

国际刑法

“美国 98 条协定”的国际法效力评析

——基于《罗马规约》和《条约法》的精神与要义分析

周振杰 屈学武

来自意大利、芬兰等国的 18 名当选法官、来自阿根廷的检察官路易斯·莫雷诺·奥坎波以及来自法国的书记官长布鲁诺·坎撒拉相继于 2003 年 3 月 11 日、6 月 16 日、7 月 3 日在海牙宣誓就职，人类历史上第一个常设性的国际刑事审判机构——国际刑事法院就此开始运作。与此同时，为了使得涉嫌触犯特定国际刑事犯罪的美国人免受国际刑事法院的管辖，美国一方面故伎重施，以撤出维和行动相威胁强迫联合国安理会于 2003 年 6 月 12 日通过新的决议，延续 2002 年 1422 号决议的效力，赋予参加联合国安理会授权的维和及其他行动人员又 12 个月的豁免权，另一方面，继续向有关国家施加压力，强迫后者与其签定所谓“98 条协定”（双边引渡互免协定），要求他们在向国际刑事法院移送其公民时必须首先取得美国的同意。对于美国这种作法，国际社会纷纷表示强烈的批评与反对。“人权观察”（Human Rights Watch）在致美国国务卿鲍威尔的信中指出“美国大使们的所为无异于学校霸王，……美国政府的行为没有削弱全球对国际刑事法院的支持，却让人感觉美国政府既愚蠢又狭隘”。欧洲议会也在一份决议中对安理会通过延续 1422 号决议效力的新决议表示遗憾，并鼓励国际刑事法院在 1422 号决议及随后的决议规定的情势出现时，独立地评定根据该决议提出的请求的法律效力并作出解释。

美国如此不遗余力地强迫他国与其签定的“98 条协定”的国际法依据何在？此协定是否具有国际法上的效力，可以使得美国公民免受国际刑事法院的管辖？本文拟以《罗马规约》（即《国际刑事法院规约》）的立法本旨为基础；以该公约及《维也纳条约法公约》等相关国际法规范为依据，就此问题进行探析。

一、“美国 98 条协定”的由来及美国声称的国际法基础

“美国 98 条协定”（以下简称“98 条协定”），是指美国根据本国对《罗马规约》第 98 条第 2 款的释读，与其他国家所签订的、旨在规避国际刑事法院对美国公民所涉特定国际犯罪行为

See <http://www.iccnw.org>.

即安理会第 1487 (2003) 号决议，from <http://iccnw.org/documents/otherissuesimpunityagreem.html>.

Human Rights Watch, "A letter to Colin Powell", from <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>.

使管辖权的双边协定。

针对《罗马规约》,美国在罗马大会上投了反对票,之后为了在国际刑事法院的成立过程中继续保持其影响力,在签署截止日期的最后一天即 2000 年 12 月 31 日又签署了该规约。但是 2002 年 5 月 6 日,美国基于《国际刑事法院规约》可能对美国的军人、外交官和政治家不利,而且拟成立的“国际刑事法院也不对联合国或其他任何机构负责”的理由又宣布该签字无效。因此,现在美国既非罗马规约的签署国,也非罗马规约缔约国。但是,国际刑事法院管辖权所具有的延展性使得美国公民并不能因此就不受国际刑事法院的管辖。根据《罗马规约》第 12 条的规定,只要犯罪实施地或犯罪人国籍国之一是规约的缔约国或明示接受国际刑事法院管辖的国家,且该国向检察官提交的“情势”表明,该国对特定的国际犯罪“不愿意”或“不能够”管辖,国际刑事法院的管辖权就得以启动,而不必征求第三方的同意。这表明,如果美国公民在缔约国或声明接受国际刑事法院管辖国的境内实施了规约设定的国际犯罪,法院的管辖权就可以及于该美国公民,如果缔约国公民或声明接受国际刑事法院管辖的国家的公民在美国领域内实施了规约特定的国际犯罪,法院的管辖权就可以及于美国领域。因此,尽管美国“不希望美国士兵、外交官或其他美国人牵扯到有政治动机的刑事起诉中”,并反对国际刑事法院有权起诉美国公民,但国际刑事法院的建立与运作是任何国家无可回避的事实,美国欲保障其公民免受国际刑事法院的管辖就必须寻求合法的途径。

根据《罗马规约》的规定,能够“合法地”避免国际刑事法院行使管辖权的途径只有两条:

第一,以规约第 16 条为依据,由联合国安理会通过决议要求国际刑事法院推迟调查或起诉。据此,美国以撤出维和行动相威胁,强迫安理会先是在 2002 年通过 1422 号决议,赋予联合国维和人员 12 个月的豁免权,后在 2003 年通过 1487 号决议,延续 1422 号决议的效力。但是,通过安理会决议的途径,首先,美国必须每年令安理会通过一项此类决议,由于美国的双重标准遭到了包括安理会成员国在内的众多国家的反对,可以预见,这会越来越难;其次,即便如此,它也只能保证参加联合国维和行动的美国军人免受国际刑事法院的管辖,不能保证其他美国公民享有国际刑事法院的豁免权。因此,美国欲“合法地”阻碍国际刑事法院对其所有公民行使管辖权只能另辟他路。

第二,以《罗马规约》第 98 条为依据,在有关国家向国际刑事法院移交美国公民时争取主动权。由于该 98 条第 1 款是针对“国家”豁免和“外交”豁免的规定,所以,美国能仰仗的只有该条第 2 款。根据该款规定,如果被请求国执行国际刑事法院的一项移交请求,该国将违背依国际协定承担的义务,而根据这些义务,向国际刑事法院移交人员须得到“该人派遣国”的同意,否则法院不得提出该项移交请求,除非法院能够首先取得“该人派遣国”的合作,

这里所以限指“特定国际犯罪”,是因为《罗马规约》并不调控所有国际犯罪,而是限于战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪、侵略罪等四类最严重的国际犯罪。此外,美国及其一些西方国家本来直接称美国的这一协定为美国 98 条协定。本文所以对此概念一一添加引号,是因为本文作者并不认为该双边协定遵循了《罗马规约》第 98 条的立法本旨及其规范内容。有关理由,后文将专门研讨。

美国务卿鲍威尔语,from <http://news.yn.cninfo.net/guojihuanqiu/2002/200205/2002-05-07/1020734401-8/index.htm>.

《罗马规约》第十二条(二):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的管辖权,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。

由该派遣国同意移交。美国强迫他国与之签定的双边引渡互免协定所以被称为“98条协定”,原因就在于美国声称该协定是以《罗马规约》的第98条第2款为其国际法基础的。

二、《罗马规约》第98条第2款的主旨与内涵

上述《罗马规约》第98条第2款规定表明,只有在某缔约国与第三国存在国际协定的前提下,该缔约国向国际刑事法院移交罪犯才须取得第三国的同意。所以,问题的关键在于:应当如何理解这里的国际协定——是泛指所有的相关国际协定?还是特指某一类国际协定?回答是后者。因为:

第一,《罗马规约》的造法主旨表明,规约所谓“国际协定”并非泛指所有协定。《维也纳条约法公约》第31条(1)规定,条约应依照其用语按上下文,并参照条约的目的及宗旨所具有的通常含义善意解释。这里的通常含义并非指条约用语的字面含义,对其所作的解释应符合其所在的上下文及条约的意旨与目的。正如一位条约法权威所指出的,一个术语的表面意思或许是绝对的直白,但是对该术语所作的解释却是相对的,因为还必须考虑到条约制定的条件。《条约法公约》第31条(2)进一步指出,术语的上下文包括条约的文本与前言,第31条(3)还要求,对条约进行解释也应该考虑到当事国事后所订关于条约之解释或其规定的适用任何协定,及在条约适用方面确定各当事国对条约解释的协定的任何惯例。

《罗马规约》的主旨是保证那些犯下最严重国际犯罪的人,在任何情况下都受到正义的审判,首先是由国内法院,如果一国出现不愿意或不能够的情形,则由国际刑事法院根据补充性的原则进行审判。该主旨清楚明白地体现在其第27条的规定中。根据该条,任何人都不得从灭绝种族罪、危害人类罪或战争罪中获得豁免,其(1)规定,罗马规约对任何人一律平等适用,不因官方身份而差别适用,其(2)进一步指出,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,不妨碍本法院对其行使管辖权。因此,任何排除了在国家出现不能够或不愿意的情况下国际刑事法院应该具有的作用的协定,都是不符合《罗马规约》的精神的。

根据国际法原理与上述罗马规约的主旨,我们认为,只有在下列三种情况下,有关国家和个人才得以合法有效地免却国际刑事法院行使管辖权:()根据第90条(6)的规定,当非缔约国根据既有的引渡条约,向缔约国提出引渡其公民的引渡请求与法院提出引渡被告的

《罗马规约》第98条:(1)如果被请求国执行本法院的一项移交或协助请求,该国将违背对第三国的个人或财产的国家或外交豁免权所承担的国际法义务,则本法院不得提出该项请求,除非本法院能够首先取得该第三国的合作,由该第三国放弃豁免权。(2)如果被请求国执行本法院的一项移交请求,该国将违背依国际协定承担的义务,而根据这些义务,向本法院移交人员须得到该人派遣国的同意,则本法院不得提出该项移交请求,除非本法院能够首先取得该人派遣国的合作,由该派遣国同意移交。

美国在该协定的建议稿第4段载明:谨记《罗马规约》第98条。See “Proposed Text of so - called Article 98 Agreements with the United States”, at <http://iccnow.org/documents/otherissuesimpunityagreem.html>.

这里所谓“第三国”,是相对于某缔约国和国际刑事法院而言。其中,该缔约国是第一国;国际刑事法院是第二方,与该缔约国签订有国际协定的则是第三国。

Arnold Duncan McNair, *The Law of Treaties: British Practice and Opinions*, Oxford: Clarendon Press 1938, P175.

罗马规约前言载明:申明对整个国际社会关注的最严重的犯罪,绝不能听之任之不予处罚(第4段),……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(第5段)……强调根据本规约设立的国际刑事法院对国内刑事管辖权起补充作用(第10段),并决心保证永远尊重国际正义的执行。

请求相竞合时,如果所有的情形表明,该国的引渡不会造成豁免的结果,则缔约国可以给予该非缔约国优先权;()根据第 98 条(1)的规定,如果被请求国执行法院的一项移交或协助请求将违背对第三国的个人或财产的国家或外交豁免权所承担的国际法义务,则法院在取得该第三国的合作之前不得提出该项请求;()根据 98 条(2)的规定,如果被请求国与第三国存在军人地位协定(Status of Force Agreement,缩写为 SOFA),则法院不得要求被请求国违背其根据军人地位协定承担的国际义务,向法院移交有关人员。

所以,罗马规约第 98 条第 2 款所言的国际协定并非泛指所有协定,而是限于下列三种含有可予规避国际刑事法院管辖权的事实性条款的协定,即引渡协定、关于外交豁免权的外交人员地位协定(Status of Mission Agreement)和军人地位协定。由于有关引渡协定与外交人员地位协定《罗马规约》已经在其第 90 条(6)与 98 条(1)中作了规定,可见,第 98 条第 2 款所言的国际协定仅存一种,即军人地位协定。

第二,规约 98 条的立法进程与规范用语表明,第 2 款的国际协定特指军人地位协定。在罗马外交大会上,有些代表团曾希望该规约第 98 条第 2 款的规定,能够适用于根据既存的军人地位协定续签的新协定、甚至于新签订的军人地位协定,但这种观点并没有获得广泛的支持和通过,从 98 条第 2 款的用语中,我们也可以清楚地看出,该款并未涵盖新的军人地位协定。即使国际刑事法院对该款作出解释,认为该款得以适用于缔约国签订的新的军人地位协定,这些协定也必须与《罗马规约》的造法主旨相符;同时与其他指导性国际法规范(如条约法)相符。一句话,它必须确保那些犯有严重国际犯罪的人在“任何情况下”会受到正义的审判,而不是以新的“例外”规定来使美国人可以规避此项无一例外的铁则。

此外,参加罗马外交大会的代表就 98 条第 2 款的评论也表明,该款的本旨在于解决罗马规约与既存的军人地位协定的效力冲突。例如,同是德国代表团成员的汉斯·彼得·科尔和克劳斯·克莱斯撰文指出,98 条第 2 款的立法目的就在于解决缔约国根据罗马规约和军人地位协定所承担的国际义务可能产生的冲突,而不是鼓励缔约国缔结这样的协定来为执行法院提出的合作请求制造障碍。

即使不考虑 98 条第 2 款的立法争议及其结果,就从其使用“派遣国”(Sending State)一词,也可以看出其仅适用于军人地位协定。这是因为:“派遣国”一词,在国际法文件中,基本上仅适用于军人地位协定之中——特指根据该协定向另一国(接受国/驻在国)派出驻军的国家。许多国家对美国签订“98 条协定”提议的拒绝,也从一个侧面反映了美国对规约第 98 条第 2 款之“国际协定”的单方解释,是超出造法主体“规约”的立法原义及立法意蕴的。

在国际刑事法院筹备委员会上,美国还曾提议在建立联合国与国际刑事法院关系的协定中,授权联合国豁免非缔约国公民接受国际刑事法院的管辖,该建议的根据就是:“假想缔结”的联合国与国际刑事法院关系的“协定”被包容于 98 条第 2 款所设定的“国际协定”中,

Hans - Peter Kaul & Claus Kre ?, Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court : Principles and Compromises , 2 Y.B. Int'l Hum. L. 143 , 165 (1999) .

See A Legal Analysis of the Proposal and Options for a Compromise Formula in the Light of the Debate in the Working Group on Friday , 23 June 2000 : A Contribution by Germany , reproduced as an annex in Hans - Peter Kaul , The Continuing Struggle on the Jurisdiction of the International Criminal Court , in Horst Fischer , Claus Kre ? & Sacha R. L. Uöler , International and National Prosecution of Crimes under International Law 44 (Berlin 2001) .

但是该提议被筹备委员会明确拒绝了。之后,美国又提议根据程序与证据规则授权国际刑事法院与美国签署类似协定,同样没有成功。这些实践都表明,规约第98条第2款中的“国际协定”,特指“军人地位协定”。

三、军人地位协定的精神与目的

根据国际法的基本原则,《罗马规约》本身也不能跨越缔约国根据既存的其他国际条约对非缔约国承担的国际义务。但是,由于其功能在于协调派遣国与驻在国的优先管辖权问题,军人地位协定与《罗马规约》及其他国际法之间并不冲突。

例如,一直是以美国与其他国家双边军人地位协定为模本的北约组织的军人地位协定,其第七章就是立足于解决在派遣国与驻在国之间分配对派遣国军人(及相关人员)的管辖权问题,规定在何种情形下一国应向另一国引渡罪犯并进行调查与起诉。根据该章规定,美国军事法庭对实施了触犯美国军事法规而没有触犯驻在国法律的行为的美国军人享有独占管辖权,而驻在国的法院对实施了触犯驻在国法律而没有触犯美国军事法律的行为的美国军人享有独占管辖权。当其驻在国的美国军人所实施的行为既触犯了美国军事法规,又触犯了驻在国法律的时候,美国军事法庭与驻在国法院的管辖权就发生竞合。这种情形下,美国军事法庭对下列罪行享有优先管辖权:(1)侵犯美国国家安全与财产的犯罪;(2)侵犯美国公民及其财产的犯罪;(3)源自于职务履行的作为或不作为犯罪。但是,正如美国的军事法专家乔丹·博斯特所说的,国际犯罪不应视为源于职务的犯罪,所以,对被指控实施了《罗马规约》规范的国际犯罪的美国军人,美国军事法庭,没有独占管辖权,也没有优先管辖权。

而且,美国在与其他国家签署的军人地位协定中也不断修改给予美国军事法庭在管辖权竞合时优先权的规定,转而规定当案件涉及到驻在国重大国家利益、引起驻在国公众高度关注时由驻在国行使优先管辖权,而且将是否行使这种权利的决定权完全留给驻在国。

所以,军人地位协定及其类似国际协定,与国际法的基本原则是一致的,目的在于通过协调国家间管辖权的冲突,以保证犯罪者无论在何种情况下都受到审判,而不是通过赋予派遣国独占的管辖权来免除驻在国法院对在其境内犯罪的派遣国公民的刑事管辖。美国与其他国家签订军人地位协定的初衷也在于使美国取得对驻在北约国家的美军的优先管辖权,以保证美国军事法庭能够审判触犯了军事法规的美国军人,保证美国军人能够以其熟悉的诉讼程序、熟悉的法律受到审判。正如一位美国军事法专家所解释的:美国在二战后签署的军人地位协定,旨在尽量减小驻在亚洲和欧洲的美国军人在外国法庭受审判的可能性。因为当时数以千计的美国军人及相关人员将毫无疑问在海外驻扎多年,而他们的驻在国的法律制度与美国的大相迥异,……美国军人担心在外国的法院受到审判,当被指控的犯罪的受害人是驻在国公民时,这种担心尤为突出。与此相对应,当被指控的犯罪的受害人仅是美国

David Scheffer, *Staying the Course with the International Criminal Court*, 35 *Cornell Int'l L. J.* 47, 90 (2002).

《维也纳条约法公约》第30条(4)。但是,根据该条(3),如果既存的SOFA的各缔约国都是《罗马规约》的缔约国的话,如果根据不同的规约承担的国际义务有所冲突,《罗马规约》的效力应当优先。

Robinson O. Everett, *American Servicemembers and the ICC*, in Sarah B. Sewall and Carl Kayser, eds., *The United States and the International Criminal Court: National Security and International Law* 137-138 (Lanham/Boulder/New York/Oxford: American Academy of Arts and Sciences and Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2000).

公民时,外国法院行使管辖权的唯一理由是犯罪是在其境内实施的,控方对这样的案件可能不感兴趣,这样,一项严重的犯罪可能不会受到惩罚。

综上,军人地位协定与《罗马规约》的精神与目的是一致的,对军人地位协定与对《罗马规约》第 17 条的理解也应相一致。据此,设立双边“协定”的唯一目的是为了帮助犯罪者逃避刑事责任,则此类协定与军人地位协定的规范主旨及其条文原义相悖。

四、“98 条协定”的国际法效力

(一)“98 条协定”不符合罗马规约第 98 条的立法主旨及规范要义

通过上述分析及规范用语可以看出,规约第 98 条第 2 款所指的国际协定具有两个特征:其一是特定性,即该协定实际上仅限于军人地位双边协定;其二是生效时间上的“先在性”,即该协定的生效时间须先于罗马规约的生效时间。也就是说,只有当某国与《罗马规约》缔约国之间在规约生效之前就已经存在具有国际法效力的军人地位协定时,缔约国向国际刑事法院移交该国公民才必须事先取得该国的同意。而美国向他国提议签署的“98 条协定”并不符合上述两特征,因此,我们认为该协定不是 98 条限定的国际协定,不具有国际法上的效力;同时,它也不能保证遭致《罗马规约》特定国际犯罪指控的美国公民不受国际刑事法院的管辖。

1. 从“特定性”角度出发,“美国 98 条协定”不是规约特指的军人地位协定,因而不具有国际法效力。这是因为:首先,该协定的目的与军人地位协定的目的相悖。如上文所述,军人地位协定的目的在于当管辖权发生竞合时通过在派遣国与驻在国之间分配调查与起诉被指控犯罪者的优先管辖权以保证任何实施了犯罪行为的人在任何情况下都会受到审判。而“98 条协定”的目的仅在于阻止另一国向国际刑事法院移交美国公民。

其次,该协定的适用对象军人地位协定广。军人地位协定的适用对象仅是派遣国在驻在国的现役军人及相关人员,而“98 条协定”几乎适用于所有美国在另一国的公民:前政府官员、雇员及军事人员,包括被指控犯有《罗马规约》规定的最严重的国际犯罪的美国公民和可以作为国际刑事法院证人的美国公民。

再次,美国在“98 条协定”中述明的其将“调查和起诉美国公民”的意愿,既不真诚、也缺失践行基础。这是因为:其一,根据该协定的规定,美国政府只有在恰当的时候才会对被指控犯有《罗马规约》规定的国际犯罪的美国公民进行调查和起诉,这表明,是否进行调查或起诉完全由美国自行决定且没有法律限制。2002 年 6 月美国也曾试图在安理会 1422 号决议关于国家调查和起诉灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪义务的规定中加入类似的限制性语言,但是没有成功;其二,缺少实现的现实基础。美国的法律允许其军事法庭审判在美国境外犯有国际习惯法上的战争罪的美国士兵和敌国公民,也允许其军事委员会(行政机构,非独立、公正的法庭)审判犯有战争罪的敌国公民。但是,是否允许上述军事法庭和军事委员会审判犯有《罗马规约》规定的危害人类罪的美国公民或敌国公民尚无明确规定,二战后也从未进行过此类审判。而且,美国法庭是否对所有美国公民或作为其武装部队成员的非美

根据“美国 98 条协定”建议稿,与之签订该协定的国家向国际刑事法院或向任何有可能将美国公民移交给国际刑事法院的国家移交美国公民时,都必须取得美国同意,其实质就是禁止缔约国向国际刑事法院移交任何美国公民。

国公民犯下的灭绝种族罪具有管辖权也不明确。此外,当行为人在美国境外实施《罗马规约》规定的国际犯罪的时候,该行为人是否构成犯罪在联邦法律中并非都有明文规定。例如联邦法律除了酷刑之外,对发生在美国境外的危害人类的犯罪行为是否构成犯罪就无明确规定,美国法庭或许不愿意审判国际习惯法有规定,但在联邦法律中没有明确规定的犯罪。

最后,即使一些美国高层人士也承认,就连既存的美国的军人地位协定也不符合罗马规约第98条(2)的要求。正如有人所主张的,美国与101个国家既有的105个军人地位协定实际上没有一个符合《罗马规约》第98条(2)的规定,因为他们都没有明示规定缔约国向法院移交美国公民必须征得派遣国的同意。美国军事法专家乔丹·博斯特同意这种观点,并指出,符合罗马规约第98条(2)的国际协定还不存在。例如,北约的军人地位协定并没有排除将受指控的美国公民向另一国或向国际法庭移交的全部途径,它只是在美国对某一犯罪具有独占管辖权或优先管辖权时排除了移交的可能性,而且这种限制并非明确,因为北约军人地位协定并没有明确规定当涉及到向第三国或国际法庭移交或引渡其公民时必须取得派遣国的同意。尤其应当注意的是,北约的军人地位协定并没有涉及到《罗马规约》的问题,因此不可能要求在向法院移交人员时应先取得派遣国的同意。也许有人会认为在一些情形下,规约第98条(1)可以排除国际刑事法院管辖,例如当移交请求将要求被请求国违背国际法关于国家或外交豁免的规定而行为时,但是,国际法同样不允许被指控犯有国际罪行者获得豁免。

2. 从效力的“先在性”出发,如果“98条协定”的签约一方是《罗马规约》的缔约国,该协定不具有国际法效力。截止2003年7月14日,与美国签订“98条协定”的51个国家中,有24个是《罗马规约》的缔约国,10个是签署国。而加拿大代表团成员凯姆博利·普罗斯特和德国代表团安吉里卡·吉拉克共同撰文指出,在起草98条的时候,各国关注的是既存的国际义务。即某国在签署《罗马规约》之前根据军人地位协定已经承担的国际义务,所以,即使美国建议的“98条协定”是符合《罗马规约》第98条第2款的协定,其是否具有国际法上的效力,也需具体分析。值得指出的是,美国学者也明确意识到98条第2款不适用于一国在已经签署了罗马规约之后才缔结的协定。例如曾参加罗马外交大会的罗斯曾声称:规约98条第2款不仅适用于既存的国际协定,也适用于新的国际协定,但她又催促国际刑事法院的筹备委员会通过有效的解释,确认98条第2款的效力及于既存的和未来的军人地位协定。试想,如果她的声称正确,这一解释还有必要吗?

此外,《罗马规约》与“98条协定”是就同一事项先后签定的国际条约,“98条协定”明确载明该协定是以《罗马规约》关于补充管辖权的规定与规约第98条为基础的,因此当二者发生冲突的时候,《罗马规约》规定应当居于优先的地位。根据《罗马规约》第17条和第

Human Rights Watch, United States Efforts to Undermine the International Criminal Court: Article 98 (2) Agreements, 9 July 2002, 2. at <http://iccnow.org/documents/otherissuesimpunityagreem.htm>.

See <http://iccnow.org/documents/otherissues/impunityart98/BIASignatories14July03.doc>.

Ruth Wedgwood, The International Criminal Court: An American View, 10 Eur. J. Int'l L. 93, 103 (1999).

“美国98条协定”规定:忆及1998年联合国国际刑事法院全权大使外交大会通过之国际刑事法院罗马规约旨在补充而非取代国家刑事司法权(前言第2段);谨记罗马规约之98条(前言第4段)。

1969年《条约法公约》第30条,关于同一事项先后所订条约之适用:(1)遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时,该先订或后订条约之规定应居优先。

18 条的规定,只要确定对属于其管辖范围的案件具有管辖权的国家存在“不愿意或不能够”切实进行起诉的情形,国际刑事法院就可以自行判定该案件具有可受理性,决定由其审判,而与美国签订“98 条协定”的缔约国,事实上就是以其“双边互免引渡”的方式,道明了她“不愿意”或者“不能够”管辖实施了规约特定国际犯罪的美国公民。在这种情形下,国际刑事法院完全可以根据规约第 17 条、第 18 条的规定、直接行使刑事管辖权,并要求缔约国履行其应予履行的国际义务,毋须顾及“98 条协定”。

(二)《罗马规约》缔约国与美国签订“98 条协定”违背其承诺履行的国际义务

缔约国业已批准的条约必须遵循,此乃举世公认的国际法原则。《联合国宪章》第 2 条规定:“各会员国应一秉善意,履行其依本宪章所承担之义务。”《维也纳条约法公约》第 26 条规定:“凡有效之条约对其各当事国有约束力,必须有各该国善意履行。”国际常设仲裁法院 1910 年在英、美北大西洋渔业案中也宣告:“每个国家都必须善意履行由条约产生的义务,并且被国际法上存在遵守条约义务的惯常制裁促使履行这些义务。”《罗马规约》的缔约国应善意履行根据规约应承担的国际义务自不待言,签署国也负有在条约对其生效前有不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨的行动的的义务。

如上所述,“98 条协定”的目的仅在于禁止缔约国向国际刑事法院移交任何美国公民,从而使美国公民免受国际刑事法院的管辖,这与《罗马规约》的目的是背道而驰的。据此,《罗马规约》的缔约国与美国签订“98 条协定”,将会违背其根据规约的如下规定承担的国际法义务:(1)第 27 条。根据该条,缔约国在任何情况下都不得免除个人根据规约所负的刑事责任,但是与美国签订“98 条协定”的国家却变相地免除了美国公民应当担负的国际刑事责任。(2)第 86 条。根据该条,缔约国应依照规约的规定,在本法院调查和起诉本法院管辖权内的犯罪方面同本法院充分合作,但是与美国签订“98 条协定”的国家无法、或者说放弃了与国际刑事法院的充分合作,因为其是否向法院移交或引渡美国公民不是由她决定,而是由美国决定。(3)第 87 条。根据该条,国际刑事法院有权向缔约国提出合作请求,如果缔约国未按规约的规定行事,不执行法院的合作请求,致使法院无法行使规约规定的职能和权力,法院可以在认定存在这一情况后将此事项提交缔约国大会。但是,与美国签订“98 条协定”的国家却在事实上剥夺了法院向其提出某些合作请求的权利,因为一般而言,美国不会同意向国际刑事法院移交或引渡其公民,否则,美国也就没有必要与各缔约国签署此类“98 条协定”了。(4)第 89 条。根据该条,法院可以将逮捕并移交某人的请求书,连同第 91 条所列的请求书辅助材料,递交给该人可能在其境内的任何国家,请求该国合作,逮捕并移交该人,缔约国应依照本编规定及其国内法所定程序,执行逮捕并移交的请求。但是,与美国签订“98 条协定”的国家因在移交美国公民前须征得美国的同意,所以无法按照规约的规定履行逮捕并移交的国际义务。(5)第 90 条。根据该条,缔约国在接到本法院根据第 89 条提出的关于移交某人的请求时,如果另外接到任何其他国家的请求,针对构成法院要求移交该人

转引自朱奇武著:《中国国际法的理论与实践》,法律出版社 1998 年版,第 413 页。

1969 年《条约法公约》第 18 条:一国有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动:(1)如该国已签署条约或已交换构成条约文书而须经批准、接受或赞同,但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思;或(2)如该国业已表示同意承受条约之约束,而条约尚未生效,其条约之生效不稽延过久。

所依据的犯罪之基础的同一行为要求引渡同一人,该缔约国应将此情况通知本法院和请求国。如果请求国是规约的非缔约国,被请求国又没有向请求国引渡该人的国际义务,则在国际刑事法院判定可予受案的情况下,被请求国应优先考虑由国际刑事法院提出的移交请求。这里值得强调的是:“98条协定”并非引渡协定,与美国签定了该协定的缔约国并没有向美国引渡犯有规约所设定的国际犯罪人员的引渡义务。因此,当国际刑事法院向该缔约国提出移交某人的时候,本应优先考虑国际刑事法院的请求。但是,该缔约国却是优先考虑美国不得移交或引渡的请求。此外,按照“98条协定”的约定,该双边协定中的非美国方,在向国际刑事法院或向任何有可能将美国公民移交给国际刑事法院的某一国移交美国公民时,都须取得美国的同意。然而,我们知道,当今世界上绝大多数引渡条约都规定第三国向原请求国再引渡罪犯、须经由原被请求国(即嫌疑人最初躲避国)授权“同意”。由此可见,“美国98条协定”不分场合地将此“同意国”由原“被请求国”替换成了原“请求国”——美国。这就意味着:凡是与美国签定了“98条协定”的国家,同时也就丧失了作为原“被请求国”的、同意将某一涉嫌犯罪的美国人再引渡到第三国(进而可能由第三国引渡到国际法庭)的权利。可见,美国“98条协定”不仅有违《罗马规约》第90条、第98条所规定的再引渡与刑事管辖规范;而且有违当今国际社会一般认可和适用的再引渡条款的基本权利义务规范。而这一系列“有违”的背后,不过是为了使触犯了《罗马规约》特定国际犯罪的美国行为人,能予有效地规避国际刑事法院的管辖与制裁。

五、结语

《罗马规约》的生效及国际刑事法院的建立,标志着国际社会向建立一个公正、有力、高效的超国家刑事审判机构迈出了了不起的一步,给国际正义的实现带来了光明与希望,但是,“美国98条协定”却给国际刑事法院的前途撒下了一片阴霾。《罗马规约》与“98条协定”的效力之争,实质是国际正义与国际强权之争。但我们仍有理由相信,随着国际社会共同利益的不断扩大和人类治理地球村理念的不断革新,国际刑事法院的权威性与普遍性必将获得越来越多国家的承认与尊重,“98条协定”终将成为历史。

〔作者单位:中国社会科学院研究生院〕

(责任编辑:蔡 巍)

所谓再引渡,是指将逃犯引渡到请求国进行审判或执行刑罚之后,再将其引渡到第三国进行审判或执行刑罚。但第三国想对被引渡者实行再引渡,须向原被请求国、即罪犯最初躲避国提出请求,以取得她的同意。如联邦德国的《国际刑事司法协助法》第36条(2)规定,如果引渡尚未执行,在第三国按规定手续提出再引渡请求并经州高级法院审查认可后,可以同意再引渡;在如爱尔兰《1965年引渡法》第21条规定,在两种情形下可以同意再引渡,……。(详见黄凤著:《引渡制度》,法律出版社1990年版,第48-49页)。