

第一编 国际刑法概论

国际刑法学的发源地在西方发达国家,因此,世界国际刑法的研究基,点与一些基本原则和规范的考虑基本以西方的价值观念为标准。而由于世界各国的经济发展程度和传统文化不同,国与国之间在行为标准和价值观念上相差悬殊,现有的世界国际刑法模式无疑不能完全适合我国的国情。我国作为世界大国之一,对国际上或国家之间的重大法律问题应该有发言权,而且应该有我们自己的原则和立场。因此,进行国际刑法研究,应侧重从我国的经济现状和外交政策出发,建构我国国际刑法研究的基点和体系。其中,确定国际刑法的概念和特征,反思国际刑法的本质和基本原则,总结国际刑法的历史,分析国际刑法的现状,展望国际刑法的发展前景,特别是国际刑事法院的发展前景,尤为重要。

第一章 国际刑法概说

正确认识国际刑法,是展开国际刑法研究的基础,也是建构国际刑法学体系的前提。界定国际刑法的概念,把握其‘两重性’是核心和关键。国际刑法源头的探寻,国际刑法发展轨迹的回溯,国际刑法未来的展望,都需要从国际刑法的‘两重性’入手。

第一节 国际刑法的概念分析

概念的解析往往是进行科学研究的前提。在国际刑法的研究中,对国际刑法概念的认识尤为重要。

一、国际刑法诸认识基点概览

汉语中的‘国际刑法’直接源于英文“international criminal law”。这一名称在 18 世纪以前几乎不为人知,在法律文献中亦未曾出现过。有人认为,是英国的哲学家边沁首先在 1780 年使用这一名称,用以表示规范国内刑法的国际效力规则。19 世纪下半叶,欧美一些刑法学家在从事各国刑法的比

较研究时,开始正式使用这一名称^①。尽管国际刑法这一名称从正式使用到现在已经有一百多年的历史,但由于研究、使用者的运用角度不同,价值取向各异,至今没有一个为国际上所普遍接受的确切定义。概括起来,学者们对国际刑法的解释主要有以下几种:

(一)空间效力说

这种学说反映了人们对于国际刑法的早期看法。其基本内容是将国际刑法看成是国内刑法的相对物,认为国际刑法是国内刑法在该国领土范围以外的适用。早期资本主义制度在西欧确立之后,为了彻底摆脱封建擅断,实行罪刑法定,法、德等国开始着手编纂刑法典。在立法过程中,人们发现由于管辖原则所限定,常常会出现国内刑法的域外适用问题。自此,有关国内刑法在域外适用的理论得以发展,并在国内刑法中规定了域外适用的内容。十八九世纪的刑法学家为了将纯粹在国内适用的刑法和国内刑法中有关域外效力部分的规则相区别,就将后一部分命名为国际刑法。

(二)冲突说

这种学说产生于 19 世纪末,其基本内容是将国际刑法看成是国际私法的相对物,认为各国在处理跨国犯罪或涉外犯罪时必然面临不同国家国内刑法适用上的冲突现象,而解决这种冲突现象必然借助于冲突规范。所以,解决各国刑法域外适用时造成的冲突的冲突规范就是国际刑法。

(三)合作说

这也是产生于 19 世纪末的一种主张。这种主张侧重于各国刑法域外适用时的程序性规范,认为国家之间就刑事案

^①参见赵永琛著:《国际刑法与司法协助》,1 页,法律出版社,1994。

件提供相互协助的法律规范总和就是国际刑法。

(四)限制说

这种主张仍然是以国内刑法为基点,认为国际刑法不具有独立性,而是赋予国内刑法国际意义后而形成的。所以,国内刑法在受到国际法的某种限制后,就成为国际刑法。从这一角度给国际刑法下定义的,又有授权说、制约说及共同说等主张。授权说认为,国际刑法实际上是经国际法授权的国内刑法。比如,海盗罪是一种国际法上公认的犯罪。为了有效遏制和打击这种犯罪,各个国家都有权在其管辖范围内行使刑事管辖权,并依据其国内法加以制裁。制约说认为,国际刑法实际上是国内刑法受到国际法的约束后形成的。比如,各国在运用本国刑法对跨国犯罪和国际上公认的犯罪加以制裁时,要受到国际法的约束。一国不能到他国领域内去逮捕人犯,就是国际法对一国刑法域外行使的限制。国际法对国内刑法的限制通常是根据条约、公约或国际惯例所规定的国家义务。共同说则认为,各国刑法和刑事诉讼法中普遍存在着一些相同的内容,由于各国均遵行相同的规则,使其具有了国际性。因此,各国刑法、刑事诉讼法中带有普遍性的原则和内容就是国际刑法。如政治犯不引渡原则。

(五)超国家说

这种主张出现较晚,其基本内容是在国际意义上认识国际刑法。超国家说是在第二次世界大战后,随着国际刑法的内容和调整对象发生了根本性的改变以及制裁犯罪的国际公约逐渐增多,国际刑法日益成为一种国际社会中不容忽视的法律制度这一客观形势而呼声渐高的。它认为有关刑事方面的国际条约或国际习惯规则所组成的特殊法律规范的总和为国际刑法。由于国际条约或国际习惯规则均是在超国家的意

义上形成的,这种主张又排斥了站在国内刑法基点上认识国际刑法的主张,故笔者将其称之为超国家说。

(六)二元说

这是由著名国际刑法学家巴西奥尼提出的主张。他认为,国际刑法是国际上各国国内刑法和国际法中刑法方面内容的汇集,因此,国际刑法具有二元性。所以,确定国际刑法定义应从两个方面进行,即分别从国内刑法的涉外方面和国际法的刑法方面确定定义。从国内刑法的涉外方面提出的定义是调整关于个人违犯某个特定国家刑法的犯罪问题上实行国际合作的国际法规和国内法规。而从国际法的刑事方面提出的定义则是调整由个人或集体实施的违反某种应予刑罚处罚的国际禁止规范的行为的国际法律规范。^①

综观学者们对国际刑法所作的定义,无非是从三个方面着眼:一是以国内刑法为基点,从国内刑法的涉外方面界定国际刑法。如法国学者德·瓦伯尔认为国际刑法是国内刑法的一部分,只不过它们的适用超越了该国的领土范围而已^②。我们所列举的空间效力说、冲突说、合作说、限制说基本属于此类。二是以国际法为基点,从国际法的刑事方面界定国际刑法。如高格在其《比较刑法学》一书中认为,国际刑法是指国际上有关刑事实体法和程序法的法律规范。这些法律规范一般是通过国际公约、条约、规章制度和一些惯例来表现^③。前述列举中的超国家说当归此类。三是同时着眼于国内刑法和国际法,从国内刑法的涉外方面和国际法的刑法方面两个

^① M. Chief Bassiouni, "An Appraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law", *Revue Internationale de Droit Penal*, 1974, P428.

^② 参见黄肇炯著:《国际刑法概论》,2页,四川大学出版社,1992。

^③ 参见高格著:《比较刑法学》,5页,长春出版社,1991。

角度确定国际刑法的定义。巴西奥尼自然是这一主张当之无愧的代表。

二、国际刑法概念的界定

在各国法律学者对国际刑法解释莫衷一是的情况下，我们究竟应该怎样来理解它呢？回答这个问题，我们有必要先分析一下国际刑法的结构。“国际刑法”一词，无论从英文看还是在汉语中，都由两个词组成，一个是国际，一个是刑法。

国际、刑法这两个方面在国际刑法的构成上缺一不可。所以，无论是单从国内刑法着眼，还是单从国际法着眼，都很难准确说明国际刑法的内涵，从而使得国际刑法的概念表述无法涵盖国际刑法本来应有的内容。而一旦这样从一个方面着眼确定概念后，又会使得整个国际刑法问题的研究顾此失彼，陷入歧途。国际刑法虽然包含着国内刑法的涉外方面和国际法的刑法方面，但刑法与国际法在目标、方向、方法和结果上均不同。二者学说上的差异不仅造就了国际刑法与生俱来的“分裂人格”，也影响甚至左右着人们对国际刑法的认识和评价，其结果是，以国际法原理为基础，将倾向于在国家之间的条约义务和国际惯例上构建国际刑法，强调由国家通过国内法律系统贯彻国际刑法规范，从而体现出国际义务的约束性质；而以刑法学说为基础，则倾向于设计与国内刑法典平行的国际刑法典并通过国际刑事司法系统贯彻。应该说，在认识和解释国际刑法时出现不同的主张是极其自然的，问题是国际刑法自身的分离结构及人们对其认识的自然不同并不意味着对国际刑法无法做出全面解释，更不意味着我们可以放弃界定国际刑法的努力。所以，我们在摒弃单从国内刑法或国际法一个方面界定国际刑法的同时，应力求从国际法与刑法结合上做文章，使国际刑法的定义同时包容国际法和刑法两方面

的内容,并尽量使这两个方面实现均衡。

巴西奥尼正是看到了单从国际法或刑法一个方面界定国际刑法的不足,因而同时从两个方面着眼去解释国际刑法。但是,巴西奥尼给国际刑法下定义时,采用了从刑法、国际法两个方面分别定义的方法,而且对这两个定义未分主次。这种方法虽然同时照顾到了国际法和刑法两个方面,弥补了单从刑法或国际法一个方面解释国际刑法的不足,但却影响了国际刑法的独立性和完整性,加重了国际刑法的分裂色彩。事实上,国际刑法虽由国际法的刑法方面和国内刑法的涉外方面组成,同国际法与国内刑法具有密切联系,但国际刑法有其自身的独立性,它不是国际法中的刑法方面与国内刑法的涉外方面的简单、机械相加,而是由国际法的刑事部分与国内刑法的涉外部分有机结合之后所形成的,具有自己结构和内容的独立的法律体系,当然它应该有自己完整的、全面的内在含义。因此,我们在借鉴巴西奥尼认识和解释国际刑法优良之处的同时,应改变分别定义的方法,将国际法的刑法方面及国内刑法的涉外方面结合在一个定义中。这样,国际刑法的定义可以做如下表述:

国际刑法是指存在于国际法和国内刑法之中,旨在同国际性犯罪和跨国性犯罪做斗争,规定国际犯罪和国际禁止行为,调整国家之间、地区之间刑事司法协助方面的实体法和程序法规范、原则和制度的总称。

三、国际刑法的特征

从前述国际刑法的概念分析和界定中,我们可以发现两重性是国际刑法的基本特点。这种特征不仅体现在其与生俱来的结构中,而且蕴含于国际刑法的内容、表现形式、执行模式当中。具体而言,国际刑法的两重性特征可以从五个方面

得到说明：

(一)组成结构的两重性

这是从国际刑法构成的角度而言的。如前所述，国际刑法由国际法中的刑事方面和国内刑法中的涉外方面两个部分组成，两者结合后构成国际刑法独特的整体。其中国际法中的刑法方面，是指国际公约、条约、规章制度以及国际惯例中有关国际犯罪，对这些犯罪的认定与处罚以及国际刑事法律规范的具体适用等方面的内容。国内刑法中的涉外方面，则是指国内刑法中有关涉外犯罪及国际性犯罪的罪与刑，以及这类犯罪的管辖、诉讼进行、判决执行等方面的内容。国际刑法的这两个组成部分互相联系，缺一不可。国际法中的刑法部分可以帮助人们认识国际犯罪和国际禁止行为违反国际社会根本利益的本质所在，并通过国际公约、条约、国际惯例等形式确认具有国际危害性的犯罪，在超国家层次上协调和约束各国行为，敦促其履行与危害国际社会共同利益的犯罪行为做斗争的义务；国内刑法的国际部分则通过各国采取共同行动和合作的形式，借助于国内刑法的涉外适用和普遍管辖，把打击和惩处国际性犯罪与跨国性犯罪的国际规范具体地贯彻和实施。只有两者结合在一起，才能担负起打击国际性犯罪和跨国性犯罪，保护由国际社会共享的利益这一终极目标。

(二)体现意志的两重性

马克思主义认为，法律是一定阶级意志的体现，并为一定的阶级服务。就一国刑法而言，它是该国占统治地位的阶级意志的体现，反映了这一统治阶级的根本的、带有一致性的利益。但国际刑法具有特殊性，它实际上是一个寻求在来自于不同地区、服务于不同的组织和战略、基于不同的利益和价值的国家之间达到共享利益的目标的系统。由于各国的国体、

政体不同,各国的政治、经济发展状况不同,各国的文化传统和价值观念不同,各国在利益追求上也会呈现出差别,在各个国家占有统治地位的阶级之间也很难形成并行不悖的意志。从另一个方面来说,国际社会是世界各国共享的社会,同侵犯国际共同利益的行为做斗争,维护世界的和平、稳定,又反映了各国的共同愿望,国际刑法当然要对此予以反应。然而,在国际社会中没有统治阶级,也不可能代表各国共同意志的这样一个阶级。所以,国际刑法既要考虑到各国之间的利益差别,又要反映出各国家之间的共同利益,从而在相互对立的各国利益和国家意志之间,求同存异,达成实现各国保护国际社会这一共同目标的协调意志。换句话说,国际刑法所体现的是国家之间的协调意志,而这种协调意志正是各国家意志对立和保护国际社会利益一致调和的结果。

(三)法律内容的两重性

国际刑法的两重性在其内容方面也带有明显的印迹。国际刑法法律内容的两重性可以从两个方面得到说明。

首先,国际刑法的规范对象具有两重性。国际刑法虽然在刑法之前加上“国际”作限定语,但其要解决的仍然是犯罪及其刑事责任问题,只不过这里的犯罪不单纯侵害一国利益,而带有国际性。这种犯罪的国际性又是从两个方面界定的:一种是国际法意义上的国际犯罪,即侵犯国际社会的根本利益,违反国际公约或习惯规则,具有国际社会危害性的犯罪行为,如战争罪、国际恐怖行为等。另一种是侵犯特定国家的刑法,但具有国际相关性的犯罪,如国际贩卖人口罪。从国际刑法的刑事责任规定来看,也包括两个方面,那就是国家刑事责任和个人刑事责任。国家刑事责任是国家责任的一种特殊形态,是实施犯罪行为的国家所应承受的来自国际社会的责难。

虽然目前对国家应否承担刑事责任、承担刑事责任的形式以及如何追究国家的刑事责任均存在争议，但笔者认为既然国家可以成为国际犯罪的主体，那么就应该有国家刑事责任，因为犯罪与刑事责任是相伴而生的。而“国际法上所说的个人刑事责任大致和国内刑法上的刑事责任含义相近似，只是承担刑事责任的前提有所差别而已”。^①

其次，国际刑法的调整范围具有两重性。国际刑法调整范围的两重性是由其组成结构的两重性和规范对象的特殊性扩展而来的。从组成结构上看，国际刑法的一些原则、制度是由各国国内刑法的某些原则、制度发展起来的，是内国刑法的共同原则、制度与国际法原则、制度相结合的结果。从规范对象上看，国际刑法又以国际犯罪为调整对象。而从国际犯罪的认定和惩处来说，国际上尚没有超国家层次的立法机关，也没有超国家层次上的强制执行机关。因此，国际刑法的实施，主要靠各国本身的行动，靠各国之间的刑事司法协助。这样，在国际刑法规范中，不仅包含那些规定和确认国际犯罪的概念、构成、具体犯罪种类、处罚原则等实体性问题的实体法，还包括那些规定对国际犯罪的管辖、起诉、引渡、审判、执行等程序问题的程序法。在实体法与程序法并存的国际刑法中，实体问题的规定是法律的核心，程序性规定则为实体性规定的贯彻提供手段和保证，二者共同为实现对国际犯罪的惩处服务。

（四）表现形式的两重性

国际刑法的表现形式也就是国际刑法的渊源，因此，国际刑法表现形式的两重性也就是国际刑法渊源上的两重性。国

^① 参见赵永琛著：《国际刑法与司法协助》，7页，法律出版社，1994。

际刑法渊源上的两重性直接派生于国际刑法组成结构的两重性。国际刑法由国际法的刑法方面和国内刑法的涉外方面两个部分汇集而成,因而,在其表现形式上也明显地反映出这一特征。犯罪的国际化和跨国性要求在超国家层次上预防和惩治犯罪。这种客观要求促使国际刑法研究的兴起。为了制止和惩罚国际犯罪,各主权国家首先在自愿平等的基础上同他国订立协议、缔结条约。这样,国际条约成为国际刑法的主要渊源。从近几十年的发展来看,国际条约在国际刑法中的地位越来越重要,并成为国际刑法首要和决定性的渊源。如1949年制定的四个关于保护战争受难者的日内瓦公约,三个关于空中劫持的公约,1979年制定的反对劫持人质的国际公约,1984年制定的禁止酷刑国际公约等,在反对国际犯罪的斗争中都起到了十分重要的作用。值得说明的是,并不是所有国际条约都是国际刑法的渊源。因为目前国际法中由主权国家订立的各种条约、协议为数众多,其内容涉及政治、经济、外交、法律诸方面。很显然,不能将其都称作国际刑法,只有国际条约中与国际犯罪及其惩罚有关,规定同国际犯罪做斗争的一般原则的规范性文件才是国际刑法的渊源。

国际习惯也是国际刑法的主要渊源。国际习惯是在“国际交往中逐渐形成的不成文原则、准则和制度,它为各国所反复采用,并为各国所默认、沿用,将这些习惯看作是自己在法律上的义务”^①。国际惯例中有关同国际犯罪做斗争的方面,如外交特权与豁免、战俘不得杀害和虐待等,在国际刑事活动中具有重要作用,特别是其中有关程序方面的习惯,是各国进行国际刑事司法协助的依据。

^①参见黄肇炯著:《国际刑法概论》,25页,四川大学出版社,1992。

除国际条约和国际惯例外,一些国际组织的决议也应该是国际刑法的渊源。国际组织的决议能否成为国际刑法的渊源有不同意见。否定者的理由是,国际组织的决议不是国家参与制定的,其生效与否要以国家是否认可或批准为前提。而且,按照《联合国宪章》第十条的规定,联合国大会的决议不是立法,而只是建议。但肯定者认为,国际组织的决议不能一概而论,其中一些具有造法性质的决议,如果符合联合国宪章的宗旨和原则,就应被视为国际刑法的渊源^①。笔者认为,随着世界经济一体化的不断推进以及国家间政治、经济、文化交往的日益频繁,国际组织在社会生活中的作用愈来愈重要。为了解决一些特别或重大问题,国际组织,特别是联合国常常做出造法性的决议。这些决议的很多内容是将现有的国际习惯条文化、系统化,反映现有国际刑法的原则和规则的。如联合国大会在 1974 年通过的《关于侵略定义的决议》。在该决议中确定了侵略的定义、构成,并详细列举了侵略罪行的各种行为,从而成为国际刑法中认定侵略犯罪的重要依据。毫无疑问,类似这样的决议在认定国际犯罪,发展国际刑法原则,并指导国家间刑事司法协助方面具有指导意义。因此,符合联合国宪章的基本精神,带有造法性质,并关系到国际犯罪的认定与处罚的国际组织决议,也是国际刑法的渊源。

上述的国际条约、习惯、国际组织的决议三种国际刑法的表现形式都存在于国际法当中,属于国际刑法中国际法的刑事部分。这一部分是国际刑法中的主要、决定性渊源。同时,国内刑法中的涉外规范也应视为国际刑法规范。关于这部分内容能否成为国际刑法的渊源,学者之间存在争议。否定者

^① 参见黄肇炯著:《国际刑法概论》,27 页,四川大学出版社,1992。

认为,国际刑法是世界各国同国际犯罪做斗争的法律依据,也是世界各国在处理涉及国际犯罪的刑事案件中必须遵守的行为准则。然而,世界各国在行使作为国家主权重要组成部分的刑事管辖权时所信守的主权独立原则又不允许任何国家把自己的意志和习惯强加给别的国家。国际刑法的内在要求与国际社会的这种现实,使国际刑法要想取得国际社会的普遍承认和共同遵守,它就必须是世界各国自愿协商基础上意志表示一致的产物,必须表现为通过国际造法程序签订的、各国承诺信守的国际条约。国内刑法涉外规范不是两个以上主权国家意志的结果,如果将其确认为国际刑法的一种渊源,不仅各国、各法系刑法之间会发生严重冲突,而且还可能为大国主义、霸权主义提供可乘之机^①。肯定者则认为,国内刑法中的涉外规范是国际刑法的内容之一,是国际社会将罪犯交给特定国家进行审判和处罚的依据,在进行国际刑事司法协助时各国也必须遵守自己的国内刑法和他国刑法。而且,国内刑法的涉外规范作为国际刑法,特别是国际刑事诉讼法律制度的一种渊源,是一个客观存在的事实,这也许正是国际刑法的特殊性所在,并成为国际刑法渊源上的一个重要特点^②。

笔者认为,从国际刑法的组成结构上看,从目前世界各国同国际犯罪做斗争的刑事司法协助实践来看,如果不承认国内刑法的涉外规范是国际刑法的渊源,就无法解释在国际刑事司法协助中作为适用依据的国内刑法的涉外规范的地位。从另一个角度说,没有各国刑法中的涉外规范,国际犯罪的惩处以及国家之间的刑事司法协助也根本无法进行。所以,笔者认为国内刑法中的涉外规范可以成为国际刑法的渊源。

^① 参见张智辉著:《国际刑法通论》,24页,中国政法大学出版社,1993。

^② 参见黄肇炯著:《国际刑法概论》,28页,四川大学出版社,1992。

(五)执行方式的两重性

就刑法而言,其主要解决的是定罪与处罚的问题。而要做到定罪准确,处罚合理,离不开刑事责任的确定。刑事责任既是犯罪的必然结果,又是对犯罪人加以处罚的依据。可以说,全部的刑事立法和刑事司法活动,都是围绕解决刑事责任这一中心而展开。国际刑法亦是如此,那就是在确定了国际犯罪行为之后,还要对实施国际犯罪行为的人加以制裁。但是,与国内立法机关制定并由国家强制力作后盾,由国家强制机关保证实施的国内刑法不同,国际刑法由国家根据国家间的协议建立,其没有系统的超越国家之上的强制机关保证其实施。而且,在国际刑法中,一般也不具体规定某种国际罪行应被处罚的刑种和刑期,而只是规定行为者应受制裁。这就导致了国际刑法执行方式的两重性,即直接执行方式和间接执行方式,二者互相补充,同时并存。

直接执行方式是指由超国家层次的国际刑事法院或国际刑事法庭直接负责逮捕、起诉、审判及执行。不过,这种直接执行方式要以具有超国家的国际刑法典或国际刑法公约以及超国家层次的刑事法院或刑事法庭为前提。在第二次世界大战之后,为了审判德、意、日战争罪犯,曾成立过纽伦堡和远东两个国际军事法庭。这就是直接执行方式的体现。就目前而言,尚无普遍的国际刑事法院。虽然有些学者主张建立国际刑事法院并由该法院来负责审理国际犯罪案件,但由于这意味着各国要放弃一定的主权,因此,到现在为止,建立国际刑事法院还只是一种理想。从目前处罚国际犯罪的执行方式上看,主要是间接执行方式。所谓间接执行方式,“就是由各个缔约国对某些国际犯罪通过将国际条约规范转化为国内立法,并且依照国内刑法进行起诉、审判和执行”。具体地说就

是在公约或条约中规定某种犯罪为国际犯罪,同时规定各缔约国负有按国内刑法对它起诉的义务,或者将犯罪人引渡给要求对他们起诉的国家,即所谓“或起诉或引渡”。这种模式排除了由超国家的司法机关来进行审判和执行的可能性,完全符合国家主权原则,容易为各国所接受^①。现代各国对劫机罪犯、国际恐怖主义罪犯等的追究和处罚,就是间接执行方式的体现。不管是直接执行方式还是间接执行方式,它们在促使各国履行其国际义务,有效惩治国际犯罪方面发挥同样的作用。

第二节 国际刑法溯源

“溯源”一词之本意指往上游寻求发源地,通常取其喻意,即寻求历史根源。国际刑法之溯源,自然指寻求国际刑法的历史根源。关于国际刑法起源于何时,专门进行探讨的人不多。不过,从学者们的相关论述中可以看出对这个问题认识的分歧。因而,要展开对国际刑法的研究,有必要澄清这个问题。

一、关于国际刑法起源的不同认识

由于学者们研究国际刑法的角度不同,对国际刑法起源的认识亦有所不同。概括起来主要有以下几种观点:

(一)古代说

这种主张认为,早在古代即存在国际刑法。持这种理论的依据主要有二:一是古代引渡条款,二是古代有关战争中禁

^①参见黄肇炯著:《国际刑法概论》,14页、44页,四川大学出版社,1992。

止行为的规则。早在公元前 1278 年,埃及法老拉美西斯二世和赫梯国王就缔结了相互引渡的条款;埃及人就同萨默林等其他民族缔结了调整战争行为的条约,其中规定了一系列的作战规则,包括禁止使用的武器,禁止攻击逃敌和放下武器的敌人,禁止在饮水中下毒等内容^①。

(二)近代说

这种主张认为,国际刑法产生于 19 世纪。在 16 世纪,海盗行为被认为是一种严重危害人类的行为,从 19 世纪以来,逐渐演化为一国际习惯法,把海盗视为“法外之人”的“人类公敌”,后来在 1958 年的《公海公约》中确认了这条规则。1982 年联合国海洋公约更明确具体地规定了有关预防和镇压海盗的规则、原则^②。

(三)现代说

这种主张认为,20 世纪出现的有关战争规则和惩罚战争罪犯的国际条约,预示着国际刑法的孕育和形成。古代埃及签订的世界上第一个引渡条约,只是为了适用国内刑法,只能算是国内刑法的涉外因素,而不能视为国际刑法的实践。1889 年,北美洲国家签订的《国际刑法条约》只是区域性的引渡罪犯协议。18、19 世纪逐渐形成的制裁发生在公海上的海盗行为的习惯法规则,只是孕育着国际刑法的形成^③。

二、国际刑法溯源之探析

综观上述种种关于国际刑法产生的不同认识,分歧的确很大。造成这种分歧的原因,涉及许多方面。因此,我们在探寻国际刑法起源的时候,必须综合考虑几个相关因素。

① 参见邵沙平著:《现代国际刑法教程》,35 页,武汉大学出版社,1993。

② 参见赵永琛著:《国际刑法与司法协助》,9 页,法律出版社,1994。

③ 参见张智辉著:《国际刑法通论》,3 页,中国政法大学出版社 1993。