



论国际刑法的渊源

邵沙平 陈道丽

源于人们对“渊源”的不同理解，国内外法学者对国际刑法渊源的涵义，有各种不同的解释。与国际法的渊源一样，国际刑法的渊源也是国际法学界具有争议的问题之一。国际刑法是在国际法和刑法两个不同的法律体系的基础上发展起来的，它在很多方面都受到这两个法律体系的影响，但是它的法律渊源又不能简单地归于上述两种法律体系渊源相加的总和。

国际刑法从性质上属于国际法的范畴。因此，国际法的渊源也是国际刑法的渊源。虽然国际刑法的许多规则、制度与国内刑法有着千丝万缕的联系，但是，一般来讲，国内法本身并不是国际刑法的渊源。这是因为国际刑法的原则、规则和制度只能由国际社会确定，而不可能仅由一个国家的国内法确定。虽然国际刑法的一些规则、制度来源于国内刑法，但是，国内法的规则是通过各国的“共同实践”以“一般法律原则”或“国际习惯法”的形式成为国际刑法的渊源。经国际社会确立的国际刑法的规则和原来的一国的国内刑法的规则有着本质的不同，因为一国的国内法仅反映一个国家的“个体意志”，而上升为“国际刑法的渊源”的法律规则反映国际社会的“集体意志”。国际刑法是适应国际社会的需要形成的，又是国际社会通过一定的方式确立的。从某种意义上说，考察国际刑法的渊源就是考察国际社会通过何种方式确立有法律约束力的国际刑法规则。考察国际刑法“渊源”的主要目的在于：使法律规则得到认定并使法律规则与其他规则包括“应有法”规则区别开来，进而尊重、遵守和适用国际法。^①从这种“功能性”目的出发，国际刑法的渊源可理解为：国际刑法的原则和规则第一次出现的地方；使国际刑法的规范具有“合法性”的法律形式。

一、识别国际刑法渊源的基本国际法律文件

尽管没有专门定义国际刑法渊源的国际法律文件，但国际法学界普遍认同《国际法院规约》第38条有关高级法院应适用的法律的规定是对国际法渊源的权威说明，而《国际刑事法院规约》第21条明确规定了国际刑事法院应适用的法律。对比分析《国际法院规约》和《国际刑事法院规约》的有关规定，将有助于我们正确认识国际刑法的渊源及其特点。

(一) 国际法院规约

《国际法院规约》第38条规定：

“1. 法院对于陈述各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

(子) 不论普遍或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

(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) 在第五十九规定之下，司法判例及各国权威最高之公法家学说，作为确定法律原则之补助资料者。

2. 前项规定不妨碍法院经当事国同意本公允及善良原则裁判案件之权。”

这条规定虽然不是国际法渊源的规定，但是由于它规定了国际法院在裁判案件时所应适用的法律，所

以国际法学界普遍对上述规定重要依据对国际法渊源进行解释。由于对38条规定理解的不同，在解释上意见并不完全一致。学者们普遍赞同“国际条约”和“国际习惯”是国际法的主要渊源。分歧意见主要有关对“一般法律原则”是否是独立渊源以及该原则的确切含义。有的学者将国际条约和国际习惯归为“严格法律意义上的国际法渊源”，将一般法律原则归为“广泛历史意义上的国际法渊源”。许多学者还指出，第38条不是对国际法渊源的详尽列举，如国际组织的决议应该是现代国际法的渊源。^①1945年国际法院规约38条的规定来自于1920年国际常设法院规约的相同规定。当时国际组织对国际法渊源的影响还未发展到今天这样的程度。20世纪90年代以来，国际组织的决议作为国际刑法渊源有很多证据支持，例如“起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人的国际法庭”，就是由联合国安理会通过决议建立的。《前南国际法庭规约》最早包含在联合国安理会1993年5月25日通过的827号决议中，1998年，2000年和2002年联合国安理会通过的决议对规约进行了修改。^②

（二）国际刑事法院规约

《国际刑事法院规约》第21条规定：

“1. 本法院应适用的法律依次为：

首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；

其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；

无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该罪犯行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范和标准。

2. 本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。

3. 依照本条适用和解释法律，必须符合国际承认的人权，而且不得根据第7条第3款所界定的性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰或其他见解、民族本源、族裔、社会出身、财富、出生或其他身份等作出任何不利区别。”

对比上述两个规约的规定，至少有以下不同：第一，国际刑事法院规约区分并强调了适用法律的秩序。国际法院规约虽然也将条约列在第一位，但并不表明应首先适用条约。第二，国际刑事法院规约明确了“一般法律原则”的含义以及适用一般法律原则的限制。第三，国际刑事法院规约所适用的法律包括“缔约国大会通过的特定规则”。第四，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。而国际刑事法院规约则肯定了法院可以适用其以前裁判所阐释的法律原则和规则。第五，国际刑事法院规约强调适用法律“必须符合国际承认的人权”。

国际刑事法院规约强调适用法律的明确性，强调对强行法规则的遵守。这也反映了国际刑法规则的特点。从上面的分析中，我们看出：国际刑法的渊源有国际条约、国际习惯、一般法律原则以及国际组织决议，其中，国际刑法公约在国际刑法渊源中居于首要地位。

二、国际条约与国际刑法的渊源

国际条约是具有缔约能力的国际法主体间以国际法为准而缔结的确立其相互权利义务的国际书面协议。^①“条约必须遵守”是国际法的基本原则，1969年和1986年维也纳条约法公约明确指出，“条约必须遵守原则乃举世公认”。1969年维也纳条约法第26条明确规定“条约必须遵守”：凡有效之条约对各当事国有拘束力，必须有各该国善意履行。1986年维也纳条约法公约第26条明确规定“条约必须遵守”：凡现行有效的条约对各当事方均有拘束力，必须由其善意履行。在现代国际社会，国际条约逐渐成为国际法的主要渊源。

对于国际刑法来说，条约不仅是主要渊源，还是首要渊源。条约在国际刑法的渊源中占有特别重要的地位，这一方面是因为国际刑法是一个新的国际法律部门，不像国际法的某些传统部门有漫长的不成文法发展的历史，国际刑法的绝大部分规则是国际社会为适应控制国际犯罪的需要，在20世纪以国际条约的形式制定出来的。另一方面，由于条约是一种书面协议，具有文字性、精确性的特点，这正好适应国际刑法控制国际犯罪和调整国际刑事关系的需要。国际刑法控制国际犯罪的目的，是为了维护国际和平和安全，因为国际犯罪危害国际和平和安全。但国际刑法要维护的是“基于自由、平等、正义及尊重基本人权”的国际和平，是通过刑法手段维护“国际正义”和促进“国际法治”。^①由于刑法手段的特殊性，为了防止刑法手段的滥用，也必须使其法律规则尽可能明确，同时这也符合现代国际社会法治国家所奉行的“法无明文不为罪”、“法无明文不处罚”的刑法原则和人权保护原则。

按缔约方的数目分类，可将条约分为二个缔约方的双边条约和三个以上缔约方的多边条约。

按条约的法律性质分类，条约可分为造法性条约和契约性条约。造法性条约一般指创立、修改缔约方

必须遵守的国际法律规则的开放性、多边性条约。契约性条约一般指规定缔约方具体权利义务的双边条约。在国际刑法的形成和发展中，许多重要的国际刑法原则和规则主要是通过多边性的造法性条约确立的。我们将国际刑法领域中这些多边性的造法性的条约称之为国际刑法公约。例如1998年建立国际刑事法院的罗马规约就是一个典型的“国际刑法公约”。国际刑法公约在国际刑法条约渊源中居于首要地位。

但是，双边性或契约性条约也可以成为国际刑法渊源，因为它们可以规定国际刑法规则，许多国家主要是通过双边条约确立国家间的国际刑事司法协助和合作规则。从某种意义上说，国际条约都是在一定范围内的“国际社会”适用。双边条约适用于缔约双方形成的较小范围的“国际社会”，多边国际公约适用于缔约多方形成的较大范围的“国际社会”。

有学者早就指出，同一条约通常包含契约性和造法性两种因素，在实践中很难严格区分。还有学者指出，所有的条约实际上都在确立规则，或是一般性规则，或是个别性规则。从这个意义上讲，所有的条约都具有“造法性”。^①因此，国际法院规约第38条规定“不论普遍或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者”，没有排除双边条约，《国际刑事法院规约》规定“视情况适用可予适用的条约”也没有排除双边条约。

三、国际习惯与国际刑法的渊源

国际习惯是国际刑法的又一渊源。从历史的发展来看，国际习惯法曾经是国际刑法最重要的渊源，许多重要的国际刑法规范都起源于国际习惯。例如关于管辖和惩治海盗罪的规则，关于引渡的规则，关于战争罪的一些规则，最初都是以国际习惯法的形式发展起来的。

国际习惯是各国重复类似的行为并被认为具有法律拘束力的结果。它由两个要素构成：一是各国重复的类似行为，即长期的实践，反复的采用；二是被各国认为具有法律拘束力。国际习惯与条约不同，如果说条约是国际社会以明示协议的方式确立国际刑法规则，那么国际习惯则是以默示协议的方式确立国际刑法规则。由于国际习惯是以国家的行为，而不是以法律文本的形式来表现国际刑法的原则、规则和制度，所以通常称之为“不成文法”。但是，由于国家的行为往往又是通过各种法律文件表现出来的，因此，为了查明一个国际刑法的习惯法规则，我们往往需要从各种文件中寻找证据。这些法律文件主要是，国际组织的决议，国内的法规、判决，国际机构的判决以及有关的宣言和声明。

国际社会的实践表明，国际条约在国际刑法的渊源中占有首要的地位，但是国际习惯法仍然是国际刑法的渊源。国际社会除了通过国际条约确立国际刑法原则和规则外，也通过国际习惯法的方式确立国际刑法原则和规则。一般来说，条约仅对当事方有约束力，即使是全球性的多边条约，也对非缔约方没有约束力。但条约可以发展成为国际习惯法，从而构成约束所有国家的行为规范。一方面，国际社会以条约的方式编纂国际习惯使国际习惯的规则更加明确化；另一方面，条约由于越来越多的成员方所接受逐渐演变成对国际社会具有普遍约束力的国际习惯法规则。在国际条约和国际习惯的交互影响中，国际刑法的原则、规则和制度不断发展和完善。

四、一般法律原则

一般法律原则在国际法的渊源中，也是争论颇多的一个问题。

首先是关于一般法律原则的含义。由于国际法院规约第38条没有明确规定，因而学者们提出了各种不同的解释，较有代表性的有三种：一是认为一般法律原则是一般国际法原则；二是认为一般法律原则是“一般法律意识”所产生的原则；三是认为一般法律原则是各国法律体系所共有的原则。但根据《国际刑事法院规约》有关适用一般法律原则的规定，我们可以看出第三种解释较为合理。因为一般国际法原则应表现于条约或国际习惯中，而抽象的、难以捉摸的“一般法律意识”很难产生出供国际法院适用的具体的一般法律原则。但是，由于各国发展不平衡，可能会出现这种情况：在某一法系中或某些国家中适用的某些原则可能在另一法系或另一国家中从来没有适用过。也就是说，各法系或各国所适用的一般法律原则并不是完全一样的。因此，《国际刑事法院规约》在规约法院应适用从世界各法系的国内法得出的一般法律原则时，专门指出：“包括适当时从通常对该犯罪行为行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则”。根据《国际刑事法院规约》的规定，作为国际刑法渊源的一般法律原则可理解为世界各法系的国内法中通行的一般法律原则。

关于一般法律原则能否作为国际法的渊源，我们的回答是肯定的。这是因为《国际法院规约》之所以将一般法律原则列为国际法院在裁判案件时所适用的法律，这表明了规约的缔约国明确承认仅靠国际条约

和国际习惯来审判案件是不够的，因为可能存在着既没有条约又没有习惯可循的“空白”状态，这时就需要一般法律原则来弥补，尽管这种情况不是很多，但在实践中国际法院就的确碰到过这种情况，在有关案件也曾适用过一般法律原则。

有人认为，国际法院规约第38条明确规定，一般法律原则是“文明各国所承认者”，文明各国的承认即国际社会的承认通常通过国际条约或国际习惯来承认，那么，一般法律原则就已融入国际条约或国际习惯中，不能成为一种独立的渊源。我们认为，国际社会的承认除了国际习惯和国际条约的这两种主要的方式以外，不应该排除国际社会确立某些规则还有其他的途径，因为条约通常有固定的格式而且要经过必要的程序，习惯则要有一个形成的过程。由于《常设国际法院规约》的缔约国明确承认一般法律原则应在审理案件中适用，并用条约的形式肯定下来，其后的有关法律文件和国际实践不断予以肯定和发展，使之成为了一项原则。1945年联合国《国际法院规约》第38条有关一般法律原则的规定来沿用了1920年国际联盟时期的《常设国际法院规约》的相同规定。1998年的《国际刑事法院规约》继承和发展了上述有关一般法律原则的规定，充分说明了一般法律原则也可以作为国际刑法的渊源。但能成为国际刑法渊源的一般法律原则必须符合国际法的基本原则和规范。与国际条约和国际习惯相比，一般法律原则只是补充渊源，是在没有条约和习惯的情况下所适用的法律。

五、国际组织的决定和决议

我们这里所说的国际组织的决定和决议是指政府间国际组织的决定和决议。根据1986年《关于国家和国际组织间或国际组织间条约法的维也纳公约》的解释，国际组织的决定和决议是指按照国际组织的组成文书通过的决定和决议。国际法院规约第38条没有提到国际组织的决定和决议。但是，随着国际组织在国际事务中发挥越来越大的作用，一些国际组织的决定和决议也对国际刑法原则和规则的确立和发展产生了重要影响，这促使人们考虑国际组织的决定和决议是否也可以作为国际刑法原则的渊源。

国际组织的决定和决议对于国际刑法的原则、规则和制度产生重要影响的主要事实包括：第一，1946年12月11日联合国大会通过《确认纽伦堡法庭宪章所承认的国际法原则的决议》；1974年10月24日联合国大会通过的《关于侵略定义的决议》。虽然这些联合国大会决议不具有法律拘束力，但其构成相关领域的国际习惯法规则的重要证据，对其他有法律约束力法律文件具有解释价值。第二，1993年5月25日联合国安理会通过附有《前南斯拉夫国际法庭规约》的第827号决议，决定成立前南斯拉夫国际法庭。1994年11月8日联合国安理会通过附有《卢旺达国际法庭规约》的第955号决议，成立卢旺达国际法庭。上述决议来自《联合国宪章》的授权。有关成立国际法庭的上述决议以及作为附件的国际法庭规约对成员国具有法律约束力^①。第三，欧洲共同体理事会1991年6月10日通过《防止使用金融系统洗钱的指令》，该指令对成员国具有法律约束力。根据指令的规定，各成员国应使其遵守该指令的法律、法规以及行政决定在1993年1月1日前生效。^②第四，1998年《国际刑事法院规约》第51条规定，《程序和证据规则》在缔约国大会成员三分之二多数通过生效。根据《国际刑事法院规约》第21条的规定，由缔约国大会通过的《程序和证据规则》具有法律约束力，国际刑事法院作为法律予以适用。

上述情况表明，国际社会或利用“国际组织决议”这种形式直接形成有法律约束力的法律文件，或利用“国际组织决议”作为其他具有法律约束力规则的证据和解释资料。因此，我们认为国际组织决议也可作为国际刑法的渊源。从目前来看，国际组织的决议作为独立的国际刑法的渊源，仅是在一些特定有限的情况下出现。因为国际刑法的原则、规则主要是通过国际条约形成的。但国际组织的决议对于其他渊源，例如对于国际习惯法的形成，对于国际条约的形成，发挥越来越大的作用。因此，国际组织决议作为确立国际刑法原则、规则和制度的辅助性资料，越来越受到国际社会的重视。

六、国际司法裁判

国际法院规约第38条指出，在第59条规定之下，司法判例可以作为确定法律原则之补助资料者。国际法院规约第59条明确规定，法院之裁判对于当事国及本案外，无拘束力。也就是说，国际法院没有采取在一些普通法系国家国内法所适用的“判例法”原则。因此，国际法院的判决不能作为法律适用于以后的裁判，国际法院判决不是严格意义上的国际法渊源，但可以作为确定国际法原则、规则的辅助性资料。在国际刑法实践中，国际刑事法庭（法院）的判决对国际刑法原则、规则的确立和发展具有特别重要的意义。这是因为国际刑法主要是在20世纪逐渐发展起来的一个新的法律分支，国际性法庭在审判有关国际犯罪的案件时可能会遇到在现存的条约和国际习惯法，包括国内法中的一般法律原则都不能找到“现存的明确规则”的特殊情况，这时就需要国际法庭通过对包含在条约、习惯或一般法律原则中的原则和规则进行

解释（interpretate），使经过解释所“阐明”的法律原则和规则可以适用于处理案件。近年来，引起国际社会广泛关注的有关国际刑法问题的国际法院判决特别包括“刚果诉比利时案”。该案的基本事实是，2000年4月11日，比利时特别法庭的调查法官签发了“缺席审判逮捕令”。比利时通过国际刑警组织向全世界发出国际通缉令。该逮捕令和国际通缉令所指向的对象是刚果当时的外交部长Yerodia，指控的内容是该人犯有严重违反1949年《日内瓦公约》以及1977年附加议定书规定的战争罪和反人道罪。比利时要求发现Yerodia的相关国家拘留该人并将其引渡给比利时。2002年10月17日，刚果向国际法院提起诉讼，认为比利时的行为违反了国际法，要求国际法院裁定撤销比利时的逮捕令。国际法院在2002年2月14日的判决中，裁定比利时2000年4月11日针对Yerodia签署逮捕令和进行通缉的行为没有尊重刚果外交部长依国际法享有的刑事豁免权和不可侵犯权利，违反了比利时对刚果承担的法律义务。比利时必须撤销2000年4月11日逮捕令，并通知其他收到通缉令的国家。值得关注的是国际法院在判决中与个人刑事责任有关的说明。比利时认为，一旦外交部长犯有战争罪和反人道罪，他（她）就不能享有外交特权和豁免。也就是说，在这种情况下，任何外国的司法当局可采取相应的措施。国际法院认为，尽管一系列有关防止和惩治严重国际罪行的公约中规定了国家承担的或起诉或引渡的义务，而且扩大了国家的刑事管辖权，但管辖权的扩大并不意味着豁免的放弃。同时，外交部长的外交特权和豁免也并不意味着，无论他们犯有多么严重的国际罪行，可以免受国际社会的惩罚。外交部长享有的豁免权并不禁止在特殊情况下可以对其执行刑罚。国际法院列举的几种特殊情况包括：（1）在所属国受审；（2）所属国放弃豁免；（3）退出政府公职后不再享有外交特权和豁免；（4）在具有管辖权的国际刑事法庭受审判。①2003年2月12日，比利时最高法院在就巴勒斯坦人诉以色列现任总理沙龙一案所作裁决中，已注意到追究个人刑事责任应避免与外交特权与豁免原则相冲突这一问题。②

尽管国际法院在判决中阐明了有关的国际法原则与规则，但《国际法院规约》没有明确规定在法院今后的判例中能否适用这些原则和规则。1998年《国际刑事法院规约》采取与《国际法院规约》不同的态度。《国际刑事法院规约》第21条明确规定：本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。这是否意味着国际刑事法院认可“判例法”原则，还有待法院的实践发展予以说明。



（邵沙平系中国人民大学法学院国际法教授、博士生导师，武汉大学国际法研究所研究员。陈道丽系武汉大学国际法博士研究生。）

更新日期：2006-5-31

阅读次数：851

上篇文章：[论国际刑事法院管辖权的补充性原则及其例外](#)

下篇文章：[《罗马规约》与中国刑法犯罪故意之比较](#)

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号