

国际刑事法院启动对侵略罪的管辖权

◇ 克劳斯·克雷克斯* 著 张茂莉** 译

2017年12月15日凌晨,《国际刑事法院罗马规约》(简称《罗马规约》)缔约国大会(assembly of states parties, ASP)作出决议,将于2018年7月17日启动国际刑事法院(简称法院)对侵略罪的管辖权。在通过该启动决议的过程中,缔约国对管辖权制度的一个方面进行了极其激烈的谈判。自《关于侵略罪的坎帕拉修正案》(简称《坎帕拉修正案》)通过以来,管辖权制度的这个方面就饱受争议。这次在纽约举行的缔约国大会所实现的突破是1998年罗马外交大会和2010年坎帕拉会议等的完结篇,标志着这个世纪旅程的巅峰,它经年累月但精彩绝伦。虽然这次在联合国总部达成的共识还存在缺陷,但它适时地传达了对人类良知的呼吁:在任何意图维护世界和平的国际法律秩序中,禁止使用武力都至关重要。

1、从凡尔赛会议、纽伦堡审判、东京审判到罗马外交大会:漫长旅程最初的里程碑

1918年11月,时任英国首相大卫·劳合·乔治(David Lloyd George)在竞选活动中发表讲话:“这场战争夺走了欧洲数百万风华正茂的年轻人生命。有些人对此是有责任的。难道就让他们逍遥法外吗?如果真是这

* 科隆大学刑法教授、国际公法教授,国际和平与安全法研究中心主任;《国际刑事司法杂志》编委会成员。自罗马外交大会以来,本文作者即作为德国代表团的法律顾问就侵略罪进行谈判,本文仅以学者身份进行写作。作者希望向奥纳·A.海瑟薇(Oona A. Hathaway)和斯科特·J.夏皮罗(Scott J. Shapiro)在写作过程中给予的帮助致以诚挚的谢意。[claus.kress@uni-koeln.de]

** 北京大学法学院17级博士研究生。本文英文原文发表于《国际刑事司法杂志》2018年第1期。感谢作者授权翻译发表于《北大国际法与比较法评论》。

样,我只能说世界上存在两种正义,其中一种适用于穷人和可怜的罪犯,而另一种适用于君主和帝王。”^{〔1〕}

虽然首相的发言赢得了场下观众的掌声,但当时外交官的反应却不堪热烈。在1919年3月29日“初步和平会议”的报告中,“战争发动者的责任及刑罚执行委员会”(commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties,简称“责任委员会”)作出以下结论:

预谋一场以和平为伪装的侵略战争、并出其不意地在虚伪的借口下宣战的行为,将受到公众良心的非难和历史的谴责。但维护和和平的海牙各机构具有选择性,并不能将侵略战争行为认定为对实证法的直接违反,裁判机构(如本委员会等)也不能根据权限审议被提交的侵略战争(行为)。

这个结论符合19世纪国际法在国家使用武力问题上的主流观点,但它也预示了将侵略战争(行为)在国际法上定罪的首次尝试将以失败告终。^{〔2〕}然而这个失败也仅仅是一个序曲。责任委员会通过暗示存在转机以补充其乏味的结论:“有必要在未来对这种违反国际法基本原则的严重暴行施以刑事制裁。”

在两次世界大战之间,学者们组织了一场“法国”运动,以实现这种(施以刑事制裁的)“必要”,并为国际刑法学科的诞生作出了开创性贡献。值得注意的是,有关“侵略罪行”的提案在1935年维斯帕先·佩拉(Vespasian Pella)的《国际刑事法典计划》(*Plan d'un code répressif mondial*)中占有重要地位。但也正如事后佩拉自己所言:“两次大战之间,世界各国在建立国际司法制度方面几乎毫无作为。”

〔1〕 本文的第一部分为克劳斯·克雷布斯(Claus Kreß)与斯特凡·巴里加(Stefan Barriga)编《侵略罪:评注》(两卷本,剑桥大学出版社2017年版,《The Crime of Aggression: A Commentary》)一书第1~18部分,克雷布斯著《引言:侵略罪和国际法律秩序》(Introduction: The Crime of Aggression and the International Legal Order)的部分研究成果。有关这一话题的早期国际性讨论是专著性的,详见克丝汀·塞拉尔(Kirsten Sellars):《危害和平罪与国际法》(‘Crimes Against Peace’ and International Law),剑桥大学出版社2013年版。

〔2〕 有关这次“首次尝试”的具体叙述,详见塞拉尔(Sellars):《第一次世界大战,威廉二世和第227条:国际刑法中侵略概念的来源》(The First World War, Wilhelm II. and Article 227: The Origin of the Idea of “Aggression” in International Criminal Law),载克雷布斯与Barriga,前注1,第19~48页。

其时,英国也加入了(针对建立有关侵略罪的国际刑事司法制度的)怀疑论者的行列。1927年,英国外交部长奥斯丁·张伯伦(Austen Chamberlain)对下议院表达了他的观点:给侵略下定义,等同于“给无辜者设套,给犯罪者路标”。^{〔3〕}然而,就传统的国家间国际法而言,1928年《凯洛格—白里安公约》(*The Kellogg-Briand Pact*)^{〔4〕}这是奥纳·A.海瑟薇(Oona A. Hathaway)和斯科特·J.夏皮罗(Scott J. Shapiro)所著《国际主义者》(*The Internationalists*)一书的核心,这本书构思精妙且目前正在被热烈讨论^{〔4〕}]标志着实证国际法从“使用武力法/诉诸战争法”(ius ad bellum)向“避战法/反对战争法”(ius contra bellum)的转型,它进一步反对将“强制执行法律义务”作为战争的“正当理由”。该公约被广泛接受且早在1929年就已经生效。第二次世界大战结束后,该公约成为将德国的侵略战争(行为)诉诸刑事程序的法律依据。众所周知的是《凯洛格—白里安公约》并未规定刑事制裁。但是,当时的世界政治领袖开创先例。在纽伦堡审判中,英国首席检察官哈特利·肖罗斯(Hartley Shawcross)对这一政治决心作出如下诠释:“如果说这是创新,这也是我们随时随地可以捍卫并证明其正当性的创新。”极具感召力的美国首席检察官罗伯特·杰克逊(Robert Jackson)是这一开创性先例背后的重要推动力量之一,他曾作出如下著名承诺:“我要声明的是,虽然侵略罪的首次适用是针对德国侵略者,但若法律真正起到积极作用,就必须同样谴责其他国家的侵略行为,包括在场作为审判者的国家。”

当时,赫希·劳特派特(Hersch Lauterpacht)正逐渐成为国际法顶尖权威。他担任纽伦堡审判中英国代表团的法律顾问,代表团受到他在纽伦堡审判数年前所作有力声明的鼓舞:“任何自命为国际法的国际性法律都必须谴责国家间侵略不会招致惩罚的观点。”纽伦堡审判的辩护方以罪刑法定原则为依据对控方作出回应。科隆大学的赫尔曼(Hermann Jahrreiß)强有力地申辩道:

〔3〕 这个著名的引证由马蒂·科斯基涅米(Martti Koskeniemi)提出,详见《善良人的陷阱》(A Trap for the Innocent...),载克雷布斯与Barriga,前注1,第1359~1385页。

〔4〕 参见奥纳·A.海瑟薇(Oona Anne Hathaway)和斯科特·J.夏皮罗(Scott J. Shapiro):《国际主义者:宣布战争非法的极端计划如何改变世界》(*The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*),西蒙·舒斯特出版社2017年版。

《(伦敦)四国协定》(*London Charter*)^[5]的规定否定了国际法(基于主权国家同意)的基础,他们所想的是覆盖全球的世界国家的法律。这种法律堪称革命。也许在这些国家的希望和渴望中,未来是他们的。但如我所言,(持这种观点的)律师不得不承认这是一种创新,甚至是一种革命性的创新。有关国家间战争与和平的法律不可能有(律师)创新的空间。这种所谓的创新赋予刑事法律以溯及力。

但(或许)意料之中的是,1946年纽伦堡审判的判决基本上支持了控方观点。判决强调:“发动侵略战争不仅是一项国际罪行,而且是最严重的国际罪行。”^[6]

纽伦堡审判、东京审判^[7]连同联合国大会对纽伦堡原则的确认,使发动侵略战争构成国际法罪行的概念得以成形。而此后几十年的发展却与两次大战期间(国家无所作为)的情形极其相似。

1945年《联合国宪章》(简称《宪章》)将“禁止战争”转变为“禁止使用武力”。《宪章》力图通过集体安全机制加强对使用武力的禁止。《宪章》的目标比其前身——1919年《国际联盟盟约》更为高远。虽然这些先例催生出“非法使用武力应受刑事制裁”的观念,但在当时,无论是通过国际刑事法院还是国内法院,想要执行这样的制裁仍希望缥缈。20世纪50年代,东京审判中的荷兰籍法官贝尔特·罗林(Bert Röling)就明确地表达了当时的悲观主义:“给侵略行为下一个可被普遍接受的定义,将会是一件引人注目而惊悚骇俗的举措。”

[5] 译者注:1945年8月8日,苏联、美国、英国、法国四国代表签署了《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》(*Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis*),简称《伦敦四国协定》。《纽伦堡国际军事法庭宪章》作为《伦敦四国协定》的附件,来自何勤华、朱淑丽、马贺:《纽伦堡审判:对德国的法律清算》,商务印书馆2015年版。

[6] 有关纽伦堡审判“破坏和平罪”的详尽分析,参见卡丽·麦克杜格尔(Carrie McDougall):《破坏和平罪的先例》(*The Crimes against Peace Precedent*),载 Kreß 与 Barriga, 前注1,第49~112页。

[7] 值得注意的是,东京审判与纽伦堡审判不同,东京审判的判决不是全体一致通过的,东京审判的异议者成为有关侵略罪持久讨论的一部分。详细分析参见塞拉尔(Sellars):《东京审判异议者的遗产:破坏和平罪》,载 Kreß 与 Barriga, 前注1,第113~141页。

1974年,事情开始起变化。虽然事态的发展并没有推翻罗林的消极预测,但是在1974年12月14日,联合国大会以协商一致的方式通过了第3314号决议。^[8]但当我们进一步探究时,会发现作为决议附件的《侵略的定义》充斥着结构性模糊。^[9]就本文的目的而言,该文本最重要的成果在于区分了(在《宪章》第39条意义上的)“侵略行为”和“侵略战争”。只有“侵略战争”与国际法上的个人刑事责任直接关联(体现在1974年联合国大会第3314号决议附件第5条第二段第一句)^[10],但是(该文件)并没有试图对“侵略战争”下定义。

即使直到20世纪90年代,当国际社会经历狭义的“国际刑法复兴”时,罗林的这种悲观论调仍然会引起一部分人的共鸣。但在“建立全球性国际刑事司法制度”这一概念的复兴中,并未囊括纽伦堡审判和东京审判所留下的“破坏和平罪”这一遗产。《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》和《卢旺达国际刑事法庭规约》甚至都未列明“破坏和平罪”。新设立的国际刑事法院(International Criminal Court, ICC)《罗马规约》第5条第1款第四段囊括了“侵略罪”。这一罪名由不结盟运动国家所提出,^[11]该提案在谈判的最后关头被妥协接受,“侵略罪”的罪名也由此确定。但该条款第二段明确指出缔约国并未授权国际刑事法院对“侵略罪”行使管辖权。^[12]这一结局再次证

[8] 联合国大会,《侵略定义》,第3314(XXIX)号决议,1974年12月14日。

[9] 参见托马斯·布鲁哈(Thomas Bruha):《联合国大会有关侵略行为的定义》(*The General Assembly's Definition of the Act of Aggression*),载 Kreß 与 Barriga, 前注1,第142~177页。

[10] 译者注,原文为:侵略战争是破坏国际和平的罪行(A war of aggression is a crime against international peace)。

[11] 《不结盟运动国家间议定书办事处提交的修正案》(A/CONF.183/C.1/L.59),1998年7月14日,UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.75,载 Barriga 与 Kreß 编《侵略罪的准备工作》(*The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*),剑桥大学出版社2012年版,第315页。值得注意的是,阿拉伯国家在这最后关键时刻的外交活动中表现得尤为活跃(尤以大马士革大学的穆罕默德·阿齐兹·舒克里 Mohammed Aziz Shukri 教授为代表)。但愿现在阿拉伯国家仍然记得他们曾重申法院对侵略罪管辖权的缺乏构成这些阿拉伯国家批准《罗马规约》的障碍。阿拉伯国家政治立场的详尽分析,参见 M. M. El Zeidy:《阿拉伯世界》,载 Kreß 与 Barriga, 前注1,第960~992页。

[12] 此外,《罗马规约》最后文件第七段(UN Doc. A/CONF.183/13,1998年7月17日,载 Barriga 与 Kreß, 前注9,第331页)授权筹备委员会准备“一个可能被接受的侵略罪条款以囊括在本规约中”。

明了国际社会对“侵略罪”的定义难以达成一致。^[13]

2. 列支敦士登的出现:普林斯顿(进程)和坎帕拉(会议)

(尽管存在上述定义侵略罪的困难)绝大多数国家并不认为侵略罪不能成为国际法规定的罪行(主体, *corpus*)。自2003年以来,^[14]列支敦士登常驻联合国代表克里斯蒂安·韦纳韦瑟(Christian Wenaweser)大使以及他的首席法律顾问斯蒂芬·巴里加(Stefan Barriga)在众多知名人士的支持下反复表达了这种观点,并最终促成了一股不容抗拒的改革潮流。^[15]在这些知名人士中,最有名的当属纽伦堡审判检察官本杰明·费伦茨(Benjamin Ferencz),^[16]与毫不逊色于他的约旦大使扎伊德·拉阿德·侯赛因王子(Prince Zeid Ra'ad Al Hussein,他自2014年起担任联合国人权事务高级专员)。^[17]

截至2009年,侵略罪特别工作组(国际刑事法院缔约国大会次级机构)

[13] 罗马大会谈判详细记载,参见罗杰·斯滕森·克拉克(Roger Stenson Clark):《罗马规约的谈判》(*Negotiations on the Rome Statute*),载Kreß与Barriga,前注1,第244~270页。1995年至1998年的讨论,提案的文献资料,参见Barriga与Kreß,前注9,第201~331页。

[14] 1998年至2002年间并未取得重大进步。罗杰·斯滕森·克拉克重新清点了些许年的相关工作,参见《反思作为罪行的侵略及其构成要素:国际刑事法院筹备委员会最终工作成果》(*Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*),载《莱顿国际法论刊》2002年总第15期,第859~890页。同样被载于Barriga与Kreß,《侵略罪的准备工作》,前注9,第334~419页。

[15] Barriga与Kreß,前注9,第422~724页记载了这些发生在2003年至2009年讨论。这些讨论引人瞩目并具有实质意义。这些讨论的重要部分发生在普林斯顿大学(因此时常被称为“普林斯顿进程”),伍德罗·威尔逊学院的列支敦士登自决研究所极大地促进了这一进程。有关专题性学术评论,参见奥斯卡·索莱拉(Oscar Solera):《侵略罪的定义》,Cameron May出版社2007年版,《Defining the Crime of Aggression》;有关这一主题的法文专题评论,参见莫里斯·卡姆托(Maurice Kamto):《国际法上的侵略》,A. Pedone ed.,2010年版,《L'agression en droit international》。

[16] 参见本杰明·费伦茨的著名文献资料:《侵略罪的定义——追求世界和平:历史性记录与分析》(两卷本),Oceana出版社1975年版,《Defining International Aggression—The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis》。本杰明的回忆录,详见本杰明·费伦茨《后记——走向坎帕拉的漫长旅程:个人回忆录》(*Epilogue. The Long Journey to Kampala: A Personal Memoir*),载Kreß与Barriga,前注1,第1501~1519页。值得注意的是,他的儿子唐纳德·费伦茨(Donald Ferencz)教授,作为预防侵略全球研究所创始人,接下了其父亲的火炬,为谈判作出了卓越贡献,尤其是在谈判的最后阶段。

[17] 约旦一直在谈判中扮演一个活跃的角色并具有建设性,在2017年12月纽约的谈判中也是如此。

内部已经对有关侵略罪实质定义的草案达成共识。^[18]即使在美国重回(国际刑事法院的)谈判桌后,这一共识也被证明是能够经受住考验的。^[19]该定义如下:

为了本规约的目的,“侵略罪”是指能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行动的人策划、准备、发动或实施一项侵略行为的行为,此种侵略行为依其特点、严重程度和规模,须构成对《联合国宪章》的明显违反。

侵略行为以是否明显违反《宪章》这一底线性条件构成谈判达成合意的关键:这是犯罪构成中的国家行为要素。^[20]这个规定具有双重功能:既规定了量(其严重程度与规模),也规定了质(其特点、性质本身)。其中更值得强调的是有关严重程度与规模的要求,即量的要求。这个要求反映了在禁止使用武力的问题上,尽管核心内容无可争议,其外围却包裹着一片灰色地带。这片灰色地带同时包含精妙的(技术上的)法律争论和深层次的法律政策鸿沟。然而不幸的是,这些灰色地带与现实息息相关,并游离在侵略罪定义的范围之外。这个底线性要求为侵略罪定义提供了必要的国际习惯法落脚点,同时也确保国际刑事法院不必处理极具政治争议的法律问题。

这个一致意见为将侵略罪纳入《罗马规约》第一次审议大会议程提供了可能性。这次会议于2010年在乌干达首都坎帕拉举行。然而,有关管辖权

[18] 不久后的侵略罪构成要件草案补充了这个实质定义的草案。澳大利亚和萨摩亚群岛为这个文件的形成作出的贡献值得特别嘉许,他们提交了2009年3月《蒙特勒犯罪要件草案》。谈判过程的详细记录,参见澳大利亚谈判官员 Frances Anggadi, Greg French 和 James Potter:《侵略罪犯罪构成要件的谈判》,载Barriga与Kreß:《侵略罪的准备工作》,前注9,第58~80页。

[19] 在坎帕拉大会中,只有在美国代表提出有关定义的特定“谅解”后,实质定义才成为讨论的主题(美国提案的形成,载Barriga与Kreß:《侵略罪的准备工作》,前注9,第751~752页)。最后一个问题使得美国和伊朗对立,它在对话结束时才解决的事实,也仅仅是本文所重温和漫长的漫长征程中的另一个重要因素。有关详细信息,参见 Claus Kreß, Stefan Barriga, Leena Grover 和 Leonie von Holtzendorff:《侵略罪谅解谈判》(*Negotiating the Understandings on the crime of aggression*),载Barriga与Kreß:《侵略罪的准备工作》,前注9,第81~97页。伊朗和美国的谈判立场,参见 Djamchid Momtaz 和 Esmail Baghaei Hamaneh:《伊朗》,载Kreß与Barriga,前注1,第1174~1197页。参见 Harold Hongju Koh 和 Todd F. Buchwald:《美国》,载Kreß与Barriga,前注1,第1290~1299页。

[20] 这一要素的详细法律分析,参见 C. Kreß:《国家行为要素》(*The State Conduct Element*),载Kreß与Barriga,前注1,第412~564页。

制度与联合国安全理事会(简称安理会)将扮演何种角色的争议僵持不下。^[21]在坎帕拉会议上,直到在2010年6月11日至12日夜间会议停止后,各国才达成共识。^[22]这个共识并未授予安理会垄断在国际刑事法院提出侵略罪诉讼的权利。但坎帕拉共识确实规定了国际刑事法院行使管辖权的条件。与该法院针对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪行行使管辖权的条件相比,这些条件更加严苛。其关键在于,在安理会尚未将情势提交给国际刑事法院时,根据《罗马规约》第15条(之二)的规定,国际刑事法院行使侵略罪管辖权仍然取决于有关领土国和国籍国。^[23]

3. 另一难关

但是,坎帕拉共识也并非一个彻底的突破,它反而为启动侵略罪的管辖权增加两个额外条件。根据《罗马规约》第15条(之二)第二段、第三段和第15条(之三)第二段、第三段,启动管辖权有如下条件:(1)30个成员国批准或加入修正案;(2)须在2017年1月1日由通过《罗马规约》修正案所需的多数票

通过决议。第一个条件已经满足;^[24](就第二个条件而言)启动决议被纳入2017年12月4日至14日在纽约举行的第十六次缔约国大会议程中。

事实证明,启动决议的作出绝非一个仪式性行为。因为自《坎帕拉修正案》通过以来,这个以同意为基础的管辖权机制就一直伴随着法律争议。毫无疑问,第15条(之二)的第四段和第五段排除了国际刑事法院对以下侵略罪的管辖权:所谓侵略罪是由非缔约国的侵略行为导致,且安理会未将该侵略情势提交国际刑事法院。相反,自《坎帕拉修正案》通过以来,针对国际刑事法院以国家同意为基础的管辖权如何运行的问题,《罗马规约》缔约国之间就一直存在不同的法律意见,随后产生了两种本质上针锋相对的法律观点。

第一种观点认为,如果缔约国没有批准《坎帕拉修正案》,那么国际刑事法院不能对在其领土上发生的或者由其国民犯下的侵略罪行行使管辖权。这种“限制性观点”的依据是《罗马规约》第121条第五段第二句。该观点认为,这句话规定了《罗马规约》缔约国的条约权利。在条约法下,不能在缺乏缔约国同意的条件下剥夺这一权利,而这种国家同意需要通过对相关条约修正案的批准或接受来表达。

相反的观点认为,一个国家批准《坎帕拉修正案》就意味着该国授予国际刑事法院以第12条第2款下的管辖权连接。这意味着在不存在相反规定的情况下,即使侵略罪行为人的国籍国未批准《坎帕拉修正案》,只要侵略行为发生的领土国批准了该修正案,国际刑事法院就有权行使管辖权。但这个未批准《坎帕拉修正案》的缔约国可以根据第15条(之二)第4款作出声明,以排除国际刑事法院在该情况下行使管辖权。有人认为这种“更开放的立场”并不与条约法相悖。因为最初《罗马规约》第5条第2款就授权缔约国通过一个条款以设定国际刑事法院行使侵略罪管辖权的条件。若该条款与《罗马规约》第121条第5款规定发生冲突,该条款可以作为特殊法而得以适用。

简而言之,这些法律争议所针对的情况都是安理会未将情势提交给国际刑事法院的情形。在这一情形下,问题可以归结如下:没有批准《坎帕拉

[21] 该杂志的十周年特刊就题为《侵略:坎帕拉之后》(Aggression: After Kampala)。参见 Claus Kreß 和 Philippa Webb 编:《国际刑事司法杂志》2012年版,第3~288页。坎帕拉成果的杰出专题性讨论,参见麦克杜格尔(Carrie McDougall):《国际刑事法院罗马规约规定的侵略罪》(The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court),剑桥大学出版社2013年版。有关包括比利时人立场在内的系列文章,参见 Gérard Dive、Benjamin Goes 和 Damien Vandemeersch:《从罗马到坎帕拉:罗马规约最初的两个修正案》(From Rome to Kampala: The first 2 amendments to the Rome Statute),Bruylant 出版社2012年版。

[22] 《国际刑事司法杂志》有关坎帕拉谈判的详细论述,参见 Claus Kreß 和 Leonie von Holtzendorff:《在坎帕拉大会上作出的有关侵略罪的妥协》(The Kampala Compromise on the Crime of Aggression),载《国际刑事司法杂志》2010年版,第8期,第1179~1217页。从1998年到2010年谈判的详细记载,参见 Stefan Barriga:《侵略罪修正案的谈判过程》(Negotiating the Amendments on the crime of aggression),载 Barriga 与 Kreß,前注9,第3~57页。

[23] 有关坎帕拉大会建立的管辖权机制分析,参见 Andreas Zimmermann:《修正罗马规约的修正条款:在坎帕拉大会作出的有关侵略罪的妥协和条约法》(Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute: The Kampala Compromise on the Crime of Aggression and the Law of Treaties),载《国际刑事司法杂志》2012年版,第10期,第209~227页。Stefan Barriga 和 Niels Blokker 作出了有关该话题的综合分析,他们的观点与 Zimmermann 不同。参见《生效与行使管辖权的条件:交叉问题》(Entry into Force and Conditions for the Exercise of Jurisdiction: Cross-Cutting Issues)、《基于安理会提交而行使管辖权的条件》(Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals)、《基于国家提交而行使管辖权的条件、依职权调查》(Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on State Referrals and Proprio Motu Investigations),这三个章节紧密相连,载 Kreß 与 Barriga,前注1,第621~674页。

[24] 本文所重温的漫长旅程中的另一个值得提及的要素是,巴勒斯坦是提交批准书的第30个国家。当时人们以为会有更多的国家提交批准书,因此有关巴勒斯坦国家地位的复杂法律问题不构成启动国际刑事法院对侵略罪的管辖权的复杂法律问题的一部分。2017年12月纽约大会上的所有参与者都会记得巴勒斯坦的杰出代表马吉·邦亚(Majed Bamyá)的雄辩。有关以色列对整个谈判的有创建的观点,参见 Roy Schöndorf 和 Daniel Geron:《以色列》,载 Kreß 与 Barriga,前注1,第1198~1216页。

修正案》的缔约国是否必须在《罗马规约》第15条(之二)第4款下作出声明,以排除国际刑事法院对该缔约国国民所犯的,或该缔约国对批准了《修正案》的缔约国所犯的,侵略行为的管辖权。

4. 纽约:最后桥梁的搭建工作

有关国家在2017年12月缔约方大会达成启动决议之前就启动相关进程,它印证了就该问题的分歧,各种法律主张的对抗也得以演练。^[25]早在2017年3月,加拿大^[26]、哥伦比亚、法国、日本、挪威^[27]和英国就出具一份文件阐明了自己坚持“限制性观点”的立场。^[28]列支敦士登、阿根廷^[29]、博茨瓦纳^[30]、萨摩亚、斯洛文尼亚^[31]和瑞士^[32]提交文件详细说明其(针对管辖权)“更加开放的立场”。^[33]

处理这种分裂局面面的一个方法是:直接启动国际刑事法院的管辖权,让

[25] 《促进启动国际刑事法院对侵略罪的管辖权的报告》,ICC-ASP/16/24,2017年11月27日(简称“《促进报告》”),第11~12节。

[26] 加拿大在纽约大会之前和大会之中都强烈支持“限制性观点”的立场是令人吃惊的。因在坎帕拉大会上,加拿大基于限制性立场提交了一个议案,与阿根廷、巴西、瑞士共同促进妥协的达成,参见Kreß和Von Holtzendorff,前注20,第120~124页。

[27] 挪威从未采取过阻挠的态度,而是更广泛地对侵略罪的谈判采取了一个较为怀疑的态度。挪威代表团团长Rolf Einar Fife就这一问题有创见的反思,载Kreß与Barriga,前注1,第1242~1263页。

[28] 《促进报告》前注22,附件2A。特别是包括澳大利亚、丹麦和波兰的几个国家,坚持限制性观点的做法都被记录在案。

[29] 在纽约大会上,阿根廷依旧发挥着它在坎帕拉大会上发挥的积极作用(关于阿根廷在坎帕拉大会的角色,参见Kreß和Von Holtzendorff,前注20,第1202~1204页。)我们需要记得的是,国际刑事法院院长、著名的前阿根廷外交官西尔维娅·费尔南德斯·德古尔门迪 Silvia Fernandez de Gurmendi 是侵略罪工作组早期的两位协调人之一(另一位协调人是来自坦桑尼亚的图瓦科·马农吉 Tuvako Manongi)。此外,她于2002年7月11日作出的《协调人讨论文件》(Coordinator's Discussion Paper)是后续谈判中的一个重要依据(载Barriga与Kreß,前注9,第412~414页)。

[30] 我们还需要记住的是,博茨瓦纳在侵略罪谈判过程中的重要作用仅仅是该国就建立国际刑事审判所起到的领导作用的一个侧面。特别是Athalie Molokomme大使在讨论中所提出的众多原则性洞停(因此也是有利的洞停)。

[31] 斯洛文尼亚在侵略罪的谈判过程中所起到的建设性作用值得强调。人们记得杰出的斯洛文尼亚代表Danijela Horvat在2017年12月纽约大会期间所作出的一系列有创见的、出彩的洞停工作。来自哥斯达黎加的Shara Duncan Villalobos代表、来自塞浦路斯的Vasiliki Krasa代表、来自芬兰的Paivi Kaukoranta代表、来自爱尔兰的James Kingston代表和来自希腊的Martha Papadopoulou代表都应当因其在2017年纽约谈判中的热诚奉献而受到表彰。在这方面,多年来希腊一直扮演着重要的角色,而其杰出的代表Phani Dascalopoulou-Livada多年来的工作也将会被铭记。

[32] 自坎帕拉大会以来,瑞士就一直扮演着活跃的角色(参见Kreß和Von Holtzendorff,前注20,第1202~1204页)。在纽约大会上,瑞士是坚持“直接启动路径”的主力军。

[33] 《促进报告》,前注22,附件二,B和C。

该法院在法律问题出现时自行决策。超过30个国家加入了瑞士方阵,呼吁这种“直接启动(管辖权)”的路径。^[34]但是那些支持“限制性立场”的缔约国并不希望承担启动管辖权的风险:法院可能不会依他们的主张行事。这些国家更希望所有缔约国在通过启动决议时接受、确认他们的这种“限制性观点”。在12月4日缔约国在纽约集会讨论不久后,在澳大利亚协调人纳迪亚·卡尔布(Nadia Kalb)与澳大利亚代表团团长康拉德·布勒(Konrad Bühler)^[35]精妙的引领下,缔约国代表经历了耗时长久的谈判并展现了非凡的创造力,试图在两种争锋相对的观点间搭建最后的桥梁。

这个桥梁的实质是,允许双方阵营保持自己的法律立场,在法院采取“开放性立场”时,支持“限制性立场”的缔约国根据自身意愿,可以获得相关法律途径以寻求有关管辖权的保护。他们建议的第一种途径是:如果法院要采取“开放性立场”,所有缔约国须同意,一个缔约国向书记处提交的表明其“限制性立场”的文件会被法院接受为《罗马规约》第15条(之二)第4款下的声明。^[36]第二种途径由巴西^[37]、葡萄牙和新西兰^[38]提出:由缔约国大会主席确定一个有相关意愿的缔约国名单,将这个名单转交给书记处,再由缔约国大会作出决议——法院不能对发生在名单上的缔约国境内或由其

[34] 2017年12月7日瑞士常驻联合国代表给《罗马规约》缔约国常驻代表们的信件。

[35] 这两位来自奥地利的杰出外交官都收获萨尔茨堡大学Astrid Reisinger-Coracini博士的宝贵建议。Astrid Reisinger-Coracini博士自从1999年起就参与了整个谈判过程,并从那时起就作出了诸多学术贡献。

[36] Dapo Akande教授和本文作者制定了一个囊括这一法律立场的联合草案。考虑到Akande教授和本文作者就潜在的法律争议持相反观点,这样做是希望为搭建真正的桥梁作尝试。该草案由德国转交给奥地利协调人但最终并未通过。有时候这个提案被称为“非德语非文件”(Non-German Non-Paper),并在一定程度上反映在协调小组提交的《讨论文件》,Rev.1,2017年12月11日。在纽约谈判期间,本文作者对草案的核心段落作了微不足道的重新拟定工作,以便更清楚地表达在两种相反的法律观点之间搭建桥梁的想法。修改后的段落如下:“确认由单个缔约国或多个缔约国所作出的同意序言第四段的任何声明(以书面形式提出并提交给书记处)将被视作第15条(之二)第四段项下的声明,并承认这样的声明并不会损害该国这样的权利,即如果该国没有批准或接受修正案,第15条(之二)第四段项下的任何声明都不足以排除法院针对由该国进行的侵略罪的管辖权。”

[37] 巴西在坎帕拉大会上发挥了重要作用(Kreß和Von Holtzendorff,前注20,第1202~1204页)。在纽约大会上,巴西这个国家通过其杰出的代表Patrick Luna不知疲倦的工作而建立起了最后的桥梁。巴西关于整个谈判的政策观点,参见Marcel Biato和Marcelo Böhlke:《巴西》,载Kreß和Barriga,前注1,第1117~1130页。

[38] 新西兰在搭建桥梁的尝试中的角色因具有建设性而值得注意。新西兰明确表示其坚持认为“限制性观点”是正确的法律观点。因此这三个代表团更加确信可以搭建桥梁的想法。值得指出的是,瑞士采取了同新西兰类似的立场。瑞典在普林斯顿进程和纽约大会上都发挥了建设性作用,其杰出代表Pal Wrangé作出了重大贡献。

国民进行的侵略行为行使管辖权。^[39]

5. 没有桥梁的突破:在联合国总部的一个难忘夜晚

但是在这次缔约国大会接近尾声时,法国和英国却不愿意跨越上述所搭建的桥梁(以达成合意)。他们不愿变更自己的要求:通过启动决议时应附随一个缔约国大会决议,(表明)所有缔约国都接受“限制性观点”。法国和英国的固执态度造成了极其困难的局面。就法律(技术)而言,确实可以起草一份决议草案让缔约国投票选择采取“直接启动路径”或选择跨越所搭建的“最后桥梁”。但是,且不论投票结果的不确定性,^[40]将这样一个具有高度政治敏感性的话题置于缔约国大会的争论中是明智的吗?在这方面,许多代表团都持高度怀疑态度,尽管他们都希望法国和英国最终会展现一丝丝为大局考虑的让步精神。因此,通过缔约国大会投票击败法国和英国并非一个真正的选择。缔约国中的大多数都支持对管辖权采取更加开放的立场。然而他们都面临这样一个痛苦的抉择:要么接受一个在法律上看来是《坎帕拉修正案》的“修正案”,要么暂时不启动法院的管辖权而将问题的解决留给未来。^[41]

奥地利将最终解决这个问题的艰巨任务交给了缔约国大会的两个副主席,他们提出了决议草案。在这样互不相让的局势中,谈判必须停止以便代表们就决议草案作出选择。至重要的是,“由两位副主席提出的决议草案”反映了法国和英国的要求。^[42]下面是有关实质段落:

缔约国大会……

2. 根据《罗马规约》,确认坎帕拉审议大会通过的侵略罪修正案在缔约国提交批准书或接受书一年后对其生效。在国家提交情势调查或法院依职权提起情势调查时,如果被针对的缔约国尚未批准或接受《修正案》,法院对其国民可能犯下的或在其领土上发生的侵略罪不能行使管辖权。

为了软化对法国和英国的无条件投降,决议草案中出现了以下一段话:

[39] 参见《巴西、葡萄牙、新西兰有关讨论文件的附加部分》,12月11日13点。另见ICC-ASP/16/L.9,2017年12月13日,OP1,以及瑞士代表Nikolas Stürchler在其博客文章中作出的说明,《侵略罪透析》,EJIL Talk!《欧洲国际法论刊》博客,2018年1月26日,网址<http://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/>(2018年1月28日访问)。

[40] 有关这些不确定性的分析,参见Stürchle,前注37。

[41] Nikolas Stürchler明确表达了这个观点,同上。

[42] 关于这一要求在文本中的首次出现,参见《促进报告》,前注22,附件三,b。

3. 重申《罗马规约》第40条第一段和第119条第一段中提及的法院法官的司法独立性。

这种措辞仅仅是在重申一个显而易见的事实,即缔约国大会不能取代法院的司法职能,只有法院被赋予适用法律的绝对独立性。因此,在两位副主席的决议草案中纳入这段话作用不大,虽然可看作对另一方的象征性让步。然而法国仍不能完全满意,在英国的支持下,她们提出将这段话移到序言中。当瑞士反对这个意见时,^[43]纽约缔约国大会的戏码到了高潮,现实逐渐走向了最令人难以置信的情形。长达一个世纪的为侵略罪规定国际性刑事管辖的漫长旅程最终偏离了道路,而原因仅仅是争论少数几个字眼应该放在序言还是放在实质部分。在这至关重要的时刻,南非^[44]、萨摩亚^[45]和葡萄牙^[46]的代表团以各自的方式为阻止谈判崩盘作出了卓越贡献。此外,来自哥斯达黎加的副主席塞尔吉奥·乌尔加德(Sergio Ugalde)在发现法国的提议遭到反对后,要求就副主席们的决议草案是否能获得在场协商一致的共识作出最后决定。随后又出现了一个戏剧性的悬念时刻:法国和英国决定不再过分强硬地坚持立场,所以副主席们的决议草案最终得到协商一致通过。^[47]

[43] 虽然瑞士明确反对了该提案,但是当她对法国提案进行批评时,也表达了在场许多代表的忧虑情绪。本文作者还记得塞浦路斯和南非表示他们无法理解法国的动机。

[44] 南非的杰出代表André Stemmet在整个谈判过程中都坚决支持法院针对侵略罪行使管辖权的观点。(南非在整个谈判过程中的政治立场,参见《南非》,载Kreß和Barriga,前注1,第1271~1284页)。特别值得注意的是,即使在2017年纽约的缔约方大会上,南非也没有改变观点,因为也就是这个国家,在缔约方大会上考虑离开缔约国共同体的可能性。

[45] 萨摩亚是另一个在侵略罪的谈判过程中做出突出贡献的小国家。尤其是萨摩亚代表罗杰·斯滕森·克拉克(Roger S. Clark)教授做出的有创见的(并且是幽默的)调停工作,构成了准备工作的宝贵组成部分。萨摩亚代表团团长,Ambassador Alitoaiga Feturi Elisia大使表示,该国对谈判成功所做出的最突出的贡献在于采取了世界公民的而非法律人的立场,这在关键时刻提醒了代表团们何为利益攸关者。

[46] 从早期开始,葡萄牙就一直在谈判中扮演着重要角色(例如,1999年希腊和葡萄牙的提案,载Barriga和Kreß,前注9,第343页)。在纽约大会上,葡萄牙的代表Mateus Kowalski彰显了他们的智慧、正直与优雅。作者认为有必要借此机会回顾葡萄牙外交部法律顾问、已故的Paula Escameia教授多年来作出的重要贡献。

[47] 《大会副主席提出的决议草案:启动法院对侵略罪的管辖权》ICC-ASP/16/L.10,(2017年12月14日)更名为ICC-ASP/16/Res.5决议。其中一位重要的谈判者Nikolas Stürchler在他的博客文章中回忆道,大约在周五凌晨0:40代表达成了共识。

6. 曲线救国好过玉石俱焚

许多国家在接受启动决议实质部分第二段时作出了一个让步。在经历了为两个针锋相对的法律观点搭建妥协桥梁所进行的旷日持久而善意真诚的努力后,可以想象这个让步的作出是异常艰难的。这些缔约国值得被称赞。首先,他们真诚地坚信(对管辖权的)“更开放的观点”,另一方难以掩饰的恐惧恰巧证明了这一主张的力量。其次,他们的这种搭建桥梁的善意努力不仅仅是在缔约国大会期间,更是贯穿整年的启动进程。虽然到最后他们才发现更具有谈判力的两个国家并未做好回应的准备。再次,他们被要求放弃。^[48]在作出这种决定的同时,^[49]这些缔约国表示,即使妥协,他们也没有丧失更具全局性的视野。这些国家已经认识到,虽然诸多智慧人士为这个法律争议殚精竭虑多年,但如果我们将视野放得更长远些,看到在缔约国大会中达成共识以启动法院管辖权决议的历史性维度,这个法律问题就显得几乎微不足道了。^[50]

[48] 值得注意的是,在2017年纽约谈判的关键时刻,许多杰出的民间团体发出了支持最后妥协的声音,虽然这个妥协也使它们感到痛心。这种建设性的作用是值得注意的。非政府组织团体在侵略罪的谈判过程中所扮演的角色不如它们在《罗马规约》的整个谈判中那么活跃。参见诺亚·韦斯博德(Noah Weisbord):《民间团体》(Civil Society),Kreß和Barriga编,前注1,第1310~1358页。本文作者希望借此机会向杰出的非国家代表致敬。他们是:唐纳德·费伦茨(Donald Ferencz)教授、Jutta Bertram Nothnagel教授、詹尼弗·特拉汉(Jennifer Trahan)教授和诺亚·韦斯博德(Noah Weisbord)教授。在数年的讨论中,他们以不同的形式为谈判的成功作出了实质性贡献。

[49] 可以理解的是,这些国家中的多数将这种妥协限制在他们所认为的最低必要限度内,并在解释自己的投票时维持他们的法律观点。例如,列支敦士登代表克里斯蒂安·韦纳韦瑟(Christian Wenaweser)大人在解释自己的立场时说道:“我们坚信,法院在行使对侵略罪的管辖权时,必须适用《坎帕拉修正案》”。

[50] 在列支敦士登对自己立场的解释中,列支敦士登大使克里斯蒂安·韦纳韦瑟(Christian Wenaweser)有力地阐述了自己的观点。这种观点得到其他代表各种方式的附和。在一些特别值得注意的地方,列支敦士登的声明如下:“今天,我们启动法院对侵略罪的管辖权的历史意义绝不会被夸大。人类历史上从未有过一个常设性的国际法庭有权对个人的侵略行为追究责任,而侵略是非法使用武力中最严重的形式……”令我们感到失望的是,一些国家为启动这个管辖权设立了条件。在这种解释下,侵略罪的管辖权机制背离了“坎帕拉妥协”的文字和精神,这种解释严格地限制了法院的管辖权,削减了对缔约国的司法保护。我们加入决定的理由有两方面:“……其次,我们认为启动管辖权的重要性高于一切。”同样,瑞士代表Nikolas Stürchler在他的EJIL Talk博客(前注37)中明智地总结道:我们无论如何都不能忘记,侵略罪管辖权的启动是为维护和平、预防针对国际社会整体的最严重罪行所作出的贡献。纽伦堡和东京审判七十年后,国际刑事法院获得了强化《联合国宪章》禁止使用武力的历史性机会,并写下了最初起草的《罗马规约》的完结篇。这是我们应当持有的观点。

如果我们看到德国^[51]、日本^[52]、意大利^[53]不仅仅加入了这个共识,还分别以自己的方式来促成这一共识的实现,那么这一历史性维度将显得更为明显深刻。因为正是这些国家通过自己在第二次世界大战之前和之中的行为,挑战了《凯洛格—白里安公约》建立的“法律新秩序”^[54]。

[51] 在罗马大会上,德国明确支持将侵略罪纳入国际刑事法院的管辖范围。因此,德国迅速赞成启用《国际刑事法院规约》原有第5(2)条(前注9)的不结盟运动国家的提案。德国在制定罗马外交大会最后文件第7段时发挥了作用(UN Doc. A / CONF. 183 / 13, 1998年7月17日,前注10。)^[55]在这个关键路口,人们一定会承认德国外交官汉斯-彼得·考尔(Hans-Peter Kaul)起到了举足轻重的作用。作为第一位德国籍国际刑事法院法官,他也在侵略罪的谈判过程中起到了重要作用。在考尔法官的个人回忆录中,他讲述了他记忆中的罗马外交大会的关键时刻。本文作者希望该回忆录能在适当的时候以英文出版。[Hans-Peter Kaul:《德国对国际刑法的贡献》(Der Beitrag Deutschlands zum Völkerstrafrecht),载C. Saferling / S. Kirsch编:《国际刑事司法》(Völkerstrafrechtspolitik),Springer出版,2014年版,第51~84页,第67~68段]。在“普林斯顿进程”期间,三名次级协调员之一由一名德国代表担任。在坎帕拉大会上,德国被指定为美国谅解提案的磋商联络人。关于纽约谈判的法律争议,德国已采取立场不表态。这样做的目的是不过分强调问题的实践重要性,并且如果需要的话,德国可以以作为最终桥梁的“公正调停人”。在纽约大会的最后几个小时,德国代表团团长迈克尔·科赫(Michael Koch)大人在幕前和幕后都表示,德国承诺协助法院启动管辖权一事成为现实而非空头支票。自罗马外交大会召开至坎帕拉会议后不久,德国对侵略罪谈判的贡献参见罗杰·斯滕森·克拉克法官:《德国与侵略罪》(Germany and the Crime of Aggression)中的叙述,Suzannah Linton, Gerry Simpson和William A. Schabas编,载《为了现在与未来:国际法、罪行和纪念》(For the Sake of Present and Future Generations: Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark),博睿出版社2015年版,第31~51页。

[52] 日本对具有历史意义的东京审判持怀疑态度是众所周知的,海瑟薇(Oona A. Hathaway)与斯科特(Scott J. Shapiro)对日本观点进行了更具广泛背景的叙述,前注4,第133页等。日本明确支持国际刑事法院对侵略罪的管辖权这个问题非常重要。有关2017年纽约谈判上的法律争议,日本是所有国家中最前后一致的国家,她一直为“限制性观点”作辩护。(参见日本派往坎帕拉代表团团长、已故小松一郎(Ichiro Komatsu)大使:《日本》一章,载Kreß和Barriga编,前注1,第1217~1233页,特别是第1231~1232页。)在此背景下,日本在2017年纽约大会谈判中发挥的作用尤为重要。虽然日本的法律立场是明确的,但日本派往纽约的代表团团长、三上正裕(Masahiro Mikami)大使展现出了对相反观点极大的同理心,但日本也表达了日本愿意建立最终的桥梁。韩国是另一个支持侵略罪管辖权的亚洲国家,有关韩国代表团学术角度的观点,参见Young Sok Kim:《大韩民国》,载Kreß和Barriga编,前注1,第1234~1241页。但是在2017年12月的纽约谈判中,大韩民国保持沉默。

[53] 自谈判开始以来,意大利就支持该进程(例如,埃及和意大利早在1997年提交的提案,载Barriga和Kreß,前注9,第226~227页)。意大利前外交官、国际刑事法院法官Mauro Politi在早期谈判中的作用也不应当被遗忘。尽管意大利在“普林斯顿进程”和坎帕拉大会上并未发挥主导作用,但是在2017年的纽约谈判进入最后阶段时,意大利的杰出代表Salvatore Zappalà是第一个支持奥地利搭建桥梁的代表团之一。最终我们能够看到命运的安排,是缔约国大会的意大利籍代表Sebastiano Cardi大使共同主持通过了协商一致启动决议。

[54] 海瑟薇(Oona A. Hathaway)与斯科特(Scott J. Shapiro)生动地描述了这个故事,前注4,特别是第131页。

7. 法院掌握主导权

根据启动决议实质部分第一段,法院(针对侵略罪)的管辖权将于2018年7月17日启动。据此,缔约国给法院留出了最后空间进行必要调整,以使得法院的初审法庭能够实现其在《罗马规约》第15条(之二)第8款下史无前例的司法职能。^[55]从2018年7月17日开始,将由法院来决定如何将“书本上的法”变成“实践中的法”。因此,检察官办公室似乎应及早表明其将认真对待第8条(之二)第1款中有关底线性条件的核心信息:侵略罪的实质定义只包括国家使用武力,这种武力需要达到高度的烈度要求,且明显非法。检察官办公室表明态度将有助于消除对法院的一些持续不断但尚可理解^[56]的疑虑:法院可能卷入有关预先性自卫^[57]、针对

[55] 法院负责人可以参见 Eleni Chaitidou, Franziska Eckelmans 和 Barbara Roche 的综合分析,《初审分庭的司法职能》(The Judicial Function of the Pre-Trial Division),载 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 752~815 页。

[56] 本文作者认为我们很难知道为何在 2017 年 12 月的纽约谈判上,由法国大使 Francois Alabrune 领导的法国、由 Ian MacLeod 大使领导的英国坚称其并没有准备好跨越最后一道桥梁。本文作者甚至想知,如果这两个国家跨越了由 Akande 大使和本文作者(本文并不讨论启动决议实质部分第 2 段潜在的法律模糊性,参见 Stürchler, 前注 37)搭建的这座桥梁,这两个国家是否会有自己的利益而无法达成更多的法律确定性(正如他们自己所认识的那样)。但本文作者很清楚一些在法律灰色地带进行武装活动的国家的做法。他们并不批准《坎帕拉修正案》,而是采取了走着瞧的立场,观察法院将会如何解释侵略罪的做法。本文作者还认为我们应当认识到,法国和英国是唯一批准了《国际刑事法院罗马规约》的安理会常任理事国。这两个国家最终采纳的管辖权制度并未授予安理会对国际刑事法院提交侵略罪情势的垄断权。本文作者希望借此机会感谢参与谈判的前英国外交官 Elizabeth Wilmshurst。她提醒谈判者必须在习惯国际法的框架下寻求侵略罪实质的基础(引注参见 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 515~516 页,具体引注参见第 570 个脚注)。有关英国和法国谈判者对《坎帕拉修正案》的立场,参见 Edwige Belliard:《法国》和 Christopher Whomersley:《英国》,载 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 1143~1148 页,以及第 1285~1289 页。有关安理会在国际刑事法院有关侵略罪的适当角色的法律争议争论激烈,这些都会生动地告诉旁观者,达到最终的突破需要多么强大的建设性精神。中国的态度是极力支持安理会的垄断作用,参见中国著名外交官周露露:《中国》,载 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 1133~1138 页。相反,印度极力反对安理会的积极作用,印度外交官 Narinder Singh 对此有所记录,载 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 1164~1168 页。

[57] 在日益激烈的辩论中,最著名的是由英国、紧接着是澳大利亚总检察长近期作出的演讲,参见 EJIL Talk:《欧洲国际法论坛》博客,网址 <http://www.ejiltalk.org/the-modern-law-of-self-defence/> 和 <http://www.ejiltalk.org/the-right-of-self-defence-against-imminent-armed-attack-in-international-law/#more-15255>,2018 年 1 月 28 日访问。关于侵略罪的国家要素中的“预防性自卫”的分析,参见 Kreß:《国家行为要素》(The State Conduct Element),载 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 473~479 页。

非国家行为者的自卫^[58]和人道主义干涉^[59]等白热化的法律争论中。一旦各国相信法院不会在这些灰色法律地带针对侵略罪行行使管辖权,我们可以期待批准国的数量将会大大增加。因为占据纽伦堡审判和东京审判法官席位的战胜国很难解释为何他们不愿完全接受自己的先辈在“二战”后留下的开拓性遗产。

8. 结语:对人类良知不完美但及时的呼吁

毫无疑问,有关侵略罪的实质定义非常精确(这也是国际法下罪行定义的特点)。因此,法院针对该罪行行使管辖权的司法门槛也很严格。但是,我们不能轻视 2017 年 12 月在纽约达成的突破。最近,俄罗斯越过了红线,强行吞并了他国领土。^[60]朝鲜与美国长期以来相互进行着核战争的军事威胁。在作者写作本文时,土耳其已经开始向叙利亚发动大规模军事

[58] 在叙利亚境内许多国家在伊拉克的要求下对伊斯兰国使用武力的法律复杂性,都是决策者最近在讨论侵略罪时非常关心的问题。关于侵略罪国家行为要件下关于“使用武力应针对来自另一国领土的非国家行为者的武装攻击”的分析,参见 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 462~467 页。

[59] 在亟须避免人道主义灾难但缺乏安全理事会授权的情况下使用武力成为一个令人感兴趣的问题,在所有谈判的背景中都显得很重要。关于侵略罪国家行为要件中关于“使用武力避免人道主义灾难”的分析,参见 Kreß 和 Barriga 编,前注 1,第 489~502 页,以及第 524~525 页。

[60] 如果从这篇文章中回顾的漫长征途中所看到的俄罗斯的重要角色来看,人们不禁会更加遗憾这个国家在克里米亚问题上明显违反禁止使用武力原则的行为。在俄罗斯对这个长达一个世纪的漫长对话的贡献中,政治和法律不可避免地交织在一起。但这一事实并不是俄罗斯处理这一主题的独有特征,也不构成否认俄罗斯从 1933 年起就提出值得注意的提议的原因。当时 Maxim Litvinov 向裁军会议提交了一份定义“侵略者”的苏联草案:《提交裁军委员会的宣言草案》(Draft Declaration to the Disarmament Conference),参见 Barriga 和 Kreß,前注 9,第 126~127 页。海瑟薇(Oona A. Hathaway)与斯科特(Scott J. Shapiro)回顾了俄罗斯在纽伦堡之前的角色,前注 4,第 257 页。斯大林在关键时刻支持审判,并在这方面与史汀生一起构成了一个“奇怪组合”。(斯大林和史汀生的思想汇合并没有更进一步,因为斯大林只是期待一个表演式审判。)在这个历史背景下值得注意的是,俄罗斯教授阿龙·诺莫维奇·特雷尼创造了纽伦堡和东京审判的“破坏和平罪”,参见 Andrey Yanuaryevich Vyshinsky 编:《希特勒的刑事责任》(Hitlerite Responsibility Under Criminal Law),由罗斯汀(Andrew Rothstein)译,哈钦森出版社 1945 年版,第 37 页。俄罗斯在冷战期间的积极作用,参见塞拉尔,前注 6,第 119~126 页,第 130~138 页,以及布鲁哈(Thomas Bruha),前注 8,第 150~154 页。《1999 年俄罗斯联邦的提案》(载 Barriga 和 Kreß,前注 9,第 339 页)简明扼要,它无法确保在曾经的纽伦堡和东京审判“侵略战争”的措辞和安全理事会垄断想法之间达成共识。然而值得注意的是,两位杰出的俄罗斯外交官 Gennady Kuzmin 和 Igor Panin(《俄罗斯》,载 Kreß 和 Barriga,前注 1,第 1264 页)指出,俄罗斯对于审查会议关于侵略罪定义的成果表示满意。

入侵。但有些事竟没有使人们意识到禁止使用武力原则的重要性。^[61]在这样的背景下,启动国际刑事法院对侵略罪的管辖权以回应人类良知,恰逢其时。

在知识和权力之间:重思国际法律人的贡献

读大卫·肯尼迪:《一个斗争的世界:论权力、法律和专门知识如何塑造全球政治经济》*

◇ 何 驰**

引言

大卫·肯尼迪是美国哈佛大学法学院曼利·哈德逊(Manley O. Hudson)法学讲座教授,并为该院全球法律和政策研究所(Institute for Global Law and Policy)创始人。师承美国批判法学奠基人邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy),大卫·肯尼迪已经成为当今国际法“批判法学派”(Critical Legal Studies)主要代表人物之一,其于1987年写作的《国际法律结构》^[1](*International Legal Structures*)甫一出版就成为经典之作,该书开创性地将语言结构分析引入国际法,通过深入考察国际法律论证的内部结构,发展出一套分析国际法律论辩的“语法”,对传统的国际法分析方法而言,特别是实在国际法进行了一场颠覆性的革命。这一语言学 and 结构主义的分析方法亦为芬兰赫尔辛基大学法学院的马尔蒂·科斯肯涅米(Martti Koskeniemi)教授在其《从申辩到乌托邦:国际法律的论辩结构》(*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Structure*)中所借鉴和

* David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Oxford: Princeton University Press, 2016.

** 北京大学法学院2015级博士研究生。

[1] David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.

[61] 土耳其向联合国秘书长和安全理事会主席递交了同样的信函,提及《联合国宪章》第51条承认的自卫权,但是几乎未就该法律主张提供任何事实。相反,他们模糊地提及了另一个危险的事项:在打击恐怖主义的战争中归因于联合国会员国的责任。他们似乎认为这样的责任可以作为在外国领土上使用武力的法律基础,并且这样的使用武力并未获得领土国的同意或安理会的授权。