanathan, "India and the ICC", in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, no. 3, p. 631。如果是国内法院审理国际犯罪,就可以很大程度上减少这种出台修正案的立法负担,只需要将国际核心犯罪的要件引入国内刑法,并增加相应的定罪量刑措施,国内法院就可以完成起诉和审判国际犯罪的任务。

任和国家责任分离开来,使公众明白个人实施的国际犯罪与其国家利益不兼容。第七,可以增进军队的道德水平,将违法者与守法者区分开,使无辜的官兵不受污名所累,有助于提高整体士气,培养军人崇尚理性和秩序的职业精神。第八,可以保护国家的年轻一代。如果一个国家的人民不承认历史,也不承认以其国家的名义犯下的暴行,那么即便是年轻一代也会成为罪恶的一部分。事实上,承担责任并且从此走向和解,要远远好过将时间浪费在讨论罪恶和道德说教上。尤其是对一个国家的年轻人来说,承认历史非常关键。^①换句话说,否认历史、无视罪恶只会带来耻辱,而承认过去的错误和战争责任将成为国民重新确立国家自豪感的源泉。

在当代频繁的地区局部武装冲突中,美军在阿富汗和伊拉克战争中的经验和教训告诉我们,新样式的作战环境下如果缺乏灵活机动的军事司法系统,会造成战术上的被动,有时甚至是战略上的恶果。美军的军事司法系统可谓是相当先进和完善的,即便如此,平时的军事司法系统在战斗环境中运行时也遭遇了挫败的经历,在具有一定规模的美军驻地之外,很难对军人犯罪实施有效的调查和起诉。^②

在阿富汗和伊拉克战争中,美国的司法实践总是将犯下严重罪行的士兵带至远离战斗区域的、设有军事法庭的地方进行审判,而不是在犯罪现场依靠军事司法系统进行审判。^③这种做法造成

^① David Palmer, "What is Reconciliation in the Light of War Responsibility?", Keynote Address to Japan Australia Peace Forum, Melbourne, 23 May 2009.

^② 这被称为“汉堡王效应”,即如果一名士兵的任务区内开有“汉堡王”快餐店,那么他的犯罪行为就可能受到军事法庭的调查追诉;如果他执行任务的区域地处偏远,连“汉堡王”快餐店也没有,那么他的犯罪行为则难以受到军事法庭的追诉。

^③ See Timothy L. H. McCormack, "Their Atrocities and Our Misdemeanours: The Reticence of States to Try Their Own Nationals' for International Crimes", in Mark Latimer and Philippe Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing, Portland, OR, 2003, p. 107.

的结果就是,受到犯罪影响的阿富汗和伊拉克当地民众几乎没有机会旁听案件的庭审,也无从得知案件的判决结果。在没有其他有效信息渠道的情况下,当地民众更倾向于相信实施犯罪的美国军人得到美国政府的包庇,轻易获得了司法豁免。由此得出的结论便是,美国实际上并不像自我标榜的那样致力于消除有罪不罚,而是在现实中实施双重标准。这会进而激起当地民众的愤怒,给美军执行任务造成战略上的负面后果。类似的情况在联合国维和行动中也出现过,2003年至2004年间,驻扎在刚果民主共和国的联合国维和部队陷入了对当地平民妇女进行性剥削的丑闻。当时涉嫌的维和军人没有在当地接受军事法庭的审判,而是被送回国受审。这引发了刚果民众的强烈不满,以至于威胁到整个维和任务。后来,联合国在有关维和行动的报告中专门倡议军事法庭优先进行现场审判。^①战场上鲜活的教训告诉我们,战时军事司法系统和军事行动部署一样具有极强的机动性,复杂的程序无法适应多变的军事任务和战场环境,必须设立一套灵活有效的简易程序。总之,在当代作战样式中,军人个体犯罪下的罪行也有可能对整个军事任务造成负面影响,因此通过多种方式遏制战争罪行,不仅是军队律师关心的问题,同时也是军事指挥官和战略家要重视的问题。

五

《军事组织惩治国际核心犯罪的内在利益》这本论文集的设计者和编纂者想要通过探讨军事组织内部利益驱动力的问题,使其明晓尊重国际人道法、遵守国际刑法的重要作用,从而将这些法律的精神要义和基本原则融入到军事组织内部文化建设之中,最终起到预防犯罪的作用。各种类型的军事组织自觉地尊重国际人道法,惩治组织成员实施的严重国际犯罪,从历史来看,是许多国

^① UN General Assembly, "A Comprehensive Strategy to Eliminate Future Sexual Exploitation and Abuse in United Nations Peacekeeping Operations", 24 March 2005, UN Doc. A/59/710, sec. 35.

家历史传统文化的应有之义,甚至体现了其所信奉的宗教教义;从现实来看,可以维护一个国家的法制环境、提升国内道德水准。从军事组织自身来看,可以直接影响到一个政府或非政府军事组织获得物质与精神支持的程度,增加军事组织的信誉度和荣誉感,从而提升其战斗力,有助于军队顺利完成任务,确保其执行境外任务的合法性。积极遵守和执行国际刑法既是军队职业化的直接体现,也是保障每一名军人基本权利的要求。

寻找有助于达成国际刑法目的的内在驱动力这种思路与中国传统的兵学文化中的思想以及当代中国军队普及国际人道法的教育训练的思路不谋而合。先秦兵书作为中国先民的独立创造,将法律与军事内在贯通,强调治军用法,将道德教化与严刑峻法相结合,通过信赏必罚整饬军纪,从而达到克敌制胜的战争目的。^①早在公元前4世纪中叶,中国兵家就对战争的本质有了朴素的认识。《司马法》中写道“古者,以人为本,以义治为之正。正不获意则权。权出于战。”正者,政也。政治达不到目的,就要动用战争的手段。^②古代中国很早就认识到战争的政治本质,在判断战争胜负方面,认为政治目标的实现才是最根本的。《司马法》以“仁本第一”开篇,讲政治和战争,都以仁爱为根本,不仅爱本国的民众,还要兼爱敌国的民众,这都是基于内在政治需要。在当代中国军队普及国际人道法的教育训练中,往往也更强调中国人民解放军的性质、宗旨和职能与国际人道法精神的内在统一,以及执行国际人道法对我军具有的内在意义。^③

^① 参见俞正山:《先秦兵书军事法律文化探微》,载《中国军事科学》2002年第6期,第41~46页。

^② 参见俞正山:《中西战争行为规范的历史演变》,载《中国军事科学》1995年第4期,第38~42页。

^③ 参见俞正山:《对执行国际武装冲突法的几点看法》,载《中国军事科学》,1998年第2期;俞正山:《用国际人道主义法武装部队》,载王可菊主编,《国际人道主义法及其实施》,社会科学文献出版社2004年版,第168~174页;何晓东:《中国的人道传统与中国人民解放军武装冲突法的传播与训练》,载《红十字国际评论》2001年第841期。

是怎样的内在利益和驱动力促成不同文化背景不同地域中的军事组织认为需要尊重国际人道法,需要追究国际核心犯罪这个问题,在当前国际刑法学界的讨论中是一个颇具创新性的话题,也是一种比较新颖的思考和解决问题的解决路径。在国际社会就武装冲突中应当保护战争受难者这个问题已经达成共识,并且正在努力寻找强化这种保护的各种方法时,在国际刑事司法模式高歌猛进 20 余年,逐渐在实践中显露出诸多局限性时,来谈论军事组织执行国际刑法的内在利益尤其具有时代意义。1995 年夏天发生在波黑的斯雷布雷尼察灭种式的灾难,正是波斯尼亚塞族的正规军队在最高指挥官的命令下实施的,没有道德和纪律约束的军队只是残忍的绞肉机。阿富汗和伊拉克这两场耗资惊人的战争之后,预防和控制军队成员实施国际犯罪的问题也已经进入英美两国国防部高层会议的议程。“二战”结束 70 年后的今天,重新反思追究国际犯罪的内在利益驱动与诉求,与其说是在探索国际刑法目标达成的另一条路径,不如说是对传统的主权之下犯罪抑制方式的回归。

1948 年联合国大会以 55 票比 0 票一致通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约》之后,侵略罪、灭种罪、危害人类罪以及战争罪被公认为是最严重的国际核心犯罪。本论文集中探讨的军事组织的内部抑制犯罪方式主要针对的是战争罪,也就是传统的违反作战规则与战争惯例的犯罪,以及在战争背景下发生的灭种罪和危害人类罪,但对于抑制侵略罪以及现实中发生的由非军事组织成员实施的灭种罪和危害人类罪的效力则不容乐观。这些犯罪往往是由一个国家的最高级别军政首脑参与实施的,完全依靠内部利益驱动的方式抑制犯罪很难达到预期的目标。笔者认为,鉴于国际核心犯罪的性质及特点,从国内层面和国际层面抑制犯罪这两种方式不可偏废,惩治国际核心犯罪既是许多国家和军队的内在利益使然,同时也是一项具有强制性质的国际义务。国际核心犯罪危害了作为整体的国际社会的根本利益,对于国际核心犯罪的

预防和追究也需要整个人类社会的共同努力。

**Honesty and Honor Prior to penalty—Review to
Military Self-Interest in Accountability for
Core International Crimes**

Xue Ru

Abstract: This anthology contains papers on the issue of the self-interest of armed forces in accountability for their members for core international crime, which is the common practices by the armed forces in different culture and region and motivated by various history, religion and reality. The design of the anthology is compatible with Chinese traditional art of war and the IHL training and education in PLA. It's a return back to the crime control under the sovereignty rather than a new way to reach the goal of international criminal law.

Key Words: Core International Crime; Military; Interest

在政治博弈中惩恶扬善 构建国际社会的正义

——评论文集《国际刑法的历史起源》
(第三卷和第四卷)

吴晓丹*

摘要:《国际刑法的历史起源》第三卷回顾欧亚大陆上有关的历史事件并探讨了国际刑法理论的演变过程,特别是“二战”后审判中四种核心罪名的起源和发展以及个人责任形式和判决原则的理论变化。第四卷着重分析了纽伦堡、东京、前南斯拉夫和卢旺达等国际司法机构、国内法院和其他非主流行为体对国际刑法发展作出的贡献。制定国际法规则的驱动力来自保护人权、道德的感召力以及避免历史重演等因素,零散历史事件中逐渐积蓄的力量催生了国际刑法。国际刑法的发展历程伴随着政治和法律等因素引发的紧张与矛盾。国际刑事司法机构的每一步都面临数不尽的障碍,变化是运行中的永恒主题,机构间互动是常态。内容上,两卷书拓展了我们对国际刑法历史及其影响因素的认知,探索并具化了国际刑法历史这一次学科。方法上,这些文章客观、真实、全面还原了历史,主题和作者等都有意识的突破西方中心论窠臼。《国际刑法的历史起源》系列丛书全面梳理和审视了国际刑

* 中央财经大学法学院副教授。

法的多元化历史渊源,极大地丰富了国际刑法的内容,对国际刑法的一些基本问题达成了进一步共识,缩小对国际刑法此后发展的分歧,堪称鸿篇巨制。

关键词:国际刑法;国际司法;国际罪行;历史发展

《国际刑法的历史起源》系列丛书是国际法律政策研究中心(CILRAP)发起,与世界各地多家研究机构与知名大学共同合作的研究成果。该套丛书是迄今为止国际刑法领域中最大的研究项目。共计4卷,总篇幅超过3300页,83个章节,来自全球各个大洲的103位作者参与了撰稿,全面梳理了国际刑法的多元化历史渊源,堪称鸿篇巨制。本文将概述2015年出版的《国际刑法历史起源》第三卷和第四卷主要内容,梳理国际刑法的历史,并就后两卷的内容和研究方法作出评价。

一、《国际刑法历史起源》第三卷和第四卷内容概述

《国际刑法历史起源》第一卷、第二卷以时间为线索,对国际刑法的历史渊源、二战后审判的前奏和二战后国际和国内两个层面的审判进行全景式、系统性、多学科、多角度的梳理和研究。^①第三卷和第四卷的主要内容分别概述如下:

(一)《国际刑法历史起源》第三卷的主要内容

延续前两卷的思路,第三卷第一部分继续在地理、时间、社会环境和法律概念的多样化领域扩展国际刑法的疆域,挖掘鲜为人知的追究个人刑事责任的历史事件,进一步说明国际刑法并非横空出世,也绝非西方文明产物。七篇文章重现国际刑法的前身:古

^① 详见《国际社会如何审判和惩罚最残暴罪行—论文集(国际刑法的历史起源)》(第一卷和第二卷),载《中国国际法年刊》(2014),法律出版社2015年版,第607~627页。

印度、古希腊、17-19世纪的欧洲海洋霸权、17世纪的英国、内战后的美国、后红色高棉时代的柬埔寨、暹罗、土耳其统治的克里特岛、19世纪末的中国、19世纪后期的叙利亚和“二战”中的卡廷大屠杀等。^① 这些文章从以下几个方面充实了国际刑法的历史多样性。首先,不仅涉及当下核心罪名的怀旧版,也展示了其他国际性严重犯罪。例如,古希腊认为对囚犯施加酷刑是超越一个城邦管辖权的犯罪;17-19世纪的海盗和战争时期违反中立是战争罪的前身。其次,处置这些暴行的机制各有特色。公元405年,斯巴达人建立了临时协商制度处理战败雅典人犯下的战争罪;2年后,雅典人通过和解机制大赦大规模杀戮市民的暴政官员。现代国际法产生之前,欧洲众多海事法庭审理了多起违反海战规则的案件。1893年,法国-暹罗混合法庭审理了暗杀一名法国军官的案件。最后,这些机制显现了现代主流机构的某些特征,例如斯巴达法庭使用的词汇表和纽伦堡审判类似。

第二部分和第三部分关注国际刑法核心理论的演变过程,即“二战”后审判中四种核心罪名的起源和演变以及个人责任形式和判决原则的理论变化,旨在说明各种规则背后的基本理论,有关学说为什么以及怎样形成的,有助于更好的理解其决定性构成要素。国际刑法产生之前,迫害行为是一国内政,而不是对共同基本

^① M. K. SINHA, "The Manusmrti and Laws of Warfare in Ancient India"; E. J. BUIS, "Between Isonomia and Hegemonia: Political Complexities of Transitional Justice in Ancient Greece"; S. MUSA, "War Crimes Trials and Pre - Nineteenth Century Admiralty Court Precedents"; J. IVERSON, "The Trials of Charles I, Henry Wirz and Pol Pot: Why Historic Cases Are Often Forgotten and the Meaning of International Criminal Law"; G. S. GORDON, "International Criminal Law's Oriental Pre - Birth"; The 1894 - 1900 Trials of the Siamese, Ottomans and Chinese"; B. E. BROCHMAN - HAWE, "Constructing Humanity's Justice: Accountability for 'Crimes Against Humanity' in the Wake of the Syria Crisis of 1860"; W. SCHABAS, "The Katyn Forest Massacre and the Nuremberg Trial", Morten BERGSMO, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying, Yi Ping (eds.), *Historic Origins of International Criminal Law* (HOICL), Volume III, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 13 - 297.

价值的违反,惩罚迫害行为的发展历程展现了国际刑法的发展参
数。^①反人类罪和灭绝种族罪源于对迫害某一群体的不容忍,国
际法的有关规则植根于“一战”期间奥斯曼土耳其帝国对亚美尼
亚人的驱逐和杀戮,经过了“二战”中犹太人大屠杀和纽伦堡审
判,直到1948年联合国大会通过了《防止和惩治灭绝种族罪公约》
和20世纪90年代后的发展。这又引出了另一个话题,即国内事
务与国际事务的划分与边界。虽有国际刑事司法机构,但惩治犯
罪首要是一国内政,国际刑事司法的作用是补充和强化。^②国际
刑法的罪名来源于国际人道法的核心规则,当下武装冲突快速发
展,有关战争的法律要发展以适应这个现实。^③从侵略罪的国
家行为构成要素来看,《罗马规约》坎帕拉修正案对侵略罪的界定
范围小于纽伦堡法庭。^④

违反国际法实施犯罪的是具体个人,而非国家、政府、军队等
抽象实体,唯有惩戒个人才能落实国际法的规则。^⑤个人刑事责
任的形式与程度凸显了国际刑法惩恶扬善的功能。第三部分的6
篇文章从不同角度阐释了个人责任原则的发展和具体的责任形
式。指挥官责任是因为参与战争和大屠杀的军事等组织中有严格

^① H. BRADY and R. LISS, "The Evolution of Persecution as a Crime against Humanity",
HOICL, Volume III, pp. 429 - 555.

^② Y. GUO, "The Grave Breaches Regime of the 1949 Geneva Conventions: Origins,
Developments and Prospects", HOICL, Volume III, pp. 343 - 386.

^③ P. AMBACH, From State to Individual: Evolution and Future Challenges of the
Transposition of International Humanitarian Law into International Criminal Trials Against
Individuals, HOICL, Volume III, pp. 389 - 426.

^④ M. S. WONG, "Individual Criminal Responsibility for Violations of *Jus ad Bellum* under
Customary International Law: From Nuremberg to Kampala", HOICL, Volume III, pp. 587 - 627.

^⑤ International Military Tribunal, Nuremberg Tribunal v. Goering et al., Judgement of 1
October 1946, in Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal,
Official Documents, International Criminal Tribunal, Vol. 1, Nuremberg, 1947, p. 223, ([https://
www.legal-tools.org/doc/45f88e/](https://www.legal-tools.org/doc/45f88e/)).

的控制架构。^①但为了保护人权必须遵从良心召唤,军人有不服从命令的义务。^②国际刑法有些发展没有一以贯之的脉络,如判决中的减缓情节标准。减缓情况的大幅扩张反映了国际刑事司法的目标和意识形态的变化,但这可能恶化国际刑事判决的本已存在的不同一致性和不可预见性。^③

(二)《国际刑法历史起源》第四卷的主要内容

第四卷分析了纽伦堡、东京、前南斯拉夫和卢旺达等国际法庭对国际刑法的具体罪名的界定和构成以及个人责任等问题的贡献。在打击核心犯罪方面相关国内机构和国际组织与国际刑事司法机构并肩作战,他们的愿景、政策和利益同样反映了国际刑事司法的质量,不容忽视。

第一部分是关于纽伦堡法庭、东京法庭和1993年以来史无前例的机构化过程对国际刑法的贡献。纽伦堡和东京审判中的基本架构(审判庭、检察官办公室和登记处)、对抗式审判程序和采取规则(如非穷尽性证据采纳、书面证据为主)等核心要素经历了时间和国际政治的洗礼保留至今,留下了丰厚的遗产。保留的主要原因在于重复利用验证过的先例价值,透明度需求和时代背景。^④前南法庭和卢旺达法庭运行20多年来,通过界定核心罪名和责任形式,缩小国际和非国际武装冲突中国际人道法适用的差距等国际刑法作出了实质性贡献,促进了地区和平,推动了国际刑事法

^① C. Meloni, "The Evolution of Command Responsibility in International Criminal Law", HOICL, Volume III, pp. 683 - 713.

^② H. Takemura, "The History of the Defence of Superior Orders and Its Intersection with International Human Rights Law", HOICL, Volume III, pp. 715 - 737.

^③ B. Zhang, "Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing", HOICL, Volume III, pp. 771 - 791.

^④ D. Re, "Evolutionary, Revolutionary, or Something More Sinister? How the Nuremberg and Tokyo Procedures and Rules Continue to Influence International Criminal Law", HOICL, Volume IV, pp. 13 - 123.

院的设立,其威慑力在于明确国际社会不再容忍国际罪行不受惩罚。^①管辖权补充原则可追溯到《凡尔赛条约》,并非《罗马规约》首创。^②国际刑事法院的第一个案子,即乌干达案说明和平与正义之间存在矛盾,司法过程必须在所有相关方看来都是公平正义的。^③

第二部分关注国内机构对国际刑法的贡献。国际刑事法院管辖权建立在补充原则基础上,国内司法是落实国际刑法、追究核心犯罪个人责任的首要阵地。有关条约中对国内立法的规定、普遍管辖原则和“或引渡或起诉”原则落实并确认了这一点。更重要的是,尽管对其公平性和独立性有质疑,国内法院仍旧是实现普遍追究国际犯罪责任的最真实可行期望之所在。从立法、执法、实体和程序诸多方面看,国内法是普遍管辖权的起源,推动了其在国际法中适用范围扩大。^④一些国内法院已经在这方面作出诸多表率,例如,对海盗的普遍管辖权,以及在某些规则国内立法缺失时直接适用国际刑法。^⑤孟加拉国早在1973年《国际犯罪法案》中就规定了起诉国际核心犯罪,并将强奸纳入反人道罪,对

^① D. Liu, “Contribution of the United Nations *Ad Hoc* Tribunals to the Development of International Criminal Law”, *HOICL*, Volume IV, pp. 125 – 160. 在一定程度上驳斥了关于两个法庭花费太多、效率太低和效用太少的批评。如 R. ZACKLIN, “The Failing of *Ad Hoc* International Tribunals”, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2, p. 545.

^② P. P. Soares, “Article 17 of the Rome Statute of the International Criminal Court: Complementarity – Between Novelty, Refinement and Consolidation”, *HOICL*, Volume IV, pp. 235 – 305.

^③ M. Schomerus, “International Criminal Crime in Peace Processes; the Case of International Criminal Court and the Lord’s Resistance Army”, *HOICL*, Volume IV, pp. 307 – 337.

^④ S. Makoto, “Expanding the Scope of Universal Jurisdiction through Municipal Law: from Piracy to the Crime of Aggression via the Eichmann Trial”, *HOICL*, Volume IV, pp. 339 – 365.

^⑤ Foreword by LING Yan, *HOICL*, Volume IV, p. vi.

司法资源匮乏国家具有借鉴意义。^① 阿根廷法院适用国际刑法规则审理侵犯人权案件说明国际刑法和国内刑法存在辩证关系：国内实践可以强化和促进国际刑法发展，国际刑法反过来影响促进人权保护和避免逍遥法外的国内法。^② 在全球化时代，对国际刑法的理解应当结合其他法学分支的发展，如国家官员豁免和国内民事诉讼等。^③

第三部分转向国际刑法的非主流行为体，包括政府间组织以及非政府组织。他们中有些已经做出了直接贡献，有些仍在探寻如何更好地参与其中。前南法庭利用人口统计学办法改变了以往与事实有关的工作方法，在一定程度上解决了武装冲突数据搜集这个难题，对审判有重要价值，值得推广。^④ 事实调查是国际刑法发展中的重要模块，但有必要明确相关规则并设立永久性的事实调查机构。^⑤ 国际刑警组织对核心国际犯罪的态度曾经从一个极端走向另一个极端：从完全拒绝到充分合作，但充分合作可能损害其中，立性，2010年新政策有意在两个极端中寻求平衡。^⑥ 中国积极参与联合国战争罪委员会远东和太平洋小组委员会，在远东的

^① M. M. Hossain, "The Significance of Bangladesh's International Crimes (Tribunals) Act in the History of International Criminal Law and Justice", HOICL, Volume IV, pp. 459 - 475.

^② N. M. Luterstein, "A Historical Approach to International Criminal Law through the Lenses of Domestic Prosecutions: Judging Massive Human Rights Violations in Argentina", HOICL, Volume IV, pp. 367 - 401.

^③ I. Apter, "Civil Litigation and International Criminal Law - the Historical Discourse: do the Two Go Together Even If Not Intended", HOICL, Volume IV, pp. 423 - 457.

^④ H. Brunborg, "The Introduction of Demographic Analysis to Prove Core International Crimes", HOICL, Volume IV, pp. 477 - 511.

^⑤ M. Mubiala, "The Historical Contribution of International Fact - Finding Commissions", HOICL, Volume IV, pp. 513 - 551.

^⑥ Y. Gottlieb, "Addressing Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes in INTERPOL's Practice: Historical Milestones and Recent developments", HOICL, Volume IV, pp. 553 - 597.

调查和审判中发挥了核心作用,为当代国际刑法打下坚实基础。^①

第四部分侧重于上述机构有关视角和态度的转变。法院不是机器,其倾向和动力以及相关个人的心理状态和行为也打造了国际刑法,精神层面的解读有助于更深入地了解国际刑法学科。学术研究对国际刑法的态度从赞扬逐渐走向批判,这有助于更加现实的理解国际刑事法院与法庭的作为空间。^②国际刑事法院采用的受害人视角并不是偶发的,在国内法、人权法和之前的国际审判中有悠久的历史。^③案件选取是决定国际刑事司法发展方向和独立性的关键因素,有关情形下的国家利益决定其对某个案件的立场,个人和团体利益以及大国竞争对此亦有冲击。^④

二、国际刑法的历史梳理

报复容易导致暴力升级和武力冲突的恶性循环,审判和惩戒战争罪犯更加人性,更富有成效。^⑤制定国际刑法规则的源动力是保护人权、服从道德的感召力以及避免历史重演等。打破国际社会对等互惠格局,追求更高的价值准则,实现国际和平并保护人权,是人类社会几千年来最大的国际命题。国际刑法从不是简单的法律问题,纠结了政治博弈和人类惩恶扬善的本能,这些规则无不闪耀着智慧和人性的光辉。

^① M. L. Houle, "China and the War Crimes Far Eastern and Pacific Sub - Commission", HOICL, Volume IV, pp. 661 - 701.

^② B. Sander, "International Criminal Justice as Progress: From Faith to Critique", HOICL, Volume IV, pp. 749 - 835.

^③ F. Shuichi, "Victim Participation, Reparations and Reinterpretation as Historical Building Blocks of International Criminal Law", HOICL, Volume IV, pp. 837 - 863.

^④ C. Mahony, "A Case Selection Independence Framework for Tracing Historical Interests' Manifestation in International Criminal Justice", HOICL, Volume IV, pp. 865 - 904.

^⑤ P. I. Labuda, "The Lieber Code, Retaliation and the Origins of International Criminal Law", HOICL, Volume III, pp. 334 - 340. Prologue by ZHU WENQI, HOICL, Volume IV, pp. xiii - xxii.

历史上各个时期和不同地域的零散事件逐渐汇成一股强大的力量,推动了国际法规则的产生与发展。19世纪下半叶开始的红十字运动;1899年和1907年海牙和平会议将传统战争法转变为人道法;“一战”后凡尔赛和约中起诉德国国王和战犯的规定;国际联盟和联合国在战争非法化方面做出的努力。这股力量在“二战”后国际军事法庭中实现了历史性突破。如纽伦堡审判的首席检察官 Rober H. Jackson 所说,战胜国自愿起诉战俘是有史以来权力向理性的最高致敬。^①追究个人刑事责任几乎是立刻在国际关系中扎下根,刚刚成立的联合国大会在1946年决议中就肯定了纽伦堡原则,两年后通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约》。^②过去70年间追究个人刑事责任的条约越来越多,如贩毒、有组织犯罪、洗钱、国际人道法、国际人权法和国际反恐等。这些条约大多要求缔约国在国内法中对有关行为定罪,合作预防、调查和起诉这些罪行。在此背景下,国际刑事法院再次实现革命性颠覆。^③正如联合国前秘书长安南在罗马外交会议伊始宣称的,“国际刑事法院的前景在于全球正义。”当然,国际刑法的发展并不是线性的。冷战曾在一定程度上拖延了国际刑事法院的设立。至今仍有一些大规模暴行几乎或完全逍遥法外,国际社会甚至根本没有注意到。

综观历史可以看出,国际刑法的发展历程伴随着永恒的紧张

^① R. Jackson, “The Case against the Nazi War Criminals: Opening Statement for the United States of America and Other Documents”, New York: Alfred A. Knopf, 1946, p. 3.

^② United Nations General Assembly Resolution 95 (I), 11 December 1946. Prologue by Volker NERLICH, Senior Legal Officer, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, HOICL, Volume IV, p. xxiii.

^③ 1950年国际法委员会在讨论《防止及惩治灭绝种族罪公约》时,认为确立一个审判灭种族等罪犯的国际司法机构是必要的,也是可能的。联合国大会意识到有必要设立国际刑事法院是因为原有国际法无法防止历史重演,柬埔寨、波斯尼亚和黑塞哥维那等灭绝种族行为彰显了人类邪恶无底限。到1998年《罗马规约》谈判完成和2002年生效,前后历时五十多年。Foreword by Narinder Singh, Chairman of UN International Law Commission, HOICL, Volume III, p. iv.

与矛盾。^① 这些矛盾存在于关于正义的霸权主义者和平等主义者之间;^② 存在于国家利益与国际法之间;^③ 存在于国际与国际事务的划界中;^④ 存在于惩罚屠杀行为刽子手的动力与限制惩罚的必要性之间; 存在于罪名和责任形式之间, 或者说集体犯罪与个人刑事责任之间;^⑤ 存在于灵活性与其预见性之间。^⑥ 国际刑法政治化也带来矛盾, 有些人主张在追寻正义的过程中容许其内在的政治因素, 有些人认为考虑到罪行的残酷和被害人的利益, 政治因素是完全无法接受的。^⑦ 这些矛盾根植于法律和政治等其他因素的互动, 或者法律本身内在的冲突。国际刑法的发展历史中, 这些矛盾可能是发展的驱动力也可能是前进的障碍, 这在一定程度上与时代背景有关。例如, 在纽伦堡法庭起诉施卡廷大屠杀中的德国人是因为前苏联有意利用国际司法掩盖一个谎言。^⑧ 但由于证据

^① M. Bergsmo, W. Cheah, T. Song, P. Yi, B. Zhang, "Doctrine and the Scope of Historical Landscape of International Criminal Law", HOICL, Volume III, p. 5.

^② E. J. Buis, "Between Isonomia and Hegenomia: Political Complexities of Transitional Justice in Ancient Greece", HOICL, Volume III, pp. 27 - 61.

^③ S. Musa, "War Crimes Trials and Admiralty Court Precedents", pp. 63 - 90; J. IVERSON, "The Trails of Charles, Henry Wirz and Pol Pot: Why Historic Cases Are Often Forgotten and the Meaning of International Criminal Law", pp. 93 - 118; W. SCHABAS, "The Katyn Forest Massacre and the Nuremberg Trial", HOICL, Volume III, pp. 249 - 297.

^④ H. Brady and R. LISS, "The Evolution of Persecution as a Crime against Humanity", Ibid.

^⑤ M. Aksenova, "Shaping the Definition of Complicity in International Criminal Law: Tensions and Contradictions", pp. 629 - 681. H. TAKEMURA, "The History of the Defense of Superior Orders and Its Intersection with International Human Rights Law", HOICL, Volume III, pp. 715 - 737.

^⑥ B. Zhang, "Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing", HOICL, Volume III, pp. 771 - 791.

^⑦ J. Iverson, "The Trails of Charles, Henry Wirz and Pol Pot: Why Historic Cases Are Often Forgotten and the Meaning of International Criminal Law", pp. 93 - 118. B. E. BROCHMAN - HAWE, "Constructing Humanity's Justice: Accountability for 'Crimes Against Humanity' in the Wake of the Syria Crisis of 1860", HOICL, Volume III, pp. 181 - 248.

^⑧ W. Schabas, "The Katyn Forest Massacre and the Nuremberg Trial", HOICL, Volume III, pp. 249 - 297.

不足,纽伦堡法庭的最终判决对此保持沉默。这也证明了司法公正性,也就是说出于国际利益将国际法作为工具的企图并没有阻碍国际刑法的发展。

我们还可以看到,对于国际刑事司法机构来说,首先,它们的每一步都面临数不尽的障碍,其规则和裁决不仅体现了法律原则,也彰显了其愿望和局限性,特别是受到了国家主权的直接和间接影响。一方面,确立对任何一个机构的架构、判例、程序和方法的影响国际信心对该机构至关重要。^①另一方面,临时性的国际刑事司法机构虽将成为历史,但他们的拓荒史给国际刑事法院、国内司法机构和未来的临时性机构留下了丰厚的遗产。纽伦堡法庭和东京法庭的审判程序影响至今,前南法庭和卢旺达法庭也在多个领域留下了宝贵的经验,为其他机构提供了最优化的借鉴。^②

其次,对于整个国际刑法机构体系来说,变化是永恒的主题,体现在态度、使命、优先事项和工作方法等。例如,前南法庭从以管辖权为重点到强调补充作用的转变。^③阿根廷挣扎 20 年后才承认赦免法与国际义务可相容性,开始审判 20 世纪 70 年代军事独裁时期的大规模侵犯人权事件。^④直到 20 世纪 90 年代国际刑警组织一直采取保守立场,拒绝参与打击核心国际犯罪,而最终转变的动力是为了保持该组织在国际层面的相关性。通过自我反思和适用,这些机构努力适应时代的变迁,这种演变的积累对国际刑法

^① D. Re, "Evolutionary, Revolutionary, or Something More Sinister? How the Nuremberg and Tokyo Procedures and Rules Continue to Influence International Criminal Law", HOICL, Volume IV, p. 19.

^② M. Bergsmo, W. Cheah, T. Song, P. Yi, B. Zhang, "The Role of Internationalized Jurisdictions, National Jurisdictions and Other Actors in the Making of the History of International Criminal Law", HOICL, Vol. IV, p. 2.

^③ S. Brammertz and K. C. Hughes, "From Primacy to Complementarity: the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993 - 2015", HOICL, Volume IV, pp. 161 - 233.

^④ N. M. Luterstein, "A Historical Approach to International Criminal Law through the Lenses of Domestic Prosecutions: Judging Massive Human Rights Violations in Argentina", HOICL, Volume IV, pp. 367 - 400.

的发展有重要影响。

再次,国际刑法有关机构间存在不同形态的互动,有冲突有合作,有分离有会合,有妥协有扩张,有连续有中断。案例引用是法庭之间最常见的互动方式,通过判决承认与执行打造了司法共同体。例如,没有国际刑法中关于侵权的核心要素,国内法院判处政府和公司侵犯人权的案例难以生发。^①国际人权法院对国内和国际法院都有影响,例如,在反人道罪和被害人作用方面。^②整个国际司法体系各个主体间的动态关系说明互补原则不仅存在于国际法院和国内法院之间。

最后,过往经验表明,国际刑事司法的成功比其他国际法规则更需要国家的配合和支持,特别是联合国安理会的政治意愿。唯有两者结合才能保障国际刑事司法的成功;反之,政治支持的欠缺会使得国际司法工作失败的风险大大提高。前南法庭诞生表明了国际社会通过惩罚犯罪缓和主权的意愿,但妥协和其他纠缠其中利益造成的冲突和质疑贯穿前南法庭整个生命历程,有时甚至关系生死存亡。国际刑事法院的成立是政治妥协的结果,目前为止,共起诉了30多位个人,且案件都来自非洲。只有打破这个局面才能提升其可信度。^③有批评认为国际刑事法院是西方帝国主义的工具体,但国际刑事法院是有潜力减少直至去除政治影响发挥更大的作用。另外,普遍参加国际刑事法院是结束最严重罪行肇

^① I. Apter, "Civil Litigation and International Criminal Law: the Historical Discourse - Do the Two Go Together Even If Not Intended?", HOICL, Volume IV, pp. 423 - 456.

^② N. M. Luterstein, "A Historical Approach to International Criminal Law through the Lenses of Domestic Prosecutions; Judging Massive Human Rights Violations in Argentina", HOICL, Volume IV, pp. 367 - 400; F. SHUICHI, "Victim Participation, Reparation and Reintegration as Historical Building Blocks of International Criminal Law", HOICL, Volume IV, pp. 837 - 861.

^③ R. Mohamad, "An Afro - Asian Perspective on the International Criminal Court", Hoicl, Volume IV, pp. 729 - 747.

事者不受惩罚和防止此类罪行的发生所必需的。^① 很多国家对国际刑法的发展采取观望态度,至少 1/3 国家仍在国际刑事法院体系外,特别是大国。^② 寻求更广泛的政治扶持是国际刑事法院当下面临的最大挑战。^③

三、对《国际刑法历史起源》第三卷和第四卷的评价

人类历史的最大悲剧就是不断重演主权国家下令或支持下的大规模杀戮。《国际刑法历史起源》(三卷、四卷)展现了人类社会协力惩治最残暴罪行的历程,论述了国际刑法丰盈且厚重的往昔岁月。

第一,从内容上看,两卷书是国际刑法研究的一个阶段性标志,扩展了我们对国际刑法历史及影响因素的认知,探索并具化了国际刑法历史这一次学科。文章内容是前所未有的全面,从主题大致可以分为以下几类:(1)国际刑法的历史前身;(2)核心罪名和个人刑事责任起源;(3)国际化司法机构、国内法院、其他主体的贡献;(4)其他学科的视角。通过各个层面的冲突和矛盾的发展,说明了受害者的苦难和人类的良知如何推动了个人在国际层面承担责任,达到了主编们的初衷,即不是机械的填补国际刑法研究空白,而是横向拓宽国际刑法的腹地,纵向深化对国际刑法的历史和知识根源的了解,巩固国际法这一较新分支。^④ 横

^① Professor Ling Yan's Statement, Beijing Launch of 'Historical Origins of International Criminal Law', <https://www.ficlh.org/activities/hoicl-launch-beijing>, 27 January 2016.

^② 大概有 40 多个联合国成员国拒绝签署或加入《罗马规约》,理由包括不赞同条约中术语的界定和政治性措辞等,其中亚洲国家居多。【按:是说缔约国最少吗? 表达更清晰一些。】Foreword by Anuradha Bakshi, Hoicl, Volume IV, p. xi; Professor Ling Yan's Statement, *Ibid.*

^③ Foreword by Ling Yan, Hoicl, Volume IV, p. 6.

^④ The Announcement of the Concept and Programme of the Seminar, see http://www.ficlh.org/fileadmin/ficlh/cvs/140301-02_HOICL_Seminar_I_concept_and_programme_as_of_140302_.pdf, 15 January 2015.

向腹地的存在说明我们下一步应当采取措施减少国际刑法的对立分离现象。^① 广泛的地理和时间跨度,是本书与近些年类似研究成果的最大区别和明显的压倒性优势。^②

四卷书可谓是具有里程碑性质的学术研究,让我们抽离当下的争论和意义,考量这个学科中隐含的深层次基石。^③ 重新审视国际刑法核心内容的共同遗产。如刘大群法官指出,这套丛书为国际刑法提供了一个更具有包容性和全球性的视角,有理由期待它能在各国理解、发展和实践国际刑法的过程中创造出更多的凝聚力 and 一致性。来自欧美亚非拉不同国家、历史和文化背景的学者在该项目过程中增进了了解,重现各国以往通过《联合国宪章》和战后两大审判对国际刑法核心原则达成的坚实共识,特别是纽伦堡审判和东京审判的基本原则。

丛书中若干篇文章反复论述,对历史的全面审视会极大地丰富和拓展国际刑法的内容。但也同时证明这套书仅仅是历史起源研究的起点。其一,很多的历史事件仍需要全面的研究和分析。如四卷书大篇幅的论证了国际刑法的历史可追溯到几个世纪以前,但对“二战”后对德国和日本战犯的审判是否是国际刑法的起点仍有异议。一些观点认为,1474年在奥地利布赖萨克成立的临时法庭是第一个国际战争罪审判,也有学者从多个角度论证并非

^① Mr. Martin Sørby, Director of Department of Legal Affairs, Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Launch of 'Historical Origins of International Criminal Law: Volumes 3 and 4' and New Services in the ICL Public Commons, <https://www.fichl.org/activities/14th-icc-asp-session>, 27 January 2016.

^② K. J. Heller and G. Simpson (eds.), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford: Oxford University Press, 2013. Y. Tanaka, T. McCormack, G. Simpson (eds.), *Beyond Victor's Justice? - The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

^③ Professor Claus Kress's remarks Berlin Launch of 'Historical Origins of International Criminal Law', 15 December 2015, <https://www.fichl.org/activities/hoicl-launch-berlin>, 27 January 2016.

如此。^①目前只能说,纽伦堡和东京审判的确开启了国际法的新时代,是革命性的,但内核制度并非原创性,而是有历史足迹可以追寻。其二,对历史的深入探讨有助于国际刑法学科走得更远,缩小对国际刑法此后发展的分歧。^②眼下武装冲突和暴力极端分子等造成的国际性或大规模的侵犯人权仍旧层出不穷,迫切需要从国际刑法历史中汲取进一步发展的营养。

第二,从研究方法上来看,有以下特点:

首先,这套书的一个突出特点是遵循历史研究基础原则,即还原事实。坚持在当时的历史背景和主导思想下理解这些事实,勿用错位时代看待和解释历史,否则可能适得其反。^③难得的是,绝大多数作者排除了意识形态和受制于文化和国家利益影响的狭隘历史观的影响,尽可能全面、客观的探寻历史对国际法发展的影响,深入挖掘其理论起源和政治起源。历史研究给法律原则和规则增加了血肉,避免了孤立的、死抠法条的解释。国际法的发展与历史事件之间的内在联系远比我们想象的复杂。超越传统西欧地域范围的历史研究呈现出的全貌,有力的证实至少在过去的几百年间,由于某些犯罪的普遍管辖权和个人为之承担责任概念的产 生,随着国际刑事司法机构的诞生和运行,在国际层面惩处罪犯已

^① 这个法庭由 28 名来自奥地利和汉萨同盟的法官组成,审判了德国军官 Peter von Hagenbach 在占领奥地利某城市期间犯下的谋杀罪和强奸等暴行,法庭没有接受被告说自己执行命令的辩护,将他判处死刑。最早见 G. Schwarzenberger, *International Law: As Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. I, London: Steven and Sons, 1968, pp. 15 - 16。国际刑法著作中多人依从了这个蓝本,并作为当代国际刑法的判例,但仍有不同观点,最有说服力的见 G. S. Gordon, "The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law", in K. J. Heller and G. S. (eds.), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 13 - 49。

^② 虽然对国际刑事法院、普遍管辖权和国家官员的豁免等仍有明显的分歧,但鉴于国际刑法远比这些争议悠久,国际刑法绝不仅仅是国际刑事法院,所以这些争议不当遮蔽历史。Editors' Preface, M. Bergsmo, W. Cheah, T. Song, P. Yi (eds.), *HOICL, Volume IV*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, p. i.

^③ M. Bergsmo, W. Cheah, T. Song, P. Yi, B. Zhang, "Doctrine and the Scope of Historical Landscape of International Criminal Law", *HOICL, Volume III*, p. 11.

成为常态,尽管这些诉讼的有效性仍取决于国际政治、法律气候等因素。

其次,与一二卷同样,三四卷的作者们来自全世界,这是该书克服欧洲中心或者西方中心视角的重要体现。^① 这些作者中既有国际人权法和国际刑法的实践者,如资深专家如联合国国际法委员会专家、国际司法机构的法官和知名教授学者,也有国内法官、检察官和律师,还有国际政府和非政府组织的官员以及青年学者。四卷书的100多位学者在此过程中形成了一个学术共同体。^② 一个细节是原本计划的三本书扩充到四本书。这说明了会议主题吸引力,印证了历史起源是普遍的兴趣点,同时也说明会议召集人胸怀天下的气魄和影响力。以中国为例,参与其中的既有前南法庭法官刘大群、中国人民大学教授朱文奇、中国政法大学教授凌岩、红十字国际委员会东亚地区代表处高级政治顾问郭阳先生和法律顾问宋天英女士、上海交通大学向隆万教授等中国国际刑法研究和实践的著名学者,也有北京大学副教授易平、厦门大学副教授张庭新以及北京大学和中国政法大学国际公法硕士生这样的中坚力量和后起之秀。这也让全球的国际刑法研究学界窥见中国科研实力的一斑。

最后,历史是缩小分歧、弥合不同见解和立场的利器,有助于国际刑法长期可持续发展。以史为鉴有助于更加客观、理性地看待现状和展望未来。对国际刑法演进的理解,特别是发展中面临的挑战,与国际刑法当下面临的挑战和未来的前景是息息相关的。可惜的是,镜鉴原则(或者过去对现在和未来的影响)并未明显、一贯的体现在所有文章中,很多作者对历史的探寻止于当下,缺少预测和展望。

^① Dr. Chantal Meloni's statement, Berlin Launch of 'Historical Origins of International Criminal Law', 15 December 2015, <https://www.ficlh.org/activities/hoicl-launch-berlin>, 27 January 2016.

^② Foreword by Wegger Christian Strømme, HOICL, Volume IV, p. iii.

第三,仍有必要提及本书主编莫滕·伯格斯特教授在培养国际法律人才、促进国际刑法学术研究的卓越贡献。他倡导和组织了若干个学术非政府组织,涵盖出版、论坛、学术会议、奖学金、博士后研究职位和数据库等。^①他出版的书籍、文章等,包括《国际刑法历史起源》都可以免费下载。他建构的国际刑事事法院网站上法律工具数据库(Legal Tools Database)^②囊括了东京审判和联合国战争罪委员会有关讨论的全部纪录,欧洲和亚洲“二战”后国内审判的重要文件,以及当下国际刑事审判纪录、法律文件和有关的学术评论。该数据库内容丰富,更新及时,免费在线,链接恒定,改变了国际刑法资料占有成本高且难的尴尬局面。

**Constructing the Justice in the International
Community through Individual Criminal
Punishment: Book Review on *Historical
Origins of International Criminal
Law* (Vol. 3 and 4)**

Wu Xiaodan

Abstract: Volume 3 of *Historical Origins of International Criminal Law* continues to expand the historical and geographical landscape of international criminal law and investigates the origins of core international crimes, principles of international criminal responsibility and the modes of liability. Volume 4 dwells on more recent development and considers in particular the contributions made by a number of key institutions at international and national levels

^① <https://www.ficli.org>.

^② www.legal-tools.org.

and methods in the pursuit of criminal justice for core international crimes. The chapters in these two volumes demonstrate that the primary drives for the creation and development of international legal rules for individual criminal punishment originated in the necessity of human right protection, the need to construct justice in international community and to avoid repetition of similar atrocities. The doctrine – based approach and non – linear narrative provide a more tolerant and global perspective, thus nourish more cohesive force and coherence for the growth and implementation process of international criminal law in the international community.

Key Words: International Criminal Law; International Courts and Tribunals; Core International Crimes; Historical Origins