



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.496/Add.1
13 July 1994
CHINESE
Original: FRENCH

国际法委员会
第四十六届会议
1994年5月2日至7月22日

国际法委员会第四十六届会议工作报告草案

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

增 编

目 录

段 次 页 次

- B. 审议本届会议的专题(续)
二、危害人类和平及安全治罪法草案..... 1 - 120

B. 审议本届会议的专题(续)

二、危害人类和平及安全治罪法草案

1. 委员会本届会议收到特别报告员就该专题所提出的第十二次报告(A/CN.4/460和Corr.1)。它还收到载于A/CN.4/448和Add.1号文件中的各成员国响应委员会第四十三届会议的要求对该届会议一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案所做评论和发言。

2. 特别报告员在向委员会介绍并提交第十二次报告时指出,该报告旨在为治罪法草案进行二读,并且只着重讨论草案的一般性部分即危害人类和平及安全的罪行的定义、定性和一般原则。

3. 他说有关罪行本身的治罪法草案的第二部分将讨论委员会下届会议的新报告,并且他想只将这类罪行限制在那些不可置疑地定性为危害人类和平及安全的罪行。

4. 特别报告员在其第十二次报告中重新逐条编写一读通过的草案,每条有各国政府的评论,然后是特别报告员的意见和结论以及对每一条款草案的建议。

5. 委员会在1994年5月27日至6月7日举行的第2344次至2347次以及第2349次至2350次会议上审议了特别报告员的第十二次报告。

6. 几位委员对特别报告员的第十二次报告及条款草案本身做了一般性评论。

7. 有些委员对治罪法草案目前标题的相关性表示有保留意见。他们指出标题也许不能确切反映未来文书的内容。它对于某些诸如侵略一类的罪行是适合的,但对于诸如种族灭绝或危害人类罪等除从非常广义的角度来理解其概念以外与人类和平与安全无关的其他罪行而言。则颇有辩论的余地。至于某些委员建议治罪法草案应称作“国际罪行法规”,另一些委员则认为这一标题可能与有关国家责任的条款草案第一部分第19条所指的罪行相混淆。有些委员甚至对“法规”一词也表示置疑。他们认为应使用一般性的表达办法,据此,确切地说法规应含有内容,因为不可能一部法规只有一些罪行。然而,其他委员指出“法规”一词用于包括技术领域在内的许多领域,其目的不一定只是编纂整个一项专题。

8. 大家普遍同意最好的办法是等一等,在决定是否保留该标题之前先看看在治罪法草案中要包括哪些罪行。然而,大家指出委员会本身不能改变标题,因为第177(II)号决议就使用了这一标题,大会在该决议中授权委员会编写治罪法草案。

9. 与几位委员欢迎特别报告员的意图,即只将这类罪行限制在那些不可置疑地定性为危害人类和平及安全的罪行。在这方面他们指出,国家一般不愿放弃或让出它们的罪行管辖权,只有涉及最严重的国际罪行,国家才可能愿意接受成立国际刑事法院。他们还指出,适当地限制治罪法草案内容将直接影响到草案的一般部分,因为某些条款的措词根据该法是否涵盖对国际法的所有违犯或只限于“罪行的罪行”即那些最严重的构成破坏和平或违犯人类本身概念而必然十分不同。

10. 还有一种关于罪行名单的范围的意见认为在大量削减将包括的罪行数目方面有两种障碍,第一种是国际刑事法院规约草案,它可能迫使特别报告员不是限制而是扩大名单,尽管这样做不会改变罪行定义固有的局限性。第二种障碍来自受害者的性质,即整个人类,它也可能具有要特别报告员扩大名单的合法权益。几乎所有国际刑法文本均提到人类。根据这种意见,或许因而应多少考虑到对可能涉及到人类的任何罪行名单的影响;换句话说,或许可以问道,罪行名单即使是有限的名单是否应该固定不变。

11. 关于就人而言的治罪法草案的范围,有的评论认为治罪法意在专门着重指个人犯的罪行因而并不直接或暗示国家的罪行。治罪法草案强调国家代理人的作用是令人欢迎的,因为这些人比其他人更有可能成为危害人类和平及安全罪行的罪犯。然而,人们注意到,在讨论治罪法之初,委员会曾计划不仅包括个人的罪责,而且包括国家的罪责;最后它决定只集中针对前者,而搁置但并非完全排除国家的罪责问题。人们注意到,在这方面两种类型的责任的联系,尤其是治罪法草案和有关国责任草案的第19条之间的关系问题势必要出现,而委员会将势必要予以考虑。

12. 有些委员指出治罪法草案中涉及的适用于罪犯的刑罚问题尚未解决,委员会必须对此作出决定。人们注意到,治罪法草案、国际刑事法院规约和各国法院法规之间的关系从一开始就应该明确,因为这对可适用的刑罚问题有重要影响。如果拟议中的国际刑事法院要实行刑事法典,就必须根据法无明文不为罪原则说明对每一罪行施以特定的刑罚。另一方面,如果由各国的本国法院或者既由本国法院又由国际刑事法院实行治罪法,则前者由本国法律决定,后者参照本国法律决定刑罚。

13. 至于治罪法涉及到国内法时,人们认为最好由促使治罪法生效的公约规定各缔约国将治罪法纳入它们各自的法系之中。人们指出,各国应明确有义务将治罪法的全部内容植入它们各自的刑法和刑事诉讼体系之中。公约应特别明确说明一旦公约生效,那些本国法律体系与治罪法不一致的缔约国就会破坏公约与所有其他缔约国的关系。这样,对于所有缔约国而言,就自动地保证治罪法的地位优先于国内法。

14. 有些委员强调促使各国成为治罪法缔约国的条约应规定和平解决争端的适当程序。他们建议治罪法中应载有适当的折衷条款具体规定一旦谈判解决争端失败,争端当事国应采取的解决程序。

15. 委员会的许多委员强调需保证对治罪法草案和国际刑事法院规约草案的规定进行必要的协调。虽然不应生硬地将两种规定联系在一起,而且采用一方规定不应取决于采用他方规定,然而不可避免地两个草案有共同的规定和问题,治罪法草案的一般原则部分尤其如此。

16. 有些委员虽然同意需要协调治罪法草案和规约草案共同的条款,但强调有些共同的条款只不过意味着彼此维护着极少量的标准,但不需要有其他类型的联系。两种草案实际上有区别,规约草案产生了帮助实施现有规定的新机制,而治罪法则产生了新规定。

17. 于是正如特别报告员在其第十二次报告中所说,委员会对治罪法草案的各种条款进行了讨论。

18. 关于危害人类和平及安全罪行定义的第1条草案,委员会一读暂行通过的案文是:“本治罪法中所规定的(国际法上的)罪行构成危害人类和平及安全罪行”。

19. 特别报告员在其第十二次报告中指出,各国政府对该条草案的发言主要集中在是否有一个列举性的定义就够了还是应另有一项一般性的定义。特别报告员认为,这些发言表明对任何一种办法均未达成一致意见。他还指出,许多刑法典并未载有罪行概念的一般定义。它们只是根据严重的标准列举了视为罪行的行为。不过根据某一政府提出的折衷方案,他准备提出一项带有一般性或概念性的定义,然后提出一条没有限制的而纯属说明的列举性定义。¹

¹ 特别报告员提出的第1条草案新案文如下:

“第1条 定义

1. 为本治罪法目的,危害人类和平及安全罪行是由个人所犯其本身严重或直接威胁人类和平及安全并从而造成暴力的任何行为或不行为。

2. 特别是本治罪法所界定的罪行构成危害人类和平及安全罪行。”

20. 根据各国政府的答复，特别报告员不反对删去一读暂时通过的第1条草案方括弧内“国际法上的”几字。他认为案文中是否应保留这些字纯属理论问题。一旦治罪法成为一项国际文书，其所界定的罪行将成为条约规定的国际刑法内容。

21. 委员会的一些委员认为，为起一定作用，第1条危害人类和平及安全罪行的定义应具有概念性内容，为有关类型罪行定性。他们指出，这一定义将为制订罪行名单提供标准。他们还指出，如果该名单不是详尽无遗而要不断补充新内容，则概念性定义更为必要。如果委员会不制订出一般性定义而只列出名单，就会堵塞向治罪法提供各种类型罪行的道路，这将是最不幸的事。在这一方面，有些委员认为严重性概念与将涉及的罪行的概念性定义并非不可调和。

22. 其他委员对罪行的一般性或概念性定义表示有保留。他们问道，是否真有可能为所有罪行找到一个共同的特点。而且这种定义可能产生危险，即刑罚将适用于没有确切定义的行为或不行为，那样就不符合刑法的准确性与严格性，也不符合法无明文不为罪原则。他们还指出，任何一般性定义势必使国家难以应付比如侵略和恐怖主义。现有的各种有关引渡的条约和打击恐怖主义的公约总是明确说明哪些罪行是可以惩罚的。根据那些委员的意见，委员会不必费力寻求一般性的措词以概括治罪法草案中的所有罪行。

23. 有些委员认为特别报告员在其第十二次报告中提出的折衷性建议是令人感兴趣的，值得考虑。

24. 有些委员认为一读暂时通过的条款草案中所载“国际法上的”几字是不必要的。其中有些人认为治罪法草案所列举的所有罪行在国际法中是否真正罪行尚未一定。

25. 另一些委员认为“国际法上的”几字可能被解释成引入治罪法范围以外的国家罪责的想法。

26. 还有一些人同意特别报告员的意见认为这是一个纯理论性问题，因为这些字并未引入任何新的东西，而且一旦治罪法获得通过，它就成为一项公约，因而它所界定的罪行就成了国际罪行。

27. 有关“定性”的第2条草案²，特别报告员在其第十二次报告中指出该条确立了国际刑法相对于国内法的自主性，他指出，如果存在种族灭绝的因素，一国国内法定性为谋杀的罪行这一事实并不会排除根据治罪法将同样行为定性为种族灭绝。

28. 但是由于有些国家政府在书面答复中声称第2条草案的第二句是多余的因而建议将其删除，特别报告员准备同意将其删除。

29. 委员会的一些委员赞成该条草案及国际刑法相对于国内法的自主性，但支持删去该条的第二句，因为他们认为该句并不真正重要。

30. 但是另一些委员认为该条草案第二句应保留。他们强调该条草案的第一和第二句阐述两种不同的概念——一是罪行的定性，一是罪行可否惩罚。

31. 有些委员在同意保留第2条草案的同时认为委员会应避免提出国际法与国内法之间有冲突。委员会所选的罪行在一切文明国家的国内法中是可惩罚的，因而并非完全与国内法无关。问题是治罪法草案作出的定性与任何特定国家国内法作出的定性无关。对此，他们建议修正第2条的第一句措词以反映治罪法和一切文明国家的刑法典之间存在的联系。

32. 关于题为“责任和惩罚”的第3条草案，委员会一读通过的案文有三款：特别报告员在其新的建议中保留了头两款并转载于下文脚注3；根据第三款，“企图犯下(第...条所载)危害人类和平及安全罪行而未遂的个人应为此负责并应受到惩罚。未遂是指已开始实施一项罪行，只因为不以犯罪者的意图为转移的因素才遭失败或被制止的任何情事。”

² 委员会一读通过的第2条草案如下：

“第2条 定性”

一项作为或不作为定性为危害人类和平及安全罪行不取决于国内法，该项作为或不作为是否可按国内法惩罚的事实不影响这种定性。”

33. 特别报告员在其第十二次报告中指出，第3条草案规定了个人国际刑事责任的原则，这是纽伦堡法庭判决以来现已为国际刑法接受的一项原则。关于该条第3款，他所同意的批评强调未遂并不适用于危害人类和平及安全的一切罪行，如侵略威胁。在某些情况下，现行的一些公约如《防止及惩治灭绝种族罪公约》就明确谈到未遂问题。按照特别报告员的意见，治罪法草案不应在具体问题具体处理基础上决定未遂概念可适用的罪行，而应交由有关法院自己决定它们所审理的案的具体内容是否适用定性。所以他建议重新改写第3款，认为只要法院认为一个行为确实构成一种企图，它就是可以受到惩罚的。³

34. 有人指出，在法文本中，第3条的标题与第1款的措词不符：标题使用的是“sanction”一词，而第1款谈到的则是“chatiment”，有些委员认为后者具有道德含意而不是法律含意。

35. 第1款的内容一般获得接受。

36. 至于第2款，有些委员认为，其措词太含糊，可能会大为扩大治罪法可惩治的人的范围。比方说，就侵略罪而言，每一个军人均将受惩罚，而这是与战争法不一致的。在治罪法草案第二部分中，在确定哪些人应对罪行负责方面，已谨慎行事，这些委员认为，第2款应改拟，以考虑到第二部分所列举的每一项罪行。

37. 一些委员认为经特别报告员修正的第3款是可接受的。

³ 特别报告员修正的第3条草案如下：

“第3条 责任和惩罚

1. 犯有危害人类和平及安全罪行的个人应为此负责并应受到惩罚。
2. 协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及安全罪、或共谋或直接煽动犯下这种罪行的任何个人，应为此负责并应受到惩罚。
3. 企图犯下本治罪法所确定的行为之一而未遂的个人应为此负责并应受到惩罚。”

38. 其他一些委员对该款作出了保留，他们较喜欢用原来的案文。有人指出，侵略和威胁并不构成未遂罪，这是事实，但这是特别报告员举出的唯一例子，因此应可具体确定哪些有关罪行不适用未遂罪。还有人强调，关于授权主管法院自己决定未遂是否适用于其审判的具体案件的建议似乎可取，然而，刑事法院在大多数法律制度下可对某些概念进行广义的解释，但国际刑事法院与这些刑事法院不同，它具有十分明确的权力，各国并不一定会同意给予太大的回旋的余地。关于将“危害人类和平及安全罪行”改为“本治罪法所规定的行为之一”的建议，有人问这样修改可怎能减少认为第3款的范围已极大的人的忧虑。

39. 对第3款提出的另一个建议是，该款应删除，未遂的概念应不加界定列入本条草案第1款，该款应提到“犯下或企图犯下...的人。”关于未遂定义的部分可列入对本条草案的评论中。

40. 有些委员认为，第3条与第2条一样，应明确指明，不阻止犯罪的事实也可能是一项罪行。

41. 有些委员认为，第3条草案应更与起诉应对前南斯拉夫境内严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法院规约第7条取得一致。

42. 特别报告员在其第十二次报告中指出，经委员会一读暂时通过的关于“动机”的第4条草案⁴引起了对其作出了许多保留，原因不是因为该条被认为干预自卫权，就是因为该条被认为列入关于可使罪行减轻情况的条款草案较为适当。特别报告员建议删除本条草案。

43. 委员会许多委员支持特别报告员关于删除第4条草案的建议。有人指出，通常应区分动机和意向或犯罪意图，动机不构成犯罪的一个组成部分。因此，动机的定性并没什么用处，因为只有确定责任的程度时，动机才有其作用。政治动机通常可以减轻所判的刑，比方说，可在仍存在死刑的刑事司法制度中，阻止判处死刑。因此，这些委员认为第4条应删除，其内容应列入关于可使罪行减轻情况的条款草案中。

⁴ 委员会一读暂时通过的第4条草案全文如下：

“第4条 动 机”

危害人类和平及安全罪行的责任不应受到被告所援引不包括在罪行定义内之动机的影响。”

44. 然而，其他一些委员认为第4条在治罪法草案中应有其地位，并且不认为动机应列为可使罪行减轻情况或除外情况。其中一些委员特别强调犯下危害人类和平及安全罪行的人不应能够辩称他们是为着政治原因而这样做的，因此不应受惩罚，或者他的罪行是政治性的。他们要求草案明确表明这种看法。应明确列明，在判定责任和惩罚时，不应考虑到动机，特别是就政治罪行而言。

45. 特别报告员在其第十二次报告中指出，各国政府未对题为“国家的责任”的第5条作出反对的评语。各国政府均应对由其人员所犯的罪行所造成的损失承担国际责任。特别报告员解释说，单一的罪行往往具有双层后果：刑事后果，即对犯罪者所施加的惩罚，和民事后果，即赔偿损失的义务。犯罪者往往是履行公务的国家人员。在这种情况下，必须确定国家的责任的传统意义，特别是因为损失的范围和程度远远超过犯下罪行的国家人员的赔偿能力。因此，特别报告员建议保留该条草案。⁵

46. 委员会若干委员支持一读通过的第五草案以及特别报告员关于保留该条的建议。在这方面，有人指出该条载列了极有意义的基本原则，根据该原则，个人应负国际刑事责任这一事实本身不免除国家对危害人类和平及安全罪所应承担的国际责任。还有人回顾，该原则已载入若干条约中，包括1948年关于灭绝种族的公约第九条。

47. 有些委员支持第五草案的基本原则，但认为其措词不太妥当，可加以改善。有人指出，该条草案应与关于国家责任的其他一些条款草案一并研读，包括第一部分第5和8条及第二部分第10条第2(b)款。但是，一些委员认为，该条草案目前的措词似乎排除个人的刑事责任与国家的责任之间存在任何联系。尽管必须区分这两个概念，但也不应忘记两者之间有时亦有重迭之处。比方说，根据关于国家责任草案的第10条第2款，满意的要素之一是，可对其行为造成国家国际不法行为者提起刑事诉

⁵ 委员会一读暂时通过、特别报告员第十二次报告保留的第五草案如下：

“第5条 国家的责任

对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的追诉，并不免除一个国家可对归因于它的作为或不作为依国际法所应负的任何责任。”

讼。然而，满意并不免除国家应承担其他可能的刑事后果，例如赔偿。因此，建议条款草案应明确规定“对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的起诉，并不免除一国根据国际法所应负的任何责任”。

48. 除此之外，虽然有些委员会认为本条措词可改进，以避免与国家的刑事责任概念发生任何混淆，但其他一些委员认为目前的措词的优点是，将来如刑事责任概念获得承认，本条则不一定必须排除该概念。

49. 至于委员会一读暂时通过的关于“审判或引渡的义务”的第6条草案，⁶特别报告员在其第十二次报告中指出，各国的书面答复并未对第6条的原则表示异议，但担心要如何适用该条。第一个意见涉及对要求引渡的被告所作出的保证。特别报告员强调说，附于委员会前届会议报告的工作组关于建立国际刑事管辖权的报告已详细讨论过一问题，因此他认为，治罪法草案可采用该办法。各国政府提出的第二个意见涉及第6条草案规则的范围。有些国家认为，规则应只对治罪法缔约国适用。特别报告员认为这一意见值得惠予考虑。他指出，各国政府提出的第三点涉及引渡要求如有数个，如何安排引渡的优先次序。特别报告员认为，虽然刑法属地性原则已获公认，因此罪行发生地的国家的要求应优先获考虑，但是这一规则不应是绝对的。如有些国家政府所指出的，在罪行发生地的国家应承担犯下罪行的一些责任的情况下，这一规则应有保留。特别报告员认为，如果国际刑事法院已设立，亦会对这一规则作出保留。他询问，罪行发生在其领土的国家的要求是否应优于国际刑事管辖的要求。他认为，答案应是否定的。

⁶ 委员会一读暂时通过的第6条草案如下：

“第 6 条 审判或引渡的义务”

1. 在其领土内出现据称犯有危害人类和平及安全罪行的个人的国家应对其进行审判或引渡。

2. 如果有几个国家要求引渡，应特别考虑罪行发生在其领土内的国家的要求。

3. 第1和第2款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权。”

50. 有些委员毫无保留地核可本条款草案第1款目前的措词。其他一些委员基本上虽认可第1款的原则,但怀疑其拟订方式是否是最好的。在这方面,他们指出,目前生效的关于普遍管辖的一些条约和公约的措词参差不齐,因此有必要进行有系统的研究,以便查出其共同点。第1款目前的措词是与范本案文的措词相一致的。比方说,《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行公约》第7条规定,如果缔约国不引渡涉嫌据称罪犯,它必须将案件提交其主管当局,以根据该国的法律进行起诉。治罪法草案第6条则只提到国家必须对据称罪行进行审判或引渡。这些委员认为,第6条的措词应与其他案文的措词取得一致。

51. 关于第1款原则对人的范围,目前还不能确定治罪法应只对缔约国适用或对所有国家适用。有人认为,如果治罪法变成公约,则必须根据1969年条约法公约的有关条款、尤其是其第34、35、38和43条进行评价,才能对这一问题提出理论上的答案。有必要确定不引渡即审判的原则已在什么程度上获得承认,可作为对非治罪法缔约国具有约束力的习惯法。就实践观点而言,不承认该原则的范围对所有国家适用会削弱治罪法体系。

52. 关于该条草案第2款,有些委员虽承认属地性标准对引渡而言相当重要,但是第2款所作的关于优先的保留似乎将引渡权留给罪行发生在其领土内的国家。在这方面,有人辩称,这种优先权可能会造成将据称罪犯引渡至亦应对个人罪行负责的国家,因而反过来可能会从轻判刑。在其他情况下,这种引渡可能造成审判的目的在于报复而不是为了司法。

53. 但是有些委员认为,第2款的规则并不是绝对的,其措词只说“应特别考虑”罪行发生在其领土内的国家的要求。有人指出,将“应特别”改为“可特别”,可提高灵活度。

54. 有些委员说,第3款及整条的一些方面应在今后根据国际刑事法院的规约加以修订。有人说,该条应增列一项与国际刑事法院规约草案第63条(关于向法院递解被告)相似的规定,该规约草案附于委员会前届会议的报告(A/48/10)中。有委员建议,本条草案应明确规定国际法院在出现数项引渡或递解被告要求时,应具有优先权。

55. 关于对要求引渡被告作出的保证,有些委员建议治罪法草案使用附于委员会前届会议报告(A/40/10)的国际刑事法院规约初步草案所采用的措词。

56. 关于第7条草案(不适用法定时效),⁷特别报告员在其第十二次报告中指出,从各国政府收到的书面评论表明,不适用法定时效的规则没有被各国普遍接受。这项规则是在第二次世界大战以后,在联合国的提议下,以1968年11月26日《对战争罪和危害人类罪不适用法定时效公约》和大会1973年12月3日关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则的第3074(XXVIII)号决议的形式出现的。该决议第1段称此类罪行“如经判定”应予起诉。特别报告员还强调说,这些文书在范围上很有限,因为它们仅涵盖战争罪和危害人类罪。他认为,似乎难以将此项规则延用于治罪法包括的所有其他罪行。在这种情况下,他认为应删去关于对治罪法所涉及的罪行不适用法定时效的条款草案。治罪法只应列入对所有危害人类和平及安全罪适用的一般性规则,第7条草案阐述的规则似乎不适用于治罪法列举的所有罪行,至少根据现行公约的规定是这样。

57. 委员会的一些委员赞成特别报告员提出的删除第7条草案的解决办法。他们对此指出,不适用法定时效的规则不能适用于治罪法涵盖的所有罪行,第7条涉及的是一个基本上必须由政府在做出一般性政策决定时,参照各种因素来决定的问题。仅有不到30个国家批准了1968年《对战争罪和危害人类罪不适用法定时效公约》这一事实表明,一些国家政府都不大愿意接受事先并以标准的方式调整基本属于其一般性政策的问题的规定。

58. 他们还指出,不适用法定时效的绝对性规则在某些情况下可能阻碍过去曾兵戎相见的两个民族的和解,甚至阻碍一国政府为了最后恢复国内和平在全国人民民主地表示同意的基础上给予赦免。

59. 他们问到,危害人类和平及安全罪的罪犯在犯该罪行30年或40年之后才绳之以法是否还有意义。在这期间,可能出现各种各样的困难。一个妥协的解决办法可以是,只要有实实在在的理由不提起刑事诉讼,例如在治罪法条款规定可予起诉的罪犯在一国掌权的整个期间不提起刑事诉讼,这段时间将停止计算。

60. 一些委员认为,为了取代不适用法定时效,应规定一定的时效期,就治罪法草案所列罪行的严重程度而言时效期是足够长的。

⁷ 委员会一读暂时通过的第7条草案案文如下:

“第7条: 不适用法定时效

危害人类和平及安全罪行不适用法定时效。”

61. 然而,另一些委员认为,不适用法定时效规则属于治罪法草案,因为该文书的道德和法律思想是以最严重罪行的基本概念和在法律及实践上从这一概念中引出最严格的结论的必要性为依据的。这就是为什么其中的一些委员认为不适用法定时效原则的范围在很大程度上取决于治罪法草案的内容,其中应该将可有理由适用不适用法定时效原则的真正最严重的罪行或“罪行中的罪行”定为罪行。否则,第7条草案的范围将会缩小,并且仅适用诸如危害人类罪和战争罪这样的罪行。

62. 最后,一些赞成对危害人类和平及安全罪不适用法定时效的原则的委员认为,出于人道主义理由或民族和解的理由,对该原则的内容可加以减缓,办法是规定被判罪者可有资格获得赦免、保释或从轻量刑。

63. 关于整个第8条(司法保证)、第9条(一事不再理)和第10条(不溯及既往),几位委员强调它们以高度文明的方式对待处理犯罪的政策的重要性和治罪法草案的这类规定与《国际刑事法院规约》草案类似事项的规定之间的必要联系。

64. 关于第8条(司法保证),特别报告员在其第十二次报告中指出,该条草案得到广泛协商一致的同意,主要因为它符合《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际盟约》。因此,他建议保留这一条款。⁶

⁶ 委员会一读暂时通过并在特别报告员第十二次报告中予以保留的第8条草案案文如下:

“第8条:司法保证

被指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度的保证,特别是:

1. 他在被证明为有罪之前应推定为无罪。
2. 他有权:
 - (a) 在一个根据法律或条约正式建立的有管辖权、独立和公正的法庭上接受公平而公开的审理,由该法庭确定对他的指控有无根据;
 - (b) 以本人所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质和理由;
 - (c) 具有必要的时间和便利条件为自己的辩护做好准备,并与自己选择的律师联系;
 - (d) 不过分迟延地接受审判;

65. 委员会的几位委员对第8条的现有措词表示同意,认为其中阐述了任何被告都必须有权得到的最低限度的保证,它们是国际法和人权文书的基本原则之一。

66. 然而他们说,该条应与委员会附于上届会议报告中的《国际刑事法院规约》草案第44条相一致⁹,因为二者论述同一主题。

67. 还有委员指出,对向被告提供司法保证和保证国际社会的安全两者之间应加以平衡。

68. 关于第9条(一事不再理),一读暂时通过的条款草案规定,任何人不得因已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪而受审或受惩罚。该条款草案第2款对国家法院最终定罪或宣告无罪确认了同样的原则,但要受制于该条第3款和第4款所述的众多限制,即:(a) 如果作为普通罪行审判和惩罚的行为符合本治罪法所规定的一项罪行;(b) 如果受到国家审判的行为发生在其法院打算再次审判该行为的国家领土上;(c) 如果该国是罪行的主要受害者。然而,条款草案规定,一个人以后被定罪,第二个法院在定刑时应将因过去对同一行为定罪而判处并执行的任何刑罚扣除。

69. 特别报告员在其第十二次报告中说,各国政府对该条草案做出许多保留;他认为其原因是该条草案是相互冲突的两个思想学派之间妥协的产物,一方赞成将该原则列入治罪法草案,另一方则反对。

70. 特别报告员认为,假定存在着与国家法院共同拥有管辖权的国际法庭,一事不再理的原则才可以适用。因为如果国家法院对已按国际管辖权审理的案件拥有管辖权,那么就会破坏国际法庭的权威。另一方面,如果不存在国际刑事法庭,特别报告员认为对国家法院已做出的判决适用一事不再理原则就困难得多了。因此,他在第9条修订案文中建议,对一事不再理原则的适用应限于存在一个国际刑事法庭的

⁸ (续)

- (e) 在本人出庭的情况下接受审判,并亲自或通过自己选择的法律协助为自己辩护;如果没有法律协助,应通知他有权获得法律协助;如果他无力支付法律协助的报酬,则应免费为他提供法律协助;
- (f) 讯问控诉证人或使其接受讯问,并在适用于控诉证人的同样条件下使辩护证人出庭并接受讯问;
- (g) 如果他不懂或不会说法庭所使用的语文,应免费得到口译员的协助;
- (h) 不被迫作不利于自己的证明或供认有罪。”

⁹ 大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号(A/48/10)

情况。¹⁰他是参照审判在前南斯拉夫领土上所犯罪行的国际法庭规约第10条拟订新的条款案文的。

71. 委员会的一些委员对一读通过的第9条草案发表了意见。他们对该条款草案，特别是第3款和第4款与《公民权利和政治权利国际盟约》第14条以及与《欧洲保护人权和基本自由公约》的相应规定是否一致表示怀疑。

72. 关于特别报告员提出的第9条的新案文，几位发言者对特别报告员排除缔约国自己的法院审判已经过国际法院审理的案的可能性表示欢迎。他们在这方面指出，根据一份仔细的研究，可以认定，按照现行实在法，一事不再理的原则仅在一定的法律制度下适用，该原则规定的诉讼中止会有某些局限，以致并不排除另一国家对同一事实进行诉讼。他们还指出，这项原则是相对的，因为只有较高的司法利益有此要求，发现了有利于被判罪者的新的事实，或审判该案件的法院没有表现出不偏不倚或独立性时，才授权对案件重新审理。因此，这些委员同意特别报告员将该原则的适用仅限于存在国际刑事法院的情况这样的做法，他们认为根据前南斯拉夫问题国际法庭规约第10条拟订的新案文是可以接受的。

¹⁰ 特别报告员建议的第9条修订案文如下：

“第9条：一事不再理

1. 任何人如犯有构成危害人类和平及安全罪的行为，而他或她已受到国际法庭的审讯，就不应再受到国内法院的审讯。
2. 任何人因犯有构成危害人类和平及安全罪的行为而受到国内法院的审讯，如有下列情况仍有可能随后受到国际法庭的审讯：
 - (a) 他或她受审的行为被定性为普通罪行，而不是危害人类和平及安全罪行；
 - (b) 国内法院的诉讼程序不公正或不独立，而且目的在于包庇被告，使其免除承担犯有国际罪行的责任；或该案件没有依法进行细致的起诉。
3. 在考虑对根据本《规约》宣判有罪的人作出惩处时，国际法庭应考虑国内法院对此人所犯同一行为所作惩处已实行的程度。”

73. 然而,有些委员对于将与前南斯拉夫法庭规约中有关规定相类似的条款列于治罪法草案持保留意见。他们说,该法庭是根据安全理事会的一项决议设立的,该决议规定了对所有联合国会员国都有约束力的维持该地区和平和安全的措施;而治罪法草案和《国际刑事法院规约》草案只有在缔约国自愿加入后才对其适用。所以,这些委员认为,在国际上适用一事不再理原则将会很难,因为除了由于所犯罪行严重,应赋予国际法院专有管辖权的案件外,缔约国一般都不愿意接受国际法院的管辖。

74. 一些委员认为,特别报告员建议的新案文没有解决一事不再理原则引起的复杂问题,因为第2款提及普通罪和伪装审判造成严重问题。

75. 关于第10条草案(不溯及既往),特别报告员在其第十二次报告中说,该案文实际上没有引起反对意见。他指出,第1款重申了刑法的一个基本原则,第2款只是照搬《世界人权宣言》第11条和《公民权利和政治权利国际盟约》第15条第2款。因此,他建议予以保留。¹¹

76. 几位委员对该条的现有措词表示同意,并根据特别报告员第十二次报告中所阐述的考虑对该条表示赞同。他们指出,除非对被告有利,否则法律不可能有溯及既往的效力。

77. 一些委员对该条草案第2款的现有措词持保留意见。该款提及其他条约或国内法以及载有“根据国际法”的字样引起人们的批评,但有些委员不同意这种批评,他们指出,《公民权利和政治权利国际盟约》的有关规定指的是“国际社会公认的一般法律原则”,而第10条第2款草案指的是“国际法或依国际法应适用的国内法”。按照这些委员的意见,作出了有意识的决定,通过该条款表达了一种信念:世界已进入成文法的时代,没有必要依赖不成文的原则。而且,第10条第2款的措词被用来强调法治原则的重要;因此,该款应该保留。

¹¹ 一读暂时通过的、并保留在特别报告员第十二次报告中的第10条草案案文如下:

“第 10 条: 不溯及既往

1. 任何人不得因为本治罪法生效前的行为按本治罪法定罪。
2. 本条的任何规定并不排除对于任何人因在行为时根据国际法或依国际法应适用的国内法构成犯罪的任何行为进行审判或惩罚。”

78. 关于第11条草案(政府或上级的命令),特别报告员在其第十二次报告中指出,该条款草案所体现的原则在“纽伦堡法庭宪章和判决所确认的国际法原则”(原则四)中已得到肯定。他说,委员会仅仅把“只要道德的选择事实上对他是可能的”的词语改为“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”。特别报告员认为,没有很好的理由则不应对该原则表示异议。因此,建议保留该条草案。¹²

79. 一些委员对该条草案发表了保留意见,提出对其措词进行改进的建议。例如,他们说,按目前的行文,该条有可能造成严重问题,因为来自政府或上级的命令与犯罪问题没有联系。建议其他内容将会无视既定法律和实践。他们说,该句“刑事责任”之前的词语应删掉。他们还说,大会实际上并未“通过”纽伦堡原则,只是注意到这些原则。另一建议是限定该条草案“可能”一词,不妨加上“真正”或“在道义上”等词。

80. 其他委员认为委员会应回到纽伦堡原则四所载的条款,将该条措词为:“被控犯危害人类和平及安全罪的个人是根据政府或上级命令行事的这一事实,只要道义的选择事实上对他来说是可能的,则不免除其依国际法所负的道义责任。”

81. 关于第12条草案(上级的责任),特别报告员在其第十二次报告中指出,该条款规定上级对下属所犯的罪犯推定负有责任。推定责任源于第二次世界大战以后为处理战争期间所犯的罪行而设立的国际军事法庭的判例,特别报告员在其第四次报告对此做过一定的叙述。这些判例的依据是,上级的忽略、没有监督或默许都是使其在刑事上对其下属所犯的罪行负责的过失,从而推定上级负有责任。他建议保留该条草案。¹³

¹² 委员会一读暂时通过、并保留在特别报告员第十二次报告中的第11条草案案文如下:

“第 11 条: 政府或上级的命令

凡因执行政府或上级命令被控犯危害人类和平及安全之罪行者,如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能,则其刑事责任不得免除。”

¹³ 委员会一读通过并保留在特别报告员第十二次报告中的第12条草案案文如下:

“第 12 条: 上级的责任

如果上级知道,或者掌握情报使其能够在当时的情况下断定,其下级正在或将要犯下危害人类和平及安全罪行,而且并不采取其权力范围内的可行措施,以预防或制止该罪行,则该罪行系下级所犯下的事实并不免除其上级的刑事责任。”

82. 一些委员认为,该条草案是合理的,应原样保留。

83. 其他委员虽然表示该条草案所体现的一般思想是可以接受的,但认为它现有的措词引起许多问题。他们说,“如果上级知道或掌握情况”的词语引入的一个正确的概念,但有些过于简单化了。这些委员认为,上级可被认为对某一行为负责的具体标准应阐述清楚,因为现有的措词对上级规定的责任非常重。他们还说,特别报告员在其第十二次报告中所谈到的推定责任的概念鉴于关于推定无罪的第8条所述的原则,需要进一步考虑。此外,他们建议委员会审议该条草案的来源。

84. 关于第13条¹⁴(官方地位和责任),特别报告在其第十二次报告中说,虽然难以详细规定应对国家或政府首脑进行起诉的各种情况,但可以说任何时候国家或政府首脑犯下危害人类和平和安全罪,都应被起诉。特别报告员建议按原样保留第13条。

85. 委员会普遍欢迎关于保留第13条草案不予更动的提议。在此方面,有委员指出,该条文草案直接基于《纽伦堡法庭宪章》所承认的国际法原则中的第三条原则。

86. 此外,有委员指出,该条文草案完全排除由于犯有危害和平与人类安全罪行者的官方地位而产生的豁免权,但对于国家领导人在司法程序上似可享有的豁免问题,也许应给予一定程度的考虑。

87. 关于第14条草案“抗辩和可以从轻量刑的情况”,一读通过的规定包括两个段落。第一款规定,主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩。第二款规定,法院于判决时应酌情顾及可以从轻量刑的情况。

¹⁴ 委员会一读通过并为特别报告员保留下来的第13条草案案文如下:

“第 13 条: 官方地位和责任

犯有危害人类和平及安全罪行的个人的官方地位,特别是其以国家或政府首脑的身份行事的事实,并不免除其刑事责任。”

88. 一些政府在书面答复中认为抗辩的概念与可以从轻量刑的情况的概念应当分开处理，特别报告员在第十二次报告中表示赞同这一意见。特别报告员说，这两个概念不属于同类概念。抗辩是开脱某一行为的犯罪性质，而可以从轻量刑的情况并不开脱犯罪性质，只是减少罪犯的刑事责任而已。换言之，抗辩涉及罪行是否存在的问题，可以从轻量刑的情况涉及惩罚问题。特别报告员还赞同这样的意见，即由于抗辩力求证明罪行并不存在，故应当在《治罪法》中确定它的定义，一如根据法无明文不为罪的原则在《治罪法》中确定罪行的定义一样。因此，他提出了关于处理抗辩问题的新的第14条，即自卫、被迫和必要状态。¹⁵

89. 特别报告员解释说，这里所指的自卫与《联合国宪章》第51条规定的国家的国际责任无关。该第51条免除一国在对侵略作出反应时所做行为的国际责任。但是，由于自卫免除一国的国际责任，它也就免除了该国领导人对有关行为的国际刑事责任。关于被迫和必要状态的概念，1945年8月8日的《纽伦堡法庭宪章》和对德管制委员会第10号法律所设立的国际军事法庭的司法判例均承认这些概念，但有以下保留和条件：(a) 被迫和必要状态必须构成现时或即刻的危险；(b) 援引被迫或必要状态为由的被告必须是并未以其自身的行为帮助产生被迫或必要状态；(c) 所保住的价值与为避免危险而牺牲的价值，不应当不成比例。特别报告员还指出，起源于英美法的这一司法惯例在被迫和必要状态之间并无任何区别。

90. 委员会普遍欢迎在单独的条文中处理抗辩问题。

91. 但是，对特别报告员提议的新的第14条草案提出了批评。有委员说，新案文过份简化了原先的案文，有可能在个人的自卫与《宪章》规定的自卫之间引起令人遗憾的混淆。两类自卫之间的可能混淆很可能导致严重后果，因而有必要拟定一个清楚的案文。还有委员指出，条文草案所提的任何防卫均不能成为例如种族灭绝等行为的理由，而案文的空洞有可能使人认为此种罪行是有理由的。有委员建议，如果在该条文中写入特别报告员在报告正文提到的援引条件(参见上文第89段)，可能多少会减少该条文的含糊性。有委员说，在自卫、被迫和必要状态问题上，委员会必须制订更具体的案文，否则抗辩对于被告来说就没有什么实际价值。

¹⁵ 特别报告员提议的新的第14条草案如下：

“第14条 自卫、被迫和必要状态

出于自卫、被迫和必要状态所犯的行为不视为罪行。”

92. 有的委员进一步指出，特别报告员提议的条文草案应分成两个部分，因为涉及到两个不同的概念。出于自卫的行为不是非法的，而在被迫和必要状态情况下，责任虽免，过失仍在。还有委员建议，在草案中应提到对错误的辩护，尽管在《危害人类和平及安全治罪法》中不大可能经常援引它。还提到委员会也许还应审议以“精神错乱”和“同意(consent)”作为辩护理由的问题，以决定是否应写入《治罪法》草案之中。

93. 此外，对于危害人类和平及安全这样的严重罪行也存在抗辩的设想，有些委员表示很难接受。

94. 关于特别报告员第十二次报告提议的新的第15条草案¹⁶“可以从轻量刑的情况”，特别报告员说，刑法一般承认，审判刑事案件的任何法院都有权审查罪行是在何种情况下所犯，并确定是否有减轻被告责任的案情。此外，特别报告员认为，没有必要讨论从重量刑的情况，因为这里讨论的罪行已经是重罪中的重罪之最。但是他又说，这是由委员会决定的问题。

95. 一些委员表示赞同在《治罪法》中列入关于从轻量刑情况的特别规定。在此方面，有委员指出，在英文中，“减轻(mitigating)”一词比“从轻(extenuating)”更可取。

96. 某些国家政府援引“精神错乱”作为可以从轻量刑的情况，关于这一问题，有委员指出，此种抗辩有使《治罪法》失去意义的危险，因为犯有此种骇人罪行者均可被视为精神错乱者。

97. 还有委员建议，第15条草案应与国际刑事法院规约草案的相应条款协调一致，并应与惩罚问题一并审议。

98. 有委员说，在国家司法机构适用《治罪法》的情况下，一个简单的解决办法是以有关的国家法律为准，核实哪些是可以从轻量刑的情况。

99. 在此方面，一些委员认为，由于可以从轻量刑的情况是由做出判决的法官来决定，因而第15条草案没有意义。

¹⁶ 特别报告员第十二次报告中提议的新的第15条草案如下：

“第15条 可以从轻量刑的情况

审判案件的法院在做出适用的判决时，可考虑到可以从轻量刑的情况。”

100. 但是，其他委员认为，第15条草案不仅应述及可以从轻量刑的情况，而且还应述及可以从重量刑的情况。

101. 在结束讨论特别报告员第十二次报告时，特别报告员对在辩论中产生的主要思路做了总结并对所提的某些问题提出看法。

102. 关于《治罪法》草案的标题，特别报告员认为，在前南斯拉夫、卢旺达和另一些国家内正在犯下危害人类和平及安全的罪行，根据这些国家的最近事件判断，本主题依然是一项专题。他不认为标题有什么可更改的。“国际罪行法”将会过于广泛，因为《治罪法》草案限于危及人类和世界文明的最严重罪行。

103. 关于第1条(定义)，他在早先几次报告中解释了为什么委员会通过了一个示例性的定义而不是一般性定义。但是，委员会的一些委员仍然倾向于一般性的或概念性的定义。他并不反对这样做，但是在过去13年中，没有提出过任何一般性定义，他本人也无法提出一个这样的定义。列举也是有效的定义。有一国政府曾建议一个一般性定义，其后又有示例性和非限制性的列举。他喜欢这一设想并支持它，但对其他提议也敞开大门。

104. 关于第2条(定性)，特别报告员说，该条确认国际法相对独立于国内法。尽管人们普遍赞同第一句，但第二句(“该项作为或不作为是否可按国内法惩罚的事实不影响这种定性”)却遇到反对意见。委员会一些委员争辩说，这一句是冗句，没有增添任何新意。特别报告员不反对删去此句，不过该句的确解释和强调了第一句，因此他赞同保留此句。他说，一旦人们承认国际刑法是一门单独的学科，就一定有可能对根据该法可予惩罚的行为定性。定性通常是法院的工作。当一人指控另一人犯有某一特定行为时，他不必对行为定性，而只是简单地描述所指控的事实。法院必须对该行为定性，并决定该行为相当于《刑法》中的何种罪行。有时这是非常困难的。

105. 关于第3条(责任和惩罚)，特别报告员说，发现已经犯有罪行是不够的：还必须确定该行为与犯罪者责任之间的联系。一些委员对在法文本中使用“*chatiment*(惩罚)”一词表示异议，有人提议用“*punition*”或“*sanction*”来代替，但特别报告员认为这些词或多或少为同义词。不过，他将遵从起草委员会的决定。

106. 委员会花了一些时间讨论第3款中的“未遂”。他曾被问及《治罪法》下的何种罪行可成为未遂的客体，何种罪行不可成为其客体，然而不幸的是，他不能事先划定这种界线。他认为，这样做是没有意义的，因为这是由法院决定的事情。

107. 关于动机的第4条是困难的一条，特别报告员不理解为什么《治罪法》草案要有专门一条涉及这一主题。动机千差万别。人们可能为金钱犯罪，但也可能出于骄横，甚至出于更加崇高的情感如荣誉或爱情而犯罪。委员会的一些委员曾认为这一主题可在第14条(关于抗辩和可从轻量刑的情况)下处理，因此，他曾要求删去第4条，特别是因为它目前的案文又含糊、又复杂，也失之浮浅。

108. 有委员认为，第5条(国家责任)不够完整，他承认该条限于国家代表所犯的罪行。当国家官员犯下不法行为时，通常认为国家对该行为负责。委员会的一些委员认为，不能总是认为国家负有责任，因为某些个人的所为与国家无关。尽管确有此种情况，但他想到的是以此种或彼种形式与国家密切相关的国家官员。个人有时可犯下非常严重的国际罪行，并且与国家没有明显的联系。例如，一些恐怖主义团体就可能与国家没有明显的联系。但即使撇开此点不谈，国家也许仍然有一些特别义务：恐怖主义分子不是在真空中活动。很难想象如果没有国家的卷入，存在于该国的恐怖主义团体怎样才能在另一国家犯下严重罪行。如果一国有良好的安全系统，就不可能忽略在其领土上存在的酝酿在他国领土上犯罪的恐怖主义团体。委员会1949年通过的《国家权利义务宣言草案》第7条规定，每一国均有义务保证其领土上的现有状态不致威胁国际和平与秩序。只要犯有危害人类和平及安全的罪行，背后就有国家起作用，或是由于忽略，或是由于同谋。无论如何，特别报告员倾向于保留第5条不动，因为它限于国家对其官员行动的责任。

109. 特别报告员还说，人们经常不断地提出国家刑事责任问题，甚至在并不适宜时也提出这个问题。第5条阐述的是因国家官员的行为而追究的国家责任。有些委员的解释是，该条文系指必须追究国家的刑事责任。他曾多次陈述理由，阐明他对国家刑事责任并无任何偏颇的观念。此外，对有关国家责任草案第一部分第19条，以及有关的评注都没有提到国家刑事责任。特别报告员不明白一个国家怎么能承担刑事责任。对国家实行制裁是另一码事，因为制裁属政治性质，并且是由各政治实体实施的，譬如，安理会实施的禁运或某一战胜国对某一战败国实行的政治制裁。总之，第5条所述的国家责任应理解为国际责任，而不是刑事责任。

110. 特别报告员说，第6条所列审理或引渡义务的基本依据是普遍管辖权的原则，这是一项委员会不可置之不理的原则，尤其是原来并未得到为国际刑事法院拟订规约草案的授权，该项授权直至后来才赋予委员会的。一旦发生极端严重罪行并侵害人类基本利益时，所有各国都将感到关注。第6条第2款的目的是为若干个国家都要求审理某一案件的情况制定出的款项。然而，第3款还是规定了由此而建立的国际刑事法院，在对某一国家的管辖权发生争执时，由法院持有管辖权。在引渡方面虽

未确立起先后顺序,但起草委员会对在其领土上发生罪行的国家给予了特殊的考虑,保留了有朝一日成立起国际刑事法院的可能性。

111. 关于第7条,对不适用法定时效存在着各种分歧意见。有些委员认为绝对不适用恐怕过分严格,并可能阻碍国家和解及大赦。另一些人则争辩说,鉴于所讨论的罪行的严重性,不应当适用法定时效。他认为,委员会在治罪法定稿之前,不应表示某种立场。他在前几份报告中早已解释过,为何他主张把治罪法所处置的罪行数量严格地限制在最低程度。一旦确定了实际罪行,委员会即应决定是否适用法定时效。例如,治罪法目前还列入了侵略威胁和有害于环境的罪行。这些罪行可能是严重的,因此难以理解为何不能对这些罪行适用法定时效。

112. 特别报告员说,关于第8条,委员会的普遍共识是,被告应享有司法保障。有人建议,除《公民权利和政治权利国际盟约》和《世界人权宣言》外,草案还应提及一些区域性公约。对此,特别报告员本人并不同意。在起草国际文书时,应作为依据的不是区域性的案文,而应参照具有世界性的文件。

113. 特别报告员说,第9条将原来基本属国内法的一事不再理规则列为国际法。这在国内并无问题,因为国家法院必须遵循他们国内立法所制定的规则。但是,就国际法而言,则可能出现困难,因为,不存在可对国家执行裁决的超国家权力机构。因此,这一规则是逐步地引入国际法之内的,首先在区域一级,通过若干个国家间达成的条约或协议,规定在某一国家中作出的判决,也可在另一国家发生法律效力,而后,通过《公民权利和政治权利国际盟约》在全世界范围实施。目前的治罪法不能忽视该规则所提出的这些重要问题。起草委员会内已经出现了两种意见相左的思想派别。有些委员认为,这一规则十分重要,这相当于每个人的主观权利,因而强烈地支持将此规则列入治罪法。另一些委员则出于一些实际原因,反对这一主张:这些委员争辩说,某个人可在与其政治倾向相近的邻国寻求庇护,而且也很可能会得到这些国家法院的宽容,从而逃避这一规则。一事不再理的规则将保证他不在另一国家可能更为严厉的法庭上遭受审理。特别报告员说,鉴于上述两不同的观点,有必要从中达成一项折衷,而第9条即是这项折衷的体现,该条首先确立了基本规则,而后又在第4(a)和第4(b)款中规定了两项例外。但是,由于在定性时会出现的误解,可能还得产生第三项例外,譬如,某人是因谋杀罪而受审,但是,随后却揭露出怀有种族灭绝的动机。关于经修订的第9条第2(b)款中“不偏不倚”一词,《追究在前南斯拉夫领土上严重违反国际人道主义法律者责任的国际法庭规约》也采用这一措词,特别报告员同意,由于至少从理论上讲一个国家不可能评判另一国家是否具有偏向性,因而在这里使用这一措词是不正确的。

114. 特别报告员说,有关不溯及既往的第10条普遍认为可以接受。

115. 关于11条,特别报告员说,只是对《纽伦堡法庭宪章》所公认的国际法原则略有一些分歧意见,而上述原则却是制定本条文的依据。本条文存在着一个问题:虽然一般不得借口服从某一政府或上级的命令来推卸某人的刑事责任,但一切都取决于命令的性质。有些命令极其明显是非法的,因此将追究任何遵从此命令者的刑事责任。但是,情况并非总是如此。例如,军队中的一名士兵极难知道他所接受的某项命令是否符合国际人道主义法律准则。不管怎样,这一问题可放在评注内解决。

116. 特别报告员承认,他提议的新14条,自卫、被迫和必要状态,太过于简略。也许较好的做法是,一方面阐述真正属于自卫的自卫行动,而另一方面,又阐明不属自卫但出于被迫和必要状态的成分,既可减轻罪犯的刑事责任,但又未为其行为本身的犯罪性质开脱。这一点得到广泛的认可,而且国家责任草案的第一部分也清楚地阐明,自卫不可能是不法行为。特别报告员只是想说,如果某一被指控犯有侵略行为的国家声明是出于自卫,而这种辩解被人们接受了,那就排除了不法行为。为此,下达此项行动命令的国家领导人,不会遭到侵略罪的审判。但他的意思不是说,可对侵略行为采取种族灭绝的对策。

117. 特别报告员说,另一方面,被迫行动并不能排除不法行为,但在减轻刑事责任时,可考虑到这一点。必要状态应与被迫行动区分开来,因为,这涉及选择成分。特别报告员的第四次报告列举的大量司法实践也证明,可在免除和减轻刑事责任时考虑到被迫和必要状态,因此,委员会支持在治罪法草案中提及此类情况。

118. 关于构成新15条主题的可以从轻量刑的情况,特别报告员说,虽然并无义务在治罪法草案内列入这一主题,但是,一般都公认,法庭有权审查应减轻被告责任的种种情况:个人、家庭或其他任何情况。正如他第十二次报告所述,他认为,不宜讨论可加重罪行的种种情况,因为,治罪法涉及的是重罪之最,而再难以预见还需加重发落的严重罪责。如果委员会仍认为,应在治罪法中列入这样一条规定,那么,起草委员无疑愿意照办。

119. 关于争端的解决,特别报告员完全愿意就此专题提出一项条文。

120. 在讨论结束时,委员会决定,应由治罪法草案特别报告员和起草委员会的主席及成员,还有工作组一起,共同协调治罪法草案和规约草案的拟订工作,并将条文草案提交起草委员会审议。