

国际刑法 问题 研究

林欣 主编
刘楠来 副主编

9997-9 574
L63

国家社会科学基金研究课题

国际刑法问题研究

林 欣 主 编
刘楠来 副主编



A0930512

中国人民大学出版社

前 言

《国际刑法问题研究》一书是国家社会科学基金研究课题。

国际刑法是一门新兴的法律学科。过去国际法中虽然也有关于国际犯罪，如海盜罪、贩卖奴隶罪等的规定，但是那时候国际刑法还没有成为一门独立的法律学科。第二次世界大战结束后，纽伦堡和东京国际军事法庭宪章的签订和颁布，以及对德国和日本首要战争罪犯所犯的破坏和平罪、战争罪和反人类罪的审判和惩罚，使国际刑法这门科学有了突破性的发展，这时候国际法学界承认与国内刑法相对应的国际刑法是存在的。

战后，在国际上又签订了许多关于国际刑法问题的国际公约，出现了许多新的国际犯罪的罪名和惩罚这些犯罪行为的规定，标志着国际刑法的进一步成长壮大。

现在国际经济贸易关系和交通运输事业的迅速发展，各国之间人员来往频繁，国际犯罪和跨国犯罪的案件日益增多。各国在同国际犯罪行为 and 域外犯罪行为作斗争时，迫切需要国际刑法这个法律武器。因此对国际刑法问题的研究越来越受到世界各国的重视。

我国是一个大国，又是联合国安全理事会的常任理事国，我国参加了许多有关国际刑法问题的国际公约，这就向我国的刑事立法提出了新的要求，即在我国刑事立法中采纳国际刑法的有关规定，以使我国法院对国际犯罪案件行使刑事管辖权时，有合适的法律可以适用。这是我国刑事立法的一项重要任务。

同时，我国又是一个对外开放的国家。随着改革、开放的深

入发展，我国同国际社会的联系必将越来越密切。在这种情况下，我国同国际犯罪行为和域外犯罪行为作斗争的任务必将随之增加。因此，不论从履行国际公约的义务，还是从适应对外开放的需要来看，加强对国际刑法问题的研究对我国都具有重要的现实意义。

近几年来，国际刑法有了新的重大发展。1993年联合国安全理事会决定成立了关于前南斯拉夫问题国际法庭，并批准了《关于前南斯拉夫问题国际法庭规约》。1994年联合国安全理事会决定成立了关于卢旺达问题国际法庭，同时批准了《关于卢旺达问题国际法庭规约》。1998年7月17日联合国全权代表外交会议通过了《国际刑事法院规约》，决定成立常设的国际刑事法院。这些规约，特别是《国际刑事法院规约》对国际刑法的发展都有重大的影响。本书对国际刑法的这些新发展都作了论述。本书是反映国际刑法新发展的最新著作。它将系统、深入地帮助读者了解国际刑法问题。

参加本书撰著的作者和具体分工如下：

林欣（中国社会科学院法学研究所研究员）撰写第一章，第二章，第三章，第六章，第八章第九节、第十节、第十一节，第十章，第十一章，第十二章，第十三章，第十四章，第十五章，第十六章，第十七章，第十八章，第十九章，第二十章，第二十一章。

刘楠来（中国社会科学院法学研究所研究员）撰写第五章，第七章第一节，第八章第一节、第二节、第三节、第四节。

廖增昀（中国社会科学院法学研究所研究员）撰写第四章，第八章第七节、第八节，第九章。

陈宝树（中国社会科学院法学研究所研究员）撰写第七章第七节。

冯锐（中国社会科学院法学研究所研究员）撰写第二十

二章。

屈学武（中国社会科学院法学研究所副研究员）撰写第七章第二节、第三节、第四节、第五节、第六节。

刘仁文（中国社会科学院法学研究所助理研究员）撰写第八章第五节、第六节。

全书由主编林欣统稿。

林 欣

1999年12月

第一章 国际刑法的历史发展

国际刑法是第二次世界大战以后新兴的一门法律学科。但是，国际法中包含国际刑法的内容由来已久。很早就被习惯国际法确定为犯罪行为的有海盗罪、贩卖奴隶罪和战争罪（即违犯战争法律与习惯罪）。

在海洋上有海盗的历史是很久了。据记载，古罗马共和国的执政官凯撒年轻的时候，曾经被海盗绑架过。但是海盗最猖獗的时代是在资本主义前夕的原始积累时期。那时候，一些后起的殖民国家，如荷兰、法国和英国，把海盗抢劫当作进行原始积累的手段之一。当时美洲的黄金和白银主要被西班牙殖民者所掠取。这些后起的殖民国家，就指使和支持本国的海盗去抢劫西班牙殖民者从美洲殖民地运回欧洲的黄金和白银。17世纪中叶以后，西班牙失去了海上优势。当时西欧各国的资本主义日益发展，国际贸易日益增多。海盗对国际贸易的妨害很大。这时候，海盗已成为阻碍资本主义进一步发展的因素了。奥地利国际法学家菲罗斯塔指出：“在商业扩大的情况下，殖民国家已时常共同对海盗进行斗争。”^①当时在国际法的学说上就出现了“海盗是全人类的敌人”的概念了。英国国际法学家理奥林·詹金斯于1668年在一次会议上谈到海盗问题时说过：“所有的海盗，从法律的观点来看，都是人类的敌人，不是一个国家或者某一类人民的敌人，而是全人类的敌

^① [奥地利] 菲罗斯塔：《国际法》，中文版，上册，86页，北京，商务印书馆，1981。

人。他们是非法的。……每一个人都可以接受命令并武装起来反对他们，就像反对叛逆者和卖国贼那样去镇压和剿灭他们。”^①詹金斯观点后来一直被各国的国际法学家所接受并加以发展。

国际法学家奥本海说过：“在近代意义的国际法产生之前，海盗已经被认为是违法行为，是‘人类的敌人’。根据国际法，海盗行为使海盗失去他的国民属性，因而失去他的本国的保护；……海盗行为是一种所谓‘国际罪行’；海盗被认为是每一个国家的敌人，在任何地方都可以被法办。”^②他还指出：“一个海盗和他的船舶，由于海盗行为这一事实，就丧失了船旗国的保护和他们的国家属性。依照国际法的习惯规则，每一个海洋国家都有权惩罚海盗。国家的一切船舶，不论是军舰，还是其他公船或商船，都可以在公海上追逐、攻击和逮捕海盗，并且把他带回本国，由本国的法院审理和惩罚。……对海盗的惩罚，国际法的规则规定可以是死刑。但也不一定是死刑，各国的国内法有权规定较轻的刑罚。”^③

贩卖奴隶最猖狂的时期也是资本主义前夕的原始积累时期。那时候，西班牙、葡萄牙、荷兰、法国和英国的殖民主义者，都从非洲猎取大量的黑人，当作奴隶贩运到美洲去开矿或种植经济作物。在奴隶贩卖中，这些国家的殖民主义者获得了大量的货币。这些货币在以后的经济发展中都转化为资本。所以，奴隶贩卖为西欧国家的资本主义发展开拓了有利的条件。但是，资本主义需要的是自由的劳动者，而不是没有人身自由的奴隶。这是由资本主义制度的性质所决定的。当西欧各国进入资本主义社会以

① [英] Westlake, International Law, Part one, Cambridge: Cambridge University Press, 1904, p.177.

② [英] Oppenheim, International Law, Vol.1, 1905, London, p.326.

③ [英] Oppenheim, International Law, Vol.1, 1905, London, p.330.

后，由于奴隶劳动不适合资本主义制度的需要，这些原来大量贩运奴隶的国家又出来主张禁止贩卖奴隶。不仅这些国家的国内立法，而且在国际会议上也提出了这个问题。1815年的维也纳会议曾经宣布贩卖奴隶为非法。1841年英、法、奥、普、俄之间的伦敦公约规定，要采取措施禁止贩卖奴隶。1885年关于刚果问题的柏林会议和1890年的布鲁塞尔会议都决定，要采取措施镇压非洲地区的贩运奴隶活动；英、法、德、俄等国的军舰获得了在非洲海岸一定地区内对嫌疑船舶进行登临的权利；对贩运奴隶的嫌疑犯则交由其本国法院审理。1919年《圣日耳曼公约》取代了1885年柏林会议和1890年布鲁塞尔会议的议定书，该公约重申取缔贩运奴隶的活动。国际法学家奥本海在1905年时指出：在公海上的海盗罪和贩卖奴隶罪，都是国际犯罪行为，对于这些罪行，每个国家得于捕得罪犯时，不问这种罪犯的国籍如何，予以惩罚。^①

战争罪先也是由习惯国际法形成的。据英国国际法学家施瓦曾伯格在他所著的《国际法院和法庭所适用的国际法》一书中介绍，1474年神圣罗马帝国在德国的布赖阿赫成立了一个由28名法官组成的国际军事法庭，来审判一个名叫彼得·冯·哈根巴赫的军事指挥官，因为他在军事占领时犯了违反战争惯例的罪行和虐待平民。他在法庭上以他是服从他的主子勃艮第公爵（勃艮第在今法国东南部）的命令为理由提出抗辩。法庭拒绝了他的抗辩，他被判处死刑并被执行。^②这是世界上第一个国际军事法庭。战

① 参见 [英] Oppenheim. *International Law*, Vol.1, 1905, London, p.201~202.

② 参见 [美] Bassiouni, *International Criminal Law*, Vol.1, New York: Transnational Publishers, Inc., 1986, p.233; Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for An International Criminal Tribunal*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p.2, 12.

战争罪后来由国际条约逐步予以编纂。战争罪在 1899 年和 1907 年两次海牙和平会议通过的公约和宣言中已得到了反映。到 1919 年的《凡尔赛和约》明确规定战争罪应受刑事惩罚。该《和约》第 228 条规定：德国政府承认协约国及参战各国有权将被控为破坏战争法规与惯例之行为者提交军事法庭。查明为有罪之人，应判以法律规定之刑罚。德国政府应将所有被控为破坏战争法规与惯例之行为者，一律交与协约国及参战各国或其中之一国作此要求者。

此外，引渡罪犯也有悠久的历史。它在国际法中也占有一定的地位。引渡罪犯也是国际刑法的内容之一。

尽管国际法中含有国际刑法的内容由来已久，然而，只有到了 19 世纪才出现国际刑法的概念。从那时候到第二次世界大战以前，对国际刑法的概念有各种各样的理解，其中主要的有下列几种：

(1) 把解决刑事管辖权和刑法的冲突称为国际刑法。由于各国之间交通运输的发展和人员往来的方便，跨国犯罪活动随之增多。对跨国犯罪行为，可能有两个或两个以上的国家具有刑事管辖权。同时这些国家的刑法对这种犯罪行为可能又有不同的规定。这就必然要引起刑事管辖权和刑法的冲突。为了解决这种冲突，阿根廷、玻利维亚、巴拉圭、秘鲁和乌拉圭五国于 1889 年 1 月 23 日在蒙得维的亚签订了《国际刑法公约》。乌拉圭、巴西、哥伦比亚、玻利维亚、阿根廷、秘鲁和巴拉圭七国于 1940 年 3 月 19 日在蒙得维的亚签订了新的《国际刑法公约》。该公约对 1889 年公约进行了修改。这两个公约都把解决刑事管辖权和刑法的冲突称为国际刑法。这两个公约规定的都是两项内容：一是关于涉及两个或者两个以上国家的犯罪行为的刑事管辖权和适用的刑法；二是关于引渡罪犯的条件和程序。

(2) 把国内刑法对具有外国因素的犯罪行为行使刑事管辖权

的规定称为国际刑法。这就是域外刑事管辖权。具有外国因素的犯罪行为是指犯罪地点发生在外国的犯罪行为。至于罪犯则可能是外国国民，也可能是本国国民。域外刑事管辖权是由于下列国际法原则而产生的：客观的领土管辖权原则（在外国犯罪的效果及于这个国家，或者在外国开始而在这个国家完成的犯罪行为）、主动的属人原则（被告人国籍原则）、被动的属人原则（受害人国籍原则）、安全原则（保护原则）和世界性原则，等等。

（3）认为国际刑法是国际法授权国内刑法惩罚一些具有国际性的犯罪行为，或者说，国际刑法是国际法加给国内刑法以义务，要国内刑法制裁一些具有国际性的犯罪行为，如海盗罪和贩卖奴隶罪等等。

（4）把刑事案件的国际司法协助称为国际刑法，如 19 世纪俄国国际法学家马尔滕斯就是如此。

1928 年美洲国家会议通过的《国际私法法典》（即《布斯塔曼特法典》）把对一些域外犯罪行为（任何人在外国犯危害缔约国的安全或公共信誉的罪行，缔约国的国民或在缔约国有住所的外国人在外国犯危害该国独立的罪行）和国际犯罪行为（海盗罪、贩卖黑奴罪、贩卖白奴罪与破坏海底电线罪等）的管辖权和惩罚，规定在该法典的第三卷《国际刑法》之中（第 305～308 条）。

《布斯塔曼特法典》关于国际刑法的规定，实际上已经勾画出了国际刑法的两个方面的范围，即国内刑法的国际方面和国际法的刑事方面。

到第二次世界大战以前，被国际条约确定为犯罪行为的还有：贩卖妇女和儿童罪（1904 年和 1910 年的禁止贩卖白奴公约和 1921 年的禁止贩卖妇女和儿童公约）、非法生产和买卖麻醉药品罪（1936 年的禁止非法生产和买卖麻醉药品公约）、制造或散布海淫出版物罪（1923 年的禁止发行和买卖海淫出版物公约）

与伪造货币罪（1929年的防止伪造货币公约）等等。

虽然如此，但到第二次世界大战以前，国际法学界还不承认国际刑法是一门独立的法律学科。

第二次世界大战结束后，苏、美、英、法四国《关于对欧洲轴心国首要战争罪犯进行起诉和惩罚的协定》（附有国际军事法庭宪章）的签订和远东国际军事法庭宪章的颁布，并在纽伦堡和东京成立了国际军事法庭，对德国和日本首要战争罪犯所犯的破坏和平罪、战争罪（即违犯战争法律与习惯罪）和反人类罪（危害人类罪）进行了审判和惩罚。这使国际刑法这门法律学科有了突破性的发展。国际刑法已成为一门独立的法律学科。其主要标志就是对国际关系中最重大的问题——战争与和平问题，从国际刑事立法上作了明确的规定：策划、发动和进行侵略战争为犯罪行为；犯这种罪行的罪犯，应负个人的刑事责任；他们官职上的地位，不论是国家元首，还是政府负责官员，都不能作为免除责任或减轻刑罚的理由；根据其政府或上级命令行事的人，也不能免除他们的国际法责任。

1948年12月，联合国大会通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约》以后，又出现了一个新的国际犯罪的罪名——灭绝种族罪。

针对国际上出现的这些新情况，英国国际法学家施瓦曾伯格于1950年以《国际刑法问题》为题写了一篇论文，认为与国内刑法相对应的国际刑法是存在的。^①施瓦曾伯格的观点被国际法学界所接受，并对国际刑法的发展起了重大的促进作用。

第二次世界大战以前，国际法所规定的国际犯罪行为主要是普通私人、军官和士兵所犯的罪行。这次战争以后，国际刑法则

^① 参见 [英] Mueller and Wise, International Criminal Law, London, 1965, p.13.

增加了另一类犯罪行为，即国家的统治者和主要官员所犯的罪行，如破坏和平罪、战争罪、反人类罪（危害人类罪）（纽伦堡和东京国际军事法庭宪章）、灭绝种族罪（1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》）、种族隔离罪（1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》）和酷刑罪（1984年《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》）等等。

第二次世界大战以后，国际刑法对普通私人所犯的国际罪行的规定也有新的发展。它增加了非法劫持航空器罪（1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》）、危害民用航空安全罪（1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》）、侵害应受国际保护人员罪（1973年《防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》）和劫持人质罪（1979年《反对劫持人质国际公约》）等等。这些国际公约的签订和国际犯罪罪名的迅速增加，标志着国际刑法的进一步发展壮大。

第二章 国际刑法的特点和定义

第一节 国际刑法的特点

国际刑法是一门独特的法律学科。它的特点有：

(一) 它的范围包括国际法的刑事方面和国内刑法的国际方面。国际法的刑事方面是国际刑法的主要方面。美国法学家巴西奥尼说：国际刑法的范围有两个方面，即国内刑法的国际方面和国际法的刑事方面。前者如引渡和刑事案件的国际合作等。后者如对战争的限制、武装冲突规则、对破坏战争法规者的起诉，以及其他违反国际利益的犯罪行为等等。^①他认为，国际刑法是沿着不同的途径产生和发展的这两个方面的法律汇合的产物，而这两个方面的法律之间不仅具有互补性，并且能共同发展。^②

日本法学家山本草二也认为现代国际刑法具有二元性。一方面是国内刑法对违犯国内刑法但其行为具有“外国性或国际相关性”的犯罪的诉究和处罚，划定各国国内刑法的适用范围和国内法院的管辖权限，规定逃亡罪犯的引渡制度和其他国际司法协助等。这就是说，对这种犯罪行为的处理，国际刑法在程序法方面

① 参见 [美] Bassiouni, *International Criminal Law*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1980, pp. 1~4.

② 参见 [美] Bassiouni, *International Criminal Law*, Vol. 1, New York: Transnational Publishers, Inc, 1986, p. 1.

参与其事。^①

另一方面是刑事国际法，即不论国内法上是否已规定为犯罪，在国际习惯法或国际条约上都把一些行为作为应受处罚的犯罪，规定其实质性的构成要件。^②他说：虽然国际刑法具有这种二元性，但是向刑事国际法方向转变的倾向已经十分明显。^③

山本草二所说的国际刑法的前一个方面就是巴西奥尼所说的国内刑法的国际方面。他所说的后一个方面（即刑事国际法）就是巴西奥尼所说的国际法的刑事方面。

（二）它的内容包括实体法和程序法。国际法的刑事方面的规范既有实体法，又有程序法。国内刑法的国际方面的规范则是程序法。

（三）它的管辖权也有两类：一类是国际法承认的、根据国内法行使的刑事管辖权。国际法确认，每个主权国家都可以自由地采用它认为最好的、最合适的原则来行使刑事管辖权。这些原则有：领土原则（包括主观的领土管辖权原则和客观的领土管辖权原则）、主动的属人原则（被告人国籍原则）、被动的属人原则（受害人国籍原则）、安全原则（保护原则）、代理原则和世界性原则，等等。

另一类是根据国际法行使的刑事管辖权。有关国际刑法问题的国际公约一般都规定了并行的刑事管辖权体系。例如 1970 年在海牙签订的《关于制止非法劫持航空器的公约》第 4 条就是这种体系的具体表现。它用下列三款规定了并行的刑事管辖权：

1. 在下列情况下，各缔约国应采取必要措施，对罪行和对被指称的罪犯对旅客或机组所犯的同该罪行有关的任何其他暴力行为，行使管辖权：

① ② ③ 参见〔日〕山本草二：《控制国际犯罪的国际法与国内法的关系》，载《国外法学》（北京），1988（5）。

(a) 罪行是在该国登记的航空器内发生的；
(b) 在其内发生罪行的航空器在该国降落时，被指称的罪犯仍在该航空器内；

(c) 罪行是在租来时不带机组的航空器内发生的，而承租人的主要营业地，或如承租人没有这种营业地，则其永久居所，是在该国。

2. 当被指称的罪犯在缔约国领土内，而该国未将此人引渡给本条第1款所指的任何一国时，该缔约国应同样采取必要措施，对这种罪行行使管辖权。

3. 本公约不排除根据本国法律行使任何刑事管辖权。

这两类刑事管辖权是与国际刑法的两个方面的范围相适应的。

(四) 它的司法制度由直接审理和间接审理两种形式组成。直接审理就是由国际刑事法院或法庭审理国际犯罪案件。第二次世界大战结束后，在纽伦堡和东京成立的国际军事法庭，对德国和日本首要战争罪犯的审判就是著名的实例。1990年联合国国际法委员会第42届会议决定，要在联合国体系内建立一个常设的国际刑事法院，来审理国际犯罪案件。1998年7月17日联合国全权代表外交会议通过了《国际刑事法院规约》，将建立一个常设的国际刑事法院，来审理灭绝种族罪、反人类罪（危害人类罪）、战争罪和侵略罪。国际刑事法院将对国家司法系统起到补充作用。

间接审理就是由某国的国内法院来审理国际犯罪案件。某国的国内法院之所以有权审理国际犯罪案件，其根据是由许多国际公约中规定的“或者引渡或者起诉”原则而产生的刑事管辖权。

第二节 国际刑法的定义

国际刑法的范围、内容、管辖权和司法制度都是比较复杂

的。对这样一个复杂的法律学科，要用一个简明的定义来概括它，是不容易的。所以有些法学家，如施瓦曾伯格就没有给国际刑法下过定义。

巴西奥尼曾经给国际刑法下过定义，他说：国际刑法的双重性质导致给这门学科提出了两种定义。从国际法的刑事方面提出的定义是：“国际法律制度中通过国际法律义务调整的那些方面，涉及个人（以本人身份或以代表身份）或者集体违犯国际禁止规范所规定的、并应受刑事处罚的行为。”从国内刑法的国际方面提出的定义是：“国际法律制度和国内法律制度中的那些方面，涉及调整个人违犯某特定国家刑法的犯罪事项的国际合作。”^①

巴西奥尼关于国际刑法的定义，同他自己的论述也有一些矛盾。他说，国际刑法是沿着不同的途径产生和发展的、国内刑法的国际方面和国际法的刑事方面的法律汇合的产物。但是他的定义却没有把这两个方面汇合起来，而是对等罗列，不分主次，结构松散，未能很好地反映国际刑法的特点。

作为讨论，笔者也提出一个国际刑法的定义，以求教于同行。笔者认为，国际刑法是规定国际犯罪行为、刑事责任和司法制度，以及国际刑事司法协助和域外犯罪刑事管辖权的法律规范的总称。这个定义比较简洁明了，概括了国际刑法的特点和基本问题。

^① [美] Bassiouni, *International Criminal Law*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1980, p. 22.

第三章 国际刑法与国际法的关系

要了解国际刑法,还应该考察国际刑法与国际法的关系。国际刑法是国际法的一个分支法律学科。它与国际法的关系极为密切。许多国际公约既是国际刑法的渊源,也是国际法的渊源。有些法律制度,如引渡,既是国际法的组成部分,又是国际刑法的组成部分。

但是,在国际刑法与国际法的关系中要明确的一个重要问题,是要严格区分国际犯罪的主体与国际法的主体。现在国际上有人把这两者混为一谈是不正确的。国际犯罪的主体与国际法的主体是两个性质不同的法律概念。国际犯罪的主体属国际刑法的范畴,国际法的主体属国际法的范畴。

第一次世界大战以前的国际法著作,都用国际法客体的概念,来解释海盗等犯国际罪行的罪犯的法律性质。这次战争以后的西方国际法著作,则改为用国际法主体的概念,来解释这些罪犯的法律性质。

这种情况是历史条件的变化在国际法学理论上的反映。到19世纪末和20世纪初,西方国家资产阶级的统治已经越出了民族国家的范围,而要求瓜分世界了。这种要求在国际法学理论上的表现,就是反对国家主权原则,主张个人成为国际法的主体。提出这种主张最早而且也是走得最远的是法国法学家狄骥。他在1901年就提出个人是国际法唯一主体的主张。^①在此以前,法学

^① 参见〔波兰〕Korowicz, Introduction to International Law, The Hague: M. Nijhoff, 1959, p.339.