

对指挥官责任适用中若干问题的讨论

冷新宇*

摘要：在二战后所形成的习惯国际法机制中，指挥官责任（上级责任）用以追究国际刑法上的个人刑事责任。自联合国特设法庭建立以来的现代国际刑事司法，将其对指挥官责任的解读构筑于1977年第一附加议定书第86条和第87条之上，这两条同时也被认为反映了习惯国际法的发展。关于前南斯拉夫国际刑事法庭与卢旺达国际刑事法庭各自规约的第7条第3款、第6条第3款的司法实践，已经发展成为一套复杂且艰难的法理。国际刑事法院对指挥官责任机制的运用，首要来自于《罗马规约》第28条这一条约机制，在此规定下，不论军事还是非军事上级都可以作为被告人被追究个人刑事责任。最近的特设刑事法庭和国际刑事法院实践，针对一系列问题产生了尖锐的分歧，这些分歧包括：（1）指挥官责任的性质如何界定；（2）指挥官责任如何适用于目的犯罪，特别是种族灭绝罪，以及该机制如何适用于除犯罪实行外的其他犯罪参与形式；（3）指挥官责任怎样与不作为帮助犯区分；（4）以指挥官责任归责将会如何影响被告人的量刑。本文旨在阐述上述问题，并从实证法运作和方法论的角度对这些问题进行探讨。

关键词：指挥官责任 自成一体的责任模式 不作为帮助犯 量刑

国际刑事法院于2016年3月对检察官诉苯巴（Bemba Gombo）案做出判决，被告人系中非共和国境内反政府武装刚果民主运动及其军事组织刚果解放军领导人。此案是国际刑事法院以指挥官责任为责任模式（《罗马规约》第28条）作出的第一个判决。指挥官责任并非国际刑事法院缔约国的创造，在国际刑事法院成立之前就已经有了一系列的发展，理论问题错综复杂。但对此机制发展做出最大贡献的联合国特设刑事法庭，最终将完成历史使命，有关国际司法实践将由国际刑事法院继续。在这一机制的适用中，很多疑问需要更深入地探讨。

一 理论渊源和概述

指挥官责任的理念在历史上滥觞于1439年法国南部奥尔良国王查尔斯七世对军队下达的命令，此命令要求部队军官对其所统辖部队的违法行为负责，军官应及时采取惩罚或防止措施；如果罪犯逃离或逃脱处罚，军官应承担如同罪犯一样的责任。^① 作为两次海牙和平会议的成果，1899年《海牙第四公约》和1907年《海牙第四公约》附件《陆战章程》都规定为享有交战方

* 中国政法大学司法文明协同创新中心、法学院副教授。

① Theodor Meron, *Henry's War and Shakespeare's Laws* (London: Oxford, 1993), p. 149.

的权利，交战方的武装部队应由对其下属负责的指挥官指挥。^① 1919 年《战争罪犯责任咨询委员会报告》认为，指挥官明知其下级犯罪但不介入，应当承担责任。^② 一战后《凡尔赛条约》第 227 条、第 228 条规定应追究战争罪犯的刑事责任。但一战后审判主要战争罪犯并未得到系统性的实施，指挥官责任机制并没有付诸司法的机会。此外，二战前的国际公约对指挥官的责任仅仅有所规定。^③

在司法层面的第一次尝试是山下奉文案。被告人是二战期间驻菲律宾日军第 14 方面军指挥官，其被控的罪行是在 1944 年 10 月 9 日到 1945 年 9 月 2 日期间，未履行指挥官职责，听任其下级针对盟军以及菲律宾当地平民实施严重的战争犯罪行为。检方一共发现被告人掌控下的日军实施了 123 起案件，其中包括对巴坦加斯（Batangas）省平民实施的屠杀和灭绝行为，损毁当地公共、私人和宗教财产，造成超过 2500 名男子、妇女和儿童的死亡，其他平民被严重虐待。其他指控还包括针对平民和战俘实施的暴力、虐待和杀害，以及肆意破坏当地宗教纪念碑等。^④ 美国最高法院认为被告人应对未能履行占领军指挥官的责任负责。法院采纳的法律依据，主要是 1907 年《海牙第四公约》第 1 条（合法交战方的武装部队须由对其下级负责的指挥官负责）、1929 年《关于改善战地伤、病者境遇的日内瓦公约》第 26 条（交战方军队指挥官有义务提供执行本条约规定的细节）、1907 年《海牙第四公约》的附件《陆战章程和惯例》第 43 条（占领军指挥官应在其职权范围内采取所有措施恢复和尽可能保障被占国家的公共秩序、安全和法律）。^⑤ 此外，酒井隆案是中国在二战结束后关于指挥官责任的早期尝试，南京国民政府建立的军事法庭于 1946 年 8 月 28 日做出判决。^⑥ 法庭认为战场指挥官应当为维持武装部队的纪律负责；指挥官若忽略采取合理措施或在明知的情况下容忍部下的违法行为，指挥官应当承担相应的责任，这一点已经成为战争法规和习惯的一部分。^⑦ 早期重要先例还包括美国政府在纽伦堡根据《盟军管制委员会第 10 号法案》审理的案件，相同的法律原则得到了初步阐述。^⑧ 尽管作出了有益的尝试，但早期案件都不能回答指挥官责任机制是否违反罪刑法定原则的疑虑，因为二战前条约文本都没有对下级实施战争罪而其上级指挥官应当以同一罪名承担刑事责任这一点作出过明确规定。^⑨ 罪刑法定原则方面的疑虑在此后的国际人道法条约中得以消除。1977 年的《第一附加议定书》第

① 1899 年《陆战章程和惯例》第 1 条第 1 款；1907 年《陆战章程和惯例》第 1 条第 1 款。

② “Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War”, (1920) 14 *AJIL* 95, p. 121.

③ 1907 年《海牙第四公约》第 19 条；1929 年《关于改善战地伤、病者境遇的日内瓦公约》第 26 条。

④ Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, Anne Quintin (ed), *How Does Law Protect in War* (Geneva: International Committee of Red Cross, 2011), Vol. II, pp. 891 – 892.

⑤ Ibid, p. 892.

⑥ 该案涉及犯罪指控是被告人在 1931 至 1939 年期间参与了针对中国的反和平罪以及 1939 到 1945 年期间发生的战争罪和危害人类罪。关于战争罪和危害人类罪的犯罪事实，发生在酒井隆担任侵华日军第 29 旅团以及第 23 军司令（职位根据联合国战争罪委员会报告翻译）期间，涉及针对广东、海南两省的平民实施杀害、强奸、抢劫财产等指控，以及日军进攻、占领香港期间杀害战俘、杀害英国医疗队人员等指控。UN War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals* (London: His Majesty's Stationery Office, 1949), Vol. 14, pp. 1 – 2.

⑦ UN War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 14, p. 7.

⑧ Trial of General Whilhem List *et al.*, in UN War Criminal Commission (ed), *Law Report of Trials of War Criminals*, Vol. 8, pp. 88 – 89; Trial of Whilhem von Leeb and *et al.*, UN War Crimes Commission (ed), *Law Report of War Criminals*, Vol. 12, pp. 105 – 112.

⑨ See Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (London: Oxford, 2011), pp. 262 – 263.

86 条第 2 款规定，若下级正在或即将实施严重违反日内瓦公约或第一附加议定书的行为，指挥官知道或根据其所掌握的信息可以得出结论知道严重违反日内瓦公约或第一附加议定书的行为正在实施或即将实施，且指挥官没有采取一切可行措施防止或镇压上述行为，那么下级犯罪的实施将不能免除指挥官的刑事或纪律责任。指挥官在满足该等条件下承担刑事责任确实无疑。缔约资料显示，工作组起草该文本时追究指挥官刑事责任的用意十分明确，^① 这一意图得到了缔约大会的一致通过。^②

国际层面的司法实践来自于前南斯拉夫国际刑事法庭（ICTY）、卢旺达国际刑事法庭（ICTR）为代表的安理会特设法庭对其各自规约第 7 条第 3 款、第 6 条第 3 款（ICTR 规约第 6 条措辞与 ICTY 第 7 条完全相同）。根据联合国秘书长就规约的起草向安理会所做出的报告，ICTY 不得创造国际法，而只能适用既有法律。^③ 沿着这一逻辑，ICTY、ICTR 的实践，都属于对习惯法上指挥官责任机制的具体含义的阐释。ICTY 规约第 7 条第 1 款规定的责任模式包括：犯罪实行、教唆、策划、命令、帮助等形式，这一款与第 3 款是完全独立平行的关系。从条款的位置关系考察，第 1 款属于共同犯罪或犯罪实行/犯罪参与的范畴，而除此之外，指挥官在第 3 款下还须承担由其不作为而导致的责任。根据 ICTY 对习惯法的解释，指挥官责任的构成要件可以归结为：（1）法律或者事实上的上下级关系；（2）指挥官知道或者有理由知道法庭管辖下的犯罪即将被实施或已经被实施；（3）指挥官的不作为：未采取必要措施防止或惩治下级。在实践中，被告人依照指挥官责任确定刑事责任成立的，将以其下级所实施犯罪的罪名来追究刑事责任。ICTY 和 ICTR 为代表的特设法庭，对指挥官责任构成要件的完善进行了充分阐述。

国际刑事法院的机制下，指挥官责任是条约规则，在《罗马规约》第 21 条下，法院适用的法律规则首先是规约本身及其附件，其次才是其他应当适用的条约以及习惯国际法。《罗马规约》第 28 条对指挥官责任的界定，与 ICTY 认定的习惯法范围并不完全重合，最重要的不同在于规约第 28 条的措辞显示，指挥官未能对其下属实施适当控制与下级实施的犯罪之间应当存在因果关系，^④ 而特设刑事法庭并不要求因果关系作为指挥官责任的构成要件存在。^⑤

早期案例奠定了指挥官责任适用的法律框架，随后更多的疑问产生了，这些疑问在理论上都源自对指挥官性质的理解。

二 指挥官责任的性质

指挥官责任的性质在理论上存在争论，其主要焦点在于：一方面，指挥官责任是独立的犯

① CDDH, Official Records, Vol. I, Part Three, Draft Additional Protocols, June 1973, p. 25.

② CDDH, Official Records, Vol. VI, CDDH/SR.45, 30 May 1977, p. 307.

③ Secretary-General Report Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704, para. 29.

④ 国际刑事法院认为因果关系系指挥官责任的构成要件之一，但对于因果关系的界定，不必证明如果指挥官对其下属进行了恰当的控制那么下级的犯罪行为就不会发生，因果关系的建立仅需要证明指挥官的不作为增加了下级实施犯罪的风险，参见：Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC - 01/05 - 01/08, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, 15 June 2009, para. 424; Prosecutor v. Ntaganda, ICC - 01/04 - 02/06, Decision on the Confirmation of Charges, 9 June 2014, para. 174; Prosecutor v. Bemba Gomba, ICC - 01/05 - 01/08, Trial Judgment, paras. 736 - 740.

⑤ Prosecutor v. Blaškić, IT - 95 - 14 - A, Appeals Chamber Judgment, paras. 75 - 77.

罪，还是犯罪的责任模式；另一方面，指挥官应该是故意责任（犯罪）还是过失责任（犯罪）。上述两个问题在很大程度上纠缠在一起。国际司法实践的主流意见都肯定指挥官责任应当作为自成一体的责任模式存在，而非独立于战争罪、种族灭绝罪、危害人类罪的犯罪。对于指挥官的心态应当定位为故意还是过失，国际刑事司法机构采取了不同程度的回避态度，即仅仅肯定“知道”或“应当知道”这一认识因素，对于意志因素不加置评。但国内法适用的层面必须回答犯罪或责任的性质问题，因此可能得出不同的结论。

（一）国际司法实践

1. 关于故意和过失的区分

指挥官是否为过失责任的问题在历史渊源上并没有厘清。ICTY 和 ICTR 的审判曾经试图将指挥官责任定义为过失责任，巴基利西马（Baglishema）案中审判庭认为重大过失可以构成指挥官责任的基础，布拉斯基奇（Blaškić）案审判庭也有类似论述。^① 巴基利西马案的审判庭对法律依据的考察来自对远东国际军事法庭针对木村兵太郎在担任日本缅甸派遣军司令期间责任的认定，^② 所涉犯罪事实是木村批准了强迫战俘修筑缅甸——暹罗铁路，修筑铁路期间驻缅甸日军中发生了大规模虐待、迫害战俘行为。远东国际军事法庭认为木村对执行战争法规则有重大过失。^③ ICTR 认为远东国际军事法庭追究东条英机（战争罪）、重光葵（战争罪）、畑俊六（危害人类罪）的指挥官责任，都建立在过失责任的基础上。^④ 然而笔者认为，巴基利西马审判庭对远东军事法庭的判决可能存在误读。在解释木村兵太郎责任时，判决确实用了“木村对于履行执行战争法规则的义务有过失（negligent）”的措辞^⑤，但在同一段落中针对虐待战俘的同一问题，判决书指出“他故意忽略（deliberately disregard）了其自身应当采取足够的措施来防止违反战争法行为的义务。”^⑥ 根据上述判词无法确定指挥官责任系纯粹的过失责任，而应该更接近于普通法中轻率（recklessness）的心态（相当于大陆刑法中间接故意与过于自信的过失并存）。故意、过失区分的问题属于刑法上意志因素的范畴，如果明确界分，对于解释为何指挥官的责任与下级的犯罪行为存在联动关系，是有帮助的。但上述思路在特设法庭的实践中并没有得到接受。巴基利西马案的上诉庭认为卢旺达法庭的规约没有以明示或暗示的方式规定过失责任，因此如果以国际法中尚未明确界定的机制追究刑事责任，对被告人是不必要且不公平的。^⑦ 简言之，上诉庭承认了故意和过失两种可能性都存在，但实务中并不加以区分。^⑧ 在布拉斯基奇案中，ICTY 上诉庭援引巴基利西马案的理由，拒绝识别过失责任存在的可能性。^⑨ 此后上诉庭不断强调，指挥官责任案件中，上级不必与实行犯罪的下级怀有同样的故意。^⑩ 因此法庭考察主观要件仅关注“知道

① Prosecutor v. Baglishema, ICTR-95-1A-T, Trial Judgement, para 897; Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-T, Trial Judgment, para. 562.

② Prosecutor v. Baglishema, ICTR-95-1A-T, Trial Judgment, para. 1009.

③ Judgment of International Military Tribunal for Far East, p. 1176.

④ Prosecutor v. Baglishema, ICTR-95-1A-T, Trial Judgment, para. 1009.

⑤ Judgment of International Military Tribunal for Far East, p. 1176.

⑥ Ibid.

⑦ Prosecutor v. Baglishema, ICTR-95-1A-A, Appeal Judgment, para. 34.

⑧ Ibid, para. 35.

⑨ Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A, Appeal Judgment, para. 63.

⑩ Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva, ICTR-98-41-A, Appeals Judgment of 14 December 2011, para. 384.

或有理由知道”这一认识因素。

在国际刑事法院,指挥官的心态为故意还是过失,更为复杂。在《罗马规约》第30条下,犯罪实行及其参与者的主观要件应当为故意,缔约资料显示普通法中轻率(recklessness)的概念状态并没有被缔约谈判接受,^①可见,大陆法系中相当于这一概念的间接故意和轻率的过失,都没有被包括进来。因此,逻辑上的结论是国际刑事法院对于《罗马规约》第25条下的犯罪实行及犯罪参与的追究,都是基于直接故意。然而,需要注意的是:第一,第28条下a、b两款区分了军事指挥官和非军事指挥官两种情况,对于后者,规约的措辞是知道或“有意识的忽略”(consciously disregard)了能明确指示其下级正在或即将实施犯罪的信息,这一措辞似乎是远东国际军事法庭认定木村兵太郎责任的措辞的拷贝。“有意识的忽略”的文本,最早来自于美国代表团在《罗马规约》谈判中的提议。当时美国代表团认为,对于非军事领导人来说,若要求像追究军事领导人一样追究其基于过失的责任(美国代表团在谈判中认为对军事领导人的指挥官责任系基于过失的责任)有违国际刑法的基本原则。^②第二,规约第30条第1款提供了“除非另有规定”的但书,这一但书包含规约本身以及规约附件《罪行构成要件》中对主观要件门槛条件降低的情况。综合以上两点考虑,符合逻辑的推理是,《罗马规约》下的指挥官责任,将其意志因素认定为间接故意或过失,并不影响规约条文的一致性。

上述对《罗马规约》第28条b款的字面解释,包含了非军事指挥官责任属间接故意的可能性。迄今为止,国际刑事法院尚未有相关司法实践对这一认识进行确认。与此对应,苯巴案对第28条a款下军事指挥官的责任的界定更为复杂。理论上的问题可以根据诉讼阶段归纳为:(1)区分故意和过失对于定罪是否产生影响;(2)区分故意和过失对于量刑是否产生影响以及产生何种影响。

在苯巴案中预审庭认为指挥官主观状态为推定知晓的情况下,意志因素应为过失。^③按此种理解,过失责任将被引入到指挥官责任的实务之中。预审庭建立上述结论主要来自两个依据:一是在《罗马规约》的缔约过程中,起草者意图采取比切利比奇(Čelebići)集中营案(该案上诉庭的观点是:指挥官概括性地掌握了一些信息,此信息使得指挥官得以知晓其下级可能实施了规约管辖的犯罪,证明上述事实,即满足了主观要件中的推定知晓。^④)更为严格的标准^⑤;二是更严格的标准来自于ICTY的审判庭在布拉斯基奇案中对推定知晓的解释——推定知晓来自于指挥官应当承担的谨慎注意的义务,与谨慎注意义务相对应,其主观心态应为过失。^⑥在此后审判庭的定罪程序中,案件事实证明被告人实际知晓其下级的犯罪行为,因此推定知晓是否为过失责任

① See Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, paras. 365-367; War Crimes Research Office, International Criminal Court Legal Analysis and Education Project Report, Mode of Liability and the Mental Element: Analyzing the Early Jurisprudence of the International Criminal Court (2010), pp. 68-76.

② Proposal submitted by the United States (A/CONF.183/C.1/L.2), reprinted in M Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court: Summary Records of the 1998 Diplomatic Conference* (New York: Transnational Publishers, 2005) paras 67-68.

③ Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 429.

④ Čelebići Appeal Judgment, para. 238, 239.

⑤ Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Pre-trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 423.

⑥ Ibid, para. 432; Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-T, Trial Judgment, para. 332.

的问题没有讨论；^①而在实际知晓情况下，被告人的意志因素问题实际上没有被审判庭明确。^②可见在定罪阶段的初步判断是，间接故意和过失被赋予同等地位。

尽管如此，故意和过失的区分对于量刑存在意义，原因在于法院的《程序和证据规则》第145条第1款c项要求审判庭在量刑时必须考虑故意的程度。从有效解释条约文本的角度出发，如指挥官心态被确定为间接故意，就可能影响到量刑轻重。被告人在本案中是军事指挥官，审判庭没有机会对规约第28条b款（b款适用于非军事指挥官，而被告人是反政府武装刚果民主运动及其军事组织刚果解放军的领导人）下“有意识的忽略”这一心态是否影响量刑进行评估。但有意思的是，审判庭在量刑判决中指出，主观要件可以影响量刑，^③由此审判庭区分了“知道”和“应当知道”两种情况，并认定指挥官在前种情况下的犯罪危害性大于后者。^④量刑判决没有指明为何做出上述区分，实际知晓和法律上推定知晓，在定罪阶段中被赋予同等地位，而在量刑阶段被区别对待，在其他构成要件相同的情况下，最合理和最可能的解释应当是二者代表了意志因素中两种不同的程度，从而引起不同的量刑结果。

综上所述，指挥官责任定义为故意还是过失责任，在国际司法机构中是复杂的问题。特设法庭对习惯法的解释始终回避这个问题。而在国际刑事法院，意志因素的界定取决于对《罗马规约》第28条a、b两个条款的解释。目前仅有苯巴案做出一些尝试。由于国际刑事法院的定罪和量刑程序可以分开，因此对本案的基本解读是，定罪阶段故意和过失两种心态被赋予同等地位，但区分二者意味着不同程度的量刑取向。

2. 关于独立犯罪还是责任模式的争论

第二个重要争论是指指挥官责任系自成一体的责任模式（*sui generis mode of liability*），还是独立的犯罪。特设法庭历史上有承认指挥官责任模式为独立犯罪的零星的判决，^⑤但上诉庭始终强调指挥官责任是犯罪的责任模式。^⑥认为指挥官责任是独立犯罪的论点，忽视了在特设法庭的规约并没有针对惩处指挥官的不作为单独设置罪名事实，实际上所有指挥官责任都是以下级实施犯罪的罪名来追究责任，如果认为国际法庭下指挥官责任系独立犯罪，将面临罪刑法定原则的拷问。从定罪与量刑是否存在互动关系的角度观察，主流观点将得到肯定。在切利比奇（Čelebići）集中营案中，ICTY上诉庭认为指挥官责任场景下考察犯罪严重性，应分为两个方面：下级所实行的犯罪严重性，以及未能预防或惩治下级实行犯罪的被告人行为本身的严重性，上述两个因素是叠加在一起考虑的。^⑦上诉庭此后在哈季哈桑诺维奇等人（Hadžihasanović et al.）案中再次重申了这一观点。^⑧这样，指挥官责任的量刑实际上分为四个步骤：（1）确定下级实行的犯罪的严重性；（2）确定被告人不作为的严重性；（3）被告人其他个人情况；（4）加重或减轻量刑情节。切利比奇案中，上诉庭解释了这种从属性，即指挥官不作为的危害性应当用与其关联的下级所实

① Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Judgment, para. 195.

② See Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Judgment, paras. 191-201.

③ Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Sentencing Decision, para. 60.

④ Ibid.

⑤ Eg. Prosecutor v. Orić, Trial Judgment, IT-03-68-T, 30 June 2006, paras. 292-293.

⑥ See ICTY, Prosecutor v. Kordićand Čerkez, IT-95-14/2-T, Trial Judgment, para. 371; Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A, Appeal Judgment, para. 91; Prosecutor v. Kajelijeli, ICTR-98-44A-T, Appeal Judgment, para. 81.

⑦ Prosecutor v. Mucić et al., IT-96-21-A, Appeals Judgment, para. 313.

⑧ Prosecutor v. Hadžihasanović et al., IT-01-47-A, Appeals Judgment, paras. 312-318.

施的犯罪来衡量,例如当下级实施的犯罪为谋杀或酷刑的时候,其危害性将高于掠夺财产。^①可见从量刑的角度切入观察,指挥官的责任是建立在下级实施犯罪的基础之上。此后,国际刑事法院的量刑,也没有超出这个 ICTY 确立的范式。^②

尽管如此,单独犯罪说指出了责任模式说的缺陷。综合《第一附加议定书》第 86 条第 2 款、第 87 条第 1 款和第 3 款的规定,指挥官的不作为包括了两类情况:一是犯罪即将或正在进行时的不预防、不制止;二是下级实行犯罪完毕后的不惩治。^③对于第二类情况,责任模式说无法解释为何上级的不作为还能作为一个已经实行完毕的犯罪的参与形式存在。

国际刑事法院认为指挥官责任是独立于《罗马规约》第 25 条外自成一体的责任模式。^④这一立场与特设法庭的法理是相通的。单独犯罪说在国际刑事法院没有市场,刑法构造上可能的解释是:《罗马规约》第 28 条上级不作为与下级实施犯罪之间存在因果关系,这样特设法庭认可的“事后不作为”的情况实际上已经被排除。单独犯罪说质疑联合国特设法庭的理由,在《罗马规约》的背景下并不成立。

(二) 国家实践的态度

ICTY、ICTR 的规约将《第一附议定书》第 86 条和第 87 条两个条文的内容包含在一个条文中,从而给两种不同的不作为形式设定统一的主观要件,可能是造成单独犯罪说和责任模式说争论的根本原因。这一结构性矛盾在国际刑事法院中以缩小处罚范围的方式得到了调和。国际司法不得不作出扭曲,其立法技术上的内在原因在于 ICTY 规约第 7 条第 3 款在立法时涵盖范围过于宽泛、过多的内容被以不符合刑法原理的形式塞入了一个条款之中。

各国立法例也体现了上述分歧。国内立法没有必要为了转化国际法中的某项规定而大幅度地改变其自身认同的刑法原理。在各国立法中,指挥官责任可以作为一个整体完全拷贝特设法庭或国际刑事法院的规定,也可以选择将其分割处理,从而分别归入共同犯罪和过失犯罪来处理。国内立法完全拷贝特设法庭和国际刑事法院的立法例自不待言,但对分割处理的立法例的探讨带来全新的启示。分割处理的典型立法例包括:

法国立法认为下级实施犯罪的情况下,指挥官未能防止犯罪,应作为正犯(下级)的共犯论处。^⑤荷兰 1964《军事刑法典》注意到了指挥官的主观方面,其意志因素可能为故意。按照这一逻辑,该法第 148 条规定,指挥官故意允许下级实施犯罪或目击其下级实施犯罪的情况下故意不采取措施的,以下级的从犯论处。沿着上述轨迹,荷兰 2003 年制定的《国际犯罪法案》(International Criminal Act 2003)进一步将指挥官的责任区分成两种状态:其一,指挥官故意允许下级实施犯罪的,以种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪的法定刑论处;其二,指挥官因重大过失导致针对下级犯罪的不作为时候,指挥官最多判处种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪的最大法

① Proecutor v. Mucić et al., IT-96-21-A, Appeals Judgment, para. 732.

② Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Chamber Sentencing Decision, para. 20.

③ Prosecutor v. Hadžihasanović et al., IT-01-47-A, Appeals Judgment, para. 260; Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva, ICTR-98-41-A, Appeal Judgment, para. 642.

④ See Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Chamber Judgment, para. 172.

⑤ France, Code of Military Justice 1982, Art. 71; Code of Military Justice 2006, Art. L. 122-4; Penal Code 1994 (amended 2010), Art. 462-467.

定刑的三分之二。^① 德国立法采取了类似的思想。德国立法将指挥官违法义务界定为三种类型：未能防止下级实施犯罪、未能履行监管义务、未能履行报告义务。针对未能防止下级犯罪的类型，指挥官将以该罪的正犯的法定刑来论处；对于违反监管义务的情况，不论故意还是过失违反监管义务的指挥官都不能解除责任^②——故意违反监管义务的，最高判处有期徒刑 5 年；过失违反监管义务的，最高判处有期徒刑 3 年。^③ 针对未能向有关机构报告下级犯罪的类型，指挥官最高判处 5 年有期徒刑。^④ 2010 年德国法院有机会在刚果民主共和国案（Democratic Republic of the Congo Case）中解释 2002 年立法的含义。涉案卢旺达解放民主武装（Democratic Forces of the Liberation of Rwanda）在刚果民主共和国内实施的战争罪和危害人类罪，被告人系该武装力量的领导人之一，并已经在德国定居。^⑤ 德国法院认为，2002 年立法的本意是：对指挥官故意不作为而未能防止的下级实施犯罪的情况以正犯论处，在此种情况下无须区分德国刑法共同犯罪理论中的正犯与从犯，同时此种情况下也不适用《德国刑法典》第 13 条所规定的减轻量刑情节。^⑥ 同时，德国法院认为这个类型的指挥官责任的主观要件应为间接故意而不包括过失。这一点主观要件比国际刑事法院《罗马规约》第 28 条指挥官责任对主观要件的范围要窄。^⑦ 可见，针对未能防止下级犯罪的情况，德国国内法对此指挥官责任的定位是一种以正犯论处的、并使用特别量刑规则的从犯。综上所述，在大陆法系国内法的层面，为落实国际条约的要求，指挥官责任可能被进一步区分为间接故意和过失两种类型。大陆法系理论趋向于接受一个两分法的结论：间接故意类型下将指挥官作为一个共同犯罪的共犯来论处；在过失类型下，指挥官的行为构成一个与其下级被指控犯罪无关的独立犯罪，其量刑也与对下级的处罚完全脱钩。

（三）方法论问题

综上所述，指挥官责任的性质是一个特别复杂的问题，在国际和国内层面完全可能得出不同的结论。但不论在国际还是在国内层面，主观要件、责任类型以及量刑，都是界定指挥官责任性质的考量因素。毫无疑问，目前的实务和学界对指挥官责任性质的认识混乱。长期以来，判断责任机制司法实践似乎都在采用一个维度的标准，即责任模式是否存在于习惯法或者条约中存在依据，因此对指挥官责任的理论发展，都来自于习惯法的归纳和条约规则的解释。但学界似乎忽视了另一个维度的标准，即根据习惯法或条约规则归纳出来的标准，其本身是否符合各国公认的刑法原理。若用第二个维度的标准来衡量，指挥官责任将是彻头彻尾的怪物理论。试问两个问题：其一，刑法的一般性原理下，过失和故意两种意志因素是否能够同时被同一种责任模式涵盖，并且这一责任模式的定罪和量刑将依附于一个故意犯罪；其二，刑法一般原理能否容忍，在实行犯与指挥官没有犯意联络的情况下，犯罪实行终了后，法律还能以同一罪名追究指挥官的责任。

① The Netherlands, International Criminal Act 2003, Art. 9.

② Germany, Act to Introduce Code of Crimes against International Law 26 June 2002, Art. 1, Section 13 (1).

③ Ibid, Art. 1, Section 13 (4).

④ Ibid, Art. 1, Section 14 (1).

⑤ German Federal Court of Justice, DRC Case Decision, 17 June 2010, para. 2, available at database of Customary International Humanitarian Law by ICRC, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule153 (last visited 24 Feb 2017).

⑥ Ibid, para. 37.

⑦ Ibid, para. 40.

ICTY、ICTR 以及 ICC 的指挥官责任条款,试图毕其功于一役;但现实情况是,刑法的一般原理无法兼容上述多重目标。因此,指挥官责任以不符合刑法原理的扭曲形式出现,技术性的原因恐怕是国际法规范无法找到一个独立于战争罪、种族灭绝罪、危害人类罪、侵略罪之外的独立的罪名,用以涵盖与上述罪名相关的过失犯罪。而在各国刑法中,立法者掌握了任意确立新罪名的权力,因此可以做出更主动的调适。

除此之外,在过失责任部分得到确认的范围内,关键性问题还有待进一步讨论——国际司法到底依据普通法的标准还是大陆法的标准来界定“过失”的含义。大陆法系理论下,过失包括轻率的过失和疏忽的过失,但在普通法中,“negligence”一词仅相当于疏忽的过失,而前者则被轻率(recklessness)这一心理状态吸收,二者的区别在于行为人是否意识到违法的风险。^①国际司法机构似乎从未澄清过失概念的外延。但从理论上分析,如果采用普通法理论对过失的界定,实际上意味着国际刑法将追究完全没有意识到违法风险的指挥官的刑事责任,这一点与指挥官责任需要实际知晓或推定知晓下级实施犯罪的主观要件并不相容。未来司法实践应当有所澄清。

三 对下级实施犯罪的界定

(一) 对下级实施犯罪的广义解释

下级实施犯罪的界定在习惯法上存在狭义和广义两种方法。^②狭义方法将下级的行为仅仅解释为犯罪实行,即以自身的作为或不作为来实现犯罪的客观构成要件。若采取狭义的方法,由于军事指挥链条中层层级别阻挡,法律追究高级指挥官的责任将变得十分困难。广义的解释被特设法庭采纳,即将其解释为包括了第7条第1款(第6条第3款)下的犯罪实行、策划、教唆、命令、帮助等所有责任形式。ICTY 和 ICTR 对采纳广义方法的注解是:规约第7条第3款(或第6条第3款)中“实施”的措辞来自《第一附加议定书》第86(2)条和第87(3)条,考虑到该议定书尽可能扩大追究严重违反国际人道法行为范围的意图,指挥官责任机制中下级实施犯罪应做广义理解。^③

广义方法带来的指挥官责任与从犯责任(命令、策划、教唆、帮助)嵌套在一起的状况,理论上产生了针对从犯的指挥官责任的问题。更为极端的情况发生在奥利奇(Orić)案中:被告人奥利奇于1992年5月被任命为波黑东部斯雷布列尼察武装力量领导人。其涉案事实是,1992年9月到1993年3月期间,当地军事警察把几名塞尔维亚受害人拘禁在警察局以及斯雷布列尼察市政厅后面的建筑内。关押期间,受害人被虐待,部分受害人死亡。检察官以战争罪罪名、指挥官责任为基础起诉被告人。本案另一个关键人物阿迪夫·科尔基奇(Atif Krdzić)系斯雷布列

① Model Penal Code, § 2.02 (2) (c), (d); David Omerod, *Smith and Hogan's Criminal Law* (London: Oxford, 13th edn, 2011), p. 118, 128.

② 在 ICTY 规约第7条第3款下,“实施”一词对应的英文原文是“committing”,而第7条第1款中针对犯罪实行这一责任模式,也采用了“committing”。第1款下的“committing”在 ICTY 的实践中指代犯罪实行的含义,为了避免混淆,笔者将第3款下的“committing”翻译为“实施”,以便与直接参与模式中的犯罪实行加以区别。

③ Prosecutor v. Blagojević and Jokić, IT-02-60-A, Appeal Judgment, para. 281; Prosecutor v. Nahimana et al., ICTR-99-52-, Appeals Judgment, paras. 485-486.

尼察当地军事警察的司令，是审判庭确定的被告人奥利奇的下级。审判庭发现最底层的军事警察实施了谋杀以及虐待，但这些行为与阿迪夫·科尔基奇之间是什么关系，审判庭没有说明。而上诉庭分别从指挥官责任、不作为正犯、不作为帮助犯三个角度考察阿迪夫·科尔基奇的行为是否与犯罪行为有关，上诉庭认为阿迪夫·科尔基奇不构成指挥官责任、不作为正犯以及不作为帮助犯中的任何一种。^① 这样，在考察被告人奥利奇的时候，理论上出现了两级指挥官责任嵌套的模式，即指挥官甲的下级乙以指挥官责任被定罪，那么指挥官甲也被追究责任。

（二）对目的犯罪的适用性

国际刑法上的犯罪包括目的犯的情况，特别故意（*dolus specialis* 或 *special intent*，直译为“特别故意”）^② 被包括进这类犯罪的构成要件之中。种族灭绝罪包含了基于国籍、种族、族裔、宗教原因而部分或全部消灭受保护团体的歧视性终极目的。指挥官责任机制针对目的犯罪的适用性问题自然被提出来。指挥官责任的主观要件要求证明上级“知道或有理由知道”下级犯罪的实施，因此，其适用的难点落脚在“知道或有理由知道”信息的范围是否包括了目的犯罪中的特别故意。若信息范围包括特别故意，意味着目的犯罪的关键性构成要件被包含在内，这一点与特设法庭对帮助犯主观要件的认定（不必与犯罪实行故意相同，但应知道主观要件的关键性因素）相差无几。具体分析之，可能包含三种情况：（a）指挥官知道特别故意情况下的不作为；（b）指挥官有理由知道特别故意情况下的不作为；（c）指挥官不知道特别故意。在（a）类情况下，如果不作为发生在犯罪实行终了前，且不作为对犯罪实行产生实质性影响，那就会发生指挥官责任与不作为帮助犯的竞合。

特设法庭将指挥官责任适用于种族灭绝罪没有障碍。ICTR 在纳塔格鲁拉（Ntagerura）等人案中，针对被告人萨穆埃尔·伊马尼西维（Samuel Imanishimwe）未能阻止其下级在 1994 年 4 月 12 日在贾希拉博巴（Gashirabwoba）足球场实施针对西族受害者的屠杀，法庭仅依赖指挥官责任一种责任模式追究其刑事责任。^③ 此后，上诉庭考虑到检方起诉的变化，没有追究指挥官责任。^④ 特设法庭并不认为种族灭绝罪中的特别故意构成了对其适用指挥官责任的障碍。不论审判庭还是上诉庭都没有更详细的解释。在 ICTY 案件中，法庭立场并不统一：在科诺耶拉克（Krnjelac）案中，审判庭认为指挥官责任可以适用于种族灭绝罪，并要求被告人只须知道或有理由知道下级实施犯罪是基于歧视性目的。^⑤ 不同的立场出现在斯塔克奇（Stakić）案，法庭认为考虑到种族灭绝罪的独特性质，对其适用指挥官责任要求指挥官和下级一样持特别故意。^⑥ 按照这一思路，指挥官的心态与正犯完全相同，只不过指挥官与下级之间不存在犯意联络而已。^⑦ 但此后案件中，ICTY 审判庭又回到先前的立场：指挥官知道或有理由知道下级实施犯罪，且指

① Prosecutor v. Orić, IT-03-68-A, Appeals Judgment 3 July 2008, paras. 39-47.

② 按照中文语言习惯，应理解为目的犯中的终极目的比较好，但国际刑事法庭使用了拉丁语“*dolus specialis*”来描述目的犯的状况，“*dolus specialis*”对应的英文原文是“*special intent*”，因此直译为“特别故意”。

③ Prosecutor v. Ntagerura et al., ICTR-99-46-T, Trial Judgment, paras. 694-695.

④ Prosecutor v. Ntagerura et al., ICTR-99-46-A, Appeals Judgment, para. 164.

⑤ Prosecutor v. Krnjelac, IT-97-25-T, Trial Judgment, para. 495.

⑥ Prosecutor v. Stakić, IT-97-24-T, Rule 98bis Decision, para. 92.

⑦ 如指挥官与下级存在翻译联络，指挥官与下级就种族灭绝罪产生了共同的犯罪目的，在 ICTY 和 ICTR 的法理中，将以共同犯罪团体（Joint Criminal Enterprise）的责任模式来追究责任。

挥官知道或有理由知道下级实施种族灭绝罪的特别故意。^① 到目前为止 ICTY 和 ICTR 上诉庭没有机会就这个问题展开阐述。

四 与不作为帮助犯的关系

（一）与不作为帮助犯的竞合

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, ICTY 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。^② 对于 ICTR 来说, 这一变通做法也得到承认。^③

（二）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, 但区别在于: (1) 不作为帮助犯须知道犯罪罪行的关键性要件, 在奥利奇案中, 法庭更肯定了帮助犯主观要件呈现双重故意的特征, 即对帮助行为的故意和对实行行为的故意同时成立。^④ 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影响, 但不需要上升到帮助行为成为实行行为必要条件的程度;^⑤ 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: 在指挥官责任下, 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(《第一附加议定书》第 86 条和第 87 条)。^⑥ 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。^⑦ 在对不作为定义的探讨中, 针对犯罪实行中

① Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T, Trial Judgement, paras 720-721; See Prosecutor v. Blagojević and Jokić, IT-02-60-T, Trial Judgement, para. 686.

② Prosecutor v. Aleksovski, IT-95-14/1-A, Appeals Chamber Judgment, para. 183; Prosecutor v. Mucić et al., Appeals Chamber Judgment, para. 745.

③ Prosecutor v. Renzaho, ICTR-97-31-A, Appeal Judgement, para. 564; Prosecutor v. Nahimana et al., ICTR-99-52-A, Appeal Judgement, para. 487.

④ ICTY 并没有特别探讨间接故意在双重故意状态下的地位, 但在国际刑事法院下, 由于《罗马规约》第 30 条排除了间接故意, 因此第 25 条第 3 款 c 项中的“for the purpose of facilitating the commission”的措辞, 只能理解为帮助犯至少对于帮助行为的故意是直接故意。

⑤ 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.

⑥ See Prosecutor v. Popović et al., IT-05-88-A, Appeals Judgment of 30 January 2015, paras. 1932-1938.

⑦ 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.

的不作为，ICTY 的解释是犯罪行为人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。^① 不作为的犯罪实行要求证明对犯罪结果的具体的影响。^② 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。指挥官责任下不作为违反的初级规则仅限于《第一附加议定书》第 86 条和第 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，所以此间的不作为违反初级规则来源根据罪名不同而有所不同。在莫尔斯科奇（Mrškić）案中，被告人斯柳瓦恰宁（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。ICTY 上诉庭确认被告人的不作为违反了 1949 年《日内瓦第三公约》第 13 条。^③ 莫尔斯科奇案中上诉庭对被违反的法律义务的性质没有展开更深入的探讨，但逻辑上必定产生两个有待解答的问题：其一，被违反的特定义务是否必须是刑事义务；其二，被违反的义务是否必须是国际法义务还是也可以包括国内法义务。莫尔斯科奇案中，上诉庭认为 1949 年日内瓦第三公约第 13 条足以定罪，因此拒绝回答刑事义务属性的问题。^④ 纳塔格鲁拉（Ntagerura）等人案中，被告人之一巴甘比奇（Bagambiki）被控种族灭绝罪、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。^⑤ 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，但必须是具备刑事责任属性。ICTR 上诉庭认为检方没有指出巴甘比奇不作为的具体情形，从而拒绝审理这个上诉。^⑥

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做出判决的情况下，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。在苯巴案中，国际刑事法院认为因果关系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。^⑦ 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（Mbarushimana）案预审庭、卢班迦（Lubanga）案审判庭与 ICTY 的立场保持一致，要求帮助

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

② Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A, Appeal Judgment, para. 644; Prosecutor v. Orić, IT-03-68-A, Appeals Judgment, para. 41.

③ Prosecutor v. Mrškić and Šljivančanin, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment of 5 May 2009, para. 151.

④ Ibid, para. 151.

⑤ Prosecutor v. Ntagerura et al., ICTR-99-46-A, Trial Judgment, para. 660.

⑥ Prosecutor v. Ntagerura et al., ICTR-99-46-A, Appeals Judgment, para. 336.

⑦ 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, Decision on the Confirmation of Charges, para. 174; See Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Judgment, paras. 736-740.

行为对犯罪实行行为产生实质性影响;^①但在布雷·哥蒂(Blé Goudé)案中,预审庭并不强调帮助行为贡献于实行行为的程度。^②在最近作出判决的苯巴等人(Bemba *et al.*)案中,审判庭认为不应该为帮助行为对实行行为的影响的强度设定门槛条件。^③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。苯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”(for the purpose of facilitating the commission of crime)。^④国际刑事法院的案件数量有限,不作为帮助犯与指挥官责任是否产生混淆,有待观察。

五 指挥官责任与量刑

(一) 确定犯罪危害性

二战后的早期审判对指挥官责任的量刑没有明确论述。《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》,都赋予法庭判处从没收财产直至死刑的权力。^⑤如此宽泛的自由裁量权,导致了对于量刑缺乏系统性的规制,而指挥官责任的量刑问题同样没有展开详细的讨论。ICTY审判展开之后,量刑的基本因素确立为罪行的严重性(gravity of the crime)与被告人的个人情况(individual circumstance),^⑥法庭在此基础上根据加重或减轻情节进行调整。^⑦对于量刑的起算点,法庭规约本身没有任何规定,为了解决法庭裁量权基准的问题,做法是参考但不受限于前南斯拉夫社会主义联邦共和国的刑法。^⑧由于规约的量刑条款措辞完全相同,卢旺达国际刑事法庭和国际刑事法庭采用了同一的路径。国际刑事法院同样确认了犯罪严重性与被告人个人情况(《罗马规约》第78条第1款)、加重情节和减轻情节(《程序和证据规则》第145条第2款),有所不同的是,其他相关因素,如故意程度、参与程度、年龄、教育程度等也被考虑在内(《程序和证据规则》第145条第1款c项)。

针对指挥官的量刑,国际刑事司法量刑时把犯罪严重性分解成下级所实施的犯罪的严重性与指挥官不作为的严重性两个层次。^⑨下级实施犯罪的严重性,广义上可能包含了犯罪严重性外加

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

② Prosecutor v. Blé Goudé, Pre-Trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, para. 167.

③ Prosecutor v. Bemba *et al.*, ICC-01/05-01/13, Judgment of 10 October 2017, para. 93.

④ Ibid, para. 95.

⑤ Charter of International Military Tribunal, Art. 27; Charter of International Military Tribunal of Far East, Art. 16; Control Council Law No. 10, Art. 3.

⑥ ICTY Statute, Art. 24 (2) .

⑦ Rules of Procedure and Evidence of ICTY, Art. 101 (B) (i) - (ii) .

⑧ ICTY Statute, Art. 24 (1); Rules of Procedure and Evidence of ICTY, Art. 101 (B) (iii) .

⑨ 参见本文第二部分。

下级的个人情况、加重或减轻情节之后产生一个基准，由此构成指挥官责任量刑的参照点。这是一种较强的定义指挥官责任从属性的方法。但在操作中，实施犯罪的下级常常无需到案，因此下级犯罪的严重性仅仅是不包括下级个人属性和其他量刑情节的判断。对于严重性的衡量，法律上存在抽象方法（gravity in abstract）和具体方法（gravity in concreto），^①前者是对犯罪主客观要件的评价，而不掺入犯罪人及具体案情的因素，将导致用法定刑区间或量刑基准对某一款具体犯罪行为进行评价；而后者对犯罪严重性的评价建立在个案之上。在卢班迦（Lubanga）案中，检察官曾试图确立 24 年有期徒刑为量刑基准，用较高的起算点维系对国际罪行的威慑力，^②但审判庭以没有法律依据为由加以拒绝。^③而此后 ICC 确立了纯以具体方法评价犯罪严重性的路径。^④上述做法极大的增强了法庭的自由裁量权。指挥官的责任建立在上述基础之上，笔者认为国际刑事法院未来很难保持量刑的稳定性。

在国际刑事法院，因果关系的强弱加入在指挥官不作为严重性的考量之中，这一点在特设法庭的实践中从未出现。按照审判庭目前的法理，只要指挥官的不作为增加了下级实施犯罪的风险，就算满足了构成要件中对因果关系的要求；除此之外，审判庭还描述了另一种原因力更强的情况：如果指挥官适当控制部队，那么下级就不会实施犯罪或下级实施犯罪可以被有效预防。两种情况存在原因力强弱的差别。苯巴案中审判庭认为后一种情况提升了指挥官的在整个犯罪中的作用，应当纳入量刑考虑的范围。^⑤值得注意的是，不论是《罗马规约》第 78 条还是《程序和证据规则》第 145 条第 3 款 c 项，都没有提及因果关系作为量刑考察的因素。而在量刑裁决中，审判庭将因果关系的强弱作为被告人不作为危害性的一部分加以叙述。这一做法可能存在实务上的合理性，但在方法论上并不可取。因果关系是一个客观存在的问题，不以人的行为和心态为转移，大陆法系和英美法系国家的刑法学原理都把因果关系作为独立于客观要件和主观要件问题研究。

（二）位阶关系

在实务中下级和指挥官的个人情况、加重和减轻情节都分别独立考虑，可能产生指挥官量刑重于下级的情况。ICTY 上诉庭在切利比奇集中营案中认为：就指挥官责任的本质属性而言，法律上认为指挥官的责任低于下级实行犯的结论是错误的。^⑥但上诉庭针对被告人穆季奇（Mucić）罪责轻重的问题论述道：审判庭判决显示，根据证据所证明的情况看，被告人穆季奇的在被指控犯罪的责任上应当轻于下级实行犯。^⑦两相对比，笔者认为 ICTY 关于指挥官与其他责任模式轻重的比较的论述，实际上在讨论个案的案情，而不是抽象意义上的一般结论。

抽象意义上是否存在指挥官责任的量刑（不考虑个人属性和加重、减轻情节）是否轻于正犯、教唆犯、命令、帮助犯（ICTY 规约第 7 条第 1 款、ICTR 规约第 6 条第 1 款、《罗马规约》

① Barбора Hol, “International Sentencing: Facts and Figures”, (2011) 9 (2) *J’Int Criminal Justice*, p. 413.

② Prosecutor v. Lubanga, ICC – 01/04 – 01/06, Trial Sentencing Decision, para. 92.

③ Ibid, para. 93.

④ Prosecutor v. Katanga, ICC – 01/04 – 01/07, Trial Sentencing Decision, para. 61; Prosecutor v. Lubanga, ICC – 01/04 – 01/06 A 4 A 6, Appeal Judgment on Sentence, para. 77. Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC – 01/05 – 01/08, Trial Sentencing Decision, para. 16.

⑤ Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC – 01/05 – 01/08, Trial Sentencing Decision, para. 59, 60.

⑥ Prosecutor v. Mucić et al., IT – 96 – 21 – A, Appeals Judgment, para. 735.

⑦ Ibid.

第25条第3款)的预设判断,是值得讨论的问题。

评估特设法庭的实践有助于判断指挥官责任与其他责任模式的轻重。以不作为帮助犯和指挥官责任的比较为例:第一,不作为帮助犯的客观要件要求帮助行为对犯罪实行行为产生实质性的影响,主观要件要求被告知道被指控犯罪的关键性要素(essential elements),^①指挥官主观要件仅考虑认识因素而不考虑意志因素,客观要件应表现为不阻止、不处罚下级犯罪实施的不作为,同时客观要件不考虑不作为与犯罪实行之间的因果关系。因此,从构成要件的比较入手,抽象意义上指挥官责任的危害性要弱于不作为帮助犯,指挥官责任与教唆犯、正犯等责任模式的比较,可类推之。第二,根据对特设刑事法庭的抽样统计,ICTY判处第7条第1款下责任的有期徒刑平均值为22年,判处指挥官责任的有期徒刑平均值为4年;而在ICTR,两个数值分别为44.8年和11年^②(ICTY和ICTR量刑起点各自参照前南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法典和卢旺达刑法典的规定,因此量刑基准的差异无须赘述)。第三,检察官同时就同一个犯罪行为提出两种责任模式下的指控,ICTY和ICTR的法理认为两种责任存在竞合关系,若被告人行为成立不作为帮助犯,就无须审查指挥官责任,被告人滥用指挥官地位可以作为帮助犯量刑的加重情节加以考虑。^③这从侧面反映了指挥官责任在与帮助犯的竞合中通常作为较轻的责任模式而被忽略,其构成要件中的一个因素被用以量刑考虑。

在国际刑事法院,卢班迦案上诉庭认为在其他条件都一样的情况下,正犯的罪责应当高于从犯的罪责,^④而决定罪责高低的因素是被告人在多大的程度上实行还是参与了犯罪。^⑤从与犯罪的关系上看,从主观和客观两个方面来判断,指挥官责任与犯罪实行之间的关系要远于教唆、帮助、团体支持等第25条第3款下各类共犯形式,因此逻辑上的推定是指指挥官责任应弱于第25条第3款下的各类刑事责任。但各审判分庭对此存在不同理解:在卡堂迦(Katanga)案中,被告人成立的一项罪名为战争罪中的抢劫财产,责任模式为第25条第3款d项下的向共同犯罪目的的团体提供支持,审判分庭判处12年有期徒刑。而在苯巴案中,审判分庭判决被告人成立战争罪下的抢劫财产罪,责任模式为指挥官责任,被告人判处有期徒刑16年。上述两案各自的审判分庭在量刑中均未考虑减轻或加重情节。比较苯巴和卡堂迦两案的量刑判决,要么卢班迦案对责任轻重的定性是错误的,要么是苯巴或卡堂迦案的审判分庭各自采用了不同的界定犯罪严重性的方法。苯巴案的量刑判决认为指挥官责任是不同于第25条第3款的自成一体的责任模式,究其自身属性来说,在第25条第3款罗列各责任模式与指挥官责任之间,并不天然存在孰高孰低的预设判断。^⑥审判分庭认为最终的量刑基于个案的具体方法进行,下级实施犯罪的严重性与被告人自身的行为都应考虑。^⑦尾崎久仁子法官在其个别意见中解释道:考虑到指挥官的特殊责任已

① Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-A, Appeal Judgment, para. 245. Prosecutor v. Aleksovski, IT-95-14/1-A, Appeals Judgment, para. 162.

② Silvia D'ascoli, *Sentencing in International Criminal Law, the UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC* (London: Hart Publishing 2011) pp. 226-227.

③ Galić Appeal Judgment, para. 186; Jokić Appeal Judgment, paras. 23-28; Kajelijeli Appeal Judgment, para. 81; Kvočka et al. Appeal Judgment, para. 104; Kordić and Čerkez Appeal Judgment, paras. 34-35; Blaškić Appeal Judgment, para. 91; Nahimana et al., Appeal Judgment, para. 787; Renzaho Appeal Judgment, para. 568.

④ Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 5, Appeals Judgment on Conviction, para. 462.

⑤ Ibid, para. 468.

⑥ Prosecutor v. Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Trial Sentencing Decision, para. 16.

⑦ Ibid.

经在特定情况下对其下属形成控制性影响力，指挥官的刑事责任可以和正犯一样严重。^① 尾崎法官的另一个理由是，一些国家（德国、瑞士）的立法支持对指挥官课以与正犯相同的处罚。^② 笔者认为卢班迦案的上诉庭和苯巴案的审判庭采用了两种不同的量刑方法：前者是纯粹从抽象意义上进行判断，而后者是基于个案进行界定，因此完全可能得出不同的结论。

综上所述，作者认为：从抽象意义上比较，不论在国际刑事法院还是在习惯法上，指挥官的罪责应该轻于其他犯罪参与形式。但在诉讼中，犯罪的危害性是基于个案的具体考量，各责任模式之间有无位阶高低关系，因案而定。

（三）故意程度是否影响量刑

习惯法把指挥官责任的主观要件定义为知道或者有理由知道下级的犯罪。“知道”或“有理由知道”属于刑法犯罪理论中的认识因素，ICTY 等特设法庭规约并不考察指挥官对待下级的行为到底是故意还是过失。^③ 而在国际刑事法院，定罪阶段，指挥官责任的构成要件不考虑故意等级问题，但意志因素为过失还是间接故意，可能影响量刑。本文第二部分已有介绍，不多赘述。

与定罪相比，指挥官责任的量刑具有更多的不确定性。不论特设法庭还是国际刑事法院，尽管存在量刑规则的限制，但法官还是选择将更多的裁量权保留在自身，在国际刑事法院，裁量空间大到我们不能对指挥官罪责的范围做出大致的判断，这将会影响同一司法机构先后判决的稳定性。

六 结论和展望

指挥官责任是国际刑法中充满不确定性的理论。本文从历史沿革的角度入手，着重考察了指挥官责任的性质、内涵的界定、与其他责任模式的关系，以及指挥官责任对量刑的影响，并比较了联合国特设刑事法庭与国际刑事法院在法理上的异同。不论从涉及本文分析的哪一个方面看，上述各个部分中总有一些问题超出了一般性的刑法原理所能够解释的范围。特设刑事法庭的法理主要基于对习惯法总结，但随着特设法庭完成历史使命，国际层面的运作终将落实到国际刑事法院。从目前的运作看，国际刑事法院通过对《罗马规约》的解释，减少了一部分不确定性，但同时又增加了许多不确定性。在特设法庭时代，ICTY、ICTR 对量刑都缺乏准确基准，这是由于这两个法庭规约之规定本身的缺陷造成的，因此，不能指向于参考前南斯拉夫社会主义联邦共和国以及卢旺达共和国的刑法典的规定。如果说量刑上特设法庭的不稳定性情有可原的话，国际刑事法院在法定刑幅度确定的情况下仍然将量刑裁量的空间过多地保留在法官手里，就是比较遗憾的事情了。可以预见，未来国际司法中指挥官责任依然会有许多问题等待澄清。

中国政府早已批准 1949 年的四个日内瓦公约以及 1977 年的两个附加议定书。制定相应的立法，将指挥官责任转化为国内法的规定，迟早应提上议事日程。但是，因为本国的刑法原理独具

① Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki, ICC – 01/05 – 01/08 – 3399 – AnxI, para. 19.

② Ibid.

③ 参见本文第二部分分析。

特色，是全盘拷贝国际司法从而继受由此带来的不确定性，还是用本国接受的刑法理论作出简洁明了的修正，答案不言而喻。

Reflections on Issues of Command Responsibility

Leng Xinyu

Abstract: Deriving from its long historic root and customary law practices since WWII trials, both on domestic and international level, command responsibility, or superior responsibility, is a regime of attributing individual criminal responsibility under International Criminal Law. Modern practices of international criminal justice since the establishment of UN *ad hoc* tribunals based its jurisprudence on the reading of customary norm reflected in Art. 86 and 87 of Addition Protocol I 1977 to the Geneva Conventions 1949, Art. 7 (3) / 6 (3) responsibility under ICTY/ICTR Statute, has developed into a jurisprudence of complexity and difficulty on the customary basis. ICC relies primarily on the Art. 28 of Rome Statute, a treaty-based regime, to attribute individual responsibility regardless of whether the accused is a military or civilian superior. Divergencies emerged sharply in recent development of *ad hoc* tribunal and ICC jurisprudences: (1) the nature of this mode of responsibility; (2) how can a mode of responsibility be adaptable to purpose crime, Genocide in particular, and to different modes of participation distinct from perpetration; (3) how could command responsibility could be differentiated from aiding and abetting by omission; and (4) what is the impact of command responsibility upon sentencing. This article aims to elaborate the above issues and to give a further discussion from the perspective of positive practices of international law and its rationale rooted in methodology.

Keywords: Command Responsibility, *sui generis* Mode of Liability, Aiding and Abetting by Omission, Sentencing

(责任编辑: 罗欢欣)