

国际法和国际私法理论若干新观点

林 欣

内容提要:科学研究,不论是自然科学研究,还是社会科学研究,最重要的问题是创新。创新是人类不断进步的动力,对国际法和国际私法的研究也应该有所创新。笔者从1950年开始研究国际法,从1953年开始研究国际私法。在研究中,笔者对国际法和国际私法理论提出了一些新的观点。现在将其中一些比较重要的观点论述如下。

关键词:国际犯罪主体 或者引渡或者起诉原则 涉外民事诉讼程序

林欣,中国社会科学院国际法研究中心研究员。

一 国际法的主体与国际犯罪的主体的区分

国际法的主体是指在国际关系的交往中权利的享受者和义务的承担者,国际犯罪的主体是指犯国际罪行,应免刑事责任并具有责任能力的自然人(个人)。

第二次世界大战以后,在纽伦堡和东京成立了国际军事法庭,对德国和日本的首要战争罪犯进行了审判。在审判进行中和以后,许多法学家都不正确地把这个问题同国际法的主体问题联系起来。

有一种主张认为,国际法的主体是国家,进行战争是国家行为,应该由国家负责,做这种行为的个人则不应该负责。这种主张是在纽伦堡和东京审判中由被告人的辩护律师们提出的,在纽伦堡审判时,辩护律师雅尔赖斯说:“当德国在个别情况下不得不违背一项自然有效的互不侵犯条约而发动进攻时,它是干了违反国际法的犯法行为,而且根据国际法有关触犯国际法的条文,对此负有责任。但是,对此负有责任的只是德国,而不是个人。”^{〔1〕}

纽伦堡和东京国际军事法庭都否决了这种主张。纽伦堡国际军事法庭的判决书指出:“有人主张,国际法涉及的是主权国家的行为,而并没有对于个人规定刑罚;其次,如果涉及的行为是国家的行为,那么,执行此种行为的人不负个人责任,而应受到国家主权理论的保护。本法庭认为这些主张应予驳斥……违犯国际法的罪行是人做出来的,而不是抽象的实体做出来的,也只有处罚犯有这样罪行的个人,国际法的规定才能得到执行。”^{〔2〕}

法庭的上述判决是根据《纽伦堡国际军事法庭宪章》(以下简称《宪章》)第6条和第7条的规定做出的。该《宪章》第6条规定,凡犯破坏和平罪、战争罪和反人类罪者应负个人责任。第7条规定,被告人的官职地位,不论是国家元首还是政府的负责官员,都不应作为免除责任或减轻刑罚的理由。

另一种主张则把《宪章》关于战争罪犯应负个人责任的规定,以及法庭对战争罪犯的审判,看作是

〔1〕 [德] 施泰尼格尔:《纽伦堡审判》,王昭仁、宋钟璜等译,上卷,北京商务印书馆1985年版,第126页。

〔2〕 《国际军事法庭审判德国首要战犯判决书》,汤宗舜、江左译,山东世界知识出版社1955年版,第68页。

个人可以作为国际主体的证明。美国国际法学家赖特 (Q. Wright) 于 1945 年发表了一篇题为《战争罪犯》的文章,把国际法庭惩罚违反国际法的罪行,看作是对个人是国际法主体的承认。^[3] 他为 1959 年出版的《美国大百科全书》和 1975 年出版的《美国大百科全书》(国际版)撰写《国际法》条目时,坚持这个观点。他说:“把个人与世界社会直接联系起来的一个实际例证,就是表现在 1945 年 8 月在联合国之间缔结的审判首要战争罪犯的《宪章》之中。这个《宪章》规定了犯破坏和平罪、战争罪和反人类罪的人应负个人责任,不管被告人的官职地位或者是政府的授权。根据《宪章》在纽伦堡建立的国际军事法庭,审判了被控犯有上述一种或数种罪行的 21 名纳粹官员,类似的法庭在东京审判了对远东的战争负有责任的日本的主要官员。”^[4]

意大利国际法学家帕里埃里 (B. Pallieri) 认为,个人直接被纽伦堡和东京的国际军事法庭所审判,就是把个人同国际法直接联系起来,从而使个人成为国际法的主体。^[5]

把个人说成是国际法的主体,与国际关系的实践不相符。迄今为止的国际关系的实践都表明,个人不是国际权利与义务的享受者和承担者,因此,个人不是国际法的主体。

由于国际法的发展,也出现了一些新情况,那就是在特定的场合下,个人在国际上具有一些有限的行为能力。例如,1965 年《关于解决国家与他国国民之间的投资争端公约》规定,在世界银行总部设立一个解决投资争端中心,通过调解和仲裁的方式解决投资争端。争端当事人一方是缔约国,另一方是另一缔约国的国民,该公约第 25 条规定:“中心的管辖适用于缔约国 (或缔约国指派到中心的该国的任何组成部分或机构) 和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的任何法律争端。”1982 年《联合国海洋法公约》第 187 条规定:“海底争端分庭对缔约国、管理局或企业部、国有企业以及自然人和法人之间的有关争端有管辖权。”

这两个公约授予个人在国际上具有一些有限的行为能力。但是这与国际法主体的资格相比还差得很远很远。个人 (自然人) 至今不能缔结国际条约,不能参加国际组织,不能出席国际会议,不能向外国派遣外交使节,不能拥有领土,不能拥有军队。国际刑法中惩治国际犯罪行为的义务,国际人权法中保护人权的义务,国际环境法中保护环境的义务,都只有国家才能承担,而个人是根本无法承担的。直至今日,个人到外国去,还需要国家发给护照,外国也有入境签证制度,不能自由来往。国家的国际法主体资格是固有的,只要是国家就具有国际法主体的资格,而个人在国际上的一些有限的行为能力,是国家通过国际条约授予的,而且只限于条约规定的范围,国家还可以随时撤销。所以个人在国际上的一些有限的行为能力,还远远达不到构成国际法主体资格的基本条件。

笔者认为,用国际法主体的概念来解释犯国际罪行的罪犯的法律性质,是不正确的。我们知道,在科学中,不论是自然科学,还是社会科学,各个学科都有它自己的范畴和概念,以便运用它们来认识和解释本学科的对象。如果对此一学科的问题,用彼一学科的范畴或概念来认识和解释,那必然要产生谬误。

笔者认为,审判和惩罚战争罪犯属于国际刑法问题,因此必须用国际刑法学的一个概念——国际犯罪的主体来认识和解释它。对国际刑法的问题,如果用国际法的概念——国际法的主体来解释,那就不可避免地要得出错误的结论。

前面已经指出,国际犯罪的主体是指犯国际罪行,应负刑事责任并具有责任能力的自然人 (个人),因为犯罪是有意识的活动,特别犯国际罪行,必须具备国际犯罪构成的心理要件,所以只有有意识的自然人 (个人) 才能成为国际犯罪的主体。

纽伦堡和《远东国际军事法庭宪章》关于战争罪犯应负个人责任的规定,以及这两个国际军事法庭对德国和日本首要战争罪犯的审判,涉及的是国际犯罪主体的问题,而不是国际法主体的问题。在纽伦

[3] [美] *American Journal of International Law*, vol 39 (1945), p. 265.

[4] [美] *Encyclopedia Americana*, International Edition, vol 15, 1975, p. 310.

[5] [波兰] Korowicz, *Introduction to International Law*, The Hague: M. Nijhoff, 1959, p. 334.

堡审判时,被告人哥斯达夫·克虏伯(克虏伯兵工厂厂长、德国军队重新武装的组织者)经国际军事法庭医务委员会审查认为他患有不治之症,不能受审。在东京审判时,被告人大川周明(南满铁道会社“东亚研究所”所长、“九·一八”侵略中国事件的组织者之一)因患渐进性麻痹症,被远东国际军事法庭宣告为无责任能力,因而停止审理他的案件。这就充分证明,战争罪犯应负个人刑事责任是国际犯罪主体的问题,而不是国际法主体的问题,因为在国际法主体的概念中是没有责任能力的内容的,只有在国际犯罪主体的概念中才有这样的内容。

奥地利国际法学家菲德罗斯为了解释这个问题,把国际法的主体分为权利的主体和义务的主体。他用义务的主体来解释犯国际罪行的罪犯的法律性质。他说:“通过一个条约被许可是一个国际法庭(仲裁庭)面前享有诉权的那些人,只是权利的主体。反之,本人为其所实施的违反国际法的行为负责的那些人,是国际法的义务主体。”^[6]

笔者认为,这种观点也是不正确的。首先,主体这个法律概念本身,就包含了享受权利和承担义务这样两个方面的内容。如果只是一个方面的内容,就不成其为法律的主体了。其次,犯国际罪行的被告人并不只是承担义务,而不享有任何权利。大家知道,在纽伦堡和东京审判时,每个被告人都享有自行选择辩护人的权利、享有为自己辩护或由其辩护人代行辩护的权利、向任何人提问的权利和在开庭前一定时间得到起诉书及其附件副本的权利,以便有充足的时间为辩护作准备。每个被告人还享有最后陈述的权利。

《国际刑事法院规约》、《前南斯拉夫问题国际法庭规约》和《卢旺达问题国际法庭规约》都详细规定了被告人享有的许多权利,如被告人自己选择律师的权利;被告人亲自进行辩护或者通过其所选择的律师进行辩护的权利;被告人应有充分的时间和便利准备答辩,并在保密的情况下自由地同其所选择的律师联系的权利;被告人有盘问对方证人、并根据对方传讯证人的相同条件要求传讯被告人的证人的权利;被告人有进行答辩和提出可予采纳的其他证据的权利;被告人不得被强迫作证或认罪,并可保持沉默;而且这种沉默不得作为裁定有罪或无罪的考虑因素;被告人不承担任何反置的举证责任或任何反驳的责任;被告人在被证明有罪以前,应被推定为无罪,等等。

由此可见,犯国际罪行的被告人是享有许多权利的。不过这些权利都不是国际主体方面的权利,而是国际犯罪主体方面的权利。这些被告人承担的义务,如接受刑罚的制裁也不是国际法主体方面的义务,而是国际犯罪主体方面的义务。因此,对战争罪犯的国际审判,不能作为个人是国际法主体的证明,只能作为个人是国际犯罪主体的证明。

国家是国际法的主体,但是它不是国际犯罪的主体,正如纽伦堡国际军事法庭判决书所指出的,国家是“抽象的实体”。作为抽象实体的国家是没有意识的,根本不存在故意或过失的问题,所以它不具备国际犯罪构成的要件,因此国家不能成为国际犯罪的主体。

也因为国家是没有意识的,所以它在刑事方面也没有责任能力,也谈不上刑事责任年龄问题,因此无法负担刑事责任。英国国际法学家劳特派特(H. Lauterpacht)认为国家能负担刑事责任,他说:“国家以及代表国家行为的人,对违反国际法的行为——而这种行为,由于它们的严重性、残忍性以及对人类生命的蔑视,被列入文明国家的法律普遍认为是的犯罪行为——就应该负担刑事责任。”^[7]他还说:“对于违反战争法规的个人的战争罪予以惩罚的规则,已被普遍地承认为国际法的一部分,这是承认国家刑事责任的另一个例子。”^[8]这种观点是不正确的,既然是犯战争罪的个人被惩罚,这明明是个人负担刑事责任,怎么会变成“承认国家刑事责任的另一个例子”呢?

国家是不能负担刑事责任的,因为负担刑事责任就要接受刑罚的制裁,而刑罚最主要的是徒刑(有期徒刑和无期徒刑)和死刑,这些刑罚对于自然人(个人)可以执行,对于抽象实体的国家则无法执行。

[6] [奥地利]菲德罗斯:《国际法》,李浩培译,上册,北京商务印书馆1981年版,第230页。

[7] [英]Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, vol 1, 8th ed, 1955, London: Longman, Green & Co, p. 355.

[8] [英]Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, vol 1, 8th ed, 1955, London: Longman, Green & Co, p. 356.

显而易见,只有自然人(个人)能负担刑事责任,而国家是无法负担刑事责任的。纽伦堡和东京的国际审判本身充分地证明了这一点。这两次审判只对德国和日本的首要战争罪犯个人判处了刑罚,都没有给德国和日本这两个国家判处刑罚。

《前南斯拉夫问题国际法庭规约》和《卢旺达问题国际法庭规约》都规定,这两个国际法庭对自然人具有管辖权,而其国际法庭规约都没有任何关于国家犯罪和国家要负担刑事责任的规定。

《国际刑事法院规约》规定,国际刑事法院根据该规约对自然人具有管辖权,实施该法院管辖权内的犯罪人应依照该规约负个人刑事责任,并受到处罚(第25条)。该规约也没有任何关于国家犯罪和国家要负刑事责任的规定。

这些情况都证明,国家不是国际犯罪的主体,只有自然人(个人)才是国际犯罪的主体。

当然,国家是要对其发动和进行侵略战争担负责任的,但是这种责任不是刑事责任,而是政治责任(被占领和被管制)和赔偿损失的经济责任。

笔者提出用国际犯罪主体的概念来认识和解释犯国际罪行的罪犯的法律性质,证明个人(自然人)是国际犯罪的主体,但不是国际法的主体;国家是国际法的主体,但不是国际犯罪的主体;这对国际法和国际刑法的发展具有重要的理论意义。

二 “或者引渡或者起诉”原则的强制性质

一个国家的国内法院之所以有权审理国际犯罪案件,其根据就是有关的国际公约规定的该国享有的刑事管辖权,其中一项刑事管辖权来自“或者引渡或者起诉”原则确定的起诉。关于国际刑法问题的国际公约规定“或者引渡或者起诉”原则是为了防止逃亡的犯罪分子逃避被诉和处罚。

近代国际法的奠基人格劳秀斯在其著名著作《战争与和平法》(1625年)中主张对在战争中违反国际法者实行“或者惩罚或者引渡”的原则。但是当时格劳秀斯的主张没有被各国所接受。

1880年的英国和瑞士之间的引渡条约第一次规定了“不引渡就起诉”原则。后来,这个原则被许多区域性的多边条约(如1928年《布斯塔曼特法典》、1933年《美洲国家间引渡条约》和1957年《欧洲引渡公约》)所采用。

在惩罚国际犯罪行为的普遍性多边国际条约中,则把“不引渡就起诉”原则发展为“或者引渡或者起诉”原则。1929年《防止伪造货币公约》第一次规定了“或者引渡或者起诉”原则。以后,1936年《禁止非法买卖麻醉药品公约》,1961年《麻醉药品单一公约》,1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》(《海牙公约》),1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(《蒙特利尔公约》),1979年《反对劫持人质国际公约》,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》和1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等都规定了这个原则。

1970年12月,在荷兰海牙召开的航空法国际会议上制定《关于制止非法劫持航空器的公约》的过程中,与会者对规定“或者引渡或者起诉”原则的条文争论不休,而《海牙公约》第8条和第7条则对该原则有所反映。第8条规定缔约国的引渡义务,第7条规定缔约国的起诉义务。

《海牙公约》签订后,国内外都有一些学者认为,在公约规定的“或者引渡或者起诉”原则中,引渡和起诉属于任意性的义务。所谓任意性的义务就是任凭己见,可以履行也可以不履行的义务。

笔者不赞同这种主张。大家知道,国际条约规定的义务是有约束力的,是必须履行的,所以是强制性的。在国际法上早就有“条约必须遵守”的古老原则。如果是任意性的义务,必须在国际条约的条文中明文加以规定。例如经修正的1961年《麻醉药品单一公约》第36条(罚则)第2款规定:以条约的存在为引渡条件的缔约国,如接到与该缔约国未订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求,可任意决定本公约是关于本条列举的犯罪行为办理引渡的法律根据。

称《海牙公约》规定的“或者引渡或者起诉”原则中的引渡和起诉是任意性的义务,也是不符合事实的。在《海牙公约》中只有第8条第2款是任意性的义务,因为它有“自行决定”的字样。

在制定《海牙公约》时,由西班牙、法国和墨西哥等9个国家的代表组成的起草委员会为二读准备的草案把第8条第2款改为:“如一缔约国规定只有在订有引渡条约的条件下才可以引渡,而当该缔约国接到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡要求时,应认为本公约是关于该罪行的一个引渡条约。”

各国代表对起草委员会提出的第8条第2款的条文,特别是“应认为本公约是关于该罪行的一个引渡条约”的规定,展开了激烈的争论。有些代表反对把《海牙公约》订成一个引渡条约,有些代表主张删去第2款,有些代表则赞成起草委员会提出的条文。

后来,赞比亚和印度等国代表提出了一个新建议,即把“应认为本公约是关于该罪行的一个引渡条约”,改为“可以自行决定认为本公约是对该罪行进行引渡的法律根据”。这个修正案获得了通过。

如果像某些人所说的,《海牙公约》中的引渡和起诉义务都是任意性的义务,那么一些国家的代表就没有必要反对起草委员会提出的第8条第2款的条文。如果引渡和起诉都是任意性的义务,那么第8条第2款也没有必要再加上“可以自行决定”的字样而成为任意性的义务,这就完全是多余的了。

笔者认为,在没有指明哪种情况下的引渡义务是任意性义务的条件下,在“或者引渡或者起诉”原则中,引渡和起诉义务都是强制性的义务。只是选择其中一项义务加以履行,履行上的选择不能改变义务本身的强制性质。不论是选择引渡,还是选择起诉,都是必须履行的义务。不能选择以后就可以不履行。所以履行上的选择,并没有改变引渡或者起诉义务本身的强制性质。在“或者引渡或者起诉”原则中,引渡或起诉义务的强制性质是由国际公约的规定决定的。如果国际公约没有明文规定哪种义务是任意性的,那么国际公约规定的义务是必须履行的,是强制性的,说引渡和起诉这两项义务都是任意性的,那么“或者引渡或者起诉”原则就成了一句空话。

三 战争罪、反人类罪、侵略罪和灭绝种族罪的赔偿不适用法定时效

由于有些国家把普通刑事犯罪的时效规则适用于战争罪和反人类罪,引起了世界舆论的忧虑。考虑到战争罪和反人类罪是国际法上最重大的罪行,为了不使这类罪行的罪犯逃避被诉和惩罚,联合国大会于1968年11月26日通过了《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》。

1970年联合国大会第25届会议通过决议,要求非缔约国不得进行任何与该公约的主要目的相违背的行动。因此,不论是否是该公约的缔约国,各国都应履行联合国大会的决议,遵守该公约的规定。

由于上述公约的存在,直至20世纪80年代和90年代,法国、前南斯拉夫、前苏联、以色列和意大利等11个国家的国内法院还审判了一些逃亡或隐藏的第二次世界大战的战争罪犯。

1998年的《国际刑事法院规约》把不适用法定时效的罪行扩至侵略罪和灭绝种族罪。该《规约》第29条规定,国际刑事法院管辖权内的犯罪(灭绝种族罪、反人类罪、战争罪和侵略罪)不适用任何时效。

与此有密切关系的是赔偿的时效问题。灭绝种族罪、反人类罪、战争罪和侵略罪必然伴随对受害人的赔偿问题。《国际刑事法院规约》的规定就是有力的证明。该《规约》第75条规定,应该给灭绝种族罪、反人类罪、战争罪和侵略罪的受害者予以赔偿。既然对这些罪行的处理不适用刑法上的法定时效,那么对赔偿问题的处理当然也不能适用民法上的法定时效。这是因为受害人的这种赔偿权利不是由于民事法律关系而产生的,而是由于这些罪行而产生的,所以不能适用民法上的法定时效。

据日本法学家介绍,日本政府曾经援引《日本民法》第724条的规定:因不法行为导致的损害赔偿的请求权,从受害人或者其代理人在知晓损害以及加害的情况之时起,经过3年之后,其时效将丧失;从不法行为发生之时起经过20年之后,其时效亦同样丧失。据此,日本政府认为中国受害人向日本提出的战争损害赔偿要求已经失去时效。这是错误的。

日本东京地方法院在审理一起第二次世界大战期间被日本侵略者强掳并被迫从事残酷的奴隶劳动的中国劳工要求赔偿损害的案件时,也援引《日本民法》第724条,认为强掳劳工等不法行为从终了到提出诉讼已过了47年,原告人的损害赔偿要求权已过了20年的时效。法院于1997年12月判决原告

败诉。东京地方法院的这个判决也是错误的。

日本政府的主张和东京地方法院的判决之所以是错误的,是因为中国受害人的赔偿权利不是由于民事法律关系而产生的,而是由于日本侵略者的战争罪和反人类罪而产生的,与民法完全没有关系,所以不能适用民法上的法定时效。还应该指出,国际刑法中的犯罪行为(如战争罪和反人类罪)与民法中的不法行为是法律性质完全不同的两类行为,不能混为一谈。

受害的中国劳工的状况充分证明了这一点。日本侵略者强掳中国劳工并强制实行残酷的奴隶劳动违反了1907年关于陆战法律和习惯的《海牙第四公约》。该公约规定,禁止以武力威胁,强制实行残酷的惨无人道的奴隶劳动,这个公约是编纂由习惯国际法形成的战争罪的一个重要的国际法文件,违反该公约即构成战争罪。

根据《远东国际军事法庭宪章》的规定,强迫中国劳工从事残酷的奴隶劳动的当时鹿岛组(现为鹿岛建设株式会社)花冈工地的负责人犯了反人类罪。他们因反人类罪受到了刑事处罚。1948年3月,美军横滨战争犯罪法庭遂以反人类罪判处3名花冈工地监工绞刑、1名监工无期徒刑、2名当地警官监禁20年。

这些被强掳并被迫从事残酷的奴隶劳动的中国劳工与鹿岛组之间不存在任何民事法律关系,他们的这种情况是日本侵略者犯了战争罪和反人类罪的结果。日本侵略者强掳中国劳工的行为和鹿岛组花冈工地负责人强迫中国劳工从事残酷的奴隶劳动的行为是国际刑法中的战争罪和反人类罪,而不是民法中的不法行为。

第二次世界大战以后几十年来,德意志联邦共和国政府多次对遭受希特勒当局迫害的欧洲各国的犹太人和被强掳的欧洲各国劳工进行了赔偿。如果说时效的话,这些赔偿都早已失去了民法上的时效。直至2000年7月,由德国国家出资50亿马克,由德国各企业出资50亿马克,共计100亿马克,设立了名为“记忆·责任·未来”的基金,对第二次世界大战期间遭希特勒当局强掳、在德国各工厂被强迫劳动的约150万欧洲各国的劳工进行赔偿。德国政府并没有提出失去民法上的时效问题,就是因为受害人的这种赔偿权利不是由于民事法律关系而产生的,而是由于德国侵略者犯了战争罪和反人类罪而产生的。

2000年10月和11月,奥地利分别与乌克兰和俄罗斯签订了赔偿协议,规定奥地利向第二次世界大战期间被纳粹当局强掳、在奥地利被强迫劳动的乌克兰和俄罗斯劳工支付赔偿金。奥地利也没有提出民法上的时效问题。

四 关于追回被外逃的腐败犯罪嫌疑人卷走的资产的诉讼程序

追回资产问题是国际社会反腐败问题中最重要的难题之一。关于这个问题,近几年来,我国有些学者和人士,包括一些检察长,建议我国对外逃的腐败犯罪嫌疑人采取缺席审判的刑事诉讼程序。他们以为凭我国法院的缺席判决,向外国法院提出申请,外国法院就会把被腐败犯罪嫌疑人卷走的资产归还我国。事情没有这么简单,涉及的问题还很多。

笔者反对这种建议和主张,笔者认为,在刑事诉讼中进行缺席审判,剥夺了被告人的辩护权利,违反了国际人权法的要求。被告人在刑事审判时出庭是《公民权利和政治权利国际公约》(我国已于1998年签署了该公约)规定的权利。该公约规定,在受刑事指控时,被告人应到庭受审,并亲自辩护或由其选任的辩护人辩护(第14条第3款)。

上述我国学者和人士所建议的、对外逃腐败犯罪嫌疑人的缺席判决能否得到外国的承认是值得怀疑的,因为现在世界上许多国家已经批准了《公民权利和政治权利国际公约》,它们有义务遵守该公约,外国很可能根据该公约拒绝承认缺席判决,结果目的没有达到,反而得到一个违反国际人权公约的坏名声。

还应当指出,刑事缺席判决有一个严重的恶果,即可能使引渡成为泡影。现在,世界上如英、法等许

多国家本来就不承认刑事诉讼中的缺席判决,如果腐败犯罪嫌疑人逃往这些国家,其本国法院做出的缺席判决不仅毫无用处,反而有害。这些国家对受刑事缺席判决的逃犯,如果外国要求引渡的话,将不予引渡。英国1989年引渡法规定,对受缺席判决者,拒绝予以引渡(第6节第2款)。这就正中在逃腐败犯罪嫌疑人的下怀,因此,笔者认为,刑事缺席判决是不可取的,也是不明智的。

笔者提出一个新办法,那就是采用国际私法确认的涉外民事诉讼程序,即向本国法院提起涉外民事诉讼。之所以是涉外民事诉讼程序,是因为被告人和争议的资产在外国,向本国哪一个法院提起涉外民事诉讼呢?应向被告人的住所地法院提起涉外民事诉讼。被告人虽然在外国,但是他(她)的住所仍然在中国。以被告人的住所作为法院行使民事管辖权的根据,是世界各国普遍承认的法律原则。

法院对管辖权的确立,还必须向被告人送达诉讼文书(传票和起诉书的副本),因为被告人在外国,可以依照受送达人所在国与我国缔结或者共同参加的国际条约规定的方式送达,或者通过外交途径送达,还可以采用代替送达和推定送达的方式送达。代替送达由法院向被告人的代理人或者他(她)的家庭成员送达诉讼文书。推定送达实际上是邮寄送达和公告送达。公告送达则是法院在被告人最后居住的处所张贴通告,或者在法院的布告牌上张贴诉讼文书,或者登报通知,等等。

这种诉讼的原告人是受害人。如果是国家财产、集体财产遭受损失的,人民检察院可以做原告人。被告人是逃往外国的腐败犯罪嫌疑人。

在民事诉讼中,如果被告人不出庭应诉,法院可以进行缺席判决,这是世界各国公认的法律原则。法院做出生效判决以后,国家就可以依照《联合国反腐败公约》的规定,凭法院的生效判决,向被腐败犯罪嫌疑人卷走的资产所在的缔约国请求返还资产。

如果外逃的腐败犯罪嫌疑人外国取得住所的话,那么我国法院还可以选择其他管辖根据,如原告人的住所、被告人的国籍、原告人的国籍、诉讼原因发生地等,对外逃的腐败犯罪嫌疑人行使涉外民事管辖权。

[Abstract] Creativity is crucial to scientific research, including legal research. The author of this article has been doing research in international law since 1950 and in private international law since 1953. During his long professional career, the author has put forward many new and creative ideas regarding theories of international law and private international law. This article presents some of the more important ones of these ideas

(责任编辑:黄列)