

国内法与实践中可适用于国际罪行 (战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪) 的惩治措施分析

刘欣燕*译

本报告对 64 个国家中可适用于国际罪行(战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪)的惩治措施进行了分析。抽样调查国在地域分布和法系分类(其中一些国家属于罗马—日耳曼法系(民法法系),另一些属于普通法系)方面符合要求。

本调查对这些国家的相关立法和判例法(如果存在且可以获得)进行了研究,以便尽可能准确地分析主管法院适用过或可适用的惩治措施。对于每一个受调查国,我们都研究了以下问题:

- 可适用的主要法律;
- 法律中对于各项指控规定的相应条款;
- 目标人群;
- 主管法院;
- 关于指挥责任的规定有哪些;
- 关于排除“上级命令”抗辩有何规定;
- 可适用的惩治措施的范围;
- 可适用的减轻与加重刑罚的情况;

* 红十字国际委员会法律翻译,中国社会科学院国际法学博士。

—惩罚的目的。

可从红十字国际委员会咨询服务处获取已经总结好的国别与地区详表。下文概括了有关可适用于这些罪行之惩治措施的主要分析数据。

国际人道法下国家起诉与惩治国际罪行的义务

大量国际人道法规则都规定在 1949 年的四个《日内瓦公约》及其 1977 年的两个《附加议定书》中。缔约国有义务制止这些条约中规定的所有违反人道法的行为;而对于那些被称之为“严重破约行为”的严重违法行为,各国还负有一些特殊义务。

严重破约行为是指那些违反国际人道法的最恶劣的行为。

《日内瓦公约》及《第一附加议定书》中列出了这些具体行为,其中包括故意杀害、酷刑和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。附件的表中列出了所有此类严重破约行为。严重破约行为被视为战争罪。战争罪也可能出现在非国际性武装冲突中。

公约和议定书都明确规定严重破约行为必须受到惩治。然而,这些条约本身并没有规定具体的惩治措施,也没有确立对犯罪者的审判管辖权。惩治严重破坏人道法公约之人的任务则要由各缔约国采取必要的立法措施来完成。

一般而言,一国的刑法只适用于发生在其本国领土内或由其本国国民或针对其本国国民实施的犯罪。而国际人道法的规定更进一步,因为它要求各缔约国找出并惩治所有实施了严重破约行为的人,而无论犯罪者具有哪国国籍,也不管罪行发生在何地。该原则被称为**普遍管辖原则**,它对于有效追诉和惩治严重破约行为至关重要。

对于严重破约行为,国际人道法规定各国义务采取下列具体措施:

首先,各国必须颁布国内法(既可通过制定此方面的新法也可通过修订现行法律),禁止实施严重破约行为,并规定对其进行追诉和惩治。这些法律必须涵盖实施或命令他人实施严重破约行为的所有人,而无论

其国籍为何,因失职而实施了破约行为的情况也包括在内。这些法律必须涵盖在本国领土之内和之外实施的行为。

其次,国家必须找出并起诉这些被指控实施了严重破约行为的人。该国必须要么自身对这些人提起诉讼,要么将其引渡给另一国进行审判。

再次,各国必须规定军事指挥官应承担的责任,以防止发生严重破约行为,在出现严重破约行为时及时制止,并对在其统帅下犯有此类罪行的人采取相应措施。

最后,各国必须在涉及严重破约问题的任何程序上相互提供司法协助。

无论是在平时时期还是武装冲突期间,各国都必须履行这些义务。上述措施要能起到作用,则必须在严重破约行为发生前即已采用。最后,可以肯定的是,除一些细微的差别外,这些义务也可适用于灭绝种族罪和危害人类罪。

国内立法

尽管《日内瓦公约》得到了普遍加入与批准,但相当多国家的国内立法并不符合国际人道法的上述要求。例如,有些国家的国内刑法中并没有规定有关国际罪行(包括严重破约行为)的起诉和惩治以及这些罪行应适用的惩治措施等必须规定的条款。

在已经采取了上述措施的国家中,不同国家所采用的方法也是不同的。有关国际人道法实施的大部分规定,特别是有关起诉和惩治最严重破约行为的规定散见于若干现行法律规章中(刑法、军事审判法、军事纪律章程、特别法……)。这些规定很少只出现于某一个单独的法律法规中。相关罪行有时被规定在普通刑法中,有时则被规定在军事法律规章中,或是二者皆有规定。一种情况是普通法院对审理这些罪行具有专属管辖权(甚至是对军队成员,例如,南非、比利时、加拿大以及波斯尼亚和黑塞哥维纳、爱沙尼亚、立陶宛、马其顿、黑山、塞尔维亚、斯洛文尼亚等

许多中欧国家就属于这种情况);另一种情况是军事法院对此具有管辖权(即便是对平民,瑞士和刚果民主共和国即属于这种情况);还有一种情况是规定了共同管辖权,根据被告的身份(平民或军人)或当时是否在值勤来进行划分。

自《罗马规约》通过以来出现了这样一种趋势:各国通过惩治规约中规定的这些罪行来实施其必须履行的大部分国际人道法义务,即便尚未批准《罗马规约》的国家亦是如此。当在非国际性武装冲突中实施有关战争罪的刑法条款时,这一趋势就更为明显了。

还有一个值得注意的有趣现象是:尤其是在民事法院和军事法院共享管辖权的情况下,究竟由哪一体系管辖,其规定的明确性取决于该国是否具有相关的实践经验(哥伦比亚、秘鲁)。例如,哥伦比亚就明确规定,有可能在值勤期间实施的国际罪行应归民事法庭管辖。对于某种形式的国际技术援助能在多大程度上使国内法与国际法保持一致,也取决于各国的相关经验(卢旺达、东帝汶、柬埔寨)。

然而,遗憾的是人们可能发现,在很多情况下各国所采取的措施都是不充分的。例如:

—国内法中规定的罪行经常是不完全的。

—这些法律通常并没有提及国际刑法的一般原则。因此,国内刑法的一般性规定仍然适用于国际刑法,这就为妨碍刑事诉讼找到了借口。国内法的规定可能与国际法相反,例如,适用诉讼时效(肯尼亚、阿根廷、秘鲁和波兰)或可以“上级命令”为由进行抗辩(尼加拉瓜、危地马拉、巴西、泰国)。

—有些国家并未对所有相关条款——特别是那些适用于军事人员的条款——进行必要的修正和调整。因此,这就为对同一事实根据国际刑法和军事法律提起平行诉讼留了一扇门。

这些罪行通常会受到截然不同之法庭的审判,因而作出的判决也大相径庭(例如,一些国家针对平民居民实施的严重违法行为会被判终身监禁,而就同一事实,如被界定为针对平民居民实施的触犯军法行为,则最多只会被判两年监禁)。

各国对国际罪行的量刑规定各异。国内立法对于灭绝种族罪和危害人类罪都规定了最严厉的惩治措施。有时死刑是规定的唯一刑罚(布基纳法索、布隆迪、刚果(布)、科特迪瓦、马里、尼日尔);有些国家对灭绝种族罪和危害人类罪等情况保留了包括死刑在内的最严厉的刑罚(加拿大、英国、印度);还有很少几个国家的法律制度规定了不同程度的刑罚,例如,中、东欧的一些国家;最后,有些国内法律制度对灭绝种族罪的煽动和同谋行为引入了减刑(美国、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥、巴西、尼加拉瓜和法国)。

各国对于战争罪的量刑也有所差别。有些国家的法律制度并不明确区分属于战争罪的各种不同罪行,一律判处最严厉的徒刑,要么是死刑[布隆迪、刚果(布)、科特迪瓦和马里],要么是终身监禁[刚果(布),作为死刑的替代措施]或终身劳役拘禁(刚果民主共和国)。还有些国家的法律对于造成了死亡的战争罪和其他战争罪作出了明显区分,对于前者适用死刑(尼日利亚、刚果民主共和国、美国、印度)或终身监禁(乌干达、加拿大、英国,美国和印度以此作为死刑的替代措施);而对后者判处有期徒刑或终身劳役拘禁(刚果民主共和国)。而还有些国家则根据是否以平民居民或战俘为目标,对不同的罪行规定了不同的刑罚。如以平民居民为目标将被判处终身监禁,如以战俘为目标则适用有期徒刑(肯尼亚)。最后,一些国家的法律制度中对于被确定为战争罪的每一种罪行都规定了具体的量刑范围(规定非常具体的国家有:比利时、哥伦比亚、尼日尔和卢旺达;规定次具体的国家有:波兰、斯洛伐克、立陶宛、保加利亚、爱沙尼亚、马其顿、捷克共和国和俄罗斯)。

有些战争罪根据军事法律也属于触犯军法的行为,并据此受到主管法院或法庭的审判。受到双重制度调整且最常见的罪行有抢劫、以抢劫为目的对丧失战斗力者实施的暴力行为,以及滥用标志和特殊符号。暴力抢劫将被判处包括终身劳役拘禁和终身监禁在内的严厉刑罚[布隆迪、刚果(布)、刚果民主共和国、洪都拉斯、阿尔及利亚、科特迪瓦和尼日尔],在这种情况下,通常会明确规定对煽动者适用最重的刑罚,其他类型的抢劫通常会被判处5~20年有期徒刑。对丧失战斗力者实施的

暴力行为也将获重刑:死刑(阿尔及利亚、科特迪瓦)、终身监禁(尼日尔)、终身强制劳动[刚果(布)]、有期强制劳动(布隆迪)以及有期徒刑(萨尔瓦多、中国)。滥用特殊标志将被判处1~10年有期徒刑(阿尔及利亚、刚果(布)、科特迪瓦、尼日尔、刚果民主共和国和墨西哥)。在有些国家,军事法庭对于某些触犯军法行为的量刑具有完全的自由裁量权(美国、洪都拉斯);而有些国家的法律制度对于同一罪行的量刑范围则规定得过于宽泛,对于有些案件,量刑可从60天到20年或是(无明确期限的)拘留(秘鲁)。

有些国家的司法体制规定了其他可选刑罚,通常是罚金(南非、帝汶岛、美国、哥伦比亚、墨西哥)或剥夺某些权利(美国、秘鲁、洪都拉斯、墨西哥、罗马尼亚)。有些军事法规也包括了一些辅助的刑罚措施,通常会影响到个人的军事衔级和地位(卢旺达、哥伦比亚)。最后,有些法规还增加了对受害者的救济措施和补偿(比利时、美国、英国、布隆迪),包括设立为受害者提供援助的基金(加拿大、帝汶岛)。

国家实践

国际刑事法院和各刑事法庭公布了丰富的判例法,而国内法院公布的涉及国际罪行的判例法数量却相对贫乏得多,尽管在某些受冲突影响地区(前南斯拉夫、卢旺达)的情况已有所改变。由此可见,想明确未来的趋势更是十分困难。此外,有些裁决是在高度政治化的背景下作出的,因此应谨慎加以解释。还有些可能相关的裁决通过拒绝承认存在武装冲突并最终适用针对(谋杀、过失杀人、人身侵犯等)普通罪行的法律,将有关国际罪行(特别是战争罪)的所有讨论排除在外。最后,应该牢记的是,国内法院适用的是国内法,当对最严重的罪行定罪量刑时,国内法通常会限制法官的自由裁量权或在有些情况下,将其减至最小。

在国内层面,无论军事法院还是民事法院都参与到了国际罪行的起诉与惩治中。受害人员的身份似乎并没有从制度上成为管辖权最终确定的因素。一个值得注意的有趣现象是,在一种情况下,案件肯定会在

民事法院手中,其目的是为了判定究竟是民事法院还是军事法庭依法具有管辖权(美国,哈姆丹案,2005年),此外还可以要求民事法院审理责任通常在于高级军官的酷刑案件,其目的是对受害者给予补偿和损害赔偿(美国,福特诉加西亚案(*Ford v. Garcia*),2002年;罗马戈扎诉加西亚案(*Romagoza v. Garcia*),2006年)。

关于上级命令的抗辩,许多法院认为如果命令没有明显违法,可以接受此类抗辩。同样,在有些国家(例如,美国法院,当判定萨尔瓦多指挥官对于其下属实施的酷刑行为所负的责任时——见上文提及的福特诉加西亚案和罗马戈扎诉加西亚案),即使立法条文中未明确规定指挥官参与的形式,但指挥官责任的原则已是根深蒂固。美国法院借助国际刑事法院和法庭的判例法[前南国际刑事法庭——德拉里奇案(*Delalic case*),2001年],重申了上级对下级进行有效控制的必要。

关于适用的徒刑,各国法院一般是在一审中根据国内法作出判决,涉及死刑和刑期长短不一的监禁。例如,东帝汶帝力特别法庭对危害人类罪通常会判处10年监禁,而法律规定的最高刑是25年;比利时法院判处4名被控犯有战争罪的人12~20年有期徒刑。较少有判决明确指出所适用惩罚的目的;在东帝汶,判决明确指出刑罚的目的在于:体现其威慑作用,促使与有罪不罚的现象作斗争,促进实现和平,同时推动国家和解。最后一点是,一个颇具争议的南非判决认为,在鼓励披露事实的同时,大赦有助于实现相同的目标[阿扎波案(*Azapo case*),1996年]。

所研究的几个判决都在判处这些刑罚的同时辅以了一些辅助性惩治措施:为所造成的损失支付一定金额的赔偿金(美国、菲律宾、卢旺达),包括向为受害者设立的专用基金中支付一定金额(比利时、卢旺达);没收或扣押被告的财产(卢旺达);终身且完全剥夺民事权利(卢旺达);最后,只要士兵被判刑,他就会被开除或剥夺军衔(比利时、美国、菲律宾)。

红十字国际委员会法律部咨询服务处

附件

1949 年《日内瓦公约》及其 1977 年《第一附加议定书》中界定的严重违约行为		
1949 年四个《日内瓦公约》中界定的严重违约行为(分别为第 50、51、130 和 147 条)	1949 年《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》中界定的严重违约行为(分别为第 130 和 147 条)	1949 年《日内瓦第四公约》中界定的严重违约行为(第 147 条)
—故意杀害; —酷刑及不人道待遇; —生物学实验; —故意造成重大痛苦; —故意对身体或健康造成严重伤害; —无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收(《日内瓦第三公约》第 130 条中没有此规定)。	—故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利; —非法驱逐出境或移送。	—将被保护人非法禁闭; —以人为质。
1977 年《第一附加议定书》中界定的严重违约行为(第 11 条和第 85 条)		
—以任何无理行为或不作为而危害落于敌方权力下或被拘禁、拘留或以其他方式被剥夺自由的人的身心健全。特别禁止对这类人员实行下列各项办法:残伤肢体;医疗或科学实验;为移植而取去组织或器官,除非该行为为该人的健康状况所要求并与进行医疗程序一方未剥夺自由的国民在类似医疗情况下所适用的公认医疗标准相符。 —故意实施下列行为,并造成死亡或对身体健康的严重伤害时: —使平民居民或平民个人成为攻击的对象; —知悉攻击将造成过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害,却发动使平民居民或民用物体受影响的不分皂白的攻击;	—下列行为于故意并违反各公约和本议定书作出时,应视为严重破坏本议定书的行为; —占领国将其本国平民居民的一部分迁往其所占领的领土,或将被占领领土的全部或部队居民驱逐或移送到被占领领土内的地方或将其驱逐或移送到被占领领土以外; —对遣返战俘或平民的无理延迟; —以种族歧视为依据侵犯人身尊严的种族隔离和其他不人道和侮辱性办法; —在历史纪念物、艺术品和礼拜场所不紧靠军事目标的情形下,使特别安排,例如在主管国际组织范围内的安排所保护的,构成各国人民文化或精神遗产的公认历史纪念物、艺术品或礼拜场所成为攻击的对象,其结果使该历史纪念物、艺术品或礼拜场所遭到广泛的毁坏;	

续表

1949 年《日内瓦公约》及其 1977 年《第一附加议定书》中界定的严重破约行为	
—知悉攻击将造成过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害,却发动对含有危险力量的工程或装置的攻击; —使不设防地方和非军事化地带成为攻击的对象; —知悉为失去战斗力的人而使其成为攻击的对象; —背信弃义地使用红十字、红新月或其他保护记号。	—剥夺各公约或《第一议定书》所保护的人受公正和正规审判的权利。