

工作定会取得成功。

下午3时45分会议暂停，4时25分复会。

以鼓掌方式选举巴尔沃萨先生为第一副主席。

以鼓掌方式选举巴尔谢戈夫先生为第二副主席。

以鼓掌方式选举马希乌先生为起草委员会主席。

以鼓掌方式选举埃里克松先生为报告员。

下午4时30分散会。

第2150次会议

1990年5月2日星期三上午10时10分

主席：史久镛先生

出席：巴哈纳先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、比斯利先生、本努纳先生、布特罗斯-加利先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生、埃里克松先生、格雷夫拉特先生、海斯先生、伊留埃卡先生、雅科维德斯先生、科罗马先生、马希乌先生、麦卡弗里先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁库纳斯先生、塞普尔维达·古铁雷斯先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生。

通过议程(A/CN.4/426)

1. 主席提请与会者注意第四十二届会议临时议程(A/CN.4/426)，建议，鉴于需要填补由于勒泰先生去世而造成的空缺，应该包括一个新项目2题为“填补委员会的一个临时空缺（章程第11条）”，其后的项目依次重新编号。

· 就这样议定。

2. 主席请委员会通过经修正的临时议程，但不影响各专题审议的次序，此事将在以后决定。
经过修正的临时议程(A/CN.4/426/Rev.1)通过。

3. 主席提请各位委员注意1989年12月4日大会第44/35号决议，建议应在议程项目9项下

审议该决议第4段的要求（委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作）。

就这样议定。

本届会议的工作安排〔议程项目1〕

4. 主席说，扩大的主席团已开会讨论各议程项目审议的次序以及分配给各项目的会议次数。目前尚未就全盘的时间表达成一致意见，他希望进一步磋商，然后再向委员会提出正式提议。但是，扩大的主席团同意建议：议程项目5“危害人类和平及安全治罪法草案”，应作为第一个专题审议，并分配给该专题8次会议。

5. 麦卡弗里先生说，尽管他原则上同意该项建议，但不知是否分配给该专题8次会议的决定先行暂时通过，可根据未来有关分配给审议设立国际刑事法庭问题的全体委员会和工作组工作安排的决定予以修订。若委员会最终决定原则上以工作组的方式处理刑事法院问题，那么审议治罪法草案专题的全会次数可以少一些；但是，若决定处理有关国际刑事法院问题的特别报告员关于该专题的第八次报告第三部分(A/CN.4/430和Add.1)应由全会审议，则可能需要8次以上的会议。

6. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，委员会计划设立的工作组有一个十分明确的目的，即帮助委员会回答大会在1989年12月4日第44/32号第1段中对其决议中提出的问题。该问题属于治罪法草案专题的范围，应在特别报告员的指导下由全会予以审议。工作组无论如何不应取代全体委员会，而仅仅应该帮助它响应大会的要求编写一份适当的文件。

7. 巴尔谢戈夫先生同意这些评论。他原则上不反对设立一个工作组，但在听取治罪法草案特别报告员的意见并就此专题举行辩论之前这样做不恰当。他认为，委员会应该分配一定数量的会议讨论治罪法草案，包括国际刑事法院问题，但有一项谅解，即有如任何多余的时间，就用来审议该工作组的报告。在现阶段，任何其他决定都为时过早。

8. 锡亚姆先生说，他也赞同卡莱罗·罗德里格斯先生的意见，建议在特别报告员介绍该专题之前暂时搁置麦卡弗里先生的意见。

9. 阿兰焦-鲁伊斯先生说，他支持刚才发言者所表达的观点，并应补充说，若秘书处能就此议题编写文件，会大有助于委员会对国际刑事法院问题的审议。

10. 巴哈纳先生同意应该在稍后阶段考虑设立工作组的问题，但他不知道：大会第44/39号决议是仅仅请委员会就国际刑事法院问题提出法律意见，或是规定仔细推敲这种刑事法院的规约。

11. 雅科维德斯先生说，大家似乎普遍同意所要遵循的方法。首先，治罪法草案特别报告员应介绍该专题，委员会然后应开始在一定时间范围——如扩大的主席团所建议的时间范围内——予以讨论。此后可以考虑设立工作组的问题。在这方面，他赞同阿兰焦-鲁伊斯先生请秘书处编写文件的要求。

12. 比斯利先生说，接受这一程序对他没有任何困难，但他希望提出几点评论供以后阶段审议。

许多委员认为,国际刑事审判机构问题正是治罪法草案主题事项的核心。委员会应该设立一个工作组,这个工作组应有灵活的职权范围,不局限于特别报告员有关后一专题的报告及特立尼达和多巴哥就这一问题提出的建议的范围。尽管特别报告员担任工作组主席可能不适宜,但他成为工作组的当然成员十分重要。

13. 主席说,如果没有反对意见,他就认为委员会同意扩大的主席团的建议,即把治罪法草案作为第一个专题,并分配给该专题8次会议。设立国际刑事法院问题工作组的问题将在特别报告员介绍其第八次报告以后审议。

就这样议定。

危害人类和平及安全治罪法草案¹ (A/CN.4/419
和 Add.1,² A/CN.4/429 和 Add.1-4³, A/CN.4/430
和 Add.1,⁴ A/CN.4/L.443,B 节)

[议程项目 5]

特别报告员的第八次报告

第 15、16、17、X 和 Y 条和

关于国际刑事法院规约的规定

14. 主席请特别报告员介绍他关于本专题的第八次报告(A/CN.4/430 和 Add.1)以及报告中所载的第 15、16、17、X 和 Y 条条款草案,条款草案全文如下:

第二章

构成危害人类和平及安全罪行的行为

.....

第 15 条 共犯

下列行为构成危害人类和平及安全罪行:

¹ 委员会在 1954 年第六届会议上通过的治罪法草案(《1954 年……年鉴》,第二卷,第 151-152 页,文件 A/2693,第 54 段),转载于《1985 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 8 页,第 18 段。

² 转载于《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 转载于《1990 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁴ 同上。

1. 为本治罪法所界定的任何罪行的从犯。
- 〔2. 在本治罪法的意义范围内，共犯是指主罪之前或主罪时的从犯行为和主罪之后的从犯行为。〕

第 16 条 共谋

下列行为构成危害人类和平及安全罪行：

1. 参与共同计划或共谋犯本治罪法所界定的任何罪行。
2. 第一备选案文

对于执行上述第 1 款所指的共同计划而犯的任何罪行，不仅犯此罪行者应负刑事责任，凡命令、煽动或组织此项计划或参与执行的任何个人亦应负刑事责任。

第二备选案文

每一参与者应按其本身的参与情况受到惩罚，而不论其他人的参与情况。

第 17 条 未遂

以下行为构成危害人类和平及安全罪行：

企图犯危害人类和平及安全罪行未遂。

X 条 非法贩运麻醉品：危害和平罪行

下列行为构成危害和平罪行：

1. 从事非法贩运麻醉品。
2. 非法贩运麻醉药品是指违反已生效的公约规定，为生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售、以任何条件交付、经纪、发送、运输、进口或出口任何麻醉品或精神药物而组织的任何贩运。

Y 条 非法贩运麻醉品：危害人类罪行

以下行为构成危害人类罪行：

按本治罪法 X 条规定的条件对麻醉品的任何非法贩运。

15. 锡亚姆先生(特别报告员)说,第八次报告(A/CN.4/430 和 Add.1)包括三部分:第一部分(共犯、共谋和未遂),第二部分(国际非法贩运麻醉品)和第三部分(国际刑事法院规约)。委员会在第三十八届会议⁵ 审议他的第四次报告⁶ 时已详细辩论过第一部分的主题事项。现在,第 15、16

⁵ 见《1986 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 47 页起各页,第 115-132 段。

⁶ 《1986 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 53 页,文件 A/CN.4/398。

和 17 条草案就是根据那次讨论提出的。

16. 条款草案第 15 条第 1 款界定了共犯一词本身的概念，而第 2 款把该定义扩大及于主要罪行之前所作的行为以及随后的附属行为。由于构成共犯行为的性质以及可能的犯罪者为多人，并由于这些行为在时间上的连续问题，共犯是一个十分复杂的概念。共犯行为可分为两类：智力行为和体力行为。体力行为相对来说容易识别，而智力行为确绝非如此。报告（同上，第 9 段）讨论了区分主犯和从犯的困难，鉴于其非常的特征和相对的新颖性，他希望提请各位委员对此特别注意。当上级军官下令从事一项犯罪行为，而一名下级执行了该命令，那么谁是起源者，谁是从犯？

17. 某些法院判决曾试图解决这一问题。美国最高法院在 *山下* 案例中认为，一名指挥官对其下属命令或未能下达适当的命令可以构成共犯行为（同上，第 11 段）。但是，这一问题常常是由立法决定。因此，在许多国内立法中，上司下达一项命令，或未能下达一项命令可以被认为是一项共犯行为，在这方面，他引证了卢森堡、希腊、中国、特别是法国的立法所采取的办法。法国法律认为，万一有疑问，应视上级为共犯。这一办法有些奇怪，因为下级被认为是一项罪行的主犯，而上级是共犯。

18. 出现的另一问题是，导致某人犯罪的劝告或咨询能否视为共犯行为。当然，这在很大程度上取决于该咨询的力量及其对犯罪者所做决定的影响。显然，加拿大刑法把煽动或鼓励犯罪认为是共犯行为，但其他法律制度却并非如此。至于咨询的效力，一个极端的例子是：律师错误的咨询导致其顾客犯下刑事罪。在这种情况下，把律师视作共犯就走得太远了。

19. 在一桩罪行系由一群犯人所为时，常常难以区分主犯和共犯。在一个简单的违法案中情况就完全不同，例如侵入住宅，其中主犯在共犯的协助下翻墙过壁。但是，在大量的罪行，划此界线绝非易事，有一派学说主张摒除主犯和共犯的区别，把所有有关人士看做一丘之貉。许多军事法庭的判决采取了这一办法。例如，不列颠区域最高法院认为共犯行为和主犯行为都是危害人类罪，因此，共犯应该以犯有危害人类罪而不仅仅以作为共犯来判罪（同上，第 24 段）。当然，在这一问题上，应该时刻记住共犯的刑事责任与主犯并无轩轻。

20. 至于犯罪时间的问题，有些法律制度——如普通法制度不仅未将共犯的定义限于以前或同时的行为，而且还包括以后所从事的行为。大多数大陆制度采取一种更加有限的办法；但是，最近在德意志民主共和国和德意志联邦共和国的立法，以及法国最高上诉法院的判决承认，犯罪之后的同谋在某些情况下也能构成共犯。条款草案第 15 条第 2 款处理这一问题，但该款文字被置于方括号之内。他并不打算提出明确的提议，而是留待委员会决定。

21. 条款草案第 16 条处理共谋，它由两个要素构成：第一，一项共同计划，第二，实际犯罪。由于该问题涉及可能的集体责任这一微妙的问题，他提出一些第 2 款的备选案文。第一个备选案文具体指明不仅是犯罪者而且任何命令、煽动或组织一项共同计划或参与其执行的任何个人都负有刑事责任。第二种备选案文以个人责任为基础，规定根据每个参与者的参与程度予以惩治，而不管

他人的情况。

22. 可以回顾, 纽伦堡国际军事法庭将阴谋策化集体责任的适用仅限于危害和平罪。对于战争罪和危害人类罪, 该法庭倾向于适用个人责任概念。最近的发展表明, 重大的罪行已不再能够视为由孤立的个人所从事的。虽然现代刑法专家仍然坚持个人刑事责任原则, 但他们却日益倾向于从犯罪的集体性质中得出更为广泛的结论。

23. 条款草案第 17 条处理未遂罪。显然, 未遂概念仅适用于所审议的各类罪行。难以看出未遂的从事侵略行为会采取何种形式, 并且很难区分开始实施侵略行为和侵略行为本身。有关侵略威胁未遂的情况甚至更为混乱。然而, 不应该完全不顾未遂概念。在这种情况下, 完全可以想象大多数危害人类罪是由一系列具体的犯罪行为 and 未遂行为所构成, 诸如种族灭绝和种族隔离。

24. 进一步谈到委员会在上届会议上提出的请其就非法贩运麻醉品提交一项条款草案的要求⁷, 他现在提出两个案文: X 条草案 (非法贩运麻醉品: 危害和平罪) 和 Y 条草案 (非法贩运麻醉品: 危害人类罪)。他认为, 完全有理由证明非法贩运麻醉品具有危害和平罪和危害人类罪的两重性。

25. 最后, 在他的报告的第三部分讨论了国际刑事法院规约问题, 基本上是采用问题单的形式。为谨慎起见, 他避免提出任何明确的提议, 实际上对所有问题他都提出了两个甚至三个备选案文。

26. 当然, 国际刑事法院并非新的议题。在国联时代, 当南斯拉夫的亚力山大一世于 1934 年在马赛遇刺之后, 于 1937 年签署的《预防和惩治恐怖主义公约》中就对此种法院作了规定。但是, 该法院从未实现。在第二次世界大战结束时, 设立了纽伦堡法庭, 但它是一个为处理某些具体案件而设立的临时法庭。

27. 特别报告员的问题单——报告的目的是在各种可能的解决办法中给委员会提供一些选择。这些选择有许多要点, 已载入其报告 (同上, 第 79 段)。但是, 细细想起来, 他希望撤回该清单第 1 (b) 项 (需要或不需要其他国家的同意)。该清单的第 1 项是法院的管辖权问题, 在这方面, 可以回顾, 1954 年的治罪法草案仅涉及最严重的罪行。例如, 其中没有包括散布对国际关系有不利影响的假新闻。因此, 该法院的管辖权是限于危害人类和平与安全的罪行还是该法院审理所有国际罪行? 尽可能广泛的管辖权似乎是可取的; 否则, 就需要设立两个国际刑事司法机构, 由此带来许多复杂问题。他在这个问题上提出两个案文, 而不提出任何具体提议。案文 A 把该法院的管辖权限于治罪法项下的罪行, 即危害人类和平与安全罪。案文 B 范围较宽, 还包括“由其他现行国际文书定为罪行的其他犯罪”。

28. “问题单”的第 2 项是关于任命法官的程序问题, 案文 B 的基础是 1953 年国际刑事审判

⁷ 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 页, 第 210 段。

机构委员会编写的订正规约草案第 11 条。⁸

29. 第三项处理向该法院起诉问题，他就此提出了三个不同的案文。案文 C 具体规定，任何联合国会员国得向该法院起诉，“但需经”法院规约所规定的“联合国机构的同意”。许多委员认为，上述机构应该就是大会。由于使用否决权造成的困难，人们不大赞成安全理事会。

30. 关于第四项（检察官的职责），有两种可能性。或者由提起诉讼的国家起草诉状，或者由一个独立的司法机构，即检察院起草。正如 1953 年草案所规定，原告国应该负责进行起诉，这似乎完全符合逻辑。不过，这个问题也应由委员会指出其选择。

31. 对第五项（审前审查），他仅提出了一种案文，其中规定初步审查应当授权该法院由数名法官组成的一个法院来进行，他们拥有其职责所固有的所有权力。

32. 关于第 6 项（一国法院已决案件的权威）引起了下列问题，若一国国内法院作出不许上诉的最终判决，国际刑事法院受此种判决的约束，是否能够宣布有权审理该案。该问题的另一个方面是该法院自己判决的已决案件的效率，这一问题涉及第 7 项（法院已决案件的权威）。在这方面，他倾向于不要引起使法院判决产生问题的可能性。

33. 第八项涉及撤诉问题，虽然这可能看来仅是一个形式问题，但却涉及一个相当重要的原则。例如，若一国撤诉，是否此种撤诉自动地使该案中断？有争议的是，若一项国际罪行被认为是国际社会所犯的罪行，则一国撤诉不能导致诉讼中断。而且，允许国际社会中的任何国家就其未直接受害的罪行起诉也许太过分。报告中没有论及此点，他现在将其提出仅仅是为了供委员会作适当决定。

34. 关于第九项涉及的处罚，他提出了三种备选案文。第一种载于《纽伦堡国际军事法庭宪章》，规定法院可以判处其认为适当的任何刑罚。第二种案文排除了死刑，而第三种不仅排除死刑，而且排除了国内法庭所判处的某些其他严重刑罚。

35. 第十项涉及法院的财政安排。在这方面，看来合乎逻辑的是，若干法院的法官由大会任命，则大会——并因此是联合国的会员国——应该为该法院提供资金。但是，若仅是那些为规约缔约国的国家设立该法院，那么这些国家就应该为其活动提供资金。另一方面，若必须是法院规约的当事国才能向该法院提起诉讼，这种规定也太过分。因此，他认为，应该使那些非规约当事国有可能向该法院提起诉讼，这样会鼓励各国采取和平解决争端的手段，而且也会有助于惩治国际罪行。

36. 最后，关于讨论其报告的程序，各位委员可能希望首先就第一和第二部分进行评论，然后再评论关于国际刑事法院规约的第三部分。

⁸ “1953 年国际刑事审判机构委员会的报告，1953 年 7 月 27 日-8 月 20 日”（《大会正式记录，第九届会议，补编第 12 号》（A/2645）），附件。

⁹ 该宪章附于 1945 年 8 月 8 日《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》（联合国，《条约集》，第 82 卷，第 279 页）。

37. 经过程序性的讨论,主席建议不应将讨论僵硬地分为两个部分,希望就整个议题发言的委员应可自由发言。

就这样议定。

38. 托穆沙特先生说,特别报告员第八次报告报告第一部分(A/CN.4/430和Add.1)中有很
大一块空白,因为在处理共犯和阴谋策划概念之前,首先需要确定一些标准,用以衡量犯有危害人
类和平与安全罪者的特征。特别报告员很好地揭示了区分主犯和从犯一事的不确定性——特别
是在其报告第22至27段和第44-47段中,但是就因为的这种不确定性,所以必须明确界定主犯
的概念。然后才有可能决定是否需要详细阐述共犯和阴谋策划的概念。至今为止,委员会仅确定了一
份大多为洲际罪行的清单,但却没有指明如何能够将其转变为需要对个人进行刑事制裁的罪行,仅
仅是在第四十届会议¹⁰上暂时通过的第12条(侵略)中,委员会才开始处理这个问题。

39. 罪行清单载列两类不同罪行。首先,战争罪,它很容易归入传统的刑法类。此种罪行通常
是由个人或一个集团主动犯的,其上司不知情也没有其他形式的参与,传统的刑法概念可以对其适
用。但是,第二,侵略、干涉和种族隔离等罪行则是一个完全不同的问题。例如,种族隔离涉及一
个政府和全体人民,因为生活在南非的每一个人都知道种族隔离是如何搞的,任何对支持种族隔离
的政党投赞成票者都是在帮助种族隔离。这正是1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的
薄弱环节:由于引用传统刑法的共犯概念,使得人员的涉及面太广。需要做的是打击其领导者和组
织者,因为不可能控告整个人民。

40. 在此也需要考虑针对侵略问题提议的规则所产生的结果,因为一定要避免使每名遵守上
级命令的士兵都受到治罪法所规定的制裁。很难看出其中的界线。

41. 必须分别考虑每一罪行,以便决定把共犯作为犯罪行为是否明智,委员会必须采取一种限
制性的办法;只有这样它才能够得到各国政府的积极响应。治罪法草案由于其本身性质而十分政治
化,以致太容易被人滥用。没有任何理由包括那些未被一致认为需要进行刑事制裁的行为。因此他
反对就共犯和阴谋策划作出一般规定。

42. 特别报告员说得对;不能忽视组织者,只把他当做许多刑事活动中无足轻重的人物。不应
该允许组织者逃避责任,无论他是否亲手犯罪,都应被作为犯罪者起诉。

43. 如果阴谋策划未实际导致犯罪,抽象地把阴谋策划定为罪行极不明智。例如,许多丑恶的
计划可能在部长级的会议上通过,但随后却未付诸施行。治罪法草案并不打算作为提高国际士气
的手段;当其条款实际上被违犯之时适用该法就足够了。因此,他强烈反对关于未遂罪的条款草案第
17条。该条没有必要,因为若一桩犯罪活动在发动之前就被停止,当然没有必要惊动国际刑事法
院。而且,界定未遂罪困难重重。若一桩普通罪行仅仅因为独立于潜在的犯罪者意图之外的情况而

¹⁰ 《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第71-72页。

未能实施，可以充分根据法律的效力对其企图进行处罚。然而若征服另一国家的努力失败，在开第一枪之时侵略行为就已经开始。正如特别报告员所指出，在种族灭绝的情况中，完全可以想象未遂罪行。但对其他罪行却不一定。

44. 委员会一读暂时通过的第十三条¹¹（侵略威胁）表明了起草一个未遂罪条款的困难。威胁的概念已经将本委员会带得很远，而引进未遂罪的概念则会将未遂的侵略威胁确立为一项危害人类和平与安全罪。难以看出这到底是何意思，但因此犯罪行为范围则肯定会大为扩展。所能做的就是具体指明在某些情况下，关于一种或另一种罪行，未遂罪应当受到刑事制裁。

45. 而且，为了逻辑上的理由，宜于把第15、16和17条草案列入治罪法草案的一般规定部分。例如，在第17条的情况下，若未遂罪本身被列为一种罪行，则未遂的企图也是一种罪行。这当然不是其原意，为了在法律上明确起见，必须消除所有疑问。

46. 至于国际非法贩运麻醉品的条款草案X和Y条，他想请问：第一，为何特别报告员提议两条显然范围同样的条款。实体法是一回事，其分类又是另一回事。因此，即使此种非法贩运既是危害和平罪又是危害人类罪，但列为两个条款仍然没有必要。第二，区分小的走私犯和大的组织者是至关重要的。在国际一级，不可能处理小规模的行为，尽管这一点必须在案文本文中予以规定。

47. 特别报告员在关于国际刑事法院的报告第三部分中，就处罚提出了三个备选案文(A/CN.4/430和Add.1第101段)。此种类型的条款应该构成实质性规则的一部分，因为它不是程序法的一部分。因此，该规定必须放在治罪法草案第一章的一般性章节中，或者为每一项罪行指明适当的处罚。关于这三种案文的内容，他与特别报告员意见也不相同：处罚必须规定在确定某行为为一种罪行的规则之中，这一项得到承认的国际人权保护法的原则。因此，委员会必须对所列的每一种罪行商定适当的处罚。但是，由于委员会委员并非刑法专家，这一任务可以留待适当时候召开的全权代表会议来完成

起草委员会成员

48. 马希乌先生（起草委员会主席）说，经协商后，他提议下列委员为起草委员会成员：巴哈纳先生、哈索内先生、巴尔谢戈夫先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生、海斯先生、科罗马先生、麦卡弗里先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、拉扎凡德拉朗博先生、塞普尔维达·古铁雷斯先生、史先生和索拉里·图德拉先生。埃里克松先生以委员会特别报告员身分成为当然委员。

就这样议定。

下午1时散会。

¹¹ 《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 页。