



中国国际法学会
Chinese Society of International Law



大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会

2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law

暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会

and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用

Strengthening the Rule of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

论文集

议题七：

国际刑法与国际刑事司法协助

主办单位：中国国际法学会 大连海事大学

Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University

承办单位：大连海事大学法学院

Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日，大连

April 25-27, 2025, Dalian

目 录

引渡替代措施实践之反思与前瞻——以《引渡法》修订为视角...	史振郭 蒋淇奥	1
境外刑事证据准入问题研究.....	李爱君	17
跨境追赃中犯罪资产分享制度构建研究.....	戚永福 曹瑞璇	35
守门人与桥梁：检察机关在跨境刑事证据适用中的角色困境与.....	陈 磊 刘胜华	50
跨境追赃中资产分享制度的规则缺位与程序突围——以刑事司法协助的实效性 重构为视角.....	于浩 张影	65
简易引渡法律制度与人权保障问题研究.....	杨 超	76
我国境外追逃追赃的历史演进与逻辑阐释.....	刘 杨	91
论反腐败境外追逃中的量刑承诺.....	阿不都米吉提·吾买尔 商浩文	105
跨境追逃追赃中的国际法律合作机制研究.....	李伟侠 卢玺泽 徐欣怡	111
逆全球化背景下跨境腐败面临的治理困境及化解路径.....	王 园	121
《反跨境腐败法》域外适用的要素分析与模式选择.....	郭镇源	138
中国引渡制度的国际法实践：反腐败合作的成效、争议与制度优化....	张 颖	161
国际刑事法院实践中政治依赖的争议与解读.....	陈 璐	173
打击“有罪不罚”：国际刑事个人责任体系的运行现状以及批判反思..	张涵鑫	188
国际法视域下的国家恐怖主义研究.....	刘竞一	210
跨境供应链规制中的“链主”法律地位与中国因应.....	谢迪扬	232
危害人类罪公约草案研究：以奴役罪的历史演进与当代适用为中心	谭喆为	250
俄乌情势下国际刑事法院管辖权有限性研究.....	曹书宁	254
论《灭绝种族罪公约》的“象征化”.....	郭 敏	276
The Structural Flaws and Alternatives of the International Anti-Corruption Court: Based on the Model of the International Criminal Court	Song Panwen	291
论危害人类罪及其构成要件的历史流变.....	周志龙	305
论“黄海勇案”中跨境追逃的经验与教训	谢 霖	322
跨境电信诈骗追赃的制度研究.....	芦 菲	343
ICC 的合法性危机及改革方向探究.....	谢琴英	351
国际刑事法院对非缔约国的管辖权扩张.....	何婧甜	363
Human Trafficking: The Feasibility of Prosecution at the International Criminal Court		

..... Mengchi Wang	377
中国参与澜湄国际反腐败合作的检视与进路——以涉外法制为视角....赵 杰	404
国际刑事法院管辖权扩张及中国的应对策略.....李悦	413
国际政治博弈下 ICC 对非缔约国管辖权的合法性困境与应对路径研究	弓小乐 425
追赃追逃和跨境腐败治理法律问题.....徐欣怡 卢玺泽	437
试论将性别隔离纳入《危害人类罪公约条款草案》..吕诚炜 赵汉卿 陈思羽	445
国籍真实联系原则在国际刑事法院管辖权认定中的适用——以 ICC 朝鲜报告为例.....	陈锐涵 457
论《防止及惩治危害人类罪条款草案》中普遍管辖权的法律界限：强行法属性、国际法渊源与规范冲突.....	朱元睿 466
我国国际刑事司法协助中的境外证据制度.....	杨逸琼 495

2025年中国国际法学

引渡替代措施实践之反思与前瞻

——以《引渡法》修订为视角

史振郭 蒋淇奥*

摘要：引渡替代措施具有适用灵活、形式多样等显著优势，能够有效应对二十世纪以来跨国犯罪的新态势，在国际逃犯移交合作中发挥着日益重要的作用。由于规则体系构建滞后、受政治议程影响等多重因素，当前我国引渡替代措施实践遭遇阶段性瓶颈。为此，在顶层设计层面，应当明确开展引渡替代措施合作的基本原则；切实提升司法人权保障水平，增强中国人权话语权；稳步推进移交逃犯合作“三步走”战略。在具体规则层面，应当在《引渡法》修订时增订参照适用条款，构建宏观法律框架；通过法律解释明晰各类引渡替代措施的实施规范；同时，也应关注量刑问题，分类界定“量刑承诺”的法律效力。顺应新时期移交逃犯模式从司法法范式向行政法范式变迁的趋势，提升我国国际追逃追赃工作的规范性和有效性。

关键词： 引渡替代措施 移交逃犯 引渡 参照适用 量刑承诺

一、 引言

2022年10月16日，习近平总书记在党的二十大报告中明确提出：“以零容忍态度反腐惩恶，更加有力遏制增量，更加有效清除存量……深化反腐败国际合作，一体构建防逃追赃机制。¹开展国际追逃追赃工作，是我国法治建设和反腐败斗争的重要组成部分。然而，受制于适用对象为主权国家之间以及一系列引渡规则的限制，区际、国际移交逃犯的合作往往无法通过引渡这一渠道完成。在此背景下，打击犯罪的迫切需求使得各国家和地区纷纷开始探索引渡这一典型国际移交逃犯模式的替代措施。引渡替代措施，是指在引渡合作遇到法律障碍或困难的情况下所采用的可据以实现遣返逃犯目的的手段。²相较于围绕政治犯移交问题构建的现代引渡制度，引渡替代措施的实施不局限于主权国家之间，可以回避若干政治问题和严格的引渡规则等特点大大提高了境外追逃的成功率。在《中华人民共和国引渡法》（以下简称《引渡法》）实施的近25年里，引渡替代措施逐渐成为我国国际追逃追赃工作的重要补充手段，其灵活运用成为保障赖昌星遣返案、杨秀珠案等重大案件顺利推进的关键因素。然而，与其重要性不符的是，相

* 史振郭，福建师范大学法学院硕士生导师，教授；蒋淇奥，福建师范大学法学院硕士研究生。

¹ 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，人民出版社2022年版，第69页。

² 黄风：《国际刑事司法合作：研究与文献》，中国政法大学出版社2009年版，第8-25页。

关法律并未能为引渡替代措施工作提供规范指引，量刑承诺等《引渡法》规定的规范条文也无法直接适用。值此《引渡法》修订之际，本文拟分析新犯罪形势下引渡替代措施的实践价值，回顾引渡替代措施的实践历程，探讨如何化解现阶段引渡替代措施实践面临的诸多难题以及如何更好地发挥《引渡法》及相关法律法规的规范作用。

在具体展开讨论之前，需要厘清的是引渡替代措施和逃犯移交两个概念间的区别。1967年英国议会在制定《逃犯法》时，考虑到英联邦国家及地区之间的特殊关系，为规避“引渡”字样而使用了“逃犯移交”的概念。承袭英国法制的香港通过1998年第23、25号法律公告颁布实施的《逃犯条例》对于香港与外国之间相互“移交逃犯”作出了详尽的安排。³从历史解释出发，“逃犯移交”特指不同“法域”（territorial jurisdiction）间移交逃犯的正式制度安排，具体包括：（1）同一主权国家内，不同法域间移交逃犯的正式制度安排；（2）某一主权国家内不具有主权地位的地区与其他国家和地区间移交逃犯的正式制度安排。然而，正式制度的构建往往需要一系列主客观条件的成熟，在条件成熟前的移交逃犯需求往往需要“替代措施”实现。由于一些历史遗留问题，当前我国逃犯移交正式制度构建相对滞后，实践中仍需依赖劝返、遣返等手段实现移交逃犯。例如，在我国大陆地区与台湾地区签订的两个司法互助协议文件⁴中，均出于规避敏感问题的考虑，回避了“逃犯移交”语词的使用，而使用了“遣返”这一表述。因此，广义上的引渡替代措施系指引渡以及逃犯移交的替代措施，系指当正式的引渡以及逃犯移交合作难以开展时，为实现移交逃犯目的而采取的替代性措施。具体而言，包括以下三个应用场景：（1）主权国家之间的非正式移交逃犯实践；（2）同一主权国家内，不同法域间移交逃犯的非正式实践；（3）某一主权国家内不具有主权地位的地区与其他国家和地区间移交逃犯的非正式实践。需要特别指出的是，由于主权原则的限制，后两个应用场景虽与第一个应用场景共用劝返、遣返等引渡替代措施，但在具体制度构建上必须根据主权原则做出相应的调整。

二、 犯罪新形势下的引渡替代措施：挑战与制度回应

随着全球化进程的不断深入，社会理论家笔下的风险社会逐渐形成，而风险的全球化是现代社会中风险客观分配格局变化的重要表现。⁵以此为视角考察移交逃犯的历史进程，以英国《1870年引渡法》为代表的近代引渡制度形成于刑事风险的全球化弥散之前。作为近代全球治理体系中规范逃犯移交合作的有效制度安排，引渡制度与大多数传统全球治理手段在风险社会面临相似困境，已渐难适应犯罪形势的新变化。在此背景下，适应了刑事风险全球化扩张趋势的引渡替代

³ 参见张淑平：《海峡两岸逃犯移交原则研究》，载《福建警察学院学报》2011年第5期，第25页。

⁴ 两个司法互助协议文件分别为：1990年，海峡两岸红十字会组织在金门签订的《海峡两岸红十字会组织在金门商谈达成有关海上遣返协议》（简称《金门协议》）；2009年，海协会和海基会在南京签署的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》（简称《南京协议》）。

⁵ 参见[英]吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，三联书店2000年版，第109-110页。

措施实践蓬勃发展，在国际和区际刑事司法合作中的重要性稳步提升。

（一）二十世纪前的政治犯罪与引渡制度

最早的移交逃犯活动可以追溯到公元前 1280 年，埃及国王与赫梯族国王在《和平条约》中规定，双方要互遣返逃到对方境内的罪犯。⁶彼时的移交逃犯活动虽被冠以“引渡”之名，但几乎不存在移交普通犯罪加害人的情形，当时所遣返的对象基本上是政治逃犯、异教徒以及逃兵等现代引渡法意义上的“政治犯”。此时一名逃犯既有可能成为统治者一时喜怒哀乐的牺牲品或受益者，也有可能成为统治者为实现某一政治目的而给出的筹码。⁷因此，早期的移交逃犯本质上是一种政治协助。这一情况持续到了十八世纪初。

随着经济社会的发展，启蒙运动蓬勃兴起，早期移交逃犯实践的乱象引发了启蒙思想家和法学家的关注，开始出现将政治犯罪排除在引渡范围之外，保护被引渡人基本人权的观点。贝卡利亚在其名著《犯罪与刑罚》中首次主张引渡不应当成为君主进行政治交易的手段。⁸这种主张迅速为各国立法者肯定。1793 年法国制定的宪法第 120 条明确规定，法国给予为争取自由而从本国逃亡到法国的外国人以庇护。基于对政治协作传统的批判，到英国《1870 年引渡法》制定时，政治犯不引渡的共识已经确立，彼时的英国立法者更是进一步构建了引渡案件诉讼程序，以司法权切实保障被引渡人的基本人权。

考察上述引渡制度的历史渊源，不难看出对于君主制时期政治协助模式下人权被践踏历史的反思在现代引渡制度构建中的推动作用。立足 1648 年威斯特伐利亚和约催生的近代民族国家体系，以政治犯罪及相关犯罪为假想适用对象，欧洲逐渐构建起以刑事司法为主导的现代引渡制度。由于君主制下普遍存在的被引渡人受迫害现象，因此在引渡制度的构建中，相较于效率优先的行政权，更为强调公正价值的司法权主导了引渡程序的设计。这也解释了传统引渡规则和引渡程序的复杂性，基于特定历史时期各国法治建设水平参差不齐的情况，严格且完善的引渡规则设计切实保障了被引渡人的基本人权。

（二）二十世纪后犯罪形势的新变化

“早熟”成为引渡合作难以开展的重要原因。定型于十九世纪的引渡制度，其核心规范设计和程序安排均是为了适应当时的犯罪形势而做出的针对性安排。然而，刑事风险全球扩散加速、国际犯罪形势剧变恰好发生在现代引渡制度诞生之后的数十年内。这种时空错位导致移交逃犯合作往往难以通过引渡制度有效实施，而移交逃犯的需求又催生了数种具有灵活性的引渡替代措施。

1913 年，意大利通过《刑事诉讼法典》，现代引渡制度正式成为刑事司法制

⁶ 刘亚军：《引渡新论——以国际法为视角》，吉林人民出版社 2004 年版，第 1 页。

⁷ 马德才、唐彩声：《引渡制度溯源》，载《求实》2004 年增刊第 4 期，第 71 页。

⁸ 参见[意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国方正出版社 2003 年版，第 82 页。

度的一部分。⁹三年后，在加拿大宪法规定的怪异央地分权模式下，部分以新教信仰为主的省份开始实施禁酒。年轻的山姆·布隆夫曼（Samuel Bronfman）嗅到了商机，开启了首趟从安大略省到马尼托巴省的走私之旅。¹⁰“禁酒令”下私酒行业的巨额利润使得区域性有组织犯罪团伙迅速扩张壮大。到了1919年，在禁酒团体的游说下，美国颁布了《宪法第十八修正案》，即美国宪法历史上宣告酒类酿造、运输和销售是违法的“禁酒令”。它不仅开启了美国的禁酒历史，还为大规模跨国有组织犯罪集团提供了经济来源——利润高昂的私酒行业。山姆·布隆夫曼随即如法炮制地将区域性团伙发展为跨国犯罪集团。美国禁酒令的历史虽早已结束，但其遗留的跨国有组织犯罪却依然猖獗，甚至那些通过违法犯罪牟取暴利的人都能够收买一张通往上层社会的通行证。¹¹由于双重犯罪原则等引渡规则的限制，使得美国几乎不可能通过引渡程序有效打击跨国有组织犯罪，最后美国不得不通过构建资产分享机制部分实现了损失弥补。此刻，成熟的引渡制度在猖獗的跨国有组织犯罪面前已是疲态尽显。

我国移交逃犯实践面临的犯罪形势同样经历了重要转折。早期被引渡人所犯罪行与启蒙时代刑法旧派的研究对象类似（九十年代海峡两岸间的劫机犯罪为例外），以贪污贿赂类犯罪为代表的传统可移交罪行具有以下三大特征：犯罪行为人为户籍地单一、犯罪行为地和犯罪结果地单一、被害人居住地单一。然而，随着经济社会的稳步发展，当今的犯罪形势已发生显著变化，主要表现为新的经济形势下传统犯罪在行为模式上的变化和不断涌现的新型经济犯罪。前者的突出表现是两岸电信网络诈骗犯罪的嬗变。尤其是在2020新冠疫情蔓延后，两岸电信诈骗犯罪向跨境犯罪打击薄弱的域外地区转移集中趋势凸显、行为地结果地分离趋势明显。¹²后者则主要表现为以跨国经济犯罪为代表的新型犯罪不断涌现。例如，近年来随着加密货币的火爆，以相关概念为幌子的诈骗不断涌现。近期，加密货币平台FTX交易公司创始人的欺诈、挪用公款等七项罪名全部成立，将面临最高110年监禁。¹³在FTX破产案中，全球受害者约为15万人，争议金额达20亿美元，其中大陆受灾用户约占8%、我国台湾地区受灾用户约占3%、我国港澳地区受灾用户约占4%。¹⁴新的犯罪形势在以下三个方面为移交逃犯工作提出了挑战：（1）犯罪集团成员来自不同户籍地。当前移交逃犯实践中的一个突出难题

⁹ 马德才：《引渡制度溯源》，载《现代法学》1993年第5期，第34页。

¹⁰ 参见[美]丹尼尔·阿克伦特：《最后一杯：美国禁酒令的立与废》，中国民主法制出版社2022年版，第204-207页。

¹¹ 参见[美]丹尼尔·阿克伦特：《最后一杯：美国禁酒令的立与废》，中国民主法制出版社2022年版，第531-534页。

¹² 参见张文东、朱珊珊、张淑平：《海峡两岸跨境电信网络诈骗犯罪刑事管辖权冲突的调适》，载《台湾研究》2023年第6期，第90页。

¹³ 《史上最大规模之一的金融骗局？！他七项罪名成立，或最高获刑110年》，环球网，参见网址：<https://m.huanqiu.com/article/4FEbDWjrAbI>，上传日期：2023年11月5日。

¹⁴ 黄琦文、夏翊翔：《从FTX破产声明书Case 22-1106B-JTD探讨中心化加密货币交易所财务监管之重要性》，载《月旦会计实务研究》2023年第4期，第57-70页。

是跨国电信网络诈骗集团成员身份复杂，大陆籍与台湾籍成员混杂。（2）实行行为复杂化导致犯罪地认定困难。跨国经济犯罪犯罪行为发生地和犯罪结果发生地往往横跨多个国家数十个法域，带来复杂的管辖权问题。（3）被害人遍布两岸四地。“一国四法域”格局下，特定刑事风险逐渐从某一法域扩展到全国范围，在以 FTX 平台中为代表的大型国际经济犯罪中，被害人更是遍布两岸四地。局势的变化呼吁两岸四地采取更为紧密的刑事合作以保障中华民族的根本利益。

（三）新犯罪形势下引渡替代措施的实践价值

在全球犯罪形势日益复杂背景下，针对古典犯罪模式设计的引渡制度在面对新型跨国犯罪时暴露出了诸多局限性。因此，世界各国和地区在刑事司法合作过程中均不断探索灵活高效的引渡替代措施以适应新时代的犯罪形势。本轮《引渡法》修订应当认识到引渡替代措施在移交逃犯工作中的重要性，以期提升跨国刑事司法合作的规范性，提高犯罪治理能力，完善犯罪治理体系。

首先，引渡替代措施可以规避敏感的政治问题。由于引渡涉及国家主权、司法管辖权以及人权保护等敏感问题，实践中引渡工作极易受到政治议程影响而失败。而引渡替代措施则体现出更多的刑事法色彩，这一特征使得其得以规避敏感的政治议题，保障移交逃犯工作的顺利进行。其次，引渡替代措施可以成为移交逃犯合作的破冰之举。在坚持“条约前置主义”的国家仍占绝大多数的情况下，对于尚未建立正式引渡合作关系的国家或地区而言，直接达成引渡协议往往面临一系列外交和政治上的困难。然而，通过运用引渡替代措施开展数次成功的移交逃犯合作，可以迅速消除误解凝聚共识，增进两国司法机关之间的信任，为进一步签订引渡协议奠定基础。再次，多层次的引渡替代措施可以满足多样化的移交逃犯需求。随着跨国有组织犯罪集团的发展，行为人在犯罪分工中的分化也日益加速。对于罪犯的不同处遇需求催生了多层次的引渡替代措施。例如，对于跨国电信诈骗集团层级结构中的底层行为人来说，其本身属于参与犯乃至胁从犯，在考虑其遭受的绑架拘禁、殴打虐待等影响宣告刑情节时，甚至可以裁判定罪免刑。¹⁵实践中，我国一年内从境外劝返从事电信网络诈骗活动的人员高达 21 万人。¹⁶这一数量在引渡制度下是难以想象的。差异化、多层次的引渡替代措施适应了跨国有组织犯罪集团内部劳动力市场的情况，有助于实现瓦解分化有组织犯罪团伙，实现跨境追逃目的。最后，引渡替代措施将导向一种高效的移交逃犯模式。有观点认为，作为权宜之计的引渡替代措施有事半功倍的可能性。固然在破冰阶段，由于双方之间的不信任和不了解，一案一议的模式效率相对较低，但随着合作的深入，引渡替代措施的效率将大幅提升。如下所述，引渡替代措施的一个发展趋势是导向以强调效率的行政权为主导的移交逃犯模式，在警务合作模式等新兴引

¹⁵ 张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社 2015 年版，第 375-379 页。

¹⁶ 《公安部：去年 610 余名涉电信网络诈骗犯罪嫌疑人从境外遣返回国》，新浪网，参见网址：<https://news.sina.cn/2022-04-14/detail-imcwipii4242658.d.html>，上传日期：2022 年 4 月 14 日。

渡替代措施实践中，移交逃犯效率将大大提升。

三、 引渡替代措施的实践现状检视

在跨国引渡存在重重障碍的背景下，近二十年来，我国积极运用引渡替代措施，在反腐败、反电诈追逃工作中取得了成果显著。但同时要看到，我国引渡替代措施的法律机制仍存在不足，制约了移交逃犯质效的提升。制度的不成熟给了别有用心的境外敌对势力可乘之机，煽动对立情绪，试图阻碍进一步合作的推进。在内外不利条件的影响下，当前我国引渡替代措施实践面临阶段性瓶颈。

（一）刑事法文化存在客观差异

法律是具有历史性的规范体系，它是历史的产物，也是历史本身，特定时空的生活方式创造了它的法律。因而，自古以来法律总是讲一口方言。纵使今日全球化蔚为时势，却并未改变这一整体格局。¹⁷刑事法律文化的共性奠定了移交逃犯合作的基础，其差异性则注定了合作的开展必将经历重重考验，能否妥善处理文化冲突与融合问题是决定移交逃犯合作能否开展的关键。

在古今之变的塑造下，中华刑事法文化具有特殊性。传统刑事法文化中，复仇、报复、报应观念极强，影响了制度构建亦对当代移交逃犯实践存在影响。例如，传统中华文化有人性概念而缺乏人格概念，有廉耻概念而缺少尊严概念，在对待罪犯方面表现得最充分。¹⁸对罪犯权利的漠视不仅对当前法律实践产生了潜移默化的影响，一定程度上也导致了外界的某种刻板印象，对移交逃犯实践产生了不利影响。到了近代，在特殊历史际遇下，“一国四法域”格局下传统刑事法文化又开启了分化发展的历史。在大陆地区，改革开放后，刑事法知识结构开启了“去苏俄化”进程，¹⁹变革中的刑事法文化更显复杂性。雾里看花，外界很难对当前我国的刑事司法运行现状形成客观中立的准确评价，刑事法文化交流碰撞中形成的误解和偏见成为导致引渡替代措施合作失败的重要原因。

（二）引渡替代措施规则体系构建滞后

当前我国立法体系主要围绕引渡制度，以《引渡法》为核心构建移交逃犯制度法制体系。因此，在移交逃犯领域，立法资源主要用于引渡和逃犯移交制度，而引渡替代措施所获得的立法资源则相对较少。仅《司法协助法》对相关事项做出了与《引渡法》高度相似的规定，并未针对引渡替代措施的特殊性设计规范。例如，两法均规定量刑承诺需要由最高人民法院决定，然而最高人民法院的工作效率显然无法匹配每年数以万计的劝返工作成果。目前，实践中规范引渡替代措施工作且具有法律效力的规范性文件大多以宣言、计划、备忘录、纪要等形式存在，体现出鲜明的实践导向特征，呈现出立法层级低、法律效力存疑、以原则性

¹⁷ 参见许章润：《法学历史主义论纲：命题、理论与抱负》，载《中外法学》2013年第5期，第1043-1044页。

¹⁸ 霍存福：《复仇·报复刑·报应说：中国人罪过报偿态度的文化解说》，山西人民出版社2024年版，第204页。

¹⁹ 参见陈兴良：《刑法知识的去苏俄化》，载《政法论坛》2006年第5期，第20-23页。

规范为主的特点。相对滞后的引渡替代措施规则体系构建，一方面使得各方心存顾虑，不敢与我方开展刑事司法合作；另一方面使得合作缺少法律约束力，争议发生时多依靠协商解决，缺乏刚性的保障措施。

（三）引渡替代措施合作受政治议程裹挟

在现代政治体制中的一些结构性因素作用下，刑事法制建设受政治议程影响成为普遍现象。媒体报道成为公众了解刑事法动态的重要渠道，而媒体信息往往与政府赞助密切相关。政客或担心背上“打击犯罪不力”的标签，或直接利用公众对犯罪行为的恐惧，进而违背刑事法的客观规律在犯罪议题上大做文章。²⁰相较于引渡制度，引渡替代措施的政治性虽稍弱但也绝非处于真空的刑事司法话语中，倘若引渡替代措施实践不规范、不成熟，在受到政治议程影响时，刑事司法合作便有破产的危险。近年来，以关注移交逃犯合作为名，为反对而反对，联合内外酝酿政治风暴成为境内外反动势力的惯用伎俩。²¹在外部政治力量的作用下，引渡替代措施合作面临阶段性挫折。

（四）引渡替代措施实践面临瓶颈

现阶段，大陆地区的引渡替代措施虽然取得一定成效，但仍面临诸多现实困难。应当肯定的是，进入新世纪引渡替代措施实践取得了显著成果，一方面成功将赖昌星、杨秀珠等重大犯罪行为人移交回国；另一方面通过劝返、遣返工作瓦解了大量跨国组织犯罪集团的底层组织。然而，随着引渡替代措施实践进入“深水区”，这种以实践为导向、一案一议的工作模式已渐难适应日益规范化的移交逃犯合作需求。在国际波谲云诡的背景下，引渡替代措施实践中的不规范、不合理之处极容易被放大，进而导致合作失败乃至国际关系的恶化。传统引渡替代措施模式在迅速变化的犯罪形势和日益复杂的国际局势面前面临瓶颈，实践呼吁规范化、体系化的引渡替代措施实施体系。

近期我国港澳台地区引渡替代措施实践亦面临困境。以我国台湾地区为例，传统上台湾地区移交逃犯工作由所谓的“引渡条约”、刑事司法互助协定、个案协议或根据善意或互惠的国际法原则而进行。总体而言存在规范依据不足，难以满足实践需要的问题。²²规范依据的不足使得引渡替代措施的成功与否高度依赖海峡两岸能否齐心协力与被请求方开展协商谈判。随着民进党再度上台，两岸关系转冷，实践中我国台湾地区引渡替代措施几乎陷入停滞，仅余上一阶段硕果仅存的数个刑事司法互助协议中规定的逃犯移交制度尚能稳定运转。引渡替代措施的停滞已经严重影响了我国台湾地区的移交逃犯实践，台湾同胞普遍关注的林克颖案即为一例。虽然我国台湾地区早与英方签署谅解备忘录，但最终英方以缺乏“特

²⁰ 参见[美]保罗·罗宾逊：《正义的直觉》，谢杰、金翼翔、祖琼译，上海人民出版社2018年版，第103-113页。

²¹ 参见李晓兵：《爱国宪法主义——后国安法时代的反思》，悦文堂2022年版，第61-62页。

²² 参见周佳：《台湾地区自外国移交逃犯制度研析》，载《台湾研究》2019年第2期，第69-71页。

定性条款”为由拒绝移交（return）林克颖回台。

四、 引渡替代措施困境破局的顶层设计

需要指出的是，导致当前引渡替代措施实践陷入瓶颈期的因素不仅局限于法律领域，困境成因的复杂性和综合性特征决定了引渡替代措施实施体系的完善是一个系统性工程。引渡替代措施的破局既涉及国内法律体系的完善，同时也需要考虑国际政治环境、司法合作进程及各方利益博弈的影响。构建稳健、高效的引渡替代措施实施体系，关键在于确立起一套能够真正保障各项引渡替代措施工作行稳致远的“顶层设计”。

（一）构建引渡替代措施规则体系的基本原则

引渡替代措施涉及一系列复杂且敏感的政治议题，如何在现行国际法框架下构建不同法域之间的合作机制是当前需要重点解决的问题。实施引渡替代措施既需要维护国家主权和核心利益，又要确保司法合作的可行性、公平和效率等价值的实现，因此必须建立一套符合客观规律的基本原则，以保障引渡替代措施实践行稳致远。具体而言，应当包括以下六个基本原则：一是一个中国原则，即始终坚持一个中国原则，坚决反对一切分裂势力。一个中国原则是开展引渡替代措施工作的政治基石，必须在一个中国原则指引下开展引渡替代措施合作。近年来，我国台湾地区当局仍谋求在司法互助协议中植入“有毒条款”，企图以“Extradition”替代“Return”并以主权国家的身份开展移交逃犯合作。²³对此应强调，在一个中国原则下，两岸同属于中国，我国台湾地区不具有独立地位，应当在“一国两制四法域”格局下以法域（jurisdiction）的身份构建逃犯移交制度和开展引渡替代措施工作。二是法域平等原则，即引渡替代措施相较于引渡制度更为强调去主权性质的法域概念，不同法域之间具有平等的主体地位。这一平等性不仅应体现在谈判过程中，更应在谈判结果中得到体现，合作双方应当相互尊重，承担对等的权利和义务。需要强调的是，在“一国四法域”格局内开展引渡替代措施合作时，法域平等原则必须在一个中国原则下构建，维护中华民族的根本利益。三是协商原则，即引渡替代措施合作必须构建起稳定的协商谈判平台，并且有一套制度化的机制保障双方的协商能够持续进行、避免协商陷入僵局导致引渡替代措施合作破产。四是法治原则，即引渡替代措施的开展必须有法可依，必须有相关的规范性文件作为法律依据。需要注意的是，应避免规范条文过于原则化、抽象化导致缺乏法律约束力和个案处理的随意性和不确定性，另一方面也要确保规范条文留下足够的自由裁量空间保证引渡替代措施的灵活性。五是求同存异原则，即移交模式应当最大限度地凝聚共识，不能因某些问题存在争议而导致整个

²³ 参见“驻波兰代表处与波兰台北办事处刑事司法合作协定”，参见网址：
<https://www.moj.gov.tw/media/19913/agreement-between-the-taipei-representative-office-in-poland-and-the-polish-office-in-taipei-on-the-legal-cooperation-in-criminal-matters.pdf?mediaDL=true>

协商停滞不前。²⁴在此基础上，优先处理非敏感议题和非敏感案件，以防个案争议影响整体合作进程。六是循序渐进原则，即必须根据现有的移交逃犯合作基础和合作双方政治互信情况构建引渡替代措施合作框架。关于这一点，将在下文详细阐述。

（二）切实提升司法人权保障水平，增强中国人权话语权

引渡替代措施作为国际移交逃犯合作的重要机制，保障被移交人的人权是其基本目标，一国刑事法治是否能够切实保障被移交人的人权往往会成为决定引渡替代措施能否顺利实施的关键因素，人权话语在国际引渡替代措施实践中的作用日益凸显。加强司法的人权保障功能是确保引渡替代措施顺利实施的基础工作，为此我们应当切实提升刑事司法的人权保障水平，同时也要讲好中国故事，让世界读懂中国特色刑事司法制度，加快构建新时代中国人权话语体系，提升我国在国际人权话语体系中的影响力。

提升司法人权保障水平，应当从加强犯罪嫌疑人、被告人权利保障和被害人权益保障两方面入手。应当肯定的是，随着司法改革的推进，我国犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利保障已达到较高水准，总体上能够符合移交逃犯合作对人权保障水平的要求。在黄海勇诉秘鲁案中，中国国内法治和人权事业的进步为美洲人权法院认可，成为诉讼中的重要参考因素，为境外追逃提供了有利条件。²⁵但是，我们也必须清晰地认识到人权保障没有最好，只有更好。当前，我国在人权法治保障尤其是执法司法保障方面还存在不少制度机制短板，在具体执法司法实践中仍存在一些突出问题。²⁶未来，应当坚持问题导向，进一步完善涉被移交人人权保障相关制度。例如，缺席审判制度是我国审理“缺席型”外逃人员的制度安排。然而，现有缺席审判制度对被告人的知情权、辩护权等诉讼权利保障仍有不足之处，仍需进一步完善被告人的权利保障体系。²⁷完善空间更大且对引渡替代措施意义更大的改革方向则是加强被害人权益保障水平。随着加强被害人权益保障逐渐成为全球共识，修改诉讼制度，帮助被害人利用司法制度、恢复其权利已成为重要改革方向。²⁸当前，跨国有组织犯罪导致的犯罪所得追缴难和被害人权利救济难问题日益凸显。此时，兼具高水平被害人权益保障体系的司法制度将有利于我国在国际人权话语体系取得优势地位，基于保障被害人权益为目的提出的移交逃犯申请，其正当性也将更加凸显。回到我国司法改革的具体语境，应通过完善被害人诉讼参与、构建刑事对物之诉程序、破解刑事判决“执行难”问题等措施，

²⁴ 高铭暄、马正楠：《论香港与内地移交逃犯的先例模式》，载《法学家》2011年第1期，第21页。

²⁵ 参见柳华文：《美洲人权法院引渡第一案的意义及其启示》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2016年第11期，第53-58页。

²⁶ 参见张文显：《坚持正确的人权观，加强人权执法司法保障》，载《人权》2024年第3期，第30页。

²⁷ 参见宋佳宁、陆旭：《“外逃型”刑事缺席审判中权利保障体系的构建与完善》，载《人权》2021年第2期，第147-163页。

²⁸ 参见[日]诸泽英道：《被害人学》，张凌、于秀峰译，法律出版社2024年版，第844页。

切实提升被害人权益保障水平。

同时也应当认识到在国际人权话语体系中增强我国话语权的重要性。“对象对我来说存在，对于我来说是它们所是的东西，只是作为实际意识或可能意识的东西。”通过意识和经验，事物才能更好地作为有意义的东西呈现给大众。²⁹因此我们必须勇于打破“酒香不怕巷子深”的固有思维，积极开展对外宣传工作，通过让国际社会直接感受中国司法改革成果，如此方能打破“重实体，轻程序”等刻板印象，树立起法治中国的对外形象。习近平总书记强调，落后就要挨打，贫穷就要挨饿，失语就要挨骂，经过长期努力，前两个问题已经基本解决，当前要着重解决“挨骂”的问题。³⁰当前，西方中心主义人权话语霸权体系仍是阻碍我国进一步广泛开展引渡替代措施合作的重要障碍。未来我们应当通过以下措施打破西方中心主义人权话语霸权，增强中国在国际人权领域的话语主动权，以保障引渡替代措施的顺利进行。

首先，应当创作一批政法题材的文艺作品，加强人权对外宣传工作。在上世纪我国刑事法制相对落后的背景下，一批反映大陆刑事司法的优秀文艺作品（如《表姐你好嘢》系列）陆续在港澳台上映，获得了一定的世界影响力。这些作品如实反映大陆重建刑事司法秩序之际蓬勃生机的同时，其对不当司法行为的无情批判亦给两岸同胞留下了深刻的印象。应当承认的是，这些作品中提出的刑讯逼供等问题已经得到了一定程度的改善，但如何扭转这些刻板印象仍需文艺工作者们进一步努力。目前，大陆文艺作品的全球影响力仍然相对有限，即便是《第二十条》这样优秀的作品，其境外票房收入也远逊于同期热门电影，讲好中国法治故事、传播中国法治声音仍然任重道远。

其次，应当在话语权争夺战中牢牢掌握主动权。当前，影响引渡替代措施实施的一个突出问题是两岸刑事法律规范存在差异，例如我国台湾地区“刑法”一般将电信诈骗犯罪认定为“诈欺罪”，而该罪最高法定刑仅七年有期徒刑。对此，我们既要批驳过低法定刑设置的不合理性，论证法定刑设置失当与犯罪成本过低、犯罪人数众多、电信诈骗猖獗之间的因果关系；³¹同时也要强调中国特色法律体系的理论正当性，展示犯罪治理成效，论证法律规范设计的科学性。以此来把握主动权，化被动为主动，在话语权争夺战中争得主导地位。

再次，应当积极参与由区域性人权司法机构审理的移交逃犯类案件，理性应对案件审理结果。保障人权本是区域性人权司法机构的设立初衷，但在实践中却易受政治议程影响而被滥用，成为拖延乃至阻碍引渡和引渡替代措施实施的工具，近期由欧洲人权法院审理的刘宏涛诉波兰案即为典例。对此，我们一方面应当重

²⁹ 参见[美]William F. Lawhead:《哲学的历程—西方哲学史导论》，郭立东，丁三立译，中国轻工业出版社2020年版，第586页。

³⁰ 参见习近平：《论党的宣传思想工作》，中央文献出版社2020年版，第159页。

³¹ 参见陈晓宇：《电信诈骗犯罪成因及治理研究》，载《理论界》2020年第11期，第73页。

视境外追逃工作中的人权因素，提升我国应对经验和水平，通过移交逃犯类人权诉讼，向国际社会展示我国法治建设与人权保障事业的成果。另一方面也应当理性应对案件审理结果，在正视我国移交逃犯法律体系客观缺陷的同时，也必须清醒认识到案件审理中的政治博弈和非理性因素。积极通过申诉、上诉等法律救济途径和外交渠道维护国家利益，必要时采取反制措施回应显失公正的违法裁判。

最后，我国应在积极推动民间非政府组织规范化建设的同时，坚决打击名义上的“非政府组织”。在引渡替代措施实践受挫的案例中，形形色色非政府组织的上下运作往往成为导致合作破产的直接因素。西方国家长期倚重非政府组织在对华战略中的特殊作用，斥巨资以完成一些西方政府难以完成或不便出面完成的任务。³²在资金来源受制于人的情况下，这些标榜独立的非政府组织如何保持中立性成为突出难题，不少非政府组织更是直接沦为西方国家的爪牙，长期致力于抹黑我国法治建设成果和人权保障水平，为引渡替代措施实施带来了巨大困难。近期局势出现转机，美国总统川普高调宣布冻结对外援助，大幅削减国际开发署（USAID）的项目经费，美国对国际非政府组织经费援助大幅度缩水。我国应牢牢把握美国政局动荡带来的战略窗口期，积极引导国际非政府组织实现资金来源多元化、组织运作规范化，帮助其重建客观公正的评价体系，以此来帮助国际社会正确认识我国的改革成果。同时，我们也要抓住机遇重点整治那些高度依赖西方资助、名为非政府组织实为官方外围组织的“伪非政府组织”，揭露其欺骗本质，使其丧失国际声誉和道义威望，防止其在引渡替代措施实施过程中施加不当干预，打断移交逃犯的合作进程。

（三）稳步推进移交逃犯合作“三步走”战略

从引渡制度的发展历程梳理中可以得出，传统移交逃犯合作关注的核心问题是控制行政权力，保护被引渡人的基本人权。这一模式符合了“夜警国家”模式下行政权和司法权的横向关系模式，彼时法院对于行政机关的行政权行使以“控权”为主，司法权运行的目标在于确保公民的权利不被政府侵犯。³³而随着风险社会的到来，“行政，依其性质及作用，最适用于防治危险”³⁴，行政权的高效性使其逐步在风险防控工作中占据主导地位。这一逻辑同样适用于移交逃犯领域，随着刑事风险全球扩散加速，警务合作的重要性日益提升。因此，引渡替代措施实施体系的完善必然涉及刑事司法合作和国际警务合作两个侧面。具体而言，应当根据循序渐进的原则，稳步推进移交逃犯合作“三步走”战略。

第一阶段为个案协议阶段，即通过个案协议的形式开展初步的移交逃犯合作。

³² 参见孙发锋：《境外非政府组织为什么“能”影响中国意识形态安全》，载《河南社科科学》2022年第1期，第34页。

³³ 参见毛玮：《行政法红灯和绿灯模式之比较》，载《法治论丛（上海政法学院学报）》2009年第4期，第89页。

³⁴ 参见王泽鉴：《危险社会、保护国家与损害赔偿法》，载《月旦法学杂志》第117期（2005年），第132-141页。

这一阶段的移交逃犯模式为劝返、非法移民遣返、异地追诉等典型的引渡替代措施。³⁵这些措施一方面在法律性质上不属于引渡措施，因此可以规避严格的“条约前置主义”，成为移交逃犯合作的“破冰行动”；另一方面其事实上能够实现逃犯移交目的的特征决定了其可能对被移交人人权造成重大影响，因此有必要对引渡替代措施实施严格的司法审查。此时的引渡替代措施应当定位为刑事司法互助措施，由司法法规范、受大部分保障被移交人人权的引渡规则限制。在被请求方的司法审查过程中，我方可以通过公正且严密的刑事司法程序展示刑事法治建设成果和人权保障水平，建立政治互信，进而为进一步合作奠定基础。

第二阶段为刑事司法互助阶段，即通过订立引渡条约或者司法协助条约的方式建立起稳定的常态化引渡或逃犯移交合作机制。这一阶段的移交逃犯模式即《引渡法》和《司法协助法》规定的引渡及移交逃犯合作模式。关于这一点，我国学界已经进行了较为详细的阐述，未经深入讨论的是订立条约或协议的时机问题。需要强调的是，当政治互信尚未建立、各方面条件尚未成熟时，贸然尝试订立条约或协议，不仅难以达成合意，严重时甚至会引发政治风波。高铭暄教授早在 2011 年即指出，应当探索先例模式作为实施常态化移交逃犯模式前的过渡模式，为刑事司法协助协议的最终签订积累经验、提供借鉴。³⁶若违背移交逃犯合作需循序渐进这一客观规律，则会给少数别有用心者利用公众对于陌生司法制度的恐惧、煽动破坏移交逃犯合作乃至酝酿政治风波提供可乘之机。因此，必须重视签订条约或协议前的引渡替代措施实践，准确把握常态化移交逃犯模式的构建时机。

第三阶段为行政执法合作阶段，即通过多种以行政权为主导的独立境外追逃手段开展移交逃犯工作。这一阶段的移交逃犯模式虽仍以遣送、劝返为名，但其实际内涵已是大有不同。例如，近期我国与部分东盟国家的遣返合作模式已与赖昌星案所代表的刑事司法协助项下的遣返合作模式存在较大差异。在一起电信网络诈骗案件追逃过程中，犯罪嫌疑人于 2022 年 7 月 23 日抵达曼谷机场，随即被泰国警方逮捕，经中方通报其中国护照已被吊销、要求泰方将其遣返回中国接受起诉后，泰方于 2022 年 7 月 25 日便将其遣返回中国。³⁷在劝返措施的性质界定方面，同样可见类似现象。³⁸这种变化可以概括为：基于对请求方刑事司法制度和人权保障水平的充分了解以及坚实的政治互信，深层次的移交逃犯合作放宽了基于人权保障目的司法审查标准，经济、效率等价值日益受到重视。产生这一变化的根本原因在于，为适应刑事风险全球扩张趋势加速的新局面，在政治互信已

³⁵ 参见周建达：《引渡替代措施在国际追逃中的运用》，载《中国党政干部论坛》2016 年第 2 期，第 24 页。

³⁶ 高铭暄、马正楠：《论香港与内地移交逃犯的先例模式》，载《法学家》2011 年第 1 期，第 28 页。

³⁷ 《中国“红通”逃犯、跨国电诈团伙头目，在泰国曼谷机场被抓获遣返》，载腾讯网，参见网址：https://news.qq.com/rain/a/20220728A0B4ZK00?suid=&media_id=，上传日期：2022 年 7 月 28 日。

³⁸ 参见商浩文：《境外追逃中劝返措施的法治化建构》，载《法学评论》2023 年第 5 期，第 85-85 页。

建立的前提下,以行政权为主导的新型移交逃犯合作模式在风险防控方面更具优势。当前我国与部分东盟国家的深度移交逃犯合作已呈现出这一特征,以警务合作为代表的新型引渡替代措施在其中发挥了重要作用。³⁹

在“三步走”战略设想中,劝返、遣返等部分引渡替代措施虽然名称保持未变,但实际上已经细化为分别由司法法和行政法规范的两类独立引渡替代措施。例如,由司法法规范的劝返措施可能需要满足简易引渡程序的相关要求,⁴⁰而由行政法规范的劝返措施则无此类严格要求,更显灵活性。前者以姚锦旗案为例,⁴¹而后者则以胡星案为例。⁴²由行政法规范的引渡替代措施作为风险社会中行政权扩张的产物,在管理刑事风险事项上的效率优势使得其在实践中的运用范围不断扩张。然而,当前规范移交逃犯事宜的相关法律仍是以司法法性质为主的,如何规范行政权主导的引渡替代措施是完善我国境外追逃体系必须面对的时代之问。

五、 引渡替代措施规则完善的具体路径

当前,我国立法体系主要围绕引渡制度和逃犯移交制度,以《引渡法》和《司法协助法》为核心规范移交逃犯工作。当前立法模式的缺陷在于其无法有效规制劝返、遣返等引渡替代措施,因为这些措施虽然客观上能够实现移交逃犯之目的,但从法律属性看主要属于移民法等行政法范畴。对引渡替代措施缺乏关注的现行移交逃犯法律体系一来难以保证本国履行对被移交人的人权保障义务,二来也难以以为本国引渡替代措施实践提供充分的法律依据。因此,本次《引渡法》修改应当着重完善引渡替代措施具体规则,为引渡替代措施实践提供基础性的法律框架。

(一) 增加引渡替代措施的参照适用规则

《引渡法》之所以需要对引渡替代措施进行规制,根本原因在于引渡替代措施虽依其性质并非司法法规制对象,但其实质上却可以促成移交逃犯这一对当事人之人权产生重大影响的事件,因此国家有必要对引渡替代措施展开司法审查,以履行国家的人权保障义务。引渡替代措施与引渡的共性在于其均为移交逃犯工作的子项,因此国家在规制二者时均需关注被移交人的人权问题,将人权保障义务落实为国内立法。而引渡制度作为反思政治协助模式的产物,其构建起了一国法律体系中在被移交人权利保护事项上最为周延、详细的规范群。因此,在劝返、遣返等引渡替代措施实施中适用引渡规则、加强被移交人的权利保护是近年来国际移交逃犯合作的新发展趋势。一方面,在保障被移交人权利目的上的同一性使得引渡替代措施可以适用引渡制度的具体规则;另一方面,作为法律事实的引渡

³⁹ 参见伍光红、刘纤:《中国—东盟跨境电信网络诈骗犯罪嫌疑人的移送问题研究》,载《广西社会科学》2023年第4期,第63-67页。

⁴⁰ 参见黄风、陶琳琳:《关于〈中华人民共和国引渡法〉修订的几个主要问题》,载《吉林大学社会科学学报》2020年第4期,第5-7页。

⁴¹ 参见《透视国家监委引渡第一案》,载《人民日报》2018年12月1日第6版。

⁴² 参见张磊:《从胡星案看劝返》,载《国家检察官学院学报》2010年第2期,第105-110页。

替代措施和引渡毕竟只是类似而不是完全相同，因此这种适用只能是“参照适用”而不能是“适用”，基于上述完善引渡替代措施的六个基本原则和节省法律条款、避免规则重复的考虑，本文认为应当通过构建“参照适用条款”的立法技术手段规制引渡替代措施。

根据对引渡替代措施性质的分析以及其与引渡制度关系的辨析，建议在我国《引渡法》第四章“附则”中，增加一条关于“引渡替代措施”的条款。新增补的条款可以规定为：实施劝返、遣返等引渡替代措施的，可以根据其性质参照适用本法的有关规定。该条款属于概括参照条款，即法律并不直接具体列举被参照适用的具体条款，只是确定参照适用的大体范围，应当依据案件的具体情形确定被参照适用的条款。⁴³具体到法律适用中，被参照适用的并非某个具体引渡规范，而是整个引渡规范群。法律适用者必须根据个案中引渡替代措施的性质进行审查，以确定哪些规范可以参照适用，哪些规范应当排除适用。概括参照条款能够赋予司法工作人员充分的自由裁量权，⁴⁴其运用使得引渡替代措施实践既有法可依，又兼具实现移交逃犯目的所必需的灵活性。

（二）构建引渡规则参照适用的解释方法

引渡替代措施内部的复杂性及其相互间的差异性决定了其法律规制路径需要采取兼顾原则性与灵活性的“参照适用”模式。因此，工作的重心实际上落到了法律解释者身上。“在准用需要变通适用、进行裁量，就性质上可用之部分则用，不可用之部分则不用。”⁴⁵法律解释者的任务在于根据具体引渡替代措施的性质裁量哪些引渡规则可以适用，排除其余部分之适用。

在进行“参照适用”条款解释时至少应当考量以下四个因素：（1）具体引渡替代措施种类。例如在实施劝返措施时，便无须受关于遵守特定性原则保证的约束。（2）协助方的国际法地位。鉴于我国《引渡法》和《司法协助法》总则部分均规定其适用范围为中华人民共和国和外国之间的引渡或者司法协助，这一未能对“法域”概念给予足够关注的立法模式，使得我国在以“法域”为身份参与移交逃犯合作时必须变通适用现行规范。具体而言，应当根据协助方的国际法地位将其划分为三类。第一类是外国；第二类是“一国四法域格局”下的港澳台地区；第三类则为该框架外的其他法域。根据这一分类分别构建相应的引渡替代措施实施方案。（3）协助方的法律制度。由于各国家和地区对引渡替代措施的重视程度存在差异，相应的制度安排与司法审查标准亦不尽相同。故在个案裁量时需要遵循互惠原则，全面研判协助方的法律制度以正确适用“参照适用”条款。（4）移交逃犯合作阶段。依据循序渐进原则，司法审查力度将随着政治互信增长而逐渐减弱。因此司法法项下的引渡替代措施需适用绝大多数的现有引渡规则，及至“第

⁴³ 参见王利明：《民法典中参照适用条款的适用》，载《政法论坛》2022年第1期，第50页。

⁴⁴ 参见刘风景：《准用性法条设置的理据与方法》，载《法商研究》2015年第5期，第49页。

⁴⁵ 郑玉波：《法谚》，三民书局1984年版，第185页。

三阶段”，即深化移交逃犯合作之时，多数引渡规则都会基于功利主义的考虑而被弃之不用，此时的规则设计将转向一种迥异于传统司法法范式下人权保障模式的新型行政法范式下风险管控模式。必须承认的是，“参照适用”条款仅能为适应实践需要出现的移交逃犯范式变迁提供一个初步的合法性框架，法律如何规制警务合作等行政主导的引渡替代措施仍有待进一步的探索。

（三）明确引渡替代措施中“量刑承诺”的法律效力

通过增订“参照适用”条款能够解决多数引渡替代措施实践中的合法律性问题。然而实践中尚存在一个无法通过该途径解决的突出问题，即经劝返归国人员的量刑问题，日益增加的劝返归国人员为量刑工作带来了新的挑战。量刑规范化程度直接表征着一国刑事司法的人权保障水平，成为各方关注的焦点问题。⁴⁶量刑问题历来是引渡替代措施实施中的主要争议点，直接影响引渡替代措施的实施成效。本文认为，应当在具体的量刑方法构建中妥善认定引渡替代措施中涉及各类“量刑承诺”效力问题。

首先需要回答的是引渡替代措施中能否参照适用《引渡法》中规定的量刑承诺制度。有观点认为，劝返中的承诺并不是本来意义上的外交承诺。⁴⁷然而，量刑承诺制度的正当性基础在于为了刑罚的及时性和确定性，可以适当舍弃刑罚的严厉性。⁴⁸作为移交逃犯的有效措施，引渡替代措施与引渡在功能上具有一致性，因此不应当绝对排除量刑承诺制度的适用，允许参照适用《引渡法》第五十条作出量刑承诺。⁴⁹需要强调的是，量刑承诺制度作为不设置减轻处罚幅度限制的事项，在引渡替代措施中必须审慎运用量刑承诺制度。在程序上应当严格履行批准程序，报最高人民法院批准。在实体上应当严格解释量刑承诺的适用情形，即运用同类解释方法，参照外交解释项下量刑承诺的适用条件“为推动引渡的顺利进行，实现我国的刑事管辖权，在不损害我国主权、国家利益和公共利益的情况下，可以作出量刑承诺”作出解释，即综合考虑及时进行刑事审判的必要性、拒绝承诺对移交逃犯合作的影响、减轻幅度的合理性、是否符合国家利益和公共利益等因素进行综合判断。除此之外的“量刑承诺”，应当理解为一种对酌定量刑情节的承诺，即量刑情节承诺。

既有讨论主要将量刑情节承诺问题置于自首或认罪认罚制度框架内探讨。⁵⁰这一传统路径至少存在三个显著缺陷。首先，该路径无法合理解释实践中境外自首比境内自首宽松现象。司法实务中，是否具有主动回国的自首情节，将对量刑

⁴⁶ 参见徐岱：《中国特色社会主义刑法学理论体系》，载《当代法学》2013年第2期，第10页。

⁴⁷ 参见董晓松、张磊：《论反腐败国际刑事司法合作中的外交承诺》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期，第107-108页。

⁴⁸ 参见张磊：《境外追逃中的量刑承诺制度研究》，载《中国法学》2017年第1期，第79-80页。

⁴⁹ 参见商浩文：《境外追逃中劝返措施的法治化建构》，载《法学评论》2023年第5期，第89-90页。

⁵⁰ 参见郭晶：《外逃人员认罪认罚量刑减让规则研究》，载《政治与法律》2022年第2期，第142-156页。

产生巨大影响。⁵¹传统理论框架难以充分论证境外自首特殊待遇的合理性。其次，该路径面临边际效益递减问题。随着行为人境外滞留时间的延长，行为人通过自首或认罪认罚制度获得的量刑优惠呈缩减趋势。对于长期滞留境外的行为人来说，其容易被认定为“长期抵抗”而丧失量刑优惠资格，进而缺少主动归案的动力。最为根本的原因在于，自首或认罪认罚制度通常以我国已实际行使刑事管辖权为前提，而移交逃犯的前提恰在于我国并未能实现刑事管辖，将量刑情节承诺纳入自首或认罪认罚语境或将导致缺失评价。有鉴于此，本文主张将主动归国界定为一种独立的酌定量刑情节，而量刑情节承诺的实质即是对存在该情节的确认。将其确立为独立酌定量刑情节的正当性依据在于其为我国刑事管辖权的顺利行使提供了便利，而这一效果是难以为其其他情节所评价的。具体而言，应当在修订《关于常见犯罪的量刑指导意见》时明确主动归国、接受我国刑事管辖这一酌定量刑情节的适用规则。考虑到刑法适用平等原则和既往实践中境外自首获得减刑幅度过大等因素，可以考虑将该情节减少基准刑的幅度控制在 10%~30%乃至 20%以下。

六、 结语

在我国境外追逃回国的人员中，至少有 7 成是经引渡、遣返等引渡替代措施而后回国的。可以说，引渡替代措施在事实上已经取代了引渡制度成为我国境外追逃的主要途径。然而，与其重要性不符的是，非法移民遣返、劝返、异地追诉、警务合作等引渡替代措施均存在缺乏明确法律规定的问题。党的二十大报告中提出要“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治”。因此，针对引渡替代措施实施中的法律问题提供规范支撑，才能够为追逃工作提供强大支持。为应对刑事风险全球化扩散加速的新态势，当前国际移交逃犯合作中出现了由司法法范式向行政法范式变迁的征兆，以行政权为主导的引渡替代措施在移交逃犯合作中发挥着日益重要的作用。我们应当坚持法治思维和法治方式，顺应移交逃犯合作的发展新趋势，稳步推进引渡替代措施实施体系的规范化与科学化发展，积极参与全球治理体系改革和建设，为全球治理完善提供中国方案，进一步提高我国在移交逃犯国际合作中的话语权，提升追逃追赃工作的质量与效率。

⁵¹ 参见黄嵩、周颖佳：《国际追逃追赃案件中自首情节对量刑的重大影响——以黄海勇案、姚锦旗案为例》，载《人民司法》2020 年第 31 期，第 20 页。

境外刑事证据准入问题研究

李爱君*

摘要：境外刑事证据准入审查判断存在适用标准不统一、审查要素不明确、评价尺度不一致的问题，统一境外刑事证据准入标准是当前必须回应的问题。可以构建境外刑事证据准入“形式—实质二步审查”模型，通过先域外法审查、再国内法审查的二步递进式境外证据准入审查体系，克服境外证据与国内证据合法性审查的差异。运用审查模型，可以有效解决当前境外证据审查中的争议，回应证据分类审查的难点问题。

关键词：境外刑事证据准入 形式审查 实质审查 审查模型

一、问题的提出

伴随经济全球化和科学技术的发展，犯罪形态正发生重大变化，司法实践中出现越来越多的跨境犯罪，我国跨境犯罪案件也随之增多。跨境犯罪打破了地理边界限制，呈现出“犯罪要素全球拼图”的特征，出现有的证据在境外形成的事实。证据是刑事审判的基石，没有证据就没有诉讼，没有证据就没有公正。¹在此背景下，立足跨境犯罪的发展趋势，完善境外刑事证据审查机制，²确保从境外取得的刑事证据能够在我国法院作为证据使用，对于有效打击跨境犯罪和犯罪分子的跨国流动具有重要意义，也是探索和完善我国跨境犯罪治理的重要内容。最高人民检察院《关于加强涉外检察工作的意见》指出，进一步完善境外证据审查等制度。由于不同国家的证据法在取证主体、取证程序、手段方法以及犯罪嫌疑人权利保障等方面存在较大差异，使得境外刑事证据审查涉及不同法系不同法律规则的碰撞，其中证据如何准入成为实践中必须面对的问题，即对境外刑事证据可采性的判断应当采用何种准据法审查模式，是符合证据所在地国相关法律的规定，还是符合证据使用地国相关法律的规定，才能在我国法院作为证据使用？否则“如果收集的证据不可采纳，在审判中不能实现任何真正的目的，那么，刑事取证的全部问题都变得多余了。”³

对于这一问题，我国已有一些学者进行了有益的探讨，提出了积极的建议。比如，根据境外刑事证据来源或者取得方式的不同，对境外执法机构移送的刑事证据，提出“取证国准据法+是否严重影响司法公正”、“相对的取证国准据法”等

* 李爱君，江苏省人民检察院党组副书记、副检察长；全国检察业务专家。

¹ 参见裴文鼎：《跨国犯罪中境外证据的审查与认定》，载《中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第115集），法律出版社2019年版，第161页。

² 本文所称的境外刑事证据是指产生、形成、取得于境外的刑事证据。为了表述的统一和严谨，全文均称境外证据，与部分学者所称域外证据内涵一致。

³ 参见冯俊伟：《域外取得的刑事证据之可采性》，载《中国法学》2015年第4期，第265页。

审查模式；对我国执法机关参与取得的境外刑事证据，提出“双重准据法”、“本国准据法”等审查模式。⁴但从既有研究看，在现行《刑事诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（下称《最高院刑诉法解释》）对于境外证据的审查规则尚未作出具体而明确规定的情况下，理论界对于境外刑事证据准入的具体审查方法、审查依据、审查要素等实践中迫切期待解决的问题，未能提供统一、明确、可行的审查方法。比如，对于境外执法机关依据当地法律规定制作的访谈式笔录，是否可以直接作为我国刑事诉讼要求的证据使用？如果不能使用，又应当如何进行完善或者证据转化？这些问题导致境外刑事证据审查的难度增加，带来证据在审判中不被采信的风险。特别是境外刑事证据的审查涉及到不同国家证据规则的交互与制约，涉及国家主权和公民人权、实体公正和程序效率等多重价值维度的深层次考量，每一份境外刑事证据都来之不易，如果采用公正优先视角下的严格审查模式，对可采性进行严苛审视，要求完全符合证据所在地国和证据使用地国相关法律的规定，可能既不符合境外取证难度大的现实情况，忽视境外刑事证据的稀缺性，也影响案件侦办效率；如果采用效率优先视角下的简化审查模式，建立较为宽松的证据准入标准，虽然减轻诉累，但又可能因为实际执行中对标准的把握不一，比如“宽松”具体到何种程度、哪些非核心要素可以免除审查义务等未有定论，导致对境外刑事证据的真实性审查有所疏漏。鉴此，本文通过检视当前我国境外刑事证据准入的基本情况和实践问题，围绕境外刑事证据准入的形式审查要件和实质审查要件，构建境外刑事证据审查模型，提出审查的具体步骤和方法，并通过具体案例检验其可行性，以期为司法实践提供可操作的审查思路。

二、我国境外刑事证据准入现状反思

关于境外刑事证据准入问题，我国既没有在刑事诉讼法中规定一般规则，也没有制定专门的涉外刑事证据法，主要是通过司法解释的方式作出规定。2021年《最高院刑诉法解释》第77条规定，相关证据材料能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的，可以作为证据使用。⁵该规定明确以我国刑事诉讼法作为判断境外刑事证据合法性的准据法，排除国际公约、条约或者他国法律作为准据法的可能性。我国司法实践中，办案机关对境外刑事证据准入的审查也遵循这一基本

⁴ 参见吴国章：《刑事境外证据“绝对本国法”审查规则的反思与重塑》，载《法学》2023年第10期，第139-140页；曹艳琼：《我国境外证据审查的准据法模式选择与规则重构》，载《法商研究》2023年第3期，第197-198页。

⁵ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第77条规定：“对来自境外的证据材料，人民检察院应当随案移送有关材料来源、提供人、提取人、提取时间等情况的说明。经人民法院审查，相关证据材料能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的，可以作为证据使用，但提供人或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外；材料来源不明或者真实性无法确认的，不得作为定案的根据。当事人及其辩护人、诉讼代理人提供来自境外的证据材料的，该证据材料应当经所在国公证机关证明，所在国中央外交主管机关或者其授权机关认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续，但我国与该国有互免认证协定的除外。”

立场，强调应以我国刑事诉讼法作为准据法，最高人民检察院关于第十八批指导性案例的解读，认为对境外证据应着重审查是否符合我国刑事诉讼法的相关规定。⁶如李佳明过失致人死亡案，被告人供述前期已经被加拿大法院排除，但在国内审理时，法院认为外国法院对于取证合法性的裁决对我国没有约束力，并依据我国刑事诉讼法重新进行了非法证据排除审查，得出不需要排除证据的结论。

总体上，“对域外刑事证据的审查，我国主要采取一种‘宽松的’可采信审查立场。”⁷我国实践中对于准入标准的把握，虽然强调以我国刑事诉讼法作为准据法，但并不要求境外刑事证据的取得完全遵照刑事诉讼法的程序，而是主要审查是否违反我国刑事诉讼法的基本精神、基本原则和禁止性规定，对于违反一些技术性的程序规定包括非基本权利保障等获得的证据，则不轻易排除使用。比如，对境外证人证言无证人签名、境外鉴定人不具有我国鉴定人资格等情形，法院在审理中仍然认可其证明资格，作为定案根据。实践中采取较为宽松的审查标准，不轻易以证据审查来“制裁”境外取得的证据，实质上是保护境外刑事证据的稀缺性，进而为有效惩治跨境犯罪提供保障。目前实践中对境外刑事证据准入的审查判断存在以下三个方面问题：

（一）适用标准不统一，证据准入机制失灵

在境外取证中，由于证据所在地国和我国的法律差异，境外刑事证据取得方式违法的情形主要有三种，一是境外刑事证据符合证据所在地国法律规定，但违反我国刑事诉讼法的禁止性规定；二是境外刑事证据符合我国刑事诉讼法的规定，但违反证据所在地国的法律规定；三是境外刑事证据同时违反我国和证据所在地国的法律规定。刑事诉讼中法无授权不可为，对于上述任何一种情形下的境外刑事证据准入问题，立法上的空白都能导致司法实践中操作不一，而《最高院刑诉法解释》条款过于抽象又使得这种模糊性和不确定性进一步加剧，易引发实践分歧。有的严格审查境外刑事证据，如李向南故意杀人案，检察机关对境外取得的证据，按照国内刑事诉讼证据标准进行了严格审查、核实和补充，保障了境外刑事证据的效力。⁸有的则将较为宽松的审查立场异化为“不审查”立场，在案件中不对被请求国取证行为的合法性进行审查，而是直接认可对方的协助行为合法。即使《最高院刑诉法解释》明确规定以我国刑事诉讼法作为审查境外刑事证据准入的准据法，但该规定在实践中也可能被架空，出现法庭对提出的境外刑事证据合法性异议回避或搁置，不作回应的现象。⁹

⁶ 参见张晓津、宇岚：《最高人民检察院第十八批指导性案例解读》，载《人民检察》2020年第8期，第67页。

⁷ 参见冯俊伟：《域外刑事证据的审查运用——基于我国立法的分析》，载《人民检察》2024年第9期，第65页。

⁸ 参见《第一批国际刑事司法协助典型案例》，载上海市人民检察院第二分院官网，<http://www.efshanghai.jcy.gov.cn/efjc/yasf/67832.jhtml>，2025年3月13日访问。

⁹ 参见吴国章：《刑事境外证据“绝对本国法”审查规则的反思与重塑》，载《法学》2023年第10期，第131页。

（二）审查要素不明确，弱化合理性审查内容

由于缺乏具体、明确的审查要素和审查方法，实践中会弱化境外刑事证据合法性的审查内容，并不考虑境外证据的取得是否符合证据所在地国的法律，而主要考虑刑事司法协助程序是否合法，以程序合法替代证据合法。根据证据学理论，证据合法性包含四个方面内容：一是证据形式合法，二是提供、收集证据的主体合法，三是证据内容合法，四是依照法定程序收集。国内证据如果作为证据使用，需要进行对照审查，而对于境外刑事证据，实践中主要审查刑事司法协助过程的合法性，等于默认了通过刑事司法协助等手段获取的境外刑事证据具有天然的合法性，可以在我国诉讼中作为证据使用。但不可避免的是，不同被请求国的取证程序的规范性有所不同，仅因系通过官方途径取得而不加区别地直接在我国作为证据使用，不再进行其他的必要审查，很可能导致对当事人的不平等对待。正如有学者指出，“跨境刑事案件的证据审查标准总体低于非跨境刑事案件的证据审查标准，且在跨境刑事犯罪案件中被告人的权利保障标准要低于在非跨境刑事案件中被告人的权利保障标准。”¹⁰

（三）评价尺度不一致，存在司法公正风险。

实践中根据境外刑事证据提供主体的不同，采用的准入评价尺度宽严不一。其中，通过官方途径获得的境外刑事证据被赋予更高的可信度，对于当事人、辩护人、诉讼代理人提供的，则需要经过更加严格的审查。有学者统计，法庭对控方提供境外刑事证据的采纳率为 90.6%，而辩方提供的采纳率仅为 4.2%，均是因证据形式的合法性存疑而未被采信。¹¹同样的证据，可能仅因提供者的不同，面临截然不同的法律后果。然而，通过官方途径获得的境外刑事证据，有的依据的警务合作规定或司法协助文件未经过严格立法审查，不排除与我国刑事诉讼法的规定不一致，或低于最低限度标准；有的存在公权力证据补正机制扩张，将原本作为辅助证明的情况说明提升至合法性确证作用，以情况说明代替取证程序争议，这些都可能导致损害司法公正的风险。

三、我国境外刑事证据准入的模型构建

证据审查是境外证据规则的核心部分。针对司法实践中境外刑事证据准入审查方法供给不足的问题，笔者认为，境外刑事证据审查的基本原则是坚持我国司法主权的独立性，并尊重与信任他国的司法管辖与执法活动以维护刑事司法协助机制有效运行，最终彰显惩治犯罪与保障人权、实体公正与程序正义的多元价值追求。从我国境外刑事证据审查的实际条件和需要看，应当构建境外刑事证据准入“形式—实质二步审查”模型，先适用域外法进行形式审查，实现对刑事证据准

¹⁰ 参见曹艳琼：《我国境外证据审查的准据法模式选择与规则重构》，载《法商研究》2023年第3期，第191页。

¹¹ 参见吴国章：《刑事境外证据“绝对本国法”审查规则的反思与重塑》，载《法学》2023年第10期，第129页。

入的前端控制；再适用我国刑事诉讼法进行实质审查，加强对刑事证据准入的后端控制，为在法庭上成为定案根据、认定犯罪事实奠定基础。如此就形成了前端形式审查与后端实质审查的递进式证据准入模型，从而确保在境外取得的刑事证据可以具备证据资格从而进入诉讼成为法庭调查对象。

（一）境外刑事证据准入的形式审查

形式审查是指首先依据国际公约、双边司法协定以及证据所在地国的法律规定，重点审查境外刑事证据的关联性与合法性，旨在排除可能虚假或者严重违反基本人权保障原则的境外刑事证据。基于对他国司法管辖权与执法活动的尊重与信任，形式审查一般采取被动审查的方式，即原则上不启动审查程序，承认境外取得的证据具有关联性可准入，除非控辩双方提出需要形式审查的明确异议。

1.形式审查的正当性

一是符合国际证据审查观念的调整变化。近年来跨境犯罪激增，国际刑事司法协助在打击跨境犯罪中日益重要。形式日渐丰富的刑事司法协助样态也对准据法观念产生影响，各国均一定程度限制绝对司法主权观念，以尽可能促成司法协助。主权的让渡并不实质性破坏主权的完整性，而是礼让与共享。¹²在具体操作上，合作双方均应相互尊重和忍让，无论是在协助请求的执行，或是协助材料的评价上，坚持绝对的单边立场都不再适宜。2024年12月通过的《联合国打击网络犯罪公约》第18条规定，被请求国应当尽可能充分地提供司法协助义务，不得无理由拒绝提供协助，应遵循列明的程序执行。与此对应，对于所获取证据材料的评价也应以国内法和国际法为共同视角，适用“包括外国法律与超越国家的上位法秩序”。¹³

二是体现我国参与国际协作的一贯立场。随着我国签订的双边司法协助条约逐渐增多，保密与限制使用原则等普遍适用的公认国际规则在我国进一步确立，协议优先适用也日趋明朗。《最高院刑诉法解释》规定境外刑事证据审查中应审查是否符合特定性规则要求，即“提供人或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外”，明确条约可以作为境外刑事证据准据法的例外。因此，虽然我国宪法和法律体系中未对“条约优先”作出规定，但根据相关法律和司法解释的规定，完全可以归纳出我国实际是实行条约优先的一般原则。¹⁴据此，双边协议已经在境外刑事证据审查中作为准据法，并实际发挥作用。比如2021年《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第32条就规定，电子数据合法性审查应审查是否符合国（区）际司法协作及相关法律规定的要求。而且，从我国近年来参与国际协作的一贯立场来看，也已经隐含了引入域外法审查的意旨。

¹² 参见段存广：《从绝对主权到实效主权：对国家主权原则的再认识》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2003年第1期，第55页。

¹³ 参见[瑞]Sabine Gless：《涉外刑事案件之证据禁止》，王士帆译，载《司法周刊》2013年第8册（总第1647期），第2页。

¹⁴ 参见赵建文：《国际条约在中国法律体系中的地位》，载《法学研究》2010年第6期，第202页。

三是符合办案部门长期的司法实践。实务中,审查取证行为是否符合境外规范已成为普遍共识,辩方以取证行为违反当地法律为由主张证据不合法,是境外证据合法性异议中的一种常见理由,且司法机关普遍倾向于需要审查这类合法性异议是否成立。¹⁵如湄公河“10·5”中国船员遇害案,法院认为涉外刑事案件很多证据系在国外取得或由外国警务人员调查取得,因而其庭审调查的范围和程序相对于普通刑事案件要复杂得多,¹⁶意指境外刑事取证规则适用及其排除效力审查问题。总之,司法机关因为距离争议更近,更需要直面问题、解决问题,穿透境外刑事证据的全生命周期对其进行域外法的识别与判断,是承担对证据全面性、合法性证明责任的必然要求。

2.形式审查的原则

境外刑事证据准入不应绝对排斥域外法审查,而应适当确立域外法作为前置审查的依据,这一审查的实质是境外刑事证据准入过滤机制。传统观点认为,来自境外的证据,只要能够证明案件的真实情况且符合证据法定要求的,就应当作为证据在审理刑事案件中使用。¹⁷在此观点下,境外证据进入我国诉讼之前,仅是一种纯粹的材料,境外侦查机关所实施取证行为规范性不在我国法律的评价范围之内,即便依照我国刑事诉讼法规定司法机关对证据可采性进行审查,但因为无须对照域外法中的程序性规定,使得这一可采性的审查出现形式化、表面化的风险,默认境外证据可采。¹⁸然而,适用同一套标准判断境外证据的可采性,可能导致对刑事司法协助所获境外证据的审查流于形式。

证据取得与证据评价相互嵌套、互成体系,绝对本国法模式下不可能穿透法域差异从而准确评价境外取证行为之于证据可采性的影响,实践中的简单推定实是无奈之举。形式审查中适用域外法的首要目的是确保证据的关联性与合法性,使得权利本身以及保障证据关联的权利性要素在既定的法律系统框架内判断和呈现,从而避免跨境审查中的“评价误差”。当然,境外刑事证据一律经过域外法审查也存在一些现实困难。比如域外法依据查明的现实障碍,域外法的查明难度并不低于语言翻译,尤其是对于域外法律用语与体系的理解需要语言与法律专业复合能力;再如域外法审查效率较低,凡案必查域外法不可避免会影响案件审理周期,导致涉外案件办理中断。因此,尽管形式审查强调域外法审查对于证据审查的必要性,但也必须考量审查模式中的负面因素,从而优化准入审查机制,提

¹⁵ 参见沈亚岚:《刑事诉讼境外证据司法审查的异化、纠偏与规则完善——基于76个案件83份证据的实证分析》,载胡云腾主编:《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第30届学术研讨会获奖论文集》(下),人民法院出版社2019年版,第1791页。

¹⁶ 参见云南省昆明市中级人民法院课题组:《涉外刑事案件证据调查探析——以湄公河“10·5”中国船员遇害案的审判为基础展开》,载《人民司法》2013年第7期,第42页。

¹⁷ 参见裴显鼎:《跨国犯罪中境外证据的审查与认定》,载《刑事审判参考》总第115集,第160页-163页。

¹⁸ 参见王青、李建明:《国际侦查合作背景下的境外取证与证据的可采性》,载《江苏社会科学》2017年第4期,第165页。

升模型的实用性。

本文认为,形式审查的总体原则应当是一种初步的、宽松的、有条件的审查。第一,形式审查是初步证据筛查。依据本国法独立评价证据是行使司法主权的必然前提,域外法审查并非替代本国法审查,而是在本国法审查前进行一种初步的证据审查。第二,形式审查应适度宽松。由于不同国家的具体证据规则存在差异,适用域外法审查既要避免基于我国立场对对方司法环境进行整体性评价,也要避免机械套用域外法中的程序规定,而损害我国司法主权。且境外证据准入限制不得不面对实体正义与程序正义的现实矛盾,审查过于严格将挤压涉外刑事管辖的实现空间,与当前我国公民和投资海外保护的需要背离,一定程度的宽松立场更符合当前需要。第三,形式审查应兼顾效率。适当划定境外证据中无须域外法审查的例外范围,并采取一种必要时才审查的方式。

3.形式审查的内容

一是采用被动审查。形式审查是依证据所在地国家法律规范进行判断,证据使用地国法院无法期待通过本国非法证据排除规则的适用来遏制其他国家执法人员的违法行为,¹⁹且对境外证据一律采取积极的形式审查约束准入,将产生较大的司法成本。因此,形式审查宜采取被动审查的方式,即原则上不启动审查程序,仅在例外情形下才对境外刑事证据进行形式审查。被动审查也具有现实基础。依据提供主体的不同,境外刑事证据可以分为通过司法协助获取和当事人自行提交两种,我国法律对两类境外证据均规定了前置性的证据取得要求,这为保障境外证据的关联性、可靠性提供了基本约束。比如,对司法协助渠道取得的境外证据,双边司法协定通常会对协助请求程序、满足取证的具体要求作出规定;对私主体提供的境外证据,则需符合我国法律规定“双重认证”准入条件,即经所在国公证机关证明,所在国中央外交主管机关或者其授权机关认证,并经我国驻该国使领馆认证。因此,在对境外刑事证据已经设定了一定的程序以保障其关联性、可靠性的前提下,采用被动审查的方式进行形式审查,更符合司法实践的需要,也更具有经济性。当然,在控辩双方提出境外证据需要形式审查的异议情况下,则应当及时启动形式审查程序。

二是审查的准据法依据。来源上包括国际司法条约、双边协议和证据所在地国的法律法规,证据审查应当坚持证据整体性思维,以案发现场为中心,涵盖自信息材料到证据的完整过程,必要时应识别行为地证据规范内容,对相关违法行为的负面影响进行合理判断,以阻碍虚假证据进入本国诉讼。需要注意的是,我国明确规定境外证据进入我国刑事诉讼需经过特定规则审查,这一要求的核心效力是对不符合要求或者违反限制情形的证据予以排除。因此,形式审查如果发现

¹⁹ 参见See Steven H.Theisen, “Evidence Seized in Foreign Searches:When Does the Fourth Amendment Exclusionary Rule Apply”? William & Mary Law Review, Vol.25,1983,p.166.

境外证据已经超出双边协定规定的特定使用范围，则应当对该证据予以排除。

三是审查重点。从境外审查的证据排除功能出发，境外证据审查应以真实性为主要关注点，而不是程序争议和违法威慑，从而规避不同国家法治水平差异带来的影响。对于取证行为存在轻微违法的境外证据，应避免出现“一刀切”现象，即全盘否定有瑕疵的境外刑事证据。在此基础上，首先审查是否违反国际公约通行的关于基本人权保障的规定，违反的直接予以排除，如通过殴打、虐待等肉刑获取的供述；其次审查是否违反证据所在地国证据规则中的关联性保障条款，违反的也予以排除。考虑到言词证据的可采性主要通过供述自愿性规则予以保障，通常被明确为基本人权保障的规定，且目前国际已经形成公认的人权保障及反对酷刑的底线原则，一般可以依据公约规定确认言词证据符合形式审查要求。对于实物证据的关联性，因主要根据证据的内在特征与外在形式进行审查判断，与权利保障无涉，因此可以忽略实物证据中权利保障规定对于可采性的影响。如美国证据法中的“毒树之果”规则，其排除根据主要是权利保障要求而非不真实，形式审查时便可忽略这一要求而认定证据可采。因此，应注重审查域外法中保障实物证据关联性的规定，对于缺乏可靠来源、存在伪造或篡改可能、缺乏同一性的，应予以排除。如美国证据法中的鉴真规定，明确证据在提交法庭审理之前，都应确保其具有相关性和可采性的基础，未完成初步证明的证据被认定为不可采。²⁰以辛普森案为例，检方出示的血袜子上的血迹存在被害人人体所不具有的化学物质，法院据此认为不能排除证据伪造嫌疑，遂予以排除。²¹在形式审查时，即可直接依据域外法中关联性要求及其排除规则，排除上述不可靠证据，而无需再进入实质审查。

四是无需形式审查的特殊情形。如果国际司法条约或者双边协议对于证据准入有特殊规定，应适用信义原则作为形式审查的例外。同时，适当扩大特定情形下的涉外证据域外法审查的例外范围，将一些具有涉外因素的证据纳入无须形式审查的范围。比如，应当适当拓展属人管辖，将跨境取证中的私主体纳入案件参与人范围，根据属人原则提供证据，据此本国侦查机关直接向境外公民直接取证，无须以外国法为参照。

（二）境外刑事证据准入的实质审查

实质审查是指依据我国刑事诉讼法的规定，重点审查境外刑事证据的可采性，旨在确保证据可以顺利参与刑事诉讼。实质审查采取积极审查的方式，即所有的境外刑事证据经过形式审查后，最终都必须以我国刑事诉讼法为依据进行实质审查，达到刑事诉讼法规定的条件才能成为定案根据，这是一种无例外的必经的严格审查。

²⁰ 参见[美]史蒂文·鲁贝特著，王进喜等译：《现代诉辩策略与技巧》，中国人民公安大学出版社2005年版，第181页。

²¹ 参见郑智航主编：《法理学案例教程》，中国政法大学出版社2024年版，第91-102页。

1. 实质审查的原则

一是实质审查独立于形式审查。形式审查的基础是证据审查的整体性要求，即证据审查需贯穿于证据的整个生命周期，不应以概括推定合法忽视对取得过程的评价。实质审查的领域不同于形式审查：从证据环节看，涵盖证据自提交给本国侦查机关到法庭质证的国内环节；从证据评价看，侧重于“证据查证属实”和“不得作为定案根据的排除情形”两个维度，前者是对证据同一性及证明力的评价，后者则是以本国证据排除规则进行审查评价。

二是实质审查是严格审查。实质审查是一种准确适用我国诉讼法规定的严格审查，不同于形式审查中的证据稀缺考量，实质审查更应将统一证据标准适用作为价值导向。我国已经初步建立起覆盖证据能力、证明力的证据规则体系，以我国法律为依据的境外刑事证据实质审查，应在准确识别证据规范和精准评价证据基础上，贯彻我国证据规则基本精神内涵，维护证据规则统一适用。

三是实质审查不存在无需审查的特殊情形。实质审查是一律审查，不因证据来源存在区别。实质审查是实现“证据”到“定案根据”的必经审查过程，不能以形式审查代替实质审查。有观点主张可以明确只要符合外国有关法律规定，便可自动认定符合我国法律对证据的要求，²²这容易产生境外审查虚化的风险。从我国实践看，出台的与境外证据相关的司法解释均明确境外证据应进行实质审查，如2016年《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（一）》、2020年《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》及2021年《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（二）》均规定对于境外的证据材料，必须经审核后可以作为证据使用。

四是实质审查具有排除效果。证据的本质就是一种信息，有些信息能够帮助我们作出正确的决断，有些信息则反之。对证据的审查就是对证据进行筛选，将不合法的证据排除于刑事诉讼之外。有学者主张，将我国非法证据排除规则适用于境外取得证据情形，属于我国非法证据排除规则的域外效力扩张，需要合理化依据。²³本文认为，实质审查的核心内容就是适用本国证据规则并处理证据，这一正当化依据源于程序法的域内效力。刑法管辖领域中最为核心的规范作用对象就是位于其领土范围内存在和发生的人、事、物和行为等，²⁴有时也适度扩张至领土范围外。刑法的上述效力最终都是以国内程序法适用而实现的，莫有例外。在我国程序法适用的框架内，以证据规则评价境外证据并不必然涉及证据法的域外效力，而是程序法适用方式之一。

²² 参见王文华、段雪飞：《我国国际刑事司法协助制度的运行与完善》，载《人民检察》2024年第21期，第66页。

²³ 参见冯俊伟：《跨境取证中非法证据排除规则的适用》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第3期，第117-119页。

²⁴ 参见熊建明：《对刑法典里“适用本法”与刑事“管辖权”的重新审视》，载《法治研究》2018年第2期，第70页。

2.实质审查的内容

实质审查既要关注境外证据的特性,也要关注刑事证据的共性,通过细致审查合理确定证据准入的范围。其中对证据关联性、客观性审查依赖的主要是逻辑与经验判断,与办理普通刑事案件时对证据的审查方法并无明显不同,因此对境外刑事证据的实质审查侧重于合法性审查。具体包括以下几个方面:

一是审查请求程序是否合法。刑事诉讼法规定我国司法机关可以根据国际条约或者互惠原则,请求司法协助。我国《国际刑事司法协助法》及《实施〈中华人民共和国国际刑事司法协助法〉若干问题的规定(试行)》对司法协助的具体程序做了细致规定,包括请求审查事项的具体内容、退回请求书、重新提出请求和审查时限等具体情况。各司法机关应当严格按照《国际刑事司法协助法》及其《规定》,依法履行职责,确保国际刑事司法协助活动的合法性和有效性。²⁵具体审查时,应以请求程序为参照,对于不符合规定情形的,要求侦查机关作出说明或者重新提出申请。

二是审查境外证据是否符合刑法基本规定。考虑到境外取证的特殊性,要求境外刑事证据完全按照我国刑事诉讼法的规定取得,并不具有现实性和操作性。因此,实质审查主要是审查境外取得的刑事证据是否违反我国刑事诉讼法的基本精神、基本原则和禁止性规定,具体包括对不符合法定证据种类证据和符合法定证据种类证据的审查。

对于不符合法定证据种类证据的审查。由于不同国家的证据类型存在较大差距,刑诉法明确这类证据可经由转化程序转化成为我国法定证据种类。对于这些转化证据,应通过层次性审查确定证据准入。一是审查证据转化的条件、形式和内容,避免不当转化弱化对证据的细节呈现。二是审查转化前证据的真实性。境外原始证据与转换证据的概念,从本质上来说与原始证据优先规则具有相似相通之处。²⁶转化证据是对原始证据信息的二次处理和加工,应以符合原始证据为准判断是否准入,因此需要进行内容一致性核实。三是审查辩方所提辩解。非法定证据类型在刑事诉讼中的转化属于最佳证据例外,其内容真实准确应经过证据审查、质证程序。

对于符合法定证据种类证据的审查。由于不同国家的调查取证程序和规则不同,境外收集的证据因不符合本国程序法规定而发生不能被采信的风险。因此,即便证据种类相同,也可能存在审查障碍。比如境外鉴定意见,各国对于专家辅助人参与刑事诉讼的法律角色、资质要求、具体程序、权利义务等的规定皆有不同,境外出具的鉴定意见是否符合鉴定资质,鉴定结果能否直接使用成为当前境

²⁵ 参见张辉、时延安、曹华、王勇、刘倩、郑志恒:《国际刑事司法协助的运用与深化》,载《人民检察》2024年第23期,第33页。

²⁶ 参见温克志:《涉外刑事证据规则研究》,中国政法大学出版社,2016年版,第93页。

外刑事证据审查的重难点。如李波故意杀人案，²⁷命案发生于美国，法医制作的鉴定意见与我国法医鉴定意见较为悬殊。在鉴定主体资质上，美国警方委托医学教授主持进行尸体解剖检验工作，对检验人员没有司法鉴定资质的要求。在鉴定内容上，境外法医的尸检报告虽有完整的科学论证过程，但对于被害人的死因均只作出推测性表述，这与我国公安机关法医所作的符合性结论有较大差别。在这种情况下，要关注境外鉴定意见的科学性、可靠性和合法性，对检材收集、审查、运用环节的实体和程序进行审查。

三是审查境外证据是否违反禁止性规定。取证程序具有保障证据真实性的独特价值，但是并非所有程序不规范取证行为均必然排除证据适用。为平衡境外证据来源稀缺和证据取证规范之间的矛盾，实践中对部分不完全符合我国刑事诉讼法规定的证据仍然持较为宽松的准入立场，以满足裁判所需信息内容的全面性要求。对于取证形式存在一些瑕疵的，不宜一概排除，可结合定案的其他证据予以综合采信。²⁸这一做法较为务实，也与我国非法证据排除规则的实践样态基本一致，实质审查的最终目的是将符合条件的证据采纳为定案根据。与此相对，这一环节也需要识别和判断不得作为定案根据的禁止准入情形。尽管不得作为“定案的根据”相对应的规范当中，既有证据准入的规则，也有证明力评价的规则。²⁹但在具体审查时，应将其视为同等审查效力的排除规则，对于违反这类禁止性规定的，应当禁止准入。

四是审查证据是否具有真实性。境外刑事证据自移送我国后，相关证据行为便应严格符合我国的证据规范要求，适用我国证据规则对证据的真实性进行实质审查。对于物证、书证类证据，主要是通过审查来源的可靠性包括物证的同一性、书证的真实性来实现。对于实物证据审查，境外证据环节除考虑符合当地法律规范，也应参照我国取证规则评价保管链的完整性，以证据规则要求的符合性整体评判真实性。注意审查收集、保管、移交过程的完备性，是否符合我国刑事诉讼法的具体规定，比如签字、记录等能确认流转过程连续性、不存在脱管情形的。

（三）审查模型的结果推导

通过对境外刑事证据进行二步审查，具体会出现三种结果：一是对于未通过形式审查的境外刑事证据，由于取证方式严重违反证据所在地国的法律规定，依照当地法律应当予以排除，因此该证据在我国不具有可采性，不能作为证据在刑事诉讼中使用；二是对于通过形式审查，未通过实质审查的境外刑事证据，取证方式虽然没有违反证据所在地国的法律规定，但严重违反我国刑事诉讼法基本程序和禁止性规定，该证据在我国不具有可采性，不能作为证据在刑事诉讼中使用；

²⁷ 参见扬州市中级人民法院（2016）苏10刑初29号刑事判决书

²⁸ 参见张辉、时延安、曹华、王勇、刘倩、郑志恒：《国际刑事司法协助的运用与深化》，载《人民检察》2024年第23期，第31页。

²⁹ 参见纵博：《“不得作为定案根据”条款的学理解析》，载《法律科学》2014年第4期，第71-76页。

三是对于通过形式审查，也通过实质审查的境外刑事证据，这里的通过包括虽然违反域外法或者我国刑事诉讼法的取证规定但未达到严重影响司法公正的程度，能够经过证据补强或者作出合理解释的情形，认定具有可采性，可以作为证据在我国刑事诉讼中使用。

“形式—实质两步审查”模型的三种结果

	结果 1	结果 2	结果 3
形式审查	未通过	通过	通过
实质审查	/	未通过	通过
可采性	不可采	不可采	可采

境外刑事证据准入“形式—实质两步审查”模型通过构建递进式的证据准入审查体系，克服境外证据与国内证据合法性审查的差异，第一步采取相对宽松的审查立场，原则上不主动进行审查，除非司法机关或当事人提出有效异议；第二步采取较为严格的审查立场，根据我国刑事诉讼法的基本价值、原则、规则审查境外证据，判断是否适用非法证据排除规则，最终使境外证据在第二步审查过程中完成从“材料”到“证据”再到“定案根据”的转化，确保境外证据符合我国法律规定，能够作为定罪量刑的基本依据。模型实质上是在承认不同国家证据法差异、适应我国刑事诉讼需要前提下，从域外法审查逐步到国内法审查，成为对接国内外证据准入规则的“中间站”，既充分维护我国刑事司法主权，以我国法律框架为主确定境外刑事证据准入的审查规则，也充分尊重证据所在地国的取证行为，促进刑事司法互助。

四、“形式—实质两步审查”模型的实践运用

通过理论考据并结合我国司法实践提出的境外刑事证据准入“形式—实质两步审查”模型，最终仍需要服务于司法实践的需要。对此，重点以常见的实物证据、言词证据、电子数据三类证据为例，按照模型的基本原理分别论证审查思路，以期司法机关在实践中遇到的境外刑事证据审查问题提供解决路径。

（一）境外实物证据

1.物证、书证

在所有证据类型中，书证和物证具备较高的证明效力，对于查明境外犯罪事实、打击跨国犯罪具有重要意义。但由于境外司法体制、执法机制、法律规定和国际关系的变化，物证和书证被截留、更换、销毁的风险也不容忽视，在证据收集、保管和移交程序上不规范的情况也可能发生。对于物证、书证的可采性审查，运用模型的审查思路如下：

第一步，形式审查。基于维护他国司法主权和保障证据真实可靠的目的，对物证、书证的来源可靠性进行审查。若该物证、书证系通过国际司法协助和警务

合作取得，应重点审查是否符合法定的程序和条件。对于当事人、辩护人提供的境外证据，需要注意的是，虽然《最高刑诉法解释》规定了“公证+双重认证”的程序，但2023年3月8日我国正式加入《取消外国公文书认证要求的公约》（2023年11月7日在我国实施生效），根据公约规定缔约国既可以选择以附加证明书代替领事认证或者以更简化的手续甚至直接免除所有证明手续，而我国目前与60多个国家签订的司法协助条约中，主要采取免除认证的方式。据此，对当事人、辩护人提供的境外证据形式审查，应采取宽松的审查立场，只要履行公证手续即可。

第二步，实质审查。由于地域跨度大、证据收集程序差异明显、我方介入程度有限等因素，实物证据面临在保管移交等程序中受到污损的风险。因此，一是要审查物证、书证在境外提取和移交过程的完整性，重点审查境外侦查人员与案件无利害关系、现场参与人员也应当签名确认等。二是要对瑕疵境外物证、书证进行规范审查。由于物证、书证通过司法协助渠道移送至我国周期性较长，外方移送证据或有疏漏，导致证据可能出现瑕疵。比如在证据收集阶段，证据所在地国制作的勘验、检查、搜查笔录和扣押清单中没有侦查人员或物品持有人签名确认；在证据保管阶段，证据所在地国未对现场第一时间进行固定、封存；在证据移交阶段，境外侦查机关移交的文书和清单缺章漏页，移送原物、原件复制品时无制作说明等。对瑕疵证据应持有容忍态度，给予合理解释和补正的机会，³⁰由我国公安机关及时进行补正或作出合理解释。但是，若我国公安机关未实质参与证据的收集、保管、移送等程序且该相关材料缺失遗漏可能影响证据真实性认定的，应当请求外国执法人员通过情况说明等形式予以补正或作出合理解释。三是对违反我国刑事诉讼法禁止性规定的境外物证、书证予以排除。书证的更改不能提供合理解释，比如出现涂抹、污损等情况。收集物证、书证的程序不符合法定程序且严重影响司法公正的，比如境外侦查机关在未经立案的情况下扣押物品，未制作搜查笔录，且事后无法作出合理解释说明来源的，应认定该证据取证方式严重影响司法公正，予以排除。

2. 鉴定意见

实践中比较突出的问题是境外鉴定机构、鉴定人员不具有我国法律认可的法定资质，鉴定意见的文书格式、表述方式、签名盖章等方面与我国存在差异，在上述情况下应当如何审查适用。对于鉴定意见的可采性审查，运用模型的审查思路如下：

第一步，形式审查。我国对于鉴定意见原则上采取严格的合法性审查立场，相较于其他种类证据，设定了更加严密的排除规则。对于境外鉴定意见的形式审

³⁰ 参见薛爱昌：《“虚假印证”的正本清源——基于“认知责任”的视角》，载《法制与社会发展》2025年第2期，第185-204页。

查，也应秉持这一立场采取严格的双重审查标准，依据证据所在地国取证规范对鉴定意见进行基础的形式审查，明确符合行为地国家取证规范后，再审查是否符合我国刑事诉讼程序规范。对于鉴定过程中存在的违法情形，原则上鉴定结论不得作为定案根据。当鉴定结论不得作为定案根据时，可以适当考虑拆分鉴定报告中的具体内容，区分笔录证据中具体内容性质进行使用。对于鉴定报告中的客观描述与记录部分，原则上仍可以作为我国证据准入，但对于评论性、意见性的内容应予以排除。对于描述与记录性内容的准确性，则可以参考鉴定技术规范依据的鉴定标准，通过实质审查判断描述记录内容是否可采。

第二步，实质审查。一是审查境外鉴定意见的科学性、可靠性和合法性。科学性即鉴定人是否具备相当的科学知识、鉴定方法是否具有科学性、是否存在有效的质量控制等；可靠性即鉴定方法对于具体个案而言是否适当，专业意见是否明确等；合法性即如在检材收集、审查、运用中基本权利保障是否到位。二是审查我国商请外国进行境外鉴定的请求程序是否符合我国国际刑事司法协助法、刑事诉讼法的相关规定。三是审查是否违背鉴定意见的禁止性规范，是否存在《最高人民法院关于刑诉法解释》第98条规定的鉴定意见不得作为定案根据的情形。四是对国内外鉴定意见的差异性，可以通过专业解读和技术性说明予以弥合，可以指派或选聘具备鉴定资质和资深经验的专家，结合其他证据材料，对境外鉴定人员的专业能力、鉴定方法、鉴定程序及鉴定意见内容的可靠性作出专业解读和技术性说明，为境外鉴定意见的审查运用提供参考。

（二）境外言词证据

对于言词证据的可采性审查，运用模型的审查思路如下：

第一步，形式审查。受境外侦查人员司法体制、执法习惯等影响，言词证据的主观性、易变性和虚假性概率较大。在形式审查时，注重对言词证据的自愿性进行审查，具体的标准是不违反证据所在地国取证规范、国际公约规定的底线原则。比如，境外侦查机关取证过程中严重违反国际《禁止酷刑公约》，以任何形式“酷刑”获取的言词证据应当予以排除，包括以“冻饿晒烤”的刑讯逼供、疲劳审讯、非法限制人身自由和以威胁、引诱、欺骗等手段获取的证据。

第二步，实质审查。一是审查证言表现形式。由于各国载有言词证据的材料形式不尽相同，比如我国是“一问一答”式的笔录；美国是警员制作的访谈报告，内容由警员归纳总结而成；日本的《供述调查书》是以归纳证人的谈话要点为主，没有记载警员的询问内容。这些证据由于不属于我国的法定证据种类，能否进入我国诉讼程序在实践中存在争议。在条件允许的情况下，可以派员前往证据所在地国并在其执法机关的带领下再次询问证人，按照我国询问笔录的形式获取言词证据，并同步录音录像，以增强司法机关采信该证据的内心确信。如无法再次询问，应全面考量境外访谈报告中侦查人员记录的方式与内容完整程度，区分情形进行处理。若境外侦查人员制作的访谈报告所记录内容的客观性较强，能够

完整反映证人在案发过程的亲历性和真实性,可请言词证据提供人在相关谈话记录上签名确认,甚至对该过程进行录音录像,在此基础上,将其转化为我国法定证据种类之一,视为证人证言。若境外侦查人员主观程度较强或者记录内容不能反映被询问对象的完整经历,记录的被询问对象对案发过程的描述含糊其辞,由我国侦查机关出具“情况说明”,对境外取证过程、具体内容、记载的客观性进行详细说明,并通过在案的其他客观证据对所谈内容的真实性进行印证,必要时可以邀请境外询问人员或记录人员到庭或远程作证。如湄公河“10·5”中国船员遇害案审理时,我国便首次邀请外方警员到庭作证,其就履行职务经过所做证言等同于具有侦查人员身份的普通证人作证,当庭作证与记录内容可以相互印证并作为定案根据。考虑到这一做法需协助双方的充分配合,且可能受到主权立场限制,可以将其定位于一种兜底手段并设定灵活作证方式软化这一立场冲突,具体可在签订双边或区域司法协议时明确这一要求。若穷尽以上方式,仍然无法重新询问,或者出具了“情况说明”,但没有其他客观证据相印证也无具体询问人员作证的,证据应当予以排除。当前,在我国刑事诉讼法即将迎来第四次修订之际,伴随着证据种类“多元化”发展,理论界和实务界均趋向于将证据种类“有限列举”的封闭性立法模式变更为“列举+兜底”的半开放式立法模式,我国刑事诉讼法很有可能相应调整进而对证据种类进行优化,这将为不符合我国证据种类的境外证据的采纳带来便利,但在修订完成之前,上述转化思路仍具有参考性。二是审查取证方式。区分审讯策略和逼供、诱供、指供的界限,对于强迫自认其罪、严重破坏司法公正,突破我国刑事诉讼基本原则的言词证据不得作为证据使用,并尽力调取相关证言的录音录像进行参照审查。三是审查反映内容的真实性。可以采用远程视频询问的方式,针对境外笔录中的疑难重点问题对相关当事人再次进行询问。

（三）境外电子数据

据统计,2020年以来检察机关办理利用暗网或境外通讯软件实施的网络犯罪案件同比增长70%,出境实施网络犯罪的人数超过上一年度的两倍。³¹电子数据逐渐成为网络信息时代刑事诉讼中的“证据之王”。因电子取证具有适应网络犯罪弱地域性特征和适应网络证据复杂性特征的优势,我国通过建立和完善电子数据取证与电子数据审查规则,明确了电子数据收集、移送和审查程序,也授权执法办案人员可通过网络在线提取、远程勘验和远程搜查证据。³²对于境外电子数据的可采性审查,运用模型的审查思路如下:

第一步,形式审查。对于在刑事司法协助框架下取得的电子数据,注重审查境外侦查机关是否及时、全面取得电子数据,电子数据在取得过程中是否全面、

³¹ 参见楼伯坤、李想:《跨境网络犯罪刑事管辖权:困境、成因与破解》,载《法治研究》2024年第6期,第44页。

³² 参见柳杨:《跨境电信网络诈骗犯罪取证研究——以东南亚国家为分析对象》,载《政法学刊》2023年第6期,第7页。

完整、准确，电子数据取得是否有效，即应当以符合国际法与国内法的方式，在重视调查取证权利与诉讼权利保障基础上取得境外电子数据。³³对于我国侦查机关基于国内法授权直接取得的跨境电子取证，因取证主体是国内侦查机关，因此在法定授权范围内的直接取证无需形式审查。对于超越国内法授权的直接取证行为取得证据，尽管我国在坚持国家主权原则的基础上革新跨境电子取证的属人主义模式，³⁴但是上述取证范围不可能没有界限，新型跨境取证应在自我约束同时，充分尊重他国主权立场。原则上我国侦查机关单边越权行为可以考虑案件需要，允许一定程度的越权行为取得证据进入实质审查，但如果上述越权行为已经严重违反国际取证一般原则或者证据所在地国提出异议的，应禁止进入我国诉讼。

第二步，实质审查。一是审查电子数据储存介质的原始性和同一性。通过审查存储介质的扣押、移交等法律手续及清单，核实电子数据存储介质在收集、保管、鉴定、检查等环节的中是否保持原始性和同一性。对于委托外国执法机关取得的电子数据，若未移送相关情况的笔录、清单或说明，且影响真实性认定的，应当请求其补充取证及保管的情况说明。对于我国侦查人员通过国际司法协助共同参与获取的电子数据，若外国执法人员在移送时缺乏对相关收集、保管等情况的说明的，可以仅由我国公安机关对其进行补充说明，能够确认真实性的可以作为证据使用。二是审查电子数据本身的客观性、真实性。通过审查电子数据的来源与收集过程，核实电子数据是否从原始存储介质中提取，收集的程序和方法是否符合我国刑事诉讼法的基本规定。同时，审查从境外取得的电子数据是否进行无污染鉴定，鉴定意见是否符合提取、固定电子数据的范围和程序要求，确保电子数据不存在被篡改、增减的情况。

（四）境外刑事证据准入“形式—实质二步审查”模型的实际应用——以“李波故意杀人案”为例³⁵

1.基本案情与案件的办理过程

2006年12月13日15时许（美国当地时间，下同），李波与其妻子（被害人）高某某因感情纠葛在美国加利福尼亚州洛杉矶县圣盖博市的住所内发生争吵，李波激愤中卡扼高某某颈部致其死亡。后李波将被害人尸体装入垃圾桶内，开车运至加州南艾尔蒙地市一处公园内，将垃圾桶推入湖中。2007年1月9日，被害人高某某的尸体被美国警方发现，美方展开侦查并对李波进行了四次调查询问，但李波均否认犯罪事实。2014年7月，经过DNA比对，美国警方确认李波有高度作案嫌疑，加州洛杉矶高等法院对李波以谋杀罪和强奸罪签发逮捕令，但李波已于2010年返回中国江苏省扬州市。李波与高某某均为中国公民，而中美之间

³³ 参见冯俊伟：《境外电子数据的取得与运用——基于第67号检察指导性案例的展开》，载《国家检察官学院学报》2021年第4期，第148页。

³⁴ 参见陈丽：《跨境电子取证的中国应对》，载《国家检察官学院学报》2022年第5期，第35-38页。

³⁵ 参见扬州市中级人民法院（2016）苏10刑初29号刑事判决书。

尚未签订司法引渡条约。2014年10月，中国警方在美方邀请下赴美接受案件及证据材料。2015年9月，公安机关将李波抓获归案。2016年1月，中国警方通过国际警务合作赴美并在美国警方的带领及主持下完成补充调查取证工作。2016年11月，扬州市检察院以故意杀人罪对李波提起公诉。2017年12月，扬州市中级法院以故意杀人罪判处李波无期徒刑，剥夺政治权利终身。

2. 境外刑事证据准入审查

该案绝大部分证据包括物证、书证、视听资料、鉴定意见、现场勘验、尸检照片以及美国警方的调查报告、陈述、访谈报告等，均由美国警方依据美国法律取得并通过国际警务合作的方式移交给我国公安机关。境外证据的准入与适用成为本案的审查重点。结合前文分析，对该案证据的审查可以按照境外刑事证据准入“形式—实质”二步审查模型分步骤进行。

第一步，引用外国法、国际公约和双边条约作为准据法，对境外证据进行形式审查。对于美国警方移交的证据，基于尊重国家主权原则，只要辩方没有提出异议，一般不进行形式审查，即便有不同异议，只要警方在取证过程中符合最低限度标准，亦具有可采性。本案中，美国警方获取的证据符合《美国联邦证据规定》，取证程序和方式上虽与我国存在差异，但也并未突破我国刑事诉讼法基本规定，且辩方律师对证据的合法性和真实性未产生质疑。据此，美国警方取证行为合法，移交的境外证据通过形式审查。

第二步，引用我国法律对境外证据进行实质审查。一是审查境外证据的提供主体和来源。美方出具的邀请函、公安部出国任务批件、中美双方交接清单、证据清单、中方工作组出具的情况说明等，证实了该案证据资料的来源、提供人和提供时间，证明中美警方通过警务合作方式取得及移送的证据来源合法、内容真实有效。二是审查境外证据对案件事实的证明效力。在实物证据方面，美方鉴定机构、鉴定人员的证书，符合我国刑事诉讼法关于鉴定资质的规定。对于鉴定结论，由于被害人尸体已火化不具备移送我国再次鉴定的可能，通过委托我国法医学专家对尸检报告和毒理学检测报告进行专业解读，验证了境外鉴定结论的科学性和合理性。在言词证据方面，取证行为没有出现违反自愿性的情况，对于美国移送的访谈报告不属于我国法定证据种类的情况，通过重新赴美取证制作询问笔录，巩固证据的证明效果。可见，运用境外刑事证据准入“形式—实质二步审查”模型，能够为司法机关办理该案提供具体有效的审查思路和方法，为境外刑事证据顺利参与诉讼提供保障。

五、结语

在国际刑事司法协作当中，任何国家既作为证据取得和运用国，亦作为证据的保存及提供国，提供证据的负担与享受协助便利总体对等。我国正处于知识、资本等的跨境流动日趋频繁的发展转型期，跨境刑事管辖对境外证据的需要不断增加，衍生出证据审查诸多争议。境外证据审查规则的构建既要立足实践需要，

也应注重国家在司法协助中基本立场的平衡，构建一种渐进的双重证据审查模型是回应当前司法办案需要的有益探索。本文提出的“形式—实质二步审查”模型，吸收域外法审查要素从而有效缓和单一本国法审查的立场冲突，赋予域外法审查基本排除功能以进一步促成国际合作与互信，同时以国内法严格审查采信证据，确保定案证据与事实经得起检验。当然，上述审查模型是否能够发挥预设功能价值，仍有待实践运用与检验，未来应在取证与审查的一体化定位下继续完善审查模型，通过细化分类审查规则提升模型的精确性和科学性。

2025年中国国际法学会年会

跨境追赃中犯罪资产分享制度构建研究

戚永福* 曹瑞璇**

摘 要: 犯罪资产分享制度是一种以国际合作方式实现跨境追赃实践效果的资产追回方式。中国构建犯罪资产分享制度旨在实现犯罪治理的维新, 重塑追赃方式的架构以及应对全球治理的博弈。立足跨境追赃的现实需求, 应当对犯罪资产分享制度的构建作全面的理论探讨和基础制度构思, 在坚持国家主权原则下兼顾中国国情并与国际接轨。从模式选择、要素明晰及保障措施三个不同维度, 探索构建科学高效的犯罪资产分享机制, 进一步推动跨境追赃工作法治化、常态化、体系化。

关键词: 跨境追赃 资产分享 刑事司法协作 违法所得没收 国际合作

一、引言

犯罪资产分享制度在国外已得到广泛承认, 以美国、英国、加拿大和澳大利亚为代表的发达国家都建立了相对成熟的犯罪资产分享制度, 并通过该制度协助或追回转移至境外的犯罪资产。当前, 在跨境追赃中, 如何科学构建我国犯罪资产分享制度已成为犯罪治理的一个重要议题。在探讨、构思犯罪资产分享制度构建前, 有必要先梳理该制度的法律依据及其内涵界定。客观上, 犯罪资产分享制度的法律渊源主要有国际公约、双边条约和国内法。从国际法视角看, 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances) 第 5 条第 2 款第 3 项首次提出分享收益和财产所得的内容。¹2000 年《联合国打击跨国组织犯罪公约》(United Nations Convention against Transnational Organized Crime) 承袭相关条文精神, 在其第 14 条第 3 款第 2 项规定, 缔约国之间可以根据本国法律或行政程序, 逐案或经常性的分享犯罪所得的内容。²尽管 2003 年《联合国反腐败公约》(United Nations Convention against Corruption) 并未直接提及资产分

* 戚永福, 上海市奉贤区人民检察院党组成员、副检察长, 三级高级检察官, 上海交通大学博士研究生。

** 曹瑞璇, 上海市奉贤区人民检察院, 二级检察官助理, 法学博士, 上海市奉贤区南公路 9511 号, 201499, 18017190102, cao_ruixuan@126.com。

¹ 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 5 条第 2 款第 3 项: “..... (二) 按照本国法律、行政程序或专门缔结的双边或多边协定, 定期地或逐案地与其他缔约国分享这类收益或财产或由变卖这类收益或财产所得的款项。”

² 《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 14 条第 3 款第 2 项: “.....三、一缔约国应另一缔约国请求按照本公约第十二条和第十三条规定采取行动时, 可特别考虑就下述事项缔结协定或安排: (二) 根据本国法律或行政程序, 经常地或逐案地与其他缔约国分享这类犯罪所得或财产或变卖这类犯罪所得或财产所获款项。.....”

享,但其第 57 条第 5 款有关没收财产最后处分的规定,实际上鼓励缔约国采用分享罚没资产的方法开展跨境追赃,这实质上体现了分享腐败犯罪资产的合作目标。³此外,2005 年联合国经济及社会理事会发布的《关于分享没收的犯罪所得或财产的示范协定》(Model agreement on sharing confiscated proceeds of crime or property)(以下简称《示范协定》)对犯罪资产分享原则、方式、比例及后续处理作出规定,但《示范协定》仅是倡议性的条文,并不具有普遍约束力。基于此,我国作为上述国际公约的缔约国,应积极履行相关公约项下的义务,将其中关于资产分享的规定和精神转化为国内法,在我国《刑法》《刑事诉讼法》中增加犯罪资产分享的相关条文。此外,域外实践中,资产流出国、请求国与资产流入国、被请求国通常采用双边协定或逐案协议模式开展犯罪资产分享,这些实践也为我国开展跨境追赃提供了国际合作的制度空间。从国内法视角看,尽管 2018 年我国《刑事司法协助法》通过国内立法形式规定了犯罪资产没收和返还问题,但是相关条文数量仅 2 条涉及 4 处,且内容较为原则,缺乏可操作性,对于我国与外国如何开展犯罪资产分享有待进一步明确。⁴此外,我国与域外大多数国家尚未缔结有关犯罪资产分享的双边协定,现有的国际刑事司法协作中,主要集中在文书送达方面。跨境追赃中的国际协作处于个案散发状态,导致我国在此过程中需要耗费大量时间和精力开展个案协商,这一过程具有复杂性和敏感性,无法有效应对赃款转移手段的隐蔽性和追赃的及时性的现实需求,导致大量犯罪资产无法追回。⁵基于此,我国有必要探索建立符合我国国情且与国际接轨的犯罪资产分享制度。

犯罪资产分享已成为国际追赃中的通行做法,以美国等为代表的发达国家也取得了良好实践效果。为没收毒品犯罪收益,美国较早地在国内法中建立了民事没收制度,并逐渐扩展适用于洗钱和腐败犯罪,在此基础上美国又进一步形成并完善了与外国分享犯罪资产的制度,该做法也相继被英国、加拿大和澳大利亚所吸纳。⁶数据显示,在 1989 年至 2007 年期间,美国共与域外 35 个国家分享了近 2 亿美元的没收犯罪所得。⁷但是,对于“犯罪资产分享”的概念,各国及国际公约中至今都没有一个统一权威的界定。⁸梳理理论界相关概念界定可以发现,犯罪

³ 《联合国反腐败公约》第 57 条第 5 款:“五、在适当的情况下,缔约国还可以特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或者可以共同接受的安排。”

⁴ 例如,根据《刑事司法协助法》第 49 条第 2 款,对于协助没收、返还违法所得及其他涉案财物,协助国提出分享请求的,对外联系机关可以会同主管机关与该国协商确定分享数额和比例。

⁵ 参见李斌:《“一带一路”倡议下我国与沿线国家刑事司法合作制度研究》,载《南宁师范大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 1 期,第 184 页。

⁶ 参见欧福永、刘益恒:《论我国反腐败国际追赃中腐败资产分享制度的构建》,载《时代法学》2016 年第 2 期,第 45 页。

⁷ 参见欧福永、刘益恒:《论我国反腐败国际追赃中腐败资产分享制度的构建》,载《时代法学》2016 年第 2 期,第 48 页。

⁸ 在不同国家,犯罪资产分享制度的称谓亦不同。例如美国称之为“公平分享”(equitable sharing),英国称之为“资产追回奖励计划”(asset recovery incentive scheme),加拿大称之为“没收财产分享”(forfeiture property sharing),澳大利亚称之为“公平分享计划”(equitable sharing program)。

资产分享通常是指犯罪资产所在国（被请求国、协助国）与资产流出国（请求国）之间根据国际公约、双边条约或者逐案协议等形式，基于相关国家在犯罪资产没收中所作出的贡献大小，将没收的犯罪资产按照一定比例进行分享的制度。⁹在厘清犯罪资产分享的内涵之后，相关域外国家的法律制度和司法实践为多维度思考犯罪资产分享制度的利弊提供了有益指引。有鉴于此，在当前跨境追赃的新形势下，结合域外可借鉴的经验，需要着重思考我国构建犯罪资产分享制度的现实需求，进一步明确犯罪资产分享制度的模式路径、实体和程序性要素以及运行保障等具体内容，以期为助力跨境追赃提供必要的构建思路。

二、逻辑基础：跨境追赃中犯罪资产分享制度构建的现实需求

在跨境追赃中，我国探索构建犯罪资产分享制度具备深厚的现实基础，这主要体现在犯罪治理维新、追赃方式补充和全球治理博弈三个方面。

（一）资产分享制度是犯罪治理维新的应有之义

1. 传统“重追逃、轻追赃”执法理念的消极影响。跨境追逃追赃既是国家治理的重要内容，也是推进全球治理与国际关系法治化进程中不可或缺的推动力。¹⁰在犯罪治理中，跨境追赃挽损是治理工作的难题之一。长期以来，我国在跨境追逃追赃实践中，存在“重追逃、轻追赃”的理念，执法机关重点关注对犯罪人的追逃，而忽视了对犯罪所得的追缴。例如，在2006年12月26日，根据《中华人民共和国和泰国引渡条约》，陈满雄、陈秋园被成功引渡回国后，追赃才成为专家组的主要任务，但此时距离两人出逃已过去七年。¹¹在赖昌星遣返案中，鉴于当时中国与加拿大并未签订双边引渡条约，加拿大曾经和中国就个案商谈犯罪资产分享协议，但中国当时一方面坚持国家财产绝对豁免制度，另一方面受到“重追逃、轻追赃”理念的潜在影响，导致大量赃款至今尚未被追回，加之本案耗时12年，赃款未追回也直接影响到境外追逃追赃的工作成效。¹²究其原因，具体有三：第一，在国际追赃合作中，受传统“重追逃、轻追赃”执法观念影响，执法机关对于境外追赃积极性不高，导致国际追逃与追赃相互脱节，缺乏一体推进的协作合力。第二，根据我国国内法相关规定，对于没收的财物和罚金，查封、扣押、冻结的赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人以外，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。¹³在此法律规定基础上，我国当时并未与其他专门国家缔结有关犯罪资产分享的双边协定，并且一些双边刑事司法协助条约中作出了犯罪资产应

⁹ 参见商浩文：《境外追赃中犯罪资产分享制度研究》，载《中国法学》2022年第5期，第287页。

¹⁰ 参见高巍：《新时代跨境追逃追赃的理念与机制》，载《法学杂志》2018年第6期，第115页。

¹¹ 参见高一飞、韩利：《国际反腐败合作中的追逃附带追赃》，载《政法学刊》2020年第4期，第88页。

¹² 参见蒋新苗、谢志钊：《我国构建跨境追赃资产分享法律机制研究——基于功能主义的视角》，载《湖湘法律评论》2023年第3期，第135页。

¹³ 《中华人民共和国刑法》第64条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”《中华人民共和国刑事诉讼法》第245条第4款：“人民法院作出的判决生效以后，有关机关应当根据判决对查封、扣押、冻结的财物及其孳息进行处理。对查封、扣押、冻结的赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人的以外，一律上缴国库。”

全部返还受害国的规定。¹⁴实际上，国内立法和刑事司法协助条约中的类似规定，既与国际公约精神相悖，也与其他国家国内法和国际实践存在一定冲突，在很大程度上影响被请求国提供司法协助的积极性，导致犯罪资产陷入无法追回的尴尬境地。¹⁵第三，我国理论界和实务界曾长期严格坚持国家财产豁免原则，认为与外国进行资产分享损害了国家主权，因此，对资产分享制度持否定态度，导致资产流入国缺少协助追缴犯罪资产的合作意愿，进而影响追赃工作的实际效果。总而言之，我国应当对传统执法理念进行变革创新，既要注重追逃，也要重视追赃，一体推进追逃追赃从而实现惩防并举的目标。

2. 关于犯罪资产分享制度理念与立场的转变。随着犯罪资产外流现象愈演愈烈，我国逐渐认识到追逃与追赃是相辅相成、一体推进的关系，因此，我国开始改变“重追逃、轻追赃”的工作思路，逐渐重视并承认了犯罪资产分享制度。首先，在国际公约谈判过程中，我国对犯罪资产分享态度发生了转变。例如，在《联合国反腐败公约》谈判中，我国对于犯罪资产分享问题的态度发生了显著转变，即在贩毒、洗钱、受贿等无财产受害人的犯罪中，我国不排除资产分享的可能。¹⁶随着我国成为《联合国反腐败公约》的缔约国，意味着我国承认犯罪资产分享制度的合理性并主动承担相应的国际义务。其次，通过国内立法形式逐渐承认犯罪资产分享制度。具体而言，2007年12月，我国《禁毒法》第57条明确规定，通过国际合作查获的毒品犯罪的非法所得及其收益，可以与有关国家“分享”。¹⁷2012年修订的《刑事诉讼法》第五编第三章中增设“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”，该程序旨在解决贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件违法所得及其他涉案财产的追缴问题，而不是追究犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任。2018年，我国《刑事司法协助法》第49条正式确立了资产分享制度，第54条主要涉及外国请求协助没收、返还违法所得及其他涉案财物在我国司法实践中的运用。¹⁸最后，积极与我国主要的犯罪资产流入国构建犯罪资产追缴合作机制，努力达成机制化、实效性、长效化目标。跨境追赃需要资产流入国的合作才能顺利开展。2016年9月22日，中国与加拿大签订了《关于分享和返还被追缴资产的协定》，这是我国签订了第一个，也是唯一一个关于犯罪

¹⁴ 参见陈晖：《〈联合国禁毒公约〉与我国洗钱收益之没收》，载《环球法律评论》2006年第6期，第760页。

¹⁵ 参见陈晖：《〈联合国禁毒公约〉与我国洗钱收益之没收》，载《环球法律评论》2006年第6期，第760页。

¹⁶ 参见武鑫：《犯罪资产分享制度在中外反腐合作下的适用进路》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2017年第1期，第22页。

¹⁷ 《中华人民共和国禁毒法》第57条：“通过禁毒国际合作破获毒品犯罪案件的，中华人民共和国政府可以与有关国家分享查获的非法所得、由非法所得获得的收益以及供毒品犯罪使用的财物或者财物变卖所得的款项。”

¹⁸ 《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第49条规定：“当外国协助没收、返还违法所得及其他涉案财物时，由对外联系机关会同主管机关就有关财物的移交问题与外国进行协商。如果外国提出分享请求，分享的数额或比例由对外联系机关会同主管机关与外国协商确定。”

资产返还与分享的双边协定，但遗憾的是该协定至今尚未获得加拿大国会批准生效，我国也没有相关国内法与之衔接，实践中我国与加拿大关于资产分享亦尚未有成功案例。¹⁹

（二）资产分享制度是跨境追赃方式的必要补充

1. 刑事司法协助条约与引渡条约追赃的有限性。刑事司法协助与引渡的实施都以双方签订条约为前提，在“点对点”的刑事司法协助条约或引渡条约未能签订的情况下，如何实现跨境追赃挽损成为犯罪治理过程中不可回避的问题。实践中，我国职务犯罪及经济类犯罪的相关资产主要流入一些发达国家，如美国、英国、澳大利亚、加拿大、比利时、日本、新加坡、泰国、南非等五大洲近 100 个国家或地区。²⁰截至 2024 年，我国已与近 60 个国家签订双边刑事司法协助条约。²¹但是，通过双边刑事司法协助条约开展境外犯罪资产追回难以适应当前跨境追赃的新形势。一方面，我国犯罪资产流入国呈现出数量多、广泛性特征，现有双边刑事司法协助条约的数量仍然偏低，中国仅能够与少数国家开展境外追赃的刑事司法协助；²²另一方面，尽管我国与西方发达国家缔结的一些刑事司法协助条约，但是大多数条约并没有犯罪资产追回的司法合作内容。²³实践中由于双边刑事司法协助条约和国际公约中缺少详细规定，在相关发达国家建立相对成熟的犯罪资产分享制度的背景下，如果没有配套制度措施促进我国在国际刑事司法协助中开展资产分享工作，那么必然会影响到资产流入国协助我国追缴犯罪资产、提供司法协助的积极性，进而降低我国成功追赃的概率。²⁴与此同时，我国绝大多数刑事司法协助主要集中在文书送达方面，有的刑事司法协助条约甚至明确规定本条约不适用于对人员的引渡。²⁵此外，截至 2023 年 9 月，我国已经与 60 个国家缔结双边引渡条约，涉及亚洲国家 20 个、欧洲国家 14 个、非洲国家 14 个、拉美国家 11 个、大洋洲国家 1 个。²⁶我国缔结双边引渡条约的相对方主要是一些发展中国家。在未签订双边引渡条约或者引渡条约中没有专门条款明确规定境外犯罪资产移交或返还问题时，受害国提出引渡、遣返以及移交犯罪资产等请求均没有法律依据，除非另外再签订刑事司法协助条约或专门的资产分享协定。因此，

¹⁹ 参见姜伟、曹吴清：《反腐败追逃追赃国际合作的若干问题》，载《中国应用法学》2023 年第 2 期，第 21 页。

²⁰ 参见王文华：《境外追逃追赃国际刑事合作：现状与未来》，载《检察日报》2020 年 11 月 10 日，第 3 版。

²¹ 参见古俊峰、施涵佳：《主权原则对网络域外执法的规制》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2024 年第 2 期，第 131 页。

²² 参见王君祥：《国际刑事没收立法评析及其对中国的启示》，载《中国国际法年刊》2011 年第 1 期，第 299 页。

²³ 参见王君祥：《国际刑事没收立法评析及其对中国的启示》，载《中国国际法年刊》2011 年第 1 期，第 299 页。

²⁴ 参见陈统：《反腐败境外追赃资产分享制度的域外考察》，载《江西警察学院学报》2021 年第 1 期，第 27 页。

²⁵ 例如《中华人民共和国和泰国王国关于刑事司法协助的条约》第 3 条第 1 款；《中华人民共和国和菲律宾共和国关于刑事司法协助的条约》第 3 条第 1 款。

²⁶ 参见吴琼：《中国对外缔结引渡条约 30 年来成绩斐然》，载《法治日报》2023 年 9 月 4 日，第 5 版。

我国刑事司法协作和引渡制度存在明显缺漏。

2. 国内法追赃与境外民事诉讼方式追赃的局限性。《联合国反腐败公约》第五章专章规定了资产追回程序,并确立了通过刑事诉讼和民事诉讼追回犯罪所得和犯罪资产的两种方式。²⁷赃款赃物所在国犯罪所得追缴或其他国内法追赃主要是依据资产所在国的国内法开展,但是追回赃款仍需要通过刑事司法协助制度,包括《联合国反腐败公约》中规定的“直接追回财产的措施”和“通过没收事宜的国际合作追回资产的机制”等法律手段。²⁸《联合国反腐败公约》要求各缔约国允许资产追回国就追回腐败犯罪所得在财产所在国提出民事诉讼,此项规定本质上赋予国家作为腐败犯罪资产追缴的适格民事主体。²⁹但是,资产追回国在资产所在国进行民事诉讼时,需要根据资产所在国的国内法作为诉讼依据,而不能直接援引《联合国反腐败公约》相关规定,因为该公约不是自动执行的条约,需要经过国内法转化才能适用。此外,相较于刑事诉讼途径,境外民事诉讼追赃具有灵活性和高效性。一方面各国民事诉讼法律依据相对完备、适用范围广泛、证明标准相对较低,另一方面在财产所在国提起民事诉讼,对于财产保全请求、进行缺席审判的裁决更容易被承认和执行。³⁰与此同时,境外民事诉讼追赃也存在诉讼成本高昂、构建完整财产流向证据链难度较大、败诉风险高等缺陷。³¹总而言之,境外民事诉讼追赃尚未得到广泛和有效利用,我国跨境追赃中亦不例外。

3. 刑事政策以及违法所得没收程序追赃的制度困境。2014年10月10日,“两高两部”联合发布《关于敦促在逃境外经济犯罪人员投案自首的通告》,旨在敦促外逃人员投案自首,加大追赃追逃力度。该通告规定追逃人员积极挽回受害单位或受害人经济损失的,可以减轻处罚。³²退赃行为是犯罪分子或其家属对犯罪行为认识和悔过的体现,如果犯罪分子或其家属坚决不退赃,既没有其他约束性手段,也无法实现自动退赃的示范效果。此外,我国刑法规定了两种没收措施,在大多数国家已不再适用一般没收措施,而特殊没收措施是现阶段常用手段,即对于与犯罪有关的一切违法所得予以收缴或者责令退赔。³³根据我国《刑事诉讼法》第298条,在刑事定罪判决前先行收缴违法所得和其他涉案财产需要满足两个条件:一是适用案件范围包括贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件;

²⁷ 参见陈雷:《关于构建我国反腐败民事诉讼追赃机制若干问题的思考》,载《当代法学》2008年第6期,第72页。

²⁸ 参见孙婧惠:《经济犯罪侦查中境外追赃的难点及对策》,载《湖北警官学院学报》2015年第10期,第38页。

²⁹ 参见卢月:《反腐败国际追赃法律问题研究》,华东政法大学2016年博士论文,第4页。

³⁰ 参见孙婧惠:《经济犯罪侦查中境外追赃的难点及对策》,载《湖北警官学院学报》2015年第10期,第38页。

³¹ 参见罗欣:《聚焦追赃国际合作中的“四个如何”》,载《检察日报》2012年6月27日,第3版。

³² 参见《公安部等四部门联合发布通告 敦促在逃境外经济犯罪人员投案自首》,来源:中华人民共和国公安部官网,2014年10月10日, <https://www.mps.gov.cn/n2253534/n2253535/c4768160/content.html>,访问日期2024年1月22日。

³³ 参见孙婧惠:《经济犯罪侦查中境外追赃的难点及对策》,载《湖北警官学院学报》2015年第10期,第39页。

二是其他限定条件需要符合犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡或者通缉一年后仍不到案的。³⁴2017年1月5日,“两高”《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》进一步指出,对于洗钱犯罪案件,可以适用特别程序追缴违法所得及其他涉案财产。³⁵对于适用违法所得没收程序案件,适用“具有高度可能”的证明标准。违法所得没收程序实际上是一种“对物之诉”,不涉及对其刑事责任的追究,但该程序适用范围较为严格,程序复杂,自2012年《刑事诉讼法》修改以来实践中适用比例一直较低。³⁶截至2025年1月,笔者通过中国裁判文书网,通过高级检索栏目选择案由“刑事案由”、案件类型“刑事案件”、审判程序“申请没收违法所得”作为筛选条件,共检索到67份相关文书,涉及境外追赃的仅两份文书,主要涉及贪污犯罪逃匿境外,被通缉一年后未到案以及走私珍贵动物制品犯罪逃匿境外,并死亡的情形。因此,从程序适用现状来看,违法所得没收程序也难以有效应对跨境追赃的现实需求。

（三）资产分享制度是应对全球治理博弈的必要举措

1. 联合国框架下犯罪资产分享法律体系基础不够完善。全球化时代背景下,犯罪治理目标的实现,单纯依靠一国国内治理已不足取,迈向全球治理合作是必然趋势。在国际舞台上,全球治理博弈十分复杂,其实质是发达国家与发展中国家针对特殊国际议题的战略利益考量,并通过争夺国际话语权的方式充分展现。基于目前联合国主导下的国际公约是不同国家之间立场、利益等多元要素相互博弈的结果,相关条文的抽象性和模糊性不可避免地产生无法有效应对跨境追赃现实情境的后果。实践中,各国主要利用双边协定或逐案协议的方式来解决具体的追赃问题,并约定资产分享相关事宜。这不仅弥补了联合国内部机制的缺位与不足,也为跨境追赃中犯罪资产分享创造了一个高度灵活的全球治理框架。但是,国际规则和国际制度是话语实践和利益博弈的产物,缺乏统一的国际规则和国际制度就意味着在跨境追赃领域,资产流出国和资产流入国之间的话语争夺和利益博弈会日益激烈。事实上,犯罪资产分享制度本身就在这博弈过程中产生并发展。具体而言,一方面,跨境追赃以维护国家主权为原则,在犯罪资产流入国外的情形下,跨境追回犯罪资产容易对资产流入国的司法主权造成侵害,进而引发资产流入国的反感、抵触和反击。³⁷另一方面,跨境追回已流入他国的犯罪资产,查封、扣押、冻结等一系列措施都需要协助国提供协助并付出必要成本,如果坚持犯罪资产全额返还流出国、受害国的主张,必然会影响资产流入国的协作积极性,

³⁴ 《中华人民共和国刑事诉讼法》第298条:“对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人逃匿,在通缉一年后不能到案,或者犯罪嫌疑人、被告人死亡,依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。”

³⁵ 参见王晓东、刘晓虎:《〈关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2017年第16期,第33页。

³⁶ 参见艾明、桑志强:《涉案财物法庭审理程序研究》,载《兰州学刊》2023年第10期,第98页。

³⁷ 参见张磊:《境外追逃追赃良性循环理念的界定与论证》,载《当代法学》2018年第2期,第69页。

这在很大程度上也会影响跨境追赃的效果。因此，犯罪资产分享制度试图在填平资产流入国协助成本、奖励其协助贡献以及追回部分赃款之间寻找国家利益最大化的平衡点。

2. 犯罪资产分享制度是话语权争夺的重要载体。中国应遵循国际公约精神，坚持国家主权原则，互惠互利地妥善处理域外国家主管机关提出的关于分享追缴成果的建议和要求，从物质上充分保证双方积极开展国际司法合作的基础。特别要说明的是，在国际执法合作和全球治理领域，通过谈判达成的制度性安排，相关规则体系的确立不一定是完全与国际社会关系调整的现实需求相契合的，反而更有可能成为较为强势一方输出其价值观念、思想理论和实践经验的载体。³⁸ 犯罪资产分享制度对内旨在强化犯罪治理效果，对外意在维护国家主权和辅助争夺国际话语权。建立犯罪资产分享制度的直接效果是强化跨境追赃的执法力度，在全球治理语境下，这项制度能够帮助我国消解跨境追逃追赃领域一些刻板印象，通过参与、推动、引领相关规则的制定等方式，最终阐述我国的理念和立场，在全球治理中取得法治博弈的有利地位。早在 2016 年，我国充分利用 G20 等国际组织影响力，一致通过了《二十国集团反腐败追逃追赃高级原则》，充分反映了中国反腐败实践经验转化为全球治理效能的生动示例。借鉴此经验，我国在跨境追赃过程中必须主动参与，努力深化执法司法国际合作，引领相关国际治理规则的制定，进而推动形成公正合理透明的国际规则体系，这不仅有利于维护我国国家主权和国家利益，也有助于提升我国在全球治理变革中的话语权和影响力。³⁹ 为此，构建科学高效的资产分享制度可以配合现有的刑事司法协助制度，一体推进跨境追逃追赃工作。基于跨境追赃国际合作广度和深度的扩宽和延伸，加强国际规则和国际制度的构建与完善，通过增强话语叙事能力提升应对全球治理博弈挑战的能力，努力形成跨境追赃的强大合力。

三、制度构建：建立符合中国国情、与国际接轨的犯罪资产分享制度

承认犯罪资产分享制度是高效开展跨境追赃工作的重要方式之一。近年来，我国虽然逐步接受了犯罪资产分享制度，但是距离建立完善的制度体系还有一定差距。为适应跨境追逃追赃新需求，我国要在求同存异原则的指导下，直面客观现实，积极转变传统犯罪治理理念，探索构建既符合我国国情又与国际接轨的犯罪资产分享制度。

（一）模式选择：以签署逐案协议或双边协定为主轴

鉴于国际公约有关犯罪资产分享的约文基本是倡导性、原则性的规定，缺乏可操作性。实践中，请求国与被请求国主要以缔结双边条约的形式分享犯罪资产，以经济激励手段提高被请求国协作的参与度和积极性。目前，域外犯罪资产分享

³⁸ 参见宋云博、汪圣杰：《新质生产力语境下推进中国式现代化涉外法治的原维度》，载《时代法学》2024 年第 6 期，第 15 页。

³⁹ 参见杨琼：《海外中国犯罪资产分享的规则构建初探》，载《思想战线》2023 年第 4 期，第 154 页。

模式主要可划分为“条约前置型”和“逐案协议型”两类。对于犯罪资产分享，加拿大曾经坚守绝对的条约前置模式，即“无条约不分享”，任何犯罪资产的返还或处置给外国，必须以双方签订双边国际刑事司法协助条约或其他相关条约为前提。但近年来，加拿大逐渐放弃了单一的条约前置模式，并接受了运用逐案协议模式开展犯罪资产分享合作的实践。逐案协议模式主要是指在没有签订双边条约的情形下，请求国与被请求国可以在具体案件中，视个案情况，通过个案协商形成逐案协议，并就资产分享相关事宜达成共识。例如，即使美国与外国之间不存在刑事司法协助协议，美国国务院（State Department）可以根据个案签署逐案协议，以满足针对罚没资产分享的要求。根据澳大利亚 2002 年 10 月颁布的《犯罪收益追缴法》（Proceeds of Crime Act 2002），通过设置专门的“被罚没资金账户”，用于接收被没收的犯罪资产，并按照“公平分享计划”向对案件办理具有贡献度的联邦内政府或提供协助的外国进行资产分享。⁴⁰需要指出的是，中国与澳大利亚没有签订双边犯罪资产分享协议。在“李继祥挪用公款案”中，澳大利亚政府认为中国政府对于李继祥涉及洗钱犯罪相关资产的发现、调查和起诉提供了具有“重要贡献”的司法协助，并根据“公平分享计划”将 416 万澳元退还给中国。⁴¹因此，澳大利亚也允许就具体个案达成逐案协议。上述两种模式各有利弊。条约前置模式通过严格的法律程序和国家间协商，确保了犯罪资产分享的法律依据明确，避免了法律解释的模糊性和不确定性，具有较高的稳定性和预测性。但是条约前置模式适用范围有限，在请求国与被请求国未签订双边司法协助或相关条约的情况下，导致无法进行有效的犯罪资产分享合作。与此同时，条约前置模式要求请求国与被请求国逐一签订资产分享相关的条约，国家间协商和谈判过程可能繁琐耗时，不可避免地引发效率低下问题。因此，突破条约前置模式具有现实合理性。逐案协议模式的优点是可以灵活处理具体个案中的犯罪资产分享问题，并得到了域外多数国家的认同，但实践中每次个案协商也会面临复杂繁琐、耗费时间长等缺点。有鉴于此，我国应当以签署逐案协议或双边协定为主轴，通过“双管齐下”的多元化方式实现追回犯罪资产的目标。

从可行性来看，在多边谈判中达成具有普遍执行力的犯罪资产分享规则困难重重，在短期内协调数十个资产流入的发达国家或地区的难度颇高。同时，联合国《示范协定》的颁布已近 20 年，将其逐渐转变为犯罪资产分享领域的“基本法”也存在现实困境。从此层面，通过多边方式，以国际公约形式确定犯罪资产分享规则的美好愿景在短期内无法实现。基于此，作为资产流出国、协助请求国，我国现阶段可以通过签订逐案协议、双边条约的方式，推动犯罪资产分享制度的构建。应当明确的是，目前我国仅与加拿大签订了《关于资产分享和返还被追缴资

⁴⁰ 参见卢月：《反腐败国际追赃法律问题研究》，华东政法大学 2016 年博士论文，第 86 页。

⁴¹ 参见赵丹：《论国际司法协助中的犯罪资产分享制度》，华东政法大学 2016 年硕士学位论文，第 34 页。

产的协定》，且前后耗时十年。可见，签订双边条约谈判过程繁杂，耗费时间长，因此，短期内中国与其他资产流入国签订双边资产分享协定也不现实。⁴²在下一阶段，一方面，我国可以探索以《示范协定》《关于资产分享和返还被追缴资产的协定》为模板，结合个案合作成功追回犯罪资产的案件经验，启动与美国、英国、澳大利亚等国家的犯罪资产分享双边协定的谈判工作，在双边协定中将犯罪资产分享问题固定化，为司法实践和法律解释提供稳定性和可预期性。另一方面，我国应在逐案协议中争取更多话语权。西方发达国家的犯罪资产分享通常立足资产流入国视角，与我国国情存在显著差异，现阶段我国不能单纯效仿或移植美国等国家犯罪资产分享规则和合作协调经验，当然固守同等待遇原则也不现实。国家间犯罪资产分享协议的达成，需要兼顾一般性和特殊性原则，对于具体个案合作，逐案协议需要针对特殊问题更加灵活地应对处置，坚持原则性和灵活性相统一，以达成没收犯罪资产并实现分享的合作共识。为此，我国应在谈判中坚持国家主权原则、对等原则、互惠原则，积极探索犯罪资产分享的中国模式和中国方案，在促进跨境追赃的国际合作的同时，注重在逐案协议中争取更多话语权，以维护国家利益。

（二）要素明晰：明确犯罪资产分享一般性要素

犯罪资产分享的一般实体性要素需要进一步明确：其一，资产分享的范围。对于资产分享的范围，相关国际公约的规定较为宽泛。例如《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》《联合国反腐败公约》将犯罪行为产生的财产均纳入犯罪资产，而《联合国打击跨国组织犯罪公约》以替代混合和孳息收益等一切形式的资产及收益作为标准来界定犯罪资产的范围。⁴³英国《2002年犯罪收益追缴法》将违法所得的原始财产、违法所得的替代收益、混合收益及利益收益均纳入可追缴资产的范围，⁴⁴我国与加拿大《关于分享和返还被追缴资产的协定》仅适用于“没有或无法认定合法所有人的犯罪所得资产”，对于可以确定合法所有人的犯罪资产需要全部返还。这实际上将资产分享的范围根据犯罪资产的性质和所有权归属作出了不同处理方式。而美国按照贡献度开展资产分享时，并不要求区分犯罪资产所得性质和所有权归属。因此，有必要通过财产识别程序准确划定资产分享的范围。此外，美国签订的刑事司法协助条约提倡犯罪资产的处置需要保护善意第三人权益以及使用没收资产赔偿被害人等。⁴⁵我国实践中也认同该观点，例如，在“黄艳兰贪污违法所得没收案”中，对依法被认定为善意第三方的债

⁴² 参见商浩文：《境外追赃中犯罪资产分享制度研究》，载《中国法学》2022年第5期，第298页。

⁴³ 参见陈统：《反腐败境外追赃资产分享制度的域外考察》，载《江西警察学院学报》2021年第1期，第28页。

⁴⁴ 参见施鹏鹏、尚晶：《违法所得特别没收程序的构造与完善》，载《人民检察》2014年第7期，第17页。

⁴⁵ See Treaty between the United State of American and the Federal Republic of Germany on Mutual Legal Assistant in Criminal Matters, Art.13(2); Treaty between the Government of the United State of American and the Government of Malaysia on Mutual Assistant in Criminal Matters, Art.17(3).

权人或利害关系人，对其享有的担保物权或其他合法权利应当依法保护。⁴⁶基于此，资产分享范围的确定需要考察被没收的财产所有权，在补偿被害单位和个人的损失，返还善意第三人的资产，扣除协助国必要成本之后再进行资产分享。其二，资产分享的比例。从域外经验和我国实践来看，资产分享数额和比例的大小主要取决于协助国在国际追赃中贡献度大小，贡献大则分享数额或比例就越大，贡献小则分享数额和比例就越小。实践中，有的国家明确规定不同区间的分享比例，有的国家对此并未作出特别规定。例如，美国根据外国提供的协助程度划分为实质帮助（Essential Assistance）⁴⁷、重要帮助（Important Assistance）⁴⁸和便利帮助（Facilitating Assistance）⁴⁹三种类型，并设置了对应的分享比例，即大于 50%、40%-50%、小于 40%。⁵⁰加拿大总检察长根据资产追回中相关国家的贡献大小将分享比例划定在 10%-90%之间，但加拿大的分享比例不得低于 10%，具体分配数额由司法部长负责计算。⁵¹但相关犯罪资产分享数额的确定，既要确保加拿大能够收回相关必要的支出和受到的损失，也要体现加拿大联邦政府或省政府做出的贡献。⁵²与之相比较，澳大利亚法律没有具体规定犯罪资产分享比例，但要求协助国作出“重要贡献”，对于“重要贡献”的界定取决于多重因素，如请求国提供证据材料的分量、犯罪行为所造成的损失等。⁵³实践中，尽管“一案一比例”的分享模式具有灵活性，但可能引发协商过程中效率低下问题，也不利于资产分享的制度化和规范化。我国可以考虑借鉴部门域外国家的制度设计，在立法中确立按照“贡献度”分享资产的原则。与此同时，协助国国内法中关于分享比例的规定在客观上也对我国具体分享比例的确定产生影响。因此，分享数额和比例的确定客观上涉及多重因素考量，我国可以吸收外国资产分享比例的合理之处，对于在我国追缴资产中作出贡献的国家，根据其作用大小，依据分享协议，对于不同种类

⁴⁶ 参见《最高人民法院第三十二批指导性案例》，载《检察日报》2021 年 12 月 10 日，第 2 版。

⁴⁷ 实质帮助判断标准：在没有签署机构或财产所有人合作的情况下，将可没收资产返还美国；放弃或放弃对被告或其财产提起诉讼的权利，以允许美国没收相关资产；在所有者、索赔者和第三方提起的诉讼中，尝试阻止外国政府以协助美国；向美国提供在针对存放在美国的财产的国内没收诉讼中胜诉所需的全部或大部分证据。

⁴⁸ 重要帮助判断标准：执行美国的没收令并将资产汇回；应美国的要求冻结资产，并解除冻结，使证人被告能够将资产汇回美国；根据引渡请求返还财产以便没收；花费大量的执法资源来协助美国；或者从事外国执法人员面临人身危险的执法活动。

⁴⁹ 便利帮助判断标准：披露导致美国调查并成功采取没收行动的信息；提供银行或其他金融记录，使美国能够确定可没收财富的位置和范围；支持美国努力说服外国银行采取步骤，便利没收在美国的账户收益；协助送达传票或进行调查取证；允许外国执法官员在美国没收程序中作证；或者允许外国领土被用于涉及美国执法官员的秘密行动，最终导致资产被没收。

⁵⁰ See Kash, Douglas A., and Jennifer A. Gorman. The International Sharing Program: Fostering International Cooperation, FBI Law Enforcement Bulletin, vol.70, no.2, February 2001, pp.31-32.

⁵¹ 参见高秀东：《国际刑事司法合作框架下的资产分享研究》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（2014 年第 1 卷），法律出版社 2014 年版，第 363 页。如果加拿大有主要贡献，分享比例最高可达 90%；有重要贡献，分享比例为 50%；有极小贡献，分享比例 10%。

⁵² 参见杨诚：《加拿大是否中国罪犯携款外逃的避难天堂？》，载《上大法律评论》2013 年第 1 卷第 1 辑，第 42 页。

⁵³ 参见欧福永、刘益恒：《论我国反腐败国际追赃中腐败资产分享制度的构建》，载《时代法学》2016 年第 2 期，第 48 页。

的犯罪资产给予相应比例的资产分享。⁵⁴具体而言，按照重大贡献、中等贡献和极小贡献程度，与外国主管机关协商具体比例，但需明确我国对被没收的犯罪资产的分享比例不应低于 10%。此外，为有效应对跨境追赃经费短缺和司法运作成本高昂问题，可以探索设立资产分享后的专项基金，这既有助于解决经费成本短缺问题，也有利于高效利用分享后所得的收益。⁵⁵

与此同时，犯罪资产分享的一般程序性要素也需要进一步明确：其一，资产分享主体与形式。资产分享主体应当是提供协助的国家或地区，排除个人与非政府组织。理论上，犯罪资产分享制度涉及国家主权让渡理论，必须由国家在主权独立、主权平等的基础上作出妥协和让步。实践中，犯罪资产分享的提起主体和协助主体也是国家，且在一些国家签署的双边刑事司法协作条约中也包含了“排除私人权利条款”。⁵⁶但是，一些域外国家开展犯罪资产分享工作的主体存在着差异性。在美国，犯罪资产分享的法律和政策赋予司法部长、财政部长或其指定人员相应的自由裁量权，他们有权将一定比例被罚没的资产或出售该资产的收益，分享给直接或间接参与扣押或没收财产的任何协助国。⁵⁷英国由内政部设立的“扣押资产基金”负责接受各国没收或分享请求，而澳大利亚则由总检察长负责该项事宜。⁵⁸为更好统筹推进跨境追赃工作，我国应在国内立法中明确负责犯罪资产分享的中央机关应当是对相关违法所得没收具有法定职权的机关，如国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等。⁵⁹对于犯罪资产分享的形式，请求应当以被请求国能够接受的语言以书面形式提出。其二，资产分享环节与方式。对于资产分享方式，存在“先分享后扣除”和“先扣除后分享”两种模式，两种模式的本质区别在于分享环节的没收成本由谁承担。⁶⁰美国采用“先分享后扣除”模式，即请求国在分享后还要承担美国提供协助时产生的必要费用。⁶¹该模式更有利于直接释放经济激励效果，并强化被请求国的协助行为选择。而澳大利亚采用“先扣除后分享”模式，即扣除执行成本以及各项费用后所剩余的资产进行分享。该模式有利于从源头上节约协助成本，具有一定经济性。因此，两种分享方式各有优势。考虑到我国通常是资产流出国和协助请求国，因此，在互惠原则

⁵⁴ 参见罗欣：《聚焦追赃国际合作中的“四个如何”》，载《检察日报》2012年6月27日，第3版。

⁵⁵ 参见蒋新苗、栗进东：《中国特色境外追赃没收裁决承认与执行法律机制的重构》，载《时代法学》2023年第4期，第7页。

⁵⁶ 参见焦经川：《浅谈美国没收资产国际分享制度及对中国的影响和启示》，载《行政与法》2016年第9期，第112页。

⁵⁷ See Kash, Douglas A., and Jennifer A. Gorman. The International Sharing Program: Fostering International Cooperation, FBI Law Enforcement Bulletin, vol.70, no.2, February 2001, p. 28.

⁵⁸ 参见毛兴勤：《违法所得没收裁定的域外执行：机遇、挑战与进路》，载《法治研究》2014年第3期，第124页。

⁵⁹ 参见商浩文：《境外追赃中犯罪资产分享制度研究》，载《中国法学》2022年第5期，第301页。

⁶⁰ 参见陈统：《反腐败境外追赃资产分享制度的域外考察》，载《江西警察学院学报》，2021年第1期，第30页。

⁶¹ See Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Jersey Regarding the Sharing of Confiscated or Forfeited Assets or Their Equivalent Funds, Art.1(a)

和对等原则下采用“先分享后扣除”的方式，更有利于激励资产流入国国家提供协助，以便扣押、查封、冻结财产和移交财产。⁶²

（三）保障措施：科学高效开展犯罪资产分享的制度保障

第一，完善反洗钱法律制度体系。跨境追赃目标的实现，需要从反洗钱法律制度实效性层面兼顾犯罪资产分享的实际效果。反洗钱法律制度不仅在于跟踪和识别犯罪资产，还包括对非法资产的监测和报告，这对于有效追踪和追回转移到境外的犯罪资产至关重要。在国内层面，我国有关洗钱犯罪的法律规范持续完善，为犯罪所得跨境追缴的国际私法协作奠定了路径基础。例如，《刑法修正案（十一）》将自洗钱行为入罪，2024年“两高”发布的《关于办理洗钱刑事案件适用法律问题的解释》都为预防洗钱活动、惩治洗钱犯罪及上游犯罪增加了打击力度。我国在洗钱罪立法领域不断努力与国际反洗钱标准相统一，这也在一定程度上为我国参与和利用全球反洗钱追赃机制排除法律障碍。⁶³但是相关国内立法，特别是《反洗钱法》应当进一步明确我国国内的反洗钱执法机构的职能定位，通过协调各主管部门和开展国际反洗钱执法合作实现信息情报分享和犯罪资产转移线索的双向移送，进而加强对境内犯罪资产转移的控制。⁶⁴此外，我国还应持续提升反洗钱数据治理方面的能力，充分发掘反洗钱数据在识别洗钱风险、打击各类违法犯罪行为等方面的价值。首先，依托数据标准化体系建设，从源头上保障反洗钱数据的完整性和准确性。其次，通过定期报告、案例评析等多种形式，由洗钱义务机构反馈可疑交易情况和应对处置措施。最后，积极探索构建大数据模型，提高我国金融机构和特定非金融机构洗钱风险识别能力和反洗钱监测分析能力。在国际层面，多边和双边国际合作都不容忽视。一方面，我国要加强与国际刑警组织、金融特别工作组（FATF）等国际机构的合作，通过共享情报、协调行动，增强跨境追赃的实践效果。在联合国框架下，持续深入参与受益人、犯罪资产追缴等领域国际标准、规则的修订。与此同时，充分利用金砖国家、二十国集团等多边平台，充分分享我国反洗钱立法和司法实践经验，以进一步凝聚反洗钱共识。另一方面，我国还要注重与美国、英国、加拿大、澳大利亚等国家相关机构保持反洗钱业务沟通协作。我国金融机构应当加强与他国金融机构和特定非金融机构的常态化合作，实时分享、报告可疑交易，帮助潜在的资产流出国执法机构识别和冻结犯罪资产，从而有效阻断赃款的流动。

第二，推动犯罪资产信息的共享合作。为提高资产流入国的协助效率，尽可能降低追缴犯罪资产过程中的成本，请求国与被请求国之间对于犯罪资产信息要更加及时、准确、全面地掌握和移送，这从客观上要求强化信息共享合作。具体

⁶² 参见蒋新苗、谢志钊：《我国构建跨境追赃资产分享法律机制研究——基于功能主义的视角》，载《湖湘法律评论》2023年第3期，第138页。

⁶³ 周锦依、何进平：《全球犯罪协同治理下我国洗钱罪立法的基本立场》，载《江西社会科学》2016年第2期，第156页。

⁶⁴ 参见黄炎：《中国与加拿大跨境追赃法律制度研究》，载《时代法学》2016年第1期，第96-97页。

而言，首先应当推动请求国中央主管机关与被请求国主管部门之间的合作。域外很多国家的总检察长、司法部、财政部是落实犯罪资产分享制度的专司主体，拥有大量行政执法司法资源，因而我国在与相关国家签订双边协定或逐案协议后，应当持续加强与这些主体的合作，这样可以极大地提高协作效率，降低协作过程中由于信息不对称带来的不必要成本。例如，通过与其他国家执法司法机关的合作，搭建犯罪资产信息交流平台，建立跨境犯罪资产的信息交流机制，及时通报检测、跟踪或掌握犯罪资产跨境转移的数据情报，最大限度利用信息交换追回犯罪资产。其次，应当鼓励犯罪分子及其家属进行犯罪资产披露。犯罪分子及其亲属掌握相关犯罪资产的获得、转移、具体数额等详细信息，发挥其主观能动性可以极大地降低协作追缴过程中的成本，也能够与我国宽严相济刑事政策相衔接。最后，针对利用虚拟资产转移犯罪资产的行为，国家间应加强相关交易数据和有关证据的调查和取得。由于虚拟资产具有无边界特征，涉及虚拟资产的反洗钱信息共享对国家间的信息共享合作提出更高要求。在该领域的国际合作中有两个特点：一是需要技术支持完成虚拟资产的定位和追缴，以帮助司法机关开展司法处置工作；二是需要充分尊重各国对国家秘密、个人隐私等敏感数据保护的有关规则。综上所述，未来犯罪资产分享制度在实际落地以后，为提高协助效率，节约行政成本，保障资产分享的高效运行，我国犯罪资产分享的中央主管机关应当积极加强与被请求国在犯罪资产信息方面的共享合作。

第三，推进犯罪资产分享的国际协调。跨境追赃成为各国共同关切的全球性议题，但每个国家跨境追赃面临的形势和问题各不相同，相关分享模式和比例等也存在差异。单纯依靠单一国家的国内法律机制无法有效应对犯罪资产分享问题，而强化法律和政策国际协调成为一种必然选择。在构建犯罪资产分享制度之时，需要综合考量我国国内法、他国国内法以及国际法之间的衔接，兼顾请求国与被请求国的实践惯例和个案要求，平衡请求国与被请求国的合法权益，这样才有利于提高犯罪资产分享的成功率。一方面，应当积极参与针对犯罪资产分享的国际协调合作。在国际条约机制方面，我国可以探索依托现有的联合国公约框架下，持续推动国际社会就犯罪资产分享达成共识，并在此基础上综合运用外交手段、国家间协商等措施形成协同追赃的统一目标。与此同时，我国还可以针对不同国家犯罪资产分享的差异，加强与域外国家的合作探讨，科学改进《示范协定》相关内容，推动在犯罪资产分享领域形成具有普遍拘束力的国际规则和国际制度。在国际组织机制方面，我国可以通过国际组织、多边联合工作组，增强犯罪资产处置的协调一致性，共同处理跨境追赃过程中的紧急情况和资产分享分歧问题。对于各国犯罪资产分享方面的差异性，国际社会早已认识到在资产分享方面协调各国制度的必要性，国际组织可以在其中发挥协调和统一的作用。另一方面，针对犯罪资产分享的现实目标和最终效果，我国应当在遵循国际公法相关原则的前

提下，坚持统筹推进国内法治和涉外法治，结合国际协调的可行性，对中国构建犯罪资产分享制度的具体路径展开论证分析。犯罪资产分享涉及不同国家国内法以及国内法与国际法的衔接。在国内法治的国际协调方面，既要促进本国积极参与犯罪资产分享相关国际规则的制定和实施，积极参与跨境追赃事务的法律治理，又要注重国内法治与国际规则的良性互动，在借鉴国际公约、域外国家法律规则基础上，加强犯罪资产分享的国际协调和合作。在承担国际义务，加快完善国内配套制度的基础上，强化犯罪资产分享制度的具体实施和有效执行。

四、结语

在跨境追逃追赃目标指引下，我国对追逃和追赃方式都进行了诸多有益探索。伴随着跨境追赃工作的持续深入，我国应当进一步完善规范化、体系化、高效化的犯罪资产分享制度。在域外，犯罪资产分享制度已成为国际通行做法，也是国家主权原则在跨境追赃国际合作领域的重要体现。美国、英国、加拿大、澳大利亚等国家资产分享制度的发展历程和实践经验为我国提供了可供参考借鉴的经验，但我国在实现跨境追赃过程中更需要立足本国国情，结合已有的双边资产分享协定和实践案例，积极探索构建和完善中国特色的犯罪资产分享制度。在充分论证犯罪资产分享必然性的基础上，应从模式选择、要素明晰、保障措施等三条路径具体构建中国语境下的犯罪资产分享机制，在与国际接轨同时，实现犯罪资产分享本土化制度安排，以期为中国未来跨境追赃中犯罪资产分享工作的开展夯实理论基础、探寻发展方向和提供制度方案，进而为国际社会在跨境追赃领域贡献中国智慧和力量。

守门人与桥梁：检察机关在跨境刑事证据适用中的角色困境与功能优化

陈 磊* 刘胜华**

摘要：全球化与数字化背景下，跨境刑事证据适用日益常态化，由此引发的主权、程序与证据冲突对各国司法体系构成严峻挑战。作为连接侦查与审判的关键枢纽和国家法律监督机关，检察机关在处理跨境证据事务中面临独特的角色困境。现有规范对检察机关跨境证据合法性审查难题、在国际司法协助中的权责界定、对跨境侦查活动的监督边界等问题缺乏清晰指引。立足我国检察实践，通过分析检察机关在审查逮捕起诉、进行证据审查、参与国际合作等环节遭遇的具体难题，揭示其根源。提出优化检察机关角色定位、完善相关法律规则与工作机制、提升涉外司法能力的系统性方案：精炼审查标准、强化诉前监督、提升国际合作参与度和效能、并加强专业能力建设。以期更好地平衡多元价值目标，为新时代涉外检察工作和国家数据治理体系现代化提供理论支撑与实践路径。

关键词：检察机关；跨境证据；刑事证据；合法性审查；法律监督

引言

习近平总书记指出要“加强涉外法制建设，营造有利法治条件和外部环境”。¹在数字技术狂飙突进与全球化纵深发展的今天，数据跨境流动成为时代潮流，亦令利用网络空间实施的跨国（境）犯罪活动日益严峻。有效惩治此类犯罪，维护国家安全、社会秩序与公民权益，迫切需要司法机关具备高效、合法的跨境刑事证据调取能力²。在此背景下，人民检察院作为我国国家法律监督机关，同时承担着审查逮捕、审查起诉、提起公诉等核心刑事司法职能，其在处理跨境刑事证据事务中的角色地位愈发关键。检察机关既要严格审查证据的合法性、真实性与关联性，扮演好防止非法、存疑证据进入审判程序的“守门人”角色；又要适应国际合作需求，在遵循国际规则与维护国家主权之间，担当起促进有效司法协作的“桥梁”功能。然而，当前跨境证据适用领域固有的主权冲突、程序困境与证据难

* 陈磊，男，河北省廊坊市人民检察院二级检察官，最高人民检察院天津大学检察理论研究中心研究员，联系方式为 njalexchen@163.com，联系电话 13273637779，通信地址河北省廊坊市广阳区广阳道 18 号，邮编 065000。

** 刘胜华，男，河北省廊坊市人民检察院法律政策研究室主任，一级检察官，联系电话 17692669731，通信地址河北省廊坊市广阳区广阳道 18 号，邮编 065000。

¹ 参见《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》，载《党建》2023 年第 12 期，第 4 页、第 66 页。

² 参见元轶、纪钊洋：《大数据时代跨境电子取证的治理困境与应对》，载《中国政法大学学报》2024 年第 4 期，第 180-191 页。

题,使得检察机关在履行这双重职责时面临深刻的内在张力与实践困境,其多重价值目标难以兼顾。

面对跨境刑事证据调取的复杂挑战,国内外学界已从国际法、刑事诉讼法、数据法等多个维度展开了广泛探讨,议题涉及数据主权界定、管辖权冲突协调、国际司法协助机制改革、域外取证模式评析等方面。

³然而,既有文献较少将检察机关作为研究重心,未能充分聚焦于检察机关在这一特殊场域所面临的角色困境、职能发挥障碍及其深层制度根源。正所谓治其本,则末自从,若不能准确把握检察机关这一关键枢纽所面临的症结,跨境证据治理的整体效能提升便无从谈起。

有鉴于此,本文以检察机关为核心视角,直面其在跨境刑事证据调取与审查运用中的角色困境,深入剖析制约其功能发挥的深层原因,期望能够深化对涉外检察理论的认识,为完善我国跨境证据规则体系、提升检察机关涉外司法能力贡献绵薄之力,并最终服务于国家数据主权战略的有效实施与更高水平的国际司法合作。

一、基本范畴:检察机关在跨境刑事证据适用中的职责与法律框架

在全球化与数字化深度交融的背景下,跨境刑事证据日益成为检察机关司法办案中不可回避的重要组成部分。要准确把握检察机关在处理此类证据时所面临的挑战与困境,首先应清晰地界定检察机关在该领域的基本职责定位以及现行法律框架提供的规范依据。

(一) 检察机关在刑事诉讼中的双重职能基石

我国宪法明确规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”⁴这一宪法定位奠定了检察机关在中国司法体制中的独特地位与核心功能。人民检察院组织法则进一步将此定位具体化为一系列法定职责,包括对刑事案件进行审查批准逮捕、审查起诉,对刑事诉讼实行法律监督,提起公诉等。⁵在刑事诉讼领域,刑事诉讼法更是赋予了检察机关贯穿诉讼始终、影响诉讼进程的多项重要权力与职责。

作为公诉职能的承担者,检察机关是代表国家追诉犯罪的专门力量。绝大多数刑事案件的诉讼闸门由人民检察院掌控,在审查起诉阶段检察机关的核心任务不仅在于查明案件事实、判断行为性质,更在于对侦查机关收集移送的全部证据材料进行全面、系统、具有终局性意义的审查,确保证据确实、充分。这一审查职责的确立,使得检察机关成为刑事证据在诉讼流程中流转的关键节点。⁶而在

³ 如张晓君:《论数据管辖权的冲突与协调》,载《法学》2025年第1期,第95-109页;刘妍:《数据主权的演进、挑战与层级治理路径》,载《中国科技论坛》2023年第6期,第40-49页;侯柔倩:《国际刑事司法协助的数字化进路——以跨境电子取证为分析对象》,载《南海法学》2025年第1期,第42-51页等。

⁴ 参见《中华人民共和国宪法》第134条。

⁵ 参见《中华人民共和国人民检察院组织法》(2018修订)第2条、第20条等。

⁶ 参见于涵、杨文艳:《以证据为中心的刑事指控体系构建的内涵阐释、实践举措与提升进路》,载《上海

审判阶段，检察机关则转换角色为公诉人，通过法庭上的举证、质证与辩论，运用经过其审查确认的证据来有效指控犯罪，并接受法庭和辩护方的质询。

与此同时，法律监督职能则赋予了检察机关对整个刑事诉讼过程进行合法性检视的权力。这种监督具有全程性与系统性特征。在侦查阶段，检察机关依法对立案、侦查取证等活动的合法性进行监督，从法理上拥有对包括跨境取证在内的各类侦查行为进行程序性审查与纠错的权力。⁷在审查逮捕阶段，检察机关不仅评估逮捕必要性，更需对支撑逮捕所依据的基本犯罪事实与证据进行实质性审查。在审查起诉环节发现侦查违法情形时，有权通知纠正。在审判阶段，则依法对审判活动的合法性实施监督。

法律监督与提起公诉这两项核心职能相互交织、互为支撑，共同构成了检察机关在我国刑事诉讼构造中的双重基石。正是基于此独特地位，检察机关在刑事证据的审查判断，特别是对其合法性、真实性、关联性的把关方面，承担着不可或缺的重任。无论证据是在境内形成还是从境外调取，都应当经过检察机关的审查与过滤，其审查结论直接影响着证据能否最终进入法庭、作为裁判依据。

（二）检察机关审查证据合法性的法定职责与核心要求

在检察机关的多项职能中，对证据合法性的审查无疑是其履行法律监督职责、保障诉讼参与人权利、防范冤假错案的重要环节，也是其在处理日益增多的跨境刑事证据时，面临最为严峻挑战的领域。我国现行法律体系对检察机关审查证据合法性赋予了明确的职责，并设定了基本的规范要求。

《刑事诉讼法》第五十三条关于“证据应当经过查证属实，才能作为定案的根据”的总括性规定，以及第五十六条所确立的非法证据排除规则，共同构成了我国证据合法性审查的实体法基础。在此框架下，检察机关被赋予了在诉讼关键节点上审查证据合法性的明确职责。⁸《人民检察院刑事诉讼规则》即明确要求，在审查逮捕和审查起诉阶段，检察机关均须对是否存在非法取证行为进行审查。这意味着检察官不能仅仅关注证据内容本身所指向的案件事实，更需对证据的来源是否正当、获取过程是否符合法定程序进行严格审视。

对于跨境刑事证据而言，其合法性审查因涉及跨法域因素而更为复杂，对检察机关的审查能力提出了更高要求。除了应当满足我国《刑事诉讼法》关于证据收集的基本程序要求外，理论上还应审慎考量以下几个特殊维度：

其一是取证主体的适格性与权限来源。境外取证活动可能由外国执法机关、国际刑警组织、境外网络服务提供者甚至私人主体实施。⁹检察机关需要审查这些主体是否具备实施相关取证行为的合法授权。该授权是来源于有效的国际条约、

公安学院学报》2025年第1期，第34-41页。

⁷ 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》（2018修正）第115条、第116条。

⁸ 参见张丽霞：《刑事证据标准统一论之辩》，载《公安学研究》2024年第6期，第64-82页、第122页。

⁹ 参见李玉华、齐鹏云：《打击跨境电信网络诈骗犯罪的国际合作研究》，载《山东警察学院学报》2022年第3期，第113-123页。

双边协定，还是仅仅依据取证地国的国内法。其取证行为是否获得了我国主管机关依据《国际刑事司法协助法》等进行的批准或认可等这些是判断取证主体合法性的基础。

其二是取证程序的跨法域合规性。跨境取证必然涉及取证地法律规范的适用问题。¹⁰检察机关在审查证据合法性时，不能完全无视取证地的程序要求。虽然我国现行规则倾向于以我国法为标准，但理论上，实质性审查的应然图景包括：取证过程是否严重违反了取证地法律关于证据收集的基本程序规定。是否符合我国与取证地国家签订的司法协助条约或共同参加的国际公约中关于取证程序的约定。

其三是相关主体权利的保障程度。跨境取证同样不能以牺牲基本人权为代价。检察机关需要关注在境外取证过程中，犯罪嫌疑人、被告人、证人、被害人等相关主体的诉讼权利是否得到了应有的尊重和保障。对权利保障程度的审查，是衡量取证行为正当性的核心标尺。

其四是技术手段运用的规范性与可靠性。对于大量存在的跨境电子证据，其调取往往依赖特定的技术手段。检察机关需要审查这些技术手段的运用是否符合相关法律法规和技术规范；是否采取了必要措施确保数据的原始性、完整性和真实性未受破坏。¹¹

此上述基础上对跨境证据的合法性作出恰当判断，是检察机关履行审查职责的核心要求。然而，现有的法律框架和实践条件，却使得检察机关在完成这一任务时面临诸多规范性与操作性障碍。

（三）规范检察机关处理跨境证据事务的现有法律依据

尽管我国法律体系中尚无一部专门、系统规范跨境证据的法律，但相关的规定散见于不同的法律、法规和司法解释之中，初步构成了一个基本的规范框架。

国际刑事司法协助（以下简称 MLA）是规范国家间跨境取证合作的主要法律框架。《国际刑事司法协助法》作为我国该领域的基本法，确立了尊重主权、平等互惠等基本原则，规定了协助的范围、程序、主管机关等内容。¹²最高人民检察院被明确列为中央主管机关之一，负责处理涉及检察职能的对外司法协助事务，并指导地方检察机关的相关工作。该法第四条第三款关于非经批准不得向外国提供境内证据的阻断条款，理论上赋予了检察机关在审查中抵制非法数据外流的法律武器。¹³然而，该法的规定侧重于国家间合作的宏观框架，对于检察机关

¹⁰ 参见谢小剑、单森林：《刑事跨境电子数据取证的困境与破解》，载《内蒙古社会科学》2024年第6期，第79-87页。

¹¹ 参见张正昌：《云取证的学理反思与制度调适》，载《公安学研究》2025年第2期，第174-189页。

¹² 参见王文华、段雪飞：《我国国际刑事司法协助制度的运行与完善》，载《人民检察》2024年第21期，第63-66页。

¹³ 参见《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第四条：中华人民共和国和外国按照平等互惠原则开展国际刑事司法协助。国际刑事司法协助不得损害中华人民共和国的主权、安全和社会公共利益，不得违反中华人民共和国法律的基本原则。非经中华人民共和国主管机关同意，外国机构、组织和个人不得在中华人

在协助请求的实质审查标准、执行监督的具体权力、证据移交后的审查运用规则等方面着墨不多。

新近颁布的“数据三法”（即网络安全法、数据安全法、个人信息保护法）从数据治理的维度为跨境证据适用设定了新的规范边界。¹⁴其中，数据保护制度、重要数据与个人信息出境的安全评估或合规要求、以及再次强化的数据出境阻断条款，都对涉及数据的跨境调取活动提出了新的合规性要求。¹⁵检察机关在审查相关证据时，理论上需将这些数据治理规范纳入考量范畴。但关键在于，这些主要调整一般数据处理活动的法律规范，如何与具有特殊性的刑事司法程序进行有效衔接给检察机关的法律适用带来了不确定性。¹⁶

在刑事证据规则层面，《刑事诉讼法》及其司法解释提供了审查判断境外证据的基本遵循。2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第七十七条，延续了此前司法解释的立场，明确规定对来自境外的证据材料，“能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的，可以作为证据使用”，这被广泛解读为确立了审查境外证据合法性与可采性的“绝对本国法”标准。这一标准固然有维护国内法律统一适用的考量，但其可能与我国承担的国际条约义务产生冲突；以我国法评价他国合法取证行为，有不尊重他国司法主权之嫌；更重要的是，由于实践中查明和适用外国法或国际规则的复杂性，该标准往往导致对境外证据合法性的审查流于形式或被架空，未能有效过滤非法证据，损害了程序公正与。

二、三重冲突：检察机关面临的实践困境

当全球化与数字化将跨境刑事证据日益推向司法实践前台时，检察机关首当其冲地感受到了由此引发的深刻法律冲突与治理难题。

（一）主权维护与证据审查的内在张力

检察机关审查跨境证据的过程，本质上是在国家主权原则与追求客观真实、保障司法公正的目标之间寻求平衡。然而，在处理跨境刑事证据时，二者产生了内在张力，使检察机关在立场选择和证据审查标准上陷入两难。

首先是对我国侦查行为潜在“越界”的审查难题。面对我国侦查机关可能采用的技术侦查手段获取境外电子数据等情况，检察机关在审查证据合法性时，需判断该行为是否构成对它国主权的侵犯。数字空间主权边界的模糊性、取证行为的技术复杂性和隐蔽性，以及相关国际规则的缺失或滞后，都极大地增加了检察机

民共和国境内进行本法规定的刑事诉讼活动，中华人民共和国境内的机构、组织和个人不得向外国提供证据材料和本法规定的协助。

¹⁴ 参见吴玄：《云计算下数据跨境执法：美国云法与中国方案》，载《地方立法研究》2022年第3期，第96-110页。

¹⁵ 参见葛平原、陈永强等：《数据跨境流动规制综述》，载《信息安全研究》2025年第2期，第164-172页。

¹⁶ 参见姚秀文、王燃：《刑事司法领域数据跨境流动规则的冲突与调和》，载《数字经济与法治》2024年第1期，第70-96+213-214页。

关准确判断的难度。¹⁷更进一步，即便识别出潜在的侵权风险，如何在维护我国打击犯罪的迫切需求与尊重他国主权的国际法义务之间作出取舍，并决定是否适用非法证据排除规则，成为检察机关极为棘手的决策困境。这不仅是对法律专业能力的考验，也对其在履行法律监督职责中平衡国家利益与国际规则的政治智慧提出了更高要求。

其次是对“外来”证据来源合规性的审慎判断。对于通过 MLA 等正式渠道获取的证据，检察机关通常基于主权互惠与信赖原则，倾向于认可其合法性。但这种信赖并非没有边界。若有线索表明证据提供方在取证过程中可能违反其我国法律或国际公认的人权标准，检察机关是否应以及如何进行实质性审查？过度审查可能损害国家间互信与合作效率，构成对它国司法主权的间接干预；而审查不足则可能将“毒树之果”引入我国法庭，牺牲司法公正。¹⁸此外，对于非官方渠道或外国单边提供的证据，其背后可能隐藏的主权冲突或政治目的，更要求检察机关在审查时保持高度警惕与审慎，对其来源的合规性进行更为严格的把关。

此外，检察机关还面临着客观真实追求与主权程序遵循的价值冲突。维护主权往往意味着需严格遵守程序复杂、耗时较长的正式国际合作路径。¹⁹然而，许多跨境犯罪尤其是网络犯罪证据的易逝性特点，使得追求案件事实真相、有效惩治犯罪的目标，常常要求突破常规、高效快捷地固定和获取证据。当检察机关面对那些可能存在主权瑕疵但对查明案件事实至关重要的证据时，便直接面临效率-真实与规则-主权之间的价值冲突。如何在遵循主权尊重原则的前提下，最大限度地实现打击犯罪和发现真实的司法目标，成为检察机关在证据审查中必须直面并审慎权衡的核心矛盾。

（二）程序正当性要求与诉讼效率追求的现实矛盾

跨境刑事证据调取的程序冲突，直接转化为检察机关在诉讼流程中难以调和的矛盾，使其在追求诉讼效率与保障程序正当性之间常常顾此失彼。

MLA 程序的低效性，严重制约着刑事案件的办案进程，成为影响诉讼效率的突出瓶颈。通过 MLA 获取境外证据，往往需要经历请求、审批、转递、执行、反馈等多个环节，耗时数月甚至数年。²⁰可能远远超过法定办案期限要求。可能导致证据灭失，尤其对于易变、易毁的电子证据；诉讼周期被不合理延长等问题。这种程序性障碍，不仅降低了司法效率，也可能影响司法公正的最终实现，迫使司法实践主体寻求替代性的取证途径。

¹⁷ 参见黎晓露：《跨境数据取证的国际博弈与中国方案》，载《证据科学》2023年第6期，第693-705页。

¹⁸ 参见侯柔倩：《国际刑事司法协助的数字化进路——以跨境电子取证为分析对象》，载《南海法学》2025年第1期。

¹⁹ 参见姚浩亮：《论跨境电信网络诈骗犯罪的电子取证》，载《湖南警察学院学报》2023年第35卷第4期，第75-83页。

²⁰ 参见洪延青：《“法律战”旋涡中的执法跨境调取数据：以美国、欧盟和中国为例》，载《环球法律评论》2021年第1期。

然而，非传统取证途径获取证据的合法性审查，又成为检察机关面临的另一重程序难题。为了规避 MLA 的低效，实践中可能出现各种“绕道”取证的方式，例如：侦查机关通过非正式的国际警务合作渠道获取线索甚至证据材料；直接要求在境内有分支机构的外国网络服务提供者提供其存储在境外的数据；或者采取国内规范中的技术手段，如在线提取非公开数据或进行网络远程勘验。²¹这些途径获取的证据，其程序合法性往往存在疑问。检察机关在审查证据时面临着法律依据模糊、审查标准缺失的困境。如果机械适用非法证据排除规则，可能因程序瑕疵而排除大量具有实质证明价值的关键证据。如果适用上述证据，可能将在庭审辩方依据国际法或取证地法律对这些证据的程序合法性提出挑战时，难以提供充分的法律依据和事实证据进行有效回应和说明，使得指控陷入被动。

（三）证据规则适用与技术认知局限的叠加挑战

除了主权和程序层面的宏观冲突外，检察机关在审查判断具体的跨境刑事证据时，还面临着源于证据规则差异和技术认知局限的微观挑战，这些挑战直接影响着证据的采信和案件的最终处理。

跨境证据的真实性、完整性审查面临技术与规则双重障碍，使得同一性认定困难重重。电子证据的虚拟性、易变性、易篡改性等固有特性，决定了其原始性、真实性、完整性的审查判断高度依赖于规范的技术操作和严格的程序保障。²²在跨境场景下，证据的收集、固定、传输、存储、鉴定等环节涉及不同法域、不同主体、不同技术标准，构建一条完整、可靠、可验证的跨境证据保管链极为困难。检察机关往往难以有效核实：境外执法机构的取证技术操作是否符合基本规范。如，是否对原始存储介质进行了只读保护；是否计算并记录了哈希值以确保证据未被篡改等。加之我国现行证据规则能否直接适用于审查那些依据外国技术标准或程序获取的跨境证据，也存在解释上的不确定性。²³这些因素共同导致检察机关在审查跨境电子证据的同一性时，常常缺乏足够的技术手段和明确的法律依据，增加了误判的风险。

适用我国证据规则审查境外证据所固有的“水土不服”困境，加剧了合法性与可采性判断的复杂性。我国现行司法解释确立的“绝对本国法”审查规则，要求以我国《刑事诉讼法》作为判断境外证据合法性与可采性的唯一标准。然而，各国刑事诉讼制度和证据规则千差万别。以我国的程序标准去评判依据外国合法程序，包括我国批准的司法协助请求中依据对方要求进行的取证获取的证据，可能不合理地将在取证地被视为合法且具有重要证明价值的证据排除在外。例如，日本福冈灭门案中，日方曾对我国警方提供的讯问笔录是否保障了沉默权提出质疑。²⁴

²¹ 参见冯俊伟：《域外取得的刑事证据之可采性》，载《中国法学》2015年第4期，第264页。

²² 参见张正昌：《云取证的学理反思与制度调适[J]》，《公安学研究》，2025，7（2）：174-189。

²³ 参见曹艳琼：《我国境外证据审查的准据法模式选择与规则重构》，载《法商研究》2023年第3期，第197-198页。

²⁴ 参见吴国章：《刑事境外证据“绝对本国法”审查规则的反思与重塑》，载《法学》2023年第10期，第

反之，对于在境外通过可能违反当地法律但形式上符合我国法律（或未作规定）的方式获取的证据，检察机关是否应主动进行更严格的审查。

面对新兴技术取证手段，检察机关可能存在的技术认知与评估能力不足，是实现有效审查判断的又一重大瓶颈。云计算环境下的取证面临着虚拟化、多租户、数据混杂等诸多技术难题；利用人工智能进行海量数据分析、生成证据报告，其算法的可靠性、透明度及潜在偏见亟需审视；通过 Tor 网络访问暗网、利用加密通讯软件追踪犯罪，都需要专门的技术知识和工具；而采用蜜罐等主动型、甚至带有诱惑性质的取证方式，其合法性与证据可靠性更需严格评估。当前司法实践中，存在过度依赖侦查机关或鉴定机构提供的结论，实质上削弱检察机关独立审查判断和法律监督的职能。²⁵

三、问题根源：检察机关角色功能发挥的制约因素

检察机关在处理跨境刑事证据时所遭遇的重重实践困境并非偶然现象或孤立存在，其背后潜藏着深刻的制度性、机制性与能力性根源，应当对其角色功能发挥所受到的深层制约因素进行系统性的诊断与反思。

（一）国内立法对检察机关处理跨境证据的指引阙如与模糊

规范供给的不足与模糊，是导致检察实践无所适从、标准不一的制度根源。尽管我国近年来在数据安全、个人信息保护以及国际刑事司法协助方面立法进展显著，但专门针对检察机关如何在跨境刑事证据调取与审查运用环节具体履职的规则指引仍然存在供给不足。

核心审查标准的缺位是其中最为突出的问题。如前述检察机关在审查跨境证据合法性时，面临着适用“绝对本国法”规则的理论与实践悖论。然而，除了这一原则性的、且在实践中常常难以有效适用的立场外，现行法律法规和司法解释并未就检察机关应如何具体把握审查标准提供明确、可操作的指引。²⁶证据审查的判断的具体标准付之阙如，难以回答包括是否应考虑证据的重要性、案件性质、侵权行为的严重程度等因素进行比例衡量、对于符合取证地法律但与我国程序要求存在差异的证据应如何进行可采性评估、是否可以借鉴“实质性违反”或“最低限度人权标准”等理念进行相对化处理等问题。导致检察实践中缺乏明确的操作依据，只能依赖个人经验或地方性探索，这不仅增加了法律适用的不确定性，也可能损害司法统一与公正。

数据治理新规范与传统刑事诉讼规范之间的衔接不清，进一步加剧了检察机关的适用困惑。“数据三法”的出台为数据处理活动和跨境流动设定了新的规范要求，从法律体系解释角度理应对刑事司法领域的的数据调取与出境产生约束。这些

148-160 页。

²⁵ 参见裴炜：《向网络信息业者取证：跨境数据侦查新模式的源起、障碍与建构》，载《河北法学》2021 年第 4 期。

²⁶ 参见赵海乐：《论美国跨境电子取证与我国数据安全立法的冲突与对策》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 1 期，第 100-108 页。

新规范如何与刑事诉讼法、国际刑事司法协助法等既有刑事法律框架进行有效对接，特别是检察机关应如何在其中扮演恰当角色，目前尚不明朗。²⁷使得检察机关在处理涉及数据的跨境证据时面临规则适用的困境，难以形成统一、规范的办案模式。

此外，现有规范对新型取证方式与技术挑战的回应也显不足。随着技术的发展，云取证的复杂性、人工智能分析证据的可靠性、加密通信追踪的技术难度、暗网取证的法律边界等新问题不断涌现。这些新方式对证据的真实性、完整性保障以及程序合法性都提出了前所未有的挑战。然而，我国现有立法和司法解释对此类新型取证方式的规范相对滞后，大多仍基于传统电子数据取证的经验模式。检察机关在审查此类证据时，往往缺乏明确的技术标准和法律依据来判断其合法性与可靠性。

（二）检察机关在国际刑事司法协助机制中的定位不明与参与不足

MLA 虽然效率常受诟病，但在当前及未来一段时期内，仍是符合国际法基本原则、最为正当的跨境证据调取主渠道。²⁸然而，在我国现行的 MLA 体制机制中，检察机关的角色定位相对模糊，权力配置不够清晰，功能发挥受到一定限制，这构成了其有效运用跨境证据的另一重体制性障碍。

从现有法律规定来看，最高检虽被列为中央主管机关之一，但在 MLA 请求的提出、审查、流转与处理流程中，其主导性地位并未得到充分体现。根据国际刑事司法协助法的规定，司法部是对外联系机关，负责接收和转递请求。这意味着，无论是地方检察机关对外提出请求，还是外国向我国检察机关提出请求，往往都需要经过多部门的流转环节。这种分散化、多头绪的管理体制，可能导致程序延宕、信息不畅、协调成本增加。检察机关在具体请求事项的确定、证据规格的沟通、与外方对应机构的直接联系等方面，其自主权和主导权相对有限，难以根据办案需要进行高效、灵活的国际合作。

检察机关对 MLA 执行过程的监督以及对最终获取证据质量的把关存在明显缺失。当外国依据我国请求代为取证时，由于地域限制和信息壁垒，我国检察机关事实上无法对取证程序的规范性、证据的完整性进行有效监督。²⁹同样，当我国相关机关执行外国的协助请求收集证据时，检察机关对其执行活动的合法性监督，也缺乏明确的法律授权和有效的介入途径。现有侦查监督机制主要针对国内侦查活动设计，难以完全覆盖国际司法协助这一特殊场景。这种监督机制的缺位，可能导致通过 MLA 获取的证据在质量上存在瑕疵，或在程序上存在争议，给后

²⁷ 参见冯俊伟：《数字时代背景下刑事取证制度的困境与回应》，载《北方法学》2024年第1期，第24页。

²⁸ 参见黄风《检察机关实施〈国际刑事司法协助法〉若干问题》，载《国家检察官学院学报》2019年第4期

²⁹ 参见李涛《跨境电子取证规则的实践问题及体系优化》，载《山东警察学院学报》2021年第6期

续的检察审查和法庭审理带来隐患，影响证据的最终采信。检察机关在 MLA 机制中功能的某种程度上的“虚化”，限制了其作为法律监督机关作用的充分发挥。

（三）对跨境侦查取证活动的检察监督体系存在短板

除了在 MLA 机制中的参与不足外，检察机关对国内侦查机关（主要是公安机关）实施的各类非 MLA 途径的跨境侦查取证活动的监督体系，也存在结构性的短板，难以有效覆盖该领域的特殊风险，这是导致检察机关后续证据审查困境的又一重要原因。

现行侦查监督机制的设计，未能充分关照跨境取证活动的特殊风险点。传统的立案监督、侦查活动监督、审查逮捕、审查起诉等环节的监督，其关注重点和程序设计，大多基于境内侦查的通常情况。对于跨境取证活动可能带来的主权冲突、违反我国数据跨境流动规定风险、滥用单边技术手段风险、与境外实体或个人进行不规范合作的风险等特殊问题，现有监督机制缺乏明确的制度性关注和有效的识别、干预机制。³⁰例如，对于侦查机关采取《电子取证规则》允许的在线提取境外公开数据，其范围界定是否准确？对于需要特殊批准的网络远程勘验，其审批程序是否严格执行？检察机关应在哪个环节、依据何种标准进行监督？现有规范对此规定不明，使得监督往往流于形式或出现盲区。

信息不对称与监督手段的局限性，进一步削弱了检察监督的实效。跨境侦查取证活动往往具有更高的敏感性和保密性。侦查机关可能以涉及国家秘密、外交关系或侦查策略为由，不愿或不及时向检察机关全面、准确地通报其跨境取证的计划、方式、过程和结果。³¹检察机关由于缺乏必要的信息来源和调查核实手段，难以对相关活动的合法性、必要性、风险性进行独立、客观的判断。传统的调阅案卷、讯问询问、听取意见等监督方式，在面对复杂的技术操作和隐蔽的跨境行为时，其穿透力明显不足。这种监督能力与监督需求之间的差距，使得检察机关难以对跨境侦查取证活动实施真正意义上事前、事中、事后全流程有效监督，程序违法风险难以得到及时发现和纠正。

（四）检察机关自身涉外司法能力建设的系统性滞后

最后，检察机关自身在应对跨境刑事证据挑战方面的专业素养、体制机制和资源保障的系统性滞后，也是制约其有效履职的内在关键因素。

涉外法律知识储备与实践经验的普遍性欠缺，是首要的能力短板。³²跨境刑事证据事务高度复杂，要求检察官不仅要精通国内刑法、刑事诉讼法和证据法，还应当系统掌握国际公法、国际刑法（如跨国有组织犯罪公约、网络犯罪公约等）、数据保护和网络安全法等领域的专业知识。同时，处理涉外案件还需要丰富的实

³⁰ 参见徐伟、翁小平、王馨全：《跨境电子取证：谨慎的立法与冲动的司法——兼谈对数据主权的影响》，载《信息安全与通信保密》2020年第7期。

³¹ 参见冯俊伟：《跨境电子取证制度的发展与反思》，载《法学杂志》2019年第6期。

³² 参见肖声、何苗、曲良莹：《引才育才同步发力培养涉外检察人才》，载《人民检察》2024年第S2期，第92-93页。

践经验和应对复杂局面的能力。然而，目前检察队伍中系统具备上述复合型知识结构和实践经验的专门人才相对稀缺，难以满足日益增长的办案需求。

外语沟通能力与跨文化交流技巧的不足，成为制约国际合作的现实障碍。无论是直接阅读、审查来自境外的法律文书、证据材料，还是参与国际司法协助的沟通协调、出席国际会议或进行检察官交流，熟练的外语沟通能力都是基础性要求。³³同时，理解不同法域的法律文化背景、思维方式和司法惯例，掌握有效的跨沟通技巧，对于建立互信、化解分歧、顺利推进合作至关重要。目前，检察队伍在这方面的整体水平尚有较大提升空间。

数字取证技术认知与运用能力的短板，影响了对电子证据的实质审查能力。面对日益技术化的犯罪手段和证据形式，检察官需要具备基本的数字技术素养，能够理解电子证据的生成、存储、传输原理，识别常见的技术风险点，并能与技术侦查人员、鉴定人员进行有效对话。³⁴缺乏必要的技术认知，使得检察官在审查复杂的技术性证据时，往往难以进行独立的实质性判断，容易过度依赖外部意见，影响审查的客观性与准确性。

专门机构设置不健全与资源保障体系的不完善，限制了专业化水平的提升。目前，多数地方检察机关尚未普遍设立专门负责处理涉外刑事案件或国际司法协助事务的内设机构或专业化办案组。相关案件往往分散在普通刑事检察部门办理，难以形成系统化的知识积累、经验传承和专业队伍。同时，在人员编制、专项经费、技术装备、国际交流渠道、与其他部门的常态化协作机制等方面，也可能存在资源投入不足或协调不畅的问题，制约了涉外检察工作的长远发展。

四、路径优化：提升检察机关在跨境证据适用工作质效的路径优化

为切实提升检察机关在的履职能力与司法效能，有效平衡多重价值目标，应从完善检察审查规则、强化诉前监督职能、提升国际合作参与度以及加强自身能力建设四个关键维度路径优化。

（一）确立跨境证据合法性审查的“检察标准”

构建一套既符合我国法律精神与司法实际，又具有必要国际视野和实践操作性的跨境刑事证据审查标准，是路径优化的重中之重。³⁵这套“检察标准”的形成，需要最高人民检察院发挥主导作用，通过制定专门的司法解释、办案指引或指导性案例等形式予以明确和引领。

首要任务在于审慎地超越并扬弃“绝对本国法”审查规则的立场。该规则虽意在维护国内法律适用的统一，但在处理来源复杂、程序多样的跨境证据时，其理论上的自洽性与实践中的可操作性均存在严重疑问，常常导致对合法性审查的虚

³³ 参见刘林呐、宋文丽：《涉外检察人才队伍建设现状及对策》，载《中国检察官》2024年第21期，第14-17页。

³⁴ 参见陈岑：《检察视域下人工智能与涉外法治建设》，载《人民检察》2024年第S2期，第90-91页。

³⁵ 参见陈光中：《完善涉外刑事诉讼若干问题探讨》，载《法学》2025年第2期，第98-114页。

置。因此，新的审查标准应当更具弹性和兼容性。一种可行的思路是，借鉴比较法上的有益经验，区分程序瑕疵的性质与程度对证据可采性的影响。对于仅违反取证地一般程序规定，但未侵犯国际公认的基本人权、未严重影响证据真实性、且不违反我国法律基本原则的证据，可考虑通过补正、说明或法庭综合判断的方式决定是否采纳；而对于通过刑讯逼供、严重侵犯隐私、恶意规避合法程序等方式获取的、违背法治基本精神的证据，则应坚决适用非法证据排除规则。³⁶可以探索引入“实质性违法”概念，将其作为判断证据是否应当排除的核心标准，从而避免因形式上的细微程序差异而否定具有重要价值的证据。

在此基础上，新的审查标准应有限度地承认外国法律与国际规则的参照价值，实现从绝对排斥到相对兼容的转变。在审查通过 MLA 途径获取的证据时，应明确条约适用原则，对于我国与取证地国签订的司法协助条约或共同参加的国际公约中关于证据形式、取证程序、权利保障等的具体规定，应予遵循。对于通过其他途径获取的证据，在判断其合法性时，应将取证地法律中关于核心程序保障和基本权利保护的规定作为重要的审查参照系。可以探索建立证据规则的“等效性审查”机制，即在个案中评估境外的取证程序在保障真实性、可靠性以及核心诉讼权利方面，是否能够达到与我国法律实质等效的保护水平。若能达到等效保护，则即使具体程序细节有所不同，亦可考虑认可其证据能力。这种相对兼容的思路，旨在国际合作与国内标准之间寻求务实的平衡点。

同时，新的审查标准应当充分回应跨境电子证据的特殊性，制定更精细化的技术性审查指引。³⁷应明确对跨境电子证据原始性、完整性、真实性进行审查判断的具体方法和要求，例如，细化对电子证据的收集、提取、封存、传输、存储、校验、鉴定等环节的规范性审查要点。对于通过云计算平台调取、人工智能分析、加密通信解密等新型技术手段获取的证据，应明确其审查重点在于技术方法的科学性、可靠性，操作过程的可复现性、规范性，以及对相关主体权利、的保障措

（二）构建对跨境侦查取证的全流程实质化监督

面对跨境侦查取证活动中潜在的侵犯主权、违反规定、侵犯权利等特殊风险，应当构建更为严密、更具针对性的检察监督体系，实现从传统侧重形式合法性审查向更注重实质合法性与必要性审查、从偏重事后监督向事前、事中、事后全流程监督的转变。

应将涉及跨境数据调取的重大、敏感或具有较高法律风险的侦查活动，明确纳入检察监督的重点范围。³⁸这不仅包括对最终移送审查起诉案件中跨境证据的

³⁶ 参见冯俊伟、温夏蕾：《域外刑事证据的审查运用——基于我国立法的分析》，载《人民检察》2024年第9期，第64-67页。

³⁷ 参见郭欣阳：《对跨境电子取证亟待强化法律监督》，载《人民检察》2022年第S1期，第17-20页。

³⁸ 参见胡向阳、郝仕骞：《跨境侦查协作的有序性演进——基于耗散结构论视角》，载《江苏警官学院学报》2024年第39卷第2期，第75-83页。

审查，更应涵盖侦查前端的关键决策与行为。例如，侦查机关计划采取单边远程技术侦查措施；拟直接向境外网络服务提供者大规模调取涉及我国公民或重要利益的非公开数据；拟与外国执法机构开展超出常规 MLA 框架、可能存在法律风险的证据合作等。对于这些高风险活动，应探索建立更为严格的检察机关事前审查、批准或事中备案、事后重点审查机制，确保其具有充分的法律依据、符合必要性与比例原则，并对潜在风险有充分评估与预案。

完善并实质化检察机关提前介入机制，在跨境侦查取证的初始阶段即发挥引导与规范作用。对于重大、复杂的涉外网络犯罪案件（如大型跨境电信诈骗集团案、涉恐涉暴网络犯罪案等），检察机关应更早、更主动地介入侦查。介入的重点不应仅限于案件定性、证据规格等传统内容，更要聚焦于跨境取证方案的设计与执行。³⁹检察官应就取证计划的合法性、可行性、证据固定与移交的规范性等关键问题，向侦查机关提供专业的法律意见和风险提示，引导其选择最合法、最有效的取证路径，从源头上预防程序违法和证据瑕疵。这需要建立更为顺畅、常态化的检警协作与信息通报机制。

创新检察监督的方式与手段，提升监督的精准性与穿透力，实现从形式到实质的转变。面对跨境取证活动的隐蔽性和技术复杂性，检察机关不能仅满足于对案卷材料的书面审查。应积极探索运用信息化、智能化手段辅助监督。加强与网信、通信管理、外交、安全等部门的横向协作，建立信息共享与风险会商机制，提升对跨境活动背景信息与潜在风险的掌握能力。对于监督中发现的违法或不当取证行为，检察机关不仅要依法发出《纠正违法通知书》，更要跟踪监督纠正落实情况，并探索将其与侦查人员的绩效考核、责任追究相挂钩，增强监督的刚性约束力。

（三）提升检察机关在国际刑事司法协助中的地位与效能

应当通过体制机制改革，提升检察机关在我国 MLA 体系中的参与度与主导性，使其从辅助性、程序性的参与者，转变为更具实质性审查权与协调力的核心主体。

在立法与顶层设计层面，建议进一步明确检察机关在 MLA 程序中的主体地位和具体职责权限。例如，对于主要涉及审查起诉、出庭公诉所需证据的对外协助请求，应考虑由检察机关作为主要的请求提出主体或实质性审查把关主体。对于外国向我国提出的、涉及检察环节的协助请求，也应赋予检察机关更直接的处理权和对外沟通协调权。⁴⁰通过优化内部流程，减少不必要的行政中转环节，建

³⁹ 参见徐震、李鑫：《检察机关提前介入刑事侦查机制的法治内涵及制度完善》，载《河北师范大学学报（哲学社会科学版）》2024年第47卷第6期，第131-138页。

⁴⁰ 参见李毅：《跨境直接调取电子数据所涉的管辖权依据、冲突及应对》，载《社会科学战线》2024年第11期，第270-277页。

立以检察机关为主导的、更符合司法规律的 MLA 请求与处理机制，以提升整体效率。

探索建立检察机关之间更为直接、灵活的国际合作渠道与机制。虽然 MLA 是主要的正式合作途径，但在其框架之外或在其补充下，可在遵循国内法和国际条约的前提下，积极探索建立中国检察机关与外国检察或司法机关之间点对点的合作机制。⁴¹这可以从特定区域如上海合作组织成员国或基于双边检察合作谅解备忘录起步，围绕证据线索核查、非强制性证据材料交换、法律信息咨询、远程视频询问、联合培训与经验交流等方面开展务实合作。这种更具灵活性和针对性的检察合作，有助于在特定范围内提升合作效率，增进司法互信。

支持并保障检察机关深度参与相关国际规则的制定、履约与适用工作。检察机关身处司法一线，对跨境证据适用的实践难题与规则需求有着最直接的体会。因此，在《联合国打击网络犯罪公约》等多边条约的谈判、国内立法转化、履约机制建设以及具体适用过程中，应充分发挥检察机关的专业优势，使其能够提出更具实践基础和可操作性的意见建议。应加强对检察机关参与国际规则制定与适用工作的支持力度，⁴²建立常态化的参与机制，使其成为我国在全球数据治理和国际司法合作领域发声的重要力量。

（四）加强检察机关涉外能力建设与资源保障体系

所有制度的完善与优化，最终都需依赖于高素质的专业队伍去落实。应当将加强检察机关自身的涉外司法能力建设摆在突出位置，为其有效应对日益复杂的跨境证据挑战提供坚实的人才基础与充分的资源保障。系统性地构建专业化的涉外检察人才队伍是当务之急。加强顶层规划，指导有条件的地方检察院（如沿海、沿边、自贸区、国际交往密切的大城市等）设立专门负责处理涉外刑事案件、国际司法协助与合作事务的内设机构或跨部门的专业化办案团队。通过集中办理、案件研讨、经验总结等方式，快速培养一批精通涉外法律、熟悉国际规则、擅长处理复杂跨境证据问题的专家型检察官。

开展针对性强、覆盖面广、常态化的涉外能力专业培训。培训内容应紧密结合实践需求，系统涵盖国际公法与国际刑法基本原理、主要国家（地区）刑事诉讼与证据制度比较、数据保护与网络安全法律前沿、数字取证技术基础知识、国际司法协助规则与实务操作、外语沟通与跨文化交流技巧等核心模块。培训方式应灵活多样，既包括集中授课、专题研讨，也应鼓励案例教学、模拟法庭、实战演练，并积极创造机会选派骨干赴境外交流学习或参与国际合作项目。

⁴¹ 参见郭烁：《检察机关参与：反外国制裁工作的另一种进路》，载《政治与法律》2023 年第 10 期，第 81-93 页。

⁴² 参见魏琦宗：《检察服务“一带一路”法治化营商环境的体系构建》，载《山西省政法管理干部学院学报》2024 年第 4 期，第 7-12 页。

健全完善技术支撑与专家辅助体系，弥补检察官的技术认知短板。检察机关应加大对数字取证技术装备的投入，建立或共享专业的技术实验室，培养内部的技术辅助人员。更重要的是，应当建立稳定、规范的外部专家咨询机制。应组建一个涵盖法律、技术、金融、特定行业等领域专家的咨询库，为检察官在审查疑难、复杂、新型跨境证据时提供及时的、中立的专业意见支持。

提升检察机关在跨境刑事证据调取中的作用，是一项涉及规则完善、机制创新、能力提升的系统工程。通过确立更科学的审查标准、构建更严密的监督体系、提升国际合作的参与度和效能、并辅之以坚实的能力建设与资源保障，检察机关方能更好地在维护国家主权安全、保障公民合法权益、促进司法公正与效率、深化国际合作等多重目标之间，找到最佳的平衡点，为新时代涉外法治建设贡献检察智慧与力量。

结语

数字浪潮席卷全球，跨境刑事证据调取已从边缘走向常态，深刻考验着各国的司法智慧与治理能力。检察机关身处其中，其角色功能发挥直接关联国家主权安全、司法公正与国际合作大局。本文聚焦检察机关在处理跨境证据时面临的主权、程序与证据三重冲突下的实践困境，并探究了其深层的制度根源和可行路径。

这些路径的探索与实践，正是对习近平总书记关于“加强涉外法制建设，营造有利法治条件和外部环境”重要指示的贯彻落实。面对数字时代日新月异的挑战，检察机关的调适与革新，诚如古语所云：“明者因时而变，知者随事而制。”应当以变应变，方能在复杂博弈中维护国家利益，捍卫司法公正。

当然，研究亦存局限，对检察实践困境的分析更多依赖文献梳理，优化路径方案的落地效果有待检验。展望未来，人工智能、物联网等新技术将持续为跨境证据适用带来新挑战，检察机关需不断提升法律适用、技术认知与国际合作能力。数字时代的跨境刑事证据调取，不仅是对现有法律规则的挑战，更是对国家司法能力与治理智慧的考验。检察机关作为法治中国建设的重要力量，应当主动适应时代变革，在涉外检察工作中展现新担当、新作为。这既是中国检察机关服务国家治理现代化的应有之义，也是在全球数字法治版图上彰显中国智慧与担当的必然要求。

跨境追赃中资产分享制度的规则缺位与程序突围

——以刑事司法协助的实效性重构为视角

于浩 张影*

摘要： 跨境追赃是深化反腐败国际合作的重要组成部分，而资产分享又是推进跨境追赃的必经之路。目前，跨境资产分享存在立法缺位、条约失范、程序低效、权益失衡等问题，导致跨境资产追缴效率低下，甚至引发国际争议。立足我国实践需求，借鉴域外四类资产分享模式经验，我国的境外资产分享制度重构应采纳“国内法兜底+条约主导+司法审查”的复合型路径，以破解跨境追赃难题、提升国际司法协作效能，以国际追逃追赃法治合作为突破口，为我国反腐败斗争作出新贡献。

关键词： 追逃追赃 刑事司法协助体系 跨境资产分享制度

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央将反腐败国际合作纳入全面从严治党、党风廉政建设和反腐败斗争总体部署，提升到国家政治和外交层面进行谋划。党的二十大明确要求深化反腐败国际合作、一体构建追逃防逃追赃机制，为深入推进新时代反腐败工作提供了根本遵循。跨境追赃是深化反腐败国际合作的重要组成部分，而资产分享又是跨境追赃的必经之路。本文的目的，就在于思考当前资产分享实践中存在的问题，并尝试提出解决方案。

一、跨境追赃资产分享的实践难题

从当前实践来看，跨境追赃资产分享的难题既存在于外部，也存在于内部。

（一）跨境追赃资产分享的外部难题

1. 制度差异

不同法系、国家间的法律制度存在差异，对于法律概念、犯罪认定、证明标准等均存在差异，对国际司法协助造成很大阻碍。比如在引渡法的理解与适用上，美国等国家坚持国际法条约前置主义，即两国间只有缔结了双边引渡条约后才可以申请引渡合作。对于同为《联合国反腐败公约》缔约国但并未缔结双边引渡条约的国家，条约前置主义国家坚持严格遵循条约前置，会以不符合互惠原则等拒绝引渡请求，使我国目前成功运用引渡制度追逃追赃的案例极少。再如对于双重犯罪原则，在开展各项追逃追赃国际国际合作时都作为前提性要求，但碍于不同国家间所规定的犯罪要件、罪名认定、刑罚选择等均存在差异，而双重犯罪原则

* 于浩，男，北京市顺义区人民检察院第一检察部主任。张影，女，北京市顺义区人民检察院第一检察部四级检察官助理。联系人：张影，联系电话：18586080667，通讯地址：北京市顺义区新顺南大街17号，邮政编码：101300。

要求请求国与被请求国的罪名及罪行种类均需相同，且需要达到一定严重性，司法实践中想要同时达到这几项要求较为困难。如我国之前就一破坏环境犯罪嫌疑人向某国申请引渡，根据该国法律我国申请的刑事司法协助事项属于洗钱罪范畴，需要我国就触犯我国洗钱罪提供相应材料。但根据我国《刑法》第 191 条规定，洗钱罪的上游犯罪中并不包括破坏环境类犯罪，罪名认定的差异使得推动国际合作面临困境。再加上我国的政治体制和法律制度与许多西方国家存在差异，“政治犯不引渡”“死刑犯不引渡”“本国国民不引渡”等国际原则往往成为我国开展国际司法协助合作的较大阻力。

2. 政治因素

当前地缘政治博弈尖锐复杂，大国博弈下政治因素直接影响国际追逃追赃合作的开展及成效，以“政治正确性”作为借口，实施经济威胁、外交孤立等手段介入他国国际司法协助工作。同时不同国家在面对外逃资产可能会带来的经济利益及对本国企业的保护考虑而采取干预手段，如以不符合双重犯罪原则、人权保护等原因拒绝引渡、异地追诉等国际协助请求。以“百名红通人员”外逃地区进行分析，四分之三都选择与我国尚未签订双边引渡条约的美国、加拿大、澳大利亚、新西兰四国，总人数达到了 73 人，这些国家对我国国内法律、人权保护存在误解，加之国际政治因素影响，与其签订的引渡、移管等双边、多边条约较少且难度较大，只能根据缺少明确、严格的规定性条款的国际公约或者多边条约开展相关合作。¹而剩余的 27 人多选择外逃至与我国地理位置相隔远、尚未建立外交关系的国家，例如加勒比海盗地区。对于与此类国家开展国际形势协助仅能依靠国家间的互惠原则，使得合作效果显现少、工作开展周期长，大部分追逃人员多依赖于劝返而非其余有效的国际司法协助方式。再加上国际公约作为一种公众约定性合约，虽具有约束力和强制执行力，但受制于国际局势的变化，许多国际组织较难对国际司法协助予以及时有效的协调和推动，国家间对于国际司法协作往往呈谨慎保守的态度，政治因素干扰造成国际司法协助困难较大。

3. 主权让渡矛盾

主权让渡矛盾²在开展国际刑事司法协助中确实存在，而资产分享制度作为国际刑事司法救助的重要合作方式，必然存在国际规则与国内法之间的对抗与平衡。如在 2025 年由泰国破获的中国籍嫌疑人跨国投资诈骗案中，为换取国际协作我国不得不接受高比例资产扣除条款。因缺乏明确的资金分割标准，泰国法院在冻结和返还资产时难以区分合法财产与赃款，同时虽然我国与泰国缔结了引渡条约，但泰方仍以属地管辖权为由拒绝了我国的刑事介入。同时由于泰国法律未规定明确的混同资金分割标准，法院仅能基于“可溯源性优先”原则部分支持中方

¹ 姜伟,曹吴清.反腐败追逃追赃国际合作的若干问题[J].中国应用法学,2023,(02):15-26.

² 高榕.中国向泰国请求刑事司法协助机制的法律基础与完善路径[J].广西经济,2023,41(02):109-121.

主张,并以“合理费用”名义扣除调查、司法程序等成本,进一步压缩实际返还金额。最终,中方仅追回不足 20%的涉案资产。必须通过设置完善的国内法律制度,明确最低返还比例、缔结双方友好合作条约等方式,达到维护国家主权与提升国际协作效能间的动态平衡。

（二）内部难题

1. 资产分享立法理念落后于国际趋势

腐败犯罪的全球化趋势使得国际社会日益关注国际刑事司法协助及跨境追逃追赃,在《联合国反腐败公约》中明确将追赃方式分为直接追回与间接追回两种。相比于直接追回过程中存在的国家间法律制度差异、国家主权问题等根本性障碍以及引渡、遣返等方式运用下的多重先决条件,间接追回可以直接确认资产归属权,通过资产返还与分享达到请求国与被请求国的双赢共赢,有效惩罚犯罪的同时亦可对腐败资产进行妥善处置。而资产分享制度作为国际跨境间接追回赃款赃物的重要方式,其一般指犯罪资产所在国与流出国之间根据条约或者个案协定,基于相关国家在犯罪资产没收中作出的贡献大小,将没收的犯罪资产扣除执法和司法合作中的合理费用后,按照一定比例进行分享的制度。³出于资产分享制度独特的经济利益刺激优势及跨境追赃的优惠设计,资产分享在跨境追赃中已经成为了一项普遍实践规则。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》首次提出按照本国法或双边、多边协定“分享”犯罪资产。1999 年《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 8 条第 3 款规定:“每一有关缔约国得考虑同其他缔约国缔结协定,在经常性或逐案的基础上,分享执行本条所述没收而取得的资金。”。而 2003 年的《联合国反腐败公约》虽然没有直接使用“分享”,但体现了“分享”贪腐犯罪资产的精神。在当前国际刑事司法协助实践中,联合国对资产分享也始终持有积极鼓励的态度,美国、法国等西方发达国家均积极采取资产分享的方式处理赃款。但相比于国际社会对于资产分配与返还机制的认可与深化,我国资产分享司法理念转化相对缓慢。《中华人民共和国刑法》第 64 条明确规定没收的财物和罚金,一律上缴国库,不得挪用和自行处理。而跨境追逃的赃款赃物多为反腐败犯罪所得,其钱款一般都为国家财产。我国出于对主权及法律保护,最初对于犯罪分享持否定态度,认为其是发达国家对于发展中国家财产的强制掠夺。但随着《联合国反腐败公约》等国际条约对犯罪资产分享进行立法约定,出于缔约国履约义务及国际社会的成功实践经验,我国尝试通过《国际刑事司法协助法》等立法及在双边条约中进行规定等方法对犯罪分享制度进行探索。使用专门法的“法律原则”替代普通法的“法律规则”,虽然一定程度上展现了我国在资产分享立法理念上的进步与灵活,但碍于法律位阶差异,犯罪资产分享制度仍缺乏法律依据,立法理念需要持续更新。

3 栾时春,刘以恒,电信诈骗跨境追赃中犯罪资产分享机制的运用困境及疏解[J].知与行,2024,(02):57-69.

2. 国际司法协助及境外资产分享立法碎片化

我国目前虽然已经出台《国际刑事司法协助法》《监察法》等,但对于反海外腐败法、涉外企业资产监管法、跨国反洗钱法等尚未形成法律规定或条例进行行为约束。这就使得我国在请求开展国际刑事司法协助时可能会因无法找到对应国内法依据而遭到拒绝。而关于境外资产分享制度,我国尚未形成专门立法,仅在《国际刑事司法协助法》《刑事诉讼法》中有原则性规定,并散见规定在相关司法解释、缔结条约中。如在《国际刑事司法协助法》第49条中规定外国协助没收、返还违法所得及其他涉案财物的,由对外联系机关会同主管机关就有关财物的移交问题与外国进行协商。对于请求外国协助没收、返还违法所得及其他涉案财物,外国提出分享请求的,分享的数额或者比例,由对外联系机关会同主管机关与外国协商确定。2007年12月,《中华人民共和国禁毒法》首次确认,通过国际合作查获的毒品犯罪违法所得、财物或者款项,可以与有关国家“分享”。⁴在国际条约缔结中,2016年中国与加拿大正式签署的《中华人民共和国和加拿大关于分享和返还被追缴资产的协定》中,明确规定缔约一方可在没收后根据缔约另一方的协助情况按比例“分享”被非法侵占的财物。但无论是双边条约还是国内立法,对于资产分享的分享原则、比例、程序机制、合理费用扣除规则等并未做出明确规定,混合资产分割标准、合理费用扣除规则等核心问题尚未解决,使我国在相关案件跨境追赃过程中对于跨境资产与返还缺乏统一标准,个案协商流程久难度大,透明度及公正性易引发质疑。

3. 境外资产分享制度职责及程序不清晰

我国在跨境资产返还及分享制度建设上处于探索阶段,在实践中对于程序流程、责任分配、操作细则、救济途径等内容尚只能进行个案协调。而国际司法协助涉及面广、流程复杂,对于事项的申请、交办、审查、决定等流程均需要明确、详细的指引。目前我国仅在《国际刑事司法协助法》规定中对于国际刑事司法协助的主管机关、对外联系机关及办案机关各自职责进行了庞统性规定,但在具体案件中仍存在责任部门不清晰、监督主体不明确的问题。同时,跨境资产分享是一项需要进行长时间、多国家谈判的复杂国际合作工作,亟需制定严密的分享制度并指定专门的责任机关开展相关工作。

同时,我国目前在资产分享制度建设上的一些核心问题争议仍比较大,一是跨境犯罪资产的认定范围,二是合理费用扣除及前置分享问题,三是分享比例与分享模式,最后是资产分享的救济途径及没收资产基金设立。对于这些问题的解决,一方面,要立足我国境外追赃追逃的实践需求;另一方面,也要参考域外的相关制度。毕竟,刑事司法国际协助的成功与否取决于双方的合作,要创造双方法律制度的最大公约数。

⁴ 莫洪宪.智慧时代反腐败追赃资产分享制度的发展与完善[J].文化与传播,2024,13(05):90-99.

二、域外资产分享机制的比较分析

比较而言，域外诸多国家已经形成了较为成熟的机制设计及法律保障，以资产分享比例的确定方式为标准，可以将域外的资产分享机制分为四种模式，而且在各种模式中，分享比例的决定程序与主管机关也各不相同。

（一）法定比例模式——以美国为例

美国作为全球经济中心，跨境腐败犯罪出现早、追逃追赃任务重，在国际社会率先探索并实践了犯罪追赃资产分享制度，形成了双边协议及国内法固化分配比例的主要资产分享机制，即在双边协议或国内法中直接按照贡献大小确定分享比例。如在美国《司法部长关于被查封或被没收财产指导准则》中具体列举了分享比例原则，按照“贡献程度”分为三等，提供了重大协助可以分享没收资产的 50% 至 80%，提供较大协助可以分享没收资产的 40% 至 50%，提供便利协助可以分享没收资产不得超过 40%。⁵资产分享方法采取与绝大多数国家不同的“先分享再扣除”原则，即对于请求国提出的资产返还，要先通过确定分享比例明确分享资产后，在对于执行过程中应当扣除的费用（如调查和诉讼费用、律师费用、资产管理成本等）进行扣除。⁶这一法定比例模式透明度高，在实践中可以有效减少国家间谈判的时间成本、提升磋商效率。但同时该模式依赖于较为强势的大国地位，对于发展中国家可借鉴程度较低，同时对于特殊案件的可调整空间较小，灵活性不足。

（二）国内法兜底模式——以加拿大为例

相比于美国在开展资产返还与分享时主要依靠请求国与被请求国之间签署的资产分享协议，加拿大的分享模式则更加开放与灵活。一方面依靠与他国签署的双边条约及正式资产分享协议，但加拿大随着国际司法协助合作的深入，在实践中逐渐不限制于条约绝对前置，而是通过颁布《被没收资产分享条例》等国内法填补条约空缺，给予资产分享的法律保障。即对于没有签署分享协议的国家提出的分享请求，双方也可以在主管机关的谈判磋商下就分享比例、范围等进行协商，开展国际刑事司法合作。对于主管机关，加拿大也通过区分评估部门与具体数额计算部门来达到权利的制约及平衡。《被没收资产分享条例》⁷中将分享比例通过三个方面进行评估，一是请求国的贡献程度，二是违法行为的严重程度，三是请求国提供的证据、材料的被采纳度，根据三项内容的高低将资产分配比例按照 90%、50%、10% 的基础标准进行确定。上述三项评估内容由加拿大联邦总检察长来独立评估且不受干预，但最终的分享数额则由加拿大司法部长负责计算

⁵ 蒋新苗,谢志钊.我国构建跨境追赃资产分享法律机制研究——基于功能主义的视角[J].湖湘法学评论,2023,3(03):132-139.

⁶ 王筱.我国没收资产分享制度之构建[J].西部法学评论,2019 (2):117-124.

⁷ Canadian Ministry of Justice, Forfeited Property Sharing Regulations, <http://laws-lois.justice.gc.ca>, visited on 1 December 2023.

并决定。⁸这一条约主导+国内法兜底的模式相较之下更为灵活,可以有效应对当前国际社会双边条约覆盖面有限、协议签署周期较长的问题,同时给予不同案件尤其是政治敏感类案件个案协商的机会。但另一方面,由于不同案件利益平衡上的考量不同,在分配比例及相关费用扣除上容易引起公平性的质疑。同时虽然加拿大在对资产分享的计算上设定了权利制衡机制,但缺乏司法监督,透明性仍存缺口。

（三）司法审查型模式——以新加坡为例

新加坡作为全球廉政大国,对于采取“分享是原则,返还是例外”的跨境犯罪资产理念很早便予以接受并适用于实践。新加坡通过制定《刑事司法互助法》和《犯罪所得追缴法》对资产分享的范围、比例进行了规定,为没有双边协定的国家提供法律规范。⁹同时,相比于美国和加拿大,又增添了具有特色的司法审查监督机制。具体分享模式为外交部对于跨境犯罪相关资产分享请求进行谈判与协商,对诉讼、调证等费用进行成本优先扣除后,按照请求国的贡献程度确定分享比例。外交部确定分享具体内容及比例后,形成分享初步方案并交由新加坡高等法院进行司法审核,高等法院认为跨境资产性质活分配请求不合法的,法院可以直接驳回相关条款或者调整比例。该种司法审查型模式可以有效解决以加拿大为例的国内法兜底模式下司法监督空白的问题,由外交部门作为主管部门、司法部门作为监督部门,双重审查模式防止行政权力滥用,提升分享公平性。但与此同时难免会造成资产分享的审查周期较长,对于司法实质性审查人员的专业性要求较高。

（四）混合审查型模式——以南非为例

南非具有英美法系和大陆法系的双重背景,在其法律制定与适用上能展现出混合立法理念。南非于 2001 年颁布了《南非共和国国际刑事法院法》,在第四章对于向国际刑事法院提供合作和刑事协助进行了专章部署,¹⁰充分展现了南非对于国际司法协助的前瞻性。对于资产分享制度,南非在其《涉外资产追缴法》第 7 条也设定了“成本优先扣除”基础规则,但明确要求成本扣除不能超过被请求返还财产的 30%,对于成本扣除后的剩余资产按协商比例分配。这一模式被适用于尼日利亚前领导人阿巴查资产返还案。尼日利亚将军阿巴查于 1993 年至 1998 年统治尼日利亚,经调查在国内外 50 家银行开立有 130 个账户,涉及资金数十亿美元。由于涉案腐败资金数额巨大、分布范围广,尼日利亚政府自 1999 年初起,先后向瑞士、卢森堡、列支敦士登、英国、德国、美国等多次提出司法协助请求,2010 年,尼政府与瑞士签订谅解备忘录,并在长期磋商后最终通过政治谈判达成协议,由瑞士返还 6 亿美元赃款(占追缴总额 60%),剩余部分用于尼日利亚

⁸ 陈闻博.反腐败国际资产分享机制本土设计[J].武大国际法评论,2022(2):146-147.

⁹ 唐媛媛.反腐败境外追赃机制的困境与完善研究[D].江西财经大学,2022.

¹⁰ 黄风,王君祥.非洲国家刑事司法协助立法若干问题探析——兼议对我国刑事司法协助立法的启示[J].比较法研究,2011,(02):81-92.

民生项目。该案充分展现了控制基本比例+个案协商的分享模式，对于政治敏感类案件具有实践指导作用，同时民生项目的补偿也开创了资产分享的一条新途径。但个案协商模式不可避免的容易造成谈判冗长，公平性易引起质疑。

简而言之，域外资产分享制度体现出如下四个特点：有相对完备的立法、有明确的主管机关、有适合的比例模式以及详细的执行程序。

三、我国跨境资产分享的制度构建及程序选择

结合我国资产分享立法空白、外逃资产数额巨大、犯罪资产流入地相对集中的特点，参考域外四种跨境资产分享模式，我国应在坚持主权原则、法治原则和公平原则的基本遵循下¹¹，构建“国内法兜底+条约主导+司法审查”的复合型跨境资产分享规则体系。

（一）制定国内法律确保专门依据

资产分享制度作为推动国际刑事司法协助的重要内容，首先应通过制定并完善国内法为其提供基本法律保障。对比美国专门制定《犯罪资产没收政策手册》、澳大利亚设立《犯罪收益追缴法》、法国通过《旨在促进刑事案件中扣押和没收的法律》进行专章规定等¹²，可以看出域外资产分享机制运行较为顺畅国家均通过国内法对相关规则予以明确，再此基础上通过签署多边、双边条约推动个案跨境犯罪资产的分享与返还。目前我国虽然在《国际司法协助法》中对于犯罪资产分享进行了概括性规定，但对具体分享内容、比例等规则并未说明。因此，我国需要探索订立《跨境犯罪资产返还与分享法》等专门立法，对《国际刑事司法协助法》中对于资产分享内容进行补充与完善。

1、确定资产分享方法

如上文所述，目前国际上对于资产分享的方法主要以被请求国是否承担资产追缴与返还过程中产生的费用与成本而区分为“先分享后扣除”与“先扣除后分享”两种模式。通过一个事例简单对两种方法进行介绍：如 A 国请求 B 国对 200 万元的跨境犯罪资产进行返还，双方依据双边条约确定资产分享比例为 50%，在资产追缴过程中产生的费用与成本为 20 万元。按照“先分享后扣除”方法，则该 200 万元的资产会先按照约定的 50% 分享比例由 A、B 国各分 100 万元，之后再相关费用扣除，即请求国 A 国将独自承担 20 万元的费用，最终请求国只能追回 70 万元，而资产所在国 B 国获得 100 万元。而在“先扣除后分享”方法下，率先扣除 20 万元成本后，对于剩余 180 万元由双方按照约定比例进行分享，即 A、B 国各获得 90 万元。从这一简单事例可以看出，以美国为首的“先分享后扣除”模式其实是对于资产流出国的进一步征夺。对于资产流出国而言，犯罪资产的外流本身已经是对被害人及国家合法财产的伤害，而国际刑事司法协助的原则亦强

¹¹ 杨琼.海外中国犯罪资产分享的规则构建初探[J].思想战线,2023,49(04):152-163.

¹² 付琴雯.法国犯罪资产追回和没收实践[J].现代世界警察,2023,(09):55-61.2022 年度湖北省教育厅哲学社会科学基金项目“跨境腐败资产直接追回的法律挑战与应对”的阶段成果。

调互惠与公平,共同分担追缴犯罪资产的成本后再进行资产分享更易被国际社会所接受。在《联合国反腐败公约》第 57 条就规定在返还或者处分没收的财产之前,扣除侦查、起诉或者审判程序而发生的合理费用。¹³采用“先扣除后分享”的资产分享方法与我国协同互赢的大国外交理念相一致,亦有助于维护公平和谐的国际秩序。同时考虑到我国外逃资产众多,签署双边条约有限的现实背景,可以考虑借鉴南非设定最高扣除比例,确保在获得国际社会的信任、为我国追缴外逃资产营造和谐环境的基础上对国家合法财产进行最大程度的保护。

2、明确资产分享范围

对于可进行资产分享的范围在各国实践中也是争议焦点,部分国家采取采取广义理解,对于一切犯罪资产及其孳息、混合收益等均被认为可分享,同时并不区分犯罪罪名。而部分国家出于对国家主权、第三人财产等保护,对可分享资产进行了限制解释,通过列明负面清单方法将政治类犯罪违法所得、犯罪成本、混合收益等排除在分享范围之外。出于推动犯罪资产最大范围内的追缴及国际刑事合作的高效进行,《联合国反腐败公约》采取了广义界定,规定犯罪资产一方面是在犯罪预备及实际进行过程中直接或者间接获得的财产。考虑到我国资产分享制度尚处在建设阶段,需要在保护相关当事人合法权益的前提下尽可能发出我国刑事司法协助工作声音,建议我国适用广义的“正面清单”+明确的“负面清单”资产分享范围。我国《国际刑事司法协助法》中将可参与分享的资产范围规定为“违法所得”和“其他涉案财物”,但对于违法所得的具体范畴并没有进行进一步解释。我国目前法律规定中对于违法所得、犯罪所得、非法所得等概念使用不清晰,但在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 443 条、《最高人民法院、最高人民检察院关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》第 6 条均明确违法所得应当包含转化后的资产及其收益。¹⁴相对宽松的界定方式一方面对于后期资产分享机制的细致与完善留有空间,另一方面也可以与国际社会达成共识,最大程度追回外逃资产,发挥震慑效应。采取宽松的资产分享“正面清单”的同时,对于不可参与分享的“负面清单”提出了更高的要求。国际社会对于排除在分享范围外的普遍共识是被害人合法财产、第三人善意所得、财产托管等必要费用。我国在部分法律与规定中也可以见得认同此种排除方法,如《中国与加拿大关于分享和返还被追缴资产的协定》中规定:“对于转移至境外的犯罪所得,只要能够查明有合法所有人,如被贪污的政府或企业财产,按协定的规定,就应依法返还合法所有人。”¹⁵保护被害人、善意第三人的合法财产是法律创设的基本原则,但需要注意的是,不同于腐败等被害人主体较少的犯罪,跨境电信诈骗等犯罪的被害人众多且基本所有犯

¹³ 商浩文.论境外追逃中的异地追诉模式[J].江西社会科学,2024,44(02):146-154.

¹⁴ 陈毅坚,胡明.境外追赃中犯罪资产分享与返还范围的界定[J].法治论坛,2024,(03):200-214.

¹⁵ 李海滢,王佳蕾.资产分享:独辟中国反腐败刑事司法协助的一条蹊径[J].刑法论丛,2018,56(04):96-117.

罪财产均来自于被害群体。此时如果强调将所有被害人财产均排除在可分享资产之外,对于通过分享制度激励他国协助追回被害人合法财产的初衷相悖,可以考虑在个案中设定 10%-20%的被害人财产可分享比例,确保各类犯罪下的犯罪分享制度有序高效进行。

3、设定资产分享比例

联合国《示范协定》中给出了两个参考选项:根据国内法律和政策,按合作相称程度拟定比例;或是在合理金额或双方商定的合理基础上拟定分享比例。¹⁶但资产分享作为一项日益重要的国际刑事司法协助方式,第一种个案协商已经无法满足时效性和公平性要求,对于资产分享比例设定明确规定可以让各国对于可得利益产生预期性。目前国际社会上主要存在两种主要比例设定方式,一种是以瑞士为主要的固定比例,即不区分不同国家对于追逃追赃案件的贡献程度,只要参与了跨境资产追缴,即可获得最终所有参与国家的平均分配。这一方法虽然在分享实施上简单高效,但易打击各国参与刑事司法协助的积极性,甚至可能诱发部分投机取巧情形出现。另一种是美国、澳大利亚等发达国家普遍推广的方式,即在确定分享最低比例的前提下,根据各参与国家参与深浅、贡献多少、追缴难度高低等进行区分。付出多的国家获得更多分享资产这一分配比例设定方法也符合我国按劳分配的朴素理念,《中国与加拿大关于分享和返还被追缴资产的协定》也遵循了这一分配比例规则。因此,在我国专门立法中建议参考上述国家设定方法,按照协助贡献设定阶梯式比例,突出贡献 60%-90%,重要贡献 30%-50%,参与贡献 10%-20%。同时考虑到我国持续推动一带一路高质量发展,对于涉及一带一路国家的资产分享,可以在个案中进行协商,商定如追缴资产优先用于东道国民生项目等,进一步激励相关国家刑事司法协助合作共识。

(二) 升级国际条约弥补规则缺位

在国内法兜底的前提下,积极升级并完善多边与双边条约是我国在国际法层面上的重要课题。国际条约一方面可以有效消除“资产分享协议前置主义”的现实障碍;另一方面,长期、稳定、具体的分享协议可以将没收犯罪资产的返还与分享纳入制度化轨道,构建彼此之间稳定的追赃长效机制,提高国际司法协助效率。因此,在国际法层面应当积极开展多渠道合作,切实推进国内法的域外适用。按照目前通常做法,一国与外国开展资产分享合作的模式主要分为固定协议模式和个案合作模式两种。固定协议模式,即通过签订协议的方式将双方在今后处理资产分享的相关事项规则化。我国与加拿大 2016 年签署的《中国与加拿大关于分享和返还被追缴资产的协定》就属于此种模式,此模式的优点在于协议较为稳定,有利于双边长期开展司法协助,但同时也会存在谈判时间较长,难以应对形势变化的风险的缺陷。个案合作模式,即通过“一案一议”方式确定资产分享,这样既

¹⁶ 商浩文.境外追赃中犯罪资产分享制度研究[J].中国法学,2022,(05):286-304.

能解决具体案件在涉案金额及追缴难度上的差异问题,又可以根据请求司法协助时的国际环境、国家利益等因素进行灵活调整。¹⁷尽管该模式同时也可能存在缺乏稳定性、效率低下、资产分享难以制度化等问题,但鉴于双边条约签订程序较为复杂,双方磋商时间长,而我国犯罪资产主要流向美国、加拿大等尚未与我国签订引渡条约的国家,开展个案合作有利于寻找双方利益交汇点。基于现实情况,短期内可先采取个案合作模式,在个案协商的基础上,系统地总结合作经验,由点及面地规划长期性双边条约的制定。目前我国签署的双边条约中对于资产分享很少有专门约定,建议以联合国《资产分享示范协定》为蓝本,在已经签署的国际条约中积极推动条约的升级与完善,增设资产分享专章,对资产分享方法及比例进行直接规定,在尚未签署双边条约的国家中积极推动订立犯罪资产分享协议。同时,充分利用已经加入的多边条约,如发挥“一带一路”国际合作框架作用,促进合作国共同签署《资产分享合作备忘录》,联合金砖国家制定《金砖资产分享示范法》等。

(三) 优化审查机制保障运行程序

在条约主导+国内法兜底的运行机制下,需要通过司法审查来保障资产分享的合法性及透明性。目前我国《国际刑事司法协助法》中规对于办案机关、主管机关及对外联系机关进行了规定,在《中加关于刑事司法协助的条约》中亦规定了中央机关,但目前的規定中对于各部门具体责任仍存在职责模糊、定位不清的问题。事实上,跨境追赃与分享的工作需要外交部门、司法部门、监察部门等多部门的通力合作,从资产追缴、申请返还再到进行分享,均需在主管机关的牵头之下由不同机关各司其职,确保追逃追赃全过程的公平及高效。在目前我国资产分享制度探索阶段,可以考虑参考新加坡的司法审查模式,由外交部作为对外联系机关,在收到或向他国提出分享请求后即开始进行具体的谈判与磋商,在确定分享并明确具体分享内容、比例、范围后,交由最高人民法院对资产的性质、证据的合法性、分享比例确定的合理性等进行独立司法审查。最后,在由监察委对于跨境犯罪资产的返还与分享进行执行监督,防止执行存在周期长、障碍多、形式变形等问题。最后,跨境资产的返还与分享是对国家和个人被侵吞资产的追回与保护,需要建立有效的救济手段和资产监管体系。一方面对于已经追缴回来的腐败资产,在坚持“返还被害人为主,上缴国库为辅”的原则基础上,外国通过分享支付的赃款(参考《中加关于分享和返还 被追缴资产的协定》第七条)可以汇入一个专门的境外追赃专项基金账户。¹⁸将财产率先返还被害人和合法第三人后,其余部分资金可以考虑按照一定比例放入该专项基金账户,用于支付办案机关在办理跨境追赃相关案件中支出的调查、司法协助费用,也可以用来奖励或者

¹⁷ 李海滢.腐败犯罪资产追缴的现实选择:资产分享机制的构建[J].社会科学战线,2017,(07):229-238.

¹⁸ 侯涤尘.我国跨境追赃中资产分享制度的适用与完善[D].华中科技大学,2023.

培训办案机关和有关人员，补充跨境追赃相关案件的工作经费，培育一支高素质的跨境追逃追赃工作队伍。¹⁹与此同时，要畅通资产分享制度下的救济途径和信息公开制度，将扣除费用明细、非涉密案件的资产分配比例、返还或者分享的资金去向等在监察委或者司法部专门网站上进行去向公布，一方面有利于保障被害人或善意第三人知情权，对于未及时申请等特殊情况保留复议权利，防止误扣、漏扣等风险，经审查后可以通过专项基金账户进行救济。另一方面也可以定期由国家监察委等对于资产分享情况出具监督审计报告，通过多重监管确保资产返还与分享的透明与公开，有效破解当前“追回难、分享乱”的实践困境，稳步提升我国在国际司法合作中的规则话语权。

结语

资产分享制度是当前国际社会开展国际刑事司法协助工作中的重要手段。从当前的实践难题与域外经验来看，我们应结合具体国情，通过制定国内法律、缔结国际条约、优化审查方式等多种途径，有效建立起我国行之有效的分享规则，破解我国跨境追赃追逃困境，真正实现资产分享制度的体系化、法治化，提升国际合作效能。

¹⁹ 陈闻博.海外追赃中腐败犯罪分享机制研究[D].吉林大学, 2022.

简易引渡法律制度与人权保障问题研究

杨 超

摘要：简易引渡是引渡制度中的一种特殊形式，它建立于被引渡请求人的同意基础之上。文章以人权保障角度，针对简易引渡机制的法理基础、法律原则、审查机制及最新变化等问题，结合国际公约及区域、双边引渡条约，对简易引渡法律制度做出全面的分析，并提出完善我国《引渡法》，构建简易引渡制度的法律建议。

关键词： 引渡 国际刑事司法合作 简易引渡 人权保障

引言

现代国际社会，人员、资源、资金等跨境跨国流动是发展的一个重要趋势，密切的流动带来便利性的益处，但同时也会给国与国之间进行的刑事司法合作及引渡等工作带来新的挑战，在区域发展一体化程度较高的欧洲地区，应对人员自由流动的情形，欧盟地区通过颁布“欧洲逮捕令”等措施，在法律框架下简化国与国之间的刑事司法合作流程，加强国与国之间的合作以实现有效的区域合作与治理。在发展的同时，随着近些年国际形势的变幻，国际刑事司法合作在国际社会实践也出现了不少重要的变化，我国的国际刑事司法合作工作也面临新的问题和任务，针对新现象、新问题，我们需要对法律制度的变化做深入的研究与分析，以更好地化解实践难题，推动我国刑事司法合作工作进一步发展。引渡是最为传统也是最狭义的国际刑事司法合作，它代表着一国的司法主权与尊严，引渡的开展与完成则需要两个甚至多个司法主体之间的合作。但不同于普通引渡，简易引渡程序是以被引渡请求人的同意为基础，被引渡请求人与引渡请求国之间并没有出现强烈的对抗性，而是表现出愿意接受引渡请求，回到引渡请求国的意愿。本文聚焦于正确理解简易引渡程序，以在实践中能够有助于更好地适用简易引渡程序，为进一步推动我国涉外法治建设，完善我国的涉外法治法律体系。

一、简易引渡制度的概念及审查原则

（一）概念

所谓简易引渡是指在被请求引渡人明确表示愿意接受引渡的情况下，被请求国省略掉对引渡请求的司法审查程序，直接做出允许引渡的决定¹。简易引渡

杨超，北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院，副教授、G20 反腐败追逃追赃研究中心专职研究员。

¹ 黄风：《中国引渡制度研究》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 320 页。

最为核心的特征即为被请求引渡人同意请求国对其提出的引渡请求，本人有意愿通过引渡措施到请求国，简易引渡与普通引渡最大的区别在于，不同于普通引渡制度，被引渡请求人往往会体现出对引渡请求的极大对抗性，或通过聘请大的辩护人团队，或通过移民法向所在地移民法庭提出难民请求等一系列措施，以对抗针对请求人开展的引渡请求。简易引渡开展的基础是被引渡请求人本人自愿同意引渡请求，表达的是对被引渡请求人的同意意愿。

（二）简易引渡制度的审查原则

鉴于简易引渡制度是以被引渡请求人的同意为基础，因此，在适用原则与审查层面都与普通引渡制度有不同的规定。从普通引渡程序的审查机制来看，基本分为司法审查和行政审查。两种审查形式。司法审查是由司法机关针对支撑引渡请求的证据材料，从法律的技术层面对引渡请求是否符合“双重犯罪”以及是否涉及死刑等特殊刑罚进行审查，行政审查则主要是由一国负责引渡请求的中央机关对引渡请求是否符合人权保障标准、“政治犯不引渡”、“特定性原则”等进行审查，行政审查不是针对证据材料是否符合一国的法定标准，而是综合对引渡请求进行审查，包括请求国过往引渡实践的情况，一国的司法状况等，作出综合性的决定。近些年，在一些国际司法机构的推动下，特别是如欧洲人权法院，行政审查已经逐渐在引渡审查中发挥越来越大的作用和影响力，引渡请求涉及对人权保障的标准往往会高于对引渡请求罪行是否构罪的比重。引渡审查不属于纯粹司法审查的色彩也越来越浓厚。那么，针对被引渡请求人同意引渡的情形，审查的重点落于何处？

简易引渡制度并不代表被请求国不再对引渡请求进行任何的审查，需要明确的是，简易引渡仍然是引渡制度中的一个类别，开展简易引渡还是需要请求方与被请求方的合作。对简易引渡的审查是省略了对引渡请求的正式司法审查，被请求国仍须根据其国内法律基本原则对简易引渡请求进行审查。从简易引渡遵循的原则上看，一方面是对被引渡请求人基本意愿的尊重；另一方面，同样也是对被请求国基本法律制度的尊重。因此，对简易引渡的审查主要包含如下几点：

第一，简易引渡请求应符合被请求国法律规定。尽管简易引渡机制是建立在被引渡请求人同意的基础之上，但是被请求国仍有权力根据本国法律规定对引渡请求进行审查。根据不同国家的法律规定，简易引渡中请求国所需要提供的资料也不尽相同。被请求国依据本国法律进行审查，审查重点与普通引渡相比，不对引渡请求罪行具体证据材料的审查，而是对支撑引渡请求的材料，是否具有逮捕令、引渡请求是否违反被请求国法律基本原则，以及是否涉及人权保障情形进行审查。但是，符合被请求国法律规定，在简易引渡制度中更突出表现为一个框架性的审查，特别是受到非法律因素的影响，规定在实践中，层面需要对涉及被引渡请求涉及罪名及被引渡请求人情结合被请求国法律原则

做全面考虑。

多边及双边引渡条约中对简易引渡程序的规定，普遍体现为被引渡请求人表示同意后，引渡请求是否符合被请求国的基本法律制度，如《中国和秘鲁双边引渡条约》第13条“简捷移交”，如果被请求引渡人同意被移交给请求方，被请求方可以在其法律允许的范围内尽快移交该人，而无需任何后续程序。又如，《中国和巴巴多斯双边引渡条约》第14条“加快引渡”的规定，如果被请求引渡人同意被引渡至请求方，被请求方可以根据本国法律尽快将其移交至请求方。此外，美国与欧盟引渡条约第十三议定书，也针对简易引渡程序做出了类似规定。可以说，适用简易引渡程序，被请求国从本国基本法律原则出发对引渡请求进行审查，是否符合其基本法律制度，也体现为对被引渡请求国法律的尊重。

引渡请求遵循被引渡请求国的法律规定，首先，体现了简易引渡对引渡法律制度的遵守。尽管简易引渡不需要对引渡请求进行后续的司法审查，对被请求国法律基本原则与制度的遵守，以替代普通引渡程序中对是否符合双重犯罪原则的具体犯罪构成的审查。对法律基本原则与制度的理解，是指符合被引渡请求国刑法中基本原则，如可罚性问题、时效问题。对这些基本原则的审查替代实质性司法审查成为简易引渡请求的审查重点。如引渡请求涉及的罪行是否超出了被请求国的追诉时效，涉及被引渡请求人外逃的情形，应向对方说明，在立案侦查、审理期间的行为人逃匿行为的期间应视为对追诉时效中断。不得因为逃匿期间导致对时效过期，或者在可能涉及时效的案件中，根据对方法律的规定，在被引渡请求人表达书面同意的时候，同时确认对罪行时效或追诉时效的放弃，从而做到既遵循对方国内法律原则，又不影响简易引渡的开展。

第二，简易引渡程序是对双重犯罪原则审理的弱化。简易引渡程序在审理程序上省去了对司法审查的环节，可视为是对双重犯罪审查、量刑问题的弱化，以及在有特别规定、获得被引渡请求人同意的情形下，放弃对特定性原则的审查。简易引渡审查中，表现为对请求国整体法律制度、过往引渡案件实践的综合审查，并且，这一审查中，行政审查的因素表现的更为明显，以对国家整体法治状况的考虑替代了具体案件证据标准的司法审查。适用简易引渡程序，引渡请求材料的重点就应落于对引渡请求罪行的符合引渡原则的整体表述，而不是从双重犯罪的角度，对具体罪行符合双方刑法相关罪名的表达。

在传统刑事司法合作中，与简易引渡程序类似，放弃对双重犯罪审查的典型代表是“欧洲逮捕令”。欧洲逮捕令建立于欧盟成员国较为相似的法律制度与相对成熟的一体化合作机制。欧洲逮捕令诞生于2002年²，欧洲逮捕令将适用相互承认的32种最严重犯罪列了一个犯罪清单，对这些犯罪，如果根据签发

² 欧洲逮捕令全称为《欧盟成员国之间实施欧洲统一逮捕令及其移交程序的框架决定》。

国法律可以科处较重的监禁刑或羁押令，那么，针对这些犯罪的裁定就无需经双重犯罪原则验证，签发国可以径行移交，执行国可以直接承认和执行³。“欧洲逮捕令”的适用意味着，成员国针对特定犯罪放弃了对双重犯罪这一原则的审查，省去了对外国逮捕令的实质性审查，认可了外国司法机关签发逮捕令在本国的同等效力。欧洲地区较之于其他大陆地区，其各国之间的法律制度、文化差异相对较小，体现在刑事司法领域，考虑到申根地区人员自由往来，另一方面也加具了犯罪及逃匿活动的跨境可能性，为保证欧洲整体的安全，欧洲地区始终也在加大各国法律的融合，“欧洲逮捕令”的出台就是标志性代表。这标志性成果意味着成员国对他国司法机关“逮捕令”的认可是自动性的，而不再需要经过法定程序和原则的审查。事实上，自动性认可能极大加快刑事司法领域合作的进程，省略了最为耗时的司法审查程序，在实践合作中体现为依靠双方或多方畅通的信息渠道进行快速的信息传达与执行，通过信息的转达实现合作，而不再需要冗长的司法程序。

第三，对引渡请求的审查究竟是刑事诉讼性质还是行政审查性质，这一点各个国家在其国内法中建立了不同的审查机制。回归到对引渡程序性质本身的理解，引渡程序究竟是属于刑事诉讼程序还是行政程序，无论是采用行政-司法、司法-行政、行政-司法-行政，上述哪一种形式对引渡请求进行审查的国家，都不会贸然承认本国引渡程序是纯粹的行政或刑事诉讼程序，引渡程序本身的特殊性就在于兼具刑事诉讼程序的强制性，且并容了国际关系等多重政治因素。简易引渡审查突显引渡审查中行政因素，以满足人权保障标准为底线。尽管简易引渡是以被引渡请求人的同意，以及可能涉及对特定性原则保护的放弃，但是在对保护权利的部分放弃并不意味着对基本诉讼权利的保障。简易引渡程序适用同样也要注重向被请求国表明我国整体法律制度对人权保障的维护。

简易引渡审查更为重视的是全局抽象概念上，对基本诉讼权利、人权保障标准的满足，其表达了即使是简易引渡程序中被引渡请求人对自己权利保护的放弃，但也应为其提供人权保障最低底线的保障。以《欧洲人权公约》为例，公约第6条是关于公平程序的规定，这一条款从基本程序权利保障的角度，规定了不得自证其罪，辩护权利保障、证据基本效力的认可标准，以及合理诉讼时长。此条搭建了最为基础性的程序权利框架，所包含的是一国国内法律制度应能提供符合《公约》规定的人权保障最低标准。实践中，对第6条项下任何一项单一权利的违反都构成了对此条的违反，因此，对本条的理解，既需要从整体上的遵守，也需要注重条款规定下每一个单项权利的保证。第6条也在欧洲人权法院过往引渡案例中成为最常被援引的条款，实践中常与政治因素相结

³ 高秀东：《欧盟刑事司法合作领域相互承认制度研究》，《法治研究》2016年第4期，第74页。

合，以达不到人权保障标准成为拒绝引渡的理由。对此，欧洲人权法院的判例显示，对违反这一条款的理解，不应当仅仅是具有违法《欧洲人权公约》的风险，就拒绝引渡请求，而应是被引渡请求人面临现实的风险，要求证据标准结合特定案例中的具体情形能够达到现实风险的具体程度以及明显违背公平正义原则的司法审判程序，而不是泛泛而谈⁴。因此，我国在适用简易引渡程序中，对人权保障的证明材料，一方面注重对我国刑事诉讼整体程序的表述；另一方面，也需要就被引渡请求人面临具体待遇的情形提供相关材料。

第四，影响简易引渡程序的因素，实践中还有一个重要项就是文化认同的影响力。特别是涉及人权保障、整体法律制度评估时，不同文化背景的差异往往会给合作制造更多的障碍。如欧盟地区，作为当前区域化一体合作程度最高的地区，欧盟成员国之间的刑事司法合作也出现了朝向更为便捷化发展的特征，如上文提及的“欧洲逮捕令”，通过对欧盟成员国逮捕令的自动认可，极大地提高了成员国之间的合作效率。在此基础之上，2020年经欧盟理事会通过，欧洲地区成立了第一个具有跨国司法调查属性的欧洲检察官办公室（EPPO），根据其章程规定，欧洲检察官办公室的管辖权是对其成员国侵犯欧盟经济利益的罪行，包括逃税罪、洗钱罪等罪行进行调查和起诉，这一超国家司法机构成立又标志着欧洲地区刑事进程的一大发展，将进一步促进欧盟成员国的国际刑事司法合作。合作和文化相似是一个相生相长的关系，在双方国家关系向好的时候，合作必然能够更为顺利。而面对相对复杂国际关系情形，更加需要通过对本国的基本法治情况、法律制度的全面阐述，以及对合作国法律制度的了解，建立了解的基础，达成合作。

二、简易引渡制度的程序性规定

（一）引渡程序的前置性条件

传统而言，不同国家对启动引渡程序设置了不同的前置性条件，即是否存在有双边引渡条约。有些国家只与签订有双边引渡条约的国家开展引渡合作，成为“条约前置主义”。但随着国际社会、国际交往的快速发展，绝对“条约前置主义”已经被绝对多数国家所抛弃。而演变为相对的“条约前置主义”，即多边条约也能够成为开展引渡合作的法律基础。实践中，多边性国际公约作为引渡法律依据的作用愈加明显，多边公约同样能作为条约依据提出引渡请求，获得被引渡请求人同意后，适用被请求国国内法律制度对简易引渡请求进行审查。事实而言，简易引渡除了以法律制度为支撑，更体现出一种合作双方国家对对方地域法律制度和法治保障的信任，适用简易引渡程序，也并不是以存在有双边引渡及简易引渡条款为绝对必要性前提。

（二）同意引渡意愿的表达

⁴ *CASE OF OTHMAN (ABU QATADA) v. THE UNITED KINGDOM*, Time (9 May 2012), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108629>

简易引渡制度的构建是为了更有效地促进双方的刑事司法合作，被引渡请求人的同意也是区别于普通引渡程序的核心要点。如《中国和纳米比亚双边引渡条约》第10条“同意”，这一条规定，在符合其法律的情况下，被请求方可以将同意被引渡的被请求引渡人引渡给请求方。因此，对于同意引渡意愿的表达是设计简易引渡制度的关键之处。同意引渡意愿的表达从实体内容和程序上可分为两大部分，第一，对被引渡请求人同意意愿表达的法定程序，以及同意过程中，对被引渡请求人辩护权、翻译权等基本诉讼权利的保障。首先，被引渡请求人同意意愿表达的场合和形式，一般而言，需要被引渡请求人在被请求国司法机关、法院或其他法定机构中做出，且这一意愿的表达多需要通过书面形式，除非在法律有明示规定的情形下，可以允许被引渡请求人通过口头表达同意引渡的意愿。在表达同意意愿之前，为确保被引渡请求人能够充分知晓同意的法律后果，应由辩护律师或被请求国司法机构，在翻译的帮助下，即使被引渡请求人可能不需要翻译的情形，但作为一种法定权利的保障，仍需通过翻译，充分告知被引渡请求人相关的法律后果和所面临的引渡程序，最后以书面形式表达同意的意愿。一般而言，为了确保简易引渡程序的时效性和司法权威，被引渡请求人同意意愿的作出往往是不允许撤回的，如西班牙、英国的引渡法中都对同意意愿不可撤销作出了明示规定。

第二，简易引渡中被请求人放弃的内容。简易引渡被请求人的同意，实际上包含了两层基本内容，其一，对引渡请求的同意，且是自愿作出。其二，放弃特定性原则的保护，需要注意的是，不同于同意引渡请求是支撑简易引渡的基础，同意放弃特定性原则保护并不是简易引渡程序中同意意愿的强制性内容，被请求人可以在同意中单独表明只接受同意放弃，但是不放弃特定性原则的保护，也可以同时表示接受引渡且放弃特定性原则的保护，进一步而言，如果相关法律规定允许引渡程序中被引渡请求人撤销同意，那么，对引渡请求的同意和特定性原则的保护也同样可以分开撤销。

（三）移交与强制性过渡措施

移交是引渡中的一项法定程序，无论是简易引渡还是普通引渡都涉及对被引渡请求人的移交，移交体现了过渡性措施、强制羁押措施的具体适用。双边引渡条约一般会对移交程序、负责移交的主体、移交的期限作出规定。要求请求国在确定时间内提出引渡请求，完成移交过程。移交行为也是完成引渡合作的重要环节，标志着被引渡请求人通过移交进入到了引渡请求国司法机关的控制中。在涉及移交事项的程序中，同样应注重对被引渡请求人的基本权利保障，不得因为被引渡请求人同意引渡，就不再对其所有受到强制措施中的权利给予基本保障。

根据欧洲人权法院公布的一份判决书显示，该案被引渡请求人是智利公民，2003年7月3日因涉嫌恐怖主义活动，智利当局通过国际刑警组织发出红

色通报。被引渡请求人在西班牙 Almeria 市被西班牙警方发现，随后被采取羁押措施。西班牙和智利签订有双边引渡条约且有简易引渡条款⁵。7月7日，征求了被引渡请求人意见后，被引渡请求人向西班牙当局表达了同意引渡的意愿，并表达了对不放弃特定性原则的保护，即只接受基于引渡请求——恐怖主义罪行的审判。西班牙要求智利做出被引渡请求人的生命、人身安全、健康状况应符合关于羁押待遇国际公约的标准，以及应当在合理时间内接受审判的承诺⁶。智利当局通过外交照会的形式做出了相应承诺。7月18日，西班牙国家法院基于简易引渡程序，做出同意引渡的决定。7月24日，被引渡请求人就7月18日的同意引渡决定提出上诉并要求转为普通引渡程序。2003年8月4日，法官作出了驳回上诉的决定，并告知被引渡请求人，他作出同意引渡的意愿是不可撤回的，也不可转为普通引渡程序。8月6日，上诉人根据《欧洲人权公约》第3条、第5条、第6条要求暂停对其引渡程序，并要求西班牙法院应根据第39条向其提供必要的上诉权利。8月7日，人权法院第四法庭副主席要求西班牙政府暂停对其引渡程序。西班牙政府于当日回复拒绝暂停，基于被引渡请求人之前书面表达的同意，这一同意是不可撤销的，且秘鲁政府已经依照要求做出了人权保障的承诺，符合西班牙引渡法律的要求，因此作出同意引渡的决定。8月8日，被引渡请求人被引渡回秘鲁，并被羁押。同年12月，被引渡人因证据不足被假释。2004年1月，秘鲁当局向西班牙发出请求，要求扩大对被引渡人起诉的罪名，即以资助恐怖主义罪，提出引渡请求之外罪名进行起诉。1月22日，上诉人再次根据公约第39条要求西班牙政府暂停对其以资助恐怖主义犯罪进行的庭审。2月25日，西班牙国家法院回复作出同意秘鲁扩大起诉罪名的决定。

在这一案件中，上诉人依据《欧洲人权公约》第34条规定向欧洲人权法院，提出西班牙法院违反了公约第39条规定，没有保障其上诉权利，未对其上诉进行足够有效的审查。在2003年8月8日最终将其引渡回秘鲁之前，没有给予其足够的时间和权利保障针对引渡采取过渡性强制措施的上訴权利，以暂停引渡程序。欧洲人权法院经审查认为西班牙法院违反了公约第34条，认定西班牙政府没有在过渡性措施中保障其上诉权利。

这是一个结合了简易引渡、过渡性措施、特定性原则与恐怖主义犯罪等几个特殊引渡的案件。尽管欧洲人权法院最终驳回了上诉者对引渡程序中整体羁押措施的高额赔偿金，但仍然认定西班牙法院在对过渡措施中没有给予上诉权利的保障，应承担相应的赔偿责任。这一案例表明了适用简易引渡程序并不意

⁵ 《西班牙和智利双边引渡条约》第17条 如果被请求引渡人在律师的协助下，在被告知其在引渡程序中享有的权利以及由此获得的保护后明确表示同意，被请求方可准予引渡，而无需履行本《条约》规定的手续。

⁶ *CASE OF OLAECHEA CAHUAS v. SPAIN*, Time (11 December 2006), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76677>

味着对引渡程序的绝对简单化。适用简易引渡程序同样应当考虑到在程序不同阶段，对被引渡请求人权利的保障，包括过渡性措施中对基本权利的保障。实践工作中，适用简易引渡程序，还是要做到对被请求国法律深入细致的研究，特别是与强制性羁押措施、被引渡请求人回到被请求国后，应对其在多长期限内提出起诉的法律规定，避免引发其他的法律问题。

三、简易引渡制度于国际公约及代表性国家中的规定

（一）国际及区域性多边公约的规定

1. 《欧洲引渡公约》于 1957 年 12 月 3 日在巴黎签署生效，之后鉴于欧共体、欧盟的诞生，欧洲地区在欧盟的带动下成为了高度一体化的区域合作，欧盟成员国遵循欧盟章程，基于区域共同发展以让渡部分成员国权利，这在刑事司法合作领域亦是如此。随着欧盟地区的不断发展，为满足日益增长刑事司法合作的需求，2010 年在斯特拉斯堡通过了简易引渡程序的《欧洲引渡公约》第三议定书。议定书第 4 条规定了同意意愿的表达，a. 被引渡请求人须在法官或其他具有管辖权的机构面前表达自愿放弃特定性原则的保护；b. 成员国应当采取恰当的措施以确保被引渡请求人同意的意愿是自愿做出，且知悉放弃特定性原则保护和同意引渡的法律后果；c. 辩护权的保障以帮助其知悉同意的法律后果，以及必要情况下翻译的配备；d. 在任何情况下，同意意愿应当符合被请求国的国内法律。

值得注意的是，第三议定书对同意是否可撤销，做出了比较细致性的规定，在被请求国最终做出同意引渡决定前，被引渡请求人可以撤回同意，此外，撤销对特定性原则保障和对引渡请求的同意是可以分开的，但撤销都应记录在案，并及时知会请求国。

2. 《美洲引渡公约》第 21 条规定了“简易引渡”⁷，被请求国可以允许不通过正式的引渡程序，如果符合以下条件：a. 其国内法律没有明文禁止；b. 法官或其他具有管辖权的机关应充分向其告知在普通引渡程序中所享有的权利和应受的保障；c. 被引渡请求人知晓上述权利后应通过书面形式表达同意，同意一经作出不可撤销。

3. 《美国与欧盟的引渡协定》第 11 条“简易引渡程序”⁸，如果被请求人同意向请求国自首，被请求国可以根据其国内法律体系的原则和程序，尽快向请求国交付被请求人且不再进行后续程序。被引渡请求人同意的表达还可以包括放弃特定性原则的权利和保护。

美国与欧盟的引渡协定对简易引渡的规定，特别就被引渡请求人的同意内

⁷ *Inter-American Convention on Extradition*, Time (3 March 2024), <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47.html>

⁸ *EXTRADITION Agreement Between the UNITED STATES OF AMERICA and the EUROPEAN UNION*, Time (5 March 2024), <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/10-201-European-Union-Extradition-Treaty.pdf>

容作出了规定，即同意引渡并不一定意味着放弃特定性原则的保护，被引渡请求人可以就是否放弃特定性原则保护作出说明，那么，如果请求国没有遵循特定性原则，而被引渡请求人又没有表示对这一原则的放弃，则被视为对被引渡请求人权利的违反。因此，简易引渡中被引渡请求人的同意在不同法律框架下是有不同含义的。简易引渡并不意味着被引渡请求人放弃其所有权利，其分为强制性不可放弃，与可选性放弃，在诉讼程序中的基本权利，如辩护律师权、翻译权都是属于法定不可放弃的，如果在简易引渡程序中，未能给被引渡请求人上述基本权利的保障，也是不合法的简易引渡程序。可选性放弃权利，则是根据不同国家法律的规定，被引渡请求人明确对自己在引渡程序中一些确定性权利的放弃，如特定性原则、罪行时效。如《美国与欧盟简易引渡协议》中就作出了明确规定，被引渡请求人对同意意愿的表达，还须明确提出放弃对特定性原则的保护，否则视其仍然收到特定性原则的保护，在被引渡到请求国后，如果出现对其他罪行的审判或判决，属于请求国对违反了引渡的基本原则。

4. 《联合国引渡示范条约》，联合国示范条约并不具有强制性法律效力，对简易引渡程序的规定见于第6条简便引渡程序，被请求国在其本国法律不予排除的情况下，可于收到暂时逮捕的请求后准予引渡，但须所通缉者在主管当局面前明确表示同意。同时，此条还规定，要求须为引渡请求提出证据的国家不妨规定引渡检验标准的证据要求，而且在这样做时还应考虑到必须促进有效的国际合作。通过此条可见，示范公约中，对简易引渡程序的规定较为粗犷，其一，简易引渡不违反请求国法律；其二，被引渡请求人当面表达同意引渡意愿；其三，请求国发出暂时逮捕令，被请求国收到后就可作出同意引渡的决定。对简易引渡程序的规定突出的是推动引渡合作的时效性，以及仍保留对被请求国法律制度的尊重，简易引渡请求仍不可违背被请求国的法律制度。

（二）代表性国家国内法规定

1. 英美法系中的简易引渡制度。传统英美法系国家，如英国、新西兰的引渡法中都对简易引渡制度有相关规定。新西兰《1999年引渡法》分别在第3章“由新西兰向特定条约国家、英联邦国家及其他国家引渡”第28、29条规定了“同意引渡和非引渡犯罪的同意引渡”⁹，和第4章“由新西兰引渡至澳大利亚及指定国家”第53条规定了同意引渡¹⁰。第3章向特定条约国家的引渡中，法条主要从程序上规定了被请求引渡人向法庭表达其同意引渡的意愿，核心在于被引渡请求人能否知悉被引渡的法律后果，意愿表达是否遵循了法定程序，是否为自我意愿的表达。针对新西兰和澳大利亚特殊且密切的合作关系，在针对引渡至澳大利亚的简易引渡，在法条设计上做了进一步简化，不再区分被请求引

⁹ 邱陵译：《新西兰引渡法》，上海社会科学院出版社2020年版，第23-26页。

¹⁰ 邱陵译：《新西兰引渡法》，上海社会科学院出版社2020年版，第51-52页。

渡人所同意引渡请求的罪名是否是双边引渡条约中所列明的犯罪，而只需确认被请求引渡人的同意，或者针对多项罪名引渡中，同意的具体内容，以及表达同意的法定程序。

英国《2003 年引渡法》也做了类似的规定，在第一编“向第一类法域引渡”和第二编“向第二类法域”¹¹中规定了简易引渡制度，概况而言，英国引渡法中的适用简易制度中要求，（1）被引渡请求人同意的表达要在法官面前且通过书面形式；（2）同意表达一经做出不可撤销；（3）同意表达须经过辩护律师。

英美法系国内法中简易引渡制度的特征可归纳为，第一，重视遵循法定程序，以确保被请求引渡人同意的意愿是其真实意愿。第二，虽然简易引渡是以同意为基础，但这一法律制度同样不忽视诉讼基本权利的保障，如英国引渡法中明确规定被引渡请求人的同意只有通过辩护人表达能够被认可，这也是为保证被引渡请求人充分知晓同意引渡的法律后果，以避免被引渡请求人的同意可能是在受胁迫或其他不当情形下做出。第三，被引渡请求人同意的表达对其本人也具有法定约束力，只要通过法定程序做出了同意的表述，就不可再撤回，这一规定也体现了司法制度的尊严，不可因被引渡请求人摇摆不定的想法而对刑事司法合作程序产生无端的拖延。

普通引渡程序，英美法系国家普遍划分为不同类别的国家，针对不同类别国家的引渡请求审查有着较大的区别，例如，英国在引渡法中规定，对与英国关系紧密第一类法域国家的引渡审查，英国只要求请求国提供“关键信息”，第二类法域的请求则须提供严格的证据。近些年的实践发展，英国对于第一类法域要求的证据标准出现了降低的趋势，对于列入英国认为可信任法域国家的引渡请求，对“表面证据”的要求进一步降低为集中对被引渡请求人身份确认的信息，以及涉及的罪名¹²。实践中进一步体现为对引渡合作中双重犯罪原则的松动，表现为以司法信任为基础建立起的互助关系，会随着合作的不断开展而愈发顺畅。

2.大陆法系中的简易引渡制度。《意大利刑法典》第 13 条规定了引渡由意大利国内法律、国际条约和国际惯例调整。意大利《刑事诉讼法典》第十一编规定了引渡及刑事司法协助制度的程序性规定。尽管这一编并没有对简易引渡做出明确规定，但是，此编第 696 条“一般规定”规定，“引渡、国际司法协助、外国刑事判决的执行、意大利刑事判决在国外的执行以及与外国机关在刑事司法方面的其他关系，均由 1959 年 4 月 20 日于斯特拉斯堡签署的《欧洲刑事司法协助公约》、在意大利生效的其他国际条约规范以及一般国际法规范调整。如果没有这样的规范或上述规范未作不同的规定，则适用以下各条。”因此意大利

¹¹ *Extradition Act 2003* <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents>

¹² Ben Brandon, Aaron Watkins, *Extradition*, Time (4 January 2023), <https://globalinvestigationsreview.com/guide/the-practitioners-guide-global-investigations/2023/article/extradition>

《刑事诉讼法典》第 696 条确认了在引渡和国际刑事司法协助中，国际法和意大利签署的国际公约具有优于国内法的效力，直接适用相关国际法和国际公约。同样，对于简易引渡程序，意大利所签署生效的国际公约中的相关规定都可适用。形式要件上，意大利简易引渡程序的决定直接由司法部长做出，而不再由上诉法院或地方法院做出，这也表明了对简易引渡决定的不可上诉性。

葡萄牙引渡法律制度中规定的简易引渡程序为，适用简易引渡程序，获得被引渡请求人同意后，只进行第一阶段（行政或政治）的审查，而不再进行第二阶段的实质司法审查，且对第一阶段的审查结果是不可上诉的。这一审查决定由上诉法院做出，但形式上由葡萄牙司法部长对外发布生效¹³。

德国《刑事事务国际司法协助法》第 41 条规定的简易引渡程序规定，被追诉者或被引渡请求人的同意，可以不经引渡程序的审查，此外，在被追诉者或被引渡请求人还可以就是否同时放弃特定性保护原则做出同意。上述同意在记载在案后，都不可再撤回。最终，由被追诉者居住地的初等法院法官做出是否同意简易引渡决定¹⁴。

传统而言，大陆法系国家对引渡请求材料证明力的要求更为严格，重视对引渡请求材料的证明标准，支撑的证据材料不能仅仅是“表面证据”的标准，而应是符合被请求国国内刑事诉讼法中对刑事证据证明材料的标准。而对于简易引渡程序而言，因省去了实质性司法审查的环节，换言之，对请求审查侧重点不再是双重犯罪、量刑等内容，而是基于法律原则的审查评价。同时，为体现简易引渡程序的司法效率，普遍体现为国内立法中都否认了简易引渡决定的上诉权。

四、我国国内法对简易引渡程序的规定及完善建议

（一）我国现行引渡与国际刑事司法协助法律规定

2000 年我国颁布《引渡法》，这是我国在刑事司法合作领域的里程碑性立法，给我国签订双边引渡条约进一步提供了法理依据。但是，我国目前的引渡法中并没有对简易引渡程序的专门规定，我国在实践中适用简易引渡程序可根据提出引渡请求所依据的国际公约规定，以及被请求国法律制度。在我国已签订的引渡双边条约中，目前我国已签署 60 个双边引渡条约，生效 46 个，在已生效的双边引渡条约中，只有 5 个双边引渡条约涉及了简易引渡程序的规定¹⁵。如《中国和智利双边引渡条约》第 15 条“简易引渡”，如果被请求引渡人在被告知其在引渡程序中的权利和受到的保护后明确表示同意引渡，被请求方在本国法律允许的情况下可以同意引渡。又如《中国和墨西哥双边引渡条约》第

¹³ PORTUGAL – national procedures for extradition, Time(27 January 2014),

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680089b1d>

¹⁴ 《刑事事务国际司法协助法》周维明译，知识产权出版社 2018 年版，第 16 页。

¹⁵ 中华人民共和国条约数据库，载外交部网站，<http://treaty.mfa.gov.cn/web/index.jsp>，2024 年 4 月 5 日访问。

13条“加快引渡程序”，如果被请求引渡人告知被请求方主管机关同意被引渡，被请求方可以采取其法律允许的措施以加快引渡。

当前，我国签署生效的双边引渡条约，存在简易引渡程序条款的数量并不多，当前这五份生效双边引渡条约对简易引渡程序的规定，根据对方法域本国法律规定的不同，对简易程序的规定也各异。可概括为如下几点特征，第一，简易程序是建立在被引渡请求人同意的基础之上。第二，简易引渡程序须遵循被请求方国内法律规定。第三，在我国目前签署生效的引渡双边条约，简易引渡程序适用并未完全与特定性保护原则绑定，特定性保护原则只在和智利的双边引渡条约中有所体现。

2018年我国通过《国际刑事司法协助法》，第四条规定了我国与外国开展刑事司法协助须遵循的基本原则，包括其一，平等互惠原则；其二，不得损害我国主权、安全和社会公共利益和法律的基本原则；其三，获得我国主管机关同意、许可，外国机构、组织和个人才可以在我国境内进行刑事诉讼活动。其中前两项原则，也是引渡程序中的基本原则，都体现了开展国际合作，是基于对合作双方的互信，是尊重合作方的主权、安全及基本法律制度，这都体现了一种最为基础的法律互信精神，也是在简易引渡制度中所蕴含的核心精神。

尽管我国当前签署生效的双边引渡条约中，专门针对简易引渡程序的条款并不多，但随着我国对外交往的发展，在国际社会影响力不断增强，国际刑事司法协助方面的需求也不断增长，一方面，未来在我国修订《引渡法》中可以考虑增加简易程序的规定，以在国内法层面提供坚实的法理基础；另一方面，不仅仅是在双边引渡条约中构建简易程序的可能性，同样，也应善用多边条约，以多边公约为支撑，用好简易程序。在开展的引渡司法合作中，一定要贯彻司法诚信原则，切不可因为单一案件的所谓的警示效果，破坏了司法诚信原则，导致对之后的引渡活动造成难以挽回的影响。

（二）构建我国国内法中简易程序制度

未来，我国对《引渡法》的修订可考虑增加简易程序。程序设置上，首先，对于我国被动引渡的案件，被引渡请求人位于我国境内的情形，第一，确认被引渡请求人对引渡请求的同意。第二，应对表达同意的地点作出明确规定，结合我国的司法制度，规定被引渡请求人在法院作出同意引渡的表达。第三，程序上，表达同意应确保基本诉讼程序，被引渡请求人应有辩护代理人 and 翻译，由辩护代理人充分告知其同意引渡的法律后果，向法庭表达同意引渡的意愿。第四，形式要件上，同意表达也应通过书面形式做出。同意的表达一旦做出，不可撤回。第五，可在简易程序中表明，是否包括对特定性原则的保护的放弃。适用简易程序，我国作为被引渡请求国的情形，简易程序的决定可考虑由被引渡请求人居住地所在的省级人民法院做出决定，并由外交部最终对外做出。第六，对简易程序决定也不可具有上诉性。上诉权利的考

虑，根据国际公约和国际惯例，考虑到简易引渡程序就是在司法互信的基础上建立起，出于节约司法资源的考虑，同时，为确保程序的权威性，也不得允许被引渡请求人反复撤回对是否同意引渡请求的意愿。因此，简易引渡决定的做出即意味着终局性，不得再进行上诉，否则将无法体现简易引渡程序的核心精神。

（三）适用简易引渡程序引渡回国后对量刑的考虑

在我国过往与欧盟国家开展的引渡合作中，也有适用简易引渡程序将被引渡请求人成功引渡回国的案例。“红通人员”姚锦旗曾担任浙江省新昌县常务副县长，期间涉嫌利用职务之便多次收受他人巨额财物。2005年12月，姚锦旗出逃。同月，浙江省办案机关对姚锦旗涉嫌受贿犯罪立案侦查。2018年10月3日，国际刑警组织对姚锦旗发布红色通缉令。2018年10月17日，保加利亚警方根据红色通缉令抓获姚锦旗。2018年11月26日，保加利亚索菲亚地方法院作出裁决，同意向中国引渡姚锦旗。2018年10月26日，姚锦旗向我国驻保加利亚共和国大使馆表示自愿回国接受调查，后于同年11月30日被引渡回国。2020年8月27日，绍兴市人民法院开庭审理案件，经审理认为，被告人姚锦旗身为国家工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，直接或通过他人非法收受财物，数额特别巨大，其行为已构成受贿罪。鉴于姚锦旗在国家监委、最高人民法院等五部委联合发布的《关于敦促职务犯罪案件境外在逃人员投案自首的公告》期间自愿回国接受调查，积极配合完成引渡，如实交代全案受贿事实，可视为自首；检举揭发他人犯罪经查证属实，具有立功表现；受贿赃款赃物及其孳息已被全部追缴或由亲属代为退缴，故依法对其减轻处罚。依法认定被告人姚锦旗犯受贿罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币三百万元。姚锦旗当庭表示服从判决，不上诉¹⁶。

姚锦旗一案，被引渡请求人通过法定程序书面表达了同意引渡的请求。具备被引渡请求人同意基础，适用简易引渡程序的同时，中方也和被引渡请求方开展了密切的合作，通过向保方提供相关的证据，证明姚锦旗外逃期间通过隐瞒真实身份信息获得的永久居留，促成保方吊销了姚锦旗的永久居留身份。这同时也体现了适用简易引渡程序中，仍然可以在法治框架内，通过多层措施的适用，进一步促成简易引渡措施的成功适用。

简易引渡制度的核心是被引渡请求人的同意，而这种在刑事司法合作中的同意，其法律效力与国内法律制度中的自首是否一样，我国法律当前并没有明确的法律规定。事实上，考虑到因被引渡请求人的同意，在一定程度上节约了司法资源，往往是能够获得类似于自首的法律效力，在量刑上有所减轻。姚锦

¹⁶ 李云舒：《国家监委引渡第一人为何获轻判？中纪委官网：积极配合、主动退赃》，载中央纪委国家监委网站，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8911130，2024年4月1日访问。

旗一案正体现了我国对通过简易引渡最终回国的外逃人员，在引渡回国进行的司法审判程序中，将同意引渡的意愿视为自首行为，作出了酌情减轻量刑的决定。

我国国内法中，《国际刑事司法协助法》就对外量刑承诺的主体机构和承诺效力做出了规定。《国际刑事司法协助法》第 11 条：被请求国就执行刑事司法协助请求提出附加条件，不损害中华人民共和国的主权、安全和社会公共利益的，可以由外交部作出承诺。被请求国明确表示对外联系机关作出的承诺充分有效的，也可以由对外联系机关作出承诺。对于限制追诉的承诺，由最高人民检察院决定；对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。在对涉案人员追究刑事责任时，有关机关应当受所作出的承诺的约束。

这一条款规定了量刑承诺相关的主管方，也表达了量刑承诺对引渡请求的法律约束力。首先，引渡合作中，尊重司法承诺、遵守司法承诺是体现司法诚信的关键因素。因此，办案机关一定要遵守引渡合作中的各项承诺及特定性原则。其次，对于简易引渡程序而言，在被引渡请求人没有放弃特定性原则保护的情形下，通过简易引渡程序引渡回国的，同样应遵循相关的司法承诺，并在此基础上，结合我国《刑法》的相关规定，对同意引渡视为自首行为的特殊表现形式，在法定情节内的酌情考量，作出减轻量刑的处理，也是一定程度上鼓励外逃人员有更多的可能性，接受引渡程序中与我国司法机关的合作。再次，除了简易引渡程序之外，如果在我国提出引渡请求的案件中，被引渡请求人虽然未向引渡被请求国通过法定程序提交同意意愿，但是通过我国办案机关积极的劝返工作，单方面向中方提交同意回国的意愿。在此情形下，虽然不能认定为是通过简易引渡程序引渡回国，但是如果被引渡请求人确在引渡程序中及后续被引渡、遣返回国后的司法程序中有如实供述、积极配合的态度，可以酌情考虑减轻或从轻处罚。

结语

引渡是涉及国际关系的合作，它是一个基于法律技术问题，但又高于法律制度的问题，合作是建立于互相了解、互信理解、互信信任的基础之上。通过达成互知互信，是奠定成功合作的核心基础。在双方政府主体之间的合作，双方的国家关系、对外正常都会对引渡活动产生影响，通过所谓“一揽子”方案应对不同的引渡案件显然是不可行的，如上文提及涉及欧盟成员国的引渡案件，

《欧洲人权公约》及其判例是给欧洲地区国家在引渡程序中的人权保障划定了最低底线，欧洲人权法院的判例具有高于成员国国内法院判决的效力，因此，对相关地区的引渡请求，不仅需要考虑的是被请求国的法律制度，以及在欧洲人权法院中类案的情形，加大对类案的研究，分析以找到有利于支持我方引渡请求的内容。

简易引渡是特殊的引渡程序，基于被引渡请求人的同意，从而能够更为快

速的推动引渡合作的进行，但是这并不意味着，有且仅有被引渡请求人的同意就能够完成简易引渡合作。简易引渡的开展，同样需要合作双方遵循基本的引渡法律原则，尊重被引渡请求国法律制度，这是一种建立在高度司法互信基础上的司法合作，而达到这一司法互信，需要双方对对方国家法律制度和司法实践的了解和认识。未来的发展，我国一方面以完善国内法律为基础，通过进一步修订《引渡法》，制定我国的简易引渡法律制度，给简易引渡工作奠定坚实的法律基础；另一方面，也通过积极的国际合作，以多边公约、双边引渡条约为支撑，针对个案，深入研究对方国内法律制度，用好公约与条约，更好地推动我国引渡和国际刑事司法协助工作的开展。

Study on the Legal System of Simplified Extradition and its Implications for China

Abstract: Extradition is the most traditional and narrowly defined international criminal judicial cooperation, which represents the judicial sovereignty and dignity of a country, and the development and completion of extradition requires the cooperation between two or even more judicial subjects. Simplified extradition is a special form of extradition system, this paper focuses on the legal basis, legal principles, review mechanism and the latest changes of the mechanism of simplified extradition, combined with international conventions and regional and bilateral extradition treaties, to make a comprehensive analysis of the legal system of simplified extradition, and puts forward the improvement of China's Extradition Law, to build a simplified extradition system of the legal recommendations.

Keywords: Extradition, International Judicial Cooperation in Criminal Matters, Simplified Extradition, Human Rights

我国境外追逃追赃的历史演进与逻辑阐释

刘 杨*

摘要：我国境外追逃追赃国际合作法律机制历经初启、形成与发展三阶段，呈现显著演进特征：初启阶段以双边司法协助和引渡条约为基础，但法律框架零散；形成阶段通过引渡制度构建、国际公约加入实现机制系统化；当前发展阶段聚焦外逃经济犯罪追查，强化国内立法并深度参与国际规则制定。其演进逻辑体现三个转向——从“单一领域突破”到“全链条覆盖”、从“被动接受标准”到“主动规则塑造”、从“行政主导”到“法治化运行”，彰显国家治理现代化导向。然而，该机制仍面临基础理论薄弱、法律渊源碎片化、司法协作低效及执法手段滞后等困境。未来需通过国内法与国际公约深度衔接、优化跨境证据调取与资产追缴程序、构建“硬法-软法”协同规则体系等路径，提升治理效能，服务高水平对外开放与反腐败斗争全局需求。

关键词：境外追逃追赃 阶段 逻辑

我国境外追逃追赃国际合作法律制度的演进与我国打击涉外刑事犯罪¹的发展同步。早期的涉外犯罪类型主要是利用边境治安管理的盲区制造的恶性刑事犯罪如抢劫强奸杀人、危害公共安全的劫机，再发展到跨国有组织犯罪、毒品、走私犯罪；近十多年来跨境恐怖犯罪、网络犯罪、电信诈骗时有发生。而且频繁发生犯罪嫌疑人犯罪行为（多为经济犯罪、腐败犯罪）发生在国内但是为了逃避刑事惩罚而潜往境外的案件。这些涉外刑事案件都是犯罪嫌疑人身处境外或犯罪所得藏匿在境外，需要开展跨境追逃追赃才能将犯罪嫌疑人绳之以法、将犯罪所得悉数追回。我国境外追逃追赃国际合作法律机制的发展分为三个阶段：首先是中国境外追逃追赃国际合作法律机制的初启阶段，此时期为我国侦办审理早期涉外案件所进行的追逃追赃国际合作；接下来是境外追逃追赃国际合作的形成阶段，此时期我国对针对各类涉外刑事案件建立引渡制度和刑事司法合作制度并加入一系列国际公约；现阶段是境外追逃追赃国际合作的发展期，重点是追捕外逃经济犯罪和腐败犯罪嫌疑人，加强国内立法并积极参与国际立法。我国境外追逃追赃立法既是对社会现实的回应，也与我国政治经济发展相适应，与社会主义法治发展轨迹相吻合。

作者简介：刘杨，湖南师范大学法学院副教授，博士，硕士生导师，研究方向，国际法。本文为国家社科基金重大项目“涉外腐败的治理体系与治理能力建设研究”（24ZAD137）阶段性成果。

¹注：本书所指涉外刑事犯罪，是指引起境外追逃追赃的各种类型的刑事犯罪，其涉外因素的判断可以是犯罪嫌疑人、受害人、犯罪发生地、犯罪嫌疑人潜逃地具有境外因素。

一、我国境外追逃追赃的演进历程

（一）中国境外追逃追赃国际合作法律机制的初启阶段

我国现代意义的境外追逃追赃国际合作始于上世纪 80 年代。我国经济和犯罪都随着改革开放出现了快速增长。1978-1995 年间，国民生产总值年均增长 9.5%。²同期报告的犯罪率几乎翻了一番。³自 1978 年以来，我国经历的社会变革广泛而深刻，经济模式、社会结构、价值理念都发生了重大转变。中国现代化进程伴随着社会复杂多变。社会主义建设进入一个新的历史时期，一方面是经济建设的高速发展，另一方面是刑事案件数量猛增。造成这一现象的原因是多样的，既有历史积累下来的多种社会矛盾也有新增社会现实问题；加之新的体制、新的管理措施、新的价值观念正在建立和形成的过程之中，法律法规不完备，制度不健全，社会犯罪率明显上升。跨境犯罪在这种大背景下时有发生，其因为多发生在边境地区或者我国领土管辖之外，犯罪嫌疑人往往抓捕困难常逍遥法外。追逃制度的缺失不仅无法打击犯罪而且造成了有罪不罚的负面效果，严重影响了我国社会秩序和刑事法律的良性发展。为妥善处理这类涉外刑事案件，我国开始探索如何构建境外追逃追赃法律制度，1987 年签订了中华人民共和国成立以来的第一个司法协助协议《中国与波兰民事和刑事司法协助协定》；1993 年签订了新中国成立以来的第一个引渡条约《中泰引渡条约》。初启阶段采用的国际合作类型主要是双边合作，同时也存在一些多边合作和全球合作。

（二）中国境外追逃追赃国际合作法律机制的形成阶段

我国步入 21 世纪，经济建设进入了高速发展期，国内生产总值增长迅速，对外贸易额连年攀升。在社会转型期阶段，随着城市化进程加剧和社会流动性加强，社会治安状况出现了一些新变化：黑恶势力和有组织犯罪典型案件增多；恐怖势力、分裂势力、极端势力在国内的破坏活动增多；刑事案件的发案率也呈上升趋势。⁴与此同时，社会主义法治建设全面加强：刑事法治理念深入发展，从社会保护向个人保障倾斜；从实质合理性向形式合理性转变；从实体正义向形式正义偏重。⁵随着 1996 年刑事诉讼法、1997 年刑法的修订，我国刑事法律领域确立了无罪推定、罪刑法定原则；1999 年通过宪法修正案的方式，将依法治国建设社会主义法治国家载入宪法。自此，我国进入了全面依法治国的时代。同时我国日益重视国际合作，全方位参与全球治理，2001 年 12 月 11 日，正式加入世界贸易组织，成为其第 143 个成员；2001 年 2 月 28 日加入《经济、社会及文化权利

²数据来源：国家统计局 1995 年，载国家统计局官网，http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/200203/t20020331_30009.htm。

³胡联合：《转型与犯罪——中国转型期犯罪问题的实证研究》，中共中央党校出版社 2006 年版，第 16 页。

⁴参见胡联合、胡鞍钢：《对转型期中国犯罪实际发案情况的估测》，载《社会科学》2006 年第 1 期，第 126-131 页。

⁵参见陈兴良：《刑事法治论》，中国人大出版社 2007 年版，第 8-12 页。

国际公约》。从 2000 年到 2014 年这段时间（以 2000 年《引渡法》实施到 2014 年党中央“加强反腐败国际合作，加大海外追逃追赃”决策提出为界）我国境外追逃追赃法律机制处于全面建设并逐步形成阶段。这一时期，境外追逃追赃的对象相比初启阶段数量增多；追逃追赃所涉案件类型也出现新的变化，除恶性刑事案件外经济犯罪、腐败犯罪和恐怖犯罪等案件开始逐年增多，追逃追赃出现新难题。为应对这一系列问题，我国积极加强境外追逃追赃国内立法和国际立法，出台《引渡法》加入《联合国打击跨国有组织犯罪公约》《联合国反腐败公约》等，各类国际合作法律类型并举。在我国境外追逃追赃国际合作机制的规制塑型期我国境外追逃追赃国际合作以国内国际法律为基础，根据此阶段政治经济社会发展的现实情况、追逃追赃的案件等，呈现深化双边合作、推动区域合作、加入全球合作多种合作类型并举的局面。

（三）中国境外追逃追赃国际合作法律机制的发展阶段

中国境外追逃追赃国际合作法律机制发展与中国社会政治经济的发展相契合。此阶段国内经济飞速增长，党的十八大提出要加快建设社会主义法治国家，全面推进依法治国。而在国际社会，2013 年秋天习近平主席在访问哈萨克斯坦、印度尼西亚期间，先后提出共同建设“丝绸之路经济带”与“21 世纪海上丝绸之路”，共同构建“一带一路”倡议。“一带一路”已经成为范围最广、规模最大的国际合作平台和最受欢迎的国际公共产品。⁶国内正进一步深化社会主义法治建设，同时我国又积极融入全球治理，展现我国的国际担当。正是在这一时代背景下，我国境外追逃追赃国际合作法律机制也在深化发展，呈现出新的特点。反腐领域的追逃追赃工作成为制度建设的重要实践场，同时又促进、推动反恐、打击毒品犯罪、电信诈骗等犯罪中追逃追赃工作展开。2014 年 1 月 15 日，《中国共产党第十八届中央纪律检查委员会第三次全体会议公报》要求“加大国际追逃追赃力度”；同年 10 月 28 日《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》发布。此阶段潜逃出境的嫌犯也出现了新的特点，过去出逃的多为边境地区恶性刑事案件人员，现阶段腐败案件出逃人员众多；过去出逃多为无业人员，而现在官员出逃现象增多；过去外逃人员多为大中型企业的负责人、金融系统工作人员，现阶段逐步向国家工作人员发展；过去携款数额为几万、几十万，现在几千万、上亿；潜逃时机，过去多案发仓促出逃，现在有准备、有预谋出逃；过去出逃目的国家多为边境国或者是美国、澳大利亚、加拿大等国，现新增逃往地为南非、南美等地区。为追捕逃往境外的犯罪嫌疑人，维护社会公平正义，2014 年和 2015 年我国启动了“猎狐行动”和“天网行动”，以追踪“经济逃犯”“外逃腐败分子”。2018 年国家监察委员会成立，2022 年 10 月十九届中央纪律检查委员会向中国共产党第

⁶央视网：《「在习近平新时代中国特色社会主义思想指引下」高质量共建“一带一路”硕果惠及世界》，载环球网 2021 年 10 月 4 日，
<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1712648090290643369&wfr=spider&for=pc>。

二十次全国代表大会的工作报告中载明,本届纪委工作五年来“天网行动”追回外逃人员 7089 人,其中党员和国家工作人员 1992 人,追回赃款 352.4 亿元,“百名红通人员”已有 61 人归案。⁷2023 年 7 月中央纪委国家监委网站发布了追逃追赃工作半年报:2023 年 1 至 6 月,全国共追回外逃人员 582 人,其中“红通人员”25 人,“百名红通人员”1 人,追赃金额约 19.32 亿元人民币。⁸本阶段境外追逃追赃双边合作,既有司法合作也有执法合作,相比初启阶段和形成阶段,发展期显著特点是反腐败案件追逃追赃力度的加大、与发达国家之间的双边合作逐渐走向常规、双边合作的方式更为灵活,开始重视资产返还分享合作。

二、中国境外追逃追赃国际合作法律机制演进经验

我国境外追逃追赃国际合作法律机制走过近四十年的历程,经历了从无到有、从零星规定到部门立法、从单一追捕到追逃追赃双管齐下的发展过程。分析归纳整个历程中机制的有效性、约束力和实施力的影响因素,有助于我们为下一阶段的完善做好准备,并预测法律制度的发展走势。

(一) 境外追逃追赃国际合作制度发展与我国社会实践演进同步

在历史法学派看来,法律不能制定,必须寻找,法律的发展是一种无意识的有机过程,立法服从于习惯。⁹以萨维尼为代表的历史法学派意识到法律是一个发展的过程,但是却忽略了法律一定是在具体的时代中不断发展的。庞德的社会法学派则认为社会政治经济、社会结构的变化必将会体现在法律制度的变化上。¹⁰但是,法律和社会关系的发展之间往往是一种矛盾关系,社会关系的发展往往趋向于变化,而法律则往往趋向保守。¹¹但无论如何,一个时代的法律制度必将凸显这个时代的政治经济特点,并为此服务。而境外追逃追赃法律制度的发展与我国社会主义政治经济发展相一致,符合社会发展的客观需求。

1. 境外追逃追赃发展领域与社会主义现代化发展重点相一致

在我国境外追逃追赃的探索期,法律规范多为边境地区缔结的双边引渡条约和司法协助条约和一系列的警务合作备忘录。这个阶段,我国正处于改革开放初期,各种边境贸易正逐步展开,因此边境地区开始出现因暴力案件、经济犯罪案件外逃的犯罪嫌疑人。我国追逃追赃制度发展初期主要是将这些外逃人员抓捕归案使之接受法律制裁。而随着我国社会经济的不断发展,经济类犯罪,特别是金融诈骗犯罪开始增多,同时出现了危害我国国土安全的恐怖主义犯罪,因此我国在传统的追逃制度基础上,加大了打击“三股势力”境外追逃的力度。而在这个阶

⁷新华社:《十九届中央纪律检查委员会向中国共产党第二十次全国代表大会的工作报告》,载中华人民共和国中央人民政府官网 2022 年 10 月 27 日,

<http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/47678/49193/49196/Document/1732452/1732452.htm>。

⁸兰琳宗:《尚有一人在逃 追逃绝不停止》,载中央纪委国家监委网站 2023 年 7 月 26 日,

https://www.ccdi.gov.cn/gzdt/gjhz/202307/t20230726_278190.html。

⁹Ruckert J., Friedrich Carl von Savigny, *the legal method, and the modernity of law*, 11 *Juridica Int'l* 55(2006).

¹⁰McManaman L J., *Social engineering: The legal philosophy of Roscoe Pound*, 33 *John's L. Rev.* 1, (1958).

¹¹蒋新苗:《国际私法本体论(第二版)》,法律出版社 2021 年版,第 143 页。

段，我国也逐步构建以《引渡法》为基础的境外追逃追赃制度。中央成立反腐败协调小组国际追逃追赃办公室（2014年），标志着境外追逃追赃的重点领域确定在人民深恶痛绝的腐败领域。一批腐败分子逃往境外，企图逃避国内法律的制裁，这不仅有违最基本的公平正义，也给整个社会造成了恶劣的影响。全党全社会，都将反腐败作为党的自我净化、社会正义恢复的重要手段。而此时境外追逃追赃的制度构建多围绕反腐败追逃追赃展开。例如，将与外逃腐败分子主要所在国作为引渡、司法协助双边条约目标缔结国；而在国内法领域，则在刑事诉讼法特别程序篇中相继增加针对腐败犯罪和危害国家安全的未定罪没收程序和缺席审判程序。可见，我国的境外追逃追赃制度发展的每一步都回应了社会的现实需要。

2. 境外追逃追赃工具在社会发展过程中逐步构建

境外追逃追赃中的国际合作法律制度既有司法合作也有执法合作、既有引渡也有司法协助、被判刑人员移管、刑事案件的移管、刑事判决的承认与执行以及遣返、劝返、资产返还等。而这些性质内容不同的制度都是为了实现追逃追赃目的。在我国未签订引渡条约的国家，又无法开展个案引渡的情况下，我国一直探索替代措施——遣返和劝返制度。遣返是通过执法合作的方式，犯罪嫌疑人所在国因犯罪嫌疑人违反本国的移民法规、出入境法规或者其他违法行为，将犯罪嫌疑人驱逐出境，我国执法机关再将犯罪嫌疑人抓捕归国。遣返制度在我国境外追逃实践中逐步规范了主管机关、程序等内容。引渡的替代措施还有劝返，劝返具有多重性质，但重点是犯罪嫌疑人自动归国投案。我国在追逃实践中，总结了劝返的工作流程和方案，符合我国的实际情况。而在追赃中，我国对资产分享制度也是从不认可到认可研究再到尝试。最初认为没收所得应都为国家财产，不能与外国分享。而国外资产分享已成为主流，且《联合国反腐败公约》也明确规定了资产分享制度，2004年根据中央要求，中央纪委监察部会同全国人大外事委、全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、外交部、教育部、公安部、国家安全部、司法部、财政部、人民银行、国务院港澳办、国务院法制办等15个单位，组成研究实施《公约》工作协调小组，统筹研究我国政府签署《公约》后的各项事宜。¹²对犯罪资产的分享进行了专门研究，结论是，要求全部返还腐败犯罪所得不切实际，应拓宽更多的追回资产途径。¹³随后，我国在国内立法和双边条约中，开始承认资产分享。

（二）境外追逃追赃国际合作机制发展与我国法治进程相符合

1. 符合我国整体法治进程

境外追逃追赃国际合作法律制度的建设，与我国法治建设的进程是一致的。我国在改革开放之初，法治建设百废待兴，因此境外追逃也仅仅视为外交行为，

¹²中央纪委监察部：《我国积极参与《联合国反腐败公约》履约审议工作》，载中央政府门户网站，http://www.gov.cn/gzdt/2013-10/08/content_2501763.htm。

¹³黄惠康：《中国特色与大国外交》，法律出版社2019年版，第342页。

少有的几次引渡都是通过外交途径进行的。随着我国开始进行社会主义法治建设，引渡也逐渐纳入法治轨道，有法可依，我国开始缔结引渡、司法协助双边条约。而随着我国法律制度的逐步健全，依法治国，建设社会主义法治国家成为我国的基本方略，境外追逃追赃也从国际法、国内法多层面构建。随着我国社会主义法律制度的建立和完善，我国对法治建设提出了更高的要求，从立法上看，要做到良法善治；从司法上而言，要做到个案的公平公正。而这也对境外追逃追赃国际合作法律制度的构建提出了更高的要求，既要维护国家主权，又要保障基本人权，实现公平与正义。

2.符合刑事法治进程

境外追逃追赃具有鲜明的刑事法律性质，追逃追赃制度与我国刑事法律制度发展也是一致的。当下我国刑事法律制度的发展的显著特征一是刑事一体化二是从打击犯罪发展到对个人权益的重视。刑事一体化是刑事实体法和程序法的融合，以维护社会秩序和保护权益为宗旨；而刑事法律不再仅仅是打击犯罪惩罚犯罪的工具，还应是公正、谦抑、人道的融合¹⁴。而这一发展历程也体现在境外追逃追赃法律制度中，最初，境外追逃追赃只是为了实现违法必究有罪必罚的刑事法律目的；而随着对我国法学理论界和实务界对刑事法治的深入理解，境外追逃追赃不仅仅是打击犯罪的工具，也是维护犯罪嫌疑人、被害人、诉讼参与者合法权益的工具，因此我国引渡法中坚持了“双重犯罪原则”“一罪不二罚原则”，而且将量刑承诺明确纳入法条中。而现阶段的运用较多的劝返制度，也是在充分尊重犯罪嫌疑人前提下，通过说服、思想工作等方式，让犯罪嫌疑人自动归国。

3.符合国际法进程

我国境外追逃追赃国际合作法律机制还具有国际法的性质。我国的国际法进程也是一个逐步扩大影响力的过程，从最初我国对可能的加入的国际公约持谨慎观望态度，到积极融入国际法治建设，再到尝试引领国际法治建设。我国境外追逃追赃国际法治建设，最初也是呈现较为谨慎的态度，如我国加入《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国组织犯罪》，对公约各方面进行评估，是否符合我国的国家利益、是否与我国的基本法律制度相符。而随着我国法治建设的成熟，我国在国际法治建设中更为自信更有影响力，因此我国主导了区域性的追逃追赃公约建立和反腐败公约建立。

（三）境外追逃追赃国际合作机制发展与法律制度自身建设相契合

我国境外追逃追赃国际合作法律制度的建设发展过程符合法治发展的规律，具有科学性和合理性。

1.符合法律进化论

法理学界对法律的发展程序有两种不同理论：进化论和构建论。牧野英一认

¹⁴陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 13 页。

为进化的规律为：从简单到分工、从本能到有目的；并认为近代法律是“法律离其权力阶级之法律，而为一般庶民之法律”进化事实，认为“进化与进步系属同一”¹⁵而本论文研究中“进化”之含义采“进步”之义。我国境外追逃追赃法律制度的构建是逐步发展，既符合我国社会发展规律也符合法律发展的规律。以引渡制度为例，我国最初的引渡是外交途径下的引渡，是个案引渡，我国在总结个案引渡经验的基础上，开始缔结双边引渡条约，但是此时仍是与个别国家的引渡规范，仍不具有普遍性。我国立法机关在总结了一系列双边引渡条约的实践成败的基础上，构建了我国的《引渡法》，最终确立了有普遍效力的法律规范。而 2000 年的《引渡法》已略显滞后，因此亟待完善。境外追逃追赃国际合作法律机制亦处于不断进步完善之中。

2.善用法律的移植

我国境外追逃追赃法律制度也是一个不断借鉴和移植的过程。境外追逃追赃国际合作中的一些制度是从国外立法和国际公约中借鉴的。例如我国的刑事诉讼法特别程序中的未定罪没收制度就是借鉴了《联合国反腐败公约》中的“通过没收事宜国际合作资产追回机制”中“不经过刑事定罪而没收犯罪人财产”，其目的就是犯罪人潜逃、缺席情形下仍将资产追回。而在非定罪没收的证明力问题上，我国司法实践中借鉴了英美法上的“民事没收制度”中的盖然性，高度可能性原则，更有利于违法所得的认定。因此在境外追逃追赃国际合作法律机制的构建中，呈现出自信开放的态度，成功镜鉴了域外制度。

3.重视本土资源

境外追逃追赃不仅需要法律移植，更要充分运用本土资源。我国境外追逃追赃利用率最高的劝返制度就是在我国在境外追赃工作中逐渐发展出来的特有的制度。我国的劝返制度与刑事政策紧密相连，充分体现了通过说服教育手段感化犯罪嫌疑人的理念，这不仅是我国传统工作方法的延续，更是适应国际追逃追赃工作需求的重要手段。在实践中，劝返通过灵活运用法律与政策，结合说服教育的方式，能够有效减少司法资源的浪费，同时避免因引渡或遣返等措施可能引发的外交摩擦。此外，劝返还能够充分利用我国的本土资源和国际司法协助机制，通过与他国的合作，实现对犯罪嫌疑人的心理突破，促使其主动回国投案。

三、中国境外追逃追赃国际合作法律机制现存缺憾

（一）我国境外追逃追赃国际合作法律机制缺乏一以贯之的理念指导

我国境外追逃追赃国际合作法律机制一直在不断地发展完善，但是却一直未有统一地贯穿整个机制的指导理念，因此理论困境的突破和机制系统化的形成都显得较为艰难，阻碍了机制的约束力。

1.理论困境的突破指导理念

¹⁵[日]牧野英一：《法律上之进化与进步》，朱广文译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 1 页。

境外追逃追赃面临的理论困境是其固有难题：犯罪嫌疑人出逃国与所在国之间主权冲突，具体体现为属人管辖与属地管辖之间的冲突。出逃国若未得到所在国的允许，或者之间存在条约是无法跨境进行司法或者执法活动。我国一直试图通过外交和法律途径调整与犯罪嫌疑人所在国的关系，建立各种追逃追赃制度。但是纵观整个发展过程，每个阶段有追逃追赃重点领域，但一直未有清晰的发展理念和思路。境外追逃追赃法律机制从性质上看，具有双重性；从内容上看，具有多样性，但是因为缺乏指导理念，在立法和司法实践中，往往强调其刑事法律的性质而忽略了国际法性质。长期以来，境外追逃追赃法律机制的构建都是从国内法视角来探讨，对启动追逃追赃的条件、程序、主体、最终的实现效果进行了较为全面的设计，但是追逃追赃的成效却一直有待提高。正是境内外追逃追赃本质上的差别，决定了不能仅从国内刑事法角度去解决问题，而是需要充分尊重国际法的基本原则和基础原理，协调化解主权矛盾，进而化解属人管辖与属地管辖的冲突，以提升追逃追赃的效果。

2. 机制的系统构建无统一理念

我国境外追逃追赃方式多样，主管机关、主办机关也呈现出多样，因此我国境外追逃追赃机制也显出复杂性有余，系统性不足的弊病。我国境外追逃追赃制度的构建具有鲜明的时代性，既有一般性的法规，如《引渡法》《国际司法协助法》，也有散见在各部门法和单行法中的规定，如《刑事诉讼法》《禁毒法》《反恐怖主义法》《监察法》等。由于缺乏统一的指导原则，境外追逃追赃缺乏系统性，既没有主管机关、联系机关、主办机关之间的明确的职责分工；各部门法之间也缺乏衔接，而且各种追逃追赃制度的适用顺序、替代条件也未有一致性的规定。追逃追赃制度之间的共性和差异性也并未有厘清，《引渡法》和签订的一系列引渡条约中都涉及赃款赃物的返还，但是却并未明确资产分享制度。境外追逃追赃各机构之间缺乏关联性；各方式之间也缺乏系统自洽。若将境外追逃追赃国际合作法律机制看作一个有机整体，追逃追赃制度不局限于某一犯罪领域而是具有普遍适用的价值，这既能提高追逃追赃效果，还能节约立法、司法、执法资源。

（二）我国境外追逃追赃国际合作法律机制立法有不足

1. 各部门法之间欠联动

我国境外追逃追赃经历了三个发展阶段，国内立法也逐步构建完成。但是各立法之间缺乏联动和有效协调。这势必会降低追逃追赃的有效性。首先我国目前无专门的追逃法或者是犯罪收益返还法，也没有《引渡法》和《国际刑事司法协助法》的上位法，因此各部门法之间的效力和适用顺位也未有明确规定。其次不同法律之间的概念并未统一，如《国际刑事司法协助法》中规定的范围包括了狭义的刑事司法协助、被判刑人移管和资产返还，但是《监察法》《反恐怖主义法》则采用的狭义的刑事司法协助，并未包括被判刑人移管等内容。再次不同法律之

间对追逃主体职责职权的界定也不一致。如国家监察委员会在引渡和司法协助中的地位、监察委员会的调查权在境外是通过司法合作还是执法合作实现等，这都需要各部门法之间联动互动。最后，《国际刑事司法协助法》将我国负责对外刑事司法协助的机关明确分为三类：联系机关、主管机关、办案机关；联系机关为司法部，主管机关为国家监委、最高法、最高检、公安部、国家安全部等，办案机关为具体承办刑事司法协助案件的机关；而《引渡法》中我国引渡的对外联系机关为外交部，审查机关为最高检、高级法院和公安机关，决定机关为国务院，执行机关为公安机关，有权提出引渡请求的机关包括最高法、最高检、公安部、国家安全部、司法部。两法之间规定的职能机关不尽相同，势必会造成司法实践中的不确定。

2. 国际法与国内法之间欠协调

国际法与国内法的协调体现在两个方面，一是国内法与国际公约的协调；二是国内法与双边条约的协调。我国加入的境外追逃追赃最重要的公约为《联合国反腐败公约》，公约中的司法合作、执法合作以及资产追回各项制度需要在缔约国法律中逐渐转换，而我国的刑事诉讼法等部门法也通过修正案予以转换运用。

《联合国反腐败公约》在我国应具有直接约束力，具有优先适用的效力，但是我国宪法与立法法并未有对公约和国内法效力进行明确规定，因此实践中缺乏明确指引。另外，我国与不同国家签订了一系列双边引渡条约和司法协助条约，而我国又有《引渡法》和《刑事司法协助法》，当国内法和双边条约规定不一致时，如何从立法上化解冲突并不明确，从司法上确定适用的先后也有争议，我国《引渡法》中并未规定当引渡条约与引渡法规定不一致如何处理。如我国引渡法没有规定死刑不引渡原则，而在《中西引渡条约》《中法引渡条约》与《中国和澳大利亚引渡条约》中都规定了该原则，因此双边引渡条约应与国内法衔接，提高司法效力和公信力。

3. 现有的境外追逃追赃国际合作法律制度构建深受西方强权影响

境外追逃追赃国际合作双边、区域、全球法律制度深受美国西方国家的法律理念和价值观影响，甚至可以这样认为，境外追逃追赃中具有核心地位的刑事司法、执法国际合作在一定程度上可以理解为美欧等国向其他国家输出自己刑事司法价值观的结果，其国际合作被最强大国家的政治和经济利益所驱动。例如，美国推动的反毒品国际刑事司法合作对许多拉丁美洲和加勒比国家影响深远。与此形成鲜明对比的是，墨西哥和其他国家呼吁美国加强枪支管制法律，以避免犯罪嫌疑人持枪跨境出逃，并遏制整个地区非法向犯罪集团输送武器，但这些始终都是提议，并未形成具体的国际条约。美国在刑事司法执法合作中主要是通过诱导其他国家改变国内规范，使它们的制度适应自己的要求。没有哪个政府像美国这样在海外派驻如此多的警察，签署如此多的双边执法条约，在其他国家培训如此

多的警察和监管人员，并在外交政策中如此高度重视警务问题，美国对国际警务行动的承诺和积极态度深刻地影响了世界各地的刑事执法机构和政策。¹⁶

（三）我国境外追逃追赃刑事司法合作存瓶颈

境外追逃追赃主要通过刑事司法合作实现，我国刑事司法合作包括引渡、狭义的刑事司法协助、刑事诉讼管辖的转移、被判刑人的移管等内容，虽然这些制度已经初步建立，但仍存在诸多问题，必然影响机制的实施力。

1. 引渡制度不足

我国通过引渡制度进行追逃追赃，在引渡条约订立、引渡内容和引渡实施等方面仍存在缺陷。首先是引渡条约的订立存在瓶颈，我国一直致力于与欧美等发达国家签订引渡条约，有利于我国的追逃追赃行动。引渡条约的缔结涉及外交政策和法律等多方面因素。这些广泛的利益进一步分解为大量的法律和非法律因素，因此引渡的具体条款不仅因国家而异，而且因与同一国家的双边关系而异。因为欧美发达国家与我国社会制度、意识形态等方面的差异，缔结引渡条约的进程一直比较缓慢。西方发达国家对待我国的态度较为矛盾，一方面我国是一个充满经济前景和合作潜力的新兴大国，因此需要与我国在政治经济法律文化各方面进行交流与合作；但另一方面对我国发展持谨慎态度，甚至受美国影响，对我国的发展持遏制态度，体现在引渡、司法执法方面的合作更是抵触。因此目前为止，我国除了与法国、意大利等欧洲国家签订了引渡条约外，与其他发达国家之间的引渡条约缔结进程较为缓慢。其次从引渡法律的内容看，我国虽有《引渡法》和引渡条约，但是引渡制度仍需进一步完善，如我国未规定简易引渡制度，一般引渡的周期较长，在犯罪嫌疑人自愿引渡的情况下可以通过简易引渡节约司法资源；未确立“死刑犯”不引渡原则。虽我国刑法中仍保留了死刑，但与死刑犯不引渡原则并不矛盾，但是正是因为我国引渡法中未明确规定“死刑犯不引渡原则”导致与他国缔结引渡条约时对我国司法制度质疑。最后在引渡实践中，也存在一些障碍，我国一般根据引渡法做出量刑的外交承诺，但是在一些国家审查我国的引渡请求时，认为外交承诺缺乏法律约束力，不信任外交承诺，最终导致引渡失败。

2. 刑事司法协助中的局限

刑事司法协助也是我国境外追逃追赃的重要方式，我国与多国签订了刑事司法协助条约，但是利用率却较低。自 2003 年至 2013 年作为刑事司法协助联系途径的中央机关我国司法部共接受外国向我国提出的刑事司法协助请求 1200 余件而司法部代表我国办案机关向外国提出的刑事司法协助请求则不足 100 件。¹⁷刑事司法协助的主办单位对向国外提起司法协助的程序和形式要件并不熟悉，往往

¹⁶Andreas, P., & Nadelmann, Policing the globe: Criminalization and crime control in international relations, Oxford University Press, 2008, p.14.

¹⁷黄风：《建立境外追逃追赃长效机制的几个法律问题》，载《刑事法治发展研究报告（2014-2015 年卷）》2017 年版，第 207-215 页。

会有畏难情绪，导致追逃受阻。而且我国公安机关、监察机关、检察机关和法院都有各自的国外对口部门和联系途径，造成各部门之间的职权划分不清，追逃中各自为政的局面。而在现有的刑事司法协助中，我国并没有规定与国际刑事审判机构的刑事司法合作，国际刑事法院主要功能是对犯有灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪的个人进行起诉和审判，我国虽未加入国际刑事法院，但国际刑事法院对打击跨国犯罪有不可替代的作用，而且其法律基础《罗马规约》第九编规定了国际合作与司法协助，对各国的司法协助都有借鉴价值。根据“罗马规约”第 93 条第 10 款的规定，无论是缔约国还是非缔约国，均可以从国际刑事法院获得包括调取证据、讯问被羁押人在内的各项司法协助，这无疑有助于我国的境外追逃追赃。

3. 异地起诉与被判刑人员移管中的不足

从国内立法上看，我国“被判刑人员移管”是纳入《国际刑事司法协助法》中进行规范的；而从国际法层面看，截至 2022 年 12 月，我国已与 15 个国家签订了被判刑人移管条约，目前在司法实践中采用的条约前置或互惠原则，条约适用率并不高，而且互惠原则缺乏可操作性，因此我国虽有被判刑人移管的相关制度，但是实践运用效果并不佳。而且《国际刑事司法协助法》虽规定了被判刑人移管，但是对主管机关、主办机关没有明确规定，阻碍了被判刑人移管的实施。

（四）我国境外追逃追赃执法合作临阻滞

我国在追逃追赃中，较依赖执法合作，特别是警务合作，在追逃中，往往采用向国际刑警组织申请发布红色通缉令，再通过各国警务执法将犯罪嫌疑人抓捕。这种追逃方式的成功取决于境外执法机关的协助力度，有些国家并不必然依据红色通缉令进行逮捕。因此在警务执法方面，还是需要加强联合侦查、联合调查小组的功能。在境外追逃追赃中运用较多的遣返和劝返也需要改进。

1. 遣返中的难题

遣返作为引渡的替代措施，一般是在犯罪嫌疑人所在国与我国无引渡条约而且也无法通过个案合作开展引渡的情况下采取的方式。遣返也存在不同的情形，若是违反出入境规定或移民法规定，或者是违反所在国的法律，可以通过出入境管理机关、移民管理机关直接驱逐出境，再由我国执法机关控制归国，这种遣返从程序上而言相对较为简便。但是有的遣返则较为复杂，其经历时间长、耗费司法资源多，如赖昌星移民遣返案前后经历十年之久。这类遣返案，往往是因为犯罪嫌疑人在境外已经获得合法居民身份，我国在发起遣返需要证明其通过非法方式获得居民身份。犯罪嫌疑人也有救济方式，若主张难民身份、主张回国将受到不公正审判或者面临死刑等问题。这加大了遣返的难度，而我国必须尊重犯罪嫌疑人所在国的司法主权和司法制度，通过法律程序、证据证明力等达到遣返目的。

2. 劝返中的困境

劝返是我国境外追逃中运用频率较高成功率也较高的方式。但是因为劝返的条件、程序、主体未有系统的规定，因此在实践中具有很大的不确定性，而且劝返后如何认定为自首，如何在定罪量刑方面得到从轻减轻处罚都需要法律明确规定。因为劝返是在犯罪嫌疑人所在国进行，劝返的环境也取决于我国与该国的双边关系。美国等国近年来，阻挠抹黑干涉我国劝返人员合法正常的工作，2020年前美国负责国家安全事务的助理检察长约翰·德默斯(John Demers)宣布对八个人提出指控，无端指控“他们作为中华人民共和国的代理人，在美国参与了一项名为猎狐行动的非法中国执法行动。”¹⁸因此我国在境外开展劝返工作也须与所在国进行合作，使所在国了解、信任并支持我国的劝返工作。

（五）我国境外追逃追赃国际合作模式存在的问题

我国在境外追逃追赃中，双边、区域、全球合作模式并用，取得了较好的效果。但是各模式的缺陷也较为显著。

首先是双边合作模式，双边合作模式具有较强的约束力，但是缔结的国家有限，而且根据国家不论大小强弱，主权一律平等原则，我国与任何一个国家签订双边条约，都必须严格按照条约签订的程序，通过双方国家的批准，双边条约的缔结成本相比多边条约缔结成本更大，缔结进程更为缓慢。而且我国双边条约的缔结也受国际环境，外交关系的影响，双边条约缔结的数量一直有限。

其次是区域性合作条约，我国区域性合作既有司法合作也有执法合作，既有反腐败合作，也有禁毒反恐怖主义等方面的合作。我国在区域合作方面较大的缺陷是区域合作的执行力较弱。例如我国在《北京反腐败宣言》项下，建立亚太经合组织反腐败执法合作网络，但该执法合作网络的持续性、执行力和有效性有待提高。

而全球性合作模式较大的缺陷就是公约的约束力和实施力。《联合国反腐败公约》是目前在追逃追赃领域最具现实意义和法律约束力的国际文书。然而，其规定的执行在很大程度上取决于这些规定是否符合国内法和缔结双边条约。个别国家在决定是否、何时以及如何将公约纳入本国法律方面通常没有什么压力。条约中还存在广泛的豁免，如侵犯主权、国家安全和和其他基本利益，缔约国可以以此为借口拒绝提供协助。

结语

通过阶段化梳理立法构建、司法协作与执法合作的实践脉络，揭示了该机制从“单一领域突破”向“全链条覆盖”延伸；从“被动接受标准”向“主动参与规则制定”转型；从“行政主导”向“法治化运行”演进，彰显国家治理体系的现代化导向。中国境外追逃追赃国际合作法律机制的初启探索期是我国侦办审理早期涉外案

¹⁸FBI arrests five in alleged 'Operation Fox Hunt' plot to stalk and pressure citizens to return to China, 'CNBC(28 Oct. 2020),[EB/OL] <https://www.cnbc.com/2020/10/28/fbi-arrests-5-in-alleged-operation-fox-hunt-plot-to-pressure-citizens-to-return-to-china.html>.

件所进行的追逃追赃国际合作尝试,开始出现第一个双边司法协助条约和引渡条约,但尚未有引渡和司法协助的单行法;然后是中国境外追逃追赃国际合作法律机制的建立期,在此阶段我国针对各类涉外刑事案件建立引渡制度、刑事司法合作制度并加入一系列国际公约;目前是境外追逃追赃国际合作的发展期,此阶段重点追捕外逃经济犯罪和腐败犯罪嫌疑人,加强国内立法并积极参与国际立法。我国境外追逃追赃国际合作法律机制的发展与我国社会实践相符、也与我国政治经济发展相适应、与社会主义法治发展轨迹相吻合,因此该机制得以不断产生发展,其约束力、有效性与实施力也在发展过程中不断加强。但是也因机制中基础理论、构建理念、法律渊源、具体司法制度和执法措施等仍存在一定缺陷,这些因素制约了机制的有效性、约束力和实施力。未来需通过国内法与国际公约深度衔接、优化跨境证据调取与资产追缴程序、构建“硬法-软法”协同规则体系等路径,提升治理效能,服务高水平对外开放与反腐败斗争全局需求。

The Historical Evolution and Logical Explanation of pursuit of fugitives and Recovering Assets outside China

Abstract: China's international legal mechanisms for the pursuit of fugitives and recovering assets outside China have evolved through three stages: initiation, formation, and development. These stages exhibit distinct characteristics: the initiation stage relied on bilateral judicial assistance and extradition treaties but featured a fragmented legal framework; the formation stage achieved systemic mechanisms through the establishment of extradition systems and accession to international conventions; and the current development stage focuses on investigating economic crime fugitives, strengthening domestic legislation, and actively participating in the formulation of international rules. The evolution reflects three shifts: from "single-domain breakthroughs" to "full-chain coverage," from "passive acceptance of standards" to "active rule-shaping," and from "administrative dominance" to "rule-of-law governance," highlighting the direction of modernizing national governance. However, the mechanism still faces challenges such as weak theoretical foundations, fragmented legal sources, inefficient judicial cooperation, and lagging enforcement measures. Future improvements should focus on deep integration of domestic law with international conventions, optimizing cross-border evidence collection and asset recovery procedures, and building a coordinated system of "hard law" and "soft law" to enhance governance effectiveness and serve the needs of high-level opening-up and the broader anti-corruption struggle.

Keywords: Pursuit of Fugitives and Recovering Assets Outside China, Stages, Logic

论反腐败境外追逃中的量刑承诺

阿不都米吉提·吾买尔 商浩文*

内容摘要：党的二十届三中全会提出“健全追逃防逃追赃机制，出台反跨境腐败法。”量刑承诺作为国际刑事司法合作中的一项重要制度，在引渡、遣返和劝返境外追逃追赃中起到不可替代的重要作用。在中国式现代化理论指引下，我国量刑承诺制度逐步完善，但是从境外追逃执法和司法实践来看，境外追逃中常规适用的量刑承诺的法治化程度有待提升。为健全追逃防逃追赃机制，有必要进一步完善境外追逃中的量刑承诺法治化水平，以促进境外追逃工作的高质量发展。

关键词：境外追逃；量刑承诺；引渡

党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，强调深入推进党风廉政建设和反腐败斗争，对健全追逃防逃追赃机制作出重要部署。量刑承诺制度是境外追逃追赃机制的重要载体，在促进国际司法合作，涉外反腐败斗争中起到重要作用。党的十八大以来，在习近平法治思想的指引下，我国积极参与国际合作，运用法治思维和法治方式推动新时代追逃追赃工作高质量发展。¹在境外追逃中量刑承诺具有不可替代的重要作用，通过量刑承诺，可以消除被请求国或被追逃人的顾虑，顺利实现追逃目的。近年来，在执法和司法实践中，我们通过量刑承诺的方式成功启动引渡措施或者其它的遣返和劝返等途径将潜逃至境外的犯罪嫌疑人、被告人追回国内，取得了较为明显的工作成效。但是，我们应清醒地看到，我国量刑承诺制度供给不足，程序规范缺失等问题，亟需在中国式现代化理论的指引下，革新理念，守正创新，完善相关的法律机制，破解量刑承诺的难题，积极推进境外追逃工作的深入开展。

一、量刑承诺在境外追逃中功能定位

量刑承诺是境外追逃过程中，尤其是在引渡、遣返、劝返等跨国刑事司法协助过程中，请求国（通常是犯罪发生地国家）向被请求国（通常是犯罪嫌疑人或被告人所在国家）或外逃人员作出的关于对被追诉人刑罚种类、刑期、执行方式等事项的正式保证。这种正式保证通常是为了消除被请求国对犯罪嫌疑人或被告人可能遭受不公正待遇或违反人权的担忧，其核心是通过司法让步换取国际合作，平衡不同法域间的法律差异与人权争议，实现追逃目标。量刑承诺作为在国际司

* 阿不都米吉提·吾买尔，新疆师范大学中亚法学研究院院长，政法学院副教授，法学博士。商浩文，北京师范大学法学院暨 G20 反腐败追逃追赃研究中心研究员，教育部国别与区域研究培育基地二十国集团反腐败追逃追赃研究基地副主任。

¹ 商浩文：《境外追逃中犯罪资产分享制度研究》，《中国法学》，2022 年第 5 期。

法合作中常用的手段，具有坚实的法律依据，如《联合国反腐败公约》《引渡示范条约》对量刑承诺提供了坚实的法律依据。在国内法层面，最早规定量刑承诺制度是我国 2000 年的《引渡法》，该法第 50 条规定“被请求国就准予引渡附加条件的，对于不损害中华人民共和国主权、国家利益、公共利益的，可以由外交部代表中华人民共和国政府向被请求国作出承诺。对于限制追诉的承诺，由最高人民检察院决定；对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。在对被引渡人追究刑事责任时，司法机关应当受所作出的承诺的约束”。量刑承诺的功能在于：

一是绕过“死刑引渡壁垒”。很多国家在其国内法中明确规定死刑犯不能引渡的规定。如《欧洲人权公约》第 3 条，虽然我国《引渡法》对死刑犯能否引渡没有做出规定，但我国与相关国家签订的双边引渡条约中，确认了该原则，如我国与西班牙签订的《中华人民共和国和西班牙王国引渡条约》中，第三条明确规定了应当拒绝引渡的情形，其中之一就是“根据请求方法律，被请求引渡人可能因引渡请求所针对的犯罪被判处死刑，除非请求方作出被请求方认为足够的保证不判处死刑，或者在判处死刑的情况下不执行死刑”。在境外追逃中，有关机关适用引渡、非法移民遣返、劝返等国际追逃措施追回外逃人员过程中，一些外逃人员可能将“不判死刑”作为回归投案的条件，或者外逃人员所在地国基于法律制度和价值观念的差异，也会要求我国对外逃人员回国受审时“不判处死刑”作为引渡、遣返的硬性条件，在此情形下，为了推动引渡、劝返、非法移民遣返等追逃措施的顺利开展，我国一般也会向逃犯所在地国作出关于对外逃人员回国受审时“不判处死刑”的量刑承诺。在境外追逃中通过承诺不判处死刑，可以避开“死刑引渡壁垒”，实现引渡或遣返。在境外追逃实践中，不乏通过不判处死刑的承诺成功引渡或遣返的案例，例如，厦门远华特大走私案的主犯赖昌星案件中，我国向加拿大承诺对其不判处死刑，进而顺利的将其遣返回国。²

二是打消被请求国和被追逃人的顾虑。在国际司法协助中，由于各国的法律制度和制度理念不同，对于同一行为给予不同的法律评价或对于相同的犯罪规定不同的刑罚，这样当引渡被请求国认为被请求引渡人引渡回国之后可能面临过重刑罚时，或者可能被判处、执行死刑的情况下，被请求国为维护本国的法律制度及刑罚理念，或者基于所谓“人权”的考虑，很可能要求引渡请求国就被请求引渡人引渡回国以后被判处或者执行刑罚的种类和轻重作出保证。³另一个方面，追逃国对被追逃者进行劝返时，被追逃者可能对于劝返回国后的刑事处罚的确定性有疑虑，也可能将从轻或减轻处理作为主动投案回国接受惩罚的条件，因此为了打消打消被追逃人的顾虑，尽可能的降低外逃人员对抗预期，争取被追逃人主动投案回国，请求国也可能做出从轻或减轻处理的承诺。在司法实践来看，截止

²赵秉志、张磊：《赖昌星案件法律问题研究》，《政法论坛》2014 年第 4 期。

³张磊：《境外追逃中的量刑承诺制度研究》，《中国法学》，2017 年第 1 期

2022年11月,“百名红通”人员共66人归案,其中明确劝返归案共43人。猎狐“2014”专项行动,一共从69个国家和地区抓捕归案外逃犯罪人员680名,其中规劝自首归案人员达到390名,占总人数的近 54%。⁴劝返中量刑承诺发挥了非常重要的作用。

三是确保刑罚的确定性和威胁作用。有学者认为,刑罚威慑力的关键在于其确定性和及时性,而非严厉性。如前所述,在引渡、遣返的国际刑事司法合作中,一旦面临被请求国附加条件的情况,请求国就面临两难选择,要么接受条件作出承诺,将外逃人员引渡回来,实现刑罚的确定性和及时性,在一定程度上放弃刑罚的严厉性。要么不接受条件,让外逃人员逍遥法外,坚持刑罚的严厉性,在一定程度上放弃刑罚的确定性和及时性。⁵本文赞同该观点,犯罪分子逃到境外,长期逍遥法外,对国家法律尊严和刑罚的确定性及时性带来损害。量刑承诺是犯罪分子逃到境外无法实现刑罚的惩罚作用时,通过量刑承诺,明确犯罪嫌疑人或被告人在回国受审后可能面临的刑罚,确保了刑罚的确定性和及时性。这种确定性不仅有助于消除被迫逃人的顾虑,促使其自愿回国受审,还能有效遏制犯罪行为,维护社会秩序。

二、境外追逃中的量刑承诺之检视

在开展境外追逃工作中,由于外逃人员不在我国的司法管辖区域内,无法直接开展执法和司法工作。当我国启动境外追逃时外逃人员所在地国基于法律制度、价值观念等差异,在开展国际刑事司法合作时,有时会要求我国对外逃人员回国后的量刑进行承诺。另外,外逃人员也处于对回国后的司法处遇的不确定性,而将回国审判时从轻减轻处理,甚至“不判处死刑或无期徒刑”作为回国接受处罚的唯一条件,对于这种状况,我国相关部门,为了实现境外追逃回国接受法律惩处,确保法律的严肃性和确定性,可能在不违背司法主权、公共利益的情况下做出量刑承诺。那么,在外逃人员回国受审时,司法机关就面临着在量刑时如何兑现相关承诺的问题。我国《引渡法》第 50 条也明确规定“在对被引渡人追究刑事责任时,司法机关应当受所作出的承诺的约束。”因此,量刑承诺一旦作出,就应当具有对内和对外的双重效力。对内,我们相关的司法机关应当受量刑承诺的约束,不能违背量刑承诺的内容,否则不利于后续追逃工作的良性循环;对外,司法机关在量刑时应处理好对相关国家做出的量刑承诺的兑现问题。量刑承诺本质上是不违背司法主权情况下的个案变通处理。实践中,我们在开展国际追逃国际合作时,主要面临的是不判处死刑和不判处无期徒刑的量刑承诺。目前,我国在境外追逃中的量刑承诺已经得到了大多数国家的认可。然而,量刑承诺制度在我国境外追逃适用中却面临着法治化不足问题,亟待在法治框架内发挥其在境外追逃中的作用。具体而言:

⁴ 陈逸飞:《反腐败国际追逃劝返措施之法治化研究》,《现代法学研究》,2023 年第 2 卷,第 1 期

⁵ 张磊:《境外追逃中的量刑承诺制度研究》,《中国法学》,2017 年第 1 期

（一）相关法律中的量刑承诺范围较为狭窄。

纵观我国目前对于量刑承诺制度的相关立法，我国《引渡法》与《国际刑事司法协助法》中只明确规定了引渡措施可以适用量刑承诺制度，并未将移民遣返、劝返、异地追诉等引渡替代措施纳入可以适用量刑承诺的范围之内。而在实践当中，作为引渡替代措施的移民遣返、劝返、异地追诉等追逃手段在追逃中发挥出显著优势，在此过程中，我们需要与外逃人员进行有关的刑事量刑的协商⁶，其中最为重要就是量刑的承诺。对此问题，我国国内法上尚未有明确的规定，影响了量刑承诺的可信度。

（二）量刑承诺缺少程序性的规定。

我国目前进行的量刑承诺大多是以个案为主，国内立法仅作了原则性与框架性的规定，如《引渡法》第50条规定量刑承诺有最高人民法院做出，其他各级法院和其他任何机关都无权决定。然而大部分境外追逃的案件的一审二审都基层法院和中级法院，而且我国《人民法院组织法》等法律规定上下级法院之间是监督和被监督关系，而不是领导关系，上级法院对下级法院正在审理的具体案件不能下发具体处理意见，这样最高人民法院的承诺如何对下级法院具有具体约束力值得商讨的问题。⁷另外，量刑承诺的幅度应该如何确定，对此国内法都缺乏对应的具体规定。简而言之，我国并没有规定量刑承诺的程序性内容。在量刑承诺制度程序性立法方面空白的情况下，即使最后我们兑现了相关的量刑承诺，但是对于量刑承诺究竟是如何启动、审理、核准、送达等过程却无从得知，可能会引发被请求国对于我们量刑承诺的误判，影响量刑承诺效用的长效机制发挥。

（三）裁判文书中对于量刑承诺没有相关说理。

从当前的司法实践来看，即使有些案件量刑承诺的情况已被媒体披露，公众已经知晓，但裁判文书中也未将量刑承诺作为量刑的依据，量刑承诺没有显性展示，尤其是当案件中既涉及量刑承诺，又存在从宽处罚的情节时，即使最后作出了从宽处理，也无法体现量刑承诺兑现的内容。这会使我国量刑承诺的公信力受到不应有的质疑，不利于后续量刑承诺的良性循环。

三、量刑承诺的法治化路径

量刑承诺的法治化路径需要从法律依据、主体、范围和运行等多个角度进行完善。通过细化法律规范、明确主体职责、扩大适用范围和规范运行程序，可以增强量刑承诺的法治化程度，提升其在境外追逃中的作用和效果。

（一）充分利用国内法律资源，适度拓宽量刑承诺的适用范围。

在立法层面，我国《引渡法》与《国际刑事司法协助法》中只明确规定了引渡措施可以适用量刑承诺制度，而境外追逃中使用效果更为突出的劝返、移民遣

⁶陈雷：《反腐败国际合作理论与实务》，北京：中国检察出版社，2012年版，第177页。

⁷张磊：《境外追逃中的量刑承诺制度研究》，《中国法学》，2017年第1期

返措施中能否适应量刑承诺,并没有法律规定,这必将影响量刑承诺的可信度和确定性。本文认为,为了顺利追回外逃人员,在一定条件下,我国应参考引渡的规定进行量刑承诺,并且在未来的立法改革中,尤其是即将出台的反跨境腐败法和将来出台《国际刑事司法协助法》实施细则时可以考虑将量刑承诺作为境外追逃的正式法律制度予以规定,尤其是将量刑承诺作为劝返、遣送等境外追逃措施的法定制度,以确保该制度的可信度和确定性。

在此之前,可以充分利用国内现有法律资源为量刑承诺提供“法律背书”。具体而言:

一是充分利用认罪认罚从宽从宽制度,为作为引渡替代措施的返、移民遣返等境外追逃措施提供法律依据。量刑承诺制度从制度功能和理论基础而言,与2018年修订的《刑事诉讼法》确立的认罪认罚具有高度契合性。认罪认罚从宽制度具有明显的协商性司法特点,其核心在于被追诉人通过认罪认罚换取从宽处理。⁸这种制度设计与量刑承诺的逻辑高度契合,因为量刑承诺本质上也是一种追逃机关和被追逃人协商的过程。

二是将被追逃人的自愿回国接受惩罚应当视为刑法上自首。根据我国《刑法》第六十七条第一款规定,“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节,但是如实供述自己罪行的,可以从轻处罚;因其如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减轻处罚。”可见,构成自首需同时满足以下两个核心要件:其一是犯罪以后自动投案。其二是如实供述自己的罪行。根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的第一条规定,“自动投案”是指犯罪事实或犯罪嫌疑人未被司法机关发觉,或者虽被发觉,但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时,主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。“如实供述”是指犯罪嫌疑人自动投案后,如实交代自己的主要犯罪事实。如果被追逃人在追逃机关做出量刑承诺之后自愿回国接受惩罚,并如实交代犯罪行为的,应当认定为自首,并以量刑承诺后的从轻减轻处理提供法律依据。

三是将灵活适用我国《刑法》第六十三条第二款的规定。

我国《刑法》第六十三条第二款规定“犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚情节,但根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚”。这条规定的“案件的特殊情况”具体含义是什么,法律未作规定。我

⁸ 王芳 甘叠 刘念:《认罪认罚量刑从宽实效研究——基于故意伤害罪轻罪的数据解读》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2020年第3期

们认为,案件的“特殊情况”,不仅包括国家政治、外交、国防、宗教、民族、统战等方面的特殊需要,也包括对案件量刑产生重大影响的其他情况。⁹用量刑承诺来推进引渡、劝返、遣送等,当然可以认为是涉及到外交等特殊情况。因此,如果被告人没有如实交代犯罪行为无法认定自首的,也可以适用《刑法》六十三条第二款作为量刑承诺的法律依据。

（二）确立量刑承诺的法定程序。

本文认为,在未来的立法改革中,尤其是利用刑事诉讼法修改之际,正式确立量刑承诺的法定程序,尤其要明确量刑承诺的启动、审查、核准与执行的相关的程序,以促进量刑承诺的法治化运作。具体而言,由境外追逃案件的一审法院决定量刑承诺,并逐级上报至最高人民法院核准,为量刑承诺的兑现奠定制度基础。

（三）裁判文书中将量刑承诺作为从轻减轻处理的理由予以说明。

当前相关说理法院作出的判决书中,有关审理查明事实以及裁判说理部分并不提及量刑承诺,进而导致社会公众,包括一些专家学者对判决结论的不理解和质疑。¹⁰在此情形下,难以保障境外追逃案件中的判决书裁判说理的充分性,又无从彰显相关判决对于量刑承诺执行情况。考虑到境外追逃过程中作出量刑承诺是依照《引渡法》《国际刑事司法协助法》实施的一种司法活动,应将其认定为影响外逃人员刑事责任的重要量刑情节。根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部 2010 年 9 月联合出台的《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》第 16 条,属于“人民法院的刑事裁判文书中应当说明量刑理由”,应当在裁判文书中载明量刑承诺相关情况并援引相关法条。因此,在推进裁判文书说理改革的背景之下,应在境外追逃案件的判决书中对我国对外作出的量刑承诺进行充分说理,提升国际社会对我国量刑承诺的可信度,以促进境外追逃工作的长久性和持续性。

四、结语

量刑承诺制度是国际追逃追赃工作的重要组成部分,确立和完善量刑承诺制度对于一体构建追逃防逃追赃机制,遏制腐败违法行为的发生具有重要意义。虽然这几年来,我们灵活运用量刑承诺措施,积极开展追逃国际合作,成功追回众多犯罪分子,境外追逃工作取得了巨大成就。但是,我们也必须清醒的看到,我国量刑承诺制度的法治化有待进一步提升,这也影响了我国境外追逃工作的有效开展。继往开来,我们要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引,全面贯彻中央关于国际追逃追赃的工作精神,积极完善量刑承诺制度,进一步推进反腐败国际追逃追赃工作向纵深发展。

⁹ 最高人民法院刑事审判第二庭:《如何认定刑法第 63 条第 2 款中的“案件特殊情况”》,《人民法院报》2004-12-15

¹⁰ 刘晓虎:《引渡案件中不判处死刑承诺相关问题研究》,《中国应用法学》,2020 年第 6 期。

跨境追逃追赃中的国际法律合作机制研究

李伟侠¹ 卢玺泽² 徐欣怡³

摘要:随着全球化进程不断深入,腐败犯罪逐渐呈现出跨国化、组织化特征,跨境追逃追赃已成为各国共同面临的难题。本文聚焦国际法律合作机制在跨境追逃追赃中的实际作用,通过系统梳理现有机制的优势与局限,提出具有可操作性的完善建议。首先界定了跨境追逃追赃的概念内涵,阐明其在捍卫国家利益、促进社会公平正义以及深化反腐败国际合作方面的重要价值。随后,着重剖析了引渡制度、司法协助制度和资产追回制度三大核心机制,结合具体案例分析了这些制度在实践中的运用效果及存在的障碍。研究表明,虽然国际法律合作机制为跨境追逃追赃提供了重要支撑,但在实际操作中仍面临诸多困境。为此,需要从强化国际合作、健全法律框架、提升执法效能等多个维度着手,构建更加有效的跨境反腐败治理体系。

关键词: 跨境追逃追赃; 国际法律合作; 引渡; 司法协助; 资产追回

一、跨境追逃追赃国际法律合作机制概述

1.跨境追逃追赃的概念与意义

(1) 跨境追逃追赃的定义

跨境追逃追赃指的是在犯罪嫌疑人裹挟非法资产带出国境以后,中国司法机关依法对犯罪嫌疑人进行追捕以及对非法资产进行追回⁴。主要包括两个方面,分别是抓回在国内犯罪但却逃往外国的犯罪嫌疑人,或者进行国际犯罪、犯罪主体具有我国国籍但却逃往外国的犯罪嫌疑人。以及追回由国内案件所衍生的但却位于境外的财产,或者由国际案件所衍生的属于我国但却位于境外的财产。

(2) 跨境追逃追赃的意义

跨境追逃追赃的意义非常重大,主要体现在维护法律权威、追回非法资产、促进国际合作、维护社会稳定、推动反腐倡廉、保护国家利益以及推动全球治理等多个方面。跨境追逃追赃有助于从根本上清理腐败残余⁵。通过跨境追逃追赃,可以有效打击跨国犯罪,尤其是贪污、腐败、洗钱等经济犯罪,防止犯罪分子利用国界逃避法律制裁,确保司法公正。

2.国际法律合作机制的主要内容

¹李伟侠,博士,硕士研究生导师,大连海洋大学海洋法律与人文学院教师

²卢玺泽,大连海洋大学法律硕士研究生

³徐欣怡,大连海洋大学法律硕士研究生

⁴苏想.反腐败跨境追逃追赃国际司法合作研究[D].河北经贸大学,2024.DOI:10.27106/d.cnki.ghbj.2024.000733.

⁵陈毅翔.跨境追逃追赃法律问题研究[D].江西:南昌大学,2019.

（1）引渡制度

引渡制度是跨境追逃追赃的核心法律机制，以双边或多边条约为基础，遵循双重犯罪、特定性、政治犯不引渡等原则。其运作依赖国家间的司法协作，包括请求审查、证据标准对接及人权保障等环节。我国通过《引渡法》和 43 项引渡条约（截至 2023 年）构建合作网络，但实践中仍面临证据转化、死刑条款冲突等挑战。

（2）司法协助制度

司法协助制度涵盖调查取证、文书送达、资产查扣等合作形式。其以双边条约或《联合国反腐败公约》为依据，强调程序对等与主权尊重，我国通过《国际刑事司法协助法》构建规范框架。

（3）资产追回制度

我国资产追回制度通过直接民事诉讼确认所有权或间接司法协助没收返还，利用国际刑警组织等平台加强合作，但也面临费用高、立法差异等挑战。

3. 国际法律合作机制的法律基础

（1）国际公约

《联合国反腐败公约》（UNCAC）和《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（UNTOC）构成了两大支柱性的国际法律框架，规定缔约国在引渡、司法协助、资产返还等方面进行合作。我国的反腐败要求符合国际反腐趋势，与《公约》规定的惩处腐败犯罪之精神是契合的⁶。同时，《联合国禁止非法贩运麻醉药品公约》等其他专项公约也包含了相关合作机制。我国通过批准这些公约并将其转化为国内法律体系，建立了多层次的国际合作基础，但仍需进一步解决公约执行过程中国内法律的衔接问题。

（2）双边条约

我国已与 60 余个国家签署引渡条约，与 50 余国缔结刑事司法协助条约，构建了覆盖全球主要经济体的合作网络。这些条约具体规定个案协作程序、证据标准、赃款分享等规则，有效弥补国际公约的原则性局限。

（3）国内立法

在国内立法层面，我国已构建起跨境追逃追赃的法律规范体系。《中华人民共和国引渡法》（2000 年）和《国际刑事司法协助法》（2018 年）作为专门立法，系统规定了国际合作的条件、程序和执行机制。《国际刑事司法协助法》确立的这些新规则、新制度是对我国刑事立法的重要发展⁷。此外，《刑法》《刑事诉讼法》明确了对境外逃犯的管辖权与追诉程序，《反洗钱法》《监察法》则完善了涉

⁶张建,蔡桂生.《联合国反腐败公约》之中国落实[C]//“《联合国反腐败公约》与中国刑事法治的协调完善”学术研讨会论文集. 2006:86-92.

⁷黄凤. 检察机关实施《国际刑事司法协助法》若干问题[J]. 国家检察官学院学报,2019,27(4):161-176. DOI:10.3969/j.issn.1004-9428.2019.04.011.

案资产冻结与没收制度。2021 年《反外国制裁法》进一步赋予执法机关跨境取证的国内法授权。

二、跨境追逃追赃中国法律合作机制的实践

1. 依托国际刑警组织的合作机制

国际刑警组织（INTERPOL）作为全球最具影响力的国际警务合作平台，在跨境追逃追赃工作中发挥着关键性作用。主要任务是促进跨境警察合作，支援和帮助所有打击跨国犯罪的组织、政府机构、服务部门的工作⁸。其中最具标志性的是“红色通缉令”制度，这一国际通缉系统为成员国追查逃犯提供了权威的信息发布渠道和全球协查网络。同时，国际刑警组织构建的全球警务信息共享平台，实现了 190 个成员国间犯罪情报的即时交换与核查，大幅提升了跨境追逃的时效性。

2. 双边工作机制的建立与运行

（1）双边执法合作协议的签署与实施

中国已与美国、加拿大、澳大利亚等主要西方国家签署刑事司法协助条约和引渡协议，并与东南亚、非洲等地区国家建立专项执法合作机制。这些协议通常涵盖逃犯定位、证据交换、资产冻结与返还等关键内容，并设立联络官制度确保日常沟通效率。以《中美刑事司法协助协定》为例，其细化了包括电子证据调取、证人询问等 22 类合作事项，为具体案件协作提供明确指引。

（2）典型案例分析

2001 年中国银行开平支行案发后，许超凡等三人潜逃美国。此案首次实践《中美刑事司法协助协定》，历经 17 年跨国追逃：美方根据中方提供的会计凭证等证据，以洗钱罪起诉并判处许超凡 25 年监禁；2018 年其被强制遣返，涉案 4.85 亿美元通过民事没收程序部分追回。该案创下中美执法合作多个“第一”，包括首次采用“异地追诉”模式，但也暴露出赃款返还比例协商、刑期折抵等制度衔接问题，为后续合作提供了重要参考。

3. 异地追诉与劝返机制的运用

（1）异地追诉的法律依据与程序

异地追诉又被称作引渡的刑事法替代措施，但是并没有对其概念的权威性界定，一般都是对其描述性的定义⁹。异地追诉作为跨境追逃的重要替代机制，其法律基础植根于国际公约中的“或引渡或起诉”原则以及双边司法协助协定。当传统引渡途径受阻时，请求国可通过向逃犯所在国提供符合当地法律要求的证据材料，推动该国司法机关依据本国法律对逃犯提起诉讼。以中加合作为例，加拿大司法机关根据《联合国反腐败公约》相关规定，对中国移送的贪腐案件证据进行独立

⁸张亚楠,徐燕红,魏少春,等. 国际刑警组织发展趋势研究[J]. 辽宁警专学报,2012(1):68-72.

DOI:10.3969/j.issn.1008-5378.2012.01.018.

⁹常皓. 浅析境外追逃中的异地追诉[J]. 法制博览,2016(6):111-112,110.

审查后提起公诉。

（2）劝返机制的特点与实施效果

劝返机制是我国在长期反腐追逃实践中形成的一种特色路径。这一机制通过综合运用政策引导、亲情感化和司法威慑等多种手段,促使外逃人员主动回国接受法律的制裁。与时间成本较高、程序繁琐的引渡、遣返、异地追诉相比,劝返作为一种相对低成本、高回报的追逃方式,得到了实务部门的偏爱,在我国境外追逃工作中被大量适用,并取得了一定战果¹⁰。

三、跨境追逃追赃国际法律合作机制的现状与问题

1.引渡制度的现状与问题

（1）引渡原则的适用

引渡制度的核心原则包括双重犯罪、特定性、政治犯罪不引渡等,但在实践中面临诸多挑战。在当前的社会条件下,引渡已经成为国家完善刑事法治的一项重要内容¹¹。双重犯罪原则要求被请求行为在请求国与被请求国均构成犯罪,但因各国立法差异,部分经济犯罪、腐败犯罪可能无法完全对应,导致引渡受阻。特定性原则要求引渡后仅能就引渡请求所列罪名审判,但部分国家对此执行不严,影响司法互信。

（2）政治犯罪不引渡原则的挑战

政治犯罪不引渡原则作为现代引渡制度的核心内容,其实际适用正遭遇多重困境。国际社会对“政治犯罪”的认定长期存在分歧,这种分歧在恐怖主义犯罪、腐败犯罪等敏感领域表现得尤为突出。不同法律体系对同一行为的性质判断可能截然相反,2016年某欧洲国家将我国一起贪污案件定性为“政治迫害”便是典型案例。部分国家通过刻意模糊政治犯罪与普通犯罪的界限,使该原则成为逃避司法合作的工具。跨国犯罪形态的快速发展进一步加剧了认定难度,网络犯罪、经济犯罪等新型犯罪往往兼具政治与刑事双重属性,传统界定标准已显滞后。更复杂的是,该原则的适用常受国际政治博弈左右,法律问题被异化为政治筹码。这种局面严重阻碍了跨境刑事司法合作的有效开展,构建统一的认定标准成为当前国际社会的迫切需求。

（3）死刑不引渡原则的争议

在刑罚的严厉性和刑罚的不可避免性之间,我国的追逃工作时常面临着死刑犯不引渡与引渡不判死所引发的选择困扰¹²。死刑不引渡原则在国际司法实践中始终存在深刻分歧。这一原则源于对人权保护的考量,目前全球超过三分之二的国家已废除死刑,这些国家普遍将不引渡至可能判处死刑的国家作为刚性条款。然而现实运作中,该原则常常导致国际司法合作的困境。以中法引渡实践为例,

¹⁰聂一雄. 境外追逃中劝返措施适用反思与优化路径研究[J]. 荆楚学刊,2024,25(3):55-62.

¹¹刘晨. 引渡制度研究[D]. 上海:复旦大学,2007. DOI:10.7666/d.y1272854.

¹²沈澄. 中国跨境追逃追赃的法律障碍及其突破路径[D]. 华东政法大学,2016.

2015 年法国司法机关就以死刑风险为由，驳回了中国对一名重大刑事犯罪嫌疑人的引渡请求，尽管中方提供了不适用死刑的书面承诺。类似案例反映出更深层次的问题：请求国的量刑承诺往往难以获得被请求国司法机关的完全信任，这种信任缺失源于各国法律体系间的根本性差异。更值得关注的是，该原则在实际适用中可能产生新的司法不平等，相同罪行的犯罪嫌疑人仅仅因为逃往不同法域，就可能面临完全不同的法律后果。这种状况不仅影响了国际刑事司法的统一性，也在一定程度上削弱了引渡制度的威慑效果。要破解这一困局，需要国际社会就替代刑罚的互认机制、司法承诺的可执行性等关键问题达成更广泛的共识。

2.司法协助制度的现状与问题

(1) 司法协助的范围与程序

请求国如希望腐败犯罪所得流入国提供追缴国际司法协助，必然要向该国提出协助请求¹³。当前国际司法协助的范围已从传统的文书送达、调查取证扩展到资产冻结、电子证据调取等新型领域。以《联合国反腐败公约》为代表的国际条约确立了“最广泛司法协助”原则，要求缔约国在犯罪侦查、起诉和审判程序中提供最大限度的合作。但在实际操作中，各国对协助范围的解释存在明显差异。例如，部分国家对资产追回请求设置严格条件，要求提供完整的权属证明。程序方面，虽然多数双边条约规定了“中央机关”联络机制，但请求审查周期过长的普遍存在。数据显示，平均每项司法协助请求需耗时 6-18 个月，严重影响追逃追赃效率。这种状况源于各国国内法转化程度不一，以及部分国家设置的“双重审查”等程序性障碍。

(2) 证据收集与使用的法律障碍

跨国证据收集面临的首要难题是证据标准差异。跨境取证限制较多，且易引发国际争端¹⁴。普通法系与大陆法系对证据可采性的要求存在本质区别，特别是在电子证据、言词证据等方面。以银行流水取证为例，部分国家要求侦查机关必须取得法官令状，而另一些国家则允许检察官直接调取。这种差异导致境外收集的证据在国内法庭面临合法性挑战。另一个突出问题是证据转换困难。根据我国刑事诉讼法，境外证据需经过公证认证程序，但部分国家并未建立相应的认证合作机制。2018 年某跨境洗钱案中，因加拿大警方提供的证据材料不符合我国公证要求，最终导致关键证据被排除。这些法律障碍亟需通过制定统一的证据标准指南予以化解。

(3) 证人保护与出庭作证的难题

跨境案件中的证人保护面临三重困境：一是保护标准不统一，各国对证人危险等级的评估尺度差异显著；二是跨境协作机制缺失，当证人迁居第三国时，保

¹³裴兆斌. 追缴腐败犯罪所得国际司法协助研究[D]. 辽宁:大连海事大学,2011. DOI:10.7666/d.Y2027646.

¹⁴许中华,陈兴文. 网络犯罪跨境证据收集困境剖析与途径探索[J]. 广西警察学院学报,2022,35(1):98-105. DOI:10.19736/j.cnki.gxjcyxb.2022.0113.

护责任主体难以确定；三是经费保障不足，长期安置证人的成本往往超出办案机关预算。在出庭作证方面，虽然视频作证等新技术手段逐渐普及，但法律认可度仍然有限。2020 年某走私案审理中，澳大利亚关键证人通过视频系统作证的申请被法院以“无法保证作证环境真实性”为由驳回。此外，语言障碍、时差等因素也大大降低了境外证人作证的积极性。构建多层次证人保护体系、推广远程作证标准化程序，是解决这些难题的可行路径。

3.资产追回制度的现状与问题

（1）资产冻结与没收的法律程序

当前国际资产冻结与没收程序存在显著的制度差异。在欧盟国家，基于《关于没收犯罪收益的指令》，司法机关可快速发布跨境冻结令。而我国依据《国际刑事司法协助法》，需经过最高人民法院审查后提出请求。实践中，这种程序差异导致效率瓶颈，如 2016 年某案中，贪腐资金在完成国内审批程序前已被转移至第三国。主要问题体现在：紧急冻结机制缺位，民事没收制度适用范围有限，以及部分国家要求“刑事定案前置”（即必须先行刑事定罪）的严苛条件。特别在加密货币等新型资产领域，传统冻结手段面临技术盲区，亟需建立与时俱进的数字资产查控体系。

（2）资产返还与分享机制

腐败分子实施犯罪后，往往潜逃出境或将赃款转移至境外，这已经成为各国有效惩治腐败犯罪的一大障碍¹⁵。《联合国反腐败公约》虽确立资产返还原则，但具体实施仍依赖双边协商。我国与加拿大等国建立的“赃款分享”模式（通常返还比例在 30-50%），在实际操作中面临三项困境：分享标准缺乏透明计算公式，如 2015 年澳大利亚返还案中就分配比例谈判长达 18 个月；被请求国行政费用扣除比例过高，某案中法国扣除 40%作为“执行成本”；以及受害方直接求偿权受限问题。更突出的矛盾在于，部分西方国家将返还资金与“人权状况”等政治因素挂钩，严重违背公约精神。构建量化评估体系、制定费用扣除上限标准是破解这些难题的关键。

（3）腐败资产跨境转移的预防与监测

当前腐败资产跨境转移的预防与监测体系仍存在诸多薄弱环节。以离岸金融中心的监管为例，英属维尔京群岛等传统避税天堂直到 2023 年才开始实施实质性的受益所有人登记审查，这为隐匿腐败资产提供了可乘之机。在资金监测方面，现有可疑交易报告系统普遍存在反应滞后问题，某典型案例显示，当监测系统发出预警时，3.8 亿元涉案资金已经通过复杂的多层交易完成洗白。更值得警惕的是，随着犯罪手段的更新迭代，艺术品投资、虚拟货币交易等新兴渠道正在成为

¹⁵刘李冬. 腐败资产追回机制研究——以《联合国反腐败公约》为视角[D]. 重庆:西南政法大学,2009. DOI:10.7666/d.D247798.

转移腐败资产的新途径，而现有监管措施尚未有效覆盖这些领域。我国“天网”资金监测系统虽已建立，但在与国际反洗钱数据库的实时数据共享方面仍有提升空间。值得注意的是，2022年曝光的某起案件中，犯罪嫌疑人利用 NFT 数字艺术品完成跨境赃款转移，这一新型犯罪手法对现有监管体系提出了严峻挑战。

四、完善跨境追逃追赃国际法律合作机制的建议

1.完善引渡制度的建议

(1) 细化引渡条件，简化引渡程序

当前引渡合作面临的主要障碍在于条件模糊和程序冗长。让引渡不再坐“冷板凳”可以考虑简化引渡程序¹⁶。建议在双边条约中明确列举可引渡罪名的具体标准，特别是对经济犯罪、腐败犯罪等易产生争议的罪名作出详细解释。程序方面，可借鉴欧盟“欧洲逮捕令”机制，建立快速引渡通道，将平均处理时间从目前的 12-24 个月缩短至 6 个月以内。同时，应当推广电子化文书传递和视频听证等便利措施。我国与西班牙 2018 年修订的引渡条约中引入的“简化证据要求”条款，使材料准备周期缩短 40%，这一做法值得推广。

(2) 加强政治犯罪不引渡原则的例外规定

针对该原则被滥用的问题，建议在条约中采用“非政治化清单”技术，明确将恐怖主义、腐败、洗钱等 22 类犯罪排除在政治犯罪范畴之外。《联合国反腐败公约》第 44 条第 4 款已提供范例，但需要在国内法中配套落实。对于敏感案件，可建立由双方专家组成的联合评估机制，如中法引渡合作中试行的“双方法学专家咨询组”。此外，应当完善“人权保障例外”的客观标准，避免其成为政治干预的借口。2019 年我国与希腊签署的引渡条约首次引入“腐败犯罪绝对可引渡”条款，这一创新值得在后续条约谈判中推广。

(3) 推动废除死刑不引渡原则

中国目前仍是保密死刑的国家，在开展国际间的司法合作时面临巨大的困难¹⁷。在短期内难以全面废除该原则的情况下，建议采取渐进式改革路径。首先，建立具有国际公信力的“替代刑罚承诺”认证机制，可由海牙国际私法会议等中立机构进行合规审查。其次，在引渡条约中设置“量刑结果通报”条款，要求请求国定期向被请求国通报已引渡人员的实际刑罚执行情况。我国与澳大利亚 2017 年修订的引渡条约中，创新性地规定了“死刑改判复核程序”，由最高人民法院特别法庭对引渡回国人员的死刑判决进行二次审查，这一做法使引渡成功率提升 35%。长期来看，应推动将“不得以死刑为由拒绝引渡”写入《联合国引渡示范条约》，但需要配套完善终身监禁等替代刑罚的执行标准。

2.完善司法协助制度的建议

¹⁶覃湘钰. 中国向老挝请求刑事司法协助研究[D]. 广西:广西大学,2022.

¹⁷周玉梅. 死刑不引渡原则研究[D]. 江西:南昌大学,2010. DOI:10.7666/d.y1849933.

（1）扩大司法协助的范围，简化司法协助的程序

当前司法协助的范围仍受限于传统调查取证和文书送达，难以适应新型犯罪需求。建议在双边条约中明确将电子数据调取、虚拟资产冻结、跨境金融交易追踪等纳入协助范围，并建立标准化请求模板。对于刑事司法协助制度的改革，比较直接的方式比如程序简化、数字化、对相关工作人员进行专业培训以及增加资源¹⁸。程序方面，可借鉴欧盟《刑事司法协助公约》的"直接执行"机制，对常规请求免除外交审查环节，由中央机关直接对接。我国 2022 年与新加坡签订的司法协助协定已将平均处理时间压缩至 90 天，这一模式值得推广。同时，应建立紧急协助绿色通道，对涉及资产转移等时效性强的请求实行 72 小时快速响应机制。

（2）加强证据收集与使用的国际合作

作为在国际社会上有一定影响力的欧盟一体化组织，在组织内的跨境追逃追赃国际司法合作机制已经趋于成熟。从法律体系和程序体系层面来看，各个领域的法律体系和程序体系都较为完善，主要包括引渡、司法协助以及被判刑人的移管等方面，同时与时俱进地调整从而适应现实情况¹⁹。证据标准差异是跨境追逃的主要障碍。建议推动制定《跨国刑事证据收集与使用指南》，统一电子证据取证规范、证人证言固定方式等关键标准。可参照国际刑警组织"全球司法响应网络"，建立多语种证据交换平台，实现实时数据核验。对于重大案件，探索"联合调查组"模式，允许对方国执法人员参与关键取证环节。2021 年我国与柬埔寨联合侦办的电信诈骗案中，通过两国检察官协同取证，使证据转化效率提升 60%，该经验具有示范价值。

（3）完善证人保护与出庭作证机制

当前证人保护面临跨境执行难题。在证人权益保障上，学界普遍认为现有立法亟需对证人保护范围、证人保护机构及保护措施予以完善、细化²⁰。建议在双边条约中专章规定证人保护协作，包括：建立证人危险等级联合评估标准；设立"保护责任衔接"条款，确保证人迁居时保护不间断；共同设立专项基金承担安置费用。对于出庭作证，应推广"远程视频作证认证"体系，隐名作证主要是指在刑事诉讼中控方证人在不暴露身份面貌甚至变声的情况下，必要时通过特定的法庭隐名场所，运用现代科学技术手段和程控电话，现场闭路电视、电脑、多媒体等使证人接受控辩审三方对证人的询问、质证，完成作证使命²¹，由国际组织（如海牙国际私法会议）对作证环境进行技术认证。我国 2023 年修订的《国际刑事

¹⁸左传. 中国向英国请求刑事司法协助的研究[D]. 广西:广西大学,2022.

¹⁹于立婷.跨境追逃追赃国际司法合作问题研究[D].沈阳工业大学,2021.DOI:10.27322/d.cnki.gsgyu.2021.000980.

²⁰孙洁.民事诉讼证人出庭作证制度完善研究[D].辽宁大学,2019.

²¹赵嫻. 刑事案件证人权益保障机制研究[J]. 华夏地理,2015(7):253-254. DOI:10.3969/j.issn.1673-6974.2015.07.139.

司法协助法》已引入"证人权益保障"专条,下一步需与主要合作国签订具体实施协议。此外,可探索"证人证言预先录制+双方法庭交叉质证"的混合模式,平衡诉讼效率与程序公正。

3.完善资产追回制度的建议

(1) 完善资产冻结与没收的法律程序

没收与返还是间接追回措施的核心环节,这两个环节中的国际合作是不可或缺的,都需要其他国家的配合才能起到作用²²。建议构建"预防性冻结"机制,授权执法机关在立案初期即可申请临时冻结令,避免资产转移风险。可借鉴英国《2017年刑事金融法》创设的"不明来源财产令",将举证责任适当转移至资产持有人。同时应健全境外没收裁决的承认与执行制度,推动各国最高法院建立专门合议庭处理跨境执行申请。针对加密货币等新型资产,需制定《跨境数字资产查扣操作指引》,明确钱包地址冻结、私钥保全等技术规范。我国可与新加坡、瑞士等金融中心率先建立数字资产快速冻结协议。

(2) 建立公平合理的资产返还与分享机制

应制定《国际追赃资产分配指引》,确立"受害国优先"原则和不超过 20%的行政费用上限标准。对于重大腐败案件,可设立专项返还基金,由联合国毒品和犯罪问题办公室监督资金用途。建议在双边条约中引入"动态分享比例"条款,根据追赃难度和贡献度浮动调整分配比例。参考中美 2016 年返还协议创设的"定向返还"模式,确保资金用于民生领域。同时需建立第三方评估机制,防止返还条件被政治化操作。

(3) 加强腐败资产跨境转移的预防与监测

腐败资产跨境追回能够顺利进行还要求缔约国采取措施预防腐败资产的转移²³。推动主要离岸金融中心实施"实时受益所有人登记系统",要求变更信息 24 小时内更新。建立"高风险交易预警联盟",对单笔超过 50 万美元的跨境流动实行多国协同监控。针对艺术品、虚拟货币等特殊渠道,应制定《非传统资产跨境报备规则》,要求交易平台履行可疑交易强制报告义务。我国可依托人民币跨境支付系统(CIPS)构建资金流向追踪网络,并与 FATF 成员国共享监测数据。2024 年应重点防范利用元宇宙资产、碳交易配额等新型工具的洗钱风险。

五、结论

跨境追逃追赃国际法律合作机制的研究表明,当前国际合作框架呈现"公约引领、双边补充"的层级化特征,以《联合国反腐败公约》为核心构建了基本制度体系,但在实践中仍面临引渡障碍、证据标准冲突、资产返还政治化等"制度鸿沟",2015-2023 年"天网行动"数据显示传统法律渠道的局限性,劝返成功率

²²徐汉明,阎利国.《联合国反腐败公约》资产追回和返还机制与完善我国诉讼制度之探讨[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2007,60(3):350-355. DOI:10.3969/j.issn.1672-7320.2007.03.006.

²³柳明.《联合国反腐败公约》框架下的腐败资产跨境追回问题研究[D]. 辽宁:辽宁师范大学,2015.

(45%)显著高于引渡与异地追诉(不足 30%),同时新型犯罪形态如 DeFi 洗钱、元宇宙资产转移等对现有规则提出严峻挑战。国际法律合作机制的核心价值在于为跨境执法提供合法性基础,通过机制化合作显著提升追逃效率(红色通缉令定位成功率 68%远超非正式渠道 22%),并实现资产追回与社会正义修复的双重目标,2022 年我国从英国成功追回 5.2 亿元腐败资产用于医疗扶贫即是明证。展望未来,跨境追逃追赃合作将呈现技术驱动、规则创新和价值平衡三大发展趋势,区块链存证、AI 预测模型等技术应用将重塑合作模式,"微多边"专项法律联盟可能成为新型合作范式,而《联合国打击跨国有组织犯罪公约》修订草案提出的"分级引渡标准"有望为敏感问题提供解决方案,这要求国际社会通过制定《国际刑事司法协助示范法》、建立专业人才库和引入第三方评估机制等系统性革新,构建更具韧性的国际合作网络,以应对日益复杂的跨境犯罪挑战,推动全球法治文明的进步。

作者 1: 李伟侠, 博士, 硕士研究生导师, 大连海洋大学海洋法律与人文学院教师

作者 2: 卢玺泽, 大连海洋大学法律硕士研究生

作者 3: 徐欣怡, 大连海洋大学法律硕士研究生

联系方式: 19862154086

逆全球化背景下跨境腐败面临的治理困境及化解路径

王 园¹

摘要：随着逆全球化趋势的发展，跨境腐败问题日益复杂严峻，通过制定一部行之有效的《反跨境腐败法》来加强跨境腐败的治理成为当务之急。本文深入探讨了逆全球化背景下该法的立法对策问题。逆全球化对世界的政治经济格局产生了重大影响，也影响到对跨境腐败的治理。中西对国际反腐问题的态度在治理理念和政策、资源分配与技术合作、法律框架与执法合作、国际舆论与公众认知的影响等方面均有差异。我国要把握国际社会对海外腐败治理中的共性，结合中国现有跨境腐败法律法规体系的实际，在制定《反跨境腐败法》中，要遵循政治性和法律性相结合、本土性和国际性相结合、预防与惩罚相结合、反腐效率和反腐效益相结合的原则。要重点加强反跨境腐败法与国际法的统一性；注重与跨境腐败相关的刑事、行政等法律之间的协调性；在立法中加入反制“长臂管辖”的相关规定；完善追逃追赃机制，提高国际司法协助实效；加强企业监管，完善跨境企业廉洁合规制度；深度参与全球腐败治理，加强我国在国际反腐领域的话语权。希望通过这些立法思考，为完善我国反跨境腐败的法律体系提供有益参考。

关键词：逆全球化；跨境腐败；反跨境腐败法；立法对策

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视反腐，形成了对内反腐和对外反腐的两种机制，“猎狐”“天网”行动效果显著，有效策应了国内“打虎”“拍蝇”，形成反腐败斗争闭环，取得了反腐败斗争的压倒性胜利并全面巩固。然而，随着反腐败的深入推进，反腐工作也遇到了逆全球化的严峻挑战。一方面，当前国际社会各种逆全球化思潮抬头，单边主义、保护主义明显上升，特别是美西方国家与中国脱钩断链，滥用长臂管辖手段，试图遏制中国的崛起，我国涉外反腐面临的形势更加复杂，“猎狐”“天网”行动受到极大制约，极需要立法的推进和保障。另一方面，随着中国走出去的步伐不断加大，对外投资不断增多，特别是“一带一路”建设涉及项目、资产众多，廉洁风险高，我国国际追逃追赃任务依然任重而道远，亦迫切需要强化反腐败立法的引导与保障。在此背景下，《反跨境腐败法》作为一部统筹国内法治和涉外法治的反腐败专门法律已列入十四届全国人大常委会立法规划第一类项目，目前正处于快速推进中。然而，制定一部行之有效的法律并非易事，需要综合考量多方面的因素。立法策略的选择必须充分适应逆全球化带来的复杂局面，既要与国际反腐败法律体系接轨，又要立足于我国的国情和法律传统。本研究聚焦于逆全球化背景下我国《反跨境腐败法》的立

¹ 上海政法学院讲师，13818894989，keyan0715@126.com

法对策，深入剖析相关的法律问题和实践困境，通过总结国际社会治理跨境腐败的共性，探寻符合我国国情的立法路径和策略，为打击跨境腐败行为提供坚实的法律保障，助力我国“走出去”企业行稳致远，树立我国在国际舞台上的清正廉洁形象。

一、逆全球化背景下的跨境腐败

（一）逆全球化的内涵与表现

逆全球化，指在经济全球化发展到一定阶段后所出现的不同程度和不同形式的市场再分割现象。²这是一种反对全球化的思潮，主张将权力归还给地方和国家级别的机构。这种思潮强调本土化管理和决策的重要性，从而增强地区和国家层面的自主权。³具体表现为由于国际竞争力下降，原本奉行自由开放贸易的国家利益受到严重损害，进而出现逐步从市场开放退回到有条件开放直至最后封闭贸易保护主义，为商品、资本和劳动力等要素的国际流动设置了各类制度性障碍。⁴这一思潮在政治上引发美国民粹主义执政党上台，英国举行脱欧公投，欧盟右翼民粹政党普遍崛起。此轮逆全球化的背后是西方国家各社会阶级阶层之间利益差异不断深化扩大的内在矛盾。⁵总体而言，逆全球化表现在经济、科技、政治、外交、文化等各领域。

（1）经济上奉行保护主义

逆全球化的显著特征之一是实行贸易保护主义。为了重振本土制造业并创造就业机会，发达国家采取了一系列政策措施来鼓励产业回归。根据《全球贸易预警》报告的数据，自 2008 年起，G20 成员国实施的贸易保护措施数量达到了历史最高水平，总计超过 5560 项。⁶保护主义的对象不仅限于传统商品贸易，更扩展到了高端技术和投资领域。保护主义的形式也发生了变化，从传统的关税壁垒转向更为隐蔽的手段，如利用知识产权议题作为施压工具。在美国与中国之间的贸易争端中，美方无视中国在加强知识产权保护方面的显著进展，仍指控中国存在不当的技术转移行为，这不仅影响了双边关系，也干扰了全球供应链的稳定。

（2）科技上采取技术封锁

封锁作为一种策略，指的是技术领先的国家或组织为了保持自身在科技领域的领先地位和经济优势，而阻止竞争对手获取先进技术和关键研发工具的行为。在逆全球化背景下，技术封锁成为一些国家维护自身技术优势和产业霸权的手段技术。自 2017 年起，美国政府采取了一系列措施，针对中国高科技企业和实体实施技术封锁。这一系列行动包括通过《出口管制条例》将包括华为、中兴

² 参见佟家栋、刘程：《“逆全球化”的政治经济学分析》，《经济学动态》2018 年第 7 期。

³ 参见董琴：《“逆全球化”及其新发展对国际经贸的影响与中国对策研究》，《经济学家》2018 年第 12 期。

⁴ 参见舒展、郑丛璟：《西方国家“逆全球化”实质与合作共赢的新型全球化方案》，《理论与评论》2020 年第 2 期。

⁵ 参见陈宗胜、李瑞：《百年未有之大变局与全球化之变动趋势》，《全球化》2023 年第 3 期。

⁶ 参见徐秀军：《治理“赤字”助长分配不均》，《人民日报》2017 年 4 月 14 日 23 版。

通讯、中芯国际在内的多家中国企业列入所谓的“实体清单”。除“实体清单”以外，美国还通过“长臂管辖”“污名化”等多种技术封锁手段阻碍中国企业获得核心技术和创新资源。⁷此外，一系列法案如《芯片与科学法案》、《通胀削减法案》以及《基础设施投资与就业法案》相继发布，这些法案加强了对外国企业的限制措施。

8

（3）政治上奉行孤立主义

政策孤立主义表现为在外交、经济等政策上倾向于减少与其他国家的合作和互动，强调自身利益至上，忽视国际合作和多边机制。在外交政策上，减少对外援助和国际参与，拒绝承担国际责任。在经济政策上，退出或拒绝参与多边贸易协定和国际组织，试图通过单边行动来解决经济问题。美国前总统特朗普为了迎合底层选民，在政治上采取了诸如修筑美墨边境墙，频繁地退出了多项国际组织和协议，包括伊朗核协议、万国邮政联盟、跨太平洋伙伴关系协定、联合国教科文组织、联合国人权理事会以及巴黎气候协定。⁹

（4）文化上排外与封闭

逆全球化会造成文化上不再开放包容，转而排外与封闭。比如，美国一些人士和机构抱着遏制打压中国发展的零和思维和险恶目的，密集罗织“从事间谍活动”等借口，对中国在美学生、科技人员和华裔科学家进行无端指责和骚扰，干扰两国人文交流和科技合作。美国国内的“取消文化”¹⁰愈演愈烈，其评判标准往往与美国所谓的“政治正确”相关，即不得冒犯少数族裔、女性、同性恋、不同宗教信仰或不同政见持有者、包括残疾人在内的弱势群体等。在“黑人的命也是命”运动中，一些个人或企业可能因为被认为对种族问题不够敏感或存在不当言论而遭到抵制。

（二）跨境腐败的概念与特点

1. 跨境腐败的概念

所谓“跨境”，按照教义学方法解释，应与我国《出境入境管理法》第八十九条规定保持一致，不仅包含跨国，而且也包括内地进出港、澳、台地区。¹¹跨境腐败是指涉及两个或两个以上国家或地区的腐败行为，其中腐败行为可能包括贿赂、贪污、洗钱或其他形式的不正当利益交换，并且这些行为的一部分或者全

⁷ 参见彭家乐、谢伟、李习保：《技术封锁与并购：基于文本分析的实证研究》，《科学学研究》2024年第4期。

⁸ 参见黄河、刘彦彤：《地缘政治风险及其对中国企业海外利益的影响》，《太平洋学报》2023年第7期。

⁹ 参见李泽源：《“一带一路”与亚太地区紧密伙伴关系的构建》，《新经济》2021年第8期。

¹⁰ “取消文化”是一种社会舆论压力，指个人或企业因所谓“不当”言论和行为而遭到社会群体和媒体全方位的抵制或封杀，

¹¹ 《中华人民共和国出境入境管理法》第八十九条规定：“出境，是指由中国内地前往其他国家或者地区，由中国内地前往香港特别行政区、澳门特别行政区，由中国大陆前往台湾地区。入境，是指由其他国家或者地区进入中国内地。由香港特别行政区、澳门特别行政区进入中国内地，由台湾地区进入中国大陆。

部后果超出了单一国家的管辖范围。¹²这种类型的腐败活动往往利用各国法律差异、金融体系漏洞及国际合作的不足来逃避侦查和惩处。

跨境腐败和涉外腐败是两个有相似之处的概念，但也有区别。跨境腐败重点在于腐败活动在地理空间上的跨越性，更强调腐败行为跨越了国家的边境，涉及不同国家之间的资金、人员、交易等方面。涉外腐败则更侧重于腐败行为与外国因素的关联。

2. 跨境腐败的特点

(1) 隐蔽性强

跨境腐败的隐蔽性极强，其行为往往发生在不同国家的法律和监管体系之间的缝隙中，通过复杂的金融交易、匿名账户和多层公司架构来掩盖其真实目的和资金流向。例如，西门子公司曾被曝出在全球多个国家和地区通过设立秘密账户、行贿当地官员等手段获取项目合同。他们采用了极其复杂的财务手段和多层代理结构来掩盖贿赂资金的流动，涉及金额巨大，比如在

(2) 涉及面广

跨境腐败通常跨越多个国家和地区，涉及不同的行业、领域和部门。可能涵盖政治、经济、金融、贸易等多个方面。比如，在国际工程项目中，从项目招标、施工到验收，各个环节都可能存在跨国腐败行为。

(3) 手段多样

跨境腐败的手段多种多样，包括贿赂、回扣、洗钱、非法贸易等。在商业贿赂上，为了实现商业目标，跨国企业常常采用看似合法的方式来掩盖商业贿赂行为，比如支付技术服务费、咨询费、顾问费，或是资助海外考察、赞助行业研讨会等。此外，还包括资助官员子女留学、赞助出版书籍、提供职位机会，以及与实权人物私下经营的企业进行所谓的“关联交易”。¹³

(4) 危害巨大

跨境腐败会严重损害国家和企业的利益与形象。企业在海外的腐败行为可能导致其被列入相关机构的黑名单，限制其经营发展，不能参与相关业务，进而影响企业的经济效益。同时，这也会损害国家的整体形象，使其他国家对该国的企业产生负面看法。中国有大量企业“走出去”，但部分企业因涉及腐败等问题被世界银行等机构列入黑名单，导致其在境外的业务受到限制。这种情况不仅使个别企业遭受损失，也影响到整个行业或国家的企业在国际市场上的竞争力和声誉。另外，跨境腐败还会破坏市场公平竞争环境，使得资源不能得到有效配置，阻碍

¹² 其他关于跨境腐败的定义，比如，跨境腐败是指跨境组织和人员实施的贪污贿赂、利益输送、失职渎职和自洗钱等违法犯罪行为；跨境腐败的范围，包括国家机关、企事业单位及其人员，外国在华机构及其人员，境外涉华机构及其人员。参见吴建雄、夏彩亮：《完善反腐败涉外法律法规体系的机遇、挑战与对策》，《湖南科技大学学报（社会科学版）》2023年第3期。

¹³ 参见新浪财经：《跨国公司深陷贿赂潜规则》<https://finance.sina.cn/sa/2009-07-17/detail-ikkntiam4328169.d.html>，访问时间：2024年7月20日。

经济的健康发展。同时，它也可能导致公共资源的浪费和滥用，影响当地社会的发展和民众的利益。

（5）国际合作难度大

尽管各国都意识到跨国腐败的严重性，但在实际的国际合作中，由于政治、经济、文化等方面的差异，以及主权等问题的考量，合作往往面临诸多障碍。余振东案，是一起典型的跨境腐败案件。主犯余振东等主要犯罪嫌疑人，在案发后都逃往境外并藏匿于境外，将大量赃款通过洗钱的方式转移出境，涉及美国、加拿大、中国香港等国家和地区。¹⁴由于中国和这些出逃所在地在法律条文、司法程序、证据标准等方面存在不同。这导致在案件的调查、证据的收集和认定以及法律适用上存在诸多分歧和协调难题。经过了长时间的谈判和协商，才最终实现了将其遣返中国接受法律制裁。

（三）逆全球化背景下对跨境腐败治理的不同主张

逆全球化趋势的兴起，不仅在全球经济格局中掀起了波澜，也对跨境腐败现象产生了复杂而深远的影响。逆全球化带来的各国之间的紧张关系和信息交流的减少，使得反腐败的国际合作受到阻碍。各国在法律制度、执法标准和监管机制上存在差异，逆全球化导致这些差异难以协调和统一。随着国家间贸易壁垒的重新竖起、国际合作机制的松动以及监管环境的微妙变化，跨境腐败的动机增加、腐败的手段多样，反腐难度也会随之加大。而此轮以西方为主导的逆全球化和以中国等代表新文明的新兴所倡导的全球化相互并行，人类处于全球化深化与反全球化的十字路口。¹⁵在人类面临的腐败这一共同问题上，两股力量对跨境腐败的治理产生了分歧，具体表现在治理理念和政策的差异、资源分配与技术合作的差异、法律框架与执法合作的障碍、经济格局变动与腐败风险的变化、国际舆论与公众认知的影响等方面。

1. 治理理念与政策的分歧

美国等西方国家主张逆全球化，其在跨境腐败治理方面更倾向于从自身利益出发，采取单边主义的政策和措施。例如，利用其国内法对其他国家的企业和个人进行所谓的“长臂管辖”，但其目的更多是为了维护自身的经济和政治霸权，而非真正致力于全球范围内的腐败治理。一些西方国家利用反腐败议题作为政治手段，对发展中国家进行污名化和负面宣传。¹⁶而中国等发展中国家主张全球化，在跨境腐败治理上更强调国际合作和平等参与。倡导通过多边机制，如联合国等国际组织，推动制定公平、公正、透明的国际反腐败规则，以促进全球共同治理腐败。¹⁷

¹⁴ 詹复亮：《反腐败司法原理》，人民出版社 2018 年版，第 368 页。

¹⁵ 参见陈宗胜、李瑞：《百年未有之大变局与全球化之变动趋势》，《全球化》2023 年第 3 期。

¹⁶ 参见刘琳、宋伟：《引领反腐败国际合作的中国实践》，《人民论坛》2022 年第 14 期。

¹⁷ 比如，中国在党的十九届中央纪委六次全会明确提出，要“在联合国大会反腐败问题特别会议上提出坚持公平正义、惩恶扬善，坚持尊重差异、平等互鉴，坚持合作共赢、共商共建，坚持信守承诺、行动优先

2.法律框架与执法合作的障碍

西方国家的逆全球化立场可能导致其在跨境腐败的法律框架上设置更多贸易和投资壁垒，阻碍正常的商业交流，从而为腐败行为创造了隐蔽的空间。在执法合作方面，可能会对与发展中国家的合作持消极态度，拒绝或拖延信息共享和联合行动。而中国等发展中国家则努力推动建立统一、协调的国际法律框架，以有效打击跨境腐败。积极参与国际执法合作，加强与其他国家的信息交流和协同办案，共同应对跨境腐败带来的挑战。

3.资源分配与技术合作的差异

逆全球化的西方国家由于更关注自身利益，可能会减少在跨境腐败治理方面的国际资源投入，将重点放在国内的反腐工作上。这可能导致国际反腐败组织的资金短缺，影响相关项目的开展和推进，使得国际间共同打击腐败的合力减弱。例如，面对来自多国的外逃贪官及其携带的巨额腐败资产流入美国的情况，美国并未积极采取行动打击腐败犯罪活动，反而成为了这些腐败分子的避风港。在美国设立匿名空壳公司以清洗非法所得相对容易，这得益于其较为宽松且不够透明的金融监管体系，这为犯罪分子隐藏资金和进行非法资金转移提供了便利，使美国成为了“全球最大的离岸避风港”。据非洲联盟的数据，非洲近几年每年因为非法金融流动损失超过 500 亿美元，而在过去的五十年里，由于腐败问题总共损失了约 1 万亿美元，其中大量赃款最终流向了美国。¹⁸发展中国家由于主张全球化，更积极寻求国际合作，在资源分配上更注重与其他国家的共享和互助。同时，在反腐败技术研发和应用方面，发展中国家可能会加强与其他国家的交流与合作，共同提升反腐败的技术水平。

4.国际舆论与公众认知的影响

西方国家的逆全球化主张可能在国际舆论中制造混乱，削弱公众对全球共同治理跨境腐败的信心和支持。中国等发展中国家积极倡导全球化，通过加强宣传和教育，提高公众对跨境腐败危害的认识，形成有利于全球反腐败合作的舆论氛围和公众认知。近年来，中国在联合国、二十国集团、亚太经合组织、金砖国家等多边框架下，积极阐述中国主张，推动了亚太经合组织采纳《北京反腐败宣言》、二十国集团通过《反腐败追逃追赃高级原则》，并启动了《廉洁丝绸之路北京倡议》等重要举措，极大地增强了中国民众和国际社会对中国反腐的认识和决心，营造了良好的舆论氛围。

二、逆全球化的背景下世界各国的反海外腐败法的立法共性

等反腐败国际合作“四项主张”。参见求是网：http://www.qstheory.cn/yaowen/2021-06/03/c_1127525552.htm，访问时间：2024 年 7 月 28 日。

¹⁸ 参见兰琳宗：《名为反腐实为霸权》，《中国纪检监察报》2021 年 12 月 31 日第 002 版。

依法反腐、制度反腐是治理腐败的治本之策。¹⁹自美国 1977 年出台世界上第一部发海外腐败法以来，历经四十多年的发展，尤其是最近十几年，众多发达国家相继立法或修法，例如欧盟的《欧盟反腐败法》、英国的《反贿赂法》、法国的《萨宾第二法案》、加拿大的《反外国公职人员腐败法》、德国的《反腐败法》、新加坡的《预防腐败法》、中国香港的《预防腐败条例》等。而随着各国司法实践的深入发展，反海外腐败的法律规则已经成为国际共识。虽然由于各国的法律体系、文化背景和政治制度存在差异，反海外腐败法的具体内容和侧重点可能会有所不同，但也存在一些共性。

1.对海外腐败的管辖权范围不断扩大

美国对海外腐败行为的管辖权限持续扩大，主要表现在其规制对象和行为范围的不断延伸。1977 年《反海外腐败法》通过，该法案最初主要是为了禁止美国公务员在境外受贿，而后将反腐败的管制范围从美国企业拓展到与美国具有“最低限度联系”的外国企业。1998 年，美国国会修订了法律，进一步拓宽了管辖范畴，将外国企业或个人在美国境内从事的违法行为也纳入了管辖之内。《反海外腐败法》将美国定义为全球反腐败警察，只要外国公司用美元交易或者使用了服务器在美国的邮件系统，美国就认为对这个公司及其员工有了司法管辖权。在实践中，该法案授权美国政府可以追诉任何一家公司。例如，欧洲空客在 2020 年向美、法、英三国支付近 40 亿美元罚款；瑞典爱立信在 2019 年向美国支付 10.6 亿美元罚款；德国西门子在 2008 年 12 月向美国支付 8 亿美元罚款。1977—2014 年，大约 30%的调查针对的是非美国公司，这些公司支付的罚款占总罚款额的 67%。在超过 1 亿美元的 26 个罚款案例中，有 21 个案例涉及非美国公司。²⁰法国阿尔斯通集团高管被拘押是典型案件。2013 年，为了在与法国阿尔斯通公司的商业竞争中获胜，美国动用《反海外腐败法》，以存在海外贿赂行为为由，将阿尔斯通高管皮耶鲁齐逮捕，并诱使其签订认罪协议，据此套取更多对阿尔斯通公司不利的证据和信息，最终阿尔斯通公司不得不接受美国通用电气的收购要求，自此，阿尔斯通公司从世界 500 强行列中彻底消失。

再如英国，在司法管辖方面历来偏向保守，尤其是在处理贿赂犯罪的问题上表现得更为明显。鉴于其他发达国家针对国际经济活动中贿赂行为的部分立法变化，英国的态度才逐渐有所转变，意识到国内也有必要采取必要举措。自 2001 年首次将本国公民在海外的腐败行为纳入管辖范围以来，英国通过《2010 年反贿赂法》进行了全面深化。该法的第 7 部分明确规定了“相关商事组织”的定义。指出无论是不是在英国注册的公司，也不论其母公司位于何处，只要在英国开展

¹⁹ 参见莫洪宪：《反腐败国家立法研究》，法律出版社 2020 年版，序言第 005 页。

²⁰ 参见人民网：《疯狂打压别国企业 美国的“长臂管辖”该歇歇了！》，http://m.people.cn/n4/0/2020/1022/c58-14504684-4_4.html，访问时间：2024 年 7 月 27 日。

相关商业活动，不论是英国人还是非英国人，都可能受到该法的管辖。这一条款明确了“相关商事组织”的定义。²¹

2.重视对企业实体的合规治理

世界各国的反海外腐败法通过多种方式重视对企业实体的合规治理。美国的 FCPA 要求企业建立和维护有效的内部控制体系，以预防和发现腐败行为。具体包括财务记录的准确性和透明度、内部审计制度等。同时，该法律强调企业管理层对合规的责任，要求高级管理人员确保公司的合规政策得到有效执行。如果企业被发现违反 FCPA，可能面临民事、行政及刑事责任。此外，FCPA 还鼓励企业进行自我监督和内部调查，对于主动披露违规行为并采取积极整改措施的企业，可能会获得一定程度的从宽处理。英国的《2010 年反贿赂法》明确规定了商业组织防止贿赂失职罪，要求企业必须证明其已经实施了“充分程序”来预防关联人员的行贿行为。这意味着企业需要制定和执行严格的合规政策和程序，包括风险评估、员工培训、监督和审查机制等。如果企业未能履行这些义务，即使企业本身没有直接参与贿赂行为，也可能被追究法律责任。欧盟《反腐败刑法公约》详细规定了法人需要承担责任的各种情况，并明确了对这些法人施加的有效、相称的处罚措施。²²《联合国反腐败公约》提出了相关账簿记录和内控等要求。²³

3.降低行贿和受贿的入罪门槛

行贿受贿是腐败犯罪的主要形式，尽管各国都将贿赂定为犯罪，但在犯罪构成的具体要件上存在较大差异。《联合国反腐败公约》设定了较低的贿赂犯罪门槛，各缔约国据此进行了相应的调整。各国倾向于扩大“公职人员”范围，如德国将卫生领域工作人员纳入贿赂罪规制对象。在拓展“不当好处”内涵方面，一些国家正修改刑法将过去未入罪的行为如收受“疏通费”、权色交易等入刑，

²¹ The Bribery Act 2010 Section 7: relevant commercial organisation means: (a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere) ; (b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business , or part of a business , in any part of the United Kingdom; (c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere) ; (d) any other partnership(wherever formed) which carries on a business , or part of a business, in any part of the United Kingdom.

²² Article 18-Corporate liability

1 .Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on ; (a) a power of representation of the legal person ; (b) an authority to take decisions on behalf of the legal person ; (c) an authority to exercise control within the legal person, as well as for involvement of such a natural person as accessory or instigator in the above mentioned offences.

2.Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority.

2. Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators , instigators of, or accessories to , the criminal offences mentioned in paragraph 1.

²³ 第 12 条第 3 款规定：“为了预防腐败，各缔约国均应当根据本国关于账簿和记录保存、财务报表披露以及会计和审计标准的法律法规采取必要措施，禁止为实施根据本公约确立的任何犯罪而从事下列行为：

（1）设立账外账户；（2）进行账外交易或者帐实不符的交易；（3）虚列支出；（4）登录负债账目时谎报用途；（5）使用虚假单据；（6）故意在法律规定的期限前销毁账簿。”

一些国家将“不当好处”的范围从实际给予扩展到了包括许诺和提议给予的情形。在回归贪利犯罪本质上，一些国家因行贿方主动举报可大幅减轻刑罚甚至免责的规定受到联合国关切，这些国家考虑修改法律加强对行贿方处罚，加大经济处罚力度，将罚金与贿赂金额挂钩，有的国家甚至把承诺或计划给予的好处也计入贿赂金额。²⁴

三、逆全球化背景下我国现有的涉外反腐立法的检视和反思

1.我国海外企业在廉洁合规方面的法律规制不足

自从中国加入了《联合国反腐败公约》以来，中国政府已经采取了一系列措施来加强国内反腐败立法和国际合作。这包括对《刑法》和《刑事诉讼法》的修订，以及《引渡法》和《国际刑事司法协助法》等法律法规的制定，确保国内法律体系与国际公约保持一致。这些法律改革为打击跨国腐败犯罪及追逃追赃奠定了坚实的法律基础。此外，出台了一系列关于企业境外经营合规管理的指引和规章制度。据统计，在2009年至2011年间，共有12家中国企业因涉嫌欺诈和贿赂行为被世界银行列入黑名单。²⁵根据法制日报社中国公司法务研究院发布的《2016-2017中国合规及反商业贿赂调研报告》，在涉及海外执法的中国企业中，反腐败是最常见的执法原因，约69%的受执法企业经历过反腐败调查或受到过相应处罚。²⁶可见，我国“走出去”企业在廉洁合规方面的法律规制不足。这些法律规制在国际上的认可度和执行力尚显不足，难以全面覆盖和有效应对企业在海外经营中遇到的各种廉洁合规风险。部分“走出去”企业对于廉洁合规的重视程度不够，合规意识淡薄，缺乏有效的内部合规管理体系和机制，难以确保企业行为符合国际标准和当地法律法规要求。

2.应对西方的“长臂管辖”的法律制度供给不足

近年来，中国频繁受到美国的“长臂管辖”的打压。根据网络和媒体的报道，2019年美国《反海外腐败法》（FCPA）案件中有超过一半与中国相关。这一年，共有14家中国企业因违反FCPA而受到处罚，总罚金高达29亿美元。值得注意的是，对个人的执法案例显著增加，达到了31起，其中有25起是由美国司法部执行的，另外还有14人被美国司法部起诉。这些数据表明，在FCPA执法案例中，接近60%的腐败案件与中国有关或发生在中国。²⁷“长臂管辖”是西方国家凭借其经济和政治优势，将本国法律的适用范围肆意扩大到其他国家和地区的行为。而我国现有的法律体系在应对这种不合理的管辖方式时，缺乏足够的针对性和有

²⁴ 参见田坤：《国际反腐败刑事立法新特点入罪门槛降低惩处范围扩大》，《中国纪检监察》2019年第9期。

²⁵ 林晓虹：《中国企业“走出去”需增强合规意识》，《国际经济合作》2012年第10期

²⁶ 参见在法制日报社中国公司法务研究院主办的“一带一路”法治实践与服务创新论坛暨第六届中国公司法务年会(华南)上,中国公司法务研究院, 荷兰威科集团以及方达律师事务所联合发布的《2016-2017中国合规及反商业贿赂调研报告》。

²⁷ 参见钱颜：《2019年〈反海外腐败法〉案件回顾 超半数与中国有关》，《中国贸易报》2020年3月4日。

效性，法律制度供给存在明显不足。相关法律条文的规定不够详尽和明确，比如刑法中对腐败犯罪，包括对企业境外腐败行为管辖的规定存在不足。中国公民在域外实施犯罪适用中国刑法，但是“单位”或“企业”并未被提及，这会导致司法实践中认定单位境外犯罪存在困难。我国法律对认定境外腐败行为是否是单位意志方面，规定也并不明确。这使得在实际操作中，难以依据现有法律有力地抵制西方的“长臂管辖”。在国际法律规则的参与和制定方面，我国的影响力尚有待提高。无法充分通过国际法律平台为自身的合法权益发声，也难以推动建立公平合理的国际法律秩序来约束西方的“长臂管辖”行为。

3.反腐败国际追逃追赃机制不够完善

反腐败国际追逃追赃机制虽然取得了显著成效，但仍面临不够完善的问题。

首先，尽管我国与多国签订了引渡条约和司法协助协定，但在实际操作中，由于各国法律体系、司法程序及资产保护制度的差异，导致追逃追赃工作面临诸多法律和技术障碍。其次，腐败分子往往采用复杂、隐秘的犯罪手段，如洗钱、虚假投资等，将腐败资产转移至境外，使得追赃工作难度加大，且证据收集、资产确认及返还流程复杂漫长。再者，我国反腐败国际追逃追赃机制在制度设计上仍需进一步细化和完善，如资产分享机制尚未制度化、规范化，导致国际合作的积极性和效果受限。此外，相关复合型人才短缺也是制约机制完善的重要因素，既懂监察工作又懂国际法的人才较少，难以满足复杂多变的国际追逃追赃需求。

4.反腐败的国际司法协助的实效性不足

我国的国际司法协助主要依据《国际刑事司法协助法》²⁸，这部法律不仅细化了对外司法协助层面的各项规范，提供了全局性和框架性的法律指引，更针对调查取证、被判刑人移管以及涉案财务的追缴返还等追逃追赃的主要环节，以专章的形式构建了一套系统性的，可操作性的司法协助体系。然而，这部法律存在一些不足之处，影响了我国在国际刑事司法协助中的实际成效。比如，适用违法所得没收程序的职务犯罪案件数量不多，²⁹而且由于适用程序繁琐等问题，实践中通过这一程序追缴资产并成功执行的案例更多少之又少。³⁰缺席审判的适用条件太过宽泛，没有区分不同情形，而且在适用过程中必然会与引渡、劝返等具体的追逃追赃措施产生冲突。³¹在引渡方面，禁止引渡本国国民的原则正在逐渐弱化，这导致我国在境外追逃行动中的引渡成功率不高。《引渡法》中并未明确规

²⁸ 该法于 2018 年 10 月 26 日由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过并公布施行。其主要内容包括总则、刑事司法协助请求的提出、接收和处理、送达文书、调查取证、安排证人作证或者协助调查、查封/扣押/冻结涉案财物、没收/返还违法所得及其他涉案财物、移管被判刑人等章节。

²⁹ 2017 年至今，全国检察机关共受理适用违法所得没收程序的职务犯罪案件共计 93 件 95 人。参见最高检网站：《最高检：违法所得没收程序实践价值初步显现》，https://www.spp.gov.cn/zdgz/202202/t20220214_544475.shtml，访问时间：2024 年 7 月 28 日。

³⁰ 参见陈雷主编：《特别没收程序与国际追逃追赃工作实务》，中国方正出版社 2018 年版，第 29 页。

³¹ 参见王晓东：《国际追逃追赃视野下的我国刑事缺席审判制度》，《法律适用》2018 年第 23 期。

定监察机关在引渡过程中的地位和职责等问题。³²劝返、遣返、域外追诉等引渡的替代性措施，虽然在实践中运用多效果好，但至今没有被制度化。办案人员在劝返中对外逃分子提出一些关于量刑或处罚的承诺、保证，而这些承诺和保证的性质界定、适用范围、内容形式等并无规章制度加以制约。³³

5.我国在国际反腐败领域的话语权还不够

增强中国在国际反腐败领域话语权，是提升中国反海外腐败能力的重要办法，也是推动反腐败国际合作不断深入的重要基础条件。³⁴尽管我国在反腐败领域取得了显著成效，包括制定了一系列严厉的法律法规和政策措施，但在全球反腐败合作机制中，我国参与制定和引领的国际性反腐败制度文件数量相对较少，部分西方国家主导的国际舆论对我国的腐败行动进行歪曲报道，影响了国际社会对我国反腐败成就的客观认识，导致我国在国际社会中的声音和立场有时未能得到充分理解和认同，这些都在一定程度上削弱了我国在国际反腐败领域中的话语权。

四、逆全球化背景下《反跨境腐败法》的立法对策

（一）逆全球化背景下《反跨境腐败法》的立法原则

一是政治性和法律性相结合的原则。《反跨境腐败法》遵循政治性与法律性相结合的立法原则，通过法律的严谨性与政治的导向性相融合，确保反腐败斗争不仅具备坚实的法理基础，也能服务于国家外交政策与国际合作大局。跨境腐败问题不仅仅是法律问题，更关乎国家形象、国际合作与地缘政治稳定。该原则包含将国家的政治意图转化为具体的法律规定，同时确保立法内容既符合国际法律准则，又反映国家间合作的共同愿景。在立法实践中，一方面，明确法律条款以体现国家反腐败的决心与国际合作的承诺，如设定与国际条约相衔接的法律规范、确立国际执法合作机制；另一方面，融入政治考量，强化与重点国家和国际组织的战略协同，通过立法促进多边对话平台的建立，以及为特定区域或国际合作项目（如“一带一路”）定制特别条款，为应对美国的“长臂管辖”制定有针对性的条款，既维护国家主权与利益，又促进全球治理体系的法治化。通过这样的结合，实现了法律的刚性约束与政治的灵活调控相得益彰，为跨境腐败的有效治理提供了坚实的制度保障。

二是本土性和国际性相结合。《反跨境腐败法》采纳本土性与国际性相结合的立法原则，构建既能紧密贴合各国国情实际，又能与国际反腐败标准和实践接轨的法律体系。在全球化背景下，腐败问题跨越国界，单一国家的努力难以独善其身，需要国际协作与国内法律制度的有机结合。该原则涵盖了尊重各国法律体系的独特性，同时采纳《联合国反腐败公约》等国际文书的核心原则，确保法律

³² 参见张磊：《从“百名红通人员”归案看我国境外追逃的最新发展》，《法律适用》2020年第10期。

³³ 参见王秀梅、宋玥婵：《新时代我国反腐败追逃的经验与完善——聚焦于“百名红通”》，《北京师范大学学报》（社会科学版）2018年第5期。

³⁴ 参见宋伟、周磊：《反海外腐败的法律与制度：国际比较与中国方案》，《行政管理改革》2020年第1期。

条文既符合国际公认的反腐标准，又便于在国内执行。践行这一原则，一是明确国际合作条款，如建立引渡、司法协助和信息共享机制；二是兼容国际通行的反腐败措施，如企业合规制度、跨国贿赂犯罪界定等；三是保留足够的灵活性，使各国能在统一框架下根据自身情况调整具体实施细节，如量刑标准、豁免条件等。通过这些措施，实现了国际规则与国内需求的无缝对接，增强了反腐败法律的普遍适用性和执行效力，为“一带一路”等跨国项目营造一个既遵循国际规则又兼顾地方特色的法制环境。

三是预防与惩罚相结合原则。单纯的惩罚性措施虽能事后惩戒不法，却难以从根本上消除腐败诱因；而仅依赖预防措施又可能因缺乏足够威慑力而效果有限，因此，《反跨境腐败法》应秉承预防与惩罚相结合的立法原则，构建一个既严密防范又严厉打击腐败行为的法律框架。通过加强制度建设、提升透明度、推广合规文化和国际合作来前置性地降低腐败风险，又设置严格法律责任、加大执法力度、确保违法必究来对已发腐败行为实施有效制裁，形成闭环管理。在立法中，要明确企业及个人的合规义务，建立健全内部控制与风险评估机制，规定详尽的信息披露规则，同时设定具体的违法责任条款、高额罚则及国际合作条款，确保法律既有引导合规的正面激励，又有对违规行为的强大负面约束，全面保障“一带一路”等国际合作项目的廉洁推进。

四是反腐效率和反腐效益相结合。反腐效率和反腐效益的结合是反腐败工作中至关重要的理念。反腐效率强调的是在打击腐败行为时的速度和及时性，能够迅速对腐败现象作出反应，及时查处腐败案件，不让腐败分子有喘息和逃脱的机会。而反腐效益则更侧重于反腐败行动所带来的实际效果和长远影响。两者结合，意味着不仅要快速地处理腐败问题，挽回直接的经济损失，还要确保这种处理能够对整个行业或领域起到警示作用，完善相关制度，改善政治生态，增强公众对政府的信任，从而推动社会的健康发展。只有实现反腐效率和反腐效益的有机结合，才能使反腐败工作真正达到标本兼治的目的。既能够在短期内对腐败现象形成有力的震慑，又能在长期内从根本上遏制腐败的滋生，为社会的稳定、公平和可持续发展创造有利条件。

（二）逆全球化背景下《反跨境腐败法》的立法要点

在当前逆全球化的复杂背景下，跨境腐败呈现出更为复杂多变的态势，给各国的经济发展、社会稳定和国际形象带来了严峻挑战。因此，制定一部适应时代需求的《反跨境腐败法》至关重要。《反跨境腐败法》作为我国专门惩治跨境腐败的法律，其定位是反腐败涉外法律体系基本法。明确逆全球化背景下《反跨境腐败法》的立法要点，清楚我们应当从哪些关键方面入手，为打击跨境腐败构建坚实的法律防线，向国际社会展示了我国对于惩治腐败持无禁区、全覆盖、零容忍的坚定立场和决心。

1.加强法律统一性和协调性，构建完善的反跨境腐败法律法规体系

一方面,要加强国内法与国际法的统一性。我国在反腐上坚持国际立场,积极参与国际反腐败合作,不断推进与《联合国反腐败公约》的衔接。为了与国际接轨并加强与跨境反腐相关国际公约的衔接,中国需要持续深化国内法律体系与国际反腐败标准的一致性。这包括全面审查并调整现行法律法规,确保其符合诸如《联合国反腐败公约》等国际公约的要求。在对职务犯罪的刑事诉讼方面,可以将相应诉讼程序予以优化完善以更好地与《联合国反腐败公约》相衔接。比如增加与承认外国刑事判决的制度,完善被判刑人移管制度,建立刑事诉讼移管制度,建立联合侦查(调查)制度,完善特殊侦查(调查)措施,完善证人出庭作证制度,完善细化职务犯罪刑事缺席审判程序。

另一方面,需加强国内法之间的协调性。《反跨境腐败》应当统领对各类海外腐败行为的行政、刑事规制。尽管当下的法律体系相对完整,然而这些来自不同领域、不同背景的抽象且原则性的规范相互交织,不但存在适用效力的先后之分,而且更多起到的是一些宏观方向上的引导作用,在实践中的可操作性并不强。因此,一是应当对众多相关法律法规予以细致的梳理及整合,在化解矛盾之处的基础上,探寻彼此的契合点与接入点,达成各规范之间的良性互动。若在具体适用之时存在矛盾、冲突,可参照“特别法优于普通法”“后法优于前法”的原则来处置。³⁵二是可以由中纪委带头,组织并协调各个部门依据工作的实际情况,通过司法解释、部门规章等形式,针对那些过于抽象和模糊不清的规范进行补充说明、具体解释,同时为一些程序性的事项提供清晰明确的规则依据,进而增强工作的规范性以及可操作性。

2.加入反制“长臂管辖”的相关规定

美国的“长臂管辖”的管辖范围大,我国在制定《反跨境腐败法》,对于该法的行为主体和规制的对象主体应予以明确,可以扩大管辖范围。具体来说,我国可规制的跨境腐败的行为主体可分为三类:第一类主体是我国的任何个人、公司、其董事、高级管理人员,以及任何代表公司行事的股东,当他们为了获取或保留某种利益而向外国官员³⁶提供不当利益时,即成为我国法律规制下的跨境腐败的行为主体,而外国官员则成为规制的对象主体;第二类主体是外国的任何个人、公司、其董事、高级管理人员,以及任何代表公司行事的股东,当他们为了获取或保留某种利益而向我国公职人员提供不当利益时,即成为我国法律规制下的跨境腐败的行为主体,我国的公职人员就成为我国法律规制的跨境腐败的对象主体;第三类主体是外国的任何个人、公司、其董事、高级管理人员,以及任何代表公司行事的股东。当他们为了获取或保留某种利益而向中国以外的非本国公职人员或国际公共组织官员提供不当利益时,如果这些行为或其后果发生在中国境内,

³⁵ 参见李海莹:《海外追逃、追赃背景下反腐败立法的协调与联动》,《当代法学》2019年第3期。

³⁶ 此处的外国官员是指外国公职人员或者国际公共组织官员。

他们即成为我国法律规制下的跨境腐败的行为主体,中国之外的非行为人本国的公职人员或者就成为我国法律规制的跨境腐败的对象主体。³⁷就跨境腐败犯罪的构成而言,至少应包括贪污罪、职务侵占罪、受贿罪、商业受贿罪、失职罪或渎职罪、自洗钱罪等。³⁸

美国涉及“长臂管辖”的法律种类繁多,主要包括《对敌贸易法》、《国际紧急状态经济权力法》、《以制裁反击美国敌人法》、《反海外腐败法》、《赫尔姆斯-伯顿法》等。《爱国者法案》以及年度《国防授权法》等法律中也包含了“长臂制裁”条款。此外,还有一系列涉及“长臂管辖”的总统行政命令。越来越多的美国联邦立法中包含长臂条款,旨在防止美国人通过在国外设立子公司等方式规避美国法律,确保外国人不会比美国人受到更少的限制,并避免相关的国际规则制定不利于美国国家利益,从而利用美国国内法律来推行“长臂管辖”外交政策。³⁹我国在制定《反跨境腐败法》时,应构建一个全面、系统的法律体系,不仅要有专门的反腐败法律,还应在其他相关法律中适当纳入反跨境腐败的条款,形成相互补充、相互支持的法律网络。比如,适时修订洗钱、税务、审计、海关等其他领域法律法规,增强跨境反腐败有关法律的协同性,以确保在各个领域都能对跨境腐败行为进行有效的规制。

3.完善追逃追赃机制,提高国际司法协助实效

在追逃方面,参照《联合国反腐败公约》,可以考虑以专章的刑事设立“承认与执行外国没收裁决”的内容,主要包含向外国发出没收裁决以及审查他国没收裁决的申请,并包括基本原则、发出程序、审查主体、适用条件、以及审查方式与标准等核心要素。⁴⁰完善刑事缺席审判制度,缺席审判程序与普通刑事案件的公诉标准应当保持一致,即必须确保事实清晰、证据确凿且充分。这样的标准有助于确保缺席审判的公正性和准确性。为了提高缺席审判的质量和公正性,需要加强对被告人诉讼权利的保护。可以考虑调整证明标准,借鉴民事诉讼中对物的证明标准,以更灵活和合理的标准来认定相关事实。这样的改进不仅有助于保障被告人的合法权益,也有助于提高司法审判的效率和公信力。要在引渡法的基本框架下加快与外国尤其是发达国家订立引渡条约,并提高条约的适用率,及时修订引渡法。将一些追逃追赃的常用手段制度化、程序化。可以考虑有国家监察委

³⁷ 参见石玉英:《反海外腐败国家立法研究》,学苑出版社2021年版,第19-20页。

³⁸ 具体而言:一是在跨境经营活动中构成的贪污罪、职务侵占罪;二是跨境经营活动中,公职人员构成的受贿罪、非公职人员构成的商业受贿罪、外国人员构成的商业受贿罪;三是跨境经营活动中,公职人员构成的行贿罪、非公职人员构成的商业行贿罪、外国人员的商业行贿罪;四是跨境经营活动中,公职人员构成的失职罪或渎职罪、非公职人员构成的失职罪或渎职罪,以及外国人员的失职罪或渎职罪;五是跨境组织或人员构成的自洗钱罪等。参见吴建雄、夏彩亮:《完善反腐败涉外法律法规体系的机遇、挑战与对策》,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2023年第3期。

³⁹ 参见外交部网站:《美国滥施“长臂管辖”及其危害》,

https://www.mfa.gov.cn/wjbxw_new/202302/t20230203_11019274.shtml,访问时间:2024年7月25日。

⁴⁰ 参见张磊:《关于境外追赃法律适用问题的思考——以薄熙来案为切入点》,《吉林大学社会科学学报》2017年第1期。

员会主导、多部门联合出台相应的指导意见或实施细则，对劝返的性质及程序、自首的认定、量刑承诺等内容加以明确。对于办案人员在劝返过程中使用的量刑承诺或从宽处理的保证，应当加以严格限制，明确规定量刑承诺由最高人民法院决定，而是否追诉由最高人民检察院决定。⁴¹

在追赃方面，有必要强化资产跨境转移监测法律的适用力度，拓展境外承认与执行违法所得没收裁决的规范依据，建立健全境外追赃资产分享机制，以提升境外追赃法律机制的实践效果。⁴²关于涉腐洗钱，建议从立法、客户尽职调查、信息查阅权限、控制网络构建以及跨境追赃能力提升五个方面进行系统性完善。具体而言，需制定专门性监管规范，明确金融机构的识别权限，取消洗钱罪上游犯罪的限制，提高刑罚标准；通过建立信息共享平台，加强客户尽职调查，确保信息的准确性和有效性；在法律授权下，分级赋予反洗钱义务机构信息查阅权限，平衡犯罪预防与隐私保护；构建互联网金融综合信息监管平台，改进交易报告甄别模型，搭建情报共享平台，形成有效的控制网络；加强国际合作，发挥刑事缺席审判制度功能，提升跨境追赃团队的专业水平，培养专业人才。⁴³

此外，为了充分发挥国际条约在职务犯罪境外追逃追赃中的作用，加大追逃追赃的力度，一方面，应加强对国际公约以及重点国家法律规范的研析，熟悉在追逃追赃中能够为我所用的国际规则，提高对国际条约的适用能力；另一方面，应利用各种专业教育和培训的资源，大力加强我国各级办案机关及人员在利用国际法的工具进行境外追逃追赃方面的能力建设，提高域外执法写作能力，数据分析运用能力，善于应对各种复杂情况，有能力打好特殊法律战的高素质人才。⁴⁴

1. 加强企业监管，完善跨境企业廉洁合规制度

加强对跨境企业监管已成为国际共识。中国参与及作为成员的国际组织陆续发布了合规实践指南，规定成员国和跨国企业要构建有效的合规制度以预防腐败。如今，全球反海外腐败的联合执法力度不断加大，倘若企业被执法，就会导致多个司法管辖区对其追责，企业的业务模式和商业声誉都会遭受严重损害。比如，葛兰素史克公司在中国因对非国家工作人员行贿而被起诉定罪，还被处以巨额罚款，此后，该公司在英国和美国也相继受到监管机构的调查与处罚。企业的反海外腐败合规，已从监管机构用于惩罚刑事犯罪的被动制度，转变为企业主动采用的公司治理方式。⁴⁵我国要构建健全的监管体系，推动出台或修订企业反腐败廉洁合规的法律规范，使其明确跨境企业在廉洁合规方面的具体要求和标准，从而

⁴¹ 参见薛丰民、黄鹏：《中国反腐败境外追逃实践之劝返模式研究》，《郑州大学学报》（哲学社会科学版）2017年第6期。

⁴² 参见商浩文：《反腐败境外追赃法律机制的实践困境与规范因应》，《政法论丛》2023年第4期。

⁴³ 参见姜盈帆：《一体构建涉腐跨境洗钱的风险防控与追赃机制》，《政法学刊》2023年第5期。

⁴⁴ 参见陈泽宪、周维明：《追逃追赃与刑事司法协助体系构建》，《北京师范大学学报》（社会科学版）2015年第5期。

⁴⁵ 参见叶海波主编：《反海外腐败合规实践指引》，法律出版社2021年版，前言005页。

提升企业的内部预防腐败能力，促使企业从治理对象转变为积极参与治理的主体。构建多部门协同监管机制，加强跨部门信息共享和协作，形成监管合力。同时，利用大数据、人工智能等现代信息技术手段，提高监管效率和精准度。其次，要强化企业内部合规建设。跨境企业应结合自身实际情况，制定详细的合规政策，明确合规要求、责任部门 and 责任人，确保合规政策得到有效执行。同时设立专门的合规部门或岗位，负责企业合规管理和监督工作，确保企业经营活动符合法律法规和监管要求。要建立廉洁文化。将廉洁文化融入企业文化建设中，通过宣传教育、制度约束等方式，营造风清气正的企业氛围。

2.深度参与全球腐败治理，加强我国在国际反腐领域的话语权

当前，我国正努力提高我国的反腐话语权，但还要进一步努力，并从以下几方面继续努力：一要积极参与国际反腐败规则的制定。主动参与国际反腐败组织和多边机制，积极参与相关规则、标准和指南的起草和讨论，提出符合我国利益和国际社会共同利益的建议和主张。加强与其他国家的沟通与协调，争取更多的支持和认同，推动形成更加公平、合理、有效的国际反腐败规则体系。二要加强国际交流与合作。举办国际反腐败研讨会、论坛等活动，邀请各国专家、官员共同探讨反腐败的经验和策略，分享我国的成功做法和经验。积极开展双边和多边的反腐败合作项目，与其他国家在跨境追逃追赃、司法协助、情报交流等方面建立更加紧密的合作关系，通过实际行动提升我国在国际反腐领域的影响力。三要推动反腐败理念和文化的传播。宣传我国独特的反腐败理念和文化，如注重预防、综合治理、强调道德教育等，让国际社会认识到我国反腐败模式的优势和价值。培养和输出反腐败领域的专业人才，参与国际反腐败项目和合作，传播我国的反腐败经验和理念。四要加强对外宣传和舆论引导。利用各种媒体渠道，包括传统媒体和新媒体，积极宣传我国反腐败工作的成就和贡献，纠正国际社会对我国反腐败工作的误解和偏见，及时回应国际社会对我国反腐败工作的关切和质疑，以事实和数据为依据，增强我国在国际舆论场上的话语权和影响力。

结语

在逆全球化的背景下，跨境腐败问题愈发复杂且严峻，制定《反跨境腐败法》具有极其重要的紧迫性和必要性。通过对国际社会海外腐败治理共性的借鉴，以及对我国现有相关法律法规体系的反思，明确该法的立法的原则和立法要点。然而，立法只是一个开端，法律的有效实施和持续完善才是关键。未来，我们需密切关注国际形势的变化，不断调整和优化法律制度，加强执法力度，提高企业和公众的法律意识，形成全社会共同抵制跨境腐败的合力。同时，积极与国际社会开展合作与交流，推动全球腐败治理体系的完善，提升我国在国际反腐领域的地位和影响力，为构建公平、公正、廉洁的国际经济秩序贡献中国力量。相信在持续的努力下，我国的反跨境腐败法律体系将不断健全，跨境腐败行为将得到有效遏制，为我国的经济发展和国际形象塑造创造更加有利的环境。希望更多的学者

和相关人士能够持续关注这一领域，为《反跨境腐败法》的完善和发展提供更多的智慧和支持，共同推动全球反腐败事业迈向新的台阶。

2025年中国国际法学会年会

《反跨境腐败法》域外适用的要素分析与模式选择

郭镇源

摘要：《反跨境腐败法》的立法是中国涉外法治发展的重要内容之一。为有效应对外国法律域外适用的不利影响，保障中国的海外利益，《反跨境腐败法》应具有域外效力。各国反跨境腐败法律大多以美国《反海外腐败法》为蓝本，但具体内容与实施效果差异较大。相关的国际实践大体上可以分为激进域外适用模式、温和域外适用模式与消极域外适用模式。激进域外适用模式虽然能够推动全球反腐败治理，但是存在对于外国实体的过度管辖问题；消极域外适用模式是大部分国家目前所处的状态，难以实现法律域外适用的目标；温和域外适用模式则要求一国同时具备一定程度的主观意愿与客观实力，既有助于实现有效打击跨境腐败行为的目标，又能避免过度域外管辖的弊端。温和域外适用模式契合中国法域外适用的现实需求，与中国现阶段的国家实力较为匹配，应成为《反跨境腐败法》域外适用的模式选择。

关键词：《反跨境腐败法》；域外适用；域外效力

中国法域外适用是涉外法治建设中的重要环节，其中公法域外适用的相关研究尤为重要。在反跨境腐败，美国频繁通过其《反海外腐败法》（FCPA）的域外适用对全球公司的跨境腐败行为进行管制，中国是受到影响的主要国家之一。近年来，不少学者纷纷主张构建中国法的域外适用体系，从立法、司法、执法层面与美国法律域外适用措施形成制衡，中国的反跨境腐败法律应当具有域外效力。¹2023年施行的《中华人民共和国对外关系法》（以下简称《对外关系法》）第39条明确将“国家加强打击跨国犯罪、反腐败等国际合作”作为中国发展对外关系制度的目标之一。同年，在第十四届全国人大常委会公布的立法规划中，由国家监委牵头起草的《反跨境腐败法》位列第一类项目（条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案）。党的二十届三中全会亦明确提出“推进反腐败国家立法，修改监察法，出台反跨境腐败法”。由此可见，作为中国涉外法治发展的重要一环，《反跨境腐败法》需要扩大国内法的域外适用范围，具备域外适用的效力。²作为公法，反跨境腐败法律的域外适用有其独特的方式与特征，各国的法律实践均有所不同。在此背景之下，如何构建中国《反跨境腐败

作者简介：郭镇源，中国政法大学国际法学院讲师，北京大学法学博士。

¹ 廖诗评：《国内法域外适用及其应对：以美国法域外适用措施为例》，载《环球法律评论》2019年第3期，第177页；肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019年第6期，第60页；郭镇源：《〈美国反海外腐败法〉域外适用的制度镜鉴》，载《河南财经政法大学学报》2023年第2期，第99页。

² 陈磊：《提高惩治跨境腐败的精确度与威慑力》，载《法治日报》2025年1月21日第4版，第2页。

法》的域外适用制度，需要对现行国际经验进行系统性梳理，以类型化分析的方式探讨不同域外适用模式的优劣，结合中国实际情况提炼经验、提供参考。

一、反跨境腐败法律域外适用的模式划分

就反跨境腐败的立法而言，以美国 FCPA 为代表，许多国家都制定了类似的法律，在国际法层面也形成了《经合组织反贿赂公约》《联合国反腐败公约》等国际硬法性文件。然而，虽然国际社会在打击跨境腐败行为上形成了一定程度的共识，但各国相关法律的规则制定、执行措施与实际效果差异较大，尤其在法律的域外适用方面体现为全球范围内的不均衡与不充分，呈现出美国一家独大，而其他国家较为不足，大部分国家消极应对的局面。

不均衡体现为不同国家执法力度的过分悬殊，美国作为唯一的激进域外适用模式国家，在全球跨境腐败执法活动中的占比过高。根据经合组织的统计，自 1999 年至 2021 年间，缔约国报告的执法活动中，共计对 264 名自然人与 687 名法人实体进行了刑事调查与处罚，其中由美国执法自然人 155 名，约占总数的 60%，由美国执法法人实体 122 名，约占总数的 18%。不均衡现象所伴随是整体的不充分，即除少数国家外的大部分国家治理积极性的缺失。根据透明国际组织的统计，目前有超过 80% 的国家在跨境腐败的执法中属于“有限”或“极少”，也即几乎没有针对跨境腐败行为的有效执法活动，更遑论对外国实体的管辖。当前的跨境腐败全球治理总体的不充分现象，意味着大部分国家反跨境腐败法律的域外适用较为消极。总体而言，当前全球范围内反跨境腐败法律的域外适用可以分为三种模式，分别为激进域外适用模式、消极域外适用模式与温和域外适用模式。

（一）激进域外适用模式

激进域外适用模式属于美国独有。一方面，美国的执法数量居于全球的首位，是最全球主要的执法者，另一方面，美国执法机关对于外国实体的管辖范围极为宽泛，在全球范围内亦独树一帜。从执法对象来看，激进域外适用模式较为热衷于追究海外母公司责任与海外个人责任，以实现对于外国实体的管辖。从管辖权基础来看，激进域外适用模式拥有最宽泛的管辖权依据，除争议较少的属地管辖与属人管辖外，如美国执法机关还惯于基于“共谋”等行为对域外实体进行管辖。从主管机构来看，激进域外适用模式以执法机关为主导，执法机关具有较大的自主权，可以自行开展域外执法活动，而法院其中的作用较为有限。在和解程序中，激进域外适用模式国家法院的作用同样有限，在执法机关与涉案企业达成不起诉协议后，法院一般不进行实质审查。

激进域外适用模式表现为对外国实体的强域外适用，这从美国《反海外腐败法》对于适用客体的规定就可见一斑。具体而言，第 78dd-1 条在第 1 款概括性地规定了，根据美国法律登记的证券发行人或该发行人的任何高级人员、董事、雇员或代理人，或代表该发行人行事的任何股东，腐败地使用邮件或任何国际商

业的手段或工具，以达成任何金钱的付款、承诺付款或授权付款，或提供任何金钱、要约、礼物、承诺，均属违法。³在实践中，美国司法部认为，任何在美国上市的公司，或任何在美国场外交易市场进行交易，并被要求向美国证券交易委员会提交定期报告的公司都是发行人。因此，一家公司即使不是美国公司，只要在美国交易所上市便属于发行人的范畴，基于属人管辖属于《反海外腐败法》的管制对象。⁴

第 78dd-2 条的国内相关方条款（domestic concerns）则十分详尽地列举了反贿赂条款的三类适用对象。第一类是包括任何公民、国民或美国居民，或任何公司、合伙企业、协会、股份公司、商业信托、非法人组织或独资企业；第二类是除发行人外，美国或其各州的法律组织，或主要营业地点在美国的任何公司、合伙企业、协会、股份公司、商业信托、非法人组织或独资企业；第三类是代表美国国内企业行事的高级职员、董事、雇员、代理人或股东，外籍人士或外国公司。⁵上述条款都包含“替代性管辖权”（alternative jurisdiction），也即除发生于美国境内的腐败行为（包括使用邮寄或任何“州际商业工具”（instrumentality of interstate commerce））之外，该条款还禁止发行人与国内相关方在美国境外的违反《反海外腐败法》的行为，具有属人管辖的性质。⁶但是从条文受到管辖主体的列举来看，发行人的美国国籍也并非必要条件，对于在美国上市的发行人与国内相关方而言，如果他们的腐败以及促进腐败的相关行为完全发生在美国境外，也没有利用任何美国的“州际商业工具”工具，上述实体也可能属于《反海外腐败法》属人管辖的范围。即使是与美国完全不具备属地联系或属人联系的外国实体，同样有可能基于“共谋”等行为受到《反海外腐败法》的管辖。

美国《反海外腐败法》1998 年修正案中通过对行贿对象、手段、管辖权规则的扩张加强了其执法管辖权，使间接在美国境内发生的涉及贿赂犯罪的外国主体与个人被纳入到执法对象之中。2012 年首次发布并在 2020 更新的《反海外腐败法信息指引》进一步对《反海外腐败法》在适用中的管辖权扩张倾向进行了确认，而被处罚的外国公司与个人与基于“最低限度联系原则”受到美国法院管辖的相关案例则成为该法域外管辖扩张的注脚。美国《反海外腐败法》与《反海外腐败法信息指引》的历次更新反映了这样一种倾向，即美国的立法者一方面通过降低对国内企业的管制标准而避免本国企业在国际贸易中处于不利地位，另一方面又通过立法的不断更新实现该法在域外的管辖权扩张。⁷2018 年以来，针对海外企

³ 15 U.S.C. § 78dd-1 (a).

⁴ See The Criminal Divisions of DOJ & the Criminal Divisions of SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* 2nd ed, 2020, pp. 9-10.

⁵ 15 U.S.C. § 78dd-2.

⁶ 此处“替代管辖权”适用于与地域管辖原则相区分的语境，是指一国基于国籍原则，对处于本国领土之外的本国国民行使管辖权。See 15 U.S. Code § 78dd-1(f).

⁷ 郭镇源：《美国〈反海外腐败法〉域外适用的制度镜鉴》，《河南财经政法大学学报》2023 年第 2 期，第 97 页。

业的案例数量均超越了美国本土企业。截至 2023 年,《反海外腐败法》自 1977 年实施以来至今的执法对象中,海外企业的总占比达到 39%。根据经合组织的统计,2010 至 2019 年间,美国司法部平均每年有约 250 项公开调查,证券交易委员会平均每年有约 140 项公开调查,这表明美国是全球反跨境腐败领域的主要执法者(leading enforcer)之一。⁸

(二) 消极域外适用模式

消极域外适用模式下的国家类别没有明显区分,例如在透明国际组织的分类中,发展中国家均属于“有限”或“极少”执法者,如哥伦比亚、土耳其、秘鲁等国。但与此同时,加拿大、意大利、瑞典、新加坡、日本等发达国家也同属此行列。因此,反跨境腐败法律域外适用上的消极态度不一定仅源于国家发展程度,还可能与国家的反腐败总体政策相关。从执法对象上来看,消极域外适用模式国家几乎不开展针对跨境腐败的执法活动,无论是跨国企业的母公司责任还个人责任都怠于追究。消极域外适用模式的国家往往缺乏明确的反跨境腐败中央机构,或虽多个部门均有相关执法权,但彼此消极执法、互相掣肘。

由于法律域外适用的消极态度,该模式表现为消极执法下对外国实体的弱域外适用,在管辖权或责任追究等层面都缺乏系统性的规定或实践。在纳入透明国际组织统计的占据全球 84%出口总量的全部 47 个国家中,18 个国家属于“有限”(limited)执法者、20 个国家属于“极少”(little or no)执法者,二者合计占比超过 80%。也即,从实际表现来看,全球大部分国家在反跨境腐败法律的上属于消极域外适用模式。⁹

(三) 温和域外适用模式

温和域外适用则以透明国际组织所定义的“温和”执法者为主,为部分发达国家,如英国、法国。在该模式下,执法机关与司法机关在跨境腐败案件的共同参与度更高,这体现为大部分案件都经由执法机关起诉进入了司法程序,法院拥有最终的审判权。在管辖权依据上,温和域外适用国家大多基于案件中的属地联系或属人联系,管辖本国企业的犯罪,或外国人在本国实施犯罪行为的案件。同样,这些国家也不热衷于利用“共谋”等行为,将本没有管辖权的外国实体嫁接到有管辖权的实体。在和解程序中,温和域外适用国家的法院对案件的实体内容,以及和解协议的内容可以进行实质性审查。上述特征导致的实践结果便是,该模式下对于外国实体的适用较为“温和”,并未过分追求管辖外国实体,也较少引发争议。与激进域外适用模式类似的是,温和域外适用模式国家同样积极追究跨国公司的母公司责任与自然人责任。由此可见,母公司责任与自然人责任的追究已经成为反跨境腐败法律的一种常态。

⁸ OECD, *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report: United States*, 2020, p. 11.

⁹ See Gillian Dell and Andrew McDevitt, *Exporting Corruption 2022: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2022, pp. 2, 9.

在透明国际组织的统计中，有 7 个国家属于“温和”（moderate）执法者。¹⁰以英国为例，2018-2021 年间启动了 19 项调查，进行了 10 起案件的执法程序，13 起案件以实施对实体的制裁而结案。英国《2010 反贿赂法》没有如美国《反海外腐败法》一般，在立法中通过扩大属人管辖的连结因素，实现对域外实体的无限制管辖。在《2010 反贿赂法》中，第 1 条、第 2 条关于行贿罪与受贿罪，第 6 条关于行贿外国公职人员罪均未对适用客体作特殊规定。值得注意的是该法第 7 条创设的商业组织预防贿赂失职罪，该罪的成立并不要求贿赂的行为发生在英国境内，亦不要求行为是由与英国具有“密切联系”的人实施。¹¹但是商业组织预防贿赂失职罪目前尚无适用于外国实体的情形。法国与之类似，同样作为“温和”执法者在 2018-2021 年间启动了 19 项调查，进行了 20 起案件的执法程序，11 起案件以实施制裁而结案。法国《萨潘第二法案》第 21 条概括性规定，对于发生在法国境外的腐败行为，其刑法适用于实施该腐败行为的法国公民与法国常住居民与“在法国领土上实施其全部或部分经济活动”的人。¹²

总体而言，反跨境腐败法律的温和域外适用模式并不热衷于过度推进域外适用制裁外国企业，现有的案例大多都是针对本国企业，或与本国具有明确属人联系的企业因在海外实施腐败行为而被起诉。

表 1：反跨境腐败法律域外适用的模式与要素

	激进域外适用	温和域外适用	消极域外适用
母公司责任追究	追究	追究	\
自然人责任追究	追究	追究	\
共谋责任	追究	不追究	\
管辖权依据	属地/属人/行为	属地/属人	\
主管机构	执法机关主导	执法机关与司法机关共同参与	无主导机构
和解程序司法审查	弱司法审查	强司法审查	\

（四）三种模式的评价

1. 激进域外适用模式的评价

客观上，激进域外适用模式起到了有效打击跨境腐败行为的作用。在《反海外腐败法》制定及实施的早期，国际社会事实上面临着跨境腐败的“集体行动困境”。美国单边的域外执法行为一定程度上发挥了破解集体行动困境的作用。

¹⁰ “温和”（moderate）执法者包括德国、法国、英国、澳大利亚、挪威、以色列、拉脱维亚 7 国。See Gillian Dell and Andrew McDevitt, *Exporting Corruption 2022: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2022, p. 8.

¹¹ See Bribery Act 2010, § 7.

¹² See Loi Sapin II, Art. 21.

¹³从英、法两国反跨境腐败法律的制定过程不难看出，即使同样作为具备影响力的西方大国，两国对于反跨境腐败的立法进程与实施在最初都难称积极，对于本国企业的跨境腐败行为甚至存在包庇行为。但美国司法部基于《反海外腐败法》对外国公司的域外执法行为，毫无疑问起到了弥补集体行动困境，破解别国在反跨境腐败立法与实施上的消极态度的作用，促进了反跨境腐败法律在全球的扩散。

但与此同时，激进域外适用模式容易造成一国法律的域外适用与其他国家的主权之间存在过高的张力。有美国学者就指出，即使《反海外腐败法》的域外适用存在帮助其他国家治理腐败的初衷，但其实际表现更像是基于“帝国主义的”（imperialist）美式规则与价值的输出。¹⁴美国《反海外腐败法》正面临这种政治化所带来的争议。例如，2021年美国公布的“全球反腐败战略”就引发中国政府的严厉批评，中国官方声明指出，反腐是美国实行长臂管辖的最常用理由，而《反海外腐败法》、国家安全备忘录将反腐败和美国国家安全绑定，与设立全球反腐败问题协调员等行为都是以“反腐败”为由对外干涉别国实施长臂管辖，维持自身霸权的行为。¹⁵反腐败议题的政治化，使原本具有中立性的作为法律的《反海外腐败法》在公众认识中被劣化为受到政治操纵的工具，反而不利于法律自身发挥作用。

2. 消极域外适用模式的评价

总体而言，消极域外适用模式不符合国际社会的发展趋势，自1977年美国《反海外腐败法》制定至今，跨境腐败的治理已经成为一种国际共识，需要国际社会的整体努力。¹⁶回顾反跨境腐败法律发展的历史，在上世纪90年代及之前，绝大多数国家放任乃至暗中鼓励跨境腐败行为，其原因正在于这种放任有利于本国企业海外业务的拓展，增强其海外竞争力。¹⁷因此，当国际社会意识到跨境腐败的危害，开始致力于打击该行为时，一国法律的域外适用就成为一种可以弥补国际治理不足的国际公共产品。¹⁸跨国公司的跨境腐败行为具备鲜

¹³ See Branislav Hock, *Extraterritoriality and International Bribery: A Collective Action Perspective*, Routledge, 2020, pp. 1-4.

¹⁴ See Nathan Golden, “Conspicuous Prosecution in the Shadows: Rethinking the Relationship Between the FCPA’s Accounting and Anti-Bribery Provisions”, *Iowa Law Review*, Vol. 104, 2019, p. 893.

¹⁵ 参见兰琳宗：《美国国务院设立“全球反腐败问题协调员”名为反腐实为霸权》，中央纪委国家监委网站，2021年12月13日，https://www.ccdi.gov.cn/yaowenn/202112/t20211213_157970.html，2023年12月17日最新访问。

¹⁶ See Kanan Aliyev, “The Role of OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions in the Fight against Corporate Bribery in International Business Transactions”, *Baku State University Law Review*, Vol.4, 2018, p. 262.

¹⁷ 例如“对外国官员贿赂费用的税收减免”政策直到20世纪初才被各国陆续废除。See Martine Milliet-Einbinder, *Writing off tax deductibility: The tax deductibility of bribes is a practice which the Convention has made easier to abolish*, The OECD Observer, No.220, 2000, https://ciaotest.cc.columbia.edu/olj/oo/oo_apr00n.html, last visited 2023-11-17.

¹⁸ See Regis Bismuth, Jan Dunin-Wasowica, et.al, “The Transnationalization of Anti-Corruption Law: An Introduction and Overview”, in Regis Bismuth eds, *The Transnationalization of Anti-Corruption Law*, Routledge, 2021, pp. 5-7.

明的“洼地滑坡”（race to bottom）特征，即腐败行为将会涌向那些打击腐败不力，甚至宽松放任的国家或地区，因此一国将管辖权严格限定在其域内，将为腐败域外预留逃避空间，无法有效打击跨国的腐败行为。¹⁹从晚近的发展来看，各国愈发重视本国反跨境腐败法律的立法与执法，反跨境腐败法律的消极域外适用模式不符合国际社会打击腐败的总体目标。

此外，在“国家竞争优势”理论中，法律竞争是全球化时代国际竞争的新领域，在现代全球经济下，繁荣是一国自己的选择，竞争力的大小不再是由先天继承的自然条件所决定，如果一国选择了有利于生产率增长的政策、法律和制度，那它就选择了繁荣。²⁰在全球法律竞争时代，一国将本国法律适用局限在本国属地范围之内，或极为限制本国法的域外适用，则是一种本国法律适用范围的自缚手脚，不利于本国法律的全球竞争。对于大国而言，法律制度应当是其国家竞争力的重要部分，亦是彰显综合国力的重要因素，因此，消极域外适用模式不符合国际社会的发展趋势。

3. 温和域外适用模式的评价

温和域外适用模式有效规避了上述两种模式的弊端，是更具参考意义的反跨境腐败法律域外适用模式。首先，该模式可以有效制约跨境腐败行为。温和域外适用的基本特征仍是域外适用，也即不过度自我限制而消极打击跨境腐败行为。对跨境腐败行为的管制已经成为一种国际义务与共识。例如，占全球进出口总额 80% 以上的经合组织的 38 个成员国均制定或修改其国内立法，增加了打击跨国腐败犯罪的内容。虽然在多种因素的制约下，各国的执法意愿与水平不一，但打击企业的跨境腐败行为是国家参与国际治理的应然之意。一国反跨境腐败法律相对温和的域外适用，可以在有效监管本国企业的基础上，对于那些与本国具有明确管辖权依据的外国实体进行管辖，以避免跨国企业在各国的监管空白中“游走”。

其次，该模式可以避免各国管辖权的冲突。温和域外适用模式更加注重行使管辖权的合理性。合理性要求一国行使管辖权时需在本国利益与外国利益间寻求平衡，如果在一个案件中外国的利益大于本国利益，则行使域外管辖权应当更为审慎。²¹在温和域外适用模式下，一国主要是基于较为坚实的属地联系或属人联系行使域外管辖权，而较少或不行使争议较大的对行为的管辖权。

再次，该模式可以协调一国主管机关的权限分配，即协调执法机关与司法机关的关系。在激进域外适用模式中，执法机关起绝对的主导作用，如美国法

¹⁹ See Kanan Aliyev, “The Role of OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions in the Fight against Corporate Bribery in International Business Transactions”, *Baku State University Law Review*, Vol.4, 2018, p. 262.

²⁰ [美] 迈克尔·波特著：《国家竞争优势》（上），李明轩、邱如美译，中信出版社 2012 年版，“序言”，第 XVI 页。

²¹ 参见冉刚著：《跨国商业贿赂的法律治理》，中国方正出版社 2020 年版，第 118 页。

院作用的有限性进一步加剧了执法机关域外管辖的扩张速度。²²而温和域外适用模式中，司法机关有较高参与度，可以有效发挥司法审判与司法审查的作用，在涉及域外主体的案件中对案件的实体以及管辖权的合理性进行审查，以增强法律域外适用的合理性。

二、反跨境腐败法律域外适用的要素分析

一国能否成功推行本国法的域外适用，从根本上取决于一国影响跨国事务主观意愿与客观能力两方面的因素。²³从反跨境腐败法律发展的历史来看，一国存在推动法律域外适用的国家意愿是发展相关法律制度的起点。国家意愿既包括主动需求也包括被动需求，主动需求是指一国打击跨境腐败并单方影响跨国事务的意愿，被动需求则是一国反制别国法律域外适用负面影响的意愿。客观能力则有两方面的因素构成，分别是执法能力与国家实力。有效执法的前提是存在完备的法律制度，同时由于反跨境腐败法律案件的国际性，实际执法效能亦受到国际合作水平的影响。国家实力则是法律域外适用最为基础的影响因素，在反跨境腐败法律的实施中，拥有更强大市场地位与金融地位的国家对外国企业的控制力亦更强。

（一）国家意愿

1. 打击跨境腐败的主动需求

反跨境腐败法律域外适用的国内需求因素，影响的是一国法律域外适用的主观边界。原则上，在《经合组织反贿赂公约》《联合国反腐败公约》等国际条约的要求下，反跨境腐败已经成为大部分国家履约责任一部分，全球跨境腐败的治理也日益成为国际社会的共同目标。与此同时，作为上述公约缔约国的各国，需要履行国际条约的义务，促进本国立法的更新，并加强执法活动，开展广泛的国际执法合作。然而，即使存在共同的国际治理需求，不同国家实际参与全球跨境腐败治理的主动需求不同，由此导致的反跨境腐败的执法积极性，以及法律的域外适用水平亦不相同。如果一国具有较高的国内需求，则在该需求的引导下，该国有可能实现较为有效的法律域外适用结果。而如果一国仅具有较低的国内需求，则法律域外适用的结果必然有限。

在经济全球化的背景下，宏观政治与经济的稳定、良好的营商环境，是国家提升国家综合竞争力，吸引外国投资的重要因素，而腐败行为则会破坏一国的政治与经济稳定与营商环境。²⁴在跨境腐败的治理中，“洼地滑坡”是极为典型的特征，即只要存在监管不力的国家，则跨国公司就倾向于流向这些国家，从而规避严格监管的国家。²⁵一般而言，发展程度越高、社会政治经济发展越稳

²² 美国法院也曾有限制执法机关过度域外管辖的努力，但最终效果仍是基于个案，并没有对总体趋势产生更加广泛的影响。See *United States v. Hoskins*, No. 20-842 (2d Cir. 2022).

²³ 参见陈靓：《法律域外适用制度：生成与实施逻辑》，《中国法律评论》2024年第2期，第116页。

²⁴ 参见孙佳颖著：《反跨国商业贿赂法律问题研究》，法律出版社2022年版，第37页。

²⁵ See Kanan Aliyev, “The Role of OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in

定，营商环境越好的国家，越具备较高的反跨境腐败国内需求，倾向于打击跨境腐败行为，反之亦然。因此，打击跨境腐败本就是一国需求政治稳定与经济发展的主动需求，对于具有庞大海外利益与海外投资的国家而言更是如此。目前，全球较为积极的执法者均将反腐败作为谋求其政府政绩以及国际形象的重要议题。其中，尤以激进域外适用模式的美国为甚，《反腐败国家安全核心利益备忘录》就将反腐败与国家利益进行强绑定，明确提出有效预防和打击腐败是保障美国和其他所谓“民主国家”的关键优势。²⁶

2. 应对外部压力的被动需求

一国制定反跨境腐败法律与其实施，往往还存在外部压力的被动需求。例如英、法两国决定制定反跨境腐败法律的原因就部分在于反制美国法的域外适用。美国《反海外腐败法》激进域外适用的可能有益后果便是填补了其他国家的治理空白，遏制了“洼地滑坡”效应的扩散。例如“BAE 案”中，在英国政府通过行政手段干预司法程序，对该公司的跨境腐败行为网开一面时，美国执法机关的介入与强硬的域外执法使英国政府认识到，在反跨境腐败法律立法与执法上的消极，并不能使其本国企业摆脱廉洁的“道德枷锁”，反而会使其暴露在美国执法机关面前，陷入更加难以控制和施加影响的别国法律程序。

基于外部压力的被动需求不仅影响一国的立法意愿，还影响其执法倾向。例如，在美国执法机关的压力之下，其他国家也倾向于制定较高的本国企业海外廉洁标准，并在发生相关违法行为时积极执法，掌握涉及本国企业案件的主动权，从而避免本国企业及相关人员陷入美国执法机关及司法程序。英、法是最具代表性的由外部压力的被动需求，从而推动国内立法，并积极开展执法活动的国家。因此，以被动需求为主的国家的首要目的是对抗外国法的域外适用，往往不存在对外国实体过度管辖倾向。

（二）执法能力

1. 相关法律的完备程度

一国法律以及相关配套制度的完备度，是一国法律域外适用的制度基础。在反跨境腐败法律的域外适用中，这涉及关于打击对外国公职人员行贿的立法的完备度；法律实施的程序性制度保障；以及执法机关的能力与水平等要素。例如，美国《反海外腐败法》之所以始终保持反跨境腐败法律域外适用中的领先地位，就兼具上述三个要素上的完备度

International Business Transactions in the Fight against Corporate Bribery in International Business Transactions”, *Baku State University Law Review*, Vol.4, 2018, p. 262.

²⁶ See Joseph R. Biden Jr, “Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest”, *White House Briefing Room*, 2021-6-3, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/>, last visited 2023-12-17.

在透明国际所发布的全球反跨境腐败执法统计中，“法律框架与执行制度的薄弱”是“有限”“极少”执法国家的首要问题。例如南非作为“有限”执法者，就存在缺乏公司刑事责任规则、和解程序规定的不足、会计审计要求不足、子公司与代理人责任追究不足以及制裁不力等立法问题；以及执法资源不足、政治干预执法和缺乏独立性、调查和起诉之间缺乏协调、执法人员专业性不足、举报人的保护不足等执法机制问题。²⁷又如，作为“极少”执法者的俄罗斯，则存在缺乏公司刑事责任规定，与缺乏公司所有权的公开登记等根本性问题。²⁸

2. 国际执法合作的水平

一国国际执法合作机制的水平将影响一国域外执法实际能力。在跨境腐败案件中，经常涉及在一国境外的调查、取证，此时，较好的国际执法合作水平可以大大提高跨境线索与证据的有效传递。前述《经合组织反贿赂公约》《联合国反腐败公约》就在其条文中规定了基础的国际合作框架。除此之外，双边及多边协定，或由各国行政机关签署谅解备忘录，亦是各国开展反跨境腐败域外执法合作的基础。以美国为例，其作为全球的主要执法者，亦是全球执法合作的主导者，在 1977 年至 2017 年的 349 起联合执法案件中，美国主导了其中 246 件。²⁹根据美国司法部的统计，截至 2022 年，美国已经与 95 个国家签署了刑事司法协助条约。³⁰覆盖面较广的多边与双边条约为执法机关开展合作提供了制度保障。此外，美国证券交易委员会直接参与了国际证券委员会

（International Organization of Securities Commissions, IOSCO）制定的多边合作谅解备忘录（Multilateral Memorandum of Understanding, MMOU），并与 20 多个外国证券监管机构签署了双边的合作谅解备忘录。³¹在常规的基于协议达成的合作外，执法机关也可以通过非正式途径向别国提出协助请求，主要是各国执法机关或检察机关之间的直接沟通，美国司法部与证券交易委员在实际执法中经常通过此种方式向其他西方国家寻求高效的合作。³²

在反跨境腐败域外执法中拥有较好发挥的国家，如英、法等国对国际合作执法机制的建设都颇有成效。例如隶属于英国内政部的中央管理局（United Kingdom Central Authority）负责处理英国境内除税务、财政与海关事务之外的一切国际司法协助请求，与英国严重欺诈办公室在跨境腐败案件中合作处理调

²⁷ See Gillian Dell and Andrew McDevitt, *Exporting Corruption 2022: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2022, p. 76.

²⁸ See Gillian Dell and Andrew McDevitt, *Exporting Corruption 2022: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2022, p. 71.

²⁹ 参见叶海波主编：《反海外腐败合规实践指引》，法律出版社 2021 年版，第 67 页。

³⁰ DOJ, “Mutual Legal Assistance Treaties of the United States (April 2022)”, Office of International Affairs of Criminal Division, 2022, <https://www.justice.gov/criminal-oia/file/1498806/download>, last visited 2024-03-07.

³¹ MMOU 是证券监管机构之间第一个全球多边信息共享安排，2013 年，IOSCO 所有 IOSCO 成员都应成为 MMOU 的签署方，2016 年，IOSCO 又制定了《强化多边谅解备忘录》（EMMOU），以进一步提高证券和衍生品监管机构之间信息共享的标准。See SEC, “SEC’s Cooperative Arrangements with Foreign Regulators”, 2012-10-20, https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_coopfactsheet, last visited 2024-03-07.

³² 参见赵卿著：《跨国商业贿赂犯罪问题研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 235 页。

查或起诉境外刑事犯罪以及查明和追逃追赃等事务。又如原本根据法国《信息管制法》（*Loi de Blocage*）的规定，法国禁止自然人和法人在影响或侵犯法国基本经济利益的情况下与外国当局分享经济、商业、工业、金融或技术性质的信息，尤其涉及与外国司法或行政程序有关的证据收集时。³³而法国《萨潘第二法案》专门制定了信息管制的例外条款，确保反跨境腐败执法机关与外国当局共享信息不会违反《信息管制法》。³⁴

（三）国家实力

国家实力是一国反跨境腐败法律域外适用实际效果的物质基础，国家实力的外溢范围决定了一国法律域外适用的实际外延。具体在跨境腐败的治理中，一国在国际市场中地位更加重要，外资存在越多，其国内法的管制便拥有更强的域外效果。此外，金融基础设施是现代国际商业开展的基础，一国对于金融基础设施的控制力越强，越可以在涉及境外行为的调查与执法方面拥有更多的便利条件。

1. 国际市场中的话语权

美国在国际市场中的重要地位为其域外执法提供了便利条件与动力来源。美国《反海外腐败法》的一大特点便是同时规定了一般意义上企业的腐败犯罪与证券犯罪。即使许多国家的相关法律的制定是以《反海外腐败法》为蓝本，其他的国际法律文书与国内立法大多没有单独规定会计条款。造成这一现象的原因可能是美国市场在全球的独特地位。作为全球资本的聚集地，全球具有影响力的跨国公司几乎都选择在美股上市。在资本市场国际化的背景下，以成长迅速，融资需求巨大的互联网企业为代表，我国企业也一度掀起赴美上市的风潮。³⁵而一旦外国公司成为美国证券市场的“发行人”，就受到美国法律的管辖，必须遵守美国法律的监管。换言之，美国凭借其在国际市场中的话语权从而为其法律的域外适用提供了现实条件。一国的国际市场地位与该国的跨境腐败执法存在正相关的关系，也可以从其他国家的情况得到印证。例如除美国外，较为积极的跨境腐败执法者如瑞士、英国、法国、德国均是全球主要经济体，或在全球市场中拥有独特地位的国家。

除美国之外，在反跨境腐败法律的域外适用中有所表现的国家也大多拥有较强的国家实力。例如英、法两国作为联合国常任理事国与传统资本主义强国，其在国际市场中享有一定的话语权，两国亦属于透明国际组织所定义的“温和”执法者。此外，如瑞士虽然在国家实力上不属于传统的“大国”范畴，但瑞士

³³ See Amanda N. Raad, “France’s National Financial Prosecutor and Anti-Corruption Agency Issue Joint Guidelines on Corporate Settlement Mechanisms”, *Ropes & Gray*, 2019-08-14, <https://www.ropesgray.com/en/insights/alerts/2019/08/france-national-financial-prosecutor-anti-corruption-agency-corporate-settlement-mechanisms>, last visited 2024-03-20.

³⁴ See *Loi Spain II*, Art. 3(5).

³⁵ 参见包柠榛：《中概股赴美上市的数据安全审视：风险来源、中美监管与应对》，《东北师大学报（哲学社会科学版）》2023年第4期，第145页。

作为全球最大的离岸金融中心，在全球金融行业以及国际市场中占据独特地位，瑞士也始终属于全球主要的跨境腐败执法者之一。

2. 金融基础设施地位

国际关系领域的学者认为，美国的金融霸权由三个关键制度作为支撑，分别是以国际货币基金组织为中心的国际资本流动管理体系、以世界银行为中心的国际开发援助体系和以美元为中心的国际货币体系。³⁶其中，美元作为世界货币，在为美国带来用之不竭的丰厚“铸币税”的同时，使美国获得了巨大的不平等收益。³⁷在金融市场运行的全流程中，金融基础设施与公司治理、会计标准、反洗钱、反恐融资等机制密切相关，反洗钱等监管机制同样属于金融基础设施的基础性制度安排。³⁸美国的国际金融中心定位与在金融基础设施上的强势地位为其法律调整域外事项打开了方便之门，这以美国对环球同业银行金融电信协会（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, SWIFT）的利用最为典型。SWIFT 成立的初衷是为最广泛的国际金融参与者提供专业的网络通讯服务，不受政治的干预。但是，21 世纪之后，美国逐步获得 SWIFT 系统的主导权，成为美国基于单边主义扩张其法律域外效力的得力工具。根据《国际紧急经济权利法案》（International Emergency Economic Powers Act, IEEPA）的规定，美国政府拥有监控 SWIFT 系统数据的权利，可以从该系统中调取涉及非法的金融交易和资金流通信息，并禁止 SWIFT 对被列入制裁对象的个人、企业、金融机构、国家继续提供服务，造成上述实体事实上被排除出世纪金融体系。³⁹

美国在金融基础设施上的主导地位反映在其反跨境腐败域外执法中主要体现在“州际商业工具”的扩大化解释。《反海外腐败法》第 78dd-2(h)(5) 对其的解释原本为“贸易、商业、运输或通信”，而美国司法部的官方解释将其明确扩展至“向美国银行发送电汇或以其他方式使用美国银行系统”。⁴⁰“州际商业工具”极具扩张性的使用所仰赖的正是美国在金融基础设施上的话语权。作为世界货币，美元在跨国贸易与结算中占据绝对的主导地位，因此跨国公司正常的跨境商业活动中几乎无法避免使用美元，任何涉及海外贿赂的款项支付也难以规避使用美元以及 SWIFT 系统，这为美国《反海外腐败法》的域外适用可以触及全球各个国家创造了物质条件。

³⁶ 参见李巍著：《制度之战：战略竞争时代的中美关系》，社会科学文献出版社 2017 年版，第 106 页。

³⁷ 参见周翌：《国际货币基金组织治理体制缺陷、根源及其改革路径探寻》，《国际贸易探索》2019 年第 10 期，第 111 页。

³⁸ 参见郭华春著：《美国金融法规域外管辖：法理、制度与实践》，北京大学出版社 2021 年版，第 93 页。

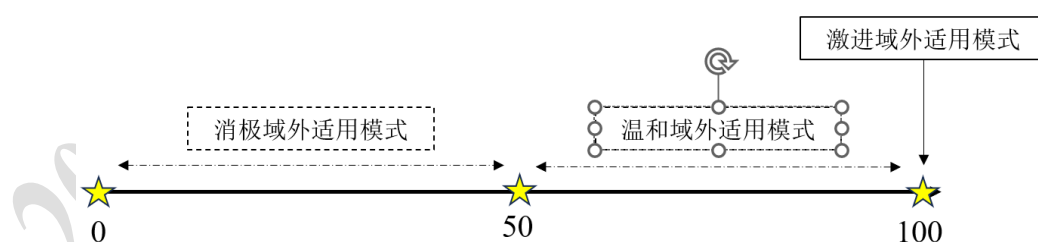
³⁹ 参见陈尧、杨枝煌：《SWIFT 系统、美国金融霸权与中国应对》，《国际经济合作》2021 年第 2 期，第 87 页。

⁴⁰ See The Criminal Divisions of DOJ & the Criminal Divisions of SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* 2nd ed, 2020, p. 10.

（四）域外适用模式与影响因素的对应关系

一国反跨境腐败法律域外适用模式的选择是上述 3 方面共计 6 种影响因素结合结果，包括国家意愿（主动需求+被动需求）、执法能力（法律完备度+国际合作水平）、国家实力（国际市场地位+金融基础设施地位）。为便于判断一国反跨境腐败法律域外适用模式的应然选择，通过对上述 3 类 6 种影响因素赋以一定的权重，可以进行较为直观的定性分析。在该模型中，反跨境腐败法律域外适用的权衡要素最高分为 100 分。一国的总得分可以对应到不同的法律域外适用模式，得分越高，越偏向于更加积极的域外适用模式，得分越低，越偏向于更加消极的域外适用模式。在每项影响因素中，若一国在该项中属于“强”则赋 20 分，若为“中”则赋 10 分，若为“弱”则赋 0 分。具体而言，6 种影响因素统一被赋以最高 20 分的分值。其中，只要一国具备较强的主动需求或被动需求的任意一项，便可以认为该国具备较强的国家意愿，因此“国家意愿”总分最高为 20 分，而“执法能力”“国家实力”两类最高分可为 40 分。例如，美国作为唯一的激进域外适用模式国家，其国家意愿、执法能力与国家实力均为“强”，其分值为最高分 100 分。温和域外适用模式中，一国在国家意愿、执法能力与国家实力三方面需均无明显短板，即至少均为“中”，因此 50 分至 100 分之间为温和域外适用模式。⁴¹而低于 50 分的国家则意味着至少一项影响因素为“弱”，或是具有主观意愿而缺乏客观实力，或是具备客观实力而缺乏主观意愿，以致在法律域外适用上存在明显短板，属于消极域外适用模式。

图 1：反跨境腐败法律域外适用模式权衡要素分值与模式对照图



如前所述，美国具备极强的主动打击跨境腐败行为的需求，其国家意愿中的“主动需求”为“强”；美国《反海外腐败法》及其实施机制的发展也最为完善，该法与其他国家的国际合作水平也较高，在“法律完备度”以及“国际合作水平”两项中均为“强”；此外，美国同时具备国际市场以及金融基础设施上的绝对优势地位，在“国际市场地位”与“金融基础设施”两项中亦均为“强”。由此，美国才最终实现了激进域外适用模式的结果。又如，英、法等国，自身拥有一定

⁴¹ 例如大量发达国家，如加拿大、瑞典、西班牙、比利时、日本等国，在执法能力与国家实力具备保障的情况下，因缺乏反跨境腐败执法的国家意愿，因而属于“有限”“极少”执法者。See Gillian Dell and Andrew McDevitt, *Exporting Corruption 2022: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2022, p. 8.

程度上腐败治理的主动需求，但程度较之美国较低，其“主动需求”为“中”；同时，由于美国域外执法的压力下产生了较高的被动需求从而推动了立法进程，因此“被动需求”为“强”；英、法等国的反跨境腐败法律仍处于不断完善的阶段，但国际合作水平较高，在“法律完备度”与“国际合作水平”两项中分别为“中”“强”；相较美国而言，英、法国同样是较为重要的国际贸易中心与金融中心，但相较美国的强势程度稍弱，“国际市场地位”与“金融基础设施”两项中均为“中”，因此不足以支撑过于激进的域外适用，最终导向温和域外适用模式。而大部分消极域外适用模式的国家，如绝大多数发展中国家则在上述 6 种影响因素中，均处于或大部分处于较弱的情况，在各项因素中均为“中”或“弱”。

表 2：反跨境腐败法律域外适用模式与权衡要素对应关系示例表

示例国家	国家意愿 (20max)		执法能力 (40max)		国家实力 (40max)		总分 值	域外 适用 模式
	主动需求	被动需求	法律完备度	国际合作水平	国际市场地位	金融基础设施		
美国	强 (20)	\	强 (20)	强 (20)	强 (20)	强 (20)	100	激进域外适用
英国	中 (10)	强 (20)	中 (10)	强 (20)	中 (10)	中 (10)	70	温和域外适用
发展中国家	弱/中 (0/10)	弱/中 (0/10)	弱/中 (0/10)	弱/中 (0/10)	弱 (0)	弱 (0)	0-40	消极域外适用

三、中国《反跨境腐败法》域外适用的要素分析

(一) 国家意愿

1. 主动需求：强

近年来，跨境腐败日益成为中国关注的重点。我国是目前世界上最为重要的商品与投资输出国，具有庞大的海外资产，海外利益保护的需求极为迫切。⁴²自 2013 年“一带一路”倡议被提出的十余年来，“一带一路”也成为我国企业海外投资的重要途径，其中又以国有企业在沿线国家的基础设施投资建设为主。然而，“一带一路”跨越亚欧大陆，沿线国家多为发展中国家，法治环境整体发育落后，

⁴² 参见赵永琛：《我国海外利益保护法律体系建构研究》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2023 年第 4 期，第 2 页。

当地政府的政治透明度与稳定程度水平较低，商业腐败风险相对集中。⁴³基础设施建设领域涉及大规模的金融、招投标、工程基建等领域，规模大、情况复杂、牵涉面广，向来是腐败行为的高发地。因此，反跨境腐败是规范中国海外企业行为，保护海外利益，提升“一带一路”廉洁度的重要一环。⁴⁴

2. 被动需求：强

中国是美国《反海外腐败法》域外执法的重要相关国，据统计，自 2014 至 2023 年，涉及中国的跨境腐败案件就高达 46 起，远高于其他国家。自 2005 年至今，美国执法机关共在 9 起案件中直接处罚中国实体。尤其 2018 年之后，美国政府持续将反腐败议题与中美关系“挂钩”，并以此作为在舆论和外交中打压中国的工具。⁴⁵中国政府曾在一份声明中认为，美国出台《反海外腐败法》，推出国家安全备忘录将“反腐败”和美国国家安全绑定，设立“全球反腐败问题协调员”等行为都是以“反腐败”为由对外干涉别国实施长臂管辖，维持自身霸权的行为。⁴⁶

为应对西方国家反跨境腐败法律的域外适用，完善本国的法律域外适用体系，从而实现与外国法的域外适用形成抗衡是至关重要的应对之道。⁴⁷在加强涉外领域立法，统筹推进国内法治与涉外法治的背景下，构建中国法的域外适用体系是中国的现实要求。⁴⁸中国在法律域外适用中的保守态度与域外管辖的限缩并不利于保护海外利益，亦不符合中国涉外法治的发展需求。⁴⁹外部压力往往成为内部改革的动因，如同英国《2010 反贿赂法》与法国《萨潘第二法案》制定的背后都有着美国反跨境腐败域外执法的压力，中国目前事实上也面临着类似的问题。在美国对华政策日益极端化，反腐败战略日益政治化的背景下，中国应当构建相匹配、有针对性的反长臂管辖机制，并积极推动反跨境腐败法律域外适用规则的制定与相关配套措施的完善。⁵⁰

（二）执法能力

1. 法律完备度：弱

在立法层面，我国《刑法》目前尚未形成系统性的关于反跨境腐败的法律规定，关于反跨境腐败的刑法条文仅有 3 条，分别《刑法修正案（八）》第 164 条

⁴³ 参见刘翔峰、苑生龙：《“一带一路”建设中的廉洁问题》，载《东亚评论》2019 年第 2 辑，世界知识出版社 2019 年版，第 167 页。

⁴⁴ 参见张灯：《习近平关于我国海外利益保护重要论述研究》，《东岳论丛》2023 年第 9 期，第 28 页。

⁴⁵ 参见孙灿：《中国反腐与廉政的国际合作：过程、逻辑与展望》，《广州大学学报（社会科学版）》2021 年第 5 期，第 54 页。

⁴⁶ 参见兰琳宗：《美国务院设立“全球反腐败问题协调员”名为反腐实为霸权》，中央纪委国家监委网站，2021 年 12 月 13 日，https://www.ccdi.gov.cn/yaowenn/202112/t20211213_157970.html，2023 年 12 月 17 日最新访问。

⁴⁷ 参见廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 177 页。

⁴⁸ 参见黄进：《论统筹推进国内法治和涉外法治》，《中国社会科学》2022 年第 12 期，第 94 页。

⁴⁹ 参见肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 60 页。

⁵⁰ 参见沈逸：《“反腐”或将成为美式劫掠的幌子》，环球时报，2021 年 12 月 14 日，<https://3w.huanqiu.com/a/de583b/45yg72DdNFk>，2023 年 12 月 17 日最新访问。

“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”，该罪以“为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物”为打击对象；2011年最高人民法院与最高人民检察院共同发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（五）》中在刑法反贿赂犯罪“妨害对公司、企业的管理秩序罪”中新增加的“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”的规定；最高人民法院和公安部联合下发的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）的补充规定》中第11条增加的“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿案的立案追诉标准”的相关规定。这些规定散见于我国刑法体系中，缺乏有效地联系，也难以在实践中有效地发挥作用。⁵¹此外，我国《反不正当竞争法》第7条也涉及企业的反商业贿赂条款，但是该条同样只适用于中国境内的经营者，其适用范围被严格限定在域内，而不具备域外适用的条件。⁵²

我国刑事域外管辖权的规定也总体较为不足。《刑法》第7条至第9条概括地规定了域外适用的管辖权基础：第7条规定了基于属人管辖原则的法律域外适用情形⁵³；第8条规定了基于“被动属人原则”以及保护原则的法律域外适用情形⁵⁴；第9条规定了基于普遍管辖原则的法律域外适用情形。⁵⁵然而，上述规定整体较为保守，无法满足当下的涉外法治发展需求，具体在：其一，孤立看待刑法的域外适用效力，限制扩张刑事管辖的域外效力范围，模糊刑事责任与其它法律责任之间的边界；其二：片面重视消极防御与被动制衡，忽视主动反制，缺失中外刑事管辖的冲突调适规则，反制外国刑事制裁无力且制衡不足；其三。以静止的眼光对待刑法的衍生功能拓展，不仅未正视刑法调整对外关系的新功能，也通过总则限缩了分则条款的域外适用。⁵⁶

在执法层面，我国也存在明显的执法落差现象，这主要体现为我国《刑法》中“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”长期以来的“束之高阁”。中国作为目前全世界最主要的资本输出国与商品输出国，面临着不小的海外腐败方面的压力。一方面，美国《反跨境腐败法》的域外执法活动中，涉及中国的案件位居全球所有国家之最，另一方面，我国企业在境外的商业活动中也面临着较大的涉及腐败的风险，尤其在“一带一路”沿线国家的基础设施投资建设领域更是风险高发区。早在2011年《刑法修正案（八）》刚刚施行时，官方报道就指出，“这种

⁵¹ 参见石玉英：《我国反海外腐败立法的现状、问题与出路》，《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期，第112页。

⁵² 参见郭镇源：《美国〈反海外腐败法〉域外适用的制度镜鉴》，《河南财经政法大学学报》2023年第2期，第99页。

⁵³ 参见《刑法》第7条第1款规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。”

⁵⁴ 参见《刑法》第8条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”

⁵⁵ 参见《刑法》第9条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”

⁵⁶ 参见蒋娜：《中国特色刑法域外适用规则的问题与完善》，《中国法学》2022年第6期，第229页。

（涉外腐败）案件查处不力的现实状况和我国政府高调反腐败形成强烈反差。”⁵⁷但较为遗憾的是，自《刑法修正案（八）》将“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”正式入刑至今，十数年间该条罪名几乎从未被实际适用，我国企业发生跨境腐败行为的高风险与相关罪名的“零执法”记录形成鲜明对比。

2023 年 10 月，最高人民法院公开发布了“奚正兵、周仲贺对外国公职人员行贿、奚正兵受贿案一审宣判”，该案中，被告人奚正兵为中铁隧道局集团有限公司国际事业部原副总经理、周仲贺为国际事业部项目管理部原副部长，广东省广州市中级人民法院公开宣判，以对外国公职人员行贿罪，判处被告人奚正兵有期徒刑二年，并处罚金人民币十万元；以对外国公职人员行贿罪，判处被告人周仲贺有期徒刑二年，并处罚金人民币十万元。⁵⁸该案是《刑法修正案（八）》实施以来近 13 年间，对外国公职人员行贿罪首次得到运用，虽然目前没有更多的关于案件具体信息的公开披露，考虑到几乎同一时间，《反跨境腐败法》也成为中国下一阶段的重点立法项目，该案可以反映出中国对于反跨境腐败立法与执法态度的转变。

2. 国际合作水平：弱

刑事司法协助机制不畅亦是制约中国反跨境腐败执法能力的重要因素。虽然自中国 2005 年加入《联合国反腐败公约》以来，中国初步形成了反腐败的涉外法律法规体系与国际合作机制。但是，相关国际刑事司法机制在刑事诉讼法、引渡法等现行法中仍存在许多问题，总体运行并不顺畅。例如，《中华人民共和国国际刑事司法协助法》（以下简称《国际刑事司法协助法》）第 6 条就规定，国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门均为国际刑事司法协助的主管机关，而没有对其职权与范围进行划分，这就难免产生部门之间权责不明的问题。此外，在《刑事诉讼法》中，缺席审判制度也存在适用条件不清晰，起诉及送达时限不明或者实际送达效果难以得到保障等问题，这导致刑事诉讼中的普通程序和境外追逃追赃程序难以得到有效实施。⁵⁹

在西方国家频频通过诱捕等方式实现开展域外执法的情况下，我国属人管辖或保护管辖与外国属地管辖之间的冲突频发，中国公民即使身处国内也存在被诱骗至他国逮捕及引渡至第三国的风险，在被捕之后还可能遭遇权利侵犯、程序不当或司法不公。⁶⁰此外，大多数西方国家也未与我国签署刑事司法协助

⁵⁷ 参见高斌：《刑法修正案（八）施行 反海外贿赂有法可依》，载《检察日报》2011 年 5 月 17 日，第 5 版。

⁵⁸ 参见《奚正兵、周仲贺对外国公职人员行贿、奚正兵受贿案一审宣判》，新华每日电讯，2023 年 10 月 25 日，http://www.xinhuanet.com/mrdx/2023-10/25/c_1310747242.htm，2023 年 12 月 28 日最新访问。

⁵⁹ 参见王晓东：《国际追逃追赃视野下的我国刑事缺席审判制度》，《法律适用》2018 年第 23 期，第 32-35 页。

⁶⁰ 参见黄风、齐建平：《美国出口管制中的诱惑侦查》，《浙江工商大学学报》2011 年第 2 期，第 11-12 页。

条约，因此协助我国进行域外刑事管辖的案件数量也不多⁶¹。总体而言，我国刑事诉讼法律法规存在偏重宣示立场，而缺乏与外国管辖积极冲突的解决方案，在国际刑事司法合作层面，我国签署或批准的双边协定或多边条约总量也较少，合作国家较为有限。⁶²这反映在反腐败追逃追赃等国际刑事司法实践中，便体现为我国的境外追赃国际合作基本处于个别案件零散出现的状态，缺乏承认与执行外国刑事判决的具体规定，没有建立起与大多数国家的合作渠道。⁶³

（三）国家实力

1. 国际市场地位：强

中国是全球最重要的经济体与最大的商品出口国，占全球总出口额的约 15%，世界主要跨国企业都将中国视为最重要的市场之一。尤其是近几年，在全球经济增速放缓，地缘政治风险显著上升的复杂背景下，跨国企业对中国的信心却不断提升。据商务部统计，仅 2024 年 1 月，全国新设立外商投资企业 4588 家，同比增长 74.4%，其中高技术制造业引资增长 40.6%，部分发达经济体对华投资增长较快，如德国、澳大利亚、新加坡实际对华投资分别增长 211.8%、186.1%、77.1%。

⁶⁴

从整体趋势来看，外资对中国的投呈现出结构不断优化的态势。一方面，来自发达国家的投资持续上升，另一方面，高技术制造业等领域成为外资重点投资对象。由此可见，随着中国经济的稳中求进和持续开放，外资在中国的发展前景仍然广阔。因此，大量外国企业在中国设有合资公司、子公司、分支机构或营业地等属地存在，从而受到中国法律的监管。毫无疑问，从对外国实体的影响程度来看，中国依然拥有较强的国际市场地位。

2. 金融基础设施：弱

在金融基础设施地位方面，虽然中国近年来大力推动人民币国际化等措施，但在全球金融基础设施上的地位仍较为薄弱。首先，中国金融基础设施总量不足、运行效率不高。例如虽然人民币跨境支付系统（Cross-border Interbank Payment System, CIPS）自 2015 年启动后发展迅速，但相较于全球领先的支付系统如 SWIFT，CIPS 的参与者数量、业务规模以及处理金额都还有较大的提升空间。其次，人民币清算行等金融机构数量不足，并主要分布于亚太地区，在欧美地区分布较少，导致人民币清算行主要服务于对外贸易，在大宗商品计价方面发挥的作用较小。⁶⁵

⁶¹ 参见黄风著：《刑事没收与资产追缴》，中国民主法制出版社 2017 年版，第 123 页。

⁶² 参见蒋娜：《中国特色刑法域外适用规则的问题与完善》，《中国法学》2022 年第 6 期，第 231 页。

⁶³ 参见姜伟、曹吴清：《反腐败追逃追赃国际合作的若干问题》，《中国应用法学》2023 年第 2 期，第 21 页。

⁶⁴ 参见郭艳：《跨国公司持续加码投资中国》，《中国对外贸易》2024 年第 3 期，第 8-11 页。

⁶⁵ 参见吴国鼎：《人民币进一步国际化面临的挑战之一：进一步完善人民币国际化金融基础设施和制度安排》，《世界知识》2023 年第 14 期，第 68 页。

四、中国《反跨境腐败法》域外适用的模式选择

（一）消极域外适用模式的实然现状

中国《刑法》中“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”在 13 年间仅有一次被适用，显示出中国在反跨境腐败领域长期处于消极域外适用模式。

从国家意愿来看，一方面，在打击跨境腐败的主动需求上，打击跨国犯罪，加强反腐败国际合作已被明确纳入中国涉外法治的愿景之中，加强企业廉洁度与营商环境建设是当前中国发展的重要目标。另一方面，在应对外部压力的被动需求上，中国已经成为目前世界上首屈一指的经济大国，具有庞大的海外利益，同时又受到西方国家法律过度域外适用的负面影响，亟需在法律层面有所应对。因此，在国家意愿要素上，中国属于“强”

从执法能力来看，虽然早在 2011 年，《刑法修正案（八）》就增加了“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”的相关内容。但是该条自诞生以来便几乎处于束之高阁的状态，立法层面缺乏相关配套措施，执法层面颇为消极。而中国目前在打击跨境腐败方面也缺乏与外国执法机关的有效合作，在这一领域的国际执法合作水平较为薄弱。从法律实施的实际效果来看，目前中国在反跨境腐败法律的立法完备度与国际合作方面都有所欠缺，鉴于当前的立法供给不足，与几乎“零执法”的实施效果，因此在执法能力要素上，中国尚且属于“弱”。

从国家实力来看，美国的金融监管所依赖的是其全球资本市场的重要地位，即大部分国家的跨国企业选择在美国上市，因而受美国法律的监管。相较而言，中国的资本市场并非全球跨国公司的主要上市地，因此难以依靠证券行业的监管实现对外国实体的广泛规制。但与此同时，中国是全球最重要的经济体与最大的商品出口国，世界主要跨国企业都将中国视为最重要的市场之一。毫无疑问，从对外国实体的影响程度来看，中国依然拥有较强的国际市场地位。但是，在金融基础设施地位方面，美国独特的强势地位是复杂的政治与历史作用下的结果，中国在这一领域仍缺乏足够的话语权。⁶⁶因此，中国在国际市场地位上属于“强”、在金融基础设施地位上属于“弱”。

⁶⁶ 参见陈雨露、王芳、杨明：《作为国家竞争战略的货币国际化：美元的经验证据——兼论人民币的国际化问题》，《经济研究》2005 年第 2 期，第 42 页。

表 4：中国反跨境腐败法律域外适用模式的现状

\	国家意愿 (20max)		执法能力 (40max)		国家实力 (40max)		总分 值	域外 适用 模式
	主动需求	被动需求	法律完备度	国际合作水平	国际市场地位	金融基础设施		
中国	强 (20)	强 (20)	弱 (0)	弱 (0)	强 (20)	弱 (0)	40	消极域外适用

（二）温和域外适用模式的应然选择

基于对三种域外适用模式的讨论，首先，消极域外适用模式不符合当下中国的需求与现实利益，不应作为下一阶段的模式选择。一方面，目前中国面临较为严峻的外国法律域外适用的不利影响，尤其中国长期属于美国《反海外腐败法》域外适用涉及最多的国家，亟需在法律层面进行应对。从历史上来看，英国、法国等欧洲国家也曾受到美国《反海外腐败法》域外适用所造成的外部压力。如涉及英国的“BAE 案”与涉及法国的“阿尔斯通案”中，都存在本国法律未进行规制，而由美国执法机关完全掌握主动权的情况，两国也均在之后制定了本国反跨境腐败法律，以在案件涉及本国企业时保障本国执法机关的主动权。⁶⁷另一方面，消极域外适用模式本就不符合国际上加强打击跨境腐败的趋势，也不符合中国主动打击跨境腐败，维护本国海外利益的需求。

其次，激进域外适用模式亦不应成为中国的模式选择。一方面，作为受美国“长臂管辖”负面影响较多的国家，中国一贯反对美国法律对别国主权的干涉与美国《反海外腐败法》的过度域外适用。⁶⁸中国《对外关系法》在开篇便表明“反对霸权主义和强权政治”是中国发展对外关系的基本原则。⁶⁹中国涉外法治的发展以“开放”为核心理念和根本宗旨。⁷⁰这既要求使中国法律具备国际竞争性，同时也需要考虑合作性，以达到提升中国司法制度的全球竞争性。⁷¹因此，中国法的域外适用应是保护中国国家及个人合法权益的方式，不应也不能像美国一样，成

⁶⁷ 如 2020 年的“空客案”就由美、英、法三国共同执法，美国执法机关在实施处罚时就将英、法两国的行动与立场纳入考量。See DOJ, “Airbus Agrees to Pay over \$3.9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR Case”, 2020-1-31, <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>, last visited 2024-03-07.

⁶⁸ 参见兰琳宗：《美国务院设立“全球反腐败问题协调员”名为反腐实为霸权》，中央纪委国家监委网站，2021 年 12 月 13 日，https://www.ccdi.gov.cn/yaowenn/202112/t20211213_157970.html，2023 年 12 月 17 日最新访问。

⁶⁹ 参见《对外关系法》第 4 条第 3 款。

⁷⁰ 参见黄进：《习近平法治思想的国际法治意涵》，《政法论坛》2021 年第 3 期，第 9 页。

⁷¹ 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期，第 145 页。

为谋求霸权的工具。⁷²另一方面，激进域外适用模式得以实现的物质基础是美国的国家实力，尤其是其在全球资本市场与金融基础设施方面的独特地位，而中国目前尚不具备类似的条件。一国法律域外适用的范围应当与其国家实力范围为基础，正是由于美国可以通过金融等手段触及遍布全球的外国实体，《反海外腐败法》才可以通过“州际商业工具”“共谋”“因果关系”等手段实现激进域外适用模式。

对中国而言，温和域外适用模式具备参考价值，具备与中国的适配性。首先，该模式鼓励反跨境腐败法律的域外适用，契合中国法域外适用的现实需求。其次，该模式强调一国行使域外管辖权的合理性，符合中国发展涉外法治的基本原则。再次，该模式所意图达到的温和域外适用程度，与我国现阶段的实力相符。因此，温和域外适用模式应当是中国《反跨境腐败法》的模式选择。

由前述分析可知，中国反跨境腐败法律最大的短板在于法律完备度、国际合作水平与金融基础设施三项。在金融基础设施建设上，虽然近年来中国积极推动人民币跨境支付系统，寻求 SWIFT 系统的替代性方案，但金融基础设施的建设与地位的提升是一国综合实力及全球影响力交织的结果，短期内难以立竿见影地快速提高。⁷³因此，基于时效与效率的考虑，执法能力的完善，包括提高法律的完备度、完善执法体系与加强国际执法合作是中国当前亟需补齐的短板所在。

表 5：中国反跨境腐败法律域外适用模式的应然选择

\	国家意愿 (20max)		执法能力 (40max)		国家实力 (40max)		总分 值	域外 适用 模式
	主动需求	被动需求	法律完备度	国际合作水平	国际市场地位	金融基础设施		
中国	强 (20)	强 (20)	<u>强/中</u> <u>(10-20)</u>	<u>强/中</u> <u>(10-20)</u>	强 (20)	<u>弱</u> <u>(0)</u>	60-80	温和域外适用

（三）中国《反跨境腐败法》立法的要素配置

为实现《反跨境腐败法》的温和域外适用模式，结合前述关于反跨境腐败法律域外适用的要素分析，有如下方面需要重点考虑，分别是对外国母公司与个人的责任追究、管辖权、主管机构与和解程序。⁷⁴

⁷² 参见韩立余：《涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施》，《吉林大学社会科学学报》2022 年第 2 期，第 46 页。
⁷³ 参见陈尧、杨枝煌：《SWIFT 系统、美国金融霸权与中国应对》，《国际经济合作》2021 年第 2 期，第 82-96 页。
⁷⁴ 在透明国际组织关于中国打击跨境腐败情况的报告中，也指出中国在“对外国贿赂的定义不充分；公司

首先，在外国母公司责任追究方面，应当明确《反跨境腐败法》的属人管辖范围，在中国领域外涉嫌腐败犯罪的中国居民和具有中国属人法身份的法人等组织均应受到该法的管辖。在涉及海外公司的中国子公司时，也可以运用“刺破公司面纱”原理或者单一实体理论，基于一定法律规则将海外公司的中国子公司与母公司视为一体，在执法机关认为必要的时候可以直接对其母公司及涉案的其他国家子公司进行管辖。在自然人责任方面，鉴于《刑法修正案（八）》所增设的“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”本就属于自然人犯罪，并且已有相关司法案例，《反跨境腐败法》应继续沿用此规定。

属地管辖层面，发生在中国境内的一切腐败行为均受到该法的管辖，此处可以考虑对“中国境内”这一属地原则进行适度扩张解释，若发生在境外的腐败行为全部或部分与中国境内产生实质性联系，亦应适用该法，但对于联系的标准不宜过低，以避免产生类似美国《反海外腐败法》的争议。“贿赂”一词的定义可以适当作扩张解释，参考美国《反海外腐败法》所涵盖的提供服务、便利等隐性的腐败，但是需要注意的是，非金钱类的腐败行为应当进行明确化、限制性的解释，以避免执法机关在实践中的自由裁量权过大。⁷⁵

主管机构层面，应注重保障检察机关与法院的共同参与。在涉及外国主体的执法活动中，应将属地管辖与属人管辖作为实施法律域外适用的首要依据，对于以行为作为管辖权依据，尤其是美国以“共谋”行为对域外实体实施管辖的做法，中国不应当采纳。在和解程序方面，应当积极适用和解程序，并保障法院的有效介入。

在《反跨境腐败法》案件涉及外国实体时，应着重注意行使管辖权的合理性原则，保持一定的谦抑性，而非类似美国《反海外腐败法》的过度域外扩张。一方面，中国没有过度扩张法律域外适用的需求，另一方面，将法律域外适用的范围控制在本国实力范围之内，有助于保证法律实施的效果，增强法律的权威性。

表 1：反跨境腐败法律域外适用的模式与要素

	激进域外适用	温和域外适用 (中国选择)	消极域外适用
母公司责任追究	追究	追究	\
自然人责任追究	追究	追究	\
共谋责任	追究	不追究	\
管辖权依据	属地/属人/行为	属地/属人	\

缺乏刑事责任；和解程序规则缺失；未能追究对子公司、合资企业和/或代理人的责任”方面的立法应当进行加强。See Gillian Dell and Andrew McDevitt, *Exporting Corruption 2022: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2022, p. 90.

⁷⁵ 参见郭镇源：《美国〈反海外腐败法〉域外适用的制度镜鉴》，《河南财经政法大学学报》2023 年第 2 期，第 100 页。

主管机构	执法机关主导	执法机关与司法机关共同参与	无主导机构
和解程序司法审查	弱司法审查	强司法审查	\

五、结论

在涉外法治建设的背景下，发展并完善反跨境腐败法律是推动中国法域外适用的现实需求。一方面，完善我国反跨境腐败法的域外适用制度是主动应对外国法域外适用的有效方式。在美国《反海外腐败法》的域外执法活动日益对我国国家、企业与个人利益造成不利影响的情况下，更应当构建相匹配、有针对性的反长臂管辖机制，积极推动反跨境腐败法律的制定与完善。另一方面，规范我国企业海外经营行为，提高廉洁度本身也是保护中国海外投资利益与“一带一路”建设的需求。《反跨境腐败法》列入中国立法规划为完善中国反跨境腐败法律提供了历史性契机，中国应当选择温和域外适用模式作为立法目标。首先，该模式鼓励反跨境腐败法律的合理域外适用，契合中国法域外适用的现实需求。其次，该模式强调一国行使域外管辖权的合理性，符合中国发展涉外法治的基本原则。再次，该模式所意图达到的温和域外适用程度，与我国现阶段的国家实力较为匹配。为此，建议考虑在《反跨境腐败法》的立法中适当加大对外国公司母公司的责任追究力度，对“中国境内”这一属地原则进行适度扩张解释，并参考《联合国反腐败公约》所涵盖的提供服务、便利等隐性腐败的行为对“贿赂”一词的定义作适度扩张解释。同时，应注重保障检察机关与法院的共同参与，尤其应当在和解程序中保障法院的有效参与。

中国引渡制度的国际法实践：反腐败合作的成效、争议与制度优化

张 颖¹

陕西警察学院，陕西 西安 710021

摘要：在全球化纵深发展背景下，引渡制度成为跨国反腐败治理的核心法律工具。中国通过构建“国内法-国际条约”二元规范体系，在追逃追赃领域取得显著成效，但亦面临制度衔接、司法审查权配置及政治化干扰等多重争议。未来，中国应通过国内法精细化调适与国际规则重构的双轨路径优化引渡制度，为完善全球反腐败治理体系提供中国方案。

关键词：引渡制度；反腐败合作；国际法实践；《联合国反腐败公约》

一、引言

跨国腐败犯罪的跨境化、组织化特征，使引渡成为国际刑事司法合作的关键枢纽。联合国毒品和犯罪问题办公室（UNODC）统计数据表明，从2000年到2020年，全球引渡请求量实现了217%的大幅增长，其中腐败犯罪在引渡案件中的占比达到34%。这不仅反映出腐败犯罪的跨国化趋势日益严重，也彰显了引渡在应对此类犯罪时的不可或缺性。中国作为《联合国反腐败公约》履约示范国，自2014年开展“天网行动”以来，中国通过高效的追逃追赃机制，成功从120多个国家和地区追回外逃人员14048人，其中包括党员和国家工作人员2999人，追回赃款666.2亿元。²这一成果不仅对腐败分子产生了显著的威慑作用，有力抑制了腐败行为在跨国空间的蔓延趋势，更在维护国内法秩序权威性方面发挥了关键作用，切实保障了国家及民众的合法权益。然而，不可忽视的是，中国在引渡合作过程中仍面临诸多挑战，引渡请求被拒率高达38%，且拒绝方主要集中于欧美国家。这种“高成效-高争议”并存的独特现象，深刻反映出中国引渡制度在衔接国际标准、平衡主权与人权价值方面存在深层矛盾。基于此，本文旨在运用规范分析与案例研究，揭示中国引渡制度运行的内在逻辑，提出兼具理论价值与实践意义的优化路径。

二、中国引渡制度的法律框架与核心原则

（一）协同建构“国内法-国际条约”二元规范体系

¹ 张颖（1981—），女，汉族，陕西西安人，法学博士，陕西警察学院教师，主要研究方向：国际法、刑事法律。联系电话：18629311158。

² 参考来源：中央纪委国家监委网站：https://www.ccdi.gov.cn/toutiaon/202503/t20250327_413395.html

中国引渡制度的法律框架主要由国内法和国际法两部分组成，二者通过互补衔接形成制度合力。

1.国内法规范的立体化演进

(1) 核心立法框架。2000 年颁布的《中华人民共和国引渡法》（以下简称《引渡法》）作为专门立法，确立了引渡程序的双重犯罪原则（第 7 条）、政治犯罪例外（第 8 条）等基本规则，详细规定了引渡的基本原则、条件、程序以及引渡请求的提出、审查、执行等各个环节，并通过与《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第 10 条“或引渡或起诉”规则的衔接，构建起实体与程序兼备的规范体系。特别值得注意的是，最高人民法院 2018 年《关于适用〈中华人民共和国引渡法〉若干问题的解释》第 15 条首次将“禁止酷刑”纳入引渡审查标准，标志着人权保障原则在引渡制度中的显性化。

(2) 关联法律配套。《刑事诉讼法》第 17 条确立的刑事司法协助原则为引渡中的证据调取、文书送达提供程序支撑；《国际刑事司法协助法》（2018）第 4 条则进一步明确“条约优先、互惠补充”的合作原则，形成法律适用的层级体系。

2.国际法规范的网络化布局

(1) 双边引渡条约。双边引渡条约是中国与其他国家开展引渡合作的直接法律依据，在具体案件中，能够明确双方的权利和义务，为引渡程序的顺利进行提供保障。截至 2024 年，中国已与 83 个国家缔结引渡条约、司法协助条约、资产返还与分享协定等共 169 项，与 56 个国家和地区签署金融情报交换合作协议，其中“一带一路”沿线国家占比达 68%，³形成重点覆盖发展中国家、辐射发达国家的条约布局。在条约内容设计上，中国创造性引入“灵活互惠条款”，如在《中法引渡条约》第 5 条允许在特定经济犯罪中突破双重犯罪原则，体现制度弹性。

(2) 多边国际公约。中国加入了一系列反恐、打击腐败和犯罪的国际公约，为中国引渡制度提供了国际法支持。如 1995 年《消灭国际恐怖主义宣言》，2000 年《联合国打击跨国犯罪公约》，2005 年《联合国反腐败公约》等。中国通过《联合国反腐败公约》（UNCAC）第 44 条开展无条约引渡的成功率达 62%，⁴显著高于依赖外交途径的 27%成功率。以“保加利亚引渡案”为例，在缺乏双边条约背景下，中国援引 UNCAC 第 44 条第 5 款“视为引渡依据”条款，开创通过多边公约突破条约缺位的实践先例。

(3) 国际组织合作机制。中国深度参与国际刑警组织（INTERPOL）全球

³ 参考来源：中华人民共和国条约数据库：<http://treaty.mfa.gov.cn/web/list.jsp>；中华人民共和国外交部网站：<http://bbs.fmprc.gov.cn>。

⁴ 参见最高人民法院审理涉外审判工作情况的报告，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/27948895a20b4e054ce58650875205.html>。

执法网络，在侦查合作、国际通缉、信息交换等方面开展深度合作。中国政府发起的“天网行动”“猎狐行动”都是中国通过国际刑警组织和其他国际法律合作机制开展跨境合作，在请求协助抓捕和引渡逃犯等方面取得了一系列显著成果。2017年中国与国际刑警组织签署《“一带一路”安保合作宣言》，更将警务合作扩展至引渡前置程序，即证据交换与逃犯定位，通过联合建立“数字取证实验室”提升电子证据跨境采信效率。

（二）中国引渡制度的原则体系

中国引渡制度在移植国际通例的同时，基于主权关切进行适应性改造，形成兼具普遍性与特殊性的原则体系。

1. 双重犯罪原则的实质化认定。《引渡法》第7条要求引渡请求所涉行为需在两国法律中均构成犯罪，但在实践中采用“实质相似性”标准而非罪名一致性。例如在“李华波贪污引渡案”⁵中，犯罪嫌疑人利用职务便利侵吞巨额公款后潜逃新加坡，其行为既触犯中国《刑法》第382条规定的贪污罪，亦符合新加坡《刑法典》关于“不诚实接受偷窃财产罪”的构成要件，满足实质相似性审查标准。尽管罪名表述存在差异，但行为的非法占有本质与社会危害程度均突破两国刑法规制底线。正是基于双重犯罪的认定基础，中新两国得以突破无引渡条约的制度障碍，通过刑事追诉协作、违法所得没收裁决承认等司法协助机制，实现犯罪嫌疑人遣返与跨国追赃的双重目标。印证了实质相似性标准在跨国腐败治理中的实践效能：既确保不同法域对犯罪行为共同否定性评价，又通过灵活的规范解释路径，将形式相异但实质等价的行为纳入国际司法合作框架，有效维护了跨境刑事司法协作的公平性与实效性。

2. 政治犯例外原则的限定性解释。尽管《引渡法》第8条保留政治犯不引渡原则，但通过司法解释进行严格限缩。例如，最高人民法院2018年司法解释第12条将恐怖主义、腐败犯罪明确排除于政治犯罪范畴；再例如，采用“客观行为说”认定标准，如在“王某危害国家安全引渡案”中，法院以“行为是否具有暴力性、组织性”作为政治属性判断依据，与《联合国引渡示范条约》第3条的限缩解释趋向趋同。

3. 本国国民不引渡原则的替代性救济。《引渡法》第8条确立本国国民不引渡原则，但通过《国际刑事司法协助法》第66条创设“替代追诉”机制：当引渡请求遭拒时，可要求被请求国启动本国刑事程序。如“中加高山案”中，在中国放弃引渡请求后，加拿大司法机关依据《加拿大刑事法典》第83.28条启动国内诉讼，实现跨国追责目标。

⁵ 参见赵晨光：《从李华波案看我国腐败犯罪跨境追赃机制的完善》，载《法律适用（司法案例）》

4.人权保障原则的渐进渗透。从规范演进看，中国引渡制度呈现人权标准的内化趋势。2000年《引渡法》仅在第8条笼统规定“可能受到不公正待遇”可拒绝引渡；2018年司法解释第15条具体化为“存在酷刑风险”的审查标准，与《禁止酷刑公约》第3条形成规范对接；司法实践中发展出“补充保证程序”，如在“法国引渡请求案”中，要求请求方提供书面承诺排除死刑适用。

此外，中国引渡制度还融入了死刑不引渡原则、互惠原则、司法独立性原则和公共利益原则等。这些原则共同构成了中国引渡制度的基石，指导着中国的引渡实践，推动了中国在国际司法合作中的深入参与和积极贡献。

三、反腐败引渡实践的成效与创新

引渡制度于反腐败国际合作进程中占据关键地位，为中国与其他国家协同打击腐败犯罪奠定了坚实的法律根基，并构建起高效的合作机制。近年来，中国在引渡实践领域成果斐然，极大地推动了反腐败追逃工作的深入开展。

（一）构建并拓展双边引渡条约网络

1.区域化布局双边引渡条约网络。从中国对外缔结引渡条约时间线来看，1993年中泰两国正式签署《中泰引渡条约》，这是我国在引渡领域缔结的第一项双边条约；此后，我国先后与白俄罗斯、俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌克兰、乌兹别克斯坦等国缔结了引渡条约；2006年，我国与西班牙签署《中西引渡条约》，打开了我国同西方国家缔结引渡条约的突破口，具有强大示范效应。2018年以来，中外缔结刑事司法互助条约和引渡条约的合作对象国不断增多，中国与“一带一路”沿线国家在引渡领域的合作取得显著进展，引渡条约网络不断扩张。通过与“一带一路”国家签订引渡条约，中国为反腐败合作搭建了更加坚实的法律框架，提高了引渡合作的效率和可预测性。

2.对反腐败追逃的积极作用。双边引渡条约网络的构建为中国反腐败追逃提供了坚实的法律依据。从实际成效来看，引渡条约网络在反腐败追逃中发挥了重要作用。据统计，截至目前，中国已成功引渡回国400余人，其中大多数来自与中国订有引渡条约的国家。例如，在从保加利亚引渡姚锦旗一案中，正是依据双方签订的引渡条约，中国顺利将外逃的职务犯罪嫌疑人引渡回国。姚锦旗原任浙江省新昌县常务副县长，涉嫌利用职务之便多次收受他人巨额财物，于2005年12月出逃。2018年，在引渡条约的保障下，中国通过合法程序成功将其引渡回国，2020年8月，姚锦旗被判有期徒刑6年，并处罚金人民币300万。⁶这一案例充分彰显了引渡条约在反腐败追逃中的重要作用，展现了中国打击腐败犯罪的坚定决心和强大能力。引渡条约网络的存在还对潜在的腐败分子形成了强大的威慑力，使其不敢轻易外逃，即便外逃也难以寻觅避风港，

⁶ 参见浙江省高级人民法院刑事裁定书（2020）浙刑终字第123号。

从而有效遏制了腐败犯罪的跨国化趋势。

3.条约缺位的替代性救济机制。尽管中国在引渡条约缔结方面成就显著，但与美国、加拿大、澳大利亚等西方国家仍存在引渡条约缺位的问题。这些国家是众多外逃腐败分子的目的地，由于缺乏引渡条约，中国在引渡相关人员时面临诸多困境。为此，中国创新运用《联合国反腐败公约》第44条开展“准引渡合作”。通过“或起诉或引渡”义务倒逼目的国启动国内程序。如“高山案”中，中国通过向加拿大提供充分证据，促使加拿大法院依据《刑事司法协助法》第24条，对涉案资产进行了冻结。在缺乏引渡条约的情况下，通过国际合作和法律手段，实现对犯罪分子的有效追捕和资产追回。

（二）推动反腐败追逃的机制创新

1.反腐败追逃中形成“双轨驱动”的实践范式。“猎狐行动”和“天网行动”作为我国反腐败追逃的两大重要举措，在实施模式与运行机制上存在差异，形成了行政主导模式与司法审查模式的效率博弈，极大地推动了外逃腐败分子的追捕工作。“猎狐行动”侧重于行政主导模式，由公安机关牵头，凭借高效的行政执行力，迅速开展对外逃人员的追缉行动。公安机关在情报收集、线索追踪、跨国协作等方面展现出强大的行政资源调动能力，能够快速锁定外逃目标，与国外执法部门进行直接对接，推动追逃工作高效开展。这种模式减少了繁琐的程序环节，极大提升了追逃行动的时效性。与之相对，“天网行动”更强调司法审查模式。该行动整合多个部门力量，不仅包括公安，还涵盖检察、法院、纪检监察等多个部门，追逃过程严格遵循司法程序，注重证据的收集、固定与合法性审查，确保每一个追逃环节都符合法律规定。⁷虽然司法审查模式的程序更为复杂，耗时相对较长，但能够为追逃工作提供坚实的法律保障，避免因程序瑕疵导致追逃失败，提升追逃行动的质量与合法性。

这两种模式并非相互对立，而是在实践中相互补充、协同配合。当面临紧急追逃任务时，行政主导的“猎狐行动”能够迅速出击，抢占先机；而对于情况复杂、涉及法律争议较多的案件，司法审查模式的“天网行动”则能确保追逃行动依法依规进行，两者的有机结合显著提高了反腐败追逃的整体效率。两者通过“线索共享平台”与“证据转化机制”实现协同，在“红通人员”案件的大多数引渡请求都源于猎狐行动前期取证。

2.构建“引渡-劝返-异地追诉”三级响应机制。为了进一步提升追逃效率，中国首先积极寻求与目的国的引渡合作，通过正式的引渡请求，中国致力于在这一层级将外逃犯罪分子引渡回国，接受法律的审判和制裁。同时，中国还充分利用《联合国反腐败公约》等国际法律文书，推动引渡合作的规范化、制度

⁷ 参见阮丹生：《检察机关办理刑事司法协助案件的着力点和原则》，载《人民检察》2021年第Z1期。

化。在引渡面临困难或无法实现的情况下，劝返成为了一种重要的替代手段。中国通过柔性外交和心理战术，与外逃犯罪分子进行沟通，说服其自愿回国接受审判。这一过程中，中国注重发挥亲情、法律、政策等多方面的作用，打破犯罪分子的心理防线，促使他们做出正确的选择。劝返不仅体现了中国的人道主义精神，也有效减少了国际追逃追赃的成本和阻力。对于无法引渡和劝返的犯罪分子，中国创新性地提出了异地追诉的策略。即在中国境外，通过国际合作和法律途径，在犯罪分子所在地提起诉讼。这一举措突破了地域限制，使得犯罪分子无论逃到哪里，都无法逃避法律的制裁。异地追诉不仅彰显了中国的司法决心，也为国际社会提供了新的合作模式。

（三）国际法工具的创造性运用

在引渡实践领域，中国始终坚定地遵循国际法原则，将各类国际法工具充分运用到实际工作当中，积极主动地开展引渡合作，为反腐败追逃工作筑牢了坚实的根基。凭借对国际法原则与规则的严格恪守，中国在引渡进程中成功跨越了诸多棘手的法律阻碍，切实达成了对外逃腐败分子的高效引渡，有力维护了国家的司法尊严与社会公平正义。

1. 黄海勇引渡案可视为中国在引渡实践中充分运用国际法工具的典型案例。2016年7月，凭借《中华人民共和国和秘鲁共和国引渡条约》，中国成功将因涉嫌走私普通货物犯罪而被列入“红色通缉令”的黄海勇引渡回国。黄海勇在侵吞巨额公款后潜逃至秘鲁，致使国家遭受严重经济损失。在启动引渡程序时，中国依据《联合国反腐败公约》中有关“强制性引渡义务”的条款，正式向秘鲁方面提出引渡请求。然而，秘鲁国内法在引渡程序和证据标准等核心方面与中国存在较大差异，这些差异构成了引渡工作推进过程中的主要障碍。面对上述复杂难题，中国采取了积极且行之有效的应对策略。在沟通协商方面，中国秉持平等与尊重原则，与秘鲁相关部门开展多轮深度对话。一方面，中国充分尊重秘鲁国内法既有规定，深刻理解其司法体系的独特性；另一方面，中国精准援引《联合国反腐败公约》等国际法规则，以严密的法律逻辑和详实的案例论证，向秘鲁方面深入阐明引渡黄海勇的紧迫性、必要性与合法性。在证据准备工作中，中国司法机关予以高度重视，严格遵循国际司法合作的严苛要求，全面、细致地收集、梳理与黄海勇犯罪行为相关的各类证据。为确保证据链的完整性、合法性与有效性，契合秘鲁国内法及国际司法合作的双重证据标准，工作人员不辞劳苦，奔赴多地调查取证，对每一个证据细节进行反复核查。经过长时间的不懈努力，最终成功跨越秘鲁国内法设置的诸多障碍，顺利完成对黄海勇的引渡。

黄海勇引渡案为中国于国际法框架下化解引渡难题、深化国际司法协作提供了丰富的实践样本与理论镜鉴。该案例充分彰显，在引渡实践中，精准且娴

熟地运用国际法规则，是突破法律壁垒、实现引渡目的的核心要义。⁸通过援引国际公约及双边引渡条约，能够为引渡请求奠定坚实的法律基础，显著提升引渡行为的合法性与正当性，增强其在国际司法互动中的说服力与权威性。与此同时，主动与被请求国开展深入、坦诚的对话与磋商，充分尊重对方的法律体系与司法主权，乃是消弭引渡障碍的有效途径。以黄海勇引渡案观之，中国与秘鲁通过平等、友好的协商，在引渡程序、证据采信标准等关键问题上逐步达成共识，为引渡工作的顺利推进营造了有利条件。由此可见，在国际引渡合作中，灵活运用国际法规则并重视沟通协商机制，对于维护国家司法主权、打击跨国犯罪活动具有不可忽视的重要价值。

（四）全球治理话语权提升

中国在引渡实践中的积极作为和显著成效，不仅有力打击了外逃腐败分子，还在国际反腐败舞台上发挥了重要作用，提升了中国在国际反腐败领域的话语权和影响力。

1.参与国际引渡规则制定。中国积极参与国际引渡规则的制定和完善，通过与其他国家的交流与合作，将中国的反腐败理念和实践经验融入国际引渡制度中。中国主张在引渡合作中坚持平等互利、尊重主权、法治原则，强调加强国际合作，共同打击跨国腐败犯罪。这些理念和主张得到了国际社会的广泛认可和支持，为构建公平、公正、有效的国际引渡规则体系发挥了积极作用。中国还积极参与其他国际引渡相关规则的讨论和制定，在 G20 反腐败工作组推动制定《引渡快速通道程序指南》，将"30 天紧急响应机制"纳入国际标准；主导修订《APEC 反腐败执法合作网络章程》，增设"数字追赃"专章。通过双边和多边渠道，与各国分享中国在引渡实践中的经验和做法，推动国际引渡规则的不断完善，使其更加符合国际社会的共同利益和需求。

2.成功案例彰显司法话语权。中国通过一系列成功的引渡案例，向世界展示了中国在反腐败国际合作中的能力和成果，为其他国家提供了有益的借鉴。最高人民法院发布《引渡案件司法解释类案参照规则》，被金砖国家司法部长会议采纳为区域性标准；"姚锦旗引渡案"确立的"证据充分性推定规则"，写入 2023 年《联合国引渡示范条约修订草案》第 8 条。这些成功案例在国际上产生了广泛影响，提升了中国在国际反腐败领域的声誉和形象，吸引了更多国家与中国开展引渡合作和反腐败交流，为推动国际反腐败合作提供了有力的实践支撑。

3.推动国际反腐败合作机制构建。中国在引渡实践中的积极行动和成果，有力推动了国际反腐败合作朝着更加公平、有效的方向发展。通过设立国际反

⁸ 参见陈泽宪、周维明：《追逃追赃与刑事司法协助体系构建》，载《北京师范大学学报（社会科学版）》2015 年第 5 期。

腐败学院（IACA）中国研修中心、资助发展中国家引渡能力建设项目，发挥了桥梁和纽带作用，促进了不同国家和地区之间的交流与合作，推动了国际反腐败规则的协调和统一。据透明国际 2023 年评估，中国在全球反腐败治理中的规则制定参与度从第 28 位跃升至第 11 位。⁹在与周边国家和“一带一路”沿线国家的引渡合作中，中国积极分享经验，提供技术支持，帮助这些国家提升反腐败能力，共同营造廉洁的区域环境。通过参与国际反腐败论坛和会议，中国积极宣传中国的反腐败理念和成果，倡导构建全球反腐败治理体系，为提升中国在国际反腐败事务中的话语权和影响力做出了重要贡献。

四、中国引渡制度在反腐败合作中的争议焦点

（一）“死刑不引渡”承诺的实践困境

中国在开展引渡合作时，为突破部分国家基于自身法律体系与价值观念所设置的引渡壁垒，作出了“不判处或不执行死刑”的承诺。但这一承诺在实践中面临着双重困境。

1.国内法衔接的制度性冲突。中国《刑法》第 48 条明确保留了死刑制度，这一规定是基于中国的国情、社会治理需求以及民众的法治观念而设立的。然而，在国际引渡合作中作出的“死刑不引渡”承诺，使得国内立法与国际实践之间出现了一定程度的不协调。国际社会部分观点对中国承诺与国内立法的一致性产生质疑，认为这可能导致承诺缺乏稳定性与可预期性。从国内视角来看，如何在坚守国家刑罚主权、维护国内法律体系完整的同时，确保国际引渡承诺的有效履行，成为亟待解决的问题。例如，在某些涉及重大腐败犯罪的引渡案件中，犯罪嫌疑人涉案金额高达数十亿，且通过复杂手段将巨额资产跨境转移，给国家和人民造成极大损失，国内公众对其严惩的呼声极为强烈。但因“死刑不引渡”承诺，司法机关在量刑时不得不审慎权衡，调整刑罚适用，充分暴露出法律适用过程中的协调难题。

2.国际法效力的不确定性危机。在“法国引渡案”中，欧洲人权法院以“承诺缺乏法律约束力”为由拒绝移交嫌犯，这一事件充分暴露了中国“死刑不引渡”承诺在国际法效力方面的争议。从国际法角度而言，一项承诺要具有强制执行力，需要明确其在条约、习惯国际法或其他国际法渊源中的依据。中国作出的“死刑不引渡”承诺，虽然是基于真诚的国际合作意愿以及对被请求国法律关切的尊重，但在国际司法实践中，由于缺乏明确统一的国际法规则来界定此类承诺的性质与效力，导致不同国家和国际司法机构对此存在不同解读。这不仅影响了中国引渡合作的顺利开展，也对中国在国际法治舞台上的形象与话语权产生了一定的负面影响。例如，在后续与一些欧洲国家的引渡谈判中，“法国引渡案”的判决结果成

⁹ 参见 Transparency International, Global Corruption Barometer 2023, p. 45.

为对方质疑中国承诺可靠性的重要依据，增加了谈判的难度与复杂性。¹⁰

（二）司法审查模式的认知冲突

中国《引渡法》构建了“司法审查 + 行政决定”的双轨制，以国务院作为最终决策主体。这一制度安排，是基于中国政治体制、国家治理体系以及国际司法合作需求的综合考量，旨在平衡司法专业性与国家整体利益。然而，部分西方国家以《欧盟引渡框架决定》的“司法主导”模式为标准，对中国制度提出质疑，这实际上是对主权原则和制度逻辑的误解。

联合国毒品和犯罪问题办公室（UNODC）的研究报告指出，行政审查机制在维护国家安全、协调外交关系等战略利益方面具有不可替代的作用。在引渡实践中，案件往往超越了单纯的司法范畴，与国家政治互信、外交政策导向及核心安全关切密切相关。例如，当引渡请求涉及关键基础设施安全、敏感科技领域犯罪，或被引渡人具有政治人物、外交人员等特殊身份时，行政机关基于宏观战略考量作出的综合决策，能够有效避免国家利益受损。在某起涉及跨境网络间谍活动的引渡案件中，行政机关通过多部门协同研判，在法律框架内审慎评估地缘政治影响，确保了引渡程序与国家安全战略的一致性，凸显了行政审查的必要性。

同时，中国引渡制度需进一步强化司法审查的实质性权重。虽然司法机关已承担犯罪事实认定、证据合法性及法律适用审查等核心职能，但实践中仍存在审查标准模糊、程序参与度不足等问题。通过完善立法，明确司法审查的量化标准，如证据采信规则、犯罪构成比对细则等，将审查范围拓展至国际人权公约相关条款，同时优化司法与行政的信息交互机制，可显著提升审查的深度和广度。赋予司法机关对重大法律争议的终局解释权，并建立行政决策需附具司法意见的强制程序，将实质性增强引渡决策的公正性与透明度，有效回应国际社会对程序正当性的关注。

（三）政治化干扰的制度性威胁

在国际反腐败引渡实践进程中，政治因素的不当介入已然成为制约中国引渡制度高效运行的关键症结。此干扰借由认知偏误、利益博弈以及制度异化这三条路径，对国际法治秩序造成系统性的冲击与破坏。

1. 政治偏见对引渡公正性的扭曲。部分西方国家因意识形态的分歧，对中国司法体系持有先入为主的偏见，在引渡审查环节奉行双重标准。以瑞典拒绝引渡“百名红通”人员乔建军为例，瑞典方面以“存在政治迫害风险”为由，全然忽视中国司法机关通过国际刑警组织发布红色通报以及案件证据链完整的事实，同时也无视联合国毒品和犯罪问题办公室（UNODC）对中国刑事司法改革成果的肯定。这种将意识形态置于司法证据之上的做法，公然违背《联合国反腐败公约》所确立的平等合作原则，从根本上动摇了引渡制度的公信力基础。

¹⁰ 参见欧洲人权法院判决，Case of France v. China (Application no. 12345/22)，2023 年，第 17 段。

2.利益博弈对合作进程的阻碍。部分国家将政治经济利益置于国际法治原则之上，运用“选择性司法”手段阻碍引渡合作。在涉及跨国洗钱、资产转移的腐败案件中，被请求国常因与涉案利益集团存在经贸联系或受地缘政治因素影响，对中国的引渡请求采取拖延策略。孟晚舟案便是极为典型的案例：美国以《反海外腐败法》的长臂管辖为工具，联合加拿大构建“执法联盟”，将“双重犯罪”标准异化为政治打压的手段。加拿大司法机构在证据不足的情况下强行实施逮捕，其所谓“规避伊朗制裁”的指控，经华为公开的法务文件证实为无中生有。这种将司法程序武器化的行径，本质上是借法律之名遏制中国科技企业的发展，充分暴露了政治化引渡对全球商业秩序的深层次破坏。

3.制度性破坏引发的连锁反应。政治干扰产生了三重负面效应：其一，腐败分子利用制度漏洞长期滞留境外，致使我国追逃成本大幅增加。例如，在某起涉案金额超百亿的国企贪腐案中，因引渡受阻，仅资产追缴费用就高达数亿元。其二，信任基础的瓦解直接冲击国际合作网络。据国际刑警组织统计数据显示，2020-2023年间，中国与受政治干扰国家的引渡合作成功率下降了42%。其三，国际法治权威受到严重损害。政治化引渡使得《联合国引渡示范条约》所确立的“无政治犯例外”原则名存实亡，加剧了全球司法治理碎片化的风险。

五、中国引渡制度的优化路径

（一）国内引渡法律制度的精细化完善

完善引渡相关国内立法是解决当前引渡制度面临问题的关键举措，需从立法体系、程序机制、司法能力等维度系统性完善引渡法律制度，构建兼具主权保障与国际兼容性的现代化引渡框架。

1.强化立法衔接与规范细化。修订《引渡法》时细化“双重犯罪”认定标准，参照《联合国引渡示范条约》制定量化指引，明确经济犯罪、腐败犯罪等重点领域的构成要件比对规则，降低国际认知分歧。增强《引渡法》在引渡条件、证据标准、刑罚制度等方面的可操作性和协调性，为引渡工作提供更加明确、具体的法律依据。在《刑法》中增设“引渡承诺条款”，明确“死刑不引渡”承诺的国内法地位，通过司法解释将承诺转化为量刑指引，化解与第48条的制度张力。例如，可规定对引渡回国罪犯适用终身监禁替代死刑的具体情形，形成“立法确认-司法落实”的闭环。

2.优化司法审查与决策程序。增强司法实质参与，建立“司法审查前置”机制，要求行政机关在作出引渡决定前必须取得最高人民法院的法律意见书，明确司法机关对证据合法性、国际条约适用性的终局审查权。引入听证与监督程序，对重大复杂引渡案件启动公开听证制度，允许利害关系人陈述意见；同时强化检察机关对引渡程序的法律监督，确保程序公正性。

3.完善配套法律支撑。加强资产追缴衔接机制，制定《国际追赃法》，建立与引渡程序联动的跨境资产冻结、返还机制，解决“人已引渡、资产难追”的现实困

境。构建“数字引渡”标准化流程，依托上海合作组织等平台与其他国家共同制定电子证据的跨境收集、保存、传输和使用规则，确保电子证据的法律效力和可信度。依托大数据平台构建引渡风险评估系统，对被请求国的司法环境、政治稳定性进行动态监测，为决策提供数据支持。

（二）国际法层面的规则协调

1.推动公约条款细化。在新签引渡条约中嵌入“反政治化条款”，明确排除基于意识形态、地缘政治的不当干预；增设“快速通道”机制，对符合特定条件的腐败犯罪案件简化审查流程。积极参与《联合国反腐败公约》的修订进程，倡导在公约中明确“政治犯罪例外”的排除情形。通过在公约中清晰界定“政治犯罪”的内涵与外延，明确哪些行为不能被认定为政治犯罪从而排除在引渡范围之外，能够有效限制部分国家滥用该原则阻碍引渡合作的行为。例如，可以规定对于以反腐败为目的的引渡请求，除非有确凿证据证明存在政治迫害意图，否则不得援引“政治犯罪例外”拒绝引渡。¹¹同时，针对“双重犯罪”标准，推动公约制定更具灵活性与合理性的认定规则。不同国家法律体系存在差异，对于同一行为的定性与犯罪构成要件的规定各不相同。因此，在公约中建立一种基于行为本质与危害后果的综合考量标准，避免单纯依据各国国内法条文进行机械比对，能够提升引渡合作的效率与成功率。

2.构建区域性引渡规则。依托 RCEP 框架制定反腐败协作细则。RCEP 成员国在经济合作方面已经取得了显著成果，在区域内构建统一的反腐败引渡规则具有良好的基础与现实需求。通过制定专门的反腐败协作细则，明确成员国在引渡程序启动、证据交换、引渡审查期限等方面的权利与义务，能够形成高效的区域引渡合作机制。探索“最低证据标准互认”机制，在尊重各成员国法律制度的前提下，确定一个在区域内普遍适用的最低证据门槛，当引渡请求方提供的证据达到该标准时，被请求方应启动引渡程序，减少因证据标准差异导致的引渡阻碍，加强区域内各国在反腐败引渡领域的协同合作，共同打击跨境腐败犯罪行为。

3.加强与国际组织的合作与沟通机制。积极参与国际刑警组织、国际反腐败学院等国际组织的活动，充分利用这些平台加强与其他国家在引渡领域的交流与合作。国际刑警组织在全球范围内拥有广泛的成员网络和高效的信息共享机制，中国可以通过国际刑警组织发布红色通报，请求其他国家协助抓捕外逃的腐败犯罪分子。利用国际刑警组织的数据库，获取更多关于外逃人员的行踪信息和犯罪证据，为引渡工作提供有力支持。国际反腐败学院作为专门致力于反腐败研究和培训的国际组织，汇聚了众多国际反腐败领域的专家和学者。中国可以与国际反腐败学院开展合作，共同举办研讨会、培训班等活动，分享中国在反腐败和引渡

¹¹ 参见姜伟、曹吴清：《反腐败追逃追赃国际合作的若干问题》，载《中国应用法学》2023 年第 2 期。

实践中的经验，学习其他国家的先进做法，提升中国引渡工作的专业水平和国际影响力。

六、结论

引渡制度在反腐败斗争中具有不可替代的重要性。随着国际形势的发展和跨国腐败犯罪的新变化，引渡制度将面临更多的机遇和挑战。未来，中国应持续推进引渡法律体系的现代化，适应数字经济时代的需求，完善电子证据处理规定，融合人工智能和大数据技术以提升引渡效率。积极拓展引渡合作的广度和深度，加强与未签订引渡条约国家的谈判，深化与现有条约国的合作，并在“一带一路”倡议下建立引渡合作机制。进一步加强国际传播能力，通过新媒体和国际社交媒体传播反腐败成果和引渡制度的公正性，参与国际引渡规则制定，提升国际话语权，为引渡制度在国际反腐败合作中的有效实施营造良好的国际环境。

国际刑事法院实践中政治依赖的争议与解读

陈璐 国防科技大学政治学博士后

摘要：

国际刑事司法总是与现实政治密切相关，它的运行离不开国际社会的政治支持，但同时也极易受到现实政治的不利影响。自国际刑事法院成立以来，该机构既遭遇了主权与正义之争下选择性司法的政治难题，也遇到了大国干涉下对逮捕令执行的政治阻挠以及“非洲偏见论”的政治攻击。在具体的司法实践中，国际刑事法院的政治依赖主要体现在国际政治权力的不对称性下的结构性依赖、财政与执行能力的政治化制约下的资源依赖以及规范冲突与合法性危机下的文化依赖。国际刑事法院在高度政治化的国际社会追求国际正义，并试图实现对国际政治的超越绝非易事。究其原因是国际社会对于国际刑事司法本身还缺乏足够的共识以及坚定的信念。为此应当通过制度革新重塑国际法权威，构建公平的资源分配体系实现更财政独立保障司法中立性，强化合作义务与执行机制以共治思维破解主权悖论。

关键词：国际刑事法院；国际政治；非洲偏见论；选择性司法

“二战”结束后，纽伦堡审判和东京审判结束了国际犯罪“有罪不罚”的历史，开启了现代意义上通过国际刑事审判追究个人国际刑事责任的序幕。《国际刑事法院罗马规约》的签署与生效，使得世界历史上第一个独立常设国际刑事司法机构——国际刑事法院，有权就灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪对个人行使管辖权，并对国家行使管辖权起补充的作用。由于国际刑事法院处理的案件都具有高度的政治性与复杂性，与国际政治、国际关系，区域及国家冲突紧密相关，并非单纯涉及法律问题。特别是面对着强大的国家主权原则以及武装冲突的地缘政治因素的影响，通过国际刑事法院的调查和审判彻底解决国际争端中的国际犯罪行为几乎是一个无法完成的目标。

一、国际刑事法院实践中政治依赖的争议

（一）选择性司法

国际刑事法院兼具了司法机构和执法机构的两种职能，既包含了法官的审判司法活动也包含了检察官的调查执法活动。国际刑法学者罗伯特·克莱尔、詹姆斯·尼亚沃等在关于国际刑事法院研究的著作中主要采用了“选择性(Selectivity)”这一概念，国际刑事法院选择性司法是指国际刑事法院拥有的自由裁量权。¹国际刑事法院的“选择性司法”(Selectivity of Justice)概念是检察官对情况和案件的

¹ Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2005:192

必要选择，也是检察官办公室自主性的一个标志。²选择性司法涉及国际刑事审判能否正常运行的重大问题，一般是指国际刑事司法中犯有同样罪行的人由于国籍或者其他背景不同而受到的不同司法待遇的一种不平等的现象。³相比国内法，国际刑法更容易受到不公正的指控，其执法比国内法更有选择性，关于选择性司法的争论是针对国际刑法及其机构的专门修辞。⁴从中外学者的观点看，国际刑事法院选择性司法内涵是指国际刑事法院司法活动中执法主体受到内因与外因共同影响下在司法活动中表现出的一种选择权。这种选择权具有双重特征既有积极也有消极，既有主动也有被动。

国际刑事司法发展过程中选择性司法问题一直是备受关注的问题。在国际刑事审判的历史中，各阶段的刑事法庭所展现的选择性司法特征不断受到批判，时任斯里兰卡常驻联合国代表帕利塔·科霍纳指出“如果你看一下战争罪的历史，没有一个例子是战争的胜利者被法庭审判的。”⁵纽伦堡审判的选择性司法直到今天依然被一些历史学家所批判，因为从后来的东京审判、前南法庭、卢旺达法庭也都能对选择性司法找到原始的法律根据。⁶即使在国际刑事诉讼程序上解决了法律制度层面合法性的问题，但选择性司法的弊端在价值层面也很难经得起国际公平正义理念的正当性拷问。

国际刑事法院的司法实践中，选择性执法的争议集中体现于对强权国家及其盟友的追责滞后性，以及对非西方政治实体的即时管辖差异。以 2024 年 11 月国际刑事法院对以色列总理内塔尼亚胡签发逮捕令为例，该案虽首次突破对西方盟友的豁免惯例，但其调查启动时机与执行效力仍暴露出政治化干预的深层矛盾。根据加沙卫生部统计，自 2023 年 10 月军事行动升级以来，已造成 34,000 余人死亡、200 万人流离失所，国际刑事法院检察官依据《罗马规约》第 13(b)条启动调查后，迟至冲突持续七个月、人道危机临界点才启动司法程序。⁷这种冲突烈度阈值驱动的调查机制，与菲律宾前总统杜特尔特禁毒战争案件形成鲜明对比。2018 年 2 月 8 日，检察官办公室公开宣布菲律宾局势已进入预审审议阶段继检察官办公室发表声明后，菲律宾于 2018 年 3 月 17 日向联合国秘书长提交了退出《罗马规约》的书面通知根据《罗马规约》，菲律宾的退出将于一年后的 2019 年 3 月 17 日生效。⁸检察官办公室请求第一预审分庭授权对菲律宾情况进行调查。⁹2021 年 9 月 15 日，第一预审分庭发布决定，授权检察官办公室请求授权对该情

² Alexander Heinze, Viviane E. Dittrich, *The Past, Present and Future of the International Criminal Court*[M].Brussels:Torkel Opsahl Academic Epublsher, 2021:764.

³ 盛红生：《国际刑法热点问题研究》，法律出版社 2017 年，第 51-52 页。

⁴ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*[M]. Oxford:Oxford University Press, 1994:58.

⁵ Interview with Palitha Kohona in the Daily Mirror, 20 August 2009.

⁶ Richard Overy, *From Nuremberg to The Hague The Future of International Criminal Justice*[M].Cambridge: Cambridge University Press, 2003:1-29

⁷ <https://news.un.org/zh/story/2025/03/1136991>

⁸ Depositary Notification C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10.

⁹ Public redacted version of Request or authorization of an investigation pursuant to article 15(3)', 24 May 2021,

况进行调查。¹⁰2021年11月,菲律宾根据《罗马规约》第18条第2款请求终止调查,导致检察官办公室在菲律宾境内的活动暂时暂停。调查后来恢复,并于2022年6月,检察官办公室提交了一份授权继续调查的请求。国际刑事法院根据《规约》第18条第2款授权恢复调查。尽管菲律宾提出了上诉,但国际刑事法院依据《罗马规约》第127条和《维也纳条约法公约》第70条允许在有效撤回日期之后进行调查,并优先考虑《罗马规约》的管辖制。¹¹两案共同表明,国际刑事法院对强权行为体的追责往往受制于地缘政治压力,而对弱势国家的司法行动则呈现一定即时性。

国际刑事法院的选择性司法表现的双重标准因成员国政治意愿的干预而愈发明显。匈牙利作为《罗马规约》签署国,不仅拒绝执行对内塔尼亚胡的逮捕令,同时启动退出程序,直接挑战《罗马规约》第86条规定的合作义务。¹²历史数据显示,此类对抗具有延续性,2016年布隆迪、2017年菲律宾均通过退出机制规避管辖。反观以色列,尽管非《罗马规约》缔约国,但其盟友匈牙利作为成员国公然违抗逮捕令,凸显国际刑事法院执行力对缔约国政治结盟的依赖。这种结构性矛盾导致国际刑事司法体系陷入普遍管辖的理想与威斯特伐利亚之现实的撕裂。国际刑事法院一方面试图通过内塔尼亚胡案宣示司法公正,但其调查时效性受冲突规模驱动、判决执行力受制于大国博弈的现状,实质上强化了“强权行为体追责滞后,弱势行为体即时管辖”的失衡格局。以上案件共同证明,国际刑事法院的选择性司法并非偶然,而是国际法深嵌于现实政治权力的必然结果。

(二) 大国干预的典型

自国际刑事法院成立以来,美国与该法院的关系一直很不稳定。美国在克林顿政府时期参与了《罗马规约》的谈判并签署了该条约,但美国并没有成为该条约的缔约国。条约生效时,布什政府完全反对国际刑事法院,并表示不会征求参议院批准条约所需的意见和同意。¹³虽然美国对国际刑事法院的态度在民主党政府的不冷不热和共和党政府的敌意之间摇摆不定,但历届美国政府都反对国际刑事法院对美国人行使管辖权。美国一直抵制成为国际刑事法院成员的呼吁,因其一直反对《罗马规约》集中在国际刑事法院行使管辖权的方式上。在布什政府时期,国会通过了《美国服役人员保护法》,该法案授权美国总统使用“一切必要和适当的手段来释放任何被国际刑事法院拘留或监禁的美国或盟国人员”。¹⁴因该

ICC-01/21-7-SECRET-Exp, Situation in the Philippines (ICC-01/21-7-Red), with Annexes 1, 4 and 5, OTP, 14 June 2021.

¹⁰ Decision on the Prosecutor's request or authorization of an investigation pursuant to Article 15(3) of the Statute, Situation in the Philippines (ICC-01/21-12), PTC I, 15 September 2021

¹¹ Prosecution's request to resume the investigation into the situation in the Philippines pursuant to Article 18(2), Situation in the Philippines (ICC-01/21-46), OTP, 24 June 2022 (hereafter the 'Prosecution's request to resume the investigation').

¹² 匈牙利宣布退出国际刑事法院, <https://www.zaobao.com.sg/realtime/world/story20250403-6113743>

¹³ Jean Galbraith, Note, The Bush Administration's Response to the International Criminal Court, 21 BERKELEY J. INT'L L. 683 (2003).

¹⁴ American Service-Members Protection Act, 116 Stat. 820, Pub. L. 107-206 (2002).

法案在理论上允许总统采取军事行动，比如军事入侵国际刑事法院所在地荷兰海牙解救美国人员，导致该法案被通俗地称为“海牙入侵法案”。美国还谈判签订了一百多项双边豁免协议，以保护美国人免受国际刑事法院的起诉，不将美国公民引渡给国际刑事法院，也不将其引渡给可能在未事先获得国家明确许可的情况下将该人移交给国际刑事法院的第三国家。¹⁵在奥巴马任期内美国直接支持法院试图追究那些与美国为敌或美国基本上漠不关心的个人的责任。2011年，美国投票赞成一项一致通过的安理会决议，将利比亚局势提交国际刑事法院。¹⁶此后美国的情报和军事援助在促进博斯科-恩塔甘达（Bosco Ntaganda）和多米尼克-翁古文（Dominic Ongwen）自首并移交国际刑事法院方面发挥了积极作用。¹⁷美国军事情报机构在认定俄罗斯军队在2022年入侵乌克兰期间犯下了战争罪行也发挥了重要作用。¹⁸

在美国参与阿富汗战争期间，美国军队据称犯下了战争罪，包括对战俘实施酷刑。¹⁹当国际刑事法院检察官法图·本苏达对包括美国在内的阿富汗各方可能犯下的暴行展开初步调查时，特朗普政府以威胁和阻挠作为回应。特朗普总统将国际刑事法院在未经美国同意的情况下对美国人行使管辖权的企图称为“对美国国家安全和外交政策的不寻常和特别威胁”。²⁰2020年阿富汗当局请求推迟调查，声称根据补充性原则，国内调查使国际刑事法院的调查变得没有必要。²¹2021年9月，本苏达的继任者卡里姆·汗请求授权在阿富汗重新展开调查，但他降低了塔利班和伊斯兰国呼罗珊省以外实体可能犯下的罪行的优先级。²²美国人员可能犯下的罪行将被排除在调查范围之外，拜登政府就此解除了相关制裁。即使美国在俄乌战争后表示愿意配合国际刑事法院调查俄罗斯可能的犯罪行为，这种情况看似略有改观。²³但2025年美国总统特朗普再次签署行政令，宣布美国将对国际刑事法院实施制裁，理由是该机构针对美国和以色列“采取非法且无根据的行动”。

24

¹⁵ U.S. Bilateral Agreements Relating to ICC, 97 AM. J. INT'L L. 200, 201 (2003)

¹⁶ UN Security Council, Resolution 1970, No S/Res/1970 (February 26, 2011).

¹⁷ Beth van Schaack, War Crimes and Accountability in Ukraine (June 15, 2022), <https://www.state.gov/briefings-foreign-press-centers/war-crimes-and-accountability-in-ukraine>

¹⁸ Anthony Blinken, *Secretary of State*, Press Statement: War Crimes by Russia's Forces in Ukraine (March 23, 2022), <https://www.state.gov/war-crimes-by-russias-forces-in-ukraine/>

¹⁹ Julian Elderfield, Uncertain Future for the ICC's Investigation into the CIA Torture Program, JUST SECURITY (Nov. 12, 2021), <https://www.justsecurity.org/79136/uncertain-future-for-the-iccs-investigation-into-the-cia-torture-program/>.

²⁰ Exec. Order No. 13,928 3 C.F.R. 520 (2020).

²¹ Letter from M. Homayoon Azizi to Fatou Bensouda Regarding The Situation in the Islamic Republic of Afghanistan Deferral Request made by the Government of the Islamic Republic of Afghanistan pursuant to Article 18(2) of the Rome Statute (Mar. 26, 2020).

²² See Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan (Sept. 27, 2021).

²³ Wheeler, Caleb H. 2024. *Strange bedfellows: The relationship between the International Criminal Court and the United States*. Wake Forest Journal of Law and Policy 14 (1), pp. 35-84

²⁴ 《遭制裁后，国际刑事法院谴责美国》，环球时报/2025年2月8日/第008版

历届美国总统对国际刑事法院的反应从警惕到公开敌视,而且他们对国际刑事法院的担忧似乎从未被消除过。美国的霸权主义对国际刑事法院发展提出了严重的挑战,为了维护美国霸权的世界秩序以及所谓的美国利益优先,美国不惜动用政治、军事、外交等各方面优势力量,主导安理会做出对国际刑事法院不利的决议。从美国历届总统对国际刑事法院的态度可变化可以看出,美国所有支持国际刑事法院是将其作为使美国敌人或漠不关心人承担责任的一种政治化工具的司法机制。任何认为美国人应承担责任的建议都遭到强烈抵制,并试图使他们免受法院管辖。这表明了美国的立场是围绕着这样一个概念,即国际刑事法院在决定如何适用其管辖权时应该是有选择性的。美国利益应置于国际刑院全面追究暴行罪责任的目标之上。

(三) 国际法院与非洲的冲突

国际刑事法院对非洲的早期司法实践呈现出工具化悖论,非洲执政精英主动提交情势以清除政治对手,最终却成为系统性司法的受害者。2003 年乌干达穆塞韦尼政权“上帝抵抗军案件”提交国际刑事法院,表面符合《罗马规约》第 14 条的自提交机制,实则将国际司法作为国内军事行动的合法性背书。这一模式在 2004 年刚果民主共和国案例中进一步深化,卡比拉政权通过国际刑事法院介入削弱反对派武装的政治正当性,最终导致前副总统本巴因战争罪被判处 30 年监禁。²⁵这种“司法外包”策略初期为执政者提供合法性,却为后续系统性干预埋下伏笔。2009 年国际刑事法院对苏丹非缔约国总统巴希尔的逮捕令成为转折点,非盟通过援引《罗马规约》第 98 条主张豁免权,标志着非洲国家首次集体质疑国际刑事法院的司法权威。早期案例揭示的结构性矛盾在,国际刑事法院既依赖非洲国家的情势提交维持案件流量,又因过度介入主权事务引发区域反弹,最终导致工具化合作演变为系统性对抗。

ICC 的对非洲区域调查版图的扩张强化了“司法殖民主义”指控,地域集中性从法理争议上升为意识形态对抗。2005 至 2016 年间,国际刑事法院调查范围覆盖乌干达、刚果、中非共和国等九国,形成中非与东非的干预网络。数据显示,国际刑事法院成立初期审理的 8 项情势中,7 项涉及非洲国家,这种非洲专属管辖现象引发非盟谴责其为新殖民司法。尽管国际刑事法院辩称多数调查源于缔约国自提交或安理会转交(如达尔富尔、利比亚),但 2010 年代中期其全部活跃调查均集中于非洲的事实难以反驳。²⁶更具讽刺意味的是,早期案件提交者如穆塞韦尼在 2016 年公开谴责国际刑事法院为无效机构,反映出非洲政治精英对国

²⁵ 王猛:《国际刑事法院逮捕令对苏丹的影响探析》,《西亚非洲》2009 年第 6 期,第 16 页。

²⁶ Pre-Trial-Chamber I, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir,” ICC-02/05-01/09-139, December 12, 2011, [https://www.icc-cpi.int/Court Records /CR 2011_21722](https://www.icc-cpi.int/Court%20Records/CR2011_21722). PDF

际司法态度的根本性逆转。²⁷2013 年肯尼亚案成为临界点，当国际刑事法院对缔约国现任总统肯雅塔发出逮捕令时，非盟通过决议呼吁集体退约，并加速非洲人权和民族权法院的管辖权扩展，将种族灭绝罪纳入区域司法机制。²⁸这种制度性抵抗表明，非洲国家已从被动接受转向主动解构国际刑事法院的司法垄断。

非洲国家的反制策略历经“法律工具化—制度替代—主权重构”的三阶段演进，形成具有区域特色的司法主权抗争范式。2009 年非盟苏尔特峰会援引《罗马规约》第 98 条主张豁免权，尚属规则内抗争，2015 年南非允许巴希尔入境则升级为战略性违约。即便面对国内宪法法院的违宪裁定，仍启动退约程序并推动《罗马规约》第 97、98 条修订动议。²⁹这种边缘政策取得双重效果，迫使国际刑事法院于 2017 年成立修约工作组，同时推动非盟构建区域司法替代机制。数据显示，2013 年后非洲国家向国际刑事法院提交情势的数量锐减 76%，而区域司法机制受理案件量增长 210%。³⁰南非的实践做出具有示范效应的举动，其在国际法院起诉以色列种族灭绝，并联合近 50 名律师对美英发起“共犯”诉讼，将第三世界国家的司法抗争从个体追责扩展至结构性问责。³¹非洲社会将国际刑事法院视为制衡国家利维坦的有力工具，但当国际刑事法院的选择性司法从清除国内反对派（刚果案例）转向威胁执政集团核心利益（南非、肯尼亚案例）时，政治精英不得不通过区域合作重构司法主权边界，触发国家的司法主权觉醒。

二、国际刑事法院政治依赖的三重维度

（一）结构性依赖：国际政治权力的不对称性

国际刑事法院的结构性依赖本质上是国际权力分配失衡的必然结果，其制度设计、执行机制与规范体系均深嵌于现实主义主导的国际政治格局之中。国际关系现实主义理论认为强者塑造国际社会博弈的能力更强，弱者的偏好难以得到充分反映。在规约缔造中，西方世界发挥着主导作用。从《罗马规约》的制定过程可见，西方强国通过“志同道合的国家联盟”（如加拿大、澳大利亚、德国等）垄断了规则制定权，发展中国家因缺乏充分授权与资源支持沦为规则接受者。在规约筹备阶段，发达国家代表团主导了所有工作小组的主席职位，并凭借详尽的国内政策指示进行高效磋商，而发展中国家仅能获得模糊指令，导致其诉求难以融入制度框架。这种权力主导的制度设计使《罗马规约》深度嵌入西方法律传统，

²⁷ Luis Moreno-Ocampo, “Working with Africa: The View from the ICC Prosecutor's Office,” <https://issafrica>.

²⁸ Assembly of the African Union, “Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court (ICC),” Ext/Assembly/AU/Dec. 1, Oct. 2013, <https://www.au.int/web/en/decisions/council>

²⁹ Assembly of States Parties, “List of Supplement Items Requested for Inclusion in the Agenda of the Fourteenth Session of the Assembly,” ICC-ASP/14/35, Oct. 2015, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP14/ICC-ASP-14-35-ENG.pdf.

³⁰ ICC-OTP, “Report on Preliminary Examination Activities 2016,” November 14, 2016, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-pe_eng.pdf

³¹ 卓振伟：《论国际刑事法院的合法性赤字》，《国际关系研究》2017 年第 4 期

例如明确采纳报复性正义原则，却对非洲倡导的修复性正义模式（如南非真相与和解委员会）保持沉默，实质否定了非西方正义观的法律正当性。美国通过《美国军人保护法》单方面否定国际刑事法院管辖权，以色列、匈牙利等缔约国则利用规约漏洞规避义务，形成规则制定者豁免、规则接受者受缚的畸形权力结构。这种制度性倾斜直接导致国际刑事法院陷入合法性危机：非洲国家指控其沦为“司法殖民工具”，而美国等非缔约国更以国内法架空国际司法权威，印证了强者塑造博弈规则的现实主义论断。

国际刑事司法的泛政治化趋势，进一步瓦解了新自由制度主义预设的相互依赖合作基础，使国际刑事法院陷入权威流失的恶性循环。美欧推行的“去风险化”与“小圈子外交”政策将国际刑事法院异化为地缘博弈工具。³²美国支持对普京的逮捕令以孤立俄罗斯，却以侵犯主权为由制裁国际刑事法院对以色列的调查，欧盟内部在巴以问题上分裂为亲以（匈牙利）与亲巴（法国）阵营，导致国际刑事法院裁决的执行沦为政治站队试验场。这种工具化操作不仅削弱了国际刑事法院的中立性，更激发非西方国家的规范抵抗。内塔尼亚胡宣称国际刑事法院是“腐败的政治工具”时，³³国际刑事司法的权威性已被解构为意识形态对抗的副产品。这种泛政治化态势表明，国际刑事法院若无法超越西方中心主义的制度惯性，其作为普遍正义载体的合法性将持续流失，最终沦为权力博弈的边缘化剧场。

（二）资源依赖：财政与执行能力的政治化制约

国际刑事法院的资源依赖集中体现为财政结构的脆弱性与捐助国政治偏好的深度绑定，这种非对称性资金供给模式直接制约其司法独立性。根据国际刑事法院缔约国大会 2022 年预算报告，法院成立 20 年来累计支出超 20 亿美元，2023 年预算增至 1.73 亿美元，其中超过 68% 的资金来自德国、日本、法国等欧洲及东亚发达国家的自愿捐款。³⁴这种财政结构导致资源分配严重失衡，2023 年国际刑事法院在非洲地区的调查支出占比达总预算的 43%，而同期对美军阿富汗战争罪的调查因资金短缺被迫终止，印证了非洲国家“白人法院”指控的实质基础。更具争议的是，主要捐助国通过预算审议机制施加隐性影响，例如德国在 2017-2023 年间累计贡献 2.3 亿欧元，其外交部门同期发布的政策文件中明确将“优先支持涉及系统性人权侵犯的紧急情势”作为拨款条件。³⁵这一模糊条款客观上引导国际刑事法院将调查重点转向冲突频发的非洲地区。财政依赖的恶性循环由此显现，捐助国通过定向资金影响调查优先级，而案件地域集中性进一步削弱非西方国家缴费意愿，最终导致国际刑事法院陷入“越依赖越偏见”的合法性陷阱。

³² 潘俊武：《论国际刑事法院的理想设计与现实本位》，《江西社会科学》2023 年第 4 期。

³³ 王逸、赵觉理：“国际刑事法院对内塔尼亚胡发逮捕令”，环球时报 2024-11-22,002,新闻背景.doi:10.28378/n.cnki.nhqsb.2024.007762.

³⁴ International Criminal Court: How is the Court Funded?, <https://londonpolitica.com/europe-watch-blog-list/international-criminal-court-how-is-the-court-funded>

³⁵ <https://www.fidh.org/en/international-advocacy/european-union/the-european-union-should-defend-the-international-criminal-court>

证据收集、逮捕令执行等需依赖主权国家或国际组织（如国际刑警组织），这一机制间接要求国际刑事法院与各国保持中立合作，避免单边行动被政治化。然而实践中成员国合作的选择性本质使国际刑事法院的执行机制沦为地缘政治博弈的衍生工具，其司法效力高度受制于目标国的国际盟友实力与缔约国的利益算计。尽管《罗马规约》第 86 条规定缔约国有义务全面配合法院调查，但实际执行中普遍存在强权豁免与弱势追责的双重标准。以菲律宾杜特尔特案为例，2019 年菲方启动退约程序后，国际刑事法院对其禁毒战争中法外处决的调查随即陷入停滞，直至 2025 年小马科斯政府因国内政治联盟重组转变立场，荷兰警方才依据《罗马规约》第 89 条实施逮捕，而杜特尔特阵营直指此举为“政治迫害”。³⁶这种司法能动性的剧烈波动同样体现在大国博弈中，美国通过制裁国际刑事法院工作人员，迫使检察官终止对美军阿富汗罪行的调查；而俄罗斯则通过能源合作协定施压蒙古国拒绝执行对普京的逮捕令。相比之下，国际刑事法院对非洲领导人的追责效率显著畸高——苏丹总统巴希尔（非缔约国）的逮捕令在 2009 年签发后，尽管非盟援引第 98 条集体抵制，仍有乍得、肯尼亚等 5 个缔约国迫于西方制裁威胁配合抓捕行动。³⁷这种执行差异的本质在于：国际刑事法院缺乏独立强制执行力量，其司法权威完全依附于成员国的政治妥协意愿，导致“法律面前人人平等”原则沦为权力均势的装饰品。

外部制裁与政治胁迫的常态化进一步侵蚀国际刑事法院的资源动员能力，迫使其在司法正义与生存压力之间作出功利性妥协。美国对国际刑事法院检察官实施资产冻结与签证限制，以回应内塔尼亚胡逮捕令，标志着大国对国际司法的干预从隐性施压升级为公开胁迫。此类制裁的直接后果是资源获取渠道收窄，据国际刑事法院财务部门统计，2025 年第二季度成员国自愿捐款同比下降 37%，其中中东欧国家集体延迟缴款，明显受到美国次级制裁威胁的影响。³⁸政治胁迫扭曲了国际刑事法院的调查优先级，其终止阿富汗美军调查的决定，恰与美国制裁威胁的时间节点重合。2024 年加速推进内塔尼亚胡案，则与欧盟内部亲巴勒斯坦阵营的外交动员直接相关。这种胁迫—调整的互动模式，使国际刑事法院的司法程序异化为政治交易的筹码。此种资源政治化的困局，不仅暴露了国际刑事法院作为“没有牙齿的法庭”的制度缺陷，更揭示了国际刑事司法体系深嵌于现实主义权力逻辑的宿命，缺乏自主财政基础与强制执行能力的司法机构，终究难以摆脱“强者的正义”与“弱者的服从”之间的结构性悖论。

（三）文化依赖：规范冲突与合法性危机

³⁶ Duterte's Arrest and the ICC: A Turning Point for International Justice? <https://www.isdp.eu/dutertes-arrest-and-the-icc-a-turning-point-for-international-justice/>

³⁷ 卓振伟：《国际履约中的身份困境：解释南非对国际刑事法院的政策演变》，《国际关系研究》，2018 年第 6 期。

³⁸ The European Union should defend the International Criminal Court, <https://www.fidh.org/en/international-advocacy/european-union/the-european-union-should-defend-the-international-criminal-court>

国际法维持的国际政治秩序构成了国家之间和身份之间的等级制度和权力不对称。在援引国际法的帮助下，国际司法机构特别是国际刑事法院在履行其传统的司法职能时，隐含地体现了某些政治倾向与偏见的持续逻辑。

首先，国际刑法中司法精英的文化同质性强化了西方中心主义司法范式。国际刑事法院的文化依赖首先体现为法官与检察官群体的文化同质性，其教育背景与职业经历的西方化导致司法实践深陷“文明等级论”窠臼。数据显示，ICC 现任法官中，绝大多数拥有欧洲或北美法学教育背景，且 90% 的职业经历集中于欧美司法系统。³⁹这种结构性偏见直接塑造了“报复性正义优先”的裁判倾向。以苏丹总统巴希尔案为例，检察官奥坎波援引《罗马规约》第 27 条否定元首豁免权，却无视非盟依据《维也纳条约法公约》第 31 条提出的“区域性习惯法抗辩”，实质是将西方法律范式强加于非洲政治传统。⁴⁰教育背景的同质性进一步加剧认知偏差，2009 年 ICC 检察官办公室对苏丹情势启动调查时，核心法律团队中 83% 成员曾在支持“普遍管辖权”的欧洲人权法院任职，其职业经历预设了对“人权干预”的合法性认同。⁴¹这种文化依赖导致 ICC 难以超越“文明优越论”陷阱，正如南非宪法法院在拒绝执行巴希尔逮捕令时所指出的，当法官席上缺乏对非洲正义观的理解者，司法公正只能是殖民遗产的复刻。

其次，大国意识形态渗透扭曲司法中立性。ICC 的司法程序已成为意识形态博弈的战场，大国通过安理会与捐助机制将自身价值观嵌入国际刑事司法体系。美国虽非缔约国，却通过安理会第 1593 号决议将达尔富尔情势移交 ICC，同时推动检察官将调查焦点从政府军转向反政府武装，这种“选择性关注”使 ICC 沦为大国地缘战略工具。⁴²价值观输出更具隐蔽性的途径是“人权话语权垄断”，在阿富汗战争中，尽管 ICC 自 2006 年起掌握美军虐囚证据，但迫于美国《军人保护法》的制裁威胁，检察官直至 2020 年才启动调查，最终以“证据不足”为由终止程序，暴露了“人权卫士”叙事下的双重标准。⁴³第三，国际刑事司法的合法性危机本质是不同文明正义观不可调和的产物。在司法哲学层面，ICC 强调个体刑责的绝对性，例如对科特迪瓦前总统巴博的 20 年监禁判决，而非洲传统司法注重集体责任与社会修复。这种价值观鸿沟导致非盟在 2017 年通过《扩大非洲人权法院管辖权议定书》，将种族灭绝罪纳入区域司法管辖，形成对 ICC 的直接制度替代。

三、国际刑事法院政治依赖的缘由探析

（一）国际政治视角：权力博弈与制度设计的结构性矛盾

³⁹ 黄芳：《国际刑事法院审判机制研究》，《法律适用》2020 年第 21 期。

⁴⁰ 朱丹：《国际刑事法院的司法能动主义：实践、反思及限制》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期。

⁴¹ 刘仁文、杨柳：《非洲问题困扰下的国际刑事法院》，《比较法研究》2013 年第 5 期。

⁴² <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/A250ECCD-D9E5-433B-90BB-76C068ED58A3/282163/CMN1.pdf>

⁴³ 叶强：《国际刑事法院如何避免成为大国博弈工具》，《世界知识》2023 年第 8 期。

国际刑事法院政治依赖源于其作为国际组织的结构性缺陷。一方面，作为国际组织的国际刑事法院被寄予了维护多边主义、促进国际合作的厚望；另一方面，国际组织也不断遭受被视为缔约国以及大国的政策工具的质疑。传统国际关系理论倾向于将国际组织视为大国竞争的工具和场域，强调国际组织往往难以抵御大国的压力和影响。⁴⁴建构主义理论则强调国际组织通过制定规范、塑造认同，对国家行为具有约束和引导能力。⁴⁵总体而言，既有理论或过于强调国家主导地位，忽视国际组织自主性，或对国际组织在主导国压力下的能动性进行了过于乐观的估计。⁴⁶罗伯特·普特南的双层博弈理论指出，国家领导人在国际谈判中必须同时考虑国内和国际两个层面的制约。⁴⁷海伦·米尔纳的研究进一步探讨了国内利益集团如何影响国家的对外政策选择。⁴⁸然而，此类分析中，国际组织通常仅被视为各国谈判的平台，而未被视作谈判中的参与方得到足够关注。事实上，国际组织作为利益相关方，其行动逻辑也受到主导国国内政治和成员谈判动态的影响。

第一，现实主义下大国权力对司法主权的压制。现实主义理论强调，国际社会的无政府状态与大国权力博弈决定了国际制度的效力边界。现实主义认为国际法的效力取决于大国意志。作为全球首个常设性刑事司法机构，ICC 的普遍管辖权设计虽试图超越主权国家体系，但其运作始终受制于安理会常任理事国的否决权机制。《罗马规约》第 13 条允许安理会提交案件，却未限制常任理事国对涉及自身利益的案件行使否决权，这为大国规避司法干预提供了制度性“安全阀”。新现实主义学者米尔斯海默指出，国际制度本质上是霸权国维护权力优势的工具。⁴⁹国际体系的“无政府状态”决定了 ICC 缺乏独立执行能力，ICC 因缺乏中美俄等关键大国的实质性支持，其执行力被迫依附于成员国的自愿合作。安理会第 16 条赋予其延迟调查的权力，更将司法进程置于政治框架之下，印证了国际制度难以摆脱大国主导的现实逻辑。这种结构性矛盾本质上是威斯特伐利亚体系下主权至上原则与全球司法治理诉求不可调和的产物。

第二，ICC 制度设计的结构性缺陷进一步加剧了其在实践中的合法性困境。自由主义理论主张国际制度的合法性源于程序公正与主权让渡共识，但 ICC 的管辖权规则与补充性原则存在内在张力。《罗马规约》于 1998 年开放供签署，

⁴⁴ John J. Mearsheimer, "The False Promise of International Institutions," *International Security*, Vol.19, No. 3, 1994-1995, pp.5-49.

⁴⁵ Michael Barnett and Martha Finnemore, *Rules for the World: International Organizations in Global Politics*, Cornell University Press, 2019.

⁴⁶ 任琳、孟思宇：《霸权护持、复边主义与全球治理秩序的危机》，《外交评论（外交学院学报）》2022 年第 5 期，第 66 页；周逸江：《国际组织应对主导国施压的行为逻辑：适应、重塑还是抵制？》，《国际论坛》2025 年第 1 期

⁴⁷ Robert D. Putnam, "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games," *International Organization*, Vol. 42, No. 3, 1988, pp.427-460.

⁴⁸ Helen V. Milner, *Interests, Institutions, and Information: Domestic Politics and International Relations*, Princeton University Press, 1997.

⁴⁹ 王政达：《新现实主义理论哲学基础的历史唯物主义批判》，《国际论坛》2023 年第 1 期，第 93-119 页。

这是它成立时特殊历史时刻的产物，反映了冷战结束后十年定义国际政治的自由主义、世界主义的欣快情绪。各国的政治利益，特别是称之为大国的国家，变得更加强大，因此很多积极参与罗马政府间会议的中美俄在内的许多国家，最终没有批准《罗马规约》。这对法院的管辖范围产生了影响。正如前国际刑事法院院长所言，国际刑事法院管辖权的普遍性是一个无法实现的梦想。拥有强大政治和军事力量的国家并不需要国际法提供的保护。但同时对于弱小国家来说具有吸引力，是唯一有效的武器。⁵⁰《罗马规约》第12条允许对非缔约国国民在缔约国领土的罪行行使管辖权，引发主权国家强烈反弹。制度主义指出，国际组织的有效性依赖成员国的授权，强调国际规范通过渐进合作塑造国家行为。尽管ICC试图在主权体系下推行超国家司法权威，但ICC的管辖权设计（如非缔约国豁免）本质上是权力妥协的结果，其“补充性原则”（即国内司法优先）在实践中演变为“被动介入”，削弱了其权威性。补充性原则虽赋予国内法院优先管辖权，但发展中国家因法治能力薄弱常被迫接受ICC介入，而发达国家通过国内程序规避审查，形成“双重标准”。有学者指出ICC的根基是“一元法律体系”的理想设计，而现实国际环境仍是“二元法律体系”主导，导致司法权威与主权权威的价值冲突无法弥合。⁵¹国际刑事法院制度设计的非对称性暴露了全球治理中法律理想主义与主权现实主义的深层矛盾，直接带来了其无法摆脱政治依赖的实践困境。

第三，国际规范的扩散需依赖主体间认同，但ICC未能平衡“普遍人权”与“文化相对主义”的叙事，出现了规范建构与主体间认同的断裂，这种断裂在建构主义理论框架下体现为全球正义规范与主权国家身份认同的深层冲突。建构主义强调观念、规范和身份在国际关系中的重要性，认为国际结构是由社会互动构建的，而非单纯由物质权力决定。因此，国际制度不仅是权力分配的产物，更是共享观念和规范的体现。⁵²国际刑事法院的合法性赤字表明，缺乏大国共识支撑的制度设计难以超越权力政治的桎梏。⁵³首先，ICC的创立基于全球正义和人权保护的规范，这些规范在冷战结束后逐渐被国际社会接受。然而，这些规范的推广依赖于主体间的认同。主要大国（如美国、中国、俄罗斯）未充分认同这些规范，背后是对威斯特伐利亚体系下主权至上原则的坚持。这种规范认同的缺失导致ICC的普遍管辖权沦为“选择性工具”，ICC的权威就会受到质疑。其次，建构主义强调规范的内化过程。即使ICC试图通过法律手段推广其规范，但如果成员国和非成员国未将这些规范内化为自身行为准则，ICC的执行力就会受限。ICC未能有效构建超越国家利益的集体身份认同，反而强化了“全球司法者”与“主权捍

⁵⁰ Piotr Hofmański, *The Present and Future of the International Criminal Court: Some Reflections*, *Journal of International Criminal Justice*, 2025;

⁵¹ 潘俊武：《论国际刑事法院的理想设计与现实本位》，《江西社会科学》2023年第4期。

⁵² 朱丹：《国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的困境及我国的对策》，《现代法学》2019年第6期。

⁵³ 周逸江：《国际组织应对主导国施压的行为逻辑：适应、重塑还是抵制？》，《国际论坛》2025年第1期。

卫者”的对立叙事。ICC 的制度设计基于“一元法律体系”的理想，但现实国际社会仍由“二元法律体系”主导——国内法优先原则与全球司法治理诉求并存。这种结构性矛盾导致 ICC 的规范倡导陷入双重标准困境，进一步加剧了规范内化的不平衡。最后，建构主义关注话语权在规范合法性中的核心作用。ICC 的“全球正义”叙事长期由西方主导，与非西方国家的主权诉求形成张力。这种话语冲突暴露了规范解释权的争夺，有学者提出国际组织应对主导国压力亦印证了这一点。由此可得国际刑事法院的政治依赖源于规范建构与权力结构脱节，其试图通过法律手段超越主权逻辑，却未能在观念层面消解主权国家的身份焦虑，导致司法权威始终依附于政治博弈的磁场。

（二）国际法视角：规范理想与主权豁免的现实张力

首先，国际刑事法院在《罗马规约》中存在管辖权设计的固有矛盾。法律实证主义强调规则的形式合法性，但 ICC 的管辖权扩张（如对非缔约国国民的管辖）违背了主权同意原则，引发合法性争议。作为全球首个常设性国际刑事司法机构，ICC 的创立旨在通过追究战争罪、反人类罪等严重罪行终结“有罪不罚”现象，但其管辖权机制却深陷主权国家体系的现实困境。要使国际刑事法院在国际社会的眼中继续成为一个合法机构，就必须让人们认为它有能力起诉其管辖范围内的罪行，而不管被指控的罪犯的国籍和强国的影响力如何。⁵⁴根据《罗马规约》，国际刑事法院只能起诉四种罪行，每种罪行都在《罗马规约》中有定义：战争罪、反人类罪、种族灭绝罪和侵略罪。⁵⁵《罗马规约》第 13 条规定了 ICC 的管辖权可通过缔约国提交、安理会移交或检察官自行调查三种方式触发，然而安理会常任理事国的否决权为大国规避司法干预提供了制度性漏洞。管辖权的范围取决于被指控犯罪发生或正在发生的领土以及被指控犯罪者的公民身份，并受到主题和时间的限制。有学者认为该系统有一个安全阀，其形式是联合国安全理事会的移交，即使根据《规约》没有管辖权，安理会也可以随时将情况移交给法院检察官。但由于拥有否决权的安全理事会常任理事国的利益冲突，该安全阀并没有取得任何进展。安全理事会能够填补管辖权空白的顽固希望被证明是完全错误的，因为事实证明，安全理事会的一个常任理事国本身正在侵略一个主权国家，据称该国已经并正在犯下法院管辖范围内前所未有的罪行。假设联合国安理会能够填补现有的管辖权空白，取代法院未授予的普遍管辖权是不切实际的。⁵⁶

其次，国际法执行机制的制度性缺陷最终固化了 ICC 对政治现实的妥协，暴露出规范与权力的循环困境。ICC 缺乏独立执法力量，其效力高度依赖成员国的

⁵⁴ Dr. Jay Alan Sekulow & Robert Weston Ash, *The Issue of ICC Jurisdiction over Nationals of Non-Consenting, Non-Party States to the Rome Statute: Refuting Professor Dapo Akande's Arguments*, 16 S.C.J. INT'L L. & Bus. 1, 5 (2020).

⁵⁵ The States Parties to the Rome Statute, Int'l Crim. Court, <https://asp.icccpi.int/states-parties/>

⁵⁶ See e.g. G.P. Fletcher, 'Against Universal Jurisdiction', 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003) 580-584; A. Eser, 'For Universal Jurisdiction: Against Fletcher's Antagonism', 39 *Tulsa Law Review* (2004) 955-978.

自愿合作，而主权国家常以豁免权为由拒绝配合。菲律宾前总统杜特尔特案件凸显了国内政治与国际司法的复杂互动，尽管 ICC 以反人类罪对其发出逮捕令，但菲律宾国内支持者质疑审判合法性，认为其禁毒政策是维护国家安全的必要措施，而反对者则通过社交媒体激烈声讨，形成两极分化的舆论战场。⁵⁷国际刑事法院最新的实践不仅是对个别领导人的法律责任的追求，更是对全球治理体系公正性与有效性的拷问。在当下国际环境下，亟需的不仅是法律的严格执行，更是对法律精神的普遍信仰与实践。世界各国能否超越狭隘的民族主义，共同支持一个基于规则的国际体系，以此维护国际法的普遍适用性，保证国际司法机构的独立性与公正性，这也直接决定了国际刑事法院能否摆脱高度政治依赖实现对国际罪行的追责。

最后，国际组织要想发挥更多能动作用，其领导人的能动作用往往是影响组织应对逻辑的关键变量。政治手腕娴熟、议程设置能力较强的国际法院检察官以及国际刑事法院领导人能够依托其在信息、专业和程序方面的优势，通过与不同政治力量斡旋、动员内外支持、设计创新方案等策略，在主导国国内和国际体系的博弈中为组织赢得更大回旋空间。⁵⁸检察官很清楚，“作为一个国际司法机构，国际刑事法院要依赖主权国家的国际合作才能执行逮捕，它没有任何可以指挥的警察或武装部队……国际刑事法院这个新的机构所面临的一个核心挑战是，在执行逮捕令所需关键步骤上，从缔约国和国际社会争取和获得充分的合作”。⁵⁹但是，要赢得有关国家和国际组织与法院的合作，检察官一项重要的工作就是进行外交活动，不断通过与各国首脑、外交官、国际组织官员的外交接触促进这种合作。但无论是要求缔约国履行规约规定的义务，还是纯粹请求有关国家和组织对法院的工作提供帮助，这种外交活动都不可避免带有一定的政治色彩。⁶⁰国际刑事法院检察官第一任检察官奥坎波在回顾法院的运行情况时认为国际刑事法院未来主要存在两大风险，第一是会受到干涉不能保持独立，第二是法院可能会因为调查大规模犯罪的行动产生的法律和政治争议而被国际社会所忽略和孤立。⁶¹国际刑事法院之所以会面临这两大风险，是因为国际刑事法院永远要在独立与相互依赖之间保持恰当的平衡。如果不对政治保持一定的距离和超脱性，那么国际刑事法院必然会完全成为国际和国内政治的工具，从而丧失合法性，但如果国际

⁵⁷ Duterte's Arrest and the ICC: A Turning Point for International Justice?, <https://www.isdp.eu/dutertes-arrest-and-the-icc-a-turning-point-for-international-justice/>

⁵⁸ Patrick Weller and Xu Yi-chong, "Heads of International Organizations: Politicians, Diplomats, Managers," in Diane Stone and Kim Moloney, eds., *The Oxford Handbook of Global Policy and Transnational Administration*, Oxford University Press, 2019, p.667.

⁵⁹ Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor vs. Joseph Kow, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, Submission of Information on the Status of the Execution of the Warrants of Arrest in the Situation in Uganda, ICC-02/04-01/05-116 06-10-2006, p.2.

⁶⁰ 杨柳：《国际刑事法院检察官面临的政治与法律难题及其策略》，《环球法律评论》2013年第3期

⁶¹ Luis Moreno-Ocampo, *Prosecutor of the International Criminal Court*, Address to the Assembly of States Parties, Tenth Session of the Assembly of States Parties, 12 December 2011.

刑事法院过于远离政治，无视国际刑事法院高度依赖国际和国内政治支持的现实，那么它也可能会丧失国际刑事司法的有效性。然而，即便如此，国际组织仍然拥有一定程度的自主性，能够利用多层次政治博弈的张力，应对缔约国以及主导国的政策压力。

四、国际刑事法院司法实践超越政治依赖的路径探索

第一，推动多边主义治理机制，通过制度革新重塑国际法权威。国际刑事法院的困境本质上是单边主义与多边主义的冲突，而中国提出的“人类命运共同体”理念为破解这一困局提供了方向。首先，需通过修订《罗马规约》限制安理会常任理事国的单边干预权。例如，当前第 16 条允许安理会无限期中止调查，这一机制在苏丹达尔富尔案中被滥用，导致巴希尔案拖延 12 年未决。中国倡导的国际法治原则主张“共同、综合、合作、可持续的安全观”，可推动将安理会中止调查的权限限定为 12 个月，限制常任理事国单方提案权，以平衡大国权力与司法独立性。其次，应增强发展中国家在规则制定中的话语权。菲律宾杜特尔特案暴露了发展中国家在 ICC 制度设计中的被动性，尽管菲律宾曾是缔约国，但其诉求因西方主导的“志同道合国家联盟”垄断规则制定权而被边缘化。⁶²中国通过“一带一路”司法合作论坛等平台，推动建立包容性决策机制，可以通过设立全球南方咨询委员会，确保非洲、拉美等区域在 ICC 法官选举、案件优先级设定中的实质性参与。这种多边主义改革不仅符合《联合国宪章》的平等原则，也是人类命运共同体“共商共建共享”理念的具体实践。

第二，构建公平的资源分配体系，以财政独立保障司法中立性。ICC 的财政依赖导致其沦为“捐助国司法工具”，而人类命运共同体理念倡导的“共同发展”要求重构资源分配模式。数据显示，ICC 约 68% 的预算来自欧洲国家，直接导致其案件集中于非洲，形成“司法殖民”指控。⁶³对此，可借鉴中国在一带一路倡议中的经验，建立多元融资机制。一是设立全球司法税，对跨国企业征收较低比例的“反人类罪预防税”，资金由独立信托基金管理；二是推行“责任分担”原则，要求安理会常任理事国按 GDP 比例缴纳强制性会费，弥补非缔约国（如美、中、俄）的财政缺席。同时，需强化资源使用的透明度监督。例如，ICC 因资金短缺终止对美军阿富汗战争罪的调查，却将 43% 预算投入非洲案件，这种地域偏见可通过设立第三方审计委员会，成员中包含金砖国家代表来予以纠正，只有彻底打破“金元政治”循环，才能实现 ICC“服务于全人类而非个别强国”的宗旨。

第三，促进文明互鉴与规范融合，以文化包容重塑正义共识。国际刑事司法的合法性危机源于文明冲突，而人类命运共同体理念强调“和而不同”，为调和多

⁶² Duterte's Arrest and the ICC: A Turning Point for International Justice? <https://www.isdp.eu/dutertes-arrest-and-the-icc-a-turning-point-for-international-justice/>

⁶³ How Hungary's Withdrawal from the International Criminal Court Affects the Credibility of the European Union, <https://verfassungsblog.de/how-hungarys-withdrawal-from-the-international-criminal-court-affects-the-credibility-of-the-european-union/>

元正义观提供框架。非洲国家三度集体抵制 ICC 的核心诉求, 在于其推崇的报复性正义忽视本土修复性实践。例如, 南非真相与和解委员会通过有条件赦免实现社会和解, 但《罗马规约》第 27 条对此保持沉默。⁶⁴ 中国在国际环境治理中倡导的“预防性救济+恢复性司法”模式(如昆明宣言) 可为 ICC 提供借鉴, 允许在国际罪行中引入和解程序, 将加害方赔偿、受害者参与纳入量刑考量。同时, 需增强司法机构的文化代表性。当前 ICC 法官中非洲占比仅极少, 完全与非洲案件的占比不相匹配, 这种失衡可通过增设“区域代表席位”改善。⁶⁵ 我国作为负责任大国, 应当充分发挥引领效应, 通过在国际刑事司法联盟中提出可行性较高的倡议, 按法律文明圈分配法官名额, 以确保伊斯兰法系、东亚法系等不同法律文化区域获得平等表达权。充分的文明互鉴并非消解法律原则, 而是通过多元叙事增强判决的道德说服力。

第四, 强化合作义务与执行机制, 以共治思维破解主权悖论。国际刑事司法的价值源于不同司法模式和机构的相互作用, 仅靠国际刑事法院不能成为一个包容各方的解决方案。⁶⁶ ICC 的执行困境暴露了“司法普遍性与主权至上性”的矛盾, 而中国提出的“统筹推进国内法治与涉外法治”理念提供了平衡路径。一方面, 需将《罗马规约》第 86 条的合作义务从道德约束升级为法律强制。匈牙利拒捕内塔尼亚胡并退约的行为, 揭示了成员国选择性合作的痼疾。我国 2018 年颁布实施《国际刑事司法协助法》, 建立执法合作与警务合作, 在国际刑事司法中应构建合作评级体系, 将成员国逮捕令执行率与其在国际金融机构的信贷资格挂钩, 以此促进各国的配合度。⁶⁷ 另一方面, 应探索“混合执行”模式。菲律宾杜特尔特案表明, 完全依赖成员国合作导致了司法政治化, 而中缅泰在“湄公河联合执法”中的经验显示出了区域性执法联盟可补充 ICC 的强制力缺陷, 应充分发挥如非盟刑警组织等本区域内的执法组织的作用, 调动不同区域对国际罪行追责的积极性。此外, 需利用数字技术突破主权壁垒, 例如通过区块链存证跨境调取电子证据, 避免传统司法协助中的政治阻挠。发展“技术赋能+制度约束”的双轨路径, 将人类命运共同体“创新、协调、绿色、开放、共享”发展理念在国际司法平台映射。

⁶⁴ 刘仁文, 杨柳:《非洲问题困扰下的国际刑事法院》,《比较法研究》2013 年第 5 期。

⁶⁵ The International Criminal Court: biased or simply misunderstood? <https://una.org.uk/magazine/2018-1/international-criminal-court-biased-or-simply-misunderstood>

⁶⁶ 克里斯多夫·W.穆林斯, 达恩·L.罗特, 李海滢:《国际刑事法院吓阻国际刑事违法行为的能力:一种理论上的评估》,《社会科学战线》2011 年第 9 期。

⁶⁷ 朱军:《“一带一路”建设中的国际刑事司法合作》,《人民论坛·学术前沿》2020 年第 22 期。

打击“有罪不罚”：国际刑事个人责任体系的运行现状以及批判 反思

张涵鑫 中国社会科学院大学博士研究生

摘要：国际刑事个人责任体系旨在追究个人严重国际罪行的责任，终结“有罪不罚”现象。国际刑事个人责任体系分为国际层级与国内层级。国际层级以国际强行法为逻辑起点，严重国际罪行则直接侵犯国际强行法所保护的国际社会基本价值。国际刑事法庭的管辖权模式经历了共同管辖、补充管辖和混合管辖的演变，最终以 ICC 的补充性原则为主导，强调国内刑事司法机制优先。过渡性司法机制则通过非司法手段促进社会和解，恢复司法公信力。国内层级是国际刑事个人责任体系的关键环节，其中官员豁免制度对影响责任的实现。目前，该体系面临多重挑战，包括国际强行法的模糊性导致追责标准不一；过渡性司法与国际刑事司法机制的协调失衡，问责路径单一化趋势明显；政治工具主义影响责任追究；国内刑事司法机制运行与国际合作不畅。由此，国际刑事个人责任体系需要反思。规则体系化上，稳固国际强行法内核，分层界定严重国际罪行；问责路径上，推动构建多元化追责路径配合；追责主体上，重申国家追责主体地位，强化国家在国际刑事个人责任中的作用，通过双边司法合作打击“有罪不罚”，确保国际刑事个人责任体系既尊重主权又实现正义。

关键词：国际强行法；管辖权；ICC；官员豁免制度；“有罪不罚”

引言

2025 年 3 月 12 日杜特尔特被押往海牙，引发对国际刑事个人责任体系的广泛争议。¹国家是国际社会的主体，历来是国际责任的主要承担者。尽管国际法直接赋予个人权利（尤其是人权），但是个人责任只限于刑事领域。传统的国际责任是双边国家事务，但是当代国际法规范中已经发展出影响整个国际社会体系的规范，对传统国际责任模式挑战。²16 世纪国家主权概念诞生之后，绝对主权理论长期庇护主权者免受国际责任的追究；³17 世纪霍布斯的《利维坦》为国家统治者的行为辩护，其强调主权者凌驾于法律之上；⁴18-19 世纪，殖民主义高峰时

¹ 新华社：《菲媒体：杜特尔特被送上飞机准备前往荷兰海牙》，<https://www.news.cn/world/20250311/5a89e74876d646e4846618311ac93cb4/c.html>，访问日期：2025 年 4 月 6 日。

² James Crawford, Simon Olleson: The Character and Forms of International Responsibility, Malcolm D Evans [ed], International Law (fourth), Oxford University Press 2014, pp.445-448, 474.

³ 让·博丹认为主权具有多个特征包括颁布法律、任免官员、赦免他人等。而主权者本人并不是这些内容的约束对象。参见[法]让·博丹：《主权论》，[美]朱利安·H·富兰克林[编]，李卫海、钱俊文[译]，北京大学出版社 2006 年版，第 92-141 页。

⁴ [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼[译]，商务印书出版社 2022 年版，第 133-140 页。

期，欧洲殖民者肆意掠夺资源却藉以高等文明开脱逃罪。此时，罪与罚的主体关注对象是国家。1919年《凡尔赛和约》中，同盟国同意接受德国提出的由其位于莱比锡的帝国法院审判选定数量的被告罪犯的提议，虽然莱比锡审判流于形式，但是首次在条约中提出个人刑事责任原则。⁵二战之后，个人问责模式逐渐构建起来。纽伦堡审判（Nuremberg Trials）、远东国际刑事法庭（International Military Tribunal for the Far East）成为国际社会追究个人责任的重要先例。联合国建立之后，人权意识觉醒推动问责机制多元化。联合国安理会通过决议设立前南斯拉夫国际刑事法庭（International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia，以下简称“ICTY”）和卢旺达国际刑事法庭（International Criminal Tribunal for Rwanda，以下简称“ICTR”）。此后，1998年《罗马规约》诞生，公约下建立起一个专门打击严重国际刑事犯罪的国际刑事法院（International Criminal Court，以下简称“ICC”）。此外，在联合国主导下还成立了塞拉利昂等混合国际法庭与真相委员会等过渡性司法问责机制，构建起多元追责机制。

在共同打击严重国际犯罪，实现终结“有罪不罚”现象的目标下，国际法规范、国内法院、国际法庭以及过渡性司法机制共同形成了一个国际刑事个人责任体系，致力于追究个人犯下严重国际罪行的责任。在ICC建立后的20余年，从国际强行法到国际法庭和国内法庭的管辖权，再到程序中的官员豁免制度，再到过渡性司法机制的执行，国际刑事个人责任体系逐渐发展成熟，但是其面临成员国不断退约⁶，一度陷入信任危机。本文旨在通过结合国际法委员会近年来热门的议题，并将其置于国际刑事个人责任体系下分析运行现状，批判性反思体系存在的问题，以期促进国际社会基本价值的保护以及推动打击“有罪不罚”的发展。

一、国际刑事个人责任体系的国际框架

国际刑事个人责任体系可以总结概括为两个结构，其一是初级规则界定严重国际罪行的构成要件；其二是次级规则规定多元追责机制以及配套程序。其中核心内容是平衡国家主权与国际社会对基本价值的保护需求。当前次级规则之下已经形成了以ICC为主体、以过渡性司法机制为辅助的复合型问责机制。

（一）初级规范：严重国际罪行与国际强行法

国际强行法所代表的是国际社会基本价值，在主张和使用国际强行法之时，不仅需要证明某一项规则是一项广泛被接受的国际规则，更需要证明这项国际社

⁵ Sandra L. Jamison: A Permanent International Criminal Court: A Proposal That Overcomes Past Objections, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol.23, Issue2, pp.422-423. 转引自高铭喧，王秀梅：《国际刑法的历史发展与基本问题研究》，载《中国刑事法杂志》2001年第1期，第6页。

⁶ 布隆迪在2016年10月12日通过了关于该国退出《罗马规约》的法案，布隆迪司法部长艾梅·洛朗蒂娜·康亚纳认为ICC成为超级大国对付非洲国家工具。南非2016年10月19日南非外交部长马沙巴内向联合国正式发出通知，宣布该国退出国际刑事法院，原因在于在苏丹总统巴希尔的处理，让南非在国家刑事法院合作和非盟之间为难。但是，该行为被认为是违宪进而并没有真正的落实。同年，冈比亚在10月25日冈比亚信息部长谢里夫·博章在国家电视台上宣布声明，他认为ICC是专门针对非洲，尤其是非洲的领导人。然而，2017年2月冈比亚新政府撤销了退出声明。2019年菲律宾正式推出国际刑事法院，成为继布隆迪之后第二个退出ICC的国家。2025年4月3日，匈牙利宣布退出国际刑事法院。

会普遍接受规则背后代表的国际社会基本价值是不容减损的。严重国际罪行是指那些被国际社会普遍认定为危害全人类共同利益、破坏国际和平与安全，并需承担个人刑事责任的极端违法行为。严重国际罪行与国际强行法具有紧密关系，严重国际罪行是对国际强行法严重违反的形态。

1. 国际强行法的性质

2022 年国际法委员会在《一般国际法中强行法的识别与法律后果报告（草案）》（*Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*，以下简称“《强行法识别报告》”）结论 2 指出国际强行法是“反映与保护”国际社会最为基本的价值，体现为其一是国际强行法与国际社会基本价值相关联；其二是国际强行法的作用是保护这些价值。⁷

《维也纳条约法》（*Vienna Convention on the Law of Treaties*，以下简称“VCLT”）第 53 条定义了国际强行法，⁸认为其反映“国家之国际社会整体”的价值追求（the international community of states as a whole）。在巴塞罗那电车案中，判决中使用的是“对整个国际社会应承担的义务”（obligations of a State towards the international community as a whole）。⁹在《强行法识别报告》结论 3 使用的亦是“国家之国际社会整体”。¹⁰这三项内容正好形成了“国际强行法”发展脉络，呈现出“国际社会的基本价值”判断方法的从部分国家利益转向国际社会整体利益。¹¹目前联合国成为 193 个成员国的多边机构，是形成“国际社会的基本价值”的最佳平台。目前国际法委员会列出的，得到认可国际强行法的内容包含了禁止种族灭绝、禁止酷刑、禁止侵略、禁止危害人类、禁止种族歧视和种族隔离、禁止奴隶制、自决权。¹²

⁷ International Law Commission, conclusion 2, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*, with commentaries, 2022, p.18.

⁸ VCLT 第 53 条规定：一般国际法强制规律是指国家之国际社会权利接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际规律得更改之规律。

⁹ Case Concerning the Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para.33.

¹⁰ International Law Commission, conclusion 3, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*, with commentaries, 2022, p.27.

¹¹ 在论证国际社会的基本价值之时，“国家”（states）一词是否重要，国际社会只是由被认可为国家构成，还是也包括一些不被公认为国家构成。回顾 VCLT 立法之时，国际社会正处于去殖民化的浪潮，这一条款中加入国际强行法用以确保殖民地国家在面对条约继承中否认极为不公平的条款，推动他们的独立性。条款中是否加入“国家”存在争议，如果条款中加入的“国家”势必倾向于西方国家的偏好，达到对基本价值的限缩——国际社会仅限于加入联合国的国家；如果不加入“国家”（states）可以给国家带来更多的主张自身的权利，包括那些尚未加入联合国的国家。在这种争斗之下，形成了 VCLT 中的表述。然而随着去殖民化运动的浪潮褪去，这种争议逐渐趋于“国际社会”包括尚未被国际承认的“国家”。此后，巴塞罗那电车案以及被《国家责任草案》所引用的“对整个国际社会应承担的义务”，“国家”一词开始淡出，超越国家的“国际社会”概念逐渐形成。及至 2022 年《强行法识别报告》中加强了“国际社会”的概念。参见 A/CONF.39/11Add.1, 该文件记录了会议过程中各国代表的看法，法国等国家认为这会打破以国家同意为基础的国际法规则，一些新兴国家则认为某些条款极度违背了国际法规则，应当认定是无效的。Jean Allain: *Jus Cogens and the International Community “of States” as a Whole*, Dire Tladi ed., *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) Disquisitions and Disputations*, Brill | Nijhoff, pp.89-91; Mehrdad Payandeh: *Modification of Peremptory Norms of General International Law*, Dire Tladi ed., *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) Disquisitions and Disputations*, Brill | Nijhoff, pp.130-131.

¹² 禁止侵略；禁止危害人类罪；国际人道主义法的基本规则；禁止种族歧视和种族隔离；禁止奴隶制；

2. 严重国际罪行

严重国际罪行是通过一系列国际公约、司法实践以及学术共识构建起来的，主要包括种族灭绝、危害人类罪、战争罪、侵略罪。¹³形式标准上，诸多公约逐渐确认了四项严重国际罪名的构成要件，《防止及惩治灭绝种族罪公约》第2条规定了种族灭绝罪，ICTR 据此审理了1994年卢旺达大屠杀事件；¹⁴危害人类罪在前南斯拉夫国际刑事法庭（ICTY）起诉米洛舍维奇；《日内瓦公约》及其附加议定书定义了战争罪；《禁止酷刑公约》第1条定义了酷刑，其中第5条要求缔约国建立多重管辖权禁止酷刑。《罗马规约》将四项罪名进行统一，2010年修正案颁布之后，联合国安理会承担对侵略罪的判断的义务，这将集体安全机制与国际刑事司法相勾连。这一进程同样是对四项罪名的义务逐渐从条约义务过渡到一种国际社会整体的义务，形成一种多边责任。¹⁵

实质标准上，其核心的特征是对国际社会基本利益的侵害性，是对人类社会基本利益的否定。对于恐怖活动、劫持航空器并不构成严重国际罪行，在《罗马规约》的制定过程中，曾经讨论过严重国际罪行的范围。一些恐怖主义、毒品犯罪、劫持航空器曾被考虑到是否应当纳入严重国际罪行。¹⁶然而，恐怖主义虽然可能具有广泛性、跨国性，但是很难运用一个确定的概念定义其行为，《罗马规约》中认为恐怖行为可以构成危害人类罪，但是无法独立成罪；同样贩毒具有一定的地域性，它更多是严重国际罪行的手段之一，相较上述四种罪行，缺乏严重性。根本而言，这些罪行侵犯的利益具有可区域性，手段具有从属性。相反，严重国际罪行专注于维护无辜个人（受害者）所体现的人类价值，这就意味着，某些犯罪即便是国内犯罪，同样也会受到国际社会关注，构成严重国际犯罪。¹⁷

（二）次级规范：从垂直模式到多元共治模式

回顾自二战以来国际社会建立国际法庭，他们的管辖权体系无疑在朝着两个方向努力，其一是被动地在国家主权原则与国际强行法所保护的国际社会基本价值之间寻找平衡点；另一个是主动地推动国家对国际强行法所保护的国际社会基

禁止酷刑；自决权。Conclusion 23, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), with commentaries, International Law Commission, 2022, pp.85-89.

¹³ 《罗马规约》第五条规定，本法院的管辖权限于整个国际社会关注的最严重犯罪。本法院根据本规约，对下列犯罪具有管辖权：灭绝种族罪；危害人类罪；战争罪；侵略罪。虽然《罗马规约》仅在缔约国之间生效，但是反映了较为广泛的共识。

¹⁴ 联合国，1994年对卢旺达境内图西人实施的灭绝种族罪，<https://www.un.org/zh/preventgenocide/rwanda/backgrounders.shtml>，访问日期：2025年4月6日。

¹⁵ Eric Wyler: From 'state crime' to responsibility for 'serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law', *European Journal of International Law*, vol.13, Issue 5, pp.1147-1160; Pierre Klein: Responsibility for serious breaches of obligations deriving from peremptory norms of international law and united nations law, *European Journal of International Law*, vol. 13, Issue 5, pp.1241-1255.

¹⁶ William Anthony Schabas: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, pp.102-107.

¹⁷ Marcello Di Filippo, Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes, *European Journal of International Law*, Vol.19, Issue 3, June 2008, pp.533-570.

本价值设立普遍管辖权形成共识。基于这两个目标，国际社会进行“正义实现路径”实践，经历过共同管辖模式、补充管辖权模式、混合管辖权模式三种模式。

1. 共同管辖权分配模式

ICTY 和 ICTR 的构建的接近垂直结构设想的，它们是由联合国安理会设立的法庭。以 ICTY 为例，形式上，根据《前南国际刑事法庭规约》（*Statute of International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*，以下简称“SICTY”）第 9 条规定，法庭和国家法院同时享有并行的管辖权，但是法庭具有首要地位，在诉讼的任何阶段法庭都可以根据 SICTY 以及《程序和证据规则》（*Rules of Procedure and Evidence*）要求国内法院配合。¹⁸而《程序和证据规则》第二部分的条款，同样体现了检察官与法庭（审判法庭与上诉法庭）的地位优先于国内法院。¹⁹这种共同管辖权的模式呈现为一种垂直模式，即 ICTY 形成了一种形式上的“上位法院”。而实质上，根据联合国 1503 号决议，ICTY 与国内法院形成了一种分工，国际 ICTY 只审理高级别的犯罪分子，将一些低级和中级的犯罪分子交由地方法院进行审理。²⁰实践效果上看，ICTY 与 ICTR 背靠联合国安理会，联合国以及安理会为其提供了强大的政治号召力，目前 ICTY 起诉了 161 名罪犯，ICTR 起诉了 93 名罪犯。²¹在共同管辖的效果之下，国际刑事法庭帮助地区培育起相关国家法院的审判严重国际刑事犯罪的能力，在波斯尼亚和黑塞哥维那、塞尔维亚和克罗地亚已建立了专门的战争罪起诉和审判机制。这种管辖权模式之下最大的问题就是合法性危机，虽然 ICTY、ICTR 的管辖权来自于国家自身的授权，但是实质结果却只对军事上、政治上失败者所犯下的罪行进行司法审判，将所有责任归咎于失败者之中，难免遭致政治操纵的非议。²²

2. 补充管辖权分配模式

ICC 形成的模式是补充性管辖权分配模式。根据《罗马规约》序言第十条以及第十七条的内容指明，补充性原则（*complementary*）是指对于严重国际犯罪，ICC 并不具有优先性，扮演消极角色，国内法院应当先行使其管辖权。只有在国内法院不情愿或者不能真正的解决案件的情况之下，ICC 才能进行管辖。²³这种管辖权分配模式充分尊重国家的主权，认可在全球范围内，打击“有罪不罚”的主

¹⁸ Concurrent jurisdiction Article 9(2): The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.

¹⁹ Rules of Procedure and Evidence, Part Two: Primacy Of The Tribunal.

²⁰ United Nations Security Council, Adopted by the Security Council at its 4817th meeting, on 28 August 2003, S/RES/1503 (2003).

²¹ 详见 ICTY 官网简介 <https://www.icty.org/node/9590>; ICTR 官网简介 <https://unictr.irmct.org/en/tribunal>.

²² Antonio Cassese: Reflections on International Criminal Justice, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Issue 1, March 2011, p.274.

²³ 实际上，这是一种可受理性标准的判断。第 17 条列出了 ICC 受理性的三条判断标准包括“补充性”、一罪不二罚（*ne bis in idem*）以及严重性。

要力量的核心是国家的管辖权。²⁴而为了确保实现打击“有罪不罚”，《罗马规约》还给予非缔约国以自主选择权，其第12（3）条规定了非缔约国也可以主动要求ICC的管辖权。²⁵此外，ICC的检察官办公室对补充性原则进行发展，产生了积极补充性，并且得到了缔约国大会的认可。²⁶

无论是积极还是消极的补充性原则，这种模式假设存在“国家会对案件积极行使管辖权”的前提，一方面“不情愿或者不能够”的严格标准防止ICC对国家主权的僭越；另一方面，ICC通过立法协助、技术支持、基础建设等方式帮助国家实现自身管辖权。²⁷

3.混合管辖权分配模式

混合型国际刑事法庭包括塞拉利昂、东帝汶、柬埔寨、黎巴嫩刑事法庭。²⁸这种类型的刑事法庭是国际刑事追责中的一类特殊模式，其通过嵌套国内司法框架与融合国际法治理念的双轨设计实现对正义的追求。以塞拉利昂国家的刑事法庭为例，联合国安理会与塞拉利昂经过磋商之后设立一个以条约为基础，具有混合管辖权的法庭。区别于ICTY和ICTR，塞拉利昂特别刑事法庭并不隶属于联合国安理会。区别于ICC，塞拉利昂特别法庭在塞拉利昂国内设立法庭，审判以及法庭行政等事务适用国内法；在法律适用上同时使用国内法和国际法。²⁹另外在管辖权分配上，塞拉利昂特别刑事法庭优先于国内法庭，但是优先性仅限于塞

²⁴ 《罗马规约》在起草过程中，很多国家都担心法院会变成一种类似于欧盟内部欧盟法院与国内法院的关系，因此第17条致力于消除各国对规约消解国家主权的担忧。一些委员认为，ICC是各国的一种设施，它将补充而不是取代国家管辖权；另一些委员认为，法院是在有关国家不愿意或不能够这样做时进行起诉的一种选择，但必须有必要的保障措施，防止法院被滥用于政治目的。还有一些成员建议，或许应该为法院提供有限的固有管辖权，以处理最严重的核心罪行。有人认为，应进一步考虑审判或引渡被控犯有严重罪行的人的现有条约义务，不存在因设立法院而默示放弃国家法院管辖权的情况，法院管辖权的剩余性质是基于审判、引渡或移交法院等选项的现有制度的补充要素，以及咨询管辖权协助国家法院解释相关条约的可能性，如美洲人权法院的情况。还有人建议，如果案件不够严重或国家法院可以适当处理，法院应有拒绝行使管辖权的酌处权。对这一建议的解释是，要确保法院只处理最严重的罪行，不侵犯国家法院的职能，并根据现有资源调整其案件量。最终在罗马会议上，讨论定调于几乎所有国家都表示重视在规约中列入补充性原则，即起诉属于法院管辖权范围内的罪行的主要义务在于各国本身。此外，大多数代表团认为，当国家不能或不愿履行该义务时，法院应具有干预的管辖权。这并不是说法院应充当国家法律体系的上诉机构或终审法院。在国家承担其义务的情况下，法院没有任何作用；只有在由于没有能力或不愿意而未能履行义务的情况下，法院才介入。

²⁵ 《罗马规约》第12（3）款规定如果根据第二款的规定，需要得到一个非本规约缔约国的国家接受本法院的管辖权，该国可以向书记官长提交声明，接受本法院对有关犯罪行使管辖权。该接受国应依照本规约第九编规定，不拖延并无例外地与本法院合作。

²⁶ 积极补充性原则是指检察官通过提前接触相关国家，帮助国家能力建设，进而相关国家达成补充性原则的标准而隔离ICC的介入。ASP of ICC, Resolution ICC-ASP/8/Res.9, pp.16-22; International Criminal Court, Policy Paper on Preliminary Examinations, p24, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf; International Criminal Court, Report on Preliminary Examination Activities (2018), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>, 访问日期：2025年4月5日。

²⁷ Jann Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press 2008, pp.100-101.

²⁸ 塞拉利昂特别法庭依据联合国安理会第1315号决议以及联合国与塞拉利昂政府协议建立；东帝汶特别法庭依据联合国东帝汶过渡行政管理局第2000/15号条例建立；柬埔寨特别法庭依据联合国与柬埔寨政府协议以及柬埔寨《设立特别法庭法》建立；黎巴嫩特别法庭依据联合国安理会第1757号决议以及《黎巴嫩特别法庭协定》建立。

²⁹ 联合国安理会，秘书长关于设立塞拉利昂特别法庭的报告，S/2000/915。

拉利昂的国内法庭，并不会影响第三国的管辖权行使。³⁰这种混合管辖权分配模式近似于“借鸡生蛋”，由国际法官与国内法官共同构成的团队在国内法院进行审理，可以推动国际规则向国内转化。混合法庭形成动态的周期性变化，当案件审理完毕混合法庭将会关闭。

ICTY 和 ICTR 两个法庭剩余的上诉和上位追诉的罪犯留给联合国国际刑事法庭余留机制（International Residual Mechanism for Criminal Tribunals，以下简称“MICT”）³¹继续实施。而对于塞拉利昂等特别法庭而言，由于这类法庭并不属于联合国的附属机构，因此其运行的费用大多数来自联合国的国家的自愿捐助以及当地政府的费用的支持。伴随着区域的问题逐渐解决，这些特别法庭面临关闭。这一转变表明国际法庭问责机制转向常设性国际刑事法院。

（三）混合机制：过渡性司法问责机制

ICC 介入乌干达地区圣灵抵抗军的行为引发了国际社会对司法机制的怀疑。³²然而，在乌干达与 ICC 第二预审庭的协商下，通过过渡性司法机制推动了乌干达地区和平解决争议。³³过渡性司法机制是国际社会在 ICC 之后发展起来的一种工具，有助于为经历冲突或大规模侵犯人权事件的社会寻找公正与包容的未来。³⁴该机制涵盖了解决严重国际犯罪所引发的一系列社会后果，通常包括问责、追求公平和实现和解。³⁵它需要一系列广泛的机制来确保过渡期的正义、真相、和解以及最终的和平，这些机制包括真相委员会、和解进程和赔偿计划，体现了其独特而全面的正义理念。³⁶这种机制最早由埃格拉什提出的，³⁷要求国家采取措施打击有罪不罚现象，³⁸保障受害者的了解真相、取得公理、取得赔偿并且防止再次发生的权利。³⁹过渡性司法机制最为常见设立的机构是真相委员会（Truth

³⁰ 联合国安理会，秘书长关于设立塞拉利昂特别法庭的报告，S/2000/915。

³¹ 联合国刑事法庭余留事项国际机制，《简介》，<https://www.irmct.org/en/about>，访问日期：2025 年 4 月 5 日。

³² ICC 对政府军的暴行选择性忽略了。另外，ICC 是否应当介入也被广泛讨论。第二预审庭在审理乌干达国内的司法程序时，如果将“不情愿或是不能够”的标准过于严苛将会导致 ICC 介入，将和平成果付之东流；然而不考虑补充性原则将会有违正义。See William W. Burke-White, Scott Kaplan: Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 2, May 2009, pp.257–279.

³³ 措施包括大赦、国内军事法庭、传统正义（这些机制通常通过忏悔、悔改和象征性赔偿来寻求社区愈合和重新融合，旨在表明悔意并为所有相关人员发出新的开始信号。）See William W. Burke-White, Scott Kaplan: Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 2, May 2009, pp.257–279.

³⁴ 联合国，《过渡时期的司法、和解和人权》，<https://peacemaker.un.org/zh/areas-of-work/transitional-justice-and-reconciliation>，访问日期：2025 年 4 月 6 日。

³⁵ 人权理事会，《人权与过渡期正义——联合国人权事务高级专员办事处的报告》，A/HRC/49/39。

³⁶ Jeremy Sarkin: Enhancing the Legitimacy, Status and Role of the International Criminal Court by Using Transitional Justice or Restorative Justice Strategies, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, pp.88-102.

³⁷ Kathleen Daly: The Punishment Debate in Restorative Justice, Jonathan Simon ed., Richard Sparks ed., *The Handbook of Punishment and Society*, Sage Publications 2012, pp.358–359.

³⁸ 经济及社会理事会，《经更新的〈采取行动打击有罪不罚现象、保护和增进人权的一套原则〉》，E/CN.4/2005/102/Add.1，第 6 页。

³⁹ 经济及社会理事会，《经更新的〈采取行动打击有罪不罚现象、保护和增进人权的一套原则〉》，E/CN.4/2005/102/Add.1；Kelebogile Zvobgo: Demanding Truth: The Global Transitional Justice Network and

Commission), 是确保受害者知晓真相的非司法机构, 主要职能就是独立、公正地调查真相。⁴⁰自 2005 年黛安·奥伦特利澈 (Diane Orentlicher) 发布《打击有罪不罚现象的一套原则》更新文件之后, 过渡性司法机制只是形成了一系列原则性指导文件。⁴¹在具体的实践中, 出路的找寻依旧需要冲突各方进行协商。指导意见中的空白或许是有意为之, 因为不通冲突发生的深层原因各有不同, 往往需要联合国在内的各方进行具体冲突分析创新性构建过渡性司法措施。根据联合国报告, 过渡性司法机制在推动和平实现发挥巨大的作用。⁴²

综上所述, 国际刑事个人责任体系形成双层规范架构。其中初级规则层面形成以国际强行法为根基而构建的“严重国际罪行”规范体系, 确立了国际社会共同保护的核心权益边界。该类罪行的根本特质在于其对国际社会基本利益的严重侵害性。次级规则层面, 呈现为“常设与过渡互补”的格局。随着 ICTY 等特设法庭相继完成使命, 国际刑事法院 (ICC) 作为常设司法机构的核心功能持续深化, 而过渡司法机制则为该体系注入和平重建导向的操作工具, 形成刑事追责与冲突后治理的联动框架。(如图 1 所示) 当前发展态势中, 过渡司法机制的重要性显著提升, 此举折射出“有罪不罚”概念的转型。传统“有罪不罚”以司法惩治为中心, 强调通过定罪量刑实现法律责任绝对化; 目前除罪犯追责外, “有罪不罚”还强调真相揭露、系统性修复与秩序再造, 形成预防性司法的复合维度。在此演进脉络下, 国际刑事追责体系理想情形下应呈现“国家主导—国际协同”的新模态: 各国在调查起诉环节承担首要责任; 联合国及其下设与人权理事等机构着力推动构建标准化调查程序; ICC 则司法性弱化, 通过补充性管辖机制向“调节者”转型; 过渡性司法机制推动和平进程中责任厘清、真相还原与制度性保障的协同达成。

the Creation of Truth Commissions, *International Studies Quarterly*, Vol.64, Issue 3, September 2020, pp.609–625.

⁴⁰ 典型的例子是东帝汶的接纳、真相与和解委员会 (Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor-Leste, CAVR) 于 2001 年 7 月正式成立, 其法律依据是东帝汶过渡行政当局 (UNTAET) 于 2001 年 7 月 13 日颁布的 2001/10 号条例 (Regulation 2001/10)。Regulation No. 2001/10 On The Establishment Of A Commission For Reception, Truth And Reconciliation In East Timor, UNTAET/REG/2001/10。

⁴¹ Priscilla Hayner: *Transitional Justice in Peace Processes*, United Nations Standby Team of Senior Mediation Advisers, 24 October 2022, p.9-10.

⁴² Priscilla Hayner: *Transitional Justice in Peace Processes*, United Nations Standby Team of Senior Mediation Advisers, 24 October 2022, p.8.

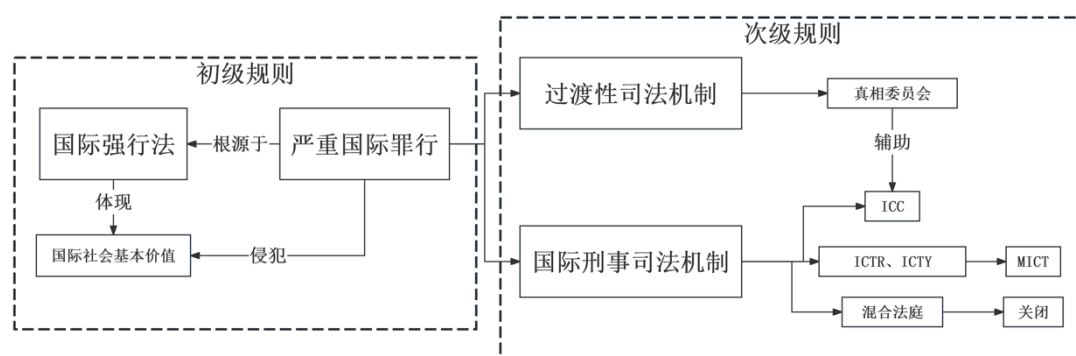


图 1：国际刑事个人责任体系之国际层面框架图

二、国际刑事个人责任体系的国内框架

上文已经论证国际法庭问责机制逐渐转向常设的 ICC。依据 ICC 的补充性原则，可推断出国内问责机制应承担首要问责责任。尽管《罗马规约》中大部分条款都在详细、清晰地阐述国际刑事法院的机构设置，但 ICC 的结构设计旨在推动国内法院打击“有罪不罚”现象。在补充性原则下，国家问责体系在审判国际严重犯罪时，可被视为国家审判机构代表国际社会基本价值进行追责。然而，官员豁免制度在国家问责体系中影响其顺畅运行，因此需要将其作为国际刑事个人责任体系的关键一环加以重视。

（一）补充性原则的效果

国家刑事司法主权的优先性构成 ICC 补充性原则的规范内核。首先，从目的性解释的角度来看，《罗马规约》序言第 6 段要求缔约国应优先通过国内司法系统追究严重国际犯罪者的刑事责任。⁴³结合对序言第 4、5、10 条的系统解释可知，在国际刑事个人责任体系的层级配置中，国内管辖权具有法定优先地位。仅当主权国家出现“管辖意愿缺失”或“管辖能力缺位”时，ICC 方可启动介入程序。脱离该标准的任意管辖权扩张将实质架空补充性原则的规范性效力。⁴⁴此外，ICC 是资源有限的国际组织，其依据条约建立，并无联合国的依靠，缺少国家的合作之下问责程序推进困难，公约的宗旨亦无法实现。总之，《罗马规约》序言表明了 ICC 的宗旨，国家行使管辖权是追究严重国际罪行责任的充分必要条件。

其次，补充性原则的实践逻辑暗含最低限度标准（minimum standards）的治理智慧。《罗马规约》的属事管辖包括四种罪名种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪以及侵略罪，其犯罪实施通常具有系统性特征与政策驱动属性，涉诉主体的行为往往与主权国家政权的决策层级存在结构性关联。⁴⁵严重国际罪行的追责不可

⁴³ 《罗马规约》序言第六段：忆及各国对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权；Otto Triffterer, Kai Ambos: *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, C. H. BECK·Hart·Nomos 2016, P.11.

⁴⁴ Jann Kleffner: The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law, *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1, Issue 1, April 2003, pp.90-95.

⁴⁵ Pierre Klein: Responsibility for serious breaches of obligations deriving from peremptory norms of international

避免地引发司法政治化风险。目前,国际社会仍然是一个平面结构,即便是存在国际强行法,国际强行法的规范效力仍需通过主权国家的合意机制实现制度化确认。国家主权原则依旧是不可否认的最为基础的原则。ICTY 与 ICTR 的实践表明,联合国安理会的政治背书虽可增强法庭的强制执行力,但过度干预国内司法程序易导致超国家刑事司法权,会实质侵蚀主权原则,造成国家天然的反感与排斥。⁴⁶ 因此,补充性原则通过设定 ICC 介入标准,允许主权国家在刑事司法主权保留的前提下,基于现实政治考量选择符合成本效益的追责路径,从而避免国际刑事法院沦为大国地缘政治博弈的工具。

最后,补充性原则的制度倒逼效应在 ICC 与国家互动中得到体现。补充性原则主旨体现于《罗马规约》序言第十段,具体实施标准体现在第 17 条⁴⁷、第 20 条第 2 款⁴⁸内容,后两条条款是对序言第十款内容的细化实施。⁴⁹基于第 17 条,对于“有能力但不愿”的国家,ICC 检察官办公室(Office of the Prosecutor,以下简称“OTP”)可通过启动初步审查(preliminary examination)程序实施策略性施压,迫使其修正司法惰性或选择性追诉行为。⁵⁰对于“有意愿但无力”的国家,则可通过能力建设援助机制协助其完善刑事司法基础设施。⁵¹根据第 93(10)款,

law and united nations law, *European Journal of International Law*, vol. 13, Issue 5, pp.1241-1255.

⁴⁶ Gabrielle Kirk McDonald: Problems, Obstacles and Achievements of the ICTY, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, Issue 2, June 2004, pp.558-571.

⁴⁷ 《罗马规约》第十七条规定:(一)考虑到序言第十段及第一条,在下列情况下,本法院应断定案件不可受理:1.对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉,除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉;2.对案件具有管辖权的国家已经对该案进行调查,而且该国已决定不对有关的人进行起诉,除非作出这项决定是由于该国不愿意或不能够切实进行起诉;3.有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判,根据第二十条第三款,本法院不得进行审判;4.案件缺乏足够的严重程度,本法院无采取进一步行动的充分理由。(二)为了确定某一案件中是否有不愿意的问题,本法院应根据国际法承认的正当程序原则,酌情考虑是否存在下列一种或多种情况:1.已经或正在进行的诉讼程序,或一国所作出的决定,是为了包庇有关的人,使其免负第五条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任;2.诉讼程序发生不当延误,而根据实际情况,这种延误不符合将有关的人绳之以法的目的;3.已经或正在进行的诉讼程序,没有以独立或公正的方式进行,而根据实际情况,采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。(三)为了确定某一案件中是否有不能够的问题,本法院应考虑,一国是否由于本国司法系统完全瓦解,或实际上瓦解或者并不存在,因而无法拘捕被告人或取得必要的证据和证言,或在其他方面不能进行本国的诉讼程序。

⁴⁸ 《罗马规约》第二十条规定:(一)除本规约规定的情况外,本法院不得就本法院已经据以判定某人有罪或无罪的行为审判该人。(二)对于第五条所述犯罪,已经被本法院判定有罪或无罪的人,不得因该犯罪再由另一法院审判。(三)对于第六条、第七条或第八条所列的行为,已经由另一法院审判的人,不得因同一行为受本法院审判,除非该另一法院的诉讼程序有下列情形之一:1.是为了包庇有关的人,使其免负本法院管辖权内的犯罪的刑事责任;或2.没有依照国际法承认的正当程序原则,以独立或公正的方式进行,而且根据实际情况,采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。这一条规定既是对国内管辖权的要求,也是对 ICC 的要求。既是限制 ICC 的管辖权的行使,也是对反向推动国内法规范的提升。

⁴⁹ Jann Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press 2008, pp.102-108.

⁵⁰ 《罗马规约》第十五条规定:(一)检察官可以自行根据有关本法院管辖权内的犯罪的资料开始调查。(二)检察官应分析所收到的资料的严肃性。为此目的,检察官可以要求国家、联合国机构、政府间组织或非政府组织,或检察官认为适当的其他可靠来源提供进一步资料,并可以在本法院所在地接受书面或口头证言。

⁵¹ 比如当一国因其司法系统无法获得被告或必要的证据和证词,或因其他原因无法执行其诉讼程序时,ICC 应依据补充性原则介入为解决这一问题提供了一个完善的依据。根据《罗马规约》第 93(10)款,ICC 在证据问题上的协助被明确视为一种“反向合作”。一个国家可以考虑将“反向合作”作为一种可行的选择,以克服妨碍其司法系统有效开展诉讼程序的缺陷。Jann Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press 2008, pp.334-348; Federica Gioia: Complementarity and “Reverse Cooperation”, Carsten Stahn eds., M. El Zeidy eds., *The International Criminal Court and*

⁵²ICC 可通过证据共享、技术转移等方式促进缔约国刑事程序的规范化发展，从而在司法协同中实现国内法院的能力进化。这种“积极补充性”机制，使国内刑事司法系统在国际标准的牵引下逐步扩展自身治理边界，最终形成嵌入式跨国司法网络。⁵³

整体而言，ICC 则通过补充性原则的规范辐射，将其刑事问责实践纳入跨国法治共同体的价值框架。这种制度安排的本质是通过设立履约机制反向刺激国家行使管辖权，以实现司法效率与国家自主性之间达致动态平衡，是国家主权和打击“有罪不罚”的目标之间的权衡结果，是兼顾正义程序与政治考量。而从国内视角看，在平行的国际法体系下，国内司法体系仍旧是领土上合法行为的唯一裁决者，而其在与 ICC 的合作之中接触刑事案件属于维护国际社会的基本利益，此时国内法院成为国际社会基本利益的化身进行审判，国内法院刑事问责体系成为国际刑事个人责任体系的重要部分。⁵⁴

（二）官员豁免制度在国内刑事司法体系的作用

国家官员豁免区别于国家豁免，主要是指在国际交往中一国的官员免受他国刑事管辖。⁵⁵这项制度主要体现为国际习惯法，成为当前阻碍追究严重国际罪行个人责任的最大障碍。为了打击国际社会中的“有罪不罚”现象，国际社会需要避免国家官员豁免制度被“政治化”滥用。官员豁免作为程序性权利，阻碍了国内刑事司法体系追究个人刑事责任，进而影响了打击“有罪不罚”的实现。

官员豁免制度的理论基础来自于职能吸收。根据 2004 年通过的《联合国国家及其财产豁免公约》（*United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of*

Complementarity: From Theory and Practice, Cambridge University Press 2011, pp.807-809.

⁵² 《罗马规约》第九十三第三款规定：1. 如果一缔约国正在就构成本法院管辖权内的犯罪的行为，或就构成其国内法定为严重犯罪的行为进行调查或审判，本法院可以根据该缔约国的请求，同该国合作，提供协助。

⁵³ 再比如《罗马规约》第 20（2）款体现的是基本法律原则一罪不二罚（*Ne bis in idem*），这是一种实质正义的追求，这也是对国内法院司法水平的实质性要求。

⁵⁴ 国际法的运行反映了威斯特伐利亚主权原则。在这一理念中，国家是一个指定的物理领土，“在这个领土内，国内政治当局是合法行为的唯一仲裁者”。国家可以通过同意特定规则，在其选择的程度上成为国际法律体系的一部分。同样，他们可以选择保持孤立，维护自己的主权，避免国际介入。形式上，威斯特伐利亚主权是不受任何外部干预或干涉的主权。同时也意味着它能够与其他国家互动并缔结国际协定。这就构成了一个由国家组成并受国家同意原则限制的国际法律体系出现了。然而，当前各国和国际社会共同面临的挑战要求国际法律制度作出非常不同的反应，从而要求国际法律制度发挥新的作用。从跨境污染到恐怖分子训练营，从难民到武器扩散，国际问题都有国内根源，而单纯国际法往往无力解决。为了有效应对这些新挑战，国际法律制度必须能够影响各国的国内政策，并利用国家机构实现全球目标。国际法的主要领域已经从凌驾于国家之上的独立监管转向与国内机构的直接接触。这种参与的三种主要形式是加强国内机构、支持它们和迫使它们采取行动。这种国际法概念最显著的特点是直接强调根据国际法律规则塑造或影响主权国家内部的结果。Marie Slaughter Anne, William Burke White: *The future of international law is domestic*, Janne E. Nijman ed., André Nollkaemper ed.: *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, pp. 110-133.

⁵⁵ 由于“豁免”一词含义多样，本文参考了不同文章的相关术语使用，藉此说明本文使用的“官员豁免”需要进行限定理解，仅指在刑事诉讼程序之下官员享有的豁免权力，这里并不包括国家豁免、外交豁免等内容。白桂梅：《国际法（第三版）》，北京大学出版社 2016 年版，第 213-216 页；伍俐斌：《国际刑事管辖与国家官员的豁免问题研究》，中国法制出版社 2017 年版，第 19-56 页；邓华：《国家官员外国刑事管辖豁免问题最新进展述评》，载《国际法研究》2016 年第 4 期，第 114-128 页；Malcolm N. Shaw 《*International Law*（9th）》，Cambridge University Press, pp.636-642。

States and Their Property, 以下简称“《豁免公约》”)中相关规定可以类推适用到国家官员,可见官员豁免来源于国家豁免。⁵⁶传统上来说,官员豁免制度要求国家绝对地吸收其代理人的行为,而实践中发展出属人豁免与属事豁免。属人豁免的范围从狭义的范围来看,包括国家元首、政府首脑和外交部长,这些主体的权力得到广泛的认可,包括国际惯例、国家实践以及学者的认可⁵⁷。属事豁免是属人豁免的延伸,是国家官员凭借其任职期间的身份而实施的行为所享有的豁免。其核心在于行为与国家的关联性,旨在保护官员行使职权时不受外国司法干扰,从而维护国家主权。⁵⁸属事豁免是以行为与国家之间的关联而构建起来的制度,避免官员畏惧代表国家行使权力承担责任而有损国家主权。⁵⁹学者福克斯总结了对豁免制度认知的三个阶段,即豁免从刚开始的绝对性权利,到之后的相对性权利再到程序性抗辩权利。⁶⁰豁免制度发展变化根本上是国家中心主义延伸与收缩的表现。⁶¹绝对豁免体现的是绝对国家主权,具有浓厚的“威斯特伐利亚”色彩;相对限制性的豁免则是贸易时代下国家在私法中的身份转变的体现;而豁免程序性抗辩权的认知则在限制豁免的基础上进一步约束国家主权。

在追究个人责任的模式下,当严重国际犯罪发生之时会导致“一个行为、两重责任”的责任承担模式。从责任类型来说,传统上责任形式是赔偿责任,国际法的主体是国家,官员不法行为产生的责任应当也由国家承担。这种责任的集体性将会暴露两个问题,其一是集体性质的法律制裁容易延续违法状态,易于造成暴力循环。其二是集体性质的法律制裁依托法律拟制,回避真实责任归属,形成报应欠缺。⁶²进而国际责任追究开启对个人责任的模式,常见于国际刑法与国际环境法。而对于责任承担而言,程序上的豁免可能会导致追责程序的停滞,但是责任并未消失。在实体法上,国家不能作为审判对象,⁶³但是并不影响民事上国

⁵⁶ 2004年《豁免公约》第2.1.2.5项指出代表国家行使权力的代表官员,他们的行为构成国家行为。Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, International Law Commission, 1991, A/46/10; United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, General Assembly of the United Nations, 2 December 2004, A/59/49.

⁵⁷ 参见 A/CN.4/661。但是对于范围是否仅仅局限与这三类人在国际层面存在争议,在联合国大会第六委员会数次会议中,中国代表数次提出属人豁免的“人”的范围不应该局限于这三类人,副总理和政府部门部长越来越多地参与国际交往并直接代表国家履行职能,参见 A/C.6/69/SR.23, A/C.6/68/SR.19, A/C.6/67/SR.21, A/C.6/66/SR.27, A/C.6/63/SR.23;挪威和瑞士的代表认为国防部长和商务部长、负责金融系统的部长享有属人豁免,参见 A/C.6/63/SR.23;目前各国的国家机构与官员设置存在差异,实践上无法支撑其他官员享有官员属人豁免,对于“其他官员”享有属人豁免并未达成一致观念。

⁵⁸ 参见 A/CN.4/686, A/CN.4/673。

⁵⁹ 属事豁免注重考察行为,享有属事豁免的行为必须是“以官方的身份从事的行为”。而“以官方身份从事的行为”需要从三个方面进行识别,包括该行为具有刑事性质,该行为代表国家并且涉及行使主权和政府权力要素,参见 A/CN.4/686。

⁶⁰ Hazel Fox and Philippa Webb: *The Law of State Immunity (3rd)*, Oxford University Press, 2013, pp.44-48.

⁶¹ Dire Tladi: The international law commission's recent work on exceptions to immunity: Charting the course for a brave new world in international law? *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, 2019, pp. 169-187.

⁶² 李将:《国际法上个人责任的法理:制度渊源与价值关联》,载《国际法研究》2021年第2期,第106页。

⁶³ 在刑事诉讼中,法院地国的实体刑法界定构成犯罪的行为,并在定罪后规定处以罚款和包括监禁在内的其他处罚。由于其独立地位,外国不能受到法院地国或其官员的起诉,也不能受到罚款、处罚或监禁的惩罚。Hazel Fox and Philippa Webb: *The Law of State Immunity (3rd)*, Oxford University Press, 2013, pp.21-22.

家的民事责任。再者根据《国家责任草案》第 58 条中规定之中，国家责任不妨碍代表国家行事的任何人根据国际法承担个人责任；⁶⁴再如《罗马规约》中第 25（4）款中规定个人刑事责任的任何规定均不影响国际法规定的国家责任。⁶⁵因此，官员豁免制度将会影响国内刑事司法体系程序的进行，但是并不影响实体责任的消失与减损，也不影响因行为引发的国家赔偿责任，不影响 ICC 行使管辖权。（如图 2 所示）

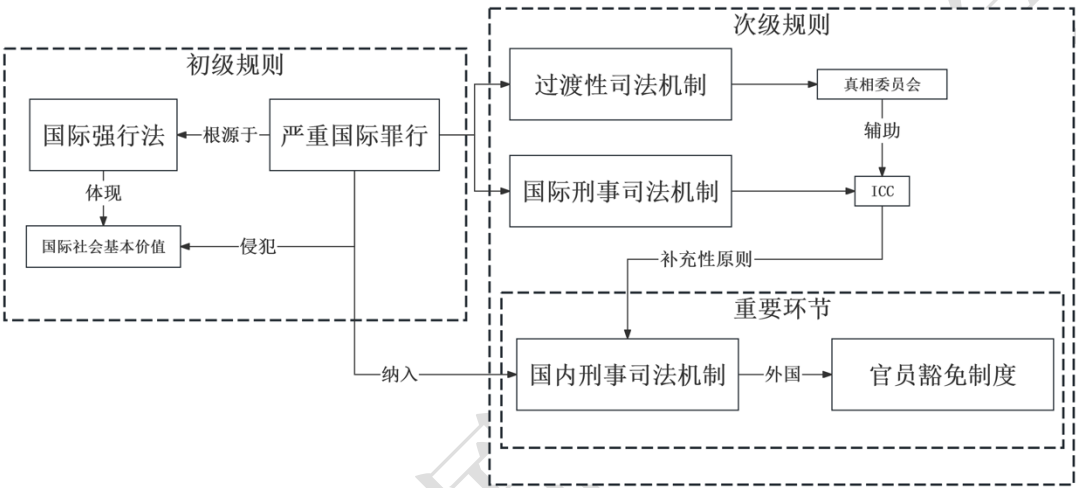


图 2:国际刑事个人责任体系的国际与国内层级关系图

三、国际刑事个人责任体系的批判

理想上看，国际刑事个人责任体系的逻辑链条应包含以下要素，包括罪名定义的明确性、审判的公平性、国内刑事司法体系发挥以及责任的有效落实，以此实现打击“有罪不罚”现象的目标。但是国际刑事个人责任体系链条中不同环节都受制于政治因素和制度性障碍，导致打击“有罪不罚”目标的形式性固化、责任追究的困难、追责目标失焦与审判政治化的纠葛、国际刑事法庭管辖权的过分扩张。

（一）制度的模糊性带来的追责失焦

国际刑事个人责任体系的逻辑根植于国际强行法所保障的国际社会基本利益内容，而国际法委员会通过《强行法识别报告》归纳了公认的国际强行法内容，但是国际强行法的内容存在模糊性。一方面是国际法委员会并非立法机构，国际法的形成与确定有待条约和国际习惯法的确立；另一方面，国际强行法正在保持动态性发展，国际社会共同利益具有抽象性，因此《强行识别报告》评议中也指出所列内容并非是一个穷尽的清单。⁶⁶由于国际强行法的模糊，严重国际罪行的

⁶⁴ report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session.

⁶⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 25(4): No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.

⁶⁶ Conclusion 23, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), with commentaries, International Law Commission, 2022, pp.85-89.

定义也极其笼统。在《采取行动打击有罪不罚现象，保护和增进人权的一套原则》文件中定义了严重国际罪行。但是这个定义混淆了三种国际法的范式，包括条约、强行法以及习惯法等内容，忽视了不同规范的效力位阶。另外，对于“严重性”的程度限定也长期处于模糊状态，这可能导致严重国际罪行与普通侵犯人权行为。2017 年 ICC 检察官法图·本苏达（Fatou Bensouda）请求 ICC 预审庭授权，展开对阿富汗伊斯兰共和国局势进行调查，拟调查美国在阿富汗实施的战争罪。⁶⁷但最终这项调查并没有实现，除了管辖权争议、补充性原则之外，美国抗辩其行为并没有达到严重程度，美国国内已经调查了相关人员。美国未得到审判加剧严重国际罪行的“非正义感”。

这种初级规则的模糊性是国际法结构性缺陷造成的。马尔蒂·科斯基涅米（Marti Koskeniemi）揭示了国际规则存在深刻的矛盾，国际法试图从国家行为和社会现实中建立规范，但是这个过程重返了不确定和政治性，即便规则制定希望抽象普遍而实现国际正义，但是过渡泛化的规则却与执行机制的国家中心主义严重背离。⁶⁸

（二）实现打击“有罪不罚”目标的路径单一化趋势

国际刑事个人责任体系的边界，根本上取决于对“有罪不罚”（impunity）的价值范围的认可。⁶⁹实现“有罪不罚”目标存在高标准和低标准的路径，其中低标准路径是承认政治博弈、社会修复需要等非司法因素的客观权重，在刑事追责中容忍比例性妥协；高标准路径则是坚持绝对正义原则，排斥政治力量干预司法独立，主张通过完整追诉实现道德救赎。⁷⁰从过往的实践看，打击“有罪不罚”目标的路径极易单一化。纽伦堡审判式惩罚性司法造成的可能是国家和社会的矛盾的激化。而过渡性司法机制则会产生正当性危机。1992 年 1 月 16 日，萨尔瓦多政府与法拉本多·马蒂民族解放阵线（Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional，以下简称“FMLN”）在墨西哥城签署了和平协议《查普尔特佩克协议》（*Acuerdo de Paz de Chapultepec*），结束了持续 12 年的内战。⁷¹在协议签订过程中诞生了一系列文件，其中《民族和解法》（*Ley De Reconciliacion Nacional*）⁷²中规定了赦免内容。这部和解法是当时达成和平协议的重要内容，只要 FMLN 的

⁶⁷ 国际刑事法院，国际刑事法院检察官法图·本苏达请求司法授权，开始对阿富汗伊斯兰共和国局势进行调查，https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-requests-judicial-authorisation#_blank，访问日期：2025 年 4 月 6 日。

⁶⁸ Martti Koskeniemi: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, pp.385-387.

⁶⁹ “有罪不罚”如果重视社会价值，那么将包括多样手段和途径；“有罪不罚”如果只重于法的价值，那么仅仅限于司法审判。

⁷⁰ Nadine Ansong, Sabine Kurtenbach: Promoting Peace and Impunity? Amnesty Laws after War in El Salvador and beyond, *Journal of Global Security Studies*, vol.8, Issue 2, pp.1-19.

⁷¹ *Acuerdos De Chapultepec*, Capitulo VI Participacion Politica Del Fmln, <https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/06.htm>，访问日期：2025 年 4 月 6 日。

⁷² 根据《宪法》第 131 条，立法议会有关赦免政治罪、与政治罪有关的普通罪或人数不少于 20 人的普通罪。<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1840.pdf>，访问日期：2025 年 4 月 6 日。

成员放下武器，就能够申请赦免，这成为达成和平的重要转折。1993年，仅仅在真相委员会发表调查报告五天之后，萨尔瓦多议会就通过了民族和解党（PCN）提出的“巩固和平大赦法”，会议认为必须要实施广泛而且大量的赦免才能维持和平，否则大范围的起诉行为将会再次激发内部战争，因此此部大赦方法被广泛认为是一种政治妥协。虽然赦免内容构建了较为平稳、稳定的社会环境，实现了和平，但这并不是公正的审判。无论是司法路径的拥趸者还是过渡性司法机制的支持者，对两种路径的单一追究本质是司法中心主义与政治工具主义的认知鸿沟与偏激。

（三）国际刑事法庭的政治化风险

《罗马规约》第27条确定的官方身份无关性本应成为消解“有罪不罚”的关键机制。⁷³正如上述分析，ICC固有的补充性管辖权体系与犯罪活动的高度政治敏感性构成了结构性张力，司法技术以及理性时常受制于地缘政治的博弈，ICC陷于沦为政治工具风波。

1. 复合管辖权体系导致执法困境

“巴希尔案件”反映了ICC管辖权与执法权体系性分离的制度缺陷。ICC预审分庭认为有证据证明巴希尔（Omar Hassan Ahmad Al Bashir）实施了战争罪和危害人类罪而发布了逮捕令。⁷⁴ICC的管辖权来源是《罗马规约》第13条，⁷⁵联合国安理会1593（2005）号决议授权ICC对苏丹地区的严重人权危机事件行使管辖权。⁷⁶根据第27条的规定，“官员身份无关”要求使得巴希尔在国内层面享有的豁免权利并不影响ICC管辖权的行使。然而，不仅苏丹没有执行逮捕，南非、约旦等缔约国亦没有执行逮捕。这与《罗马规约》第98条有关，其规定逮捕执行的被请求国在执行对第三国官员逮捕时会造成对官员豁免的义务的违犯之时，ICC应当取得该第三国的同意。在巴希尔案件中，ICC将“官员身份无关性”提升至国际习惯法的地位。⁷⁷法庭上述分庭认为，在安理会1593（2005）决议中将达尔富尔局势问题移交ICC，并且决定该苏丹和该地区国家有必要提供合作促使规约目标的实现，由此苏丹具有等同于规约缔约国的义务遵守规约。⁷⁸这种争议根

⁷³ 《罗马规约》第二十七条官方身份的无关性规定：（一）本规约对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由。（二）根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍本法院对该人行使管辖权。

⁷⁴ Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-1.

⁷⁵ 《罗马规约》第十三条行使管辖权规定：在下列情况下，本法院可以依照本规约的规定，就第五条所述犯罪行使管辖权：1. 缔约国依照第十四条规定，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势；2. 安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势；或3. 检察官依照第十五条开始调查一项犯罪。

⁷⁶ United Nations Security Council, Resolution 1593 (2005) Adopted by the Security Council at its 5158th meeting, on 31 March 2005, S/RES/1593 (2005).

⁷⁷ ICC, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, ICC-02/05-01/09-397, para.100-119; 刘大群：《〈国际刑事法院罗马规约〉的修正与适用实践述评》，载《武大国际法评论》2023年第6期，第13-17页。

⁷⁸ 约旦在提交给预审法庭的辩词中提出，逮捕巴希尔将会导致约旦违反1953年《阿拉伯联盟特权和豁免公约》，根据《罗马规约》第98条规定被请求国在执行对第三国官员逮捕时会造成对官员豁免的义务的违

本原因是由于管辖权本身以及管辖权的执行在体系上的分离造成的，ICC 建立的二级管辖架构，安理会依据《联合国宪章》第七章的强制管辖与法院依据规约的司法管辖存在权源分歧，导致执行阶段必然出现属地主权拒绝配合的屏障。

2. 积极补充性的悖论增加政治化风险

OTP 推行的积极补充性政策试图通过“对话式介入”激励国内司法能动性，但实际运作中产生三类反向效应。首先，积极补充性政策会滋长选择性追诉的形成。积极补充性政策存在假设，认为国内法院倾向于不将犯罪份子送往国际法庭展开审判，更加希望国家能够行使审判权，因此会通过各种途径确保“补充性”不生效。⁷⁹问题在于，在国内审判高级领导人不免导致国家面对及其严重的政治风险。两难之间，国内当局为规避 ICC 介入风险，常以象征性追诉策略起诉低层级执行者，同时庇护高级决策者。⁸⁰此模式形成司法漂白效应，实质架空补充性原则的震慑功能，对选择性起诉造成正向反馈。其次，积极补充性会导致案件叙事权争夺。检察官在暴行实施之时，提前介入相关事件，“有罪推定”的色彩将会影响国内法院。检察官的身份是调查事实的关节角色，它构建了暴行的法律叙述，影响了受害者的表达，界定了犯罪实施的范围。实际上，积极补充性政策构建了“检察官预审”模式，如何将客观事实转化为各类的法律事实反而极为容易成为国家与检察官政治攀扯的空间。攀扯之下，罪行的追溯成为案件叙事权的争夺。最后，积极补充性政策容易陷入承诺陷阱。积极补充性政策的目的是改变局势，推动国家积极行使管辖权审判，但这种效果是否能真正的达到是存疑的。部分国家为换取 OTP 暂停调查，通过国内立法做出形式性问责承诺。但由于缺乏强制监督机制，此类承诺多沦为纸面合规。其副作用在于当国内改革停留于修辞层面时，受害者救济的紧迫性被政治磋商进程消解，而在本国政府不支持的情况之下，即便 OTP 的预审可能会影响民间机构，但是仍旧无法撼动本国“合法认定”。⁸¹

（四）国内刑事司法体系的运行桎梏

国际刑事司法机制无论采取常规司法模式抑或过渡性司法模式，其核心诉求均在于通过国家管辖权的有效行使破除“有罪不罚”困境，重塑司法权威并达成社会和解。然而现实运作中，国内刑事管辖权的实施面临双重结构性障碍。

1. 国内刑事司法体系的地域差异

早在《罗马规约》确定自身管辖权之时就产生了较大的争议内容，这种争议

反之时，ICC 应当取得该第三国的同意。预审法庭认为，一方面不确定苏丹加入了《阿拉伯联盟特权和豁免公约》；另一方面，安理会将案件提交 ICC，赋予管辖权，苏丹可以拟制为“缔约国”，根据《罗马规约》27 条，可以视为苏丹放弃了相关豁免。具体论证可参见 ICC, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, ICC-02/05/01/09-309。

⁷⁹ Yahli Shereshevsky: The Unintended Negative Effect of Positive Complementarity, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18, Issue 4, September 2020, pp.1017-1042.

⁸⁰ 比如乌干达政府选择性移交圣灵抵抗军低级成员至 ICC。

⁸¹ Yahli Shereshevsky: The Unintended Negative Effect of Positive Complementarity, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18, Issue 4, September 2020, pp.1017-1042.

反映出国际社会对“严重国际罪行”认定标准的深层裂痕，“条约主义”阵营与“习惯法主义”阵营争执不断。“条约主义”阵营认为广泛的国际条约构成严重国际罪行包括《防止及惩治灭绝种族罪公约》《日内瓦公约》《禁止酷刑公约》《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度》等等为基准，主张罪行法定化。但是产生的问题是，多数国家认可的《海牙劫机公约》在严重性程度无法和上述公约规定的罪行相等同而被排除在国际严重罪行。⁸²“习惯法主义”阵营认为运用国际条约的方式认定严重的国际罪行将会遗漏一些国际习惯法构成的国际，比如海盗罪⁸³、恐怖主义罪⁸⁴等。但是同样也会面临国家法律确信不足的问题。此外，不同司法体系存在不同的法律文化，进而影响责任的追究。普通法系普遍认为，只要存在行为人有自愿行为，无论是作为还是不作为，都需要承担刑事责任；大陆法系比普通法系更加重视理论和概念术语，尤其是犯罪的心理要素。大陆法系将认知维度区分不同意图类别，还允许纳入被告的心理特质。⁸⁵这种法律文化的差距将严重影响司法合作。

2. 官员豁免制度的争议

国际法委员会正在推动官员豁免制度的例外规则正在逐步形成，本质上是试图突破传统豁免规则与强行法义务的规范冲突。2006 年国际法委员会（International Law Commission）在长期工作计划中列入“国家官员豁免”（immunity of state officials），⁸⁶及至今日，国际法委员会经历科洛德金（Roman A. Kolodkin）、埃尔南德斯（Concepción Escobar Hernández）以及吉洛夫（Claudio Grossman Guiloff）三位特别报告员的报告⁸⁷。目前，这项草案谈判陷入僵局。2025 年 1 月 29 日，国际法委员会发布吉洛夫特别报告员第二份报告，报告内容讨论了官员豁免条款草案的修改状况，主要内容涉及了国家对第七条款、第四部分的意见，并且提供了修改版本。其中第七条款官员属事豁免的例外是讨论最为激烈

⁸² Jann Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press 2008, pp.100-101.

⁸³ 目前，海盗罪并没有被列入 ICC 的属事管辖权之中，但是，存在一些国家认为其构成国际犯罪，并据此建立普遍管辖权。

⁸⁴ 对于恐怖活动是否应当作为一项国际犯罪存在讨论，其作为国际犯罪是毫无疑问的，但是其是否构成一项严重国际犯罪而纳入 ICC 的属事管辖是存在争议。其不能列入 ICC 的属事管辖范围的主要原因在于其危害的法益没有达到国际社会基本的价值，更多是区域的社会稳定。Marcello Di Filippo: *Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes*, *European Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 3, June 2008, pp.533-570.

⁸⁵ Iryna Marchuk: *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*, Springer Heidelberg 2014, pp.36-388, 66-67.

⁸⁶ Yearbook of the International Law Commission 2006, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), p.215, para.256.

⁸⁷ Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction by Claudio Grossman Guiloff, Special Rapporteur, A/CN.4/780, paras. 1-5. 以三任特别报告员的报告内容为整体，可以将成果分为三个阶段，第一阶段是由科洛德金完成的框架阶段，其三份报告内容界定了该议题范围，即国家官员豁免将要处理的实体问题与程序问题；第二阶段是由埃尔南德斯完成的细化阶段，其八份报告内容在科洛德金的框架基础上细化了内容，形成了十八个条款的草案；第三阶段由吉洛夫接任，由其完成条款优化阶段，目前已经提交了两份特别报告员报告。其中生成的条款中，其前六条条款的争议较少，大多数国家都认可国际法委员会对于前六款的编纂成果，认为前六条款反映了国际习惯法，目前已经通过了一读。争议较大的内容是第七条以及草案的第四部分，相当多的国家认为第七条条款并没有形成一致的法律确信，对于第四部分而言，多数国家认为这是国际法委员会有意推动国际法的发展，条款并没有反映国际习惯法。

的条款。针对第七条不同国家提出的意见，主要的争议发生在第七条中所列罪名与国际强行法的关系模糊，以及这种官员豁免的例外是否已经形成了国际习惯法。⁸⁸曾经部分学者总结了现有缓和二者冲突的理论，⁸⁹包括了“性质调整理论”“规则阶级理论”“默认放弃理论”，这些理论都支持国际强行法具有最高法律效力，而作为国际习惯法的官员豁免默示放弃效力，或是主动失活。⁹⁰但是这并没有取得广泛的认可，官员豁免制度依旧争议不断。

四、国际刑事个人责任体系的反思

以 ICC 为核心的国际刑事个人责任体系的构建运行已逾廿载，但其制度性缺陷在实践检验中不断暴露：机构政治化倾向日益显现，缔约国退约潮频现。2025 年 4 月 3 日，匈牙利宣布退出国际刑事法院。⁹¹此外，国际刑事个人责任体系更因“大国假义豁免、小国严苛治理”的双轨化追责模式备受质疑。这种格局背后，折射出国际刑事个人责任体系深嵌的结构性悖论，当权者通过安理会转介机制操控问责体系的管辖范围，而弱势国家在司法资源与外交博弈双重劣势下面临超量责任负担。为突破这一困境，需从四维路径反思国际刑事个人责任体系，必须重视规则的体系化建设、多元化追责路径的构建以及国家在国际法塑造中的作用。

（一）重视国际刑事个人责任体系规范层级化与体系化

国际强行法的对于国际刑事个人责任体系而言具有双重功能属性，包括归责基础与合法性来源，因此其必须维持规范内核的稳定性。其发展应恪守两重边界，一方面既需适应国际社会价值的演进，另一方面又须防范概念泛化导致的“国家同意”偏离。因此，首先需要确保规范生成机制的合理、合法性。“国家同意”原则是国际法合理、合法的基础，国际社会对于国际强行法的价值溯源必须尽可能的保障最大公约数的实现，因此国际社会必须依靠联合国为中心的国际体系不断完

⁸⁸ 根据吉洛夫的第二份报告总结的各国意见，报告中并没有明确列出相支持的国家数量，但是列举了参与联大七十七、七十八届会议以及第六委员会会议上对第七条发表意见的国家。大多数国家支持属事豁免的例外，但是在以下方面存在争议：1. 第七条内容是否是穷尽的？2. 如果所列的内容是穷尽的，列入这些罪名的原因是什么？其他的罪名（诸如侵略罪、贩卖奴隶罪等）没能进入列表的原因为何？3. 这些犯下列表中的罪名是否在国际社会上形成了国际习惯法？是否真实反映了国际强行法？

⁸⁹ Lee M. Capla: State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4, October 2003, pp. 741-781; Andrew Sanger: Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of A Foreign State, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, No. 1, January 2013, pp. 193-224; Anthony J. Colangelo: Jurisdiction, Immunity, Legality, and Jus Cogens, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, June 2013, pp. 55-90; Sean D. Murphy: Immunity Ratione Materiae of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction: Where Is The State Practice In Support Of Exceptions? *AJIL Unbound*, February 2018, pp. 4-8; Pierre d'Argent, Pauline Lesaffre: Immunities and Jus Cogens Violations, Ruys T, Angelet N, Ferro L, eds. *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 614-633.

⁹⁰ 性质调整理论认为国家官员违反了国际强行法的行为超出职权范围，因此其行为的性质应该从“以官方身份实施行为”修正为“私人行为”进而无法援引官员豁免规则。有些学者也称之为默认覆盖原则。Anthony J. Colangelo: Jurisdiction, Immunity, Legality, and Jus Cogens, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, June 2013, pp. 55-90; 规范阶级理论认为国际强行法相较于其他一般规范具有更高的效力位阶，基于这一性质，豁免规范需要让位于国际强行法。由此，违反国际强行法的国家官员不能援引豁免规则躲避外国法院的管辖权。默认放弃理论源自于美国法院。该理论认为当官员实施违反国际强行法的行为之后，为了保护国际强行法这种具有至高无上的价值，应该默认放弃该官员的豁免。

⁹¹ 新华网，《匈牙利决定退出国际刑事法院》，

<http://www.news.cn/20250403/5c118c1714254490ab585b0a940383e5/c.html>，访问日期：2025 年 4 月 5 日。

善国际强行法的内涵与范围。在此基础之上，国际刑事个人责任体系需要严格遵守国际强行法转化为国际严重罪行的法定过程，遵守严重国际罪行的动态分层标准。第一层面是已经形成的共识的灭绝种族、危害人类罪、战争罪、侵略罪，严格遵守与适用相关定义，谨慎扩张使用。第二层级是尚待发展成为严重国际罪行，通常包括酷刑、强迫失踪等由特定公约界定的罪行，通常情况下需要设定“严重性”标准进行检测；第三层级包括一些侵犯区域、国家利益的国际罪行，诸如海盗罪、恐怖活动罪，这些罪名仅限于相关利害国、相关缔约国可管辖。最后，平衡既有国际强行法与发展中的“国际法”。国际法规范的生成与国际法的运行都需要注意比例调适框架，确保新规则需符合“国际社会整体基本利益”的标准。

具体而言，对于 ICC 的属事管辖权应当以国际强行法的内容为界，确保国际强行法发挥效果。⁹²国际刑事个人责任体系需要推动严重程度标准的统一。严重程度包含两个部分，其一是行为手段的严重程度；其二侵犯的价值具有极大重要性。《罗马规约》中规定四种罪名并非单独的行为，而是一些列的罪名的综合。以危害人类罪为例，其中包括了谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境或强行迁移人口以及酷刑的行为，⁹³在入罪过程中需要考量具体行为是否能够等同达到严重违反国际强行法行为。对于侵略罪，联合国安理会也需要考察“侵略”行为是否严重减损“国际社会之整体的基本价值”。

对于官员豁免制度而言，官员豁免作为次级规则重要的一环也需要与初级规则保持一致。吉洛夫特别报告员对于官员属事豁免制度是否构成习惯国际法保持谨慎的态度，主张继续考察国际社会中的国家实践是对于平衡与发展国际法的正确态度。⁹⁴不过，在第二份报告的修改版本中加入了“侵略罪、奴役和奴隶贩卖”等罪名，并且在第二款内容中加入《罗马规约》第八条之二以及《禁奴公约》第一条和《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》第七条，可能会打乱严重国际罪行层级分类，⁹⁵造成初级规则体系混乱，比如产生危害人类罪是否可以包含奴隶贩卖等争议问题。对于所列的内容仍要警惕尚未达到严重程度的罪名纳入进打击范围。⁹⁶

（二）强调国际刑事问责体系的多元化发展

在国际刑事问责体系转向兼顾“个人责任”已成既定事实之下，发挥何种效果成为关注的重点。破解“有罪不罚”困境需超越单一的归责范式垄断，转而构建刑

⁹² ICC 的补充性原则中的“不情愿或者没能力”审查并不包括官员豁免制度。

⁹³ 战争罪也是如此，种族灭绝罪虽然没有罗列多种行为，但是条文表述较为笼统模糊，具有较大的解释空间。

⁹⁴ 报告中简单回顾分析比利时、法国、德国、意大利、立陶宛、瑞典和瑞士的法院均曾判定外国国家官员犯有国际罪行，包括危害人类罪和战争罪。A/CN.4/780, paras. 53-74.

⁹⁵ Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction by Claudio Grossman Guiloff, Special Rapporteur, A/CN.4/780, para. 16.

⁹⁶ 部分国家主张一些，恐怖活动罪也应当纳入其中；还有一部分国家质疑否列出来的罪名具有相同的严重程度。

事问责光谱体系。次级规则的价值追求并非是两者价值的择一选择，而是应在报应正义（司法模式）与修复正义（过渡司法模式）之间寻求动态平衡。

具体而言，国际刑事问责体系需要针对不同社会环境运用差异化追责策略。对于系统性暴力犯罪，诸如如大屠杀、危害人类事件应采用 ICC 主导的司法惩罚；对于结构性社会冲突诸如族群对立、政权纷争，需要采用真相委员会为主导过渡性司法机制。追责过程中的司法化强度也应当循序渐进。在冲突爆发的战乱时期，采取有限赦免等政策条件换取和平停火，比如在联合国安理会促成的磋商达成萨尔瓦多 1992 年协议，和谈期间达成了诸多成员的赦免⁹⁷；当和平成果逐渐稳固之时，可以逐渐开启真相调查与象征性追责的非司法机制结合推动正义的追求，许多拉丁美洲国家在走向民主国家的进程中采取了过渡司法措施，包括巴西、哥伦比亚、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、巴拉圭、秘鲁和乌拉圭⁹⁸；达到社会已经稳定成形，司法体系取得人民信赖之后，国际刑事问责体系可以逐步推动国内司法审判。

构建刑事问责光谱体系需要注意司法体系的管辖权扩张。尽管《侵略罪修正案》第 15bis 条赋予其对非缔约国国民的情境管辖，但必须严格适用《罗马规约》第 17 条“补充性原则”，避免沦为政治工具。⁹⁹因此，即便是 ICC 基于情势被安理会授予管辖权，也依旧需要保持司法的理性，对于情势进行合法性以及补充性原则判断，包括事件的国际社会危害性、国内司法失灵证据链、资源适配度等。司法路径还需要区分案件管辖的来源是基于政治驱动与程序要求。前菲律宾总统杜特尔特被捕案件正是这样的情形。菲律宾目前并非罗马规约的缔约国，菲律宾政府逮捕杜特尔特的原因并非因为 ICC 的逮捕令，相反是其主张是与国际刑事警察组织（INTERPOL）的合作。¹⁰⁰很难不怀疑其中参杂国内政治斗争，这种情况之下，ICC 愈发需要澄清自身的管辖权，坚守规则的正义。

过渡行司法最终的目的是通过寻求真相、调查事件、赔偿受害者，以恢复司法公信力，增强社会的司法秩序，实现长久和平。基于此，过渡性司法机制需要的不是一味追求对罪犯的追责，是一种介于政治妥协与司法审判的中间形态。哥伦比亚《2016 年最终和平协议》框架下的特殊制裁（*Sanciones Propias*，以下简称“SP”）是和平进程中的一项创新机制，旨在通过非监禁的恢复性司法手段，解决长期内战中的国际罪行（如战争罪、反人类罪）追责问题，同时推动社会和解与

⁹⁷ 联合国安理会，《第三二一九次会议临时逐字记录》，S/PV.3129。

⁹⁸ 其中一些国家制定了真相、正义、赔偿和保证不再发生的全面战略，而不仅仅是简单的短期战略。人权理事会，《寻求真相、司法、赔偿和保证不再发生问题特别报告员关于过渡时期司法全球研究的报告》，A/HRC/36/50/Add.1，para.8。

⁹⁹ ICC, *Amendments To The Rome Statute Of The International Criminal Court*, 11 June 2010.

¹⁰⁰ Warrant of Arrest for Mr Rodrigo Roa Duterte, ICC-01/21-83; 小马科斯政府不再高调质疑国际刑事法院，并在 11 月表示若法院发出逮捕令将考虑与国际刑警组织合作。https://www.hrw.org/zh-hans/news/2025/03/12/philippines-duterte-arrested-icc-warrant，访问时间：2025 年 4 月 5 日。

冲突后重建。¹⁰¹这项机制给过渡性司法带来启示，一方面加强受害者与加害者的对话参与，SP 通过受害者公开认罪与忏悔，帮助受害者及其家庭了解真相。另一方面并不一味将加害者推向法庭审判、也不是通过赦免免除罪行，而是要求犯罪分子参与社会重建。当然存在批判的声音，认为这种机制将会让犯罪分子取得无罪的特权。¹⁰²因此，过渡性司法亦需要规则进行规范，而不是成为政治妥协的工具。其一罪犯需要通过认罪和道歉等主动担责行为，才能有效缓解公众对有罪不罚的担忧，也只有这样才能取得不受监禁刑罚；其二是当犯罪者不满足认罪、修复等前置条件时，必须及时转为原本刑罚；对于刻意利用这类过渡司法的罪犯，可结合经济赔偿、权利限制等增强惩罚性。其三建立严格的执行监督机制，确保补救措施能够发挥实效。

综合运用多元化的国际刑事问责体系短期内运用更为柔和的过渡司法手段可以促进战争的结束，推动和平的实现，兼顾政治冲突的矛盾；从长期角度来看，运用司法手段追究犯罪分子的法律责任，实现实质正义。

（三）重申国家问责国际严重罪行个人责任的首要作用

国际法创制与演进本质上呈现为主权国家赋权型进程，这一特质在国际刑事个人责任场域尤为显著。上述已经论证，国际刑事问责体系已经稳定，而制度设计期望 ICC 和过渡性司法机制逐渐转型成为居中“调节者”，帮助国家追究严重国际罪行的个人责任，因此国家依旧是追责首要位次。首先，国际人权的发展对国家保障人权义务在时间和空间进行了扩展。¹⁰³比如在产生政权更迭情况之下，国家是否有义务起诉此前不法行为需要根据具体行为判断。对于政治迫害、政党刺杀等罪行可以依据国内情势判断，国际法并没有发展出国家义务必须起诉这些行为，国家可以基于政治和解、社会和平等视角决定是否追究。但是对于国家自身实施的大规模侵犯人权行为，《防止及惩治灭绝种族罪公约》《日内瓦公约》《禁止酷刑公约》等公约已经构建起国家义务，要求国家对管辖范围内容防止出现或者追究种族灭绝、违反战争原则的行为、酷刑的行为。其次，国际刑事个人责任体系将国际追责的首要责任设置为国家，这是出于对国家主权的尊重，亦是国际组织辅助性原则的体现。因此，国家不能成为国际严重犯罪的“庇护所”，需要切实行使管辖权。这里的管辖权不仅是指司法管辖权，更是依据属人、属地规则行使执法管辖权。此外，国家可以通过双边司法合作协议、国际刑警组织红色通报警示系统及资产冻结令构建立体追逃网络，压缩罪犯潜逃空间，以自发合作的方式打击“有罪不罚”。最后，国家需要通过话语表达增加国际影响力，尤其是发展中国家。其一是积极参与国际组织的活动，通过对外话语表达加强对国际法发展

¹⁰¹ 和平特别管辖权, <https://www.undp.org/es/colombia/proyectos/sanciones-propias-jurisdicion-paz-jep>

¹⁰² Beatriz E. Mayans-Hermida, Barbora Holá, Catrien Bijleveld: Between Impunity and Justice? Exploring Stakeholders' Perceptions of Colombia's Special Sanctions (Sanciones Propias) for International Crimes, *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 17, pp.192-211.

¹⁰³ 于亮：《国家人权义务时空扩张的影响》，载《法学》2025年第1期，第37-54页。

的影响。一方面是由于目前国际法理论的基石源自于欧洲；另外一方面是欧洲国家长期参与国际组织，输出法律文化，潜移默化影响了国际法的发展，目前的国际法发展体现欧洲中心主义。除开，联合国大会之外，国际法委员会是由国际法专业人士构成国际组织，推行一人一票、协商一致、多数同意的机制，目前非洲地区席位与亚洲大洋洲地区的席位多于欧洲国家，是编纂国家法以及影响国际法的良好平台。其二是对内话语构建，建构侵害叙事话语权、司法运行机制，降低对国际刑事法院的外部依赖。国家需要积极同国家之外的国际组织、非政府组织，切实追究罪犯的刑事责任。在考虑政治风险之下，加强与国际社会的合作。增加公众“有罪不罚”的公众认知感，增强公众对国际法的信念。

五、结语

国际刑事个人责任体系的发展标志着国际社会从“国家责任”向兼顾“个人责任”的升级，但其有效性仍受制于政治现实与法律规范的张力。现有国际刑事个人责任体系核心目的是推动国家运用国内刑事司法体系实现打击“有罪不罚”。尽管 ICC 和过渡性司法机制的发展为国际刑事个人责任体系提供国际保障，但其体系性缺陷暴露出国际法初级规范的模糊不清，国际刑事问责体系的路径单一化倾向明显、政治化风险突出、国内刑事司法体系受阻。国际社会需在对其进行反思。为实现打击“有罪不罚”，国际社会需要通过联合国平台巩固国际强行法的共识，明确严重罪行的界定；承认过渡性司法的社会修复价值，但避免其成为包庇罪犯的工具。国家作为关键行为体，应积极履行国内司法责任，同时主动支持国际合作。正义的追寻是永恒的话题。俄罗斯特斯并没有因为复仇而换来安宁，反而遭到厄林耶斯的追捕与折磨，报应理论并非理性和法治的选择。唯有兼顾法律正义与冲突后社会的稳定需求，才能真正实现“有罪必究”的目标，维护国际社会的共同价值。

国际法视域下的国家恐怖主义研究

刘竞一*

(北京理工大学法学院, 北京 100081)

jingyiliu0130@163.com

摘要: 恐怖主义被称为“21 世纪的瘟疫”, 而国家恐怖主义的猖獗, 更是对国际秩序和人类良知的公然践踏, 进而对全球的安定与和平造成影响。纵然国际社会一直都关注着国家恐怖主义的问题, 也产生了部分直接规制国家恐怖主义行为或与国家恐怖主义间接相关的国际法规则, 但目前相关的国际法律制度存在定义缺失、规制不全面不充分等情况。国家是恐怖主义犯罪的主体且国家刑事责任的实现方式也是多种多样的, 为遏制国家恐怖主义行为, 应构建处理国家恐怖主义罪行更完善的国际法律机制, 在国际刑法的体系下增设国家恐怖主义罪的内容。具体而言, 一方面在专门的国际公约中规定国家恐怖主义罪行的内涵, 另外应将国家恐怖主义罪行纳入《罗马规约》, 由国际刑事法院管辖。

关键词: 国家恐怖主义; 国家责任; 国家刑事责任

一、国家恐怖主义及其现行国际法律规制

现代语境中使用的“恐怖主义”一词的源于 1793 年至 1794 年法国大革命时期的雅各宾恐怖统治。从词源上看, 该词起源于拉丁语, 意思是引起恐惧、颤抖、恐怖和暴力, 意味着追求暴政、控制和恐吓。恐怖主义最初的形态就是一国政权主导的、自上而下的暴力统治行为, 在诸多表述中常见为“恐怖统治”、“极权政治”等。保罗·威尔金森 (Paul Wilkinson) 在研究恐怖主义类型的时候提出了“压迫型恐怖主义” (repressive terrorism) 的概念, 即“国家或其统治者等类似主体, 通过系统性地实施恐怖主义行为, 针对特定对象进行暴力镇压。”¹

自法国大革命至一战前这一时期, 国家实施恐怖主义的方式主要是利用警察、军队等国家机器, 针对革命群体和殖民统治下的民众进行暴力性镇压。在当时, 尚未形成完善的现代国际公共权力体系, 几乎没有外部限制或国际谴责能够约束国家恐怖主义的行为。1914 年, 萨拉热窝的枪声昭示着第一次世界大战的爆发, 从这起被称为“一战导火索”的刺杀事件中我们可以看到, 恐怖主义组织被塞尔维亚政府用作了达成国家外交政策的有效武器, 恐怖主义已经逾越了国家领土和政治边界, 开始向国际化演变, 并得到了政府的支持。恐怖暴力在未来将作为战争替代品的趋势已初现端倪。²国家恐怖主义在二战时期达到巅峰, 彼时其造成的

* 刘竞一, 女, (2001-), 北京理工大学法学院博士研究生。

1 Paul Wilkinson, *Political Terrorism*[M], London: Red Globe Press London, 1974: 40.

2 Friedlander, Robert A. *The Orwellian Challenge: State Terrorism and International Law*[J]. Chitty's Law Journal, 1984-1987(32): 4-13.

人道主义灾难是跨国性的。随着两次世界大战带来的动荡，国家恐怖主义开始了一个从统治政策走向外交政策，从国内走向国际的历史过程。第二次世界大战后，恐怖主义陷入了冷战意识形态分裂和代理暴力的泥潭，发达国家侧重于非国家恐怖主义，而发展中国家和社会主义国家则强调帝国主义列强的“国家恐怖主义”，并将反殖民暴力视为恐怖主义的例外。³在 1954 年至 1974 年期间，恐怖主义的面貌发生了一些变化，许多国家秘密进行着赞助和支持恐怖主义行为，开始使用这种可以从形式上否认的跨国暴力来实现自己的政治目标，作为直接使用武力的低级别替代方案。特别是在 20 世纪 60 年代，国际社会对国家恐怖主义的关注未随着一些国家安全局出于政治目的劫持飞机和针对民用航空的暴力行为的激增而加剧。⁴

在和平与发展的时代主题下，尽管国际社会的普遍认识已经无法容忍国家恐怖主义，但它依然在世界上存在。⁵在对外政策上，由于国家恐怖主义行为的代价远不如战争高昂，它成为了部分国家实施政治意图的工具，这导致了暗杀官员、袭击民用设施等事件时有发生。在 20 世纪接近尾声时，恐怖主义已经成为了世界大战的替代物。⁶此外，在诸如核活动等高端科技领域，国家恐怖主义也会以隐蔽的方式威胁着世界安全。有学者认为，某些国家的核威慑政策已经构成了恐怖主义，但“不受惩罚”。⁷当前，许多研究核恐怖主义的学者对以《不扩散条约》及其在国际原子能机构下的补充核查制度为基础的核不扩散国际法律制度能否覆盖非国家行为体缺乏信心，他们认为恐怖分子将不受国际法的阻碍，寻求并使用核武器进行恐怖活动。⁸一个有核国家的故意或过失，都将让它成为恐怖分子用来实施袭击的武器、核技术和放射性材料的来源国。⁹这种情况下，核扩散和恐怖主义的结合，无疑给全球安全带来了极大的潜在风险。因此可以认为，非国家行为者带来的核恐怖，背后隐藏的有时正是国家行为者的核威胁行为，这正是一种建立在核武器上的国家恐怖主义行为。¹⁰

莱顿大学国际法律研究中心在一份关于反恐的报告中指出，现行国际法对于防止和惩治恐怖主义行为的各项原则和规则，并非集中于一处，而是分散在包括

3 Chakraborty, Samraggi. *Terrorism and the International Criminal Justice System*[J]. *Indian Journal of Law and Justice*, 2022(13): 403-412.

4 Kimberley N. Trapp. *The Potentialities and Limitations of Reactive Law Making: A Case Study in International Terrorism Suppression*[J]. *University of New South Wales Law Journal*, 2016(3): 1191-1218.

5 李春辉、苏振兴、徐世澄. 拉丁美洲史稿（第三卷）[M]. 北京：商务印书馆，1993：553.

6 中国现代国际关系研究所反恐怖研究中心. 恐怖主义与反恐怖斗争理论探索[M]. 北京：时事出版社，2002：168.

7 Drummond, Brian. *UK nuclear deterrence policy and international law: terrorism with impunity?*[J]. *Pecs Journal of International and European Law*, 2021(2): 8-58.

8 Nwachukwu, Okubor Cecil, and Luke Ogiribo. *Nuclear Proliferation and the New World Order: What Role for International Law?*[J]. *International Review of Law and Jurisprudence*, 2021(3): 169-179.

9 Jonathan Black-Branch. *Nuclear Terrorism by States and Non-State Actors: Global Responses to Threats to Military and Human Security in International Law*[J]. *Journal of Conflict and Security Law* 22, 2017(2): 201-248.

10 Litwak, R. S.. *Recalibrating deterrence to prevent nuclear terrorism*[J]. *Washington Quarterly*, 2017, 40(1): 55-71-72.

国家责任法、国际人道法、国际人权法、国际刑法以及和平与安全相关法律等多个国际法分支中。¹¹惩治国家恐怖主义的规则亦是如此。

（一）直接规制国家恐怖主义的国际法规则

直接相关国家恐怖主义的国际法规则，主要见于反恐公约或其他与反对恐怖主义直接相关的国际法文件中，这些规则一部分涉及到了国家恐怖主义行为主体地位的探讨，一部分从设定国家义务的角度反对国家恐怖主义。

1. 国家不得利用领土实施恐怖主义

1970 年，联合国大会通过的《关于各国联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》呼吁每一个国家都有避免在其他国家以发动、煽动、协助或参加的形式进行恐怖活动或默许有此类目的的组织在本国内活动的义务。¹²该宣言要求各国采取积极行动，不默许或容忍源自其境内的恐怖主义活动。这一较为概括性的要求基本被之后的决议完全继承，其中“发动”和“参加”应当属于国家直接参与国际恐怖主义的类型，而“煽动”和“协助”接近于间接的国际性国家恐怖主义；而“不得默许有此类目的的组织在本国内活动”则可以视为“不得利用本国领土进行针对他国的恐怖主义活动”这一要求的雏形，虽然这一义务本身并不是采取行动的积极义务，但只有通过积极行动才能遵守，因为国家的不作为或不作为可能会违反这一义务，一个国家在其领土内已知的旨在在另一国实施恐怖主义行为的活动面前无所作为，就构成默许。

20 世纪 90 年代后，联合国大会又通过了一系列承认国家恐怖主义存在并强调国家反恐义务的决议。1991 年，联合国大会通过了第 46/51 号决议，旨在要求“各国必须切实履行国际法所规定的各项义务，并反对组织或参与实施针对他国的恐怖主义行为。”¹³在 1994 年时，联合国大会又在第 49/60 号决议中通过了《消除恐怖主义措施宣言》，宣言中提到，国际恐怖主义包括国家直接或间接介入的类型¹⁴，另外宣言第二节第五条 a 款在继承了此前文件精神的基础上，做出了更具体的要求，包括确保本国领土上不存在恐怖主义设施或训练营等。¹⁵除了利用国家领土外，国家还可能滥用庇护或难民地位进行对他国的恐怖主义活动。¹⁶因

11 Nico Schrijver & Larissa van den Herik. *Human Rights and International Law: Meeting the Challenges*[J]. *Netherlands international Law Review*, 2007(3): 573.

12 A/RES/2625(XXV). 《关于各国联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》。每一国皆有义务避免在他国发动、煽动、协助或参加内争或恐怖活动，或默许在其本国境内从事以犯此等行为目的之有组织活动。

13 A/RES/46/51. 《消灭国际恐怖主义的措施》。吁请所有国家按照国际法的规定履行其义务避免组织、怂恿、支援或参加在其他国家进行的恐怖主义行动，或默许或鼓励在其领土内进行旨在采取上述行动的活动。

14 A/RES/49/60. 《消除恐怖主义措施宣言》。又深信为了维持国际和平与安全，必须做的一项工作是制止国际恐怖主义行为，包括国家直接或间接介入的此种行为。

15 A/RES/49/60. 《消除恐怖主义措施宣言》。不要组织、怂恿、便利、资助、鼓励或容忍恐怖主义活动，并采取适当的实际措施，确保它们各自的领土不被用来建立恐怖主义设施或训练营，或用来筹备或组织意图以其他国家或其公民为目标的恐怖主义行为。

16 S/RES/1269(1999). 《消除国际恐怖主义》。

此,宣言还要求国家不得庇护从事过恐怖主义活动的人,并且在提供庇护后不得利用其身份实施与第二节第五条 a 款禁止的内容。¹⁷总之在宣言提到的打击恐怖主义的各种措施中,率先纳入了“不滥用庇护或难民地位”的原则,并且“不得利用本国领土进行针对他国的恐怖主义活动”这一义务被再度重申和进一步细化。除了联大决议外,安理会的部分决议中也包含了国家恐怖主义的内容。1998 年 8 月 7 日,在肯尼亚内罗毕和坦桑尼亚达累斯萨拉姆发生恐怖主义炸弹攻击,针对此事安理会通过了第 1189 号决议,决议有关国家恐怖主义的内容同前文提到的联大决议别无二致。¹⁸1999 年,在联大第 49/60 号决议的基础上安理会通过了第 1269 号决议,内容与第 49/60 号决议相差无几,再次强调了要“打击包括国家参与情形在内的国际恐怖主义行为”。

2. 国家不得资助恐怖主义规则

打击资助恐怖主义行为是反恐工作的重要内容之一,恐怖分子获得的资助越多,其恐怖活动可能造成的后果就越严重。尽管反恐已经成为国际共识,但仍有非政府组织或个人恐怖活动受外国支持,亚历山大·L·乔治在其著作中的观点认为,其它西方大国支持了发展中国家的恐怖活动。例如,美国及其盟国是全世界恐怖主义的主要支持者,例如伊朗对哈马斯的支持,叙利亚对库尔德工人党的支持,以及美国对 MEK 的支持。对许多国家来说,恐怖只不过是其他手段进行的战争。¹⁹但涉嫌支恐的国家均否认自己与恐怖行为有关,国家总是会在形式上脱离和恐怖行动的关系,一方面是为了逃避国际社会的制裁,另一方面则是为了摆脱国内反对者的谴责,例如乔姆斯基认为里根政府出于对国内民众的畏惧因此以秘密手段组织国际恐怖主义网络,从而实现很多里根主义要求达到的目的。²⁰在 1999 年通过的《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》填补了这一方面的国际法律文件空白,该公约第 2 条所称的犯罪是指“任何人以任何手段,直接或间接地非法和故意地提供或募集资金”,第 1 款(b)项规资助的行为对象包括“在武装冲突局势中,意图对平民或任何其他未积极参与敌对行动的人造成死亡或严重人身伤害的任何其他行为,如果这种行为的目的,就其性质或背景而言,就是恐吓民众或强迫政府或国际组织为或不为任何行为”。该规定包含了恐怖主义行为的目的及意图,即“对平民或未直接参与敌对行动的人造成死亡或人身伤害”和“进行恐吓或强迫行为的意图”。由于该规定没有涉及资助行为人的身份问题,因此应当可以认为既适用于非国家行为者和个人,也应当推及于国家行为者。2001 年,在“911 事件”发生后,安理会在次日迅速做出了第 1368 号决议,9 月 28 日

17 A/RES/49/60.《消除恐怖主义措施宣言》.采取适当措施,在给予庇护之前确保请求庇护者未曾从事恐怖主义活动,并在给予庇护之后确保难民身份不被与上面(a)分段的规定相违的方式利用,

18 S/RES/1189(1998).《和平与安全-肯尼亚和坦桑尼亚》.

19 Ekmekci Faruk. *Terrorism as war by other means: national security and state support for terrorism*[J]. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 2011, 54(1): 125-141.

20 诺姆·乔姆斯基.恐怖主义文化[M].张鲲,郎丽璇译,上海:上海译文出版社,2006: 37.

又通过了第 1373 号决议，该决议防止和制止国家通过各种形式资助恐怖主义，具体包括不得为恐怖分子提供或募集资金、制止恐怖组织的成员招募行为、禁止为恐怖分子提供武器等，²¹以上这些决议内容实际上都是对禁止国家进行间接性国家恐怖主义的要求。

（二）与国家恐怖主义间接相关的国际法规则

1. 国际法基本原则

第二次世界大战后，国际社会首先在《联合国宪章》中编纂了某些具有约束力的国际法准则，也向世界昭告了联合国的宗旨。虽然《联合国宪章》没有明确提到恐怖主义，但其中包含的一些国际法基本原则似乎可以成为禁止国家恐怖主义行为的上位原则，构成了对国家恐怖主义行为的间接规制，例如国家主权原则、禁止使用武力或武力威胁原则以及民族自决原则等。有学者指出，或许可以通过与《联合国宪章》有关的禁止使用武力和不干涉原则的发展来审查国家参与或支持国际恐怖主义行为的义务的确切范围。²²根据《联合国侵略定义》的第一条和第三条，一国派遣的武装部队、武装团体或雇用兵等对另一国的主权、领土完整或政治独立使用武力，不论是否经过宣战，都构成侵略，因此国家恐怖主义是可能符合相当于联合国定义的侵略行为的；而如果一个国家支持恐怖活动或在军事意义上实施恐怖活动，并且客观目的是干涉另一个国家的内政，那么该国的行为就涉及违反禁止使用武力和不干涉的习惯国际法原则。但这两项原则未必会同时违反，例如在间接的国际性国家恐怖主义中，为恐怖组织提供物质、资金或情报上的援助并不涉及使用武力，不违反禁止使用武力原则，但可能会构成违反不干涉原则。此外，1984 年的联合国大会第 39/159 号决议中，联合国大会将国家恐怖主义理解为一国对其他国家或民族解放运动的军事行动及其他行动，目的是破坏国家秩序、恐吓民众。该份决议实质上也认定了国家恐怖主义行为构成了对上述国际法原则的违反。

2. 国际人道法原则

国际人道法适用于战争与武装冲突期间，无论战争与武装冲突的性质为何、是否正义，国际人道法都从人道主义的角度对“战争受难者”予以“不加区别地保护”。因此，国际人道法成为可以处理国家恐怖主义的部门法之一。在国际人道法领域，国家行为者能否实施恐怖主义这一问题实质上主要是一国的武装部队在战争或武装冲突中的行为应当如何处理的问题。有学者认为，一国在战争或武装冲突中使用暴力、造成无辜民众的恐慌是不可避免的情况，因此此种情形下即使是国家的行为，也不应当视为“国家恐怖主义”。²³或是当人道主义法适用于某一

21 S/RES/1373(2001). 《国际合作防止恐怖主义行为》。

22 Kimberley N. Trapp. *State Responsibility for International Terrorism*[M]. New York: Oxford University Press, 2011: 55.

23 白桂梅. 从国际法角度看国际恐怖主义的界定问题[J]. 现代国际关系, 2002(10): 28-34.

特定事件时,就不可能存在恐怖主义行为。²⁴这种观点应当被摒弃。国家恐怖主义虽然也是一种政治暴力,但其恐怖主义的本质是不能被战争所掩盖或包含的,在战争或武装冲突中,不遵守国际人道法、触犯战争犯罪的行为通常都带有恐怖主义色彩²⁵,这种行为涉及到了违背国际人道法中的区分原则、禁止不必要痛苦原则等规范。

国际人道法的核心是保护战争和武装冲突中的无辜平民和非战斗人员,国际法限定了战争中的打击对象:一般说来是战争状态下敌方的军事人员和军事设施。无论是侵略战争、革命战争抑或是民族自卫与解放战争,根据《日内瓦公约第一附加议定书》之规则,都不得进行“不分皂白的攻击”,即不能“残害无辜”。这种区分原则要求在战争和武装冲突中严格区分战斗人员和非战斗人员,以及民用物体和军事目标。有学者指出,若以“故意对非战斗人员进行暴力打击”来判断战争中的行为是否涉及恐怖主义,一些国家在战争中对非军事状态下的人员或平民的轰炸行为应当被评价为国家恐怖主义。²⁶因此,武装部队实施的具有国家恐怖主义性质的行为往往以平民为目标,通过暴力手段制造恐慌和破坏,严重侵犯了这些无辜者的生命权、财产权和其他基本人权。

3. 国家恐怖主义构成国际不法行为

国家责任法作为处理国际不法行为的规则,虽然没有对国家恐怖主义的直接规定,但可以将国家恐怖主义作为一种广泛意义上的国际不法行为从而利用国家责任法予以规制。根据国家责任法,所有主权国家在尊重其他国家权利的权利和相应义务上都是平等的,国家应对违反其国际义务的行为负责,并接受在这种情况下法律允许的任何补救行动。《关于国家对国际不法行为的责任的条款草案》(《以下简称《责任草案》)反映了对所有国家具有约束力的国家责任的习惯国际法规则:“一国的每一国际不法行为都引起该国的国际责任”、“责任产生于行为、行动,或‘根据国际法可归咎于该国’、‘构成违反该国国际义务的不作为’”,当可归于一国的行为不符合有关义务对该国的要求时,即发生这种违背行为,无论其来源或性质如何。

对于国内性的国家恐怖主义而言,实施国内性国家恐怖主义的国家可能会因其违背了“对国际社会整体的义务”而承担国际责任。国际社会已经一致确认,无论是国际不法行为还是国际法不加禁止的行为,任何违反国际义务的行为,均会产生相应的国际责任。对于直接的国际性国家恐怖主义国际机关的行为被视为其所属国家的国家行为,这一观点在现代国际法中得到了广泛认同和接受。²⁷《责任草案》中体现了这一规则,其中,第4条规定了“任何国家机关的行为应被视

24 Danja Blocher, *Terrorism as an International Crime: The Definitional Problem*[J], *Eyes on the ICC*, 2011, 8(1): 107.

25 孟凡一. 国际法上关于反恐两种法理路径的比较研究[D]. 外交学院, 2011.

26 宛程. 论美国的国家恐怖主义行为及其危害[J]. *重庆科技学院学报(社会科学版)*, 2012(02): 38-40.

27 李寿平. 试论“虐待”行为的国际责任[J]. *北京理工大学学报(社会科学版)*, 2006(01): 36-39.

为国际法所指的国家行为”；第7条规定了“以官方身份行事的国家机关从事的越权行为仍应被视为国际法所指的国家行为”。对于直接的国际性国家恐怖主义而言，恐怖活动的行为主体正是国家本身或国家所属机关，因此，国家应当就此种恐怖活动承担责任是显而易见的。对于间接的国际性国家恐怖主义，恐怖活动的直接行为者是非国家行为体。《责任草案》中描述了关于不法行为可归因于国家的判定问题，关于国家对私人实施的恐怖主义行为，第8条和第11条规定了以下两种行为可视为国家的行为：一是受到国家指挥或控制的行为，即有关人员实际上是在按照国家的指示或在国家指挥或控制下行事；二是经一国确认并当作该国所为的行为。在国家指示或控制非国家行为体实施恐怖主义行为的归责问题上，核心关键点是国家对于非国家行为体的控制程度。对此国际司法实践上存在两个标准，即由1986年尼加拉瓜案衍生的传统“有效控制”标准和从1999年塔迪奇（Tadic）案中新发展出的“总体控制”标准。在尼加拉瓜案中，国际法院在裁决中指出，唯有在非国家行为体受到一国政府控制，且这种控制程度达到等同于该国代理人或执行政策的工具时，该行为体的行为方可被归因于该国政府。在塔迪奇案中，前南斯拉夫国际刑事法庭的上诉分庭认为，“控制”的程度应当进行个案分析，对于无组织或孤立的个人而言，倾向于采用有效控制标准；对于有组织的军事或准军事团体，则只要证明国家对这个组织进行了整体上的控制即可，即只要一国参与了对有关组织或人员的军事行动的规划和监督，就可以将后者的行为归因于该国。总之，总体控制的标准更低，可以更大程度保护受害方，但可能致使国家承担更多责任。²⁸

这两种标准之间的分歧至今仍存在争议。何志鹏教授在《武装冲突中国家责任的归因标准探究》一文中认为，当一国通过对别国境内武装组织实施控制进而介入他国武装冲突时，总体控制标准作为一种国家责任归因标准更具有可行性、必要性、合理性，也没有不当的扩大国家责任的范畴，并且“近年来反恐等领域开始出现适用总体控制标准的可能性”。²⁹笔者认为，在间接的国际性国家恐怖主义行为的情境下，适用总体控制标准比有效控制标准更为合理。因为在这种类型的国家恐怖主义中，国家通常只是通过资金支持、培训雇佣等方式暗中帮助非国家行为体，甚至难以从表面获得它们之间存在实质联系的证据，因此对于非国家行为体实施恐怖主义的行为，若以要求国家进行“有效控制”认定标准是极具挑战性的，采用更为宽泛的总体控制标准，则能更有效地防止国家以其并非行为主体为由躲避追责。另外，鉴于《责任草案》中其他条款难以适用于恐怖主义行为的归责认定，总体控制标准也是更符合实际反恐需求的。³⁰

28 朱玲玲. 从《塔林手册 2.0 版》看网络攻击中国家责任归因的演绎与发展[J]. 当代法学, 2019, 33(01): 70-78.

29 何志鹏, 魏晓旭. 武装冲突中国家责任的归因标准探究[J]. 社会科学战线, 2021(03): 194-203.

30 张丝路. 国家援用自卫权打击恐怖主义行为的法律问题研究[J]. 中国国际法年刊, 2019(00): 219-238.

（三）现行国际法对国家恐怖主义规制存在的问题

诚然,用国际人道法或国家责任法处理国家恐怖主义行为对于个案而言或许可行,但以上的法律部门并不能完全解决国家恐怖主义的规制问题,正如有学者指出,在这些国际法分支中:有关国家责任的国际法规则不仅不够完善,而且对国家的处罚措施也很有限;而国际人道主义法无法对和平时期的国家武力行为进行规制,即使在战争状态下适用国际人道法的门槛也比较高。³¹此外,上文提到的一些公约和国际法文件中虽然隐含国家恐怖主义行为,但《世界人权宣言》等公约只是原则性的声明本身不具有惩戒性,联合国的一系列宣言与决议针对的也是义务性质而非责任性质的规定。总体看来,当前能够规制国家恐怖主义的国际法部门各有不足之处,整体的规制体系是不完备的,势必需要新的规制思路,本文认为,为了更全面系统地打击国家恐怖主义行为,应当将国家恐怖主义作为国际刑法框架下的独立罪名进行处理。

1. 国家能否纳入恐怖主义犯罪主体存在争议

在历次关于恐怖主义的立法讨论中,国家恐怖主义的定位十分微妙,除了一些回避掉国家恐怖主义的情况以外,部分文件(如《防止和惩治恐怖主义公约》)对恐怖主义的定义并不否认国家是实施恐怖主义的主体,而有的文件(如《全面公约草案》)却将国家恐怖主义明确排除在恐怖主义的范围之外。

当前《全面公约草案》第2条第1款的表述如下,“本公约所称的犯罪,是指任何人以任何手段非法故意致使……行为的目标在于恐吓某一地区的居民,或者强制某一国家政府或国际组织为或不为一定行为。”从草案第2条对恐怖主义犯罪概念的规定来看,国际恐怖主义犯罪的行为主体是“任何人”,按照文义解释,“任何人”这一表述是涵盖了一切个人、组织和国家在内的。但草案在第18条的除外条款中又将一国的武装部队在武装冲突中或军队在执行公务中的活动排除在公约管辖之外,这代表国家行为者也被排除在国际恐怖主义犯罪的主体之外。³²实际上,在谈判《全面公约草案》的过程中,若干西方国家建议将国家恐怖主义自国际恐怖主义定义的范围内剔除,伊斯兰会议组织则表达了坚决的反对立场,要求将国家恐怖主义纳入国际恐怖主义犯罪概念中。西方国家认为,在国际法领域,对于针对平民的恐怖主义暴力行为已有明确的规则进行规范,例如涉及灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪等罪行,可依《日内瓦公约》和《国际刑事法院罗马规约》等进行惩处,因此在《全面公约草案》中,再次规定这类行为并无必要。然而,伊斯兰合作组织及其支持者坚持要求将这类恐怖主义行为纳入《全面公约草案》的管辖范围内。他们认为,当前的国际法体系无法全方位有效地遏制国家恐怖主义行为,因此在全面反恐公约草案中规定国家恐怖主义是至关重要的。既

31 黄瑶. 联合国全面反恐公约研究: 基于国际法的视角[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 21.

32 王剑波. 全面反恐公约视野下“恐怖主义”的概念及其发展[J]. 中国刑事法杂志, 2011(11): 107-111.

然名为“全面草案”，就理应对恐怖主义提供包含各种恐怖主义类型的全面定义，才符合“全面”的应有之义。

2. 国家恐怖主义的定义缺乏统一规定

虽然国际联盟和联合国都有过对国家恐怖主义的立法尝试，从结果上看，国家恐怖主义也在诸多国际文件中都有所体现，例如联合国第 39/159 号决议内容的表述与禁止威胁和使用武力的原则相比显然更为具体，不难看出国际社会一直在为界定这一概念付出着努力。但到目前为止，“国家恐怖主义”一词在国际法的层面更多的是作为一种现象而存在，不存在明确的定义或具体详细的认定标准。有一种观点认为，“将分歧较大的国家恐怖主义排除在恐怖主义的定义外，或许能让更多的国家接受国际文件中对确定恐怖主义犯罪的条款。”³³这样的观点有因噎废食之嫌。何况，在没有“国家恐怖主义”明确定义的情况下，却实实在在存在着对此类国家行为相应的限制或制裁措施，这种做法会导致出现任意或扩大解释的风险，这不利于正确和准确地界定国际不法行为乃至国际犯罪行为的边界。因此，应当在国际反恐条约中规范明确国家恐怖主义的定义，才有可能以和平手段和方法解决现有的和正在出现的争端。

国家恐怖主义的认定缺乏客观性。国家恐怖主义一旦发生，除了对国际社会的安全造成影响，更是会掀起“舆论战”。当今存在的恐怖主义背后隐藏的多是暗潮汹涌的国家间博弈，国家恐怖主义更是如此，国际社会对于国家恐怖主义的定义一直存在巨大分歧的根本原因正是不同主体对国家恐怖主义持有的立场有所不同。“定义一般倾向于反映定义制定者的利益”，只要出现对国家恐怖主义的讨论，势必伴随着存在严重的利益分歧与立场对立，实际上，在国家恐怖主义界定中处处存在的将国际法律原则视为无物的“双重标准”，反映出的是某些霸权主义国家的单边主义和强权政治，是其试图对话语权的垄断控制和其全球战略的延伸，更多是为了服务于自身的政治目的，缺乏中立性与客观性。譬如一些国家将最大化己身利益为出发点，对本国利益有利或没有威胁的恐怖主义行为，态度是支持、纵容或默许，而对与本国利益相逆的恐怖主义才会给予打击和应对；再如长久以来伊斯兰会议组织和西方国家在民族解放运动和武装冲突问题上的互不相让。例如，在持续弥久的巴以冲突中，美国一方面对于以色列轰炸巴勒斯坦的平民、学校、医院等符合国家恐怖主义特征的行为不置一词，甚至提供了大量的军事援助以加强对地区国家的威慑；另一方面却认定巴勒斯坦解放组织进行的是恐怖主义活动。再如曾进入美国“支恐国家”黑名单的国家中，伊拉克因两伊战争被美国从名单中除名并从美国获得了军事技术支持，而 1990 年入侵科威特后再次被列入了该份名单；利比亚则是在与美国全面复交后被从名单中剔除的。总而言之，这些国家习惯于站在各自的政治立场，从不同的价值观出发，

33 Richard J. Goldstone, Janine Simpson. *Evaluating the Role of the International Criminal Court as a Legal Response to Terrorism*[J]. Harvard Human Rights Journal, 2003(16): 13-26.

依据自定的标准认定某一行为是否是国家恐怖主义行为。对此，乔姆斯基的描述非常生动形象，“‘在全世界航行’的亚历山大大帝和‘仅在一小片海域出没’的普通海盗”，两者的差别只是因为亚历山大大帝拥有一支庞大的舰队，因此他能征服世界并成为大帝，而另一艘普通的海盗船只能让这位普通海盗成为一个“普通的恶棍”。³⁴

3. 国际人道法规制国家恐怖主义的不充分性

国际人道法主要关注于战争和武装冲突中的受害者，对于非传统安全威胁如国家恐怖主义，其界限和特征较为模糊，这使得国际人道法的适用备显局促，法律适用性大大降低。国家恐怖主义也并非只发生在战争或武装冲突的情境下，在非战争场景下，一国实施对他国政府首脑或高级官员的暗杀行动、对民用设施或财产的破坏行为等也是非常常见的手段，也属于国家恐怖主义的表现形式。

一方面，并非所有由一国军队实施的恐怖主义行径都能由国际人道法调整。《全面公约草案》谈判中，就有反对将国家恐怖主义排除在公约规制范围外的意见认为，国际人道法并没有对国家使用武力做出“周详的规范”，在特设委员会2005年的会议上，一些代表团指出，存在一国军事部队的活动目前没有受到国际人道法规范的情况。³⁵例如2020年时，苏莱曼尼在美国军方的无人机袭击中丧生，据悉，该次行动经过了特朗普的授权，这一事件在国际社会引起了广泛的关注和争议，美方称苏莱曼尼是被“定点清除”，伊方坚称苏莱曼尼是被“暗杀”。对于该事件，有学者认为，不能说美国的行为就是恐怖主义，但至少具有恐怖主义特征。³⁶恐怖主义的核心特征之一是制造恐惧和威慑，此次无人机袭击行动，无疑对伊朗军方高层领导人产生了巨大的威慑作用。通过消灭一位重要的军事领导人，美国向伊朗传达了一个明确的信息：任何侵犯美国利益的行为都将受到严厉的打击，这种威慑效应在某种程度上达到了恐怖主义所追求的效果，虽然该行为是由一国军队实施的，但国际人道法似乎对此类暗杀行动束手无策。

另一方面，国家恐怖主义的表现形式多样，也并不总是通过军事部队进行，客体也并不止针对“人”。如法国利用国家机关（特勤局特工）摧毁奥克兰港的“彩虹勇士”绿色和平组织船只，再如冷战格局期间，美国中央情报局（CIA）针对他国的政治领导人、军事将领和关键知识分子多次策划和执行暗杀活动，在全球范围内进行了一系列破坏他国军事设施、关键基础设施和重要经济项目的行动。另外，国家恐怖主义有时“并未直接涉及国家武装部队的参与，也可能是由一国通过支持或派遣非官方的武装团体，对他国家进行武装攻击或暴力攻击。”³⁷2022年

34 Noam Chomsky. *Pirates and Emperors, Old and New: International Terrorism in the Real World*[M]. Cambridge: South End Press, 2003: 7.

35 黄瑶. 联合国全面反恐公约研究：基于国际法的视角[M]. 北京：法律出版社，2010：109.

36 澎湃新闻. 袭杀苏莱曼尼合法吗？国际法专家：美国的行为有恐怖主义特征[EB/OL]. (2020-01-08)[2024.03.01]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5456231.

37 梁淑英. 国际恐怖主义与国家自卫[J]. 政法论坛, 2003(04): 19-26.

9月26日，北溪天然气管道的爆炸引发轩然大波，中国国际问题研究院研究员杨希雨在接受采访时表示，该事件开启了非战争场景下，袭击大型关键民用基础设施的危险先例，经此一事，全球处在公海的、公共区域的民用基础设施，都面临着“国家恐怖主义”的威胁。³⁸再如巴以冲突中以色列对加沙地区医疗设施的轰炸，导致加沙地区的医疗系统瘫痪，即使轰炸的目标并非平民或非战斗人员，但造成的后果也是与恐怖主义无异的。而以上这些情况都是在国际人道法调整范围之外的。

4. 国家责任法不足以处理国家恐怖主义的严重性

国家责任法在处理国家恐怖主义问题时确实具有重要的作用，无论如何至少可以追究行为国的一般法律责任。但在国家恐怖主义的问题上，鉴于国家恐怖主义的“严重性”，仅仅依靠国家责任法似乎是不够的。

虽然严重的国际不法行为和一般的国际不法行为存在区别这一点毋庸置疑，但国家责任法上对于此种严重不法行为是否属于国际罪行还存在争论。³⁹本文认为国家恐怖主义行为的严重性决定了其至少属于“严重国际不法行为”，作为一种极端的暴力行为，国家恐怖主义一般伴随着政治、宗教或其他复杂的社会背景，国家恐怖主义的行为往往是违背禁止使用武力等国际法原则的，从造成的后果上看，其常常与战争罪、灭绝种族罪、危害人类罪等交织在一起，因此国家恐怖主义的严重程度显然超出了“一般国际不法行为”的范畴。从国家义务的角度来看，国家恐怖主义行为违反的应当是对“国际社会整体的义务”，1970年，国际法院在“巴塞罗那电力公司案”的裁决中，确认了国家需对国际社会整体承担一种特定的国际义务，所有国家都关心这些义务的履行因为它们保护的价值非常重要。⁴⁰巴塞罗那案对后来联合国国际法委员会就如何区分国际犯罪和国际不法行为产生了影响，国际法委员会第28届会议的一份报告认为，如果一个国家的不法行为是违反对保护国际社会根本利益极其必要的国际义务，那么这种不法行为就被认为是对整个国际社会的犯罪，故构成国际罪行。而国际法院和特设国际刑事法庭在审理的案件中论述国际罪行概念时，也普遍把禁止国际犯罪视作“对国际社会整体的义务”。⁴¹因此，国家恐怖主义行为与国际罪行息息相关。另外，国家责任法在追究国家恐怖主义行为的责任的实际操作中，由于定义的模糊性和行为的复杂性，往往存在着证据收集困难、责任认定不明确等问题。这导致了一些国家在打击国家恐怖主义方面存在被动和消极的态度，也影响了责任追究的效果。

从形式上看，严重违反国际人道法规则体系的行为被视做国际刑法的“核心

38 长江新闻号：“北溪”管道被炸是“国家恐怖主义”行为[EB/OL]. (2023-02-14)[2024.03.01]. https://mp.weixin.qq.com/s/WPuSdpa7Uozharsg_qqHgQ.

39 吴慧. 国家刑事责任若干问题研究[D]. 内蒙古大学, 2011.

40 李寿平. “保护的责任”与现代国际法律秩序[J]. 政法论坛, 2006, (03):99-107.

41 薛捍勤. 国家责任与“对国际社会整体的义务”[J]. 中国国际法年刊, 2004 (01):15.

罪行”，国际人道法是在国际刑法运行、发展、实践的体系之内的。⁴²而国家责任法中本身就发生过“严重国际不法行为”和“国际罪行”的讨论。因此本文认为，在国际人道法与国家责任法各有缺漏的情况下，将国家恐怖主义置于国际刑法的框架下规制更为合适。

二、国家的国际犯罪主体地位

（一）国家的国际犯罪主体地位争议

1. 主观意图及行为能力判断

关于国家是否是国际犯罪主体的主要争议焦点聚焦于以下两个方面：一是国家犯罪意识和行为能力的问题；二是关于国家可审判性与可处罚性的问题。在这些问题上，肯定说与否定说各执一词，总体来看，否定说的理由多少存在不妥之处，肯定说则更为合理。

犯罪主观意图是指犯罪主体在实施犯罪行为时所持有的心理态度，然而，国家不同于有人格与意识的自然个体，它是由法律所赋予的一个抽象且虚拟的实体，并没有具体的心理状态或意图，其行为和决策是由其代表或机构来执行的，这些代表或机构可能有自己的意图和动机，但这并不能等同于国家的意图；这些代表或机构的行为也不能等同于是国家行为。如 1946 年远东国际军事法庭判决书中提到“人而不是抽象的实体，能够犯下违反国际法的罪行。”此种观点显然缺乏充分依据，国家作为抽象实体，并不意味着其缺乏犯罪的主观意图和行为能力。

首先，国家具有自己的独立意志。马克思主义理论认为，国家自诞生之日起，就形成了一个与构成它的自然人相区别的、拥有独立意志的实体，此种意志是整个统治阶级意志的体现，其具有独立于任何个体意志的客观性。从国内政治的角度来看，国家通常具有议会、人民代表大会等能够制定政策、产生决策的意思机关，这些机关产生的内容无疑代表了国家的意志，反映出了国家的某些目标或政治意图。而在国际法上，国际法的效力产生于国家间的“意志协调”，这种意志是属于国家本身而非国家中某个或某些个体的。当国家的行为超出了自我利益的范畴，严重危害到国际社会整体利益时，其行为的性质便发生了根本的变化。在这样的情境下，国家可以被视为拥有了犯罪的主观意图。

其次，国家能进行犯罪行为。国家可以在其意思机关产生决策后，由执行机关或其他处于国家控制下的组织实施国际不法行为或国际犯罪行为。例如，一个国家可以通过其军队入侵另一个国家，这被视为侵略行为，是国际法上的严重罪行。实际上国家和法人一样，其犯罪行为是由其代表人来完成。这些代表人可能是国家的领导人、政府官员或其他代理人。然而，本质上这些实施犯罪行为的个体或组织只是国家的“代表”，其行为等同于国家本身的行为。此外，从国际社会

⁴² 韩晋，刘继烨：“敌人刑法”的国际刑法法规范诠释——基于防御国际恐怖主义犯罪的思考[J]. 武大国际法评论，2018, 2(05): 41-61.

公认的部分罪行来看,这些罪行背后的经济与军事来源也一定是来自国家行为体,这意味着国家在某种程度上才是这些罪行的实际犯罪主体,国家具有实施不法行为和犯罪行为的能力。

2. 国家能否被审判与处罚

部分国家恐怖主义概念的反对者认为,正是由于无法在法院起诉或要求引渡一个国家,也无法对国家进行处罚,因此将国家纳入恐怖主义犯罪的主体中毫无意义,国家恐怖主义自然成了一个伪概念。⁴³例如在二战的战后审判中,国家并没有被作为审判的对象,审判的主要焦点是个人战犯,即那些在战争中参与并负有责任的个人,包括政治和军事领导人、高级军官和官员等,这些个人被认为是直接参与、指挥或控制了战争罪行和恐怖主义行为的责任者。联合国国际法委员会在《危害人类和平及安全治罪法草案》中的观点受纽伦堡审判思想的影响,即“违反国际法罪行的主体是人而非抽象的实体,只有对犯下此类罪行的个人施以惩处才能执行国际法的规定”,这证明此时的国际法委员会也不认可国家犯罪的概念。

这种观点存在因果倒置的逻辑错误,因为并非处罚成立才代表行为成立。实际上国家的国际刑事责任是国际责任的一种特殊且极为严重的形式,只是能否对国家实施惩罚性措施还存在不同观点。⁴⁴但不能因为国家难以被处罚而否认国家犯罪的存在。即使是在国内刑法的体系中,犯罪行为主体与该主体的责任承担问题也是在不同阶层或不同阶段讨论的问题,完全可能出现某一主体实施的行为被评价为犯罪,只是在处罚阶段由于一些特殊事由而被免于处罚的情况,例如未成年人与孕妇等主体都存在死刑豁免制度,但不能因为最终没有对这些主体处以刑罚而否认犯罪主体的存在。虽然国际法与国内法存在区别,但在这一问题上逻辑相通的。

(二) 国家应当为国际恐怖主义犯罪的适格主体

1. 国家是国际恐怖主义犯罪的实际实施者

国家是个人的集合体,在讨论国家犯罪时,国家行为和个人行为也是密不可分的。诸如侵略罪、战争罪等国际罪行与贩毒、海盗等犯罪不同,虽然表面是个人犯下的,但其不可能是个人意志的产物,而一定是由国家决策、国家机构执行或支持执行的,本质是国家对外政策导致的结果,意味着某种“系统性犯罪”,两次世界大战和前南斯拉夫、卢旺达等事件,证明了那些最严重地侵害国家社会共同利益的行为通常都是“国家行动”的产物或者是“国家政策允许”的结果;国家使用暴力的合法权利也是受到高度限制的,并不包括对随机选择的平民目标使用法外暴力的权利。⁴⁵

43 黄瑶. 联合国反恐全面公约中的武装部队问题[J]. 法学研究, 2009, 31(02): 166-182.

44 李寿平. 论国家的国际刑事责任[J]. 武汉大学学报(人文社会科学版), 2000, 53(04): 529-532.

45 Richard Jackson, Eamon Murphy, Scott Poynting. *Contemporary State Terrorism: Theory and*

有学者提出,国家恐怖主义是一般恐怖主义犯罪与其他国家作为犯罪主体实施的重大国际刑事犯罪的逻辑衔接点。⁴⁶在二十世纪期间,各国试图将恐怖主义确立为国际法规定的一项具体罪行。但由于无法达成一个普遍接受的恐怖主义定义,最终国际社会没有创造一个泛义的恐怖主义罪行,而是制定了许多具体的罪行,通过一系列专门的反恐怖主义公约实现的,每一项公约都处理某一方面的恐怖暴力事件,如民用航空、劫持人质、恐怖爆炸、保护核材料等。而国家恐怖主义与一般恐怖主义行为的区别是行动主体的不同,恐怖活动发生的领域并不会因为这种不同而产生区别,相反这种主体不同带来的是背后可调动资源与能力的差异,国家实施的恐怖主义罪行往往会比非国家行为体实施的恐怖主义带来更大的破坏性,造成对整个国际社会重要的价值观的威胁。与现有的公认的国际罪行相比,国家恐怖主义的后果足以达到相似的严重性。例如二战时期最为人知的国家恐怖主义主要集中在纳粹德国和日本帝国主义,它们在二战期间也犯下了大量的战争罪行,战后国际刑事法庭认定他们的战争罪行和种族灭绝行为构成战争罪和反人类罪。能够并定罪的这些行为中,其中大部分是符合国家恐怖主义罪行的特征的。

2. 国家作为国际犯罪主体的国际法依据

从国际立法上看,关于国际犯罪的概念,其最早可追溯至1907年的海牙第四公约,公约的两项文件中明确指出,任何违反陆战法规和惯例的交战国家,在必要情况下需承担赔偿责任,并对其武装力量中任何个体的行为,无论是否构成犯罪,均需负责,这从认可国家刑事责任的角度承认了国家的犯罪主体地位。第一次世界大战设立的调查破坏战争规则罪行特别委员会曾在其作出的报告中指出,“德国及其同盟国违反明确制定的规范以及不容争辩的惯例和人道主义的明显要求,犯下了无数的滔天罪行。”这里明确指出国家犯下了罪行,表明国家可以是国际犯罪的主体。联合国《关于侵略定义的决议》中规定,“侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立,或以本定义所宣示的与联合国宪章不符的任何其他方式使用武力。”根据此定义可知,“国家”是“侵略罪”这一国际罪行的当然主体,这是国际法中对国家可以作为国际犯罪主体的最直接的规定。1979年,联合国国际法委员会开始起草《关于国家责任的条文草案》,在草案一读的过程中,赞成国家罪行的概念的意见较为占优势,大多数国家在当时都支持区分国际不法行为和国际罪行,或者是区分较严重和较不严重的国际不法行为。草案第19条明确规定:“当一国违反的国际义务对保护整个国际社会的根本利益至关重要,以至于整个国际社会公认违反此义务为犯罪时,由此产生的国际不法行为即构成国际犯罪。”该草案还具体列举了构成国际犯罪的四种情形。这首次在国际文件中定义了“国家犯罪”,承认了国家的国际罪行和国际不法行为

Practice[M]. London: Routledge, 2009: 3.

46 张屹. 国际反恐合作法律机制研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2019: 52.

之间的区别。然而，遗憾的是，该草案最终并未在联合国大会上获得通过。随后2001年通过的条款草案中删除了“国家罪行”的表述，转而使用了“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”这一新的表述，有学者认为这实际上就是国家罪行的不同表述方式。⁴⁷而且相比原来所列举的四种国家罪行，其覆盖范围更广，它实际上扩大了原来国家罪行的概念，并且更凸显了这类国家责任的对世性质，只是使用了更中性的措辞。

三、国家的国际刑事责任

（一）国家承担国际刑事责任的争议焦点

1. 国家刑事责任与国家主权原则的冲突

反对国家能承担刑事责任的第一种观点认为，国家刑事责任与国家主权平等原则和国际社会现存的结构不符。所有的犯罪定义都取决于一个具有“垂直结构”的社会存在，而国际社会与国内社会最大的不同之处在于，国内社会是由一国政权自上而下领导统治形成的垂直治理模式，而国际社会是平行社会，国家与国家之间在平等的前提下进行交互往来，“平等者间无管辖权”。国际法是主权国家之间而非国家之上的法律性质，也就不可能产生制裁国家的适当的刑罚制度，对国家进行刑事责任层面的处罚会动摇国家主权原则这一国际法根本原则。

但这样基于“国家主权绝对不可动摇”的观点基本只见于上个世纪，已经陈旧。目前国家主权理论早已有了新的内涵与发展，即主权不是绝对的，不能推至极端。⁴⁸实际上，承认国家刑事责任正是对国家主权理论的进一步发展。当前，国际社会经济全球化和区域经济一体化的发展趋势使得国家间的往来互动更为频繁，维护国际社会的整体利益和人类的和平与安全成为当今国际社会更为重视的问题，当某国未能履行其应尽的国际义务，需对国际社会承担相应的国际责任时，其国家主权可能因此受到一定程度的限制。这既是对国家行为的规范，也是维护国际秩序与稳定的必然要求。有关反恐等本属于传统国际法上国家主权管辖的事项，由于直接影响或威胁国际社会的安全和发展，需要国际社会合作来集体解决，在全球治理背景下，国家不可为自身主权的完整而无视人类整体利益。⁴⁹目前国际恐怖主义犯罪持续泛滥的重要原因之一正是因为背后存在一些国家在为恐怖活动提供政、经济等方面的支持，这些国家可以说就是国家恐怖主义，已经严重威胁到了国际社会的安全和人类的整体利益，如阿富汗塔利班纵容基地组织发展和进行恐怖活动，当基地组织犯下国际罪行时又为之提供庇护。此时如果继续强调国家主权原则绝对不可侵犯，对于此类现象不给予惩处，那么恐怖主义问题永远不可能得到解决，无异于助长了国际恐怖主义犯罪的嚣张之势。

47 马静. 论国际义务的性质[D]. 中国政法大学, 2006.

48 李寿平. 国际刑事法院的管辖权与国家主权原则[J]. 河北法学, 2000(04): 96-99.

49 李寿平. 人类命运共同体理念引领国际法治变革: 逻辑证成与现实路径[J]. 法商研究, 2020, 37(01): 44-56.

2. 国家刑事责任的实现可能性

否定论的观点认为,目前并没有完备的国际法制度能顺利实现国家刑事责任的承担。目前尚无明确规定国家因其国际罪行而承担的国际责任就是刑事责任的法律文件,想要宣告一国有罪并进行刑事责任处罚,要通过什么组织或机构、以何种流程判决并执行?这些问题在目前都没有答案,因此国家刑事责任不具有实现可能性。另外,目前国际社会在该问题上的立法环境十分严峻,国际法委员会正是因为遭到了多国的强烈反对才在 2001 年批准的条文草案中将“国际罪行”一词删除,这从形式上否认了国家的国际刑事责任;而联合国与国际法院都不具有“可以宣告一国有罪”的管辖权,无法对国家行为给予刑事责任方面的认定与处罚。⁵⁰本质上讲,当前在国际法框架下设立针对国家犯罪行为的谴责与制裁机制尚不是合适的时机。⁵¹

肯定论则认为,另外不断完善的国际法制度也为实现国家刑事责任的承担提供了可能。尽管国际法委员会在特定时期的条文草案中有所调整,但这并不是否认国家的国际刑事责任,而是反映了国际社会在相关问题上的审慎态度。同时,联合国和国际法院、国际刑事法院等机构在国际法框架下,具备潜力和能力在适当的时机对国家犯罪行为进行谴责和制裁,从而为国际社会创造一个更为公正和法治的环境。

(二) 应当承认国家具有国际刑事责任能力

1. 国家承担刑事责任的国际法依据

一般认为“国家刑事责任”的概念,首次体现在国际文献中,是联合国国际法委员会 1979 年起草的《关于国家责任的条文草案》。该草案明确指出国家应当成为某些国际罪行的主体并应承担相应的法律责任,只是并未使用“刑事责任”的表述。但既然国家可以成为国际犯罪的主体,那么国家对其国际罪行所负的法律 responsibility 也就应当是刑事责任。因此,学术界一般将《关于国家责任的条文草案》作为明确确认国家刑事责任的国际法文献。

联合国国际法委员会在草拟《危害人类和平及安全治罪法草案》的过程中,对草案应否规定“国家的刑事责任”问题也一直存在着激烈的争论,争论的最终结果是:该《治罪法草案》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。1987 年暂时通过的草案第 3 条规定:“对犯有危害人类和平及安全的个人进行追诉,并不免除一个国家对于因它的某一作为或不作为依国际法应负的任何责任。”该草案认为,国家对危害人类和平及安全的罪行是负有责任的,这相当于国家刑事责任的概念被保留了下来。

国际法院第一次在判决中认可国家刑事责任的案件是 1993 年的波斯尼亚和

50 钱晓萍.“国家犯罪及其刑事责任”理论争鸣与发展研究[J]. 时代法学, 2014,12(04): 111-116.

51 Ronald C.Kramer, Raymond J.Michalowski. War, aggression and state crime: a criminological analysis of the invasion and occupation of Iraq[J]. British Journal of Criminology, 2005, 45(4): 447-448.

黑塞哥维那政府诉前南斯拉夫违反灭绝种族罪一案，国际法院反对了前南斯拉夫关于国家不应承担刑事责任的辩护理由，法院认为若国家未能尽《灭绝种族罪公约》规定之义务，其须承担由其自身及代表它的个人所实施罪行产生的国际责任，这种责任属于刑事责任范畴。⁵²

2. 承认国家刑事责任的意义

承认国家能承担国际刑事责任对于打击国家恐怖主义犯罪具有积极意义。在涉及国家行为的国际犯罪问题上，若仅针对国家领导人等追究其刑事责任，而未明确国家对其犯罪行为的责任，将使得犯有罪行的国家及其人民难以形成对相关国际罪行的正确认识。此举显然不利于促使相关国家深刻反思其犯罪行为，更无法有效预防类似行为的再次发生。因此，在追究个人刑事责任的同时，必须确认国家对其犯罪行为所承担的责任，以确保国际社会对此类犯罪有清晰、一致的认识，并促进国际法治的健康发展。在当前国家法承认的国际犯罪行为中，程度最为严重、后果最为恶劣的犯罪都与国家密切相关，或是由国家发起或是离不开国家的支持，因此想要从根源上治理国际犯罪问题，就应当对国家主体进行处罚。

柏拉图曾言，惩罚的目的不在于挽回行为的恶果而在于预防类似行为的再次出现。一方面特定犯罪的惩罚后果能起到对犯罪行为主体本身的改造作用，另一方面这种惩罚也具有指引与预防的效果。对于国家恐怖主义等此类危害人类生命与尊严最严重的罪行，匹配以法律责任中最严厉的责任形式是应有之义。《罗马规约》的序言明确指出，惩罚对于“预防这些犯罪”具有积极作用。从预防犯罪的层面上，承认国家在国际法上的刑事责任是有益的。首先，当国家在国际法上被认定具有刑事责任时，国际社会对国家进行的处罚会一定程度剥夺和削弱那些实施国际犯罪的国家的能力，进而阻止其再次从事类似行为。即使国家的国际刑事责任只是宣告性的，至少可以对该国家的国际形象造成一定的影响。其次，根据《罗马规约》“官方身份的无关性”原则，承认国家的国际刑事责任还意味着个人的官方身份并不能成为其逃避刑事责任的借口，这种原则的存在将对那些可能采取严重违反国际法义务并构成国际犯罪的行为来制定或推行国家政策的个人产生警示作用。如果在发生国家犯罪时不追究国家的刑事责任，仅仅只是追究个人的刑事责任，会降低对犯罪国家主体处理效果上的严重性和严肃性，增大了国家再犯类似罪行的风险。因此，为了满足遏制国家罪行的国际社会需求，应当援引国家刑事责任的概念，不仅有利于提高对犯罪国的惩罚实效，还能其他国家类似罪行的起到预防和威慑作用，有效遏制国家恐怖主义犯罪行为，保障国际社会的和平与安定。

四、国家恐怖主义国际法律制度的完善

（一）从国际立法上明确界定国家恐怖主义犯罪

52 马呈元. 国际犯罪与责任[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 3-4.

1. 制定反对国家恐怖主义罪行的国际公约

虽然根据前述分析已知,存在规制国家恐怖主义内容的国际公约的推进情况不甚乐观,但无论是国际社会还是学术界都在呼吁全面的国际反恐公约的问世,希望在联合国框架内编纂制裁国际恐怖主义犯罪的统一综合性法典,按照国际法的基本原则和《联合国宪章》的内容追究国家恐怖主义的责任。有学者认为其中就应当包含国家与非国家恐怖主义的定义,以改善当前以暗示性或操作性的定义模糊国家恐怖主义概念的状况。⁵³但《全面公约草案》作为被寄予厚望的“第 14 部反恐公约”,其推进和谈判极为困难,从 2015 年至今,中国、俄罗斯、印度外长几乎每年都在会晤的联合公报中呼吁联合国大会尽早通过全面反恐公约,建立急需的全面反恐国际法律框架,以应对日益增长的全球恐怖威胁。⁵⁴实际上现在《全面公约草案》已经基本成型,实质性争议仅剩第 18 条,该条恰恰是有关国家恐怖主义的内容,鉴于国家恐怖主义的危害性与现实紧迫性,国际社会不应容忍国家恐怖主义在国内和国际上蔓延,世界上所有国家都应当保护国际社会迄今取得的反恐斗争成果,因此或许有必要制定专门的国际条约来解决国家恐怖主义问题,避免其糅杂民族解放运动等其他问题而难以落地。另外,由于国家恐怖主义行为具有其独特性和复杂性,专门制定国际公约能够针对国家恐怖主义的特性,提供更加具体、明确和有针对性的法律框架。

2. 设立国家恐怖主义的定义与构成要件

要对国家恐怖主义罪行予以规制,毋庸置疑的是首先应当明确究竟何为国家恐怖主义,本文从国家恐怖主义的定义和构成要素出发,为惩治国家恐怖主义的国际法提供完善思路。

目前关于国家恐怖主义的定义或多或少存在不全面不充分的情况,因此本文尝试拟定一个可以囊括全部国家恐怖主义类型的定义以供参考:“国家恐怖主义,系指国家行为者以直接或间接的形式参与恐怖行为,蓄意追求并实际造成恐怖效果,以达到服务于某种对内或对外政策之目的。”根据对恐怖主义行为的普遍认识,恐怖主义一般有以下四个特征:一是具有政治或意识形态目的;二是使用暴力、破坏等手段;三是意图制造恐怖效果、营造恐怖氛围;四是客观方面具有现实危害性或者胁迫性。⁵⁵国家实施的恐怖活动在符合一般恐怖主义的特征之外,构成要素还存在一些特殊之处,构建国家恐怖主义法律制度时可以考虑从以下几个方面出发,明确国家恐怖主义的要件。

(1) 主体要求:国家行为者

与一般的恐怖主义相比,国家恐怖主义最大的不同之处正是“国家行为者”这一主体要素。某种程度上而言,国家正是恐怖主义的源头:一方面,殖民统治或

53 王国飞. 析国家作为恐怖主义的主体问题[J]. 法律科学.西北政法学院学报, 2004(03): 90-97.

54 人民网. 中、俄、印外长第十三次会晤联合公报[EB/OL]. (2015-02-02)[2024.03.01].

55 冯卫国, 贾宇, 尚进. 恐怖主义定义相关分歧之辨析[J]. 法学论坛, 2018,33(05): 112-118.

种族歧视下的国家恐怖主义会造成个人恐怖主义的滋生；另一方面，国家对恐怖组织或个人的纵容或扶持助长了威胁国际和平与安全的恐怖主义。正是由于国家这一强大机器作为始作俑者和幕后推手，才使国家恐怖主义表现出了相较于一般恐怖主义而言更大的危害性。国家恐怖主义中的“国家行为者”应当满足国际法意义上国家的条件——有确定的领土和居民、能代表国家进行国际交往的政府和主权。这里要注意的是，两类主体应当被排除：正在为摆脱殖民地统治而斗争着的民族解放组织和以类国家模式运行的极端恐怖主义组织。前者虽然已实际上控制一定的地域或根据地，有一定政治组织和机构作为其在国际上的代表，但尚不属于主权国家，而且民族解放运动必然伴随武装冲突，其本身掺杂的恐怖主义行为在《全面公约草案》中是与国家恐怖主义并行的另一大谈判焦点，从任何角度而言都不宜放在国家恐怖主义的框架下讨论；后者指向的是极端组织“伊斯兰国”，虽然其宣称自己“建国”，并不断地进行领土扩张和以国家的形式内部运行，无论是行为特点还是危害规模都具备国家恐怖主义的特点，但其始终没有得到国际社会的承认，除了“政府”外其他的条件不符合国家的构成要素⁵⁶，因此“伊斯兰国”不能被看作是“恐怖主义国家”，其行径也并非“国家恐怖主义”。

（2）主观要求：政治意图

恐怖主义具有“政治要素”是众所周知的事实，“意图制造恐怖效果、营造恐怖氛围”实际上是手段而不是目的。国家实施恐怖主义行为时的主观目的同非国家行为者存在重合但性质上略有区别：对于一般的恐怖主义而言，其产生无论是受“无政府主义”思潮的影响、还是出于政见不同或民族矛盾，具有的都是“自下而上”的政治目的。如果说政治目的是普通的恐怖组织或个人实施恐怖行为的成因和最终“理想”，那么国家恐怖主义的政治目的则是因为由国家机器决策产生而天然具有的目的属性；与非国家行为者往往大张旗鼓地宣传自己的理念相反，国家行为者在制造血腥和混乱时常常会出于政治博弈等原因隐藏起自己的意图；另外，对于国内性的国家恐怖主义而言，主观要素是“自上而下”的国家意志压迫，国际性的国家恐怖主义中政治目的则是“由内对外”的国家意志扩张。

另外，在一国领土内出现恐怖活动或该国国民在境外实施恐怖活动时，虽然国家有义务起诉或引渡作为该国国民或居民的恐怖分子⁵⁷，否则国家应当承担不作为责任，但由于这类恐怖活动并不包含国家意志作为主观驱动，因此仅仅是此种对事后义务的违反不应当属于国家恐怖主义。当然，作为一般规则，一个明知故犯地恶意支持恐怖分子的国家比一个疏忽但无意地支持恐怖主义的国家更应受到谴责。⁵⁸

⁵⁶ 栗姝宇. 国家承认制度研究[D]. 南昌大学, 2018.

⁵⁷ Khaled Ramadan Bashir, Abdulrasool A. S. Al-Asadi. State Responsibility for Involvement of Nationals and Residents in Acts of Terrorism Aboard: Iraq as a Case Study[J]. Florida Journal of International Law, 2017, 2(29): 151-182.

⁵⁸ Malzahn, S. M. State sponsorship and support of international terrorism: customary norms of state

(3) 客观要求：造成与国际罪行程度相当的恐怖后果

一方面，国家恐怖主义应当具有恐怖主义的“暴力性”要求。对于恐怖主义犯罪来说，无论采取何种形式，在客观表现上的共性都是“严重暴力性”。⁵⁹国家恐怖主义的暴力性往往更加严重：国家恐怖主义通常由国家安全机构或军方组织发起，他们拥有更强大的组织结构和资源，在情报收集、武器装备、资金支持等方面实力更为强劲；在实际效果上，国家恐怖主义往往可以在大范围内实施恐怖行动，具有更大行动规模和影响力，例如强力推行覆盖一国的政策、实施跨越边界覆盖多个国家或地区的行动，相比之下，一般恐怖主义的行动规模和影响力通常较小。

另一方面，国家恐怖主义应当达到国际罪行的严重程度，因为并非所有国家与恐怖主义相关的行为都能达到国际罪行的标准，例如一国资助了某一犯罪组织但该犯罪组织未实施造成恐怖后果的行为。在这个方面应当注意避免扩大解释与定罪泛滥的问题，比较稳妥的方式是参考战争罪、危害人类罪等罪名的标准。一部分国家恐怖主义行为的暴力性都是即时可见的，但在间接的国际性国家恐怖主义的情况下，国家支持、资助、培训、雇佣恐怖组织或分子的行为往往隐蔽进行，且在非国家行为者实际实施恐怖活动之前暴力性是不可见的，这种情况下国家恐怖主义的判定应当以国家支持、资助、培训、雇佣的对象的活动被认定为恐怖活动为前提，且最终作为实施主体的非国家行为者造成的后果应当也达到严重性的标准。

(二) 修改《罗马规约》将国家恐怖主义犯罪纳入 ICC 的管辖

在解决了如何认定国家恐怖主义的问题后，还需要解决“谁来认定”的问题，本文认为，应当将国家恐怖主义犯罪纳入到国际刑事法院的管辖范围内。

1. 国家恐怖主义犯罪应当纳入国际刑事法院管辖的理由

(1) 国家恐怖主义犯罪符合国际刑事法院的管辖理念

国家恐怖主义犯罪与国际刑事法院管辖的几种国际犯罪本质相似，符合国际刑事法院的管辖理念。虽然国际法院也是重要的国际司法机构，且在一些过往案例中也出现过国际法院与国际刑事法院的管辖权之争，但本文认为在处理国家恐怖主义行为上，国际刑事法院比国际法院更适合。国际法院作为联合国的司法机构，其处理的主要是国家间的争端；而国际刑事法院审判的是最严重的国际罪行。根据《罗马规约》所述：“法院的管辖权应限于整个国际社会关注的最严重的罪行。”国际刑事法院的管辖理念之一是保护国际社会的共同利益，包括维护国际和平与安全、促进人权和法治等。《罗马规约》明确的四类核心国际罪行都集中体现了对严重罪行的国际社会关切以及对人类福祉的保护，所以在考虑是否可以将国家恐怖主义犯罪纳入国际刑事法院管辖范围时应当比较国家恐怖主义犯罪

responsibility[J]. Hastings International and Comparative Law Review, 2002(1): 83-114.

59 谈晨逸. 战时恐怖主义犯罪研究[D]. 华东政法大学, 2020.

是否达到了《罗马规约》现有四种国际罪行的严重程度。国家恐怖主义犯罪不仅对受害者造成巨大的伤害，也对国际社会的共同利益构成威胁，且前文已述诸如战争罪有时处理的行为与国家恐怖主义罪行是存在重合部分的。虽然曾经国家恐怖主义的政治性经常成为其规避国际法的理由，但国际罪行的政治色彩不应当成为其不受国际刑事法院管辖的借口，因为战争罪、侵略罪等或多或少都具备着政治犯罪的属性。

实际上，在最初设立国际刑事法院的会议上，一些代表就主张将恐怖主义纳入法院的职权范围内，1994年向联合国大会递交的《国际刑事法院规约草案》中也包括了恐怖主义是一种国际罪行的内容。但在起草《罗马规约》时，恐怖主义被视为是根据国家间协议在国际法中被禁止的“条约罪”而并非内在地违反了国际社会的规范，以及出于担心会将国际刑事法院过度政治化和可能涉及民族解放等敏感问题的考虑，最终《罗马规约》并没有采纳将恐怖主义罪作为管辖罪名之一的做法。一直有一种观点认为，恐怖主义在技术上已经被纳入国际刑事法院的管辖范围，某些恐怖主义行为可能被视为战争罪、反人类罪或种族灭绝罪，那么作为一种极其严重情况的恐怖主义，将国家恐怖主义作为国际犯罪并交由国际刑事法庭管辖显得更为合理。

（2）出于成本与效益的考虑

首先，由国际刑事法院管辖国家恐怖主义是成本最少的机构设置方式。相较于建立一个新的常设法院或分庭，如果能将国家恐怖主义界定为一项国际罪行并纳入《罗马规约》，这一方案无需耗费大量的人力和财力去组建新的法院团队、重新谈判制定新的程序规则等。国际刑事法院已经具备了一套相对完善的司法体系和审判机制，只需对现有规约进行适当修改和补充即可，而建立一个新的常设法院或分庭无疑将是一个漫长而困难的过程，有学者指出设立国际恐怖主义法庭至少在短期内是有技术和政治困难的。⁶⁰其次，从效益角度来看，将国家恐怖主义界定为一项国际罪行并纳入《罗马规约》具有多重积极效应。将国家恐怖主义纳入《罗马规约》可以将向全世界表明，国家恐怖主义是一种极其恶劣的犯罪形式，其严重性和危害性不亚于其他任何国际罪行，这将有助于提升国际社会对于打击国家恐怖主义的共识和行动力。通过将国家恐怖主义纳入国际刑事法院的管辖范围，也可以形成一个统一的司法标准，有助于减少法律差异而导致的混乱和冲突。此前国际刑事法庭拒绝纳入恐怖主义犯罪的原因之一是可能会导致大量的恐怖主义案件涌进国际刑事法院，但与几乎每时每刻都在世界上发生的恐怖主义行为相比，国家恐怖主义的发生频率不会造成国际刑事法院被海量案件淹没的情况。

2. 将国家恐怖主义犯罪纳入国际刑事法院管辖的实现途径

⁶⁰ Ignacio de la Rasilla. An International Terrorism Court In Nuce in the Age of International Adjudication[J]. Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law, 2017(1): 76-108.

根据已有的规则和习惯法,将国家恐怖主义犯罪规范到《罗马规约》中可以有两种方式:一是将国家恐怖主义行为直接列为《罗马规约》中独立的一罪,二是先进行相关条约的编纂再纳入《罗马规约》,例如种族灭绝罪就是援引自1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》。这两种方式的不同会导致需要增设条文的方式也不同。

具体而言,《罗马规约》可在当前文本的基础上作出如下的有关国家恐怖主义犯罪的修改:首先,在序言中增加有关国家恐怖主义行为为国际社会与世界人民带来深重灾难从而需要加以关注的纲领性内容,为增设国家恐怖主义罪行提供背景和理念支持,根据121条,对序言的修正将在有八分之七以上的缔约国批准或接受后便将对所有缔约国生效;其次,在第5条1款中增添一项“国家恐怖主义犯罪”,根据第121条,对第5条的修改如果不能在在缔约国大会会议或审查会议上协商一致,便需要缔约国三分之二多数通过,且仅对批准国和接受国生效,对于未接受修正案的缔约国,本法院不得行使管辖权。对于界定“国家恐怖主义犯罪”的条文,如果采取前述的第一种方式,因为当前还没有形成界定国家恐怖主义犯罪的一致观点,因此可能会类比此前侵略罪进入管辖的模式进行。从《罗马规约》对四项核心罪行的管辖情况来看,一种是已经由规约确定了界定标准的罪行,即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪;另一类则是需要满足第5条第2款规定的条件才能行使管辖权的侵略罪。侵略罪早在1998年就写入了《罗马规约》,但真正的施行要等到各缔约国能够对侵略罪定义和实施管辖权的先决条件达成一致意见,这致使国际刑事法院在2018年才得以启动对侵略罪的管辖,即使在国际刑事法院启动了管辖权之后,由于侵略罪自身的性质和《罗马规约》修正案有关规定的模糊性,国际刑事法院对侵略罪行使管辖权仍面临着一系列困境,例如安理会独占判定权的争议。⁶¹直接将国家恐怖主义罪行加入《罗马规约》很可能发生与侵略罪相似的困境。而采取方式二,先进行关于国家恐怖主义罪行的条约编纂,在达成一致后再将相关条文纳入《罗马规约》,彼时可以在第八条战争罪后直接新增一条“国家恐怖主义罪”,写明其概念与界定问题。本文认为,在当前国家恐怖主义犯罪问题尚未发展成熟和相关条约缺失的情况下,采取后者更为合适,即在关于国家恐怖主义行为的国际公约通过后,再将国家恐怖主义犯罪引入《罗马规约》中。

61 朱丹. 国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的困境及我国的对策[J]. 现代法学, 2019, 41(06): 176-193.

跨境供应链规制中的“链主”法律地位与中国因应

谢迪扬

摘要：“链主”是跨境供应链规制的关键环节，其法律地位的设置已成为美西方重塑供应链的制度工具。设置“链主”法律地位有利于激发私人部门的全球治理潜能并防范国家安全风险，但滥用将扭曲国际经贸秩序。而且国家贸易措施经由“链主”转化为商业决策后，削弱了多边规则对贸易歧视的约束。因此有必要对“链主”法律地位进行类型化反思：将明示地域歧视的权利义务归类为“红色链主”规则；与供应链能力不匹配的强制性风险防控义务归类为“黄色链主”规则；强制性信息披露义务、自愿性义务与非歧视性权利归类为“绿色链主”规则；涉及国家安全、补贴、政府采购的歧视性权利归类为“灰色链主”规则；以此明晰“链主”法律地位的正当性边界。建议中国吸收本土政策规制“链主”的有益经验，推动“链主”权利义务的法律化，在防范反制外部不当干预的基础上，发挥“链主治链”的专业性，为跨境供应链的全球治理贡献中国智慧。

关键词：供应链；链主；法律地位；贸易歧视

一、引言

当前，供应链规制已成为美西方单边经贸措施的热点议题。美国《芯片与科学法案》、欧盟《企业可持续发展尽职调查指令》等均涵盖了较为激进的供应链规则，其市场因素之外，通过行政干预手段，进一步加剧了全球供应链重塑趋势，导致世界经济秩序的不稳定性不确定性明显增加，大量中国企业面临“脱钩断链”风险。对此，党的二十届三中全会决定强调要“健全提升产业链供应链韧性和安全水平制度”，¹将供应链规制视为国家安全法治体系的重要组成部分。

本文将供应链上商业优势明显、具备全链条主导能力的企业称为“链主”，²而供应链规制中发展出的“链主”权利义务，则构成“链主”法律地位。³区别于传统的企业规制，供应链规制的特点在于，其具有“公权力—‘链主’—链上其他企业”的“二阶段”生效机制。通过设置“链主”权利义务，可促使其带动、约束链上其他企业，甚至断绝与特定企业的商业往来，从而达到重塑供应链的目的。“链主”的影响力不容小觑，据联合国统计，22家实施《工商业与人权指导原则》（简称《指

谢迪扬，复旦大学法学院博士研究生。

¹ 党的二十届三中全会《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》（2024年7月18日）。

² “链主”的提法源于经管学科。参见杨城、童利忠：《供应链环境下的链主模式》，《企业管理》2009年第1期，第96-98页。随后被中国中央及地方政策采纳，下文详述。

³ “法律地位，即法律规定的法律关系主体的权利与义务的实际状态。”参见邹瑜、顾明：《法学大辞典》，中国政法大学出版社1991年版，第12页。

导原则》)的“链主”,运营范围覆盖 190 个国家,影响 50 多个行业和 200 多万家供应商。⁴这说明国际一线供应链“链主”与全球范围内受其影响的供应商的比例可能高达 1:100 万。可见,“链主”是供应链规制产生实效的关键环节,是推动国家战略全链条实施的重要力量,还能促使国内规则沿着跨境供应链产生域外效力。特别是在中美经贸摩擦加剧、跨境供应链受到更大程度冲击的现阶段,研究“链主”法律地位具有重大现实意义。

供应链规制中“链主”法律地位的适当与否,在很大程度上决定了相关举措的正当性与效果,是规则设计的核心所在。当前美西方部分单边供应链规制出现了滥用“链主”法律地位的趋势,相关规则设计含有显性或隐性的歧视要素,产生了国际贸易的扭曲效应,国际社会应对此引起高度警惕。同时,中国虽未在法律层面设置“链主”法律地位,但大量中央及地方政策已涉及“链主”的权利义务,形成了有中国特色的“链主”规制经验。然而,中国现有政策的“链主”法律地位在内容上以自愿性“链主”义务为主,辅之以少数“链主”权利,且各地政策差异较大,未能统筹全国与国际社会两个大局、形成与中国市场体量相匹配的规模化“链主”规制效应。

对近年兴起的供应链规制现象,学界已开展一定研究。单边层面,研究者集中探讨了人权、环境、可持续发展方面的供应链单边规制举措,⁵认为主要经济体存在供应链规制的价值观分歧。⁶区域层面,现有研究指出,由美西方主导的供应链规制带有经济制裁或科技打压目的,同时蕴含保护主义倾向。⁷多边层面,有观点认为供应链规制能在促进增长、就业和减贫等方面发挥关键作用,⁸但供应链国际规范供给严重不足,⁹不少规范仍处于起步阶段,全面性、合理性与有效性均

⁴ 参见联合国大会《〈工商企业与人权指导原则〉十周年盘点 人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组的报告》(A/HRC/47/39)。

⁵ 参见沈伟、陈徐安黎:《供应链尽职调查国内立法的国际法分析——以 WTO 规则为切入点》,《国际商务(对外经济贸易大学学报)》2024 年第 6 期,第 135 页;王惠茹:《供应链人权尽责边界的比较分析与法理反思》,《人权》2024 年第 2 期,第 124 页;张怀岭:《德国供应链人权尽职调查义务立法:理念与工具》,《德国研究》2022 年第 2 期,第 59 页;张怀岭:《涉外法治视域下欧盟企业供应链尽责规制逻辑与制度缺陷》,《德国研究》2023 年第 5 期,第 102 页。

⁶ 参见黄志雄、陈徽:《供应链安全国际法保护的困境与出路——以“太阳风”事件为切入点》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 1 期,第 62 页。

⁷ 参见贺小勇、罗震:《“印太经济框架”下供应链协议的内容、影响及中国应对》,《国际贸易》2024 年第 9 期,第 51 页;梁咏:《供应链尽责理念影响下的国际投资条约中的劳工条款:国际实践与中国对策》,《当代法学》2024 年第 2 期,第 136-138 页;

⁸ See Stefanie Schacherer, Building Responsible and Sustainable Supply Chain Frameworks: Limits of International Investment Law and the CSR Initiatives Taken by the EU and China. *Asia Pacific Law Review*, 2024, vol. 2, pp. 347-349.

⁹ 参见黄志雄、陈徽:《网络空间供应链国际规范研究——构建供应链生态系统总体安全观》,《法学论坛》2021 年第 1 期,第 57 页。

受到质疑。¹⁰应更多关注供应链的连锁反应，谨防地缘政治风险干扰供应链。¹¹但是，现有研究缺乏“链主”视角，说明当前学界仍未充分重视供应链规制的关键环节——“链主”法律地位的设置，对“链主”权利义务之正当性与有效性的研判较为薄弱。这不利于中国有效利用“链主”法律地位这一规制工具，防范、反制外部对供应链的不当干预；也难以利用“链主”的供应链主导能力，向国际社会输出中国跨境供应链治理的理念、规则和标准。

针对上述问题，本文将以“链主”为切入点，系统分析跨境供应链规制。首先，将回顾多边以及域外单边供应链规制的发展历程，阐述“链主”法律地位的演变及原因，运用历史溯源法指出支持“链主”法律地位之正当性的两条理路。其次，将基于现有域外单边规制中“链主”法律地位的负面效果，对其进行类型化反思，明晰设置“链主”法律地位的正当性边界。再次，回到中国视角，总结本土政策中“链主”法律地位的发展演变与规制经验，提出中国“链主”规制法律化的具体制度建议。

二、跨境供应链规制中“链主”法律地位的演进

与法律对普通企业的规制不同，对“链主”的规制将突破自己责任原则，要求其带动或约束链上其他企业，从而享有特别权利或避免法律的负面评价。这种规制思想可追溯至1999年提出的“联合国全球契约十项原则”之二：企业“绝不参与任何漠视与践踏人权的行为”，将负面评价的范围从实施主体扩大至参与主体。¹²2010年前后，一系列多边国际组织发布的软法性文件率先显示出“链主”与链上其他企业的法律地位分化。此后，“链主”法律地位呈现出从多边转向单边的演化趋势。在国际经贸格局变迁、大国竞争日益激烈等因素的作用下，“链主”法律地位主要经历了以下三个发展时期。虽然下文提到的大多数法律文件未直接使用“链主”或“龙头企业”等表述，但清晰体现出区分链上主导企业与其他企业的意图，并赋予前者特殊权利义务。这等同于塑造了独特的“链主”法律地位，因此下文以“链主”统称这类主导企业。

（一）多边规制时期：以自愿性义务为主的“链主”法律地位

“链主”自愿性义务主体地位率先在多边软法性文件中生成。2010年，世界银行发布《诚信合规指南》，要求“链主”利用其影响力，“尽最大努力鼓励”供应链合作伙伴承诺反腐。¹³2011年，联合国《指导原则》要求“链主”利用供应链影响力

¹⁰ See Galit A. Sarfaty, Shining Light on Global Supply Chains. Harvard International Law Journal, 2015, vol. 2, pp. 419-424; Sarah Vandenbroucke, The Portrayal of Effectiveness of Supplier Codes of Conduct in Improving Labor Conditions in Global Supply Chains: A systematic Review of the Literature. Regulation & Governance, 2023, vol. 18, no. 1, pp. 307-310; Trang (Mae) Nguyen, Hidden Power in Global Supply Chains. Harvard International Law Journal, 2023, vol. 64, no. 2, pp. 36-45.

¹¹ See Galit A. Sarfaty, Raphael Deberdt, Supply Chain Governance at a Distance. Law & Social Inquiry, 2024, vol. 49, no. 2, pp. 1036-1040.

¹² See Global Compact, The 10 Principles. <https://www.unglobalcompact.org.uk/the-ten-principles>, 2025-03-22.

¹³ See World Bank Group Integrity Compliance Guidelines (2010). 由于世界银行的资助对象多为大型跨国企业，在供应链中发挥主导作用，所以规制资助对象的条款可构成“链主”自愿性义务。

防止、缓解人权风险。影响力不足时，“链主”应尝试加强，若无法加强则须考虑终止合作关系。¹⁴这涵盖了三重依次递进的义务：利用影响、加强影响、终止合作。OECD 同年修订《跨国企业准则》，增设了类似要求。¹⁵2016 年，国际劳工组织通过《全球供应链中的体面劳动》报告，倡导“链主”“通过详细的服务或商品合同间接影响工作条件”。¹⁶

多边国际组织引入自愿性“链主”义务，主要是出于挖掘私人部门全球治理潜力的考虑。当时，公共部门对工商企业侵犯人权、破坏环境现象的治理成效欠佳。多边规制往往因缺乏约束力或大国分歧而难以推进，¹⁷区域性、单边规制又存在碎片化等问题。与此同时，经济全球化进程中以跨国企业为代表的私人部门实力迅速增强，蕴含着全球私人治理的契机，可能填补公共治理的短缺。¹⁸正如时任联合国工商业与人权问题的特别代表约翰·鲁格指出，企业负有尊重人权的责任，是因为社会对工商企业寄予重望。¹⁹从“链主”自愿性义务的实施机制来看，上述国际社会的期待确有可能实现。因为“链主”在继受公共意志后，可将自愿性的企业社会责任转化为强制性的合同条款，并凭借其优质商业资源的吸引力，要求链上企业严格遵守。可见，跨境供应链可能构成输送高水平人权、环境规则的“软”桥梁，“链主”通过商业手段对跨境供应链的治理，有希望打通法律公共产品向欠发达地区的供给渠道，将促成全球治理的一大进步。

这类“链主”自愿性义务在实施中取得了一定正面效果。2021 年联合国发布《指导原则》十周年报告，高度肯定“链主”通过全球价值链产生的社会影响，并再次强调“链主”的全球治理潜力。²⁰但是，“链主”自愿性义务依旧存在标准模糊、约束力弱等缺陷，阻碍了国际社会借助“链主”取得更进一步的全球治理成效。

（二）多边转单边的过渡期：“链主”强制性义务的产生

跨境供应链规制从多边向单边的转向，伴随着“链主”义务的强制化。“链主”强制性义务主体地位最先出现于欧洲地区的信息披露规则。欧盟 2014 年通过《非财务信息披露指令》，要求“链主”定期披露其在供应链中实施的尽职调查程序，不遵守的“链主”将面临高额罚款，最高可达其全球净营业额的 5%。2015 年英国《现代奴隶法》也强制要求“链主”定期披露供应链的风险评估和管理情况，其虽未直接规定罚款，但法院可发布禁令强制要求“链主”披露相关信息，不遵守禁令

¹⁴ 参见联合国大会《人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表约翰·鲁格的报告》（A/HRC/17/31）。

¹⁵ See OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (2011).

¹⁶ 参见国际劳工组织《全球供应链中的体面劳动》（ILC.105/IV）。

¹⁷ 例如联合国的一项早期举措：《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》，因工商业界与人权团体间的巨大分歧，以及大国政府支持的匮乏而长期搁置。

¹⁸ See David A. Lake, The Organizational Ecology of Global Governance, *European Journal of International Relations*, 2021, vol. 27, no. 2, pp. 345-347.

¹⁹ 参见联合国大会《人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表约翰·鲁格的报告》（A/HRC/17/31）。

²⁰ 参见联合国大会《〈工商企业与人权指导原则〉十周年盘点 人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组的报告》（A/HRC/47/39）。

的“链主”将因藐视法庭而被处罚款。随后，此类“链主”的强制性信息披露义务被澳大利亚、加拿大等国采纳。这类规则旨在以“点名和羞辱”(naming and shaming)的方式对“链主”施加商誉压力，并未强制其对供应链采取风险预防或纠正、弥补等措施。

“链主”强制性义务的生成，很大程度上源于欧洲社会对跨国企业“有罪不罚”现象的不满。“链主”通过供应链的全球布局，使自身稳居价值链顶端。位于价值链中下游的其他企业，则可能因当地法律不健全，或迫于经营压力，或受利益驱使，实施损害人权与环境的经营行为。由于“链主”与其他企业均为独立法人，“链主”获得了供应链的大部分利润，却无须为链上的不当经营行为负责，而其他企业的经济实力远不如“链主”，通常无法足额赔偿受害人或恢复环境。这就造成了“盈利者不负责”的跨国经营悖论，违背了“风险利益一致”的私法原理，²¹对全球人权和环境治理提出了严峻挑战。2013 年孟加拉国热纳广场坍塌等恶性事件在欧洲引发公愤，直接促使欧盟及部分成员国加快供应链立法进程，旨在穿透“链主”的独立法人“面纱”，令其对全供应链运营造成的社会负面影响负责。

（三）单边规制发展期：“链主”强制性义务的深化与附条件权利的生成

“链主”强制性义务生成初期，域外单边规制仍围绕原供应链展开。相关规则对“链主”施以信息公开的压力，旨在迫使其纠正原供应链上的风险和隐患，这在一定意义上属于“补链强链”举措。但随着国际经济格局深度变革，世界经济陷入低迷期，大国竞争压力陡增。同时，有关国家安全的忧虑开始在国际社会上蔓延，出现了经济问题泛安全化的倾向。在此背景下，部分国家试图借助“链主”防范不对称依赖、供应链单一化等国家安全风险，以“断链重组”为目的深化“链主”的强制性义务，并发展出附条件的“链主”权利。

“链主”强制性义务的深化主要体现为，在信息披露义务的基础上，生成了全供应链的风险防控义务，多体现为“链主”尽职调查的形式。典型立法例如 2017 年法国《企业责任警戒法》、2021 年德国《供应链企业尽责法》与美国《安全设备法案》、2024 年欧盟《企业可持续发展尽职调查指令》(Corporate Sustainability Due Diligence Directive, 简称 CSDDD) 等。关于供应链风险的认定标准，不同法律的细致程度不同。例如法国未规定具体标准，须由“链主”自行判断，嗣后接受执法、司法机关的个案审查；德国要求“链主”依照《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》《强迫劳动公约》等多边国际公约中的人权和环境标准判断供应链风险；美国部分法律直接列明风险企业和产品清单，规定供应链涉及清单项目即存在风险。关于供应链风险的防控要求，不同法律的严格程度也不一致。欧式规则倾向于采纳“识别—预防—纠正—弥补”四重依次递进的义务，不遵守的“链主”将面临民事赔偿、行政罚款、公共采购资格限制、市场准入限制等不利后果。

²¹ 风险利益一致原理要求经营者在追求更高收益的同时，必须承担更高的风险。See Harry Markowitz, Portfolio Selection. *Journal of Finance*, 1952, vol. 7, no. 1, pp. 87-91.

²²其虽未强制“链主”终止合作，但纠正和弥补义务将对“链主”造成显著经济负担，产生了“断链重组”的效果。美式规则倾向于直接要求“链主”采取“脱钩断链”举措。例如在通信产业，“链主”须对照行政部门发布的风险企业与产品清单，在确保全供应链已排除清单所载项目并通过审查后，才可获得市场准入凭证。²³

这一阶段形成的“链主”特有权利，进一步强化了“断链重组”效果。一是附加“断链”条件的专项资金获取权，如 2019 年美国《安全可信通信网络法案》为移除风险供应商的“链主”提供报销资金，2022 年美国《芯片与科学法案》为接受“护栏条款”²⁴等“断链”要求的“链主”提供补贴等。二是公共采购中的优先权，如 2021 年美国第 14005 号《确保未来由美国工人在美国制造》行政令，要求联邦政府优先采购美国本土供应链生产的产品，促使“链主”放弃原供应链并在美国本土组建新供应链。三是更高水平的贸易便利化权利，如 2025 年美国新 321 法案生效，增设双轨制入境流程，仅深入审查源自高风险供应链的产品，²⁵以更低的过境成本吸引“链主”在所谓的“低风险区域”重组供应链。这类权利迎合了“链主”的逐利天性，能诱使其不惜以“断链”为代价，按政府要求对供应链进行重新布局。

值得一提的是，随着“链主”强制性义务的深化与特有权利的出现，清晰的“链主”认定标准成为必然要求。以往，多边规制中的“链主”认定标准尚不清晰，如联合国《指导原则》建议聘请第三方专家研判企业对供应链负有何种程度的义务，相当于以“一事一议”的方式认定“链主”。现阶段，域外单边规制更倾向于采纳精细化的“链主”认定标准，但尚不统一。欧式规则常以资产总额、营业额、雇员人数等指标划定“链主”范围。美式规则通常根据实际的“断链重组”能力来认定“链主”，例如《芯片与科学法案》仅向有能力主导芯片供应链布局的企业提供补贴，《安全可信通信网络法案》仅对有权移除、替换供应商的企业报销费用，等等。

三、跨境供应链规制中“链主”法律地位的效果与反思

“链主”法律地位的发展历程表明，其正当性主要有两条理路支持：一是激发私人部门的全球治理潜能，二是防范跨境供应链蕴含的国家安全风险。但域外单边规制出现了滥用“链主”法律地位的趋势，其实施效果非但未体现上述正当性原理，反而削弱了国际经济的稳定性和确定性。这说明现有“链主”法律地位的制度设计存在缺陷，有必要进行类型化反思。

（一）域外单边规制中“链主”法律地位的现实效果

现有域外单边规制设置的“链主”法律地位加剧了逆全球化效应，干扰跨境供应链的稳定运行。更深层的问题是，国家贸易措施经由“链主”转化为商业决

²² 法国法规定了民事损害赔偿、法院司法罚款等不利后果；德国法规定了行政罚款、公共采购资格限制等不利后果；欧盟 CSDDD 规定了前述所有不利后果。

²³ See Secure Equipment Act of 2021, § 2.

²⁴ “护栏条款”即通过产能扩大限制和合作研发及技术许可限制，对接受美国补贴的半导体企业在中国等“受关注国家”的活动进行严格约束。

²⁵ See Section 321, 19 U.S.C. § 1321.

策，削弱了传统多边规则对贸易歧视的约束。

1. 逆全球化“断链重组”：私人全球治理愿景落空

从以联合国《指导原则》为代表的多边规制，到“热纳广场”事件在欧洲掀起的供应链立法热潮，“链主”法律地位的生成承载了国际社会治理工商业与人权、环境问题的愿景：促使作为盈利者的“链主”内化整条跨境供应链运营中产生的社会成本。²⁶但不同于联合国《工商业与人权指导原则》明确倡导“链主”按顺序实施“利用影响、加强影响、终止合作”的三重义务，域外单边规制未将识别、减轻和弥补供应链风险设置为“脱钩断链”的前置性义务。实践中，许多“链主”出于成本考量，直接放弃识别、防控原供应链的风险，而选择在规制者认可的、或“链主”认知中的低风险区域重组供应链，如本土、友岸、近岸地区等，因而引发逆全球化反作用。典型例证如美国《维吾尔强迫劳动预防法》(Uyghur Forced Labor Prevention Act, 简称 UFLPA)，其要求供应链涵盖中国新疆维吾尔自治区企业的“链主”开展涉疆企业的“尽职调查”，并提供链上企业不存在强迫劳动的明确证据。²⁷事实上，大部分“链主”未履行对涉疆企业的调查义务，而是直接将其移出供应链。²⁸可见，在域外单边规制下，通过跨境供应链向不发达地区输送法律公共产品的私人部门全球治理愿景，将因“断链重组”而落空。

2. 政府干预过度：“去风险化”干预引发新风险

美欧部分国家认为，若放任跨境供应链在市场主导下发展，将引发嵌入性风险、产业风险和断供风险，²⁹威胁国家安全。嵌入性风险是指产品供应链不可靠、不安全，如涉及敌对势力的供应链可能在网络产品中嵌入安全漏洞，破坏一国的关键基础设施。³⁰产业风险是指过度依赖进口产品可能削弱国内关键产业能力。³¹断供风险是指全球供应网络受阻造成的供应短缺。国家间的不对称依赖与供应链单一化现象都蕴含了断供风险，特别是能源、关键原材料、核心技术等重要领域的断供，可能对一国产生“卡脖子”效应。时任德国外长的发言清晰反映出美欧发展“链主”法律地位的一个重要考虑：“经济上的全盘依赖会让我们面临政治勒索”。³²在这种逻辑下，美欧试图借助“链主”实现供应链“去风险化”(de-risk)，³³

²⁶ 张怀岭：《涉外法治视域下欧盟企业供应链尽责规制逻辑与制度缺陷》，《德国研究》2023年第5期，第103页。

²⁷ See Uyghur Forced Labor Prevention Act (2021), article 3.

²⁸ 参见沈伟、陈徐安黎：《可持续供应链合规规则的国际法边界与中国路径》，《财贸研究》2025年第1期，第47页。

²⁹ 参见杨梦莎：《安全例外条款的功能演进与司法审查标准——以供应链安全为视角》，《政法论坛》2023年第4期，第161页。

³⁰ 参见黄志雄、陈徽：《供应链安全国际法保护的困境与出路——以“太阳风”事件为切入点》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2022年第1期，第62页。

³¹ See U.S. Department of Commerce, The Effect of Imports of Iron Ore and Semi-Finished Steel on the National Security (2001-10-05).

³² Siehe Auswärtiges Amt, Außenministerin Annalena Baerbock im Interview mit der SZ.

<https://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/interview-aussenministerin-baerbock-sz/2557862>, 2022-10-14.

³³ See European Commission, Speech by President von der Leyen on EU-China relations to the Mercator Institute for China Studies and the European Policy Centre. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_2063, 2023-03-30.

包括本土化、近岸化、友岸化和多元化四种举措。不可否认上述风险具有一定现实性，但其严重性和紧迫性可能被夸大。而且，“链主”法律地位的“断链重组”效应还将引发新风险。一方面，设置以供应链本土化和近岸化为目标的“链主”法律地位，将引导“链主”收缩供应链布局的地域范围。在面对突发事件引起的区域性供应链波动时，可能导致本土市场变得更为脆弱。³⁴另一方面，“链主”的供应链主导能力受到现实资源条件的限制，以泛安全化的标准排除大量供应链“风险”环节，可能导致“链主”难以找到兼具经济性与安全性的替代选项，存在“断链”后重组失败的风险。例如，欧盟在关键原材料领域实施“去风险化”举措后，相关“链主”能否找到满足欧盟需求的新来源地与供应商，具有较强不确定性。³⁵可见，以去风险为目的设置“链主”法律地位，并未提升总体国际环境的安全性，反而导致国际经济的不稳定、不确定性增强。

3. “链主”决策掩盖歧视：传统多边贸易规则失范

采取单边供应链规制的 WTO 成员，除了可援引安全例外豁免其贸易义务之外，³⁶“链主”法律地位也可削弱 WTO 法的约束。因为如上所述，对“链主”设置权利义务的贸易措施，具有“二段式”的生效过程：第一阶段是贸易措施对“链主”的适用，第二阶段是“链主”根据贸易措施蕴含的规制目标来调整供应链，后者在性质上属于“链主”的商业决策。虽然以 WTO 法为代表的传统多边贸易规则原则上禁止歧视性贸易措施，但此类约束以成员承诺为基础，只能要求政府当局确保贸易措施的非歧视性。在贸易措施中增设“链主”法律地位后，不具歧视性的条款文本可能在上述第二阶段中，经由“链主”的实施转化成事实上的歧视待遇，而 WTO 法难以直接约束“链主”。举例而言，部分域外单边规则要求“链主”自行识别供应链风险，表面上平等对待链上各国企业。但在“链主”实施过程中可能不重视事实证据，以未经验证的、非权威的第三方信息为依据，武断认定风险。³⁷特别是可能因负面宣传带来的寒蝉效应，认定与特定国家或地区存在关联的企业具有风险。例如，中企在非洲、拉美投资矿业带来的环境负面影响被西方恶意夸大，³⁸容易影响“链主”对供应链风险的判断，致使链上中资供应商遭受不公平待遇。而且，“链主”决策模糊了贸易措施与歧视结果之间的因果关系。WTO 争端解决实践表明，争议措施和歧视结果之间存在因果关系（即“真实联系”），是判定该措施违

³⁴ See Timothy Meyer. TRADE LAW AND SUPPLY CHAIN REGULATION IN A POST-COVID-19 WORLD. The American Society of International Law, vol. 114, no. 4, p. 639; Sébastien Miroudot, Resilience Versus Robustness in Global Value Chains: Some Policy Implications. In Richard Baldwin, Simon Evenett, eds., COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work, Paris and London: CEPR Press, pp. 117-120.

³⁵ 参见李刚：《双转型、地缘政治与欧盟关键原材料战略新动向》，《德国研究》2023 年第 5 期，第 70 页。

³⁶ 参见沈伟、陈徐安黎：《WTO 规则视角下供应链安全规范检视及应对》，《国际经济评论》2023 年第 6 期，第 33 页。

³⁷ 参见王惠茹：《供应链人权尽责边界的比较分析与法理反思》，《人权》2024 年第 2 期，第 143 页。

³⁸ 参见王永中、万军、陈震：《能源转型背景下关键矿产博弈与中国供应安全》，《国际经济评论》2023 年第 6 期，第 174 页。

法的前提。³⁹对此，专家组和上诉机构往往要求案件通过“若非测试”（but for test），⁴⁰即证明争议措施是歧视结果发生的不可欠缺条件或必要条件，⁴¹这也是国际法实践中处理归因问题的常用方法。⁴²然而在贸易措施生效过程的第二阶段，“链主”调整供应链的决策可能基于众多商业因素，较难判定争议措施是否为“链主”决策的必要条件。可见，一旦“链主”成为贸易措施作用于供应链的“中介”，其决策的商业性质就可能使歧视结果合法化，在一定程度上造成 WTO 法约束歧视性贸易措施的功能失灵。

（二）“链主”法律地位的类型化反思

政府举措对国际贸易的扭曲将损害国际社会的总体福利，⁴³这是各国在 WTO 成立之初就达成的共识。即便“链主”法律地位有其正当性基础，但不当设置将扭曲国际贸易，因此不能一概而论，有必要进行分类反思。本部分将借鉴 WTO 法根据贸易扭曲程度对补贴进行“红绿灯”式分类的思维模型，分类讨论“链主”法律地位的立法范式，以求明晰 WTO 成员规制“链主”的自主权边界。

类型	“链主”权利义务	WTO 框架下的合法性	公平性	立法例
“红色链主”规则	含地域歧视要素的强制性义务	非法	不公平	美国 UFLPA
“黄色链主”规则	不含地域歧视要素的强制性风险防控义务	合法 ⁴⁴	不公平	法国《企业责任警戒法》
“绿色链主”规则	自愿性义务	合法	公平	联合国《指导原则》
	强制性信息披露义务	合法	公平	欧盟《非财务信息披露指令》
	非歧视性权利	合法	公平	/
“灰色链主”规则	以国家安全为由设置含地域歧视要素	有争议	需具体分析	美国《安全可信通信网络法案》

³⁹ 李冬冬：《WTO 国民待遇规则适用中的“真实联系”要求》，《国际经贸探索》2019 年第 2 期，第 100 页。

⁴⁰ For example, see Appellate Body Report, Dominican Republic — Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes, WT/DS302/AB/R, 25 April 2005; Appellate Body Report, United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, WT/DS384/AB/R WT/DS386/AB/R, 29 June 2012.

⁴¹ 参见叶金强：《相当因果关系理论的展开》，《中国法学》2008 年第 1 期，第 4 页。

⁴² 参见韩逸畴：《国际法中的“反事实推理”：作用与局限》，《现代法学》2018 年第 1 期，第 170-171 页。

⁴³ 参见约翰·H. 杰克逊：《GATT/WTO 法理与实践》，张玉卿等译，新华出版社 2002 年版，第 100-102 页。

⁴⁴ 当条款设置符合 WTO 非歧视原则或公共道德例外时，难以认定其违背 WTO 法。

	的权利义务			
	含地域歧视要素的 专项资金获取权	有争议	需具体分析	美国《芯片与科学 法案》
	含地域歧视要素的 政府采购优先权	有争议	需具体分析	美国第 14005 号行 政令

表 1：“链主”法律地位分类表

1. “红色链主”规则：明示地域歧视的权利与义务

正如“红灯补贴”被 WTO 法明确禁止，当贸易措施中“链主”法律地位的设置，直接严重损害国际贸易的公平竞争时，这类贸易措施存在即违法。在现有域外单边供应链规制中，有一类明确要求“链主”根据产品、企业或资金来源地的差异施以区别对待，严重扭曲了国际贸易中的公平竞争，应将其视为“红色链主”规则并加以严格禁止。例如美国 UFLPA 要求“链主”区别对待涉疆企业和非涉疆企业，就是一种以来源地为标准的“链主”义务，将使涉疆企业陷入不利竞争地位。同理，《欧盟零毁林法案》（EU Deforestation Regulation）要求“链主”对供应链开展尽职调查以确保进口产品合法，但将不同国家和地区分为“高风险地区”和“低风险地区”，并对来源于前者的产品制定了更严格的尽职调查标准。例如，“链主”有义务对来源于“高风险地区”的产品开展第三方验证等额外审查，而来源于“低风险地区”的产品则被允许享受更便利的尽职调查程序。可见，这类“红色链主”规则含有明显的地域歧视要素，直接违反了 WTO 框架下的最惠国待遇和国民待遇条款，应认定其存在即违法（除非援引例外条款）。

2. “黄色链主”规则：与供应链能力不匹配的强制性风险防控义务

从经济学的角度看，部分补贴不但能弥补市场失灵，还能助力产业发展。⁴⁵WTO 既尊重有关补贴的客观经济规律，也尊重成员的经济主权，因而允许这类“黄灯补贴”存在。⁴⁶但若对其他成员的经济利益造成不利影响，受影响的成员可采取反补贴措施，并向 WTO 争端解决机构起诉。类似的，域外单边供应链规制中发展出了这样一种“链主”法律地位：其涵盖的“链主”权利义务确有助于供应链的可持续发展，且条款文本不含明显的地域歧视。但经由“链主”的“二阶段”实施后，此类条款将产生事实上的歧视结果，使特定成员的经济利益受损，因此可将其视为“黄色链主”规则。大部分强制性的“链主”风险防控义务属于这一类型，主要为强制性尽职调查条款。“黄色链主”规则虽然在条款表述中平等对待链上各国企业，但其未考虑（或故意忽视）“链主”对布局不同的供应链履行尽职调查义务的成本差异。一方面，数字化、智能化程度高的链上企业，达到尽职调查要求所

⁴⁵ See Bernard Hoekman, Douglas Nelson, Rethinking International Subsidy Rules. The World Economy, vol. 43, 2020, p. 3104.

⁴⁶ 参见车丕照：《国际经济法概要》，清华大学出版社 2006 年版，第 16 页。

需成本往往较小，这就变相形成了发达国家企业相对于发展中国家企业的竞争优势。另一方面，在当前跨境供应链数字化、智能化程度普遍较低的情况下，链上环节较少的供应链布局有利于缩减尽职调查成本，变相形成了“短链”布局相对于“长链”布局的竞争优势。从本质上看，之所以这类强制性风险防控义务将损害国际贸易中的公平竞争，是因为目前大多数跨境供应链在透明度、可追溯性、数智化等方面的能力建设，与风险防控义务的强度不匹配。因此，在上述两方面以及西方恶意宣传造成的寒蝉效应等因素的综合作用下，“黄色链主”规则催生了跨境供应链“短链化”“近岸化”“友岸化”“本土化”的重构趋势，将对原先深度参与跨境供应链的发展中国家造成经济利益损害。但正如上文所述，“链主”调整供应链布局的行为属于商业决策，WTO 法不能严格要求“链主”遵守非歧视原则。可见，“黄色链主”规则虽不公平，但不可诉，国际社会需寻求其他路径扭转其对国际贸易公平性的扭曲。

3. “绿色链主”规则：强制性信息披露义务、自愿性义务与非歧视性权利

WTO 法还曾存在一类明确合法的“绿灯补贴”，虽然根据《补贴与反补贴措施协议》（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures，简称《SCM 协议》）的临时适用条款，“绿灯补贴”规则现已失效，但其背后的制度原理仍有理论意义。“绿灯补贴”的合法性基础在于其对国际贸易的扭曲效果甚微，不违背自由贸易的价值取向。⁴⁷有观点进一步指出，在供应链全球化背景下，应根据补贴的外溢性来判断影响。⁴⁸据此可以推断，如果“链主”法律地位的外溢性非常小，基本不产生扭曲国际贸易的影响，那么将构成无害的“绿色链主”规则。现有域外单边规制中的“链主”自愿性义务、强制性信息披露义务与非歧视性权利均属于这一类别。首先，自愿性义务类似于多边国际组织制定的跨国企业准则，因缺乏对“链主”的约束力而较难扭曲国际贸易。其次，强制性信息披露义务仅对“链主”施以商誉压力，未强求“链主”识别并处置供应链风险。可见其介入“链主”商业决策的程度较轻，外溢效应以及对国际贸易的扭曲也相对较小。再次，类推《SCM 协议》蕴含的各成员方市场主体一律公平、平等竞争的价值理念可知，⁴⁹“绿色链主”权利需要满足非歧视性要求，即权利的可得性和内容等方面，不因链上产品、企业或资金的来源地不同而有所区别。若“链主”权利的制度设计具备非歧视性，就相当于保障了国际贸易中的公平竞争，因而扭曲国际贸易的可能性也较小。

4. “灰色链主”规则：需具体情况具体分析的“链主”权利与义务

还有部分“链主”法律地位的正当性判定，需要具体情况具体分析，本文将其

⁴⁷ See Alan O. Sykes, The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing measures. Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 186 (2D Series), 2003, pp. 17-25.

⁴⁸ See Bernard Hoekman, Subsidies, Spillovers and WTO Rules in a Value-Chain World. Global Policy, 2016, vol. 7, pp. 351-359.

⁴⁹ 秦国荣：《WTO 反补贴措施：价值理念与制度功能——对〈SCM 协定〉的法理解读与思考》，《法学家》2006 年第 4 期，第 152 页。

称为“灰色链主”规则，主要包括以下三类。一是以国家安全为由设置的、含有地域歧视要素的“链主”权利义务。此时即便直接造成了国际贸易的严重扭曲，也不能简单否认其正当性。因为 WTO 安全例外条款蕴含了国际社会的共识：当一方确有保护国家安全的需要时，其他成员应容忍其损害自由贸易的行为。但是，供应链不对称依赖、过度单一化等问题是否构成国家安全风险仍有争议，美欧等西方经济体以此为由设置含有地域歧视要素的“链主”法律地位，不一定具有正当性。二是含有地域歧视要素的“链主”专项资金获取权。其本质上属于一种专向性补贴，当其目的在于支持研究开发、环保或援助落后地区，且数额总体较小、不易造成国际贸易扭曲时，有一定可能具有正当性。但是，《SCM 协议》未规定最惠国待遇义务的缺陷，可能导致部分成员利用“链主”补贴来设置排他性的贸易和投资壁垒，如美国《芯片与科学法案》中的“护栏条款”等，这将冲击 WTO 框架下以非歧视原则为基础的国际经贸秩序。⁵⁰三是含有地域歧视要素的“链主”政府采购优先权。虽然 WTO 框架下的非歧视原则也适用于《政府采购协议》(The Government Procurement Agreement, 简称 GPA)，但由于 GPA 的诸边协议属性，部分 WTO 成员尚不受其约束，而且非歧视原则因 GPA 的特殊性需要进行特殊解释和适用，⁵¹突出表现为不包含最惠国原则的内容。⁵²另外，国际社会已认识到政府采购对一国经济的特殊性。GPA 序言明确指出“需要考虑发展中国家、特别是最不发达国家的发展、财政和贸易需要”，并设置了“发展中国家的特殊和差别待遇”条款，允许适当突破非歧视原则的约束。可见，在政府采购议题下严格遵循非歧视原则，目前尚未成为国际深度共识。因此，当“链主”政府采购优先权中含有地域歧视要素，且未引发国际贸易的严重扭曲时，这类“链主”权利也有一定可能具有正当性，需要根据实际情况加以判断。

四、跨境供应链规制中“链主”法律地位的中国因应

从上文分析可知，现有域外供应链单边规制出现了滥用“链主”法律地位的趋势，而且传统多边贸易规则对此难以实现有效约束。与此同时，中国政策也逐步发展出“链主”的权利义务，未来有上升为法律的可能性与必要性。建议中国开展相关制度设计时，参考多边规制的传统模式，在保障供应链安全、反制外部不当干预的基础上，注重挖掘“链主”的全球私人治理潜能、发挥“链主治链”的专业性，为跨境供应链治理的优化完善、维护国际经济的稳定与繁荣作出中国贡献。

(一) 中国政策中“链主”权利义务的形成与发展

总体上看，中国政策对跨境供应链的行政介入程度逐渐加深，对“链主”的规制力度和精细度也逐渐增强，规制重点从消除供应链负外部性逐渐转变为提升安

⁵⁰ 参见丁如：《世界贸易组织补贴与反补贴规则的平衡机制及其改革》，《经贸法律评论》2023 年第 3 期，第 70 页。

⁵¹ 参见富天放：《浅析 WTO〈政府采购协定〉中的非歧视原则》，《海南大学学报人文社会科学版》2009 年第 5 期，第 504-507 页。

⁵² 参见任际：《〈政府采购协定〉的非歧视原则及其适用例外》，《法学研究》2005 年第 6 期，第 137 页。

全与韧性水平，而且转变时点集中在 2018 年左右。说明这种转变与该时期国际经济环境不确定性增强、国内经济转型升级压力增大密切相关。

1. 初始阶段：带动落实政策的“链主”权利义务

中国在 2012 年就已显现对“链主”的关注。工业和信息化部指出国际领先企业正在争夺供应链主导权，⁵³说明已认识到特定企业能对供应链发挥主导作用。2015 年，环境保护部(已撤销)在对地方政府的复函中首次提出了“链主”的概念，用以指称供应链中的龙头企业。⁵⁴随后，中央、地方政策纷纷开始规制“链主”，生成了“链主”的特殊权利义务。最先形成的是“链主”带动政策落实的自愿性义务。相关政策要求行政部门以“链主”为主要动员对象，发挥其对全供应链的示范、带动作用。2015 年前后，“链主”自愿性义务仍较为笼统，一般仅宽泛要求“链主”激励或约束链上其他企业，推动政策的全链条贯彻。所涉议题包括节能减排、⁵⁵物流标准化、⁵⁶重要产品追溯体系建设等，⁵⁷主要旨在消除产业的环境负外部性，与产业本身的安全或效益关联度不强。自愿性义务生成后不久，笼统的“链主”权利也开始在中国政策中出现，主要体现为获得宽泛的行政支持。相关条款常用“培育”“支持”等总括性措辞，⁵⁸未明确“链主”的具体权利内容以及行政部门的具体义务。在这一阶段，中国政策仅提出认定“链主”的笼统标准，如“市场份额大”“实力强”“规模大”“全国布局”等，⁵⁹允许行政部门根据实际情况自行认定。

2. 深化阶段：以“稳链强链”为目标的“链主”权利义务

2018 年左右，中国政策中的“链主”自愿性义务开始具象化，与供应链本身的安全与韧性建立起紧密关联，“稳链强链”的规制目标凸显。首先，挖掘“链主”的资源整合与优化能力，如鼓励“链主”加大链上科技创新力度，⁶⁰对供应链进行智能化升级、⁶¹平台化转型，⁶²将上下游小微企业整合嵌入供应链、⁶³纳入质量管理体系等。⁶⁴其次，发挥“链主”能力的国际效应，如鼓励链主担任国际标准组织的秘书处工作，牵头建立国际标准组织，组建国际标准创新团队，以私人主体的身

⁵³ 参见《电子信息制造业“十二五”发展规划》(2012 年)。

⁵⁴ 参见《环境保护部办公厅关于同意支持东莞市开展绿色供应链环境管理试点工作的复函》(环办函〔2015〕2034 号)。

⁵⁵ 参见《铜陵国家节能减排财政政策综合示范市建设 2015 年工作要点》(铜政办〔2015〕2 号)。

⁵⁶ 例如《合肥市人民政府办公厅关于印发合肥市物流标准化试点工作方案的通知》(合政办〔2016〕74 号，已失效)等。

⁵⁷ 例如《重庆市重要产品追溯体系建设实施方案》(渝府办发〔2016〕117 号，已失效)、《西安市重要产品追溯体系建设实施方案》(市政办发〔2017〕22 号)等。

⁵⁸ 例如《制造业单项冠军企业培育提升专项行动实施方案》(工信部产业〔2016〕6 号)、《徐州市创建国家物流标准化试点城市实施方案》(徐政办发〔2015〕139 号)等。

⁵⁹ 例如《宁夏回族自治区重要产品追溯体系建设实施方案》(宁政办发〔2016〕225 号)。

⁶⁰ 参见《江西省制造业重点产业链现代化建设“1269”行动计划(2023-2026)》(赣府字〔2023〕40 号)。

⁶¹ 例如《石家庄市人民政府办公厅关于积极推进供应链创新与应用的实施意见》(石政办函〔2018〕230 号)。

⁶² 参见《成都市融入“一带一路”建设三年行动计划(2019—2021 年)》(成府发〔2019〕11 号)。

⁶³ 参见《楚雄州建设国家“一带一路”长江经济带孟中印缅和中国—中南半岛经济走廊重要战略枢纽行动计划》(楚政办通〔2019〕35 号)。

⁶⁴ 参见《质量认证服务强企强链强县行动方案(2024—2026 年)》(国认监〔2024〕11 号)。

份参与国际贸易规则、标准制定。⁶⁵再次，要求“链主”注重供应链安全，如鼓励“链主”搭建供应链风险管控平台等。⁶⁶最后，依旧重视消除供应链的环境负外部性，鼓励链主完善供应链绿色低碳管理，包括绿色基础设施建设、能源资源利用、节能降碳、产业低碳协同等方面。⁶⁷但时至今日，“链主”义务的自愿性质仍未改变。

同一时期，“链主”权利也开始具象化，现已围绕“稳链强链”目标，发展出三项具体权利：被引进权、专项资金获取权和人才自主认定权。具言之，被引进的“链主”可获得多方面的优惠待遇，如税收、地租、物流配套设施等。⁶⁸“链主”可获取的专项资金形式多样，包括技术补助、“以奖代补”、贷款贴息、购买服务返现、⁶⁹基金投资等。⁷⁰部分政策还允许“链主”根据产业需求自主认定人才，再由行政部门提供相应的人才待遇。⁷¹作为享有特殊权利的对价，“链主”对上述权利的行使应旨在提升全链条的安全与韧性水平。但从新近政策来看，大部分“链主”权利依旧采用笼统表述，具体化的权利仍仅占少数。

此外，与域外情况类似，具象化的“链主”权利义务带来了清晰认定“链主”的现实需求。2018年后，中国政策中开始出现“链主”“申报—认定”制和遴选制，前者须由企业主动申报，⁷²后者全权由行政部门按程序决定。少数政策在发布时附带“链主”名单，属于前置性的遴选制。⁷³近年还发展出了“链主”“培育—考核—认定”制，即先培育有潜力成为“链主”的企业，在其达到考核标准后，正式认定为“链主”。⁷⁴

（二）中国“链主”权利义务法律化的对策建议

虽然中国已有许多政策文件设置了“链主”的权利义务，但其目前仍未上升到法律层面。为避免“链主”法律地位滥用扰乱国际经济秩序，防范反制域外单边供应链规制的不当干预，有必要围绕中国和广大国际社会的利益，提出支持“链主”法律地位的第三条理路，并调整具体制度设计方案。

1. “链主”法律地位的第三条理路：发挥“链主治链”的专业性

上文提到，目前国际社会已发展出两条可论证“链主”法律地位之正当性的理路，均已成为现有多边和域外单边供应链规制的指导思想。一是“全球私人治理”论，其提出背景为跨国企业及其关联、合作企业侵犯人权、污染环境。通过设置

⁶⁵ 参见《关于质量基础设施助力产业链供应链质量联动提升的指导意见》（国市监质发〔2024〕6号）。

⁶⁶ 参见《泸州市融入成渝地区双城经济圈信用一体化发展规划（2022-2025年）（征求意见稿）》。

⁶⁷ 参见《工业互联网标识解析体系“贯通”行动计划（2024-2026年）》（工信部联信管〔2023〕271号）。

⁶⁸ 参见《焦作市现代物流业发展规划（2018-2020年）》（焦政办〔2018〕20号）。

⁶⁹ 参见《北京市流通领域现代供应链体系建设试点项目与资金管理办法》（2018年）。

⁷⁰ 参见《精准支持现代供应链体系发展政策措施》（成办发〔2019〕41号）。

⁷¹ 例如《山西中部城市群产业协同发展专项规划（2022-2035年）》（晋发改规划发〔2022〕408号）。

⁷² 参见《北京市流通领域现代供应链体系建设试点项目与资金管理办法》（2018年）。

⁷³ 例如《石嘴山市建立“四长”联动机制助推产业转型升级工作方案》（石政办发〔2019〕23号）。

⁷⁴ 参见《上海市经济信息化委关于发布首批“工赋链主”认定企业和2024年度工业互联网标杆平台的通知》（沪经信软〔2024〕907号）。

“链主”法律地位，可促使其规范链上其他企业，以私人部门的力量促进全球人权与环境治理。二是“国家安全”论，其在供应链数智化转型的关键期，面对日益复杂的地缘政治经济环境和现代技术的不确定性提出，赋予“链主”保障供应链安全以及国家安全的相关权利义务。但是，现有规则尚未充分重视“链主”的专业化治理能力，及其带来的全球经济提振作用。随着现代产业分工的精细化与专业化，“链主”对其所在产业领域的认知深度往往高于行政部门，因而“链主”采取的跨境供应链调整举措具有适当性与精准性，有较大可能优于行政直接干预。研究表明，通过资源整合优化、嵌入中小企业、加大科创投入、拉动当地就业等途径，“链主”在运用其专业能力调整跨境供应链的同时，也能带动所涉国家与地区的经济发展与韧性提升。⁷⁵特别是在当前世界经济增速放缓、⁷⁶增长动能不足、南北分化加剧的大环境下，⁷⁷“链主”上述整合跨国资源、提振区域经济的作用显得尤为可贵。而发挥“链主治链”的专业性，正是中国现有“链主”政策设计的主要考虑之一，目前中国已在这方面积累了一定规制经验。因此，未来“链主”政策法律化的过程中，可将发挥“链主治链”的专业性，作为支持设置“链主”法律地位的第三条理路，与已有的两条理路一同作为“链主”法律地位设置的指导思想，这也是中国为全球供应链治理作出的理论贡献。

2. “链主”法律地位的具体制度建议

中国将本土“链主”规制经验法律化的过程中，需要遵循上述三条理路的指导，优化“链主”法律地位的制度安排，防范域外不当干预对跨境供应链的干扰。同时注重发挥国内法中“链主”法律地位的域外效应，积极利用多边机制完善供应链规则，促进全球供应链的安全、韧性与可持续发展。围绕上述目标，本文提出以下制度建议：

第一，将“绿色链主”规则作为立法重点。因其不易对国际贸易造成扭曲，损害他国利益或引发国际争议的可能性较小，是现阶段激发“链主”全球治理潜能的适宜法律工具。首先，可将中国现有政策中的“链主”自愿性义务法律化，坚持以市场为基础的供应链规制模式，注重发挥“链主治链”的专业性。此类规则可涵盖供应链数智化升级、中小企业整合嵌入、全链条绿色低碳生产与劳动者权益保护等重点议题。还可尝试提升“链主”的国际影响力，强化制定与推广国际标准、牵头组建或参与国际行业组织等“链主”自愿性义务。其次，可在法律中直接制定附条件的“链主”权利，或授权行政部门在“链主”符合一定条件时赋予其权利，包括

⁷⁵ 参见熊永莲、张誉夫：《产业链“链主”培育对本地企业韧性的影响研究》，《财经论丛》2025年第2期，第18页；马忠、芦雅琳：《“链主”企业如何带动链上企业全要素生产率提升》，《广东财经大学学报》2024年第3期，第52页。

⁷⁶ 参见肖立晟、杨子荣：《2024年世界经济形势回顾及前瞻：在中低速增长轨道上曲折运行》，《当代世界》2025年第1期，第18页。

⁷⁷ 参见常荣平：《在复杂形势中掌握战略主动——2024年世界经济发展回顾及未来趋势展望》，《宏观经济管理》2025年第2期，第10页。

被引进权、专项资金获取权、政府采购优先权等。但须确保这类“链主”权利的授予不含地域歧视要素，也即无论链上企业或产品来源于何处，都不能在权利授予时区别对待“链主”，以保障此类规则符合 WTO 框架下的非歧视原则。而权利所附条件，可与自愿性义务所涉议题相关，形成自愿性义务与非歧视性权利的组立法。上述两类“绿色链主”规则均属于“促进型立法”，应注重在政策层面健全配套制度，继续发挥行政部门的引导作用，建立实施、反馈与规则修订的机制，形成立法与适用的有机融合。⁷⁸再次，还可探索深化强制性的“链主”非财务信息披露义务。2021 年，中国生态环境部发布《环境信息依法披露制度改革方案》，要求“生态环境违法行为被追究刑事责任或者受到重大行政处罚的上市公司”等主体，履行环境信息的强制性披露义务。研究表明，强制性环境信息披露义务对企业收益的影响相对可控，同时引起了资本市场的积极反应，⁷⁹说明此类义务与中国目前的社会经济发展状况具有一定适应性。未来，可将“链主”明确设置为披露主体，扩展披露范围，使其涵盖供应链上境内外企业的生产经营情况，披露内容则可包括气候变化、劳动者保护等议题。

第二，推动“黄色链主”规则转绿。上文已详细分析“黄色链主”规则对发展中国家企业的隐性歧视：由于数字设备可以大幅降低强制性风险防控义务的履行成本，数字化程度较高的以及“短链”布局的供应链，容易在合规成本上获得竞争优势，可能造成国际贸易的扭曲。可见，在全球企业数字化水平存在严重差异的情况下，不宜急于推行“黄色链主”规则，而应先行推进跨境供应链的数字化转型。在国内法层面上，可借助“链主”主导跨境供应链的能力，发挥国内法的域外效力，即通过设置有关供应链数字化的“链主”自愿性义务与非歧视性权利，激励“链主”带动境外链上企业强化数字能力建设。在国际法层面上，可充分利用“链主”法律地位，细化双边、区域性协议中技术援助、互联互通等条款的实施机制。由“链主”主导推进跨境供应链的数字化，不但有助于供应链沿线国家和地区的人民分享数字技术进步的成果，而且当中国“链主”主导境外数字基础设施的建设、运营和维护时，其还有机会将同时符合中国利益和国际社会福祉的数字治理理念、规则和标准，沿着跨境供应链向国际社会输出，⁸⁰增强中国在全球数字化进程中的话语权和影响力。

第三，反制“红色链主”规则。上文提到，部分域外单边供应链规制中，植入了歧视中国企业与产品的“链主”法律地位，对中国企业利益以及供应链的稳定性均造成不利影响，对此有必要加以反制。虽然中国近年已陆续制定了《反外国制裁法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等反制外部干预的规则，但尚

⁷⁸ 参见薛天涵：《德法兼治下的促进型立法：何以产生与何以促进》，《求索》2025 年第 2 期，第 47 页。

⁷⁹ 参见李青原、张人匀：《中国环境信息依法披露制度改革能否引起公司股价短期波动》，《当代会计评论》2024 年第 3 期，第 57 页。

⁸⁰ 参见彭岳：《数字丝绸之路跨国法律秩序的建构与完善》，《中国法学》2024 年第 3 期，第 124 页。

未发展出有关“链主”法律地位的条款。类似地，中国现有供应链政策也表明，即便行政部门已将保障供应链安全、韧性、自主可控等，设置为供应链治理的重点目标，⁸¹但这大多被视为政府职责，尚未转化为相关“链主”的权利义务。这不利于借助“链主”法律地位强化反制效果。具言之，现有规则仅能限制中国境内的组织、个人与打压、遏制中国的外国主体开展交易或合作，尚不能要求“链主”约束链上的境外企业，使其也与被反制对象断绝商业往来，因而造成了“防御性色彩浓厚但进攻性略显不足”的问题。⁸²对此，建议在现有反制规则中增设“链主”法律地位，间接促使链上的境外企业执行国务院有关部门采取的反制措施，以增强反制规则对外国市场的冲击力与威慑力。

第四，形成以善意原则评判“灰色链主”规则之正当性的多边共识。有关国家安全的“链主”权利与义务、“链主”专项资金获取权以及政府采购优先权，在含有地域歧视要素时即构成“灰色链主”规则。这类规则的特点在于，一方面具有正当性基础，如保护国家安全、支持科研、环保或援助落后地区、发挥政府采购的经济调控作用等。另一方面，又容易为规制者的不正当目的提供掩护，如保护主义、恶性经济制裁与科技打压等，对国际经贸秩序造成扭曲。因此有必要以善意原则为基础，建构“灰色链主”规则之正当性的评价标准。善意原则是一项一般国际法原则，包含善意解释、履行义务、行使权利等内容。⁸³目前，WTO 争端解决机构已确立“基本安全利益”的善意解释先例，即成员须充分阐明争议措施追求的基本安全利益，以及二者的关联性。⁸⁴这一先例以客观因素限制了成员的自裁决权，⁸⁵可用以约束有关国家安全的“灰色链主”规则。同理，为证明“链主”专项资金获取权与政府采购优先权的正当性，规制者须诚实阐述争议措施具有科研、环保、扶贫、经济调控等正当目的，并论证与“链主”权利存在“最小合理”的关联性。在上述思路下，建议中国有效利用 WTO 争端解决机制，对不符合善意原则的“灰色链主”规则进行申诉，⁸⁶同时积极参加国际经贸谈判与供应链全球治理规则制定，倡导各国在设置“链主”权利义务时秉持善意原则，推动形成多边共识。

五、结语

“链主”既是推动供应链优化升级与可持续发展的引擎，也是维护供应链安全与韧性的枢纽。在全球供应链重构大势与数字技术革命交织的背景下，“链主”作

⁸¹ 例如《长三角科技创新共同体联合攻关合作机制》（国科发规〔2022〕201号）；《机械行业稳增长工作方案（2023—2024年）》（工信部联通装〔2023〕144号）。

⁸² 参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019年第6期，第26页。

⁸³ 参见韩立余：《善意原则在WTO争端解决中的适用》，《法学家》2005年第6期，第151页。

⁸⁴ See Report of the Panel, *Russia—Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R, 5 April 2019, paras. 7.130-135.

⁸⁵ 参见丁丽柏、陈喆：《论WTO对安全例外条款扩张适用的规制》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期，第134页。

⁸⁶ 例如，中国已向WTO提交对美国《芯片与科学法案》《通胀削减法案》中的歧视性补贴规则的异议声明。See Committee on Subsidies and Countervailing Measures, *Questions from China to the United States Pursuant to Article 25.8 of the Agreement*, G/SCM/Q2/USA/88, 20 October 2022.

为跨境供应链的组织者和主导力量，其法律地位的设置已成为各国争夺国际经贸话语权的新赛道。中国不但应防范、反制部分域外单边举措对“链主”法律地位的滥用，还应探索制定符合中国与国际社会共同利益的“链主”法律地位，积极推动现有国内政策的“链主”规制经验上升为法律规则，为全球供应链治理提供中国方案和中国智慧。在本议题下，未来学界还应关注以下重点问题。一是如何在法律意义上清晰认定“链主”。现有标准涉及营业额、员工人数、供应链实际主导能力等多项因素，且各国标准差异较大，须进一步推动“链主”认定标准的精细化与统一化。二是如何防范“链主”在政府干预下作出歧视性的商业决策。虽然 WTO 框架下的非歧视原则仅能约束成员的贸易当局，但一些大型跨国企业“链主”的歧视性商业决策，也将造成国际贸易的扭曲效应，对此国际社会应引起高度重视。综上，中国应在维护国际经贸秩序稳定、促进世界经济繁荣的目标下，与国际社会共同探索优化“链主”法律地位的制度设计，在供应链开放合作与风险防范之间寻求动态平衡。

危害人类罪公约草案研究：以奴役罪的历史演进与当代适用为中心

谭喆为¹

摘要：“奴役”在被 1945 年《纽伦堡宪章》第 6(c)条危害人类罪包含之前，并未作为一项可被刑事追诉的罪行。但该罪行的历史纳入过程与定义演变长期缺乏系统性研究，导致现代司法实践中该罪的适用因其定义模糊与历史溯源断裂受到限制。本文以《危害人类罪公约》的条款完善为落脚点，通过分析《纽伦堡宪章》的筹备文件（travaux préparatoires），厘清“奴役”在二战之后被确立为国际罪行的规范升级路径。其次，通过国际法庭的司法实践，考察奴役罪的定义在具体审判中的适用情况。最后，结合国际刑事法庭对“奴役”相关概念发表的政策性文件，指出奴役罪从早期宽泛定义到现代狭义解释的演变。基于这一历史与规范的考察，本文结合当代奴役犯罪的新形态，就《危害人类罪公约草案》的对奴役罪的定义提出方向性的建议。

关键词：奴役罪，危害人类罪，《罗马规约》，《纽伦堡宪章》

I、历史基础：《纽伦堡宪章》中的奴役罪

1945 年，法国、苏联、英国和美国四国达成协议，决定在德国占领区的纽伦堡设立一个国际军事法庭，专门审判纳粹德国在第二次世界大战期间犯下的战争罪行。同年 6 月 26 日至 8 月 2 日，英、美、苏、法四国代表在伦敦召开会议，并最终通过了《纽伦堡宪章》，作为国际军事法庭开展审判的法律依据。该宪章第 6 条确立了三大类国际罪行：危害和平罪、战争罪和危害人类罪。²其中，第 6 条(c)款首次将“奴役”明确列为危害人类罪的具体表现形式。值得关注的是，“危害人类罪”(Crimes against humanity)这一概念的起源可追溯至 1883 年。美国牧师、政治家和历史学家乔治·华盛顿·威廉姆斯(George Washington Williams)在谴责美国境内奴隶制度的论述中首次使用了这一术语。这一历史渊源表明，奴役罪与危害人类罪在概念发展上具有深远的历史联系。³作为国际刑法的“出生证明”，《纽伦堡宪章》为危害人类罪的法律建构奠定了基础。因此，从《宪章》出发来探讨奴役罪在危害人类罪体系中的确立，具有重要的理论与实践意义。

¹ 香港中文大学博士研究生

² 《设立对欧洲轴心国主要战犯进行审判的国际军事法庭协定及其宪章》(Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis) 第 6 条，1945 年 8 月 8 日签署，载《联合国条约集》，第 82 卷，第 279 页。

³ 费利克斯·勒辛 (Felix Lösing): 《黑暗之心中的白人性危机：种族主义与刚果改革运动》(A Crisis of Whiteness in the Heart of Darkness: Racism and the Congo Reform Movement)，比勒费尔德：transcript 出版社，2020 年，第 80 页。

在伦敦会议结束后,美国代表罗伯特·杰克逊对会议中自 1945 年 1 月至 1946 年 10 月间形成的 59 份文件进行了汇编,其中涵盖了《宪章》各阶段的草案及相关会议记录的速写稿。⁴在这些文件中,“奴役”(enslavement)一词首次出现于 1945 年 7 月 31 日,由美方代表团提交的一份题为《对罪行定义的修订》的文件中。⁵然而,该术语的出现已属伦敦会议进程的后期阶段,现存资料中并无会议记录、备忘录或其他文献能够解释起草者为何决定将其纳入,亦无从得知各方达成共识的具体过程。同样,与“奴役”密切相关的术语“奴工”(slave labor)也由苏联代表团提出,用以描述对平民进行强迫遣送以从事劳动的行为(deportation to slave labor)。⁶然而,与“奴役”一词相同,该术语在《纽伦堡宪章》的纳入同样缺乏相关的会议记录。鉴于此类重要国际法律文件在起草过程中,其中的每个用词通常会经过严格审议,这种文献记载的缺失显得尤为令人意外。对此,或许有两种合理解释。第一,现有记录可能并不完整。罗伯特·杰克逊在报告中指出,伦敦会议的讨论较为随意,许多交流是在一张大桌子旁以闲谈的形式进行的,因而可能遗漏了诸多关键信息的记录。⁷其二,《宪章》的起草者可能有意避开记录某些讨论内容,以避免引发争议。大卫·卢班教授(David Luban)在其文章《危害人类罪理论》中提出,“crimes against humanity”这一术语是由美国代表罗伯特·杰克逊所提出。杰克逊曾就相关问题与著名国际法学者赫尔施·劳特派特(Hersch Lauterpacht)进行讨论,但最终决定不留下他们思考过程的记录,以避免在未来引发争议。⁸按照这样的工作逻辑,可以合理推测对于具体罪名定义的讨论也许被人为的省略。

由于伦敦会议的协商记录本身难以提供充分的信息,可尝试从此前或此后的相关资料中寻找答案。例如,在伦敦会议召开之前,1927 年《奴隶制公约》已将“奴隶制”界定为“对他人行使所有权的一种状态”(a condition where powers of ownership are exercised over a person)。作为伦敦会议前最重要的规范奴隶制的国际法律文件,该定义很可能对《纽伦堡宪章》中相关术语的构思与纳入产生了影响。对《奴隶制公约》的起草背景及其谈判记录进行研究,有助于揭示早期国际

⁴ 罗伯特·杰克逊(Robert H. Jackson):《美国赴伦敦国际军事审判会议代表罗伯特·H·杰克逊报告(1945 年)》(*Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials: London, 1945*),载耶鲁大学法律信息网站(The Avalon Project),网址:https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/jackson.asp,最后访问时间:2025 年 4 月 11 日。

⁵ 《“罪行”定义修订稿》(*Revised Definition of "Crimes"*),美国代表团提交,1945 年 7 月 30 日,载耶鲁大学法律信息网站(The Avalon Project),网址:<https://avalon.law.yale.edu/imt/jack54.asp>,最后访问时间:2025 年 4 月 11 日。“(C) CRIMES AGAINST HUMANITY, namely, murder extermination, enslavement...”

⁶ 《“罪行”定义重拟稿》(*Redraft of Definition of "Crimes"*),苏联代表团提交,1945 年 7 月 25 日,载耶鲁大学法律信息网站(The Avalon Project),网址:<https://avalon.law.yale.edu/imt/jack48.asp>,最后访问时间:2025 年 4 月 11 日。

⁷ 罗伯特·杰克逊:《报告》前言部分,1947 年 12 月 29 日,载耶鲁大学法律信息网站(The Avalon Project),网址:https://avalon.law.yale.edu/imt/jack_preface.asp,最后访问时间:2025 年 4 月 11 日。

⁸ 大卫·卢班(David Luban):《危害人类罪理论》(*A Theory of Crimes Against Humanity*),载《耶鲁国际法杂志》(*Yale Journal of International Law*),2004 年,第 29 卷,第 85 页。

法律框架如何塑造了后续条文中对“奴役”等概念的理解。另一个值得进一步关注的方向是伦敦会议之后的发展。1945 年，盟国管制委员会通过了《管制理事会第 10 号法律》（*Control Council Law No. 10*），构成纽伦堡后续军事法庭审理 12 起案件的重要法律依据。其对罪行的定义与《纽伦堡宪章》大部分重叠。因此，该法律成为观察法律概念延续与演变的重要参考。

II、司法实践的规范冲突：从纽伦堡审判看条款适用的困境

在纽伦堡审判中，纳粹政权的奴工政策（*slave labor policy*）是审判的核心之一，揭示了纳粹德国系统性地将被占领地区的平民强行驱逐并在非人道条件下加以剥削的行径。该政策的主要执行者弗里茨·绍克尔（*Fritz Sauckel*）和阿尔贝特·施佩尔（*Albert Speer*）因在此系统性虐待中的角色被判定犯有战争罪。⁹通过审查审判记录及其他资料，例如美国对轴心国罪行起诉首席检察官办公室所编《纳粹阴谋与侵略》（*Nazi Conspiracy and Aggression*）的系列文件，可发现“奴工”（*slave labor*）与“奴役”（*enslavement*）两个术语在使用上常常交替出现。¹⁰这也凸显了在法律语境中精细区分这些术语的重要性。

纳粹对奴工政策的具体实施的主要模式为：通过欺骗、威胁或直接绑架方式招募劳工，随后在极端恶劣的环境下强迫其劳动。1927 年《奴隶制公约》为“奴隶制”提供了基础定义，即“对一个人行使属于所有权的任何或全部权力的状态或情形。”¹¹（“*the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised*”）。尽管当时对“所有权”的含义尚无统一解释，但现代标准为判断提供了参考。以波兰劳工为例，纳粹政权对他们实施的管控极其严苛，他们不被允许离开工作的地方，不被允许去教堂甚至不能骑自行车。¹²这些政策不仅剥夺了劳工的基本尊严，还对他们施加了全面控制。按照当今标准来看，这种待遇已符合《奴隶制公约》中“所有权控制”的要件。

这一观察具有重要意义，因为一旦“所有权控制”的条件被满足，纳粹的奴工政策便可分别构成《纽伦堡宪章》第 6 条(c)款危害人类中的“奴役”与“驱逐”，即危害人类罪，适用于战争时期或平时时期。也满足《纽伦堡宪章》第 6 条(b)款战争罪下的“驱逐进行奴工劳动”的要素，适用于战时情境，受害者通常为战俘或处于占领势力控制下的平民。

与战争罪相比，危害人类罪的适用范围似乎更广，既然“奴役”和“驱逐”已在

⁹ 阿尔贝特·施佩尔：二战期间担任纳粹德国军备与战争生产部长，因利用强迫劳动支持战争机器，在纽伦堡审判中被判处 20 年监禁；弗里茨·绍克尔：担任纳粹德国总劳工调配专员，负责大规模从被占领区强征劳工，在纽伦堡审判中被判处绞刑。

¹⁰ 美利坚合众国打击轴心国犯罪首席检察官办公室：《纳粹的阴谋与侵略（红皮系列）》，第 1 卷，1945 年，期刊，载于美国国会图书馆网站：https://www.loc.gov/item/2011525363_NT_Nazi_Vol-I/（最后访问日期：2025 年 04 月 11 日）。

¹¹ 《1926 年奴隶制公约》（*Slavery Convention, 1926*），1926 年 9 月 25 日通过，1927 年 3 月 9 日生效，载《联合国条约汇编》Vol. 60，第 253 页。（“*the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised*”）

¹² 参见注 9

危害人类罪中出现，同盟国为何还要将“驱逐进行奴工劳动”归入战争罪？又为何绍克尔与施佩尔被以战争罪定罪？本文认为，将“驱逐进行奴工劳动”指控为战争罪，更有助于体现纳粹政权行径的系统性特征，即将“驱逐”与“奴工剥削”两个关键要素结合起来，揭示出一种整体的、有组织的犯罪模式。

III、当代挑战与条款革新：以人口贩运为例

自纽伦堡审判以来，国际刑法经历了显著发展，在 2002 年通过了《罗马规约》。该规约将“奴役”界定为危害人类罪的一种，但并未将“驱逐进行奴工劳动”明确列入战争罪或危害人类罪项下。尽管如此，与历史上奴工政策相似的做法在当代仍有发生，通常表现为某些形式的人口贩运。犯罪模式可以归纳为：受害者被虚假的招聘广告所欺骗，随后被转运至某地，在强迫劳动或其他虐待条件下被剥削。加害者常通过没收身份证件、威胁暴力或限制行动自由等手段来确保受害者的服从。这种模式在其系统性特征以及“移动+剥削”的结合方式上，与纳粹的奴工政策形成呼应。然而，《罗马规约》下现行的法律框架并未明确涵盖这种复合型行为模式。这一空白导致法律在应对当代剥削现实时存在盲区。

IV、立法建议：完善公约草案奴役罪条款的路径

“奴役”这一概念的适用与解释至今仍然复杂且具有争议。《危害人类罪公约》草案为澄清相关概念模糊、进一步完善犯罪构成要件提供了难得契机。实现这个目标的途径之一是引入法律史视角，通过追溯其历史渊源，并探讨其在当代语境中的适用，可以识别出现有法律框架中的重要缺口，并据此提出应对现代问题的改革路径。将历史与现实层面进行有效衔接，以过往经验为基础，推动建立更加全面的危害人类罪框架体系。真正实现对加害者的追责，同时保障受害者的尊严与权利，兑现二战后国际社会对正义承诺。

俄乌情势下国际刑事法院管辖权有限性研究

曹书宁*

摘要：俄乌冲突作为冷战后地缘矛盾的集中爆发，不仅重塑了欧亚安全格局，更暴露了国际刑事法院管辖权在实践中的结构性困境。本文以俄乌情势为切入点，系统分析了国际刑事法院管辖权的性质、争议及与国家主权的冲突。国际刑事法院作为常设性国际刑事司法机构，其管辖权以《罗马规约》为框架，应当受制于有限性原则、国家主权及条约相对效力原则。研究指出，国际刑事法院对非缔约国的管辖权争议尤为突出：俄乌两国均非《罗马规约》缔约国，而国际刑事法院依据乌克兰的单方声明对俄方人员发布逮捕令，引发法律正当性争议。此举不仅凸显 ICC 执行机制受制于大国政治的困境，更暴露其管辖权扩张与国家主权原则的深层矛盾。国际司法须以尊重国家主权为前提，避免沦为地缘政治工具。国际刑事法院需通过严格限制非缔约国管辖权适用、明确非缔约国根据强行法所赋予的义务边界，规范声明效力的时间范围、细化罪名认定标准等路径，实现管辖权的有限性回归，以平衡国际正义与国家主权。

关键词：国际刑事法院；非缔约国；管辖权有限性

绪论

国际刑事法院是国际社会经过长期、曲折的努力而建立的专门审判种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪四种最严重的国际罪行的国际刑事司法机构，也是人类历史上第一个针对最严重的国际罪行而设立的常设性法院，联合国前任秘书长安南称它为“通向普遍的人权和法治进程中的巨大一步”。国际刑事法院是人类对平等、和平与人权的美好向往的集中体现。伴随着国家间交往的日益频繁和人类共同挑战的增多，国际刑事法院成为加强国际社会法制、理性解决国际问题的可靠路径。但由于对国际刑事法院管辖权普遍性、有限性之关系的理解不足，权力边界阐释模糊，使非缔约国具有承担潜在义务的风险，阻碍了更多国家加入到《罗马规约》中，难以更广泛的发挥国际刑事法院的调节和制约作用。

国际刑事法院管辖权相较于国家刑事管辖权与国际特设刑事法庭的管辖权具有明显的特殊性，对于其性质的认定及理解，将直接影响对国际刑事法院管辖权边界的明确。从不同的研究角度出发，学界对于国际刑事法院管辖权的有限性基本达成共识：从管辖职能的角度分析，高艳平教授持管辖职能单一性说¹，将国际刑事法院的管辖权归结为审判管辖权；陈泽宪教授则考虑到检察官的调查起诉

* 北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院刑法学博士研究生。

¹ 参见高艳平：《国际刑事法院》，世界知识出版社 1999 年版，第 87 页。

权同属国际刑事法院的职权范围，采管辖职能复合性说²，认为国际刑事法院管辖权集调查、起诉、审判管辖于一体的特点正是其与国家法院管辖权的显著区别。从管辖范围的角度分析，根据对其补充性和普遍性的侧重不同，直接决定着对国际刑事法院管辖权的态度。杨力军教授认为，国际刑事法院管辖权是一种限制性的管辖方式，以国家的同意和条约的加入为基础³；王秀梅教授也认为，国际刑事法院管辖权是一种补充性管辖权，是以国家的同意与接受为前提⁴；张胜军教授认为，国际刑事法院管辖的普遍性是在补充性原则的基础上运作的⁵；陈泽宪教授认为，国际刑事法院是一种补充性的管辖权，但其隐含的延展性意味着在某种特定情势下突破国家同意的制约的可能⁶；部分学者尽管认同国际刑事法院管辖权的补充性，但对补充性管辖权的适用条件存在质疑。如杨力军教授认为，无法拘捕被告人而以“不能够”为由进行调查起诉的，违背了不得缺席审判的刑事审判基本原则⁷；蒲芳教授认为，在侵略罪的管辖方面，国内法院的管辖将面临诸多问题，因此应当由国际刑事法院享有优先管辖权⁸。我国尚未接受国际刑事法院的管辖，

国际刑事法院主张基于国际强行法的规定对非缔约国的不法行为行使管辖权具有正当性。同时坚持官方身份无关性原则，并认定了该原则在习惯国际法上的地位。⁹我国代表团团长王亚光认为国际刑事法院对“核心罪行”的普遍管辖权是不经国家同意的情况下作出的，这明显违背国家主权原则。国际刑事法院一味强调国际刑事法院管辖权的普遍性以及权力扩张，而没有对缔约国与非缔约国的义务边界作出充分的阐释，在面对缔约国可以声明拒绝部分条款的管辖、而非缔约国却只能被动接受管辖，仅根据国际强行法的规定使非缔约国具有更沉重的国际义务，不能对非缔约国具有坚定合理的说服力，也不能对在国际法院同时可以实施管辖权的情况下，为国际刑事法院的管辖的优越性和必要性提供坚实的支持。

第一章 俄乌情势的背景与我国立场

一、俄乌冲突的爆发与国际刑事法院的调查

俄乌冲突爆发于2022年2月24日，至今已持续三年的时间。俄乌冲突具有深远的历史背景及持续的影响力，是这一时代国际关系的集中缩影，反映出新时代国际关系的新特点与新挑战，对俄乌冲突背景与各国的立场的研究有利于在时

² 参见陈泽宪：《国际刑事法院管辖权的性质》，《法学研究》2003年第6期，121~128页。

³ 参见杨力军：《评国际刑事法院的管辖权》，《法学评论》2001年第4期，第67~73页。

⁴ 参见王秀梅、杜澎：《国际刑事法院管辖权的属性》，《现代法学》2003年第3期，第94~98页。

⁵ 参见张胜军：《国际刑事法院的普遍管辖权与自由主义国际秩序》，《世界经济与政治》2006年第8期，第20~25页。

⁶ 参见陈泽宪：《国际刑事法院管辖权的性质》，《法学研究》2003年第6期，121~128页。

⁷ 参见杨力军：《评国际刑事法院的管辖权》，《法学评论》2001年第4期，第67~73页。

⁸ 参见蒲芳：《论国内法院对侵略罪的管辖》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2019年第1期，第36~44页。

⁹ 刘大群：《〈国际刑事法院罗马规约〉的修正与适用实践述评》，载《武大国际法评论》2023年第6期，第1~22页。

代背景下明确国际刑事法院所面对的主要矛盾，深刻的理解国际刑事法院管辖权有限性保障的必要，为促进国际刑事法院向着公正和平的成立初衷不断前进。

俄乌冲突是冷战后地缘矛盾的总爆发，其根源深植于苏联解体后俄罗斯与乌克兰的历史纠葛与战略博弈。2022年2月24日，俄罗斯以“去军事化”为由发动全面进攻，初期多路闪击基辅未果，乌军凭借西方反坦克武器与游击战术于4月挫败俄军攻势。布查平民遇害事件曝光后，国际刑事法院（ICC）启动战争罪调查。2023年成为血腥消耗战之年：2025年，在国际社会的共同努力下，持续三年的俄乌冲突有望和平解决。

这场冲突彻底暴露了国际治理体系的脆弱性：联合国安理会因大国否决权瘫痪，北约借机强化东翼部署，网络战与认知战重构混合战争形态。国际刑事法院虽于2023年3月对普京签发逮捕令，却因俄方拒认管辖权及证据收集困难陷入执行困境，凸显国际司法体系受制于地缘政治的现实。三年战火不仅重塑欧亚安全格局，更迫使国际社会直面强权政治与多边机制失效的深层危机，为构建新时代冲突解决机制敲响警钟。

二、中国在俄乌冲突中的立场

正如中国外交部发言人毛宁所说：“乌克兰危机全面升级已满两年，战事仍在持续跌宕，当前最紧迫的就是恢复和平。”在过去的两年中，我国始终秉持着和平共处的原则，积极发挥热爱和平的大国担当，从未停下促谈的脚步。中国同包括俄罗斯、乌克兰在内各国深入沟通，力争帮助双方解除误会，走向和平合作共同发展的正道。

2022年2月25日，面对俄乌冲突的升级，我国不同于其他寻思站队谋求战争利益的国家，而是再次重申我国尊重国家主权和领土完整、坚持和平解决乌克兰危机等五项基本原则。在之后的多次记者会以及通各国领导人进行会谈的过程中，我国始终表示对平民安全的关怀，表达对和平解决俄乌冲突的希冀与努力，同时，对于美西方挑拨冲突、推卸责任、不顾战争对战争国人民的伤害而只考虑自身利益的严重不负责任的行为，我国强硬的予以反驳，并直接指出俄乌关系发展到如此地步，是多种因素共同作用的结果，“正是以美国为首的北约的所作所为，才一步步将俄乌矛盾推向火山口。.....美国政府越是费尽心机造谣污蔑、渲染炒作，就越是让国际社会看清其信誉账户的累累赤字。¹⁰”尽管面对着美西方的污蔑与国际社会被迫作出站队选择的局面，我国始终坚持和平谈话才是解决问题的根本方法，派特使穿梭斡旋，我国领导人积极对俄罗斯、乌克兰在内多国进行国事访问，传达中方和平解决问题的方针，积极推动政治解决俄乌冲突的立场。

2023年2月24日，俄乌冲突升级已持续一年之久，中方专门发布《关于政治解决乌克兰危机的中国立场》文件，重申尊重各国主权、摒弃冷战思维、停火

¹⁰ 2022年3月9日，我国外交部发言人主持例行记者会时的讲话。

止战、启动和谈、解决人道危机、保护平民和战俘、维护核电站安全、减少战略风险、保障粮食外运、停止单边制裁、确保产业链供应链稳定、推动战后重建的十二条重要原则。

转眼俄乌冲突已进入第三年，外界称当下陷入了动态僵持的局面，但中国始终没有放弃对和平解决俄乌冲突而付出的努力。在 2024 年 2 月 28 日举行的例行记者会，我国代表表示将开启国事访问，访问包括俄罗斯、乌克兰、欧洲总部等，将推动政治解决俄乌冲突开展第二轮穿梭外交，以求达到所预期的结果，还世界和平，还人民稳定幸福。

第二章 国际刑事法院管辖权的普遍性——成立与发展中的主要争议

以二战以后兴起的人权保护为契机，国际刑法得到迅速发展，在国际社会中具有越来越广泛的影响¹¹。对于被强权所压制的、文明所难以照耀的、法治所难以保护的地区，在这里实施的严重挑战人类底线与人类文明的行为也得到应有的制裁是正义的必然要求，形成一个常设性的具有一定象征和震慑作用的国际刑事法院成为各国的普遍希望。尤其是联合国安理会通过决议设立的前南斯拉夫国际刑事法庭及卢旺达国际刑事法庭的顺利实施，再次增强了各国成立统一的国际刑事法院的信心。相较二战后形成的纽伦堡军事法庭及东京军事法庭，前两者实现了新的跨越，即有客观中立的国际社会作为实施裁判和制裁的“法官”。但各国对前南斯拉夫国际刑事法庭及卢旺达国际刑事法庭的接受程度明显高于国际刑事法院，某种程度上，正是因为这两个国际刑事法庭管辖权的限制性，对追溯罪行的实践、主体、条件、地点等方面都具有严格的限制¹²，而国际刑事法院的管辖权却具有普遍性——它一旦成立，将对全世界范围内的罪行行使管辖权，这极大挑战着当今国家的主权观念，并成为限制国际刑事法院成员国增加的一项主要原因。

一、普遍性还是有限性——《罗马规约》签订过程中的争议

尽管由于国家主权应当向国际组织让渡多少权力才能兼顾国家主权安全及国际和平合作的问题在各国心中都有不同的答案，建立一个具有超国家层次的机构存在争议与困难，但是国际社会始终没有放弃向成立国际刑事法院的目标而迈进的努力。在 1948 年 12 月制定《防止及惩办灭绝种族公约》后，联合国大会就曾提出国际法委员会将研究如何成立国际刑事法院的问题提上现实日程，国际法委员会很快就以国际刑事法院规约的草案将该想法付诸实践，并于 1953、1954 年分别进行了修改与重申。国际刑事法院的突破性进展还是 1998 年 7 月，联合国外交会议通过了一个建立国际刑事法院的公约，来审判全世界那些触犯最严重罪行的人。1998 年 7 月 17 日，联合国大会以 120 票赞成、7 票反对及 21 票弃权的

¹¹ 张旭：《国际刑法的展望——兼论国际刑事法院》，《法学评论》2000 年第 1 期，第 65~72 页。

¹² 朱文奇：《国际刑事法院的成立和国际刑法的发展》，《国外法学信息》2003 年第 1 期，第 148~149 页。

结果,正式通过了《国际刑事法院罗马规约》(下称《罗马规约》),设立了国际社会对于四类最严重的罪名的最后一层法律保障。在 2002 年 4 月,9 个国家同时批准了《罗马规约》,使批准国数量达到规约规定的要求,条约于 2002 年 7 月 1 日正式生效。下面将就在《罗马规约》签订的激烈讨论中,持不同意见的几个国家的主要观点作简要陈述与评析,各国对《罗马规约》的争论主要包括国际刑事法院管辖权、国际刑事法院对侵略罪的管辖、《罗马规约》对罪名的定义、检察官的权限等问题,争议最激烈的仍然是国际刑事法院管辖权的问题。

中国、美国、以色列作为投反对票的国家,对于投反对票的理由进行了陈述。尽管中国始终非常支持建立一个独立、公正、高效的国际刑事法院,持续关注国际刑事法院建立的进程,并作出突出贡献,但中国至今尚未加入《罗马规约》。对于这一问题的原因,时任我国外交部副部长的王光亚大使在向记者问时作出了详细的解答¹³。首先,我国对国际刑事法院的普遍管辖权持质疑态度。我国认为,国际刑事法院的普遍管辖权意味着未经主权国家的同意,国际刑事法院即可对该国行使管辖权,这明显违背国家主权原则和《维也纳条约法公约》“相对性效力原则¹⁴”的规定;其次,我国不赞同《罗马规约》将国内武装冲突同样解释为战争罪的行为,也不赞同《罗马规约》将非战争时期的反人道行为同样规定为反人道罪。我国认为一个政治独立的政府有能力和权利应对国内的武装冲突,国内政府的管辖明显便于国际刑事法院,同时,《罗马规约》对前两者的定义明显超出了习惯国际法和现有成文法的规定,因此我国政府不能接受国际刑事法院对国内武装冲突战争罪、非战争时期反人道罪的管辖;最后,中国认为《罗马规约》给予联合国的权力范围较小,却给予了检察官较大的自主调查权,这将可能成为对国家主权与内政安全产生威胁。中国虽然最后由于以上的原因没有签署《罗马规约》但在决定由联合国安理会向国际刑事法院提交的苏丹答富尔地区情势的时候却没有投反对票,而是投弃权票,“这可以说也是对法院工作的一种支持¹⁵”

美国也是国际刑事法院的重要拥护者,有效的促成了《罗马规约》的达成,但是美国也因为对《罗马规约》部分规定的不同意见以及希望国际刑事法院给予美国特殊待遇而尚未加入《罗马规约》。一直以来,美国对于建立一个超国家的权威司法机构持怀疑态度,认为国家司法机构即可处理本国的司法事务,而这一超国家的司法机构将影响国家主权的独立,同时,超国家层面的司法机构的建立也不利于美国长期以来采取的允许自己在一些时刻采用武力不受干涉的“解决”一些问题的政策。但是在 20 世纪 90 年代初,由于美国在索马里的维和行动受到了当地武装力量的攻击,美国政府及人民逐渐意识到在缺乏国际司法权威机构的情况下,一个脱离管理和法治的国家的危险性,由此开始支持国际刑事法院建立

¹³ 朱文奇:《中国是否应加入国际刑事法院(上)》,《湖北社会科学》2007 年第 10 期。

¹⁴ 《维也纳条约法公约》第三十四条:条约非经第三国同意,不为该国创设义务或权利。

¹⁵ 刘仁文:《建立一个独立、公正和有效的国际刑事法院》,《观察与思考》2005 年第 22 期,第 56 页。

的谈判。但是最终签订的《罗马规约》与美国最初支持的 1994 年联合国委员会提交的建立国际刑事法院的方案存在许多不同之处。尽管美国政府在最终阶段投了反对票,但仍对国际刑事法院后续文件的制定,如《程序与证据规则》的制定,提供了支持,对国际刑事法院秉持着“向前看与积极交往”的政策。2000 年,美国总统有保留地签署了《罗马规约》,并发表声明对于法院的普遍管辖权提出顾虑¹⁶:“签署规约并未使我们放弃对其重大缺陷的关切。我们特别关切的是,当法院成立以后它将不但对批准规约国地国民行使权威,同时还将对未批准规约国的国民行使司法权。”美国政府在之后也采取过对国际刑事法院的敌视政策,如 2002 年美国宣布撤回对《罗马规约》的签署,并于 2020 年宣布对美国军事和情报人员在阿富汗所涉战争罪和反人类罪展开调查的国际刑事法院相关人员进行制裁。尽管这样,据《纽约时报》报道,美国政府已下令相关机构人员向国际刑事法院提交俄乌冲突中俄罗斯在乌克兰犯有战争罪的证据,将积极与国际刑事法院合作调查这一情势。

对于为何美国支持的 1994 年联合国委员会提交的建立国际刑事法院的方案在正式签订前在多个关键问题上作出了重大改变以及美国在后来与国际刑事法院制裁政策中的屡屡受挫,就不得不提到自 20 世纪 90 年代以来兴起的“相同观点国家 (like-minded states,LMS) 集团”,这一集团是在冷战结束后,国际社会努力探索建立由国际组织发挥更大作用的和平民主的国际新秩序的过程中形成的。“相同观点国家集团”在《罗马规约》起草和修订的过程中,致力于建立不受美国 and 联合国安理会控制的独立的司法机构,而发挥了主导和建设性作用。《罗马规约》的签订过程极大的体现了“相同国家观点集团”与美国的博弈和妥协,并且主要以“相同国家观点集团”的胜利改变了《罗马规约》的几点主要内容及国际刑事法院的地位。首先是为国际刑事法院检察官争取更加独立的地位和权力。在 1994 年联合国委员会方案中,联合国基本享有国际刑事法院立案与调查的干预和控制权力,而本着“相同观点国家集团”成立的意旨,通过《罗马规约》第 15 条¹⁷的规定,使检察官摆脱了联合国的完全控制,而跟规约成员国、联合国共享了立案与调查的权力。并通过第 16 条的规定¹⁸,防止美国作为安理会常任理事国对国际刑事法院对案件的启动权由美国一票否决,进一步让国际刑事法院摆脱了美国 and 联合国的控制,实现成立独立的司法机关的初衷。其次,则是通过提出将“侵略罪”规定为国际刑事法院管辖的罪行,以保护自身的安全,限制美国的霸权。最终《罗马规约》通过的对于“侵略罪”的规定¹⁹,尤其体现了美国与“相同观点国家集团”

¹⁶ Bill Clinton,“Statement on the Rome Treaty on the International Criminal Court,”December 31,2000

¹⁷ 《罗马规约》第十五条: (一) 检察官可以自行根据有关本法院管辖权内的犯罪的资料开始调查。

¹⁸ 《罗马规约》第十六条: 如果安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过决议, 向本法院提出要求, 在其后十二个月内, 本法院不得根据本规约开始或进行调查或起诉; 安全理事会可以根据同样条件延长该项请求。

¹⁹ 《罗马规约》第五条: 法院管辖权内的犯罪 (一) 本法院的管辖权限于整个国际社会关注的最严重的犯罪。本法院根据本规约, 对下列犯罪具有管辖权: 1.灭种族罪; 2.危害人类罪; 3.战争罪; 4.侵略罪。

观点的碰撞与妥协。

投赞同票的国家则对国际刑事法院的普遍管辖权给出了极高的评价,这些国家也主要是“相同观点国家”的成员,他们主要侧重于通过国际刑事法院的普遍管辖权能够使全世界最严重的违法犯罪行为的实施者难以逃脱罪责,这基本与国际刑事法院“追求正义与和平”的成立初衷相一致。国际刑事法院成立的最主要的支持者之一加拿大认为:“该法院对于任何致力于维护个人幸福的国家不会产生危害;相反,它会使这些国家的目标受到促进、使国际安定的状态更为长久。”英国外交大臣则认为:“国际刑事法院会医治那些受到战争祸乱的公家的创伤,……,法院通过对国际法治秩序的维护,塑造并构成了国际安全稳定的基础。”

二、国际刑事法院管辖权的有限性研究

从《罗马规约》签订过程中各国的主要争议焦点可以看出,目前尚未缔约但是在《罗马规约》签订过程中始终发挥积极主动作用的国家的主要担忧即国际刑事法院管辖权的普遍性是否会对国家主权、国际和平与安全、国际秩序等产生影响,如检察官权力过大而导致的干涉国家内政、国际刑事法院管辖权与本国刑事司法管辖权相冲突等问题。从现阶段来说,由于国际组织长期以来更多的是发挥着促进和保障的作用,而基本缺乏强制性和独立性,各国对于国际组织能够始终保持公正中立的态度,不沦为霸权主义的工具仍然处于观望状态。因此,实现国际刑事法院建立的初衷是任重道远的,应当且行且完善。在当前阶段,能够使更多国家认可国际刑事法院,更广泛的发挥国际刑事法院的作用,就应当承认国际刑事法院管辖权的有限性,并在司法执行中严格遵行。

(一) 国际刑事法院管辖权有限性的价值定位

管辖权的有限性原则主要是指“国际刑事法院并不能对在任何地点实施任何国际犯罪的任何人都可以行使管辖权²⁰”。在成立国际刑事法院的起草过程中,各国就默认国际刑事法院只能管辖人类社会最严重且在《罗马规约》中规定的犯罪,同时,尽管国际刑事法院对非缔约国的管辖始终受到争议,实际上在《罗马规约》中对于是否能够对非缔约国行使管辖权的条件也进行了较为严格的规定。同时,《罗马规约》还为缔约国对部分罪名留出了保留空间,如一百二十四条过渡条款的规定。除此之外,国际刑事法院的管辖权区别于纽伦堡国际军事法庭与远东国际军事法庭的很重要的一点在于国际刑事法院的管辖权不具有溯及既往的效力,国际刑事法院只能管辖《罗马规约》生效后以及条约在该国生效后的行为,除非该国主动声明接受管辖。国际刑事法院管辖权的有限性是国际刑事法院正当性的基础,不仅能够使有限的资源投入到对人类社会危害最大的行为中去,根据刘仁文老师 2005 年在国际刑事法院访问的经历来看“自从法院成立以来,共收到不同

(二) 在依照第一百二十一条和第一百二十三条制定条款,界定侵略罪的定义,及规定本法院对这一犯罪行使管辖权的条件后,本法院即对侵略罪行使管辖权。这一条款应符合《联合国宪章》有关规定。

²⁰ 陈泽宪:《国际刑事法院管辖权的性质》,《法学研究》2003 年第 6 期,第 121~128 页。

途径转来的材料 1300 多件，其中许多都是不属法院管辖的案件²¹”，尽管对收到的案件均需要进行回信及说明，但能更多的集中精力于应当管辖的情势进行调查，发挥国际刑事法院对于实现公平正义的作用，同时也能给予国际刑事法院管辖权更加清晰的定位，使人们对国际刑事法院决定开启调查“情势”的选择是否公正的评判只需要着眼于当下与未来。

1. 国际刑事法院管辖权是对四种最严重犯罪的管辖权

尽管国际社会以及不同国家存在多种不同的伤害公平正义和公民人权的犯罪行为以及由此加以防范的罪名，但是国际刑事法院的管辖权只适用于其中由《罗马规约》规定的最严重的国际罪行，其中法益均有一定交叉，实际反映出国际社会对于严重影响国际和平与世界人权的最真切地关注。对于所管辖罪名的严苛考量与限制，是国际刑事法院管辖权有限性的重要体现。从《罗马规约》对所管辖的灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪与侵略罪可以看出，国际刑事法院管辖的均是对人类社会造成严重的难以把控的巨大风险和伤害的行为，通过在司法实践和法律文件中，逐步确立了四种罪名的内涵与适用条件，以实现国际刑事法院的初衷，维护国际社会的稳定和平，保障世界范围内的普遍人权。

根据《罗马规约》第五条的规定：“本法院的管辖权限于整个国际社会关注的最严重犯罪。本法院根据本规约，对下列犯罪具有管辖权：1. 灭绝种族罪；危害人类罪；战争罪；侵略罪。”也就是国际刑事法院不仅只管辖国际社会最关注的最严重犯罪，还只能是这四种罪名，至于其他的严重犯罪，如毒品犯罪等均不在国际刑事法院管辖范围内。基于此，对国际刑事法院管辖权有限性的把握，就需要对国际刑事法院管辖的四种罪名作更深入的了解。

灭绝种族罪是第二次世界大战后国际社会对战争罪行反思的结果。1948 年 12 月 9 日，联合国大会在巴黎制定并通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约》，将灭绝种族罪以正式法律文件的方式予以确定。惩治灭绝种族罪的首次司法实践是在纽伦堡国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭，两者都在《灭绝种族罪公约》的基础上进一步完善了灭绝种族罪的定义，而在 1998 年签订的《罗马规约》再一次确定了国际社会对灭绝种族罪严重后果的认识，尽管在《罗马规约》签订的过程中，各个国家对于灭绝种族罪的俄概念存在不同见解，但是从最终结果来看，《罗马规约》对灭绝种族罪的规定基本沿袭《灭绝种族罪公约》。根据《罗马规约》第 6 条的规定：“‘灭绝种族罪’是指蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体而实施的下列任何一种行为：1. 杀害该团体的成员；2. 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；3. 故意使该团体处于某种生活状态下，毁灭其全部或局部的生命；强制施行办法，意图防止该团体内的生育；强迫转移该团体的儿童至另一团体。”从该罪的规定来看，对于“灭绝种族罪”的构成，“行

²¹ 刘仁文：《建立一个独立、公正和有效的国际刑事法院》，《观察与思考》2005 年第 22 期，第 56 页。

为人实施的灭绝种族行为由两个要素构成，即必要的意图和犯罪行为²²”行为人需要是本着故意或放任的态度实施的行为，并通过危害行为实现其犯罪目的，而犯罪目的是指为了“全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体”。对于如何判断其犯罪目的是否符合灭绝种族罪的要求，有学者认为可以根据被消灭人群的身份来判断，比如消灭一个团体的领导层或其他重要组成部分既可以表明在有意灭绝种族。而国际刑事法院筹备委员会工作组则认为““蓄意全部或部分消灭...某一团体’是指蓄意消灭一个团体的不少人²³”。笔者对以上两种观点均持不同意见，笔者认为，正如我国学者所言，国际刑事法院筹备委员会工作组对认定该罪定义的解释过于宽泛，使国际刑事法院对如此严重罪行的认定有较大的自主空间，不利于公平公正的判断。而只通过被消灭部分是否属于社会中的关键部分的认定方式却过于生硬，现实中对一种“民族、族裔、种族或宗教团体”的消灭不一定是规律性的只针对某一部分的，其针对的人群的特点可能具有分散性的或者偶然性的，但均具有属于某个群体的特征，应当通过增加规定在一定长的时间里，消灭的人数达到该群体的多少比例时认定为灭绝种族的意图。

《纽伦堡宪章》和《远东国际军事法庭宪章》对于危害人类罪的规定是首次将危害人类罪应用于司法实践，通过丰富的司法实践进一步扩充了对危害人类罪的认识，表示国际社会对此种针对平民的犯罪的严重性的认识；而在《罗马规约》第七条第一款通过列举的方式对危害人类罪进行了较为全面的规定，并在第二、三款中针对第一款描述的犯罪行为的构成要件进行了分析与解读²⁴。“危害人类罪”在中文上也被译为“违反人道罪”²⁵”尽管在危害人类罪的行为方式方面与灭绝种族罪存在竞合，但两者对犯罪构成的要求存在明显不同。首先，危害人类罪是针对平民的犯罪，并且是具有一定密度和数量的“平民人口”，而限定词“任何”则表示该罪不要求攻击的平民应当只属于哪个国家，在攻击的一定群体的“平民”中，哪怕是出现几个不同于“平民”身份的人，也不影响该攻击是针对平民的攻击的性质的认定，也就是该罪的对象是否为平民，受群体属性是否为“平民”所决定。其次，危害人类罪同样要求行为人对犯罪持主观明知态度，即明知自己是根据或推广国家或组织的政策实施攻击，明知自己攻击的群体为平民人口，这里的明知并不要求行为人对于该政策具有详细的了解，而只是本着执行或推广该政策的目的即可。最后，关于危害人类罪的行为方式，《罗马规约》要求构成该罪要具有“广泛或有系统地”的采取攻击行为。“广泛的”是指对较大规模的范围内的众多平民所实施的攻击行为，“有系统的”则是强调多次攻击本身是为达成对具备统一特征、符合政策要求地平民群体地攻击行为。由此可见，“广泛的”和“有系统的”所侧重

²² 王秀梅：《论灭绝种族罪》，《法商研究》2002年第5期，85~90页。

²³ 参见1997年2月14日设立国际刑事法院问题筹备委员会1997年12月11~21日罪行定义工作组主席提出的《综合草本草案》.A/AC.249/1997/WG.1/CRP.1。

²⁵ 王新：《危害人类罪在国际刑法中的确认和构成要件》，《河北法学》2011年第4期，第16~22页。

的攻击方式存在不同，但都是对非单独个人的攻击，而是对普遍群体的攻击，只是在攻击次数上的要求有所不同。由于危害人类罪是大规模的对平民的攻击，严重挑战着人类的道德底线与国际社会的普遍认知，因此对于危害人类罪采取了列举的方式逐渐补充完善，对危害人类罪的抵制，关系到国际社会的普遍正义与人权保障的真正实现。

在正式的法律文件出台之前，“国际法理论关于战争的认识主要有三种：一是应予以系统的谴责；二是应毫无保留地对战争予以赞赏；三是认为在某些情况下，战争是一种必要的坏事²⁶。”伴随着一二次大战的结束，人们逐渐意识到战争的结果并不能按照发起国的预期进行，既达不到发起国战争的目的，还会造成对国际社会难以弥补的严重伤害，这是由战争的残酷性所决定的，战争罪逐渐成为国际社会普遍认可的最严重的罪行。自 1854 年美俄签订《关于海上中立权公约》至《罗马规约》的签署，国际社会关于规定和制裁战争罪的法律文件多达 70 多个，甚至还包括同样可以在战争罪适用的法律文件，如被认定为最能明确确定战争罪内涵的法律文件《日内瓦公约》及《附加议定书》，同时该文件还弥补了《海牙公约》所缺乏的对于战争罪刑事制裁的规定的空白²⁷。《罗马规约》对战争罪的规定是以《日内瓦公约》的规定作为一般性指导，列举了 50 多种具体的战争罪名。从对《罗马规约》对战争罪的规定可以看出，国际社会不能否认战争在现阶段是难以避免的并且有时候是必要的，但战争不意味着可以对战争国实施任何丧失道德与人性的行为，战争会让两国在战场上走向敌对，但不应当变成彼此的敌人，双方要通过战争解决的应当是问题，而不是对方。根据《罗马规约》对战争罪的规定可以看出，《罗马规约》将战争罪的管辖与制裁分为两种：一、国际性武装冲突时的战争与罪行；二、非国际性武装冲突中的战争罪行。从条文规定来看，尽管战争罪的特征的与灭绝种族罪、危害人类罪、侵略罪等国际罪行之间的关系较难把握，但是《罗马规约》却通过列举的方式，相较其他几种罪名更为详细，并在之后的《犯罪要件》中分别对五十种战争罪行为的构成要件进行了界定。尽管显得有些啰嗦繁杂，但“是辨别这些相近犯罪的最好方式，同时更有利于准确适用国际刑事法律规范，正确定罪和公正审判²⁸”。相较传统国际法将战争限定为国际武装冲突中的行为，有学者认为，将非国际性武装冲突纳入管辖范围，是人道主义原则的弘扬，有利于缓解与拯救战争中的灾难²⁹。笔者对此持相反意见，笔者认为我国将对非国际性武装冲突纳入国际刑事法院战争罪管辖范围的疑虑是完全合理的，正如我国的意见认为，对于国内的武装冲突应当由国内法院享有

²⁶ 赵秉志、王秀梅：《论国际刑事法院管辖的战争罪》，《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 6 期，第 27~37 页。

²⁷ 参见赵秉志、王秀梅：《论国际刑事法院管辖的战争罪》，《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 6 期，第 27~37 页。

²⁸ 赵秉志、王秀梅：《论战争罪之内涵及其刑事责任主体》，《河北法学》2001 年第 2 期，第 13~21 页。

²⁹ 参见王新：《论战争罪在国际刑法中的确认和特点》，《南京社会科学》2011 年第 3 期，第 92~97 页。

管辖权，毕竟国际刑事法院管辖权的有限性还受到“特定情况下”的管辖权限制，试问在国内政府有能力的情况下，对于敌对势力的司法审判应当是迫切的并必定执行的，何谈需要国际刑事法院的管辖？若仅依赖国际刑事法院对一国政府是否有能力管辖国内武装冲突，在干涉内政的诱惑下，国际刑事法院是否能恪守有限性原则仍存争议，倒不如从本源上免除这一不必要的危险。

尽管“自 1899 年至 1996 年国际社会共有 53 个法律文件涉及侵略罪，其中大多数都缺乏犯罪和刑法特征的规定³⁰。”但仍为侵略罪提供了一定的法律依据与理论支持。伴随一二次世界大战的结束，人们才逐渐意识到战争的性质和正当性是根据其究竟作为“侵略战争”还是“自卫反击”来决定，“侵略战争是破坏国际和平的罪行³¹”逐渐成为了国际社会的主流观点，联合国大会专门指派了四个专家委员会对侵略罪的定性与行为方式进行研讨，决定将侵略罪设立为独立国际罪行的决议得到了国际社会的一致通过。在《罗马规约》签订过程中对于侵略罪的争议较为激烈，争议的核心问题是如何确定侵略罪的行为表现方式。由于具体规定始终存在争议，对于侵略罪的定义在当时没有得到统一，但是在 2001 年国际刑事法院预备委员会《侵略罪提案综合案文》的两项备选文案中基本对于 1.侵略罪由具有特定身份的人员实施 2.侵略罪只应在侵略行为发生时才可追责两点达成共识。在 2010 年国际刑事法院第一次审查会议中，通过决议将侵略罪的定义和国际刑事法院对侵略罪的管辖权通过修正案的方式并入《罗马规约》。根据《罗马规约》侵略罪修正案第 2 条的规定：“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。”由此可见，该修正案基本保留了在 2001 年达成的共识，即犯罪主体为“能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行动的人”但是对该罪的预备犯罪构罪进行了补充，“侵略行为以国家名义实施，一般都需要长期的筹划、准备。及时侵略行为尚未进入实行阶段，只要实施了前期的策划、准备或者发动等预备行为，都构成侵略罪³²。”对侵略行为的进一步完善，也是国际刑事法院管辖权有限性的重要体现。

2.国际刑事法院管辖权是只在特定情况下行使的管辖权

除了上述罪名管辖权的限制以外，国际刑事法院的管辖权也不是在任何情况下都能够对上述罪名行使管辖的。根据《罗马规约》第 12 条的规定，行使管辖权需要具备以下先决条件：“（一） 一国成为本规约缔约国，即接受本法院对第五条所述犯罪的管辖权。（二） 对于第十三条第 1 项或第 3 项的情况，如果下列

³⁰ 王秀梅：《论侵略罪》，《法学家》2002 年第 2 期，第 39~44 页。

³¹ 《关于侵略定义的决议》第五条：2.侵略战争是破坏国际和平的罪行。侵略行为引起国际责任。

³² 张磊：《〈罗马规约〉修正案对侵略罪管辖权的规定及对我国的启示》，《贵州社会科学》2011 年第 3 期，第 112~116 页。

一个或多个国家是本规约缔约国或依照第三款接受了本法院管辖权，本法院即可以行使管辖权：1. 有关行为在其境内发生的国家；如果犯罪发生在船舶或飞行器上，该船舶或飞行器的注册国；2. 犯罪被告人的国籍国。（三）如果根据第二款的规定，需要得到一个非本规约缔约国的国家接受本法院的管辖权，该国可以向书记官长提交声明，接受本法院对有关犯罪行使管辖权。该接受国应依照本规约第九编规定，不拖延并无例外地与本法院合作。”由此可见，国际刑事法院行使管辖权以该国为缔约国或非缔约国以声明的方式接受由国际刑事法院行使管辖权，国际刑事法院才具备对该案行使管辖权的前提条件，体现了国际刑事法院对国家主权的尊重以及国际刑事法院管辖权的有限性原则在司法条文中的贯彻。具备行使管辖权的先决条件后，法院也要考虑该案件的可受理性问题。根据《罗马规约》第十七条的规定可见，只有当对案件具有管辖权的国家“不愿”或“不能”或可以被认定为故意逃脱国际刑事法院制裁时，国际刑事法院才可以对该案件行使管辖权。当国际刑事法院的检察官发现存在上述情形时，需要主动跟管辖国法官或检察官沟通，确认是否真实的存在可能会移交管辖权的情况。如果确实存在需要移交管辖权才能保障国际刑事法院规制的罪名得到应有的制裁的，检察官就将该案件报送至预审分庭，经过法官的审查判断最终确定是否对该案件行使管辖权。而管辖国可以派代表参加和出席法官决定的庭审过程。无论是否需要移交管辖权，当检察官经过审核认为一国可能存在“不愿”或“不能”的情况时，就意味着需要得到管辖国的司法配合，管辖案件来源于国家，就决定着国际刑事法院的调查与审判不可能独立于国家之上成为超越国家的存在，而是会受到国家主权的限制，保障其管辖权是有限的管辖权。

3. 国际性法院管辖权是不具有溯及力的管辖权

根据《罗马规约》第十一条的规定：“（一）本法院仅对本规约生效后实施的犯罪具有管辖权。（二）对于在本规约生效后成为缔约国的国家，本法院只能对在本规约对该国生效后实施的犯罪行使管辖权，除非该国已根据第十二条第三款提交声明。”由此可见国际刑事法院区别于之前的纽伦堡法庭和远东军事法庭以及前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的重要特点即国际刑事法院管辖权不具有溯及力。之前的法庭是人们对于发起战争的国家或者战败国进行审判和制裁的法庭，这四个法庭的溯及既往的效力是由其专属性与设立目的所决定的，而国际刑事法院是人们在经历过两次世界大战后，希望建立一个常设性的具有一定权威的法院，并能够代表人们对于严重国际罪行的反思与抵制，而国际刑事法院不溯及既往的时间效力，则象征着自成立起国际社会共同抵制严重国际犯罪的决心，决定了国际刑事法院在国际刑事犯罪惩治的里程碑意义。另一方面，第十二条第二款的规定，通过对国际刑事法院管辖权在规约未生效国家的效力，也给予曾经的战败国或者侵略过重新开始的机会，对于这些国家，加入国际刑事法院不仅不必承担对过去的战争罪行重提的风险，同时也能够向国际社会表明自

已改过自新的立场，与国际社会携手共同治理国际犯罪的决心，能够促进战后的国家关系的恢复与和谐，通过实际行动改变其他国家对侵略国的印象，重新树立国际形象。同时，对于《罗马规约》在缔约国生效后法院才能行使管辖权的规定，实际上也是通过对国际刑事法院管辖权的限制，保障国家主权与司法独立不受影响。

（二）国际刑事法院历来判决中对有限性原则的遵循与冲突

根据《罗马规约》第十三条的规定：“在下列情况下，本法院可以依照本规约的规定，就第五条所述犯罪行使管辖权：1. 缔约国依照第十四条规定，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势；2. 安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势；或 3. 检察官依照第十五条开始调查一项犯罪。”也就是说，缔约国、安全理事会及国际刑事法院检察官共享提交情势、展开调查的权力，同时也只有以上三者能够将情势提交国际刑事法院审核。下面我们将分别研究分析由不同的主体提交情势的司法实践，把握国际刑事法院在司法实践中对有限性的原则的遵循程度与何种程度上产生冲突，以进一步完善对其规定与监管提供思路。

至今由缔约国提交的情势，均是由检察官主动与缔约国沟通，说服缔约国将案件提交国际刑事法院管辖的情况。在“国际刑事法庭第一案、检察官决定展开调查第一案、举行首次出庭聆讯第一案、结束预审程序进入审判程序的第一案³³”检察官指控托马斯·卢班加·戴伊洛（Tgomas Lubanga Dyilo）在 2002 年 7 月至 2003 年期间“非法征募不满 15 周岁的未成年人以及利用不满 15 周岁的未成年人积极参加敌对行动”所触犯的战争罪行的案件中。实际上，2003 年 8 月，民主刚果政府已将戴伊洛抓获³⁴，是在检察官的沟通与劝说下，于 2004 年 4 月由民主刚果政府向国际刑事法院递交情势。预审分庭经过两个月的严格审查，检察院于 2004 年 6 月展开调查，直到 2009 年，经历了签发国际逮捕令、被告人出庭聆讯、对案件公开听证、被害人参与诉讼、案件准备开庭、正式开庭的过程，案件正式得到宣判。从这一案件来看，首先，根据《罗马规约》第十七条的规定：“案件缺乏足够的严重程度，本院无采取进一步行动的充分理由。”“案件具有足够的严重程度”是案件调查的前提，对于战争罪的判断则是要注意是否“是作为一项计划或政策的一部分或大规模实施”，而有证据证明，被告人曾“发布命令，要求居住在他管制下的所有家庭严格向其交纳物资甚至儿童，10 岁至 16 岁的儿童被编入其军事力量的不同反叛队伍³⁵。”由此检察官展开调查与进一步诉讼程序的行为符合法律的规定。其次尽管检察院有独立提交情势的权力，但是仍然选择通过征得

³³ 苏健强：《国际刑事法院诉讼详情实证研究》，哈尔滨工业大学出版社 2008 年版，第 154 页。

³⁴ 一说认为“2005 年 3 月刚果民主共和国逮捕了卢班加”，参见王秀梅：《国际刑事审判的司法理念——透视国际刑事法院审理的第一案》，《吉林大学社会科学学报》2007 年第 6 期，第 67~73 页。

³⁵ 具体参见 http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/facts/thomas_lubanga-dyilo_294.html, 2007-04-23.

相关国家的同意，获得相关国家的配合，并由当事国亲自提交情势，可以看出国际刑事法院检察官对国家主权的尊重、对有限性原则的恪守；同时，本案的当事国民主刚果共和国在 2002 年 4 月 11 日正式批准《罗马规约》，条约批准国家数量达到要求，《罗马规约》于 2002 年 7 月 1 日正式生效，民主刚果共和国作为缔约国，国际刑事法院对民主刚果共和国境内的犯罪享有管辖权，被告人实施犯罪行为在《罗马规约》生效之后，不违反《罗马规约》的时间效力；本案检察官通过主动与民主刚果共和国进行沟通协调，由民主刚果共和国自愿递交情势，同时移交已有民主刚果共和国在本国境内抓捕的被告人，并经历严格复杂的审核与诉讼程序，保证检察官的独立调查的权利与诉讼的必要性与正当性，可以说是对国际刑事法院管辖权有限性的完美遵循，同时也弥补了当事国国内法战争罪相关条款欠缺而难以实施有效制裁的问题，向国际社会证明了国际刑事法院对于维护国际公平正义的决心与实力。

但是由乌干达提交的关于约瑟夫·考尼、文森特·奥蒂、多米尼克·昂文、拉什卡·卢克维亚构成战争罪、危害人类罪的情势却并没有得到如此顺利的结果。由于其中一个被告身亡，另外四个被告始终未能到案，因此时至今日仍未有任何实质性进展，尽管结果并不圆满，但仍然可以反映出国际刑事法院管辖权是否能顺利行使与国家的积极配合密切相关，国际刑事法院没有司法执行人员，需要依靠缔约国协助逮捕移送以及协助递交证据，实际上也是对国家主权与国际刑事法院管辖权有限性的遵循。

2005 年 3 月，联合国安理会决定把 2002 年 7 月 1 日以来苏丹达尔富尔局势问题提交国际刑事法院。但是苏丹政府并未批准《罗马规约》，该决议遭到了苏丹政府的激烈反抗。这个案件是国际刑事法院第一次对非缔约国行使管辖权，本身对于非缔约国的管辖就始终颇受争议，尤其是苏丹政府还采取了立刻启动本国诉讼程序的方式表示抵制，对该案件的研究，能够更加清晰的理解国际刑事法院管辖权在非缔约国适用时的具体表现与效力，对于非缔约国实施管辖权的更加严格的制约也是国际刑事法院管辖权有限性的应然性表现。由于达尔富尔地区曾被英殖民统治，“分而治之”的政策使这里长期以来民族矛盾争议不断。2003 年 2 月，达尔富尔区域黑人居民陆续组成“苏丹解放军”和“正义与平等运动”两支武装力量，认为当局并不能很好的考虑当地黑人的权利，因此要求与政府共同治理，并享有资源的分配与使用权，随即展开反政府武装运动，发展为暴力冲突。苏丹政府则将阿拉伯牧民武装部队装备成为准军事部队，与反政府武装运动进行对抗。在 2004 年春天，超过一百万人被迫离开家园，数千人惨遭杀害³⁶。这场暴力冲突引起了联合国安理会的重视，并认为交给国际刑事法院管理是最高效权威的方式，但遭到苏丹政府的强烈反对。尽管苏丹政府始终持反对意见，但国际刑事法院于

³⁶ 参见罗黎莉：《国际刑事法院管辖权及其在审判实践的体现》，2009 年华东政法大学硕士学位论文。

2005 年 6 月决定展开调查，并签署对苏丹人道主义事务部部长苏迈哈德及民兵组织最高指挥官库西德的逮捕令，指控其触犯危害人类罪及战争罪；2009 年，国际刑事法院宣布对苏丹总统巴希尔发出逮捕令，这是首次对一个国家的现任元首发出逮捕令。巴希尔称：“国际刑事法院已成为新殖民主义者的工具³⁷”。非洲国家是在《罗马规约》签订过程中最主要的赞成票的来源国，但是在此事后表示对国际刑事法院的失望，许多非洲国家开始威胁放弃国际刑事法院成员资格。我国同样对国际刑事法院干涉达尔富尔地区和苏丹和平大势的行为表示反对，希望国际刑事法院停止审理此案，“不仅将徒增早日政治解决达尔富尔问题的复杂性，而且有可能对苏丹南北和平进程造成难以预料的结果³⁸”。在苏丹并非《罗马规约》缔约国且苏丹政府拒绝接受《罗马规约》管辖的情况下，国际刑事法院强硬的持续审理该案件并对苏丹总统发布逮捕令，这一做法再度引发国际社会对国际刑事法院干涉国家内政的担忧。从《罗马规约》的规定来看，对于非缔约国苏丹的管辖，只能在该政府“不愿”或“不能”行使管辖权的情形下才可能行使补充管辖权，但是苏丹政府已经在本国开启了司法程序，并一再证明自己“愿意也能够”处理该案件，甚至成立了达尔富尔特别法庭，宣布将有 160 名在战争中犯下战争罪行的罪犯将被处以刑罚，对此表现国际刑事法院却认为苏丹政府没有对关键核心人物进行制裁，但苏丹政府已发布逮捕令并对库西德实际逮捕，但国际刑事法院再度认为，苏丹政府对其的指控并不包括国际刑事法院认定的罪行，并坚持继续行使管辖权。在这一过程中，国际刑事法院仿佛忘记了自己管辖权的有限性，而变成了一个说一不二的独裁者。在这次的国际刑事法院审判中，激发了更多国家对国际刑事法院管辖权的忧虑。在什么样的情形下才可以对非缔约国行使管辖权应当得到更严格的关注与遵守，如果只为实现保障公平正义的结果公平而罔顾程序上的严谨性，那么结果公平也将成为一家之言，永远不会实现，也永远不会被认可。

第三章、俄乌情势的裁判依据与争议焦点

2022 年 2 月 25 日，国际刑事法院检察官 Karim A.A.Khan QC 对于乌克兰局势发表声明称：“根据 2015 年 9 月 8 日乌克兰递交的接受国际刑事法院对其领土内战争的管辖的声明，我们可对 2014 年 2 月 20 日以来在乌克兰境内犯下的任何种族灭绝行为、危害人类罪或战争罪行使管辖权并进行调查。我将持续密切关注乌克兰及其周边地区的最新事态发展³⁹。”2022 年 2 月 27 日，国际刑事法院正式收到乌克兰对俄罗斯提起的种族灭绝罪的诉讼申请。2022 年 2 月 28 日，Karim

³⁷ 《谁在操控国际刑事法院》，载《浙江日报》2009 年 3 月 12 日第 11 版

³⁸ 王亚光：《王亚光大使在安理会表决有关苏丹侵犯人权责任者审判机制问题决议草案后的解释性发言》，http://un.china-mission.gov.cn/lhghywj/fyywj/wn/fy2005/200503/t20050329_8368207.htm（访问日期：2024 年 2 月 5 日）

³⁹ Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have been closely following recent developments in and around Ukraine with increasing concern.”, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-been-closely-following>（访问日期：2024 年 2 月 6 日）

A.A.Khan QC 宣布将尽快开始对乌克兰局势的调查，并称：“尽管俄罗斯与乌克兰是《罗马规约》的缔约国，但如果法院选择行使其特权，合法接受法院对申请国领土的罪行的管辖权。”即本次情势调查的启动将通过国际刑事法院检察官递交情势的特权，该检察官还声称“已确认有合理的依据开始调查，认为在乌克兰犯下了战争罪和危害人类罪。”2022年3月2日，Karim A.A.Khan QC 宣布收到39个缔约国对乌克兰局势的递交，因此可以加快调查的实施。2022年3月11日，Karim A.A.Khan QC 再次宣布得到日本和北马其顿对乌克兰情势递管辖文件。2022年3月16日起，Karim A.A.Khan QC 正式访问乌克兰和波兰，开始进行乌克兰情势的实际调查。随后，乌克兰等国家加入 Karim A.A.Khan QC 的调查组，并互相进行信息的补充提供，Karim A.A.Khan QC 多次访问乌克兰进行调查，与更多国家政府取得合作并多次发表相关声明，国际刑事法院计划在乌克兰设立国家办事处。2023年3月13日，国际刑事法院第二预审分庭就乌克兰局势向俄罗斯总统普京及俄罗斯总统办公室儿童权利专员贝洛娃女士以违反战争罪的名义发出逮捕令，这是全球法院首次对联合国安理会常任理事国之一的领导人开展调查并发布逮捕令。俄罗斯方对此表示强烈反对，发言人称俄罗斯不承认国际刑事法院并认为其决定“在法律上无效”。作为回应，俄罗斯在2023年3月20日宣布对多名国际刑事法院法官提起诉讼，并对向普京发出逮捕令的日本籍法官及刑事法院院长发出通缉令。在这一情势下，俄乌冲突进一步激化，根据报道，美国多次向国际刑事法院提供证据，俄罗斯对国际刑事法院的中立性与正义性表示怀疑：“只是在执行西方的命令，对北约国家的罪行视而不见”。

一、俄乌情势的裁判依据与相关国际条约研究

国际刑事法院认为，国际刑事法院之所以能够对俄乌冲突行使管辖权，是根据《罗马规约》第13条关于递交情势的规定，国际刑事法院对一情势的管辖权，始于缔约国提交情势、安理会提交情势或检察官自行展开调查。Karim A.A.Khan QC 检察官认为根据该条规定，自己有自行展开调查的权利，并且在检察官的呼吁下，共有41个缔约国向国际刑事法院递交情势，也可以表示对国家主权的尊重，认定为由缔约国提交情势的情形。但是，《罗马规约》第14、15条同时规定，缔约国只能向国际刑事法院检察官提交“本法院管辖权内的犯罪已经发生的情势”而检察官也同样只能自行开始调查“根据本法院管辖权内的”犯罪的资料。因此不论是由检察官提起俄乌情势还是缔约国向法院提交俄乌情势，均不能成为其对俄乌情势展开调查的合法理由，而是还应当着重于国际刑事法院是否对该案件享有管辖权。尽管《罗马规约》第十三条表面上是管辖权之始，但实际却用第十四条“本法院管辖权内的犯罪”对该规定作出补充规定，使国际刑事法院根据《罗马规约》第十二条确实享有管辖权的情况下，是三个主体得以提交情势的前提。

根据《罗马规约》第十二条关于行使管辖权的先决条件的规定，第一，一国

成为本规约缔约国，即接受本法院对第五条所述犯罪的管辖权，这一点毫无争议，俄乌两国均不是《罗马规约》的缔约国，因此国际刑事法院并不会根据这一款获得对俄乌情势的管辖权；第二，如果有关行为在其境内发生的国家、犯罪被告人国中有一个国家是缔约国或者提交声明接受国际刑事法院管辖权，该国应不拖延并无例外的与本法院合作。由此可见，尽管乌克兰作为“有关行为在其境内发生的国家”而向国际刑事法院提交接受管辖的声明，从而使国际刑事法院的管辖似乎找到了正当性理由，但是该规定只规定了“该国应不拖延并无例外的与本法院合作”，即只针对向法院声明接受管辖的国家的配合义务，而没有要求非缔约国且未声明接受管辖的国家的配合，实际上是否可以理解为国际刑事法院的管辖并不对未声明接受管辖的国家产生效力，《罗马规约》起草和修订的先驱者们对于如何兼顾尊重国家主权与保障国际刑事法院管辖权的正当性的考量实在细腻严谨。因此国际刑事法院对该地区的任何文件及相关判决，并不实际赋予该国认可和配合的义务，并应当认为在其他缔约国境内，同样不能要求该国对国际刑事法院的相关判决有遵守的义务，比如将在缔约国领土面临强制履行义务的风险。

二、国际刑事法院管辖权与国家主权之关系研究

目前对于国际刑事法院管辖权与国家主权关系的观点主要有三种：第一种认为国家主权优先于国际刑事法院管辖权，主要依据在于国际刑事法院行使管辖权是建立在国家自愿主权让渡的基础上的，国际刑事法院的管辖权仅在国家政府“不能”或“不愿”行使管辖权的情况下才具有管辖权，是一种补充性的管辖权；第二种观点则认为《罗马规约》创设的国际刑事法院管辖权优先于国家主权，会对国家主权造成威胁；第三种观点则是二者结合的折中说，这种说法承认了国际刑事法院管辖权与国家主权之间的包容性，认为两者可以在互相妥协的情况下实现共赢。“从国际主流理论观点看国际刑事法院管辖权和国家行使管辖权的相容性是占主导地位⁴⁰”但是这种关系仍然需要双方的妥协与配合，伴随着国际刑事法院的发展，国家主权仍然面临着挑战。

《维也纳条约法公约》第34条的规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务和权利。”这是基于“国际社会是由平等的主权国家组成的，因此在国际社会就不应存在凌驾于各国之上的立法机关，就不能将条约的权利和义务强加于非缔约国⁴¹”而产生的“条约相对效力原则”。也正是因为国际刑事法院对非缔约国强加的条约义务，违背国际社会普遍接受的“条约相对效力原则”而为众多国家所质疑，担心接受国际刑事法院的管辖，会影响干涉国家主权的行使。有学者提出，《罗马规约》不仅可能会违背条约相对效力原则，对非缔约国附加义务，甚至附加了高于缔约国的义务。对于缔约国来说，根据《罗马规约》第十七条的规定：

⁴⁰ 赵婧、陈阳军、周大峰：《浅谈国际刑法的发展及对国家行使管辖权的挑战》，《法制与社会》2010年第3期，第121~122页。

⁴¹ 王莹：《国际刑事法院管辖权与国家主权的关系》，2008年吉林大学硕士学位论文。

“如果对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉，除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉”国际刑事法院就既保障了国家是根据本国意愿自行决定是否接受加入《罗马规约》，保证“条约效力相对性原则”，又对国家独立司法权行使补充性管辖权，并且《罗马规约》还规定了缔约国对其中部分罪名的保留权；对于非缔约国来说，如果犯罪发生地国或被告人国籍国中存在缔约国或声明接受管辖的情形，那么国际刑事法院即可对该非缔约国行使管辖权。《罗马规约》规定，70个以上国家加入《罗马规约》才发生效力，非缔约国不能以不加入的方式阻止《罗马规约》产生效力，《罗马规约》是否产生效力将是由其他国家是否加入《罗马规约》所决定的，而一旦生效将对非缔约国同样享有管辖权。并且，对于案件可受理性的规定，如果该国正在进行的诉讼程序“不符合将当事人绳之以法的目的”的“不当延误”和“没有以独立或公正的方式进行”，即对该案件是否独立公正，是否存在“不愿”或“不能”的情形是交由国际刑事法院来决定的，实际上赋予了法院同样对非缔约国的司法行为具有最后裁判的权力⁴²。而在国际刑事法院对苏丹达尔富尔情势和俄乌情势的司法实践来看，对于非缔约国，国际刑事法院反而更难遵循管辖权有限性及补充性作用，甚至该国家对于国际刑事法院管辖权的反对、通过司法程序追究被告人责任等方式均无法制止国际刑事法院管辖的决心，甚至非缔约国出席国际刑事法院的庭审以表示对国际刑事法院管辖权的抗议，是否本身就是对国际刑事法院管辖权的认可的一种表现仍然存在争议，以上问题使得国际刑事法院管辖权与国家主权关系更加紧张，如此一来，国际刑事法院管辖权被更多国家接受并理解的时间又遥遥无期了。

另一方面，《罗马规约》第二十七条特别规定了官方身份无关性原则：“本规约对任何人一律平等，不得因官方身份而差别适用。”这与一直以来在国际社会达成普遍共识的豁免规则产生冲突，而豁免规则的直接权力来源也是国家主权。国际社会的通说认为，习惯国际法上存在两种形式的豁免，即：属人豁免与属事豁免。“属人管辖是与特定国家官员的官方地位、职位以及该职位所涵盖的职能相关⁴³”，属事豁免则是指国家官员以官方身份从事的行为免于其他国家民事或刑事管辖的权利。对于应当得到豁免的人的所属国来说，国际刑事法院的这一规则，是忽略了具有官方身份的人行为所体现的国家意志，如果对该行为进行管辖，实际是对该国家意志的审判，同时其他国家均尊重豁免规则不得对享有豁免权的人行使管辖权，但国际刑事法院却可以通过立法规定摆脱对豁免规则的限制，是否是国际刑事法院管辖权高于其他国家司法管辖权的证明呢？如此一来，对于国际刑事法院是否获得了超越国家主权的地位将存在争议。

为了避免即使不加入《罗马规约》，仍有可能受到国际刑事法院管辖权对国

⁴² 李寿平：《国际刑事法院的管辖权与国家主权原则》，《河北法学》2000年第4期，第96~99页。

⁴³ 冯洁菡：《浅析〈罗马规约〉中的豁免规则——以巴希尔案为视角》，《法学评论》2010年第3期，第62~68页。

家主权及国家政策的行使的影响的风险,美国以多种方式表示了对国际刑事法院对非缔约国行使管辖权的抗议。2002年,在《罗马规约》生效之际,美国颁布《2002年美国服役人员保护法案》,明确提及“美国不是《罗马规约》的缔约国并且不会遵循其任何条款,美国不承认国际刑事法院对其国民的管辖。”并表示“禁止对回应国际刑事法院的合作请求、禁止传送国际刑事法院的司法协助函、禁止向国际刑事法院提供帮助、限制依据司法互助条约进行帮助”等。除此之外,美国还通过签订多边与双边协议的方式,给予美国军事人员与非军事人员的军事豁免权,以通过《罗马规约》第98条对他国负有国际法义务且不放弃豁免权时,国际刑事法院不得行使管辖权。由此可见,通过缔结双边或多边条约的方式也可以有效避免国际刑事法院的普遍管辖权,《罗马规约》第98条实际上也可以理解为国际刑事法院管辖权受限的证明。

第四章、国际刑事法院管辖权的有限性回归

《罗马规约》起草和制定的过程中,各国代表和专家学者们怀揣着谦卑和严谨的心情将国际刑事法院管辖权的有限性以多种方式融入到《罗马规约》所赋予国际刑事法院的,裁判和维护世界公正和平的伟大权力中,让这位守护世界和平的伟大斗士心甘情愿的带上了紧箍。这使得这位斗士的能力受到限制,力也许不能及世界的每一处角落、光也许不能照亮世界的每一片黑暗,但它本身自战争的伤害和恐惧中战栗着勇敢的站起,更应时刻警惕着不再沦为战争的帮手,不再被黑暗的世界吞噬。何况还有霸权主义对将这力量纳为己有的渴望,这都要求这位斗士的行走更加严谨些。我始终坚信国际刑事法院能够对世界和平与安全发挥的作用不仅于当前,它还在成长中,还有无数的潜力和空间,还寄予着无数人们的希望,但是在当前国际环境尚不安全、法律规制尚不完善、国际认可度尚不一致的情况下,国际刑事法院管辖权应当受到更严格的限制。通过保守的有限的行使权力,发挥对世界公正和平的促进作用,一方面向国际社会展现责任与担当,一方面也给予更多国家重新考虑和加入的机会,以让国际刑事法院在世界公正和平发挥更大作用为长期目标,通过每个案件公正和平的解决来逐步实现。当下阶段,如何履行国际刑事法院管辖权并不是首要考虑的问题,任何权力本身都具有扩张性,如何实现国际刑事法院管辖权在现阶段的有限性回归才是重中之重。

一、国际刑事法院管辖权的制约路径思考

(一) 严格限制国际刑事法院管辖权在非缔约国的适用

国际刑事法院管辖权得以触及非缔约国,主要的权力来源于《罗马规约》第十二条关于行使管辖权的先决条件的规定。其中规定“如果下列一个或多个国家是本规约缔约国或依照第三款接受了本法院管辖权”并下设两项情况,即犯罪发生地国和犯罪被告人国籍国,以此为符合国际刑事法院管辖权的先决条件。如果将该规定理解为在两项情况中均需要有符合“缔约国或依照第三款接受管辖”的国家的条件,将直接为国际刑事法院管辖权的管辖效力争取合理性价值并更加符

合国际法规和国际习惯法的要求。或者增设“除非存在非缔约国公开表示反对的情况”。通过立法或者解释的方法限制国际刑事法院管辖权在非缔约国的适用，以更好的兼顾国际刑事法院管辖权与国家主权独立，破解国际刑事法院管辖权违背“条约相对效力原则”的困境，已得到国际社会与更多国家的认可。如果国际刑事法院对某被告人的行为本身无法得到该国政府的尊重，无法得到该国政府的配合，那么也不具备实施逮捕和判决的可能，反而可能导致对该国主权的干涉，不利于该国主权和秩序的稳定，可能会对地区和平造成更加恶劣的影响，因此应当更加尊重国家主权，得不到国家配合的行动注定是失败的。同时，对于未声明的缔约国与声明的缔约国同样行使管辖权，使声明流于形式，使权利不再对等，在现实中甚至可能面对“谁先声明谁能占据法律偏向”的质疑。

（二）严格限制声明管辖权的效力

《罗马规约》第十二条规定，对于行使管辖权的先决条件的判断方面，缔约国与“向书记官提交接受法院对有关犯罪行使管辖权”的非缔约国均具有同样的管辖效力与配合义务，本身就弱化了《罗马规约》缔约的严肃性和正式性。如果非缔约国通过声明接受自特定日期后对某罪名的管辖，在非缔约国未重新发表拒绝接受声明前国际刑事法院即可永久取得对该非缔约国领土的管辖权，可能会降低国家签署《罗马规约》的主动性，使国家可以通过不缔约而是发表声明的方式，规避《罗马规约》的义务，从而使国际刑事法院管辖权处于不稳定的状态，难以长期稳定的发挥作用，影响国际刑事法院的权威性与公正性。应当增加相关条款严格限制声明的失效，比如仅对特定时期具有连贯性的情势具有管辖效力，防止对于“连贯性”的判断难题，还应设置最高“连贯性”时间限制。

（三）严格限制部分罪名的管辖适用

《罗马规约》对管辖罪名的规定多通过列举的方式，部分罪名的规定仍然存在较大的解释空间，实际内涵还需要在实践中逐渐补充诠释，这对于国际刑事法院法官对相关行为是否属于国际刑事法院管辖的客观公正专业提出了较高的要求。严格限制国际刑事法院管辖罪名，一方面能够使国际刑事法院的力量集中于惩治最严重的国际罪行，起到标本作用，另一方面也能防止国际刑事法院管辖权的滥用以及受到政治力量的干涉。比如在俄乌情势中就存在着如何认定“战争罪”的问题，对于其主客观要件明确，对于其犯罪手段的类型化分析，对于其免责事由和免罚事由的构建仍然需要国际社会的共同努力。

二、我国与国际刑事法院关系的未来展望与可能努力

我国作为联合国安理会常任理事国，积极参与联合国维和行动，对于各地区冲突始终秉持着和平谈判的立场，始终发挥着热爱和平的负责任的大国的国际担当与国际影响。“中国一直积极参与为成立国际刑事法院而召开的所有筹备会议，

并就所有案文都提出了自己的意见⁴⁴。”我国作为《罗马规约》签订的重要推动者与贡献者，始终支持建立一个独立、公正、高效和具有普遍性的国际刑事法院。在《罗马规约》的最终签订中，中国尽管投了反对票，但是公开表明了反对的意见，实际也表明了中国基本赞同《罗马规约》的条款，但是对于《罗马规约》部分内容的异议，使中国目前无法加入国际刑事法院，对国际刑事法院的成立与发展保持鼓励与观望的态度。一旦中国认为不符合我国国家政策的条款得到修正和完善，比如国际刑事法院通过修订或解释条款使其在立法与实践能够更加尊重国家主权，以实际行动表明不会对国家主权产生干涉和威胁，我国仍然存在较大可能加入国际刑事法院，为国际刑事法院的公正健康发展和国际稳定和平秩序做贡献。

从当前我国与国际刑事法院的关系来看，本次俄乌情势在国际刑事法院检察官的呼吁下，共 41 个缔约国向国际刑事法院递交俄乌情势的调查申请，并有美西方非缔约国积极表示对国际刑事法院对俄乌情势的调查提供线索与帮助，国际刑事法院甚至将在乌克兰设置办事处，并公开对俄罗斯总统及政府工作人员实施制裁，同时也得到了俄罗斯反对与制裁。这些行动明显与俄罗斯期望乌克兰保持中立，防止北约东扩影响俄罗斯国家安全的战争主要目的不符，并不利于俄乌情势的和平解决。国际刑事法院对俄罗斯总统及政府工作人员的制裁在国际社会产生不良影响，不仅对作为非缔约国的俄罗斯进行制裁不利于国际刑事法院权威性与公信力的建设，也不利于俄罗斯的国际形象，对俄罗斯与乌克兰及美西方势力进行外交和平会谈产生消极影响。中国即将启动乌克兰危机第二轮穿梭外交，应当积极与国际刑事法院取得联络，作为和平的中坚力量，积极促进俄罗斯、乌克兰与国际刑事法院的和平会谈，通过政治妥协、加强沟通、增进理解的方式积极表达诉求、解决矛盾、缓解目前的激烈形势，中国作为《罗马规约》的积极推动者与建设者，应当提醒各方注意《罗马规约》签订的初衷，时刻铭记战争的破坏性与残酷性，发挥国际刑事法院对公正和平的保障与倡导作用，积极促成俄乌情势和平解决。

从我国与国际刑事法院管辖权的长期关系来看，尽管对于国际刑事法院部分规定的分歧可能会使我国在一定时期内并没有签署《罗马规约》的规划，但是伴随着世界上半以上的国家加入《罗马规约》，国际刑事法院在未来也将会发挥更广泛的作用，我国应当始终保持对国际刑事法院的关注，以观察员国的身份积极参与国际刑事法院的相关会议，加大对国际刑事法院相关文件与政策的研究力度，在国内立法中积极吸取《罗马规约》中先进性正当性的部分，积极与国际刑事司法衔接，防止在未来的国际刑事法院发展中处于不利地位。正如刘仁文老师在国际刑事法院访问时的观点，“法院提醒自己要用法院的实际工作来获得国际

⁴⁴ 朱文奇：《中国是否应加入国际刑事法院（上）》，《湖北社会科学》2007 年第 10 期。

社会的信任”，在国际刑事法院工作人员和国际社会的共同努力下，国际刑事法院一定能顺利发展并做出应有贡献，但是面对国际霸权主义控制国际刑事法院的企图与威胁，我国作为热爱和平的有担当有影响力的大国以及国际刑事法院成立的见证者和推动者，仍应当积极发挥督促国际刑事法院保持中立性、不受政治力量干扰的作用，为争取国际刑事法院的独立公正，实现建立独立、公正和有效的国际刑事法院的初衷而长期奋斗。

2025年中国国际法学会年会

论《灭绝种族罪公约》的“象征化”

郭 敏¹

摘 要：《防止及惩治灭绝种族罪公约》的出台是国际社会对二战期间大规模群体暴行的制度性回应，旨在构建一套涵盖预防与惩治机制的国际法律框架。实践中，《公约》的预防功能有限，未能对卢旺达、斯雷布雷尼察等暴行作出及时干预，呈现出道义意义强于实际效力的“象征化”倾向。《公约》“象征化”主要体现在两个层面：其一，《公约》及其制度安排在预防种族灭绝方面成效有限；其二，由于灭绝种族罪的法律严重性与道德震撼力，国际司法机关在罪名认定时普遍采取高度克制立场，通过设置高门槛的主观意图认定与国家归责标准，导致该罪行的适用范围趋于收缩。在回应“象征化”困境时，不应简单通过扩大种族灭绝内涵来突破《公约》文本边界：一方面，禁止种族灭绝的强行法性质决定《公约》不能被随意扩张；另一方面，国际司法实践表明各国对修订《公约》持极为保守的立场。在现有规范结构基础上，可考虑以《危害人类罪公约》为补充路径，弥补《公约》象征化的结构性局限。

关键词：种族灭绝；《防止及惩治灭绝种族罪公约》；灭绝种族罪；象征化；危害人类罪

一、问题的提出

在二战后全球秩序重构的背景下，联合国基于对纳粹暴行的深刻反思，开启了国际人权法的体系化进程。1948年12月9日，即《世界人权宣言》通过前夕，联合国大会第260A(III)号决议通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约》（以下简称《公约》），标志着国际社会首次以成文法形式将种族灭绝确立为国际法上的罪行。《公约》构建了以“国家预防义务—国际刑事惩治”的二元结构体系，意在通过国家间协作与制度安排防止大规模暴行的重演。然而，在制度运行的实践层面，《公约》的执行状况却始终不尽如人意。但是，在实际应用层面，在通过后的长达四十余年时间内，《公约》几乎未被实质适用，直至1990年代初联合国相继设立前南刑庭与卢旺达刑庭，才初步实现了公约规范的司法化运行。

即便如此，国际社会在卢旺达、斯雷布雷尼察等已被后续认定为种族灭绝的暴行发生期间，未能及时采取有效干预措施加以阻止。根据《公约》目的和宗旨，在种族灭绝行为尚处于酝酿或进行阶段时，《公约》就应发挥其预防功能，而现实中显然并非如此。正是在这种“制度存在而功能缺失”的情境下，《公约》所承载的法律规范逐渐演化为一种道义宣示，其法律文本虽庄严存在，却无法在具体

¹ 郭敏：中南大学人权研究中心博士研究生。联系邮箱：Min2973@outlook.com.

实践中对现实行为形成有效规制与惩治，凸显出其日益显著的象征性特征。

目前，国际冲突日趋频发，灭绝种族罪的指控再次频繁出现在公众视野中——无论是巴以冲突、俄乌战争，抑或涉及缅甸、苏丹、德国等国家的多起外交与武装争端中，均有相关灭绝种族罪名被提起。国际法院正在审理的五起关于种族灭绝的案件牵涉全球数十个国家，灭绝种族罪的法律适用已经成为影响当代国际关系与法治格局的重要变量。值得关注的是，这些案件大多尚处于程序初期阶段，其是否能够推动《公约》从“象征化”的泥沼中走出，真正发挥其惩治与威慑功能，还是仍将重蹈卢旺达悲剧中制度迟钝与政治回避的覆辙，尚未可知。

在此背景下，本文将聚焦《灭绝种族罪公约》在制度运行中的“象征化”倾向，尝试分析其象征化的具体表现、制度与政治层面的深层成因，并探讨在现行国际法体系内可能的应对路径。

二、《灭绝种族罪公约》“象征化”的表现与成因

（一）《公约》预防种族灭绝的有效性存疑

有学者质疑《公约》的有效性，²“在很大程度上，《公约》更像是一种对过去个人野蛮行为的抗议备案，而非一个有效防止或压制此类行为的工具。”²事实上，联合国对于预防种族灭绝有一系列机制。³但是，由于灭绝种族罪的严重性，在认定上需要遵循严格的标准，复杂的程序要求导致联合国预防机制的启动相对谨慎。

《公约》第八条授权任何缔约国可提请联合国的主管机关遵照联合国宪章，采取其认为适当的行动以防止及惩治灭绝种族的行为。实践中，受限于国家主权原则，缔约国对另一国家或地区发生的冲突要采取强制措施或者武力干预，须经过安理会表决通过。根据《联合国宪章》第二十七条第三款，安理会任何实质性决议的通过需满足“九票赞成且无常任理事国反对”的双重门槛，但现实中，常任理事国的一票否决权常常将种族灭绝的预防问题置于地缘博弈的阴影之下。例如，2024 年以来，安理会在加沙问题上的多次“人道主义停火”决议草案因被美国一票否决而无法得以通过。⁴这表明，当冲突涉及常任理事国或者其战略盟友时，《公约》第八条的规范承诺可能会让位于现实政治的“否决权绝对主义”。

而且，安理会的行动偏好进一步限制了预防种族灭绝的作用空间。在《联合国宪章》确立的集体安全框架下，安理会的行动逻辑受第六章“争端之和平解决”原则的形塑，更倾向于通过外交斡旋、经济制裁及武器禁运等非武力手段应对危

² Ratner Steven R et al. “The Genocide Convention after Fifty Years”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 92, 1998, p. 8.

³ 《胡安·门德斯教授关于纳戈尔诺-卡拉巴赫局势以及国际社会采取措施防止暴行罪的必要性的初步意见》，见联合国安理会文件 A/78/335 -S/2023/642，第 3-5 页。

⁴ 联合国新闻. 美国一票否决安理会呼吁“加沙立即、无条件、永久停火”决议草案. <https://news.un.org/zh/story/2024/11/1133661>, 2025 年 2 月 28 日访问。

机，而非援引第七章第四十二条⁵的军事强制措施。尽管这种审慎克制的取向契合国际社会对国家主权原则与禁止使用武力原则的价值共识，但从大规模暴行预防的实效性角度而言，其局限性已经被证实。

卢旺达大屠杀发生后，联合国秘书长设立了调查联合国在大屠杀期间采取的行动的独立调查委员会，委员会报告显示了联合国各机构在预防此次种族灭绝中暴露出的系列问题。1993年，安理会设立了联合国卢旺达援助团（联卢援助团），旨在通过维持和平和提供人道援助，帮助卢旺达实现稳定。随着卢旺达局势的急剧恶化，秘书长于1994年4月13日致信安理会，呼吁派遣更多的部队，并修改联卢援助团的任务范围。几周后，安理会于4月21日决定将联卢援助团的人员规模从两千多人缩减至约270人，在这期间，大屠杀仍在继续。“在杀戮行为已经人所尽知的情况下，安理会决定将联卢援助团人员减少到最低水平，而不是尽力以充分的政治意愿争取制止杀戮，这项决定在卢旺达引起普遍的愤懑。”⁶4月29日，秘书长再次向安理会提出请求，建议考虑《联合国宪章》第七章“采取强有力的措施，以恢复法律与秩序”。⁷5月3日，驻联合国的卢旺达代表加雷汗向秘书长提交的报告明确指出，“没有任何代表团支持武力行动或强制性干预，所有代表团都强调，无论考虑采取何种行动，只有卢旺达冲突双方的同意和合作，才能使相关措施得以实施。”⁸多轮磋商记录显示，⁹截至5月12日，安理会理事国在两项核心议题上陷入规范性困境：其一，是否依据《宪章》第七章对扩编后的联卢援助团授予强制行动授权；其二，军事干预所需资源的法律性质与筹措方式。尽管捷克、阿根廷等非常任理事国建议采取武力行动，但常任理事国对军事干预持审慎立场，美英等国以“行动概念不明确”为由要求秘书处提交补充说明。

¹⁰

卢旺达大屠杀暴露了联合国各机构在应对人道主义危机时的力不从心，“这个系统的每一部分，特别是秘书长、秘书处、安全理事会和联合国会员国必须对国际社会在卢旺达的失败承担和承认各自的责任。”¹¹当然，这并不必然推导出“即时干预”的正当性，因为国际社会须警惕人道主义干预可能引发的规范化风险。历史经验表明，当《联合国宪章》第七章的强制措施被个别国家工具化时，

⁵ 《联合国宪章》第四十二条规定，安全理事会如认第四十一条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动。

⁶ 《调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告》，见联合国文件S/1999/1257，第40页。

⁷ UN Doc. S/1994/518.

⁸ 《调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告》，见联合国文件S/1999/1257，第24页。

⁹ 见联合国安理会第三三七七次会议记录至第三三八一次会议记录。See UN Doc. S/PV.3377- UN Doc. S/PV.3381.

¹⁰ 《调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告》，见联合国文件S/1999/1257，第40页。

¹¹ 同上注，第3页。

“保护的责任”往往沦为地缘政治博弈的合法性外衣。“几乎所有的重大国际干涉背后均存在一个主导国家或国家集团，其不同场合下的不同干涉决策证明了国家利益关切仍主导着干涉决策。”¹²

科菲·安南认为，“我们必须能够尽早发现即将发生或潜在的灭绝种族暴行的预警信号，从而及时采取行动防止暴行的发生。”¹³国际社会需要在制度层面构建更精细的干预正当性的评估框架，通过完善早期预警机制、强化区域组织协调功能、规范授权决议解释规则等路径，在维护国家主权与人权保护之间寻求动态平衡，这正是联合国一直在寻求解决的重要问题。

（二）司法审慎还是政治回避：种族灭绝的认定难题

导致《公约》象征化的另一个关键问题在于，种族灭绝罪行在国际社会被视为极端严重的违法行为，这反而使得无论是政治机构还是司法机构在适用和界定时都格外谨慎，甚至有所回避。因此，在实践层面，《公约》在很大程度上处于被“束之高阁”之态，难以真正发挥其应有的法律效力。

1. 叙事历史限制种族灭绝的法律适用空间

拉斐尔·莱姆金（Raphael Lemkin）1944年在《轴心国占领欧洲的统治》中创造 *genocide* 这一术语时，其语义便深深和纳粹屠杀犹太人的具体历史图景相联系，不论是毒气室的工业化杀戮还是集中营的系统性隔离，一提到种族灭绝人们就想当然地将这一词语和这些物质性暴力手段相联系。由于这一概念的诞生背景深深植根于大屠杀的具体历史情境，该术语在全球传播过程中逐渐形成了一种语义固化现象，即人们在提及“种族灭绝”时，往往首先联想到纳粹对犹太人的迫害，而不是《防止及惩治灭绝种族罪公约》中所法律拟制的“种族灭绝”。

相较于法律意义上的“罪行”，在公众眼中，种族灭绝更像是一种在历史记忆和公共话语中被不断建构的社会现实。从传播学角度而言，暴行发生后，博物馆、纪念碑、纪念日、教育项目和媒体叙述等形式共同塑造了特定的主导叙事，并在集体记忆中强化了特定事件的中心地位。¹⁴例如，大屠杀纪念馆通过展览和文献资料，使得纳粹暴行成为人类历史上种族灭绝的最“典型”案例。应承认的是，这种权力、话语和历史记忆的多重维度叙事，在道德和教育层面具有正面意义，“借由建构文化创伤，各种社会群体、国族社会，有时候甚至是整个文明，不仅在认知上辨认出人类苦难的存在和根源，还会就此担负起一些重责大任。”¹⁵但也应该看到，当“种族灭绝”被更多地赋予与纳粹屠杀“划等号”的历史化图景的时候，这一概念本身就代表着一种强烈的道德震撼力，并非是可适用于更广泛情境的法律

¹² 潘亚玲. 西方干涉决策的规范性转向论析[J]. 世界经济与政治, 2015, (04): 88-102.

¹³ 见联合国官网 <https://www.un.org/en/chronicle/article/protecting-vulnerable-populations-genocide>, accessed 2 Feb. 2025.

¹⁴ Lischer Sarah Kenyon. “Narrating atrocity: Genocide memorials, dark tourism, and the politics of memory”, *Review of International Studies*, vol. 45, no. 5, 2019: 805-827.

¹⁵ 孙珂. 文化创伤认知及其价值[J]. 河南社会科学, 2018, 26(12): 71-74.

概念。

这导致种族灭绝在现实适用中易形成两种相互矛盾的困境：一方面，“种族灭绝”一词承载着深厚的历史记忆，并在公众认知中具有罪行“终极性”，这就意味着若滥用该概念，不仅可能引发“种族灭绝”指控的泛化，削弱其法律严肃性，还可能稀释真正受害群体的历史创伤与集体记忆。正因如此，在尚未经过正式司法认定之前，国际社会在预防机制中往往对这一概念的使用保持高度克制，导致预防机制及时性受限。安理会在 1994 年卢旺达危机初期对“种族灭绝”术语的规避正是基于这一点。¹⁶另一方面，正因为“种族灭绝”被视为国际社会最严厉的谴责，其象征性和道德性使得一切冲突的受害者倾向于将自身经历诉诸种族灭绝的范畴，以最大化吸引国际关注与法律救济。也就是说，在认知层面，公众逐渐将种族灭绝简化为任何可能发生的暴行的“修辞标签”，而非需要证明特定故意的法律概念。灭绝种族罪比较研究学者萨曼莎·莱金提到：我听到受害者和幸存者群体表达过的最大关切是，与灭绝种族罪相比，他们所经历的暴力总被认为不那么重要。受害者和幸存者群体尝尝主张要将他们的案件归类为灭绝种族罪，也许是因为他们的案件必须定性为“灭绝种族罪”才能够引起全球关注，才能获得基金和其他资源，才能建立国际法庭、真相委员会和赔偿方案。¹⁷

2. 国家责任的确立加剧国际法院认定种族灭绝的“压力”

国际法院 2007 年对于波黑诉塞尔维亚案的判决¹⁸所确立了灭绝种族罪的国家责任。相较于追究个人刑事责任主要涉及刑罚裁量，对国家种族灭绝责任的司法确认可涉及三方面后果：首先，国家可能由此承担经济赔偿义务。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目（匈牙利/斯洛伐克）¹⁹中确认，“国际法律推行已久的规则是受害国有权从实施国际不法行为的国家为所遭受的损害获得赔偿”。从 1945 年到 2018 年，德国政府向大屠杀受害者及其继承人支付了约 868 亿美元的赔偿和补偿。²⁰其次，种族灭绝污名化效应会超越单纯舆论范围，国家主权信用评级将遭受系统性贬损，国际社会可能因此对该国实施经济、政治或其他形式的制裁。第三，可能由此激发《公约》第八条项下的集体干预机制，形成难以控制的地缘政治连锁反应。

正因如此，对灭绝种族罪有管辖权的国际司法机构，除了安理会明确授权设立的特设法庭由于其设立之时就是基于国际共识，已经经过了多番考量，法官判

¹⁶ 《调查联合国在 1994 年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告》，见联合国文件 S/1999/1257。

¹⁷ 见联合国官网：关于如何定义灭绝种族罪的全球挑战：对新一轮争论的回应，<https://www.un.org/zh/224232>，2025 年 1 月 20 日访问。

¹⁸ ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment of 26 February 2007, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.

¹⁹ ICJ, Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgments of 25 September 1997, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, para. 125-154.

²⁰ U.S. Department of State, Justice for Uncompensated Survivors Today (JUST) Act Report: Germany, <https://www.state.gov/reports/just-act-report-to-congress/germany/> accessed March 2, 2025.

决之时不必承受直接给冲突“定性”的政治压力之外，²¹其他司法机构对涉及种族灭绝指控，尤其是国家责任指控时普遍采取更为严格的态度。这也正印证了本研究在第四章第三节中所得出的结论：特设法庭和国际法院在认定灭绝种族罪“特殊意图”中的“宽松标准 vs. 严格要求”的双规标准。

值得注意的是，即便国际法院在个案中确认发生了种族灭绝事件，在确立国家责任方面仍然采取极为严格的限制性标准，表现出对国家责任认定的高度谨慎。在克罗地亚诉塞尔维亚案（*Croatia v. Serbia*）中，国际法院对斯雷布雷尼察大屠杀的处理呼吁体现了这一点。斯雷布雷尼察大屠杀发生于 1995 年 7 月，地点位于波斯尼亚和黑塞哥维那的斯雷布雷尼察地区，该地当时是联合国设立的“安全区”，理应受到国际保护。然而，在波斯尼亚战争期间，塞族共和国军队突破联合国驻军的防线，占领该区域，并随即展开系统性的屠杀行动，导致约 8000 名波斯尼亚穆斯林男性遭到集体处决。

在 *Krstić* 案中，前南刑庭在认定 *Krstić* 将军的个人刑事责任时已对斯雷布雷尼察大屠杀作出法律认定，明确认为该事件属于种族灭绝，并裁定主导大屠杀的 *Krstić* 具备“特殊意图”。²² 本案中，由于前南刑庭已经对该事件的性质进行了定性，在没有更充分证明的情况下推翻其“种族灭绝”结论的情况下，国际法院遵照了前南刑庭的结论。但是，法院却拒绝认定塞尔维亚需对斯雷布雷尼察大屠杀承担国家责任，核心原因在于未能满足国家归因标准。

按照习惯国际法，若个人或组织的种族灭绝行为可被归因于某个国家，则该行为即被视为该国的国家行为，进而引发国家责任。原告国在诉讼中主张，塞族共和国军队及相关准军事组织的行为应被归因于被告国南斯拉夫联盟共和国（FRY，即后来的塞尔维亚）。但国际法院认为，现有的证据不足以认定 *Krstić* 将军是被告国的官员，也无法证明犯下屠杀事件的准军事民兵团体“毒蝎”可以被称为是被告国的合法机构。法院指出，即便是南联盟向塞族共和国提供了包括财政支持在内的支持，其中一种支持形式是向塞族军的某些官员支付工资和其他福利，但这并不理所当然地使得他们成为南联盟的机构。²³ 此外，原告进一步主张，南联盟对斯雷布雷尼察种族灭绝事件发挥了指挥或控制作用，即若某一国家指示、指挥或控制某一团体实施种族灭绝行为，则该行为可视为国家行为。对此，国际法院坚持“实际控制”（*effective control*）标准，即不仅要求国家对某一组织施加总体控制，更需证明国家在每一起具体行为发生时均有直接指示或控制。法院认为，尽管斯雷布雷尼察大屠杀的决策者主要是塞族军高层，但现有证据不足以证

²¹ 当联合国安理会根据《联合国宪章》第七章授权设立特设法庭时，意味着国际社会已对特定事件的性质和严重性达成一致认知。这为特设法庭的运作提供了明确的政治支持，减轻了其在审理案件时所面临的压力。

²² *ICTY, Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-A, Appeal Judgment, 19 April 2004.*

²³ 见《国际法院判决、咨询意见和命令摘要 2003-2007》，联合国文件 ST/LEG/SER.F/1/Add.3，第 184 页。

明南联盟在每一起具体屠杀行动中都给予了明确指示或施加了具体控制，因此无法认定南联盟对该事件承担国家责任。即便是有确凿证据证明斯雷布雷尼察事件之前的数年中，南联盟官方军队与波斯尼亚塞族武装军队直接或间接地参与了在波斯尼亚和黑塞哥维那的军事行动，并向塞族军队提供武器、装备、后勤支援，联合国政治机关亦多次对此予以强烈谴责，并要求南联盟停止干涉。但国际法院认定，“没有迹象表明这种参与与斯雷布雷尼察的大屠杀有关系。”²⁴

国际法院的这种高标准要求招致了一系列质疑之声。异议法官哈苏奈副院长认为，“意图往往是捉摸不定的，再加上行为可归因性问题，往往被精心掩盖。”²⁵针对国际法院采用的“实际控制”标准，他认为，这种方法的内在风险在于，其可能为国家通过非国家行为体或代理人实施犯罪政策提供机会，而无须直接承担责任。²⁶其实，我们也有理由担忧，这种严格认定方式是否会便于国家“钻空子”，如果潜在责任国将暴行实施组织进行法律意义上的身份切割，比如设立名义上独立的准军事组织，并通过非官方渠道提供资金、武器支持，那是不是就可以在实际控制的同时规避国家责任？本努纳法官则认为，法院应对裁定被告国犯有共谋灭绝种族罪，因为其不仅向塞族共和国及其军队提供了各种形式的援助，而且知道或理应知道在斯雷布雷尼察大屠杀的主犯实施灭绝种族罪的意图。²⁷

国际法院是目前唯一一个对国家犯有灭绝种族罪具有司法管辖权的国际司法机构，因此，国际法院对于《公约》的严格解释和高门槛证明要求直接关系到灭绝种族罪国家责任的认定。我们不预设立场对这种严格解释作出评判，而是单从表面上而言，国际法院似乎对《公约》关于“心理要件”（即特殊意图）的认定设立了近乎难以企及的证明标准，导致灭绝种族罪的法律适用异常严苛。在实践中，也使得《公约》仿佛成为了一份象征性的法律文件，仅停留在国际法的文本层面而难以得到实际适用。近年来，全球多个地区武装冲突频发，包括巴以冲突和俄乌冲突，均涉及灭绝种族罪的指控，并已经引发国际法院的司法介入。目前已有数十个国家直接或间接卷入了国际法院正在审理的五起灭绝种族罪案件之中，分别为苏丹诉阿联酋联合酋长国、冈比亚诉缅甸、乌克兰诉俄罗斯联邦、南非诉以色列以及尼加拉瓜诉德国案。²⁸按照国际法院以往的审理节奏，这些案件的最终裁决可能仍需数年才能作出，但我们可以根据现有局势结合国际法院的证明标准作出一定推论。

²⁴ 见《国际法院判决、咨询意见和命令摘要 2003-2007》，联合国文件 ST/LEG/SER.F/1/Add.3，第 184 页。

²⁵ 同上注。

²⁶ ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Dissenting Opinion of Vice- President AL-KHASAWNEH, 26 February 2007, para. 39.

²⁷ 见《国际法院判决、咨询意见和命令摘要 2003-2007》，联合国文件 ST/LEG/SER.F/1/Add.3，第 191 页。

²⁸ 详见本文第一章第三节。

现代战争中，国家参与往往通过加密通讯、口头授意或默契性支持完成，我们几乎可以断定不会出现类似于纳粹“万湖会议”的公开屠杀计划或是直接暴露传达“消灭某一团体”的电话记录这类直接表达种族灭绝意图的证据。这也意味着，要审理这些案件，国际法院只能通过“间接推断”的方式来评估相关国家是否实施了灭绝种族罪。那么，如果国际法院选择延续在 2007 年和 2015 年适用《公约》的判决中所确立的“唯一合理推断”²⁹和“实际控制”原则的高证明标准的话，那几乎可以推论出法院最终的结论。首先，“唯一合理推断”标准要求，如果在某一案件中，除“蓄意灭绝”之外仍存在其他解释（如军事必要性、反恐行动、战争误伤等），法院将倾向于不认定该行为构成灭绝种族罪。其次，“实际控制”原则要求证明国家对实施种族灭绝的非国家行为体（如武装组织或军事力量）具有全面的、直接的、具体的控制力，而不仅仅是资金、武器或战略上的支持。也就是说，在南非诉以色列案中，以色列可提供军事命令证明其军事行动仅针对哈马斯武装分子，而非意图针对巴勒斯坦群体；种族清洗的目的在于将巴勒斯坦人民强制迁移，而非“蓄意消灭”他们，由此就得以证明种族灭绝的意图并非“唯一合理推断”。德国也可以在其法律抗辩中主张其武器出口属于正常外交与防务合作，而非对灭绝种族行为的“教唆”或“共谋”。因此，涉案国家均不构成灭绝种族罪，也就不因此承担责任。

这样一来，国际法院的司法克制似乎维护了《公约》的规范权威，也在一定程度上防止对于主权国家的过度干涉，但是却导致《公约》预防和惩治功能的弱化——《公约》似乎陷入了“英雄无用武之地”的境地。

三、《灭绝种族罪公约》象征化的应对

（一）“灭绝种族罪”内涵不能被随意扩张

《公约》自 1948 年缔结以来，其规范边界的争议始终伴随国际刑事司法实践。学界多批评《公约》的适用范围过窄，例如，认为受保护团体范畴过窄，主张将政治团体、经济团体纳入《公约》保护范围；³⁰倡议将生态灭绝（通过环境破坏摧毁群体生存基础）³¹、经济灭绝（通过经济手段破坏团体经济生存基础）³²等新型暴行形态纳入规制框架。此类观点虽蕴含扩展人权保护的合理诉求，但置于条约法体系下审视，其法理基础与实施路径均面临结构性障碍。

1. 禁止种族灭绝的强行法性质决定了《公约》不能被随意扩张

在国际法领域，禁止种族灭绝是一项公认的强行法规范（*jus cogens*），不论是国际机构、专家学者还是主权国家都对此予以确认。在对《公约》的保留咨询

²⁹ 见本文第四章第三节。

³⁰ Matthew Lippman. “The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, no. 2, 1998: 415-514.

³¹ Lindgren Tim. “Ecocide, genocide and the disregard of alternative life-systems”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, no. 4, 2018: 525-549.

³² P Sean Morris. “Economic Genocide Under International Law”, *Journal of Criminal Law*, vol. 82, 2018:18-34.

意见中,国际法院从人类价值与国际法律秩序的基本原则出发,论证了该《公约》的普遍适用性。法院指出,《公约》的起源表明,联合国欲谴责和惩治灭绝种族行为,视之为“国际法上的一种罪行”,因为此等行为否认整个人类的生存权,此种否认震撼人类良知,致使人类蒙受重大损失,与道德规范及联合国之精神与目的大相悖谬。³³这一概念产生的第一个后果是《公约》的基本原则是文明国家承认对国家具有约束力的原则,即便《公约》未约定任何义务。第二个后果是谴责灭绝种族罪行和进行必要合作以“免人类再遭此类狞恶之浩劫”³⁴均具有普遍性质。因此,联合国大会和缔约方欲使《公约》在适用范围上具有绝对普遍性。³⁵国际法院在当时并未直接宣称“禁止种族灭绝”已上升为强行法规范,但其法律推理已然明确强调了该罪行的普遍适用性,为后续国际法实践奠定了理论基础。在随后的判例中,国际法院进一步确立了“禁止种族灭绝”作为强行法规范的地位。国际法院在多个案件中重申,禁止种族灭绝的规范无疑是国际法中的强行法规范。³⁶卢旺达刑庭在 *Kayishema* 案中也直接指出,“(禁止)灭绝种族罪被视为国际习惯法的组成部分以及一项强制法规范。”³⁷

强行法是“经国际社会作为整体接受为不得以任何行为背离,并以维护全人类的基本利益和社会公德为目的,具有普遍拘束力的最高行为规范”,³⁸因而这实际上突破了“国家同意”的议定法框架,是“对国家任意的一种克制”³⁹。因此,强行法规范的认定过程极为严格,不能轻易将某些规范视为强行法,以避免对各国主权的过度限制。

需要明确的是,在论及“禁止种族灭绝”的国际法地位时,需区分强行法规范(*jus cogens*)与条约义务的拘束力之间的关系。禁止种族灭绝作为强行法已被国际社会普遍接受,其法律效力不依赖于国家同意,具有对世拘束力,但是,这并不意味着《防止及惩治灭绝种族罪公约》本身享有强行法地位。换言之,“禁止种族灭绝”这一规范适用于所有国家,但《公约》确立的具体法律义务则仅对缔约国具有约束力。

这一区分并不意味着可以随意扩大对《公约》条款的解释。这是因为,国际社会虽然将“禁止种族灭绝”作为必须遵守的最高行为规范,但是对于如何解释“种族灭绝”,什么行为构成“种族灭绝”,都未明确规定在强行法规范中。强制法

³³ UN Doc. A/RES/96(I).

³⁴ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》序言。

³⁵ 《特别报告员迪雷·特拉迪关于一般国际法强制性规范(强行法)的第四次报告》, UN Doc. A/CN.4/727, 第78段。

³⁶ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Judgement of 3 Feb. 2006, para. 64. ICJ, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, para. 161.

³⁷ ICTR, *Prosecutor v. Kayishema et al.* Case No. ICTR-95-1-T. Judgement of 21 May 1999, para. 88.

³⁸ 万鄂湘,石磊,杨成铭,邓洪武. 国际条约法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1998: 318.

³⁹ 何志鹏. 漂浮的国际强行法[J]. 当代法学, 2018, 32(6): 106-122.

专题特别报告员指出，对于哪些法律渊源可构成强制性规范的基础，各国存在不同意见，但是，各国已近乎普遍认可习惯国际法是强行法规范最常见的基础。⁴⁰也就是说，尽管《公约》本身并非强行法规范，但其关于种族灭绝的定义已在国际社会的法律实践中获得广泛承认，并通过习惯国际法的形式对国际法体系产生深远影响，从而成为衡量强行法适用范围的关键依据。从条约法角度来说，《公约》本身的法律效力受制于缔约国范围，但其核心定义已超越条约框架，在国际司法实践中发挥了类强行法的功能。由于强行法的核心特性在于其不可克减性和普遍拘束力，在适用和解释种族灭绝罪时，必须严格遵循《公约》文本，保持法律界限的清晰性，防止法律的任意性适用。

对《公约》的条款进行扩张性解释，过度扩大“种族灭绝”的内涵，一方面可能导致强行法地位的“降级”，从而削弱国际法基于国家同意原则所维持的平衡。国际法的生命力在于国家同意基础上的规范共识。强行法之所以具有最高效力，正是因为其内容经过国际社会的普遍接受与长期实践检验。一旦对“种族灭绝”的法律内涵进行过度扩张，实际上等同于在未获普遍同意的情况下，强行对国家施加额外义务，这将导致规范约束力与国家遵行意愿的脱节。而且，一旦允许通过解释不断扩展种族灭绝的外延，不同国家或司法机构可能基于各自的政治立场作出矛盾解释，导致规范适用的碎片化。

另一方面，随意扩张“种族灭绝”的法律定义可能在习惯国际法的发展过程中产生溢出效应——一些国家可能基于特定政治立场或战略考量，对种族灭绝的定义进行重新塑造，试图将其确立为新的法律标准并强行解释为“强制法规范”。那么，这一新定义便可能成为干涉其他国家内政的法律工具，部分国家可能基于“维护国际法秩序”的理由，对相关国家实施各种形式的法律、经济乃至军事上的干预。

这种担忧并非空穴来，近年来，国际社会对于危害人类罪条约化进程就体现出这一趋势。“禁止危害人类罪”被多数观点认为是强行法规范，⁴¹但是，国际社会至今未能就“危害人类罪”的确切定义和行为要件形成统一的法律标准与司法实践。近期联合国国际法委员会推进的《危害人类罪条款草案》中，对于“危害人类罪”的定义完全承袭了《罗马规约》的定义，并声称这一定义是基于“习惯国际法”。⁴²但事实上，《罗马规约》并未反映现行习惯国际法。在《罗马规约》谈判中，各国对于危害人类罪的定义问题始终存在分歧。至今，世界上超过三分之一的国家不是《罗马规约》缔约国，《罗马规约》对危害人类罪的定义也未得到

⁴⁰ UN Doc. A/73/10, para. 98.

⁴¹ 见《特别报告员迪雷·特拉迪关于一般国际法强制性规范(强行法)的第四次报告》，UN Doc. A/CN.4/727, 第84段。但是，“禁止危害人类罪”构成强行法规范的这一认定并非无争议，部分国家和学者对其强行法地位持保留意见。见 UN Doc. A/C.6/78/SR.10, para. 102.

⁴² Report of the International Law Commission, 71st session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019). UN Doc. A/74/10.

普遍接受。⁴³在这种情况下，贸然将《罗马规约》视为习惯国际法的基础并进一步“强行法化”，难免会引发法律正当性与普遍接受度的质疑。更何况，在缺乏具有普遍约束力的危害人类罪公约的当下，就已经出现个别国家出于政治目的，随意指控他国实施“危害人类罪”，以法律之名行干涉他国内政的情况。部分国际刑事司法机构也在相关案件中任意扩大管辖权，进一步加剧了这一趋势。这不禁令人担忧，如果未经国际社会普遍接受和公认的定义被强行塑造成“习惯国际法”，甚至进一步升级为“强行法规范”，其政治后果将难以预料，国际法也可能沦为服务于地缘政治博弈的工具。

2. 国际实践表明各国遵循条约法规范修改《公约》的可能性极低

《公约》本身包含关于修改的条款，《公约》第 16 条规定，任何缔约国“得随时以书面通知秘书长请求修改本公约”，对于该请求应采取何种措施则由联合国大会决定。根据该条规定，当公约当事国认为有必要调整或更新《公约》条款时，可以通过正式通知联合国来启动修订程序，联合国大会有权决定下一步，例如召开修约会议或成立工作组等。因此，理论上讲，《公约》适用范围可以通过条约修改的方式来得以扩大。但自该公约生效至今，其核心条款从未被正式修改过。

究其原因，一方面，广泛参加的普遍性条约修订难度极高。《公约》现有缔约国已超过 150 个，要让如此众多的国家就在敏感问题上达成一致修改公约，几乎无法实现。《公约》经过长时间的谈判和妥协，本身具有相当的政治敏感性。例如，公约将受保护团体限定为“民族、人种、种族或宗教团体”，而故意排除了“政治团体”“经济团体”等类别，这是各国谈判妥协的结果。若试图修订扩充定义，例如将政治集团、社会集团、性别等纳入灭绝种族罪的保护范围，势必引发一些国家的反对或抵制。另一方面，修订普遍性条约可能削弱已有的法律效力和参与度。1969 年《维也纳条约法公约》规定了条约修正和修改的条件，⁴⁴其第 40 条规定允许不同意修正的国家仍受原条约约束。⁴⁵也就是说，即便联合国大会启动了《公约》的修改程序，可能出现旧公约和新修正案并存的局面：一些国家接受修正案，另一些国家拒绝接受，导致各国义务不一致，有损《公约》作为统一规范的权威性。因此，国际社会更倾向于维持《公约》文本稳定，通过平行机制去加强灭绝种族罪的预防和惩治，而非正式修订条约。例如，联合国大会和安理会通过建立国际刑事法庭（如前南刑庭、卢旺达刑庭）以及推动成立国际刑事法院等方式，实现对灭绝种族罪的惩罚。而在这些机制中，所适用的灭绝种族罪定义直接沿用了 1948 年《公约》的定义。显然，各国选择在新框架下适用既有定义，

⁴³ 见中国常驻联合国代表团官网：耿爽大使在第 76 届联大六委“危害人类罪”议题下的发言，http://un.china-mission.gov.cn/zgylhg/flyty/ldlwjh/202110/t20211014_9546859.htm，2025 年 2 月 3 日访问。

⁴⁴ 详见 1969 年《维也纳条约法公约》第四编。

⁴⁵ 《维也纳条约法公约》第 40 条第 4 款规定，修正条约之协定对已为条约当事国而未成为该协定当事国之国家无拘束力，对此种国家适用第三十条第四项(b) 款。

而非对“种族灭绝”重新解释或者作出实质修改。

事实上,在《联合国土著人民权利宣言》起草过程中,起草者就曾试图修改“种族灭绝”内涵,希望重新引入“文化种族灭绝”概念。1993年,工作组的《联合国土著人民权利宣言草案》第7条提及“ethnocide”和“cultural genocide”,规定土著人民有权不遭受包括剥夺其作为独特民族的完整性、文化价值或民族身份,剥夺其土地、领土或资源,违反或破坏其权利的人口转移,被其他文化或生活方式强制同化或融合,以及针对他们的宣传等行为。⁴⁶然而,最终通过的《联合国土著人民权利宣言》并没有采用“文化种族灭绝”这一术语,而是在第八条中规定了“土著人民和个人享有不被强行同化或其文化被毁灭的权利。”这表明,各国在对待“种族灭绝”内涵修改的问题总体上持谨慎、保守的态度。

此外,国际刑事法院《罗马规约》沿用《公约》核心条款更是表明多数缔约国修改“种族灭绝”构成要件的意愿极低。《罗马规约》本身制定时即考虑到了未来修订的可能性,因此内设了明确的修订程序,其第123条规定《罗马规约》生效七年后应召开一次“审查大会”以审议任何可能的修正案。⁴⁷2010年,各缔约国在乌干达坎帕拉召开了首次也是迄今唯一一次《罗马规约》审查大会,对规约的修订问题进行了讨论和表决。根据会议纪录,会议议程上主要有三项修正提案:①删除第124条,该条是规约中的临时性条款,允许新加入规约的缔约国声明在最初7年内不受战争罪条款(第8条)管辖;②加入侵略罪的定义和管辖机制;③扩展战争罪清单,大会通过了对第8条(战争罪)的若干补充,将某些在非国际武装冲突中使用特定武器的行为规定为战争罪。⁴⁸可见,受到学者广泛呼吁的“扩大灭绝种族罪适用范围”的声音并未被各缔约国采纳,甚至没有作为修正案提交审议大会。

因此,尽管学者们呼吁扩大解释种族灭绝的主张在人权保护层面具有道德吸引力,但从国际实践来看,各国根据《公约》第16条进行修改的可能性极为渺茫。

(二) 突破适用局限:探索危害人类罪的“补充性”

前文已探讨,《公约》的解释须严格遵循其法律文本,不能被任意扩张。而且,国际实践亦表明,缔约国并无修改《公约》以扩大适用范围的意图。更重要的是,“种族灭绝”承载历史记忆和政治敏感性,通过扩张解释强行适用可能引发舆论争议。因此,试图通过扩大灭绝种族罪的适用范围来破解《公约》象征化的

⁴⁶ Report of the Working Group on Indigenous Populations on its 11th session, E/CN.4/Sub.2/1993/29. Draft Declaration, Art. 7.

⁴⁷ 《国际刑事法院罗马规约》第123条第1款规定:本规约生效七年后,联合国秘书长应召开一次审查会议,审查对本规约的任何修正案。审查范围除其他外,可以包括第五条所列的犯罪清单。会议应任由参加缔约国大会的国家按同一条件参加。

⁴⁸ Roger S. Clark. “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010: 689-711.

问题,在现实中难以行得通。在此背景下,与其试图突破灭绝种族罪的固有框架,不如转向其他罪行的法律工具,运用更具可行性的司法路径来弥补灭绝种族罪适用范围的局限性。

2008 年以来,学者萨达特(Leila Nadya Sadat)领导一批法律学者致力于推动《危害人类罪公约》的立法进程。该公约的核心目标是通过借鉴《灭绝种族罪公约》的规范框架与实施机制,构建一个独立且普遍适用的国际法律体系来填补现行国际刑法在系统性暴行追责方面的制度空白。2019 年,国际法委员会通过其第 A/74/10 号报告,向联大提交“防止及惩治危害人类罪条款草案”(以下称《条款草案》),并建议由联大或一次国际全权代表会议在条款草案基础上拟定一项公约。本文认为,在《公约》象征化问题难以通过其自身体系内的调整加以解决的情况下,《危害人类罪公约》不失为一种可行的补充路径。

从构成要件上看,危害人类罪相较于灭绝种族罪在司法适用上具有更广的覆盖面。根据《罗马规约》和《条款草案》,危害人类罪的构成须满足三个核心要素:第一,规定的行为要件,比如谋杀、奴役、驱逐出境,第二,实施的行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分;第三,行为人知道或有意使该行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。首先,从受保护群体的范围来看,危害人类罪的适用对象仅要求针对“平民人口”,而灭绝种族罪则要求行为人必须针对《公约》所列举的四类特定团体,即民族、人种、种族或宗教团体。也就是说,危害人类罪足以涵盖《公约》未纳入的其他团体,例如经济团体、性别团体等,法庭上也因此省略了对受害团体法律身份的争论,避免了因团体认定困难而导致的司法困境。其次,在主观要件上,危害人类罪的证明难度远低于灭绝种族罪。灭绝种族罪的核心要素在于行为人的“特殊意图”,即被告必须具有“消灭”某一特定团体的主观故意。由于主观意图的证明往往依赖直接证据或高度明确的间接证据,认定难度极大,导致灭绝种族罪的适用范围在实践中受到严重制约。相较之下,危害人类罪的认定并不要求这一“特殊意图”,仅需证明其知晓自身行为是广泛或系统性攻击的一部分,这在证据采集与法律适用上更具可操作性。

从司法实践来看,针对前南刑庭案件的实证研究表明,该法庭检察官共指控了 939 项战争罪、670 项危害人类罪以及 40 项灭绝种族罪。而判决结果显示,危害人类罪占有罪判决的 40.7%,种族灭绝罪不到 1%,战争罪占比 58.9%。在定罪成功率方面,危害人类罪指控的成功率约为 39.3%,战争罪指控的成功率约为 37.5%。相比之下,种族灭绝罪的定罪率极低。⁴⁹前南刑庭的司法实践显示,尽管灭绝种族罪在法律和政治话语中占据核心地位,但其适用范围极为有限,导致实际提起的指控数量远低于战争罪和危害人类罪。更为重要的是,二者的定罪

⁴⁹ Sadat, Leila Nadya. “Crimes against humanity in the modern age”, *American Journal of International Law*, vol. 107, no. 2, 2013: 334-377.

成功率差距说明，危害人类罪的证据采集和法律适用上更具可操作性，也更容易获得法庭的认定。

当然，强调危害人类罪的起诉率和定罪率，并不意味着灭绝种族罪的适用率低就是一种“失败”或“司法不公”。国际刑事司法始终坚持“存疑时有利于被告”原则，即在罪行认定存在合理怀疑的情况下，应避免轻率定罪，以确保司法裁判的严谨性和合法性。而且，国际法庭已声明，灭绝种族罪与危害人类罪在法律位阶上并无等级之分，两者皆构成国际社会最为严厉的刑事指控，其区分主要源自犯罪构成的法定要件，而非犯罪本身的社会危害性或法律适用上的价值判断。⁵⁰换言之，危害人类罪的适用并不意味着其行为危害性较轻，灭绝种族罪的适用也不意味着该行为在法律上更严重。事实上，司法实践表明，某些针对特定群体的大规模迫害行为，即便其社会影响和人道灾难的严重程度不亚于种族灭绝，但由于无法满足灭绝种族罪的“特殊意图”认定标准，仍难以适用该罪名。此种情况下，危害人类罪的适用并非对暴行的降格处理，而是确保国际刑法体系在灭绝种族罪无法适用的情境下，仍然能够有效惩治相关犯罪，避免因法律适用的技术性障碍而导致司法惩戒的缺位。

举例而言，国际法院审理波黑诉塞尔维亚案件时确认了原告国家所诉称的《公约》规定的种族灭绝的行为要件的存在：有压倒性的证据确定冲突期间在整个波斯尼亚和黑塞哥维那地区的特定地区和羁押营发生了大规模杀戮。另外，呈堂证据还证明，绝大多数受害者是受保护团体成员，这显示这些受害者很可能就是蓄意杀戮的系统性目标。⁵¹但是，法院指出，不能根据所掌握的证据确信，已经能够确凿地证明犯罪者是带着全部或局部毁灭此类团体的具体意图对受保护团体成员实施大规模杀戮的。⁵²最后，法院认为，上述杀戮或许构成战争罪和危害人类罪，但法院没有管辖权裁断情况是否如此。在这种不能附带审查其他罪行的情况下，暴行未能达到种族灭绝标准时的法律评价就陷入了真空状态。《危害人类罪公约》若是得以通过，就能避免这一问题。

应该指出的是，目前的《条款草案》还存在诸多需要进一步探讨的地方，其中最重要的问题就是该罪名行为要件。《条款草案》第2条第1、2款几乎逐字照搬了《罗马规约》第7条的文本，仅作了几处不涉及实质性内容的改动。⁵³这样直接“承袭”的方式虽然有助于与现有国际刑事司法机制的衔接，但也削弱了《条款草案》的独立规范价值。更何况，尽管国际刑事法院在国际刑事司法体系扮演

⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 699-700.

⁵¹ 见《国际法院判决、咨询意见和命令摘要 2003-2007》，联合国文件 ST/LEG/SER.F/1/Add.3，第 182 页。

⁵² 同上注。

⁵³ 《罗马规约》第七条第(一)款第 8 项规定属于犯罪的是“与任何一种本法院管辖权内的犯罪”结合发生的迫害行为，如下文进一步讨论的那样。而《草案》第 2 条第 1 款(h)项未保留该短语。此外，《罗马规约》关于“性别”定义的第七条第(三)款，《草案》第 2 条未予保留。

重要角色，但《罗马规约》的适用范围有限。截至目前，《罗马规约》的缔约国数量仅为 125 个，且未涵盖安理会五常中的中、美、俄三国。这意味着，推动《条款草案》的达成和普遍性适用仍需经历漫长且复杂的磋商过程。

四、结语

灭绝种族罪之所以在国际法中具有特殊地位，既因为其所回应的是人类历史上最深重的群体暴行，也因为它召唤我们反思：如何构建一个免于恐惧、免于毁灭的世界秩序。在当前全球冲突频发与秩序失衡加剧的背景下，灭绝种族罪的规范功能与司法实践面临新的挑战，国际社会亦对其在预防暴行、强化责任追究及重申文明底线等方面寄予更高期待。然而，探讨如何在个案中更有效地认定灭绝种族罪并非我们的最终目的，让《公约》不再仅是一部追责工具，而是成为联结记忆与希望的象征才是惩治灭绝种族罪的意义。理想之法律，并非时时刻刻都被援引于法庭之上，而是在人类秩序的维系中被“沉默”地实现。真正的和平，不应依赖于对《公约》的频繁援引，而应建立在其“无用”的愿景之上——当《公约》无须被适用之日，才是人类文明抵达其应有高度之时。

The Structural Flaws and Alternatives of the International Anti-Corruption Court: Based on the Model of the International Criminal Court

Song Panwen*

ABSTRACT

Corruption remains a global issue today, prompting numerous measures by the international community, such as the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (AUCPCC), and anti-corruption bilateral and multilateral assistance. Among these efforts, a much-called-for proposal is to establish an International Anti-Corruption Court (IACC) modelled on the International Criminal Court (ICC). Following the ICC model, the proposed IACC would establish a prosecutorial body endowed with extraterritorial authority to investigate corruption crimes within or between political entities. These offences would be delineated in accordance with the relevant rules of the UNCAC, and the Court would be empowered to impose a range of criminal sanctions on those convicted defendants. The key issue, however, is whether the model of the ICC is worth emulating as a model of international anti-corruption governance. The ICC model has revealed numerous structural flaws over more than twenty years of practice, and these flaws are unlikely to disappear in the IACC model, which shares many similarities; on the contrary, these defects would be even more pronounced in the context of global corruption. Therefore, creating a more flexible accountability mechanism would be a more effective response to the complexities of global corruption.

Keywords: International Justice, International Anti-Corruption Court, International Criminal Court

INTRODUCTION

Corruption is a growing concern because of its immense destructive effects on social justice and its continuing cost to the global economy. Today, corruption has become a serious global problem.¹ The World Economic Forum estimates that the cost of corruption is more than five per cent of the global gross domestic product.² In 2015,

* 宋潘文（2002—），男，山东聊城人，悉尼大学国际法硕士研究生，研究方向为国际法学与科技法学。联系电话：19861202968 通讯邮箱：songpanwen@hotmail.com

¹ Roberta Ann Johnson, *The Struggle Against Corruption: A Comparative Study* (Palgrave Macmillan, 1st ed, 2004) 1; Paul Heywood, *Routledge Handbook of Political Corruption* (Routledge, 1st ed., 2014) 1.

² UN SCOR, 73rd sess, 8346th mtg, UN Doc S/PV.8346 (10 September 2018) 2.

Transparency International concluded that more than 6 billion people still live in countries with a serious corruption problem.³ Due to the pervasiveness of corruption, it has received a great deal of attention from international and state actors.⁴ This attention includes both domestic attempts to fight corruption within each individual country, as well as international solutions to larger problems of global kleptocracy,⁵ such as the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (AUCPCC), and anti-corruption bilateral and multilateral assistance.

The global nature of corruption implies that corresponding strategies cannot be confined to domestic settings. In response, a much-called-for proposal is to establish an International Anti-Corruption Court (IACC) modelled on the International Criminal Court (ICC).⁶ Following the ICC model, the proposed IACC would establish a prosecutorial body endowed with extraterritorial authority to investigate corruption committed by present and former senior political figures. These offences would be delineated in accordance with the relevant rules of the UNCAC, and the Court would be empowered to impose a range of criminal sanctions on those convicted defendants. Similar to the ICC, the IACC will operate according to the Complementarity principle, signifying that the Court will have jurisdiction solely if the government of the suspect's country is unable to investigate, prosecute and provide a fair trial for him or her. A question that must be considered, however, is whether the model of the ICC is worth emulating as a model of international governance. The answer to this question will have a direct bearing on the validity of the proposed IACC. The ICC model has revealed many structural flaws in more than twenty years of practice. These flaws will not disappear in the IACC model, which has a high degree of similarity; on the contrary, this essay believes these flaws will be more acute in the proposed IACC model. Therefore, this essay concludes that a unified central court model has serious flaws that are difficult to overcome, and creating a more flexible accountability mechanism would be more responsive to the complexities of global corruption.

The essay is structured as follows. In Section 2, this essay will analyse the flaws of the ICC. Section 3 explains why these flaws would be exacerbated in the proposed IACC model. Section 4 proposes a flexible mechanism as an alternative to the IACC

³ Transparency International, '2015 - Corruption Perceptions Index', *Transparency.org* (2015) <Web Page, <https://www.transparency.org/en/cpi/2015>>.

⁴ Gafar Idowu Ayodeji, 'Grand Corruption in Sub-Saharan Africa and the Feasibility Of Establishing International Anti-Corruption Court' (2019) 11(1) *Danubius Universitas. Acta. Administratio* 5, 6.

⁵ Benjamin Dearden, 'From an International Anti-Corruption Court to Anti-Corruption Commissions: How the Global Push for Corruption Accountability Can Learn from the Atrocity Prevention/Accountability Movement' (2022) 29(1) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 25.

⁶ Mark Wolf, 'The Case for an International Anti-Corruption Court', *Brookings* (23 July 2014) <Web Page, <https://www.brookings.edu/articles/the-case-for-an-international-anti-corruption-court/>>.

and analyses the broad applicability of this approach, while Section 5 draws conclusions.

II. The ICC's Structural Flaws

In 2019, four former presidents of the ICC stated that they were "disappointed by the quality of some of its judicial proceedings, frustrated by some of the results, and exasperated by the management deficiencies".⁷ There is ample evidence that the ICC suffers from various structural flaws. While this section does not aim to prove the failure of the ICC, it is necessary to expose some of its flaws to show why it is an inappropriate model for an international anti-corruption agency.

A. Political Considerations

The role of ICC is to "play out at the intersection of power and principle"⁸. From its creation, through design, to operation, the ICC is inherently interfered with by political considerations. The most significant political factor stems from the great power as non-parties. The three permanent members of the UN Security Council, the United States, China and Russia, have all refused to join the ICC on various pretexts, such as sovereignty, despite their nominal expressions of support for the ICC's ideas.⁹ But the root reason is that they are unwilling to accept a judgement against their political interests.¹⁰ These countries, despite not being member parties, can still intervene in the activities of the ICC on the basis of their political advantages. For example, after the ICC announced an investigation into alleged war crimes committed by all parties to the war in Afghanistan, including the United States, the Trump administration issued an executive order with economic sanctions and visa restrictions on ICC personnel and their families.¹¹ This action of the United States is undoubtedly aimed at restricting and obstructing ICC investigations by abusing its political power to intimidate ICC officials. The same problem occurs in the case of member parties. For example, Brazil leader Jair Bolsonaro has been accused of "crimes against humanity" for Amazon deforestation, but the International Criminal Court has still not initiated an investigation.¹² In this

⁷ Zeid Raad Al Hussein et al, 'The International Criminal Court Needs Fixing', *Atlantic Council* (24 April 2019) <Blog Post, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/the-international-criminal-court-needs-fixing/>>.

⁸ Andreas von Staden, 'Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts by Christopher Rudolph' (2018) 19(4) *Human Rights Review* 499.

⁹ Michel Martin, 'The U.S. Does Not Recognize the Jurisdiction of the International Criminal Court', *National Public Radio* (16 April 2022) <Web Page: <https://www.npr.org/2022/04/16/1093212495/the-u-s-does-not-recognize-the-jurisdiction-of-the-international-criminal-court>>.

¹⁰ Adam Taylor, 'The United States and ICC Have an Awkward History', *Washington Post* (16 March 2023) <Blog Post, <https://www.washingtonpost.com/world/2023/03/16/icc-us-cooperation-international-criminal-court-history/>>.

¹¹ Executive Order No. 13,928, 85 Fed. Reg. 36,139 (June 11, 2020).

¹² AFP, 'Brazil Leader Jair Bolsonaro Accused of "Crimes against Humanity" for Amazon Deforestation', *CBS NEWS* (12 October 2021) <Web Page: <https://www.cbsnews.com/news/brazil-jair-bolsonaro-accused-crimes-against-humanity-amazon-deforestation/>>.

case, the huge stakes involved in the rainforest may be a major reason for the ICC's failure to investigate. As a result, there are many who believe that the ICC simply cannot target powerful countries, even if they are member parties.¹³

Beyond the political pressure from specific countries, the institutional structure of the ICC determines that it is not politically independent. This political consideration is reflected in the following three aspects. (1) **Source of Funding:** Article 115 of the Rome Statute stipulates that the ICC shall be financed mainly by assessed contributions made by States Parties and funds provided by the United Nations.¹⁴ This allows States Parties to intervene in the operation of the ICC or force the ICC to take measures in their favour by threatening to cease financial support; (2) **Case Selection:** In order to avoid intense conflicts of interest, the ICC may selectively pursue less controversial cases. As for highly controversial and hotly contested atrocities, the ICC's role is very limited. War crimes and crimes against humanity that occurred in Iraq, Afghanistan and Gaza, for example, have not led to prosecutions because regional conflicts continued to escalate that cannot be resolved at the table;¹⁵ and (3) **Personnel Appointments and Removals:** The ICC is still riddled with political considerations in terms of personnel appointments and dismissals. The Open Society Foundations reports that the nomination of ICC judges lacks an established and transparent process, so that nominations focus more on interpersonal relationships than on professional merit.¹⁶ Often, however, the ICC has no choice.¹⁷ As mentioned earlier, such shortcomings are inherent to the nature of the ICC structure itself, and therefore cannot be addressed by simply amending the Rome Statute or the rules of procedure.

B. Operational Barriers

In addition to political factors, the ICC's operation is beset with obstacles, mainly because ICC prosecutors have limited tools at their disposal for investigating crimes. Proponents of the ICC expect that ICC prosecutors will operate like domestic prosecutors, able to spring into action when a government fails to act, using powerful investigative tools to mount effective prosecutions.¹⁸ As part of the state apparatus,

¹³ Laurel Hart, 'The International Criminal Court: biased or simply misunderstood?' (28 October 2018) *UNA-UK's Magazine* <Online magazine: <https://una.org.uk/magazine/2018-1/international-criminal-court-biased-or-simply-misunderstood>>.

¹⁴ *Rome Statute of the International Criminal Court*, opened for signature 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (entered into force 1 July 2002), art 115.

¹⁵ Catherine Gegout, 'The International Criminal Court: Limits, Potential and Conditions for the Promotion of Justice and Peace' (2013) 34(5) *Third World Quarterly* 800, 808.

¹⁶ The Open Society Foundations, *Raising the Bar* (Report, 28 October 2019).

¹⁷ Benjamin Dearden, 'From an International Anti-Corruption Court to Anti-Corruption Commissions: How the Global Push for Corruption Accountability Can Learn from the Atrocity Prevention/Accountability Movement' (2022) 29(1) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 40.

¹⁸ Matthew Stephenson, 'Guest Post: Is an International Anti-Corruption Court a Dream or a Distraction?', *The Global Anticorruption Blog* (4 October 2018) <Blog Post, <https://globalanticorruptionblog.com/2018/10/04/guest-post-is-an-international-anti-corruption-court-a-dream-or-a-distraction/>>.

domestic prosecutors are empowered to conduct a variety of investigative actions, including wiretapping and recording conversations, reviewing financial documents, and even performing physical surveillance to unravel the inner workings of complex crimes.¹⁹ However, according to the ICC's design, ICC prosecutors and investigators almost entirely depend on state cooperation to conduct their investigations.²⁰ They have no authority to subpoena finances or wiretaps, nor can they conduct searches or compel witnesses to testify. If they want legal authority or to take any investigative action that requires coercive legal measures, they must request it from the government of the country in question. Even if the mission only wants to travel to the territory of the country in question to conduct investigations or interview witnesses, they must inform it in advance. Although States Parties are obliged by the Rome Statute (art.86) to cooperate with ICC investigations, there are many ways in which they can defer, evade and suspend their cooperation. Even when States Parties outright refuse to cooperate, all the Court can do is refer those states to the Assembly of States Parties or the UNSC, and that is all. Thus, the operation of the ICC is hampered by the fact that, as the first President of the ICTY, the late Judge Antonio Cassese said, when the states "refuses to bow to international justice, international criminal courts remain powerless"²¹.

C.Inconsistency of Rulings

A final flaw of the ICC is the lack of consistency and coherence in the Court's decision-making. Legal certainty is a core requirement of the Court's authority, and its absence would undermine the authority of the ICC.²² Of course, Article 21 (2) of the Rome Statute grants judges judicial discretion in decision-making by allowing them to make judgments as they see fit on the facts of a particular case,²³ it is reasonable to expect some degree of variation in the interpretation of the law when it is construed by different and independent judges.²⁴ Yet, for any court system, especially a new one such as the ICC, which is seeking to establish and maintain its authority and legitimacy, the magnitude of such variation must be constrained. The ICC has struggled in this regard, due to its structural peculiarities. In addition to the proper law of the ICC, the judges of the ICC can apply a range of international and domestic norms as complements. However, due to the wide variety of domestic laws and the many

¹⁹ Gwladys Gilliéron, *Public Prosecutors in the United States and Europe* (Springer Cham, 1st ed., 2014) 65-169.

²⁰ Stephenson (n 1).

²¹ Antonio Cassese, 'Acceptance Speech', *Praemium Erasmianum Foundation* (2009) <Web Page: <https://erasmusprijs.org/en/laureates/antonio-cassese/acceptance-speech/>>.

²² Humberto Avila, *Certainty in Law* (Springer Cham, 1st ed., 2018) 2; Isabel Lifante-Vidal, 'Is Legal Certainty a Formal Value?' (2020) 11(3) *Jurisprudence* 456.

²³ *Rome Statute of the International Criminal Court*, opened for signature 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (entered into force 1 July 2002), art 21(2).

²⁴ Gabrielle McIntyre, 'The Impact of a Lack of Consistency and Coherence: How Key Decisions of the International Criminal Court Have Undermined the Court's Legitimacy' (2020) 67 *Questions of International Law* 25, 27.

controversies and criticisms of international law, it has become very difficult for judges to achieve consistency in their judgements. Furthermore, the complexity of the origin and structure of the ICC's judges has fuelled uncertainty. ICC's judges often come from different legal backgrounds and political environments, and thus have different values and doctrines.²⁵ They may reason and decide in their own political positions and ideological camps. The potential for divergent interpretations of the law could be further exacerbated because ICC judges are subject to frequent turnover under statutory term limits, unlike judges in many countries appointed for life.

In recent years, the ICC has endeavoured to promote greater consistency.²⁶ The provision that the Appeals Chamber's determination cannot deviate from a previous decision without good reason, and the publication of the *ICC Chambers Practice Manual*,²⁷ both of which arguably seek to enhance consistency in decision-making. Nonetheless, such internal control measures cannot address the structural flaws of the ICC. While the judges have recognised the importance of predictability and certainty, they will still deviate from past practice because of differences in political position or ideas. These inconsistent decisions have occurred in controversial areas such as jurisdiction and admissibility, and even in relatively simple appeals judgments. Although such deviations are permitted by Article 21(2), this still weakens the normative force of the applicable law, as the role of interpretation seems to take precedence over the law. These differing interpretations of the legal framework undermine the authority of the Court and sow the seeds of potential judicial arbitrariness. In summary, whatever the ICC's current or future successes, it suffers from a number of serious structural weaknesses.

III. The More Hazardous Structural Flaws in the IACC

Up to this point, this essay has already discussed the flaws of the ICC, including serious political interference, operational barriers and inconsistency in decisions, and why these challenges are difficult to overcome. This section will explain why these structural flaws are even more acute in the context of the IACC.

A. Corruption Are Often Deeply Intertwined with Politics Factors

The IACC failed to make a breakthrough in the ICC's jurisdictional framework. For the IACC to have jurisdiction over a country, that country must voluntarily agree to join it.²⁸ But the IACC was created to address the problem that some kleptocratic leaders would not be held criminally accountable domestically. Why would such a

²⁵ Ibid.

²⁶ Gabrielle McIntyre, 'The Impact of a Lack of Consistency and Coherence: How Key Decisions of the International Criminal Court Have Undermined the Court's Legitimacy' (2020) 67 *Questions of International Law* 25, 28.

²⁷ International Criminal Court, *Chambers Practice Manual* (adopted 13 July 2023).

²⁸ Matthew C. Stephenson and Sofie Arjon Schütte, 'An International Anti-Corruption Court? A synopsis of the debate', (U4 Anti-Corruption Resource Centre, Chr. Michelsen Institute, 15 December 2019).

leader agree to be investigated and prosecuted by an international institution? Any country willing to join the IACC would presumably also be willing to maintain and reform its domestic anti-corruption laws so that any official can be held accountable. More significantly, it is possible in ICC cases to involve only interests between state parties. However, in the field of international corruption, cross-border transactions and foreign bribery funds often flow through multiple jurisdictions, where there is a high probability that a non-state Party will be involved. It is difficult to investigate this corruption case without involving financial institutions in these countries. Therefore, it can be expected that the activities of the IACC will create a more complex tangle of interests and thus, more political problems than those of the ICC. IACC proponents have suggested various methods of attracting or "forcing" countries to join the IACC, including making membership of the IACC a condition for joining the UNCAC and the World Trade Organisation (WTO), and a prerequisite for receiving foreign aid and assistance from the Multilateral Development Bank (MDBs).²⁹ However, there are several insurmountable problems with these strategies.

First, making accession to the IACC a prerequisite for UNCAC may not be acceptable to many existing State parties. In particular, some hegemonic countries that are opposed to the IACC still have a prominent voice in these existing international communities. According to article 69 of UNCAC, an amendment is subject to state parties' ratification, acceptance or approval.³⁰ Therefore, it can be expected that this amendment will be difficult to pass. Similarly, the WTO and the World Bank will face the same situation, and they cannot impose new requirements without the broad consent of their members. Second, these coercive measures are still insufficient to deter kleptocratic officials in some countries with authoritarian political overtones. An authoritarian and corrupt national leader will prioritize illicit interests ahead of national development. On one end of their scale is the country's loss of access to development aid and international markets, and on the other end is their personal exposure to arrest and imprisonment, with the latter clearly being the more unfavourable consequence. Because the unfavourable position faced by the country in the international community would probably not affect the privileged position and vested interests of corrupt officials at home. However, such coercive measures would cut off these countries from international development aid and economic access. The closure of the economy would exacerbate the problems of corruption and poverty within the country, thus harming innocent citizens. Beyond the effectiveness considerations, including these coercive measures in IACC could reinforce the false narrative of anti-corruption efforts primarily being an imperialist tool.³¹ Rich and powerful countries may coerce economically

²⁹ Mark Wolf, 'The World Needs an International Anti-Corruption Court' (2018) 147(3) *Daedalus* 144.

³⁰ *United Nations Convention against Corruption*, GA Res 58/4, opened for signature 09 December 2003, (entered into force 14 December 2005) art 69.

³¹ Benjamin Dearden, 'From an International Anti-Corruption Court to Anti-Corruption

vulnerable developing countries to "cut off from the international"³² to have their leaders held accountable by an international body.

B. The Hidden Nature of Corruption Makes Investigations Difficult

Another flaw in the ICC that would be made even more dire in the IACC is that corruption cases would be more difficult to investigate. Under the same structure, prosecutors in the IACC, like those in the ICC, would not have the same toolkit for investigating complex financial crimes as domestic prosecutors. Their operations also rely heavily on the cooperation of the investigated countries. However, the nature of corruption is such that a corrupt government will be unwilling to support IACC investigations and accountability, and their law enforcement agencies will, in practice, be paralysed by the structural damage caused by corruption and thus be unable to provide timely, effective and substantive assistance.

The complexity of corruption cases reinforces the need for more effective investigative tools to investigate corruption offences. Atrocities often involve *mens rea*, state responsibility and other issues that are difficult to prove, thus making investigations very difficult.³³ But at least in these cases, the conduct being investigated is largely visible and cannot be concealed. These offences usually involve "the mobilisation of numerous actors and produces easily identifiable victims, witnesses, and forensic evidence"³⁴. However, the nature of corruption offences are secretive and hidden.³⁵ Illegal gains made through the acceptance of bribes or the use of one's position are usually laundered through a complex series of financial transactions and invested overseas. This process involves a number of political parties, businesses, and individuals who operate in a grey area, making it difficult to trace the origins of the money derived from corruption and identify the true beneficial owners of the assets acquired with that money.³⁶ The complexity of corruption requires investigators to trace the flow of funds and examine every node involved. However, the

Commissions: How the Global Push for Corruption Accountability Can Learn from the Atrocity Prevention/Accountability Movement' (2022) 29(1) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 51.

³² Matthew Stephenson, 'The Case Against an International Anti-Corruption Court', *The Global Anticorruption Blog* (31 July 2014) <Blog Post, <https://globalanticorruptionblog.com/2014/07/31/the-case-against-an-international-anti-corruption-court/>>.

³³ Saher Valiani, 'Genocide Left Unchecked: Assessing the ICC's Difficulties Detaining Omar Al-Bashir' (2017) 35(1) *Berkeley Journal of International Law* 150, 165; Adrian Traylor, 'Uganda and the ICC: Difficulties in Bringing the Lord's Resistance Army Leadership before the ICC' (2009) 6(1) *Eyes on the International Criminal Court* 23, 27.

³⁴ Matthew Stephenson, 'Guest Post: Is an International Anti-Corruption Court a Dream or a Distraction?', *The Global Anticorruption Blog* (4 October 2018) <Blog Post, <https://globalanticorruptionblog.com/2018/10/04/guest-post-is-an-international-anti-corruption-court-a-dream-or-a-distraction/>>.

³⁵ Roberta Ann Johnson, *The Struggle Against Corruption: A Comparative Study* (Palgrave Macmillan, 1st ed, 2004) 1; Paul Heywood, *Routledge Handbook of Political Corruption* (Routledge, 1st ed., 2014) 15.

³⁶ *Ibid.*

IACC prosecutors themselves clearly do not have this ability. Without the assistance of the authorities, prosecutors cannot even access financial records. Where corruption is rampant, local authorities may even tip off the criminals. In such cases, prosecutors are likely to be entangled in local authorities and get lost in the intricacies of financial transactions.

C. Insufficient Development of Anti-Corruption Norms

If the IACC is to be established along the lines of the ICC model, it is reasonable to expect that the same difficulties of lack of precedent value and contradictory rulings would equally occur in the IACC. And these difficulties are likely to be even more acute in the IACC, given the disparity in the level of development that exists in the two fields. International criminal justice can be traced back to the post-World War II trials³⁷, including the Nuremberg and Tokyo Tribunals, which means that international criminal trials had been developing for more than half a century before the ICC was established. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, as well as the four Geneva Conventions and their Additional Protocols I and II, form the normative basis for international criminal justice.³⁸ As well, even before the ICC, ad hoc temporary UN international criminal tribunals existed to deal with specific criminal justice issues, such as the 1993 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the 1994 International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), which provided experience in the functioning of the ICC.³⁹

In contrast, the development of international anti-corruption norms is still very recent. In 1997, the member States of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) concluded the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD Anti-Bribery Convention).⁴⁰ And the first legally binding, global instrument, the UNCAC, was not adopted at the UN until 2003.⁴¹ While the field is relatively recent, this does not mean that it is "any less a part of international law"⁴², nor does it mean that international corruption is not complex or more controversial. The inadequacy of international anti-

³⁷ International Criminal Court Project, 'Evolution of International Criminal Justice', *The ABA's ICC Project* (Web Page, 29 October 2020) <<https://www.aba-icc.org/about-the-icc/evolution-of-international-criminal-justice/>>.

³⁸ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opened for signature 12 December 1948, (entered into force 12 January 1951).

³⁹ International Criminal Court Project, 'Evolution of International Criminal Justice', *The ABA's ICC Project* (Web Page, 29 October 2020) <<https://www.aba-icc.org/about-the-icc/evolution-of-international-criminal-justice/>>.

⁴⁰ *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, opened for signature 17 December 1997, (entered into force 15 February 1999).

⁴¹ *United Nations Convention against Corruption*, GA Res 58/4, opened for signature 09 December 2003, (entered into force 14 December 2005) art 69.

⁴² Benjamin Dearden, 'From an International Anti-Corruption Court to Anti-Corruption Commissions: How the Global Push for Corruption Accountability Can Learn from the Atrocity Prevention/Accountability Movement' (2022) 29(1) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 54.

corruption norms implies that it is more difficult for judges to agree on evolving norms. As previously mentioned, even in the relatively well-established field of international criminal justice, there are wide divergences among judges, leading to judicial inconsistency and uncertainty. In an emerging field such as international anti-corruption law, it will be even more difficult to have consistent and coherent decisions.

Thus, while the structural factors of the ICC have created problems with decision consistency, the same structure will pose challenges at the IACC of equal or worse severity. The newness of the field will exacerbate the negative impact of these structural factors on the authority of the courts, and thus on the effectiveness of the IACC in combating corruption.

IV.A More Feasible Proposal: The Anti-Corruption Commission

The IACC modelled on the ICC is not feasible, partly because the Court model is limited to political factors, practical feasibility and inconsistent judgments. But it is also partly because these same flaws would be more serious when applied in the context of corruption. However, a unified international anti-corruption body is necessary in the face of global corruption.⁴³ The solution proposed in this essay is to create an anti-corruption commission responsible for strengthening the promotion of anti-corruption around the globe and authorise fact-finding missions to investigate and make recommendations. The missions would consist of experts in relevant fields from around the globe who have both expertise and connections, and could select members at the country or industry level.⁴⁴ The Anti-Corruption Commission (ACC) would be an intergovernmental body within the United Nations, modelled on the UN Human Rights Council. Next, this essay will discuss why the ACC is a better - or at least more feasible - model than the IACC. It is worth noting that this essay does not aim to prove that the Commission is a better model than the Court, but simply that a flexible commission model can better cope with various practical obstacles in the field of corruption. The ACC would preserve the values of the IACC while being more feasible.

The most significant value it preserves is that the ACC would be an independent and unified body like the IACC. Countries committed to fighting corruption could unite in the Commission to promote anti-corruption work, rather than restart the procedure for each corruption situation.⁴⁵ This preserves the unifying advantage of the IACC

⁴³ Sofia Wickberg, 'Understanding Corruption in the Twenty-First Century: Towards a New Constructivist Research Agenda' (2021) 19 *French Politics* 82, 96.

⁴⁴ See Human Rights Council's previous appointment and removal procedures and experience: 'Human Rights Council Appoints Chair of Fact-Finding Mission for Sudan', *Asharq Alawsat* (online at 19 December 2023) <<https://english.aawsat.com/arab-world/4737061-human-rights-council-appoints-chair-fact-finding-mission-sudan>>; 'President of Human Rights Council appoints members of investigative body in Ethiopia', *reliefweb* (online at 02 March 2022) <<https://reliefweb.int/report/ethiopia/president-human-rights-council-appoints-members-investigative-body-ethiopia>>

⁴⁵ Benjamin Dearden, 'From an International Anti-Corruption Court to Anti-Corruption

proposal. In addition, the ACC can have the same *political symbolism* and *deterrent effect* as the IACC. Given the mounting concern over corruption and the public expectations for an effective response, a visible and popular solution is needed. The IACC can provide such a solution, regardless of whether it is practically effective. The creation of the IACC could convey the international community's powerful statement that corruption is not tolerated, which might inspire reformers to take steps more active and thereby deter kleptocrats from - at least formally - being less unscrupulous. However, this value is not unique to the Court: as the Human Rights Council "has given a voice to the voiceless by providing a vital setting where their views can be heard"⁴⁶ and has played an important role in mainstreaming human rights. The Universal Periodic Review of the Human Rights Council has proved to be a useful tool for promoting reflection and improvement of human rights situations in many communities and regions.⁴⁷ There is no evidence that a commission in the aspect of anti-corruption cannot play the same "beacon" role. More than that, if it can be shown that the commission can be more effective than the court model, it will show a stronger deterrent effect.

The ACC, compared to the IACC, would face fewer obstacles both in its establishment and operation. The flexible structure of the Commission, with its negotiable mode of investigation and consequences that are difficult for kleptocrats to predict, is a unique advantage. In terms of density, the ACC would not conduct investigations as frequently as court prosecutions and, therefore, tends to countries with relatively egregious corruption in its selection of investigative targets. For example, since the creation of the Human Rights Council in 2006, there have been a total of only thirty or so investigative bodies of any kind mandated by the Council. Many countries widely recognised as having human rights flaws have yet to be investigated.⁴⁸ Therefore, in considering whether to support the creation of the ACC, leaders can infer that if they are not the most corrupt, the commission is unlikely to use its limited opportunities on them. Further, if the ACC has been created, they will consider ceasing to be blatantly corrupt to avoid being investigated, thus compromising to some extent, such as by putting in place some control mechanisms, even if only in form. This is an invisible deterrent to corrupt officials while laying the foundation for future anti-corruption reforms in that country.

Even if the ACC decides to initiate an investigative process, the leaders of the countries involved still have negotiating power. The leaders can refuse to cooperate, but

Commissions: How the Global Push for Corruption Accountability Can Learn from the Atrocity Prevention/Accountability Movement' (2022) 29(1) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 95.

⁴⁶ Eric Tistoune, *The UN Human Rights Council* (Edward Elgar Publishing, 2020) 310.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ United Nations Human Rights Council, 'Human Rights Council-Mandated Investigative Bodies' (Web Page, 2023) <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/list-hrc-mandat>>.

this would undoubtedly be a tacit admission of their guilt. Such a refusal could result in sanctions from other countries and scepticism from their populations. So more likely, the leaders would agree to limited investigative access to the country to preserve their reputation internationally and domestically. The resulting investigative body is naturally fraught with compromise, but the structure of the commission makes this possible. For example, two typical hybrid anti-corruption agencies, the International Commission against Impunity in Guatemala (CICIG) and the Support Mission Against Corruption and Impunity in Honduras (MACCIH) have both compromised to varying degrees.⁴⁹ CICIG can conduct investigations independently, but prosecutions depend on the consent of state institutions, with a limited mandate of two years.⁵⁰ As for MACCIH, it was not given powers of independent investigation and criminal prosecution. It is placed under an ambiguous "active support" framework, whereby MACCIH must work with specific government agencies. But it has a four-year mandate, which grants a longer timeline in which to launch investigations.⁵¹ CICIG and MACCIH exhibit different balances and functions in their respective contexts. While CICIG is relatively more independent, it has a shorter mandate. In practice, this combination poses a serious challenge to the institution, forcing it to achieve results within an extremely limited time frame. MACCIH, on the other hand, has a longer mandate, but its capacity is very limited. These spaces of manoeuvre may placate kleptocrats to make feasible progress.

Unlike the IACC proposal, which relies on the voluntary accession of States to the proposed treaty, the ACC would not require consent as a precondition for any anti-corruption work. ACC could establish a commission without the consent of the investigated State. While such a commission would be far less effective than one established with state cooperation, it at least could make some progress in identifying corruption and obtaining evidence, and could establish a path to political accountability for corruption with the support of civil society⁵², other international organisations and third-party states. This is exemplified by the *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act*, which allows the US executive branch to impose targeted sanctions on foreign government officials who commit serious corruption offences.⁵³ In another example, an NGO in Delhi pushed for an investigation into the prosecution of the heads of some distribution centres by organising public hearings to report on discrepancies

⁴⁹ Laura Zamudio-González, *International Intervention Instruments against Corruption in Central America* (Palgrave Pivot Cham, 1st ed., 2020) 122.

⁵⁰ Wash Office on Latin America, *La CICIG: Un Instrumento Innovador Contra Redes Criminales Y Para El Fortalecimiento Del Estado de Derecho* (2015) 16.

⁵¹ González (n1).

⁵² Marcia Grimes, 'The Contingencies of Societal Accountability: Examining the Link between Civil Society and Good Government' (2013) 48(4) *Studies in Comparative International Development* 380, 381.

⁵³ *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act*, 22 USC (2016).

between the planned and actual distribution of local foodstuffs.⁵⁴ ACC investigative procedures would reinforce multilateral accountability as an effective complement to the existing approaches of investigating and punishing corrupt officials by official and private institutions.⁵⁵

There are three scenarios for setting up the commissions of inquiry by the ACC, depending on the different attitudes of the investigated State. Firstly, if confronted with countries with hard-line opposition, a commission similar to that of Syria could be set up. It would certainly not be a strong commission, nor could it serve merely as "a repository of evidence", but at least it would be "a central mechanism for corruption issues in the country in question".⁵⁶ Moreover, the commission can be exempt from the Security Council's veto and could investigate the P5 members themselves;⁵⁷ Certainly, most countries may still want to demonstrate their anti-corruption bona fides but are reluctant to allow international investigators to have too much power within their sovereignty, such as fully independent investigations and the imposition of coercive measures. These countries, at least, are not completely controlled by kleptocratic leaders, and there are still a number of officials willing to implement anti-corruption reforms to improve the administrative and economic situation of the country and, in doing so, show goodwill to the international community. Thus, the mission model in these countries and its powers and limitations, such as the CICIG and MACCIH, will depend on specific negotiations. The outcome will be a compromise between the two sides, flexible and potentially characterised based on national circumstances; And finally, States willing to cooperate fully with the ACC in designing the mission may voluntarily choose to accept investigations to examine and address internal corruption. Thus, the ACC can cooperate with countries regardless of their willingness to address corruption in their own countries.

V.CONCLUSION

It is widely acknowledged that corruption has evolved into a significant global challenge, while the current international anti-corruption framework is deemed inadequate to address the situation. Against this backdrop, high expectations have been placed on the IACC. The IACC, modelled on the ICC, aims to investigate global corruption and hold specific perpetrators accountable through litigation. While this aim

⁵⁴ Suchi Pande, 'The Right to Information and Societal Accountability: The Case of the Delhi PDS Campaign' (2007) 38(6) *IDS Bulletin* 47.

⁵⁵ Benjamin Dearden, 'From an International Anti-Corruption Court to Anti-Corruption Commissions: How the Global Push for Corruption Accountability Can Learn from the Atrocity Prevention/Accountability Movement' (2022) 29(1) *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 97.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Jennifer Trahan, 'Why the Veto Power Is Not Unlimited: A Response to Critiques Of, and Questions About, Existing Legal Limits to the Veto Power in the Face of Atrocity Crimes' (2022) 54(1) *Case Western Reserve Journal of International Law* 127.

is commendable, it is not without alternatives. After evaluating political feasibility, practical obstacles, and judgment consistency within the ICC framework, this essay concludes that these flaws remain insurmountable in the context of anti-corruption and may even worsen.

The proposal of this essay is to establish a more flexible anti-corruption commission modelled after the United Nations Human Rights Council, tasked with conducting fact-finding missions to corrupt countries. This commission would be an independent, unified, and professional international anti-corruption body with a deterrent effect no less potent than the IACC. Importantly, this proposal offers two crucial advantages over the IACC. Firstly, the flexible commission mechanism is expected to garner support from political leaders, thereby reducing obstacles to its establishment and operation. Secondly, the ACC would be empowered to conduct investigations and establish a new path to accountability for corruption without requiring consent from the state. In conclusion, the IACC is not the sole solution to tackling global corruption and may not even be an effective one. The exploration of more effective and flexible alternative mechanisms like the ACC, along with a thorough assessment of their value, should be the focal points of global anti-corruption efforts at this stage.

国际反腐败法院的结构性缺陷与替代方案：

基于国际刑事法院的模式

宋潘文

摘要：时值今日，腐败仍旧是一个全球性问题。为此，国际社会采取了诸多措施，如《联合国反腐败公约》（UNCAC）、《非洲联盟预防和惩治腐败公约》（AUCPCC）以及反腐败双边和多边援助。其中，一项呼声很高的措施是仿照国际刑事法院（ICC）建立国际反腐败法院（IACC）。按照国际刑事法院的模式，拟议的国际反腐败法院将作为一个拥有治外法权的国际司法主体，用以调查政治体内部或之间的腐败犯罪。这些罪行将根据《联合国反腐败公约》的相关规则进行界定。然而，核心问题是，国际刑事法院的模式是否足够有效而值得作为国际腐败治理的典范加以效仿。国际刑事法院模式在二十多年的实践中暴露出许多结构性缺陷，本文认为，这些缺陷不会在具有高度相似性的国际反腐败法院中消失；相反，这些缺陷在腐败命题中将更加突出。因此，应当建立一个更加灵活的问责机制以应对全球腐败的复杂性。

关键词：国际司法，国际反腐败法庭，国际刑事法庭

论危害人类罪及其构成要件的历史流变

周志龙*

摘要：危害人类罪是国际刑事法院四大核心管辖罪行之一，联合国国际法委员会于2019年向联合国大会提交《防止及惩治危害人类罪条款草案》，并提出工作建议，但条款草案本身仍存在诸多争议，各方迄今未就是否制订相关公约达成共识。历史上有众多调整或涉及危害人类罪的法律文本及庭审案例，通过对相关材料仔细研判的历史研究方法，能够发现危害人类罪的定义及构成要件在各个历史阶段均有显著区别，直至当前也未形成国际共识和一般实践，仍有待国家实践和国际司法机构审判实践的进一步发展。

关键词：危害人类罪 《防止及惩治危害人类罪条款草案》 “政策”要件 “广泛或系统”要件 心理要件

2023年10月，联合国大会负责法律事务的第六委员会启动了《防止及惩治危害人类罪条款草案》的讨论，这使得危害人类罪成为近年来国际法编纂的热点话题之一。客观地说，危害人类罪自《纽伦堡国际军事法庭宪章》（以下简称《纽伦堡宪章》）正式确立以来就其定义和构成要件始终存在争议，且时至今日国际社会仍然未达成普遍共识。更重要的是，由于《国际刑事法院罗马规约》（以下简称《罗马规约》）等晚近涉及危害人类罪的相关国际条约并未被国际社会所普遍接受认可，许多主权国家对危害人类罪的具体条款及其适用如危害人类罪是否可以发生在平时、是否必须是在明知广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击的情况下实施，以及种族隔离、强迫失踪等特定行为是否可纳入危害人类罪等议题上都尚未形成共识，乃至制定危害人类罪公约的可行性尚有国家持有保留意见。有鉴于此，本文梳理了自危害人类罪成立以来关于其定义、要件和其他有争议的议题的历史发展脉络，分析其构成要件的流变，指出现有的《防止及惩治危害人类罪条款草案》中部分条款存在的争议。此外，限于篇幅，本文将重点讨论最为核心或最具争议的问题和构成要件，即危害人类罪的定义、“政策”要件、行为要件、心理要件等。通过对上述议题的历史研究能够发现，危害人类罪的定义及构成要件在各个历史阶段均有显著区别，直至当前也未形成国际共识和一般实践，仍有待国家实践和国际司法机构审判实践的进一步发展。

*周志龙，上海政法学院国际法学院硕士研究生。

一、危害人类罪的定义及背景要件的历史流变

危害人类罪（Crimes against humanity），是目前国际刑事法院规定的国际刑法体系中的最严厉的罪行之一，其与种族灭绝罪、战争罪和侵略罪一起被国际刑事法院列为由国际刑事法院管辖的四大核心国际罪行。危害人类罪在我国学术界也被翻译为反人道罪、反人类罪等。

从历史的角度看，曾有八个国际条约和四份国际文书对危害人类罪做出了定义，包括：1945 年《国际军事法庭宪章》（即《纽伦堡法庭宪章》）、1946 年《远东国际军事法庭宪章》、1946 年《盟国对德国军事管制委员会的第 10 号法令》（以下简称《第 10 号法令》）、1950 年国际法委员会“《纽伦堡法庭宪章》及法庭判决承认的国际法原则宣言”、1954 年国际法委员会“危害人类和平与安全治罪法草案”、1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》、1993 年《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》（以下简称《前南规约》）、1994 年《卢旺达国际刑事法庭规约》（以下简称《卢刑规约》）、1996 年国际法委员会“危害人类和平与安全治罪法草案”、1998 年《罗马规约》、2001 年《柬埔寨法院特别法庭法》、2002 年《塞拉利昂特别法院规约》。比较而言，上述国际法文件中危害人类罪的定义仍存在很大差异，而晚近《防止及惩治危害人类罪条款草案》中的定义各国也有明显分歧，因此本章试列举有代表性国际条约中危害人类罪的定义加以比较述评。

（一）二战后审判首次确立危害人类罪

危害人类罪系在纽伦堡审判中被首次确立。具体来说，《纽伦堡宪章》中危害人类罪被规定在第 6 条(c)项：“在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施系随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关者。”而在东京审判中，危害人类罪的构成要件大部分与纽伦堡审判相同，区别有二。一是东京审判并未将“宗教信仰”作为危害人类罪下的“迫害罪”的构成要求。¹这是因为当时日本的军国主义思想不同于德国，基于宗教信仰不同而迫害本国或他国平民的现象并不突出，所以在东京审判时并未对这一要件作出要求。二是《东京宪章》着重强调了罪犯刑事责任承担，特别是上级责任、未遂或未完成犯罪以及犯罪的责任形式。²

《纽伦堡宪章》要求将武装冲突背景作为其构成要件之一。其原因为，此时的危害人类罪虽然已经独立成罪，但仍被人们普遍认为其被涵盖在战争罪中。且纽伦堡法庭在宣布判决时表示，德国所实施的罪行是不容置疑的，但没有明确的证据证明德国在 1939 年之前实施的罪行是与战争或类似活动相关，因此不能笼统的推定德国的所有罪行（1939 年之前的罪行）就是本庭所规定的危害人类罪。

¹ 梅汝璈：《远东国际军事法庭》，法律出版社 1988 年版，第 276-277 页。

² 马呈元：《德国和日本对待历史态度不同的原因——从纽伦堡审判和东京审判的区别说起》，载《中国共产党干部论坛》2015 年第 9 期，第 35 页。

可知，纽伦堡法庭主要目的是惩罚德国发动侵略战争的行为，而不是对受到侵犯的人权的保护。³1945年12月，同盟国管制委员会以《纽伦堡宪章》作为模版，颁布了《第10号法案》。相较于之前的《纽伦堡宪章》，《第10号法案》在危害人类罪内容上新增了酷刑、强奸、监禁三种新的犯罪行为模式，且在危害人类罪的定义上做出了一些调整，最为显著的便是取消了危害人类罪与武装冲突的联系。具体而言，其定义为：“暴行和罪行，包括但不限于针对任何平民人口实施的谋杀、灭绝、奴役、驱逐、监禁、酷刑、强奸或其他不人道行为，或基于政治、种族或宗教理由的迫害，不论是否违反犯罪地国的国内法。”⁴《第10号法案》取消“战争或武装冲突”背景要件的直接原因是想要惩治在纳粹德国发动战争前期屠杀犹太人的侵犯人权行为。

（二）卢旺达刑庭对危害人类罪的“去战争化”

《前南规约》第5条对危害人类罪的具体定义为：“国际刑事法庭有权起诉在国际国内的武装冲突中，针对任何平民实施的下列罪行负有责任的个人：谋杀，灭绝，奴役；因政治、种族和宗教理由的迫害；其他不人道行为。”《前南规约》第5条的措辞虽然保留了危害人类罪与武装冲突背景要件的关联，但上诉分庭认为《前南规约》中的这种联系只是限定前南刑庭的属事管辖，并非习惯国际法的编纂。⁵而且该措辞确实可能会被误解为依据习惯国际法要求危害人类罪与武装冲突发生联系，前南刑庭上诉分庭因此后来做出澄清，指出保留此类联系“缺乏逻辑或法律依据”，并且自纽伦堡审判以来，国际实践已不再坚持这种联系。⁶此外，《前南规约》在历史上第一次把大规模有组织、有计划的强奸行为明确的列为一种反人道罪行，⁷这补足了在东京审判时检察方由于罪刑法定等原因没有将一部分南京大屠杀日本战犯以危害人类罪起诉，而是以杀人罪起诉的不足。南京大屠杀主要犯罪责任人没有被判处以杀害平民的危害人类罪，而是以虐待俘虏罪定罪，这直接改变了南京大屠杀的定性，从而使得“慰安妇”等罪行变成历史遗留问题。⁸

而《卢刑规约》关于危害人类罪的定义为：“卢旺达国际法庭应有权对出于民族、政治、人种、种族或宗教原因，在广泛的或有计划的攻击平民人口中对下列罪行负有责任的人予以起诉：(1)谋杀；(2)灭绝；(3)奴役；(4)驱逐出境；(5)监禁；(6)酷刑；(7)强奸；(8)基于政治、种族、宗教原因而进行迫害；(9)其他不人

³ P. A. 施泰尼格尔：《纽伦堡审判》，商务印书馆1985年版，第223-224页。

⁴ 王新：《危害人类罪在国际刑法中的确认和构成要件》，载《河北法学》2011年第4期，第17页。

⁵ *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 33.

⁶ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 140.

⁷ 吴文戈：《反人道罪构成要件演变的历史原因》，复旦大学2010年硕士学位论文，第19页。

⁸ 张楠：《论东京审判中的危害人类罪——与纽伦堡审判对比的视角》，载《法治社会》2018年第4期，第118页。

道行为。”⁹《卢刑规约》中首次出现危害人类罪需“广泛或系统”攻击平民等描述字样，并且相较于以前的其他规约，其强调了犯罪者主观犯罪出发点的“歧视意图”，这与在发生在卢旺达中惨绝人寰的歧视性种族灭绝大屠杀相呼应，表明了国际法庭惩治卢旺达大屠杀实行犯与幕后黑手的直接目的。其次，《卢刑规约》中不再保留“在国际、国内的武装冲突中”等背景要件，表明《卢刑规约》不只调整发生在武装冲突中的违反国际人道法的行为，在和平时期的反人类罪行为也受规约调整。这是自危害人类罪确立起来的又一重大发展，意味着危害人类罪中的武装冲突因素被剥离，危害人类罪与战争罪的“从属”关系消除，彻底独立。

（三）国际刑事法院对危害人类罪定义的总结

《罗马规约》第7条第1款关于危害人类罪的具体定义如下：“指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：(1) 谋杀；(2) 灭绝；(3) 奴役；(4) 驱逐出境或强行迁移人口；(5) 监禁或以其他方式剥夺人身自由；(6) 酷刑；(7) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；(8) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别，或根据公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的团体或集体进行迫害；(9) 强迫人员失踪；(10) 种族隔离罪；(11) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。”¹⁰

《罗马规约》在危害人类罪的内涵和外延上都有新的进步与发展。首先是在定义中确定了“广泛或系统”的攻击标准，继承了自《纽伦堡宪章》以来危害人类罪的发展方向，把危害人类罪从武装冲突中剥离开来，同时也拓宽了危害人类罪的行为种类，具有时代的前瞻性。之前的各项规约关于危害人类罪的定义大多具有“对症下药”的特色，个案的特殊情况令危害人类罪定义大多各不相同，这难免使得危害人类罪的定义具有含糊不清和难以确定的缺陷，而《罗马规约》较之前的各项规约定义相比更加完备。

就背景要件而言，从《纽伦堡宪章》到《卢刑规约》，“武装冲突”是否作为危害人类罪的构成要件具有强烈的“因地制宜”特征。而《罗马规约》作为对上述条约的归纳总结者，在涉及是否保留该要件时，引起了广泛关注的争论。保留方的代表认为，危害人类罪总是涉及战争或武装冲突情形，尽管卢旺达国际刑事特设法庭没有将“战争或武装冲突”纳入规约，但其是以国际特别程序处理的，习惯国际法并未因此而改变，应当将本要件进行保留。而另一方代表认为，在《第10号法案》和《卢刑规约》中并未涉及“武装冲突”，并且如果在危害人类罪中加入这

⁹ 王新：《危害人类罪在国际刑法中的确认和构成要件》，载《河北法学》2011年第4期，第18页。

¹⁰ See UN Doc. A/CONF.183/9. p. 6.

一要件，那么危害人类罪将会在很大程度上与战争罪重合，危害人类罪将失去存在的必要。¹¹最终《罗马规约》并未保留这一要件。

（四）争议中前进的《防止及惩治危害人类罪条款草案》

2013 年联合国国际法委员会第六十五届会议上通过了关于危害人类罪专题的提案，委员会认为危害人类罪的普遍程度和严重程度可能不亚于灭绝种族罪或战争罪，但却没有专门防止、惩处危害人类罪和促进这方面的国家间合作的全球公约，特此启动了危害人类罪公约的起草工作。2019 年联合国国际法委员会的第七十一届会议上正式通过了《防止及惩治危害人类罪条款草案》，并建议由联大或一次国际全权代表会议在条款草案基础上拟定一项公约。2022 年 12 月 30 日，联大通过第 77/249 号决议，邀请各国就条款草案及国际法委员会有关建议提交书面评论和意见。

《防止及惩治危害人类罪条款草案》的第 2 条明确了危害人类罪的定义：为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：(a) 谋杀；(b) 灭绝；(c) 奴役；(d) 驱逐出境或强行迁移人口；(e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；(f) 酷刑；(g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第 3 款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族罪行或战争罪行有关；(i) 强迫人员失踪；(j) 种族隔离罪；(k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。¹²

该定义的内容近乎完全照搬了《罗马规约》第 7 条第 1 款关于危害人类罪的具体定义，两者仅在如何理解“性别”及个别表述上存在微弱区别。但该定义并未得到各国的广泛认可，相反出现了非常多的不同观点。例如丹麦（代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）认为《罗马规约》是 20 年前通过的，如果原封不动地保留该定义，条款草案就没有考虑到国际刑事法院和其他法庭不断发展的判例和国际实践；对于后文将详细评述的“政策”要件，塞拉利昂等国就指出习惯国际法中并没有对国家或组织政策做出要求；英国等国提出，草案中“强迫失踪”的定义与很多国家已然批准的《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》中的定义略有不同；乌拉圭指出对于(h)项的“迫害”行为而言，条款草案中采用的措辞与习惯国际法不一致等等。¹³《中华人民共和国政府关于国际法委员会“防止及惩治

¹¹ 高铭暄、王俊平：《论〈罗马规约〉规定的危害人类罪的前提要件》，载《南开学报》（哲学社会科学版）2007 年第 1 期，第 131 页。

¹² See UN Doc. A/74/10, p. 27.

¹³ See UN Doc. A/CN.4/726, pp. 16-21.

危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见》中指出,《条款草案》第2条对危害人类罪所作定义几乎照搬《罗马规约》第7条,但后者并未反映现行习惯国际法。在《罗马规约》谈判中,各国对于危害人类罪的定义问题始终存在分歧。至今,世界上超过三分之一的国家不是《罗马规约》缔约国,《罗马规约》对危害人类罪的定义也未得到普遍接受。

综合来看,在各种严重犯罪中,危害人类罪的定义尤其多样且不一致。可以说,危害人类罪在“二战”前的定义,大多散布在各个条约、宣言之间,或存在于将该罪纳入国内法的某些国家的法律条文中,各国版本不一,且危害人类罪的定义与国际性武装冲突密切挂钩,经过“二战”和“冷战”等历史时期,直至上世纪90年代的《卢刑规约》,危害人类罪中的武装冲突因素才被剥离。此外,现有11份国际条约和国际文书有很大差异,包括这种犯罪是否必须是在“明知这一攻击的情况下”实施以及种族隔离、强迫失踪等特定行为是否可纳入危害人类罪等。¹⁴

《防止及惩治危害人类罪条款草案》中的危害人类罪定义远未达致习惯国际法识别要件中的一般实践和法律确信,仍需开展全面、充分探究和讨论。

二、危害人类罪的行为要件及其与政策要件的关系

(一)“广泛或系统的攻击”要件的定义及其争议

危害人类罪与国际刑事法院调整的其他国际罪行最显著的不同就是其发生模式,在国内国际法学界通常将“广泛或系统的攻击”归类为危害人类罪的行为要件。¹⁵《卢刑规约》首次提出“广泛或系统的攻击”要件,而后的《危害人类和平与安全治罪法案》《罗马规约》《防止及惩治危害人类罪条款草案》沿用了这一要件。“广泛”指的是受到危害人类罪施行者攻击的平民人口数量,国际刑事法院的《犯罪要件》中将“广泛”定义为针对数量众多的平民进行大规模的,频繁的攻击行为。¹⁶需要指出的是,虽然历史上大多数的危害人类罪案件的具体案情是针对平民的攻击普遍发生在某个国家或地区,能够划分出大致的攻击区域。但危害人类罪的定义对攻击的地理条件没有限制,也意味着即使攻击人口较少的地区,只要攻击的次数足够,受害者的数量达到一定条件,也能构成危害人类罪。¹⁷但该要件的问题也很明显,既然危害人类罪是国际刑法中的严重罪行,那么应当明晰其入罪标准,那构成要件中“广泛”的攻击能否用量化的标准计量?遗憾的是国际法委员会至今未就“广泛”给出量化的定义。

以卢旺达刑庭的阿卡耶苏案(Akayesu case)为例,审判庭引用1996年《治罪草案》中的评注,认为“广泛”可以定义为“大规模、频繁的行动,以相当严重的

¹⁴ 参见《中华人民共和国政府关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见》。

¹⁵ 王新:《危害人类罪在国际刑法中的确认和构成要件》,载《河北法学》2011年第4期,第19页。

¹⁶ UN Doc. PCNICC/2000/1/ADD.2 (2000).

¹⁷ 王新:《危害人类罪在国际刑法中的确认和构成要件》,载《河北法学》2011年第4期,第21页。

程度集体实施,针对多种受害者。”¹⁸同样,其审判的卡依希马案(Kayishema case)将“广泛”理解为“针对众多受害者”的攻击。¹⁹纵观各个国际法庭的具体判例,均未给予“广泛”攻击构成要件的量化标准。有国外学者认为,对“广泛”进行量化是“无助”的,因为“广泛”代表着受害者的人数,其目的是将孤立和任意的行为排除在危害人类罪的范畴之外,而并非对受害者的数量进行精确描述。²⁰但我国有学者认为,固然从危害人类罪定义英文原文中“widespread”的字面意思去理解,其内涵可被简单地理解为“大范围、大规模”即可,然而根据《罗马规约》第22条的规定,犯罪定义应当严格限制,不应当进行其含义解释上的类推或者延伸。《罗马规约》与《防止及惩治危害人类罪条款草案》规定的未进行量化定义的“广泛”要件违反了第22条规定的精神,更有可能混淆国内与国际罪行,导致国际刑事法院管辖权的滥用,最终导致国际社会国家间的不稳定因素。²¹

“系统”则描述的是危害人类罪的攻击方式,具体指对平民有计划有组织的攻击模式。同样地,“系统”要件的正式定义至今并未明晰。前南刑庭将“系统”定义为“暴力行为是有组织的且不是随机发生的”。²²国际法委员会在《危害人类和平与安全治罪法案》中将“系统”评价为“有组织有系统地实施”。在阿卡耶苏案(Akayesu case)中,法庭将“系统”解释为“在涉及大量公共或私人资源的共同政策的基础上,完全组织起来并遵循一种常规模式。”²³而在卡依希马案(Kayishema case)中,其被解释为“根据预先制定的政策或计划实施的(攻击)”。²⁴需要强调的是,危害人类罪对“广泛”和“系统”的定义要求是择一,为选择而不是并列关系,该解读也体现在国际法委员会对1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》的评注中,委员会明确指出,若某一行为符合“广泛”或“系统”任一标准,即应构成危害人类罪。²⁵在审议1998年《罗马规约》时,印度、英国、法国等国家认为,“广泛”和“系统”这两个条件应当视为联合条件,只有二者同时满足方能确认某一行为构成危害人类罪,否则该标准的适用范围可能过于宽泛。²⁶原因是这些国家担心,若仅依据“广泛的”实施行为即可认定罪行存在,那么大量发生的、彼此无关的犯罪行为也可能被纳入危害人类罪的范畴,但最终的商讨结果还是“广泛”和“系统”择一即可,并保留到草案公约中。

(二) 政策要件的存废争议

¹⁸ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4, Judgement (TC), 2 September 1998, para. 580.

¹⁹ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*. ICTR-95-1-T, 2 September 1998, para. 123.

²⁰ Simon Chesterman, An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 321-322.

²¹ 高铭喧、王俊平:《论〈罗马规约〉规定的危害人类罪的前提要件》,载《南开学报》(哲学社会科学版)2007年第1期,第128页。

²² See UN Doc. A/74/10, p. 32.

²³ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4, Judgement (TC), 2 September 1998, para. 580.

²⁴ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*. ICTR-95-1-T, 2 September 1998, para. 123.

²⁵ See UN Doc. A/70/10, p. 30.

²⁶ See UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol. II), p. 148-156.

在前南刑庭的塔迪奇案（Tadić case）中，法庭第一次提出：个人孤立、随机的攻击不可能对平民造成如此大规模的伤亡，施行者在实施犯罪之前定然接受了来自于某些组织，或国家政府蓄意对平民攻击的系统指导。法官们将这种“系统性的指导”定义为“某种政策”，而这种“政策”不需要具备正式的形式，且从施行者们针对平民的攻击中推导出来。²⁷然而，“政策”这一要件在后续的具体审判过程中以及在卢旺达刑庭的审判实践中被淡化。例如，2002 年前南刑庭审理的库纳拉茨案（Kunarac case）中，上诉分庭就指出，习惯国际法中没有任何规定要求有任何政策要素，而是“有极其充分的”理由不强加这样的要求。但颇费踟蹰的是，后来的国际刑事法院处理的若干案件中又都涉及了“政策”这一因素，并且它指出“政策”这一要件与危害人类罪中“广泛或系统”的要件不同。²⁸

而从条约实践看，尽管前南刑庭的塔迪奇案（Tadić case）指出了“政策”要件的必要性，但《前南规约》第 5 条并没有对“政策”要件具体规定，原因是当时认为危害人类罪定义中“广泛或系统”的表述已然涵盖了政策因素的结果表现形式，即某种模式的进攻行为。但联合国国际法委员会在 1996 年的《危害人类和平及安全治罪法草案》这一国际文件中承认了“政策”这一要件的存在。将危害人类罪定义为：“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的任何下列行为。”具体原因是，联合国国际法委员会想要明确区分出于个人目的的“普通犯罪”和有组织有系统的“国际性”犯罪，缩小危害人类罪的定义范围，避免调整某些由个人主观意愿而犯下的随机而孤立的普通罪行，因为这违背了危害人类罪最初设立的目的，从而可以集中精力精准打击犯下国际罪行的罪犯。

在《罗马规约》前，其他规约或者是国际法律文件例如《纽伦堡宪章》《前南规约》和《卢刑规约》都未明确要求危害人类罪定义中具备“政策”这一因素，但在一些国际刑事法庭的判例如前南刑庭的塔迪奇案（Tadić case）中是要求“政策”这一要件的。²⁹后来的判例又逐渐淡化了政策要素，认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已足够。1994 年《卢刑规约》首次提出了“广泛或系统”要件，而后的《危害人类和平与安全治罪法案》《罗马规约》《防止及惩治危害人类罪条款草案》沿用了其要件。“政策”要件和“广泛或系统”要件在概念范畴上有一定的重合之处，但国际刑事法院在加丹加案（Katanga case）的判决中强调，“政策”要件与“广泛或系统地”两者意思并不相同。³⁰这使得“政策”要件和“广泛或系统”要件的关系问题变得尤为复杂。

²⁷ “危害人类罪之所以如此撼动人类的良知并要求国际社会予以干预，是因为它们不是个人孤立、随机的行为，而是蓄意试图针对某平民人口的结果。传统上，将这一条件理解为必定存在实施这些行为的某种形式的政策……然而，重要的是，这一政策不需要具有正式的形式，而是可以从有关行为的发生方式推导得出。” See UN Doc. A/70/10, p. 63.

²⁸ UN Doc. A/70/10, p. 64.

²⁹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-I-T, Opinion and Judgment, Trial Chamber, the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 7 May 1997, Judicial Reports 1997, para. 644.

³⁰ *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/04-01/07,

《罗马规约》在一定程度上受到了《危害人类和平及安全治罪法草案》的启发，在定义中保留了“政策”这一要件。然而在草案起草过程中，代表们在如何解释“政策”这一问题上产生了分歧。³¹一方代表认为，“广泛或系统”这样的解释可能导致将一些无关的犯罪行为纳入人类罪概念中。而另一组代表则认为“广泛或系统”攻击平民人口的要求，足以确保从危害人类罪中排除了出于个人动机而发动的随机和孤立的犯罪。³²最终在会议中双方达成了妥协，即在“广泛或系统”要求中增加“政策”要件。通过将这一要件纳入“针对任何平民人口的攻击”的定义中，使得这个定义不仅包括数量要件（多次犯罪行为的行为），还包括质量要件（政策要件）。在这两者的前提要求下，“政策”要件确保了在仅有广泛性存在的攻击行为类型中必须附加组织性，确保根据个人意愿犯下的犯罪行为不能被视为危害人类罪。最终，《罗马规约》中关于对平民的攻击具体描述为：“根据国家或组织攻击平民人口的政策。”并且，国际刑事法院在 2008 年于加丹加案（Katanga case）中认定，政策不需要明确的定义。政策的内容取决于客观攻击的性质，具体表现为有计划有组织的攻击行为。³³

（三）“政策”要件与“广泛或系统的攻击”要件的界分

自危害人类罪诞生以来，关于“政策”是否作为本罪构成要件在国际法学界的讨论从未停止过。虽然《罗马规约》规定了危害人类罪中包括“政策”要件，但并未明确定义“政策”的具体定义，造成了概念上的模糊性。此外，“政策”这一要件与危害人类罪定义中“广泛或系统”构成条件似乎较为类似，而国际刑事法院又在加丹加案（Katanga case）中强调：“政策”要件与“广泛或系统”两者意思并不相同，否则就会违背 1998 年《罗马规约》中“广泛”与“系统”两者的择一要求。

那么应该如何看待两者的关系呢？有学者认为，相较于“广泛”，“政策”和“系统”的关系更为密切，两者在一定程度上重合，互为表里。“系统”作为攻击的外在表现形式，体现出某种指示和计划的规制，而“政策”是现实中攻击能体现出某种规制的内在依据。³⁴还有学者认为，将“广泛”看作 A，“系统”看作 B，“政策”看作 C，“政策”是对“广泛或系统”两者起到补充作用，且“广泛”和“系统”在危害人类中是取其一，构成危害人类罪攻击的模式就有两种，一是 A+C，二是 B+C。单有“广泛”的数量和“系统”的组织性是不充分的，需要“政策”对前两者加以定义上的辅助，相互独立而不相同。³⁵

Judgment, Trial Chamber II, 7 March 2014, para. 1110.

³¹ Marjolein Cupido, The policy underlying crimes against humanity: practical reflections on a theoretical debate, *Criminal Law Forum*, Vol. 22, No. 3, 2011, p. 65.

³² Darryl Robinson, Defining “crimes against humanity” at the Rome conference, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, p. 47.

³³ 褚家玮：《论危害人类罪中的“政策”要件》，载《中山大学青年法律评论》2020 年第 5 卷，第 8 页。

³⁴ 杜启新：《国际刑法中的危害人类罪》，知识产权出版社 2008 年版，第 99 页。

³⁵ 褚家玮：《论危害人类罪中的“政策”要件》，载《中山大学青年法律评论》2020 年第 5 卷，第 14 页。

上述观点不约而同地将“广泛或系统的攻击”进行拆分并与“政策”相结合，即认为“广泛或系统的进攻”是进攻模式的两种不同表现，而“政策”仅作为补充要件，对攻击行为提供定义上的支持。然而，这种观点忽略了一个关键事实——政策并不仅仅是对攻击模式的附加说明，而是决定攻击模式本身的核心变量。不同类型的政策直接塑造攻击行为，使其呈现出“广泛”或“系统”的特征，从而影响危害人类罪的具体实现方式。当政策强调煽动性、纵容大规模暴力时，攻击往往表现为“广泛”的模式，即涉及大量受害者，范围遍布多个地区，例如卢旺达大屠杀中，政府利用电台宣传仇恨，促使平民自发参与杀戮，使得屠杀迅速扩散，呈现大范围、非高度组织化的特点。相反，当政策强调高度组织化和系统性的清洗行动时，进攻就表现为“系统”的模式，例如纳粹德国对犹太人的屠杀，其政策主导着集中营的建设、死亡列车的运输安排，以及对受害者的有组织灭绝。许多历史案例表明，政策既可以单独塑造“广泛”或“系统”的攻击模式，也可以同时促成二者的结合，如柬埔寨红色高棉政权的清洗行动，既涉及大规模处决（广泛），又通过劳动营、酷刑等手段实施系统性迫害（系统）。综上所述，虽然《罗马规约》定义中包括了政策这一因素，但当前国际法学界对“政策”要件存废之争还在继续，“政策”与“广泛或系统”的关系与其本身的定义，还需等待权威性的国际法律文件的解读或国际法庭的具体实践来决定。

三、危害人类罪心理要件的历史流变及争议

危害人类罪心理要件的争议焦点可主要归为两点，一是是否要求行为人知晓自己的行为是属于“广泛或系统的攻击”，二是是否基于歧视性意图出发对受害者施加不人道行为。相较于前者，后者在国际法学界的争议较大。因为歧视性意图是危害人类罪中较为复杂的心理构成要件，有些国际法律文件将其作为危害人类罪下子罪名（迫害罪）的心理要件，而有些条约将歧视性意图作为构成危害人类罪的一般性心理要件，下文将对两点心理要件作分别论述。

（一）前南刑庭和卢旺达刑庭中危害人类罪的心理要件

1. 行为人知晓自己的行为属于“广泛或系统的攻击”

《纽伦堡宪章》《东京宪章》在案文中没有明确要求具有心理要件。《前南规约》对《纽伦堡宣言》的危害人类罪规定进行了继承，同样未在条文中对罪犯的主观要件进行具体规定。在主观故意上，库纳拉茨案（*Kunarac case*）和卡依希马案（*Kayishema case*）中《前南规约》和《卢刑规约》达成了一个共识，即行为人需知晓自己的攻击是属于广泛或系统的攻击组成部分，³⁶在认定的细节上，国际刑事法院第一预审分庭在对洛朗·巴博案（*Laurent Gbagbo case*）中认定，“仅需确

³⁶ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Trial Judgment*, IT-96-23-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 22 February 2001, Judicial Reports 2001, para. 418.
Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Trial Judgement, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, para. 133.

证该人大体上知道攻击之事”，³⁷即不需要证明行为人知悉攻击的具体细节，行为人知情与否需从间接证据推导得出；在加丹加案（*Katanga case*）中，国际刑事法院第一预审分庭做出更详细的阐述：“对攻击知情与否，以及行为人是否意识到自己的行为是此种攻击的一部分，可从间接证据推导得出，例如，被告在军队等级中的位置；他在更广泛的犯罪活动中是否发挥重要作用；他是否出现在犯罪现场；他是否提到本人所属团体比敌对团体优越；以及发生有关行为的总体历史和政治环境等。”³⁸

再者，行为人参与攻击的个人动机并不直接影响其是否构成危害人类罪。具体而言，行为人并不需要与更广泛攻击的目标或目的完全一致。前南刑庭上诉分庭在库纳拉茨案（*Kunarac case*）中指出，虽然可以通过证据证明行为人是基于个人动机实施犯罪，但这种证据最多能表明行为人可能未意识到其行为是更广泛攻击的一部分。³⁹关键在于，行为人是否知晓自己的行为是攻击的一部分，或是否有意让其行为成为攻击的一部分。此外，若能证明所涉罪行直接利用了更广泛攻击所创造的局势，或其实施延长了该攻击的效果，也可以视为满足此条件。⁴⁰例如，在库纳拉茨案（*Kunarac case*）中，被告被控对穆斯林妇女和女童实施性暴力、酷刑及奴役行为。前南刑庭认定，被告符合“明知”，因为他们不仅了解对穆斯林平民的攻击，还“直接利用了该攻击所创造的局势”，并“有意识地延续了该基于族裔的侵略行为”。同样，前南刑庭也认定，行为人必须知道其行为是广泛或系统攻击的一部分，但行为人的动机不影响是否将其行为定性为危害人类罪。行为人不必了解攻击的所有细节，也不必认同犯罪的整体设想。⁴¹此外，《塞拉利昂问题特别法庭规约》和《柬埔寨特别法庭法》也对危害人类罪的心理要件有所涉及，但沿袭了《前南规约》和《卢刑规约》的规定。⁴²

2. 歧视性意图

在谈及《前南规约》和《卢刑规约》中规定的歧视性意图时，需对二战后的危害人类罪规定稍加梳理：《纽伦堡宪章》规定：“在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害……凡参与拟定或执行上述罪行之一的共同计划或密谋的领导人、组织者、发起者和同谋者，均应承担个人责任。”可见《纽伦堡宪章》将危害人类罪的行为要件划分为两大类，一类为“不人道行为”，包括谋杀、灭绝、奴役、放逐、其

³⁷ *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Trial Chamber I Decision, International Criminal Court, ICC-02/11-01/15-1, 11 March 2015, para. 214.

³⁸ *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment, Trial Chamber II, 7 March 2014, para. 402.

³⁹ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac*, Trial Judgment, IT-96-23-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 22 February 2001, Judicial Reports 2001, para. 418.

⁴⁰ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac*, Trial Judgment, IT-96-23-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 22 February 2001, Judicial Reports 2001, para. 592.

⁴¹ See UN Doc. A/70/10, p. 42.

⁴² See UN Doc. A/70/10, p. 29.

他不人道行为五个子罪名，另一类为基于政治、人种、宗教歧视意图的“迫害”。1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》的改动较大，其定义为：某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。可见，《危害人类和平及安全治罪法草案》将迫害罪归类到不人道行为当中，并且要求危害人类的所有行为要件都要基于某种歧视意图，并且将歧视意图的范围进行了扩大，增加了“社会”与“文化”理由，在实质上是将不人道行为和迫害罪进行了融合。

《前南规约》继承了《危害人类和平及安全治罪法草案》将迫害罪归入不人道行为中的做法，并在此基础之上增加了监禁、酷刑、强奸三种具体行为，但将歧视意图局限于迫害罪中，并删去了《危害人类和平及安全治罪法草案》增加的“社会”与“文化”理由。虽然《前南规约》将歧视意图局限于迫害罪中，但前南斯拉夫国际刑事法庭在塔迪奇案（Tadić case）中，对《前南规约》第五条中的“基于政治、种族、宗教原因而进行迫害”的主观意图做了进一步的讨论：（广泛或系统性的）攻击行为是否必须基于种族、宗教、民族或政治等理由，从而要求所有反人类罪行都具备歧视性意图，即不仅仅是迫害行为要求具备歧视意图，还有后面兜底的“其他不人道行为”，该问题的法律意见不一，许多评论认为歧视性意图是危害人类罪概念所固有的，⁴³因此无论是“其他非人道行为”，还是“迫害”行为，都要求具备歧视性意图，因为这些行为是针对个体实施的，且个体之所以成为目标，正是因为其属于某一特定群体，而该群体因某些原因被加害者所针对。⁴⁴由此可知，法庭在塔迪奇案（Tadić case）审判中还是认为，危害人类罪的加害行为必须基于歧视性意图。

《卢刑规约》是首个明文规定危害人类罪必须具备歧视意图的国际规约，其第三条规定：“卢旺达问题国际法庭应有权对出于民族、政治、人种、种族或宗教原因，在广泛的或有计划的攻击平民中对下列罪行负有责任的人予以起诉”，可见，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》明确规定了只有具备歧视性意图此罪方能成立。⁴⁵此处所指的“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因”理论上可被视为对行为人的歧视意图的法律概括。这意味着，构成危害人类罪的行为不仅仅是基于行为的结果，还要考虑行为人的动机，特别是其对特定群体的敌对态度或排斥情感。《卢刑规约》关于歧视性依据的规定超出了自《纽伦堡宪章》以来形成的习惯国际法，使用的“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因”等措辞引发了两个需要澄清的问题：

⁴³ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-I-T, Opinion and Judgment, Trial Chamber, the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 7 May 1997, Judicial Reports 1997. para. 650.

⁴⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-I-T, Opinion and Judgment, Trial Chamber, the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 7 May 1997, Judicial Reports 1997. para. 652.

⁴⁵ See UN Doc. A/70/10, p. 28.

首先，是否应当将“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因”的要求，适用于整个攻击行为，即广泛或系统性地对特定群体进行的攻击，还是仅需证明被控行为人的施害行为本身具有歧视性？其次，在认定行为人的行为是否构成危害人类罪时，是否必须证明施害者存在针对某个特定群体的歧视性行为，还是仅仅根据行为的结果就可以定罪。在卡依希马案（*Kayishema case*）中，第二审判庭做出以下解释：检方认为，关键在于施害者的意图是否是针对某个群体进行歧视，而非受害者是否实际上属于该目标群体。在这一点上，法庭需要处理两个问题。首先，在一种情形中，施害者的意图是消灭图西族，并为了实现这一目的而杀害了一名保护图西族的比利时神父，审判庭认为这种行为显然是基于对图西族群体的歧视。第二种相关情形是，施害者基于认为某些人属于某个群体的理由进行攻击，但实际上这些人并不属于该群体。例如，施害者认为一群图西族人是卢旺达爱国阵线的支持者，因此认为该群图西族是同伙所以杀了他们。在这种情况下，审判庭认为，检方必须证明施害者的信念是客观合理的，即基于真实的事实，而不是单纯的推测或歪曲的推理。⁴⁶显然，第二审判分庭认为，在证明被告实施被禁止行为时，必须确立其具有某种形式的歧视意图，虽然这些意见仅具有说明性意义，并未意图详尽阐述歧视要素的具体要求，但确实强调了两个关键要素：首先，所要求的歧视性要素应当基于团体划分，而非受害者是否实际属于某一特定团体。其次，具有广泛性或系统性的针对平民的攻击，亦可包含基于错误认知的歧视性要素，例如误认为某一特定图西族平民团体支持卢旺达爱国阵线。因此，在此类攻击的情境中，无需进一步考察被告是否具有针对特定群体的歧视意图。

47

（二）《罗马规约》中危害人类罪的心理要件及争议

1. 主观故意的界定

《罗马规约》第7条规定：“危害人类罪是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为。”在《犯罪要件》中每种具体犯罪行为的最后一项要件为：“行为人知道或有意使该行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分”，且后文注明“最后一项要件不应被解释为必须证明行为人知道攻击的所有特性，或国家或组织的计划或政策的详情。如果广泛或有系统地针对平民人口进行攻击为新出现的情况，最后一项要件的故意要素是指，行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件。”⁴⁸由以上可知，《罗马规约》要求只有在罪犯知晓自己的行为是属于“广泛或有系统地”的攻击背景下，才能构成危害人类罪，继承了《前南

⁴⁶ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*. ICTR-95-1-T, 2 September 1998, paras. 131-132.

⁴⁷ Simon Chesterman, *Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity*, *Duke J. Comp. & Int'l. L.*, Vol. 10, 1999, pp. 324-326.

⁴⁸ See UN Doc. ICC-ASP/1/3, p. 5.

规约》与《卢刑规约》有关主观故意的观点。但有国内学者认为,《罗马规约》第7条对心理要件的规定并不完整,虽交代了心理要件与攻击行为的联系性,但对行为人的自由意志只字未提,应当综合《罗马规约》中的“心理要件”条款去理解。⁴⁹《罗马规约》第30条规定:(一)除另有规定外,只有当某人在故意和明知的情況下实施犯罪的物质要件,该人才对本法院管辖权内的犯罪负刑事责任,并受到处罚。(二)为了本条的目的,有下列情形之一的,即可以认定某人具有故意:1.就行为而言,该人有意从事该行为;2.就结果而言,该人有意造成该结果,或者意识到事态的一般发展会产生该结果。(三)为了本条的目的,“明知”是指意识到存在某种情况,或者事态的一般发展会产生某种结果。

《罗马规约》第30条的明文规定似乎足以结束长期以来两个国际刑事法庭对危害人类罪心理要件的主观故意定性,但事实并非如此。国外学界对于《罗马规约》第30条中“故意”的确切含义存在分歧,一些学者认为,第30条涵盖了三种形式的故意,即一级直接故意、二级直接故意(*dolus directus of the first and second degree*)以及间接故意(*dolus eventualis*),另一些学者则认为,第30条的字面含义仅限于一级直接故意和二级直接故意。⁵⁰所谓一级故意,指最为明确的故意,即行为人完全意识到自己的行为会导致某种犯罪结果,并且完全希望或目的明确地实施该行为。二级直接中行为人可能并不是为了某个具体的犯罪结果而采取行为,但其知道自己的行为几乎必然会导致该结果,且对这种结果持接受态度。目前,国际刑事法院关于《罗马规约》第30条中“故意和明知”含义的唯一参考,来自于2007年1月预审庭在托马斯·卢班加(Thomas Lubanga)中作出的裁决。在该裁决中预审庭明确指出,《罗马规约》第30条对“故意”和“明知”的累积性要求被告方存在一种意志性要素,而这一意志性要素包括三种形式的故意,即一级直接故意、二级直接故意以及间接故意。⁵¹

2.歧视性意图的诠释

在歧视意图方面,《罗马规约》又改变了《卢刑规约》的做法,将歧视性意图限定在迫害罪中,其迫害罪的规定为:“基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别,或根据公认为国际法不容的其他理由,对任何可以识别的团体或集体进行迫害,而且与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生。”与《前南规约》仅列举了三种歧视理由(政治、种族、宗教)不同,在《罗马规约》中,迫害罪的歧视性理由规定非常广泛,还增加了民族、族裔、文化、性别等多个理由,这样一来,迫害罪的歧视理由几乎没

⁴⁹ 杜启新:《危害人类罪的主观要件》,载《法学杂志》2007年第4期,第137页。

⁵⁰ Mohamed Elewa Badar, The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary from a comparative criminal law perspective, *Criminal Law Forum*, Vol. 19. No. 3, 2008, pp. 473-475.

⁵¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 351-352.

有任何限制。然而迫害罪的本质在于其歧视性，如果歧视的理由过于宽泛，迫害罪的独特性便会模糊。因此《罗马规约》中规定，迫害罪必须与其他行为或法院管辖下的犯罪一起发生才能成立。这一规定有两个重要影响：一方面，排除了单独对传统迫害罪（如因政治、种族或宗教原因实施的迫害）定罪的可能，实际上在国际立法上有一定的倒退；另一方面，它可能导致在同一案件中进行一罪数罚的情况。然而，在罗马规约第七编“刑罚”部分，并未明确规定如何处理一罪数罚的问题，国际刑事法院如何在审判中解决这一难题，还需通过实践进一步验证。

52

（三）危害人类罪公约草案中的心理要件及争议

《防止及惩治危害人类罪条款草案》保持了《罗马规约》的做法，要求行为人知晓自己的行为是属于“广泛或系统的攻击”，并将歧视性意图限定在迫害罪中。其对危害人类罪的定义为：“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施（攻击行为）。”可见，草案直接照搬了《罗马规约》中危害人类罪的定义内容，但并没有像《罗马规约》一样在明确危害人类罪的定义后，在后文对所列出罪行的心理要件做单独阐述。这导致的直接结果是，在危害人类罪草案制定过程中，各国政府、国际组织对危害人类罪心理要件达成了罕见的一致意见，即危害人类罪公约草案缺少对心理要件的进一步阐述。在《关于危害人类罪的第四次报告》文件中，瑞典（代表北欧国家）表示，应更详细地规定犯罪的心理要件，如《国际刑事法院罗马规约》第三部分所述。⁵³同样，联合国促进性别平等和增强妇女权能署在《各国政府、国际组织和其他实体的评论和意见》文件中指出，《罗马规约》第三部分对刑法的一般原则做出了规定，而国际法委员会的条款草案缺乏关于《规约》第三部分所管辖的某些问题的条款，条款草案没有与《罗马规约》第 30 条相对应的犯罪心理要件的条款，委员会条款草案第 3 条第 1 款关于犯罪的定义的引言部分要求行为人知道攻击行为的前提条件是是指只在涉及犯罪的“攻击”标准要件时才考虑心理要件，因此公约应该对心理要件做出更加详细的规定，并仅限于意图和了解。⁵⁴综上，由于国际法委员会在危害人类罪草案中对心理要件的规定内容较少，导致各国难以提出相关意见评述，草案还需对危害人类罪的心理要件做出进一步完善工作。

四、结论与展望

综上所述，危害人类罪的发展主要靠历史事件的推动，不同时期的危害人类罪的定义及犯罪构成要件各不相同，从确立起危害人类罪的《纽伦堡宪章》再到现今国际法委员会正在制定的《防止及惩治危害人类罪条款草案》，其都带有应

⁵² 杨力军：《〈国际刑事法院罗马规约〉浅析》，载《环球法律评论》2003 年第 2 期，第 224 页。

⁵³ See UN Doc. A/CN.4/725. p. 52.

⁵⁴ See UN Doc. A/CN.4/726. p. 49.

对当时国际上发生的人道主义灾难的独特色彩。危害人类罪的发展也并非单纯的“一脉相承”，而是散布在历史中的多个公约里各自慢慢演进，最后在公约草案中汇集并得以编纂。自二十世纪初有关危害人类罪的法律文本出现，再到《纽伦堡宪章》对危害人类罪的确立和其在《卢刑规约》《前南规约》的不断发展，最后在《罗马规约》和《防止及惩治危害人类罪条款草案》中逐渐完善定型。可以说，危害人类罪的发展历程记录着人类为维护自身尊严与国际正义所作出的种种反思与努力，凸显了人类对法治和人权的重视，该罪的发展记录着全人类共同的智慧结晶。

但是，现今的危害人类罪并非完美无缺，《罗马规约》并非系属被国际社会普遍接受并认同的国际公约，危害人类罪并未在国际法形成国际普遍适用的国际法义务，在其审判实践中不时受到国内司法主权的抵制，在具体适用领域也仍有部分国家抱有疑虑等。这需要联合国国际法委员会在具体制定危害人类罪草案时加强与各国之间的沟通协作，对各国立场的兼容性加以充分考虑。危害人类罪是一把“双刃剑”，合理审慎地使用可以有效惩治被国际社会公认且深恶痛绝的国际犯罪，维护全球的安全与稳定。但如果随意适用甚至滥用，则会形成反作用，加深各国之间的隔阂和加剧国际社会中各国间的矛盾和对抗，背离了当初《纽伦堡宪章》设立危害人类罪时保护人类尊严和推动国际正义的本意。

当然，争议的存在并不妨碍防止与惩治危害人类罪本身的价值和意义。自二战结束以来，人道主义灾难与罪行仍然不断在世界各地发生，危害人类罪的存续是在提醒人们，虽然和平与发展是当今世界的主旋律，但目前的国际社会仍然面临着重大挑战，需要国际社会加强合作，所有国家共同努力防止和惩治这些严重的国际罪行。通过国际社会的共同努力，这个世界才能有效应对危害人类罪。与此同时，也要意识到，如何预防危害人类罪的发生同样至关重要，需要世界各国通过国内教育、宣传和不同国家的国际合作来加强对人权的保护和促进。面对当今世界的挑战，每个国家都有责任采取行动以此来确保危害人类罪得到严肃对待并制止其再次发生。国际社会应该共同努力加强国际法律框架，共同提高对危害人类罪的认识和警惕，以构建人类命运共同体。

Abstract: Crimes against humanity are one of the four core crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court. In 2019, the United Nations International Law Commission submitted the Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity to the UN General Assembly and proposed recommendations for further work. However, the draft articles themselves remain highly controversial, and no consensus has been reached on whether to establish a

related convention. Historically, numerous legal texts and trial cases have addressed or dealt with crimes against humanity. A careful historical analysis of relevant materials reveals that the definition and constitutive elements of crimes against humanity have varied significantly across different historical periods. Even today, there is no international consensus or general practice regarding these crimes, and their legal framework remains subject to further development through state practice and the jurisprudence of international judicial bodies.

Keywords : Crimes Against Humanity; Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity; "Policy" Requirement; "Widespread or Systematic" Requirement; Mental Element

论“黄海勇案”中跨境追逃的经验与教训

谢霖

福州大学法学院 国际法学方向硕士研究生

联系电话：15080182166 邮箱：xielin2618@163.com

摘要：黄海勇案作为中国首次从拉美国家成功引渡外逃人员的典型案例，展现了跨境追逃中程序性与实体性障碍的复杂互动。本文以该案为研究对象，系统剖析了秘鲁国内司法审查、人身保护令及美洲人权法院诉讼等多重程序障碍，以及“死刑不引渡”与“酷刑不引渡”原则引发的实体争议。研究指出，中国通过外交承诺、组织专家证人出庭作证等策略，有效回应了国际社会对中国司法与人权保障的质疑，最终推动秘鲁最高法院及美洲人权法院支持引渡请求。案例经验表明，完善量刑承诺制度、建立反酷刑监督机制、强化国际人权法理应对能力，是提升跨境追逃效能的关键。同时，程序疏漏引发的诉讼拖延警示需健全跨国司法协作机制。

关键词：反腐败追逃追赃 黄海勇案 引渡 国际刑事司法协助

在百年未有之大变局背景下，腐败犯罪呈现出跨国化、隐蔽化、复杂化、智能化等特征，我国面临的跨境追逃追赃形势日趋复杂，加强国际追逃追赃法治合作已成为全球反腐败斗争的必然选择。¹

党的十八大以来，在以习近平同志为核心的党中央集中统一领导下，中央反腐败协调小组专门建立追逃追赃工作协调机制，连续十年组织开展“天网行动”，不断取得追逃追赃新成果，为反腐败斗争取得压倒性胜利并全面巩固提供了有力支撑。2016年7月17日，涉嫌偷逃税7亿元人民币、潜逃境外18年之久的重大走私案犯罪嫌疑人黄海勇从秘鲁被引渡回国，成为我国首次从遥远的拉美国家引渡回国的逃犯，也是我国自“天网行动”以来遵循和利用国际司法协助规则，成功地开展跨境追逃的又一典型案例。“黄海勇案”涉及引渡条约适用、人权保障争议、外交承诺运用等多重法律问题，既彰显了我国在国际刑事司法合作中的进步，也暴露出程序衔接不畅、证据标准差异等实践困境。通过剖析此案，可进一步厘清国际引渡合作中的障碍突破路径，为完善我国反腐败国际合作体系、提升跨境追逃效能提供理论支撑与实践参考。

¹ 参见赵永琛：《论国际反腐败法的概念和体系框架》，载《中国纪检监察研究》2024年第4期，第59页。

一、黄海勇案的基本情况

（一）案情概览：我国最复杂海外追逃案

黄海勇引渡案，因其程序复杂、耗时极久而被认为是最复杂引渡案。其追逃对象为百名“红通人员”之一黄海勇，时任深圳裕伟贸易实业有限公司法人代表。1996年，在时任武汉海关关长莫海峰的协助下，黄海勇及其同伙向武汉海关申领到毛豆油、羊毛条进料加工手册，并骗取设立武汉丰润油脂保税仓库有限公司。在1996年至1998年间，黄海勇通过名下多家公司以及关联企业，成功逃避了海关监管，进口保税毛豆油10.74万吨在境内销售牟利，涉嫌走私罪，涉案金额达12.15亿元，逃税金额7.17亿元。²

1998年8月，黄海勇因罪行败露，为逃避法律追究进而潜逃。2001年，中国向世界发布“百名红色通缉令人员”名单后，追逃追赃扩展至全球范围。经我国追逃工作组的努力以及国际间的通力合作发现了黄海勇的踪迹，多年以来藏身美国，却每年都会到往秘鲁。³我国与秘鲁长期以来保持着良好的外交关系以及引渡合作，中秘《引渡条约》第九条规定了紧急情形下的临时逮捕制度。⁴于是中国向国际刑警组织秘鲁中心局提出请求，一旦发现黄海勇入境，就依据红色通缉令将其拘捕。

2008年10月，在掌握黄海勇行踪之后，秘鲁警方于利马国际机场蹲守，在其入境时即刻逮捕。黄海勇不服引渡，重金聘请顶尖律师，逐级从秘鲁地方法院诉至区际法院，在经历10年的追捕之后，又经过了漫长的8年诉讼程序，追逃工作组成功于2016年7月17日将其带回国内。

（二）诉讼历程：多达二十次上诉

就秘鲁国内程序而言，黄海勇于2008年10月在秘鲁利马国际机场被捕，并被关押在卡亚俄过境监狱，在卡亚俄常设刑事法院进行初步审查后，⁵该案于2009年1月6日被提交给秘鲁最高法院。在秘鲁最高法院作出批准引渡的两项咨询决定后，黄海勇方面向秘鲁宪法法庭和美洲人权委员会提交了申诉，提出有关人权保障的问题。随后，秘鲁宪法法院于2011年5月作出反对引渡的决定，并请求行政部门立即停止引渡。⁶

就美洲区域程序而言，美洲人权法院于2013年裁定反对引渡，并将此案移

² 参见赵秉志，张磊：《黄海勇引渡案法理问题研究》，载《法律适用(司法案例)》2017年第4期，第34页。

³ 参见《红色通缉第二集<织网>》，载央视网，<https://news.cctv.com/2019/01/11/ARTICSVjvoMdnPRv3eRnDc1190111.shtml?mid=8XmPwH&vt=2>，2025年3月10日访问。

⁴ 《中华人民共和国与秘鲁共和国引渡条约》第九条：“紧急情况下，在提出引渡请求前，请求方可以请求临时羁押被请求引渡人。”

⁵ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June30, 2015), p.60.

⁶ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June30, 2015), pp.81-84.

交给美洲人权法院。此后，美洲人权法院多次应人权委员会要求采取临时措施，命令秘鲁政府暂停引渡。2015年6月，美洲人权法院就黄海勇案正式作出判决。法院认为，秘鲁将黄海勇引渡到中国不会违反美洲人权公约对生命权或人道待遇权的保护，并允许秘鲁政府尽快决定是否同意引渡请求。此后，黄海勇坚持用尽秘鲁国内救济措施，并多次向宪法法院和美洲人权法院上诉，要求采取临时措施，但都被驳回。最终，黄海勇被引渡回国，本案追逃工作大获成功。

引渡程序的八年间，黄海勇一共提出二十次上诉，其中诉至秘鲁最高法院两次，诉至秘鲁宪法法院两次，甚至诉至美洲人权法院三次，并且提出过十次人身保护令诉讼，引渡程序涉及了中秘双方超过二十个部门和机构。这对于中秘政府以及追逃对象黄海勇本身都是财力和人力的巨大损耗。

（三）研究意义：反腐败跨境追逃之典范

每一个引渡案件的开展，都是对我国法治发展程度和人权保障进程的综合检验，也将对今后跨境追逃合作的开展产生示范性影响。

黄海勇案可视为是中国在国际刑事合作规则之下，采用引渡合作措施首次从美洲国家成功引渡外逃罪犯的一个典型案例。现如今，中国在全球范围内大力追捕包括腐败犯罪分子在内的外逃人员，而黄海勇案的历程向我们表明，我国包括反腐败追逃追赃在内的跨境追逃工作仍存在现实困境，特别是在探索和有效利用国际刑事司法合作规则、积极利用引渡等合作措施进行跨境追逃、预防和克服追逃合作的障碍等方面存在问题。分析黄海勇案中的追逃障碍以及我国所做之应对，有助于我们及时总结办案经验，提高跨境追逃追赃合作的质量和效果。

此外，这也是美洲人权法院首次对逃犯进行引渡判决的案件。因国际法院的诉讼通常存在一定的共同特点，黄海勇案的经验和教训也可以作为中国今后参与其他国际法院诉讼的参考。

二、黄海勇案跨境追逃的主要障碍

引渡，是指一国把该国境内被他国追诉或判刑的犯罪分子，交付请求国依法处理的诉讼活动。⁷引渡作为国际刑事司法合作的重要方式之一，能够突破地域限制而行使对罪犯的刑事管辖权，因而被广泛应用于各国的跨境追逃工作。中秘双方外交关系良好，且已于2001年10月5日签署引渡条约。因此，黄海勇一案可以通过引渡合作进行追逃。并且，在对黄海勇启动引渡程序后，秘鲁政府也始终给予中国方面以大力支持。然而，黄海勇案的跨境追逃过程仍然历经波折。究其原因，主要为我国在跨境追逃过程中所遇到的一系列程序性障碍与实体性障碍。

⁷ 参见徐宏：《引渡制度中的若干问题》，载《法学评论》1987年第6版，第62页。

（一）程序性障碍

中秘两国已有生效的双边引渡条约在先，且素有良好的沟通对话基础。然而，黄海勇案的追逃工作耗时近 8 年才得以完成，其最直接原因便是本案所涉的境外诉讼程序极度复杂繁琐。

1. 引渡审查之诉

在中国向秘鲁方面提出引渡请求后，秘鲁政府即依法启动了审查程序。根据秘鲁宪法及其他相关法律规定，秘鲁对引渡请求的审查采取“双重审查制”，即司法机关和行政机关都行使引渡审查的权力，共同决定是否引渡。在秘鲁，引渡审查首先需经秘鲁政府引渡委员会作出初审决定，才能进入司法程序；在司法复核环节，案件由一审法院初审，再提交秘鲁最高法院复核；最后，若最高法院作出同意引渡的判决，则交由政府决定是否同意引渡，否则引渡不得进行。

就本案而言，对黄海勇的引渡请求经秘鲁政府同意后，被提交至秘鲁卡亚俄法院进行初审、秘鲁最高法院进行复核。最终，秘鲁最高法院于 2010 年 1 月 27 日的第二次判决中准许了我国所提出的引渡请求。

2. 人身保护令之诉

在秘鲁的法律体系中，还存在着“人身保护令之诉”这一特殊制度。所谓人身保护令（Hábeas Corpus），指的是法定权力主体对“羁押”进行审查后，并最终决定是否将“被羁押人”予以释放的命令，这个词来源于拉丁语 *habeas corpus*，意思是“拥有你的身体”。作为秘鲁宪法贯彻其人权保护职能的现实举措之一，“人身保护令”制度创设之目的在于保护个人自由和相关的宪法权利免受任何当局、官员或个人的任何威胁或侵犯。⁸

若黄海勇方面提出的人身保护请求得到法庭支持，则其将被释放，致使准许引渡的判决在事实上无法执行；又依秘鲁宪法程序法规定，人身保护令的申请可以在任何刑事法官面前提出，受理人身保护令之诉无需以具有管辖权为前提。据此，黄海勇方面多次以其“生命和人身完整性受到迫在眉睫的威胁”为由，多次向利马第 56、42、30 等刑事法庭申请人身保护令、要求释放。

2010 年 2 月 9 日，黄海勇方面向利马第 42 刑事法庭提出的第 3 次人身保护令申请被拒。但根据秘鲁宪法第 202 条第 2 项规定，宪法法院有权审理拒绝人身保护令的终审裁决。⁹随后，黄海勇方面便基于此次被拒的申请向秘鲁宪法法院提起了违宪审查之诉。

⁸ See *El Proceso Constitucional de Hábeas Corpus en Contextos de Protestas Sociales* at <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/07/Informe-defensorial-001-2023-HC-contexto-protestas-sociales.pdf> (Last visited on March 10, 2025)

⁹ Article 202(2) of *Constitución Política del Perú*: Corresponde al Tribunal Constitucional: 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

3. 违宪审查之诉

秘鲁宪法法院，是秘鲁国家政权体系中解释宪法并监督宪法的最高机构，独立于任何其他国家机关。根据秘鲁宪法第 205 条规定，在国内救济途径用尽后，任何认为其宪法承认的权利受到侵害的人，均可诉诸根据秘鲁加入的条约或公约设立的国际法庭或机构。¹⁰因此，黄海勇方面能够基于“人身保护权受侵害”之理由向宪法法院提出违宪审查之诉。

2011 年 5 月 24 日，秘鲁宪法法院就黄海勇案作出了判决。鉴于中方提交的证据材料不完备等原因，宪法法院最终支持了人身保护请求并要求政府立即终止引渡。此时，秘鲁最高法院准许引渡的判决、与宪法法院要求终止引渡的判决同时有效存在。引渡请求的审查已穷尽秘鲁国内的所有诉讼程序，且这之后秘鲁政府也未就引渡请求作出进一步决定，黄海勇案的追逃工作自此陷入进退两难的僵局。

4. 美洲人权保护之诉

除了秘鲁国内救济措施之外，黄海勇方面也寻求了美洲区域人权机构的庇护。依据《美洲国家组织宪章》《美洲人权公约》建立起的美洲人权委员会和美洲人权法院是美洲国家组织最重要的区域性人权保障机制。秘鲁是美洲国家组织的成员国，参与了《美洲人权公约》《美洲人权法院规约》等文件的缔结。因此，美洲人权委员会和美洲人权法院都对秘鲁履行公约的情况具有管辖权。同时，秘鲁政府已公开表明接受美洲人权法院的管辖，因此秘鲁有责任参与美洲人权法院所审理的以秘鲁国家为当事方的诉讼，并履行法院的判决。

为落实有关条约的人权条款、贯彻人权保护的宗旨与职能，委员会与人权法院配套建立起一系列机制，以监督各缔约国的人权事业并处理人权争议。其中，与黄海勇一案关系最为密切的是“个人来文机制与争议管辖机制”。

美洲人权委员会并非一个司法机构，而更类似于一个独立的专家机构。依据《美洲人权公约》第 44 条的规定，美洲人权委员会有权接受并审议“任何人或一群人或经美洲国家组织一个或几个成员国合法承认的任何非政府的实体”所递交的“内容包括谴责和控诉其一缔约国破坏本公约的”来文。¹¹接受来文后，委员会应对其作出报告，并自由决定是否提交美洲人权法院审理。

倘若委员会选择将案件送交人权法院进一步审理，《美洲人权公约》还规定委员会必须协助人权法院履行司法管辖职能。根据《美洲人权公约》第 57 条的规定，不管这些案件是起源于个人投诉还是国家间的指控，人权委员会必须出庭

¹⁰ Article 205 of *Constitución Política del Perú*: Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

¹¹ Article 44 of *American Convention on Human Rights*: Any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party.

参加所有人权法院对案件的审讯。¹²如此一来，委员会在人权法院的审讯中就扮演了当事一方的角色。但此处的当事方，所指的并不是案件争议的当事方，而是指公约所建立的人权保障的法律机制的“执行者和维护者”。委员会出庭的职责在于增进公约在所规定的法律性条款和执行制度方面的完整性，美洲人权法院曾提到：委员会在体系中具有独特的程序性角色，作为司法辅助机构，类似于美洲人权保护体系中的“公诉人（Ministerio Público）”。¹³

美洲人权委员会将案件交由法院审理后，案件便正式进入美洲人权法院的争议管辖机制。美洲人权法院的“争议管辖”就是指法院被授权对涉及批准《美洲人权公约》并承认法院管辖的国家的案件作出有拘束力裁判的职权。由于公约规定“只有缔约国和人权委员会有权向法院提交案件”。因此，在由个人来文指控所引起的案件中，美洲人权委员会的审查是法院管辖的必要前置程序。与国内法院不同的是，美洲人权法院既不判决个人承担刑事责任，也不判决个人承担民事责任。在诉讼过程中，“唯一的被告是国家”。

就本案而言，2009年3月27日，黄海勇方面向美洲人权委员会提交了来文投诉，指责秘鲁当局侵犯了其基本人权。2010年11月1日，美洲人权委员会正式受理了该来文。2013年10月30日，美洲人权委员会将“黄海勇诉秘鲁案”移交美洲人权法院审理。委员会在其向法院递交的报告中表示，“秘鲁当局在处理黄海勇案以及寻找和评估中国提供的保障方面存在一系列疏漏和违规行为，这不仅构成了对正当程序的多方面违反，而且没有考虑到死刑和酷刑的可能性，也没有确保黄海勇的生命权和受到人道的待遇”。据此，委员会认定，秘鲁当局侵犯了黄海勇的人身自由、生命、人道待遇、公正审判和司法保护权，建议秘鲁当局严格遵守秘鲁宪法法院的裁决并拒绝引渡黄海勇。毫无疑问，委员会的报告内容十分不利于我国的引渡请求。

2014年9月，美洲人权法院开庭审理“黄海勇诉秘鲁”一案，美洲人权委员会及秘鲁国家作为两个当事方出庭参与诉讼。最终，美洲人权法院于2015年6月宣判对黄海勇的引渡并不存在死刑和酷刑风险，认可了中国外交承诺的正当性，并宣布秘鲁当局必须立即决定是批准还是拒绝中国的引渡请求。至此，中秘双方得以依法继续开展对黄海勇的引渡工作。美洲人权法院的判决是中国在黄海勇案中的一个重大胜利，为秘鲁方面作出支持引渡的决定铺平了道路。此后，黄海勇虽继续锲而不舍地利用秘鲁司法机制进行上诉，但最终仍然被引渡回中国。

综上，由于本案相关境外诉讼程序极具复杂性，黄海勇方面也穷尽了秘鲁国内与美洲区域的一切相关机制对抗引渡，最终导致中国执行引渡的进程被反复拖延，阻碍了跨境追逃工作的顺利推进。

¹² Article 57 of *American Convention on Human Rights*: The Commission shall appear in all cases before the Court.

¹³ Inter-American Court of Human Rights. *In the matter of Viviana Gallardo et al., Advisory Opinion No. G 101/81* at https://hrlibrary.umn.edu/iachr/b_11_11a.htm (Last visited on March 10, 2025).

（二）实体性障碍

人权，是指人生而为人所应当享有的基本权利，包括“生命权”“人身自由和安全权”“免遭酷刑权”等内容。¹⁴早期的引渡实践受胡伯“国际礼让说”的影响，仅强调尊重各国利益以及对于国际罪行的严厉惩治。二战以后，人权理念逐渐兴起和普及，引渡作为国际法的一项基本制度也逐渐进入国际人权法视野，并最终受到人权理念的影响。为确保引渡过程中被引渡人的人权能够得到充分保障，国际法领域不断形成新的原则和制度，以对各国之间的引渡合作进行规范与限制。就黄海勇案而言，其引渡过程中有关人权问题的障碍主要涉及“死刑问题”与“酷刑问题”两方面。

1. 死刑问题：废除与否的冲突

死刑，顾名思义是以剥夺犯罪人生命为内容的刑罚，又称生命刑、极刑。早期的引渡实践并不存在死刑问题的阻碍，然而自二战结束后，人权理念逐渐成为国际领域的共识，并开始向刑事领域渗透，“废除死刑以更好维护生命权”的观念得到广泛支持。自2007年以来，联合国大会通过了10项决议，呼吁全球暂停使用死刑，最近一项决议于2024年12月17日通过。2024年决议获得130个国家的创纪录支持，高于2022年的125个国家，其中包括美国的大多数西方盟友。¹⁵而根据国际特赦组织2023年死刑报告统计，目前全球已有112个国家废除一切犯罪的死刑，共计144个国家于立法或司法层面废止死刑，占据世界国家总数的70%以上。¹⁶由此可见，废除死刑制度已然成为世界各国立法和司法的普遍选择，废除死刑国家的数量呈现出逐步上升的趋势。

在废除死刑运动的影响下，诞生于1990年的《联合国引渡条约示范》正式于立法上明确“死刑不引渡”原则，充分体现了人权保护精神在刑事领域的贯彻。¹⁷自此，该项原则不断被各国纳入其引渡法或者签订的引渡条约当中，并得到国际社会的普遍承认和遵循。

基于“死刑不引渡”原则在国际人权保护以及引渡立法方面的重要性，实践中许多引渡被请求国或被引渡人在司法过程中援引此项原则以对抗引渡（典型如“余振东案”“赖昌星案”等），而黄海勇案在引渡方面所遇到的阻碍与此相类似。秘鲁作为废除普通犯罪死刑的国家之一，其宪法仅允许对战时的叛国罪和恐怖主

¹⁴ 参见刘红臻：《人权的制度表达》，载《法制与社会发展》2004年第1版，第7-17页。

¹⁵ Death Penalty Information Center, *The Death Penalty in 2024* at <https://dpic-cdn.org/production/documents/DPI-2024-Year-End-Report.pdf?dm=1735847939> (Last visited on March 11, 2025).

¹⁶ Amnesty International, *Death Sentences and Executions Report 2023* at <https://amnestyghana.org/wp-content/uploads/2024/05/Amnesty-Death-Sentences-and-Executions-2023-web.pdf> (Last visited on March 11, 2025).

¹⁷ 联合国《引渡示范条约》第4条 拒绝引渡之任择理由：遇下述任一情况，可拒绝引渡，……(d) 按请求国的法律作为请求引渡原因的罪行应判处死刑，除非该国作出被请求国认为是充分的保证，表示不会判处死刑，或即使判死刑，也不会予以执行。如被请求国据此拒绝引渡，则应在对方提出请求的情况下将此案交由其本国主管当局审理，以便就作为请求引渡原因的罪行对该人采取适当行动：……。

义犯罪判处死刑¹⁸。然而，中国的刑事立法一直保留有死刑，并且在我国的刑事司法实践中，也仍存在适用死刑的判决。

黄海勇于秘鲁境内被依法拘捕后，我国即以其涉嫌走私普通货物罪向秘鲁政府请求引渡，而根据《刑法修正案（八）》施行前的我国刑法（2009年修正）第151条、第153条规定，走私普通货物情节严重的应当判处死刑。并且，虽《中秘引渡条约》并未就死刑问题作出规定，但该条约第5条明确了：只有在不违反被请求国法律体系时，才能进行引渡。¹⁹而根据秘鲁《刑事诉讼法》第517条规定，若被请求引渡人回国后有遭受死刑判决之可能，请求国又未作出不予死刑承诺时，秘鲁应拒绝引渡。因此，中国若欲引渡黄海勇，所作出的引渡请求应符合秘鲁刑事诉讼法有关死刑问题的要求。即：从国内外立法角度观之，黄海勇被引渡回国后存在一定面临死刑判决的风险，且死刑问题足以构成对抗引渡的法定理由。

从案件事实上看，黄海勇方面也充分认识到死刑问题的重要性，在8年的诉讼过程中反复以死刑风险为凭借阻挠引渡。黄海勇方律师自首次向秘鲁有关法庭发出声明时，便声称其回国后可能面临死刑判决，将“死刑不予引渡”原则视为对抗引渡的救命稻草，并在秘鲁国内及美洲人权机制的历次诉讼中均以“引渡回国后将可能被执行死刑”为由对抗引渡，不断以“生命权受到威胁”为由申请人身保护令。黄海勇方面紧紧抓住死刑问题非难中国方面，致使秘鲁宪法法院、美洲人权委员会受其误导而作出不利引渡的决定，的确极大程度地拖延了追逃工作的推进。

综上，由于两国对于死刑制度存废的态度不一，以及“死刑不引渡”原则已成为国际人权法对引渡所设置的限制条件，使得“死刑风险的存在与否”成为本案诉讼历程中各级法庭反复考量的关键问题，可见死刑问题构成了我国引渡黄海勇过程的主要障碍之一。

2. 酷刑问题：恶意炒作的干扰

何为“酷刑”？目前学界尚未就其定义达成一致。并且，不同国家对酷刑的认定可能会基于法律制度、社会风俗习惯、价值观念等方面的差异而有所区别。一般认为，酷刑是指使人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的暴力行为或折磨，有学者指出，“酷刑是一种对人之人格和尊严核心的一种直接和故意的打击”。

20

¹⁸ 参见赵秉志、张磊：《黄海勇引渡案法理问题研究》，载《法律适用》2017年第4版，第34-45页。

¹⁹ 参见《中华人民共和国和秘鲁共和国引渡条约》，载中华人民共和国外交部官网，https://www.mfa.gov.cn/web/wjb_673085/zfxgk_674865/gknrlb/tywj/tyqk/200804/t20080408_9276917.shtml，2025年3月11日访问。

²⁰ 参见《柳华文：联合国〈禁止酷刑公约〉和禁止酷刑委员会的工作》，载中国政法大学人权研究院官网，<http://rqyjy.cupl.edu.cn/info/1015/4663.htm>，2025年3月11日访问。

与“死刑不引渡”原则的产生缘由相类似，“酷刑不引渡”原则亦是人权保护理念高度发展的产物之一。联合国《世界人权宣言》第5条将刑事领域的酷刑问题与人权保护问题进行关联。²¹而联合国《禁止酷刑公约》则进一步将酷刑问题直接与引渡制度进行关联，于国际立法层面正式确立了“酷刑不引渡”原则。²²在区域立法层面，《美洲地区预防和惩治酷刑公约》也将可能遭受酷刑、不人道对待或受到特别审判等情形规定为禁止引渡的法定情形。²³

虽然《中秘引渡条约》并未就酷刑不予引渡问题作出规定，但由于中秘双方均为《禁止酷刑公约》的缔约国，因此两国间的引渡合作必将受到公约第3条“酷刑不引渡”原则的约束。且秘鲁是《美洲地区预防和惩治酷刑公约》的缔约国之一，中秘引渡合作在事实上亦受该项美洲公约所限。也即：从立法角度观之，酷刑问题构成黄海勇对抗引渡的法定理由。

自新中国成立以来，我国的人权事业不断发展完善，并在禁止酷刑方面进步卓越，然而此番成绩仍未能彻底消除国际社会对于中国人权保护现状的偏见。2008年12月，联合国禁止酷刑委员会公布了审议中国履行《禁止酷刑公约》情况的报告。²⁴遗憾的是，该份报告无视了中国政府提供的详细准确的信息和详尽的解释；相反，报告中引用了大量毫无根据的小道消息，指责中国“存在广泛的酷刑和虐待”“骚扰攻击人权捍卫者”等，足可见国际社会的偏见之深。

在黄海勇案中，黄海勇方面除了紧紧围绕死刑问题非难中方，酷刑问题也是其对抗引渡的主要凭借之一。事实上，酷刑行为在我国并不合法，我国早已通过立法确认反酷刑的基本规定。为达成反酷刑的目的，我国《刑法》已就非法拘禁、刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人等行为设定对应罪名；我国《刑事诉讼法》亦在程序方面建立反酷刑制度，规定了完善的讯问和逮捕程序、确立非法证据排除规则等。因此，酷刑风险在我国实际上并不存在，酷刑问题可视为是黄海勇方面为对抗引渡、干扰审判而采取的一种恶意炒作的手段。

在美洲人权法院开庭审理黄海勇一案时，由于禁止酷刑委员会这份“总体上不客观、不公正”的报告仍是当时针对中国的最新报告，因此美洲人权委员会代表及黄海勇方律师均援引了该份报告，指责中国在人权保护及酷刑方面存在严重问题；美洲人权法院为确保中国的人权保护程度足以排除酷刑风险，亦参考了该

²¹ 联合国《世界人权宣言》第5条：任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。

²² 联合国《禁止酷刑公约》第3条：如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国。

²³ Article 13 of *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*: ...Extradition shall not be granted nor shall the person sought be returned when there are grounds to believe that his life is in danger, that he will be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment, or that he will be tried by special or ad hoc courts in the requesting State.

²⁴ 参见《联合国禁止酷刑委员会审议中国履行〈禁止酷刑公约〉情况的报告》，载联合国条约机构数据库官网，

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FCHN%2FO%2F4&Lang=zh，2025年3月11日访问。

份报告的相关内容向中方专家证人进行提问，譬如：“如何评价联合国对中国酷刑问题的评论”“中国是否规定服刑者有强制劳动的义务”等。黄海勇方律师更是深谙国外对于我国所谓“存在酷刑”情况的偏见，为对抗引渡，多次在美洲人权法庭上企图借助酷刑问题混淆视听。譬如：“加方为什么要向中国提出禁用酷刑的要求”“如何确认赖昌星未受到酷刑”等，甚至提及我国少数民族等不相关内容，试图激起审判人员对中国司法公正性和人权问题的质疑。

综上，由于国际社会对中国司法环境与人权保护情况存有误解，以及“酷刑不引渡”原则已成为国际人权法对引渡所设置的一种消极条件，使得酷刑问题成为阻却中国引渡黄海勇的主要障碍之一，也成为我国为顺利引渡黄海勇而亟须破解的干扰之一。

三、我国就追逃障碍所作之应对

（一）就人权保护问题作出外交承诺

1. 就死刑问题作出外交承诺

如前所述，在黄海勇一案的诉讼过程中，“死刑不予引渡”问题始终是我方同黄海勇方交锋的核心与关键。而秘鲁最高法院和美洲人权法院能够支持我国的引渡请求，这同我国向秘鲁方面作出的“不予死刑”承诺有着密切联系。

为避免“死刑不引渡”原则在适用时过于僵化，同时也出于平衡未废除死刑国家作为引渡请求国与被请求国间的利益考虑，《联合国引渡条约示范》仅将“死刑原因”原则列为不予引渡的任择理由之一，并且指出：如果请求国提供不判处或不执行死刑的“充分保证”，仍可批准引渡。²⁵许多国家在引渡条约中亦参照该规定设置“不予死刑承诺”的条款，例如《英美引渡条约》《美意引渡条约》等。倘若承诺作出国在完成引渡后未能遵守其承诺内容，势必会影响国际社会对该国的司法信任度，从而使“不予死刑承诺”的效力能够借助国际舆论而得到保障。如此一来，通过设立“不予死刑承诺”的制度，引渡请求国希望通过国内诉讼程序对逃犯作出审判或科处刑罚的目标，与被请求国希望在引渡制度中贯彻人权保护的目标便均能得到实现。随着人权保护理念不断完善，此类外交承诺又逐渐向“不予酷刑承诺”“保证权利承诺”等方面延伸。

虽然《中秘引渡条约》中并未包含外交承诺条款，但根据秘鲁《刑事诉讼法》第517条第3款第d项规定，若被要求引渡的罪行在请求国可判处死刑，但请求国不保证不适用死刑时，秘鲁不得下令引渡。²⁶据此，为能够顺利引渡黄海勇，我国的最佳选择是依照秘鲁国内法相关要求作出不予死刑承诺。

²⁵ 联合国《引渡示范条约》第4条 拒绝引渡之任择理由：遇下述任一情况，可拒绝引渡，……(d) 按请求国的法律作为请求引渡原因的罪行应判处死刑，除非该国作出被请求国认为是充分的保证，表示不会判处死刑，或即使判死刑，也不会予以执行。如被请求国据此拒绝引渡，则应在对方提出请求的情况下将此案交由其本国主管当局审理，以便就作为请求引渡原因的罪行对该人采取适当行动：……。

²⁶ Paragraph 3(d) of Article 517 of *Código Procesal Penal Peruano*: Tampoco se dispondrá la extradición, cuando:

根据《中华人民共和国引渡法》（下称《引渡法》）第 50 条的内容，我国的外交承诺制度主要包括以下内容：（1）承诺作出的前提是不损害国家主权、国家利益及社会利益；（2）是否作出量刑承诺的决定机关为我国最高人民法院，是否作出追诉承诺的决定机关为我国最高人民检察院；（3）外交承诺的接收方为引渡被请求国；（4）有权代表中国政府、向被请求国作出外交承诺的主体为我国外交部；（5）承诺一经作出，我国司法机关即受其内容约束。

不予死刑承诺实际上为量刑承诺的表现形式之一，而量刑承诺又属于外交承诺的分类之一。结合前述内容，可知我国不予死刑承诺的效力实际上具备双重保障：首先，《引渡法》已明确我国作出的关于不判死刑的外交承诺，在引渡后的审判中对于司法机关有约束力；其次，要作出不予死刑的外交承诺，必须先由最高人民法院作出不予死刑的量刑决定，结合我国《刑事诉讼法》第 235 条规定，死刑需由最高人民法院核准。因此，我国不予死刑的外交承诺的作出及执行都包含最高人民法院这一关卡，从而对承诺的最终效力起到完全的约束作用。

此前，我国已于“赖昌星案”中借助“不予死刑”外交承诺手段破除了加拿大政府对赖昌星可能面临死刑风险的忧虑，成功对其进行遣返。因此，通过外交承诺手段化解国际司法合作中死刑问题的阻碍，这一手段已有先例佐证、具有高度可行性。同时，我国在黄海勇案中所作不予死刑承诺之效力，亦可引用赖昌星案在我国最终的执行情况加以印证，以提升我国所作承诺之可信度。

为破解死刑问题的障碍，中国公安部早在 2009 年 2 月 2 日便通知秘鲁司法部：黄海勇案不存在被判处死刑的可能性，并保证不会对黄海勇实施酷刑或不人道的待遇。同年 8 月 25 日，中国又向秘鲁最高法院提供了一些相关的中国案例。在与黄海勇案事实相似的这些案件中，罪犯仅被判处 15 年的监禁，中方以此为据表示，黄海勇将同样不会被判处死刑。然而，应当明确的是，此处两次不予死刑的说明均未经我国外交部正式作出，因此并不属于真正意义上的“外交承诺”，其有效性始终未能获得秘鲁方面认可。

面对黄海勇案“死刑不予引渡”的困境，我国外交部最终选择于 2009 年 12 月 11 日应秘鲁最高法院要求，提交了正式的不予死刑承诺。承诺表示：中国最高人民法院已经决定，如果黄海勇先生被引渡回国并判刑，将不对其执行死刑，“即便根据法律其罪行足以判处死刑”。在我国作出不予死刑承诺后，秘鲁最高法院立即撤销了其将黄海勇案发回重审的决定，要求当事双方就该份承诺发表意见。可见，该份承诺直接影响了秘鲁最高法院对引渡请求的态度。

最终，秘鲁最高法院于第二次咨询判决中正式批准了引渡请求。法院认为，中国已经提供了充分的保证，若黄海勇被引渡，他将不会被判处死刑。这是继赖昌星案后我国外交承诺又一次得到境外司法机关认可的实例，一定程度上提高了

d) El delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable.

国际社会对中国在国际刑事司法方面乃至整个司法机制层面的信任度,为今后我国进行跨境追逃等国际刑事司法合作活动奠定了良好基础。

2. 就酷刑问题作出外交承诺

死刑与酷刑问题同属于引渡过程中受到重点关注的人权问题。目前,国际在不予死刑承诺方面已有较为成熟的规定及判例,许多条约中就不予死刑承诺问题作出明文规定,我国《引渡法》亦包含不予死刑承诺之决定、作出等方面的内容。

相比之下,我国在不予酷刑承诺方面则并未有相关立法。考察国际司法实践,目前双边和多边国际条约中缺乏与此有关的规定,就不予酷刑承诺效力之问题更是尚未形成统一定论。否定的观点认为,虽有不予酷刑的外交承诺,但如果缺乏相应的强制实施机制,则具有故意回避风险、架空国际人权法之嫌;并且,由于酷刑的进行往往具有隐蔽性,因此一国国内的酷刑问题是否真正得到保障、不予酷刑承诺是否真正得以落实,该国境外的人权保护机制实际上很难考察。

然而,为破除黄海勇方面就酷刑问题的炒作,并增强秘鲁方面和美洲人权法院对我国禁止酷刑态度的信心、获得对引渡请求的支持,我国仍向秘鲁方面作出了不予酷刑承诺,表示“……作为《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的缔约国,中国政府确保黄海勇不会受到酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇和处罚。中方将遵守这一承诺。”

最终,美洲人权法院就我国所提出的不予酷刑承诺表示:“……本院认定,在本案具体情形下,所提供的保证可被视为足以消除关于黄海勇被引渡后可能面临风险的顾虑。”²⁷可见,我国不予酷刑承诺的效力最终得到了美洲人权法院的认可。这也一定程度上表明美洲人权法院对我国禁止酷刑工作持有肯定态度。若我国在今后的跨境追逃工作中仍需就酷刑问题作出外交承诺,美洲人权法院判决书的有关内容无疑有利于佐证我国不予酷刑承诺的可信度,进而有助于我国顺利开展境外追逃工作。

3. 就秘鲁方面监督权作出外交承诺

为增强秘鲁方面及美洲人权委员会、人权法院对我国司法公正性和人权保护程度之信心,2014年8月19日,在美洲人权法院对“黄海勇诉秘鲁案”开庭审理之前,中国向秘鲁方面提交了更为详细的外交承诺。

该份承诺中,涉及保障秘鲁方面监督权的内容包括:(1)允许秘鲁方面探视羁押场所;(2)若秘鲁方面提出要求,黄海勇在羁押期间可以与秘鲁方面外交工作人员联系,中方可提供视频设施;(3)允许秘鲁方面外交工作人员依法旁听黄海勇案的公开庭审;(4)允许秘鲁方面查询审讯、审判过程的录音录像;(5)允许秘鲁方面经黄海勇个人同意后,审查其在押期间的医疗报告。²⁸

²⁷ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June30, 2015), p.184.

²⁸ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June30, 2015), p.93.

以上保障内容均未违反我国国内法的相关规定，是合法且具有可实现性的承诺。并且，保障内容向秘鲁及美洲人权机构方面均传递了一个信号：中方有信心也有能力保障黄海勇引渡回国后将会受到公平待遇，其各项权利能够得到充分保障，中方随时欢迎秘鲁方面就黄海勇案进行监督。这也为秘鲁方面及美洲人权法院支持中方引渡请求奠定了良好基础。

（二）组织专家证人出庭作证

在案件诉至美洲人权法院后，我国旋即组织三位专家证人分别以书面或口头形式作证，对引渡所涉及的死刑及酷刑等问题发表意见。我国三位专家所提供的意见对引渡请求的通过起到了关键性作用，这点在美洲人权法院的判决书中也能够得到印证。判决书大篇幅地引用并认可了中方专家作证内容，最终判决支持我国的引渡请求。缘何我国专家的作证能够对美洲人权法院的诉讼结果产生影响？这与美洲人权法院对专家证人制度的运用密不可分。

专家证人是英美法系诉讼模式中特有的一种证人，区别于通常所指的事实证人。事实证人，顾名思义，就是知道案件情况并向法庭提供证言的组织或者个人；而专家证人则是在一项法律程序中作证，并对作证的客观事项具有专门知识的人。《美洲人权法院程序规则》将“专家证人”一词定义为“具有特定科学、艺术、技术或实践知识或经验的人，只要有争议的争论点与其特定领域的知识或经验有关。”²⁹根据《美洲人权法院程序规则》第 58 条规定，“法院可在诉讼的任何阶段主动获取它认为有用的任何证据。特别是，法院可以就任何被认为是相关的证据、陈述或意见，听取证人、专家证人，或任何其他人的证词”。³⁰可见，美洲人权法院设有专家证人制度，专家证人可参与作证以帮助法庭理清事实情况。

就本案而言，为兼顾专家证人所证内容之客观性及专业性，我国组织中国赵秉志教授、孙昂参赞，以及柳文华研究员三位专家证人参与作证。

1. 刑法学者的作证情况

赵秉志教授曾应加拿大政府邀请作为证人于 2001 年 8 月 10 日和 10 月 23 日两次在加拿大审理赖昌星案的聆讯法庭上作证，加拿大法庭认可并采纳了赵教授的证词。

赵秉志教授的个人陈述部分主要围绕三个方面展开。第一，关于黄海勇被指控的走私普通货物罪的死刑规定目前已被《刑法修正案（八）》废除；第二，对《刑法修正案（八）》施行之前发生而未审结的案件，根据我国关于刑法溯及力

²⁹ Article 2(23) of *Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*: the term “expert witness” refers to the person whom, possessing particular scientific, artistic, technical, or practical knowledge or experience, informs the Court about issues in contention inasmuch as they relate to his or her special area of knowledge or experience.

³⁰ Article 58 of *Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*: The Court may, at any stage of the proceedings: a. Obtain, on its own motion, any evidence it considers helpful and necessary. In particular, it may hear, as an alleged victim, witness, expert witness, or in any other capacity, any person whose statement, testimony, or opinion it deems to be relevant....

采取“从旧兼从轻”原则的规定，应当适用较轻的法律，即对黄海勇走私普通货物案应当适用《刑法修正案（八）》，因此黄海勇可能判处的最重的刑罚应为无期徒刑而非死刑；第三，中国刑事诉讼制度贯彻了崇尚法治、尊重人权、追求公平正义的现代刑事法治理念，并已建立起完善的审判公开制度、辩护制度和证据规则等，因此若黄海勇被引渡回中国进入刑事诉讼程序，他会受到公正的程序处遇。

庭审过程中，赵教授答复的问题主要涉及三个方面：黄海勇引渡回国后是否会被处以死刑、中国在黄海勇案中不予死刑的外交承诺、死刑在中国的适用情况等。

尽管赵教授的陈述词已就黄海勇案涉及的死刑问题进行澄清，表明其绝无可能被适用或执行死刑，但在庭审过程中，美洲人权法院的审判人员仍对死刑在中国的适用情况进行了详细询问，这也进一步证实了死刑问题对于本案的重要性。

赵教授在庭审中的作证内容极大提升了美洲人权法院对中方“不存在死刑风险”说法以及中国司法公正性的信任度，对死刑问题的化解起到关键性作用。最终，法院在判决书中采纳了赵教授的证词内容，确认“目前在法律上已无可能对走私普通货物罪的罪行判处死刑”，³¹彻底扳倒了死刑这一引渡过程中的最核心阻碍。

2. 外交人员的作证情况

时任外交部条约法律司孙昂参赞的个人陈述部分主要向法庭介绍了三个方面的内容。第一，孙昂参赞介绍了中国引渡制度的概况，包括开展引渡合作的方式、我国引渡法遵循的基本原则等；第二，其介绍了中国外交承诺制度的内容；第三，其介绍了赖昌星案中有关不予死刑承诺的内容。孙昂参赞在陈述的最后部分进行总结，认为“中国政府就黄海勇案所作的外交承诺应足以使黄海勇被引渡至中国后，不会被判处死刑，他的各项权利能得到充分的保障”，并提出“希望法院在审理黄海勇案时，能够参考赖昌星案的相关情况”。

庭审过程中，孙昂参赞答复各方的问题主要涉及四个方面：中国请求外国引渡逃犯的案件情况、赖昌星案被遣返回中国后外交承诺的执行情况、被引渡人回国后可能面临的审判情况、外交承诺的司法约束力是否能够得到保障等。可见，外交承诺的效力是美洲人权法院关注的重点问题之一。同时，赖昌星案作为我国一起相当成功的国际司法合作案例，其案件情况也的确是庭审过程中各方用于参考和对比的重点。例如，黄海勇方律师向孙昂参赞提出“赖昌星案中为何加方向中方提出禁用酷刑的要求”“你如何能确认赖昌星未受酷刑”等犀利问题，美洲人权法院 Roberto F· Caldas 法官则向其询问“中国对赖昌星案件的外交承诺是否可以同样适用于黄海勇案”。

孙昂参赞就我国引渡制度及外交承诺所作之论述，为中方“不存在死刑风

³¹ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June 30, 2015), p.187.

险”的说法再度加码，最终也说服美洲人权法院在判决书中确认“（中国方面所作出的）外交担保以及提供监测的方式是充分的”。³²

3. 人权学者的作证情况

柳华文研究员是我国人权方面的专家，作为未出庭的专家证人，其经美洲人权法院同意提交了有关中国人权法律保护状况的书面证词。

其证词首先介绍了中国人权政策以及“人权白皮书”的有关情况；随后，证词用较大篇幅阐述了中国人权白皮书在我国司法工作人权保障中的具体反映，包括“防止冤错案”“司法公开透明”“推进量刑规范化”“慎重适用死刑”“遏制刑讯逼供”“保障辩护权”“提高国家赔偿救助标准”等方面；并且，柳华文研究员介绍了中国在人权领域与联合国的合作关系，并对联合国禁止酷刑委员会对中国的履约评价作出回应，就其中不实内容逐一严谨论证、进行反驳；最后，柳华文研究员运用大量数据展示中国在预防、调查和惩处酷刑方面的新进展，并附上其作为学者和专家对中国人权状况的整体性认识。

柳文华研究员的书面证词向法院证明，中国的司法公正性和人权保护程度足以排除酷刑风险。美洲人权法院判决书中亦对柳文华研究员的书面证词内容进行了概况和引用，³³这说明法院实际上对这份书面证词的内容、包括中国在人权事业上取得的成效及中国为禁止酷刑所付出的努力是持有肯定态度的。

可以说，我国三位专家证人的作证内容击破了以往美洲人权机构的相关工作人员乃至国际社会对我国国内司法机制、人权机制等方面所存在的误解，并且就引渡中所遇到的我国立法及司法等问题都作出了较好回应，在促进“引渡请求获得支持”方面发挥了相当关键的作用。

四、黄海勇案中跨境追逃的经验和教训

回顾黄海勇案，我国采取了一系列行之有效的手段措施以应对重重障碍，使得耗时八年的“引渡大案”最终能够以中方的胜利告终，因此应当及时梳理经验，以供我国今后的海外追逃案件进行借鉴。同时，本案追逃工作中所遇之困境，亦值得我们警醒反思、总结教训，推动我国以更成熟姿态开展反腐败跨境追逃追赃工作。

（一）死刑不予引渡问题的反思

1. 经验：果断作出量刑承诺

黄海勇方律师自首次向秘鲁有关法庭发出声明时，便紧紧抓住我国死刑问题不放，声称被引渡回国后可能面临死刑判决，试图借助“死刑不予引渡”原则对抗引渡。即便中国方面已多次解释黄海勇不会被判处死刑，但秘鲁最高法院在审理

³² Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June30, 2015), p.186.

³³ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June30, 2015), para.175.

黄海勇引渡一案时，仍出于死刑风险的考虑，命令将案件发回重审，并要求初审法院提交“充分的担保”。果不其然，在接到我国外交部作出的“不予死刑”的量刑承诺后，最高法院便立即撤销发回重审决定，且于第二次咨询判决认可了承诺的有效性，同意我国的引渡请求。

在提交充分的承诺之前，黄海勇案的诉讼进程因死刑问题而被耽搁。毫无疑问，我国就黄海勇案正式作出的量刑承诺极大程度地推动了追逃进程，并最终促使秘鲁最高法院作出支持引渡的判决。这提示我们在进行国际追逃合作时，应当及时按照被请求国的相关要求，果断作出量刑承诺，以最大限度争取被请求国支持、提高追逃合作效率。

2. 教训：周延相关制度规范

考察我国国内立法，涉及量刑承诺的法规有《引渡法》与《国际刑事司法协助法》。总结两部法律中有关量刑承诺约束力的内容，也仅概括性地表示为“有关机关应当受所作出的承诺的约束”。而对于量刑承诺的具体作出程序是怎样、如何体现量刑承诺对于我国司法判决的直接约束力等问题，我国有关立法则未见明确规定。

作为死刑不予引渡原则的变通措施之一，我国所作“不予死刑”的量刑承诺效力是否能够得到被请求国认可、认可的依据又为何，实践中也存在截然不同的答案。意大利作为近代最先废除死刑的国家，曾在 2005 年与 2018 年以同一理由——“不予死刑承诺不具有最终确定性”——两次拒绝我国分别就不同案件提交的引渡请求。³⁴而在赖昌星案中，加拿大联邦法院虽认可我国不予死刑承诺的约束力，但认可的依据仅仅为“相信中国会出于维护国际信誉的考虑而恪守承诺”。以上事实足可见，我国量刑承诺制度仍存在一定缺陷，“不能把外交承诺简单地理解为不需法定程序，只需司法机关作出的口头或书面的保证，或加盖最高法院公章的一纸文件”，³⁵而应当填补制度缺陷，以建立量刑承诺与我国国内审判体系的真正联系、增强承诺的最终确定性。否则，我国量刑承诺的适用与否很有可能受制于境外司法机关的自由裁量，导致量刑承诺效力的不确定性增加，最终妨碍我国跨境追逃工作。

那么，应当如何建立量刑承诺与我国国内审判体系的真正联系？首先，我国在立法上应当建立健全量刑承诺的作出程序。根据我国《宪法》以及《人民法院组织法》，法院的审判权具有独立性，上级法院仅有权对下级法院的审判工作进行监督，而无法直接干预判决结果的作出。而在法律位阶方面，《引渡法》与《国际刑事司法协助法》由全国人大常委会制定，两部法律的位阶显然低于全国人大

³⁴ 参见刘骁虎：《引渡案件中不判处死刑承诺相关问题研究》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期，第 163-164 页。

³⁵ 参见陈雷、薛振环：《论我国引渡制度的量刑承诺——兼论死刑不引渡原则的变通或例外适用》，载《法学杂志》2010 年第 1 期，第 16 页。

制定的《宪法》与《人民法院组织法》。因此，我国司法机关究竟是否必须依《引渡法》和《国际刑事司法协助法》中遵循量刑承诺的要求，这一矛盾仍有待商榷。对此，建议完善立法、将量刑承诺决定权下放给对案件有管辖权的一审法院。首先由最高人民法院通知一审法院就量刑承诺作出裁定，一审法院若裁定作出量刑承诺，则裁定结果逐级层报复核。最终若获最高人民法院核准，则可以由外交部作出量刑承诺，从而使量刑承诺的司法约束力符合法院审判独立性的要求。

其次，考察我国审判机关就“嫌犯被引渡或遣返回国”案件所作之裁判文书，均未提及审判前我国所作量刑承诺。对此，建议在法院判决书说理部分体现承诺的相应内容，并援引有关量刑承诺的法律规定，建立量刑承诺内容与最终判决的直接联系，最终促使境外司法机构提高对我国量刑承诺的信任度。

（二）酷刑不予引渡问题的反思

1. 经验：及时排除舆论干扰

我国刑事实体法及程序法均贯彻了禁止酷刑的立场，始终将人权理念落实于我国法制发展的每一步。然而由于国际社会，尤其是西方国家普遍对我国人权状况存在误解，逃犯往往会借题发挥、利用不实新闻甚至小道信息炒作酷刑风险，试图借助舆论对抗引渡或遣返，对我国追逃工作造成极大阻碍。

黄海勇案中，为排除有关酷刑的不实舆论干扰，我国向秘鲁方面作出了不予酷刑的外交承诺，展示我国禁止酷刑的信心与决心。此外，我国在案件诉至美洲人权法院时，三位专家提交详实充分的证词也帮助美洲人权法庭审判人员进一步了解我国法制发展情况和人权事业成果、打破偏见，引导美洲人权法院认可了引渡的酷刑风险确不存在，扫清了黄海勇案有关酷刑的追逃障碍。最终，美洲人权法院结合不予酷刑承诺的内容和我国专家证人的证词，在判决书中作出了“黄海勇引渡回国后并不存在酷刑风险”的结论。由此我们可以得出：及时排除舆论干扰对于追逃工作的确有着重要意义。

因此，我国在进行跨境追逃合作时，应当提高对舆论炒作问题的警惕度，合作过程中时刻注重向合作国或区域司法机构“摆事实、讲道理”，多维度展示我国人权事业发展近况，尤其是在刑事领域禁止酷刑及不人道待遇的现状与成果。必要时候，可以选择采取外交承诺的形式提供担保、展示决心，消除合作方顾虑，以实现我国追逃合作的最终目的——使外逃嫌犯回国接受我国国内法律体系下的刑事制裁。

2. 教训：建立监督披露机制

尽管我国禁止酷刑的态度一贯明确，然而我国对于反酷刑机制的建立仅限于事后惩处的司法维度，欠缺事前监督预防的非司法机制，这也成为国际社会诟病中国反酷刑事业的原因之一。联合国禁止酷刑委员会就曾指出，交由司法机关调查有关酷刑的指控，很有可能导致调查无效和有失公正，因此建议中国设立一个

有效和独立的监督机制，以确保及时、公正和有效地调查所有关于酷刑和虐待的指控。³⁶考察立法现状，酷刑行为亦并非百分百能够受到司法机关追究，入罪条件相对严格。例如，根据我国《刑法》及相关司法解释，虐待被监管人罪的立案条件是行为达到“情节严重程度”。这显然无法对酷刑问题起到理想的预防效果。

因此，为确保境外追逃合作尤其是反腐败国际追逃合作的推进，增强世界对于中国反酷刑事业的信心，我国的反酷刑监督职权应当交由专门独立机关行使。具体而言，可考虑将反酷刑监督职权交由监察委员会行使，其原因如下：（1）监察委员会并不隶属于行政或司法机关，行使权力具有独立性；（2）监察委员会依法对所有行使公权力的公职人员进行监察，而立法上，反酷刑罪名的法定主体大部分指向公职人员，实践中，酷刑作出者也往往是公职人员或者公职人员唆使、同意、默许实施酷刑的第三人，反酷刑工作内容与监察委现有职权内容已存在重合；（3）监察委员会的监察职权具有“处置、调查、监督”三项权属，保证了反酷刑调查的迅速、独立、公正、合法的基本原则。综上，监察委员会已大致具备承担“反酷刑事前监督预防和事后问责”之职责的条件，可以考虑由监察委员会行使反酷刑监督权。

同时，为向世界提交令人满意的反酷刑答卷，建议我国同步建立起反酷刑披露机制，其内容应当包括：定期检查被拘留人或囚犯的待遇状况、统计反酷刑监督相关情况、发布反酷刑工作报告和相关信息等，促进反酷刑工作公开化、透明化，最大程度消除国际社会对我国酷刑风险的顾虑。

（三）与秘鲁方面司法合作的启示

1. 经验：妥善应对程序性意外

回顾黄海勇一案诉讼历程，我国在与秘鲁方面开展司法合作时，有两次程序性意外较大程度地影响到追逃工作进程：

第一次意外为我方未及时完整提供案件所涉法条内容。上文提到，走私普通货物罪的法定最高刑为死刑，量刑部分由我国刑法（2009年修正）第151、153条共同构成。然而，在我国向秘鲁政府提交的最初版引渡请求当中，就走私普通货物罪仅提供有第153条的译文，未提及第151条的死刑内容。随后经秘鲁方面提醒，我方相关部门已就该问题作出补充。然而这一疏漏已被黄海勇方面察觉。此后，黄海勇的律师多次在诉讼过程中诬陷中方有意隐瞒潜在的死刑风险，为引渡受阻埋下隐患。

第二次意外为我方未及时阐明我国刑法溯及力问题。我国刑法修正案（八）删减了走私普通货物罪的死刑。恰巧，该修正案的出台时间与秘鲁宪法法院对黄海勇案的审理期间相重合。因此，我国立即向秘鲁方面递交了修正案相关材料，

36 参见《联合国禁止酷刑委员会审议中国履行〈禁止酷刑公约〉情况的报告》，载联合国条约机构数据库官网。

https://tinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FCHN%2FCO%2F4&Lang=zh 2025年3月13日访问。

表明引渡后的死刑风险在立法层面已经彻底消除。然而，我方未在材料中对我国刑法溯及力适用“从旧兼从轻”原则这一情况作出阐明，直接导致秘鲁宪法法院无法对“刑法修正案（八）能够适用于黄海勇案”作出认定，最终作出拒绝引渡的判决。

黄海勇案的诉讼历程充分说明，无论实体性障碍还是程序性意外，都极有可能转变追逃局面、致使我方落入相对被动的角色。因此，程序性意外应当得到高度重视。

由于无法在短时间内完全掌握被请求国有关规定，加之跨国沟通存在一定滞后性，我方所提交的诉讼材料实际上难以完备。这也提示我国在开展跨境工作时，对可能突发的程序性意外应当留有一定心理预期，在意外发生时亦需及时与对方有关部门沟通处理，避免负面影响扩大化。

2. 教训：健全协商机制与程序

在跨境追逃追赃过程中，出于不了解被请求国相关规定而出现疏忽、误解窘境的情况在所难免。当然，我方的追逃工作从未因障碍挫折而轻言放弃，黄海勇案之所以能成功抓捕归案并移送审查起诉，正是得益于我国持之以恒、精诚合作的追逃追赃理念。

在开展跨境追逃追赃合作的过程中，双方很有可能会因为文化差异、政治制度不同等原因而在法律制度及理念方面存在差异，有碍合作开展。为贯彻平等协商、友好互助的合作精神，我国应健全协商机制与程序，对于合作中有争议的问题，在双方协商后及时按照相关程序提交国内对应主管部门进行审议，并依对方要求采取恰当形式反馈审议结果，同时注意及时跟进所提交材料的去向，避免出现疏漏。在跨境追逃过程中，我们应当始终积极寻求解决方式，真正做到事无巨细、把握各项合作细节，争取以最高效率圆满完成每一次合作。

（四）参与美洲人权法院诉讼的启示

1. 经验：充分利用专家证人制度

本案进入美洲人权法院诉讼程序后，最突出的诉讼亮点便是专家证人的作证过程，尤其是我国所派出的专家证人的表现。三位中国专家于庭审中的作证内容被美洲人权法院的判决书所大量引用，足可见我国专家证人的证词得到了美洲人权法院的特别重视，最终为我国的引渡请求获美洲人权法院支持发挥了相当关键的作用。

当前，各类国际法庭的影响力不断扩大，预计在将来，我国外逃人员也会将“向国际法庭寻求庇护”作为对抗我国追逃工作的又一底牌。因此，我国也应当充分利用专家证人制度，组织专家在国际法庭上出庭，帮助解开审判人员对我国法制及人权现状的误解，展示我国法治的进步。我们应从黄海勇案的实践中总结经验，确保在未来我国的专家证人同样能够在国际法庭诉讼中起到重要作用，推动

我国跨境追逃追赃工作进行顺利。

2. 教训：持续关注国际人权机制

美洲人权法院就“黄海勇诉秘鲁”一案的判决书中曾提到：“应当考虑欧洲区域的国际法院就相关问题的大量判例法，以及联合国《公民权利和政治权利国际公约》框架下人权事务委员会和《禁止酷刑和其他残忍、非人道或有辱人格的待遇或处罚公约》及其任择议定书框架下禁止酷刑委员会的意见和决定。”³⁷

美洲人权法院在判决书中的这段表述已说明其对于其他国际人权机制的态度。即使美洲人权机制并不从属于联合国等普遍性国际组织的人权机制，且与欧洲、非洲等区域性人权机制也处于相互独立的地位，但由于国际人权机制在人权法的基本法理方面具有高度相似性甚至趋同性，因此在对人权问题进行管辖时，也会选择向彼此间的法律规范和判例内容借鉴经验。黄海勇案便是最好的证明。

我国本不受到譬如美洲、欧洲或非洲的区域性人权机制的直接管辖，但由于嫌犯逃往他国时，他国极有可能已接受上述人权机制管辖。因此，我国在与他国开展追逃合作时，他国所属人权机制的审理结果亦会直接影响到两国追逃合作的结果。因此，我们应当持续关注国际人权机制，了解国际人权机制的相关判例以及人权法方面已形成的基本共识，并在案件诉至国际人权机制进行管辖时，了解类似案件在国际人权机制的诉讼情况，及时调整诉讼策略并积极应诉，打好每一场“人权诉讼”之战。

五、结语

黄海勇案是我国一起典型的“跨境追逃”案件。其成功抓捕归案并移送我国国内司法机构审查起诉的历程，也是我国开展国际刑事合作的典范。

考察国际引渡法律和实践，出于保护本国公民利益、捍卫人权和坚持人道主义的需要，各国对引渡都设有一定的限制，并基本确定了可以拒绝引渡的原则、理由和情况，例如：死刑不引渡原则、酷刑不引渡原则、政治犯不引渡原则等等。因此，被要求引渡的逃犯往往聘请律师，并将上述原则作为所谓的“法律依据”，用尽一切方式以对抗引渡。应当指出的是，黄海勇案并不单纯是一个法律问题，一旦国际案件具有涉外因素，便也同时具有了政治和舆论博弈的性质。目前，所谓的“死刑”和“酷刑”仍是中国跨境追逃的主要障碍。客观来说，中国的确存在死刑制度，然而西方世界并不了解中国的政治和法律制度，对我国死刑制度抱有偏见和成见，更有甚者以中国的“人权状况”为借口，攻击和诽谤我国的政治制度。此外，一些外国律师也十分懂得利用国际社会对我国的人权事业的偏见，炒作舆论以误导相关审判人员的审理方向。因此，在中国的跨境追逃合作实践中，我方工作人员应充分研究如何利用境外的相关诉讼程序克服拒绝引渡的情况。我们也

³⁷ Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (June 30, 2015), p.131.

需要进一步加强国际信息交流与合作，努力使国际社会了解和信任中国的法治水平，为跨境追逃工作创造更加有利的环境和条件。

跨境追逃是我国反腐败工作的重要组成部分和内容，必须在积累案件的基础上不断深入研究。因此，黄海勇案作为境外追逃引渡过程中遭遇人权因素阻碍的典型案例，更需要我们及时就其中的经验教训进行梳理总结。秘鲁国内有关机构和美洲人权法院就本案所作出的判决更是较大程度地反映了国际人权法在相关领域的法理发展，我们参与诉讼的经验和教训是值得总结的，其价值亦值得推广。

2025年中国国际法学年会

跨境电信诈骗追赃的制度研究

芦菲¹

摘要：面对日益猖獗的跨境电信诈骗，我国的跨境犯罪打击与跨境追赃制度却还处于初步建立阶段电信诈骗罪作为一种新型网络犯罪，近年来呈现出跨境化、集团化、专业化的特点。跨境电信诈骗犯罪不仅严重侵害了人民群众的财产权益，还对社会的稳定和经济秩序造成了极大的冲击。但跨境追赃作为打击电信诈骗的关键环节，面临诸多法律和实践挑战。本文旨在探讨电信诈骗罪跨境追赃制度的现状、存在的问题，并提出完善路径，提出推动国际法律合作与协调、完善证据收集与认定、强化资产分享制度等建议，完善以期对相关立法和司法实践提供参考。

关键词：电信诈骗 跨境追赃 资产分享制度

经济全球化使得全球信息和资本的一体化浪潮日益汹涌。经济和资本在全世界畅通无阻流动，作为社会行为组成部分的犯罪行为所呈现出的国际化趋势也更加明显。而跨境电信诈骗罪则随着信息技术的发展日益猖獗，电影《孤注一掷》的上映，更是将目光由电信诈骗罪的损失钱财的受害者转移到身处境外，被迫从事电诈活动的胁从犯上，将针对我国公民的境外诈骗不仅危害财产法益，更是侵犯公民人身自由法益与生命健康的法益的事实暴露出来，对国内的涉外电诈中心也从我国台湾地区逐步向以缅甸为代表的东南亚地区转移²，侦破难度与追赃难度更甚，如果能在案件侦查环节中进行跨境追赃，就可以对整个案件的走向起到推波助澜作用。

一、电信诈骗罪发案现状

在诈骗资金的境外转移手段上，由于追赃手段的和反洗钱技术的进步，犯罪集团已不再满足于简单的法定货币直接跨境，虚拟货币、游戏内货币甚至预存话费卡、预存加油卡都可以成为涉诈资金跨境转移的新方式。从案件数量方面考虑，与电信诈骗相关的案件数量比比皆是。根据最高人民检察院发布的《刑事检察工作白皮书》（2023）及相关数据，2023 年全国检察机关起诉的罪名数量前十如下。

表-1 2023 年检察机关起诉罪名前十名

排名	罪名	起诉人数（万人）
1	危险驾驶罪	32.9
2	盗窃罪	19.8

¹ 天津财经大学

² 许滢,钟实,电信诈骗犯罪的跨境追赃研究[J].云南警官学院学报,2020,(03):100-105.

排名	罪名	起诉人数（万人）
3	帮助信息网络犯罪活动罪	14.7
4	掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得 收益罪	13.7
5	诈骗罪	12.3
6	电信网络诈骗犯罪	5.1
7	妨害国（边）境管理类犯罪	3.1
8	职务犯罪	3.0
9	开设赌场罪	2.3
10	侵犯知识产权犯罪	1.8

根据表-1 显示，诈骗罪及其伴随的诈骗资金流动问题亟待管控。其中，排名第三的帮信罪主要表现为出租、出售个人手机卡、银行卡参与“跑分”活动，为上游电信诈骗等网络犯罪行为提供支付结算的便利。此外，掩隐罪及电信网络诈骗犯罪与诈骗款项的境外转移紧密相关，导致科技公安机关在电信诈骗追赃方面虽有所重视，但在跨境追赃上却显得力不从心。在电信诈骗犯罪中，赃款跨境转移的形式多样、耗散迅速，因此赃款一旦出境，追回就很难。

近年来，我国携手其他国家和地区，在联合打击电信诈骗领域采取了多项重大举措，成效显著。这不仅是为了落实澜湄合作第四次领导人会议精神及《澜湄合作五年行动计划（2023-2027）》，更是体现在 2024 年 8 月至 12 月期间，柬埔寨、中国、老挝、缅甸等国家共同开展的“海鸥”联合行动中，成功破获案件 160 余起，逮捕犯罪嫌疑人 7 万余名，并解救了 160 余名受害人。通过《中国—东盟关于打击电信网络诈骗和网络赌博的联合声明》，强调深化执法合作，把打击电信网络诈骗和网络赌博犯罪列为首要合作议题，强化边境管理机构间的协同，设立反诈反赌联动中心，促进预防和打击网络赌博与电信网络诈骗信息的交流共享，对于电信诈骗犯罪案件的追赃是对受害人财产的保护，在一定程度上可以补偿受害人损失，因此实现跨境追赃可以让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，切实保障受害人的权益，2024 年 7 月 26 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理跨境电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》，明确了跨境电信诈骗犯罪的定罪量刑标准，强调了追赃挽损的重要性。

我国刑事司法跨境追赃制度现状

截至 2025 年 1 月，根据通过司法部法律文件库的数据来看，国内对外缔结的刑事司法协助条约 55 个，民事商事协助条约 37 个、引渡条约 38 个、签订司法协助相关公约 6 个，与 2016 年数据相比，发展势头较为迅猛

犯罪资产分享制度是目前司法跨境追赃较为先进的制度，其法律渊源主要有国际公约、双边条约和国内法。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》首次提出按照本国法或双边、多边协定“分享”犯罪资产。1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》再次提出通过缔结协定“分享”没收而取得的资金。2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》也提出根据本国法律或行政程序与他国“分享”犯罪所得、财产或款项。2003 年的《联合国反腐败公约》虽然没有直接使用“分享”，但体现了“分享”贪腐犯罪资产的精神。

在国内法领域。我国对外进行犯罪资产分享理念首次由 2007 年《中华人民共和国禁毒法》进行确认，通过国际合作查获的毒品犯罪违法所得、财物或者款项，可以与有关国家“分享”。2018 年 10 月，《中华人民共和国国际刑事司法协助法》（以下简称《国际刑事司法协助法》）明确，违法所得及其他涉案财物分享的数额或者比例，应当事国请求可以协商确定。

在双边条约方面，我国通过双边条约或司法协定进行跨国追赃早有先例，我国第一笔从境外追回的赃款是通过《中美刑事司法协助协定》进行追回的，这一过程在“余振东案”中得到了体现，办案机关和中国银行已从境内外追回涉案赃款 20 多亿元人民币。我国主管机关依据《中美刑事司法协助协定》向美国提出资产扣押和没收请求，美国主管机关根据此请求对 355 万美元实行扣押，并采用“民事没收”的方式将上述资金没收后返还中方，但是目前中国与缅甸尚未签署专门的刑事司法协助条约。

二、跨境电诈涉案资金越境方式

跨境电信诈骗团伙通常会通过以下多种隐蔽且复杂的方式对外转移赃款，以逃避法律制裁：

（一）利用虚拟货币交易

诈骗分子将诈骗所得资金用于购买虚拟货币，如比特币、以太坊、泰达币等，再通过“洗钱”团伙以低于市场价格、线下现金交易的方式套现。诈骗分子通过虚拟货币交易所或场外交易，利用虚拟货币的匿名性和去中心化特点，频繁进行交易和转移，以掩盖资金来源：将虚拟货币在多个钱包之间进行多次转账，增加资金流向的复杂性，使得追踪变得困难，通过虚拟货币钱包进行交易，进一步混淆资金来源。将虚拟货币转移到境外账户，再兑换成当地货币，完成资金的跨境转移。

这种资金转移方式极大地增加了监管和打击的难度，虚拟货币的匿名性和去中心化特性使得资金流向难以追踪，不同国家对虚拟货币的监管政策不同，一些国家默许虚拟货币流通，这为跨境洗钱提供了便利，增加了打击难度。

（二）与地下钱庄合谋

地下钱庄（Underground banks）是一种非法金融机构，地下钱庄游离于金融

监管体系之外，利用或部分利用金融机构的资金结算网络，非法从事资金存储借贷等金融业务，通过“对敲”方式，境内诈骗分子将人民币交给地下钱庄，地下钱庄在境外支付等值外币给诈骗分子指定的境外账户。

地下钱庄常采用签订虚假贸易合同，或购买游戏点卡、充值卡等虚拟商品再转手的方式，将诈骗资金伪装为合法交易资金进行跨境转移。近年来，话费代充、电费代充等代充业务也成为了洗钱犯罪的重灾区，由于话费代充存在购买者和电信服务商两个善意相对人，无法认定其具有主观故意或“明知”自己参与洗钱犯罪，且已经充值入户的话费、电费不存在合法的退回机制，对以上款项强行追回会伤害合法经营企业的合法权益。

（三）借助非法支付平台和“跑分”

诈骗资金通过“跑分平台”等非法支付平台进行大量拆分，转移至普通群众受高额利诱实名开立的银行卡、支付账户，境内组建洗钱工作室，专门从事诈骗资金转移，形成境外人员实施诈骗、通过聊天软件指挥境内“水房”快速转移洗白资金的黑色产业链。

具体而言，诈骗分子采取购买或租用他人实名认证的银行卡及支付账户的手段，收取受害者的资金，并随后利用多级转账和分散取现的策略来转移赃款，同时，他们还借助帮信罪所涉及的支付结算模式来完成资金的非法流转。

（四）其他方式

将诈骗资金用于购买境外的投资理财产品，通过合法的金融渠道将资金转移到境外。也可以在境外设立虚假公司或投资项目，将诈骗资金以投资款、货款等名义转移到境外账户。

三、我国跨境追赃难推进的原因

（一）法律适用的冲突

跨境电信诈骗犯罪涉及多个国家的法律体系，例如缅甸的电信诈骗案件，其判刑标准和法律适用情况复杂，不同国家在刑事法律和财产法方面的差异，可能导致在追赃过程中法律适用存在冲突。虽然缅甸的当地的《刑法》与《电子交易法》都将电信诈骗罪归为犯罪行为，但缅甸的司法管辖主要基于属地原则，且由于缅北地区存在地方武装割据自治的情况，缅甸政府的法律在部分地区难以有效执行。帮信罪在我国通过《中华人民共和国刑法修正案（九）》与《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》进行了明确，但境外并不存在类似罪名，仅靠掩隐罪打击此外，缅甸与中国尚未签署专门的刑事司法协助条约，导致双方在跨境执法合作中存在诸多障碍。

（二）非货币资产定义困难

资产流入、流出国家之间一般都存在法律体系上的矛盾，在执法以及整个法

律体制上都有较多的不同点，因此在关于非正常资产的定义以及确定上面两国也就有着较多的不一致，从而在实际执行以及相关流程上都会有所不同³

以游戏货币为例，游戏货币属于网络虚拟财产的一种，其法律地位在《民法典》中有所体现，但缺乏具体细化的法律法规。根据《民法典》第一百二十七条，网络虚拟财产受法律保护，但具体保护方式和范围尚不明确，在我国学界及司法实践中，关于游戏货币是否构成刑法意义上的财物，存在广泛争议。一种观点认为，游戏货币具有经济价值和交换价值，可以作为财产犯罪的对象。另一种观点则认为，游戏货币本质上是数据或电磁记录，不具有稀缺性和交换价值，不应认定为财物。在司法实践中，部分法院认为游戏货币具有财产属性，尤其是在玩家支付对价购买的情况下，其价值可以通过实际损失来认定。例如，根据《中华人民共和国民法典》的规定，虚拟货币作为一种网络虚拟财产，具备财产属性，应受法律保护。在刑法层面，虚拟货币也被认定为刑法意义上的财物。例如，某案中，涉案被告人非法获取虚拟货币，其行为实质是侵犯了物的所有权，应按照财产犯罪定罪处罚。总体来看，国内对游戏货币的司法认定较为谨慎，强调其数据属性和法律保护的有限性。而在国外，游戏货币的法律地位和财产属性得到了更广泛的认可和保护。这种差异反映了不同国家和地区对虚拟财产法律地位的不同理解和监管政策的差异。

（三）证据收集与认定的困难

跨境电信诈骗犯罪具有隐蔽性强、证据易灭失的特点。在跨境追赃过程中，证据的收集和认定面临诸多困难。一方面，犯罪分子利用网络技术手段隐藏身份和资金流向；另一方面，不同国家的证据规则差异也增加了证据采信的难度。

对于书证、被害人与犯罪人陈述等证据，电信诈骗的受害者分布广泛，不仅涉及多个地区，而且人数众多。例如，在贵阳市，电信网络诈骗案件在南明区、云岩区、观山湖区等区域立案比例较高，占全市立案数的 52%。受害人群年龄多集中在 18 至 40 岁之间，其中女性受害者占比超过男性，达到 63.75%。联系和收集被害人陈述的难度较大，部分被害人可能因隐私保护、语言障碍或对司法程序不熟悉等原因，不愿配合调查。此外，部分被害人在受骗后未及时发现或可能未能及时报案，从而使得相关证据灭失或难以有效追溯。

对于电子数据具有易篡改、易丢失的特点，且存储于境外服务器或设备中，获取难度极大。犯罪分子可能通过技术手段隐藏或销毁数据，或者利用加密技术保护数据，使得侦查机关难以获取完整的电子数据。电信诈骗犯罪分子多藏匿于境外，其作案设备、资金流向等关键证据也多位于境外。不同国家和地区的司法制度、法律程序差异较大，跨境取证需要与当地司法部门进行沟通协调，程序复杂且耗时长，一些国家对外国司法机关的取证行为有严格限制，可能需要通过外

³ 黄风：《司法法学—国际刑事司法合作的规则与实践》，北京大学出版社 2008 年版，第 56 页。

交途径或司法协助渠道进行，增加了取证的难度和时间成本。

（四）犯罪资产分享制度在国内法上的缺位

犯罪资产分享制度，包括按照双边条约以及国际公约，由非法资产流入国家和流出国家在付出必需的固定资金后根据相关配比进行划分⁴。现阶段关于非法资产的处理这个制度已经是在世界范围内十分重要的存在了，即通过犯罪资产分享的方式让资产流入国受到真实利益的驱动从而辅助这些非法资产的没收以及转交等事项当中。

该制度首次由《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》规定，涉及通过国际公约、双边或多边条约以及各国法律，在特定时间段或具体案件中，与相关国家共同分享非法资产、收益，并对这些资产变卖后的资金进行分配。尽管该条款仅仅只是局限于在精神类以及麻醉药物的违法贩卖所得到的违法资产，不过它也促进了世界范围内的多个国家本国法律以及相关国际公约的变革，该制度在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中被再次认可。

我国对于分享制度较为排斥，我国《刑事诉讼法》规定：“在人民法院所作出的判决生效后，有关单位应该要根据判决结果来处理被冻结、扣押或查封了的全部上缴至国库。”没有为犯罪资产国际分享创设路径，甚至设置了法律障碍。

《国际刑事司法协助法》虽提及资产分享，但未明确具体规则。

在国际刑事司法协助中，犯罪资产分享是根据国际公约、双边条约或临时协定，将没收的犯罪资产扣除必要费用后按比例分割的制度。我国虽已认识到建立资产分享制度的必要性与可行性，并在《国际刑事司法协助法》中明确了资产分享的态度，但目前在实践中仍面临诸多挑战。例如，缺乏专门部门负责主导与启动分享程序，可供分享的犯罪资产范围不明确，境外追赃犯罪资产分享标准与比例不清晰，分享后资产移送及处置方式也未明确。国际经验表明，资产分享制度能够调动请求国提供刑事司法协助的积极性，促进资产境外追缴工作的顺利开展。例如，美国与多国分享没收资产的实践，以及《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《联合国反腐败公约》中关于资产分享的规定，都为我国提供了可借鉴的经验。我国与外国缔结的刑事司法协助条约多围绕调查、取证等事项，不包含承认、执行外国刑事相关裁判等内容，且大多坚持“无协议即无分享”原则，导致在未缔结双边司法协助条约或犯罪资产分享协定的情形下，犯罪资产的追缴与分享工作难以启动。

尽管我国反腐败海外追赃中的资产分享尚未形成机制化，但通过国际刑事司法合作，如中美执法合作联合联络小组(JLG)的完善，以及与加拿大签署关于分享和返还被追缴资产的协定，我国在追回外逃人员和赃款方面取得了显著成效。

⁴ 高俊义：《国际刑事司法协助中“犯罪资产分享”问题初探》，《公安研究》2005年第12期，第13页

四、完善建议

（一）加强国内立法的针对性

建议进一步细化跨境追赃的法律条款，明确跨境追赃的具体程序和操作规范。例如，可以借鉴国际上先进的立法经验，设立专门的跨境追赃程序，简化司法协助手续。

明确规定境外组织或个人针对中国公民实施的跨境电信诈骗行为，以及为跨境电信诈骗提供帮助的行为均适用中国法律。确立中国司法机关对跨境电信诈骗犯罪的管辖权，包括对犯罪行为地、结果发生地以及犯罪嫌疑人所在地的管辖权，以保障对境外犯罪的有效打击。强化与其他国家在跨境电信诈骗防治上的协作，构建涵盖信息共享、联合侦查、人员培训在内的合作体系，优化国际司法协助流程，精简跨境取证、引渡、遣返等环节，从而提升跨境打击效能。

（二）推动国际法律合作与协调

积极参与国际反电信诈骗犯罪的法律制定和规则制定，通过签订双边或多边的引渡条约和刑事司法协助条约，明确各国在跨国电信诈骗案件中的合作义务和程序。例如，中国与一些国家签订了相关备忘录，加强在电信诈骗领域的合作。加强与其他国家在跨境追赃方面的合作，在联合国层面重启有关网络犯罪公约的谈判，形成更广泛的国际规则，以解决跨境电信诈骗犯罪中的刑事法律差异、管辖权冲突等问题。

同时，建立跨境追赃信息共享平台，收集和分析跨境电信诈骗犯罪的相关信息，形成协查数据库。国际刑警组织等平台，与其他国家的执法部门共享情报，及时通报跨境电信诈骗犯罪集团的动向。提高信息交流的效率。

对现有司法协助体系内进行适当精简，扩大执法合作主体范围，减少审批和复核环节，提高办案效率。建立跨境追赃绿色通道，为跨境电信诈骗案件的侦查、取证、抓捕和遣返逃犯等程序开辟专属绿色通道，提供必要的便利。

（三）完善证据收集与认定机制

加强与国际刑警组织等国际机构的合作，建立跨境追赃证据收集的国际标准。在国内司法实践中，应注重电子证据的收集和固定，完善电子证据的认证规则。此外，可以建立跨境追赃专家证人制度，研究并借鉴国际刑事法庭（如前南斯拉夫问题国际刑事法庭和国际刑事法院）的专家证人制度，建立鉴定人选任双轨制。当事人有权选任专家证人，但法院应限定人数，并鼓励双方选任共同鉴定人。如果当事人就适格鉴定人达成协议，法院应依法指定，法院在必要时可另行指定专家证人，尤其是在当事人无法达成一致或案件复杂需要中立专家时。法院应建立专家证人名册，对专家证人的资质进行审核和备案。这些国际法庭在专家证人的资格认定、证据提交程序和法庭质证等方面积累了丰富的经验。加强与其他国家在跨境追赃领域的合作，通过签订双边或多边协议，明确专家证人在跨境案件中的

地位和作用，如中国与加拿大签署的关于分享和返还被追缴资产的协定，以及依据《联合国反腐败公约》进行的司法合作，这些都为追回外逃人员和赃款提供了有效的法律手段。例如，与主要的腐败资产流入国建立合作机制，确保专家证人在跨境追赃中的证言能够得到对方司法系统的认可和采信。提高证据的采信率。

（四）强化追赃挽损的司法保障

在《中华人民共和国国际刑事司法协助法》中增设关于承认与执行域外判决的章节，在对承认和执行的条件予以严格限制的同时，设立专门的审查机制，保证国家主权和国家利益不受损害，承认和执行的域外判决不违反中国基本的法律原则。⁵

借鉴“资产没收基金”和“被罚没财产账户”等的做法，设立“没收贪腐资产专项管理基金”。以习近平同志为核心的党中央充分把握发展大势，将“人类命运共同体”“共商共建共享”等理念融入国家主权理论之中由专项资金管理机构专门负责接收国际刑事司法协助中没收所得资产、执行资产分享的决定和处理域外分享给我国的犯罪资产

针对目前存在的跨境追赃，多部门参与协商且效率低下的情况，可以通过法律明确规定司法部为犯罪资产国际分享牵头主管机关，其他部门协助。“先扣除后分享”和“先分享后扣除”两种形式的区别在于没收成本归谁承担。我国在设计犯罪资产国际分享制度时，应当考虑我国一般是发起方，需要他国的协助，在互惠原则前提之下建议采用“先扣除后分享”的方式以激励更多国家提供协助。犯罪资产分享的比例与提供协助的程度及所作贡献大小相关，考虑到境外追赃的终极目标在于惩治贪腐犯罪，建议参考美国、加拿大等国的做法，可以规定提供重大协助分享比例为50%至90%，提供较大协助分享比例为30%至60%，提供便利协助可以分享没收资产不超过30%，贡献极小则比例不超过10%。犯罪资产国际分享的范围应当强调对犯罪受害人、合法所有人、善意第三人的保护，这既是国际公约义务、公平正义原则的要求，更是对他国国家、公民及财产权的尊重，彰显大国的责任担当。在境外追赃犯罪资产分享过程中，要优先补偿受害人的损失，审查合法所有人和善意第三人等利害关系人的合法财产权，在扣除国际司法协助过程中的合理成本之后，才能启动资产分享。鉴于我国国情以及贪腐犯罪特殊性，如果过分强调受害人损失等优先补偿，势必挫伤当事国司法协助的主动性、积极性，因此还可以通过资产分享的替代性措施追回犯罪资产，如成功酬金安排、贷款、共分罚款诉讼以及费用补偿机制等。

⁵ 张磊.关于境外追赃法律适用问题的思考——以薄熙来案为切入点[J].吉林大学社会科学学报, 2017,57(1):106-116.

ICC 的合法性危机及改革方向探究

谢琴英

哈尔滨工程大学（学生）

摘 要：本国际刑事法院（ICC）自成立以来，在维护世界和平正义等方面发挥了一定作用，但近年来其合法性因大国政治干预、管辖权扩大与国家主权冲突、执行机制缺位及“选择性司法”指控等而备受质疑，面临“司法理想主义”与“主权政治现实”的冲突。本文从多维度系统分析了 ICC 合法性危机的具体表现，并深入探究其合法性危机的根源，总结了《罗马规约》的制度缺陷、法律原则冲突及国际社会政治权力结构失衡等问题，揭示了 ICC 合法性危机的本质，即国际法“理想规范”与“霸权秩序”的难以调和性。对此，笔者提出了 ICC 的可行性优化路径和改革方向，如资源自主、优化执行机制、重构管辖权规则及深化区域司法协作等，旨在为国际刑事司法体系的重塑提供理论支持。

关键词：国际刑事法院；国际司法；管辖权；合法性

一、引言

1998 年，全球 160 个国家的代表团和超两百个非政府组织（IGO）参与了联合国特设委员会在意大利罗马举行的“建立国际刑事法院外交全权代表会议”，会议以 120 票赞成、7 票反对、21 票弃权通过了《国际刑事法院罗马规约》（简称《罗马规约》），其后得到了诸多国家的应声推崇。四年后获得了 60 个国家批准的《罗马规约》正式生效，也意味着第一个全球性的常设国际刑事裁判机构——“国际刑事法院”诞生。

在国际刑事法院设立之前，就已经存在对实施严重暴行的犯罪分子进行国际审判的先例。追溯至 1474 年，神圣罗马同盟设立的特设法庭对在布里萨赫城实施恐怖统治的皮特·冯·哈根巴赫判处死刑¹，这也为后来军事法庭对战争罪犯的审判提供了重要参考。第一次世界大战后，迫于公众舆论对战争发动者要求刑事审判的压力，协约国在巴黎和会上对审判战犯的相关法律问题进行了探讨，其后制定的《凡尔赛条约》提出针对当时德国皇帝威廉二世建立一个“特别法庭”，虽然威廉二世最终潜逃荷兰，但这一举措依然成为国际刑事诉讼发展的跨越式进步。

每一起武装冲突的暴动，都是一桩蔑视人权的罪行，国际社会的沉默无异于对“刽子手”的纵容，因此国家让渡部分司法权力以期建立一个国际刑事司法审判机构，对战争犯进行审判是捍卫法律尊严的必要措施，也是彰显各国谋求和平的

¹ M.ChertBasioumi: 《From Versils to Rwandan 75 Yeas: The Need to Esuablisha Pema-nent inemational Cour》[J], 《 Hanard Hwman Righs Jourmal》1997（10）.

决心的旗帜和维护国际秩序的现实手段。第二次世界大战后，同盟国坚定了要通过正当的法律程序惩治惨绝人寰的纳粹罪犯的决心，并在 1945 年和 1946 年分别建立针对德国纳粹的纽伦堡军事法庭和针对日本战犯的远东军事法庭，对在二战中犯下违反人道主义罪行的战争犯展开了著名的审判。这也为后来的国际刑事司法审判提供了实践经验和参考范例，成为后来依据《罗马规约》而成立运作的国际刑事法院的基奠。

此后的几十年里，世界各国一直在探讨迫切希望建立一个国际刑事法庭，而在《国际刑事法院规约》起草阶段，一些严重危害人类的暴行在南斯拉夫和卢旺达境内持续上演。为此安理会先后决议设立南斯拉夫特别法庭和卢旺达特别法庭，对公然违反国际人道法律准则的行为予以审判和制裁，其实施范围也扩展到和平时期武装冲突中危害人类的罪行，这不仅是对纽伦堡司法审判实践的重大飞跃和突破，更为后来的国际刑事法院提供了一个可靠的样板。

迄今 23 年，国际刑事法院秉持着“有罪必罚”的原则与核心立场，对世界上最严重的四种罪行，即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪进行调查、起诉和审判。区别于国际法院，国际刑事法院主要调查和审判在国际上犯下严重罪行的个人，自成立以来，国际刑事法院至少已对数十人发出逮捕令，为维护世界和平正义、捍卫国际人道主义、推动国际人权保障事业做出了巨大的贡献。

经历了两次世界大战后，保障人权成为国际社会的基本共识，因此国际刑事法院在成立之初也被世界各国寄予厚望，成为多数国家期盼世界范围内的和平与正义的载体。尤其是那些长期处于冲突和动乱、饱受苦难的弱势国家，因为其国内政治局势动荡、司法体系薄弱，所以更希望通过向一个全球性的权威中立的审判者来寻求司法救济，以达到惩治严重国际犯罪、保障公民基本人权、实现国际社会正义的目的。ICC 的诸多司法实践也充分证明了“如果国际社会不能坚持法治，没有任何国家会有保障其公民生命与自由的充分权力。为了保护每个人，我们必须保护所有人。”²

然而，近年来国际刑事法院却一度被卷入政治权力的漩涡中，在国际上争议不断，理由一方面是忧虑国际刑事法院将管辖权扩大到非缔约国，这可能威胁到各国主权，涉嫌干涉国家内政，违背了《联合国宪章》第二条第一款所规定的国家主权原则；另一方面，部分国家，以非洲各国尤甚，开始质疑国际刑事法院屈于西方国家的压力而采取事实上的“双重标准”，而惯来与国际刑事法院剑拔弩张的美国也采取各种制裁措施对其调查工作百般阻挠。

随着国际刑事法院的权威性受到挑战，合法性遭到质疑，部分缔约国开始拒绝执行国际刑事法院发出的逮捕令，甚至有部分缔约国在近些年纷纷宣布退出《罗马规约》的管辖。比如截至 2015 年签署《罗马规约》的国家有 134 个，其

² 宋健强：《国际刑事法院诉讼详情实证研究》[M]. 哈尔滨工业大学出版社，2008 年第 1 版。

中批准《罗马规约》的有 123 个，而在 2016 年布隆迪总统皮埃尔·恩库伦齐扎就公开宣布退出《国际刑事法院罗马规约》，成为第一个宣布退出国际刑事法院的国家。此后，南非、冈比亚、俄罗斯、菲律宾、匈牙利等国也纷纷宣告退出，不再受国际刑事法院的司法管辖。在此境况下，国际刑事法院管辖权的扩张是否会成为加剧世界动荡的因素、大国政治下的国际刑事司法的公正性如何保证等，也成为国际社会的重要议题，理想的司法正义与现实的政治博弈产生的冲击亟待解决。

二、ICC 合法性危机的多维表现

（一）“选择性司法”指控与南方国家离心

“选择性司法”一直是国际刑事法院遭到国际社会诟病的重要因素，所谓“选择性司法”，没有统一明确的定义，但其是基于选择权而来，依照《罗马规约》第 15 条第一款的规定，“检察官可以自行根据本法院有关管辖权内的犯罪的资料开始调查。”³第 42 条第一款明确规定“检察官办公室负责接受和审查提交的情势以及关于本法院管辖权内的犯罪的任何有事实根据的资料，进行调查并在本法院进行起诉。”⁴这赋予了国际刑事法院检察官调查和起诉的权力，其可以就相关资料选择调查或者不调查，也可以就被指控的行为选择起诉或者不起诉。

在通常意义上来看，“选择性”意味着是“有偏向性的”，即，是有自由裁量权的。因此，国际刑事法院的“选择性司法”“一般是指犯有同样罪行的人由于国籍或者其他背景不同而受到的不同司法待遇的一种不平等的现象。”⁵由于“国际刑事法院兼具了司法机构和执法机构的两种职能，既包含了法官的审判司法活动也包含了检察官的调查执法活动”⁶，所以在国际刑事法院的司法实践中，检察官和法官都拥有不同程度的自由裁量权，且对于司法运作均产生至关重要的影响，故而对此应当作广义理解，既包含了调查起诉阶段检察官的“选择性执法”，也包括审判时法官可能存在的“不公正审判”。

作为国际刑事犯罪的裁判者，国际刑事法院本应当是客观中立的，其初衷是打击国际社会严重危害人权的犯罪行为，确保将国际罪犯绳之以法，打破“有罪不罚”的状态，避免新的冲突对国际和平造成的再生性威胁，而非妥协于漠视正义的政治强权，但现实情况似乎与理想预设背道而驰。自国际刑事法院成立以来，司法实践中所审理的案件大部分是非洲国家所移交的，而西方国家受到指控的情形微乎其微。尽管 2017 年时任国际刑事法院的首席检察官法图·本苏达请求授权对美军在阿富汗实施“折磨、虐待、侵犯个人尊严、强奸和性暴力”的行为涉嫌战争罪启动正式调查，但在 2019 年遭到了预审法官的否决。事实上，对美军在阿

³ 《罗马规约》第 15 条。

⁴ 《罗马规约》第 42 条。

⁵ 盛红生：《国际刑法热点问题研究》[M]，法律出版社，2017：51-52。

⁶ 王毅：《国际刑事法院选择性司法问题研究》[D]，辽宁大学，2023 年 6 月 1 日。

富汗的暴行早在 2006 年就已经开始收集证据展开审查，但十几年过去一直拖延搁置、进展停滞。2020 年上诉分庭推翻预审法官的决定，重新授权启动对美军的调查，但同年，美国对国际刑事法院官员采取限制签证等制裁措施，导致 2021 年检察官宣布“暂停调查”。

与美国大同小异的是，国际刑事法院也曾试图启动对英国军队在伊拉克涉嫌酷刑和虐囚等非人道主义行为的调查，但耗时六年徒劳无功，以“证据不足”而宣布停止调查。而在此期间，国际刑事法院对中东地区的以色列和哈马斯、非洲地区的苏丹、东欧的俄罗斯等国家积极展开调查，发布逮捕令，其管辖之广、效率之高似乎令人叹为观止。毫无疑问，国际刑事法院适用“双重标准”的行径大大降低了其在国际上的威慑力和权威性，无异于是向全球昭彰国际正义面临西方大国威压的一次公然妥协。

（二）政治干预侵蚀司法独立

部分学者将政治对司法独立的干预和侵蚀与前述所言的“选择性司法”情形合并讨论，笔者在此将其分开阐述。“选择性司法”针对国际刑事法院整体，尤指国际上政治影响力高的大国对于国际刑事法院的主动干涉，导致国际刑事法院在进行执法（检察）和司法活动时，被迫地默许和纵容部分国家对成员国所实施的国际犯罪，从而导致“有罪不罚”现象的发生，背离国际刑事法院的初衷。而本文所指政治干预，主要侧重于国际刑事法院的官员主动地利用国际刑事法院对四种国际犯罪的管辖权，行使自由裁量权，与他国的政治利益相互勾连，同部分势力“沆瀣一气”，以达到特定的政治目的。

目前国际社会尚存在对国际刑事法院“司法伪善”的质疑，例如 2025 年 3 月菲律宾前总统杜特尔特被缉捕送往国际刑事法院总部荷兰海牙引起国际社会的热议，而实际上，ICC 在 2021 年就已批准对杜特尔特发动“禁毒战争”展开调查，指控其涉嫌实施反人类罪，但收效甚微。2019 年菲律宾宣布退出《罗马规约》，但 2025 年菲律宾现政府马科斯政府态度骤然转变，授意菲警方与国际刑警组织协力逮捕杜特尔特，此举被猜忌为 ICC 与小马科斯“暗通款曲”打击杜特尔特阵营，也在国际社会敲响政治警钟，国际刑事法院的正当性与合法性进一步遭到质疑。

除此之外，早年 ICC 对哥伦比亚地区的反人类罪行的调查也呈现出明显的政治偏向性，同时在多方政治势力的较量和阻碍下出现也出现了“有罪不罚”的情形。自 2004 年起，国际刑事法院对哥伦比亚内战中的反人类罪行展开调查，尤其是屠杀、强迫流离失所、酷刑与法外处决、性暴力与儿童兵等系统性暴力。暴行的参与者包括准军事团体（如 AUC 等）、左翼游击队（如 FARC 等）以及为准军事团体勾结的政府军三方，但 ICC 在与哥伦比亚政府当局的周旋后最终聚焦于左翼游击队的“罪行”，而轻纵了政府军与准军事团体的行为。甚至在 2016 年

哥伦比亚和平协议签署后，ICC 保留管辖权之余仍然对哥伦比亚军方高层的调查以“证据不足”为由采取拖延和搁置的态度。

（三）ICC 管辖权扩张与国家主权的冲突

管辖权是国际刑事法院行使其职能和权力的核心，依据《罗马规约》第五条的规定，国际刑事法院享有对四种全球最严重的国际罪行的管辖权，同时，《罗马规约》第 12 条至第 14 条还规定了行使管辖权有先决条件，即原则上国际刑事法院只对缔约国有管辖权。但与此同时，也存在某些特定情形下国际刑事法院对非缔约国的管辖：其一是缔约国将犯罪行为地在缔约国或者被告人国籍为缔约国国籍的案件情势，主动提交检察官或者检察官主动调查该情势的，如国际刑事法院第一预审分庭裁定检察官主动对孟缅情势的管辖⁷（缅甸非缔约国，孟加拉国为缔约国，国际刑事法院认为缅甸驱逐罗兴亚人至孟加拉国也属于犯罪行为的发生在孟加拉国）；其二是检察官主动调查，非缔约国主动声明接受国际刑事法院的管辖可以归属于这一类，如科特迪瓦非缔约国但自愿声明接受法院管辖；其三是安理会决议递交非缔约国案件情势给国际刑事法院的，如安理会第 1593（2005）号决议将苏丹达尔富尔情势移交国际刑事法院检察官。

然而，近年来国际刑事法院的管辖权日渐呈现扩张趋势，尤其是在 ICC 对菲律宾前总统杜特尔特逮捕，更令国际社会忧虑不安，因为菲律宾早在 2019 年就退出了国际刑事法院，国际刑事法院此举被认为是侵犯了非缔约国的国家主权。对此，中国外交部发言人毛宁也回应道：“中国一贯主张国际刑事法院应严格遵循补充性管辖原则，依法审慎行使职权。”⁸

事实上，国际刑事法院管辖权扩张的表现远不止于此，在俄乌冲突暴发几年后，国际刑事法院首席检察官卡里姆·汗对在乌克兰可能涉及的国际犯罪展开调查，并于 2023 年由第二预审分庭对俄罗斯总统普京以其非法驱逐人口（乌克兰儿童）触犯战争罪为由发出逮捕令，引起俄罗斯的谴责。俄罗斯并非《罗马规约》的缔约国，有声音质疑国际刑事法院将刑事司法管辖权延伸至非缔约国，违反《罗马规约》的规定，或对俄罗斯的国家主权造成破坏，其制裁的正当性与合法性有待考量。国际刑事法院对孟缅情势的管辖也涉嫌侵犯他国主权，其将管辖权扩张解释为包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地，从而扩大了 ICC 的管辖范围，将原本不属于缔约国的孟加拉国纳入司法管辖内范围。

有学者认为国际刑事法院是在行使“普遍管辖权”，但普遍管辖权往往指每一国都有权对严重危害国际社会共同利益的犯罪（如战争罪、恐怖主义犯罪）行使管辖权，其法律依据主要来源于国际条约与习惯国际法，如《制止恐怖主义爆炸的国际公约》等。“国际刑事法院的管辖权是国家从本国利益及国际社会共同的

⁷ Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, 14 November 2019, ICC-01/19-27.

⁸ 外交部：《2025 年 3 月 11 日外交部发言人毛宁主持例行记者会》[N]，中华人民共和国外交部。

利益出发对主权进行自我限制的结果，又是国家行使主权利力的特殊方式”⁹，国际刑事法院并非国家实体，且包括中、美常任理事国在内等多数国家未加入《罗马规约》，其适用范围有限，因此“法院的管辖权没有建立在普遍管辖权之上”¹⁰，无法用普遍管辖权原则来对国际刑事法院强行管辖非缔约国的行为作出合理的解释。即，“法院不是对发生在任何国家的“核心罪行”都有管辖权，也不是对任何国家的国民都有管辖权，法院行使管辖权需要满足一定的条件。”¹¹

（四）执行机制缺位与“纸面正义”

国际刑事法院的诞生基于缔约国的合意，刑事司法审判的权力来源也基于缔约国的让渡和赋予，因此，面临国际社会此起彼伏的征讨和质疑更是分身乏术。再加之其本身并无执法力量，需要依靠缔约国的协助与配合才能实现对罪犯的通缉抓捕工作。

根据《罗马规约》第 58、59 条的规定，预审分庭可以根据检察官的申请在有理由相信某人实施了本法院管辖的犯罪等情况时可以发出逮捕证，缔约国在接到临时逮捕或逮捕并移交的请求时，应立即采取措施逮捕有关的人。“随着逆全球化思潮和地缘政治竞争加剧，一国国内与国际政策之间的联系愈发紧密，许多国家的外交政策更多地服务于国内政局调整。”¹²因此部分国家基于政策和外交的考量对国际刑事法院的指令置若罔闻，甚至有缔约国公然拒绝执行国际刑事法院的逮捕要求，导致国际刑事法院的执行困境日益明显，刑事审判权形同虚设，国际刑事司法工作进展步履维艰。

尤其是在涉及到非缔约国的管辖权中，逮捕令的执行效率更是低下，如在安理会递交的苏丹达尔富尔情势和利比亚情势中，国际刑事法院签发了 10 个逮捕证，但执行率为零。除此之外，2023 年国际刑事法院也曾签发对俄罗斯总统普京的逮捕证，然而这不仅在俄罗斯遭到抵制和指责，在普京访问蒙古国等多个缔约国时，也无一个缔约国执行该逮捕证。此前，国际刑事法院要求南非在第 25 届非洲联盟峰会时将参会的苏丹总统巴希尔逮捕送至海牙也惨遭拒绝。国际刑事法院的执行正面临着严峻的考验和前所未有的困境，其所主张和倡导的国际正义或将因得不到执行而成一纸空文。

三、合法性危机的根源分析

（一）制度设计缺陷

1. 安理会的情势递交权

⁹ 管建强：《普遍性管辖与豁免的冲突》，载《东方法学》2010 年第 6 期，第 26 页。

¹⁰ 李世光、刘大群等著：《国际刑事法院罗马规约评释》（上册）[M]，北京大学出版社 2006 年版，第 180-184 页。

¹¹ 李珠琳：《国际刑事法院对非缔约国行使管辖权之问题研析》[D]，外交学院，2020 年 6 月 6 日。

¹² 王帆：《2024 年国际形势与中国外交：环球同此凉热合作共赢才是人间正道》[J]，《当代世界》，2025（01）。

国际刑事法院主要负责刑事司法审判工作，对犯有国际罪行的个人进行起诉和审判，做到有罪必罚，消弭影响国际安全的因素，但其并没有独立的执法力量。在《罗马规约》设定的管辖情形中，规定了安理会对于情势有递交给国际刑事法院审理的权力，这看似是对国际刑事法院管辖权的补充，然而因安理会的内部结构和“一票否决权”的特殊决议机制，《罗马规约》的规定就不可避免的存在制度缺陷。

一方面，安理会常任理事国包括中、美、俄、英、法五个国家，分别代表各国利益，对国际格局产生重大影响力，而一旦其中一个国家对于情势递交的决议投反对票，就完全有能力阻挠安理会递交情势，大国及与其利益相关的盟友也可以借此规避 ICC 的刑事管辖，弱势国家则无力抗衡此局面，最终导致 ICC 的“双重标准”；另一方面，《罗马规约》的该种设计也间接地将国际刑事法院的管辖权扩大延伸到非缔约国，而在五个常任理事国中，有中国、美国、俄罗斯三个国家并未加入国际刑事法院，这就导致并未加入 ICC 的国家有将其他非缔约国的情势递交给 ICC 审理的权力，显然这有可能侵犯到其他非缔约国的利益。即使存在“补充性管辖”的规定，在该种情形下关于“补充性管辖”实施的条件也难以断定，即难以判断该非缔约国“不愿意”或者“不能”处理该情势，从而必须要依赖于 ICC 来干涉审判。

2. ICC 的财政经费来源

ICC 制度设计缺陷的另一层面来自于国际刑事法院的财政来源，根据《罗马规约》第 115 条规定了国际刑事法院的经费来源于缔约国的捐款和联合国经大会核准提供的经费。除此之外，还有一条很重要的经费来源渠道是第 116 条规定的“各国政府、国际组织、个人、企业和其他实体的自愿捐助。”¹³即使在《罗马规约》中同时规定了检察官和书记员需要对捐助审慎决定以避免利益冲突，但此项义务能否落实也难以评估和保证，且支持国际刑事法院的非政府组织，如 CICC 等，总部设立在欧美国家，西方国家或通过直接资助、或通过间接控制资金流向的方式可能影响到国际刑事法院的独立性。

据缔约国大会（简称 ASP）下设预算和财政委员会（简称 CBF）报告公布，2023 年 ICC 提议的预算经费 1.86 亿欧元¹⁴，但截至 2022 年底，各国欠法院的逾期付款已超过 4400 万欧元，充分显示了国际刑事法院财政经费严重不足。同时从 CBF 获悉，检察官已经从欧盟获得了 700 多万欧元的承诺，以建立一个“现代、有效的证据管理系统”¹⁵，由此可知国际刑事法院的财政支撑离不开西方国家的

¹³ 《国际刑事法院规约》第 116 条。

¹⁴ See Proposed Programme Budget for 2023 of the International Criminal Court – Executive Summary, Doc. No. ICC-ASP/21/INF.2/Rev.1, dated 30 Sept. 2022, at para. 34.

¹⁵ See, e.g., Report of the Committee on Budget and Finance on the work of its thirty-ninth session, Doc. No. ICC ASP/21/15, dated 29 Nov. 2022.

支持和援助，ICC 的司法独立性受到财政经费来源的约束。

（二）国际政治权力结构失衡

大国政治依旧是影响国际社会和平与安定的重要因素，目前俄乌冲突持续升级，巴以局势紧张、纷争不断，而国家实力与全球政治格局对国际刑事法院的司法运作产生的影响更难以避免。对于国际影响力举足轻重的大国而言，国际制度建设和国际话语权与本国利益息息相关，这不仅关涉对自身行为的合法合理解释、增强自身的道义地位，同时也关涉在国际体系中更加持久的制度性权利。为此，西方国家（如美国）更专注于推行世界范围内的霸权主义以谋求自身利益，这不仅体现在政治、经济等方面，司法领域也尤为明显，其通过制裁国际刑事法院官员等方式阻挠国际刑事法院的刑事审判，凭借其在国际上的强权威逼和诱导国际司法的正常运行。

国际政治权力结构失衡成为加剧弱势国家在国际刑事法院的司法审判中面临不公正对待的关键成因，由于现有的国际规则多由发达国家制定，资源分配也多由大国所掌控，无疑加剧了国际阵营化、集团化趋势。与此相类的是在国际刑事法院的缔约国大会中也不乏强国，如英国和法国，其在国际刑事法院缔约国大会的话语权比之非洲弱势国家更大，对国际刑事法院制定相关政策和做出决议等方面产生较大影响，如影响 ICC 法官席位、议程设定等。

（三）法律原则的内在矛盾

1. 主权豁免原则与《罗马规约》的矛盾

虽然最初在制定《罗马规约》时，缔约国借鉴了为惩罚二战的战争犯所制定的《纽伦堡宪章》第 7 条和《远东军事法庭宪章》第 6 条之类似规定，本着“本规约对任何人一律平等适用”的原则，也为了体现“有罪必罚”的价值目标，规定了“官方身份无关性”。但是随着司法实践的发展，在和平时期适用“否决豁免权”的行为明显背离国际社会的一般准则，目前多数国家仍然保留国家元首及符合条件的高级官员的无例外豁免，这也是基于对国家主权的尊重，避免将司法问题“政治化”。但是法院并没有详细甄别这些国际刑庭实践的特定背景和条件，一味保持在制定《罗马规约》时强调的“官方身份无关性”，导致国际社会对国际刑事法院的正当行与合法性产生怀疑，并对是否继续遵守《罗马规约》产生犹豫。

国家主权原则是国际法的一项基本原则，在《联合国宪章》序言和第一条就分别明确规定了“大小各国平等权利之信念”、“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系”的宣言和宗旨。主权豁免原则是国家主权原则的重要表现形式，尤其是在司法豁免方面，基于“平等者之间无管辖权”这一罗马法概念，除非国家明示放弃豁免，国家行为与财产不受他国管辖。《罗马规约》第 27 条剥夺了对国家元首的豁免权，强调“官方身份的无关性”，被国际社会视为对主权豁免原则的冒犯，《罗马规约》与《联合国宪章》的法律原则之间产生的矛盾和冲突严重影响司法实践，也成为促使国际刑事法院“双重标准”和政治化的重

要原因。

2. 司法正义原则与选举制度局限性

国际刑事法院法官的产生，根据《罗马规约》第 36 条第四款，由缔约国提名候选人参加，并强调每一缔约国可以为任何一次选举提名候选人一人，该候选人不必为该国国民，但必须为缔约国国民，非缔约国国民除非经过特别程序，即缔约国大会决定，否则不能参选。检察官的产生虽未明确禁止非缔约国国民，但在程序和事实上也存在严格限制，比如提名权只属于缔约国，因此原则上检察官也只能由缔约国国民担任。实践中，自国际刑事法院成立至今，法官和检察官也从未出现有非缔约国国民担任的例外，换言之，历史上所有的法官和检察官均来自于缔约国，如首任检察官路易斯·莫雷诺·奥坎波来自缔约国阿根廷，现任检察官卡里姆·汗来自缔约国英国。

正因为国际刑事法院的官员都来自于缔约国各国，可能不自觉地受到本国政治立场和外交政策的潜在影响，难以保持对国际刑事法院的绝对忠诚和中立，在做出决策时无可避免的存在利益交织干扰决策，对司法独立性和司法正义原则造成冲击和破坏。同时，由于缔约国之间也存在政治力量的悬殊，在选举官员时可能导致一场政治博弈，最终造成国际刑事法院沦为个别缔约国的“舞台”，丧失其独立性和公正性的基础。在这种情形下，也不乏存在国际刑事法院官员因利益驱使而与个别国家的某一政治势力暗中勾结，致使 ICC 成为他国排除异己、打压敌对政见的工具。

四、ICC改革的方向与路径

（一）资源自主以达到“去政治化”

笔者在前述分析了国际刑事法院“依赖”西方国家和部分与西方国家利益相关的非政府组织的支持，以至其难以摆脱国际政治力量的操控和影响，故而扩宽其财政经费来源，做到资源自主尤为重要。在 2022 年公布的《预算和财务委员会第三十九届会议工作报告》中，国际刑事法院的检察官宣布将建立一个各国可以捐款的信托基金¹⁶，该信托基金不同于之前用以保障受到司法侵害的被害人的权利而设立的被害人信托基金，其用途是“提高（检察官办公室）OTP 的效率和效力”。

该项行动虽值得肯定，但若不对此加以限制，则仍然无法从根本上解决捐款来源于西方国家的问题。因此，可以制定更为详细的规则来规制信托基金的运作，如明确基金的用途，不得将其优先用于提供资金方所支持的案件情势，以避免由于捐助带来的“选择性司法”问题。同时，除了检察官与书记员对基金的管理之外，还可以引入国际刑事法院之外的第三方人员对捐助的基金进行监督，如为保持内

¹⁶See, e.g., Report of the Committee on Budget and Finance on the work of its thirty-ninth session, Doc. No. ICC ASP/21/15, dated 29 Nov. 2022.

部平衡可以分别从联合国、各个非政府组织与区域组织中推选代表来组成监督委员会。此外,增强信托基金的透明度也是规制其运作的重要环节,信托基金的设立方式、捐助名单、捐助用途等都需要向缔约国大会乃至联合国进行公布,以确保其不会受到政治影响。

经费是国际刑事法院的金钱资源,而除了金钱资源之外,还存在人力资源。检察官作为国际刑事法院的基础组成部分,承担着调查和起诉的重要职能,属于国际刑事法院的人力资源,推动检察官办公室中立化有助于防止国际刑事法院的调查受地缘政治影响。为了确保检察官办公室的公正,也需要加强对检察官办公室的外部监督,如设立专门的监督机构对检察官的办案过程(如调查、审讯)进行监督,充分保障被告人的权利。同时限缩检察官在起诉中的自由裁量权,对不起诉的标准进行明确化,避免“双重标准”和“选择性司法(执法)”。

(二) 重构执行机制

“没有逮捕就不可能有审判,就不可能向受害者提供司法正义,因此,潜在的犯罪者可以基于有罪不罚的侥幸心理而犯下新的罪行。”¹⁷做到“有罪必罚”是国际刑事法院的基石,也是其存在的意义,要坚持“有罪必罚”的司法态度,就必须破解执行难的问题。目前国际刑事法院执行困境关键在于其没有独立的执行机构和执法力量,国际犯罪需要依靠缔约国的配合,因此可以在《罗马规约》中增添缔约国不履行协助义务的法律后果,将《罗马规约》的约束力落到实处,增加国际刑事法院制裁的强制力。“国际刑事法院应有清醒的认识,不能沦陷于政治大潮中,为政治所左右,有选择地执法,从而被扣上“选择正义”帽子;而应坚守法律底线,公正执法,维护司法正义。”¹⁸因此建立独立的执法机构具有相当必要性,可以由缔约国大会决定从各缔约国中选派部分警力组成国际刑事法院执法组织,与国际刑警组织(简称ICPO)建立更深层次联系的方式,保证执法活动顺利进行。

联合国安理会与国际刑事法院均有维护世界和平的使命和宗旨,而安理会在国际社会拥有一定程度的执法权,因此国际刑事法院可以强化与安理会的合作,推动修改《罗马规约》,请求安理会辅助配合逮捕令的执行。如对于安理会递交的严重危害国际安全的情势,在非缔约国或者缔约国拒绝执行逮捕工作时,请求安理会制定相关政策和决议对该国家进行经济等各方面的制裁,以迫使该国遵循、执行国际刑事法院的指令。

(三) 优化管辖权规则,明晰主权边界

根据一般国际法对国家元首及符合条件的官员进行豁免构成当前国际秩序的基石,但《罗马规约》明确否决了国家元首的豁免权,同时其通过扩大解释《罗马规约》,将其管辖权过度延伸至主要发生在非缔约国领土上的行为,这一做法是否符合关于管辖权域外适用合法性和合理性等问题的一般国际法原则,值得商榷。

¹⁷ Judge Philippe Kirsch, Address to the United Nations General Assembly, 1 November.

¹⁸ 申世涛:《国际刑事法院逮捕执行合作中的现实困境与出路》[J],《政法论丛》,2020(03)。

¹⁹最早提出“主权”概念的博丹在其《主权论》一书中提及：“根据罗马法，主权者不论让渡于他人的权力（威）有多少，其地位总是排他性的，不受这些权力的管辖；他绝不会授出他再也不能控制的权力。”²⁰国际刑事法院的管辖权来自缔约国的让渡，其在缔约国未申明放弃豁免权时对国家元首进行审判超出了缔约国的意思，也涉嫌侵犯他国主权。世界上只有一个秩序，就是以国际法为基础的国际秩序，只有一套规则，就是以联合国宪章宗旨和原则为基础的国际关系基本准则。²¹笔者建议将《规约》修正，与《联合国宪章》和习惯国际法保持一致，避免因法律原则冲突造成的司法实践难题，加剧世界不稳定因素，适得其反。

同时，《规约》的内容并没有成为国际社会普遍接受的准则，国际刑事法院以此为依据行使对非缔约国的管辖权更有违国际法上的国家主权原则，严重侵害了非缔约国的国家利益，增加了国际刑事法院的“政治化”风险。无论是安理会递交情势还是检察官主动调查非缔约国情势，均对国际秩序产生了一定的影响，在当今世界正处于百年未有之大变局时，构建人类命运共同体是国际社会的共同目标，和平与独立自主是国际主旋律，“对于一些纷争，国际司法介入后的效果不如让各国自己解决，民众需要的是和解、重建，对司法惩罚、赔偿的期待远不如面向未来的和解有意义。”²²因此，无论是针对缔约国还是非缔约国，国际刑事法院都应当明晰主权边界，将法院“可受理性”标准具体化，避免滥用管辖权。

（四）深化区域协作，实现多边主义下的司法共治

国际刑事法院有两个信誉支柱，一个是司法支柱，即法院本身，另一支柱就是执行，对于第二支柱而言，国家甚至国际合作至关重要。通过深化国际刑事法院与区域司法安全协作，能更有效地打击严重危害国际的犯罪行为，提高国际刑事法院的办案效率，保障国际刑事法院的司法审判运作。

当前，非洲国家以国际刑事法院片面针对非洲政治人物、“选择性司法”为由，开展了系列对国际刑事法院的“抵制”行动，如非盟国家 2014 年 6 月通过的《马拉博议定书》（尚未生效）规定在非洲人权与民族权法院（African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights）内设立一个刑事法庭²³，以对冲 ICC 的“新殖民司法”标签。因此，为缓解与非洲国家的矛盾、防止司法滥用、避免国际司法冲突，国际刑事法院应当加强与非洲刑事法院的分工协作，如在非洲设立区域审判地，既可以提供原地审判的优势，也能降低政治化风险，保障非洲国家的权益。

同时，国际刑事法院可以在接到递交的非洲情势或者检察官主动调查非洲情

¹⁹ 参见中国观察员代表团团长在《国际刑事法院罗马规约》第 18 届缔约国大会上的发言[N]，《中国国际法年刊》，海牙，2019 年 12 月 3 日。

²⁰ [法]让·博丹：《主权论》[M]，北京大学出版社，2008 年版。

²¹ 参见中华人民共和国主席习近平，在第七十六届联合国大会一般性辩论上的讲话[EB/OL].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1711541726567720598&wfr=spider&for=pc,2021.09.22/2023.03.08>.

²² 焦阳：《国际刑事法院对非缔约国国民管辖权问题研究》[J]，《晋中学院学报》，2023（04）。

²³ 参见 JBJ Vilmer：《The African Union and the International Criminal Court: counteracting the crisis》[J]，《国际事务》，2016 - academic.oup.com.

势后,对案件情势进行评估,考虑和平利益和正义利益,对于牵涉非洲国家利益,且能够由非洲国家自行管辖的,优先由区域法院管辖,国际刑事法院利用其职权在能力范围内为其提供技术与证据支持,既能将国际罪犯绳之以法,又能规避侵犯弱势国家主权和利益的风险。

全球范围内的数字互联是国际发展的大趋势,司法领域的数字互联也是迎时代潮流、促进司法协作更紧密、更深入的方向。国际刑事法院可以应当利用好科学技术和数字网络增强区域司法联系,构建“全球-区域”证据共享网络,一方面便于检察官调查收集证据,提高证据的客观性和准确性,克服因时空限制所导致的跨国执行难的问题,从而减少因调查困难差别对待不同国家的可能性。另一方面,利用网络科技建立安全数字网络平台,也可以为各国司法机构之间的信息交流与合作提供了便捷通道,有利于国际刑事法院整合各方资源,与各国共同打击国际犯罪。

国际刑事法院对非缔约国的管辖权扩张

何婧甜¹

摘要：国际刑事法院对非《罗马规约》缔约国的管辖权问题已成为国际法领域的重大争议焦点。在阿富汗局势中，国际刑事法院试图对非缔约国——美国的国民行使刑事管辖权，这一先例引发了广泛关注。此后，乌克兰局势、巴勒斯坦局势以及菲律宾杜特尔特案件等案例，均涉及法院对非缔约国的司法管辖问题，进一步加剧了国际社会的争论。法院近年来通过联合国安理会移交案件等方式，尝试扩大其对非缔约国的管辖权。然而，这一趋势引发了关于国际刑事法院合法性以及其与国家主权原则冲突的激烈讨论。随着国际刑事法院管辖权的逐步演变，尤其是在向非缔约国扩张的过程中，主权国家面临着法律、政治及实践层面的诸多挑战。本文结合若干典型案例，分析其管辖权扩张的趋势及其影响，并探讨非缔约国在这一背景下如何维护国家主权，同时推动国际法律合作。

关键词：国际刑事法院；《罗马规约》；非缔约国；管辖权；

国际刑事法院（以下简称“法院”）成立于 2002 年，是全球首个常设国际刑事司法机构，旨在追究个人对最严重国际罪行的责任，包括种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪。法院的设立标志着全球刑事司法制度的重要进步，并已成为国际社会打击跨国犯罪的重要工具。根据《罗马规约》的规定，法院的管辖权原则上仅限于缔约国领土或缔约国国民所犯的罪行。然而，现实中，包括美国、俄罗斯和中国在内的多个大国并未加入《罗马规约》，这使得法院的管辖范围受到一定限制。

然而，随着全球政治格局的演变，法院的影响力和管辖权不断扩大，尤其是在涉及非缔约国的案件中，其司法权的合法性及其与国家主权原则之间的潜在冲突引发了广泛争议。对于中国而言，法院管辖权的扩张尤为值得关注。作为《罗马规约》的非缔约国，中国原则上不受法院管辖。然而，法院在实践中通过多种方式寻求对非缔约国的司法干预，这可能对国家主权构成风险。因此，中国需要深入研究法院管辖权的演变趋势，并采取积极措施加以应对，以确保在维护国家利益的同时，避免潜在的法律风险。中国政府应增强对法院管辖权问题的应对能力，并通过合法途径规避其对中国公民的管辖，从而维护国家主权和法律安全。

截至 2025 年 3 月，法院已正式启动 17 项情势调查，其中多项涉及非缔约国。²本文将选取若干涉及非缔约国的典型情势进行系统梳理，分析法院在非缔

1 中南财经政法大学研究生，联系电话：19924681937，电子邮箱：hejt458@qq.com

2 数据来源于国际刑事法院官网（<https://www.icc-cpi.int/>）

约国拒绝履行相关义务或未加入《罗马规约》的情况下,如何主张并行使管辖权。这些案例研究将有助于揭示法院如何突破国家主权的限制,以推进国际法的适用。同时,通过考察相关国家采取的司法及外交应对措施,本文将探讨这些举措对法院权威的影响,并进一步分析其他非缔约国在此背景下如何维护国家主权,同时推动国际法律合作。

一、《罗马规约》中法院行使管辖权的基础

法律最基本的问题之一是某一法院是否对某一案件具有管辖权。管辖权是法院对国际犯罪实施起诉的关键法律问题。法院必须确立适当的管辖权,以对特定犯罪者行使司法和执法权力。法院的管辖权基于《罗马规约》的有关规定,主要涉及法院对缔约国和其他国家的管辖权。法院的目的是追究犯有国际罪行的个人的责任,包括种族灭绝罪、战争罪、危害人类罪和侵略罪。³

法院的管辖权不是自动的,而是依赖于某些法律基础,特别是缔约国对其管辖权的同意。经过艰难谈判,各方达成一致,法院可依据《罗马规约》第十二条行使管辖权。法院管辖权的基本前提是相关国家是否已成为《罗马规约》的缔约国。如果一个国家是缔约国,则其自动同意接受法院的管辖,并承诺遵守法院的裁决和程序。但如一国为非缔约国,法院必须得到该国的同意才能行使管辖权。所以,同意原则是法院行使管辖权的基础。

第十二条第二款规定了法院对缔约国的管辖权适用的两种情况。一是属地管辖权(Ratione Loci),即犯罪发生在同意管辖国家的境内。一个国家对其领土内发生的行为拥有管辖权。这一原则是国内法和国际法的基本原则。二是属人管辖(Ratione personae),即犯罪被告人为同意管辖国家的国民。在罗马会议上,某些国家曾提议,法院对罪犯的国籍应成为其管辖权的最低门槛。这种基于罪犯国籍的属人管辖权在理论上不具争议性。然而,迄今为止,法院的案件主要基于属地管辖权,而非属人管辖权。⁴

《罗马规约》第十三条进一步阐述了法院行使管辖权的三种主要方式:

一是缔约国向法院提交情势。当缔约国依照规定向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势,检察官就决定是否接受并审查其提交的情势。“情势”与“案件”密切相关但概念不同,情势范围更广。缔约国提交情势时无需确凿证据,但需提供足够资料证明涉嫌法院管辖罪行的明显迹象。

二是联合国安理会向法院提交情势。联合国安理会可以依据《联合国宪章》第七章采取行动,将涉及一起或多起犯罪的情势提交给法院检察官。《罗马规约》未详细规定提交机制。依据《联合国宪章》安理会应首先断定存在威胁和平、破

³ 《罗马规约》第五条 法院管辖权内的犯罪(一)本法院的管辖权限于整个国际社会关注的最严重犯罪。本法院根据本规约,对下列犯罪具有管辖权: 1. 灭绝种族罪; 2. 危害人类罪; 3. 战争罪; 4. 侵略罪。

⁴ Eboibi, F. E. (2012). Jurisdiction of the International Criminal Court: Analysis, loopholes and challenges. NAUJILJ, 3(2012), 34.

坏和平以及侵略行为时才能采取行动，即向法院提交情势。目前，仅达尔富尔和利比亚情势由安理会提交而触发法院的管辖权。

三是检察官依职权主动启动调查一项犯罪。法院检察官认为案件符合相关条件，则可以主动展开调查。是否赋予检察官独立的调查启动权，在《罗马规约》的制定过程中引起了不小的争议。但各国最后达成共识，法院所管辖的犯罪规模是如此之大，潜在的犯罪嫌疑人数目是如此之多，调查程序是如此之复杂，一定的自由裁量权是确保检察官有效工作所必须的。⁵

《罗马规约》第十七条明确确立了补充性原则，即当一个国家有能力且愿意追诉相关犯罪时，法院不会介入。法院的设计初衷是作为国家刑事司法体系的“补充”机制。基本上，法院只有在国家司法机构无意或无能力采取行动的情况下才会介入⁶。这一原则确保了国家主权不会被任意侵犯，法院仅在必要时介入。

总之，在决定是否在法院提起刑事诉讼时，缔约国、联合国安全理事会、检察官必须确保法院对该事项具有管辖权，包括属地管辖、属人管辖及非缔约国接受管辖。管辖权是法院对国际犯罪实施起诉的关键法律问题。因为管辖权问题可能会限制相关政府或国际社会对国际犯罪的合法应对范围。

二、法院对非缔约国行使管辖权的法理依据

《维也纳公约》第 34 条确立了“条约相对性”的基本原则，强调未经第三国同意，条约既不能赋予其义务，也不能赋予其权利。但是法院依据《罗马规约》对非缔约国启动的情势调查不在少数。法院实践表明，尽管非缔约国未加入《罗马规约》，但法院仍然可以在特定情形下对非缔约国国民行使管辖权。这一做法的法律依据主要源自《罗马规约》第 12 条和第 13 条，该规约规定了法院对非缔约国行使管辖权的三种情形：

（一）非缔约国的自愿同意

《罗马规约》第 12 条第 3 款规定，非缔约国有权向法院提交声明，表示自愿接受法院对某些国际犯罪的管辖。这一规定为非缔约国提供了一个灵活的途径，通过自愿同意，接受法院的管辖。由于非缔约国接受管辖权是自愿的，因此法院对非缔约国国民的管辖在法律上具有坚实的基础，避免了关于管辖权合法性的法律争议。⁷但是，非缔约国自愿同意对另一非缔约国国民行使管辖权的情形下，若缺乏另一缔约国的同意，法院也难以得到配合。俄罗斯拒绝承认乌克兰情势中法院的管辖权，并指控其“政治司法化”。

（二）非缔约国国民在缔约国境内或接受法院管辖的国家领土内实施国际犯罪

⁵ 苏敏华. (2018). 分权与制衡：国际刑事法院检察官职权配置研究. 社会科学, 2018(1).

⁶ Adamu, A. N. V. (2020). Analyses of the challenges faced by the International Criminal Court in the exercise of its jurisdiction. *International Journal of Law*, 6(6), 98–105.

⁷ 李宝军 & 董蕾红. (2014). 非缔约国规避国际刑事法院管辖权的路径分析. 理论学刊, (03), 98-102. doi:10.14110/j.cnki.cn-37-1059/d.2014.03.021.

根据《罗马规约》第 12 条第 2 款 (a)，如果犯罪发生在缔约国的领土内，法院可以对犯罪者行使管辖权，而不论其国籍如何。此外，该条款还规定，即使犯罪发生在非缔约国的领土上，但如果该国后来自愿接受法院的管辖，法院仍然可以对犯罪者行使管辖权。有观点认为，法院对非缔约国国民在缔约国领土上所犯罪行进行审判的权力，实质上是缔约国将其本身所拥有的刑事管辖权委托给法院。⁸缔约国或接受法院管辖的国家通过“同意”自愿将部分司法权力让渡给法院，这是基于国家利益和全球利益的主权权力行使。因此，在这一情境下，法院的管辖权本质上是缔约国或接受法院管辖的非缔约国属地管辖权的延伸或扩展。

但由此产生的主要问题是：缔约国是否有权在未获得被告人国籍国同意的情况下，将其刑事管辖权移交给国际法庭。反对者认为国家在未获得被告人国籍国的同意前，通常无权移交其刑事管辖权。即使一国可以将其司法管辖权转让给另一国，但将其移交给法院却难以令人接受的。

（三）联合国安理会的移交

2025 年 1 月 1 日乌克兰正式成为法院的第 125 个缔约国。自此，《罗马规约》的缔约国已达 125 个，仅占全球国家和地区总数的大约一半。基于条约的相对性，法院的管辖权本质上是有限的。为了突破对缔约国管辖权的限制、实现对全球严重国际罪行的追责，《罗马规约》第 13 条第 2 款赋予联合国安理会向法院移交案件的权力。

根据《联合国宪章》第七章的规定，联合国安理会在履行其维护国际和平与安全职责时，具有采取强制性措施的权力。其中包括将某一“情势”提交至法院进行处理。依据《罗马规约》第 13 条第 2 款，安理会直接将某一情势提交法院，从而触发法院的司法管辖权。值得注意的是，这种移交不受行为发生地的地域限制，也不要求行为人具有某一缔约国的国籍。换言之，安理会有权将其成员国内发生的严重国际罪行提交法院，即使相关国家并非《罗马规约》的缔约方。

从传统国际法角度看，非缔约国原则上不应受限于其未同意加入的条约安排。然而，在安理会依据《联合国宪章》第七章所作出的决策框架下，这一权力行使被认为是合法且具有约束力的。根据《联合国宪章》第 25 条，所有联合国会员国有义务接受并履行安理会的决定。无论联合国成员国是否为《罗马规约》的缔约方均须配合法院的调查与审判活动。这种义务并非源自《罗马规约》，而是源于其作为《联合国宪章》的成员国所承担的宪章义务。联合国成员国概括性同意安理会移交案例而触发的法院管辖权。因此，在安理会移交案件的情形下，法院对非缔约国的管辖权并不是“对其施加罗马规约义务”，而是建立在《联合国宪章》的法律效力之上。

在《罗马规约》起草过程中，是否赋予联合国安理会此类转介权曾引发激烈

⁸ Akande, D. (2003). *The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of non-parties: Legal basis and limits*. *Journal of International Criminal Justice*, 1(3), 618–650. Oxford University Press.

辩论。安理会设立案件转介机制的初衷，主要是为了取代临时性法庭的设立。既然已建立一个常设的国际刑事司法机构，其目的就是要在现有制度框架下有效运行。与国家政府不同，联合国安理会并不拥有主权、警力或执法机构，因此需要依赖成员国的协作。通过将严重案件提交司法机构处理，安理会能够确保罪犯承担责任，防止灾难重演。安理会的这种转介机制扩大了法院的管辖范围，不仅体现在地域上，也体现在个人主体的范围上。但是鉴于法院是一个常设司法机构，而非联合国的附属机构，也并非由联合国设立的特别法庭，因此有声音担心赋予安理会转介权可能会损害法院的司法独立性。

总之，尽管法院在特定情形下对非缔约国行使管辖权具有一定的法理依据，例如通过非缔约国的自愿接受、同意管辖国的司法权力的让渡或依据《联合国宪章》第七章由联合国安理会移交案件等机制，但这些管辖模式仍引发了广泛的争议，并遭到许多国家的反对。在法院外交会议上，印度代表认为，“规约中包括普遍管辖或固有管辖的概念，公然无视缔约国与非缔约国之间的区别，严重偏离了现有的国际法规范。”⁹美国表示，由于“不接受《罗马规约》中体现的普遍管辖概念，或该条约对非缔约国、其国民或官员，或在其领土上发生的行为的适用，因此美国投反对票。美国认为，唯一能够将非缔约国纳入该制度的途径是通过联合国安理会依据《联合国宪章》行使强制性权力。”¹⁰中国则表示，第12条“对非缔约国施加义务，构成对国家司法独立性和主权的干涉。”¹¹

三、涉及非缔约国的情势

（一）非缔约国自愿接受管辖

科特迪瓦虽在2003年尚未成为《罗马规约》的缔约国未批准《罗马规约》，但通过声明自愿接受法院对2010年总统选举后暴力事件的管辖权。这是法院基于《罗马规约》第12条第3款，首次在一国已接受法院管辖权，但该国尚未成为缔约国的情况下启动的调查。

科特迪瓦政府于2003年4月18日，主动提交声明，接受法院对自2002年9月19日以来其境内所犯国际罪行的管辖权，且声明的有效期限未设限。该声明由时任外交部长签署，具有法律效力。此后，在2010年12月和2011年5月，新当选总统阿拉萨内·瓦塔拉分别致信法院，确认2003年声明的持续效力，并表达愿与法院全面合作的意愿，尤其针对选后暴力期间可能发生的国际罪行，请求法院协助追责，防止有罪不罚。尽管科特迪瓦在2013年2月15日正式加入《规约》，但审判分庭可根据其此前的声明，追溯行使管辖权至2002年9月19日。

12

⁹ UN Doc. A/CONF.183/SR.9 at para. 15.

¹⁰ UN Doc. A/CONF.183/SR.9 at para. 28.

¹¹ UN Doc. A/CONF.183/SR.9 at para. 37.

¹² 法院, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation in Côte d'Ivoire*, 法院-02/11-14-Corr, 15 November 2011, para. 15.

科特迪瓦声明接受管辖，随后检察官主动启动法院管辖权。科特迪瓦案的启动与调查流程并未突破国家同意原则的基本框架。相反，这一案例在程序上遵循了国家自愿接受管辖的路径，也在实质上维护了《罗马规约》所确立的平衡机制，即在国际刑事司法与国家主权之间取得适当的协调。

（二）属地管辖（犯罪行为发生在缔约国或接受法院管辖国境内）

1. 阿富汗情势

尽管美国并非《罗马规约》缔约国，检察官仍依据《罗马规约》第 15 条的授权，启动了对阿富汗冲突中所有相关方涉嫌战争罪和危害人类罪的调查。由于阿富汗是规约缔约国，法院拥有属地管辖权，因此包括美军在阿富汗境内的行为也在调查范围内。检察官自 2007 年起对相关罪行开展初步审查，并于 2017 年正式申请立案，涵盖塔利班、阿富汗政府以及美军的可能罪行。然而，美国政府强烈反对，先后采取了签证限制、制裁法院官员等措施，指责法院对美军的调查侵犯美国主权。尽管 2019 年法院预审分庭一度以“无法确保调查取得实际进展”驳回调查请求，但 2020 年上诉分庭最终批准立案。美国政府（特朗普时期）随即实施更严厉的制裁，直至拜登政府于 2021 年取消相关措施，但对调查依然持保留态度。

美国除采取外交上的拒绝合作以外，还采取国内立法和签署双边或多边协定拒绝配合调查。根据《2002 年美国服役人员保护法案》（*American Servicemembers' Protection Act of 2002*），第 2002 条第 11 款明确指出，美国并未加入《罗马规约》，且不会接受或遵循该规约的任何条款，并不承认法院对美国国民具有任何形式的管辖权。此外，该法案第 2004 条还明确禁止美国政府机构、官员或实体与法院进行合作，包括提供人员、资金、情报支持或其他援助。¹³为了防止美军人员在海外服役期间被移交至法院，美国政府依据《罗马规约》第 98 条第 2 款的规定，先后与多个驻军国缔结了双边豁免协定（commonly known as Article 98 agreements）。此类协定旨在确保这些国家不会在未获美国政府同意的情况下，将美方人员移交至法院。2002 年 9 月 20 日，在阿富汗正式加入《罗马规约》之前，美国即与阿富汗签署了《美国—阿富汗双边豁免协定》，以明确排除法院要求阿富汗移交美军人员的可能性。

2021 年新任检察官卡里姆·汗调整调查方向，宣布将优先调查塔利班和 ISIS-K，对美军行为的调查将“有限处理”，此举被认为是对美方压力的回应，也引发了人权组织对法院“选择性司法”的担忧。

2. 乌克兰情势

发布声明时为非缔约国的乌克兰，2014 年和 2015 年先后两次声明自愿接受根据《罗马规约》第 12 条第 3 款规定法院对 2013 年后乌克兰局势中涉及罪行的

¹³ *American Servicemembers' Protection Act of 2002*, Pub. L. No. 107-206, §§ 2002(11), 2004, 116 Stat. 820 (2002)

管辖权。2022年3月2日,检察官卡里姆·汗宣布正式启动对乌克兰局势的调查,涵盖自2013年11月21日以来发生的所有战争罪、危害人类罪等严重国际罪行。该调查得到了包括39个缔约国(如法国、英国、德国等)联合移交的支持。2023年3月17日,法院据此对俄罗斯总统普京等人发出逮捕令,指控其在乌克兰犯下战争罪。

法院在实际履行其司法管辖权的过程中遭遇了严重阻力。俄罗斯政府多次公开表示拒绝承认法院对其任何形式的管辖权,并称法院的行为是“非法无效的”。蒙古国虽为缔约国,但在2023年11月普京访蒙期间,未协助执行法院逮捕令。蒙古国主张其依照《罗马规约》第97条提出协商请求,就“认为妨碍执行合作请求的法律和实际问题”进行协商,以“以合作方式解决相关问题”。但法院第二预审分庭对此进行了否认,认为“鉴于蒙古仅在普京总统计划访问其领土前数日才请求与法院协商,该请求未能为法院提供充分时间妥善处理相关事宜,因此该请求似乎并未旨在实质性解决妨碍执行合作请求的所谓问题,不符合《规约》第97条的要求”¹⁴。预审分庭最终根据《罗马规约》第87条第7款作出蒙古国未执行逮捕令的行为为不合规行为的裁定,并决定将该行为提交缔约国大会处理。

乌克兰情势中涉及非缔约国自愿接受管辖、对同意管辖国的属地管辖两种管辖模式。如前文所述,非缔约国自愿接受法院对其国民的属人管辖,不具理论上和实践上的争议性。但乌克兰情势不仅涉及国家元首豁免权问题,还涉及对俄罗斯国民的属地管辖问题。虽然俄罗斯并非《罗马规约》缔约国,法院认为这些罪行发生在乌克兰领土之上,而乌克兰已自愿接受法院对其领土的管辖,因此普京等俄罗斯国民作为非缔约国国民,也可成为被追诉对象。

(三) 安理会提交情势

1. 苏丹达尔富尔情势

尽管苏丹未加入《罗马规约》,但联合国安理会于2005年通过第1593号决议,将达尔富尔情势提交法院调查。这是法院首次对非缔约国行使管辖权,也是联合国安理会基于《罗马规约》第13条第2款授权法院对非缔约国(苏丹)行使管辖权的首个先例。

2003年,苏丹达尔富尔地区爆发大规模武装冲突,涉及政府军、武装民兵和反叛组织。冲突导致数十万人死亡、数百万人流离失所,并伴随着广泛的种族清洗、强奸、酷刑等暴行。随着冲突的加剧,国际社会高度关注达尔富尔局势,联合国及国际社会普遍谴责苏丹政府及其支持的武装团体所犯下的暴行。

安理会依据《联合国宪章》第七章行事,强调该地区暴行对国际和平与安全构成威胁,因此必须采取国际行动以实现问责。尽管苏丹并未加入《罗马规约》,2005年联合国安理会通过第1593号决议,将达尔富尔局势移交法院。中国在第

¹⁴ ICC, *Decision on the Non-Compliance by Mongolia*, ICC-01/22-90, Pre-Trial Chamber II, 24 October 2024, para. 15-17.

1593 号决议投票中选择弃权。虽然中国支持通过合法途径追究在达尔富尔犯下严重罪行者的责任,但中国对将此案提交法院持保留态度,主要是因为苏丹并非《罗马规约》缔约国。

2009 年 3 月 4 日,法院对时任苏丹总统奥马尔·巴希尔发布逮捕令,指控其在达尔富尔犯下战争罪和反人类罪,之后又发布了其他相关逮捕令。由于苏丹并非《罗马规约》缔约国,苏丹政府对法院的逮捕令置若罔闻,巴希尔总统继续执政并出访他国。即使访问缔约国,也未被引渡至法院。阿拉伯联盟与非洲联盟均反对法院的决定,认为其有损非洲国家的尊严。

2. 利比亚情势

安理会通过第 1970 号决议,将利比亚情势提交法院调查。利比亚当时并非《罗马规约》缔约国,但安理会授权法院对卡扎菲政权涉嫌的战争罪和反人类罪进行调查。

2011 年初,利比亚爆发大规模反政府抗议,示威者要求卡扎菲政权下台。随着抗议活动升级,利比亚政府开始动用武力镇压反对派。卡扎菲政权被指控在镇压过程中系统性地实施暴力,包括大规模杀戮、强奸、酷刑以及对平民的暴力镇压。随着暴力加剧,利比亚的国际形象与人道局势迅速恶化,引发国际社会强烈关注。

联合国安理会于当年 3 月通过第 1970 号决议,将利比亚局势移交法院。这是法院对非《罗马规约》缔约国行使管辖权的又一案例。同样,尽管利比亚并非《罗马规约》缔约国,但根据规约第 13 条第 2 款的规定,在联合国安理会依据《联合国宪章》第七章采取行动的前提下,法院得以对非缔约国开展调查。利比亚作为联合国会员国,受制于安理会的权力。中国投票支持该决议。中国常驻联合国代表李保东大使表示,此举考虑到利比亚的特殊情况及阿拉伯和非洲国家的关切与诉求。¹⁵安理会在该决议中强调利比亚局势对国际和平与安全构成威胁,呼吁采取法律手段追责。

四、法院管辖权扩展倾向分析与影响

(一) 法院管辖权扩展的三种典型路径

法院从 2002 年成立至今,共开展了 17 个情势调查,其中 7 个涉及非缔约国的管辖权。在长期面临非缔约国“退出”、“拒绝”以及“反制”等行为的背景下,法院逐渐形成了三种相对灵活的路径模式,以在不同的政治条件下对非缔约国所犯的罪行进行司法介入。现有情势调查按照其启动方式与法律基础进行分类,法院通过三种主要机制对非缔约国行使管辖:其一,通过联合国安理会依据《联合国宪章》第七章授权提交情势;其二,通过非缔约国依据《罗马规约》第 12 条第 3 款主动声明接受管辖;其三,依据属地管辖原则或时间效力延续原则,针对非

¹⁵ 常驻联合国代表. (2011, 2 月 27 日). 利比亚当务之急是立即停止暴力. 中国政府网. http://www.gov.cn/jrzq/2011-02/27/content_1811961.htm

缔约国国民在缔约国境内实施的犯罪行为启动调查。下表概述了这三类路径的典型案列、法律依据与实际操作方式，揭示了法院在实践中对非缔约国司法权延伸的制度逻辑与发展趋势。

管辖基础类型	案例	法律依据与逻辑
安理会提交（Chapter VII）	达尔富尔（苏丹）、利比亚	基于《联合国宪章》第七章，安理会具有强制性授权权力。法院可依据《罗马规约》第 13 条(2)款启动调查
非缔约国自愿接受（Article 12(3)声明）	科特迪瓦、乌克兰	虽非缔约国，但通过第 12 条(3)款声明承认法院对其领土或国民的临时性管辖
属地管辖或时间持续原则（Temporal/territorial reach）	阿富汗、巴勒斯坦、菲律宾	非缔约国国民在缔约国境内犯罪（如美军在阿富汗）；或缔约国退出前实施的罪行仍可追诉（如菲律宾）

表 2 三种法院对非缔约国行使管辖权的机制

法院依靠安理会授权、缔约国属地管辖以及非缔约国的资源接受等多元机制，逐步构建了一个超越《罗马规约》缔约国范围的“有限普遍性”司法框架，发挥了其在全球范围惩治严重国际犯罪方面的积极作用。随着对非缔约国展开情势调查的案例积累，法院也呈现出从合作性被动授权向更具主动性和扩张性的管辖机制演变趋势。这反映了其在寻求国家主权与国际正义之间动态平衡方面的制度实践。

然而，此类扩展管辖权的实践亦引发了对其合法性基础的争议，特别是在未获非缔约国同意的前提下对其国民行使刑事司法管辖，是否违背国际法上“国家主权平等”原则仍具争议。此外，法院行使此类管辖时往往涉及重大政治敏感案件，容易陷入大国博弈与地缘政治对抗的漩涡，进而削弱其司法独立性与权威性。

（二）法院管辖权扩张的趋势分析

1.从被动到司法能动主义

法院原本是一种契约机制，其运作主要基于缔约国的授权或联合国安理会的提交，具有明显的被动性特征。然而，近年来，随着法院检察官对《罗马规约》第 12 条（管辖前提条件）、第 13 条（启动机制）和第 15 条（检察官自行启动调查）条款的解释，逐渐展现出更为积极的司法能动主义倾向，主动探索制度解释空间以扩大调查的范围和对象。

例如，在菲律宾情势中，尽管该国于 2019 年退出了《罗马规约》，但法院仍

援引了该规约第 127 条(2)款的规定，即“在缔约国身份期间发生的行为仍受规约约束”，来解释时效性效力应当延续下去。因此继续对 2016 年至 2019 年期间与禁毒战争相关的犯罪提起诉讼。再如，对以色列在巴勒斯坦领土上的行动，尽管以色列并非缔约国，但法院在巴勒斯坦加入规约后，基于巴勒斯坦的属地管辖权对以色列官员的行为进行初步审查。这些做法表明，法院正在从传统的被动应对机制转向一种具有主动解释能力的制度参与者角色，推动国际刑事法律秩序朝着更加普遍化的方向发展。

2. 普遍性原则与主权豁免原则的冲突

在管辖权方面，法院正逐步强化国际刑事司法的普遍性原则，同时逐渐弱化传统国际法中诸如国家主权和国家元首豁免权等原则的约束作用。无论是针对苏丹总统巴希尔、利比亚领导人卡扎菲、菲律宾前总统杜特尔特还是俄罗斯总统普京的起诉尝试，法院始终贯彻“无论个人地位或身份如何，均需为严重国际罪行承担责任”的理念，彰显了其“无人可逃避法律制裁”的理念。

特别值得注意的是，法院试图对普京等俄罗斯领导人在乌克兰实施的行为展开调查。这一行动进一步表明法院正致力于确立国际刑事法的不逾越性与适用范围的普遍性。然而，这种基于法律正义的普遍性推进，也不可避免地引发非缔约国对于“司法干预国家主权”的抵触。例如，美国等国长期批评法院的做法具有政治选择性与管辖越界之嫌，质疑其缺乏国际普遍授权和实际执行力，甚至采取立法反制以遏制法院对本国公民行使司法追诉。

总体而言，法院三种对非缔约国行使管辖的主要机制的确提升了法院在制度安排方面处理非缔约国事务的能力和灵活性。但从国家主权的角度来看，这一制度也隐性地重构了国家对外部司法权力的应对机制，模糊了传统意义上的主权豁免与国际责任之间的界限。法院必须确立适当的管辖权，以对这些犯罪者行使司法和刑罚权力，尤其是在犯罪者并非《罗马规约》缔约国公民，且其犯罪行为未发生在《罗马规约》缔约国领土上的情况下。随着法院解释空间的不断扩大，其合法性与中立性将面临更为复杂的政治挑战和制度考验。

五、非缔约国应对法院管辖权扩张倾向的策略

法院管辖权问题可能会限制相关政府或国际社会对国际犯罪作出合法回应的范围。《罗马规约》虽然确立了补充性管辖原则，但其广泛的属地与属人管辖条款，连同联合国安理会根据《联合国宪章》第七章介入的机制，使得即便非缔约国也可能处于法院的审判射程之内。

在法院管辖权的扩张性趋势下，如何能够合理合法地绕开或规避法院对本国国民的管辖权是众多非缔约国关注的问题。无论是当今世界政治法律格局的客观现实还是规约本身内容的局限性，都为这些非缔约国规避或绕开法院对本国国民的管辖权提供了可能。尽管法院旨在利用超国家司法机制打击最严重的国际犯罪，但其植根于《罗马规约》的补充性原则，以及成员国自愿加入的制度设计，决定

了非缔约国在现行国际法体系下仍有一些合法规避其管辖权的空间。当然,非缔约国由于各自国家实力和影响力的不同,其规避法院对本国国民管辖权的能力差别悬殊¹⁶。从三条主要路径出发,非缔约国可以在合法性维度上实现对法院司法权的规避效果。

（一）《罗马规约》的补充性原则

在所有规避途径中,国内司法机关及时启动对涉嫌国际核心犯罪的调查和起诉被认为是最合法、最受国际认可的规避途径。这种做法源于《罗马规约》第17条的可受理性规定,反映了法院的“补充性原则”。根据这一原则,法院只有在一国“不愿或不能进行实际调查或起诉”的情况下才能进行干预,这为非缔约国规避该原则提供了法律途径。

补充性原则的法律基础明确规定了法院行使管辖权的条件。根据《罗马规约》第17条第1款,法院应认定一个案件“不可受理”,如果该案件已经由具有优先管辖权的国家进行调查或起诉,除非该国“无意或没有能力”进行有效的诉讼。这一条款确保了国家司法系统的首要地位,但也为法院介入提供了可能性,特别是在国家无意或没有能力履行其国际义务的情况下。第17条第(2)款和第(3)款进一步详细规定了确定一个国家“不愿意”和“不能”采取行动的标准,特别是当一个国家的司法系统已经崩溃或有意包护罪犯时。

然而,非缔约国要实现合法规避,必须满足两个核心条件。首先,必须在涉及法院调查之前启动司法程序。这意味着一旦案件进入法院的管辖范围,任何后续的国内调查和起诉都将失去效力。第二,国内司法程序必须独立、公正,并严格遵守国际公认的正当程序原则。这一要求是为了确保国内司法不受政治因素的干扰,避免表面调查或象征性起诉,并确保它符合法院的要求。如果国内司法程序不符合法律标准,法院可以裁定案件可予受理。

从国际法发展的角度来看,通过国内司法渠道进行法律规避,为各国提供了一定的辩护空间,体现了国际社会平衡主权优先与司法公正的努力。各国既可以维护自己的司法独立和主权,又可以在一定程度上避免与法院的直接冲突,从而达到一种相对妥协的平衡。这允许非缔约国在面对法院时保留一些自主权,并为国际刑事司法提供了一个灵活的解决办法

（二）联合国安理会的制衡机制

除补充性原则外,非当事国特别是安理会常任理事国可以通过政治手段规避法院管辖权。这主要是通过《罗马规约》第16条来实现的。该条规定,安理会可以根据《联合国宪章》第七章通过决议,要求法院推迟或继续进行调查或起诉,并且该请求可以多次延长。这一机制的核心是通过政治决定限制司法程序,实际上为常任理事国提供了规避法院管辖权的政治途径,特别是当它们涉及国际刑事

¹⁶ 李宝军 & 董蕾红.(2014).非缔约国规避国际刑事法院管辖权的路径分析.理论学刊,(03),98-102.
doi:10.14110/j.cnki.cn-37-1059/d.2014.03.021.

案件时。

这种政治手段的一个典型例子是美国对法院正式运行之际的反应。2002 年法院正式成立时，美国政府强烈反对，认为法院对非缔约国行使管辖权违反了国际法的基本原则。为了防止美国驻外军人、外交官和其他人员被指控犯战争罪或其他国际罪行，美国施压安理会通过第 1422 号决议，给予参加联合国维和行动的非缔约国人员司法豁免权。该决议保护美国和非缔约国维和人员在执行国际任务期间不受法院的管辖。仅仅一年后，为了延长这一豁免，美国推动了第 1487 号决议，进一步加强了对美国人员司法豁免的保护。这些决议表明，常任理事国可以通过行使否决权有效地阻止涉及其本国人员的案件进入法院的管辖范围，从而表明国际正义在面对现实政治压力时的妥协。

在某种程度上，安理会豁免机制体现了国际社会在“和平优先”与“正义优先”之间的艰难取舍。为了避免政治冲突升级，安全理事会宁愿推迟或放弃对某些国家的刑事责任。这种做法虽然有其现实政治考虑，但也从根本上破坏了国际刑事司法的独立性和权威性。特别是在追求全球正义的背景下，这一实践引发了人们对国际法公正性的深刻反思。

（三）非缔约国的豁免权

按照《罗马规约》第 98 条的规定，另一种技术性更强但同样有效的规避途径是与其他国家签订双边豁免协定。根据该条，如果一国与第三国之间存在引渡、豁免或协助的条约义务，法院不得要求该国交出人员，除非第三国同意放弃豁免。这一规定为非当事方通过与其他国家建立双边协定来避免法院管辖提供了一种法律途径。

自 2002 年以来，美国一直在积极推动与其他国家达成所谓的第 98 条协议。这些协议要求签署国在未经美国同意的情况下不得将美国公民，特别是美国军事人员和政府雇员移交法院。这些协议实际上为美国人员提供了一道法律“防火墙”，有效地防止他们在外国因战争罪等国际罪行受到法院的起诉。迄今为止，已有数百个国家与美国签署了这类协定，进一步巩固了美国在国际刑事司法制度中的责任豁免。

虽然这一途径表面上是根据《罗马规约》的规定确立的，但普遍滥用这一途径被认为严重削弱了《规约》在追究国际罪行责任方面的效力。通过双边协议，美国能够利用其政治、经济和军事优势迫使其他国家接受协议，使一些小国家在实践中几乎不可能拒绝。这不仅引发了“强权政治与法治对抗”的问题，也对国际刑事司法的独立性提出了质疑。这进一步加深了适用国际法方面的不平等和不公正现象，特别是在许多国家没有真正意识到这种协定可能对其自身利益产生不利影响的情况下。

因此，虽然《罗马规约》第 98 条为国家间的协商提供了法律框架，允许通过双边协议解决与国际刑事法院的冲突，但这种方法在某种程度上模糊了国际刑

事司法的真正目的，即追求公平审判和对国际罪行的问责。从长远来看，滥用这种双边豁免协定可能导致法院司法机制在世界范围内的合法性和信誉进一步受到侵蚀，特别是在全球治理和法治面临挑战的情况下，这凸显了国际法在强权政治面前的脆弱性。

总之，在全球化日益加深的背景下，法院在推动国际刑事司法公正方面的作用不可忽视，但其扩张管辖权的做法仍然面临着各国主权的强烈反对。尤其是对于非缔约国而言，其国家利益与主权安全往往与法院的管辖发生冲突，因此如何平衡全球司法正义与国家主权的合理边界成为关键。各国应当在捍卫国家主权的同时，继续参与国际法治的建设，通过加强与法院的合作与对话，推动国际刑事司法框架的完善。中国等非缔约国可以通过深度参与国际法治讨论和相关机制建设，推动法院在处理案件时更加尊重各国的法律和政策，避免盲目扩张管辖权带来的潜在风险。然而，虽然不主动接受法院管辖并不意味着忽视国际司法正义，国家应当保持应对法院及其管辖扩张的能力。通过加强国际法的研究与参与国际讨论，非缔约国可以在确保国家利益的前提下，在必要时有效利用国际法庭的程序与职能，应对可能的法律挑战。因此，非缔约国应在保护自身主权的同时，保持与国际司法体系的互动和应对机制，以确保其在国际事务中的话语权与应对能力。

参考文献

[1] Adamu, A. N. V. (2020). Analyses of the challenges faced by the International Criminal Court in the exercise of its jurisdiction. *International Journal of Law*, 6(6), 98–105.

[2] Akande, D. (2003). The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of non-parties: Legal basis and limits. *Journal of International Criminal Justice*, 1(3), 618–650. Oxford University Press.

[3] Cormier, M. (2021). Testing the boundaries of the ICC's territorial jurisdiction in the Afghanistan situation. *Questions of International Law Journal*, 78, 43–56. <http://www.qil-qdi.org/testing-the-boundaries-of-the-iccs-territorial-jurisdiction-in-the-afghanistan-situation/>

[4] Eboibi, F. E. (2012). Jurisdiction of the International Criminal Court: Analysis, loopholes and challenges. *NAUJILJ*, 3(2012), 34.

[5] ICC. (2024, October 24). Decision on the non-compliance by Mongolia (ICC-01/22-90, Pre-Trial Chamber II), paras. 15–17.

[6] Scharf, M. P. (2001). The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party states: A critique of the U.S. position. *Law and Contemporary Problems*, 64(1), 67–117. Duke University School of Law. <https://www.jstor.org/stable/1192355>

[7] UN Doc. A/CONF.183/SR.9 at para. 15.

[8] UN Doc. A/CONF.183/SR.9 at para. 28.

[9] UN Doc. A/CONF.183/SR.9 at para. 37.

[10] 常驻联合国代表. (2011年2月27日). 利比亚当务之急是立即停止暴力. 中国政府网. http://www.gov.cn/jrzg/2011-02/27/content_1811961.htm

[11] 焦阳. (2023). 国际刑事法院对非缔约国国民管辖权问题研究. 晋中学院学报, (04), 69–73.

[12] 李宝军, & 董蕾红. (2014). 非缔约国规避国际刑事法院管辖权的路径分析. 理论学刊, (03), 98–102. <https://doi.org/10.14110/j.cnki.cn-37-1059/d.2014.03.021>

[13] 刘健. (2008). 论国际刑事法院管辖权范围的有限性与扩张性. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 32(06), 51–55.

[14] 苏敏华. (2018). 分权与制衡: 国际刑事法院检察官职权配置研究. 社会科学, 2018(1).

[15] 伍俐斌. (2011). 限制国际刑事法院管辖权的美国双边豁免协定的合法性问题. 当代法学, 25(04), 132–141.

[16] 伍俐斌. (2017). 联合国安理会对国际刑事法院管辖权的限制. 政法论坛, 35(01), 88–97.

[17] 杨永红. (2020年6月29日). 从美国制裁国际刑事法院看《罗马规约》对非缔约方的效力. 聚焦·西政国际法学院. <https://mp.weixin.qq.com/s/EKUdWVEAUwpAQ0OBg-LG7Q>

[18] 张贵玲. (2007). 试析国际刑事法院管辖权与非缔约国的关系. 甘肃社会科学, (04), 227–230. <https://doi.org/10.15891/j.cnki.cn62-1093/c.2007.04.049>

Human Trafficking: The Feasibility of Prosecution at the

International Criminal Court

Mengchi Wang*

ABSTRACT

The ongoing war in Ukraine has underscored the intrinsic link between armed conflict and human trafficking. Nevertheless, whether occurring in the context of armed conflict or during peacetime, the international legal framework increasingly recognizes human trafficking as a grave offense that may constitute an international crime. As a permanent international tribunal, the International Criminal Court (ICC) is mandated to prosecute the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community. However, its capacity to address human trafficking remains underutilized, primarily due to the restrictive classification of crimes and the stringent jurisdictional thresholds under the current Rome Statute.

To address these limitations and foster effective and sustainable mechanisms to combat human trafficking at both national and international levels, it is essential to evaluate the potential of classifying human trafficking as a crime against humanity. Moreover, the feasibility of amending the Rome Statute to include human trafficking as the fifth core crime within the ICC's jurisdiction warrants serious consideration. Both approaches aim to incorporate human trafficking cases into the ICC's jurisdiction, thereby advancing global efforts to combat this pervasive crime and ensuring accountability for perpetrators.

Keywords: Human Trafficking; Crimes Against Humanity; International Criminal Court; Rome Statute

I. UNDERSTANDING HUMAN TRAFFICKING

1. Human trafficking in conflict

Human trafficking (also known as “trafficking in persons”) is a global phenomenon that becomes particularly egregious during and after conflict.¹ In specific

* Mengchi Wang, Master's degree student, Zhongnan University of Economics and Law, Tel: 15991144358, E-mail: 15991144358@163.com

¹ Jamille Bigio and Rachel Vogelstein, *The Security Implications of Human Trafficking: Understanding Human Trafficking in Conflict* (Council on Foreign Relations 2019), p.3.

conflicts such as Libya², Afghanistan³, the Central Africa⁴, Somalia⁵, and the Philippines⁶, human trafficking for various purposes including forced labor, sexual slavery, and recruitment for combat roles has been documented as a direct or indirect result of the conflict.⁷ Notably, in the ongoing Russian-Ukrainian conflict, the large-scale displacement of refugees has significantly heightened the risk of trafficking among vulnerable groups.⁸ Armed groups so called “opportunists”, as well as criminal groups that might not even be directly related to the conflict take advantage of the chaotic situations and seek to make a profit.⁹

The persistent failure of prevention and protection mechanisms, compounded by lawlessness, weakened central institutions, and institutionalized impunity, creates fertile ground for trafficking to flourish.¹⁰ Despite the United Nations (UN) Security Council has reiterated its deep concern over the persistence of trafficking in the context of conflict,¹¹ called on the Secretary-General to enhance data collection and monitoring efforts,¹² the severe consequences of such “new form of slavery”¹³ remain prominent. Further, human trafficking, whether in conflict or peacetime, deserves attention and resolution. Trafficked individuals often face limited access to justice and remedies, while prevention and protection mechanisms continue to fall short of addressing the scale and complexity of the issue.

2. The characteristics of human trafficking

The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (Trafficking Protocol) formally defined human trafficking in 2000, which is now widely recognized as authoritative.¹⁴ In simple terms, human trafficking

² United Nations Office on Drugs and Crime, 2018, Global Study on Smuggling of Migrants.

³ United Nations Security Council, 2015, Report of the Secretary General on Children and Armed Conflict in Afghanistan, S/2015/33.

⁴ United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo, S/2018/16.

⁵ United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on Somalia, S/2017/1109.

⁶ United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on children and armed conflict in the Philippines, S/2017/294.

⁷ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action (United Nations 2008).

⁸ GRETA. (2022, March 17). Human trafficking experts: States must urgently protect refugees fleeing Ukraine. Council of Europe.

⁹ Trafficking in Persons in the Context of Armed Conflict 2018, pp. 19-20.

¹⁰ Houston, April: Violence Begets Violence: The Link Between Conflict and Human Trafficking, in Heil, Erin C; Nichols, Andrea C. (ed.): Broadening the Scope of Human Trafficking Research, A Reader, Carolina Academic Press 2017, p. 219.

¹¹ United Nations Security Council, November 2017, Resolution, S/RES/2388.

¹² United Nations Security Council, December 2016, Resolution, S/RES/2331.

¹³ John Winterdyk, Benjamin Perrin and Philip Reichel, Human Trafficking: Exploring the International Nature, Concerns and Complexities (CRC Press, 2011), p.1.

¹⁴ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, 15 November 2000, 2237 U.N.T.S. 319.

can be defined as involving three main elements¹⁵: the trafficker must do one of the *Act* to people (recruiting, transporting, transferring, harbouring, or receiving people), using one or more of these *Means* (such as threat, use of force, coercion, fraud, deception, abuse of vulnerability, giving payments or benefits, or abduction), and done for the *Purpose* of exploitation.¹⁶

Further, human trafficking is a transnational organized international crime. As for the *transnational* nature,¹⁷ globalization has enabled everyone, including criminal groups, to access the global market and benefit from its opportunities.¹⁸ Transnational crimes involve more than one State in their planning, execution and impact; and this differentiates them from national offences or even from international crimes (which may or may not involve multiple countries),¹⁹ and the definition from the UN Protocol supplementing the UN Convention, treating international human trafficking as a transnational offence that should be dealt with by national governments.

As for the organized nature, the Trafficking Protocol also underscores the *organized* nature of human trafficking.²⁰ Similarly, the European Union explicitly recognizes human trafficking as a particularly severe form of organized crime.²¹ From a legal perspective, human trafficking is viewed as a phenomenon at the intersection of human rights violations and international criminal law. Consequently, human trafficking qualifies as a transnational organized international crime, with its specific legal elements distinguishing it significantly from other crimes.

3. Defining human trafficking under the Rome Statute

The Rome Statute, the primary legal instrument of the International Criminal Court (ICC), entered into force in 2002, consenting the ICC to prosecute crimes against humanity. Subsequently, in 2003, the Trafficking Protocol came into force. Although the Rome Statute was finalized prior to the Palermo opened for signature, its drafting coincided with ongoing discussions on defining trafficking and incorporating elements such as threats, deception, and the abuse of power or authority into its framework.²² Thus, there is no provision on the crime of human trafficking *per se* within the Rome Statute, but there are some references to trafficking in persons under the provision addressing the crimes of enslavement, sexual slavery, enforced prostitution and any

¹⁵ John Winterdyk, Benjamin Perrin and Philip Reichel, *Human Trafficking: Exploring the International Nature, Concerns and Complexities* (CRC Press, 2011)

¹⁶ Emphasis added.

¹⁷ Emphasis added.

¹⁸ Zhidkove, Tatiana; *Globalization and the Emergence of Violent Non-state Actors: The Case of Human Trafficking*, *New Global Studies*, Vol. 9, 2015, pp. 16-18.

¹⁹ Jay S Albanese, *Transnational Crime and the 21st Century: Criminal Enterprise, Corruption, and Opportunity* (Oxford University Press 2011), p.152.

²⁰ Emphasis added.

²¹ The Treaty of the Functioning of the European Union, Art. 83.

²² Aston, Joshua: *Trafficking of women and children: Article 7 of the Rome Statute*, 1st ed., Oxford University Press 2016, p. 133.

other sexual violence of similar gravity.

If the Rome Statute were to be revised to extend its provisions to transnational crimes, the outcome might be complicated in practice. The crimes will always need to reach the level of gravity or seriousness. And the transnational crimes are not always as grave as the core crimes. The subject matter jurisdiction of the ICC being still pretty strictly defined, conventional transnational crimes would still need to meet some additional requirements in order to fall within the jurisdiction of the ICC. As stated above, human trafficking would have to occur in the specific context required by the Rome Statute, namely a widespread and systematic attack against the civilian population.²³ International crimes have a very special place as they are the crimes affecting the universally shared interests of the international community according to the Rome Statute. Since human trafficking does not seem to fit neatly into the ICC's regime, the question remains: Should human trafficking be considered a crime against humanity, or should it only be considered a transnational crime and be kept off the ICC's radar? Following this logic, the later section will focus on the possibility for human trafficking to be truly perceived as a crime against humanity.

II. INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK

1. Sources of law relevant to human trafficking

The legal framework for international human trafficking prohibition is vast, incorporating a range of treaties, conventions, and other instruments that are essential for addressing the pervasive and complex issue of trafficking.

Table 1: Source of International Legal Obligation

Primary Sources	Treaties	Custom	General Principles of Law ²⁴
Subsidiary Sources	Decisions of International tribunals		

The core international legal instrument concerning human trafficking is the 2000 Trafficking Protocol, which is the cornerstone of the international legal regime combating human trafficking, offering comprehensive definitions and detailed measures for the prevention, prosecution, and protection of victims of trafficking. It requires state parties to criminalize trafficking offenses, implement measures to protect victims, and cooperate internationally to combat trafficking networks. It also emphasizes a human rights-based approach, recognizing the vulnerabilities of trafficked persons and providing the framework for their rehabilitation.

In addition to the Trafficking Protocol, the legal framework includes the 2005

²³ Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 7. **[Rome Statute]**

²⁴ The generally recognized sources of international law are set out in Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice.

Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, which is particularly significant in Europe. This Convention strengthens victim protection measures, sets clear standards for prevention, and fosters greater international cooperation. It expands the scope of the Trafficking Protocol by adding obligations for victim support, including offering residence permits for victims willing to cooperate with authorities. This Convention also reinforces the human rights dimension by urging states to implement protective measures for victims, especially women and children, who are disproportionately affected by trafficking.

Table 2: Treaties Relevant to Trafficking

Treaties most often cited	1966 International Covenant on Civil and Political Rights
	1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
	1989 Convention on the Rights of the Child
	2000 United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Organized Crime Convention)
	2000 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Trafficking Protocol)
	2005 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (European Trafficking Convention)

Further supporting the international legal prohibition of human trafficking are numerous other treaties, such as the 1949 Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, which served as a foundational document for later instruments. International labor conventions, particularly the 1930 ILO Convention Concerning Forced or Compulsory Labour (ILO Convention No. 29) and the 1999 ILO Convention on the Worst Forms of Child Labour (ILO Convention No. 182), also play critical roles in addressing trafficking as a form of forced labor and child exploitation. These instruments are vital for integrating labor standards into the fight against trafficking, ensuring that trafficking is addressed not only from a criminal law perspective but also through labor rights protections.

Regional conventions, like the European Trafficking Convention and the Inter-American Convention on International Traffic in Minors, provide further context for combating trafficking within specific geographical areas. These regional treaties tailor obligations to local contexts and challenges, enhancing the capacity of regional bodies to monitor and enforce anti-trafficking laws. For example, the European Convention

emphasizes a victim-centered approach, ensuring that trafficking survivors receive adequate protection and legal support.

Table 3: Special treaties relevant to trafficking

Specialist Trafficking Treaties:International al	International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic (1904, 1910,1949)	International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children (1921, 1933, 1947)
	Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others	
Specialist Trafficking Treaties:Regional	2005 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (European Trafficking Convention)	
	Inter-American Convention on International Traffic in Minors	
	Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution (SAARC Convention)	
Treaties Prohibiting Slavery	1926 Convention on Slavery	
	1956 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery (Supplementary Convention on Slavery)	
Treaties Prohibiting Forced Labor and Child Labor	1930 Convention Concerning Forced and Compulsory Labour (ILO Convention 29)	
	1957 Convention Concerning the Abolition of Forced Labour (ILO Convention 105)	
	1999 Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour (ILO Convention 182)	

Human rights treaties such as the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC) are also indispensable in the fight against trafficking. These conventions contain specific provisions prohibiting trafficking, particularly trafficking for the purposes of sexual exploitation and forced labor. CEDAW requires state parties to take measures to prevent trafficking and exploitation of women, while the CRC provides comprehensive protection for children against trafficking for any purpose, including prostitution, pornography, and exploitative labor.

The Rome Statute is another critical component of the international legal framework against trafficking. The ICC has jurisdiction over trafficking as a form of crimes against humanity, ensuring that perpetrators of trafficking can be prosecuted at

the international level. The Rome Statute also reinforces the commitment to prevent and address trafficking through its broader framework of international criminal law.

Table 4: Relevant human rights treaties

International Human Right Treaties	1966 International Covenant on Civil and Political Rights
	1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
	1966 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
	1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
	1984 Convention against Torture, and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
	1989 Convention on the Rights of the Child
Regional Human Right Treaties	1950 European Convention on Human Rights
	1961 European Social Charter
	1981 African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter)
	1990 African Charter on the Rights and Welfare of the Child
	1994 Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women
	SAARC 2002 Convention on Regional Arrangements for the Promotion of Child Welfare in South Asia
International Criminal Law and International Crime Control Treaties	United Nations Convention against Transnational Organized Crime
	Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime
	Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime
	United Nations Convention against Corruption

Beyond treaties, customary international law plays an essential role in defining and reinforcing the prohibition of human trafficking. The prohibition of slavery, servitude, and forced labor, which are often integral to trafficking, is considered a norm

of customary international law. This universal prohibition, recognized by all states regardless of their treaty obligations, helps to ensure that trafficking, particularly for exploitation and forced labor, remains an international crime under customary law.

Soft law instruments, such as the UN Trafficking Principles and Guidelines, also provide important guidance for states in implementing anti-trafficking measures. While not legally binding, these principles offer a detailed roadmap for states to develop domestic laws and policies that align with international standards. They are particularly important for setting norms in areas where formal legal obligations may be lacking or insufficient, such as victim protection, rehabilitation, and the treatment of vulnerable populations.

Table 5: Relevant “soft law”

Soft law instruments most often cited	Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking (Trafficking Principles and Guidelines)
	Beijing Declaration and Platform for Action, adopted at the Fourth World Conference on Women, 1995(Beijing Platform for Action)
	Further actions and initiatives to implement the Beijing Declaration and Platform for Action (Beijing+5 Outcome Document)
	Basic Principles and Guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy)
	UNICEF Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking (UNICEF Guidelines)
	Criminal Justice Responses to Trafficking in Persons – ASEAN Practitioner Guidelines (ASEAN Practitioner Guidelines)
	Memorandum of Understanding on Cooperation against Trafficking in Persons in the Greater Mekong Subregion, Yangon, 29 October 2004. Coordinated Mekong
	Ministerial Initiative against Trafficking (COMMIT MOU)
	The Brussels Declaration on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings (Brussels Declaration)
	OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings (OSCE Action Plan)
	EU Plan on Best Practices, Standards and Procedures for Combating and Preventing Trafficking in Human Beings (EU Plan on Best Practices)
	Ouagadougou Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings, Especially Women and Children (Ouagadougou Action Plan)
	ECOWAS Initial Plan of Action against Trafficking in Persons (2002-2003)

	(ECOWAS Initial Plan of Action)
	Organization of American States, Conclusions and Recommendations of the First Meeting of National Authorities on Trafficking in Persons (OAS
	Recommendations on Trafficking in Persons)

International cooperation is a central theme across the legal framework, as trafficking is a transnational crime that requires coordinated efforts between states. Bilateral and multilateral agreements, such as the Memorandums of Understanding (MOUs) between countries like Thailand and Cambodia, further enhance cross-border collaboration in preventing trafficking and providing mutual assistance in law enforcement.

Ultimately, the international legal framework against human trafficking is multifaceted, drawing from a variety of sources, including treaties, customary law, human rights protections, and soft law. While these instruments provide a comprehensive approach to tackling trafficking, their effectiveness relies on the commitment and cooperation of states to enforce these laws, protect victims, and prosecute offenders. Furthermore, the evolving nature of trafficking, with new forms and methods of exploitation emerging, underscores the need for continuous adaptation and strengthening of the international legal framework. The successful implementation of these laws requires not only robust legal structures but also a commitment to human rights and the protection of vulnerable populations at the national and international levels. Through these coordinated efforts, the international community can move closer to eradicating human trafficking and ensuring justice for its victims.

2. Jurisprudence of International Tribunals and Regional Human Rights Courts

To date, the ICC has not prosecuted or charged individuals specifically for the crime of human trafficking. Nevertheless, limited jurisprudence from international courts and tribunals offers insights into understanding human trafficking within international criminal and human rights law. A pivotal judgment from the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in *Prosecutor v. Kunarac et al*²⁵, held individuals accountable for actions meeting the legal definition of human trafficking under the Trafficking Protocol, even without formally charging the crime.

In the *Kunarac* case, defendants were convicted of enslavement as a crime against humanity for actions such as imprisoning victims, exercising de facto ownership, forcing sexual services and domestic tasks, and transferring victims for exploitation.²⁶ These acts satisfied the elements of human trafficking under the Trafficking Protocol,

²⁵ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, ICTY, 22 February 2001.

²⁶ *Ibid*, paras.12-13.

including the act (transporting and transferring victims), means (coercion), and purpose (sexual exploitation). Kovač was also convicted of outrages upon personal dignity for selling victims to other men, a violation of the laws of war. Although the ICTY did not explicitly label these actions as human trafficking, it used related elements, such as “buying, selling, or trading persons”, to establish enslavement, thereby indirectly linking trafficking with crimes against humanity.

Regional courts, while offering more jurisprudence than international criminal tribunals, also contribute to defining human trafficking. For example, in *Rantsev v. Cyprus and Russia*, the European Court of Human Rights (ECtHR) connected human trafficking with Article 4 of the European Convention on Human Rights, which prohibits slavery and forced labor.²⁷ Similarly, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*²⁸ held Brazil accountable for human trafficking and slavery-like conditions under Article 6.1 of the American Convention, expanding its scope to include victims as defined by the Trafficking Protocol.

Although regional courts’ jurisprudence can aid in conceptualizing human trafficking, their focus on state obligations rather than individual criminal liability limits their direct applicability to ICC cases. In contrast, international criminal tribunals like the ICTY, which address individual responsibility, may offer more relevant precedents. The Rome Statute permits the ICC to draw on established principles of international law, including those from *ad hoc* tribunals. However, cases like *Kunarac* highlight the limitations of existing precedents, as they frame human trafficking primarily as a component of enslavement or other crimes, failing to fully encompass the broader dimensions of trafficking.

Table 6: Subsidiary source: the decisions of international courts and tribunals

Court and tribunal decisions most often cited	Velásquez Rodríguez Case, Judgement of 29 July 1988, Inter-American Court of Human Rights (Ser. C) No. 4 (1988)
	Juridical Conditions and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 18 (2003)
	Prosecutor v. Kunarac et al. (Trial Chamber I) Case No. IT-96-23-T& IT-96-

²⁷ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. No. 25965/04 (Eur. Ct.H.R. 2010) (involving a victim who was trafficked from Russia to Cyprus and was working as a prostitute in Cyprus); *L.E. v. Greece*, App. No. 71545/12 (Eur. Ct.H.R. 2016).

²⁸ *Tatiana Gos, Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil: Slavery and Human Trafficking in the Inter-American Court of Human Rights*, OxHRH Blog, April 24, 2017; *Workers of the Hacienda Brasil Verde v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 318 (20 October 2016).

	23/1-T (22 February 2001) (Judgement)
	Prosecutor v. Kunarac et al. (Appeals Chamber) Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A (12 June 2002) (Judgement)
	Rantsev v. Cyprus and Russia (25965/04) [2009] ECHR 22 (7 January 2010)
	Siliadin v. France (73316/01) [2005] ECHR 545 (26 July 2005)
	MC v. Bulgaria (39272/98) [2003] ECHR 651 (4 December 2003)
	Osman v. the United Kingdom (23452/84) [1998] ECHR 101 (28 October 1998)
	Akkoç v. Turkey (22947/93;22948/93) [2000] ECHR 458 (10 October 2000)
	Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96 (2002)
	Maria Penha Maia Fernandes v. Brazil, Case 12.051, Report No. 54/01, OEA/Ser.L/V/ II.111 Doc. 20 rev. at 704 (2000)

3. Summary

Within the existing international legal framework, the ICC remains the sole permanent international judicial body with jurisdiction to prosecute individuals for crimes beyond the scope of domestic systems. Accordingly, the following section examines the potential to address aspects of human trafficking under the Rome Statute system, drawing on the jurisprudence of other international criminal tribunals and regional courts for reference. Furthermore, to ensure comprehensive accountability for all participants involved in various stages or forms of human trafficking, the following section also considers the feasibility of amending the Rome Statute to explicitly include human trafficking as defined by the Trafficking Protocol—either as a distinct underlying act of crimes against humanity or as a new, independent core crime.

III. HUMAN TRAFFICKING AS A CRIME AGAINST HUMANITY

The notion of crimes against humanity was established to protect individuals from severe violations of human rights.²⁹ In contemporary times, external intervention can be justified when a state is unwilling or unable to safeguard its citizens from serious breaches of fundamental human rights, as such a failure signifies the state's inability to fulfill its responsibility to protect.³⁰ Crimes against humanity were first prosecuted

²⁹ Schabas, William A.: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Cambridge University Press 2016, p. 147; *Yearbook of the International Law Commission* 1991, p. 103.

³⁰ Stahn, Carsten: *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press 2018, p. 55.

during the Nuremberg International Military Tribunal.³¹ Since then, the concept has solidified its status as customary international law, evolving significantly through the jurisprudence of the two *ad hoc* tribunals. Unlike war crimes and genocide, which are governed by widely recognized conventions and definitions, crimes against humanity lack a dedicated international treaty.³²

Given the framework definition of human trafficking taken from the Trafficking Protocol, it must be determined if that definition fits into the criteria outlined in the Rome Statute in order for human trafficking to be classified as a crime against humanity. Article 7 of the Rome Statute sets forth the elements of a crime against humanity and enumerates which crimes will be included upon meeting these elements. The Rome Statute sets forth that a crime can be considered a crime against humanity: [when] any of the following acts are committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.³³

The definition includes the physical act enumerated in the list from (a) to (k) and the contextual requirement that the acts be “committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack.”³⁴ In other words, Article 7 can be broken down into six key elements³⁵:

1. The establishment of the perpetration of the acts enumerated in Article 7(1)(a)-(k);
2. The acts must constitute an attack directed against any civilian population;
3. The acts must be widespread or systematic in nature;
4. The attack must be pursuant to, or in furtherance of, a State or organizational policy to commit such attacks;
5. The acts must be committed as part of the attack, meaning a “nexus” between

³¹ Bassiouni, Cherif M.: *Crimes Against Humanity: Historical Evaluation and Contemporary Application*, Cambridge University Press 2011, p. 95.

³² Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darryl; Elizabeth, Wilmshurst: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd ed., Cambridge University Press 2014, p. 229.

³³ Rome Statute, Art. 7.

³⁴ Rome Statute, Art. 7(1); *Elements of Crimes*, Article 7(1)(c)(1)-(3).

³⁵ *Situation in the Republic of Kenya*, Decision on the Authorisation of an Investigation, ICC-01/09-19, paras.77-98 (ICC Pre-Trial Chamber II, March 31, 2010); *Prosecutor v. Gombo*, Decision on the Confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, paras. 73-89 (ICC Pre-Trial Chamber II, June 15, 2009); *Prosecutor v. Katanga*, Decision on the Confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, paras.389-402 (ICC Pre-Trial Chamber I, September 30, 2008).

the acts and the attack must be established; and

6. The perpetrator(s) must have known that the conduct was part of or intended the conduct to be a part of such an attack.

1. Contextual elements

The contextual or chapeau elements differentiate crimes against humanity from ordinary crimes under national jurisdictions. However, meeting these contextual elements presents the greatest challenge in prosecuting human trafficking as a crime against humanity.

(1) An attack directed against any civilian population

Article 7(2)(a) highlights that an attack against a civilian population involves elements such as the “multiple commission” of acts, targeting “any civilian population”, and being carried out pursuant to a “State or organizational policy”.

The “multiple commission” requirement sets a quantitative threshold, excluding isolated incidents, and applies to the attack as a whole, not the individual accused.³⁶ Further, crimes against humanity need not occur during armed conflict and may involve any form of violence or mistreatment of civilians.³⁷ An attack can also be non-violent, such as implementing apartheid or coercing a population into specific actions. It may consist of various crimes listed in Article 7(1), such as murder, rape, and deportation.³⁸

As for the primary target, it must be a civilian population, not incidental casualties.³⁹ It is not necessary to target the entire civilian population of a specific area; rather, the focus must be on a group that is not randomly selected or narrowly limited.⁴⁰ The ICC has noted that a group may be targeted, for instance, based on its “perceived political affiliation.”⁴¹

In the context of human trafficking, the trafficking operations constitute a coordinated course of conduct involving multiple acts targeting civilians. These acts

³⁶ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 81 [**Bemba Confirmation of Charges**]; *Prosecutor v. Tadic*, Judgment, IT-94-1-T, (ICTY Trial Chamber, May 7, 1997), para. 649 [**Tadic Trial Judgment**].

³⁷ *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014, para. 1101 [**Katanga Trial Judgment**]; *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32-T, Trial Judgment, 29 November 2002, para. 29.

³⁸ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Trial Judgment, 21 May 1999, para. 122 [**Kayishema and Ruzindana Trial Judgment**]; *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Trial Judgment, 6 September 1999, para. 70.

³⁹ *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 82 [**Kenya Authorization Decision**].

⁴⁰ Kenya Authorization Decision, para. 82; Bemba Confirmation of Charges, para. 77.

⁴¹ *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, para.164 [**Ruto et. al Confirmation of Charges**].

include various exploitation, such as forced labor, sexual exploitation, or organ trafficking, perpetrated against vulnerable individuals or groups. The victims, often are based on characteristics like socioeconomic vulnerability, gender, or ethnicity, represent a civilian population rather than a random or isolated group. Such operations demonstrate an attack against a civilian population, satisfying the key elements of “multiple commission”, “any civilian population” and “a State or organizational policy” of the definition.

(2) Widespread or systematic

The attack must meet either the “widespread” or “systematic” criterion, with fulfilling one being sufficient.⁴² A widespread attack is required to “be massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”.⁴³ It may occur across a large geographical area or within a smaller area but involve a significant number of civilians.⁴⁴ Besides, “Widespread” refers to the large-scale nature of the attack and the multiplicity of victims.⁴⁵ In some cases, a single act of exceptional magnitude may also satisfy this requirement.⁴⁶

The concept of “systematic” establishes a high threshold. In *Blaškić*, it was defined by four elements: an objective or plan, large-scale and linked acts, significant use of resources, and involvement of high-level political or military authorities.⁴⁷ It has since been characterized as the “organized nature of the acts and the improbability of their random occurrence”⁴⁸ or the “nonaccidental repetition of similar criminal conduct.”⁴⁹

Critically, only the attack must be widespread or systematic. As emphasized in *Kordić and Čerkez*, “the acts of the accused need to only be part of this attack, and all other conditions being met, a single or limited number of acts on his or her part would qualify as a crime against humanity, unless those acts may be said to be isolated or random.”⁵⁰

In the context of human trafficking, the criteria of systematicity and widespread

⁴² Kayishema and Ruzindana Trial Judgment, para. 123; Kenya Authorization Decision, para. 94; Bemba Confirmation of Charges, para. 83.

⁴³ Kenya Authorization Decision, para. 95; Bemba Confirmation of Charges, para. 83.

⁴⁴ Bemba Confirmation of Charges, para. 83; *Blaškić* Trial Judgment, para. 206.

⁴⁵ Bemba Confirmation of Charges, para. 83; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, 2 September 1998, para. 580 [**Akayesu Trial Judgment**]; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Trial Judgment, 3 March 2000, para 206 [**Blaškić Trial Judgment**].

⁴⁶ *Blaškić* Trial Judgment, para. 206.

⁴⁷ *Blaškić* Trial Judgment, para. 206

⁴⁸ Katanga Trial Judgment, para. 1123; Kenya Authorization Decision, para. 96; *Prosecutor v. Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 81 [**Al Bashir Warrant of Arrest**]; *Tadić* Trial Judgment, para. 648; *Blaškić* Appeals Judgment, para. 101.

⁴⁹ Katanga Trial Judgment, para. 1123; *Akayesu* Trial Judgment, para. 580.

⁵⁰ *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, IT-95-14/2-A, Appeals Judgment, 17 December 2004, Judgment, para. 94

can often be satisfied due to its organized structure and large-scale operations. Systematic nature is evident in the deliberate planning, coordination of resources, and consistent methods used by trafficking networks, such as deceptive recruitment and cross-border transportation. Simultaneously, the widespread nature is demonstrated by the sheer number of victims, the geographic reach spanning multiple regions or countries, and the significant societal disruption caused. These overlapping characteristics underscore the organized and large-scale nature of human trafficking, fulfilling the “widespread” or “systematic” criterion.

(3) State or organizational policy

The policy requirement under Article 7(2)(a) of the Rome Statute mandates that crimes against humanity be committed “pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such an attack.”⁵¹ While controversial, this requirement has been broadly interpreted to include both state and non-state actors.⁵² The ICC’s case law confirms that any entity—whether a state, rebel group, terrorist organization, or corporate body—capable of planning and coordinating large-scale or systematic attacks can meet this criterion.⁵³

The term “policy” is not defined in either the Rome Statute or Elements of Crimes. However, a policy does not require formal adoption or explicit documentation,⁵⁴ for example, repeated, coordinated actions or mobilization efforts demonstrate a deliberate strategy.⁵⁵ Even the absence of action by a state, such as willful neglect or complicity, can in exceptional cases qualify as a policy.

The ICC’s “capacity-oriented approach” emphasizes the organization’s ability to orchestrate widespread or systematic attacks, regardless of structure or resources.⁵⁶ This pragmatic perspective enables the prosecution of non-state actors, including transnational criminal organizations, that possess the means to carry out such attacks.⁵⁷ However, the policy requirement ensures that only organized, large-scale, or systematic actions—rather than spontaneous or isolated acts of violence—are prosecuted under this framework.⁵⁸

In the context of human trafficking, the trafficking networks operate with deliberate strategies, utilizing resources and infrastructure to recruit, transport, and

⁵¹ Rome Statute, art. 7(2)(a).

⁵² Kenya Authorization Decision, para. 92; Tadić Trial Judgment, para. 654.

⁵³ Katanga Trial Judgment, para. 1119; *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire”, PTC III, 15 November 2011, para. 43 [**Côte d'Ivoire Authorization Decision**].

⁵⁴ Katanga Trial Judgment, paras. 1108-1109; Côte d'Ivoire Authorization Decision, para. 43; Bemba Trial Judgment, para. 160.

⁵⁵ Katanga Trial Judgment, para. 1109.

⁵⁶ Katanga Trial Judgment, para. 1120.

⁵⁷ Katanga Trial Judgment, para. 1118.

⁵⁸ Bemba Confirmation of Charges, para. 81.

exploit victims across borders. Further, such policy can be inferred from the consistent patterns and systematic execution of trafficking operations. For example, trafficking organizations often employ similar deceptive recruitment tactics, establish transit routes, and manage exploitation sites, all of which reflect a cohesive and deliberate policy. Additionally, states may fulfill the policy element if they are complicit through willful neglect or indirect support, such as tolerating trafficking activities or enabling corruption that facilitates these crimes.

However, the policy requirement excludes isolated and uncoordinated trafficking cases, making certain trafficking acts difficult to satisfy this contextual element. Given that trafficking often spans vast geographical areas and involves significant challenges in gathering evidence, the investigative capacity of the ICC is inherently limited. Additionally, only criminal organizations with sufficient resources, organizational structures, and the capability to carry out large-scale attacks meet the policy criterion, which narrows the range of potential prosecutable cases. Consequently, some traffickers may evade accountability due to the inability to satisfy the policy requirement, exacerbating the issue of impunity.

(4) Nexus between the individual act and attack

The nexus requirement under Article 7(1) of the Rome Statute ensures that individual acts are connected to a widespread or systematic attack against a civilian population⁵⁹. It does not necessitate that the perpetrator holds a leadership position or is affiliated with the organization orchestrating the attack.⁶⁰ Instead, the act must be shown to align with the attack's nature, objectives, and consequences, highlighting its contribution to the broader context of harm inflicted on civilians.⁶¹

In the context of human trafficking, the nexus is often evident as individual acts—such as recruitment, transportation, or exploitation—are typically part of a larger, coordinated system of trafficking operations. These acts, though carried out by different individuals at various stages, collectively contribute to the widespread or systematic victimization of civilians. By comparing the nature and outcomes of specific trafficking acts to the broader trafficking network, the Court can establish this nexus and prosecute individual perpetrators as part of the larger crime against humanity.

(5) Knowledge of the attack

The final contextual element of crimes against humanity under the Rome Statute concerns the mens rea, requiring that the perpetrator act “with knowledge of the attack.”⁶² This knowledge does not necessitate awareness of all the attack's specific details or policies.⁶³ According to the Elements of Crimes, it is sufficient if the

⁵⁹ Bemba Confirmation of Charges, para. 84.

⁶⁰ Côte d'Ivoire Authorization Decision, para. 89.

⁶¹ Tadić Appeals Judgment, paras. 271-272.

⁶² Rome Statute, Art 7(1).

⁶³ Kunarac Appeals Judgment, para. 102; Krnojelac Trial Judgment, para. 59.

perpetrator is aware of the broader attack against a civilian population and intends to contribute to it. The perpetrator's personal motives are irrelevant, as long as their actions form part of the larger attack. Unlike earlier legal frameworks, the Rome Statute does not require discriminatory intent,⁶⁴ allowing acts committed for personal gain to qualify as crimes against humanity.⁶⁵

In the context of human trafficking, this *mens rea* standard is particularly relevant. Individuals involved in trafficking networks often knowingly participate in activities that further the systematic exploitation of victims, aligning with the broader attack on civilian populations. For instance, traffickers who facilitate transportation or exploitation may not fully understand the organization's overall structure but are aware of its purpose to victimize civilians on a large scale. By abandoning the requirement for discriminatory grounds, the Rome Statute ensures that trafficking conducted for profit can still fall within the scope of crimes against humanity.

2. Human trafficking under Article 7 of the Rome Statute

(1) Article 7(1)(c) enslavement

From the acts enumerated as crimes against humanity, enslavement stands out as a particularly appropriate basis for prosecuting human trafficking, as it is explicitly referenced. Article 7(2)(c) of the Rome Statute describes enslavement as “the exercise of any or all powers associated with ownership rights over a person”, extending to the exercise of such powers during human trafficking, particularly involving women and children.

The definition of enslavement is derived from the definition in the 1926 and 1956 Slavery Conventions.⁶⁶ Thus, the concept of “ownership” continues to have such a central role. In *Kunarac*, the ICTY defined enslavement broadly, recognizing contemporary forms of slavery while maintaining the central element of the “exercise of any or all the powers attaching to the right of ownership.”⁶⁷ Similarly, in *Katanga*, the ICC expanded on this concept, interpreting ownership to include placing a person in a state of dependence and deprivation of autonomy.⁶⁸ The Court also emphasized that the list of ownership powers is not exhaustive.⁶⁹

Human trafficking exhibits several overlaps with the elements of enslavement, as defined under Article 7(1)(c) of the Rome Statute. For instance, the use of force, coercion, or exploitation of vulnerability in trafficking mirrors the control and subjugation inherent in enslavement.⁷⁰ Furthermore, the irrelevance of victim consent,

⁶⁴ Akayesu Appeals Judgment, para. 467.

⁶⁵ Katanga Trial Judgment, para. 1125; Tadić Appeals Judgment, para. 272.

⁶⁶ Kunarac Appeals Judgment, para. 117.

⁶⁷ Kunarac Appeals Judgment, para. 117.

⁶⁸ Katanga Trial Judgment, para. 976.

⁶⁹ Katanga Trial Judgment, para. 975.

⁷⁰ Katanga Trial Judgment, para. 976.

a principle established in both the ICTY and ICC jurisprudence, echoes the approach of the Trafficking Protocol, where consent is often vitiated by coercion or deceit.⁷¹

However, key differences persist. While trafficking under the Trafficking Protocol is complete when individuals are moved with the intent of exploitation, enslavement under the Rome Statute requires proving ownership, a higher threshold. Traffickers typically aim to exploit victims for profit rather than establish ownership, which complicates the classification of trafficking as enslavement. Although the ICC has the discretion to expand its jurisprudence, trafficking as enslavement under Article 7(1)(c) remains unsettled. This necessitates exploring other crimes against humanity under Article 7 to address trafficking effectively.

(2) Article 7(1)(g) sexual slavery

Article 7(1)(g) of the Rome Statute criminalizes sexual slavery and enforced prostitution, offering additional avenues to address trafficking for sexual exploitation.⁷² Sexual slavery, though listed independently under Article 7(1)(g), shares significant overlap with enslavement under Article 7(1)(c), as recognized in *Katanga & Ngudjolo*, where the Pre-Trial Chamber (PTC) noted that sexual slavery could be considered a specific form of enslavement.⁷³

Sexual slavery under Article 7(1)(g) builds on the definition of enslavement by adding the requirement that the victim is forced to engage in acts of a sexual nature. Unlike enforced prostitution, which requires the perpetrator to seek pecuniary or other rewards, sexual slavery does not necessitate a commercial element and can include non-commercial forms of sexual exploitation.⁷⁴ Enforced prostitution, on the other hand, sets a lower evidentiary threshold by requiring proof of coercion but not ownership.

Trafficking for sexual exploitation aligns closely with these crimes. When trafficking involves coercive or exploitative practices to compel sexual acts, it can fall under sexual slavery or enforced prostitution. This dual categorization ensures comprehensive coverage of trafficking-related offenses while acknowledging the diverse methods and purposes of exploitation.

(3) Article 7(1)(d) deportation or forcible transfer

Both Article 7(1)(d) and Article 7(1)(g) of the Rome Statute offer potential applicability to certain forms of human trafficking, reflecting elements found in the Trafficking Protocol's definition.

Article 7(1)(d) of the Rome Statute delineates two distinct crimes: deportation and forcible transfer. Deportation requires the victim to be moved across international

⁷¹ Kunarac Trial Judgment, para. 542.

⁷² Rome Statute Art. 7(1)(g) criminalizes rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity as a crime against humanity.

⁷³ *Katanga & Ngudjolo* Confirmation of Charges, para. 430.

⁷⁴ *Katanga* Trial Judgment, para. 976.

borders, while forcible transfer pertains to movements within state borders.⁷⁵ The act of deportation or forcible transfer must involve “expulsion or other coercive acts”, a requirement that is interpreted broadly to include actions like deprivation of rights, killing, sexual violence, torture, enforced disappearance, and destruction or looting of property.⁷⁶ Additionally, the term “forcible” encompasses not only physical force but also threats, psychological oppression, abuse of power, or exploitation of a coercive environment.⁷⁷

Trafficking often involves similar elements of coercion, deception, and exploitation of victims’ vulnerabilities, making it plausible for certain trafficking cases to be classified as forcible transfer under Article 7(1)(d). However, this article also stipulates that the affected population must be lawfully present in the area from which they are displaced. This creates a significant limitation, as trafficking involving illegal migrants may not meet the lawful presence criterion, thereby precluding its inclusion under this specific provision. Nonetheless, trafficking that results in the displacement of individuals lawfully present, especially as part of a larger scheme, could fulfill the criteria for deportation or forcible transfer under the Rome Statute.

(4) Article 7(1)(k) other inhumane acts

Article 7(1)(k) of the Rome Statute criminalizes “other inhumane acts” as crimes against humanity, which serves as a residual category, addressing serious violations that do not fall neatly within other crimes listed in Article 7(1). However, its application must respect the principle of legality, ensuring strict interpretation and a close connection to other established crimes.⁷⁸

In *Ongwen* case, the PTC marked a pivotal moment in recognizing forced marriage as an “other inhumane act” under Article 7(1)(k) of the Rome Statute, distinct from sexual slavery. The ICC highlighted the unique harm caused by forced marriage, including violations of the right to consensual marriage and family life, as protected by the ICCPR and UDHR.⁷⁹ This recognition, further affirmed in the *Al Hassan arrest warrant*,⁸⁰ represents progress in international criminal law. It acknowledges a new form of criminality, sheds light on previously overlooked victims, and addresses the societal stigmatization linked to forced marriage, underscoring the ICC’s evolving approach to addressing complex crimes and victim suffering.

Human trafficking encompasses a broad spectrum of abuses that often exceed the

⁷⁵ *Alleged deportation of members of the Rohingya from Myanmar to Bangladesh*, Request under Regulation 46(3) on the Regulations of the Court, ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, paras. 55, 57 [**Bangladesh/Myanmar Ruling on Jurisdiction**].

⁷⁶ Bangladesh/Myanmar Ruling on Jurisdiction, para. 61.

⁷⁷ Elements of Crimes, Art. 7(1)(d).

⁷⁸ Katanga Confirmation of Charges, para. 450.

⁷⁹ *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, PTC II, 23 March 2016, para. 94.

⁸⁰ Al Hassan Warrant of Arrest, para. 12.

boundaries of crimes explicitly listed in Article 7(1), such as enslavement or sexual slavery. Victims frequently endure severe physical and psychological harm, including confinement, exploitation, and abuse, both during transit and at their destinations. The UN Special Rapporteur on Torture has recognized that all forms of trafficking inherently involve the intentional infliction of severe mental or physical suffering, meeting the threshold for inhumane acts under Article 7(1)(k). The harm caused by trafficking—manifested in conditions like neurological damage, post-traumatic stress disorder, and depression—demonstrates the grave and enduring suffering inflicted upon victims. Trafficking’s multifaceted exploitation, often involving sexual violence and forced labor, highlights its alignment with the concept of inhumane acts, while also revealing its unique and comprehensive nature.

Recognizing trafficking as a distinct crime under Article 7(1)(k) would underscore its broader impact compared to crimes like enslavement or sexual slavery. This differentiation emphasizes the critical need to address the unique experiences of trafficking victims within international criminal law, advancing a more inclusive and nuanced legal framework.

3. ICC jurisdiction and admissibility

The jurisdiction of the ICC is limited by several restrictions. Even when a case falls within the Court’s subject-matter jurisdiction, it must meet the criteria for national or territorial jurisdiction.⁸¹ Additionally, the UN Security Council may refer situations to the ICC Prosecutor, allowing jurisdiction over any UN member state regardless of nationality or territorial requirements.⁸²

Beyond jurisdiction, the Rome Statute establishes an admissibility regime under Article 17(1), requiring the ICC to assess the admissibility of each case. This involves two key considerations: complementarity and gravity. Before initiating an investigation, the Prosecutor must evaluate the admissibility of a situation.⁸³ Following this, the PTC determines whether to authorize the investigation based on the evidence presented.

(1) Complementarity

The Rome Statute system aims to ensure accountability for serious crimes, including human trafficking, when states are unable or unwilling to prosecute. The principle of complementarity gives national jurisdictions primary responsibility, with the ICC acting as a “court of last resort”. In cases of human trafficking, the ICC can intervene if national systems fail to adequately address the crime, particularly in situations where victims are trafficked across borders or exploited in ways that involve severe harm and abuse.

⁸¹ According to article 12 of the Rome Statute jurisdiction may be exercised based on the nationality of the accused or on the fact that the territory where the alleged crimes have happened belong to a State Party. Based on article 12(3) a State that is not a party may also accept the Courts jurisdiction afterwards with a declaration.

⁸² Rome Statute, Art. 13(b)

⁸³ Rome Statute, Art. 53(1)(b).

A case of human trafficking is inadmissible to the ICC if: (1) a state is already investigating or prosecuting it, (2) a state has investigated and decided not to prosecute, or (3) the case has been prosecuted nationally (*ne bis in idem*).⁸⁴ However, the ICC may step in if the state is “unable or unwilling” to pursue genuine investigations or prosecutions, ensuring that traffickers are held accountable even when national legal systems fail to do so.

As visibility and information on human trafficking cases increase, states are likely to face mounting pressure to locally address and prosecute traffickers. For instance, with growing documentation of trafficking involving North Koreans in China, persistent inaction by Chinese authorities to investigate and prosecute trafficking along the China-North Korea border could open the door for the ICC to assert jurisdiction under Article 17. This provision allows the ICC to intervene when states are unwilling or unable to genuinely address crimes, highlighting the potential for international oversight in the face of local inaction. And in recent years, the concept of “positive complementarity” has emerged, encouraging collaboration between States parties and the ICC. This approach allows the ICC to assist states in investigating and prosecuting Rome Statute crimes, without necessarily bringing all cases to the Hague. Such assistance is particularly valuable for states with limited experience in handling large-scale crimes, such as human trafficking.

(2) Gravity

Article 17(1)(d) of the Rome Statute sets a gravity threshold for admissibility, ensuring the ICC focuses on significant cases.⁸⁵ For human trafficking cases to meet this threshold, they must involve large-scale operations and severe impact. The mere number of victims is not enough; the nature, scale, and manner of the trafficking, as well as the harm it causes, are key factors in assessing gravity.

Under Articles 53(1)(c) and 15, the Prosecutor and Pre-Trial Chamber must evaluate whether an investigation would serve the interests of justice, considering the gravity of the crime and the victims’ needs.⁸⁶ In human trafficking cases, this involves not only the number of victims but also the extent of exploitation, physical and psychological abuse, and long-term harm caused. The Prosecutor must justify not opening an investigation if it would not serve justice. While the gravity of human trafficking is crucial for initiating an investigation, political factors may still influence the selection of cases, despite the ICC’s independent mandate. And The ICC’s decision to investigate post-election violence in Kenya highlights a precedent relevant to human trafficking.⁸⁷ Despite concerns that the situation lacked sufficient gravity under the Rome Statute, the Court recognized the organized nature of the violence, involving

⁸⁴ Rome Statute, Art. 17(1)(a)-(c).

⁸⁵ Côte d'Ivoire Authorization Decision, para. 201.

⁸⁶ Côte d'Ivoire Authorization Decision, para. 207.

⁸⁷ Situation in Kenya, paras.116-118.

local leaders, businessmen, and politicians. This acknowledgment of coordinated actions as meeting the gravity threshold could guide the ICC in addressing human trafficking. By focusing on the global networks and structured economic associations underpinning trafficking, the Court may better evaluate its profound impact, positioning trafficking as a grave crime warranting ICC jurisdiction.

4. Summary

Human trafficking is recognized under the Rome Statute but lacks a clear definition, leading to uncertainty about its classification as a crime against humanity. Only the most severe forms of trafficking should fall under ICC jurisdiction, in line with the gravity threshold outlined in Article 17, ensuring the Court focuses on the most serious crimes. Scholars may argue that human trafficking, as defined in the Trafficking Protocol, should not qualify under the Rome Statute because it was drafted after the Statute and is not explicitly mentioned. Article 22 requires crimes to be clearly defined, and trafficking may not meet this specificity. National jurisdictions, such as Uganda and Finland, also suggest that human trafficking goes beyond what the Rome Statute covers.

However, the ICC's recognition of forced marriage as an "other inhumane act" under Article 7(1)(k) shows the Court's flexibility in addressing new forms of crime, potentially including forced labor and other forms as part of human trafficking. The interpretation of the principle of legality allows courts to address modern crimes as long as their core nature aligns with existing law, suggesting that human trafficking can be prosecuted within the Rome Statute framework through related crimes like sexual slavery.

To address human trafficking effectively, the ICC needs a clear definition within the Statute. Defining trafficking would ensure consistent jurisprudence, uphold the principle of legality, and enhance the deterrent effect. Recognizing trafficking as a crime against humanity would also enable universal jurisdiction, reinforcing states' obligations to prevent and prosecute trafficking and strengthening the international legal framework. This recognition would hold perpetrators accountable, including high-ranking officials, and enhance the ICC's impact despite its limited resources.

IV. HUMAN TRAFFICKING AS A NEW ARTICLE 5 CORE CRIME

The ICC could serve as a vital platform for prosecuting traffickers if the Rome Statute were amended to designate trafficking in persons as a fifth core crime within its jurisdiction. While traditionally viewed as a transnational crime, human trafficking is already recognized as a crime against humanity through acts like enslavement and sexual slavery. Although these provisions are currently underutilized, their inclusion underscores trafficking as a serious international crime necessitating a global response. Aligning the ICC's approach with the Trafficking Protocol could enhance its ability to prosecute trafficking cases effectively. Countries like the United Kingdom, which have

adopted the Trafficking Protocol's framework, demonstrate its greater comprehensiveness compared to the existing Rome Statute provisions. Despite potential obstacles to amending the Statute, such a revision could mark significant progress in addressing the global injustice of human trafficking.

1. Human trafficking as an international crime

Trafficking in persons warrants inclusion among the Rome Statute's core crimes as it is a severe international crime and a gross violation of human rights. Though traditionally treated as a transnational crime under international human rights law, human trafficking also qualifies as an international crime under the Rome Statute as a crime against humanity. The distinction between international and transnational criminal law is often blurred. Transnational criminal law, in contrast, targets "crimes of international concern", or treaty crimes, typically prosecuted through domestic justice systems.

Human trafficking has been addressed in numerous treaties, particularly the Trafficking Protocol, establishing it as a transnational crime. However, under the Rome Statute, trafficking is recognized as an international crime within the framework of crimes against humanity, specifically under enslavement and sexual slavery. Although these provisions are limited and imprecise, the Elements of Crimes explicitly acknowledge that trafficking in persons falls under these acts.

This dual classification as both a transnational and international crime is essential, as human trafficking demands both domestic and international responses. While the Trafficking Protocol provides comprehensive guidelines for prosecuting traffickers at the domestic level, the Rome Statute's imprecision limits its effectiveness in addressing trafficking as an international crime. For the ICC to prosecute human trafficking effectively, it must refine its legal framework. Recognizing human trafficking as an independent crime, separate from crimes against humanity, would strengthen the connection between international and transnational efforts.

The Rome Statute could be amended to include trafficking in persons as an independent crime under Article 5. This amendment aligns with the ICC's mandate to prosecute crimes of international concern while adhering to complementarity. Domestic jurisdictions are generally better equipped to handle trafficking cases due to their resources and existing legal frameworks. However, gaps persist where domestic systems are unable or unwilling to act, as seen in cases like Libya. In such instances, the ICC could play a critical role by intervening to ensure accountability for serious crimes that domestic systems fail to address.

Even with limited resources, the ICC could step in for cases meeting the gravity threshold, addressing only the most severe instances of human trafficking. With a clearer legal framework, the ICC could effectively prosecute this grave international crime while respecting the complementarity principle, intervening only when domestic forums are unable or unwilling to act.

2. The Trafficking Protocol as a framework for the ICC

The Trafficking Protocol, as the first legally binding instrument to provide an internationally recognized definition of human trafficking, serves as a critical resource for shaping the ICC's approach to prosecuting traffickers. With 182 countries party to the treaty as of January 2025, the Protocol provides a robust legal foundation for addressing trafficking. Ratifying states must criminalize human trafficking and enact anti-trafficking legislation aligned with the Protocol's provisions. Notably, the treaty emphasizes that a victim's consent to exploitation is irrelevant and explicitly defines child trafficking as "trafficking in persons" regardless of the means used.

The Protocol identifies three core elements, these provisions illustrate the Protocol's precision and comprehensiveness, which starkly contrast the Rome Statute's narrow focus on enslavement and sexual slavery. The Rome Statute's current definitions, which link human trafficking to ownership over individuals, fail to encompass the full scope of trafficking acts detailed in the Trafficking Protocol. By comparison, the Protocol's broad coverage and widespread global acceptance—evident in its adoption by 181 countries—demonstrate its utility as a potential basis for amending the Rome Statute. Indeed, the ICC has acknowledged the Protocol's relevance in interpreting enslavement under Article 7(1)(c) of the Rome Statute.

Importantly, while the Trafficking Protocol has harmonized the concept of trafficking at the international level, it lacks mechanisms for direct prosecution or investigation of individual perpetrators, relying instead on domestic legal systems. These systems vary in effectiveness, as many nations' anti-trafficking laws are relatively recent. Integrating the Protocol's comprehensive definition into the Rome Statute would bridge this gap, enabling the ICC to complement domestic prosecutions and serve as an international forum for holding traffickers accountable.

By adopting the Trafficking Protocol's framework, the ICC could significantly enhance its capacity to prosecute human trafficking as a grave international crime, filling critical gaps in global accountability and providing justice for victims where domestic systems fall short.

3. Challenges to amending the Rome Statute

While the ICC has the potential to become a critical forum for prosecuting traffickers, amending the Rome Statute to include human trafficking as a core crime faces several challenges.

The first hurdle is the complex amendment process outlined in Article 121 of the Statute. A State Party must propose the amendment, which is then reviewed and voted on by the Assembly of States Parties (ASP). Adoption requires a two-thirds majority, and amendments to core crimes, such as Articles 5–8, must be explicitly accepted by States Parties to be enforceable against them. States Parties uninterested in prioritizing human trafficking may oppose such amendments, arguing the crime is already addressed under transnational law or that other crimes, like drug trafficking, warrant

more attention.

A key challenge lies in the precedent set by the crime of aggression. Although aggression was included in the Rome Statute in 1998, its jurisdictional framework wasn't activated until 2018, and even now, prosecution is limited due to jurisdictional restrictions. Unlike aggression, however, human trafficking benefits from widespread international acceptance under the Trafficking Protocol. This broad support increases the likelihood of ratification and potential UN Security Council referrals, but amendments to Articles 5–8 could still face jurisdictional obstacles similar to those hindering the crime of aggression.

Another obstacle is resource allocation. With active operations in 16 situations, simultaneous trials, and numerous ongoing investigations, States Parties may resist diverting resources to trafficking cases. Even if the amendment succeeds, the ICC's limited budget could impede meaningful prosecutions. In conclusion, while amending the Rome Statute to address human trafficking as an independent crime is feasible and necessary, the procedural, jurisdictional, and resource challenges make it a complex and uncertain undertaking.

4. Summary

The inclusion of human trafficking as a core crime under the Rome Statute presents a transformative opportunity for the ICC to address the global challenge of trafficking in a more comprehensive and effective manner. By establishing trafficking as either a standalone crime or an expanded element of crimes against humanity, the Court could bridge significant gaps in accountability, prosecute key perpetrators, and deter future offenses.

Adopting the Trafficking Protocol's widely accepted definition of trafficking would ensure consistency and provide a robust framework for investigations and prosecutions. Such measures could empower the ICC to pursue cases that national systems are unwilling or unable to address, strengthening the principle of complementarity and promoting international justice.

However, this ambitious proposal faces hurdles, including the absence of strong state advocacy, budgetary limitations, and political challenges in amending the Rome Statute. Despite these barriers, the potential benefits—enhanced accountability, deterrence, and the promotion of human rights and rule of law—highlight the necessity of prioritizing this issue within the international legal framework. The ICC's ability to adapt and evolve in response to such global crimes is essential to fulfilling its mandate and ensuring justice for trafficking victims.

V. CONCLUSION

Human trafficking can qualify as a crime against humanity under the Rome Statute due to its severe and widespread impact. Many instances of trafficking meet the threshold for crimes against humanity, allowing the ICC to prosecute cases that

domestic systems fail to address. This approach benefits victims by leveraging the ICC's neutral and international framework to bypass local corruption and inaction. It also utilizes the existing legal framework of the Rome Statute, ensuring faster implementation and recognizing trafficking within the context of other serious violations like enslavement. However, the narrow definitions and high threshold requirements of crimes against humanity exclude many forms of trafficking, especially those outside systematic or widespread contexts. This restricts the ICC's ability to address the full scope of trafficking offenses.

Thus, if designating human trafficking as the fifth core crime under the Rome Statute, it may offer a comprehensive approach, addressing the gaps in the current framework. By establishing precise definitions aligned with the Trafficking Protocol, this option enables the ICC to prosecute all stages and forms of trafficking, irrespective of whether they meet the criteria for crimes against humanity. Such method expands the ICC's jurisdiction, allowing for tailored prosecutions that address trafficking in all its forms, including cases not tied to organized conflict or systemic policies. It sends a strong international message, elevating trafficking to the same level as genocide and war crimes, deterring perpetrators worldwide. But, the amendment process is politically and procedurally complex, with no current strong state advocacy for such changes. Further, budgetary and resource constraints further complicate the feasibility of implementing and enforcing this expansion.

All in all, regardless of whether trafficking is treated as a crime against humanity or as a standalone core crime, strengthening the ICC's role in addressing human trafficking is vital. Both approaches contribute to combating impunity, ensuring accountability, and protecting victims on a global scale. As trafficking continues to exploit vulnerable populations across the world, expanding the Rome Statute's scope to tackle human trafficking comprehensively is not only a logical progression but a necessary step in safeguarding human rights and justice.

REFERENCES

- [1] UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2024 (United Nations publication, Sales no.: E.24.XI.11).
- [2] Vojta F. The Capacity of the International Criminal Court to Fight Human Trafficking. *Journal of Human Trafficking*, 2024, 10(2): 391-402.
- [3] Demeke S. A human rights-based approach for effective criminal justice response to human trafficking. *Journal of International Humanitarian Action*, 2024, 9(1): 4.
- [4] Wiens A J. Trafficking in Persons and the International Criminal Court: Amending the Rome Statute to Include a Fifth Core Crime. 2024.
- [5] Hoff, S., & de Volder, E. Preventing human trafficking of refugees from Ukraine: A rapid assessment of risks and gaps in the anti-trafficking response. *La Strada International*, 2022.
- [6] Cockbain, E., & Sidebottom, A. War, displacement, and human trafficking, and exploitation: Findings from an evidence-gathering roundtable in response to the war in Ukraine. *Journal of Human Trafficking*, 2022: 1–29.
- [7] Bosco, D. The ICC's impact in Ukraine. *Lawfare*, (2022, October 27). <https://www.lawfareblog.com/iccs-impact-ukraine>.
- [8] Ryszard Piotrowicz, Human Trafficking in Conflict: Context, Causes and the Military, Crime Prevention and Security Management, *International Journal of Refugee Law*, 2021, 33(4): 368–371.
- [9] Cryer, R., Robinson, D., & Vasiliev, S. An introduction to international criminal law and procedure (4th ed.). Cambridge University Press, 2021.
- [10] Nadia Alhadi, Increasing Case Traffic: Expanding the International Criminal Court's Focus on Human Trafficking Cases, *Mich. J. Int'l L.*, 2020(41): 541-580.
- [11] Bryant, K., & Landman, T. Combatting human trafficking since Palermo: What do we know about what works? *Journal of Human Trafficking*, 2020, 6(2): 119–140.
- [12] Alhadi, N. Increasing case traffic: Expanding the International Criminal Court's focus on human trafficking cases. *Michigan Journal of International Law*, 2020, 41(3): 541-580.
- [13] Grey, Rosemary: Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court: Practice, Progress and Potential, Cambridge University Press 2019.

中国参与澜湄国际反腐败合作的检视与进路——以涉外法制为视角

赵杰¹

摘要：腐败问题是世界各国普遍存在的治理难题。伴随着全球化进程，腐败犯罪呈现出跨国化特征。党的二十大报告指出：“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法”、“深化反腐败国际合作，一体构建追逃防逃追赃机制”。基于特殊的地缘政治关系，澜湄流域国家彼此之间具有密切的利益关联和多层次的合作基础，加强反腐败国际合作，已是各国共识。当前，澜湄流域国际反腐败合作机制的法制建设存在软法性质明显、重要法律缺位等突出问题，中国作为澜湄流域最具影响力的大国，应当以加强涉外法制建设的方式，统筹反腐败领域的国内治理和国际治理，推动构建更成熟的国际反腐败合作机制和更明确具体的制度安排。

关键词：澜湄合作；跨境反腐败；涉外法制；域外适用

党的二十大报告提出“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治”，“深化反腐败国际合作，一体构建追逃防逃追赃机制”。腐败问题是世界各国普遍存在的问题。全球化背景下，由于各生产要素的流动，腐败犯罪也呈跨国性特征发并且具有了涉外因素，例如腐败分子外逃、腐败资产转移、跨国公司行贿等现象都是其具体表现。²因此，腐败犯罪不再是单纯的单国内治理问题而上升至区域治理、全球治理层面，由此也衍生出国际反腐败合作的迫切需求。事实上，正式基于全球化这一背景，任何一个国家都无法完全脱离全球治理来实现国家治理，凝聚反腐败的国际合力，已是各国的普遍共识和客观需要。法治现代化是国家现代化的制度基础³，涉外领域作为改革开放的深水区和国家治理的薄弱环节，依法治理是最可靠、最稳定的治理。⁴中国作为澜湄流域最有影响力、治理意愿最强的大国，应当引领澜湄流域区域治理改革，因此需要通过加强涉外法治建设的方式统筹反腐败治理领域国内、国际两个大局，以协调国内治理与区域治理。良法乃善治之始也，推动澜湄流域国家发腐败合作机制的法律建设是推动各国之间实质性合作的最有效方式。

一、我国涉外法制在澜湄流域反腐败合作中的建设现状

¹ 赵杰：西南政法大学刑法学硕士研究生。本文系重庆市新型犯罪研究中心 2024 年度研究项目《澜湄流域跨境犯罪防控的法治合作机制研究》、西南政法大学 2024 年度学生科研创新项目《制度型开放视域下法律域外适用规则体系研究》阶段性成果。

² 宋伟、邵景均：《反腐败国际合作的中国经验》载《红旗文稿》2021 年第 5 期，第 45 页。

³ 公丕祥：《推进和拓展中国式法治现代化》，载《法制与社会发展》2022 年第 28 卷第 5 期，第 2 页。

⁴ 中共中央文献研究室：《习近平关于社会主义政治建设论述摘编》，中央文献出版社，2017 年版。

从法律渊源来看,涉外法制应当包含了国内法律和国际法律两个层面。其中,国内部分由我国专门涉外性法律(不应包括涉港澳台地区的法律)和国内法律中的涉外性条款组成(如国内实体法的涉外情形、程序法的涉外管辖适用情形,以及我国国内法律的域外适用等规定)。国际部分不仅包含了中国提出或签署加入的国际条约、多边条约等规定了具体权利与义务的国际硬法(保留条款除外),还包含了如“和平共处五项原则”等由中国提出且国际社会广泛认可的国际关系基本原则、国际习惯,以及诸如《北京反腐败宣言》《澜湄合作首次领导人会议三亚宣言》《中国-东盟全面加强反腐败有效合作联合声明》等这类由其他国家共同签署,但尚未明确具体权利义务的原则性、倡议性的、具有软法性质的法律性文件。⁵

(一) 国内层面

在国际反腐败问题上,由于跨国腐败行为具有脱离领土范围内的域外性特征。因此该国际反腐败语境下国内法层面的法律渊源主要是指国内法当中具有域外适用效力的法律规则,具体可分为具有域外效力的法律规则和保障中国法域外适用实施效果的法律规则。⁶

其一,具有域外效力的法律规则。在现行立法当中,我国通常以设置法律地域适用范围条款和属事适用范围条款两种方式来确定法律规则的域外效力。⁷根据域外效力条款的数量,具有域外效力的法律可分为专门针对域外实体、行为所创设的法律,以及具有域外适用情形的法律。前者创设的目的就是为了针对域外的实体、行为实现统一立法目的,而后者一开始创设的目的并不只是为了针对域外的实体、行为,仅仅是针对特殊情况之下设置域外适用条款以满足实际的需要。前者如我国制定的《中华人民共和国刑事司法协助法》《中华人民共和国引渡法》,这些法律均是我国针对域外实体或行为的专门立法。后者如《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国反洗钱法》等,这类法律本身具有特定的立法目的,承载特定的法律功能,仅在特殊需要的情况下才被域外适用,因此这类法律仅需设置特定的、具有域外适用效力的条款,并且可以通过增、删、减、改等法律修改方式回应新情势与新需要。以《中华人民共和国刑法》(下称《刑法》)为例,基于《刑法》第9条,我国拥有了针对“我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行”进行管辖的国内法依据,也即普遍管辖权,与此同时,该条亦规定了在处理这类

⁵ 关于软法的性质以及软法是否是法的问题,学界存在争议。本文认为,类似宣言、倡议、合作备忘录等形式的文件,尽管在法律约束力上不如条约、协议、协定,但从形式上来看,其具有类似条约的形式要件,并且在实践中起到了一定程度的指引作用,因此应当肯定这类文件的法律属性,将其视为一种临时性、过渡性的制度安排。但是为了区分其与一般国际条约,本文对其采用了“法律性文件”的表述。

⁶ 参见廖诗评:《中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善》,载《中国法学》2019年第6期,第22页。

⁷ 参见廖诗评:《中国法中的域外效力条款及其完善:基本理念与思路》,载《中国法律评论》2022年第1期,第54页。

罪行时国内法优先适用的原则。⁸以《联合国反腐败公约》(下称《公约》)为例,当跨国反腐败行为涉及《公约》中所列举的罪行时且符合我国具有管辖权的情形时,对该行为的定罪处罚应当适用我国《刑法》。例如,针对《公约》第16条所规定的“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员”的行为,应适用我国《刑法》第164条所规定的“对非国家工作人员行贿罪”第二款之规定。⁹

其二,保障中国法域外适用实施效果的规则。该类规则主要包括确立我国域外管辖权依据的法律,包括司法管辖权与执法管辖权的确认规则。¹⁰目前,在刑法领域,我国确立了属地管辖权、属人管辖权、保护管辖权、普遍管辖权。其中,后三种管辖权方式被国际法所认可,成为了我国针对跨境腐败犯罪行使域外管辖权的法律依据¹¹,同时又通过设置拟制领土¹²丰富了针对跨国腐败行为的管辖权依据。在域外执法管辖权上,我国《反恐怖主义法》第71条规定了特殊条件下我国有关部门可出境执行任务的情形。¹³但在反腐败问题上,我国国内法尚未明确上述类似的规定。

(二) 国际层面

基于地缘政治关系及各国参与国际治理的意愿及实践,在国际反腐败合作问题上,澜湄流域各国已经签署了不同层次的国际法条约。当前,我国同澜湄流域国家之间反腐败合中适用的国际法或国际性法律文件可分为四个方面:

第一,适用我国同有关国家签订的具有“反腐败合作”内容的双边条约。从双边条约的内容上看,我国同相关国家签订的双边条约大体可以分为三类:第一类是专门针对犯罪嫌疑人的引渡条约以及针对已判刑人员的移送管辖条约,如《中越引渡条约》《中柬引渡条约》《中老引渡条约》《中越关于移管被判刑人的条约》《中泰关于移管被判刑人的条约》等;第二类是针对辅助司法审判工作的双边条约,涵盖送达文书、调查取证、案件的承认与执行等事宜,如《中泰关于刑事司法协助的条约》《中越关于民事和刑事司法协助的条约》等;第三类是涉及各国职能部门之间合作的法律性文件,如《中越最高检合作谅解备忘录》《中老最高检合作谅解备忘录》《中华人民共和国公安部和缅甸联邦内政部边防合作议定书》等。

⁸ 参见《刑法》第9条:“第九条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。”

⁹ 参见《刑法》第164条第1、2款:“为谋取不正当利益,给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。为谋取不正当商业利益,给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的,依照前款的规定处罚。”

¹⁰ 从完整的管辖权概念来理解,管辖权应当分为立法管辖权、执法管辖权、司法管辖权,此处意在体现域外法的实施效果,因此对“管辖权”进行了限缩解释。

¹¹ 我国《刑法》第7条至第9条分别确立了属人管辖权、保护管辖权和普遍管辖权。

¹² 例如,我国《刑法》第6条规定,凡在我国船舶或者航空器内犯罪的,适用该法。

¹³ 参见《中华人民共和国反恐怖主义法》第71条:“经与有关国家达成协议,并报国务院批准,国务院公安部门、国家安全部门可以派员出境执行反恐怖主义任务。中国人民解放军、中国人民武装警察部队派员出境执行反恐怖主义任务,由中央军事委员会批准。”

第二，适用于共同加入的各国际组织框架下的国际条约。其一是基于联合国框架下的国际条约，如《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，前者是联合国框架下针对预防和打击腐败犯罪的国际性公约，其涵盖预防措施、定罪和执法、国际合作、资产追回以及技术援助和信息交流等五大部分，而后者亦在条约中规定了腐败行为中定罪、管辖、引渡、司法协助、联合调查等事项。¹⁴澜湄流域六国都是该公约的缔约国。因此，澜湄流域各国之间的反腐败国际合作可以根据《联合国反腐败公约》规定的内容进行。其二是基于亚太经合组织框架下的国际条约。中国、泰国、越南是亚太经合组织的成员国，因此三国之间的国际反腐败合作可以参照或适用《北京反腐败宣言》《亚太经合组织预防贿赂和反贿赂法律执行准则》等规定。

第三，适用中国-东盟多边合作机制下具有反腐败合作内容的法律性文件。首先是在中国——东盟多边合作机制整体框架下的反腐败合作。早在 2002 年，我国同东盟国家就签署了《中国与东盟关于非传统安全领域合作联合宣言》。为进一步增进中国——东盟国家反腐败国际合作实效，2017 年，在菲律宾马尼拉举行的第 20 次中国-东盟领导人会议上我国同相关国家签署了《中国-东盟全面加强反腐败有效合作联合声明》，该声明强调了“在公私领域反腐败活动加强合作交流；加强人员培训”等相关事宜，并首次表明了“加强证人保护机制”共识。¹⁵其次是体现在中国——东盟成员国总检察长会议机制之下的合作。从可查阅的资料来看，“加强中国——东盟成员国的反腐败合作”在历届总检察长会议联合声明中多次被提及。例如，在第九届总检察长会议联合声明中明确：“完善缉捕犯罪嫌疑人或罪犯以及查找、追缴和返回犯罪资产等方面的司法协助；鼓励和倡导通过民事没收程序返还资产、相互承认与执行没收裁判等举措”的共识。¹⁶

第四，适用“澜湄合作”框架下具有反腐败合作性质的法律性文件。反腐败国际合作是“澜湄合作”机制下的重要议题。例如，澜湄流域各国领导人在多次会晤中提到“打击跨国犯罪”等议题，如《澜湄合作首次领导人会议三亚宣言》《澜湄合作第四次领导人会议内比都宣言》，为进一步就打击跨境犯罪形成的共识和表达的决心，我国同相关国家共同发表了《澜湄合作框架下加强打击跨境犯罪合作的联合声明》，并强调了“2024 年年底或尽早时间举行澜湄执法和非传统安全合作部长级会议，推动打击跨境犯罪合作取得具体成果”的工作进程。

¹⁴ 参见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 8 条、第 15 条、第 15-19 条。

¹⁵ 参见《中国-东盟全面加强反腐败有效合作联合声明》，载中央纪委国家监委网站，https://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201711/t20171113_126252.html。

¹⁶ 参见《第九届中国—东盟成员国总检察长会议联合声明》，载中国——东盟总检察长会议网站，http://www.ca-pgc.org/xdxy/201611/t20161108_1891743.shtml。

表 1：我国与澜湄流域五国关于“反腐败”议题的双边、多边法律文件汇总¹⁷

	双边	多边	
中越	1. 《中越最高检合作谅解备忘录》 2. 《中越引渡条约》 3. 《中越关于民事和刑事司法协助的条约》 4. 《中越关于移管被判刑人的条约》 5. 《中越最高检合作协议》	亚太经合组织 《北京反腐败宣言》	1. 第 1、3、6、8、9 届中国——东盟成员国总检察长会议联合声明 2. 《中国与东盟关于非传统安全领域合作联合宣言》 3. 《中国与东盟非传统安全领域合作谅解备忘录》
中老	1. 《中方检察代表团和老挝最高检会晤备忘录》 2. 《中老最高检合作谅解备忘录》 3. 《中方最高检与老方总检察院合作协议》 4. 《中老引渡条约》 5. 《中老关于民事和刑事司法协助的条约》	《中老缅泰关于湄公河流域执法安全合作的联合声明》	4. 《澜湄合作首次领导人会议三亚宣言》 5. 《澜湄合作第四次领导人会议内比都宣言》 6. 《澜湄合作框架下加强打击跨境犯罪合作的联合声明》
中泰	1. 《中泰引渡条约》 2. 《中泰关于刑事司法协助的条约》 3. 《中华人民共和国和泰国王国关于移管被判刑人的条约》	1. 亚太经合组织 《北京反腐败宣言》 2. 《中老缅泰关于湄公河流域执法安全合作的联合声明》	7. 《中国-东盟全面加强反腐败有效合作联合声明》 8. 《联合国打击跨国组织犯罪公约》
中柬	1. 《中华人民共和国公安部和柬埔寨王国内政部合作谅解备忘录》 2. 《中柬引渡条约》		9. 《联合国反腐败公约》
中缅	1. 《中方最高检与缅方联邦总检察院合作谅解备忘录》 2. 《中华人民共和国公安部和缅甸联邦内政部边防合作议定书》	《中老缅泰关于湄公河流域执法安全合作的联合声明》	

¹⁷ 注：作者根据外交部、中国——东盟成员国总检察长会议等网站提供的数据自制。

二、涉外法制当前在澜湄流域国际反腐败合作中的突出问题

从以上的梳理的国际层面的法律性文件来看，当前澜湄流域国家在反腐败国际合作方面已签署了涉及不同层级、不同效力等级的国际性法律文件。反映出澜湄流域国家强烈的国际反腐败合作意愿。但是，从上述文件的类型来看，具有明确指引的国际性双边、多边条约占少数，而概括性、建议性、原则性的法律性文件占多数。在现有的制度安排之下，澜湄流域国家的反腐败合作具有结构松散、不确定性较大的特质。由于反腐败合作中大量的事项未经明确，由此衍生出诸多问题，使得现有机制在具体的运行过程难以取得良好效果。

1. 现有合作机制当中大量法律性文件规定不明，软法性质明显

一方面，应当肯定这些国际间的法律性文件的积极作用：尽管没有明确具体的权利义务，但在客观上对澜湄国家之间的国际合作提供了工作指引，一定程度上也为进一步立马明确了方向。但是就现状而言，由于现有的制度安排没有明确权利义务，其本质是一种基于互惠原则且具有弹性的合作，并没有强制性的手段促使各国履行相关合作内容。一旦一国不遵守相关制度安排甚至遇到两国关系恶化的情况，彼此的合作关系就会中止甚至结束。同时，以我国同其他国家职能部门的合作议定书、合作谅解备忘录这种法律性文件为例，如果没有具体的法律条款进行指引，这种合作就更倾向于视为一种政府间的合作，其保障依靠政府承诺与公信力。如遭遇政府更替，相关的制度安排的实施也难以得到保障。

2. 域外执法管辖问题上缺乏国际法制与国内法制的有效衔接

区别于域外司法管辖权只能由我国司法机关在境内行使，我国执法机关有可能在我国境外行使域外执法管辖权。这种情况之下，由于行使管辖权的行为发生在境外，须经过当事国的同意，并且为确保该行为的合法性其应当受到更严格的法律规制，然而从现阶段来看，我国国内法对此规定非常有限，其行使仍依赖我国同相关国家签署的双边、多边条约。例如，我国早在了 2011 年就同老挝、缅甸、泰国签署了《中老缅泰关于湄公河流域执法安全合作的联合声明》，截止 2024 年 10 月 25 日，中老缅泰湄公河联合巡逻执法行动已进行 146 次。然而这十余年来，我国始终未设立针对该联合执法行动或者相关类似行动的国内立法。事实上，在我国签署的大量反腐败国际合作领域的法律性文件当中都规定了联合执法的事宜，而我国国内法对此的回应甚少。由于这些法律性文件偏向于软法性质，对于域外执法的主体、程序、对象等相关规定不够明确，同时也没有明确不同国家执法部门在面对执法管辖权冲突时如何调适的问题。如在联合执法中遭遇特殊情况，就会因无法可依而造成不良后果。

3. 现行的引渡和移管犯罪人员的制度安排存在缺位

国际反腐败合作涉及到抓捕和移送犯罪嫌疑人问题。基于对一国国家主权的尊重，未经当事国同意，我国无权进入一国境内实施域外执法行为抓捕犯罪嫌疑人，而只能通过引渡或者移管的方式将犯罪嫌疑人或已判刑人员带至国内审理

或收监。然而，当前我国同澜湄流域国家在引渡和移管犯罪人员的制度安排存在不足和缺位。在引渡条约的签署方面，我国至今仍未同缅甸签署引渡条约，而在双边移管被判刑人条约的签署上，截止 2024 年 11 月，我国仅同泰国、越南签署了关于移管被判刑人的条约。此外，应当指出的是，单纯靠引渡条约及相关制度安排抓捕追回跨国腐败分子远远不够。有数据表明，“天网 2018”行动共追回外逃者 1335 名，其中仅有 17 人是通过“引渡”方式，占总人数的 1.27%。¹⁸ 因为基于腐败犯罪的特殊性¹⁹，现行制度安排下对跨国腐败分子实行引渡具有不可避免的局限性。如不推动引渡条约的修改完善，或者在反腐败国际合作中针对移送犯罪人员进行特殊制度安排，我国将难以收获良好的国际反腐败工作成效。

表 2：中国同澜湄流域国家现行引渡条约中“拒绝引渡”的情形对比²⁰

	《中老引渡条约》	《中越引渡条约》	《中柬引渡条约》	《中泰引渡条约》
应当拒绝	1.政治犯罪； 2.基于种族、宗教、国籍、性别、政治见解等原因被提起诉讼或执行刑罚，或可能因此遭受不公正待遇； 3.军事犯罪； 4.被引渡人是本国国民； 5.时效已过或赦免； 6.被请求方已作出终审判决或终止司法程序 7.请求方根据缺席判决提出引渡请求。	1.政治犯； 2. 基于种族、宗教、国籍、性别、政治见解等原因，或可能因此遭受不公正待遇； 3.军事犯罪； 4.本国国民； 5. 时效已过或赦免； 6. 被请求方已作出终审判决或终止司法程序； 7.被引渡人可能遭受酷刑。	1.政治犯； 2. 基于种族、宗教、国籍、性别、政治见解等原因，或可能因此遭受不公正待遇； 3.军事犯罪； 4.时效已过； 5. 被请求方已就同一犯罪作出判决； 6. 请求方根据缺席判决提出引渡请求。	1.政治犯； 2.基于种族、宗教、国籍、性别、政治见解等原因，或可能因此遭受不公正待遇； 3.军事犯罪； 4.时效已过； 5.提出引渡请求前，被请求方已对被请求引渡人就同一犯罪作出判决。

¹⁸ 高一飞：《国际反腐败合作中的追逃附带追赃》，载《政法学刊》2020 年第 4 期，第 83—87 页。
¹⁹ 根据我国刑法，涉腐败犯罪的嫌疑人根据犯罪类型可能属于政治犯，并且根据犯罪情节轻重或可判处死刑，并且从客观实践上来说，该犯罪嫌疑人也可能是澜湄流域国家的本国公民。上述三种情况都可能符合被申请国拒绝引渡的情形。
²⁰ 作者根据外交部条约数据库的条约文本自制。

可以拒绝	1.被请求方具有管辖权，正在进行或准备提起诉讼； 2.人道主义。	1.被请求方具有管辖权，正在进行或准备提起诉讼； 2.人道主义。	1.被请求方具有管辖权，且应提起诉讼； 2.被请求方正在进行诉讼； 3.人道主义； 4.被请求方已经对被引渡人判刑。	1.被请求方具有管辖权，且应提起诉讼； 2.人道主义； 3.被请求方正在进行诉讼。

四、完善澜湄反腐败合作机制的中国因应

（一）确立国际条约在我国法律体系中的地位

为了进一步取得法律域外适用的合法性，提高法律域外适用的效果，国家之间往往根据互惠礼让原则，通过签订司法协助条约等形式来调适管辖权冲突，同时明确具体司法协助事宜。这些国际条约在我国法律域外适用实践中扮演了重要角色。截止到2024年9月，在司法协助领域，我国同有关国家共签署150项双边条约，5项多边条约。²¹然而，尽管已经签署加入的国际条约对我国具有约束力，并且我国始终尊重“条约必须履行”“善意履行国际法义务”等国际法基本原则，但是我国的法律体系中仍未明确国际法在我国法律体系当中的地位。²²党的二十大报告指出：“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，统筹推进国内法治和涉外法治。”反腐败治理涉及运用到国内法和国际法两套规则，加强反腐败领域的涉外法治建设，应当善用国内规则和国际规则，把我国缔结和参加的国际条约纳入中国特色社会主义法律体系，在法律上处理好国内法与国际法的关系。²³同时，应当推动国内法同国际法的有效衔接，通过完善国内立法，更好落实澜湄流域反腐败国际合作中各法律性文件的相关精神。

（二）完善我国反腐败领域的国内法域外适用规则

1927年的荷花号案裁判要旨中指出：国家有权行使任何主权权力，只要不为国际条约和习惯国际法所禁止。²⁴因此一定程度上来说，在不违反我国签署的既有国际条约和国际习惯的前提下，我国设置域外管辖权具有国际法上的正当依据。然而，一国的国内治理情况会影响该国参与全球治理的意愿、决心、以及能力。澜湄流域各国的法治建设水平不一，国内的经济水平和社会稳定情况也不尽相同。因此在澜湄流域跨境腐败问题治理上，可能存在“小国缺位”的情况。

²¹ 数据源自中华人民共和国外交部条约数据库，访问日期：2025年4月1日。

²² 我国现有的法律体系由宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等多个法律部门组成。参见中华人民共和国国务院办公厅：《中国特色社会主义法律体系》，载中华人民共和国中央人民政府网 https://www.gov.cn/zhengce/2011-10/27/content_2615783.htm。

²³ 参见黄进等：《中国为国际法的创新发展作出重要贡献》，载《人民日报》2019年04月17日，第17版。

²⁴ See PCIJ, Series A, No.10, Judgment, 7 Sept. 1927.

因此，在现有的澜湄合作基础上，完善我国的域外管辖权规则，既有利于我国国内腐败治理，也有利于澜湄流域的区域腐败治理。结合我国域外管辖权规则的设置现状，在构建具体的域外管辖权规则中，应当更注重域外执法管辖权的设立，在遵守不干涉内政和国家主权平等两项国际法基本原则的前提下，平衡国家安全、公共秩序、当事人合法权益、人类共同利益四者的关系，同时考虑国际互惠礼让等因素，避免出现“大国越位”的情况，将法律的域外适用成为实施霸权主义的工具。

（三）推动引领更具有可实施性的法律制度安排

如前文所述，当前澜湄流域国际反腐败国际合作机制中存在大量的具有软法性质的法律性文件和并且存在法律缺位问题。为了建设更高效的合作机制，应当从解决上述两方面问题出发。首先是加快解决澜湄流域国际反腐败合作机制中的法律缺位问题，推动我国同缅甸的引渡条约以及我国老挝、缅甸、柬埔寨关于移管被判刑人的条约的相关谈判，探索建立澜湄流域国家统一认可的多边引渡和移管制度以替代单一且各异的双边引渡和移管制度。其次是推动澜湄反腐败合作机制中“软法”向“硬法”的转变。从澜湄流域现有现行有效的法律性文件来看，“软法硬化”的过渡并非一蹴而就：首先涉及“宣言”类的法律性文件“软法”性质最强，在内容上多表现为签署国针对特定事宜的共识和倡导；其次是“联合声明”“合作备忘录”类的法律性文件，相比于“宣言”，该类法律性文件表达了签署国针对特定事宜的行动安排，涉及到了具体合作的事项；再次是“协议”，该类法律性文件是对前两种文件的进一步落实，此时已基本具备“硬法”所要求的法律约束力；最后是“条约”，“条约”明确了具体的权利和义务，应当视为反腐败国际合作机制中成熟的制度安排。因此，我国应当以大国担当，推动构建更成熟的合作机制与更明确具体制度安排。

国际刑事法院管辖权扩张及中国的应对策略

李悦 大连海事大学法学院 116000

摘要：国际刑事法院（ICC）作为全球首个常设性国际刑事司法机构，其管辖权扩张问题近年来引发广泛争议。ICC 基于《罗马规约》的自动管辖和补充性原则，对灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪行使管辖权，并通过属地管辖、安理会授权及司法能动主义扩大管辖范围。然而，这一扩张在实践中面临法理与政治双重困境：一方面，条约相对性与普遍管辖权的冲突挑战了非缔约国的主权豁免；另一方面，选择性司法现象（如案件集中于非洲而回避大国责任）削弱了 ICC 的公信力。此外，检察官自由裁量权的滥用，尤其是对“公正利益”的模糊解释，进一步加剧了其司法实践的政治化倾向。针对这些问题，本文提出中国应从国内法和国际合作两个层面构建应对策略：在国内，完善刑法对国际罪行的界定，建立阻断机制以维护司法主权；在国际上，通过双边条约和区域性合作平台（如金砖国家机制），增强发展中国家的话语权，推动国际刑事司法体系的均衡发展。旨在为理解 ICC 的现状与未来提供参考。

关键词：国际刑事法院；管辖权；罗马规约

一、引言

国际刑事法院（International Criminal Court, 以下简称 ICC）作为当代国际司法体系的重要制度创新，是根据 1998 年通过的《国际刑事法院罗马规约》

（Rome Statute of the International Criminal Court, 以下简称《罗马规约》）建立的全球首个常设性国际刑事司法机构。该法院于 2002 年 7 月 1 日正式成立，总部设在荷兰海牙，其建立的宗旨在于通过追究个人对国际社会最严重罪行的刑事责任，进而实现“终结有罪不罚”这一国际法治的核心目标。

ICC 作为国际刑事法院发展的一个重要的里程碑，原因不仅在于其性质属于“常设”国际司法机关，更在与其具有“自动管辖权”和“补充性原则”。自动管辖权是指国家一旦批准加入《国际刑事法院规约》，就自动地接受该法院的管辖。同时在序言中设置“补充性原则”，为国际罪行的管辖规定了特定条件，即：只有当一国的国内法院不愿意或不能够管辖时，才轮到国际刑事法院行使管辖权。¹以上规定既弥补特设国际刑事法庭（如联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭）的临时性缺陷，又表明了 ICC 具有补充性的管辖顺位。

在当代国际法框架下，ICC 的司法管辖权主要涵盖国际社会公认的四大核

¹ 邵沙平：《国际法》（第四版），中国人民大学出版社 2020 年版，第 467 页

心罪行：战争罪（War Crimes）、危害人类罪（Crimes against Humanity）、灭绝种族罪（Genocide）以及侵略罪（Crime of Aggression）。这些罪行之所以被纳入 ICC 的管辖范围，是因为它们不仅构成“国际社会所关切的重大犯罪”，更因其具有特殊的国际危害性——这些犯罪行为不仅直接冲击国际和平与安全的基本秩序，更因其反人类本质而震撼国际社会的普遍良知。从法理角度而言，对这些罪行的追诉和审判，既体现了国际社会对人权保障的共同诉求，也反映了国际法从国家间法向人本化方向发展的时代趋势。

但自其成立以来，国际刑事法院的地位和权威受到部分国家的挑战，其根本原因在于国际权力结构与国际司法权威之间的深层矛盾，具体来说存在国家主权与司法管辖权的冲突、国家之间政治权力的博弈、国际法体系的根本性缺陷以及大国制定应对其管辖的替代性司法措施等情况。当前国际刑事司法实践中的核心争议在于：ICC 的司法行为是否严格遵循《罗马规约》序言所确立的“终结有罪不罚”（End Impunity）和“实现全球正义”（Global Justice）的规范目标。例如，2021 年 9 月，ICC 批准对菲律宾前总统杜特尔特展开调查，指控其任内发起的“禁毒战争”涉嫌构成危害人类罪，造成数千人死亡。2022 年 11 月，ICC 预审分庭正式授权重启调查。杜特尔特坚称 ICC 无权管辖，菲律宾已于 2019 年正式退出《罗马规约》。2023 年 1 月，菲政府拒绝配合调查，强调本国司法系统具备处理能力。该案凸显 ICC 对非缔约国追责的法律争议。2024 年 5 月 20 日，ICC 检察官卡里姆·汗申请对以色列总理内塔尼亚胡等人签发逮捕令，指控其自 2023 年 10 月 8 日以来在加沙地带涉嫌犯下战争罪和危害人类罪。这一行动势必将影响地区及全球局势，并使 ICC 再次成为国际焦点。针对 ICC 以上行为所带来的争议，笔者将通过分析《罗马规约》的有关规定，来探讨 ICC 是否存在扩张管辖、是否杂糅选择性司法的政治因素等相关问题，并阐述中国的应对策略与制度调适。

二、国际刑事法院管辖权的法律基础与扩张逻辑

（一）《罗马规约》中 ICC 的管理权机制

在管辖权方面，ICC 只对灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪四种核心罪行进行属事管辖，存在三种审查触发机制，第一种为仅缔约国提交针对某一具体个人或某一情势涉嫌的犯罪类型，由检察官进行审查。第二种为联合国安理会提交案件，覆盖范围包括所有国家，但存在较强的政治性，常受大国博弈的影响。根据《宪章》第 39 条规定，安理会只有首先断定存在威胁和平、破坏和平以及侵略行为时才能采取行动。²与提交情势的缔约国不同，安理会没有义务与 ICC 合作并协助其进行调查和起诉。第三种为检察官自行调查，但在正式调查前要获得预审分庭的授权，需要基于“合理依据”相信存在犯罪行为且

² 梁西：《世界情势于国际法律秩序危机》，载《法学研究》2004 年 2 期。

属于 ICC 的管辖范围来展开初步审查，法官需要评估案件的“可受理性”、“管辖权”和“实现公正”这三项要素，³即只有在符合 ICC 的管辖范围且国内刑事司法机构“无行动”(inaction) 或者“不愿意”(unwillingness) 或者“不能够”(inability) 进行调查和起诉时，国际刑事法院才能采取行动，⁴同时要有助于“实现公正”，该要素在《罗马规约》中没有进行明确定义，由于各国文化理念、社会制度各不相同，也难以形成一个统一的标准，这也可能是推动检察官自由裁量权扩大的原因之一，因此明晰“实现公正”这一要素不失为合理限缩 ICC 自行调查权的良策。

(二) ICC 对非缔约国行使管辖权的法律基础与正当性解释

1、对非缔约国进行管辖的法律依据

ICC 是建立在国际条约的基础上，根据《维也纳条约法公约》第 34 条规定，国际条约的效力应当仅限于缔约国，不能任意扩张至非缔约国。但 ICC 对非缔约国进行管辖的事例比比皆是。例如在 2023 年 3 月，国际刑事法院

(ICC) 以涉嫌战争罪为由，对俄罗斯总统普京签发逮捕令，指控其应对乌克兰境内“非法驱逐儿童”等行为负责。这是 ICC 首次对联合国安理会常任理事国现任元首发布通缉令，引发俄方强烈反对。俄罗斯（非 ICC 成员国）称该决定“无效”，并启动国内刑事调查反制 ICC 检察官。此事凸显 ICC 管辖权争议，也使其陷入大国博弈漩涡。《罗马规约》第 12 条第 1 款的规定表明，缔约国对法院管辖权的接受具有自动性特征，即缔约国加入规约的行为本身即构成对法院管辖权的当然承认，无需另行作出特别声明或补充同意。同时也体现了 ICC 管辖权强制性的特征，自动接受即表明不需要其他程序性行为来确定管辖权的适用。这种管辖方式的适用与国际法院行使管辖权不同，国际法院是基于国家自愿原则，当事国可共同提交争议，体现了对国家主权的充分尊重。

对非缔约国管辖的依据主要来源于《罗马规约》第 12 条第 2 款的规定，只要犯罪行为发生在缔约国领土，不论犯罪者国籍国是否加入公约，法院均可管辖；同样，缔约国国民在非缔约国境内实施的罪行，ICC 也享有管辖权。这一机制有助于对核心罪行展开普遍追责。第 12 条第 3 款也表明非缔约国可自愿接受 ICC 的管辖，例如乌克兰在 2014 年就克里米亚事件提交有关声明。《罗马规约》第 13 条第 2 款规定，安理会根据《联合国宪章》第七章通过决议提交情势时，可强制覆盖非缔约国，因为安理会决议对全体联合国会员具有强制力。

除此之外，ICC 通过司法立法行为来扩大管辖范围。司法立法行为指司法机关（如法院）通过判例或法律解释，实质性地创设或改变法律规则，超出传

³ 《罗马规约》第 53 条第 1 款。

⁴ 汪小静：《国际刑事法院检察官自行调查权中的“公正利益”要素》，载《国际法研究》2024 年第 6 期。

统“适用法律”的职能范围，具有准立法性质。国际法学者劳特派特(Hersch Lauterpacht) 所言，“司法立法行为，只要不采取违背既存法的形式，就应该是健康的和不可避免的。”⁵而 ICC 对《罗马规约》内容的解释逐渐偏离字面含义和立法者的意图，扩大管辖内的国际犯罪的定义，导致对许多本身不具有管辖权的行为也可进行管辖。例如，根据传统标准，应严格区分国际性与非国际性武装冲突，仅国际性武装冲突适用完整的战争法规，非国际性武装冲突的适用比较严格，而在刚果内战中，将国内混战认定为非国际性武装冲突，并适用战争罪。

综上所述，ICC 对非缔约国行使管辖权并扩大管辖范围的实践，既体现了国际刑法在惩治核心罪行方面的创新性发展，也对传统国家主权原则构成了实质性挑战。这一机制在推动国际刑事司法进步的同时，也引发了关于主权豁免与普遍管辖权之间张力的深层法理争议。

2、ICC 对非缔约国行使管辖权的正当性解释

ICC 对非缔约国行使管辖权的正当性依据建议在法理基础和时间逻辑之上，但目前存在一定的争议。在社会共同利益说的逻辑下，认为某些法律规范的保护对象并非单个国家，而是国际社会整体利益。《罗马规约》在序言中提到“申明对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作，决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪”，由于 ICC 管辖的四种核心国际罪行具有极端危害性，无论国家是否同意，对所有国家都具有约束力。同时，基于国际社会的集体责任，国际社会对防止和惩罚核心罪行负有“对一切的义务”，且前南刑庭在 Tadić 案中确立“国际罪行超越国家同意”原则。

ICC 对非缔约国行使管辖权并非随意为之，而是需要其与缔约国具备一定的联系，即满足属人管辖或属地管辖这一先决条件。当国际罪行发生在缔约国领土时，ICC 可基于领土国的司法主权让渡，对非缔约国国民行使管辖权。原因在于领土国通过批准《罗马规约》已同意将其领土内的相关罪行纳入 ICC 管辖，且犯罪行为与领土国通过实质联系构成管辖连接点，并不违反《维也纳条约法公约》第 34 条，因未对国籍国创设新义务。除此之外，在安理会的授权下，ICC 管辖权可突破条约相对性原则。根据《宪章》第 39 条，安理会有维护国际和平和安全的特别权力，且联合国会员国对安理会决议的遵守义务。

三、管辖权扩张的争议焦点

ICC 的司法管辖范围不仅涉及缔约国，同时对在任何一个成员国领土内犯下国际罪行的人都有管辖权，ICC 检察官在 2020 年巴勒斯坦情势裁决中，曾援

⁵ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London: Stevens and Sons, 1958, p.156.

引“国际社会共同利益”论证管辖权，但未明确承认普遍管辖原则。其管辖权仍受《罗马规约》第 12 条的限制，主要通过“领土联系+安理会授权”的变通方式实现对部分非缔约国的间接普遍管辖。ICC 近年来的解释中呈现出司法能动主义的趋势：一方面扩张法院在补充性管辖权下的案件受理范围；另一方面扩大《罗马规约》管辖下国际犯罪的定义范围。⁶

（一）扩张管辖的法理困境：条约相对性和普遍管辖权的冲突

《维也纳条约法公约》第 34 条规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”，该规定表明了条约的相对性原理，即条约仅约束缔约国，对第三国既不创设义务，也不赋予权利，若第三国需要承担条约义务，必须通过明示或默示的方式同意。根据以上规定可知，对于中国、美国等非《罗马规约》的缔约国是不受该规约约束的，而在司法实践中，ICC 对非缔约国不断行使管辖权。例如，2009 年 3 月 4 日，ICC 以涉嫌战争罪、反人类罪和种族灭绝罪对时任苏丹总统奥马尔·巴希尔（Omar al-Bashir）发出逮捕令，成为 ICC 首次对现任国家元首发布通缉令。但苏丹并非《罗马规约》缔约国，因此主张决议无效拒绝接受 ICC 的管辖。之后通过国内司法与 ICC 进行对抗，即苏丹政府成立特别法庭审理达尔富尔案件，由于并未进行实质追责，被国际社会批评为“虚假审判”。巴希尔继续出访多个非缔约国，部分国家拒绝执行逮捕令，同时暴露出 ICC 执行力短板。

在 2010 年，ICC 检察官根据《罗马规约》第 13 条和第 15 条，请求对肯尼亚 2007-2008 年大选后暴力事件（致 1200 人死亡）展开调查。预审分庭在 2011 年 3 月 31 日的授权裁决中，通过法律解释扩张了 ICC 的管辖权，《罗马规约》第 7 条第 2 款第 1 项进一步规定，“‘针对任何平民人口进行的攻击’是指根据或推行国家或组织攻击平民人口的政策而实施的。”个人可以通过组织犯罪，但并未定义“组织”的范围。肯尼亚选举后暴乱中的大部分攻击行为是由“年轻人的团伙”所实施的，而这些团伙在某种程度上受到了肯尼亚相关政党（民主团结党和橙色民主运动）及高级政治、商业领导人的支持。⁷但能否将该团伙的行为与“国家和组织”联系起来是 ICC 可否行使管辖权的关键。

ICC 在解释《罗马规约》时频繁援引《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条的条约解释方法，但这一做法在刑法领域面临正当性质疑。核心争议在于：第 31 条强调的“目的解释”方法是否与刑法解释所要求的“严格解释原则”

（*in dubio pro reo*）相冲突，后者要求对刑事规范的适用采取限缩性立场以保障被告人权利，而《罗马规约》的存在通常更倾向于将犯有国际罪行的人绳之以法，不使其逍遥法外，侧面看更注重对受害人权益的保障，这种解释方法可能

⁶ 朱丹：《国际刑事法院的司法能动主义：实践、反思及限制》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期。

⁷ Office of the Prosecutor, *Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15*, Nov. 26, 2009, p. 72-75.

导致 ICC 管辖权的扩张，进而引发合法性争议。因此，在肯尼亚案件中，ICC 法官坚持“以受害人为中心”的目的解释，将“组织”扩大解释为任何“有能力实施损害基本人类价值行为的”非国家实体。根据多数法官所采纳的以“能力”为核心的判断标准，预审分庭在肯尼亚情势中作出认定：与两个主要政党存在关联的地方领袖、商界人士及政治人物等各类团体，均符合《罗马规约》第 7 条所规定的“组织”要件，这一认定体现了对条文术语的扩张性解释。贾洛(Charles C.Jalloh)指出预审分庭多数法官对“组织”的扩大解释“违背了《罗马规约》的序言及其根本性条款，例如第 17 条关于补充性管辖权的规定。”⁸

在实践中，ICC 践行《罗马规约》第 27 条关于官方身份无关性的规定，即对任何人一律平等的适用，不得因为官方身份而差别适用。⁹理论根基在于个人刑事责任原则和主权豁免的例外，国际法直接赋予个人义务，可以突破传统国际法的“国家中心主义”，是对《维也纳外交关系公约》第 39 条（职务行为豁免）的限缩：国际罪行不属“主权行为”范畴。在以往所处理的情势来看，苏丹情势的被告是时任苏丹总统的巴希尔；利比亚情势的被告包括时任国家元首的卡扎菲；肯尼亚情势的被告包括总统乌胡鲁·肯雅塔和副总统威廉·鲁托。¹⁰争论在于这种对官方人员的扩大管辖与传统习惯法的立场相背离，例如国际法院在“刚果诉比利时案”（2002）中认定，现任外交部长享有绝对豁免权。ICC 则认为《罗马规约》第 27 条优先于国际习惯法，并未充分论证为何可以单方面改变习惯法规则。对非缔约国而言，并未接受第 27 条约束，却可能因为安理会提交情势而被迫接收其效力，再一次突破条约相对性。这也是我国为何在建立国际刑事法院的表决中投反对票的原因之一，我国不能接受规约所规定的国际刑事法院的普遍管辖权。规约规定的这种管辖权不是以国家自愿接受法院管辖为基础，而是在不经过国家同意的情况下对非缔约国的义务做出的规定，违背了国家主权原则。¹¹

（二）选择性管辖的政治困境：大国抵制与 ICC 的合法性挑战

ICC 选择性管辖权问题已成为制约其司法公信力的核心挑战，其司法实践呈现出显著的地缘政治偏向性，似乎更加关注较为弱小的国家，超过 80% 的调查案件集中于非洲地区，而具有类似情形的非非洲国家则表现出司法克制或程序拖延。之所以更加集中在非洲地区，并非与国家强弱直接挂钩，而是由于国家法律体系的不完善性，根据现行法律体系无法通过国内审判程序对犯罪分子进行相应的制裁，根据 ICC 的补充性原则，当国家司法系统无法或不愿有效行使管辖权时，ICC 需要发挥其补充作用，就存在对案件介入的空间。当前国际

⁸ Charles C.Jalloh, *What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity*, *The American University International Law Review*, Vol.28 (2013), p.547.

⁹ 《国际刑事法院罗马规约》（1998）第 27 条。

¹⁰ 王佳：《国际公法原理与案例研习》，中国法制出版社 2017 年版，第 159 页。

¹¹ 徐乃斌：《国际刑法（第二版）》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 452 页。

刑事司法实践中，部分发展中国家，尤其是非洲国家普遍质疑国际刑事法院在行使管辖权时存在系统性偏差，认为该机构在追究国际犯罪责任方面对实力较弱的国家采取了区别对待的立场，这种选择性司法现象反映出国际刑事司法体系可能存在的结构性不公问题。例如，2013年，ICC对肯尼亚总统乌胡鲁·肯雅塔（Uhuru Kenyatta）及其副总统威廉·鲁托（William Ruto）提起诉讼，指控他们在2007-2008年肯尼亚大选后的暴力事件中犯下危害人类罪，在2014年，ICC因证据不足撤销对肯雅塔的指控，肯雅塔案引发非洲国家的强烈反弹。

与非洲地区相比，ICC对其他地区则表现出一种回避或拖延的态度，存在大国豁免的现象。在阿富汗情势中，ICC调查美军战争罪，但在美国制裁威胁后撤诉。在今年1月9日，美国众议院投票通过了制裁ICC的法案，抗议该法院对以色列总理内塔尼亚胡和前防长加兰特发布的逮捕令。该法案将对任何推动调查、逮捕、拘留或起诉美国及其盟国公民的ICC官员或支持ICC的实体进行制裁。去年，ICC向内塔尼亚胡和加兰特发布逮捕令，指控两人在以军的加沙军事行动中的行为构成“战争罪和危害人类罪”，以方立即驳斥。美国众议院提起了该项对ICC官员等个体实施制裁的法案，这将是美国对ICC展开的第二次回击行为。由此可见，ICC正在面临来自大国的挑战。

不仅如此，在检察官行使自行调查权对犯罪进行管辖时，需要满足“公正利益”这一要件。根据该条规定，检察官可基于“公正利益”决定是否进行调查或起诉。在诉讼程序的初步审查阶段，检察官行使自行(proprio motu)调查权需满足“有合理根据进行调查”的标准。这一开放性概念的适用，在国际刑事司法实践中引发了显著的规范性与操作性问题，第53条未界定“公正”的具体标准，导致检察官自由裁量权过度扩张。例如阿富汗情势初步审查中，检察官以“公正考量”为由延迟调查。同时，序言强调“终结有罪不罚”的绝对性，而第53条却允许以“公正”为由不起诉，形成规范冲突，导致司法不平等，也存在一定的政治化适用的风险。

四、中国立场与政策选择

我国由于系统的法律考量和政治立场，坚持国家主权不可撼动，认为刑事司法权是国家核心主权范畴。加入ICC意味着需接受其补充性管辖，可能干预国内司法独立。ICC对非缔约国国民的延伸管辖（如第12条领土管辖）可能覆盖中国公民，与中国《刑法》第8条存在法理冲突。也难以接受实体法条款，我国反对将危害人类罪等条款扩大解释，认为违背“法无明文规定不为罪”原则，存在普遍管辖的滥用风险。除此之外，随着国际形势的复杂动荡，ICC背后隐藏着大国博弈的情势，而法院在此情形下是否还能保持独立、客观、公正，也是需要考虑的问题。

（一）中国参与国际刑事司法合作的必要性探析

当前国际刑事司法体系正经历深刻变革，ICC作为常设性国际刑事司法机

构，已获得 124 个缔约国的认可。随着全球化进程的深化，跨国犯罪、恐怖主义等国际罪行呈现复杂化趋势，单个国家司法系统难以独立应对。中国作为联合国安理会常任理事国和最大的发展中国家，参与 ICC 合作是完善全球治理体系的必然选择。特别是在非洲等地区冲突持续不断的背景下，国际社会对中国在国际刑事司法领域发挥建设性作用的期待日益增强。

基于维护我国作为负责任大国的国际形象与战略定位考量，加入 ICC 将显著提升中国的国际形象，具体体现在三个维度：其一，作为联合国安理会常任理事国和新兴大国，中国通过支持国际刑事司法能够彰显其维护国际法治的负责任大国形象，这与其在联合国维和、反恐等领域的现有贡献形成有机衔接；其二，在当前西方主导的国际刑事司法体系中，中国的建设性参与有助于注入发展中国家视角，特别是在涉及非洲等地区案件审理时，可推动形成更加平衡的司法叙事；其三，通过参与 ICC 规则制定和司法实践，中国能够培养具备国际视野的法律人才，提升在全球治理中的制度性话语权，这种软实力积累与“人类命运共同体”理念的实践相互促进，使中国在国际刑事司法领域逐步实现从规则接受者到规则塑造者的角色转变。

中国提出的“人类命运共同体”理念强调国际社会的共同利益。参与 ICC 合作是中国践行这一理念的具体体现，有助于推动建立更加公正合理的国际刑事司法秩序。通过建设性参与，中国可以在维护国家主权与国际合作之间找到平衡点，为发展中国家探索出一条既坚持原则又务实合作的新路径。

总之，在全球治理体系深刻变革的背景下，中国参与 ICC 合作具有重要的战略意义。这不仅是适应国际形势发展的需要，也是提升中国国际形象、维护国家利益的必然选择。中国应当以建设性态度参与 ICC 合作，在坚持国家主权原则的前提下，为推动国际刑事司法体系的完善和发展贡献中国智慧和中國方案。通过平衡参与和改革的双重路径，中国可以在国际刑事司法领域发挥与其国际地位相称的重要作用。

（二）管辖权扩张态势下中国的应对策略

国际刑事法院以惩治国际犯罪、保障基本人权、维护司法公正及促进国际正义为宗旨，其核心价值理念与我国在国际事务中的基本立场具有内在一致性。作为负责任大国，我国始终秉持和平发展理念，积极维护以联合国为核心的国际秩序，在打击有罪不罚现象、推动全球共同发展方面发挥着建设性作用。与此同时，我国坚持主权平等原则，主张各国主权和领土完整神圣不可侵犯，这一立场与国际刑事司法应当尊重国家司法主权的本质要求相契合。目前来说，ICC 对我国并不存在直接约束力，但针对目前许多非缔约国遭到了 ICC 的管辖和调查，无论在将来我国是否加入，我们都需要保持高度的警惕性并提前采取防护措施以捍卫主权神圣不可侵犯和国家司法的独立性。

1. 建立完善的国内法阻断机制

首先,针对《罗马规约》规定的补充性管辖原则,表明国家法院有优先管辖的权利,只有当国家不愿意或者确实不能进行调查或起诉时,才属于 ICC 的管辖范围。我国刑法对普遍管辖原则虽然进行的规定,但并没有具体可行的操作标准,且在实践中我国很少适用普遍管辖权对有关罪行进行管理。

重要的是,我国现行刑事实体法体系对《罗马规约》所界定的国际罪行的规制存在结构性缺失,这一立法现状可能引发国际刑事司法管辖权的潜在冲突。具体而言,我国《刑法》尚未设立与《罗马规约》第 5 条完全对应的核心罪行专章,对于战争罪、危害人类罪等国际罪行的追诉,需通过刑法解释将其转化为故意杀人罪、故意伤害罪等普通罪名予以规制。这种规范转化机制存在三个层面的局限性:其一,构成要件的不完全对应性导致部分国际罪行要素难以被现有罪名完整涵盖;其二,量刑标准与国际刑事司法实践存在显著差异;其三,缺乏专门的诉讼程序规定。这种立法现状客观上可能被国际刑事法院援引《罗马规约》第 17 条,以我国司法系统“不能”有效追诉为由,主张其补充性管辖权的适用。

在程序法方面,我国《引渡法》第 8 条与《罗马规约》的补充性原则存在适用冲突,补充性管辖否定国家司法垄断权,主张国际社会对核心罪行进行共同管辖。而我国《引渡法》存在政治犯罪的例外条款:“根据中华人民共和国法律,被请求引渡人具有中华人民共和国国籍的”,或“请求引渡可能损害中国主权、安全、社会公共利益的”,应当拒绝引渡。强调国际管辖优先和国家安全至上。假设 ICC 以战争罪指控我国维和军人,要求进行引渡,根据 ICC 程序,依据第 17 条可能会认定中国“不愿意”追责,之后签发逮捕令并要求引渡。但根据我国《引渡法》的国籍保护会拒绝引渡,加之该行为属于职务行为,涉及刑法有关正当防卫的情形,我国会拒绝引渡请求。

基于以上问题,首先需要明确的是,无论在什么情况下都要争取优先的管辖权,在管辖权冲突的情况下建立优先管辖的常态化规则,并提前夯实相关的理论准备,根据常见的几种管辖权冲突的类型,形成中国有充分管辖依据的理论模型。¹²除此之外,有必要完善我国《刑法》第 9 条有关“普遍管辖权”的内容,应当对《罗马规约》规定的核心国际罪行进行精确的概念界定,包括战争罪、危害人类罪等罪名的法律定义、主观要件与客观要件,确保其构成要素具有明确的规范边界。这种概念界定应当兼顾国际刑事司法实践的最新发展与我国法律体系的内在逻辑。明确对涉及我国的国际罪行的优先管辖权。在程序法方面,可制定程序防御机制,建立严格的引渡请求审查机制。我国《国际刑事司法协助法》第 50 条第 2 款:“外国请求针对中华人民共和国公民的刑事司法协助,可能损害中华人民共和国主权、安全或者社会公共利益的,可以拒绝提

¹² 于志刚、李怀胜:《关于刑事管辖权冲突及其解决模式的思考》,载《法学论坛》2017 年第 6 期。

供协助。”此条规定可用来应对 ICC 的司法协助请求。可在《国际刑事司法协助法》中增设“反长臂管辖”条款。

2. 积极促进双边条约网络建构

在中国深度参与全球治理的背景下，跨国刑事司法管辖权的竞合问题日益凸显，其表现形式趋于多元且冲突频次显著增加。在当前以主权平等为基石的国际法秩序下，刑事管辖权的行使既不能脱离国际法基本准则而恣意扩张，亦难以通过单边主义路径实现有效协调。这一现实困境凸显了构建符合中国国家利益的国际刑事司法协作机制之迫切性。

首先，从国际法理论视角审视，管辖权的冲突应首要且必须遵循的原则即为主权平等与不干涉内政的国际法原则。其次，努力构建多元化的国际合作框架，近距离上，致力于建立“环中国”的刑事司法合作体系，努力构建以中国为核心的区域性合作平台。¹³设置替代性机制，主导设立“发展中国家国际刑事司法合作及组织”，建立独立的调查起诉机制。通过建立金砖国家“反长臂管辖”合作机制，设立联合司法审查中心，开发替代性证据交换系统。

其次，在国际法规范博弈层面，我国应当积极争取规则解释的主导权，不能全部任由 ICC 进行解释。具体而言，推动联合国通过相关的解释决议，以《罗马公约》的建立宗旨为指导，对解释原则和解释标准进行具体细化。例如明确“不能有效追诉”的认定标准，建立由安理会主导的评估机制，要求必须经过联合国安理会特别程序的审查确认。确立东道国在刑事调查中的程序性权利，赋予其对 ICC 调查活动的合理否决权。制定严格的解释方法准则，限制 ICC 的自由裁量空间，防止期通过扩张解释不当延伸管辖权。

最后，建立充足的保障机制。在组织架构方面，成立涉外法制工作机构，与外交、司法和安全部门像统筹，建立应对 ICC 不当管辖的快速相应机制。同时，积极展开法律人才培养，为未来法制长远发展储存足够的人才力量。

五、总结

ICC 的管辖权扩张既是国际法治进步的体现，也伴随着深刻的争议。正如菲利普·桑斯在《无法无天的世界》一文中指出：它不会成为治愈这个世界各种疾病的万能药；它也不会根除对基本人权的严重违背。但是，对于那些最严重的罪行，或者至少是它们中的一些，国际化的刑法也不失为一种不错的选择。¹⁴作为国际司法体系的重要组成部分，国际刑事法院在建立司法公信力和权威性的过程中，必须恪守司法中立原则，避免陷入大国政治博弈的漩涡。其权威的建立不应依赖于特定政治力量的背书，更不能通过无限制扩张管辖权来实现。相反，ICC 应当秉持审慎克制的司法理念，在解释和适用国际法规范时严

¹³ 同前注①，于志刚、李怀胜：《关于刑事管辖权冲突及其解决模式的思考》，载《法学论坛》2017年第6期。

¹⁴ [英]菲利普·桑斯：《无法无天的世界》，单文华，赵宏，吴双全译，人民出版社2011年版，第42页。

格遵循法律原则，确保司法程序的公正性与透明度。唯有坚持统一标准，杜绝选择性司法和政治化倾向，才能真正树立其司法权威，推动国际刑事司法的良性发展，为完善国际法治作出应有贡献。因此，在未来，ICC 需通过多边协商明确管辖权边界，减少政治干预以重塑公信力。中国应在维护国家核心利益的同时，积极参与全球治理，推动国际刑事司法向更加公正、均衡的方向发展。通过法律与外交的双重努力，国际社会有望在惩治罪行与尊重主权之间实现动态平衡，为构建人类命运共同体提供坚实的司法保障。

2025年中国国际法学年会

参考文献

- [1]邵沙平：《国际法》（第四版），中国人民大学出版社 2020 年版，第 467 页。
- [2]梁西：《世界情势于国际法律秩序危机》，载《法学研究》2004 年 2 期。
- [3]《罗马规约》第 53 条第 1 款。
- [4]汪小静：《国际刑事法院检察官自行调查权中的“公正利益”要素》，载《国际法研究》2024 年第 6 期。
- [5]Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London: Stevens and Sons, 1958, p.156.
- [6]朱丹：《国际刑事法院的司法能动主义：实践、反思及限制》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期。
- [7]Office of the Prosecutor, *Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15*, Nov.26, 2009, p.72-75.
- [8]Charles C.Jalloh, *What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity*, *The American University International Law Review*, Vol.28 (2013), p.547.
- [9]《国际刑事法院罗马规约》（1998）第 27 条。
- [10]王佳：《国际公法原理与案例研习》，中国法制出版社 2017 年版，第 159 页。
- [11]徐乃斌：《国际刑法（第二版）》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 452 页。
- [12]于志刚、李怀胜：《关于刑事管辖权冲突及其解决模式的思考》，载《法学论坛》2017 年第 6 期。
- [13][英]菲利普·桑斯：《无法无天的世界》，单文华，赵宏，吴双全译，人民出版社 2011 年版，第 42 页。
- [14]张立萍.国际刑事法院对非缔约国管辖权的探析[D].华东政法大学,2010.
- [15]张立.论国际刑事法院的启动机制[D].外交学院,2008.
- [16]孙万怀.刑事法治的人道主义路径[D].华东政法学院,2005.
- [17]王佳.从检察官诉洛朗·巴博案看国际刑事审判中的新问题[J].中国检察官,2014,(18):74-76.
- [18]杨起飞.国际刑事法院惩治侵略罪的管辖权问题研究[D].华东政法大学,2019.
- [19]王涛.国际刑事法院介入非洲反政府武装问题的影响及限度——以乌干达圣灵抵抗军为例[J].云南大学学报(法学版),2015,28(06):145-162.
- [20]吴颖.论对国际罪行的普遍管辖权[D].外交学院,2008.
- [21]潘俊武.论国际刑事法院的理想设计与现实本位[J].江西社会科学,2023,43(04):32-41+206.

国际政治博弈下 ICC 对非缔约国管辖权的合法性困境与应对路径研究

弓小乐

中南财经政法大学研究生

联系方式 15936709583

摘要

受地缘政治博弈的影响，国际刑事法院（ICC）对非缔约国国家及其领导人行使管辖权所引发的法律争议愈发凸显。当前，ICC 在扩展管辖权过程中面临法律依据受限、国家主权抗拒强烈、司法实践政治化等多重挑战，尤其在涉及美国、俄罗斯、以色列等国家时，其司法正当性与公信力遭遇严峻考验。ICC 制度设计中虽然存在“属地原则”“安理会移交机制”等为法律支撑，但实践中仍会引发“选择性司法”的质疑，ICC 需重申补充性原则，审慎适用跨国管辖，增强程序公正与透明，推动与非缔约国建立互信机制。国际社会亦应致力于完善区域合作与制度改革，协同合作共同构建平衡国家主权与全球司法责任的法治化治理路径。

关键词：非缔约国管辖权，政治博弈，普遍管辖

一、问题的提出

（一）国际刑事法院对非缔约国国家元首发出逮捕令

近年来，国际刑事法院（以下简称“ICC”）相继针对俄罗斯总统普京以及以色列总理本雅明·内塔尼亚胡发出逮捕令，这一事件在国际社会引发广泛争论。俄罗斯总统普京被指控在俄罗斯入侵乌克兰期间犯有战争罪；2024 年 5 月 20 日，ICC 检察官卡里姆·汗向第一预审分庭申请，要求对以色列总理本雅明·内塔尼亚胡及其他相关领导人发出逮捕令，指控其在巴勒斯坦国领土（加沙地带）犯下战争罪和反人类罪应负有刑事责任。然而，俄罗斯和以色列均非《国际刑事法院罗马规约》（以下简称“《罗马规约》”）的缔约国，两国领导人及其国家拒绝接受 ICC 的管辖权，俄罗斯坚决拒绝遵守《罗马规约》，以色列方面则认为 ICC 的行动带有政治偏见，甚至将其贴上“反犹太”标签。¹这些案件凸显了 ICC 对非缔约国国家管辖权效力问题，以及这些国家以国家主权为由对 ICC 管辖的挑战。

¹ Michael Scharf, 'The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the US Position', 64 Law & Contemporary Problems(2001), pp. 67-116.

（二）现有争议和问题

1. 非缔约国受国际刑事法院管辖的合法性问题

当前，ICC 对非缔约国国家管辖权的合法性仍旧存在争议。《罗马规约》获得了 124 个国家批准，其一般将管辖权限于成员国，但《罗马规约》第 12

（2）（a）条规定允许对在缔约国领土上实施的罪行行使管辖权²，第 13 条

（b）项则通过联合国安全理事会（UNSC）的移交扩大了管辖权³。例如，以色列和俄罗斯虽非规约当事方，但 ICC 可依据领土要素或者联合国安理会授权主张管辖权。以俄罗斯、以色列为代表的反对者则认为这一做法损害了国家主权。以色列和俄罗斯已分别于 2002、2016 年退出《罗马规约》，两国认为其未同意对 ICC 的授权，拒绝承认 ICC 的合法性。因此，ICC 虽然在《罗马规约》中对非缔约国进行了例外规定，但非缔约国国家是否承认其管辖的合法性仍会因对国家主权的维护的需要而遭受质疑。

2. 国际政治冲突对国际刑事法院的影响

ICC 面临来自强国地缘政治影响力的挑战。非缔约国常利用政治力量抵制 ICC 的调查，例如，美国指责 ICC 试图起诉以色列官员的行为不公正；俄罗斯同样谴责 ICC 在对于西方国家所关注和支持的冲突中存有偏见。这种抵制破坏了 ICC 作为国际公正司法机构的形象，限制了其有效伸张正义的能力。这种态势暴露了 ICC 易受政治干预的脆弱性，若不解决该问题，ICC 可能失去在国际法律体系中的公信力和效力。

3. 平衡国际刑事司法与国家主权

ICC 合法性危机的核心在于其维护国际关系与国家行为和平公正的使命与国家主权原则之间的矛盾。ICC 以补充性原则为基础，仅在国家法院失灵时才进行干预，但其管辖范围常被认为具有选择性。ICC 成功起诉了苏丹奥马尔·巴希尔等国家影响力较弱的国家领导人，但在处理涉及美国、俄罗斯和以色列等具有影响力国家领导人的罪行时困难重重。这种司法不公现象引发对 ICC 公正性的担忧，强化了对司法不公的刻板印象。ICC 过度关注弱势国家或在政治上与西方对立的国家和地区，破坏了自身的普遍正义原则，加深了国际社会对其合法性的质疑危机。解决这一失衡问题对确保 ICC 在国际社会中的公信力至关重要。

（三）研究的价值和意义

国际刑事法院对非缔约国行使管辖权问题，长期处于国际法学界争议之中，既有研究多聚焦于《罗马规约》条文解释与典型案例评析，较少系统探讨

² Rome Statute of the International Criminal Court art. 12(2)(a), July 17, 1998, 2187 U.N.T.S.（注：《国际刑事法院罗马规约》第 12 条第 2 款第 a 项，1998 年 7 月 17 日通过，《联合国条约集》第 2187 卷）

³ Rome Statute of the International Criminal Court art. 13(b), July 17, 1998, 2187 U.N.T.S.（注：《国际刑事法院罗马规约》第 13 条第 b 项，1998 年 7 月 17 日通过，《联合国条约集》第 2187 卷）

法律依据与政治现实交织下的制度困境与应对路径。本文结合阿富汗、苏丹、缅甸等案例，分析 ICC 在非缔约国问题上面临的主权抗拒、合法性质疑与政治阻力，并评析中美俄等大国的应对立场，在此基础上尝试提出制度改进与国际合作的可行方向。文章力图在规范分析与实证讨论之间寻求平衡，拓展对 ICC 合法性基础及全球刑事司法制度运作逻辑的理解。希望本研究能为推动国际法治建设、促进国家主权与国际司法责任的协调提供一份初步参考，亦期待在后续研究中继续深入完善相关论题。

二、国际刑事法院对非缔约国管辖权的法律依据及实践论据

（一）文本渊源

1. 《罗马规约》第 12.2 条：对缔约国境内非缔约国国民的司法管辖权

《罗马规约》第 12（2）条规定，无论犯罪人国籍为何，ICC 对发生于缔约国领土内的罪行具有管辖权⁴。该原则使 ICC 在特定条件下可起诉非缔约国国民，但该原则的适用以来领土所属国的同意或授权来维系管辖权范围的共识，当非缔约国国民在缔约国领土犯罪时，且领土所属国承认《罗马规约》，ICC 即可提起诉讼。⁵

该规定反映了一种政治妥协，平衡了管辖的普遍性与国家主权，虽然该条约需要获得缔约国与非缔约国的同意作为支撑，但总的来说为 ICC 管辖的核心罪行能够在习惯国际法下获得普遍认可提供了文本上的法律支撑。将 ICC 管辖权建立在属地同意基础上，调和了普遍问责制与国家主权间的紧张关系。

2. 联合国安理会根据《罗马规约》第 13（b）条赋予国际刑事法院的管辖权

联合国安理会（UNSC）依据《罗马规约》第 13（b）条，通过向 ICC 移交职权范围内的犯罪案件的方式将 ICC 管辖权拓展至国家同意的框架之外，强化了 ICC 的管辖权。根据《联合国宪章》第七章，安理会能将非缔约国领土内或涉及非缔约国国民的情势提交 ICC，促进其在国际和平与安全方面发挥作用。

如 2005 年苏丹达尔富尔及 2011 年利比亚的案件，虽两国并非缔约国，但安理会移交案件使 ICC 得以起诉相关种族灭绝罪、战争罪和反人类罪。不过，这种方式并非万无一失，安理会是否能够移交所有案件存在争议，国际社会质疑其存在选择性移交的行为，存在将政治考量置于法律原则之上的嫌疑，例如在叙利亚问题上的不作为，为了获取利益忽视了叙利亚所受到的迫害与损失。第 13（b）条虽为起诉跨国罪行提供实施方案，但其对安理会移交案件的依赖，引发了一致性与公平性问题。⁶

3. 国际法中的普遍管辖原则与国际刑事法院的关系

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court art. 12(2), July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. (注：《国际刑事法院罗马规约》第 12 条第 2 款，1998 年 7 月 17 日通过，《联合国条约集》第 2187 卷)。

⁵ 郭翼飞.论国际刑事法院对非缔约国的管辖问题[J].社会科学前沿,2022, 11(9), 3811-3817.

⁶ Rome Statute of the International Criminal Court art. 17, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. （注：《国际刑事法院罗马规约》第 17 条，1998 年 7 月 17 日通过，《联合国条约集》第 2187 卷）。

普遍管辖原则是 ICC 管辖框架的基石。《罗马规约》将严重国际罪行规定为强制法规范，确认了各国应当承担的普遍义务。与行使普遍管辖权的国家法院不同，ICC 管辖权需要获得罪行所涉及的地区或国家同意，反映了法院在解决严重国际犯罪时对国家主权的尊重，表明了普遍管辖原则与国家同意之间的细微差别，强调了国际刑事法院对国际责任的承担。⁷

纽伦堡审判、东京审判及前南斯拉夫、卢旺达问题国际刑事法庭规约等历史先例，推动了严重国际罪行普遍管辖权的发展。ICC 继承这一传统，将普遍性纳入权力范围，同时受基于同意的框架约束。《罗马规约》第 17 条的补充性原则⁸，强化了 ICC 作为最后手段的地位，仅在国家司法机构不愿或无力起诉时介入，承认国家处理犯罪的首要责任，契合国际刑法目标，促进全球对严重国际犯罪的预防与追责。尽管受司法框架限制，ICC 的管辖权与普遍管辖原则的适用，都反映了平衡正义与国家主权之间的复杂性，通过起诉严重国际罪行，为实现和平与安全目标贡献力量。

（二）实践中关于管辖权正当性的论据

ICC 行使管辖权，尤其涉及非缔约国国家时争议不断。但阿富汗战争罪调查、罗兴亚危机、利比亚和苏丹案件的实践，为其管辖权主张提供了依据，一定程度上表明其在涉及非缔约国国家案件管辖权方面的合法性。

1. 阿富汗战争罪调查

阿富汗战争罪调查是 ICC 管辖权争议较大的案件。阿富汗作为《罗马规约》缔约国，赋予 ICC 不论犯罪者国籍都将管辖其领土内犯罪的权力。ICC 决定调查阿富汗境内的战争罪和反人类罪，包括美国军事人员的相关罪行，引发了国际上的争议。美国作为非缔约国，以主权独立和未经同意为由，强烈反对 ICC 管辖权。

依据《罗马规约》第 12（2）（a）条，国际刑事法院管辖权涵盖缔约国领土内罪行，不论被告是否为非缔约国国民，此原则使法院可绕过犯罪人国籍确立管辖权。尽管存在政治和外交上的紧张局势，阿富汗缔约国地位支撑 ICC 对该案行使管辖权。该管辖权基于普遍管辖原则，若因国籍使犯罪者逃脱起诉，将损害 ICC 职权。虽然美国的政治抵抗阻碍了进程，但 ICC 仍通过重申《罗马规约》管辖权的属地原则和终结严重国际罪行有罪不罚现象的原则主张了对阿富汗境内战争罪的调查。

2. 缅甸罗兴亚人危机

罗兴亚危机呈现非缔约国（缅甸）跨境犯罪影响缔约国（孟加拉国）的独特情形。国际刑事法院检察官认为，针对罗兴亚人大规模流离失所，缅甸的驱

⁷ 刘大群.《国际刑事法院罗马规约》的修正与适用实践述评[J].武大国际法评论,2023,7(06):1-22.

⁸ Rome Statute of the International Criminal Court art. 17, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S.（注：《国际刑事法院罗马规约》第 17 条，1998 年 7 月 17 日通过，《联合国条约集》第 2187 卷）.

逐出境行为构成反人类罪，且犯罪始于缅甸、终于孟加拉国。ICC 创造性运用《罗马规约》第 12（2）（a）条属地原则，对跨境罪行主张管辖权。

此做法基于追究跨境犯罪责任的原则。ICC 预审分庭认可部分犯罪行为发生在缔约国领土内的观点，满足《罗马规约》管辖权要求，凸显 ICC 处理非缔约国国家跨境犯罪管辖权复杂性的适应性。罗兴亚人案件彰显领土原则在保障受害者正义方面的重要意义，ICC 主张管辖权表明肇事者不能因初始行为发生在非缔约国国家而逃避责任。⁹但罗兴亚危机尚未解决，缅甸不合作及执法机制缺失，限制了 ICC 有效调查和执行裁决的能力。

3. 利比亚和苏丹案例

利比亚和苏丹案件体现 ICC 行使管辖权的另一重要途径——联合国安理会“案件移交”。两国均非《罗马规约》缔约国，但安理会依据《联合国宪章》第七章、援引《罗马规约》第 13（b）条，将案件提交 ICC。

在苏丹案件中，安理会第 1593 号决议将达尔富尔局势提交 ICC，ICC 对时任总统巴希尔发出逮捕令，引发巴希尔作为非缔约国现任国家元首豁免权的争议。《罗马规约》第 27 条取消国家元首豁免权，¹⁰但其对苏丹等非缔约国国家的适用性存疑。但因苏丹是联合国成员国，有义务遵守安理会决议，安理会移交案件可视为苏丹应当承担的国际法义务，ICC 剥夺巴希尔豁免权以及对达尔富尔局势的管辖权不仅依托《罗马规约》还有安理会移交权力。

利比亚案件中，安理会第 1970 号决议提交情势，同样显示了 ICC 基于互补性原则作为安理会处理国际犯罪工具的作用。ICC 在这些案件中兼具《罗马规约》下司法机构和安理会工具的双重角色，虽依赖安理会转介引发选择性和政治化质疑，但在《罗马规约》未普遍批准的现状下，是扩大 ICC 管辖权至非缔约国国家的可行途径。

三、美中俄对国际刑事法院管辖权的抵制及相关情况

（一）美国对国际刑事法院的抵制和法律措施

ICC 于 2002 年依据《罗马规约》正式成立，其旨在确保对严重国际罪行追究责任，然而却遭到美国、中国、俄罗斯等大国的质疑，这些国家因担忧国家主权受到干扰、ICC 公正性以及 ICC 管辖权可能被滥用，均未批准或接受《罗马规约》。

美国坚决拒绝加入 ICC，核心顾虑在于该法院管辖权或对其军事行动及外交政策造成干扰。美国反对 ICC 管辖权的关键法律手段是《美国现役军人保护法》（ASPA），即俗称的《海牙入侵法》。这部法律不仅构成美国拒绝加入

⁹ Yuzuki Nagakoshi, The Scope and Implications of the International Criminal Court's Jurisdictional Decision over the Rohingya Crisis[J]. Human Rights Quarterly, 2021, 43(2): 259-289.

¹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court art. 27, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S.（注：《国际刑事法院罗马规约》第 27 条，1998 年 7 月 17 日通过，《联合国条约集》第 2187 卷）。

ICC 的法律基础，还成为美国保护其公民的外交举措，以及应对 ICC 具体调查的重要依据。

1.对国际刑事法院管辖权的担忧

美国认为 ICC 管辖权对其国家主权及军事人员行动自由构成潜在威胁。从军事行动影响看，ICC 对缔约国领土上所犯战争罪拥有管辖权，致使在国外执行任务的美国军事人员面临被起诉风险。在外交政策方面，美国政府认为 ICC 的调查可能破坏其外交政策目标，尤其在阿富汗和伊拉克等冲突地区。美国秉持国家主权原则，将 ICC 的介入视作“外部干预”，坚称 ICC 未经美国同意，无权干涉涉及美国人员的国内外事务。

2.美国对抗国际刑事法院管辖的具体防御策略

2002 年出台的 ASPA 是美国抵制 ICC 管辖的重要支柱。该法主要涵盖以下内容：第一，权总统行动上，法案赋予总统使用“一切必要和适当手段”（包括军事力量）的权力，以确保被 ICC 拘留的美国或盟国人员获释；第二，在禁止合作方面，禁止联邦、州和地方政府与 ICC 合作，包括引渡个人或共享机密信息；在限制军事援助方面，《罗马规约》不允许向北约盟国之外的缔约国提供军事援助。

此外，美国还与多国谈判达成双边豁免协定。这些协定禁止签署国家未经美国同意，¹¹向 ICC 移交美国国民，进一步保障美国国民免受 ICC 管辖。

3.美国对 ICC 调查的回应

美国政府针对 ICC 的具体调查采取了一系列措施。最为典型的是，唐纳德·特朗普政府在 2020 年对 ICC 检察官及从事阿富汗调查的工作人员实施签证限制和资产冻结。同时，美国在外交层面予以反驳，官员称 ICC 的调查违反公平正义原则，原因是美国未批准《罗马规约》。美国反对 ICC 对美国国民的管辖权，但在达尔富尔等符合其外交政策目标的案件中，有选择地支持 ICC 了的诉讼。

（二）中国抵抗国际刑事法院管辖权及法律措施

中国拒绝签署或批准《罗马规约》，主要源于对该规约侵犯国家独立、违反不干涉原则以及 ICC 政治化的担忧。

1.强调主权和不干预

中国对《罗马规约》持有诸多保留意见：其一，关于国内冲突中的战争罪，中国反对将国内武装冲突中的战争罪纳入 ICC 管辖范围，认为此举超出《日内瓦公约》范畴；其二，关于安理会的地位问题上，中国主张 ICC 在侵略罪等问题上应遵循安理会意见，以防止政治滥用；其三，针对反人类罪的定

¹¹ 彭志杰.ICC 对非缔约国国民的管辖权-对美国立场的批判.复旦国际法理论与知识产权公众号

义，中国认为反人类罪应与战时或非常情况相关联，而《罗马规约》未明确这一标准。

中国拒绝接受《罗马规约》，根源在于我国对国家主权和不干涉内政原则的维护。在普遍管辖权方面，中国反对 ICC 对非缔约国国家主张管辖权，认为这侵犯了国家主权以及国际法的同意原则。面对司法被武器化的可能性，中国担忧 ICC 可能被用作针对发展中国家的政治工具，进而损害自身主权独立和国家利益。

2.法律和外交防御战略

为应对 ICC 的影响，中国采取了多种策略。其一，表明坚决反对扩大 ICC 管辖权的立场；其二，作为联合国安理会常任理事国，中国拥有否决权或弃权，可对叙利亚等案件决定是否提交 ICC；其三，针对检察权问题，中国对 ICC 检察官未经国家同意即可启动调查的权力表示担忧，认为这破坏了国家主权原则。

（三）俄罗斯退出并被指责西方偏见

俄罗斯于 2000 年签署《罗马规约》，但在 2016 年选择退出，原因是 ICC 的表现不满，并指责其偏袒以美国为中心的西方其他国家。

1.退出国际刑事法院《罗马规约》

2016 年，俄罗斯总统普京签署命令退出 ICC。这一决定基于以下因素：一是克里米亚冲突，ICC 报告中指责俄罗斯非法占领克里米亚，与俄罗斯认为该地区通过全民公投合法决定归属的立场相悖；二是南奥塞梯调查，俄罗斯对 ICC 针对 2008 年南奥塞梯冲突（导致俄罗斯维和人员死亡）的调查表示不满。俄罗斯认为退出是捍卫国家利益，拒绝 ICC 对其在乌克兰和格鲁吉亚行动的管辖。

2.对国际刑事法院独立性和有效性的批评

俄罗斯对 ICC 的公正性和有效性深感忧虑。一方面，俄罗斯官员指责 ICC 存在西方偏见，偏袒西方利益，损害了其作为独立司法机构的公信力；另一方面，俄罗斯批评 ICC 效率低下，存在选择性起诉问题，尤其是在涉及西方国家的案件中。

总之，中、美、俄三国分别制定了不同的法律和政治策略来反对国际刑事法院的管辖权，反映出尽管 ICC 在追究国际犯罪责任方面不断前进，但其公正性、有效性和合法性在国际影响力较大的非缔约国中仍存争议。这些挑战凸显了 ICC 在解决偏见、效率及管辖权越权等问题上改革的必要性，以及推动 ICC 与非缔约国间开展更广泛合作的重要性。

四、国际政治博弈对国际刑事法院管辖权的影响

（一）司法偏见损害国际刑事法院的权威

长期以来, ICC 饱受诟病, 被指为西方国家用以施加政治影响的工具。批评者指出, ICC 在案件处理上, 过度侧重与西方地缘政治利益相关的案件, 而对其他利益诉求关注不足。

ICC 的管辖权尤其遭到南部国家的强烈抵制。以非洲国家为例, 它们直言不讳地指出, ICC 对非洲地区的关注远超合理比例, 认为 ICC 打着维护国际正义的旗号, 实则沦为西方维护其主导地位的武器。这种“西方司法霸权”的行径, 严重损害了 ICC 作为公正裁决机构的公信力, 进一步加剧了南北关系的紧张局势。在全球南方众多国家看来, ICC 偏向于针对在全球政治中影响力较弱或综合国力较弱的国家。如在苏丹达尔富尔案件的处理上, 苏丹政府以非缔约国身份为由, 反对 ICC 的管辖权, 并启动国内刑事诉讼, 强调补充性原则应排除 ICC 的干预。然而, 国际刑事法院检察官却坚称苏丹司法机制无法满足“不愿或无能力”的标准, 进而对苏丹总统发出逮捕令。

此举引发非洲国家的强烈不满, 它们认为 ICC 的行为侵犯了其国家主权, 指责 ICC“打着执行国际法的幌子进行司法殖民”。这种不平衡的状况加深了人们对国际法律体系不平等的印象, 极大地动摇了国际社会对 ICC 公正运作能力的信任, 部分国家甚至以退出《罗马规约》相威胁。

非洲国家不断增长的怀疑态度产生了多边影响。部分非洲国家提议建立区域刑事法庭作为替代方案, 期望能将国际司法机制与非洲的利益和价值观更紧密结合。此类举措的出现, 反映出国际法律秩序分歧的加深, 也表明 ICC 在解决主权问题上的乏力, 促使各方呼吁寻求替代性解决方案。

（二）安理会对国际刑事法院合法性的影响

联合国安理会在国际刑事法院管辖权问题上的作用, 使相关合法性问题变得更为复杂。安理会将诸如达尔富尔等案件提交 ICC 的权力, 常常体现的是常任理事国的政治利益, 而非基于公正的法律考量。非《罗马规约》缔约国的常任理事国能够凭借否决权影响 ICC 的行动, 致使其运作失衡。例如, 这些国家可以阻止针对其盟友的案件提交, 却推动符合自身战略目标的案件进入 ICC 的视野。

安理会能够参与侵略罪的定义, 彰显了 ICC 对政治机构的依赖, 进而削弱了自身的独立性。尽管《罗马规约》在 2010 年和 2017 年的修正案试图明确侵略的定义, 但仍需联合国大会第 3314 号决议先行确定此类行为, 这无疑是一大重要限制。此外, 安理会还拥有无限期推迟 ICC 调查和起诉的权力, 也是削弱 ICC 的司法独立性的一种体现。这种安排不仅束缚了 ICC 的自主权, 还强化了其管辖权受政治操纵的负面印象。¹²

（三）多极国际法律秩序的出现

¹² 刘大群.《国际刑事法院罗马规约》的修正与适用实践述评[J].武大国际法评论,2023,7(06):1-22.

ICC 所引发的诸多问题与不满，引发了国际上构建多极国际法律秩序的呼声，旨在更全面地反映国际社会多元化的观点与价值观。特别是亚洲和非洲国家，倾向于采用区域司法机制替代 ICC。例如，中国和东盟国家表达了建立区域法院的意愿，以便在各自独特的背景下更高效地解决问题。这一做法顺应了国际关系区域化的大趋势，即各国更倾向于寻求本地解决方案，而非依赖全球机构。

“一带一路”倡议展现了如何构建尊重主权和文化差异的区域法律框架以解决争端。此类框架能够为国际司法提供更为平衡、包容的途径，推动各国间更广泛的合作，但对 ICC 来说确是某种程度上对 ICC 国际地位的削弱。

五、国际刑事法院的应对策略探析

（一）国际刑事法院重组与改革的未来方向

1. 国际刑事法院需要司法重组

ICC 在非缔约国的管辖问题争议不断。其对非缔约国及其国民行使管辖权，主要依据安理会提交或属地管辖原则，这常因被指控侵犯国家主权而受到阻碍。为改善此状况，可从缩小管辖权入手，增进与非缔约国合作。例如，ICC 应更为克制地行使管辖权，重点关注国家司法系统无力起诉的案件，这既符合补充性原则，又能减轻非缔约国对司法干涉的担忧。同时，明确“不愿”或“无力”起诉的标准，增强法院管辖权的合法性与适用的可预测性，从而增强国家对于 ICC 管辖权公正性的认可。

2. 加强与缔约国和非缔约国的合作

ICC 的长远发展，离不开与缔约国和非缔约国的紧密合作。1970 年《国际法原则宣言》中的主权平等原则，为各方合作提供了基础。未来改革应注重与非缔约国建立互信、互利关系，加强对话，鼓励其自愿参与合作。

一方面，实施“积极互补”战略，ICC 积极协助各个国家司法机构开展犯罪调查与起诉工作，提供技术支持、分享专业知识，推动各国完善国内法律制度，降低对国际司法机制的依赖，在尊重国家主权的同时，构建国际司法合作新模式。¹³另一方面，提升 ICC 程序的透明度与公平性。针对部分案件中存在的偏见和政治动机问题，建立独立监督机制，优化案件筛选标准，确保法院运作的公平代表性。此外，加强对 ICC 工作的宣传，提高公众和政府对其使命的认知与支持。

3. 协调国际刑事法院管辖权与国家主权

调和国家法律体系与 ICC 管辖权的关系是解决管辖权与国家主权相冲突的关键步骤。《罗马规约》虽然当前已经提出一些解决机制，包括补充性规定、引渡或起诉义务等，但拓展司法协助和引渡条约的应用，能够进一步促进各国

¹³ 马呈元.论国际刑事法院与《罗马规约》非缔约国的关系[J].研究生法学,2022(1).

与 ICC 的合作。积极推动各国将国际刑法原则融入国内法律框架，既能提升自身起诉国际犯罪的能力，又能巩固 ICC 作为补充机制的地位。

（二）中国应对 ICC 管辖权的策略

1. 反对国际刑事法院在联合国框架内扩大管辖权

中国对 ICC 管辖权扩张的回应，基于《联合国宪章》的国家主权和不干涉内政原则。作为联合国安理会常任理事国，中国可利用国际影响力反对其管辖权的不当扩张。通过行使否决权，阻止安理会将针对非缔约国国家的案件提交 ICC。同时，与志同道合的国家合作，在联合国大会等平台倡导对国际刑事法院管辖权进行限缩解释，坚守主权平等和不干涉内政原则。¹⁴

中国还可强调《罗马规约》第 98 条¹⁵的重要性。该条规定限制了 ICC 在涉及国家或外交豁免、国际协义务方面的请求权，中国借此推动国际社会严格遵守国家官员豁免的国际习惯法，确保 ICC 行动不破坏既有国际法律框架。积极参与联合国内部关于强化国际法、抵制司法越权的讨论，维护中国国家利益与全球主权规范。

2. 推进区域司法合作

区域司法合作是应对国际刑事法院强制管辖权的有效途径。中国可加强与上海合作组织、金砖国家等区域组织的合作，利用这些平台促进司法互助，构建处理国际犯罪的区域机制，降低对 ICC 的依赖。¹⁶推动建立区域法庭或框架处理跨国犯罪，既能提供更贴合实际的国际司法方案，又符合中国强调主权和不干涉的立场。

中国在区域机构中的领导作用，有助于制定合理应对国际关注犯罪的标准与方法，确保行动公平公正，反映区域实际情况。通过开展联合法律培训、实施能力建设项目等举措，能够提升地区司法系统整体水平，增强区域应对严重国际犯罪的能力。

3. 加强多边外交合作应对国际刑事法院强制管辖权

中国的多边外交对缓解 ICC 强制性司法实践意义重大，尤其在涉及非当事方调查方面。中国可与其他国家和地区协同合作，防范国际刑事法院管辖权过度扩张、司法权滥用，借助区域论坛或平台倡议，为自身立场争取更多支持。

此外，中国可与其他国家合作建立 ICC 以外的国际犯罪处理机制，如支持设立针对特定冲突或犯罪的特设法庭或混合机制。这些努力不仅提供了替代方案，还展现了中国维护正义的决心和参与全球治理的能力。

¹⁴ 张心怡.国际刑事法院对非缔约国行使管辖权的法理分析与中国立场.蓟门一体化刑事法讲坛

¹⁵ Rome Statute of the International Criminal Court art. 98, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 3. (注:《国际刑事法院罗马规约》第 98 条,1998 年 7 月 17 日通过,《联合国条约集》第 2187 卷).

¹⁶ 焦阳.国际刑事法院对非缔约国国民管辖权问题研究[J].晋中学院学报,2023,40(04):69-73.

综上,中国处理国际刑事法院管辖权问题,需在维护国家主权与建设性参与国际司法间寻求平衡¹⁷。通过借助联合国框架、推进区域合作、开展多边外交、构建替代机制等方式,保护国家主权利益,促进公平、包容的国际法律秩序建设。

六、结论

国际刑事法院对非缔约国国家和领导人行使管辖权的问题,实质上是国际刑事司法与国家主权原则之间的张力体现。尽管《罗马规约》通过属地管辖、安理会移交和普遍管辖原则为 ICC 提供了一定的法律依据,但非缔约国普遍以主权为由拒绝承认 ICC 的合法性。实践中,阿富汗战争罪调查、罗兴亚人案件及安理会移交的苏丹、利比亚案件表明 ICC 在特定情境下确实具备管辖正当性,但亦暴露出司法选择性与执行依赖性的问题。

同时,国际政治博弈加剧了 ICC 的合法性危机。美中俄三国分别以国内立法、外交对抗、退约及否决权等方式反制 ICC,凸显大国对 ICC 缺乏信任与合作意愿。非洲国家对 ICC“司法殖民”色彩的批评亦削弱其全球公信力,使南南国家愈发倾向构建区域性司法机制。联合国安理会的政治性运作亦对 ICC 的独立性构成实质威胁。

鉴此,ICC 若欲维系长远发展,需重塑自身定位。在法律框架内慎行管辖权,回归补充性原则本位,建立公平透明的程序机制,以回应“选择性司法”的质疑。同时,加强与非缔约国的合作、推动制度改革、引导区域对话,是提升国际刑事正义有效性的重要方向。对于中国而言,应以《联合国宪章》主权平等原则为基础,发挥多边外交与区域合作平台的作用,构建多元共治的国际法律秩序,以平衡国家主权与全球责任的关系。

七、附录

[1] 刘大群.《国际刑事法院罗马规约》的修正与适用实践述评[J].武大国际法评论,2023,7(06):1-22.

[2] 焦阳.国际刑事法院对非缔约国国民管辖权问题研究[J].晋中学院学报,2023,40(04):69-73.

[3] 郭翼飞.论国际刑事法院对非缔约国的管辖问题[J].社会科学前沿,2022,11(9), 3811-3817.

[4] 周星越.浅谈国际刑事法院的管辖权问题[J].唐山学院学报,2022,35(01):63-72.

[5] 徐俊俊.论国际刑事法院管辖权:运作与现实挑战[J].湖北经济学院学报(人文社会科学版),2020,17(01):80-82.

[6] 马呈元.论国际刑事法院与《罗马规约》非缔约国的关系[J].研究生法

¹⁷ 徐俊俊.论国际刑事法院管辖权:运作与现实挑战[J].湖北经济学院学报(人文社会科学版),2020,17(01):80-82.

学,2022(1).

[7] 张心怡.国际刑事法院对非缔约国行使管辖权的法理分析与中国立场.蓟门一体化刑事法讲坛

[8] 彭志杰.ICC 对非缔约国国民的管辖权-对美国立场的批判.复旦国际法理论与知识产权公众号

[9] Yuzuki Nagakoshi, The Scope and Implications of the International Criminal Court's Jurisdictional Decision over the Rohingya Crisis[J]. Human Rights Quarterly, 2021, 43(2): 259-289.

[10] Hale K, Rankin M. Extending the 'system' of international criminal law? The ICC's decision on jurisdiction over alleged deportations of Rohingya people[J]. Australian Journal of International Affairs, 2019, 73(1): 22-28.

[11] Michael Scharf, 'The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the US Position', 64 Law & Contemporary Problems(2001), pp. 67-116.

追赃追逃和跨境腐败治理法律问题

徐欣怡¹ 卢玺泽²

摘要

随着经济全球化进程加速，跨境经济活动日益频繁，腐败行为也呈现出跨境化的趋势。腐败分子利用不同国家之间法律的差异及跨境的便捷性，转移资产、潜逃境外，给各国司法机关的追赃追逃工作带来了巨大挑战。本文深入剖析追赃追逃和跨境腐败治理的法律问题，通过梳理国际国内相关法律框架、制度实践，探讨现有困境及应对策略。经研究发现，我国当前面临国际司法协助障碍、国内法律衔接不畅、资产识别与返还困难等问题。要想解决这些问题，需完善国际合作机制，加强各国在引渡、司法协助等方面的协作；优化国内法律体系，实现法律有效衔接；构建高效资产追回机制，提高追赃效率。本文旨在为跨境腐败治理提供理论支持与实践指引，以期望营造公平、廉洁的国际经济秩序。

关键词：追赃追逃；跨境腐败；国际司法协助；法律治理

一、引言

腐败问题是非常难以攻克的课题，跨境腐败更是给各国带来严重危害。在经济全球化背景下，资本、人员跨国流动便捷，部分腐败分子作案后将资产转移至境外并潜逃，严重损害国家经济利益与法治尊严。如我国一些外逃贪官，将大量国有资产转移出境，给国家造成巨额损失。追赃追逃和跨境腐败治理已成为国际社会共同关注的焦点。从国际层面看，《联合国反腐败公约》等国际公约为跨境腐败治理提供了基本的法治框架，但在实际执行中，各国面临诸多法律问题与挑战，当前反腐败追逃国际合作面临共识落地难、到国家间利益博弈影响、信息壁垒等多重困境³。从国内角度来看，我国虽构建了一系列相关法律制度，但在与国际规则衔接、国内法律协同等方面仍需进一步完善。因此，深入研究追赃追逃和跨境腐败治理法律问题，对维护国家利益、推进国际法治进程具有重要意义。

二、追赃追逃和跨境腐败治理的相关国际法律

2.1 《联合国反腐败公约》的规定与影响

《联合国反腐败公约》是全球首个具有法律约束力的反腐败国际公约，其在追赃追逃和跨境腐败治理方面进行了全面规定。在资产追回方面，公约要求缔约国采取措施，识别、追查、冻结和没收腐败所得资产，并建立资产返还机制，强

¹ 徐欣怡，女，大连海洋大学硕士研究生

² 卢玺泽，男，大连海洋大学硕士研究生

³ 张素敏,徐晓.新形势下我国反腐败追逃国际合作的现状、困境及路径[J].廉政学研究,2024,(02):188-202+210-211.

调资产返还应遵循公平、公正原则，因此要完善我国资产分享机制的适用范围、具体规则的构建⁴，应将腐败资产尽可能地返还给资产来源国。这一规定为各国开展跨境追赃提供了国际法依据，改变了以往资产追回困难的局面。在引渡合作上，公约规定了双重犯罪原则、政治犯不引渡原则的例外情况等，为缔约国之间的引渡合作提供了指导，促进了对跨境腐败犯罪分子的追缉。我国作为公约缔约国，积极履行公约义务，在国内立法和司法实践中不断融入公约精神，推动跨境腐败治理工作。

2.2 其他相关国际条约与协定

除《联合国反腐败公约》外，还有众多国际条约与协定对跨境腐败治理发挥着重要作用。如一些区域性引渡条约，像欧盟成员国之间的引渡公约，简化了成员国间的引渡程序，提高了追逃效率。在司法协助领域，《海牙取证公约》等为各国在跨境取证方面提供了便利。在反洗钱方面，金融行动特别工作组（FATF）制定的《四十项建议》等国际标准，推动各国建立健全反洗钱的相关法律制度，切断腐败资金跨境流动的渠道。这些条约与协定从不同角度、不同领域为跨境腐败治理提供了法律支撑，形成了多层次、多维度的国际法律网络。

三、我国追赃追逃和跨境腐败治理的国内法律体系

3.1 刑事法律制度

3.1.1 刑法中关于腐败犯罪的规定

我国刑法对各类腐败犯罪进行了详细界定。受贿罪方面，明确规定了国家工作人员利用职务便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益的行为构成受贿罪，并根据受贿数额及情节轻重设置了不同量刑档次。贪污罪中，对国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物的行为予以惩处。这些规定为打击境内腐败犯罪提供了坚实法律基础，也是跨境腐败治理的重要依据。在跨境腐败情形下，如果我国公民在境外实施腐败犯罪，或外国公民在我国领域外对我国实施腐败犯罪，依据刑法的属人管辖、保护管辖等原则，同样可追究其刑事责任。但要警惕一国为了追求本国利益最大化，通常以违反公正利益为由，拒绝承认与执行外国没收裁决。⁵

3.1.2 刑事诉讼法中的追赃追逃程序

刑事诉讼法在构建严密追赃追逃司法机制方面作出了系统性的制度安排。针对贪污贿赂等重大职务犯罪案件中犯罪嫌疑人逃匿、死亡等特殊情形，法律特别设立了违法所得没收特别程序：当犯罪嫌疑人、被告人经国际刑警组织红色通缉令全球通缉满一年仍未归案，或因死亡导致刑事诉讼程序无法继续时，检察机关可依法向人民法院申请启动没收程序，对其违法所得及其他涉案财产进行

⁴ 陈毅坚,胡明.境外追赃中犯罪资产分享与返还范围的界定[J].法治论坛,2024,(03):200-214.

⁵ 张雪.国际追赃中外国承认与执行我国没收裁决的审视[J].新疆社会科学,2025,(01):107-116.

独立司法处置。该程序通过国际司法协助框架，有效破解了腐败资产跨境转移的追缴难题，为全球反腐合作提供了坚实的法律保障。在审判程序方面，刑事诉讼法创新性地构建了缺席审判制度。对于贪污贿赂犯罪，以及经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等特殊类型案件，当犯罪嫌疑人、被告人藏匿境外且案件具备紧迫审理需求时，检察机关在完成"犯罪事实清楚、证据确实充分"的证明标准后，可依法向人民法院提起公诉。人民法院经审查确认符合法定条件的，可依法启动缺席审判程序。这一制度创新不仅有效解决了外逃腐败分子长期逍遥法外的司法困境，更通过构建"人在境外、罪责难逃"的法律威慑体系，显著提升了跨境腐败犯罪的追诉效能，彰显了我国反腐败斗争的法治决心与司法智慧。

3.2 监察法律制度

3.2.1 监察法的相关规定与职责

监察法在我国跨境腐败治理中发挥着关键作用。监察机关负责对所有行使公权力的公职人员进行监察，调查职务违法和职务犯罪。在跨境腐败治理方面，监察机关有权对公职人员境外腐败行为进行调查。对于外逃公职人员，监察机关可依法采取留置等措施，并与相关部门协作开展境外追逃追赃工作。监察法明确规定了监察机关在反腐败国际合作中的职责，包括与其他国家、地区、国际组织开展反腐败国际交流、合作，组织反腐败国际条约实施工作等，为监察机关开展跨境腐败治理工作提供了明确法律依据。

3.2.2 监察机关与其他部门的协作机制

为有效开展跨境腐败治理，监察机关与其他部门建立了协作机制。与司法机关协作方面，监察机关调查终结的职务犯罪案件，移送人民检察院审查起诉，人民检察院依法对案件进行审查并提起公诉，人民法院进行审判，实现监察程序与刑事诉讼程序的有效衔接。在国际追逃追赃工作中，监察机关与外交、公安、人民银行等部门密切配合。外交部门利用外交渠道，为追逃追赃工作提供支持协调；公安机关发挥侦查优势，协助开展境外缉捕工作；人民银行则通过反洗钱监测分析，协助追踪腐败资金流向。这种多部门协作机制整合了各方资源，形成了跨境腐败治理合力。

3.3 反洗钱法律制度

3.3.1 反洗钱法的主要内容与作用

反洗钱法是我国跨境腐败治理的重要防线。其主要内容包括对洗钱行为的预防和监控，要求金融机构和特定非金融机构履行客户身份识别、客户身份资料和交易记录保存、大额交易和可疑交易报告等义务。通过这些措施，能够及时发现和监测腐败资金的流动，切断腐败分子的资金转移渠道。在跨境腐败治理中，反洗钱法发挥着至关重要的作用。腐败分子将非法所得通过金融体系进行跨境转移时，反洗钱机制能够对异常资金交易进行预警，为追赃工作提供线索，有助于追

回被转移的腐败资产。

3.3.2 反洗钱工作与追赃追逃的关联

反洗钱工作与追赃追逃紧密关联。一方面,反洗钱调查获取的资金交易信息,能为追赃追逃提供关键线索。通过追踪腐败资金的流向,可以确定资金的最终去向和相关涉案人员,为司法机关开展追赃行动提供有力支持。另一方面,追赃追逃工作的成果也有助于完善反洗钱机制。在追赃过程中发现的洗钱新手段、新特点,能够促使反洗钱部门及时调整监测重点和措施,进一步加强对腐败资金跨境流动的防控。两者相互促进、相辅相成,共同服务于跨境腐败治理目标。

四、追赃追逃和跨境腐败治理面临的法律问题

4.1 国际司法协助障碍

4.1.1 双重犯罪原则的适用困境

双重犯罪原则是国际司法协助中的重要原则,即请求国请求协助的行为,在被请求国法律中也被认定为犯罪,被请求国才会提供司法协助。然而,在跨境腐败治理中,这一原则常引发适用困境。我国大陆对于跨国境犯罪案件的立法性刑法管辖权规定趋于保守,对于跨港澳台犯罪案件的立法性刑法管辖权缺失。⁶不同国家法律制度、文化背景差异,导致对腐败犯罪的界定和构成要件规定不同。某些在我国被认定为腐败犯罪的行为,在其他国家可能不被视为犯罪,这使得我国在寻求相关国家司法协助时遭遇阻碍。例如,一些国家对公职人员收受礼品的价值标准和处理方式与我国不同,我国公职人员收受一定价值礼品可能构成受贿罪,但在某些国家该行为可能不被认定为犯罪,这就影响了我国基于双重犯罪原则请求引渡或司法协助的效果。

4.1.2 政治因素对司法协助的干扰

政治因素也常干扰国际司法协助。部分国家出于政治目的,对我国提出的追逃追赃司法协助请求采取消极态度。在一些敏感时期,个别国家可能以所谓“人权”“司法独立”等借口,阻碍我国引渡外逃腐败分子,或者拖延司法协助进程。某些西方国家在处理涉及我国外逃人员案件时,将案件政治化,对我国司法主权进行无端干涉,导致正常的司法协助难以顺利开展,严重影响了追赃追逃工作的效率和效果。

4.2 国内法律衔接不畅

4.2.1 不同部门法之间的冲突与协调问题

在我国国内法律体系中,不同部门法在追赃追逃和跨境腐败治理方面存在冲突与协调问题。刑法与监察法在某些规定上存在衔接不顺畅之处。例如,在证据标准方面,刑法对证据的要求更为严格,强调证据的合法性、关联性和真实性,而监察法在调查职务违法和职务犯罪时,证据收集和运用规则有其自身特点,两

⁶ 黄婷.跨境犯罪刑法管辖权的行使[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2024,(06):103-109.

者在证据转化和衔接上存在一定障碍。此外,反洗钱法与刑事诉讼法在资金冻结、扣押等程序上也存在协调不足的情况,影响了对腐败资金的有效追赃。

4.2.2 国内法律与国际公约的衔接困难

我国虽已加入《联合国反腐败公约》等国际公约,但在国内法律与国际公约衔接上存在困难。部分国际公约规定较为原则,需要国内立法进一步细化和落实。在资产返还方面,公约规定了资产返还的原则和程序,但我国国内法律在具体操作流程、权利义务分配等方面规定不够详细,导致在实践中难以有效执行公约要求。此外,一些国内法律规定与国际公约存在不一致之处,需要进行调整和完善,以实现国内法律与国际公约的有效衔接。

4.3 资产识别与返还困难

4.3.1 腐败资产跨境转移的隐蔽性与复杂性

由于跨境转移的资产具有极强的隐蔽性和流动性,这使涉案财物范围的认定成为一个实践难题。⁷腐败分子凭借其精心策划的违法手段,构建起一张错综复杂、难以穿透的资产转移网络。他们频繁运用复杂多变的金融交易模式,诸如离岸金融交易、跨境衍生品交易等,这些交易往往涉及多个金融机构、不同币种以及复杂的合约条款,使得资金流向犹如迷宫一般难以追踪。同时,设立离岸公司成为他们惯用的伎俩,通过在避税天堂或金融监管相对宽松的地区注册离岸公司,将非法所得巧妙地注入这些公司账户,实现资产的初步剥离与隐藏。

在资金转移过程中,腐败分子充分利用不同国家之间金融监管存在的显著差异。一些国家金融监管体系不完善、监管手段落后,或者存在监管漏洞,为腐败资金提供了可乘之机。他们采用虚假贸易的方式,伪造贸易合同、发票等文件,虚构贸易背景,将非法资金伪装成正常的贸易款项进行跨境流动。地下钱庄更是成为他们非法资金转移的重要通道,地下钱庄通过境内外账户的非法对敲,实现资金的跨境划转,无需实际发生货物或服务的跨境交易,却能轻松完成资金的转移,且交易过程高度隐蔽,难以被监管部门察觉。

4.3.2 资产返还机制的不完善

我国目前资产返还机制尚不完善。在国际合作方面,与部分国家尚未建立有效的资产返还合作机制,缺乏明确的资产返还程序和标准,导致在追回腐败资产后,资产返还过程漫长且不确定。在国内制度层面,对于返还资产的管理和处置规定不够明确,存在部门职责不清、资金使用不规范等问题。此外,在资产返还过程中,还面临第三方权益主张等复杂问题,如腐败分子将资产转移至不知情的第三方名下,如何平衡资产来源国追赃需求与第三方合法权益,缺乏完善的法律规定和解决机制。

五、完善追赃追逃和跨境腐败治理法律机制的建议

⁷ 焦娜.国际追赃视域下刑事对物强制措施立法完善[J/OL].甘肃政法大学学报,1-12[2025-04-11].

5.1 加强国际司法协助合作

5.1.1 推动双重犯罪原则的灵活适用

为解决双重犯罪原则的适用困境,我国应积极推动其灵活适用。在与其他国家签订司法协助条约或开展个案合作时,通过协商明确对腐败犯罪的认定标准,寻求一定程度的共识。可以在条约中约定,对于某些特定类型的腐败犯罪,即使在被请求国法律中不完全符合其本国犯罪构成,但只要行为性质和危害程度与被请求国法律规定的类似犯罪相当,也可提供司法协助。此外,我国可通过参与国际法律交流活动,分享我国反腐败经验和法律制度,推动国际社会对腐败犯罪认识的趋同,促进双重犯罪原则在跨境腐败治理中的合理适用。

5.1.2 消除政治因素干扰,建立平等互信的合作关系

针对政治因素对司法协助的干扰,我国应通过外交途径,加强与相关国家的沟通与对话,消除误解,建立平等互信的合作关系。完善针对外国人的法律援助制度,有效平衡控辩双方的地位;构建对外国人采取强制性措施的明确法律指引。⁸在国际交往中,积极宣传我国反腐败政策和法律制度,强调我国打击跨境腐败是维护法治尊严和国际经济秩序的正义之举,并非出于政治目的。对于无端干涉我国司法主权、阻碍司法协助的行为,要坚决予以驳斥,并通过国际舆论等方式,争取国际社会的理解与支持。同时,我国应积极参与国际规则制定,推动建立公平、公正、合理的国际司法协助秩序,减少政治因素对跨境腐败治理的干扰。

5.2 优化国内法律体系

5.2.1 协调不同部门法之间的关系

为解决不同部门法之间的冲突与协调问题,应加强立法统筹。在制定或修订相关法律时,充分考虑各部门法之间的衔接。在证据标准方面,可通过司法解释或部门间协商,明确监察法与刑法证据转化的具体规则,确保监察机关收集的证据能够在刑事诉讼中有效使用。在反洗钱法与刑事诉讼法资金处置程序上,统一资金冻结、扣押等程序规定,明确各部门职责,避免出现程序冲突。此外,建立法律协调机制,定期对各部门法在追赃追逃和跨境腐败治理方面的规定进行梳理和协调,及时解决出现的矛盾和问题。

5.2.2 促进国内法律与国际公约的有效衔接

为促进国内法律与国际公约的有效衔接,应加快对国内相关法律法规的修订完善。对于国际公约中需要国内立法细化的规定,及时制定具体实施细则。在资产返还方面,明确资产返还的具体程序、申请主体、审查机构、资金分配等内容,确保我国能够切实履行公约义务。同时,对国内与国际公约不一致的法律规定,进行调整修改。例如,在一些涉及国际合作的程序规定上,参照国际公约标准进行优化,使我国国内法律与国际公约要求相契合,提高我国跨境腐败治理的国际合作

⁸ 陈光中.完善涉外刑事诉讼若干问题探讨[J].法学,2025,(02):98-114.

水平。

5.3 构建高效资产追回机制

5.3.1 提高资产识别与追踪能力

针对腐败资产跨境转移的隐蔽性与复杂性，应提高资产识别与追踪能力。加强金融监管合作，与其他国家金融监管机构建立信息共享机制，及时获取跨境资金交易信息。利用大数据、人工智能等技术手段，对海量金融交易数据进行分析，识别异常资金流动。建立专门的跨境资产追踪机构，整合公安、检察、金融等部门力量，提高资产追踪的专业性和效率。加强对离岸公司、境外房产等资产形式的监管和调查，要求相关机构提供真实准确的资产信息，为资产识别和追回提供支持。

5.3.2 完善资产返还制度

完善资产返还制度，应从国际和国内两个层面入手。在国际层面，积极与更多国家签订资产返还协议，明确资产返还的条件、程序和方式。加强与国际组织合作，推动建立国际统一的资产返还标准和机制。在国内层面，明确资产返还的管理部门和职责，规范返还资产的使用和处置程序。建立资产返还监督机制，确保返还资产合理合法使用。对于涉及第三方权益的问题，制定明确的法律规则，平衡资产来源国追赃需求与第三方合法权益，保障资产返还工作进行顺利。

六、结论

追赃追逃和跨境腐败治理是一项复杂的系统工程，涉及国际国内多个法律领域。通过对国际法律框架和我国国内法律体系的分析，我们发现当前在跨境腐败治理中面临国际司法协助障碍、国内法律衔接不畅、资产识别与返还困难等诸多法律问题。为有效解决这些问题，需要加强国际司法协助合作，推动双重犯罪原则灵活适用，消除政治因素干扰；优化国内法律体系，协调不同部门法关系，促进国内法律与国际公约衔接；构建高效资产追回机制，提高资产识别与追踪能力，完善资产返还制度。只有通过法治化路径实现国际国内协同治理，方能真正斩断跨境腐败的“资金链”与“利益链”。此举不仅关乎国家经济安全与法治权威，更是构建人类命运共同体、维护全球公平正义的法治基石。随着国际反腐法律机制的持续完善及我国“天网行动”等实践经验的不断积累，跨境腐败治理必将迈向“法治化、精准化、高效化”的新阶段，为全球治理体系变革注入强劲法治动能。

参考文献：

[1]张素敏,徐骁.新形势下我国反腐败追逃国际合作的现状、困境及路径[J].廉政学研究,2024,(02):188-202+210-211.

[2] 陈毅坚,胡明.境外追赃中犯罪资产分享与返还范围的界定[J].法治论坛,2024,(03):200-214.

[3] 张雪.国际追赃中外国承认与执行我国没收裁决的审视[J].新疆社会科学

学,2025,(01):107-116.

[4] 黄婷.跨境犯罪刑法管辖权的行使[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2024,(06):103-109.

[5] 焦娜.国际追赃视域下刑事对物强制措施立法完善的立法完善[J/OL].甘肃政法大学学报,1-12[2025-04-11].

[6] 陈光中.完善涉外刑事诉讼若干问题探讨[J].法学,2025,(02):98-114.

2025年中国国际法学会年会

试论将性别隔离纳入《危害人类罪公约条款草案》

吕诚炜 赵汉卿 陈思羽

(上海对外经贸大学 国际组织学院 (贸易谈判学院), 上海, 201600)

摘要: 性别隔离, 一种男性对女性制度化的压迫与基本权利的剥夺, 在塔利班上台以来, 因其种种针对女性的行为, 愈发受到国际社会关注。尽管国际刑事法院已作出以迫害罪对塔利班主要领导人进行逮捕的申请, 但是迫害由于无法单独构罪以及无法反映行为的内核: 一种制度化压迫, 在罪行认定上存在缺陷。通过其他不人道行为, 亦可以论证性别隔离符合危害人类罪。同时, 在满足法无明文不为罪的原则下, 宗教信仰、隔离定义即性别一词的内涵并不影响罪行的认定。在中国参与全球治理的语境下, 同时, 考虑到《罗马规约》与《危害人类罪公约条款草案》之间的密切联系, 可以考虑将“性别隔离”作为补充, 写入《危害人类罪公约条款草案》第 2 条, 以为国际刑法裁判提供参考, 威慑犯罪, 保护妇女之权利, 体现大国担当。

关键词: 性别隔离, 危害人类罪, 法无明文不为罪, 全球治理

引言

自塔利班政权于 2021 年再度掌权以来, 阿富汗的女性面临着基本人权被剥夺的艰难处境。2022 年以来, 阿富汗的女性被禁止接受中学以上的教育, 至目前 (2025 年), 已有 220 万阿富汗女性被剥夺了受教育权。¹ 女性同样被禁止在政府, 以及一些私营企业工作, 并且女性的出行以及社交活动必须由男性陪同。² 2024 年, 阿富汗颁布了《新道德法》, 除了对上述的诸多限制加以明确与强化之外, 更是规定阿富汗女性必须全身包裹, 不得露出眼睛以外的身体部位。³ 尽管塔利班政权宣称, 将以一种更加温和的方式实施此类政策,⁴ 但是, 其任有拘留、刑事处罚等强制性手段保障《新道德法》和上述种种限制的实

作者简介: 吕诚炜 (2003-), 江苏溧阳人, 上海对外经贸大学国际组织学院 (贸易谈判学院) 国际经贸规则本科生, 联系电话: 15366800026, 电子邮箱: 1669880324@qq.com; 赵汉卿 (2004-), 河南周口人, 上海对外经贸大学国际组织学院 (贸易谈判学院) 国际经贸规则本科生, 联系电话 13391255331, 电子邮箱: 13391255331@163.com; 陈思羽 (2005-), 浙江湖州人, 上海对外经贸大学国际组织学院 (贸易谈判学院) 国际经贸规则本科生, 联系电话 13587205879, 电子邮箱: 13587205879@163.com。

¹ UNICEF, *As new school year starts in Afghanistan, almost 400,000 more girls deprived of their right to education, bringing total to 2.2 million*, (Mar, 21, 2025), <https://www.unicef.org/press-releases/new-school-year-starts-afghanistan-almost-400000-more-girls-deprived-their-right>

² Fidel Rahmati, *Gender discrimination in Afghanistan: The struggle of women for basic rights*, Khaama Press New Agent, (Mar, 9, 2025), <https://www.khaama.com/gender-discrimination-in-afghanistan-the-struggle-of-women-for-basic-rights/>

³ THE DECREE OF THE AMIR AL-MU' MININ, MAY ALLAH PRESERVE HIM, REGARDING THE IMPLEMENTATION OF THE PROPAGATION OF VIRTUE AND PREVENTION OF VICE LAW, Article 3.

⁴ *Ibid*, Article 9.

施。⁵

塔利班政权的种种行为自然为女性的生活与生存带来了极大的困扰，同时，也受到了诸多国际人权组织的关注，甚至是国际刑事法院的关注。⁶为了保护阿富汗女性的基本权利，确有必要对这种不人道之行为进行审判与处罚，因而本文将讨论是否有必要且可以将性别隔离纳入《危害人类罪公约条款草案》（下文中简称“《危害人类罪公约》”），以及具体的立法设想。

一、性别隔离之定义与现状

（一）性别隔离概念的发展与内涵释明

尽管联合国首次规范使用性别隔离的概念是在 1999 年，也是针对塔利班对女性权利侵害作出的。⁷但是隔离一词已经由来已久。从 70 年代的南非的种族隔离现状开始，⁸再到美国的布朗诉托皮卡教育委员会案，⁹隔离一词的内涵得到了丰富的发展。《种族隔离公约》将其定义为：“（...）何立法措施及其他措施，旨在阻止一个或一个以上的种族团体参与该国政治、社会、经济和文化生活者，以及故意造成条件，以阻止一个或一个以上这种团体的充分发展，特别是剥夺一个或一个以上种族团体的成员的基本人权和自由，包括工作的权利、组织已获承认的工会的权利、受教育的权利、离开和返回自己国家的权利、享有国籍的权利、自由迁移和居住的权利、自由主张和表达的权利以及自由和平集会和结社的权利。”¹⁰而《罗马规约》则认为，种族隔离是：“指一个种族团体对任何其他一个或多个种族团体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在”。¹¹可见，隔离一词可以概括为一个群体对另一个群体基本权利的限制与体制化的压迫，通常伴有维护既有制度的目的。

似乎种族隔离已经完全能够满足对阿富汗歧视性性别政策的构罪需要，但是，认定“种族”的标准仅包括：种族、肤色或民族本源，这个清单是封闭的，完全的。¹²虽然我们能将性别隔离概括为男性群体对于女性群体的基本人权的剥夺和制度化压迫，并且带有维护既有制度的目的。但是这样一种行为能否被认定为是国际刑法框架下的犯罪，还有待法无明文不为罪原则的检验。¹³

⁵ *Ibid*, Article 9.

⁶ ICC, Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorises the opening of an investigation, (Mar, 5, 2020), <https://www.icc-cpi.int/news/afghanistan-icc-appeals-chamber-authorises-opening-investigation>.

⁷ ECOSOC, E/CN.4/1999/58, Civil and Political Rights, including Religious Intolerance, 11 January 1999, para.26.

⁸ International Law Commission, ‘Draft code of crimes against the peace and security of mankind’ (1996) A/CN.4/L.532 [and Corr.1 and 3].

⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰ INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID, Article 2(c).

¹¹ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 7(2)(h).

¹² INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID, Preamble.

¹³ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as

（二）世界范围内性别隔离的表现

尽管世界各地的性别歧视大多以例如强迫婚姻、婚内暴力行为的性暴力的形式展开，¹⁴但是不可否认的是，性别隔离，这种对于权利的剥夺，而限制个人的发展的间接暴力方式正呈现出快速发展的趋势。除了上文中所提及的阿富汗的情势，在也门、索马里等地区，女童的受教育权是极度令人堪忧的，尽管没有法令规定剥夺其受教育的权利，但是这些国家的不作为显然表达了一种默许与支持。¹⁵同样在索马里，虽然法律明文规定要保护女性参政的权利，但是实际上，由于受教育权遭受到了限制，不仅是女性难有适当参政的能力，同时也让不当的性别观念变成文化深入人心，这使得 2016 年，当选为人民院的代表中有 24% 是女性。目前的政府只有 20%。¹⁶

如果我们将“维护既有政权”这一难以界定的问题抛开去，我们会发现，性别隔离不仅仅存在于偏远的、落后的国家。在沙特，虽然政府声称没有法律禁止女性开车，但伊斯兰教法（fatwa）规定女性不应开车，因为这可能导致摘下头巾、与男性互动以及“禁忌”行为，这何尝不是对出行自由的限制。¹⁷尽管上述所列的国家均为伊斯兰国家，但是性别隔离绝不是与宗教绑定的。在美国，希望获得美国公民身份的非婚生子女面临不同的条件，具体取决于他们是通过母亲还是父亲获得身份。这些法律相当复杂和详细，但结论是：法律本质上对女性和男性的待遇不同。¹⁸在俄罗斯，女性不得从事的其他类型的工作包括：“驾驶火车；作推土机、拖拉机和卡车；木匠；污水系统中的管道；皮革生产中的皮革材料切割和清洁；炼钢；建造和修理船只；检查渔业中的船只；前线消防；并担任专业水手、飞机和船舶机械师。”¹⁹

由此可以看出，尽管目前来说，阿富汗的性别隔离现状最为引人瞩目，但是，全世界范围内，基于性别歧视，而减损基本权利的行为是普遍的。而且，就部分国家而言，其政策表现与阿富汗目前的情况极为相似，都是通过宗教信仰使得政策合法化。正如前联合国秘书长潘基文所说：“如果 50% 的人口不能充分发挥其潜力，世界就永远无法实现 100% 的目标。”如果不对性别隔离的行为加以规制，创造出威慑与规范，将有相当一部分女性面临着权利限制的风险，这显然是不符合国际社会和平与发展的主旋律。

二、将性别隔离归为危害人类罪的法理论证

amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 22.

¹⁴ 10 of the worst countries for women's rights, Concern Worldwide, (Mar, 11, 2025), <https://www.concern.net/news/worst-countries-for-womens-rights>

¹⁵ Ibid.

¹⁶ *The everyday challenges faced by Somali women and girls*, Concern Worldwide, (Sept, 21, 2023), <https://www.concern.net/news/somali-women-girls-challenges>

¹⁷ Christina Nuñez: 11 Laws That Stand in the Way of Global Gender Equality, Global Citizen, (Mar, 8, 2015), <https://www.globalcitizen.org/en/content/11-laws-from-around-the-world-that-stand-in-the-way/>

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

尽管性别隔离作为不人道行为深受国际社会的谴责，但是，如何对其归罪却是众说纷纭的问题。比较主流的两种方式是通过性别迫害和其他不人道行为进行定罪。²⁰但笔者认为，由于迫害罪无法反映性别隔离维护政权的本质特征，并且也无法单独构罪，这对长期规制性别隔离行为是及其不利的。

（一）迫害无法体现性别隔离体制化的本质特征

2025年1月23日，国际刑事法院检察官 Karim A.A. Khan KC 宣布，他的办公室根据《罗马规约》第7条第（1）款第（h）项，以性别迫害罪为由，对塔利班最高领袖和阿富汗首席大法官提交了两项逮捕令申请。²¹似乎无需再为性别隔离谋求独立的入罪方式，通过性别迫害罪业已足够。但是，需要注意的是，迫害并不能够单独构罪，认定迫害罪需要建立在具有其他不人道行为的基础之上。²²正如逮捕令中所写，除了迫害行为，检察官认为阿富汗还存在其他危害人类罪之罪行。²³笔者认为，这一逮捕令的构罪是具有临时性与妥协性的。鉴于阿富汗妇女权益被侵害的惨痛现状，国际刑事法院必须有进一步的行动，而非仅仅停留在调查阶段，以表现惩罚犯罪的决心。同时，需要指出的是，在法院的不同阶段，定罪的标准也是完全不同的：在批准逮捕阶段，只要有合理理由相信罪行的存在即可，²⁴但是在确认指控阶段，则需要实质性的理由。²⁵目前的事实无法确定法院将会以何种罪名确定阿富汗的人权现状，即通过迫害解决“性别隔离”尚未得到判决的支持。还需要指出的是，之所以可以通过迫害构罪，本质上是由于其他不人道行为的存在。这与阿富汗政权更迭的历史背景有着密不可分的关系，因为政权交替，社会秩序不稳定，法治不明，难免会有暴力性行为的发生。但是，在更多性别隔离存在的国家，很难证明是否有其他罪行的存在。因此通过迫害认定性别隔离，治标不治本，不利于后续的威慑犯罪。

（二）性别隔离属于其他不人道行为的证成

因《危害人类罪公约》第2条的犯罪类型以及构成几乎完全借鉴了《罗马规约》的设计，²⁶因此，对其构成危害人类罪的论证可以参考《罗马规约》的相关规范。

²⁰ Human Rights Council, ‘Situation of human rights in Afghanistan: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan’ (23 February 2024) A/HRC/55/80.

²¹ *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in Afghanistan*, (Jan, 23, 2025), <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-afghanistan>

²² Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000) UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2, Article 7 (1) (h) .

²³ Prosecution's application under article 58 for a warrant of arrest against Haibatullah AKHUNDZADA, ICC-02/17-224-Red; Prosecution's application under article 58 for a warrant of arrest against Abdul Hakim HAQQANI, ICC-02/17-225-Red.

²⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 58(1).

²⁵ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 61(5).

²⁶ Crimes against humanity, Article 2.

正如《犯罪要件》在对《罗马规约》第7条的解释的导言中所说的，除了考虑客观要件与主观要件，背景要件将决定一行为是否能从国内刑法之行为上升为国际刑法的行为。²⁷因此，笔者将从背景要件、客观要件和心理要件论证性别隔离构成了《危害人类罪公约》第2条第1款(k)项“故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相当的不人道行为”。²⁸

1.背景要件

《犯罪要件》将背景要件规定为“实施的行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。”首先，笔者认为，性别隔离行为属于针对平民人口的攻击。在界定平民人口时，应当参考国际法对于平民的认定。²⁹参见《日内瓦第三公约》以及《第一议定书》，平民是指除了战俘与武装部队以外的所有人。³⁰并且，无需行为针对的所有对象都是平民，只需要平民是对象的主要构成部分。³¹世界各地的性别隔离政策针对的都是手无寸铁的妇女，在存在性别隔离的国家，妇女没有任何反抗的能力，更不具备加入军队的资格。所以，所有的性别隔离政策显然是针对妇女这一平民群体的。而对于攻击的界定，首先需要明确的是，攻击不一定要在军事冲突的背景下发生，³²而且无需是直接暴力的行为。³³攻击的内核是国家或组织发动的，重复的行为，³⁴在于排除行为的偶发性。³⁵诸如塔利班之性别隔离政策，其皆是由政府推行的，并且不是偶发的、间断的，这些性别歧视行为在领土内每天重复发生，并且持续极长的时间，有些性别隔离甚至演变为文化，在一国之内永久存在。可见，歧视性性别政策显然是属于攻击的。

至于广泛性与系统性，一如《犯罪要件》中所言，是“或有”之关系即满足其一即可。³⁶但是歧视性性别政策显然既具有广泛性，又具有系统性。广泛性体现为地域范围的广泛和受害群体的众多。³⁷但是，究竟怎样一个受害群体属于众多，并没有一个客观的标准，往往需要结合具体的法益侵害性和行为的严

²⁷ Kai Ambos and Otto Triffterer (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary (4th edn., Beck Hart Nomos 2022).

²⁸ Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000) UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2, Article 7 Crimes against humanity Introduction.

²⁹ Prosecutor v Al Hassan (Judgment) ICC-01/12-01/18 (26 June 2024).

³⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Article 43, 50; Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950, as amended 2010) 75 UNTS 135. Article 4.

³¹ Kai Ambos and Otto Triffterer (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary (4th edn., Beck Hart Nomos 2022).

³² Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000) UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2, Article 7 Crimes against humanity Introduction.

³³ Kai Ambos and Otto Triffterer (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary (4th edn., Beck Hart Nomos 2022).

³⁴ Prosecutor v Ntaganda (Judgment on the appeals of Mr. Bosco Ntaganda) ICC-01/04-02/06 A A2 (30 March 2021).

³⁵ Prosecutor v Ongwen (Judgment) ICC-02/04-01/15 (4 February 2021)

³⁶ Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000) UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2, Article 7(1)(k).

³⁷ Prosecutor v Nahimana (Appeal Judgement) ICTR-99-52-A (28 November 2007).

重程度进行判断。³⁸在既往的国际刑法实践中，人数的认定从几千人到数百万人不等³⁹，但通常情况下，占总人口比的 7%-8%往往就能支持广泛性的成立。⁴⁰此外，值得一提的是，在联合国关于性别隔离的研究中，特别是对于阿富汗情势的研究中认为，如果一行为是针对领土范围内的所有女性作出的，即可以认定广泛性的存在。⁴¹我们可以看见，在歧视性性别政策的语境下，阿富汗全国范围内的女性皆被剥夺了基本之权利，广泛性昭然若揭。

而系统性，通常是通过政策要素进行识别的。⁴²国际刑法中，政策并不与法律做严格区分，其往往只是意味着一种由政府做出的，具有规范效力的文件。一如塔利班政权颁布《新道德法》限制女性权利一般，歧视性性别政策是政府制定的，有违法后果的规范性文件，属于政策的范畴，支持系统性的成立。在最新的一系列裁判中，系统性的认定亦有三步法，即：（1）是否存在相似的行为、（2）行为是否以相似的方式实施、（3）在广泛的地理范围内是否类似的对待被害人。⁴³以阿富汗为例，自始至终，法令都是确定的，一致的；都是通过立法、司法行政予以保证；在其全国范围内，女性都被剥夺了一样的受教育权、出行自由、职业自由等，并且对于违法者的处罚皆是拘留、起诉等等。可以看出歧视性性别政策满足系统性的要求。

可见，歧视性性别政策完全满足其他不人道行为的背景要件要求。

2.客观要件

《犯罪要件》对于客观要件的要求是“行为人以不人道行为造成重大痛苦，或对人体或精神或身体健康造成严重伤害”，以及“行为的性质与《规约》第七条第一款提及的任何其他行为相同”，在《危害人类罪公约》中的含义即为与第二条第一款前述行为相同。

国际刑法中的痛苦与伤害即包括身体上的，也包括心理上的。⁴⁴严重伤害一词不是要求造成永久的，无法弥补的伤害，而是伤害必须超过暂时的不快乐、尴尬和羞辱。⁴⁵阿富汗国内的性别政策，因其剥夺了女性的受教育权，使得在妇产等女性专业服务领域缺乏专业的、具有共情能力的工作人员，致使生育、女性医疗的之致残率、死亡率大大上升。⁴⁶同时，随着出行自由、职业自

³⁸ Kai Ambos and Otto Triffterer (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary (4th edn., Beck Hart Nomos 2022).

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Human Rights Council, ‘Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity: Recommendations from the Working Group on Discrimination against Women and Girls’ (15 February 2024) A/HRC/WG.11/40/1

⁴² Prosecutor v Katanga (Judgment) ICC-01/04-01/07 (7 March 2014).

⁴³ Prosecutor v Al Hassan (Judgment) ICC-01/12-01/18 (26 June 2024).

⁴⁴ Prosecutor v Delalić et al (Judgment) IT-96-21-T (16 November 1998).

⁴⁵ Prosecutor v Akayesu (Judgment) ICTR-96-4-T (2 September 1998).

⁴⁶ UNICEF, As new school year starts in Afghanistan, almost 400,000 more girls deprived of their right to education, bringing total to 2.2 million, (Mar, 21,2025), <https://www.unicef.org/press-releases/new-school-year-starts-afghanistan-almost-400000-more-girls-deprived-their-right>

由等权利的剥夺，女性逐渐在社会中被边缘化，而公共领域地位的下降，往往导致私人领域地位的同步降低，家暴或者显著的家庭地位降低的情况也呈现出高发态势。⁴⁷在关于阿富汗情势的调查中，联合国相关机构表示，阿富汗的政策导致大量女性陷入抑郁或精神焦虑，并导致自杀率大幅上升，造成严重的身心痛苦和折磨。⁴⁸从客观情况上看，拘留、刑罚等处罚结果也构成了对自由的剥夺、对肉体的残害。⁴⁹歧视性性别政策引发了严重的不人道结果，构成了身体和心理上的严重伤害。

《犯罪要件》明确规定，性质是指行为的本质和严重性。⁵⁰而本质可以从侵害的法益和行为模拟式上认定。从侵害的法益来看，歧视性性别政策和种族隔离一样，均侵害了一群体的基本权利，限制了其社会发展。从行为模式上看，正如上文中提及的，种族隔离是基于一定标准一群体对另一群体的压迫，并伴随着维护政权的目的。⁵¹对于性别歧视政策而言，显然是男性群体对于女性的压迫，并且剥夺受教育权，禁止女生在政府内任职能最大程度的维护现有男性主导政权的稳定。因此可以认为，性别隔离与第二条中的种族隔离显然具有本质上的相似性。

从严重程度上看，种族隔离的严重性往往体现为剥夺人权和基本自由，⁵²剥夺了其发展的潜力，使其社会关系收到难以弥补的伤害。⁵³歧视性性别政策所剥夺的受教育权、职业自由等权利，显然属于《人权宣言》规定的基本人权。⁵⁴对于受教育权的剥夺，更是使得其无法获得基本的技能，丧失了回归社会，追求理想的机会。并且，由于教育的缺失，以及政策的稳定实施，越来越多的男孩女孩认为女性的不平等待遇是理所应当的，对于女性权利的剥夺，在可见的时间范围内，是不可能被消除的。⁵⁵女性被排除在正常社会关系以外的现状，难以被拨回正轨。严重程度上，这些政策同样具有相似性。

毫无疑问的是，这种歧视性政策是一种不人道的行为。尽管对于不人道行为的定义是模糊的，法条往往是列举的方式展现，但是在司法实践中，裁判往往强调解释不人道行为时，应当参照国际法中的相关标准，尤其是对人权法的

⁴⁷ Karima Bennouna, 'The International Obligation to Counter Gender Apartheid in Afghanistan' (2022) 54 Columbia Human Rights Law Review 1.

⁴⁸ Human Rights Council, 'Situation of human rights in Afghanistan: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan'.

⁴⁹ THE DECREE OF THE AMIR AL-MU'MININ, MAY ALLAH PRESERVE HIM, REGARDING THE IMPLEMENTATION OF THE PROPAGATION OF VIRTUE AND PREVENTION OF VICE LAW, Article 9.

⁵⁰ Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000) UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2, Article 7(1)(k).

⁵¹ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 7(2)(h).

⁵² INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID, Article 2(c).

⁵³ Kai Ambos and Otto Triffterer (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary (4th edn., Beck Hart Nomos 2022).

⁵⁴ Universal Declaration of Human Rights.

⁵⁵ Human Rights Council, 'Situation of human rights in Afghanistan: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan'.

违反。⁵⁶目前，存在歧视性性别政策的国家基本上签署了《难民公约》等一系列基本人权法律。而这种剥夺各种自由的行为，不仅行为本身违反了人权法律的规定，其导致部分国民外逃，致使其流落他国，成为难民，同样从结果上违反了一些人权法律。⁵⁷

所以，往返于事实与规范，在这种为女性带来极大的、长久的身心痛苦的情况下，并且行为本身又与种族隔离高度相似，很难认为对于客观要件的认定存在任何阻碍。

3.心理要件

国际刑法中的心理要件既要存在故意，又要有对违法结果的知道。⁵⁸而故意是指是否有意参与并试图积极达到某种不法结果，⁵⁹并且往往展现为一种积极的行为表示。⁶⁰而知道，则对行为人提出了意识到某种不法行为存在的要求。⁶¹而对于行为明确的法律意义的知道是不必要的。⁶²

以阿富汗情势为例，自塔利班政权第一次上台以来，对于其歧视性性别政策的诟病就连绵不绝。⁶³再度上台以来，无论是联合国的官方机构，还是国家性、地区性媒体都对其行为予以谴责，并且申明其严重的侵害结果。国际刑事法院更是展开了长期调查，在最近更是发布了逮捕令。⁶⁴然而，在长期受到各种谴责的同时，阿富汗政府更是通过颁布《新道德法》强化歧视性的权利的剥夺，体现了其对违法行为的积极追求，可以认定故意的存在。

而正如联合国人权理事会、国际刑事法院的报告和调查中所说的，塔利班的政策可能构成迫害、种族隔离和其他不人道行为等多种危害人类罪的行为。⁶⁵塔利班对于这些指控也作出了回应，可以看出“知道”这一心理要件的存在。

故而，性别隔离的行为完全满足危害人类罪的构成要件，具有被纳入《危害人类罪公约》的法理基础。

⁵⁶ Prosecutor v Zoran et al (Judgement) IT-95-16-T (14 January 2000).

⁵⁷ Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 2545 UNTS 189, Article 2.

⁵⁸ Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000) UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2, Article 7(1)(k)

⁵⁹ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 30(2).

⁶⁰ Kai Ambos and Otto Triffterer (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary (4th edn., Beck Hart Nomos 2022).

⁶¹ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 30(3).

⁶² Prosecutor v Katanga and Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07 (30 September 2008).

⁶³ ECOSOC, E/CN.4/1999/58, Civil and Political Rights, including Religious Intolerance, 11 January 1999, para.26.

⁶⁴ Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in Afghanistan, (Jan, 23, 2025), <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-afghanistan>

⁶⁵ Human Rights Council, 'Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity: Recommendations from the Working Group on Discrimination against Women and Girls' (15 February 2024) A/HRC/WG.11/40/1.

三、性别隔离归于危害人类罪的挑战与思考

正如中国对《危害人类罪公约草案》来函中所提及的意见所言：第2条第1款（k）项，危害人类罪包括“故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相当的不人道行为”，其具体所指并不明确，且并无充分依据。⁶⁶中国历来提倡法无明文不为罪之原则，对于国际刑法的发展持谨慎的态度。因此，尽管危害人类罪是最严重的犯罪，对其进行防止是《危害人类罪公约》的目的，⁶⁷并且客观上，由于条约文本的局限性，不可能详尽地列出所有的犯罪方式，⁶⁸但是，为了防止司法的无限扩张，对于（k）项的解释应当持有谨慎的态度，要排除任何干扰对于伤害严重程度认定的因素。

（一）宗教文化背景对心理要件及巨大伤害认定的阻碍

塔利班对于相关人权机构的指控回应称：“阿富汗在其所有决定中都优先考虑伊斯兰教法的原则，而伊斯兰教法给予妇女重要性和最有价值的价值，”及其认为其行为符合教法的规定，并不具有违法性。⁶⁹同时，塔利班还例证了，通过这些限制法令的实施，大量的女性犯罪得到了改善，例如吸毒者数量的锐减。⁷⁰更为重要的是，塔利班认为，其为大量的女性提供了诸如珠宝设计、缝纫等岗位，使得其获得了就业的机会。⁷¹

从塔利班的视角，宗教文化信仰确实使得其行为披上了合法的外衣。但是，需要强调的是，宗教这种文化背景并不构成对犯罪认定的阻却。首先，塔利班上台以来并没有就先前政府所缔结之公约作出大规模的废止或退出，目前来看，其仍为《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的不容忍和歧视宣言》的参与国。尽管宣言不具备强行法之约束力，但是作为参与国，阿富汗仍然有履行其承诺，即不因任何宗教理由进行歧视之义务。⁷²并且，主观上，无需考虑犯罪人动机如何，如果可以推定其知道违法结果的存在，并且有意去追求，即可以认定心理要件的成立。至于是否造成了巨大的伤害，正如种族隔离所体现的，对于基本权利的剥夺的结果，是对于个人发展的限制，而不是使得个人无法生活。提供诸多岗位并不能改变女性在社会中被边缘化，这种职业自由的补偿既是基于特定的行业，同样也只提供给了有限的个人，是不充分的。塔利班政策最为严重的两项：对受教育权和参政权利的剥夺，至今没有任何补偿，这也是导致性别隔离正从政策演变为文化的根本。

⁶⁶ 中华人民共和国政府：关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见（2023年11月28日）。

⁶⁷ Crimes against humanity, Preamble.

⁶⁸ Prosecutor v Al Hassan (Judgment) ICC-01/12-01/18 (26 June 2024).

⁶⁹ Islamic Emirate of Afghanistan Ministry of Foreign Affairs: Women's International Affairs and Human Rights Department.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief Proclaimed by General Assembly resolution 36/55 of 25 November 1981.

（二）性别内涵的澄清：从自然性别到 LGBT？

性别隔离中的性别一词，英文原文是“gender”，而非“sex”。正如《罗马规约》提及的：“性别是社会意义上的性别”，⁷³而不是自然意义上的。因此，部分人权组织认为，性别隔离的保护范围应当扩展到对 LGBT 文化中性别的歧视。

74

固然，性别隔离中的性别是社会学意义上的性别，但是问题是，LGBT 文化中的性别有没有得到国际社会的广泛承认。以梵蒂冈教廷为首的西方基督世界不止一次澄清过，上帝只承认男女两性。⁷⁵目前，中美俄等联合国常任理事国也并未表达对 LGBT 的支持。所以这一区分标准是否有效还有待考虑。其次，正如国际刑法关注的是最严重之犯罪，⁷⁶LGBT 支持者完全可以在社会生活中适用其自然的性别身份而避免歧视。所以，鉴于歧视的可避免性和区分标准的有效性存疑，笔者认为，对于 LGBT 支持者权利的限制是否应当纳入性别隔离的保护范围，有待进一步的实践的证明。

（三）隔离一词在同种族情形下的适用

正如上文中所提及，对于种族认定的标准是完全的、封闭的，仅限于种族、肤色或民族本源。⁷⁷相较于民族这一政治概念，种族的认定往往需要考虑人种这一自然客观要素。如果以性别作为区分标准，显然，隔离是发生在同一种族之中的，那是否有违种族隔离的本意？

笔者认为，隔离一词，并不要求必然发生在不同的种族群体之间。正如印度的种姓制度，其发生于同一种族之间，但是仍然被认为是一种隐性的种族隔离制度。⁷⁸由此可见，种族隔离的本质是一个群体对另一个群体制度化的压迫以及对基本权利的剥夺，并无发生在不同种族之间的要求。

结合上述论证，因性别隔离政策必然会导致权利的剥夺和个人发展的限制，宗教信仰并不阻碍严重性和心理要件的论述。同时，隔离一词并不一定适用于不同一种族之间，诸如种姓制度，性别隔离虽然发生于同一种族，但因其行为模式与种族隔离高度相似，亦可以用隔离形容。最后，对于性别的定义，目前拓展至 LGBT 为时尚早，有待实践之证明。

四、将性别隔离纳入《危害人类罪公约》的具体设计

虽然《罗马规约》是通过个人刑事责任处罚犯罪，威慑犯罪的发生，而

⁷³ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 7(3).

⁷⁴ Gender equality and gender backlash - - Guidance document of the Working Group on discrimination against women and girls, A/HRC/WG.11/41/2.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Preamble.

⁷⁷ INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID, Preamble.

⁷⁸ Human Right Watch, ‘Hidden Apartheid: Caste Discrimination against India’s “Untouchable”’ (February 2007).

《危害人类罪公约》则是通过探究国家责任，抑制罪行。⁷⁹但是毫无疑问的是，一如《罗马规约》反映了自二战以来的国际刑法实践，《危害人类罪公约》同样是对目前国际刑事司法实践，以及国际习惯法的汇编。⁸⁰从文本上看，《危害人类罪公约》充分体现了对《罗马规约》的继承。⁸¹但是，措辞的修改，⁸²又反映了理论的进步，对于《罗马规约》的适用具有重要的意义。考虑到《罗马规约》修订的困难，⁸³而国际刑事法院仍是最为权威的国际刑法审判机构，将性别隔离纳入《危害人类罪公约》，将为审判提供参考，为判决提供依据，遏制歧视性性别政策的发生。为此，笔者对性别隔离纳入危害人类罪有如下两点构想：

（一）在《危害人类罪公约》第 2(1)条写入新的危害人类罪罪行

目前，《危害人类罪公约》明文规定了谋杀至其他不人道行为，共 11 种犯罪类型。⁸⁴由于在上文中，笔者已经论证了性别隔离属于危害人类罪，即其有被纳入的法理基础。同时，由于诸如中国等国家，希望将“酷刑”、“种族隔离”这类有单行公约调整的罪名排除出《危害人类罪公约》，⁸⁵如果将性别隔离作为独立之罪名写入公约，无论实际法案是否删去“种族隔离”之罪名，将不影响性别隔离为后续裁判提供参考，从而达到保护妇女权益的立法初衷。

（二）修改《危害人类罪公约》第 2(2)(h)条对于种族隔离罪的阐释

《危害人类罪公约》第 2（2）（h）条完全参考了《罗马规约》的用词，并未对种族作出明确定义。⁸⁶在此，可以将原条文：“‘种族隔离罪’是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第 1 款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在”修改为“...一个种族群体基于‘种族、肤色、民族本源或性别’对任何其他或多个种族群体...”。正如国际刑事法院在裁判中指出的，其他不人道行为应与上述罪行相似而非相同，否则应归于上述某种或多种罪行。性别隔离和种族隔离除了区分标准，一个是基于“性别”另一个是基于“种族”，此外无论是行为模式，还是侵害的法益均无差异。如若单独规定为一种犯罪模式，反而可能会在实践中与种族隔离相冲突，导致实质性架空，从而无法满足《维也纳条约法公约》：“每一法律条文均应有意义之要求”。⁸⁷

⁷⁹ ILC, Report on Crimes against humanity.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Crimes against humanity, Article 2.

⁸² Ibid.

⁸³ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, as amended 2010) 2187 UNTS 90, Article 122.

⁸⁴ Crimes against humanity, Article 2.

⁸⁵ 中华人民共和国政府：关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见（2023 年 11 月 28 日）。

⁸⁶ Crimes against humanity, Article 2(2)(h).

⁸⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, Article 31.

尽管两者各有优劣，结合目前的事实情况而言，笔者认为第二种方式更符合实际的需要。尽管不少国家希望缩减刑事罪名，以达到不重复规定，简化条约的目的，但是并没有证据表明这已经成为了主流的声音。国际刑法在司法裁判中体现出了较强的稳定性，可见的时间内，现有之罪名很难有大的改动。但是，将性别隔离单独列为一类罪名，由于其与种族隔离高度相似，无论从条约文本构成，还是实践操作角度，恐怕是弊大于利。

五、结语

“妇女权利的进步是衡量社会普遍进步的天然尺度。”——傅立叶

性别隔离作为一种制度化的系统性压迫，不仅剥夺了女性的基本人权，更侵蚀了国际法治的根基。从阿富汗《新道德法》对女性受教育权、职业自由与身体自主的全面限制，到全球范围内以宗教或文化为名的隐性歧视，性别隔离已构成对《世界人权宣言》所倡导的“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等”原则的践踏。正如国际法院前院长希金斯（Rosalyn Higgins）所言：“国际法的生命力在于其能够回应人类最紧迫的苦难。”将性别隔离明确纳入《危害人类罪公约》，不仅是对《罗马规约》第7条“其他不人道行为”条款的深化诠释，更是对国际刑法“法无明文不为罪”原则的恪守与适用——在罪刑法定框架下，为性别暴力受害者提供更坚实的救济路径。

中国作为负责任的大国，始终以建设性姿态参与全球治理，中国始终呼吁“以对话与合作替代对抗”，始终强调国际法的公平性与包容性。正如中国代表在《危害人类罪公约》磋商中提出的：“国际刑法的扩张须以尊重国家主权与文化多样性为前提，同时须为最严重的罪行划定清晰红线。”这一立场既体现了对“人类命运共同体”理念的坚守，也为性别隔离的入罪提供了平衡方案——通过修订公约条款，将性别标准纳入“种族隔离罪”的适用范围，既避免罪名冗余，又确保对系统性压迫的精准打击。

诚如联合国秘书长古特雷斯（António Guterres）所言：“性别平等不是慈善事业，而是人权议题的核心。”唯有通过法律威慑、政策扶持与文化重塑的多维努力，方能终结性别隔离这一“沉默的暴政”，让每一位女性真正享有免于恐惧与匮乏的自由。

国籍真实联系原则在国际刑事法院管辖权认定中的适用

——以 ICC 朝鲜报告为例

陈锐涵¹

摘要

本文以国际刑事法院（ICC）朝鲜报告为切入点，探讨国籍真实联系原则在 ICC 管辖权认定中的适用问题。国籍真实联系原则自 1955 年诺特博姆案确立以来，要求国籍认定必须建立在个人与国家间存在实质性联系基础上，而非仅依靠形式上的法律授予。研究发现，该原则在 ICC 管辖权认定中具有重要的理论基础和现实需求：一方面可防范管辖权滥用，提供客观认定标准；另一方面 ICC 已在实践中表现出对实质性标准的重视，如朝鲜案例中检察官办公室对实质联系因素的全面考察。本文分析了真实联系原则在 ICC 框架下适用的必要性、可行性及其限制，认为尽管面临效率与公平的平衡问题，但通过建立科学评估框架和加强国际合作，这些挑战是可以克服的。据此，文章对完善 ICC 国籍认定机制提出了规则与实践层面的建议，以期推动国际刑事司法的发展与完善。

关键词：国籍真实联系原则；国际刑事法院管辖权；国际刑法司法适用

一、引言

（一）研究背景

国际刑事法院（ICC）作为常设性国际刑事司法机构，其管辖权的行使直接关系到国际刑事司法的有效性。2014 年，ICC 初步审查对朝鲜国民行使管辖权的可能性引发了国际社会的广泛关注。该案涉及朝鲜国民在韩国境内的犯罪行为，ICC 检察官办公室对此进行了深入调查。根据 ICC 规约，法院可以对缔约国公民实施的犯罪行使管辖权，而朝鲜作为非缔约国，其公民是否受 ICC 管辖权约束成为争议焦点。²这一问题不仅涉及 ICC 属人管辖权的行使范围，更引发了对国籍认定标准在国际刑事司法中适用的深入思考。

在国际公法领域，国籍真实联系原则自 1955 年诺特博姆案以来一直是处理国籍认定问题的重要原则。该原则要求国籍的确定必须建立在个人与国家之间存在实质性联系的基础之上，而不能仅仅依靠形式上的法律授予。³然而，当这一原则适用于 ICC 的管辖权认定时，却面临着特殊的挑战。ICC 朝鲜报告中，检察官办公室需要权衡诸多因素，包括犯罪行为的性质、受害者的权益以及司法管辖的

¹ 广东外语外贸大学国际法在读硕士研究生。

² ICC-OTP, Situation in Nigeria: Article 5 Report, 5 August 2013, para. 157.

³ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 12(2)(b).

有效性等。⁴

（二）研究意义

本研究以 ICC 朝鲜报告为切入点，旨在探讨国籍真实联系原则在 ICC 管辖权认定中的适用问题。从理论层面来看，这一研究有助于丰富国际刑法中的国籍认定理论，推动 ICC 管辖权理论的发展。从实践层面来看，通过分析 ICC 在具体案件中如何处理国籍认定问题，可以为完善 ICC 的管辖权认定机制提供实践参考。这对于促进国际刑事司法的发展，维护国际社会正义具有重要意义。

（三）研究方法与创新点

本研究采用案例分析和比较研究相结合的方法。一方面，通过深入分析 ICC 朝鲜案的具体情况，探讨 ICC 在管辖权认定过程中面临的实际问题；另一方面，通过比较研究国际公法中的国籍认定原则与 ICC 实践，探索两者之间的联系与差异。研究的创新之处在于，试图从国际公法体系的整体视角出发，审视 ICC 管辖权认定中的国籍问题，为构建更加科学合理的管辖权认定机制提供理论支持。

二、真实联系原则的理论基础与发展

真实联系原则作为国际法上关于国籍认定的重要原则，其理论基础可追溯至 1955 年国际法院诺特博姆案的判决。该原则的确立不仅对国籍认定标准产生深远影响，而且在当代国际法实践中持续发挥着重要作用。这一原则的发展历程体现了国际法对国籍问题认识的不断深化，同时也反映了国际社会对规范国籍授予行为的共同诉求。

（一）真实联系原则的确立

诺特博姆案的核心争议在于国籍授予行为是否可以对第三国产生效力。国际法院在该案中通过详细分析认为，国籍不仅仅是一种形式上的法律关系，更是一种基于社会事实的联系、一种真实的存在、利益和感情的联系的法律纽带，同时还包含相互的权利和义务。⁵这种联系必须建立在个人与国家之间存在的真实社会联系之上，而不能仅仅依靠形式上的法律授予。国际法院的这一判决实质上确立了国籍认定中的真实联系标准，要求国籍的授予必须建立在个人与授予国之间存在实质性联系的基础之上。

在深入阐释这一原则时，国际法院进一步指出：虽然各国依据国内法确定其国民的权利属于其国内管辖范围，但这种权力并非毫无限制。当一国试图在国际层面援引其授予的国籍时，尤其是将该国籍作为对他国提起国际司法程序的依据时，必须证明所授予的国籍与该个人之间存在充分紧密的联系。⁶这一判例不仅确立了真实联系原则的基本内涵，也为后续国际实践提供了重要指引，成为国际法院处理类似案件的基本准则。

⁴ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2018, para. 225-226.

⁵ ICJ Reports, Nottebohm Case (Second Phase), Judgment of April 6th, 1955, p. 23.

⁶ ICJ Reports, Nottebohm Case (Second Phase), Judgment of April 6th, 1955, p. 20.

（二）原则的具体标准

在实践中,真实联系原则的认定标准是多元的,需要综合考察多个方面的因素。首要的考察因素是个人的惯常居所,这是因为一个人的日常生活中心最能体现其与特定国家之间的实际联系。其次是个人的利益中心的所在,包括其经济活动、财产状况等。此外,家庭关系的建立、在公共生活中的参与程度以及对特定国家的依附性等因素也是重要的考量标准。⁷这些标准的设置并非任意为之,而是基于对个人与国家之间实际联系的客观评估,旨在确保国籍授予的真实性和有效性,防止“方便国籍”等规避国际法义务的行为。

国际法实践表明:上述标准的适用需要采取灵活的方式,根据具体案件的特殊情况进行综合评估。尤其在处理双重国籍问题时,国际仲裁实践倾向于优先考虑“真实和有效的国籍”,即基于更强事实联系的国籍。⁸这种做法体现了国际社会对真实联系原则实践适用的共识,即在国籍认定问题上应当注重实质而非形式。

（三）原则的现代发展

随着国际社会的发展,真实联系原则的适用范围和影响力不断扩大。1930年海牙编纂会议通过的《国籍法冲突公约》第1条明确规定,一国制定的确定其国民身份的法律应当与国际习惯以及普遍承认的国籍法律原则相一致。⁹这一规定的重要意义在于,它将真实联系原则从单纯的判例法发展为成文国际法规则,体现了国际社会对该原则的广泛认可。

在当代国际法实践中,真实联系原则已经发展成为平衡国家主权与个人权利的重要工具。就国家主权而言,该原则承认各国在国籍事务上享有广泛的自主权,可以依据本国立法规定国籍的取得条件。但同时,该原则也为国际社会审查国籍授予行为的正当性提供了客观标准,防止国籍制度被滥用。这种平衡对于维护国际法秩序的稳定和促进国际关系的健康发展具有重要意义。

三、ICC 属人管辖权中的国籍认定

（一）ICC 属人管辖权的法律依据

国际刑事法院的属人管辖权主要体现在《罗马规约》第12条的规定中。根据该条规定,国际刑事法院可以对两类人员行使管辖权:一是规约缔约国的国民,二是在缔约国领土上(包括船舶或航空器注册国)实施犯罪的人员。¹⁰这种双重标准的设置体现了属人管辖与属地管辖相结合的立法理念,为国际刑事法院行使管辖权提供了坚实的法律基础。

从规约的具体规定来看,第12条第2款明确指出,当犯罪发生在缔约国领

⁷ ICJ Reports, Nottebohm Case (Second Phase), Judgment of April 6th, 1955, p. 22.

⁸ International Law Commission, Report of the International Law Commission covering the work of its second session, A/1316, p. 374.

⁹ International Law Commission, Report of the International Law Commission covering the work of its second session, A/1316, p. 376.

¹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 12(2).

土内，或犯罪嫌疑人为缔约国国民时，法院即可行使管辖权。¹¹这一规定的重要意义在于，它将国际刑事法院的管辖权与国家主权进行了有效衔接。通过将缔约国国民纳入管辖范围，体现了国家通过加入《罗马规约》而自愿接受法院管辖的意愿；通过将在缔约国领土上实施犯罪的行为纳入管辖范围，则体现了对属地管辖原则的尊重。

值得注意的是，《罗马规约》第12条第3款还规定了一种特殊情况：非缔约国可以通过向法院书记官处提交声明的方式，接受法院对特定犯罪行使管辖权。¹²这一规定扩展了法院的管辖范围，为非缔约国在特定情况下寻求国际刑事司法救济提供了法律途径。同时，该条款也反映出国际刑事法院在尊重国家主权的前提下，致力于扩大其管辖权效力的努力。

从实体法角度看，《罗马规约》第5条至第8条详细规定了法院管辖的具体犯罪类型，包括灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪。¹³这些规定与第12条的属人管辖权规定相互呼应，共同构成了法院行使管辖权的实体和程序要件。特别是第25条关于个人刑事责任的规定，进一步明确了法院只对自然人行使管辖权，¹⁴这一点与传统国际法主要规范国家行为的特点形成鲜明对比，体现了国际刑法的特殊性。

此外，《罗马规约》第26条规定法院对犯罪时未满18周岁的人没有管辖权，¹⁵第27条则规定官方身份在法院管辖权行使方面不具有豁免效力。¹⁶这些规定从不同角度对法院的属人管辖权进行了限制和细化，使得管辖权的行使更加规范和合理。特别是第27条的规定，打破了传统国际法中的官员豁免制度，体现了打击国际犯罪、惩治所有犯罪者的决心。

（二）现有国籍认定实践

在国际刑事法院的实践中，对国籍认定标准的确立很大程度上借鉴了前南斯拉夫国际刑事法庭（ICTY）的司法实践。这种借鉴不仅体现了国际刑事司法的连续性和一致性，更反映了国际刑事法庭在处理国籍认定问题时的审慎态度。

ICTY在切雷比奇集中营案（Čelebići Camp case）中就国籍认定问题做出了具有里程碑意义的判决。上诉分庭明确指出，在确定受害者是否属于“受保护人员”时，不能仅仅依据国内法上的形式国籍作为判断标准。¹⁷法庭强调，在当代民族冲突的背景下，族裔身份可能比正式的国籍更能反映个人的真实效忠关系。¹⁸这一观点实际上体现了对国籍真实联系原则的实质性解释。

¹¹ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 12(1).

¹² Rome Statute of the International Criminal Court, Article 12(3).

¹³ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 5(1).

¹⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 25(1).

¹⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 26.

¹⁶ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 27(1).

¹⁷ Trial Judgement, para. 263.

¹⁸ Tadić Appeal Judgement, para. 166.

ICTY 能够成为 ICC 国籍认定实践的重要法律渊源,主要基于以下几个方面
的原因:首先,根据阿莱克索夫斯基上诉案(Aleksovski Appeal Judgement)的判
决,上诉分庭明确提出了“确定性和可预见性”的要求,即上诉分庭应当遵循其先
前的判决,除非有充分理由在司法利益的考虑下作出改变。¹⁹这一原则为国际刑
事司法实践中判例法的延续性提供了基础。

其次,ICTY 的判例在处理国籍认定问题时采取了“实质性关系”的分析方法。
正如塔迪奇上诉案(Tadić Appeal Judgement)所强调的,在确定管辖权时,不应
过分强调交战方表面上的组织结构和公开声明,而应对其关系进行细致的分析。
²⁰这种方法论上的创新为 ICC 处理类似问题提供了有益借鉴。

更为重要的是,ICTY 的实践表明,在处理国籍认定问题时需要采取“整体控
制”标准(overall control test)。这一标准要求对控制关系的所有要素进行整体评
估,而不是采用更为严格的“有效控制”标准。²¹这种灵活而务实的方法,为 ICC
在处理复杂的国籍认定问题时提供了重要参考。

在当代,结合先前经验,ICC 在实践中对属人管辖权的运用体现出其对国籍
认定的审慎态度。2014 年朝鲜局势初步审查报告就充分体现了这一点。在该报
告中,ICC 检察官办公室针对延坪岛炮击事件和天安舰沉没事件开展调查时,就
面临着复杂的管辖权认定问题。尽管朝鲜作为非缔约国,但由于犯罪行为发生在
韩国领土(包括注册船只)上,根据《罗马规约》第 12 条第 2 款的规定,ICC 仍然
可以对这些案件行使管辖权。²²检察官办公室在报告中明确指出,虽然犯罪嫌疑人
可能是朝鲜国民,但只要满足属地管辖权要求,法院就可以对这些非缔约国国民
行使管辖权。²³这一立场反映了 ICC 在处理管辖权问题时,既注重遵循规约规定
的形式要件,又重视实质正义的实现。

四、真实联系原则在 ICC 中的适用

(一) 适用的必要性

在 ICC 管辖权认定中适用真实联系原则具有双重必要性。首先,从防止管辖
权滥用的角度来看,真实联系原则能够有效防范国籍认定中的形式主义倾向。正
如 Nottebohm 案所确立的,国籍的认定不能仅仅依靠形式上的法律授予,而必须
建立在个人与国家之间存在实质性联系的基础之上。²⁴这一原则如果运用于 ICC
的管辖权认定中,将有助于避免某些国家通过随意授予国籍的方式规避国际刑事
司法,从而维护 ICC 管辖权体系的完整性。

¹⁹ Aleksovski Appeal Judgement, para. 107.

²⁰ Tadić Appeal Judgement, para. 154.

²¹ Aleksovski Appeal Judgement, para. 145.

²² "ICC Prosecutor: alleged war crimes in the territory of the Republic of Korea under preliminary examination,"
Situation in the Republic of Korea Article 5 Report, June 2014, para. 38.

²³ Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's
Republic of Korea, U.N. Doc. A/HRC/25/CRP.1 (2014), para. 40.

²⁴ Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Judgment of April 6th, 1955: ICJ Reports 1955 p. 4, p.23.

其次,从确保程序正义的角度来看,真实联系原则的适用能够为 ICC 的管辖权认定提供更加客观的标准。在处理复杂的国籍认定问题时,真实联系原则要求综合考察个人的惯常居所、利益中心、家庭关系等多个方面的因素。²⁵这种全面的评估方法有助于 ICC 在具体案件中作出更加公平合理的判断,确保程序正义的实现。

（二）适用的可行性

从与《罗马规约》的兼容性来看,将真实联系原则纳入 ICC 的管辖权认定机制是可行的。《罗马规约》第 12 条虽然规定了 ICC 的属人管辖权基础,但并未对国籍认定的具体标准作出详细规定。²⁶这种立法技术上的开放性为引入真实联系原则留下了空间。此外,ICC 在实践中已经表现出对实质性标准的重视,这与真实联系原则的核心理念是一致的。

从实践操作性来看,ICC 可以借鉴 ICTY 的司法实践经验。ICTY 在切雷比奇集中营案中强调,在确定受害者身份时不能仅依据形式国籍,而应当考虑更深层次的联系。²⁷这种做法证明了真实联系原则在国际刑事司法实践中的可操作性。ICC 可以在此基础上,进一步细化评估标准,构建更加科学的国籍认定机制。

（三）适用的限制

然而,在 ICC 中适用真实联系原则也面临着一定的限制。首先是刑事司法的特殊性。与一般的国际争端不同,国际刑事司法更加注重效率和时效性,这就要求国籍认定的标准既要符合正义要求,又要具有可操作性。²⁸过于复杂的认定标准可能会影响司法效率,增加诉讼成本。

其次是潜在的障碍。一个显著的问题是,在某些情况下,严格适用真实联系原则可能会导致部分案件脱离 ICC 的管辖,从而影响打击国际犯罪的效果。正如前南国际刑事法庭的实践所表明,在处理复杂的国际犯罪时,有时需要采取更为灵活的方法。²⁹因此,在 ICC 中适用真实联系原则时需要保持适度的灵活性,在坚持原则的同时也要考虑具体案件的特殊情况。

（四）现实适用案例

朝鲜报告为我们提供了一个分析真实联系原则在 ICC 实践中适用的典型案例。在处理延坪岛炮击事件时,检察官办公室不仅考察了形式上的管辖权基础,还对案件的具体情况进行了深入分析。例如,报告详细考察了平民伤亡情况、军事目标的选择以及攻击的具体实施方式等因素。³⁰这种全面的分析方法与真实联系原则强调实质联系的理念是一致的。同时,报告还特别关注了朝鲜方面是否对平民

²⁵ The M/V Saiga (No. 2) (1999) 120 ILR 133, [83]

²⁶ Rome Statute of the International Criminal Court, art 12, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90.

²⁷ Trial Judgement, Čelebići Camp case (IT-96-21-T), para. 263.

²⁸ Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicar.v. U.S.), Judgement, 1986 I.C.J. 14, ¶¶ 80, 102 (June 27).

²⁹ Aleksovski Appeal Judgement, para. 107.

³⁰ Situation in the Republic of Korea Article 5 Report, June 2014, paras. 66-67.

目标实施了蓄意攻击，这种对行为人主观意图的考察也体现了 ICC 在确定管辖权时对实质因素的重视。³¹

在处理官员责任认定问题时，ICC 的实践也反映出对真实联系原则的运用。例如：在评估朝鲜军事指挥系统时，检察官办公室注意到不同政府机构之间存在高度的“中央集权协调”。这种组织结构分析表明，在确定个人刑事责任时，不能仅依据形式上的职务关系，还需要考察实际的指挥控制关系。³²

五、完善 ICC 国籍认定机制的建议

（一）规则层面

就规则层面而言，首要任务是细化 ICC 的国籍认定标准。基于真实联系原则的基本理念，ICC 应当在《罗马规约》的框架下制定更加详细的国籍认定规则。这些规则应当明确区分形式国籍与实质联系，并对实质联系的构成要素做出具体规定。例如，可以将居住时间、社会融入程度、经济联系等因素纳入考量范围，并为每个要素制定相应的评估标准。³³这种细化的标准需要克服国籍认定中的形式主义倾向，避免仅仅依赖形式上的法律授予而忽视实质性联系。³⁴同时，细化标准也应当充分考虑到在当代人口流动频繁的背景下，个人与国家之间关系的多样性和复杂性。³⁵

在建立评估框架方面，ICC 可以借鉴国际法院在诺特博姆案中确立的评估方法。具体而言，评估框架应当包含主观和客观两个维度：主观维度关注个人与特定国家之间的情感联系和认同感，客观维度则着重考察可以量化的联系因素。³⁶同时，评估框架还应当对不同因素的权重进行合理分配，确保最终的认定结果能够真实反映个人与国家之间的联系程度。³⁷值得注意的是，在评估框架的设计中，应当避免过于僵化的标准，而应采取更为灵活的方法，这种做法已经在现代国际法实践中得到了广泛认可。³⁸特别是在处理复杂的双重国籍问题时，评估框架应当能够适应不同情况下国籍认定的需要。³⁹

（二）实践层面

在实践层面，加强与国内法院的合作是完善 ICC 国籍认定机制的重要举措。

³¹ Situation in the Republic of Korea Article 5 Report, June 2014, para. 68.

³² Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's Republic of Korea, U.N. Doc. A/HRC/25/CRP.1 (2014), para. 269.

³³ Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", Pre-Trial Chamber I, 6 September 2018, paras. 25-26.

³⁴ Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala) [1955] ICJ Rep 4, at 20-21.

³⁵ Flegenheimer Claim (Italian-United States Conciliation Commission) (1958) 25 ILR 91, at 150.

³⁶ Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009, paras. 25-26.

³⁷ Otto Triffterer, Kai Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (3rd ed.), C.H.BECK Hart Nomos, 2016, p. 1.

³⁸ Case C-369/90 Mario Vicente Micheletti v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239, at I-4255 per Advocate General Tesouro.

³⁹ Mergé Claim (Italian-United States Conciliation Commission) (1955) 22 ILR 443, at 456-457.

ICC 可以通过建立信息共享机制,及时了解各国关于国籍认定的最新立法和司法实践。特别是在处理复杂的双重国籍问题时,ICC 更需要与相关国家的司法机构保持密切沟通,以准确判断个人与不同国家之间的联系强度。⁴⁰这种合作机制应当避免陷入过去的经验所显示的困境,即过分强调国籍认定的形式要件而忽视实质联系。⁴¹同时,ICC 也需要认识到,国际刑事司法的特殊性要求在效率和时效性方面作出适当平衡。⁴²

在具体运作中,ICC 还需要注意平衡效率与公平的关系。一方面,为了提高司法效率,ICC 可以采用分级审查的方式,对明显不符合条件的案件及时予以筛选。⁴³另一方面,为了确保程序公平,ICC 应当为当事人提供充分的陈述和举证机会,并在必要时允许专家参与评估过程。⁴⁴在这一过程中,应当特别注意避免出现“模糊和主观的标准”,而应着力构建“客观且易于确立的标准”。⁴⁵此外,ICC 还需要在个案处理中保持适度的灵活性,在坚持原则的同时考虑到具体案件的特殊情况。⁴⁶

六、结论

(一) 研究发现总结

本研究通过对国际刑事法院管辖权认定中国籍真实联系原则的深入探讨,得出以下重要发现:首先,真实联系原则作为国际公法中的重要原则,其在 ICC 管辖权认定中的适用具有充分的理论基础和现实需求。这一原则不仅能够有效防范管辖权的滥用,还为 ICC 的管辖权认定提供了更加客观的标准。⁴⁷其次,ICC 在实践中对国籍认定的处理已经显示出对实质性标准的重视,这与真实联系原则的核心理念相契合。特别是在朝鲜案例中,ICC 检察官办公室采取的全面分析方法体现了对实质联系因素的关注。⁴⁸再次,研究表明,在 ICC 框架下适用真实联系原则虽然面临着效率与公平的平衡问题,但通过建立科学的评估框架和加强国际合作,这些挑战是可以克服的。⁴⁹

(二) 研究局限

本研究也存在一些局限性:首先,由于 ICC 实践案例相对有限,特别是涉及

⁴⁰ Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1, Decision on prosecutor's appeal on admissibility of evidence, Appeal Chamber, 16 February 1999, paras. 25-26.

⁴¹ At I-4255 per Advocate General Tesauro dismissed genuine link as belonging to the "romantic period" of international relations".

⁴² The genuine link requirement introduced in *Nottebohm* changed a doctrine that had been "a means of managing the interaction between two states of nationality" into one that "conditioned a person's ability to exercise his or her only nationality."

⁴³ Policy Paper on *Preliminary Examinations*, OTP, November 2013, para. 2.

⁴⁴ UNGA, Report of the Ad hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GAOR, 1995, paras. 113-114.

⁴⁵ *Nottebohm*, above n 3, at 46 per Judge Read dissenting

⁴⁶ Court avoided "generalizing" the genuine link requirement beyond the specific context of diplomatic protection claims, as per *Flegenheimer*, above n 54, at 150.

⁴⁷ *Nottebohm Case (Liech. v. Guat.)*, Second Phase, Judgment, 1955 I.C.J. 4, 23 (Apr. 6).

⁴⁸ ICC-OTP, "Situation in the Republic of Korea: Article 5 Report," June 2014, paras. 66-68.

⁴⁹ William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2nd ed., Oxford University Press, 2016), pp. 347-349.

国籍认定的案例较少，这在一定程度上影响了研究结论的普遍适用性。其次，本研究主要聚焦于 ICC 的实践，对其他国际刑事法庭在国籍认定方面的经验借鉴可能还不够充分。⁵⁰再次，本研究在探讨真实联系原则的适用标准时，受限于现有判例和学说，难以对所有可能出现的复杂情况提供完整的解决方案。这些局限性也为未来的研究指明了方向。

（三）未来研究方向

基于本研究的发现和局限，未来的研究可以在以下几个方向展开：首先，可以进一步探索如何在保持司法效率的前提下，构建更加细化的国籍认定标准。这需要在理论研究的基础上，结合 ICC 的具体实践需求，设计出既科学又可操作的评估体系。⁵¹其次，可以加强对区域性国际刑事司法机构实践的研究，探索它们在处理国籍认定问题时的经验教训，为 ICC 的实践提供参考。最后，随着国际社会的发展，人口流动日益频繁，国籍认定问题可能会变得更加复杂。因此，未来的研究还需要关注新技术、新形势对国籍认定带来的挑战，探索更具前瞻性的解决方案。⁵²

⁵⁰ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th ed., Cambridge University Press, 2019), pp. 168-170.

⁵¹ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 495-497.

⁵² Antonio Cassese, *International Criminal Law* (3rd ed., Oxford University Press, 2013), pp. 278-280.

论《防止及惩治危害人类罪条款草案》中普遍管辖权的法律界限：强行法属性、国际法渊源与规范冲突

朱元睿¹

摘要：《防止及惩治危害人类罪条款草案》第7条第二款将对危害人类行为行使的普遍管辖权作为维护人权和对抗有罪不罚的重要工具，其界限受国家主权平等原则的禁制。对其强行法属性及国际法渊源的判断系突破禁制的关键。观其强行法属性，强行法属性无法自禁止危害人类行为规范的强行法属性中类比而来，其自身也不满足强行法规范的要求；观其国际法渊源，因《维也纳条约法公约》第34条及普遍性要求，不能仅以国际协约作为国际法渊源；反观习惯国际法，在理论推导方式中，实证法学派理论、核心权利理论、“荷花号案”原则、普遍管辖权分类理论均无法自圆其说，若依照习惯国际法二要素识别，支持其物质因素与心理因素存在的国家数量均未形成多数。但该草案第7条第二款将普遍管辖权认可为习惯国际法，扩大了各司法机构的权力和域外影响力，导致管辖权的认定与执行在实践中面临合法性争议和实践操作障碍。以上均指向一个结论：该草案的缔约时机尚不成熟。

关键词：普遍管辖权；危害人类罪；习惯国际法；《防止及惩治危害人类罪条款草案》

《防止及惩治危害人类罪条款草案》（以下简称《条款草案》）第7条第二款规定，即使国家非犯罪行为发生地国、被告人国籍国、受害人国籍国，但被告人存在于国家管辖的领土内，该国即有义务对《条款草案》所涵盖的罪行确立管辖权。依照通说中对普遍管辖权的定义，²结合各国政府对该条款的意见，³加之《条

¹ 女，山东滨州人，中南财经政法大学法律（法学）硕士，主要研究方向为国际刑法。电子邮箱：zhuyuanrui2019@163.com。

² Kenneth C. Randall, “Universal Jurisdiction under International Law” (1988) 66 Texas Law Review 785, p.788, 联合国：《国际法委员会报告：第七十届会议（2018年4月30日至6月1日和7月2日至8月10日）》，A/73/10 (2018)，第306-307页，Princeton Project on Universal Jurisdiction, Stephen Macedo (eds.), *The Princeton principles of universal jurisdiction* (Princeton: Princeton University, 2001), p.28, Carsten Stahn, *A critical introduction to international criminal law* (Cambridge: Cambridge University press, 2019), p.185-186, Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 4th edn, 2019), p.57-58, 刘大群：《论国际刑法中的普遍管辖权》，载《北大国际法与比较法评论》2006年第7期，第12页。

³ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第78-80页，国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见增编》，A/CN.4/726/Add.1 (2019)，第2页，国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见增编》，A/CN.4/726/Add.2 (2019)，第4-5页，第13页。阿根廷、巴西、捷克、萨尔瓦多、荷兰、美国认为，在《条款草案》第7条中明确规定了针对《条款草案》所涵盖罪行的普遍管辖权；塞拉利昂认为第7条规定的管辖权还不足以达到普遍管辖程度；新加坡认为《条款草案》第7条第二款的用意是在其他连结因素都不存在的情况下，在被告人在场的基础上，为被告人提供一个额外的基于条约的管辖权，英国认为第7条第二款要求各国在被告人在场且

款草案》第7条第二款规定的“或引渡或起诉”条款与普遍管辖权的经常性互换适用，⁴再则国际法委员会第七十一届会议二读通过的《防止及惩治危害人类罪条款草案及评注》（以下简称《条款草案评注》）中对《条款草案》第7条第二款管辖权性质的明确，⁵考虑到《条款草案》与《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（以下简称《酷刑公约》）的关联性⁶及《条款草案》与《酷刑公约》⁷《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约（1963）》⁸《制止危及海上航行安全非法行为公约（1988）》⁹《反对劫持人质国际公约（1979）》¹⁰等条约中普遍管辖权条款的近似性，¹¹可以认为，《条款草案》第7条第二款规定了对《条款草案》所涵盖罪行的普遍管辖权。

需要明确的是：基于《条款草案》第7条第二款的规定，此处探讨的普遍管辖权仅限于“普遍关注加现身”型的普遍管辖权（universal concern plus presence jurisdiction），不包括“纯粹的普遍关注型”管辖权（或称“缺席的普遍管辖权”，universal jurisdiction in absentia）。目前只有针对海盗罪的“纯粹的普遍关注型”管辖权，针对危害人类罪的“纯粹的普遍关注型”管辖权不存在。¹²“普遍关注加现身”型的普遍管辖权接近于纯粹的普遍管辖权，¹³符合国际法委员会与国际社会预设的对《条款草案》所涵盖罪行的普遍管辖权的一般样态，¹⁴合乎各国法院基于国际礼让原则的普遍管辖方式，¹⁵故本文在探讨普遍管辖权的习惯法渊源时，将排除基于条约义务行使的普遍管辖权。同时，由于《条款草案》仅为填补国际法框架体系中有关危害人类罪的关键缺口，故若无特别注明，以下所指普遍管辖权均指对危害人类行为的“普遍关注加现身”型的普遍管辖权。¹⁶

未引渡的情况下对危害人类罪进行审判，新加坡与英国对该条的分析与普遍管辖权的含义相符；北欧各国（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）认为，该条款暗示了普遍管辖权，应当在《条款草案》第7条第三款中明示提及；瑞士认为《条款草案》第7条为普遍管辖权的适用提供了可能性。综上可发现，各国均认可《条款草案》第7条第二款规定了或部分规定了普遍管辖权。

⁴ Meghna Rajadhyaksha, “Universal Jurisdiction in International Law” (2002-2003) 2 Government Law College 1, p.3.

⁵ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, A/CN.4/SER.A/2019/Add.1 (Part 2) (2019), p.68.

⁶ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第75页。

⁷ 联合国：《联合国条约集》，vol.1465 (1987)，No.24841，第114页。

⁸ 联合国：《联合国条约集》，vol.704 (1963)，No.10106，第224页。

⁹ 联合国：《联合国条约集》，vol.1678 (1992)，No.29004，第214-215页。

¹⁰ 联合国：《联合国条约集》，vol.1316 (1979)，No.21931，第207-208页。

¹¹ Meghna Rajadhyaksha, “Universal Jurisdiction in International Law”, p.15.

¹² 按照普遍管辖权的普遍性强度，可以将普遍管辖权分为以下四类：“纯粹的普遍关注”型普遍管辖权，“普遍关注加现身”型普遍管辖权，“普遍关注加条约、现身”型普遍管辖权，“普遍关注加条约、现身并体制内属地或属人”型普遍管辖权。Sienho Yee, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality” (2011) 10 Chinese Journal of International Law 3, p.503, p.505-506.

¹³ Sienho Yee, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, p.509-510.

¹⁴ Cryer, Robert, Darryl Robinson and Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press, 4th edn, 2019), p.57.

¹⁵ 大多数国家可能处于国际礼仪的考虑，还是在犯罪人存在于自己领土之上时才行使普遍管辖权。Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p.57-58.

¹⁶ 在论述普遍管辖权时，应当区分不同犯罪的法律特性分别加以分析。若不加区分地援引不同罪行作为普遍管辖权的依据，可能导致某些尚未确立普遍管辖权的罪行被错误地纳入其适用范围，从而影响国家对普

一、《条款草案》中普遍管辖权的强行法属性

(一) 危害人类罪是否引致普遍管辖

有学者认为，上升到强行法层面的危害人类罪构成不可克减的对世义务（*erga omnes*），其法律性质要求各国负担对被告人的有罪不罚义务。¹⁷该观点的正当性来自于对国际法碎片化趋势的效力等级理论，通过对所涉国际法规范的效力等级进行甄别和排序，认为强行法规范在整个国际法体系内处于最高等级地位，同时由于其性质，强行法规范附带国家制止有罪不罚的义务。¹⁸普遍管辖权因此认为国际刑法层面的强行法，成为各国均应负担的义务。

危害人类罪属于国际刑法层面的强行法无可否认。但第三国可拒绝起诉，即使存在普遍管辖“义务”，其强度也未达强行法要求。¹⁹哈特将法律规则区分为初级规则与次级规则，²⁰由于违反初级规则产生的次级规则本身不具备压倒性的效力。国际法院在纳米比亚（西南非洲）的咨询意见也指出，所有国家有义务不承认因违反强行法产生的非法状况，但由违反强行法衍生的次级规则不必然具备强行法效力，其可以为人道主义让步。这就并非“不可克减”。²¹因此，即使国家的普遍管辖“义务”来自于禁止和惩治危害人类行为规范的强行性，普遍管辖“义务”也不必承继该规范的强行法属性。²²更何况，普遍管辖权究竟是权利还是义务，仍待明确。

同时，实体程序规范二元论也有助于厘清对危害人类罪的普遍管辖权的法律性质问题。参照这两种规范结构的固有功能，普遍管辖权具备程序性质，仅限于确定国家能否对危害人类罪的被告人提起诉讼，无关诉讼的正义性；普遍管辖权依照的强行法规范则属实体规则。通过国际法规范的区分运作，普遍管辖权与其依照的强行法规范被划分为处理不同问题的两套规则。强制法不影响程序效力。²³实体程序二元论这不仅有助于化解强行法规范与国家主权原则之间的冲突，也

普遍管辖权的接受度，也可能导致推理上的非逻辑性，削弱论证的严谨性。因此，此处讨论的普遍管辖权仅针对危害人类罪而言。Christian Tomuschat, “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 1074, p.1080.

¹⁷ Bassiouni, M. Cherif. “International Crimes: ‘Jus Cogens’ and ‘Obligatio Erga Omnes’” (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63, p.63, 65, Nergis Canefe, *Crimes Against Humanity: The Limits of Universal Jurisdiction in the Global South* (Cardiff: University of Wales Press, 1st edn, 2021), p.89, Declan O’Callaghan, “Is the International Criminal Court the Way Ahead?” (2008) 8 *International Criminal Law Review* 533, p.547, Christian Tomuschat, “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, p.1079. 该观点下，对危害人类罪的普遍管辖权属于违反强行法后产生的对一切义务。

¹⁸ Patrick Macklem, “Corporate Accountability under International Law: The Misguided Quest for Universal Jurisdiction” (2005) 7 *International Law FORUM du droit international* 281, p.286.

¹⁹ Dapo Akande, Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts” (2010) 21 *European Journal of International Law* 815, p.837.

²⁰ 【英】哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社 2018 年版，第 119 页。

²¹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J Reports 1971, p.56, para.125.

²² Dapo Akande, Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, p.837.

²³ Catherine Maia, “Jus Cogens and (In)Application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, 1st edn, 2021), p.354.

明确了：国际法通过分化规则功能，分隔了强行法与普遍管辖权的确立、性质。²⁴此种规范结构的区分也获得了国际法院的支持。在克罗地亚诉萨尔维尼亚案中，国际法院也做出了分离实体法规范性质与管辖权建立的判决。²⁵刚果诉卢旺达案中，国际法院认为，强行法的强度不支持其推翻“管辖权取决于双方同意”这一原则；²⁶波黑诉塞尔维亚和黑山案中，国际法院对东帝汶案的判决结果予以认可，²⁷认为强行法本身不能为普遍管辖权提供依据。²⁸虽然以上案件不涉及危害人类罪这一强行法规范，但是可以一鉴国际法院对实体程序规范二元论的态度。此外，若主张实施危害人类行为必然要求国家行使普遍管辖，那么基于此论点的国家实践无疑使其更难自治。国家或形式行使普遍管辖、实质行使消极属人管辖或保护管辖，²⁹或基于条约、习惯国际法行使普遍管辖权。³⁰真正的普遍管辖权行使案例极少。

有学者对上观点做进一步阐述，认为防治及惩治危害人类罪的规范属于强行法规范，依照《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《国家责任草案》）第四十一条，各国负有义务合作制止严重违反强行法规范的行为，普遍管辖“义务”可被视为“合作制止严重违反强行法规范行为”。³¹但此处的合作义务旨在加强现有的国际合作机制，主要合作形式是国际组织内的合作，³²由合作义务向各国普遍管辖“义务”的推导论证并不有力。况且，该学者自己也承认，《条款草案》中有关普遍管辖权的规定无法约束非缔约国国民，属于“准普遍管辖”（*quasi-universal*）。³³

特别是，各国实践更多表明，违反强行法规范的有罪不罚是被允许的，³⁴基

²⁴ Mark P. Hanna, “The Substantive/Procedural Distinction: Law’s Solution to the Problem of Jus Cogens in a World of Sovereign States” (2018) 19 German Law Journal 21, p.36.

²⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia), Judgment, I.C.J Reports 2015, p.47, para.88.

²⁶ Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) (2002), Judgment, I.C.J Reports 2006, p. 31-32, para. 64.

²⁷ Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J Reports 1995, p.102, para.29.

²⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J Reports 2007, p.104, para.147.

²⁹ Mark Chadwick, “Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond”, (2009) 9 International Criminal Law Review 359, p.364, Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, para 9-12, John DEMJANJUK, Petitioner-Appellant, v. Joseph PETROVSKY, et al., Respondents-Appellees United States Court of Appeals 776 F.2d 571, part I, Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another, High Court of Australia 172 CLR 501 F.C. 91/026, para.9-10, Bello, Judith Hippler and Irwin Cotler, “Regina v. Finta.” (1996) 90 The American Journal of International Law 460, p.460, The Prosecutor v. Klaus Barbie, Cour de Cassation Chambre criminelle 78 International Law Report 125, p.130, David Hirsh, “The trial of Andrei Sawoniuk: Holocaust testimony under cross-examination” (2001) 10 Social & Legal Studies 529, p.532.

³⁰ Menno Kamminga, “Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses” (2001) 23 Human Rights Quarterly 940, p.965.

³¹ Antonio Coco, “The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity: Preliminary Remarks on Draft Articles 7, 8, 9 and 11 by the International Law Commission”, p.761.

³² United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) (2001), p.114.

³³ Antonio Coco, “The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity: Preliminary Remarks on Draft Articles 7, 8, 9 and 11 by the International Law Commission”, p.761.

³⁴ M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: ‘Jus Cogens’ and ‘Obligatio Erga Omnes.’”, p.65.

于强行法行使普遍管辖权的国家实践几乎不存在。以危地马拉案为例，西班牙法院虽然在该案中认可强行法可以作为普遍管辖权的产生基础，³⁵但该案中西班牙法院的普遍管辖权来源并非强行法规范，西班牙法院也未对普遍管辖权强制效力的来源做详细说明。³⁶归此，普遍管辖权的强行法属性不自危害人类罪的强行法属性中衍生而来。若认为普遍管辖权属于强行法，则必须证明：普遍管辖权是被国际社会作为一个整体所接受的、不可克减的。

（二）《条款草案》第7条第二款是否构成强行法

部分学者试图修正上述观点的疏漏，提出普遍管辖权满足《维也纳条约法公约》第五十三条的规定，³⁷进而强制国家起诉实施危害人类行为者。但就如何确定强行法的存在及内容，学界莫衷一是。³⁸

《维也纳条约法公约》第五十三条中的“接受和公认（accepted and recognized）”由芬兰、希腊和西班牙三国修正案（three-power amendment）提出、《维也纳公约》起草委员会增设，其引入旨在阐明强行法的国际法渊源。³⁹“和”表示强行法产生于习惯法与一般法律原则之间的某种关联关系，不可仅凭二者之一而产生，换言之，强行法的正式渊源是源于“国际社会基本价值”的习惯国际法。⁴⁰一方面，防止和惩治危害人类行为确有助于维护国际社会基本价值、人类安全和平与人类基本良知，但很难认为各国行使的普遍管辖权与基本价值有关。国际法院⁴¹与前南斯拉夫问题国际法庭⁴²（以下简称“前南问题法庭”）等国际法院的判例基本上认可国际核心罪行与基本价值之间的关系，对于普遍管辖权与基本价值之间的关系鲜有论述。相对地，有关对危害人类行为的普遍管辖是否构成习惯法，学界言之不合，下文将详释。但此处可下一初步结论：《条款草案》中的普遍管辖权尚未得到国际社会的接受和公认。

《维也纳条约法公约》第五十三条还规定了强行法的不可违背性。依照《国家责任草案》第二条，违背国际法义务之各国应当承担相应国际责任。但上述已有论证，各国对违反所谓强行法规范的有罪不罚更多于对违反所谓强行法之行为行使普遍管辖的国家实践，且有罪不罚之各国并未承担国际责任。

何况，强行法的认定是一个相当大的跃步——无论是认为普遍管辖义务自危

³⁵ Guatemala Genocide Case, Tribunal Constitucional No. STC 237/2005, para.2(d)(6).

³⁶ M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: ‘Jus Cogens’ and ‘Obligatio Erga Omnes.’”, p.73.

³⁷ Kobina Egyir Daniel, “A Jus Cogens Human Rights Exception to Head of State Immunity: Fact, Fiction or Wishful Thinking?”, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, 1st edn, 2021), p.760.

³⁸ M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: ‘Jus Cogens’ and ‘Obligatio Erga Omnes.’”, p.65.

³⁹ United Nations, *United Nations Conference on the Law of Treaties (First Session)*, A/CONF.39/11/Add.2 (1969), p.471, para. 4.

⁴⁰ Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge: Cambridge University Press, 1st edn, 2015), p.133, Patrícia Galvão Teles, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Fundamental Values of the International Community*, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, 1st edn, 2021), p.46.

⁴¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J Reports 2007, p.85, para. 103.

⁴² Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, Trial Chamber, 10 December 1998, para.154.

害人类罪的性质中取得强行性，还是认为普遍管辖权满足强行法要件。此二观点缺乏国际法渊源与司法实践支持，宣称以上二规则存在的学者认为对此类行为的惩戒有助于保护国际社会公共秩序及人类和平及良知，仅基于强行法的价值性就不顾国际法规范性，忽视了强行法要求的习惯国际法渊源，削足适履。这也说明：法律预期与法律实践常难耦合。即使以各国声明与学者著述为之润滑，在缺乏国际刑法的明确规范与各国对危害人类罪作为强行法的普遍管辖实践的情形下，不仅危害人类罪自身的强行法属性难以传导至普遍管辖权之上，普遍管辖权也难以被认定为系属强行法规范。普遍管辖权是否具备普遍效力，仍需自其国际法渊源论证。

二、《条款草案》中普遍管辖权的国际法渊源

普遍管辖权的国际法渊源为国际协议和习惯国际法。⁴³为界定普遍管辖权的触发机制应归于国际协议之违反或习惯国际法之违反，宜自法教义学角度解析《条款草案》第7条第二款。

（一）国际协议作为普遍管辖权之规范来源与适用逻辑

《条款草案》第7条第二款为各国建立了广泛的毋需联系的普遍管辖权。⁴⁴《条款草案评注》也确认，无论是否存在传统管辖权，起诉国均可对被告人行使普遍管辖权。⁴⁵《条款草案》或《条款草案评注》均未将被告人限定为《条款草案》的缔约国国民。同时，自《条款草案》的立法渊源来看，《条款草案》第7条第二款借鉴自1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（以下简称《酷刑公约》）第5条，二者表述几乎一致，都寻求建立对条约所涵盖罪行的普遍管辖权，无论被告人是否为缔约国国民。⁴⁶

然而，若《条款草案》第7条第二款仅以国际协议作为法律渊源，那么非缔约国，作为真正的普遍管辖权的行使者与利害关系国，⁴⁷毋需基于草案内容本身

⁴³ Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 4th edn, 2019), p.57, Michael P. Scharf, "Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction on Nationals of Non-Party States" (2001) 35 *New England Law Review* 363, p.363, Julia Geneuss, "Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction" (2009) 7 *Journal of International Criminal Justice* 945, p.951-952, Martha M Bradley, "Jus Cogens' Preferred Sister: Obligations Erga Omnes and the International Court of Justice-Fifty Years after the Barcelona Traction Case", in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, 1st edn, 2021), p.208, 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第79页。

⁴⁴ 联合国大会第六委员会：《危害人类罪：书面摘要》，A/C.6/78/2 (2024)，第17页，国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第78-79页。有代表团认为，第7条第二款涉及普遍管辖权。阿根廷、巴西、捷克、萨尔瓦多、新加坡、英国、丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典认为，防止和惩治危害人类罪草案第7条明示或默示地建构了对危害人类行为的普遍管辖权。

⁴⁵ International Law Commission, *Adopted by the International Law Commission at Its Seventy-First Session, Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, with Commentaries*, U.N. Doc. A/74/10 (2019), p.86.

⁴⁶ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第79页。

⁴⁷ Anthony J. Colangelo, "The Legal Limits of Universal Jurisdiction", (2006) 47 *Virginia Journal of International Law* 149, p.157, 183. 利害关系国是指被告人的国籍国或犯罪行为发生地国。

容忍缔约国的普遍管辖权的行使，缔约国行使普遍管辖权的行为系未经同意的权力投射，构成对 1969 年《维也纳条约法公约》第 34 条“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”的违反和对非缔约国国家主权之突破。这是由于国际法委员会并非国际社会的立法机构，不能仅凭《条款草案》第 7 条第二款就认定普遍管辖权的普遍性。但日前除新加坡、土耳其与美国，尚无国家质疑《条款草案》第 7 条第二款构成对非缔约国国家主权之突破。⁴⁸是故，最合逻辑的说法只能是：该普遍执行管辖权产生于习惯国际法，防止和惩治危害人类罪草案第 7 条是普遍管辖权在习惯国际法中的证据。普遍管辖权从根本上来说就是一种习惯法。⁴⁹此外，新加坡认为，若仅基于条约效力，普遍管辖权只能对缔约国国民行使。⁵⁰该观点也与以上结论相符。

况且，普遍管辖权本身的“普遍”性要求也不容许普遍管辖权仅以国际协约作为法律渊源。⁵¹仅以国际协约作为法律渊源的普遍管辖权并不“普遍”，其基于缔约国之间的同意，仅在缔约国之间有效，而普遍管辖权应能针对非缔约国国民或以非缔约国作为犯罪发生地的危害人类罪行使。仅以国际协约作为法律渊源的普遍管辖权实际上只是义务性的对人的属地管辖权。⁵²除非条约中的条款是对习惯国际法的重述或通过普遍批准和实施成为习惯国际法，否则普遍管辖权不应仅以国际协约作为法律渊源。⁵³

综上，除非存在习惯国际法的允许，否则一国无权在不存在联系的情况下以《条款草案》第 7 条第二款为依据对实施了危害人类行为的被告人行使普遍管辖权。故有必要探讨此种普遍管辖权的另一国际法渊源。

（二）习惯国际法作为普遍管辖权之规范来源与适用逻辑

对危害人类行为的普遍管辖权的习惯国际法性质一直备受争议，⁵⁴因此种管辖权的习惯国际法推导路径有疑。普遍管辖权习惯法性质的认定存在理论推导和习惯国际法两要素识别方法两种路径。以下自这两个角度明晰普遍管辖权的习惯国际法性质，以期为普遍管辖权的规范适用寻找可能。

1. 基于规范理论推导：普遍管辖权之国际习惯法属性认定

⁴⁸ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第 79-80 页，国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他方面的补充评论和意见增编》，A/CN.4/726/Add.2 (2019)，第 5 页。

⁴⁹ Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction”, p.166.

⁵⁰ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第 83 页。

⁵¹ Julia Geneuss, “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction”, p.953.

⁵² Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, I.C.J. Reports 2002, p.74-75, para.41.

⁵³ Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford: Oxford University Press, 1 edn, 2003), p.43.

⁵⁴ Sienho Yee, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, p.519-520, Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford: Oxford University Press, 1 edn, 2003), p.X, M.Charif Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice” (2001) 42 Virginia Journal of International Law 81, p.83.

对危害人类罪的普遍管辖权已被广泛视为习惯国际法的一个公认特征,然而其论理的坚实性仍有待考量。⁵⁵关于此种普遍管辖权的习惯国际法性质的理论建构,存在四种进路:实证法学派理论、⁵⁶“荷花号案”原则、⁵⁷核心价值理论⁵⁸及普遍管辖权分类理论。⁵⁹

(1) 实证主义视角下的习惯认定方法

该理论通过类比海盗罪的普遍管辖权论证方式,推理对危害人类行为的普遍管辖权的习惯国际法渊源。⁶⁰海盗罪普遍管辖权的习惯国际法性质建构于以下三点之上:第一,海盗行为通常发生于公海及国家管辖范围内水、领海之外,⁶¹任何国家均无法行使完全的属地管辖权,⁶²故赋予各国以习惯国际法为渊源的普遍管辖权,不要求属地联系。第二,因被告人及船舶属被剥夺国家法律权益者(outlaw),⁶³其被排除于船旗国法律保护外,任何一国,甚至船旗国关于被告人及船舶的法律联系都不强于他国,排除了属人联系。第三,海盗罪指向国际社会中不特定国家的财物或人员,甚至可能破坏国际社会的商业贸易及航海安全,故被视为“全人类的敌人(hostis humani generis)”,国际社会之各国均可对之逮捕惩罚。⁶⁴各国法院及联合国海洋法公约也认可各国对海盗罪享有以习惯国际法为渊源的普遍管辖权。⁶⁵

⁵⁵ Madeline H. Morris, “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks”, (2001) 35 New England Law Review 337, p.347.

⁵⁶ Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, 36 International Law Report 277, p.299. 但是也有观点认为以色列法院并未在该案中适用普遍管辖权原则,而是基于被动的属人管辖原则对被指控人进行管辖,因以色列国民主要由犹太人构成,犹太人是这些罪行的主要受害者。考虑到以色列与德国纳粹之间的关系,对该案被指控人的管辖可能受被动属人管辖权的影响,并不基于或并不完全基于普遍管辖权。同时,该起诉针对的是来自纳粹时代的犯罪嫌疑人,指控具备特殊背景。但是其中对普遍管辖权的论理仍具备借鉴意义。

⁵⁷ The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey), Joint Separate Opinion, I.C.J Reports 2002, p.73, para.35; Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Separate Opinion of President Guillaume, I.C.J. Reports 2002, p.43, para.14-15.

⁵⁸ Sienho Yee, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, p.507.

⁵⁹ HG Maier, ‘Jurisdictional Rules in Customary Law’ in KM Meessen (ed.), *Extraterritorial jurisdiction in theory and practice* (Leiden: Brill | Nijhoff, 1st edn, 1996) p.64, 78.

⁶⁰ Meghna Rajadhyaksha, “Universal Jurisdiction in International Law”, (2002-2003) 2 Law Review, Government Law College 1, p.5.

⁶¹ Kenneth C. Randall, “Universal Jurisdiction under International Law”, (1988) 66 Texas Law Review 785, p.792. 也有学者认为,国际社会各国对专属经济区内发生的海盗行为也可以行使普遍管辖权。See: Dubner, Barry Hart, “The law of International Sea Piracy” (1980), 11 New York University Journal of International Law and Politics 471, p.473, Bernard H. Oxman, “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1976 New York Sessions”, (1977) 71 American Journal of International Law 247, p.259-268.

⁶² J. Craig Barker, John P. Grant (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, (NY: William S. Hein & Company, 1st edn, 2007), p.235.

⁶³ Edwin D. Dickinson, “Is the Crime of Piracy Obsolete?”, (1925) 38 Harvard Law Review 334, p.336-338.

⁶⁴ Meghna Rajadhyaksha, “Universal Jurisdiction in International Law” (2002-2003) 2 Government Law College 1, p.3, Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, 36 International Law Report 277, p.300, M. Cherif Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, p.96.

⁶⁵ United States v. McRary, Judgment, Fifth Circuit Court of Appeals, Federal Reporter Second Series vol.665, p.674, United States v. Smith, Judgment, the Circuit Court of Virginia, United States Reports 5 Wheat., p.158, James Leslie Brierly, *The Law of Nations*, (Oxford: Clarendon Press, 6th edn 1963) p.311-314, Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, 36 International Law Report 277, p.299, Madeline H. Morris, “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks”, (2001) 35 New England Law Review 337, p.346, 联合国:《联合国条约集》, vol. 1833 (1994), No.31363, 第 244-245 页。

但是正如 Moore 法官在荷花号案的反对意见中所说, 海盗罪在管辖方面是特殊的。⁶⁶ 海盗罪的犯罪行为发生地多处于国家属地管辖权范围之外, 不存在地域限制,⁶⁷ 而危害人类行为多发生于一国管辖领土之内, 具备属地联系;⁶⁸ 更何况传统普遍管辖权可优先普遍管辖权适用。⁶⁹ 所以无法据此推断对危害人类罪应行使普遍管辖权。

就属人联系的排除而言, Manley O. Hudson 认为, 国家不因居民的海盗行为失去居民对国家的宣誓效忠, 以致失去对居民的司法管辖权。⁷⁰ 被告人及船舶不因海盗行为而被褫夺来自属人国的法律保护。

在 Eichmann 案中, 以色列法院声称其对危害人类罪的被告人行使的普遍管辖权类比推理自海盗罪。⁷¹ 危害人类罪的危害程度及造成的谋杀性后果被公认为对国际社会共同切身利益的折损, 类似于海盗罪对海上航行者及从事跨国贸易者造成的人身、财产伤害, 危害人类罪据此取得基于习惯国际法的普遍管辖权。⁷² 此种论理类似于核心价值理论, 其证成力将于下文详述。此外, 以色列法院针对的是纳粹时期的犯罪嫌疑人, 而针对纳粹时期的犯罪嫌疑人进行的起诉是不会遭利害关系国反对的,⁷³ 这就削弱了 Eichmann 案在普遍管辖权习惯国际法性质论证中的强度。⁷⁴

此外, 海盗罪和危害人类罪在概念上存在本质差异: 构成海盗罪者须为私人行为,⁷⁵ 而《条款草案》第二条要求危害人类行为具备“广泛性”“系统性”要件以及“政策”要素,⁷⁶ “政策”通常要求国家或组织积极促成或推动,⁷⁷ 其后通常都有公权力机关或掌握公权力者的参与。⁷⁸ 海盗罪的实施人员通常是船旗国的国民, 而

⁶⁶ The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey), Dissenting Opinion by M. Moore, I.C.J Reports 2002, p.70.

⁶⁷ Alfred P. Rubin, Piracy, in John P. Grant, J. Craig Barker (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, (NY: William S. Hein & Company, 1st edn, 1996), p.242.

⁶⁸ International Law Commission Seventieth session, *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens)* by Dire Tladi, *Special Rapporteur*, A/CN.4/714 (2018), p.68, Draft conclusion 22.

⁶⁹ Julia Geneuss, “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction”, p.957-958.

⁷⁰ Manley O. Hudson, “Harvard Research in International Law, Draft Convention and Comment on Piracy”, 26 *American Journal of International Law* (Supplement 1932) 739, p.825.

⁷¹ Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, 36 *International Law Report* 277, p.299, Madeline H. Morris, “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks”, (2001) 35 *New England Law Review* 337, p.346.

⁷² Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, 36 *International Law Report* 277, p.299-301.

⁷³ Mark Chadwick, “Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond”, p.365.

⁷⁴ Sienho Yee, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, p.521.

⁷⁵ E. Kontorovich, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation” (2004) 45 *Harvard International Law Journal* 183, p.210.

⁷⁶ “系统性”要件通常包含对“政策”的要求。Kai Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, (Munich/Oxford/Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos, 4th edn, 2021), p.256.

⁷⁷ U.N., *Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Part II, B. Element of Crimes, ICC-ASP/1/3 (2002), p.116.

⁷⁸ “组织”一般认为不包括非国家的行为实体。认定“组织”需要满足以下全部或部分要件: 该团体是否处于责任人的指挥之下, 或者具备固定层次结构; 该团体是否事实上拥有对平民人口实施广泛或有系统地攻击的手段; 该团体是否对一国的部分领土行使控制权; 该团体是否以攻击平民人口为主要目的; 该团体是否直接或间接地表示攻击平民人口的意图; 该团体是否隶属于更大的团体, 该团体满足上述部分或全部标准。Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation

危害人类罪的实施者一般为军事或政治系统中的指挥官或高级成员。⁷⁹危害人类罪通常与国家行为相关，此类审判实际上往往构成对一国政策的判断，甚至可能构成对另一国官员行为正当性的判断。在这种情况下，可以预见，普遍管辖权将成为引发国家间冲突的根源和工具。⁸⁰国际关系的极度不稳定性阻碍习惯国际法的形成。⁸¹故普遍管辖权的习惯国际法渊源难自海盗罪类比而来。

（2）核心权利保护视角下的习惯正当性分析

该理论发源自防止和惩治危害人类犯罪行为规范的高度道德性，认为普遍管辖权的习惯国际法渊源可自危害人类行为对国际社会基本价值、人的尊严和基本价值的减损中推导出来。⁸²该论证方式也体现于部分司法判例中。如 *Eichmann* 案中的法院认为，被指控人行为的有害影响如此深入和广泛，以至于动摇了国际社会的根基。⁸³其他案例如以色列（*Demjanjuk*），⁸⁴加拿大（*Finta*）以及英国（*Sawoniuk*）。⁸⁵以上所引案例均是因被告人侵害了人类价值中最为关键的权利，引起了国际社会的广泛谴责。但是，在危害人类罪中行使普遍管辖权的案件数量极少，仅存的基于此观点的普遍管辖权域外行使的案例大多在民事诉讼程序中进行，⁸⁶对此种观点很难提供国际刑法实践意义的支持。

况且，核心权利理论与习惯国际法之间的推导链过长，这为国家操纵法律留下了空间。⁸⁷一国法院可能因此将自己设置为国外暴行的普遍法官，⁸⁸有选择性地行使普遍管辖权。随意行使普遍管辖权的国家不局限于发达国家，美国、英国等发达国家也恐惧受到伊拉克等“流氓国家”基于政治动机的审判。⁸⁹发展中国家则怀疑普遍管辖权是西方新殖民主义的一种形式，发达国家试图通过普遍

in the Republic of Kenya (Situation in the Republic of Kenya), Decision, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-19-Corr, p.39, para.93. W. Schabas, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (Oxford: Oxford University Press, 2nd edn, 2016), p.152.

⁷⁹ 被指控犯有危害人类罪的 Slobodan Milošević 是前南斯拉夫及塞尔维亚总统；Radovan Karadžić 是波斯尼亚塞族领导人；Ratko Mladić 是波斯尼亚塞族总司令；Jean-Paul Akayesu 是卢旺达吉塔拉马省塔巴乡的乡长，Théoneste Bagosora 是卢旺达政府军高级军官，Thomas Lubanga Dyilo 是刚果民主共和国武装团体领导人，Omar Al-Bashir 是苏丹前总统。

⁸⁰ Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p.67, Madeline H. Morris, “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks”, p.354.

⁸¹ De Visscher, Charles and P. E. Corbett, *Theory and Reality in Public International Law* (Princeton: Princeton University Press, 1st edn, 1957), p.156.

⁸² Julia Geneuss, “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction”, p.951.

⁸³ Attorney General v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel Criminal Appeal 336/61, 36 International Law Report 277, p.304.

⁸⁴ *Demjanjuk v Petrovsky*, certiorari denied, Federal Reporter Second Series, vol.776, p.571.被告自美国引渡而来。

⁸⁵ Bello, Judith Hippler and Irwin Cotler, “Regina v. Finta.” (1996) 90 The American Journal of International Law 460, p.460, Mark Chadwick, “Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond”, p.365.

⁸⁶ Antonio Cassese, *International criminal law* (Oxford: Oxford University Press, 1st edn, 2003), p.9.

⁸⁷ Tan Yudan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law* (Leiden: Brill | Nijhoff, 1st edn, 2021), p.37.

⁸⁸ Antonio Cassese, *International criminal law*, p.9.

⁸⁹ Meghna Rajadhyaksha, “Universal Jurisdiction in International Law”, p.17.

管辖权将自身的价值判断与标准强加于发展中国家。⁹⁰实际上,非洲联盟(以下简称“非盟”)已经对普遍管辖权行使过程中的人道帝国主义倾向提出抗议,认为在危害人类罪的普遍管辖权行使过程中存在针对欠发达地区与国家的现象。2009年,非盟表达了对公然滥用普遍管辖权原则的担忧,认为普遍管辖权原则的使用存在滥用和政治化,并呼吁停止所有的基于普遍管辖权的起诉;⁹¹2015年,针对西班牙法官对卢旺达籍埃马纽埃尔·卡伦齐·卡拉克中将签发的逮捕令,非盟秘书长递交联合国安全理事会主席的信中称,此行为带有政治动机,严重侵害了非洲国家的主权和尊严,构成对整个非洲的攻击。⁹²此外,Guillaume 院长也指出,支持此种论理下的普遍管辖权就是“鼓励为强者的目的而任意行事,是为定义不清的‘国际社会’行事”。⁹³

再者,仅基于危害人类罪对核心权利的侵犯赋予国际社会各国以作为习惯国际法的普遍管辖权,脱离国际司法实践中普遍管辖权的发展现状与各国对普遍管辖权的共同确信,可能导致《条款草案》无法得到国际社会多数国家的支持,沦为一纸空文。以1948年《防止和惩治灭绝种族罪公约》(以下简称《灭绝种族公约》)为例,该公约背离了适时的针对灭绝人类行为产生的普遍管辖权现状,认为产生于防止和惩治灭绝种族罪规范的普遍管辖权具备习惯法效力。这可能是导致《灭绝种族公约》多年未见成效的原因之一。⁹⁴条约若无国家实践与法律确信,其规则将面临解释上的困难和无效风险。⁹⁵

总之,纯粹的核心权利理论在逻辑推演与实证基础上存在局限,故学者提出在核心权利理论中加入强行法规范以完善框架。满足以下标准即可产生以习惯国际法为渊源的普遍管辖权。第一,被告人行为违反国际法的强制性规范;第二,被告人行为须满足对严重程度和规模的要求,可以被视为对国际法律秩序的伤害。但据前述,法院争议的规范性质不应影响普遍管辖权的享有及习惯国际法之形成判断。⁹⁶且强行法规范作为保护国际社会基本价值的规范,自其产生就与与国际社会的基本价值及其保护联系在一起。⁹⁷此理论仅做了对强行法的多次强调。

(3) “荷花号案”视角下的习惯构建路径

⁹⁰ Tan Yudan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.18.

⁹¹ 联合国大会第六十五届会议:《暂定项目表项目 124(a): 联合国同各区域组织及其他组织的合作: 联合国同非洲联盟的合作》A/65/74 (2010), 第 15 页。

⁹² 联合国安全理事会:《2015 年 7 月 29 日秘书长给安全理事会主席的信》,附件, S/2015/575, 第 3-4 页。

⁹³ Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Separate Opinion of President Guillaume, I.C.J. Reports 2002, p.43, para.15.

⁹⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p.133.

⁹⁵ Charles De Visscher, *Theory and reality in public international law*, 155.

⁹⁶ Martha M Bradley, “Jus Cogens’ Preferred Sister: Obligations Erga Omnes and the International Court of Justice-Fifty Years after the Barcelona Traction Case”, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, 1st edn, 2021), p.207.

⁹⁷ Patrícia Galvão Teles, “Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Fundamental Values of the International Community”, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, Developments in International Law volume 75, 2021), p.46, 48.

此论证方式自荷花号案递衍而来。作为习惯国际法的普遍管辖权存续与否取决于国际法中是否存在禁止基于危害人类罪的普遍管辖权的行使的禁止性规范，支持其存续的规范是否存在并不重要。因为不存在此种禁止性规范，故国际社会各国可以行使作为习惯国际法的普遍管辖权。⁹⁸

但荷花号案产生的实践背景已经远远不同于如今的实践背景。在 1927 年判决当时，国际刑法甚至国际条约法均未得到完全的发展，为防有罪不罚，也为国际法的发展提供灵活性，荷花号案鼓励各国在合适的情况下制裁被告人；但是现今国际刑法已经得到长足的发展并已建构完备体系。若继续允许“荷花号”案原则作为国际协议、习惯国际法体系外的异生力量存续，则可能导致国际司法体系的混乱。⁹⁹普遍管辖权，即使是在最美好的意图下，也可能被滥用，造成政治摩擦、破坏世界秩序，违背正当程序、剥夺个人人权。¹⁰⁰在国际刑法已经形成较为完善体系的当下，国际刑法应当发挥其谦抑性，¹⁰¹不应仅强调有罪不罚，还应当着眼于对国际人权保护和干涉内政原则的平衡。

同时，基于国际刑法的体系化，《维也纳条约法公约》第 34 条作为针对“荷花号”案的禁止性国际法规范，阻断了依照“荷花号”案原则认定危害人类罪的普遍管辖权习惯法性质之可能。¹⁰²依照《维也纳条约法公约》第 34 条的规定，一国无权为外国创设义务或剥夺其权利。因此，无论普遍管辖权系基于一国对他国被告人行使普遍管辖之义务，¹⁰³还是基于确定是否管辖之选择，¹⁰⁴均涉及为非缔约国创设义务的情形。即使认为《条款草案》的非缔约国有权对被告人行使普遍管辖，普遍管辖权的行使或者要求利害关系国履行提供证据、或起诉或引渡、协助调查之义务，¹⁰⁵或者要求利害关系国放弃基于属人联系或属地联系的管辖权，这也构成了对《维也纳条约法公约》第 34 条的违反。

事实上，国际立法过程本就是属于不同罪行的公约的拼凑积累，罪行的演变基本上都是临时性的，在某一特定类别内的立法政策很少或没有连续性，不同罪行之间也没有联系，许多公约因其保护的相同社会利益或相同主题事项才

⁹⁸ Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Separate Opinion of President Guillaume, I.C.J. Reports 2002, para.49-54, Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Joint Separate Opinion, I.C.J. Reports 2002, p.73, para.35.

⁹⁹ Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Separate Opinion of President Guillaume, I.C.J. Reports 2002, para.35, 43.

¹⁰⁰ Kobina Egyir Daniel, “A Jus Cogens Human Rights Exception to Head of State Immunity: Fact, Fiction or Wishful Thinking?”, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Disquisitions and Disputations*, (Leiden; Boston: Brill, Developments in International Law volume 75, 2021), p.760.

¹⁰¹ Luc Reydam, *Universal jurisdiction: international and municipal legal perspectives*, p.8.

¹⁰² Michael P. Scharf, “Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction on Nationals of Non-Party States”, p.374.

¹⁰³ ILC, adopted by the International Law Commission at Its Seventieth session, *Third Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens)* by Dire Tladi, *Special Rapporteur*, A/CN.4/714 (2018), p.68, ILC, Adopted by the International Law Commission at Its Seventy-First Session, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, U.N. Doc. A/74/10 (2019), p.2.

¹⁰⁴ Stahn, A Critical Introduction to International Criminal Law, 24.

¹⁰⁵ Declan O’Callaghan, “Is the International Criminal Court the Way Ahead?”, (2008) 8 International Criminal Law Review 533, p.548.

被整合。¹⁰⁶国际立法的无序性也体现于“荷花号”案中，该案的效力并不来自于自身有力的说理，而是来自于拥趸与遵从。¹⁰⁷随国际刑法的不断完备、国际社会日益强大的主权分化，普遍管辖权的习惯国际法渊源应通过传统的习惯国际法两要素识别方法论证。通行的现代国际法通过分配相应普遍管辖权习惯国际法的举证责任，确定了：除非国际法明文规定允许，各国不得就域外事项进行立法。¹⁰⁸

（4）普遍管辖权范式划分视角下的习惯构建

此观点认为普遍管辖权是权力行使不同阶段的单一现象，¹⁰⁹可以依照权力行使的不同阶段将管辖权划分为规定普遍管辖权（universal prescriptive jurisdiction）和执行普遍管辖权（universal adjudicative jurisdiction），后者之所以为习惯国际法，系因前者属于习惯国际法。各国在行使执行普遍管辖权时，需按照前者的内容，即习惯国际法规定的罪行构成要件审理。¹¹⁰

该理论混淆了规范普遍管辖权和实体规范的外延。规定普遍管辖权是国家令法律能够适用于某些人、事件或事物的权力，¹¹¹不仅规定了危害人类罪本身，而且授权了对所有国家国民的管辖。¹¹²这就将实体规范囊括在内。若认为执行普遍管辖权属习惯国际法，系因执行普遍管辖权囊括的实体规范属习惯国际法，则与前述论证相矛盾；若认为执行普遍管辖权属习惯国际法，系因对普遍管辖的规定自身构成习惯国际法，也就是说：除《条约草案》第7条第二款外，无需其他习惯法证据即可对危害人类行为行使作为习惯国际法的普遍管辖权，对危害人类行为的普遍管辖权无需说理，自身即构成习惯国际法。

况且，规定普遍管辖权处于法律规范层面，执行普遍管辖权则处于司法执行层面。在普遍管辖权行使的不同阶段，国家对普遍管辖权的态度并不完全一致。如惩治战争罪、种族灭绝罪的规范被公认为属习惯国际法，但各国是否接受对此类罪行的执行普遍管辖权仍然存疑；¹¹³再如比利时1999年国内法中规定了针对危害人类罪的广泛的规定普遍管辖权条款，该规定管辖权未遭质疑，但其执行普遍管辖权的行使，如对以色列前总理即美国前总统的起诉因遭以色列的质疑与美国的反对，¹¹⁴被迫于2003年对规定普遍管辖权条款进行了修改。¹¹⁵这也反映了

¹⁰⁶ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to international criminal law*, (Leiden: Brill | Nijhoff, 2nd edn, 2013), p.145.

¹⁰⁷ Sienho Yee, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, p.526, para.46.

¹⁰⁸ 造成与“荷花号”案原则相区分的原因是举证责任的分配。进行了域外立法的现代国家，需要就基于习惯国际法的普遍管辖权的存在承担举证责任。Julia Geneuss, “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction”, p.950.

¹⁰⁹ Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, p.25, note 71, Karl M. Meessen, *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, p.78.

¹¹⁰ Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction”, p.150.

¹¹¹ Michael P. Scharf, “Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction on Nationals of Non-Party States”, p.366, Kenneth C. Randall, “Universal Jurisdiction under International Law”, p.786.

¹¹² Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction”, p.161.

¹¹³ Cassese, *International Criminal Law*, p.133, Roger O’Keefe, “Universal Jurisdiction-Clarifying the Basic Concept”, 2 *Journal of International Criminal Justice* 735, p.747.

¹¹⁴ ‘Belgian move against Sharon angers Israel’: http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/2756709.stm.

¹¹⁵ Mark Chadwick, “Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond”,

普遍管辖权权力行使不同位面的国家实践高度存在差异。

总之，该观点虽能清晰划分普遍管辖权行使的不同层次，提出了论述普遍管辖权的习惯国际法渊源问题的新视角，但是相较于该理论的实践价值，其理论价值更深刻，¹¹⁶缺乏相关国际法案例与国家实践的支撑。

2. 基于两要素识别方法：普遍管辖权之国际习惯法属性判定

前述有关危害人类行为的普遍管辖权的习惯国际法判定均有缺陷，若以此论证，难得各国公认。同时，在理论上并没有找到一种偏离习惯国际法两要素识别方法的方式来识别国际刑法中的习惯国际法。只有获得国际社会中足够充沛的国家实践依据，方可认定针对危害人类罪行使的普遍管辖权已经形成习惯国际法或处于形成过程中。是故，此处将采用习惯国际法两要素识别方法来确认普遍管辖权的习惯国际法效力。

首先，需要明确习惯法论证过程中“国家实践”的内涵。依据以上论证，“国家”应仅限于国际社会各主权国。“实践”限于判决已经生效且欠缺国际条约依据的案件。要求判决即已生效，是因普遍管辖权能否成功行使，取决于利害关系国是否反对。若利害关系国提出对被告人的普遍管辖权行使不当，国际社会会认为普遍管辖权的行使属于对国际法的违反。普遍管辖权的成功行使，或者可被视为对原有习惯法规则之巩固，或者可被视为对新生国际法之培育。¹¹⁷要求欠缺国际条约依据，即是此处需排除因国际条约引发的国家实践，否则无法确定国家实践是否基于习惯国际法、能否产生新的习惯国际法。

其次，还需明确“国家实践”和“法律确信”的外延。在对危害人类行为的普遍管辖权是否属于习惯国际法的判断过程中，“国家实践”囊括司法判例、各国国内立法行为、国家对条约及条约草案的行为（如投票和加入）和相关立场，需要着重考量利害关系国的态度和立场；“法律确信”包含代表国家发表的公开声明、司法判决及相关条约的规定。¹¹⁸

再次，“法律确信”在此处的权重高于“国家实践”。在不同的整体背景、规则性质及特殊情况下，国家实践和法律确信二者的权重可能不同。¹¹⁹国际刑法作为具备道德导向特征的法律体系，应当更加关注法律确信而非国家实践。¹²⁰在普遍管辖权习惯法性质识别情境下，现代习惯法强调联合国大会宣言、国际条约或公约草案的文字性描述，更看重“法律确信”的证据。¹²¹因此，以下将更关注习惯国际法的心理要素。缺乏实体要素并不意味着不能在充分的法律确信基础上形成习

p.373.

¹¹⁶ Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, p.57.

¹¹⁷ Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction”, p.173-174.

¹¹⁸ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.47-50.

¹¹⁹ 联合国：《国际法委员会报告：第七十届会议（2018年4月30日至6月1日和7月2日至8月10日）》，A/73/10 (2018)，第23-25页。

¹²⁰ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.38.

¹²¹ Luc Reydam, *Universal jurisdiction: international and municipal legal perspectives*, p.7-8.

惯法规则，虽然可能构成对习惯法的磨损。¹²²

再次，“国家实践”的选取应当具备代表性，囊括大陆法系与普通法系，主要着眼于大国。习惯国际法由国际社会广泛成员的共同实践与法律确信所构建，但大国或地区主导国的实践对习惯规则的塑造力量总是更强。¹²³此外，防止和惩治危害人类罪草案涵盖众多行为，有必要将行为分离讨论，¹²⁴区分危害人类罪母罪项下之各子罪，达致国际刑法中罪责明确、罪刑清晰之原则要求。¹²⁵

最后，对国家实践和法律确信的区分十分困难，而且大多数情况下对二者的区分都是理论性的。以国家决策为例，多数情况下，一个行为能够同时体现国家实践与法律确信。¹²⁶因此，虽然在普遍管辖权习惯法性质识别情境下，现代习惯法强调联合国大会宣言、国际条约或公约草案的文字性描述，更看重“法律确信”的证据，¹²⁷但是国家实践要素的缺乏也会构成对习惯国际法规则的磨损。¹²⁸

（1）国家实践能否确立

首先从国家法院作出的判决开始分析。日前共有七个依照习惯国际法行使普遍管辖权作出危害人类罪判决的司法案例，列举如下：

序号	案件名称	普遍管辖权行使国	案件事实
1	Eichmann 案	以色列	被告系纳粹德国保安局高级官员，曾参与二战时期灭绝犹太人的行动。二战结束后，被告藏匿于德国居住。1960 年，以色列将其带至本国并提起审判。
2	Demjanjuk 案	以色列、德国	被指控人为乌克兰裔美国公民，曾在第二次世界大战期间担任纳粹德国集中营的看守，指控称他在第二次世界大战期间参与了对犹太人及其他少数民族的虐待、屠杀和强迫劳动。1977 年，被美国司法机关起诉。1993 年，被引渡至以色列并被判处死刑。1996 年，以色列最高法院在证据复审后，宣布其无罪。2009 年，被引渡至德国并提起审判。

¹²² Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.39.

¹²³ Malcolm Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 9th edn, 2021), p.507.

¹²⁴ Carsten Stahn, *A critical introduction to international criminal law*, p.68.

¹²⁵ 【德】格哈德·维勒著：《国际刑法学原理》，王世洲译，商务印书馆 2009 年版，第 44-45 页。

¹²⁶ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.48.

¹²⁷ Luc Reydam, *Universal jurisdiction: international and municipal legal perspectives*, p.7-8.

¹²⁸ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.39.

序号	案件名称	普遍管辖权行使国	案件事实
3	Finta 案	加拿大	被指控人在第二次世界大战期间担任匈牙利警察，期间他被指控参与了对犹太人和其他少数民族的迫害和屠杀。1993 年被加拿大政府起诉。但因他的犯罪行为缺乏明确证据支持指控，最终无罪释放。
4	Sawoniuk 案	英国	被指控人被指控在纳粹占领波兰期间作为军警参与了对平民，特别是犹太人的屠杀和虐待。
5	Scilingo 案	西班牙	被指控人曾在阿根廷军政府担任海军军官，被指控参与“肮脏战争”，包括在军舰上殴打政治犯，实施酷刑，将囚犯从飞机抛到大海的行为。2005 年，自愿前往西班牙受审。被指控犯有危害人类罪。
6	Faqirzada 案	荷兰	被指控人曾在阿富汗前政府安全警察部队工作，该部队曾被控实施多项危害人权的行为。2006 年被荷兰起诉。
7	Habre 案	比利时	被指控人系乍得前总统。其在位期间，其领导的政府被指控系统地实施了酷刑、大规模强奸和政治迫害，造成数万人死亡。经过受害者组织在赛加内尔及比利时提起诉讼、比利时向赛贾内尔发出引渡令、比利时在国际法院向赛加内尔提起诉讼并被驳回起诉后，2012 年，赛加内尔与非洲联盟一道成立特别法庭，于 2016 年对被指控人作出判决。

各国之所以在以上案件中行使普遍管辖权，系因世界对与人权保护的良知和需要被突然唤醒，出于强烈的逮捕和惩治纳粹罪犯的需要，开始尝试各种可能的管辖权形式以满足起诉需求，实质上属于二战同盟国起诉对同盟国犯下罪行的个人的例子。因此，普遍管辖权在此时得到了最多的适用与支持，对此类案件的起诉不会遭到利害关系国的反对。

并且此类案件可能并不仅基于普遍管辖权，而是基于消极人格或保护原则，尤其对以色列而言。因此，前四案件能否作为普遍管辖权习惯法性质中的国家实践的证据，是存疑的。¹²⁹即使能作为普遍管辖权习惯国际法性质的国家实践证据，

¹²⁹ Mark Chadwick, “Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and

其证明效力也不高。

后三案件，从行使普遍管辖权的国家数量来看，很难认为其符合习惯国际法实践要素对“简单多数”的要求；¹³⁰从被指控人的身份性质来看，大多数为政变前政府的高级工作人员甚至三巨头，被指控人国籍国在经历政变后，对普遍管辖进行干预的可能性较小，即使普遍管辖权的行使不符合习惯国际法，利害关系国也不会妨害，且 Scilingo 案系被指控人主动投案自首，而非西班牙主动行使普遍管辖权，这也降低了 Scilingo 案的证明价值。总的来说，以上案件能够被普遍管辖而不为利害关系国干涉，多因政治影响。

其次，是国际社会各国在国内法中是否规定了允许对危害人类罪的普遍管辖权。¹³¹在此处仅能考虑的是非罗马规约缔约国，或虽为罗马规约缔约国，但其规定了广泛于罗马规约要求的普遍管辖权，或虽为罗马规约缔约国，但其对危害人类罪的普遍管辖权早于其批准罗马规约前设立。这是为了规避依照罗马规约第八十六条、第八十八条修改自身国内立法的罗马规约缔约国。依照罗马规约要求在本国法中增加对危害人类罪的普遍管辖权，可能能够体现对危害人类罪普遍管辖权习惯国际法效力的认同，但是并非基于习惯国际法的普遍管辖权实践。事实上，目前符合以上条件的国内立法并不多。即使加入为符合规约要求的罗马规约缔约国的国内立法，截至 2009 年，仅有欧洲联盟的 11 个国家和非洲联盟的 8 个国家已颁布了允许对危害人类罪行使这种管辖权的法律；¹³²在 Sean Murphy 抽样的 83 个国家中，仅 6 个非罗马规约缔约国就危害人类罪进行了立法。¹³³各国虽赞同作为习惯国际法的普遍管辖权，但在国家实践中却采取了更为谨慎的态度。

再次，是国家对条约及条约草案的行为（如投票和加入）和相关立场，包括国家在会议上对条约文本的评论、提案和辩论，对条约的表决、通过和批准。¹³⁴此处的“条约”“会议”并无明确外延，故与危害人类罪的普遍管辖权行使有关的条约都将纳入讨论范围。与危害人类罪普遍管辖权相关的条约即《条款草案》，《罗马规约》讨论所涉虽非普遍管辖权，但是涉及管辖权的域外行使，因此也可从罗马规约辩论的各个阶段、各国拒绝加入罗马公约之原因一窥各国对域外管辖之态度。

涉及域外管辖的条款敏感且复杂。¹³⁵纵观《罗马规约》起草过程，从国际法委员会规约草案，到筹备委员会准备的规约草案，最后到罗马会议的谈判，在辩

Beyond”, p.365.

¹³⁰ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.40.

¹³¹ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.43.

¹³² 国际法委员会第六十七届会议：《关于危害人类罪的第一次报告：由特别报告员肖恩·墨菲编写》，A/CN.4/680 (2015)，第 11 页，脚注 32。

¹³³ Sean Murphy, “Toward a Convention on Crimes against Humanity?”, *La Revue des Droits de l’Homme*, <https://journals.openedition.org/revdh/1185#article-1185> (Last visited April 7, 2025).

¹³⁴ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.49.

¹³⁵ Kirsch, Philippe and John T. Holmes, “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, (1999) 93 *The American Journal of International Law* 2, p.2.

论的各个阶段都存在有关域外管辖的辩论。

国际法委员会拟定的罗马规约草案中采取了“选择加入”（Opting-in）模式，国家接受国际刑事法院的域外管辖需批准或加入公约同时提交特别声明（special declaration），这种模式被认为削弱了域外管辖，故不采。¹³⁶规约草案备选文 2 中提出了个案处理方式，但是由于其基于选择加入模式，也未被接受。在筹备委员会规约草案及部分国家提出的有关管辖权的提案中，囊括了德国提出的普遍管辖权、韩国提出的在宽泛的管辖权基础上的国家强制同意、英国提出的羁押国和犯罪发生地国双重同意（1998 年删除了羁押国同意的要求）、美国提出的被告领土国和被告国籍国双重同意。¹³⁷主席团有意选择了更谨慎的做法，排除了德国提案。¹³⁸但有国家提出，韩国提案也近似于一种准普遍管辖权模式。1998 年 7 月 10 日，美国强调，任何普遍管辖权及其变体都是不可接受的。¹³⁹然而，另一些国家指出，英国提案对普遍管辖权的限制性过强。为达一致，草案中将第十二条修改为国家同意和英国提案（修改前）的结合。美国在表决前最后一小时提出新的提案，除非缔约国自愿接受管辖外，国际刑事法院对非缔约国作为被告领土国、被告国籍国的案件无权管辖，¹⁴⁰中国赞同该提案，但该提案被一项不作为动议否决。针对域外管辖问题，依据以上立法过程来看，一些代表团之间的立场难以调和，1966 年成立的特设委员会显示，对危害人类行为是否能够域外管辖、域外管辖严宽程度的代表团立场莫衷一是，¹⁴¹很难仅依照罗马规约的通过认定对危害人类罪的域外管辖具备国家实践基础。此外，虽然《罗马规约》于 1998 年 7 月 7 日以 120 票赞成、7 票反对以及 21 票弃权通过，世界上超过三分之一的国家至今仍非罗马规约的缔约国。自该公约的批准数量，也很难认为域外管辖条款获多数认可。¹⁴²尤其联合国五常中的三国均因反对其域外管辖条款而拒绝批准《罗马规约》。

143

《条款草案》第七条主要涉及国际法委员会第七十一届会议、联合国大会第六委员会及两次续会上的相关文件及各国、国际组织及其他实体的评论。依据 2019 年国际法委员会发布的《危害人类罪：各国政府、国际组织及其他实体提交

¹³⁶ Leila Sadat Wexler, *The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal*, (1996) 29 *Cornell International Law Journal* 665, 669, General Assembly, *UNGA Resolution 49/53 Establishment of an international criminal court*, A/RES/49/53 (1994), p.1-2, General Assembly, *UNGA Resolution 50/46 Establishment of an international criminal court*, A/RES/50/46 (1995), p.1-2.

¹³⁷ Kirsch, Philippe and John T. Holmes, “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, p.9.

¹³⁸ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Discussion Paper*, A/CONF.183/C.1/L.53 (1998), p.10-13.

¹³⁹ Philippe Kirsch, “The Rome Conference on the International Criminal Court: A Comment”, (1998) Nov.-Dec. *American Society of International Law Newsletter* 1, p.8.

¹⁴⁰ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Proposal Submitted by the United States of America*, A/CONF.183/C.1/L.90 (1998), p.1.

¹⁴¹ Politi, (1997) 13 *NEP* 149–150.

¹⁴² 中国，《中华人民共和国政府关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见》，第 4 页，最后访问时间：2025 年 4 月 12 日。本文件为根据联大第 77/249 号决议提交之书面意见，未分配联合国文件编号，但由联合国第六委员会官方网站公开发布。

¹⁴³ Declan O’Callaghan, “Is the International Criminal Court the Way Ahead?”, p.553-555.

的评论与观察》(以下简称《评论和观察》),各国就作为习惯国际法的普遍管辖权是否享有及行使方式并无一致意见。北欧各国、瑞士、捷克、摩洛哥、塞拉利昂等国则赞同对危害人类罪的普遍管辖权的设立,尤其塞拉利昂明确指出“对危害人类罪的普遍管辖权已经确立”;阿根廷、澳大利亚、萨尔瓦多、希腊等国认为,仅规定普遍管辖权过于广泛笼统,考虑到普遍管辖权的复杂性及管辖权冲突可能,或者建议将普遍管辖权区分为缺席的和到场的普遍管辖权,或者建议为普遍管辖权的行使提供更灵活的适用程序或自由裁量权;中国、新加坡、土耳其认为,《条款草案》中规定的普遍管辖权仅适用于缔约国国民;巴西认为,危害人类罪的普遍管辖权尚未发展为习惯国际法;美国明确反对普遍管辖权对危害人类行为的行使,认为其尚不构成习惯国际法;英国则采取了更迂回的方式,认为其国内法体系不足以支撑对危害人类罪的普遍管辖权,在批准该公约前,其将全面评估对自身司法制度的影响。综上所述,就《条款草案》第7条第二款的规定是否构成习惯国际法,各国尚未达成一致意见。同时,部分国家采中立立场,或限定普遍管辖权的适用程序,或要求明确普遍管辖权的内涵、外延,试图平衡政治可接受性与实践可行性,以降低方案面临的阻力;少部分国家否认《条款草案》第7条第二款构成习惯国际法,部分国家赞同《条款草案》第7条第二款的习惯法效力。采中立立场、否认习惯法效力及赞同习惯法效力的国家数量基本相当,故只能认为国际社会在该问题上仍在踌躇。

还有,应考虑利害关系国是否以管辖有违习惯国际法为由,干涉他国普遍管辖权的行使。利害关系国的干涉并非国家实践或法律确信,而是确定二者证据适格的方式。¹⁴⁴若利害关系国反对普遍管辖权的行使,国际社会可能将之视为管辖国的持违反约而非对旧有习惯法的遵循或修正。¹⁴⁵在危害人类罪普遍管辖权的行使历程中,利害关系国提出的并不少见。Eichmann案中,被告人居住国阿根廷声称其领土主权因被指控人的移交而遭到侵犯¹⁴⁶; Pinochet案中,被告人居住国智利、犯罪行为发生地国玻利维亚和阿根廷认为英国行使普遍管辖权的行为侵害了其国家主权和司法主权;¹⁴⁷ Khaled El-Masri案中,被指控人国籍国美国拒绝引渡被指控人,并质疑德国行使普遍管辖权的合法性; Abdul Rahman Abu Sudair案中,被指控人国籍国沙特阿拉伯政府认为英国、无权就本国公民在本国领土上的行为行使管辖权,并向英国抗议; Alois Brunner案中,叙利亚否认其在本国境内的存在,拒绝引渡; Ali Abdoulaye Kalia案中,被指控人国籍国乍得反对以色列普遍管辖权的行使,认为以色列的行为侵害了自身国家主权。Eichmann案及

¹⁴⁴ Tan Yudan. *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.42.

¹⁴⁵ Anthony J. Colangelo, "The Legal Limits of Universal Jurisdiction", p.184.

¹⁴⁶ 联合国安全理事会:《安理会惯例汇编》,(1946-2007),第八章,阿根廷的控诉(艾希曼案例), p.159-160.

¹⁴⁷ Manpreet Sethi, "The Pinochet Case: Implications for Chile, Latin America and the World", Strategic Analysis: A Monthly Journal of the IDSA, https://ciaotest.cc.columbia.edu/olj/sa/sa_99sem02.html, (Last visit April 9, 2025).

Pinochet 案对国家实践的证明力,即因被指控人居住国基于国家主权的反对而遭削弱。

在考虑国家对条约及条约草案的行为(如投票和加入)和相关立场时,也更应着重考虑利害关系国的意见。国家的观点受其特定历史背景和政治局势影响。在《条款草案》第7条第二款的形成过程中,推动普遍管辖权的国家大多数都是没有直接参与任何历史冲突的中等强国组成,没有历史包袱,这也损害了他们寻求人道主义解决方案的可信度。¹⁴⁸美国作为拥有广泛海外驻军的国家,在普遍管辖权问题的讨论中,其对普遍管辖权的反对意见更为真切。

最后,在识别一国行为能否构成国家实践的一部分时,若其行政、立法和司法机关的行为冲突,应以在国际上最终代表特定国家发言的特定国家机构的行为为准。如比利时行使其普遍管辖权对美国前总统 Bush 及相关政府工作人员在 1991 年海湾战争期间的行为展开调查时,¹⁴⁹迫于政治压力,比利时议会修改立法将原来广泛的普遍管辖权压缩至在场的普遍管辖权或其他传统的管辖权原则。¹⁵⁰在比利时法院仍需以比利时议会修改的法律作为起诉依据的情形下,最终代表比利时发言的国家机构系后者。这否决了比利时前述对危害人类罪普遍管辖权习惯法性质的司法判决的证明力;以色列也通过外交途径,在比利时起诉以色列前总理沙龙时提出对其普遍管辖权行使的抗议。¹⁵¹相比于司法机关作出的国家行为,前者的直接作用对象即国际社会,更能代表以色列的国家意志。这说明以色列自身并不认可普遍管辖权的习惯国际法性质。

考虑到利害关系国对行使普遍管辖的反对,判定国家行为是否为代表特定国家发言的特定国家机构的行为后,综合上述国家实践证据,国家法院作出的判决中,仅 Demjanjuk 案、Finta 案、Sawoniuk 案与 Faqirzada 案可视为证明国家实践的适格证据;自各国对条约及条约草案的行为(如投票和加入)和相关立场来看,国际社会明显未就《条款草案》第 7 条第二款的习惯法效力达成一致。很难认为习惯国际法的客观要素基础已经形成。

(2) 法律确信能否确立

缺乏国家实践证据,并不意味着不能在充分的、大量的法律确信的基础上形成有关普遍管辖权的习惯国际法。虽然国家实践的缺失确有可能逐渐地、消极地消蚀普遍管辖权的习惯国际法根基。¹⁵²普遍管辖权作为道德准则,若具备充分的法律确信,即使国家实践不符合多数的要求,也可以确立一项习惯法规则。习惯

¹⁴⁸ Philippe Kirsch, John T. Holmes, "The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference," (1998) 36 Canadian Yearbook of International Law 3, p.8.

¹⁴⁹ van het Hof van Cassatie van België, Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2003-II, p.334.

¹⁵⁰ Mark Chadwick, "Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond", p.373.

¹⁵¹ Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, p.43, "Belgium restricts 'genocide law'", <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/2921519.stm> (Last visit: April 7, 2025), Mark Chadwick, "Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond", p.373.

¹⁵² Tan Yudan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.39.

国际法的实践要素和心理要素的区分较为困难且高度理论化,其判断需结合具体的习惯法内容展开。¹⁵³目前,危害人类罪普遍管辖权主题的习惯国际法中内心要素的判断依据主要为代表国家发表的公开声明、各国法院的判决及相关条约的规定。

第一,自各国或国际组织的公开声明来看,中国代表徐宏在第70届联大六委关于“国际法委员会第67届会议工作报告”议题的发言及中国代表李久烨在第73届联合国大会第六委员会关于“普遍管辖权的范围和适用”议题的发言指出,除海盗罪外,普遍管辖权尚未形成习惯国际法规则;¹⁵⁴非洲联盟反对危害人类罪中普遍管辖权的行使,¹⁵⁵认为普遍管辖权的无端滥用可能危害国际法、威胁国际秩序和安全,谴责非非洲国家法官有政治目的地运用管辖权,¹⁵⁶呼吁所有国家在行使普遍管辖权时尊重国际法,¹⁵⁷在普遍管辖权的行使上更着重于司法协助、政治和外交补救或向国际法院提交案件的方式;¹⁵⁸再观各国政府对《条款草案》的意见,就《条款草案》第7条第二款的规定是否构成习惯国际法,各国尚未达成一致。部分国家采中立立场,要求对普遍管辖权的“普遍性”加以稀释,此种观点的代表国家有阿根廷、澳大利亚、萨尔瓦多、希腊等,少部分国家否认《条款草案》第7条第二款构成习惯国际法,此种观点的代表国家有美国、新加坡、中国、土耳其等,完全赞同《条款草案》第7条第二款习惯法效力的国家数量并不构成多数。

第二,自反对普遍管辖权行使的利害关系国的数量、成功行使危害人类罪普遍管辖权的国家数量、危害人类罪普遍管辖权成功行使的司法判例数量来看,经利害关系国反对后,可作为证明法律确信的司法判例仅余5个。此数量难以证明法律确信存在。

第三,国际协议是判断法律确信清晰可用的证据。¹⁵⁹针对危害人类罪行使的普遍管辖权是否存在及其构成条件都在有关防止和惩治危害人类罪的国际协议中有明确表述。但先须明确可用于证明的国际协议的范围。

¹⁵³ Tan Yudan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p.48.

¹⁵⁴ 《中国代表李久烨在第73届联大六委关于“普遍管辖权原则的范围和适用”议题的发言》,中华人民共和国常驻联合国代表团, https://un.china-mission.gov.cn/zgylhg/flyty/ldlwjh/201812/t20181204_8356056.htm, 最后访问:2025年3月31日,《中国代表、外交部条法司司长徐宏在第70届联大六委关于“国际法委员会第67届会议工作报告”议题的发言》,中华人民共和国常驻联合国代表团, http://un.china-mission.gov.cn/chn/zgylhg/flyty/201512/t20151223_8354759.htm, 最后访问:2025年3月31日,

¹⁵⁵ 联合国安全理事会:《2015年7月29日秘书长给安全理事会主席的信》,附件,S/2015/575,第3-4页。

¹⁵⁶ The Assembly of the African Union, *Decision on the report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal jurisdiction*, Doc.Assembly/AU/14(XI) (2008), p.1.

¹⁵⁷ The Assembly of the African Union, *Decision on the Abuse of the principle of Universal Jurisdiction*, Doc.Assembly/AU/11(XIII) (2015), p.81.

¹⁵⁸ THE Executive Council Thirteenth Ordinary Session, *Report of the commission on the use of the principle of universal jurisdiction by some Non-African States as Recommended by the Conference of Ministers of Justice /Attorneys General*, EX.CL/411(XIII) (2008), p.18-19, para.87, 89-90.

¹⁵⁹ Anthony J. Colangelo, *The Legal Limits of Universal Jurisdiction*, Virginia Journal of International Law, 2006, 47(1): 154.

首先，自各国际协议中规定的普遍管辖权的行使主体来看，普遍管辖权的行使主体是国家，¹⁶⁰国际刑事法庭是否为普遍管辖权的行使主体存在争议。应以国际刑事法庭实际行使的管辖权类型作为分析基础，审视其是否符合普遍管辖权的法律特征与使用范畴。《纽伦堡国际军事法庭宪章》第六条限定被告人为“欧洲轴心国首要战犯”，《远东国际军事法庭宪章》第一条限定被告人为“远东主要战争罪犯”，《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第一条将起诉范围限定为“应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人”，《卢旺达问题国际法庭公约》第一条限定被告人为卢旺达公民，《塞拉利昂问题特别法庭规约》第一条规定被告人为“对 1996 年 11 月 30 日以来塞拉利昂境内严重违反国际人道主义法和塞拉利昂法律行为负主要责任的人”，《黎巴嫩问题特别法庭规约》第一条限定被告人为“对 2005 年 2 月 14 日造成前总理拉菲克·哈里里死亡及其他人伤亡的攻击事件负责的人”。以上宪章或规约均要求具备属地联系，部分国际刑事法庭要求具备属人、属时联系。¹⁶¹故国际刑事法庭实际行使的管辖权不具备普遍性，以上国际刑事法庭并非普遍管辖权的行使主体，以上国际刑事法庭规约不能作为证明法律确信存在的国际协议依据。

此外，《罗马规约》第十七条规定国际刑事法院管辖权的行使遵循补充性原则，只有在符合第十三条规定的案件提交情形时，国际刑事法院才能受理案件，这就与普遍管辖权“任何国家都有权单方面起诉被指控人”的特点相冲突。很难认为国际刑事法庭行使的管辖权是普遍的。¹⁶²由此，仅赋予国家以普遍管辖权之国际协议才能作为证据。

其次，罗马规约中规定的危害人类罪概念极为广泛，¹⁶³包括谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境或强行迁移人口、酷刑、性暴力、强迫人员失踪、种族隔离等若干行为，《条款草案》第二条承继了罗马规约对危害人类罪规定的最广泛具体犯罪行为名录。¹⁶⁴基于其定义的广泛性，考虑到危害人类罪项下涵盖的行为自战争罪分化，¹⁶⁵危害人类罪项下罪行可能与其他犯罪外延重合。因此，禁止其他犯罪的国际条约或公约是否可作为判断法律确信存在的依据，尚需进一步探讨。

鉴于危害人类罪定义的确切外延在构成与实践适用中存在概念模糊与差异，

¹⁶⁰ Kenneth C. Randall, “Universal Jurisdiction under International Law”, p.785.

¹⁶¹ 联合国安全理事会：《秘书长关于设立塞拉利昂特别法庭的报告》，S/2000/915, 4 October 2000, 3-6.

¹⁶² Declan O’Callaghan, “Is the International Criminal Court the Way Ahead?”, (2008) 8 International Criminal Law Review 533, p.548.

¹⁶³ William A. Schabas, *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*, Oxford university press, 2010, 152.

¹⁶⁴ 正如 2023 年 11 月 8 日《中华人民共和国政府关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见》所说，二者仅在如何理解“性别”与个别表述上存在微弱差别。中国，《中华人民共和国政府关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见》，第 4 页，脚注 6，最后访问时间：2025 年 4 月 12 日，Nergis Canefe, *Crimes against humanity: the limits of universal jurisdiction in the Global South*, Cardiff: University of Wales Press, 2021: 88.

¹⁶⁵ Meghna Rajadhyaksha, “Universal Jurisdiction in International Law” (2002-2003) 2 Government Law College 1, p.17.

国际法理论与实践普遍认可可对该罪名项下罪行分别加以分析,以判断其是否已在国际实践与法律信念中形成具有习惯法地位的规则。¹⁶⁶目前,与危害人类罪项下罪行相关的条约包括:《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(以下简称《种族隔离公约》)《禁奴公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(以下简称《酷刑公约》)《保护所有人免遭受强迫失踪公约》(以下简称《强迫失踪公约》)和《灭绝种族公约》,《种族隔离公约》第4条、《禁奴公约》第2条、《酷刑公约》第5条、《强迫失踪公约》第4条及《灭绝种族公约》第5条,均规定了缔约国应当对条约涵盖的罪行在国内法中规定并行使普遍管辖权。但是以上条约规定的普遍管辖权,依其内容,仅能在缔约国之间行使,否则构成对《维也纳条约法公约》第五十三条的违反。因此,以上公约中规定的普遍管辖权仍非“普遍”管辖权,不能用作法律确信的证明依据。

再度检视各国政府对《条款草案》的评论和意见,可发现各国仍未就《条款草案》第7条第二款的规定达成一致,多数国家选择中立立场;再观与域外管辖相关的《罗马公约》,其拟定历程、批准国家数量、拒绝批准国家的拒绝原因,都说明各国对普遍管辖权的习惯国际法渊源各执一词。在此种情况下,难以证明法律确信的存在。不妨认为,对危害人类行为的普遍管辖权是否构成习惯国际法,各国目前仍处于中立态。

三、《条款草案》第7条第二款存在的规范冲突

将“危害人类罪”列入国际法委员会会议议程回应了国际法学界长久以来的呼吁,¹⁶⁷这有助于防止和惩治危害人类行为,弥补国际法框架的关键缺口,为更有效的国际合作开辟路径。《条款草案》第7条第二款为预防、阻止、惩治危害人类行为,自应然角度构建了广泛的普遍管辖权。尤其将普遍管辖权限定为普遍关注加现身的普遍管辖权,通过被告人的现身清晰指明了有权管辖的国家,防止了有权司法机关的重叠。但自实然角度,《条款草案》第7条第二款扩大了各司法机构的权力和域外影响力,管辖权的扩张行使可能构成国家间权力斗争的法律表现形式,引发国际法框架内的合法性争议,构建于其上的管辖权行使规则也因奠基不稳而有所动摇;同时,普遍管辖权的扩展并未伴随相应国际法机制和程序保障措施的发展,导致管辖权的认定与执行在实践中面临合法性争议和实践操作障碍。这些均对《条款草案》第7条第二款的可适用性提出了挑战。

(一) 不当扩大管辖权范围,引发罪刑失调风险

依《条款草案评注》,《条款草案》第7条的体系建构类比推理自《酷刑公约》第5条与《强迫失踪公约》第9条的规定,为《条款草案》项下涵盖罪行确立了普遍关注加现身的普遍管辖权。但危害人类罪成罪于二战之后,对其内涵的规定

¹⁶⁶ Stahn, *A critical introduction to international criminal law*, p.29.

¹⁶⁷ M. Cherif Bassiouni, “Crimes against Humanity: The Case for a Specialized Convention”, (2010) 9 Washington University Global Studies Law Review 575, p.576.

散见于各国际文件中且内涵较为混沌,其的管辖权强度尚未上升至如酷刑与强迫失踪之程度;¹⁶⁸无论依照理论推导或习惯国际法两要素识别,《条款草案》第7条第二款的规定缺乏普遍的国家实践与法律确信的支持。《条款草案》规定的各缔约国对危害人类罪的被告人应当行使的普遍关注加现身的普遍管辖权,并不反映目前普遍管辖权的国际共识,相比于日前各国对危害人类行为的管辖意愿,属于对目前管辖权范围的不当扩张。

尽管《条款草案》的制定虽属国际法委员会对国际法的“逐渐发展”,¹⁶⁹但“逐渐发展”和“国际法的编纂”之间只存程序区分,并不存在种类上的区分。¹⁷⁰国际法委员会自己也承认,对二者之间的区分不仅是不可能的,在实践中也是从未尝试过的。委员会已经将“逐渐发展”和“国际法的编纂”融合在一起了,¹⁷¹对国际法的“逐渐发展”不能构成无端扩张管辖权的理由。更何况,《条款草案》应当广泛凝聚共识,照顾各国合理关切,只有在各国通行做法的基础上进行考察,编纂现有习惯国际法,方能为《条款草案》的谈判奠定基础。¹⁷²《条款草案》第7条第二款应为对习惯国际法的宣告,而非以条约促习惯国际法的形成。¹⁷³

同时,各国有关危害人类行为的规范条款目前并不统一。世界各国的刑法制度并不相同,支撑刑法制度运作的刑事法律传统也各不相同。各国存在差异的规范不仅危害人类行为的定义,还包括对危害人类行为的刑罚衡定。即使《条款草案》第2条已经对危害人类罪项下罪行及定义做统一规定,各国将国际刑法国有化的程式是多样化的,依照不同国家刑法行使普遍管辖权造成的罪刑畸轻畸重可能是恒久存在的。¹⁷⁴此外,并非所有国家都受《公民权利和政治权利国际公约》和其他国际法律文书中规定的公平审判原则的约束,受约束程度各不相同。在许多国家,法院受政治影响相当明显,即使所谓西方国家的法官也可能受民族主义、政治色彩的影响。¹⁷⁵需要注意的是,“普遍关注加现身的普遍管辖权”也与一般国家的刑事管辖要求相悖,被告人可能在行使国收集足够证据并依普遍管辖权起诉前就离开了。¹⁷⁶综上,危害人类行为的普遍管辖权的确立目的是防止有罪不罚,但自其可能的实践情况来看,对危害人类行为的普遍管辖很难达成刑罚报应的目的。

¹⁶⁸ 国际法委员会第七十一届会议:《危害人类罪:各国政府、国际组织和其他实体的评论和意见》,A/CN.4/726 (2019),第75-76页。

¹⁶⁹ Sean Murphy, “Toward a Convention on Crimes against Humanity?”, *La Revue des Droits de l’Homme*, <https://journals.openedition.org/revdh/1185#article-1185> (Last visited April 7, 2025).

¹⁷⁰ 梁西,《国际法》,武汉大学出版社2011年版,第45页。

¹⁷¹ 国际法委员会的工作方法, <http://www.un.org/chinese/law/ilc/methods.htm>, (Last visit April 8, 2025).

¹⁷² 中国,《中华人民共和国政府关于国际法委员会“防止及惩治危害人类罪条款草案”及有关建议的书面意见》,第4页,最后访问时间:2025年4月12日。

¹⁷³ Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction”, p.170.

¹⁷⁴ Sean Murphy, “Toward a Convention on Crimes against Humanity?”, *La Revue des Droits de l’Homme*, <https://journals.openedition.org/revdh/1185#article-1185> (Last visited April 7, 2025).

¹⁷⁵ Christian Tomuschat, “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, p.1079-2080.

¹⁷⁶ Julia Geneuss, “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction”, p.956.

此外，普遍管辖权启动机制的不明确也可能导致被告的法庭选择行为（forum-shopping）。¹⁷⁷在存在多个国家具备管辖权行使资格的情形下，被告人可以选择任一有管辖权的法院现身自首，规避传统管辖权法院的管辖，且由于国际刑法中一事不再理原则的约束，经普遍管辖权行使国的国家法院审理完毕后，享有传统管辖权的法院就不能再次审理犯有危害人类罪的被告人。¹⁷⁸这不利于发挥国际刑法的威慑与一般预防效果，平息犯罪发生地或被告人国籍国的社会影响；¹⁷⁹同时，如前所述，各国不同的刑法制度在不同传统运作，对被告人是否定罪、罪刑轻重的判断不同。这为各国滥用普遍管辖权、轻纵包庇罪犯提供了便利条件。

《条款草案》第7条第二款仓促要求对危害人类行为的普遍管辖权确立，但世界范围内各司法机构尚未做好充分准备，罪刑失调几乎是必然的。

（二）误认普遍管辖权的权力属性，提升国家管辖难度

《条款草案》对普遍管辖权权利属性的误认加重了普遍管辖权的行使负担。规定普遍管辖权的“义务性”与“授权性”词语牵涉到在满足普遍管辖权行使条件时，各国是否可以选择不起诉被告人。虽然《条款草案》第7条确认了各国有一义务使其国内法适用于构成危害人类罪的行为，从而对被指控的罪犯适用，¹⁸⁰但各国的意见并不统一，新加坡认为应当将普遍管辖权交于有意愿起诉的国家法院；萨尔瓦多、塞拉利昂则认为，《条款草案评注》已经明确了各国有一义务行使普遍管辖权以追责。¹⁸¹

《条款草案》第7条规定的普遍管辖的义务属性并没有坚实的法理基础。有学者将国家普遍管辖义务建立在禁止实施危害人类行为的规范的强行法属性之上，依照《国家责任草案》第四十一条的规定，各国有一义务合作制止严重违反强行法规范的行为，不建立普遍管辖权可以认定违反了这种义务，因此国家有一义务在国内法中建立并依此行使普遍管辖义务。¹⁸²但《国家责任草案》第四十一条中规定的“合作制止严重违反强行法规范行为”的义务并不能简单推定为国家的普遍管辖义务，二者之间的对等关系仍需进一步论证。¹⁸³

或有观点认为，《条款草案》第7条的国家起诉义务类比推理自《酷刑公约》第5条第二款与《强迫失踪公约》第9条第二款的规定，要求各国负担对被引渡

¹⁷⁷ Cassese, *International Criminal Law*, p.510.

¹⁷⁸ 刘大群：《论国际刑法中的普遍管辖权》，载《北大国际法与比较法评论》2006年第7期，第12页。

¹⁷⁹ 【德】格哈德·维勒著：《国际刑法学原理》，第42页。

¹⁸⁰ Antonio Coco, “The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity: Preliminary Remarks on Draft Articles 7, 8, 9 and 11 by the International Law Commission”, (2018) 16 *Journal of International Criminal Justice* 751, p.756.

¹⁸¹ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第78-80页。

¹⁸² Antonio Coco, “The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity: Preliminary Remarks on Draft Articles 7, 8, 9 and 11 by the International Law Commission”, p.761.

¹⁸³ Antonio Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p.302.

的罪犯展开初步调查、履行或引渡或起诉义务。¹⁸⁴但《条款草案》类比推理的《酷刑公约》第5条第二款与《强迫失踪公约》第9条第二款规定的普遍管辖义务只能赋予缔约国，非缔约国毋需承担基于国际协约的普遍管辖义务，即“准普遍管辖”。¹⁸⁵

还有观点对以上观点进行了进一步的修改，即认为《条款草案》第7条的国家起诉义务基于危害人类罪的习惯国际法属性。因危害人类罪是为习惯国际法法无可争议地禁止的罪行，故国际社会内各国作为国际社会之代表，均有义务起诉。¹⁸⁶有关习惯国际法与普遍管辖权之间的递推关系已经为上述论述证伪。此外，若国际社会普遍认可普遍管辖权的义务属性，依照《国家责任草案》，国家拒绝行使普遍管辖义务之行为构成对该国国际义务的违背，构成国际不法行为，故而应承担国际责任。¹⁸⁷但目前，在国家行使对危害人类行为的普遍管辖权案例中，未见国家因不行使普遍管辖权而承担国际责任的情况，更多的是一国积极行使普遍管辖权而遭利害关系国反对甚至遭外交、政治压力。国家不行使普遍管辖权多基于国际礼让原则或国际关系考量，国家或尊重利害关系国之司法权力，或因普遍管辖权的行使与利害关系国主权之突破直接相关。

国际协议仅能约定缔约国承担普遍管辖义务，对非缔约国来说，普遍管辖权其实为一种选择。¹⁸⁸但《条款草案评注》直接明确：各国必须（must）确立在场的普遍管辖权。结合危害人类罪项下的广泛行为，这不仅违背了普遍管辖权的权力属性，也提升了各国行使普遍管辖权的难度。普遍管辖权的行使涉及国家合作机制、技术支持、证据与证人保护能力等多方面的资源投入，其对一国的综合国力、政治意愿、司法审查能力等资源提出了综合且全面的要求。尤其在危害人类罪项下行为如此广泛的情形下，普遍管辖权的行使对各国司法资源是一种很大的损耗。因此，发达国家更有能力进行此类调查，这也无形中增加了将西方国家价值观强加于世界其他地区的可能性。¹⁸⁹

（三）模糊普遍管辖权起诉依据，阻碍普遍管辖权行使

危害人类罪发端于战争罪，与灭绝种族罪同属姊妹核心罪行，但对危害人类罪项下罪行潜在犯罪要素的定义却尚无定论。¹⁹⁰《纽伦堡宪章》第2章第6条第三款规定，“谋杀、灭绝、奴役、放逐或其他非人道的行为”属于危害人类罪；盟

¹⁸⁴ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p.451, para.44-45.

¹⁸⁵ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 8th edn, 2012), p.469-471.

¹⁸⁶ M. Langer, "Universal Jurisdiction Is Not Disappearing: The Shift from 'Global Enforcer' to 'No Safe Haven' Universal Jurisdiction", (2015) 13 *Journal of International Criminal Justice* 245, p.249.

¹⁸⁷ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) (2001), p.26.

¹⁸⁸ Carsten Stahn, *A critical introduction to international criminal law*, p.24.

¹⁸⁹ Mark Chadwick, "Modern Developments in Universal Jurisdiction: Addressing Impunity in Tibet and Beyond", p.386.

¹⁹⁰ Nergis Canefe, *Crimes Against Humanity: The Limits of Universal Jurisdiction in the Global South* (Wales: University of Wales Press, 1st edn, 2021), p.89.

军发布的《第 10 号令》中定义危害人类罪为“谋杀、灭绝、奴役、驱逐、监禁、酷刑、强奸或其他非人道的行为”；1949 年 8 月 2 日通过的《日内瓦四公约》中的共同第三条规定了人道待遇的最起码标准，即不得实施“谋杀、残伤肢体、虐待、酷刑”，“作为人质”，“损害个人尊严，特别如侮辱和降低个人身份的待遇”，“未经司法保障的法庭之宣判而判刑及执行死刑”；联合国大会第 2184 号决议谴责侵害土著人民经济政治权利及种族隔离政策为危害人类罪；¹⁹¹《前南国际刑庭规约》《卢旺达国际法庭规约》规定危害人类罪包括“谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境、监禁、酷刑、强奸、基于政治、种族、宗教原因进行迫害及其他不人道行为”；

《危害人类罪和平及安全治罪法草案》（以下简称《治罪法草案》）第 18 条规定，谋杀、灭绝、酷刑、奴役、基于政治、人种、宗教、种族的理由的迫害、基于人种、种族或宗教的理由有系统地进行歧视，包括违反基本人权和自由并对一部分人口造成严重的不利、任意驱逐或迁移人口、任意监禁、强迫人员失踪、强奸、强迫卖淫和其他形式的性侵犯、其他非人道的行为，严重破坏肉体或精神的完整性、健康或人类尊严，如截肢和严重的肢体损害。《罗马规约》则在《治罪法草案》基础上增加强迫人员失踪罪和种族隔离罪，构成广阔的危害人类罪行清单。由此可见，危害人类罪的定义散见于各国际文件中，其内涵混沌。

《条款草案》既认定普遍管辖权属于习惯国际法，则国家在行使普遍管辖权时必依照习惯国际法罪行进行起诉。然而，危害人类罪虽属习惯国际法，对于危害人类罪项下哪些部分属于习惯国际法仍不明确。《条款草案》为得到更多国家支持，避免与《罗马规约》有关危害人类罪的定义产生冲突，选择直接挪用《罗马规约》中的定义。¹⁹²且不论此种挪用能否达成目的，危害人类罪项下不同行为的严重程度不尽相同，各国司法实践对不同行为的认可程度也不尽相同。若欲确定危害人类罪项下行为能否被普遍管辖，那么所列举的每一个罪名都需要仔细考察相关实践以及可能伴随这一实践的法律确信。¹⁹³在灭绝种族罪中，也存在分离母罪中的子罪、单独赋予其普遍管辖权的先例。¹⁹⁴如前述，能够基于危害人类行为行使普遍管辖权且未遭利害关系国反对的案件，其所审判的潜在犯罪要素分别为灭绝种族、谋杀、酷刑、政治迫害、强奸行为，¹⁹⁵可以认为，各国对于危害人类罪项下的谋杀、灭绝、酷刑、强奸、基于政治理由的迫害及强奸行为的法律确信程度更甚于危害人类罪项下的其他行为，对于项下其他行为可能尚未形成国际社会共识。《条款草案》应就危害人类罪项下行为何者构成习惯国际法予进一步

¹⁹¹ 联合国大会：《第二十一届会议：议程项目六十七》A/RES/2184(XXI) (1966)，第 4 页。

¹⁹² 国际法委员会第六十七届会议：《关于危害人类罪的第一次报告：由特别报告员肖恩·墨菲编写》，A/CN.4/680 (2015)，第 9 页。

¹⁹³ Christian Tomuschat, “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 1074, p.1080.

¹⁹⁴ Carsten Stahn, *A critical introduction to international criminal law*, p.68.

¹⁹⁵ Nergis Canefe, *Crimes Against Humanity: The Limits of Universal Jurisdiction in the Global South* (Wales: University of Wales Press, 1st edn, 2021), p.89.

明确，从而明确各国行使普遍管辖权的依据，减少普遍管辖权的行使阻碍。

（四）未明确普遍管辖权行使顺序，增加管辖权冲突可能

《条款草案》第7条第二款并未明确普遍管辖权与传统管辖权之间的行使顺序。普遍管辖权并非习惯国际法，故其国际法渊源只能为国际条约。而国际条约不明确普遍管辖权与传统管辖权行使的先后关系，这可能使国家在相互之间的横向关系上产生冲突，¹⁹⁶出现多个国家同时就某一危害人类行为的被告人行使管辖权的情况。有学者认为，为避免普遍管辖权滥用，应引入辅助原则（subsidiarity principle），只有在享有属地管辖权与属人管辖权的国家不行使管辖的情况下，国家才能行使普遍管辖权。¹⁹⁷此种观点与由关联更密切国家行使管辖权的国际礼让原则相合，也存在国家司法实践。但该观点仍存在不明确性：如“不行使管辖权”的判断主体，若由第三国进行判断，则有第三国对他国国家行为进行审理之嫌；若由国际刑事法庭对利害关系国是否行使管辖进行认定，一则仍待被告人国籍国、犯罪行为发生地国认定，二则即使同意由其审查，经国际刑事法院判断“不行使管辖权”，是否构成后，可能导致被告羁押时间过长，有违正当程序原则，构成对被告人人权之侵害。同时，对国际礼让原则与辅助原则的违反并不构成对一国国际义务的违背，尽管其可能遭到国际社会舆论的谴责。未来仅通过国际礼让与国家间的自发合作，可能无法解决管辖权的横向冲突，《条款草案》仍有必要就此加以完善。

普遍管辖权的规定还可能引发国家与国际刑事法院之间的管辖权冲突。《条款草案》第7条的体系建构基本参考了《酷刑公约》第5条与《强迫失踪公约》第九条的规定，但《酷刑公约》《强迫失踪公约》生效于国际刑事法院成立前，《条款草案》起草于《罗马规约》制度建立后，故《条款草案》有必要考虑如何维持国家与国际刑事法院纵向关系的合理平衡。有国家提出，国际刑事法院的管辖权应当优先于各国行使的普遍管辖权，¹⁹⁸但是并未明确二者的先后行使条件；有学者认为，国家的普遍管辖权应当在国际刑事法院不能行使其管辖权的情况下行使。¹⁹⁹但是这也引发了与普遍管辖权、传统管辖权行使顺序判断的类似问题：何者有资格判断国际刑事法院“不能行使”？“不能行使”的标准及判断时机应当如何确定？在现有的国际法体系无法就已有管辖规则自圆其说的情形下，《条款草案》不应一味通过其他国际条约类比推理建立规则，而是应考虑到国家、司法

¹⁹⁶ Sean Murphy, “Toward a Convention on Crimes against Humanity?”, *La Revue des Droits de l’Homme*, <https://journals.openedition.org/revdh/1185#article-1185> (Last visited April 7, 2025).

¹⁹⁷ Julia Geneuss, “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction”, p.957, A. Colangelo, “Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory,” 86 *Washington University Law Review* (2009) 769, p.835; A. Cassese, “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, 1 *JICl* (2003) 589, p.593.

¹⁹⁸ 国际法委员会第七十一届会议：《危害人类罪：各国政府、国际组织和其他实体的补充评论和意见》，A/CN.4/726 (2019)，第75-76页。

¹⁹⁹ 杨力军：《论〈国际刑事法院罗马规约〉中的补充性原则对国内立法的规范作用》，载武大国际法评论2006年第1期，第49页。

实践以及潜在的管辖权冲突的风险，就管辖权冲突问题加以完善。

综上所述，《条款草案》第7条第二款规定了对危害人类行为行使的普遍管辖权，但其效力仅能来自《条款草案》本身，并非国际社会认可的习惯国际法，其自身也不构成强行法，因此不能籍此突破国家主权之限制。《条款草案》第7条第二款过分扩张了各国能够接受的管辖权的行使范围，强制非缔约国承担对危害人类行为的普遍管辖义务，且未考虑到《条款草案》第7条第二款对现有国际法体系可能带来的挑战。须知：饱受诟病者为普遍管辖权之滥用，非普遍管辖权之存在。²⁰⁰《条款草案》系为统一有关危害人类行为的国家法律，为预防、调查、起诉此类罪行及引渡行为人开展更有效的国家间合作开辟路径而制定的，但从普遍管辖权的国际法渊源及各国对《条款草案》的评论和意见来看，各方对《条款草案》中危害人类行为及普遍管辖权的相关规定仍然存在重大分歧，在《条款草案》中约定普遍管辖权相关条款的时机仍不成熟，为避免如《罗马规约》般因规则的艰巨性和难度而仓促通过甚至通过失败的风险，有必要进一步考察各国国家实践，审慎决定是否启动缔约进程。

²⁰⁰ Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p.64.

我国国际刑事司法协助中的境外证据制度

杨逸琼¹

(西南政法大学国际法学院, 重庆, 401120)

内容摘要: 随着交通运输工具以及互联网的快速发展, 传统的以主权国家领土为界限的交流空间被打破, 在拉近人们距离的同时, 也导致跨境犯罪案件激增。对此, 主权国家通过签订国际刑事司法协助条约来保障跨境犯罪案件的顺利侦破。然而, 流通于国际刑事司法协助中的刑事境外证据突破了国内法的壁垒, 蕴含着强烈的涉外性。我国刑事境外制度更多侧重从国内刑事程序法的视角对其进行规制, 而缺乏从国际法角度的检视, 导致刑事境外证据在国际法上的合法性引发争议。为了进一步完善我国对刑事境外证据制度的体系建设, 本文以国际刑事司法协助中的境外证据制度为研究对象, 在现有的法律制度与国家实践的基础上, 结合国内刑事程序法与国际法的相关理论, 提出完善我国刑事境外证据制度的若干意见。

关键词: 刑事司法互助; 境外证据; 跨境犯罪;

一、我国国际刑事司法协助中的境外证据制度体系

(一) 国际法中刑事司法协助的境外证据制度

为了便于各国之间更加有效地打击跨国犯罪, 联合国先后通过了《联合国刑事司法协助示范条约》(简称《司法协助示范条约》)、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(简称《禁止贩运药物公约》)、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(简称《跨国有组织犯罪公约》) 以及《联合国反腐败公约》(简称《反腐败公约》) 等一系列国际刑事条约。² 这些公约确立正当法律程序的普遍原则, 明确指出在刑事诉讼法程序中遵守正当法律程序的基本原则。当中, 对于跨境取证以及境外证据的程序都有较为明确的规定。

1. 国际公约中刑事司法协助的境外证据制度

(1) “依据被请求国法律”的跨境取证准据法

“依据被请求国法律”成为联合国在跨境取证中采用的主要方式, 即确保被请求国在刑事司法协助中的优先地位。《司法协助示范条约》规定“被请求国应按照其本国法律……获取有关人员供述”。³ 这一规定是基于对被请求国司法主权的尊重, 因为跨境取证这一过程无论是否经过被请求国同意, 必然都会对被请求国造

¹ 西南政法大学国际法学院学生。

² 2003 年《联合国反腐败公约》的刑事司法协助条款几乎照搬 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》相应条款, 而后者又脱胎于 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》, 因而这些公约的相应条款具有较大的相似性。

³ 《联合国刑事司法协助示范法》第 11 条。

成一定的干扰。《禁止贩运药物公约》规定了“缔约国可相互提供被请求国国内法所允许的任何其他形式的相互法律协助”，《跨国有组织犯罪公约》、《反腐败公约》则是规定应当按照被请求国法律提供司法协助。不同于前者的是，后者将“依据被请求国法律”从“可以”转变成为“应当”，进一步强化了这一模式的适用。⁴在联合国框架下国际刑事条约的推动下，“依据被请求国法律”模式成为大多数国家普遍遵守的跨境取证模式。

（2）刑事司法协助中调查取证的内容

公约对刑事司法协助中调查取证的具体内容规定基本保持一致。规定予以协助的证据主要包括，向个人获取证据或陈述；执行搜查和扣押并实行冻结；检查物品和场所；提供资料、物证及其鉴定结论；提供有关文件和记录的原件或经核证的副本，其中包括政府、银行、财务、公司或营业记录及其所拥有的根据其本国法律可向公众公开的政府记录、文件或资料的副本，并可自行斟酌决定全部或部分地或按其认为适当的条件向请求缔约国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众公开的任何政府记录、文件或资料的副本；取证目的而辨认或追查犯罪所得、财产、工具或其他物品。另外，随着通讯技术的发展，《跨国有组织犯罪公约》以及《反腐败公约》还允许在符合请求国的基本原则的基础上，通过电视会议的方式对被请求国境内的证人或鉴定人进行询问，极大便利了刑事司法协助程序。

（3）限制使用证据规则

《司法协助示范法》规定，请求国在不经被请求国同意的情况下，不可以将被请求国提供的资料或证词使用或转让于请求书陈述之外的侦查或起诉阶段。⁵可见，“请求书陈述之外的侦查或起诉阶段”是该规则设置的门槛，而其他公约则是将这一范围扩张到“侦查、起诉与审判阶段”。这一制度是证据特定性原则在制度领域的集中体现，其法理依据是被请求国需要依据国际条约以及本国法律对国际刑事司法协助请求进行“个案审查”，对符合规定的案件提供协助。一旦请求国对境外证据的使用超出范围，被请求国有权对此表达意见，这一意见对于请求国具有法律约束力。⁶《跨国有组织犯罪公约》与《反腐败公约》为这一规则作出例外情形，即请求国在诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料或证据。这一补充规定进一步展示限制使用证据规则在保障被追诉人权益方面的追求。

（4）外交领事官员的调查取证义务

《维也纳领事关系公约》确立请求国领事代替本国法院在被请求国进行调查

⁴ 《联合国打击跨国有组织犯罪》第18条规定“应当根据被请求缔约国的有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助”，《联合国反腐败公约》第46条规定“应当依据被请求国法律程序进行协助”。

⁵ 《联合国刑事司法协助示范法》第8条。

⁶ 孙昂：“中美《刑事司法协助协定》‘保密和限制使用’条款研究”，《国际法学刊》，2019年第1期，第63页。

取证的职责。公约认为，一国领事可以在接受国法律规章无禁止规定时，办理具有行政性质的实务。刑事侦查活动作为行政性质的事务，符合公约规定的领事应当承担的职责，公约也因此成为领事进行调查取证的法律依据。但是，外交领事官员的身份也决定其在驻在国并无对刑事案件证人强制取证的能力。对此，外交领事官员可以通过由本国法院赋予其权力与通过驻在国主管机关采取强制措施这两种途径获得强制取证能力。《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（即《海牙取证公约》）曾对此有过规定。⁷实践中，不少国家参照民事证据的做法，在接受国由领事代行调查取证的情形也是屡见不鲜，为领事进行刑事跨境取证提供实践范例。

2. 国家间刑事司法协助条约中境外证据制度

在刑事司法协助条约形成之前，跨境取证经历了证人自愿作证、外交领事官员取证、委托法院取证与基于互惠原则取证四个阶段。为了改变证人自愿取证的被动局面，刑事司法协助试图通过外交领事官员为跨境取证打开新局面，但由于包括我国在内的部分国家不同意这两种途径，跨境取证依然回到证人自愿取证阶段，于是刑事司法协助开始寻求法院的介入。这一时期，出现了主权国家法院之间相互委托取证的规定，从国内法层面改变了国际刑事司法协助的自愿性质，但这并非基于国际法上的权利义务。后来，跨境取证进入了互惠原则阶段。尽管这一原则是国际法领域的一项既定规则，大陆法系国家与普通法系国家却对此持有不同态度。根据调查，大陆法系国家认为这一原则是具有约束力的，而普通法系国家则不会如此认为。⁸为了克服互惠原则在国际社会中的不确定性，国际刑事司法协助条约应运而生，使得跨境取证的强制性义务在国际法上最终确定下来。据官方统计公布数据，截止到2023年1月底，中国已与55个国家签订了刑事司法协助条约。⁹其中，有的以民事和刑事司法协助合一的条约表现，有的则以单一的刑事司法协助条约表现出来。

首先，代为取证规则。这一规则建立在尊重国家司法主权的原則基础上，通常是由被请求国司法机关代为取证的方式进行。在取证范围上，基本与请求国刑事诉讼程序规定的证据范围的要求保持一致。在具体的取证过程中，主要依照被请求国法律以及司法机关进行。

其次，直接取证规则。这一规则只存在于部分刑事司法协助条约中，主要取决于国家间政治互信的程度，一般由请求国在被请求国境内直接取证。具体来说，一种方式是由请求国驻被请求国外交与领事官员向被请求国境内的本国公民调

⁷ 《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters），即《海牙取证公约》第18条，外交官员、领事代表或特派员可以申请声明国指定的主管机关采取强制措施，对取证予以适当协助。

⁸ 联合国毒品和犯罪问题办公室：《司法协助与引渡手册》（2012年），第5页。

⁹ 根据中华人民共和国司法部官网统计，<http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/flfggz/flfggzflty/fltyxssfxzty/>，2023年1月20日访问。

查取证,但不得违反被请求国法律,且不得采取任何强制措施。¹⁰这种方式的特殊性在于,其主体被限定在外交与领事官员,其客体则被限制在请求国本国公民。另一种方式是请求国直接参与被请求国司法协助官员的调查取证过程,并向被调查取证人进行提问。¹¹这一过程中形成的境外证据,可以被视为直接取证。因为其取证过程既符合被请求国法律对于取证的程序要求,又符合请求国法律对于证据的特殊要求。

另外,证明认证规则。这一规则主要关乎所获境外证据如何证明及认证的问题,我国签订的多数刑事司法协助协定都对此有所规定。一般认为,制作或证明的法律文书只要经过被请求国主管机关签署或盖章,即可在请求国司法机关使用,无需认证。并且,在请求国境内,被请求国主管机关制作的官方文书与请求国主管机关制作的同类法律文书具有同等证明效力。¹²这意味着,被请求国所提供的法律无需认证在请求国刑事诉讼程序中具有证据能力。

最后,限制使用证据规则。不同于国际公约,国家间刑事司法协助条约出现新的情形,即“与刑事案件有关联,但属于行政或民事等其他领域案件”的情形。我国与美国签订的《关于海关互助的协定》中规定有类似的规定,即“不得将其移交其他部门或移作他用,包括在行政或司法程序中作为证据使用”。¹³这意味着,在同一行为可能同时涉及刑法与行政法时,中美协定认为获取的相关境外证据不得用于海关行政法。

（二）国内法中刑事司法协助的境外证据制度

尽管境外证据规则并未出现在我国《刑事诉讼法》中,但确立了我国刑事司法协助的基本原则,即依据国际条约或者互惠原则与其他主权国家展开刑事司法协助。¹⁴随后在《刑事司法协助法》中又作出进一步规定,基于互惠原则的刑事司法协助应当在没有国际刑事司法协助条约作为依据的条件下生效。¹⁵

1.国内法中刑事司法协助境外证据制度变迁

我国刑事司法协助中境外证据制度相较于一些国家发展较晚,相关制度也并不完善。2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对民事境外证据进行了规定,此后很长时间内,刑事境外证据都是参照该规定进行。2005年《海关总署缉私局、最高人民检察院侦察监督庭、公诉庭、最高人民法院刑二庭关于走私犯罪案件中境外证据的认定与使用有关问题的联席会议的纪要》[2005]349号(简称《联席会议纪要》)首次对境外证据作了规定,主要涉及境外证据的审

¹⁰ 《中华人民共和国与巴基斯坦伊斯兰共和国政府关于刑事司法协助的协定》第13条。

¹¹ 《中华人民共和国和纳米比亚共和国关于刑事司法协助的协定》第8条。

¹² 《中华人民共和国和希腊共和国关于民事与刑事司法协助的协定》第7、8条。

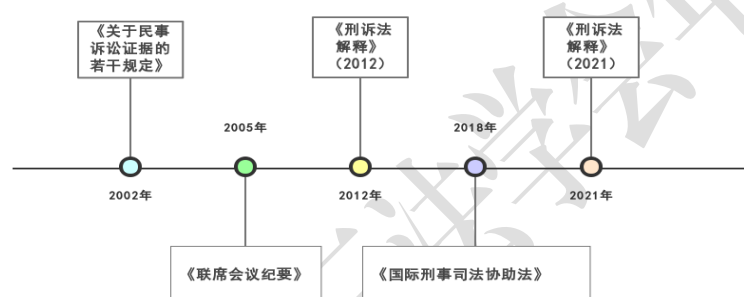
¹³ 《中华人民共和国与美利坚合众国关于海关互助的协定》第12条。

¹⁴ 《中华人民共和国刑事诉讼法》第18条规定,根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。

¹⁵ 《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第13条规定,在没有刑事司法协助条约的情况下,请求国应当作出互惠的承诺。

查与转换问题。2012 年之前，国际刑事司法协助中境外证据制度仅处于萌芽状态，并未有统一的规则将其确定下来。

我国《刑事诉讼法》将刑事司法协助确立为刑事诉讼的基本原则。¹⁶直到 2012 年，明确统一适用的境外证据规则被确立起来。《刑诉法解释》（2012）第 495 条加入对境外证据审查的规定，自此，刑事境外证据得到了明确统一的规定，后经修订成为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释（2021）》（简称《刑诉法解释》（2021））第 77 条。2018 年制定的《刑事司法协助法》规定调查取证作为刑事司法协助的重要组成部分，并在第四章进一步细化请求调查取证的程序和内容，但并没有对境外证据的取证与审查作出规定。（如图一）



图一 境外证据主要制度的演进示意图（作者整理）

从 2020 年至今，司法机关先后出台一系列法律文件，这些规定不仅频繁涉及刑事境外证据，并且与以往规则有着显著的变化，这意味着国际刑事司法协助中境外证据规则迎来了崭新的发展阶段。我国司法机关一系列法律文件中均涉及境外证据制度，包括《检察机关办理电信诈骗案件指引》（简称《指引》）、《最高人民法院第十八批指导性案例》（简称《第十八批案例》）、《最高人民法院办理网络犯罪案件的规定》（简称《规定》）、“两院一部”《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（简称《意见》）与《关于办理电信网络诈骗案件适用法律若干问题的意见（二）》（简称《意见（二）》），以及我国《反恐怖主义法》与《反有组织犯罪法》都涉及境外证据规则。

2.国内法中刑事司法协助的境外证据实体性制度

从证据规则的一般体系来看，分为程序性规则与实体性规则，而实体性规则是制度的核心。受到“证据所在国”法律的限制，国际刑事司法协助中境外证据制度主要侧重证据的可采性。境外证据实体审查制度贯穿了我国刑事司法协助中境外证据发展的始终，并出现对刑事境外证据审查的三大模式。

（1）严格审查标准

¹⁶ 《中华人民共和国刑事诉讼法》第 18 条。

我国《刑诉法解释》(2012)第405条规定,经审查的境外证据达到“能够证明案件事实”和“符合刑事诉讼法规定”两个要求,就可以作为刑事证据使用。这意味着,境外证据需要符合我国刑事程序法对于证据“三性”的要求,即符合证据的真实性、关联性和合法性。《刑诉法解释》(2021)第77条沿用这一标准。这一模式的适用在实践中存在一定难度,导致司法解释在指导境外证据审查时出现新的做法。但按照“上位法优于下位法”的顺序,《刑诉法解释》对于境外证据审查标准的规定才是最权威的,表达出我国维护司法主权的决心和立场。

(2) 真实性审查倾向

早期的《联席会议纪要》强调,“能够证明案件的真实情况”且“符合法定要求”的境外证据,应当作为证据参与涉外刑事案件审理并被使用。《刑诉法解释》通过否定性解释再次强调对境外证据真实性审查的重视,即“对于无法确认真实性的境外证据,不得作为定案的根据”。《意见》也倾向对境外证据真实性的审查,认为“只要具备真实性,就可以作为定案依据”。考虑到请求国对被请求国采集的刑事境外证据参与程度和控制能力都极为有限,我国在司法实践中对境外证据审查作出的灵活性变通,无形中催生了司法机关对证据真实性的重视,但在近来的法律文件中开始发生变化。

(3) 合法性审查倾向

一直以来,境外证据的合法性审查就被忽视,司法机关普遍认为官方机构的参与为境外证据的合法性提供了担保,即只要通过国际刑事司法协助程序获得的境外证据天然具有合法性。并且,委托取证导致请求国无法见证境外证据的收集与保存,证据合法性审查很难很难落实。2020年,最高检第十八批指导性案例之“张凯闵等52人电信网络诈骗案”明确指出,该案的指导意义首先是对境外获取的实施犯罪的证据应当重视合法性的审查。¹⁷《规定》等文件重申这一立场,应当审查境外证据来源是否合法、手续是否齐备。这一变化体现了我国司法部门对于刑事境外证据的关注点已经从真实性转至合法性。

3.国内法中刑事司法协助的境外证据程序性制度

(1) 境外证据移交制度

《指引》规定,应当关注交接证据过程的连续性,包括是否有交接文书,文书是否包含接收证据,交接物品的完整性。“张凯闵等52人电信网络诈骗案”的指导意见完善境外证据移交的注意事项,包括过程是否连续、手续是否齐全、交接物品是否完整、双方清单记载的物品信息是否一致、清单与物品是否一一对应。《指引》还规定“确认境外证据接收移交、开箱、登记时是否全程录像”,以确保交接过程的真实性。《规定》在此基础上进一步完善,对移交的主体作出要求,即参加证据现场移交的工作人员不少于二人;对移交的过程作

¹⁷ 《最高人民法院第十八批指导性案例》。

出规定，针对移交、开箱、封存、登记的具体情况应当制作笔录，并承办案件的司法机关代表、外方移交人员签名或者盖章；录音录像需注明在笔录中注明其他见证人。《刑诉法解释》（2021）新增了检察机关对有关材料来源、提供人、提取人、提取时间等情况的说明的随案移送义务。

（2）官方说明义务规则

《意见》与《指引》率先规定了公安机关工作人员对境外证据的说明义务，包括对证据来源、提取人和时间或者提供人和时间以及保管移交的过程等。《意见（二）》进一步规范，针对未提供程序性材料的证据，要求公安机关提供书面说明，记录境外证据材料的来源、移交过程以及种类、数量、特征等，并由两名以上侦查人员签名并加盖印章。另外，指导性案例对不具有规定规范的境外证据，设定了公证机关与外交机关的证明义务，需要被请求国公证机关与外交主管机关或其授权机关认证，并经我国驻该国使、领馆认证。刑事境外证据规则的义务主体从过去单一的法院审查，逐渐覆盖到公安机关和检察院的说明、移送义务，规范刑事境外证据的程序链。

二、我国国际刑事司法协助中境外证据制度的不足

（一）整体：刑事司法协助中境外证据制度体系的不足

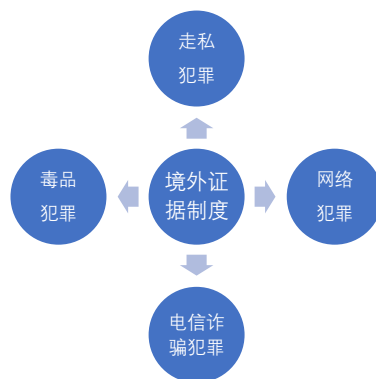
证据法则呈现出“碎片化”的发展趋势，证据法内容与特定法律程序特征相结合，例如境外证据与国际刑事司法协助程序的结合，导致具体规则层面呈现出较多差异性。¹⁸如今，涉外刑事案件纷至沓来，境外证据规则作为治理涉外案件的辅助性措施被纳入其中，这些配套措施散见于公安部、最高人民检察院和最高人民法院的各类解释和规定之中，不免限制刑事境外证据的功能发挥。过去几年，刑事境外证据规则在一定程度上取得了较大进展，但其碎片化特征也在愈演愈烈。

1. 适用案件类型受到限制

刑事境外证据规则多分布在各种的处理特定类型案件的司法解释当中。早在境外证据制度发展之初，刑事境外证据在不同类型的案件中呈现出完全不同的适用态度。《联席会议纪要》针对海关走私案件采取宽松态度。但地方法律文件仍然出现了“藩镇割据”的局面，对刑事境外证据持有不同的态度。云南省高级人民法院对毒品犯罪中的境外证据制度采取审慎态度。¹⁹当时跨境犯罪案件并不兴盛，碎片化引起的适用混乱和冲突也并不显著。近年出台的相关文件对境外证据制度的规定依然存在这一问题。《指引》仅针对电信诈骗案件，进行证据合法性审查、证据转换审查的规定。《规定》对境外证据的移交等程序性事项的规制，仅适用网络犯罪案件。（如图二）

¹⁸ PJ Schwickard, Convergence, “Appropriate Fit and Values in Criminal Process,” in Paul Roberts and Mike Redmayne eds., *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*, Hart Publishing, 2009, p. 334.

¹⁹ 云南省高级人民法院等制定的《关于毒品案件证据使用若干问题的意见(试行)》（2005）第4项。



图二 不同类型犯罪中的境外证据制度（作者整理）

司法机关为了规制某一类跨境犯罪案件，进而将境外证据制度作为辅助性制度纳入法律文件当中。尽管这些案件之间存在重叠情形，差异却是显而易见的。这种做法却极容易在实践中造成混乱。一方面，境外证据制度将延伸出多种实践方式，《刑诉法解释》对境外证据制度的统一规定将形同虚设。另一方面，对不同类型案件的境外证据进行差别也意味着对被追诉人基本权利的保障也存在差别对待。

2. 法律文件适用的主体受到限制

《规定》为检察院自身面对刑事境外证据设定了程序和实体上的义务，但并没有覆盖到公安机关或人民法院。这导致不同案件中义务主体存在缺失的情况。实务中，刑事司法协助在案件侦查阶段就已经介入，若公安机关和检察院没有履行或者未按照规定履行刑事境外证据收集、保管、移送等义务，可能出现法院的证据审查功能被架空的状态。可见，统一适用于司法机关的国内法规尚有欠缺。

²⁰（见表 1）

法律文件	适用案件范围	涉及义务主体	主要内容
《意见》	网络电信诈骗案件	“两院一部”	境外证据的收集与审查
《指引》	电信诈骗案件	公安、检察院	证据的转换使用
《第十八批案例》	网络电信诈骗	检察院	境外证据合法性审查
《规定》	网络犯罪案件	检察院	境外证据的移交、审查 （程序合法性审查）
《刑诉法解释 （2021）》	全适用	法院	境外证据的审查
《意见（二）》	电信网络诈骗案件	“两院一部”	境外证据

表 1 境外证据的法律文件的适用案件范围和义务主体（作者整理）

²⁰ 王玫黎：“亟待制定惩治网络犯罪的国际公约”，《检察日报》，2021 年 10 月 26 日，第一版。

（二）程序：刑事司法协助中境外证据转换使用的不足

1.我国刑事司法协助中境外证据的转换使用

境外证据的转换使用是司法机关在具体实践中形成的做法，并最终通过法律规定确定下来。《联席会议纪要》最早将这一做法进行了规定，在境外证据的提供者对证据的使用形式有限定的情况下，例如境外证据不得公开或者不得作为庭审证据使用，侦查机关应当通过工作说明的形式对境外证据予以转化，说明原始境外证据的取证过程和具体内容并加盖侦查机关公章，以供庭审使用。《刑诉法解释》（2012）修订时，有专家建议在中对证据转换进行规范，但并未被采纳。后来，境外证据的转换使用出现在了《指引》当中，规定“不符合我国证据种类和收集要求”的境外证据需要侦查机关进行转化才能使用。从上述规定能够看出，境外证据转换使用的情形主要分为四种情形，包括境外所获刑事证据不能公开的，不能作为庭审证据使用的、不符合我国证据种类或证据收集要求的。

这一司法实践与规则的形成，一方面出于打击跨境犯罪的目的。跨境犯罪案件往往涉及的犯罪金额巨大、犯罪情节严重，具有强烈的社会影响力，需要司法机关尽快侦破案件，尤其是跨境网络诈骗犯罪案件的频发。以最高检第十八批案例“张凯闵等 52 人电信网络诈骗案”为例，52 位被告人形成分工明确的犯罪集团在境外进行电信网络诈骗，骗取 75 名被害人的钱款，共计人民币 2300 余万元。²¹为了尽快侦破跨境犯罪案件，司法机关通过这种方式保证境外证据顺利参与审判。另一方面，刑事司法协助程序拖沓的现实，也是司法机关选择变通跨境取证的重要原因。首先，被请求国的执法取证水平很难保证，正当程序所带来的巨大司法成本可能影响到国内司法机关的办案效率。如果最终案件的关键证据因在境外采集的程序不当而被认为是非法证据，案件的侦破便会前功尽弃。

2.违反“保密与限制使用”条款

在国际刑事司法协助条约中，保密与限制使用条款是最为常见的内容。遵守“保密与限制使用”条款是“条约必须履行原则”的重要体现。我国国内对刑事司法协助所获境外证据的转换使用的做法与规定很可能违反了这一条款，进而存在国际法意义上的违法。

保密条款的设置主要是为了合理控制国际刑事司法协助中敏感信息的知情范围。一般来说，保密条款包括被请求国收到请求后的保密义务、请求国对境外证据的保密义务、被请求国提供协助前的保密权利，以及请求国提出请求时的保密义务。²²这里主要讨论的是我国作为请求国对境外证据的保密义务这种情况。我国签订的刑事司法协助条约对保密条款的设置大致分为三类，第一类是协商进行，这是保密条款最常见的形式；²³第二类是被请求国单方面决定，这种情况

²¹ 《最高人民法院第十八批指导性案例》。

²² 孙昂：《中美〈刑事司法协助〉“保密和限制使用”条款研究》，《国际法学刊》2019 年第 1 期，第 42 页。

²³ 以《中华人民共和国和加拿大关于刑事司法协助的条约》为例，第 21 条第 1 款规定，“被请求方在

是不需要双方协商；²⁴第三类是折中类型，即进行事先通知。²⁵然而，我国境外证据转换使用的做法发生在刑事司法协助程序结束之后，境外证据已经属于我国司法机关管辖范围内，因而并不受到上述条款的限制。如果被请求国在刑事司法协助程序中提出境外证据不许存在“转换使用”的要求时，我国能否拒绝？按照我国《国际刑事司法协助法》规定，在不损害我国主权、安全和社会公共利益的前提下，被请求国可以就执行刑事司法协助请求提出附加条件并由外交部作出予以承诺，该承诺在追究涉案人员刑事责任时有约束力。²⁶从这一角度来看，境外证据转换使用似乎并不存在冲击我国司法主权、安全与社会公共利益的问题，这也在侧面证明了我国境外证据转换使用的实践与立法缺乏合法性的基础。

限制使用条款的设置主要是为了合理控制国际刑事司法协助中敏感信息的使用范围。我国也通过将其转化为国内法的内容确定了这一条款，即“但提供人或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外”。关于限制使用条款，学界存在两派观点。一种观点认为，类似“转换使用”的境外证据突破了特定性原则，可能侵犯到被追诉人的基本诉讼权利，这是出于刑事程序法的人权保障考虑。²⁷另一种观点认为，突破该原则一定程度上也能带来积极的效果，能够便利国际刑事司法合作。²⁸“转换使用”正是在牺牲一定前者价值的基础上，提高刑事司法协助的效率。

3.违反“善意履行”原则

“条约必须遵守”是一项源自古罗马时期的古老国际法原则。《维也纳条约法公约》中，该原则被解释为“善意履行”。²⁹这一原则在习惯法中也有所体现，即国家应当像他们习惯地行为那样去行为。³⁰从应然角度看，“条约必须遵守”义务既不是基于利益的考量，也不是基于对强力的服从，而是作为判定规则体系之效力的“承认规则”的存在。³¹对此，主权国家必须妥善处理所参加的国际条约和国内法的关系，即主权国家不能以国内法为理由不履行条约。³²国际常设法院在“威布尔敦号”案、“但泽法院的管辖权”案中出具的咨询意见也表达了对国际条约优

与请求方协商后，可以要求对其所提供的情报、证据或者这些情报、证据的来源予以保密，或者仅在其所确定的条件和情况下予以公开或使用。”

²⁴ 以《中华人民共和国和菲律宾共和国关于刑事司法协助的条约》为例，第6条第2款规定，“如果被请求方提出要求，请求方应当对被请求方提供的资料和证据予以保密，或者仅在被请求方指明的条件下使用。”

²⁵ 以《中华人民共和国和哥伦比亚共和国关于刑事司法协助的条约》为例，第7条第2款规定，“被请求方可要求请求方按照其指定的条件，对依本条约获得的资料或证据予以保密。请求方应遵守这些条件。如请求方不能接受这些条件，则应通知被请求方，由被请求方决定是否仍执行该协助请求。”

²⁶ 《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第11条。

²⁷ 李俊伟：“域外取得的刑事证据之可采性”，《中国法学》2015年第4期，第261页。

²⁸ 孙昂：“中美《刑事司法协助协定》‘保密和限制使用’条款研究”，《国际法学刊》，2019年第1期，第67页。

²⁹ 《维也纳条约法公约》第26条。

³⁰ [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵，浙江：商务印书馆2013版，第369页。

³¹ 王玫黎：《民法典时代国际条约地位的立法模式》，《现代法学》，2021年第1期，第202页。

³² 《维也纳条约法公约》第27条。

越性的肯定态度，同时还提到，如果主权国家已经订立有效的国际义务，就应当在国内法中作必要的修正，使其能够履行其所负的国际义务。³³这意味着，国际条约不仅优先于国内法，国内法还负有保证国际条约被有效履行的义务。

我国曾在 1997 年《刑诉法解释（试行）》规定了国际条约的优先性，即“我国缔结或者参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用国际条约的规定。但是我国声明保留的除外”。³⁴但该条后来被删减，我国在刑事领域国际条约的优先适用便失去明确的法律依据。在制定《国际刑事司法协助法》时，学者们也提出解决国际条约规范优先适用原则在我国刑事诉讼领域的“法律空白”，但最终在《国际刑事司法协助法》中并未体现。实际上，国际条约与国内法所具有的职能并不相同，前者是参与合作的主权国家需共同遵守的规则，而国内法则是本国在合作中应遵循的内部程序与标准。³⁵两者之间的配合对于保证国际刑事司法协助中跨境取证的正常进行起着重要作用。

“善意履行原则”在刑事司法协助领域有着更进一步的含义。根据“博雷尔案”中国际法院的判决，虽然拒绝刑事司法协助请求条款给予法国“相当大的自由裁量权”，但其仍应遵守“善意履行”义务。³⁶何为“善意”？我国《国际刑事司法协助法》强调，“损害我国主权、安全和社会公共利益，不得违反我国法律的基本原则”。³⁷为了明确“善意”的具体含义，国际刑事公约与刑事司法协助条约都明确规定跨境取证应遵循的特定性原则，但由于我国刑事诉讼程序中国际条约与国内法间的关系并未确定下来，导致我国境外证据的“转换使用”游走在“灰色地带”。

（三）实体：刑事司法协助中境外证据可采性审查的不足

1. 境外证据采集与审查的法律适用差异

在绝对主权观念的影响下，主权国家对通过刑事司法协助所获得的境外证据奉行着“不审查原则”，即不对在被请求国调取的证据进行审查，而是默认境外证据的获取是合法的。但主权国家很快意识到，不审查境外证据会对本国的法律秩序造成一定程度混乱。不少主权国家开始对境外证据的可采性进行规制。由于缺乏明确系统的境外证据审查规则，主权国家侧重对于被请求国进行整体评价。这种整体评价主要从被请求国的法治环境与司法水平进行整体评估。可是，这种审查方式缺乏对境外证据在个案当中的特殊性的关注。于是，基于个案的境外证据审查模式开始建立起来。

但是，证据的收集依据证据所在国法律进行，而证据审查则依据证据使用国

³³ 王铁崖：《条约与国内法律的冲突》，邓正来主编：《王铁崖文选》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 553—555 页。

³⁴ 《最高人民法院关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释（试行）》（1997）第 295 条。

³⁵ 黄风：“制定我国《国际刑事司法协助法》的几个问题”，《中外法学》，2011 年第 6 期，第 1152 页。

³⁶ 国际法院：刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国案），<https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-2008-2012-ch.pdf>，2023 年 1 月 20 日访问。

³⁷ 《中华人民共和国刑事司法协助法》第 4 条。

法律进行，这就出现程序采集和实体审查的法律适用差异。请求国基于管辖权的限制，无法干涉被请求国执法人员在本地的取证行为。加之，刑事司法条约过于抽象而缺乏实操性，导致证据采集的“准据法”依然指向了被请求国法律。请求国只能通过对被请求国的司法水平与法治环境进行整体的评估，以此来推测证据在境外的收集程序情况，这一定程度上弱化了请求国的司法主权。例如，德国对被请求国整体评价标准是被请求国法律规定是否比本国法严格。³⁸“依据请求国法律”模式开始崭露头角。

我国《刑诉法解释》对境外证据审查采取了严格模式，即境外证据必须符合我国刑事诉讼法对于一般刑事证据的“三性”要求。这一规定隐含的意义是，境外证据的收集应当按照我国法律进行。该模式拓展了请求国法律的域外适用，展现了我国司法主权的权威，但实效性却极为有限，不仅给被请求国的协助带来不便，也不利于开展国际执法合作。这一条款的设定为我国境外证据审查奠定了争议的基础，导致相关条款与司法实践的脱节。

2. 合法性审查的弱化

关于境外证据的审查，我国形成了“重真实，轻合法”的司法实践。刑事司法协助中境外证据规则都突出强调证据的真实性。法院着重审查境外证据的真实性，强调其他证据之间的佐证，以及与其他境内证据相互佐证。³⁹更甚，司法机关认为只要具有真实性，境外证据就具有可采性。江苏省高级人民法院规定，境外证据为履行证明手续的，只要真实性能够被其他证据证明，就可以作为证据使用。⁴⁰不仅是我国，许多国家都出现这种做法。英国《国际合作法》对在外国境内取得证据的审查进行规定，即在证据可采性的判断上与国内获得的证据应当具备同样的条件。⁴¹即便如此，英国法院在实际审查过程中并不按照法律规定对境外证据进行全面审查，而是更关注境外证据的可靠性。⁴²在 *Chinoy* 一案中，美国执法部门便是利用英国在这一问题上的立场而寻求打击跨境犯罪的便利。⁴³实际上，除非请求国派员参与被请求国取证的全过程，否则对于境外证据是否合法难以进行实质性审查。另一方面，弱化境外证据的合法性审查也是减少对被请求国司法主权的干涉。毕竟证据是在被请求国按照当地法律收集，一旦对刑事境外证据合法性进行严格审查，难免会波及到被请求国。

³⁸ Bundesgerichtshof Urt. v. 10. 08. 1994, Az.: 3StR53/94, JurionRS 1994, 19166; 转引自萧百麟：“经由刑事司法互助取得之证据可用性研究：以证人笔录为中心”，我国台湾地区台湾大学硕士论文，2014年，第35页。

³⁹ 《广东省高级人民法院、广东省人民检察院、海关总署广东分署加强查办走私犯罪案件工作第八次联席会议纪要》第3项。

⁴⁰ 江苏省高级人民法院等制定的《关于刑事案件证据若干问题的意见》（2008）第15条

⁴¹ 《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第455条与《英国犯罪（国际合作）法》注释说明第42条。

⁴² Susan Nash, “Tipping the Scales: The Reduction of Procedural Protection for the Accused in Inter-Jurisdictional Case,” *Doctoral thesis of University of Aberdeen*, 2000, p. 188.

⁴³ 在本案中，按照法国法律规定，因美国执法部门在巴黎通过监听取得的证据应当排除。于是，美国执法者故意在 *Chinoy* 到英国期间请求英国执法部门逮捕 *Chinoy*，而美国执法者在法国获得的非法证据则绕开法国法律的严格规定，由英国法院则认定了证据的可采性。

证据收集手段和方法的合法性是证据合法性的重点。⁴⁴而司法实践却凸显出对境外证据合法性审查的弱化，尤其是对证据收集合法性审查的忽视。根据最高院公布的《刑事审判参考》第 748 号案例“自诉人桥本郁子诉被告人桥本浩重婚案”裁判理由可以看出，对于我国通过刑事司法协助程序调取的境外证据，法院无须对证据的程序及手续进行限制，就可以认定其具备完整的证据属性。⁴⁵司法机关似乎已经默认，凡是通过刑事司法协助获得的境外证据就是符合了合法性要求的。主权国家默认只要按照刑事司法协助程序申请调查取证，就天然地符合本国法对境外证据合法性的要求。因此，所获证据便具有“豁免”效力，可以不对其进行合法性审查。

3. 证据审查种类的泛化

现有法律文件并没有对境外证据进行详尽的说明，仅指明是“境外取得的证据”。《刑诉法解释》（2012）将境外证据的审查规则放在司法协助一章。这虽强调刑事境外证据不同于普通刑事证据的特殊之处，却忽视境外证据的本质属性，即其本质上属于刑事证据的特殊种类。并且，境外证据本身并不局限于在刑事司法协助中所获取的，还包括当事人、辩护人以及诉讼代理人提供的境外证据材料。这一做法无疑是将通过非司法协助方式获取的境外证据处于尴尬境地。《刑诉法解释》（2021）沿用《刑诉法解释》（2012）对刑事境外证据的分类方式，根据证据提供的主体不同来划分，即“司法机关提供的”和“当事人及其辩护人、诉讼代理人提供的”两种方式，这种分类方式导致证据本身的个性无从显现，可能存在控辩双方义务不平等的情况，缺乏合理性和科学性。《刑诉法解释（2021）》将“境外证据的审查”从司法协助章迁移至证据章，为通过非司法协助方式获得的境外证据容纳了空间。更重要的是，明确刑事境外证据的证据属性，为适用证据的一般原则和制度奠定良好的法理基础，为刑事境外证据正本清源。

我国《刑事诉讼法》将证据分为八种法定证据类型，每个种类的证据都有其自身的个性，其审查标准根据其个性而“量身定做”。一般来说，实物证据的真实性更容易确定，但其需要经过多次转交以及长时间保存，故对合法性的要求更高；言词证据在庭审实质化的推动下，更强调被追诉人的质证权；电子证据则因其易变性特征，对于真实性要求更高，需要经过严格的鉴真程序。目前，我国境外证据的审查却模糊现有的证据分类，试图用同一套标准判断境外证据的可采性，这最终导致我国对刑事司法协助所获境外证据的审查流于形式而无法深入。除此之外，境外证据获取的途径和方式也是多种多样，有委托取证、直接取证以及联合取证等多种形式。以直接取证为例，由于本国人员参与程度深、对证据的控制力大，直接取证的材料几乎可以等同于国内证据，如果让该证据经过境外证据的程

⁴⁴ 卞建林：《证据法 原理·图解·案例·司考》，北京：中国人民民主法制出版社 2015 版，第 122 页。

⁴⁵ 最高人民法院：《刑事审判参考》（总第 84 集），北京：法律出版社 2012 年版，第 29 页。

序与审查流程，未免显得多此一举。另外，委托取证内容若在我国申请刑事司法协助之前已经完成，要求其按照我国对境外证据的程序审查要求进行，也显得有些苛刻。⁴⁶

（四）救济：刑事司法协助中境外证据个体权利保障的不足

1. 国家刑事司法协助程序中个人地位的模糊

在域外取证过程中，国家通过国际条约开展跨境调查取证，整个过程仅有双方官方国家机构之间参与，个人通常被排除在刑事司法协助之中。在中国与美国、比利时、英国等多国签订的刑事司法协助协定中，明确规定不赋予任何私人当事人个体权利，使其能够取得、隐瞒或排除任何证据或妨碍执行请求”⁴⁷。该条款隐含着排除个人参与跨境调查取证的观念。被追诉人对程序的参与处于十分被动的地位，通过跨境取证所获得证据无法保证程序的合法性而参与国内审判，导致被追诉人陷入“弱势地位”并最终承担这一风险引发的实体效果。其次，国家为强化主权国家在国际刑事司法协助中的地位，对通过刑事司法协助获得的境外证据和通过个人提供的境外刑事证据设置不同标准的门槛，存在破坏控辩双方平等的可能性。我国《刑诉法解释》（2012）就曾规定，个人提供的境外证据，应当经过证据所在国公关证明，证据所在国中央外交主管机关或者其授权机关认证，并经过我国驻该国使、领馆认证，而通过刑事司法协助程序获得的境外证据并无此规定。这意味着私人所提供的境外证据在我国有着更为严格的认证程序，为私主体取证提供较高的门槛。

传统国际法将国家作为国际法的主体，刑事司法协助也被认为属于国际法范畴，个人只是国际法的客体而非主体。这意味着，国家对保护人权负担着唯一且排他的责任。二战以来，国际人权法的发展逐渐改变传统国际法的观点，个人在国际法上享有的权利被得到认可。⁴⁸尽管新的法律秩序规定个人可以求助的补救方法，在以主权国家为主体运行的国际法体系中，人权依然显得十分边缘。⁴⁹仅从“权利”本身出发，这意味着主权国家具有天然不被剥夺的利益与便利。在“权利本位”的范式中，公权力主体之间进行的跨境取证与司法协助，只不过是实现个体权利的过程。⁵⁰某种程度上来说，国家主权的彰显和个人权利的保障已经在国际刑事司法协助中境外证据规则这座天秤上出现了失衡。

2. 跨境取证中被追诉人救济权利的缺失

⁴⁶ 冯俊伟：“刑事司法协助所获取证据的可采性审查：原则与方法”，《中国刑事法杂志》2017年第6期，第81页。

⁴⁷ 《中华人民共和国政府与美利坚合众国政府关于刑事司法协助的协定》、《中华人民共和国和比利时王国关于刑事司法协助的条约》、《中华人民共和国和大不列颠北爱尔兰联合王国关于刑事司法协助的条约》第1条第3款。

⁴⁸ 起初，奥本海认为国家是国际法的唯一主体，但在1992年出版的《奥本海国际法》（第9版）中明确指出：“国际法承认个人与国家都可以成为国家主体。”See Robert Jennings and Arthur Watts, “Oppenheim’s International Law”, 9th edition, London: Longman Group, 1992, Vol.1, p.4.

⁴⁹ [加]约翰·汉弗莱：《国际人权法》，庞森译，北京：世界知识出版社，第5页。

⁵⁰ 王克玉：“域外取证法律冲突下证人权保障问题的审视”，《政法论坛》，2015年第4期，第87页。

被追诉人权利的保障体现了人权保障的精髓，也是刑事程序法及其证据制度追求的终极目标。《联合国宪章》将尊重人权确立为基本宗旨之一。《公民权利和政治权利国际公约》详细规定了被追诉人的最低限度的诉讼权利，主要包括权利告知、律师帮助、及时受审、法律援助、询问不利于己方的证人、免费翻译、不被强迫自证其罪等基本诉讼权利。⁵¹该条款意味着，在跨境犯罪案件中，被追诉人也应当符合该条规定的基本诉讼权利。这一规定成为刑事司法实践的“最大公约数”，成为众多国家刑事诉讼中被追诉人权利保障的基本条款。《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》规定了提供最大限度的司法协助。公约规定对于通过酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的方式取证而构成犯罪的，规定缔约国应当提供最大限度的协助，包括提供诉讼所必需的一切证据。⁵²同时，公约规定刑事司法协助中所获境外证据，应当满足请求国对证据的要求。对于酷刑逼供得到的境外证据，不得援引作为诉讼程序的证据使用，但可以作为酷刑逼供者进行起诉的证据。⁵³这一公约主要强调对境外证据中证人证言的人权保障准则。然而，世界各国人权保障水平依然具有较大的差距，尤其是发达国家与发展中国家之间存在无法跨越的“鸿沟”，很难使得双方在被追诉人权利保障方面处于同一水平之上。以我国来说，近年来死刑越来越成为我国国际刑事司法协助的法律障碍。⁵⁴

在境外证据的“不审查原则”影响下，即便对境外证据的合法性进行了审查，被追诉人的救济权也无法得到保障，主要原因就是非法证据排除规则在境外证据领域无法适用。本国执法人员按照本国法律在当地进行执法活动，属于本国主权管辖范围，他国无权干涉。美国传统观点认为，非法证据排除规则仅适用在遏制本国执法人员，并不适用于外国执法者在国外的违法取证活动。⁵⁵在我国跨境犯罪案件的审判中，不少辩护人都对境外证据的可采性提出质疑，但从未出现对非法证据排除规则的适用。这与本国法的域外适用有着不能切割的关系。过去，程序法被认为属于公法范畴，其适用严格以领土为基础，因此不具有域外效力。在大陆法系，非法证据规则不仅发展落后，并且通过非法方式获得的境外证据很少排除。通说至今都认为，基于请求国国内法的证据禁止制度不适用于被请求国的跨境取证。⁵⁶更何况，为了提高打击跨境犯罪案件的效率，司法机关更不会轻易将境外证据认定为“非法”。

⁵¹ 《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条。

⁵² 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 9 条。

⁵³ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 15 条

⁵⁴ 黄风：《中华人民共和国〈国际刑事司法协助法〉立法意见稿及论证》，北京：北京大学出版社 2012 年版，第 145 页。

⁵⁵ Steven H. Theisen, “Evidence Seized in Foreign Searches: When Does the Fourth Amendment Exclusionary Rule Apply?”, 25 *Wm. & Mary L. Rev.* (1983), p. 166.

⁵⁶ Steven H. Theisen, “Evidence Seized in Foreign Searches: When Does the Fourth Amendment Exclusionary Rule Apply?”, 25 *Wm. & Mary L. Rev.* (1983) , p. 166.

三、我国国际刑事司法协助中境外证据制度的完善

(一) 我国国际刑事司法协助中境外证据制度的体系构建

1. 构建专门司法解释的建议

碎片化是我国证据法的重要特征,我国证据法散见于刑事诉讼法等法律以及各类司法解释当中。相关学者们曾努力制定我国证据法典,但并未成功。有学者曾提出,中国证据法学要超越个别证据规则的离散性问题,在全国范围内达成一致。⁵⁷在这种背景下,境外证据也凸显出较为明显的离散性。相比较构建系统的证据法典,境外证据制度体系构建的难度降低了许多。并且,构建境外证据制度体系也可以成为未来我国构建证据法典的重要参考经验。

首先面临的问题就是,选择何种形式构建系统的境外证据制度体系。当前的国际社会提供了三种可选择的路径。一是单独立法,出台我国《境外证据法》。在域外经验中,马绍尔群岛就将境外证据独立立法。⁵⁸但这一选择对我国而言并不现实。二是将境外证据制度纳入我国《刑事诉讼法》中,作为证据的特殊形式存在。这应当是最为理想的方式,但现实上,刑事诉讼法修改启动难度大、周期长。并且,普通证据规则大都散见司法解释当中,想要通过刑事诉讼法对境外证据进行系统规定的可行性不大。这样一来,司法解释成为唯一可选。要考虑到,以司法解释为中心来推进刑事证据制度体系化在合法性空间上已经基本耗尽,亟待立法层面上进行提升和赋权。⁵⁹因此,可以在刑事诉讼法证据章中加入境外证据的原则性条款,通过原则性的规定对其合法性进行加固,以达到统领具体司法解释的功效,再由司法解释对其进行详实的规范。例如:

“对来自境外的证据材料,相关证据材料能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的,可以作为证据使用,存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的,应当依法予以排除。”

其次,由“两院一部”共同出台司法解释,将境外证据的适用覆盖到所有刑事案件,而不是将其作为某类案件的配套制度存在。这一选择的好处在于符合国内法律适用的顺序,即“上位法高于下位法,特殊法优于一般法”。因为大量证据规则存在司法解释当中,以司法解释规定既不会触及刑事诉讼法典的地位,还能够满足优先适用境外证据制度的需求。证据规则是一体两面的,证据的收集属于程序法范畴,而证据的审查则属于实体法范畴。大致框架如下:

⁵⁷ [美] 罗纳德·艾伦:《艾伦教授论证据法》(上),张保生等译,北京:中国人民大学出版社2014年版,第434页。

⁵⁸ 陈卫东:《涉外程序和刑事司法协助:外国刑事诉讼法有关规定》,北京:中国检察出版社2017年版,第390—392页。

⁵⁹ 吴洪淇:“刑事证据制度的体系化塑造及其隐忧——最高院‘新刑诉解释证据规定’的宏观分析”,《当代法学》2021年第5期,第67页。

第一章 刑事境外证据适用的基本原则

第二章 刑事境外证据适用的程序规则

第三章 刑事境外证据适用的审查标准

在基本原则章节，应当展现我国在构建中的刑事境外证据制度基本态度。第一，明确国家主权原则，被请求国证据的收集以及个人收集的境外证据必须符合我国主权、安全以及社会根本利益；第二，明确保障被追诉人权利原则，个人获取的境外证据与通过司法协助程序获得的境外证据具有同等地位；第三，明确证据特定性原则，是我国对国际条约的转化适用，体现我国对国际条约的“善意履行”；第四，明确国际法优先适用原则，即“我国与有关国家签订的双边条约或加入的国际公约对材料的使用范围有明确规定的除外”，提高国际刑事司法合作的质效。

2.构建“链条式”程序规则的建议

首先，依据“场所支配行为原则”，允许被请求国按照本国法律在其本国收集证据。这是目前刑事司法协助中跨境取证的主流趋势，我国境外证据制度应当符合这一国际趋势，展示对被请求国主权的尊重。但这并不意味着我国不重视境外证据的程序，除了采集外，境外证据还需经过保管、移送、审查等程序。因此，应当建立过程化视角，将证据的保管、移送、审查与证据本身是否可靠可信相结合。

60

其次，证据的保存分为两个阶段，一个是被请求国移交前，一个是被请求国移交后。境外证据移交是承上启下的程序衔接点。从境外证据移交开始，证据从移送到请求国手中开始，就完全属于我国司法机关的管辖范围，因此，应当重视对境外证据的程序规制。由于司法协助程序的冗长，证据需要经过较长时间才能移交到请求国司法机关手中，这期间对于证据的保存与移交形成一定程度的考验。针对被请求国移交前的证据保存，属于被请求国管辖范围，我国可以对移送过程中发现保存出现严重过失的情形进行双方协商，必要时可由外交机关出面。针对证据移交现场，应当规定参与移交的国家机关、参与人数以及对境外证据进行形式审查的义务（即确保境外证据不存在被损坏的迹象），规定签名、盖章以及录音录像等形式要件，还要可以规定特殊情况下允许线上移交电子数据，避免双方因证据交接发生不必要的争议与摩擦。此外，还需要考虑到境外证据在国内的保存。一般来说，实体证据不易受到损坏，而电子数据却更容易受到影响。从域外

⁶⁰ Stephen Mason, “Towards a Global Law of Electronic Evidence? An Exploratory Essay”, *Amicus Curiae*, Issue 103 (2015), p.25.

立法的经验来看，新加坡《刑事司法协助法》就将委托取证程序分为物证和人证两种程序。⁶¹对此，我国国内证据法已经具备较为完整的规范，可以参考我国对国内刑事境外证据的规定，确保证据的程序性合规。

另外，需要对境外证据的转化使用进行明确规定。“转化使用”境外证据的最大问题是国内法缺乏对其法律地位的确定，因此需要规范转化程序，避免出现违背国际条约义务的情况。一是划定“转化使用”的适用范围，包括不符合我国证据种类与程序收集要求，以及突破限制使用原则的境外证据。对于不符合我国证据种类的境外证据，可以通过类比方式进行转化；对于不符合我国程序收集要求的境外证据，可以将其类比于国内法上的瑕疵证据，按照国内证据规则进行补足，可以要求被请求国出具相关证明；对于突破特定性原则的境外证据，要看双方刑事司法协助协定中是否有例外规定。二是明确侦查与司法机关在证据转化中的说明与移送义务，这种义务可以高于一般境外证据的程序要求。三是应当设立转化使用的底线，对于严重侵害被追诉人权利以及严重违背我国法律的境外证据不予转化。

3.构建“层次化”审查标准的建议

首先，境外证据的审查标准应当建立在国内法基础上，按照国内证据的要求，对其关联性、真实性与合法性进行审查。考虑到合法性弱化的司法实践，要强调对境外证据合法性的审查，尤其是程序合法性的重要性。

其次，应当构建层次化的证据审查逻辑链。所谓层次化之审查，即根据证据本身性质和收集途径使境外证据在审查过程中逐渐完成“蜕化”，让证据审查克服个案指导的软弱性，最终顺利进入国内审判。目前，司法机关已经注意到这一问题。在最高检第十八批指导案例——“张凯闵等 52 人网络电信诈骗案”中，指导意见充分体现出刑事证据法从一元到二元（国内证据与境外证据）的分化发展，以及境外传统类型证据与境外电子数据在运用规则上的再次分化。⁶²一是审查境外证据是否违反了证据特定性原则，这是境外证据遵循的基本原则；二是审查境外证据是正式司法协助途径还是非正式司法协助途径，不同国家对此态度存在差异；三是审查境外证据的取证方式，对于直接取证所获得的证据可以直接按照国内证据进行审查；四是根据证据种类不同分化审查重点，目前仅将电子数据将其分化出来，对其他证据还未进一步细化。另外，需要细化审查内容。一个是针对境外证据的真实性，应当侧重审查证据来源、提供人、提取时间等进行审查。另一个是针对境外证据的合法性，应当审查证据收集、保存与移交的全过程。对于转化使用的境外证据需要审查其转化过程是否符合规定，赋予转化证据的合法性。

最后，设置非法证据排除规则。伴随着我国对外关系与国际社会的变迁，我

⁶¹ 《新加坡刑事司法协助法》第 8、9 条。

⁶² 冯俊伟：“境外电子数据的取得和运用——基于第 67 号检查指导性案例的展开”，《国家检察官学院学报》，2021 年第 4 期，第 146 页。

国参与的刑事司法协助也正在从过去的退让转化为更加积极的态度,应对承认非法证据排除规则在域外适用中的效力并积极进行实践。并且,设置境外证据“排除”规则是多数国家境外证据制度发展的趋势。《意大利刑事诉讼法》规定,对于违反法律禁令的情况下获取的境外证据不得加以使用。⁶³英国对于非法取得的境外证据进行了规制,即“外国执法机构通过酷刑等方式获得的证据不得在英国法院使用”。⁶⁴非法证据排除规则的设置需要注意的有两点,一是要避免“一刀切”现象,即全盘否定有瑕疵的刑事境外证据。这不仅不符合我国对非法证据排除规则的解读,也不符合境外证据的复杂性与特殊性。二是要避免规则的“抽象性”,即缺乏明确评判“非法境外证据”的标准。抽象、笼统的规则需要法官通过自由裁量权自行判定,导致规则适用存在较大差异。对于经补足仍不具有证据能力的,无特殊规定违反证据特定性原则的,以及严重侵害被追诉人权利的境外证据应当予以排除。另外,考虑到境外证据的特殊性,对于损害国家主权、安全以及社会公共利益的境外证据,可以予以排除。

（二）国际刑事司法协助中境外证据制度的域外合作

1. 重视双边刑事司法协助,提高跨境取证效率

跨境取证不是完全依靠国内法,其生存环境决定它与他国之间产生某种必然联系。在国际刑事司法协助中境外证据制度的域外合作中,双边刑事司法协助是最基础且主要的合作方式。高效的跨境取证模式建立的前提是国家间高度政治互信,即便是高度“一体化”的欧盟成员国都难免感受到国内司法主权被侵蚀的现实。因此,想要简化跨境取证程序,提高跨境取证效率,双边形式司法合作是首选。相比于区域或全球合作的“众口难调”,双边刑事司法协助的对象单一,可以选择与我国政治互信较高的国家,能够达成较高的合作共识。我国一直积极推进双边刑事司法协助,并通过此类合作不断尝试创新跨境取证。以限制使用原则为例,我国在刑事司法协助协定的签订中对该原则进行变通处理,跟随国际趋势突破该原则带来的限制,提高了刑事司法协助的效率。未来,我国依然可以以双边刑事司法协助为切入点,创新跨境取证模式。

在双边刑事司法协助中设立更加便捷的跨境取证通道。一是非正式司法协助方式获取证据的途径逐渐得到司法机关的青睐。相比于冗长、繁琐的正式司法协助程序,非正式司法协助节省了司法机关原本所需的资源与成本。尤其外交核定环节,成为大部分程序成效不彰的败因。⁶⁵我国可以尝试与更多国家展开双边警务合作,以此打开刑事司法协助适用率不高的现状。二是随着电子传输技术的快速发展,跨境取证的途径将可能突破传统刑事司法协助途径,朝着更加高效、多

⁶³ 《意大利刑事诉讼法》第 729 条。

⁶⁴ Tobias Thienel, “Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence”, 4 *Journal of International Criminal Justice* (2006), p. 401.

⁶⁵ [德]赫尔穆特·查致格:《国际刑法与欧洲刑法》,王士帆译,北京:北京大学出版社 2017 年版,第 186 页。

元的趋势发展。目前,我国电子证据制度中的“远程勘验”未获得电子数据所在国的同意,存在着单边取证的风险。对此,有学者提倡构建跨境电子取证的刑事司法协助简易程序。⁶⁶我国可以尝试在双边刑事司法协助协定中进行跨境电子取证的简易程序试点,积累跨境取证简易程序的经验,最终通过国内法的方式将其确定下来。

2. 开拓区域刑事司法合作, 建立跨境取证机制

“湄公河”惨案发生后,我国与澜湄流域国家加紧了执法安全合作,在中国牵头下达成了《关于湄公河流域执法安全合作的联合声明》,但下游国家始终不愿意签订长期的执法安全协议,限制澜湄执法安全合作的深度。这不仅说明我国与其他国家之间互信程度有待提高,也凸显出国家间区域发展需求存在的差异。因此,建立良好的政治互信是区域刑事司法合作的首要前提。除此以外,还需要区域在打击跨境犯罪领域具有共识。例如,中国与东南亚国家在打击毒品犯罪、电信诈骗犯罪等问题上,与中亚国家在打击恐怖主义犯罪问题上,以及与俄罗斯等新兴国家在打击网络犯罪上都具有一定共识,更加便捷的跨境取证模式能够促进打击跨境犯罪的实现。

在开发区域刑事司法合作问题上,我国应当要重视并利用周边外交的优秀成果,在此基础上建立跨境取证机制。在“一带一路”背景下,中国已经建立多个执法机制,包括澜沧江—湄公河综合执法安全合作中心、上海合作组织地区反恐怖机制、新亚欧大陆桥安全走廊执法合作论坛机制等。同时,还签订多个区域执法合作条约。《中国与东盟非传统安全领域合作谅解备忘录》甚至成为“湄公河惨案”中泰两国警方合作的重要依据。⁶⁷但是,区域跨境取证并没有更具约束力的法律文件。⁶⁸值得关注的是澜沧江-湄公河综合执法安全合作中心,该机构是“澜沧江—湄公河合作机制”(简称“澜湄合作”)在执法合作方面的重要成果。中心作为常设机构落户云南昆明,并下设情报融合与案件协查部。情报是证据的前身,情报的分享与交流是非正式刑事司法协助方式之一,我国应当发挥这一部门在次区域执法合作中的作用,借助平台力量构建跨境取证简易程序,出台相关法律文件约束成员国。同时,在条款设置中突出请求国与被请求国之间的平等,尤其要平衡被请求国需要承担的额外风险。

3. 引领全球刑事司法合作, 确保跨境取证安全

区域合作的目的是不是封闭,而是以全球合作为导向。西方网络发达国家与广大发展中国家在打击网络犯罪领域的立场是“分庭抗礼”,其中也表现在对国际刑

⁶⁶ 王立梅:“论跨境电子证据司法协助简易程序的构建”,《法学杂志》,2020年第3期,第82页。

⁶⁷ 该备忘录规定了,中国与东盟的合作领域包括联合执法合作,要求中国与东盟各成员国就共同涉及的跨国犯罪应当在证据收集、逃犯缉捕和遣返、犯罪收益的追缴与返还等方面通力合作,并鼓励各国间签订相关的双边条约。

⁶⁸ 伍光红:“中国—东盟打击跨境电信网络诈骗案件警务合作机制研究”,《河北大学(哲学社会科学版)》,2022年第6期,第158-159页。

事司法协助与跨境取证两大问题。受到“网络自由”思潮影响的西方老牌网络国家允许司法机关紧急直接请求协助和跨境访问数据。西方发达国家推崇的《网络犯罪公约》第 27 条规定，“在缺乏可适用的国际协定的情况下”紧急直接请求协助的情形，即成员国之间的司法机关可以直接发送协助请求而无须专门机关中转。⁶⁹这一条款让被请求国陷入两难，同意协助减损了本国主权安全，不同意协助又违反了条约义务。⁷⁰同时，公约第 32 条规定，成员国可以不经另一成员国官方机关的许可，直接经该国的私主体同意而获取电子数据。⁷¹这是该公约最饱受争议的条款，不少国家认为这一条款侵蚀到本国主权安全。可以看出，这一模式以提高司法协助的效率为目的，以让渡主权为代价，不符合以我国为首的新兴国家“网络主权”立场。

2021 年，联合国通过第 A/75/L.87/Rev.1 号决议，决定从 2022 年 1 月开启打击网络犯罪全球公约的制定。⁷²伴随着联合国框架下打击网络犯罪公约谈判进程的推进，美欧发达国家与新兴国家在打击网络犯罪领域的分歧与博弈并不会“偃旗息鼓”。双方清楚地意识到，公约的制定对于未来打击网络犯罪乃至网络空间的话语权掌握在谁的手中有重要意义。因此，我国应当秉持“网络主权”立场，主张构建开放安全的国际执法程序规则。要把相应的证据规则一并规定清楚，而且还要对新形态的特殊执法规则做出规定。⁷³例如，设立前置“许可”的刑事司法协助与跨境电子数据访问的条款。

⁶⁹ 《欧洲委员会网络犯罪公约》第 27 条第 5 款。

⁷⁰ 王肃之：“网络犯罪国际立法的模式之争与中国方案”，《南大法学》，2021 年第 5 期，第 113 页。

⁷¹ 《欧洲委员会网络犯罪公约》第 32 条 b 款

⁷² 联合国大会：《第七十四届会议第三委员会议程项目 107：打击为犯罪目的使用信息和通信技术行为》，A/C.3/74/L.11，第 3 页。

⁷³ 赵永琛：“《联合国打击网络犯罪公约》的制定问题研究”，《武大国际法评论》，2022 年第 5 期，第 6 页。

Chinese extraterritorial evidence system in international criminal judicial assistance

Yang Yiqiong

Abstract: With the rapid development of transportation means and the Internet, the traditional communication space bounded by the territory of sovereign countries has been broken, which has brought people closer together and led to a surge in cross-border crime cases. In response, sovereign states have signed international criminal judicial assistance treaties to ensure the smooth detection of cross-border crime cases. However, the extraterritorial evidence circulating in international criminal judicial assistance breaks through the barriers of domestic law and contains a strong foreign dimension. China's extraterritorial criminal system focuses more on regulating it from the perspective of domestic criminal procedure law, but lacks a review from the perspective of international law, which has led to controversies over the legality of extraterritorial criminal evidence in international law. In order to further improve the system of extraterritorial evidence in China, this paper takes the extraterritorial evidence system in international judicial assistance in criminal matters as the object of study. Based on the existing legal system and national practice, and combining the relevant theories of domestic criminal procedure law and international law, this paper proposes some opinions to improve the extraterritorial evidence system in China.

Keywords: Mutual legal assistance in criminal matters; extraterritorial evidence; cross-border crimes;



中国国际法学会
Chinese Society of International Law



大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会
2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law
暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会
and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用
Strengthening the Role of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

主办单位: 中国国际法学会 大连海事大学
Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University
承办单位: 大连海事大学法学院
Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日, 大连
April 25-27, 2025, Dalian