

第 142 条之规定,对被告人作不起诉决定,显然,这有违立法原意。原本因为第 12 条的规定区分了审判权与检察权的界限而取消了免予起诉制度,不授权检察机关对被告人作有罪认定。但由于立法技术上的疏忽,机械地将原本应免予起诉案件并入不起诉案件的范围,换汤不换药,犯了同样的大忌——检察机关不能对被告人行为作犯罪认定。一方面,只有法院才能认定犯罪,另一方面,第 142 条第 1 款又授权检察机关对情节轻微之罪的判定,显然造成立法冲突。

第 142 条第 1 款的规定还造成司法实践中的无所适从。依该条款而作的不起诉决定中若认定被告人无罪,那么显然,所援引条文(犯罪情节轻微)与依此所作结论(不构成犯罪或无罪)自相矛盾。不起诉决定书中,若依该条款而作类似原免诉决定书的结论(作有罪认定),显然违背了第 12 条规定,混淆了检察权与审判权的界限。所以,严格地说,该条款因立法上的疏忽、失误,在司法实践中并无实际操作意义。笔者认为,如将该条款中的“犯罪情节轻微”改为“嫌疑罪行情节轻微”,既可避免立法上的冲突,也便于检察机关运用该条文进行实际操作。如此,则检察机关可以宣布被告人不构成犯罪而作不起诉决定。

三、关于无罪推定原则的两个认识问题

1、无罪推定原则法律化的诉讼价值观

分析我国原来的刑事诉立法和司法运作机制,可以说,实际上我国奉行的一直是“犯控制”至上的观念。根据犯罪控制观,刑事诉讼中司法机关行使权力的限制条件较少,涉讼公民(主要是被告人)在诉讼中的权利受到相当限制。司法机关在被告人很有可能犯罪的观念下展开工作,被告人往往被剥夺了一般公民所能享有的权利,以防止其利用法律赋予的权利抵御司法追究,逃避惩罚。在司法实践中,我国犯罪控制至上的诉讼价值观及相应诉讼制度的弊端也比较明显。最突出的表现是该诉讼价值观对个体权利重视和保护不够,司法权力运用不当、无必要的限制,侵犯个体权利的现象时有发生。随着市场经济改革及相应法律观念、制度的变革,随着民主与法制的不断完善和健全,适当调整原有的诉讼价值观,在适当偏重犯罪控制观的前提下,一定程度地保护被告人权利成为法律界的共识。无罪推定原则的价值正是在于保障被告人的诉讼权利,因而具有强大的生命力,受到世界上多数国家普遍重视和确认。无罪推定原则为我国立法移植成为一项刑事诉讼的基本原则,与其他加强保护诉讼参与人权利的制度一样,是我国刑事诉讼价值观偏重犯罪控制观,合理采撷权利保障观内容的体现。

2、无罪推定原则的认识论分析

因为犯罪具有隐蔽性和过去性的特点,刑事诉讼的实质反映的是对一定犯罪事实的法律认识和法律评价问题。刑事诉讼中心任务是揭露证实犯罪、处罚犯罪。任何事实犯罪要受到法律的惩罚,需经事实犯罪到被证实犯罪到法律确认为犯罪的过程。由于认识上

对“皮诺切特”案的若干国际法思考

张辉

去年年末发生的“皮诺切特”(以下简称“皮”)案引起了外交与国际法学界的极大关注。西班牙法院以皮诺切特执政期间涉嫌谋杀旅西班牙侨民向其发出传票,请求英国将其引渡至西班牙受审。智利政府以“皮”持外交护照享有外交豁免权反对英国引渡“皮”。“皮”案的特殊之处在于“皮”的身份。“皮”是靠军事政变上台的智利前总统,现在是智利终身参议员,在国内可免于起诉。“皮”的身份,智利司法系统不可能提供救济的事实,以及人权问题的国际化、法律化都决定了这一案件的典型性,它必然会对国际人权司法产生重要影响。本文拟对该案涉及到的几个国际法方面的问题略陈意见。

一、外交豁免问题

智利政府反对英国引渡和西班牙司法管辖的主要理由是“皮”持外交护照,享有外交豁免权。

外交特权与豁免是指按照国际法或有关协议,在国家间互惠的基础上,主要是为使一国的外交代表机关及其人员在驻在国能够有效地执行职务,而由驻在国给予的特别权利和优惠待遇。过去,外交特权与豁免的规则多为国际习惯法或由国内法规定。现在,有关的国际立法已基本形成体系,以“维也纳外交关系公约”为核心,包括《联合国特权与豁免公约》、《联合国各专门机构特权与豁免公约》、《联合国特别使团公约》、《维也纳关于国家在其对国际组织关系上的代表权公约》等,另外,涉及特权与豁免的尚有《维也

的局限性,有可能被告人客观上实施了犯罪,但因不能收集充分的证据加以证明,加以立法上的缺陷,致使最终难以准确认定其为犯罪。在无罪推定原则规定下就势必实际放纵部分犯罪,其结果是以牺牲社会(集体、国家)利益为代价,原因就是以对保护被告人权利为价值目标的无罪推定原则认识的局限。虽然如此,我国仍可看到无罪推定原则的保护被告人权利、减免刑讯逼供、冤狱,保障无罪的人不受追究等方面的积极意义。反之,在没有无罪推定原则的情况下,其弊端已为我们明显感受到。总之,无罪推定原则的法律化,有利有弊(要知道,打击和保护本身就是一对矛盾),但权衡利弊,还是利大于弊。这也是我国立法确认无罪推定原则的认识论原因。

(作者单位:武汉市中南政法学院)

纳领事关系公约》。

外交特权与豁免的理论依据有三种学说,分别是治外法权说、代表性说和职务需要说。各公约基本上采纳了职务需要说,同时也考虑到外交人员的代表性。各公约均在序言中郑重指出:此等特权与豁免之目的在于给个人以利益,而在于确保代表国家之使馆、领馆、特别使团能有效地执行职务。因此,一国承认某人享有外交特权与豁免有两个积极要件和一个消极要件。积极要件是:第一,享有外交特权与豁免的目的在于确保有效执行职务;第二,代表其本国。消极要件是,享有外交特权与豁免的目的不是给个人以利益。

外交代表的某些非公务行为也享有特权与豁免,但这不等于说单纯的非公务行为享有豁免,此种非公务行为享有豁免的前提是外交代表同时也在执行公务行为。如果一个外交代表到他国的目的不是执行公务而是单纯的私人事务,那么他便违反了消极要件,不能享有外交特权与豁免,因为这将导致外交特权的滥用,造成与驻在国国民的不平等,违反驻在国承认特权与豁免的本意。“皮”赴英只是为治病,而非代表国家执行职务,他所持的外交护照只是为了谋得个人利益,因此是外交特权与豁免的滥用,不应予以承认。根据公约,某些非外交代表也享有一定外交特权与豁免,如外交人员的家属、行政技术人员及其家属、服务人员 and 私人仆役,但显然“皮”不属此类人员。当然,外交特权与豁免还存在一个驻在国承认的问题,驻在国有一定自由量的权利,承认对方的权利便是增加自己的义务。若是一个国家愿意增加自己的义务,那也是无可厚非的,但从国际法角度讲,“皮”并无享有特权与豁免的根据,英国亦无承认的义务。

另外应提到的是国家元首的特权与豁免问题。根据国际法,一国元首在他国享有全部的外交特权与豁免。“皮”虽然已非国家元首,但其被控罪行发生在其担任国家元首期间,逊位的国家元首“对于他作为国家元首所作的公务行为,他将像国家的其他代表那样继续享有豁免权。”这便是国家行为理论,下文将予以探讨。

二、国家行为问题

国家行为或称公务行为,是“皮”案涉及的另一重要问题,“皮”能否以此为抗辩反对对其的管辖主张呢?由于国际法是平等者之间的法律,法谚云:“平等者之间无管辖权。”因此一般认为,主权国家的行为享有绝对豁免权,他国无权管辖。要判断“皮”案是否适用国家行为理论,首先须确定何为国家行为。

在美国审理的一起人权案件——“菲拉蒂加”案中,被告(巴拉圭警察局长)以其行为属于国家行为而主张管辖豁免。美国法院认为,巴拉圭宪法禁止酷刑,因此被告行为不是国家行为。我认为美国法院的理由不能接受,外国法院无权也无必要对他国国民和国家机关的行为的合宪性作出判断,判断一行是否为属于国家行为只需采取客观标准(或称为外观

标准),即个人或国家机关具有代表国家行事的地位,而其在有关事件中系以此种资格行事。这一判断标准反映在《关于国家责任的条文草案》中。逾越权限、滥用权力行为同样构成国家行为,只要其以相应资格行事。

那么“皮”的行为是否构成国家行为呢?西班牙有关当事人人权被侵犯时他处于智利总统的地位,同时也是武装部队的总司令。在其执政期间,国会解散、反对党被禁止活动、长期宵禁,军队和警察不仅残害本国左派爱国人士,而且绑架、拷打、暗杀了成千上万外国侨民。据非官方统计,1974年到1990年,智利有41359人被捕,3197人失踪或被杀害,10余万人流亡国外。如此大规模不经法定程序的镇压和严重的侵犯人权,显然不是靠个人力量能做到的,必须借助国家力量,“皮”正是以总统身份指挥国家暴力机器进行了上述侵犯人权行为的,其行为应属国家行为。

国家行为能否必然阻却司法管辖呢?我认为不一定能。如果凡主张国家行为,个人即可免于司法管辖,那也就不会有纽伦堡审判和东京审判,因为二战战犯的行为当然是一种国家行为。因此,国家行为理论不能必然地使个人享有管辖豁免,特别是在违反和平与侵犯人权案件中。“侵犯人权”本身便是一个与国家权力或团体、组织力量相关联的行为,其概念本身便蕴涵有“组织化的权力”的意味。如果只是纯个人侵犯他人人权,便不是国际法意义上的侵犯人权,而只是国内法上普通的侵权行为。《国际刑事法院规约(草案)》中涉及人权的罪行(危害人类罪)是指对平民广泛或有系统地攻击。可见,侵犯人权往往要借助国家力量,如果允许以国家行为主张豁免,那么对侵犯人权的国家行为负责的个人将不会受到任何法律制裁,有关的国际人权法、国际刑法将会毫无意义。因此,在侵犯人权案件中,个人不能以国家行为主张管辖豁免。

另外还应指出,国家行为产生的是国家豁免,这种权利能否为个人享有是存在疑问的。从既有的涉及人权的国际司法实践来看,个人不能享有管辖豁免。

西班牙对此案的管辖权依据来自国家的保护性管辖权,这种管辖的适用范围一般是世界各国公认的犯罪行为。酷刑、绑架、暗杀此类行为恐怕是为任何一个现代文明国家都不能接受的。根据《禁止酷刑公约》等国际文件,这种行为属于犯罪,即使在智利,国家也不认可此种行为,只是“皮”的身份和国内形势使其不能被追诉。在智利不能提供司法救济的情况下,西班牙行使管辖权保护本国国民的合法权利于法于理均无不妥。

三、皮诺切特的国际法责任问题

首先应确定个人能否负国际法责任,回答是肯定的。从理论上讲,个人虽非国际法主体,但可承受国际法上的权利和义务。从实践讲,纽伦堡、东京、前南、卢旺达国际审判都说明个人可以承担国际法责任。

其次要确定“皮”是否负有国际法义务。国际人权法上的义务有来自条约的,有来自习惯国际法的,

还有来自国际强行法的。条约义务只能约束缔约国，智利如果不是有关公约的缔约国，则智利及其国民无履行义务。习惯国际法的确定存在相当的难度。以人权纲领性文件《世界人权宣言》为例，虽经联大一致通过，并在 40 多个国家宪法中有相关规定，促使了区域人权公约的出台，影响不可谓不大，但其习惯国际法地位仍不断受到质疑。可见，从习惯国际法角度考察“皮”是否负有国际法义务，是说不清道不明的，那么国际强行法呢？“国际强行法是经国际社会作为整体接受的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的目的的具有普遍约束力的最高行为规范。”它具有三个特征：（1）国际社会整体接受，个别国家不接受并不影响强行法成立，也不能免于承担强行法义务。（2）以维护全人类的利益和社会公德为目的。（3）最高拘束力，任何法律与之抵触均无效。从有关国际人权公约专门列出的禁止减免的义务中我们可以大致确定强行法的范围。这包括三类最基本的权利：生命权或生存权；平等权；人格尊严和人身自由权。酷刑、绑架、暗杀等罪行当然包含其中，在战争或紧急状态下，此类义务亦不得减免，因为其关系到人权中最基本的方面，为国际社会所公认。“皮”显然对此类人权之保护负有国际法义务，他违反了这一义务，当然应承担相应的责任。

西班牙虽然无权对智利国家是否承担国际法责任进行审理，这应由国际司法机关评判，但对于智利国民侵害西班牙国民是否应负国际法责任有权作出审理和判断。

四、时效问题

对于时效问题，一些人权公约中有所涉及，如《禁止酷刑公约》、《国际刑事法院规约（草案）》，并有一个专门的《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》。由于侵犯基本人权的犯罪性质严重，并且是有组织、大范围实施，关系国际社会根本利益，普通时效不足以保护此等基本人权，因此此类人权公约有取消时效限制的趋势，虽然“皮”案不一定能援用公约关于时效的规定，但时效问题应不会阻碍追究其责任，因为，第一，“皮”长期掌权及现在身份、形势使受害人不能及时起诉；第二，有关案件距今时间并不遥远，而“皮”的行为若定为犯罪，属于重罪，时效一般较长，应该不会超过时效。

王铁崖等译：詹宁斯·瓦茨修订《奥本海国际法》第一卷第二分册 中国大百科全书出版社 第 464 页

参见林欣：《论酷刑案件与美国国际人权司法》《外国法译评》1994 年第 1 期

参见白桂梅：《世界人权宣言在国际人权法上的地位和作用》《中外法学》1998 年第 6 期

万鄂湘：《国际强行法与国际公共政策》 武汉大学出版社 第 27 页

（作者单位：武汉大学法学院）

论建立合格的市场经济法律监督机制

鄂
振
辉

我国改革开放 20 年来，社会主义法制建设取得了长足的进步，令世人瞩目。然而，权力腐败现象愈演愈烈，也令人触目惊心。由于目前的监督体制只注重事后的监督，事前监督、特别是防止越权的功能较差，因此我国的监督机制并没有有效地发挥作用。

一、现行法律监督机制及其缺陷

法律监督是指一切国家机关、社会团体和组织、公民对各种法律活动的合法性所进行的检查、监察、督促和指导以及由此而形成的法律制度。它分为国家监督与社会监督两部分。国家监督即国家机关对各种法律活动的合法性所进行的监督，是我国法律监督体系的核心部分，是具有法律效力的监督，对此我国宪法及相关法律作出了较为严格与详细的规定，包括对立法活动、行政活动、司法活动的监督三种形式。现行的国家监督体系存在着明显的缺陷。

（一）立法监督体系的缺陷。

表面看来我国的立法监督体系完整且符合逻辑，而实际上却有以下缺陷：第一，享有最高立法权的

机关是行使立法监督的主要机关。全国人民代表大会及其常委会是国家最高、最重要的立法机关，同时其自身又是重要的立法监督机关，有权监督国务院、地方各自治区、直辖市国家权力机关的立法活动。全国人大常委会的立法活动由全国人大来监督，享有最高立法权的全国人民代表大会一年仅召开一次，对全国人大常委会的立法监督流于形式。而全国人大及其常委会的立法活动又由谁来监督，也是一个亟待解决的问题。第二，全国人大常委会实际上承担着立法和监督国务院及各省、自治区、直辖市、省会市、国务院批准的较大的市的立法活动的双重的职能。繁重的立法工作使其监督立法的能力大大削弱。第三，立法监督缺乏具体的操作程序。如否决权、撤销权的执行者应属于全国人大常委会的哪一部门，具体的执行程序如何等均未作明文规定。致使对立法活动的监督流于形式。

（二）行政监督体系的缺陷。行政监督是指对国家各级行政机关实施法的活动的合法性所进行的监督。由于我国地方人民代表大会对行政官员的人事任免制未完全落实，地方检察院又受制于地方政府，外