

国际刑法中的帮助犯：实践与理论疑问

冷新宇*

摘要：帮助犯是国际刑法中追究个人刑事责任的重要且复杂的形式。现代国际刑事司法基于习惯法和条约界定帮助犯所得出不同的结论，是严格程度不一的主观要件和客观要件之间组合的产物。无论是联合国特设刑事法庭基于习惯法的界定，还是国际刑事法院基于条约的解释，都对帮助犯理论留下了有待澄清的空间，也为帮助犯与其他责任模式之间的区分以及功能互补提出了挑战。后特设法庭时代，帮助犯理论的适用存在其他挑战，主要问题一是侵略罪的帮助犯是否受限于身份犯理论，二是在互联网作为实现国际法上犯罪手段的背景之下，帮助犯理论是否应该作出与网络去中心化特征相符的调适。

关键词：帮助犯 不作为帮助犯 特殊指向性 侵略罪

一 对帮助犯的基本界定

帮助犯是国际刑法中的重要责任模式。现代国际刑法中帮助犯的法律渊源，来自对第二次世界大战后惩治战争罪犯实践的总结。联合国特设刑事法庭（以下简称特设法庭）主要依据对习惯法的分析确立帮助犯的构成要件，而国际刑事法院对帮助犯的界定来自于对《国际刑事法院罗马规约》（以下简称《罗马规约》）第25条第3款c项的解释，二者并不完全相同。此外，帮助犯与其他责任模式形态如共同犯罪团体、共同正犯、指挥官责任等，存在如何区分的问题。不论是习惯法还是《罗马规约》，对帮助犯界定的共识是：（1）帮助犯是一种从犯责任，帮助犯的责任附属于正犯（主犯）的责任之上，不存在独立于正犯（主犯）的帮助犯；（2）帮助行为是对犯罪实行行为的一种贡献，但二者之间并不存在帮助行为引发实行行为的因果关系。但联合国特设法庭以及国际刑事法院各自对习惯法和条约规则的解释，造成了帮助犯在不同的法律框架下的差异。二者差异表现为客观、主观要件的差异。

结合实践的具体情况，对帮助犯的主观要件认定存在如下可能性：（1）仅须证明知道而无须证明故意；（2）须证明对帮助行为的故意（己方面故意），无须证明对实行行为的故意；（3）须证明被告人故意与实行故意相同，但与正犯之间无犯意联络；（4）须证明被告人故意与实行故意相同，且与正犯有犯意联络。客观要件的界定在理论上也存在几种可能性：（1）对帮助行为无最低程度要求；（2）帮助行为对犯罪实行构成有意义的贡献（significant contribution）；（3）帮助行为对犯

* 中国政法大学司法文明协同创新中心、法学院副教授，法学博士。

罪实行构成实质性的贡献 (substantial contribution); (4) 帮助行为对犯罪实行不仅具备实质性贡献, 且具备特殊指向性 (specific direction); (5) 对犯罪实行不仅具备特殊指向性, 且帮助犯必须在犯罪实行现场 (presence at scene)。主观要件和客观要件的若干可能性之间排列组合产生不同状况。特设法庭及国际刑事法院对帮助犯的界定, 理论上都是分别从主观、客观要件的可能性中各选择一个进行组合的结果。因此, 理论上可能产生四种结果: 其一, 较低的主观要件匹配较低的客观要件; 其二, 较高的客观要件匹配较低的主观要件; 其三, 较低的客观要件匹配较高的主观要件; 其四, 较高的主观要件匹配较高的客观要件。特设法庭的法理选择了较低的主观要件和较高的客观要件, 而在国际刑事法院对帮助犯的解释中, 选择了较高的主观要件和较低的客观要件。主、客观要件的严格与否, 涉及帮助犯的范围有多大以及与其他责任模式的界分。

国际刑法对帮助犯问题的论述, 其一般性思路是从归纳习惯法证据或者从条约规则的解释中寻求主、客观要件的法理依据。这一思路客观上符合国际法渊源理论的内在逻辑的要求。然而上述思路运用过程中忽略了一个事实, 即国际刑法上的各种责任模式, 并不是以符合刑法原理的方式设计出来的。一种责任模式得到国际法的形成和达到确认, 往往来自于司法机构对呈现碎片化状态的先例的总结, 而那些碎片化的先例所阐释的不同责任模式之间到底是什么关系, 在一开始并没有顶层设计的架构。因此, 责任模式之间产生重合或区分的难题, 在后来的实践中在所难免。

(一) 特设法庭的法理

联合国特设法庭对帮助犯的认定, 本源上来自于两个早期案件——“塔迪奇案” (*Prosecutor v. Tadić*) 和“弗伦季亚案” (*Prosecutor v. Furundžija*)。两案审判庭的法律依据都来自于对二战后审判战争罪犯先例的解读。“塔迪奇案”对帮助犯的理解是从前南斯拉夫国际刑事法庭 (英文简称“ICTY”) 规约第7条第1款规定的犯罪参与形式开始的, 参与形式包括策划、教唆、命令、实行、帮助。审判庭认为各参与形式的构成要件应当包括故意 (包括对以自身行为参与犯罪的认识以及有意识参与其中的决定) 和被告人对犯罪实行的贡献两个方面,^① 考察结论认为被告人在明知的情況下参与严重违反国际人道法的犯罪行为, 且其对犯罪的参与直接且实质性在事前、事中以及事后对犯罪提供了帮助, 便构成帮助犯。^②

“塔迪奇案”对帮助犯构成要件的认定在逻辑上存在一些问题。(1) 审判庭将帮助犯的构成要件放在犯罪参与这一大框架下考虑, 与帮助犯并列的还有教唆、命令、策划、实行等其他形式。审判庭思考的逻辑起点是, 这些犯罪参与形式都需要有故意, 并且都需要根据其对犯罪的贡献程度来确定罪责。但判决仅仅对帮助犯的主、客观要件得出结论, 逻辑上前后不对应使人产生疑问——审判庭是希望对各参与形式的统一主观要件还是各参与形式的主客观形式都要分别界定?(2) 审判庭没有就“故意”的具体状况是仅指被告人对帮助行为的故意还是也包括了实行故意进行分析。(3) 作出帮助行为须直接且实质性作用于犯罪的结论中, 所谓“直接且实质性贡献于” (directly and substantially contribute to) 犯罪实行的措辞来自于审判庭对国际法委员会《危害人类和平及安全治罪法草案》(第2条第3款) 以及二战后国家司法实践的笼统解读。^③ 而对于

① *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Trial Judgment, para. 674.

② *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Trial Judgment, para. 692.

③ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Trial Judgment, para. 688.

所谓“实质性贡献”措辞，该条款草案本身没有任何界定。“实质性贡献”的含义在“塔迪奇案”中被解释为“在几乎所有情况下如果没有这种贡献，那么犯罪就不会发生”。^①这实际上已经在主张帮助犯实施的帮助行为构成了犯罪实行的必要条件。这一认定与审判庭承认事后帮助犯的判断是自相矛盾的。事后帮助犯的情境下，犯罪实行发生在先，帮助行为发生在后，帮助行为根本不可能构成实行行为发生的必要条件。

取得主流地位的方法是前南斯拉夫国际刑事法庭在“弗伦季亚案”中对主、客观要件的认定方法。基于大体相同的先例的分析，该案审判庭将主观要件界定为：被告人知道其行为将帮助犯罪的实行，但并不要求被告必须与正犯分享实行犯罪的故意；^②除此之外，法律并不要求被告必须知道哪一个特定的犯罪被实施，在被告人意识到某些犯罪很有可能（probably）被实行，并且其中的一项罪行事实上被实行了，被告人故意为犯罪的实行提供便利，就算满足了主观要件。^③客观要件方面，帮助行为可以包括操作性支持、鼓励 and 道义支持。^④“弗伦季亚案”重新对帮助行为与实行行为之间的关系进行了定义，所谓“实质性贡献”并非指帮助行为作为实行行为的必要条件存在，但仅仅在犯罪实行过程中扮演无影响力的角色是不够的。^⑤除此之外，审判庭认为国际法委员会采用“直接贡献”的措辞带有误导性，帮助犯与犯罪距离远近不影响帮助犯的成立。^⑥此后，前南斯拉夫国际刑事法庭关于帮助犯的理论，遵循了“弗伦季亚案”的标准。卢旺达国际刑事法庭（英文简称 ICTR）对帮助犯的主、客观要件的认定，与前南斯拉夫国际刑事法庭的理论保持一致。其他混合法庭，如塞拉利昂特别法庭（英文简称 SCSL）也采用了上述认定思路。

（二）国际刑事法院的法理

根据《罗马规约》第 21 条规定，国际刑事法院首先应基于规约本身含义确定帮助犯构成要件，习惯法仅在规约及其附件规定不足以阐明帮助犯含义时才能适用。规约第 25 条第 3 款 c 项对帮助犯的界定，很明显加入了不同于特设法庭法理认识的要求，因为该项加入了“为便利犯罪实行的目的”（for the purpose of facilitating the commission of such a crime）的措辞，预示国际刑事法院的法律框架下帮助犯将会由较高的主观要件和较低要求的客观要件构成。^⑦在“苯巴等人案”（*Prosecutor v. Bemba et al.*）中，第七审判分庭第一次界定了帮助犯在国际刑事法院中的含义。本案涉及被告人苯巴及其他两位被告人向国际刑事法院提供伪证和虚假信息，是第一个涉及帮助犯的有罪判决。审判分庭认为客观要件应从规约第 25 条第 3 款 c 项的条约解释进行判定。首先，作准文本中采用了“aid”“abet”“otherwise assist”三个动词表述帮助行为，分庭认为从字面含义解释，“aid”的含义为提供操作性或物质性帮助，^⑧且由于 c 项具体列举了“为犯罪实

① *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Trial Judgment, para. 688.

② *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 245.

③ *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 246.

④ *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 233.

⑤ *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 233.

⑥ *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 232.

⑦ William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 135-136.

⑧ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 88.

行提供方式”（providing means for its commission）这一具体的帮助犯形式，因此审判分庭认为“aid”与“assist”语义重合。^① 第二，“abet”一词的通常含义应解释为包括鼓励、同情等道义或心理方面的支持。^② 第三，审判分庭将帮助行为与实行行为之间的关系理解为帮助行为是否满足最低门槛条件的问题。此前，国际刑事法院的预审庭遵从了特设法庭的方法，要求帮助行为必须对实行行为产生实质性贡献，^③ 但本案中审判分庭认为帮助行为须对实行行为产生一定影响，这是一个一般性的因果关系，但这种一般性因果关系不应当达到实质性贡献的程度，由此审判分庭认为帮助行为不应该设定最低限度的门槛条件。^④ 得出这一结论的主要依据是该审判分庭对《罗马规约》第25条第3款c项措辞与《危害人类和平及安全治罪法草案》第2条第3款d项措辞的比较。具体而言，后者采用了“直接且实质性贡献于”的措辞，而这一措辞没有具体出现在《罗马规约》第25条第3款c项中，因此审判分庭推测，若《罗马规约》起草者的立法意图是要为帮助行为设定最低门槛，那么应该采用与《危害人类和平及安全治罪法草案》相同的措辞。^⑤ 对于主观要件，法庭认为，第25条第3款c项构成了第30条的例外，“为便利犯罪实行的目的”这一措辞提出了比直接故意更高的要求。综合两个条文的关系考虑，帮助犯仅仅知道其行为将对犯罪实行行为提供帮助是不够的，必须怀有为犯罪实行行为提供便利的目的。法庭认为帮助犯的主观状态是一个二元结构（针对犯罪实行行为的故意和针对帮助行为的故意），^⑥ 所谓更高要求的主观要件仅适用于对待帮助行为的故意。^⑦ 二元结构的另一方面，针对犯罪实行的主观认识则适用《罗马规约》第30条的一般性规定，必须达到帮助犯认识到正犯实行犯罪的行为在一般性情况下将会发生，这个实际上已经是二级直接故意的水平。^⑧ 若这一结论成为国际刑事法院的通说，那么“为便利犯罪实行的目的”措辞所要求的主观状态排除了间接故意，同时在灭绝种族罪等目的犯罪的场合，并不要求上升到特别故意的程度。

在国际刑事法院中，尚无案件进入到上诉程序，假设“苯巴等人案”的审判分庭对帮助犯的认定将来成为法院理论的通说，那么可以得出简要结论：（1）与习惯法相比，国际刑事法院放低了帮助犯客观要件的要求，是较低客观要件匹配较高主观要件的类型，帮助犯与其他责任类型的区分，主观要件将占据主导地位；（2）法院首次采用了“己方面故意——他方面故意”的二元结构来解释主观要件，这使得帮助犯的主观要件认定与特设法庭相比显得十分复杂。

二 构成要件界定中的主要问题

（一）不作为帮助犯

国际刑事法院尚无对不作为帮助犯进行讨论的实例。刑法一般性原理将不作为视为行为的表

① *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 88.

② *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 89.

③ *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Decision of confirmation of Charges, para. 280.

④ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 93.

⑤ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 94.

⑥ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 98.

⑦ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 98.

⑧ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 97.

现形式，对于不作为帮助犯而言需要回答的问题是，满足何种条件时被告人特定的不作为构成对犯罪实行的帮助行为。《罗马规约》拟定中曾经讨论过是否应对“行为”进行界定，但这一努力最终没有成果。由于各国刑法原理普遍承认作为与不作为的区分，因此即便不作为在规约框架下没有明确定义，第21条下作为与不作为的概念及其区分仍可作为一般法律原则得到法院接受。由此可见，在国际刑事法院讨论不作为帮助犯在理论和实践中都是可能的。但刑法原理将不作为分为纯正不作为和不纯正不作为，因此更深入一层的问题可以进一步分解为两个层次：（1）国际刑事法院能否接受不纯正不作为的概念？（2）如果仅能接受纯正的不作为，那么被告人以不作为形式违反的法律义务仅包括国际法上的义务，还是亦包括国内法上的义务？第二层次的问题换一个角度还可以进一步探究：被告人不作为违反的法律义务，必须是刑事法律下的义务还是非刑事法律属性的义务也可以囊括进来？这一问题实际上是如何填补条约文本没有涉及的法律真空问题。

在特设法庭规约中同样没有对不作为帮助犯进行定义，甚至没有对行为的概念进行规定。特设法庭依赖的法律依据主要是二战后各国审判实践，其中没有包括不作为帮助犯的探讨。因此，特设法庭面临与国际刑事法院相同的方法论问题，如何界定的问题实际上只能在一般法律原则的范畴中寻找答案。特设法庭中不作为的概念来自于法庭在界定犯罪实行行为时对不作为的表述，特设法庭的法理认为符合犯罪客观要件的不作为必须是对特定法律义务的违反，^①可见在定义实行行为时，特设法庭排除了不纯正不作为。与实行行为界定保持方法论上的统一，不作为帮助犯的不作为只能解释为纯正不作为。

特设法庭早期案例没有对不作为帮助犯的问题进行系统性论述，而是经常提起所谓“默示批准”（tacit approval）的问题，并肯定在特定情况下，被告人默示批准正犯的实行行为构成帮助犯的一种表现形式。^②除此之外，理论上的推定是不作为帮助犯同样需要满足法庭界定的主、客观要件。直到“默克西奇等人案”（*Prosecutor v. Mrkšić et al.*），特设法庭才有机会比较全面的回答不作为帮助犯的问题。本案中被告人之一斯柳瓦恰宁（Šljivančanin）被控在其担任监管、转移战俘的负责人期间，以不作为方式帮助下级谋杀战俘。本案发生的背景是1991年11月前南斯拉夫人民军包围克罗地亚边境小城市福克瓦尔（Vukovar）。被告人之一默克西奇是前南斯拉夫人民军上校，指挥人民军近卫摩托化步兵旅及南部方面军，后被提升为将军。另一被告人斯柳瓦恰宁为摩托化步兵旅及南部方面军保卫部门负责人，少校军衔，后被任命为上校。前南斯拉夫人民军进攻福克瓦尔期间，将克罗地亚战俘人员关押在当地医院。1991年11月19日，默克西奇命令将关押人员转移。关押人员分为战争罪嫌疑犯和平民，具体行动由斯柳瓦恰宁负责。在将战俘转到位于奥夫恰拉（Ovčara）的一个飞机库过程中发生了人民军士兵虐待并杀害战俘的事件，一共264名克罗地亚族及其他非塞族战俘受虐死亡。转移行动负责人斯柳瓦恰宁被控其不作为构

① *Prosecutor v. Orić*, IT-03-68-A, Appeal Judgement, para. 43; *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, Appeal Judgement, para. 274; *Prosecutor v. Galić*, IT-98-29-A, Appeal Judgement, para. 175; *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, Appeal Judgement, paras 47-48, 663, fn. 1385; *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeal Judgement, para. 188; *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-A, Appeal Judgement, para. 334, para. 370.

② 在前南斯拉夫国际刑事法庭的论述中，将默示批准与精神鼓励以及操作性支持并列为帮助犯的表现形式，没有明示是否属于不作为帮助行为；而有的案件中法庭认为默示批准不构成不作为帮助行为（*Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, Appeal Judgment, para. 273; *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-A, Appeal Judgement, para. 338）。笔者观察到，默示批准虽然没有表现为任何积极的行动，但总是与在先在的被告人在犯罪现场或附近出现结合在一起，因此可视为附条件的不作为。

成了帮助犯，审判庭判决斯柳瓦恰宁帮助犯罪成立。此后上诉庭对不作为帮助犯进行了较为详细的分析，要点大概可以归纳如下。第一，上诉庭在本案之前没有审理过不作为帮助犯的先例，但不作为帮助犯是帮助犯的一个类型，因此不作为帮助犯的构成要件与以积极行为表现的帮助犯相同，法庭将在同一法律框架下考虑不作为帮助犯的问题。^① 第二，不作为仅限于纯正的不作为，不作为形式表现的帮助行为，必须有一个法律上明确界定的义务与之相对应，而被告的不作为恰好违反了这一义务。斯柳瓦恰宁上诉提出被违反的法律义务必须具有刑法属性，而不应仅具备一般义务的属性。^② 在实际审理中，上诉庭详细审查了检察官指控斯柳瓦恰宁违反的义务，具体包括：违反战争法规和习惯（主要是1949年《日内瓦第三公约》第13条禁止拘留方造成战俘死亡或威胁战俘身体健康的行为）、前南斯拉夫人民军关于禁止对战俘施以非人道待遇的规定，违反者应承担个人刑事责任。^③ 上诉庭认为上述规定明显包括了刑事法律中不作为义务的属性，因此驳回斯柳瓦恰宁的上诉。^④ 第三，上诉庭强调不作为帮助犯的情况须证明被告人有能力履行法律规定的义务。^⑤ 第四，斯柳瓦恰宁主张不作为帮助行为对犯罪实行行为应该具有具体的影响（concrete influence），而这一具体的影响实际上是比法庭认定的帮助犯构成要件中的实质性贡献更高级别的要求。^⑥ 上诉庭认为斯柳瓦恰宁事实上在主张不作为帮助行为对犯罪实行有决定性作用。^⑦ 因为斯柳瓦恰宁未详细阐述法律依据，上诉庭驳回了请求。从维护不同类型帮助行为构成要件一致性的角度分析，上诉庭驳回此主张有合理性。第五，斯柳瓦恰宁主张在不作为帮助犯的问题上，仅证明被告人知道自身行为将帮助犯罪实行是不够的，主观要件最少程度要证明被告人自身有意识地决定提供行为（等同于同意），以此推断主观要件应为故意。但这一主张也没有得到上诉庭支持。^⑧

综上所述，不作为帮助犯的构成要件是在证明具体细节的问题上对先前法理进行深化和修正，总体上特设法庭并没有提出脱离之前设定的帮助犯的理论框架。遗留的问题是与不作为帮助行为对应的法律义务属性没有得到充分的解释。本案中，《日内瓦第三公约》第13条是具备刑事法律属性的国际法义务，而前南斯拉夫人民军的内部规定实际上是执行前述国际法规则的国内法，二者在本质上是一致的。国内法规则应否考虑以及非刑事法律属性的义务应否考虑的问题，实际上被回避了。在卢旺达国际刑事法庭审理的“纳塔格鲁拉等人案”（*Prosecutor v. Ntagurura et al.*）中，被告人之一巴甘比奇（Bagambiki）被控灭绝种族罪、危害人类罪以及严重违反日内瓦公约共同第三条，责任基础之一为巴甘比奇违反了卢旺达当地法律而没有履行对下级的监管义务，但卢旺达法律规定违反此义务并不导致刑事责任。审判庭以此为由拒绝追究巴甘比奇的责任。这一结论暗示，帮助犯的不作为违反的初级规则，可以是国内法规则，但必须具备刑事责任属性。卢旺达国际刑事法庭上诉庭认为检方没有指出巴甘比奇的不作为的具体情形，从而拒绝审

① *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 146.

② *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 148.

③ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 150.

④ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 151.

⑤ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 82, para. 152.

⑥ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 155.

⑦ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 156.

⑧ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, paras. 157-159.

理这个上诉。^①

关于对应法律义务属性的问题，在两个特设法庭都没有得到系统性的讨论，不论回答是否包括国内法义务，还是回答是否必须为刑法义务属性，都需要系统性展开。多个因素将会左右不作为是否违反义务以及是否包括国内法义务的判断。（1）假定包括国内法上义务，则必须回答国内法上的义务在国际刑事司法机构作为法律得到适用还是仅仅视为事实。这个问题的本质实际上是国内法和国际法的关系。《国际法院规约》第38条、《罗马规约》第21条意义上的国际法渊源仅允许适用一般法律原则，如果严格遵循国际法渊源理论，那么国内法意义上的义务即便存在，也只能限于极其狭窄的范围内。（2）斯柳瓦恰宁构成战争罪的不作为帮助犯，国际法中存在众多的国际人道法条约和习惯法规则对国家和个人施加了义务，但对于灭绝种族罪和危害人类罪来说，可直接适用的条约和习惯法规则数量稀少。在讨论对二罪帮助犯时候，求助于初级规则可能面临规则数量不足的情况。此等情况下要使得二罪的不作为帮助犯成立，法庭必然求助于国内法规定。上述两个因素之间可谓在某种程度上相互掣肘。关于被违反义务是否必须具备刑法属性的问题，笔者认为不作为违反的义务不应限于刑法义务，理由如下。（1）特设法庭把不作为帮助犯作为帮助犯的一个亚类型讨论，对于不作为帮助犯强调必须适用先前确定的帮助犯构成要件，背后隐含意思是不作为与作为对于特设法庭来说具有等价性。在此前提下确定不作为义务属性，存在更高层次的前提性问题，即帮助行为本身是否必须违反刑法属性义务。二战后国家、国际实践以及特设法庭先例对此没有任何论述，如果限定不作为帮助犯违反义务的属性，即义务的上述等价性前提不存在，那么对于不作为帮助犯应当设定完全独立的构成要件，这显然与特设法庭目前的法理不符。（2）要求不作为帮助犯违反刑法属性义务，即要求不作为本身侵害了某一刑法法益，与其所帮助的犯罪侵害的法益之间可能是重合关系，也可能是交叉、分立的关系。但对于国际刑事司法来说，帮助犯是责任模式而非独立的犯罪，不作为的帮助行为即便构成一个犯罪，对于国际法庭追究帮助犯的责任而言没有意义。（3）考虑更为现实的因素，针对灭绝种族罪和危害人类罪，并不存在数量众多的条约、习惯法义务，更遑论这些义务都必须界定为刑法属性义务。

（二）特殊指向性问题

1. 特设法庭的实践

特殊指向性问题是帮助行为与实行行为之间的关系问题，意即帮助行为是否仅在指向特定的犯罪实行的情况下才会引起刑事责任。国内刑法并不经常处理在时间、空间、数量、规模等方面尺度极大的帮助犯，而在尺度狭小的情况下，帮助行为与实行行为的关系简单明了，因此在理论上讨论帮助行为是否特别指向实行行为并没有太多必要。而当被告人身为一国最高领导人，在战役以上级别的范围内对犯罪实行作出某种“贡献”，以法律上是否存在特殊指向性来限定帮助行为，则存在理论上讨论的必要性。

二战后司法先例在此方面并无明确阐述。现代国际司法中的论述最早来自于“塔迪奇案”上诉庭判决在说明帮助犯与共同犯罪团体（Joint Criminal Enterprise，以下简称JCE）区别时，认

^① *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-A, Appeals Judgment, para. 336.

为帮助行为特别指向犯罪实行，而共同犯罪团体之成员对共同目的实现之贡献不存在这一要求。^① 对此，有必要明确两个问题。（1）“塔迪奇案”上诉庭的相关论述，重点在于论述共同犯罪团体理论而非帮助犯，对帮助犯的描述仅是顺带提及，本案也没有以帮助犯为责任模式给被告人定罪。（2）在确立帮助犯法理的其他早期案件中，法庭对法理的论述也从未提及过帮助行为特殊指向性的问题。此后直到“佩里西奇案”（*Prosecutor v. Perišić*）之前，特设法庭从未直接论述过这一问题。佩里西奇于1993年8月26日到1998年11月24日期间担任前南斯拉夫人民军总参谋长，被控告罪行发生在1993年至1995年波黑塞族反政府武装力量进攻萨拉热窝、斯雷布列尼察期间，涉及罪名是塞族反政府武装进攻期间实行的一系列危害人类罪及战争罪。在此期间，南联盟共和国政府与波黑塞族反政府武装保持着紧密的联系，后者得到了前者在后勤和资金方面的支持，其目的是实现将波黑塞族控制领土从波黑分离出来成立独立的塞族国家或者与南联盟共和国合并成立统一的塞族国家。佩里西奇所任职务对于向波黑塞族武装提供支持处于中枢地位。审判庭查明，被告人在明知的情况下，向波黑塞族武装主要提供了两类帮助：一是给波黑塞族武装力量的后勤保障支持；二是给波黑塞族武装提供军事人员的支持，主要表现为从前南斯拉夫人民军中抽调军官并输送到波黑塞族武装之中，被告人策划并监督输送军事人员计划的实施，并且通过其组织成立的“第30号人员中心”（30th Personnel Centre）服务于被输送到波黑塞族武装中的军官，其在波黑塞族武装期间，继续领取前南斯拉夫人民军的薪金及其他福利待遇。“佩里西奇案”开启了“特殊指向性”是否应包含在帮助犯构成要件之中的争论。上诉庭多数意见认为特殊指向性应该包含在帮助犯的客观要件之中。其主要理由如下。（1）“塔迪奇案”中上诉庭认为特殊指向性应包含在帮助犯的客观要件之中，此后的案件没有足够充分的理由使法庭背离此先例。^②（2）“塔迪奇案”之后的案件中，尽管有一些案件在阐述帮助犯法理时没有明确采用“特殊指向性”的措辞，但这些案件判决本身都表示没有意图背离“塔迪奇案”，^③ 上诉庭认为在这些案件中特殊指向性的问题已被判决以默示方式表达了。（3）在“默克西奇等人案”中，上诉庭曾经指出特殊指向性不应被列入帮助犯的客观要件之一，但需要注意的是，上诉庭此番论述的背景是被告人斯柳瓦恰宁主张不作为帮助犯与作为帮助犯相比应具备更高的主观要件的要求，而对此问题的讨论也出现在不作为帮助犯的主观要件部分，因此尽管上诉庭有此番表达，但不构成否定“塔迪奇案”法理的理由。^④ 除此之外，上诉庭认为特殊指向性在考察客观要件时必须加以讨论，对于先前众多没有明确讨论特殊指向性的案件判决，上诉庭认为这些案件中帮助行为在空间和时间上距离犯罪实行并不遥远，因此特殊指向性的问题实际上在讨论帮助行为对犯罪实行造成实质性贡献的时候已经被默示地包括在里面了（比如帮助犯出现在犯罪现场的情形）；但对于空间和时间上距离遥远的帮助行为，特殊指向性必须明示讨论。^⑤ 在操作层面的问题是证明帮助行为对犯罪实行的特殊指向性需要什么样的证据。上诉庭指出，特殊指向性要件要求帮助行为与犯罪实行之间建立比共同犯罪团体客观要件更紧密的联系，但具体为何需要根据个案讨论决

① *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeals Judgment, para. 229.

② *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, paras. 25-28.

③ *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, para. 31.

④ *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, paras. 32-33.

⑤ *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, paras. 38-39.

定。^① 特殊指向性要件是一种客观主义学说，意在探求帮助行为与犯罪实行行为之间的关联性，而仅仅是一般性联系是不够的。关于证据问题，上诉庭还令人费解地指出，关于被告人主观状态的证据可以作为间接证据证明特殊指向性的存在。^② 具体到本案的案情中，佩里西奇本人知道前南斯拉夫人民军向波黑塞族武装提供帮助助益于对萨拉热窝和斯雷布列尼察地区实施犯罪这一点，可能构成特殊指向性存在的证据，但需要和其他所有证据全盘考虑后才能得出结论。^③

总结起来，“佩里西奇案”对特殊指向性的分析路径可以归纳为两个层次：（1）判断在时间、空间上帮助行为与犯罪实行是否遥远，若时空上的距离很近，那么特殊指向性的考虑被暗含在帮助行为对犯罪实行构成实质性贡献的考察之中，特殊指向性要件无需单独审查；（2）若时空上距离遥远，特殊指向性需要单独证明，被告人主观状态可以作为帮助行为具备特殊指向性的证据，但不列入帮助犯主观要件的考查范围。

“佩里西奇案”并不是习惯法的最终结论。2012年5月18日，塞拉利昂特别法庭对利比里亚前总统查尔斯·泰勒（Charles Taylor）作出有罪判决，确认被告人向塞拉利昂内战中的反政府武装力量“革命联合阵线”（Revolutionary United Frontier）、反政府武装军“革命武装委员会”（Armed Forces Revolutionary Council）以及上述两支部队的联合军团实施的危害人类罪和战争罪提供了各种形式的帮助，构成帮助犯。被告人就帮助犯的责任模式提出了上诉，上诉庭于2013年9月26日判决驳回了被告人上诉。这个判决在前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭对佩里西奇作出判决之后，上诉庭已经注意到了这个事实。“泰勒案”的上诉庭结论与“佩里西奇案”完全相反，其认为经过国际习惯法的考察，特殊指向性不应该是客观要件的一部分。^④ 在2014年审结的“赛诺维奇等人案”（*Prosecutor v. Šainović et al.*）中，共同被告人之一拉扎列维奇（Lazarević）的责任模式为帮助犯，前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭又有一次机会重新审视特殊指向性的问题。该案上诉庭认为“佩里西奇案”作出结论的前提有误，即“塔迪奇案”中上诉庭对特殊指向的表述是在谈及共同犯罪团体机制的时候顺便谈起，而非对帮助犯的专门的系统性考察，因此有必要重新考察二战以来的司法实践。经过对二战后各国法庭、盟军军事管制委员会法庭、各国国内立法和理论、国际刑事法院的规约等材料的考证，上诉庭最终取消了特殊指向作为客观要件的要求。^⑤ 前南斯拉夫国际刑事法庭此后的实践遵循了“赛诺维奇等人案”的结论，即特殊指向性不应构成帮助犯的客观要件。^⑥

2. 国际刑事法院的态度

国际刑事法院目前不存在特殊指向性问题的讨论。理论上的解释是，《罗马规约》第25条第3款c项对帮助犯的构成要件采用了较高主观要件匹配较低客观要件的模式。^⑦ 既然规约意在放低客观要件的标准，那么特殊指向性就无从讨论。在“穆巴鲁西玛纳案”（*Prosecutor v. Mbarushimana*）及“卢班迦案”（*Prosecutor v. Lubanga*）中，预审庭认为帮助行为应该对犯罪

① *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, para. 44.

② *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, para. 48.

③ *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, para. 68.

④ *Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01-A, Appeal Judgment, paras. 213-219.

⑤ See *Prosecutor v. Šainović et al.*, Appeal Judgment, paras. 1622-1649.

⑥ *Prosecutor v. Stanišić and Simatović*, IT-03-69-A, Appeal Judgment, paras. 104-106; *Prosecutor v. Popović et al.*, IT-05-88-A, Appeal Judgment, para. 1758.

⑦ 参见本文第一部分分析。

实行产生实质性贡献;^① 但其他案件裁定、判决均未采取上述立场。在唯一由审判庭判决以帮助犯定罪的“苯巴等人案”中, 审判庭认为帮助犯客观要件不应设置最低门槛要求。^② 因此, 理论上只要被告人行为对犯罪实行具备促进性因果关系, 任何行为都有可能界定为帮助行为, 这一论断从理论上否认了在客观要件中纳入特殊指向性的可能。从主观要件考察, 西奥多·梅隆(Theodor Meron) 与卡梅尔·阿吉斯(Carmel Agius) 法官所提倡的在主观要件中纳入特殊指向性的观点, 将得到《罗马规约》解释的支持。规约第30条下, 故意须为直接故意(包括一级直接故意、二级直接故意, 但不包括间接故意),^③ 而被告人的认识因素则解释为认识到某一情势确定存在或认识到按照事物通常发展逻辑会产生某一结果(awareness that a circumstance exist or consequence will occur in the ordinary course of events)。根据第30条第1款, 若无相反表述, 帮助犯主观要件也须满足上述界定。在“苯巴等人案”确立的分析帮助犯故意二元结构的思路中, 帮助犯对实施帮助行为须具备直接故意, 而对帮助行为对犯罪实行产生影响的认识, 至少达到高度盖然性的程度, 由此不确定故意的情况应该排除。

3. 操作性问题讨论

国际刑事法院与特设法庭对特殊指向性的认识截然不同, 内在机理在于特设法庭尤其是前南斯拉夫国际刑事法庭只能从习惯法和一般法律原则角度入手为帮助犯的客观要件进行注解, 而国际刑事法院则依赖于对《罗马规约》文本的解释。二者不同肇端于特设法庭及国际刑事法院均需依赖于国际法渊源理论, 但二者适用顺位有所不同。此为讨论特殊指向性问题是否构成帮助犯客观要件之一的理论性前提和路径。从刑法一般原理的角度考量, 以何种方式将主、客观要件匹配在一起, 在方法论的层面上具有另一维度上的意义。问题的根源在于, 客观要件中是否加入特殊指向性要求, 是否不恰当地缩小了帮助犯的处罚范围。在后者维度上考量, “佩里西奇案”的思路并不具有可取性, 理由如下。

第一, 被告人与犯罪实行的时空距离的判断, 是特殊指向性证明的前提, 即时空距离大到一定程度的情况下, 特殊指向性需要检察官明确的证明。但时空距离的远近如何判断是一个事实判断问题, 而非法律标准问题。下图是近年来各特设国际刑庭对帮助行为表现形式的统计(其中仅有“佩里西奇案”上诉庭认为特殊指向性为客观要件之一, 其他案件均否认), 其中“佩里西奇案”与“查尔斯·泰勒案”两案的被告人在时空关系上距离犯罪实行明显“遥远”(前者案发时为前南斯拉夫人民军总参谋长, 后者案发时为利比里亚总统), 其他案件中被告人均为战术级别的指挥官, 其帮助行为与犯罪实行之间的距离是否遥远到要求检察官明确证明特殊指向性的程度, 都值得商榷。例如在推翻特殊指向性为客观要件论断的“赛诺维奇等人案”中, 图兹莫哈梅多夫(Tuzmukhamedov) 法官指出, 被告人拉扎列维奇是前南斯拉夫人民军普里什蒂纳师的师长, 在其涉及帮助强制迁移科索沃境内阿尔巴尼亚族受害人期间, 一直就在科索沃当地, 因此很难认为其帮助行为与犯罪实行距离遥远, 所以本案根本不是讨论特殊指向性问题的合适的场合。^④ 可见, 如承认特殊指向性要件, 那么个案中决定是否要明确证明特殊指向性存在, 将成为一个模糊不清的问题。

① *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC - 01/04 - 01/10, Pre - trial Chamber Decision of Confirmation of Charges, para. 280; *Prosecutor v. Lubanga*, ICC - 01/04 - 01/06, Trial Judgment, para. 997.

② *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC - 01/05 - 01/13, Trial Judgment, para. 93.

③ *Prosecutor v. Bemba*, ICC - 01/05 - 01/08, Pre - trial Chamber Decision of Confirmation of Charges, para. 369.

④ *Prosecutor v. Šainović et al.*, IT - 05 - 87 - A, Appeal Judgment, Dissenting Opinion of Judge Tuzmukhadov, para. 43.

法庭名	案件名	客观要件表现			
		精神鼓励、 道德支持 (Encouragement, Moral Support)	默示批准 (Tacit Approval)	操作性支持(Operational Support)	
				作为	不作为
ICTY	卢济奇及卢济奇案 (Prosecutor v. Lukić and Lukić)			使用武器强迫穆斯林受害人进入房屋,帮助实行危害人类罪(迫害罪、残忍及不人道待遇罪)。	
ICTY	默克西奇及斯柳瓦恰 宁案(Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin)				未能履行职责,导致 战俘受到虐待。
ICTY	佩里西奇案 (Prosecutor v. Perišić)			(1)后勤保障支持;(2)对输送进入 波黑塞族武装的军事人员支持,如 发放薪金等。	
SCSL	查尔斯·泰勒案 (Prosecutor v. Charles Taylor)	通过与“革命联 合阵线”(塞拉 利昂内战反政府 武装力量之一) 领导人交流,鼓 励其实施犯罪。		(1)向“革命联合阵线”输送军事人 员;(2)提供武器弹药;(3)提供通 讯设备、军事训练、后期支持、避难 所、资金支持、医疗支持,用以保障 其军事能力。	
ICTY	波波维奇等人案 (Prosecutor v. Popović et al)			(1)未能履行职责保护穆斯林战俘, 导致 10 名战俘被从米里奇(Milić) 医院转移到茨沃尼克(Zvornik)作 战旅,从而被杀害(谋杀);(2)指挥 其部队移除斯雷布雷尼察安全区外 围联合国维和部队士兵,导致波黑 塞族武装进入该地,强制迁徙穆斯 林受害人(强制迁移)。	
ICTY	塞诺维奇等人案 (Prosecutor v. Šainović et al.)	被告人在部队针 对阿尔巴尼亚族 受害人实施犯罪 的现场出现,监 督并对士兵予以 鼓励(上诉庭推 翻认定)。		发布命令授权其统辖部队参与强制 迁移在科索沃的阿尔巴尼亚族受害 人,提供武器、装备,组织人员等。	(1)明知犯罪的情况 下,仅在 1999 年 5 月 15 日向军事法庭报 告一起犯罪事件; (2)未采取措施防止 部队向受害者实施 恐怖、暴力行为以及 强制迁移受害人。
ICTY	斯坦尼斯奇和西玛托 维奇案(Prosecutor v. Stanišić and Simatović)			(1)组织部队、训练人员;(2)提供 资金。	

第二,加入特殊指向性要求的本质是考察帮助行为与实行行为之间的客观联系,这一联系是纯粹独立于被告人主观状态之外的范畴,无须考虑故意程度等主观要件考察的因素。但两行为之间的关联性,是一个事实上的判断,需要法庭根据个案案情来综合考虑。因此,在个案中特殊指向性的界定,实际上不是法律标准的问题,而是法庭对案件事实的解读问题,因完全依赖于法庭自由裁量有随意性过大的风险。“佩里西奇案”判决认为证明主观要件的证据,可以作为间接证据用以证明特殊指向性的存在,即为混淆主观和客观的范畴。

第三,特殊指向性构成客观要件在理论上需要解释,被告人明知自身行为贡献于犯罪实行,其行为对犯罪实行具备实质性贡献但无特殊指向性的情况是否应该归罪。由于共同犯罪团体责任以共同犯罪目的为前提,因此这一情况在前南斯拉夫国际刑事法庭的法理中将属于真空地带,无法追究责任。如此处置,是否不恰当地限制了帮助犯的处罚范围?在国际刑事法院的责任模式中,这类情况可能归入《罗马规约》第25条第3款d项所述团体支持责任中来处罚,但在前南斯拉夫国际刑事法庭规约下,则无法归罪。

4. 方法论层面讨论

特殊指向性问题的讨论反映了前南斯拉夫国际刑事法庭规约及其法理的缺陷。在方法论上问题的焦点是,法庭应当依赖于主观主义方法还是客观主义方法来解释特殊指向性的问题。“佩里西奇案”判决采用了容忍证明主观要件证据的客观主义方法,这是一种“骑墙”的方法。但在个别意见中,西奥多·梅隆和卡梅尔·阿吉斯法官认为特殊指向性应属于主观要件的范畴。^① 该案中持反对意见的刘大群法官承认佩里西奇提供的帮助对于实施犯罪来说是一种一般性的支持,^② 但强调佩里西奇在提供这些支持时候对波黑塞族武装实施犯罪的倾向有非常清楚的认知,由此认为特殊指向性提高帮助犯责任的门槛是错误的。^③ 可见,刘大群法官也依赖于主观主义方法来分析特殊指向性的问题。笔者认为,从一般刑法原理的角度考量,依赖主观主义方法分析帮助故意是否特别地指向犯罪实行行为,不失为解决问题的方法。大陆法系刑法原理中,故意分为确定故意和不确定故意,不确定故意又可以进一步分类为:未必故意、概括故意、择一故意。^④ 放在上述背景下考察,判决多数意见与少数意见的分歧在于,前者确定被告人的故意必须包含了帮助行为指向特定犯罪实行的认识内容,而后者认为被告人仅须认识到帮助行为指向特定犯罪,至于犯罪对象、数量、地点、方式以及针对哪些对象发生犯罪结果都不在考虑的范围之内;前者属于确定故意,而后者属于概括故意的范畴。佩里西奇身为前南斯拉夫人民军总参谋长,考虑到部队从顶层到底层庞大的指挥层级,要求其提供帮助时主观上认识到帮助明确指向的对象、地点、数量、规模,对帮助犯处罚范围无疑是过于严格的限制,与刑法原理一般情况下仅要求帮助犯达到不确定故意程度的共识^⑤ 不相符合。尽管如此,从识别帮助故意认识内容确定性的角度入手方法,在前南斯拉夫国际刑事法庭、卢旺达国际刑事法庭的语境下并不可行,原因在于特设法

① *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, Separate Opinion of Judge Theodor Meron and Camille Agius, paras. 1-4.

② *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu, para. 7.

③ *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu, para. 8.

④ 张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,第219—220页;马克昌主编:《外国刑法学总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社2009年版,第134—135页。

⑤ 马克昌主编:《外国刑法学总论(大陆法系)》,第342页。

庭理论仅要求被告入主观上盖然地认识到帮助行为贡献于实行行为这一层次，至于此种认识因素所对应的意志因素为过失、确定故意或不确定故意，特设法庭没有进一步识别。因此，特设法庭采用主观主义方法解决特殊指向性的问题在理论上已无可能，只能在客观要件的解读上做文章。从这个角度看，“佩里西奇案”反映了特设法庭规约及其法理的缺陷。

如果采用客观主义方法评价特殊指向性的合理性问题，笔者认为应将帮助行为分为不作为和作为分别讨论。首先，对于不作为帮助犯，不作为违反了特定的法律规范构成了讨论不作为帮助犯的前提。此类情况下，被违反的初级规则已经框定了不作为导致的对象、规模、程度，其所指向法益受到的侵害也是确定的；换言之，在不作为帮助犯前提下任何帮助行为都具有特殊指向性。例如在“默克西奇等人案”中，违反《日内瓦第三公约》第13条意味着特定数量的战俘的权益受到了侵害。其次，以作为表现的帮助行为分为具备特殊指向性的行为和不具备特殊指向性的行为。战争罪保护法益为战争的最低限度的秩序，灭绝种族罪保护法益为基于国籍、种族、族裔、宗教原因形成的团体作为一个整体生存的权利，危害人类罪保护法益为人类免受广泛或系统性攻击的基本人权。笔者认为以作为形式表现的帮助行为不论是否具备特殊指向性，都将导致三罪所对应的法益受到不可避免的侵害（特设法庭认为帮助行为应对犯罪实行产生实质性促进），如果将特殊指向性纳入客观要件，则意味产生了法益保护的真空。

笔者认为特殊指向性问题的背后是作战行动自由与国际刑法保护法益之间如何寻求平衡的矛盾。向部队提供武器是一个中性的行为，本身不具备指向性。在敌对行动中向部队提供武器、弹药本身是合法的。根据“荷花号案”揭示的原理，没有国际法规范明确禁止或限制即为国家的行动自由，交战方指挥官对此有充分的决策自由。但军事行动自由与国际刑法罪行所保护法益产生冲突，应适当限缩行动自由，而非过度限制行动自由，此间标准应为法益是否受到不可避免的侵害。反映在帮助犯的特定环境中，帮助行为对犯罪实行产生实质性贡献这一程度足以建立行动自由与受保护法益之间的平衡。

（三）帮助犯现场出现问题

帮助犯本人是否应在犯罪现场或附近出现，在普通法国家的刑法历史上曾经具有区分主犯、从犯的意义。例如，美国普通法历史上，主犯包括一级主犯（principal in first degree）和二级主犯（principal in second degree），前者是指自身行为实行犯罪者，而二级主犯是在犯罪现场出现为一级主犯提供帮助者。除此之外，美国普通法还包括事前从犯（accomplice before fact）和事后从犯（accessory after fact），前者指代事前帮助行为，后者指代事后帮助行为。^① 可见在普通法历史上，是否在犯罪现场出现意味着主犯、从犯的区别。而在现代美国刑法主流理论中，二级主犯的区分已被放弃，取而代之的是事前（中）从犯（accomplice）和事后从犯（accessory）的概念。^② 普通法中要求从犯在犯罪现场出现对于定罪和量刑已经没有意义。与此相反，大陆法系对帮助犯的界定来自于对参与人分工的类型化界定，距离犯罪现场远近不是重要因素。

特设法庭从未要求客观要件中加入帮助犯在现场出现的要求。在特设法庭的实践中，帮助犯

① Matthew Lippman, *Contemporary Criminal Law Concepts, Cases, and Controversies* (Los Angeles: SAGE Publication, 2nd edn, 2010), p. 148.

② Matthew Lippman, *Contemporary Criminal Law Concepts, Case, and Controversies*, p. 148.

被类型化为三类情况，精神鼓励（moral support, encouragement）、默示批准（tacit approval）、操作性支持（operational support）。若对三个常见类型均要求帮助犯在犯罪现场出现，无疑提出了过高的要求。精神鼓励通常为积极的言辞表现，但一些案件将默示批准视为精神鼓励的特殊类型。若当事人不在犯罪现场就无法以默示批准的方式完成对犯罪实行的帮助，因此特设法庭要求对默示批准这一特殊情况来说，帮助犯应在犯罪现场出现。^① 在国际刑事法院的论述中，如前文所述，“笨巴等人案”审判分庭将帮助行为解释为助益于正犯心理状态和助益于正犯客观行为两个类型。按照此认识，默示批准被视为精神鼓励的表现形式，而现场出现在特定情况下可被解释为默示批准，从而构成帮助行为。^② 国际刑事法院对此问题的认识与特设法庭保持了一致。

帮助犯在犯罪现场出现与否，在普通法的雏形中对于量刑的轻重存有意义。^③ 特设法庭的实践从未肯定过这一点。国际刑事法院采用犯罪支配学说理解帮助犯与正犯的关系，“卢班迦案”上诉庭判决表明，从犯作为犯罪的参与形式，其对犯罪实行贡献的大小决定了罪责的高低。^④ 根据这一论述，决定帮助犯责任轻重的因素是帮助行为对于犯罪实行的贡献而非帮助行为与犯罪实行在距离上的远近。

三 帮助犯与其他责任形式的区分

（一）不作为帮助犯与指挥官责任

1. 不作为帮助犯与指挥官责任的竞合

特设法庭并不禁止检察官只能依赖于一种责任模式起诉被告人。因此，前南斯拉夫国际刑事法庭在早期案例中就面临规约第7条第1款和第7条第3款下责任模式竞合的问题——即同一犯罪行为，其责任模式可能同时满足共同犯罪的责任模式和指挥官责任。就同一行为以不同责任模式追究两次刑事责任，违反一事不二审原则。实践中的做法是依照第7条第1款（共同犯罪）模式追究责任，同时将被告人构成违反第3款指挥官责任解释为滥用职权地位，从而构成一个加重量刑的情节。^⑤ 对于卢旺达国际刑事法庭来说，这一变通做法也得到承认。^⑥ 按此逻辑，不作为帮助犯与指挥官责任不可能同时成立，存在竞合关系。检方有选择责任模式的自由。

2. 不作为帮助犯与指挥官责任的区分

比较指挥官责任与不作为帮助犯，二者的共同点是被告人行为都表现为不作为，但也有区

① *Prosecutor v. Kalimanzira*, ICTR-05-88-A, Appeal Judgment, para. 74; *Prosecutor v. Brđanin*, IT-98-32/1-A, IT-99-36-A, Appeal Judgement, para. 277; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Trial Judgement, para. 200; *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgement, para. 207; *Prosecutor v. Lukić and Lukić*, IT-98-32/1-A, Appeal Judgment, para. 425.

② *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 89.

③ Elies Van Slidregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 114.

④ *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, Appeal Judgment, para. 462, para. 468.

⑤ *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Appeals Chamber Judgment, para. 183; *Prosecutor v. Mucić et al.*, Appeals Chamber Judgment, para. 745.

⑥ *Prosecutor v. Renzaho*, ICTR-97-31-A, Appeal Judgement, para. 564; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeal Judgement, para. 487.

别。(1) 不作为帮助犯在国际刑事法院中,须考虑二元故意结构;但在指挥官责任中,主观要件仅讨论“知道或有理由知道”认识因素,而不讨论意志因素。(2) 在不作为与犯罪实行的关系上,帮助犯要求帮助行为对犯罪实行产生实质性贡献,但不需要上升到帮助行为成为实行行为必要条件的程度;^①而指挥官责任不要求上级的不作为与下级的犯罪实施产生联系。(3) 从不作为的表现和性质看,指挥官责任中,上级的不作为表现为两个类型,一是对即将、正在发生的犯罪的不预防、不阻止,二是对下级实施犯罪后不予处罚。这两类行为,都来自于条约义务(1949年日内瓦公约《第一附加议定书》第86、87条)。^②特设法庭一直肯定不作为帮助行为的存在,但没有明确定义过构成帮助行为的不作为。^③在对不作为定义的探讨中,针对犯罪实行中的不作为,前南斯拉夫国际刑事法庭的解释是犯罪行为通过自身的行为实施犯罪客观要件规定的行为,或者通过不作为方式违反了客观要件禁止的行为,^④不作为的犯罪实行要求证明对犯罪结果的具体影响。^⑤按照这一思路,帮助犯的不作为也应当与特定初级规则下的法定义务对应。指挥官责任的不作为违反的初级规则仅限于《第一附加议定书》第86、87条;而不作为帮助犯是从犯的一种形式,始终依附于主犯而存在,所以不作为违反初级规则来源根据罪名不同而有所不同。

综上所述,在联合国特设法庭的逻辑中,两种责任模式的差异表现在客观方面、主观方面以及不作为对应的初级规则方面。指挥官责任在主、客观要件方面有比不作为帮助犯更低的要求,但其对应的初级规则义务则简单明确、数量有限。在允许检察官同时以多种责任模式起诉,法庭选择一个责任模式作出判决的情况下,以不作为帮助犯起诉,以指挥官责任为由作为补充,成为较合理的选择。

在国际刑事法院,帮助犯与指挥官责任可能产生客观要件趋同化的现象,原因在于《罗马规约》第28条下,下级实施犯罪是指指挥官未对下级实施恰当控制的结果,因此二者之间的因果关系成为规约下指挥官责任的构成要件之一。在“笨巴案”(Prosecutor v. Bemba)中,国际刑事法院认为应当用消极的方法界定因果关系,即指挥官的不作为增加了其下级实施犯罪的风险,就算符合构成要件的要求。^⑥而另一方面,国际刑事法院对帮助犯客观要件的认定呈降低门槛的趋势。“穆巴鲁西玛纳案”预审庭、“卢班迦案”审判庭与前南斯拉夫国际刑事法庭的立场保持一致,要求帮助行为对犯罪实行行为产生实质性贡献;^⑦但在“布雷·戈迭案”(Prosecutor v. Blé

① *Prosecutor v. Kalimanzira*, ICTR-05-88-A, Appeal Judgment, para. 86; *Prosecutor v. Rukundo*, ICTR-2001-70-A, Appeal Judgment, para. 52; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-A, Appeal Judgement, para. 134; *Prosecutor v. Ntawukulilyayo*, ICTR-05-82-A, Appeal Judgment, para. 214.

② See *Prosecutor v. Popović et al.*, IT-05-88-A, Appeals Judgment of 30 January 2015, paras. 1932-1938.

③ *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, Appeal Judgement, para. 47; See *Prosecutor v. Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeal Judgement, para. 482; *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-A, Appeal Judgement, para. 370.

④ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, para. 188.

⑤ *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, Appeal Judgment, para. 644; *Prosecutor v. Orić*, IT-03-68-A, Appeals Judgment, para. 41.

⑥ *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 425; *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Pre-trial Chamber Decision on the Confirmation of Charges, para. 174; See *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Trial Judgment, paras. 736-740.

⑦ *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Pre-trial Decision on Confirmation of Charges, para. 280; *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Trial Judgment, para. 997.

Goudé) 中, 预审庭并不强调帮助行为贡献于实行行为的程度。^① 在最近作出判决的“笨巴等人案”中, 审判庭认为不应该为帮助行为对实行行为的影响强度设定门槛条件。^② 如果这一立场成为主流意见, 指挥官责任构成要件中界定的因果关系和帮助犯责任中确定的帮助行为的贡献程度, 很大程度上产生了重合。在国际刑事法院, 如果不考察不作为违反的初级规则, 那么从表面上看不作为帮助犯与指挥官责任中的不作为行为将高度重合。只是某些审判分庭承认事后帮助犯的形态, 而事后不惩治下级这一形态的指挥官责任并不被法院承认。“笨巴等人案”趋向于采用主观标准区分帮助犯和其他责任形式, 强调帮助行为“贡献于实行犯罪的目的”。^③ 国际刑事法院案件数量有限, 不作为帮助犯与指挥官责任是否产生混淆, 有待观察。

(二) 帮助犯与共同犯罪团体 (特设法庭理论)

共同犯罪团体是前南斯拉夫国际刑事法庭在其实践中发展的责任模式理论。根据最早阐述该理论的先例“塔迪奇案”上诉庭的解释, 该理论属于对法庭规约第7条第1款犯罪实行概念的解释范畴。本原意义上的犯罪实行仅指以作为或不作为方式满足犯罪客观要件的行为。^④ 卢旺达国际刑事法庭曾试图在灭绝种族罪的案件中对犯罪实行的概念进行一定程度的扩张, 将被告人在犯罪现场指挥、领导而不亲自实行犯罪的行为解释为属于犯罪实行的范畴, 前提是被告人的指挥、领导角色成为了犯罪必不可少的一部分。^⑤ 卢旺达国际刑事法庭的扩张解释没有得到广泛的认同, 卢旺达国际刑事法庭本身没有为此种扩张解释提供刑法理论的依据, 仅根据历史上零星的案例作出判断 (卢旺达国际刑事法庭认为纽伦堡国际军事法庭将实施灭绝种族罪过程中挑选哪些战俘成为杀害对象的行为定性为犯罪实行不可缺少的一部分)。^⑥ 卢旺达国际刑事法庭在逻辑上的忧虑来自于法庭认为其规约第6条第1款中对教唆、命令的认定属于从犯, 而将其指挥、领导作用的被告人定性为从犯在事实上有失公平。^⑦ 得到广泛认同的扩张解释是前南斯拉夫国际刑事法庭的共同犯罪团体理论。^⑧ 前南斯拉夫国际刑事法庭规约第7条第1款下教唆、策划、帮助、命令等形式还无法完全涵盖所有参与犯罪的状况, 因此逻辑上可行的思路是对犯罪实行的概念进

① *Prosecutor v. Blé Goudé*, Pre-Trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 167.

② *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 93.

③ *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13, Trial Judgment and Sentencing, para. 95.

④ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeal Judgment, para. 188; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeal Judgment, para. 478; *Prosecutor v. Kalimanzira*, ICTR-05-88-A, Appeal Judgment, para. 218.

⑤ *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Appeal Judgement, para. 60; *Prosecutor v. Seromba*, ICTR-2001-66-A, Appeal Judgement, para. 161.

⑥ *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Appeal Judgement, para. 60, footnote 145.

⑦ *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Appeal Judgement, para. 59.

⑧ 共同犯罪团体理论被用于确认犯罪与具备共同目的、计划、设计的被告人之间的联系, 从而追究被告人的刑事责任。特设法庭的阐述中, 共同犯罪团体包含三种形式 (为方便表述, 以“JCE-1”“JCE-2”“JCE-3”分别指代), 三种形式均包含共同的客观要件: (1) 多个个人; (2) 多个个人存在一个共同的目的、计划或设计上述目的、计划或设计指向或包含了法庭管辖的犯罪; (3) 被告人对共同目的、计划或设计在一定程度上的参与。三种形式的差别在于主观要件: JCE-1 要求被告入具有被指控犯罪的实行故意; JCE-2 要求被告入知道共同目的, 并且故意推进上述目的; JCE-3 用以追究没有包括在共同目的、计划、设计之中的犯罪, 要求满足被超出部分的犯罪被团体成员实行是可以被被告人预见, 并且被告人愿意承担这样的风险。参见 *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeal Judgment, pp. 227-228; *Prosecutor v. Ojadinic*, IT-99-37-AR72, JCE Decision, pp. 23-27; *Prosecutor v. Ntakirutimana et al.*, Appeal Judgment, ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, pp. 463-468.

行扩张解释，而共同犯罪团体理论成为了扩张解释的结果。^① 此种扩张没有采取犯罪支配学说为指导。

首先必须明确的是，在特设法庭对共同犯罪团体与帮助犯的定位中，前者属于对第7条第1款中犯罪实行概念进行扩张解释的结果，因此前者属于共同正犯和犯罪实行（前南斯拉夫国际刑事法庭有时用共同正犯来称谓团体成员）的范畴，后者属于从犯的范畴，定位的不同理论上导致帮助犯的量刑级别轻于共同犯罪团体成员。^② 此外，另一个显见的区别是，构成一个共同犯罪团体必须是具备共同目的的多人，而特设法庭法理并不限定帮助犯人数。早期案件在对二者区别的讨论来自于对二者构成要件的比较。（1）主观要件方面，共同犯罪团体必须基于一个共同目的而成立，共同目的可以是犯罪故意本身，也可以是其他政治、军事上的目的，特定犯罪必须包含在上述目的之中。^③ 而帮助犯仅要求被告知道自身帮助行为将贡献于特定犯罪的“主犯”（前南斯拉夫国际刑事法庭用“principal”来描述以自身行为实行在共同目的所指向的犯罪的客观要件的个人，用英文直译过来为“主犯”。但在前南斯拉夫国际刑事法庭的法理中，此“主犯”既可以是团体成员，也可以是受到团体成员操控、且不持有团体共同目的的人^④）。^⑤（2）在客观要件方面，帮助犯对犯罪实行的贡献须达到实质性影响的程度，而共同犯罪团体成员对团体贡献仅需“有意义的贡献”，前南斯拉夫国际刑事法庭采用上述措辞来描述团体成员的贡献程度实际上低于客观要件对帮助犯的要求。^⑥

采用上述标准可能碰到操作上的问题。“有意义的贡献”和“实质性贡献（影响）”对贡献强弱程度作出了区分，因此在被告人的贡献达不到实质性影响的程度时，仅仅用客观标准就足以区分共同犯罪团体和帮助犯差别。而当被告人的贡献达到实质性影响的程度，且持共同犯罪团体的目的，此时应当如何界定被告人的角色。换言之，特设法庭的理论承认这么一种特殊情况——被告人持犯罪故意或包括了犯罪故意的共同目的，但其对团体目的仅提供帮助行为的状况。^⑦ 理论上的命题是正犯与帮助犯界分的问题。各国刑法原理对此持分裂的态度。例如，法国刑法采用纯客观标准区分正犯与从犯，^⑧ 因此上述情形之下被告人将被认定为从犯，但从犯在法国刑法原理中，不考虑量刑情节的前提下将被处以与正犯相同的刑罚。^⑨ 在德国刑法中，联邦法院早期案例采取主观理论，即区分提供帮助者两种主观状态，持正犯相同故意且将实行行为接受、认同为自身行为（*animus auctoris*）和仅向正犯提供支持（*animus socii*），在传统理论下前者被认定为正

① *Prosecutor v. Tadić*, IT - 94 - 1 - A, Appeal Judgment, para. 188; *Prosecutor v. Krnojelac*, IT - 97 - 25 - A, Appeal Judgment, para. 73.

② *Prosecutor v. Kvočka et al.*, No. IT - 98 - 30/1 - A, Appeal Judgment, para. 92.

③ *Prosecutor v. Brđanin*, IT - 99 - 36 - A, Appeal Judgment, para. 418; *Prosecutor v. Stakić*, IT - 97 - 24 - A, Appeal Judgment, para. 64; *Prosecutor v. Tadić*, IT - 94 - 1 - A, Appeal Judgment, para. 227 (ii); *Prosecutor v. Vasiljević*, IT - 98 - 32 - A, Appeal Judgment, para. 100, para. 109.

④ *Prosecutor v. Brđanin*, IT - 99 - 36 - A, Appeal Judgment, para. 410.

⑤ *Prosecutor v. Vasiljević*, IT - 98 - 32 - A, Appeal Judgment, para. 102; *Prosecutor v. Tadić*, IT - 94 - 1 - A, Appeal Judgment, para. 229; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, IT - 98 - 30/1 - A, Appeal Judgment, para. 89.

⑥ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009), p. 162.

⑦ *Prosecutor v. Krnojelac*, IT - 97 - 25 - A, Appeal Judgment, para. 71, para. 72.

⑧ [法] 卡斯蒂·斯特法：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第301页；《法国刑法典》第121—126条。

⑨ [法] 卡斯蒂·斯特法：《法国刑法总论精义》，第317—320页；《法国刑法典》第121—127条。

犯,而后者为帮助犯。^①但在“斯塔辛斯基案”(Stashynskij)后,主观理论广受批评,^②目前的实践已经采纳犯罪支配学说,能否对犯罪形成支配地位成为判断共同正犯或帮助犯的关键。^③因此,从方法论的角度观察,存在三种可能性:(1)采纯客观标准,提供帮助之团体成员将被定性为帮助犯;(2)采主观学说,持“共同目的”高于“知道”自身行为贡献于犯罪实行,应定性为帮助犯;(3)采主客观结合学说,构成犯罪支配的被告人定性为共同犯罪团体责任,不具备支配地位的,依旧为帮助犯。

前南斯拉夫国际刑事法庭审判“瓦斯尔耶维奇案”(Prosecutor v. Vasiljević)从侧面反映了上述方法论选择的问题。本案中被告人被控于1992年6月7日帮助米兰·卢季奇(Milan Lukić)及其手下在达里纳河(Drina River)河边杀害7名穆斯林受害人的行为。具体涉案行为是当米兰·卢季奇用卡车押送被害人赶往被害地点途中,被告人持枪指向受害人防止受害人逃跑,此后在受害人被枪杀前,被告人持枪站立在被害人身后。^④而在此之前,被告人承认,当米兰·卢季奇在被告人所在地萨斯(Sase)停车并将穆斯林受害人押送上车时,他已经知道米兰·卢季奇打算杀害受害人。^⑤上诉庭与审判庭的分歧在于,上诉庭认为本案事实不足以推断被告人持有与米兰·卢季奇相同的共同目的事实。^⑥但上诉庭还强调,审判庭没有查明被告人没有向被害人开枪,也没有查明被告人对开枪能够起支配作用,因此被告人对杀害受害人的参与程度与米兰·卢季奇的参与程度不在同一水平。^⑦上诉庭在本案中强调采纳的是主观标准,但推理过程似有运用犯罪支配学说的嫌疑。此后在“科诺耶拉克案”(Prosecutor v. Krnojelac)中,前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭确认,共同犯罪团体内部存在以自身行为满足客观要件的主犯以及以自身行为便利犯罪实行的团体成员。^⑧在上诉庭看来,两类团体成员都属于犯罪实行对应的范畴,而在量刑方面,尽管存在实行行为与非实行行为的区分,但上诉庭认为无需在量刑上加以区分。^⑨

综上所述,特设法庭的理论运用了主观标准区分了共同犯罪团体成员和帮助犯。但特设法庭的理论在国际刑事法院并不适用,因国际刑事法院以犯罪支配学说作为基础性理论解释责任模式条款,对犯罪是否具备支配地位将用以区分帮助犯与共同正犯。

除此之外,两种责任模式关系还存在一个附带性的问题。在共同犯罪团体责任与帮助犯的关系上,由于二者分别被定性为实行和参与的范畴,因此理论上存在帮助行为助益于共同犯罪团体成员行为的问题。前南斯拉夫国际刑事法庭的审判庭曾承认共同犯罪团体的帮助犯(aiding and

① Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009), p. 162.

② 本案被告人斯塔辛斯基本人为前苏联情报机关克格勃特工,于1957年暗杀了两名流亡到德国的前苏联不同政见者。但德国最高法院的判决强行采用主观理论中的分类,将被告人解释为第二种类型,从而适用《德国刑法典》第27条第2款的规定,以帮助犯的身份给被告人定罪量刑,判处被告人8年有期徒刑。“斯塔辛斯基案”广受批评,因为此案受到政治因素明显的影响。参见 Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, p. 162.

③ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, p. 163.

④ *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, Appeal Judgment, para. 113.

⑤ *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, Appeal Judgment, para. 112.

⑥ *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, Appeal Judgment, para. 131.

⑦ *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, Appeal Judgment, para. 131.

⑧ *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-A, Appeal Judgment, para. 71, para. 72.

⑨ *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-A, Appeal Judgment, para. 75.

abetting Joint Criminal Enterprise)。① 在承认二者可以嵌套适用的前提下，理论上存在两种状况：其一，帮助行为加功于对犯罪构成支配的团体成员；其二，帮助行为加功于不具备支配地位的团体成员。在后一种情况或能以从犯之从犯的理论模型解释，但在特设法庭的认识中，团体内成员不论客观上作出何种贡献均被认定为犯罪实行，因此从犯之从犯的理论模型不存在适用的可能性。与审判庭相对，上诉庭始终否认针对共同犯罪团体与帮助犯的叠加适用，即帮助犯提供的帮助行为只能指向犯罪，而不能指向团体成员的行为，理由是共同犯罪团体是实行犯罪的一种方式，而非犯罪本身。② 上诉庭没有提供更多刑法原理方面的理由，笔者认为主要是两个方面理由。（1）从犯之从犯理论模型在特设法庭的理论框架中不存在适用的可能性。（2）需要考虑 JCE - 3 责任模式的特殊性：JCE - 3 本质上是出现某团体成员实行过限情况下，未过限的其他成员在何种情况下为过限行为负责的问题。特设法庭认为 JCE - 3 中，团体成员对于过限部分的主观要件为间接故意。③ 在上述前提下，若允许 JCE - 3 与帮助犯嵌套，则意味着法庭需要解释一个现象：帮助犯以自身行为帮助了一个基于间接故意的行为导致的以直接故意（在灭绝种族罪的情况下为包含了犯罪目的的特别故意）为特征的犯罪。特设法庭没有显示出兴趣来解释如此复杂的刑法理论模型。

（三）帮助犯与“灭绝种族罪共犯”（complicity in genocide）

特设法庭规约关于“灭绝种族罪共犯”的规定源自 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 3 条 e 项。该项下“灭绝种族罪共犯”④ 与共谋、直接且公然煽动、未遂犯并列为应当受到惩处的“其他行为”，但所谓共犯到底指何意义，公约本身并没有给出明确的解释。特设法庭规约中关于灭绝种族罪的规定，包含两个条款，分别直接复制了《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 2 条和第 3 条的规定。这样，在前南斯拉夫国际刑事法庭规约第 4 条第 3 款（以下简称第 4 条第 3 款）下以及卢旺达国际刑事法庭规约第 2 条第 3 款（以下简称第 2 条第 3 款）下，都包括“灭绝种族罪共犯”的规定。理论上纠缠不清的问题由此产生：由于“灭绝种族罪共犯”被规定在了特设法庭的罪名条款之中，但从字面表意上看又具有犯罪参与形式的意义，因此法庭需要解释第 4 条第 3 款 e 项与第 7 条第 1 款关系（在卢旺达国际刑事法庭为规约第 2 条第 3 款 e 项与第 6 条第 1 款的关系）便成为了问题。理论上的解释可能包括几种情况：（1）二者是重合的关系；（2）二者是特别法与一般法关系，第 7 条第 1 款是责任模式条款，对所有犯罪都适用，而所谓“共犯”措辞，仅对灭绝种族罪最适用；（3）认为二者各自有其适用范围，“共犯”构成灭绝种族罪责任模式的剩余形式；（4）“灭绝种族罪共犯”规定在罪名条款里，因而应与灭绝种族罪的未遂犯、灭绝种族罪共谋以及直接、公然煽动灭绝种族罪并列，作为独立的未完成犯罪处理；（5）承认规约第 4 条第 3 款纳入“灭绝种族罪共犯”是立法技术上的错误，由于已经有了第 7

① *Prosecutor v. Kvočka et al.*, IT - 98 - 30/1 - T, Trial Judgment, paras. 284 - 287; *Prosecutor v. Simić*, Trial Judgment, para. 260.

② *Prosecutor v. Milutinović et al.*, IT - 99 - 37 - AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, para. 20; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, IT - 98 - 30/1 - A, Appeal Judgment, para. 91; *Prosecutor v. Krajišnik*, IT - 00 - 39 - T, Trial Judgment, para. 86.

③ *Prosecutor v. Tadić*, IT - 94 - 1 - A, Appeal Judgment, para. 220.

④ 该公约的联合国中文文本将第 3 条 a 项中的“conspiracy”翻译为“预谋”，将 e 项中的“complicity”翻译为“共谋”，实为翻译错误。

条第1款界定各罪责任模式,因此第4条第3款e项没有存在必要。前四种解释与第五种解释存在根本区别,前四种解释默认既然规约起草人将“共犯”和责任模式分别纳入规约之中,定然意味着二者在公约下有各自不同的含义,根据有效解释原则(*Ut Res Magis Valeat Quam Pereat*),“灭绝种族罪共犯”和责任模式应被赋予各自不重合的意义;而第五种解释则在本质上认为第4条第3款e项的出现是一个立法的错误。

特设法庭审理的案件中,多数倾向将“共犯”视为责任模式的一种。例如在“卡列梅拉等人案”(Prosecutor v. Karemera et al.)中,检察官以灭绝种族罪共犯为罪名起诉被告人,责任模式为JCE-3,^①而审判庭认为灭绝种族罪共犯仅构成责任模式,因此不可能出现JCE-3与灭绝种族罪共犯两种责任模式并列的可能性。^②但在如何定义此责任模式的构成要件上,特设法庭并没有同一的实践。比较多的共识出现在客观要件上,由于规约第4条第3款(第2条第3款)已经将共谋、未遂犯、直接且公然煽动明示并且与e项并列,因此所谓“共犯”只能在排除了上述未完成犯罪的范围之内寻找,由此逻辑上延伸的结果便是特设法庭将灭绝种族罪共犯的客观要件定义为“对完成灭绝种族罪实体犯罪具有实质性贡献或影响的、提供帮助或者鼓励的行为”。^③按照这一种观点,灭绝种族罪共犯的客观要件与前南斯拉夫国际刑事法庭规约第7条第1款(以下简称第7条第1款)或卢旺达国际刑事法庭规约第6条第1款(以下简称第6条第1款)中的帮助犯没有实质性差别。略有一些分歧的地方是,“科尔斯蒂奇案”(Prosecutor v. Krstić)中上诉庭认为“灭绝种族罪共犯”的范围比第7条第1款(第6条第1款)下帮助行为宽泛^④,但特设法庭此后未明确说明宽泛在哪里。^⑤而在那些通常范围内的共犯行为,一些前南斯拉夫国际刑事法庭的案件认为,所谓共犯与帮助犯对灭绝种族罪的适用而言是重合的关系;^⑥卢旺达国际刑事法庭也采用了相同路径。^⑦按照这一思路,“灭绝种族罪共犯”的主观要件实质上与帮助犯无异。

在将灭绝种族罪共犯视为责任模式的观点中,“阿卡耶苏案”(Prosecutor v. Akayesu)审判庭采取的方法堪称异类。(1)该庭对于客观要件的界定没有从接受规约和公约条文的角度入手,该庭认为规约本身没有对“共犯”提供明确定义,因此客观要件须求助于《卢旺达刑法典》对“共犯”的规定。^⑧而在《卢旺达刑法典》中,“共犯”包括了帮助犯(包括提供犯罪工具和其他帮助行为两个子类型)和教唆犯两种类型。(2)在主观要件的界定方面,“阿卡耶苏案”依赖

① Prosecutor v. Karemera et al., ICTR-98-44-T, Decision on Defence Motions Challenging the Pleading of A Joint Criminal Enterprise in A Count of Complicity in Genocide in the Amended Indictment Article 2 and 6 (a) of the Statute, para. 5.

② Prosecutor v. Karemera et al., ICTR-98-44-T, Decision on Defence Motions Challenging the Pleading of A Joint Criminal Enterprise in A Count of Complicity in Genocide in the Amended Indictment Article 2 and 6 (a) of the Statute, para. 8.

③ Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-20-T, Judgment, para. 395.

④ Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-A, Appeal Judgment, para. 139.

⑤ 例如,“布尔加宁案”(Brđanin)审判庭认为,灭绝种族罪的实行应包括亲自实行和通过共同犯罪团体实行,而此案中“灭绝种族罪共犯”则包括了除了犯罪实行外的其他所有形式。但需要指出,本案中法庭认为“共犯”(complicity)与“从犯”(accomplice)一词表达一个意思,可以互换,因此上述对“灭绝种族罪共犯”范围的认定,实际上是在重复规约第7条第1款,这种逻辑对于从正面说明“灭绝种族罪共犯”的范围没有任何意义。参见Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T, para. 723, para. 727.

⑥ Prosecutor v. Stakić, IT-97-24-T, Decision on Rule 98 bis Motion for Judgement of Acquittal, para. 47, para. 60; and Trial Judgement, para. 531.

⑦ Prosecutor v. Ntakirutimana et al., ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Appeal Judgment, para. 500; Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-20-T, Trial Judgement, para. 394.

⑧ Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, para. 537.

于普通法判例，认为共犯不必持灭绝种族的特别故意，只需明知自身行为助益于灭绝种族罪的实行，并且知道实行者的特别故意即可。^① 这一点实质上与特设法庭对第7条第1款（第6条第1款）下帮助犯的认定相同。审判庭在此基础上认为“灭绝种族罪共犯”与帮助犯在于两点差异：一是灭绝种族罪的帮助犯须持灭绝受保护团体的特别故意，而“灭绝种族罪共犯”仅需证明“知道”即可；二是帮助犯的帮助行为包括作为和不作为，而“灭绝种族罪共犯”的行为仅限于作为。^② “阿卡耶苏案”之时，特设法庭的帮助犯理论尚未得到完全阐述，因此主、客观要件认定后来形成的帮助犯理论不同完全可以理解。但方法上该庭所犯错误十分明显：一是并不首先考察《防止及惩治灭绝种族罪公约》第3条本身的含义，而是直接求助于一国国内法解释约文的含义，违反了条约解释的一般性规则；^③ 二是求助于《卢旺达刑法典》后，“共犯”范围实际上包括帮助与教唆两个类型，该庭试图对帮助犯有教唆犯设定统一的构成要件，这在采纳二元犯罪参与体系而非单一正犯体系的刑法原理中是行不通的。

认为“灭绝种族罪共犯”系犯罪模式观点中，还存在第7条第1款与第4条3款e项竞合的观点的可能性，前提是一方是特别法，另一方是一般法。^④ 对客观要件界定存在共识的（认为“共犯”的客观要件主要与帮助犯无异）前提下，区分特别法与一般法的标准落在主观要件。支持“共犯”须持种族灭绝之特别故意的观点，主要依据包括以下几点。（1）《防止及惩治灭绝种族罪公约》第3条将灭绝种族罪、共谋、未遂犯、直接公然煽动和“共犯”并列，前四种可罚行为均须具备全部或部分消灭基于种族、宗教、国际、族裔原因构成的团体的特别故意，从保持责任形式一致性的角度看，没有理由认为“共犯”无须具备此种特别故意。^⑤ （2）英国代表在缔约过程中提出“共犯”应该用“有意”（deliberate）一词来限定，以便明确“共犯”也属于故意行为。英国代表团的要求得到肯定回应后撤回了修改文本要求。^⑥ 若沙巴斯（Schabas）教授观点成立，“共犯”将仅指持灭绝种族特别故意而提供帮助行为的责任人，“共犯”与帮助犯构成竞合关系。但此说在特设法庭的理论中存在难以解释的障碍。特设法庭的共同犯罪团体理论中，JCE-1的主观要件为其指向的犯罪的主观要件，因此当JCE-1适用于灭绝种族罪时，其范围包括了“灭绝种族罪共犯”所涵盖的范围（JCE-1要求成员对共同目的作出“有意义的贡献”，这一要求低于“共犯”提出的“实质性贡献”的程度）。而且，在特设法庭看来，JCE-1属于犯罪实行的概念，是主犯，而“共犯”是从犯，同一个行为在同一案件中绝不可能既被界定为主犯，又被界定为从犯。

“灭绝种族罪共犯”作为剩余的责任模式也是有效解释的结果。根据艾伯维·奥苏伊（Eboe-Osuji）的分析，应该包括事后帮助犯和其他低层次的共犯。^⑦ 上述判断来自论者假设的两

① *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, paras. 539-541.

② *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, para. 547, para. 548.

③ 卢旺达法庭此后否定了这种做法的正当性，参见 *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-A, Trial Judgement, para. 177, para. 179。

④ *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, Trial Judgement, para. 531; *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, Decision on Rule 98 bis Motion for Judgement of Acquittal, para. 47; *Prosecutor v. Semanza*, ICTR-97-20-T, Trial Judgement, para. 394, para. 395; *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-A, para. 138.

⑤ William A. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd edn, 2009), p. 342; UN Doc. A/C.6/236 and Corr. 1.

⑥ William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 353.

⑦ Eboe-Osuji, “Complicity in Genocide’ versus ‘Aiding and Abetting Genocide’-Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes”, (2005) 3 (1) *Journal of International Criminal Justice* 56, p. 67.

个认识：一是有效解释的方法论必须运用，从而避免使得特设法庭规约第7条第1款（第6条第1款）、第4条第3款e项（第2条第3款e项）中任何一条失效的结果；二是《防止及惩治灭绝种族罪公约》的立法意图，第3条对具备可罚性的“其他行为”的枚举中，“灭绝种族罪共犯”也构成对其他责任模式的剩余形式。^①然而关于公约起草者是否意图将“灭绝种族罪共犯”作为兜底条款，艾伯维·奥苏伊没有给出支持的论据。将特设法庭的法理作为一个整体来看，“剩余责任模式说”观点存有值得商榷之处：（1）事后帮助犯的情况虽然数量稀少，但特设法庭的论述和实践均有所涉及；^②（2）艾伯维·奥苏伊没有明确所谓低层次共犯为何意，若指代程度达不到实质性影响但却旨在共同目的实现的行为，则与共同犯罪团体责任中JCE-1的情况重合。

舒尔茨（Shorts）法官在“卡列梅拉等人案”（*Prosecutor v. Karemera et al.*）的个别意见中主张，“灭绝种族罪共犯”系一项独立的犯罪，主要理由是“共犯”的规定出现在罪名条款而非责任条款之中，且检察官将“灭绝种族罪共犯”作为与灭绝种族罪并列的备用罪名起诉，如将其界定为责任模式，将无从解释被审判庭认可的起诉策略。^③因此，舒尔茨法官将其界定为一项包括了特定责任模式的独立的犯罪。^④论者更进一步的解释是从《防止及惩治灭绝种族罪公约》第2条（灭绝种族罪定义）和第3条（其他行为）的关系入手着力说明：两个条款中均使用了“行为”（acts）的措辞，唯一合理的解释是第2条、第3条中的“行为”指代不同的意思——第2条指代满足灭绝种族罪的客观要件；第3条规定了“其他行为”可罚性，因此第3条下“行为”指独立的犯罪。^⑤笔者认为这种解释是牵强附会的，按照此解释，《防止及惩治灭绝种族罪公约》下将不存在共同犯罪中的教唆犯和帮助犯，教唆行为和帮助行为只能作为独立的犯罪存在。放在特设法庭规约的环境下，主张“灭绝种族罪共犯”构成独立犯罪带来了一系列不合理性。（1）第7条第1款（第6条第1款）、第7条第3款（第6条第3款）将适用于“灭绝种族罪共犯”这个独立的罪名，会产生“灭绝种族罪共犯”的帮助犯、“灭绝种族罪共犯”的教唆犯、计划“灭绝种族罪共犯”、命令“灭绝种族罪共犯”“灭绝种族罪共犯”的共同犯罪团体等荒谬的形式。（2）舒尔茨法官未说明其主张的独立犯罪到底适用哪种理论基础，普通法中未完成犯罪理论以及大陆法系立法中将帮助行为直接规定为单独犯罪似乎可以用来说明单独犯罪说的合理性，但两种路径都存在问题。一方面是普通法理论接受的未完成犯罪通常是教唆、共谋、未遂犯等三种类型，将帮助行为直接界定为未完成犯罪，并不符合普通刑法的理论常识。^⑥另一方

① Eboe-Osuji, “Complicity in Genocide’ versus ‘Aiding and Abetting Genocide’-Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes”, p. 68.

② *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, Appeal Judgment, para. 48; *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-T, Trial Judgment, para. 285; *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Trial Judgment, para. 62; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Trial Judgment, para. 731.

③ *Prosecutor v. Karemera et al.*, ICTR-98-44-T, Trial Judgment, Separate Opinion of Judge Short, para. 8.

④ *Prosecutor v. Karemera et al.*, ICTR-98-44-T, Trial Judgment, Separate Opinion of Judge Short, para. 8.

⑤ Daniel M. Greenfield, “The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia Got It Wrong, and Why It Matters”, (2008) 98 (3) *The Journal of Criminal Law and Criminology* 921, p. 932.

⑥ 在一些典型的普通法系国家，执行《防止及惩治灭绝种族罪公约》的国内立法，均不支持将帮助行为界定为未完成犯罪。例如，美国立法仅肯定共谋、直接公然煽动、未遂犯三种未完成犯罪，参见：USC. Title 18, Chapter 50A, Section 1091；新西兰仅承认灭绝种族罪共犯为未完成犯罪，参见 International Crimes and International Criminal Court Act 2000, Sec. 9 (1) (b)；加拿大有限的承认帮助犯构成未完成犯罪，但仅限于事后帮助犯的情况，参见 Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, Art. 4 (1.1), Art. 6 (1.1)。

面，大陆刑法将帮助行为实行行为化的理论，是确立一个不同于原罪的独立罪名（如传授犯罪方法罪与诈骗罪的帮助犯的关系），但考虑到法庭规约提供罪名的有限性，接受此理论路径等于让法官创设一个罪名，从而违反罪刑法定原则。

基于上述理由，笔者认为有效解释方法的路径并不能为“灭绝种族罪共犯”赋予独特的含义，同时避免理论和操作上难以解释的障碍，各种学说均无法自治。因此，笔者认为“灭绝种族罪共犯”出现在特设法庭规约中是秘书长在起草过程中的错误。如此困境产生的原因在于，在特设法庭层面的讨论忽视了规约背景与《防止及惩治灭绝种族罪公约》背景的差异。公约的制定是贯彻联合国大会第96（1）号决议（《纽伦堡原则》）的措施，^①同时公约不仅预见了其在国际层面适用的可能性（第6条），而且要求其在国内法层面上运用（第5条），因此解释第3条e项的含义，决不能脱离国内或国际层面同时适用的背景而仅仅考虑一方面。这一思路指导下，所谓“共犯”的解释，一定要为缔约国适用公约的解释留有余地。然而，大陆法及普通法刑法理论对如何界定从犯存在极大差异，甚至在大陆法系内部，不同国家采取了不同标准。^②因此，公约第3条e款必然不能给出一个确定其含义的解释，因为在公约层面确定其含义，就意味着第3条演变为一个封闭的体系，从而使得各国立法失去了根据自身刑法特点保留自我调适空间的可能。尽管如此，“共犯”概念的外延取决于公约的目的与宗旨，公约的序言指向联大第96（1）号决议，而作为国际法委员会编纂习惯法的反映，《纽伦堡原则》第7条规定反和平罪、战争罪及危害人类罪的共犯须承担刑事责任。^③在公约序言揭示的背景下，对于“共犯”解释应该分为国际与国内两个层面，其中国内法意义上“共犯”的界定，缔约国应有充分的自由空间。采取何种责任形式并不重要，重要的是责任模式能否充分尊重《纽伦堡原则》所反映的习惯法。这样，具体到特设法庭层面的适用，问题就演变成了规约第7条第1款（第6条第1款）是否来源于国际习惯法以及是否充分地反应了习惯法确认的“刑法的一般法律原则”。秘书长对起草前南斯拉夫国际刑事法庭规约说明中，针对第7条仅强调以各种形式参与犯罪都须承担刑事责任，^④但在对前南斯拉夫国际刑事法庭规约作出总体评价的部分强调，法庭无权创设法律规则，只能执行既有规则。^⑤可见规约第7条第1款（规约第6条第1款）的解释，实为习惯法归纳和展开的结果。从反向的角度理解，试问规约第7条第1款（第6条第1款）能否充分反映《纽伦堡原则》第7条问题，也就是在问，《纽伦堡原则》概括的责任模式是否包括了将“共犯”视为独立的犯罪，或者将提供帮助行为视为未完成犯罪的意涵。显见的事实是，纽伦堡和远东国际军事法

① 参见《防止及惩治灭绝种族罪公约》序言第1段。

② 参见前文“帮助犯与共同犯罪团体（特设法庭理论）”部分分析。

③ 《纽伦堡原则》第7条规定：“针对实行第5条规定的反和平罪、战争罪以及危害人类罪的共犯（complicity）是国际法下的一个犯罪。”按照字面意思，此处“共犯”应为独立的犯罪，但在国际法委员会的解释中，委员会将此原则的法律根源指向《纽伦堡国际军事法庭宪章》中关于共谋和其他责任条款的规定。纽伦堡国际军事法庭对其界定是，尽管反和平罪在国际军事法庭是以共谋形式被起诉，但这一条并没有创设新的罪名。国际法委员会据此认为纽伦堡国际军事法庭采用了刑法的一般法律原则来解释“共犯”的含义。参见 Yearbook of International Law Commission, 1950, Vol. 2, UN Doc. A/CN.4/L.2, paras. 125-127, pp. 377-378。

④ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25703, para. 54.

⑤ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25703, para. 29.

庭的实践仅承认针对反和平罪的“共谋”这一未完成犯罪,^①丝毫不涉及“共犯”或帮助行为是否构成未完成犯罪或独立犯罪的命题。此后的《盟军管制委员会第10号法案》(第2条第2款)关于责任模式的规定,也不涉及上述命题。^②基于上述原因,笔者认为特设法庭规约第7条第1款(第6条第1款)已经充分地反映了习惯法上的各种责任模式,而讨论“灭绝种族罪共谋”的适用,不论作为未完成犯罪(或单独犯罪),还是作为责任模式适用,实为多余。实践中,“科尔斯蒂奇案”上诉庭的主张可能最接近立法错误论。

从刑法理论的角度可以进一步解剖问题。在特设法庭的理论中,第7条第1款(第6条第1款)本身已经是自成一体的责任模式体系,这一体系的内在逻辑是建立在主犯(包括自身行为实行和共同犯罪团体责任)与从犯(教唆、命令、策划、帮助)区分的二元犯罪参与体系之上的。特设法庭已经通过自身的实践选择了界定标准。此时,如根据有效解释认为“灭绝种族罪共犯”具备有别于第7条第1款(第6条第1款)的含义,实际意味着特设法庭选择了两套区分主犯与从犯的标准,这将破坏第7条第1款(第6条第1款)的自治性,使现实中司法实践无所适从。

综上所述,笔者认为基于有效解释原则而推导出来的各种学说,既无习惯法的依据,也不符合刑法的一般原理。因此,处理帮助犯与所谓“灭绝种族罪共犯”最好的办法是承认立法者的疏忽,在实践中忽略规约第4条第3款e项(第2条第3款e项)。与特设法庭基于习惯法构建责任模式的方式不同,《罗马规约》第25条第3款对各责任模式建构在犯罪支配学说上,这本身就是一个高于特设法庭规约规定的“顶层设计”,这在逻辑上解释了所谓“灭绝种族罪共犯”在国际刑事法院的法律体系中找不到位置的现象。

(四) 帮助犯与团体支持(国际刑事法院理论)

团体支持的责任模式来自于《罗马规约》第25条第3款d项。二战后国际审判以及特设法庭对习惯法的解释中并不存在此类责任模式,而该项文本来自于《罗马规约》缔约中起草者对联合国《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第2条第3款c项的复制和对共谋责任的妥协。^③目前国际刑事法院将其解释为一种剩余的共犯责任,即在第25条第3款a、b、c三项之外的共犯责任。^④第25条第3款中前3项分别规定了正犯、教唆犯和命令者、帮助犯,而d项下的责任是除了前述三款责任外、致力于支持具备共同犯罪目的的被告人的责任。规约第25条第3款对责任模式采取了主犯——从犯分类的方法,采取这一方法的前提是,法院采取了克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)为代表的犯罪支配学说作为解释主犯与从犯区分的标准:依自身行为、控制他人行为、组织行为而对犯罪实行取得功能性支配(functional control/dominance)地位的为正犯,其

① IMT Judgment, Nazi Conspiracy and Aggression, Vol. I: Opinion and Judgement, p. 56; IMTFE Judgment (49, 769), in N. Boister and R. Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 596; See also: Juliet R. Amenge Okoth, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law* (Berlin and Heidelberg: T. M. C. Aseer Press and Springer, 2015), p. 84, p. 116, p. 117.

② 盟军在德国占领区的审判,在责任模式及未完成犯罪部分也从未涉及“共犯”作为独立犯罪或未完成犯罪的问题,参见 Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 251–295.

③ International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, UN Doc. A/RES/52/164 (1998), Annex, article 2 para. 3 (c); Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Beck/Hart Publishing, 2016), p. 1010.

④ *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 337.

他犯罪参与者依据其参与犯罪的作用、贡献定位为从犯。“卢班迦案”中，上诉庭认定在条件相同的情况下，责任轻重自正犯至团体支持逐次递减。^① 所谓团体支持是被告以犯罪实行、帮助、教唆、命令之外的形式故意贡献于拥有共同目的（common purpose）团体的行为的形式，具体分为两个类型：（i）被告人持推进该团体犯罪行动或共同目的之目标，此犯罪行动或共同目的包含了《罗马规约》管辖的罪行；或（ii）被告人知道该团体实行犯罪的故意。《罗马规约》本身并没有对 d 项下具有共同目的之团体的含义进行解释，因此在规约第 21 条下，当规约及其附件不能提供解释时，法院应求助于习惯法的解释。在目前唯一一个以团体支持责任模式审结的“卡堂迦案”（*Prosecutor v. Katanga*）中，审判庭对团体支持责任含义的解释采取了混合条约文本与习惯法含义的方法。（1）关于如何界定具有共同目的的团体，采用了前南斯拉夫国际刑事法庭的共同犯罪团体理论，^② 但设计“共同目的”的解释，采用《罗马规约》第 30 条对故意的界定方法来解释共同目的。共同目的包含两种类型，一是本身即为法院管辖犯罪的故意，二是共同目的指一个政治或者战略性目的，为达成这个目的的行为将导致了具有该共同目的的团体实行法院管辖的犯罪。^③ 前南斯拉夫国际刑事法庭建立的共同犯罪团体理论中所包括的 JCE - 3 的形式，因为超出了共同目的的范围而不能包括在内。^④ （2）对于被告人支持团体的行为，采用前南斯拉夫国际刑事法庭对共同犯罪团体的解释方法，支持行为须达到针对犯罪团体作出有意义贡献的程度，此贡献对于犯罪实行无需具有决定性的因果关系，当贡献对犯罪的产生或者实施方式产生影响即为有意义的贡献，^⑤ 且何为有意义贡献根据个案案情决定。^⑥ （3）对于提供支持的被告人的主观状态，依据《罗马规约》第 30 条确定规则进行解释。其一，被告人对于提供支持的行为，须持有故意。其二，被告人故意推进共同犯罪团体（针对犯罪结果的一级直接故意和二级直接故意）^⑦ 或被告人在作出支持行为之时知道共同犯罪团体的犯罪故意的存在。^⑧

国际刑事法院对团体支持责任的界定是历史上最为复杂的责任模式界定方式。但总的来看，属于复杂的主观要件匹配较低程度要求的客观要件的类型。在国际刑事法院，团体支持与帮助犯可能产生混淆。二者表面上的差别是，团体责任以界定实行犯罪的团体为前提，而帮助犯所帮助的，不限于具有共同目的的犯罪团体。第 25 条第 3 款 d 项本身是一个兜底条款，而在 c 项（帮助犯）中也包括了“以其他方式帮助”兜底措辞，因此两种责任模式在客观要件方面可能产生重合。^⑨ 更有甚者，在从犯行为对犯罪实行的因果关系上，两种责任模式均承认促进性因果关系，而且法院取消了习惯法关于帮助行为必须对犯罪实行构成实质性贡献的界定，因此理论上只要满足“有意义的贡献”门槛，同一行为既可以构成帮助犯，也可以构成团体支持。无独有偶，在“卡堂迦案”中，审判庭认为团体支持可以针对客观要件的形式展现（如提供武器），也可以

① *Prosecutor v. Lubanga*, ICC - 01/04 - 01/06 A 5, Appeals Judgment on Conviction, para. 462.

② *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1625.

③ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1627.

④ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1630.

⑤ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1633.

⑥ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1634.

⑦ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1641.

⑧ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1641.

⑨ See Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, pp. 1011 - 1012.

针对主观要件的形式表现（例精神鼓励）。^① 而正是在此案中，被告人卡堂迦被追究形式责任的贡献恰恰是为其领导下的民兵组织协调提供武器、弹药事宜。^②

另外，从主观方面，提供帮助和提供团体支持都受限于规约第 30 条的解释方法，被告人不论对于帮助行为还是对于团体支持行为都应归为故意。而在他方面故意的界定上，c 款要求“为便利犯罪实行的目的”而提供帮助，d 项（i）子项下被告人须意图推进共同犯罪团体之目的，笔者认为二者之间不存在实质性差别，只不过是言辞上的差异而已。细微的差别是，根据有效解释原则，d 项（i）、（ii）两个子项的含义不能重合，^③ 因此法院未来有可能将 d 项（ii）子项下“知道犯罪故意”解释为间接故意，从而构成第 30 条的例外。^④

综上所述，《罗马规约》第 25 条第 3 款 c、d 两项责任可能存在较大程度的重合。在无法修改 c、d 两项约文措辞的情况下，有效解释原则自然作为首要考虑的解释方法，避免二者重合的现象。两个条文外加第 30 条使两种责任模式的主观要件有了明确的界定，因此较为可行的方法是调整解释客观要件的方法。这一思路存在两个路径。其一，提高对团体支持责任客观要件。例如“卡堂迦案”中文格尔特（Van Den Wyngaert）法官认为应在 d 项（ii）子项的情况下针对团体支持行为增加特殊指向性要求。^⑤ 其二，提升 c 项下帮助犯客观要件的要求，在因果关系方面与习惯法保持一致，要求帮助行为对犯罪实行构成实质性贡献。考虑到法院关于各责任模式严重程度自正犯至团体支持逐次递减的预设判断，采用第二种思路明显更为妥当。

中立（帮助）行为理论或能提供第三种思路分析团体支持与帮助犯的关系。按此思路，团体支持责任被归类为具有可罚性、针对团体实施的中立（帮助）行为。特设法庭仅在实施层面零星探讨过中立行为是否成立帮助犯的问题。^⑥ 但中立（帮助）行为是否构成帮助犯是大陆法系

① *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1635.

② *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1680.

③ “卡堂迦案”的检察官根据第 25 条第 3 款 d 项（ii）子项主张卡堂迦承担责任，因此审判庭没有就（i）子项的含义进行具体解释，但两个类别下主观状态不可重合已经为审判庭强调，参见 *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, para. 1638。

④ 国际刑事法院对“团体支持”责任模式中，是否存在他方面故意的问题尚未明确表态。目前存在一种解释方法似乎较有市场，即对第 25 条第 3 款 d 项下的两种情况均忽略是否故意的问题，如文格尔特法官在卡堂迦案件中的解释为：第（i）子项下，《罗马规约》英文文本在形容犯罪活动、犯罪目的时候，采用了“a crime under the jurisdiction the Court”，此处用不定冠词“a”来修饰“crime”；而在第（ii）子项中，采用了“in the knowledge of the intention of the group to commit the crime”的措辞，此处用定冠词“the”来修饰“crime”，因此二者的差别是，前者项下犯罪系泛指规约管辖下的所有犯罪，被告人仅须知道其行为将有助于某一款规约管辖的犯罪，至于是哪款犯罪在所不问；而在第（ii）子项下，知道的范围必须清楚地包括被指控犯罪的故意。（参见 *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, para. 288）这种解释方法在理论上存有疑问，因为不论是属于第（i）还是（ii）子项的情况，都须肯定被告人是否为团体成员的问题。目前国际刑事法院承认，d 项下被告人既可以是团体成员，也可以是团体外人员（*Prosecutor v. Mbarushimana*, Pre-trial Chamber Decision of Confirmation of Charges, para. 275），在此前提下为团体成员和团体外成员设定统一的主观要件，理论上唯一的可能是将 d 项下被告人的主观状态与特设法庭的共同犯罪团体理论保持一致。

⑤ *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Trial Judgment, Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, para. 287.

⑥ 在“查尔斯·泰勒案”中，被告人在上诉中提出了审判庭未能区分本质上刑事违法的帮助行为和合法的中立行为的主张，并认为被告人提供帮助的行为对于发动战争来说是合法和恰当的。检察官对此的应对是，上诉方混淆了使用武力合法性规则（诉诸战争权）与国际人道法规则的界限。而上诉庭认为，区分刑事违法与合法的帮助行为，并不是要从抽象上划定界限，而应从其达到的效果来判断，由此上诉庭又回到了“实质性贡献”的客观要件上来（*Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL - 03 - 01 - A, paras. 181 - 182）。实际上，本案中各方并没有从刑法原理的高度展开中立行为能否成立帮助犯的讨论。

中的特殊问题，但判断其可罚性的依据在理论上众说纷纭。^① 德国司法在历史上曾经以客观说为判断中立行为可罚性的标准，但目前司法上已经转向主观学说。^② 按照克劳斯·罗克辛（Claus Roxin）的主观学说，援助人确定正犯具有犯罪的故意时中立行为成立帮助犯；当援助人只是对他人利用该行为从事犯罪的可能性具有认识（仅具有未必故意或间接故意）时，除非他人实施犯罪的倾向十分明显，否则不成立帮助犯。^③ 在《罗马规约》背景下，中立（帮助）行为的主观学说用以解释团体支持责任存在一定的契合性。因为根据《罗马规约》第30条及第25条第3款d项判断，团体支持责任排除了未必故意的可能性，恰好落在罗克辛的主观学说确认的中立行为具备可罚性的理论前提的范围之内。但用中立（帮助）行为理论解释团体支持责任，难点在于其理论是否具有普遍性意义从而获得《罗马规约》第21条确认的一般法律原则的地位。规约措辞以及缔约资料不能提供此方面的任何支持，姑且存疑。

总之，随着帮助犯客观要件的放低，团体支持责任与帮助犯面临一定的区分难题，尚有待国际刑事法院审判澄清。

四 帮助犯与侵略罪（身份犯）

自坎帕拉会议通过《罗马规约》修正案对侵略罪进行界定以来，侵略罪与帮助犯的关系便浮出水面。在《犯罪构成要件》（2010年修订版）对《罗马规约》第8条之二（侵略罪）的解释中，犯罪主体须为处于能有效控制或指挥实施侵略行为的国家地位的人。^④ 与此相对应，规约第25条第3款之二规定，涉及侵略罪的第25条第3款中刑事责任，仅限于处于能有效控制或指挥实施侵略行为的国家地位的人。有论者认为《罗马规约》修正案作出上述修改，系为与二战以来追究侵略罪实践保持一致的结果，^⑤ 在国家机器中的中层及下层人员，理论上被视为外部人而被排除了侵略罪的责任。^⑥ 依照第25条第3款之二的规定，无身份而教唆、帮助有身份者实行侵略罪的情况，将得不到惩治。按照《罗马规约》的措辞，判断被告人是否适格的标准在于国家机器在事实上（*de facto*）能否指挥或控制，而非是否具有法律上（*de jure*）的地位。^⑦ 这一规定是否不恰当地缩小了侵略罪的处罚范围呢？侵略罪是国家诉诸战争权层面违反使用武力合法性规则的犯罪，而动用武力涉及国际和国内政治层面的方方面面，须利用一个庞大的国家机器系统组织。例如历史公认希特勒对发动二战承担不可推卸的责任，但希特勒并不能包揽巴巴罗萨计划和海狮计划制定的所有方面，因而将参与侵略策划的非顶层人员排除在侵略罪的追责范围之外不应该是法律的应然状态。《罗马规约》第25条第3款之二，可能源自于对二战后审判在认识上的

① 陈洪兵：《论中立帮助行为的处罚边界》，载《中国法学》2017年第1期，第192—197页。

② 例如，在德国历史上曾经出现过向非法运营的妓院出售面包而被判处不成立帮助犯，而向该妓院出售酒类就被判处成立帮助犯的先例。尽管理论上存在争论，现代德国是司法转向采用主观标准，即提供帮助者在主观上是否意图推进正犯的犯罪，并且在帮助者看来，正犯的行为是纯粹的犯罪行为。

③ 陈洪兵：《论中立帮助行为的处罚边界》，第192—193页。

④ Element of Crimes, ICC Publication RC/11, p. 43.

⑤ Kai Ambos, *Treaties on International Criminal Law, Vol. 1, Foundations and General Part* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 171.

⑥ Kai Ambos, *Treaties on International Criminal Law, Vol. 1, Foundations and General Part*, p. 171.

⑦ Kai Ambos, *Treaties on International Criminal Law, Vol. 1, Foundations and General Part*, p. 171.

错觉而错误地总结了历史经验。历史上对反和平罪（侵略罪）的被告人，并没有极高的法律或事实上的任职条件门槛。^①例如，远东国际军事法庭认定的反和平罪的重要罪犯板垣征四郎，其涉及的犯罪事实包括了从1931年到1945年期间长达14年的时间跨度。板垣征四郎获得日军最高军衔是陆军大将，但其在“奉天事变”中实施侵略行为之时，军衔并不高，很难说达到了第25条第3款之二所表述的程度。^②

与此第25条第3款之二对应的刑法原理是身份犯的共犯问题，按照这一规定，不仅侵略罪的正犯必须是纯正的身份犯，其帮助犯也必须是纯正的身份犯。在第25条第3款及第3款之二前提下，有身份者与无身份者的关系，笔者认为反映在两组关系上：（1）有身份者与无身份者共同实行《罪行构成要件》规定的侵略行为；（2）无身份者教唆（第3款b项）、帮助（第3款c项）有身份者实行侵略罪以及为有身份者提供团体支持（第3款d项）。^③按照目前的立法，上述两种情况都不在可处罚范围之列。具体审判实践中，后者情况下被告人完全无法惩处；而前者情况下，无身份者通常地位从属于有身份者，可能满足第25条第3款a项下“利用他人实行犯罪而不论该人是否有刑事责任”（jointly through another person, regardless of whether that person is

① 在美国依照《盟军管制委员会第10号法案》展开的诉讼中，有4个案件涉及反和平罪的问题，分别是“部长案”（*Ministries Case*）、“高级指挥官案”（*High Command Case*）、“法苯公司案”（*IG Farben Case*）、“克虏伯公司案”（*Krupp Case*）。需要指出的是，与纽伦堡国际军事法庭起诉的战犯相比，这4个案件的被告人都不是在国家政治、军事的顶层能够对发动战争的问题起到决策性作用的人。在“高级指挥官案”中，法庭认为如果发动战争本身是违法的，那么追究由此产生刑事责任的人的范畴限制在决策层的范围内才是有说服力的。参见 *United States of America v. Wilhelm Von Leeb et al.*, paras. 488–490。而在“部长案”中，被法庭认定成立反和平罪的被告人冯·魏沙克（*Von Weizsäcker*）、科普勒（*Keppler*）、沃尔曼（*Wormann*）、拉梅尔（*Lammers*）、库尔那（*Körner*）等人，在第三帝国的国家机器中并非处于最核心的决策层，相对于希特勒、戈林等核心决策层，“部长案”的被告属于第三帝国侵略政策的执行层，或者说是非核心决策者。参见 *Sergey Sayapin, The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State* (The Hague: T. M. C Asser and Springer, 2014), p. 191。“法苯公司案”和“克虏伯公司案”的被告人，都是德国工业资本家。“法苯公司案”中，法庭发现没有证据证明工业家在总体上知道希特勒政权的侵略计划，参见 *United States of America v. Carl Krauch et al.*, Judgment, p. 1106，因而驳回起诉；而在“克虏伯公司案”中，法庭认为证据不足而撤销反和平罪的指控，参见 *United States of America v. Krupp et al.*, Judgment, para. 1328。总结上述4个案件，再结合纽伦堡国际军事法庭起诉的主要战犯，初步结论是：其一，战后国际司法实践并不限制侵略罪被告人的身份；其二，即便认为应对犯罪人身份有所限制，“决策层”（*policy-making*）成员的概念不仅包括处于顶层的核心决策者，还包括中间决策者，因此战后审判中“决策层”的概念外延远大于《罗马规约》第25条第3款之二规定的“能有效控制或指挥实施侵略行为的国家地位的人”。由于涉及反和平罪的案件数量有限，很难得出结论认为习惯法将侵略罪犯罪人限定为身份犯的结论。再退一步说，“法苯公司案”和“克虏伯案”两案中，由于被告人均为当时德国工业企业家，因此即便两案起诉的罪名成立，也不可能以犯罪实行的概念来界定被告人对发动战争的支持行为。

② 远东国际军事法庭认定，在1931年策划并发动“奉天事件”（即“九一八”事变，判决称为“奉天事件”）之时，板垣征四郎担任日本关东军高级参谋，军衔为日本陆军上校（东京法庭判决用词，正式用词为“陆军大佐”，相当于美国陆军上校军衔）；而在1934年12月板垣征四郎参与策动在中国华北地区及内蒙设立傀儡政权的过程中，其职务为关东军副参谋长。板垣征四郎直到1938年才在近卫文磨内阁时期任职军部，开始接触日本最高军事权力。1941年后，板垣征四郎军衔晋升为陆军大将，于1941年到1945年期间担任驻朝鲜日军最高指挥官；1945年4月担任日本驻新加坡第7方面军最高指挥官。但在远东国际军事法庭的考虑中，板垣征四郎的侵略罪是从发动“奉天事变”开始的，可见在远东国际军事法庭的实践中，犯罪人在犯罪行为实行之时的身份，并不是反和平罪及相关责任模式需要主要考虑的因素。参见 *Judgement of International Military Tribunal for Far East (IMTFE Judgment)*, pp. 1164–1166。

③ 根据《罗马规约》第8条之二第1款及《罪行构成要件》规定，侵略罪是包括策划、准备、发起或执行就其严重性和规模而言构成对《联合国宪章》明显违反的侵略行为。而在第25条第3款b项下还包括命令者的责任，根据国际刑事法院目前的解释，b项属于从犯责任，因此理论上推断不可能出现b项下无身份者命令有身份者实行侵略罪的情况。

criminally responsible) 的情况,即单个个人被利用的,属于间接正犯中有故意无身份的犯罪工具,被利用者呈组织化特征时,符合犯罪支配学说,被利用者作为整体构成被有身份者的“间接共同正犯”(国际刑事法院术语,实际上相当于接受犯罪支配学说的德国刑法理论中的“正犯背后正犯”的概念)利用的组织化工具。但不论是间接正犯还是间接共同正犯,严格按照立法原意,法院只能追究犯罪支配者的责任,而无法追究犯罪工具的责任。《罗马规约》仅规定了有限的罪名,因此以不同罪名分别追究正犯和犯罪工具责任的国内法上的变通做法,在国际刑事法院实践中行不通。

侵略罪的帮助犯乃至其他从犯的处罚范围如何界定,可以分为三个层次:一是是否应当将责任范围扩展至无身份者帮助犯或其他从犯;二是扩展应采取什么方法;三是扩展处罚范围后对量刑有无影响及以何种方式影响。从侵害法益角度分析,第一层次问题的答案是肯定的。不论是否有身份,对侵略罪的提供帮助(或其他从犯),在国家机器的层面都表现为一国非法使用武力导致的侵略行为,因此有无身份与帮助行为是否助益于威胁世界和平与安全没有关系。

关于第二层次的问题,由于《罗马规约》下具有身份犯属性的罪名只有侵略罪一个,且侵略罪构成要件与战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪相去甚远,因而很难形成想象竞合或法条竞合的局面,所以理论上不存在将有身份者以侵略罪论而无身份者以其他罪名论的可能性。理论和操作上可行的途径是,将有身份者与无身份者均以侵略罪论处。对此具有参考意义的立法例如《德国刑法典》第28条第1款、《日本刑法典》第65条第1款等,可以总结为广义上的共犯(包括共同正犯、教唆犯、帮助犯)中,不具备身份者的不影响对其定罪。考虑此罪构成要件对犯罪主体的要求,具体情况推测如下:(1)单独正犯,被告人须具备身份;(2)共同正犯,且多人直接参与实行的,共同正犯中须有一人为有身份者;(3)间接正犯的情况下,间接正犯须为有身份者;(4)间接共同正犯,对犯罪具有支配、控制地位者须为有身份者,被控组织成员是否有身份在所不问;(5)教唆犯、帮助犯、团体支持三类情况,正犯中有一人为有身份者,无身份者也可以教唆犯、帮助犯、团体支持三种从犯形式论罪。除此之外,在《罗马规约》第28条下,指挥官责任构成要件要求上下级之间存在有效控制关系,因此尽管规约没有规定,但当指挥官责任适用于侵略罪时,被告人须为有身份者。

关于第三个层次的问题,国内立法中存在无身份者减轻处罚的规定。^① 在国际刑事法院的法律框架中,直接相关的因素是《罗马规约》第78条第1款规定犯罪危害性(gravity of the crime)^②和《程序和证据规则》第145条第1款c项中的犯罪人的经济及社会条件(economic and social conditions of the convicted person)、第145条第2款b项(加重处罚情节)中的滥用职权(abuse of power and official capacity)三项。根据《程序和证据规则》的措辞,^③后两项是独立于犯罪危害性的量刑因素。此外,《程序和证据规则》第145条第2款a项对减轻处罚情节没有明确规定,但该款措辞确认法院认为适当情况下酌定减轻处罚的权限。在上述前提下,考虑到侵略罪作

① 如《德国刑法典》第28条第1款;中国《台湾(地区)刑法典》第31条第1款。

② 《罗马规约》第78条第1款下规定了犯罪危害性和犯罪人个人情况(individual circumstances)两个主要量刑因素。有无身份属性似与个人情况有关,但考虑到《罪行构成要件》已将其包括在内,因此笔者认为,身份属性应该属于犯罪危害性的内容。

③ 国际刑事法院《程序和证据规则》第145条的第1款c项、第145条第2款,都采用“除此以外”(in additional to)的措辞。

为纯正身份犯的性质,量刑应把握的原则应当为:(1)依照正犯、教唆犯、帮助犯、团体支持的顺次,确定量刑基准,不考虑量刑因素情况下,处罚自正犯至团体支持逐次降低;(2)对于有身份的正犯和从犯,身份因素作为构成要件已经纳入犯罪危害性之中,按照法院不得重复计算量刑因素的原则,^①身份因素不应作为犯罪人的经济及社会条件或滥用职权而算作加重情节;(3)对于无身份的正犯或从犯,法院可在自由裁量权内将不具备身份属性视为减轻处罚情节。

五 帮助犯与犯罪未遂和犯罪中止

特设法庭规约针对灭绝种族罪以未完成犯罪的形式规定未遂犯,但责任模式条款对此没有明确规定,因此特设法庭仅仅在有限意义上接受未遂犯的概念。灭绝种族罪的未遂犯的规定,来自于对《防止及惩罚灭绝种族罪公约》第3条的复制,是缔约国接受普通法中未完成犯罪概念的产物。按照特设法庭的解释,未遂犯与共谋、直接且公然煽动灭绝种族罪将作为独立于实体犯罪而存在的罪名处罚。^②因此,理论上存在对灭绝种族罪未遂犯提供帮助的行为能否成立帮助犯的问题;而且如果前一问题成立,进一步的疑问是,对于这个未完成犯罪的帮助犯,是犯罪未遂还是犯罪既遂?但特设法庭在其20多年的实践中从未涉及这一问题。对于战争罪、危害人类罪,前南斯拉夫国际刑事法庭及卢旺达国际刑事法庭各自规约第7条第1款、第6条第1款对帮助犯的界定是,在犯罪的策划、准备及执行阶段(in planning, preparation or execution)提供帮助,此处“策划”“准备”及“执行”三词是并列的关系,如果犯罪停顿状态(作为各国普遍接受的一般法律原则)纳入第7条第1款(或第6条第1款)的考虑之中,那么按照字面解释不仅未遂犯可以处罚,连犯罪预备的未遂也属于可罚范围之内。但特设法庭的审判从未明确论述这一问题,因此习惯法上帮助犯能否构成未遂犯还有待澄清。历史上《纽伦堡国际军事法庭宪章》《远东国际军事法庭宪章》《盟军管制委员会第10号法案》、国际法委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》对战争罪、危害人类罪以及反和平罪都没有设置未遂犯的处罚规则。特设法庭回避论处未遂犯的原因,比较有力的解释是,未遂犯的社会危害性较低,尚未达到与既遂犯相同的严重程度,因此没有跨过“严重性”的门槛条件。^③这一观点与一些国家刑法对未遂犯的处罚持限制态度保持了一致。然而,在特设法庭宣示的习惯法理论中,未遂犯并不仅仅是单独正犯的问题,特设法庭以第7条第1款(第6条第1款)下的责任模式追究被告人责任,因此理论上存在以自身实行或参与犯罪行为被外界因素打断情况下,是否构成未遂犯的问题。特设法庭在“瓦斯尔耶维奇案”中讨论了被告人谋杀两个穆斯林被害人未遂的状况,被告人以参与谋杀穆斯林被害人的共同犯罪团体被起诉,而审判庭以被告人行为构成不人道待遇(inhumane acts)将其定罪。^④这一思路体似暗示了三点:其一,以未遂犯定罪可能导致较轻的量刑,或够不上起诉门

① *Prosecutor v. Lubanga*, ICC - 01/04 - 01/06, Sentencing Decision, para. 35; *Prosecutor v. Katanga*, ICC - 01/04 - 01/07, Sentencing Decision (English), para. 35; *Prosecutor v. Bemba*, ICC - 01/05 - 01/08 - 3399, Sentencing Decision, para. 14; *Prosecutor v. Al Faki Mahdi*, ICC - 01/12 - 01/15, Judgment and Sentence, para. 70.

② *Prosecutor v. Nahimana et al.*, ICTR - 99 - 52 - A, Appeal Judgment, para. 720.

③ Ohlin Jens David, “Attempt, Conspiracy and Incitement to Commit Genocide” (2009), Cornell Law Faculty Publications. Paper 24, p. 182, <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/24> (last visited on April 20, 2016).

④ *Prosecutor v. Vasiljevic*, Trial Chamber, para. 239.

槛；其二，以其他罪名既遂给被告人定罪，需要满足想象竞合犯；其三，在多人参与的犯罪中，一人行为本身被外界因素打断而未能助益于犯罪实行，并不必然导致此人构成未遂犯。总的来说，特设法庭仅支持灭绝种族罪的未遂犯的可罚性，对战争罪、危害人类罪的未遂犯问题没有详细论述。

《罗马规约》第25条3款f项明确规定了未遂犯和中止犯的情况。需要注意的是，该规定仅仅是针对正犯的未遂犯和中止犯，犯罪其他参与者的未遂犯和中止犯如何修正，还是未知数。在未遂犯的规定中，文本措辞表明不包括犯罪预备阶段的未遂。除此之外，规约在该项中引入了“实行行为着手”的概念，未遂犯仅发生在犯罪实行着手之后和完成之前的时间段内。而实行行为着手的概念，并非来自德国刑法通说确认的“立即进展到完成犯罪构成要件”标准，而是复制《美国模范刑法典》的措辞：“采取实质性步骤开始执行（犯罪）”（commencement in execution by means of a substantial step）。^①但考虑国际罪行的特殊性，在操作上美、德刑法的标准可能并不存在实质性差别。^②对帮助犯的未遂，有关的规定体现在两处：一是c项中规定帮助行为应作用于实行的未遂（attempted commission）；二是f项对犯罪未遂（犯罪实行的未遂）的规定。二者组合可能产生三种可能性：（1）狭义的认定，仅按文本的字面意思，帮助犯的未遂仅指正犯未遂从而导致帮助犯未遂；（2）广义的认定，帮助犯的未遂既包括正犯未遂导致的帮助犯未遂，也包括正犯构成犯罪中止而导致的帮助犯未遂，还包括因客观原因导致帮助行为未能完成的情况；（3）折中的认定，包括正犯构成犯罪未遂或中止从而导致帮助犯未遂。但在现实中，讨论因外界原因导致帮助行为未完成且正犯恰好构成犯罪未遂或中止的情况，无异于浪费司法资源，并没有实际意义。当正犯构成犯罪中止，而帮助犯构成未遂的情况下，按照f项的规定，正犯应当免除刑事责任，而在此情形下帮助犯应当如何处罚成为理论上的问题。此时帮助犯的可罚性程度属于从犯从属性或独立性程度的问题，然而国际刑事法院仅声明采取主犯——从犯结构解释第25条第3款，至于从犯的从属性或独立性程度问题尚未解释。但依据《程序与证据规则》第145条第1款c项，此种情况下帮助犯的“损害程度”比既遂状态轻，理论上可以得出减轻处罚的结论。

除此之外须注意，根据《罗马规约》第8条之二规定，策划、准备、发起、执行侵略行为满足一项即构成侵略罪，因此对于侵略罪是否存在未遂犯和中止犯在理论上存疑。^③因此，若侵略罪的正犯不存在未遂犯和中止犯的问题，那么讨论侵略罪的帮助犯的犯罪未遂在实践中显然没有实际意义。^④

在第25条第3款f项下也存在帮助犯的犯罪中止问题。犯罪支配学说被法院采纳，“卢班迦案”预审庭认为共同正犯应以自身能力阻止犯罪的实行^⑤（但本案审判庭没有强调反向验证的标

① Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, p. 1020.

② Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, p. 1020.

③ Mark Klamburg (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court* (Brussels: Torkel Opsahl Academic E Publisher, 2017), p. 272.

④ 起草侵略罪定义过程中，曾讨论是否应该将排除《罗马规约》第25条第3款f项适用于侵略罪，但特别工作组认为此问题很大程度仅仅是一个理论问题，参见 Stefan Barriga, “Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression”, in Stefan Bar-riga and Claus Kreß (eds.), *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 23–24.

⑤ *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 342, para. 347.

准,强调共同正犯对犯罪实行的关键性贡献应在个案基础上评估^①),且审判庭强调共同正犯之间相互将自身行为归责与对方构成一个犯罪从而排除片面共同正犯的可能性。^②在此背景下结合f项考虑,共同正犯的犯罪中止应在被告人防止所有正犯实行犯罪的情况下才成立。与上述思维相反,帮助犯在国际刑事法院的理论中对犯罪不具备支配地位,因此如果一刀切地要求帮助犯防止正犯实行犯罪才能构成犯罪中止,无疑提出了过高的要求。目前尚不清楚国际刑事法院采取何种标准认定,法院在论述主犯、从犯关系的时候强调,对犯罪贡献的关联性决定了主犯、从犯的地位。按照这一思路,从帮助行为对实行行为的贡献是否为帮助犯自身努力而切断,为思考帮助犯的犯罪中止提供了切入点。具体而言分为几种可能性:(1)犯罪实行着手前,被告人放弃帮助行为,帮助行为对实行行为的贡献被切断,构成犯罪中止;(2)犯罪实行着手后,帮助行为已对实行行为产生贡献,此时帮助犯简单的放弃帮助行为已经无法切断帮助行为与实行行为的关联性,帮助犯须阻止犯罪发生才能构成犯罪中止;(3)在事后帮助犯的情况下,^③被告人虽与正犯达成事先协议,但犯罪实行终了后帮助行为尚未产生作用,帮助犯消极中止帮助行为仍可以成立犯罪中止。

六 网络行动环境和帮助犯

迈克尔·施密特(Michael Schmitt)教授领导的国际专家组近年来持续探讨和编纂关于网络的国际法规则,截至2017年初,编纂成果《塔林网络战国际法手册》(以下简称《塔林手册》)已经发展到2.0版本并由剑桥大学出版社出版。诚然,到目前为止还没有任何一个涉及网络行动环境下的案例在国际层面进入刑事司法实践,但该手册无疑在理论上提出了问题,并就网络行动导致个人刑事责任的问题在“规则85”中进行了探讨。所谓“网络行动”在《塔林手册》中是一个中性的术语,指使用网络能力在网络空间或通过网络空间达成目标的行为。而具体到国际人道法层面,下位概念为“网络攻击”。在“规则92”中,“网络攻击”是指以网络行动方式无论在进攻或防守中展开的、经合理预期对人员或物体造成伤亡或损毁的行为。根据专家组的解释,“网络攻击”概念雏形源自于1977年《第一附加议定书》第49条第1款对“攻击”的界定,^④只不过考虑到网络环境的特点,将议定书文本中的“使用暴力”替换成了“经合理预期对人员或物体造成伤亡或损毁的行为”。从上述两个概念的界定可见,《塔林手册》采用了等效法则,

① *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Trial Judgment, para. 1001.

② *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Trial Judgment, para. 995.

③ 《罗马规约》第25条第3款c项对提供帮助时间的限定(in the commission or attempted commission)并没有明确提及事后帮助的问题,但事后帮助犯不应该被排斥。(1)依据第25条第3款下犯罪实行与犯罪参与的关系推测,《罗马规约》不应排斥事后帮助犯。设若被告人与正犯实现达成协议,为其提供事后帮助,由于被告人行为不具有犯罪支配地位,且国际刑事法院不承认共同犯罪团体理论,法院不能以正犯责任追究责任,只能依赖于事后帮助犯。(2)特设法庭规约也没有明确规定事后帮助犯的问题,但特设法庭实践并不排斥事后帮助犯(*Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Trial Judgment, para. 731)。(3)国际刑事法院并不禁止事后从犯的概念,在团体支持责任的论述中,预审庭认为第25条第3款d项的团体支持责任,可以包括在先协议约定事后提供支持的情况,而在预审庭的论述中,用以支持其观点的法律依据包括纽伦堡审判和特设法庭关于事后帮助犯的先例(*Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Pre-trial Chamber, Decision of Confirmation of Charges, para. 286, para. 287)。

④ Michael Schmitt (ed.), *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 415.

即尽管先前的国际法规则形成时根本没有预料到网络发展带来的影响，但如果国家、军队在一般国际法和国际人道法层面展开网络行动产生效果在既有规则拟规制的范畴之内，则将套用既有规则来规制这一网络行动，赋予其既有规则上的法律意义，并讨论由此引发的法律后果。按照这一思路，网络行动本身可能构成战争罪，或其物理效果引发战争罪的实施，由此讨论个人刑事责任则变得十分必要。《塔林手册》体现的等效思想，如果可以在国际人道法领域适用，那么在使用合法性规则以及国际人权法领域也可以适用，由此讨论网络行动环境下的侵略罪、危害人类罪、灭绝种族罪的责任，便不会遇到障碍。

国际专家组“规则 84”为：“网络行动可等效于战争罪，并由此引发国际法上的个人刑事责任。”而“规则 85”则规定了两个事项：(a) 命令实施构成战争罪的网络行动的指挥官须承担个人刑事责任；(b) 上级指挥官得对下级实施的构成战争罪的网络行动承担指挥官责任。“规则 84”和“规则 85 (a)”属于共犯责任的问题，而“规则 85 (b)”是指指挥官责任，本文不多赘述。对于帮助犯，国际专家组举例说明，如向犯罪实行提供关于拟攻击目标弱点的恶意软件或信息，又如利用网络发布催促、鼓励在武装冲突中针对平民或特定宗教团体的屠杀，可以构成战争罪的帮助犯。^①除此之外，专家组对帮助犯还没有更系统化的论述。

笔者认为网络环境下考虑帮助犯的问题，必须从网络“去中心化”特征入手。直接套用特设法庭总结的习惯法规则或《罗马规约》第 25 条第 3 款 c 项，能否适应“去中心化”背景下正犯与帮助犯之间物理空间上的距离被无限扩展的现状，笔者认为可以从三个方面进行考量，有待未来国际司法实践验证。

第一，从帮助行为来看，习惯法和《罗马规约》都肯定帮助行为以不作为的形式表现。在网络环境下的问题是，构成帮助行为的网络行动能否以不作为的方式展开。根据目前理论的分析是，被告人在法律上有义务采取特定网络行动而不作为，同时该不作为对犯罪实行造成一定影响（在习惯法为实质性贡献，在国际刑事法院为一般性因果关系），不作为帮助犯在网络行动环境下同样可以成立。但以上仅仅是推断，网络行动是一个新事物，被告人必须采取网络行动的法定义务来自何处是一个问题。从帮助行为的表现形式看，国际司法机构通常追究三种类型化的帮助行为：精神鼓励、默示批准以及操作性支持。精神鼓励和操作性支持与帮助犯距离犯罪现场空间距离无关，但默示批准通常要求帮助犯在犯罪现场出现。^②笔者据此认为默示批准构成帮助行为无法在网络行动的环境下成立。

第二，从帮助行为与犯罪实行之间因果关系考察。习惯法要求达到构成实质性贡献的程度，而国际刑事法院仅要求一般性促进关系。在适用习惯法标准前提下，显然网络行动较难满足实质性贡献的门槛。但目前的司法实践尚未对网络环境中帮助行为的实质性贡献如何影响犯罪实行进行讨论。

第三，从主观要件的角度考察，显然习惯法标准比《罗马规约》的要求较容易得到满足。一个没有明确讨论过的问题是，在网络环境下，提供帮助者与正犯之间的空间距离可以无限扩

① Michael Schmitt (ed.), *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, p. 416.

② *Prosecutor v. Kalimanzira*, ICTR-05-88-A, Appeal Judgment, para. 74; *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, Appeal Judgment, para. 277; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Trial Judgment, para. 200; *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-1/1-T, Trial Judgment, para. 207; *Prosecutor v. Lukić and Lukić*, IT-98-32/1-A, Appeal Judgment, para. 425.

展,网络的特性使二者没有产生犯意联络的可能性。但不论习惯法还是《罗马规约》,对帮助犯主观要件的讨论仅仅集中在帮助犯本身的讨论上,正犯是否了解帮助犯的存在从来不在国际刑法的关注范围之内,因此网络环境下帮助犯是片面帮助犯还是全面帮助犯,不构成国际刑法上的问题。

七 结论和展望

帮助犯是追究国际法上个人刑事责任的重要模式,总体来说国际刑法对帮助犯的界定是在共同犯罪的框架之内考虑问题,这与各国刑法中的共同犯罪理论是一致的。自联合国特设法庭建立以来,帮助犯理论的运用面临着各种各样的问题,主要表现为主、客观要件认定方面的问题以及帮助犯与其他责任模式的竞合与区分。毫无疑问,帮助犯是从学说与实践最为复杂的责任模式之一。笔者认为,造成上述现象的原因是习惯法渊源的碎片化状况。一方面,以前南斯拉夫国际刑事法庭为代表的特设法庭,将二战以来的审判实践、一般法律原则作为界定帮助犯构成要件的法律渊源,而毫无疑问,各国审判必然在不同的指导思想下理解帮助犯的问题。而问题的另一方面是,要使得帮助犯作为一种责任模式运转顺畅,客观上要求各责任模式在统一定型化的顶层设计上各谋其政。遗憾的是,不论是帮助犯,还是共同犯罪团体责任、指挥官责任等,其在习惯法上形成的机理都源自于特设法庭对于历史源头的碎片化考察。

从比较的意义上说,以统一的方法论界定主观要件(《罗马规约》第30条),并在同一顶层设计上以同一种刑法学方法论确定主犯与从犯的地位(如国际刑事法院采用犯罪支配学说解释主犯、从犯的区分),将避免很多理论和实践中的麻烦。从这个意义上讲,特设法庭的理论是碎片化、且具备浓郁普通法倾向的,而国际刑事法院的法理则是带有德国刑法学说烙印的实践结果。可以预见的是,国际刑事法院时代考察帮助犯问题,能够在很大程度上避免特设法庭面临的很多难题。除此之外,由于《罗马规约》提供了更为完整、系统的框架,特设法庭无法展开讨论的一些问题,如帮助犯的犯罪停顿状态、帮助犯适用于侵略罪的特殊性等,将得到拓展的空间。

比较特设法庭与国际刑事法院对帮助犯的界定,法理共通的两点是:(1)二者均确认帮助犯系犯罪参与而非犯罪实行,都属于从犯范畴,帮助犯只有依附于正犯才能成立;(2)二者都确认,在抽象意义上帮助犯的责任应轻于正犯。但从构成要件的细节上考察,前者法理采纳了较低的主观要件与较高的客观要件的组合,而后者反之。在适用中二者各有优势。

国际司法考虑问题的路径通常源自《国际法院规约》第38条规定的法律渊源,在条约和习惯法的范畴中寻找注脚似乎使司法实践和理论产生了路径依赖。然而,未来的问题必定层出不穷,如本文提及的侵略罪和网络环境的去中心化特征,都对帮助犯理论提出了挑战,而这些挑战是以往所依赖的路径当中根本没有的东西。因此,在某种程度上摆脱路径依赖,从刑法学一般原理的高度审视帮助犯面临的问题,或许是更为重要的研究方法。

Aiding and Abetting under International Criminal Law: Practices and Questions in Theory

Leng Xinyu

Abstract: Aiding and abetting serves as an important and complicated mode of liability in attributing individual criminal responsibility under international criminal law. The contemporary practices of international criminal justice define aiding and abetting either from the perspective of customary law, or from treaty construction, namely different outcomes resulting from a combination of *mens rea* and *actus reus*, of which strict or loose standards were applied to *mens rea* and *actus reus*, or vice versa. However, both the jurisprudences of *ad hoc* tribunal based on customary law and the ICC based on treaty interpretation, leave rather large room to be crystalized, posing challenges to the question how aiding and abetting should be differentiated from other modes of liabilities, and to the question how aiding and abetting serves in coordination of other modes of liabilities. The post-*ad-hoc*-tribunal era approaching, there would be challenges in different dimensions *as per* the application of aiding and abetting, namely: (1) whether and to what extent theory of legal status of the accused should be considered where aiding and abetting is applied to crime of aggression; and (2) whether the aiding and abetting doctrine should adapt itself to the decentralization feature of internet, where a cyber operation as a means is involved in furtherance of a crime under international criminal law.

Keywords: Aiding and Abetting, Aiding and Abetting by Omission, Specific Direction, Crime of Aggression

(责任编辑: 郝鲁怡)