

研究国家主权与国际刑法 紧张关系的价值

——评论文集《国家主权与国际刑法》

廖敏文*

摘要:本文对莫滕·伯格斯默(Morten Bergsmo)和凌岩主编的论文集《国家主权与国际刑法》中的八篇论文进行了介绍和评论。国际刑法的产生是基于代表国际社会对侵害整个人类核心价值的最严重国际犯罪行使惩罚权这一理念。自20世纪90年代初以来,它似乎脱离了渐进式发展模式而开始迅猛发展,这种发展挑战了传统国际法的一些原则和规则,从而引发了国际刑法与国家主权关系的紧张,也成为国际法学界学术研究关注的话题。论文集《国家主权与国际刑法》集中研讨了国家主权与国际刑法关系这一话题涉及的最为突出的三个问题:其一,被证涉嫌犯下核心国际罪行的国家官员在外国或国际刑事司法管辖中的豁免问题;其二,国家,包括受核心国际罪行直接影响和间接影响的国家行使管辖权问题,尤其是普遍管辖权的范围和适用问题;其三,《关于侵略罪的〈罗马规约〉修正案》是否会加剧国家主权利益与责任之间紧张关系问题。来自不同法域的中外国际法学者各抒己见,发表了独到的见解、观点和看法。本文打破每篇论文的各自框架,采用综

* 中国政法大学国际法学院副教授。

述和论点摘录分析的方法,对这些见解、观点和看法进行了评价。

关键词:国际刑法;核心国际罪行;国家管辖豁免;普遍管辖权;侵略罪

导言

国际法如同其他法律一样,其内在的构架之间既存在有机联系又存在冲突。由于国际法是一个动态而又庞大、制定主体和规制对象都是国家并且形成两者叠合的自成法律体系,其概念之间和原则之间,甚至是基本原则之间,存在冲突的情况比比皆是。国家主权与国际刑法^①的冲突正是这些冲突之一。冲突是矛盾存在的表现形式,矛盾的两方必然存在辩证统一的哲学关系。国家主权与国际刑法关系紧张是两者存在矛盾冲突的描述,但正是这种辩证哲学关系推动着两者的发展。

作为国际社会成员的国家出于不同的外交政策考量和利益动机对国家主权和国际刑法以及两者的关系持有不同的立场和态度,而不同法域背景的国际法学者对国家主权和国际刑法以及两者的关系也有不同的理解和认识。从而产生了表达方式和话语上的多样性。

中国作为国际法律关系的重要参与者和行为者,对普遍国际法中的国际法原则、规则和国际标准的确立和阐明起着越来越重

^① 本文所提及的国际刑法指严格意义上的国际刑法。严格意义上的国际刑法指基于作为一个整体的国际社会的惩罚权理念产生的,为保护属于作为整体的国际社会的价值而惩治整个国际社会关注的最严重国际犯罪(亦称核心国际犯罪或核心国际罪行),如灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪等,而形成的国际刑事法律体系,该体系的法源表现形式一般为包含预防和惩治整个国际社会关注的最严重国际犯罪的实体和程序原则、规则和制度以及建立国际刑事司法机构的普遍性国际条约,但其法源必须最终根植于具有一般性质的习惯国际法。参见克罗斯·克雷格:《国际刑事法院与罗马规约非缔约国在国际法中的豁免》,载莫腾·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),奥普萨尔学术电子出版社(Turkel Opsahl Academic EPublisher)2012年版,第217、219页。

要的作用。同时,中国国际法学者对涉及普遍国际法的相关法律问题的观点、看法和见解,在一定程度上影响到中国政府对国际社会共同关注的国际法律问题的立场和态度。世界国际法学界因而需要了解中国国际法学界对相关国际法律问题的观点、看法和见解,中国国际法学界也因而需要使世界国际法学界倾听到自己的声音。中国国际法学界现在已不缺乏大量产出自己的具有重要学术价值的国际法研究成果的能力,缺乏的是用“他者”的语言直接展示这些成果与世界国际法学界无障碍地对话、交流和探讨的平台和场合。为此,不少中外国国际法学者正进行着不懈的努力。著名国际法学者莫腾·伯格斯特教授和凌岩教授正是这些中外国国际法学者中的两个不懈努力者。

莫腾·伯格斯特教授和凌岩教授共同合作,以“国际刑法和人道法论坛”为平台设立了以中国著名国际法学家李浩培先生名字命名的“国际刑法和人道法论坛李浩培系列讲座”。他们以该讲座为契机,将不同法域的国际法学者共同关注的、在国际法研究中有着密切联系的两个不同概念“国家主权”和“国际刑法”置于同一个研讨主题“国家主权与国际刑法”下,汇聚对这一主题有研究兴趣和学术见解的中外国国际法学者利用中文或英文为表达工具,展示对这一主题的不同观点、看法和见解。为尊重他们的研究成果,在“国际刑法和人道法论坛”隶属的国际法研究与政策中心和奥普萨尔学术电子出版社的支持下,两位教授将这些中外国国际法学者的研究成果汇编成论文集《国家主权与国际刑法》(以下简称论文集)付梓出版,以期使更多从事国际法学习和研究的中外法律学者、学生、法律从业者,以及政府官员知晓他们的研究成果,使更多的中外国国际法学者关注并参与到这一主题的研讨中来。

“国家主权与国际刑法”是一个话题性极强的主题。莫腾教授和凌岩教授以“国家主权与国际刑法”作为共同主编的论文集的名称意味着该论文集在学术话题和话语上的包容性,为论文作者留下了题目选择和话语表达的空间,使每篇论文的作者可以就

国家主权与国际刑法关系涉及的法律问题择题进行讨论。在国家主权与国际刑法关系问题上产生观点、看法和见解分歧,乃至概念和观念上的冲突在所难免。该论文集尽力寻求的目的是在中外国际法学者间进一步促进彼此对国家主权与国际刑法关系问题上的认识和理解。中外国际法学者只有在充分了解彼此对国家主权与国际刑法关系问题的观点、看法和见解的基础上才能增进在此方面的相互理解。

论文集的作者群集中研讨了国家主权与国际刑法关系这一主题涉及的最为突出的三个问题:其一,被证涉嫌犯下核心国际罪行(core international crimes)^①的国家官员在外国或国际刑事司法管辖中的刑事管辖豁免问题;其二,国家,包括受核心国际罪行直接影响和间接影响的国家行使管辖权问题,尤其是普遍管辖权的范围和适用问题;其三,《国际刑事法院罗马规约侵略罪修正案》(以下简称《修正案》),对于《国际刑事法院罗马规约》,以下简称《罗马规约》)是否会加剧国家主权利益与责任之间紧张关系问题。^②

该论文集除两个主编的论文以外,有八篇论文与上述主题有关,分别涉及了这三个问题。他们对上述问题从不同视角阐述了自己的观点、看法和见解。

^① 核心国际罪行指灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪。《罗马规约》采用的用语有“暴行”、“严重犯罪”、“整个国际社会关注的最严重犯罪”、“受到国际关注的最严重犯罪”等。其中,“整个国际社会关注的最严重犯罪”已成为常用法律术语。《罗马规约》序言第1.4.6.9段和第1.5条。中国人民大学刑事法律科学研究中心、促进国际刑事法院发展项目办公室和亚洲法律资源中心合编:《国际刑事法院手册》,中国人民公安大学出版社2005年版,第26-28页。

^② 莫滕·伯格斯特、凌岩:“论国家主权与国际法中核心国际罪行的个人刑事责任”,载莫滕·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第4-5页。

一、国家官员在外国或国际刑事司法管辖中的豁免问题

所谓国家官员包括国家元首、政府首脑、外交部长和其他特定高级职务的在任者。^① 此类国家官员,尤其是前三者的法律地位不仅由国内法确定,而且还由国际法确定。其国际法理依据有国际条约,如《维也纳外交关系公约》、《联合国国家及其财产管辖豁免公约》和习惯国际法。^② 此类国家官员的身份是其所属国的国家主权象征者或代表者,赋予此类国家官员管辖豁免权是尊重国家主权的诸多具体内容之一。但是,此等管辖豁免权享有必须以国家官员代表国家行事的合法性,尤其是在国际法上的合法性为前提条件,因为代表国家行事的国家官员行为应视为国家行为,^③ 而国家行为是否合法的判断标准是国际法而非国内法。^④ 可见,国家官员法律地位的象征性和代表性直接依附于国家主权和国家行为,从而其享有的管辖豁免也直接依附于国家主权管辖豁免。

^① 该界定为作者的学术界定。国际法上没有对“国家官员”的法定界定。对“国家官员”的范围问题的讨论主要出现在国际法委员会关于《国家官员的外国刑事管辖豁免》的编纂工作中。国家元首、政府首脑和外交部长被称为“基本三人”、“基本三位体”或“三巨头”。联合国大会国际法委员会第六十届会议文件:《国家官员的外国刑事管辖豁免》,A/CN.4/596(2008),第8-9页;联合国大会国际法委员会第六十届会议文件:《关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告》,A/CN.4/601(2008),第48页。

^② 国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》序言第1段。联合国大会决议:《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,A/RES/59/38(2004),第2页。

^③ 以国家代表身份行事的国家代表应视为国家。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条第1款第2项。联合国大会决议:《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,A/RES/59/38(2004),第3页。

^④ 《国家对国际不法行为的责任条款案文》中,关于把一国的行为定性为国际不法行为的第3条规定:“把一国的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。”联合国大会第五十六届会议决议草案:《国家对国际不法行为的责任》,A/C.6/56/L.20(2001),第3页;联合国大会决议:《国家对国际不法行为的责任》,A/RES/56/83(2004),第2页。

在国际刑法领域,国家责任原则和国家豁免原则的冲突日益凸显,焦点在于如何重新评价国家豁免原则和豁免范围的限制。

第二次世界大战结束后,为惩治国际战犯而设立的纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭标志着国际法的新分支国际刑法的开始。两个国际军事法庭开创了追究实施被国际法强行规范禁止行为的国家官员个人刑事责任的审判理论与实践先河。国际刑法的产生使国家官员个人的不可侵犯性从国家主权的不可侵犯性中被剥离出去,核心国际罪行的国际刑事司法化终结了国家官员有罪不罚的时代。可以说“官方身份无关性”原则萌芽于此。两个国际军事法庭的理论与实践阐明了国际刑法中的一个著名原则,这个原则可以被表述为:被告的官员身份,不管是国家元首还是政府部门的负责官员,不应被认为是其免责或减轻刑罚的理由;^①抑或被表述为:在某种情况下保护国家代表的国际法原则不能适用于被国际法规定为犯罪的行为,这些行为的实施者不能得到其官职的庇护,以逃避适当法律程序的制裁。^②随后的联合国大会(以下简称联大)决议对纽伦堡国际军事法庭宪章和判决所承认的这一原则的确认标志着“以国家元首或负有责任的政府官员身份行事,实施了违反国际法的犯罪行为的人,其官方地位不能作为免除国际法责任的理由”^③被认为获得了习惯国际法的地位。^④

^① Charter of the International Military Tribunal, article 7, Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, London, 8 August 1945, [http://www. icrc. org/applic/ihl/ihl. nsf/Treaty](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty), (Last visited November 8, 2013)

^② The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Part 22, 22 August, 1946 - 1 October 1946, p. 447. 转引自刘大群:“国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?”,载莫藤·伯格斯坦、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第44页。

^③ 《纽伦堡宪章和纽伦堡审判中确认的国际原则》,原则三,转引自刘大群:《国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?》,第44页。

^④ 刘大群:《国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?》,第44页。

国际刑法的发展在沉寂了半个世纪后,以前南国际刑事法庭的设立为标志开始了自己的复兴。卢旺达国际刑事法庭复制了前南国际刑事法庭的模式。两个国际刑事法庭的规约对“官方身份无关性”采用了几乎相同的表述。^①最终,建立常设国际刑事法院(以下简称国际刑事法院)的《罗马规约》确立了“官方身份无关性”原则。除前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭外,还有塞拉利昂特别法庭等晚近的国际刑事司法机构连同国际刑事法院的规约和判决的理论与实践一道,使“官方身份无关性”原则的法理更为完善。国际法委员会起草的《危害人类和平与安全治罪法》草案采用了类似的表述。^②实施严重国际犯罪,如破坏和平与安全罪、种族灭绝罪、危害人类罪等严重危害国际和平与安全、严重违反国际人权法和人道主义法的个人的官员身份,即使该人担任国家元首或政府首脑也不能免除其刑事责任或减轻刑罚,此项原则已成为习惯国际法中的一项重要原则。

“官方身份无关性”原则动摇了国家官员享有刑事管辖豁免的法律地位,前者是国际刑法发展的成果,后者是传统国际法久已确立的习惯国际法原则——国家管辖豁免原则——的具体适用规则。两者的冲突是由于它们的价值诉求不同造成的。前者的价值诉求是为了维护国际法律秩序,后者是为了维持国家关系的稳定。它们是两个问题在国际法律体系中的纠结,“豁免和国际刑法问题特殊的复杂性来自这样的事实,即一方面维持国际法律秩序,另一方面维持国家间关系的稳定,两者有时会成为相互冲

^① 《前南国际法庭规约》第7条第2款。凌岩:《跨世纪的海牙审判——记联合国前南斯拉夫国际法庭》,法律出版社2002年版,第365页。《卢旺达国际法庭规约》第6条第2款。凌岩:《卢旺达国际刑事法院的理论与实践》,世界知识出版社2010年版,第337页。

^② 犯下危害人类和平与安全罪的个人的官方职务,即使是国家元首或政府首脑,也不能免除其刑事责任或减轻刑罚。《危害人类和平与安全治罪法》草案1996年二读版本第7条,联合国大会文件:《国际法委员会第四十八届会议工作报告》,A/51/332(1996),第5页。

突的目标”。^①

涉嫌犯下核心国际罪行的国家官员是否应受到刑事处罚已成为无可争议的问题,问题是享有惩罚此类官员的管辖权的主体是谁,是此类官员的国籍国,还是除其国籍国以外的其他任何国家或者是国际刑事司法机构。换言之,此类官员在任何外国和国际刑事司法机构是否因其国家官员身份享有刑事管辖豁免,而对其惩罚只能通过其他途径解决。国家官员在涉嫌犯下核心国际罪行时是否在外外国或国际刑事司法机构享有刑事管辖豁免问题涉及如下法律问题:国家官员享有刑事管辖豁免是程序法还是实体法上的豁免;国家官员是否在外外国和国际刑事司法机构均享有豁免;设立有关国际刑事司法机构的条约非缔约国的国家官员是否享有豁免;国家官员应受法律惩罚是否意味着在此方面的国家管辖豁免原则不再适用;在国际刑事法院的语境下,解决国家官员豁免问题的途径或是安理会途径,或是习惯法途径,但哪个途径更有法律基础;国家官员不享有豁免是否已成为习惯国际法,等等。在论文集,探讨国家官员刑事管辖豁免权问题的作者对这些具体问题发表了自己的看法。这些作者的观点可综述如下:

1. 国家和国际司法实践肯定了国家官员在其本国以外的任何国家享有刑事管辖豁免权,但在国际刑事司法机构中难以主张刑事管辖豁免,特别是在该国家官员的国籍国或犯罪地国是设立该国际刑事司法机构的条约缔约国或愿意受条约约束义务。国家官员在外国的刑事管辖豁免只是程序上的豁免,并不意味着实体上的豁免。国家官员在外外国享有的豁免只是使其免于执法程序,并不意味着行为人的行为符合相关国家的法律。国家官员不受本国以外的任何国家的刑事管辖并非包庇犯罪而是为了保持国际关系

的稳定。^①

2. 国家主权豁免是国际法上一项久已确立的习惯国际法原则,该原则要求国内法院尊重一国国家元首在另一国国内法院中的刑事管辖豁免权,^②除非该国家元首所属国放弃豁免权。尽管国家主权豁免的法律制度与国际刑法之间的平衡上存在并继续着更加有利于国际刑法的变化,但国家元首不享有豁免的主张在国家实践与法律确信方面还存在显著的不确定性,还不能主张国家元首不享有豁免已成为习惯国际法规则。^③

与平行的国家法院相比,国家元首的刑事管辖豁免问题在垂直性的国际刑事司法机构,如国际刑事法院中有所不同。就国际刑事法院而言,在缔约国之间,缔约国的国内法院可能不承认另一缔约国的国家元首的豁免权。因为,当一个国家批准《罗马规约》时,该国就接受了规约规定的所有义务,包括第27条的义务,而放弃了本国国家元首所享有的豁免权。^④虽然国家元首个人不能逃避刑事责任被认为是一项习惯国际法规则的结论有合理性,但这并不意味着该个人不再享有不受法庭管辖的豁免权。豁免权作为阻止管辖权的一道程序障碍并不表明某个行为的合法性或非法性。一项权利的存在并不意味着可行使该权利。^⑤

3. 国家刑事管辖豁免只能在国内法院作为程序性的抗辩进行主张。^⑥国际法院在“逮捕令案”中明确支持了这种观点:管辖豁免只是程序性的,而刑事责任是实体法问题。管辖豁免尽管可以

① 周露露:“当代国际刑法中的若干热点问题浅析”,载莫滕·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第38页。

② 国家元首豁免的法律属性有别于其他国家官员豁免的法律属性,即此种豁免首先是属人豁免,其次是职权豁免,最后是两者兼有之。

③ 刘大群:《国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?》,第47、57-58页。

④ 刘大群:《国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?》,第47页。

⑤ 刘大群:《国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?》,第49页。

⑥ 贾兵兵:《国家官员在外外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,载莫滕·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第63页。

① 克劳斯·克雷格:《国际刑事法院与罗马规约非缔约国在国际法中的豁免》,第232页。

阻止在某段时间内起诉,或对某些犯罪起诉,但它不能使享受豁免者免除一切刑事责任。对于虽享有豁免但其罪行已无可置疑地被证明的个人,国家豁免不能成为一项免除其个人责任的因素。^①现存国际刑事法庭和国际刑事法院否认国家豁免在其审理的案件中的效力,并有充分理由确认这种否认豁免效力的实践反映了习惯国际法。^②

4. 在国际刑事法院,国家官员豁免问题较复杂,主要涉及《罗马规约》非缔约国在任国家官员的豁免问题。在国际刑事法院起诉涉嫌犯下核心国际罪行的国家官员时,对其享有的属人豁免例外地不予保护,即国际法中属人豁免例外。^③但要达到这样的例外,存在两种概念上相互区别的途径:第一种途径是“安理会途径”,即安理会向国际刑事法院提交情势,依据安理会提交情势的决议而对非缔约国产生法律效力,如安理会向国际刑事法院提交达尔富尔(苏丹)情势的决议而产生的法律效力;第二种途径是“习惯法途径”,即在国际刑事法院的特定刑事诉讼中,个人享有的国际法豁免在习惯国际法上的一个例外。“安理会途径”因是《联合国宪章》第七章所赋予的权力而具有坚实的法律基础,而“习惯法途径”只是刚开启,相对缺乏确定的实践支持,并且没有一个坚实的法律基础。^④

国家官员刑事管辖豁免与国际刑法的关系不是一个理论问题,而是一个实践问题。国家管辖豁免是一项早已被国际条约和习惯国际法确立的国际法原则。而国家官员以国家名义犯下核心国际罪行应承担国际法上的个人刑事责任也是已被国际条约和习惯国际法所确立的原则。两者在法律理论上都不存在问题。两者

只在实践中才会发生适用上的冲突。在实践中,国家和国际社会要做到的是平衡两者的关系,既要维护国家管辖豁免的法律地位,也要避免此项权利的滥用而使被证明犯下核心国际罪行的国家官员有罪不罚。国家官员在外国刑事管辖中的豁免问题从维护国际法律秩序和国家间关系稳定的需要看,是非常重要的。^①一方面要维持国际法律秩序,另一方面要维持国家间关系的稳定,“在哪里找到平衡就是一个复杂的政策性问题”。^②平衡的办法是,一方面应尽量减少国家外交政策对平衡两者关系的权重,另一方面对国际刑法的实施范围应从法律政策上给予严格和狭义的界定。加强国际法律秩序是国际刑法价值取向的核心,严格和狭义的国际刑法实体法的适用不会因国家间关系可能付出代价而被削弱,此种代价如果被限制在不对国际法律秩序的核心构成根本性侵犯的行为之内,付出这样的代价是值得的。^③

涉嫌犯下核心国际罪行的国家官员在本国以外任何国家的国内法院享有刑事管辖豁免权,但此种豁免只能在外国法院作为程序性的抗辩理由,不能免除实体法上的个人刑事责任。毫无疑问,涉嫌犯下核心国际罪行的国家官员不能有罪不罚,应解决的先决问题是对此类国家官员确立刑事管辖权的依据的合理性和合法性。国家官员的刑事管辖豁免权主张不能对抗其个人的刑事责任,只要这种责任按照国家责任归因规则可确定。当涉嫌犯罪的国家官员本国不愿或不能管辖,国际刑事司法机构可依据补充原则确立对案件的管辖权。根据国家主权平等原则,涉嫌犯罪的国家官员在本国以外的国家当然享有刑事管辖豁免权,但与案件有关联性的国家则应根据国际法在彼此之间或与国际刑事司法机构进行刑事司法协助和合作。

① 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第71页。

② 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第63页。

③ 克劳斯·克雷格:《国际刑事法院与罗马规约非缔约国在国际法中的豁免》,第212页。

④ 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第231页。

① 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第232页。

② 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第232页。

③ 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第233页。

二、普遍管辖权的范围和适用问题

普遍管辖权是国际法上的一个传统概念,但其宗旨、定义、效用和实践一直存在争议。因此,普遍管辖权问题被认为是关于国家刑事管辖权的国际法中最棘手和最具有争议的问题。^① 普遍管辖权的传统范围和适用仅限于在不属于任何主权国家管辖的公海上实施的海盗犯罪。其范围和适用的扩大,即与核心国际犯罪,如灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪等这类发生在主权国家领土上的行为发生联系是在第二次世界大战之后。前南国际刑事法庭的设立在西欧掀起了行使普遍管辖权的国家实践高潮。^② 第二次行使普遍管辖权的国家实践高潮发生在 21 世纪的前十年,主角仍然是西欧国家,只不过他们这次行使普遍管辖权的对象是在非洲的前殖民地国家国民。由于这些前殖民地国家的国民有些是国家政治领导人,在其所属非洲国家和行使普遍管辖权西欧国家之间因此而引起外交争端,有三个争端已提交国际法院。^③ 另外两起由西欧国家法国和德国行使普遍管辖权的案件涉及卢旺达国家官员,这不仅导致卢旺达与这两个西欧国家的外交关系恶化,而且刺激了非盟把普遍管辖权问题提交给联合国的决心。2009 年 9 月 10 日,坦桑尼亚向 63 届联大提交了题为“普遍管辖权原则范围和适用”的决议草案,该草案在 63 届联大第 105 次全体会议上以协商一致的方式通过,从而使得联大第一次获得对普遍管辖权问题的讨论权。关于普遍管辖权的议题从第 64 届联大会议开

① 朱利江:《联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解》,载莫滕·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第 165 页。

② 朱利江:《联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解》,第 166 页。

③ 这三个争端案例是涉及比利时和刚果民主共和国的“逮捕令案”、涉及法国和刚果民主共和国的“调查案”和涉及比利时和塞内加尔的“哈布雷案”。参见朱利江:《联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解》,第 169-170 页。

始,在 2010 年第 65 届、2011 年第 66 届和 2012 年第 67 届联大会议上都被讨论。

普遍管辖权涉及两方面的问题。一是普遍管辖权的定义问题。事实上,国际法上对普遍管辖权不存在公认的法定定义。^① 定义普遍管辖权涉及的法律问题包括其性质,其与国际刑事法院和国际刑事法庭的关系以及其与“或引渡或起诉”的关系。对此,国家的观点各有不同。二是普遍管辖权的范围和适用问题。事实上,国际社会对普遍管辖权达成的共识是:作为国家刑事管辖权的一项国际法原则,普遍管辖权本身并不存在争议。^② 存在争议的是其范围和适用问题,因为至今尚不能从现有相关联大决议中看出存在关于普遍管辖权的范围和适用的法律确信。^③

为此,论文集集中有作者通过大量的第一手资料和数据考察分析了各国对普遍管辖权的上述两方面问题的认识和普遍管辖权的范围和适用在国家现行实践中的发展趋势。该作者的结论是:普遍管辖权原则作为整体在习惯国际法中已经存在,但其定义、范围和适用是否在习惯国际法中存在则难以确定,这正是现阶段国家就普遍管辖权在联大取得的共识。该作者认为,它们是否在习惯国际法中成为现实以及如何成为现实取决于各国的意志和实践,并由此预测,随着在联大对普遍管辖权的共识越来越多,并且随着普遍管辖权的实践越来越丰富,关于它的定义、范围和适用的新的习惯国际法可能在很短的时期内形成。^④

论文集的作者群对普遍管辖权的评价总体可概括为消极评价和积极评价,中国作者的评价总体可归于消极评价。

① 关于普遍管辖权的定义大量存在于学术文献和区域国际法中。参见厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,载莫滕·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第 112 页。

② 朱利江:《联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解》,第 179 页。

③ 朱利江:《联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解》,第 178 页。

④ 朱利江:《联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解》,第 194-195 页。

1. 普遍管辖权的法理依据不足

由于普遍管辖权可以对抗国家刑事管辖豁免权,因此对普遍管辖权须持谨慎和小心的态度。论文集中持这种观点的中国作者不止一个。现阶段的国家实践有滥用普遍管辖权的趋势,有的国家对本该适用普遍管辖权的跨国/国际性犯罪,如海盗犯罪,却不愿依此确立管辖权。支撑普遍管辖权的学理依据有“主权原理”、“人类共同利益说”和“打击犯罪和消除有罪不罚说”。作为普遍管辖权的学理依据,这三种理论似有缺陷和不确定性。首先,根据国家主权原则,国家可以依据属人管辖原则、属地管辖原则和保护性原则确立其管辖权。如果国家在与有关犯罪无任何关联性的情况下主张普遍管辖原则确立管辖权,则可能侵犯其他与有关犯罪有密切关联性的国家主权,有违国家主权平等原则。其次,“人类共同利益说”的缺陷在于其内涵和外延的不确定性。人类共同利益的内容是什么和由谁代表全人类行使管辖权迄今缺乏国际法上的法律依据,而只是一种道义上的倡导。最后,“打击犯罪和消除有罪不罚说”忽视了一国不能随意将本国追诉犯罪的权力及于他国发生的行为或他国的国民,并且普遍管辖权只是对各国固有的传统管辖权的补充,并在行使时应受诸多条件的限制,如履行特定条约义务原则、引渡或起诉原则、犯罪地和犯罪嫌疑人国籍国的管辖权优先原则,以及不存在豁免例外问题,等等。^①

2. 应限制适用普遍管辖权

普遍管辖权的确立应受到国际法明确允许的情形限制,其行使也应受到国际法的限制。在国际法上绝对普遍管辖权只能适用于海盗罪,而不能普遍适用于其他犯罪。绝对普遍管辖权的行使如果不受限制将引起国家管辖权的滥用和绝对普遍管辖权在政治

上的滥用,导致国际关系的不稳定。^①

3. 普遍管辖权缺乏习惯国际法基础

相关国际司法判例,如“逮捕令案”表明,普遍管辖权的实践目前正处于发展中,并没有一致性。在实践中任何超出条约机制所确立范畴的,更广泛的普遍管辖权主张都充满不确定性,在国家实践不明的情况下仍主张行使普遍管辖权会遭遇外交争端的风险。因此,需要立即解决的首要问题是行使普遍管辖权的法理基础和适用对象是什么。在条约不适用的情况下行使普遍管辖权的习惯国际法基础又没有得到承认,如果相关条约的第三国在此情况下行使普遍管辖权的主张就会遭遇已经具有习惯国际法地位的国家管辖豁免权的阻拦。基于条约义务的普遍管辖权不得不让位于基于习惯国际法的国家管辖豁免权。^②

对普遍管辖权持积极评价的欧洲国家作者认为,普遍管辖权是对抗有罪不罚的有效工具,能有效终结犯有严重国际罪行者逍遥法外的情况。^③构成普遍管辖权的法律渊源有国际习惯和国际条约。但该作者同时也承认普遍管辖权即使对核心国际罪行行使也面临挑战,认为赞同和反对普遍管辖权的言论很多。同时还承认欧洲国家尽管允许自己本国法院扩大管辖权,依据普遍管辖权起诉国际犯罪,但在行使普遍管辖权时所采取的具体措施不尽相同。总体是对普遍管辖权的行使规定了限制,这些法律上的限制包括:被告人须身在起诉国领土,起诉须由检察长提起,遵守豁免规定,普遍管辖权仅适用于特定冲突中发生的犯罪,仅在高等法院才可起诉,等等。^④

在行使普遍管辖权的条件和要求限制方面产生分歧的首先是“身在起诉国领土”的要求,就此出现了普遍管辖权的广义概

^① 周露露:《当代国际刑法中的若干热点问题浅析》,第31-34页。

^① 周露露:《当代国际刑法中的若干热点问题浅析》,第31页。

^② 贾兵兵:《国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题》,第65-67页。

^③ 厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,第111-112页。

^④ 厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,第118页。

念——绝对普遍管辖权^①和普遍管辖权的狭义概念——附条件普遍管辖权^②的争论。其次是如何解决对同一犯罪嫌疑人的管辖权重叠,即管辖权冲突问题。就此产生了三个更具体的问题:1. 如果犯罪发生地国、犯罪嫌疑人国籍国或被害人国籍国愿意且有能力行使管辖权,声称依据普遍管辖权对所涉犯罪具有管辖权的国家是否可确定该国在行使管辖权上存在重大利益而有义务让位于与犯罪有更密切联系的国家。2. 普遍管辖权因而是否是一个辅助原则。3. 国内法院和国际刑事法院的管辖权冲突问题,即哪些国家可以质疑国际刑事法院对案件的受理。《罗马规约》第17条规定的是对案件“具有管辖权的国家”,这当然包括依据普遍管辖权而享有管辖权的国家。但问题是这不仅使享有管辖权的国家范围太大,而且当以普遍管辖权为依据时,各国的管辖权就难以确定谁优先了。又次,如何解决国家官员豁免权因普遍管辖权的行使受到侵害问题,国家官员的豁免权是否会成为普遍管辖权适用性的例外。就国际刑事法院而言,至今没有任何专门涉及国家官员的豁免权与“官方身份无关性”原则冲突问题的判决意见。又次,在行使普遍管辖权的案件中是否能适用缺席审判。最后,在行使普遍管辖权的实践中出现两大难题,一是难以收集境外的犯罪证据,成本高和技术难度大,以及向国家官员送达的案件触及外交敏感性,后者与国家官员的豁免问题相关。二是不同的国内立法对国家间关于引渡与合作的请求造成的障碍。并且,国内立法不同或行使普遍管辖权的方式不同会加大被告的犯罪受重复审判从而违反“一罪不二审”原则的风险可能性。^③

对普遍管辖权持积极评价的作者列出了涉及普遍管辖权的适

① 国家可不论犯罪发生地、行为人国籍和被害人国籍,也不论被告是否身在该国领土,而对其提起公诉。参见厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,第118页。

② 只有当被告身在一国领土,该国才可对其提起公诉。参见厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,第118页。

③ 厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,第118-127页。

用会出现的如此多的问题和挑战,明确了普遍管辖权在实践中存在争议这一事实。但与对普遍管辖权持消极评价的作者的考量和出发点不同,其考量和出发点是要解决这些问题以进一步确保普遍管辖权的有效适用,认为普遍管辖权与国际刑事法院以及其他国际刑事司法机构的共同存在有利于国际社会继续切实以人本精神反对有罪不罚。^①

对普遍管辖权持积极评价的不乏中国学者。论文集有中国作者通过对普遍管辖原则的学理和法理发展进行梳理,厘清其演进脉络后,认为普遍管辖原则在国际法理论和国家立法及司法实践中得到充分确立已经成为不争的事实。^② 该作者按照普遍管辖权的不同法律渊源将普遍管辖权分为基于习惯国际法的普遍管辖权、基于国际条约的普遍管辖权和基于国内法的普遍管辖权三种情形,^③并对这三种情形的普遍管辖权的定义和特征进行了学理和法理上的分析和论述。这种分析和论述无疑对普遍管辖权的定义、范围和适用的学术研究做出了贡献。但该作者将普遍管辖权概念等同普遍管辖原则概念:“普遍管辖权,亦称普遍管辖原则。”^④笔者认为,两者的用语及其概念有联系,但不等同。普遍管辖原则不能视为普遍管辖权的别称。

不论是持消极评价还是积极评价的作者都承认普遍管辖权涉及法律上、政治上和外交上的复杂问题,普遍管辖权仍处于发展初期阶段,其范围不清晰,如何适用不甚明确。但无论如何,普遍管辖权的概念早已在国际法上存在,不能因其在当下的适用遇到许多挑战就弃而不用。

就国际刑法实施而言,最可能对国家主权造成侵蚀的是普遍

① 厄基·考鲁拉:《对核心国际罪行的普遍管辖权》,第128页。

② 马呈元:《论普遍管辖权的意义及其在中国刑法中的适用》,载莫藤·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第133页。

③ 马呈元:《论普遍管辖权的意义及其在中国刑法中的适用》,第134页。

④ 马呈元:《论普遍管辖权的意义及其在中国刑法中的适用》,第129页。

管辖权的行使。所谓国家主权与国际刑法的紧张关系实际上是国家主权和普遍管辖权的适用发生彼此对抗。这种对抗在普遍管辖权是基于有关非核心国际罪行的国际条约和习惯国际法确立的普遍管辖权时,一般不会发生两者的对抗,除非涉案国家因普遍管辖原则的适用发生依此确立的管辖权冲突。两者的对抗更多发生在基于有关核心国际罪行的国际条约和国内法确立的普遍管辖权时,尤其在国际条约的缔约国和非缔约国之间,或者在欲对涉嫌犯有核心国际罪行的行为人行使普遍管辖权的国家和涉嫌犯有核心国际罪行的行为人所在地国或国籍国之间更易于发生这样的对抗。

相关国家和国家集团,如非盟和欧盟,应加强对话、沟通和交流,使之成为惩治核心国际罪行的有用工具,又使其适用不超越底线而侵蚀国际法的基本原则,如国家主权平等原则、不干涉内政原则,不破坏久已确立的习惯国际法规则,如国家管辖豁免原则、尊重国家主权原则,等等。如果国际社会在普遍管辖权的范围和适用上达成共识,制定其范围和适用的规则、标准和条件,正确处理和平衡普遍管辖权与其他管辖权的关系,及其与国家主权管辖豁免原则关系,使普遍管辖权发挥其防止有罪不罚的积极作用。

三、《修正案》对国家主权利益与责任之间紧张关系的影响问题

侵略罪的制定历史可以追溯至第一次世界大战结束后的《凡尔赛和约》,但其雏形却成形于第二次世界大战结束后。侵略罪作为国际刑法上核心国际罪行之一的法律渊源,即侵略罪与第二次世界大战后纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭为审判德国和日本战犯而确立的国际罪行——破坏和平罪存在法律渊源关

系。可以说,破坏和平罪是侵略罪的雏形和源起。^①

由于纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭的宪章只规定了策划、准备、发动或进行战争,或参与实施战争即构成破坏和平罪,没有明确定义侵略战争和阐明破坏和平罪的犯罪要件,这为侵略罪的确立和阐明既奠定了基础,又留下了空白。这个空白 50 余年没有得到实质性的填补直到《罗马规约》的制定。但在为制定《罗马规约》而召开的外交大会上,国家间对侵略罪的界定以及国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的条件意见相左,不可调和。这种分歧的结果是《罗马规约》只在第 5(1) 条中将侵略罪规定为由国际刑事法院行使管辖权的四种犯罪之一,但却缺失对侵略罪的界定条款——像界定灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪那样对侵略罪作出界定。这直接导致了作为《罗马规约》的子文件之一的《犯罪要件》当中缺失有关侵略罪的犯罪构成要件的阐明。因此,尽管侵略罪属于国际刑事法院管辖范围,但由于缺失对侵略罪的界定和犯罪要件的阐明,导致国际刑事法院在对侵略罪行使管辖权时缺少法律依据而使该管辖权的行使没有可操作性。

在《罗马规约》生效后的 10 余年间,缔约国以“关于侵略罪特别工作组”为机制,对侵略罪的界定,侵略罪的犯罪要件,国际刑事法院对此类犯罪的管辖条件,甚至包括涉及这些内容的条款如何生效等问题进行了热烈讨论。2010 年国际刑事法院审议大会通过《修正案》,标志着这种讨论的成果告一段落。

论文集有作者分析了《修正案》所界定的侵略罪有如下三个特征:1. 侵略罪具有特定的犯罪背景要件,即个人实施的侵略罪行是在国家存在侵略行为的背景下发生的。这是侵略罪区别于其他核心国际罪行的主要特征。2. 侵略罪是国家领导人实施的犯罪,即侵略行为和侵略战争都是国家行为,需要国家武装部队、军事装备和资源。有机会策划、准备、发动或进行侵略战争和参与实施侵

^① 周露露:《当代国际刑法中的若干热点问题浅析》,第 18 页。

略活动的人不是普通个人,而是有一定较高级别,有能力、资格和机会控制、指挥或影响国家决策或武装部队的领导人。3. 侵略罪的界定含有门槛要求,即基本的条件要求,即只有当侵略行为以其特征、严重性和规模构成明显违反《联合国宪章》才适用侵略罪。^①

关于国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的先决条件,该作者阐述了自己的看法,认为《修正案》规定的国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的先决条件看似维护了国际刑事法院的独立性,但实际上这些条件会极大地影响国际法律和政治体系,对国际和平与安全增加更多的不稳定因素。其理由是:1. 安理会和国际刑事法院确定侵略行为的职权并存使人对《修正案》的实际效力产生怀疑。2. 从安理会以前通过的涉及侵略,谴责某些国家的侵略行为的决议来看,其措辞谨慎,在包括对详情实据、意图和行为后果、入侵程度等作出综合评估后才会得出是否存在侵略行为的结论。3. 虽然确定侵略行为的职权并存于联大、安理会、国际法院和国际刑事法院,但它们的此种职权在性质及行使条件、方式和效力等方面是不同的,不能相比。4. 如果让国际刑事法院确定侵略行为会产生新的制度上的缺陷。《修正案》赋予国际刑事法院确定侵略行为的职权似乎维护了该法院的独立性,但这种与安理会并存的职权可能发生两者结论不同的情况,在此情况下,《修正案》不能协调两者对立的确定侵略行为的不同立场和角度。这将削弱安理会和国际刑事法院的权威和不利于防止侵略行为和维护国际法律秩序。^②

另有作者试图从侵略罪的定义和国际刑事法院行使管辖权的条件方面对《修正案》进行分析,并就其对国际和平与安全的影响提出了自己的看法。^③通过对《修正案》条款的解读和分析,并引

① 周露露:《当代国际刑法中的若干热点问题浅析》,第20-22页。

② 周露露:《当代国际刑法中的若干热点问题浅析》,第24-27页。

③ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,载莫滕·伯格斯特,凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第83页。

用大量相关文献资料和学术著述的不同观点为论据,作者力图论述作为确定侵略罪先决条件侵略行为的界定所涉及的理论问题。作者认为,《修正案》对侵略行为的界定模式具有抽象定义与具体列举罪状相结合的特点。这一模式在不同的学者看来有利有弊。其有利的一面在于:它可使检察官和法官在具体罪状的指导下,根据抽象的概念来处理将来可能出现的种种侵略行为。它既符合罪行确定性的要求,又能适应情势发展的需要,从而最大限度地满足刑法惩戒和预防功能。^①其弊病和短处在于抽象定义具有不确定性,列举具体侵略行为的清单又不能囊括所有的侵略行为,不足以弥补抽象定义的不确定性。两种均有局限性的定义相结合,会导致同样或者更大的不确定性。国际刑事法院只能在今后通过谨慎性司法予以阐述和说明来解决界定侵略行为的技术性问题。^②

该作者对侵略罪定义的特点进行了分析。首先侵略罪惩罚的对象是能够影响、制定或控制国家政治或军事政策的个人,领导地位是国家侵略行为和个人刑事责任的连接点。其次,侵略罪的行为要件是策划、准备、发动或实施侵略行为的行为。侵略罪只适用于已经发生的侵略行为,侵略罪难以适用于未遂行为。侵略罪的主观要件是犯罪行为必须伴随行为人的明知和故意时才产生刑事责任。再次,侵略行为构成侵略罪的条件是,只有依其特点、严重程度和规模构成对《联合国宪章》明显违反的侵略行为,才能构成国际刑事法院所管辖的侵略罪。最后,侵略行为和侵略罪不应当适用同一标准。侵略行为在于追究国家违反《联合国宪章》使用武力的责任,具有民事制裁性质,其构成要件较侵略罪的要求宽松。而侵略罪是通过追究个人刑事责任来阻止国家将战争作为实施国家政策的手段,它必须符合保障人权的刑事司法标准,只能针对具有领导地位的人员,其构成要件比侵略行为严格。^③

① 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第87页。

② 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第88-89页。

③ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第91-96页。

关于《修正案》对国际刑事法院行使管辖权的条件的规定,作者分析了在安理会没有认定侵略行为的情况下,国际刑事法院是否应当就有关情势继续进行调查的问题。他认为,该问题的实质是在缔约国提交侵略情势和检察官自行开展调查的情况下,安理会该不该发挥作用以及如何发挥作用的问题,问题的关键在于安理会没有就有关情势做出决定时,国际刑事法院能否独立地开展调查及追诉的问题,问题的核心则是如何处理国际刑事法院的独立性与安理会职责和权威的问题。^①

作者对该问题的性质和实质的定性定位可谓一语中的,切中要害,凸显了该问题的重要性和复杂性。《修正案》对此问题做出的制度安排^②看似合理,但可能带来诸多问题。首先,安理会自成立后鲜见做出否认或认定侵略行为的决定。其次,安理会对侵略行为的认定,只有程序性意义,对国际刑事法院没有实质拘束力。如果出现国际刑事法院的认定与安理会的决定不一致的情况,则将使人们对双方的信誉产生怀疑。^③

支持安理会认定侵略行为的权威性者和支持国际刑事法院独立性者各执一词。前者的依据是《联合国宪章》第20条和第39条、《罗马规约》第5条,认为这决定了安理会在认定侵略方面的权威,该认定是国际刑事法院行使管辖权的前提。并且,侵略是高度敏感的政治问题,安理会是处理侵略问题的政治机构,其决定更有利于维护国际和平与安全,也有利于国际刑事法院获得有关国家的合作与配合。后者认为,首先《联合国宪章》赋予安理会决定侵略行为的职权的目的是维护国际和平与安全而非追究个人刑事责任,并且仅是主要或首要的职责,而非专属或排他的职责。其次,即使此种职权是专属权,也既不符合《联合国宪章》本身关于安理会职权的决定,也不符合《联合国宪章》确立的主权平等原则。再

次,安理会作为政治机构,难以胜任以司法标准判断侵略行为的职责。最后,要求国际刑事法院服从政治机构的决定,将使被告失去在法庭上抗辩侵略行为的机会,不符合正当程序的要求,有损于其作为司法机构的独立性和信誉。^④

然而,不管有关争论孰是孰非,国际刑事法院在制度上成为安理会之外的审查国家使用武力的合法性的机构似乎已经是不争的事实。^⑤ 毕竟,各国达成的共识是:国际刑事法院不当受包括安理会在内的任何其他外部机构有关侵略行为决定的约束,安理会也不受《罗马规约》有关侵略罪条款的约束,二者的关系首先应当是彼此独立,然后互补,分别从政治和司法层面维护国际和平与安全。^⑥

作者在其论文的结论中认为,考虑到国际政治的现实和国家在使用武力问题上的严重分歧和关注,将侵略行为这一政治问题^⑦与作为法律问题的侵略罪一并交付司法审判,其所面临的技术和政治问题上的困难可想而知。^⑧

但作者仍给出了以下积极评价:《修正案》使国际刑事法院具备了直接参与维护国际和平与安全的能力,从司法层面完善了集体安全制度,这或许不仅是对大国穷兵黩武的警示,也可看作是对大国控制的安理会在维护国际和平与安全方面效率低下而又拒绝改革适应新的安全形势的一种回应。尽管国际刑事法院能否在维护国际和平与安全领域发挥预想作用还有待今后的实践证明,但可以肯定的是国家领导现在需要更加谨慎地来思考在国际关系中

① 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第101页。

② 该制度安排见《修正案》第15条。

③ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第101-103页。

④ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第103-104页。

⑤ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第105页。

⑥ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第104页。

⑦ 本文作者认为,侵略行为一般情况下首先是政治问题,但一旦作为法律问题的侵略罪的先决条件,就具有了法律性质而成为法律问题。并且,《修正案》对侵略行为作了界定,使侵略行为有了法定定义,这本身就使界定侵略行为成为法律问题。

⑧ 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第108页。

使用武力的问题。^①

关于《修正案》涉及的有关问题,如侵略罪的定义、作为侵略罪先决条件的侵略行为的界定、侵略罪的行为要件和主观要件、国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的条件,等等,不仅在《修正案》的案文谈判和讨论中各路观点纷呈,而且在《修正案》被《罗马规约》的缔约国通过后,对《修正案》有关上述问题的规定内容的解读、理解和认识上的分歧仍然存在,可谓见仁见智。可见,侵略罪涉及的法律问题的复杂性,因为,认定侵略罪首先要认定侵略行为的存在,而侵略行为本身的性质具有双重性,既有政治性,也有法律性,从而难以纯粹从法律上认定侵略行为。尽管《修正案》在理论上被认为存在诸多漏洞和不确定性,以及相互矛盾,但由于国际刑事法院尚无任何对侵略罪行使管辖权的实践,任何对该机制效用的预判都为时过早。《修正案》通过本身就说明了这样的法律机制对于维护国际和平与安全的必要性和必需性,该机制的存在有胜于无,它毕竟是国际社会的法治事业向前推进的一小步,其积极意义在于:它可以从司法层面规范国家使用武力的行为,预防侵略行为和侵略罪的发生,与联合国相互独立又彼此合作,各自分别从政治层面和司法层面维护国际和平与安全。

但是,尽管《修正案》使国际刑事法院具备了对侵略罪行使管辖权的权利能力,但其对侵略罪行使管辖权的行为能力还有待于缔约国的积极努力。《修正案》不仅限制了国际刑事法院行使管辖权的对象范围,而且还对国际刑事法院管辖权的实际行使设置了时间限制,加之各国在侵略罪谈判过程中的分歧和军事大国对《修正案》的态度,难以预测国际刑事法院究竟在何时有能力行使对侵略罪的管辖权。^②

① 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第109页。

② 郭阳:《国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?》,第105-106页。

结束语

国家主权与国际刑法的关系涉及的三个问题,即国家官员在外国或国际刑事司法管辖中的刑事管辖豁免问题、普遍管辖权的范围和适用问题和《修正案》是否会加剧国家主权利益与责任之间紧张关系问题,这三个问题本身又涉及许多复杂问题,这些问题纠缠在一起,一个问题牵动另一个问题。如果研究者没有深厚的理论功底、广博的专业知识和研究技能是难以把握的。论文集的作者群以其丰富的国际法专门知识和扎实的国际法研究功底,通过对各自研究的问题条清理析的论证,通过对法理依据和案例进行独到的解读和剖析,最后得出有创见的结论。同时,就研究技术而言,他们的论文各有特色。有理论性强、条分缕析者,如“当代国际刑法中的若干热点问题浅析”;有见解独到、旁征博引者,如“国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?”;有对国际和国内相关司法判例进行法律分析者,如“国家官员在外国受到国际罪行指控时的管辖豁免权问题”和“国际刑事法院与罗马规约非缔约国在国际法中的豁免”;有充分展示对相关学术著述的不同观点的综述能力者,如“国际刑事法院:国际和平与安全的司法保障?”;有用比较方法论述不同国家集团对有关问题的立场和态度者,如“对核心国际罪行的普遍管辖权”;有对研究对象的学理发展进行梳理,清晰展示其发展脉络者,如“论普遍管辖权的意义及其在中国刑法中的适用”;有以联大第六委员会对有关问题的报告作为第一手资料加以分析,预测国际社会对相关问题的共同理解的发展趋势者,如“联大讨论普遍管辖权:寻求国际法中的共同理解”。他们写出了有真知灼见的论文。这些论文不仅使国际法研究人员获益,而且适宜国际法专业的学生阅读。

研读这些论文,会使读者获知,普遍管辖权的范围和适用、国

家刑事管辖豁免权与实施核心国际罪行的国家官员的个人刑事责任的追究,以及侵略行为入罪与国家使用武力的合法性,等等,都不可避免地会引发国家主权和国际刑法关系的紧张,也自然会导致不同政治诉求的国家持有不同立场和态度,导致不同法域背景的学者产生不同的学术认知。如对2011年12月12日国际刑事法院预审分庭关于马拉维共和国没有对国际刑事法院逮捕并移交苏丹总统巴希尔的请求进行合作的裁决及其裁决理由,中外学者就作出了截然不同的分析和评论。^① 国家主权与国际刑法的关系紧张是自20世纪90年代初期开始的国际刑法迅猛发展的必然反映,国际刑法的发展可适度停顿一下,使利益相关方和国际法学界反思其所引发的问题并进行有价值的研究、探讨和思考,这有利于巩固国际刑法的既有发展成果,也有利于国际刑法未来的逐渐发展。这就是研究国家主权与国际刑法紧张关系的价值所在。

值得注意的是,国际法委员会在第六委员会的协力下,目前正在对涉及国家主权与国际刑法关系的法律问题进行讨论和调研,鼓励国家在联大议题讨论中阐明立场和观点,提供国内立法和司法实践信息,以期有关国际法的逐渐发展和编纂指明前进方向。这些正在被讨论和调研的议题包括“普遍管辖权的范围和适用”、“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“国家对国际不法行为的责任”等。论文集的研讨主题与之契合,这说明论文集的主题设计和作者群的选题具有很强的学术前沿性。我们期待论文集的作者群能够继续跟踪国际法委员会和第六委员会有关上述法律问题的讨论和调研进程和联大有关上述议题的讨论动向,并进行更前沿和深入的研究,写出更多的相关学术著述。

当然,任何学术著述避免不了瑕疵的存在。这些论文同样避

^① 刘大群:《国家元首不享有主权豁免是否已成为习惯国际法规则?》,克劳斯·克雷布斯:《国际刑事法院与罗马规约非缔约国在国际法中的豁免》,第48-52页,第201-208页。

免不了。有的论文有时论证过程混淆了研究对象的范围,如在论证普遍管辖权的学理依据时将核心国际犯罪和包括跨国犯罪和含有国际因素的一般刑事犯罪混为一谈。有时观点的论证相互冲突,如在论证国家官员的刑事管辖豁免权时,既肯定了国际刑法的发展已使国家官员的刑事管辖豁免权脱离国家主权豁免,又始终将国家官员的刑事管辖豁免权的理论依据依附于国家主权豁免理论。有的论证过程表述含糊,使论点不明确。有的论文对自己的研究对象未做提前界定,如国际刑法的范围、国际罪行的范围。还有待解决的问题没有涉及或没有论述透彻,如国家主权原则和国家主权平等原则的关系、《修正案》是否会加剧国家主权利益与责任之间紧张关系问题。但这些个别的论证缺陷瑕不掩瑜,每篇论文都围绕主题散发出追求百家争鸣和学术真理的光辉。受益者是我等喜欢读书并由衷欣赏创造学术成果者。

论文集的作者群中有部分年轻学者,他们有幸遇到了国家和国际社会都在追求法治的大时代,得以在国际法领域里挥笔论法理并硕果累累。在法律虚无年代这是难以想象的,像李浩培先生那样的权威公法学家正当出研究成果的年龄却被迫远离法学事业,被下放劳动,在边远地区的菜地里,“拿着小夹子把一条条毛毛虫拣出来放到小水瓶中”。^① 我们幸在这样的悲剧时代一去不复返。年轻学者懂得珍视来之不易的大时代为他们提供的机遇,也不畏这一大时代向国际法学提出的新挑战,他们正为国家和国际社会法治所需的法制发展而努力和做出贡献。他们有幸,前辈权威公法学家在天之灵有欣!

^① 王厚立:《李浩培教授的生平与贡献》,载莫滕·伯格斯特、凌岩主编:《国家主权与国际刑法》(中文版),第14页。

**The Value of Research on the Tension between
Sovereignty State and International Criminal Law:
Comment on the Anthology State
Sovereignty and International Criminal Law**

Liao Minwen

Abstract: This paper is a book review, which makes comment on the anthology entitled *State Sovereignty and International Criminal Law* edited by Morten Bergsmo and LING Yan. Since the beginning of 1990's in last century, international criminal law, which is based on the idea of a *jus puniendi* of the international community as a whole, seemed to deviate from its gradual development model and has developed with over-extension instead. Such rapid development challenges some traditional international law principles and rules, thus leads to the tension between international criminal law and State sovereignty. Such tension also has raised intense discussion among international law scholars. Under the theme of *State Sovereignty and International Criminal Law*, the contributors of the anthology focus on three protuberant controversies which connected with the tension. The first issue is that of the immunity of State officials incriminated by evidence of core international crimes from foreign or international criminal jurisdiction. The second issue is that of the exercise of national jurisdiction over such crimes, including by States not directly affected by the said crimes, particularly the scope and application of universal jurisdiction for such crimes. The third issue is that the amendments to the ICC Statute with regard to the crime of aggression exacerbate tension between the interests of State sovereignty and

accountability. The international law scholars from abroad and China with different background of legal system air their views, opinions and ideas from different perceptions. The book review breaks the each framework of every paper in the anthology and gives comment on these views, opinions and ideas, in the way of making a summary of their contributions and an extract from their arguments.

Key words: international criminal law; core international crimes; State immunity from jurisdiction; universal jurisdiction; the crime of aggression