

附件 II

侵略罪特别工作组

附件 II.A

2005 年 6 月 13 日至 15 日在美国新泽西州普林斯顿大学
Woodrow Wilson 学院列支敦士登自决权研究所举行的
侵略罪特别工作组休会期间非正式会议*

目录

	段落	页次
I. 导言.....	1-3	355
II. 会议纪要.....	4-51	355
A. 与侵略罪有关的需要进一步讨论的问题.....	4	355
B. 在 2004 年休会期间会议上讨论的需要进一步审议的问题.....	5-51	355
1. 国家“选择不接受”法院管辖权的可能性.....	5-17	355
2. 《罗马规约》第 25 条第 3 款的保留、排除或修改.....	18-43	357
(a) 个人参与犯罪行为	19-32	357
(b) 实施侵略罪的意图	33-43	358
3. 《罗马规约》第 33 条的保留、排除或修改.....	44-46	360
4. 《罗马规约》第 28 条的保留、排除或修改.....	47-50	360
5. 《罗马规约》第 30 条的保留、排除或修改.....	51	361
C. 关于与《罗马规约》有关的其他问题的初步讨论.....	52-55	361
1. 第 5 部分：调查和起诉.....	52-53	361
2. 关于国家安全资料的条款.....	54-55	361

* 以前曾作为 ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1 发出。参加者名单没有包含在本文件中，而包含在以前的 ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1 附件 III 中。

D. 定义及行使管辖权的条件	56-86	361
1. 在预先裁定期间被告的权利	60-62	362
2. 在法院可以行使管辖权之前侵略行为的预先裁定以及做出裁定的适当机构	63-74	362
3. 侵略罪的定义：一般性的还是具体的	75	364
4. 协调员文件帽子段落的建议修订案文	76-86	364
E. 未来的工作	87-92	365
1. 缔约国大会届会期间分配的时间	87	365
2. 侵略罪特别工作组的会议地点	88	365
3. 未来的休会期间会议	89	366
4. 路线图	90	366
5. 后续行动及未来工作的准备	91-92	366
附录		367
I、 协调员文件帽子段落的建议修订案文		367
II、 附加说明的议程		368

I. 引言

1. 应列支敦士登政府的邀请，并根据缔约国大会的一项建议，侵略罪特别工作组于 2005 年 6 月 13 日至 15 日在美国新泽西州普林斯顿大学 Woodrow Wilson 学院的列支敦士登自决权研究所举行了一次非正式的休会期间会议。参加这次会议的邀请发给了所有国家以及民间社会组织的代表。Christian Wenaweser 大使（列支敦士登）主持了会议。会议的议程载于附件二，与会者名单载于附件三。
2. 非正式的休会期间会议的与会者感谢德国、芬兰、列支敦士登、荷兰和瑞士政府为这次会议提供了财政支持，并感谢普林斯顿大学列支敦士登自决权研究所主办了会议。
3. 本文件不一定代表与会者政府的意见。本文件力争反映出关于侵略罪不同问题的结论和意见；大家认为，这些问题需要根据在侵略罪方面开展的进一步工作予以重新评估。大家希望本文件的材料将有助于侵略罪特别工作组的工作。

II. 会议纪要

A. 与侵略罪有关的需要进一步讨论的问题

4. 在根据《罗马规约》第 5 条第 2 款和联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议 F 决议起草关于侵略罪条款的建议时应解决的问题清单方面，会议决定不需要在 2004 年休会期间会议报告所载清单中增加新的事项。¹

B. 在 2004 年休会期间会议上讨论的需要进一步审议的问题

1. 国家“选择不接受”法院管辖权的可能性

5. 会议提到，《罗马规约》中关于侵略的条款并不十分清楚，因为它们是在 1998 年外交会议的后期写入案文的，而且并不是专门谈判的结果。会议还指出，第 121 条是在侵略罪被纳入法院管辖权之前起草的，因此第 121 条的起草并没有以侵略罪构成的具体问题为背景。
6. 会议指出，一旦就侵略罪的定义以及法院行使管辖权的问题达成一致，下一步可以有三种作法。
7. 前两种作法考虑到了 2004 年报告第 13 至第 19 段反映的关于《规约》第 121 条的讨论。
8. 第一种作法假定第 121 条第 4 款是适用的，而且在法院拥有管辖权的罪行方面保持一个统一的法律制度是至关重要的。按照这种作法，一旦八分之七的

¹ ICC-ASP/3/25，附件二，附录。

缔约国批准或接受对《规约》的修正案，那么修正案就将对所有缔约国产生约束力，包括后来成为缔约国的国家。此外，还指出，侵略罪已经写入了《规约》，因此缔约国在加入时已经接受了；所以在侵略罪的问题上采用第 121 条第 5 款规定的“选择接受”的作法是不符合《规约》的。赞同第 4 款的另一个论点是，对待侵略罪不应有别于法院管辖范围内的其他罪行。作为反对适用第 121 条第 5 款的又一个论点，有人指出，《规约》应成为一个连贯的整体。因此，需要小心防止出现“按菜单点菜”式的制度，这一点《规约》一直是小心避免的，只有第 124 条例外，它在战争罪方面包括了一个时间上的限制。

9. 有观点认为，如果要做选择的话，“选择不接受”比第 121 条第 5 款反映的“选择接受”的作法更好。在此方面提到了第 124 条所载的“选择不接受”条款，一些国家重复了它们对该条款的批评。有种观点认为，与“选择接受”的作法相比，“选择不接受”条款可以提供一个更加统一的法律制度。

10. 第二种作法依据的假设是第 121 条第 5 款是适用的。在此方面提出的论点是，一个国家在承认法院对侵略罪的管辖权以前，必须选择接受管辖权。由于第 121 条第 5 款的适用，对不同的国家可能会适用两套不同的制度。

11. 有观点认为，写入侵略罪将自动需要修正第 5 条。由于第 121 条第 5 款提及第 5 条，显然第 121 条第 5 款是自动适用的。

12. 另外一种观点认为，第 121 条第 5 款的适用性是有疑问的，因为关于侵略罪的讨论的结束，并不意味着一定要修正第 5 条。在结构上，侵略罪将不放在第 5 条下，而最有可能的是作为一个新的第 8 之二条。这种观点认为，第 5 条规定的程序不适用于侵略罪，其本意是适用于将新的罪行纳入法院的管辖范围。显然侵略罪不属于这种情况，根据第 5 条第 1 款，它已经属于法院的管辖范围。此外，还提出尽管在写入侵略罪之后第 5 条第 2 款将变得过时，但仍可以将其留在《规约》内，或者也可以干脆将其删除。

13. 还有人建议，或许可以将第 121 条第 4 和第 5 款合并；但有人认为这两个条款不兼容。

14. 第三种作法认为，第 5 条第 2 款只要求为行使法院的管辖权“通过”条款，同时并指出，该条款并没有提到“修正”。这种观点认为，条款经缔约国大会通过就可以生效，因此只有第 121 条第 3 款是适用的。但是，其他人则认为，《维也纳条约法公约》²在通过修正条款和国家同意受其约束之间做了区别。因此，第 121 条第 3 款的适用并不能回答在写入侵略罪时究竟应适用第 121 条第 4 款还是第 121 条第 5 款的问题。该论点还指出，第 5 条第 2 款提及的“通过”一词，与该词在《维也纳条约法公约》中的含义是不同的。

15. 还有观点指出，第 5 条第 2 款中使用“依照”一词，就是指需要做出修正。有人指出这是 1998 年通过《规约》时的理解。但是，其他人则指出，这不是他们当时的理解。

² 联合国，《条约集》第 1155 卷，第 331 页。

16. 还进一步指出有必要确保关于行使管辖权的条件的条款应与关于定义的条款按同样的条件生效。

17. 有人建议讨论的重点应放在侵略罪的定义和行使管辖权的条件上。如果在这两个问题上能够达成协商一致，则第 121 条第 4 款和第 5 款哪个适用的问题，答案可能会不言自明。

2. 《罗马规约》第 25 条第 3 款的保留、排除或修改

18. 会议一致认为，《罗马规约》第 25 条第 3 款包含了两个对侵略罪有潜在影响的概念：个人参与犯罪行为，以及实施犯罪的意图。

(a) 个人参与犯罪行为

19. 大家一致认为，侵略罪的一个特性在于它是一种领导人犯罪，因此，对于实施犯罪的政策没有影响力的参与者，例如执行命令的士兵，应被排除在外。所以，需要讨论的问题更多地是应当采用哪一种法律处理技巧。要做的决定是，究竟需要在第 25 条第 3 款中讲明侵略是一种领导人犯罪，还是需要规定该条款的某些部分不适用于侵略罪。

20. 有人建议，与其在犯罪的定义中增加个人承担刑事责任的条件，不如将犯罪的定义范围缩窄。因此，第 25 条第 3 款可以通过增加一个以关于种族灭绝罪的(e)项为样板的新的(e)之二项来体现领导人犯罪的性质。可以增加这样一个新的(e)之二项来澄清只有当侵略罪符合领导人犯罪的性质时，第 25 条第 3 款才适用。另一种可能是在侵略罪的犯罪要件中阐明领导人犯罪的特征。

21. 一些与会者认为，第 25 条第 3 款应整体对侵略罪适用。

22. 关于排除第 25 条第 3 款的适用性的可能性，有人指出其潜在的危险是会将一类犯罪人排除在外。因此，最好是核对第 25 条第 3 款的规定是否适合于每一种特定的情形。这样看来，一概地将其排除不会是一种好的选择。

23. 只有根据 2004 年报告第 39 段阐述的论点，即侵略罪尚未付诸实施，才可以有理由将第 25 条第 3 款排除在外。这种观点认为，处理这个问题的最好办法，是将第 25 条第 3 款是否适用的问题交给法官根据具体情况斟酌决定。

24. 有人建议对这个问题可以这样处理：

- (a) 为侵略罪阐明一个简明的定义，而将有关的刑法通则交给《规约》的其他部分，特别是第 25 条来处理；
- (b) 修改协调员文件所载的侵略定义，将刑法通则与《规约》的其他条款统一起来；或者
- (c) 增加一个新的(e)之二项，澄清侵略罪与第 25 条第 3 款之间的具体关系。

25. 一些与会者认为，可能需要增加一个条款，以确保第 25 条第 3 款的适用性。

26. 在讨论过程中，提到了纽伦堡和东京审判庭的司法判例，可以说它已成为习惯国际法，而且被认为比 1990 年代设立的几个特别法庭的实践更具有借鉴意义，后者没有涉及侵略罪。

27. 一些代表团表示，参与犯罪的问题涉及的是起草技巧而不是实质内容，因此可以在犯罪要件的定义中处理；但有些代表团则警告不要将所有事项都留给犯罪要件。他们指出，这样处理参与犯罪的问题，会对侵略罪产生严重的影响。如果完全不要参与犯罪的定义的话，则会只剩下集体犯罪。这会导致在侵略罪的问题上出现在其他犯罪（例如危害人类罪）问题上所没有的一种反常作法：在其他犯罪方面，不仅界定了集体参与犯罪的定义，而且也列出了个人参与犯罪的行为。

28. 这种观点认为，力求在主要案文而不是犯罪要件中找到解决办法是非常重要的。有必要拟定一种措辞，既承认侵略罪是一项领导人犯罪，又同时界定在第 25 条第 3 款规定的每一种情形下个人参与犯罪的含义。有相当多的人同意，侵略的定义应尽可能既涉及集体行为也涉及个人行为。

29. 一些与会者还表示，有必要进一步明确领导人的含义及其适用的范围。

30. 作为第 25 条问题讨论的结果，建议增加一个新的 3 之二款，内容如下³：

“就侵略罪而言，只有能够有效控制或指引一个国家的政治或军事行动的人才负刑事责任并受到处罚。”

31. 这项建议假定第 25 条第 3 款对侵略罪适用，同时旨在确保只有领导人才为这项犯罪承担责任。新的条款作为一项单独条款提出，是因为在所有情况下都必须满足领导人条件，而第 3 款规定的则是(a)至(d)项任取其一的条件。提出这个建议的同时，还建议删除协调员文件帽子段落中关于参与犯罪的内容，所依据的理解是，这些内容将由第 25 条第 3 款涉及。

32. 关于修改帽子段落的措辞，还提出了两个比较类似的建议，供与会者审议。⁴

(b) 实施侵略罪的意图⁵

33. 提醒有必要注意区分：(a) 由一个国家实施的集体侵略行为；以及 (b) 在集体行为中的个人参与行为。

³ 见附件一的建议 B。

⁴ 见附件一的建议 A 和 B。

⁵ 另见第 82 段。

34. 关于集体行为，提出了集体行为是否必须已经完成还是仅有从事集体行为的意图就足以定罪的问题。有人建议这个涉及集体行为的问题应在侵略的定义中处理。

35. 关于在集体行为中的个人参与行为，提出了是否必须已经实际参与集体行为还是仅有参与集体行为的意图就足以定罪的问题。有人指出，如果第 25 条对侵略罪适用的话，这个问题将属于该条款的范畴。

36. 一些与会者认为涵盖犯罪意图是重要的，特别是因为对法院管辖范围内的不同类型的犯罪不应区别对待。由于将侵略罪写入《规约》的目的之一是阻止它的发生，因此阻止这种犯罪意图也是必要的。所以，第 25 条第 3 款(f)项对侵略罪不构成任何问题，因而也应认为是适用的。

37. 至于有人可能担心意图的概念过于广泛会导致一些不适当的案情被提交法院裁决，有人指出已存在两项保障可以确保适当的门槛。第一项是要求检察官办公室分析具体案情，不得跟进不相关的意图；第二项是可以求助外部机构来裁定是否发生了侵略行为。

38. 另一方面，也有人指出，侵略罪原本就假定侵略行为已经完成。没有这样的已经完成的行为，也就无所谓犯罪。

39. 还有人询问，犯罪意图是不是已经包括在定义所含关于计划、准备或发动的提法中。但是，这种说法被认为是有疑问的，因为计划更多地是指犯罪的实物要素，而意图也不同于行为的准备或发动。还有人指出，有些法律制度并不将犯罪的计划和准备定为罪行，恐怖主义罪是一个显著的例外；但是犯罪的意图却总是受到惩罚的。此外，还不清楚在现有的案例法中是否有侵略意图入罪的先例。在此方面，大家注意到，现有的案例法没有涉及侵略意图是因为在所有的案例中，侵略都是事实上已经实施了的。还提请大家注意，国际法委员会起草的《危害人类和平与安全罪法典》1992 年草案⁶也涵盖了威胁侵略，尽管这与犯罪意图有所不同。不过，威胁侵略没有写入委员会 1996 年通过的最后案文。

40. 大家注意到许多法律制度采用相同的犯罪意图的概念，并且表示赞同把犯罪准备、计划和意图的区分问题交由法院根据第 25 条第 3 款(f)项处理。

41. 有人指出，纽伦堡和东京审判庭的司法判例也提到了计划和参与，但是其涉及的行为都是已经完成了的；协调员建议的定义以联合国大会 1974 年的定义⁷为基础，涉及的也是已经完成的行为。在计划或准备（作为一种未成形的犯罪不受惩罚）以及作为参与的一种方式的计划或准备之间做了区别，后者视其他各方的行为可使辅助方应为犯罪意图或已经实施的犯罪承担责任。

42. 此外，大家强调，侵略罪与侵略行为的实施有着不可分割的联系，尽管从法律的角度讲犯罪意图是可以惩罚的，但这一概念的实施会有相当多的困难。

⁶ 《国际法委员会年鉴》，1992 年，第二卷第 2 册。

⁷ 大会 1974 年 12 月 14 日第 3314 (XXIX) 号决议。

43. 另一种观点认为，在确定侵略罪的定义以前讨论犯罪意图是有困难的；当要求第三方判定侵略行为是否发生时，确定侵略罪的定义便尤其重要。

3. 《罗马规约》第 33 条的保留、排除或修改

44. 一些与会者认为第 33 条对侵略罪是适用的，他们赞成将其保留，以消除有关一些犯罪人有可能逃脱起诉的担心。不过，这样做不会妨碍侵略罪中所固有的领导人犯罪的特征。有人指出，将第 33 条排除在外可能会产生在事实上扩大这一条款的适用范围的效果。

45. 另一种不同的观点认为，第 33 条不能适用于侵略罪，作为一种领导人犯罪，侵略罪不能适用于中层或下层个人。一些与会者认为，为了清楚起见，应该增加一项条款，专门规定第 33 条对侵略罪不适用。但是，其他人则认为，与《规约》中许多其他并不适用于所有犯罪的条款一样，不需要专门指出这项条款不适用于侵略罪。应由法院来决定一项条款在具体的案例中是否适用。

46. 有人建议应将侵略罪写入第 2 款。另一方面，有人敦促应该谨慎从事，因为第 2 款提及的是明显针对平民的行为，而在实施侵略罪时并不一定是这样。

4. 《罗马规约》第 28 条的保留、排除或修改

47. 关于这一条的讨论重复了在审议第 33 条时阐述的辩论逻辑。大多数与会者认为，从侵略罪的本质和性质而言，第 28 条是不适用的；《规约》所反映的侵略罪是一种领导人犯罪。但是，关于在《规约》中是否需要反映它的不适用性，没有达成一致。

48. 有人询问，当领导人本来可以阻止犯罪的实施但却不作为时这一条款是否可以适用。在回答这一询问时，有人建议为了处理所描述的这种情形，可以对协调员建议案文的帽子段落做出修改，例如将“积极”一词删除。

49. 讨论集中于是否应该明确说明第 28 条的不适用性。有人再次对明确排除某些条款的适用性表示了担心，因为这样的作法将要求对《规约》进行彻底盘点，以确定哪些条款对侵略罪适用，哪些条款对侵略罪不适用，而且这还会造成一个不良的先例，暗示任何条款除非已被排除在外，否则都应适用。

50. 还有人建议，应将《危害人类和平与安全罪行法典草案》第 16 条的措辞添加进来。⁸

⁸ 第 16 条的内容是：“一个人，作为领导者或组织者，积极参与或命令由一个国家实施的侵略的计划、准备、发动和实施，则应为侵略罪承担责任。”《国际法委员会年鉴》，1996 年，第二卷第 2 册。

5. 《罗马规约》第 30 条的保留、排除或修改

51. 在回顾了 2004 年报告第 55 段反映的有关在初步定义中使用“故意和明知”词语的讨论情况之后，与会者同意，第 30 条是一项默认规则，除非另有规定，否则一律适用。因此，协调员建议案文帽子段落中的有关词句可以删除。

C. 关于与《罗马规约》有关的其他事项的初步讨论

1. 第 5 部分：调查和起诉

52. 大家同意，《规约》第 5 部分在目前不需要为侵略罪做出修改。在此方面，大家指出，对这项罪行不需要以不同于法院管辖下的其他罪行的方式对待。

53. 尽管如此，有人指出，如果做出一项决定使一个第三方机构在法院对侵略罪行使管辖权的问题上发挥作用的话，第 53 条问题可能需要重新审议。

2. 关于国家安全资料的条款

54. 对于有关国家安全资料条款的适用性问题，特别是第 57 条第 3 款、第 72 条、第 93 条第 4 款和第 99 条第 5 款的适用，不存在重大的关切。不过，提出了一项涉及第 73 条的询问。有人关心当法院向一个国家索要资料时，如果向其披露保密资料的国家是侵略国，那么这个国家是否仍将受到有关条款的约束，必须征得该侵略国的同意。在此方面，有人指出，如果被要求提供资料的国家正在将案情提交法院，那么它在披露第三方资料时大概不会有困难。另外，如果被要求提供资料的国家不是《规约》的缔约国，那么它将不受该条款的约束。除此以外，大家还忆及，关于国家安全的条款是微妙和艰苦妥协的产物，因此最好不要修改。

55. 会议同意，没有必要因侵略罪定义的缘故重新审议这些条款。

D. 定义及行使管辖权的条件

56. 主席建议先讨论犯罪要件，然后再讨论侵略罪的定义。这引起了关于在讨论侵略罪的定义之前先讨论犯罪要件是否可取的初步讨论。有人认为，评论协调员案文中建议的某些犯罪要件有困难，因为这些内容似乎应该属于定义的一部分。

57. 另一方面，有些人认为先讨论犯罪要件将有助于使关于侵略罪和侵略定义的讨论更有条理。

58. 大家普遍承认这两个问题是相互关联而且无法清晰地分开的，同时大家同意主席的建议，即讨论应当围绕下列问题进行：

- (a) 在由外部机构裁定侵略行为时被告人的权利；

(b) 在法院可以行使管辖权之前是否需要预先裁定侵略行为，如果是的话，谁是做出这种裁定的适当机构；

(c) 侵略的定义应是具体的还是一般性的。

59. 大家还达成理解，协调员案文涉及的所有其他问题都可以讨论，而且主席提出的问题清单并不是包括了所有问题。

1. 在预先裁定期间被告的权利

60. 有人指出，任何关于侵略行为的预先裁定的讨论都必须首先考虑到适当程序。尤其是，有人指出，对侵略行为的预先裁定必须尊重被告的权利。不这样做，将违反《规约》第 67 条第 1 款第(i)项，也将违反人权法，特别是《关于公民和政治权利的国际公约》第 14 条。与会者同意，在任何情况下，包括在由法院以外的机构进行预先裁定时，《规约》规定的被告的权利必须得到保障。

61. 在此方面，有人对被告是否能够获准诉诸安全理事会来质疑这样的裁定表示怀疑。与此相关的问题是，这样的质疑应在做出裁定的机构提出，还是在国际刑事法院提出。在此方面有人指出，安全理事会仍可作为对裁定是否发生侵略行为负有首要责任的机构。《规约》或一般的国际法中没有任何规定可以阻止被告在法院的诉讼过程中对这样的结论提出质疑。事实上，大家同意，法院以外的机构做出的事先裁定并不能解除法院自身的责任。有人指出，反驳的论据可以出自《规约》的第 30 和第 31 条。

62. 有人指出，如果与安全理事会的结论相反，法院裁定没有发生侵略行为，因而没有理由提出起诉，则会导致法院与安全理事会的冲突。已清楚地指出，这种冲突是不可取的。尽管大家承认有必要保护被告的权利，但是大家认为同样重要的是，必须避免将被告的权利与管辖权的裁定混淆起来。有必要明确界定个人责任与国家责任的分界线。

2. 在法院可以行使管辖权之前侵略行为的预先裁定以及做出预先裁定的适当机构

63. 会议提及第 5 条第 2 款，关于法院对侵略罪行使管辖权的条件的规定。在此方面，有人指出，第 5 条第 2 款要求关于侵略罪的条款必须与《联合国宪章》的条款一致。尽管大家普遍同意任何关于侵略罪的条款都必须与《宪章》一致，但是关于这是否意味着必须要事先裁定侵略行为以及这种裁定的权限是否只属于安全理事会，在观点上存在相当大的分歧。

64. 与会者的注意力集中在协调员提交的 2002 年讨论文件⁹上，该文件建议，除《规约》第 12 条规定的先决条件外，由一个适当的机构裁定侵略行为确实存在，也应作为法院行使管辖权的先决条件。有人主张，这样的裁决只能是程序性的，对法院不得有约束力。如果有约束力的话，它将对被告的权利产生巨大影响。

⁹ PCNICC/2002/2/Add.2。

65. 关于应该由哪个机构做出事先裁定，人们对于究竟是只能由安全理事会做出裁定，还是也可以由国际法院、联合国大会或缔约国大会等其他机构做出裁定提出了不同的看法。形成了两种看法：一种赞成只能由安全理事会负责，另一种主张其他机构也可负责。

66. 根据第一种主张，《联合国宪章》第 39 条规定，安全理事会对断定“任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在”以及对决定恢复国际和平与安全的适当措施拥有唯一的权限；在关于侵略罪的条款中必须尊重这项唯一的权限。

67. 这种观点还指出，这样的裁定不可以由大会或国际法院等任何其他机构做出，因为只有安全理事会可以就侵略行为的存在与否做出有约束力的裁定。特别是，将这样的权限交给国际法院，将破坏《宪章》中的平衡，而且与《罗马规约》不符。

68. 另一方面，有人对于在法院可以行使管辖权之前必须由安全理事会做出事先裁定表示了强烈的保留。有人表示担心，这样的先决条件会妨碍为侵略罪界定一个自主的定义，特别是当这样的裁定要由一个受政治考虑而非法律考虑左右的机构做出时更是如此。有人强烈主张应改由一个司法机构做出这样的裁定。

69. 有人指出，即使做出让步，同意必须由另一个机构做出事先裁定，在现有的国际法中也没有任何条款规定只有安全理事会才拥有做出这种裁定的权力。在此方面还指出，《规约》第 5 条第 2 款没有提及《宪章》第 39 条。那些质疑《宪章》将唯一的权限赋予了安全理事会的人们指出，它最多也只是赋予了它主要的权限，而大会或国际法院等其他机构仍可以做出裁定，正如过去曾经发生过的那样。这种观点还争论说，《宪章》第 39 条只限于为采取行动和维护和平与安全而裁定是否发生了侵略行为，而不是为了授权采取司法行动而做出这样的裁定。

70. 还指出，尽管有《宪章》第 39 条，大会仍通过了第 3314 (XXIX) 号决议。还提到了联合国大会的“联合维护和平”决议¹⁰以及大会后来在具体案例中有过裁定发生侵略的作法。在此方面有人指出，最近国际法院的一些裁决也确认了大会在此方面的权限。

71. 因此，有观点指出，法院行使管辖权不应该与安全理事会的裁定挂钩，也不应该受到安全理事会审议的约束，除非在《规约》第 16 条所指的情形中。对于唯一权限的关切还基于这样一个事实，即安全理事会的常任理事国可以否决有关确已发生侵略行为的建议裁定，从而阻止开展刑事调查和起诉。鉴于侵略罪是项领导人犯罪，这样的做法会损害所有被告无论国籍应享有同等法律资源的原则。

72. 有些代表团认为，侵略行为的裁定最好应交由法院自己负责。但是，他们也承认，根据《宪章》第 39 条，安全理事会拥有权限，但不是唯一的。

¹⁰ 1950 年 11 月 3 日的第 A/RES/377 (V) 号决议。

73. 在讨论过程中，还考虑了如果安全理事会未能就是否发生侵略行为做出裁定而可能出现的情形。有人指出，如果将《宪章》第 39 条解释为赋予了安全理事会唯一的权限，法院则可能陷于瘫痪，因为在安理会没有做出事先裁定的情况下，它将无法采取行动。

74. 尽管没有就发生这种情况时应采取的理想做法达成一致，但是有观点指出，这样的事态会损害法院的有效性和独立性。在此方面，有观点认为，根据《规约》第 5 条，法院已经拥有对侵略罪的管辖权。因此，检察官有权选择或者由安全理事会或其他适当机构解决这一问题，或者着手进行调查，除非《规约》第 16 条规定的程序不允许做出这样的选择。这样一来，安全理事会在侵略行为的裁定问题上总是可以援引《规约》第 16 条的规定。

3. 侵略罪的定义：一般性的还是具体的

75. 对于侵略罪的定义应该是一般性的还是具体的（即随附类似于联合国大会第 3314 (XXIX)号决议所载的那样的清单）进行了广泛讨论。相当多的人赞同采用一般性的定义。

4. 协调员文件帽子段落的建议修订案文

76. 有人指出，建议的修改案文¹¹旨在将《规约》其他条款、特别是第 25 条第 3 款和第 30 条中已有的内容从协调员的文件中删除。关于两个建议的修改案文之间的差别，大家注意到，在建议 A 中提及的是“积极参与”侵略行为的人，而建议 B 中提及的是“使一个国家参与”侵略行为的个人。

77. 有人指出，这些建议的主要目的是界定犯罪行为的行为要件，因为个人刑事责任问题已经由第 25 条第 3 款涉及了。

78. 一些与会者认为这些建议是有益的而且值得进一步讨论。在人们对建议案文提出的关切中包括：由于将“计划、准备、发动或实施”的词语删除，案文远离了协调员案文原先与纽伦堡原则保持的那种联系，这一事实值得认真考虑。

79. 其他人认为，《罗马规约》大大推进了在战争罪等领域中的原有准则，在侵略罪方面也需要有这样的进步。之所以有此必要，是因为纽伦堡原则以一个完成的侵略行为作为出发点，而《规约》则需要判定什么可以构成未来的侵略。《规约》中存在着一个“一般性的部分”（第 3 编），这是国际文书起草中的一项新举动，应该将此考虑在内。

80. 另一个关切是需要更精确地说明建议的修改案文将如何把计划和准备作为侵略罪可能的一部分来处理；特别是，有人询问建议的修改案文是否可以充分涵盖远在十年前或更久以前进行的计划和准备。在此方面，有人指出，建议 B 只有在侵略已经实施的情况下才涵盖计划和准备，而其他条款，例如第 25 条第 3 款第(b)和(f)项，则可以用于处理侵略行为没有完成的情况。

¹¹ 见附件一。

81. 另一项询问是，鉴于将适用第 25 条第 3 款第(b)和(c)项，那么建议的定义是否涵盖不作为。有人提出，最好像在其他罪行方面的作法一样，把不作为的问题交给法院自行决定。

82. 关于实施侵略罪的“意图”，有人强调，第(f)项只涉及个人参与集体行为的意图而不涉及集体行为本身。有人指出，意图实施的集体行为本身则可以由定义的帽子段落涵盖。另一种观点认为，尽管一个国家实施侵略行为的意图应该受到惩罚，但在实践上有困难，因为侵略行为是犯罪的情况要件。虽然人们认为对实施侵略行为的意图进行惩罚是可取的，但同时也指出，如果设立一项条款要求由法院以外的一个机构事先裁定侵略行为，则这种惩罚将是不可能的。

83. 还提出了一些起草方面的意见，特别是涉及建议 B，其中“使……参与”一词的使用似乎不合适。一种建议是在帽子段落中不使用“指引”一词，而是使用它来替换“使……参与”一词。但是，大家也同意，在修改涉及领导人犯罪问题的用词以前，有必要先核实这些用词的起源。尽管如此，还是有人建议，在商定一个更为合适的词语之前，应该在现有的位置上保留“使……参与”一词。

84. 一些与会者欢迎抛开协调员文件的逻辑的作法，但另一些与会者则认为有必要弄清楚新的建议案文是否已经充分涵盖了协调员案文中涉及的所有问题。

85. 关于建议 A 中提议的定义，有人建议删除“积极”一词，这样或许可以解决不作为的问题。

86. 有人提出，对一些概念性问题，例如涉及计划和准备以及侵略罪“意图”概念的适用性等问题，需要进一步思考。尽管如此，大家一致认为，第 25 条应该对侵略罪适用。

E. 未来的工作

1. 缔约国大会届会期间分配的时间

87. 与会者关切地指出，在缔约国大会届会期间分配给特别工作组的时间不足。与会者一致认为，从 2006 年第五届会议开始，大会至少应分配两个整天给特别工作组召开会议，而且同期不能召开关于其他问题的任何平行会议。还有一个好处是在大会的正式会议上可以提供完整的口译和笔译服务。

2. 侵略罪特别工作组的会议地点

88. 关于会议地点，讨论了特别工作组未来的正式会议应在海牙举行还是应在纽约举行的问题。一些与会者认为，海牙是法院所在地，因此也是缔约国大会和特别工作组会议的当然地点。一些与会者强调有必要尽可能使所有国家参加会议，而不仅仅是缔约国；他们指出，在纽约出席会议的人数最多。有人指出，一些区域集团出席在海牙举行的会议的代表非常有限，而如果会议在纽约

举行的话，它们出席会议的代表会多得多。有人提出，特别工作组应该选择与大会相同的地点，而且讨论最好应放在大会的框架内进行。

3. 未来的休会期间会议

89. 大家一致认为，休会期间非正式会议是非常有益的，它大大推动了工作的进展。大家认识到，目前的工作势头非常积极，必须得到保持。因此大家一致认为，今后应继续举行休会期间非正式会议，而且普林斯顿大学是举办这种会议的理想场所。会议遗憾地注意到，尽管大会主席和特别工作组主席做了努力，但古巴代表再一次未能获准前往普林斯顿出席会议。由于技术原因，这次会议期间也未能在纽约与普林斯顿之间建立视频连结，结果连部分参与也未能实现。有人指出，审查大会已经为期不远了，为了及时完成特别工作组的工作，进一步举行休会期间会议是必不可少的，甚至应在大会届会期间分配更多的时间。

4. 路线图

90. 关于路线图，会议一致认为，特别工作组应在审查大会召开之前，尽早完成它的工作。这将留出时间进行必要的国内磋商并创造必要的政治势头，以使大会能够通过关于侵略罪的条款。因此会议商定，特别工作组最迟应在审查大会召开前 12 个月结束它的工作。

5. 后续行动及未来工作的准备

91. 关于普林斯顿讨论的后续工作，会议原则上同意成立一个“虚拟工作组”，以使各国能够在常会和休会期间会议之外推进它们的讨论，前提是这个以电子方式进行沟通的工作组将对所有感兴趣的开放。责成主席探讨成立这样一个工作组的最佳途径。

92. 关于未来工作的准备，有人建议，特别工作组下一次会议的讨论应该像本次休会期间会议的讨论一样条理清晰。会议责成主席起草一份需要在未来会议上审议的主题和问题清单。

附录 I

协调员文件帽子段的建议修订案文

建议 A

定义，第 1 款：

“为了本规约的目的，一个人犯有‘侵略罪’是指在能够有效控制或指引一个国家的政治或军事行动时，积极参与一项侵略行为……”

第 25 条，第 3 款

增加一个新的(d)之二项：

“就侵略罪而言，第 3 款第(a)至(d)项只适用于能够有效控制或指引一个国家的政治或军事行动的人。”

另见《犯罪要件》，一般性介绍第 8 段。

建议 B

定义，第 1 款：

“为了本规约的目的，‘侵略罪’是指在能够有效控制或指引一个国家的政治或军事行动时，使这个国家从事[……集体/国家行为]。”

第 25 条

增加一个新的第 3 之二款

“就侵略罪而言，只有能够有效控制或指引一个国家的政治或军事行动的人才负刑事责任并受到处罚。”

(第 25 条第 3 款确认适用于侵略罪。)

附录 II

附加说明的议程

1. 与侵略罪有关的问题清单

2004 年的休会期间会议修订了在根据《罗马规约》第 5 条第 2 款起草关于侵略罪条款的建议时应解决的问题清单¹²。鉴于大家理解这份清单并不是详尽的，与会者可以在清单上增加新的内容或修改现有的内容。

2. 在 2004 年会议上讨论过的需要进一步审议的事项

2004 年会议的结论总体上可以分为三类：(a) 在一些问题上会议得出结论，《罗马规约》的有关条款是充分的，不专门对侵略罪构成问题；(b) 会议在一些问题上达成了普遍的一致，对有些问题则建议一旦就侵略的定义达成一致，再对它们重新审议；以及(c) 在一些问题上提出了不同的观点，而且未能达成一致；因此需要进一步审议。

特别提及了以下问题：

- (a) 国家“选择不接受”法院对侵略罪的管辖权的可能性；¹³
- (b) 为侵略罪（领导人犯罪）保留、排除或修改第 25 条第 3 款；以及¹⁴
- (c) 为侵略罪（上级命令）保留、排除或修改第 33 条。¹⁵

此外，第 28 和第 30 条也被指出需要进一步审议。

3. 关于与《罗马规约》有关的其他问题的初步讨论

- 国际合作和司法协助

清单上的这个问题是否需要进一步审议取决于互补原则的适用性。2004 年会议的结论是，关于互补原则的条款不需要为侵略罪做出修改。因此，与会者可以讨论《罗马规约》第 9 编是否需要任何修改。

- 调查和起诉（《规约》第 5 编）

- 国家安全资料（第 57 条第 3 款；第 72 条；第 93 条第 4 款和第 99 条第 5 款）

与会者可以初步讨论是否有可能需要修改有关的条款。

¹² 文件 ICC-ASP/3/25 所载侵略罪特别工作组休会期间会议的报告，附件二，附录。

¹³ 同上，第 19 段。

¹⁴ 同上，第 53 段。

¹⁵ 同上，第 63 段。

4. 《犯罪要件》及《程序和证据规则》

问题清单列出了与《犯罪要件》（其草案载于协调员的案文¹⁶）和《程序和证据规则》有关的各项可能的问题。与会者可以讨论在就定义本身达成一致以前是否可以以及应该如何讨论这些问题，又或者是否应将它们留待早些时候再讨论。

5. 定义

与会者可以在协调员的案文¹⁷基础上，继续讨论侵略罪的定义。

6. 法院行使管辖权的条件

与会者可以在协调员的案文¹⁸基础上，继续讨论法院行使管辖权的条件。

7. 其他事项

与会者可以讨论与特别工作组的工作有关的各项程序性问题，特别是在缔约国大会届会上分配的时间及会议地点、未来的休会期间会议，等等。还可以讨论如果制定一份路线图，勾画出今后为向大会提交供审查大会审议的侵略条款建议案文所要开展的各项工作的帮助。

¹⁶ PCNICC/2002/2/Add.2。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 同上。