



联合国



经济及社会理事会

Distr.  
GENERAL  
E/CN.4/1426  
19 January 1981  
CHINESE  
ORIGINAL: ENGLISH

人权委员会  
第三十七届会议  
临时议程项目 17

《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》执行情况

研究一套办法来执行各项国际文书，如《禁止并  
惩治种族隔离罪行国际公约》，其中包括确  
立该公约规定的国际管辖权

1. 1980年2月26日，人权委员会第三十六届会议通过了题为“《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》执行情况”的第12(XXXVI)号决议。在该决议的第7段中，人权委员会要求特设专家工作组同反对种族隔离特别委员会合作，并根据1979年11月15日联大第34/24号决议附件的第20段，研究一套办法来执行各项国际文书，如《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，其中包括确立该公约规定的国际管辖权。

2. 特设专家工作组委托一名顾问就要设立的国际刑事法庭编写一份研究报告，并拟订一项规约草案。

3. 1980年8月和1981年1月，工作组在日内瓦召开会议，审议了该研究报告和规约草案。

4. 谨附上提交给了人权委员会的临时报告，并建议委员会请《禁止并惩治种族隔离罪行公约》的缔约国，就研究报告提出评论和意见，以便工作组对该报告作进一步的审议。

研究一套办法来执行各项国际文书，如《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，其中包括确立该公约规定的国际管辖权

## 目 录

	<u>页 次</u>
导 言 .....	1
一、根据《禁止并惩治种族隔离罪行公约》的性质来理解“执行”一词的意义 .....	3
二、国际刑事法方面的一些考虑 .....	10
A. 对受到国际保护的人权适用国际刑事法原则 .....	10
B. 体制基础：在建立国际刑事法庭方面取得的进展 .....	14
C. 种族隔离作为一项国际罪行：关于责任方面的特殊问题 .....	17
D. 建立国际刑罚制度对防止和惩治种族隔离罪行可能造成的影响 .....	20
三、关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族隔离罪行及其他国际罪行的公约草案 .....	25
关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族隔离罪行及其他国际罪行的公约草案的评注 .....	50
四、关于《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的惩罚措施的附加议定书草案 .....	73
关于《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的惩罚措施的附加议定书草案的评注 .....	94

## 导 言

1. 本研究报告是根据人权委员会第12(XXXVI)号决议提出的,该决议要求特设专家工作组同反对种族隔离特别委员会合作,并根据1979年11月15日联大第34/24号决议附件的第20段,研究出一套办法来执行各项国际文书,如《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》,其中包括确立该公约规定的国际管辖权。研究报告的主要重点是执行,首先根据种族隔离公约的性质,探讨“执行”一词的意义。

2. 报告认为,在目前的情况下,“执行”意味着设立一个国际刑事法庭。从这一点开始,报告根据设立国际刑事法庭的理论与实践,考虑了国际刑法的现况,特别注意种族隔离罪行的特殊性质。

3. 是否通过设立国际刑事法庭的公约,必须在上述基础上加以考虑。

4. 报告还探讨了设立这种法庭对于同种族隔离罪行进行斗争可以起什么作用。

5. 最后,报告扼要举出了需要注意的问题,并提出解决的办法。

6. 报告自始至终设法提出好几种不同的选择并列举为使执行措施获得最广泛接受可以采取的不同办法。由于没有一定的主张,报告并没有强烈推荐要采用那一个办法,而是希望工作组和其他有关机构各就所能提出特别好的其他办法。报告的最后部分简单叙述了如何达成协商一致意见,以制定适当的执行办法。

7. 虽然南非是该公约和工作组所主要关心的问题,但对执行情况的讨论却是就一般情况而论。这样做并非是为了保持客观,而是为了实事求是地对待不论在什么地方发生的种族隔离现象。因此,一般性地讨论可以使执行措施适用于任何情况。从特设专家工作组根据人权委员会第12(XXXV)号决议和经济及社会理事会第1979/34号决定编写的进度报告(E/CN.4/1365)这类工作报告中很容易看出,同种族隔离罪行进行斗争,所关心的并不只是称之为“种族隔离”的那种官方政策。

8. 本报告以前的两个主要报告,是由特设工作组的两位成员编写:一为费利克斯·埃尔马科拉教授,题为“从国际刑事法观点看种族隔离问题”(E/CN.4/1075),另一为勃拉里米尔·江一科维奇教授,题为“备忘录”(E/CN.4/AC.22/1980/WP.2)。

9. 本报告包括两个办法。第一个办法是《关于设立禁止和惩治种族隔离罪行及其他国际罪行的国际刑事法院公约草案》；该草案是以《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第五条为依据，并允许缔约国用补充协定的方式，增加列入一些多边公约所述的国际罪行。公约草案的目的在拟订一项开放给种族隔离公约各缔约国和其他国家参加的多边公约，建立一个新的国际法律机构，称为国际刑事法院。第二个办法是《关于禁止并惩治种族隔离罪行国际公约的惩罚制度的附加议定书草案》；该草案是以《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第五条为依据。草案并不打算在种族隔离公约第二条所列举的国际罪行之外再增加其他的国际罪行。这个办法并不打算设立一个新的国际法律机构，而是利用现有的联合国机构，但加上一个新的国际法官小组，以审判违反公约第二条的行为。草案拟订了一个公约的附加议定书，开放给公约各缔约国参加。

10. 建立一个国际刑事法庭并不是什么新想法，只要看看脚注14便可以知道。本报告特别注意到下列文件：上文第8段提到的埃尔马科拉教授和江科维奇教授的报告，1953年国际刑事法委员会拟订的国际刑事法庭章程草案，1979年国际法协会拟订的国际罪行调查法规草案和设立国际刑事法庭章程草案。除此之外，也参考了与本问题有关的其他研究报告。

11. 本报告C和D部分分别提出了关于国际惩罚制度的两个办法，A和B部分则提供了背景材料。A和B部分叙述了国际刑事法律与受到国际保护的人权之间的关系，并为诉诸国际刑事法律以执行受到国际保护的人权打下基础。此外，这两个部分还为《禁止并惩治种族隔离罪行公约》的国际惩罚制度找到了法律基础和论据。C部分建议制定一项多边公约，以设立一个既针对种族隔离罪行也针对其他国际罪行的新机构。D部分建议制定一项种族隔离公约的附加议定书，把执法机构的管辖范围限于种族隔离罪行，并尽可能利用现有机构与文书来执行议定书草案。

## 一、根据《禁止并惩治种族隔离罪行公约》 的性质来理解“执行”一词的意义

12. 《禁止并惩治种族隔离罪行公约》(以下称《种族隔离公约》)所禁止的行为,在其他更基本的文书中也曾加以禁止,其中一些文书还规定了加以执行的措施和办法。因此,要执行《种族隔离公约》,需要考虑到该公约同这些其他文书的关系,才能了解公约的特殊动机和目的。

13. 我们不妨从《种族隔离公约》的实质内容是重复原已有了的规定这一点谈起。《种族隔离公约》第二条规定,种族隔离是指旨在主宰某一种族团体的行为,其中包括杀害、伤害、侵犯自由或尊严、严刑拷打、加以有害的生活条件、分离、阻止发展、剥夺自由、建立保留区和居民区、剥削、迫害反抗上述行为的人。在这一方面,《种族隔离公约》的规定比过去一些基本文件的规定要窄,没有超出原有规定的范围。

14. 例如,《世界人权宣言》第二条规定“人人有资格享受宣言所载的一切权利和自由,不分种族、肤色、……国籍或社会出身……”,这些权利包括:免于奴役(第四条);不受歧视和保证法律的平等保护(第七条);自由迁徙和居住(第十三条);不同种族之间的自由婚嫁(第十六条(-));平等机会参加本国公务的权利(第二十一条(二));选择职业、同工同酬以及组织和参加工会的权利(第二十三条);有机会根据成绩受高等教育的权利(第二十六条)。同样地,《公民权利和政治权利国际公约》禁止基于种族、肤色或国籍和社会出身的歧视(第二条),并给予以下的权利:各国人民生存的手段(第一条);自由迁徙和居住(第十二条);法庭面前一律平等(第十四条);自由结社和组织或参加工会(第二十二条(-));公民自由选举和被选举(第二十五条);受法律平等保护(第二十六条);少数民族团体享有自己的文化与发展机会(第二十七条)。此外,《消除一切形式种族歧视国际公约》全面地解释和谴责了种族歧视(第一条),没有点名地谴责了种族隔离(第三条),尤其谴责同所列举的公民、政治、经济和社会权利有关的歧视(第五条)。

15. 《种族隔离公约》的规定与其他文书明显重复，这可从公约的其他方面找到解释。首先不妨考虑缔约国对规定所承担的义务，并从国内和国际两方面来加以探讨。

16. 《世界人权宣言》并未明确规定要采取什么国内措施，但《公民权利和政治权利国际公约》与《消除一切形式种族歧视国际公约》都明确作了规定。《公民权利和政治权利国际公约》责成其缔约国保证在其领土内的一切权利受到保护（第二条）。《消除一切形式种族歧视国际公约》则要求缔约国承担遵守有关歧视（第二条）和种族隔离（第三条）方面的义务，强调有义务消除在所列举的各项权利方面的歧视（第五条），并具体规定，承诺要反对种族主义宣传（第四条），保证对权利受到剥夺的人予以救济（第六条）并促进种族间的宽容（第三条）。而《种族隔离公约》规定的义务则十分具体：缔约国宣布种族隔离及犯有种族隔离行为者，均为犯罪（第一条），并按照本国的司法管辖权，采取措施，以防止、起诉、审判和惩罚种族隔离的罪行（第四条）。

17. 在国际义务方面，也有类似的情况。《世界人权宣言》并没有具体规定。《公民权利和政治权利国际公约》要求缔约国就公约的履行情况提出报告（第四十条），将克减公约规定的情况通知其他缔约国（第四条(三)），并就其他缔约国提出的关于未履行义务的指控给予答复（第四十一条）。此外，《公民权利和政治权利国际公约任意议定书》规定，对个人提出的某些指控，也应给予答复（第四条(二)）。《消除一切形式种族歧视国际公约》也要求缔约国提出报告（第九条(一)），对指控给予答复（第十一条(一)和第十四条(六)(b)），并通知其他缔约国是否已就履行义务方面引起的争执找到可行的解决办法（第十三条(二)）。在《种族隔离公约》里，缔约国的义务相当不同。公约缔约国承诺接受和执行某些国际机构所作的反对种族隔离决定（第六条），但这看来是多余的，因为与这些机构有关的文书都已经一般性地对这些义务作了强制性规定。公约还规定需要提出报告（第七条(一)），缔约国间关于公约的争执应提交国际法院或以协议的其他方式解决（第十二条）。另外，就引渡而言，缔约国不应视种族隔离罪行为政治罪（第十一条）。

18. 同国际义务有关的是关于执行机构的规定，这值得在比较各种文书规定的义务之前加以考虑。《世界人权宣言》并未设立这种机构，但《公民权利和政治权利国际公约》设立了人权事务委员会（第二十八条），负责接受、研究和转交缔约国的报告（第四十条），就争执进行审议和提出报告（第四十一条），并可斟酌将争执提交和解委员会（第四十二条（一））。《公民权利和政治权利国际公约任意议定书》也授与人权事务委员会处理个人的申诉（第四条），并规定委员会可提出意见（第五条）。消除一切形式种族歧视国际公约》则把类似的职权交给消除种族歧视委员会（第八、九、十一、十二（一）和十四条）。然而，根据《种族隔离公约》，审议报告的职权交给了由人权委员会主席指派的该委员会的三名委员（第九条），而解决争端的办法则已如上述另行规定。人权委员会还负有监督检查的责任（第十条）。最后，还规定受到控告的人得由一个国际刑事法庭审判（第五条）。

19. 从上述的各种义务和执行机构看不出哪一种比较有效。对于明文规定了缔约国义务的所有国际公约来说，执行的主要手段就是提出报告。不仅与《公民权利和政治权利国际公约》有关，而且与《种族歧视公约》有关的任意议定书，显然增加了这种效用，因为个人可以申诉不太可能由国家提出的问题。值得注意的是，对于个人的申诉，《种族隔离公约》并未作出任何规定。《种族隔离公约》规定的解决争端办法与别的公约不同。不过，所有的公约都规定，只要提出指控的人同意，争端无须经过强制性的程序来解决。

20. 上述执行办法与实际效用的增减无关，因为执行办法可以说是由每一公约想要达到的目标所决定的。《世界人权宣言》就值得国际社会注意的人权达成了最大的可能的一致意见，但并未明文规定国家的义务或设立执行机构作者曾在别的地方指出，《世界人权宣言》对《联合国宪章》作了进一步的阐述；《宪章》本身有其自己的实际效用，而其中的一些原则，由于制定了《公民权利和政治权利国际公约》之类范围较窄的文书，效用更有所增加。《公民权利和政治权利国际公约》本身就是一项有许多国家参加的文书，因此在条文中规定只由缔约国承担的执行措施。这是因为显然期望把《公民权利和政治权利国际公约》作为一种工具，在已经表明承认公约所规定的权利的缔约国中，促进这种权利的执行。公约没有明文规定还未表明承认这些权利的国家的义务，并且，任意议定书也只适用于表明承认

这些权利的国家。《种族歧视公约》也有类似的规定，但义务规定得更详细。

21. 从上述分析，可以看出《种族隔离公约》的特色。《种族隔离公约》的名称来自南非制定的种族政策〔关于这种政策的参考材料，参阅联合国达格·哈马舍尔德图书馆出版的《种族隔离：1970至1978年关于南非共和国政府种族政策的部分目录》（1979年）〕，而其宗旨是反对这种政策。因此，虽然公约的部分目的可以说是在防止种族隔离的做法被扩散到缔约国去，但其主要矛头还是针对非缔约国的种族隔离做法。此外，如果扩大种族隔离一词的定义，把南非之外的有这种行为的国家都包括在内，那么，必须假定容许这种行为的任何国家都不能成为《种族隔离公约》的缔约国。因此，《种族隔离公约》最显著的特点是，它所规定的是各国如何对付在另一国家发生的行为。

22. 这一特色对于执行公约的问题具有关键重要性，因为，与其他有关文书不同，《种族隔离公约》既不能也没有依赖涉嫌发生侵害人权行为的国家的合作，而要依靠并未发生侵害人权行为的国家的合作。鉴于各国不得干预他国内政的普遍看法，有必要对这一点作些解释。

23. 解释的根据是：《种族隔离公约》所使用的“危害人类的罪行”（第一条）和“国际罪责”（第三条）等措词以及国际人权的普遍概念。如上所述，按照《联合国宪章》和《世界人权宣言》，联合国的所有成员国都有尊重人权的普遍义务。然而，上述两个文书并未明文规定这种义务的确切范围，而对必须遵守的那些权利的具体内容也各有不同的解释。《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》及其任意议定书对这些权利作了进一步阐述，同时也为缔约国规定了相应的义务。如果这种阐述构成了一项国际法的普遍原则，就应该对非缔约国也具有约束力；当然，这种情况比较适用于一项准则的阐述，而不适用于体制方面的义务，如提出报告和解决争端等。关于种族歧视问题，《种族歧视公约》作了更加详细的阐述，并具有类似的效力。

24. 因此，到《种族歧视公约》为止的各项人权文书，一方面可看作是逐步阐述关于种族问题的国际法普遍原则，另一方面也可视为给缔约国提供了适当的手段，以保证和加强遵守这些原则。前者并不需要一些国家明白表示同意，但后者在很大程度上需要得到这种同意。



25. 《种族隔离公约》具有同样的双重性质，但必须认识到它包含两种这样的双重性。在说明种族隔离的定义并指出人们不应受到某种待遇时，公约是在阐述一项普遍原则，其目的与有关人权文书的定义部分相同，但内容非常具体。但是公约在规规定国家在这方面的义务（如提出报告和解决争端）时，就是在阐述需要国家同意的一种办法，同其他有关人权文书的规定并没有太大差别。

26. 然而，《种族隔离公约》在宣布罪行和规定对这种罪行的惩罚时，却同以前的同类文书有很大的分歧。其他人权文书并没有把侵犯其所述权利的行为视为犯罪行为。甚至种族歧视在《种族歧视公约》里面也未被说成是一种罪行。罪行一词只适用于种族隔离。因此，《种族隔离公约》所阐述的具体行为，不仅详细载列了侵害人权的行行为，而且是对一种国际罪行的新提法。至于这种提法对非缔约国产生的影响，习惯用语必须同国际法的普遍原则一致；只要取得一致，习惯用语就可适用，而不管各国是否同意。

27. 此外，这对各国履行谴责、起诉和惩罚侵犯人权行为的义务，也同样适用。这同履行提出报告和解决争端等义务的情况完全不一样。差别在于根据国际法普遍原则，对国际罪行应有具体行动，包括有义务采取行动反对国际罪行。

28. 因此，正如仅仅说某种行为违反国际法并不就使该行为具有这种性质一样（然而若是违反国际法普遍原则就可能成为违反行为），根据国际法说某种行为是犯罪并不一定就使该行为成为一种国际罪行。同样地，声明对某种行为应由国家采取某种行动并不一定就能制定国际法的一般准则，但是，如果该行为确实是一种国际罪行，那么国家就应承担一定的义务。

29. 总之，如果仅仅把关于种族问题的各项人权文书看作是缔约国间一致同意的安排，《种族隔离公约》就似乎只是重复已有的规定，尽管其中的一些规定也有新的内容。然而，如果把这些文书视为国际法普遍准则的宣言，《种族隔离公约》的特殊作用就很突出了。该公约一方面给种族隔离的国际罪行下了定义，并规定国家对该罪行应采取的行动，同时也同其他人权文书一样，特别注意人权问题并规定各种保护性措施。

30. 《种族隔离公约》作为一种人权文书，其执行、制定和起草的情况，与同

类的人权文书并无区别。值得特别注意的是，它也是关于国际刑法的一项宣言。

31. 关于执行方式的具体法律问题下文还会谈到。这里首先探讨一些原则性的问题。

32. 首先必须指出，按照其条款，《种族隔离公约》并未仅仅将种族隔离视为一种在国家领土外犯下的罪行，应由个别国家独立采取行动或由若干国家联合采取行动。公约将种族隔离看作是一种“危害人类的罪行”，必需负“国际罪责”。因此，虽然许多国家可能受到该罪行的影响，但应以国际社会的名义给予惩罚。这就表明了应当有一个共同的标准。

33. 其次，虽然《种族隔离公约》的目的在就种族隔离国际罪行作出宣言，但公约包括的范围可能太大或太小，或者既太大也太小，因为实际罪行的存在与性质并不决定于该公约，而是决定于国际法的普遍原则。其结果是，《种族隔离公约》第二条所下的定义，习惯上可能视为对缔约国具有约束力，但对于非缔约国来说，公约的约束力则决定于是否符合国际法的普遍准则。因此，缔约国根据《种族隔离公约》采取的行动，即使完全符合公约的规定，也只有在公约的规定完全符合一般国际刑事法律时，才可视为是在执行一般的国际刑法。这并不是说，根据该公约采取的行动不能根据其他法律成为合法行动。既然《种族隔离公约》打算成为国际法一般准则的宣言，那么，根据公约采取行动也要在国际法一般准则中去找依据。

34. 第三，要为《种族隔离公约》这一方面的规定找出适当的执行办法并不容易，而且范围很窄。执行刑法当然只能通过刑事诉讼程序。虽然不同法律制度的刑事诉讼程序差别很大，但这种程序的一般性质是很容易指出来的。

35. 刑事诉讼程序之所以特殊，不仅是因为其形式特殊，而且也因为其目的与人有别。刑事法不仅是具体规定行为的正当与否，因为其他法律一般也是这样规定。除此之外，刑事法还规定对某种行为应该采取某种措施，这种措施不是以受害者个人的名义，而是以社会或社会正义的名义作出的。这些措施通常称为“刑罚”或“惩罚”，以表示其目的不仅仅是为了弥补可以补救的过去的损失，而且是要防患于未然，使犯罪者不能或不愿从事这种行为。只有从这种措施的惩罚性去看，才能说这种措施也有补救的作用，而这样做的目的是在维护社会正义。但社

会正义不是物质，不能说它受到了损害，也不能说它得到了补救。

36. 刑事诉讼程序的最终目的既然有如上述，就不能把制定和指导这种程序的事只交给有关人士或组织，而必须由有资格代表某一社会的人来处理。制订和指导这种程序的出发点是伸张正义。

37. 第二，基于刑事诉讼程序的目的，必须用一种有条理而又可靠的方法来认定事实。这种方法的要点包括了一般性调查和对考虑被告的申辩。有些法律制度对于接受和审查证据的方法规定得非常复杂，但不论是那一种制度，都是特别小心地从最可靠的来源广泛收集证据。〔应当注意到，虽然一些倡议和保护人权的文书规定了一些调查措施，但其程序还没有达到刑事诉讼程序所需要的既有条理而又可靠的标准。参见 Franck and Fairley, "Procedural Due Process in Human Rights Fact-finding by International Agencies," A. J. I. L. 308 (1980)〕。

38. 第三，基于刑事诉讼程序的目的，对犯罪标准必须作非常具体的规定。这是因为在以社会正义的名义采取行动时，特别需要正确无误。当社会尚未明确表示禁止某一类行时，就不该惩罚此种行为。在讨论法无明文者不罚的原则时，还要进一步谈到这个问题。

39. 前文表明，执行《种族隔离公约》，就需要设立进行刑事诉讼程序的必要机构。事实上，从事反对种族隔离活动的人一直都要把国际刑事法律适用于这种错误行为。例如，特设专家工作组的报告，题为“关于从国际刑事法观点看种族隔离问题的研究”（E/CN.4/1075）。这样一种程序的主要机构就是法庭，但是，为了协助法庭的工作，还可能各种有关机构。为法庭工作而需要注意的其他问题，将另行讨论。

40. 执行《种族隔离公约》最终目的，很明显地可通过这种途径达到，因为刑事诉讼程序的目的是预防和禁止某类行为。实际上国际刑事诉讼程序能在多大程度上达到这一目的，也将另文讨论。

## 二、国际刑事法方面的一些考虑

### A. 对受到国际保护的人权适用国际刑事法原则

41. 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》在国际人权保护总布局中是一个表里相符的组成部分，因此，必须同其他有关公约联系起来加以考虑和阐释。如果说其他这些有关公约已经具体体现在《种族隔离国际公约》、特别是其中第二条的文字与精神之中，那么，它们也是《种族隔离公约》的一部分。

42. 这些有关公约可以分为两类：一类公约宣布某些特定的人权应当受到国际人权法保护；另一类公约要求签署国在其本国法律中将某些侵犯人权的行为定罪，把侵犯人权者起诉，或将被告或经裁定有罪者引渡给要求引渡的国家。其中一些公约特别宣布此类行为为“国际法上的罪行”，其他公约则没有明确强调这一点。然而，其对象和后果是一样的。

43. 第一类公约宣布了保护特定人权的诸项原则，但没有把侵犯这些人权的行为看作是国际法上的一种罪行，也不要求各签署国在其本国法律中对此类行为治罪。然而，在历史的进程中，它们同样有其重要意义。因为这类公约体现了国际社会协议的某种最低标准，其中所载的权利要求可能逐渐变成法律禁止的行为，需要加以强制执行，包括宣布其成为国际法上的罪行，或成为国际法的义务，对侵犯受保护的权利者起诉或引渡。确有许多人权保护方面的国际文书，起初仅在宣布原则，但终于逐步发展成为带有刑罚性质的国际法律。

44. 这一类中一些公约，因针对“种族歧视”提出了禁止或保护规定，因而关系到《种族隔离公约》的解释和执行。这些公约主要是：《世界人权宣言》，《公民权利和政治权利国际公约》，《公民权利和政治权利任择议定书》，《消除一切形式种族歧视国际公约》，《减少无国籍状态公约》和《难民公约》。<sup>1</sup> 这些文书

---

这些文书和其他关于人权保护问题的国际文书，见《人权：国际文件汇编》（联合国出版物，出售品编号 E.78.XLV.2）。另见《联合国在人权领域采取的行动》（联合国出版物，出售品编号 E.74.XLV.2）；L. Sohn and T. Buergenthal, *International Protection of Human Rights* (1973)；J. Graven, *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme* (Institut internationale des droits de l'homme, 1969)。

都明确提到了保护个人不受种族歧视，在内容上全部或部分与《种族隔离公约》有关，特别是与该公约第二条和实施该公约的其他条款有关。（此外，联合国及其劳工组织和教科文组织等专门机构的其他公约也载有反对“种族歧视”的条款，这些公约及其相应的执行也可以列入第一类中）。

45. 这些公约的意义首先在于，国际法院在1970年“关于南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果的咨询意见”<sup>2</sup>中认为，《世界人权宣言》属于《联合国宪章》第55条的解释范围。<sup>3</sup>既然认为《世界人权宣言》进一步阐述了宪章第55条中“人权”一词，而且，宪章第56条申明，保护第55条之“人权”是“毋须立法手续即可实施的”，那么，《世界人权宣言》所提供的保护便可以适用于联合国会员国，并对它们具有约束力。

46. 由于上文第44段所列举的有关公约阐释了《世界人权宣言》中宣告的特定权利，从这个意义上来说，它们也包含在《世界人权宣言》的范围之内，可以视为不仅对签署国、而且对联合国全体会员国均具有约束力。但各项公约本身并不具备这种约束力，约束力之所以产生，在于它们具体解释了《世界人权宣言》中特定权利的意义，而根据上文第45段提到的国际法院的意见，该宣言应视为包含在《联合国宪章》第55条的解释范围内，同时，宪章第56条要求会员国保护这些人权。

47. 只要《种族隔离公约》禁止基于“种族歧视”的行为，而这类行为在第44段列举的公约中作了具体规定，就此而言，可以说其他这些公约的有关条款包含在《种族隔离公约》载列禁止行为的第二条的意义之内。

48. 如果《种族隔离公约》大体上宣布了《消除一切形式种族歧视国际公约》所规定和禁止的某些极端形式的“种族歧视”是犯罪行为，同时，这两个公约体现

---

<sup>2</sup> (1971年)《国际法院报告书》，第16页。

<sup>3</sup> 同上，第57页及以下各页，另见 Schwelb, "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter", 66 A.J.I.L. 337 (1972).

了《世界人权宣言》防止“种族歧视”的保证，而如第45和第46段所述，根据《联合国宪章》第55和第56段，该宣言又适用于联合国会员国，那么，从这个意义上来说，由于这些公约的有关条款是属于该宣言的一部分，联合国会员国根据宪章便负有义务，不得实行《种族隔离公约》第二条所述的种族隔离活动。

49. 第二类有关公约，或则宣布特定行为是“国际法上的罪行”，或则要求签署国在其本国法律中规定该种行为为犯罪，从而体现了“不引渡即审判”的准则。这类公约包括：

- (一) 纽伦堡原则<sup>4</sup>
- (二) 关于危害人类罪行的公约<sup>5</sup>
- (三) 灭绝种族罪公约<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> 关于纽伦堡原则，见联大1946年12月11日第95(I)号决议和国际法委员会第二届会议报告（大会正式记录，第五届会议，补编第12号（A/1316），第三章，第11—14段）。另见 M.C. Bassiouni and V.P. Nanda, A Treatise on International Criminal Law, vol. I, (1973) p.587. 并见 Proceedings in the Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, 42 vols. (1949), 通称“蓝皮书”。随后发表的审讯记录题为 "Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal", 14 vols. (1949), 通称“绿皮书”。关于审讯和被告的有关情况，见 E. Davidson, The Trial of the Germans (1966). 法律评价和诉讼程序说明，见 R. Woetzel, The Nuremberg Trials in International Law (1960); J. Keenan and B. Brown, Crimes against International Law (1950); S. Glueck, War Criminals, Their Prosecution and Punishment (1944), 另见 D. Skvirsky 自俄文译出的 P. Poltorak 的 The Nuremberg Epilogue (1977).

<sup>5</sup> 关于“危害人类罪”，见以上注4纽伦堡原则，原则六(c)。关于“危害人类罪”的历史和法律分析，见 Bassiouni, "International Law and the Holocaust" 9 Calif. West. Int'l L.J. 201 (1979).

<sup>6</sup> 见以上注1和注5。另见 E. Aronneau Le Crime Contre l'Humanité (1961) 和 P. Drost, The Crime of State (2 vol.) (1959).

- (四) 1949年8月12日四个日内瓦公约及其1977年的附加议定书<sup>7</sup>
- (五) 禁奴公约<sup>8</sup>
- (六) 战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约<sup>9</sup>

此外，还包括目前正在拟订的一份公约：

《预防并禁止酷刑公约草案》<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> 1949年8月12日日内瓦公约包括：

《关于改善战地武装部队伤者患者境遇之日内瓦公约》，75联合国，《条约集》，31；《关于改善海上武装部队伤者患者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，75联合国，《条约集》，85；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，75联合国，《条约集》，135；《关于战时保护平民之日内瓦公约》，75联合国，《条约集》，287。

1977年6月19日关于1949年8月12日日内瓦公约的附加议定书，国际红十字会（1977年8月—9月）。

<sup>8</sup> 见以上注1。并见 M.C. Bassiouni, International Criminal Law: A Draft International Criminal Code (1980) 一书中列举的其他有关公约。在该书附录2第13页“奴隶制与类似习俗”一题下的“主要国际文书一览”中，列举了25份国际文书。另见 B. DeSchutter, A Bibliography on International Criminal Law (1972) 和联合国秘书处编写的《国际刑法和国际刑事法庭文献目录》(A/CN.4/28)。

<sup>9</sup> 见以上注1。另见有关该一题目的37《国际刑法杂志》第3—4卷。

<sup>10</sup> 见联合国《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》（联大1975年12月9日第3453(XXX)号决议），国际刑法协会提交防止歧视及保护少数民族小组委员会的“预防并禁止酷刑公约草案”（E/CN.4/NGO/213）和有关该一题目的48《国际刑法杂志》第3—4卷。该委员会的工作小组收到的条文草案载于瑞典提出的正式条文草案（E/CN.4/1285），与国际刑法协会的草案和有关意见大体相似（E/CN.4/1314）。

50. 之所以提出这些公约，因为：首先，《种族隔离公约》第一条宣称该公约第二条所述行为是“危害人类的罪行”，从而将源于《纽伦堡原则》的危害人类罪行，用引述方式列入了该公约的范围。此外，《种族隔离公约》第二条所禁止的行为特别包括了可视为“国际法罪行”的行为，而且根据上文第 49 段列举的公约条款，缔约国对之负有起诉或引渡的国际义务。因此，第二条酌情载列了这些公约中的一些条款应当参照禁止同类行为的其他这些公约的含意来加以阐释。第二条的规定同其他这些公约的不同之处在于，《种族隔离公约》规定的禁止，是针对旨在推行“种族歧视”政策的特定行为，而其他公约，除《灭绝种族罪公约》外，均没有作出这种限制。

51. 《种族隔离公约》第二条包括一系列禁止从事的特定行为，如有违反，则可视作是国际法上的罪行。如上所述，第二条采用了第 44 段列举的一些有关公约所载的其他特定保护和禁止行为的含义，而第 45 和第 46 段已经讲到，这些公约对联合国成员国具有约束力。同时，该第二条还采用了第 9 段列举的一些有关公约所载的特定禁止和违法行为的含义。

52. 鉴于《种族隔离公约》第四条要求缔约国“起诉”和“惩罚”犯有该公约第二条所列举的行为的人，第五条设想由一个国际刑事法庭来审判违法行为，第十一条要求缔约国“引渡”犯有这类行为的人，因此，为履行刑法的法律原则，即“法无明文者无罪，法无明文者不罚”这一“文明国家所公认的国际法普遍原则”，应当在第二条中作出更加明确的规定，以避免含混不清和模棱两可，并避免用引述或类推方法把其他有关条约的条款列入《种族隔离公约》第二条。

#### B. 体制基础：在建立国际刑事法庭方面取得的进展

53. 《种族隔离公约》第五条设想设立一个“国际刑事法庭”来审讯犯有该公约第二条所列举的行为的人。这一规定确立了设立国际刑事法庭的法律授权。



54. 除了一个孤立的历史事件外,<sup>11</sup> 这方面唯一的先例是纽伦堡和东京的战争罪犯法庭; 这是两个特设的国际刑事法庭。<sup>12</sup> 当代还找不出其他类似的例子。

55. 1951年, 联合国收到了一个专家委员会拟订的国际刑事管辖法草案(A/2136); 1953年, 又收到了在另一专家委员会工作基础上产生的第二份草案(A/2645)。这两份草案都列入了议事日程, 但联合国并未采取进一步的行动。<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> A. Schwartzberger 教授报导, 1474年, 神圣罗马帝国国际法庭曾在德国布莱萨赫以战争罪起诉一个名叫 Peter Von Hagenbush 的人。 见1946年9月27日《曼彻斯特前卫周刊》, “1474年布莱萨赫战争罪审讯案”。 另见 de Barranté, Histoire des Ducs de Bourgogne, Vol. IX (1837)。 另一个先例见诸1268年在那不勒斯对 Couradin Von Hohenstufen 的审讯, 罪名是发动“非正义战争”, 但审判庭的组成不是国际性的。 见 Bierzaneck, “The Prosecution of War Crimes” in Bassiouni and Nanda, supra note 4, p.559, 560。 或者还可以举出一个先例, 即1810年埃克斯拉夏佩勒会议的“同盟国”决定将发动“非正义战争”的拿破仑·波拿巴特拘禁在厄尔巴岛上。 见 Bellot, “The Detention of Napoleon Bonaparte” 39 Temple L. Rev. 170 (1923)。

<sup>12</sup> 见 Wright, History of the United Nations War Crimes Commission (1948); Proceedings in the Trial of the Major War Criminals Before International Military Tribunals (1942) 42 vols; R. Woetzel, The Nuremberg Epilogue (1971); Roling, “The Nuremberg and Tokyo War Crimes Trials”, in Bassiouni and Nanda, supra note 4, p. 590。

<sup>13</sup> 见联大1957年11月11日第1187(XII)号决议。 另见联合国秘书长的说明, 题为“国际刑事管辖”(《大会正式记录, 第十二届会议》, A/3649号文件)和秘书长提交的备忘录, 题为“刑事管辖问题的历史回顾”(联合国出版物, 出售品编号1949.V.8)。 关于创立国际刑事管辖的各项方案的历史文献, 见 B. Ferencz, The International Criminal Court (1980) 2 Vols。 另见 J. Stone and R. Woetzel, Toward a Feasible International Criminal Court (1970); 专门讨论该一题目的35《国际刑法杂志》第1-2号(1964年)

和 45 《国际刑法杂志》第 3—4 号（1974 年），内载国际刑法协会提交 1975 年 9 月在日内瓦召开的第五届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会的文件，讨论“设立国际刑事法庭”问题。《国际刑法杂志》在其 1928、1935、1945 和 1952 年各期和其他各期中刊载了有关这一题目的学术论文。国际刑法协会一贯支持设立国际刑事法庭，它的历届国际大会都采取了这样的立场，协会一些杰出成员的立场也是如此，这些成员包括：Pella, Donnedieu de Vabres, Saldana, Graven, Jimenez de Asua, Setille, Cornil, Bouzat, Jescheck, Romoshkiin, Herzog, Glaser, Dautricourt, Quaintano-Rippoles, Arroneau, Mueller, De Schutter, Triffterer, Lombois, Plawski, Ferencz, Oehler, Zubkowski。这些学者和其他人关于这一题目的著作卷帙浩繁，这里不能一一引证，可参见以上注 8 Bassiouni 的 "Bibliography" p. 175。关于最近提出的三份章程（规约）草案，详见国际法协会提交的该协会国际刑法委员会 1979 年 5 月在巴黎通过的“国际刑事伤害罪委员会章程草案”（国际法协会会议记录，（1980 年贝尔格莱德会议），第 4 页）；“国际刑事法庭规约草案”（1973 年 8 月以法律争取世界和平阿比让世界会议，Robert K. Woetzel（编辑）；和设立国际刑事法庭基金会起草的“国际刑事法庭规约草案”。另见 K. de Haan "The Procedural Problems of a Permanent International Criminal Jurisdiction" in De bestrafing van inbreuken tegen het oorlogs - en het humanitair recht (A. Beirlaen, S. Dockx, K. de Haan, C. Van den Wijngaert, eds., 1980) p. 191.

56. 这种情况的主要原因可以概述如下:

- (一) 现在还没有一部国际刑事法典。特别是尚未规定侵略定义,<sup>14</sup> 其他一般罪行的定义, 除少数例外, 也规定得不够明确;
- (二) 拟议的国际刑事管辖想要管辖所有国际罪行, 包括当时认为规定得不够明确的罪行;
- (三) 在多数法律制度中, 刑事法典或刑事法通常有一个“总则部分”, 论述责任原则和其他问题, 但国际刑法的“总则部分”尚未拟订出来, 起草1951和1953年两份草案的两个联合国专家委员会提出的总则又没有取得足够的一致意见;
- (四) 由于没有一部列有“总则”和“分则”(具体罪行)的国际刑事法典, 违背了“法无明文者无罪, 法无明文者不罚”这一普遍接受的原则;
- (五) 这两份草案都必须修改《联合国宪章》, 而修改宪章的做法是不切实际的。

57. 1972年, 人权委员会特设专家工作组编写了一份专题报告, 题为“从国际刑法的角度来看种族隔离问题”(E/CN.4/1075), 其中阐述了根据《种族隔离公约》第五条建立国际刑事管辖的基本条件。对该报告没有采取任何行动, 直到最近, 也没人提议进一步执行《种族隔离公约》第五条。

### C. 种族隔离作为一项国际罪行: 关于责任的特殊问题

58. 根据《种族隔离公约》第三条以及人权委员会和南非问题特设专家组的各项决议, 责任的基本原则是个人直接责任。但从该公约第三条和国际刑法来看, 这个责任的依据过于狭窄。<sup>15</sup>

59. 如果《种族隔离公约》宣称第二条所述行为构成了国际法上的罪行, 那么,

---

<sup>14</sup> 联大1974年12月14日第3314(XXIX)号决议。另见 B. Ferencz, Defining International Aggression (1975)。

<sup>15</sup> 见 Bassiouni 以上注8。

其中的责任原则应符合规定的准则，这些准则包括：<sup>16</sup>

- (一) 个人行为的直接责任；
- (二) 上级对下属行为的责任；
- (三) 不行为的个人责任；
- (四) 法人团体的责任；
- (五) 国家责任；

<sup>16</sup> 关于“个人行为的直接责任”、“上级对下属行为的责任”、“不行为的个人责任”和“参与犯罪组织的个人责任”，见“纽伦堡原则”，以上注4。 一些一般性著作，见

Konarov, "Individual Responsibility Under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems", 29 Int'l & Comp. L.Q. 21 (1980); Diritto Penale Internazionale (Consiglio Superiore della Magistratura, 1979); C. Lombois, Droit Penal International (1st ed. 1971, 2d ed. 1979); Green, "An International Criminal Code - Now?" 3 Dalhousie L.J. 560, 561 (1976); Dinstein, "International Criminal Law", 5 Israel Y.B. of Human Rights 55, 72 (1975); La Belgique et le Droit International Penal, B. DeSchutter ed. (1975); D. Cahler, Internationales Strafrecht (1974); Special issue 45 Revue Internationale de Droit Penal 3-4 (1974) on International Criminal Law; Triffterer in Bassiouni and Manda, A Treatise on International Criminal Law vol. II (1974) pg. 86-96; M.C. Bassiouni and V.P. Manda, A Treatise on International Criminal Law (1973) two volumes; Münch, in Bassiouni and Manda, A Treatise on International Criminal Law vol. I (1973) pg. 143-55; B. DeSchutter, A Bibliography on International Criminal Law (1972); S. Plawski, Etude des Principes Fondamentaux du Droit International-Penal (1972); S. Glaser, Droit Penal International Conventionnel (1970); O. Triffterer, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des Materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg (1966); G.O.W. Mueller and E.M. Wise, International Criminal Law (1965); V. Pella, La Guerre-Crime et les Criminels de Guerre (1964); S. Glaser, Infraction Internationale (1957); A. Quintano-Ripcoles, Tratado de Derecho Penal Internacional y Internacional Penal (1956) two volumes; H.-H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane Nach Völkerstrafrecht (1952); V. Pella, La Codification du Droit Penal International (1952); N. Lavi, Il Diritto Penale Internazionale (1949); Radin, "International Crimes", 32 Iowa L. Rev. 33, 46 (1946); H. Donnedieu de Vabres, Introduction a l'Etude du Droit Penal International (1928); M. Travers, Le Droit Penal International et sa Mise en Oeuvre en Temps de Paix et en Temps de Guerre (1920-22) five volumes; Meili, Lehrbuch des Internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts (1910); Hegler, Prinzipien des Internationalen Strafrechts (1906).

(六) (在依照道德标准应该作出选择的情况下)不得以上级命令作为辩护理由。<sup>17</sup>

60. 虽然国际刑法仅在惩罚个人,但法人团体和国家的责任亦可视为准犯罪责任,对此类责任,仍可用罚金或惩罚性补偿作为补救办法。

61. 国家对过失行为的责任原则也应适用,<sup>18</sup> 对此类责任,应采取补偿性立法和行政措施,以及用赔款和补偿费作为补救办法。

<sup>17</sup> 见“纽伦堡原则”以上注4,

Y. Dinstein The Defense of Obedience to Superior Orders in International Law (1965) and Vogler "The Defense of Obedience to Superior Orders in International Criminal Law" in Bassiouni and Nanda, 以上注4.

<sup>18</sup> 见《国际法委员会年度报告》,1978年,第二卷(第二部分)(联合国出版物,出售品编号E. 79. V. 6)第74及以下各页,A/33/10号文件,第三章。另见“国家的国际过失行为,国际责任的起源”(A/CN.4/246和Add. 1-3)该文载于上述报告,1971年,第二卷(第一部分)(联合国出版物,出售品编号E. 72. V. 6)(第一部分),第199页及以下各页,其中引述了常设国际法庭和国际法院的重大决定和一些仲裁决定,另见

M. Whiteman, A Digest of International Law, vols. 1 and 8 (1968); A. Verdross, Völkerrecht (5th ed. 1964); G. Balladore-Pallieri, Diritto Internazionale Pubblico (8th ed. 1962); C. Rousseau, Principes Generaux de Droit International Public (1953); P. Guggenheim, Traite de Droit International Public (1953); H. Kelsen, Principles of International Law (1952); L. Oppenheim, International Law, vol. 1 (Lauterpacht 8th ed. 1955); G. Schwarzenberg, International Law (3rd ed. 1957); J. Personnaz, La Reparation du Prejudice en Droit International Public (1939); C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (1928); C. de Visscher, La Responsabilite des Etats (1924); D. Anzilotti, Teoria Generale della Responsabilite della Stata nel Diritto Internazionale (1902), reprinted in D. Anzilotti, Corso di Diritto Internazionale (1928); K. Strupp, Handbuch des Völkerrechts - Das völkerrechtliche Delikt, vol. 3 (1920); G. Vattel, Le Droit des Gens (1887).

D. 建立国际刑罚制度对防止和惩治  
种族隔离罪行可能造成的影响

62. 要想用国际刑法来防止种族隔离罪行，必须使惩罚足以阻吓此类行为，也就是说，必须实际上加以惩罚，才能通过判刑、剥夺权利和最终的释放来取得特殊的阻吓效果。因此，任何惩罚措施的效力取决于执行刑罚的机构和它能否迅速、确切地采取行动。在这一点上，国际刑罚制度与国家刑罚制度没有什么不同。<sup>19</sup>

1. 推行种族隔离政策国家内的个人

(a) 目前可能受到的惩罚

63. 可以想见，凡是把种族隔离奉为官方政策的国家，绝不会加入本报告（第三和第四部分）中提出的公约草案和议定书草案。因此，也不会接受其条款的约束。这样一来，上述文书的存在本身对此类国家内的个人便没有效力，不能使之接受国际刑事诉讼程序管辖。此类国家将会拒绝遵照国际执法体系的要求和命令行事，而拒绝之后，事情的发展就同上述文书并不存在时一样。然而，任何犯有种族隔离罪行的个人，为谨慎起见，将不得不避免进入（第三部分）公约草案和（第四部分）议定书草案的缔约国的领土。同时，在与公约草案和议定书草案的缔约国签订有引渡条约并能要求其交出这类人犯的其他国家，同样也存在这种阻吓

---

<sup>19</sup> 见 A. Pagliaro, Principi di Diritto Penale (1980); The Criminal Justice System of the USSR (M.C. Bassiouni and V. Savitski eds.) (1979); E.R. Zaffaroni, Manuel de Derecho Penal (1979); M.C. Bassiouni, Substantive Criminal Law (1978); R. Carranca, Y Trujillo Derecho Penal Mexicano (1977); E. Hungria and H. Fragoso, Comentarios ao Condigo Penal (1977); A. Odah, Islamic Criminal Law Compared to Positive Law (in Arabic) two volumes (1977) 3rd ed.; F. Munoz Conde, Derecho Penal (1976); S. Renneberg, Strafrecht (1976); H.-H. Jeschock, Lehrbuch des Strafrecht (1975); M. Mostafa, Principes de Droit Penal des Pays Arabes (1973); R. Merle and G. Vitu, Droit Criminal (1967); and M. Ancel and Y. Harx, Les Code Penaux Europeens, three volumes (1958).

作用。<sup>20</sup>

64. 因此，公约和议定书草案的主要作用是限制罪犯的旅行自由，这是个虽然不算严重却也难以忽视的惩罚。加入公约和议定书草案的国家越多，公约和议定书的执行机构对个人行为也就掌握得越清楚，限制作用也就越来越大。

65. 从理论上来说，根据公约和议定书草案，还可以对个人进行缺席审判，这对此类人员在其国界之外的活动，至少具有同样的阻吓作用。但也存在另一方面的消极影响，不利于维护世界秩序，即业经宣判有罪的人犯，可能会成为解决运动或恐怖主义组织，甚至个人施暴或暗杀的目标。这种结果，也许会起到阻吓作用，但任何法律制度都不会容忍、更不会提倡通过非法行为来执行其判决。各国当局一致认为，此类行为破坏了法律制度作为维护正义的工具的完整性，造成了世界秩序的动荡。

66. 可能受到调查和起诉以及具体着手调查和起诉也是一种阻吓作用，但不法分子或组织同样可以利用来作为他们采取暴力行动的口实。

67. 通过调查、起诉和定罪，使罪犯名声扫地，也是一种有效的办法，对于惊动世界公众舆论的事情，情况尤其如此。但此种情况与任何施行感化教育，使罪犯重新做人的理论相抵触。

(b) 将来可能受到的惩罚

68. 对于居住在推行种族隔离政策的国家的人犯来说，最大的威胁还在将来。国家政策总会改变的。对于种族隔离政策，至少可以说它早已过时了，迟早要完蛋的。然而，罪犯或许仍在希望他们能够推迟末日的到来，在逃离这个国家之前，尽可能地利用种族隔离政策来谋取一己之私利。如果其他国家缺乏对这类罪犯进

<sup>20</sup> 见 V.E.H. Booth, British Extradition Law and Procedures (1980); C. Van den Wijngaert, The Political Offence Exception to Extradition (1980); M.C. Bassiouni, International Extradition and World Public Order (1974); I. Shearer, Extradition in International Law (1971); T. Vogler, Auslieferungsrecht und Grundgesetz (1969); Bedi, International Extradition (1968); and A. Billot, Traite de l'Extradition (1874). 另见 M. Pisani and F. Mosconi, Codice della Convenzioni di Estradizione E Di Assistenza Giudiziaria in Materia Penale (1979).

行起诉的法律根据，则会使罪犯认为他们可以在别的国家逍遥法外。应当指出，种族隔离公约仅仅要求各缔约国根据本国的司法管辖权来惩治罪犯。因此，缺乏行使国际刑事管辖权的机构是一个很严重的问题。

69. 引渡使罪犯比较难于逃过惩罚，但罪犯或许希望可以找到一个不会把他们引渡的国家。遗憾的是，他们这种乐观的看法不是没有根据的。许多国家会认为种族隔离属于政治罪行，因而拒绝把罪犯引渡给犯罪发生国家的新政府。此外，即使是《种族隔离公约》的缔约国，虽然负有义务，不得把种族隔离视为政治罪行，但如果没有同罪犯前居住国缔订引渡条约，就缺少拘禁此类罪犯的法律依据。因此，在政府更迭期间，许多罪犯仍然可能经由这些国家逃走。

70. 然而，根据该公约和议定书草案，随着缔约国数目的增加，再加上它们与其他非缔约国的引渡条约，能够提供避难（那怕是在一段极短的期间内）的地方将日益减少。这样一来，要想选择一处避难所来安身，恐怕就很困难了。

71. 一个国家，如果不愿意将《种族隔离公约》的规定纳入其本国制度之中，或许会发现，承认国际刑事管辖权，从而达到同样的效果，在政治上比较方便，也比较容易让人接受。

## 2. 其他国家内的个人

72. 有些国家，种族隔离虽非一种官方政策，但也屡有发生。在这些国家中，种族隔离的行为可以看作是个人的作奸犯科，也可以看作是政府的非法活动，或预示着政府今后的政策动向。如果这些国家是公约或议定书草案的缔约国，那么，向检察院投诉可能引起检察院或其他政府官员的注意，这将对此类活动起到有效的阻吓作用。

73. 至于非缔约国，由于公约和议定书草案允许对无论在什么地方发生的此类行为进行调查、起诉、判罪和惩治，因此，可望起到一定的阻吓作用。

74. 公约和议定书草案的执行机构，尤其是法庭，如果独立而公正，将使缔约国和非缔约国都愿意协助这些机构有效地开展工作。特别是如果各国看到，按照象公约草案的规定，可能把这些机构的管辖权扩大适用于其他国际罪行。许多国家的负责人曾经一再表示过类似希望。



### 3. 对国家可能的惩罚

75. 从历史上来看，对国家不当行为的制裁只能通过军事上的绝对优势，或由受罚国家在压力下表示同意。联合国的诞生开辟了一个新纪元，目前，此类制裁完全属于安理会的职权范围。

76. 这里要讨论的不是诉诸安理会来实行经济或军事制裁的问题，对此，《联合国宪章》已经作了规定。要讨论的是罚金或赔款的问题，以此作为一项措施，惩罚参与了国际确认的不当行为的国家。<sup>21</sup>

77. 上述罚金对此类国家的国际贸易可能产生影响，从而对由个人执行的国家政策的犯罪行为起到极其有效的阻吓作用。

78. 最后，世界舆论的谴责和外交上可能陷入孤立状态都会使此类国家感受到极大的威胁。

### 4. 跨国公司

79. 出人意外的是，阻吓种族隔离罪行的一个最有效的领域是在跨国公司。因为跨国公司在公约和议定书草案缔约国的领土上可能拥有财产，这样一来，对这些财产征收罚金就可能起到实际而有效的阻吓作用。面对这种威胁，跨国公司必须在推行种族隔离政策的国家和公约和议定书草案缔约国之间作出选择，决定同谁去打交道。

80. 但这里必须强调一点，在对跨国公司提起诉讼之前，应当详细规定，搞清楚究竟哪类公司政策助长了种族隔离罪行，哪些公司雇员参与了决策过程，哪些公司政策实际上是反对种族隔离的。

### 5. 其他考虑

81. 公约和议定书草案中提到了建立国际刑罚制度，其效力虽然在很大程度上取决于缔约国的合作和支持，但建立之后也可以带动其他事态的发展。这两项制度中任何一项的确立都将影响世界舆论，并通过它的活动来形成世界舆论。归根

---

<sup>21</sup> 见以上注18。

结底，国际文书或国际机构不能从根本上改变国家或个人的行为，它们只能起到促进作用。只有改变个人和社会的价值观念，才能够达到预期的结果。只要想一想，目前，奴隶制几乎已经绝迹，而究其原因，却不是靠了国际执法机构的力量，而是通过包括国际文书在内的一系列措施，逐渐改变了社会价值观念，才造成了奴隶制度几乎绝迹的局面。<sup>22</sup>

82. 还必须指出，《种族隔离公约》缔约国有义务运用本国的法律制度来调查、起诉和惩治种族隔离罪行，无论是否存在国际刑罚机构。即使确立了国际刑罚制度，这一义务仍然不会消失。<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> 见联合国秘书长就禁奴问题编写的备忘录(ST/SOA/4)。另见 Nanda and Bassiouni, "Slavery and the slave trade: steps towards its eradication", 12 Santa Clara Law, 424 (1972).

<sup>23</sup> 见根据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》设立的三人小组的报告(E/CN.4/1328)。

### 三、关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族隔离罪行 及其他国际罪行的公约草案

#### 第一部分 国际刑事法院的性质及其机构和权力

##### 第一条

##### 宗 旨

兹设立国际刑事法院，专门负责执行《防止并惩治种族隔离罪行国际公约》的刑事条款，以及缔约国以补充协定列入本法院管辖的任何其他国际罪行。

##### 第二条

##### 法院的性质

法院为常设机构，设在海牙司法宫内，并在该址履行其主要职责。法院以联合国的正式语文为其语文。

##### 第三条

##### 法院的机构

1. 法院由下述机构组成：
  - (a) 法庭
  - (b) 检察院
  - (c) 书记处
  - (d) 国际刑事法院规约缔约国常设委员会。
2. 上述机构的职责和权力载于本公约第三部分。

##### 第四条

##### 管 辖 权

1. 法院对下述“严重违反”《防止并惩治种族隔离罪行国际公约》第二条的

行为行使管辖权：杀害；酷刑；残酷、不人道或有辱人格待遇或惩罚；任意逮捕和拘留；以及

2. 被一项有效的多边公约认定为国际罪行的任何其他行动或行为，只要此项公约已宣布该行动或行为为国际罪行，或已要求缔约国在本国法律中规定该行动或行为为犯罪，并对犯罪者起诉或引渡，但希望法院行使此种管辖权的缔约国必须签署本公约的一项补充协定。

3. 法院对于就被控或判决犯有属于其管辖范围内罪行的自然人或法人进行调查、起诉、审判和惩罚具有普遍的管辖权。

## 第五条

### 职 权

1. 法院有权对被控犯有或犯有下述罪行的任何自然人或法人进行调查、起诉、审判和惩罚：

- (a) 第四条第1款所述的“严重违反”《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第二条的行为；以及
- (b) 本公约第四条第2款所述的任何其他国际罪行，但须有补充协定的具体规定，将该项罪行列入法院管辖。

2. 法院依照本公约的各项规定并根据国际法院规约第三十八条所述的国际法行使其职权。

3. 法院各机构的职权应根据本公约规定的法院的宗旨予以解释和行使。

## 第六条

### 法院行使管辖权的对象

法院对第二十条所述的自然人和法人行使管辖权。

## 第七条

### 制 裁

1. 法庭作为法院的一个机构，在判决有罪时有权根据第二十四条和本公约规

定的标准给予下列制裁：

- (a) 若犯罪者为自然人，则剥夺其自由或实行任何程度较轻的管制；
- (b) 对自然人或法人罚金；
- (c) 禁止自然人或法人从事某种行为或活动。

2. 制裁措施由法庭的法规确定，并在生效前予以公布。此种制裁应与世界上一些主要刑事制度中对同类罪行的惩罚相同。

## 第二部分 法院的刑事诉讼程序

### 第八条

#### 诉讼程序开始

1. 除非检察院收到控告或检察院自行提出控告，否则，不应开始任何刑事诉讼程序。

2. 检察院调查处应决定此类控告是否“显然缺乏证据”，并应立即将决定通知提出控告的一方。

3. 本公约缔约国或联合国的机构提出的控告不得视为“显然缺乏证据”。其他国家和政府间组织提出的控告如被裁定为“显然缺乏证据”，它们可以根据本公约第十二条就此项裁定向法院申诉。

4. 除非法庭另有指示，检察院可对“显然缺乏证据”的控告不采取进一步行动，但也可继续进一步调查。

5. 已确定为“并非显然缺乏证据”的来文应连同调查记录一并送交检察院检察处，由其立即通知被告并承担案件的诉讼责任。

6. 如案件已准备起诉，检察长应将该案件根据本公约第九条，提交法庭的有关分庭，或根据本公约第十七条提交常设委员会，或同时提交分庭和常设委员会，但如由本公约缔约国或联合国的机构提出控告的案件未能在提交常设委员会后一年内提交法庭，提出控告一方可要求法庭审查该案件并根据本公约第九条采取行动。

## 第九条

### 审判前程序

1. 检察院检察处可根据本条规定请法庭的有关分庭发布有助于案件诉讼的命令，特别是下述命令：

- (a) 拘捕证；
- (b) 传票；
- (c) 禁制令；
- (d) 搜查证；
- (e) 移解被告证，使被告到庭及顺利通过有关国家领土。

2. 法庭如同意根据请求发布此类命令，可予先通知，但如通知会妨碍此类命令的有效执行，也可不予先通知。

3. 所有此类命令均应按照执行命令所在国家的有关法律执行。

4. 在根据本公约第十条对案件的实质进行审理前，应将案件提交法庭的有关分庭，由律师代表被告出席预审，并由分庭作出下述裁定：

- (a) 案件的事实和所引法律有合理的根据；
- (b) 根据一罪不二审原则或基本公平概念，没有任何正由本法院或其他法院受理的诉讼妨碍此项诉讼；
- (c) 不存在任何会使审判不可靠或不公正的情况。

5. 诉讼的时间表应由有关分庭同检察院和被告的律师协商确定，但应考虑到对各当事方都公平的原则和“迅速审判”的原则。

## 第十条

### 审判

1. 对案件实质部分的审讯应在指定的法庭的分庭公开进行，但分庭的评议应秘密进行。

2. 分庭对案件可随时裁定不予受理，并发布附有适当说明的命令。 如果因案件实质之外的任何原因不予受理案件，则不适用一罪不二审的原则。

3. 分庭在申诉中应根据各当事方“地位平等”的原则，对检察长和被告代表提出的证据和理由给予同等的考虑。

4. 在各当事方就罪行或违法行为的责任提出了所有证据并进行辩论之后，分庭应停止审讯，休庭进行评议。

5. 分庭裁决的摘要或全文应以口头方式公开宣布，关于认定事实和适用法律的判决书应同时公布，或在口头宣布裁决之日起三十天内正式登记；分庭的任何法官可以书面方式单独提出反对或赞成意见。

6. 关于罪行的判决经书记处登记后成为正式判决；书记处应立即将判决送交检察院和被告。但判决在登记之日起三十天后始行生效；在此之后，作出判决的分庭不得再对其判决进行修改。

7. 每一分庭由三位抽签选出的法官组成；案件也用抽签方式分配给每一分庭。

## 第十一条

### 量 刑

1. 在判决有罪或应负责任后，应就给予何种制裁单独进行一次审讯，由各当事方提出从轻或从重制裁的证据并进行辩论。

2. 在上述审讯结束后，分庭应休庭进行评议，并按照第十条第5和第6款关于罪行判决的规定，以同样方式和按照同样条件发布其裁决。

## 第十二条

### 上 诉

1. 自判决或命令正式登记之日起三十天内，被告可向书记处送交书面通知并由其转交另一当事方，开始对分庭有关罪行或责任或有关制裁的判决向全体法官组成的法庭（全体庭）上诉。

2. 对于分庭采取的其他行动，只有在这类行动是对独立事项的最后决定的情况下，才能在最后判决正式登记前提出上诉。

3. 检察院可按第1和第2款所述供被告使用的同样方式就法律问题提出上诉。

4. 全体庭关于上诉的宣判应同其他判决一样，按照本公约第十条第 5 和第 6 款的规定。

5. 全体庭的判决以及各分庭没有上诉的判决或命令应视为最后的裁决，除非出现下述情况：

- (a) 发现了在宣布判决或命令时不知道的 evidence，对判决或命令会产生重大影响；或，
- (b) 显然向全体庭或分庭提供错误事实，影响宣判结果；或，
- (c) 被控的事实从表面看并非无可置疑；或，
- (d) 所述事实并不构成法院管辖范围内的罪行；或，
- (e) 法庭法规规定的其他理由。

6. 对上诉的判决法庭可改判、撤销或发回重审；如果撤销判决，法庭应详细说明，一罪不二审原则对原先的审判有何影响。

### 第十三条

#### 制裁与监督

1. 法庭可要求任何缔约国根据该国法律执行对罪行判决的措施。

2. 对于已判决有罪的每一被告，应抽签选出一位法庭的法官作为制裁的监督人。

3. 关于减轻制裁的任何请求应首先送交制裁监督法官，该法官可将请求提交审判分庭决定是否予以减轻，但此种行动不应加重对判决有罪的自然人或法人的制裁或限制条件。

4. 对于制裁监督法官就减轻制裁请求所作裁决可向判决制裁的分庭提出上诉，分庭可自行决定对此类上诉不必召开全议庭。也不必提出详细的判决书。

5. 本公约的任何条款不妨碍法庭根据其法规缓期执行制裁或对制裁的执行提出先决条件。



### 第三部分 法院的机构

#### 第十四条

#### 法 庭

1. 法庭由十二名法官组成，其中同一国籍的法官不应超过两名，由缔约国常设委员会从提交给它的候选人中选出。

2. 法官的候选人应为国际刑法或人权方面的杰出专家及其他有资格在本国最高法院中任职的法学家，不论其是何国籍或有无国籍。

3. 法官应以秘密投票选出；缔约国常设委员会应设法选出具有不同背景和不同经历的人士，同时改虑到世界各主要法律和文化体系的代表性。

4. 选举应在缔约国常设委员会主席的监督下由书记处协调进行；法院如有出缺，即应举行选举。

5. 当选的法官任期如下：四人任期四年，四人任期六年，四人任期八年。法官可连选连任在重选时出缺的任何一个任期。

6. 法官不应在任何国家担任公职。

7. 法官除担任法庭法官的职务之外，不应从事其他职业或经营。然而，法官可以从事有报酬的学术活动，但此类活动不得妨碍其公正立场或公正身分。

8. 法官对于在其选入法庭前曾有牵涉的任何案件，不应在法院中担任任何职责。

9. 法官可自行决定回避任何案件，或由法庭三分之二多数法官以利益冲突为理由要求其回避。

10. 法官不能或不愿继续根据本规约履行职责，可以辞职。如法官无能力履行其职责，可由法庭其他法官以一致表决予以免职。

11. 除被免职的法官外，法官可在任期届满后继续任职，直至其后任接替职位为止，并应在期满之后继续任职，以完成所参与的任何未了案件。

12. 法庭的法官应选举庭长一人，副庭长一人及其他适当的官员。庭长任期两年。

13. 法庭法官以下述三种身分履行其司法职责：

- (a) 同其他法官组成全体庭；
- (b) 根据轮流原则同另两位法官组成分庭；
- (c) 单独担任制裁的监督人。

14. 法官的薪俸与国际法院法官的薪俸相同。

15. 全体庭应按照本公约的规定，制定分庭和全体庭的诉讼法规以及分庭的设立和轮流办法。

16. 全体庭判决的全文或摘要应以口头方式宣布，关于认定事实和适用法律的判决书应在口头宣布时或在其后三十天内公布；任何法官可提出赞成或反对意见。

17. 全体庭的判决和命令在书记处将书面意见登记后生效；书记处应将此种意见通知各当事方。

18. 全体庭可在判决登记后三十天内不经通知作出决定。

19. 对于本法院采取的任何行动只能向全体庭申诉；如有人提出申诉，检察长有权代表本法院出庭，并以本公约所有缔约国名义反对申诉行动。

20. 缔约国同意根据本公约的规定执行法庭的最后判决。

## 第十五条

### 检察院

1. 检查长是检察院的首席官员。 检察院由行政处 调查处和检察处组织，分别由一位副检察长领导，并雇用适当的工作人员。
2. 检察长由缔约国常设委员会从常设委员全体成员提名的至少三位候选人中选出，任期六年，连选可以连任，除非自己辞职或因无能、利益冲突或显然忽视本公约的规定或法院的重要法规而被全体法庭法官以三分之二表决免职。
3. 检察长的薪俸与法官的薪俸相同。
4. 副检察长和检察院的所有其他工作人员均由检察长随意任免。

## 第十六条

### 书记处

1. 书记长为书记处的首席官员，由全体庭以多数表决选出，任期六年，连选可以连任，除非自己辞职或因无能、利益冲突或显然忽视本公约的规定或法院的重要法规而被全体庭以多数表决免职。
2. 书记长的薪俸与法官的薪俸相同。
3. 书记处雇用适当的工作人员以履行其档案和行政职责以及法庭按照本公约规定和法院法规交给它的其他工作。
4. 特别是书记长应：
  - (a) 一年两次提出法院各机构的预算；以及
  - (b) 编写和出版关于法院各机构活动的年度报告。
5. 书记处的工作人员可由书记长随意任免。
6. 检察院的年度调查报告摘要应送交书记处出版；某些调查如需保密，可以删除，但向法庭和常设委员会提交一份机密调查报告，由书记处单独存档。法庭或常设委员会可以多数表决命令将报告公布。

## 第十七条

### 常设委员会

1. 常设委员会由每一缔约国指派一名代表组成。
2. 常设委员会应以多数表决选举主席一人，候补主席一人，以及其他适当的官员。
3. 主席应在法院所在地每年至少召开两次会议，每次会期至少一周，并在委员会以多数表决提出要求时召开其他会议。
4. 常设委员会有权履行本公约明文赋予的职责以及履行委员会认为有助于促进法院的宗旨且又不违背本公约规定的任何其他职责，但是这些职责不应妨碍法庭作为一个司法机构的独立性和公正性。
5. 特别是，常设委员会可：
  - (a) 出面调停缔约国之间有关法院职能的争端；
  - (b) 促请各国加入本公约，以及
  - (c) 向各缔约国提出用以加强法院职能的国际法律文书。
6. 缔约国如未能提供本公约规定的款项支持法院或没有按照本公约履行其义务，常设委员会可拒绝其代表参加。
7. 应检察院或应已发交分庭审理的案件的某一当事方的要求，常设委员会可受理调节和调停的请愿。在此情况下，常设委员会应在六十天内决定接受或拒绝请愿；对于此项决定不得上诉。如果常设委员会接受请愿，法庭的诉讼程序即应停止，直至常设委员会结束其调解和调停努力为止，但时间不应超过一年，除非各当事方商定并得到法庭同意。

## 第十八条

### 一般体制问题

1. 法院各机构应根据第四部分关于履行其本公约规定的职责的标准，制定和

公布各自的法规，但检察院和书记处的法规应由全体庭以多数表决批准。

2. 检察长应参加制订法庭和书记处的法规，但无表决权。 法庭庭长应参加制订检察院和书记处的法规，但无表决权。

3. 除通过的法规另有规定外，法庭的程序应为国际法院的程序，书记处的程序为国际法院书记官长的程序。

4. 法院各机构应同书记处合作编制各自的预算；预算应送交全体庭修改或核准，但常设委员会可对整个预算予以通过或否决。

5. 法官、检察长和副检察长及其助手、书记长以及参与某一案件的律师均应视为法庭的官员，他们在执行公务时，应享有对各国法律程序的豁免权。

6. 除参与某一案件的律师外，法庭的任何官员在履行本公约规定的任何职责前，均应首先公开庄严声明，秉公遵守本公约和法院法规。

#### 第四部分 法院的标准

##### 第十九条

##### 法规和诉讼程序的标准

1. 在法院的一切诉讼程序中以及在制订法院各机构的任何法规时，被告应享有《世界人权宣言》与《公民权利和政治权利国际公约》中阐明的各种基本人权，其中包括：

##### (a) 无罪推定

无罪推定是刑事审判的一项基本原则，其中特别包括：

- (1) 除非依照法律进行公正审判，不得判决任何人有罪或正式宣布其有罪；
- (2) 除非自己依照法律证明有罪，不得对任何人处以刑罚或任何相等的制裁；
- (3) 不得要求任何人证明其无罪；
- (4) 如有疑问，判决必须有利于被告。

(b) 程序权(“地位平等”)

被告在诉讼程序和程序方面应有实际平等地位，并能使用有效手段反驳检方提出的任何证据，并提出证据对指控进行辩护。

(c) 迅速审判

刑事诉讼应从速进行，但不应妨碍被告为审判进行充分准备的权利。为此目的：

- (1) 应确定诉讼每一阶段的时限，非经法庭的有关分庭说明理由，不得延长。
- (2) 法庭的有关分庭如认为对各当事方公平，对案件合理，可将涉及多个被告或多项控告的复杂案件分开审理。
- (3) 法院官员有意或因疏忽违反本公约的规定和法院的法规，应对其采取行政或纪律措施。

(d) 举证问题

- (1) 如果用以取得证据的程序和办法与国际保证的人权冲突，应符合本公约和法院法规规定的公正标准。
- (2) 刑事诉讼在采纳证据时必须考虑到司法制度的完整、被告的权利、受害者的利益以及国际社会的利益。
- (3) 用严重侵害受国际保护的人权的非法手段直接或间接取得的证据违反了本公约规定，法院法规应规定，不予采纳。
- (4) 用违法程度比较轻微的手段取得的证据，由法庭根据证据的真实程度以及所涉价值和利益，自行决定是否采纳。

(e) 保持沉默的权利

任何被控犯有刑事罪的人都有保持沉默的权利并应告诉他具有这种权利。

(f) 律师的帮助

- (1) 在诉讼的任何阶段，任何刑事嫌疑犯有权为自己进行辩护，并有权自己选择合格的法律援助

- (2) 如果被告因个人情况不能为自己进行辩护或取得此种辩护，或案件性质复杂、严重，为维护正义和被告利益，法院认为有必要指派律师，则应由法庭指派律师。
- (3) 如被告不能支付指定律师的费用，应由法院给予律师合理的报酬。
- (4) 被告的律师可出席诉讼的各个关键阶段。
- (5) 检方得到的一切控告证据以及证明被告无罪的证据，应尽快向被告的律师或被告提供，但最迟不晚于调查结束时或在审判之前，以便有合理的时间为辩护作准备。
- (6) 任何被拘留的人有权单独会见其律师并不受检查与律师通信，只要不违犯法庭法官决定的合理安全措施。

(g) 逮捕和拘留

- (1) 任何人不得被任意逮捕或拘留。
- (2) 除非按照本公约和法规规定的理由和程序，并根据法庭的裁定，任何人不得被剥夺自由。
- (3) 任何人不得被逮捕和拘禁，除非有合理根据认为其犯有法院管辖范围内的刑事罪。
- (4) 任何被逮捕或拘留的人应立刻被带到法庭的一位法官面前，并应被告知对他的指控。在法庭见过法官之后，可将其送回拘捕机构羁押，但即使是由某一缔约国羁押，仍需受法庭的管释。
- (5) 只有在必要时才进行判决前或临时逮捕和拘留，但这种情况应尽量减少，时间应尽量缩短。
- (6) 除非依据法庭裁定的并根据法庭的法规，否则判决前或临时拘留不应是强制性的。
- (7) 应尽可能使用拘留以外的其他措施，尤其是：
  - 保释；
  - 限制行动自由；
  - 施加其他限制。
- (8) 被拘禁的人在定罪前不得对其采取改造措施，除非他自愿同意。

- (9) 任何预防性行政拘留不应成为刑事诉讼程序的一部分。
- (10) 定罪前的任何拘留期间应从法庭判处的刑期中扣除。
- (11) 遭受非法或不正当拘留的人，应有权得到赔偿。
- (h) 受害者的权利和利益
- 罪行的受害者的权利和利益应得到保护，特别是：
- (1) 有机会参加刑事诉讼；
  - (2) 有权保护其民事利益；
  - (3) 在制订法院各机构的法规时，必须适当考虑到一罪不二审的原则，但对于似有重复审判情况的案件，只要考虑到原先诉讼的记录及对被告罪行原已采取的措施，仍可加以审理。
  - (4) 逮捕和拘留应遵守联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》以及免受任意逮捕和拘留的原则；
  - (5) 限制措施应尽量灵活，包括使用软禁、监外工作和保释等办法；被告在定罪前受限制的时间应从刑期中扣除。
  - (6) 法院在制订其工作和程序法规时应将上述各项包括在内；法规一经公布，即告生效。
  - (7) 在法庭、检察院和秘书处的工作和程序法规公布之前，法院不应受理案件。

## 第五部分 责任原则（总则部分的条款）

### 第二十条

#### 定 义

1. 国际罪行是指第四条所述违反本公约及其任何补充协定规定的罪行。
2. 国家是指根据国际法确定的国际法人。
  - (a) 此词的使用不影响承认问题或联合国成员资格问题。
  - (b) 此词也包括采取集体行动的国家集团。



3. 在本公约中，“人”和“个人”同义，指的都是一个实际活着的人。
4. 在本公约中，“集团”和“组织”同义。集团是由共同执行某一行动的一个以上的人组成。
5. 本公约中使用的“实体”一词包括集团、国家机构、国家或国家集团。
6. 参与集团行动，是指一个人的行为直接有助于该集团执行某项行动，或直接影响该集团执行某项行动的决定。
7. 教唆罪，是指怀有犯罪意图，怂恿、指挥、鼓动或要求他人犯罪。
8. 共谋罪，是指怀有某种犯罪意图，与他人共谋犯罪，并由其中一人公开执行此项计谋。
9. 未遂罪，是指怀有某种犯罪意图，采取了明确而直接的行动，成为实施犯罪行为的一个实际步骤，如果不是发生意外事件或行为者产生差错，便会达到犯罪目的。
10. 当权者，是指根据国内法拥有法定权力的人或根据某一集团的权力结构被认为具有指挥地位或有权指挥他人并一般会得到他人服从的人。
11. 国家、集团或组织的不行为或没有采取行动，是指尽管当权者有权采取行动并知道对哪些犯罪行为需要采取行动，但未能采取合理措施，防止或终止犯罪，或拘捕、起诉、或惩处任何已经犯罪或可能已经犯罪的人。个人的不行为，是指有意识地不根据已有的法律义务采取行动。
12. 本条使用的“他”兼指男、女两性。

## 第二十一条

### 责 任

1. 凡年满十八岁的人应负本条所指的刑事责任。
2. 个人直接责任
  - (a) 凡犯有罪行或犯罪未遂，应对罪行负责，并应根据第二十四条的规定受到刑罚。

- (b) 凡如定义所述与他人共谋或教唆他人犯罪，应对罪行负刑事责任并受到刑罚。
- (c) 犯有罪行的人，不论是以国家元首或政府负责官员的身份，或是为了国家或代表国家、或是服从“上级命令”而犯罪，均不能免除责任，除非能适用第二十四条第6款的规定。

### 3. 对他人行为应负的责任

- (a) 凡在罪行发生期间或前后，怀有推动或促使犯罪的意图，帮助、鼓动、教唆、共谋或企图帮助他人计划、执行或隐瞒罪行，或帮助罪犯隐藏或潜逃，均应对他人行为负责。
- (b) 若个人为罪行的受害者，或在罪行发生之前，已终止参与第3(a)款中所述行动，对其他他人完全不给予帮助并使其失去作用，或已向有关政府当局及时警告和报告，则不应对他人的行为负责。
- (c) 本款所述对他人行为应负的责任无须根据被控主犯是否定罪而定。
- (d) 对于他人因教唆和共谋而产生的犯罪行为以及对于他人因共同犯罪阴谋、方案或计划可以合理预见到会犯下的罪行，均应负责。

### 4. 集体责任。

- (a) 国家或国家机构之外的集团或组织，不论其成员是否负责，均应对其行为负集体责任。
- (b) 个人知道或能合理预见到集团或组织所犯罪行而仍为该集团或组织的成员，则应对此类罪行负责。

### 5. 当权者的责任

- (a) 国家、集团或组织的当权者对于在其煽动、建议、命令或要求下所造成或因其未采取行动而造成的罪行，应负个人责任。

### 6. 国家责任

- (a) 国家应对下列行为负责

1. 对于当权者代表其国家、服从其国家命令或为其国家利益所犯罪

行，国家应该负责，不论根据该国国内法此类行为是否合法。

2. 凡个人或集团经授权为国家或其所属行政单位作出决定，或具有作为国家或其所属行政单位的机构、机关或办事处的地位，其以官方身份所作行为应视为国家行为。
3. 超出本条所列的任何实体的授权范围之外的行为，应视为国家行为。

(b) 国家未采取行动的责任

1. 国家未能根据本公约规定的义务采取行动，即构成国际罪行。
2. 任何已建立国家或推翻政府的革命组织应负责在该国家或新政府内起诉或引渡犯有国际罪行的该组织内的任何个人或已被该组织除名的任何个人。 若不能这样做，即可据以构成国家责任。

## 第二十二 条

### 国际罪行的要素

#### 1. 定义

- (a) 国际罪行包含四个要素：物质要素、精神要素、因果关系和危害，其定义分别载于以下第2至第5款，除非在某一罪行的定义中关于要素的规定有所改变。

#### 2. 物质要素

- (a) 任何一种自愿行为或不行为，只要成为第四条所述罪行的一部分，即构成物质要素。

#### 3. 因果关系

- (a) 行为是前提，没有前提便不会产生这一结果，且从这一行为可以预见这一后果，则行为即为结果的原因。

#### 4. 危害

- (a) 危害要素取决于罪行的定义，除非在罪行定义中没有必要就危害作出规定。

## 5. 精神要素

- (a) 在物质要素存在时，罪行的精神要素应包括意图或自知或鲁莽，除非在罪行的定义中已明确规定这三种要素中的任何一种。
- (b) 凡有意识的目标或目的是要造成法律所述犯罪结果或从事法律所述犯罪行为，即为“意图”造成这种结果或从事这种行为。
- (c) 凡明知作出行为时的环境或明知当时的情况或环境很有可能会产生某项结果，即为“自知”或“故意”行为。
- (d) 凡故意漠视某种实际存在的不合理危险，且可以预见到此种行为会造成此种后果，即为鲁莽行为。

## 第二十三条

### 豁免权

1. 就本条而言，任何人不得享有国际豁免，但国家元首、政府首脑、享有外交官地位的国家官方代表、各国际组织的职员以及上述人士的家属和工作人员可免受其本国和本国际刑事法院以外任何国家的刑事诉讼，只要在发生本条所述罪行时，其国民享有本条所述豁免权的缔约国对所涉或所指控罪行进行调查、起诉和惩罚。

2. 任何国家可代表其国民放弃此种豁免，但其利益不应受任何其他国家损害。

3. 本条第1款所指的任何人可在其所属国家或所服务国际组织的同意下，特别放弃此种豁免，但不妨害该国或该组织的利益。

4. 凡不再具有本条第1款所述享有豁免特权的职位的人，即不得享有此种豁免，除非此项行为或涉嫌行为是在其担任享有豁免的职位时作出的。

## 第二十四条

### 惩 罚

#### 1. 惩罚标准

(a) 本条所述一切罪行，均可根据在法院对案件行使其管辖权之前由法院法规公布的方法，按照犯罪的严重性质、势将造成或实际造成的免害程度以及每一行为者的责任大小，给予惩罚。

#### 2. 对个人的惩罚

(a) 对已被宣判有罪的人的惩罚应根据国际刑事法院公布的方法，包括监禁或代替监禁的其他办法或罚金。

#### 3. 对集团或组织的惩罚

(a) 对根据第二十一条第4款应由集团负集体责任的罪行的惩罚，应根据本条第1款所述以罪量刑原则以及依照法庭法规公布的方法，包括罚金和其他制裁。

(b) 罚金应从集团和个别参加者的资产中一并征收，由此类资产所在的缔约国执行。

#### 4. 对国家的惩罚

(a) 对应负刑事责任的国家的惩罚，应包括根据本条第1款所述以罪量刑原则计算的罚金，但不妨碍义务、赔款或民事损失。

(b) 此类罚金应由国家缴付，但以不会严重影响该国的经济活力为限。

(c) 国家的罚金应由法院判决，由联合国执行。

(d) 本条规定并不妨碍联合国根据《联合国宪章》对国家实施制裁的权利和义务。

(e) 特别补救措施

本条任何规定不应妨碍国际刑事法庭根据其固有的司法权力命令国家停止某项属于国际罪行的活动，或以禁制令纠正原有违犯行为并防止再犯。

#### 5. 数罪并罚

- (a) 一项行为涉及一项以上互相关联的犯罪，且所据事实基本相同，法庭可判以单一惩罚，但可斟酌情况从重或从轻量刑。

#### 6. 减刑

- (a) 服从上级命令作出的行为，可据以要求减刑。
- (b) 在不违反一罪不二审的情况下，基本上相同的罪行如已先由某一国家判决，后又由本法庭重新判决则应扣除已经服刑的部分。
- (c) 对于第二十五条所述辩护不完善或不全面等情况，法庭可考虑予以减刑。

### 第二十五条

#### 免 除 责 任

#### 1. 定义

- (a) 若下文第2至第11款所述的任何一项理由可适用于某项犯罪行为，则应免除其本公约所规定的责任。

#### 2. 自卫(个人)

- (a) 自卫是指对他人使用武力的行为，这种行为不构成犯罪，因为有理由相信，为防卫自己或任何别人免受另一人，即将使用的非法武力，必须使用武力，且与所受到的武力威胁或武力相比并不过分。

#### 3. 必要行为

- (a) 必要行为是指由于自己无法控制的环境有可能造成私人或公共免害，因而作出可能会构成犯罪的行为，但有理由相信，此种行为是为避免此种环境可能造成的更大危害所必需，且不会造成死亡。

#### 4. 被迫行为

- (a) 被迫行为是指本人或他人受到另一人的武力威胁或使用武力，被迫从事本来不愿从事的可能会构成犯罪的行为，但以此种被迫行为所造成的危害不大于原来可能造成的危害且不可能造成死亡为限。

5. 服从上级命令

(a) 因服从上级命令作出的行为，应免除其原来可能构成犯罪或不行为的责任，除非他在当时情况下知道此种行为会构成犯罪。

6. 拒绝服从某项构成犯罪的上级命令

(a) 拒绝服从本国政府或上级的执行后便会犯罪的命令，不应受到惩罚。

7. 法律错误或事实错误

(a) 法律错误或事实错误均可作为辩护的理由，只要错误取消了被控罪行所需的精神要素，但以此项错误同罪行的性质或要素并无矛盾为限。

8. 一罪二审

(a) 法庭不对同一人的同一行为重复审讯或重复判刑，不论其罪行或指控为何。

(b) 如果一个人已由某一缔约国的国家法院审判，法庭仍可对同一行为重新审判，但由国家刑事法院判决并由该国或任何其他国家执行的刑期应予扣除。

(c) 任何人经法庭根据事实审判后定罪或宣告无罪，即不应再受到任何缔约国国内法庭的审讯或判刑。

(d) 任何国家的大赦或赦免不应妨碍本法庭的审判，也不应视为属于一罪不二审的范围。

9. 精神错乱

(a) 法律上的精神错乱是指在犯罪行为发生时，由于患有精神病或精神不健全，基本上无法知道自己行为的犯罪性质，也不知道使自己的行为符合法律的要求，因而因此种精神病或精神不健全而作出犯罪行为。

10. 酒醉或麻醉状态

(a) 处于酒醉或麻醉状态是指在作出原可构成犯罪的行为时，由于受到酒精或麻醉药品的作用，无法产生此种罪行所需的精神要素。

(b) 此种辩护理由不适用于事先怀有犯罪意图而自愿喝醉的人。

(c) 就需要鲁莽这一精神要素的罪行而言，自愿喝醉不应构成辩护的理由。

## 11. 犯罪中止

- (a) 就未遂罪、共谋罪和教唆罪而言，如在任何危害发生之前中止或自愿退出犯罪，而且曾进行下述任何一项个人活动，则可作为辩护的理由：
- (一) 使其他人完全不能利用他参与犯罪或得到他的帮助；
  - (二) 及时通知执法官员，以防止犯罪的发生。

## 第二十六条

### 时 效

#### 1. 期限

- (a) 法庭对于国际罪行的起诉或判刑的时效期限不得短于犯罪发生国家法律对该罪行规定的最高刑期。
- (b) 时效期限自根据本公约规定的法律程序开始时计算，但不包括脱逃或逃避有关当局的时期。时效期间的计算自被告被捕时开始，但如被告或宣判有罪的人脱逃，则应从头开始计算。在任何情况下，此一期限不得长于原定时效期限的两倍。
- (c) 就国家责任而言，在法庭采取任何行动的时效期限应参照引起国家责任的国家官员的行为决定。

## 第六部分 缔约国义务

## 第二十七条

### 一般原则

1. 缔约国经法庭提出要求，应移解任何个人，如果有理由认为，该人犯有本法院管豁范围内的国际罪行。
2. 缔约国应向法庭提供一切形式的司法协助和合作，其中包括调查委托书、送交传票、协助取得证词和证据、传送记录以及转移诉讼。
3. 缔约国应承认法庭的判决，并根据本国法律予以执行。



4. 如果法庭没有自己直接控制的拘留设施，缔约国经法庭提出要求，应根据本国的监狱制度执行法庭的判决，但法庭对所移解的犯人继续有管辖权。

5. 缔约国可能接到移解犯人的要求。

6. 本公约缔约国承诺根据本公约的条款和法院的宗旨，向法院各机构提供合作，特别是：

- (a) 按照联大在同一年根据《联合国宪章》第十七条制定的经费分配比例，向法院提供财政支助；款项应在常设委员会通过预算后六个月内付清；
- (b) 法院的预算需要应考虑到自愿捐款收入和本法院收取的罚金，然后加以计算。

## 第二十八条

### 移 解 被 告

1. 缔约国经法庭提出要求，应移解任何个人，使其出庭参加因法庭管辖区引起的任何诉讼程序，但法庭在提出要求时应有理由相信该人犯有本公约所述罪行。

2. 下述情况不应阻碍将犯有罪行的人移解给国际刑事法院：

- (a) 应予移解的人声称或其居住的国家声称，所作行为属于“政治罪行除外”的范围；
- (b) 该人是接到移解要求国家的国民；
- (c) 接到移解要求的国家对于其与其他国家间引渡罪犯的办法，另外规定了一些条件或限制。

3. 有关上述移解的程序应根据法庭法规制订，但须符合接到移解要求国家的法律。

## 第二十九条

### 司法协助及其他形式的合作

1. 缔约国应向国际刑事法院提供一切形式的司法协助和合作，其中酌情包括调查委托书、送交传票、协助取得证词和证据、传送记录，以及转移诉讼。

2. 有关此种司法协助及其他形式的合作的程序应根据法庭的诉讼程序法规制定。

### 第三十条

#### 承认国际刑事法院的判决

1. 缔约国同意承认法庭的判决并执行其规定。为了一罪不二审和证据问题，国际刑事法院应承认其他国际根据第二十四条规定实施的制裁。

2. 法庭的诉讼程序法规应规定缔约国承认法庭的判决，并规定法庭承认其他国家的判决。

### 第三十一条

#### 移解犯人和执行判决

1. 如果国际刑事法院没有自己直接控制的拘留设施，它可要求缔约国根据该国的监狱制度，执行判决；在这种情况下，法庭仍继续对该犯人行使管辖权，包括将其移解至另一国家或设施。

2. 如果国际刑事法院已将犯人拘押在法院自己的拘留设施内，它可根据协议将犯人移解至其原籍国拘留，但仍保留其管辖权。

3. 法庭的诉讼程序法规应规定移解犯人和执行判决的根据和条件。

## 第七部分 条约条款

### 第三十二条

#### 生效

1. 本公约开放给所有国家签字，包括在公约生效之后。

2. 本公约须经批准。批准书交存于联合国秘书长。

3. 加入本公约应向联合国秘书长交存加入书。

4. 本公约自第六个批准书或加入书交存之后的第三十天开始生效，对于在本公约生效之后批准或加入本公约的国家，自交存批准书或加入书之后的第三十天开始生效。

5. 联合国秘书长应将就下述事项通知签约国：

- (a) 所有关于本公约的签字、批准、加入和保留；
- (b) 本公约生效的日期。

6. 本公约用阿拉伯文、中文、英文、法文、西班牙文和俄文写成，所有文本具有同等效力。 本公约交存于联合国档案库，副本分送各签约国。

### 第三十三条

#### 保 留

1. 各国可对本公约作出任何保留，但如对法院的管辖权、职责及其判决的效力的实质部分作出保留，则不应作为缔约国在常设委员会享有代表性。

2. 秘书长对于未按照本条第1款规定作出保留的签约国应另行计算。

### 第三十四条

#### 最初执行步骤

1. 联合国秘书长在本公约生效之后应召集常设委员会第一次会议，并应主持会议，直至选出主席为止。

2. 常设委员会的首要议程为选举法庭的法官。

### 第三十五条

#### 修 正

1. 本公约可随时以常设委员会成员四分之三的表决予以修正，但此项修正须经同样数目的在常设委员会中有代表权的缔约国批准。

2. 在某一缔约国向常设委员会提出请求之后，法院的管辖权可以扩大，把其他罪行或其他类犯人及有关犯罪措施包括在内，只要提出此项请求的是一个能对被告行使强制性诉讼程序的国家。 此项请求可以是特殊性质，也可以是长期的，但应由提出请求的国家同代表常设委员会的委员会主席签订补充协定。

## 评 注

### 关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族 隔离罪行及其他国际罪行的公约草案

#### 总论

《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约（下称种族隔离公约）》，从其第五条来看，是具体构想要设立一个“国际刑事法院”的唯一国际公约。其他的国际公约虽然也规定某一行为是犯罪行为，但都没有类似的要求。事实上，只有《防止及惩治灭绝种族公约》附带地承认了可由国际刑事法庭管辖。本研究报告的导言旨在回顾建立国际刑事法庭的历史并列举有关的法律依据。然而，迄今为止，唯一能作为国际刑事法院的国际立法依据的只有种族隔离公约。因此，本公约草案只好以这一公约作为其法律依据。既然有了国际立法依据，本公约草案的缔约国就可使用草案所述的“补充协定”来扩大国际刑事法院的管辖权，使其能调查、起诉、审判和惩处其他常见的国际罪行。

这种办法可称为“直接执行模式”，就是说有一套用以调查、起诉、审判和惩处国际罪行的国际制度〔参看 M.C. Bassiouni, International Criminal Law: A Draft International Criminal Code (1980)]，但其职能基本上还得靠各缔约国执行。因此，这一办法仍然存在着许多“间接执行模式”的方法，而这就是现今国际刑事法的一个特点，因为各国承担的某些国际义务要通过它们的国家机构来执行。就这一点来说，国际刑事法院的执行办法是依靠“间接执行模式”。这种办法不仅必须由各国自愿遵守，而且还必须承认用以执行国际刑事法院的职能和命令的各国法律制度必然会有差别。

1979年国际法协会的国际刑事法庭规约草案及该协会的1978年国际刑事调查委员会条例草案都已设想，把法庭及调查和起诉权订为国际制度。此种制度可解决某些问题，但因没有一个国际立法机构，不能解决另一些问题。

为解决这一问题，决定设立一个称为“缔约国常设委员会”的准立法机构，具有决策和行政职能。此外，又赋予法院各机构制定法规的权力，但必须遵照公约

草案中所载的某些国际公平“标准”。

法院的行政事务由书记处负责。此外，书记处还为国际刑事法院的其他机构提供支助，并负责保管记录和进行登记以及承担为维持公平和效率所必需的其他工作。

根据上述的构想，决定了公约草案条款的先后次序如下：

### 第一部分：国际刑事法院的性质及其机构和权力

- |     |            |
|-----|------------|
| 第一条 | 宗旨         |
| 第二条 | 法院的性质      |
| 第三条 | 法院的机构      |
| 第四条 | 管辖权        |
| 第五条 | 职权         |
| 第六条 | 法院行使管辖权的对象 |
| 第七条 | 制裁         |

### 第二部分：法院的刑事诉讼程序

- |      |        |
|------|--------|
| 第八条  | 诉讼程序开始 |
| 第九条  | 审判前程序  |
| 第十条  | 审判     |
| 第十一条 | 量刑     |
| 第十二条 | 上诉     |
| 第十三条 | 制裁与监督  |

### 第三部分：法院的机构

- |      |     |
|------|-----|
| 第十四条 | 法庭  |
| 第十五条 | 检察院 |

- 第十六条 书记处  
第十七条 常设委员会  
第十八条 一般体制问题

#### 第四部分：法院的标准

- 第十九条 法规和诉讼程序的标准

#### 第五部分：责任原则（总则部分的条款）

- 第二十条 定义  
第二十一条 责任  
第二十二条 国际罪行的要素  
第二十三条 豁免权  
第二十四条 惩罚  
第二十五条 免除责任  
第二十六条 时效

#### 第六部分：缔约国义务

- 第二十七条 一般原则  
第二十八条 移解被告  
第二十九条 司法协助及其他形式的合作  
第三十条 承认国际刑事法院的判决  
第三十一条 移解犯人和执行判决

#### 第七部分：条约条款

- 第三十二条 生效

第三十三条 保留

第三十四条 最初执行步骤

第三十五条 修正

## 第一部分：国际刑事法院的性质及其机构和权力

本案文部分根据联合国 1953 年国际刑事裁判委员会（日内瓦委员会）编写的国际刑事法庭规约修订草案（A/2645）第一条（下称 1953 年日内瓦委员会草案），以及 1980 年国际法协会贝尔格莱德会议记录第 11 页中所载的 1979 年 5 月国际法协会国际刑事法庭规约修订草案（下称 1979 年国际法协会草案）。

第一条——宗旨 本条设立一个国际刑事法院。这是一个新的国际法律机构，由下文第三条所述的几个机构组成。法院及其所有机构的法律依据为种族隔离公约的第五条。但是，本公约草案也规定，各缔约国可以通过补充协定将第四条第 2 款所述的其他国际罪行列入法院的管辖范围。

第二条——法院的性质 考虑到法院是一个新建的机构，为了尽量减少后勤问题，建议设在海牙的司法官内，因为这里已经有了一个国际司法机构所需要的设施。正式语文就是联合国所用的正式语文，全世界各国已一致同意。

第三条——法院的机构 法院设立四个机构，各具职能和宗旨。第二部分规定这些机构在刑事诉讼程序中各自的职责，第三部分则作了更详细的说明，但重点是这些机构的体制和工作程序。在这里，有必要从概念上探讨一下这些机构间的相互关系。就法庭、检察院和书记处而言，这些机构很象世界上大多数国家刑事体制中的传统机构。很显然，报告想综合采用世界各主要刑事制度的体制概念，（参看 Bassiouni, "A Survey of Major Criminal Justice Systems of the World" in Handbook of Criminology ed. D. Glaser (1974)）。的确，法庭是法院的一个机构，它的职权同任何法律制度的传统法院相比，没有什么区别。关于法官的特殊职责及其在诉讼过程中有多大权力要留待制订法院法规时规定。法庭的法规将按照第十八条的规定公布，但必须符合第四部分提到的有关保护人权的国际文书所规定的最起码的公平标准。

检察院是下述三种制度的结合：苏联和东欧社会主义国家的制度（参看 M.C. Bassicuni and V. Savitski, The Criminal Justice System of the USSR (1979), 罗马民法制度中的委任法官 (M. Ancel and Y. Marx, Les Codes Pénaux Européens, three volumes (1958)) 和习惯法制度中的检察官 (Archbold Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases (39th ed.) S. Mitchell ed. (1976) and Y. Kamisar, W. LaFave, J. Israel, Modern Criminal Procedure (1980))。总的说来，如拿罗马民法传统同习惯法传统相比，则更侧重于前者，因为这更符合对国际罪行进行有效的调查和起诉的需要，但又不违背第五部分所述足以使个人的人权得到保护的那些保证。

书记处履行的职责是传统的行政后勤工作以及法院的登记工作。

常设委员会是设立新的国际机构时在结构方面的一个新事物。常设委员会同本法院各机构的关系在很大程度上将象联大同联合国的关系那样。常设委员会代表所有的缔约国，协助保证执行公约的各项条款以及监督法院的行政和财政事务。

第四条——管辖权 法院的管辖范围限于第 1 款所述的“严重违反”种族隔离公约的行为。本条中所用的“严重违反”一语同 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约的 (For the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces of the Field, United Nations, Treaty Series, vol. 75, p. 31; For the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, ibid., p. 85; Relative to the Treatment of Prisoners of War, ibid., p. 135; Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, ibid., p. 287; and in the Protocols Additional to the Geneva Convention on 12 August 1949, 19 June 1977 (ICRC, August-September, 1977))。中所用的严重违反概念相同。此外，在第 2 款中，规定了通过补充协定交由法院管辖的其他国际罪行，但只对那些同常设委员会签订了此种协定的缔约国有约束力。但是，国际罪行只限于那些已在一项多边公约中宣布、并根据刑事诉讼程序或起诉或引渡的义务加以认定的罪行。这体现了特别适用于国际罪行的“不引渡即审判”的准则。

第 3 款确定了法院对于上述罪行以及对被控犯有这些罪行的个人和实体行使的管辖权，无论在管辖范围或法院权力方面，具有普遍性质。



1953年日内瓦委员会草案只提到“国际法普遍承认的罪行”，并未对应管辖的罪行作出规定，1979年国际法协会草案则载列16个国际公约中的有关罪行的定义，但值得注意的是，其中却没有种族隔离公约。

第五条—— 职权 尽管刑法专家们可能争论是否应该把管辖权同职权分开，但我们认为，管辖权指的是法院行使权力的地理范围和案件类别和对人的权力，而职权则规定与法院管辖权有关的法院的具体权力，并为法院行使管辖权提供法律依据。

第六条—— 法院行使管辖权的对象 虽然有关管辖权的第四条已经提到法院对自然人和法人行使权力，但我们认为有必要单独在一个条款中强调一下这种权力，尽管可能重复。

第七条—— 制裁 法院只有在依照本公约的各项规定、各个机构制定的程序和规程以及第五部分所述的公平标准，判决有罪后，才能对自然人或法人施行制裁。很显然，剥夺自由的制裁适用于自然人，而不适用于法人，但罚金和禁制令适用于自然人，也适用于法人。必须指出的是，这里并没有对任何具体罪行规定处罚的方式或期限，这对于某些人来说，可能会发生“法无明文者不罚”的问题。为避免发生这一问题，公约事先规定，法庭应就制裁制订适当而又具体的法规，在法院开始活动前予以公布，这就符合了事先通告的原则。但是，有人持相反的意见，认为对于在这类制裁公布以前“严重违反”种族隔离公约或违反其他根据补充协定受法院管辖的（如第一和第四条的评注中所述的）国际公约的人，不能加以惩罚。这实际上等于是对在犯线时并未有法律禁止的行为加以处罚。在某种程度上，这种做法可被视为违反了“法无明文者不罚”的原则。但是反过来说，假使这种处罚与犯罪所在国家对相同罪行规定的处罚相等或相当，那末，反对意见也就站不住脚了。如果制裁与国际罪行所在国家的法律制度对相同罪行所规定的制裁一样，这就符合了“法无明文者不罚”的原则。

## 第二部分：法院的刑事诉讼程序

### 第八条—— 诉讼程序开始

对于需要建立这种诉讼程序的问题，可以引述大量的文件。 参看1957年11

月11日联大第1187(XII)号决议。还可参看秘书长题为“国际刑事管辖”的说明(《大会正式记录,第十二届大会》,A/3649号文件)以及联合国秘书长提交的题为“刑事管辖问题的历史回顾”的备忘录(联合国出版物,出售品编号:1949.V.8)。

关于建立国际刑事管辖的书刊,参看B.Ferencz 所著《国际刑事法院》(1980年),两卷。还可参看J.Stone和R.Woetzel 合著的《关于国际刑事法院的探索》(1970年);《国际刑法杂志》第35期No.1-2(1964)专门讨论这个问题;第45期《国际刑法杂志》,No.3-4(1974)载有国际刑法协会提交1975年9月在日内瓦举行的第五届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会的有关“建立国际刑事裁判”这一问题的文件。1928、1935、1945年以及1952年等年份的《国际刑法协会杂志》都载有关于这一问题的学术著作。国际刑法协会一贯支持建立一个国际刑事法院,它历次国际会议以及它的一些杰出成员都采取这个立场。这些成员包括:Pella, Donnedieu de Vabres, Saldana, Graven, Jinenez de Asus, Setille, Cornil, Bouzat, Jescheck, Romoshkiin, Herzog, Glaser, Dautricourt, Quintano-Rippole Arroneau, Mueller, De Schutter, Triffterer, Lombois, Plawski, Ferencz, Oehler, Zubkowski。上述学者和其他一些学者关于这一问题的著作为数太多,不可能一一列举。关于最近提出的三个规约草案,参看:the International Law Association, "Draft Statute for an International Commission of Criminal Injury" adopted by its International Criminal Law Committee in Paris May 1978 Proceedings of the International Law Association (Belgrade Conference 1980) p. 4; and "Draft Statute for an International Criminal Court," World Peace through Law, Abidjan World Conference August 1973 (edited by Robert K. Woetzel); and a "Draft Statute for an International Criminal Court" prepared by the Foundation for the Creation of an International Criminal Court, see also, K. de Haan "The Procedural Problems of a Permanent International Criminal Jurisdiction" in De bestraffing van inbreuken tegen het corlogs - en het humanitair recht (A. Beirlaen, S. Dockx, K. de Haan, C. Van den Wijngaert, eds., 1980) p. 191.

1953年日内瓦委员会草案第二十九条规定，刑事诉讼必须由一个缔约国的提出方可开始。1979年国际法协会草案第二十三条只准许各国同国际刑事调查委员会交涉，再由该委员会将案件提交法院。这里规定的程序同1953年日内瓦委员会草案和1979年国际法协会草案不一样，把对任何一个案件的调查和起诉集中交给检察院，但缔约国、联合国机构、政府间组织、非政府组织以及个人都可向检察院控诉，检察院不得拒绝。检察院然后初步决定控告是否“显然缺乏证据”。这种决定很象欧洲人权委员会就违反欧洲人权公约行为提出的控告所作的决定。但是，检察院的裁定权并非没有限制，因为缔约国和联合国机构提出的控告不得被认为是“显然缺乏证据”，而其他国家和政府间组织提出的控告如被检察院裁定为“显然缺乏证据”，它们有权就检察院的裁定向法院申诉。个人和非政府组织的来文和控告没有资格享受同样的待遇。因此，就某些控告和来文而言，检察院所作的裁定是可以申诉的；如果对某项控告作出了“并非显然缺乏证据”的决定，则将会通过两种不同的渠道加以处理：(a) 可能由常设委员会进行调停和强解；(b) 由法院进行宣判。调停的期限规定为一年，同检察院对案件的调查和准备的时间一样。此后，该案可应提出控告的缔约国或联合国机构的要求，提交法院审理，只要该缔约国或联合国机构为该项控告的发起者。否则，经法院同意，可将一个的期限延长。

第九条——审判前的程序 法院可能发布若干有助于准备某一案件的命令。这里并没有列举所有的命令。法院的法规应能对这些命令的格式、内容以及其他有关这些命令的规则作出详细规定。按照习惯法和罗马民法的传统，这些命令分别属于法院或委任法官的传统权力范围。1953年日内瓦委员会草案第40、41和42条以及1979年国际法协会草案第36和39条都有类似的规定。这里必须指出的是，法院和法庭在这一方面以及在其他方面都要靠缔约国的合作才能执行其命令。还必须指出的是，如果某一缔约国同另一个非缔约国就引渡以及司法协助和合作的问题签订了条约或建立了关系，那末，法院的任何命令或裁决的约束范围就不只是该缔约国，因而使本公约的影响增加。（参看 V.E.H.Booth, British Extradition Law and Procedure (1980);C.Van den Wijngaert, The Political Offence Exception to Extradition (1980);M.C. Bassiouni, International Extradition and World Public (1974);I. Shearer, Extradition in International Law (1971);T.Vogler, Auslieferungsrecht und Grundgesetz (1969);Bodi, International Extradition (1968);A.Billot, Traite de l'Extradition (1874) and, M.Pisani and Mosconi, Codice delle Convenzioni di Estradizione E Di Assistenza Giudiziaria in Materia Penale (1979))这里提出的看法也适用于第六部分的缔约国义务，

因为缔约国的义务不仅适用于缔约国在其本国领土内履行本公约的义务，还适用于缔约国同其他国家的任何关系中。很显然，本公约，特别是第七部分，要求贯彻执行协助法院的所有上述义务，但缔约国只能依照其本国的有关法律采取行动。然而，必须指出的是，缔约国不能制订有碍于执行本公约义务的国内法律。

第4款规定的法律手续与1953年日内瓦委员会草案第33至35条由一个委任分庭以及1979年国际法协会草案第31条由委员会决定起诉的法律手续相同。但是，本草案中规定的这一法律手续只是用以对犯罪行为作出裁决的一个步骤，并不需要作出特别的结论，因为已对检察院先前的程序作出了有关的结论，而根据本草案，在检察院采取初步行动之后，法律手续的进展是渐进的，不会突然转变性质。

(a) 项中所述的裁定，其目的主要在于确保效率，防止检察院的任何差错，确定是否的确应该对案件采取进一步行动。(b) 项提供了一个机会，以便及早考虑案件准备过程中的处量不当是否妨碍了法院的公正，影响其裁决的信誉，不易为人接受，并可及早考虑有关一罪不二审（一罪不二判）的问题。（参看M. C. Bassiouni, *Substantive Criminal Law* (1978), pp. 499-512）。

(c) 规定是考虑到如果有关国家不提供合作，特别是非缔约国，则可能得不到用以证明有罪或无罪的证据，因而不可能进行公平的审判。及早发现此类问题不仅使审判更有效，而且还会避免无法审理的案件出现不必要而又麻烦的一罪不二审的问题。

第十条——审判 第1款相当于1953年日内瓦委员会草案第39条和1979年国际法协会草案第35条，但更接近于后者，并未明文规定要秘密审讯。这种办法似乎并无不妥，因为任何秘密证据都可公开提出，只要对诸如证人的身份或取得证据的技术等重要问题保守秘密，至于保密办法的细节可由法院和检察院的规程加以规定，根据实际需要予以制订。

第2款详细规定了法院有权不受理案件，特别是有关证据的问题。1953年日内瓦委员会草案第38条第4款载有类似的不受理条款。有关撤回案件的问题，并未象日内瓦委员会草案第43条和国际法协会草案第38条那样明文规定，但这层意思已包含在检察院有权决定是否要采取此类行动的规定中。

第4和第5款的意义清楚，无需说明。

我们设想法院的规程将会处理一罪不二审的问题。应指出的是，第3款与地位平等原则有关，欧洲人权公约提到了这项原则：（Applications No.596/59 and 789/60, Franz Pataki and Johann Dunshirn vs. Austria, Report of the Commission of 28 March 1963, Yearbook of the European Convention on Human Rights pp.730,734(1963)）。

第6款在一定程度上是因为考虑到可以上诉而提出的，也是因为考虑到分庭是依照轮换原则组成，可能无法以原有的班子来审理上诉案件。关于轮换组成分庭的细节留待法院规程来制定。

第十一条——量刑 本条各项规定无需说明，但本条应同属于同一问题的第七条及其评注以及第十三条和二十四条一起阅读。

第十二条——上诉 对于分庭的裁决和命令，可由被告提出上诉；检察院可就法律问题提出上诉，包括定罪后的命令在内。此项规定符合公民权利和政治权利国际公约中有关两级审判和复审的规定。

按照日内瓦委员会草案第49条和国际法协会草案第45条的规定，都不准被告上诉。这里还准许诉讼进行中间的上诉，因为可能实际需要。

有关修改判决的第6款与日内瓦委员会草案第52条和国际法协会草案第45条相同，但范围更广些。

第十三条——制裁与监督 第1款与1979年国际法协会草案第46条相同，1953年日内瓦委员会草案第51条则把此类问题留给未来的公约去解决。“制裁”一词不仅可包括监禁或罚金，还可包括征收赔偿金或发布禁制令，因而所包含的范围很广。

上文指出，第2款所述的监督办法替代了日内瓦委员会草案和国际法协会草案规定的减刑和假释委员会，并可按第3款的规定要求减轻制裁。

应指出的是，这些规定只谈到减轻制裁的程序。减轻制裁的标准可在法院规程中另行制订，但要符合第二十四条的规定。

### 第三部分：法院的机构

第十四条——法庭 除了若干结构上的差别外，本条中关于法官的选举、任期和替换的条件同1953年日内瓦委员会草案第4至第12条和第15至第20条以及1979年国际法协会草案第3至第9条和第12至第15条中所载的条件十分相似，尽管后者并未对法官的免职订有任何规定。

本条是个创新，因为在其他草案中只有一个法院机构，另外设立了一个减刑和假释委员会。正如下文所述，把分庭和全体庭的职能分开，提供了上诉的机会，而这也是公民权利和政治权利国际公约第14条第5款所规定的权利。与其设立一个单独的机构来处理减刑和假释问题，倒不如让一位法官执行此类职能更有效，但必须如第十二条所述的，对法官的决定可以上诉。

第5款规定要按照一定的任期选举法官。因此如果某一法官准备连选，他可连任在改选时出缺的任何任期。

第7款涉及法官的行为可能不符合其身份的问题，并对其在法院外的活动作了严格的限制。

第11款意在准许法官在任期满后继续任职，以便完成在他们任期期满之前已经开始的法院工作，但仅以这一目的为限。

应指出的是，第12款并不限制法庭庭长的连选。

第十五条——检察院 就预算、报告和把案件从调查处转移到检察处这一需要以及就被告的权利而言，检察院分设三个处的意义是显而易见的。

第2款规定，检察长应通过法庭和常设委员会的联合选举产生似乎是合适的，因为这样的官员应该是在政治上可接受的，各国最了解有哪些合适的候选人，而法庭最能判断检察长法律方面的能力以及是否公正不倚。所以把免职的权力给予法庭是因为相信，法庭会注意到这方面的缺陷，并作用免职的适当理由。

第4款把副检察长置于检察长管辖之下，以便于有效管理。

第十六条——书记处 尽管书记处的大部分职能属于行政性的，但其检查来文和编写报告的职责却有监督的作用。因此，把书记处当作一个中立机构置于法院的管辖之下。

第十七条——常设委员会 1953年日内瓦委员会草案设想，根据该草案建立的法院将是联合国的一部分，因此，关于法院工作的管理和政策问题应交给联合国的政治机构、特别是大会来处理。在1979年国际法协会草案似乎也作了类似的假设，因为在该草案并未提到任何有关条约的条款，而且，尽管提到了“缔约方”一词，但该词似乎专指同意受法院活动管辖的国家。不过，在国际法协会草案所设想的委员会，从某种程度上来说，具有政治性，因为只有那些同意受该委员会活动管

辖的国家的国民方可成为该委员会的成员，而且在该草案的第3条中，把委员会本身的规约称为“公约”。

本规约则完全是公约性质，尽管有好几处明文规定要同联合国协调行动。因此，由于需要有一个机构来管理法院以及处理与法院活动有关的政治问题，才规定设立常设委员会。应指出的是，常设委员会的大部分的明确职能属于理事机构的性质，除此之外的常设委员会的职能还未作出明确的规定。这就使组成该机构的缔约国代表们在处理不属于司法范围内但有助于国际刑事管辖的那些问题时能有很大的灵活性。规定每年举行两次会议保证了常设委员会能就政治问题随时进行协商。

常设委员会的最重要的职能之一可能是第十七条第六款，即建议采取行动创制和提出国际刑法的新准则或供法院使用的标准。鉴于现有的各项文件在国际罪行的定义方面都存在着含糊不清的现象，提出和通过此类建议可能很有必要，以便在不违反无明文者不罚的原则下，确定刑事责任。

应指出的是，本条并不打算剥夺未提供财政支助的缔约国的资格，而只是中止其资格。

关于代表的任期，并未作出任何规定，这是假定他们的任期由指派国家自行决定。

第十八条——一般体制问题 应指出的是，第1款中所述的法规必须还要符合第十九条的规定。1953年日内瓦委员会草案第24条和1979年国际法协会草案第10条都承认，此类法规程应该灵活。检察院和书记处的法规应得到法院批准，因为有必要确保此类法规的公平并符合法律要求。让检察长参与制订法庭法规，因为此类法规同检察院的程序和职能适当配合。

第4款赋予法庭这一中立机构在编制法院预算的关键的权力，但把否决权给予常设委员会，因为常设委员会代表了那些必须为预算提供经费的国家。先前的那些规约草案并未详细述及预算批准的问题。参看1953年日内瓦委员会草案第23条和1979年国际法协会草案第17条。

第5款相当于1953年日内瓦委员会草案第14条，但1979年国际法协会草案并未载有关于法官的类似条款。把法院的其他官员包括在内显然是合适的。把其他出庭的当事方也包括在内同样是必要的，符合公平原则。（参阅 the

European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Commission and Court of Human Rights (Council of Europe, May 1969; E.T.S. No. 69))。

第6款中关于作出庄严声明的要求相当于1953年日内瓦委员会草案第13条和1979年国际法协会草案第11条，但范围更广，把法院的所有官员都包括进去了。

#### 第四部分：法院的标准

第十九条——法规和诉讼程序的标准 公平标准必须在法院各机构的一切诉讼程序中得到保证并这些各机构将要公布的法规中体现出来，这些标准载于下述各项文件：1948年世界人权宣言，1966年公民权利和政治权利国际公约，1980年保护人人不受一切形式的任意逮捕和拘留的一套原则，1950年保护人权和基本自由欧洲公约以及1969年美洲国家人权公约。这些标准也列入1979年在汉堡举行的第十二届国际刑法大会的各项决议；有关这些决议草案和解释性说明载于第49期《国际刑法杂志》1978年，第3卷。本条所载的那些条款特别符合保护人权和基本自由欧洲公约及其附加议定书。（参看

A. Robertson, Human Rights in Europe (1977), and D. Pionet, La Protection de l'Accusé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (1977). See also, e.g., L. Sohn and T. Buergenthal, International Protection of Human Rights (1973)).

#### 第五部分：责任原则（总则部分的条款）

第五部分中所述的责任原则取自国际刑法典草案的总则部分，参看 M.C. Bassiouni, International Criminal Law: A Draft International Criminal Code (Sijthoff, 1980).



第二十条——定义 第1款就与本公约有关的国际罪行下了定义，因此范围可以扩大。

第2款用引述方式载入国家为国际法所承认的法人的定义。所以选择这种办法而不沿用—一个得到普遍承认的关于国家的定义，因为使用别的定义必须对定义中使用的词汇下定义，例如蒙德维的亚公约中规定：国家应有能力开展“国际关系”。参看1933年12月26日各国权利和义务公约（联合国，《条约集》第165卷，第19页）。还可参看联合国关于以色列和列支敦士登国家地位的辩论（安理会正式记录，第三年，第383次会议，第128号，第9至12页，以及同上，第四年，第433次会议，第35号，第4—5页）。

为方便起见，国家—词似应包括集体行动的国家集团。

第3款说明了“人”和“个人”二词同义，但不包括公司或其他所谓的法人。

为方便起见，第4和第5款—开始就说明“集团”和“组织”二词同义。所以这样做是因为在下文所述的有关集体责任的条款中使用了这些词。

第6款中关于参与集团行动的定义是出于同一考虑。集体责任的标准是根据纽伦堡审判和东京战犯审判。（参看

article 9 of the London Charter of 8 August 1945, Control Council Ordinance No. 10 of 20 December 1945; for a discussion of the basis of this responsibility and the cases decided at Nuremberg and Tokyo, see L. Friedman, The Law of War: A Documentary History (1972); see also Wright, History of the United Nations War Crimes Commission (1949)).

第7和第8款基本上是美国法律学会标准刑法典（1962年）中有关教唆罪和共谋罪的条款。（参看 M.C. Bassiouni, Substantive Criminal Law (1978), and W. LaFare and A. Scott, Criminal Law (1972) see also for a comparison with the German Penal Code, G. Fletcher, Rethinking Criminal Law (1978)).

“教唆罪”的定义在民法和习惯法的制度中都曾使用。另一方面，在民法制度中一般都不承认共谋罪的概念，因此，列入共谋罪—词需要使用习惯法的定义，但因用了“公开执行”—词，使这—定义同罗马民法制度中的预备行动相近。（参看 R. Merle and A. Vitu, Traite de Droit Criminel (1967)). 应该指出的是，共谋罪和参与集团行动是两个不同的词，定义各不相同。这一概念见于纽伦堡和东京的战犯审判。

第9款根据标准刑法典对“未遂罪”下了定义，但作了某些修改，反映了民法学家所关心的问题。比如，把“预备”一词删去了，但加上了“明确而直接”的字，使“实际步骤”的含义更加充实。这种修改的目的在于使民法承认的含义尽量符合习惯法中的严格定义。参看 Fletcher, Rethinking Criminal Law (1978)。

“参与集团行动”、“教唆罪”、“共谋罪”和“未遂罪”这些词的定义载于“总则部分”。原应载入“分则部分”的规定现在载于“总则部分”，这样做比较符合民法制度。（参看 R. Merle and A. Vitu, Traite de Droit Criminel (1967); P. Bouzat and J. Pinatel, Traite de Droit Penale (mise a jour 1975); H.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (1975))。

第10和第11款所述的是“当权者”和“不行为”目的是要使当权者在未能按照“分则部分的具体义务履行其法律责任时要负责任。

很清楚，本条所载的各项定义反映了在概念上有所取舍，也反映了企图综合采用罗马法和习惯法原则以及在国际刑法的历史上和实践过程中形成的原则。（就这方面而言，参看 S.Glaser, Infractions Internationale (1957) and S. Plawski, Etude des Principes Fond mentaux du droit International Penal (1972))。

第二十一条——责任 把责任这一条放在“定义”之后、“国际罪行的要素”之前，是因为考虑到首先应提出责任的不同标准和种类，然后才确定责任谁属和以什么为根据的问题。这一办法既不符合习惯法模式也不符合民法模式。但这一办法适合刑事法庭的特殊地位，也适合国际刑法根据来比锡战犯审判（虽然是按照德国法律）以及纽伦堡和东京的战犯审判的判例而造成的历史特殊性质。在学者的著作中也没有提出类似的办法。这条确定刑事责任对象的规定应同“定义”条款一起阅读。

按第1至第5款规定，不仅犯罪应负刑事责任，而且犯罪未遂，教唆或共谋犯罪也要负刑事责任。但是，由于产生危害是罪行的必要因素，除非关于某一罪行的定义另有规定，因此，对于那些未构成“罪行”的行动应负的刑事责任应根据罪行定义来决定。其他有关个人责任的条款取自各国刑法典中的相应条款。应指出的是，提出有关对他人行为应负责任的条款的目的并不是发明新的罪行，而是要表明在任

何刑事制度中一般都存在的衍生责任的原则。如果拿习惯法同大陆法比较，这些条款更符合前者。

有关集团责任的条款意在达到两方面的目的：使集团本身按有关的处罚条款负责，如果个人不顾某一集团根据纽伦堡和东京战犯审判原则可能犯下的罪行而继续为该集团提供无形的支持，则个人亦不得逃避责任。在有关当权者责任的特别条款中，则列入了未能采取行动的责任。这一条款是以军法以及下述文件载列的指挥官责任为依据：1949年8月12日的日内瓦四公约，特别是与上级未能约束下属行为有关的1977年修正1949年8月12日日内瓦诸公约的附加议定书，以及有关国际刑法的其他文件。

有关国家责任的第6款基本上取自国际法委员会通过的国家责任原则草案（A/CN.4/246）。参看

P. Guggenheim, Traite de Droit International (1952) and C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (1928); Strupp, Handbuch des Völkerrechts - Das völkerrechtliche Delikt (1920) and more recently, F. Munch, Das völkerrechtliche Delikt (1963) and H.H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorganen - Nach Völkerstrafrecht (1952)).

这些条款既规定了未采取行动的责任，也援用国际法的国家继承原则规定了后来成为国家的非国家实体的责任。（参看D. P. O'Connell, State Succession in International Law (1967)）。

第二十二条——国际罪行的要素 本条在规规定和确定罪行的四个基本因素时，试图综合采用习惯法和民法的概念，并考虑到国际刑法的基本原则。看来大家一致同意这四个要素都是必需的，但对每一要素的含义和内容却有不同意见。关于这个问题的最权威著作也许是 Stefan Glaser的 Infraction Internationale (1957)。同本条的做法一样，Glaser 在其著作中首先叙述的是物质因素，但是后来在叙述精神因素之前，却插入了某些法律根据。最后，他提到参与和共谋关系。这就产生了一个概念上的难题，而解决的办法只能是，把罪行的要素同“责任”和“免除责任”的条件分开。这里把“责任”、“罪行的要素”和“免除责任”分成三个不同的条款，意在作为一种折衷办法，以避免习惯法和民法之间在理论上存在的差别。

物质要素符合习惯法和民法制度，尽管是以更客观的语言表达出来的。精神要素大部分也是如此。

由于大多数民法和刑法典并不把因果关系规定为单独的要素，因此，可以认为，在民法制度中，因果关系的因素包括在罪行的物质要素内，而在习惯法制度中是把它作为一项单独要素来处理的。

大家同意，精神要素不应包括纯粹的疏忽，但有人担心，单单把疏忽排除在外，根据民法制度，将会导致介于纯粹疏忽和鲁莽之间的精神状态要负法律责任。因此，决定把精神要素列明为意图、自知和鲁莽，但鲁莽应理解为不只包括间接欺诈行为——按照1976年法国刑法典，这是指明知会造成危害的心理状态。

但是，按照习惯法制度，把因果关系单独列为一条。

一般承认，第四个要素——危害——需要根据有关的罪行来解释。这里决定，条款的措词应该考虑到并不需要产生通常所谓“危害”结果的罪行情况。对因果关系要素也有类似的考虑，因此，决定在列举各项要素时加以限定，规定这些要素可根据罪行的定义进行改动。

第二十三条——豁免权 在责任和罪行的要素之后接着提出本条，是因为国际法在由主权原则衍生出来的豁免权方面具有特殊性。（参看

Sutton, "Jurisdiction Over Diplomatic Personnel and International Organizations' Personnel for Common Crimes and for Internationally Defined Crimes," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda, A Treatise in International Criminal Law (1973), Vol. II, p. 97. See also Oppenheim, International Law (8th ed., Lauterpacht, 1955), p. 757; Harvard Research on International Law, Diplomatic Privileges and Immunities, 26 A.J.I.L. 15-187 (Supp. 1932); and Immunité, Extraterritorialité et Droit d'Asile en Droit Penal International, 49 Revue Int'le de Droit Penal, No. 2 (1978)).

本条款文是根据下述文件：1961年维也纳外交关系公约，1963年领事关系公约，1968年联合国特别使团公约草案，1946年联合国特权及豁免公约，1947年专门机构特权和豁免公约，1972年国际法委员会关于国家派驻国际组织代表的条款草案，1971年美洲国家组织关于外交代表及其他根据国际法享有特别保护的人士的保护和不受侵犯的条款草案，1971年防止和惩治具有国际意义的侵害人身的恐怖主义行为和有关勒索行为的公约，1973年关于防止和惩治侵犯应受国际保护人员，包括外交代表的罪行的公约，1949年欧洲理事会特权及豁免总协定，1950年3月18日的补充协定，以及该总协定的四项附加议定书（1952年和1961年）。

本案文也考虑到了国际法中有关国家元首豁免的习惯原则和各国的惯例。但是，由于本条规定的豁免的性质不是绝对的，因此，限制也比较严格。本案文规定，各缔约国应有责任对其属于本条所述豁免范围的国民采取适当行动，但缔约国可放弃此种管辖权，将其交给国际法院，如此大西洋条约组织和华沙条约的国家就军人地位协定所做的那样。（参看 Coker, "The Status of Visiting Military Forces in Europe," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treaties on international Criminal Law (1973) Vol. II, P. 115.)

第二十四条——惩罚 本条对不同的犯罪者规定了不同的惩罚条款，但所有条款均须符合第1款的规定，即惩罚应根据犯罪的严重程度，势将造成或实际造成的危害程度以及行为者责任的大小。

法院在行使其管辖权之前应制订出有关的法规。必须指出的是，因为法院应首先公布惩罚办法和执行惩罚的标准，所以没有违反合法原则。

第3款承认了纽伦堡法庭的原则，即可用罚金的方法来处罚这些组织。（参看下文 Dinstein 所著）。这一条款超过了大陆法原则。

第4款规定了对国家的处罚采用罚金的办法，这是因为考虑到，实行其他制裁非法院所能办到。（参看

Triffterer, "Jurisdiction Over States for Crimes of State," and Baxter, "Jurisdiction Over War Crimes and Crimes Against Humanity: Individual and State Accountability," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treatise on International Criminal Law (1973) Vol. II, pp. 86-96 and 65-85. See also Munch, "State Responsibility in International Law," in Bassiouni and Nanda, supra, Vol. I, pp. 143 et seq.; C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (1924); C. de Visscher, La responsabilite des Etats (1924); F. Munch, Das volkerrechtliche Delikt (1963); J. Castillon, Les Reparations allemandes - Deux experiences (1919-1932; 1945-1952), (1953), and H.H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorganen - Nach Volkertsstrafrecht (1952).

第5款规定，法院有权决定对于由某一单独行为引起的多项罪行是否多重判刑。

有关减轻处罚的第6款规定，如果被告是遵照命令的行为，则可视为减刑的理由。这一规定采用了1945年8月8日关于在纽伦堡设立国际军事法庭的伦敦宪章的第八条的内容。（参看

Y. Dinstein, The Defense of "Obedience to Superior Orders" in International Law, P.260 and 283 (1965).

第二十五条——免除责任 尽管民法制度会把本条所列的免除责任条件视为责任原则与合法辩护原则的不甚妥当的法令，但我们认为，所有免除责任的理由应该放在一个条款内，不论这些理由的理论或教条基础为何，因为这样做可以把这些理由集中在一起，而且便于国际法院使用。

第2款中的自卫条款是以欧洲保护人权和基本自由公约第2条第2(a)款为依据的，文字则依照标准刑法典。习惯法要求自卫的人要有理由认为他使用武力是必要的，而这一要求对于民法制度来说并无必要。另一方面，规定只能对“即将”使用的非法武力使用武力，对于习惯法来说，也可能是多余的。

第3款中所述的自卫只限于使用不会导致死亡的武力，用以管束个人行为。

第4款中所述的被迫行为只在“武力威胁或使用武力是立即危险的情况下才能成立。

第5款规定，只有在被告不知道其行为是犯罪的情况下，才能以服从上级命令作为辩护的理由。另一方面，第6款保护个人免于因拒绝执行犯罪的命令而受到起诉。

第7款采用了标准刑法典中的有关法律错误或事实错误的办法，但这种辩护的理由限于没有犯罪意图的情况。

关于一罪二审的第8款纯粹是为了实现一罪不二审的原则。其中的第四项确认国际刑事法庭可以不受其他管辖国家的大赦和赦免的影响，以避免各国采用这种方法使个人逃避处罚。这一条款只适用于国家的赦免行为，而不涉及任何国家赦免行为的法律性质。

第9款是以标准刑法典中有关精神错乱的条款为依据的。这同罗马法制度不一样；在罗马法制度中，精神错乱被认为是刑事责任的一个先决条件。

关于酒醉的第10款出处相同，但不把自愿喝醉作为一种对需要有犯罪意图的罪行的辩护理由。

第11款中提出的犯罪中止原则也是以标准刑法典为依据的，但这些原则也与大陆法符合。

第一款包括了辨明理由、不负刑事责任的条件、免罪理由和程序上的辩护等原则。从罗马民法角度来看，这一条款在理论上是值得争议的，因为它包含的种类太多。但是，这一条款的确符合实际需要，因而，避免了长期以来一直是欧洲刑法学家间争论的基础的教条主义。

第二十六条 — 时效 对时效期限的规定是以犯罪所在国家的国家法律对相同罪行所定的最高刑期为标准。应指出的是，按照这一办法，如果最高刑期为无期徒刑或死刑，则不存在时效的问题。另外，有必要加上 1(c)项，因为根据本法典规定，国家的罪行只能处以罚金。这一规定不同于 1968 年 12 月 9 日的战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约。（参看 39 Revue Internationale de Droit Penal (1968) dedicated to this topic, and the European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes Against Humanity and War Crimes of 1974).

事实上，这一规定和上述公约中的办法，其结果都是一样的，只有不严重的罪行才有差别，而且避免了使若干国家不肯批准上述两个公约的困难。

#### 第六部分：缔约国义务

第二十七条 — 一般原则 国际执行和合作的基础本是休果·格老秀斯所著《战争与和平法》（1624 年）一书中的或引渡或审判的准则。现在，这已被认为是国际法的一项普遍原则——“不起诉即引渡”，（参看 Bassiouni, "International Extradition and World Public Order," in Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (1970) pp. 10, 15 (ed. D. Oehler and P.G. Pötz)

而且也是间接执行办法的理论基础，是国际刑法的根据。这一准则已载入各项有关国际刑法的公约中。为实施间接执行办法，一国根据某项国际公约必须在本国的法律中列入有关的条款，把国际上宣布为不合法的行为视为国内法上的罪行。

这一做法见之于所有的要求缔约国承担此种义务的国际刑法公约中（参看 the four Geneva Conventions of 12 August 1949 in their respective Articles 49-50/50-51/129-130/146-147）。

就其他所有国际刑法公约来说，情况也是这样。

第二十八条——移解被告 移解被告等于引渡。由于引渡在此种执行办法中占有很重要的地位，因此在本条中根据实践中已经发觉的问题作了尽可能详细的规定。 在所有的国际罪行中，都不承认“政治罪行除外”的情况。（参看

article VII of the 1948 Genocide Convention; the European Convention on the Suppression of Terrorism of 27 January 1977; the 1973 Draft Additional Protocol Amending the Geneva Conventions of 12 August 1949, Protocol I, Article 78. See also Bassiouni, "Repression of Breaches of the Geneva Conventions under the Draft Additional Protocol to the Geneva Conventions of August 12, 1949," 8 Rutgers-Camden L.J. 185 (1977); D. Poncet and P. Meyraud, L'Extradition et l'Aisle Politique en Suisse (1976); C. Van den Wijngaert, The Political offence exception to extradition: The delicate problem of balancing the rights of the individual and international public order (1980) .

本条中使用的文字是以1970年禁止非法劫持飞机的海牙公约为依据的。（参看

M.C. Bassiouni, International Extradition and World Public Order (1974), and I. Shearer, Extradition in International Law (1971). See also the European Convention on the Suppression of Terrorism of 1979 and the European Convention on Extradition of 13 December 1957. See also, Legal Aspects of Extradition Among European States (Council of Europe, 1970). For different national perspectives, see 38 Revue Int'le de Droit Penal (1968), and P. Vogler, Auslieferungsrecht und Grundgesetz (1969). For a historical perspective, see A. Billot, Traite de l'Extradition, (1874). See also, M. Pisani and F. Mosconi, Codice Delle Convenzioni di Estradizione e di Assistenza Giudiziaria in Materia Penale (1979) .

一般说来，应适用接到移解要求国家的法律；所有多边和双边引渡条约都是这样规定。

第二十九条——司法协助和其他形式的合作 接到移解要求一方应按照其法律规定办理要求移解一方司法当局递交的有关某一刑事案件的任何调查委托书，以协助取得证据或传送证物、记录或书面证明。

接到移解要求一方应按照要求移解一方的要求送交传票和法院裁决的记录。被要求一方只要把传票和记录送交给应当收到的人就可以了。 其他的手续应由法



院的法规确定。 (参看

the 1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, and in part on the 1972 European Convention on Transfer of Proceedings in Criminal Matters. See also, Grützner, "International Judicial Assistance and Co-operation in Criminal Matters," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treatise on International Criminal Law, Vol. 2, pp. 189 and 217-218 (1973). See also, Explanatory Report on the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (Council of Europe, 1972); Problems Arising from the Practical Application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (Council of Europe 1971); de Schutter, "International Criminal Law in Evolution: Mutual Assistance in Criminal Matters between the Benelux Countries," 14 Neth. Int'l. L. Rev. 382 (1967); Grützner, International Judicial Assistance and Co-operation in Criminal Matters, and Markees, "The Difference in Concept Between Civil and Common Law Countries as to Judicial Assistance and Co-operation in Criminal Matters," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treatise in International Criminal Law, Vol. 2, pp. 189 and 171 (1973). See also, H. Grützner, Internationales Rechtshilfeverkehr (1967). For the text of these and other treaties see, M. Pisani and F. Mosconi, Codice Delle Convenzioni di Estradizione e di Assistenza Giudiziarica in Materia Penale (1979) .

第三十条——承认国际刑事法院的判决 本条适用于：(a) 剥夺自由的制裁；  
(b) 罚金或没收财产； (c) 取消资格。 缔约国应根据本公约规定的条件，执行  
本法院判决的制裁，反过来也是这样。 (参看

the 1970 European Convention on the International Validity of Criminal Judgements. See also Aspects of International Validity of Criminal Judgements (Council of Europe, 1968) and Explanatory Report on the European Convention on the International Validity of Criminal Judgements (Council of Europe, 1970). See also Harari, McLean and Silverwood, "Reciprocal Enforcement of Criminal Judgements," 45 Revue Internationale de Droit Penal 585 (1974); D. Oehler, "Recognition of Foreign Penal Judgements and their Enforcement," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treatise on International Criminal Law, vol. II, p. 261 (1973); Schearen, "Recognition and Enforcement of Foreign Criminal Judgement," 47 Aust. L.J. 585 (1973); D. Oehler, Internationalen Strafrecht (1973). For the Benelux Convention, see Convention Concerning Customs and Excise, 5 September, 1972, Belgium-Luxembourg-The Netherlands, United Nations, Treaty Series, vol. 247, p. 329. See also K. Kraelle, Le Benelux Commente, Textes Officiels 147, 209, 306 (1961); De Schutter, "International Criminal Co-operation: The Benelux Example," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treatise in International Criminal Law, Vol. 2, p. 261 (1973). The Scandinavian countries' arrangement for recognition and enforcement of penal judgements is reproduced in H. Grützner, Internationales Rechtshilfeverkehr in Strafsache, pt. IV (1967). The arrangement between France and certain African states is reproduced in 52 Rev. Critique de Droit International Prive 863 (1973) .

第三十一条——移解犯人和执行判决 本条是根据1970年关于刑事判决的国际效力的欧洲公约以及1964年关于监督受到有条件的判决或有条件的释放的犯人的欧洲公约中的概念，并根据1976年11月5日美国和墨西哥之间、1977年3月2日美国和加拿大之间，以及1978年2月10日美国和玻利维亚之间分别签订的关于执行刑事判决的条约（所有这些条约现已生效）。此外，还特别参照美国关于执行上述条约的法律（18 U.S.C., Section 4100-4115）（参看

Bassiouni, "Perspectives on the Transfer of Prisoners Between the United States and Mexico and the United States and Canada," 11 Vanderbilt J. Transnational L. 249 (1978); Bassiouni, "A Practitioner's Perspective on Prisoner Transfer," 4 Nat'l J. Crim. Defense 127 (1978); Abramovsky and Eagle, "A Critical Evaluation of the Newly-Ratified Mexican-American Transfer of Penal Sanctions Treaty," 64 Iowa L. Rev. 325 (1979) and Professor Vagt's response thereto in the same issue).

可以说，移解犯人的办法部分是基于一个国家承认另一个国家及法院的刑事判决的假设。本条的措词就是基于这种假设。（参看 Article 6 of the 1970 European Convention on the International Validity of Criminal Judgements）。

### 第七部分：条约条款

除了保留条款外，各项条约条款在一定程度上都是按照一般规定。保留条款虽然同关于条约解释的维也纳公约一致，但也考虑到了国际法院关于对防止并惩治种族灭绝公约的保留的咨询意见（1951 I.C.J.15）的有关方面。

使本公约得到执行的条件之一，当然是需要设立常设委员会并需要常设委员会开始工作，也就是因为这个原因，才拟订了一项特别条款。

四. 关于禁止并惩治种族隔离罪行国际公约的  
惩罚措施的附加议定书草案

第一部分 诉讼程序的性质

第 一 条

宗旨与组织机构

1. 兹制定关于执行《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第五条的惩罚措施，即对上述公约第二条中所列种族隔离罪行进行审判并实施惩罚。
2. 下述执行机构应按照本议定书规定的权力与义务实施本议定书的各项规定：调查委员会；检察委员会；审判种族隔离罪行的法官（以下称为“法院”）；缔约国常设委员会。

第 二 条

管辖范围与权限

1. 第一条所设立的执行机构应有权就违反《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的行为进行调查、起诉和审判。法院应有权对任何犯有上述公约第二条所列的种族隔离罪行的人实行刑事制裁。
2. 第一条所设立的执行机构在其对种族隔离罪行的调查、起诉、审判和惩罚过程中享有普遍管辖权。
3. 就违反《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的行为提出的所有控告和请求进行调查的权力属于调查委员会，其职责载于第五条。
4. 就已由调查委员会调查完毕的案件向法院提出诉讼的权力属于检察委员会，其职责载于第六条。
5. 根据检察委员会提交的案件审判对种族隔离罪行的控告、判决是否有罪以及给予制裁的权力属于法院，其职责载于第七条。

### 第 三 条

#### 制 裁

1. 法院有权对应对下述行为负责的下述几类人给予下述制裁：

(a) 如果被告是自然人并已由法院判决犯有《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第二条所列之下列“严重罪行”，则适用剥夺自由和其他较轻处罚：

- (1) 杀害；
- (2) 酷刑；
- (3) 残酷、不人道或屈辱的待遇或刑罚；或
- (4) 任意逮捕和拘留。

(b) 如果被告是自然人或法人并已由法庭判决应对《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第二条所禁止的行为负责，则适用罚金和禁制令。

(c) 如果法院判决应对违反法院合法命令的行为负责，而被告是自然人，则适用剥夺自由；如果被告是自然人或法人，则适用罚金。

2. 制裁的程序及其他事项载于第八条。

### 第 四 条

执行机构行使管辖权的对象

执行机构应对第六部分所述的自然人和法人行使管辖权。

## 第二部分：刑事诉讼程序

### 第 五 条

诉讼程序开始

1. 任何人得向调查委员会控告或检举违反《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的罪行，调查委员会应接受并调查任何此类资料。

2. 调查委员会在审查所收到的资料并以多数表决认为确实存在违反公约行为后，可将案件连同调查结果提交检察委员会，以对被认为犯有此种罪行的人起诉。

3. 本规定不应妨碍调查委员会除向检察委员会提交案件外，采取任何其他符合本议定书和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的意图和宗旨的行动。

## 第 六 条

### 起诉及审讯前程序

1. 检察委员会非经调查委员会通知，不得对任何涉嫌违反本议定书或《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的行为采取任何行动。

2. 一俟得到调查委员会要求对一案件进行起诉的通知，检察委员会应准备将该案提交法院审判。

3. 为便于上述准备，检察委员会可请求法院发出下述性质的命令：

- (1) 逮捕证；
- (2) 传票；
- (3) 禁制令；
- (4) 搜查证；
- (5) 移解被告证，使被告得以参加诉讼程序及顺利通过有关国家领土。

4. 法院应按照本公约第五部分规定的标准发出审前命令，以帮助准备案件的审判工作。

5. 在开始审理案件的实质部分之前，法院应进行预审，以裁定：

- (a) 案件是否在事实上和法律上成立；
- (b) 根据一罪不二审的原则，是否已先有诉讼受理该案件；
- (c) 是否存在可能致使审判不可靠或不公正的情况；
- (d) 拟定审判决时间表并确定有关审判的程序问题。

6. 在进行上述第5款规定的预审之后，法院可决定不予受理，或对案件进行审判。

## 第 七 条

### 审判程序

1. 法院应按照第五部分规定的标准进行审讯。

2. 除非法院为了被告的利益或为了正义另作决定，则应公开听取证词和辩论。

在此之后，法院应秘密进行评议；一旦达成判决，应在公开法庭口头宣布判决摘要或宣读书面判决全文。

3. 如果是口头宣布判决摘要，法院应在口头判决之日起三十天内提出书面判决。

4. 书面判决交存于法院秘书处之日即为判决有效之日。

5. 任何法官可发表赞成或反对的意见。

6. 法院的任何判决应在判决有效之日起三十天后生效，以便根据第九条的规定在审判后更改法院的判决。

## 第 八 条

### 量刑程序

1. 法院一旦判决被告犯有法院管辖和权限范围内的罪行，即应开庭听取从轻从重判刑的证词与辩论，以确定适当制裁措施。

2. 法院在此之后应根据本议定书第三条的规定宣布关于制裁的判决。

3. 形成和宣布制裁判决的方式应与第七条规定的关于罪行的判决的方式相同。

4. 如果没有人根据第九条的规定提请复审，法院应在罪行判决登记有效之日起三十天后任何时候就量刑问题开庭。如果有人提请复审，应在复审的判决登记之日后就量刑问题开庭。

## 第 九 条

### 复审程序

1. 自法院的罪行判决登记有效之日起三十天内，检察委员会或被告可向法院提请复审，以撤消或修改法院的部分或全部判决。

2. 提请复审的依据是：

- (a) 发现在作出先前判决时不知道的证据；如果在当时知道此项证据，会实际影响判决的结果；
- (b) 向法院提供错误材料，影响判决结果；
- (c) 被控事实从表面看并非无可置疑；或
- (d) 被控事实经证实并不构成种族隔离罪行。

3. 法院应根据本议定书第六条关于审判罪行的标准与程序开庭复审。

4. 法院就复审要求的实质内容作出裁决后，应按照第七条规定的同等方式宣布其判决；判决在登记后即为最后判决。

### 第三部分：执行机构

#### 第十 条

#### 法 院

1. 法院由五名法官组成，其中不得有二人属于同一国籍。法官由本议定书缔约国代表在缔约国常设委员会中选举产生。

2. 法官应由缔约国常设委员会在专为此召开的会议上根据缔约国提交的候选人名单以无记名投票方式选出；同一缔约国提名的候选人不得超过二人。

3. 候选人应为国际刑法和人权方面的杰出专家或其它有资格在本国最高法院中任职的法学家。

4. 选举法官时，应适当考虑到个人的不同背景和经验，同时考虑到世界各主要法律和文化体系的代表性。

5. 法官不应从事任何与其在法院职责相冲突的职业或事业。

6. 审判员应按其执行法院职务所费时间、根据国际法院法官薪俸按比例得到酬金。

7. 五名法官任期三年，连选可以连任。

8. 如被告与法官属同一国籍，或法官以任何其它身份涉及其何事项，则法官不得执行司法职务。

9. 法官对某一案件可自行回避，或由其他法官根据正当理由以一致表决要求其回避。

10. 法官可由其他法官根据正当理由以一致表决予以免职。

11. 除被免职的法官外，法官可在其任期届满之后继续任职，直至其后任接替职位为止，并应继续任职，以完成所参与的任何未了案件。

12. 法院的法官应选举院长一名和其他适当官员。院长任期一年，连选可以连任。

### 第十一条 调查委员会

1. 调查委员会由根据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第九条指派的人权委员会委员三人组成。
2. 调查委员会可举行常会或特别会议以履行本议定书规定的职责。
3. 调查委员会应通过规则以指导其职责的履行。
4. 调查委员会成员每年应选举主席一名，连选可以连任。
5. 调查委员会成员的费用和服务，应同根据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第九条和现行联合国规定而履行职责一样，予以偿还和补偿。
6. 调查委员会可指派合格专家调查与研究委员会审议的事项。专家的酬金应由委员会根据每一情况决定。

### 第十二条 检察委员会

1. 检察委员会由人权委员会第2 (XXIII) 号决议设立的特设专家工作组成员组成。
2. 检查委员会可举行常会或特别会议以履行本议定书规定的职责。
3. 检查委员会应通过规则以指导其职责的履行。
4. 检查委员会成员每年应选举主席一名，连选可以连任。
5. 检查委员会成员的费用和服务，应同根据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第九条和现行联合国规定而履行职责一样，予以偿还和补偿。
6. 检查委员会可聘请一位合格专家在法院提出案件。专家的酬金应由委员会根据每一情况决定。



### 第十三条

#### 缔约国常设委员会

1. 缔约国常设委员会由本议定书缔约国各指派代表一名共同组成。
2. 常设委员会以多数表决选举主席一名以及其他适当官员，任期一年，连选可以连任。
3. 主席应根据常设委员会所通过的规则召开会议。
4. 常设委员会有权执行本议定书明文规定的职责，并可：
  - (a) 决定本议定书设立各执行机构的工作预算、执行机构的有关费用以及本议定书引起的任何其他财务和行政事项，包括计算各缔约国按比例应分摊的费用；
  - (b) 鼓励各国加入本议定书；
  - (c) 提出旨在促进法院工作的国际文书；以及
  - (d) 鼓励各国协助本议定书的执行机构，并遵守法院的判决。
5. 缔约国如为能按照本议定书规定向法院提供财政支助，或没有履行本议定书明文规定的其它义务，常设委员会可拒绝其代表参加。

### 第四部分：组织事项

#### 第十四条

#### 制定规则

1. 各执行机构和常设委员会应按照本议定书的宗旨和目的，根据本议定书第五部分规定的公正标准，各自制定议事规则。
2. 调查委员会和检查委员会的规则须经法院批准后始行生效。
3. 为确保法院的独立和公正，法院规则不受审查。但常设委员会可请法院审议提议的规则或重新审议既定规则。本规定并不妨碍被告或检查委员就某条规则未遵守议定书规定或第五部分的标准而向法院提出异议。
4. 所有规则须在其公布之日六十天后生效。
5. 所有规则和修正应予公布，由联合国人权司向公众提供。

6. 联合国人权司应负责有关本议定书的行政和财务事项，并在常设委员会批准后任命行政官员一名以执行上述职务。

7. 有关本议定书的所有费用开支应根据常设委员会计算按比例由各缔约国分摊。

8. 除司法事项外，对于所有关于本议定书或其规定的疑问，应由缔约国常设委员会主席负责。

9. 所有司法事项以及有关本议定书执行机构的事项，应由法院院长负责，院长可授权调查委员会或检查委员会的任何成员代其行事，或就特定问题指派一名特别专家。

## 第五部分：标准

### 第十五条

#### 规则和诉讼程序的标准

1. 在所有程序中以及在执行机构制定任何规则时，被告应享有《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》中阐明的各种基本人权，其中包括：

(a) 无罪推定

无罪推定是刑事审判的一项基本原则，其中特别包括：

1. 除非依照法律进行公正审判，不得判决任何人有罪或正式宣布其有罪；
2. 除非依照法律证明有罪，不得对其任何人处以刑罚或任何相等的制裁；
3. 不得要求任何人证明其无罪；
4. 如有疑问，判决必须有利于被告。

(b) 程序权（“地位平等”）

被告在诉讼手续和程序方面应有实际平等地位，并能使用有效手段反驳检方提出的任何证据，并提出证据对指控进行辩护。

(c) 迅速审判

刑事诉讼应予从速进行，但不应妨碍被告为审判进行充分准备的权利。为此目的：

1. 应确定诉讼每一阶段的时限，非经法院的有关分庭说明理由，不得延长。
2. 法院的有关分庭如认为对各当事方公平，对案件合理，可将涉及多个被告或多项控告的复杂案件分开审理。
3. 法院官员有意或因疏忽违反本公约的规定和法院的法规，应对其采取行政或纪律措施。

(d) 举证问题

1. 如果用以取得证据的程序和办法与国际保证的人权冲突，应符合本公约和法院法规规定的公正标准。
2. 刑事诉讼在采纳证据时必须考虑到司法制度的完整、被告的权利、受害者的利益以及国际社会的利益。
3. 用严重侵害受国际保护的人权的非法手段直接或间接取得的证据违反了本公约规定，法院法规。应规定，不予采纳。
4. 用违法程度比较轻微的手段取得的证据，由法庭根据证据的真实程度以及所涉价值和利益，自行决定是否采纳。

(e) 保持沉默的权利

任何被控犯有刑事罪的人都有保持沉默的权利，并应告诉他具有这种权利。

(f) 律师的帮助

1. 在诉讼的任何阶段，任何刑事嫌疑犯有权为自己进行辩护，并有权自己选择合格的法律援助。
2. 如果被告因个人情况不能为自己进行辩护或取得此种辩护，或案件性质复杂、严重，为维护正义和被告利益，法院认为有必要指派律师，则应由法庭指派律师。
3. 如被告不能支付指定律师的费用，应由法院给予律师合理的报酬。
4. 被告的律师可出席诉讼的各个关键阶段。
5. 检方得到的一切控告证据以及证明被告无罪的证据，应尽快向被告的律师或被告提供但最迟不晚于调查结束时或在审判之前，以便有合理的时间为辩护作准备。

6. 任何被拘留的人有权单独会见其律师并不受检查与律师通信，只要不违犯法院法官决定的合理安全措施。

(g) 逮捕和拘留

1. 任何人不得被任意逮捕或拘留。
2. 除非按照本公约和法院法规规定的理由和程序；并根据法院的裁定，任何人不得被剥夺自由。
3. 任何人不得被逮捕或拘禁，除非有合理根据认为其犯有法院管辖范围内的刑事罪。
4. 任何被逮捕或拘留的人应立刻被带到法院的一位法官面前，并应被告知对他的指控。在法院见过法官之后，可将其送回拘捕机关羁押，但即使是由某一缔约国羁押，仍需受法院的管辖。
5. 只有在必要时才进行判决前或临时逮捕或拘留但这种情况应尽量减少，时间应尽量缩短。
6. 除非依据法院裁定并根据法院的法规，否则判决前或临时拘留不应是强制性的。
7. 应尽可能使用拘留以外的其他措施，尤其是：  
保释；  
限制行动自由；  
施加其他限制；
8. 被拘留的人。（在定罪前）不得对其采取改造措施，除非他自愿同意。
9. 任何预防性行政拘留不应成为刑事诉讼程序的一部分。
10. 定罪前的任何拘留期间应从法庭判处的刑期中扣除。
11. 遭受非法或不正当拘留的人，应有权得到赔偿。

(h) 受害者的权利和利益

罪行的受害者的权利和利益应得到保护，特别是：

1. 有机会参加刑事诉讼；
2. 有权保护其民事利益；
3. 在制订法院各机构的法规时，必须适当考虑到一罪不二审的原则，但对于似有重复审判情况的案件，只要考虑到原先诉讼的记录及

对被告罪行原已采取的措施，仍可加以审理。

4. 逮捕和拘留应遵守联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》以及《联合国保护人人免受一切形式的任意逮捕和拘留的整套原则》。
5. 限制措施应尽量灵活，包括使用软禁、监外工作和保释等办法；被告在定罪前受限制的时间应从刑期中扣除。
6. 法院在制订其工作和程序法规时应将上述各项包括在内；法规一经公布，即告生效。
7. 在法院、检察院和秘书处的工作和程序法规公布之前，法院不应受理案件。

#### 第六部分：责任原则（总则部分的条款）

##### 第十六条

##### 定义

1. 国际罪行是指任何违反本议定书及其任何补充协定规定的罪行。
2. 国家是指根据国际法确定的国际法人。
  - (a) 此词的使用不影响承认问题或联合国成员资格问题。
  - (b) 此词也包括采取集体行动的国家集团。
3. 在本议定书中，“人”和“个人”同义，指的都是一个实际活着的人。
4. 在本议定书中，“集团”和“组织”同义。集团是由共同执行某一行动的一个以上的人组成。
5. 本议定书中使用的“实体”一词包括集团、国家机构、国家或国家集团。
6. 参与集团活动，是指一个人的行为直接有助于该集团执行某项行动，或直接影响该集团执行某项行动的决定。
7. 教唆罪，是指怀有犯罪意图，怂恿、指挥、鼓动或要求他人犯罪。
8. 共谋罪，是指怀有某种犯罪意图，与他人共谋犯罪，并由其中一人公开执行此项计谋。
9. 未遂罪，是指怀有某种犯罪意图，采取了明确而直接的行动，成为实施犯

罪行为的一个实际步骤，如果不是发生意外事件或行为者产生差错，便会达到犯罪目的。

10. 当权者，是指根据国内法拥有法定权力的人，或根据某一集团的权力结构被认为具有指挥地位或有权指挥他人并一般会得到他人服从的人。

11. 国家、集团或组织的不行为或没有采取行动，是指尽管当权者有权采取行动并知道对哪些犯罪行为需要采取行动，但未能采取合理措施，防止或终止犯罪或拘捕、起诉、或惩处任何已经犯罪或可能已经犯罪的人。个人的不行为，是指有意识地不根据已有的法律义务采取行动。

12. 本条使用的“他”兼指男、女两性。

### 第十七条 责 任

1. 凡年满十八岁的人应负本条所指的刑事责任。

2. 个人直接责任

(a) 凡犯有罪行或犯罪未遂，应对罪行负责，并应根据第二十四条以及第三和第八条的规定受到刑罚。

(b) 凡如定义所述与他人共谋或教唆他人犯罪应对罪行负刑事责任并受到刑罚。

(c) 犯有罪行的人，不论是以国家元首或政府负责官员的身份，或是为了国家或代表国家、或是服从“上级命令”而犯罪，均不能免除责任，除非能适用第二十一条第5款的规定。

3. 对他人行为应负的责任

(a) 凡在罪行发生期间或前后，怀有推动或促使犯罪的意图，帮助、鼓动、教唆、共谋或企图帮助他人计划、执行或隐瞒罪行，或帮助罪犯隐藏或潜逃，均应对他人行为负责。

(b) 若个人为罪行的受害者，或在罪行发生之前，已终止参与第3(a)款中所述行动对其他人完全不给予帮助并使其失去作用，或已向有关政府当局及时警告和报告，则不应对他人的行为负责。

(c) 本款所述对他人行为应负的责任无须根据被控主犯是否定罪而定。

(d) 对于他人因教唆和共谋而产生的犯罪行为以及对于他人因共同犯罪阴谋、方案或计划而可以合理预见到会犯下的罪行，均应负责。

#### 4. 集体责任

(a) 国家或国家机构之外的集团或组织，不论其成员是否负责，均应对其行为负集体责任。

(b) 个人知道或能合理预见到集团或组织所犯罪行而仍为该集团或组织的成员，则应对此类罪行负责。

#### 5. 当权者的责任

(a) 国家集团或组织的当权者对于在其煽动、建议、命令或要求下所造成或因其未采取行动而造成的罪行，应负个人责任。

#### 6. 国家责任

(a) 国家应对下列行为负责

1. 对于当权者代表其国家、服从其命令或为其利益所犯罪行，国家应该负责，不论根据该国国内法此类行为是否合法。

2. 凡个人或集团经授权为国家或其所属行政单位作出决定，或具有作为国家或其所属行政单位的机构机关或办事处的地位，其以官方身份所作行为应视为国家行为。

3. 超出本条第 6 (a) 2 款所列的任何实体的授权范围之外的行为，应视为国家行为。

(b) 国家未采取行动的责任

1. 国家未能根据本议定书规定的义务采取行动即构成国际罪行。

2. 任何已建立国家或推翻政府的革命组织应负责在其国家或新政府内起诉或引渡犯有国际罪行的该组织内的任何个人或已被该组织除名的任何个人。若不能这样做，即可据以构成国家责任。

## 第十八条

### 国际罪行的要素

#### 1. 定义

(a) 国际罪行包含四个要素：物质要素、精神要素、因果关系和危害，其定义分别载于以下第2至第5款，除非在某一罪行的定义中关于要素的规定有所改变。

#### 2. 物质要素

(a) 任何一种自愿行为或不行为，只要成为第二十一条所述罪行的一部分，即构成物质要素。

#### 3. 因果关系

(a) 行为是前提，没有前提便不会产生这一结果，且从这一行为可以预见这一后果，则行为即为结果的原因。

#### 4. 危害

(a) 危害要素取决于罪行的定义，除非在罪行定义中没有必要就危害作出规定。

#### 5. 精神要素

(a) 在物质要素存在时，罪行的精神要素应包括意图或自知或鲁莽，除非在罪行的定义中已明确规定这三种要素中的任何一种。

(b) 凡有意识的目标或目的是要造成法律所述犯罪结果或从事法律所述犯罪行为，即为“意图”造成这种结果或从事这种行为。

(c) 凡明知作出行为时的环境或明知当时的情况或环境很有可能会产生某项结果，即为“自知”或“故意”行为。

(d) 凡故意漠视某种实际存在的不合理危险，且可以预见到此种行为会造成此种后果，即为鲁莽行为。

## 第十九条

### 豁免权

1. 就本条而言，任何人不得享有国际豁免。但国家元首、政府首脑享有外



交官地位的国家官方代表、各国际组织的职员以及上述人士的家属和工作人员可免受其本国和本国际刑事法院以外任何国家的刑事诉讼只要在发生本条所述罪行时，其国民享有本条所述豁免权的缔约国对所涉或所指控罪行进行调查、起诉和惩罚。

2. 任何国家可代表其国民放弃此种豁免，但其利益不应受任何其他国家损害。

3. 本条第1款所指的任何人可在其所属国家或所服务国际组织的同意下，特别放弃此种豁免，但不妨害该国或该组织的利益。

4. 凡不再具有本条第1款所述享有豁免特权的职位的人，即不得享有此种豁免，除非此项行为或涉嫌行为是在其担任享有豁免的职位时作出的。

## 第二十条

### 惩 罚

#### 1. 惩罚标准

(a) 本条所述一切罪行，均可根据在法院对案件行使其管辖权之前由法院法规公布的办法，按照犯罪的严重性质势将造成或实际造成的危害程度以及每一行为者的责任大小，给予惩罚。

#### 2. 对个人的惩罚

(a) 对已被宣判有罪的人的惩罚应根据国际刑事法院公布的办法，包括监禁或代替监禁的其他办法或罚金。

#### 3. 对集团或组织的惩罚

(a) 对根据第二十一条第4款应由集团负集体责任的罪行的惩罚，应根据本条第1款所述以罪量刑原则以及依照法院法规公布的办法，包括罚金和其他制裁。

(b) 罚金应从集团和个别参加者的资产中一并征收，由此类资产所在的缔约国执行。

#### 4. 对国家的惩罚

(a) 对应负刑事责任的国家的惩罚，应包括根据本条第1款所述以罪量刑原则计算的罚金，但不妨碍义务、赔款或民事损失。

- (b) 此类罚金应由国家缴付，但以不会严重影响该国的经济活力为限。
- (c) 国家的罚金应由法院判决，由联合国执行。
- (d) 本条规定并不妨碍联合国根据《联合国宪章》对国家实施制裁的权利和义务。
- (e) 特别补救措施

本条任何规定不应妨碍国际刑事法院根据其固有的司法权力命令国家停止某项属于国际罪行的活动，或以禁制令纠正原有违反行为并防止再犯。

#### 5. 数罪并罚

(a) 一项行为涉及一项以上互相关联的犯罪，且所据事实基本相同，法庭可判以单一惩罚，但可斟酌情况从重或从轻量刑。

#### 6. 减刑

- (a) 服从上级命令作出的行为，可据以要求减刑。
- (b) 在不违反一罪不二审的情况下，基本上相同的罪行如已先由某一国家判决，后又由本法庭重新判决则应扣除已经服刑的部分。
- (c) 对于第二十一条所述辩护不完善或不全面等情况，法庭可考虑予以减刑。

### 第二十一条

#### 免除责任

##### 1. 定义

(a) 若下文第2至第11款所述的任何一项理由可适用于某项犯罪行为，则应免除其本议定书所规定的责任。

##### 2. 自卫（个人）

(a) 自卫是指对他人使用武力的行为，这种行为不构成犯罪，因为有理由相信，为防卫自己或任何别人免受另一人即将使用的非法武力，必须使用武力，且与所受到的武力威胁或武力相比并不过分。

##### 3. 必要行为

(a) 必要行为是指由于自己无法控制的环境有可能造成私人或公共危害，

因而作出可能会构成犯罪的行为，但有理由相信，此种行为是为避免此种环境可能造成的更大危害所必需，且不会造成死亡。

#### 4. 被迫行为

(a) 被迫行为是指本人或他人受到另一人的武力威胁或使用武力，被迫从事本来不愿从事的可能会构成犯罪的行为，但以此种被迫行为所造成的危害不大于原来可能造成的危害且不可能造成死亡为限。

#### 5. 服从上级命令

(a) 因服从上级命令作出的行为，应免除其原来可能构成犯罪或不行为的责任，除非他在当时情况下知道此种行为会构成犯罪。

#### 6. 拒绝服从某项构成犯罪的上级命令

(a) 拒绝服从本国政府或上级的执行后便会犯罪的命令，不应受到惩罚。

#### 7. 法律错误或事实错误

(a) 法律错误或事实错误均可作为辩护的理由，只要错误取消了被控罪行所需的精神要素，但以此项错误同罪行的性质或要素并无矛盾为限。

#### 8. 一罪二审

(a) 法院不对同一人的同一行为重复审讯或重复判刑，不论其罪行或指控为何。

(b) 如果一个人已由某一缔约国的国家法院审判，法院仍可对同一行为重新审判，但由国家刑事法院判决并由该国或任何其他国家执行的刑期应予扣除。

(c) 任何人经法院根据事实审判后定罪或宣告无罪，即不应再受到任何缔约国国内法院的审讯或判刑。

(d) 任何国家的大赦或赦免不应妨碍本法院的审判，也不应视为属于一罪不二审的范围。

#### 9. 精神错乱

(a) 法律上的精神错乱是指在犯罪行为发生时，由于患有精神病或精神不

健全基本上无法知道自己行为的犯罪性质，也不知道使自己的行为符合法律的要求，因而因此种精神病或精神不健全而作出犯罪行为。

#### 10. 酒醉或麻醉状态

- (a) 处于酒醉或麻醉状态是指在作出原可构成犯罪的行为时，由于受到酒精或麻醉药品的作用，无法产生此种罪行所需的精神要素。
- (b) 此种辩护理由不适用于事先怀有犯罪意图而自愿喝醉的人。
- (c) 就需要鲁莽这一精神要素的罪行而言，自愿喝醉不应构成辩护的理由。

#### 11. 犯罪中止

- (a) 就未遂罪共谋罪和教唆罪而言，如在任何危害发生之前中止或自愿退出犯罪，而且曾进行下述任何一项个人活动，则可作为辩护的理由：
  - (一) 使其他人完全不能利用也参与犯罪或得到他的帮助
  - (二) 及时通知执法官员，以防止犯罪的发生。

### 第二十三条

#### 时 效

##### 1. 期限

- (a) 法院对于国际罪行的起诉或判刑的时效期限不得短于对该罪行规定的最高刑期。
- (b) 时效期限自根据本议定书规定的法律程序开始时计算，但不包括脱逃或逃避有关当局的时期。时效期间的计算自被告被捕时开始，但如被告或宣判有罪的人脱逃，则应从头开始计算。在任何情况下此一期限不得长于原定时效期限的两倍。
- (c) 就国家责任而言，在法院采取任何行动的时效期限应参照引起国家责任的国家官员的行为决定。

## 第七部分 缔约国义务

### 第二十三条

#### 一般原则

1. 缔约国经法院提出要求，应移解任何个人，如果有理由认为，该人犯有种族隔离国际罪行。
2. 缔约国应向法院提供一切形式的司法协助和合作，其中包括调查委托书、送交传票、协助取得证词和证据传送记录以及转移诉讼。
3. 缔约国应承认法院的判决，并根据本国法律予以执行。
4. 如果法院没有自己直接控制的拘留设施，缔约国经法院提出要求，应根据本国的监狱制度执行法院的判决，但法院对所移解的犯人继续有管辖权。
5. 缔约国可能接到移解犯人的要求。
6. 本议定书缔约国承诺根据本议定书的条款，向各执行机构提供合作，特别是：
  - (a) 按照缔约常设委员会决定的比例与执行机构合作。
  - (b) 执行机构的预算需要应考虑到自愿捐款收入和本法院收取的罚金，然后加以计算。

#### 第二十四条

#### 移解被告

1. 缔约国经法院提出要求，应移解任何个人，使其出庭参加因法院管辖权引起的任何诉讼程序，但法院在提出要求时应有理由相信该人犯有违反《禁止并惩治种族隔离罪行公约》的罪行。
2. 下述情况不应阻碍将犯有罪行的人移解给法院：
  - (a) 应予移解的人声称或其居住的国家声称，所作行为属于“政治罪行除外”的范围；
  - (b) 该人是接到移解要求国家的国民；
  - (c) 接到移解要求的国家对于其与其他国家间引渡罪犯的办法，另外规定了一些条件或限制。

3. 有关上述移解的程序应根据法院法规制订，但须符合接到移解要求国家的法律。

### 第二十五条

#### 司法协助及其他形式的合作

1. 缔约国应向法院提供一切形式的司法协助和合作，其中酌情包括调查委托书送交传票、协助取得证词和证据、传送记录，以及转移诉讼。

2. 有关此种司法协助及其他形式的合作的程序应根据法院的诉讼程序法规制定。

### 第二十六条

#### 承认法院的判决

1. 缔约国同意承认法院的判决并执行其规定。为了一罪不二审和证据问题，法院应承认缔约国的刑事判决。

2. 法院的诉讼程序法规应规定承认法院的判决。和缔约国的判决。

### 第二十七条

#### 移解犯人和执行判决

1. 如果法院没有自己直接控制的拘留设施，可要求缔约国根据该国的监狱制度，执行判决；在这种情况下，法院仍继续对该犯人行使管辖权，包括将其移解至另一国家或设施。

2. 如果法院已将犯人拘押在法院自己的拘留设施内，它可根据协议将犯人移解至其原籍国。

3. 法院的诉讼程序法规应规定移解犯人和执行判决的根据和条件。

## 第八部分条约条款

### 第二十八条

#### 生效

1. 本议定书开放给所有《禁止并惩治种族隔离罪行公约》的缔约国签字，

包括在公约生效之后。

2. 本议定书须经批准。批准书交存于联合国秘书长。

3. 加入本议定书应向联合国秘书长交存加入书。

4. 本议定书自第六个批准书或加入书交存之后的第三十天开始生效，对于在本议定书生效之后批准或加入的国家，自交存批准书或加入书之后的第三十天开始生效。

5. 联合国秘书长应将就下述事项通知签约国：

(a) 所有关于本议定书的签字、批准、加入和保留

(b) 本议定书生效的日期。

6. 本公约用阿拉伯文、中文、英文、法文、西班牙文和俄文写成，所有文本具有同等效力。本公约交存于联合国档案库，副本分送各签约国。

### 第二十九条

#### 保留

1. 各国可对本议定书作出任何保留，但如对法院的管辖权、职责及其判决的效力的实质部分作出保留，则不应作为缔约国在常设委员会享有代表性。

2. 秘书长对于未按照本条第1款规定作出保留的签约国应另行计算。

### 第三十条

#### 最初执行步骤

1. 联合国秘书长在本公约生效之后应召集常设委员会第一次会议，并应主持会议，直至选出主席为止。

2. 常设委员会的首要议程为选举法院的法官。

### 第三十一条

#### 修正

1. 本公约可随时以常设委员会成员四分之三的表决予以修正，但此项修正须经同样数目的在常设委员会中有代表权的缔约国批准。

## 评 注

### 关于《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》 的惩罚措施的附加议定书草案

本议定书的规定大部分意义清楚，需要评注的地方甚少。特别是鉴于已经有了《关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族隔离罪行及其他国际罪行的公约草案》的评论，这一点更为明显。因此，下述评注是按先后次序叙述了建议的制度，而不涉及细节。为了把本议定书的规定与评注联系起来，现将本议定书的大纲列举如下：

#### 第一部分：诉讼程序的性质

- 第一条 宗旨与组织机构
- 第二条 管辖范围与权限
- 第三条 制裁
- 第四条 执行机构行使管辖权的对象

#### 第二部分：刑事诉讼程序

- 第五条 诉讼程序开始
- 第六条 起诉及审讯前程序
- 第七条 审判程序
- 第八条 量刑程序
- 第九条 复审程序

#### 第三部分：执行机构

- 第十条 法院
- 第十一条 调查委员会
- 第十二条 检察委员会
- 第十三条 缔约国常设委员会



#### 第四部分：组织事项

第十四条 制定规则

#### 第五部分：标准

第十五条 规则和诉讼程序的标准

#### 第六部分：责任原则（总则部分的条款）

第十六条 定义

第十七条 责任

第十八条 国际罪行的要素

第十九条 豁免权

第二十条 惩罚

第二十一条 免除责任

第二十二条 时效

#### 第七部分：缔约国义务

第二十三条 一般原则

第二十四条 移解被告

第二十五条 司法协助及其他形式的合作

第二十六条 承认法院的判决

第二十七条 移解犯人和执行判决

#### 第八部分：条约规定

第二十八条 生效

第二十九条 保留

第三十条 最初执行步骤

第三十一条 修正

1. 本文件并不需要对《联合国宪章》进行任何修正，也不需要另拟一项多边公约，它仅是《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》的附加议定书。

2. 本议定书是根据上述公约第五条作为其法律基础。

3. 本议定书根据种族隔离公约第五条对违反该公约第二条的行为规定了刑事诉讼程序与刑事制裁。

4. 执行的结构、机构和机关主要依靠现有机构，包括调查委员会、检察委员会以及联合国人权司。但是，法院是一个新的机构，在其行使职责时应依靠其他已经成立的机构。议定书按照尽量减少设立新组织和机构的原则处理组织事项。虽然增加了常设委员会以及法院，但议定书强调尽量利用现有联合国机构，赋予它们新的职权。然而，本议定书仍按上述原则处理所有行政与财政事项。

5. 执行机关的宗旨在于促进上述原则的实行，并没有实际困难。

6. 然而，必须指出，法院并没有直接执行机关，它主要依靠缔约国。

7. 缔约国常设委员会尽管是一个新的组织，但它在执行方面几乎并不产生问题，它将负有某些一般性政策职责，具体行政与技术职责则主要依靠现有机构。

8. 执行机关的管辖权限普遍适用于任何地区，但仅限于违反种族隔离公约第二条的行为。

9. 本议定书第三条对“罪行”和“严重罪行”在制裁方面作了明确区别，鉴于有必要使法庭只处理较为严重的罪行，上述区别是不解自明的，也是合理的。

10. 执行机构的管辖权不仅包括自然人，也包括法人；因为即使对于法人的制裁只是罚款和禁制令性质，但使法人和政府机构负刑事责任的政策将会有更大的影响。

11. 刑事诉讼程序须经调查委员会的决定后方可开始。指控委员会可与常设委员会一起就任何控诉或指控进行调解，在刑事诉讼程序之外的加以解决。然而，调查委员会是唯一有权决定是否开始进行刑事诉讼程序的机构。调查委员会的成员组成表明，这一机构足以对是否起诉作出适当决定并采取任何其他适当措施。

12. 检察委员会只根据调查委员会的决定采取行动。事实上，检察委员会没有独立的决策权，仅负责案件的起诉。然而，检察委员会有权采取各种措施以有效履行其检察职责。

13. 审讯过程叙述如何开庭决定有罪与否，其方式与量刑程序极为相似。

14. 各调查机关、检察机关、审讯机关和量刑机关的标准与程序以第五部分中所述最低公正标准为准。各执行机关应公布其规则，以使公众了解其内容。这一方法可尽量提高效率，节省立法程序。

15. 为保证《公民权利和政治权利国际公约》所规定的上诉权，本议定书规定了复审程序。

16. 本议定书第十条的规定强调法院的司法完整、公正与独立。

17. 本制度的活动费用将由缔约国通过常设委员会共同分担。人权司将在常设委员会的同意之下任命一名行政官员以负责预算的实际管理。这项措施的目的在于避免成立新组织的。

18. 根据贯穿于本议定书的政策，人权司将提供所有行政事项与支持，其费用则列入本议定书帐户，并通过常设委员会所批准的预算得到款项。

19. 本议定书规定，执行机关可依靠特设专家进行工作；这一规定的目的在于不必在人权司所提供的行政人员与支持人员之外再雇用常设人员。

20. 人权司将履行执行机关这方面的职责以及法院的登记职责。

21. 鉴于执行机关没有直接执行能力，缔约国应根据第七部分中所述承诺履行其义务，其中包括承认法院的判决以及根据本国的自然法执行法院的判决。

22. 本议定书还包括论述刑事责任的基本原则的总则，因而议定书同其所列入的关于种族隔离公约及其第二条的刑法一样包括一个分则，即本议定书除关于量刑的分则外，还加了一个总则。上述规定除未具体规定每一罪行的刑期长短和罚金多少外，符合法无明文不为罪、法无明文不罚的原则。上述不足可由法院规则作出具体规定予以弥补。在包括具体判刑标准的法院规则颁布与公布之后，将符合世界上大多数法律体系所公认的合法性规定。

23. 公正标准应在执行机关的所有程序中得到保证，并应在上述执行机关的规则中得到体现；这些标准载于《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《联合国保护人人免受一切形式的任意逮捕和拘留的整套原则》、《欧洲保护基本自由公约》以及《美洲保护人权公约》等国际公约中。上述标准也同样体现于1979年在汉堡召开的第十二届国际刑法大会所通过的决议，其草案与解释性说明

见于《国际刑法评论》第49期，1978年第3卷。

上述规定符合1950年11月4日《欧洲保护人权与基本自由公约》及其附加议定书。见A·罗伯逊，《欧洲人权》（1977），和D·蓬赛，《欧洲人权公约对被告之保护》（1977）。上述规定也同样符合《世界人权宣言》（1948）《公民权利和政治权利国际公约》（1966）、《美洲人权公约》（1969）以及其他国际公约。见L. Sohn和T. Buergenthal《人权的国际保护》（1973）。

24. 本议定书第六部分中所述刑事责任原则来源于《国际刑法：国际刑法草案》（1980）中的国际刑法草案总论，第141页及以下各页以及其摘录。

#### 第十六条一 定义

第1款对有关本议定书的国际犯罪作了定义，定义的范围可扩充。

第2款用引述方式列入了国际法公认的国家定义。议定书没有重复一个得到普遍接受的国家定义，因为使用这一定义将会导致对所用术语的定义，例如《蒙得维亚的亚公约》关于国家应有能力进行“国际关系”的规定，1933年12月26日《各国权利与义务公约》，联合国《条约集》，第165卷，第19页；另请见联合国关于以色列和列支敦士登的国家地位的辩论（《安全理事会正式记录》，第3年，第383次会议，第128号，第9—12页，以及同上，第4年，第433次会议，第35号，第4—5页）。

为方便起见，“国家”一词被视为包括采取集体行动的国家集团。

第3款举例说明了“人”与“个人”同义，并规定上述两词的意义不包括法人团体或其他所谓法人。

第5款为方便起见，规定“集团”与“组织”两词同义。这一定义的原因是由于在下文论述集体刑事责任的条款中使用了上述二词。

关于参加集团行动的第6款之制定也是出于同样原因。这一刑事责任是模仿纽伦堡审判以及东京战犯审判。见1945年8月8日《伦敦宪章》第9条，1945年12月20日管制委员会第10号通令；关于对这一刑事责任基础的讨论以及纽伦堡和东京案件的讨论，见L. Friedman《战争法：有关历史文献》（1972）；另请见Wright《联合国战犯委员会历史》（1949）。

第7款和第8款基本上是《美国法学会刑法范本》（1962）中有关教唆和共

谋的规定。见 M. C. Bassiouni 《实体刑事法》(1978)，和 W. LaFave 与 A. Scott 《刑法》(1972)；另请比较《德国刑法》，G. Fletcher 《再论刑法》(1978)。

“教唆”的定义适用于民法体系和习惯法体系。另一方面，民法体系通常不承认共谋概念，因此采取这一术语需要以习惯法对其下定义，尽管“公开行为”的先决条件使这一定义接近于民法和罗马民法体系的预备行为。见 R. Merle 和 A. Vitu 《论刑法》(1976)。必须指出，共谋与参加集团行为是两个具有不同定义的不同术语。这一概念可见于纽伦堡和东京战犯审讯。

第9款根据刑法范本对“未遂罪”下了定义，但根据民法标准作了一些修改。例如，省略了“准备”一词，扩大了“实际步骤”一词的定义，加上了“明确直接”四字。上述修改的目的在于使得到民法体系承认的定义，其范围与习惯法体系的一样。见 Fletcher 前引书。

“总则”规定了“参加集团活动”、“教唆”、“共谋”以及“未遂”等各词的定义。与“分则”中的规定相比较，将上述行为载于“总则”而不是“分则”更为符合民法体系。(See generally R. Merle and A. Vitu, Traite de Droit Criminel

(1967); P. Bouzat and J. Pinatel, Traite de Droit Penale (mise a jour 1975);

H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (1975).

第10和第11款论述了“当权者”和“不行为”，其目的在于使任何没有根据“分则”中规定的具体义务而履行其法律义务的当权者负刑事责任。

显而易见，上述定义反映在概念上作了一些选择，并试图将罗马民法和习惯法原则与从国际刑法的历史与实践产生的原则相结合。(In that respect see S.

Glaser, Infractions Internationale (1957) and S. Plawski, Etude des Principes Fondamentaux du Droit International Penal (1972).

### 第十七条—责任

责任的规定在“定义”后面，但在“国际罪行的要素”前面，因为有人认为，应首先规定责任的各种程度与种类，然后才可确定对谁并根据什么追究责任。这一作法既不符合习惯法体系，也不符合民法体系。鉴于上述法院的特别地位以及根据来比锡战犯审讯——尽管它是根据德国法律——以及纽伦堡和东京战犯审讯的先

例而产生的国际刑法的历史特点，上述作法是适当的。在法学家的著作中也没有任何类似于上述方法的论述。对应负刑事责任的主体的规定应当与“定义”的规定一并阅读。

在第1至第5款中，刑事责任的范围不仅包括犯罪，也包括旨在进行犯罪的未遂行为、教唆行为或同谋行为。然而除罪行定义中不需要损害要素者之外，损害是必要条件；因而并不构成“罪行”的行为应负的刑事责任视罪行的定义而定，因为定义中的规定可能各不相同。其他关于个人刑事责任的条款取自国家刑法的相同规定。必须指出，对其他人的行为负刑事责任的规定的目的并不在于创立一项新的罪行，而是为了阐明各种刑法体系都多少存在的派生责任原则。上述规定比较符合习惯法的规定，而不是大陆法的规定。

关于集体责任的规定有两个目的：根据关于惩罚的条款使集团本身负刑事责任；如同纽伦堡和东京战犯审讯原则所反映的，防止不顾其可以预见的罪行结果而向某一集团连续提供无形支持的个人逃避刑事责任。另外对当权者的刑事责任也作了特别规定，其中包括不行为的责任。这一规定是根据军事法以及《1949年8月12日日内瓦正式公约》，特别是《1949年8月12日修正日内瓦公约的附加议定书》中关于上级官员未能制止下级官员的行为的第76条以及国际刑法的其他来源中所载的领导责任。

关于国家责任的第6段主要来源于国际法委员会所制订的国家责任原则草案 (A/CN.4/246)。另见 P. Guggenheim, Traite de Droit International (1952) and C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (1928); Strupp, Handbuch des Volkerrechts - Das volkerrechtliche Delikt (1920), and more recently F. Munch, Das volkerrechtliche delikt (1963) and H.-H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorganen - Nach Volkerstrafrecht (1952).

上述规定的目的在于包括不行为的责任以及根据国际立法中关于国际继承性的原则，后来成为国家的非国家实体的责任。（见 D; P; O'Connell 《国际法的国家继承》（1967））。

## 第十八条—国际罪行的要素

本项规定试图将习惯法概念与民法概念相结合，并在对国际罪行的四个要素作规定时考虑到国际刑法的基本原则。大家似乎同意四个要素都有必要，尽管对每一要素的定义和内容有不同的意见。对此问题上的权威著作可能是 Stefan Glaser, Infraction Internationale (1957) 在此著作中，Glaser 首先论述了物质要素，又插入了某些法律因素，然后再论述精神要素。他在其著作中最后论述了参与犯罪和同谋犯罪。在此方面，产生了一个概念性困难，使得人们有必要将犯罪的要素与“责任”以及“免除责任”的条件相区别。将“责任”、“国际罪行要素”以及“免除责任”分别论述于三个不同的规定这一作法是试图通过制订一项折衷方法避免普通法与民法体系在概念上的差异。

物质要素以及在很大程度上精神要素都符合普通法体系与民法体系，尽管物质因素的论述方法较为客观。

鉴于大多数民法刑法并不具体将因果关系统列为另一要素，可以认为，对于民法系统，因果要素已包括于实质要素，对于习惯法体系它则是另一单独要素。

我们同意精神要素不应包括单纯的疏忽。但是，有人担忧，单单把疏忽排除在外，可能会导致根据民法体系使单纯疏忽和鲁莽之间的精神状态负责任。因此，决定列举意图、自知以及鲁莽的精神状态，同时确认鲁莽不只包括间接欺诈行为——按照 1976 年《德国刑法》，这是指明知会产生危害的精神状态。

然而议定书根据习惯法体系另行规定了关于因果要素的条款。

议定书认为，上述因素中第四种即危害要素，应根据所犯罪行加以解释。议定书确定，对于犯罪结果并不需要符合“危害”的通常意思的罪行，应作出规定。对于因果要素，议定书也有类似考虑；因此，决定对列举的要素加以限定，规定这些要素可因罪行的定义而改变。

## 第十九条—豁免权

鉴于国际法在根据主权原则而引伸出的豁免权方面的特点，这一条紧接于责任的原则和罪行要素后面。(See Sutton, "Jurisdiction Over Diplomatic Personnel and International Organizations" Personnel for Common Crimes and for Internationally Defined Crimes", in M.G. Bassiouni and V. P. Nanda, A Treatise in International

Criminal Law (1973), vol. II, p. 97. See also Oppenheim, International Law (8th ed., Lauterpacht, 1955), p. 757; Harvard Research on International Law, Diplomatic Privileges and Immunities, 26 A.J.I.L. 15-187 (supp.1932); and "immunité, Extraterritorialité et Droit d'Asile en Droit Penal International", 49 Revue Internationale de Droit Penal, No. 2 (1978)).

本条文是根据下述文件：1961年维也纳外交关系公约，1963年领事关系公约，1968年联合国特别使团公约草案，1946年联合国特权及豁免公约，1947年专门机构特权和豁免公约，1972年国际法委员会关于国家派驻国际组织代表的条款草案，1971年美洲国家组织关于外交代表及其他根据国际法享有特别保护的人士的保护和不受侵犯的条款草案，1971年防止和惩治具有国际意义的侵害人身的恐怖主义行为和有关勒索行为的公约，1973年关于防止和惩治侵犯应受国际保护人员，包括外交代表的罪行的公约，1949年欧洲理事会特权及豁免总协定，1950年3月18日的补充协定，以及该总协定的四项附加议定书（1952年和1961年）。

本案文也考虑到了国际法中有关国家元首豁免的习惯原则和各国的惯例。但是，由于本条规定的豁免的性质不是绝对的，因此，限制也比较严格。本案文规定，各缔约国应有责任对其属于本条所述豁免范围的国民采取适当行动，但缔约国可放弃此种管辖权，将其交给国际法院，如此大西洋条约组织和华沙条约的国家就军人地位协定所做的那样。（参看 Coker, "The Status of Visiting Military Forces in Europe," in M.C.Bassiouni and V.P.Nanda (eds), A Treaties on international Criminal Law (1973) Vol. II, P. 115.）

**第二十条—— 惩罚** 本条对不同的犯罪者规定了不同的惩罚条款，但所有条款均须符合第1款的规定，即惩罚应根据犯罪的严重程度，势将造成或实际造成的危害程度以及行为者责任的大小。

国际刑事法院在行使其管辖权之前应制订出有关的法规。必须指出的是，因为法院应首先公布惩罚办法和执行惩罚的标准，所以没有违反合法原则。

第3款承认了纽伦堡法庭的原则，即可用罚金的方法来处罚这些组织。（参看下文 Dinstein 所著）。这一条款超过了大陆法原则。



第4款规定了对国家的处罚采用罚金的办法，这是因为考虑到，实行其他制裁非法院所能办到。（参看

Triffterer, "Jurisdiction Over States for Crimes of State," and Baxter, "Jurisdiction Over War Crimes and Crimes Against Humanity: Individual and State Accountability," in M.C. Bassiouni and V.P. Nanda (eds), A Treatise on International Criminal Law (1973) Vol. II, pp. 86-96 and 65-85. See also Munch, "State Responsibility in International Law," in Bassiouni and Nanda, *supra*, Vol. I, pp. 145 et seq.; C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (1924); C. de Visscher, La responsabilité des Etats (1924); F. Munch, Das völkerrechtliche Delikt (1963); J. Castillon, Les Réparations allemandes - Deux expériences (1919-1932, 1945-1952), (1953), and H.H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorganen - Nach Völkerstrafrecht (1952).

第5款规定，法院有权决定对于由某一单独行为引起的多项罪行是否多重判刑。

有关减轻处罚的第6款规定，如果被告是遵照命令的行为，则可视为减刑的理由。这一规定采用了1945年8月8日关于在纽伦堡设立国际军事法庭的伦敦宪章的第八条的内容。（参看

Y. Dinstein, The Defense of "Obedience to Superior Orders" in International Law, P.260 and 283 (1965).

第二十一条——免除责任 尽管民法制度会把本条所列的免除责任条件视为责任原则与合法辩护原则的不甚妥当的法令，但我们认为，所有免除责任的理由应该放在一个条款内，不论这些理由的理论或教条基础为何，因为这样做可以把这些理由集中在一起，而且便于国际法院使用。

第2款中的自卫条款是以欧洲保护人权和基本自由公约第2条第2(a)款为依据的，文字则依照刑法范本。习惯法要求自卫的人要有理由认为他使用武力是必要的，而这一要求对于民法制度来说并无必要。另一方面，规定只能对“即将”使用的非法武力使用武力，对于习惯法来说，也可能是多余的。

第3款中所述的自卫只限于使用不会导致死亡的武力，用以管束个人行为。

第4款中所述的被迫行为只在“武力威胁或使用武力是立即危险的情况下才能成立。

第5款规定，只有在被告不知道其行为是犯罪的情况下，才能以服从上级命令作为辩护的理由。另一方面，第6款保护个人免于因拒绝执行犯罪的命令而受到起诉。

第7款采用了刑法范本中的有关法律错误或事实错误的办法，但这种辩护的理由限于没有犯罪意图的情况。

关于一罪二审的第8款纯粹是为了实现一罪不二审的原则。其中的第四项确认国际刑事法庭可以不受其他管辖国家的大赦和赦免的影响，以避免各国采用这种方法使个人逃避处罚。这一条款只适用于国家的赦免行为，而不涉及任何国家赦免行为的法律性质。

第9款是以刑法范本中有关精神错乱的条款为依据的。这同罗马法制度不一样；在罗马法制度中，精神错乱被认为是刑事责任的一个先决条件。

关于酒醉的第10款出处相同，但不把自愿喝醉作为一种对需要有犯罪意图的罪行的辩护理由。

第11款中提出的犯罪中止原则也是以刑法范本为依据的，但这些原则也与大陆法符合。

第一条款包括了辨明理由、不负刑事责任的条件、免罪理由和程序上的辩护等原则。从罗马民法角度来看，这一条款在理论上是值得争议的，因为它包含的种类太多。但是，这一条款的确符合实际需要，因而，避免了长期以来一直是欧洲刑法学家间争论的基础的教条主义。

第二十二 条 —— 时效 对时效期限的规定是以犯罪所在国家的国家法律对相同罪行所定的最高刑期为标准。应指出的是，按照这一办法，如果最高刑期为无期徒刑或死刑，则不存在时效的问题。另外，有必要加上1(c)项，因为根据本法

典规定，国家的罪行只能处以罚金。这一规定不同于1968年12月9日的战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约。（参看 39 Revue Internationale de Droit Penal (1968) dedicated to this topic, and the European Convention on the Non-ApPLICABILITY of Statutory Limitations to Crimes Against Humanity and War Crimes of 1978).

事实上，这一规定和上述公约中的办法，其结果都是一样的，只有不严重的罪行才有差别，而且避免了使若干国家不肯批准上述两个公约的困难。

缔约国的义务是向执行机关提供财政支援，使本议定书获得有效执行。此外，缔约国必须提供使本议定书发挥效用的各种司法协助与其他合作，特别是尤如各国间引渡义务那样将被告移交给法院，但应注意种族隔离罪行并不属于政治犯罪例外情况。（See M.C. Bassiouni, International Extradition and World Public Order (1974). 其他形式的司法协助包括调查委托书、取得证词、移交档案等传统方法。此外关于承认法院判决的规定也是十分重要的，这一条款确保缔约国有效执行法院判决。另外，还对移解罪犯与执行判决作了规定，可能有所帮助。上述规定大部分可见于 M. C. Baniouni 《国际刑法：国际刑法草案》，第107-130页。

条约条款部分除保留条款外，都是常见的规定。保留条款尽管符合维也纳公约关于条约解释的规定，但也考虑了《国际法院关于对防止并惩治种族灭绝公约的保留的咨询意见》（1951）中的有关部分。

毫无疑问，实施本议定书的条件之一是必须成立常设委员会，并使其开始履行职责；因此，对此作了特别规定。

×× ×× ×× ×× ××