

如何将惩治措施纳入刑法

为了尊重其根据国际人道法所承担的义务，各国必须把惩罚国际犯罪的措施纳入其国内刑法。从立法的角度而言，把惩罚违反国际人道法行为的措施纳入国内法会产生两个难题：犯罪行为的定义（定为犯罪的方法）以及将其引入国内法律体系的形式及其在国内法律体系中所处的位置。此外，与制裁措施相关的问题也需要加以解决。还应注意的是，各国可从国内外的几个渠道获得帮助，从而有助于它们将这些问题适当地纳入其国内立法。

将违反国际人道法的行为定为犯罪的方法

把严重违反国际人道法的行为纳入国内刑事立法有多种选择：

适用现行的国内军事或普通刑法

该选择认为国内刑法为严重违反国际人道法的行为规定了足够的惩罚措施，因此把它们视为一种专门的犯罪显得很多余。因此该选择是一个默认的选项。不过，假设承认国际法对国内法的优先性，国内立法就必须依据对国家有拘束力的国际法规定加以解释，以弥合任何法律上的漏洞。

优点：

- 刑法典规定了对大量不同类型行为的惩罚措施，包括严重侵犯基本人权的行為，如生命权、健康权、精神和身体的完整权、个人自由及财产权；
- 该选择几乎不需要修正现行的国内立法，因此居民和司法机关都熟悉其适用和范围。

缺点：

- 国内刑法中的犯罪与通常意义上和敌对行为相关的犯罪一般只是大致对应；
- 依据国内法惩罚犯罪人的程序和条件并不总是与国际人道法的要求相一致，刑罚措施也不总是与武装冲突的背景或有关犯罪的严重性相适应；
- 国际人道法要求的某些责任形式在国内层面可能不存在，而且国际人道法禁止的某些抗辩事由在国内层面可能是被允许的。

如果选择这一选项的国家要充分遵守其条约义务，那么对其刑法详细审查后就必须明确回答下列问题：

- 严重违反 1949 年《日内瓦公约》、1977 年《第一附加议定书》和 2005 年《第三附加议定书》的行为被完全涵盖并加以充分阐释了吗？
- 在确定有罪和宣判时，是否适当考虑了作战时的合法行为，诸如杀死在国际性武装冲突框架内作战的敌军士兵？
- 就刑法的一般原则而言，现行有效的法律是否允许考虑国际人道法规定的特殊情况（尤其是个人实施或参与犯罪的形式、某些抗

辩事由的不可接受性、上级责任等）？

- 从被告的角度看，该选择要求法官依据国际法解释法律，换言之就是更宽泛地解释法律，这符合罪刑法定原则（法无明文不为罪，法无明文不处罚）的要求吗？

通过一般规定在国内法中规定为犯罪

可通过援引相关国际人道法的条款、一般国际法或战争法规和惯例（习惯法）并详细规定一系列惩罚措施，在国内法中将严重违约行为和其他严重违反国际人道法的行为定为犯罪。

优点：

- 该选择简单、经济。所有违反国际人道法的行为都可诉诸相关文件或可适用的习惯法加以惩罚；
- 当修正条约或因一国成为新条约的缔约国从而产生新义务时，无需新的国内立法。

缺点：

- 通过一般规定加以犯罪化可能不合适，这取决于国家怎样解释合法性原则，该原则要求对任何犯罪行为的刑罚都必须都是已知的和

可预期的。此外，在国内层面要求刑事禁止性规定具有一定程度的特殊性，而通过这种方法则根本无法实现这一要求。

- 它要求国内法院的法官依据国际法的规定澄清和解释法律，从而为暗箱操作留下了相当大的空间。由于国际文件中所包含犯罪的定义或表述可能与其一般在国内法中遇到的不一致，这就使法官的任务进一步复杂化了。
- 它还要求检察官熟悉违反国际人道法的行为，以便进行调查和启动诉讼程序。

将某些类型的行为特别规定为犯罪

该方法是把国际法中被视为犯罪的某些类型的行为在国内法中规定为犯罪。可以通过不同的方式实现这一点，尤其是：

- 使用与条约相一致的措辞把全部犯罪纳入国内法，并单独或分类规定可适用的刑罚措施；
- 在国内法中单独重新界定或重新订立构成犯罪的行为类型。

优点：

- 如果在国内刑法中对单独界定这些犯罪，那么这些独立于国际法的定义就意味着即使所述条约未被起诉国批准也可以惩治违反该条约的行为；
- 就被告而言，专门规定为犯罪更好地尊重了合法性原则，因为它清楚并且可预见地规定了哪类行为被视为犯罪，从而要遭受惩罚；
- 该方法为负责适用法律之人的工作提供了便利，它在一定程度上减少了他们在国际法领域进行研究和解释的繁重负担；
- 立法者有机会调整国际法中犯罪的定义从而使之适应国内实践，

甚或对国际立法中所包含的那些犯罪加以补充。

缺点：

- 特别规定为犯罪是立法者的主要任务，需要在研究和起草方面投入相当大的努力。可能还有必要对现行刑事立法进行广泛审查；
- 如果罪行规定的过于详细和具体，可能就会缺乏必要的灵活性，难以将随后国际法中的相关发展纳入其中。

结合选择

混合方法是把通过一般规定定为犯罪与明确且专门将某类严重行为规定为犯罪相结合。

总体而言，如果一般规定所涉及的事实没有被专门规定为犯罪并需受到制裁的话，从这个意义上讲，它是多余的（根据特别法优于一般法原则）。将一般规定与特别规定为犯罪相结合也可通过附带适用普通刑法的其他条款加以补充。

优点：

- 根据可能采取的不同形式，该方法使得与惩治违反国际人道法行为相关的条约义务可以得到充分且适当差异化地履行。

缺点：

- 该方法要求法官能够同时解释国内法和国际法的规定。

国内法院直接适用国际法

该选择允许国内法院适用国际法而无需专门援引国内立法中的这些规则。这种实践一般需要法令或宪法中某个条款的授权，要么承认国际法（条约抑或习惯）具有将某行为定为

为犯罪的合法法律基础，要么赋予国际法优于国内法的地位。

优点：

- 这是在缺乏其他依据时进行起诉的另一种选择。

缺点：

- 该选择制造了不确定性，表现为不同国家的司法裁决经常互不一致。

规定为犯罪的形式以及在哪里规定

使违反国际人道法的行为受到惩罚的各种方法——特别是选择通过一般规定和/或特别条款规定为犯罪——主要采取下列形式：

- 独立于刑法典的单行特别法；或者
- 嵌入现行刑事立法（普通刑法典和/或军事刑法典）。

对两种方法的评价

依据国际刑法的具体要求，在一项立法中把规定为犯罪和刑法的形式与实体原则相结合，这在那些可以使用此种立法方法的国家，当然有助于法律从业人员的工作。不过，一国颁布一部独立于刑法典的单行特别法并不总是很容易契合其刑事立法体系的架构。此外，这也与某些国家尽可能把刑法规定集中于一部单一法典的倾向背道而驰。

而纳入现行立法这一选择，除了要迫使立法者确定纳入的形式（专门的章节、补充现有的罪名等等）以外，还会产生可惩罚的犯罪行为应放在哪儿的问题，特别是放入普通刑法还是军事刑法的问题。

由于违反国际人道法行为的责任人既可能是军事人员也可能是平民，一些国家就在普通刑法和军事刑法中均加以规定，或者把其中某一类法典加以扩展从而使其同时涵盖军事人员和平民。

因为国与国之间刑事立法体系及其普通刑法与军事刑法之间的关系差别很大，所以很难抽象地说何者更好。重要的是，要确保每一选择都不会导致对人管辖的真空。

* * *

制裁

刑事制裁对于确保尊重国际人道法不可或缺。不过，刑事制裁本身并不足以制止违反上述法律规定的行为。在任何情况下，刑法的规定都需要置于合适的规范性框架中，使个人服从一国法院的管辖，无论他们是军人还是平民，从而在发生武装冲突时，甚至在他们可能从事此类行为之前，就知晓行为的规则、他们的法律责任以及从事此类行为的后果。

法官和检察官在如何对涉及国际人道法的案件进行判决和指控方面接受充分培训也同样重要，以使他们能够在必要时适用必需的制裁措施。另一类重要的行为者，譬如议员，也应了解与国际人道法相关的制裁措施的作用，因为他们也许能够帮助加强制裁措施的有效性及其在国内层面的威慑力。

制裁措施的特征：¹

制裁措施必须能在执行力与威慑力方面充分实现其作用，这样才能促进对法律的遵守。就这一点而言，

¹ 关于制裁有效性更为深入的讨论，请参考咨询服务处资料简报“使制裁更有效的要素”。

一旦实施了犯罪行为，国家必须确保采取直接措施制裁违法行为，并且保证这种制裁的及时性。制裁措施应基于武装冲突的性质无差别地加以实施，而且必须毫无歧视地适用于所有人。此外，所采取的制裁措施应与犯罪行为的严重性及被告人在犯罪活动中的作用相适应，必须反映犯罪行为的应受谴责性。注意以下这一点也很重要，针对违反国际人道法行为的制裁措施应当具有刑罚性，但这并不排除使用纪律、行政或其他形式的制裁补充刑事制裁的可能性。

纳入方面的协助

把制裁措施有效纳入国内刑法通常需要国家之中不同的政府机关、民间团体、尤其是武装部队的参与。

在把惩罚措施纳入刑法方面，若需要进一步实际的协助，国家可能希望诉诸下列实体：

- 红十字国际委员会咨询服务处；²
- 其他政府间或非政府组织；
- 国际人道法国家实施委员会。

³

2013年9月

² <http://www.icrc.org/eng/what-we-do/building-respect-ihl/advisory-service/index.jsp>

³ <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/table-national-committees.htm>