



大会

Distr.
LIMITED

A/AC.249/L.4
6 August 1996
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

设立国际刑事法院问题筹备委员会

1996年8月12日至30日

适用的法律和法律的一般原则

加拿大提出的工作文件

目 录

	<u>页 次</u>
一、 导言	3
二、 条款草案和解释性评注	5
第33条 适用的法律	5
第33-1条 法无明文不为罪	5
第33-2条 法定时效	6
第33-3条 个人责任和国家责任	7
第33-4条 主犯的刑事责任	8
第33-5条 犯罪的物质要素	9
第33-6条 犯罪的心理要素	10
第33-7条 其他人对主犯既遂罪所负的责任	11

目录(续)

	<u>页次</u>
第33-8条 犯罪未遂	13
第33-9条 共谋	14
第33-10条 指挥责任	16
第33-11条 责任年龄	17
第33-12条 精神失常/智力减弱	18
第33-13条 醉酒	19
第33-14条 事实或法律错误	20
第33-15条 自卫和保护他人	21
第33-16条 必要情况	22
第33-17条 胁迫/强迫	23
第33-18条 上级命令	24
第33-19条 在国际公法下可以提出的辩护理由	25
第33-20条 其他辩护	26
三、1996年4月4日A/AC.249/CRP.9号文件B部分评注的增补	26

一、 导言

1996年4月,设立国际刑事法院问题筹备委员会在纽约举行第一届会议。各代表就适用的法律、刑事责任和辩护的一般原则,以及法院应如何拟订这些一般原则等问题提出各种提案;见1996年4月4日A/AC.249/CRP.9号文件:刑法的一般原则(下称“《一般原则(4月)》”)。《一般原则(4月)》文件无意协调各项提案,仅将提案列出,备供进一步讨论。

为方便讨论,本文件列出关于责任和辩护原则的可能案文。在一个有系统的条款构架范围内,这些案文是将1996年4月各代表在纽约提出的各项原则的所有提议组成部分整合或重新汇编而成。在可能情况下,《一般原则(4月)》文件内的提案组成部分均在本文件内并为一条或一款。但本文件无意将提案之间的实质性差别加以协调或达成折衷。文件将各项原则的不同提议组成部分以方括号分开,以便对照和比较。这样有助于阐明在哪个组成部分已经达成一致意见(或起码没有反对意见),并说明在提案不同之处有哪些备选案文。有些字或词则用圆括号分开,以表明备选案文的差异主要在于行政方面而不是实质内容。此外,为使文体趋于一致,已对各项提案的文法或行文作出修改。

下列原则的整合和汇编工作已经完成:

法无明文不为罪

个人责任和国家责任

主犯的刑事责任

犯罪的物质要素

犯罪的心理要素

其他人对主犯既遂罪所负的责任

犯罪未遂

共谋

指挥责任
责任年龄
精神失常/智力减弱
自卫和保护他人
必要情况
胁迫/强制
上级命令

对于其余的原则,在纽约第一届会议上提出的各项提案实质内容差异甚大,将它们重新汇编用途不大。如《一般原则(4月)》文件一样,本文件也载述其余的这些原则。在《一般原则(4月)》文件内出现的所有评注和问题均载于本文件。

本文件的结构说明这些原则如作为规约一部分将以何种形式出现。关于一般原则应该是规约草案的一个部分(第四部分之二)或附件的问题,第一届会议未能达成一致意见。为方便讨论,本文件以规约一般部分的形式草拟,但这可随时更改。

1996年4月也未能就各项原则的先后次序达成一致意见。¹ 希望本文件的草拟方式可以避免无谓的学术性讨论。第一类原则载述若干一般性的初步问题,如法无明文不为罪和时效问题。接着的一类条文阐述刑事责任的种种形式和原则。所有辩护理由、开脱罪责的理由、正当理由和辩解均归入一类,摆在最后,以免对一项辩护理由的性质(即一项辩护理由应归入正当理由一类,还是归入辩解一类的问题,等等)进行不必要的辩论。如有需要,条款次序可以重新排列。

1996年7月,在意大利锡拉库扎举行的一次非正式会议上审议了本文件的第一份草案。参加筹备委员会的若干会员国代表团派代表出席该次会议。除了转载《一般原则(4月)》文件内的评注和问题之外,本文件还载列在7月份会议上提出的其他的评注和问题。这些评注和问题有助于筹备委员会进行审议。

¹ 刑法的一般原则,A/AC.249/CRP.9(英文本页数,下同),第1页。

本文件由加拿大司法部编写,但文件内的意见或提案不一定代表加拿大政府或其政府部门的意见。编写本文件是为了帮助讨论1996年3月至4月在纽约提出的各项提案。

二、条款草案和解释性评注

第 33 条

适用的法律

(见本文件附件。附件摘自设立国际刑事法院问题筹备委员会第一届会议编写的关于刑法的一般原则的文件(第20至23页)(A/AC.249/CRP.9,1996年4月4日)。附件论述关于适用的法律的备选案文和法院拟订刑法一般原则的方式。)

刑法的一般原则

第 33-1 条

法无明文不为罪

1. (如果本规约根据第21、22或23条可予适用),任何人不对下列情况负本规约所规定的刑事责任:

(a) 对第20条(a)至(d)款所述罪行提起的控诉,除非有关行为发生时属于国际法下(本规约的罪行定义下)(或符合国际法的国内法下)的罪行,而且发生于规约生效之后;

(b) 对第20条(e)款所述罪行提起的控诉,除非行为发生时,有关的条约适用于该人的行为。

2. 除本规约所规定外,上述第1款(第1(a)款)的规定不应影响这类行为作为国际法下的罪行的性质。

3. 如果罪行发生时的法律在该案件最后判决之前被修正,则应适用最宽容的法律。

评注:

上述方法或可与《前南斯拉夫问题法庭规约》(第2条)和《卢旺达问题法庭规约》(第1条)所采取的方法相比较。应考虑到国际刑事法院和特设法庭共同行使暂时管辖权的可能性。

有人问是否需要阐明第1(a)款内“国际法”一词的意义。是否单以规约对罪行的定义就完全足够确立第1(a)款意义范围内的“国际法下的罪行”?此外,为确立一项行为是否构成本条所规定的罪行,是否无须而且不应提及国际法的其他来源,例如其他公约或习惯国际法?如果意义不明确,该款应否提及规约所定义的罪行?

如果规约已经界定了属于法院管辖范围内的所有罪行,是否有必要在第1(a)款提及国内法?

第1(b)款是否也应修正,如第1(a)款那样,加上“而且发生于规约生效之后”等字样?

第 33-2 条

法定时效

A/AC.249/CRP.9号文件案文

(一) 日本的提案(七.1)

“1. 对于……罪行经过xx年后以及对于……罪行经过yy年后,时效期间即告完成。

“2. 时效期间应自犯罪行为停止时开始计算。

“3. 时效期间应在就有关案件向本法院或对该案件有管辖权的任何国家的法院提起诉讼时停止计算。如本法院对有关案件具有管辖权,时效期间在国家法院的裁定成为最后裁定时开始计算。”

(二) 锡拉库扎草案(33-18)

“属于(法庭)(固有)管辖范围内的罪行没有时效。”

评注：

关于锡拉库扎草案，一些代表团认为，对于任何不属于法院固有管辖范围内的罪行，法院本身应该确定时效。一些代表团认为，不应该适用任何时效。另一代表团则认为应该。

其他提案：

(属于法院(固有)管辖管辖范围内的罪行没有时效，但(对于不属于法院(固有)管辖范围内的罪行)，任何人如因时间的经过而无法获得公正审判，法院可以拒绝行使管辖权。¹⁾)

第 33-3 条

个人责任和国家责任

1. 法院根据本规约的规定，对(自然)人行使管辖权。
2. 犯下本规约所规定罪行的人负有个人责任并可受惩罚。
3. 犯下本规约所规定罪行的人，特别是以国家元首、政府首脑或政府负责官员身份行事的，不得因其官职免除刑事责任，或减轻惩罚。
4. 本规约所规定的个人刑事责任不应妨碍(影响)国际法下的国家责任。

评注：

法人团体或其他法人的刑事责任问题可能需要加以考虑。

¹ 见A/AC.249/CRP.3/Add.1(1996年4月8日)，第2-3页；本提案的根据是筹备委员会第一届会议全体会议的讨论结果和上述锡拉库扎草案的评注。

第 33-4 条

主犯的刑事责任

1. 具有犯罪所需之心理要素的人,应作为主犯对下述行为负刑事责任,并因本规约所规定的罪行而受惩罚:

- (a) 实施罪行说明(定义)列举的行为;
- (b) 造成该说明(定义)列举的任何后果;
- (c) 在该说明(定义)列举的任何情况下实施行为。

2. 共同犯下本规约所规定的罪行并且具有犯下此一罪行的共同意图的两个或两个以上的人,分别负主犯的刑事责任,并受到惩罚。

评注:

本条确定了关于主犯责任的一般原则。关于一般原则的要素,例如“心理要素”、“行为”和因果关系,进一步阐述于第33-5和33-6条。

共同犯下本规约所规定的罪行的其他人应负刑事责任并可依本一般部分草案第33-7、33-8和33-9(和33-10)条规定的方式受到惩罚。

有人问此条规定是否需要,仅仅说明犯下本规约所规定的罪行的人应负刑事责任,并可受惩罚,是否已经足够?另一方面,有人指出,关于刑事责任原则的基本要素必须具体说明,因为以后其他许多原则均以此为基础,这样可以避免在规约内阐述各项辩护理由,而这些辩护理由不过是否定基本心理要素和物质要素的存在。

有人指出,“说明”或“定义”这两个用词的选择,视如何回答下面问题而定:是否仅在规约内确立罪行的定义(如果这样,采用“定义”一词较为适当),还是在一个附件内进一步阐述规约内的罪行定义要素(如果这样,采用“说明”一词较为适当,因为该词既包含法定定义,又包含在附件阐明要素的意义)。

第 33-5 条

犯罪的物质要素

1. 个人应对本规约所规定的罪行负刑事责任并受惩罚的行为可以包括一项作为或不作为,或两者兼而有之。²

2. 为第1款的目的,任何人可能为不作为负刑事责任并受惩罚,如果:

(a) 罪行说明中具体提到这种不作为,但此人本可以避免但却(故意地或蓄意地)没有避免这种不作为;或者

(b) 在下列情况下:

(一) 该人有(已经存在的)法律义务(责任)避免罪行说明中具体确定为一项(构成;实质)要素的后果;

(备选案文:(一)该人有(已经存在的)法律义务(责任)避免罪行的后果;)

(二) 这种不作为所造成的后果(产生的结果)相当于以作为犯下这一罪行所造成的(产生)的后果(结果);和

(三) 此人本可以但却(故意地或蓄意地)没有避免这一罪行的后果(结果)。

(3. 个人仅对构成犯罪行为的损害负本规约规定的刑事责任,如果损害是主犯(犯罪者)的作为或不作为(行为)和因其作为和不作为而造成的。)

评注:

“不作为”概念对于各种法系是一个难题。

² 新的提案。本款将把作为和不作为的概念与第33-4条提到的“行为”概念联系起来,本款还为第33-5条第2款建立概念上的联系。

可以研究“不作为”概念究竟能在多大程度上引起罪责问题。

代表团不妨在规约中省略这两项要素(即不作为和因果关系)。

关于第2(a)和(b)款,有人问是否需要提及“故意地或蓄意地”等字,因为以下一条涉及心理要素,作为一般规定要求证明意图或知情。另一方面,有人认为应当明白指出,因疏忽而没有避免不作为不负刑事责任,因此有理由保留这些字眼。

关于第2(b)款,有人问避免罪行后果或结果的法律义务或责任源于何处。该项义务是否仅从规约产生,抑或可能从国际法或国内法的其他来源产生? 应否阐明任何法律义务必须是依规约产生的义务?

关于第2(b)款,提案草案引起这样的问题:有关义务是避免罪行说明具体提到的“后果”,还是避免罪行的“结果”(后一种概念含义较广,可能包含无特别后果的犯罪行为)?

关于第3款,有人问,草案应否具体说明“作为或不作为”的自愿性。其他人认为无此需要,因为第33-6条关于心理要素的原则已提到自愿性问题。

有人问因不作为而产生的罪责应否仅限于规约所规定的具体罪行。

第33-6条

犯罪的心理要素

1. 除非另有规定,一个人只有在具有意图或明知的情况下实施犯罪的物质要素才对本公约规定的罪行承担刑事责任,并受惩罚(,不论其意图是一般或特定,或视有关罪行的实质而定的)。

2. 为了本规约的目的,除非另有规定,一个人具有意图,如果:

a) 就行为来说,这个人打算从事该作为或不作为;

b) 就后果来说,这个人打算造成该项后果或知道事态的一般发展会产生这

种后果。

3. 为了本规约的目的,除非另有规定,“知道”、“蓄意”或“明知”是指:

a) 意识到存在某种情况,或将发生某种后果;或

b) 意识到情况很可能存在,并故意避免采取步骤证实该种情况是否存在。

(4. 为了本规约的目的,除非另有规定,当规约规定可能由于鲁莽而犯下罪行时,一个人是鲁莽的对待一种情况或后果,如果:

a) 这个人意识到存在某种情况或将发生某种后果;和

b) 这个人意识到这样冒险是极不理智的。)

评注:

鉴于所审议的罪行的严重性,鲁莽和间接故意行为的概念应进一步研究。

因此,第4款有关“鲁莽”的定义只在规约明文规定可以由于鲁莽而犯下某一特定罪行或要素时适用。无论如何,第1款规定的一般规则是,罪行必须是意图和蓄意实施的行为。

有人认为上述关于心理要素的各种类型和程度的定义可能需要进一步澄清。澄清的说明可以列入一般部分,可以列入罪行定义的条款中或列入附件。

有人怀疑是否有必要在第1款中提到一般和特定的意图,因为不论那一种情况,一般规则都要求有意图或是明知的。

同样的,有人指出不应提到“动机”二字;因为动机或目的应该是罪行定义的一个组成部分。

第33-7条

其他人对主犯既遂罪所负的责任

(1. (策划)、协助、教唆或诱使他人犯下一项罪行的人,根据本规约负有刑事

责任,并按本人的罪责受到惩罚,而不论其他共犯的罪责为何。³⁾

(2. 策划一项由本人或他人犯下本规约范围内的罪行的人应负刑事责任,并应受惩罚(应受到本规约对此种罪行的主犯所规定的相同惩罚)。)⁴⁾

(3. 策划犯罪行为的刑事责任以本公约的规定为限。)

4. 诱使他人犯罪是指:为了怂恿他人(使他人决定)犯下(或参与犯下)一项特定罪行,指挥、(命令)、要求、劝说或鼓动该另一人从事(或参与)犯下此一罪行,而且该另一人由于这种诱使实际犯下了罪行(或对此一罪行负有刑事责任)。

5. 诱使他人犯罪的人负有刑事责任,并应受惩罚(应受到本规约对此种罪行的主犯所规定的相同惩罚。)

6. 帮助或教唆他人犯下一项罪行是指一个人的行为促使他人犯下此一罪行。

7. 帮助或教唆他人犯罪的人负有刑事责任,并应受惩罚(应受到(较轻惩罚)(本规约对此种罪行的主犯所规定的相同惩罚))。

评注:

能够惩处罪行的策划者的重要性是可以理解的。在这一条之下,策划者只有在主犯由于这种策划或诱使而实际犯下罪行的情况下才受惩罚。⁵⁾处理策划者情况的另一种方式是通过“共谋”概念;见下文有关“共谋”的第33-9条及其评注。

³⁾ 《一般原则(4月)》第4和5页;《前南斯拉夫问题法庭规约》和《锡拉库扎草案》(1996年3月)。评注:案文中删除)“主使”和“命令”等字样,这些概念移至第33-7条第4款。“未遂罪”和“犯罪”也予删除,而移至第33-3、33-4和33-8条、

⁴⁾ 《一般原则(4月)》第5页;见日本代表团的解释性说明。又见下文第33-9条“共谋”。

⁵⁾ 《一般原则(4月)》第5页;日本代表团的解释性说明。

有人怀疑第1款是否多余,而应删除,因为其后各具体条款更加详细地说明了参加犯罪、罪责和应受惩罚的各种情况。

有人提出疑问,一个人如果诱使另一人实施犯罪行为,其罪责和应受的惩罚是否除了另一人由于这种诱使而犯的罪行之外,还包括诱使人预见(或理应可以预见)另一人由于这种诱使而会犯下的其他任何罪行。

条款草案引起的另一个问题是,诱使他人的罪责是否以诱使他人为主犯为限,还是也应对诱使他人作为帮助者和教唆者共同犯罪负罪责,(即“负有其他刑事责任”)。

有人问,规约是否也应(以新的另一条?)规定一个人在以下情况中负有刑事责任应受惩罚:这个人诱使另一人犯罪或参与一项犯罪行为,但该另一人没有实施犯罪行为。

还有人问,规约是否还应(以新的另一条?)规定,帮助或教唆已实施犯罪行为的人(如协助逃避侦察或逮捕,或是销毁或隐匿证据)负有刑事责任应受惩罚。

有人表示,关于罪行轻重的规定不应列入一般部分,而应列于规约的其他部分。

第33-8条

犯罪未遂

1. 犯罪未遂的人应负刑事责任并应受惩罚,如果这个人意图犯罪,而且……

(为了实现该项意图而实施的行为不止是预备犯罪)

(实施的行为构成完成犯罪的实际步骤)

(开始实行犯罪)

……,但由于(其意志以外的情况)(或一项偶然事件),(或未遂的目标不可能实现)而使犯罪行为没有完成。

(2. 犯罪未遂的刑事责任以本规约的规定为限。)

3. 对犯罪未遂负有刑事责任的人可获(减刑)。

(4. 放弃犯罪的努力或由于其他原因未完成犯罪行为的人,如彻底而自愿地在实施犯罪行为以前放弃犯罪目的,则不受惩罚。)

评注:

关于锡拉库扎草案(即上文第4款),有人指出一些司法当局不承认“放弃”为辩护理由。有人问“放弃”的概念是否应列入“犯罪未遂”的定义,或应在规约内另行处理。

还有人指出中间出现的事故可能打断因果关系。

有人指出,第1款的三种可能性并不互相排斥,而可合并如下:“为了实现该项意图实施某种行为,开始实行犯罪,而且实施的行为不仅仅是预备犯罪,而是构成完成犯罪的实际步骤”。

有人怀疑第一款所列未能完成犯罪行为的三种理由是否彼此排斥,还是可以合并。

有人认为,未遂罪可以普遍适用于所有罪行。

有人提出疑问,减轻未遂罪的惩罚在哪些情况下才恰当,是否只应减轻对某些罪行的惩罚。

(第33-9条

共谋)

(1. (因意图实施某一犯罪行为而)与一人或多人约定实行犯罪(或实行犯罪共同意图),并(为实行约定犯罪行为)实施(或由同谋的另一方实施)(显示该意图)的明显行为的人,应负刑事责任,并应处以共谋罪。)

(2. 即使共谋的目的无法达到或受到偶然事件阻碍,仍可处以共谋罪。)

(3. 共谋犯罪的刑事责任以本规约的规定为限。)

(4. 对共谋罪负有刑事责任的人应与犯下或可能犯下此一罪行的主犯受到相同的惩罚。)⁶

评注:

还参看《卢旺达规约》第6.1条。

有人指出在不同的法系中对共谋有概念上的差异。

有人问如果犯罪未完成,但已采取行动以执行计划,“策划者”应否受到惩罚。

有些代表团怀疑这概念应否列入规约的一般部分,虽然在罪行非常严重的情况下,可能必须惩罚这种行为。(参看日本代表团的解释性说明)⁷。另有人认为,如果不列入则是倒退,因为纽伦堡审判时将此作为一种罪责形式。

有人问,如果合谋的罪行实际发生了,那么共谋罪是否与既遂罪合并,还是保持作为另一项单独的罪行?如果共谋罪与既遂罪合并,那么共谋者是否也应为实行共谋时可能预见的其他罪行承担责任?(如果共谋罪保持作为单独的罪行,则共谋者(如果没有其他参加形式)只应对共谋实施约定的犯罪行为承担责任,因为这是非法协议的主题事项。)

提议的草案所引起的问题包括:a) 共谋罪的被告是否必须有犯罪的意图,还是只需要有实现犯罪行为的意图,罪行可由其他人实施;b) 共谋罪的被告是否必须实施明显行为,还是只要其他共谋者之一实施有明显行为即可;c) 明显行为的性质为何(例如行为是为了实行约定犯罪行为,或必须实际显示协议内容);d) 如果共谋的目的实际上不可能达到,则共谋罪是否存在;e) 共谋罪是否应限于约定犯下某些所规定的罪行;f) 此类罪行的适当惩罚。

⁶ 在惩罚问题上与其他提案并行的新案文。

⁷ 《一般原则(4月)》,第5页。

第33-10条

指挥责任

备选案文A(责任的基础)

除本规约所列罪行的其他(同谋种类)(参与方式),在下列情况下,如一名指挥官(上级)⁸未予适当控制,该名指挥官(上级)对其指挥的部队(下属)⁹所犯下的罪行亦应承担(帮助犯或教唆犯)的刑事责任:

a) 该名指挥官(上级)知道或因罪行普遍而应已知道(有理由已知道)¹⁰其部队(下属)正在或有意(即将)¹¹实施此等犯罪行为(此等行为)¹²,以及

b) 该名指挥官(上级)未在其指挥官(上级)权力范围内采取所有必要(及合理的)¹³措施以防止或制止犯罪行为的发生(或惩罚该等罪行的犯罪者)。¹⁴

备选案文B.(无豁免)

本规约所规定的罪行是一名下属(一名指挥官指挥的部队)(因指挥官未予适当控制)所犯并不免除其上级(指挥官)的刑事责任,如果该上级(指挥官)知道或(因罪行普遍)而有理由已知道(应已知道)下属(部队)正在或有意(即将)¹⁵实施此等犯罪行为,而且该上级(指挥官)未(在其上级(指挥官)¹⁷权力范围内)采取所有必要(及合理的)¹⁶措施,以防止(或制止)此等犯罪行为的发生(或惩罚该等罪行的犯罪者)。¹⁸

⁸ 《一般原则(4月)》第14页:《前南斯拉夫问题法庭规约》,第7条,第3款。

⁹ 同上。

¹⁰ 同上。

¹¹ 《一般原则(4月)》第14页:《前南斯拉夫问题法庭规约》,第7条,第3款。

¹² 同上。

¹³ 同上。

¹⁴ 《一般原则(4月)》第14页:《前南斯拉夫问题法庭规约》,第7条,第3款。

¹⁵ 《一般原则(4月)》第14页:《前南斯拉夫问题法庭规约》,第7条,第3款。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 《一般原则(4月)》第14页:《前南斯拉夫问题法庭规约》,第7条,第3款。

¹⁸ 《一般原则(4月)》第14页:《前南斯拉夫问题法庭规约》,第7条,第3款。

评注：

这两个备选案文所引起的主要问题是，指挥责任是否为其参与和同谋方式之外的一种刑事责任，或者为指挥官或上级须对其下属的行为负责的原则。

另一项所提出的重要问题是，指挥责任原则是否应限于军事指挥官或者应该扩大及于涉及下属的任何上级。

在下属行为方面，指挥官或上级的知情或预见程度应如何规定？此项知情的对象是什么？

应要求指挥官/上级应采取哪类的行动（例如为防止、制止或惩罚目的而采取必要或合理的措施）以免承担责任？

第33-11条

责任年龄

1. 实施（所指控的）犯罪行为时不满（十二、十四、十六）岁的人（应被认为不知道其行为是不法的，）不应承担本规约规定的刑事责任，（除非检察官证明该人当时知道其行为是不法的）。

2. 对于实施（所指控的）犯罪行为时年龄在（十六岁）和（二十一）岁之间的人（法院）应鉴定其成熟程度以确定该人是否应当承担本规约规定的责任。

评注：

各国对具体责任年龄有不同看法。

有人指出，许多国际公约（例如《公民权利和政治权利国际盟约》、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》）都禁止惩罚未成年人。

提议草案所引起的问题是，应强制规定一个绝对的责任年龄或者应载入一个推定的年龄与推翻此一推定的方法。

有人指出,在关于所述两个年龄组的第1和2款中应采行一贯的方式(按照法院的鉴定或检察官的证明)。

有人问及,什么是此项鉴定程序的准则;是否应该留待法院在补充规则中发展或经由判例法发展?

有人问及,规约是否应特别规定对已确定成熟到足以承担刑事责任的未成年人应该和可以适当从轻处罚。”

第33-12条

精神失常/智力减弱

1. 实施(本应)构成犯罪行为的人,如在行为时患精神病或精神不健全,因此无实际能力认为其行为已构成犯罪(违法)或不能守法(,并由于此种精神病或精神不健全造成犯罪行为),应不负刑事责任(限属于法律上精神失常)。”

2. 在行为时未缺乏第1款内所述性质和程度的实际能力,但是此项能力却已锐减的人,应(得)减轻其刑。”

评注:

有人问应否列入此项辩护理由

还有人问,是否需要一项规定处理被告是否适宜受审的问题。该规定可列入关于审判/程序规则的一章内。

有人问应如何处置已被确定精神失常的人。该人是否应获释放或羁留于精神病院?如选择后者,则羁留于何处?是否应将此项规定载入关于由法院和缔约国执行刑罚的条文之中?

有人指出,此项辩护理由或许比较可适用于一些罪行(例如战争罪,诸如杀害战俘)而比较不适用于另外一些罪行(例如涉及制订政策的罪行,诸如灭绝种族罪)。如果列入此项辩护理由,是否应限制适用于某些类型的罪行?

第33-13条

醉酒

A/AC.249/CRP.9号文件案文：

(一) 锡拉库扎草案(33-4.2)

“2. 在实施本应构成犯罪的行为时受到酒精或药物影响，不能具有该罪行所需的心理要素的人，即处于醉酒麻醉状态。这项辩护理由不适用于自愿醉酒而预先意图犯罪的人。对于需要鲁莽的心理要素罪行，自愿醉酒不得作为辩护理由。”

评注：

有人指出基本上有两个问题：

- (a) 醉酒应否作为辩护理由或用以否定犯罪意图；和
- (b) 如允许作为辩护理由，应否在规约内或以其它方式加以说明。

(见下面B节。)

有人表示，这个辩护理由或许可以适用于某些个别的罪行(例如战争罪，诸如杀害战俘)。另外一方面，有人认为，最好是留待法院依据其判例法解决这项辩护理由，而不应将此项辩护理由载入规约。

还有人认为，醉酒仅是涉及存在或得加以否定一项必备心理要素的因素。鉴于已提议了关于须存在特定心理要素以确定刑事责任的法定要件(见第33-4和33-6条)，有人问，因为此项辩护理由仅仅是一个实例，说明可否定必备心理要素存在的一项因素，所以，是否真有必要明文提及此项辩护理由？

各国法律制度对醉酒的处理方式有所不同；同样，可以建议规定作为辩护理由的其他案文。

如果(规约明文规定或法院的判例法表明)允许这项辩护理由，则应否将它限于某些罪行？

受审判的能力

这涉及精神失常/年老/患病的问题。有人指出这种辩护理由应当在关于审判程序的规则或一章内加以处理。

第33-14条

事实或法律错误

A/AC.249/CRP.9号文件案文:

(一) 日本的提案(三.1)

“心理要素

“1. 在行为时不知道构成罪行的事实的人,不因该行为受惩罚。

“2. 即使在行为时不知道行为违法,除非错误不可避免,也应负刑事责任,但得减刑。”

(二) 荷兰的提案

“事实或法律错误

“事实或法律上不可驳倒的(不可避免的)错误应作为辩护理由,但该错误须符合指控罪行的性质。行为上或法律上可避免的错误在减轻惩罚方面可予以考虑。”

(三) 锡拉库扎草案(33-15)

“1. 如果事实上或法律上的错误否定所控罪行必要的心理要素,可将该错误作为辩护理由,但该错误须符合罪行或其要素的性质,并且他合理地认为的情况是合法的。

“2. 犯罪者误信其行为合法,则不受惩罚,但他必须在可合理地要求他情况下尽力认识所适用的法律。如他应该能够避免法律上的错误,可以轻处

罚。”

评注：

有些代表团对在规约内列入这些概念表示怀疑。

对于这些概念究竟是否定责任还是构成辩护理由也有人表示弄不清楚。

鉴于已提议了关于须存在特定心理要素以确定刑事责任的法定要件(见第33-4和33-6条),有人问,因为此项辩护理由仅仅是一个实例,可否定必备心理要素的存在的一项因素,所以,是否真有必要明文提及此项辩护理由?

有人质疑应否准许将法律上的错误列为一项辩护理由。

第33-15条

自卫和保护他人

1. 为自卫或保护他人采取行动,不(负刑事责任)受惩罚。

2. 自卫行为或保护他人的行为是指任何人(因合理认为必须使用武力)(而合理地)(及必要地)采取行动(以与威胁非法使用武力或非法使用武力相称的合理方式)保护本人或他人免于(合理地惧怕)(即将发生的(即时发生的)非法使用武力或威胁非法合作武力。)

(3. 自卫,特别是保护财产,如造成的损害超过所涉危险的程度或超过自卫行为所保护的利益,则应受到惩罚。)

(4. 如超出第2款的合理自卫范围,将予减刑。)

评注：

有人提出几个问题:(a) 应否在规约内列入有关保护财产的规定;(b) 应否用自卫作为对付威胁使用非法武力的辩护理由;(c) 先发制人的自卫是否合法(d) 自卫应否限于第20条所列的某几类罪行;和(e) 应否由法官决定在特殊情况下允许以自卫作为辩护理由。

草案所引起的其他问题包括应在什么限度内按照合理性、必要性和(或)相

称性要件来限制援引本项自卫和保护他人的辨护理由。

有人还问,是否只有在遇有本项所订防卫行为实属必须之情况才应援引,或者是否只须被告人尽管诚信地错认了,但却曾合理地认为必需采取该防卫行动就足以加以援引之。

另有人提出了关于自卫时使用武力过当的责任程度及惩罚的问题。

第33-16条

必要情况

1. 出于必要情况而行为的人(不负刑事责任)不受惩罚。
2. 出于必要而行为的情况包括:
 - (a) (合理地认为)本人或他人(即将)(即时)(或不可避免地)将受到死亡或身受重伤、的威胁(或丧失自由的威胁);
(备选案文:(a)无法控制的情况可能造成不可避免的私害或公害);
 - (b) (为避免威胁实施合理行为)(别无他法避免威胁);(和)
 - (c) (实施行为仅为避免即将发生的更大损害)(这种行为保护的利益超越行为侵犯的利益)。
- (3. 这项辩护不包括使用致命武力。)
- (4. (情况(可以)并非无法控制的)((或者)故意地在没有合理理由的情况下将本人置于造成必要情况的环境的),不以出于必要情况行为论处。)
- (5. 如行为逾越(本条)第2款所述的正当辨护理由,刑罚可予减轻。)

评注:

提出的问题是,哪些罪行可利用必要情况为辨护理由。

另一个问题是,必要情况的辩护应否包括使用致命武力。

有人提出,必要情况的辩护应否适用于种族灭绝罪和危害人类罪。

对提议草案提出的其他问题包括：(a) 威胁的迫切性(如：即时、即将或不可避免的)；(b) 要避免的威胁损害的性质(如：重伤、死亡、自由、私害或公害)；(c) 威胁必须实际存在方可使用这种辩护，还是被告人只要合理地以为威胁存在，即使这是诚信的错认，也可以使用这种辩护；(d) 在面对多种同样可造成损害的避免办法时，被告人是否仅需以合理行为避免威胁，还是其实施的行为必须是避免威胁的损害的唯一办法；(e) 被告人为求避免的损害与其造成的损害必须相称；和(f) 哪些因素(如自行置身于危险之中或情况的控制)可剥夺这种辩护，这些因素是否相互排斥还是可以同时并存。

第33-17条

胁迫/强迫

1. 被胁迫或强迫行为的人(不负刑事责任)不受惩罚。

2. 被胁迫或强迫行为的情况包括：

(a) (合理地认为)本人或他人(即将)(即时)(或不可避免地将)受到(非法)武力威胁或使用武力的威胁)；

(a) (合理地认为)本人或他人(即将)(即时)(或不可避免地将)受到死亡或身受重伤的威胁)；

b) (针对威胁实施合理行为)(威胁是常人通常所无法抗拒的)；和

(c) 强迫实施的行为所造成的损害不得大于可能遭受的(力求避免的)损害，而且不大可能导致死亡)。

(3. 故意地在没有合理理由的情况下将本人置于胁迫或强迫情况下的，不以被胁迫或强迫行为论处)。

评注：

与提议草案有关的问题包括：a) 威胁的迫切性(如：即时、即将或不可避免的)；b) 要避免的威胁损害的性质(如：武力、重伤、死亡)及威胁应否为非法

的；c) 威胁必须实际存在方可使用这种辩论，还是被告人只要合理地以为威胁存在，即使这是诚信的错认，也可以使用这种辩论；d) 被告人仅需为避免威胁实施合理行为，还是必须面对有理性的人无法抗拒的威胁；e) 被告人为求避免的损害与其造成的损害必须相称；f) 导致死亡是否为可以针对威胁作出的反应；和g) 哪些因素(如自行置身于危险)可剥夺这种辩护。

(两害取其轻

这种辩护理由的组成部分出现在别的辩护理由中，可能不必包括在规约内。)

第33-18条

上级命令

1. 奉政府或(军事或政治)上级命令行为，(如果该命令是显然非法的，)(而该人别无他法只有服从，或没有其他道义上的选择，)并不免除刑事责任。¹⁹

2. 如第(1)款所述情况，奉政府或上级命令行为的，可按情节予以减刑(如果法院认为符合法理要求，可酌情从轻处罚)。²⁰

评注：

提出了三个问题：

(a) 如果有些部队服从他们当时看来是显然合法的命令，但后来得知其指挥官在发出命令时是非法行事，则他们应否负刑事责任？

(b) 如果部队所接到的不是显然合法的命令而只是合法的命令，但后来得知其指挥官在发出命令时是非法行事，而且他们在服从命令之前理应进一步查明，则他们应否负刑事责任？

¹⁹ 《一般原则(4月)》第18页：《前南斯拉夫问题法庭规约》，第7条，第4款。

²⁰ 《一般原则(4月)》第19页：《前南斯拉夫问题法庭规约》，第7条，第4款。

(c) 什么法律规则决定一项命令是否合法？

另外有人建议，这项辩护不适用于种族灭绝罪和危害人类罪。应否将这项辩护限于几类罪行？

第33-19条

在国际公法下可以提出的辩护理由

A/AC.249/CRP.9号文件案文：

有人建议照录“哈夫纳清单”：

- 军事需要；
- 报复；
- 《联合国宪章》第五十一条（比较国际法委员会关于国家责任的草案内开列的各种理由）。

锡拉库扎草案(33-13.3)

“3. 只有根据关于武装冲突的国际法的规定，才能以军事需要为理由不受惩罚。”

评注：

有人提出在国际公法下提出的辩护理由是否应包括在规约的一般部分，因为它们在很大程度上涉及国家间关系；是否可写入一项但书提及《联合国宪章》所规定的国家权利和义务以及《宪章》所规定的联合国各主要机关的职责和权力，哪一套管辖报复的规则应予适用。

指出的是，国际法已取消多数使用报复的理由，因此规约允许提出这种辩论将带来相反后果。

如果可以适用第五十一条作为辩护，应否以几类罪行为限（如侵略、战争罪）。

根据人道主义法的趋势，有人怀疑应否允许提出任何这些辩护理由。

第33-20条

其他辩护

A/AC.249/CRP.9号文件的案文:

详尽无遗或明确开列的罪行清单?

(一) 荷兰的提案

“尽管前面有关于辩护理由的条款,法院应有权考虑到指控罪行发生的地国家或被告人在犯下(实施)罪行时所持国籍的国家的法律所承认的其他辩护理由。”

(二) 锡拉库扎草案(33-11)

“1. 法院应根据每一罪行的特性确定不论罪的理由是否可予受理。

“2. 辩护理由包括但不应限于(锡拉库扎草案)第33-12至33-17条所列的情况。

评注:

对于辩护理由清单应详尽无遗还是明确开列持有不同意见。这种争论导致下面B节的问题。

有人指出,假如某项辩护基本上是否定一种心理要素为,则规约无须列举这种辩护理由。此外,可适用本条所提议的但书。

三、1996年4月4日A/AC.249/CRP.9号文件

B部分评注的增补

1996年7月在意大利锡拉库扎举行的非正式会议上有人提出其他评论和问题,补充1996年4月4日题为“刑法的一般原则”(A/AC.249/CRP.9)的文件B部分内的评论和问题。兹摘要如下供筹备委员会参考:

会员国将作为规约一部分或附件拟订的一般部分必须包括刑法的主要原

则。

有人认为,规约不可能罗列全部有关的刑法一般原则。

有人指出,应备有机制使法院可以补充一般部分所载列的原则。

同意法院不应有权修正规约(或附件)内的一般原则,或修正会员国拟订,可能成为规约一部分的任何规则。

一些与会者认为,法院应有权制定司法规则以补充(但不是修正)规约制定的一般部分(但这些规则不得违背会员国拟订的一般部分的规定或与其相抵触)。另一个问题是,应否规定这些规则须经会员国核可或批准。(注:《一般原则(4月)》文件B部分的一些提案允许制订司法规则。)

另一些与会者认为,法院不应有权拟订正式规则,补充载于规约内或作为其附件的一般部分。法院仅应通过每个案件的一般法学推理程序补充(但不是修正)一般部分的一般原则。(注:《一般原则》(4月)文件B部分载有一些提案指导或限制法院进行这一程序的方式。)
