

第 2153 次会议

1990 年 5 月 8 日星期二上午 10 时零 5 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、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、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、恩詹加先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁库纳斯先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托姆沙特先生。

危害人类和平及安全治罪法草案<sup>1</sup> (续)

(A/CN.4/419 和 Add.1,<sup>2</sup> A/CN.4/429 和 Add.1-4,<sup>3</sup>

A/CN.4/430 和 Add.1,<sup>4</sup> A/CN.4/L.443,B 节)

[议程项目 5]

特别报告员的第八次报告(续)

第 15、16、17、X 和 Y 条<sup>5</sup> 和

关于国际刑事法院规约的规定(续)

1. 比斯利先生说，他有几点涉及原则和实质内容的问题要讲。
2. 就审议中的本专题所涉原则来讲，很显然，任何特别报告员，不论多么有才能和勤勉，都

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 转载于《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

<sup>3</sup> 转载于《1990 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

<sup>4</sup> 同上。

<sup>5</sup> 案文见第 2150 次会议，第 14 段。

很难在一个案文里把各种国家法律制度协调在一起。因此他认为，委员会应考虑是否有可能请国际刑法专家提供技术帮助。

3. 关于实质性问题，从讨论中可清楚看出，委员会如要取得进展，就须避免教条主义。必须努力根据国家刑事制度找到恰当的手段，据以建立有关法院或使现有法院和谐地运用未来治罪法，而不至因法律上和程序上的任何差异使基本司法原则受损。在这方面，委员会须大胆闯入新领域，对解决这个问题持不拘一格的态度。委员会看来正准备这样做。

4. 鉴于有关国家刑法和国际刑法（设若存在的情况下）的思想发生的演变，应当对这种演变的原因加以考虑。某一特定的行为在某些国家法域而不在其他国家法域中被定为罪行，或者在一个法域中先前未被定为犯罪而随后又被定为罪行，这一事实表明，这一行为作为犯罪行为的最后定性反映了公共政策的原则。例如，一些法域将共犯和共谋行为之一或两者均定为罪行。这些行为本身不是犯罪行为，但却经常归属于基本犯罪行为的犯罪行为。因此，在因公共政策而需要采用制止措施时，这些行为有可能被确定为犯罪。加拿大规定的共谋罪似乎就属于这种情况。在其他情况下，将共犯或共谋定为罪行可能是有效地对付基本犯罪行为的唯一办法。

5. 国际刑法的演变也可以说是基于正在形成的国际公共政策的观念。这样，1954年的治罪法草案和纽伦堡原则<sup>6</sup>应视为宝贵的先例，但委员会应该可以随意再审查这些先例以及在本专题下审议的一系列其他问题。这样做的目的，不仅是要编纂国际刑法，而且也是要逐渐发展国际刑法，以便有助于建立国际和平与安全的宪章体系，这是委员会在本专题下的基本目标。把这种检查标准适用于治罪法草案所包含的每一种罪行以及实施治罪法的体制和方式，将是较为理想的。就后一点来说，他仍然确信任何国家法院如不吸收其他法系的代表参加，都会在适用治罪法草案时遇到困难，这也使逐渐拟订共同的标准，进而调和各法系之间的分歧成为可能。

6. 为了说明审议中的问题的复杂性，他提及了《加拿大刑法典》的某些段落，特别报告员的第八次报告(A/CN.4/430和Add.1)也引用了该法典的某些部分。

7. 例如，该法典第21条第(1)款，涉及犯罪行为当事者。包含了一项大意为如下的规定：凡帮助或教唆别人犯罪者皆为犯罪行为当事者。有争议的是，由于一种行为被认为是被告所为，而他本人并没有做，这样某种类似于法律拟制的东西便可能建立起来。同样，第21条(2)款规定，一旦在个人之间形成共同犯罪意图，每一人便成为其中任何一人所犯任何有关的罪行的当事者。第22条规定，教唆别人犯罪者便成为其当事者。而第422条规定，即使未犯下罪行，但教唆犯罪者仍犯教唆罪。最后，第23节涉及事后从犯行为。

8. 当然，大可不必把《加拿大刑法典》视作可遵循的一种可能范本详加分析，然而考虑一下该法典和其他渊源如何有助于委员会在发展一致的实质性和程序性国际刑法学体系方面协调各种

<sup>6</sup> 见第2151次会议，脚注11。

不同的法律制度，也是适宜的。

9. 特别报告员提出了若干问题，但并没有把答案都找到。这是一个明智的举动，因为审议现在有效的各种法律制度的最好手段仍有待寻找。因此委员会应努力做的是，不仅要吸收这些现有制度的精华，而且要获得能提供共同基础的先例。如果没有，委员会则应大胆革新。这项任务不仅是对起草委员会而言，也是对委员会全体会议而言。

10. 对另一个有关的、同样重要的并且得到他支持的提议，即建立一个国际刑事法院的可能性问题，他原则上保留以后重提的权利。

11. 巴哈纳先生说，在对提交的条款草案作出分析之前，他先就特别报告员在第八次报告(A/CN.4/430和Add.1)中采用的方法以及做法发表几点一般意见。

12. 关于方法问题，他同意特别报告员的意见，即共犯，作为一种罪行，应列入治罪法草案中罪行定义部分，而不是一般原则部分，因为从犯与主犯负有相同的刑事责任。这一点同样适用于共谋和未遂，尽管后者还应依据治罪法规定的每一项或每项罪行的具体情况加以审查，因为治罪法依有关罪行的不同性质而只实施到一定程度。

13. 关于做法，特别报告员在拟订出关于共犯、共谋以及未遂的国际标准时似乎过于受到某些国家刑法中的规定的影晌。他认为这种做法易招人反对，因为它欠慎重，并且毕竟依据的是同国内法的类比。他十分倾向于采用多边条约的做法。目前有关于涉及灭绝种族罪、麻醉药品、劫持以及战争罪的各种国际公约，它们列入了有关共犯、共谋和未遂的规定，这对进行治罪法草案的工作提供了十分有益的基础。

14. 对于特别报告员提交的条文草案，他说现在他只想发表一些概念性、实质性的评论。

15. 第15条草案规定共谋为一种罪行。由于国际犯罪大多是集体犯罪，涉及扮演不同角色的各种行为人，所以理所当然地所有与该罪行有关的行为人均负有罪责，不论这些人是罪行的发起者还是执行者。然而也许还有这种情况：某人非故意或不知不觉地涉入了一项非法或受禁止的行为。此人该视为负有罪责吗？大家记得第二次世界大战后，只有主要战犯被提到纽伦堡和东京法庭审讯。他认识到，区分国际罪行中的主犯和从犯并不比区分国内罪行中的主犯和从犯容易。尽管如此，还是须对不同程度的共犯加以区分，以便确定给予多大程度的惩罚。不这样做，法律便如同虚设。共犯罪行的性质要求对该问题的这一方面作比较详细的研究。他认为，第15条草案第1款没有解决这个问题，也没说清楚“从犯”一词的含义。第2款无疑解释了共犯概念的范围，但所指的是其在时间上的应用，因为它涉及在主罪之前和主罪之后的从犯行为。这是完全不同的问题。他无疑赞同共犯的基本概念，即共犯应包括所有从犯行为，不论是在主罪之前还是主罪之后。然而在主罪和主罪之后的从犯行为之间应注意建立起联系。所以他认为第15条应包含“从犯”概念的定义，并应明确规定共犯行为标准以便使从犯负有罪责。

16. 第16条草案规定，共谋属于危害人类和平级以及社会罪。在1954年的治罪法草案里，委

员会把共谋的概念扩大为包括所有危害人类和平及安全的罪行。特别报告员对这种做法似有保留意见，他在报告里说这种做法“大大扩大了共谋的范围”（同上，第50段）。不过，从其评论中看不出他的保留意见是涉及罪行本身还是个人和集体责任问题。不论所指为何，共谋问题须更透彻地进行研究——如必要，则依照每一项罪行或每项罪行的具体情况进行研究。同时其范围应予明确规定。然后可以考虑在该条文里加上“共谋”的定义并指明责任范围。的确，特别报告员指出（同上，第41段），共谋涉及两个要素：一是协议，二是有进行犯罪的实际行为。但他认为这一表示应列入条文的正文里。至于共谋是否应包括治罪法中所列的所有罪行，他并无定见。然而关于犯罪责任应属集体的还是个人的，他倾向于集体责任概念，这个概念对于控制治罪法所包括的罪行更为有效。然而就共谋来说，应设法确定每个罪行的参加者都有必要的犯罪意图。就此来说，他倾向于采用第16条草案第2款的第一个备选案文。

17. 特别报告员在报告里指出：“参与犯罪的概念最广泛意义不但包括传统的共犯概念，而且包括共谋的概念（同上，第26段），并指出“虽然共犯和共谋是不同的概念，但是它们非常相似，有时还是重叠的”（同上，第62段）。这些意见不禁令人产生这样的疑问：就同谋和密谋各列一条文，是否真有必有。在这个问题上，条约惯例也不尽一致。某些条约，如1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》对同谋和密谋分别处理，而另一些条约，如1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，把两者视为同义语。他虽然对这两种做法无明显成见，但认为如果第15和16条草案合并成一条，称作“参与犯罪”，则有可能避免特别报告员提到的重叠问题。

18. 关于第17条，他认为把“未遂”也列入治罪法草案里困难很多。首先，须找到国际上公认的“未遂”定义。其次，未遂的概念应适用于治罪法包括的所有罪行，还是只适用于其中某些罪行，这个问题必须确定。遗憾的是，1954年的治罪法草案没有对“未遂”作界定，在把未遂与有关罪行视为同等的国际公约中也没有作界定。然而未遂的概念在刑法中有明确界定。一般来讲，它包含下列要素：(a) 有犯罪的意图；(b) 有进行犯罪的明显行为；(c) 未能犯罪；(d) 有犯罪的明显可能性。他认为第17条草案中“未遂”的定义应包括所有这些要素。

19. 他同意特别报告员的意见，即未遂的概念适用于大多数危害人类罪，如灭绝种族和种族隔离。因此在这些罪行来说不难作出规定：即未遂构成一种罪行。然而对于危害和平罪却不能相同看待，如侵犯和干涉，因为正如特别报告员所说（同上，第66段），无法确切地确定侵犯或干涉从何时起，从何时失败。

20. 就分别把国际麻醉药品贩运视作危害和平罪和危害人类罪的两条草案来说，他对特别报告员的处理办法有所保留。他承认国际麻醉药品贩运目前已构成一种严重威胁，但据此就可把其定性为危害和平罪和危害人类罪吗？只定为危害人类罪或许就足够了。对于特别报告员处理国际非法贩运麻醉药品罪的定义的办法，他也有保留。1988年的联合国公约第3条对“犯罪”和“制裁”作了广泛界定，把每一种可想到的与麻醉药品贩运有关的行为都包括在内。相比之下，特别报告员提

出的 X 条草案却只包括了该定义的一部分。比如说该公约的财政方面就没有包括进去。这一缺陷应弥补，他提议，为了治罪法草案目的，国际麻醉药品贩运的定义应以 1988 年联合国公约为基础。

21. 虽然他持有这些保留意见，但他感谢特别报告员提供的有启发性的、鼓舞人心的报告。他保留以后再就关于可能建立国际刑事法院的问题发言的权利。

22. 锡亚姆先生（特别报告员）说，他感到惊讶的是委员会至今没有一位委员提及他的第八次报告第三部分涉及的国际刑事法院规约问题。在上一届会议上，曾要求他尽早提交一份草案，似乎事情很急。既然时间很快就要过去了，委员会或许应考虑更改工作计划。

23. 主席说，只要该议程项目还没有议完，委员会委员可在此期间随时就报告的任何方面，包括第三部分发表分析意见。

24. 帕夫拉克先生论及有关共犯、共谋和未遂的第八次报告(A/CN.4/430 和 Add.1)第一部分，说他理解特别报告员的推理，但不能赞同他的某些结论。在他（帕夫拉克先生）看来，共犯、共谋和未遂无疑都是犯罪形式。欧洲的大多数刑法，包括波兰的刑法显然采取的是这种做法，因此在治罪法草案中也应该考虑到这种做法。

25. 作为犯罪形式，共犯、共谋和未遂应视作治罪法中的单独部分。在这新的单独部分里，最好加进一个从国际法角度制定的犯罪者定义——如果委员会同意这样一个定义的话。这个定义，可以乌沙科夫先生的意见<sup>7</sup>为基础，可通过所谓相关的罪行澄清犯罪形式的许多方面的问题，象委员会好几位委员已指出的那样，并从而使委员会的任务更容易些。

26. 的确，国际罪行与国内刑法所界定的大多数罪行不同，但不同之处往往仅是应予惩罚的行为的严重程度问题。正由于此，从原则上讲不宜为治罪法中的每一项国际罪行单独另定共犯罪、未遂罪等；当然有些可作为例外，例如共谋。最好在治罪法草案第二章开首列几项条款，把治罪法包括的所有犯罪形式都加以界定。这几项条款比如可从准备开始，接着涉及共谋、加入、未遂等。然后作出共同作案者各种形式参与的定义，不论共同作案者是发起者，直接犯罪者，还是没有直接参加执行而只是指导犯罪的领导者。在详尽叙述了共同作案者的所有参与形式后，便有可能论及从犯。他已经说过，共犯只是犯罪的一种形式。当有了主要犯罪者的定义后，这一点便会更加清楚地显示出来。

27. 在其报告（同上，第 19 段）的第 21 段，特别报告员提及在共犯方面“存在着灰色区域即不确定区域”。的确，对许多国家法律进行研究之后可以得出结论：缺乏统一性。然而委员会不应关注于极端案例；相反应尽可能从宽地界定犯下治罪法下的罪行时的责任。治罪法的作用不单是惩罚，也是教育和制止。共犯、煽动、准备、帮助、唆使、命令、指挥等行为都只是犯罪的形式，显然应根据参与执行犯罪的程度和犯罪行为本身一样受到惩罚。有鉴于此，他赞同个人责任原则，而

<sup>7</sup> 同上，脚注 8 和 9。

不赞同集体责任原则。

28. 关于涉及国际非法贩运麻醉药品问题的报告第二部分，他说，委员会应直接了当地宣布这种贩运为危害人类罪，并把注意力集中于这个定义的效果。有一条就足够了。目标是惩治巨头麻醉药品贩运者和经销商，而把小商贩以及属于非法贩运麻醉药品的其他活动留给国内法院处理。

29. 伊留埃卡先生回顾说，委员会最初被委托起草一个治罪法草案任务的原因是，在发生了一场重大的世界性冲突之后，国际社会希望对某些罪行以及相应的惩罚措施加以界定，希望起草一套适当的法律规则。委员会必须找到一些法律解决办法，使纽伦堡法庭和东京法庭能够避免受到的批评。这些批评是：法庭没有依据现行国际法而建立；提出的指控没有符合法制原则；实施的惩罚违反“法无明文者不罚”的原则。

30. 特别报告员在其第八次报告(A/CN.4/430和Add.1,第6段)提出的关于方法问题的意见不应忽视，但第15、16、17条草案的内容和范围显示，形式和内容密不可分，从方法学上讲，相对于实际和精神上的作业者来说，实际上无法确认应予惩罚的行为的组成要素和他们应受的惩罚的组成要素。

31. 委员会的任务显然不是依据普通法或罗马法体系拟定一个治罪法草案；也不是依据用于解决法律冲突或国家法院管辖权冲突的规则而拟定治罪法草案。按照大会1947年11月21日第177(II)号决议和1981年12月10日第36/106号决议，委员会须通过拟定治罪法草案，指出纽伦堡原则应具有的地位，同时应适当考虑到国际法逐渐发展的结果。

32. 在报告中(同上，第19和第26段)，特别报告员谈到给涉及共犯的行为人下定义的困难(“灰色区域，不确定区域”)。他所指的问题涉及国际刑法的两个基本理论，即*iter criminis*——犯罪发生的方式——和与共同犯罪有关的犯罪参与，换言之，即意大利法律中的*societas sceleris*。

33. 就犯罪发生的方式来说，共犯、共谋和未遂占据着特别位置，因为只有一次犯罪，但有多多个犯罪者。犯罪显然包含计划和执行两个阶段。犯罪计划的客观表现是这样：一，企图，这意味着已开始执行；二，失败，这意味着行动已经执行，但由于客观条件不以犯罪者的意志而转移，预期的结果没有实现(关于此点，他指出，特别报告员说(同上，第67段)，关于未遂概念的话也适用于失败；杀人失败——比如灭绝种族、种族隔离和侵略等情况对治罪法来说是有意义的——是一种犯罪行为，这在历史上，尤其在拉丁美洲历史上可找到实例)；三，既遂罪行，即结束了执行犯罪的过程。然而，作为犯罪形式，提议犯罪、共谋(第16条草案论及)和挑衅或煽动应与未遂、失败和既遂列在一起。

34. 在报告中，特别报告员指出了两种倾向，一种是将事后参与和共谋分开，另一种是将两者联在一起。所以他的结论是他不能“在承认这两种趋势存在的情况下而建议单独一项规则”(同上，第37段)。因此他在第15条草案里提出的解决办法应列入治罪法中，因为它提供了一项最好的办法，界定每个参加犯罪行为的人的参与以及他应负的责任和应受的惩罚。

35. 许多国家的刑法对犯罪者、从犯和隐匿犯加以区别。对于后者，刑法专家们有分歧，但接受第七届国际刑法大会的观点（同上，第36段）恐怕是保险的，即后来提供援助的行为不是出于先前的协议，例如隐匿，应作为一种特别犯罪行为加以惩罚。

36. 有关犯罪参与的当代刑法理论反映了两种主要意见：传统的意见，如一元论所代表的，坚持罪行的单一性，与犯罪者的多数性相对；多元论，认为每个参加者是构成犯罪的共同行为的一部分。一些著名的刑法家认为，如果几个人同意犯一项罪行，或者如果有一项主罪行为，参加者从这种行为中获得了其参加者的资格，那么参与的从犯性质就十分明显。参加者的行为只能“有条件地”定性为犯罪行为，因为其行为取决于主要犯罪者的行为。

37. 由于特别报告员的工作，委员会完全能够拟定一个治罪法草案，为国际刑法管辖权的实施铺平道路。治罪法应成为一套统一的详尽的普遍接受的规则，并与世界上各种不同法系保持协调一致。实施治罪法，显然需要设立国际刑事法院，该法院在必要的行政机构支持下，将拥有审判治罪法所包括的各种罪行的专有权力。目前国际气候的特点是缓和、和平、友谊和合作，这毫无疑问说明了联合国大会为何在1989年12月4日以协商一致的方式通过了具有历史意义的第44/39号决议，决定设立一个对从事非法贩运麻醉药品和其他跨国犯罪活动者拥有管辖权的国际刑事法院。

38. 最后，他表达了如下意见：关于共犯、共谋和未遂的第15、16和17条，应列入治罪法草案专述一般原则的部分。他保留就涉及国际刑事法院规约问题的第八次报告(A/CN.4/430和Add.1)第三部分再次发言的权利。

39. 马希乌先生说，特别报告员的报告简明扼要的特点，起初使他担心第八次报告(A/CN.4/430和Add.1)没有包含足够的内容，使委员会难以研究所谓的“有关的”罪行。实际上本报告须参照特别报告员第四次报告<sup>9</sup>的第三部分来读，他在这一章详细分析了“其他罪行”。委员们曾被要求就重要的几个问题清楚地阐明各自立场，他现在就紧紧围绕这几个重要问题发表一些意见。

40. 关于从实质性后果角度考虑的方法问题，他注意到若干委员提出了这样的问题：是否有必要就共犯、共谋和未遂的概念制定一条一般规则，或换言之，用演绎方法从该条规则中推导出每一项罪行的后果；或者是否宜于直接联系每一项罪行而处理每一个概念，以便遵循归纳方法而考虑每一行为的特点。有的委员还问，是否应将治罪法草案单独一部分专门用来讨论有关的罪行，还是应把这些罪行列入已有的一部分，如关于一般原则的那部分。

41. 这些问题提出了另一个实质性问题即究竟如何为每一种罪行定性的问题。它们是独立罪行还是纯粹的有关罪行？例如，共谋如被视为独立罪行，则即使还没有开始执行也应受惩罚。特别报

<sup>9</sup> 《1986年……年鉴》，第二卷（第一部分），第63页起各页，文件A/CN.4/398。

告员为启发委员会而所用的比较的例子清楚说明了所持的立场：不论罪行是否已实际犯下，仅仅属于罪犯团伙这一点就足应受到惩罚；开始执行，只不过是加重处罚情节，其后果是对判定有罪者可施予更重刑罚。反过来，如果同谋被视为一种参与犯罪的形式，只是一种有关罪行，则立场将大为不同。如要对这种参与施予惩罚，须将其与主要罪行联系起来。委员会正是须依照这些后果来审议所议各项罪行的性质。

42. 在这方面，特别报告员忆及纽伦堡法庭对其组织法<sup>9</sup>第6条的解释，该条区分了三类罪行：危害和平罪（(a)款），战争罪（(b)款），危害人类罪（(c)款）。虽然共谋只是在（a）款明确提到，但可以假定，因在第6条末尾提到共谋概念，它适用于全部三类罪行。当时的目的是在不调查主要罪行的情况下也能严厉惩治那些准备、组织或领导犯罪行为的人。然而结果，法庭却对第6条作了狭隘的解释，认为共谋概念只适用于危害和平罪。就危害和平罪来说，这种共谋被看成是独立的罪行，目的是对统治者犯下的罪行即危害和平罪进行惩罚（这种罪行主要是侵略行为），并把那些负有罪责者作为主犯而不是仅作为从犯加以审判。集体责任的概念自那时起开始形成，因为纽伦堡组织法第6条所依据的是领导和组织那些罪行的人之间的共同责任，其中一部分罪行是由另外一些人直接犯下的。显而易见，必须对集体责任概念加以认真研究，并在逐案审查的基础上找出这一概念起作用的确切条件。这样，共谋概念便可作为独立罪行置于危害人类和平及安全罪之中，但条件是须持必要的谨慎态度，适当考虑到某些因素，如意图因素，这种因素有限制此概念的作用。

43. 更笼统地说，有关的罪行造成了两难的局面：或是认为，治罪法草案包括了大多数严重罪行，据此，不仅必须惩罚那些犯罪发端者，而且必须惩罚因共犯、共谋和未遂而涉入的所有的人，对他们适用的惩罚与其参与程度一致；或是认为，在发生严重罪行时，必须严格执行法律，并试图仅惩罚那些真正对具体的各别的行为负有罪责的人。然而，或许存在着一种中间立场。

44. 关于共犯，他认为用一个条款适用于治罪法草案所包括的所有罪行是可能的，而委员会另一些委员认为，对于共犯，在某些罪行上，如战争罪，可用狭窄的处理办法，而在另一些罪行上，如危害人类和平及安全罪，可用较宽的处理办法。然而他还没有听到任何支持这种区分的真正有说服力的意见。或许因现有的战争罪公约列有详细的规定，对各种罪行作了识别，这使得为各种罪行包括共犯定性较容易，从而有利于在这类罪行的共犯问题上采取狭窄的处理办法。然而，即便如此，海牙公约和日内瓦公约可能是不准确的，无论它们多么详细。因此借助于此在一个问题上支持狭窄的处理办法，而在另一个问题上支持较宽的处理办法，可能不够稳妥。另外他不敢确信，把共谋罪列入治罪法草案会否不使委员会对共犯概念采取狭窄的处理办法；共谋概念使惩罚领导者和组织者成为可能，那么为把某些有责任者也抓住而把共犯概念扩大有任何根据吗？总之，第15条草案

<sup>9</sup> 见第2150次会议，脚注9。

须拟定更详细的案文，以便更清楚地确定根据治罪法应受惩罚的共犯行为。

45. 未遂是与预谋犯罪紧密相关的行为的例子。因此，对未遂须结合各种罪行加以分析并根据具体情况加以惩罚。如果未遂罪行由于情况不以犯罪者意志为转移而未犯下，则未遂仍应受到惩罚。

46. 关于非法贩运麻醉药品问题，这方面首先出现的问题和战争罪情况一样是确定是否任何与麻醉药品有关的非法行为都包括在治罪法草案范围内。他的意见是，严重性因素，不论与对其他种类罪行须考虑的严重性因素多么不同，必须努力为把一项罪行列入治罪法提供法律根据。因此必须确定一些要素，使有可能说，某一具体非法活动仅由国内法管辖，到一定程度上，它超出了国内法管辖范围而成为国际禁止的对象。所以，为了把非法贩运麻醉药品列为治罪法作为危害和平罪予以惩罚的行为之一，对这一外来因素须给予一定重视。然而从这一角度看，X条草案第2款是不充分的。另外，特别报告员在其报告第69段中的评论与该款不完全符合，该款在范围上是很宽的，因而并不排除孤立的行为。因此必须强调该条草案第1款所指行为的外来性，以及它可能对国际关系带来的后果。正是与国际关系的联系使某一涉及麻醉药品的具体行为成为危害人类罪。X条草案第2款可以列出构成犯罪的并因而应受惩罚的行为。

47. 委员会一些委员怀疑，作为危害人类罪的非法贩运麻醉药品是否应单设一条处理。他的意见是最好有两条，特别是因为委员会在治罪法草案第二章的各个部分中分别涉及危害和平罪、危害人类罪和战争罪。如要把非法贩运麻醉药品定为危害和平罪，则须在第二章有关部分明确说明，如定为危害人类罪，也须同样做。从国家的观点出发，非法贩运麻醉药品作为危害和平罪，既有国内方面的问题，又有国际方面的问题。正是因为它影响了国家的稳定或因为危害了国际关系，它才可称为危害和平罪。在把非法贩运麻醉药品界定为危害和平罪的条款草案里必须包括这些要素。然而在危害人类罪方面，与国家有关的内部或国际因素是无关系要的。给人民带来严重后果的国内非法贩运由于这些后果并从某些方面看可视同灭绝种族罪的一种形式。它并没有直接影响国际和平或一国政府的稳定，但它的确危害了广泛范围的人口；所以应维护这样的人类概念。在这种情况下，便与国内法有密切的联系，于是国内法院和拟议中的国际刑事法院须划分惩罚方面的后果——而这是一件特别难处理的问题。

48. 最后，他提到特别报告员曾多次被请求对主犯作出界定，以便接着可以确定犯罪参与者的各种类别。他本人不赞同这种做法，因为刑法一般不象对待罪行那样过多地界定犯罪者。根据罪行确定犯罪者的情节，以便能按照其参与程度给予惩罚。在这一点上，委员会不能过于雄心勃勃：有些概念不能得到完全精确的界定。在国内法中，往往是由法官估定每个被告在犯罪中所扮演的角色，没有任何理由说明在国际法方面就应有所不同。委员会须制定一些指导原则，但在每个具体案件上应由法官确定每个与案子有关者的责任。委员会一旦议定了主要罪行清单；即可再列一个相关罪行的清单。它应争取之尽可能的详尽，尽管决不可能做到详尽无遗。

49. 拉扎凡德拉朗博先生说,既然前几位发言者实际上论及了特别报告员提出的有关共犯、共谋和未遂概念的所有问题,他仅简要地就此专题谈一些意见。他能够理解,特别报告员不愿重开在1986年第三十八届会议审议其第四次报告期间已经进行过的辩论,而是想了解委员会的委员对他提出的三个概念的定义有何想法。然而委员会好几位委员并没有参加第三十八届会议的讨论。而且,特别报告员对这三个概念的定义所作的修改几乎不会引起任何意见分歧,因为它们只不过反映了一般刑法的普遍接受的原则。正由于此,将要进行的任何富有成果的讨论,尤其必须集中于拟给这三个概念确定的作用。委员会必须决定是否可以把这些概念不加变动地引入国际刑法中。

50. 关于共犯问题,众所周知在一般刑事法中,共犯概念根据的是派生的犯罪性原则和派生的惩处性原则。根据第一个原则,共犯是由主要犯罪行为的存在决定的。从该项原则产生了若干后果。其中,只有在主要行为发端者被定为有罪后,从犯才可定为有罪;主要行为被免罪后,共犯的犯罪性质也将消除。根据第二个原则即派生的惩处性原则,共犯行为和主要行为以同样方式受到惩罚;根据绝对派生的惩处性理论的倡导者,主犯和从犯甚至必须受到实际上相同的惩罚。

51. 因此在传统的法律制度中,共犯一般根据主要行为来界定,有条特别规定——大多数情况下载于刑法中陈述一般原则的那部分——专门叙述主要犯罪者或假定的主要犯罪者的概念。这是非常普遍的情况。

52. 然而,委员会须起草一项危害人类和平及安全的治罪法草案,换言之一项国际法文书。和过去一样,委员会每当不得不考虑把国内法的规则和原则转移到国际法中时必须谨慎从事,认真考虑共犯概念应以何种方式转移到治罪法中,即使这个概念的定义和内容在所有国内刑法中都大致相同。特别是有必要确定,派生的犯罪性原则和派生的惩处性原则是否适用于危害人类和平及安全罪中的共犯概念。如果适用,共犯概念就应在治罪法中的一般部分中加以界定,或许和主要犯罪者的概念一样。

53. 然而在就此问题作出决定之前,必须分析一下国际公约和司法惯例。正如特别报告员在其第八次报告(A/CN.4/430和Add.1,第13段)中指出的,国际军事法庭规约在同一条款中不加区别地提到“领导者、组织者、煽动者和从犯”(纽伦堡法庭组织法第6(c)条和东京法庭组织法第5(c)条),在犯罪者和从犯之间不作区分。从犯和主犯之间没有从属关系的观点体现于纽伦堡原则<sup>10</sup>中,也体现在1954年的治罪法草案、1968年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》、1973年的《反对种族隔离国际公约》、1979年的《反对扣留人质国际公约》。然而大会1989年12月4日通过的《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》似乎是个例外。

54. 马希乌先生清楚地说明了对主要行为和共犯行为同等处理并使后者也成为独立罪行这一解决办法的法律后果。

---

<sup>10</sup> 见第2151次会议,脚注11。

55. 正如刚才看到的，国际惯例显然是采取把共犯行为与主要行为分开的办法，国内法中也出现了类似的趋势，即对共犯行为犯罪性质的确定不是取决于对主犯的定罪，甚至不是取决于对主犯的认可。在这种情况下可以理解的是，特别报告员本应把共犯作为单独的一项罪行处理。然而他也知道，委员会如果试图对从犯概念作出界定并使之区别于犯罪者的概念，必然会遇到困难；所以他恰当地提议抛弃传统的主犯和从犯的“一分为二”的关系而选用更宽泛的参与者概念，这就把主犯和从犯都包括进去。委员会应细致地审查这一解决办法，并考虑是否可以起草一项关于参加犯罪的一般规定，把组织者、煽动者、犯罪者和从犯都包括进去。这样的规定应列入一般原则中并在原则上适用于治罪法包括的所有罪行，同时它被理解为，在每一起具体案例中，应由国际刑事法官来估计每个参与者所起的确切作用。

56. 与委员会的一些委员不同，他不认为目前有必要审查各种不同的危害人类和平及安全罪，以便确定共犯理论是否可以适用于这些罪。

57. 第16条草案包含的两款涉及特别报告员所称的共谋的两种程度。事实上，只有第1款真正论及共谋的特点是参与共同计划或参与者之间有协议。第2款指的不是共谋，而是相当于法国刑法术语中所说的一种犯罪行为（attentat），即已执行的共谋。例如，在法国刑法中，危害国家安全的犯罪行为构成一种完全单独的罪行。把关于共谋本身的规定列入治罪法草案一般性部分应是可能的，而且没有困难的。

58. 第2款第一备选案文涉及的是集体责任，第二备选案文涉及的是个人责任。如果委员会选择个人责任原则，则第2款变得多余，因治罪法草案已经有一项关于个人责任的规定。如果委员会选择第一备选案文——按照犯罪参与的概念，该案文对参加犯罪的所有人同等对待——则第2款案文完全应列入一般原则部分，紧接关于参与的规定之后。

59. 关于未遂的第17条草案引起的评论和关于共谋的规定引起的评论一样。既然又是难以审查治罪法所包括的所有恶行以便确定未遂的概念能否适用于它们，所以轻易地规定未遂可能适用于所有的危害人类和平及安全罪是不明智的。如果委员会仅仅把未遂的传统定义列入治罪法一般性部分，这就意味着将由法官来确定在每个具体案件上未遂概念是否适用。

60. 谈到第八次报告的第二部分，他说他原则上赞同把麻醉品贩运列为治罪法所包括的罪行之中的意见。他认为，最好把这种罪行定为危害人类罪而不是危害和平罪。然而特别报告员应重新调整Y条草案案文，以便仅仅包含真正构成国际共谋行动的有组织的大规模贩运。

61. 索拉里·图德拉先生先就共犯和共谋概念发表评论，他说，最简单的莫过于对这两个概念拟订一项且相同的规定，置于参与犯罪的标题下。特别报告员在第八次报告(A/CN.4/430和Add.1,第26段)也确实这样设想过。这样做还有一项好处，即可作为不同的法律制度共同使用的标准，各个法律制度并不总是区分共犯和共谋的。在这方面，应记住，如果治罪法把这样的犯罪者定义列入，不仅包括实际犯罪者，而且包括“起始者”和间接犯罪者，那么有关共犯和共谋的规定也就变

得多余的了。

62. 而且,他怀疑是否所有形式的共犯,特别是主罪之后的从犯行为都足以构成严重的罪行而被视作危害人类罪,因此被治罪法当作犯罪行为来处理。未遂同样有这个问题:它似乎没有严重到可视为危害人类罪的程度。把这些犯罪行为定为危害人类罪有其危害性:极端严重之概念有可能在公众心目中变得多少有些模糊不清,而它本是与治罪法作为犯罪处理的行为密不可分的。

63. 关于非法贩运麻醉药品的X条草案的措词应加以修改,以便十分清楚地表明该条只适用于有组织的大规模贩运。

64. 把一种新的犯罪形式——贩毒品恐怖主义——列入治罪法包括的罪行清单里也是一种很好的做法。人权委员会在第四十六届会议上通过了第1990/75号决议,题为“非正规武装集团和贩运毒品分子的暴行为对人权的享受所造成的影响”,其中该委员会对许多国家中的非正规武装集团和麻醉品贩运分子的犯罪和暴行以及这两者之间加紧联系的证据深表关切。现在有理由认为,几年前在欧洲十分猖獗的恐怖主义活动曾与麻醉品贩运者有联系。目前拉丁美洲好几个国家的情况也是如此,这种新的犯罪形式对那里的社会构成了真正的威胁。因此这里涉及的不仅是危害人类罪,而且是危害和平罪,必须作为治罪法中的一种犯罪确切加以处理。

65. 主席作为委员会委员发言,他首先指出,特别报告员在第八次报告(A/CN.4/430和Add.1)第一和第二部分提出了极引起争议的问题。共犯、共谋和未遂是国内法概念,其内含依法律制度的不同而各异。如果要使一项国际文书成为普遍接受的文书,那么在把这些概念列入该文书之前,必须进行统一和协调的艰巨工作。即使不久的将来要建立一个国际刑事法院,但治罪法包括的罪行无疑在大多数情况下还是由国内法院审判的。

66. 遗憾的是,第15、16和17条草案照目前的措词是难以完全接受的

67. 他不反对治罪法把共犯和共谋作为犯罪处理,但对于把未遂列为危害人类和平及安全罪是否恰当抱有怀疑。实际上特别报告员本人对这一点似乎也有些疑问。他在报告中承认(同上,第66段),未遂理论只能对审议中的罪行作有限的应用。然而,读了第17条草案却给人与评论相反的印象:它论述的正是普遍应用理论。

68. 关于方法问题,他认为有关共犯、共谋和未遂的规定应列入治罪法论述一般原则的部分,因为这些不是具体属于危害人类和平及安全罪的罪行。实际上这些罪行犯下时往往与诸如谋杀、盗窃等罪行有联系。或许正是由于这一原因,在各个国家包括他自己国家的刑法中,有关这些概念的规定载于涉及一般原则的部分。

69. 他对于特别报告员在报告里提交了关于非法贩运麻醉药品的条款感到高兴。他所属于的民族曾是帝国主义分子组织的麻醉药品贩运活动的第一个受害者,所以他深有感触地相信,国际社会把这一罪行定为危害人类和平及安全罪,是作出了一个在世界历史上具有里程碑意义的决定。对于就此主题提交的条款草案,他承认非法贩运麻醉药品既是危害和平罪,又是危害人类罪,但认为没

有必要设立两条单独的条款。

70. 最后，正如特别报告员本人指出的，作为治罪法下的一种罪行来处理，这种贩运必须是极为严重的。所以它必须是大批的，并且是由联合或私人结伙或政府官员大规模进行的。遗憾的是，X条草案读后看不出这一点。

中午 12 时 50 分散会。

第 2154 次会议

1990 年 5 月 9 日星期三上午 10 时

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、本努纳先生、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、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、恩詹加先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁库纳斯先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生。

---

危害人类和平及安全治罪法草案<sup>1</sup>（续）

(A/CN.4/419 和 Add.1,<sup>2</sup> A/CN.4/429 和 Add.1-4,<sup>3</sup>

A/CN.4/430 和 Add.1,<sup>4</sup> A/CN.4/L.443,B 节)

---

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 转载于《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

<sup>3</sup> 转载于《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

<sup>4</sup> 同上。