

国际犯罪之国际刑事责任

——评凯尔森的《经由法律达致和平》

书 名:《经由法律达致和平》(*Peace Through Law*)

作 者:[奥]汉斯·凯尔森

出 版:The University of North Carolina Press, 1944

评论人:周 颖 余双彪*

汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)教授一生著作等身,其研究领域涉及公法学、法哲学、国际法学、政治学、社会学、人类学等诸多学科。他创立的“纯粹法学”理论在中国影响颇深,学习过西方法律思想史的人多少都会对其“极端纯粹”思想所表现出来的天真可爱留有印象。

凯尔森历经两次世界大战,在后半生对如何通过国际组织和国际法达致和平进行了深入研究。特别是在二战最后一年,他被任命为联合国战争罪委员会顾问,为未来的纽伦堡审判提供法律和技术方面的咨询意见。在此情形下,他形成了对以战争罪为代表的国际犯罪的国际刑事责任问题的独到见解。凯尔森在《法与国家的一般理论》中,从理论上对法律责任包括个人责任与集体责任进行了分析。在其晚年著作《国际法原理》中,他对国际犯罪与制裁、国际法的效力与功能等问题进行了详细论述。而在《经由法律达致和平》^[1]一书中,他以战争罪为切入点,对国家和个人特别是个人犯

下战争罪的国际责任进行了集中论述,从而构建起了自己关于国际犯罪的国际刑事责任理论。

一 凯尔森国际刑事责任理论之背景

近代以来,人类经历了一系列重大的国家间战争,有局部的如欧洲范围内的战争,也有席卷整个世界的大规模战争。特别是第二次世界大战,其血腥程度非以前任何一次战争所能比拟,它已成为人类必须永远铭记的教训。警醒于战争后果的不能承受之重,国际社会也在不断反思如何达致和平。早在1864年日内瓦会议和1899年海牙《和平解决国际争端公约》中,国际社会就通过对武器控制的实践来限制战争,这是国际社会发展战争规则的早期努力的一部分,是在习惯国际法有所发展的某些领域通过多边条约来制定战争约束性规则的体现。^[2]在战争性质上,1923年国际联盟曾

* 周颖,最高人民检察院检察官;余双彪,最高人民检察院检察官。

[1] *Peace Through Law*, The University of North Carolina Press, 1944. 该书尚无中译本。

[2] 参见 Barry E. Carter, Phillip R. Trimble, *International Law*, 2nd Edition, Little, Brown & Company (Canada) Limit, 1995, p. 1486.

起草《互助公约》，指出侵略战争是一种国际犯罪；1924年的日内瓦《和平解决国际争端议定书》在序言中称侵略战争为“国际性犯罪”；1927年国际联盟第八届大会通过决议，指出侵略战争是国际犯罪行为；1928年《巴黎非战公约》则将战争权从国际法上非法化。根据《联合国宪章》，只有在自卫和安理会授权执行任务这两种情况下使用武力才是合法的，这是《联合国宪章》的核心精神和当代国际法最重要的原则，得到世界各国的普遍认同。在将违反国际法和战争规则的战争行为确定为战争罪的同时，如何确定国家和个人因犯下战争罪而应当承担的国际刑事责任成为亟待解决的重要问题。国际法学界对由两次世界大战带来的国家责任、个人责任、战争赔偿等问题进行了长期激烈的讨论，凯尔森的《经由法律达致和平》一书即是在此背景下完成的。

二 国际犯罪的个人国际刑事责任

凯尔森在书中关于国际刑事责任主要谈了十点内容，其间层层递进，环环相扣。根据这十点内容之间的相互关系，可以将它们组合成四个层次：第一个层次提出战争发动者的个人责任问题，第二层次从一般国际法和特别国际法等角度对个人责任进行分析，第三层次讨论对战争罪的惩罚问题，第四层次则是对战争罪犯的管辖问题。尽管每一点内容的标题都是关于个人责任，但是要将此问题分析透彻，不可避免也要对国家责任一并进行分析。

（一）战争发动者的个人责任

凯尔森一开始就提出了战争发动者的个人责任问题。他指出，防止战争和保证和

平的最有效方法之一就是确立作为政府成员的个人因诉诸或引发战争而违反国际法的个人责任。他接着对正义战争进行了定义，即作为一般国际法的基本原则，战争仅在作为对加害方的反抗时才被允许，任何不具备此种特点的战争都是对国际法的违反。接着，通过批驳一些学者认为国家不能犯罪以及对犯罪不能承担责任的观点，凯尔森认为国家的行为通过个人才能实施，国家行为是由组成国家机构的个人所做出的行为，因此可以归结于国家，从而引起国家刑事责任。^{〔3〕} 国际法上针对国家的制裁如战争或者报复，即是对国家的惩罚。与现代刑法上惩罚暗含着个人责任相对，在国际法上则指集体责任。根据国际法，国家须为自己的行为负责这一论述意味着国家为国家机构的行为承担集体责任，^{〔4〕} 由此国家应当对可归结于彼的战争罪承担刑事责任。

（二）个人的国际责任和国家行为的个人责任

凯尔森从一般国际法和特殊国际法角度对个人的国际责任进行了分析，并进而对国家行为的个人责任加以论述。他认为，存在着许多规定个人违反国际法的行为须受制裁的一般国际法规范，这些规范建立了个人责任。同时，违反国际法的个人责任也可以被特别国际法如国际条约所确立。根据一般国际法，为一国服务的个人在违反国际法规则时可能无需承担责任。但是，通过国际条约，可以迫使此类个人负责。

凯尔森认为，根据一般国际法，必须考虑受惩罚个人的行为是否是在政府命令下或者经政府授权而做出的行为，即该个人行为是否可以归结于国家。^{〔5〕} 如果由个人做出的行为必须归结于国家，则后者应对此行为

〔3〕 参见 Hans Kelsen, *Peace Through Law*, The University of North Carolina Press, 1944, p. 71.

〔4〕 Hans Kelsen, *Peace Through Law*, p. 75.

〔5〕 同上注，第81页。

负责。联系到国际法,受害国有权对违法行为为国诉诸战争或报复。如果一个行为归结于国家而非个人,则根据一般国际法,另一国在未经行为国同意的情况下不能迫使该个人承担责任。根据国际法,受害国对做出国家行为的个人进行追诉是对他国行使管辖权,这违反了任何国家都不受其他国家管辖这条一般国际法规则。国家的集体责任排除了做出行为的个人的责任,这是国家豁免于另一国家管辖的结果。尽管这一规则并非没有例外,但任何例外都必须建立在习惯国际法或者条约国际法的特别规则的基础之上。^[6]国家的替代责任并不排除做出违反国际法行为的人的个人责任;相反,只要国家根据国际法不得不惩罚这些个人并迫使他们修复非法造成的损害,他们的个人责任就包含在国家责任之内。如果个人因其做出的国家行为而被另一国家的法院或者国际法庭惩罚,那么这一审判的法律基础必须是与因国家行为即将受到惩罚的国家之间所缔结的条约。通过这种条约,对这些个人的管辖权被赋予国内或者国际法院。凯尔森对这种条约的溯及力问题作了进一步探讨,认为一个授予某一法院对做出国家行为的个人进行惩罚的国际条约构成了具有追溯力的国际刑法规范。尽管某一行为在其做出时不是法律上认为错误的,但在道德上应当承担责任,条约仅仅是将他们的道德责任转化为法律责任。由此,禁止法律溯及既往的原则不适用于这样的国际条约。^[7]

(三) 战争罪的国际刑事责任

在对违反国际法的个人责任进行分析后,凯尔森对违反国际法的战争罪的刑事责任问题进行了分析。战争罪包括交战双方武装部队成员做出的战争行为,作为私主体

的个人所做出的非法战争行为,以及间谍行为、战争叛乱行为和所有掠夺行为。大部分行为在违反战争规则的同时也违反了一般刑法,国内刑法规定为犯罪的行为没有被国际法所禁止并不排除这些行为的犯罪性。不过,凯尔森指出,一国根据国内法惩罚敌方武装部队成员做出的合法战争行为违反了国际法的规定。这里,他重申了国家对个人在战争中做出的行为承担集体责任的观点。他引用奥本海的观点指出:“对战争规则的违反,只有当没有政府命令而为时才是战争罪。如果武装部队成员是在其政府的命令下实施违法行为,也就是说这种行为带有国家性质,那么他们就不是战争罪犯,不应受到敌国的惩罚,而后者可以诉诸报复。”^[8]

当然,国家行为免受他国管辖豁免这条一般国际法规则也有例外,如关于间谍行为和战争叛乱的规则即是明确的例外:一般国际法授权受到间谍行为或煽动战争叛乱行为损害的国家将入侵者作为罪犯进行惩罚,哪怕有关行为是在敌国政府的命令或者授权之下做出的。要对因做出国家行为而违反战争规则的个人追究责任,需要征得该个人所属国的同意,也就是说,必须建立在与该国订立的条约的基础之上。在对战争罪的惩罚进行阐述后,凯尔森对战争罪仅构成国内犯罪、国际法未规定惩罚这种观点进行了反驳。他指出,战争罪是国际违法行为,这种罪行直接由国际法决定,并且犯罪者的母国根据国际法有义务惩罚战争罪犯;认为国际法上战争罪缺位是不正确的。如果讨论中的这些行为仅构成国内法上的犯罪,如果对它们的惩罚不适用国际法,那么很难说这是战争罪。^[9]

[6] Hans Kelsen, *Peace Through Law*, p. 82.

[7] 同上注,第88页。

[8] 同上注,第96页。

[9] 同上注,第100页。

(四) 战争罪犯的国际刑事管辖

凯尔森从应然与实然两个层面对战犯的国际刑事管辖进行了说明。在应然层面,凯尔森通过对一战后《凡尔赛和约》中相关条款的分析指出,可以通过条约对因战争罪承担责任的范围予以明确,并对是否可对具有国家行为性质的罪行进行管辖以及是否可以让个人为国家行为负责进行规定。他提出,为减少在二战结束后对战犯追究刑事责任的障碍,有必要在将来任何关于国内或者国际法院对战犯的管辖的国际条约中加入有关具有国家行为性质的战争罪的条款。在此基础上,凯尔森提出了国际犯罪的国际刑事管辖问题。他认为,对于国际罪行尤其是对战犯的审判而言,国际法院比国内的民事或军事法院更为适合,^[10]并且通过国际法院对战争罪犯进行审判特别是对具有国家行为性质的罪行进行惩罚这一点可以由停战协定或者和平条约予以规定。凯尔森认为,国家的不法行为构成国际罪行必须具备两个条件,即不但对直接受到伤害的国家是有害的,而且对整个国际社会都是有害的。^[11]因此,有必要赋予国际法院对国际罪行的刑事管辖权。尽管凯尔森在此避免使用“刑罚”这一用语而代之以“对个人违反国际法的制裁”这一表述,但笔者认为其实质上就是刑罚的意思。

三 凯尔森国际刑事责任理论的突出贡献

凯尔森在其《经由法律达致和平》以及后来的有关国际法的书中提出了建立统一的世界国家联盟来保证和平、防止战争,并就解决相关国际罪行的刑事责任问题提出

了建立国际性司法机构并赋予其强制刑事管辖权的理论,从而对国际法的发展产生了重大影响。

(一) 对个人国际刑事责任问题的理论贡献

长期以来,只有国家和政府间组织才被认为是国际法的主体,但二战以后,个人开始成为国际法上的主体,可以根据国际法追究其刑事责任,而与国内法的规定无关。^[12]在二战即将结束时通过的《莫斯科宣言》对惩罚战犯问题进行了规定,随后的《纽伦堡宪章》第6条创设了个人刑事责任原则。^[13]此后,许多国际条约及其他实体性或者程序性规则也都以不同的方式确立了这一原则。可以说,国际刑法中的个人责任已得到普遍建立。但是,确立个人国际刑事责任的过程并不是一帆风顺的,因为国际法容易受到国际政治因素的影响,这使得在国际层面对犯罪进行惩罚的操作性降低,有罪不罚现象时有发生。同时,国际上没有一个凌驾于国家主权之上的具有强制执行力的组织或者机构,这导致在追究个人刑事责任时国家经常以主权为借口进行干预,从而使得政治凌驾于正义之上。关于这些,凯尔森在其著作中均有所提及。他认为,无论是一般国际法还是特别国际法都对个人责任做出了规制,个人应当为其国际罪行负责。如上所述,凯尔森对国家行为和非国家行为进行了区分:如果一个行为归结于国家而非个人,那么根据一般国际法,另一国在未经行为国同意的情况下不能迫使该个人承担责任,除非习惯国际法或者条约国际法的特别规则另有规定。这一点已被后来的国际司法实践所证明。在非国家行为的个人责任上,凯尔森也明确指出,如该类行为被一般国际法或者特别国

[10] Hans Kelsen, *Peace Through Law*, p. 111.

[11] 同上注,第117页。

[12] [美]谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志、王文华等译,法律出版社2006年版,第51页。

[13] 《东京宪章》第5条确立了同样的原则。

际法认定为犯罪行为,则受害国法院、国际裁判机构乃至所有缔约国均可对该个人实施管辖。可以看出,凯尔森对个人刑事责任理论的许多观点都极具洞察力和远见,为个人国际刑事责任的国际实践提供了重要的参考和借鉴。

(二)对国家行为豁免原则的理论贡献

根据传统国际法主权理论,对一国国家行为主张管辖构成对该国主权的侵犯,换言之,国家行为享有豁免。但是,随着国际交往的不断发展,国家主权至高无上这一传统国际法原则不断受到挑战,对国家主权的限制也被许多国际实践所确立,从而国际刑事责任方面的国家行为豁免理论日益受到质疑乃至摒弃。凯尔森在《经由法律达致和平》中一开始便对“组织不能犯罪”这一主流观点进行了驳斥。他认为,国家应当对作为国家机构的个人所做出的可归结于国家的行为承担责任,国际法上对国家的违法行为进行的制裁(如战争或报复)所指向的是国家的集体责任,而不是个人责任。^[14] 那种认为国家作为一个抽象的集体不能做出违反国际法的罪行,因而不存在由国家承担的国际刑事责任的观点是禁不起推敲的。当然,由于立法技术和操作性问题以及其他因素的作用,国家的国际刑事责任缺乏实际定位,从而它所应承担的刑事责任只能由做出这些行为的个人来承担。^[15] 凯尔森一方面提出国家应当为国家行为负责,另一方面也指出可以通过订立条约征得做出国家行为的个人所属国家的同意,从而对该个人追究国际法上的刑事责任。尽管他敏锐地预见到追究国家刑事责任所面临的种种困难,并转而寻求对做出国家行为的个人追究责任以

满足现实需要,但他毕竟从理论上论证了国家的国际刑事责任的可能性。

(三)对战争罪问题的理论贡献

国际法最初的内容就是关于战争与和平。“国际法之父”格老秀斯在其《捕获法》和《战争与和平法》中对国家的权利义务问题进行了分析,对战争规则、战争正义性等进行了研究,最早构建了以战争与和平为核心内容的国际法体系。近代以来,国际法上关于战争的规则体系不断完善,1945年《纽伦堡宪章》第6条和《东京宪章》第5条都规定,违反战争与武装冲突法的罪行统称为“战争罪”,1998年《国际刑事法院罗马规约》中也对此加以确认。凯尔森在论述个人的国际刑事责任时,从头至尾都贯穿着对战争行为的分析,并且可以明显地感受到他对战争行为的消极评价。他指出,违反战争法的战争罪应当受到正义的审判,纽伦堡审判和东京审判即实践了他的这一主张。凯尔森关于战争罪的许多观点(如应当对战犯进行审判)逐一被后来的国际法实践所吸收。应该说,当时作为联合国战争罪委员会顾问的凯尔森关于战争罪的理论对于将战争罪写进国际文件而予以法定化这一进程起到了非常重要的作用。

(四)对建立国际性审判机构问题的理论贡献

二战后,国际社会开始系统性地尝试建立战后的司法体系,先后建立了四个特别国际法庭。^[16] 但是,受国际政治格局的影响,这些国际审判的发展并不令人满意。对于国际上发生的不同暴行,国际社会采取了不同的措施,这使得建立一个永久、公正的国际刑事裁判机构的要求更加迫切。对于这一点,凯尔森也持赞同意见。他在论述国际

[14] 参见 Hans Kelsen, *Peace Through Law*, p. 81.

[15] 参见白桂梅:《国际法》,北京大学出版社2006年版,第237页。

[16] 分别是1945年国际军事法庭、1946年远东国际军事法庭、1993年前南斯拉夫问题国际刑事法庭和1994年卢旺达问题国际刑事法庭。

刑事管辖问题时,认为通过建立一个对战争罪具有强制管辖权的国际法院来对战犯进行审判最有可能实现正义。凯尔森的这一思想继承了康德等人关于建立国际性司法机构的观点而又有所发展,这些均为后来国际刑事法院的建立提供了理论支撑。此外,凯尔森还在国际犯罪受害人救济问题上做出了积极贡献。虽然他没有大篇幅地对国际犯罪受害人的救济问题进行专门论述,但是他在论述国际刑事管辖问题时,指出受到作为司法程序客体的不法行为直接伤害的个人,如果经法院授权并符合法院规定的条件,可以作为民事诉讼当事人参加诉讼,在法院处理损害时可以参加答辩。虽然在当时的国际环境下对被害人进行直接救济还没有成为现实,但是凯尔森的这一论述被后来的国际实践证明是极具远见和洞察力的,至今看来仍不落伍。

四 国际刑事责任理论的丰富和发展

凯尔森的国际刑事责任理论,特别是其对个人国际刑事责任的分析,无论是在理论上还是实践中都对国际法的发展产生了重要影响。但与此同时我们也必须看到,受制于时代背景和个人思想等因素,凯尔森关于国际刑事责任的论述还存在一些不足,主要体现在两个方面:其一,受其“纯粹法学”思想的影响,凯尔森对国际刑事责任的论述带有些许纯粹法学的痕迹。他力图建立一个纯粹的国际刑事责任体系,在其中国际法能够像国内法那样发挥作用,国际裁判机构能够像国内法院那样对犯罪者进行惩罚。他更多的是从应然层面对国际刑事责任进行建构,而未能充分考虑到实然层面中的种种艰难,有些过分强调法律的作用,而未充分正

视法律在调整社会关系过程中的诸多无能为力之处。这也是其整个纯粹法学体系受到批判最多的方面。其二,他主要是对个人的国际刑事责任进行分析,而对国家的国际刑事责任问题则未予充分论述。尽管他也对国家应对国家行为负责这一问题进行了论述,但其论述仍是从确立国家行为的个人责任出发,且认为国家承担国际法的责任不具有刑法属性,亦即将国际法上的惩罚与国内刑法上的惩罚对立起来,未将国际刑法作为一个独立的法律体系来承认。凯尔森回避了对国家就国际罪行承担国际刑事责任这一问题的正面论证,这使得其国际刑事责任理论体系不尽完整。当然,这种局限是与当时的国际法发展程度相关联的。当时尽管将战争罪上升到国际犯罪的高度加以定性的趋势不断加强,但国际刑法尚未以独立的姿态出现在国际法舞台上。

应该看到,尽管凯尔森的这一理论体系存在着种种缺陷,但是作为一名法学家,对其在国际刑事责任理论上的学术贡献仍应予以充分肯定。随着国际刑事责任理论的发展,个人可以成为国际法的主体,并可以根据国际法追究其刑事责任的观点已被广泛接受并付诸实践,代表国家的个人对其国际犯罪行为直接承担个人刑事责任的原则亦已确定。对于凯尔森未予充分论证的国家刑事责任问题,当下也正在积极探索。劳特派特修订的《奥本海国际法》明确主张国家责任不限于恢复原状或惩罚性损害赔偿,国家能够承担国际刑事责任。^[17]之后,詹宁斯和瓦茨修订的《奥本海国际法》继续强调了劳特派特的这一理论。实践中,联合国国际法委员会1979年《关于国家责任的条文草案》第19条对国际犯罪的国家刑事责任做出了规定;联合国国际法委员会1984

[17] 参见[英]劳特派特修订:《奥本海国际法》上卷,第一分册,王铁崖、陈体强译,商务印书馆1981年版,第264-265页。

年第 36 届会议及 1985 年第 37 届会议最后以微弱多数达成一致意见,即现阶段应致力于审议个人的刑事责任问题,但不排除将来探讨国家刑事责任的可能性。此后于 1998 年通过的《国际刑事法院罗马规约》虽然仅对个人承担国际刑事责任的原则作了规定,未对国家刑事责任进行明确,但它同时也指出,关于个人刑事责任的任何规定均不影响国家依照国际法所承担的责任。可以说,国家的国际刑事责任问题无论是在理论上还

是在国际刑事司法实践中都得到越来越多的关注。当然,由于受到国际政治、国家利益、传统法理等因素的影响和限制,国家刑事责任的每一次发展均伴随着不同的声音,可以想象这样的赞同抑或反对必将长期处于拉锯状态。笔者相信,虽然迄今为止国家作为国际犯罪主体而承担国际刑事责任这一点尚未得到普遍认可,但随着人类社会的不断融合和国际司法理论与实践的不断深入,国家刑事责任必将不断完善和发展。

(责任编辑:廖 凡)

《法律与社会论丛》“法律实施卷”征稿启事

为推动我国的法律实证研究,为中国法治国家建设提供法社会学视角的理论和实践支持,中国社会科学院法学研究所拟推出系列《法律与社会论丛》。论丛由刘作翔研究员担任主编。《法律与社会论丛》计划在 2011 年 10 月前后推出第一卷,主题为“法律实施的理论和实证研究”。在中国特色社会主义法律体系逐渐形成的背景下,如何优化中国的法律实施机制、如何提高法律的实效,将成为法制建设和法学研究的重点。因此,我们诚邀国内外学界及实务界的同仁来稿。来稿内容为法律实施的理论和实证研究,具体可以是某部法律或者某项法律规定的实施情况的实证研究,也可以是法律实施的一般原理的讨论,或者是两方面的结合,见微知著,以小见大。第一卷投稿截止日期:2011 年 8 月 31 日。

联系人:冉井富

电 话:010 - 64022186;13911121927。

Email:lawandsociety@163.com;ranjingfu@gmail.com