



大会

Distr.
GENERALA/CN.4/460
15 April 1994
CHINESE
ORIGINAL: FRENCH

国际法委员会

第四十六届会议

1994年5月2日至7月22日,日内瓦

关于危害人类和平及安全治罪法草案的第十二次报告

特别报告员:杜杜·锡亚姆先生

目 录

	段 次	页 次
一、导言	1 - 5	5
二、条款草案	6 -163	5
第1章. 定义和定性	6 - 22	5
第1条. 定义	6 - 12	5
A. 草案案文	6	5
B. 各国政府的意见	7 - 8	6
C. 特别报告员的观点	9 - 12	6
第2条. 定性	13 - 22	7
A. 草案案文	13	7
B. 各国政府的意见	14 - 18	7
C. 特别报告员的观点	19 - 22	8

	<u>段次</u>	<u>页次</u>
第2章. 一般原则	23 -163	8
第3条. 责任和惩罚	23 - 29	8
A. 草案案文	23	8
B. 特别报告员的观点	24 - 29	9
1. 解释性说明	24 - 27	9
2. 特别报告员的提议	28 - 29	9
第4条. 动机	30 - 40	10
A. 草案条文	30	10
B. 各国政府的意见	31 - 35	10
C. 特别报告员的观点	36 - 40	11
1. 解释性说明	36 - 38	11
2 特别报告员的提议	39 - 40	11
第5条. 国家的责任	41 - 48	11
A. 条款草案	41	11
B. 各国政府的意见	42 - 45	12
C. 特别报告员的观点	46 - 48	13
第6条 审判或引渡的义务	46 - 49	13
A. 草案案文	49	13
B. 各国政府的意见	50 - 61	13
C. 特别报告员的观点	62 - 69	15
第7条. 不适用法定时效	70 - 81	16
A. 草案案文	70	16
B. 各国政府的意见	71 - 77	16
C. 特别报告的观点	78 - 81	17

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
1. 解释性说明	78 - 80	17
2. 特别报告的提议	81	18
第8条. 司法保证	82 - 88	18
A. 草案案文	82	18
B. 各国政府的意见	83 - 87	19
C. 特别报告员的观点	88	20
第9条. 一事不再理	89 -110	20
A. 草案案文	89	20
B. 各国政府的意见	90 - 96	20
C. 特别报告员的观点	97 -110	22
1. 一般意见	97 - 99	22
2. 第一项假定:国际刑事法院已经存在	100 -104	22
(a) 解释性说明	100 -103	22
(b) 特别报告员提议的第9条新案文	104	22
3. 第二项假定:国际刑事法院没有存在	105 -110	23
第10条. 不溯及既往	111 -116	24
A. 草案案文	111	24
B. 各国政府的意见	112 -114	24
C. 特别报告员的观点	115 -116	25
第11条. 政府或上级的命令	117 -124	25
A. 草案案文	117	25
B. 各国政府的意见	118 -122	25
C. 特别报告员的观点	123 -124	26
第12条. 上级的责任	125 -127	27

	<u>段次</u>	<u>页次</u>
A. 草案案文	125	27
B. 各国政府的意见	126	27
C. 特别报告员的观点	127	27
第13条. 官方地位和责任	128 -134	28
A. 草案案文	128	28
B. 各国政府的意见	129 -132	28
C. 特别报告员的观点	133 -134	29
第14条. 抗辩和减罪情况	135 -160	29
A. 草案案文	135	29
B. 各国政府的意见	136 -154	30
C. 特别报告员的观点	155 -160	34
1. 解释性说明发	155 -157	34
2. 特别报告员提议的新案文	158	34
3. 关于提议的新的14条草案的评论	159 -160	34
第15条(新). 减罪情况	161 -163	36
A. 特别报告员提议的案文	161	36
B. 特别报告员的评论	162 -163	36

一、 导言

1. 本报告面向《危害人类和平及安全治罪法》草案的二读,今年的重点将放在草案的一般部分—定义、定性、一般原则。

2. 草案第二部分涉及罪行本身,将在明年报告中加以处理。

3. 特别报告员打算把这种罪行的名单限制在对其特点难以提出挑战的危害人类和平及安全罪行。

4. 关于草案的第一部分,本报告的提出方式如下:其中逐条刊载一读通过的草案,每条之后列出各国政府作出的评论,然后是特别报告员的意见和结论。各国政府的意见有时候全部列出,有时候部分列出,要看其重要性;常常全部列出。除了一个或两个例外,意见均反映出来。如果没有反映出来,就是特别报告员认为,这些似乎同议题无关。¹由于各国政府的意见中提出的问题大多数已经由特别报告员的早期报告和全体会议的讨论加以详细处理,因此特别报告员认为,没有必要在二读时重新列出争辩和讨论结束,不妨回头参看早期报告和国际法委员会的讨论情况。

5. 条款草案案文,加上各国政府的意见,特别报告员的评论和结论,叙述如下。

二、 条款草案

第1章. 定义和定性

第1条. 定义

A. 草案案文

6. 一读通过的条款草案如下:

“本治罪法中所规定的(国际法上的)罪行构成危害人类和平及安全罪行”。

¹ 各国政府作出的答复附加载于A/CN.4/488和Add.1号文件中。

B. 各国政府的意见

比利时

7. 比利时政府指出，“在罪行的概念性定义和拟定罪行清单之间实在不必作出选择，因为两者是互相补充的。遗憾的是没有提供概念性定义，因为不管在拟定这样一项定义方面涉及什么困难，罪行清单仍然不可避免地要以它作为根据”。

保加利亚

8. 保加利亚提议了一般定义加上后来的详细说明。它提议下列条款草案：

“1. 为了本治罪法的目的，危害人类和平及安全的罪行是个人所着的任何作为或不作为其本身对人类和平及/或安全构成紧急威胁或由此产生侵犯结果。

“2. 本治罪法中特别规定的罪行构成危害人类和平及/或安全罪行。”

C. 特别报告员的观点

9. 各国政府关于本条款草案的意见基本上侧重，详细说明的定义是否足够，或者是否应当列出一般定义。

10. 这些意见指出，对任何一种方法没有达成协议。

11. 保加利亚政府提议的折衷公式可能获得通过，但是必须改善起草工作。许多刑事法典没有罪行概念的一般定义。其中仅仅根据严重性标准阐述视之为罪行的行为。

12. 草案第1条提出的另外一个讨论议题肯定是方括内（“国际法上的”措词。最后，特别报告员不反对加以删掉，这是纯粹理论上的辩论。一旦《治罪法》成为国

际文书,其中定义的罪行就会被自动属于源自各项条约的国际刑法。

第2条. 定性

A. 草案案文

13. 一读通过的条款草案如下:

“一项作为或不作为定性为危害人类和平及安全罪行不取决于国内法。该项作为或不作为是否可按国内惩罚的事实不影响这种定性”。

B. 各国政府的意见

奥地利

14. 奥地利政府认为,第2句表示的概念严格说来没有必要。“从第一句定性不取决于国内法就可得出这样的理解”。

巴西

15. 巴西政府认为,草案的第2条和第3条似乎相互矛盾,按照第2条,罪行是“作为或不作为”,但是第3条只提到犯罪,没有提到不作为。

哥斯达黎加

16. 哥斯达黎加政府害怕的是,本条款草案由于规定国际法相对于国内法的完全自主权力,就可能使得被告同一行为接受两次审判,一次按照国内法,第二次按照国际法。

挪威

17. 挪威政府以北欧国家的名义回答说,第2条的规定不应当那样果断,因为

《治罪法》草案包括国内法可以处分的罪行。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

18. 根据联合王国政府，“很难想象一些行为根据一套国际法典是应予惩治的而根据国家刑法却不是一般应予惩治的一类行为。人们怀疑这一条的意旨可能是，一项法典所规定的罪行的犯罪者不能因为在犯罪时犯罪地点国的法律不认为该项行为是刑事罪行而被免罪”。

C. 特别报告员的观点

19. 本条款草案规定国际刑法相对于国内法的自主权力。

20. 因此，某个国家国内法定性为谋杀的罪行不会排除根据《治罪法》将同一行为定性为种族灭绝，但是必须涉及种族行为。

21. 某些政府认为，第2条草案是多余的，因此提议加以删掉。

22. 特别报告员不反对这样删掉。

第2章. 一般原则

第3条. 责任和惩罚

A. 草案案文

23. 一读通过的本条款草案如下：

“1. 犯有危害人类和平及安全罪行的个人应为此负责并应受到惩罚。

2. 协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及安全罪、或共谋或直接煽动犯下这种罪行的任何个人、应为此负责并应受到惩罚。

3. 企图犯下(第...条所载)危害人类和平及安全罪行而未遂的个人应此负责并应受到惩罚。“未遂”是指已开始实施一项罪行，只因为不以犯罪者的

意图为转移的因素才遭失败或被制止的任何情事”。

B. 特别报告员的观点

1. 解释性说明

24. 本条款草案列出个人的国际刑事责任原则,国际刑法自从《纽伦堡国际法庭判决书》以来目前已经接受这项原则。

25. 本条款草案第3段引起了委员会一些成员的保留态度,他们相当中诚地说,意图观念并不适用于一切侵犯人类和平与安全的罪行。例如,难以想象的是,如何可以有威胁侵略的意图。

26. 目前的公约明文涉及意图情况,例如,《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第3条第(d)款)。

27. 这就是为什么委员会成员曾经提议,个案确定意图观念可能使用的有关罪行。这样的努力是不可能的,也是没有意义的。就象北俄罗斯政府所说的那样,“对每一项罪行进行审议以便决定本条规定的罪行特征是否对之适用是不实际和不适宜的,主管法庭应该有权自行决定这种特征是否对其受理案件的具体内容适用”。

2. 特别报告员的提议

28. 特别报告员同意了。不过,他提议第3款应当重新措词。“危害人类和平及安全罪行”应当改成“本《治罪法》定义的行为之一”。因此,该款措词如下:“企图犯下本《治罪法》定义的行为之一而未遂的个人在第3条第3款中删除(第…条所载)的字样,应为此负责并应受到惩罚。”

29. 这样,行为只当法院认为时机构成企图时,才应受到惩罚。

第4条. 动机

A. 草案条文

30. 一读通过的本条款草案如下:

“危害人类和平及安全罪行的责任不应受到被告所援引不包括在罪行定义内之动机的影响。”

B. 各国政府的意见

31. 对于某些政府来说,这条规定更加适于列入第14条,其中涉及抗辩和减罪情况。

荷兰

32. 荷兰政府认为,本条款草案是多余的,因为其中涉及减罪情况的第14条已经包括了同样的几点。

联合王国

33. 联合王国认为,“这一条作为第14条的一部分将较为恰当”。

奥地利

34. 奥地利政府也认为,应当将动机作为加罪或减罪情况加以考虑。

哥斯达黎加

35. 哥斯达黎加政府认为,本项规定太过分。“对法律的尊重始自对被告的尊重。因此,绝对必要的是,不要阻止辩方寻找解决办法”。

C. 特别报告员的观点

1. 解释性说明

36. 本条款草案促成了许多保留意见。

37. 对于某些政府来说,其中干预抗辩权利,因为禁止被告在抗辩时援用自己的动机。这就是哥斯达黎加政府的意见。

38. 对于联合王国政府来说,案文最好放在关于减罪情况的条款草案。这也是荷兰政府的意见。

2. 特别报告员的提议

39. 特别报告员认为,本条款草案应当删掉,它不够清楚。动机有时候属于罪行定义,有时候不属于。例如,在种族灭绝情况下,动机是罪行的一个因素。真正说来,种族灭绝罪行的闹事者是基于种族、政治或种族动机。如果没有这些动机,罪行就不会存在。不过,有些情况下,动机不是罪行定义整体的一部分。

40. 特别报告员认为,本条款草案就是应当删掉。

第5条. 国家的责任

A. 条款草案

41. 一读通过的条款草案如下:

“对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的追诉,并不免除一个国家可对归因于它的作为或不作为依国际法所应负的任何责任”。

B. 各国政府的意见

比利时

42. 比利时政府认为：“应该有一条规定国家的国际的责任问题。这样的国家必然涉及任何破坏人类和平与安全的罪行，或者直接地积极参加，有时是唯一的犯罪者，或者由于其没有行动或行为不检而间接参加。因此，治罪法中没有规定国家的责任似乎不寻常。还应当指出，在治罪法中列入国家责任可以为给予受害者和其他合格人士的补偿奠定健全的司法基础。

“此外，在政府和国家机关的责任之外，认为国家应对罪行负责，将使各国感觉受到该行为的影响，从而使各国难以把罪过推给被授与政治权力的政府。”

哥斯达黎加

43. 哥斯达黎加政府认为，本条款草案中“关于“对审议中的罪行所造成的损害”的规定是有必要的。

挪威

44. 挪威政府以北欧国家的名义作出答复时，表示了同样的意见，同时提到必需“确保各国不能免除战争赔偿责任等”。

波兰

45. 波兰政府也认为：“按照治罪法条款起诉、定罪和惩罚犯下治罪法内所述罪行的个人，并不构成取代任何国家责任”。

C. 特别报告员的观点

46. 本条款草案列出国家的国际责任原则,其中涉及国家代理人的犯罪行为所造成的损害。案文没有引出不利的评论。各国政府均同意,国家应当对其代理人的犯罪行为所造成的损害担负国际责任。

47. 单一的犯罪行为常常导致双重后果:刑事后果就是对闹事者的惩罚;民事后果,就是赔偿损害的义务。这里审议的罪行闹事者是以官方身份的国家代理人。在这种情况下,必须确定国家责任,尤其是当损害范围和程序远远超出犯罪的国家代理人可以得到的补偿资源。

48. 因此,本条款草案是有用的,应当保留下来。

第6条* . 审判或引渡的义务

A. 草案案文

49. 一读通过的条文草案如下:

“1. 在其领土内出现据称犯有危害人类和平及安全罪行的个人的国家应对其罪行审判或引渡。

2. 如果有几个国家要求引渡,应特别考虑罪行发生在其领土内的国家的要求。

3. 第1和第2款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权”。

B. 各国政府的意见

澳大利亚

50. 澳大利亚政府说,“‘审判或引渡’的义务可以在专论国际法中专论罪行的多边公约中找到,并且对这些公约的执行具有十分重要的意义。把这个内容写进

《治罪法》其必要性是不容置疑的”。

51. 不过,该国政府认为,可能需要说明可以要求引渡的理由,也需要制订程序规则。

52. 该国政府也认为,当一个以上国家要求引渡时,本草案没有解决优先问题。

巴西

53. 巴西政府强调,必需提供充分证据去支持引渡要求。

哥斯达黎加

54. 哥斯达黎加政府也强调,必须提供适当保证去支持引渡要求。

荷兰

55. 荷兰政府也是这样认为,“务需充分保证根据治罪法草案第8条的规定来对待嫌疑犯。要做到这一点,可增列一款,明文规定,如要求引渡国家不能提供第8条所述保证,则禁止引渡,或者在第6条内增列一句:‘以第8条提供的保证为条件’”。

联合王国

56. 联合王国政府也说,许多国际公约都载有第6条列出的原则。不过,该国政府认为,这项原则应当只限于《治罪法》缔约国。

57. 关于本条款草案第2款,联合王国政府提到,如果有几个国家都要求引渡,国际法委员会就难以安排先后次序。该国政府认为,通常优先考虑罪行发生在其领土内的国家。

58. 不过,他说,“如果要求一些国家引渡存在其境内从事官方行为的高级政府人员或军事人员,则实际上不可能会有任何规定证明是行得通的”。

59. 最后,联合王国政府提请注意,如果要求引渡而没有真证意图要进行起诉,

则会引起问题。

瑞士

60. 瑞士政府同联合王国政府一样关切几次引渡要求所造成的情况。

乌拉圭

61. 乌拉圭政府将本条款草案的应用联系国际刑事法院的设立。

C. 特别报告员的观点

62. 各国政府没有对第6条例出的原则提出挑战,但是关切如何加以应用。

63. 有一点涉及向遭到引渡要求的被告提供担保。国际法委员会关于设立国际刑事法院的报告曾经仔细讨论了这点。²在这方面,国际刑事法院规约草案通过了公式应当用于《治罪法》草案。

64. 第3点肯定涉及“一事不再理”规则的范围。一些国家认为,这项规则应当只适用于《治罪法》缔约国。这种观点值得受到有利的审议。

65. 第3点涉及几个国家要求引渡时的优行次序。

66. 刑法的领土划分原则获得无异议采纳,因此,罪行发生所在国家的要求必须列为优先;不过,不应当视这项规则为绝对,包括不列颠和瑞士政府在内的一些政府曾经指出,当罪行发生所在国家担负一定程度的犯罪责任时,这项规则导致保留态度。

67. 如果国际刑事法庭存在的话,这项规则也可能带来保留态度。

68. 其领土发生罪行的国家提出的要求可以优先于国际刑事法院提出的要求吗?

69. 答案必须是否定的。

² 《大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号》(A/48/10),附件。

第7条. 不适用法定时效

A. 草案案文

70. 一读通过的条款草案如下:

“危害人类和平及安全罪行不适用法定时效”。

B. 各国政府的意见

哥斯达黎加

71. 哥斯达黎加政府认为,“法定时效问题确实是一个关于罪行的政策问题,各国在这方面没有划一的规则;(……)我们了解到这些种类的罪行令人发指,在“道义上”有正当理由不适用“法定时效”;不过,当代的法律趋势是法定时效期间缩短。”不过,对于哥斯达黎加政府来说,解决的办法是,“根据国内法普通罪行的最长的法定时效,与各国协商,制定法定时效”。

荷兰

72. 对于荷兰政府来说,本条的可接受性主要取决于《治罪法》所列的罪行;只有这些罪行的情节严重到足以不适用法定时效。

挪威

73. 挪威政府以北欧国家的名义回答时,也认为,“对于最严重的犯罪没有订立明文的限制可以接受,但是,对于在一段期间后不同的国内刑法开列的明文限制的情况则有较多疑问”。

波兰

74. 对波兰政府来说，“关于危害人类和平及安全罪行不适用法定时效的条款，直接表明这类罪行主要是违反国际法的罪行，按国际法判决和制定”。

巴拉圭

75. 巴拉圭政府提议，为了不适用法定时效，应当规定长于适用于一般罪行的时效。

土耳其

76. 土耳其政府也是这样的意见，它提议“可能是一种比较广泛的”时效规定。

联合王国

77. 对于联合王国政府来说，“建议的规则可能会妨碍民族和解和豁免这些罪行的常识”。

C. 特别报告的观点

1. 解释性说明

78. 前面所述的意见指出，不适用法定时效规则并没有获得各国普遍接受。

79. 最近才有这项原则，第二次世界大战之后，在联合国的倡议下，这项原则出现在1968年11月26日《战争罪和危害人类罪不适用法定时效公约》和1973年12月3日关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和人类罪犯的国际合作原则的大会第号决议。该决议第1段说，必须起诉这些罪行，“无论发生与何时何地”。

80. 不过，这些文书范围有限，因为只包括战争罪和危害人类罪。似乎难以将这

项规则扩大到《治罪法》涵盖的所有其他罪行。

2. 特别报告的提议

81. 在这种情况下,特别报告员认为,关于《治罪法》涵盖的罪行不适用法定时效的条款草案应当删掉。只有适用于一切危害人类和平与安全罪行的一般原则才应当列入《治罪法》。草案第7条列出的规则,至少按照目前公约的规定,似乎不适用于《治罪法》列出的一切罪行。

第8条. 司法保证

A. 草案案文

82. 一读通过的条款草案如下:

“指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度的保证,特别是:

1. 他在被证明为有罪之前应推定为无罪。

2. 他有权:

(a) 在一个根据法律或条约正式建立的有管辖权、独立和公正的法庭上接受公平而公开的审理,由该法庭确定对他的指控有无根据;

(b) 以本人所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质和理由;

(c) 具有必要的时间和使得条件为自己的辩护做好准备,并与自己选择的律师联系;

(d) 不过分迟延地接受审判;

(e) 在本人出庭的情况下接受审判,并亲自或通过自己选择的辩护人协助自己辩护;如果没有辩护人,应通告他有权聘用辩护人;如果他无力支付辩护人的报酬,则应免费为他指定辩护人;

(f) 讯问控诉证人或使其接受讯问,并在适用于控诉证人的同样条件下使

辩护证人出庭并接受讯问；

- (g) 如果他不懂或不会说法庭所使用的语文，应免费得到口译员的协助；
- (h) 不被迫用不利于自己的证明或供认有罪。”

B. 各国政府的意见

奥地利

83. 奥地利政府总的说来，“普遍同意这一条的实质性内容，因为此条与《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条基本上是一致的。…”

巴西

84. 巴西政府要求，“本条(c)和(g)项应加以改进。事实上，被指控的犯罪者通知他自己选择的辩护人的权利应适用于同一款“e”项指定给他的辩护人。”

澳大利亚

85. 澳大利亚认为，“这一条为被指称的罪犯受到公正的审判规定了必要的最低限度的保证”。

哥斯达黎加

86. 哥斯达黎加政府在援引《美洲人权公约》时坚持说，“在哥斯达黎加，即使这个第8条不存在，该公约和正当程序宪法规则仍将适用”。

荷兰

87. 荷兰政府也“极为重视第8条提供的保证”。

C. 特别报告员的观点

88. 本条款草案获得了普遍协商一致同意。其中内容符合《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际盟约》。

第9条. 一事不再理

A. 草案案文

89. 一读通过的草案案文如下：

“1. 任何人不得因已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪而受审或受惩罚。* ”

2. 在第3、4和5款的限制下，任何人如果因按本《治罪法》定为罪行的行为已经由一个国家法院最终定罪或宣告无罪，而且如果已判刑该刑罚已经执行或正在执行，该人即不应因该罪行而受审或受惩罚。

3. 尽管有第2款的规定，如果作为普通罪行审判和惩罚的行为符合本治罪法所规定的一项罪行，则该个人仍可因本《治罪法》规定的罪行而受到一个国际刑事法院或一个国家法院的审判或惩罚。* ”

4. 尽管有第2款的规定，另一国家法院在下列情况下仍可因本治罪法规定的一个罪行对一个人进行审判和惩罚：

- (a) 如果作为前一判决主题的行为发生在该国领土内；或
- (b) 如果该国是罪行的主要受害者。

5. 如果一个人以后按本《治罪法》被定罪，法院在判刑时应将因过去对同一行为定罪而判处并执行的任何刑罚扣除。 ”

* 提到国际刑事法院并不预先断定此一法院的成立问题。

B. 各国政府的意见

澳大利亚

90. 澳大利亚政府认为,第1款“为已被一国际刑事法院宣判无罪或有罪的个人免于《治罪法》罪行的起诉提供了全面保护。

91. 但是,第2款对已被某国法院最终宣告无罪或宣判有罪有人,“一事不再理”所提供的保护就比较有限。并且第2款提供对保护还受第3和第4款中各例外规定的制约。

92. 第3款设想,一个人因为同一行为既可按《治罪法》又可按一国的国内刑法受到审判。尽管这类案件可能不常出现,但却肯定会削弱构成许多国家刑法根本原则的‘双重危险’概念。”

荷兰

93. 荷兰政府认为,本条第3款不符合“一事不再理”原则。

94. 此外,“与‘一事不再理’规则的关的问题只有在给予设想中的国际刑事法院专属职权范围,才能避免。在任何其他情况下,这项规则都会产生一问题”。

哥斯达黎加

95. 哥斯达黎加政府认为,“第3款直接违反了‘一事不再理’原则,应予删除。第5款也应予删除,因为它容许同一行为判罪两次,这造成就一项普遍的罪行加以判处。”

联合王国

96. 联合王国政府“对此项提议保留其立场,因为乍看起来这项提议与《欧洲

人权公约》和《公民权利和政治权利国际盟约》的相应规定相矛盾。”

C. 特别报告员的观点

1. 一般意见

97. 前面叙述的评论指出,各国政府对本条款草案提出了许多保留意见。

98. 鉴于本条在起草委员会内引起反对,本条就是两派反对意见的折中案文。

99. 一派意见赞同“一事不再理”原则,并且支持列入《治罪法》草案,而其中综一派则反对加以列入。那么明显的是,第1款中的原则有许多例外。可以做出两项假定:由国际刑事法院用出决定,或者由国家法院作出决定。

2. 第一项假定:国际刑事法院已经存在

(a) 解释性说明

100. “一事不再理”规则最可能接受的假定是,国际刑事法院已经存在。

101. 如果这所法院具有专属管辖权,就不会产生“一事不再理”规则可适用性问题,因为在这种情况下,从纯粹理论观点来看,没有其它法院能够审判属于国际刑事法院职权范围的案件。

102. 与此相反,如果国际管辖权同国家管辖权平行,“一事不再理”规则就会有关,因为它可能引起问题,就是国际法院是否可以管辖国际刑事法院已经审判的案件。

103. 答案必须是否定的;如果国家法院可以管辖国际刑法院已经审判的案件,就会破坏国际法院的权力。

(b) 特别报告员提议的第9条新案文

104. 第9条草案不妨模仿起诉应对在前南斯拉夫境内犯有犯罪行为的负责者的

国际法庭《规约》，³案文如下：

“1. 任何人如犯有严重违反国际人道主义法行为，而他或她已受到国际法庭的审讯，就不应再受到国内法院的审讯。

2. 任何人如犯有严重违反国际人道主义法的行为而受到国内法院的审讯，如有下列情况仍有可能随后受到国际法庭的审讯：

(a) 他或她受审的行为被定性为普通罪行；或

(b) 国内法院的诉讼程序不公正或不独立，而且目的在于包庇被告，使其免除承担犯有国际罪行的责任；或该案没有依法进行细致的起诉。

3. 在考虑对根据本《规约》宣判有罪的人作出惩处时，国际法庭应考虑到国内法院对此人因同一行为所作惩处已实行的程序。”

3. 第二项假定：国际刑事法院没有存在

105. 如果没有国家刑事法院，就更加难以将“一事不再理”原则适用于国家法院已经作出的决定。因此，第2款使得在应用《一事不再理》原则时出现许多例外情况。

106. 第一个例外情况就是罪行定性不正确。这种情况不仅仅是理论上的，一种行为可能定性为普通罪行，例如，杀人，而实际上构成危害人类和平与安全罪行，例如，种族灭绝。

107. 这种不正确的定性可能是自愿的，源自对疑犯的同情。当受到起诉的个人躲在友好国家或政见相配国家时，就可能发生这样的事。这个国家然后同意将他交付审判，“一事不再理”原则就会避免他受到任何其他国家法院的审判。在这种情况下，这项原则的应用会带来操纵和漏洞，使得难以公平和诚心地应用“一事不再理”原则。

³ S/25704, 附件。

108. 可是,最重要的例外情况是第4款所规定的,因为其中主张在其领土内或者是受害者或者其国民是受害者的国家具有权力。由于这些例外情况,“一事不再理”原则的可适用性范围可能会逐渐缩小。此外,也没有担保,这些国家会比判决不当的国家显示更大的客观性或公正无私。

109. 如果例外情况在于支持其领土发生罪行或者其公民为受害者的国家,那么,就不应当授权这些国家的法院审判已经由另外国家法院已经审判的案件。这种案件应当由中立国家的法院重新加以审判。

110. 另一方面,难以落实这种解决办法。这就是为什么特别报告员认为,“一事不再理”原则似乎只适用于第一项假定,就是,如果国际刑事法院已经存在。

第10条. 不溯及既往

A. 草案案文

111. 一读通过的条款草案如下:

“1. 任何人不得因本《治罪法》生效前的行为按本治罪法定罪。

2. 本条的任何规定并不排除对于任何人因在行为时根据国际法或依国际法应适用的国内法构成犯罪的任何行为进行审判或惩罚。”

B. 各国政府的意见

巴拉圭

112. 巴拉圭政府说,“不溯既往”的原则是法治的主要原则。如果允许有例外情况是危险的。因此,我们认为,本条第2款应予删除。”巴拉圭政府也关心的是,该条的评论使“法律”一词具有非常广泛的意义,不仅包括成文法,还包括风俗和法律一般原则。

土耳其

113. 土耳其政府则认为,第2款列出的原则是“刑法的基本原则,草案应当加以利用。”

荷兰

114. 荷兰政府认为,“按照国际法”等字应当删除。

C. 特别报告员的观点

115. 第1款没有引起各国政府的反对。其中重申刑法的基本原则。

116. 只有一个政府反对第2款。应当记得,本款仅仅重新刊载《世界人权宣言》第11条和《公民权利和政治权利国际盟约》第15条第2款。最好能够保留其中全部案文。

第11条. 政府或上级的命令

A. 草案案文

117. 一读通过的条款草案如下:

“凡因执行政府或上级命令被控犯危害人类和平及安全之罪行者,如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能,则其刑事责任不得免除。”

B. 各国政府的意见

奥地利

118. 奥地利政府提议,在第一行“如”字后面应加上下列词句:“……其本人当时知道或应该知道命令是非法的并且如……”。

白俄罗斯

119. 白俄罗斯政府提议,“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”应改为“如果,在那种情况下,他有不执行命令的真正可能性”。

哥斯达黎加

120. 哥斯达黎加政府说,“只有当一国作为下级的代表所执行的命令是公然非法或者违反人权,才出现惩罚的可能性”。因此,建议在草案中广泛利用西班牙刑法草案作为范型。

挪威

121. 挪威政府以北欧国家的名义回答说,所用“可能”一词必须较为明确界定。

波兰

122. 波兰政府也质疑“在当时情况下”措词的意义。

C. 特别报告员的观点

123. “纽伦堡法庭判决书所确认的国际法原则”(原则四)已经肯定了本原则。国际法委员会仅仅用“如在当时情况下其本人有不遵守此项命令之可能”等字去代替“如事实上可能作出道义上的选择”等字。

124. 本原则是国际法委员会编制经过大会加以通过的,如果没有正当的理由就不应当加以质疑。

第12条. 上级的责任

A. 草案案文

125. 一读通过的条款草案如下:

“如果上级知道,或者掌握情报使其能够在当时的情况下断定,其下级正在或将要犯下危害人类和平及安全罪行,而且并不采取其权力范围内的可行措施,以预防或制止该罪行,则该罪行系下级所犯下的事实并不免除其上级的刑事责任。”

B. 各国政府的意见

挪威

126. 挪威政府以北欧国家的名义回答时认为,“这一条款涉及上级没有设法防止一项罪行的问题,对没有防止一事的刑责的规定超过北欧国家可以接受的程度。如要使这项责任存在,一般需要实质条款规定没有采取行动的人有采取行动的义务。此外,把这一条款和第3条规定的个人责任的定义作出折衷是很困难的。”

C. 特别报告员的观点

127. 前面的条款草案规定上级对于其下级所犯罪行的责任。这项责任源自第二次世界大战之后为处理战争期间所犯罪行而设的国际军事法庭的权力范围,特别报告员第四次报告在一定程度上曾经加以提到。这种权力范围根据上级由于忽略、未克监督或默认可造成的责任,所有这些行为均导致上级应当对其下级所犯的罪行担

负刑事责任。⁴

第13条. 官方地位和责任

A. 草案案文

128. 一读通过的条款草案如下:

“犯有危害人类和平及安全罪行的个人的官方地位,特别是其以国家或政府首脑的身份行事的事实,并不免除其刑事责任。”

B. 各国政府的意见

哥斯达黎加

129. 哥斯达黎加政府认为,“这一条似乎排除了所有豁免制度;然而,应当考虑到,作为刑事程序规则可起诉这些种类的政府官员的各种案子,而不是只把它当作原则性的规则,因为这项原则就本身来说,可能无法实施”。

挪威

130. 挪威政府以北欧国家的名义回答时认为,“必须假定,如果所作的行为构成危害人类和平与安全罪,即使是国家元首也不能免除此种行为的国际责任。即使某一国家的宪法另有规定,这一条款仍应适用”。

⁴ 《Yamashita案》申明:“当时的问题是,《战争法》是否对军队司令员强加一项责任,在其权力范围内采取适当措施去控制他指挥的军队,以期防止对于《战争法》具体违反行为……”(《法律报告》,第十五卷,英文本第66页)。

《高级司令案》说,司令员对于其下级的一切行为,并不自动担负责任;司令员必须从事非法行为未克监督其下级才构成自己的刑事忽略责任。

司令员必须知道这些罪行,必须已经默认或参与或形式上忽略干预罪行的发生(《法律报告》,第十五卷,英文本第70页)。

同样,《东京审判》发表的《判决书》包括了一段有意思的关于战犯罪行责任的文章,其中指出,远东国际军事法庭也愿意要求上级负责查明,其下级是否犯下罪行。“担负责任的所有人有义务透过设立和确保这些目的所需的制度持续和有效运作,确保犯人受到适当的待遇”(《法律报告》,第十五卷,英文本第72-73页)。

波兰

131. 波兰政府认为，“第13条条款不承认犯罪的个人，包括国家或政府首脑在内的个人的地位或职位的任何种类的豁免。这是对国家首脑完全豁免的一种严重而合逻辑又合理的限制。这类豁免不能成为允许他们超越和脱解危害人类和平及安全罪行的刑事责任的措施”。

联合王国

132. 该国政府认为，“如要有效地执行治罪法，包括国家或政府首脑在内的官员显然不得因其官方地位而被免除刑事责任。但是，国际法委员会在这一条和第9条都没有处理这些官员可能免于起诉的问题，国际法委员会应审议根据国际法官员可能有权免受管辖的问题，并审议这一草案与关于这个主题的现行规则之间的关系”。

C. 特别报告员的观点

133. 哥斯达黎加政府的意见似乎无法令人接受。

134. 难以详细提供有关国家或政府首脑应当受到起诉的个宗案件。可以这样说，每当国家或政府首脑犯有危害人类和平即安全罪行时，他应当受到起诉。应当保留目前的条款草案。

第14条. 抗辩和减罪情况

A. 草案案文

135. 一读通过的条款草案如下：

“1. 主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩。

2. 法院于判决时应酌情顾及减罪情况。”

B. 各国政府的意见

澳大利亚

136. 澳大利亚认为，“应努力阐明第14条第1款中‘依一般法律原则抗辩’的提法。如果《治罪法》意在确定某一罪行的一些基本要素(譬如各种刑罚)，那末《治罪法》也就应提及其他必要的关连因素，比如抗辩。在具有正当程序宪法保障的制度中，草案第14条很有可能被视作过于模糊而被宣布违宪”。

137. “澳大利亚也认为，应考虑把第14条分成两条：一条专论抗辩，另一条则规定减罪情况。如同委员会一些委员所说，抗辩和减罪情况是二个不同的概念，最好分别对待”。

奥地利

138. 奥地利政府指出，“这一条牵涉到两条不同的原则：考虑可排除刑事责任的各种情况的原则(第1款)和注意减罪情况的原则(第2款)。运用后一条原则(以及加罪情况原则)量定对犯罪者的刑罚，但此原则与刑事责任无关”。

139. 奥地利政府说，“委员会一些委员对于在处理危害人类和平及安全罪时考虑某些可免于惩罚原因(比如：精神错乱抗辩)的主张持否定态度。对此无法赞同。第2款应提及加罪情况才算完整。在量刑时也应考虑这些情况。我们同意委员会一些委员关于增添内容以详细说明减罪(以及加罪)情况的观点”。

白俄罗斯

140. 白俄罗斯政府指出，“第14条的俄文版应该提到‘减轻责任情况’而非‘减罪情况’。而且，这一条应该分为两个独立的条文，因为第1和第2款所指的是不

同的法律概念。条文里提到容许调整惩罚的根据,这些根据应该加以规定,并且应该包括自卫、必要的情况、强制和真诚的混乱(错误)。对每一类型罪行适用这些规定的可能性留待法庭审议”。

141. 白俄罗斯政府说,“减罪情况的问题可以连同惩罚问题一起考虑。最好能够为所有罪行拟定一个总的惩罚条文,确立最低和最高的惩罚和列明减罪的情况。另一个可能性是包括一个惩罚表,当国家法庭适用治罪法的规定时,可以规定应该按照罪行的危险和严重程度来判定相应的惩罚”。该国政府认为,该减罪情况清单可以是标示性的,特别包括在强迫或在上级命令下犯罪;和表示诚恳的悔恨或承认有罪。

142. 该国政府说,“治罪法草案避免在危害和平、战争和危害人类等三项罪行之间作出区分是值得称赞的。同时,在拟定实质性法律规定时应该小心避免在国家参与的基础上作出区分。国家参与的准则在较后阶段,即在制定执行治罪法的机制时,将会具有关键的重要性”。

挪威

143. 挪威以北欧国家的名义答复时认为,“应将第1款和第2款分列两条款中,因为免除犯罪者的行为责任的情况与影响判决的情况有根本的差异。按照当前的措词,这一条款没有对审理一项罪行时应当注意的情况作出表示。因此,任何法院都可以随意解释这一条款,这是很不符合法治原则的”。北欧国家认为,“确定自卫和需要情况的重要性是适当的。同意的问题也许会在各种情形下出现”。它们说,“此外,《治罪法》另有条涉及免除犯罪者责任,即第11条和13条。这两条应与第14条合并。一种解决办法是列出免除个人责任的情况和不得免除的情况。当前的草案第11条和13条阐明的情况应为不构成责任的事例”。

144. 挪威政府进一步说,“这个草案的另一问题是,它没有列入处理疯癫犯罪者的情况或在犯下行为时不能对其行动负责的其他情况”。

145. 北欧国家认为，“第14条第2款应当顾及加重情况。此外，需要界定和解释关于减罪情况和加重情况，按照目前的措词而论，这一条款缺乏实质性”。

波兰

146. 关于第1款，波兰政府所要强调的是，“本款包括下述传统刑法抗辩：自辩、强迫、必要状态、不可抗力和错误——所有这些都与责任的存在和不存在有关。委员会二读时可能考虑的是，减轻辩解和其他可能情况只决定刑罚的加重或减轻”。

147. 关于第2款，波兰政府认为，“应补充添加‘严重情况’以及诸如罪犯的人格、罪行后果的严重性、以及视情况而定的其他因素等‘其它情况’”。

巴拉圭

148. 巴拉圭政府说，“第14条规定，“主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩”。

149. 该国政府认为，“抗辩(辩明理由、无罪和非不可理喻的理由)一事在刑法中极为重要，如引证‘一般法律原则’从而使法官有很大的决定权，似乎不大适当。如果我们不愿说出抗辩的理由，最好是引证在其境内犯罪的国家的法律”。

比利时

150. 按照比利时政府，“《治罪法》第14条提出的抗辩概念似乎很难对危害人类和平及安全的罪行适用。因此产生是否最好把第14条删掉的问题。假定法官在评估犯罪情况时，可以援引一般的刑法原则，例如情有可原的原则”。

巴西

151. 巴西政府说，“就第14条而言，‘按照一般法律原则抗辩和减刑’的规定似乎不够。这些条款稍微含混，因为根据‘一般法律原则’很难指明那一种情况应该顾

及。事实上,范围太大规定太多似乎是妨碍委员会编辑法典工作的最困难问题之一。就草案而言,刑法从它本身性质本性和所涉价值看,需要更精确的定义和更详细的规定”。

哥斯达黎加

152. 按照哥斯达黎加政府,“如果希望对法官评估这些情况的需要提出更专门性的案文,有必要就评估罪责应予考虑的方面拟订一般性规则,如哥斯达黎加刑法第17条所做的一样。无论如何,即使这一条为此目的顾及许多抗辩和减罪情况,刑事描述能考虑到根据同一起诉,影响刑罚轻重的情況的存在,从而收窄法官行事斟酌余地,这是一个应予评价的关于罪行政策的决定”。

联合王国

153. 联合王国政府说,“使一项对危害人类和平及安全罪的概念化和被告的权利都至为重要的规定含糊不清,显然是不可取的。罪行愈严重,就愈不可能允许覆盖广泛的抗辩和减罪情况。如果根据治罪法国家法院将有管辖权的话,如目前第6条所设想那样,则第14条须重写。不能听任国家法院规定依治罪法将予接受的抗辩和减罪情况。这样会完全失去公正性和一致性。第1款使抗辩可能因具体罪行而异,但却没有试图列举这些罪行,从而表明这些条款是仓促草拟,含糊不确切。个别列举罪行将是比较好的办法;虽然若干一般性抗辩将适用于所有罪行,但很难想象有‘普遍适用的抗辩’,可以适当地照顾到第二部分所列的每一种罪行”。

瑞士

154. 瑞士政府认为,“在同一条内结合两个格格不入的基本刑法概念--抗辩和减罪情况--的做法大有问题。抗辩的作用是以犯罪者并非知情和故意为理由使行为没有非法性。简言之,缺乏惩罚的先决条件--责任。相反的,减罪情况并不免除行为的非法性,而是减轻刑罚。因此,应设想两个不同的条款”。

C. 特别报告员的观点

1. 解释性说明

155. 特别报告员同一些政府一样认为,抗辩概念和减罪情况概念应当分开处理。这两种概念并不属于同样种类。虽然抗辩解除某种行为的刑事特性,但是,罪情况并没有遗弃这种情势特性,仅仅减轻罪犯的刑事责任。换句话说,抗辩联系罪行的存在或不存在,减罪情况联系惩罚。

156. 特别报告员同样认为,抗辩由于设法证明罪行不存在,因此,抗辩在《治罪法》的定义应当同《治罪法》按照“法无明文不为罪”内的原则。对于罪行作出定义。

157. 因此,特别报告员提议新的第14段去处理抗辩问题,就是,自辩、强迫和必要情况。

2. 特别报告员提议的新案文

158. 特别报告员提议下列案文:

“第14条. 自辩、强迫和必要情况

当行为动机属于自辩、强迫或必要情况时,不算犯罪。”

3. 关于提议的新的14条草案的评论

159. 这里提到的自辩并不涉及《联合国宪章》第51条规定的国家的国际责任。按照第51条,国家对于为对付侵略而采取行动,没有国际责任。不过,由于这条使得国家的国际责任有这种例外情况,自辩也解除国家领导人对于这种行为的国际刑事责任。关于强迫和必要情况概念,1945年8月8日《纽伦堡法庭宪章》和德国管制理事会第10号法律所设立的国际军事法庭的司法前例已经采纳这些概念,但是有下列保留意见和条件:

- (a) 强迫和必要情况必须构成目前或危险。⁵
- (b) 沿用强迫或必要情况的被告必须自己帮助造成强迫或必要情况。⁶
- (c) 为了避免危险而作出保留与作出牺牲之间不应当存在不成比例。⁷

⁵ 德国联邦法院已经肯定了有关立刻危险的要求,该法院说,“按照《德国刑法》第52条上级命令可能构成精神强迫,但是事先假定,闹事者在立刻危险的下被迫犯下罪行。第52条并非表示,多年以来在自己意愿下为国家社会主义政权的罪行和恐怖而服务的所有人,仅仅宣称如果他们拒绝继续参与犯罪行为就会有生命危险,从而能够逃避责任”。(BGH,1952年10月14日,NUW1953年,原文本第112页)。也请参看 Henri Meyrowitz,《德国法庭压制危害人类罪》(巴黎,权利和法学,一般图书馆,1962年),原文本第406页。

⁶ 《Farben案》曾经强调,援用强迫或必要情况抗辩的被告不可自己造成强迫或必要情况。美国军事法庭宣布,当加以援用的被告对于这种命令的存在或不存在担负责任时,或者当他的参与超出需要情况或源自他自己的主张时,必要情况的借口是无法受理的《美国军事法庭,第6号案件》,第八卷,英文本第1179页)。

⁷ 曾经强调,良好或保留利益与良好或牺牲利益之间必须成比例,尤其是在Krupp等等工业家案件上。被告由于害怕不服从一般和具体命令就会丧失公司总裁职位,因此强迫囚犯从事劳动。根据美国军事法庭,这种害怕不能成为作出选择的理由,这种选择有利于他们而有害于不幸的受害者,这些受害者在这种情况下根本毫无选择。此外,公平地说,按照政治、在集中营内,上千名手无寸铁的受害者每天受到死亡威胁,由于贫困而受苦受难,武器工厂受到无情的空中轰炸,比较起来,被告的情况不会更差,这些受害者必须忍受着强迫劳役和其他暴行就更不用说了。实际受害者人数和可能受害者人数之间不成比例,也同样令人惊奇(美国军事法庭,第五号案件,第六卷,英文本第1466页)。

160. 最后,注意到,源自英美法的司法作法并不区分强迫与必要情况。⁸

第15条(新). 减罪情况

A. 特别报告员提议的案文

161. 特别报告员提议下列案文:

“审判案件的法院当判下可适用徒刑时,可以考虑到减罪情况。”

B. 特别报告员的评论

162. 刑法普遍承认,审判刑事案件的任何法院有权审查罪行的发生情况,同时确定任何情况是否可以减轻被告的责任。

163. 此外,特别报告员认为,不适宜讨论加罪情况,因为这里审议的罪行属于最严重罪行中的最严重行为。不过,这个问题应当由国际法委员会加以决定。

⁸ Henri Meyrowitz, *La repression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962) 原文本第406页(参看上面脚注5)。