

## 指挥官责任与不作为

基于应负责之人的个人刑事责任，国际人道法规定了惩治违反其规则之行为的制度。违反国际人道法的行为还可能因不作为而产生。在武装冲突局势中，武装部队或团体一般都有一个为其部下行为负责之指挥官进行统率。因此，为了保证惩治制度的有效性，如果上级未能采取适当措施防止其部下实施严重违反国际人道法的行为，就应当承担个人责任。各国义务把惩罚指挥官不作为的措施纳入其国内立法。

### 指挥官责任简介

指挥官责任包含两种刑事责任的概念。

首先，指挥官对命令其部下实施违法行为直接承担责任。在这种情况下，援引上级命令作为抗辩理由的下级人员可能会免除责任，这取决于在这种情况下他们是否遵从上级的命令。

这要与第二种概念，即所谓的指挥官或上级责任概念区分开来，在这种情况下，指挥官可能要为其部下的违法行为承担责任。这种指挥官责任的概念是一种间接责任的形式，基于指挥官的不作为。

### 行为人不作为的责任

1949年《日内瓦公约》为惩治严重破约行为设立的制度针对的是实施或命令实施此类违法行为的人。由于不作为而致使严重破约行为发生的人也可能被追究刑事责任。正如不给予食物或适当照顾可能杀人一样，剥夺战俘获得公正和正常审判的权利这种严重破约行为可能而且通常也就是通过不作为的方式实施的。

1977年《第一附加议定书》规定的更为明确。第86条第1款规定：

“缔约各方和冲突各方应取缔有作为义务而不作为所引起的严重破坏各公约或本议定书的行为，并采取必要措施制止有作为义务而不作为所引起的任何其它破坏各公约或本议定书的行为。”

《第一附加议定书》第85条提到的严重破约行为还包括那些通常通过不作为实施的行为，例如对遣返战俘或平民的无理延迟。

### 不作为的指挥官责任

我们讨论的问题是一个上级由于不作为从而未能履行其职责以阻止或惩罚实施了违反国际人道法行为的下级。从本质上说，指挥官是因怠职或消极行为而承担责任。

### 第二次世界大战后进行的审判

第二次世界大战期间，指挥官责任成为一个重要问题。尽管《纽伦堡国际军事法庭宪章》没有就此作出规定，但战后各类审判作出的判决已勾勒出大致轮廓。

向有作为义务而不作为的上级课以刑事责任的指挥官责任机制，可以总结概括如下：

- 它涉及一个上级，即有权管理其部下的人；
- 该上级知道或理应知道犯罪已经实施或即将实施；
- 该上级有能力阻止该犯罪行为；
- 该上级未在其权力范围内采取一切必要而合理的措施阻止或惩治该犯罪行为。

### 1949年《日内瓦公约》

《日内瓦公约》没有提及这一点，它交由国内立法通过明文规定或适用刑法一般规则的方式来调整这一事项。

### 1977年《第一附加议定书》

第二次世界大战后进行的审判中产生的原则被纳入《第一附加议定书》第86条第2款：

“部下破坏各公约或本议定书的事实，并不使其上级免除按照情形所应负的刑事或纪律责任，如果上级知悉或有情报使其能对当时情况作出结论，其部下是正在从事或将要从事这种破约行为，而且如果上级不在其权

力内采取一切可能的防止或取缔该破坏行为的措施。”

《第一附加议定书》第 87 条清楚地阐明了军事指挥官对其部下的责任和义务。上级必须防止其部下实施严重破坏行为，于必要时制止这种行为并向主管当局报告。仅在指挥官未能履行这些职责时，他才会面临因不作为而承担刑事责任的风险。

“上级”可理解为对在其控制之下的部属实施的行为负有个人责任的人。

上级应对其部下的行为或意图知悉到什么程度，这一问题是十分难以解决的。不能假定上级知悉，而只能通过间接证据加以确定。并不一定要求上级实际知悉犯罪，其只需能推定知悉就足够了。还应牢记的是，若上级自身未能了解相关情况也可能会承担责任。指挥官责任不是一种严格责任形式。上级作为的义务在于采取这种必要或合理的措施来防止或制止其部下的犯罪，而且只需要采取其权力范围内的措施。

### 习惯法

红十字国际委员会编写的《习惯国际人道法研究》<sup>1</sup>中的规则 153 规定，如果指挥官和其他上级知道或者有理由知道其下属即将实施或正在实施这些犯罪，却未在其权力范围内采取一切必要而合理的措施以防止其实施，或者这些犯罪已经实施，却未对责任人予以惩罚，则他们应对其下属所犯之战争罪承担刑事责任。国家实践将该规则确立为适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

<sup>1</sup> See <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

### 被视为严重破坏行为的上级不作为

刑法中并没有明确规定因不作为而承担刑事责任的限度。在国际人道法中，更大的难题源于上级不作为的事实并没有被明确界定为严重破坏行为，而国家行使普遍管辖权遏制犯罪或引渡罪犯的义务只适用于严重破坏行为。

在国际人道法确立的惩治制度中，上级的刑事责任被视为参与实施犯罪的一种形式。

### 特设国际刑事法庭的判例法

首先，特设国际刑事法庭的判例法已详细说明了对其部下行为不作为的上级的责任程度，即违反义务的指挥官所承担的责任要与其部下所犯罪行相当；指挥官责任并不等同于其亲自实施犯罪的罪责，但却仍需与所实施罪行的严重性相称。

判例法还依据国际人道法，阐释了使上级为其部下所实施罪行负责的条件。特别是，判例法认定，应为直接犯罪者的行为承担刑事责任的不一定是其法律上的上级；能在事实上对其行使管理权就足够了。最重要的是确定上级是否对其部下的行动是否有实际控制权，在这方面，特设国际法庭基于每一案件中的具体证据适用了“有效控制”标准，旨在辨明上级是否具备防止和惩治犯罪行为的实质能力。

判例法还明确了具有军人身份并非必要条件，上级作为政治领导人或平民，也可能要为其部下实施的战争罪负责。最后，判例法还确认，上级不作为与下属犯罪之间无需存在直接的因果关系，即可要求上级承担责任。

### 《国际刑事法院罗马规约》规定的指挥官责任

《国际刑事法院罗马规约》区分两种“上级”责任。

#### 军事指挥官的责任

《规约》第 28 条规定，军事指挥官或以军事指挥官身份“有效”行事的人，对在其有效指挥和控制下或者有效管辖和控制下的部队或人员实施的国际刑事法院管辖权内的犯罪负刑事责任：

- 他知道，或者根据情况理应知道，部队或人员正在实施或即将实施这些犯罪；
- 他未在其权力范围内采取一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和追诉。

#### 民事上级的责任

同样，与部下存在非军事关系的上级，也要对在其有效管辖或控制下的下级人员实施的国际刑事法院管辖权内的犯罪负刑事责任：

- 他知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理睬明确指出这一情况的情报；
- 犯罪涉及他有效负责和控制的活
- 他未在其权力范围内采取一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和追诉。

#### 非国际性武装冲突期间不作为的责任

2013年9月

《日内瓦公约》及其 1977 年《第二附加议定书》没有明确提及非国际性武装冲突期间上级人员应为其部下实施的破约行为承担任何刑事责任。不过，应该注意的是，武装团体内的负责统率原则是《第二附加议定书》的适用条件之一。此外，越来越多国家的国内刑事立法规定上级人员要为所有战争罪负刑事责任，无论实施这些犯罪时的武装冲突是国际性还是非国际性的。

《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》（第 7 条第 3 款）、《卢旺达国际刑事法庭规约》（第 6 条第 3 款）、《塞拉利昂特别法庭规约》（第 6 条第 3 款）、联合国东帝汶过渡行政当局第 2000/15 号法令以及《国际刑事法院规约》（第 28 条）均明确规定上级人员要为其部下在非国际性武装冲突中实施的犯罪承担责任，尤其是在他们不作为的情况下。该责任形式适用于提交那些法庭管辖的所有犯罪。《卢旺达国际刑事法庭规约》第 4 条还明确规定，法庭有权起诉严重破坏《日内瓦公约》共同第 3 条和《第二附加议定书》的行为，而它们适用于非国际性武装冲突。塞拉利昂特别法庭规约的第 3 条和第 4 条也主张同样的权力；此外，特别法庭还对在该国境内实施的、其他特定的严重违反国际人道法的行为拥有管辖权。《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项和第 5 项规定国际刑事法院对严重违反《日内瓦公约》共同第 3 条的行为以及其他严重违反适用于非国际性武装冲突法规和惯例的行为拥有管辖权，因此上级人员可能会因此承担责任。

最后，如上所述，红十字国际委员会编写的《习惯国际人道法研究》中的规则 153 适用于非国际性武装冲突。