

28 May 2009 16:00

关于侵略罪问题的休会期间非正式会议 2009年6月8日至10日

主席关于犯罪要件的非文件

1. 本非文件旨在推动在普林斯顿俱乐部就侵略罪犯罪要件进行的讨论，并反映自2002年散发要件草案¹以来在关于犯罪定义的实质性讨论中取得的进展。它继承了根据罗马会议最后文件决议 F²规定的预备委员会任务权限所开展的工作，以及根据缔约国大会题为“继续开展关于侵略罪的工作”的 ICC-ASP/1/Res.1 号决议³规定、并在2008年11月侵略罪特别工作组（以下称“工作组”）报告⁴第30段提及的工作组任务权限所开展的工作。本非文件的目的是在审查会议之前的整体筹备过程中推动关于犯罪要件问题的深入审议。
2. 在2009年2月工作组上一次会议期间，非正式散发了一份由澳大利亚和萨摩亚编写的讨论文件，之后，在2009年4月16日至18日在瑞士蒙特勒举行的关于侵略罪犯罪要件的小型非正式研讨会上对该文件进行了审议。研讨会讨论的简要总结已另行分发。在研讨会上，设想了若干种可能的犯罪要件备选方案，并提出了一些起草想法。
3. 本非文件是在此工作基础上的继续，其**附件一**是要件草案，**附件二**是详细说明。文件由主席提交，用以推动讨论的进行。

¹ 由侵略罪特别工作组协调员起草的关于侵略罪定义和犯罪要件的讨论文件（PCNICC/2002/2/Add.2）。

² 关于建立国际刑事法院的联合国全权代表外交会议正式记录，1998年6月15日/7月17日，罗马（UN doc. A/CONF.183/13，第一卷）。

³ 国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第一届会议，2002年9月3日至10日，纽约（联合国出版物，销售号 C.03.V.2，及更正），第四部分，ICC-ASP/1/Res.1 号决议。

⁴ 国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第七届会议，2008年11月14日至22日，海牙（国际刑事法院出版物，ICC-ASP/7/20），第一卷，附件三。

附件一

犯罪要件草案

第 8 条之二 侵略罪

导言

1. 达成的理解是，第 8 条之二第 2 款中提及的任何行为均属于侵略行为。
2. 由于要件 4 的存在，不需要证明行为人曾对国家使用武力是否违反了《联合国宪章》进行过法律评估。
3. 在要件 5 和要件 6 中，“明显”一词是一项客观限定条件。
4. 由于要件 6 的存在，不需要证明行为人曾对犯罪的“明显”性质进行过法律评估。

要件

1. 行为人策划、准备、发动或实施了侵略行为。
2. 行为人是能够有效控制或指挥实施侵略行为的国家的政治或军事行动的人¹。
3. 实施了侵略行为，即一国使用武力或以违反《联合国宪章》的任何其他方式侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立的行为。
4. 行为人知道可证明国家使用武力的行为违反《联合国宪章》的事实情况。
5. 侵略行为依其特点、严重程度和规模，构成了对《联合国宪章》的明显违反。
6. 行为人知道可证明此种对《联合国宪章》的明显违反的事实情况。

¹ 就侵略行为而言，可能有不止一个人能够满足这些标准。

附件二

解释性说明

I. 《犯罪要件》现有的一般性导言

1. 《犯罪要件》现有的一般性导言解释了与《犯罪要件》有关的若干问题。例如，它澄清了《要件》与《规约》第 3 部分中的其他一般性原则之间的关系，解释了若干术语问题，并说明了《要件》的框架。

2. 工作组的建议中包含了一项对《罗马规约》第 9 条的修正案草案，以便在该条中提及侵略罪。¹ 《犯罪要件》一般性导言的第 1 段也需要类似的修正，将“第 6、第 7 和第 8 条”改为“第 6、第 7、第 8 和第 8 之二条”。

3. 大家认为，一般性导言的其他部分可以适用于侵略罪的要件，不需要进一步的修改。

II. 侵略罪要件的专门导言

4. 除了一般性导言以外，现有的《犯罪要件》还包括了对法院管辖范围内的每一种犯罪的“专门”导言。本非文件提出了关于侵略罪的“专门”导言，以便就建议的侵略罪要件引发的若干问题提供进一步的指导。

5. 第 1 段澄清，第 8 条之二第 2 款草案中的整个侵略行为定义继续适用，尽管建议的要件 3 的措词仅集中于这一定义的一部分。鉴于在要件 3 中重复整个定义太繁琐，第 1 段澄清，这些要件不改变该定义。

6. 第 2 段表明，建议的要件 4 就一国使用武力的行为违反《联合国宪章》提出了一项“知道事实”的心理要件。它明确指出，行为人不需要了解在评估一国使用武力的行为是否违反《联合国宪章》时所使用的法律原则和规定，只需要知道可证明违反《宪章》的事实情况即可。在战争罪的要件“专门”导言第 3 段的第一个圆点所列内容中可以找到同样的规定，其中明确指出，战争罪的最后两个要件并不强制要求行为人曾对是否存在武装冲突或冲突属于国际性质还是非国际性质做出过法律评估。

7. 第 3 段澄清，在建议的要件 5 和要件 6 中使用的“明显”一词是一项客观限定条件。换言之，法院就某项违反《联合国宪章》的行为客观上是否属于“明显”的违反行为所做的认定是决定性的，至于行为人是否认为它是“明显”的违反行为，则与此无关。在种族灭绝罪的要件“专门”导言的第二个圆点所列内容中可以找到同样的规定。

8. 第 4 段对建议的要件 6 而言所起到的作用，与第 2 段对建议的要件 4 起到的作用相同。

¹ 见 2009 年 2 月侵略罪特别工作组的报告，第 26 段，载于国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第七届会议（第一和第二次复会），2009 年 1 月 19 日至 23 日和 2 月 9 日至 13 日，纽约（国际刑事法院出版物，ICC-ASP/7/20/Add.1），第二章，附件二。

III. 建议的侵略罪要件的框架和原则

9. 附件一中的要件草案采用了与现有的种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪的犯罪要件相同的框架和原则。这些要件通常依序列出行为、后果和情况，而且必要时，在有关的行为、后果或情况后列出特定的心理要件。² 为了以符合逻辑的方式呈现犯罪要件，附件一所载建议要件的排列顺序与一般采用的顺序略有不同。

10. 《罗马规约》第 30 条第 1 款规定，除另有规定外，只有当某人在故意和明知的情況下实施犯罪的物质要件，该人才对本法院管辖权内的犯罪负刑事责任并受到处罚。与《犯罪要件》一般性导言第 2 段结合起来解读，这就意味着当要件中没有为所列的任何特定物质要件提及特定的心理要件时，应适用第 30 条规定的有关心理要件，即“故意”或“明知”，或两者皆是。通常，“故意”适用于行为或后果要件，“明知”适用于情况或后果要件。

IV. 建议的要件 1 和要件 2：个人行为 and 领导人犯罪要求

11. 要件 1 和要件 2 的措词直接来自侵略罪特别工作组详尽阐述的侵略罪条款提案第 8 条之二第 1 款草案的相关部分。³

12. *建议的要件 1* 阐述了侵略罪的行为要件。将第 30 条适用于侵略罪意味着行为人必须是故意（也就是说，有意地）策划、准备、发动或实施了侵略行为（第 30 条第 2 款第 1 项）。“明知”这一心理要件在此不适用，因为建议的要件 1 是一个行为要件，而不是情况要件或后果要件。由于在此适用第 30 条已足够清楚，因此不需要再明确地为建议的要件 1 附加一个心理要件。

13. 建议的要件 1 暗示了在行为人的介入与国家行为的发生之间存在着一定程度的因果关系。但是，由于在一个特定案件中可能涉及因果关系的事实情况多种多样，因此阐明一个一般性的标准，规定必须具备的因果关系性质或程度，看起来不大可行，而更好的办法是将此事留给法院，让法院根据其审理的具体案件的事实来做出判定。

14. *建议的要件 2* 是一个情况要件，也就是说，它阐述了建议的要件 1 中的行为必须是在哪一种情况中发生的。如果将第 30 条适用于建议的要件 2 的话，这就意味着行为人必须是明知（也就是说，已知道）自己能够有效控制或指挥实施侵略行为的国家的政治或军事行动。由于在此适用第 30 条也已经足够清楚，因此不需要再明确地为建议的要件 2 附加一个心理要件。

15. 要件 2 的脚注阐明，就一项特定的侵略行为而言，有可能不止一个满足要件 2 所述领导人犯罪要求的人需要为侵略罪承担责任。例如，如果两个人都“能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行动”并共同做出了实施侵略行为的决定，那么这两个人都有可能需要为罪行承担责任。

² 国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第一届会议，2002 年 9 月 3 日至 10 日，纽约（联合国出版物，销售号 C.03.V.2，及更正），第二部分 B 节，第 7 段。

³ 见 2009 年 2 月侵略罪特别工作组的报告，载于：国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第七届会议（第一和第二次复会），2009 年 1 月 19 日至 23 日和 2 月 9 日至 13 日，纽约（国际刑事法院出版物，ICC-ASP/7/20/Add.1），第二章，附件二，附录一。

V. 建议的要件 3 和要件 4：国家侵略行为

16. *建议的要件 3* 描述的是国家侵略行为。建议的要件基本上采用了工作组提案中第 8 条之二第 2 款草案的措词。⁴ 但是，为了避免使用主动语态，对该措词做了稍许改动。这样做时采纳了在现有《犯罪要件》中使用的起草技巧，也就是将主动语态只用于个人行为人的行为。⁵ 这样做的目的是防止在描述国家行为时使用主动语态可能造成的混淆，因为它可能会表示国家行为构成了一个“行为”要件。

17. 正如在上面第 5 段中进一步解释的那样，“专门”导言的第 1 段已澄清，第 8 条之二第 2 款的整个“侵略行为”定义在这里都适用。

18. 历史先例（例如：上级命令案⁶）要求必须对国家的侵略战争有高度的知情才能确立个人的刑事责任。但是，设定一个心理要件，要求行为人确实明知国家行为违反了《联合国宪章》（实际上是要求知法），可能会产生无意看到的后果。例如，它可能会促使潜在的行为人有意对其行为的合法性视而不见，或者有意听信声称国家行为合法的卑劣建议，哪怕事后证明这种建议是错误的。另外，在国内法律制度中，通常都避免采用要求知法的心理要件，因为这些要件证明起来非常困难，往往达不到要求的标准。

19. 为了克服明确要求知法所存在的一些不足之处，建议的要件 4 做成了一个“事实情况”要件，在某些危害人类罪和战争罪的犯罪要件中经常用到这类要件，并且涉及到一些法律概念。⁷ 建议的要件 4 要求行为人必须知道表明国家使用武力的行为违反《联合国宪章》的事实情况。虽然这项要求尚未做到规定必须明知侵略行为的非法性，但是它还是为实现一种适当的平衡做出了努力，从而一方面确保完全知道围绕国家行为的事实情况的行为人受到刑事追究，另一方面避免前面所述严格的“知法”要求所存在的不足之处。

20. 为了满足建议的要件 4，仅证明行为人知道国家使用武力的事实是不够的。除此以外，还需要表明行为人知道可证明使用武力的行为违反《联合国宪章》的事实。举例来说，相关的事实可以包括：使用武力的行为是针对另一个国家；是否存在安全理事会的决议；安全理事会决议的内容；是否存在另一国先前或迫在眉睫的袭击。

21. 从原则上讲，采用“知道事实情况”心理要件，而不是“知法”心理要件，可能会使某些以法律错误为由的辩词的使用受到限制。⁸ 不过，这类法律错误辩词本来就难以提出，因为第 8 条之二第 1 款设定的门槛要求使得只有“明显”的违反《宪章》的行为才属于法院管辖权范围之内，而模棱两可的案件则不在此列。不管怎样，行为人仍然可以在这一要件问题上根据第 32 条第 1 款提出事实错误辩词，而且如果证明成立的话，可以导致宣布无罪。

⁴ 同上。

⁵ 例如，见第 8 条第 2 款第 2 项第 16 目，战争罪之抢劫，要件 3，其写法是“侵占未经物主同意”，而不是“物主未同意侵占”。

⁶ 美利坚合众国诉 Wilhelm von Leeb 等人案（上级命令案），判决书，1948 年 10 月 27、28 日。另见预备委员会非常有益的工作，《侵略发展历史回顾》，表 6 - 知情（PCNICC/2002/WGCA/L.1 及 Add.1）。

⁷ 例如：可证明一个人在一个地区的存在具有合法性的事实情况（《犯罪要件》，第 7 条第 1 款第 4 项，危害人类罪之驱逐出境或强行迁移人口，要件 2 和要件 3）；一个人在《日内瓦公约》下的受保护地位（见多数战争罪的要件，例如：第 8 条第 2 款第 1 项第 1 目，战争罪之故意杀害，要件 2 和要件 3）；或武装冲突的存在（见多数战争罪的要件，例如：第 8 条第 2 款第 1 项第 1 目，战争罪之故意杀害，要件 5）。

⁸ 第 32 条第 2 款规定，“法律错误如果否定构成犯罪所需的心理要件……可以作为排除刑事责任的理由。”

22. 另一点需要考虑的是，在纽伦堡的一些审判中，法庭曾考虑过推断或认定知情的可能性。⁹《要件》一般性导言第 3 段已经澄清，法院可以从有关的事实和情况中推断知情的事实。不过，除此之外，缔约国或许应当考虑纽伦堡判例究竟是支持采用一个明确允许对知情与否做出认定的知情要件（并考虑列入这样的要件是否有任何用处），还是为该心理要件规定了一个“本应知情”门槛（即疏忽要件）。虽然在《犯罪要件》中为某些种族灭绝罪和战争罪使用了一个致罪的疏忽要件，¹⁰但是这样的要件与侵略罪的定义是否吻合，还需要进一步的讨论。

VI. 建议的要件 5 和要件 6：门槛要求

23. *建议的要件 5* 阐述了第 8 条之二第 1 款草案中的门槛要求，即国家侵略行为必须明显违反《联合国宪章》才可以引发个人的刑事责任。

24. *建议的要件 6* 为建议的要件 5 规定了专门的心理要件。要件 6 没有全文重复定义和建议的要件 5 中的用语，即“依其特点、严重程度和规模，构成了对《联合国宪章》的明显违反”的行为，而是使用了“此种对《联合国宪章》的明显违反”的写法。

25. 建议的要件 6 中的知情要求是对建议的要件 4 中的知情要求的补充。这是因为，可能在某些情况下，被告人知道可证明一国使用武力的行为是侵略行为的事实，但并不知道可证明这一行为依其特点、严重程度和规模，构成了对《联合国宪章》的明显违反的其他事实。例如，被告人可能知道一些部队越过了一个国家的边境，但并不知道袭击的规模。因此，单独规定要件 6 这样一个心理要件，要求知道可证明明显违反《宪章》的事实情况，是适当的。

26. 正如前面第 7 段所述，“专门”导言的第 3 段已澄清，在建议的要件 5 和要件 6 中使用的“明显”一词是一项客观限定条件，也就是说，这个问题要由法院来判定。此外，“专门”导言的第 4 段确认，不需要证明行为人就门槛要求进行过法律评估，因为建议的要件 6 只要求行为人知道有关的事实。

⁹ 见表 6 中提及的 Hess、Schacht、Bormann 和 IG Farben 等案件（前面的脚注 6）。

¹⁰ 相关的罪行有：种族灭绝罪之强迫转移儿童（第 6 条第 5 项）；战争罪之不当使用休战旗（第 8 条第 2 款第 2 项第 7 目的第一项）；战争罪之不当使用敌方旗帜、标志或制服（第 8 条第 2 款第 2 项第 7 目的第二项）；战争罪之不当使用《日内瓦公约》所订特殊标志（第 8 条第 2 款第 2 项第 7 目的第四项）；战争罪之使用或征募儿童（第 8 条第 2 款第 2 项第 26 目）；以及战争罪之使用或征募儿童（第 8 条第 2 款第 5 项第 7 目）。在《犯罪要件》中可以找到的疏忽心理要件，曾由法院第一预审分庭在若干裁决中应用过，例如：关于确认指控的裁决，Lubanga 案，第一预审分庭，2007 年 1 月 29 日（ICC 01/04-01/06）；关于确认指控的裁决，Katanga 和 Ndugijolo Chui 案，第一预审分庭，2008 年 9 月 30 日（ICC 01/04-01/07）。至于疏忽要件与《规约》是否相符，法院内尚未充分进行过辩论。