

**侵略罪工作组**

2002年7月1日至12日

纽约

侵略罪的要件**萨摩亚的提案****导言**

1. 罗马会议决议F第7段指示预备委员会“拟定侵略罪条款的提案，包括侵略罪的定义和犯罪要件以及国际刑事法院对这类犯罪行使管辖权的条件。”迄今为止，预备委员会一直把工作集中在“定义”和“条件”方面。我们想，预备委员会即将结束，不应把要件问题全然抛在一边，不予理会。这个问题极为重要，不仅仅是就这个问题本身而言，而且更为重要的是，它也许能更清楚地说明“定义”和“条件”的技术方面的问题。

2. 因此，下面准备做一些试探性的努力，从概念上对侵略罪的要件进行考虑。我们利用2002年4月1日协调员提议的讨论文件（PCNICC/2002/WGCA/RT.1），把它适用于载于《罗马规约》第三十条和第三十三条中的概念结构，即《犯罪要件》草案（PCNICC/2000/1/Add.2）（以下称《要件》或《犯罪要件》）中采用的结构。应当指出，我们的前提是，与其他法院管辖权内的犯罪一样，侵略罪也可以概念化，以“心理要件”和“物质要件”来说明。“心理要件”和“物质要件”这些术语见《罗马规约》第三十条（但《规约》并没有对这些术语进行充分解释）。

3. 我们还采用协调员的用法，他对“侵略行为”和“侵略罪”做了区分。前者是国家实施的犯罪，后者是个人实施的犯罪。

4. 《规约》和《要件》中的心理要件是故意和明知。物质要件本身涉及“情节”、“行为”和“后果”。由于侵略罪工作组有些成员没有参与对《犯罪要件》终稿

案文（PCNICC/2001/1/Add.2（2000））进行的错综复杂的谈判，我们准备在下面几段中概述我们认为《要件》起草人对这些概念的理解。

5. 我们的理解是，“要件”是基本的结构，这些要素合在一起就构成“犯罪”。检察官未能证明任何一个要件即未能推翻“无罪推定”的规定（《罗马规约第六十六条的标题》或未能满足“证明被告人有罪…的责任”（《罗马规约》第六十六条第二款）。

6. 《罗马规约》第三十条的标题是“心理要件”，规定“除另有规定外”，在没有“故意和明知的情况下”，不对该条所称的“物质要件”承担刑事责任。（《规约》草案一直采用“实物要件”这个词，“物质”一词是在起草委员会讨论快结束时才替换的，显然无意更改原意。）

7. 根据对第三十条的结构进行的认真审查，参与起草《要件》的人深信，《罗马规约》的起草人认为，任何一个特定犯罪都有三类物质要件。（似乎没有理由能够说明，为什么每种犯罪都一定要有三个要件。）这三个要件是“行为”、“后果”和“情节”。

8. “行为”通常指的是一种作为或不作为，而“后果”则是这种行为造成的结果。但在日常语言和法律术语中，行为和后果之间是有重叠的地方的。例如，在关于《要件》的谈判中，一些发言人对杀人进行分析，认识其中包括作为或不作为（行为）及后果（死亡），而其他人则认为这种行为是造成死亡的作为或不作为，不必以两个“类别”来区别。（对他们来说，“后果”一词显然是多余的）。

9. “情节”一词难于理解，准备工作材料没有解释第三十条起草人考虑的是什么问题。然而，这个概念在任何法律制度中都极为重要。我们一般是“看到就知道”。如果有人杀死了一个生物，除非他杀的是人，否则就不会是谋杀。死去的是一个人这一点就是一个情节要件。在偷窃行为中，行为人拿走属于他人的财产也是一个情节要件。应当指出，在这些情况下，刑事责任并不取决于被告人是否采取了（或未采取）某种行动造成这种情节。问题是被告人在这个情节下（而且经常是在知情的情况下）所采取的行动。情节是一个重要的（法律）因素，行为人在这种环境下采取行动。国际刑法充满了情节要件。有关事件是在武装冲突中发生的吗？受害者是否为任何一项《日内瓦公约》的保护对象？受害者是不是非战斗人员？正如我们在起草《要件》时发现的那样，其中一些问题提出了涉及事实错误和法律错误的棘手难题，终有一天也可能要在侵略罪范围内处理。

10. 应当补充一点，在起草《要件》时，工作组逐渐发展出“情节”的一个分类，但第三十条中却没有明确提到这一分类。《要件》称此为“背景情节”。实际上，这个分类在《要件》中只包括三种情况：明显的类似行为模式，适用于灭绝种族罪；广泛或有系统地攻击平民人口，适用于危害人类罪；以及武装冲突，适用于战争罪。

11. 特别是考虑到第三十条开头的措词“除另有规定外”，才有必要了解每一犯罪的各种物质要件应有的心理要件。考虑到这一点，在起草《犯罪要件》时，故意和明知的心理要件被列为“省缺规则”。这就是说，一般不重复提到故意和明知这些字眼，但在没有相反规定的情况下，应了解为适用于有关物质要件。沉默意味着“故意和明知”。但是，在适用《规约》或其他可适用的法律时，如果需要有一个比较大（或较小的）心理要件，则《要件》会说明该心理要件。

12. 对《要件》进行一般介绍的第7段体现了在前几段中讨论的建议。第7段如下：

“7. 犯罪要件一般按照下列原则组织：

- 犯罪要件强调与每种犯罪相关的行为、后果和情况，因此一般按此顺序开列；
- 必要的心理要件，放在受其影响的行为、后果或情况之后；
- 相关的背景情况列在最后。”

13. 在这种背景下，我们可以着手讨论拟议的草案。

侵略罪要件草案

1. 一国实施了一种侵略行为。

注：(a) 这是一项物质要件。在下文可以看到，这是一般将由另一实体（一个联合国机构）决定而非由国际刑事法院决定的要件。在有关机构作出决定后，国际刑事法院必须视该机构的决定为一项“既定事实”。

(b) 没有必要界定这属于那一类物质要件。如果行为人是起作中心作用的政府首脑，则可以把它视为该人的行为或该行为的后果。在其他情况下，这比较象是一项情节。无论如何，这是一项中心要件，侵略罪的其他方面都是以此项要件作为解释基础。

2. 行为人知道国家的行动构成侵略行为。

注：这项要件可能是多余的，因为第三十条的省缺规则已把它包括在内。列入这项要件是以防万一，好象《规约》第七条开头部分规定“明知”的要件一样。

3. [联合国一个适当机构]断定该国的行动构成侵略行为。无须证明行为人知道已作出这项断定。

注：(a) “断定”一词取自《联合国宪章》第三十九条。这是假定有关机构将根据大会的侵略定义（第3314（XXIX）号决议，附件）解释适用《宪章》。

(b) 可以对这项要件作出不同的定性。它可以是一项“条件”或者是一项“先决条件”，也可以是一项“情节”。另外也是一项“管辖权”要件，因为没有此要件，国际刑事法院就不能受理案件。我们相信在现谈判阶段的必然结论是：不规定有关机关的作用就无法在界定侵略罪方面达成一致。我们是据此假定起草本规定的。可以讨价还价的是哪一个机构或哪些机构及如何作出有关的断定。

(c) 我们使用“适当机构”一词，以反映协调员文件第3段和第4段所列举的多项选择，而不是第1段只提到安全理事会的案文。我们认为，秘书处编写的《与侵略有关的发现情况的历史回顾》(PCNICC/2002/WGCA/L.1和Add.1)支持的看法是，在安全理事会、大会和(或)国际法院三者之中，其中一个或多个可以发挥作用。除此之外，对用于断定侵略行为的最终“程序”模式，本文件持中立态度。至少有一个同事建议，甚至可以由联合国而不必由缔约国大会决定适当的模式。如果联合国机构没有采取任何行动，国际刑事法院本身也许要对“侵略行为”问题作出决定。

(d) 最后，这是一种特殊情况，行为人无须知道有关机构采取的行动。考虑到第三十条第一句的规定，有必要在案文中说明这一点。就定罪而言，是否知道有关机构的行为在理论上并非一个相关因素。在比较特殊的情况下，联合国机构可能在行为人采取行动以前作出断定，也就是说，行为人将在违背上述断定的情况下采取行动，但在正常情况下，断定将在其后发生。

[4.

备选案文 1：根据其性质和严重程度，侵略罪构成战争。

备选案文 2：侵略罪的目的或结果是军事占领或兼并另一国领土或部分领土。

备选案文 3：侵略罪明显违反《联合国宪章》。]

注：(a)上述备选案文来自协调员文件第2段的末尾。每一个备选案文将“侵略罪”这一较大罪项进一步细分，列出这个(已经是很严重的)罪项的一些比较严重的行为。(备选案文1还提到另一类“侵略”，即“侵略战争”。该词似是来自界定侵略定义的大会第3314(XXIX)号决议附件第5条第(2)款。该决议并没有界定该词。)我们认为所有三个备选案文都没有必要，因为这个犯罪类别的范围已经不大，所以把该段放在方括号内。我们还认为(我们也相信协调员的草案持同样看法)，如果必须包括这些备选案文，这些要件应当由国际刑事法院而非联合国机构作出决定。假定在“一般侵略”以外还必须要有“更多的”其他东西才构成刑事责任，则这些“更多的”东西理应由刑事司法机构决定。

(b) 我们没有就这个要件提出任何心理要件，因此假定适用省缺规则。但可以主张，这也是一项无须证明有关行为人的心理要素的要件。可以说这是一项“客观”要件，一个不取决于行为人态度的标准（一个“管辖权标准”？）。（如果有必要，我们也会把它定为“情节”要件。）

5. 行为人不一定是政府或军队的正式成员，但[拥有][掌有][实际][有效]的权力，控制或指挥[实施侵略行为][对侵略行为负责]的国家的政治或军事行动。

注：(a) 许是一个行为要件，虽然有人可能称之为情节要件。这段的实质内容是，行为人使自己处于（或允许自己被置于）一种特定的角色。

(b) “不一定是…正式成员”一语旨在抓住纽伦堡法庭 I. G. 法尔本案和克虜伯案的判决的实质内容。纽伦堡法庭裁定，可以判定非政府行为者犯有危害和平罪（虽然根据案件事实被告人被宣判无罪）。括号里的“实际”和“有效”二词是针对这类案件以及傀儡国家元首作为政府的正式组成部分，但实际没有控制权的情况的。

(c) 案文内的括号反映我们在寻找适当的措词。

6. 行为人命令或积极参与策划、准备、发动或进行侵略行为。

注：(a) 这是一个行为要件。

(b) “积极参与”含有行为人行为和侵略行为之间有联系的意思。

(c) 适用心理要件省缺规则。行为人必须明知地实施行为。

最后评论

14. 根据起草《要件》的先例，我们力图说明检察官必须为指控罪名证明的“实在”要件，没有讨论被告人可能作出的答辩。《罗马规约》在“排除刑事责任的理由”的标题下包括了这些问题（见《规约》第三十一条和第三十二条）。在某些起诉中，这种问题可能是极为重要的。如上所述，有关被告人明知地实施侵略的要求直接导致被告人有可能错认事实或法律的情况。（见第三十二条）。困难的问题还有：尽管联合国机构已事先断定存在侵略行为，被告人是否可以作为辩护提出国家责任的论点，例如有关行动可以辩称为国家正当自卫行为。可能还有诸如新发现的证据的问题，为了公正审理某案，可能必须审查这些证据。

15. 另一个问题是，应在多大程度上适用《罗马规约》第三编“刑法的一般原则”的各项内容。本文的一个前提是，显然应当适用第三十条和第三十二条的框架。我们认为第三十一条（排除刑事责任的理由）也应如此，还确实应当适用第二十二至二十四条、第二十六条、第二十七条和第二十九条的一般规定。另一方面，鉴于侵略罪的本质是涉及有目的行为的领导人犯罪，我们认为第二十五条（个人

刑事责任)、第二十八条(指挥官和其他上级的责任)和第三十三条(上级命令和法律规定)的结构不“适合”这种犯罪。因此,应作出规定,以排除这三条规定的任何剩余效应。

16. 为了全面起见,也许需要考虑《罗马规约》第二十五条对所有犯罪提出的一个问题(未遂),以及只对灭绝种族罪提出的另一个问题(直接公然煽动)。应该为侵略未遂,还是为直接公然煽动侵略负法律责任?

17. 我们怀疑一国可以“侵略未遂”。因此,可能会考虑的未遂行为是,行为人试图支助“策划、准备、发动或进行”一场实际发生的侵略,但行为人的支助努力失败了。我们倾向于认为,在某些这类情况下,对未遂行为负法律责任可能是合适的。

18. 至于直接公然煽动侵略:在侵略实际发生的情况下,煽动者很可能以这样或那样的形式犯下我们的第6条草案中的犯罪。不过,在直接公然煽动灭绝种族罪方面的问题是,这是一项与参与既遂的灭绝种族的行为分开的犯罪,的确可以被起诉,即使灭绝种族行为(甚至企图灭绝种族的行为)没有发生。是否应对侵略罪适用同一原则?对惩罚煽动没有发生的侵略,肯定可以提出一些有份量的言论自由反对意见,类似于对《公民及政治权利国际盟约》第二十条禁止“鼓吹战争的宣传”提出的反对意见。我们在这个阶段只是提出这个问题。