

预防与惩治国际罪行： 迈向基于国内实践的 “整合”方法

国际人道法国家实施委员会第三次全球会议报告

第一卷

红十字国际委员会国际人道法咨询服务处



ICRC



ICRC

红十字国际委员会东亚地区代表处

中国北京市建国门外大街9号

齐家园外交公寓3-2

邮编: 100600

电话: +86 10 8532 3290

传真: +86 10 6532 0633

邮箱: bej_beijing@icrc.org

© ICRC, 09.2015

预防与惩治国际罪行： 迈向基于国内实践的 “整合”方法

国际人道法国家实施委员会第三次全球会议报告

第一卷

起草者：

安妮·玛丽·拉罗萨

本报告分为两卷，分别是报告本身以及报告所涉及的附件。

本报告还附有一张光盘，刻有对国际人道法的国内实施有所帮助的其他资料。

若对报告及其附件有任何评论，请发送至红十字国际委员会 (ICRC) 国际人道法咨询服务处，邮件地址是：gva_advisoryservice@icrc.org。

致 谢

ICRC国际人道法咨询服务处对所有为此报告做出贡献的人和组织表示感谢，这份报告是团队紧密合作的成果。咨询服务处还要特别感谢魁北克省律师协会派遣来的实习生Emmanuelle Amar和Miriam McLeod，他们为研究和收集相关资料尽心尽力。不过，ICRC会对此报告承担全部责任。

前言

近年来，尽管国际刑事司法组织已经取得了显著的进步，但国家仍肩负着惩治严重违反国际人道法（简称“人道法”）行为和其他国际罪行的主要责任。《国际刑事法院罗马规约》所依据的补充管辖原则也将国内司法系统置于首位。根据《罗马规约》，法院仅在缔约国不能或不愿对该国具有管辖权的罪行采取必要措施加以惩治的情况下才会采取行动。这一方法符合《1949年日内瓦公约》及其《第一附加议定书》所规定的义务，即要求缔约国搜捕并起诉被控曾犯或曾令人犯下严重破坏这些公约的人。

正是出于这些原因，ICRC监督并鼓励在国内层面实施《罗马规约》。我们一直希望努力构建并巩固一个能够加强预防并惩治严重违反人道法行为的体系。的确，关于设立常设刑事法院最早的提议之一是古斯塔夫·莫瓦尼埃于近140年前提出的，他是ICRC的创建者之一，并曾长期担任该组织的主席。近来，ICRC在一系列导致《罗马规约》通过的讨论中投入了大量的时间、精力，并从那时起继续跟踪缔约国大会的工作。它始终对各国国际刑事法庭的工作予以大力支持，这些法庭负责对其管辖下的被剥夺自由者予以审查。

保护武装冲突受害者的生命与尊严是ICRC特有的使命，其使命影响着该组织与国际刑事司法的关系，并促使该组织在其与有关当局和武器携带者的日常对话中更愿意采取保密和劝说的方式。这是一个务实组织的行动方式，它致力于在注重保持接触受害者的同时加强对人道法的遵守。正因如此，ICRC与各缔约国合作，支持它们努力使其本国立法与实践符合人道法的要求，尤其是在惩治严重违反人道法行为及其他国际罪行的义

务方面。ICRC深信，明确的法律框架有助于确保更好地遵守人道法并预防违法行为的发生。

将严重违反人道法的行为和其他国际罪行纳入国内法是一项复杂的工作，这是因为它涉及到国防部、司法部、财政部、外交部、教育部和卫生部以及国会议员等诸多政府参与者。在实践中，人道法的实施取决于不同缔约国机构和专业组织的权限分配。实施国际人道法国家委员会（以下简称“国家委员会”）将负责适用这一国际法分支的主要国内参与者聚在一起，多年的经验显示，没有哪个机构能比国家委员会更好地协调国内的此类工作。

实施人道法的挑战在于国家委员会若想取得成功就必须付出大量努力进行合作。无论国家委员会做出多大努力，国际刑事司法的发展都必然离不开缔约国为预防并惩治国家与非国家参与者实施的违反人道法的行为所做的努力。这些努力必须成为预防策略的一部分，而国家委员会在该策略中扮演着重要的角色。

正是考虑到这一点，ICRC国际人道法咨询服务处于2010年决定，是时候该对现有的法律措施和国内机制进行评估了，以审查它们能否支撑一个预防并惩治严重违反人道法行为的整合体系。我只能赞同这样的决定，因为这一决定有机结合了以下两方面的内容：一方面是普遍认为属于国家委员会核心工作的议题，另一方面是旨在就某些进程交换意见的讨论，而这些讨论有助于维持甚或提高国家委员会在国内的影响力。

ICRC咨询服务处使已建立了国家委员会或其他类似机构以及其他感兴趣之国家的代表齐聚一堂，旨在为他们创建有利条件，使其得以就所面临的挑战充分交换意见。实施国际人道法国家委员会的第三次全球会议即满足了这一目标。它还有助于加强国家委员会彼此间的联系，使它们能够分享经验，从而帮助其更好的运转并加强其影响力。

我诚挚地希望实施国际人道法国家委员会的第三次全球会议、这份报告以及随后而来的意见交换能够激励国家当局继续

努力，使其立法与实践符合人道法的要求。在此方面，我相信国家委员会将被赋予充分履行职责所需的手段。我保证会促进各方的接触，并在国家委员会与ICRC咨询服务处之间建立工作联系，咨询服务处的职责范围在1995年第26届国际红十字与红新月大会上得到了明确界定，但却仍是一个值得讨论的问题。

彼得·毛雷尔

红十字国际委员会主席

2012年9月

目 录

致谢	3
前言	5
1. 概述	11
2. 会议目标与参会人员	15
3. 方法论、工作日程与预期成果	19
4. 本报告中“整合方法”的涵义?	23
5. 将国际人道法 (惩治方面) 纳入国内立法	27
6. 应对纳入挑战的方法和手段	39
7. 思考普遍管辖权在预防和惩治违反国际人道法行为及其他国际罪行方面的作用	45
8. 制裁个人在预防严重违反国际人道法方面的作用	59
9. 实施国际人道法国家委员会的作用和影响	65
10. 将违反国际人道法的行为和其他国际罪行纳入国内法的工具	73
11. 《罗马规约》第8条: 整体方法与补充管辖	85
12. 整体方法、补充性原则和法治	95
13. 展望	99

1.

概述

尽管特设国际法庭在对严重违反人道法的行为进行刑事制裁方面功不可没，而且最近又成立了国际刑事法院，但国家仍对此负有主要责任。出于效率（获取证据、适当的司法机构）和正义（贴近受害者以及加大在罪行适时地进行审判的劝诫作用）的原因，该责任主要源于此项国家义务，即：“对被指称由其国民或武装部队实施的，或在其领土上发生的战争罪予以调查，并在适当时起诉犯罪嫌疑人”¹。国际刑事法院的补充管辖原则规定国内法院应优先应对《罗马规约》所涵盖之罪行，该原则的有效适用还取决于各缔约国要确保其具有起诉和审判落入其管辖之罪行所必须的机构。

此类国家诉讼显然不是在真空中进行的。它们只不过是国际法与国内法的发展与适用之间不断相互作用的一个循环往复的阶段。在这一循环中，人道法的实施——将国际义务纳入缔约国的国内法律体系——起到了至关重要的作用。在此期间，可能会遇到很多挑战，然而，目标仍然是达成一套可由国内法院在任何地方执行的、关于战争罪的共同规则。

与《罗马规约》的通过相比，近来的一些发展为刑事制裁违反人道法行为（尤其是严重破坏1949年《日内瓦公约》的行为）提供了更大的契机。作为真正多边协商的结果，《规约》仍然是为订立国际罪行守则所做的第一次也是最全面的一次多边尝试，当在国内层面惩治人道法犯罪时，它决定能够激发国内立法者的灵感。目前，

1 让-马里·亨克茨与露易丝·多斯瓦尔德-贝克：《习惯国际人道法第一卷：规则》，规则158，法律出版社，2007年版，第607-611页。

《罗马规约》已获得了广泛批准——2012年7月1日时已有121个缔约国，但若想使其获得所有国家的批准，还有很多工作要做。公约的第一次审查会议于2010年在坎帕拉召开(以下简称“坎帕拉审查会议”),会议的内容之一是使《规约》第8条(战争罪)更加符合人道法的规定,从而使《罗马规约》较之以往的条约具有更高的出发点。²

关于预防与惩治严重违反人道法和其他国际罪行实施机制的问题正是国际人道法国家实施委员会第三次全球会议的研讨对象,也是本报告的研究对象。鉴于自会议结束已时过多日,为了使本报告能够尽可能发挥作用并不至过时,我们已注意将此期间国内和国际层面预防并惩治国际罪行的最新进展纳入本报告中。

2 国际刑事法院第RC/Res.5号决议,“国际刑事法院罗马规约审查会议”,2010年5月31日-6月11日,正式记录,文件RC/11,第13-16页。

2.

会议目标与参会人员

实施国际人道法国家委员会第三次全球会议由ICRC国际人道法咨询服务处(以下简称“ICRC咨询服务处”)于2010年10月27-29日在瑞士日内瓦国际会议中心组织召开。会议聚集了来自78个国家的国家委员会、尚未建立此类委员会但已有此意愿的国家政府代表、在人道法领域开展工作的国际和地区组织代表、国家红十字会和红新月会成员以及各方面的专家及民间社团成员。³这是ICRC咨询服务处第3次使全世界的国家委员会齐聚一堂。前两次会议分别于2002年和2007年召开。⁴

第三次会议具有实践和主题两重目标。在实践方面,其目的是要组织一个论坛,国家委员会可在此论坛上会面,并探讨其各自的职权范围、行动和活动,并讨论它们在国内和地区实施人道法的工作中所取得的成就以及面临的挑战。从主题角度看,会议旨在探究国内立法在涉及预防和惩治严重违反人道法方面所起的重要作用。研讨尤其侧重于支撑预防和惩治的“整合”方法所需的法律措施与机制,从而强调《罗马规约》的作用及其补充管辖原则。

3 超过230名与会者签到参加了第三次全球大会(见附件一:与会者名单)。

4 前两次会议对国际人道法的实施(2002年)和失踪人员(2007年)问题进行了广泛且富有建设性的讨论。ICRC咨询服务处均于会后出版了会上提交的报告。

会议议题的选择绝非随意：1997年和2001年，ICRC就这一议题与相关专家举行了一系列会议，已经是时候对局势进行审查并承认自发布相关结论后，情况已发生了实质性的改变。⁵引发对国际刑事司法进行广泛讨论的坎帕拉审查会议提议展开一项关于“国际刑事司法现状总结”的进程，而本次全球会议通过仔细审查能够支撑预防和惩治严重破坏人道法行为之“整合”方法的法律措施和国内机制，从而成为此进程的一部分。⁶

5 C. Pellandini (ed.), *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems), Report of the Meeting of Experts*, ICRC Advisory Service, Geneva, 2000, 328 pp.; A. Segall, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at National Level, A Guide for Common Law States*, ICRC Advisory Service, Geneva, 2001, 199 pp.

6 前注2，第1-7页和77-119页。关于国际刑事司法现状总结的讨论涵盖以下主题：《罗马规约》制度对受害人和受害社区的影响；和平与正义；关于补充管辖原则的总结：消除有罪不罚的漏洞；以及合作。

3.

方法论、工作日程与 预期成果

此次会议采取互动参与的形式。这就使得与会者有很多发言的机会，并引发富有成效且具有建设性的讨论。为了探讨尽可能多的主题，与会者分为不同的工作组同时，每个讨论组有一位主持人，⁷负责引导专家成员就会前发给所有与会者的准备背景文件中所列的问题发起讨论。⁸之后，与会专家提出的问题以及不同工作组成员间的互动使讨论进一步深化。每组都指定了一名报告员向大会进行汇报。无论是在小组讨论还是全体会议上，会议都提供5种语言的同传服务（阿拉伯语、英语、法语、俄语和西班牙语）。⁹

更具体地说，工作组研讨了下列议题：(1) 将人道法（制裁方面）纳入国内立法的方法；(2) 应对纳入挑战的方法与手段；(3) 实施普遍管辖权所造成的挑战；以及 (4) 个人制裁在预防发生严重违反人道法行为方面的作用。

此外，在两次全体会议上，与会者就以下问题交换了看法，包括：国家委员会在确立预防并惩治严重违反人道法行为的有效与整合制度方面的作用；以及为加强并支持将国际罪行纳入国内法的工作可资利用的手段。

7 附件二：列出主持人和与会专家的详细日程。

8 附件三：背景文件。

9 中国代表团建议在下一届国家委员会的全球会议上提供中文同传，以进一步充实讨论。ICRC已充分注意到这一提议。

ICRC咨询服务处承诺就会议成果编写一份报告，将所有的准备文件和会议期间的各项文件囊括其中。ICRC咨询服务处于会后发出了一份调查问卷，这份报告也考虑了15个国家¹⁰代表团对此问卷所做的回复。正如前文所述，报告还纳入了在此期间这一领域在国内与国际层面的新发展。为了继续讨论和研究以下问题——即：有效和长期实施人道法以及国家委员会和其他类似组织在其中所起的主要作用——一些国家正在或即将召开国内和地区性会议。

10 比利时、科摩罗、科特迪瓦、德国、危地马拉、洪都拉斯、意大利、马达加斯加、马来西亚、罗马尼亚、大不列颠及北爱尔兰联合王国（以下简称“联合王国”）、斯洛文尼亚、南非、瑞典和多哥。ICRC咨询服务处收集的所有信息都可从其日内瓦的秘书处获得。

4.

**本报告中“整合方法”
的涵义？**

绝大多数与会者说他们确信会议所提及的“整合方法”最适于在国内层面预防和惩治严重违反人道法的行为。尽管他们中有些人之前从没听说过这个术语——它是指一种可追溯至100年前的实践。所有人都认为，必须对“整合”方法加以明确界定。

在实施人道法的背景下，人们并不认为“整合方法”和“整合制度”是具有确切含义的技术术语。¹¹任何人道法条约中都不曾提及这两个术语，它们也不反映ICRC作为一个组织对于实施人道法所特有的立场。相反，它们只是构成了一个多元的概念。在《牛津英语词典》中，“整合”、“整合的”以及“结合成整体”这几个词条都是指“(使东西)结合成整体”的意思。

就本次会议而言，我们决定在“整合方法”的概念中包括所有动态措施，这些措施构成诸多加强遵守和实施人道法（在惩治方面）的手段，然而这些措施应形成一个整体，并且需要开展协调行动以使其效果最大化。在此次会议期间，与会者对其中一些动态措施以及它们对预防和惩治严重违反人道法行为的影响进行了概括。

国内立法与国际法之间相互且不断的妥协。一开始，术语“整合方法”可被用于人道法作为一个法律部门的发展。在此情况下，它是指国际法律秩序与国内制度之间的相互影响，以及国内和国际层面在彼此的相互妥协中不断的付出与回报。

11 为避免混淆，必须指出，联合国将“整合方法”这一术语专门用于国际社会的活动，尤其是涉及危机管理的情形。但该方法不在本报告的考量范畴之内。

换句话说，各国必须将国际义务纳入其国内制度。条约的条款越多地反应出国际法当前的状况，在实施所述条约的过程中产生的国内立法和国家实践就会越符合国际法的规定。正是这样的法律和国家实践又将有助于习惯国际法的发展或产生新的条约法。因此，在人道法的背景下，在国内和国际两个层面共同开展工作的重要性是为确保它们适当考虑到其根据国际法所承担的义务。

可就实施人道法之“整合方法”中的动态措施举出的一个例子是坎帕拉审查会议，更确切地说，是缔约国一致决定对《罗马规约》予以修正，修正的内容是增加可适用于非国际性武装冲突的战争罪条目，包括：使用在人体内易于膨胀或变扁的子弹（达姆弹）；使用窒息性或有毒气体；以及使用有毒武器。正如ICRC曾经说过的那样，它希望各缔约国在将《罗马规约》纳入其国内法律体系时考虑到此修正案，因为该修正案更准确地反映了当前的习惯人道法。对于ICRC而言，此修正案实际上意味着使所有武装冲突受害者享有更好的保护。

机构整合。“整合方法”的第二个层面涉及致力于确保人道法（在惩治方面）得以实施的各个机构。无论是明确地说严重违反人道法还是泛泛地说实施国际罪行，都应更多地关注刑事法庭的作用以及使它们能在国内和国际层面发挥更大效力的手段和机制。毋庸置疑的是，若想取得成功，打击此类犯罪的斗争需要将各种惩治手段和机制（特别是法院）合为一体，互相补充，从而不给有罪不罚现象以可乘之机。我们不能期望一个法院仅凭一己之力就能对那些从性质上影响整个国际社会的罪行起到惩治和劝诫的作用。

因此，在这种情况下，采用“整合方法”还意味着，探索在每个缔约国内部以及缔约国与有权国际组织之间，在司法程序、合作、援助以及补充管辖之间所有可能的联系，从而确保填补得以使某些国际罪行实施者逃脱惩罚的所有漏洞。换句话说，发出一个明确的劝诫信息。在实践中，与国际刑事法庭或其他缔约国建立的合作与补充管辖机制，将诉至国际刑事法庭的案件转呈国内法院，以及采用普遍管辖的形式都是这一方法的所有例证。

在国内层面的纳入。“整合方法”的第三个层面是其国内性；它对应在国内层面所开展的工作，即将人道法正确纳入国内法律体系所采用的方法。因此，国际社会鼓励有关当局始终依据这一相关国际法分支更广泛的框架，实施人道法条约所赋予的义务。

在此次会议上，《罗马规约》被引为例证。“整合方法”预先假定，从更广泛的义务角度看，《规约》的实施被认为是由于人道法（尤其是那些与惩治所有战争罪和国际罪行以及有效保护所有武装冲突受害者有关的法律）而对缔约国具有拘束力。但事实上，探究将人道法（惩治方面）纳入国内法律体系最有效和广泛的手段却是在此次会议上讨论最热烈的内容，在本报告也对该内容予以了进一步探讨（见下文第11节）。¹²

¹² 除了惩治方面，会议没有机会探讨国家根据人道法有义务考虑当其在国内层面纳入人道法时所应采取的所有其他措施以及面临的问题：例如关于传播、训练和识别等方面的问题，或者涉及保护人员及财产的问题，尤其是保护标志的问题。如欲了解关于这些问题的更多信息，见ICRC咨询服务处，“国际人道法的国内实施：手册”，ICRC，日内瓦，2011年，132页外加附件。该手册可在线阅读也被刻录成光盘。

5.

将国际人道法 (惩治方面)
纳入国内立法

国际人道法包含旨在限定武装冲突后果的具体规则。它尤其保护没有或不再参加敌对行动的人，并对可使用的作战手段与方法加以限制。其条款还列出了构成犯罪的具体行为，犯罪者要为这些罪行承担刑事责任，而无论他们以何种方式参与这些行为。正如国家实践所显示的那样，战争罪——及其他国际罪行——可以不同方式纳入国内立法；其目的是使被禁止的行为根据国内刑法体系也被视为违法行为，并因此可对其提起诉讼。与会者就ICRC在背景文件中预先确定的5种纳入方法的优缺点进行了讨论，并总结如下。

对不同方法优缺点的考量。第一种方法是适用现有国内刑法——普通的或军事的——并使用国内法中与被诉行为最接近的现有罪名（例如谋杀、酷刑、严重残害肢体以及普通法律中规定的其他罪行）。这种在二战后审判中广为运用的方法为大多数近代国际刑事案件所采用，并且还在继续使用。其中的一个例子是根据《美国统一军事司法典》对中尉威廉·凯利进行的军事审判，他在美利坚合众国（以下简称“美国”）被指控在梅莱大屠杀（1970年）中犯有谋杀罪。¹³更近的例子是美国士兵因在伊拉克犯下的罪行而受到军事法院的审判（推测他们于2004年对伊拉克被关押者普遍

13 *United States v. First Lieutenant William L. Calley, Jr.* (1971), 46 C.M.R. 1131 (1973), cited in W. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006, p. 19. 另一个相关的例子甚至发生在国际刑事法院的立法通过之后，它被认为有必要援引普通法律。见联合国常设军事法院对Donald Payne和其他士兵的审判，军事法院中心，Bulford (2006年9月7日-2007年4月30日)。在该案中被诉的7名英国武装部队成员中，只有一人 (Donald Payne) 被判有罪。

实施酷刑)。在两个案件中，针对被告的控诉都与战争罪或危害人类罪类似。¹⁴

与会者注意到该方法的优势在于不要求对现有法律进行重大改变。另外，国内法通常为相关人员和要求适用该法的法官所了解，并且通常是一个默认解决方案：如果没有其他法律基础的话，普通法律通常是诉讼可以进行下去的唯一法律基础。事实上，许多国家认为这是一个适当的“退而求其次”的方法，可以使各国能够在引导《罗马规约》于国内层面充分实施的长期立法改革过程中遵守并快速适用《规约》。

然而，绝大多数与会者一致同意，如果他们的国家采取这一方法，那也只是在过渡时期，因为这一方法还存在诸多缺点，即：

- 刑事法典中所规定的罪行的定义根本不能涵盖构成战争罪的所有行为类型；的确，违反规制敌对行为规则的活动显然并不包含在和平时期平民所犯的罪行中；
- 因为通常无法准确地将一个罪行界定为战争罪，这就意味着将会缺失一些所需的客观要素(尤其是武装冲突或者受保护人员或财产的概念)以及人道法中规定的另一个条件——主观犯意要素，因此相关实践可能会导致出现实体和程序上的错误；
- 根据普通法律指控涉嫌犯有战争罪的人面临着惩治在人道法下完全合法之行为的危险，从而甚至会面临使非政府团体更加不

14 See W. Ferdinandusse, above note 13, pp. 18-19.

遵守人道法的风险，¹⁵因为正是这些非政府团体最可能根据国内司法系统制定的普通法律而被控犯有此类罪行；

- 在惩治犯有普通法罪行的犯罪者时会受到一些因素的制约，例如：罪行可能会有实效限制；或法律可能规定大赦，而这在犯有国际罪行的情况下是不被允许的；此外，普通法规定的惩罚可能与严重违反人道法的行为以及实施这些行为的背景是不相称的；
- 刑法典可能不会涉及某些责任形式，例如指挥官责任，或允许国际刑法中不承认的抗辩理由，例如遵守上级命令；
- 适用于普通法罪行的法律条文通常不规定法院具有域外管辖权，但这是某些国际法下罪行诉讼所特有的性质。¹⁶

与会者考量的第二种方法是国家通过一般性援引其所缔结的条约、一般国际法，或者更通常地说是战争法律与习惯，而将严重违反人道法的行为定为犯罪，并规定一系列相应的刑罚，从

15 尽管国家总是有权惩治拿起武器反对它们的人，《第二附加议定书》第6条第5款鼓励当局“对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，……应给以尽可能最广泛的赦免”。然而在涉及实施战争罪的情况下是没有这种赦免的。See A.-M. La Rosa and C. Wuerzner, “Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross* (hereafter *IRRC*), Vol. 90, No. 870, June 2008, pp. 335-336, and *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, 2008, available from: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0923.pdf.

16 尤其是，1949年日内瓦四公约（分别是第50、51、130和147条）中界定的“严重违约行为”。见下文第七章（关于在起诉严重违反人道法行为及其他国际罪行中法律基础的治外法权问题）。

而将战争罪纳入其国内立法。通常会在国家宪法和国内刑法典中见到这种方法。¹⁷和第一种方法一样，它的优势在于为缺乏其他法律基础的情形提供了法律基础。因此，当在国内层面充分实施《罗马规约》所要求的立法措施颁布之前，它可以作为一种过渡性解决方案。它相对简单，且使其相当容易就能涵盖所有严重违反人道法的行为，包括那些习惯法中的规定。另外，如果所述条约进行了修改，习惯法中增加了新的规则，或者相关国家在其缔结某一条约时发现自己还受到其他义务的约束，它也不需要制定新的立法。由于援引的规则是相同的，这一做法为国际与国内法间的整合方法留出了余地。

不过，对于与会者而言很清晰的一点是，此类简单的程序可能并不适合某些国家的制度，这取决于它们如何解释合法性原则(尤其是关于“法无明文不为罪，法无明文不处罚”)，基于此，对任何罪行的惩罚都必须事先为人所知并且是可预测的。有些与会者强调，就刑事上的禁止性规定而言，在国内层面需要一定程度的特异性，但通过此方法是根本无法实现的，这一方法还要求国内法官根据某些条约、习惯和国际判例法中的规定来决定相关法律在其国内的适用性，从而留给法院很大的机动空间(但同时也带来困惑)。鉴于国际条约所使用文体与措辞和国内立法中使用的并不总是一样，这就迫使法院去使用其不了解且不熟悉的表述或概念。

17 例如中国，《刑法》第9条；瑞士，1927年6月13日的《军事刑法典》，第109条；荷兰，《战争罪法案》(已废止)，第8条第1款；委内瑞拉玻利瓦尔共和国，1964年《刑法典》，第155条。

会议考量的第三种方法是将相关人道法条约中规定的具体罪行的列表纳入国内立法。为此，立法者可：

- 直接援引公约的某些条款；
- 将整个列出的罪行植入国内立法，使用完全相同的措辞，只添加每种罪行或每类犯罪可适用的刑罚；或者
- 分别纳入每种罪行并重述其定义，使其最接近现行国内刑法的文本。

在与会者看来，这种方法显而易见的优势在于，国家通过将具体条款融入刑法典获得更清晰、更准确的文本，从而对哪类行为将被视为犯罪并因此可予起诉提供必要的可预测度。如此看来，这种方法完全符合合法性和特异性原则。此外，取得的可预测性在使法官可于具体案件中正确适用法律的同时，还有助于对潜在犯罪者起到劝诫作用。不过，与会者知道，起草此类具体文本将各类犯罪行为规定为犯罪很可能是一项工程浩大的任务，要求进行大量研究，起草工作很可能还需要外部专家，从而不可避免地导致一再拖延。不过，倘若具有充分的政治意愿——所有与会者都认为这是一个关键因素，采取此方法就可能成为审查所有刑事条款并使其整体一致的机会。尽管这一方法具有明显优点，但某些与会者确实注意到它要求对每一处与人道法相关的修改都通过专门的条款，这可能导致相关条文分散在整个国内立法中。

这种方法尤其适用于普通法国家¹⁸将1949年《日内瓦公约》关于“严重破约”的规定纳入国

18 见，例如，联合国，1957年《日内瓦公约法案》(修正案)第一部分，该法案被许多普通法系国家作为范本。

内立法。还有些国家也采用此方法，将《罗马规约》的实体规则（国际刑法中的犯罪和一般原则）纳入其国内立法。

有些国家已选择将《罗马规约》的全部内容纳入其刑法典，¹⁹而还有些国家已利用此机会对《规约》中各罪行的定义进行了调整，使其适用于此前的实践，或者增加了《规约》中没有列出的罪行，并将之前出现在不同立法法案中的其他罪行加以统一。²⁰因此，有些国家选择整体考虑与人道法有关的其他条款，并将其他涉及保护人员和财产以及敌对行为的罪行包括在内。还有些国家援引了《罗马规约》缔约国大会起草的《犯罪要件》，或者援引了国际判例法。²¹有些尚未加入《罗马规约》的国家也依样效仿。²²

19 见“附件四：关于人道法中的刑事制裁规定和其它相关规定的整合实施表”，尤其是以下国家的立法：布隆迪、塞浦路斯、肯尼亚、卢森堡、马耳他、新西兰、萨摩亚、南非和乌干达。尼日利亚2006年的《罗马规约（批准和管辖权）议案》、毛里求斯的《国际刑事法院法案》以及刚果民主共和国（以下简称“刚果”）的《刑法修正案》都还处于草案阶段，这些草案也是采用相同方法的产物。

20 见“附件四：关于人道法中的刑事制裁规定和其它相关规定的整合实施表”，尤其是以下国家的立法：阿根廷、澳大利亚、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维纳、布基纳法索、哥伦比亚、克罗地亚、捷克共和国、法国、格鲁吉亚、德国、希腊、立陶宛、荷兰、尼加拉瓜、挪威、巴拿马、菲律宾、波兰、葡萄牙、韩国、罗马尼亚、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞士、塔吉克斯坦、乌拉圭。2009年5月7日，智利议会下议院通过了旨在将《罗马规约》规定的罪行纳入《智利刑法典》的立法草案，以便使国内立法符合国际规则。在危地马拉，危地马拉国际人道法国家实施委员会已经就战争罪起草了专门一节，其中包含了1949年《日内瓦公约》、《第一附加议定书》、关于武器的条约以及《罗马规约》中罗列的全部罪行。该条文已经提交给了负责起草新刑法典的委员会。

21 见新的《罗马尼亚刑法典》等。

22 2003年4月11日的《亚美尼亚刑法典》就是其中的一个例子，卢旺达关于惩治灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的第33bis/2003号法于2003年11月1日生效（如今已为2012年5月2日关于《刑法典》的《第01/2012号组织法》所取代）。一些阿拉伯也正在为同样目的准备国家的立法草案。

会议考量的第四种方法是将法律的实施建立在基于混合定罪法——即，将一般性援引人道法与将某些国际罪行（通常是严重罪行或灭种罪）谨慎纳入刑法典结合起来——的基础之上。²³有些与会者认为这是最佳方案，因为它使各国在维护了合法性与特异性原则的同时又无须专门针对人道法的每一处变化或发展修正相应条款。这种方法在《罗马规约》通过前的实践中较为普遍，它使一国在完全符合条约义务的同时对不同的罪行加以了明确区分。不过，它要求法官能够解读国内立法和国际法的规定，而且常常会使法官对二者间的相互影响感到困惑。

最后，人道法的实施还可通过国家法院直接适用国际法规则，而无须在國內立法中特别提及这些规则。此类实践通常由宪法或宪法性条款授权——要么承认国际法（成文法或习惯法）可作为对某些行为定罪的法律依据，要么规定其可优先于国内法适用。尽管它在缺乏其他规定的情况下为诉讼提供了依据，但这种方法也带来了不确定性，正如不同国家相互矛盾的判例法所显示的那

23 关于《罗马规约》通过前的实践，见：1997年《中华人民共和国刑法》，第9条；匈牙利1978年《刑法典第四法案》，第155-164段；波兰，《刑法典》，第121条及以后，以及1997年6月6日第98号法案，第十六章；斯洛文尼亚，1994年《刑法典》，第373条及以后；捷克共和国，《刑法典》，第140/1961号法案修正案，第二部分，特别条款，第十章。危地马拉基于标准定义惩治灭种罪，但还将它视为一个违反与敌对行动期间受伤战俘或战争人质有关之义务、法律或条约的罪行（1973年《刑法典》，第378条）。在伴随（或不伴随）《罗马规约》的通过而进行的修订程序之后，关于结合一般性援引与特别条款的例子，见附件四中下列国家的法律：阿塞拜疆、波斯尼亚和黑塞哥维纳、保加利亚、加拿大、哥斯达黎加、萨尔瓦多、拉脱维亚、墨西哥、黑山、尼日利亚、巴拿马、葡萄牙、塞内加尔、塞尔维亚、乌克兰和乌拉圭。

样。²⁴不过在普通法传统的国家里，这种方法是不被接受的，这些国家通常要求将基于条约的国际法规定转换为国内立法。

其他重要问题。与会者还在讨论过程中或书面投稿中提出了许多其他重要的问题，随后大家也可以看到这些问题。他们都认为严重违反人道法的行为和一般性的国际罪行应适用于每一个人——包括士兵和平民。²⁵还有些与会者加上了私法中规定的法人团体。²⁶然而，这并不意味着这些罪行可以或应该集中在一部法律里。就此问题，与会者的观点各异，尽管有些人承认可以采取某些措施确保更大程度的可见性并且更好地理解相关条款。有意思的是，人们注意到，将《罗马规约》意义上的严重违反人道法的行为和国际罪行纳入国内法，有时是通过特别法或刑法修正案的方式实现的，而不论相关与会者所属国家的法律传统是什么。例如，来自二元论普通法传统国家的与会者解释说，尽管从习惯上看，每个条约要成为一个单独实施的法规都要将其纳入国内立法，但《罗马规约》的实施也给了其缔约国机会，去检查哪些罪行已出现在其立法中——从而避免重复——以便将这些罪行整合在一处，或增

24 匈牙利宪法法院已允许国内刑事法院直接适用1949年《日内瓦公约》(见其1993年10月13日的第53/1993 (X.13) AB 号决议)，但法国上诉法院驳回了此类直接适用 (in *Javor*, 26 March 1996, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Criminal Chamber, Decision No. 132)。

25 尽管有些罪行(酷刑或联合国公约意义上的强迫失踪)明确规定了先决条件，尤其是作为国家代理人。

26 关于此问题，见《瑞士刑法典》第102条或《比利时刑法典》第5条。在法国，《刑法》第121条第2款规定了法人团体的刑事责任。欧洲理事会和欧盟也数次提到过此问题。

加某些罪行，尽管这些罪行没有规定在《罗马规约》中，但却无疑是其国际义务的一部分。²⁷在这样做时，那些缔约国显然已经采用了本报告中规定的“整合方法”。

与会者还同意，实施严重违反人道法的罪行和国际罪行通常需要对可适用法律的一般原则加以调整，特别是关于某些罪行的诉讼时效或可采纳的抗辩理由。尽管与犯罪嫌疑人的特性或职责或者实施罪行的类型牵连在一起的豁免问题在国家层面可能十分敏感，但几名与会者还是毫不犹豫地强调了他们国家的立法者在将《罗马规约》关于此方面的明确规定直接纳入国内立法时所表现出的勇气。²⁸

会上还讨论了惩罚措施的确立应具有充分的劝诫效果并且应足够明确。²⁹然而，在这一点上，各国的方法各异。几乎所有的国内立法都对种族灭绝和危害人类罪系统地施加了最严厉的惩罚措施。在有些国家，唯一适用的刑罚是死刑。³⁰有些国家对种族灭绝或危害人类罪导致死亡的案件适用最严厉的刑罚。³¹只有极少数国家制度中的量刑幅度较大（例如，波兰对灭种罪的量刑范围从5年到终身监禁）。

27 例如，联合王国在其报告中解释道（见前注10），它利用实施《罗马规约》的契机审查了国内人道法实施（惩治方面）的状况。它已决定不纳入与武器有关的罪行，因为几乎所有此类罪行都已包含在特别法中（1974年《生物武器法案》、1996年《化学武器法案》、1998年《地雷法案》、2010年《（禁止）集束弹药法案》）。

28 关于豁免权的排除，*see inter alia* South Africa, Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002, Art. 4(2).

29 关于此方面的进一步信息，见《红十字国际评论》，第90卷、第870期，2008年，该期详细探讨了有关严重违反人道法行为的制裁措施问题。

30 布隆迪、刚果、科特迪瓦、刚果、马里、尼日尔。

31 阿根廷、加拿大、印度、肯尼亚、联合王国。

对于战争罪还存在多种制裁制度。有些国家不区分各种罪行并施加最严厉的惩罚，包括死刑、³²终身监禁³³或终身劳役拘禁³⁴。还有些国家对造成死亡的战争罪和其他战争罪予以区分。对于前者适用死刑³⁵或终身监禁³⁶，而对后者适用有期徒刑或终身劳役拘禁³⁷。本着同样的精神，其他制度也基于其目标群体——平民居民或战俘——而在不同罪行间加以区分。³⁸此外，有些国家对被界定为战争罪的每种罪行都列出了详细的制裁表。³⁹

最后，某些刑事法规规定了其他可选择的制裁措施，通常包括罚金⁴⁰或取消某些权利⁴¹。某些军事文本还包括一些与军衔和军人身份⁴²有关的制裁措施。还有些国家增加了受害者上诉以及对受害者的赔偿，⁴³包括为他们设立援助基金⁴⁴。

与会者还考虑了哪些法院应对此类案件具有管辖权的问题，包括基于域外管辖而享有的管辖权。对这些问题的讨论在本报告第七节中进行了总结。

32 布隆迪、刚果、科特迪瓦、马里。

33 布基纳法索、柬埔寨、塞浦路斯、刚果(替代死刑)。

34 刚果。

35 刚果、加纳、印度、尼日利亚、巴布新几内亚、美国。

36 阿根廷、喀麦隆、加拿大、德国、希腊、印度、联合王国、美国、乌干达(在美国和印度，用来代替死刑)。

37 刚果(终身劳役拘禁)、德国、加纳、巴布新几内亚(有期徒刑)。

38 科特迪瓦。

39 非常详细：澳大利亚、比利时、哥伦比亚、德国、尼日尔、卢旺达、瑞士；不太详细的：约旦、波兰、俄罗斯联邦。

40 布基纳法索、哥伦比亚、南非、东帝汶、美国等。

41 美国、法国、刚果。

42 哥伦比亚、卢旺达。

43 比利时、布隆迪、印度尼西亚、联合王国、美国、乌干达。

44 加拿大和东帝汶。

6.

应对纳入挑战的方法和手段

将严重违反国际人道法(以下简称“人道法”)的行为和其他国际罪行纳入国内立法带来了诸多挑战。负责此议题的工作组在会议期间就这些挑战进行了广泛讨论。从一开始,与会者就指出了各国在明确其将严重违反人道法的行为和其他国际罪行纳入国内立法这一问题的义务范畴方面可能遇到的困难。那些违法情形罗列于大量条约之中,某些情况下还构成习惯法的一部分。此外,禁止性规定的范围也各不相同,有些情况下涉及对特定类型之被保护人员或财产的保护,而另一些情况下则涉及作战手段和方法。因此,与会者认为有必要讨论各国能够使用的手段和工具以确定其自身的义务,并结合考虑可用的资源,以确定在国内层面履行这些义务的方法。

几位与会者强调了为考虑该事项而建立的各项委员会所发挥的首要作用,这些委员会由该领域的专业人士、主管部门代表、公共机构或民间团体成员组成。此类委员会是取得进步并加强所有相关人员认识的有用平台。其他与会者则强调国家委员会应发挥优先作用。譬如,一个代表团说,该国的国家委员会已开发出一套工具(包含42份专题工作文件),使该国能总体了解其依据人道法承担的国际义务以及在国内层面的执行情况。还有一些与会者指出把国际判例法和《罗马规约》纳入考虑范畴的重要性,因为它们是从不同角度对习惯的编纂,因此有助于其国内适用。还要感谢某些专门组织开发的工具,这样的开发值得鼓励⁴⁵。

45 见下文第10章。

接下来，与会者审议了可能妨碍在国内层面依据《罗马规约》起诉犯罪人的宪法障碍。在某些情况下，无需修改宪法。⁴⁶而有时情况就更加复杂，只有在该国最高法院指示对宪法做出相应修正，《罗马规约》才可能得到批准。⁴⁷在上文提到的宪法障碍中，政府工作人员的豁免问题得到了详尽讨论。一些与会者认为，《罗马规约》优先于宪法或者用于解释宪法，从而避免了这两个法律文本之间表面上的矛盾。⁴⁸其他与会者则认为，对虽是国家元首但无权决定动用武力的最高统治者提起诉讼是个不太可能的假设，它并不会阻止该国成为《规约》的缔约国。⁴⁹

将国民移交给国际刑事法院的问题也得到了讨论。与会者均同意，将国民引渡给第三国法院与将其移交给国际刑事法院之间存在区别，所有应要求在其判决中就此事项做出裁决的法院都确

来自南非的代表特别指出，由于历史的原因，南非宪法中明确规定国际法在国内层面具有最高地位，并规定了国际法的执行问题（特别见宪法第231-234条）。

46 在书面报告中，洪都拉斯（见2002年1月24日最高法院咨询意见）、危地马拉（见2002年3月25日宪法法院咨询意见）和马来西亚表示，他们没有遇到任何特别的宪法难题。另见涉及比利时（1999年4月21日国务院意见）、西班牙（1999年8月22日国务院意见）、哥斯达黎加（2000年11月1日最高法院意见）、厄瓜多尔（2001年2月21日宪法法院判决）和阿尔巴尼亚（2002年9月23日宪法法院判决）的判决。

47 特别见科特迪瓦宪法法院的判决，该法院在2003年得出结论，《罗马规约》提出了重大的合宪性问题，在该国成为规约当事国之前必须加以解决（2003年12月17日宪法法院第002/CC/SG号判决）。本着同样的精神，见与法国（1999年1月22日地区法院第98-408号判决）、卢森堡（1999年5月4日国务院意见）、乌克兰（2001年7月11日宪法法院意见）、智利（2002年4月7日宪法法院判决）、哥伦比亚（2002年7月30日宪法法院判决）和亚美尼亚（2004年8月13日宪法法院判决）。另见摩洛哥宪法最近的修改（第23条）。

48 哥斯达黎加、比利时、西班牙、洪都拉斯和阿尔巴尼亚（前注46）、乌克兰（前注47）和摩尔多瓦共和国（2007年10月2日宪法法院第22号判决）。相反，法国、卢森堡、智利和科特迪瓦（前注47），以及马达加斯加（2006年3月21日高等宪法法院第11-HCC/DI号判决）。

49 特别见英国呈交的报告（见前注10）。在同样意义上，见西班牙国务院的意见（前注46）。

认了这一点。⁵⁰在《罗马规约》中规定的终身监禁问题上，大多数与会者都断言，《规约》给各国留有足够的余地，使其不至于违反可能禁止这种判决的宪法规定。⁵¹对国际刑事法院检察官在一国境内进行调查之权能（《罗马规约》第54条和第99条）的讨论揭示出两种相对不同的立场：一些与会者认为，《规约》为检察官的行动提供了充分的保障，使其不会被视为不当介入了各国主权所及的地区，相反，另一些与会者则认为，只能由国家公诉机关在冒着架空国内立法所有有效作用的风险下才能履行那些职权。⁵²

最后，在探讨过的其他宪法障碍中，大赦和遵守一罪不二审原则比较突出。就前者而言，某些与会者认为，批准《罗马规约》需要修正宪法，因为该文本在赦免或大赦问题上与赋予行政或立法机关的权力不相匹配。⁵³就后者而言，大多数与会者都同意，各国都对遵守这一基本原则施加了严苛的限制，而且这些限制仅针对某些例外情况，因此他们无论如何都不会违反该原则。⁵⁴

除了宪法障碍以外，与会者一致同意，将严重违法人道法的行为和其他国际罪行纳入国内法所面

50 特别见哥斯达黎加、厄瓜多尔、洪都拉斯和危地马拉主管法院的判决（前注46），乌克兰（前注47），以及摩尔多瓦共和国（前注48）。相反，斯洛文尼亚当局在该国成为《罗马规约》当事国之前必须修改其宪法的相关规定。

51 尤其是因为判决要遵从国内法，因为《罗马规约》规定了自动减刑的机制（第110条），或者因为不得未经一国同意而将被判刑人移交给该国。

52 关于检察官职责与国内立法的兼容性问题，见厄瓜多尔和西班牙国内公布的判决（前注46）以及卢森堡和亚美尼亚国内公布的判决（前注47）。反之，见法国、智利和科特迪瓦的判决（前注47）。

53 这就是智利、亚美尼亚和法国宪法法院得出的结论（前注47）。

54 这也是所有被请求就此问题做出裁决的法院得出的结论：特别见厄瓜多尔、西班牙、洪都拉斯和阿尔巴尼亚国内公布的判决（前注46）。

临的最大障碍之一是在整个过程中都要具有政治支持。将严重违反人道法的行为完整而全面地纳入国内法通常是一个经年累月的过程，需要数个国家机关采取行动以及大量利益集团和专家们进行磋商。还必须说服议会，把这类犯罪纳入国内立法框架应是优先考虑的立法事项。这意味着长期的工作，而且不仅要动员政界，还要动员民间团体，包括在刑事司法领域开展工作的非政府组织以及各国红十字会和红新月会。与会者还强调了国家委员会的关键作用，本报告第9章对此进行了更为详尽的讨论。在这里只需指出，对一些代表团而言，委托国家委员会起草与人道法有关的立法草案，可以创造一个适当跟进《规约》文本直至国内立法正式颁布的有利环境，特别是，这样做可确保有充分的时间在议会进行辩论。该方法还使综合了解并确保所采取措施之间更好地协调一致成为可能，同时保证人道法最易受伤害的群体（儿童、妇女、老人、失踪人员及其家人、伤病员等）所规定的保护水平可以得到系统考虑。

最后，正如前面章节所述，在国内层面，人道法（制裁方面的规则）的纳入过程可能需要通过一些特别法，以及在不同的法律文本（刑法典、刑事诉讼法典或军事司法典）中插入一些特定规则；因此，它会涉及各种各样的部门、立法机关、武装部队、技术机构或机关、国家红十字或红新月会以及民间团体。本次会议的与会者一致认为，正如在大多数此类局势中那样，必须协调一切行动，并且协调不同的目标、专业水准以及为实现最终目标所做的承诺。在这方面，几位与会者强调了国家委员会的首要作用是帮助找出可能拖延进程的障碍以及这些障碍存在的原因。本报告第9章和第10章也更为详尽地讨论了这些问题以及可提供给国家当局的技术援助。

7.

**思考普遍管辖权在
预防和惩治违反
国际人道法行为及
其他国际罪行方面的作用**

很难对普遍管辖权做出简洁、精确的描述。非洲联盟和欧洲联盟关于普遍管辖原则的专家报告将这一概念界定如下：

普遍管辖权是指一国对他国国民在他国境内针对他国国民实施的犯罪主张管辖权，且被指控的犯罪对主张管辖权之国家的重大利益没有直接威胁。换言之，普遍管辖权是指一国在没有传统的属地原则、属人原则、被动属人原则或保护性原则等联系的情况下，在被指控的犯罪实施时主张对其进行起诉。⁵⁵

尽管条约中没有与国家管辖权有关的一切规定，也没有一般性地规定有限域外管辖权，但现在普遍承认各国有权赋予其国内法院任何类型的管辖权，包括普遍管辖权，尤其是在涉及战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪和酷刑行为的情况下。⁵⁶

过去的60年已见证了重大的转变（一些新的国际条约、国家实践及专家意见），相信未来的趋势是，对某些国际罪行而言，普遍管辖权不再仅是授权性的，而可能是必要甚或强制性的。毫无疑问，最引人瞩目的例子之一是1949年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》中规定的“严重破约”制度⁵⁷，各国因此承担法律义务，去搜捕曾犯或曾令人犯此种犯罪的嫌疑人，并将他们移交给

55 Council of the European Union, *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, document 8672/1/09 Rev. 1, 16 April 2009, p. 7 (hereafter “the AU-EU report”).

56 就战争罪而言，见ICRC《习惯国际人道法研究》规则157，该条规定“各国有权授权其国内法院对战争罪行行使普遍管辖”。Available from: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>.

57 下列条款中列明了“严重破约行为”：《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；《第一附加议定书》，第11条和第85条。

本国法院进行审判，无论其国籍或实施犯罪的地点为何。⁵⁸《日内瓦第四公约评注》指出：

搜捕被指控实施了严重破约行为之人，这一义务为缔约各国施加了积极的责任。只要一个缔约国发现实施了上述破约行为之人出现在该国境内，它就有责任确保尽速逮捕并起诉相关人员。因此，缔约国应自行而非仅仅应另一国之请求采取必要的警方行动。⁵⁹

国际人道法（以下简称“人道法”）条约包含行使管辖权的不同方法，不同条约中域外效力的重要性也各不相同。

1. 第一种方法是不做任何规定，让各国自由选择确保在国内层面尊重条约规定并建立必要法律基础的措施。该方法可以在1972年《生物武器公约》及1925年禁止使用有毒气体的《日内瓦议定书》中找到。
2. 第二种方法稍微具体一点，而且包含采取法律措施（包括刑事制裁）预防并惩治处于相关国家管辖或控制之下的人实施的、或在相关国家管辖或者控制之下的领土上实施的任何被禁止之行为的义务。该方法在诸如1997年《禁止杀伤人员地雷公约》⁶⁰以及《某些常规武器公约》所附经1996年修正后的《第二议定书》⁶¹等文件中被采用。

58 《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。这些条款继续规定，该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关国家审判，但以该国能指出案情显然者为限。

59 J. S. Pictet (ed.), *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Vol. IV of *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, ICRC, Geneva, 1958, p. 593.

60 第9条。

61 第14条第1款。

3. 第三种方法是指出“在(该国)控制之下的任何地方”实施的犯罪,然后责成每一个国家,根据主动属人管辖原则,“依照国际法扩大其……刑事立法的范围,使此一立法适用于拥有其国籍的自然人在任何地方进行的本公约禁止……的任何活动”。该方法可以在诸如1993年《化学武器公约》等条约中找到。⁶²

4. 根据第四种方法,缔约国有义务提起诉讼,如果犯罪行为发生在该国境内(属地管辖原则)、被推定为罪犯者是该国国民(主动的属人管辖原则)、或者就某些犯罪而言,被推定为罪犯者就在该国领土之上(普遍管辖的形式)。在后一种情况下,还要求有关国家,如果不将该人引渡,“则应无一例外和不过分拖延地将此案送交主管当局以便提出起诉”。该方法可在诸如1999年《关于1954年保护文化财产海牙公约之第二议定书》等条约中找到。⁶³

在某些人权条约中也能发现第四种方法。无论是1984年《反酷刑公约》⁶⁴,还是2005年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2010年12月生效)⁶⁵,都责成缔约各国采取措施,在下列情况下行使管辖权:(1)犯罪发生在其管辖的任何领土上;(2)被指称的罪犯为其国民;(3)受害者为其国民;或者(4)被指称的罪犯留在任何该国管辖的领土上且该国不会将其引渡。

62 第7条第1款。

63 第16条第1款和第17条第1款。

64 第5条。

65 第9条。

针对最严重国际罪行的普遍管辖权长期以来被纳入各国的国内立法。在过去的几年里，世界上许多国家都曾主张采用普遍管辖权来惩治严重违反人道法的行为（譬如博茨瓦纳及其1970年《日内瓦公约法案》）。ICRC列举了近100个曾经在不同程度上主张过其国内法院对严重违反人道法的行为拥有普遍管辖权的国家。它们的立法对所有下列一项或多项犯罪规定了普遍管辖权：(1) 严重破坏1949年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的行为（主要是英联邦成员国）；(2) 1999年《关于1954年保护文化财产海牙公约之第二议定书》和2005年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》项下的犯罪；(3) 没有条约规定普遍管辖权的其他违反人道法的行为，譬如在非国际性武装冲突中实施的战争犯罪，以及违反禁止使用某些武器之条约的行为；以及 (4) 《罗马规约》第8条规定的战争罪。

当采用上文第4章所定义的“整合方法”来执行《罗马规约》时，各国应分析起诉国际刑事法院管辖的犯罪时所需法律依据的性质和范围，以确保其充分遵守国际人道法项下的义务。还应讨论并详细说明包括普遍管辖权在内的域外要素，这应该是某些法律依据的一项特征。确实，本次会议的讨论和审议主要集中在这个视角。就《罗马规约》所针对的犯罪而言，一个明显的趋势是：各国采取推理方法，通常不在可适用的不同法律依据之间做出区分，且事实上在所有执行方面适用相同的依据，包括普遍管辖权。⁶⁶

正如上文所阐释的那样，就人道法项下的其他犯罪而言，法律依据通常是那些出现在条约中的规定。尽管如此，专家们承认，这种碎片式的

66 如欲了解更多此方面的信息和实例，见附件4：人道法和其他相关条款中关于刑事制裁规定的整合执行表。

方法引了解释、适用和可预见性方面的难题。⁶⁷譬如，具体执行1949年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的各缔约国已在其国内法框架内针对严重破约行为主张采用普遍管辖权。⁶⁸而在其他一些情况下，即使法律中没有包含关于普遍管辖权的具体规定，一些国家也声称，它们没有义务为实施其已加入的条约而去通过一部法条。其他一些人则强调，原则上法院可以直接依据国际法行使管辖权，而且还可以根本不援引国内立法来主张普遍管辖权。

几位参加本次会议的专家强调，随着时间推移，各国已趋向于逐渐采用普遍管辖权，但这要取决于真正的政治意愿。德国代表团的一位成员总结了该国在五个关键阶段的转变。令人遗憾的第一个阶段是在第一次世界大战后，其特征是缺乏政治意愿，因此也不存在任何真正的国内或国际起诉。相反，第二次世界大战后的这段时期则以有影响的政治力量为标志，特别是以建立联合法庭为标志，确保纳粹领导层实施的没有明确地点的犯罪得到了起诉和审判。第三个阶段对应的是前南斯拉夫国际刑事法庭的第一次审判。当时，德国已修正了立法，从而使第一位被告人能够被移交给设在海牙的法庭。第四个阶段包括德国对国际刑事司法系统的支持。随后数年间，《德国刑法典》进行了全面的修正。正是在那个

67 即使纳入了1949年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》项下之严重破约行为的英国制定法 (Geneva Conventions Act, 1957 c. 52 5 and 6 Eliz 2, Section 2) 规定，针对这类犯罪的普遍管辖权是强制性的，2001年《国际刑事法院法案》仍依据属地原则和主动的属人原则赋予英国法院管辖权 (即使2001年法案涵盖的几项战争犯罪也属于严重破约行为)。

68 主要是英联邦国家。

时候——第五阶段的开端——针对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪，包括在非国际性武装冲突中实施的上述犯罪，规定了普遍管辖权；尽管如此，还是存在一项重大限制，即在某些案件中，检察官有权自行决定是否提起诉讼。⁶⁹

下面再谈及实践，许多与会者都通过书面材料或口头陈述的方式提供了国内基于各种形式之普遍管辖权的案件实例。⁷⁰几位与会者强调了那些案件的重要意义，它们反映出这类犯罪导致的各种丑行，是所有人类良知的重负。即便行使某种形式的普遍管辖权可能会引发敏感的政治和国际关系问题，所有的与会者仍一致同意，行使此种管辖权的决定应由独立的司法机关而非行政机关做出。不过，他们也都承认，充分执行普遍管辖权面临着艰巨的挑战，通常来说最好首先确定某种条件或限制，以使其作为一种惩戒措施而更有可见性和有效性。

实际上，这些挑战可以是技术性的、法律性的、实践性的、人道性的以及政治性的。譬如，技术性难题本质上与下列事项有关：证据的有效性和保全、证人保护、证人向许多机构复述其遭遇时可能产生的作证疲劳和“职业化”现象、或者审判地和犯罪实施地之间的距离使受害人比较

数年中，那些被推定实施了战争罪的人越来越多地被国内法院依据普遍管辖原则加以审判。这一趋势在20世纪90年代中叶第一个国际刑事法庭建立时势头相当强劲。

69 见《国际罪行治罪法典》(Code of Crimes against International Law) 第6-12条以及《刑事诉讼法典》(Code of Criminal Procedure) 第153条第3款和第6款(关于起诉裁量权)。

70 关于国内法院根据各种形式的普遍管辖权所审理案件的进一步信息，见附件5：关于国际罪行和普遍管辖权的国内判例表。下列出版物中也分析了关于普遍管辖权的国家实践：Amnesty International, *Universal Jurisdiction – Strengthening this essential tool of international justice*, October 2012, and Amnesty International, *Universal Jurisdiction – A preliminary survey of legislation around the world – 2012 Update*, October 2012.

除了20世纪60年代由以色列审理的著名的“艾希曼”案以外，ICRC还收集整理了至少16个国家的起诉资料，其中大部分都是北美和欧洲国家。数位嫌疑人还因在非国际性武装冲突中犯有战争罪而被国内法院依据普遍管辖权加以审判。重要的是，被告人的国籍国一般不反对在那些案件中行使普遍管辖权。最近，在2012年，瑞士联邦刑事法院裁定前阿尔及利亚国防部长不能就瑞士指称其在任职期间犯下的战争罪而主张豁免权。

难以诉诸司法。刑法的可适用性问题久而久之也产生了难题。此外，国际豁免规则也影响了诉讼进行的方式。尽管国内法官有可能亲临现场或者诉诸调查委员会或类似程序，但在某些情况下，由于诉诸司法的难题、语言的难题或法律制度与传统之间不一致，采取这类措施也许不太可能。几位专家强调了人力和物力资源的匮乏以及相关团体表现出来的冷漠或缺乏兴趣。参加本次会议的一位法官曾应邀审理一件距其所在法庭上万公里之遥实施的灭绝种族行为的案件，他强调了这一工作所造成的心理影响，并认为在其整个余生中可能都挥之不去。

与会者还强调，在仅应作为最后手段行使普遍管辖权的同时，还有必要考虑引渡的问题，这是因为国际罪行的实施者可以在其犯下滔天罪行的地方得到审判。他们的讨论揭示出两种不同国际法规则之间的紧密联系，这两种规则也同样代表了两种不同的概念：普遍管辖权以及不起诉时的引渡义务（或引渡或起诉）。⁷¹他们还提到了最近

71 2005年至今国际法委员会一直在审议这一点。特别报告员已呈交了4份报告（documents A/CN.4/571, A/CN.4/585 and Corr.1, A/CN.4/603 and A/CN.4/648）。2008年，委员会决定就相同主题建立一个开放的工作组。2010年，秘书处审查了可能对委员会在该主

将该义务适用于《罗马规约》项下犯罪的立法实践。⁷²无论涉及哪个法院，所有专家都一致同意，在开始起诉国际罪行时付诸必要努力（包括通过战略伙伴和能力建设项目）以确保司法合作与协助的重要性。⁷³司法合作与协助可采取各种形式：执行外国法官提出的请求；诉讼程序的通知；搜集证据；搜查和扣押；现场勘验；记录证人证言；提供经认证的记录和文件；寻找证人；搜查并没收犯罪所得；确保证人受到询问、犯罪人被引渡及判决得以执行的措施；外国判决的执行；提供司法档案。尽管如此，某些专家仍感觉存在法律真空，会对有效的司法合作与协助造成实践和法律

题方面的工作有所助益的多边条约：document A/CN.4/630。See also the report published by Amnesty International in support of the Commission's work: *International Law Commission: The obligation to extradite or prosecute* (aut dedere aut judicare), London, February 2009.

72 See in particular: Argentina, Law No. 26.200 on the implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 4; Brazil's draft legislation on genocide, crimes against humanity, war crimes and other crimes against the administration of justice by the International Criminal Court (2008), Art. 128; Croatia, Law on the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court and the Prosecution of Crimes against International Law of War and Humanitarian Law, 2003, No. 01-081-03-3537/2, Art. 10(2); Portugal, Law adapting Portuguese criminal legislation to the Statute of the International Criminal Court, No. 31/2004, Art. 5; the Swiss Penal Code, *Recueil systématique* 311.0, Art. 264 (m), as amended by the Federal Law of 18 June 2010 modifying federal legislation with a view to the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, *Recueil officiel* 2010 4963, FF 2008 3461, ch. 1; Uruguay, Act 18.026 on cooperation with the International Criminal Court in the fight against genocide, war crimes and crimes against humanity, *Diario oficial*, 4 October 2006, Art. 4(2).

73 其中参见《第一附加议定书》第88条第1款和第89条以及1999年《保护文化财产海牙公约之第二议定书》第18条和第19条。有趣的是，1983年国际法学会剑桥会议通过了第3号决议，题为“引渡的新问题”，其第6条第1款规定：“或起诉或引渡规则应予以加强和扩大，而且还应提供法律协助的详尽方法。” Available from: http://www.idi-iii.org/idiE/resolutionsE/1983_camb_03_en.PDF

上的障碍。⁷⁴本次会议期间描述的大量实践都证明了这一点。譬如一些专家认为，只有在该国缔结的一项条约中规定了或引渡或起诉义务时，该义务才存在，而无论如何，授权引渡的基本规定必须被纳入国内立法，光有条约绝对是不够的。⁷⁵其他一些专家则对此表示遗憾：由于（再次）缺乏使申请国法院有可能起诉嫌疑人的引渡条约，或者因为法院狭义地解释了引渡义务，国家当局接手的某些调查和案件就不得不终止或严重推迟。⁷⁶在

74 在这一点上，见比利时、荷兰和斯洛文尼亚发起的倡议：A legal gap? Getting the evidence where it can be found: Investigating and prosecuting international crimes, report of a meeting of experts, The Hague, 22 November 2011. 关于这个问题，国际法委员会特别报告员解释道：“当前引渡和法律互助制度的严重缺陷很大程度上源自过时的双边引渡和法律互助条约。就国际罪行而言，存在大量不合时宜的拒绝理由，但把相关人员引渡给使其可能面临不公正审判、酷刑或死刑的国家也经常会导致缺乏重要的保障。另一方面，不适应此类犯罪的起诉制度的有效性也面临诸多障碍，包括诉讼时效、豁免以及法不溯及既往原则。”(Document A/CN.4/571, para. 14.)

75 相反，见前南斯拉夫国际刑事法庭关于酷刑的判例法 (*Furundzija*, case No. IT-95-17, Judgement, 10 December 1998, para. 156)。自2006年至今，在联合国大会第六委员会系统讨论该问题的过程中，几个国家也表达了相反的观点：见特别报告员的第四次报告，报告中概述了这一问题 (document A/CN.4/648)。另见戴维 (E. David) 教授在“比利时诉塞内加尔”案中就或起诉或引渡义务的相关问题致国际法院的信，信中对这一义务的习惯法基础提供了相当全面的说明：Public sitting held on Monday 6 April 2009, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Owada presiding, in the case concerning Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), International Court of Justice, CR.2009/8, 6 April 2009, pp. 23 to 25 (in French).

76 例如，见危地马拉宪法法院，2007年12月12日判决，档案号3380-2007。在该案中，法院以西班牙对在危地马拉境内实施的犯罪无管辖权为由拒绝将3名被告人引渡给西班牙。本报告写作时，正由国际法院审理的涉及塞内加尔和比利时的案件充分体现出不起诉时的引渡义务与普遍管辖权的范围之间存在的抵触。在上述案件中，比利时要求塞内加尔审判乍得前总统哈布雷先生 (H. Habré)，因为可归因于他的行为构成了危害人类罪和酷刑。如果塞内加尔不起诉哈布雷，比利时就要求引渡该人以便能依据普遍管辖权自行予以起诉：Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (*Belgique v. Senegal*), General List No. 144 [2009], International Court of Justice. Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (last accessed on 13 August 2012).

大多数已宣判的司法案件中，被告人均已在法院所在地国境内。几乎没有因被告在访问一国时而受审的案件，也没有案件会依据逮捕令而被移交给法院地国。

接下来转向用于有效起诉国际人道法或《罗马规约》项下犯罪的工具或机关等问题，许多专家都赞同关注各个层面的权限和专业化：起诉、警察、移民、司法协助当局和法官。⁷⁷几位专家提到了在移民、警察和起诉方面拥有充分资源和经验的专业机构可能发挥的关键作用。在关于该事项的一份报告中，国际人权联盟强调：“在对严重国际罪行进行问责方面，建立一个专门机构在采用一致、连贯的方法方面拥有优势，可以使调查和起诉更加有效，能够积累专业技能并分享经验。”⁷⁸此外，调查当局和那些负责移民事务的当局之间应当有定期的紧密联系，以便它们能够交换情报。包括依据普遍管辖权在内旨在有效调查和起诉国际罪行的国家战略，还应包括全面的证人和受害人保护机制。⁷⁹所有与会者都赞同一个代

77 关于这一点，见FIDH and REDRESS共同发布的一份令人关注的报告：*Strategies for the effective investigation and prosecution of serious international crimes: The Practice of Specialized War Crime Units*, December 2010. Available from: http://trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/CSCPI/The_Practice_of_Specialised_War_Crimes_Units_Dec_2010.pdf (last accessed on 27 January 2014).

78 *Ibid.*, p. 21.

79 保护措施包括不泄露证人的身份数据、通过视频连接作证的可能性、宣读书面证言、证人异地安置，以及在最严重的案件中，给予证人新的身份。在这方面，FIDH和REDRESS组织了一次关于受害人和证人在基于普遍管辖权的诉讼程序中所处地位的会议，参阅关于该会议的另一份很有意思的报告：*Universal Jurisdiction Trial Strategies: Focus on victims and witnesses*. A report on the Conference held in Brussels, 9-11 November 2009, November 2010. Available from: http://fidh.org/IMG/pdf/Universal_Jurisdiction_Nov2010.pdf (last accessed on 27 January 2014).

通过适用欧盟理事会2002年6月13日第2002/494/JAI号和2003年5月8日第2003/335/JAI号决定，欧盟建立了国家间联络办公室机制。第一项决定涉及在每个成员国指定一个联络办公室负责交换关于灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的调查信息。第二项决定旨在加强国家单位之间的合作以最大限度地提高成员国当局在调查和起诉那些被推定曾实施上述行为之人时有效合作的能力。2003年的那项决定还进一步规定，被指定的联络办公室要定期会面以交换他们在经验、实践和方法方面的情报，并且这种会议要连同欧洲司法网络的会议一起召开。联络办公室官方网址：<http://eurojust.europa.eu/Practitioners/networks-and-fora/Pages/genocide-network.aspx> (最后访问于2012年8月13日)。

表团所表达的立场：提高公众的意识和教育水平对于以普遍管辖权为基础进行的诉讼至关重要。他们还强调了区域性机构在促进国家间合作与司法互助方面的首要作用。他们提到了欧盟国家间联络办公室涉及针对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的责任人所开展的工作。

本次会议的与会者特别留意了一国行使某种形式的普遍管辖权可能附带的条件——可能使其增加可预见性而又不会影响其域外和普遍性质的条件。⁸⁰这里提及了许多要素。一般普遍认为，当本应依据属地原则或者主动或被动的属人原则

80 几个学术性团体已经考虑过该事项。特别见：Princeton University Program in Law and Public Affairs, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton, 2001; International Law Institute, "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", Seventeenth Commission, Krakow, resolution adopted on 26 August 2005, available from http://www.idi-iii.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf (downloaded on 13 August 2012); International Association of Penal Law, "Universal Jurisdiction – General Report", prepared by I. Blanco and published in *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 79, 2008.

启动诉讼程序的法院没有能力或不希望这样做的时候，才能将普遍管辖权作为辅助手段行使。在这方面，为了与国际刑事法院的补充管辖保持一致，一些与会者强调了在国家能力建设上加大投入的重要性。正如本报告下一章所要说明的那样，所有与会者都认为，他们确信离现场最近之法院的介入会提升刑罚的惩戒效果。

除此以外，专家们在这方面似乎更喜欢实用主义而非教条主义的方法：“负责任地且审慎适用普遍管辖权能最大程度确保其行使的合法性与可靠性。”⁸¹一些专家怀疑，如果一个案件因为证据无效注定会失败，那么即使相关法院有管辖权，是否还会将其诉至法院。大多数专家都同意，必须对存在某种形式联系的案件付诸努力。⁸²在这个问题上，除调查行为和引渡请求以外，最好被告人（即使是很短一段时间）出现在希望对其提起诉讼之国家境内，或者至少有办法确保该人在审判时出现。⁸³此外，一些专家还认为，只有起诉裁量原则——显然这并不意味着任意起诉——得到认可，才可能实施普遍管辖权。正如ICRC于1997年组织的专家会议的报告中所称：

81 见联合国大会第65/33号决议，序言第4段（第66/103号决议予以重申）。

82 这是普林斯顿原则（见前注80）和国际法学会决议（见前注80）所倡议的方法。比较美洲人权委员会年度报告（*Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1998*, 16 April 1999, document OEA/Ser.L/V/II.102, Chapter VII, Recommendation 21: 纪念《美洲人权利和义务宣言》5周年）和《世界人权宣言》，专家们认为，各国必须在广义上规定普遍管辖权，而不应有任何限制，诸如规定被告人必须出现在有管辖权的法庭所在地国境内。Available from: <http://www.cidh.org/annualrep/98eng/Chapter%20VII.htm> (visited on 14 August 2012).

83 同样，见国际法学会决议（前注80），第3条第2款。

根据ICRC搜集的信息, 40多个国家的国内立法和判例法均要求被告人在起诉国境内出现, 这些国家包括阿根廷、波黑、哥伦比亚、法国、印度、荷兰、菲律宾、西班牙、瑞士和美国。而在其他国家, 国内立法和判例法不要求存在这种联系, 允许未出现在起诉国境内而被推定为战犯的人提起诉讼(奥地利、加拿大、德国、意大利、卢森堡、新西兰和英国)。

就起诉的恰当性而言, 有许多具体的考虑因素来确定处于相关领土之外的人可否被起诉。普遍管辖权必须被理解为国家司法机关启动初步调查的可能性, 即使该结果后来被其他机关所使用。……把情况放在一起分析并整理出有效证据的能力自然而然会限制普遍管辖权的行使。⁸⁴

简言之, 在目前打击有罪不罚的语义内, 本次会议倾向于承认, 各国针对国际罪行行使普遍管辖权的明确义务, 因而还有义务不仅在本国境内, 还要作为国际社会的成员, 在各国就打击有罪不罚这一全球目标进行合作的框架内, 帮助打击有罪不罚现象, 无论如何对那些《罗马规约》的缔约国来说, 这可以作为与国际刑事法院所建立之关系的和谐补充。确实, 必须在一个明确界定的框架内行使普遍管辖权, 而且需具有可预见性, 从而避免在某些情况下引发争论。从这个意义上说, 必须鼓励在联合国与区域性组织层面面对普遍管辖权的范围及适用加以讨论, 尤其是如果这些讨论旨在对该原则提供普遍支持并最终达成加强地方能力建设的协议得以达成。⁸⁵

84 C. Pellandini (ed.), above note 5, p. 131.

85 在这方面, 特别见:《普遍管辖原则的范围和适用》, 联合国秘书长依据各国政府意见起草的报告 (documents A/65/181 (29 July 2010), A/66/93 (20 June 2011) and A/67/117 (28 June 2012))。See also: the AU-EU report, above note 55; the 2008 Report of the African Commission on the Use of the Principle of Universal Jurisdiction by some non-African States, EX.CL/411 (XIII); or the decision of the Assembly of the African Union, dated December 2008, on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Assembly/AU/dec.199 (XI)。最后, 非洲联盟主持召开了一次由政府专家和司法部长参与的会议, 该会议于2012年5月提交了一份《关于对国际罪行行使普遍管辖权的非洲联盟示范法》(African Union Model Law on Universal Jurisdiction over International Crimes) 草案。

8.

制裁个人在预防
严重违反国际人道法
方面的作用

依靠制裁和刑罚本身就等同于承认失败：由于未能遵守国际人道法（以下简称“人道法”）规则而必须以起诉来确保遵守。不过，失败可能有各种各样的原因。要想让人遵守人道法规则，首先他们必须知晓规则的存在，进而要知道在国内立法中将人道法禁止的行为界定为犯罪并使之构成国际罪行的重要性。不过，若要制裁和刑罚有效发挥其预防作用，还需要采取更多的措施。事实上，只要谈到制裁和惩治严重违反人道法的行为，就必须从一开始就伴有旨在促进遵守和尊重这些规则的措施。有关各方必须采取一切必要措施，确保将可适用的规则和刑罚纳入援引体系、为公众知晓且被恰当适用。各方必须教育民众并向其反复灌输什么能做以及什么不能做：刑罚信息的有效性取决于潜在违法者——尤其是那些武器携带者——获取相关规范的程度。人道法必须成为第二天性，让遵守这类规则变成条件反射。⁸⁶本着这种精神，卢旺达国际刑事法庭书记官长曾在本次会议上谈到，法庭主要使用两个杠杆来使其预防功能最大化：宣传活动以及加强卢旺达司法系统能力的项目。

本次会议关于刑罚的讨论与审议深入思考了两个重大问题：一方面涉及使制裁惩戒效果最大化的手段，另一方面涉及确保相关的目标团体获得适当的指导和宣传。

86 在专家团队的帮助下，ICRC从2005年到现今已在制裁方面做了大量的工作，其中一部分经提炼后刊载于2008年《红十字国际评论》的专题特刊（第90卷，第870号，见前注15）上。要想了解制裁有效性所依赖的14项要素（ICRC经过数年的工作才得以确定），见“附件6：决定制裁有效性的因素及评论”。

绝大多数与会者都赞成，重要的是知道一项具体的行为属于犯罪，而且从刑法的角度知道一类具体行为的后果。把严重违反人道法的行为纳入相关刑法条本便于潜在的罪犯以及实施制裁的人知晓。专家们也承认，制裁有许多固有特征，而无论情况如何、对象是谁或者谁拥有管辖权。首先，在制裁方面不得基于武装冲突的性质而有所差别。其次，制裁必须不加歧视地适用于所有人。再次——无论专家们提交的书面材料还是口头陈述中都提到的重要一点——在每个案件中，即犯罪期间或刚刚实施犯罪后，制裁只有在用来表明罪行的应受谴责性时才能充分发挥其作用。因此，确凿无疑的是，制裁不仅要适用，而且要即时适用，即毫不延迟地做出反应。最后，惩治法人的概念——在许多国内法中都有规定——在战争罪确凿无疑的情况下也可适用。

从这个角度看，制裁可采取各种形式：可以是刑事的或纪律性的、司法的或非司法的、由刑事法院依据普通法律或军事法宣判的、或是由国际或国内法庭做出的。对严重违反人道法行为实施的刑事制裁是强制性的，虽然在这类案件中监禁是必不可少的，但人道法似乎不应自动排除诉诸其他手段。专家们指出，这些补充性的手段能更好地考虑背景特征以及违法行为的规模性或系统性。一个代表团在一份书面报告中谈到，使用整体方法能够增强制裁的惩戒效果。⁸⁷只起诉高级领导人远远不够。整体方法意味着使用广泛的制裁手段——可以是刑事的、纪律性的或行政

87 英国在其书面报告中提出了整体方法（见前注10）。ICRC对制裁的研究得出的初步结论倾向于同意这种方法。

将人道法方面规定的制裁置于对过渡司法的回顾中等于是承认：孤立来看制裁常常是不充分乃至无效的。这也等于承认，人道法并不排除援用补充性解决方法，如果后者能更好地考虑到武装冲突语境下或特殊语境下违法行为的大规模或系统性本质，以及相关居民或个人的期望。将这些问题放回到司法的潮流中——当实施了大规模违法行为后，相关司法活动跨越数十年，表现为从通过记忆获取真相到给予赔偿等不同形式，并要求建立适于实现这些目的的机制——这种定位人道法的方式能够促进人道法的遵守和实施。

节选自安娜·玛丽·拉罗萨：《制裁作为让人道法获得更大尊重的手段：对其有效性的评论》，载于《红十字国际评论》2008年文选，第28-56页。

的——来惩治所有那些以这样或那样的方式参与犯罪的人。是否起诉必须根据每个案件的具体情况来决定，即取决于罪行的严重性以及被告人的职位。作为过渡司法程序的一部分，诸如真相与和解委员会这样的非司法措施也应予以考虑，以促进总体上的和解，并使犯罪受害人与所有那些受犯罪影响的人能够说出自己的遭遇并且获得合理的补偿。这些措施还可以给那些协助实施犯罪的人悔过的机会。

会议期间讨论的另一个主题是诉诸国际刑事司法的优缺点。专家们似乎承认，国内法院与混合式法院要尽可能绝对地优先于远离犯罪发生地和受害人的国际刑事法庭。在每个国家内部，选择军事机制还是普通机制完全取决于该国的组织形式。在某些情况下，还可能主张军事法庭才是审判军事人员的最佳场所，而由普通法院起诉其他嫌疑人。根据一些与会者的观点，在普通法院起诉一名士兵会有这种风险，即人为地给人一种“我们对付他们”的感觉，从而丧失惩戒的效

为了让社会和相关个人能够朝着健康的势头发展，基于实用主义的整合方法有助于抓住每一丝机会：当社会结构已经破碎得无法修复时，最糟糕的情况就是什么都没有。因此普遍认为，过渡司法是刑事司法的补充，可以帮助重建一个社会及其包含的个人并书写一段连贯的、真实的和诚实的历史。

果。相反，一名职业士兵碰到的最糟糕的事情莫过于被其同僚判定为有罪。无论如何，正如专家们所言，对法院而言重要的是保持独立、称职、高效和公正。正如本报告先前章节所表明的那样，专业化的程度也被视为一项重大优势。

每个人都赞同，传播法律知识的义务至关重要，因为正是由于传播，人们才能获知人道法禁止哪类行为，并知晓严重违反人道法的后果。

对此次会议的参加者而言，同样清楚的一点是，培训法官和检察官发挥着至关重要的作用，因为这会让国家当局感到他们确实有能力适用制裁手段。通过适当的培训手段，法官们必须吸收人道法和国际刑法的最新发展——缔结的新条约或对现有条约的修订、习惯规则的变化、国际法庭判例法或专家工作组所做的阐释。此外，司法界的培训不应局限于法律条文，还应涵盖军事领域。实践中，取决于环境的不同，可以通过各种方式提供培训，包括将司法人员短期调派到军事单位。国际刑法不应被认为日益脱离行动和作战的现实。正如英国在其书面报告中所说：“人道法诞生于战场，二者不能分家。”⁸⁸譬如，一位毫无军事事务经验的法官或检察官在审理涉及一名

88 见前注10。

被推定为战犯的相关案件时，可能很难把握人道法特定概念的含义和范围（诸如军事优势或军事必要）。对其他人来说，军队尊重审判和解释权则是惩戒和有效加强当局所适用制裁之预防效果的重要因素。

本次会议的参加者们还赞同，提高其他主要参与者——诸如国家议会议员——的意识，有助于增强制裁的有效性及其惩戒效果。

谈到在国内向所有相关人员传播人道法知识时，没有人质疑人道法国家委员会或类似机构在此方面的主要作用。委员会尤其建议，在为不同目标群体设计的课程和出版物中都应包含有关惩治严重违反人道法行为的内容。为确保将此类内容纳入军事手册以及必要时在媒体引起反响，它们还可提供相应支持。本报告下一章将分析人道法国家委员会和其他类似机构的作用。

9.

实施国际人道法 国家委员会的作用和影响

全世界目前有100多个实施人道法的国家机构，涵盖了半数以上的国家⁸⁹。这些数字证实了1995年第26届国际红十字与红新月大会关于鼓励建立人道法国家委员会之倡议的重要意义。当时，大会响应了保护战争受害者问题政府间专家组关于此类机制有用性的建议。⁹⁰自此，很明显的是，人道法国家委员会若能有效运作的话，在确保恰当适用人道法和相关规则时非常有助于国家开展工作。

一般而言，人道法国家委员会和其他类似机构主要作为政府在人道法相关事务上的咨询机构，促进人道法在国内的实施，参与普及人道法知识的努力和策略(或制定它们)，就该主题提供意见，确保在有关问题上的协作，促进对人道法的尊重并游说有关当局进行必要的立法。因为知道人道法条约在其各自国家的批准和执行情况，国家委员会非常有助于鼓励批准或遵守那些文件并推动国内立法进程。它们还能帮助国家一级或其他各级的法律法规符合该国加入或希望加入之人道法文件的规定。因此，它们必须能够根据相关的各种文件产生的义务来评估国内立法、判例法和行政规定，在与执行人道法有关的问题上向国家当局提供咨询意见，并在这方面提出意见和建议。因为其交叉性质(它们把处理人道法问题的主要国家机关都集合在一起)，国家委员会应能够确

89 关于人道法国家委员会的完整名单，见附件7：人道法国家委员会和其他国家机构名单。

90 “Recommendations of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims”, *IRRC*, No. 304, January-February 1995, pp. 33-38.

国家委员会和红十字与红新月国际大会的高度参与

本次会议后，ICRC注意到大量的人道法国家委员会为其所在国参加第31届国际红十字与红新月大会（2011年11月）的准备工作做出了贡献，其中一些甚至还是该国赴日内瓦参加大会的代表团成员。

保当局及时考虑到人道法。此外，当要把人道法的相关要素纳入对相关法律分支——诸如人权法或国际刑法——的讨论和决定时，也需要国家委员会的专业知识。

本次会议的参加者们证实了国家委员会的有用性，同时承认其组成、职能、职权范围和活动可能各不相同。这类机构的成员就其经验、最佳实践以及工作中所面临之障碍所做的发言值得赞赏，并成为大量宝贵信息的来源。譬如，讨论披露了几个国家委员会已制定出相应机制，多年来已成为其所在国政府体制的坚实组成部分；因此，它们也取得了无可争辩的咨询职能，该职能已超出纯粹的人道法事务，涵盖了当今构成人道法有机组成部分的所有规范。其他与会者也强调了他们所在国之国家委员会所带来的切实利益，即作为一个机构间交流以及协调人道法与相关规范领域的平台，主要的政府机构可通过该平台采纳各种策略和倡议。

与会者们还强调了将人道法和国际刑法所产生的国际义务纳入国内法律秩序的复杂性，特别是考虑到两个国际法分支相互交叉的领域日益增多，譬如国防、司法、财政、外交、教育、卫生、文化乃至儿童保护。实践中，那些领域由不同国家机关和专门机构分工负责。然而，本次会

议表明，国家委员会可以发挥协调、支持及培训所有相关人员的作用，以便最好地利用通常有限的资源、增强当局对人道法的了解以及在公众中该法的普及。这种协调还应扩展至《罗马规约》或如下类型的其他任何条约在国内的执行，这些条约虽然超出人道法基本框架但仍直接与之相关，诸如《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》或《反酷刑公约》。应尽量避免出现履行相似职责的重复机构；至少，应采取措施确保这些机构相互补充和协调。

不过，只有具备必要的能力，国家委员会才能有效履行其职责。一些人强调，为履行上文所述的职责，它们需要额外的人力和物力资源。与会者们还强调了赋予国家委员会正式地位的重要性、建立常设秘书处的重要性以及确保其成员能够投入必要的时间来工作的重要性。他们还提到了起草详细行动计划——清楚地界定谁负责什么——以及安排定期会议的重要性。

与会者一致同意，出于使制度有效运作的考虑，还必须有真实的政治意愿使那些手段发挥作用。因此，这取决于国家委员会，不仅要找到它们正常运作所需的手段，还要说服政治当局使这些手段起作用。譬如，马来西亚在其提交的书面报告中就表示，外交部长同时也是马来西亚国际人道法国家委员会主席的事实是一个优势，因为它能由此保持政治势头，尤其是（在部长的请求下）通过建立一个协调政府和议会的平台来提高人道法意识并采取推广措施。⁹¹然而，如果人们没有意

91 见前注10。

建立小组委员会：国家委员会对有效性的追求

为支持其工作，一些国家委员会还建立了“小组委员会”或专门研究人道法问题的技术小组。譬如下列情形，尼加拉瓜国际人道法国家委员会就设立了3个小组委员会：一个负责保护文化财产，一个负责立法，一个负责人道法的培训和传播。摩洛哥的国际人道法国家委员会也建立了两个拥有特定职责范围的小组委员会：第一个负责研究和立法，第二个负责传播和培训。

识到委员会工作的重要性，也不分享其目标，传递给政界的信息就会毫无作用。因此，有必要阐释并普及相关知识以获取对国家委员会的支持，更重要的是确保正确理解并认可预防并惩治违反人道法之行为及其他国际犯罪的工作。对国家委员会而言，这意味着真正的沟通策略，一般来说包括社交网络和互联网，同时提醒该国认识到使用类似策略的重要性，该策略是其向居民传播人道法并普及人道法知识总体义务的一部分。国家委员会还能因此提高人道法的知名度并推动与民间社会更广泛的交流。

与会者还就人道法及其他相关规范的实施本身交换了看法。他们强调，尽管这是一个几乎没什么原则适用的领域，但作为一个抽象的概念，很难确定并界定一种兼顾的方法：它取决于具体情况，且肯定会出现每个局势中。我们有原则、手段、模式、示范法、有效的制度和最佳实践，但这些并非放之四海而皆准的教条。在这里，国家委员会还是要发挥重要作用：为针对特定局势找到最适宜的解决方法（首先通过国内对话同时也通过与面临类似难题的其他国家进行交流），它们必须提及具体的局势及其特点。

人道法国家委员会对社会媒体越来越感兴趣

为了使工作更为人所知并与为数众多的利害关系人分享，几个国家委员会已转向因特网并建立了公共网站，譬如阿联酋国际人道法国家委员会以及比利时、秘鲁和瑞士的人道法国家委员会。

除了每个局势的具体特征和国家委员会在人道法方面的具体职能以外，与会者也承认，面临的挑战首先是要确保国家委员会具有积极性和灵活性，且充满活力和创意。几位与会者强调，为此目的，重要的是建立委员会之间的合作，当然，开始时是地区性的，因为同一地区经常一起分担大量难题，通常还拥有共同的语言和相似的制度。在ICRC的鼓励和支持下，非洲、拉丁美洲、亚洲（印度次大陆）、欧洲以及来自阿拉伯国家的国家委员会之间召开了许多会议。譬如2009年，南锥体国家召开的次区域会议使阿根廷、巴西、智利、巴拉圭和乌拉圭5国会晤并采纳如下建议：允许各自的国家委员会保持接触并分享最佳实践及其他有用的情报。英联邦国家的国家委员会也定期会晤，最后一次是在2011年6月。举行会议的目的之一是为了同各国红十字会与红新月会一道，为其各自国家参加第31届国际红十字与红新月大会进行筹备。2012年6月，塞尔维亚国际人道法委员会与ICRC合作组织巴尔干国家和欧洲其余国家召开了一次国家委员会及类似机构会议，会议为讨论实施人道法所面临的当代挑战提供了有利的环境和相互激励的条件。尚未设立国家委员会的国家也参加了这些会议，以加强对这类机

国家委员会增进相互交流

国家委员会在众多问题上相互频繁接触。譬如，萨尔瓦多国际人道法跨部门国家委员会能够帮助危地马拉的相应部门制定国家文化遗址和财产名录并确保对它们进行了保护性标记。摩洛哥国际人道法国家委员会与秘鲁的相应部门保持联系，就像白俄罗斯的国家委员会与最近建立的吉尔吉斯斯坦国家委员会之间建立的联系一样。瑞士国际人道法部际委员会邀请塞尔维亚国际人道法委员会参加在瑞士举行的会议（这两个委员会都是最近建立的），厄瓜多尔适用国际人道法国家委员会于2012年4月在利马参加了由秘鲁研究和适用国际人道法国家委员会组织的第7届米格尔·格劳人道法课程；就在那个时候，这两个委员会就各自的实践交换了看法。最后，英国国际人道法部际委员会与格鲁吉亚执行国际人道法机构间委员会正在讨论一个合作项目。

构在实施人道法方面所发挥之关键作用的理解。譬如，苏里南就参加了2010年6月在墨西哥举行的拉丁美洲和加勒比地区人道法国家委员会国际大会，加勒比共同体也参加了本报告提到的人道法国家委员会全球会议。⁹²

国家委员会的成员还告知本次会议，他们与别国的相应部门保持定期联系，在许多问题上都相互合作。有时，相距遥远的委员会之间还会达成开创性的协议，譬如德国和秘鲁之间。而在其他情况下，国家委员会与另一国当局之间的联系则有助于推动在该国建立国家委员会。譬如土库曼斯坦保证实施人权和国际人道法领域之国际义务机构间委员会就属于这种情况，该委员会正式

92 2010、2011及2012年ICRC咨询服务中心组织的以及涉及《罗马规约》国内实施问题的地区性会议列表，见附件8：人道法国家委员会地区性会议列表（涵盖《罗马规约》问题）。

建立于2011年8月，就在与白俄罗斯国家委员会建立联系之后。瑞士也将其交流的范围拓展至欧洲以外，与约旦国家委员会缔结了合作协议。所有与会者都希望巩固相关条件，从而加强此类合作协议的影响力并使之最大化，因为他们知道这是他们交流经验与知识的宝贵机会。

10.

**将违反国际人道法的行为和其他国际罪行
纳入国内法的工具**

有许多工具可以对国内机构——尤其是国际人道法国家委员会——的工作提供帮助与支持，从而为惩治严重违反人道法的行为以及其他国际罪行（包括《罗马规约》中涵盖的罪行）建立有效的制度。在会议期间，与会者同意每种局势都各不相同，需根据每种局势的具体特征来决定应采取的措施和引入的机制。他们承认，为了帮其各自国家找到适当的解决方案，国家委员会在评估此局势方面起到了重要作用。小组成员和与会者的发言有助于确定相应工具，以将人道法和《罗马规约》中的罪行纳入国内法。发言中涉及到了大量的辅助手段和援助方法，我们将其中一些概括如下。

准备工具。当一国——例如通过其国家委员会——希望开始批准一项条约的工作或实施人道法时，ICRC咨询服务处编写的技术性资料简报、批准文件和相关出版物列表通常是最佳出发点。这些文件旨在使人们更好地理解那些要求采取国内实施措施的人道法规则。

准备工具	
ICRC咨询服务处	技术性资料简报

专业工具。国家有义务制定国内立法将违反人道法的行为和其他国际罪行纳入其中，这一义务的范围正日益引发复杂的问题，因为这些义务规定在不同的条约中，同时还受到习惯法的规制。例如，在实践中实施与调查制度、司法程序

和执行判决有关的国家义务，还需要考虑许多涉及每个国家体系不同法律传统的问题。因此，专业文件是对基本工具的补充：专家会议的报告、示范法、清单和专业手册使各国可以更深入地考虑棘手的问题，而且，所有与会者都认为，这些专业文件是不可或缺的。

专家会议	
亚非法律协商组织	《关于<国际刑事法院罗马规约>法律专家会议的报告摘要：问题与挑战》，2011年7月19-20，马来西亚，布城
ICRC	国际人道法咨询服务处，《对违反国际人道法行为的国内制裁（大陆法系）：专家会议报告》，日内瓦，1997年9月23-25日 国际人道法咨询服务处，《在国内层面惩治违反国际人道法的行为：为普通法国家提供的指南》，专家会议，日内瓦，1998年11月11-13日（包括作为示范法的日内瓦公约法案）
约旦外交学院的国际刑法网络与地区人类安全中心	《国际刑法与阿拉伯世界》，地区研讨会最后报告，2005年2月14-15日，约旦，安曼
阿拉伯联盟（与ICRC合作）	关于协调国内立法与国际人道法的阿拉伯政府专家会议，2011年1月12-14日，摩洛哥，拉巴特
英联邦秘书处	《英联邦专家组关于<国际刑事法院罗马规约>实施立法的报告》，伦敦，马尔巴罗王府，2004年7月7-9日
比勒陀利亚大学人权中心。 国际刑法服务与 康拉德·阿登纳基金会	专家研讨会：有关战争罪、危害人类罪和种族灭绝罪的法律在南非的实施，比勒陀利亚大学，2011年6月13-14日
美洲国家组织	关于国际刑事法院的第七次工作会议，与ICRC联合举办的会议报告（报告的大部分内容涉及到国际刑事法院），2011年3月10日

示范法

英联邦秘书处	《实施〈国际刑事法院罗马规约〉经修订的示范法及相关评注》 ⁹³
阿拉伯联盟	《阿拉伯联盟关于国际刑事法院管辖罪行的示范法项目》 ⁹⁴

清单和专业手册

大赦国际	国际刑事法院支持有效实施的相关原则更新清单 ⁹⁵
国际刑法改革与形式司法政策中心 (改革与政策中心)	《国际刑事法院——〈罗马规约〉批准与实施手册》(第三版) ⁹⁶
权利与民主中心和改革与政策中心	《国际刑事法院——〈罗马规约〉批准与实施手册》第2版 《国际刑事法院——程序与证据规则》 《实施要素》 ⁹⁷ 《实施要素清单和与〈罗马规约〉及〈程序与证据规则〉相关的范例》 ⁹⁸

93 经修订的示范法附在2011年7月11-14日在澳大利亚悉尼召开的英联邦法律部长和高级官员会议报告的附件二中，document SOLM(11)10。2011年，英联邦专家组被召集根据继坎帕拉审议大会后出现的新发展，对该示范法进行审议。ICRC参加了小组审议。为支持英联邦成员国实施《罗马规约》的工作，一个专家组于2004年起草了示范法的初稿。

94 Decree No. 598-21d-29/11/2005. The original is available from: <http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=leagueofarabstates> (last accessed on 27 January 2014). 可从国际刑事法院联盟获得非官方译文。

95 IOR 53/009/2010, London, 6 May 2010. This is the updated version of International Criminal Court: Checklist for Effective Implementation, IOR 40/011/00, London, 2000. (last accessed on 27 January 2014).

96 本手册第三版只有英文版本。前两版与加拿大人权和民主发展国际中心 (权利与民主中心) 联合编写，有阿拉伯语、英语、法语、葡萄牙语、俄语和西班牙语文本。第二版可在加拿大外交事务、贸易与发展网站上查找 (<http://www.international.gc.ca/court-cour/index.aspx>, last accessed on 27 January 2014)。

97 Supplement to the *Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*, 2nd edition, produced by the ICCLR, March 2003.

98 Supplement to the *Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*, produced by the ICCLR, April 2002.

清单和专业手册	
福尔克·贝纳多特研究院	《协助国际刑事调查手册》 ⁹⁹
人权观察	《让国际刑事法院有效运转：〈罗马规约实施手册〉》 ¹⁰⁰
国际律师协会	《国际刑法手册》 ¹⁰¹
国际刑事法律服务	国际法的国内适用，“第五单元：国际刑法的国内适用”，OSCE-ODIHR/ICTY/UNICRI题为“支持将战争罪案例的知识与资料从前南刑庭转移至国内司法”项目的一部分
前南刑庭-联合国地区间 犯罪与司法研究所 (犯罪与司法研究所)	《前南刑庭先进实践手册》，与犯罪与司法研究所共同起草，作为保存前南刑庭遗产项目的一部分
无正义不和平	2000年为建立国际刑事法院开展的国际运动——“现在批准！”
开放社会司法倡议	《国际犯罪、地方司法：法治决策者、捐赠者和实施者参考手册》 ¹⁰² 关于刚果民主共和国、乌干达和肯尼亚，见：《将互补性付诸实践》 ¹⁰³
美国和平研究所	《冲突后刑事司法示范守则》，第一、二卷（刑法和刑事诉讼法） ¹⁰⁴

与ICRC一样，其他组织也提供了一些包括国内立法与实践信息的数据库，可促进对此有兴趣的各方进行交流。在提到将违反人道法行为和其

99 Published in 2011. Available from: http://folkebernadotteacademy.se/Global/Verksamhet/Reportage/RuleOfLaw_Handbook.pdf (last accessed on 27 January 2014)

100 Vol. 13, No. 4 (G), New York, September 2001.

101 June 2010. Available from: http://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/HRI_Publications/HRI_Training_Manuals_.aspx (last accessed on 27 January 2014).

102 纽约，2011年。

103 纽约，2011年。

104 2007年与2008年。

数据库	
ICRC	国际人道法的国内实施。请访问: http://www.icrc.org/ihl-nat 习惯法。请访问: http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home
国际法院联盟	一些列文件。请访问: http://www.iccnw.org/?mod=documents
国际刑事法院	法律工具 (包括一个关于实施立法的单独数据库, 诺丁汉大学也有所贡献)。 请访问: http://www.legal-tools.org/fr/acces-aux-outils/

他国际罪行 (包括《罗马规约》中规定的罪行) 纳入国内法方面, 3个数据库可能尤其有用。

缔约国大会制定的文件和开发的工具。国际刑事法院和缔约国大会自身开发了旨在实施互补原则加强缔约国与国际组织以及与国际刑事法院各机构间合作的工具。大会每年都会通过有关这些议题的决议。¹⁰⁵坎帕拉审查会议使各国有机会在广泛的讨论中审查并明确问题, 从而使缔约国必须加倍努力使互补原则成为无可争议的事实。“积极的”互补原则源自审查会议, 它鼓励开展行动, 从立法和技术的角度加强国内法院的工作。不过, 审查会议的参与者也承认, 国际刑事法院对国内法院只能提供非常有限的支持; 因

105 Assembly of States Parties (ASP), resolutions on cooperation: documents ICC-ASP/11/Res.5 (21 November 2012), ICC-ASP/10/Res.2 (20 December 2011) and ICC-ASP/8/Res.2 (26 November 2009); ASP, resolutions on *complementarity*: documents ICC-ASP/11/Res.6 (21 November 2012) and RC/Res.1 (8 June 2010); ASP, resolutions on *strengthening the ICC and the ASP* (which include, up to 2010, cooperation and complementarity): documents ICC-ASP/11/Res.8 (21 November 2012), ICC-ASP/9/Res.3 (10 December 2010), ICC-ASP/8/Res.3 (26 November 2009), ICC-ASP/7/Res.3 (21 November 2008), ICC-ASP/6/Res.2 (14 December 2007), ICC-ASP/5/Res.3 (1 December 2006), ICC-ASP/4/Res.4 (3 December 2005), ICC-ASP/3/Res.3 (10 September 2004) and ICC-ASP/2/Res.7 (12 September 2003).

此，必须通过缔约国之前以及缔约国、国际组织和民间社团间的合作来提供援助。¹⁰⁶

此外，在大会秘书处内部还建立了一种促进国际刑事法院、缔约国、民间团体和其他利益相关者间信息交换的机制，其目的是通过电子论坛等方式（外联网作为补充）加强国内法院的工作。¹⁰⁷

为实现《罗马规约》的普遍性和充分执行，缔约国大会还通过了一项行动计划。¹⁰⁸行动计划呼吁各缔约国在双边和地区层面促进实现这些目标，并向大会秘书处提供相关信息，告知其在批准和执行方面面临的障碍以及采取的策略等。¹⁰⁹ 2012年，根据大会秘书处提供的信息，自2007年以来，20个缔约国提交了报告，共有139个缔约国递交了他们的观察意见。¹¹⁰鉴于这些数字，或许

106 ASP, Kampala Review Conference, Resolution on cooperation, RC/Res.1 (8 June 2010); ICC, ASP Secretariat, Review Conference on the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 31 May to 11 June 2010, RC/9/11. See also ASP, *Report of the Bureau on stocktaking: Complementarity. Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap*, document ICC-ASP/8/51 (18 March 2010).

107 ASP, *Report of the Secretariat on complementarity*, document ICC-ASP/11/25 (16 October 2012); ASP, *Report of the Bureau on complementarity*, document ICC-ASP/11/24 (16 November 2012); ASP, *Report of the Secretariat on complementarity*, document ICC-ASP/10/2 (11 November 2011); ASP, *Report of the Court on complementarity*, document ICC-ASP/11/39 (16 October 2012); ASP, *Report of the Bureau on complementarity*, document ICC-ASP/10/24 (22 November 2011); ASP, *Report of the Secretariat on complementarity*, document ICC-ASP/10/24 (22 November 2011); ASP, *Report of the Court on complementarity*, document ICC-ASP/10/23 (11 November 2011); ASP, Kampala Review Conference, Resolution on cooperation, RC/Res.1 (8 June 2010), para. 9.

108 “缔约国大会关于实现《国际刑事法院罗马规约》普遍性和充分执行的行动计划草案”，第ICC-ASP/5/Res.3号文件，附件I（2006年12月1日）。

109 同上，第6段(h)。

110 自2007年以来，阿拉伯联盟（2007年）、欧盟（2007、2009和2011年）以及英联邦秘书处（2009和2011年）也提交了报告。

大家有兴趣了解如何才能最好地将行动计划纳入旨在获得关于实践的精确和即时信息并在相关参与者间产生更多交流的过程。

将行动计划与一份时间表相结合有助于促成行动。具体地说，行动计划可被用于巩固各缔约国在坎帕拉审查会议上的承诺，并确保其后续行动。在此方面，应注意的是，将世界各国联系在一起的红十字与红新月国际大会¹¹¹近来通过了一项实施国际人道法的四年行动计划。¹¹²

行动计划的主要部分（目标4）侧重于以下工作，其目标在于促进将国际人道法以及惩治严重违反国际人道法行为（包括《罗马规约》中涵盖的罪行）的规定纳入国内法。为此，在第30和31届红十字与红新月国际大会上，几个缔约国和国际组织承诺实施《罗马规约》，该承诺与其在坎帕拉审查会议上所做的承诺相吻合。必须强调的是，这些承诺均基于自我规制的原则。事实上该方法的自愿性质是一个优势而非缺陷，因为它允许更大的灵活性。

可以在红十字与红新月国际大会和缔约国大会各自的行动计划间探索相互协作的可能性。毋庸说，国际大会和缔约国大会两个进程都会导致积极的发展，正如附件9的表格中所列的有关缔约国在坎帕拉审查会议和2007年与2011年最近两次红十字与红新月国际大会上所做的根据《罗马规约》和人道法惩治国际罪行的承诺。

111 如欲了解有关红十字与红新月国际大会的更多信息，请访问：<http://www.rcrcconference.org/en>。

112 第31届红十字与红新月国际大会于2011年11月28日至12月1日在瑞士日内瓦召开，《实施国际人道法四年行动计划》，决议二，第31IC/11/R2号文件，由ICRC起草。可点击此链接获得：http://rcrcconference.org/docs_upl/en/R2_4-Year_Action_Plan_EN.pdf（最后访问于2014年1月27日）。

在缔约国大会的背景下，可基于国际红十字与红新月运动的工作，通过三个强化措施对行动方案加以补充。首先每次召集缔约国大会时，准备对行动计划进行系统讨论，包括履行所做的承诺，或许是有所助益的。这或许既能促进国内层面的讨论，也能促进缔约国就承诺所引发的问题交换意见，从而对履行承诺产生一种“积极的同伴压力”。其次，考虑建立一个数据库，对各国的承诺及其履行程度加以概括或许是个好主意。信息技术对于比较立场和交换所取得成绩的信息非常有用。最后，不应低估撰写一份报告的潜在益处，该报告应涵盖为实现《罗马规约》普遍性及其充分实施所取得进展的所有相关资料。¹¹³

竞争规程与网络。所有的参与者都强调确立竞争程序和机制的重要性，尤其是在语言和制度相通的国家间区域层面。它们指出，在此方面，2002年和2007年组织召开的人道法国家委员会全球会议对更经常召开的、用于就正在进行的活动和过去的经验交换信息的地区会议进行了补充。¹¹⁴两个区域性组织所使用的方法得到了介绍和赞许。首先，2011年欧盟理事会审议了它对于国际刑事法院的普遍立场，该立场表达了对制定旨在确保《罗马规约》普遍性和完整性之行动计划的赞成。¹¹⁵在欧洲层面和成员国层面都指定了协调部门，它们通过国际公法工作小组下设国际刑事法院子委员

113 此类报告类似于根据2011年1月联合国大会每两年就1977年《附加议定书》现况所通过的第65/29号决议所起草的报告。

114 附件8列出了由ICRC咨询服务处于2010、2011和2012年组织召开并涉及到《罗马规约》国内实施的地区会议清单。

115 Council of the European Union, Common Position 2011/168/CFSP, *Official Journal of the European Union*, L 76/56. 该决议废止了2003年所做的相关决议。

会在欧盟理事会内部进行彼此间的协调。会上还提及了欧盟国家间的联络点网络。其次，美洲国家组织推动并鼓励建立美洲国家组织的成员国网络来支持国际刑事法院的工作。它还收集了大量关于相关经验与实践的信息，以便准备在加强与国际刑事法院的合作以及制定有关《罗马规约》国内实施的示范法方面为成员国提供建议。¹¹⁶美洲国家组织的全体机构每年都会系统性地通过一些有关国际刑事法院与人道法方面的决议。¹¹⁷

116 Reports on working meetings on the International Criminal Court: OAS, Permanent Council, Committee on Juridical and Political Affairs, *Report: Working meeting on the International Criminal Court*, documents CP / CAJP-2978/11 (25 April 2011), CP / CAJP-2811/10 rev. 1 (30 March 2010), CP / CAJP-2700/09 (17 March 2009), CP/CAJP-2569/08 (12 February 2008), CP / CAJP 2457/07 rev. 1 (5 March 2007) and CP/CAJP-2327/06 corr. 1 (24 February 2006); OAS, Permanent Council, Committee on Juridical and Political Affairs, *Report: Working Meeting on Appropriate Measures That States Should Take to Cooperate with the International Criminal Court in the Investigation, Prosecution, and Punishment of the Perpetrators of War Crimes, Crimes against Humanity, Genocide, and Crimes against the Administration of Justice of the International Criminal Court*, document CP/CAJP-2262/05 add. 3 (12 April 2005); OAS, *Guide to the General Principles and Agendas for the Cooperation of States with the International Criminal Court*, presented by Dr Mauricio Herdocia Sacasa, document CJI / doc.293/08 rev. 1 (6 March 2008); OAS, *Report on Perspectives for a Model Law on State Cooperation with the International Criminal Court*, presented by Dr Mauricio Herdocia Sacasa, document CJI/doc.290/08 rev. 1 (7 March 2008); OAS, General Assembly, *Framework for OAS Action on the International Criminal Court*, document submitted by the delegation of Canada, document AG/INF.248/00 (5 June 2000). For further information, visit: oas.org/dil.

117 Resolutions on the promotion of the International Criminal Court: AG/RES. 2659 (XLI-O/11) (7 June 2011); AG/RES. 2577 (XL-O/10) (8 June 2010); AG/RES. 2505 (XXXIX-O/09) (4 June 2009); AG/RES. 2364 (XXXVIII-O/08) (3 June 2008); AG/RES. 2279 (XXXVII-O/07) (5 June 2007); AG/RES. 2176 (XXXVI-O/06) (6 June 2006); AG/RES. 2072 (XXXV-O/05) (7 June 2005); AG/RES. 2039 (XXXIV-O/04) (8 June 2004); AG/RES. 1929 (XXXIII-O/03) (10 June

欧洲关于国际刑事法院的普遍立场

欧盟及其成员国以多种方式为国际刑事法院提供支持，包括：政策对话、交涉、表达对国际刑事法院提供外交支持的相关条款、在制定和实施内、外政策时重点参考国际刑事法院的规则。如欲了解更多信息，参见：<http://consilium.europa.eu/icc>和http://ec.europa.eu/external_relations/human_rights/icc/index.htm。

与会者还承认鼓励在此领域开展工作的民间社会组织相互接洽并建立关系网十分重要。推动求助于此类网络例如国际刑事法院联盟、欧洲法律支持小组或者更广泛地说，组成国际红十字与红新月运动的国家红会网络。

技术协助。另一个工具是来自不同实体，例如各缔约国、国际或区域性组织以及ICRC的协助。此类协助可能是技术性的，其表现形式是制

2003); AG / RES. 1900 (XXXII-O/02) (4 June 2002); AG/RES. 1770 (XXXI-O/01) (5 June 2001); OAS, Inter-American Juridical Committee, resolutions on the promotion of the International Criminal Court, CJI/RES. 140 (LXXII-O/08) (7 March 2008); CJI/RES.125 (LXX-O/07) (7 March 2007); CJI/doc.256/07 rev. 1 (7 March 2007); OAS, Permanent Council, Note from the Inter-American Juridical Committee enclosing resolution CJI/RES. 105 (LXVIII-O/06) "Promotion of the International Criminal Court", document CP/doc.4111/06 (2 May 2006).

Resolutions on the promotion of and respect for IHL: AG/RES. 2575 (XL-O/10) (8 June 2010); AG/RES. 2507 (XXXIX-O/09) (4 June 2009); AG/RES. 2433 (XXXVIII-O/08) (3 June 2008); AG / RES. 2293 (XXXVII O/07) (5 June 2007); AG/RES. 2226 (XXXVI-O/06) (6 June 2006); AG/RES. 2127 (XXXV-O/05) (7 June 2005); AG/RES. 2052 (XXXIV-O/04) (8 June 2004); AG/RES. 1944 (XXXIII-O/03) (10 June 2003); AG/RES. 1904 (XXXII-O/02) (4 June 2002); AG/RES. 1771 (XXXI-O/01) (5 June 2001); AG/RES. 1706 (XXX-O/00) (5 June 2000); AG/RES. 1619 (XXIX-O/99) (7 June 1999); AG/RES. 1565 (XXVIII-O/98) (2 June 1998); AG/RES. 1503 (XXVII-O/97) (5 June 1997); AG/RES. 1408 (XXVI-O/96) (7 June 1996); AG/RES. 1335 (XXV-O/95) (9 June 1995).

定相关国家文本。它还只在加强国家能力，以使其立法和实践都符合国际法的要求，并且存在相应的机构能够且愿意适用国际法。¹¹⁸各国在第31届红十字与红新月国际大会上所做的承诺中，有几个国家提及了其他国家在实施人道法方面所提供的援助。还有一些国家主动提出为其他国家的人道法国家委员会提供帮助，尤其是在能力建设和信息交换方面。在坎帕拉审查会议期间，有些国家还承诺支持其他政府的工作，以促使其颁布实施规约的国内立法。

118 见开放社会基金会与欧洲委员会共同编辑整理的能力建设工具包等： *Toolkit I – Capacity-Building for Local Government*, prepared by the Centre of Expertise for Local Government Reform, Council of Europe, Strasbourg, September 2008. Available from: http://www.coe.int/t/dgap/localdemocracy/centre_expertise/tools/Toolkit1_fr.pdf (last visited on 17 August 2012)。

11.

《罗马规约》第8条： 整体方法与补充管辖

《罗马规约》——尤其是第8条——的筹备与通过，标志着朝一个有效制度的执行迈出了重要一步，该制度旨在预防和惩治严重违反人道法及其它相关规范的行为。

从一开始，《罗马规约》第8条，在重申1949年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》大多数关于“严重破约行为”之规定的同时，包含了有史以来最详尽的战争罪清单。此外，这些犯罪的定义还足够清晰和详尽，本身即可由国内或国际法庭无需任何重大更改或修正而加以使用。如上所述，这使得把《罗马规约》列明的犯罪“纳入”国内立法变得相对容易。

在这方面，与非国际性武装冲突有关的规定尤其受到欢迎。直到最近，国际法仍没有规定非国际性武装冲突期间实施的严重违反人道法行为的个人刑事责任。这类违法行为有时是根据普通法律，通过适用惩治犯罪的国内刑法典的规定（尤其是涉及谋杀、强奸和酷刑的规定）——其缺点前文已提到——或者依据该有关国家临时通过的战争罪定义来处以刑罚，或者干脆就是有罪不罚。尽管《罗马规约》第8条并非首个同时也适用于非国际性武装冲突的国际法规定，但毫无疑问它是首个如此详尽的可适用的规定。¹¹⁹不应忘记，在

119 明确涵盖国内冲突的其他人道法文件包括《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(经1996年5月3日修正后的1980年《特定常规武器公约》第二议定书)、《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二议定书》(1999年3月26日)以及1980年《特定常规武器公约》经2001年12月21日修正后的第1条。其他一些文件则被解释为适用于所有类型的武装冲突，如《禁止杀伤人员地雷公约》(1997年9月18日)、《化学武器公约》(1993年1月13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》(2000年5月25日)以及《集束弹药公约》(2008年12月4日通过)。

罗马外交大会上，第8条是120多个国家激烈谈判的焦点，最后才同意在犯罪清单中只包含依据习惯法可能被视为非法且其实施已引发犯罪人刑事责任的行为。

尽管如此，第8条仍有大量局限。尽管它有积极的方面，但它并非是一个适用于严重违法行为的人道法规定的穷尽式列表。该条存在重大漏洞；其中一些是罗马外交大会上长期谈判和政治妥协不可避免的结果；其他则是出于条约目的（即为了让国际刑事法院适用条约）而造成的遗漏。

规制国际性武装冲突之规定中的遗漏。在规制国际性武装冲突的规定中，第一个重大的遗漏涉及某些尚未纳入《罗马规约》的严重破约行为，即使这些行为已为《第一附加议定书》所规定且可以说已构成习惯法的一部分¹²⁰，尤其是故意攻击含有危险力量的工程或装置¹²¹、对遣返战俘或平民的故意和无理延迟¹²²、以种族歧视为依据的种族隔离和其它不人道和侮辱性做法。¹²³

第二个重大的遗漏涉及作战手段和方法，尤其是第8条第2款第2项第20目提到的附件，该款本来要包含一个违禁武器的清单但最终未见曙光，无论是在大会期间还是大会之后。大家一致同意，正如相关子条款所述，附件中描述的武器必须符合两个条件：首先，武器、射弹、装备和作战方法必须具有造成过分伤害或不必要痛苦或基本上属于滥杀滥伤的性质；其次，它们必须已是

120 它们的习惯法性质已为ICRC所承认：见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注56，规则156。

121 《第一附加议定书》，第85条第3款第3项。

122 《第一附加议定书》，第85条第4款第2项。

123 《第一附加议定书》，第85条第4款第3项。《罗马规约》将该行为列为危害人类罪（见《罗马规约》，第7条第1款第10项）。

“全面禁止”的对象。¹²⁴现今，只有毒物、有毒武器、毒气和达姆弹的使用为《罗马规约》所禁止。¹²⁵公认为习惯法所绝对禁止的其他武器则根本没有得到考虑，诸如爆炸性子弹¹²⁶、无法检测的碎片¹²⁷、激光致盲武器¹²⁸，而且在特定情况下禁止使用的武器也根本没有得到考虑，诸如诱杀装置¹²⁹、杀伤人员地雷¹³⁰和集束弹药。¹³¹

规制非国际性武装冲突之规定中的遗漏。当谈到非国际性武装冲突时，第8条列举了相当数量的公认应受谴责的犯罪，在像《罗马规约》这样重要的文件中出现这种发展会受到欢迎；然而，它还是有一些明显的遗漏。这一类型武装冲突中的战争罪清单规定于两个条款：第一个条款涉及严重违反1949年《日内瓦公约》共同第3条的行为¹³²，而第二个条款则包含了一个“严重违反国际法既定范围内适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为”清单。¹³³不过，就算不是完全忽略，

124 缔约准备文件基本没有提及“全面禁止”一语的含义。一些学者将其解释为量化参考指标，即全面禁止意味着禁止使用特定武器的一个条约已被广泛批准，而其他学者则认为该术语是指绝对禁止而非有条件的禁止。见M. Cottier对《罗马规约》第8条第2款第2项第20目所做的评注：O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*, 1st ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

125 分别是第8条第2款第2项第17目、第18目和第19目。

126 爆炸性子弹已为习惯法所禁止（见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注56，规则78）。

127 同上，规则79。

128 同上，规则86。

129 同上，规则80。

130 同上，规则81。

131 尽管说它构成习惯法还为时过早，但2008年5月30日通过的《集束弹药公约》可被视为正朝着这个方向前进。该公约于2010年8月1日生效，截至2012年12月1日已有77个缔约国。

132 《罗马规约》，第8条第2款第3项。

133 《罗马规约》，第8条第2款第5项。

随后的子条款也只是部分涵盖了几项适用于非国际性武装冲突的人道法条约中所描述并被视为国际习惯法一部分的犯罪。第8条第2款第2项规定的涉及国际性武装冲突的某些战争罪却在关于非国际性武装冲突的子条款中根本未予提及，这一事实提出了这样一个问题：是否各国只在与外国军队作战时应尊重那些禁止性规定，而在与本国公民作战时则不用？正如前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇”案中所指出的，在所有冲突中受害人都应享有同等水平的保护和援助，因为“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”。¹³⁴

此外，关于敌对行为的规定也被维持在最低限度。已被认为禁止在非国际性武装冲突中使用的许多作战手段和方法——诸如不分皂白的攻击、使平民陷于饥饿的作战方法及攻击民用物体——也都被忽略了。最后，一直到坎帕拉审查会议，《罗马规约》才包含公认适用于所有冲突的关于违禁武器的规定。值得高兴的是，在坎帕拉，各缔约国选择修正《罗马规约》，为涉及国内武装冲突的条款补充了关于禁止使用在人体内

134 *Prosecutor v. Tadić*, case No. IT-95-1. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 119. ICRC也有系统地谴责了《罗马规约》中没有涵盖大量涉及非国际性武装冲突之犯罪的事实。例如，见节选自ICRC驻联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议代表团团长伊夫·桑多先生的声明（最后一次全体会议，罗马，1998年7月18日）：“……遗憾的是，缺失了涉及使用饥饿、不分皂白的攻击和违禁武器的专门规定。现在我们公认的是，一国使用那些禁止用于抵抗外敌的武器来对付自己的人民是不可接受的，难道不是这样吗？” See also the ICRC's statement to the Sixty-fifth Session of the United Nations General Assembly, Sixth Committee, item 85 on the Agenda, New York, 14 October 2010.

易于膨胀或变扁的子弹(达姆弹)、窒息性气体、毒物和有毒武器的规定。¹³⁵

其他局限。就预防和惩治严重违反人道法行为的有效制度而言,《罗马规约》还呈现出许多其他局限。首先,它没有明确责成缔约国将其规定中列明的犯罪纳入该国的国内法体系。确实,一些缔约国已进行了战争罪立法或因《罗马规约》的通过而修订了该国的刑法典,但它们这样做主要还是因为补充管辖原则,以确保国际刑事法院无法就该国国内法院管辖的案件主张管辖权。¹³⁶

作为实施人道法(制裁方面)的依据,第8条之作用的第二个局限性在于它没有规定具体的可资援用的涉及国际法确立之制裁战争罪的管辖权原则。¹³⁷尽管那些原则无关乎法院的正常运作(它有自己的制度),但在各缔约国决定以下述方式来实现人道法时,即只把《罗马规约》的规定引入其国内法体系,而没有将其与其他条约和习惯人道法项下的义务相联系,这些原则的遗漏就显得相当有分量。

第8条与实施人道法的整体方法。本次会议的参加者们承认,第8条对于人道法的实施(制裁方面)起到了重要作用,是启动一切相关工作的

135 ICC, RC/Res.5, *Amendments to article 8 of the Rome Statute*, Adopted at the 12th plenary meeting, on 10 June 2010, Annex I:

“在第8条第2款第5项中增加以下内容:“(13)使用毒物或有毒武器;(14)使用窒息性、有毒或其他气体,以及所有类似的液体、物质或器件;(15)使用在人体内易于膨胀或变扁的子弹,例如外壳坚硬而不完全包裹弹芯或外壳经切穿的子弹。”

136 《罗马规约》,第17条和第19条。

137 尽管《罗马规约》序言第6段和第10段只是简单提及各缔约国的刑事管辖权,但涉及可受理性问题的第17条和第19条规定,如果“对案件具有管辖权”的国家正在对该案件进行真实的调查或起诉,就可以对抗国际刑事法院的管辖权。《罗马规约》没有对“管辖权”这一用语进行定义。

源动力。它向各国提供了并且将继续提供具体的规定以使它们能够惩罚违禁行为，这无疑有助于在国家层面执行人道法。事实上，制定实施《罗马规约》之规定的立法——或其他类似的法律规则——应当是对各缔约国的最低要求，要是配有《罗马规约》已包含且加以定义的制裁违法行为的手段则更好。

本次会议的参加者们也考虑过补救第8条局限性的选择，特别是在其国内效力方面。与会者的讨论让他们一致同意，一国不应孤立地审查国际刑事法院补充管辖原则的适用。相反，人道法的国内实施应从更广阔的视角加以考虑，即依据国际法的这一分支和其他相关规定，各缔约国有责无旁贷的义务。更具体地说，各缔约国应首先确保源于其起诉并制裁违反人道法行为之国际义务（无论是条约义务还是习惯法义务）的所有犯罪应为其国内立法所涵盖。如前所述，取决于最终的实施水平，这可能关乎《罗马规约》中没有规定的国际犯罪，诸如严重违反《第一附加议定书》的行为。

此外，各缔约国应把握住执行《罗马规约》过程中带来的机会，以确定要在多大程度上把赋予国际性武装冲突受害者的保护扩及非国际性武装冲突受害者，并消除这一扩展过程中的任何阻碍。

第三，至少为了起诉国际犯罪之目的，各缔约国要懂得确保其立法中规定的刑法一般原则符合国际刑法和人道法的要求。在这方面，它们应采取保证不适用诉讼时效的措施（在国内立法包含时效限制的时候）、承认包括指挥官责任在内的某些责任形式、以明显非法的上级命令为抗辩理由的不可接受性以及不承认对战犯的赦免。

最后，最重要的是，这一过程还应包含采用适当的管辖权原则，包括域外管辖权。如前所述¹³⁸，随着数项国际条约的通过以及在国家实践和学说方面的许多重大进步，过去的60年已经有了清晰的转变——大家一致认为：对具体的国际犯罪而言，某些形式的域外管辖权，尤其是普遍管辖权，不仅是允许的，有时甚至是必要的。

为什么国家当局应优先利用“整体”方法来实施人道法(制裁方面)? 本次会议给出了许多理由。

首先，整体方法考虑了当局为获取经济和人力资源的不懈努力。它还尊重政府和议会日趋严格的政治议程。它允许它们利用有更强烈政治关注之领域的讨论和活动，来提及其他不经常被讨论但对于全面彻底实施该国在人道法项下义务并促进尊重人道法同样重要的领域。

其次，通过确保不重复相同的工作，整体方法有助于节约时间。确实，经常能发现，几个国际文件产生了类似或相关的国际义务。譬如，在几个领域——诸如保护儿童、保护文化财产和军控——惩罚某些行为的义务，在除1949年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》以外的几个人道法条约中也有规定。

再次，在国家层面适用整体方法，还可用作推动、鼓励和促进当局同所有负责和有志于执行人道法及相关规定的机构之间进行更广泛交流的手段。

本次会议的参加者们承认，遵从一种将人道法(制裁方面)纳入国内立法的“整体”方法意味着艰巨的准备工作。首先，有关政府必须弄清该

138 上文第7章。

国有责任尊重的国际义务，无论是以条约为基础的人道法义务还是习惯人道法义务。就这一点而言，与会者提出了在非国际性武装冲突中实施的严重违反人道法的行为这一基本问题，按照1949年《日内瓦公约》或1977年《附加议定书》的规定，这些行为并未被视为战争罪，但由于判例法的发展以及这些判例本身随后被《罗马规约》所确认，这些行为开始被视为战争罪。其次，各国当局必须审查并弄清已在其立法和判例法中予以实施的义务。只有到那时，各缔约国才能够准确确定它们还必须做什么，并保证没有在履行一项已被执行的义务。

简言之，连贯、简单和清晰就是证明本次会议所界定之“整体”方法之合理性的关键词，并在这个问题上取得了真正的一致同意，即使有细微的差别，也只是关注如何实现该方法。而且，正是在这样的环境下，本次会议的参加者们承认了人道法国家委员会及其他类似机构所发挥的首要作用，并进行了充分的讨论。

12.

整体方法、
补充性原则和法治

本次会议表现出的情况是必须进一步扩大讨论。确实，为了正确理解，必须在保护平民居民免遭违反国际人道法行为侵害以及援助武装冲突和其他暴力局势受害者这一更广阔的背景下打击有罪不罚的现象。如果正确适用一个清晰的国内规范性框架（包括人道法和国际人权法中列明的保护措施），则有助于预防违法行为，从而挽救生命、消除痛苦并缓解受害者的困境。¹³⁹因此，不要低估把用于预防和惩治严重违反人道法行为及其他国际犯罪的规定纳入国内立法的重要性。本着这一精神，2010年10月欧盟在联合国大会第65届会议上谈及1977年《附加议定书》时，强调人道法是国际社会用于保证受武装冲突影响之人的尊严并对其加以保护的最强有力的文件之一。欧盟还补充说“它将继续尽最大努力促进法治的国际秩序，其中没有任何国家或个人凌驾于法律之上，任何人都不会被剥夺法律的保护，尤其是在武装冲突的局势中”。¹⁴⁰

纳入国内立法的规定必须有助于起诉并审判所有那些参与实施犯罪的人，必须规定惩戒性的刑罚措施。与此同时，必须建立起能够适用那些规定的机构，必须引入对违法行为与国际犯罪受害人的补偿措施。当然，给罪犯定罪也是一种补偿的形式，但如果任由受害人自谋生路而不给予任何支持，受害人

139 在一份2004年的报告中，联合国秘书长就表示：“在司法和法治问题上，如果事先预防出力一分，其效力大大超过事后补救出力十分。”（联合国安理会，《冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法：秘书长的报告》（文件号：S/2004/616），第4款，2004年8月23日）。

140 联合国大会，第65届会议，第6委员会，《正式记录》（文件号：A/C.6/65/SR.12），第44-48段（2010年12月15日）。同样，见2010年6月29日安理会主席所做的声明：“安理会确认，在冲突情况下推行法治离不开对国际人道法的尊重，并重申，安理会深信武装冲突中保护平民是解决冲突全面战略的一个重要内容……”（联合国安理会，《安全理事会主席声明》（文件号：S/PRST/2010/11），2010年6月29日，第5段）。

就会有“罪犯比他们待遇更好”的感觉，这样的补偿是远远不够的。若要正确理解打击有罪不罚，就不能脱离在补偿问题上所做的工作。本次会议的参加者们集体得出结论，在有成千上万受害者的情况下，不把个人补偿问题置于重建、发展援助、社会正义及最终实现法治这一更广阔的框架内，这个问题就不可能得到解决。此外，该方法也得到联合国的支持，联合国已在恢复法治与冲突中或冲突后社会的过渡时期司法这一问题上进行了10多年的磋商。¹⁴¹

这是一个现实挑战。几位与会者谈到了各自国家加强促进法治能力的工作。¹⁴²确实，就《罗

141 该方法在联合国各级机构都已成为主流。特别见联合国安理会主席的声明（文件号：S/PRST/2012/1，2012年1月19日；文件号：S/PRST/2010/11，2010年6月29日；文件号：S/PRST/2006/28，2006年6月22日；文件号：S/PRST/2004/34，2004年10月6日）。另见联合国秘书长发布的指导说明：联合国，《秘书长的指导说明：联合国为加强国际法治提供援助的方法》，2011年5月；联合国，《秘书长的指导说明：联合国过渡司法方法》，2010年3月；联合国，《秘书长的指导说明：联合国法治援助方法》，2008年4月。这些文件均可在联合国关于法治的网站中找到，网址：<http://www.unrol.org>。另见联合国秘书长关于该主题的报告，最新的报告发布于2012年8月（文件号：A/67/290，2012年8月10日；文件号：A/66/749，2012年3月16日；文件号：S/2011/634，2011年10月12日；文件号：A/66/133，2011年8月8日；文件号：A/65/318，2010年8月20日；文件号：A/63/226，2008年8月6日；文件号：A/63/64，2008年3月12日；文件号：A/62/261，2007年8月15日；文件号：A/62/121，2007年7月11日；文件号：S/2004/616，2004年8月23日）。最后，见联合国大会通过的关于该主题的决议：第66/102号决议，2012年1月13日；第65/32号决议，2011年1月10日；第64/116号决议，2010年1月15日；第63/128号决议，2009年1月15日；第62/70号决议，2008年7月8日；第61/39号决议，2006年12月18日。人权事务高级专员办事处也考虑了这一事项。譬如，自2006年至今，它已出版了一系列关于冲突后社会法治工具的文件。办事处2011年的年度报告用很大篇幅讨论了有罪不罚和法治（网址：http://www2.ohchr.org/english/ohchrreport2011/web_version/ohchr_report2011_web/index.html）。

142 联合国秘书长于2010和2011年8月所作的关于加强和协调联合国法治活动的报告附件给出了在几个相关领域进行援助的例子（文件号：A/65/318，2010年8月20日；文件号：A/66/133，2011年8月8日）。在更宽泛的意义上，2012年3月16日的秘书长报告（文件号：A/66/749）确认各缔约国和联合国必须做出主要承诺，以加强国内和国际的法治。

马规约》而言，各缔约国承认，对它们来说相互帮助以增强能力是最好的方式，它们也需要该领域的国际组织予以支持。¹⁴³这样的合作可能覆盖诸多领域，如监狱改革、强化审判机关、刑法改革、大学的教学大纲与教学、公务员培训以及向军队提供法律和秩序方面的指导。一些国家强调了确保本土专家全面参与的重要性，以便让他们感到合作的结果与其息息相关，并推动该进程。本地的专业知识还可确保从国家的角度进行能力建设，并尽可能贴近相关人员及受害者的需求。换言之，必须有办法全面考虑现有的法律和制度传统。¹⁴⁴这可能有助于加强正式与非正式司法系统之间的关系，并帮助各缔约国在适当考虑主要国际规范的同时维护法律和秩序。正是从这个角度看，国家机关藉以保持联系的网络，诸如国际刑事法院联盟，或者更宽泛地说，各国红十字会与红新月会，确实相当重要。

143 特别见2010年6月8日坎帕拉审查会议通过的第RC/Res.1号决议。

此外，目前尚不存在把请求援助的国家与愿意提供资金和帮助的国际社会成员联系在一起的系统性手段。多亏过渡司法国际中心发起的一项倡议，来自国际刑事司法、发展和法律部门的利益攸关各方现在已开始进行讨论。本着同样的精神，见世界银行2011年关于全球发展的报告，该报告强调了确保正义、安全和工作需求，以阻止会削弱发展的暴力的恶性循环 (World Bank, *World Development Report 2011: Conflict, Security and Development*, Washington, 2011, 384 pp. Available from: http://siteresources.worldbank.org/INTWDRS/Resources/WDR2011_Full_Text.pdf.)。

144 同样，见2012年1月19日安理会主席的声明，在该声明中，安理会“确认，各国必须在法治援助活动中拥有自主权，加强让公民使用、满足公民的需要和促进社会融合和经济繁荣的司法和安全机构”(联合国安理会，《安全理事会主席的声明》，文件号：S/PRST/2012/1，第7段)。另见联合国大会于2011和2012年通过的关于国内和国际的法治的决议 (第65/32号决议 (2011年1月10日)，第3段和第4段，意思差不多；第66/102号决议 (2012年1月13日)，第5段和第6段)。

13.

展 望

ICRC的一位积极成员——曾担任国际法律与原则部主任长达18年之久的——伊夫·桑多先生为本次大会做总结致辞。¹⁴⁵他一开始就指出，人道法实施委员会第3届全球会议的召开与1977年《附加议定书》的棘手谈判异曲同工。他本人可以证明，那时候没人能想到，国际司法会取得如此巨大的进步，或者说没人能想到世界上的一半国家会建立人道法国家委员会或类似机构。这是更好实施人道法的一个新的推动力，反映了对抗有罪不罚的新决心。但还是有大量需求，我们仍然有义务不遗余力地工作以改善战争受难者的困境。

桑多先生接着提到本次会议的指导目标，该目标尤其具有重要意义，因为《罗马规约》才经过审查，为实施目的而思考该审查的结果相当重要。本次会议上的深入讨论和交流几乎让每个人都确信了所谓“整体方法”的可行性，即在国家层面纳入预防和惩治严重违反人道法行为的机制。如果其目的真的旨在加强人道法的适用，在国家层面就必须有清晰的规则，而且首要的是，那些规则必须符合宪法，即使这意味着要因此而修订宪法。要做的第一件事是列出所有源于人道法的义务，接着使它们与源于国内法的义务协调一致，以避免法官查阅大量可能难以理解且有时又必须相互协调的文件来作为指导。这就意味着，要以不同的方式把国内法没有涵盖的违反人道法的行为补充进来，同时对国内法已涵盖违法行为加以澄清。同时还必须纳入那些源于习惯国际法而非条约义务的违法行为。在这方面，必须考虑非国际性武装冲突期间实施的严重违反人道

145 本报告(第3卷)的附件10全文收录了桑多先生的大会总结致辞。

法的行为这一基本问题，这些行为没有被1949年《日内瓦公约》或1977年《附加议定书》视为战争罪，但后来被《罗马规约》及普遍的国家实践所确认之判例法变成战争罪。

桑多先生还指出，本次会议的详细讨论清楚地揭示了各国行使普遍管辖权的需求，因而不仅有助于在其本国境内打击有罪不罚，还有助于它们作为国际社会的成员，朝着反对有罪不罚这一全球目标前进，致力于打击有罪不罚现象；而且对那些《罗马规约》的缔约国来说，这还是与国际刑事法院所建立之关系的适当补充。普遍管辖权必须在明确的框架内以一种可预见的方式行使，桑多先生欢迎未来一切关于该事项的研究和讨论。

本次会议还确认，把人道法纳入国内法不只一种方式。几个同级的法院，或者各级法院都可能有管辖权。在这方面，军事法院和地方法院各自的优势当然可能会被重新考量；这个问题已被提出但尚未解决。大家一致同意的是，这样的法院必须独立、称职、有效且公正。

简而言之，无论采用什么样的制度，都必须实现连贯、清晰和简单这样的目标。桑多先生注意到，人道法国家委员会显然已在避免浪费精力并使可用资源的效率最大化（尤其是因为资源经常不足）方面发挥了至关重要的作用。效率还意味着对那些必须适用人道法的人进行良好培训，首要就要从法官开始。显然，法官们必须吸收并“掌握”源自新公约或现有条约修订文本的人道法规则和国际刑法的最新发展、习惯法方面的发展以及国际法庭判例法和专家意见。国家委员会不应只是在这方面提醒当局；它们还应直接，或者通

过鼓励创设培训手段及协调使用现有手段的方式做出努力。

桑多先生强调，国家委员会只有在自身具备所有必要的技能时才会这样做，这显然也是它们的关切之一。另一个关切是确保其成员包含所有致力于此的部委代表，并且每个部委都要有真正主管此项事务的人员。为了制度的运作，充分的资源是必需的，因此还要有使那些资源可用的真实的政治意愿。在这个意义上，国家委员会不仅必须弄清它们正常运作时所需的资源，还必须说服政治家们让这些资源可用。

桑多先生认为，为了正确理解，本次会议还表现出必须进一步开放讨论的态势，打击有罪不罚的斗争必须置于保护人民免遭违反人道法行为之侵害并援助战争受难者这一更广阔的背景之下。

这是一个现实挑战。当然，正如与会者们所强调的，给罪犯定罪是补偿的一种形式，但在其他方面如果对受害人置之不理，不给予任何支持，这样的补偿就是远远不够的。如果目的是正确理解反对有罪不罚的运动，那么就不可能脱离在补偿领域所做的努力而对其加以考虑。而且，在像卢旺达这样的环境或其他有成千上万受害者的局势中，不把个人补偿问题置于重建、发展援助和社会正义这一更广阔背景下，这个问题就不可能得到解决。国际刑事法庭显然已经明白解释其法律工作并且支持和加强国内法院是多么重要，如同在卢旺达和前南斯拉夫的情形，以保持并增进对它们之间必要的互补关系的理解。“国际法庭”这一短语，其位置、组成已经受到并且会继续受到审视。毗邻以及包含有关人员在内的重要性、融合本土法官与国际法官的不同制

节选自ICRC成员伊夫·桑多先生的大会总结致辞

“国际刑事司法，是我们看到的正在兴起的反对有罪不罚的新生力量，它已经成为火车头，却不得不拖上赔偿、发展和民族团结的‘小推车’。这就是为什么支持它很重要。但为了国际刑事司法能被理解和接受，其他小推车还必须与这辆火车相连——我们甚至还没有探讨在和平、和解与惩罚之间寻找平衡点的需求。正如已强调过的，如果本着所谓的和解精神对主要的罪犯、战犯不予惩罚，那么就不可能实现真正的和解。”

度——所有这一切都助长了该争论，当然这一争论主要集中于对适当司法判决的关切，但也关注居民接受、理解并享有这种司法的程度。

在这方面，桑多先生补充说，最近几年，争论还集中于制裁问题，因为如果惩罚是一个重要标志的话，那么刑罚的类型和严厉程度也是如此。刑罚的选择和严厉程度、预防性经济处罚的可能性、纪律处罚和刑事处罚之间的关系、处罚的即时性、事实认定以及为此目的保护受害人和其他证人——所有这些因素现在都被更好地理解并加以考虑，但仍然遗留有巨大的问题，从而也是重大的挑战。

最后，桑多先生希望将要离会的与会者们增强这样的信念，即他们的工作是有用且重要的。确实，当人们面对冲突期间实施的暴行时，可能会变得沮丧并且质疑反对有罪不罚的努力是否真的具有预防效果，人道法是否实现了其目的。自人道法诞生之日起，这些怀疑就一直存在。普法战争（1870-1871）后，冲突期间对人道法的不尊重让一些人断定该法是无用的，并主张废弃。而包括古斯塔·莫瓦尼埃（最近在其逝世100周年之际，

人们纪念了他所做的工作)在内的其他一些人则得出了相反的结论：他们提出了如何能加强该法的问题，并且早在100多年前就已提出了建立国际刑事法院的想法。

最后，在国际人道法国家实施委员会第3届全球会议结束之际，桑多先生向与会者们发出倡议，号召他们继续为人道法能更好地得到遵守而努力：“我们别无选择，我们也无权屈服于沮丧情绪。只要还有战争，我们就必须竭尽所能，更好地保卫人民，更好地保护和援助战争受难者。不要忘记，这项美好而宏伟的任务就取决于你们的工作。”

使 命

红十字国际委员会(ICRC)是一个公正、中立和独立的组织，其特有的人道使命是保护武装冲突和其他暴力局势的受难者，并向他们提供援助。

ICRC创立于1863年，它发起了世界上最大的人道网络——国际红十字与红新月运动。ICRC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国际救济行动。它还致力于通过推广国际人道法与人道原则预防苦难的发生。

ICRC是世界上历史最悠久的人道组织之一，目前在80多个国家开展工作。



ICRC

**PREVENTING AND REPRESSING
INTERNATIONAL CRIMES:
TOWARDS AN “INTEGRATED”
APPROACH BASED ON DOMESTIC PRACTICE**