

国际刑法中的行为控制理论

江 溯

内容提要:正犯与共犯的区别是一个历史性的刑法难题,在共同犯罪事实关系复杂、不同法系特质杂糅的国际刑法中更是如此。对此问题,在国际刑事司法实践中,起初团伙共同犯罪理论占据了统治地位。然而,团伙共同犯罪理论具有扩张性、主观性的倾向,因此遭到了越来越多的批判。在此背景下,德国刑法学中主、客观共存,事实性与规范性相融合的行为控制理论被引入国际刑法。作为行为控制理论下位概念的共同正犯理论和组织控制理论在司法实践中得以运用,但是质疑和批判也随之而来。作为共同正犯理论之逻辑前提的正犯、共犯二元区分,以及该理论认定的明确性受到了质疑,并且组织控制理论本身也有过度实质化的不良倾向和逻辑自洽性不足的理论危机。国际刑法共犯理论的建构不能简单照搬国内法中现成理论,而应当注重国际刑法在事实层面和法律规范层面所具有的特点,“因地制宜”地建构国际刑法共犯理论。

关键词:行为控制 团伙犯罪 共同正犯 组织控制

江溯,北京大学法学院副教授。

一 问题的提出

在国际社会,从纽伦堡审判、东京审判,到前南国际刑庭、卢旺达国际刑庭,再到《罗马规约》的通过及其刑事司法实践的具体展开,国际刑法迅速发展起来。在国际刑事司法实践中,共同犯罪的司法认定与理论建构是不可回避的问题。其中,正犯与共犯是否应当区分以及如何区分是首当其冲的难题。

在国际刑法的审判实践中,关于正犯的认定问题,起初占据主导地位的是团伙共同犯罪理论(Joint Criminal Enterprise)。〔1〕但是,这种理论的缺陷和说服力上的局限,使得德

〔1〕“Joint Criminal Enterprise”在国内有不同的译法。王世洲在他翻译的《国际刑法学原理》一书中将其译为“共同犯罪行业”;凌岩在《卢旺达国际刑事法庭的理论与实践》一书中将其译为“团伙共同犯罪”。本文采取“团伙共同犯罪”的译法。参见[德]韦勒著:《国际刑法学原理》,王世洲译,商务印书馆2009年版;凌岩著:《卢旺达国际刑事法庭的理论与实践》,世界知识出版社2010年版。

国刑法学上的行为控制理论成为可能取而代之的理论选项。国际刑法是一个跨文化、跨法系,各家学说百家争鸣的平台。行为控制理论这种具有浓厚地域属性、独特文化背景的理论,在国际刑事司法中的际遇颇为耐人寻味。围绕着行为控制理论在国际刑事司法中的引入,既有支持,也有批判,更有骑墙的观望。

国际刑事案件与国内刑事案件在事实特性上最大的不同在于,国际刑事案件犯罪事实更为复杂,犯罪主体数量众多,行为关系异常复杂。因此,国际刑法中的共犯问题会显得更为疑难。此外,由于国际刑法是不同法律文化国家拉锯性博弈的结果,因此其立法与理论处处都夹杂着不同法系文化的特质,而国际刑法的这种异质性也会加剧共犯问题的复杂程度。

本文期望通过梳理国际刑法中正犯认定的学说发展史,以行为控制理论批判、取代团伙共同犯罪理论为基本线索,探寻行为控制理论在国际刑法学中的妥当性与自洽性,同时也希望借此管窥国际刑法学中正犯认定的理论图景。

二 团伙共同犯罪的理论源流及其不足

(一) 团伙共同犯罪的理论源流

“团伙共同犯罪理论”(Joint Criminal Enterprise)又被称为“共同目的理论”,它是一种源于英美刑法的共犯理论。在英美刑法上,实行犯(正犯)通常必须是最直接地实施犯罪行为的人。但是,在共同犯罪的情况下,这一基本原则就会出现問題。因为在很多情况下,虽然可以确定一个团伙实施了某项犯罪,而且该团伙中的每个成员均具有共同的犯罪目的,但无法确定到底是谁直接实施了该犯罪行为。按照传统的英美刑法理论,就无法惩罚这个团伙的所有成员。为了弥补这种处罚的漏洞,英美刑法上发展出了“团伙共同犯罪理论”。根据这一理论,只要团伙中的成员具有共同的目的,并且可以证明犯罪是由该团伙实施的,那么就可以直接认定所有成员均为该共同犯罪的参与者,从而为该犯罪承担刑事责任。^[2]

在行为控制理论被引入国际刑法理论之前,团伙共同犯罪理论在国际司法实践中占据着主导地位。一般认为,团伙共同犯罪理论是在前南国际刑事法庭(ICTY)1999年塔迪奇(Tadić)上诉判决中提出的。

在前南斯拉夫境内,种族众多,一直以来种族矛盾激烈。第二次世界大战之后,在铁托的领导下,南斯拉夫成为一个统一的社会主义国家。在铁托逝世之后,塞尔维亚族人、克罗地亚族人和穆斯林人关于国家的走向问题产生了激烈的分歧,压抑已久的民族矛盾被激发,爆发了波黑武装冲突。1992年塞、克、穆三族在波黑宣布独立之后,塞族领导的军事力量对非塞族人进行了种族清洗,屠杀、酷刑、强奸等暴行大量发生。被告人塔迪奇1990年加入塞族民主党,后成为萨拉克市的政治领袖;1992年8月当选为该地区塞族民主党地方委员会主席和社团的执行书记。塔迪奇被指控在1992年5月23日至1992年

[2] Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, p. 131.

12 月 31 日期间参加了塞尔维亚族在该地区的种族清洗,其行为被指控违反《日内瓦公约》、战争法及惯例罪、酷刑罪、故意杀人罪、非人道待遇罪、严重伤害罪、危害人类罪等 132 项罪行。^[3]

塔迪奇作为武装组织的一员,在 1992 年 6 月 14 日进入位于波斯尼亚和黑塞哥维那的亚斯基奇(Jaskici)村庄。在这里,塔迪奇参与了将该地区的男人与女人和孩子进行隔离,并将男人带到克拉特姆(Keraterm)集中营的行动。有证据表明,塔迪奇积极参与了这些隔离行为以及之后对于亚斯基奇村庄的攻击行为,被隔离的男性随后被强制带到了不为人知的地方。在这支武装组织离开后,在亚斯基奇村庄发现了五名被杀害的男人。^[4]塔迪奇因该谋杀行为触犯危害人类罪而被指控。

然而,前南预审分庭虽然认定塔迪奇的其他一些行为构成危害人类罪,但是并没有认定该谋杀行为构成危害人类罪。^[5]1999 年,上诉法庭推翻了预审分庭的上述判决,在判决书中通过团伙共同犯罪理论认定塔迪奇有罪。前南上诉法庭在判决中对团伙共同犯罪具体内容作出了如下规定:

(1) 一伙行为人;

(2) 一个共同的犯罪计划或共同的犯罪目的;

(3) 在共同计划之下被起诉者的参与行为,这种参与行为并不需要直接实施特定犯罪,而只需要辅助或影响了共同计划的实现。^[6]

根据前南法庭的意见,团伙共同犯罪的概念包括三种类型:基础形式、系统形式、扩展模式。第一种或者说基础的参与类型是指,一伙行为人计划犯罪的实施,并且该犯罪是根据共同的计划实施的。每一个参与者都有着同样的实施犯罪的意图,他们中的每个人都对此负责。第二种类型即所谓的系统形式。在这种形式的犯罪参与中,团伙共同犯罪是指在一个集中营或者一个囚禁工厂中维持一个虐待囚犯的系统。军队的成员或者行政单位的成员实施了某种犯罪,例如开设集中营,在这种情形下共同目的的概念也可以适用。这种情形被认为和第一种类型相似。第三种类型是指,在一个共同的计划中,一个行为人的行为不在共同计划之内,但却是共同计划所影响的自然和可预见的结果。^[7]

前南上诉法庭认为,团伙共同犯罪理论不仅具有法律依据,而且还具有习惯法渊源。^[8]法庭首先指出,团伙共同犯罪理论是以《前南国际法庭规约》第 7 条(1)为法律依据的。《前南国际法庭规约》第 7 条(1)规定:行为人计划、教唆、命令、实施或者以其他方式帮助或煽动计划、准备、实施《规约》第 2-5 条所规定之犯罪行为的,应当承担个人刑

[3] 参见王秀梅等著:《国际刑事审判案例与学理分析》(第一卷),中国法制出版社 2007 年版,第 70-76 页。另外,关于塔迪奇案的背景,参见凌岩著:《跨世纪的海牙审判:记联合国前南斯拉夫国际法庭》,法律出版社 2002 年版。以及 Opinion and Judgment, Tadić (IT-94-1-T), Trial Chamber, 7 May 1997.

[4] Opinion and Judgment, Tadić (IT-94-1-T), Trial Chamber, 7 May 1997, paras. 342-350.

[5] Sentencing Judgment, Tadić (IT-94-1-T), Trial Chamber, 14 July 1997.

[6] Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, Case No. IT-94-1-A, para 227.

[7] Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, Case No. IT-94-1-A, para 195-196, 202, 204. 在本案中,上诉法庭恰恰就是根据第三种类型认为塔迪奇有罪的。

[8] 类似观点,参见 Antonio Cassese, The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice*, No. 5, 2007, p. 114.

事责任。^[9] 法庭认为,这一条款设定了个人刑事责任的范围,任何行为只要符合该款的五种方式之一,都可能导致正犯的刑事责任。这一条款并不是说只有实际实施犯罪的行为人才会被处罚,相反,在一个共同犯罪计划之下的行为人,只要对于犯罪行为实施了具有贡献的行为都应当承担责任。法庭还指出,团伙共同犯罪理论也有国际习惯法的依据。例如,第二次世界大战后许多关于战争犯罪的案例都采纳了“基于共同计划实施犯罪时全体行为人都要承担责任”的基本原理。^[10] 自此以后,前南国际刑事法庭在判决中多次强调团伙共同犯罪理论,这一理论逐渐成为一个处理国际刑事责任的稳固概念。^[11]

通过上述前南法庭对于团伙共同犯罪理论的描述,可以总结出以下特点:

第一,强调共同计划或共同目的。在一般的共同犯罪中,共同的犯罪故意是必备的要素。然而,在团伙共同犯罪理论中,共同犯罪目的则更加突出,其实际意图是希望通过这种方式证明行为人作为一个共同体而存在。这种共同的计划或目的成为行为人之间形成一个共同体强有力的纽带。

第二,降低正犯对于犯罪实施所起的实质性影响的要求。团伙共同犯罪实际上意味着只要具有共同计划或共同目的,哪怕行为人对于犯罪实施只起到了辅助性作用,也可以成为正犯。

第三,类型化地建构行为类型。前南法庭不仅明确阐述了团伙共同犯罪理论的构成条件,更难能可贵的是对该理论所涵盖的行为类型进行了类型化的详细论述。法庭不仅分别论述了三种行为类型的构成要件,而且结合许多案例对此进行了详细描述,使得该理论更加充实且具有可适用性。^[12]

第四,对于正犯认定的拓展性。一方面,团伙共同犯罪理论大大降低了行为客观要素的门槛,甚至在行为实施中辅助性的影响也符合客观要素的要求;另一方面,团伙共同犯罪理论在主观要素方面还留下了例外情形,即第三种类型所描述的——共同计划影响下的自然或者可预见的计划外行为。

团伙共同犯罪理论之所以在国际刑事司法实践中具有强大的生命力,主要原因在于其有利于解决国际刑事司法中普遍存在的复杂的共同犯罪案件,简化了案件的认定难度。国际刑法中发生的犯罪行为,直接实行人几乎从来都不是领导者,而这些“隐形”的参加者们在刑法上的可谴责性通常并不比实行人的可谴责性小。^[13] 但这些真正的“幕后黑手”有时只是作为刑事责任相对较低的共犯来处理,就会出现行为的实际影响力和罪责不均衡的现象。因此,团伙共同犯罪理论在简化理论认定的同时,也实现了社会防卫的公

[9] See Article 7 (1) of the “Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. (ICTY Statute), United Nations ICTY, 2009.

[10] Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, Case No. IT-94-1-A, para 186-190, 194-195.

[11] Giulia Bigi, Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders; The Krajišnik Case, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010, pp. 52-53. 更为详细的关于团伙共同犯罪的理论发展脉络,参见 Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 157-170.

[12] See Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, Case No. IT-94-1-A, paras 196-229.

[13] 参见王世洲主编:《现代国际刑法学原理》,中国人民公安大学出版社2009年版,第341-344页。

共政策目标。^[14]

(二) 团伙共同犯罪理论的不足

虽然司法实践中团伙共同犯罪理论一度备受青睐,但该学说却也受到了诸多批判。

第一,缺乏法律依据。团伙共同犯罪理论是在《前南国际法庭规约》的背景下形成的。国际刑法中的共犯立法经历了一个逐渐发展的过程,在《前南国际法庭规约》时期属于加速发展但尚未成熟的阶段,^[15]立法对于共犯的规定尚显粗疏。《前南国际法庭规约》第 7 条“个人刑事责任原则”中的第 1 款虽然规定了不同形式犯罪参与人的个人刑事责任,但是,在这一条文中我们无法看到正犯与共犯之间的层级关系与区分界限。^[16]因而前南法庭在判决中发展出来的团伙共同犯罪理论是独立于《前南国际法庭规约》之外的。

第二,正犯认定范围过于宽泛。一种意见认为,团伙共同犯罪理论对共同正犯客观方面的要求太低,因此应当更加强调被告对于共同犯罪的实质性影响,这样才能严格地控制团伙共同犯罪的成立范围。^[17]另外一种意见则认为,团伙共同犯罪理论对于主观方面的要求存在理论与实践脱节的问题,在实际适用中,实际上并不重视对于共同目的或共同计划的认定;相反,行为往往是通过层级关系来确定的,例如军队中的命令或者政治权力结构。^[18]甚至还有学者批评,这种理论不仅使正犯认定的门槛降低了,而且共犯(帮助犯、教唆犯)的认定要求相应地也降低了。^[19]

不仅如此,与正犯认定过于宽泛相伴随的问题是:正犯与共犯之间的界限变得模糊。在塔迪奇案中法庭提出:“帮助犯或教唆犯需要对正犯提供帮助、鼓励和道德支持,但是在共同目的或计划的情形中,正犯的行为只需要指向推进共同计划或目的即为已足。”^[20]这将导致正犯的责任门槛甚至比帮助犯和教唆犯的责任门槛还要低(尤其是在第三种行为类型中)。^[21]由于团伙共同犯罪理论对于正犯客观方面的实质影响降低了,正犯与共犯的主要区别就只能体现在主观方面。因此,在塔迪奇案中法庭提出:“帮助犯和教唆犯不需要共同犯罪计划,帮助犯和教唆犯的主观要素要求是明知。”^[22]这样一来,实际上团

[14] Antonio Cassese, The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice*, No. 5, 2007, p. 117.

[15] 参见王华伟:《论国际刑法中的共犯刑事责任》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第 33 卷,北京大学出版社 2013 年版,第 645 页。

[16] See Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Volume 1), Oxford University Press, 2002, p. 786.

[17] Allison Marston Danner, Jenny S. Martinez, Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, *California Law Review*, Vol. 93, No. 1, 2005, p. 62.

[18] Verena Haan, The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *International Criminal Law Review*, No. 5, 2005, pp. 194 - 196.

[19] See Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Volume 1), Oxford University Press, 2002, p. 791.

[20] Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, Case No. IT - 94 - 1 - A, supra note 1, § 229.

[21] Verena Haan, The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *International Criminal Law Review*, No. 5, 2005, p. 201.

[22] Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, Case No. IT - 94 - 1 - A, supra note 1, § 229.

伙共同犯罪理论对于正犯与共犯的区分就成为一种主观理论,下文中笔者将介绍的国内法中的主观理论所遭受的诟病因此也完全适用于团伙共同犯罪理论。^[23]

基于团伙共同犯罪理论存在的上述问题,有的法庭对团伙共同犯罪理论进行了一定改进。^[24]但更多的学者认为,考虑到团伙共同犯罪理论非常宽泛以及这种“囊括一切”的性质,选择其他理论才能拯救正义“流产”的不幸,^[25]因此应当引入共同正犯的理论,才能够更加严格和精确地认定犯罪。^[26]正是在这种背景下,源于德国的行为控制理论开始被引入国际刑法的判决。

三 行为控制理论的出现及其评价

长久以来,德国刑法学中关于正犯与共犯如何区分,一直聚讼纷纭。在经历了一场漫长的学术发展历程之后,行为控制理论成为目前德国刑法学界的通说。简要梳理行为控制理论在其理论原产地的学说嬗变,对深入理解国际刑法中行为控制理论的发展具有重要意义。

(一) 行为控制理论在德国的发展

1. 主、客观偏废与主、客观共存

首先,关于主观理论。在早期德国的司法判决中,通说采取主观理论认定正犯。主观理论通过所谓的“正犯的意志”和“共犯的意志”来区分正犯与共犯。关于如何认定这里的“意志”,又分为两种观点:一种是恶意理论,另一种是利益理论。根据恶意理论,正犯具有一种独立的意志,而共犯仅具有一种不独立的意志。利益理论则认为,正犯的意志是通过构成行为具有自身的利益而加以标记的,与此相反,共犯的意志则缺乏这种利益。采取主观理论区分正犯与共犯的两个著名判例是“澡盆案”(Badewannenfall)和“史塔辛斯基案”(Staschinskyfall)。“澡盆案”的大致案情是:一位未婚生子的母亲因恐社会舆论与经济压力,乃决意将刚出生的婴儿溺死。但是,由于她自己产后虚弱,加上自己下不了手,于是请她妹妹来代为行事,并告诉其妹,可以在为婴儿洗澡时将婴儿溺死在澡盆中,佯称婴儿系出生后自然死亡。其妹因不忍心姐姐为一个非婚生婴儿如此痛苦,于是答应其要求而将婴儿溺死。之后东窗事发。对于该未婚母亲及其妹妹各自究竟成立何种参与类型,产生了争议。对此,德意志帝国法院判决认为,该未婚母亲的妹妹以共犯的意思实施行为,因而构成从犯,而该未婚母亲则构成正犯。^[27]“史塔辛斯基案”的大致案情是:被告

[23] 反对性意见,参见 Antonio Cassese, *The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, *Journal of International Criminal Justice*, No. 5, 2007, pp. 116 - 117.

[24] Giulia Bigi, *Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders: The Krajišnik Case*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010, p. 81.

[25] Steven Powles, *Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?*, *Journal of International Criminal Justice*, No. 2, 2004, p. 619.

[26] Verena Haan, *The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *International Criminal Law Review*, No. 5, 2005, p. 197, 201.

[27] 关于“澡盆案”,参见柯耀程:《刑法总论释义》(修正法篇)(上),元照出版公司2006年版,第338页,注57。

人史塔辛斯基受前苏联克格勃的秘密命令,用毒枪将从前苏联逃亡他国的两名政治人士杀害。对于史塔辛斯基应当成立何种参与类型,产生了争议。德意志联邦最高法院判决认为,克格勃计划杀人并提供毒枪,从整体行为状况来看,应当将其视为克格勃的主管人员与领导的行为。因此,即使史塔辛斯基自己实施了杀害行为,也不能构成正犯,只能构成从犯。^[28] 这两个判例在学说上引起了极大的争议。

对于主观理论,主要存在以下几个维度的批评:第一,方法论上的商榷。罗克辛认为主观理论是在自然主义的制定法主义背景下产生的,是一种自然主义的理解。^[29] 对正犯与共犯的区分问题采取因果性的理解方式,虽然能够弄清楚行为过程的联系,但却不能理解行为的法律意义。因此,这种理论是缺乏价值和意义的。^[30] 第二,因构成要件判断的缺失,面临违背罪刑法定的风险。魏根特和耶塞克指出,主观理论通过将可罚性扩大至每一个有因果关系的和有责的行为,刑法客观构成要件的规定实际上被忽视了。同时,这也使得在实施犯罪的行为人若想把行为看作“他人的”行为的情形下,该行为人也可能成为帮助犯。这显然与德国刑法明文规定的“自己实施犯罪”的正犯属性相矛盾。^[31] 第三,认定标准的不明确性,可能导致裁量权滥用。主观理论所提出的标准不能为正犯与共犯的区分提供理性的可检测的要素,而是将区分留给了法官,^[32] 这为裁量权滥用留下了隐患。

其次,关于客观理论。客观理论经历了从形式客观说到实质客观说的发展。形式客观说认为,那些符合刑法分则构成要件描述的是正犯,其他的都是教唆犯和帮助犯。形式客观说的名称来自于比克迈耶(Birkmeyer),但实际上这一理论早在 19 世纪就已经有了大量拥护者。德国著名刑法学家如贝林、恩斯特·迈耶(Ernst Mayer)和李斯特等都采纳客观理论。^[33] 形式客观说的主要问题在于,认定正犯范围过于狭窄,导致间接正犯和共同正犯的认定存在困难。^[34] 后来发展的实质客观理论包括因果贡献的必要性理论、行为前和行为时参与理论、身体和心理的因果性影响理论、行为人监管理论等,但这些理论在认定上都存在一些困难。^[35]

最后,关于主、客观共存。在经历了主、客观理论的偏废之后,正犯认定走向了主、客观并存的局面。罗克辛提出的行为控制理论试图通过行为控制来确定正犯。罗克辛指出,在实现犯罪中作为关键人物或核心人物而表现出对事件发挥决定性影响的人,就拥有行为控制,是正犯。在此基础上,对应于行为控制、意志控制和功能性控制,罗克辛发展出

[28] 关于“史塔辛斯基案”,参见[韩]李在祥:《韩国刑法总论》,[韩]韩相敦译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 374 页。

[29] Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 8 Rn. 18 - 21.

[30] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S. 7.

[31] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, 5. Aufl. 1996, S. 648 - 649. 贝林、施特拉腾韦特、库伦和韦塞尔斯也持类似观点。参见[德]恩施特·贝林著:《构成要件理论》,王安译,中国人民公安大学出版社 2006 年版,第 180 - 181 页;Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 9 - 14;Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl., 2013, Rn. 515 - 516.

[32] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, 5. Aufl. 1996, S. 648.

[33] Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S. 34.

[34] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S. 37 - 38. 类似观点,请参见 Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 9 - 14;Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl., 2013, Rn. 510 - 511.

[35] Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S. 38 ff.

了“控制犯罪”、“义务犯罪”和“亲手犯罪”的三分法。他明确指出,行为控制理论是从主观方面和客观方面对正犯理论的进一步发展,是对早先极端分歧的各种观点的综合。^[36]魏根特和耶塞克也支持犯罪控制理论,他们指出,符合构成要件的行为既不能仅仅被理解为具有特定态度的行为,也不能被理解为纯外界事件,而是应当被理解为客观—主观意思统一体。依据客观行为的意义共同控制行为过程之人,才可能成为正犯。^[37]

2. 事实性与规范性的融合

正犯认定理论的另一条发展脉络从局限于事实性、因果性的认定,逐步走向了规范化的认定。从早期的纯粹主观理论,发展到之后的“规范的联合理论”,^[38]从初期的形式客观说,发展到后来的实质客观说;从早期主、客观单一维度的理论,发展到主、客观相统一的二元理论,在这一过程中,价值判断、规范性思维、机能性考量被不断地纳入到刑法理论中。

罗克辛的犯罪控制理论并非以目的行为论为基础,而是综合存在论和目的论的考察方式,从意义理解和目的设定上理解正犯概念,并且采取了实质的正犯概念。^[39]这种对于正犯的规范化理解,其优点是在刑法体系中融入了作为目的理性的刑事政策,使刑事政策对于刑法体系的影响完成了从“体系外推进”到“体系内指引”的转变,^[40]跨越了刑事政策与刑法体系的鸿沟。^[41]因此,对于正犯的认定不再机械和僵化(例如,间接正犯、共同正犯的认定不再成为难题),使正犯的认定不但没有突破罪刑法定的限制,而且同时兼顾了实质合理性。

虽然罗克辛的犯罪控制理论得到了德国刑法学界的普遍支持,然而,规范化判断在带来实质合理性的同时,也带来了理论不稳定的隐患。施特拉腾韦特和库伦指出,犯罪控制概念的含义并不清楚。因此,德国学术界一致认为,依据犯罪控制原则也不可能进行简单推论,它只是一个指导性的观点,在深入研究共同犯罪时还必须将其具体化。^[42]

(二) 行为控制理论的引入

1. 共同正犯理论

鉴于上文提及的理论不足,在前南斯塔基奇(Stakić)案中,开始引入行为控制理论,以替代团伙共同犯罪理论。斯塔基奇案发生的政治背景和塔迪奇案相同,即波黑地区激烈的种族冲突。斯塔基奇于1992年春天接任波黑西北部普利耶多尔市(Prijedor)市长的职位,在建立集中营残害非塞族人方面起到了极为重要的作用,因此被指控构成种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪等多项罪名。控方运用团伙共同犯罪理论,认为斯塔基奇需要对指控的所有罪行承担正犯责任,虽然很多行为并不是他亲手实施的。而临时法庭认为,团

[36] Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 8 Rn. 12 - 16, 27, 30.

[37] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, 5. Aufl. 1996, S. 648 - 649.

[38] Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 8 Rn. 22ff.

[39] 参见廖北海著:《德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第35页。

[40] 参见王华伟:《建构刑事政策指引的构成要件理论》,《成都理工大学学报》(社会科学版),2014年第1期。

[41] 参见陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》,《中外法学》2013年第5期。

[42] Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 18 - 19.

伙共同犯罪理论只是一种正犯理论,也需要考虑其他解释方案如共同正犯理论。^[43] 由此,充满德国理论特色的共同正犯理论开始被引入。^[44] 法庭对共同正犯以及行为控制理论进行了如下论述:

共同正犯的构成,需要有一个明确的犯罪协议,或者对于共同实施犯罪的默认,以及对于犯罪行为的共同控制。“只有他们共同实施犯罪,才能实现他们的计划,其中的任何一个人不执行自己的任务都将会毁掉整个计划。这种行为人的核心位置类型,准确地描述了行为共同控制的结构。”(引自罗克辛的论述)^[45]

法庭进一步总结了共同正犯的构成要素包括客观要素和主观要素。客观要素包括:(1)共同正犯行为人;(2)共同计划;(3)协议或者默认;(4)协作的共同实施;(5)对于犯罪行为共同控制。主观要素包括:(1)特殊犯罪所要求的主观要素;(2)对于犯罪发生实质可能性的共同认识。^[46]

斯塔基奇案的判决中较为系统地引入了共同正犯理论,而且明确提到了“共同控制”的概念。而在《罗马规约》的立法背景下,共同正犯的理论在卢班加(Lubanga)案中得到了更为深入的推进。

卢班加案是发生在非洲中部刚果(金)境内的案件。伊图里(Ituri)地区位于刚果(金)东部,自然资源丰富,该地族群矛盾十分严重。被告人卢班加在 2000 年 9 月创立了“刚果爱国者联盟”(Union des patriotes Congolais),并且在 2002 年担任了这一组织的军事武装分支“刚果爱国解放组织”(Forces patriotiques pour la libération du Congo)的领导者。从 1999 年夏天开始,因为土地和其他自然资源的分配问题,伊图里附近部族之间爆发了激烈的武装冲突。卢班加被指控触犯了战争罪中征募 15 岁以下的儿童加入武装部队或集团,以及利用他们积极参加敌对行动的条款。检方指控卢班加与“刚果爱国者联盟”和“刚果爱国解放组织”的其他官员成立共同正犯。^[47]

检方认为《罗马规约》25(3)(a)采取了一种基于控制原则的正犯理论,因此,一个行为人只有具备“共同的控制”以及“实质的影响”才能成为共同正犯。较之于团伙共同犯罪理论,控制原则的正犯理论既有规约基础,又能够避免扩大化的适用。^[48] 检方明确地

[43] Prosecutor v Milomir Stakić, case No IT-97-24-T, ICTY Trial Chamber Judgment, 31 July, 2003, para 421-427, 438.

[44] See Neha Jain, The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2011, p. 177.

[45] Prosecutor v Milomir Stakić, case No IT-97-24-T, ICTY Trial Chamber Judgment, 31 July, 2003, para 440.

[46] See Prosecutor v Milomir Stakić, case No IT-97-24-T, ICTY Trial Chamber Judgment, 31 July, 2003, paras 468-498.

[47] See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges, *Pre-Trial Chamber*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007, paras 1-12.

[48] See Prosecution's document addressing matters that were discussed at the confirmation hearing, ICC-01/04-01/06-748-Conf, paras. 30-33, 38-41. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges, *Pre-Trial Chamber*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007, para 322-323.

引用了罗克辛的观点,对于共同正犯的解释采用了“功能性控制”的观点。^[49]

预审分庭则明确指出,团伙共同犯罪理论实际上是一种主观理论,认定正犯时主要关注行为人的主观心态,而不在于他们对实施犯罪所产生的客观影响的程度。预审分庭认为行为控制理论是一种新的路径,它不仅要求客观要素,也要求主观要素。预审分庭不但确认了行为控制理论及共同正犯理论的运用,而且对于其具体构成要素进行了详细的、类似于斯塔基奇案判决的描述。^[50]

由此可见,行为控制理论下的共同正犯得到了更多的青睐,其理论也在国际刑事司法实践中逐渐展开。但是,行为控制理论下的共同正犯理论在国际刑事司法中并非没有遇到反对性意见。

第一,对于讨论前提——正犯、共犯二元区分——的质疑。近现代以来,世界各国为了处理犯罪参与现象,在立法和学说中发展出了各种立法形式与犯罪参与体系,归纳起来大致可以分为区分正犯、共犯二元区分体系与不区分上述参与形态的单一正犯体系两大类。所谓正犯、共犯二元区分体系,是指在法律条文之中,不仅就犯罪之成立在概念上区分为正犯和共犯,而且在刑罚评价上对两者也加以区分的体系。采用这一体系的主要有《法国刑法典》(第59条以下)、《德国刑法典》(第25条以下)、《日本刑法典》(第60条以下)等。与正犯、共犯二元区分体系相对的单一正犯体系,是指将所有共同参与犯罪实行的人均视为正犯;对于各个参与者,根据其参与的程度和性质来量刑,或者形式上虽承认犯罪参与形态的区别,但其区别作用仅限于量刑。一般认为,单一正犯体系具有如下特征:(1)为犯罪成立赋予条件者,皆为正犯;(2)不重视行为形态的区别;(3)对于犯罪的成立,根据各个正犯的行为,个别地探讨不法和罪责;(4)对于各个正犯适用同一法定刑;(5)根据各个正犯的参与程度和性质来量刑。^[51] 采用这一体系的包括《意大利刑法典》(第110条以下)、《奥地利刑法典》(第12-13条)、《俄罗斯联邦刑法典》(第32条以下)等。共同正犯理论是建立在正犯、共犯二元区分基础上的,如果在逻辑起点上否定了正犯、共犯二元区分,那么以正犯、共犯二元区分为背景的共同正犯的诸多理论建构就是值得怀疑的。

例如,在卢班加案中,福尔福特法官认为,《罗马规约》第25条(3)中的(a)-(d)项并不需要解释为互相区分,这几项在特定的情况下本身就存在一定的重合,这样能够覆盖各种可能的事实。同时,福尔福特法官明确反对那种认为《罗马规约》第25条(3)是在不同形式的犯罪参与中建立一种严重程度等级的观点。福尔福特法官认为,在德国的法律体系下,共犯的处罚范围和正犯的处罚范围是联系在一起的(例如,《德国刑法典》第27条第2款规定帮助犯的处罚参照正犯减轻处罚),因此有必要清晰地区分正犯和共犯。而《罗马规约》第78条和第145条实际上规定个人的处罚是由所有相关的因素共同决定的,

[49] See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Prosecution's Closing Brief, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2748-Red, 01 June 2011, para 61.

[50] See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007, paras 329-331, 342-367.

[51] 参见陈子平:《刑法总论》,元照出版公司2008年版,第438页。

包括犯罪严重程度以及行为人个人的情形。尽管犯罪参与程度是第 145 条(1)(c) 所列举的因素之一,但这并不意味着处罚范围仅仅受制于共犯责任模式。^[52]

基于这种理解,福尔福特法官认为正犯的客观行为只需要行为人的影响和犯罪之间有因果联系即可。^[53] 由此可以看出,福尔福特法官实际上是典型的单一正犯理论的支持者,其从共犯模式的角度对这一理论进行了深层批判。^[54]

第二,对于“功能性控制”具体如何理解和认定,存在较大的争议。在 Lubanga 案中,检方提出了“重要影响”的标准,指出正犯的影响只需要是“重要的”(substantial)即可,不一定要是“必要的”(essential)影响,尽管没有正犯的影响犯罪仍然会发生,但是会存在极大的难度。^[55] 而辩方和法庭都维护了“必要性”的标准。辩方认为,仅仅“重要的影响”是不够的,正犯需要比共犯具有对犯罪实施更强的影响力,因此需要具备“必不可少”的影响力。^[56] 而法庭裁决则否定了控方对于共同正犯的扩张适用,认为如果降低正犯应当具有的“必要影响”的门槛,就可能会扩大正犯的概念。^[57] 在“重要影响”和“必要性”标准之外,还有学者主张一种综合的标准。这种观点认为,要区分正犯和共犯,“不可或缺性”的单一维度的判断是不够的,还需要考虑更多的因素。这种正犯与共犯的区分,不仅仅是经验的判断,而且也是规范的判断。此外,这种判断应当同时包含主观要素和客观要素。^[58]

2. 作为间接正犯的组织控制理论

间接正犯理论一直以来很少被提及,只是最近才走上国际刑法舞台的,但是,随着《罗马规约》关于间接正犯的规定和国际刑事法院司法实践的出现,间接正犯理论似乎成为追究政治或军队领导人的关键性理论工具。^[59]

在间接正犯理论中,组织控制理论在国际刑法中得到了格外的关注。组织控制理论是由罗克辛在 1963 年发表的《组织性权力机构框架内的犯罪行为》一文中提出的。罗克辛认为,在基于错误和强制产生的控制之外,也存在对于一个完全负刑事责任的直接正犯的控制,这是间接正犯的一种独立形式。罗克辛称这种控制为“基于组织权力结构的控制”。^[60] 罗克辛举了希特勒、希姆莱(Himmler)、艾克曼(Eichmann)等纳粹战犯的例子,

[52] See SEPARATE OPINION OF JUDGE ADRIAN FULFORD, ICC -01/04 -01/06 -2842, 14 March 2012 paras. 7 - 11.

[53] SEPARATE OPINION OF JUDGE ADRIAN FULFORD, ICC -01/04 -01/06 -2842, 14 March 2012 para. 16.

[54] 反对性意见,参见 See Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt, Thomas Weigend, Assessing the Control-Theory, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, No. 3, 2013, p. 729. 对于这个问题的更多论述,参见王伟华:《论国际刑法中的共犯刑事责任》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 33 卷),北京大学出版社 2013 年版,第 653 页以下。

[55] See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Prosecution's Closing Brief, *Trial Chamber I*, ICC -01/04 -01/06 -2748 - Red, 01 June 2011, para 65.

[56] See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Closing submissions of the Defence, ICC -01/04 -01/06 -2773 - Red-ENG, 15 July 2011, *Trial Chamber I*, paras 63 -64.

[57] See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Trial Chamber I*, ICC -01/04 -01/06 -2842, 14 March 2012 para 999.

[58] See Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt, Thomas Weigend, Assessing the Control-Theory, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, No. 3, 2013, pp. 731 -733, 734.

[59] Gerhard Werle, Boris Burghardt, Foreword, Indirect perpetration: A perfect fit for International Prosecution of Armchair Killers?, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, p. 85.

[60] Roxin, Crimes as Part of Organized Power Structures, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, p. 198.

认为他们发出杀人命令时,能确信这些命令将得到执行,因为他们与教唆者不同,即使被要求实施者拒绝执行命令,也不会对命令的实施产生影响。在这里,罗克辛教授强调了“可替换性”这个概念,即直接行为人不受限制的可替代性,这向幕后人保证了构成行为的实施,直接行为人只是一个在运行的国家机器中可以更换的“螺丝钉”。^[61]

罗克辛的这一理论起初并没有引起足够的重视。直到阿根廷对早期军政委员会的犯罪行为审判时,这一理论才得以适用。1988年,德国联邦最高法院在“猫王案”中,肯定了这一学说,^[62]之后第五刑事合议庭在1994年柏林墙枪击案中也采纳了这种学说。^[63]

在国际刑法层面,组织控制理论在加丹加和恩乔洛·楚伊(Katanga and Ngudjolo Chui)案中得到了充分的运用。加丹加和恩乔洛·楚伊案的背景和卢班加案是一样的,即刚果(金)伊图里(Ituri)地区激烈的族群冲突。吉迈恩·加丹加(Germain Katanga)是伊图里(Ituri)地区“爱国抵抗力量”(Patriotic Resistance Force in Ituri)武装组织的领导者。而恩乔洛·楚伊则是该地区国家融合前线(National Integrationist Front)的军事首领。他们领导了很多武装袭击,被指控触犯战争罪、危害人类罪等罪行。由于二人被指控对波哥洛村共同发动了武装袭击,因此国际刑事法院将二者合并审理。^[64]

在该案中,法庭介绍了罗克辛的“正犯背后的正犯”这个概念,并指出一个行为人有可能通过另一个也对犯罪行为负直接正犯刑事责任的行为人,而同样承担正犯刑事责任。法庭认为,正犯背后的正犯之所以负刑事责任,是因为控制了直接正犯的意志。直接正犯通过满足犯罪的主客观要素成为正犯;而正犯背后的正犯通过其控制成为正犯。法庭也指出,这种组织必须基于一种上级与下级之间的层级关系,而且这种组织需要具有足够的下属来保证上级的命令能够得到实施,即使这个下属不实施,另一个下属也会实施。这种机制试图确保计划的实施不因某一单个下属的实施失败而受影响,换言之,命令的实施者是可替换的。最终,法庭将这种组织控制理论归结为三点:(1)对于组织的控制;(2)组织性和层级性的权力机关;(3)由自动服从命令所保障的犯罪实施。^[65]

由此可见,法庭实际上全盘接受了罗克辛所提出的组织控制理论。法庭总结了三项之所以倚重组织控制理论的原因:第一,它已经被包含在《罗马规约》的框架内;第二,它越来越多地在国际刑事司法中被使用;第三,它已经被国际法庭所采纳。^[66]然而,在笔者看来,法庭之所以积极地引入组织控制理论,最直接的原因还在于该理论为追究组织中领

[61] Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, 2003, § 8 Rn. 105 - 107. Also see Roxin, *Crimes as Part of Organized Power Structures*, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, p. 198.

[62] 关于“猫王案”的更多论述,请参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国最高法院判例——刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版。以及申柳华:《间接正犯与教唆犯的界分——德国联邦最高法院关于“猫王案”的判决译评》,载陈兴良主编:《刑事法判解》(第13卷),人民法院出版社2013年版。

[63] Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, 2003, § 8 Rn. 108 - 112.

[64] See Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, *Pre-Trial Chamber I*, ICC - 01/04 - 01/07, 30 September 2008, paras 1 - 36.

[65] See Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, *Pre-Trial Chamber I*, ICC - 01/04 - 01/07, 30 September 2008, paras 496 - 497, 500, 511 - 512, 515.

[66] See Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, *Pre-Trial Chamber I*, ICC - 01/04 - 01/07, 30 September 2008, paras 500, 506, 509. 法庭指出,在斯塔基奇案的判决中,前南刑事审判二庭也运用了这一理论,而避免适用团伙共同犯罪理论;在让-皮埃尔·本巴·贡博(Jean-Pierre Bemba Gombo)案中,国际刑事法院预审三分庭也采用了这种理论。

导的正犯责任提供了便利。但是,对于组织控制理论,不管是在国内刑法还是在国际刑法的层面,学者都提出了许多尖锐的质疑。对此理论的批判主要集中在以下几个方面:

第一,对于该理论法律依据的质疑。在法庭中,辩方就指出,《罗马规约》第25条(3)(a)分别规定了“共同正犯”和“间接正犯”,但并没有规定“间接共同正犯”。《罗马规约》第25条(3)(a)规定的是“伙同他人犯罪或者利用他人实施犯罪”,而不是“伙同他人犯罪和伙同利用他人犯罪”。^[67]温加尔(Wyngaert)法官也提出反对意见认为,《罗马规约》第25条规定的是“单独、伙同他人、通过他人实施犯罪”,这里的间接控制是指向自然人的,而不是组织。^[68]

第二,对于组织领导控制力的质疑。赫茨贝格(Herzberg)认为,命令者并不能对命令的实施与犯罪的实现更加有把握。^[69]欧希(Osiel)对于罗克辛所坚持的紧密联结且具有层级性的组织机构也持一种怀疑态度。欧希认为,这种组织形式很难成为大规模暴行计划、煽动和实施的媒介。较之于层级性组织,非正式的权力结构对于杀害和破坏更有实效。这不仅是因为权力事实上的行使偏离了法律上的授权,而且还因为没有人能完全对于低级别的主体施加权威,低级别主体实际上往往享有相当大的自主权。^[70]内哈·简恩(Neha Jain)也认为,罗克辛自己认为这种组织结构是一种理想类型,但并没有反映大多数的实际情况。在大规模冲突的情形下,直接正犯的行为往往是自发的、偶然的和个人性的。^[71]

此外,还有学者对罗克辛提出的“可替换性”概念提出了质疑,这种观点指出,尤其是在一些小的组织,成员实际上并非可以替换。^[72]也有学者认为罗克辛的组织控制理论其实并不是对于特定行为的控制,充其量只是试图解释,最终的结果能够追溯到组织的领导者。例如,组织的领导者命令下属A在X日实施犯罪,但A拒绝了,然后他让B在Y日实施同样的行为,这并不能说明组织的领导控制支配了任何特定的行为,其只是控制了最终结果。此外,组织控制理论的模糊性也遭到了诘难,例如魏根特指出,罗克辛试图通过提供很多经验性的标准来增强组织控制理论的轮廓,但是这为标准选择上的任意性开了更大的口子。^[73]

由此可以看出,组织控制理论在理论的一贯性上确实存在值得商榷的地方。这种理

[67] See Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, *Pre-Trial Chamber I*, ICC-01/04-01/07, 30 September 2008, paras 490.

[68] See Concurring Opinion Judge Van den Wyngaert, para 52.

[69] Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, 2003, § 8 Rn. 114..

[70] See Osiel, *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2009, pp. 99-102. Quote from Neha Jain, *The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12 No. 1, 2011, p. 194. 魏根特也持类似观点, See Thomas Weigend, *Perpetration through an Organization-The unexpected career of a German Legal concept*, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, pp. 99-100.

[71] See Neha Jain, *The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12 No. 1, 2011, pp. 194-195.

[72] See Osiel, *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2009, p. 101. Quote from Neha Jain, *The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12 No. 1, 2011, p. 194.

[73] Thomas Weigend, *Perpetration through an Organization-The unexpected career of a German Legal concept*, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, pp. 99-101.

论实质上是希望通过扩张正犯的范围,来追究并没有实际实施具体犯罪行为的领导人的正犯责任。因此,组织控制理论的产生可能考虑更多的是其政策性,而非严格的理论自治性。这种理论的提出可以被理解为对于有组织犯罪的反应,因为这种大规模的有组织犯罪需要新的理论支撑。^[74]

如前所述,行为控制理论具有主客观相结合、事实性与规范性相融合的特征,因此它无疑是一种实质化的正犯理论。组织控制理论建立在行为控制理论基础上,其希望发展出一种新的控制形式——组织控制——来实现正犯范围的扩张。但是,它面临理论自治性的危机,并且存在过度实质化的危险倾向。

通过对于国际刑法中正犯理论的梳理,我们对于行为控制理论引入国际刑法后所经历的理论际遇有了更为深刻的认识。历史总是惊人的相似!关于正犯的认定,在国际刑法中也经历了从主、客观偏废到主客观相结合,事实性与规范性逐渐融合的发展历史。行为控制理论是通过对于团伙共同犯罪理论进行批判而引入国际刑法之中的。由于团伙共同犯罪理论所具有的主观性、扩张性,从而存在违反法治原则的风险,因此,在批判团伙共同犯罪理论的同时向行为控制理论靠拢,这体现了国际刑法中体系化、客观化地认定正犯的理论诉求。在主、客观相结合,反对过度主观化这一层面上,行为控制理论无疑对理性划定刑罚权边界具有极为重要的意义。在这个意义上,正如有学者所指出的那样,行为控制理论为国际刑法中的正犯认定提供了一条非常有前景的路径。^[75]但另一方面,不得不承认,行为控制理论也是一种实质化的理论,在共犯认定中(尤其是组织控制理论中)已经体现出某种过度实质化的危险,这是值得关切和深思的。

四 对国际刑法共犯理论之批判与反思

通过上文的考察,可以看出,虽然行为控制理论较之于团伙共同犯罪理论具有更多的合理性,但是行为控制理论也并非毫无破绽。隐藏在行为控制理论争议背后的是更为复杂的问题,值得反思。国际刑法共犯理论的构建应当首先充分认清国际刑法本身所具有的特殊性。忽视国际刑法本身的特殊性,直接引入和移植国内法的既有理论,将会导致理论的“水土不服”。

(一) 国际刑法学的独特性

在上述国际刑事法庭的判决中,以罗克辛为代表而提出的行为控制理论被直接引入,但法庭并没有对国际刑法本身的特征进行因地制宜的分析,因此,简单移植德国理论引起争论也是无法避免的。在笔者看来,国际刑法本身所具有的事实层面和规范层面的特殊性,乃是建构国际刑法共犯理论需要考虑的重要维度。

1. 事实层面的特殊性

国际刑事案件在事实层面上与国内刑法存在很大差别。国际刑事案件往往行为主体

[74] Thomas Weigend, Perpetration through an Organization-The unexpected career of a German Legal concept, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, p. 101.

[75] See Neha Jain, The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12 No. 1, 2011, p. 194.

多、行为层级多、共同犯罪关系复杂。在案件中判定个人责任方面,法官经常找不到犯罪的直接实施者或者辨别被告在具体犯罪中所起的确切作用。^[76] 这种事实状况导致对于实际操控案件的领导人追究适当的责任存在困难。很显然,面对异常复杂的国际刑法共犯关系,形式化的共犯理论很难得出妥当的结论。团伙共同犯罪理论和组织控制理论之所以在司法实务中受到追捧,恰恰在于其作为一种实质化理论,能够对这种疑难情形进行有效规制。

然而,理论的实质化不能被过度演绎,否则法治原则将面临危机。正因为如此,团伙共同犯罪理论和组织控制理论都受到了诸多批评。在法治原则与应对国际刑法复杂的共犯关系的有效性之间找到平衡,是考验国际刑法共犯理论的“试金石”。

2. 规范层面的特殊性

第一,国际刑法的法律渊源与国内刑法存在重大差别。例如,《罗马规约》第 21 条规定,国际刑事法院所适用的法律不仅包括《罗马规约》、《犯罪要件》和国际刑事法院《程序和证据规则》,也包括条约及国际法原则和规则,还包括国内法中的一般法律原则,以及国际刑事法院以往的判例所阐述的法律原则和规则。由此可见,国际刑事法院可以适用的法律渊源实际上融合了国际法与刑法、成文法与判例法,其范围远远大于国内刑法。因此,仅仅围绕《罗马规约》进行教义学方法的阐释,这样一种狭窄的共犯理论研究是不全面的。

第二,国际刑法的学科属性非常复杂。巴西奥尼曾经分析了国际法和刑法之间的十三项不同点,认为国际刑法这门学科不只是不同组成部分的简单相加,它是一门复杂而独立的学科。的确,很难简单套用刑法学或国际法学的思维来分析国际刑法案例,尤其是严格按照德国刑法教义学来理解国际刑法案例时,很可能会产生对于严密逻辑性理论憧憬破灭之后的挫败感。正如巴西奥尼所言,决定国际刑法未来发展的,是被刑事法国际合作的现实需要所推动的法律全球化以及在此过程中出现的紧急情况,而不是学说和概念。以实践经验为特征,以实用主义为统率的事实推动着国际刑法的历史发展。国际刑法没有以直线性、凝聚性或逻辑性的方式演进;相反,它通过一些实际经验一点一点地向前发展。^[77] 因此,国际刑法学理论的发展不只是学者理论建构的逐渐累积和叠加,国际刑法发展过程中的事实和经验对于塑造国际刑法的形态同样会起到重要的作用。

第三,国际刑法共犯立法模式与以德国为代表的大陆法系国家存在结构性差异。虽然《罗马规约》第 25 条对正犯与共犯的犯罪参与模式进行了不同类型的区分,但是,这并不意味着《罗马规约》完全走向了以德国为代表的正犯、共犯二元区分立法模式。这是因为,《罗马规约》第 25 条所规定的犯罪参与形态,并没有与其刑事责任程度挂钩。^[78] 相反,《罗马规约》第 78 条第 1 款规定:量刑时,本法院应依照《程序和证据规则》,考虑犯罪的严重程度和被定罪人的个人情况等因素。从这一点来看,犯罪参与形式的差异并不会

[76] 凌岩著:《卢旺达国际刑事法庭的理论与实践》,世界知识出版社 2010 年版,第 200 页。

[77] [美]M 谢里夫·巴西奥尼著:《国际刑法导论》,赵秉志、王文华等译,法律出版社 2006 年版,第 13-14,16,20-21 页。

[78] 参见王华伟:《论国际刑法中的共犯刑事责任》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第 33 卷,北京大学出版社 2013 年版,第 655 页。

直接带来刑事责任程度的不同。当然,《程序和证据规定》第 145 条也提到,行为人的参与程度是确定刑罚的因素之一。^[79] 但是,行为人的参与程度仅仅是诸多因素中一个并非决定性的因素。

实际上,在卢班加案中,福尔福特法官已经敏锐地意识到这一点。但是,福尔福特法官就此完全否定犯罪参与形式的区分则又有失偏颇。^[80] 因为,不可否认的是,犯罪参与形式对于划定犯罪行为边界、维护罪刑法定原则具有极为重要的意义。然而,在加丹加和恩乔洛·楚伊案中,法庭积极引入具有浓厚实质化特征的组织控制理论,也在一定程度上忽略了国际刑法自身的规范性特征。因此,魏根特犀利地指出,实际上没有必要通过将教唆犯上升为正犯,实现对行为人施加适当的处罚。在几乎所有的法律体系中,教唆犯都可以受到与正犯同样的处罚,这在国际刑法中同样适用。根据《罗马规约》第 77 条和第 78 条,法庭根据犯罪的严重程度和行为人的个人情形可以判处高达终身监禁的刑罚,在这里,共犯和正犯之间就没有区别了。^[81] 因此,根据《罗马规约》已有的规定,领导人的刑事责任程度问题实际上已经得到解决。

(二)“因地制宜”的理论建构

源于德国刑法的行为控制理论被引入国际刑法中,应当说是一个好的现象,因为这一理论较好地克服了团伙共同犯罪理论所存在的理论缺陷。纵观国际刑法共犯理论的发展史,从某种程度上来说,正犯理论正在重复国内刑法走过的老路。尤其是在从主客观偏废向主客观相结合这一路线上,二者何其相似! 这并非偶然。纯粹客观的理论将导致正犯认定的形式化、机械化,在共同犯罪关系复杂的国际刑事案件中,几乎不可能被采用。而纯粹的主观理论过于强调行为共同体的共同计划,理论的机能主义倾向过于强烈,潜藏着违背罪刑法定主义的危险。反观团伙共同犯罪理论和组织控制理论,它们都蕴含着过度机能主义的理论倾向。对这些理论的批判,实际上反映了国际刑法中罪刑法定主义的诉求。可以看出,正确的理论发展道路是通过罪刑法定与刑事政策的互相制约与促进来铺设的。这也将是国际刑法中正犯认定的一个基本路线,因此,把握好二者之间的张力,是一个极为重要的命题。

优秀的理论应当首先立足于本身的立法规范,“因地制宜”地进行理论建构。通过对行为控制理论引入国际刑法过程的梳理与评析,可以发现,在这一过程中,对于国际刑法本身的特殊性存在重视不足的问题。面对国际刑事案件中罪刑法定与刑事政策的紧张关

[79] International Criminal Court, *Rules of Procedure and Evidence*, 2013.《程序和证据规定》第 145 条规定,根据第 78 条第 1 款确定刑罚时,法院应当:(1)使刑罚(监禁刑或罚金刑)与行为人的责任相当;(2)权衡所有相关因素,包括任何减轻和加重因素,考虑行为人和犯罪的情形;(3)在 78 条第 1 款之外,还需考虑:a 损害程度,特别是对于被害人及其家庭的伤害和其所使用的犯罪手段;b 行为人的参与程度;c 故意的程度;d 行为的环境、时间、地点;e 年龄、教育、社会和经济条件。

[80] 类似的观点认为,《罗马规约》第 25 条(3)通过时本身就充满了争议和妥协,它的通过本身就是为了涵盖各种正犯和共犯参与形态,因此,认为它是建立在一个统一连贯的规范参与体系上的说法是值得怀疑的。在这种情况下,国际刑事法院在区分正犯和共犯责任时采取了一种过于严格的划分方法。See Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt, Thomas Weigend, Assessing the Control-Theory, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, No. 3, 2013, pp. 744 - 745.

[81] Thomas Weigend, Perpetration through an Organization-The Unexpected Career of a German Legal Concept, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2011, p. 102.

系,直接引入诸如组织控制理论这样的学说加以应对的做法,可以说是有待商榷的。既然国际刑事法院已经通过了《罗马规约》,那么在以《罗马规约》为基础的国际刑事法律渊源之上建立一个相对稳定的理论体系是大势所趋。当然,这里需要在多大程度上考虑英美法系的影响和作用,如何协调两大法系在国际刑法中的冲突与融合,将是一个有待深入研究的重大命题。但是,以国际刑法的法律渊源为基础,建构国际刑法中具有共识的共犯基本理论的努力必须得到肯定。在国际刑法中不能简单地照搬国内刑法的共犯理论加以直接套用。虽然共犯问题在不同的法律体系之中有许多的共通之处,但差异显然是存在的。因此,简单“拿来”国内的共犯理论,难以妥当解决国际刑事司法中所面临的难题。

在国际刑法中,以行为控制理论作为正犯认定的基础,能够合理地划定犯罪行为的边界,这较之于团伙共同犯罪理论具有显而易见的优势,这一点不能轻易否认。但是,面对国际刑法中复杂的共同犯罪形态,意图通过理论上扩张正犯范围来加以应对,将会在理论自洽性上捉襟见肘。《罗马规约》独特的共犯立法结构,已经蕴含了合理的解决方案。因此,立足于国际刑法事实层面和规范层面的特点,“因地制宜”地移植国内法的共犯理论,才能在理论自洽与现实诉求二者之间找到平衡点。

[Abstract] The differentiation between the perpetrator and the accomplice is a historically difficult criminal law issue. It is even more difficult in international criminal law where joint criminality is more complex and different properties of legal families are intertwined. Initially, the theory of Joint Criminal Enterprise (JCE) was the dominant theory on this issue in the practice of international criminal justice. However, the theory of JCE tends to be subjective and expansive, for which reason it has been criticized by many judges and scholars. Against this background, the control theory originated from German criminal law theory, which combines the subjective with the objective and the factual with the normative, was introduced into international criminal law. As subordinate concepts of the control theory, the theory of joint co-perpetrators and the theory of organized control began to gain application in judicial practice. But doubts and criticism also ensued. As the logical premise of the theory of joint co-perpetrators, the differentiated system of perpetrator and accomplice and the criteria of this system have been put into question, while the theory of organized control has the unsound tendency of over-substantiation and the potential crisis of logical inconsistency. The theory of participation in international criminal law should not be simply based on available domestic theory, but should be constructed by suiting measures to local conditions and based on the character of international criminal law at factual and normative level.

(责任编辑:田 夫)