

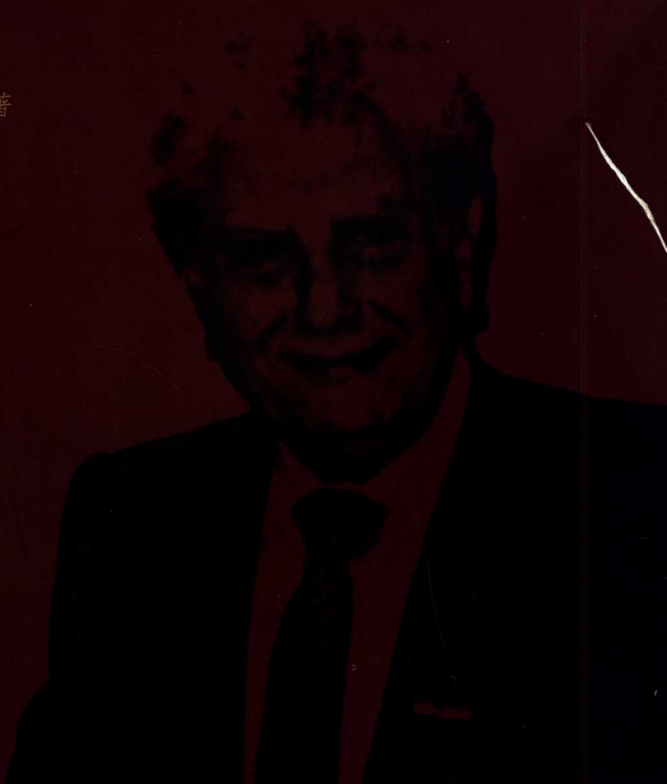
# 国际刑法<sup>①</sup> 渊源与内涵 —— 理论体系

THE SOURCES AND CONTENT OF  
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW:  
A THEORETICAL FRAMEWORK

*M. Cherif Bassouani*

谢里夫·巴西奥尼◆著

王秀梅◆译



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

国际刑法的渊源与内涵——理论体系/(美)巴西奥尼著;  
王秀梅译. —北京:法律出版社, 2003.6

(中国人民大学国际刑法研究所文库;17/高铭喧主编)

ISBN 7-5036-4289-0

I. 国… II. ①巴…②王… III. 国际刑法—研究  
IV. D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 037860 号

版权登记号:01-2003-2847

责任编辑/王小娟

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/8.25 字数/215 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939685 63939689

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4289-0/D·4007

定价:25.00 元

## 总 序

20 世纪 70 年代末 80 年代初以来,中国顺乎现代社会发展进步之潮流,在坚定不移地推行改革开放的基本国策之同时,注重全面建设社会主义法制,立法日益健全,司法不断完善,法学欣欣向荣,使国家逐渐步入现代法治之轨道,从而有力地维护和推动了经济、政治、文化乃至整个社会全方位的发展与进步。在中国社会继续发展进步的历程中,社会主义法治必将起着日益重要的作用。而法治的发展完善离不开法学的引导和推进,因而国家有必要进一步重视法学,尤其是法学的外向型研究亟待加强,刑法学领域亦然。

中国人民大学国际刑法研究所是以外向型刑法学为主要研究领域的学术研究机构。该所建立于 1993 年 10 月,由本人任所长,法学博士赵秉志教授任副所长。在研究力量上,以作为国家重点学科的中国人民大学法学院刑法专业的教授和博士生为基本队伍,同时聘任、定向联系国内外一些知名的刑法专家、学者。其学术研究范围主要包括:国际犯罪与国际刑法、比较刑法、外国刑法以及我国台湾、香港、澳门地区刑法问题等。中国人民大学国际刑法研究所力图通过课题研究、学术研讨活动以及同国内外专家学者和学术机构的学术交流与合作研究等多种渠道、多种形式,努力促进和繁荣我国在外向型刑法学领域的研究,以适应国家改革开放发展中加强刑事法治建设的需要。

“中国人民大学国际刑法研究所文库”是以开拓和繁荣外向型刑

法学研究为主旨的一种学术载体形式。“文库”拟出版中国人民大学国际刑法研究所专任和约聘的研究人员在国际刑法、比较刑法、外国刑法、台港澳刑法问题等方面的科研成果,可以是专题研究、综合研究,可以是国外、境外法典、著作的译作或介述研究之作,还可以是国内外专家、学者的合作研究项目。其中,研究性著作应当具有较高的学术水平,译著、介述书籍和工具书、资料书等要有重要的参考价值。千里之行,始于足下。积少成多,集腋成裘。我们希望能通过以文库形式的逐步积累,为我国刑法学的发展脚踏实地地做一点事,为法治之昌盛和社会之进步,作出应有的贡献。

是为序。

中国人民大学国际刑法研究所所长  
中国人民大学法学院刑法学教授  
高铭暄 谨识

## 译者序

《国际刑法的渊源与内涵——理论体系》一书的著者 M. 谢里夫·巴西奥尼(M. Cherif Bassiouni)先生是著名国际刑法学家,美国德保罗大学法学教授、德保罗大学国际人权研究所所长,国际刑法学协会主席。巴西奥尼教授一直是国际刑法学领域的领军人物,长期从事国际刑法学理论与实践的研究与教学工作,著述颇丰,享誉学坛,影响深远。其代表作有《国际刑法中的危害人类罪》、《国际引渡:美国法及实践》、《前南国际刑事法庭的法律》、《国际刑法典草案及国际刑事法庭规约草案》、《国际犯罪摘要及索引》、《刑事诉讼中的人权保障》、《国际刑法公约及其刑罚的规定》、《危害人类和平与安全治罪法草案的历史》、《奴役》、《绑架与劫持人质》、《文化财产的保护》、《国际刑事法庭规约草案》、《国家间刑事合作政策》、《政治犯的例外》、《国际刑法——国际刑事法院草案》等。

《国际刑法的渊源与内涵——理论体系》一书分为九个部分,系统论及了国际刑法的形成与发展脉络,理论体系构成框架,以及现实性问题和研究心得。全书内容涉及国际刑法的性质、渊源及与国家刑法之间的关系;国际刑事责任主体,其中包括个人、团体或组织、非国家行为人的个人及国家的国际刑事责任;实体国际刑法的渊源,其中包括合法性原则及国际刑法的属物原则,强行法,公约国际刑法的刑罚性,公约国际刑法蕴涵的国际犯罪的规定及性质,二十五种国际犯罪的历史演进,区分国际犯罪界限的必要性;国际刑法总则部分;

国际刑法的罚则；国际确立的程序及审判机构的程序；国际刑法的执行制度。

1999年5月巴西奥尼教授应中国法学会和国际刑法学协会中国分会之邀在京考察及学术交流，译者有缘向巴西奥尼教授请益，并就有关国际刑法问题进行探讨，还聆听了巴西奥尼教授精彩的学术报告。译者一直致力于国际刑法学方面的教学与研究，常常感到国内有关国际刑法方面资料的匮乏，尤其是缺乏这方面的译著，故急需将国外相关专著翻译出版，译者就此问题商之巴西奥尼教授，巴西奥尼教授慨然允诺，并将其大作《国际刑法的渊源与内涵——理论体系》托余翻译出版。翌年，译者译稿完成，但由于多种原因延误至今方付诸枣梨。

在本书即将付梓之际，谨向原著者巴西奥尼教授致以真诚的谢意，同时对中国人民大学法学院高铭暄教授、赵秉志教授和朱文奇教授给予无私的帮助及法律出版社蒋浩先生和王小娟女士在出版方面的大力协助表示感谢，特别对我先生杜澎博士于工作之余的审读与审校表示感谢。

王秀梅

2002年11月

于人民大学

# 目 录

|                                                |       |
|------------------------------------------------|-------|
| 概述 .....                                       | ( 1 ) |
| 一、国际刑法的性质、渊源及与国家刑法之间的关系 .....                  | ( 8 ) |
| (一)国际刑法的执行特征 .....                             | (12)  |
| (二)国际刑法的间接渊源 .....                             | (13)  |
| 二、属人事由:国际刑事责任主体 .....                          | (23)  |
| (一)国际刑法与国家刑法关于个人、团体及国家责任<br>方面的理论分歧:基本观点 ..... | (23)  |
| (二)个人的国际刑事责任 .....                             | (27)  |
| (三)团体或组织的国际刑事责任 .....                          | (31)  |
| (四)非国家行为人的个人国际刑事责任 .....                       | (33)  |
| (五)国家的国际刑事责任 .....                             | (35)  |
| 三、属物事由:实体国际刑法的渊源 .....                         | (45)  |
| (一)合法性原则及国际刑法的属物原则 .....                       | (48)  |
| (二)强行法 .....                                   | (54)  |
| 1. 强行法的含义 .....                                | (55)  |
| 2. 所有人的义务 .....                                | (58)  |
| (三)公约国际刑法的刑罚性 .....                            | (59)  |

|                                       |       |
|---------------------------------------|-------|
| (四) 公约国际刑法蕴含的国际犯罪规定及性质 .....          | (63)  |
| (五) 二十五种国际犯罪的范围及区别 .....              | (71)  |
| (六) 国际犯罪的历史演进 .....                   | (75)  |
| 1. 侵略罪 .....                          | (75)  |
| 2. 灭绝种族罪 .....                        | (85)  |
| 3. 危害人类罪 .....                        | (87)  |
| 4. 战争罪 .....                          | (90)  |
| 5. 危害联合国及有关人员罪 .....                  | (102) |
| 6. 非法持有、使用和放置武器罪 .....                | (103) |
| 7. 盗窃核材料罪 .....                       | (110) |
| 8. 充当外国雇佣军罪 .....                     | (110) |
| 9. 种族隔离罪 .....                        | (111) |
| 10. 奴役及与奴役有关习俗的犯罪 .....               | (112) |
| 11. 酷刑及其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或<br>处罚罪 ..... | (117) |
| 12. 非法人体实验罪 .....                     | (119) |
| 13. 海盗罪 .....                         | (120) |
| 14. 劫持航空器和危害国际航空安全罪 .....             | (121) |
| 15. 危害航海安全和公海固定平台安全罪 .....            | (123) |
| 16. 威胁和使用武力危害国际保护人员罪 .....            | (124) |
| 17. 劫持人质罪 .....                       | (125) |
| 18. 非法使用邮政罪 .....                     | (126) |
| 19. 非法贩卖毒品及与毒品有关的犯罪 .....             | (128) |
| 20. 破坏、盗窃国家珍贵文物罪 .....                | (133) |
| 21. 危害国际环境罪 .....                     | (135) |
| 22. 国际贩卖淫秽物品罪 .....                   | (142) |
| 23. 伪造、变造货币罪 .....                    | (143) |
| 24. 非法干扰国际海底电缆罪 .....                 | (144) |
| 25. 贿赂外国官员罪 .....                     | (145) |

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| (七)区分国际犯罪界限的必要性 .....   | (147) |
| 四、总则部分 .....            | (177) |
| 五、国际刑法中的罚则 .....        | (181) |
| (一)刑罚 .....             | (181) |
| (二)被害人的赔偿 .....         | (182) |
| 六、国际确立的程序及审判机构的程序 ..... | (190) |
| 七、国际刑法的执行 .....         | (194) |
| (一)直接执行制度 .....         | (194) |
| (二)间接执行制度 .....         | (196) |
| 结论 .....                | (216) |
| 附录                      |       |
| (一)缩略语索引 .....          | (218) |
| (二)译名索引 .....           | (230) |
| 作者简介 .....              | (245) |
| 译者简介 .....              | (250) |

## Contents

|                                                                                                                                                                            |        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| <b>Introduction</b>                                                                                                                                                        | ( 1 )  |
| <b>I. The Nature and Sources of International Criminal Law and<br/>Its Relation to National Criminal Law</b>                                                               | ( 8 )  |
| A. The Peculiarities of International Criminal Law<br>Enforcement                                                                                                          | ( 12 ) |
| B. Collateral Sources of International Criminal Law                                                                                                                        | ( 13 ) |
| <b>II. Ratione Personae: The Subjects of International Criminal<br/>Responsibility</b>                                                                                     | ( 23 ) |
| A. Doctrinal Differences between International Criminal Law<br>and National Criminal Law Related to Individual, Group,<br>and State Responsibility: General Considerations | ( 23 ) |
| B. International Criminal Responsibility of Individuals                                                                                                                    | ( 27 ) |
| C. International Criminal Responsibility of Groups and<br>Organizations                                                                                                    | ( 31 ) |
| D. Individual International Criminal Responsibility of Non-<br>State Actors                                                                                                | ( 33 ) |
| E. International Criminal Responsibility of States                                                                                                                         | ( 35 ) |

### III. Ratione Materiae: The Sources of Substantive International

|                                                                                                       |       |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>Criminal Law</b> .....                                                                             | (45)  |
| A. Principles of Legality and the Ratione Materiae of<br>International Criminal law .....             | (48)  |
| B. Jus Cogens .....                                                                                   | (54)  |
| 1. The Meaning of Jus Cogens .....                                                                    | (55)  |
| 2. Obligatio Erga Omnes .....                                                                         | (58)  |
| C. The Penal Characteristics of Conventional International<br>Criminal Law .....                      | (59)  |
| D. The Making and Nature of International Crimes Contained<br>in Conventional International Law ..... | (63)  |
| E. Ranking and Classification of the Twenty-Five Categories<br>of International Crimes .....          | (71)  |
| F. Historical Evolution of International Crimes .....                                                 | (75)  |
| 1. Aggression .....                                                                                   | (75)  |
| 2. Genocide .....                                                                                     | (85)  |
| 3. Crimes Against Humanity .....                                                                      | (87)  |
| 4. War Crimes .....                                                                                   | (90)  |
| 5. Crimes Against United Nations and Associated<br>Personnel .....                                    | (102) |
| 6. Unlawful Possession, Use and Emplacement of<br>Weapons .....                                       | (103) |
| 7. Theft of Nuclear Materials .....                                                                   | (110) |
| 8. Mercenarism .....                                                                                  | (110) |
| 9. Apartheid .....                                                                                    | (111) |
| 10. Slavery and Slave-related Practices .....                                                         | (112) |
| 11. Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or<br>Degrading Treatment or Punishment .....           | (117) |
| 12. Unlawful Human Experimentation .....                                                              | (119) |

|                                                                                                                      |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 13. Piracy .....                                                                                                     | (120)     |
| 14. Aircraft Hijacking and Unlawful Acts of International<br>Air Safety .....                                        | (121)     |
| 15. Unlawful Acts Against the Safety of Maritime<br>Navigation and the Safety of Platforms on the High<br>Seas ..... | (123)     |
| 16. Threat and Use of Force Against Internationally<br>Protected Persons .....                                       | (124)     |
| 17. Taking of Civilian Hostages .....                                                                                | (125)     |
| 18. Unlawful Use of the Mail .....                                                                                   | (126)     |
| 19. Unlawful Traffic in Drugs and Related Drug<br>Offences .....                                                     | (128)     |
| 20. Destruction and/or Theft of National Treasures .....                                                             | (133)     |
| 21. Unlawful Acts Against Certain Internationally<br>Protected Elements of the Environment .....                     | (135)     |
| 22. International Traffic in Obscene Materials .....                                                                 | (142)     |
| 23. Falsification and Counterfeiting .....                                                                           | (143)     |
| 24. Unlawful Interference with International Submarine<br>Cables .....                                               | (144)     |
| 25. Bribery of Foreign Public Officials .....                                                                        | (145)     |
| G. The Need for Distinguishing Between International<br>Crimes .....                                                 | (147)     |
| <br><b>IV. The “General Part” .....</b>                                                                              | <br>(177) |
| <br><b>V. Sanctions in International Criminal Law .....</b>                                                          | <br>(181) |
| A. Penalties .....                                                                                                   | (181)     |
| B. Victim Compensation .....                                                                                         | (182)     |

|                                                               |       |
|---------------------------------------------------------------|-------|
| <b>VI. The Procedural Part of Internationally Established</b> |       |
| <b>Prosecutorial and Adjudicating Bodies</b> .....            | (190) |
| <b>VII. Enforcement of International Criminal Law</b> .....   | (194) |
| A. The “Direct Enforcement System” .....                      | (194) |
| B. “The Indirect Enforcement System” .....                    | (196) |
| <b>Conclusion</b> .....                                       | (216) |

## 概 述

国际刑法是一门综合的法律学科,包括并行、交叠以及源于国际和国家法律制度的法律渊源。

《国际法院规约》(the International Court of Justice's Statute)第 38 条阐明了国际法律体系的渊源,该内容已载入《联合国宪章》(the Charter of United Nations),但这些渊源只有前三项规定适于国际刑法的渊源,即公约、习惯国际法和一般法律原则。第四项渊源“权威最高的国际公法学家学说”不能视为国际刑法的渊源,因为公法学家的学说与世界上大多数法律制度所认可的合法性原则相左。

但是,除了国家同意与某国际设立的机构进行协商外,这些源于多方面法律渊源的国际法律制度都不具有超越国家法律制度的特征。国家行使主权,同意对某些国际设立机构予以认可并进行合作的事实证明,没有必要说明这些制度具有超国家的特点。因此,尽管某些国际机构具有超国家的特点,但国际刑事法律制度本质上仍是一种国家之间的制度。

国际刑法确立的现行标准及通过国家同意,或者因为这些标准系强行法的一部分而对国家产生约束,亦不会将这些标准转化为超越国家之上的标准。但确实有些准则和某些国际特设机构具有超国家的特征。然而,这些超越国家的准则或机构在执行或者发挥作用方面采用的合作方法仍应依赖于国家法律制度。因此,从本质上说,国际刑法至少在发展阶段是一种国家间的法律制度。

国家刑事审判制度的历史<sup>1</sup> 启导我们,这种制度所含括的机构、准则及本质特征有别于立法、执法和司法功能程序。在国际刑事审判制度中,这种区别的体现并不明显。国际法律制度通过公约、习惯和一般法律原则规定的国际犯罪,并不因此成为立法机构的产物,除非可以将多边条约制定的程序视为国际立法程序。<sup>2</sup> 在大多数法系的刑事司法制度中,通过上述国际法渊源发展的国际犯罪也不具备制定实体刑法的相同特征,<sup>3</sup> 由此引发这些犯罪是否符合世界大多数刑事审判制度公认的合法性原则的难题。<sup>4</sup> 因此,源自这些渊源的国际犯罪与源于国家立法程序、法律方法、风格、内涵以及国际刑法准则具体规定的国际犯罪之间不仅不相类似,反而具有明显的不同。国际刑法在法律方法、风格、内容及具体规定方面的多样性取决于外交家将这些内容注入国际法律程序的事实行为,而外交家的专长却不在国际和比较刑法以及程序法方面。除此之外,还有一个重要的根本假设,即在内容、起草风格和法律方法的设想中,反映国际犯罪制定的具体内容、起草风格和法律方法的缺欠,而且这种假设只是将这些犯罪在国家刑事审判制度中得到执行的设想,即间接执行国际刑法的方法。基于对这种设想的认识,国家立法机构会制定一个恰当的立法,并与各法系法律制度的具体内容、起草风格和立法方法相一致。但是,间接执行方法不仅受制于国家立法能否吸纳并接受国际确立的禁止性规定,不能贬损强行法规定的国际犯罪,而且还延伸了国家执行方式的范围和国家之间在调查、起诉、审判被指控罪犯和处罚犯罪行为人的合作形式。这种合作形式具体表现在“或引渡或审判”(aut dedere aut judicare)原则中,<sup>5</sup> 该原则肇自1624年胡果·格老秀斯(Hugo Grotius)的一个长远发展构想,常见的表达方式缩写为“或引渡或处罚”(aut dedere aut punire)。<sup>6</sup> 但是,1973年<sup>7</sup> 笔者认为,将或起诉或审判的义务置于引渡行为较惩罚或处罚的义务更为恰当,因为惩罚只是有罪的结果,而不是依据有效的审判程序证明所控罪行构成犯罪的结果。<sup>8</sup> 此后,“或引渡或审判”替代了原始的“或引渡或处罚”理论,“或引渡或审判”理论预示着国家可以对当前国家间刑

事合作的六种方式相互提供有效、公正的合作。这六种合作方式是：(1)引渡；(2)刑事司法协助；(3)被判刑人的移转；(4)查封、没收犯罪非法所得；(5)外国刑事判决的承认；(6)刑事诉讼程序的移转。但是，需要强调的是，这六种合作方式适用于国家间的所有刑事合作形式，而不论所涉及的犯罪是国际犯罪，还是国内犯罪。<sup>9</sup>因此，在国际刑事审判制度作为一个完全融合的制度确立之前，这些国家间的合作方式仍是国际刑法的执行基础，而且这些合作形式同样适用于国际特设法庭，无论是前南斯拉夫国际刑事特设法庭(ICTY 以下简称前南法庭)和卢旺达国际刑事法庭(ICTR 以下简称卢旺达法庭)，<sup>10</sup>还是筹建中的国际刑事法院(ICC)。<sup>11</sup>由于它们还不具有“直接执行制度”的综合法律能力，不是全面融合的刑事审判制度，即使这些由安理会建立的机构可以根据《联合国宪章》的认可呼吁强制执行。直接执行制度的特点，是指有关特定机构具备执行其命令的资格，而无须通过国家授权履行这种执行的功能。迄今为止，国际特设法庭仍依赖于国家间刑事合作的六种方式，并通过合作国家的刑事审判制度获得预期的执行。这便是为何前南法庭、卢旺达法庭和国际刑事法院仅仅是部分“直接执行制度”的原因。它们可以不通过国家的介入而直接进行起诉、审判和确定刑罚，但它们却依赖国家履行诉前的调查事务，而且还依靠国家执行法律命令和执行刑罚的各个方面。历史上仅有两个真正的“直接执行制度”事例，即“起诉和审判欧洲轴心国主要战犯的国际军事法庭”(IMT)和“远东国际军事法庭”(IMTFE)。<sup>12</sup>第二次世界大战后，同盟国在其占领区内进行的起诉，无论在欧洲还是在远东，都是域外执行的国家刑事审判。<sup>13</sup>这两个审判机构由军事胜利者在战败国德国和日本“无条件投降”的情况下建立，这是它们成为“直接执行制度”范例的原因。

由于国际特设法庭较少且设立的时间相距较远，如国际军事法庭、远东国际军事法庭、前南法庭和卢旺达法庭，故国际刑法的总则部分、程序部分和刑罚都未能得到发展。《国际军事法庭宪章》和《远东国际军事法庭宪章》规定了一些属于总则范围的刑事责任规则，但

大多数总则部分规则都是法官在审理案件过程中弥补的。此外,《前南斯拉夫国际法庭规约》(以下简称《前南法庭规约》)<sup>14</sup>和《卢旺达国际法庭规约》(以下简称《卢旺达法庭规约》)<sup>15</sup>中也有部分总则性的规定。前南法庭和卢旺达法庭几乎没有建立程序规则,而是将制定程序规则的任务留给了法官。<sup>16</sup>关于刑罚的内容,《前南法庭规约》第24条作了规定,《卢旺达法庭规约》第23条也做了同样的规定。但是,国际刑事法院作为常设机构,在总则部分<sup>17</sup>和程序部分<sup>18</sup>都规定较为广泛的规则。国际刑事法院总则部分吸纳了世界上大多数刑事审判制度规定的刑法一般原则,国际刑事法院的程序部分则部分源于世界大多数刑事审判制度所规定的刑事诉讼法一般规则,部分源于国际公认的程序标准。<sup>19</sup>

由多项法律渊源产生的国家间六种刑事合作形式与仅源于国际法三项渊源(公约、习惯国际法和一般规则)的国际犯罪不同,因此,这六种合作形式可见于有关国际犯罪的某些多边条约、国家间具体刑事合作事项的多边条约,以及国家立法之中。<sup>20</sup>但是,尽管存在这些合作形式的国际法渊源,但其最终还应在国家刑事立法中予以体现。这种存在有两个方面的原因:首先,从历史上说,这些合作方式起源于国家的刑事立法,而后渐入国际刑法领域;<sup>21</sup>其次,大多数规定国家间刑事合作六种方式的任何一种国际条约都要求国家立法履行国际法律义务。<sup>22</sup>因而归根结底,不论最初合作义务的法律义务渊源是由六种合作方式的任何一种方法产生,国家刑法和诉讼法都应包含这些内容,而且国家刑事审判制度是履行这些合作义务的必然途径。除这些问题以外,国际刑法还有其他方面的问题,即国际刑法程序方面的问题,国际刑事程序法的渊源既有国家法的内容又有国际法的内容,甚至当其渊源为国际法时,则要求国家法律执行国际刑事程序法的规定。

这些多项法律渊源的融合构建了国际刑法学科的复杂性特点。