

东京审判与追究日本军政要人刑事责任

朱文奇*

摘要：70年前，第二次世界大战中取得胜利的同盟国开启了东京审判，以追究日本“军政要人”的个人刑事责任。所谓军政要人的刑事责任，其实是由其下属人员的犯罪行为引起的。因为是国家或军队的高官，其领导地位本身要求其下级要进行管束。如果下级违反战争法规，军队将领或高官在知情情况下没有予以制止或惩治，就要因此而承担该下级军人所犯罪行的刑事责任。这就是军政要人刑事责任理论的基本要义。时至今日，通过实践，军政要人的刑事责任已发展成为国际刑法中的重要原则。东京审判确立的军政要人刑事责任，为国际刑法的发展作出了贡献。

关键词：东京审判 国际刑法 军政要人刑事责任

东京审判起始于1946年5月3日，至2016年5月为70周年。

第二次世界大战（以下简称“二战”）反法西斯同盟的胜利，催生了纽伦堡和远东两个国际军事法庭，由此开始了国际刑法的实践。之所以设立国际军事法庭，其道理与国内法庭是相通的，是为了维护国际社会的整体利益。国际社会为了维护所有国家的共同利益，通过国际条约和习惯，将震撼“公众良知”的犯罪行为，如侵略罪和战争罪，确定为国际罪行，并依照法律来惩治这些犯罪行为。

纽伦堡和远东两个国际军事法庭，是现代国际法意义上成立最早、对国际刑法最具影响和冲击力的国际审判机构。它们在不少国际法重要理论和实践方面，开创性地发展了国际刑法，其中之一就是追究军政要人的个人刑事责任。

远东国际军事法庭审理的犯罪行为，不少都是属于国际法上最严重性质的犯罪行为，例如震惊世界的南京大屠杀，滥杀无辜，惨不忍睹，震惊世界。日本四个师团在1937年12月13日攻进南京城后，就开始像“被放纵的野蛮人一样”任意地屠杀手无寸铁的平民百姓；他们杀人、强奸、抢劫和放火，创造了“现代战争史上破天荒之残暴记录”。^①这显然是国际刑法要予以惩治的犯罪行为。然而，当远东国际军事法庭起诉和审判指挥这四个师团的松井石根（Matsui Iwane）时，他企图辩解自己无罪，称那些行为都是其部下所为，他当时正在苏州养病，并不知情等等。^②

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。本文得到中国人民大学“统筹推进世界一流大学和一流学科建设”项目（项目号为：16XNLG09）的支持。

① 中国人民政治协商会议全国委员会文史资料研究委员会编：《文史资料选辑》（第二十二辑），中华书局1962年版，转载于梅汝璈：《远东国际军事法庭》，法律出版社/人民法院出版社2005年版，第300页。

② 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社1986年版，第588页。

那么，松井石根如此辩解，在法律上是否能站得住脚？是否就无须承担法律上的刑事责任呢？

本文将结合东京审判的实践和案例，论述军政要人刑事责任的概念、基本要件、东京审判后国际刑法实践在这方面的发展等，以观察东京审判追究军政要人刑事责任的理论与现实意义。

一 追究军政要人刑事责任的国际法理

东京审判整个诉讼程序，主要是遵循《远东国际军事法庭宪章》（以下简称《宪章》）。《宪章》对法庭的基本结构、管辖权、要审理的国际罪行的种类等，作出了基本的规定，但在被告该如何承担刑事责任方面却没有具体规定。

追究军政要人的刑事责任（又称为“高官不免责”），与成立国际法庭以制止战争罪行的目的有关，也与国家体制结构有关。不管在哪一个国家，为了能打仗、打好仗，体制上都是组织严密，上下级分明，讲究令必行、行必果等等。军队将领处于“指挥官”的地位，自然由此产生了对下级进行教育和管束的不可推卸的责任。鉴于此，下级军人如果违反了战争法规，如在战争中杀害平民、虐待战俘等，军队将领在知情的情况下没有予以制止或惩治，那也要因此而承担该下级军人所犯罪行的刑事责任。

基于这一道理，关于追究军政要人刑事责任的法理及规定，早在东京审判之前就已散见于各国的法律之中，在国际法律文件中也能找到相应的规定和实践。

（一）基本理论和规定

军政要人的刑事责任，并不是说因为他本人犯有、策划、命令、教唆或以其他方式协助国际法上犯罪行为而引起的，而是因为他的地位和责任以及他的“不作为”引发的。简单地说，就是要为没有防止或惩罚下级的犯罪行为承担刑事责任。这是该刑事责任最基本的要点。

无论是《欧洲国际军事法庭宪章》还是《远东国际军事法庭宪章》，本身对军政要人的刑事责任没有作任何规定。然而，这之前的国家实践及国际法理方面的基本逻辑均表明，如果要惩治严重违反国际法的战争罪行，就一定要追究军政要人的刑事责任；远东国际军事法庭追究军政要人刑事责任的实践，反过来又推动了国际法和国际刑法的发展。

只要是指指挥官，就一定会有责任和义务。军政要人的刑事责任的理论或概念的发展，经历了一个比较长的发展过程，最早的记载可以追溯至公元前500年左右的《孙子兵法》。

《孙子兵法》“地形篇”叙述认为：“凡兵有走者、有驰者、有陷者、有崩者、有乱者、有北者。凡此六者，非天地之灾，将之过也。”就是说军队被打败，其原因主要有“走”、“驰”、“陷”、“崩”、“乱”、“北”六种情况。这些情况的发生，主要不是由于影响天时地利的灾害，而是因为将帅自身的过错。这里强调指挥官责任的重要性。国际刑法学者巴西奥尼（Bassiouni）教授在谈到指挥官责任时也引用了《孙子兵法》的这一论断。^①

指挥官责任理论在国际法上也由来已久。国际法鼻祖格劳秀斯（Grotius）认为，统治者“应为一个下属的罪行负责（responsible），如果他知道这个罪行并且当他能够 and 应该防止，却没

^① M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 372.

有防止的时候。国王和公共官员如果在能够并且应该 (can and ought to) 运用补救办法以防止抢劫和海盗时忽视自己的义务, 那么应为自己的疏忽承担责任 (liable for neglect)”。^① 按照格劳秀斯的观点, 一个社会统治者如果知道要发生某种犯罪, 他在能够且应该阻止时却没有去阻止, 那就要对该犯罪承担刑事责任。

1621年, 瑞典国王古斯塔夫·阿道夫 (Gustavus Adolphus) 制定了《战时适用军事法律》(Military Laws to be observed in the Wars), 其中第46条规定, “上校 (Colonel) 或上尉 (Captain) 不应指挥他们的士兵做任何违法 (unlawful) 的事情, 如果这样做他将根据法官的裁量而受到惩治 (be punished) ……”。^② 这里提到的“上校”或“上尉”应作泛意上的理解, 可以认为是部队军官的总称。也就是说, 部队军官不能命令其士兵做任何违法的行为, 不然, 他将根据法官的量刑受到惩罚。

美国1775年《马萨诸塞军法条例》(the Articles of War) 中规定: “每个军官在营地或在行军过程中都应保持良好的秩序 (good order), 并且要在其权力范围最大程度上 (to the utmost of his power) 纠正由其指挥下的任何军官或士兵实施的虐待或无序行为; 如果因为他的军官或士兵殴打或虐待任何人, 或实施任何形式的扰乱本大陆居民安宁的行为而被指控, 该指挥官如果拒绝或因为不作为 (omit) 而没有使违法者受到惩罚, 并且违法者的工资收入可以做出赔偿但又没有赔偿, 那么他在证据 (upon due proof) 清楚的情况下, 将依据高级军事法庭 (General Court-Martial) 的命令受到惩治, 就如同 (in such manner as if) 他本人实施了被控诉的罪行或无序行为 (crimes or disorders) 一样。”^③

美国制定于其内战时期的1863年《利伯法典》(Lieber Code) 的第71条规定: “不论是谁, 只要是故意 (intentionally) 对已经完全丧失战斗力的敌人施加额外痛苦的 (additional wounds) 或杀死他, 或命令、鼓励士兵这样做, 如果经判定有罪 (if duly convicted), 就将面临死刑 (shall suffer death), 不管他自己是属于美国军队, 还是一个曾实施此行为后被俘获的敌人 (an enemy captured)。”所以根据《利伯法典》的这一规定, 如果军队将领命令或鼓励士兵对已经丧失作战能力的敌人予以杀害, 就将被处死。

(二) 二战前的国际法规定与实践

除了散见于各国法律中的规定以外, 战争法在其编纂之初, 对军事指挥员特有地位和责任也给予了关注和规定。

按照1907年的《陆战法规和惯例公约》(也称《海牙第四公约》) 的附件, 即《关于陆战法规和惯例的章程》的规定, 有权参加军事行动的只能是武装部队成员, 其中不包括军事医务人员和军事神职人员等非战争人员。但“民兵和志愿军”在满足一些条件后, 也可具备战斗员的资格。根据该章程第1条的规定, 有关战争的权利和义务适用于军队, 也适用于民兵和志愿军, 只要他们具备以下几个条件: 由一个对部下行为负责的人指挥; 有可从一定距离加以识别的固定明显的标志; 公开携带武器; 在作战中遵守战争法规和惯例。

^① H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, bk II, ch. XVII, pt. Xx (1) (Camegie, 1925); M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 373.

^② M. Charif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 373.

^③ M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 373.

在这些条件中，第一个就是要有对部下行为负责的人指挥，这从另外一个方面肯定了军队指挥官的责任。指挥官有权利，自然也有相应的责任和义务。

第一次世界大战结束后，为审判前德国皇帝威廉二世（William II of Hohenzollen）等人和其他目的而签署的《凡尔赛和约》第227条规定，协约国公开谴责霍亨索伦王朝的前德国皇帝犯下了破坏国际道德和条约的严重罪行。《凡尔赛和约》第228条还规定，德国政府承认协约国有权在军事法庭审判被指控实施违反战争法规和习惯的行为的人。如果这些人被判定有罪，就应根据法律的规定受到刑罚的惩治。

上述规定表明，协约国不仅公开谴责前德国皇帝威廉二世所犯的严重罪行，而且还决定成立一个军事法庭来审判他；德国承认协约国审判战争罪犯的权利，并要将这些罪犯移交给军事法庭受审。《凡尔赛和约》的这些规定在确定由于军政要人不作为而引起的责任方面发挥了积极作用。虽然威廉二世因为逃至荷兰、受到荷兰的庇护而使得审判未能举行，但关于要追究军政要人战争罪行刑事责任的理念，却已明显体现于二战之前的国际法律文件及国际实践当中。

二 追究日本军政要人的刑事责任

用法律来追究军政要人的国际刑事责任，虽然国内及国际法律文件有这方面的规定，但将其付诸实践并真正用来惩治严重的战争罪行，则是第二次世界大战后的事情，其中主要是东京审判实践。

（一）军政要人被追诉的先例

由于日本军队在二战中所犯下骇人听闻的暴行，所以盟军在二战刚结束后就开始用法律来清算日军的犯罪行为。作为日本军政要人首先被审判的，则是日本军界有名的山下奉文（Tomoyuki Yamashita）。这个案子的审理工作在日本无条件投降后一个月内开始，甚至早于纽伦堡和远东两个国际军事法庭进行的审判。

“山下奉文案”是自1474年对英国布里萨赫城领导人彼得·冯·哈根巴赫（Peter von Hagenbach）审判以来，二战后起诉日本战争罪行特设法庭因不作为（指挥官责任）而被审的首个案件。所以它虽然是由美国军事法庭、而不是远东国际军事法庭审理的案件，但在国际刑法方面仍然具有相当重要的意义。

山下奉文是日军在菲律宾的最高司令，被称为“马来之虎”。1945年10月2日，山下奉文被起诉并被指控犯有如下罪行：“日本军队将军山下奉文，于1944年10月9日至1945年9月2日期间，在菲律宾群岛的马尼拉和其他地方，作为当时正和美利坚合众国及其盟国处于战争状态的日本武装部队的指挥者，非法地无视（unlawfully disregarded）并且不履行指挥官控制其指挥之下部队成员行动的义务（failed to discharge his duty），允许他们对美国及其盟国以及中立国民众，特别是对菲律宾民众，实施残酷的暴行（brutal atrocities）以及其他严重的罪行；山下奉文因此违反了战争法（thereby violated the law of war）。”^①

^① U. N. War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals* (Volume IV), 1948, pp. 3-4, https://www.loc.gov/nz/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol4.pdf (last visited June 1, 2016).

与一般起诉书不同，山下奉文被起诉并不是他亲自杀了多少人，或亲自对多少人造成伤害，他被起诉是因为其部队在实施大规模的屠杀美国及其盟国以及菲律宾等国民众的残酷暴行时，他作为一个指挥官听之任之。所以，山下奉文被指控触犯了战争法，不是自己亲自实施了违反战争法的行为，而是因为他没有尽到一个指挥官应尽的职责和义务。

“山下奉文案”从1945年10月19日开始审理。法庭听取了286位证人的证词，并接受了423件文件作为物证。所有这些出庭的证人、证词和证据表明，共有500多名妇女遭到强奸，3.2万余名菲律宾平民和被俘的美国军人受到虐待和杀害。^①庭审于1945年12月7日结束，山下奉文被法庭判处绞刑，理由是其未能履行一个军事指挥官的职责以控制其下属成员的行为，未能阻止他们实施残酷的暴行和其他犯罪行为。

山下奉文在审判中辩称，他不知道其部下实施的大规模屠杀行为，不知道的理由是因为美国对日本军队持续不断地进攻以及通讯的落后并时常造成中断等。检察官在庭审的整个过程中没能明确证明他下达了屠杀的命令，也没能证明他对屠杀是知晓的。那么，对于其部下实施残酷的暴行，山下奉文是否属于“应该知道”（must have known）的呢？

一位对法庭审判一直进行跟踪报道的记者评论认为，在检察官及其同事提出的数百个证人中，他们几乎全都强调（almost all emphasized）暴行和战争罪行真实的实施而没有任何证据将它们和日本高级官员联系起来（linking to）。通过证明大量杀害和强奸行为的实施，检察官让法庭相信并不存在山下奉文不知晓的情况，除非他自己决心不去知晓。而在以上任何一种情况下，他都因为没有控制手下人的行为而有罪，因为没有行使其指挥责任而有罪（guilty of failing to exercise his command responsibility）。^②军事法庭的判决书最终将山下奉文定为有罪，主要是因为山下奉文没有能够阻止其部下实施的犯罪行为，而且也没有对其部下的犯罪行为予以惩治。

军事法庭将山下奉文定罪的判决书清楚地说明，一个军队指挥官被赋予了权力和责任。如果仅仅因为其下属实施了一件谋杀或者一个强奸案，就将其上司也定为谋杀者或强奸犯，这显然是荒唐的。然而，当杀人、强奸等严重的犯罪行为是如此广泛时，如果指挥官没能发现也没能制止，那么，这个指挥官就要承担责任。

山下奉文不服军事法庭的定罪判决，上诉到美国联邦最高法院请求人身保护令（a writ of habeas corpus）。但美国联邦最高法院对山下奉文的上诉予以驳回，认为如果军队行为没有受到指挥官的限制，就一定会有违法犯罪行为。国际人道法的目的是保护平民和战俘不受残酷地对待，因此就需要军事指挥官尽责。由于山下奉文没有尽责，美国联邦最高法院拒绝了其请求。最后，经过美国麦克阿瑟（MacArthur）将军的核准，山下奉文于1946年2月23日被执行绞刑。

（二）远东国际军事法庭案例

《远东国际军事法庭宪章》没有关于军政高官如何担责的具体规定，但在实际案例中却有不少涉及这一刑事责任理论的判决。军事指挥官责任概念刚形成时，是作为追究军队将领个人刑事责任的法律依据，但远东国际军事法庭对日本战犯的审判突破了这一限制。比如，为了追究造成

^① See *United States of America v. Tomoyuki Yamashita*, para 24, quoted in M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 373.

^② Richard L. Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility* (Wilmington: Scholarly Resources, 1982), p. 86; M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 379.

南京大屠杀悲惨事件的刑事责任，远东国际军事法庭不仅将松井石根绳之以法，而且也起诉并将日本前首相、非军队指挥官广田弘毅（Koki Hirota）判决有罪。

广田弘毅曾任日本第31届首相，在日军侵华期间任日本外务大臣，所以他不负责也不指挥侵华日军，不属于一般意义上的军事指挥官。但他作为一直身居主要公职的代表性人物，也被列为第一批日本甲级战犯的被告之一，作为首相对其内阁政策负有全面的责任。广田弘毅本人辩称，虽然知道日本军队在南京城施行的骇人听闻的暴行，但这不是他自己所为，因而无须承担责任。^①

南京大屠杀期间，广田弘毅担任日本外务大臣。日本军队进入南京城后，于1937年12月至1938年2月在南京施行震惊世界的、骇人听闻的暴行时，他作为外务大臣立即接到关于这类暴行的报告。由于这些犯罪行为施行的范围是如此之广，发生时间是如此之长，广田弘毅本人认为报告是可信的，也曾将这项问题咨照日本陆军省。他从陆军省得到保证，说这种暴行将停止。但在保证之后的至少一个月中，其仍持续收到有关暴行的报告。正是在这一背景下，远东国际军事法庭起诉他犯有罪状第55项，即“故意或者怠忽职责而未能采取足够的措施以阻止暴行”。远东国际军事法庭根据审判中所展示的证据，最后认为：

“根据本法庭的意见，广田弘毅没有在内阁会议上主张立即采取措施以便停止暴行，以及他未采取其他可能的任何措施来停止暴行，这是他对本身义务的怠忽。他明知上述保证没有实行，日本军队每天都进行着成千的杀人、强奸妇女以及其他暴行，却以此种保证为满足。他的怠忽已达到了犯罪的程度。”^②

远东国际军事法庭根据指挥官刑事责任原则认定广田弘毅有罪，并根据成立的三项罪状判处其绞刑。在东京审判中，广田弘毅是唯一被处以绞刑的文职官员被告。需要指出的是，他在审判中从未站到证人席上为自己辩护。^③之所以没有辩护，可能广田弘毅心里也知道，他不能将自己与南京大屠杀完全撇清楚。当然，该案件清楚地表明，指挥官责任不仅包括军事指挥官，还包括政府高级官员。

远东国际军事法庭判决在解释战俘问题上追究政府官员个人责任时认为：

“在履行对战俘的义务时政府必须通过个人。实际上在这个意义上负责任的政府就是那些指挥和控制政府运行的人。在本案以及在上述方面我们关心的是日本内阁的成员。对战俘的义务不是一个基于政治抽象的没有意义的责任。在第一个案件中，它是由那些组成政府的人实施的对战俘的特别义务。在现代政府涉及的众多义务和任务中，必然存在一个精心的分支和义务委托体制。在战争时期，案件中那些组成政府的人对他们的战俘，有主要的和持续的责任，即使他们将维持和保护的义务委托给他人也一样。

因此，日本对战俘的责任可以说由下列人员承担：政府成员；控制着拥有战俘的部队的

① 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第576—578页。

② <http://www.nationmaster.com/encyclopedia/Koki-Hirota> (last visited June 1, 2016).

③ [日] 栗屋宪太郎：《东京审判秘史》，里寅译，世界知识出版社1987年版，第173页。

军事或海军官员；和战俘的福祉有关的那些部门的官员；直接控制战俘的民政、军事或海军官员。

负有这些责任的官员有义务寻求对战俘的适当待遇并且通过建立和寻求适合于这些宗旨的一个成体制的持续有效的工作来防止对他们的虐待，如果他们不履行自己的义务，那就要为虐待战俘而承担责任。”^①

三 军政要人刑事责任的关键要素

远东国际军事法庭通过对日本战犯的审理，厘清了在追诉军政要人方面的一些关键性的要素。这些要素在刑事法律上被称为“罪行的构成要件”。具体来说，这些关键性要素主要有三个，即：上下级关系、知晓（知道或者应当知道）、必要且合理的措施。^②

（一）“上下级关系”要素

上下级关系（superior-subordinate relationship）可以说是不作为责任原则的基础。指挥官（或上级）如果要对将要实施或正在实施的犯罪行为采取必要的、合理的措施，首先是因为这是他（她）的部下，受其控制。而由“不作为”（omission）所产生的责任也是基于这一上下级的关系。

在东京审判中，之所以就南京大屠杀日本军队的暴行要追究松井石根的刑事责任，首要的原因就是实施暴行的军队归他统领。松井石根作为该军队的一个大将，拥有上级对其下级行为的控制权力。正如远东国际军事法庭的判决书上所说：“松井是日本陆军的高级军官，1933年晋级为大将。……松井在1935年退役，在1937年因指挥上海派遣军而复返现役。接着，被任命为包括上海派遣军和第10军的华中方面军司令官。他率领这些军队，在1937年12月13日占领了南京市。”^③正是因为这上下级的关系，松井石根既有义务也有权力统治自己的军队和保护南京的不幸市民。然而，“由于他怠忽这些义务的履行（不行为），（法庭）不能不认为他负有犯罪责任。”^④

从实际情况来看，上级对下级的关系有法律上（*de jure*）或事实上（*de facto*）之分。这是因为指挥官（上级）地位确定既可以基于法律上的规定，也可能是源于事实上的状态。前者是指经过法律的授权和有关当局的任命，某个指挥官有法律上的权力控制其下属。后者是指行为人在事实上拥有指挥、控制士兵的权力。通常情况下，在法律上拥有控制士兵权力的人也就在事实上拥有这种权力，但是，也不能排除某些未经任命的人，或者已经离休的人对军队士兵的这种权力。当然，也有人反对确立指挥官地位的这种“事实上”的标准。而不管是法律上还是事实上，重要的是上级对下级的“影响力”或“控制力”。

^① International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo War Crimes Trial, November 1948, reprinted from L. Friedman (ed.), *The Law of War, A Documentary History*, vol. 2 (New York: Random House, 1972), pp. 1037 - 1038.

^② *Prosecutor v. Delalic (Celebici)*, Judgement, Case No IT-96-21-T, 16 Nov 1998, pp. 121 - 149, http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf (last visited June 1, 2016).

^③ 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第588页。

^④ 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第589页。

因此，证明被告和罪行实施者之间的上下级关系是一个先决条件。这种关系被界定为“事实有效控制”，即有权力阻止罪行或者惩治那些对犯罪负有责任的人。二战中日本那些所处的核心部长级职务和内阁成员身份的人，当知晓这种罪行可能已经发生或者将要发生的风险，有采取有效预防性措施的职责（内阁责任）。

当然，单单有官方职位还不足以确定其应承担的刑事责任。“知道”或“知晓”引发战争罪行的信息也是另外必须的要素。

（二）“知晓”要素

如果能够证明指挥官对于下级实施严重犯罪是明知的，就可以根据不作为犯罪的理论毫无争议地追究其相应犯罪的刑事责任。但在有些武装冲突或大屠杀的背景中，有时要证明被告人“实际知道”，不是一件容易的事。行为人往往辩称自己实际上并不知道。以往对战争罪犯审判的实践也清楚地显示，只要是根据指挥官责任理论来定罪的案件，被告人无一例外地都会提出这种辩护理由。所以，在指挥官刑事责任的确定问题上，“应当知道”有着极其重要的意义。

“知道或者应当知道”（knew or had reason to know）一语有以下几个要点：第一，上级责任的犯意要求该上级“知道”或者“有理由知道”一个下级准备实施一个犯罪或已经这样做；第二，“知道”这个词意味着真实的了解（actual knowledge）；第三，真实的了解可以通过直接证据或旁证（direct or circumstantial evidence）加以确认。

“应当知道”有多种可能性，也可以有好几种不同的标准。例如，只要有“知道”的义务就可视为应当知道；或行为人辩称不知道，但通过一定的证据可以推断出他事实上是知道的；或行为人的确不知道，但他的领导地位使他（她）拥有一些报告和消息，这些报告和消息足以使一个诚实和尽职的指挥官通过分析能得出下属正在犯罪或者已经犯罪的结论，但该指挥官对这样的信息故意视而不见或者放任，草率地不去履行自己的职责，最终导致自己对下属的罪行“不知道”。有时这些情况也被称为“有理由知道”。

在东京审判中，当法庭就南京大屠杀中日本军队的暴行追究松井石根刑事责任时，他就认为自己不应承担这个责任，因为1937年12月13日南京城被攻陷时，他不在南京，那时他正在苏州生病，对发生在南京的暴行并不知晓。于是，知或不知，就只能通过“有理由知道”或“应当知道”来推理了。

正如向远东国际军事法庭呈现的证据所表明的那样，日本军队对南京无辜平民的屠杀，是从1937年12月13日占领后开始的。他们杀人、强奸、劫掠及放火等，无恶不作。而这种暴行是一个过程，从1937年12月13日开始，一直持续到1938年2月初还没有停止。而“在这6、7个星期中，数以千计的妇女被强奸，10万以上的人被屠杀，无数的财产被盗窃与焚毁”。^①松井石根是12月17日到达南京的，并停留大约5至7天。据此法庭认为：“根据他本身的观察和幕僚的报告，他理应知道发生了什么事情。他自己承认曾从宪兵队和领事馆人员听说过他的军队有某种程度的非法行为。在南京的日本外交代表曾每天收到关于此类暴行的报告，他们并将这些事情报告给东京。”所以远东国际军事法庭断定，“本法庭认为有充分证据证明松井知道发生了什么样

^① 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第589页。

的事情”。^①

审判要的是证据。在关于界定军政要人刑事责任的要素中，最难的就是要证明“知晓”。在国际法庭审判那些高层被告时，把那些发生在遥远地区的犯罪行为，并且是由他们从来没有遇到过的人所实施的罪行与他们联系起来，对检控方来说是个挑战。在刑事证明当中，“基于犯罪行为的证据”（crime-based evidence）和“进行连接作用的证据”（linkage evidence）是有区别的。“基于犯罪行为的证据”主要就是出庭的证人就他们经历或亲历的犯罪行为，如谋杀、强奸、酷刑或驱逐出境等在法庭上作证。在确定这些犯罪行为和事实方面比较简单明了，只要证明与进行这类犯罪直接相联的那些人的法律责任就可以了。但这些证人在作证时，对正在接受审判的高层军政被告的作用却毫不知情，对导致这些具体罪行的政策、命令、战略目标及蓄谋等决定也毫不知情。

东京审判的法官们，对解读军政要人刑事责任方面也有不一样的看法。来自印度的帕尔（Radha Binod Pal）法官，虽然在大量证据面前也承认日本军队犯下了“恶魔般”的罪行，但同时却认为，这些在东京审判中被指控的高层领导与他们下属的“狂热行为”之间没有任何关联，从而认为这些被告不应承担责任、是无罪的。^② 但其他法官却不这么想。

来自澳大利亚的威廉·韦伯（William Webb）法官，同时也担任远东国际军事法庭的庭长。他不仅在审判结束时发表有自己的个人意见，而且还有一份当时并未公开发表的庭长判决草案。该文件共 637 页，其中集中讨论了每一个被告在导致日本对中国及其他国家实施武力进攻中的作用。他通过对事实和法律方面的分析，最后认为 25 名被告中的每一个人都应被裁决犯有战争罪。^③

关于日本军政高官是否知晓这点上，韦伯法官认为：“日本武装部队犯下的战争罪行……如此之多，如此恶劣，引发了如此大的遍及盟军和世界的抗议风暴，所有日本领导人必定都已经知道，这些被告更应该知道。然而他们没有采取任何有效的措施来制止这些罪行。”^④ 当日本军政领导人知道战争罪行已经发生，但是没有采取有效措施来阻止这些罪行或者惩治那些对罪行负有责任的人，他们就是有责任的。

（三）“未能采取合理措施阻止或惩罚其所属部下的犯罪行为”要素

这一要素适用时，具体又要考虑以下几个要素：第一，要求与军政高官是否具有“有效控制”（effective control）的因素一起考虑；第二，一般情况下，军政高官应当在其权力范围内（in his power）采取措施；第三，“合理措施”一语，意味着对军政高官可以采取的措施方面不存在一个硬性的分类（no rigid catalogue）；第四，如果军政高官没有能够事先防止犯罪发生，那么他在犯罪发生后以及了解后对行为人没有惩治，就再也没有一个可以辩护的理由。

在“山下奉文案”的最后判决中，法庭认为：“如果因为一个士兵犯下谋杀罪或强奸罪，

^① 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第 589 页。

^② [美] 大卫·科恩：《“韦伯战争罪行判决草案”——东京审判判决的另一视角》，载东京审判研究中心编：《东京审判再讨论》，上海交通大学出版社 2015 年版，第 105 页，脚注 1（《帕尔反对意见书》，第 1183—1190 页）。

^③ [美] 大卫·科恩：《“韦伯战争罪行判决草案”——东京审判判决的另一视角》，第 101 页。

^④ [美] 大卫·科恩：《“韦伯战争罪行判决草案”——东京审判判决的另一视角》，第 107 页，脚注 1（《庭长判决》，第 261 页）。

就把他的指挥官当作杀人犯或强奸犯，那是荒谬的。尽管如此，当谋杀、强奸和恶毒报复行动成为广泛发生的罪行，而指挥官没有做出有效努力去发现并控制犯罪行为，那么这样的指挥官可以为其部队的违法行为被判负有责任，甚至负有刑事责任，取决于这些违法行为的性质和环境。”^①

据此，后来成立的所有国际刑事司法机构中关于军政高官责任的规定，即军政要人对受其控制的部下将要或正在实施的犯罪采取必要的、合理的措施加以阻止或予以惩罚的规定，事实上是将军政高官“防止下属犯罪和惩罚已犯罪的下属”规定成一项法律义务。如果指挥官未能履行这种义务，就可能承担刑事责任。但是，法律不会强人所难、非要让人去做不可能的事。因此，这些规定都加上了“合理、必要”（reasonable and necessary）的限制。这从另一方面也客观地要求审视军政要人的“有效控制的程度”（degree of effective control）。

在东京审判中，当法庭就南京大屠杀暴行要追究松井石根刑事责任时，他认为自己不应承担这个责任，因为他已经尽了力，采取了必要的合理的措施。对此，远东国际军事法庭并不赞同。法庭认为，有充分证据证明松井石根知道发生了暴行，但“对于这些恐怖行为，他置若罔闻，没有采取任何有效办法来缓和它。在占领南京市以前，他确曾对他的军队下令要他们严肃行动，后来又曾发出同样的命令。正像现在所知道的，这些命令并未生效，并且对此他也是理所应知的”。^② 所以，由于他怠忽履行自己所应履行的义务，既没有阻止暴行的发生，也没有在事后惩治实施暴行的行为人，所以法庭“不能不认为他负有犯罪责任”。^③

不同的指挥官因处于指挥链条中的不同位置使得他们各自可能采取的措施也不同。但一般来说，当下属将要实施犯罪时，指挥官不仅为了防止犯罪行为的发生要预先采取发布命令这样的措施，而且还要确保措施（如命令）得到落实或遵守，必要时得采取如解除下级职务等纪律性的措施等；如果犯罪正在发生，则指挥官应当发布停止犯罪的命令并确保该命令得到遵守；如果部下已经实施完毕犯罪，指挥官则应当向其上级指挥官报告，或者召集成立军事法庭进行调查、起诉和审判。

再回到“松井石根案”，由于在东京审判中，远东国际军事法庭根据证据表明，在南京实施大屠杀暴行的军队，是松井石根隶属下的师团，具备“不作为”刑事责任所要求的上下级关系的要素。此外，南京大屠杀发生过程当中，虽然松井石根开始并不在场，但通过推理表明，他作为一个统帅将领，每天都有报告、有情报，所以他“应当知道”（should have known）南京城正在发生的暴行；然而，尽管他知道，却没有采取任何有效的措施来制止暴行，也没有在暴行发生后惩治实施暴行的属于他部下的这些军人。因此，虽然他本人并没有杀任何人，也没有亲自实施任何暴行，但由于他的放任和不管不问（不作为），远东国际军事法庭也判决他犯有与其下属同样的罪行，即战争罪，并由于发生在南京暴行的广泛性和残酷性而最终将松井石根处以绞刑。^④

① U. N. War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals* (Volume IV), 1948, p. 35, https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf (last visited June 1, 2016).

② 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第589页。

③ 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第589页。

④ 张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，第609页。

四 东京审判奠定了现代国际刑法中军政要人刑事责任理论的基础

国际社会在东京审判之后，总结和吸取了在审判中所得到的经验教训，并制定了1949年“日内瓦四公约”和1977年“日内瓦四公约”的《第一附加议定书》（以下简称《第一附加议定书》）。其中明确规定了关于军事将领的刑事责任，从而为以后国际刑事司法实践的发展奠定了基础。

（一）《第一附加议定书》

《第一附加议定书》是国际法上第一次明确规定军事将领“不作为”产生刑事责任的原则规定。其第86条第2款规定：“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违约行为，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违约行为的措施。”《第二附加议定书》第87条的“司令官的职责”（duty of commanders）规定如下：

“一、缔约各方和冲突各方应要求军事司令官，防止在其统率下的武装部队人员和在其控制下的其他人破坏各公约和本议定书的行为，于必要时制止这种行为并向主管当局报告。二、为了防止和制止违约行为，缔约各方和冲突各方应要求司令官，按照其负责地位，保证在其统率下的武装部队人员了解其依据各公约和本议定书所应负的义务。三、缔约各方和冲突各方应要求任何司令官，在了解其部下或在其控制下的其他人将从事或已经从事破坏各公约或本议定书的行为时，采取防止违反各公约或本议定书的必要步骤，并于适当时候对各公约或本议定书的违反者采取纪律或刑事行动。”

上述规定表明，“日内瓦四公约”及其附加议定书的缔约各方具有惩治破坏公约行为的义务。部下如犯有破坏公约或本议定书的行为，军事将领如果知情或根据手中掌握的情况能知道其属下正在或将要从事违约行为、但没有采取措施来预防或制止该行为，那也要因此为其属下的行为负责。

从司令官（指挥官）职责的内涵来理解，军事指挥官自然具有防止其下属犯有违反破坏各公约或议定书规定的行为；为了防止和阻止这种违反行为，军事指挥官得保证其部队了解各公约和议定书所给予的义务；军事指挥官了解其部下将从事或已从事违反公约或议定书的行为时，就得采取防止措施，并对各公约或本议定书的违反者予以必要的惩治。

在国际刑法的理论和实践中，“指挥官责任”现已成为一个常用术语，也是追究高级军事指挥官和国家高层官员个人刑事责任的一个重要理论依据。

在法律概念方面，指挥官责任是指以下两种情况：第一种是指指挥官命令下属或其他人员实施犯罪；第二种是指指挥官知道或者应当知道其下属将要实施犯罪而没有采取必要、合理的措施来阻止犯罪，或是在行为发生后知道但没有采取必要、合理的措施来惩罚罪犯。

国际法中之所以有指挥官责任这样的理论，是因为在像军队这样等级严格的组织中，指挥官

因为其地位而具有法律上的责任。如果军队行为没有受到指挥官的命令限制,就容易出现违法犯罪行为。战争法或国际人道法的目的是保护平民和战俘等战争受害者,要实现这个目的就需要军队指挥官尽职尽责。

指挥官责任的内容不仅包括其发出违法命令的责任,也包括当下级执行违法命令时自己是否也要因此承担刑事责任问题。军事将领命令其下属实施犯罪行为,当然要被追究个人刑事责任,这是不言而喻的。所以,国际法中的指挥官责任主要是指第二种情况,其实也是“不作为”的情况,它有以下四个基本要素:第一,没能阻止犯罪行为的发生;第二,没能采取措施来预防犯罪行为的实施;第三,没能对犯罪行为实施调查;第四,没能在犯罪行为发生后对行为人进行起诉和惩治。

根据国际法中“不作为”责任模式的规定,一个军事将领在其部下实施了战争罪、反人道罪或种族灭绝罪等国际犯罪行为时,如果知道或者应当知道下级正在或将要实施这些犯罪行为而没有采取合理、必要措施来阻止或惩罚该犯罪者,则不能免除该军事将领因为“不作为”而产生的刑事责任。

(二) 现代国际刑事司法实践

追究指挥官刑事责任的理论和实践,已被国际社会普遍接受。它通过国际公约和国际法实践,已成为国际习惯法的一部分。

1993年5月25日,联合国安理会通过第827号决议,成立了前南斯拉夫问题国际刑事法庭(以下简称前南国际刑事法庭)。该法庭规约第7条第3款就明确规定了要追究军政高官刑事责任:“本规约第2条到第5条所指任何行为由一个下级实施这样的事实不能免除他上级的刑事责任,如果他知道或有理由知道下级准备实施这样的行为或已经这样做、但没有采取必要与合理步骤以防止这样的行为或惩治违法者的话。”

1994年11月8日安理会又通过第955号决议,成立了卢旺达问题国际刑事法庭(以下简称卢旺达国际刑事法庭)。该法庭规约第6条第3款也是关于追究军政高官刑事责任的规定,其用语与前南国际刑事法庭规约相同。

根据两个特设国际刑事法庭规约关于指挥官责任的规定,一个上级(指挥官)在其部下实施了(战争罪、反人道罪或种族灭绝罪)等犯罪行为时,如果知道或者应当知道下级正在或将要实施这些犯罪行为,而没有采取合理、必要措施来阻止或惩罚该犯罪者,则不能免除该上级(指挥官)的刑事责任。

联合国两个特设法庭成立至今审判了许多案件,其中不乏有依据指挥官刑事责任作出决定的案例。前南国际刑事法庭在其发布的第一个起诉书即“尼古利奇案”(Nikolic)里,曾审议了被告在军政高官责任原则下所应承担的个人刑事责任问题。^① 法庭认为:

“审理中所提供的一些证据使我们合理地相信(reasonable grounds for believing),尼古利奇在苏斯卡(Susica)集中营处于指挥官的要位。证人们通过对他们掌握的情况进行分析后认为,卫兵们都服从尼古利奇的命令。很明显,没有他的同意什么都不会发生。证人还提到尼

^① *Prosecutor v. Nikolić* (Case No. IT-95-2-R61), Review of Indictment Pursuant to Rule 61, 20 October 1995.

古利奇在集中营曾认为他自己具有最高权力的言论。根据好几个证人的证词，他曾公开声称：‘在这里，我是指挥官、上帝、棍棒以及法律（the commander, God, the stick and the law）’。

起诉书和证据显示：尼古利奇对所犯罪行的责任，不仅源于他在这些罪行中的直接参与（direct participation），而且还源于他的领导地位（position of authority）。由于他处于这一领导地位，尽管没有证据显示他直接卷入到一些罪行中，但他并没有防止（failure to prevent）此类罪行……。没有防止这一点就涉及到国际刑法长期实践中得到承认的一个原则，即因为失职而引起的个人责任（responsibility for omission），这个原则在《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条第3款中得到重申……。”^①

除了前南国际刑事法庭以外，卢旺达国际刑事法庭也审理了不少案件，其中一些案件，如冈柏达（Kambanda）、施鲁沙古（Serushago）、阿卡耶苏（Akayesu）、嘎依西玛（Kayishema）等，在如何确定非军事指挥官（国家高级官员）责任方面，有较为系统的论点。

在“嘎依西玛案”中，被告在1994年卢旺达种族屠杀中，任基布依省（Kibuye）的省长。所以，在对他的审判中，检察官提出，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条第3款关于指挥官责任的规定不仅适用军事指挥官，同时也适用国家的高级官员。对此，法庭表示完全同意：

“《卢旺达问题国际刑事法庭规约》本身的规定是清楚的。它将并不仅仅限制在军事指挥官方面。相反，它使用的是‘上级’（superior）这个范围更为广泛（more generic）的词汇……。以前的判决也支持这样的解释。在第一审判庭审理的案件里，冈柏达（Kambanda）总理对自己被起诉的反人道罪和灭绝种族罪依据规约第6条第3款承认有罪。同样，施鲁沙古（Serushago）曾经是吉森依（Gisenyi）省的一个胡图族民兵组织（Interahamwe）的领导人，他也承认自己依据规约第6条第3款犯有反人道罪和灭绝种族罪，并愿意承担责任……。

《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条的适用范围比较宽泛，它要追究的责任的行为人包括所有政府官员（all government officials）、所有的上级官员（all superiors）和所有根据命令行事的人，其明显的目的就是要确保实施规约第2条到第4条规定的罪行的人不会因为法律不严谨的形式而逃避惩治。”^②

卢旺达国际刑事法庭对政府官员的这些判决，沿用了远东国际军事法庭的思路，表明所谓指挥官责任不仅仅是要追究军事将领，而且还包括国家高级官员的个人刑事责任问题。一个指挥官知道或者应当知道由其指挥、受其控制的部下将要实施、正在实施犯罪而没有采取必要的、合理的措施加以阻止，知道或者应当知道由其指挥、受其控制的部下已经实施了犯罪而没有采取必要的、合理的措施予以惩罚而应当承担的刑事责任。

除联合国两个特设国际法庭以外，其他国际法庭也有追究政府官员的“不作为”产生的刑

^① *Prosecutor v. Nikolić* (Case No. IT-95-2-R61), Review of Indictment Pursuant to Rule 61, 20 October 1995, para. 24.

^② *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana* (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, ICTR, 21 May 1999, paras. 214, 215 and 222, <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html> (last visited June 1, 2016).

事责任的案例。例如，2012年4月26日，塞拉利昂特别法庭审判庭宣布判决，裁定前利比里亚总统查尔斯·泰勒（Charles Taylor）犯有战争罪和反人道罪等行为，并被处以50年监禁。^①对此，泰勒辩解认为：被起诉的这些犯罪行为，如教唆、策划谋杀，强奸、性奴役、奴役以及其他不人道罪行；恐怖主义，危害正常人的生命、身体和精神健康；践踏尊严，残暴对待，掠夺，招募年龄低于15岁的娃娃兵等等，这些都不是他本人亲自所为。事实上，这些罪行是由两个反政府武装“革命统一战线”和“军事革命委员会”中的成员实施，泰勒并未亲自参与这些犯罪。所以他不服并提起上诉，认为初审法庭在法律运用和事实认定方面都存在着错误。但塞拉利昂特别法庭上诉庭在经过审议后，于2013年5月30日作出决定，维持了对泰勒的判决。^②

为了能有效地惩治国际犯罪行为，2002年成立的世界第一个常设国际刑事法院也将“不作为”的责任模式规定在《国际刑事法院罗马规约》（以下简称《罗马规约》）中。《罗马规约》第28条明确规定了军事指挥官和其他上级的责任。

“除根据本规约规定须对本法院管辖权内的犯罪负刑事责任的其他理由以外：

（一）军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人，如果未对在其有效指挥和控制下的部队，或在其有效管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任：

1. 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪；和

2. 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的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起诉。

（二）对于第一款未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其有效管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任：

1. 上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理睬明确反映这一情况的情报；

2. 犯罪涉及该上级人员有效负责和控制的活动；和

3. 该上级人员未采取在其权力范围内的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起诉。”

从上述规定可以看到，《罗马规约》不但对指挥官刑事责任作了详细的规定，而且还就军事指挥官与其他上级对下属所犯罪行为应当承担刑事责任的条件作了不同的规定。所以，《罗马规

^① *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor* (Case No. SCSL-03-01-T), Trial Judgement, Special Court for Sierra Leone, 16 April, 2012, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf> (last visited June 1, 2016).

^② *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor* (Case No. SCSL-03-01-A), Appeals Judgement, Special Court for Sierra Leone, September 26, 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf> (last visited June 1, 2016)。其他关于塞拉利昂特别法庭的相关信息可参见塞拉利昂特别法庭网站 <http://www.sc-sl.org> (last visited June 1, 2016)。

约》对指挥官责任概念的规定代表了指挥官责任理论的最新发展。

根据《罗马规约》这一规定，军事指挥官如果“知道、或者由于当时的情况理应知道”其部队正在实施或即将实施犯罪行为，以及该军事指挥官没有采取在其权力范围内的“必要而合理的措施”以防止或制止这些犯罪行为的实施，那他（她）也应对这些犯罪行为负刑事责任。

对于非军事指挥官，也就是政府官员或上级，如果在下级人员正在实施或即将实施这些犯罪时，“故意不理睬”明确反映这一情况的情报，或者没有“采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施”，防止或制止这些犯罪的实施，或者也没有“报请主管当局就此事进行调查和起诉”，那他（她）也应对这些犯罪行为负刑事责任。

从上述各个国际刑事法庭规约的相关规定，可以清楚看到：远东国际军事法庭追究日本军政要人个人刑事责任的审判实践，不仅达到了当年惩治国际罪行的目的，而且也为国际刑法在确定高级政府和军事官员刑事责任方面作出了重要的贡献。

The Tokyo Trial and the Superior Responsibility Applying to the Japanese Military and Political Leaders

Zhu Wenqi

Abstract: More than 70 years ago, the Allied Countries, after winning the war in WW II, began to set up the International Military Tribunal for the Far East to try and punish the Japanese high-level governmental and military leaders based on the superior responsibility. The so-called “superior responsibility” is not due to the fact that the high-level officials committed directly the crimes by themselves, but rather by their subordinates. However, it is clear that the high-level governmental and military officials have responsibility for the behavior of their subordinates because of their position. If they failed to prevent or to punish their subordinates with the actual knowledge of the crimes, then they should be held accountable too. Now, the superior responsibility has become one of the most important principles of international criminal law. The Tokyo Trial, therefore, has made a great contribution to the development of international criminal law.

Keywords: Tokyo Trial, International Criminal Law, Superior Responsibility

(责任编辑：郝鲁怡)