# 引　言

二十世纪以来，各种形式的国际犯罪活动日趋频繁，且愈演愈烈。由于国际犯罪危及到国际社会的生存与发展，因此，国际犯罪及其相关的问题已越来越被国际社会和世界各国所重视。加强对国际犯罪的防范和打击，是摆在国际社会面前的一项严肃的课题。

应该说，迄今为止，国际社会为严密预防和惩治国际犯罪的法网作了不懈的努力。从立法层面来看，国际社会通过了大量惩治国际犯罪的国际公约，加强了打击国际犯罪的国际立法，例如有关破坏和平罪、战争罪和反人道罪的《欧洲国际军事法庭宪章》、《远东国际军事法庭宪章》、《战争罪及反人道罪不适用法定时效公约）和日内瓦四公约① 及其附加议定书、《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》等；有关灭绝种族罪的（防止及惩治灭绝种族罪公约》；有关种族隔离罪的（禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；有关种族歧视罪的（消除一切形式种族歧视国际公约》；有关劫持人质罪的《反

①第一公约即《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》；第二公约即《改善海上武装部队伤病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》；第三公约即（关于战俘待遇的日内瓦公约》；第四公约即《关于战时保护平民的日内瓦公约》。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

对劫持人质国际公约》；有关贩卖和使用奴隶罪的《废除奴隶制及奴隶贩卖之国际公约》、《关于修正废除奴隶制及奴隶贩卖之国际公约的议定书》和《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约）等；有关酷刑罪的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》；有关劫持航空器罪的（关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》（简称《东京公约》）、《关于制止非法劫持航空器的公约》（简称(海牙公约》）、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（简称《蒙特利尔公约》）、《制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》（简称《蒙特利尔议定书》）和《注标塑性炸药以便探测的公约》① 等有关毒品犯罪的《麻醉品单一公约》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约）等。② 1998 年 7 月 17 日，罗马外交大会通过了建立国际刑事法院的《国际刑事法院规约》，它标明国际社会建立惩治国际犯罪的全球一体化刑事法律规范已经迈出了重要的一步。该《规约》的通过更是国际社会加强打击国际犯罪的国际立法的一个典型例证。

但是，由于当今世界各国在文化传统、社会政策、经济发展等方面的差异，导致国际社会在惩治国际犯罪方面，很难达成协调一致的全球一体化的刑事法律规范，即使是已经达成的国际公约，如果没有国内法的支持和呼应，其效力往往也会大打折扣，甚至无法得到执行。因此，加强和完善惩治国际犯罪的国内立法应是当务之急。为了满足打击国际犯罪的现实需要，世界各国加强了国际犯罪的国内立法工作，为惩治其境内的国际犯罪提供的法律依据。例如，（俄罗斯联邦刑法典）第十二编专门规定了“破坏人类和平和安全的犯罪”。其中包括策划、准备、发动或进

① 该公约于 1991年 3 月 1 日订与蒙特利尔，1998 年 6 月 21 日生效。
②上述有关公约的生效时间、我国加入的情况等见本文附录一。

行侵略战争罪（第 353 条）、公开号召发动侵略战争罪（第 354 条）、生产或扩散大规模杀伤性武器罪（第 355 条）、使用战争中禁止使用的手段和方法罪（第 356 条）、种族灭绝罪（第 357 条）、生态灭绝罪（第 358 条）、雇佣军队罪（第 359 条）、袭击受国际保护的人员或机构罪（第 360 条）等；[①] 1994 年生效的《法国刑法典》专章规定了种族灭绝罪（第 211－1 条）、其他反人类罪（第 212－1 条、第 212－2 条、第 212－3 条）、恐怖活动罪（第 421－1 条、第 421－2 条、第 421－3 条、第 421－4 条）等；[②] 《西班牙刑法典》第二章规定了“危害和平和国家独立罪”、第四章规定了“海盗罪”；《意大利刑法典》分则第一章第四节规定了“对外国及外国元首之犯罪”等，这些罪名都与有关的国际公约中规定的罪名相同。1997 年修订的《中华人民共和国刑法》，在许多方面体现了国际刑事法律规范的精神。在总则中，明确规定了普遍管辖原则（第 9 条）；在分则中，增设了与国际刑事法律规范有关的犯罪，如组织、领导和参加恐怖组织罪（第 120 条），劫持航空器罪（第 121 条），劫持船只、汽车罪（第 122 条），暴力危及飞行安全罪（第 123 条），非法买卖、运输核材料罪（第 125 条），洗钱罪（第 191 条）等，并对其他与国际刑事法律规范有关的犯罪如走私、贩卖、运输、制造毒品（第 347—356 条），军人违反职责（第 421—451 条）等进行了完善，使我国刑法能更好地体现国际刑事法律规范的内容和要求。

可见，为了有效地同国际犯罪作斗争，除了要加强和完善惩治国际犯罪的国际立法，从目前的情况看，还应当加强和完善有关国际犯罪的国内立法。

关于国际犯罪的国内立法，应该说，国外有的学者虽在论

① 黄道秀等译：《俄罗斯联邦刑法典》，中国法制出版社 1996 年版，第 175—177 页。

②罗结珍译：《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社 1995 年版。

著、辞典中提到这一问题，但对此进行专门研究的并不多。国际刑法学协会主席巴西奥尼先生于 1999 年 5 月 12 日在北京友谊宾馆作关于国际犯罪及相关问题的学术报告时提出国际刑法的实施模式应当是“双轨制”，即一方面把建立一个国际刑事法院及其辅助机构作为奋斗目标（直接执行模式）；另一方面，考虑到目前的国际现状，建议制定一部条约性质的国际刑法典公约，并使其规范在缔约国的国内法中得到体现和实施（间接执行模式）。澳大利亚悉尼大学资深教授依凡·谢瑞尔为在 1996 年 11 月于澳门召开的题为“在相互依存的国际社会中的宪法”的亚太地区国际法会议提交的论文《国内法院对国际法的查明与适用》，① 是关于国际犯罪国内立法问题的专门论文，该论文主要是从程序法的角度来论述的。国内学者对国际犯罪的国内立法问题也有所论及，例如高格在其《我国刑法应如何规定国际犯罪》一文中提到了我国刑法中规定国际犯罪的方法；② 张智辉在《国际刑法通论》一书中，对国际刑法规范在国内刑法中的确认和体现以及国际刑法国内适用中的几个共性问题进行了探讨；③ 赵永琛在《国际刑法与司法协助》一书中对国际刑法的国内履行以及适用国际刑法的理想模式进行了论述；④ 马进保在《国际犯罪与国际刑事司法协助》一书中也提到惩治国际犯罪应采用国际法与国内法并用的观点⑤ 等等。但是，上述作者对国际犯罪的国内立法问题并未展开深入细致的探讨。鉴于国际犯罪国内立法的必要性和重

① 该文已由尤明青译，载（法商研究） 1997 年第 5 期。

② 高格：《我国刑法应如何规定国际犯罪》，载《法学》 1991 年第 3 期。

③ 张智辉著：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 268—278 页。

④ 赵永琛著：《国际刑法与司法协助》，法律出版社 1994 年版，第 107—110 页。

⑤ 马进保著：《国际犯罪与国际刑事司法协助》，法律出版社 1999 年版，第 32—41 页。

要性，激发我选择了国际犯罪国内立法研究这一课题作为我的博士论文题目。

本文拟用逻辑分析和比较研究的方法，从宪法学、刑法学、刑事诉讼法学、国际法学的角度，对国际犯罪的国内立法进行多方面的理性思考。以国际犯罪的概念、国际犯罪的刑事责任以及国际犯罪国内立法的必要性等问题作为国际犯罪国内立法研究的前导。在此基础上，本文将分析国际犯罪国内立法的理论基础，寻求协调主权和人权关系、追究国际犯罪刑事责任的有效方法，以阐明国际犯罪国内立法存在的合理性和可行性，也即在理论上存在的正当性。本文还将对国际犯罪国内立法的法律基础进行研究，认为国际犯罪国内立法的根据是各国意志的协调一致，国际犯罪与国内立法的衔接点是普遍管辖原则。在对一些国家关于国际犯罪的立法实践典型模式进行评析，寻求国际犯罪国内立法的实践依据之后，本文还将就如何在我国完善有关国际犯罪的立法提出建议。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

# 第一章　国际犯罪国内立法导　　论

研究国际犯罪的国内立法，首先应界定国际犯罪的概念，探讨国际犯罪的刑事责任的归责基础，研究承担国际犯罪刑事责任的主体以及实现国际犯罪刑事责任的途径。在此基础上，本章将进一步论证加强国际犯罪国内立法的必要性。

## 一、国际犯罪的概念

国际犯罪的概念是国际刑法中最重要的基本概念，是区分国际犯罪与一般国际不法行为的标准。但是，何为国际犯罪，在国际刑法学界却是众说纷纭，莫衷一是，单是表述国际犯罪的术语就很不一致,如有‘‘国际法上的犯罪’（Crime under International Law）、‘违反国际法的犯罪’（Crime against International Law）、‘违反各国公共利益的犯罪’（Offenses against the Law of Nations）、‘域外犯罪’（Transterritory Crime）、‘跨国犯罪’（Transnational Crime）、‘涉外犯罪’（External Crime）、‘国际犯

罪’（International Crime）等等”。[①] 迄今为止，国际社会还没有对国际犯罪确定一个统一的概念，以致给控制、防范和打击国际犯罪带来困难。所以，给国际犯罪确定一个科学的概念是国际刑法研究中一个十分重要的任务。

著名国际刑法学家巴西奥尼在其《国际刑法典草案）中提出：“国际犯罪就是本法分则所列出的任何犯法行为，或在国际公约中确认的犯法行为”同时又解释说“本法所用的‘犯罪’与‘犯法’两词可以互换”。[②] 这个定义没有揭示出国际犯罪的实质，且逻辑上自我循环，这无异于说，犯罪就是犯法，犯法又是犯罪。我们知道，“犯罪”与“违法”是两个不同的概念，不遵守法律或法令的行为都可以称为“违法”，而只有违反了刑法的有关规定的行为才能称作“犯罪”。就“国际犯罪”与一般“国际违法”行为来说，一般“国际违法”行为是对一般性国际义务的违反，而国际犯罪所危害的利益是国际社会的整体利益中最重要的的部分，[③] 二者是有明显区别的。所以，上述定义不可取。日本学者山手治之认为：“国际犯罪一词，一般有三种意义：（一）犯人及其罪行涉及几个国家时，从单纯的涉外性（国际性）犯罪的意义来说，称为国际犯罪。犯人即使在几个国家犯有多种罪行，对其罪行的判定，按各该国家的刑法而定，因为他侵害了各该国的权益。为惩处罪犯而谋求国际合作，可以通过国际刑警组织（ICPO）进行国际司法协助。（二）海盗行为、买卖奴隶、贩卖毒品等行为称为国际犯罪。为防止和惩处这些行为，有时采取联合行动。可以认为，这些行为构成了对各该国权益的侵害，

①赵永琛著：《国际刑法与司法协助》，法律出版社 1994年版，第 35页。

②转引自黄肇炯著：《国际刑法概论》，四川大学出版社 1992年版，342—343页。《国际刑法典草案》总则第 4 条第 1款。

③参见万鄂湘著：《国际强行法与国际公共政策》，武汉大学出版社 1991 年版，第96—97 页。

同时也是对各国共同的权益以至全人类共同的权益的侵害。特别是海盗，自古以来就被认为是‘人类的敌人’，国际法惯例允许任何国家的军舰在公海上加以拿捕，带回本国，交由各国法院按国内刑法处理。（三）上述两种行为以及被断定为侵害了国际社会一般权益的某种行为，以国际社会的名义交由国际法院加以惩处时，从严格意义上说，可以称之为国际犯罪。”① 这一定义，从范围和内容方面对国际犯罪作了较为详尽的概括，但它同样未能指出国际犯罪的实质，并将国际犯罪与涉外犯罪相混淆。不仅如此，它还提出了一个“以国际社会名义交由国际法院加以惩处”的条件。而我们知道，许多国际犯罪已陆续由多种国际条约和公约作了确认，“国际法院惩处”并不是确定国际犯罪的必备条件。美国国际法学者昆西·莱特则认为国际犯罪是“故意违反国际法所保护的根本利益或明知可能违反这种利益而做出的行为，这种行为在国家实施的普通刑事管辖权下可能没有受到充分的惩罚。’② 这个概念把国际法同国内法截然分开，使极为复杂的国际犯罪失去了广泛的法律基础，大大缩小了国际犯罪的范围，严重束缚了国际社会和各国司法机关打击国际犯罪的手脚，造成对一些国际犯罪无法加以制裁。可见，上述国外学者在论及国际犯罪的概念时，都在不同程度上存在着片面性，没有对国际犯罪作出正确而全面的界定。

我国学者对国际犯罪的概念也作了很多研究，主要有以下几种观点：第一种观点认为：“国际犯罪是指国际社会公认的违犯国际刑事法律规范（国际法刑事方面的规范或惯例）或有悖于人类和平精神，危害国际社会一般权益而应当受到惩罚的严重国际

① 参见日本国际法学会编：《国际法辞典》，世界知识出版社 1985 年版，第 489 页；“国际犯罪”词条。

② 转引自梅小侃：《赵维田〈论三个反劫机公约〉（1985 年版）》，载《1986 年中国国际法年刊》，第 440 页。

不法行为。① 第二种观点认为："国际犯罪是国际社会通过国际公约的形式予以明文禁止并确认其实施者应当受到刑事制裁行为。'② 第三种观点认为："国际犯罪的概念有广义和狭义之分。广义的国际犯罪包括：违反国际法的犯罪、违反各国公共利益的犯罪、域外犯罪和涉外犯罪等。而狭义的国际犯罪，仅仅只是指违反国际法的犯罪和违反各国公共利益的犯罪两种。"③ 第四种观点认为："国际犯罪是指国际社会公认的违反国际法刑事方面的规范或惯例，危害国际社会或者违背国际义务，应当受到惩罚的严重国际不法行为。'④ 第五种观点认为："国际犯罪是指危害国际社会的利益，为国际刑法所禁止，并依照国际刑法应当承担刑事责任的行为。'⑤ 第六种观点认为："国际犯罪是指违反国际社会刑事方面的规范和惯例或者内国法关于国际方面的规定，侵犯人类共同生存与发展所需要的环境与秩序，以及违背国际义务或者需要通过国际司法合作予以刑罚处罚的行为。'⑥ 第七种观点认为："国际犯罪是违反公认的国际法规范并严重危害国际社会整体利益的，依据国际法应受到惩罚的犯罪行为或严重违法行为。'⑦ 等等。

上述概念都有可取之处，但相对来说，我认为，第一种观点和第七种观点更加准确一些。因为：第一种观点指明了国际犯罪是对国际社会公认国际刑事法律规范（国际法刑事方面的规范或惯例）的违反，第七种观点强调了国际犯罪严重危害国际社会的

①黄肇炯著：《国际刑法概论》，四川大学出版社 1992 年版，第 58—59 页。
②张智辉著：《国际刑法通论》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 94 页。
③赵永琛著：《国际刑法与司法协助》，法律出版社 1994 年版，第 35 页。
④ 刘亚平著：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社 1986 年版，第 53 页。
⑤ 邵沙平著：《现代国际刑法教程》，武汉大学出版社 1993 年版，第 88 页。
⑥ 马进保著：《国际犯罪与国际刑事司法协助》，法律出版社 1999 年版，第 7 页。
⑦ 林灿铃：《国际社会的整体利益与国际犯罪》，载《河北法学》1999 年第 1 期。

整体利益。这两种观点都在一定程度上体现了国际犯罪的一些本质属性。而第二种观点过分强调国际犯罪是国际社会通过国际公约的形式予以明文禁止并确认其实施者应当受到刑事制裁行为。我们知道，国际刑事法律规范不仅包括国际公约，还包括国际习惯；第三种观点将行为人所实施的危害各国公共利益和公共秩序且为各国法律认为应受刑罚处罚的行为归为国际犯罪，第六种观点将违反“内国法关于国际方面的规定”作为国际犯罪的一种表现形式，这两种观点都将国内法作为惩治国际犯罪的法律渊源，而我们知道，只有当国内法的规定成为国际习惯时，① 才能作为惩治国际犯罪的法律渊源，而在这两个定义中并没有体现出这样的含义；第四种观点认为国际犯罪危害了国际社会或者违背了国际义务，第五种观点认为国际犯罪危害了“国际社会的利益”，这两种观点没指出危害了国际社会的什么，或者说怎样危害，危害的程度如何等，因为一般的国际违法行为也危害了国际社会，也违背了国际义务，但它却不是国际犯罪。

那么，究竟什么是国际犯罪？我认为，国际犯罪属于刑事犯罪的范畴，在基本特征方面与国内刑事犯罪有许多共同点。但国际犯罪又有其自身的一些特点，这些特点使国际犯罪有别于国内犯罪。要科学界定国际犯罪，就必须首先把握住成立国际犯罪的以下条件：

1. 实质条件：国际犯罪对国际社会具有严重的危害性。

国际犯罪对国际社会的共同利益的严重危害是客观存在的，它危害了人类的和平、进步和发展。英国国际法学者施瓦曾伯格

①参见王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社 1982 年版，第 985 页。《国际法院规约》第 38 条。该条第 1 款规定：“……（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。……”该规定通常被认为是对国际法渊源的一个权威性的说明（见端木正主编：《国际法（第二版）》，北京大学出版社 1997 年版，第 20 页）。关于国际习惯，将在下文加以论述。

把国际犯罪描述为“冲击国际社会根本基础的行为”。① 与国内犯罪相比，国际犯罪具有更为严重的社会危害性，有些国际犯罪的行为方式尽管与国内的犯罪差别不大，但它对国际社会的环境和秩序造成了全面的危害，使正常的国际秩序陷入一片混乱之中，所以其危害性要比国内的刑事犯罪大得多。例如侵略罪、战争罪、反人道罪、灭绝种族罪、种族隔离罪、种族歧视罪、劫持人质罪、贩卖和使用奴隶罪、国际贩卖人口罪、劫持航空器罪、危害国际民用航空安全罪、危害海上航行安全罪、毒品犯罪、非法获取和使用核材料罪等。为了国际社会和全人类的安全、稳定和发展，各国就必须超越政治、经济、民族、文化等界限，共同联合起来对付国际犯罪。

2. 形式条件：国际犯罪具有国际刑事违法性。

国际犯罪是危害国际社会的行为，但并非所有对国际社会有危害性的行为都是国际犯罪，只有那些严重危害国际社会至关重要的利益并为国际刑事法律规范所禁止的行为才是国际犯罪。国际刑事法律规范应包括哪些内容呢？

（国际法院规约）第 38 条指出了法院裁判案件时所应用的法律，该条第 1 款规定：“法院对于陈诉各项争端，应以国际法裁判之，裁判时应适用：（子）不论普通或特别国际协约，确立当事国明白承认之规则者；（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；（寅）一般法律原则为文明各国所承认者；（卯）在第五十九条规定② 之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。’③ 该条通常被认为

①转引自梅小侃：《赵维田：〈论三个反劫机公约〉（1985 年版）》，载《1986 年中国国际法年刊》，第 440 页。

② 《国际法院规约》第 59 条规定：“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社 1982 年版，第 989 页。

③王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社 1982 年版，第 985 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

是对国际法渊源的一个权威性的说明。① 根据该条的规定，国际法院裁判案件时所适用的法律包括国际条约、国际习惯、一般法律原则，司法判例和学者学说。那么，认定国际犯罪时所适用的法律应当包括哪些呢？

我认为，基于目前的现状，认定国际犯罪的法律依据应当只包括国际条约和国际习惯两种。这是因为：国际条约和国际习惯已被公认为是认定国际犯罪的法律依据，② 而“司法判例”和“学者学说”只能作为确认法律原则的补助资料，其作用只是确定某项原则或规则是否存在，其本身并不是法律渊源，③ 所以不能作为认定国际犯罪的法律依据。“一般法律原则”能否作为国际法的渊源，在国际上引起了广泛的争议，多数西方法学家将它理解为国内法的一般原则，1920年，法学家咨询委员会也认为一般法律原则首先是各国的国内法原则；④ 也有一些人认为它只能是国际法原则，如前苏联的童金认为，国际法院规约第38条第1款（寅）项所指的并不是国际法的独特渊源，也不是创造国际规范的特殊形式，根据该条的补充说明，⑤ 法院应当适用的只是国际法，而不是任何法系的规范，一般法律原则只能是国际法

① 参见端木正主编：《国际法(第二版)》，北京大学出版社1997年版，第20页。《国际法院规约》的这条规定是直接从1919年国际联盟的《国际常设法院规约》的第38条引用过来的，其目的是为了使法院在裁判时有更多的依据，免得产生“无法可依”的结果。

②参见黄肇炯著：《国际刑法概论》，四川大学出版社1992年版，第58—59页。又见马进保著：《国际犯罪与国际刑事司法协助》，法律出版社1999年版，第7页。另见刘亚平著：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社1986年版，第53页。

③参见端木正主编：《国际法（第二版）》，北京大学出版社1997年版，第25页。

④ 参见赵理海著：《国际法基本理论》，北京大学出版社1990年版，第60—61页。

⑤ 1945年在制定国际法院规约时，对常设国际法院规约第38条曾作了一项重要补充，即“法院对于陈诉各项争端，应以国际法裁判之。”参见赵理海著：《国际法基本理论》，北京大学出版社1990年版，第63页。

原则。[①] 我国也有学者认为，“西方国际法学者所主张的一般法律原则指的是国内法的原则，但国际法与国内法是不同的法律体系，国内法的原则不能适用于国际法。”[②] 还有人如意大利的安齐洛蒂（Anzilotti）、英国的布朗利（Brownlie）等，主张一般法律原则包括国际法的一般原则和国内法的一般原则两种。[③] 鉴于国际上对这一问题的争论不休，以及从先例来看，一般法律原则几乎只是限于国内的私法及诉讼法的领域。[④] 所以，“一般法律原则”也不宜成为认定国际犯罪的依据。

(1) 国际习惯

国际习惯，或称“国际习惯法”，[⑤] 是根据各国的习惯确立的国际法规的总称。[⑥] 它是由各国加以规定，并以国际关系参加者是否同意承认某项行为规则具有法律拘束力为基础。[⑦] 国际习惯的形成，有两个要素：一是国际惯例的产生，这是“物质因素”。各国在交往中，处理某类问题时所树立的先例，如果其他国家在处理同类问题时，也以之作为有拘束力的规范并反复为其他国家适用，则构成国际惯例。[⑧] 二是该惯例要被接受为法律，

① 参见格·伊·童金：《国际法理论问题》，刘慧珊等译，世界知识出版社 1965 年版，第 130—131 页。

② 参见朱荔荪等著：《国际公法》，中央广播电视大学出版社 1985 年版，第 9 页。

③转引自赵理海著：《国际法基本理论》，北京大学出版社 1990 年版，第 61—62 页。

④参见日本国际法学会编：《国际法辞典》，世界知识出版社 1985 年版，第 3 页。

⑤参见端木正主编：《国际法（第二版）》，北京大学出版社 1997 年版，第 22 页。

⑥ 参见日本国际法学会编：《国际法辞典》，世界知识出版社 1985 年版，第 33 页。

⑦ 参见〔苏〕克利缅科等编，程晓霞等译：《国际法辞典》，中国人民大学出版社 1987 年版，第 186 页“国际惯例”词条。

⑧ 参见朱荔荪等著：《国际公法》，中央广播电视大学出版社 1985 年版，第 9 页。

这是“心理因素”:“法律确信”这个心理因素可以作为某个规则是否已被接受为法律的验证。[①] 为了证明这惯例是否存在和是否被接受为法律，必须寻找证据。证据可以从以下三个方面的资料去查找：(1) 国家间的各种外交文书；(2) 国际机构的决议和判决等；(3) 国内立法、司法、行政方面的各种有关文件等。一项原则、规则或制度，只有从国际实践的有关资料中找到已被各国承认为具有法律约束力的充分证据，才能确立为国际习惯，如查找不到证据，则不能确立为国际习惯。[②]

国际习惯是古老的国际法渊源，与国际条约只适用于缔约国不同，其效力普遍适用于整个国际社会。[③] 1961 年《维也纳外交关系公约》序言中也重申：“凡未经本公约明文规定之问题应继续适用国际习惯法之规则”。[④] 国际习惯是作为约束构成国际社会的所有国家的一般国际法而存在的，正如联合国组织的专家委员会在调查卢旺达情势后指出：虽然卢旺达不是日内瓦四公约的缔约国，但是已经被全球广泛认可的共同第 3条的规定已经成为约束非公约缔约国的国际习惯法部分，并同样非常合乎情理地获得了绝对法的地位。[⑤] 所以，在多边条约大为增加的今天，国际习惯仍在国际社会中占有极为重要的地位。

(2)国际条约

由于国际上没有，也不可能有超国家的立法机构制定、颁布法律和法令，国际法律规范主要是通过国际条约来制定和认可的，而国际条约是国家与国家之间的协议，各方的权利义务明确，对各缔约国都具有约束力，所以，国际条约是国际法的主要

① 参见端木正主编:《国际法(第二版)》,北京大学出版社 1997 年版,第 23 页。
② 参见王献枢著编:《国际法》,中国政法大学出版社 1884 年版,第 25—26 页。
③ 参见日本国际法学会编:《国际法辞典》,世界知识出版社 1985 年版,第 34 页。
④王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社 1982 年版，第 599 页。
⑤ 参见王秀梅译：《前南国际法庭的管辖——兼及与卢旺达国际法庭管辖的比较》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第 3 卷，法律出版社 1999 年版。

渊源，也是认定国际犯罪主要法律依据。现有的关于国际犯罪的法律规范主要来自联合国的国际法律文件，包括国际宣言、国际公约、多边条约，也包括大量的双边条约、协定和协议，如《防止及惩治灭绝种族罪公约》（1948 年）、《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》（1973 年）等等。

从国际条约与国际习惯的关系来看，国际条约即是国际习惯的编纂，也是对国际习惯的发展；而国际习惯则是国际条约的基础，它是不成文的国际条约。一方面，国际条约中没有明文规定的国际法原则不等于在国际习惯法上就不存在；国际条约因某种原因失效或废除，也不等于它所编纂的国际习惯法规则同时归于无效。另一方面，国际习惯法上没有的国际法原则或规范，国际条约并非不能予以制定和发展。①

可见，违犯国际刑事法律规范（包括国际条约和国际习惯）的禁止性规定，是国际犯罪区别于国内犯罪的最显著的外部特征。一方面，不违反所在国国内法不能作为免除国际法律责任的理由。纽伦堡原则明确规定：“国内法对构成国际法上的犯罪行为不处以刑罚的事实，不能免除从事该行为的人在国际法上的责任。’② 联合国国际法委员会编纂的《破坏人类和平及安全治罪法草案》（1954 年）强调国际犯罪的定性是独立于国内法的，是违反国际法的犯罪，③ 这都说明了某一行为是否定为国际犯罪是由国际刑事法律规范所决定的，某些行为虽不为国内刑法所禁止，但只要国际刑事法律规范将其作为犯罪行为加以禁止，那么这一行为就是国际犯罪。另一方面，如果某些行为为国内刑法作为犯罪加以禁止，但只要还没有形成国际习惯，也没有被规定在

① 参见张潇剑著：《国际强行法论》，北京大学出版社 1995 年版，第 72 页。
② 参见日本国际法学会编：《国际法辞典》，世界知识出版社 1985 年版，第 424 页。
③ 同上，第 719 页。

有关的国际条约之中，这些行为就仍然只是国内刑法中的犯罪，而不能被视为国际犯罪。所以，国际犯罪必须得到国际社会的公认，并且，国际社会对国际犯罪的公认还必须上升为国际刑事法律规范，具体表现为国际条约和国际习惯，这是由国际犯罪的本质属性所决定。例如，第二次世界大战后的纽伦堡和东京国际军事法庭的审判，就在许多方面创立了适用国际条约和国际习惯惩治国际犯罪的国际刑事司法实例。

3. 时间条件：国际犯罪不仅可以根据事前订立的国际条约来确认，也可以以事后国际社会根据国际习惯订立的国际条约来进行认定，而且，在极个别的情况下，通过国际社会公认，国际刑事法律规范对国际犯罪还可以有溯及既往的效力。①

一方面，国际犯罪可以以事后国际社会根据国际习惯订立的国际条约来进行认定。

表面上看，对某个国际犯罪的定罪依据可能是根据事后的国际条约。② 但是，这些国际条约只是对行为时已经存在的国际习惯的一种认可和总结，是国际习惯的成文化，它虽然表现为国际条约的形式，但就其本质，却是属于国际习惯法的范畴。③ 这里，国际犯罪可以以事后国际社会根据国际习惯确立的规则来进行认定，不同于国内刑法中的事后法和溯及力。后者不问是否已经形成了习惯，即使没有形成习惯，只要国家的法律规定有溯及力即可；而前者则必须先有各国的实践，并形成习惯，然后再在将来的某一个时间通过缔结国际条约的形式将其具体化、系统化。这里的“事后”，仅仅表示国际条约对国际习惯的成文化是

①参见黄肇炯著：《国际刑法概论》，四川大学出版社 1992 年版，第 59—60 页。另见刘亚平著：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社 1986 年版，第 48—50 页。

② 如纽伦堡审判和东京审判中宣布的一些原则就是对当时的国际习惯的确认。

③ 这里，虽然国际习惯法和国际公约的表现形式相同，但它们的法律效力却不同，国际公约仅仅适用于各缔约国，而国际习惯法则适用于整个国际社会。

在有关犯罪行为发生之后，这一国际条约是依据行为时的国际习惯来确定的，它和国内法中所谓适用事后法是有本质区别的。

例如，第二次世界大战后，依据《欧洲国际军事法庭宪章》和《远东国际军事法庭宪章》，法庭对“破坏和平罪”、“战争罪”具有管辖权。[①] 所谓“破坏和平罪”，是指计划、准备、发动或实施侵略战争，或违反国际条约、协定和保证之战争，或者参与为实现任何上述行为的共同计划或同谋。所谓“战争罪”，是指违反战争法规与惯例，对被占领土内的平民、战俘或海上人员实施谋杀、虐待，杀害人质，劫掠财物，蹂躏城市等残暴行为。[②] 在纽伦堡和东京国际军事法庭审判期间，为被告辩护的律师团曾经提出以下辩护意见：第一，从实质而论，根据“罪刑法定主义”（nullum crimen sine lege，nulla poena sine lege）原则，采取溯及性课刑是非法的；第二，从形式而论，追究被告的个人责任是事后法（ex post facto legislation）等。[③]这些均被法庭一一驳回：第一，关于侵略战争在当时是否违反国际法的问题。关于破坏和平罪和战争罪的罪名，法庭正确地指出：巴黎非战公约谴责以战争为推行国家政策的工具，意味着宣布一项公认的原则，而以各国人民的名义郑重宣布这一原则，必然包含着侵略战争在国际法上非法的主张。事实上，不但巴黎非战公约这个为当时所有主要国家，包括日本、德国和意大利参加的国际条约，是禁止侵略战争的“实在法”，而且在公约缔结前和缔结后的大量双边和多边条约中，以及国际联盟的多次决议中，都一再确认“侵略战争是国际犯罪”的国际法规范。毫无疑问，日、德、意的一系列

① 详见《欧洲国际军事法庭条例》第二部分“权限和一般准则”。

② 参见马进保著：《国际犯罪与国际刑事司法协助》，法律出版社 1999 年版，第 63—64 页。

③参见日本国际法学会编：《国际法辞典》，世界知识出版社 1985 年版，第 423 页“纽伦堡审判”词条。

需要全本请访问 www.ertongbook.com