

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法律评论



中山大学法学院主办

第12卷 | 第2辑 Vol.12, No.2

主 编 谢进杰

Editor-in-Chief Jinjie Xie

本辑主题

人权革命：话语与实践

- ◎ 国际刑事法院与人权革命
- ◎ 支持抑或阻挠革命：美洲人权体系与拉丁美洲刑事诉讼程序改革
- ◎ 阿拉伯世界的人权运动
- ◎ 人权话语在当代中国的宪法化
- ◎ 现代通信工具下的公民言论自由
- ◎ 被害人谅解的实然与应然理解
- ◎ 司法关系、复合依赖与人权保障功能——基于中国宪法第135条的分析
- ◎ 大学在人权运动中的关键角色
- ◎ 国际法视野下的国家分离问题
- ◎ 明清之际法吏观念的转变以及能吏的出现
- ◎ 基层法院裁判过程中的“政策”解释难题——以西北地区S省一起“退耕还林”案为例的分析
- ◎ 新熟人社会何以可能？——兼评《无讼的世界：和解理性与新熟人社会》

中山大学法律评论

中山大学法学院主办



ZHONGSHAN DAXUE FALV
PINGLUN

第12卷 | 第2辑 Vol.12, No.2

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

·桂林·

图书在版编目 (CIP) 数据

中山大学法律评论. 第 12 卷. 第 2 辑 / 谢进杰主编.
桂林: 广西师范大学出版社, 2014.10
ISBN 978-7-5495-6279-4

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—研究—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 302512 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

(南宁市高新区高新三路 1 号 邮政编码: 530007)

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 17 字数: 280 千字

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

定价: 45.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

目 录

- 003 国际刑事法院与人权革命(沃伦·奥曼德)
- 009 支持抑或阻挠革命：美洲人权体系与拉丁美洲刑事诉讼程序改革(R.J. 威尔逊)
- 038 阿拉伯世界的人权运动(吉尔·克里斯特尔)
- 062 人权话语在当代中国的宪法化(郑琼琨)
- 073 现代通信工具下的公民言论自由(丁春燕)
- 093 被害人谅解的实然与应然理解(张莎白)
- 112 司法关系、复合依赖与人权保障功能
——基于中国宪法第 135 条的分析(叶正国)
- 137 大学在人权运动中的关键角色(H.J.斯丹纳)

—
论
文
—

153 国际法视野下的国家分离问题(卢婧)

—
评
论
—

197 明清之际法吏观念的转变以及能吏的出现(朱珺)

—
争
鸣
—

221 基层法院裁判过程中的“政策”解释难题
——以西北地区S省一起“退耕还林”案为例的分析(张榕/韩宝)

—
阅
读
经
典
—

247 新熟人社会何以可能?
——兼评《无讼的世界:和解理性与新熟人社会》(苏汶琪)

Table of Contents

Symposium

Discourse and Practice on Human Rights Revolution

- 003 The International Criminal Court and the Human Rights Revolution
Warren Allmand / Liu Yanghao (Trans.)
- 009 Supporting or Thwarting the Revolution? : The Inter-American
Human Rights System and Criminal Procedure Reform in
Latin America
Richard J. Wilson / Yang Qi (Trans.)
- 038 The Human Rights in the Arab World
Jill Crystal / Luo Xiaoshan (Trans.)
- 062 The Transformation of Western Human Rights Discourse in
Chinese Constitution
Zheng Qiongxian
- 073 Freedom of Speech with the Development of Modern
Communication Means
Ding Chunyan
- 093 Understanding the Forgiveness of Criminal Victims
Zhang Shabai
- 112 Interdependence of Judicial Relationship and Protection of Human
Rights: the Analysis of Article 135 of China's Constitution
Ye Zhengguo

- 137 The University's Critical Role in the Human Rights Movement

Henry J. Steiner / Chen Xiaowen (Trans.)

Articles

- 153 The State Secession from the Perspectives of International Law

Lu Jing

Comments

- 197 Conceptual Changes about Legal Clerical Official and Appearance of Capable Judges between Ming and Qing

Zhu Jun

Academic Debate

- 221 The Dilemma between the Law and the Policy: A Case Study Concerning "Grain to Green Project" of S Province in Northwestern China

Zhang Rong / Han Bao

Reading of Classic Works

- 247 How A New Acquaintance Society Becomes Possible?: An Interpretation of "The World Without Dispute Reconciled Reason and New Acquaintance Society"

Su Wenqi

主题研讨——人权革命：话语与实践

Symposium: Discourse and Practice on Human Rights Revolution

国际刑事法院与人权革命^[1]

沃伦·奥曼德(著)

刘杨灏(译)

主席、女士们、先生们:既然谢弗尔先生和基尔希先生都是政府代表,我将尽力以非政府组织和民间组织的立场阐述这个重要问题。因为两位先生都是外交官,而我不是。

我所代表的国际人权与民主发展中心已经被卷入反逍遥法外运动多年。我们的一部分工作是致力于保障和促进法律(《国际人权公约》^[2]),

[1] 作者沃伦·奥曼德(Warren Allmand),御用大律师,麦吉尔大学加拿大研究所国际人权访问学者,曾任加拿大内阁副检察长、国际人权与民主发展中心前主席,研究领域为国际人权法,代表作有 *The Vienna Declaration and Plan of Action; After Five Years; Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights; The Prevention and Control of Violent Crime in Canada*; 等等, E-mail: allmandw@gmail.com。

原文出版信息为: Warren Allmand, *The International Criminal Court and the Human Rights Revolution*, 46 *McGill L. J.* 263 (2000—2001)。本文的翻译得到了作者的授权。这是作者的一篇演讲稿,原文刊发时登载有关于本演讲稿的提要,内容如下:“演讲者表达了非政府组织和民间团体对国际刑事法院的观点。一个有力、有效的法院是至关重要的,相比之下,罗马协商期间的国际联合非政府组织一如既往地佐证了一个无力的法院比没有法院更为糟糕。因此,独立的重要性亟须强调。演讲者反驳了国际刑事法院应该适应联合国安理会或其他缔约国的提议。虽然最后在罗马达成一致的规约没有包含国际联盟的所有提议,演讲者仍把它视为国际人权抗争的巨大进步。然而,对国际刑事法院的主要异议,尤其是美国政府的那些异议将会使国际刑事法院形同虚设并屈服于安理会大国的意志。演讲者还特别强调,美国并不想要一个适用于它的国际刑事法院。但是国家主权的概念已逐步演变,因而美国的立场必须随之演化,以推进国际刑事法院的目标,即让任何政治和军事力量服从于国际社会法律的规范。”

译者刘杨灏,男,中山大学法律硕士研究生, E-mail: 804420292@qq.com。感谢《中山大学法律评论》主编谢进杰副教授对本文翻译提纲的帮助。

[2] GA Res. 217A(III), UN Doc. A/810 (1948)。

包括《世界人权宣言》^[1]和两个条款^[2])所规定的权利。我们一直在司法程序下执行这项运动且积极推动了专门审裁处和国际刑事法院(简称“ICC”“法院”)的发展。我们决不接受位高权重者享有拷问和谋杀的权利,并在事后让自己置身于司法公正之外。

在这项工作的贯彻落实中,国际人权与民主发展中心不仅是国际刑事法院加拿大联盟的一部分,还是国际刑事法院国际联盟(CICC)的指导委员会成员。国际联盟由大约七百个国家、地区或国际性的非政府组织和来自各大洲的社会团体组成,包括国际特赦组织、人权监察站、律师人权委员会、正义和平非营利组织、议员全球行动联盟、世界联邦主义者协会、国际人权法联盟和国际法律专家会议等。

在《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《罗马规约》)之前,国际联盟采取的立场是:一个有力、有效的法院是至关重要的,而一个软弱的法院则形同虚设。联盟拒绝了法院的管辖权服从于联合国安理会或任何缔约国拥有否决权的提议,相反,法院和检察官在调查、检举及裁定灭族罪、战争罪和反人权罪上拥有完全的独立。众所周知,《罗马规约》^[3]从1998年7月17日开始实施,在此之前的1996年至1998年间经历了5周的讨论和6次筹备委员会会议。

1998年7月17日的投票有120票赞成,7票反对,其余21票弃权。不得不承认压倒性的赞同实在出乎意料。规约草案在6月15日从筹备委员会到达罗马时,包含了116项条款,其中有1300项括号内的条款。这些指示性的条款除了一些括号内的说明外,与罗马会议的决定并不一致。直到最后一周的最后一天,仍未达成一致意见。最后在7月17日的投票中,法国和俄国没有其他意见发表,而这也意味着安理会的五个常任理事国中其余三个支持规约,还有欧盟的全部13个国家也支持规约。

总之,《罗马规约》在国际和国内冲突中为灭族罪、战争罪和反人权罪

[1] GA Res. 217(Ⅲ), UN GAOR, 3d Sess., Supp. No. 13, UN Doc. A/810 (1948) 71.

[2] International Covenant on Civil and Political Rights, 19 December 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entered into force 23 March 1976, accession by Canada 19 May 1976); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, 993 U.N.T.S. 3, Can. T.S. 1976 No. 46 (entered into force 3 January 1976).

[3] Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, UN Doc. No. A/CONF.183/9, 37 I.L.M. 999 (not entered into force) [hereinafter Rome Statute].

提供了一个有审判权的独立法院。规约也包含了互补性原则,即只有国内法院不愿意或不能进行时,国际刑事法院才有审判权。

国际刑事法院的管辖权由缔约国、安理会提供的参照或检察官的独立倡议推动。一份由安理会提出的参照将带有最大范围的管辖权。

再者,安理会的多数投票可以使调查和检举延期 12 个月。这并不是给五个常任理事国票决案件的权利,而是为了寻求一个积极的解决方法。这一规定的目的是在危急情况下给安理会时间和空间追求其他创造和维持和平的途径。还有一个规定是检察官必须在进行进一步的调查和检举之前,首先说服审前法官小组,控告是合理的。

尽管这个规约并没有包含国际联盟提议的全部条款,它也还有一些不足之处,但它仍然被视为推动国际人权和反无罪运动的巨大进步。

因此,联盟现在致力于其运动的第二阶段,即获得正式批准、起草程序和取证规则的运动。《罗马规约》需要 60 个国家批准才能让国际刑事法院运行,而在这周,塞内加尔成为第一个批准此规约的国家。到 1999 年 1 月 26 日,有包括加拿大在内的 74 个国家签订了《罗马规约》,我们有信心能在两年内获得 60 个国家的批准^[1]。

菲利普·基尔希将成为新筹备委员会的主席,并将在 1999 年于 2 月 15 日始召开分为三期的一系列会议。会议的任务是起草程序和取证的规则、定义犯罪的基本要素、起草国际刑事法院和联合国之间的关系协议,并且制定财务规程和预算。

此时此刻,我很乐意解释一些国际刑事法院的主要异议,特别是关于美国政府的异议。谢弗尔大使始终和我们一道,在这方面,我很高兴,因为这将给我们一个机会探索这些争议。

我将不会解释关于美国参议员外交委员会主席杰西·霍尔姆斯的极端争议,尽管他的支持对美国的批准至关重要。他还在去年的最后一次筹备委员会上传递了这样一个信息:我们的工作某种程度上是无用的,因为如果规约送至华盛顿参议员,它将会见光死。我也不会解释关于中国的争议,因为这些争议也过于极端且会把国际刑事法院置于空壳。

[1] 截至 2000 年 8 月 28 日,有 98 个国家已经签署《罗马规约》,而包括加拿大在内的 15 个国家则已经批准了此规约。

美国政府接受并主持了《罗马规约》中的许多条款,这使得它的立场更能被人理解,但仍难以接受。在我们看来,这将会使国际刑事法院无能且沦为安理会主要势力的傀儡。现在让我们逐一看看这些主要争议。

首先,在1998年10月的美国国际法协会时事通信中,谢弗尔大使指出:一小部分国家在不可告人的协商后,于罗马会议的最后几天里提出了一个有重大缺陷的“不容讨价还价”的条约^[1]。我认为这个说法是不公平的,它仅是为了转移人们的注意。规约是罗马为期5周的公开协商的产物,并且之前还有为期两年的筹备委员会。在关键问题上,确实有一些“官样文章”在公开的全体会议中被分散和讨论。当然,也确实有一些秘密的协商,但这些协商并不是不为美国所知。但是,在最后的票决中有120张支持票,这并不是少数。而事实上,因为美国要求进行匿名投票,所以我们并不知道到底是谁在投票。

至于谢弗尔大使在1998年10月21日的第六次联合国大会委员会上提出的异议,在我和许多人看来是极其经不起推敲的。谢弗尔大使根据某种可能性提出,美国将比某个不承认条约的国家更为糟糕,非缔约国的独裁者将会谋杀他自己数以千计的同胞,并且逃脱国际刑事法院的裁决,而以国际救援任务干预的美国士兵将会被国际刑事法院控告战争罪。其实,在我看来,谢弗尔大使和美国极大地夸张了这种情况,并据此提出了极端的争议。《罗马规约》中有大量的保护措施来处理美国提出的此类情况。首先,即使谋害了数以千计同胞的独裁者的国家不是缔约国成员,它仍会被国际刑事法院根据安理会提供的参考提起控告。

其次,这种情况下谁会控告美国部队?当然不会是独裁者,因为他的国家并不是缔约国。另外,如果美国部队犯了如此严重的罪行,根据补充规定,他们会被美国的法院审判。国际刑事法院将严重质疑美国审判过程的真实性,实在令人难以置信。诚如我所说,《罗马规约》中有许多安全保障来回应美国的质疑,包括国际刑事法院内的一个上诉系统。因此,美国的异议并不能令人信服。而不幸的事实是,美国并不愿意将它的公民和士

[1] D. Scheffer, "America's Stake in Peace, Security and Justice" ASIL Newsletter (September to October 1998), online: American Society of International Law (<http://www.asi.org/newsletter/sepoc98/home.htm>) (date accessed: 17 August 2000).

兵置于任何被国际刑事法院审讯的风险之下,尽管他们支持这些原则用于别的国家,比如卢旺达和南斯拉夫。

美国关于国际刑事法院只有在被告人国籍国准许其被控告才能获得管辖权的提议,将会使公正受到亵渎。冒进型的国家只会粗暴地拒绝任何审判其公民的尝试。而这就是谈论公正的双重标准!所幸的是,美国的这些提议被大多数国家拒绝了,它们中有许多是美国的亲密盟友。美国提出的其他异议也同样是薄弱的。他们批判战争罪的七年退出条款和相应的非缔约国的后果,但是美国自己却提出了一个十年退出条款。美国说过《罗马规约》的制定会阻止政治上促进司法的共同努力,但是正如我指出的,安理会可以使国际刑事法院的调查和检举延迟 13 个月,同时还有五分三三的常任理事国投票支持该规约。

美国反对《罗马规约》的原因,还包括侵略也被视为一种可能的犯罪,而美国认为侵略很难定义。但是规约说明了侵略并不包括其中,除非缔约国集团给出了明确的定义。最重要的是美国将不会接受其适用于国际刑事法院,这是非常糟糕的,因为我们都期待作为主要西方力量的美国在国际事务中表现其领导力,这些国际事务特别指建立一些体系,使其可以制止战争罪和种族灭绝罪,可以审判任意拘留、强奸、拷问和谋害无辜民众的独裁者。

美国、中国和其他一些国家不得不意识到关于国家主权的曾经神圣不可侵犯的教条已经需要改进了。曾经流行的说法发生了剧烈的变化。在 1953 年的朝鲜战争和 1991 年的海湾战争之间,这个长达近 40 年的时间里,安理会并没有在《联合国宪章》的第七章^[1]下采取任何行动来恢复和平。但在此之后,安理会还是采取了一些行动。和过去半个世纪仅有 17 个行动相比,在 1991 年至 1993 年间安理会采取了 15 个新的和平行动,并且其中大部分是针对内部冲突(内战)的,这在之前是闻所未闻的。对于“国际和平和安全的威胁”构成成分的阐释是这一安理会行动的试金石,现在包括了国内(内部)问题,例如侵犯公民、少数民族和异议分子的人权。新成立的国际人道主义和人权机制(例如国际刑事法院)将会协助为所有国家的每个人提供保障。他们致力于拓展人道主义规范的范畴和视

[1] Charter of the United Nations, 26 June 1945, Can. T.S. 1945 No. 7.

野。他们为我们休戚相关的全球行为指定了一个更高的标准。

在全球治理委员会 1995 年的报告《我们的全球伙伴关系》中,作者们指出,全球化成为一个积极的进程,需要全球治理的有效系统。他们认为:“有效的全球决策需要建立在许多层面的机制上。有胜任力的治理机制的产生一定要比过去更为包容且吸引人参与,即更为民主。全球治理将培养全球公民意识和事业,使其容纳更为贫穷、边缘化的国内和国际社会中的成分。最后,它将努力使包括经济、政治和军事等任意力量的法则服从于全球社会的法律规范。”^[1]

这就是国际刑事法院的目标——使任意政治和军事力量服从于全球社会的法律规范。我们希望乔治·华盛顿、亚伯拉罕·林肯、伍德罗·威尔逊、富兰克林·罗斯福和埃莉诺·罗斯福构建的美国与我们站在同一战线上。我们希望大家共同努力,为反对战争罪和种族灭绝而战斗。我们请求你们承认这个规约,你们能从中获利良多,损失甚少,乃至没有。我坚信即将迈入人类历史第三个新千年的美国人不会犯战争罪。

谢谢!

(初审:谢进杰)

[1] Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood: Report of the Commission on Global Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp.4—5.

支持抑或阻挠革命： 美洲人权体系与拉丁美洲刑事诉讼程序改革^[1]

R.J.威尔逊(著)

杨琪(译)

“公约并未支持任何特定的刑事诉讼制度。”^[2]

一、引言

本次研讨会的主题是许多拉丁美洲国家已经进行的从纠问式向弹劾

- [1] 作者 R.J. 威尔逊(Richard J. Wilson), 美国大学华盛顿法学院法学教授、国际人权法律诊所主任, 美国迪堡大学学士(B.A.)、伊利诺伊大学博士(J.D.), 研究领域为国际刑法、国际人权法、诊所法律教育等, 代表作有 *Beyond Legal Imperialism: U. S. Clinical Legal Education and the New Law and Development*; *Guantánamo Beyond Cuba: A Global Detention System Outside the Law*; *International Human Rights & Humanitarian Law: Treaties, Cases & Analysis* 等, E-mail: rwilson@wcl.american.edu。

原文出版信息为: Richard J. Wilson, *Supporting or Thwarting the Revolution? The Inter-American Human Rights System and Criminal Procedure Reform in Latin America*, 14 Sw. J. L. & Trade Am. 287 (2007—2008)。本文翻译得到作者的许可授权。作者威尔逊教授希望对乔纳森·米勒教授(Prof. Jonathan Miller)和原刊物的学生编辑们表示感谢, 感谢他们在其于洛杉矶参加研讨会期间的盛情款待和照顾; 感谢前美洲人权委员会助理执行秘书、现德克萨斯大学法学院客座教授及人权与正义中心副主任阿里尔·杜利斯基(Ariel Dultizky), 他对本文的标题和结构提出了初步建议; 并感谢研究助理安娜·卡伯特(Anna Cabot)及其认真仔细的材料收集工作。

译者杨琪, 女, 中山大学法学硕士研究生, 研究领域为诉讼法学, E-mail: yangqilaw@foxmail.com。感谢中山大学法学院谢进杰副教授对本文翻译的悉心指导和帮助。

- [2] *Fernán Ramírez v. Guatemala Case, Merits, Reparations and Costs*, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 1266 (June 20, 2005)。

式刑事诉讼制度转变的革命,以及墨西哥正在考虑的一项改革。然而,考察刑事诉讼程序变化的另一种方式,并非以国内法的视角展开,而是研究国际人权法和国际人权机构对国内变化趋势所产生的影响。虽然在美国由于司法部门对这方面一直存在狭隘的观点而基本忽视了该研究课题(不论是出于无知、故意回避或者傲慢),但这并不是一项新的或独特的研究课题。^[1] 欧洲和世界其他地区都普遍认同国际人权法对国内的影响,及其对刑事诉讼程序的影响。^[2] 事实上,国际人权准则也对拉丁美洲国家产生了广泛影响,^[3] 即使这方面的学术著述较为有限,但这也使得研讨会在这一普遍讨论的话题中令人耳目一新。

刑事诉讼程序在稳定、“正常”的时期内得以运行。不论是在民主制度下的政府,抑或是在美洲体系早期十分常见的军事政府或者彻头彻尾的独裁中,这种说法都是正确的。不管是否民主,“正常的”规则无法得到适用、“正常的”程序可能被束之高阁的时期也是存在的,有人会说这是常有的事。在国家进入紧急状态时,在严格的限制下,某些人权也许就被中止了。例如美国宪法规定,“除非在叛乱或者遭到侵略的情况下,出于公众安全的要求”^[4],允许人身保护令的中止,而人身保护令是要求政府证明拘

[1] 最近一个显著例外出现在死刑案件诉讼中,当中的问题是第八修正案禁止“残酷和不寻常的惩罚”的适用。与最高法院关于“标记一个成熟社会进步的正当行为标准的演进”[*Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958)]之测试相结合,在国际语境下,“不寻常”这一术语的综合使用,让这一例外成为适用国际准则的理想领域。参见 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 316, n. 21 (2002) (对弱智者限制适用死刑,并且指出“在国际社会范围内,对弱智罪犯实施死刑受到极力反对”)。*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 578 (2005) (废除犯罪时年龄在18岁以下的人的死刑,并且指出,经过国际上的广泛讨论,“我们可以确认国际上反对未成年人死刑的一边倒的意见……虽然国际社会的意见不会控制我们的结论,但是这种意见确实为我们得出的结论提供了令人尊敬且重要的证明”)。

[2] 参见 Stefan Treschel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (2005); *The Right to Fair Trial* (David Weissbrodt & Rüdiger Wolfrum eds., Springer 1997)。

[3] 这种影响可以根据具体问题从广义或者狭义来理解。参见 Thomas Franck & Arun K. Thiruvengadam, *International Law and Constitution-Making*, 2 CHINESE J. INT'L L. 467, 512 (2003) (指出国际法尤其是国际人权法对拉丁美洲国家宪法的影响); Brian D. Tittmore, *Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter-American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes under International Law*, 12 Sw. J. L. & TRADE AM. 429, 499 et seq. (2006); Douglass Cassel, *Does International Human Rights Law Make a Difference?*, 2 CHI. J. INT'L L. 121, 122 (2001) (通过列举许多拉丁美洲国家的例子,主张国际人权法在国内制度中的多元化适用); John Maull, *The Exclusion of Coerced Confessions and the Regulation of Custodial Interrogation under the American Convention on Human Rights*, 32 AM. CRIM. L. REV. 87 (1994)。

[4] U.S. Const., art. 1, § 9, cl. 2. 全文是“The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it”。