

# 国际刑事司法实践对习惯国际法的重申、认定及“重构”

邓 华\*

## 目次

一、引言	习惯国际法规则
二、国际刑事司法实践重申现行习惯国际法规则	四、国际刑事司法实践“重构”习惯国际法规则？
三、国际刑事司法实践认定“地位未明”的习惯国际法规则	五、余论

**摘要** 国际刑事司法机构在实践中需适用习惯国际法，罪刑法定原则甚至要求其适用的法律只能是已经属于习惯法的规则。与此同时，国际刑事司法实践亦极大地推动了习惯国际(刑)法的发展，其最直接的呈现在于规则层面。根据已有的国际刑事司法实践，当触及习惯国际(刑)法时，它有可能对现行习惯国际法规则的地位进行重申，亦有可能对“地位未明”的规则进行认定，甚至有可能对现行习惯国际法规则进行“重构”。这三种类型，都在事实上促进了习惯国际法的发展。当然，国际刑事司法实践对习惯国际法的重申、认定或可能的“重构”皆不能背离国家实践，否则，它不仅会违背习惯国际法的基本原理，而且也相悖于罪刑法定原则，其对习惯国际法的发展以及司法裁判也就失去了正当性。

**关键词** 国际刑事司法 习惯国际法 罪刑法定原则 国家实践 《罗马规约》

## 一、引言

从开创了现代国际刑事审判实践的纽伦堡国际军事法庭(Nuremberg International Military Tribunal,下文简称为“纽伦堡法庭”)和远东国际军事法庭(International Military Tribunal for the

\* 中山大学马克思主义学院助理教授、中山大学涉外法治研究院研究员、法学博士。本文系国家自然科学基金一般项目“国际法院对习惯国际法的认定及其对中国的启示研究”(项目编号: 21BFX148)的阶段性研究成果。

Far East,下文简称为“远东军事法庭”)<sup>〔1〕</sup>的审判开始,国际刑法在很大程度上便依赖于习惯国际法,国际刑事法院(International Criminal Court, ICC)<sup>〔2〕</sup>等国际刑事司法机构的实践都离不开对习惯国际法的认定(identification)、解释(interpretation)和适用(application)——既包括一般意义上的习惯国际法,也包括国际刑法领域中的习惯法,或简称为习惯国际刑法(customary international criminal law)。一方面,虽然国际刑事司法机构所适用的法律可源自条约和联合国安全理事会(下文简称为“安理会”)的决议,但这方面的法律文书并不充分,因此,国际刑事司法机构在确立管辖权和定罪量刑时,需经常借助于习惯国际法,<sup>〔3〕</sup>以此对条约规则进行解释澄清,或对条约中的空白进行填补。<sup>〔4〕</sup>另一方面,国际刑法要力求避免对同一国际罪行的法律适用存在双重标准,而条约的相对性特征可能会导致犯有同一国际罪行的缔约国国民和非缔约国国民在适用条约时结果迥异,因此,习惯国际法在国际刑法中占有极其重要的地位。在关于联合国前南斯拉夫国际刑事法庭(United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY,下文简称为“前南刑庭”)<sup>〔5〕</sup>应当适用何种法律这一问题上,时任联合国秘书长甚至强调,罪刑法定原则(principle of legality 或 *nullum crimen, nulla poena sine lege*)要求国际法庭应适用毫无疑问已成为习惯法一部分的国际人道法规则,这是为了使国际刑事司法机构的司法对世界上所有国家都具有合法性,<sup>〔6〕</sup>因为“习惯国际法可提供一个稳妥的定罪依据,但必须小心确认,在犯罪实施时,该项法律规则已然确立,以便行为人可以确定其应服从的规则”。<sup>〔7〕</sup>毫无疑问地,作为科学主义和理性主义产物的罪刑法定原则,<sup>〔8〕</sup>建立在形式理性基础之上,符合现代社会民主和法治的发展趋势,已发展成目前世界各国的刑法中最为基石性的原则,其基本含义是指“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,强调犯罪的法定性与刑罚的法定性相统一,即通过限制国家刑罚权来保障公民的权利和自由。<sup>〔9〕</sup>各国刑法实践中的这一基石性原则也适用于国际刑事司法实践。尽管纽伦堡法庭的判决主张罪刑法定原则不得被用于限制国家主权,<sup>〔10〕</sup>但随着第二次世界大战之后国际人权法和国际刑法的发展,罪刑法定原则在国际法领域经历了逐步明确和完善的过

〔1〕 参见朱文奇:《现代国际刑法》,商务印书馆2015年版,第61—67页。

〔2〕 国际刑事法院成立于2002年,其法律基础是1998年在罗马通过的《国际刑事法院罗马规约》(Rome Statute of the International Criminal Court,下文简称为《罗马规约》)。它目前有123个缔约国,管辖罪行包括种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪,非缔约国也可以通过发表声明来临时接受国际刑事法院的管辖。详情可查阅国际刑事法院官方网站: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court>,及其缔约国大会网站: <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>,2023年8月15日访问。

〔3〕 See Dapoo Akande, *Sources of International Criminal Law*, in Antonio Cassese ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, p.41, 49-51.

〔4〕 见前注〔1〕,朱文奇书,第144页。

〔5〕 前南刑庭是由联合国安理会于1993年5月25日通过第827(1993)号决议建立的特别法庭。参见刘大群:《联合国临时法庭对国际刑法发展的贡献》,载柳华文主编:《中国国际法年刊(2018)》,法律出版社2019年版,第15—51页。

〔6〕 See Report of the UN Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, UN Doc. S/25704, p.9, para.34.

〔7〕 Theodor Meron, *Revival of Customary Humanitarian Law*, 99 *American Journal of International Law* 817, 821 (2005).

〔8〕 参见高巍:《重构罪刑法定原则》,载《中国社会科学》2020年第3期,第123—145页。

〔9〕 参见陈兴良:《罪刑法定的价值内容和司法适用》,载《人民检察》2018年第21期,第28—34页。

〔10〕 See *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946)*, Published at Nuremberg, Germany, 1947, p.219.

程,并随着《罗马规约》的制定演进到了一个“新阶段”,<sup>[11]</sup>“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”已被视为习惯国际法或一般法律原则的组成部分。<sup>[12]</sup>因此,国际刑事司法实践也必须在罪刑法定原则的框架之内运行——尽管从发展的现阶段来看,国际刑法对罪刑法定原则的要求似乎不如国内刑法的标准严格,但该项原则的实质内核在不同刑法领域是相一致的。<sup>[13]</sup>

与此同时,国际刑事司法实践亦极大地推动了习惯国际法的发展。作为国际法最为古老的渊源,<sup>[14]</sup>习惯国际法被《国际法院规约》<sup>[15]</sup>第38条第1款(丑)项定义为“作为通例之证明而经接受为法律者”。<sup>[16]</sup>尽管这一定义在逻辑层面无法对自身存在的“时序悖论”做出合理解释,但国际法院(International Court of Justice, ICJ)在过往70多年的案例文本中,始终坚持“两要素”说,即主张认定一项习惯国际法的存在和内容,必须同时考察国家实践(State practice)和法律确信(*opinio juris*),二者缺一不可;至于国际法院在实践中是否真正地坚持了“两要素”说,学界存有质疑和批判,但无论如何,联合国国际法委员会(United Nations International Law Commission, ILC)在2018年“二读”通过的“识别习惯国际法”专题成果<sup>[17]</sup>中亦坚持了严格的“两要素”说,并对国家实践和法律确信这两个要素进行了解释和澄清,<sup>[18]</sup>可谓对认定习惯国际法这一基本理论问题作了一次“正本清源”的重申,影响深远。<sup>[19]</sup>其中,该专题成果第13条结论规定,国际司法机构涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决,是确定习惯国际法的辅助手段——尽管国际法院在这方面的表现尤为突出,但国际刑事司法实践的作用亦不容小觑。无论是国际刑事法院这一常设国际刑事

[11] 参见冷新宇:《国际法上个人刑事责任及模式的早期发展——兼论远东国际军事法庭的运用》,载《国际法研究》2023年第2期,第37—57页;Antonio Cassese, *Cassese's International Criminal Law (3rd ed.)*, Oxford University Press, 2008, p.24-28.

[12] See Claus Kieß, *Nulla poena nullum crimen sine lege*, Oxford Public International Law (Last Updated in February 2010), <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e854?rskey=QBiD0b&result=1&prd=OPIL>, last visited on 15 August 2023.

[13] 参见蒋娜:《国际刑法中罪刑法定原则的新进展——兼及对中国的启示》,载《北京师范大学学报(社会科学版)》2012年第2期,第96—101页。

[14] See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law (Second Edition)*, Oxford University Press, 2019, p.60-63.

[15] See 1945 Statute of the International Court of Justice, 1 UNTS 993.

[16] “作为通例之证明而经接受为法律者”,关于习惯国际法的这一表述和措辞,最初由1920年国际联盟(League of Nations)设立的法学家咨询委员会(Advisory Committee of Jurists)在编写《常设国际法院规约》草案(draft statute for the Permanent Court of International Justice)时提出;1945年《国际法院规约》原样保留了这一表述和措辞。虽然这种起草方式曾被批评为不准确,但这一程式化表述和措辞仍被广泛视为体现了习惯国际法的实质所在。参见联合国大会:《国际法委员会报告(第70届会议)》,UN Doc. A/73/10(2018),第66段,脚注664。

[17] “识别习惯国际法(Identification of Customary International Law)”是国际法委员会自2012年起进行研究的一个专题,该专题最终形成的16条结论和评注已于2018年在国际法委员会完成了“二读”,详情可查阅国际法委员会官方网站:[http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml),2023年5月6日访问。

[18] “识别习惯国际法”专题第2条结论规定:“要确定一项习惯国际法规则的存在及内容,必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。”第3.2条结论规定:“两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定。这就要求评估每一要素的证据。”此外,根据第8条结论,“国家实践”必须具备足够的“广泛性、代表性、一贯性”(be sufficiently widespread and representative, as well as consistent)。For more details, see ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission, 2018*, vol. II, Part Two.

[19] 参见邓华:《国际法院认定习惯国际法之实证考察——对“两要素”说的坚持抑或背离?》,载《武大国际法评论》2020年第1期,第31页。

司法机构,还是纽伦堡法庭、远东军事法庭、前南刑庭、卢旺达国际刑事法庭(United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR,下文简称为“卢旺达刑庭”)<sup>[20]</sup>等特设国际刑事司法机构,抑或其他混合式国际刑事法庭(hybrid tribunals 或 mixed tribunals),<sup>[21]</sup>它们的实践对习惯国际法的发展,无疑已经产生并将继续产生重要的影响。而国际刑事司法实践对习惯国际(刑)法的发展,最直接的呈现在于规则层面。根据已有的国际刑事司法实践,当触及习惯国际(刑)法时,它有可能对现行习惯国际法规则的地位进行重申,亦有可能对“地位未明”的规则进行认定,甚至有可能对现行习惯国际法规则进行“重构”。这三种类型,都在事实上促进了习惯国际法的发展。下文将对国际刑事司法实践发展习惯国际法的这三种类型逐一展开实证考察和比较分析,以期在此基础上总结可能存在的司法规律,并反思国际刑事司法实践对习惯国际法重申、认定或可能的“重构”与罪刑法定原则之间的关系——毕竟,习惯国际法形成机制的变动性和罪刑法定原则所要求的安定性之间在逻辑层面似乎存在着“矛盾”,而这一“矛盾”本身亦贯穿了国际刑法发展的始终。

## 二、国际刑事司法实践重申现行习惯国际法规则

### (一) 通过条约编纂现行习惯国际法规则

早在1969年“北海大陆架”案中,国际法院即论述过条约转化成习惯国际法的过程和条件:第一,不允许针对该条约条款做出保留;第二,该条约必须已得到大部分利益相关或受影响国家的批准;第三,从条约转化成习惯国际法通常要求经过一段合理的时间,但如果国家实践足够统一,转化也可以在短时间内完成;第四,法律确信要求国家的实践必须是出于一种法律义务感,而这种法律义务感并非出自条约义务本身。<sup>[22]</sup>国际法委员会“识别习惯国际法”专题的第11条结论则进一步归纳出条约对发展习惯国际法的意义:

1. 条约所载的规则可反映习惯国际法规则,条件是能确定该条约规则:

(a) 将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法;

(b) 将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化;

(c) 形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例,从而产生了一项新的习惯国际法规则。

2. 一项规则在多项条约中出现,可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。<sup>[23]</sup>

国际法委员会在对该条的评注中指出,尽管条约本身仅对缔约方有约束力,但条约在“记录和

[20] 卢旺达刑庭是由联合国安理会于1994年11月8日通过第955(1994)号决议设立的特别法庭。见前注[5],刘大群文。

[21] 这一类混合性质的国际刑事司法机构主要是指东帝汶特别法庭、塞拉利昂特别法庭、柬埔寨特设法庭、黎巴嫩问题特别法庭等。See e.g., Aaron Fichtelberg, *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*, Springer, 2015; Emanuele Cimiotta, *The First Steps of the Extraordinary African Chambers: A New Mixed Criminal Tribunal*, 13 *Journal of International Criminal Justice* 177, 177-197 (2015); John D. Ciorciari & Anne Heindel, *Hybrid Justice: The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, University of Michigan Press, 2014; etc.

[22] See *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p.41-44, paras.72-74, 77.

[23] 联合国大会:《国际法委员会报告(第70届会议)》,UN Doc. A/73/10 (2018),第65段。

界定甚至发展源于习惯的规则方面可以发挥重要作用”，<sup>[24]</sup>而且1969年《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, 下文简称为《条约法公约》)<sup>[25]</sup>第38条亦提到了条约所载之规定“不妨碍条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认国际法习惯规则”。条约的条款以及通过和实施这些条款的过程可有助于阐明习惯国际法的内容。表述清晰的条约条款,如果本身宣示了习惯国际法规则,那便可为这些规则的存在或具体内容提供特别合适的证据。当然,需要注意的是,“可反映(may reflect)”这一措辞亦表明,条约本身无法创立习惯国际法规则,或绝对证明习惯国际法规则的存在和具体内容。一方面,条约的缔约方数量可能是确定该条约所载具体规则是否体现习惯国际法的重要因素——显然,那些已几乎获得普遍接受的条约可被视为特别具有相关性,如1949年“日内瓦四公约”<sup>[26]</sup>等;<sup>[27]</sup>另一方面,那些尚未生效或尚未获得普遍参与的条约在特定情况下也可产生重要影响力,特别是当这些条约在获得通过时没有遭遇反对意见或获得绝大多数国家支持时,如《条约法公约》在1980年生效,但国际法院在1971年“纳米比亚(西南非洲)”咨询意见中就已援引《条约法公约》第60条关于一方违约时他方有权终止或暂停执行该约的规定,强调这一条款是对习惯国际法的编纂,并且是在条约法会议上以无反对的情形通过的。<sup>[28]</sup>此外,非缔约国对于一项得到广泛批准的条约的态度,包括在条约缔结时和缔结后的态度,也都具有相关性。<sup>[29]</sup>

具体到国际刑法领域,条约和习惯国际法之间也存在着一种紧密的联系,很多条约事实上亦是对现行习惯国际(刑)法规则进行编纂,即重申已存在的习惯法规则。如1949年“日内瓦四公约”共同第三条是一例,若干国际刑事司法机构《规约》中对“犯罪”的定义也是一例。<sup>[30]</sup>又如“灭绝种族罪(crime of genocide)”,关于该罪行,通过比较前南刑庭、卢旺达刑庭和国际刑事法院《规约》中对它的规定,可以发现,这些规定的实质内容是一样的,而这些内容,事实上又源自《防止及惩治灭绝种族罪公约》<sup>[31]</sup>第2条的规定——正如时任联合国秘书长在设立前南刑庭时所解释的:“1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》确认,灭绝种族行为,无论发生于平时或战时,均为国际法上的一种罪行,犯灭绝种族罪的个人应被审判和惩治。今天国际法上已视该公约为习惯国际法的一部分,1951年国际法院‘关于〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的保留’咨询意见可以为证。”<sup>[32]</sup>

可以说,一方面,国际刑事司法实践通过条约对现行习惯国际法进行编纂,促使不成文的习惯

<sup>[24]</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p.29 - 30, para.27.

<sup>[25]</sup> 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331.

<sup>[26]</sup> 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 UNTS 31; 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, 75 UNTS 85; 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 UNTS 135; 1949 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 UNTS 287.

<sup>[27]</sup> See e.g., Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 July 2003, UNRIAA. Vol. XXVI (Sales No. E/F.0.6.V.7), p.86 - 87, para.31.

<sup>[28]</sup> See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.47, para.96.

<sup>[29]</sup> 参见联合国大会:《国际法委员会报告(第70届会议)》,UN Doc. A/73/10(2018),第66段。

<sup>[30]</sup> 见前注[1],朱文奇书,第134页。

<sup>[31]</sup> 1948 United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277.

<sup>[32]</sup> Report of the UN Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, UN Doc. S/25704, p.12, paras.45 - 46.

法规则进一步明确化和具体化,这显然也促进了习惯国际法的发展。另一方面,当习惯法规则被编纂之后,在司法实践当中,针对具体事项,司法机构仍会优先适用条约,这是由国际法中公认的“特别法优于一般法(*lex specialis derogate legi generali*)”原则决定的。该原则意味着,每当两个或多个规则涉及同一对象时,应把优先适用地位给予更为具体的规则,<sup>[33]</sup>而此处条约相对于习惯法而言便属于特别法,发挥着特别法的作用。在1986年“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案判决中,国际法院即指出,“通常,条约规则是特别法,若条约已提供求偿解决手段,一国不宜再根据习惯国际法规则提出求偿”。<sup>[34]</sup>但是,即便如此,被编纂的习惯国际法规则也不会消失,它继续存在并可与条约分离适用。<sup>[35]</sup>同样是在“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案判决中,国际法院强调在这种情况下,“习惯国际法继续存在并与国际条约法分离适用,即使这两类法律的内容相同”。<sup>[36]</sup>

## (二) 通过案例重申现行习惯国际法规则:以灭绝种族罪为例

灭绝种族罪,因其对国际社会的危害性以及性质的严重性而成为国际社会必须要惩治的国际罪行。如前所述,它也是国际刑事法院行使管辖权的4种国际罪行之一,是现在所有国际刑事司法机构所管辖的一种国际罪行。<sup>[37]</sup>不过,自《防止及惩治灭绝种族罪公约》于1948年通过之后,在长达40多年的时间里,国际社会很幸运地并没有机会来“启动”对灭绝种族罪的审理或惩治,直至1994年在卢旺达发生了震惊世界的种族灭绝。此后,联合国安理会于当年11月便通过决议依据《联合国宪章》第七章建立了卢旺达刑庭,以审判1994年发生在卢旺达境内有计划的种族灭绝以及其他严重违反国际人道法的行为。在这个过程中,卢旺达刑庭不仅丰富了国际刑法的实践,而且通过司法实践对相关的现行习惯国际法规则进行了重申。

在卢旺达刑庭首案“阿卡耶苏”案中,检察官指控阿卡耶苏(Akayesu)犯有灭绝种族罪。<sup>[38]</sup>卢旺达刑庭在对4类受保护团体(民族团体、族裔团体、种族团体、宗教团体)<sup>[39]</sup>做出解释的基础上,认为受害者图西族(Tutsi)并不符合这4类受保护团体的标准,而在这种情况下,法庭通过扩大解释受保护团体范围的方法将图西族纳入了灭绝种族罪的受保护对象中。<sup>[40]</sup>法庭认为,“《防止及惩治灭绝种族罪公约》已被视为习惯国际法的一部分,国际法院在1951年关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留问题的咨询意见中就说明了这一点……”<sup>[41]</sup>“阿卡耶苏”案被誉为“开启了人类

[33] See *Yearbook of the International Law Commission* (2006), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), 2006, p.178, para.251.

[34] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.137, para.274.

[35] See *Yearbook of the International Law Commission* (2006), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), 2006, p.178, para.251.

[36] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.96, para.179.

[37] 关于灭绝种族罪的由来,可参见[英]菲利普·桑兹:《东西街:灭绝种族罪和危害人类罪的起源》,吴筱筠译,民主与建设出版社2020年版。

[38] See ICTR, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Amended Indictment of June 1997, Case No. ICTR-96-4-1.

[39] 见前注[1],朱文奇书,第286—291页。

[40] 参见匡红宇、王新:《灭绝种族罪受保护团体的归类与判断——兼论对“阿卡耶苏”一案的质疑》,载《河南财经政法大学学报》2017年第1期,第159页。

[41] ICTR, *Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide*, 22 October 2004, Case No. ICTR-98-44-AR72.4, para.14.

历史对灭绝种族罪犯审判和定罪之先河”。<sup>[42]</sup> 通过该案,卢旺达刑庭重申了《防止及惩治灭绝种族罪公约》中的规则具有习惯国际法的地位。随后,在“布拉戈耶维奇及约基奇”案中,前南刑庭再次强调:“普遍认为《防止及惩治灭绝种族罪公约》中的规则已经成为习惯国际法,而且,禁止灭绝种族已经成为强行法(*jus cogens*)。”<sup>[43]</sup>

还值得注意的是,卢旺达刑庭不仅是第一个适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》的国际刑事司法机构,而且对灭绝种族罪的犯罪要素(如受攻击的团体、犯罪人的特定心理要素等)也做了详尽的分析和精辟的阐述。<sup>[44]</sup>

### (三) “重申”与罪刑法定原则

如前所述,要确认一项习惯国际法规则的存在及其内容,历来遵循“两要素”说,即必须同时考察国家实践和法律确信。然而,当国际刑事司法实践重申现行习惯法规则时,无论是经条约对习惯法进行编纂,抑或通过案例对习惯法进行重申,它们事实上并未严格遵循“两要素”说的要求来对国家实践和法律确信展开考察,而是经常性地依赖于一些得到普遍参与的多边公约,据此重申这些公约里面的条款反映了现行习惯法规则。不过,由于在这种情况下处理的是“现行”习惯法规则,这一类规则的习惯法地位在国际社会已得到普遍公认,所以,国际刑事司法实践的重申往往都会得到国家的认可;而且,既然重申的习惯法规则属于现行法(*lex lata*),那国际刑事司法实践对该规则的适用亦会被认为符合罪刑法定原则。

## 三、国际刑事司法实践认定“地位未明”的习惯国际法规则

### (一) 整体性考察:“认定”是否遵循“两要素”说

在此有必要先就本文所指的“地位未明”的习惯国际法规则进行限定说明:即针对不同的规则,“地位未明”的程度是不同的。第一,有些规则事实上已满足了习惯国际法的构成要素要求,但未曾被“认定”过习惯法的地位,且在某种程度上存在着“争议”,这种情况就此区别于第一类“重申”现行习惯法规则。第二,有些规则在满足习惯国际法的构成要素要求方面可能仍存在着“争议”或“瑕疵”,但国际刑事司法实践认定了它的习惯法地位。第三,还有一部分规则,可能被国际刑事司法实践“否定”了习惯法地位。

整体而言,国际刑事司法实践一般都承认,习惯国际法规则的认定必须同时具备国家实践和法律确信。<sup>[45]</sup> 如前南刑庭上诉庭在“哈兹哈桑诺维奇”案中指出,“要认定一个规则是习惯国际法的组成部分,就必须满足具备法律确信的国家的实践的要求”。<sup>[46]</sup> 同样地,前南刑庭审判分庭在“德拉里奇”案中申明,“该项习惯法存在的证据,在于国家实践和法律确信”。<sup>[47]</sup> 而在“塔迪奇”案中,

[42] 王新:《国际刑事实体法原论》,北京大学出版社2011年版,第144页。

[43] ICTY, *The Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, Case No. IT - 02 - 60 - T, Judgment (Trial Chamber), 17 January 2005, para.639.

[44] 见前注[5],刘大群文。

[45] 参见联合国大会:《国际法委员会(第65届会议):特别报告员迈克尔·伍德关于习惯国际法的形成与证据的第一次报告》,UN Doc. A/CN.4/663 (2013),第69段。

[46] ICTY, *The Prosecutor v. Hadzihasanovic*, Case No. IT - 01 - 47 - AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, para.12.

[47] ICTY, *The Prosecutor v. Delalic*, Case No. IT - 96 - 21 - T, Judgment, 16 November 1998, paras.256, 302.

前南刑庭上诉庭经过“对相关实践的仔细考察”后认定,“对所有危害人类罪,习惯国际法并不要求有歧视意图”。<sup>[48]</sup>

这一现象也同样存在于其他国际刑事司法机构。譬如,卢旺达刑庭上诉庭在“鲁瓦卡布巴”案中指出,“习惯国际法的特征是必须有国家实践和法律确信这两个熟悉的构成部分”;<sup>[49]</sup>塞拉利昂特别法庭上诉庭在“福法纳和科德瓦”案中认定一项习惯国际法时,提及了对“两要素”说有着经典表述的国际法院“北海大陆架”案;<sup>[50]</sup>柬埔寨特设法庭预审庭在2010年一项决定中指出,“在确认犯罪和个人刑事责任的习惯国际法状态时,法院应该评估‘共同、前后一贯和一致’的国家实践和法律确信的存在,法律确信意即国家的言行代表了法律……”<sup>[51]</sup>黎巴嫩问题特别法庭亦在实践中强调,认定一项习惯国际法规则要求“展现所需的国家实践和法律确信”。<sup>[52]</sup>

由此,前述实践至少表明了国际刑事司法机构在案例文本中对“两要素”说的遵循。那么,进一步而言,它们又是如何根据“两要素”说来具体考察国家实践和法律确信,进而认定一项习惯国际法的?下文将从纽伦堡审判和东京审判、国际刑事法院、特设国际刑事法庭以及混合式国际刑事法庭的相关实践中选取3个典型,以作进一步考察分析。

## (二) 典型案例考察

### 1. 从纽伦堡审判和东京审判到国际刑事法院:对侵略罪的认定

如前所述,纽伦堡审判和东京审判在国际法历史上是开创性的;“破坏和平罪”(即“侵略罪”)在这两个军事法庭成立之前,事实上已演变成国际罪行。<sup>[53]</sup>因此,《纽伦堡国际军事法庭宪章》(Charter of the Nuremberg International Military Tribunal)和《远东国际军事法庭宪章》(Charter of the International Military Tribunal for the Far East)中规定的“破坏和平罪”,也是对当时业已存在的习惯国际法进行编纂而已,即两个军事法庭适用“破坏和平罪”是基于现行法,没有适用事后法,并不相悖于罪刑法定原则。<sup>[54]</sup>

这是国际刑事司法实践认定习惯国际法的一个典型例子。跟前述探讨的重申现行习惯国际法相区别,纽伦堡审判和东京审判通过在司法实践中详细考察以《巴黎非战公约》<sup>[55]</sup>为核心的相关国际法律文书来认定了此前处于“地位未明”状态的“破坏和平罪”。<sup>[56]</sup>当然,“破坏和平罪”在被“认定”之前事实上已经满足了习惯国际法的构成要素要求,但未曾被认定过习惯法的地位,且在某种

[48] ICTY, *The Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras.287-292.

[49] ICTR, *Rwamakuba v. The Prosecutor*, Case No. ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004, para.14.

[50] See SCSL, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-A, 28 May 2008, para. 405.

[51] Criminal Case No. 002/19-09-2007-EEEE/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para.53.

[52] Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2021, para.104.

[53] 参见朱文奇:《东京审判与追究侵略之罪责》,载《中国法学》2015年第4期,第7页。

[54] 1946年12月,联合国大会通过第95(I)号决议,确认了两个军事法庭《宪章》中所包含的国际法原则。此后,国际法委员会根据联合国大会的决议,在1950年编纂了两个军事法庭《宪章》和判决中所包含的国际法原则,也就是国际法上著名的“纽伦堡七原则”。See “Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal”, UN Doc. A/RES/95(I) (11 December 1946).

[55] 参见《国际条约集(1924—1933)》,世界知识出版社1961年版,第373页。

[56] 见前注[1],朱文奇书,第482页。

程度上存在着“争议”；<sup>[57]</sup>而纽伦堡审判和东京审判的认定实践终结了这种“地位未明”的状态。

在 2002 年国际刑事法院建立之后,2010 年坎帕拉会议又通过了《罗马规约》修正案,由此将侵略罪的定义以及国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的条件正式纳入了《罗马规约》。<sup>[58]</sup> 这被认为是“继纽伦堡和东京审判后,国际社会长达 60 余年的努力,再次向穷兵黩武的国家及其领导人发出的警示,实现了以司法维护国际和平与安全的理想”。<sup>[59]</sup> 《罗马规约》修正案中关于侵略罪的定义反映了纽伦堡审判和东京审判对国际刑法的重要贡献及其认定的习惯法规则。因此,从整体视角而言,《罗马规约》修正案中对“侵略罪”的规定是重申了第二次世界大战结束以来的习惯国际法。

## 2. 前南刑庭认定性暴力犯罪为战争罪中的一项罪行

在 1998 年《罗马规约》通过之前,性暴力犯罪并未被列为战争罪中的一项罪行,包括在前南刑庭和卢旺达刑庭的《规约》中都没有明文规定。但是,在前南斯拉夫发生的武装冲突中,发生了大规模的性暴力犯罪,针对这个问题,前南刑庭在司法实践中又该如何解决?<sup>[60]</sup>

一方面,前南刑庭在“弗伦基伊”案的判决中通过较为详细的论证归纳出性暴力犯罪是如何发展成习惯国际法的:

禁止在武装冲突中实施强奸和性攻击行为已发展成习惯国际法。“禁止强奸”首先被明确规定在 1863 年《利伯法典》第 44 条、《海牙陆战条例》第四附加公约第 46 条和海牙公约序言中的马顿斯条款里面。尽管纽伦堡法庭没有把“强奸罪”和“性攻击”作为单独的国际罪行进行起诉,但军管会第十号命令第 2 条(1)(c)款明确将强奸作为危害人类罪的一种。远东军事法庭在军事指挥官理论上裁定松井石根由于其部下在南京实施的包括强奸和性攻击在内的行为构成战争罪。日本前外交部长东乡茂德也因强奸和性攻击暴行被判有罪。这个判决和 1949 年日内瓦四公约共同第三条中关于“禁止损害个人尊严”这一习惯法规则一起,为强奸罪和性攻击罪发展成普遍被接受的习惯国际法规则做出了贡献……<sup>[61]</sup>

另一方面,前南刑庭《规约》第 3 条的引言规定:“国际法庭有权起诉违反战争法和惯例的人,违反行为应包括但不限于下列事项……”这一“兜底条款”表明,该罪行具有开放性。于是,在司法实践中,前南刑庭通过采用“同等严重性(*eiusdem generis*)”的标准来起诉性暴力犯罪。具体而言,“同等严重性”标准是指,如果一种犯罪行为在法律中没有得到规定,但它的严重程度与法律中所规定的犯罪具有同等的严重性,那法庭对这种犯罪行为也具有管辖权。这是源自普通法系的标准,根源于司法现实主义理论。当然,被告律师和部分大陆法系的学者对此提出了批判,认为通过

[57] 参见程兆奇:《东京国际军事审判的历史意义不容抹杀》,载《抗日战争研究》2022 年第 4 期,第 28—48 页。See also *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Department of State Publication 3080, 1949, p.299 - 384.

[58] 参见国际刑事法院缔约国大会网站: <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions/2010-review-conference>,《国际刑事法院罗马规约侵略罪修正案》全文见: [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-CHN.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-CHN.pdf),2023 年 4 月 14 日访问。

[59] 凌岩主编:《国际刑事法院的理论与实践》,中国政法大学出版社 2019 年版,第 77 页。

[60] See *Crime of Sexual Violence*, ICTY, <http://www.icty.org/en/features/crimes-sexual-violence>, last visited on 14 April 2023.

[61] ICTY, *The Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT - 95 - 17/1 - T, Judgment (Trial Chamber II), 10 December 1998, para.108.

该标准把性暴力犯罪行为纳入战争罪是严重违反了“法无明文不为罪”的原则。<sup>[62]</sup>对此,前南刑庭在“斯塔基克”案中指出:

审判庭认真研究了联合国秘书长根据安理会 808 号决议所附的报告,该报告认为,适用“法无明文不为罪”这一原则要求国际法庭适用毫无疑问已成为习惯法一部分的国际人道法。<sup>[63]</sup>

据此,国际刑事司法机构在实践中适用习惯国际法的做法并不违反“法无明文不为罪”的原则。总而言之,前南刑庭的逻辑是:因为性暴力犯罪作为战争罪中的一种罪行已演变成习惯国际法,而国际刑事司法机构本身并不排斥适用习惯国际法,所以,前南刑庭可以对性暴力犯罪以战争罪来定罪处罚。此后,前南刑庭上诉庭还在“巴拉斯基奇”案的判决中指出:“本庭的一贯做法是,并非简单地依赖《规约》来确认定罪处罚的适用法律,而是要确认在罪行发生时有效的习惯国际法。”<sup>[64]</sup>以上就是前南刑庭从习惯国际法视角认定“性暴力犯罪作为战争罪中的一种罪行”的大致路径和逻辑方法。

### 3. 塞拉利昂特别法庭对征募儿童罪的认定

在“诺曼”案中,通过《塞拉利昂问题特别法庭协定》<sup>[65]</sup>和《塞拉利昂问题特别法庭规约》<sup>[66]</sup>建立起来的塞拉利昂特别法庭<sup>[67]</sup>有必要回答征募儿童罪是否已发展成习惯国际法。该案是国际刑事司法史上第一个因征募儿童兵犯罪被起诉审理的案件。在 2003 年中正式审判开始之前,诺曼(Norman)的辩护律师向上诉庭提出了初步动议(preliminary motion),认为:第一,法庭对《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 4 条第 3 款规定的征募儿童罪<sup>[68]</sup>没有管辖权,因为,塞拉利昂特别法庭的属时管辖权始于 1996 年 11 月 30 日,而在该日期之前国际法上并不存在征募儿童罪,因此第 4 条第 3 款违反了罪刑法定原则;第二,尽管《罗马规约》第 8 条规定了征募儿童是一项战争罪,但《罗马规约》是在 2002 年才生效,而且《罗马规约》在这一规定上也并非对现行习惯国际法规则的编纂,而是制订了新法。<sup>[69]</sup>

针对于此,塞拉利昂特别法庭分析认为:一方面,在 1996 年 11 月之前,很多国家的国内立法都表明它们已在很长时间内禁止征募 15 周岁以下的儿童;另一方面,除了极少数的国家外,在 1996 年 11 月前世界上已有接近 200 个国家批准加入了《儿童权利公约》(Convention on the

[62] 见前注[5],刘大群文。

[63] ICTY, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case No. IT - 97 - 24 - T, Judgment (Trial Chamber), 31 July 2003, para.411.

[64] ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case No. IT - 95 - 14 - A, Judgment (Appeal Chamber), 29 July 2004, para.141.

[65] Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, Annex to the Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, 4 October 2000.

[66] Statute of the Special Court for Sierra Leone, enclosed to the Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, 4 October 2000.

[67] 见前注[1],朱文奇书,第 494—495 页。

[68] 《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 4 条第 3 款规定:“诱拐 15 周岁以下的儿童并强行征入武装部队或武装集团,目的是利用他们积极参与冲突。”

[69] See SCSL, *The Prosecutor v. Norman (CDF Case)*, Appeals Chamber Decision on the Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) of 31 May 2004, SCSL - 2004 - 14 - Art.72, para.1.

Rights of the Child),<sup>[70]</sup>这也表明《儿童权利公约》中的规定几乎在《塞拉利昂问题特别法庭规约》生效时就形成了习惯国际法,1977年《日内瓦公约第二附加议定书》(Protocol II Additional to the Geneva Conventions, 1977)<sup>[71]</sup>和《儿童权利公约》中禁止征募儿童的规定也因此得到了广泛的承认和接受;此外,从20世纪80年代中期以来,各个国家和非国家行为体也开始承诺不使用儿童兵,同时终止使用已经征募的儿童兵。据此,塞拉利昂特别法庭归纳总结道,这些国家实践和法律确信已经足够证明,禁止征募儿童的行为在1996年11月之前便已经形成了习惯国际法。<sup>[72]</sup>

在此基础上,塞拉利昂特别法庭进一步分析征募儿童的行为是否应受到起诉和惩罚。在这一点上,法庭援引了前南刑庭“塔迪奇”案中关于确定某一受到国际人道法禁止的行为是否应被起诉和惩罚所需满足的四个要求,其中第四点是:根据习惯国际法或条约,违反该规则必然引起个人刑事责任。<sup>[73]</sup>为了证成这一点,塞拉利昂特别法庭首先援引了纽伦堡审判和东京审判中所申明的,“国际罪行事实上并不是由抽象的集体做出的,而是由具体个人犯下的,只有定罪处罚犯下如此罪行的个人,才能使国际法的规则得到有效实施”。然后,法庭交叉援引了前南刑庭和卢旺达刑庭的相关规定以及前南刑庭的“塔迪奇”案和卢旺达刑庭的“阿卡耶苏”案,以此证明国际法明确且毫无争议地承认,对基本保护行为的违反会导致个人刑事责任,以及国际刑事司法机构对这类行为的惩罚;它也明确反对辩方律师认为的《罗马规约》是在制定新法的观点。此外,法庭还通过列举以刑事制裁手段来执行《罗马规约》的国内立法实践,来进一步论证第4条第3款规定的征募儿童罪并未违反罪刑法定原则。<sup>[74]</sup>

通过对国家实践的考察、对相关国际法律文书和其他国际刑事司法机构案例的援引,塞拉利昂特别法庭明确认定:征募儿童罪是习惯国际法,《塞拉利昂问题特别法庭规约》对该罪行的规定并未违反罪刑法定原则。<sup>[75]</sup>

### (三)“认定”与罪刑法定原则

结合以上整体性考察和典型案例分析,我们可以发现,国际刑事司法实践在认定“地位未明”的习惯国际法时,相较于“重申”,其会花费更多的精力来考察相关国家实践,又或者通过援引或“植入”条约(包括在形式上不具备法律拘束力的其他国际文书)、自身或其他国际国内司法机构的“先例”来加强论证——尽管这种论证强度能否达到习惯国际法对国家实践的“广泛性、代表性、一贯性”要求,<sup>[76]</sup>仍有进一步探讨之空间。甚至于,前南刑庭审判分庭曾在“库布雷斯基奇”案的判决中断

[70] 1989 Convention on the Rights of the Child, 1577 UNTS 3.

[71] 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1125 UNTS 609.

[72] See SCSL, *The Prosecutor v. Norman (CDF Case)*, Appeals Chamber Decision on the Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) of 31 May 2004, SCSL - 2004 - 14 - Art.72, paras.8 - 24, 53 - 54.

[73] See ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para.94.

[74] See SCSL, *The Prosecutor v. Norman (CDF Case)*, Appeals Chamber Decision on the Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) of 31 May 2004, SCSL - 2004 - 14 - Art.72, paras. 30 - 37, 43 - 47.

[75] 参见何田田:《征募儿童的战争罪:以“国际刑事法院第一案”为视角》,社会科学文献出版社2018年版,第96—104页。

[76] 参见联合国大会:《国际法委员会(第65届会议):特别报告员迈克尔·伍德关于习惯国际法的形成与证据的第一次报告》,UN Doc. A/CN.4/663 (2013),第70段。

言,“如果是基于人道的需要或公众良心的支配,即使在国家实践很少甚至根本不存在的前提下,一项习惯国际法规则也能够形成”。<sup>[77]</sup> 这种观点和实践存在着极大的争议,因为它冲击了传统的“两要素”说,存在着合法性风险,这无疑也值得学界作进一步的实证考察和理论反思。<sup>[78]</sup>

总的来说,关于这部分“地位未明”的规则,国际刑事司法实践的论证愈是充分有力,其认定结果便愈是会得到国家的承认。无论是前述哪种情况,亦不管“地位未明”的程度差异,在经过国际刑事司法实践的认定之后,这种“地位未明”的状态一般会暂时得以终结,“地位未明”的规则会被视为现行习惯国际法的表达,因此对这部分规则的适用也就符合了罪刑法定原则。

#### 四、国际刑事司法实践“重构”习惯国际法规则?

##### (一) 何谓“重构”习惯国际法规则

除了重申和认定,国际刑事司法实践还有可能“重构”习惯国际法规则。何谓“重构”? 在本文语境中,它指国际刑事司法实践对现行习惯法规则的地位和内容做出了变更确认,并由此产生了新的习惯法规则,或至少使现行习惯法规则的地位和内容受到挑战。

关于少数与现行习惯国际法不相符的国家实践究竟是违反现行习惯法抑或产生了新的习惯法这一问题,国际法院在1986年“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案的判决中有过详细论述,认为这种情况是对现行习惯国际法的违反,而非对新习惯法产生的确认。<sup>[79]</sup> 尽管如此,如果国际刑事司法实践发展出异于现行习惯法的规则,在理论上它也应主张国家实践发生了变化,且由于国际刑事司法实践往往受到国际社会的特别关注,所以其发展出的“新的习惯法规则”便存在事实上“重构”现行习惯法规则之可能。

##### (二) 一个典型:“有效控制”抑或“全面控制”

根据国际法委员会在2001年“二读”通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》(下文简称为《国家责任条款草案》)第2条,由一国的国际不法行为引起国家责任,必须同时满足两个构成要件:一是该行为构成对该国国际义务的违背;二是该行为依据国际法可归责于该国。<sup>[80]</sup> 迄今为止,国际法中的归因规则主要以习惯国际法的形式体现在《国家责任条款草案》中的第4至第11条,这些条款被认为构成了国际法上“归因”的一般性规则。<sup>[81]</sup> 根据《国家责任条款草案》第8条的规定,私人行为体的行为只有在受到国家指示(instructions)、指挥(direction)或控制(control)的情况下才能归因于国家。但是,目前国际社会对第8条中“控制”一词的含义仍存在着不同的解读,主要包括“有效控制(effective control)”和“全面控制(overall control)”两种标准。

在1986年“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案的判决中,国际法院首次提

[77] ICTY, *The Prosecutor v. Kupreskic*, Case No. IT-95-16-T, Judgment (Trial Chamber), 14 January 2000, para.527.

[78] See Roozbeh (Rudy) B. Baker, *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates*, 21(1) *European Journal of International Law* 173-204 (2010).

[79] See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.98, para.186.

[80] Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN Doc. A/56/10 (2001).

[81] 参见黄志雄:《论网络攻击在国际法上的归因》,载《环球法律评论》2014年第5期,第157—168页。

出了“有效控制”标准,<sup>[82]</sup>即要求一国不仅要对该团体实施了全面的控制,还必须对该团体实施的特定行为发出具体、明白无误的指令,此时所涉行为才能被归因于该国。简而言之,“有效控制”标准要求国家必须在微观上对行为人的具体行为进行控制——这显然是一个非常严格的高标准。

此后在2007年“关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)”案(下文简称为“波黑诉塞黑”案)判决中,国际法院再次提及“有效控制”标准。国际法院强调,主张存在“有效控制”的国家必须提出证明,该控制是“针对被指控发生了不法行为的每一个具体行动,而不是一般性地针对从事了违法行为的个人或团体总体上的行动”。<sup>[83]</sup>

然而,这一严格的“有效控制”标准被前南刑庭上诉庭在1999年“塔迪奇”案的判决中“重构”了。前南刑庭上诉庭认为,

国家责任法体系的逻辑要求国家对其在事实上或法律上控制的一切承担责任,而有效控制标准与这一逻辑不符,因而是缺乏说服力的。<sup>[84]</sup>

为了将一个军事或准军事团体的行为归因于一国,应当证明的是该国对此团体进行了全面控制(overall control),这种控制不仅体现在武装和资助此团体,还体现在协调或帮助此团体进行军事活动的整体筹划……在此之外,并不要求国家就其从事违反国际法的特定行为向此团体的首脑或成员发布指令。<sup>[85]</sup>

此后,前南刑庭在很多案件中援引“塔迪奇”案的这一认定,如2000年“阿莱克索夫斯基”案<sup>[86]</sup>“德拉利奇和其他人”案<sup>[87]</sup>“科迪克和切尔凯兹”案<sup>[88]</sup>等。与“有效控制”标准相比较,“全面控制”标准的归因门槛降低了,这主要表现在对证据的运用上,即不需要证明一国对反政府武装的控制达到下达具体指令的程度。<sup>[89]</sup>如前所述,尽管国际法院在2007年“波黑诉塞黑”案判决中把“全面控制”标准部分否定了,但在2012年“卢班加”案的判决中,国际刑事法院审判分庭又通过援引前南刑庭在“塔迪奇”案中的认定直接适用了“全面控制”标准。<sup>[90]</sup>

因此,从目前来看,针对私人行为体行为归因中的“控制”要素,国际司法实践也没有达成一致的解釋,只可大致归纳为:“有效控制”标准适用于判断国家责任,“全面控制”标准适用于分辨武装

[82] See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.64 - 65, para.115.

[83] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.208, para.400.

[84] ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No IT - 94 - 1 - A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, para.116.

[85] ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No IT - 94 - 1 - A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, para.131.

[86] See ICTY, *The Prosecutor v. Aleksovski*, Case No IT - 95 - 14/1 - A, Judgment (Appeals Chamber), 24 March 2000, paras.131 - 134.

[87] See ICTY, *The Prosecutor v. Delalic et al.*, Case No IT - 96 - 21 - A, Judgment (Appeals Chamber), 20 February 2001, para.26.

[88] See ICTY, *The Prosecutor v. Kordic and Čerkez*, Case No IT - 95 - 14/2 - A, Judgment (Appeals Chamber), 17 December 2004, paras.306 - 307.

[89] 参见冷新宇:《网络攻击中国家责任的判例标准》,载《西安政治学院学报》2014年第2期,第99页。

[90] See ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No ICC - 01/04 - 01/06 - 2842, Judgment (Trial Chamber), 14 March 2012, para.541.

冲突的性质；<sup>[91]</sup>我们从前述案例也可看到，国际刑事司法实践在判断武装冲突性质时适用的是“全面控制”标准。这事实上还不仅关涉国际刑事司法实践可能“重构”习惯国际法的问题，也是国际刑事司法实践在发展习惯国际法过程中与其他(国际司法)机构存在潜在“冲突”的一个典型。

### (三) 争议热点：国家官员外国刑事管辖豁免规则

国家官员的外国刑事管辖豁免(Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, 下文简称为“官员豁免”)是一项古老的习惯国际法规则。2017年,国际法委员会在“官员豁免”专题<sup>[92]</sup>中以记录投票方式暂时通过了第7条条款草案,规定属事豁免不适用于灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、种族隔离罪、酷刑和强迫失踪这6种“国际罪行”,即所谓的“国际罪行例外”。<sup>[93]</sup>随后,这一“国际罪行例外”条款草案<sup>[94]</sup>在整个国际法学界引起了巨大反响,争议持续发酵。支持者认为,“国际罪行例外”条款能更好地实现保护人权和打击有罪不罚的目的,而且这也反映了现代国际法的发展趋势。反对者则认为,迄今仍没有足够的国家实践来支撑“国际罪行例外”条款,因此,第7条草案反映的并非现行法。<sup>[95]</sup>那么,问题来了:“国际罪行例外”条款草案是否“重构”了有关“官员豁免”的传统习惯法规则?在2017年国际法委员会暂时通过“国际罪行例外”条款草案之后,国际刑事法院在“巴希尔”案中即面临着对这一难题的回应。

2005年3月13日,联合国安理会根据《联合国宪章》第七章采取行动,决定将苏丹达尔富尔情势提交给国际刑事法院,同时要求苏丹政府与国际刑事法院充分合作并提供任何必要的协助。2009年3月4日,国际刑事法院第一预审分庭应检察官的请求向苏丹时任总统巴希尔(Omar Al-Bashir)发出第一份逮捕令,指控其犯有战争罪和危害人类罪;接着又于2010年7月12日发出第二份逮捕令,增加指控灭绝种族罪。这两份逮捕令连同请求逮捕和移交的文件都一起发给了《罗马规约》的所有缔约国。由于缔约国约旦没有逮捕和移交在约旦国内出席阿拉伯联盟峰会的巴希尔,所以国际刑事法院第二预审分庭于2017年12月11日做出决定,认为约旦不逮捕巴希尔即没有履行《罗马规约》的义务,并决定将约旦不与法院合作的情况提交给缔约国大会和安理会。<sup>[96]</sup>

那么,作为时任苏丹总统的巴希尔,当被指控犯下严重国际罪行,在国际刑事法院发出逮捕令之后,他在约旦还能否享有国家官员豁免特权?根据《罗马规约》第27条第2款的规定,“根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则,不妨碍本法院对该人行使管辖权”,第二预审分庭据此认为:当国际刑事法院要求缔约国逮捕和移交另一个缔约国的国家元首时,那就不存在国家官员的属人豁免;而且,当情势是由安理会提交给国际刑事法院时,后者就必须依据《罗马规约》行使管辖权,苏丹此时就具有与缔约国同样的与法院合作之义务,因此,巴希尔在这种情况下不能享有豁免,也就不存在《罗马规约》第98条第1款中所规定的要求“第三国放弃豁免权”的情形。<sup>[97]</sup>约旦政府随后提出了上诉。

[91] 见前注[89],冷新宇文,第100页。

[92] See C. Escobar Hernández, *Eighth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/739, 28 February 2020, paras.1-5, p.2-3.

[93] 参见联合国大会:《国际法委员会报告(第69届会议)》,UN Doc. A/72/10(2017),第140段。

[94] 国际法委员会在2022年“一读”通过了“官员豁免”专题整套条款草案和评注,其中也包含这一“国际罪行例外”条款草案。参见联合国大会:《国际法委员会报告(第73届会议)》,UN Doc. A/77/10(2022),第63—66段。

[95] 参见邓华:《终结有罪不罚抑或打开“潘多拉的盒子”:对国际法委员会“官员豁免专题”中“国际罪行例外条款草案”的批判》,载《国际法研究》2022年第6期,第110页。

[96] See ICC, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Case No ICC-02/05-01/09-309, Trial Chamber, 11 December 2017, p.21-22.

[97] Ibid., paras.35-39.

2019年5月6日,国际刑事法院上诉分庭就约旦上诉案维持了第二预审分庭做出的判决,认为约旦作为《罗马规约》的缔约国,没有逮捕和移交在约旦出席阿拉伯联盟峰会的巴希尔,违反了《罗马规约》的规定。<sup>[98]</sup> 上诉分庭指出,《罗马规约》第27条第2款不仅是一个条约条款,它还取得了习惯国际法的地位。<sup>[99]</sup> 为了证明这一点,上诉分庭援引了一系列国际法律文书,包括:《纽伦堡国际军事法庭宪章》(第7条)、1946年联合国大会关于《确认纽伦堡国际军事法庭组织法所认定之国际法原则》的决议、国际法委员会通过的《纽伦堡原则宣言》(第3条)及《惩治危害人类和平与安全罪行法典草案》(第3条)、1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第4条)、《前南刑庭规约》《卢旺达刑庭规约》《塞拉利昂特别法庭规约》(第6条第2款)、塞拉利昂特别法庭2003年对利比里亚总统泰勒的指控书及审判分庭的判决、国际刑事法院第一预审分庭在“马拉维”案的决定等。由此,上诉分庭认为,“没有国家实践和法律确信可以证明,国家元首在国际司法机构中也存在豁免”,<sup>[100]</sup>即“国家元首在国际司法机构中获得豁免”未成为习惯国际法,这不仅与国际司法机构能否对国家元首发出逮捕令和提起诉讼有关,而且还在国际司法机构要求逮捕和移交另一国国家元首时与国家之间的横向关系有关。<sup>[101]</sup> 亦即是说,《罗马规约》第27条第2款对缔约国同时存在纵向和横向效力。<sup>[102]</sup> 在这种情况下,依照上诉分庭的逻辑,当国际刑事法院请求约旦逮捕并移交巴希尔时,苏丹便不能援引国家元首的属人豁免权,而约旦执行国际刑事法院的逮捕令,亦无需苏丹放弃国家元首豁免权。<sup>[103]</sup>

国际刑事法院在“巴希尔”案中的这一推理结论自然引发了不少争议。<sup>[104]</sup> 因为它在事实上排除了特定情况下国家官员享有外国刑事管辖豁免权的可能——这一推论跟国际法委员会暂时通过的“国际罪行例外”条款草案导向了同样的结果,甚至有过之而无不及,因为“巴希尔”案涉及的是属人豁免。该司法实践无疑会对有关“官员豁免”的传统习惯法规则产生一定程度的冲击;但尽管如此,迄今还很难说它事实上已经“重构”了该项规则。一方面,虽然国际法委员会暂时通过了“国际罪行例外”条款草案,但即使特别报告员亦未曾肯定地主张过该条款草案反映了现行法——她更多的是强调该条款反映了“豁免领域的发展趋势”<sup>[105]</sup>,而若干位反对该条款草案的委员则主张,该条款草案“是完全意义上的提出新法建议,而非对国际法的编纂或逐渐发展”<sup>[106]</sup>。另一方面,习惯国际法的形成和发展归根结底取决于国家实践,而且是具有“广泛性、代表性、一贯性”的国家实践,但我们看到,在国际法委员会暂时通过“国际罪行例外”条款草案以及国际刑事法

[98] 参见陈苏:《国际刑事法院2019年度实践综述》,载柳华文主编:《中国国际法年刊(2019年)》,法律出版社2020年版,第418—435页。

[99] See ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment (Appeals Chamber), 6 May 2019, paras.101-103.

[100] Ibid., para.113.

[101] See ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment (Appeals Chamber), 6 May 2019, para. 114.

[102] 参见朱利江:《国家官员外国刑事管辖豁免的最新发展——评“巴希尔案”约旦上诉判决》,载《国际法学期刊》2019年第1期,第138—139页。

[103] 见前注[98],陈苏文。

[104] See Noora Arajärvi, *The Custom-Making Moment in Customary International Law*, in Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajärvi eds., *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, 2022, p.29-61.

[105] 联合国大会:《国际法委员会报告(第69届会议)》,UN Doc. A/72/10(2017),第84段。

[106] International Law Commission Sixty-ninth session (second part), Provisional Summary Record of the 3378<sup>th</sup> meeting, UN Doc. A/CN.4/SR.3378, p.9-10.

院做出“巴希尔”案约旦上诉判决之后,国家实践并未“颠覆”传统,相反,有关“官员豁免”的传统习惯法规则得到了重申。譬如,在联合国大会第六委员会对“官员豁免”专题的审议中,包括安理会五大常任理事国在内的多国都对“国际罪行例外”条款草案表达了反对意见。<sup>[107]</sup> 因此,可以预见,如果欠缺“广泛性、代表性、一贯性”的国家实践,那么即使国际法委员会暂时通过了极具争议性的第7条“国际罪行例外”条款草案,即使国际刑事法院在“巴希尔”案中做出了结果导向“国际罪行例外”的决定,我们都无法据此简单地得出结论认为,“国际罪行例外”已经“重构”了传统“官员豁免”问题的习惯国际法规则。

#### (四) “重构”与罪刑法定原则

跟重申或认定习惯国际法相比较,国际刑事司法实践“重构”一项习惯国际法规则不仅难度极大,而且容易引起违背罪刑法定原则的争议。“重构”的原因,可能在于相关国家实践确实发生了变化,也可能在于国际刑事司法实践对“国际法发展趋势”的“能动判断”,还可能在于其他。一方面,“重构”习惯国际法,既可能涉及对其他国际司法机构先前的重申或认定,也可能涉及自身机构先前的重申或认定,还有可能涉及未曾被国际司法机构重申或认定却一直被国际社会默认存在的那部分习惯法规则。无论是前述哪种情况,如果能够具备“广泛性、代表性、一贯性”的国家实践来支撑论证,那“重构”结果自然也就具备了正当性——当然,此时仍需进一步地说明为什么在这种情况下适用该项习惯法规则不会违背罪刑法定原则。另一方面,从前述两个例子我们也可发现,国际刑事司法实践要“重构”一项习惯国际法规则其实是非常难的,因此,相较于重申和认定,“重构”所需的论证力度一般而言也是最强的,而且,即使国际刑事司法实践尝试“重构”某项习惯法规则,这一“重构”结果也未必能得到国际社会的承认。

## 五、余 论

诚如本文开篇所指出,国际刑事司法实践和习惯国际法本身即是相辅相成的关系:国际刑事司法机构在实践中需要(甚至只能)适用习惯国际法规则,而习惯国际法在此过程中亦得到了发展,以被重申、认定乃至可能被“重构”的方式存在。

一方面,根据习惯国际法的基本原理,无论具体规则是被重申、认定抑或“重构”,国际刑事司法实践都应该基于对国家实践和法律确信这两个要素的具体考察。但我们在文中的考察发现,国际刑事司法实践事实上难以在个案中详尽地考察国家实践和法律确信,而是经常性地通过援引相关国际(法律)文书的规定、其自身或其他国际国内司法机构的“先例”来重申、认定或“重构”一项习惯法规则。当然,针对部分争议相对较大的习惯法规则,国际刑事司法实践会花费更多的精力来考察相关国家实践和法律确信,一般而言,考察强度依照“重申—认定—重构”的排序逐步增加——如果跟国际法院认定和适用习惯国际法的司法实践相比,那国际刑事司法实践在这方面显得更为谨慎,这是因为,后者受到了罪刑法定原则的“框定”和“制约”。不过,在此我们仍需反思的一个问题是:国际刑事司法实践在发展习惯国际法时对具体国家实践和法律确信的不充分考察,会在多大程度上“冲击”传统的“两要素”说?譬如,在国际刑事法院的案件中,几乎每一个决定都有对先前案件认定规则的援引,特别是对国际刑事法院第一案“卢班加”案的援引。<sup>[108]</sup> 事实上,国

<sup>[107]</sup> 参见联合国大会:《国际法委员会报告(第73届会议)》,UN Doc. A/77/10(2022),第69段。

<sup>[108]</sup> See e.g. ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment (Appeals Chamber), 6 May 2019, paras.33, 34.

国际刑事法院的法官们不仅援引法院其他分庭的“先例”，还会援引自己先前做出的决定——尽管这么做在技术层面具有现实合理性，但如果自我引证率“超乎寻常”地高，那便有可能招致质疑——法官判案是否主要基于他们之前做出的决定？<sup>[109]</sup> 又如，通过援引或“植入”人权条约的规定来直接认定一项习惯国际刑法，是国际刑事司法实践使用的一种方法；然而，即使国际人权法和国际刑法之间存在着千丝万缕的联系，但国际人权法为了保护个人权利而施加于国家的义务，并不能自动转化为个人的刑事责任。因此，虽然国际刑法常常有基于“人道的需要”，但对待这种认定习惯法的方法仍需谨慎，因为它很可能就是司法造法的入口，把应然法直接转换成了实然法，而且有悖于“两要素”说，亦违背罪刑法定原则。<sup>[110]</sup>

另一方面，如前所述，跟其他国际司法机构对习惯国际法的适用和发展相比较，国际刑事司法实践在这一过程中始终面临着对罪刑法定原则的“回应”。基于习惯国际法“不成文”“不稳定”的变动性本质特征，国际刑事司法实践在重申、认定或“重构”具体习惯法规则时是否亦不可避免地存在“重塑”法律之可能？如果答案为肯定，那这种“重塑”在多大程度上可被接受从而具有正当性？罪刑法定原则显然为这种正当性划定了一条边界。在此种情形之下，当国际刑事司法实践对罪刑法定原则进行“回应”之时，一般而言，论证难度也是依照重申、认定和“重构”的排序逐步增加。如果国际刑事司法实践在背离国家实践的基础上发展习惯国际法，那它不仅违背了习惯国际法的基本原理，而且也相悖于罪刑法定原则，其对习惯国际法的发展以及司法裁判也就失去了正当性。

---

**Abstract** On the one hand, the international criminal courts and tribunals have to apply customary international law in practice, and to some extent they can only apply the customary rules according to the principle of legality. On the other hand, international criminal justice also promotes the development of customary international law. From the perspective of specific rules, international criminal justice can reaffirm, identify or even reconstitute the rules of customary international law. All these three types of development must be based on State practice, otherwise they would deviate from the jurisprudence of customary international law, and violate the principle of legality. In that case, the development of customary international law by international criminal justice, as well as its judicial decisions, would lose the legitimacy.

**Keywords** International Criminal Justice, Customary International Law, Principle of Legality, State Practice, Rome Statute

---

（责任编辑：张国斌）

---

<sup>[109]</sup> See Stewart Manley, *Referencing Patterns at the International Criminal Court*, 27 *European Journal of International Law* 191, 193 (2016).

<sup>[110]</sup> See Birgit Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.