



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.475/Rev.1
24 July 1992
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会第四十四届会议
工作报告草稿

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
A. 导 言	1 - 8	2
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	9 - 87	4
(a) 对特别报告员第十次报告的审议情况	10 - 81	4
(b) 国际刑事管辖问题工作组	82 - 87	15
C. 委员会的决定	88	16
D. 附件：国际刑事管辖问题工作组的报告	89	17

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 导言

1. 大会1947年11月21日第177(II)号决议指示委员会:(a) 编订纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则,并(b) 拟具危害人类和平及安全治罪法草案,明示上列(a)段所称原则应具有的地位,委员会1949年第一届会议任命让·斯皮罗普洛斯先生为特别报告员。

2. 在特别报告员报告的基础上,(a) 委员会1950年第二届会议通过了拟订的纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则,并连同评注提交大会;(b) 委员会1954年第六届会议向大会提交了危害人类和平及安全治罪法草案及其评注。¹

3. 大会1954年12月4日第897(IX)号决议考虑到,委员会拟订的危害人类和平及安全治罪法草案提出了与侵略定义问题密切相关的问题,并鉴于大会已委托一个特别报告员编写关于侵略定义草案的报告,因此决定在特别报告员提交报告之前推迟审议治罪法草案。

4. 大会1974年12月14日第3314(XXIX)号决议以协商一致方式通过了侵略定义。

5. 1981年12月10日,大会在第36/106号决议中请委员会恢复工作,以拟定危害人类和平及安全治罪法草案,并以必要的优先次序加以审查,以便进行复审,同时适当考虑到国际法逐步发展过程中所取得的成果。²

¹ 《1950年...年鉴》,vol. II, pp. 374-378, 文件A/1316. 《1954年...年鉴》, vol. II, pp. 150-152, 文件A/2673. 上述原则和治罪法草案的案文见《1985年...年鉴》, vol. II(第二部分), p. 12和p. 8, 文件A/40/10, 第45和第18段。

² 大会1987年第42/151号决议同意国际法委员会的建议,将专题的英文标题修改为:“Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”。

6. 委员会1982年第三十四届会议任命杜杜·锡阿姆先生为本专题的特别报告员。³ 委员会从1983年第三十五届会议到1991年第四十三届会议收到特别报告员的9份报告。⁴

7. 委员会在1991年第四十三届会议上暂时一读通过危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案⁵。在同届会议上,委员会决定按照其章程第16至第21条通过秘书长将本条款草案递交各国政府征求它们的评论和意见,要求它们在1993年1月1日经前将这种评论和意见提交秘书长。⁶ 委员会也注意到由它完成了一读的该草案构成委员会关于危害人类和平及安全治罪法草案专题之工作的第一部分,委员会将继续在往后的各届会议上继续履行大会在1990年11月28日第45/41号决议第3段中指定给它的任务授权:请委员会在其关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作中进一步审议并分析在其报告中关于国际刑事管辖问题方面所提出的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议。⁷

8. 大会第46/54号决议(1992年1月27日)请国际法委员会在危害人类和平及安全治罪法草案的架构范围内进一步审议和分析在其1991年报告⁸中提出的、关于国际刑事管辖问题方面的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导。

³ 关于讨论本专题历史背景的详细情况,见国际法委员会第三十五届会议工作报告,《大会正式纪录,第三十八届会议,补编第10号》,(A/38/10),第26至41段。

⁴ 《1983年...年鉴》,vol. II(第一部分),p.137,文件A/CN.4/364,《1984年...年鉴》,vol. II(第一部分),p.89,文件A/CN.4/377;《1985年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/387;《1986年...年鉴》,vol. II文件A/CN.4/398;《1987年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/404;《1988年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/411;《1989年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/419和 Add.1和Corr.1和2(只有西班牙文本)。《1990年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/430和Add.1;《1991年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/435和Add.1和Corr.1。

⁵ 见《大会正式纪录,第四十六届会议,补编第10号》(A/46/10),第173段。

⁶ 同上,第174段。

⁷ 同上,第175段。委员会指出,它已经开始履行这一任务授权,它关于该专题这一方面的工作载于其报告第106至165段(同上)。

⁸ 《大会正式纪录,第四十六届会议,补编第10号》(A/46/10),第二章,C节。

B. 本届会议审议这个专题的情况

9. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员关于本专题的第十次报告(A/CN.4/442)。委员会在其第2254至第2264次会议上审议了这份报告。辩论的概况载于下文第10至81段。讨论结束后，委员会设立了一个工作组来研究国际刑事管辖问题。关于工作组的组成和工作的说明载于下文第82至87段。委员会关于对这个问题的未来工作载于下文第88段。

(a) 对特别报告员第十次报告的审议情况

10. 特别报告员的第十次报告专门论述了设立国际刑事管辖的可能性问题。他在第十次报告导言中和在向委员会提交报告时所作的说明中都指出，大会尚未要求委员会草拟可能建立的国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的规约，而只是“进一步审议和分析”有关的“一些问题”。因此，特别报告员在其报告中讨论了是否需要设立国际刑事管辖的一般性问题后，还确定了在设立这样一种管辖方面某些特别有关的问题，并就这些问题草拟了一些未来的或暂定的条款草案，不是为了把它们提交起草委员会，而是为了在委员会内引起和促进深入讨论，这样便有可能使委员会达成某些结论或向大会提出某些建议。

11. 特别报告员在其报告的第一部分研究了一些国家在联合国论坛或它们本国机构中就设立这样一种法院的可能性提出的保留意见或反对意见，这些保留意见或反对意见涉及在当前国际形势下设立这样一种法院是否需要和可行，或涉及这样一种法院与各国的国内法律规定是否能相符。特别报告员在其报告中争取就每一条保留意见或反对意见作出答复。最后，他提出了总的结论：上述那些意见有许多显然没有考虑到关于设立国际刑事法院问题所涉及的许多方面存在的极为广泛和可能解决办法或选择方案，这些办法或方案可以消除在若干国家所引起的忧虑。在这方面，特别报告员接着在其第十次报告B部分中确定了在考虑能否设立国际刑事管辖方面特别重要的下列几个问题：A. 可适用的法律；B. 基于属事理由的法院管辖权；C. 向法院提出控诉；D. 有关补偿的程序；E. 向法院移交刑事诉讼主体和F. 法院和两次听证原则。

12. 他已经在其第九次报告⁹中提出了上述问题中的一些问题，现在他参照委员会上届会议对这些问题进行讨论的情况，¹⁰提出了一些新的选择方案。某些其他问题是他初次提出的。对于所有这些问题，他的审议采取部分评注、部分探讨性的暂定条款草案的形式，这并不是为了把它们提交起草委员会，而是为了在现阶段引起委员会的委员们对这些问题的讨论，并且在可能的情况下克服对可能设立国际刑事管辖的想法在某些方面受到的阻力，以此向他们表明他就这些问题提出的各种可能的选择方案或备选办法具有很大的灵活性。

13. 下面将简要概括接着在全体会议就特别报告员报告第A和B部分进行讨论的主要意见。

14. 对设立国际刑事管辖是否需要或可行的问题进行了讨论。大多数委员认为，缺乏负责起诉和审判影响整个国际社会的国际性质的罪行，是今天国际关系中要填补的空白。这些委员认为，近时期来国际舞台上发生的事件清楚地说明存在这样一个机构，本可以为易导致国际冲突的情况提供一条顺利的出路。他们还认为，国际刑事管辖能最客观和最统一地执行危害人类和平及安全治罪法。这些委员还把国际形势中的新近变化看成是有利于这样一种前景，即设立国际刑事管辖可以获得国际社会的足够支持。这些委员中有些人认为，让国家法庭来执行治罪法特别是对列入治罪法中的某些罪行如侵略和其他罪行起诉，而其中国家的代理人就是犯罪者，是不可想象的。这些委员不能设想一种不附有国际刑事管辖的危害人类和平及安全治罪法。

15. 另一些委员不否认在某些国际情况下和对于某些国际罪行来说某种形式的国际刑事管辖可能具有一些优点，但强调设立此种机构可能带来的严重的政治和技术复杂情况。他们认为，与其说是设立一个国际刑事管辖是否需要的问题，不如说是何种形式的国际刑事管辖是实际可行的问题。他们认为，对待这个问题的灵活性是至关重要的。这些委员中的有些人认为，在当前的国际形势下，设立一个不是法院的国际审判机制可能更实际。他们特别提到以下问题：国家法院诉讼程序中的监视人；国际法仅规定法律、国家法庭进行审判；必要时可成立特设法庭；国际法院的咨询意见；区域性法庭等。

⁹ 见文件A/CN.4/435/Add.1。

¹⁰ 见《大会正式记录，第四十六届会议，补编第10号》(A/46/10)，第106至165段。

16. 仍有另外几位委员对设立国际刑事管辖这一意见的可行性持极为怀疑态度。尽管从概念的角度来看此种设立可能是需要的，但这些委员认为这样做会陷入不可克服的障碍。各国为了设立国际刑事管辖竟愿意放弃它们的主权，几乎是难以想象的。第二次世界大战末期存在的特殊情况使得有可能设立纽伦堡和东京法庭，这种情况现在已不再存在。所存在的问题是一个国际法和国内法之间的关系问题。一方面，设立国际刑事法院不可避免地给某些国家的宪法秩序产生影响。另一方面，“审判和引渡”原则已从现行国际秩序提取出来的，对它的任何更改就等于修改国际秩序。这些委员认为，这是一个法律和政治特别混合在一起的领域，而政治似乎清楚地表明这个领域中的拟议的法律是不实际的。

17. 至于可能设立的国际法院的结构问题，大多数委员认为，最实际的办法是一种灵活的做法，即不设立常设的或专职的机构，而是设立一个一旦需要就能毫不迟延地立即召开会议的特设机制。它不是一个事后建立的特设机构，而是一个需要时就能召集会议的预先存在的机制，在每种具体情况下它的组成都要根据客观的标准来确定，保证法官的公正无私。这些委员认为，国际社会尚未准备设立一个象国际法院那样的常设机构的国际刑事法院。

18. 但是，某些委员认为，法院概念所固有的工作特点，应特别确保法官完全献身于他们的职责，而这又会有助于他们的客观性和公正性。

19. 至于法院的管辖权，主要讨论了三个问题，即它是否应具有拘束力或任择性、专属性、共同性；或者是一种复审性质的；它是否应同治罪法联系起来。

20. 关于管辖权是否应建立在强制性或任择性的基础上的问题，大多数委员主张采取一种灵活的制度，根据这种制度批准或加入法院规约依事实并不意味着接受法院对任何罪行的管辖权。这些委员主张采取一种制度，各国可自行规定治罪法或它们接受的其他国际公约所列入的罪行中哪种罪行是属法院管辖权范围的罪行。各国在签署法院规约时或以后什么时候临时性地公布它们的决定。

21. 某些委员作出区分：法院可以对某些罪行拥有强制性管辖权，而对其他一些罪行拥有任择性管辖权。因此，一位委员认为，对危害人类和平及安全的罪行的管辖权应是强制性的，而对现行公约规定的其他国际性罪行如劫持飞机等的管辖权应是任择性的。另一委员对这种概念补充指出，对法院强制性的管辖权来说，罪行必须是严重的、主要的和总的说是损害人类尊严的。换言之，如果在被告的后面实际上是国家在受到审判，则有理由规定实行法院的强制性管辖。

22. 但某些其他委员认为，在任择性的管辖或授予特设性的管辖方面不可能有什么问题。设立法院的文书的缔约国有义务接受其对规约中提到的文书界定的罪

行的管辖。这些委员认为，刑法必须是严格的，如果各国不愿接受这一点，它们就不应成为法院规约的缔约国。

23. 对可能成立的国际刑事法院的管辖权所讨论的另一个方面的问题是，这种管辖权是否应属专属性的、与国家法庭共同决定的或是复审性质的。

24. 几位主张法院的管辖应是任择性的委员，也赞成管辖权应与国家法庭的管辖权共存并举。他们认为，撤销国家法庭根据现行公约和一般国际法的规定业已拥有的管辖权，实际上是不可能的。国家法庭对在它们的国内立法中规定的行为或情况，也保留了它们的权力。

25. 某些其他委员包括特别报告员在其第十次报告中认为，所建议的法院可以对某些国际罪行拥有专属管辖权，并与国家法庭对其他罪行拥有共同管辖权。但是并非所有这些委员都就哪些罪行应属于一种管辖权和哪些应属于另一种管辖权取得一致意见。因此，特别报告员建议法院应对下列罪行拥有专属管辖权：种族灭绝、或大规模侵犯人权、种族隔离、国际非法贩运毒品、劫持飞机和绑架外交官或国际受保护的人员。但是其他委员不完全同意这一清单。因此有一种意见认为，这份清单没有提到如侵略、侵略威胁、干涉和殖民主义等罪行，而这些罪行通常都是由国家代理人或代表所犯下的，应该合乎逻辑地属于一个国际法院的专属管辖权。另一种意见认为，专属管辖权应适用于如种族灭绝这种极为严重的罪行，而不适用于如国际非法贩运毒品或劫持飞机等其他罪行，因为这些罪行通常都属于国家法庭的权限。

26. 关于如何界定两类罪行问题所产生的这些意见分歧，使几位委员对设立一种双重管辖制度的可取性表示严重怀疑。

27. 另一方面，委员们普遍认为法院可以授予一种复审性质的管辖权是不实际的，因为很难指望各国放弃它们在刑事事项方面的国家主权，以致接受它们本国法庭的判决服从一个国际法院的复审。

28. 法院基于属事理由的管辖权问题，主要围绕是否应限于治罪法草案界定的罪行，或是否还应包括某些其他国际公约界定的罪行。因而这也就产生了国际刑事法院和危害人类和平及安全治罪法草案之间的关系问题。

29. 某些委员对在国际刑事法院和治罪法之间建立过于密切的联系持保留态度，因为他们对一读时起草的治罪法的广泛范围持有自己的保留意见。他们认为，许多国家对目前草拟的治罪法草案是否满意是非常令人怀疑的，而且将治罪法与法院联系起来使可能设立的法院对有效的国际公约中界定的某些国际罪行生效产生不良影响。

30. 但是某些其他委员认为，如果法院的管辖权具有足够的灵活性，以使每个国家可以接受法院对某些罪行的管辖而不接受对其他罪行的管辖，这种可能性是不存在的。

31. 几位委员强调，如果没有一个国际刑事法院进行管理，危害人类和平及安全治罪法是不可能存在的，因此治罪法草案应很自然地属于法院管辖。但是这并不意味着法院的管辖权不能也包括有效的国际公约规定的某些国际罪行。

32. 有人建议在这方面国际法委员会可以制订两项条款，第一项条款涉及在治罪法通过前法院建立的最初阶段的管辖权；第二项条款涉及一旦治罪法成为国际法的一部分的可适用性。根据第一项较适度的条款草案，法院管辖权将限于按照现行国际公约照此承认的罪行，法院作为这种罪行必须受到惩罚的额外保证。根据第二项条款草案，法院对治罪法界定的罪行拥有管辖权。

33. 在这方面，某些委员强调法院规约和治罪法草案应该是两个单独的文件，一个国家可以成为法院规约的缔约国但并不因此而成为治罪法的缔约国，对于国际公约中界定的某些罪行，可自由授予法院管辖权。

34. 某些能赞同上述建议的委员也认为一个国家不应能批准治罪法草案而不由此接受法院的管辖权。

35. 至于国际刑事法院基于属人理由的可能的管辖权，讨论集中于两个主要问题：第一，谁能向法院提出控诉；第二，为了授予法院对被控犯罪的个人的管辖权，需要征得哪个国家或哪几个国家的同意。

36. 关于第一个问题，有人提出虽然从国内法中提取提起刑事诉讼的惯例是有益的，但是最好还是不要把国内法的某些概念移进国际法中。在某些制度的国内法中，向法院提起诉讼的正式权利通常授予一名政府官员，如首席检察官或检察长。该官员被授权根据提出的证据，确定是否应该提起诉讼。如果为法院建立这样一种机构，至少在法院仍处于其建立的早期阶段时，不应授权检察机关单方面作出起诉的决定。有人评论说，如果委员会仿效民法的模式指望一个被授权的独立机构起诉则可能陷入许多困难，这些困难是有关费用（如果机构属常设性质的）的问题，以及涉及把此种机构在民法制度中所起的巨大作用移进国际一级的问题。这种意见认为，最好是仿效普通法制度，不把检察机关看成是一个寻求真理的准独立机构，而是一个在争论的严重考验中致力于陈述案件一方的对手，使真理从争论中产生出来。

37. 考虑到设立检察官机构的困难，有人认为最好是设想一种普遍起诉权，根据这种权利任何国家可以向法院起诉。但某些委员不同意这种看法，他们认为国际

社会甚至对最严重的罪行也不准备采取普遍起诉，因为这将对过度行为打开大门。

38. 许多委员同意法院规约缔约国应拥有向法院起诉的权利。这些委员认为，将起诉权限于那些已经成为法院规约缔约国的国家，不会妨碍任何其他国家或组织为了控告或审判一个被指称犯了罪行的个人提供证据。

39. 某些委员建议，委员会也可考虑采用类似国际法院规约第35条的规定，在某些情况下，非缔约国也可以诉诸法院。

40. 某些委员提到各国向法院提起特别诉讼的合法性问题。

41. 有人认为，由于法院对诸如侵略、侵略威胁、干涉和殖民主义等罪行拥有管辖权，因此不可能同意以下看法，即无限定数目的国家均有权向法院提出控告。另一种意见也认为只有罪行发生在其领土上的国家才能起诉。

42. 对政府间组织是否有权提起诉讼的问题看法不一。

43. 某些委员认为，某些政府间组织也应拥有向法院起诉的权利。这种意见认为，由于在某些情况下，国家出于政治原因可能不愿向法院起诉，这样做可能是有益的。

44. 某些其他委员不同意向政府间组织提供向法院起诉的机会。他们指出，除向政府间组织提供向法院起诉这个复杂的问题外，还产生一些其他麻烦。政府间组织向法院起诉，将使得难于将国际刑事审判机制与许多国际公约已经规定的普遍管辖权协调起来。如果政府间组织也有权参与，要各国接受法院管辖权是不可能的。特别是不明确一个政府间组织如何能遵守所规定的义务，如移交疑犯等。还有人提到没有必要向政府间组织提供向法院起诉的机会，因为已经给予了它们的成员这种机会。

45. 然而，某些委员虽然支持不应提供政府间组织向法院起诉的机会的意见，但对联合国安理会是一种例外。他们认为，由于该机构拥有确定是否存在侵略或者威胁或破坏和平的运动的唯一权限，并拥有采取必要措施恢复国际和平与安全的权限，它应该有权向法院提出控告。法院的判决不会妨碍安理会的职能，因为安理会只有在已经确定某国犯有侵略行为以后才能对个人，例如一国的官员，向法院起诉。这些委员同意安理会的行动可能由于使用否决权而遭到瘫痪，但认为没有足够的可能性来否定安理会向法院提出控告的权利。

46. 某些委员还建议，应该允许某些涉及人权工作的非政府组织向法院提出控告。红十字国际委员会(ICRC)就是被提到的这种非政府组织中的一个。

47. 但是，另一些委员并不认为，鉴于提交法院审理的问题的性质，应慎重地为非政府组织直接提供向法院起诉的机会。例如，他们不能肯定甚至对红十字国

际委员会可能会有兴趣提供这样一种机会。

48. 关于上面提及的第二个问题，即为了授予法院对被控犯罪的个人的管辖权，需征得哪个国家或哪几个国家的同意，发表了各种不同的意见。有人提出这个问题产生了以下问题，即在特定的情况下要求哪些国家接受法院的管辖权：罪行发生在其领土上的国家、被告是其国民的国家、或是罪行受害者的国家或其国民是罪行受害者的国家。问题扩大到为了使法院能行使其管辖权，是否需要征得一个或数个这类国家的同意。

49. 在这方面，许多委员认为，应该要求在其领土上发现指称的罪犯的国家将其移交给主管法院，并认为这一义务应对所有法院规约缔约国具有约束力。他们认为，任何其他替代办法都是不实际的。例如，在载有许许多多各种国籍乘客的飞机发生爆炸的情况下，要求受害国同意，可能导致和造成相当大的问题。如要求被告国籍的国家的同意，也会引起一些问题。有人评论说，如果委员会认为，即使罪行未在该国犯下而且个人也未在该国领土上，国籍国也必须给予同意，似乎意味着国际社会不准备设立国际刑事法院。

50. 另一种意见指出这种传统规则问题的相关意义，根据这种传统规则，一个国家在其本国国民的案件中，如果案件涉及一种国际因素的话，可以放弃管辖权，最后支持国际刑事法院。但是，在外国国民的案件中，关于确定管辖权——例如关于引渡——的传统规则必须根本修改，因为决不能忘记法院必须审判侮辱人类良心的罪行。所以，不征得在罪行发生在其领土上的国家的同意更为可取，因为否则在他们自己国家犯下暴行的人可能开脱一切责任。有人提到对于某些罪行来说，国际刑法的传统规则应该作相当大的更改，并要授予法院虽非专属但也是当然管辖权。在这方面可以设想某些程序性保障措施，例如规定应三个国家或大会某个委员会的请求可以提起诉讼。在其他案件中，一般的管辖规定就足够了。其他事项如被控犯有罪行的个人的可能豁免问题也必须进行讨论。

51. 在委员会中还有人提到特别报告员关于基于属人理由的管辖权，仅仅是从基于属地理理由的管辖权的有限角度论述的，尚没有考虑到基于属时理由的问题。还有人说关于“关于管辖权限”(Competence de la Competence)的规则应该列入法院和某些机构的规约中以防止提出一些琐屑的要求，这些要求可能对法院不利。有人还提到也可设想称之为“告发”的制度，这种制度不象控告，它不一定涉及到起诉的问题。

52. 至于法院适用的法律，有人提起注意需要区分适用于罪行的定义的规则与关于被控的权利和进行审判的规则。

53. 关于第一套规则，普遍的意见是根据法无明文不为罪的原则，适用的法律渊源应只限于根据国际法界定罪行的国际公约。

54. 但是有人认为，在目前情况下国际习惯也是实体法的渊源。有人通过例证提到种族隔离，普遍认为它是一种危害人类和平及安全的罪行，甚至尚未批准有关公约的国家也这样认为。有人还提到纽伦堡和东京法庭曾采用过习惯法。

55. 此外，某些委员还认为，大会的屡次决议具有一种反映国际社会法律意见的作用，并认为如果犯有未包括在任何具体法律中的罪行，法院不应让这种罪行不受到惩罚。

56. 虽然有几位委员强烈反对这一意见，但仍评论说不应忽视国际组织决议的作用。有人指出，大会决议在鉴定罪行特点方面有着决定性的重要意义。尽管法院在安理会对是否存在侵略行为作出否定结论之前没有义务放弃自己的意见，但人们强烈认为安理会的积极决定对法院具有约束力。

57. 几位委员强调，实质性的适用法的最初渊源应该就是治罪法本身。某些委员在提及排除在治罪法以外的罪行的可能性时认为，规约除提到治罪法外，还应提到界定这些罪行的文书。其他委员坚持他们对治罪法和法院之间关系的总的立场（见上文第 段），但也认为规约应列出归入法院管辖的罪行。

58. 至于关于被告的权利和进行审判的规则，特别报告员建议根据国际法院规约第38条的措词。虽然有些委员赞成这种做法，但其他委员怀疑在拟订旨在适用刑事诉讼的规则时从涉及国家间争端的规定中得到启示是否可取。

59. 特别报告员的案文首先提到与检控和防止国际法规定的罪行有关的国际公约。这种措词得到某些委员的支持，但是其他委员认为它太有限制性，因为它没有考虑有关人权、生命权、酷刑的国际公约。

60. 特别报告员的案文接着提到国际习惯。虽然某些委员同意所建议的条款，但其他委员认为习惯缺乏刑法中所需要的精确性，而且，实际上没有任何刑法中的国际习惯是不包括在国际文书中的。

61. 关于特别报告员案文中提到的国际法一般原则，某些委员挑选出法无明文不为罪、法无明文者不罚和一事不再理规则。但是，有人对是否需要被认为是多余的建议的条款表示怀疑，因为任何被国际社会承认的刑法原则都可称为习惯国际法规则。

62. 特别报告员建议的第四个要素即司法裁决和公学家的学说，得到了几位委员的支持，其中有些委员强调该要素仅仅是确定法律规则的补充手段。其他委员认为没有必要提到这些法律渊源，他们认为这些法律渊源可以在国际习惯或刑法的

一般原则的标题下援引。

63. 至于第五个要素即国内法，遭到几位委员的反对。有人提到国际常设法院法官的意见。“从国际法及其机构法院的观点来看，国内法仅仅是事实”，要求委员会不要规定国际法院可以适用国内法。还有人评论说，除了这一事实外，在目前情况下国内法只不过是国际法的反映，所建议的措词将导致不确定和混乱。

64. 但是其他委员说，不包含国际法在某种程度上会留下巨大缺陷。有人提到无数依国内法而定的公约适当发生效力。还有人评论说，一个人基本上只要违反他负有义务的法律即国内法的规则就可被起诉，这种国内法的规则是以国际法为基础的，并可能意味着执行国际法的：有人说在这种情况下，国内法不仅是一个事实，而且是一种法律基础，没有国内法就不可能进行法律诉讼程序。

65. 某些委员顺便提到国际刑事管辖和安理会的关系问题，特别是在诸如侵略或侵略威胁等某些罪行方面。特别报告员在其前一次(第九次)报告中提出了这个问题，委员会上届会议进行了广泛讨论。¹¹

66. 如果安理会没有作出任何调查结论，在这种前提下法院可以完全无约束地以其得到很大程度支持的司法职能采取行动。

67. 但是，例如如果安理会得出结论称发现了侵略行为，那么就产生了是否法院可以在向其提起的诉讼中得出相反的结论的问题。有人指出，在这方面可以提出论据说法院必须服从安理会的决定，因为所有联合国机构应意见一致是合乎需要的。另一个优点是，为了得出与安理会相同的结论，法院无须探究案件的复杂事实。但是可以提出法院对安理会的决定具有约束力的意见相反的那样令人信服的论据，因为从原则上说，一个司法机构竟然要服从一个政治机构作出的决定是不合乎需要的。

68. 某些委员认为，也许可以找到对上述问题一个可能解决的办法，如果考虑到以下事实即安理会的决定仅涉及有关国家的责任，与个人责任问题没有任何关系，而个人责任问题是法院独自作出判决的事项。

69. 但是某些其他委员认为，将国家行为与个人行为分开并不是如此容易的事。这种意见认为，法院必须保证安理会的行为符合联合国宪章和国际法。因此，即使安理会并没有作出发生侵略行为的结论，法院也不能受到该决定的约束。

70. 但是某些其他委员指出，联合国宪章没有设想一种对安理会行动的司法审查制度。

¹¹ 同上，第153-165段。

71. 还有人指出，如果是大会确定发生了侵略罪行，那么情况就完全不一样了。因为不必须适用宪章第二十五条。大会的意见仅构成证据的一部分，法院必须考虑但不具有约束力。

72. 至于有关索赔诉讼程序的问题，某些委员支持特别报告员的建议，国际刑事法院可以处理被告的刑事审判和由此而产生的补偿问题。因此，有人强调说根据某些国内法律制度，有关补偿的诉讼可以与刑事诉讼并案审理。甚至某些原来不许将索赔要求与刑事诉讼并案审理的制度，目前也正在接受这种意见，以便保证受害者能够从使他蒙受损害的个人获得补偿。这对个人在严重和大规模侵犯人权的案件中遭受严重伤害的情况来说，就特别恰当了。有人认为，应该认真思考能否在法院规约中列入一项关于对罪行受害者给予补偿的规定。还有人提到欧洲人权法院和美洲人权法院处理国家犯下的侵犯行为和对受害者的补偿的实例，表明国际刑事法院有可能对补偿事项作出裁决。

73. 另一些委员对于把严格属于个人的刑事诉讼和民事索赔要求混合起来的做法表示强烈的保留意见。他们认为，国际刑事法院会发现这种混合形式很难处理，而且，他们怀疑提请法院审理的就某一罪行所造成的伤害给予补偿的事项，是属于大会给予委员会的任务范围内。这些委员认为，这项任务涉及国际刑事管辖的问题，包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议。无论这些分歧的概念所可能涉及的是是什么，它们都具有一个共同的特征，即导致处罚定罪的犯罪者的诉讼，而不是导致支付补偿的诉讼。

74. 在这方面，有些委员明确区分了某一国际罪行造成的损害所引起的索赔权利问题本身和应该由哪一个机构来审理的问题。他们赞成前者，但对由国际刑事法院来处理这个问题表示强烈怀疑。因此，他们建议一些备选解决办法。有人在指出刑事法院的基本职能应该是进行刑事审判时，想知道是否补偿问题不应该由作为法院系统属下机构的一个委员会以准司法方式来处理。另一些委员认为，尽管国际刑事法院可以审理刑事管辖事项，国际法院可以审理补偿问题。

75. 但是，这项建议引起一些反对意见。有人认为，如果将这个事项提请国际刑事法院审理，国际法院必然重新审议已经由国际刑事法院审核过的一整套证据。两个机关甚至可能得出不同的调查结论。另一些委员指出，根据国际法院规约第36条第2(d)款的规定，只有国家才能成为法院案件的当事方。关于这一点，另一些委员和特别报告员回答说：(a) 国际法院的被告方应该是对主犯负有所谓责任的某一国家，实际上这一点已庄严载入治罪法案，因为它规定可以就一国代理人的行为造成的补偿向该国起诉；(b) 国际法院的控诉方也应该是代表其危害人类和平及

安全罪行的受害者的国民提起诉讼的某一国家。但是，某些委员怀疑“外交保护”的制度适用于国际刑事问题。

76. 另一些委员认为，从上段载述的内容来看，整个补偿问题在很大程度上属国家责任专题的范围。

77. 关于向法院移交刑事诉讼程序主体的问题，大多数委员支持特别报告员的建议，规约所有缔约国必须应法院要求向法院检控当局移交在其管辖范围内的任何指称的罪犯。几位委员还支持向法院检控当局移交所指称的罪犯并非引渡的说法，因为法院作出的审判不应被规约缔约国视为源于外国法院的审判。还有人指出，在引渡和向法院移交被控的行动作出区分，从而消除一国拒绝引渡其本国的国民的可能性，对各国来说可能是有益的。在这方面，有人希望拟制订的检控制度应包括特别保证，以使引渡程序中通常要求的初步审讯可以免除。

78. 另一方面，某些委员提请注意以下事实，即确保基本司法原则得到遵守和被控的基本人权得到尊重是至为重要的。在这方面，有人想知道一国在向法院移交人员时是否有权进行国内诉讼以确定其本国关于保护人权和其他事项的标准是否已经达到。

79. 关于两次审讯原则或双轨管辖问题，许多委员支持特别报告员的建议，即所建议的法院应该以这种方式组成以便能确保法院的首次裁决可以在法院本身系统范围内进行复审。他们认为这是任何刑事诉讼中的一个根本保证。这一概念也庄严载入《公民权利和政治权利国际公约》第14条第15款中，规定“凡被判定有罪者，应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审”。项规定考虑到以下事实：没有一个法院是一贯正确的，因此上诉是一种重要保证。这些委员中有几位强调，应该授权上诉机构考虑一切事实、证据和可以帮助它作出最后决定的其他有关因素。但是，有人认为，复审时可能不一定需要彻底重新审查案情，可以只限于核查诉讼程序的正确性。这种意见认为，在法国法律(司法复审的适用)中的这种“撤销原判的上诉(Pourvoi en Cassation)”的制度，或许比较容易使人接受。

80. 某些委员主张采用一套关于上诉制度的详细规则。几位委员尤其认为，案件应由法院的某一个法庭进行初审，上诉则应由全体法院审理。

81. 有人特别强调说，双轨管辖应根据公约第14条第5款的方针严格应用，因为除非采用双轨司法，否则两次审讯规定也就毫无意义。在这种制度中，初审案件应由资历较浅的或协理的法官审理，而上诉则专指定由资历较深的法官全体到庭审理。由在等级制度内同属较高等级的法官来复审其同等地位的人的判决的制度。应视为对司法的曲解，因为这使人怀疑初审法官的声望，并扩及国际刑事法院本身所

作判决的可信程度。

(b) 国际刑事管辖问题工作组

82. 在讨论特别报告员报告结束时，委员会决定设立一个工作组，¹² 其任务为进一步审议并分析委员会第四十二届会议工作报告中有关国际刑事管辖问题，包括设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议所引起的主要问题。在这样做的时候，工作组将考虑特别报告员在其第九次报告(第二部分)和第十次报告中所提出的问题，并考虑委员会上届和本届会议上对这些问题的讨论情况。工作组对在它的任务范围内将审议和分析的各种问题还将起草具体建议。

83. 工作组举行了16次会议，在会议过程中它拟订了一份向委员会提出的载有若干具体建议的摘要的报告，一份研究并分析有关可能设立国际刑事管辖的一些问题的详尽报告以及一个附录。

84. 工作委员会主席于1992年7月14日委员会第2284次会议上介绍了其报告，委员会在其第2284至2287次会议上审议了该报告。

85. 全体委员对工作组的工作表示极为赞赏，工作组能在较短的时间内编写一份具有高度价值的文件，这份文件以极高的技术水平分析了涉及可能设立国际刑事管辖的问题。

86. 对下述事实也表示赞赏，即工作组能达成转载于其报告第A部分第4段中的具体建议，这些建议是建立在所被理解为可能就关于这个问题的未来工作达成一致意见的最低共同标准的基础上的，委员会的许多委员都同意这种观点。

¹² 工作组成员为：A.G.科罗马先生(主席)、杜杜·锡亚姆先生，当然成员(“危害人类和平及安全治罪法草案”专题特别报告员)、侯赛因·巴哈纳先生、加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、约翰·德萨拉姆先生、卡米勒·伊德里斯先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、阿兰·佩莱先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、弗拉德连·韦列谢京先生和费朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。在科罗马先生缺席时，由锡亚姆先生代理主持了几次会议。

87. 但是, 某些委员指出, 他们认为工作组建议的这种法院从性质上看更多是一个特设机制, 而不是一个常设法院。他们对此感到遗憾, 因为他们认为, 如果国际法院履行职责是建立在完全独立于除司法裁判之外的其他事项的法官的基础上, 则这种常设性是绝对不可缺的。这些委员中有人还对以下情况感到遗憾, 工作组没有(足够)探讨国际法院在刑事事项方面可以发挥的可能作用。

C. 委员会的决定

88. 委员会在1992年7月17日第2286次会议上, 决定把工作组报告列为其本届会议工作报告的附件,¹³ 并接受工作组报告第A部分第4段所列的建议和报告中制订的主要方针作为其今后工作的基础。委员会结论如下:

- (a) 通过特别报告员关于“危害人类和平及安全治罪法草案”专题的第九次和第十次报告和全体会议对这两份报告的辩论, 并通过工作组的报告, 它已完成了大会于1989年委托给它的分析“设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制问题”的任务;
- (b) 工作组报告中更详细的研究报告证实了委员会早些时候表达的意见, 即根据工作组报告建议的办法设立的结构, 可能是一种行得通的制度;
- (c) 关于这个问题的今后工作要求大会延长任务期限, 并需要以规约草案的形式编制一份详细的计划, 而不需要采取更加一般或探讨性的研究方式;
- (d) 现在的问题是由大会决定委员会是否应着手进行设立国际刑事管辖的计划和在什么基础上从事这项工作。

¹³ 见下文第...至...页(在报告结尾部分)。

89. D. 附件：国际刑事管辖问题工作组报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
A. 概况和建议	1 - 9	19
B. 报告全文	1 - 156	22
1. <u>导言</u>	1 - 15	22
2. <u>关于设立国际刑事法院的一般论据</u>	16 - 34	27
(a) 支持设立法院的论据	18 - 23	28
(b) 反对设立法院的论据	24 - 27	29
(c) 其他可能性	28 - 29	30
(d) 工作组的总方针	30 - 34	30
3. <u>结构问题和管辖权问题</u>	35 - 71	32
(a) 建立法院的方法	36	32
(b) 法院的组成	37 - 42	33
(c) 国家可能接受法院管辖权的方式	43 - 47	34
(d) 法院的诉讼事由管辖权(基于对事的理由) ..	48 - 50	35
(e) 法院的属人管辖权(基于对人的理由)	51 - 58	36
(f) 法院和治罪法之间的关系	59 - 65	38
(g) 法院行政管理的可能安排	66 - 71	39
4. <u>一个不是法院的国际审判机制</u>	72 - 86	40

目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
5. <u>适用的法律和正当手续</u>	87 - 102	43
(a) <u>适用的法律</u>	88 - 90	43
(一) <u>罪行的定义</u>	91 - 93	44
(二) <u>刑事法律的一般原则</u>	94 - 98	45
(三) <u>可适用的程序</u>	99	46
(四) <u>结论</u>	100	46
(b) <u>施加的刑罚</u>	101	46
(c) <u>确实采取正当程序</u>	102	47
6. <u>起诉和有关事项</u>	103 - 156	47
(a) <u>起诉制度</u>	105 - 108	47
(b) <u>案件的提起</u>	109 - 116	48
(c) <u>传被告到庭</u>	117 - 126	49
(d) <u>关于向法院提起诉讼的国际司法协助</u>	127 - 144	51
(e) <u>判决的执行</u>	145 - 148	54
(f) <u>法院同现行引渡制度的关系</u>	149 - 156	55
C. <u>附 录</u>		57

A. 概况和建议

1. 大会第46/54号决议(1992年1月27日)请国际法委员会“进一步审议和分析在其第四十二届会议工作报告中关于国际刑事管辖问题方面所提出的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导.....”

2. 委员会在其第四十四届会议上,在关于危害人类和平及安全治罪法草案的讨论的框架内根据特别报告员(杜杜·锡业姆先生)的第十次报告(A/CN.4/442,1992年3月20日)讨论了这些问题。然后设立了一个由阿卜杜勒·科罗马先生为主席的国际刑事管辖问题工作组。¹ 工作组的任务如下:

进一步审议和分析委员会第四十二届会议工作报告关于国际刑事管辖的问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议。在这样做的时候,工作组将参考在委员会上届会议和本届会议上所进行的对特别报告员第九次报告(第二部分)和第十次报告的讨论意见,考虑特别报告员在这两次报告中所提出的问题。工作组还将起草关于在其任务范围内将进行审议和分析的各种问题的具体建议。

3. 工作组举行了16次会议,在这些会议上对工作组某些成员编写的文件草稿展开了广泛的讨论并进行了修订。工作组始终在这个基础上进行工作,即必须起草“具体建议”,从而协助委员会履行大会在第1段中提到的任务。

4. 由于委员会目前不仅想对可能的选择方案进行分析和探讨而且还想通过“具体建议”,因此工作组必须就其报告中拟采纳的基本观点达成协议。工作组同意构成其向委员会提出的报告的基础的一些基本主张,这些主张如下:

(1) 国际刑事法院应根据以缔约国达成协议的一项条约的形式设立。

¹ 工作组成员有:科罗马先生(主席)、锡亚姆先生,当然成员(“危害人类和平及安全治罪法草案”专题(以下称“专题”)特别报告员,当然成员)、巴哈纳先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、伊德里斯先生、雅科维德斯先生、米库尔卡先生、佩莱先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、韦列谢京先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生。在科罗马先生缺席的情况下,由锡亚姆先生代理主持工作组的几次会议。

- (2) 在法院开始工作的第一阶段,至少应反对个人行使管辖权,以区别于对国家行使。²
- (3) 法院的管辖权应限于生效的限定的国际条约中所规定的国际性质的罪行。这就应包括(在其通过和生效后的)危害人类和平及安全治罪法规定的罪行。但它不应仅限于治罪法。一个国家应能成为一个规约缔约国,但不因此成为一个治罪法缔约国。³
- (4) 法院实质上是其规约缔约国(和根据规定的条件也是其他国家)的一个机构。在其开始工作的第一阶段,就一般管辖权的意义上来说,至少它不应拥有强制性管辖权。这种一般管辖权一个规约缔约国有义务根据事实接受,而无须进一步同意。
- (5) 在其开始工作的第一阶段,至少法院不应是一个常设的专职机构。另一方面,它的组成文书也不应只是一份草案或建议,必须在它得以实施前达成协议。因此,规约应设立一个一旦需要就能尽快开始工作的有效法律机制。
- (6) 本报告B部分(第72-86段)论述所建议和审议的其他机制。
- (7) 不管法院或其他机制是什么样的严格结构,它必须保证正当程序、独立性和在其诉讼程序中公正无私。

5. 这些主张构成所附报告的基础。报告包括关于工作组在其任务范围内考虑和分析的各种问题的“具体建议”,以及在某些情况下对各种选择方案进行的较详细的讨论。工作组认为,按照所附报告建议的国际刑事法院的结构将是一种切实可行的制度。它认为这种结构可能是开始建立国际刑事法院的适当基础,如果这被推断是适切的话。在这个意义上它重申委员会(在1950年和又在1990年)的早先结论,即这样一个机构是可能建立起来的。

² 这符合委员会对治罪法草案所采取的态度:见《国际法委员会第三十六届会议工作报告》(A/39/10(1984)),第65段。另见1991年暂时通过的治罪法草案,第3条。

³ 这就产生这样一个问题,即是否治罪法规定的任何犯罪行为应专属于国际刑事管辖权限内的事。至少工作组某些委员会认为治罪法如没有一个国际刑事管辖是不可想象的,规定一个治罪法缔约国可以因此根据事实接受法院的规约,如果不是必要的话,也是可取的。

6. 工作组某些成员对是否甚至所建议的这种相对来说不太过分的和灵活的制度将会有所用处,继续持怀疑态度。他们认为,在本国法院控告和审判被告的制度,是实施刑事审判唯一实际的方法。尤其是一位成员认为,目前把所设想的国际审判制度草拟成一份草案文本供具体国家需要时采用就足够了。在这个方面可以通过双边条约或甚至通过一个主管国际组织的决议来确定。

7. 工作组其他委员本来倾向于迈得更远,主张建立一项广泛的制度,包括对某些犯罪行为实行强制性的和专属的管辖。但是他们准备接受本报告所概括论述的建议,根据是所建议的机制至少能有机会使自己得到承认并证明它的作用,因为增加其管辖权和扩大其权限范围都可证明较易达到并更能为各国所接受。

8. 在这方面不论有多少分歧,但是在一个主要问题上是一致的,即工作组认为大会在1989年所要求的初步考虑和分析阶段已告完成。现在是大会和会员国来决定委员会是否应该进行将被要求的细致的工作,在这里概括的总的基础上或某些其他基础上为国际刑事管辖草拟一份规约和有关的议事规则。

9. 因此,工作组建议委员会:

- (1) 接受所附报告以履行工作组的任务;
- (2) 赞同上面第4段所列举的工作组据以进行工作的主张,以及报告中陈述的对“国际刑事法院或其他国际刑事审判机制”问题的主要观点;
- (3) 向大会报告:
 - (a) 在特别报告员提出关于专题的第九次和第十次报告并在全体会议上就这两份报告进行辩论后,以及通过工作组的报告(该报告作为委员会报告的附件),委员会已完成大会于1989年委托给它的任务,即分析“设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题”;
 - (b) 委员会所进行的较详细的研究证实它早先表示的看法,即按照工作组报告中所建议的那种结构可能是一种切实可行的制度;
 - (c) 关于这个问题的进一步工作要求大会延长工作组的任期,并需要采取不是更一般的或探讨性的研究形式,而是采取以规约草案的形式的详细计划;和
 - (d) 现在的问题是由大会决定委员会是否应该为国际刑事管辖从事一项新的计划并在什么基础上从事这项计划。

B. 报告全文

1. 导言

1. 大会第46/54号决议(1992年1月27日):

赞赏地注意到国际法委员会报告中有关可能建立国际刑事管辖问题的一节,还注意到第六委员会就此专题的辩论……

3. 请国际法委员会在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内,进一步审议和分析在其第四十二届会议工作报告中关于国际刑事管辖的问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导。

2. 在第46/54号决议(1992年)第3段中,大会的请求有许多历史背景情况。这可回溯到1948年,当时大会请委员会“研究宜否及可否设立国际司法机构,以审判被控犯危害种族罪者,或被控犯各种国际公约授权该机构管辖之他种罪行之人”(第260乙(III)号决议,1948年12月9日)。⁴经对该问题初步研究后,1950年委员会得出如下结论:设立国际刑事法院既“适宜”又“可能”。⁵此后,若干特设委员会研究了这一问题,它们编写并修订了国际刑事法院规约草案。⁶但是,对规约草案的审议推迟到在侵略定义和危害人类和平及安全治罪法草案等未决问题上可作出某种结论之时。

3. 1989年,随着国际环境的变化,大会再次特别请委员会……

在审议题为“危害人类和平及安全治罪法草案”项目时,讨论设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制问题,这种机制应对被指控犯下可能为这类法典规定的罪行的人,包括从事跨国界非法贩运麻醉药品的人具有管辖权,……。⁷

⁴ 委员会1990年提交大会的报告(A/45/10)第96-100和第103-115段充分叙述了历史背景情况。

⁵ 《1950年国际法委员会年鉴》,第二卷,提交大会的报告,第128-145段;亦见《1949年国际法委员会年鉴》,提交大会的报告,第32-34段。

⁶ 见文件A/2136(1951); A/2645(1954)。

⁷ 大会第44/39号决议,1989年12月4日,第1段。

具体提及麻醉品的国际贩运，是由于特立尼达和多巴哥提出建议，要求有一个国际法院或其他机制协助各国主要处理这一问题。⁸

4. 委员会对这一请求作出了反应，在1990年第四十二届会议上在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内，广泛审议了这一问题。经一般性辩论后，设立了一个工作组，工作组的报告经委员会通过之后，编入了委员会提交大会的报告。⁹ 该报告考察了涉及设立国际刑事法院所涉的各种问题(基于对事理由和基于对人理由的管辖和权限；法院是否应当具有专属管辖权、共同管辖权或只有复审权；提出起诉；体制结构；组成；起诉方式；判决的法律效力及其执行；以及法院经费的筹措)。在考察这些问题时，委员会没有表示倾向于哪一种具体解决办法。但是，报告确实记录到委员会已达成……

一种广泛一致意见，即原则上，需要设立一个常设国际刑事法院，并与联合国系统建立关系，虽然有人就此种法院的结构和管辖范围表示了不同意见。¹⁰

5. 这些“不同意见”涉及在三种非常不同的刑事管辖模式中进行选择：对特定罪行具有专属管辖权的法院，与国家法院有共同管辖权的法院和只有复审权的法院。这三种模式被提交大会讨论，委员会没有在它们之间表示任何倾向性。¹¹

⁸ 见联合国文件A/44/195(1989)。

⁹ A/45/10(1990)，第93-157段。

¹⁰ A/45/10(1990)，第155段。

¹¹ A/45/10(1990)，第93-157段。

6. 委员会在第四十三届会议期间(1991年)又回到这一问题上,当时委员会得到了专题特别报告员杜杜·锡亚姆先生的帮助,在他的第九次报告¹²的第二部分中审查了某些问题。特别报告员在报告中指出,大会未曾请委员会起草《国际刑事法院规约》,大会迄未就国际刑事管辖的三种模式表示其倾向性。大会也没有表示倾向于任何形式的国际刑事管辖,而不倾向以国家法院为基础但对具有国际性质的某些罪行拥有一般管辖权的现行制度。但是,他以条款草案的形式提出两个问题。该两个问题涉及拟议的法院的权限和提起诉讼的条件。特别报告员这样做,并非打算将条款草案作为起草国际刑事法院规约草案工作的一部分提交起草委员会,而是为了在国际刑事法院的“可能性”这一基本问题——大体是大会1948年向委员会提出的同一问题——上引起辩论并澄清问题。在辩论中,委员会的委员们就提议的条款草案表达了广泛的意见。¹³

7. 第六委员会在辩论委员会第四十二和第四十三届会议报告时也详细辩论了这些问题,但未得出任何结论,对委员会1990年概述的可能模式,也未表明任何明显的倾向性。¹⁴ 这一立场反映在大会第46/54号决议(1991年1月27日)的措词中,它要求进一步分析和审议这一问题(见上文第1段)。

8. 1991年通过了《危害人类和平及安全治罪法草案》条款草案的一读,达到委员会工作的一个重要阶段。如通过的那样,打算由国家法院适用该《治罪法》,但是,第6条(该条涉及缔约国对被控告犯有违反《治罪法》罪行的人进行审判和引渡的义务)规定:

3. 第1和第2款的规定并不预先断定国际刑事法院的设立和管辖权。关于详细阐明一事不再理原则的第9条也考虑可能设立国际刑事法院。

¹² A/CN.4/435/Corr.1和Add.1/Corr.1(1991)。

¹³ 辩论摘要见1991年报告第214-235段。委员会指出,它将“在今后历届会议上继续”审议国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题,同上,第237页(第175段)。

¹⁴ 第六委员会1990年的辩论见秘书处编写的:国际法委员会,专题摘要(A/CN.4/L.456,1991年2月6日),第119-186段。1991年的辩论见秘书处编写的:国际法委员会,专题摘要(A/CN.4/L.469,1992年1月29日),第217-255段。

9. 特别报告员的第十次报告(A/CN.4/442,1992年3月20日)更详细地讨论了可能设立国际刑事管辖的问题。第一部分(第7-20段)谈到对此种管辖的反对意见。第二部分(第21-86段)继续审议了在设立此种管辖过程中将会出现的一些具体问题。这些问题如下:(1)适用的法律(第21-46段);(2)法院基于属物理由的管辖权(第47-56段);(3)在法院提起控诉(第57-66段);(4)索赔程序(第67-75段);(5)向法院“移交”被控及其同引渡的关系(第76-83段);以及上诉问题(在“两次审讯原则”的标题下)(第84-86段)。提出了一些条款草案,同样,其目的在于引起辩论,而不是为了提交起草委员会。

10. 这些建议在委员会本届会议的头三个星期进行了讨论,遇到不同的反应。此处没有必要概述辩论情况,但须指出,关于对一系列罪行具有专属管辖权¹⁵的法院的建议已证明是有争议的(尽管并非没有支持者)。同前几年一样,有些人反对任何形式的国际刑事管辖,而其他人赞成一常设专职的法院,对于《治罪法草案》定义的罪行以及可能对于其他国际罪行具有广泛的管辖权。但是,在委员会内存在着占优势的意见,即赞成探索更加灵活和有限的审判制度。¹⁶在形势需要时,各国能够利用这一制度,但它不要求各国作出广泛的事前承诺,也不需要联合国花很多钱来设立一个新的结构。

11. 全体会议讨论特别报告员第十次报告之后,决定设立一个以阿卜杜勒·科罗马先生为主席的国际刑事管辖权问题工作组。¹⁷该工作组的任务如下:

进一步审议和分析委员会第四十二届会议报告中提出的主要问题,涉及国际刑事管辖问题,包括关于其他国际刑事审判机制的建议。在这样做的时候,工作组将考虑到特别报告员第九次报告(第二部分)和第十次报告中提出的问题,并参考委员会上届和本届会议对该两份报告的讨论意见。工作组对在其任务范围内将审议和分析的各种问题,还将起草具体建议。

¹⁵ 具体说,考虑到的对之可有专属管辖权的罪行是:种族灭绝、蓄意地或大规模侵犯人权、种族隔离、国际非法贩运毒品、劫持飞机和绑架外交人员或国际上受保护人员。见第十次报告,第47段。

¹⁶ 与此相对照,对1990年报告中详细阐述的第三种选择方案即设在一个对国家法院具有复审权力的国际刑事法院只得到极少的支持。

¹⁷ 工作组成员有:科罗马先生(主席);M.锡亚姆先生(专题特别报告员,当然成员);巴哈纳先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、伊德里斯先生、雅科维德斯先生、米库尔卡先生、佩莱先生、鲁宾逊先生、罗森施托克先生、韦列谢京先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生。在科罗马先生缺席的情况下,由锡亚姆先生代理主持工作组的几次会议。

12. 工作组第一届会议同意,必须直接答复是否“有可能”设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题。¹⁸委员会在其1990年的报告中,并通过特别报告员相继提出的报告,广泛讨论了这些问题,但没有着重讨论具体解决办法是否可行或必要的问题。现在是进一步探讨的时候了。但不能抽象地回答是否有可能设立一个法院或其他国际审判机制的问题。它要求对若干重大问题作出分析,在考虑设立这类法院或机制前必须先解决这些问题,它也要求指明解决这些问题的较可取的途径。唯有这样,委员会才能对大会作出充分的反应,大会才能从而在会员国随后审议这一事项中提供指导。

13. 因此,工作组的结论是:它的报告首先应概述已提出的赞成设立某种法院或其他国际刑事管辖机制的基本论点,然后,它应接着分析在能够设立法院或其他机制前必须要面临的一些更重要的具体问题。工作组初步查明了五“类”此种具体问题,这些问题如下:

- (1) 法院或其他“国际审判机制”的选择的基本结构;¹⁹
- (2) 起诉和控告指称的犯罪者的制度;
- (3) 法院与联合国系统,特别是与安全理事会的关系;
- (4) 可适用的法律和诉讼程序,特别是保证被告通过正当程序的问题;
- (5) 如何传被告出庭;这一程序和引渡之间的关系;向法院提起诉讼的国际司法协助和判决的执行。

工作组成员就每一“组”问题编写了文件,此外,工作组某些成员还就一些具体问题提供了简短文件。

¹⁸ 为此目的,专题特别报告员锡亚姆先生将在这一意义上的“可能性”明确为请工作组审查对设立国际刑事法院或其他机制的各种反对意见,并表明“在法律计划方面没有不可克服的困难”。他将这一点与“适宜性”问题区别开来:判断这种法院或其他机制是否“适宜”不是委员会的事情,而是大会会员国作出政治判断的问题。工作组高兴地采纳了对其任务这一阐述。

¹⁹ 在本报告中,“法院”一词也包括其他形式的国际刑事审判机制。“国际刑事审判机制”一词所公认的可能范围在第4节中作了论述(下文第72-86段)。

14. 随着工作的继续进行,各“组”中的问题之间的关系越来越清楚,这表明在其中再将这些问题分成小类是一种非常人为的做法。因此,本报告力求按顺序处理工作组确定的基本问题,并通过表明其倾向性的途径或可能的备选办法来提供足够的途径或办法。必须衡量得失:报告力求充分表明可能的解决办法,而不求过份仔细或处理对任何总体计划不是很重要的具体问题。在某些情况下,工作组仅仅略述解决办法的方向,而不表明一种办法比另一种办法更可取。目的始终是提供足够的资料和论据,以便能够就是否处理和如何处理作出判断。

15. 因此,本报告一开始就概述了一些基本论点,这些论点构成要求设立国际刑事法院或其他国际性刑事管辖机制的基础(第二部分)。第三-六部分挨次阐述各类问题,这些问题如下:第三部分阐述结构和管辖问题;第四部分阐述不是法院的“国际刑事审判机制”问题;第五部分阐述可适用的法律和正当程序问题;第六部分阐述诉讼事项包括涉及传被告到庭的问题。

2. 关于设立国际刑事法院的一般论据

16. 在审议这一问题时必须以这一事实为出发点,即对个人进行刑事审判的正常和自然场所经常是各国的刑事审判法院。处理国际性犯罪行为(战争罪、劫机、恐怖行为、扣押人质等)的一套广泛的国际条约在这一基础上。这一套条约假定国家法院的审判是标准,并力求促进这种审判,如通过赋予各国法院以一般管辖权等,很少有例外。²⁰

17. 但这不是唯一可能的解决办法,在某些特殊情况下,它遇到了困难。因此就对是否需要设立某种国际刑事法院的问题进行了辩论,这场辩论已持续了多年(参见上文第2段)。在此不必十分详细地论述各种论点。但对它们进行一定的讨论是必要的,以便为工作组审议可能设立国际刑事法院前需要解决的具体问题提供背景情况,并支持其解决这些问题的观点。

²⁰ 《种族灭绝罪公约》(第六条)和《种族隔离公约》(第五条)都设想国际刑事管辖的可能性,但没有规定确定这种管辖权。

(a) 支持设立法院的论点

18. 设立某种国际机制的论辩发端于这样一种事实：即1945年以来危害人类罪的臭名昭著的案件屡有发生，而肇事者则逍遥法外。若受牵连者同时又是国家政府官员，对他们绳之以法证明是极其困难的，而国际一级缺乏任何可替代的审判机制更增加了这样的困难。甚至在这些人被撤职后，要将他们缉拿归案也可能极为困难。要是国际法准则一直得不到执行，其信誉将丧失。例如，就工作组所知，《种族灭绝罪公约》缔结以来，尽管种族灭绝丑闻案时有发生，但从未对违背该公约的种族灭绝罪起过诉。同样，如果从来不对高级阶层、国家元首或政府官员的人绳之以法，那么这些人的官职不应是起诉国际法下罪行的护身物这一主张将失信于众。

19. 因此经查明主要所需的是：确立国际刑事管辖权，审理在特殊情况下发生的某些种类的罪行。国际审判机制可以证明有用的情形包括如下：

- (1) 国际法庭的审判是有关当事文能够同意适合于审判的唯一场所的案件：这种情况可能是例如，若某国国民被控犯有严重罪行，而国家本身也被指称卷入其间；
- (2) 拘押被告的国家若继续进行审判便会受到威胁（如进一步恐怖主义行为的威胁）的案件，或者小国的刑事审判制度由于某一罪行的严重程度而被控制的案件；
- (3) 被指控的罪犯是某一国家的前政府官员，他们以这种身分犯了所指称的罪行，但由于某种原因，继任政府不愿或不能审判他们，或在这种情况下由于国际审判具有更大的合法性而更适合进行国际审判的案件。

就其中有些案件而言，任何法院的审判都不可能有效。而对另一些案件来说，在某一国家审判的合法性和公正性，或甚至任何这类法院的审判方面可能会发觉一些问题。

20. 对这些论点的一个答复是：建议在事件发生后设立一个特设法院或法庭，以处理这类案件。有人对特设法院的追溯性提出了批评，但提倡这一解决办法的人认为这种批评无正当理由可言。《公民权利和政治权利国际公约》第15条声明，任何人的任何作为或不作为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。这并不妨碍程序的“追溯性”变化。向特设国际刑事法院提起的诉讼将符合犯罪时适用的国际条约所界定的罪行，因此第15条对这种诉讼不加禁止。

21. 但对设立特设法院意见还有一些其他异议。若只为了处理罪行发生后的一种罪行而在国际一级设立一种特设机制,这在一定的不利之处。设立一个国际法院要花费一些时日,而产生对这种法院的需要的情况则可能突如其来,出人意料。在事件发生后设立特设法庭方面可能发生的宣传和延误似有可能产生对审判作出预先判决的情况。最重要的是,在需解决的重要法律和程序问题方面意见不一致可能会完全阻碍法院的设立。

22. 有时提出的另一解决办法是:国际刑事法院只作为复审法院,而不作为审判法庭。换言之,其职能是复审国家法院处理国际性罪行的判决。如第5段所指出的,这种复审制是由一委员会在1990年作为三种可能模式之一提出的。但在随后的辩论中,许多委员反对这一意见。他们强调,设立由一个国际法院复审国家法院判决的有效制度具有一些困难,而且会发生国家上诉法院职能的重迭问题。《治罪法》特别报告员在第十次报告中提出了一项条款草案,特别不允许法院作为复审国家法院判决的法院。²¹ 这一观点受到委员会许多成员的支持(虽然人们怀疑这种规定是否有必要,因为若不经明确确立,国际复审管辖权是不会存在的)。

23. 工作组认为,设立国际刑事法院的论辩,实质上是设立审判法院的论辩,而不是设立上诉或复审机构的论辩。围绕对严重国际罪行指控的争议可能是关于事实方面的争议,特别是如果现行国际条约已详细界定了有关的罪行。在刑事案件中,主要是在审判阶段而不是在上诉或复审时基本上查明事实,--特别是如果现行国家诉讼程序用尽后再发生这种上诉或复审--如在审判本身的第三或第四次移交时。

(b) 反对设立法院的论点

24. 但是,在关于《治罪法》第十次报告的全体辩论中,委员会有些成员对设立任何形式的国际刑事法院的可能性表示了严重的保留意见。工作组有些成员也或多或少地持有这种保留意见。

25. 这个观点的一个重要动机纯粹是怀疑。根据这种观点,就法院达成国际协议,且不仅仅是建立在特设基础上,是几乎不可能的。而阻碍达成这种协议的因素,恰恰是造成对种族灭绝之类罪行建立一般管辖权制度相对失败的根本原因。各国不愿承担责任,根据一般管辖权原则起诉犯罪行为,除非是在非常特殊的情况下。它们确实愿意施加管辖权的特殊情况,是因为牵涉了它们自己的利益(或它们国民的利益),而又正是在那些情况下,它们将不愿接受它们自己以外的国际法庭的管辖权。

²¹ 见A/CN.4/442(1992)第47、56段。

26. 这些委员提出了国际审判的可怜记录以支持他们的立场。这些审判仅仅是在敌国无条件失败、其官员犯有骇人听闻的罪行，包括危害人类罪的极特殊情况下才得以进行的。那种情况重演的可能性极小；但如果确实重演，也可通过一特设法庭处理。在所有其他情况下，各国都将不会同意审判它的官员或前任官员，因为审判可能会有损于该国的声誉，或甚至造成其国际责任。事先所能作的有益工作，最多只是拟订某种形式的条约草案或指导方针草案，用于那种一旦（不大可能）发生的情况。超出这一范围必将转移对重要工作的注意力，包括防止或解决可能带来严重危害人类罪行的争端。

27. 反对设立国际法院的另一论点纯粹以所涉技术难题的数量为根据。这类问题存在于诉讼过程的每个阶段，从逮捕和移交嫌疑犯到判刑。具体的问题，若单独处理，是可以解决的；但放在一起，可能会对设立法院造成巨大障碍，而且即使这类法院建立后，它也有可能起不到预期的作用。

(c) 其他可能性

28. 迄今为止，问题的焦点一直是国际刑事管辖采取初审法院形式的可能性。但工作组的一位成员提出了另一种可能性。根据他的看法，试图在国际一级建立形式重复的初审法院势必造成各种困难，是不现实的。因此，需要加强各国的法院，使它们能够更有效地处理带有国际性质的罪行。目前以各种条约定义国际罪行的制度是有缺陷的，这是因为它仅仅授予各国法院并行普遍管辖权，而丝毫没有进而帮助它们处理那些常常是十分严重的指控，这些指控常常难以确定，且对法院地国的国际关系带来严重影响。

29. 因此，建议重点应放在加强国家刑事审判制度上，以满足有关国际条约所设想但又常常得不到履行的责任。除在刑事案件中一般性的国际司法协助机制外，还提出了其他一些可能性。一个例子是，某种形式的初步裁决程序，类似于欧洲经济共同体条约第177条下的程序。这将使某一机构，如国际法院，在国家法院审判具有国际性质的犯罪行为过程中产生或可能产生的国际法或国际条约解释问题上提出意见。

(d) 工作组的总方针

30. 本报告将在第四部分（见72-86段）论述某些其他“国际刑事审判机构”的

可能性过程中，更详细地审查这些备选办法或其他可能性。但不容否认，迄今为止国际上关心的焦点一直是某种完全的国际刑事管辖制度。在所设想的情况中，问题不是各国的法院没有正常工作，或对国际条约的规定和一般国际法的意思作了错误的解释。问题是这些法院和总的国家管辖权制度似乎未能有效地应付一类重要的国际罪行，特别是以国家为后盾的罪行，或对国家结构的完整提出重大挑战的罪行。加强国家刑事司法制度很难解决这方面的需要。

31. 就更为一般的怀疑性论点而言(见第24-26段)，工作组的大部分成员并不否认有理由持怀疑态度，或国际刑事法院的活动可能是在特殊的情况下而不是在正常的情况下发生。但建立国际秩序的任务——其中作为国际法有关规则基础的价值标准得到尊重和行之有效的制度——总要有个起步。尽管这些问题的解决不能完全依靠甚至不能主要依靠一套个人刑事责任制度，但它仍是一个总体解决办法必不可少的一部分。除非能够将责任追究到决定犯下有国际性质的滔天罪行的个人，否则消灭这些罪行便无从谈起。至于第27段提及的技术问题，尽管不能否认这类问题的存在，但他分析了本报告，认为它们是可以解决的，工作组大多数成员也认为值得这样尝试去做。

32. 因此，某种超出目前业已存在的国际刑事诉讼程序，并非无稽之谈。但工作组在申明这一点的同时还认为，任何建立一个切实可行的国际刑事审判机构的尝试都必须在适度和现实的基础上开始。在国家一级的刑事审判制度代价高而复杂，在国际一级重复实验这种制度将更加困难和代价高昂。由于主张国际刑事管辖者迄今为止仍极少，这种情况便更为如此。行使刑事管辖权没有整套的国际经验可作依据，如常设国际法院和其后的国际法院成立时在国际仲裁领域里均有现成的整套国际经验。在这种情况下，最好是谋求建立一个灵活的机构，供国际一级在必要时利用。不应导致建立一套昂贵的机构，可能用处甚微。

33. 出于这些原因，工作组普遍同意，法院或其他机构应基本上是其规约缔约国(及在可能情况下按照明确规定的其他国家)的一个机构。有些结论是从这个基本方针而来的。因此，法院或其他机构不应拥有强制管辖权，即规约缔约国必须当然接受而无须进一步协定意义上的一般管辖权。它也不应拥有排除国家在刑事案件中并行管辖权的管辖权意义上的专属管辖权。²² 它不应是一个专职机构，而应是一个如果需要就能进行活动的公认的机构。因此，它将具有作为一个法律实体而存在的优点，能够在如果和一旦需要时发挥作用，又无作为有长期工作人员、耗费资金的机构的缺点，这个机构可能无须常年活动。

²² 这引起了对某些十分特殊的犯罪(如侵略)，由国际刑事法院的审判是否应是唯一选择的问题：见下文第65段。

34. 报告以下各部分的论述在这个基础上进行。根据这个方针，法院将提供的便利在很大程度上处于已提出的各种可能性或建议标尺上的低端。这并不是因为范围更广的建议缺乏吸引力，至少工作组的一些成员不这样认为。而是因为工作组的大多数成员确信，有效的选择是在为各国提供灵活和补充机构的法院与根本不设法院之间的取舍。范围更广的建议可在较晚的阶段提出，在适度和灵活的实体建立并证明行之有效之后。

3. 结构问题和管辖权问题

35. 报告的这个部分论及如果建立国际刑事法院必须解决的基本结构问题和管辖权问题。工作组确定的主要问题如下：

- (a) 建立法院的方法；
- (b) 法院的组成；
- (c) 各国可能接受法院管辖权的方式；
- (d) 法院的主题事项管辖权；
- (e) 法院的属人管辖权；
- (f) 法院和治罪法之间的关系；
- (g) 法院行政管理的可能安排(特别是它与联合国系统的关系)。

将逐项论及以上各点。

(a) 建立法院的方法

36. 有时也提出过其他建立国际刑事法院的方法(如通过大会或安全理事会的决议)。但建立国际机构正常的办法是通过缔约国达成一项条约。如该机构作为联合国系统的一部分，可能还需采取其他步骤，但一开始各国必须对必要的结构达成一致。这些要求也适合于这种情况：国际刑事法院应有它自己的采用条约形式的规约。任何其他方法均不能保证足够的国际支持，使之有效工作。

(b) 法院的组成

37. 工作组认为，法院或其他管辖机制不应是一个专职机构，而应是一个在需要时进行工作的公认机构。因此，法院应在每一次要求它采取行动时，根据其规约确定的程序组成。这将大大降低费用，并将有助于确保有适当合格的人选充任法官。

38. 工作组一些成员强调，国际法院如要使其长期充分有效，应由专职法官组成。这将培养一批献身而有知识的人，对法院的目标和工作方法有共同的了解。它也是实现真正独立的最好方法。事实上，整个工作组均持这一观点，但工作组的所有成员也都承认，所涉及的费用，特别是在法院活动的第一阶段，无法做到任命专职法官。必须以其他方法确保法院的法官具有必要的资格。

39. 工作组认为，对于国际刑事法院的法官主要有两项要求。第一项要求是独立性和公正性。第二项要求是具有适当的资格和经验；具体地说，需要具有刑事司法裁判方面的经验和国际刑法的知识（即有关刑事管辖的国际法规定和确定国际罪行的各种条约方面的知识）。在任何甄选过程中，应该牢记，尽管会产生实质性法律问题，但在审判中，此类问题决不会象实际和程序问题那样经常出现。甄选主持审判的法官的任何制度都应确保此种意义上的公正性和才干。

40. 这种制度的具体事项无需在此确定。甄选制度可以仅仅参照规约缔约国的提名，或者可以要求在被提名者中间进行选举，可以由规约缔约国进行选举，也可以在大会的主持下进行选举。工作组仅仅提议以下方式，作为一种可能和可行的安排。其目的是表明，各种问题都可以克服，而不必在法院初创阶段设立一个开支庞大的专职司法机构：

41. 建议：各规约缔约国提名一位合格人士，在规定期限内担任法院法官。合格人员系指在缔约国最高刑事审判法院担任或曾经担任司法职务或在刑法方面（如有可能，则包括国际刑法）具有经验的人士。缔约国承诺使法官在合理时间范围内在法院就职。缔约国将通过无记名投票从如此提名的法官中选举一位在规定期限内担任法院院长，并选举其他四位法官，连同院长组成法庭的“主席团”。当需要组成法庭时，主席团将挑选五位法官组成法庭，挑选过程中将考虑到规定的标准（被告的国籍等）。根据规约，法庭法官当然应独立行事，不接受其国籍国的任何指示或控制。

42. 有人提出一项建议，认为应对这个基本设想略加限制，但不背离在目前阶段

由专职法官组成法庭是不实际和不必要的主张。按照这种设想，仅仅法庭庭长一人作为专职人员，因为应由庭长监督这种应完成的行政工作，主持主席团工作并通常代表法庭。这种设想使得主席团有可能采用国际法院法官制定和修改国际法院规则的方式，在其他法官的同意下，推动起草法庭诉讼程序，也可能制定其取证规则。

(c) 国家可能接受法院管辖权的方式

43. 正如以上所提到，工作组认为，任何法院均不得拥有强制管辖权，即规约缔约国依事实必须接受而无需进一步同意的普遍管辖权意义上的强制管辖权。一国一旦成为规约缔约国，即接受某些行政义务（例如，向法院预算缴费，提名法院法官人选并于需要时允许该法官赴任，以及扣留被它拘禁而法院将对其行使管辖权的被告，交由法院审判处理）。但成为规约缔约国，其本身并不意味着接受法庭对特定罪行或各种罪行的管辖权。应该通过类似于接受《国际法院规约任意条款》的一项单独的法令，或通过一种特别接受或单方面宣布的程序加以规定。

44. 这种制度的具体事项也无需在此加以制定。工作组仅仅提出下列建议，作为一种可能的安排：

45. 建议：规约的每一缔约国均可自由接受法院的管辖权。对于指称的人员已实施的特定罪行，可以特别接受管辖权，对于属于法院案件事项管辖权的违反一项或若干项条约的某种具体罪行，则可事先接受管辖权，只要该条约对有关国家生效。这种接受当然仅仅涉及有关国家管辖下的人，接受的效力将取决于本报告下面两节中概述的有关法庭权限的规则。这种接受在时间上可以不受限制，或者仅仅针对作出宣布以后据称犯下的罪行。

46. 工作组认为，这种设想比刑法问题特别报告员第十份报告所载的关于专属管辖权的比较广泛的建议更接近于其第九次报告²³中的建议。在本届会议上关于第十次报告²⁴这一方面问题的辩论中，就这一问题发言的委员会成员的多数意见是反对建立一种广泛的专属管辖权制度（而有些成员确实支持这种制度）。工作组预计，法庭的管辖权将基本上或完全与国家法庭共存并举，而接受法庭管辖权并不是加入规约的一个必要条件。

²³ 见A/CN.4/435(1991)，第40 -- 59段。

²⁴ 见A/CN.4/442(1992)，第47 -- 56段。

47. 需要加以审议的另一个问题是，非规约缔约国的国家应否特别接受法院管辖权，如应接受，以何种条件接受。既然法院或其他机制的基本目的是功能性的，是协助各国找到解决严重国际罪行问题的办法(见以上第33段)，工作组认为，法院应广泛接受审理。因此它应该在特别的基础上受理非规约缔约国提交的案件，只要它们为了受理案件的目的接受规约的义务，并支付由此产生的一切(或规定的一部分)费用。

(d) 法院的诉讼事由管辖权(基于对事的理由)

48. 工作组认为，法院的管辖权应予扩大，包括规定国际罪行的指定现行国际条约。这应包括《危害人类和平及安全治罪法》(以该治罪法获得通过和生效为条件)，但不应限于治罪法。目前阶段没有必要就国际刑法条约的确切清单达成一致意见：这些条约无疑包括严重战争罪、种族灭绝公约、种族隔离公约、关于扣留人质、劫持船只和飞机的各项公约等。

49. 至于确定经常发生而且范围很广的罪行的一些公约，可能需要进一步限制属于法院诉讼事由管辖权的那些罪行的范围。否则，法院就有可能陷于性质不太严重的案件而不能自拔，而我们的意图是，它只应对极为严重的罪行，即对具有国际性质的罪行行使管辖权。例如，关于非法贩卖麻醉药品的公约的范围非常广泛，涉及到分配网终端的个人贩卖一定数量的毒品，而这些人的活动完全是地方性的。治罪法有关条款(条款草案第25条)述及这一问题，将它限于从事“大规模”贩卖的人，而重点是组织和资助毒品贩卖的人：见委员会关于条款草案第25条的评注(4)。²⁵

50. 应审议的另一问题是，法院的诉讼事由权限是否应扩大到生效的条约没有或尚未包括或确定的违反一般国际法的罪行。各国可能不愿事先接受这种管辖权，因为对属于或可能属于一般国际法规定罪行的各项罪行没有任何议定的清单。因此，工作组认为，在建立法院的第一阶段，法院的管辖权应限于生效的条约所确定的罪行。支持这一结论的一个强有力的因素是，没有如此确定的唯一重大的国际罪行案例(特别是侵略)实际上已经列入治罪法草案。毫无疑问，治罪法草案在缔结和生效之后，将会列入属于法院管辖权的条约清单。工作组认为，这是将这一系列罪行纳入法院管辖权的最稳妥和令人满意的方法。

²⁵ 见A/45/10(1990)，P.67。

(e) 法庭的属人管辖权(基于对人的理由)

51. 这是即将面临的一个极为困难的技术问题，其部分原因是，各种情况的可能范围如此广泛，另一部分原因是不同国家法律制度下，刑事问题上主张属人管辖权的基础不同。例如，有些国家法律制度强调属地性原则是刑事管辖权的基础，因此很少禁止将其本国国民引渡到犯罪所在地国家。其他法律制度尽管也依靠属地性原则，但宣称，不论行为发生于何地，该制度都对其国民的行为拥有刑事管辖权，因此不会引渡他们。治罪法特别报告员在其第九和第十份报告中就这一问题提出了几个不同的建议，而委员会成员对每个建议都发表了分歧很大的意见。²⁶

52. 在讨论这一问题之前，有必要将它同一国(不论它同所指称罪行的关系如何)有权根据载有“引渡或审判”条款的现行条约要求引渡某个嫌疑犯的问题区别开来。换言之，产生了如何解决国际刑事法院的属人管辖权与要求引渡国的属人管辖权的可能冲突。该国可以是，也可以不是法院规约的缔约国，可能已经或可能没有接受法院对有关罪行的管辖权。然而只有当国际刑事法院实际上对该罪行拥有管辖权时，才会产生这种问题。它们起了应如何解决相互竞争的行使管辖权的要求问题，以下第5节述及这一问题(见第154--156段)。目前正在讨论的问题是优先问题，即什么是国际法院首先拥有属人管辖权的必要先决条件。

53. 最直截了当的案例是在某一规约缔约国(A国)领土上据称由一个当时是该国国民的人犯下的罪行的案例。由于许多危害人类罪是在单一国家境内犯下的，这甚至可能是最常见的案件。在这种情况下，法院应对据称的罪犯拥有属人管辖权，只要有关国家已接受法院对该罪行的管辖权。工作组并不认为需要任何其他国家的同意。尤其是，工作组并不认为，在这种情况下，需要取得其国民是罪行受害者的国家的特别同意。

²⁶ 见A/CN.4/435/Add.1(1991)，第47段、第52-55段；A/CN.4/442/(1992)，第47段、第52-55段(任意管辖权要求得到领土所属国和受害国的同意)。

54. 另一不会造成困难的案例是，一个人--无论是否为A国的国民--完全是在A国犯下的据称的罪行，而他在所有有关时间内(包括审判过程开始)一直在A国领土上，因此可出庭接受审判。这个例子提出的问题是，尽管A国无疑对这一罪行拥有管辖权，尽管它对被告可合法拘留，但国际刑事法庭审判仍需要国籍国的同意。工作组认为不应该这样，因为很难反驳A国的第一管辖权要求，而且在这样的案件中，许多民族国家都不根据国籍要求行使管辖权。不过，这一问题需要更详细的审议。

55. 除第53-54段述及的案例外，准确地确定哪些情况应属于法院的对人管辖权，也需要进一步详细审议。最大的可能是加强各项条约目前实行的普遍管辖权原则。因此，可规定，法院在以下案件中拥有对人管辖权：规约缔约国对据称的罪犯拥有合法拘留权的案件，国家根据有关条约或一般国际法有权审判罪犯的案件，以及它同意由法院行使管辖权的案件。这一作法可称为“受让管辖权”制度。它依据的是以下论点：如果根据国际法有权因一罪行对一个人行使管辖权的国家将该管辖权让与一多边条约设立的国际刑事法院--至少所有其他有关国家都是条约的缔约国，其他国则不能抱怨。另一方面，根据对一项国际性质的罪行实行普遍管辖权的条约，可以说，所有国家都“介入其中”，并拥有它们不同意就不受影响的管辖权或潜在管辖权。因此，除非设立法院的条约得到准普遍性的接受，否则“受让管辖权”的论点似乎不会起作用。

56. 工作组认为，不宜于寻求依赖这种泛泛的议论来支持法院的管辖权。至少在法院事务活动的第一阶段，最重要的需求是建立和加强各国对法院作为一个处理某些特殊案件的可能手段的信任。只有精心地注意各国正当的管辖权要求，这一需求才能满足。

57. 工作组认为，没有必要详细制订对人管辖权制度。各种选择都可考虑。例如，可以提出一项领土国家和民族国家都应同意的要求(在第53-54段设想案件以外的案件)。另外，也可规定，如果国籍国准备在自己的法庭起诉被告(与惩罚或引渡的原则相反)，那么只有它可阻止法院行使管辖权。为了本目的，如果说工作组相信可以找到一项既尊重各国现行刑事管辖制度同时又兼顾可能出现的大多数情况(特别是以上第53-54段涉及的情况)的解决办法，也就足够了。

58. 概述本报告最后三小节，工作组设想了一种制度，根据这一制度，国际刑事法院对一桩案件拥有管辖权需要满足三个条件：

- (1) 案件必须涉及属于标的物管辖权的指称罪行；

- (2) 根据对人管辖权的规定要求接受法院管辖权的一国或多国必须事先这样做或特地这么做；
- (3) 指称的罪行必须属于它们接受管辖权的条件范围（如标的物、时间等）。

(f) 法院和治罪法之间的关系

59. 迄今为止委员会关于是否有可能设立国际刑事法院的工作一直在治罪法的范围内进行的。显然这两个项目之间有着重要联系。国际刑事法院一旦正式设立，将保证治罪法得到最客观、最统一的解释。一些国家如果因治罪法缺乏适当的执行手段而不予批准，将是令人遗憾的。同样，如果各国因认为没有治罪法就没有客观管辖权，所以不加入法院规约，那也是令人遗憾的。

60. 另一方面，也存在相反的危险：对治罪法不满意的国家也有可能准备接受法院规约，把它当作一项管辖权的便利，即作为各项界定国际性罪行的国际条约的有用补充。如果法院对于处理治罪法界定的种族灭绝罪是一有用的机制，那么对种族灭绝公约本身界定的罪行也必然同样有用，而治罪法规定只是它的重复。法院要成为现实，核心的一点是尽可能增进它从各国得到支持的程度。

61. 因此，在起草法院规约时，应保留以下可能：一国可成为规约缔约国，但并不因此而成为治罪法的缔约国，或者一国可就治罪法，或其他公约界定的一项或多项国际性的罪行，或临时性地给予法院管辖权。标准应该是法院基于属物的管辖权要尽可能灵活，如果治罪法和法院的规约是两项单独的文书，这一目的可较容易达到。

62. 为了这些原因，工作组决定，法院的规约和治罪法可构成两个独立的文件，法院的规约规定它对诉讼事由的管辖权除其他文书外，还延伸到治罪法。换言之，一国可成为规约的缔约国，但并不因此而成为治罪法的缔约国；然而，治罪法一旦最后获得通过，将成为界定法院管辖的国际性罪行的国际文书之一。

63. 考虑到大会对这一问题的讨论与危害人类和平及安全治罪法草案以及特立尼达和多巴哥建议，这一实质性结论并不妨碍委员会内对这一专题的处理。

64. 当然，要行使这样的管辖权，法院规约必须对拟适用的法律给予适当的指导，比如对可适用的惩罚方法等给予指导，以便保证填补各项条约可能存在的空白。法无明文不为罪的原则要求的也正是如此。由于受到这一必要的限制，工作组决定，需要建立一个既对第48段中所述各项公约界定的罪行拥有管辖权，又对治罪

法拥有管辖权的法院。

65. 应该强调,还有一个单独的问题,即至少对某些罪行(如侵略)而言,治罪法本身是否应依赖于设立国际刑事管辖权。委员会一些成员认为,只有存在对治罪法界定的一些罪行拥有管辖权的国际刑事法院,治罪法才可令人满意地得到执行。也有一些委员认为,这样的联系是必要的。但这并不意味着拟议设立的法院应只限于审理治罪法所载的罪行。法院可拥有独立的作用,如果得到各国广泛的支持更应如此。这就是说,法院应按它自己的规约设立。

(g) 法院行政管理的可能安排

66. 这里仅需概要地叙述行政问题。一个重要问题(1953年的委员会没有得出结论)是,法院是应成为联合国系统的一部分,还是应作为一个独立的实体运行。工作组在以下指出(见第86段),人们发表的对国际刑事法院的需求有些可通过某种区域刑事法院--独立运行或与有关区域组织合作运行的法院--的形式来满足。但是就其范围和管辖权属于世界性的任何法院而言,工作组认为它显然应与联合国相联系。

67. 至少在第一阶段,没有必要寻求将法院正式纳入联合国结构。委员会已经议定,法院应该按照自己的组织公约设立。但这并不阻止法院与联合国建立关系,或者根据宪章第57条和第63条签署正式的关系协定,或者采取其他方式。这方面的一个可能范例是根据《公民权利和政治权利国际公约》设立的人权委员会或根据《消除一切形式的种族歧视国际公约》设立的消除种族歧视委员会。无论做出何种选择都一定要遵守联合国行政和预算程序,也无疑要得到大会的批准。

68. 关于其他行政事项,工作组已经强调,法院不应拥有常设司法人员。照此看来,只应拥有少量或不拥有长期行政职员。书记工作有可能与国际法院书记官处或与联合国法律顾问处作出安排,由它们承担,但法院开庭时除外。这些书记事务不可能很多。

69. 无论在何地履行法院的行政职能,工作组都认为,如有可能,法院在实际审理一项案件时,应在犯下指称的罪行所在国或至少在同一地区内开庭。但这并不总是可能的,特别是在有明显的安全问题的情况下,因此这一问题不是能靠有关地点的规则事先决定的。

70. 如果法院不在据称犯下罪行所在地开庭,那么就需要做出安排,使其设在一个适当的地点,国际法院所在地海牙可能较为合适。

71. 工作组设想了适中的机构，而不是拥有大量职员 of 常设机构，所以拟议设立的法院所需普通费用不会不多，可由规约的缔约国或联合国正常预算承担。但是，任何实际审判由于所需时间和复杂程序，可能耗资巨大——正象国家的刑事审判费用越来越大一样。这里不需要讨论负担这些附加费用的详细安排，但工作组设想这些附加费用大部分可按照某种议定的方案，由使用法院的国家承担。

4. 一个不是法院的“国际刑事审判机制”

72. 大会第46/54(1992)号决议特别请国际法委员会审议“设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议”(见上文第1段)。这种语文反映了一个事实，即在寻求对某些国家的刑事审判制度面临的问题的答复时，这些国家怀疑一个不是国际刑事法院的机制是否可以成为可能的事。而且，决议的其他语言文本没有如此明确地提到国际“审判”：例如，法语文本提到“一个具有国际性质的其他管辖机制”，没有采用“Proces”(“审判”)一词。因此，看来是设想某种形式的协助刑事审判的国际管辖结构。这种刑事审判可能是一种国家法院的审判。

73. 在讨论各种可能性之前，一个基本问题需要提出。我们关切的是对被告的严重刑事控告。关于这类诉讼，法定诉讼程序的必要最低标准在《公民权利和政治权利国际公约》(尤见第14和第15条)和各种区域性人权公约²⁷中都作了规定。可能设想支持国际一级(如在所建议的法院中)的刑事诉讼程序的国家结构，或相反附属于和加强国家诉讼程序的国际规定。每种办法在诉讼程序中都必须符合国际公认的标准对被告的审判。毫无疑问，审判程序的程序性的和其他的附带条件可以有很大不同。第14和第15条的目的不是考虑任何刑事诉讼程序的特定的国家制度。但是基本问题仍然是：在国家或国际一级，对在各种条约和在治罪法中规定的国际性质的犯罪行为，是否唯一适当的“刑事审判机制”(“管辖机制”)就是正式组成的刑事法院——即一个能充分保证独立行使司法职能的机构。

74. 在这个问题上，工作组内部没有分歧意见。但是此后，在探索某种可以协助解决各种问题的“其他国际刑事审判机制”时出现了不同的强调方面。

²⁷ 见《非洲人权和人民权利宪章》，第7条；《欧洲人权公约》，第5-7条；美洲人权公约》，第8条。

75. 一个方面的论点认为,这些补充的措词是考虑建立一个非常灵活的机制,尽管是国际一级的--一个基本上义务性的单一机制,受影响国需要时可以要求真解决问题。根据这种看法,从刑事诉讼程序角度来说,所设想的大约更象常设仲裁庭,而不是象常设国际法院或之后的国际法院的机构。

76. 从本报告前面几段特别是第2节可以明显看出,工作组更多接受了强调这种办法的意见。本报告中阐述的为国际刑事法院所提出的大致轮廓,具有一个国际法院所能具有的灵活性、授权性和义务性。另一方面,对灵活性必定会有某些限制。法院必须作为各国的一个机构存在--工作组认为这意味着它需要被组成为一个在需要时供可能利用的法律机制(见上文第23、26-28段)。除这个最起码的问题外,这里所讨论的建议提供了相当大的灵活性。无疑可能就本报告讨论的某些具体问题作出不同的结论:如果国际刑事管辖的建议还要被进一步提出的话,这是一个接下去讨论的问题。但是工作组认为它的观点反映了而且尽可能地综合了大会授权它研究“国际刑事管辖,包括建立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议”的两个部分,如果人们假定议论中的管辖是规定在国际一级对被告的审判问题的话。

77. 然而,第二个强调的方面(见上文第61段)恰好是对这种假设表示异议--即所需要的是国际审判机制,以区别于在审判带有国际性质的案件中协助国家审判制度的国际机制。这种观点已概括地阐明(见上文第28-29段),而且关于它的某些一般评论也提了出来(见上文第30段)。工作组不重复或贬低这里所阐述的道理,它认为对可能被采用来加强实施国家刑事管辖的某些管辖机制进行详细讨论,是很重要的。这类机制可能减少对国际刑事审判机制的需要,如本报告在别的部分所设想的那样。或者它们可能起补充作用或替代作用。不论如何它们值得在这里进行一些讨论。

78. 一种可能性将是,一个帮助保证国家法院处理国际性的罪行的机制充分适用国际法的有关规定。这样一种机制的例子是欧洲经济共同体条约第177条下规定的仲裁程序。根据第117条,一个国家法院能(和在某些情况下必须)请求欧洲法院对它审理的案件中出现的欧洲法律问题进行裁决。仲裁程序适用于民事和刑事案件,并适用于初审法院以及上诉法院(尽管初审法院的仲裁是罕见的)、在对国际法院规约没有进行修正的情况下,国际一级的类似仲裁程序必须通过法院的咨询管辖(也许通过大会小组委员会)进行。这样一种程序必须是非强制性的,而法院的意见也不是有正式约束力的。然而,它可以成为一条途径,帮助在特定的案件中包括涉及国际性质的罪行的案件中保证遵守国际法。

79. 另一种建议更严格地集中于这类罪行,它是某种形式的初步国际诉讼程

序,根据这种程序可以把某种国家行为看成适合一种特定的国际类别(例如侵略、干涉),因此对涉及活动的个人的审判可以在国家一级进行。在这样一种情况下,国际诉讼程序可以是进行审判的一种必要先决条件,或者可以是非强制性的。

80. 特别是最后一种建议反映了涉及治罪法草案必须面临的实际困难,这使得委员会的许多委员认为满意地执行治罪法将需要设立某种形式的国际刑事管辖(见上文第65段)。问题是这样,当个人行为的犯罪性必须取决于是否一个外国采取了非法行动的问题时,看来国家法院不是一个审判犯了罪行的人的合适场所。一个国家法院很难以不偏不倚的态度判定是否特定的行为构成例如一种“侵略”,因为它可能就是该冲突一方的法院。被控告的国家本身不会是诉讼的当事国,因此被告的个人可以成为在国际一级发生的一大串问题的代理人。这种情况不能有助于适当实施刑事法。

81. 关于治罪法草案中所载列的“侵略”罪行,也存在这样的问题,即涉及国际和平与安全争端的主要责任,根据宪章的七章的规定属于安全理事会这样一个非司法机构。

82. 其他一些建议包括国际调查或实况调查制度,在某些情况下联系到对涉及国家法院的人的审判。目前存在各种国际实况调查机构,²⁸ 或已建议设立的这种机构。²⁹ 但是这些机构迄今尚未设想为与国家初审法院共同发挥作用。另一建议是监视国家审判的法定制度,这一活动迄今为止是由各种国际非政府组织进行。

83. 在与国内审判平等的法定国际调查方面和以正式国际资格进行活动的审判监视人的看法方面均存在着一些障碍。国际一级的参与可能并不足以提供关于诉讼程序将公正进行的充分保证。而且审判不象进行一种选举或一种自决行动(在这两种情况下法定调查或监视人均发挥了有益的作用)。一旦某人受审判并作出了最后裁决,就不需要进行进一步的刑事审判程序。在目前的情况下,很难知道一种“混合”制度如何能克服这个难题,不论涉及监视人还是国际一级的调查委员会。

²⁸ 例如,根据1977年第1号附加议定书第90条设立的国际实况调查委员会。

²⁹ 例如,国际法律协会建议设立一个国际调查委员会:见第63届国际法律协会会议报告,华沙(1988年)。

84. 然而,上文第65-69段所论述的宝贵建议,工作组大多数成员认为这些建议并不能解决作为要求设立国际刑事管辖基础的重要问题。如(上文第30段)已经指出的那样,这些事项不是涉及在未适当进行的刑事审判中不准确地适用国际法或条约规定,而是涉及由于缺乏一个有效的法庭未受惩罚的国际罪行的极端恶劣的案件,或涉及在关于存亡攸关的问题可能被认为是帮伙的法庭中所进行的拟议中的审判。总之,它们涉及有无审判本身都是问题的那些案件。第78-82段概括论述的意见不能解决这个问题。

85. 无疑存在着更加灵活的国际司法协助的形式,这可能对某些国家特别是对拥有有限的法律和司法资源的小国会有帮助。这些形式可能包括从有关的邻国法律系统调派有经验的法官、合作的区域性上诉法院(如为某些较小的太平洋岛屿的上诉作出安排)、协助司法教育和培训等。但这些意见中没有一个是与本报告所讨论的问题有任何特别关系。

86. 可能具有实际可能性的一个意见是涉及对审判小国重大毒品贩子所表示的关注。如果这个问题对一个特定区域是一个专有的问题。可能在有关国家合作下设立的区域性初审法院将是解决它的一个途径。不管这种法院不否应属联合国系统的一部分,或者不管有关联合国计划或其他有关国际组织不否提供技术和其他援助,都应该进一步探讨。

5. 适用的法律和正当手续

87. 工作组接着审议了国际刑事法院受理的诉讼所适用的法律、刑罚和正当手续问题。

(a) 适用的法律

88. 国际刑事法院在拟订适用法律的条款时,必须考虑到该法院所受理之诉讼的特定性质,这当然是司法性质的。对被控犯有属于此一法律管辖范围之某一罪行的个人进行审判的问题并不是两个国际法主体之间的国际争端。反之,应该援用国际机制对被控犯有属于该法院管辖范围的、具有国际性质的某一严重罪行的人进行告发。不应该设立一个法院来处理一些小事、或纯粹属于任何国家国内管辖范围的事项。起草适用法律的任何有关条款时必须考虑到这个基本特征。

89. 如上所述(第9段),特别报告员的第10次报告,除其它事项外,讨论了国际刑

事法院所适用之法律的问题(第21至46段),并且提出了关于这一问题的备选建议案文,以期引起辩论。这些条款在国际法委员会委员中引起相当不一样的反应:他们所作的评论已经在下文中予以顾及。

90. 为了对适用法律条款的范围和措词具有明确的概念,似乎应该分别探讨以下有关问题:(一)属于国际刑事法院辖范围之罪行的定义;(二)刑事法律(辩护等)的一般原则;(三)所施加的刑罚;和(四)可适用的手续。此外,还必须研讨任何法院在国际一级上从事业务活动的事实所产生的后果。

(一) 罪行的定义

91. 至于可以向法院告发的罪行,必须将该法院的管辖范围限于真正具有国际性质的罪行:这个问题已经探讨过了(见上文第48-50段)。达成的结论是,国际刑事法院的管辖范围应该限于现行条约中所界定的罪行。这些条约应在国际刑事法院规约中载明。

92. 公民权利和政治权利国际公约第15条第1款中所载述的“法无明文不为罪”原则对这种着手方式提供了有力的支持。针对被告提出指控的行为直到它被犯下时应该可予惩罚的原则,在很大程度上必须由字面上来解释。据称犯下不法行为者必须一直有遵守该规则的义务。从国际法之古典意义来看待的国家间关系中的现行规则,原则上只产生了国际法主体的权利和义务,光是这种规则是不够的。反之,被告必须一直是有关规则的适用对象。从拟议的规约来说,为了做到这一点,可以将国际刑事法院的管辖范围限于具有国际性质的特定罪行,以现行条约加以界定。每一缔约国应该确保其国内法使这些条约生效,无论是在其宪法制度中规定这些条约的地位,或作为执行立法的结果予以实现。

93. 这并不是否认:目前存在着一般国际法规则(例如取缔种族灭绝),它直接对个人具有拘束力,规定个人的违反行为可予惩罚。因此,历来也都有可能在国际刑事法院管辖范围的诉讼事由下载列任何条约都没有加以界定的、对于违反一般国际法之罪行的审判规定。基于上文第50段中所载述的理由,这种可能性已经遭受拒绝。国际法委员会在研讨对治罪法草案时,试图编纂违反一般国际法的、破坏国际社会根本基础的最严重罪行。因此,如果将治罪法草案(一旦最后拟定并且生效)载入属于国际刑事法院管辖范围内的条约清单中,也就不必以国际法下的这类罪行作为管辖的单独基础。

(二) 刑事法律的一般原则

94. 就刑法制度的一般层面而言,要考虑到各种不同的因素。规定国际罪行的条约多半没有明文规定答辩和减罪情况。虽然有习惯国际法下的各种罪行,却不能说已经形成关于答辩等事项的附加规则。³⁰即便是治罪法草案(第15条)也仅只提到“法律的一般规则”。同样,联合国战争罪行治罪法草案(第18条)也载述了联合国会员国所确认的一些原则。

95. 另外或附带的办法是,可以载明可适用的国内法。在正常情况下,个人只受制于国内法。在这种情形下,本国刑法的有关条款是循序起诉的必要组成部分。就国际条约中所规定的罪行而言,本国法律条款可能有关。但这是国际级别上的一些潜在问题,从原则上说,本国法只是一个事实的问题。就国际刑事法院规约中可适用的那类法律来源来说,似乎有两个办法可用以解决这个难题。

96. 一方面,象以前的一些案文那样提到“国内法”是办得到的。因此,1953年联合国规约草案以非常简明的方式规定:

法庭应适用国际法,包括国际刑法,并在可能范围内适用国内法。

97. 另一方面,另一个、也许是比较文雅的方式则把国内法列为补充条件。国际法院本身将只适用国际法规则,但它必须符合如下条件:罪行也能够依国内法予以处罚。因此,1943年伦敦国际会议草案(第27条第2款)规定如下:

任何人的行为不得被作为罪行受到审讯,除非这一行为在触犯刑章时其居住地的法律或该行为进行地的法律明文规定该行为为刑事罪行,但在每一种情况下这种法律都应符合联合国所确认的刑法通则。

由于这一条款,国内法就只能间接地被适用了。

98. 特别报告员在关于这一专题的第十次报告中建议了关于适用法律的条款,除其它外,它借鉴1953年公约草案采用了“于适当时”的措词方式,以容许法院适用国内法。³¹在辩论中,这项建议引起了相当混杂的反应。这个事项显然是值得进一步研讨的,但是,基于上述理由,实际上如果不至少采取某种形式的可适用国内法,可能很难解决个人的刑事责任问题。

³⁰ 当然,在处理审判过程中所引起的国际法问题(例如对条约的解释问题、确定被告国籍问题)方面,应该适用国际法院规约第38条中所载明的国际法的通常来源。

³¹ A/CN.4/442,第21、40段。

(三) 可适用的程序

99. 法院规约及其衍生出来的规则应该尽量载明审判的程序规则。但是,法院可能有必要在不能适用规约或规则的情形下借鉴与缔约国程序守则共同的原则来规定自己的程序。在这方面,不会在其范围仅限于实体法的“法无明文不为罪”的意义上引起任何异议。

(四) 结 论

100. 要把各种考虑因素凝缩成一个简单的公式并不容易办到。特别是,与国际法院规约第38条并行不悖的一般条款并无法适当处理这些问题的复杂性。第38条中所载列的各类规则一样也不能少。但是,可能有必要进一步提到国内法等其它来源,以及联合国等国际组织的机关所制订的次级法律,以之补充界定法院管辖范围的条约中所载述的初级规则。

(b) 施加的刑罚

101. 在刑罚方面引起了类似的问题。即便是种族灭绝公约也仅只要求国家应为犯有种族灭绝罪者提供“有效的刑罚”(第五条)。国际法院由于无从在其规约中规定可在国际一级上适用的刑罚,必然需要根据可适用的国内法或按对各国共同适用的原则来对已被定罪者判处刑罚。后面即便作为最终可以采取的方法,也引起了严重的问题,因为《公民权利和政治权利国际公约》第15条中所载述的法律明确性的保证也适用于刑罚(法无明文不罚)。这种情况确切显示有必要在法院规约中载列一个处理刑罚问题的附加条款。遇到适用的法律没有明文规定刑罚,或者规定的刑罚属于法院规约允许施加的刑罚范围以外时,便可适用这个条款。³²

³² 关于本专题的特别报告员在拟议治罪法中的有关刑法条款时审议了刑罚问题:见第十次报告,第4-36段,用国际法委员会的有关结论:1991年报告,第67-105段、第171段。

(c) 确实采取正当程序

102. 澄清正当程序问题无需冗长的说明。目前的审判标准体现在《公民权利和政治权利国际公约》第14条中。《治罪法草案》第8条大体上依循着这个准绳,国际刑事法院规约中也应该载列类似的条款。

6. 起诉和有关事项

103. 最后,工作组本部分报告就如何向国际刑事法院提起诉讼的一般问题扼述了一些可能的解决办法。据以进行这项讨论的基础是国际刑事法院不对被告进行缺席审判。在这一点上,应该指出,《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款(d)项载述被告受到“在场审判”的权利。就国际刑事法院的情形来说,被告在审判时必须由国际刑事法院看守这一要件也是重要的,因为如果加以看守,则这种审判有可能完全无效。基于这项假设,处理了下列问题:

- (a) 起诉制度;
- (b) 诉讼案件的提起;
- (c) 向国际刑事法院提出起诉;
- (d) 关于向国际刑事法院提起诉讼的国际司法协助;
- (e) 判决的执行;
- (f) 对目前引渡制度的影响。

104. 应该指出,在排定的时间内,工作组未能详细讨论这些问题:因此本报告这一节之后所接着载述的内容是暂定的和探索性的。如果据决定:国际法委员会应该着手起草国际刑事法院规约,则这些问题有待进行更充分的研究。

(a) 起诉制度

105. 为解决这些问题,已经在早先关于国际刑事法院的建议中提出了若干相当不同的提案。³³ 治罪法草案特别报告员的一些报告中也讨论了这些问题。³⁴基本上,有三个方案:(1) 申诉国作为起诉人;(2) 常设的起诉机关;和(3) 临时任命的检察官。就第二和第三个方案来说,或许有可能任命一个检查组。

³³ 早先一些提案的概要载于附录中。

³⁴ 见第九次报告,第60-64段。

106. 第一个方案有利于帮助确保坚强有力的起诉,另一种可能的情况是,起诉国的法律和程序也有可能为了诉讼之目的被引进国际刑事法院的诉讼程序中。但是,有权向国际刑事法院提出控诉案件的许多较小的国家可能愿意在一定程度上与审判保持距离,因此无意提供检察官。

107. 由于工作组不主张建立一个常设的法院,却要建立一个常设的检察机关,这种做法可能是不一致的,虽然在一个特设法院之外设立常设检察机关的可能性是可以理解的事情。但常设检察官是否有足够的工作以证明这个职位的必要性,却是可疑的,至少就设置国际刑事法院的第一阶段情况来说是这样。

108. 为了这些理由,有人提议建立特设独立起诉制度,以便在审判时在议定的基础上任命一位检察官。关于如何在特设的基础上确定检察官的问题,必须给予仔细的审议。方案之一是由法院在同申诉国和其它有关国家磋商后任命一位检察官。例如,在控诉侵略的案件,检察官可能由安全理事会提名。

(b) 案件的提起

109. 检察官的职务将包括:调查、收集和在审判时提出一切必要的证据;准备提出正式的指控,并在审判中担任起诉人。

110. 由于检察官一定得有能决定是否提起诉讼的斟酌处理权,可能需要给予有关国家针对国际刑事法院的不起诉决定提出上诉的权利。这种做法有助于向那些国家保证它们的控诉已经得到彻底而公平的考虑,并且能够遵守不应该在国际司法制度下将过多的斟酌处理权交给某一个人的原则。

111. 早先许多关于国际刑事法院的条款案文都规定应进行初步的正式调查,使不利于被告的证据的充分性受到检验。如果通过关于缔约国申诉的起诉制度(即无需设置某种独立的检察职能),就会有或许需由一个小型法庭受理的需要进行初步调查的重大案件。反之,如果需要提名一个独立的检察官,工作组便倾向于这样的看法:应该无需进行正式的初步听询。国际刑事法院将有权在审判中驳回轻率或不确实的控告。

112. 就申诉案件的提起而言,将有必要确定由哪一个官员或机关首先受理这种申诉:可能是该法院的院长或书记官。这种申诉可能成为导致起诉的触发因素。实际上,在没有常设独立检察处的情形下,一般认为,会提交该法庭的案件不外乎是某一缔约国提出的指控。工作组不认为,在国际刑事法院业务活动的第一阶段,有必要建立独立起诉的国际权力,尽管长期来说,这种权力极不合乎需要。

113. 问题在于：在特定案件中，控诉的权力是否应该限于其同意为国际刑事法院具有管辖权之先决条件的国家。³⁵ 当然，这些国家应该有权提出控诉。但是，工作组认为，提出控诉的权利应该扩及于针对特定罪行接受国际刑事法院管辖权的任何缔约国（包括但不限于受害国）。也可以考虑容许某一受害的该法院规约缔约国提出控诉案件，即便该国没有针对特定罪行接受国际刑事法院的管辖。

114. 可能有权提出控诉的另一类国家是拘押了嫌疑犯、依有关条约具有管辖权因而可在其本国法院审判被告之罪行的国家。此外，由于认为工作组对国际刑事法院所采取的通盘着手方式是一种便利，而且注意到如果要进行审判就得取得这类国家的合作，很有必要把这类国家包罗在内。

115. 如果授权不需其同意便能使国际刑事法院具有管辖权的国家提出控诉，便需要采取一些初步程序以确保在采取进一步措施之前已经取得或将会取得必要的同意。这将是一种登记的职能。如果管辖规则清楚，这项工作就不会有重大的困难，但可以授权国际刑事法院在有关国家的代表在场的情形下以某种不公开的形式解决困难或不确定情况。

116. 在提出了控诉以后，应由特别任命的一个独立检察官进行调查。这位检察官应在行当情形下提出控诉，控告据称的犯罪者犯下了属于国际刑事法院诉讼事由和人身管辖范围内的特定罪行。

(c) 传被告出庭

117. 由于法院将不对被告进行缺席审判（见上文第103段），在被告不由提起诉讼之国家看守的情形下，它将需要采取向法院起诉的措施。无疑，这些措施的性质将有所不同，取决于被告是否在已经或尚未接受国际刑事法院对罪行的管辖权的规约缔约国，或在第三国。目前的讨论是个初步的讨论，在拟订规约草案方面，将需要进一步注意每一此类情况，同时考虑到从联大收到的关于各种问题的指导。

118. 在其第十次报告中，本专题特别报告员建议在国际刑事法院规约中规定：解送法院不应被视为引渡³⁶。其依据在于：由于该国是规约缔约国，国际刑事法院不应被视为一个外国法院，但是可以为了此种目的被视为解送国的法院。这种着手方式是有吸引力的，因为它将便利国际刑事法院以最简单和最直接的方式获得对被告的管辖权。采取这种办法也就无需处理引渡问题。

³⁵ 上文第51-57段讨论了应该取得其同意之国家的确定问题。

³⁶ 第十次报告，第76-83段。

119. 建立国际刑事法院公约草案(1943年伦敦国际会议)曾经采取这种着手方式,联合国国际刑事管辖委员会拟订的1953年国际刑事法院规约订正案文也有这个含意。

120. 但是,基于两个理由,这种着手方式至少会使一些国家发生困难。第一个理由是如何取得受到标准引渡安排等保护的基本权利问题。虽然国际刑事法院至少对于其规约缔约国来说,可能不是一个外国法院,却也不是一个本国法院。因此,在单一司法系统范围内转交案件或解送人员时可能适当的安排,对于一个国际刑事法院来说就不一定适当了。此外,基本的需求是如何获得和维持各国对国际刑事法院的信任。为了做到这一点,有必要证明它已经以某种方式编辑了与该法院有关的、引渡条约中所规定的标准保障措施。

121. 就引渡的情况来说,被请求国通常需要能够确定下列事项:(1) 涉及可惩罚的罪行(双重犯罪原则);(2) 没有确切的理由可据以认为提出此种请求是为了基于种族、宗教、国籍、政治意见、性别或社会地位来对某人进行惩罚;(3) 引渡不致违反一事不再理原则;(4) 该人员不能基于任何理由(例如时限已过、大赦)免于诉讼;(5) 该人员所受到的控罪将只限于允许进行引渡的那种罪行(限定原则);(6) 如果被告已经受到缺席审判,已在审判前的一段充分期间内接到通知,并且有了充分的辩护机会。

122. 就设想建立的国际刑事法院的情况来说,上列第(1)和第(5)项要件并不相干,因为该人员将被控以现行条约所界定的、属于国际刑事法院管辖范围的一项或多项特定罪行。第(6)项也不相干,因为该法院不会得到对一些人进行缺席审判的授权(见上文第103段)。只要在该法院的规约中规定了关于一事不再理原则的令人满意的规则,第(3)项要件就不会引起任何困难。至于第(2)和第(4)项要件,则大可留给被请求国决定:这样做并不会破坏国际刑事法院规约缔约国为该法院进行相互支持的构想。

123. 第二个困难是,在某些国家,鉴于宪法上的规定,很难、甚或不可能把一个国际法院视为本国法院,或试图使两者等同起来,只因为无法符合当地宪法的规定。为了不以一项视同条款引起更多的困难,看来最好为此目的把该法院视为自成一类的,即既不是外国的、也不是本国的法院,并且根据事情本身的是非曲直来处理特定的转送问题。

124. 换言之,看来国际刑事法院规约有必要载列一些条款规定转送的必要条件。对于规约的缔约国来说,这些安排可以载列于附件或按事实对这些国家具有拘

束力的一份有关文件中。对于第三当事方来说,可能需要以类似于引渡安排之类的文书或在特定案件中的协议来加以处理。也可鼓励规约缔约国在它们自己的双边引渡条约中针对解送被告问题作出规定。

125. 载列于附件中的挂靠安排可以采取肯定、否定或较传统的“混合”方式拟订:

- (a) 肯定的着手方式应载明解送的理由,并在规约中载明充分的程序保障措施的同时排除可据以拒绝的一切或大部分理由。
- (b) 另一方面,否定的做法可限于协助解送被告的广泛义务,并载列不能据以拒绝解送的理由清单。这种不能接受的理由清单应包括:(一)被请求国应视要求移办的罪行为政治罪;(二)被请求移送者的国籍。基本上,这是联合国建立国际刑事法庭以惩治和处罚种族隔离罪行和其它国际罪行公约草案(1981年)中所规定的办法。
- (c) 最后,起草标准引渡形式条款,包括明文规定不得据以拒绝之理由的清单(如同上文第(b)项中所载示的)。

126. 可以请求采取的移送手段有一部分将取决于起诉安排的性质。这种请求至少应从规约中明白指定的当局提出、必须以局面形式提出、必须尽可能精确地描述被请求移送的人的状况、并且必须指明罪行和证据,这种证据必须是足可据以将被告交付审判的表面证据。被请求国应获得授权,并于必要时被请求在完成移送程序之前暂时拘押被告。

(d) 关于法院诉讼的国际司法协助

127. 在具有跨国因素的刑事案件的正规准备、调查和起诉工作中,各国需要互相援助以促进司法程序。因此目前已经在许多国家存在着一个双边、区域和多边基础上的互助安排和条约网络。“互助”或“相互法律援助”的措词比“司法协助”更受采纳,因为这种援助的含义比司法事项上的援助宽广。另一方面,国际刑事法院案件上的援助,照过去的情况看,将是对该法院的“单向”援助,而不是对等援助,而且这种援助总是与该法院的实际诉讼或拟议的诉讼有关。因此,这里便采用“国际司法协助”一词。

128. 如果各国需要在刑事案件的起诉上建立一种相互法律援助制度,对于设想中的国际司法机关的案件来说就更加有这种援助的必要了。除了它的新颖以外,国际刑事法院将缺乏各国刑事司法制度中的许多特征,就促进国家间相互援助的体制

办法来说,则是一个也没有。

129. 国际刑事法院需要其规约缔约国提供的援助将包括如下事项:(a) 确定人员的下落和住址;(b) 在要求国取得人员的证词或声明;(c) 出示或保存司法和其它文件、纪录或证物;(d) 送达司法和行政文件,以及(e) 核实文件。虽然需要在个别的基础上(可能是逐案的基础上)处理,也有可能需要从非缔约国取得这种协助。

130. 关于国际司法协助,目前有三个方案:(1) 在规约中载列一个总的便利条款;(2) 除了载列一个便利条款以外还列举可能寻求协助的事项清单;(3) 在法院规约后面附载一个关于司法协助的全面条约。

131. 第一种着手方式是从一般的层面上直截地要求以国际公约中多半载列的关于惩治特定罪行的条文为基础在国际刑事法院规约中载列一个条款。例如《惩治危害民用航空安全的非法行为公约》(蒙特利尔公约)第11条规定如下:

缔约国保证对在法院管辖范围内提起的刑事诉讼给予法院最大限度的协助。被要求国的法律应在一切案件中适用。

132. 此种行文具有简单概括的优点。它只规定简单的义务:向法院提供“最大限度的协助”,但未具体说明特定的协助形式。因此,它向法院敞开大门,从缔约国寻求任何种类的协助,只要这种协助涉及所提交的在法院管辖之内的刑事诉讼。“诉讼”一词不限于审理本身。更好的看法是(在考虑到“涉及”一词的概括性之后),它还包括导致审理的调查。在实践中,一直是这样解释《蒙特利尔公约》的。但是,如果对这一问题有任何怀疑,可修改行文如下:“涉及与法院管辖之内的罪行有关的刑事调查和刑事诉讼”。

133. 概括性办法的另一优点是,没有必要具体列明寻求何种协助,避免详细叙述管理给予此种协助的制度,包括一些困难的问题,如拒绝给予协助的理由。

134. 简单、概括性办法的最大缺点是缺乏细节,由于它未能处理细微差异,不愿与法院合作的被要求国可能会对此加以利用。所以可能会发生这种情况,是因为《蒙特利尔公约》的行文的第二句规定,在与一项请求有关的所有事项中,要适用被要求国的法律。因此,这样的国家可拒绝协助,理由是,该国法律没有规定给予所寻求的协助,或者,即使法律确有这样的规定,对请求予以允诺的某些具体条件尚未满足。另一方面,在一个相互协助的条约制度中,被请求国的法律的确占主导地位,但是必然要有限制该法律运作的条约规定。

135. 第二种选择办法是对一概括性规定(例如第11条)加以补充,为此可列出一些非详尽无遗的事项,凡与之有关的,即可向缔约国寻求协助,也可能向非缔约国——尽管在此方面不能规定义务——寻求协助。起草清单时既可包括具体事项,也可

包括“法院和一缔约国商定的任何其他事项”。

136. 尽管这一选择办法将保证在法院和缔约国之间就某些确定事项达成协议,凡与这些事项有关的,可寻求协助,但是它有着与第一种选择办法相同的缺点:作出让步,不加限制地适用被请求国的法律。

137. 第三种选择办法最难起草,但可能是最好的,而从较长远角度看,则必然是最好的。它涉及在规约缔约国之间通过一项互助条约,条约则可为规约的附件或议定书。本报告的目的不是讨论详细内容或讨论这一条约。但是,在起草此种条约时,必须面对某些问题,现或可对这些问题作出评论。

138. 首先,条约将确定一些事项,与之有关的,可寻求协助。例如,可规定如下:

协助应包括但不限于:

- (a) 查明人员的所在地和地址;
- (b) 在被请求国或在法院录取人员的证词或陈述;
- (c) 出示或保存司法和其他文件、记录、或物证;
- (d) 送达司法和行政文件;
- (e) 认证文件。

139. 但是,此种条约或议定书的用途首先是处理在给予协助问题上的限制,特别是它将限制不给予协助的可能的借口。例如,互助条约中通常有条约不适用于军事进攻,有时还有不适用于政治冲突的规定。显然,此种规定在目前情况下并不适宜。

140. 最困难的问题将是确定在哪些情形下被请求国可能拒绝请求,换言之,在哪些情形下被请求国在给予协助问题上有自由酌量权。

141. 在普通的双边互助条约中,被请求国可能拒绝一项请求的理由包括:(a) 被请求国法院的最终裁决已经对请求所涉人员定罪或判其无罪,(b) 它认为执行请求可能损抑其主权、安全或类似的基本利益;毫无疑问,后一规定可能是适宜的(尽管可预计法院规约中一罪不二审的规定可以起草得使这一问题不会出现)。但是,考虑到法院的目的和拟议的可能管辖权,后一规定较不适宜。如果需要设置一些“安全阀”,容许拒绝提供司法协助,应该只能根据极有限的理由(例如以有关国家的安全为理由)这样做。

142. 互助条约往往包括包括一些事项,与这些事项有关的,被请求国保留不给予协助的权利。但是,须将此种事项限制到最少程度。

143. 条约中的其他规定可涉及:

- (a) 确定被请求国的中心机构和法院官员（可假设其为登记部门或检察官），关于协助的请求向其及由其提出；
- (b) 执行关于协助的请求和管理此种执行的法律。一般说来，该法律将为被请求国的法律，因为该国当局有必要采取各种步骤，包括法律步骤。但是，条约或议定书可规定执行请求的具体办法，由于被请求国加入规约或由于在法律上执行规约，该具体办法将成为被请求国法律的一个部分；
- (c) 请求的内容；
- (d) 被请求国看管下的人可在法院作为证人出庭的情形；
- (e) 费用；
- (f) 请求中的资料和根据请求所提供资料的保密；
- (g) 是否应当有一些规则，在被请求国或法院对强迫作证加以管理，例如，证人是否有义务提供根据被请求国或法院的法律他或她本有权拒绝提供的证词。当然，法院的程序将符合《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)(g)条关于不作不利于自己的证言的保证，从而即使不消除也会减少此类问题。
- (h) 请求将以何种语文提出；
- (i) 根据条约护送或免于起诉根据条约在法院提供证词的人。

144. 关于这些事项中的某些事项(如第125段中的第(b)、(f)和(i)项)。在条约或议定书的规定之间需要进行协调,并需要作出将法院定址在某一东道国的安排。因此,在法院存在的最初阶段,国际司法协助的最佳选择办法可能是所讨论的第二种选择办法(见上文第117-118段),但基础是一旦缔结和执行法院的行政安排,即可讨论第三种选择办法。

(e) 执行判决

145. 关键问题是,谁将负责监督和执行判决。原则上,监督当局应当是法院。但是,如果法院不是一个常设机构,这一选择就存在困难,故需作出安排--或许在规约下的规则中作出安排,以向法院提出申请,使刑罚条件多样化(例如在适当条件下准许假释或同情性释放)。但是,毫无疑问,无论在何种情况下,缔约国应尽力帮助法院执行判决,包括追索作为没收主体的犯罪所得资产。

146. 最普通的判决形式将是有期徒刑,这立即提出服刑地点的问题。最明显

的解决办法是在申诉国的监狱中服刑，但对囚犯来说，条件不能低于联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》规定的条件。

147. 可能使较小的国家感到关注的是，此种规定只是把那些使它们向国际刑事法院提出申诉的问题推迟到执行刑期的阶段而已。其他选择办法是在另一缔约国的监狱服刑或在东道国为此目的所设的监狱中服刑。但是，设立专门的国际监狱设施的设想难获同意，因为它将耗资巨大，而且监狱的数目也缺乏合理依据。

148. 另一问题是，即使法院不拥有自己的监狱设施，它是否应当保持一些工作人员来监督判决的执行--可能作为极小的实体存在的某种形式的国际监督委员会。另一种办法是，判决的全部执行工作可指派给某一国家，例如向法院提起诉讼的国家。但是，这里又产生出一个问题：一些国家支持设立一个国际刑事法院，在很大程度上是因为它们希望与罪行、与罪犯或审判过程保持距离，但它们是否接受这一办法呢？

(f) 法院同现行引渡制度的关系

149. 这一标题下所提出的问题涉及采用“或引渡或审判办法”的引渡条约缔约国要求引渡或将被告交由主管当局起诉的权利问题。例如，1971年9月23日《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》第7条规定：

在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。

150. 这一规定必须同第5条一起来理解，该条规定：

....当指称的罪犯在缔约国领土内，而该国未按第8条的规定将此人引渡....，该缔约国应同样采取必要措施，对...有关的罪行实施管辖权。

151. 关于此类规定有两个问题：第一、它同拟议的国际刑事法院管辖的关系如何；第二、多重引渡要求如何处理。

152. 根据报告中所采用的办法，国际刑事法院是现有国家法院制度的补充。在法院规约缔约国之间，对于应受该国际法院管辖的罪行，送交被告的制度可以是现行的起诉或引渡制度的补充。这就是说，就一特定罪行接受该法院管辖的缔约国将接受该法院为引渡或在本国法院起诉之外的第三种有效的选择。规约可以走得更远，可以规定就一种罪行接受了该法院管辖的国家，在接受了同一义务的另一缔约国要求下，有义务将被告交给该法院。除非大会表示有相反的选择，工作组倾向于建议这样一种规定。

153. 另一方面,看来很清楚,未就一种罪行接受国际刑事法院管辖的规约缔约国不能迫使法院进行审判,关于此类国家,可能应当让现行引渡安排根据它们的条件运作。当然这必须是非规约缔约国的立场。因此,这类国家仍然可自由地坚持适用目前的或起诉或引渡制度,尽管它们可以保留在特定案件中选择临时同意国际法院的管辖。为了避免出现困难,应当规定,此种同意必须书面明确表示。

154. 在接受国际管辖的国家或法院本身多重要求引渡的情况下,被请求国大概可象目前一样,可以自由选择接受哪一要求。但是,就规约缔约国来说,修正这种立场应该是办得到的。

155. 应当考虑制定一些无拘束力的指导方针,以帮助被请求国在重重的相互冲突的要求之间作出选择。³⁷ 此种指导方针不对被请求国施加任何义务。但除了其内在用处之外,这些指导方针还可在被请求国依照这些方针行事、而有的国家依照其它优先次序行事时,对前者提供支持。

156. 在目前阶段,不必详细探讨这种指导方针的内容,但必须说明:规约缔约国至少应有在另一缔约国提出要求时对在国际海运联运集团审判一事给予“特别考虑”的义务。

³⁷ 参考暂时通过的《治罪法草案》第6条条2款,其中规定:在多方提出要求的情形下,应对犯罪地国给予“特别考虑”。该条款当然没有规定在国际刑事法院提出移送审判要求时应该依循的优先次序:参考第6条第3款。

C. 附录

关于国际刑事法院起诉/申诉机制的建议选录

1. 国际法协会, 《国际刑事法院规约草案》(1926年):

缔约国仅得为起诉国(第24条)。为控告罪状, 须法院同意, 且法院有权不受理未经证实的案件, 等等(第25条)。

2. 国际刑法协会的《关于创立国际法院刑事庭的规约草案》(1926年/1948年):

《规约草案》规定由法院遴选的法官进行初步审查(第16-17条); 得由安全理事会或在安全理事会权力下行事的国家开始诉讼(第20条)。只有国家得向安全理事会提出诉讼(第21-22条)。安全理事会可指派自己的检察官或由有关国家提出案件(第25条)。

3. 《创立国际刑事法院公约》, 日内瓦, 1937年11月16日:

缔约国有权把被告解送国际刑事法院审判, 而不是解送本国法院(第2条)。解送被告的国家将进行起诉, 除非受害国或(如无受害国)犯罪地国选择进行起诉(第25(3)条)。规定任何有权要求法院受理案件的国家可参与诉讼(第26条)。

4. 伦敦国际会议的《创立国际刑事法院公约草案》, 1943年:

缔约国有权把被告解送国际刑事法院审判, 而不是解送本国法院(第4(1)条)。本身为战争罪受害国或其国民为战争罪受害人的一缔约国, 得要求国际刑事法院的起诉当局传讯被告(第4(2)条)。该起诉当局为由法院选出的联合国总检察员。关于具体案件, 总检察员得由有关缔约国指派的官员协助(第21(3)条)。总检察员的职责包括有权“据本身权力”开始起诉(第21(1)(f)条)。如果缔约国据第4(2)条请求将被告解送审判, 则有将被告解送国际刑事法院的程序(第31条), 其中总检察员参与并提供咨询(第31(4)条)。此后, 由总检察员进行起诉(第31(6)条)。各国有权利参与诉讼, 包括参与口头诉讼(第32条)

5. 法国, 《设立国际刑事法院的提案草案》(A/AC.10/21)

关于国家罪行, 法国的草案设想有一位检察官(parquet), 他与安全理事会相联系, 负责提起诉讼, 但也留予缔约国以采取主动行动的权力(未加确定)。关于国家罪行以外的罪行, 建议采用1937年的公约体系。

6. 秘书长,《灭绝种族罪公约草案》(E/447):

附件一.《设置惩治危害种族行为之常设国际刑事法庭》(E/447)

附件在相当大的程度上以1937年的公约为基础。每一缔约国得请审判其拘押的犯有灭绝种族罪的个人(第2(1)条);经社理事会或安全理事会将就解送罪犯问题作出决定并指派一名或数名检察官(第2(3)条)。经社理事会或安全理事会得终止起诉(第25条)。

附件二.《设置惩治危害种族行为之专设国际刑事法庭》

起诉制度与附件一之下的制度基本相同。

7. 法国, 提交给第6委员会的《灭绝种族罪公约草案》(A/C.6/211)(1948年):

根据草案, 国际刑事法院包括一国际检察官办公室(第5条), 其构成在附件中加以定义。起诉书将提交该办公室, 经审查之后, 该办公室得开始向一名或数名法官-报告员提出诉讼(第6条)。

8. 联合国国际刑事管辖问题委员会报告书和国际刑事法院规约订正草案(1953年)

该委员会否认大会或其它国际组织有权提起诉讼。它讨论了一种对案件进行政治筛选的制度(但未达成一致意见)。它提议由法院部分法官进行一种初步调查的程序(根据比利时的模式)(第120段)。被告有权在初步调查中要求听证, 但无权提出证据(第121段)。初步调查有权命令进一步调查(第122段)。比利时的一项提议以微弱多数获得通过, 该提议使原告国能够指派一名检察官(第123-5段)。应当注意到, 所有提议均为临时性的: 委员会“绝不希望使其提议显得是定局”(第154段)。委员会国际刑事法院规约订正草案第29条涉及向法院提起诉讼问题(并载有关于政治筛选的备选条款)。第33条涉及解送庭问题, 第34条涉及检察官的作用问题。第43条授权法院就检察官提出的关于撤销起诉的申请作出决定。

9. 设立国际刑事法院和国际刑事委员会基金会, 国际刑事法院规约草案(贝拉焦/温斯布雷德, 1972年)

该规约草案第16条规定设立检察官和检察当局。检察当局的责任是在检察官的行政监督之下提起诉讼等(第28条)。检察官在案件经调查委员会核证应予冥友后,将其提交国际刑事法院(第29条)。在核证案件是否应予审判之前,调查委员会首先要进行全面的初步听审(第30条)。撤销起诉需经国际刑事法院同意(第39条)。

10. 联合国关于设立国际刑事法院以便禁止并惩治种族隔离和其它罪行的公约草案(1981年)

根据1981年的公约,该法院本身负责起诉(第5(1)条)。控告由代诉人提出或提起(第8(1)条)。其调查部将决定一份控告是否“显然无理”(第8(2)条),但缔约国或联合国机构提出的控告不能被认为是显然无理(第8(3)条)。另一国家或政府间组织或就控告显然无理的裁决向法院上诉(第8(3)条)。若法院判决该案应进行诉讼,将由一个检察部对其负责。一位检察官将该案提交法院;但原告缔约国或有关联合国机构在拖延的情况下有某些独立的权利(第8(6)条)。该公约草案规定设立检察官(由缔约国选举产生)办事处(第15条)。

11. 国际法学会,国际刑事法院规约草案(巴黎,1984年)

该规约草案规定,由国际刑事调查委员会就接受法院管辖有缔约国提出的控告开始进行诉讼(第24条)。规约草案规定设立检察官办公室(第25条)和副检察官办公室(第26条)。根据第27条,国际刑事调查委员会在决定是否开始起诉以前,应进行一次初步审查(第31条)。

12. 国际刑事政策专家委员会,关于设立国际刑事法院的规约草案(修订本)(联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会,1990年,哈瓦纳)

第4条设立了一个以检察官为首的代理处。根据条13条,控告由代理处提出或提起;其调查部然后将决定该控告是否“显然无理”(第13(2)条),但缔约国或联合国机构提出的控告不能被认为显然无理(第13(3)条)。另一国家或政府间组织可就控告显然的裁决向法院上诉(第13(3)条)。若就该案进行诉讼,检察官将把该案提交法院;但原告缔约国或有关联合国机构在拖延的情况下有某些独立的权利(第13(6)条)。根据第19条,将在法院的一个法庭进行审判前调查。检察官由缔约国选举产生(第25条)。