

国际刑事司法制度通论

An Introduction to International Criminal Justice System

宋健强 著

哈尔滨工业大学出版社

国际刑事司法制度通论

An Introduction to International Criminal Justice System

宋健强 著

哈尔滨工业大学出版社

内 容 提 要

国际刑法学是国际法学的新兴分支学科,对传统国际法学基本原则有诸多重大突破,也是现代国际法学亮点之一。该书是对国际刑事司法制度的较全面的述评,这种体例安排在国内和国外学界尚属首次。本书包括五大部分内容:国际特设军事法庭、国际特设刑事法庭、国际化刑事混合法庭、国际常设刑事法院、国际刑法哲学,包括二战以来主要国际法庭案例和分析。该书引证充分、资料丰富,信息前卫、突出重点,案例梳理自成体系,理论联系实际。本书针对西方权威学者对“山下奉文审判”的激烈批判进行了规范学与价值论的对等博弈,并对美国联邦最高法院终审判决进行了较全面的评介,这在国内学界尚属首次。本书提出并初步论证的“国际刑事法治”和“国际刑法哲学”命题,具有前瞻性。

该书集学术性和应用性于一体,可作为刑法学、国际法学、法哲学、国际政治、外交学等社会科学研究人员理论研究和教学用书,也可作为司法实践等人员的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

国际刑事司法制度通论/宋健强著—哈尔滨:

哈尔滨工业大学出版社,2006.12

ISBN 7-5603-2394-4

I. 国… II. 宋… III. 国际刑法-司法制度-研究 IV. D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 162230 号

责任编辑 田新华

封面设计 卞秉利

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451-86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 哈尔滨工业大学印刷厂

开 本 880mm×1230mm 1/32 印张 15 字数 520 千字

版 次 2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷

印 数 1~2 000

定 价 45.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

谨以此书献给

哈尔滨工业大学法学院成立一周年

祝愿哈工大法学院的

国际化科教事业

再登新高峰

刑法学可以说是一门研究恶的学问。

正因为刑法学研究恶，

通过观察与剖析恶，

使我们更加向往与信仰善。

——陈兴良

目 录

“国际刑事法治”:和谐世界的底线保障	1
第一部分 国际特设军事法庭	
第一章 “世纪大审判”	
——纽伦堡国际军事法庭述评	17
第二章 远东国际军事法庭述评	
——兼及与纽伦堡国际军事法庭的比较	60
第三章 “山下奉文审判”真的错了吗?	
——一个规范分析和价值评判的填补	85
第二部分 国际特设刑事法庭	
第一章 没有硝烟的司法战争	
——前南斯拉夫问题国际刑事法庭述评	191
第二章 卢旺达国际刑事法庭述评	
——对国内武装冲突中国际犯罪的审判	239
第三部分 国际化刑事法庭	
第一章 与前南法庭并肩作战	
——科索沃国际化法庭述评	255

第二章 问题与教训

- 东帝汶国际化法庭述评…………… 268

第三章 “模范”法庭的优越与烦恼

- 塞拉利昂国际化法庭述评…………… 282

第四章 正义姗姗来迟？

- 柬埔寨国际化法庭述评…………… 295

第四部分 国际常设刑事法院

第一章 国际刑事法院述评

- 再论“国际刑事法治”…………… 313

第二章 第13条(b):《罗马规约》“故意”有所不为？

- 苏丹达尔富尔案件的现场叙事…………… 379

第五部分 国际刑法哲学

全一章 “国际刑法哲学”

- 形态、命题与立场…………… 413

参考文献…………… 463

后记…………… 467

“国际刑事法治”： 和谐世界的底线保障^①

“和谐”(harmony)首先取自音乐中的和声,后引申为思想感情的和睦、一致和融洽,现在上升为一种社会与世界的和谐与协调观念。社会与世界的魅力在于差异性与多样性,冲突与灾难也来自陌生与差异。因此,和谐的本质在于承认、融通与协调差异,不和谐的本质在于差异性的各自张扬。不和谐有一般与严重之分,严重不和谐是差异性的过分张扬和剧烈冲突。在国际刑法中,世界的和谐与不和谐有其特定含义。国际犯罪是最严重的世界不和谐,国际刑事法治是世界和谐的最后保障。

一、和谐世界的文明基础

科学家们认为,地球上存在胶状生命是在 12 亿年前,人类的存在仅有 100 万年,而文明人的出现最多只有八千年。以一百年为单位计算生命历程,人类的历史约有一个月,人类的文明史只有七八个小时,还是个襁褓中的婴儿。到地球冷得不能生存时,人类还有十万年可活^②。因此,作为一个整体物种,人类还有更多的进化时间。七八个小时的文明史,最多只是一只受精卵。受精卵具有最强的冲动性和裂变性,当然也最容易失控。最大的问题仍然是:实力决定武力,武力决定一切。为了捍卫各种“正义”,都可以动武,这是“初民状态”的显著特征。

^① 本文是作者提交给中国刑法学会 2006 年年会的专题论文,是对年会主题“和谐社会的刑事法治”的国际化阐释。哈尔滨工业大学法学院院长赵海峰教授曾对本文提出若干修改意见,在此再次致谢。

^② Please see C. E. M. Joad, etc., ed., *Civilization and History*, English through Reading, THF Macmillan Press Limited 1980, pp. 1-2.

关于人性,启蒙思想家们有一项核心发现,马基雅维里说得最简洁:“你必须知道世界上有两种斗争方法:一种是运用法律,另一种是运用武力。第一种是人类特有的,第二种是野兽特有的”^①。他向欧洲君主们推介“核心课程”:军事应当是君主的唯一专业^②。显然,崇尚武力是人类的兽性。在文明的“受精”阶段,这种兽性还相当明显。著名西谚有云:“枪炮作响法无言”^③。意思是说,法律管不了战争,战争不受法律拘束。兽性发作,人性泯灭。杀一人不如杀万人,集体战斗的暴力责任可以自动豁免。人类的历史长河也证明了这一点。战犯几乎都逃脱了(go unpunished)。格劳修斯把战争作了正义与非正义的区分,战争并没有因此而减少一半儿。路易斯·亨金说:“和平不仅比发展重要,而且比正义重要”^④。正义本是最高价值,终于被“和平”超越,这是一位著名国际法哲学家的现代呐喊。但是,这仍然是人类的远大理想。

此外,地球对人类而言也太大了。距离孕育陌生和差异。“地球属于全人类”,也还是远大理想。民族国家在整合契约社会的同时,也在残酷地肢解地球,这是辩证认识。地球属于民族国家,这才是事实。民族精神与国家意志神圣无比,这是目前的核心信条。缘此,各民族国家也就获得了无限夸大其精神与意志的平等机遇。然而,民族精神像一条河,当它宽阔而平坦时,宁静而优雅;当它狭窄而湍急时,喧嚣而暴躁(余秋雨语义)。大国是最大的河流,统观不文明史,地球所有的暴虐几乎都来自它们的喧嚣与暴躁。“大国间的冲突与竞争同时削弱了它们帮助保持和平的愿望和能力”^⑤。因此,关于“大国政治”、“大国外交”、

① [意]马基雅维里:《君主论》,张志伟等译,陕西人民出版社 2005 年版,第 104 页。马基雅维里是专制诡计大师,所著《君主论》,欧洲暴君几乎人手一册。西塞罗、格劳修斯等均有类似言论。

② [意]马基雅维里:《君主论》,张志伟等译,陕西人民出版社 2005 年版,第 87—90 页。

③ 这是笔者的译法。贺卫方教授的译法是:“枪炮作响法无声”,参见贺卫方:《超越比例牛斯山》,法律出版社 2004 年版,第 229 页,这句西谚的原文是“Inter arma silent leges”。此处强调的是法学与战争的冰炭不容。贺卫方教授的另一种中文用法是“枪炮有声,法律无声”,参见贺卫方:《法边馥墨》,法律出版社 2003 年版,第 5 页。此处强调的是理性争鸣与战争和运动的悖论。有学者还提供了该谚语的英文版本:“In time of war, the law is silent”,并译成“战争一开始,法律就沉默”,参见孙笑侠:《西方法谚精选》,法律出版社 2005 年版,第 5 页。

④ [美]路易斯·亨金等:《真理与强权——国际法与武力的使用》,胡炜等译,武汉大学出版社 2004 年版,第 37 页。

⑤ [美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 212 页。

“大国作用”,都是一语双雕。小国之所以内爆,就是因为没了大国制约;小国之所以逞凶,就是因为有了大国纵容;小国之所以强大,就是因为小国结成联盟,足以抗衡大国;小国联盟之所以相对平静,就是因为远离了大国争斗;大国之所以冲突不断,就是因为都是强者,瓜分资源欲壑难填。

人类主要是精神动物。主义是文明或不文明的精华。主义的冲突是最大的精神不和谐。差异性导致主义多样化,幼稚与自负导致主义走向极端。国际刑事审判几乎都是针对特定的主义。主义是一种政治文化,也是哲学思想。主义应当造福人类,不能超越人权。极端的主义危害人类,代表罪恶。危害人类罪等是对极端主义的直接宣战,罪名在不断分化,罪状在不断细化,罪种也最终走向自立。纽伦堡审判的是纳粹主义和种族哲学。这是一次最彻底的审判。“思想家”被判了四个,两个绞刑,一个20年监禁。这还远远不够。检察官还起诉了六个犯罪团体,法庭判决三个有罪,团体成员需要纷纷报到(在其他占领区法庭),接受刑事“整肃”。两项举措都是史无前例。所以德国人历史态度最好。在欧洲,“纳粹主义”是过街老鼠,甚至扬言“否定大屠杀”,也构成犯罪(几乎就是纯粹思想犯)。东京审判的属时管辖经过争论从“皇姑屯事件”开始(1928年),被告的挑选也是以“军国主义”为线索,试将军国主义日本的罪恶历史一网打尽。前南法庭是对米洛舍维奇的中央集权主义和大塞尔维亚民族主义的国际审判,被告主要都是塞族领袖。卢旺达审判是对民族专制主义的审判,被告都是灭绝人性的暴君,几乎被一网打尽,非洲的其他暴君们瞠目结舌。正因为如此,被告的罪名也都是“灭种罪”、“危害人类罪”等。法庭还特别进行了“媒体审判”,这是自二战审判以来的第一次,也是卢旺达法庭的非常法理贡献之一^①。迄今为止,国际刑事法院接立了四个案件,所有冲突无一不是种族主义或极权主义的恶果。审判“项庄舞剑,意在沛公”,打击的还是极端主义。四个国际化法庭(科索沃、东帝汶、塞拉利昂、柬埔寨),打击目标大同小异。柬埔寨非常法庭是对波尔布特主义的专项打击,更加说明问

^① Available at <http://169.94.11.53/English/factsheets/1.htm>, last visited on 2006-04-29.

题。“国际刑事法治”，不是一种孤芳自赏的“主义”，而是对多数主义的包容和融通，也是对一切极端的霸权主义、专制主义、民族主义、种族主义、恐怖主义的约束和打击。

其实，人类始终在为和谐生存而苦苦挣扎。和谐的诉求会有不同的层次。“和平与发展”，“和平”在先，“发展”在后。没有“和平”之皮，“发展”之毛焉附？和平共处是最基本的和谐，因此，侵略与破坏和平就是最大的不和谐。然而，国际社会，有侵略，无定义。最经典的和最基本的和谐问题还在争论。战争罪是最传统的不和谐，也是最基本的不和谐。只要正义在手，战争似乎又可以不按规则打。格劳修斯前进一步，现代人又后退半步。危害人类罪、灭种罪、酷刑罪、种族隔离罪、恐怖主义犯罪，直接违反人性（against humanity），是另一些最基本的不和谐。上述不和谐，都是最基本的不和谐，也都是最起码的和谐诉求。

先有国际存在法，后有国际合作法，国际法的实证演绎也是对世界基本和谐要求的有力证明。此外，先发展的国际存在法并不比后发展的国际合作法更加完善，这又是对世界依旧欠缺基本和谐秩序的现实警示。

二、和谐世界的政治基础

文明史已经证明，“法治”最具有包容性。唯有包容，差异才能共存。“法治”（rule of law）社会是一种和谐社会。法治社会可能吵吵嚷嚷，但是由于不满与仇视得以及时宣泄，大致可以生成和强化和谐。人治社会可能表面平静，但是不满与仇视难以及时宣泄，却可能隐藏和加剧不和谐。没有特色的法治社会，就像没有特色的人治社会一样。人有多少种，社会基本就有多少种。忽视与消灭差异从来没有最终胜利者，包容与协调差异才是英明抉择。

联合国秘书长安南曾经愤慨地说：“法治在当今世界面临危机。我们必须以此原则为起点：没有人可以超越法律，也没有人不应受法律保护。任何在国内尊奉法治的国家，在国外也必须尊重法治。同样，所有

在国外坚持法治的国家,也必须在国内遵行法治。”^①国家政治内外有别,法治与专制,内外两张皮,这是国际社会突出的政治乱象。秘书长的愤慨源自尴尬与无奈。

国家法治孕育国际法治,国际法治推进国家法治。国家专制间接阻碍国际法治的发育,国际专制直接摧残国际法治。我们不难发现,历史越往前移,专制国家就越多,国际法治就越渺茫;历史越前进,法治国家就越多,国际法治就越有希望。此外,法治国家越集中,法治的国际化趋势也就越强。近代有美国各州之联合(迄今各州仍保有相对主权),现代有联合国(更像是世界大讲堂)、欧盟(世界最典型的法治域)之制宪(主权趋向合流)。国际刑事法院,是刑事领域最典型的刑事法治国际化的成功尝试:欧洲法治联盟引导世界法治国家缔结世界刑事法治大联盟。

考察刑罚(死刑)、专制与战争的关系,还会获得一种反证。格劳修斯大谈死刑,最初颇令作者迷惑。“救世主的诞生并未废除施加死刑的权力,同时也就证明了,可以对一群武装侵犯者开战,并且只有通过战场上击败他们,才能将他们绳之以法”^②。战争是死刑的扩大和延伸,都由同一主体发动。迷信死刑的国家,是不是都好战呢?战争是直接屠杀,残暴性远比死刑为烈。合理的推论应当是:迷恋死刑的国家,未必一定好战;但是,好战的国家,一定会在国内杀人如麻。证实这种推论相当容易:没有一个犯罪国家事前在国内废除了死刑;几乎所有犯罪国家都存在法外动用死刑问题(如种族清洗等);几乎所有犯罪国家的国内死刑判决率和执行率都相对较高。相反,没有哪个已经废除死刑的国家是特别爱打仗的^③。所以,死刑与战争具有同构性。不珍惜国人生命的国家,怎么可能拿他国人命当回事?相反,特别珍惜国人生命的国家,一般都会自然想到敌人也是人,尤其是敌国平民。

^① Available at <http://language.chinadaily.com.cn/audio/normal/2004/09/0921.rm>, last visited on 2004-12-10.

^② [荷]格劳修斯:《战争与和平法》, [美]A. C. 坎贝尔英译,何勤华等译,上海人民出版社 2005 年版,第 69 页。

^③ 英国等北约国家在现代也打了不少仗。但要么是执行安理会决议,要么是美国强求的结果,英美联手还有独特原因。当然,英阿战争的确是英国单独主动打仗的例外。因此仍然可以说,现代法治国家中,保留死刑者不多,好战者不多,动武频率也低。

肉刑消失后,死刑乃刑罚之最。孟德斯鸠发现,“严峻的刑罚比较适宜于以恐怖为原则的专制政体”^①。死刑与政体的严酷性质有关,而专制与恐怖和武力信仰又有关。美国现代犯罪学家弗兰克林·E. 杰明教授还发现,现代欧洲国家废除死刑,几乎都与专制当局的倒台直接相关^②。如此,死刑就与专制政体同构^③。

法治国家关注民生,因为政权来自民意;专制国家关注军力,因为政权来自暴力。一般而言,前者打不过后者。纳粹一声怒吼,整个欧洲落入帝国铁蹄之下;军国日本一声怒吼,整个远东望风而逃。迨至现代,米洛舍维奇为维护集权统治,塞尔维亚大炮一轰,各共和国抱头鼠窜;诸多国家内爆,也多是集权统治长期压制、各族武力争领风骚的必然结果。可见,专制与战争形影不离。如此,战争与专制也具有同构性^④。

专制、死刑、战争,是危害国际法治的三个幽灵。所以,国际法庭的被告,果然也都是独裁者、死刑迷、战争狂。专制与法治为敌,以人权为敌,以他国主权为敌。国际刑事法治就是对专制的国际反击。

具有讽刺意味的是,两个国际军事法庭都动用了死刑,而且是绞刑。难怪,那时还没有哪个盟国废除了死刑。难怪,那时“人权文化”还没有统治欧洲。难怪,那时战犯的血腥染红了世人双眼。难怪,那时复仇的民意响彻全球。但是终于,东京审判的结束同时宣告死刑在国际审判中的消亡。

同样具有讽刺意味的是,现代法治大国也成了战争狂。美国多数州还保留死刑,总统当州长时还是个死刑纪录保持者。对外专制也是专制,是国际专制。在国外肆意动武,是国际专横的必然结果。这样的国内法治国家并不多见,否则世界会更乱。死刑与战争,美国占全了。死刑主要是对内极端民主的结果,战争主要是对外极端专横的结果。所以托克维尔早在 150 年前就断言,美国的政治结构不是民主国家唯

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 2004 年版,第 98 页。

② Please see Franklin E. Zimring, “Law, Society and Capital Punishment in Asia”, lectured at School of Law, Peking University, 2006-04-08.

③ 当然,美国是个罕见的例外。详见下文。

④ 当然,美国是个罕见的例外。详见下文。

一的和最好的形式^①,尽管它终有一天要“主宰世界一半的命运”^②。美国是个特例,但是这种特例不足以否定前述结论。所有原则都有例外。原则之所以还是原则,并不是因为不存在例外,而是因为例外不多。顺便指出:“好战”不仅是指对外好战,对内好战也是好战。法治国家即便好战,一般也是对外好战,专制国家一般是对内对外都好战。

“刑事法治”(rule of criminal law/criminal rule of law/rule of law in criminal justice)是法治的底线,也是和谐的起点。世界也在展望“国际法治”(international rule of law)。法治的国际社会是另一种和谐世界,“国际刑事法治”(international rule of criminal law)^③是国际法治的起点,也是和谐世界的起点,更是国际法治的最后保障。从国家刑事法治到国际刑事法治,是从社会的基本和谐到世界的基本和谐的文明飞跃。和谐的社会多了,世界也就容易和谐;世界越和谐,和谐的社会也就越来越多。

三、和谐世界的观念基础

世界不因人而存在,但却是为了人而存在。因此,和谐世界的要义在于保障人权,尤其是基本人权。“法治的真谛在于人权”(徐显明语)。刑事法治的要义主要在于保障人权(部分学者见解)。那么,国际刑事法治呢?

安东尼奥·科塞斯认为,与国际法的任何其他分支相比,国际刑法的固有特征在于:它同时“导源于”(derives its origin from)并且不断“吸取”(draw upon)“人权法”(human rights law)和“国家刑法”(national criminal law)。人权法主要包括有关国际条约和公约,还包括欧洲人权法院(The European Court of Human Rights)等国际组织的判例法,它们在诸多方面为刑法的发展贡献巨大。通过最大限度地禁止侵犯人类尊严、捍卫生命与肢体完整等,人权法因此拓展或强化了所刻意保护的价值,也

^① [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),商务印书馆2004年版,第263页。

^② [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),商务印书馆2004年版,第481页。

^③ 这是作者的中文提法和英文转译,后者不代表英语世界的规范用法(尚未见到)。基本内涵另可参见,宋健强:“国际刑事法治:人类和平与正义的真正希望”,载于陈兴良:《刑法评论》第17卷,中国政法大学出版社2006年版,第516-549页。

使人权保护的价值问题更加敏感。此外,人权法还规定了疑犯、被告、被害人和证人的基本权利,也为公平审判设定了基本保障。总之,作为一个重要的法律部门,人权法的意义日益重大,已经充斥了国际刑法的全部领域^①。

国际人权法只具有宣告力和规范力,没有震慑力,几乎不能自我保障。国际刑法,特别是法庭规约,是其保障法。因此可以说,国际法治的要义在于国际人权保护与保障。当然,鉴于国际刑事被告地位显赫、抓捕困难、庇护强大、态度强硬、立场顽固,辩护律师一般拥有政治偏见,受害民意强大持久,审判机构“公检法一家”,程序与证据规则多为政治妥协与法系融合结果,所以,国际刑事法治的价值立场不可能是“以保障被告人权为主”。相反,应当是保护被害人权为主、保障被告人权为辅,或者最多是一视同仁。缘此,罪刑关系、报应与预防、公正与效率等观念,亦应特别审视。

基本人权是普遍的,但是却为民族国家实际掌控。恐怖政治下,基本人权岌岌可危。于是,“主权与人权”的关系问题就成为核心观念。两者的紧张对立关系,是最大的观念不和谐。

人权本来自法治。人民主权是法治的第一要义。法治尊重多数平民意志。所以,没有法治,不可能有普遍人权。人权“青出于蓝胜于蓝”,成了“法治的真谛”。根据契约论,“主权既然不外是公意的运用,所以就永远不能转让;并且主权者既然只不过是一个集体的生命,所以就只能由他自己来代表自己;权力可以转移,但意志却不可转移”^②。主权不能转让,也不能分割。权力分立不是主权分立,分立的各权力从属于主权,是主权的对象。主权具有神圣的统一性,不能是个支离破碎拼凑起来的怪物。主权不等于权力,权力只是主权的对象。孟德斯鸠和格劳修斯都搞错了^③。我们据此可以推论:国家缔结条约,是在行使对外主权;国家可以转让权力,但不能转让主权。这的确是需要特别加以注意的。人民享有主权。转让主权,就是转让人民。但是,“人民若

^① Please see Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford press 2003, p. 18.

^② [法]卢梭:《社会契约论》,商务印书馆 2005 年版,第 31 页。

^③ 参见[法]卢梭:《社会契约论》,商务印书馆 2005 年版,第 33-35 页。

是喜欢自己损害自己的话,谁又有权禁止他们这样做呢?”^① 请注意,这句话的隐喻是:只有人民才能自由决定是否转让自己(公意主权)。只有人民的主权才能自由决定是否转让主权的权力。

主权大于权力。主权是人民公意,权力只是公意的代表。所以说,“主权大于人权”,是混淆同一事物;所以说,人权大于权力,不证自明。但是,“主权就等于人民本身”,只是观念上的。主权之下的权力才是实实在在的强权。这样,权力就蜕变为主权。主权属于国家,国家拥有主权,已是国际公理,不证自明。公民不享有主权。主权变成新的世界主体。战犯通过本国主权摧毁他国主权,践踏他国公民人权;暴君通过本国主权践踏本国公民权利;主权构成对人权的最大威胁。侵略罪(破坏和平罪)、战争罪、危害人类罪,全部针对第一种情况;战争罪,特别是危害人类罪(灭种罪、酷刑罪、种族隔离罪等),针对的主要是第二种情况。国际刑事法治,就是遏制“主权”、保护人权。所以在国际刑事法治中,“人权高于主权”,几乎不用另行演绎。国际刑事法治的本质蕴涵,就是保护与保障国际与国内人权。这个道理,在第一种情况下不甚明显,在第二种情况下相当明显。而且随着时间的推移,越来越明显。卢旺达的暴君们几乎被一网打尽,总理也竟然自动承认犯了灭种罪,这对非洲的全体暴君是个不小的震慑。四个国际混合法庭,审判的几乎都是国内暴君;国际刑事法院接受的四个案件,也都是针对国内暴君。暴君必须对其国内犯罪承担国际刑事责任,冲突各方都可能遭遇国际刑事审判,这是国际法治的最大突破,也是国际刑事法治最耀眼之处。主权本来就属于人民。人权与主权本属一家。国际刑事法治就是对“主权的权力”拥有者的绝对约束。巴西奥尼先生所谓“国际刑法不具有超国家的特点”^②,主要是指立法不超越(仍然是国家同意的结果),当然没有问题。但是,国际被告一般代表国家主权。对主权代表追究个人刑事责任,实现被害人权的保护与匡复,正是人权穿越或超越主权的一种体现。

^① [法]卢梭:《社会契约论》,商务印书馆2005年版,第69页。

^② [美]谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法的渊源与内涵》,王秀梅译,法律出版社2003年版,第1页。

人权文化把死刑送上绞刑架,死刑在欧陆消失,主要是欧洲人权文化及其区际国际法制度性推进的功绩^①。“对实施国际犯罪者适用死刑的问题突出了人权法对国际刑罚的影响”^②。国际刑事法治中,死刑不能再作为保护被害的手段,也是对被告生命权的保障。人权文化要求不得任意剥夺人的生命、自由、尊严、财产。被害人与被告人都是人。国际刑事法治把它全面落到实处。所以,国际刑法是国际人权法的保障法。没有普遍人权观,就不会有国际刑事法治。没有国际刑事法治,普遍人权观只是空中楼阁。

国际社会需要起码的和谐。国际刑事法治是和谐世界的底线保障。在短短“七八个小时”的文明史内,人类用了“几分钟”建构了国际刑事法治雏形。此外,从国家法治到国际法治,文明的发展出现了历史性错位。国际法治尚无着落,国家法治已接近成熟。与此相应,国际刑事法网尚处于“初民状态”,还不足以肩负保障世界基本和谐的使命:首先,法网“(严)厉而不严(密)”(储槐植语),刑罚重、法网粗。巴西奥尼认为国际犯罪有九类 25 种,但都需要有“没有国家行为或者国家政策支持就不能得以实施”的明显特征^③,而科塞斯则认为国际犯罪只有六种^④。其次,规范法网大于审判法网、审判法网又各有取舍,这也是突出特征。其实,最重要的问题是,能够交付国际审判的究竟有几种。不能交付审判,没有刑事威吓与预防性能。国际特设军事法庭只审判破坏和平罪、战争罪和危害人类罪;前南法庭只审判严重违反 1949 年各项《日内瓦公约》行为(国际冲突)、战争罪、灭种罪和危害人类罪;卢旺达法庭只审判灭种罪、危害人类罪和违反《日内瓦公约》的共同第 3 条和《第二附加议定书》的行为(国内冲突);国际刑事法院也只能审判灭种罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪(无定义)。至于国际化混合法庭,

① 参见赵海峰,宋健强:“欧洲区际国际法对在国际法中废除死刑的作用”,载于赵秉志:《刑法评论》第 8 卷,法律出版社 2005 年版,第 128-146 页。

② [美]谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法的渊源与内涵》,王秀梅译,法律出版社 2003 年版,第 14 页。

③ [美]谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法的渊源与内涵》,王秀梅译,法律出版社 2003 年版,第 75-154 页。

④ Please see Antonio Cassese, International Criminal Law, Oxford press 2003, pp.47-131.