

论罪刑法定原则与国际刑法的关系

黄 芳*

尽管罪刑法定原则早被很多国家的国内刑法规定为基本原则，但第二次世界大战后，纽伦堡国际军事法庭和东京国际军事法庭曾以事后确立的反人道罪对主要战犯进行审理，^① 所以，罪刑法定原则是不是国际刑法的一项基本原则，就成为一个在国际刑法领域内值得探讨的重大问题。本文拟从历史分析的角度对罪刑法定原则与国际刑法的关系进行考察，在此基础上探讨国际刑法中引入罪刑法定原则的必要性和可能性，并进一步对“罪刑法定”中的“法”即国际刑法的渊源问题进行研究。

一、罪刑法定原则与国际刑法的关系

从国际刑法领域来看，已有不少的国际文件将罪刑法定原则的基本精神引入到了国际刑法法律规范之中，如《公民权利和政治权利国际公约》（1966 年 12 月 16 日）第 9 条规定：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由”。该《公约》第 15 条第 1 款还规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚也不得重于犯罪时适用的规定。如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚，犯罪者应予减刑。”^② 《国际刑法法院规约》第 11 条“属时管辖权”中规定了不溯及既往的原则：“本法院仅对本规约生效后实施的犯罪具有管辖权”。此外，联合国第三届大会通过的《世界人权宣言》（1948 年 12 月 10 日）第 11 条第 2 款对罪刑法定原则也作了明确规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”^③

但从实践来看，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。^④ 这三种情况中，由于第一种情况与罪刑法定原则没有任何矛盾的地方，所以，我们重点来看一下后两种情况。

* 法学博士，中国人民公安大学法律系副教授，中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员。

① 参见刘亚平著：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社 1986 年版，第 49 页。

② 王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社 1982 年版，第 170、172 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 148 页。

④ 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。

首先，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。表现上看，对某个国际犯罪的定罪依据可能是根据事后的国际条约。^①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。^②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。^③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。^④在纽伦堡和东京国际军事法审判期间，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。^⑤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、是否构成破坏和平罪和战争罪，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的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”，而且在公约缔结前缔结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、意的一系列侵略是破坏当时存在的普遍国际法的罪行。第二，关于个人是否应对侵略战争负责的问题，法庭指出：凡策划并进行这样的战争，因而产生不可避免的可怕后果者，在这样做的时候，就是犯了罪。个人应对违犯战争法规的罪行负责，在《海牙公约》和《日内瓦公约》中早有规定，也是久已存在的习惯规范。但在过去，发动侵略战争的罪魁祸首，一向凭借他们的地位逍遥法外，即使在战争失败的情况下，也是把应负的责任推卸给本国人民。第一次世界大战时，由于军国主义德国的野蛮侵略罪行，已提出审判和惩处德皇威廉二世的要求，并规定在凡尔赛和约中。这项要求虽未实现，但不等于个人应负战争责任的规范不存在。纽伦堡和东京法庭宪章明确规定：被告的地位，不论是国家元首或政府首脑，不能作为免受惩罚的理由。重申并发展了个人应负发动和进行侵略战争之责任的规范，这是对国际法的重大贡献。^⑥可见，从时间上来说，国际

① 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。

② 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。

③ 详见《欧洲国际军事法庭条例》第二部分“权限和一般准则”。

④ 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。

⑤ 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。

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119页，注释②。

社会事后根据行为时已有的国际习惯确立的国际法规则来认定国际犯罪完全是符合罪刑法定原则的。

其次，在极个别的的情况下，在既没有公约又没有习惯可循，而国际社会又认为确有将某行为规定为国际犯罪行为的必要时，通过国际社会公认，国际刑事法律规范对国际犯罪有溯及既往的效力。例如，纽伦堡和东京两个国际军事法庭对主要战犯是以破坏和平罪、战争罪和反人道罪来进行审理的。对破坏和平罪和战争罪可以依据国际条约和国际习惯来认定，而对于反人道罪，在此之前，无先例可考。所谓“违反人道罪”，是指在战争发生前或战争进行中，对任何居民实施谋杀、灭绝、奴化，放逐及其他非人道行为；或基于任何政治、种族或信仰的原因实施的任何迫害行为，不问该行为是否违反行为地的国内法。^① 该罪名的确立是国际刑法中的新事物，此前从未就此罪进行过国际诉讼。^② 加之以前的国际条约和国际习惯对侵略者并没有规定过任何刑罚，因此，有人提出，追究反人道罪的刑事责任，由于其为事后法，也违反了犯罪指控不溯及既往的原则，与“法无明文规定不为罪”相矛盾。^③ 为了排除异议，避免麻烦，国际军事法庭明确提出，任何人犯有按照国际法构成犯罪的行为，应对此负责并受到处罚；国内刑法中“法不溯及既往”的规定，不应适用于对战争罪犯的审判。^④ 这就为国际刑法排斥罪刑法定原则、允许适用事后法开创了一个先例。又如，为了进一步打击隐藏起来或其他尚未揭露出来的国际犯罪分子，联合国大会于1968年12月26日还通过了《战争罪和反人道罪不适用法定时效的公约》，致使在第二次世界大战中犯有战争罪和反人道罪的德国纳粹战犯克劳斯·巴比，在潜逃40年后，被法国司法当局从南美洲抓获并审判处罚。^⑤ 当然，我们也应该看到，对国际犯罪允许适用事后法这一规范并不是毫无限制的。因为国际刑法作为法律体系的根据是各国意志的协调一致。^⑥ 要在事后确认某一行为为国际犯罪，该行为不仅是有悖于人类和平、进步与发展精神，^⑦ 同时还必须符合经国际社会“公认”这一条件。

二、在国际刑法中引入罪刑法定原则的必要性和可能性

如前所述，在有些情况下，即使没有有关的国际条约和国际习惯，只要国际社会公认有必要时，也可以事后签订具有溯及既往的效力的国际条约，确认某一严重危害国际社会共同利益的行为为国际犯罪。能否就此可以认为，只要国际社会需要，就可以根据事后法来认定和惩治国际犯罪？即国际刑法领域并不完全遵守罪刑法定原则。我认为，关于这一问题可以作如下理解：

首先，国际刑事立法有一个产生、发展到完善的过程，国际社会通过事后公认某种行为为国际犯罪只是在国际刑事立法尚不健全、不完善的产生阶段的一种偶然情况，它是为弥补

① 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64页。

② 参见刘亚平著：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社1986年，第49页。

③ 参见张旭、徐岱：《罪刑法定与国际刑法》，载《法律与社会发展》1998年第5期。另见刘亚平著：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社1986年版，第49页。

④ 参见张旭、徐岱：《罪刑法定与国际刑法》，载《法律与社会发展》1998年第5期。

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99页。

⑥ 参见王铁崖著：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第36页。

⑦ 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。

国际刑事法律规范的不足而出现的一种应急办法。在第二次世界大战结束后，国际军事法庭的宪章和审判实践明确肯定“法不溯及既往”不适用于对战争罪犯的审判及在认定国际犯罪时可以不受“法无明文规定不为罪”的限制，这在当时的情况下是符合客观要求的，也是十分必要的。否则，势必会使给全人类带来重大灾难的战争罪犯逃脱法律的制裁，人类的正义将无从谈起。但是，随着国际刑事法律规范的不断完善，这种情况将会逐步消灭，只要有关的国际犯罪行为在国际刑事法律规范中都能找到相应的规定（包括定罪与量刑），就能真正做到“罪刑法定”了。现在，虽然国际刑事法律规范还不象国内刑法那样，能够通过一部刑法典把所有的犯罪明文加以规定，但关于国际犯罪预防、禁止和惩治，我们都可以从有关的国际条约、国际习惯以及其他渊源中找到相应的法律依据。而且，现代国际刑事立法的发展趋势是要尽可能清楚、明确地将预防、禁止和惩治国际犯罪的国际刑法规则加以编纂。^① 这些都为罪刑法定原则在国际刑事法律规范中的确立提供了条件。

其次，罪刑法定原则也是国际人权保障的基石，人权的国际保护越来越受到国际社会的关注，罪刑法定原则可以确保无罪的人免受刑事追究和惩罚，确保被告人和被判刑的人受到公正的处理和人道主义待遇。第二次世界大战后，《联合国宪章》第一次将“人权”规定在一个普遍性的国际组织的文件中，庄严宣告“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸，重申基本人权，人格尊严与价值，以及男女与大小各国平等权利之信念。”并将“不分种族、性别、语言、或宗教，增进并激励对于全体人类人权及基本自由之尊重”，作为联合国组织的一项宗旨，开创了人权国际保护的新纪元。此后，一系列国际公约对人权加以确认，如联合国1966年制定的《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》，宣布了各种个人权利和自由，如生命权、人身安全权、不受非法逮捕、拘禁和流放权、住宅不受侵犯权等。战后几十年来，国际人权运动在不断发展，有关保护人权国际立法活动也在不断发展，人权的国际法律保护也在日趋丰富。由于国际犯罪对人权的侵害是极其严重的，所以，在人权的国际法律保护中，国际刑事法律规范对人权的保护显得更为重要。为了使人人享有充分的人权，国际社会在保障生命、自由及人身安全等方面采取一致的立场，并采取了较为有效的保护措施。具体说来，国际刑事法律规范确认了以下几种基本人权：(1) 生命权和健康权；(2) 自由权；(3) 平等权；(4) 保护人格尊严权；(5) 发展权；(6) 获得人道主义待遇权；(7) 获得公正审判权等。^② 这体现了国际社会对人权保障问题的不懈努力。一系列公约如《防止和惩治恐怖主义公约》第2条、《防止及惩治灭绝种族罪公约》第2条、《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51条、《禁止并惩治种族隔离罪国际公约》第2条、《反对劫持人质国际公约》第1条、《公民权利和政治权利国际公约》第6条等不仅规定了应当保护犯罪所侵害的人权，还将犯罪人的人权保护也纳入国际刑法之中。如果不将罪刑法定原则纳入到国际刑法之中，上述公约的内容将无法得以实现，所以，从人权保障这个角度来说，将罪刑法定原则引入国际刑法是十分必要的。

第三，在国际刑法领域确立了罪刑法定原则，罪刑法定原则本身所具有一定的局限性如法律的滞后性等即会显现出来，一旦将来出现了严重危害国际社会和平与安全的行为而国际刑法却没有将此类行为规定为犯罪行为，将怎么处理罪刑法定原则和国际社会的整体利益的

^① 参见邵沙平著：《现代国际刑法教程》，武汉大学出版社1993年版，第91页。

^② 参见黄芳著：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社2001年版，第70—80页。

关系呢？这就涉及到价值取向问题，刑法的价值体现在其保护功能和保障功能上，对国际刑法来说，其保护功能侧重于保护国际秩序（体现功利），其保障功能侧重保障公民的个人权利免受刑罚权的不当侵害（体现公正）。“边沁认为，作为共同体的国家是由一定数量的个人所组成的。任何伤害其成员的行为，结果也有害于国家。”^① 这也适用于国际刑法领域。没有功利，无以制裁犯罪，保护国际社会；没有公正，则人人自危，民主、法制成为泡影。^② 罪刑法定原则最基本的法律意义在于防止刑罚权的无必要发动，抑制刑罚权之滥用，以保障人的基本权利、自由。这一原则被认为是“法制理想的最重要的结果”，^③ 罪刑法定原则代表着现代社会民主与法制的发展趋势，所以，当出现严重危害国际社会和平与安全的行为而国际刑法却没有将此类行为规定为犯罪行为的情况，也不能以违反罪刑法定原则为代价。这就要求国际社会在确定国际犯罪及其刑罚时，应当尽量严密刑事法网，兼顾国际犯罪的现实性和前瞻性。

三、关于“罪刑法定”中的“法”即国际刑法的渊源问题

如前所述，我认为，虽然在国际刑法领域曾有过罪刑法定原则的例外适用，但不能因此而否认罪刑法定原则是国际刑法的基本原则。现在，明确罪刑法定原则是国际刑法的基本原则不仅是必要的，而且具有现实的可能性。但是国际刑法毕竟不同于国内刑法，有专门的刑法典来对犯罪与刑罚加以法定。国际犯罪及其刑罚应当依靠什么来法定，即“罪刑法定”中的“法”具体应包含哪些内容？这就涉及到国际刑法的渊源问题。

《国际法院规约》第 38 条指出了法院裁判案件时所应该适用的法律，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^④ 之下，司法判例及各主权最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。”^⑤ 该条通常被认为是对国际法渊源的一个权威性的说明。^⑥ 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？即国际刑法的渊源有哪些呢？

我认为，基于目前的现状，国际刑法的渊源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，^⑦ 而“司法判例”和

^① 参见张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1997 年修订版，第 185—186 页。

^② 参见北京大学《刑法学要论》编辑组：《刑法学要论——跨世纪的回顾与前瞻》，法律出版社 1998 年版，第 250 页。

^③ 参见 [英] 哈耶克：《自由秩序原则》上册，邓正来译，三联书店 1997 年版，第 262 页。

^④ 《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。

^⑤ 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。

^⑥ 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。

^⑦ 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。

“学者学说”只能作为确认法律原则的补充资料，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，^①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；^②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，^③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原则。^④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。”^⑤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。^⑥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。^⑦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”，^⑧是根据各国的习惯确立的国际法规的总称。^⑨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。^⑩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。^⑪二是该惯例要被接受为法律，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。^⑫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。^⑬

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。^⑭1961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

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25页。

② 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。

③ 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。

④ 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。

⑤ 参见朱荔荪等著：《国际公法》，中央广播电视台出版社1985年版，第9页。

⑥ 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。

⑦ 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。

⑧ 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。

⑨ 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。

⑩ 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。

⑪ 参见朱荔荪等著：《国际公法》，中央广播电视台出版社1985年版，第9页。

⑫ 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。

⑬ 参见王献枢著编：《国际法》，中国政法大学出版社1984年版，第25—26页。

⑭ 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。

问题应继续适用国际习惯法之规则”。^① 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。^② 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。^③

可见，国际犯罪及其刑罚应当通过国际条约和国际习惯来确定，这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。”^④ 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，^⑤ 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。

（责任编辑：秉直）

① 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。

② 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。

③ 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。

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424页。

⑤ 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719页。