



国际法上个人刑事责任及模式的早期发展

——兼论远东国际军事法庭的运用

冷新宇*

摘要：远东国际军事法庭对个人刑事责任模式的运用与发展，是其对国际刑法实体规则的重要贡献。法庭论述的重要责任模式包括共谋、共同正犯、其他从犯、指挥官责任，是后来联合国特设刑事法庭运用责任模式的源头。东京审判并非凭空创设国际刑法上的责任模式，其适用的责任模式来自对《凡尔赛和约》及莱比锡审判确立的习惯国际法和一般法律原则的阐发，也吸收了苏联刑法学理论。在此基础上，东京审判创造性地运用了未完成犯罪中的共谋理论，既将其作为独立犯罪惩处，又作为共同正犯的表现形式，为联合国特设刑事法庭扩张犯罪实行的概念奠定了基础；东京审判还阐述和发展了各类从犯形式；东京审判也是指挥官责任被国际刑事审判确认为习惯国际法的关键性一步。

关键词：远东国际军事法庭 责任模式 共谋 共同正犯 指挥官责任

远东国际军事法庭（International Military Tribunal for the Far East，下文简称远东军事法庭）与纽伦堡国际军事法庭（Nuremburg International Military Tribunal，下文简称纽伦堡法庭）并立，是现代国际刑法规则的摇篮。二者的审判工作上承《凡尔赛和约》刑事惩治条款及莱比锡审判，下启1949年“日内瓦四公约”及国际法委员会对《纽伦堡原则》的编纂，是确立个人刑事责任原则的关键发展阶段。东京审判涉及的责任模式理论远比纽伦堡审判丰富。个人刑事责任模式并非由远东军事法庭完全独创，其起源与巴黎和会各国态度有关。本文基于考察规则历史的视角，以时间为线索，阐述责任模式的早期演化进程。

1945年9月6日，美国负责亚洲事务的助理国务卿艾奇逊（Acheson）与远东委员会办公室主任巴兰廷（Ballantine）会面，艾奇逊表示应该将组建远东军事法庭的权力交给远东盟军最高司令部，新组建的国际军事法庭应与纽伦堡法庭保持协调，采用的程序、原则、罪名定义等也应与纽伦堡法庭保持一致。^①1945年10月6日，美国国务院、战争部、海军部协调委员会给麦克阿瑟（MacArthur）发送《致远东盟军最高司令部关于识别、逮捕和审判战争罪行嫌疑人的指

* 冷新宇，中国政法大学法学院副教授，法学博士。

① “The Under Secretary of State (Acheson) to the Director of the Office of Far Eastern Affairs (Ballantine)”, Washington, September 6, 1945, *Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers, 1945, The British Commonwealth, The Far East, Volume VI, 740.00119 Control (Japan) /9-645.*

令》，指示麦克阿瑟组建远东军事法庭所适用的罪名、法律原则、程序均应参照《纽伦堡国际军事法庭宪章》（下文简称《纽伦堡法庭宪章》）的模式。^① 上述背景表明，远东军事法庭以纽伦堡法庭为蓝本。纽伦堡法庭对责任模式的论述及责任模式与早期理论的联系，即是远东军事法庭的责任模式与早期理论的联系。

本文首先考察自巴黎和会以来国际法对责任模式理论的确认，其次考察奠定纽伦堡法庭、远东军事法庭理论基础的苏联法学家阿龙·诺姆维奇·特拉伊宁（Aron Naumovich Trainin）的观点及苏联刑法学界的观点，在此基础上阐述东京审判中出现的各类责任模式，并挖掘其与现代国际刑法规则的联系。本文讨论的责任模式包含3个方面：一是犯罪实行和各类从犯形式；二是基于处罚统帅武装部队的指挥官就其下级犯罪不作为的指挥官责任；三是属于未完成犯罪（*inchoate crime*）的共谋（*conspiracy*）。国际刑法中的共谋来源于英美法系的刑法理论，指两人或两人以上就犯罪达成协调一致的协议，仅达成协议且不论后续犯罪是否实行就足以成立刑事责任。^② 就现代国际刑法规则而言，共谋适用于灭绝种族罪，被联合国特设刑事法庭广泛运用；在国际刑法的早期实践中，共谋首先适用于反和平罪（*Crimes against Peace*）。

一 《凡尔赛和约》及莱比锡审判对个人刑事责任模式的发展

（一）从犯责任及指挥官责任

纽伦堡及东京审判并非人类历史上将违反战争法规和习惯的行为认定为战争罪的最早实践。最早实践应追溯至1919年《凡尔赛和约》第227条、第228条及相关审判。因此，第一次世界大战后的审判尽管令人失望，但这些实践要么构成了解释国际人道法条约规则的指引，要么作为针对某个特定罪名存在习惯国际法的证据。这是东京审判的理论和历史背景，无法忽视。

《凡尔赛和约》第228条规定协约国应成立国际法庭以审判战争罪。这一刑事惩治条款的背景是协约国在巴黎和会前成立了“战争发动者责任及刑罚执行委员会”（下文简称责任委员会），其任务是为《凡尔赛和约》的刑事惩治条款探索国际法依据。责任委员会于1919年3月29日提交巴黎和会的报告显示，一战中应被确定为违反战争法规和战争习惯的行为共计32项。^③ 东京审判涉及最多的几项罪名——虐待、迫害、杀害战俘及虐待、迫害、杀害平民，该责任委员会报告都曾经收录在内。第二次世界大战前的国际人道法条约并不普遍包含刑事惩治条款，比如1907年《陆战法规和惯例公约》（又称《海牙第四公约》）第3条仅确定缔约国违反公约附件《关于陆战法规和惯例的章程》（下文简称《陆战章程》）的行为在需要时应负责赔偿，但缺乏如1949年“日内瓦四公约”的严重违反（*grave breaches*）条款要求缔约国制定刑事立法的规定。责任委员会没有着墨解释为何个人刑事责任在国际法上得以成立。但个人刑事责任在理论上可以从两方面得到确认：一是《海牙第四公约》不仅约束国家，而且包含了约束国家武装部队中个人的规定，因此可将刑事

① “Directive on the Identification”, Apprehension and Trial of Persons Suspected of War Crimes to SCAP, para. 15.

② *Prosecutor v. Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeal Judgment, para. 896.

③ “Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties”（下文简称 Report of the Commission on the Responsibility）, (1920) 14 *American Journal of International Law* 95, pp. 114-115.

惩治视为该公约下义务必然的逻辑延伸；^① 二是协约国及德国对莱比锡法庭审判援引的战争罪名的确认，构成追究个人刑事责任的习惯国际法的证据。责任委员会认为，被告人不论其担任职位有多高，均应承担刑事责任。^② 在具体责任模式方面，责任委员会报告建议，提交给国际法庭的材料中包含的命令（order）、指令（instruction）、参与计划等，应被推定已经得以执行且违反战争法规和战争习惯。^③ 因此，抛开证据法方面的问题不谈，此建议暗示协约国认为上级命令不构成战争罪犯的免责理由构成了东京审判中检察官第 54 项指控责任模式的渊源。

结合责任委员会观点及后续莱比锡审判情况判断，个人刑事责任模式大致包含基于二元共犯体系的各类共犯及指挥官责任。

其一，对于共同犯罪的各类型而言，责任委员会认为：所有命令、指令、参谋制定战役的计划（general staff plans of campaign）均应作为违反战争法规和人道法规（laws of humanity）的证据，且上述信息应用以指证实行犯罪或对此负有责任的人。^④ 法律确信构成国际习惯法的要素之一。莱比锡审判中某些案件，如“多弗尔城堡号案”（Dover Castle Case）、“兰多弗利城堡号案”（Llandoverly Castle Case）^⑤ 涉及下级遵守上级命令能否免责的问题，但这些案件本身并不质疑命令下级实施犯罪的违法性。关于命令、指令、策划等从犯参与形式也被责任委员会建议写入《凡尔赛和约》。^⑥ 从另一个角度观察，基于犯罪实行（正犯）和犯罪参与（从犯）分立的二元共犯体系是在各国刑法中较为普遍承认的原理，可以视为《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款确认的一般法律原则（后演变为《国际法院规约》第 38 条）。

其二，责任委员会的观点是适用指挥官责任追究战争罪的起源，其报告明确指出：国家的高级官员应就其不作为导致的违反战争法规和战争习惯的行为承担责任。^⑦ 美国代表强调追究领导人的不作为责任，其前提是领导人知道罪行的发生并且有职权和能力去阻止犯罪，以此避免严格责任的情况。^⑧ 而日本代表认为上述责任没有法律依据。^⑨ 美国与日本代表意见相左的本质关涉东京审判中第 55 项指控是否有充分法律依据的问题。

（二）反和平罪及共谋问题

《凡尔赛和约》第 227 条提出了追究战争发动者（the author of the war）法律责任的主张，纽伦堡及东京审判判决均引用该条作为反和平罪及反和平罪共谋在二战之前就已经构成国际法上犯罪的证据。^⑩ 对国际法渊源的认识，历来存在实在国际法（positive international law）和自然法流

① Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, (1947) 1 *The International Law Quarterly* 153, p. 170.

② Report of the Commission on the Responsibility, p. 117.

③ Report of the Commission on the Responsibility, p. 124.

④ Report of the Commission on the Responsibility, p. 124.

⑤ Joseph Rikhof, “The Istanbul and Leipzig Trials: Myth or Reality?”, in Morten Bergsmo et al. (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1 (Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014), pp. 265–274.

⑥ Annex IV Provisions for Insertion in Treaties with Enemy Governments, Report of Commission on the Responsibility, p. 154.

⑦ Report of the Commission on the Responsibility, p. 152.

⑧ Report of the Commission on the Responsibility, p. 143.

⑨ Report of the Commission on the Responsibility, p. 143.

⑩ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences (下文简称 IMT Judgment), (1947) 41 *American Journal of International Law* 172, p. 215.

派的区分。受《常设国际法院规约》第38条及至《国际法院规约》第38条的影响，实在法流派成为主流。巴黎和会谈判表明：巴黎和会只是开启了确认侵略违反国际法的大门，反和平罪及反和平罪共谋在1919年的国际法实践中并不存在。可以佐证的史实要点包括：

第一，责任委员会认为对战争发动者不适合追究法律责任，因此不建议协约国审判德国皇帝威廉二世（William II of Hohenzollern），代之以谴责战争发动者。^① 与此观点对应，在责任委员会建议巴黎和会加入《凡尔赛和约》的刑事责任条款的文本中，仅包括“违反战争法规和战争习惯”，而不包括反和平罪及反和平罪的共谋。^②

第二，在巴黎和会的日程中讨论侵略是否构成犯罪的想法，最早源自英国首相劳合·乔治（Lloyd George）于1918年11月11日在英国纽卡斯尔对公众发表的演讲。劳合·乔治称，在未得到主权国家同意的前提下入侵该国是违反国际法的，是犯罪行为。^③ 当时英国内阁成员对此有反对意见，比如温斯顿·丘吉尔（Winston Churchill）在当月18日内阁讨论会议上称：“你可能很容易满怀希望地走在绞死德国前皇帝的道路上……但过了一段时间，你会发现陷入了一个非常严重的僵局，全世界的律师都会开始看到，起诉书是无法维持的。”^④ 巴黎和会讨论《凡尔赛和约》第227条的议题是劳合·乔治施压的产物，结果遭到了美国总统伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson）的强烈反对。在1919年4月26日劳合·乔治、威尔逊、乔治·克莱蒙梭（Georges Clemenceau）和意大利总理维托里奥·伊曼努尔·奥兰多（Vittorio Emanuele Orlando）参加的闭门会上，英美争执的结果是，第227条的文本中加入了威廉二世“不构成违反刑法的罪行”（not for an offence against criminal law）的措辞，以及控告其违反了“国际道义”（international morality）和“条约的神圣性”（sanctity of treaties）的模糊措辞。^⑤ 1919年5月1日，四人委员会在威尔逊住所再次召开会议，劳合·乔治坚持删除“不构成违反刑法的罪行”的措辞，^⑥ 唯恐给人留下协约国已经承认威廉二世发动战争不违法的印象。^⑦ 第227条的最终措辞主要是英美两国妥协的结果，劳合·乔治以此争取其国内竞选中的选票，而威尔逊以此避免让渡主权的指责。^⑧ 此后，美国国务卿罗伯特·兰辛（Robert Lansing）公开撰文称：“国际法庭不是一个法律意义上的法庭，而是实现政治权力的工具，该法庭站在更高的政策立场上考虑问题并以此确定相应的惩治措施。”^⑨ 以上事实表明，协约国内部并没有就侵略行为构成犯罪取得实在国际法意义上的一致意见。第227条最大的问题是，虽然谴责发动战争者并试图建立审判机制，但其依据的是“国

① Report of the Commission on the Responsibility, pp. 118 - 119.

② Report of the Commission on the Responsibility, pp. 153 - 154.

③ “Prime Minister on German Crimes”, *The Times* (30 November 1918), p. 6.

④ Imperial War Cabinet 37, 20 November 1918, 7, 8; CAB 23/43, TNA.

⑤ 《凡尔赛和约》第227条当时确定的文本为：“The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, not for an offence against criminal law, but for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.” See Draft Clauses Prepared by the Drafting Committee, 26 April 1919; FO 608/245, TNA.

⑥ “Notes of a Meeting Held at President Wilson’s House, 1 May 1919; CAB 29/37, TNA”, in Kirsten Sellars, *Crimes against Peace and International Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 8.

⑦ Kirsten Sellars, *Crimes against Peace and International Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 8.

⑧ Claus Kreß and Barriga Stefan (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary* (Cambridge University Press, 2016), p. 36.

⑨ Robert Lansing, “Some Legal Questions of the Peace Conference”, (1919) 13 *American Journal of International Law* 631, pp. 631, 647.

际道义”和“条约的神圣性”，而非确定的国际法上的义务。^①

第三，落实第 227 条需要中立国荷兰的配合，但荷兰政府以惩治侵略行为属于适用事后立法、不符合罪刑法定原则为由，拒绝移交威廉二世。^②

以上事实表明，巴黎和会时代的实在国际法没有确定反和平罪，因此反和平罪共谋作为其责任模式也无从谈起。尽管如此，与纽伦堡及东京审判中反和平罪共谋相类似的事实得到了责任委员会的肯定，其报告第一章详细描述了德国、奥匈帝国及其盟友奥斯曼土耳其帝国、保加利亚预谋发动战争的过程，其结论为德国与奥匈帝国达成了事先协议，并由此挫败协约国争取和平妥协的努力。^③ 因此，巴黎和会只能看作反和平罪共谋的萌芽，而非在实在国际法意义上确认反和平罪共谋。

二 《伦敦协定》谈判前后个人刑事责任模式理论的发展

（一）苏联刑法理论与实践

1943 年《关于暴行的莫斯科会议宣言》提出了起诉和审判德国战争罪犯的初步构想：有明显地域联系的战争罪犯，交由盟国依据属地管辖原则自行审判，而犯罪影响广泛且没有明显地域联系的罪犯，交由盟国成立的国际军事法庭起诉和审判。^④ 这一构想为纽伦堡法庭的建立奠定了基础。1943 年底，苏联政府在哈尔科夫、克拉斯诺达两地尝试进行了战争罪审判，并出版《人民的审判》（*The People's Verdict*）一书，用于记录此轮审判。哈尔科夫审判的被告之一，彼得洛维奇·布拉诺夫（Peterovich Bulanov）被控在德军占领哈尔科夫期间为德国纳粹杀害苏联犹太公民提供帮助，被定罪并判处死刑，该案确认了国际刑法上帮助犯的责任模式；除此之外，哈尔科夫审判检察官杜纳耶夫（Dunayev）在庭审期间当庭引用莱比锡法庭在“兰多弗利城堡号案”的观点，驳斥了被告人（德军军官）违反《海牙第四公约》系执行上级命令因而可以免责的观点。^⑤ 杜纳耶夫的观点及哈尔科夫审判确认上级命令不免责规则，从侧面印证了上级命令作为国际刑法上的责任模式的存在。

特拉伊宁在二战结束前对责任模式理论进行了论证。特拉伊宁早在 1937 年就撰文，为国际联盟未能在 1923 年《国际联盟互助条约》、1924 年《和平解决国际争端日内瓦总议定书》中插入反和平罪条款（两条约未能生效）表示遗憾。^⑥ 1944 年，特拉伊宁出版著作《希特勒党人的刑事责任》（*The Criminal Responsibility of Hitlerites*）。参加《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》（又称《伦敦协定》）谈判的英国代表团长戴维·马斯克维尔·费弗（David

① Kirsten Sellars, *Crimes against Peace' and International Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 8.

② Aron N. Trainin, *The Criminal Responsibility of the Hitlerites* (Legal Publishing House NKU, 1944), p. 45.

③ Report of the Commission on the Responsibility, pp. 99 - 107.

④ Statement on Atrocities on Moscow Conference, November 1943, <https://www.legal-tools.org/doc/3c6e23/> (last visited 1 March 2023).

⑤ Michael J. Bazylar & Kellyanne Rose Gold, "The Judicialization of International Atrocity Crimes: The Kharkov Trial of 1943", (2012) 14 *San Diego International Law Journal* 77, pp. 101 - 102.

⑥ Francine Hirsch, "The Soviets at Nuremberg: International Law, Propaganda, and the Making of the Postwar Order", (2008) 113 (3) *The American Historical Review* 701, pp. 705 - 706.

Maxwell Fyfe) 称赞这一专著是上帝的礼物, 并专门致信感谢特拉伊宁。^① 该书第四章专门论述了国际罪行的概念, 论述反和平罪和战争罪保护的不同社会关系(法益), 强调战争是对世界和平与安全最大的破坏及刑法对维护世界和平的价值。^② 特拉伊宁从法益层面奠定了反和平罪的理论基础。^③ 纽伦堡法庭判决认为: “发动战争不仅是一种国际罪行, 更是一种本身包含了所有累积罪恶的最高的国际罪行。”^④ 该论断事实上肯定了特拉伊宁关于世界和平是最高法益的判断。

特拉伊宁的另一个重要贡献是对共同犯罪理论的详细阐发以及将未完成犯罪引入国际刑法理论提供了必要的解释。由于特拉伊宁是参加《伦敦协定》谈判的苏联代表团成员, 其观点同时受到苏、美、英三国代表重视, 其观点对理解纽伦堡法庭运用的原理有重要价值。

特拉伊宁针对1926年《苏俄刑法典》中共同共犯分类的阐释, 对其解释国际刑法的责任模式产生了重要影响。该法第17条将正犯、教唆犯、帮助犯的三分法改为包含组织犯、实行犯、教唆犯、帮助犯的四分法。在古典的理解中, 三分法中的正犯仅仅指怀有实行故意并以自身行为完成犯罪客观要件的人。1919年责任委员会发布报告前后, 各国并不接受对正犯或实行行为进行扩张解释, 以便使其包含“正犯背后的正犯”(perpetrator behind perpetrator)的方法。^⑤ 《苏俄刑法典》第17条采取的方法是, 创造组织犯的共犯分类, 以组织行为、指挥行为等涵盖三分法体系下无法归入教唆和帮助行为的场景。维辛斯基(Vyshinskii)以纵火团伙成员在共同犯罪设计(common criminal design)指导下相互分工为例, 说明了四分法的内在原理。^⑥ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭(下文简称前南刑庭)在“塔迪奇案”(Prosecutor v. Tadić)中, 以“共同目的”或“共同设计”概括犯罪实行的扩展形态, 由此发展了共同犯罪团体(joint criminal enterprise)理论。^⑦ 前南刑庭与维辛斯基的论述都致力于解决相同的问题, 二者的区别仅在于前南刑庭的理论本质上是对犯罪实行概念的扩张解释, 而维辛斯基的主张是创建新的共犯类型。特拉伊宁在维辛斯基的基础上详细阐述了四分法具体运用的问题, 对理解纽伦堡及东京审判的共同正犯具有参考价值, 具体可概括为: (1) 各共犯之间不必形成事前共谋; (2) 在共同目的指引下, 以不作为形式参与推进共同目的也可以被接受, 简言之, 不作为与作为具有等效性; (3) 在复杂团

① Francine Hirsch, “The Soviets at Nuremberg: International Law, Propaganda, and the Making of the Postwar Order”, (2008) 113 (3) *American Historical Review* 701, p. 708.

② See Aron N. Trainin, *The Criminal Responsibility of the Hitlerites* (Legal Publishing House NKU, 1944), pp. 30–46.

③ 《伦敦协定》谈判记录显示: 1945年7月, 英、美、法、苏四国代表团团长就纽伦堡国际军事法庭的属事管辖权问题进行了长时间谈判, 谈判期间美国代表团团长罗伯特·杰克逊(Robert Jackson)坚持将反和平罪加入《纽伦堡法庭宪章》, 与法国代表爆发了强烈争论, 后者坚持以既有国际法规则作为追责基础, 寻求将反和平罪及反和平罪共谋排除在纽伦堡法庭的管辖权之外。杰克逊以援助欧洲各盟国必须得到合法性确认为理由施压, 最终将反和平罪、反和平罪共谋纳入《纽伦堡法庭宪章》第6条。参见 Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, Department of State Publication 3080, 1949 (下文简称 Robert Jackson Report), pp. 299, 384.

④ IMT Judgment, (1947) 41 *American Journal of International Law* 172, p. 186.

⑤ See Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Bloomsbury Publishing, 2008), pp. 158–159.

⑥ Report of Court Proceedings in the Case of the Anti-Soviet “Bloc of Rights and Trotskyites” Heard before the Military Collegium of the Supreme Court of the U. S. S. R., Moscow, March 2–13, 1938 (People’s Commissariat of Justice of the U. S. S. R., 1938), p. 695.

⑦ See *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeal Judgment, paras. 227, 228.

体的内部存在共犯之间的等级，处于组织或领导地位的成员应当接受更严重的处罚。^①此外，针对德国的特定国情，特拉伊宁提出处理纳粹党核心成员、党卫军成员的构想。该构想来自苏联刑法理论中对犯罪组织的描述：犯罪组织的成员可能并不认识彼此，但抱有共同的目标，因此犯罪组织的成员应当对组织的所有犯罪行为负责。^②

从“共犯”到《纽伦堡法庭宪章》中“共谋”的演变背景值得关注。特拉伊宁的观点可归纳为两类叙事路径。

第一，对反和平罪本身的描述包含了采纳未完成犯罪理论的“基因”。特拉伊宁将国际罪行区分为两个组别：一是“侵害国家之间和平关系的犯罪”；二是“与战争相关的犯罪”（战争罪）。^③其列举的第一组犯罪包括：（1）侵略行为；（2）宣传侵略行为；（3）以侵略目的达成协议；（4）违反服务于和平目的的条约；（5）被设计用于破坏国家间和平关系的挑衅行为；（6）恐怖主义；（7）支持武装暴乱。其中第2项接近1948年《防止和惩治灭绝种族罪公约》第3条中的“直接且公然煽动”；第3项与共谋罪无异；第5项则将从犯行为（帮助行为）直接定为实行行为，而在纽伦堡法庭确认的反和平罪的表现形态中，策划战争（planning of war）与发动战争（waging of war）是并列的反和平罪的子类型，策划战争本身就已经构成犯罪。

第二，苏联刑法学采用“共同目的”（common purpose）作为讨论复杂共犯的前提。《伦敦协定》谈判美国代表罗伯特·杰克逊等人虽然看到了追究领导者、组织者责任的重要性，但在英美法系中并不存在组织犯的分类，因此必须用一个普通法系国家以及苏联以外的大陆法系国家的刑法学能够接受的、可用于描述领导者和组织者责任的术语来描述纳粹领导集团的责任。在特拉伊宁的论述中，用“共犯”的概念来描述犯罪组织成员基于共同目的联系起来的状态，翻译成英语采用的是“complicity”一词；而在英语之中，“complicity”一词包含“从犯”的意思，容易引起误解。“共谋”在普通法中包含两种基本形态，其一是多个共谋者之间就犯罪达成的协议或共同安排，共谋本身构成单独的犯罪；其二是共谋者之中至少有一人通过外部行为（overt act）实行了犯罪，此时共谋罪与实体犯罪并立。站在普通法系的立场上看，能够反映基于共同目的实施犯罪的多人之间合作关系的机制，只有“共谋”这一理论。此后，时任苏联外交部长维雅切斯拉夫·莫洛托夫（Vyacheslav Molotov）表达了将共谋适用于惩治德国战争罪犯的想法。^④说服美国政府采取与苏联相同立场、推动建立纽伦堡法庭的美国战争部律师穆雷·伯尼斯（Murray Bernays）就引用过特拉伊宁的想法；与此同时，杰克逊也支持特拉伊宁的观点，并在《伦敦协定》谈判中把“complicity”一词的含义切换为共谋（或共同目的）。^⑤杰克逊提交的《纽伦堡法庭宪章》第6条文本中包含了“共同目的”“共同计划”的表述，与维辛斯基、特拉伊宁对《苏俄刑法典》第17条的解释暗合。一个值得注意的要点是，在《伦敦协定》谈判中，法国代表安德

① David M. Crowe (ed.), *Stalin's Soviet Justice: "Show" Trials, War Crimes Trials, and Nuremberg* (Bloomsbury Publishing, 2019), pp. 131 - 132.

② Thomas Earl Porter, "In Defense of Peace: Aron Trainin's Contributions to International Jurisprudence", (2019) 13 *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 98, p. 102.

③ Aron N. Trainin, *The Criminal Responsibility of the Hitlerites* (Legal Publishing House NKU, 1944), p. 54.

④ Thomas Earl Porter, "In Defense of Peace: Aron Trainin's Contributions to International Jurisprudence", (2019) 13 *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 98, p. 102.

⑤ Thomas Earl Porter, "In Defense of Peace: Aron Trainin's Contributions to International Jurisprudence", (2019) 13 *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 98, p. 107.

雷·格罗斯 (Andre Gros) 曾误把这一点理解为法国刑法理论中作为从犯出现的“策划者”(planner) 的责任, 在英国代表的提醒下, 杰克逊最终确认他所说的“共同目的”“共同计划”就是指普通法国家刑法中的共谋理论。^①

综上所述,《纽伦堡法庭宪章》中的反和平罪共谋,最初起源于特拉伊宁对组织犯的论述,由于当时其他大陆法系国家(指接受二元共犯体系的大陆法系国家)尚未接受“正犯背后的正犯”的方法以及普通法系国家不存在描述组织、领导者之间复杂关系的特定概念,导致《伦敦协定》谈判中用共谋概念完成了对组织犯的替代。特拉伊宁的理论有助于解释共谋的单边性、不同类型共犯处罚的原则、对共同目的的参与形式等关键问题。

(二) 关于共谋理论的阐述

波兰法学家拉法耶·莱姆金 (Raphael Lemkin) 在 1944 年出版的《轴心国在被占领欧洲的统治: 占领的法律、对政府的分析及救济建议》(Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress) 中,借用希腊词语“种族”(genos) 和拉丁词语“杀害”(cide) 的拼写,首次提出了种族灭绝的概念。^② 与此相匹配,莱姆金提出了将普通法中共谋理论运用于战争罪的主张。^③ 莱姆金关于共谋罪的主张是从分析德国党卫军及德国秘密警察进行合作的组织结构中得出的结论。莱姆金认为,二者在一般意义上是为其共同的犯罪目的而存在,成员取得党卫军及秘密警察成员地位就应作为犯罪来进行单独的处罚,其法学原理为英美法系上的共谋罪理论。^④ 此外,莱姆金还预见了一种场景,即党卫军或秘密警察成员在共谋外实施一项具体犯罪的情况,并且认为此种情况下应当仅追究后续犯罪的责任。^⑤ 这一问题实际上是共谋及共谋指向的已完成犯罪(commensurate crime) 能否成立两罪的问题,纽伦堡法庭及远东军事法庭的判决均有所涉及。

杰克逊曾借阅莱姆金的专著,直到其完成纽伦堡法庭检察官工作后才归还。^⑥ 杰克逊甚至选择把种族灭绝行为列入纽伦堡法庭的起诉书,种族灭绝行为以战争罪的一个类型出现。^⑦ 然而,谈判资料中并没有信息显示莱姆金的主张与反和平罪共谋有更直接的关联。

(三) 关于共谋和集体责任的观点

美国战争部律师穆雷·伯尼斯在《伦敦协定》谈判前对共谋理论的运用也有相当的论述。

① Robert Jackson Report, p. 380.

② Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944), pp. 79 - 80.

③ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944), pp. 22 - 23.

④ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944), p. 23.

⑤ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944), p. 23.

⑥ Douglas. Irvin-Erickson, *Raphael Lemkin and the Concept of Genocide* (University of Pennsylvania Press, 2016), p. 140.

⑦ “Indictment of International Military Tribunal”, in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language, Vol. I*, (Secretariat of IMT under the Allied Control Authority for Germany, 1947), pp. 43 - 44.

在其提交给战争部的最初设想中，共谋理论被用来解决德国党卫军、秘密警察等组织成员的刑事责任问题。伯尼斯的观点有三个显著的特点：一是主张共谋适用于战争罪而非反和平罪；二是主张无须甄别党卫军、秘密警察等组织成员的具体行为和证据，其具有组织成员身份的事实就足以构成参与共谋的证据；三是针对党卫军、秘密警察等组织，无须起诉和审判组织的每一个成员，而是挑选组织的代表接受起诉和审判，代表一旦被定罪，整个组织的成员都被确认有罪。^①

伯尼斯的观点看起来像是共谋与集体责任的结合体，有的研究成果将伯尼斯的建议视为纽伦堡法庭宣告任何组织为犯罪组织权力的历史起源。^② 但国际法委员会并没有把集体责任编纂为国际刑法的基本原则。

（四）《伦敦协定》谈判及《远东国际军事法庭宪章》中的反和平罪共谋

反和平罪及反和平罪共谋如何界定，是东京审判需要说明的重要问题。艾奇逊与巴兰廷会面表示，鉴于纽伦堡模式导致建立国际军事法庭的条约谈判冗长，故而将起草《远东国际军事法庭宪章》（下文简称《远东军事法庭宪章》）的工作完全交由远东盟军最高司令部主导。^③ 此后，美国国务院、战争部、海军部协调委员会指示麦克阿瑟：组建远东军事法庭所适用的罪名、法律原则、程序均应参照《纽伦堡法庭宪章》的模式。^④ 因此，《远东军事法庭宪章》中的反和平罪与反和平罪共谋概念完全来自《伦敦协定》的谈判。

杰克逊在1945年6月4日提交备忘录，解释了建立纽伦堡法庭制度的设想。杰克逊认为法庭将面临的情况是，如果将国家元首豁免和服从上级命令两项原则叠加到一起，那么后果将是没有人对犯罪行为负责；而现代社会恰恰不能容忍如此广泛的责任真空。^⑤ 上级命令不能作为在共谋基础上形成的组织（如党卫军、德国秘密警察）的免责事由。^⑥ 了解杰克逊的这一真实想法，就不难解释杰克逊坚持将反和平罪及反和平罪共谋纳入纽伦堡法庭管辖的努力。对于各共谋者（conspirator）之间是一种紧密结合的、存在双向犯意联络的状态，还是松散联系的状态，备忘录及谈判记录均没有明示；但特拉伊宁对共犯理论的解释已经阐明，即便缺乏双向犯意联络也不影响领导者、组织者的罪责。

综上所述，纽伦堡法庭法理中的反和平罪共谋，是在不承认正犯概念扩张的历史背景下，将苏联刑法中组织犯和普通法系理论中的共谋罪取最大公约数的结果。《伦敦协定》谈判过程表明，共谋者既可解释为反和平罪共谋的参与者，也可视为反和平罪的组织犯，在国际刑法责任模式理论不接受组织犯分类的情况下，则视为反和平罪的共同正犯。由于远东军事法庭的审判规则完全参考纽伦堡法庭，这一属性不可避免地“传导”至远东军事法庭的认识之中。

① Shane Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law* (Brill / Nijhoff, 2007), p. 200.

② Shane Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law* (Brill / Nijhoff, 2007), pp. 257 - 258.

③ The Under Secretary of State (Acheson) to the Director of the Office of Far Eastern Affairs (Ballantine), Washington, September 6, 1945, *Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers*, 1945, The British Commonwealth, The Far East, Volume VI, 740.00119 Control (Japan) /9 - 645.

④ Directive on the Identification, Apprehension and Trial of Persons Suspected of War Crimes to SCAP, para. 15.

⑤ Report to the President by Mr. Justice Jackson, June 6, 1945, in Robert Jackson Report, p. 47.

⑥ Report to the President by Mr. Justice Jackson, June 6, 1945, in Robert Jackson Report, p. 47.

三 远东军事法庭判决中的反和平罪共谋及共同正犯

(一) 反和平罪共谋

在东京审判中，反和平罪共谋通常指检察官的第1项指控，即所有被告人自1928年1月1日至1945年9月2日期间的共同计划，其目的是“确保日本在东亚以及太平洋和印度洋地区以及与之接壤的所有国家和岛屿境内，在军事、海军（naval）、政治和经济上的统治”，^① 发动对相关国家的战争是实现这一共谋的途径。^② 由此可见，该共谋并不是对某个特定国家发动战争目的的直接表述。发动战争作为实现方法，还可分解为若干“子”共谋，分别为：第2项（为统治中国辽宁、吉林、黑龙江、热河而发动战争之共谋）、第3项（为统治中国东北四省之外发动战争之共谋）、第4项（为统治东亚、太平洋及印度洋地区而针对美、英、澳、加、法、荷等国发动战争之共谋）、第5项（为与德、意共同建立统治世界格局而对东亚、太平洋、印度洋地区相关国家发动战争之共谋）。第2项至第5项构成对第1项的备份。由于已经肯定了第1项指控的大共谋存在，远东军事法庭认为没有必要确认第2项至第5项的指控。

在《远东军事法庭宪章》第5条中，反和平罪被归纳为策划、准备、发动战争并对相关国际法、条约、协议以及保证的违反。宪章英文文本中，发动对应两个词汇，“initiate”和“wage”。“initiate”具体指战争中发起敌对行动的行为，而“wage”对应的是更广泛的使用武力的行为。远东军事法庭认为没有必要把发起敌对行动单独考虑，后者可以包含前者，因此审理没有涉及与“initiate”有关的指控。^③ 根据第5条的定义，只要满足策划、准备、发动中的任意一项，就构成了反和平罪。在第5条定义中，反和平罪共谋是指对策划、准备、发动的“共同计划或共谋”（common plan or conspiracy）。从措辞分析，反和平罪共谋包括对战争策划的共谋及对战争准备的共谋，即共谋与策划、准备存在重合。纽伦堡法庭及远东军事法庭处理这一问题存在细微的差别：前者认为策划、准备战争作为实体犯罪独立于共谋，均有独立追究的必要；^④ 而后者认为反和平罪共谋与策划战争、准备战争重合，因此基于策划、准备战争的指控（第6项至第17项）一概不予考虑，远东军事法庭考虑并予以定罪的，仅仅包括反和平罪共谋以及对各国发动战争的反和平罪。^⑤ 共谋与其指向的实体犯罪能否同时成立，在大陆法系和英美法系存在完全不同的理解：前者视共谋为犯罪时间线上的一个步骤，在犯罪既遂的情况下单独追究没有意义，后者的认识中，共谋一旦形成就构成了单独的犯罪，共谋与实体犯罪同时成立。卢旺达问题国际刑事法庭（下文简称卢旺达刑庭）、前南刑庭在多年后遇到了灭绝种族罪共谋与灭绝种族罪实体犯罪应构

① *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Indictment, (下文简称 IMTFE Indictment), Count 1, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), p. 18.

② IMTFE Indictment, Count 1.

③ *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Judgment of International Military Tribunal for Far East (下文简称 IMTFE Judgment), p. 48449, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), pp. 84–85.

④ IMT Judgment, (1947) 41 *American Journal of International Law* 172, p. 222.

⑤ IMTFE Judgment, pp. 48448–48449.

成数罪还是一罪的问题。在“检察官诉加泰特等人案”（*Prosecutor v. Gatete et al.*）中，卢旺达刑庭上诉庭指出：既然灭绝种族罪共谋与灭绝种族罪的关系在《防止和惩治灭绝种族罪公约》中是英美法系方法论的反映，那么二者之间的关系在卢旺达刑庭的实践中应当并立而非灭绝种族罪将共谋吸收。^① 在“检察官诉波波维奇等人案”（*Prosecutor v. Popović et al.*）中，前南刑庭也遵循这一原则。^② 由此得见，纽伦堡法庭及远东军事法庭开创的方法为后续审判实践所遵循。

（二）反和平罪共谋的特点

第一个特点是，远东军事法庭判决中确认的“大共谋”本身并不是实体犯罪。为了实现这一共谋的目的，实施反和平罪是不可避免的途径，即在刑法原理上观察，被告人对发动战争可能性的认识，是被告人认识到在实现共同计划的过程中战争几乎必然发生。在英美刑法的传统上，对行为故意和对结果故意的区分很早就被法学家意识到，因此存在所谓“违法行为”和“实现合法行为的违法方式”的区分，共谋的目的与此相对应。^③ 以国际刑事法院采纳的犯罪故意理论分析，第1项指控对应的是二级直接故意（*dolus directus* of second degree），但有别于间接故意，实际上与《国际刑事法院罗马规约》（下文简称《罗马规约》）第30条确认的故意相同。

第二个特点是，反和平罪共谋的继承性。在1928年1月至1945年9月共谋的存续期间，被告人不论何时加入共谋，均需对共谋及相关的发动战争行为承担责任，^④ 且不论被告人加入共谋时是否明确表示愿意承受加入之前涉及的犯罪行为。例如法庭认定武藤章（Muto Akira）最初是普通士兵，在反和平罪共谋形成的早期并没有参与，直至1939年10月武藤章被晋升为军事事务局局长后加入反和平罪共谋。^⑤ 然而，法庭的定罪令人费解，认定武藤章构成第1项、第27项（“九一八”事变及之后发动对中国战争）指控，但不构成第36项指控（进攻诺门罕）。^⑥ 标准在此并不统一，“九一八”事变及诺门罕事件都在武藤章加入共谋之前，即便强行推定被告人对加入前存在的共谋及反和平罪有继承性，那么法庭应在第27项、第35项、第36项指控上采取统一标准。类似不合理的状况还发生在佐藤贤了（Sato Kenryo）身上，被告人于1937年被晋升海军中佐军衔并任职于军事事务局，在此之后才有机会加入第1项指控的共谋，但法庭判决佐藤贤了须对第1项、第27项指控承担责任。^⑦

第三个特点是，被告人对反和平罪共谋认识的单向性。法庭并不要求共谋者之间互相意识到对方的存在，并相互将对方的犯罪故意视为自身的犯罪故意，法庭的做法符合了特拉伊宁最初的设想。此问题在大陆法系国家刑法中映射为是否承认片面共同正犯。美国刑法理论中存在双方共谋（*bilateral conspiracy*）和单方共谋（*unilateral conspiracy*）的区分，单方共谋在1962年美国

① *Prosecutor v. Gatete et al.*, ICTR-00-61-A, Appeals Judgment, para. 261.

② *Prosecutor v. Popović et al.*, IT-05-88-A, Appeals Judgment, pp. 537-539.

③ See Matthew Lippman, *Contemporary Criminal Law: Concepts, Cases and Controversies* (SAGE Publications, 2nd Edition, 2009), pp. 199-200.

④ IMTFE Judgment, p. 49770.

⑤ Indictment of IMTFE, Appendix E, in Neil Boister and Robert Cryer (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal* (Oxford University Press, 2008), p. 67.

⑥ IMTFE Judgment, p. 49820.

⑦ IMTFE Judgment, pp. 49826-49828.

《模范刑法典》中取得主流地位。^① 远东军事法庭早在1948年就采取了此种立场：被告人大致分成两类，一类是日本高层军政要员，另一类是由下层逐步晋升进入高层者。在高层与下层的被告人之间存在某种沟通的断裂。以土肥原贤二（Dohihara Kenji）为例，在“九一八”事变之前被告人以关东军大佐身份在中国东北停留达14年之久，直至1941年才被晋升为将军。法庭没有认定土肥原贤二对第1项指控下共谋的认识如何形成及与其他高层被告人如何沟通的事实，但判决对土肥原贤二的第1项、第27项指控成立。^②

第四个特点是，共谋者身份没有严格限制。杰克逊在《伦敦协定》谈判后期对反和平罪定义进行了修改，被告人仅限于德国政府中对政治、军事决策拥有话语权的人，因而纽伦堡法庭起诉的被告人限于纳粹德国的核心领导层。将反和平罪界定为身份犯罪的理念被依据《盟军管制委员会第10号法案》（Control Council Law No. 10）进行的审判所适用，涉及反和平罪的案件如“法苯公司案”（*I. G. Farben Case, USA v. Carl Krauch et al.*）中，主要被告人卡尔·克劳奇（Carl Krauch）有双重身份，一是公司领导人，另一身份是戈林（Göring）的助手兼侵略战争期间德国化工业的实际管理人，即便如此，法庭也没有认定其行为构成反和平罪。^③ 《罗马规约》第25条第3款之二规定是纽伦堡法庭思路的延伸。远东军事法庭的情况完全不同：板垣征四郎（Itagaki Seishiro）被法庭认定以关东军参谋（大佐军衔）身份，构成第1项、第27项（以关东军身份参与“九一八”事变）指控，^④ 与他情况相同的还包括土肥原贤二（Dohihara Kenji，以关东军大佐身份参与“九一八”事变）^⑤、大岛浩（Oshima Hiroshi，参与共谋时为日本驻德国武官）^⑥、铃木贞一（Suzuki Teiichi，1932年以海军中佐身份加入共谋）^⑦ 等，其低级身份并非是追究其反和平罪共谋的障碍。

（三）反和平罪共谋与共同正犯的关系

反和平罪共谋在东京审判中确实存在特殊之处。有学者认为，共谋既作为未完成犯罪独立存在，又作为共同正犯的责任模式起作用。其主要依据是：检察官在最初提交法庭的请求中并没有要求法庭考量共谋指向的发动战争行为，由此受到辩护律师的强烈批评；^⑧ 此后，检察官建议法庭考虑，《远东军事法庭宪章》第5条中的“共同计划”同时构成责任模式的证据。^⑨ 判决针对特定被告人参与共谋的事实认定，也体现了这一点。例如，多数被告人被确认构成第27项指控，判决确认被告人对第1项下指控共谋的参与，同时构成了第27项下发动战争的证据。在所有被

① Model Penal Code, Sec. 5.03 (2); Markus D. Dubber, *An Introduction to the Model Penal Code* (Oxford University Press, 2nd edn, 2015), p. 125.

② IMTFE Judgment, pp. 49778 - 49780.

③ Telford Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10* (US Government Print Office, 1949), p. 198.

④ IMTFE Judgment, p. 49797.

⑤ IMTFE Judgment, p. 49778.

⑥ IMTFE Judgment, p. 49824.

⑦ IMTFE Judgment, p. 49839.

⑧ Neil Boister and Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press, 2007), p. 222.

⑨ IMTFE Transcript, p. 39036, cited from Neil Boister and Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press, 2007), p. 221.

告人中，没有一例是单独构成第 27 项至第 36 项指控，而不构成第 1 项指控的情况。由此可见，构成第 27 项至第 36 项指控的被告人，其共同的犯罪故意必须通过一个纽带联系起来——第 1 项指控确认的共谋，恰好也是第 27 项下的共同犯罪故意的证据，只不过各被告人之间的犯意联络是单向的。对松井石根（Matsui Iwane）的定罪从反面说明了这一问题：尽管被告人指挥日军攻占了南京，但由于检察官未能提供其参与第 1 项下共谋的证据，因此法庭没有确认对松井石根的第 27 项指控成立。^① 假设法庭对松井石根宣告第 27 项指控单独成立，则会导致反和平罪本质上属于个体犯罪的结论。综上所述，反和平罪共谋在东京审判中有双重意义：（1）共谋的存在是各被告人发动战争的共同故意的证据；（2）被告人对共谋的参与，也是第 27 项至第 36 项指控下反和平罪的实行行为的表现。

对共同正犯而言，还存在依照何种标准判定被告人对共谋的参与和推进构成实行行为的问题。国际刑法大致存在两种流派：（1）以较高的客观要件作为门槛，例如以犯罪支配学说为基础理论的国际刑事法院，将共同正犯的门槛限定为被告人对犯罪作出至关重要的贡献（essential contribution）^②；（2）以东京审判为代表的流派，将被告人推进共同计划行为的门槛设置得非常低。远东军事法庭判决并没有对犯罪实行概念依照什么标准扩张给出说明，但“低门槛”在“塔迪奇案”中得到了继承，前南刑庭上诉庭将基于共同目的、计划的犯罪实行概念扩张概括为共同犯罪团体（joint criminal enterprise，下文简称 JCE）理论。^③ 二者构成要件的比较参见表 1 所示。

表 1

	前南刑庭：同犯罪团体		远东军事法庭：对共谋的参与作为共同正犯
客观要件	多个人		两个或以上共谋者
	共同目的或计划		共同目的或计划
	对共同目的推进有意义的贡献（significant contribution），但不要求达到对犯罪实行产生实质性贡献（substantive contribution）的程度。		对推进共同目的的贡献，但没有明确达到何种程度。
主观要件	JCE - 1	与犯罪实行故意相同	—
	JCE - 2	要求被告知道共同目的，并且故意推进上述目的。	为实现日本统治东亚、太平洋、印度洋地区，对相关国家、岛屿发动战争是必然选项。
	JCE - 3	犯罪不在共同目的、计划之中，但被超出部分的犯罪实行行为可以被预见，并且被告人愿意承担这样的风险。	—

如表 1 所示，远东军事法庭的理论与 JCE - 1、JCE - 2 两种共同犯罪团体的形式完全兼容，东京审判对共同正犯概念扩张的尝试奠定了前南刑庭责任模式理论的基础。对远东军事法庭认定的共同正犯，理论上还需要解释一个疑问——第 27 项至第 36 项指控的被告人对共谋的参与，如何与日

① IMTFE Judgment, p. 49815.

② *Prosecutor v. Lubanga*, ICC ICC - 01/04 - 01/06 - 2842, Trial Judgment, 14 March 2012, para. 1000.

③ *Prosecutor v. Tadić*, IT - 94 - 1 - A, Appeals Judgment, pp. 227 - 228; *Prosecutor v. Ojadinic*, JCE Decision, IT - 99 - 37 - AR72, pp. 23 - 27; *Prosecutor v. Ntakirutimana et al.*, Appeals Judgment, ICTR - 96 - 10 - A and ICTR - 96 - 17 - A, pp. 463 - 468.

本侵略他国的具体行动联系起来。这一问题对板垣征四郎、土肥原贤二等并不存在，发动战争之时这些被告人就在被侵略国境内，但对其他犯罪嫌疑人如东条英机（Tojo Hideki）等高层人员，如何解释是一个问题。远东军事法庭没有正面回答这一问题。在英美刑法原理中是用链式共谋（chain conspiracy）理论解决这一问题的，即通过“一棒接一棒”的共谋链条向下传递，使处于共谋链终端的犯罪人的行为归责于初始端。^①前南刑庭上诉庭在“布尔加宁案”（*Prosecutor v. Brđanin*）中指出，共同犯罪团体的成员无须亲自实施犯罪，如果亲自实行犯罪的人的行为可归因于（attribute to）团体中的任意成员，那么所有团体成员就构成了正犯。^②前南刑庭上诉庭从未明确应该依照主观标准还是客观标准解释“布尔加宁案”中提到的归因性。链式共谋传导犯罪故意的办法，显然属于主观标准，但在前南刑庭的实践中，更多倾向于依赖团体成员对团体外人员的控制。^③尽管如此，以“控制”为核心考量的犯罪支配学说没有被前南刑庭接受，明确接受犯罪支配学说的是国际刑事法院。^④对照判断，东京审判提出的问题，至今没有更明确的刑法理论依据支撑。

此外，由于远东军事法庭事实上采取了单向共谋理论的立场，因此当被告人的共谋作为共同正犯的共同故意证据时，对应的状态应该是片面共同正犯。这一方法后来被前南刑庭继承，在共同犯罪团体理论中，“共同计划”的存在并不对犯意联络的双向性作出要求。采取全面共犯而非片面共同正犯方法的是国际刑事法院，根据其对共同正犯的理解，共同被告人之间须相互把对方的行为接受为己方的行为。^⑤

四 远东军事法庭判决中的其他从犯责任

（一）《纽伦堡法庭宪章》《远东军事法庭宪章》的规定及国际法委员会的总结

《纽伦堡法庭宪章》及《远东军事法庭宪章》确认的责任模式包括：领导者、组织者、教唆犯以及从犯的责任。按照特拉伊宁的论述及两个国际军事法庭对未完成犯罪理论的运用，领导、组织者的责任被反和平罪共谋吸收。在《纽伦堡法庭宪章》第6条及《远东军事法庭宪章》第5条中，从犯一词作狭义理解，应指帮助犯及由1919年责任委员会报告确认的命令、策划。纽伦堡法庭及远东军事法庭判决对从犯的范围没有给出直接的说明。国际法委员会编纂的《纽伦堡原则》原则七称：原则六所述的反和平罪、战争罪或危害人类罪的从犯是国际法上的罪行。^⑥纽伦堡

① David Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law* (Oxford University Press, 13th edn, 2011), p. 427.

② *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, Appeals Judgment, para. 410.

③ *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, Appeals Judgment, para. 410.

④ *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, 30 September 2008, paras. 524-526.

⑤ *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, 30 September 2008, paras. 533-534.

⑥ 原则七常用的中文翻译表述为：“共谋犯下原则六所述的反和平罪、战争罪或反人道罪是国际法上的罪行。”而英文文本的表述为：“Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under International Law.”很显然，“complicity”是从犯的意思，而非“共谋”（conspiracy），中文翻译不准确。国际法委员会在原则七评注中称：“纽伦堡法庭认定了一些没有亲自实行危害人类罪和战争罪的被告人犯罪参与的责任。”由此推测，原则七是在区分犯罪实行和犯罪参与基础上，确认各类犯罪的从犯责任模式。See International Law Commission, *Yearbook of International Law Commission* 1950, Vol. II, p. 378.

法庭判决中没有对各类从犯责任有明确的说明，仅在针对某些被告人的判决部分以犯罪事实陈述的形式加以肯定。^① 国际法委员会由此认为，纽伦堡法庭实际上是依据一般法律原则确认何为从犯。^② 国际法委员的这一观点本质上与责任委员会报告对命令者、策划者的认定采用的方法相同——从各国普遍接受的从犯形式中寻找公约数。如此，即便各类从犯责任在当时没有足够的习惯国际法依据，法庭也可以退一步从一般法律原则中寻求支撑。

（二）远东军事法庭确认的从犯责任

对战争罪的从犯责任主要从证据法和实体法两方面展开讨论。证据法角度的问题是：纽伦堡法庭审理的被告人和战争罪的实行行为之间的关系，都有清晰的证据记载；而远东军事法庭面临的情况是，被告人和犯罪实行之间的关系含糊不清，不得已采取模糊的措辞。^③ 因此，判决很大程度上依赖间接证据确认事实，从确认的事实中推断被告人的主观状态。^④ “允许”“授权”所表达的困境，实际上是法庭能否依赖间接证据证明从犯形式存在。与主流意见相左，印度法官帕尔（Justice Pal）以纽伦堡法庭依赖直接证据定罪为由，明确反对这一方法。^⑤ 帕尔的观点存在明显的谬误，因为间接证据只要具备证明力，与直接证据是等效的。事实上，根据间接证据推定犯罪人的主观意图是前南刑庭等国际刑事法庭的惯常工作方式。^⑥

远东军事法庭判决认定的从犯责任包括“命令”“允许”“授权”战争罪的实行。这一认定与其法庭宪章第5条的规定不同，“允许”“授权”两种形式在责任委员会报告中没有被提起和认定过。因此，实体法方面的问题是，法庭没有对“允许”“授权”各自的主客观要件进行澄清，甚至“允许”“授权”在判决中都并没有明确的区分。以东条英机为例，其“命令”部队犯罪是指：（1）指示部队利用战俘修建缅甸至暹罗铁路；（2）不断指示部队禁止给不参加劳动的战俘提供食物，使战俘陷于饥饿。^⑦ 落在“允许”“授权”范围的事实包括：（1）针对巴丹和菲律宾，在明知情况下未采取措施落实战争法的要求以防止迫害、杀害战俘；（2）在明知情况下拒绝对中国的战俘适用战争法加以保护；（3）担任首相期间主持会议讨论集中营战俘问题，但未采取措施导致战俘大量死亡。由此可见，“允许”“授权”在判决中指明且故意的情况下对犯罪实行产生某种程度贡献的不作为。判决本身没有对主客观要件的阐述，但荷兰法官洛林（Röling）指出，“允许”表达的主观状态应为故意以不作为的方式赋予下级实施战争罪的行动自由。^⑧

① International Law Commission, *Yearbook of International Law Commission 1950*, Vol. II, p. 378.

② International Law Commission, *Yearbook of International Law Commission 1950*, Vol. II, p. 378.

③ Neil Boister and Rober Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press, 2007), pp. 227 - 228.

④ Neil Boister and Rober Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press, 2007), p. 230.

⑤ *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Judgment of the Honorable Mr. Justice Pal Member from India, p. 1090, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), p. 1354.

⑥ *Prosecutor v. Krajišnik*, IT-00-39-A, Appeal Judgment, para. 697; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, IT-98-3-1-A, Appeal Judgment, para. 460; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-A, Appeals Judgment, paras. 159, 198.

⑦ IMTFE Judgment, p. 49848.

⑧ *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Opinion of Judge Röling, p. 56, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), p. 705.

由于指挥官责任也是基于不作为的责任模式，因此第 54 项指控下允许、授权与第 55 项指控在表现形式上有重合，判决认定一些被告人的行为同时构成第 54 项、第 55 项指控。远东军事法庭对此没有论述处理两种责任竞合关系的理论依据，其遵循的原则是同一被告人同时满足第 54 项、第 55 项指控的责任形式，只追究第 54 项指控的责任。^① 从这一事实可见，“允许”“授权”所体现的主观恶性甚于指挥官责任。

（三）“允许”“授权”构成帮助犯

笔者认为，东京审判中的“允许”“授权”实际上是以不作为形式表现的帮助犯，对不作为能否构成帮助行为，审判实践一直延宕至前南刑庭的“默克西奇等人案”（*Prosecutor v. Mrkšić et al.*）才得出明确的结论。东京审判虽未详细阐述，但也开创了先河。不作为帮助犯与指挥官的差异参见表 2。

表 2

	不作为帮助犯(根据前南刑庭实践总结)	指挥官责任(远东军事法庭)
主观要件	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	间接故意或过失 ^④
不作为	必须是纯正不作为构成帮助犯,即国际法上必须存在要求被告积极作为的义务,而不作为的帮助行为构成对此义务的违反,上述义务来源不确定。 ^⑤	对下级实行犯罪不预防、制止、惩治,义务来源是《陆战章程》第 1 条(现代国际人道法中义务来源是 1977 年《第一附加议定书》第 86 条、第 87 条)。
不作为与犯罪实行行为的关系	促进性因果关系,帮助行为不是犯罪实行行为的必要条件,但对实行行为有实质性贡献。 ^⑥	不考察因果关系

五 远东军事法庭判决中的指挥官责任

（一）指挥官责任在东京审判前的发展

有关指挥官责任的问题尽管在《凡尔赛和约》的谈判中有所讨论并形成一定共识，但一战后审判并没有形成广泛的国家实践。在东京审判中，检察官第 55 项指控还有“山下奉文案”（*US v. Tomoyuki Yamashita*）、“酒井隆案”（*Takashi Sakai Case*）等案件作为背景，这些案件已经

① IMTFE Judgment, p. 49779.

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 见本文第五部分。

⑤ *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, paras. 146-152.

⑥ *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 233.

形成以特定战争罪的罪名追究指挥官责任的司法实践。^① 虽然远东军事法庭判决没有直接加以引用,但洛林法官的个别意见指出了“山下奉文案”的参考价值。^② 此外,1944年至1947年期间,法国、荷兰、卢森堡等国立法将指挥官不作为导致的责任,界定为下级实行战争罪的从犯。^③ 可见,在二战后各国的立法和实践中,迅速形成了对指挥官责任机制的认同。“山下奉文案”判决的推理逻辑依赖于相关条约的法律规则,其要点如下:第一,确定战争法存在一个基本假设,即通过指挥官对军事行动的控制,避免下级违反战争法;第二,《海牙第四公约》附件《陆战章程》第1条确定,享有战争法上权利的武装部队必须有一个对其下级行为负责的指挥官统帅;第三,1929年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第26条规定,交战方武装部队的指挥官有义务对履行公约其他条款的细节作出安排;第四,《陆战章程》第43条规定,占领方必须对被占领土公共秩序与安全负责。^④ 第一点理由是对武装冲突法原理的阐述,自不待言;第四点理由是针对占领状态而言的,因此不具有普遍适用性。因此,“山下奉文案”判决的主要依据是《陆战章程》第1条,其基本方法是条约解释,即在《陆战章程》不包含刑事责任条款的情况下,推导出国家可以追究刑事责任的结论。

(二) 远东军事法庭适用指挥官责任的具体状况

纽伦堡法庭的判决中没有以指挥官责任追责的情况,指挥官责任被普遍认为是东京审判在责任模式方面的创新。检察官在起诉书第54项、第55项中均以违反战争法规和战争习惯的罪名提出指控,不同之处在于:第54项是对积极作为的惩处——指控土肥原贤二等被告人命令、授权、允许战争罪的实行;^⑤ 第55项是针对相同被告人的不作为提出的——指控“有意和轻率地忽视”(deliberately and recklessly disregard) 其应采取的足够措施,以便保证战争法规得到执行和防止违反战争法规行为的发生。^⑥

在远东军事法庭判决的论述中,指挥官责任是与针对战俘实行的战争罪问题绑定在一起的。法庭似乎认为,指挥官责任不是一个独立的问题,具体体现为,判决并没有专门解释指挥官责任的法律依据与内容,而是将论述放在判决书A部分第二章(适用法律)之中,与法庭管辖权问题并列。法庭强调,政府官员、陆军及海军指挥官等对保证战俘得到恰当的对待负有义务,且当官员在两种情况下未能防止战争罪发生时,应承担刑事责任:第一,官员知道犯

① See Quincy Wright (ed.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 4 (His Majesty's Stationery Office, 1949), p. 86; Quincy Wright (ed.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 4 (His Majesty's Stationery Office, 1949), pp. 1–2.

② *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Opinion of Judge Röling, pp. 57–59, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), pp. 705–706.

③ Quincy Wright (ed.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 4 (His Majesty's Stationery Office, 1949), pp. 87–88.

④ Quincy Wright (ed.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 4 (His Majesty's Stationery Office, 1949), p. 43.

⑤ *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Indictment, Count 54, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), pp. 33–34.

⑥ *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Indictment, Count 55, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), p. 34.

罪罪行正在实施或将要实施；第二，官员对获取犯罪正在或将要实施的信息存在过错。^① 判决特别论述了日本内阁成员承担责任的正当性，认为即便特定成员主管的部门与虐待战俘并不直接相关，该成员也应承担责任；对于主管部门官员，则应在知道或应当知道前提下对战俘因其不作为受到虐待负责。^② 东京审判由此肯定了军事指挥官和非军事领导人都应承担指挥官责任。总的来说，远东军事法庭的论述与现代国际刑法规则中的指挥官责任在很大程度上是一致的。较为明显的不同是，前南刑庭实践强调，有效的上下级关系（superior-subordinate relationship）是指挥官责任的构成要件，而判断上下级关系有效性的标准是应建立上级对下级的有效控制（effective control）。在学界公认的、全面阐述指挥官责任原理的“切利比奇集中营案”（*Prosecutor v. Delalić et al.*）中，前南刑庭上诉庭区分了上级对下级产生实质性影响（substantial influence）和上级对下级有效控制两种状态，实质性影响的程度不构成满足指挥官责任构成要件的程度。^③

仔细比较畑俊六（Hata Shunroko）、广田弘毅（Hirota Koki）等人的定罪方法，远东军事法庭对指挥官责任中主观要件的界定，存在间接故意和过失心态的分别。对畑俊六的判决指出：畑俊六要么没有采取措施防止其部下实施战争罪，要么就是对其下级是否人道地对待战俘和平民持无所谓的态度。无论哪种情况，被告都违反了第55项指控。^④ 对畑俊六的判断，属于轻率过失与间接故意可能性并存。针对广田弘毅，判决认为其担任日本外交大臣之时，在日军进入南京之后就收到了战争罪的报告，在军部向其作出制止日军违法行为的保证后，广田弘毅依赖上述保证而怠于行动，而此时针对平民的谋杀、强奸等犯罪正在发生。判决认为广田弘毅的不作为构成应被追究刑事责任的过失（criminal negligence）。^⑤ 现代国际刑法中指挥官责任构成要件来自前南刑庭对1977年《第一附加议定书》第86条、第87条的归纳，主观要件仅仅考察指挥官对下级正在、即将或已经实施犯罪行为是否知道或应当知道，^⑥ 对指挥官心态属间接故意还是过失并不进一步作出区分。

在远东军事法庭并没有阐明指挥官责任的法律依据到底是习惯法还是条约规则的情况下，默认远东军事法庭采用与“山下奉文案”相同的条约解释思路是合理推论。但洛林法官认为，第55项指控不作为责任的法律依据包括：（1）1919年责任委员会报告中美国代表基于职权、义务和被告人知道下级犯罪实施追究指挥官责任的建议；（2）美国战争部1944年颁布的《陆战规则》；（3）美国联邦最高法院的“山下奉文案”判决。^⑦ 洛林法官没有提及《陆战章程》第1条的解释问题，他采用的思路是依照习惯国际法确定指挥官责任。

① IMTFE Judgment, pp. 48445 – 48446.

② IMTFE Judgment, pp. 48446 – 48447.

③ *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-A, Appeals Judgment, para. 266.

④ IMTFE Judgment, p. 49785.

⑤ IMTFE Judgment, p. 49792.

⑥ *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-A, Appeals Judgment, paras. 239 – 249.

⑦ *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Opinion of Judge Röling, pp. 57 – 59, in Robert Cryer and Neil Boister (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments* (Oxford University Press, 2008), pp. 705 – 706.

(三) 从自然法角度解释指挥官责任

若完全采用纽伦堡法庭判决的自然法思路——主张罪刑法定原则不得用来限制国家主权,^① 则不难解决远东军事法庭判决中指挥官责任与罪刑法定原则的冲突。近年来,以马顿斯条款(martens clause)为落脚点,追溯适用条约以突破罪刑法定原则的方法得到了一定程度的肯定。在“科诺诺夫诉拉脱维亚案”(Kononov v. Latvia)中,涉及申诉人领导苏联抵抗组织进入拉脱维亚梅奇巴蒂村杀害平民。申诉人被拉脱维亚法院以指挥官责任机制判处战争罪。欧洲人权法院基于马顿斯条款,判定1949年“日内瓦四公约”适用于本案。^② 马顿斯条款最初出现于《海牙第四公约》的序言,学理上历来存在把马顿斯条款中“人性原则”(principle of humanity)和“公众良知”(dictates of public conscience)解释为自然法渊源的观点。^③ “科诺诺夫案”判决提供了从自然法角度解释指挥官责任的思路,用以佐证东京审判对指挥官责任的确认。

将罪刑法定原则看作个人对抗公权力的工具,是二战之后随着国际人权法兴起而被广为接受的观点。早期的国际刑事司法并不以这一论调为基本出发点。罪刑法定原则经历了逐步完善的过程,直至《罗马规约》就量刑问题作出明确的规定,罪刑法定原则中关于“法无明文规定不处罚”的表述才得到具有广泛影响力的条约的确认,从而实现在法定刑幅度内,考虑犯罪危害性及被告人个人属性基础上确定量刑的主流做法。^④ 罪刑法定原则被实务接受经历了渐进的过程。纽伦堡法庭判决中关于罪刑法定原则不得用于限制国家主权的立场在当时才是司法实践的主流。考察1919年至1947年前后的历史,基于“事后立法”追究刑事责任是当时的常态,与纽伦堡法庭、远东军事法庭同时代或更早的国家实践有助于澄清自然法思路在当时的合理性,试举两例予以说明。

第一,关于危害人类罪的讨论。危害人类罪引起国家关注的事件是英、法、俄三国在1915年针对奥斯曼土耳其帝国屠杀亚美尼亚人事件发布的声明。英国驻法国大使最初称该屠杀“违反基督教和文明的犯罪”(violation of christianity and civilization),后来在法国政府的建议下,用“人道”一词替代了“基督教”。^⑤ 在1919年责任委员会的讨论中,法国提供的最初备忘录把德国违反战争法的行为称为“违反战争法规和战争习惯的行为”及“违反人道法则的犯罪”(crimes against the law of humanity),这一表述植入了《海牙第四公约》序言中的马顿斯条款。^⑥ 美国国务卿兰辛认为:责任委员会编纂罪行清单应该坚持基于既有国际法规则的立场,因而“违反人道法则的犯罪”是多余的表述,不应该赋予其实质性含义;兰辛主张删除这一表述,否则将超出巴黎和会对责任委员会授权的范围。^⑦ 英国代表帕洛克(Pollock)认为,保留该表述是为了向公众传递一种暗示,即责任委员会并没有在狭隘的理论基础上考虑德国战争罪犯罪行的问

① IMT Judgment, (1947) 41 *American Journal of International Law* 172, p. 217.

② *Kononov v. Latvia* (Application No. 36376/04), Judgment of Grand Chamber, paras. 216–218.

③ See Antonio Cassese, “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”, (2000) 11 *European Journal of International Law* 187, pp. 187–211.

④ See Antonio Cassese, *Cassese’s International Criminal Law* (Oxford University Press, 3rd edn, 2008), pp. 24–28.

⑤ Williams A. Schabas, *The Trial of the Kaiser* (Oxford University Press, 2018), p. 155.

⑥ Williams A. Schabas, *The Trial of the Kaiser* (Oxford University Press, 2018), p. 148.

⑦ Williams A. Schabas, *The Trial of the Kaiser* (Oxford University Press, 2018), p. 150.

题。^① 法国代表拉赫诺德 (Larnaude) 则以前文本中无数次将“违反战争法规和战争习惯行为”与“违反人道法则的犯罪”并列为由, 拒绝删除。^② 从上述过程看, “违反人道法则的犯罪”没有确切法律含义。此后, 在英国施压下, 协约国与土耳其的《色佛尔条约》中加入了第230条, 其文本表述为: “土耳其政府承诺向协约国移交, 被认为对自1914年8月1日开始的战争期间在其领土上发生的大屠杀负责的人员。”该条没有指出相应的罪名, 且土耳其从未批准该条约。《伦敦协定》谈判期间, 美、苏、英、法认为应当有相应的罪名用以覆盖纳粹德国针对犹太人犯罪的情况; 而将危害人类罪作出与责任委员会原意不同的解释并赋予其新的内涵, 是劳特派特 (Lauterpacht) 在《伦敦协定》谈判期间的贡献。^③ 危害人类罪的形成是“事后立法”的结果。

第二, 苏联政府于1949年8月对日本关东军731部队的部分被告人进行了审判。审判适用的法律依据是苏联最高苏维埃主席团在1943年4月制定的两项法令——《关于德国法西斯谋杀和迫害苏联公民及红军的罪行的惩治办法》和《关于惩治苏联公民及其共犯中的间谍及叛国者的办法》。两项法令并不符合严格意义上罪刑法定原则的要求。首先, 法令是惩治1941年以来苏德战争期间的德军的战争罪, 就1943年之前的犯罪来说是事后立法; 其次, 法令针对的对象是德国、意大利、罗马尼亚、匈牙利等国罪犯及苏联间谍和叛国者, 与日本关东军731部队并不相关; 再次, 法令颁布之时, 美、英、苏三国尚未就战后建立纽伦堡法庭达成一致协议, 其追究被告人责任采用了苏联国内法的罪名, 如“杀害苏联平民、苏联红军战俘或对其施以酷刑”“残酷行径”“暴行”等,^④ 故此并不符合罪刑法定原则关于罪名特定性的要求。上述事实表明, 罪刑法定原则并没有成为各国以事后立法追究责任的障碍。

六 结论

考察个人刑事责任模式的起源和早期发展, 有助于系统地理解远东军事法庭对各责任模式的运用并非出于凭空“创造”, 而是根植于自巴黎和会以来的理论与实践以及一般法律原则。苏联刑法学理论与实践为反和平罪共谋及共同正犯提供了重要参考, “山下奉文案”等案件为远东军事法庭确立指挥官责任指示了路径。尽管东京审判对个人刑事责任模式理论的阐述并不完善, 但法庭面对并解决了比纽伦堡审判更复杂的问题, 具有开创性的历史意义: (1) 丰富了反和平罪共谋的内涵并将未完成犯罪理论纳入国际刑法体系; (2) 对“犯罪实行”的概念进行了扩张解释, 从侧面回答了何为共同正犯的问题, 为前南刑庭进一步阐发这一概念奠定了基础; (3) 引入“山下奉文案”等案件的原理, 为指挥官责任演变为国际习惯法规则走出了关键一步; (4) 丰富了命令、帮助等从犯形式的司法实践。远东军事法庭的上述贡献, 涵盖了现代国际刑法中责任模式理论的大部分重要问题。在国际刑法发展的历史长河中, 东京审判对个人

① Williams A. Schabas, *The Trial of the Kaiser* (Oxford University Press, 2018), p. 150.

② Williams A. Schabas, *The Trial of the Kaiser* (Oxford University Press, 2018), p. 149.

③ Philippe Sands, *East West Street: On the Origins of “Genocide” and “Crimes Against Humanity”* (Weidenfeld & Nicolson, 2016), pp. 110 - 111.

④ See Valentyna Polunina, “The Khabarovsk Trial: The Soviet Riposte to the Tokyo Tribunal”, in Kirsten Sellars (ed.), *Trials for International Crimes in Asia* (Cambridge University Press, 2015), p. 134.

刑事责任模式的贡献承前启后，是实在国际法与自然法流派方法论交融的体现，是法学家理性与智慧的典范。

The Early Development of Modes of Individual Criminal Responsibility in International Law: Theoretical Origins and the Jurisprudence of International Military Tribunal for the Far East

Leng Xinyu

Abstract: The application and development of modes of individual criminal responsibility by the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) is an important contribution to the substantive rules of International Criminal Law. Covering almost all modes of liability under international criminal law, the jurisprudence of IMTFE became the cradle of these liability model theories. The important modes of responsibility, upon which Tribunal relies, include conspiracy, co-perpetrator, other forms of complicity, and command responsibility, the reasoning of which has become the theoretical sources of the United Nations *ad hoc* Tribunals. The modes of responsibility applied by the Tokyo Tribunal derived from customary law both enshrined and confirmed by the Versailles Treaty and subsequent Leipzig Trial, as well as general principle of law. The Tokyo Tribunal also absorbed the doctrines of the Soviet Criminal Law. What is of particular concern is that the Tokyo Tribunal creatively used the doctrine of conspiracy on the one hand as a count of inchoate crime, and on the other hand as a manifestation of co-perpetrator. The Tokyo Tribunal's expanded form of the notion of co-perpetrator, established a firm foundation for the UN *ad hoc* Tribunals. The Tokyo Tribunal elaborated almost all forms of complicities. In addition, the Tokyo Tribunal is also a critical step confirming command responsibility of customary nature by international criminal justice.

Keywords: International Military Tribunal for the Far East, Mode of Liability, Conspiracy, Co-Perpetrator, Command Responsibility

(责任编辑: 郝鲁怡)