

## 附件 II. B

侵略罪特别工作组  
讨论文件 1

## “侵略罪和《规约》第 25 条第 3 款”

## A. 个人参与—《规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项

(参照：普林斯顿 2005 年报告“(a)个人参与犯罪行为”下第 19-32 段)

## I. 背景：我们最近讨论的进展

1. 国际刑事法院预备委员会期间侵略罪工作组协调员准备的关于侵略罪定义和要件的讨论文件(2002)[以下称：讨论文件]<sup>19</sup>中关于将《规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项的适用性排除的建议=“一元化做法”

讨论文件第一段描述了侵略罪的行为要件<sup>20</sup>，即有关个人的行为是与国家的侵略/使用（武装）力量/武力攻击（以下称：集体行为<sup>21</sup>）相关联的，描述如下[关键词语以斜体形式出现]：

“[...] ‘侵略罪’是指所居地位能够有效掌控或指挥一国政治或军事行动的人，故意或明知地命令或积极参与策划、预备、发动或执行侵略行为[...] [进一步强调]”

这一定义必须同讨论文件第 3 段结合起来看，该段旨在排除论述参与犯罪的不同形式的《规约》第 25 条第 3 款的适用性。

因此讨论文件根据纽伦堡的先例采用了直接了当的方式来定义导致侵略罪国际刑事责任的个人行为：“命令和参与”一语全面地界定了这种行为，一般性的词语“参与”<sup>22</sup>总括了参与《规约》第 25 条第 1-4 项所述犯罪的各种不同形式。

为了方便起见，讨论文件处理个人参与的方式在本文件中称为一元化做法，因为它没有将实施这一犯罪（《规约》第 25 条第 3 款第 1 项）与命令（《规约》第 25 条第 3 款第 2 项）和帮助（《规约》第 25 条第 3 款第 3 项）这种犯罪等加以区分。

<sup>19</sup>原作为 PCNICC/2002/2/Add.2 号文件于 2002 年 7 月 24 日发出，后作为缔约国大会第二届会议正式记录附件 II 重新发出(ICC-ASP/2/10 号文件第 219 页)。

<sup>20</sup>关于《规约》中这一术语的使用，请见第 30 条第 2 款第 1 项。

<sup>21</sup>本文件没有就集体行为的定义表明任何立场。

<sup>22</sup>恰巧这一用语肯定包括“命令”，而后者只是参与的一种具体形式。

## 2. 2005 年普林斯顿休会期间会议上赞成关于适用《规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项的建议=“区别对待的做法”

2005 年休会期间普林斯顿会议上形成了一种趋势，就是赞成为了方便起见可称之为区别对待的做法，即适用包含所列举的侵略罪所有不同参与形式的第 25 条第 3 款第 1-4 项（讨论的详细情况请见普林斯顿 2005 年报告第 19 段及后面内容）。

然而这种区别对待的做法必须有所限定，因为“已有一致意见，即侵略罪具有领导者犯罪的特性，因此不包括不能影响实施这种犯罪的政策的参与者，如执行命令的士兵”（普林斯顿 2005 年报告第 19 段）。

2005 年普林斯顿休会期间会议上出现的倾向是将区别对待的做法与承认该犯罪的领导特性相结合。因此概括而言，会议倾向于这样的观点

- 第一，不排除《规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项适用于侵略罪
- 第二，将讨论文件第一段中的“领导者的限定”纳入《规约》第 25 条，从而在该条内说明

“关于侵略罪，只有所居地位能够有效掌控或指挥一国军事行动的人应负刑事责任，并受到处罚（见 2005 年普林斯顿报告第 30 段）。

## II. 提出的两个供讨论的领域

根据最近赞同区别对待的做法的趋势，建议首先考虑一下这种做法是否能够以完整和可行的形式加以阐述。正如以下第 III 部分所表明的那样，这一目标尚未实现。

之后，（在以下第 IV 部分）又建议在目前阶段不最后放弃讨论文件中谈到的一元化做法，因为不论它可能有什么欠缺，这种方法肯定是解决问题的一种简单清晰的方法。

将建议在充分审议了两种方式之后再最后选择哪一种更好。

## III. 完善区别对待的做法

### 1. 界定侵略罪行为要件

#### a) 问题

2005 年普林斯顿休会期间会议上形成的区别对待做法的两个构成部分是，适用《规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项（第一个构成部分）并增加“领导者的限定”（第二部分）。2005 年普林斯顿报告第 27 段和 32 段指出，区别对待的做法需要在可行的犯罪定义中将对犯罪行为要件的描述作为第三部分。

更准确的文字是：如果《罗马规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项适用于侵略罪，则必须界定个人实施这种犯罪是什么意思（参见《规约》第 25 条第 3 款第

1 项“实施”一词的使用)。只有在确定了*实施*侵略罪的意思之后，才有可能回答这样一个问题，即一个人“命令”*实施*《规约》第 25 条第 3 款第 2 项所说的这种犯罪，或者一个人*帮助实施*《规约》第 25 条第 3 款第 3 项所说的侵略罪是什么意思。

犯了罪的人通常被称为*主犯*，所以简而言之，完善区别对待的做法所需要的就是界定侵略罪的主犯实际上做了什么。侵略罪主犯行为的任何定义都必须考虑到*侵略罪的两个特点*：

首先，就侵略罪而言，构成其基础的*集体行为*，并没有像种族灭绝罪（杀害、致使严重的身体或精神伤害等）和危害人类罪（谋杀、灭绝等）那样被分解成一系列可能的单独行为类别；这意味着，是*这种集体行为*构成了主犯个体实际所为的定义的参照标准，然而，没有单独的主犯可以实施（国家）动用武力/武装攻击/侵略行为；即使是最高领导人也总是需要利用属于国家机器的许多其他个人（特别是士兵）来做出集体行为。结果似乎是侵略罪的主犯，将是在实际使用武力方面*通过他/她控制的许多其他人*来采取行动的个体。<sup>23</sup>

第二，由于这种侵略罪的领导者特点，参与这种犯罪的每一个人必须“能够有效掌控或指挥一国军事行动”才有刑事责任。因此区别对待的做法必须有一个区分两种领导人的标准：那些*实施了犯罪*的人（“领导型的主犯”）和那些以第 25 条第 3 款第 2 至 4 项列举的参与形式中的一种参与了犯罪的人。

## b) 解决方法是什么？

在 2005 年普林斯顿休会期间会议上，在该罪行的定义方面提出了两种界定行为要件的建议；这些建议作为 2005 年普林斯顿报告附件 I 重新印发。

*建议 1*: “[...]参与[集体行为]”

*评论*: 这种措辞部分<sup>24</sup>符合*讨论文件*<sup>25</sup>建议的措辞。在*讨论文件*的一元化做法部分中谈及“参与”是有意义的，因为如果第 25 条第 3 款不适用，则需要一种带有一般性的用语来涵盖侵略罪定义中所有的个人参与形式；找到一个比“参与”更合适的一般性词语似乎是很难的。

同时，也有人提出，“参与”一词的使用不适合于区别对待的做法，正是因为它在性质上是一般性的：“参与”一词的使用并不是专门指主犯的行为。由此可见，不能将它与《规约》第 25 条第 3 款中的其他参与形式放在一起。仅举一个例子：如果“参与”一词在这一罪行的定义中使用，而且如果《规约》第 25 条第 3 款第 3 项适用，那么结果将是，侵略罪中的*帮助者*将是“在参与[集体行为]中提供*帮助*”的人。这似乎没有多大意义。

<sup>23</sup>有争议的是，这种主犯对于《规约》第 25 条第 3 款第 1 项来说不是未知的，因为后者的条款涵盖了“...通过不论是否负刑事责任的另一人，实施这种犯罪”的人

<sup>24</sup>在*讨论文件*中删去了再次谈及“命令”的地方。

<sup>25</sup>前面的注释 3。

**建议:** 有人提出, 通过“参与”一词来界定行为要件, 而且将《规约》第 25 条第 3 款适用于这样界定的犯罪, 这样做等于将一元化做法(在该罪行定义中对个人参与的一般性定义)与区别对待(适用第 25 条第 3 款第 1-4 项)的做法进行不可能的结合。

**问题 1:** 这种分析是正确的吗? 还是“参与”一词可以与《规约》第 25 条第 3 款第 1 至 4 项共存?

**建议 2:** “使一国参与[集体行为]”

**评论:** 不同于建议 1, 这一建议力图抓住主要罪犯的特性。其中的意思是要表明, 侵略罪的主犯是就国家使用武力的开始和实施做出最终决定的人。<sup>26</sup>大家回忆道, 在 2005 年普林斯顿体会期间会议上, 特别是英语为其母语的代表怀疑“使参与”是否是表达这一意思的一个好的用词。大家想知道, 对建议 2 背后的意思的更准确表述是否可以这样说“使一国的(武装)力量参与[集体行为]”。<sup>27</sup>

**问题 2:** 哪些是建议 2 (可能的) 长处和/或欠缺?

**建议 3:** “指挥[集体行为]”

**评论:** 另一种备选案文未在普林斯顿 2005 年报告附件 I 中再印出, 但在 2005 年普林斯顿体会期间会议, 的空当进行了讨论, 是要使用“指挥”这个词: 这样侵略罪的主要犯罪人将是指导集体行动的那个人。大家提出, 这一想法值得进一步考虑; 它看来准确地反映了上面分段 a) 中反映的事实, 即侵略罪的主要犯罪人只能是“通过其他人犯下集体罪行”的某个人。也可指出的是, “指挥”这个词如现在所显示的那样, 用来“限定领导者”。

**问题 3:** 什么是使用“指挥”这个词(可能的)利和/或(可能的)弊?

**问题 4:** 还可想出什么其他词汇来解决我们为行为下定义的问题?

## 2. 在界定犯罪时, 建议不用提及“规划和准备”的字句

### a) 所指问题

在讨论文件 1 段中所列出的对侵略罪的定义中<sup>28</sup>, 所指行为因素“命令或参与”不仅指的是“发动或执行”集体行动, 而且指的是对其的“规划和准

<sup>26</sup> 或一群人。

<sup>27</sup> 关于德国刑法中侵略罪定义的经历的另外信息。德国法律第 80 节中的定义被普遍认为是很糟糕的, 因为它将罪犯描述为“为侵略战争做准备的人”。在讨论改进第 80 节的过程中最有希望的建议认为是“使一国的武装力量参与该国发动的侵略战争”的人。(德文是“wer die Streitkräfte eines Staates zu einem Angriffskrieg einsetzt”)。

<sup>28</sup> 上面说明 3。

备”。在*讨论文件*的范畴内，这一所指的实际效果如下：虽然侵略罪的个人犯罪责任事先假定某种完成的集体行动，即实际对武力的使用，确实发生了，但某个个人仍可能要为参与的行为承担犯罪责任，这只限于所指集体行为的筹划或准备阶段。看来为这种参与行为的定罪在习惯国际法中有坚实的基础，而且到目前为止总的说还是没有争论的。

最近想脱离*讨论文件*关于个人参与的方法而走向区别对待的方法的方向的趋势看来还辅之以一种从犯罪定义中取消对“筹划和准备”的所指的倾向。*普林斯顿 2005 年报告*第 31 段最后一句话就包含这样一种倾向<sup>29</sup>。然而，在*普林斯顿*人们还是提出了这样的问题，即这样一种倾向是否没有导致为这种参与行为排除个人犯罪责任的风险，而这种参与只限于所指集体行为的早期阶段。

## b) 评论

根据在区别对待方法（上面 1 分段）中行为因素的形成，这个答案可能是不同的：

如*上面*分段 1 b)所讨论的建议 2 界定个人行为只是作为“使”某一国家的（武装力量）使用武力，而不是“使得某一国家参与使用这种武力的筹划和准备”。这样一种定义将会排除某国家领导人（这一领导人的参与（出现的）集体行为只限于筹划和准备阶段）的责任吗？看来值得怀疑的是，这一答案是否取决于第 25 条第 3 款第 5 项关于企图的条款的适用性（但见*普林斯顿 2005 年报告*第 40 段），因为“早期参与者”已完成他/她的参与行为，而且作为这种参与后果，他/她不能轻易地被描绘为曾试图犯下侵略罪行的一个人，相反地，这个问题看来将取决于《规约》第 25 条第 3 款第 3 项是否适用。能否说曾参与最终使用武力的筹划的某个人是已协助或怂恿（主要）犯罪人实施了使某有关国家使用武力的他或她的行为吗？

如果“使得”某一国家的（武装力量）参与所指集体行为被“指挥集体行为”所取代，也可提出同样的问题（*上面*分段 1.b 中的建议 3）。是否只通过参与筹划这样的使用就可能协助或怂恿指挥使用武力？在答案可能引起质疑的情况下，应该考虑加上*讨论文件*第 1 段中所载的具体所指，以作为更安全的一种备选案文而这样说，例如，“指挥筹划、准备、启动或实施所指集体行为”。

**问题 5：**对侵略罪适用《规约》第 25 条第 3 款第 1 至 4 项，会导致有可能在为那种罪行界定行为因素时不提及“筹划和准备”吗？

## IV. 与区别对待的方法相比，一元化方法的利和弊

对*上面* III 分段 1.a)的考虑揭示，在侵略罪中对个人参与问题*区别对待*的做法引起相当复杂的如何界定犯罪行为因素的问题；这一问题还尚未得到满意的答案（*上面* III 分段 1.b）。另外，又出现了困难的问题，即在行为因素的定义

<sup>29</sup>以*普林斯顿 2005 年报告*附件 1 所列出的建议 A“定义，第 1 段”为例：所指行为因素“参与”只指的是某种“侵略行为”，即某种完成的集体行为。

中是否有必要提到“筹划和准备”，如果某人是要遵循区别对待的做法（上面 III 分段 2）。

比较起来，在讨论文件中所说明的一元化的做法<sup>30</sup>看来相当简单，这一做法试图涵盖所有以总的公式“参与...[集体行为]”而划定的为侵略罪行承担犯罪责任的个人。在讨论到这一点时，看来还有一个未回答的问题，即这种一元化做法的简单化最终可能不会是一种决定性的优势。

为此理由，有人建议再很仔细地审议下一元化的做法，以便看看它是否有弊端，如果是的话，弊端有多么严重。在回顾普林斯顿 2004 年和 2005 年辩论时，看来一种主要实质性和一种主要系统的批评意见是表示反对一元化的做法：

作为一个实质性问题，有人指出，排除规约第 25 条第 3 款引发了“排除某些犯罪人的潜在风险”（普林斯顿 2005 年报告第 22 段）。

评论：如果这个论点可以具体说明，将是非常有益的。是否可能想出“某些犯罪人”的具体例子，应将其包括进去，但由于一元化方法的原因而从侵略罪中排除个人犯罪责任。换言之，如果参改《规约》第 25 条第 3 款第 1-4 项的一个类别，“哪些个人”可以被认为没有参加集体行为，而且也应该并可能仍然要负犯罪责任？

系统的论点是说，一元化的做法未反映这一事实，即《国际刑事法院罗马规约》—不像以前的国际刑法文件—是以犯罪定义之间的互相穿插的想法为基础的（《规约》第 2 部分关于国际刑法的特别部分”）以及（《规约》第 3 部分[国际]刑法的一般原则）。

评论：这一论点立即产生一种吸引力，因为它旨在从起草技术方面在《规约》下平等地对待所有的核心犯罪。鉴于第 3 部分已经包括在《规约》中，确实应该有某种假设将这一部分适用于所有核心犯罪。但应以另一种想法对待这一问题，即侵略罪的具体特点（见上面 III 分段 1：集体行为作为个人行为的参考点，犯罪的领导性质；上面 III 分段 1）不属于这样的性质而成为反驳这一假设的理由。<sup>31</sup>

**问题 6：** 根据上述问题和评论，所提出的反对一元化做法的两个论点的份量有多少？一元化的做法是否（还）有其他方面的弊端？

**问题 7：** 是否能同意（尚）不摒弃将一元化的做法作为一种在侵略罪的情况下处理个人参与问题的备选方案？

<sup>30</sup> 上面说明 3。

<sup>31</sup> 作为信息的说明，在德国，“总则部分”的适用性，包括在某种犯罪中关于个人参与的不同形式的章节但在 80 节关于参与准备侵略战争的情况中没有具体地被排除；然而，在原则性讨论的过程中，明确地出现了这种情况，即第 80 节所载的侵略罪定义的互相穿插以及总则中所载的关于个人参与的章节引起巨大的（如果不是不可解决的）问题。

## B. 侵略罪和企图

(参考点：普林斯顿 2005 年报告的第 33 至 43 段在“(b)段中犯侵略罪的企图”)

### I. 背景

讨论文件第 3 段<sup>32</sup>是要排除《规约》第 25 条第 3 款第 5 项<sup>33</sup>对侵略罪的适用。这个建议已得到不同的反应（见普林斯顿 2005 年报告的第 35、36 和 40 段），所以需要进一步的讨论。

### II. 对侵略罪适用《罗马规约》第 25 条第 3 款第 5 项（可能）的实际效果

有人建议，首先澄清排除企图条款的实际效果可能会是有益的。在这方面，2005 年普林斯顿休会期间会议通过“区分 (a) 由某国家实施的集体侵略行为；和 (b) 参与集体行为的个人行为推进了这一辩论（普林斯顿 2005 年报告第 33 段）。”

#### 1. 《规约》第 25 条第 3 款第 5 项以及已经开始但未完成的个人参与行为

##### a) 《规约》第 25 条第 3 款第 5 项以及另外的关于个人参与的“一元化”/“区别对待的”的做法

在个人参与的“一元化”和“区别对待”的做法之间做出选择（上面分段 A）对所提出的问题并不是没有影响的：排除《规约》第 25 条第 3 款第 5 项对“一元化”的做法要比对“区别对待”的做法好，因为第 25 条第 3 款第 2-4 项的文字都提到“企图进行”犯罪。用这些所指，第 25 条第 3 款第 2-4 项假设犯罪企图事实上也被定为犯罪。如果我们排除对侵略适用第 25 条第 3 款第 5 项，而同时保留《规约》第 25 条第 3 款第 2-4 项的适用性，那么后一条款中的所指将会成为无所指。这可能被看作纯粹是形式问题，但是这应该作为严谨起草工作中的一点予以注意。

##### b) 在已完成的集体行为中企图采取的个人行为的情况

《罗马规约》第 25 条第 3 款第 5 项的适用将在个人参与行为只是已经开始而集体行为已经完成的情况下，将会有扩大个人犯罪责任范围的效果。然而有人提出，这种企图的情况在性质上仍然是相当理论化的：使人想到的两种情况是已经参加集体行为筹备阶段的一次会议的高级国家官员，但随后被阻止参与实际的决策；以及（就是这个）高级军事领导者曾经就要在实施国家使用武力的过程中发出重要命令，但随后被制止而未完成其下命令的行为。

<sup>32</sup>上面说明 3。

<sup>33</sup>这一条款的第一句话为：“通过采取重大步骤的手段开始实施的行动而犯下这种罪行的企图，但由于个人不可控制的情况这种犯罪没有发生。”

## 2. 《规约》第 25 条第 3 款第 5 项，及“已开始但未完成的”集体行为的情况

这个更敏感的问题看来是适用《规约》第 25 条第 3 款第 5 项，也将会把个人犯罪的责任扩大到某一集体行为并为完全实现的情况。对侵略罪的定义而言，这一问题是最有关的一正如在*讨论文件*的一样<sup>34</sup>—描述了实际已发生了的某一国家使用武力的集体行为。那么适用《规约》第 25 条第 3 款第 5 项的结果是个人对侵略罪的犯罪责任不再取决于武力的使用是否实际发生，而相反将由这一集体行为的某个初级阶段而引发？这样一种效果将会有极大的实际重要性，因为对侵略的国际定义的分界线将“集体地”转移，即对所有*涉及到的领导者*而言。

从《规约》第 25 条第 3 款第 5 项的措辞很难为我们的问题找到一个有结论性的答案。能否这样说，所有在某一时间已经参与其各自国家的武装力量已开始朝着目标国的边界移动的集体行为的所有领导人已经“采取了以重大步骤的手段而实施的[犯罪]”（参考《规约》第 25 条第 3 款第 5 项的措辞）？作为既是历史性又是目的性的理解，人们当然会怀疑《规约》第 25 条第 3 款第 5 项的目标是否是要以这样一种*集体的方式*扩大个人的犯罪责任：这看来会使人产生这样的问题，即《规约》第 25 条第 3 款第 5 项的起草者是否想到有可能将这一条款适用于参与某种“企图采取的集体行为”（可能是许多人的参与），更不用说将企图的刑法原则适用于“某种集体行为”所面临的前所未有的挑战。

根据这些考虑，现在有很好的理由怀疑法官们是否将对国家使用武力实际没有发生的情况适用《规约》第 25 条第 3 款第 5 项；然而，预言将肯定会有这样一种案例看来是很大胆的。

最后说明：上述考虑是基于这样的假设开始的，即侵略罪的定义要求某种*集体行为完全实施*，即某一国家实际已经使用了武力。*这一集体行为是否将如此严格地界定完全是另外一个问题*，而在本文件中没有就这一问题表示任何意见。

**问题 8：** 根据上述或其他考虑是否应该对侵略罪排除适用《规约》第 25 条第 3 款第 5 项？

<sup>34</sup> 上面说明 3。