



设立国际刑事法院问题

筹备委员会

1996年8月12日至30日

筹备委员会的报告草稿

报告员：吉田淳先生(日本)

三、进一步审议国际法委员会

拟订的国际刑事法院规约草案所引起的
主要实质性和行政问题,并在考虑到会议期间
所表示的各种不同意见的情况下起草案文,以期拟订
可以得到广泛接受的设立国际刑事法院的公约综合案文,
作为朝向召开全权代表会议加以审议的下一个步骤

E. 程序问题、公平审判和被告人的权利

筹备委员会在8月份的会议上审议了这个专题。

为了便利和指导讨论,主席提出了一份针对国际法委员会所拟订的规约草案内的某些具体条款而编写的问题清单。

一般都同意,这个专题是重要的,需要进一步详细拟定有关的规定。至于如何满足这一需要,会议上提出了各种不同的意见。一种意见认为,所有必要的原则和规则应该综合一体地拟定,载入规约或者规约的附件,由缔约国予以通过。另一种意见认为,规约本身应该只载列一般原则,把执行问题和附则留给第二或第三个文书去处

理；这些文书起初可以全部由缔约国通过，但第二或第三个文书可以在需要时以比较简单的程序加以修正（例如由法院自己做），而不必按照条约修正条款去做。又有另一种意见认为，在现阶段可以把大家认为有关的原则和规则集合起来，至于放在何处的的问题则留待以后解决。还有一种意见认为，非常详细地拟定所有必要的规则是不切实际的，必须给予法院灵活性来增添详细的规则，只要它们符合缔约国所定下的原则和规则就行了。

有一种意见认为，程序规则应该在各国不同的刑法制度之间保持平衡，吸取它们之中好的部分。在这方面，有人提到大陆法系国家的刑法在审讯和调查方面所采取的做法。它们采取步骤试图使检察官和被告方在可以利用的手段方面处于平等的地位。法官在审讯的进行中也发挥比较积极的作用。在这方面，有人强调说，一个国际刑事审判机构应该采纳任何制度中能够有助于它履行职能的做法。不应该把它用作一个标准来考验个别国家的刑法制度的可信性。

第四部分. 调查和起诉

第25条. 控告

有人指出，控告应该附有足够资料，证明法院有理由展开调查；它应该符合某一个最低限度的要求，证明确实发生了属于法院管辖权范围的罪行，法院对其行使管辖权是适当的。控告还应该处理是否得到若干个国家同意以及其可受理性或互补性等问题。这将有助于法院决定是否应该对某一案件采取行动。又有人强调指出，控告的目的应该是叙述清楚看来有理由由法院加以调查的犯罪行为。

在这方面，有人指出，一项控告最低限度应该包含下列资料：(a) 提出控告所依据的管辖权；(b) 所指控罪行的详细情节（例如在具体时间、具体地点发生的具体犯罪行为）；(c) 如果知道的话，任何涉嫌人的身份和下落；(d) 如果知道的话，任何证人的身份和下落；(e) 证据的所在地点；(f) 提出控告的缔约国或据它所知任何其他国家所进行的任何调查的详情。

不过,有人对于定下一个强制性的控告要件清单表示关切,因为规定这样一个清单,可能会使资源不足的国家较难提出正当的控告。基于这个原因,有些人表示支持第25条第3款中“尽可能”几个字,因为这样允许某个程度的灵活性。

至于第25条第3款的措词,有人认为,对规约来说是足够的了;前两款所规定的较详细规则可以放在一个第二级的文书。另一种意见认为,该款需要更详细地制定程序规则。

对于检察官的作用,有人提出了以下几点:(a) 检察官应该能够要求对控告作出澄清;(b) 检察官应该不受控告中关于谁是或者应该是涉嫌人或被告人的指控的约束;(c) 检察官应该能够追查与所控告的行为密切有关的或者构成持续性犯罪活动的犯罪行为;但是(d) 如果控告所起的是启动调查的作用,不应该偏离方向去调查不相干的或者明显地只有间接关系的事情。至于检察官到底是应该受到控告内容的约束,还是可以把调查范围扩大到控告内容以外,存在着不同的意见。一种意见支持前者,另一种意见倾向于后者。另一个未能确定的问题是,由一个国家提出的控告,是否应该十分具体,还是应该如同由安全理事会提交的案件那样,只是把一个情况提交给法院处理。

(关于谁可以提出控告的问题,有三种不同的意见。一种意见认为,应该是只有缔约国才有权提出控告。另一种意见认为,缔约国和安全理事会都应该能够提出控告。第三种意见认为,应该允许检察官基于他(她)所收到的任何可信资料展开调查,类似《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》所规定的模式。)

第25条所规定的两种控告制度——一种针对种族灭绝罪,另一种针对其他罪行,被有些人认为不适当。他们比较倾向于单一种适用于所有罪行的划一制度。

有人建议,启动机制的问题可以分在两条里处理,一条处理由国家提出的控告,另一条处理由安全理事会提出的控告。这样就可以对安全理事会根据《宪章》第七章将情况提交法院处理时需要满足的任何特别要求作出规定。

第26条. 对指控罪行的调查

关于展开调查的问题,提出的建议包括规定基本的起始点、审查机制或司法滤网,目的是甄别对具有一定严重程度的罪行所提出而理由充分的控告和出于轻率或缺乏根据的控告。有人建议,应允许控告点名的缔约国或个人在调查展开以前根据各种不同理由(如控告的充分性、管辖权的根据及案件根据补充原则和所涉罪行的严重程度是否应予受理的问题)在审判分庭对提交的控告提出异议。正在进行有关调查的缔约国也应可以向检察官提出异议。

应否授权检察官根据其职权展开调查的问题引起了不同意见。有人建议应授权检察官根据从任何可靠来源接获的充分而可核证的资料展开调查,以加强检察官的独立性和提高法院的效力。

关于检察官的作用,表示的众多意见包括:检察官应代表国际社会进行独立而公正的调查,并应搜集显示有罪或无罪的资料以断定控告的真实性和保护司法利益;为了效率和效力的理由,检察官应寻求国家合作进行调查而避免直接执行这些活动,而且调查应按照规约和法院规则以及调查在其境内进行的国家的国内法进行;检察官应可以直接要求国家合作,或在国家当局的客观性受到关注的特殊情况下根据授权直接进行调查。

关于现场调查的问题,提议的调查办法包括:现场调查仅应在有关国家的同意下进行以确保尊重其主权,可能的例外是国内刑事司法系统未能充分运作的情况;如果没有任何可以接受协助请求的民政当局,院长会议可以授权检察官进行现场调查;院长会议应任命一名法官或一个分庭监督现场调查,以保护涉嫌人或被告人的权利,涉嫌人或被告人的律师也可以在场。

有人质疑院长会议是否为发出调查命令的适当机关,并就这些命令的法律效力提出疑问。有人认为,在这里提到关于“暂时逮捕”的命令可能因在引渡方面使用同一词而造成混乱。有人建议,应由调查分庭监测检察官的调查活动,以便使这些活

动具有司法力量,决定要求国家合作的请求,确保检控和辩护双方待遇平等,及使涉嫌人可以利用法院的资源。调查分庭也可以对国家就有关起诉前调查措施的决定所提出的异议作出裁定。但有人认为,这种工作可以交由一名法官或地方法官执行而无需另设一个分庭。

提请注意的是,必须进一步审议和澄清检察官在决定展开调查还是提出起诉书时应适用的标准。有人建议,作为例子,检察官应该有广泛的酌处权,可以基于司法利益,鉴于有关个人的年纪或病情,或国家已展开调查或起诉的理由,决定不展开或中止一项调查或起诉,也可以要求当局拒绝调查或起诉情节不够严重的案件,及在大规模实施犯罪行为时选择最重要的案件。

有人认为,检察官在决定不展开调查或进行起诉时应根据情况将决定通知控告国或安全理事会。在调查过程中被要求合作的任何国家也应得到关于这种决定的通知。有多项建议是规定控告国、安全理事会或被害人可要求对院长会议、审判分庭、调查分庭,或法官作出的这些决定进行司法复核。有人提出,应该是控告国还是适当的司法机关才有权对这种决定提出复核要求,而且控告国应以何种方式提出其意见。例如,有人建议司法复核应以尊重适当行使检控酌处权的具体法律标准为依据,如显然失当;司法机关的权力应限于请求检察官复议决定以维护检控酌处权和独立性,检察官应根据新的资料复议决定。

关于涉嫌人的权利,有人认为应根据国际标准以单独一条进一步拟订这些权利。除其他外,特别强调的是涉嫌人在被讯问前应有充分的警告,在讯问时保持沉默,不被强迫作证或认罪,得到有能力的律师协助而不问是否有能力延聘这种协助及享有法律面前人人平等的待遇。但有人认为,涉嫌人的权利无需详尽无遗地开列。

第27条. 起诉的开始

有人建议,检察官就特定案件提交的起诉书所载的资料应该比这一条第1款所规定的更详细。不过,如果案件所收集到的证据太多,可以向审查机构提供一个摘要,

该机构有权要求提供所需要的进一步资料。

对于审查机构,有人表示关切的是,按照规约草案中的设想,权力都集中在院长会议;有人建议,把某些审前职责交给另一个独立于检察官和审判分庭及上诉分庭之外的机构会比较适当。在这方面,有人提议设立一个审前分庭或调查分庭来审查起诉书和举行确认起诉书的听讯;鉴于控告严重罪行的极其公开性质,这样做将为被告人提供进一步的必要保障。有人指出,一个常设的审查分庭的好处是,它在做法上会比较一贯,并且能够避免法官轮换所引起的困难。

又有人建议,可以在轮流的基础上,由一位法官或者一个3名法官的小组行使就审前事项作裁决的职能。不过,行使审前职能的法官不应该在以后阶段参与审理同一宗案件。此外,审查机构的法官不应该具有与被告人相同的国籍。

关于起诉书所依据的标准,有人发言说,无论最终采用什么标准,都应该订得比较高,以便有足够理由展开审判程序。有人建议,第2款(a)项和(b)项所述的两件事情--即判定案件是否表面证据成立以及法院是否应该受理--进行的时间先后应该明确地界定。

有一种意见认为,规约应该处理的另一个问题是,法院应能在起诉书获得确认之前发出逮捕令,同时有必要在实施逮捕以前对起诉书保守秘密,以确保涉嫌人受到拘押和防止证据遭到毁灭。又有人提议,如《前南斯拉夫问题国际刑事法庭程序规则》第61条所规定那样,在规约中规定,可以在某些情况下扣押被告人的资产。

关于第3款,有人提议,审查机构如果拒绝确认起诉书的话,应该说明理由。

对于第4款的要求,有人指出,对起诉书作出的任何修改不应该导致被告人被指控新的罪行。此外,关于将任何修改通知被告人的要求应该立刻执行,并且按照《公民及政治权利国际盟约》的规定(第14条第3款(a)项),以被告人的语文作出。

第28条. 逮捕

第29条. 审前拘留或释放

第30条. 起诉通知

有人强调,有些事项是国家权力范围内的事,有些是法院权力范围内的事,只有法院执行的职能才应该由规约规定。认识到的是,国家与法院合作是顺利地有效执行逮捕和拘留程序所不可少的。另外还提请注意在筹备委员会第一届会议就重新拟订第28和第29条所提出的建议。提议的案文更确切地澄清了逮捕和拘留。

关于逮捕涉嫌人的问题,表示的意见认为,第28条规定的程序应该在有关国家当局的控制下进行。此外,由于许多国家不允许在其境内直接执行逮捕令,规约应规定有关国家应代表法院执行逮捕令。

有人建议,第28条内所用的“暂时逮捕”一词应以另一个词取代,以避免根据引渡模式作出不当的类推。

鉴于所涉罪行严重,所需调查复杂,拘留涉嫌人90天以便有充分时间确认起诉书是合理的。但另一种意见认为,90天期过长,应予缩短。还有人建议,如果院长会议认为规定的逮捕标准没有机会实现,则应立即释放涉嫌人。有人对第28条第2款似乎允许院长会议无限期延长90天的期限感到关注,并就此建议将期限规定下来。另外可以作出规定,允许根据必要理由延长期限。

有人认为,关于审前拘留和释放的第29条应进一步澄清,特别是关于司法官员对正式送达的授权令作出确定的问题和这种确定的作用。建议的是,应该由有关国家当局确定逮捕或拘留的合法性及保释的问题。不过,对于经由法院收押的涉嫌人,规约应该为拘留和释放理由定下准则。

有人建议,根据《公民权利和政治权利国际盟约》的规定,应该在特殊情况下才可以审前拘留涉嫌人,如涉嫌人有可能逃跑、对他人造成威胁、证据可能被毁灭。另外还建议应该就其他办法作出规定,如允许拘留国保证涉嫌人会到法院受审,而不

需要实际羁留涉嫌人或进行软禁。

有人认为,不妨在关于起诉通知的第30条内清楚说明,国家当局一般应负责送达文件。为公平起见而要求法院书记官长前往拘留涉嫌人的国家送达起诉书既缺乏成本效益也是没有必要的。

第五部分. 审判

第34条. 对管辖权的质疑

第35条. 受理问题

第36条. 第34条和第35条下的程序

有人一般评论地指出,处理审判的组织的各项条文,应比国际法委员会拟议的条款草案中的规定更为详细。这些条文除了规定进行迅速公正的审判外,还应就下列方面作出规定:保护证人;受害人获得赔偿的权利;在法院所在地以外地点审判的可能性;如被告人是逃亡者,缺席审判的可能性;资料和证据的机密性;禁止提出伪证等。

关于第34、35和36条的讨论着重于三大问题,这表明需要进一步加以拟订和澄清。

关于谁可以对法院的管辖权提出质疑或对案件是否可予受理提出异议的问题(第34条),有人表示“有关国家”一词过于空泛,应界定为有权行使管辖权的国家,其中包括被告人国籍国、犯罪地国、受害人国籍国和拘留国。根据一种看法,这类有关国家也应是规约缔约国。根据另一种看法,在逻辑上没有理由剥夺一个在案件中有直接和实质利益的非缔约国对法院的管辖权提出质疑的权利。因此,这种看法认为,根据规约有权同意法院的管辖权的任何国家,都应能对该管辖权提出质疑。有人还指出,被告人应有权对法院的管辖权提出质疑。但是,有人却问,是否应允许被告人以未予同意为理由而对管辖权提出质疑,因为应予同意的国家未予同意?

关于可以在什么时候提出这种质疑的问题(第35条),有人表示最好越早越好。有人建议对管辖权或是否可予受理的质疑的权利应限于审判前审讯或审判之始。为了避免对法院加以任何滥用或不必要的开支,有人建议对管辖权或是否可予受理的任何质疑,均应在审判的任何步骤开始之前提出并就其作出决定。此外,应只准对管辖权提出一次质疑而不得在程序的不同阶段多次提出。有人认为最好规定可以对管辖权或是否可予受理提出质疑的时限。关于这一点,有人表示在一宗案件中有利益的国家应获得起诉的通知。由法院向所有缔约国发出起诉通知可以提供很多方便。

有人表示只有在例外情况下才应允许在审判期间对管辖权提出质疑。这些例外情况包括发现可能影响到管辖权问题的新的事实。有人还指出,一名逍遥法外的逃亡者不应获准对管辖权提出质疑,从而使其能够利用法院的各种程序,但另一方面却保留灵活的选择,如法院对其作出不利的裁决,则拒绝服从法院的管辖权。有人还问,是否应允许被告人等到审判的较后阶段才对管辖权提出质疑,而这项质疑本应在较早时就可以提出。还有一种看法认为,不对国家和被告人在什么时候才可以对法院的管辖权提出质疑的权利加以区别。因此,第34条(b)款应予删除。有人还表示,被告人应不能以国家当局正在进行对应调查为理由而对案件是否可予受理提出质疑,如果有关国家当局实际上已拒绝对法院的管辖权提出质疑。这些问题涉及如何以最佳方式在法院与被告人在其境内没有适当作用的国家之间分配起诉权力。

关于可以根据什么程序提出质疑的问题(第37条),大家有不同的意见。根据一种看法,对管辖权的异议应在不是审判分庭的另一个分庭提出;这一分庭可能是起诉分庭或调查分庭。有人建议,这种程序与维持审判分庭的独立性是兼容的。根据前一种看法,对管辖权提出异议的问题应由审判分庭本身处理。有人指出,应作出决定,说明是否可以就对管辖权或案件是否可予受理的质疑所作的裁决提出上诉。如果可以上诉,规约应明确规定这类上诉的程序。有人还指出,关于将事情提交上诉分庭处理的问题的第36条第2款,必须就提交处理的先决条件提供进一步指导。

有人表示,当个人被国家当局调查和(或)起诉,为了尊重国家程序,推翻这一国

家程序的决定应由法院三分之二多数作出。

第37条. 缺席审判

大家对这个问题有不同的意见。一种看法认为,审判时被告人在场是被告人的一项基本权利,这项权利应予尊重。因此不能进行缺席审判。

另一种看法是,目前的情况有别;它涉及非常的情节(例如影响到国际社会的罪行),而且适用于一个特殊的国际司法机关,但这个机关没有执法机制以确保被告人出席受审。因此,至少在某些特定情况下有考虑进行缺席审判的余地。但是,有人强调被告人的权利应获得充分保证,而且情况和条件应予明确规定。

有人就第37条的案文提出了具体评论。

有人对第37条第2款表示关注,该款规定了对一般规则的例外。有人指出,即使第2款所规定的有限的例外,也不符合各项国际人权文书和国家宪法就被告人的权利所作的规定,因此应予删除。有人进一步评论,第2款(a)项提到的健康不良只是延期或暂停审判的一个理由,但不是进行缺席审判的理由;被告人的行为继续不断扰乱审判也不是正当的借口,应采取切合实际的措施予以补救,例如利用电视会议或划定安置被告人的安全区,以这种行为作藐视法庭罪论处。就基于安全理由进行缺席审判来说,有人表示应寻求切合实际的替代办法(例如暂时将法院改迁他处或利用电视会议等)。

有人还表示,就弃保潜逃或从合法羁押中逃脱的情况来说,国际社会应将重点放在合作查明被告人的下落并重新将其逮捕方面。应预先警告被告人,如果逃脱,可对其进行缺席审判。有人建议“合法羁押”一词须予进一步澄清。有人指出第37条第4款所指的“故意缺席”与该条第2款所指的“从合法羁押中”逃脱之间的区别不明确,应予澄清。

有人强调,就缺席审判的情况来说,被告人的权利应予详细规定,其中应包括诸如:法院复核排除被告人的命令的可能性;被告人(通过书记官长)有权被告知诉讼、

在其律师和检察官面前接受盘问、或始终由自己选择(或依据职权被任命)的律师依法代理等。

有人也就第4款提出了具体评论。第4款允许在被告人故意缺席的情况下为了若干特定目的设立起诉分庭。有人关注在这些情况下法院的效力可能被削弱。但是,有人却赞成设立这样的起诉分庭,以便录取证据或发出和公布逮捕被告人的国际证状。有些成员认为,这不应导致局部或全部缺席审判。有人认为,如果被告人故意缺席,或如果被告人默示或明示放弃其权利,则可以进行缺席审判,但必须采取严格的保障措施,以维护被告人的权利。有人还建议,在缺席审判中不应作出裁决,也不应判处徒刑。无论如何,如审判已在被告人缺席的情况下进行,则应在被告人提出请求时开庭重审。被告应能对在其缺席时录取的证据是否可予受理提出质疑。同样,应允许被告有权对在其缺席时作出的任何决定提出上诉,以便在司法的必要与被告人的权利之间取得平衡。

第38条. 审判分庭的职责和权力

有若干笼统的意见:应考虑在什么时候设立审判分庭,审前的请求是否应该由另一个实体来处理;应将分庭的组成通知被告人,以便利根据第11条提出质疑;第1款所提到的一些事项应该在被告人第一次到分庭出庭时解决,而不应该在开始审判时解决;审前的请求也许应该仿照《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规则》第73条的办法处理。

关于第1款(d)项,是否应当允许被告人认罪或不认罪,认罪有什么后果,各方有不同的看法。有人认为应当允许被告人认罪,这样,在程序上的后果是不需要进行旷日持久、花费很大的审判;被告人将被允许承认罪行并接受判决;受害人和证人可以免受任何额外的痛苦;法院在宣判已决犯时,可以考虑到他已认罪。被告人也应被允许不认罪,以便获得无罪的假定,并提出辩护,而不影响检方对罪名的举证责任。法院没有义务接受一项辩诉或一项从宽处置的建议。

反面来说,有人认为被告人应能承认他被指控的行为,法院也应该可以把认罪看做证据;认罪不应该是法院考虑的唯一证据;认罪对审判程序不应有任何影响;虽经认罪,分庭仍有责任确定被告人是有罪或是无罪;鉴于罪行的严重性,并且为受害人和国际社会的利益着想,必须经过全程审判。有人建议法院不应单凭被告人的供状或单凭一项证词就有权定被告人的罪;法院应遵守一条关于在法院认罪或作供的最低限度采证规则,并应遵守一条关于依法推断有罪判决或起诉事项的规则,因此应当删除第1款(d)项。有人指出,这一款违反某些国家的宪法,可能阻碍这些国家接受规约。

有人提起注意需要填补各种法律制度之间的差距,因为其中有些制度并不准许被告人对各项指控表示服不服罪,强调需要在各种法律制度之间找到共同点。有人指出,如果被告人承认起诉书中所列罪状,那么,审判分庭就可以决定举行一个简短程序,听取检方提出证据的摘要;如果被告人不肯重申认罪或接受这个程序,则可以继续进行审判。他还进一步建议,审判分庭应确定被告人是否完全了解认罪的性质和后果,是否未经胁迫或不当影响而自愿认罪,供认罪行是否与起诉书中所列罪状和检方所提证据相符,然后再决定要求提出其他证据,进行简易程序或着手进行审判。有人声称法院在作出决定以前,应有权弄清情况。

有人把第1款(d)项说成与认罪辩诉协议有关,鉴于罪行性质严重涉及整个国际社会的利益,应予删除。但有人声称,认罪与认罪辩诉协议并非不能分开。

关于第2款,有人认为分庭应在引导审判程序方面起积极作用,并应负责确定对被告人有利或不利的证据。也有人声称,关于提出证据的次序的程序事项应在规则中处理,而对受害人和证人的保护措施则应列在规约中。

关于第3款,有人建议,被告人的联合审讯和罪行的联合审讯应在规则中处理。

关于第4款,有人认为应当明白规定公开审判的原则,作为规约中强烈主张采取的方式,对任何例外情况应力加限制。所建议的这项原则的例如情况涉及政府命令;审判程序的尊严;被告人、受害人或证人的安全和保障;未成年人据说犯下的罪行;

和受害人或证人关于性暴力的证词。关于提到“机密或敏感资料”一事,有人表示各种不同的关切。分庭有权维持秩序,就不需要根据第37条,在扰乱秩序的被告人缺席的情况下,进行审判。法院也应当有权对不遵守法院命令的情况加以制裁,以发生威慑作用,一如《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规则》第77条中所规定。关于秘密程序的决定和裁定应在公开审讯中宣布。

关于第5款,有若干意见:应修正第5款(b)项和(c)项,以便提到出庭的证人;应增列新的第5款(c)项之二,使分庭能请求国家协助在法院以外传唤证人作证并提出文件和其他证据;分庭应在很早阶段根据第5款(d)项裁定证据的可接受性;分庭应在听取当事各方的陈述以后,再裁定证据方面的问题;这种事项应在第44条中处理。

关于第6款,有人建议要求书记官长编制这一程序的完整书面记录,或许同时制作一种录象或视听记录。

第41条. 被告人的权利

有人指出,被告人的权利是基本权利,它反映法庭的可信性,并且已有大量关于这个问题的国际法,这些载于世界人权宣言、公民及政治权利国际盟约、处理囚犯的标准最低限度规则以及南斯拉夫和卢旺达法庭规约的国际法应在规约中予以阐述。应探讨的一个问题是在将被告人转移到法庭之前法庭同国际司法机关的相互作用。

有人说,在规约中应进一步阐述被告人迅速获知被控罪名的重要权利,并应比目前规约更广泛地保证迅速进行诉讼。有人还指出,快速审讯过程将防止有罪之人延迟诉讼和使无辜者早日获释。在这方面,需要有一个能适当处理案件以便早日解决案件的积极法庭。

有人建议,规约应规定,如被告有能力任用律师则可任用律师。在这方面,应建立一个辩护律师名单供被告选择。有人指出,辩护律师的资格应根据他(她)在本国最高刑事法庭担任律师的能力,对于法庭任命的律师,可设立一个小组,根据道德高

尚、胜任和有关经验等标准予以审查。建议在规约中作出由律师代表被告的假设。但是,在被告选择为自己进行辩护的情况下,鉴于被告被控罪名的严重性,可考虑在被告要求时由法庭提供律师来给予法律咨询意见。此外,应特别规定被告和辩护律师之间通讯保密的权利。

基于检察官能较早获得证据和其他资料,建议找出一种机制以消除检察官所获得的任何可能优势。

有人指出,公平审讯的一个基本要件是规定检察官向辩方充分透露证据,辩方也有相同的义务作出透露,其中包括告诉检察官辩方在审讯期间可能在法庭显示的不在场证据。有人还指出,该条第2款中关于要求检察官向辩方提供开脱罪责的证据的规定也应包括在审讯结束前提供开脱罪名的证据的规定,而其他一些人认为这些规定需进一步拟订。有人还指出,需要保护由一个国家提供的敏感资料的问题与需作出透露的一般性义务要达成平衡。

也有人指出,对质和盘问所有证人是一项基本权利,但在这方面,他们对使用不具名的证人表示关切,因辩方是否能够探讨证人的可靠性以显示证人有说谎的动机或显示证人的错误,在很大程度上取决于证人是谁。又有人关切需要考虑到为儿童证人采取特别措施。

有人支持不逼使被告作证的权利以及证人在某种程度上受到不作出自证其罪的保护的权利。

关于翻译文件的需要,有人建议,如果被告的律师懂得法庭的任何一种工作语文,则规约不应允许翻译一切有关文件。有人提出翻译文件所涉的费用问题。

有人建议在规约中规定,如果被告的定罪获得平反,或其由于新发现的证据而获得赦免,被告有获得赔偿的权利。

关于具体的起草问题,有人建议,例如,该条第1款中“在符合第43条”的字样应改为“在适当考虑到第43条”,以便第43条中所载的权利不优先于被告的权利。有人还建议删掉第1(d)款中“除第37条第2款所述的情况外,”的字样。

第43条. 保护被告人、被害人和证人

有人指出,本条属于一般性条文,应进一步拟订和写得更准确一点。在这方面应注意关于这一议题的1985年《联合国声明》内有关犯罪被害人应有的公正待遇的原则,以及专家小组最近就法院诉讼中保障被害人的权利和利益问题拟订的原则。有人还认为,保护被告人、被害人和证人应是有关国家的义务。有人又建议,由于保护被害人和证人重要,就应当单列一条规定,同保护被告人分开处理。同时有人表明,规约必须载明这两者之间权利的平衡,而且被害人和证人得到的保护不应当破坏被告人得到公平审判的权利。

有人表示,使用的保护措施应是非详尽无遗性。有人提到许多国内法院的证人保护方案。有人建议,应制订在某些情况下保护被害人和证人的身份的规定。有人还建议,在提供任何一类的保护之前,法院应得到被害人或证人的合作。还有人认为,应鼓励被害人和证人挺身而出,在这方面应设立一个关心和尊重这些人的法院。在上法院之前应特别关注儿童和有精神障碍的人及强奸受害人。还有一些人建议有必要随时告知被害人和证人有关案件的进度。有人提请注意南斯拉夫法庭的先例及有必要建立一个证人和被害人单位的提议,以便在书记官长或检察官办公室的监督下向被害人和证人提供服务和支持。

有人建议,规约中应有向受到伤害的被害人付赔偿费的规定。关于这个问题有若干提议,其中包括向法院授权就这些事项作出决定的可能,例如管理赔偿基金和决定其他补偿办法。有人还提议,应允许被害人和被告人同时参加这类诉讼。但是有人担心法院是否有能力充分执行到底和确保补偿。还有人表示,既然赔偿问题主要是民事问题,那么法院就受害程度作出决定之后,被害人可根据判决通过适当的国内法院从事补救问题。

在具体的起草问题上,有人建议第43条增列“除了第41条外”等字样。

第44条. 证据

本条所引起的问题包括证据规则是否应列入规约或《法院程序规则》或者另采某种其他的形式。

有人指出,证据规则应是正当法律程序和被告人权利的组成部分。

一种普遍的看法似乎认为基本的或实质性的证据原则应载入规约本身,而次要的及辅助性的规则似应载入《法院规则》或其他文书。此一办法应更为灵活地实行,因为后者比规约更易于加以修订而且还使法院可以根据它的实践与要求灵活地采行各项规则。有人指出这些原则的一些实例,包括:司法通知、推定被告人无罪、证人作证的能力、拒不回答证明有罪的问题的权利或书证的评估。为此目的,已提出了书面提案。然而,已认识到,因为这不但涉及从全世界各主要法律制度选择基本的原则,而且还必须进而区别原则、规则和辅助性规则,所以,此项任务是很艰巨的。

伪证罪问题也是有关本条的辩论的重点问题。一种意见认为各缔约国应将其关于伪证罪的国内法扩大适用于其国民在本法院内提供的证言。法院仅应关注是否已有人作伪证;该伪证罪的后果应留待相关的国家处理。

另一种意见则认为本法院应能控制它的程序,判断所提供的证据是否可以信赖并且在遇到发生伪证罪时课以刑罚。如果将这些问题都留给各国处理,就会引起许多法律上和实践上的困难、冗长的诉讼以及管辖权的冲突。因此,有关伪证罪的规则应列入规约。

另外一个问题涉及获得证据的手段和证据的不予接受(第44条第5款)。除其他外,这个问题已引起关于本法院同各国管辖区当局之间的司法合作这个重要的课题,因为向本法院提出的证据通常都是在相关国家按照其国内规则获得的。已讨论了本法院可否询问获得这些证据是否已遵照该等国内规则。有人建议,应设置一种机制

由本法院据以在发生有人指称国内当局以非法手段获得证据时判断该类指称的可信度及“违规情事的严重程度。还有人表示认为本法院不应该卷入错综复杂的国内法律与程序问题；它应该依靠司法合作。例如，它仅应拒不采用在违反基本人权的情况下获得的证据、在违反最起码的国际间被接受的标准(诸如《联合国预防犯罪和罪犯待遇大会准则》)的情况下获得的证据或以根本不可信的方法获得的证据。

第45条. 法定人数和判决

关于审判分庭法定人数和出庭问题，普遍的看法是法官人数最好是奇数(例如五名)，而且为了正当程序和公平审判的利益，全体法官和检察官均应在审判的所有阶段出庭(例如在提出有关证据的所有审讯中，同样的法官均应出席)。如果一名法官暂时缺席，则应由其余法官继续进行审判或暂停审判。如果一名法官长期缺席，则应以替代法官补缺。

关于审判分庭作出裁决的方法，普遍同意应以过半数法官作出，虽然有些人表示赞成采用一致同意规则(至少就判定有罪的情况来说)。判决应以书面作出，并应尽量完整，其中应包括职权和受理的问题以及作出此项判决的理由。

有人表示没有必要分别开庭两次，一次为了判定被告人有罪或无罪，另一次为了判刑，因为没有设想陪审制度，而且这两个问题都将由法官决定。有人还建议，在判定有罪的情况下，应酌情考虑对受害人给予赔偿或归还财物。有人还表示，在被告人被判刑时，应通知其有上诉的权利以及应当行使该项权利的时限。

如审判分庭无法就一项裁决达成协议，普遍的看法是被告人应被判无罪，在这种情况下，不应重新进行审判。因此第45条第3款应予删除。

另一个问题是如何处理反对意见或个别意见。有人认为这些意见应与多数意见一同发表，因为这将符合国家法院和国际法院的既定惯例；在上诉或重新审判的情况下，这些意见可能具有特殊意义。另一种看法是，刑事诉讼与涉及民事案件的诉讼完全不同，反对或个别意见将减损法院的信誉和权威。

第六部分. 上诉和复核

对于上诉提出了三个实质性问题：(a) 上诉的理由，(b) 什么人有权上诉，(c) 上诉的程序。

对第48条第1款列举的上诉理由，有人表示支持。这些理由是：程序错误，事实或法律错误，或罪行与判刑不相称。还有人提出，是否可以用管辖权限和可接性为理由提出上诉以及在什么时候提出的问题。这些问题已建议进一步加以审议。有人建议，检察官只能以法律错误为理由提出上诉。也有人认为，检察官和被告人的上诉理由应该一样。还有人建议，罪行与判刑不相称和程序错误的理由需要进一步澄清和阐明。

至于什么人有权上诉的问题，大家普遍同意，被告人和检察官都有这种权利。被定罪者可以根据任何实质性理由提出上诉。如果被定罪者的上诉是一般性的（即不只是针对判刑），上诉分庭应该重新审理整个案件。

关于审理程序问题，有人指出，规约应该规定提出上诉的期限（例如30天或院长会议允许的更长时间）。有人强调，对于上诉分庭适用程序和证据规则的方式应有更详细具体的规定。

又有人建议，上诉分庭的法官应有权公布其反对意见，而且法官的人数应为奇数（例如七名）。

对于出现新证据的情况，有人建议，上诉分庭应能把案件送交由不同法官组成的审判分庭复核。有人强调，审判分庭和上诉分庭的法官必须完全分开。

有人认为，第49条中“审判程序不公正”或“事实或法律错误”等用语不清楚，需要进一步澄清。还必须明确界定标准，以区别下令重新审判与推翻或修正裁定的情况。

对于上诉的效力，有人建议，除非审判分庭另有裁定，否则被定罪者在提出上诉

前应继续拘押,但上诉应有暂停执行的效力。

关于修改定罪的问题,会议认为应不仅限于第50条列举的理由,还可能包括证据错误或无效、严重违反法官义务、或发现在审判时不知道的新事实等情况。但修改的理由应少于上诉的理由。大家似乎普遍认为,修改不应有时限,可以在任何时候进行(甚至在被定罪者去世之后,只要他的家属或任何有关的人提出要求)。

会议认为,有必要制订规则,决定什么时候组成新的审判分庭,重新召集审判分庭,或将事情提交上诉分庭。

对于修改定罪或宣告被定罪者无罪的情况,有人建议,规约中应列入赔偿规定。
