

# 国际法上个人责任的法理：制度渊源与价值关联

李 将\*

**摘 要：**西方国家近年来隐瞒战争罪行，并企图抵制或阻碍相关司法追责的行径引发了国际社会的广泛关注。国际法上的个人责任是战后国际法发展所确立的重要法律原则，它与现代国家责任拥有共同的制度渊源。随着国际法的演进，国际法规范在层次和效力上呈现出区分性，为确立与特定国际义务相称且充足的法律制裁，个人责任通过颠覆传统国际责任集体性的方式衍生出来，抽象实体说、个人义务说、法律规定说等学理为集体性的悖反提供了理论支撑。个人责任继承了传统国际责任的法律主义倾向，通过目标扩张形成了由规范责任、功能责任与秩序责任组成的复合式的法理结构。个人责任的内在价值在理论上相互关联、互为支撑，实践中彼此之间又表现出一定的不一致或冲突状态，这导致个人责任面临理论充足性的质疑与实证局限性的挑战。应当坚决反对惩治国际罪行过程中的政治操纵、双重标准和强权逻辑，维护国际法的严肃性和权威性。

**关键词：**国家责任 集体性 个人责任 法理结构 内在价值

## 引 言

近年来，美国、英国、澳大利亚等西方国家在对外军事行动中所实施的战争罪行逐渐被披露，其行为性质与残忍程度令人震惊，相关国家隐瞒战争罪行，并采用国际制裁、利用法律漏洞等手段规避或阻碍司法追责的行为更是引起了国际社会的广泛关注。<sup>①</sup> 美英等国的所作所为违

---

\* 中国社会科学院法学研究所博士后，助理研究员。感谢《国际法研究》编辑部老师和匿名评审老师的意见和建议，文责自负。本文中所有网络资源的最后访问时间均为2021年1月20日。

① 例如，2020年6月及9月，美国针对国际刑事法院（International Criminal Court, ICC）就阿富汗情势开启调查的相关人员进行制裁，以威吓和强迫ICC停止针对美军或其情报机构官员在阿富汗所犯战争罪行可能展开的司法调查或追诉程序，其他任何支持上述人员的个人或机构也将被施加类似制裁。参见UN News, “US sanctions against international court staff a ‘direct attack’ on judicial independence”, <https://news.un.org/en/story/2020/06/1067142>。同年11月，澳大利亚国防部发布的“布雷顿报告”（the Brereton Report）显示，澳大利亚军队在阿富汗驻扎期间犯下了虐待或“非法杀死”战俘和平民等违反国际公约的严重罪行，澳大利亚政府和军队企图透过国内证据规则、责任主客观要件等法律障碍使可能负有罪责的个人脱罪。参见Douglas Guilfoyle, “Command responsibility for Australian war crimes in Afghanistan, Blog of European Journal of International Law”, <https://www.ejiltalk.org/command-responsibility-for-australian-war-crimes-in-afghanistan/>。同年12月，ICC检察官办公室发布伊拉克/英国情势的最后报告，该报告指称英军士兵及军官在伊期间涉嫌犯下了任意杀戮、酷刑、强奸等战争罪行，英国政府企图掩盖或规避惩治上述罪行。由于现有证据无法证实英国国内追责程序不真实或构成包庇，ICC停止了对相关情势的初步审查。参见International Criminal Court, “Statement of the Prosecutor on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Iraq/United Kingdom”, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201209-otp-statement-iraq-uk>。

反并直接挑战了国际法上的个人责任（以下称“个人责任”）这一战后国际法发展所确立的法律原则，联合国大会指示联合国国际法委员会所编纂的“纽伦堡原则”第一条指出，任何人实施构成国际法下一项犯罪的行为，都应承担法律责任并受到惩罚。<sup>①</sup>毫无疑问，西方国家刻意隐瞒战争罪行并阻碍司法追责不符合个人责任原则的基本精神和要旨，是违背公平正义和损害国际法治的不道之举。为此，有必要就个人责任的衍生逻辑、法理结构及内在价值等进行系统分析，以期更加深入地理解和回应西方在国际正义事业中的双重标准和强权逻辑。

长期以来，个人责任在学界被视为国际责任制度<sup>②</sup>之外独立、例外的体系。对国际责任制度的历史考察揭示，现代意义上的国家责任与个人责任衍生自统一的（unitary）国际责任制度，“尽管当代严格意义上的国际责任制度和国际刑事责任似乎大不相同，但两者都衍生自共同的源头，即一般理解的国家责任之传统法律制度……在某种程度上，传统国家责任制度与国际责任的刑事化趋势之间呈现出更多的是延续性，而非泾渭分明的差别性。”<sup>③</sup>具言之，两者在规范层面都根源于国际法体系内的初级义务，只是在次级义务层面两者才发生了分异；两者的演进历程基于相同的规范背景与价值追求，只是在表现形式上存在差别；两者共属于传统国际责任制度转型过程的具体形态，只不过，个人责任是以颠覆国际责任集体性特征这种激进的方式来呈现的。<sup>④</sup>在衍生和发展过程中，个人责任发扬了传统国际责任制度的法律主义倾向，它致力于将责任考量嵌入政策选择和秩序形成过程，在关涉国际社会共同利益的领域限制政治任意性。<sup>⑤</sup>与此同时，这种法律主义立场似乎被推向了极致，责任概念由道德、规范的维度扩展到功利、理性与秩序的维度，多元目标被累积式地纳入到绝对正义的系统内。伴随着理论移植和逻辑构建，个人责任内在价值的合理性质疑与实证局限性逐渐显现，正义系统内的多重价值不仅面临理论充足性的检讨，相互间也存在抵牾之处。<sup>⑥</sup>笔者立足此种统一的而非例外的视角，论述个人责任的衍生逻辑，并由历史勾连现实，分析个人责任的法理结构、内在价值及其相互之间的关联或冲突状态。

① International Law Commission, “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. II, para. 97.

② 国际责任（international responsibility）一般是指因违反国际义务而施加于特定主体的法律后果。在国际法体系中，国家是最主要的主体，绝大部分国际义务及其遵守压力都由国家来承担，因此，国家责任是国际责任中历史最悠久、法理最发达的分支，也被称作国际责任的基础形式（paradigm form）。对于个人而言，国际责任只在刑事领域存在，而且个人承担国际责任的理论和实践是相当晚近的事情了。参见 James Crawford & Simon Olleson, “The Nature and Forms of International Responsibility”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law* (Oxford University Press, 2003), pp. 445 – 448.

③ See Pierre-Marie Dupuy, “The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?”, (1989) 11 *Michigan Journal of International Law* 105, pp. 120, 126.

④ See Beatrice I. Bonafe, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 11 – 25.

⑤ 个人责任的相关实践被认为属于法律主义进路的具体表现，它意味着传统任意性极强的领域出现了更具正当性的治理形式。参见 Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism* (University of Chicago Press, 2009), pp. 16 – 27.

⑥ See Marieke de Hoon, “The Future of the International Criminal Court: On Critique, Legalism and Strengthening The ICC’s Legitimacy”, (2017) 17 *International Criminal Law Review* 591, pp. 594 – 605.

## 一 传统国际责任及其转型：个人责任的制度渊源

### （一）传统国际责任的制度内涵

“无责任，便无法律。”在一个规范体系内，如果违法行为能够导致可预见的后果，那么这个体系便能够称之为“法律的”体系。在实证法上，责任要求法律主体控制自身的行为，并依据法律接受惩罚或进行赔偿，并以此恢复遭到破坏的社会关系。<sup>①</sup>相较于国内法语境下的法律责任，以国家责任为主要构成部分的国际责任在主体、内容、形式以及形成机制方面具有其独特性。国家责任是主权权能的内在构成，同时也是主权平等原则的逻辑结果，绝对的和不负责任的主权不符合国际社会对秩序的追求，否定责任就等于否定主权平等原则及整个国际法体系。<sup>②</sup>

大体而言，传统国际责任制度包含三个层面的基本内涵，它们各自蕴含着国际责任制度演变以及个人责任得以衍生的变量要素。首先，国际责任以恢复正义为价值导向。国际责任根植于自然法的正义理念，它要求对行为所导致的“损害”（injury）进行赔偿，维护权利和利益的完整状态。王铁崖先生指出，“如同私法中的责任概念，（国际）责任的最终目的之一是对权利和利益受到侵害者给予赔偿。”<sup>③</sup>其次，国际责任以保护特定法益的初级义务为规范前提。当国际法主体违反了特定初级义务，国际不法行为所归属的法律主体与受害主体之间便产生了以“赔偿”为主要内容的新的法律关系。最后，国际责任是国际法体系可制裁性的规范表征。国际责任确认非法状态，重塑国际合法性，发挥着执行国际法这一强制秩序的规范功能。<sup>④</sup>

### （二）传统国际责任的基本架构

法律责任制度是国际法之法律属性的重要保证，它所解决的是责任如何构成及如何实现的问题。<sup>⑤</sup>传统国际责任制度受制于国际关系的历史阶段特征，但又不啻为被刻意塑造的偏于保守的法律制度。传统国际责任被设置于法律主导的特定领域内，这些领域的国际法具备了依托实体条件和程序规则厘定主权国家权利、义务及行为后果的可裁判性，这调和了国际责任对于主权原则与形式法治的双重诉求。该过程的代价在于国际责任基本架构高度限缩，国际社会共同利益的考量被排除于传统国际责任制度之外，但这种保守倾向迎合了欧陆法学理论对实证、形式及系统化法律的要求。<sup>⑥</sup>可以说，传统国际责任是法律主义在国际关系中兴起并演进的初步形态，其基

① See H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in The Philosophy of Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2008), p. 216.

② 参见余民才：《国家责任法的性质》，载《法学家》2005年第4期，第136—137页。

③ 参见王铁崖：《国际法》，法律出版社1995年版，第137页。

④ See Charles Leben, “Hans Kelsen and the Advancement of International Law”, (1998) 9 *European Journal of International Law* 287, pp. 287 – 305.

⑤ 李寿平：《试论国际责任制度和现代国际法的新发展》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2003年第1期，第16页。

⑥ See Georg Nolte, “From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Interstate Relations”, (2002) 13 *European Journal of International Law* 1083, pp. 1087 – 1088.

本架构有集体性、双边性以及私法性三个基本特征，它与强力形式的法律执行方式共同构成了传统国际法的法律制裁（如图1所示）。<sup>①</sup>

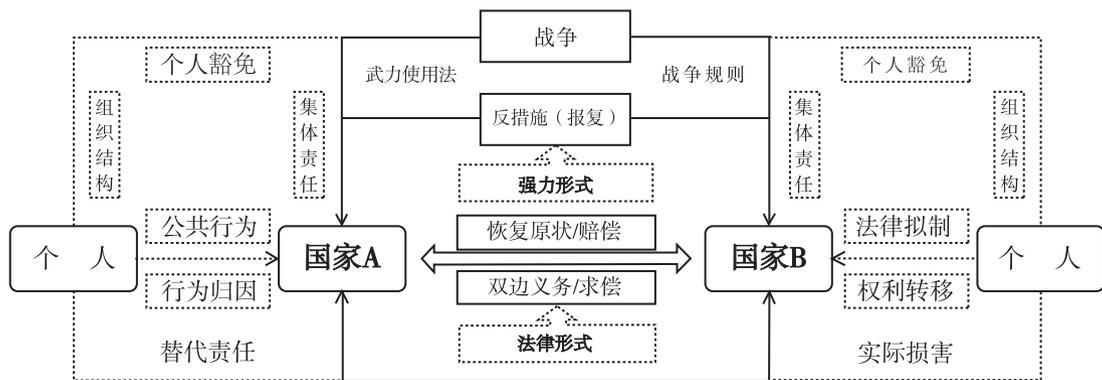


图1 传统国际责任的基本架构

第一，集体性是传统国际责任的基本特征。传统国际法的可制裁性由法律形式（*via juri*）和强力形式（*via facti*）的两个部分构成，前者为传统国际责任制度所辖，后者则包括报复和战争，后者往往是前者的补充手段。从形式上讲，两者都具有浓重的集体性特征。<sup>②</sup> 个人不承担国际责任属于一般国际法的原则，早在19世纪上半叶的“麦克劳德案”（*the McLeod Case*）就阐述了从事公共行为之个人不应被追究国际责任的法律原则。<sup>③</sup> 晚至20世纪40年代的国际法实践都支持排除个人作为国际责任主体的理论和实践，由国家承担国际责任为一般国际法所支持。例如，国际联盟下设的“国际法渐进发展专家委员会”在报告中指出，在国际法的体系下，只有国家拥有权利和义务，国际法只向国家施加义务，个人没有权能实施国际不法行为，违反国际法规则不会涉及任何个人责任问题。<sup>④</sup> 这种责任集体性的传统立场一直延续到第二次世界大战之后，在远

① 凯尔森（Hans Kelsen）认为，法律制裁是国际法之法律性和兼具规范效力的关键要素，作为原始类型的法律秩序，传统国际法具有其独特的制裁形式，即报复或战争。参见 Hans Kelsen, Max Knight (trans.), *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchanges Limited, 2005), pp. 320–323。法律制裁具有指向性，传统国际法的法律制裁指向国家，所产生的是集体性质的国际责任；现代国际刑法的法律制裁则指向个人，所产生的是个人责任。参见 Hans Kelsen, “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, (1943) 31 *California Law Review* 530, pp. 532–534。笔者结合在先学术研究和国际法实践所释法理，勾勒了传统国际责任基本架构的简图，在此与读者交流。图1主体部分表示以双边性和集体性为基本特征的，法律形式与强力形式相结合的传统国际责任；两侧虚线则展示个人行为、损害及其责任在传统国际责任框架内得以隐化的理据与逻辑。

② 安奇洛蒂（Dionisio Anzilotti）教授认为，在由双边义务构成的传统国际法框架下，进行赔偿是国际责任的首要内容，它与报复等制裁以及单纯的利益截然不同。参见 Georg Nolte, “From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Interstate Relations”, (2002) 13 *European Journal of International Law* 1083, p. 1087。凯尔森持相反观点，他认为强力形式的国际责任源于一般国际法，以国际协议、仲裁等为基础的赔偿恰恰是强力责任形式的例外和补充。参见 Robert Kolb, *The International Law of State Responsibility* (Edward Elgar Publishing, 2018), pp. 4–5, 9–10。

③ “麦克劳德案”中，争端双方同意有关国际责任的如下主张，即“作为公共武装组成部分，并在政府权力之下行为的个人，不应当被以个人名义被要求承担（国际）责任，这是各文明国家惯例所支持的一项原则……因此，为政府工作、遵守合法上级之命令应当作为一项有效的辩护，否则，个人就会为政府行为，甚至是战争行为承担责任。”为行文方便，以下笔者将之称作“麦克劳德原则”。参见 R. Y. Jennings, “The Caroline and McLeod Cases”, (1938) 32 *American Journal of International Law* 82, pp. 82–99。

④ League of Nations, *Report by Sub-Committee of the Committee of Experts for the Progressive Development of International Law*, C. 46. M. 23. 1926. V., 9 February 1926, p. 4.

东国际军事法庭的审判（以下简称“东京审判”）中，辩方从一般国际法的视角指出，国际法并不是由世界政府通过的世界法（universal law）。国内法直接追究个人责任并给予惩罚的程式在由国家构成的国际社会并不适用，国际责任直接指向实施国际不法行为的国家，而非组成国家的个人。<sup>①</sup>

第二，传统国际责任以双边国际关系为规范背景。“这丝毫不令人惊讶，国家责任概念源自于完全双边性质的国际义务，并聚焦私有财产的保护”，它的适用范围非常局限，因此也主要被私法原则所主导。<sup>②</sup>在此背景下，国家责任存在一项去个人化的法律拟制，即国际不法行为所造成个人之物质损害往往转化为该个人所属国之权利与利益的损害，个人求偿之自然权利则转移为国家作出主张的权利。这意味着，国际责任在法律上并非起因于个人遭受损害而形成的个人与国家之间的法律关系，它规范的是国际不法行为所产生的主权国家之间的法律关系。<sup>③</sup>

第三，传统国际责任以赔偿为核心内容。针对国家行为所致损害进行完全赔偿是国际习惯法的义务，若一国不履行赔偿义务，另一国便可以使用包括报复、战争在内的措施来使违反国际法的国家承担责任。“霍茹夫工厂案”（*Factory at Chorzow*）判决指出，国际不法行为将会导致赔偿义务，以去除不法行为的影响并恢复原状，这是一项国际法原则，甚至是法律的一般概念。<sup>④</sup>这种以赔偿为核心内容的国际责任也反映在战争及交战行为等领域，例如，1907年《陆战法规和惯例公约》（海牙第四公约）第3条就规定，缔约方应当对自己军队的组成人员做出的一切行为负责，违反章程规定的交战一方在情况如此要求时应负责赔偿。

### （三）传统国际责任的客观化转型

19世纪末，尤其是20世纪初起，国际法在限制诉诸战争权、战争规则以及个人权利的国际法保护方面取得了重要进展，国际社会共同利益在更大范围内取得共识，国际法规范存在层次和效力区分性的认识也更加深入，建立维持和平秩序、支持正常交往与合作之国际法律制度的需求愈加强烈。<sup>⑤</sup>不过，作为国际法执行机制的国际责任制度发展相对滞后，无法满足执行“新的”国际义务的功能要求。恢复正义的实效性，次生义务的相称性，以及法律制裁的匹配性均提出了变革传统国际责任制度的现实需求。由此，传统国际责任制度经历了所谓的客观化、简化或概念重建过程，国际责任从主体间框架的约束中解放出来，作为主观要素的过错（*culpa*）以及作为物质要素的损害被一般地剥离出国际责任的产生机制，国际责任不再作为物质损害基础上的反应式概念，国家行为与国际义务的矛盾状态成为产生国际责任的充分条件。<sup>⑥</sup>

从次生义务和规范功能出发分别考察，传统国际责任的转型包括质和量两个互为关联的部

① Record of Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East, Summation by the Defense, Vol. 68, 3 March 1948, pp. 42205 - 42207.

② Bernhard Graefrath, *Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages (Volume 185)*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1984), p. 22.

③ Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (4th edn.), Padua, Vol. 1, 1955, p. 423. 转引自余民才：《国家责任法的性质》，载《法学家》2005年第4期，第140页。

④ *Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (Germany v. Poland)*, Judgment of the Merits, PCIJ Series A No. 17, 1928, pp. 4, 29, 47.

⑤ 参见马呈元：《国际刑法论》，中国政法大学出版社2008年版，第79—83，107—110页。

⑥ See Alain Pellet, “The Definition of Responsibility in International Law”, in James Crawford *et al.* (ed.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010), pp. 8 - 9.

分。一方面，随着国际责任范式由后果本位转向义务本位，国际责任被期望容纳并适应国际义务在质的方面的区分性。“如果承认国际法的功能不仅在于保证国家独立，也在于组织它们的共存与相互依赖”，传统国际责任的基本架构便不能再被接受。<sup>①</sup> 到 20 世纪中后期，区分双边义务和针对国际社会整体之义务的基本认识已经牢固确立，国际义务性质差异引发法律制裁区别化的学理得到广泛承认。通过发展共同体义务、国际法强制性规范等基本概念，“国际法开始从单纯的双边责任概念向容纳一般公共利益（如人权、环境等）的范畴转变”。<sup>②</sup> 在量的方面，根据法律关系差异，国际法针对国际义务的重要性匹配了不同严厉程度的制裁形式，严重违反一般国际法强制性规范应当招致反映不法行为严重性的制裁，除赔偿等内容外，还应触发包括个人责任在内的“进一步后果”。<sup>③</sup>

## 二 责任集体性与个人责任的衍生

个人责任源于对传统国际责任集体性的悖反。法律制裁区别化对国际责任的集体性提出了修正的要求，集体责任被认为无法适应恢复正义的目的，也无力单独且相称地反映特定国际义务的重要性。

### （一）国际责任的集体性及其缺陷

传统国际责任的集体性为一般国际法所承认，也是原始法律秩序的典型特征。在原始法律秩序中，个人的违法或敌对行为往往转化成为集体行为，个人与其他社会基本单位的联系往往呈现为团体关系，而非个人关系。个人与团体身份的捆绑关系是责任集体性的主要理据。梅因（Henry Sumner Maine）在《古代法》中曾指出，在社会演进式的发展过程中，原始阶段法律的基本单位是家庭、部落、村庄等集体形式，直到现代社会法律制裁才由依托身份的集体形式逐渐个人化。<sup>④</sup> 此外，过失和结果论为责任集体性提供了另一项理据：其一，不法行为显示，团体成员之集体没有尽到监督和控制的责任；其二，集体责任具有威慑效应，它促使团体成员更好地鉴别个人职责并控制个人行为。<sup>⑤</sup> 从法律上看，国际责任的集体性以国家行为理论为依据，国家的“同一性”是国际责任的理论前提之一，国家行为不引发个人责任是传统国际法的基本假设。<sup>⑥</sup> 依据一般国际法，任何直接由政府成员，或者由政府命令或授权下级机构为履行官方职能而实施的行为，无论是否符合国内法，都应当被视为国家行为，责任集体性和主权豁免是基于国

① See Alain Pellet, “The Definition of Responsibility in International Law”, in James Crawford *et al.* (ed.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010), p. 10.

② See James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Texts and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), the frontispiece.

③ See Stephan Wittich, “The International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading”, (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 891, pp. 903–905. 参见薛茹：《论东京审判中的破坏和平罪》，载《国际法研究》2016年第3期，第102—106页。

④ See Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with Early History of Society* (Beacon Press, 10th edn, 1963), pp. 177–180.

⑤ See David J. Levinson, “Collective Sanctions”, (2003) 56 *Stanford Law Review* 345, pp. 347–349, 351–352, 361–362.

⑥ See Robert H. Jackson, “Nuremberg in Retrospect: Legal Answer to International Lawlessness”, (1949) 35 *American Bar Association Journal* 813, pp. 813–814.

家行为理论而确立的两项原则。<sup>①</sup>

责任集体性的缺陷主要体现在制裁效果与责任归属两个方面。第一，集体性质的法律制裁容易延续违法状态，易于造成暴力循环。在国际关系中，以集体形式和放弃合法的方式施加责任排除了义务相对性，当一方违反其所承担的国际义务，那么约束另一方遵守相应规则的义务便被去除了，这毫无疑问强化着无秩序状态。<sup>②</sup> 第二，集体性质的法律制裁依托法律拟制，回避真实责任归属，形成报应欠缺。集体性质的法律制裁无法等同于实际责任，它以团结理念为基础，类似于社会成员的共同责任，回避考察个人在国际不法行为中的具体作用，这无异于放任实际违法者及违法行为。对此，东京审判检察官约瑟夫·季南（Joseph Keenan）在开庭陈词中便提出了关于国际秩序与国际法相互关系的“季南之问”，直指传统国际责任的有效性问题，即传统国际法为何容许真正的凶手免于承担国际责任。季南指出，惩治国际罪行事关人类的生存或毁灭，这要求人类发挥“至高想象力”来变革国际法的责任模式。<sup>③</sup>

## （二）个人责任的衍生逻辑

### 1. 抽象实体说

抽象实体说认为，对于某些国际不法行为，国家应当被视作抽象实体，从而将国际责任归结于个人。劳特派特指出，集体责任只对国家这类非个人实体展示约束力，却置创造并代表它们行动的个人于不顾，这无异于取消约束个人之道德与法律在国家行为中的规范作用，“除非责任被归于有血有肉的个人，否则它便无所栖身。”<sup>④</sup> 况且，国际法中并不存在任何在根本上反对个人责任的内容，只要越过国家拟人化这一导致无政府状态的固化思维，个人责任的确立便不存在法理障碍了。<sup>⑤</sup> 杰克逊（Robert H. Jackson）法官的名言指出，“违反国际法的罪行是由个人而非‘抽象实体’（abstract entities）实施的，因而只有惩罚实施此类犯罪的个人，国际法的规则才能得到执行。”根据杰克逊法官的解释，个人责任既十分必要，也符合逻辑，因为国家实施国际罪行只是一种假象，个人才是犯罪的实际实施者，允许“麦克劳德原则”在国际罪行的场合继续适用无异于取消了国际法的现实效力，因此，个人责任便成为了执行国际法的一项必然结论。<sup>⑥</sup> 中国籍法官史久镛在国际法院“种族灭绝公约适用案”中也曾引用肖克罗斯（Hartley Shawcross）检察官的言论：“对于近年来的暴行，除非以个人责任来代替充满种族仇恨且有害的集体责任理论，否则和解便无法实现。”<sup>⑦</sup>

### 2. 个人义务说

个人义务说认为，个人责任是从事国际不法行为之个人违反国际义务的必然结果。纽伦堡审判判决指出，国际法同时向个人和国家施加义务和责任，“法庭宪章的要旨在于，个人拥有超越

① See Andrea Bianchi, “State Responsibility and Criminal Liability of Individuals”, in Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press, 2009), pp. 16 – 17.

② See Cherif M. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2nd edn, 2013), pp. 452 – 453.

③ See Record of Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East, Vol. 1, 4 June 1946, pp. 384 – 396.

④ See Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (Stevens & Sons, 1950), pp. 5 – 6.

⑤ See Martti Koskeniemi, “Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law”, (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 810, pp. 813 – 814, 815.

⑥ *Prosecutor v. Duso Tadic*, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT – 94 – 1 – T, October 2, 1995, para. 128.

⑦ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 11 July 1996, I. C. J. Reports 1996, p. 632.

单个国家所施加之服从国内法义务的国际义务，”这意味着，个人不仅应该服从国内法之法律义务，还必须遵从国际法有关个人行为之规定。<sup>①</sup> 东京审判法官罗林（B. V. A. Roling）对此解释道，个人拥有依据良知和理性来解释国际法规则及其规范意图的能力，并依据个人意志作出行为，唯有个人遵守正当之规则，违反国际法的暴行才能够被阻止。在国内法的环境下，个人可以依靠法官来解释规则，而很多情形下，国际法不存在类似的解释手段，这意味着个人需要自己对规则进行解读。对于作为国家行为之国际罪行，国际社会最终依靠个人来反对构成犯罪的命令和行为，个人具有对规则和命令进行自我解读的国际义务，而不能如机器般不假思索地执行。<sup>②</sup> 换言之，个人之所以不能将国际罪行之责任推给国家，原因在于国家不单是个人在数量上的任意集合，而是由秉具理性与道德之个人组成的联盟，在国际法所规定的限制面前，命令或实施此类行为的个人保持着理性，也应该秉持道德行事，否则个人就应当承担国际法所规定的法律责任。<sup>③</sup>

### 3. 法律规定说

法律规定说认为，个人责任是传统国际法的固有内容，它的衍生恰证明了它的本来存在。国际法院在“种族灭绝公约适用案”中指出，国际责任的双重性（duality）是当代国际法的一贯特征，国际法同时对个人和国家施加义务和责任的观念久已确立。<sup>④</sup> 其一，国际法追究个人责任在海盗、强盗等领域已有先例，个人责任适用于性质更为恶劣的国际罪行是基于理性和正义观念对传统责任制度的矫正。肖罗斯检察官就指出，个人责任扩展适用于侵略罪确属首创，但国际法从未放纵侵略战争，传统国际法只不过是通过惩罚国家这种不太有效的制裁形式来约束战争。<sup>⑤</sup> 其二，自然法是个人责任得以衍生的重要渊源，如一战后有关国际刑事审判的报告所言，“麦克劳德原则”扩展适用于战争法领域将会震撼文明世界的良知，二战之后基于“文明世界的公共良知”的现实需求则将个人责任转变为一项公认的法律原则。其三，习惯法是确立个人责任的法律基础。规范战争权和战争行为的国际公约虽然缺乏明确责任与惩罚的实体性条款，但习惯法还是为个人责任提供了法律基础：某些国际规则并非人为创造，原本也不靠法院和行政机构来执行，当国际法庭将相关行为确认为国际罪行并追究个人责任，法庭并非在创造规则，而只是宣布或者判定此类规则的存在。<sup>⑥</sup>

## 三 个人责任的内在价值与法理结构

在当代国际刑事司法图景中，个人责任及其实现过程被视作包括报应惩罚、记录历史、维护

① International Military Tribunal, *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Judgment of 1 October 1946, pp. 446 – 447.

② See B. V. A. Roling & Antonio Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker* (Polity Press, 1994), pp. 107 – 108.

③ See Alfred Verdross-Drossberg, “Void and Punishable Acts of State in International Law”, (1949) 2 *Western Political Quarterly* 183, p. 192. 参见朱文奇：《东京审判与追究日本军政要人刑事责任》，载《国际法研究》2016年第4期，第13—27页。

④ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, I. C. J. Reports 2007, para. 173.

⑤ Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 3, 4 December 1945, Morning Session, the Avalon Project, <http://avalon.law.yale.edu/imt/12-04-45.asp>.

⑥ See Theodor Meron, “Reflection on the Prosecution of War Crimes by International Tribunal”, (2006) 100 *American Journal of International Law* 551, pp. 571 – 572.

受害者利益以及提供威慑等在内的教育系统,<sup>①</sup> 围绕个人责任形成了法律主义的正义模式, 它将个人责任作为符合正义之政治秩序的要素, 通过划定政治与法律边界、排除社会因素影响之上的程式化的正义过程, 个人责任的“法律帝国”得以完成多重目标, 正义、法治与秩序价值统一于个人责任的理论构建。<sup>②</sup> 由此, 个人责任的法理呈现为复合式的结构, 笔者将之分别归纳为逐次递进的规范责任、功能责任和秩序责任。

### (一) 规范责任: 报应惩罚与恢复正义

规范责任认为, 恢复正义是法律责任的本质及刑事制裁的正当性基础, 责任是对行为人违法状态的确认与制裁, 刑罚是违法者应得的报应, 施加刑罚是为了保持道德平衡。刑罚的正当化所依赖的是责任报应, 既非有害报应, 当然也非秩序报应, 责任报应以承认个人理性和自由意志为前提, 意味着承认个人在理解规则、行为选择方面的自主性, 体现着法律体系对行为人“不应当实施不法行为”的规范性评价。<sup>③</sup> 从这个方面讲, 个人责任是“纠正错误”(redress of wrongs)这一法律原则在国际法上的具体表现, 它要求国际法提供惩治犯罪及寻求救济的途径和机构。<sup>④</sup> 报应主义通过惩罚来纠正犯罪行为所引发的错误状态, 刑事惩罚应当体现违法行为的严重性, 并与违法者的责任相符合。此外, 报应惩罚也是宣示性的, 它是国际社会对国际罪行的刑事谴责和愤怒表达。

规范责任还意味着, 刑事制裁应当关注行为本身而非其社会影响。如上所述, 刑罚的正当性在于刑罚符合罪责, 而不是任何潜在的未来所得, 行为本身的严重性主导着法律制裁的程度。换言之, 个人责任就是要实现刑事正义, 即根据个人罪责及相关因素确定惩罚, 这是一个自我约束的客观和理性过程, 它只要求恰当确定责任, 而后施加惩罚, 别无其他。<sup>⑤</sup> 因此, 责任必须牢固地确立在个体特征之上, 它反映着行为与“个人自决”或个人意志之间的联系, 个人应当为超越法律之行为承担责任; 个人责任的前提是行为导致罪行, 如果让个人对与行为选择不存在关系的罪行承担责任, 个人责任所欲达到的规范目的便会落空。无论是在国内法还是国际法中, 一个基本的理论假设是, 个人责任必须以罪责而非身份为基础, 如果个人没有实施或者通过其他形式参与犯罪, 便不存在责任问题。个人责任一方面要求个人拥有犯罪意图, 即行为必须清楚地意识到参与行为, 并伴有意识清晰的参与决定; 另一方面个人必须有确切的参与行为, 并对非法行为的实施有所贡献。<sup>⑥</sup>

### (二) 功能责任: 刑事威慑与一般预防

功能责任认为, 法律责任是法治的构成要素, 负责乃是通过功能来定义的法律概念。责任并非仅仅是存在层面的事实认定, 它更是应然层面的功能评价。责任所根据的可谴责性源于行为人

① Cherif M. Bassiouni, “The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors”, (2008) 98 *Journal of Criminal Law and Criminology* 711, p. 798.

② See John M. Czarnetzky & Ronald J. Rychlak, “An Empire of Law: Legalism and the International Criminal Court”, (2003) 79 *Notre Dame Law Review* 55, pp. 61–62.

③ 参加张明楷:《责任论的基本问题》, 载《比较法研究》2018年第3期, 第2—10页。

④ See Cherif M. Bassiouni, “International Recognition of Victim’s Rights”, (2006) 6 *Human Rights Law Review* 203, p. 207.

⑤ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Appeal Judgment, IT-95-14/2-A, 17 December 2004, para. 1075 and note 1482, 2004, p. 290.

⑥ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeal Judgment, IT-94-1-A, 15 July 1999, para. 186.

缺乏对法规范的忠诚，责任服从于规范目的，即证明法规范的有效性。<sup>①</sup> 进言之，责任是一般预防的衍生品，它旨在通过巩固一个“失落的期望”来训练“对法忠诚”，确证对法律规范的正当性信赖，恢复社会对法共同体的期待。责任与预防具有共同本质，它们由行为人忠诚于法规范的事实与程度决定，个人忠诚于法规范具有社会影响，因而责任问题也就是预防问题。<sup>②</sup> 依此，个人责任作为规范责任，同时也是一种功能责任，它能够产生基于威慑的一般预防，并促使个人在未来做出符合国际法的行为选择，避免实施国际罪行。相较于国内犯罪，国际罪行具有更深刻的社会性，它们源自缺乏或蔑视国际义务的社会文化，个人往往在摒弃道德的罪恶文化中将违法行为正当化，并在具体行为中丧失道德选择能力，而个人责任能够树立扭转此类社会文化的自我纠正机制，培育守法文化和符合国际义务的道德选择，进而帮助社会回归到“对法忠诚”的正常状态。这反映着一种功利主义的责任观念，即刑罚体系和刑事惩罚的意义是社会性和功能性的，个人责任的重要目的在于减少和预防社会危害。<sup>③</sup>

威慑是连接个人责任与一般预防的关键要素。威慑理论认为，起诉和惩罚个人意在展示威慑，以促使他们在未来避免实施犯罪，以此达到一般预防的效果。具体而言，个人责任包含威慑信息，潜在违法者能够意识到违反国际法的风险，这迫使他们重新考虑其行为计划和行为方式。换言之，个人责任实际上是针对不特定多数人的预期制裁，它能够对倾向于偏离法律义务的行为选择产生有效威慑。<sup>④</sup> 在司法实践中，威慑理论影响着责任构成要件的厘定，也是决定免责事由合法性的重要因素。例如，上级责任主观要件的“客观合理性”标准与刑事责任个人化目标相一致，它着眼于维持刑事制裁的潜在威慑，避免义务遵守期望的落空。<sup>⑤</sup> 又如，在著名的“艾德莫维奇”案中，针对胁迫（duress）的免责抗辩，上诉庭认为，法律必须按照其所担负的社会、政治和经济角色服务于广泛的规范目的，而允许此类抗辩将给社会带来风险。中国籍法官李浩培先生则表述得更为直白，即允许以胁迫作为抗辩等同于鼓励遭受胁迫的下属杀死无辜者而享有免责，这种反人类的法律策略无法威慑行为者停止实施恶劣的罪行。<sup>⑥</sup>

### （三）秩序责任：民族和解与构建和平

秩序责任认为，和平秩序是法律的终极价值，法律责任是消弭冲突、重建秩序不可或缺的重要环节。和平不仅是没有武装冲突这样的消极概念，它还意味着团体间存在某种方式的合作，和谐相处且不断融合，尤其指消除社会非正义以及结构性暴力，而国际刑事司法便是在积极意义上消除暴力源头，并服务于秩序重塑。<sup>⑦</sup> 秩序责任视角下，每一个案件都相当于秩序构建过程的一个环节，通过审判和惩罚的社会影响，真相与正义能够建立“健康与合作”的社会关系，培育

① 参见冯军：《刑法中的责任原则》，载《中外法学》2012年第1期，第50—53页。

② 参见张明楷：《责任论的基本问题》，载《比较法研究》2018年第3期，第15—16页；王珏：《功能责任论中责任和预防的概念》，载《中外法学》2015年第4期，第1057—1059页。

③ See Michael T. Cahill, “Retributive Justice in the Real World”, (2007) 85 *Washington University Law Review* 815, p. 818.

④ *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment, ICTR - 96 - 3 - T, 6 December 1999, para. 456; Cherif M. Bassiouni, “Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability”, (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 9, p. 18.

⑤ See Cherif M. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2nd edn, 2013), p. 336.

⑥ Olivia Swaak-Goldman, “Prosecutor v. Erdemovic, Judgment, Case No. IT - 96 - 22 - A”, (1998) 92 *American Journal of International Law* 282, pp. 282 - 287.

⑦ See Nico Schrijver, “B. V. A. Roling: A Pioneer in the Pursuit of Justice and Peace in an Expanded World”, (2010) 8 *Journal of International Criminal Justice* 1084, pp. 1087 - 1088.

民族和解的社会条件。<sup>①</sup>可见,个人责任的终极目标是促进民族和解,恢复和平的国际秩序,秩序价值也因此被称为确立个人责任的战略性考量。<sup>②</sup>

个人责任的秩序价值通过记录功能和区分功能来实现。<sup>③</sup>首先,公正且权威的历史记录包含着秩序重建的认知和心理要素。“国际社会如此组织国际审判,不为别的,就是在让被告有出庭和反驳权利的情况下,能客观真实地记录战争中的暴行和罪行”,而忠实、公正地记录真相能够为社会带来关于犯罪事实及其规范评价的一般认知,进而构成冲突后社会开启修复过程、重建正常社会生活的前提条件。<sup>④</sup>其次,个人责任的区分功能为秩序重建提供了结构性的社会基础。个人责任能够鉴别违反法律、道德和良知的真正作恶者,改变集体对立视角,代之以对事实真相和个人罪责的清晰认识,通过正当程序追究个人责任,社会公众方可认识并接受相关行为的不法性、非正当性和危害性,这种区分合法或非法、善与恶、对与错的普遍认知是民族和解和恢复秩序的社会条件。<sup>⑤</sup>

作为秩序价值的体现,和平与安全是藉由联合国安理会在《联合国宪章》下的职权而融入到当代司法价值体系中的,个人责任为安理会履行维护和平和安全之首要职责提供了可靠的司法手段,反过来个人责任的秩序价值成为了国际司法审判不容挑战的信仰性理念。<sup>⑥</sup>司法实践中,和解随着辩诉交易被纳入国际刑事审判的法理中,它是为了使既有司法实践正当化而引入的回应性概念。<sup>⑦</sup>法庭考虑判决的原则和建议时往往纳入和解的考量,理由之一在于,被告认罪代表着其对确定案件事实所作贡献,也被认为将会在民族和解过程中发挥重大作用。特别重要的是,被告是作为国际罪行的知情者承认个人罪责的,在相关政府否认暴行存在的时候,这种个人性质的承认具有历史意义。相较于法庭依职权追责,被告人对犯罪行为和犯罪角色的主动承认有助于敌对团体间进行公开的对话,这为民族和解提供了机会。<sup>⑧</sup>

#### 四 个人责任的价值冲突与实证效果

实践中,个人责任的内在价值面临着相互冲突的局面,这既包括价值优先性的争论,也包括因实证挑战而产生的价值合理性的质疑。

① *Prosecutor v. Momir Nikolic*, Sentencing Judgment, IT-02-60/1-S, 2 December 2003, para. 83.

② See Madoka Futamura, *War Crimes Tribunals and Transnational Justice: The Tokyo Trial and The Nuremberg Legacy* (Routledge, 2008), pp. 43-45.

③ 格哈德·韦勒也称之为“承认和发现真相的功能”和“个别化功能”。参见〔德〕格哈德·韦勒:《国际刑法学原理》,王世洲译,商务印书馆2009年版,第42—43页。

④ 参见朱文奇:《东京审判与追究侵略之罪责》,载《中国法学》2015年第4期,第20—21页。马尔蒂·科斯肯涅米则将记录历史作为国际刑事审判的排他性目的,参见 Martti Koskeniemi, “Between Immunity and Show Trials”, (2002) 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, pp. 1-11.

⑤ See Alexander K. A. Greenawalt, “Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court”, (2009) 50 *Virginia Journal of International Law* 107, p. 128.

⑥ 参见联合国安理会1993年2月22日第808号决议:《前南斯拉夫国际刑事法庭》, S/RES/808 (22 February 1993)。

⑦ See Shahram Dana, “The Limits of Judicial Idealism: Should the International Criminal Court Engage with Consequentialist Aspirations?”, (2014) 3 *Penn State Journal of Law & International Affairs* 30, pp. 55-56.

⑧ *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, Sentencing Judgment, IT-94-2-S, 18 December 2003, paras. 243, 275.

## （一）报应惩罚与刑事威慑的优先性

长期以来，以报应惩罚理论为基础的规范责任一直是国际刑事司法的基本理论，但它愈发受由威慑理论及表达主义等刑事理论的挑战。旨在实现正义的规范责任将报应惩罚视作追究个人责任的正当性基础，功能责任论则构成现代国际刑事司法的主要动力。不过，规范责任和功能责任并非并行不悖，两者在现代国际刑事司法中的关系存在着不确定性，其核心问题在于两者的优先性，具体案件对此论理截然相异。<sup>①</sup>一种观点认为，报应惩罚理论应当受到推崇，威慑和预防在确定个人责任过程中的角色应被限制。个人责任拥有预防功能，但个案不能不合理地偏重威慑和预防，报应惩罚是个人责任的基本内容，它的核心功能在于表达国际社会对国际罪行的规范评价，并向国际社会传递针对特定行为的否定与谴责，相对于基于刑事威慑产生的预防效果，报应惩罚应当被赋予更为重要的作用。<sup>②</sup>另外，规范责任是个人责任法理结构的基础，从根本上讲，个人也是因为所负罪责而承担个人责任的，将预防纳入司法考量并作为判定责任、强化刑罚的理由不符合公平原则。<sup>③</sup>

相反的观点则主张限制报应惩罚的负面影响，并将预防作为个人责任的主要目的。一方面，鉴于追究个人责任所具有的国际性质、道德权威代表性及其对世界舆论造成的影响，个人责任与刑罚往往呈现出严惩重罚的趋势，在此背景下，忽视功能责任的维度将会危害个人责任所追求的公平价值。<sup>④</sup>另一方面，规范责任理论根源于原始复仇理论，本质上是法庭所掌握的报复权的具体实施，但报应惩罚绝非个人责任的唯一考量。如同国内刑法，个人责任的目的在于辅助性的法益保护，处罚必须考察社会目的，偏执于报应惩罚不能治愈导致犯罪产生的“社会化的缺失”，也无法促进正义与秩序目的的达成，因此，报应惩罚绝不是抑制犯罪的合适理论。<sup>⑤</sup>因此，威慑和预防应当作为决定个人责任和刑罚的最为重要的考量因素，个人责任应当向国际社会及行为者传递如此信息，即任何人不能凭借个人豁免蔑视和挑战国际法，进而影响个人的行为选择，阻止类似国际不法行为的重复。<sup>⑥</sup>

## （二）威慑的理论合理性与实证效果

在功能责任当中，威慑被赋予了极其重要的地位。人们认为，刑事惩罚所产生的潜在或现实的威胁能够削弱违反国际法规则的动机及行为残酷性。不过，“当暴行未能被阻止，围绕威慑理论的热情便开始消散了”。<sup>⑦</sup>威慑理论以理性行为者的基本假设为前提，惩罚与威慑之间的逻辑关联是推测性质而非实证的。威慑理论认为，法律责任可以大大提高犯罪的成本，基于这种对责任、惩罚确定性及其严厉程度的主观认识和“算计”，行为人能够做出符合法律的行为选择。学界对威慑理论的合理性提出了反对，“国际体系中有关威慑的论断没有考虑威慑运行的机理，也

① See Mark A. Drumbl, *Atrocity, Punishment and International Law* (Cambridge University Press, 2007), pp. 60–61.

② *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgment, IT-95-14/1-A, 30 May 2001, para. 185.

③ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 February 2001, para. 840.

④ *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment, IT-95-17/1-T, 10 December 1998, para. 185.

⑤ Vgl. Roxin, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl., 2006, § 3, Rdn. 8 f. 转引自王珏：《功能责任论中责任和预防的概念》，载《中外法学》2015年第4期，第1061页。

⑥ *Prosecutor v. Delalic et al.*, Appeal Judgment, IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 1231.

⑦ See Mirjan R. Damaska, “What is the Point of International Criminal Justice?”, (2008) 83 *Chicago-Kent Law Review* 329, p. 339.

未讨论威慑的要求与实施大规模暴行的影响因素之间的关系。”<sup>①</sup> 具言之，国际罪行的行为选择是在激烈对抗或冲突的社会背景及现实环境下作出的，报应惩罚往往不会被纳入到个人的理性考量之内。况且，威慑理论忽略了国际罪行发生的宏大背景，它导致国际社会陷入对刑事威慑的偏执当中。<sup>②</sup> 另外，国家官僚体系和特定的社会文化状态是国际罪行滋生和出现的根本原因，孤注于个人责任的刑事威慑无法应对转型正义的根源性问题，个人责任因此是不充足的，它应当与国家责任、社会责任等其他独立支柱共同发挥作用。<sup>③</sup>

支持者就上述威慑理论合理性的质疑提出三点反驳。首先，实施国际罪行之个人虽未必完全受理性驱使，但此类个人的行为选择也绝非任意或无意识。实际上，国际罪行往往都是事先预谋或精心策划的，它们具备特定的主观要件，行为人不仅拥有进行理性思辨的时间，而且总会计较犯罪行为的得失。因此，问题关键不在于威慑是否存在，而在于威慑如何才能存在，如果国际审判和惩罚施加的制裁较弱，那么个人责任便很难能够产生足以信赖的威慑力。<sup>④</sup> 其次，威慑理论并非完全基于理性算计，这低估了个人责任所具有的社会意义和表达功能，国际社会越是坚定地谴责和惩罚犯下国际罪行的个人，潜在违法者便会被迫考虑实施罪行的后果。最后，实证效果之质疑并非真问题，并非威慑理论存在缺陷，而是产生威慑的个人追责机制不够完善，国际刑事司法浓重的地域性以及国际刑事司法的发达程度影响着威慑效果。<sup>⑤</sup>

### （三）正义与秩序价值的关系对立

秩序责任是基于鲜有质疑之信条确立的理论，但有关冲突后社会秩序受益于刑事追责的实证研究揭示，个人责任所包含的正义与秩序价值可能并不具有所设想的内在一致性。首先，国际社会存在质疑或排斥正义与秩序价值关联性的观点与实践。虽然秩序责任的考量贯穿国际刑事司法的历史过程，某些司法实践则排斥将广泛的秩序目标纳入案件的审理过程，如“德拉里奇案”审判庭所指，法庭目标在于实现正义，它将把对背景事实的考虑限制在案件要求的范围内，法庭不会去探求导致冲突和暴行的历史原因，个案是否对社会秩序产生积极影响本身不是法庭需要考察的内容。<sup>⑥</sup> 实际上，秩序价值与个人责任的关系本质上是思维建构的结果，有观点认为，个人责任与秩序价值之间的逻辑推导并不具有唯一性，虽然国际刑事司法历来将重建秩序视为责无旁贷，但个人责任并不是民族和解的必要条件，它可以被减损或交易，甚至可以被搁置。<sup>⑦</sup> 另外，秩序价值是在司法理想主义之下被纳入个人责任的价值体系中的，它本身宏观且极难衡量；而

① See Kate Cronin-Furman, “Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity”, (2013) 7 *International Journal of Transnational Justice* 434, p. 454.

② See James J. Silk, “International Criminal Justice and the Protection of Human Rights: The Rule of Law or the Hubris of Law?”, (2014) 39 *Yale Journal of International Law* 94, pp. 99 – 100.

③ 参见〔美〕谢里夫·巴西奥尼：《国际刑法的渊源与内涵》，王秀梅译，法律出版社2003年版，第35—36页。

④ See Julian Ku & Jida Nzelibe, “Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?”, (2006) 84 *Washington University Law Review* 777, p. 793.

⑤ See Kate Cronin-Furman, “Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity”, (2013) 7 *International Journal of Transnational Justice* 434, p. 443.

⑥ *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, IT-96-21-T, 16 November 1998, paras. 88 – 89.

⑦ See Robert D. Sloane, “The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law”, in Michael Bohlander (ed.), *Globalization of Criminal Justice* (Ashgate Publishing Limited, 2010), p. 364.

且，秩序的形成是系统工程，它需要调动整个社会关系中的积极因素，一个合理的推论是，个人责任恐怕只是秩序价值链中的一个组成部分。<sup>①</sup>

其次，个人责任与秩序价值之间的理论推演面临实证层面的质疑。实证调查表明，法庭公正性和事实记录的真实性并没有被竖立起来，政治立场相对的国家对司法过程存在迥异的观点和看法，个人责任的区分功能没有实现，反而固化着集体对抗的大众思维和社会意识，并引发了历史观和政治立场的撕裂。<sup>②</sup> 另外，个人责任致力于实现的和解包括现实和解与情感和解，前者意味着共存，后者则代表着弥补行为损害并重建社会互信，但实证调查似乎表明，个人责任所达到的仅仅是消极的共存状态，一个合理的推论是，个人责任至多只是揭示了基于事实真相的罪与非罪，这不能代替介乎极端之间的历史真相，司法审判并不能代替历史学家对真相进行阐释，个人责任本身并不必然导向秩序价值。<sup>③</sup>

最后，个人责任所含正义与秩序价值的内在一致性面临实用政治（realpolitik）的冲击。实用政治与正义价值相对立，它偏重平息战火，并容忍豁免，以图达到短期的政治目的，但它终究无法建设“真正的或者深层次的”和平。实用政治的司法观则认为，和平拥有其独立价值，刑事追责并不能代替和平，也并非和平的全部内容，司法应当注重追责的时机、方式和对象，从而不至于破坏和平进程。<sup>④</sup> 另外，个人责任所追求的正义并非总是导向秩序价值，它们存在相互抵触情形。例如，非洲联盟曾指出，追求正义应当以不阻碍或者损害和平进程的方式进行，应当暂停与和平进程相违背的刑事司法程序，如此才能给和平以机会。<sup>⑤</sup> 这种价值冲突的状态反映，国际刑事司法既受到法律主义之理想的牵引，但也无法逃离现实主义国际关系的掣肘。

## 结 语

个人责任继承并演绎了传统国际责任制度的法律主义色彩，通过目标的累积式扩张，个人责任构筑了自身衍生和发展的正当性，形成了复合式的法理结构，传统国际责任所呈现的损害—赔偿的平面结构，转变为由规范责任、功能责任和秩序责任构成的立体结构。在这种立体结构中，以恢复正义为基础的规范责任具有基础性的地位，它是实现刑事威慑和预防功能，以及促进和解与构建和平的前提。美英等国家隐瞒战争罪行并阻碍司法追责的恶劣行径对个人责任的法理基石与核心价值构成了直接威胁和挑战，也必将损害个人责任所致力于实现的法治与秩序价值。从个人责任法理上看，美英所为不仅与正义价值背道而驰，而且损害了各国所共同推进的国际法治事

① 国际刑事司法纳入和解与秩序考量的现象被称为“司法理想主义的兴起”。参见 Shahram Dana, “The Limits of Judicial Idealism: Should the International Criminal Court Engage with Consequentialist Aspirations?”, (2014) 3 *Penn State Journal of Law & International Affairs* 30, p. 55.

② See Hiro Saito, *History Problem: The Politics of War Commemoration in East Asia* (University of Hawaii Press, 2017), pp. 129 – 154.

③ See Tzvetan Todorov, “The Limits of Justice”, (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 711, pp. 711 – 712.

④ See Cherif M. Bassiouni, “Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability over Realpolitik”, (2003) 35 *Case Western Reserve Journal of International Law* 191, pp. 191 – 192, 200.

⑤ See African Union, Communique of the 175<sup>th</sup> Meeting of the Peace and Security Council, PSC/PR/Comm. (CLXXV), 5 March 2009.

业，实际上扮演了国际秩序破坏者的角色。

个人责任的目标扩张以及对自身理论合理性的极力塑造诱发了内在价值间的协调问题，理论充足性与实证局限性之间的对立尖锐而深刻，法律统治与实用政治的较量此起彼伏，法律主义理想下司法过程对政治任意性的规范约束，与现实主义背景下司法机制对政治支持的紧密依赖之间存在持续张力。美英等国在惩治本国武装或情报人员所犯战争罪行方面态度消极，这种胜者正义和霸权例外的姿态和行径将极大地加剧针对个人责任的正当性质疑，扩大个人责任价值意涵与实证效果之间的裂痕，削弱国际社会对于国际刑事法治的普遍政治支持。因此，必须坚决反对西方国家在惩治国际罪行中的双重标准和强权逻辑，与国际社会一道推动其就相关战争罪行彻查真相，并将负有法律责任的个人绳之以法，共同维护国际法的严肃性和权威性。

## On the Jurisprudence of Individual Responsibility in International Law: Legal Origin and Value Relations

*Li Jiang*

**Abstract:** In recent years, some western countries attempted to conceal war crimes committed by their military staff or intelligence officers, and tried to resist or hinder the process of criminal accountability, which has aroused widespread concerns around the globe. Contrary to the general perception, individual responsibility in international law and modern state responsibility share a common legal origin. With the evolution of international law since late 19<sup>th</sup> century, international norms differentiated in terms of gradation and legal effect. To establish legal sanctions that were adequate to implement these new-emerging international obligations, individual responsibility was introduced through the de-collectivization of traditional international responsibility by employing the theories of abstract entities, individual duties and legal stipulation. Individual responsibility inherited and developed the legalism tradition, and through the expansion of its anticipated goals, it has formed a pluralistic theoretical structure composed of the normative, functional and order dimensions. Meanwhile, there are clashes among the triple intrinsic values of individual responsibility, and the inconsistency between theoretical rationality and empirical limitation can be observed. It concludes that political manipulation, double standards, and power politics in punishing international crimes should be resolutely opposed, and the authority of international law should be firmly upheld.

**Keywords:** International Responsibility, Collectivity, Individual Responsibility, Legal Structure, Intrinsic Value

(责任编辑: 何田田)