

《国际刑事法院罗马规约》浅析

杨力军*

2002年7月1日,《国际刑事法院罗马规约》(以下简称“罗马规约”或“规约”)^[1]经67个国家批准,139个国家签署后生效。^[2]这标志着国际刑事法院的正式成立,并将对国际法和国际刑法在新世纪的发展产生重大的影响。

对于国际刑事法院的成立与罗马规约的生效,“大多数国际刑法学者更是欢欣鼓舞,对这部国际刑法典倾注了很大的热情。”^[3]著名国际刑法教授巴西奥尼先生甚至指出:“国际刑事法院的建立象征并包含着全世界人民所共有的某种基本价值和期望,因此,也是世界人民的胜利。”^[4]国内法学界对罗马规约的制定与国际刑事法院的建立也给予较高的评价:“国际刑事法院规约的诞生是国际刑法发展的里程碑。”^[5]“建立国际刑事法院是国际法制的重要和划时代的一步。”^[6]“这不仅仅是一个重大的法律事件,而且是一个重大的政治、经济、道德和文化事件,因为它关涉到整个人类生活的基本问题。”^[7]但是,国内外学者对国际刑事法院的建立与罗马规约也有一些不同的意见。美国国际法学家古鲁尔认为:

罗马规约制造了一个超国家的上诉法院,对各国的管辖权进行毫无节制的重新审查。规约以其现有的规定威胁着国家的主权。^[8]

国内也有学者指出:

在当代国际政治背景下,规约对国家主权观念和以联合国安理会为中心的现有国际政治结构的突破,存在着受政治化操纵和滥用的现实危险。^[9]

在存在着两种截然相反意见的情况下,更需要学者们对罗马规约做进一步的深入研究与探讨。在对罗马规约进行剖析以前,不妨先研究一下罗马规约与国际法委员会提出的谈判基础草案的不

* 中国社会科学院法学研究所国际法室副研究员。

[1] 联合国建立国际刑事法院全权代表外交大会于1998年7月17日在意大利罗马以120票赞成、7票反对和21票弃权的方式通过了《国际刑事法院罗马规约》。

[2] 罗马规约第126条规定:“本规约在第60份批准书、接受书、核准书或加入书交存联合国秘书长之日起60天后的第1个月份第1天开始生效。”见联合国文件:A/CONF.183/9,以下同。2002年4月11日,爱尔兰、蒙古、罗马尼亚等10个国家交存了批准书,使罗马规约的批准国达到了67个。

[3] 赵永琛:《从“国际刑事法院规约”看国际刑法的新发展》,载高铭喧、赵秉志:《当代国际刑法的理论与实践》第40页,吉林人民出版社2001年版。

[4] 见奥托·特利夫特主编:《对国际刑事法院罗马规约的评论:观察家的逐条分析》,巴西奥尼教授为该书所写的前言。第21页,1999年,巴登巴登出版社。

[5] 高铭喧、王秀梅:《略论国际刑法的历史发展、概念特性及犯罪界定》,前引注3,第11页。

[6] 高燕平:《国际刑事法院》第2页,世界知识出版社1999年版。

[7] 卢建平:《中国加入国际刑事法院的文化定位》,当代国际刑法与国际犯罪问题学术研讨会论文,香港大学法学院与中国人民大学刑法学研究中心联合举办,2002年4月,香港。

[8] 吉米·古鲁尔:《美国反对1998年罗马规约建立的国际刑事法院:法院的管辖权真正是补充性的吗?》,《康纳尔国际法杂志》第35期,第1卷,2002年2月。

[9] 胡斌:《“国际刑事法院规约”和“联合国打击跨国有组织犯罪公约”情况介绍》,前引注3,第33页。

同之处:首先,在国际法委员会提出的草案中,^[10]只有种族灭绝罪属于国际刑事法院的固有管辖权,对其他国际罪行,国家可以自行决定是否交国际刑事法院审理,而罗马规约则规定对战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪和侵略罪都具有固有管辖权;其次,在国际法委员会草案中,只有在犯罪发生地国、嫌犯所在国以及其他任何可以行使管辖权的国家都接受了国际刑事法院的管辖权后,国际刑事法院才能行使管辖权,而罗马规约则规定只要犯罪发生地国或被告国籍国中有一个国家接受了国际刑事法院的管辖,国际刑事法院就可以行使管辖权;第三,国际法委员会草案赋予联合国安理会对国际刑事法院案件的受理与审判以广泛的控制权与决定权,而罗马规约则从根本上摆脱了联合国安理会的控制,使联合国安理会与国际刑事法院的联系减少到最低的限度;第四,国际法委员会草案只允许安理会或国家启动国际刑事法院的司法程序,不允许检察官个人自行提出诉讼,而罗马规约则赋予检察官个人以启动调查与起诉的权力;第五,国际法委员会草案规定国际刑事法院对国内武装冲突不具有管辖权,而罗马规约不但对国际武装冲突具有管辖权,而且对国内武装冲突也具有管辖权,等等。可见,罗马规约已经远远超出了国际法委员会提出的谈判基础草案。

本文将着重对罗马规约所规定的管辖权、补充性原则、检察官与法官的产生与作用、司法合作以及对非缔约国的影响等问题,作一个初步的分析。文中的观点仅是个人的一些浅见,希望能引起读者对罗马规约的兴趣与思考。文中不妥之处,期盼指正。

一 接受管辖的方式与管辖权的行使

“探讨国际刑事法院的管辖权,对于深刻理解有可能生效的《国际刑事法院规约》的内容,正确认识有可能建立的国际刑事法院,是很有裨益的。”^[11]罗马规约第1条规定:

本法院为常设机构,有权就本规约所提到的、受到国际关注的最严重犯罪对个人行使其管辖权,并对国家刑事管辖权起补充作用。

根据《规约》第5条的规定,国际刑事法院对战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪和侵略罪都具有固有管辖权。

根据罗马规约的规定,国家接受国际刑事法院管辖的方式可以分为3种情况。第一种情况,如规约第12条第1款所述:

一国成为本规约缔约国,即接受本法院对第5条所述犯罪的管辖权。

由此可见,罗马规约所采取的国家接受法院管辖方式是一种强制管辖的方式,即只要一国成为规约的缔约国,就自动地接受了国际刑事法院的管辖权,而且,规约明文规定不得对规约作出任何保留。而联合国的主要司法机构国际法院则采用的是自愿接受管辖的方式,即是否接受国际法院的管辖必须经有关国家的同意,即一国批准《联合国宪章》及其所附的《国际法院规约》并不等于接受了国际法院的管辖。是否接受国际法院的管辖还需另作声明。《联合国宪章》第93条第1款规定:

联合国各会员国为国际法院规约之当然当事国。^[12]

《国际法院规约》第36条第2款规定:

本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端,对于接受同样义务之任

[10] 规约草案全文见联合国国际法委员会第46届会议报告第14-127页;联合国大会正式记录:第49届会议,补编第10号,A/49/10,1994年。

[11] 张智辉:《论国际刑事法院的管辖权》,前引注3,第71页。

[12] 王铁崖、田如萱:《国际法资料选编》第842页,法律出版社1982年版。

何国家,承认法院之管辖为当然而具有强制性,不须另订特别协定。^[13]

国际法院的这种接受管辖的方式将国家主权放在首位,主权国家有极大的选择余地。

第二种情况是根据罗马规约第12条第3款的规定,一个非缔约国可以向国际刑事法院的书记官长提交声明,表示接受法院对有关犯罪行使管辖权,在接受法院管辖的同时,该国也承担了不拖延并无例外地按罗马规约第9编的规定与法院合作的义务。罗马规约并没有对这种接受管辖的方式提出任何条件。在这方面可以对比一下《国际法院规约》第36条第3款的规定。该款规定:“上述声明,得无条件为之,或以数个或特定之国家间彼此拘束为条件,或以一定之期间为条件。”^[14]这种接受方式给一个主权国家以较大的自主性,向法院提交的声明可以是选择性的和有条件的,该国可以选择对某些案件接受法院的管辖,而不必承担缔约国的全面的义务。如果一非缔约国需要利用国际刑事法院起诉某一案件,该国是否可以仅就此案或在某段时间内、针对某种罪行接受国际刑事法院的管辖权,罗马规约并没有作出明确的规定。

第三种情况是联合国安理会根据《联合国宪章》第7章向检察官提交一项或多项犯罪已经发生的情势,在这种情况下,无论罗马规约的缔约国和非缔约国对这种犯罪都必须接受国际刑事法院的强制管辖。《联合国宪章》第25条规定:

联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议,

第2条第6款规定:

本组织在维持国际和平及安全之必要范围内,应保证非联合国会员国遵行上述原则。^[15]

根据《联合国宪章》所确立的集体安全体制,如果联合国安理会根据宪章第7章采取行动,无论对联合国的会员国还是非会员国都具有强制性的约束力,世界上所有的国家都必须遵守联合国安理会根据第7章所作出的决议与采取的行动。联合国安理会根据宪章第7章向国际刑事法院提交情势的方式将有效地保护在安理会中具有否决权的国家的利益,除非得到有关国家的同意,绝不会出现指控安理会常任理事国国民或威胁这些国家利益的情势。但是,罗马规约故意使用了“情势”(Situation)而不是“案件”(Cases)的措词,这为以后检察官弄权打下了伏笔。

国际刑事法院对某种罪行具有了管辖权并不意味着能够行使其管辖权。行使管辖权还需要一些先决条件,其中最主要的是对某些罪行具有管辖权的国家是否接受了国际刑事法院的管辖权。根据传统的刑事管辖原则,对某一刑事案件具有管辖权的国家可以分为以下几种类型:犯罪发生地国(即属地管辖原则),被告国籍国(即属人管辖原则),被害人国籍国(即保护原则)和被告所在地国(即实际控制原则)。在国际法委员会草案中,只有在犯罪发生地国、被告所在国以及其他可以行使管辖权的国家都接受了国际刑事法院的管辖权后,国际刑事法院才能行使管辖权;而罗马规约第12条第2款则规定,只要犯罪发生地国或被告国籍国中的一个国家接受了国际刑事法院的管辖权,国际刑事法院就可以行使管辖权。由此可见,国际刑事法院已经把管辖权与罪行的联系减少到最低的限度。这种规定将会产生一个非常严重的问题,即罗马规约将对非缔约国发生效力的问题。当然,如果犯罪发生地国与被告国籍国为同一国家,而且该国是非缔约国,国际刑事法院就不能对有关案件行使管辖权,因为这类案件基本上属于一国国内法院管辖的案件,国际刑事法院如果要行使管辖权,将在司法协助、调查取证、逮捕与移交犯罪嫌疑人方面遇到不可克服的困难;但是当在一个具体案件中,如果犯罪发生地国是罗马规约的缔约国,而被告国籍国不是规约的缔约国,而且也没有声明接受国际刑事法院的管辖,在这种情况下,根据规约第12条第2款的规定,国际刑事法院仍可以对有关案件行使管辖权。从法律上而言,这种规定违反了条约不对第三方产生约束力的规定。《维也纳条约法公约》第34条明确规定:

[13] 同前注,第984页。

[14] 同上注。

[15] 前引注12。

条约非经第三国同意,不为该国创设义务或权利。^[16]

在政治上,这将危及一国根据其本国法律行使其刑事管辖权的主权权力。在实践中,这将损害联合国维持和平行动和国际上反对恐怖主义行动的实施。如果联合国的维和部队在一个已成为罗马规约缔约国的领土上执行维和使命,而参加维和部队的一些国家不是罗马规约的缔约国,那么,这些国家在派遣维和人员时,就要考虑该国的维和人员成为被告在国际刑事法院上被诉的可能性。如果这种可能性存在,该国将重新考虑派遣维和人员参加联合国的维和行动,或将已派出的维和人员撤回,以防止其本国公民在国际刑事法院被诉。这将对联合国的维和行动造成不可弥补的重大损失。罗马规约生效之际,美国曾在安理会上提出撤回其派驻波黑的维和人员的要求,或者要求对美国的维和人员给予刑事豁免。经过联合国安理会会员国连续两周的紧张磋商,终于达成了协议。安理会于7月12日全体一致通过了安理会第1422号决议。该决议指出:

根据罗马规约第16条的规定,要求国际刑事法院:如出现涉及参与联合国所设立或授权的行动,但不是罗马规约缔约国的国家目前或以前的官员或人员有关上述行动的行为或不行为的案件,在2002年7月1日起的12个月期间内不要对任何此类案件开始或着手进行调查或起诉,除非安全理事会另有决定。

决议还“表示打算只要有必要,就于每年7月1日按同样条件将第1段所述要求顺延12个月。”^[17]安理会的决议既符合罗马规约的有关规定,^[18]又维护了联合国的维和行动的完整性,因此是一种两全其美的解决方案。但是,如果不是联合国的维和行动,如果只涉及到个别国家的国民或利益,如果要援引罗马规约第16条的规定,在联合国安理会是很难通过有关决议的。根据安理会的投票规则,除程序问题外,安理会通过一项决议需要9票以上,包括5个常任理事国的赞成票。而安理会的会员国,其中包括常任理事国不少是罗马规约的缔约国,这些国家将按罗马规约宗旨与原则行事,即维护国际刑事法院在最严重犯罪中对个人行使的管辖权。在这个问题上,常任理事国的否决权是不起作用的,因为否决权只能起到破坏作用,即阻止一项决议的通过,而不具有促进作用,即促使一项决议的通过。该安理会决议从另一方面印证了罗马规约对非缔约国是有约束力的。

非缔约国固然可以按罗马规约第19条的规定,向国际刑事法院质疑法院的管辖权或案件的可受理性,但是,这个质疑程序的过程就使本国置于法院的管辖之下,由国际刑事法院来审查本国的国内法律程序,而且,这种质疑并非是无条件的。

二 补充性原则

罗马规约关于管辖权的规定,势必会造成并行管辖权的情况,即国际刑事法院和一国的国内法院可能对某一案件同时都具有管辖权,在这种情况下,罗马规约规定了在一定条件下,国内法院优先管辖原则,如果国内法院“不能够”或“不愿意”行使其管辖权,国际刑事法院即可行使管辖权,这就是所谓补充性原则。

罗马规约序言中规定:

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。

但是,补充性原则的适用是有条件的。国际刑事法院在4种情况下不能受理某一案件:第一种情况

[16] 前引注12。

[17] 联合国安理会决议:S/RES/1422(2002),2002年7月12日。

[18] 罗马规约第16条规定:“如果安全理事会根据《联合国宪章》第7章通过决议,向本法院提出要求,在其后12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。”

是对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉;第二种情况是对案件具有管辖权的国家已经对该案件进行调查,而且该国已决定不对有关的人进行起诉。在这两种情况下,国际刑事法院必须排除一国“不能够”或“不愿意”进行调查与起诉的可能性。第三种情况是,根据一罪不二理的原则,有关的人已经由于作为控告理由的行为受到了审判。第四种情况是案件缺乏足够的严重程度,国际刑事法院没有采取进一步行动的充分理由。^[19]可见,国际刑事法院受理某一案件的关键在于一国是否“不能够”或“不愿意”进行调查与起诉。

对于一国是否“不能够”调查与起诉的标准,罗马规约第17条第3款作出了明确的规定。该款规定:

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。

这种情况发生在一个国家内由于连年的战争或天灾,以致于全国的司法系统处于瓦解或瘫痪的状态,如在上个世纪90年代发生在前南斯拉夫境内和卢旺达的动乱与战争状态。本条规定在原则上是相当合理的,但规定之中也有自相矛盾之处:众所周知,缺席审判是不符合刑事审判的基本原则的,这同样也为罗马规约所禁止,而且刑事审判中主要依据的是证据与证人证言。所以如果“无法拘捕被告人或取得必要的证据和证言”,不但在一国国内不能进行诉讼程序,在国际刑事法院中也不可能进行审判。因此,这种“不能够”的情况只适用于极少数的个别案件,如联合国安理会根据《联合国宪章》第7章采取行动,派遣维和部队进入该国,拘捕被告人,取得了有关证据,并与国际刑事法院积极配合,将该情势提交给国际刑事法院。

对于一国“不愿意”进行调查或起诉的标准,罗马规约第17条第2款规定了三种情况。第一种情况是该国所进行的诉讼程序或作出的决定是为了包庇罪犯,使其免负国际刑事法院管辖内的犯罪的刑事责任。在实体法方面,罗马规约所规定的种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪在绝大多数国家的国内法中都没有规定。作为罗马规约的缔约国,则有义务修改其本国法律,或直接适用罗马规约的规定,将这些罪行作为国内法中可惩罚的犯罪。而作为罗马规约的非缔约国则没有任何条约上的义务承认或惩治该规约中所规定的犯罪。既使有的非缔约国根据国际“强行法”的原则,在其国内法中规定了规约中所列举的犯罪,关于犯罪构成与犯罪要素也不一定完全与罗马规约所规定的一模一样。如果有关犯罪发生在一个非缔约国,根据“法无明文不为罪”的刑法原则,该国只能根据其本国刑法对嫌疑犯进行调查或起诉。那么,国际刑事法院完全可以断定,该国是以其国内法中规定的普通罪行来调查或起诉国际犯罪,目的是为了包庇罪犯,因此不管该国是否同意,即行使管辖权,受理此案。这样,罗马规约使非缔约国处于两难的尴尬境地。非缔约国要么将罗马规约规定的犯罪列入其本国法,要么,任由国际刑事法院管辖本应由其本国法院管辖的案件。在这两种情况下,非缔约国的立法主权与刑事司法管辖主权都会受到损害。

第二种情况是“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。”罗马规约对什么是不当延误,并没有作出定义,而是由国际刑事法院决定之。许多国家都认为,凡是符合一国国内法、特别是刑法与刑事诉讼法中所规定的延误,都不能定义为不当延误。但是,是否构成不当延误则与该款规定的其他两项标准一样,都是由国际刑事法院来决定的。尽管罗马规约第19条规定了有关国家可以质疑法院的管辖权或案件的可受理性,但是,一个主权国家,特别是一个非缔约国的司法程序还要受制于国际刑事法院的审查与决定,这是否符合国家刑事司法主权原则,是大有疑问的。

第三种情况是“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

[19] 见罗马规约第17条第1款的规定。

的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。”这就是说,在程序法方面,罗马规约要求所有有关国家,包括非缔约国,都必须按照规约所规定的人权标准与程序进行,包括无罪推定、法律不溯既往、一案不二理、被告的公开审判权、选择律师权和免费得到法律救助权、知情权、质讯证人权、沉默权、不被强迫自认有罪和不承担任何举证责任和反驳责任等。并不是所有的国家的国内法在人权保障以及诉讼与证据规则中都作出了上述的规定,即使有的国家作出了有关的规定,其适用的程度也有所不同。在程序方面所适用的是“正当程序原则”,“正当程序原则”在普通法系中具有特殊的含义,并不意味着符合本国的程序法就是“正当程序”了,而是“根据国际法承认的正当程序原则。”^[20]也就是说,将由国际刑事法院来判断一国,特别是非缔约国的国内程序法是否符合“正当程序原则。”

由此可见,罗马规约中规定的补充性原则的实质是强制缔约国与非缔约国修改本国的实体法与程序性,使之与罗马规约的规定相一致。如果非缔约国修改本国的法律,那么,其所承担的义务与缔约国所承担的义务就没有特别大的区别了,如果非缔约国不修改其国内法,那么国际刑事法院就将对本应由其管辖的案件行使管辖权。正如一位学者所指出的:

因此,在本质上,国际刑事法院作为超级的或最高级的国际上诉法院运作,来裁决一国国内司法系统作出的决定和进行的诉讼。国际刑事法院的管辖权并非真正对国内刑事管辖起到补充作用,而是强制性的。^[21]

三 国际刑事法院所管辖的罪行

根据罗马规约第5条到第8条的规定,国际刑事法院所管辖的罪行为灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪与侵略罪。对于灭绝种族罪,由于世界上大多数国家都是《灭绝种族公约》的缔约国,罗马规约第6条与该公约的规定没有任何差别,因此,各国对将灭绝种族罪列入国际刑事法院的固有管辖权没有什么异议,联合国国际法委员会的草案中已建议将灭绝种族罪列入国际刑事法院的固有管辖权。但是,罗马规约将危害人类罪、战争罪与侵略罪都纳入了国际刑事法院的固有管辖之中,这就大大超出了国际法委员会提出的草案范围,各国对这些罪行的犯罪构成和犯罪要素上还存在着明显的分歧。

(一) 危害人类罪

危害人类罪是在第二次世界大战以后的纽伦堡审判中才正式以成文的形式成为国际刑法中的罪行。《欧洲国际军事法庭宪章》,即《纽伦堡宪章》第6条第3款规定:

即在战前或战时,对平民施行谋杀、歼灭、奴役、放逐及其他非人道行为,或基于政治的、种族的或宗教的理由,而为执行或者有关于本法庭裁判内之任何犯罪而作出的迫害行为,至其是否违反犯罪地之国内法则在所不问。^[22]

可见,危害人类罪在传统上是与战争或武装冲突相联系的,但是,罗马规约却不再要求存在这种联系。罗马规约第7条第1款规定“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”的“攻击”一词,并不仅仅包括武装冲突或使用武力,也包括了对平民进行侵犯的任何形式,包括政治、行政、司法、经济、文化等方式。正如罗马规约第7条第2款所界定的,“是根据国家或组织攻击平民人口的政策,”在这里,组织当然包括了政党与政治团体在内。这样,危害人类罪既可发生在战时,也可以发生在和平时期。这大大地扩大了危害人类罪的适用范围,以致于人权法中的一些被禁止的行为会成为国际刑事法院可予管辖的罪行,而且,国际刑事法院对该罪的管辖权不仅仅限于国际性的案件,还适用

[20] 见罗马规约第17条第2款规定:“为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。”

[21] 前引注8。

[22] 《联合国条约集》:第82卷,第42页。

于一国国内所发生的案件。罗马规约中的危害人类罪加进了不少国际人权法的内容,使国际人权法装上了牙齿,这就不能排除国际刑事法院为一些国家所利用,变成世界人权法院的可能性。

第7条第1款第4项规定的“驱逐出境或强行迁移人口”,前者系指跨境的行为,后者系指在一国范围内非法迁移人口的情况。一国为了发展生产或进行经济建设而大规模地迁移人口并使用了胁迫手段是否包括在此罪之中,还不清楚。国际刑事法院将在以后的判例中才会对该定义作出决定。

根据罗马规约第7条第2款第5项,酷刑“是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦。《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:

酷刑系指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或被怀疑所作的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体上或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛又是在公职人员或以官方身份行使职权的其他人员所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。^[23]

对这两份法律文件稍作比较,就不难看出,罗马规约中规定的酷刑罪大大超过了《酷刑公约》所界定的范围,首先,罗马规约并没有对行为主体加以限制,取消了“公职人员或以官方身份行使职权的其他人员”的界定,使酷刑罪的实施主体可以涉及到任何人;其次,罗马规约对实施酷刑的目的没有限制,取消了“为了向某人或第三者取得情报或供状”的内容,这使得罗马规约中所规定的酷刑罪与《酷刑公约》所规定的酷刑罪根本就不是一种性质的罪行;第三,此项罪名与罗马规约第7条第1款第11项规定的“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”没有什么本质上的区别,形成了概念与罪名的重复。

关于迫害罪,罗马规约中所规定的歧视理由很广泛。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中,只规定了三种理由,即政治、种族或宗教^[24],而罗马规约中除这三项理由外,还规定了民族、族裔、文化、性别或根据公认国际法不容的其他理由。这等于说,对歧视的理由根本没有了任何限制。对于迫害罪的罪行要素是必须带有歧视性的性质,如果把歧视理由的范围规定得太广了,那么,迫害罪的特性也就不存在了。可能正是由于这个原因,对于该罪的处罚必须“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。”这样,一方面,对传统的迫害罪,即基于政治、种族或宗教的原因进行的迫害,就排除了单独定罪的可能性,从国际立法的意义上来说,这完全是一种后退;另一方面,这就使国际刑事法院存在着一罪数罚的可能性,而在罗马规约第7编“刑罚”中并没有对一罪数罚作出具体的规定,国际刑事法院在审判与判刑中将如何处理该问题还有待于有关司法实践的印证。

第7条第1款第9项规定的“强迫人员失踪”是国际刑法中的一种新罪名,其定义还存在着不确定的因素,如果行为的主体是国家或政治组织,其中的政治组织的概念包括了各国的政党和其他政治团体对其成员,如果直接地,或在其同意、支持或默许下,逮捕、羁押或绑架人员,并拒绝承认这种剥夺自由的行为,或拒绝透露有关人员的下落的命运或下落,就构成了强迫人员失踪罪。该罪行的主要目的是“将其长期置于法律保护之外”。长期是多长时间?法律是指本国的法律,还是国际法的规定?罗马规约并没有明确的规定。

总之,危害人类罪的具体罪目已远远超出了传统上危害人类罪的范畴,而且,许多罪名还存在着不确定的情况,完全依赖于日后国际刑事法院在判例中解释与适用。危害人类罪将许多人权法的内容包括在内,为一些国家利用国际刑事法院,利用人权、干涉他国内政创造了条件。

(二) 战争罪

罗马规约对于战争罪的规定的基础主要是1899年和1907年海牙公约,1949年日内瓦四公约和1977年日内瓦公约的两个附加议定书。罗马规约对战争罪的规定存在着三个问题:第一,罗马规约中

[23] 联合国大会第3452号决议,1975年12月9日通过。联合国文件:UNGA/RES/3452(XXX)

[24] 联合国安理会第827号决议附件。1993年5月23日通过。A/827/1993。见前南国际刑庭规约第5条第8款的规定。

的战争罪将适用于国内的武装冲突。诚然,就平民和放下武器的人员而言,在国际性的武装冲突与国内武装冲突中的待遇,不应该有所不同,但是,尽管有些国家已批准了日内瓦四公约和两个附加议定书,也不一定等于说,国际刑事法院就应该对这类案件具有管辖权,各国完全有权根据本国的法律,对违反上述法律文件的人进行刑事处罚,而不需要国际刑事法院涉及本属一国国内法管辖的事宜。尽管规约中规定了“不适用于内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为”,以及“不影响一国政府以一切合法手段维持或恢复国内法律和秩序,或保卫国家统一和领土完整的责任”。^[25]但是,这并没有解决一些国家对战争罪的担忧:1. 作为一项总的原则,罗马规约中的战争罪适用于国内的武装冲突;2. “合法手段”自然包括符合国际人道主义法,符合日内瓦四公约及其附加议定书的手段,也就是说,一国政府为了维持或恢复国内法律和秩序或保卫国家统一和领土完整,也必须遵守日内瓦公约共同第3条与日内瓦四公约第二附加议定书的规定,否则仍将适用罗马规约中的战争罪。

第二,在作战使用的武器方面,罗马规约对核武器、杀伤地雷、激光武器、化学武器和生物武器都没有作出明确的规定。规约第8条第2款第2项第20目只是规定,违反武装冲突国际法规,使用被全面禁止的、具有过分伤害或造成不必要痛苦或滥杀滥伤的武器,即构成战争罪。对于核武器,核国家只是承诺不首先使用核武器或只有在自卫的情况下使用核武器,但是,没有一个国家承诺在任何条件下完全不使用核武器。在批准罗马规约时所发表的声明中,法国认为,国际上没有任何一个条约全面禁止使用核武器,一个国家的自卫权是符合《联合国宪章》第51条的规定的,不违反任何武装冲突国际法规。而新西兰则认为,将战争罪中所使用的武器仅限于常规性的武器是不符合国际人道主义法的宗旨与原则的,核武器是属于滥杀滥伤、具有过分伤害或造成不必要痛苦的武器,应在该条款所规定的武器之内。由于该款的不确定性,法国作出声明,依据罗马规约第124条的规定,宣布战争罪在7年之内不适用于法国,7年以后,法国将视规约的修正与国际刑事法院的实践,再决定继续成为缔约国或退出该规约。^[26]

第三,罗马规约第8条第2款第5项第7目规定:“征募不满15岁的儿童加入武装部队或集团,或利用他们积极参加敌对行动”即为战争罪之一。该规定中的第二个“或”字应改为“并”字,否则,此项规定过于严格。因为在许多国家的军队中都有体育或艺术学院,有一些项目需要从小培养,如果儿童不参与敌对行动,而只是加入武装部队就被列为战争罪,这样的规定恐怕太苛刻了。

(三) 侵略罪

侵略罪是1998年外交大会上争论最激烈的问题之一,直至会议的结束也没有对侵略的定义达成一致的意见,因此,只能将这一问题根据罗马规约第121条和123条的规定推至7年以后解决。

《联合国宪章》第2条第4款规定:

各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

第24条规定:

为保证联合国行动迅速有效起见,各会员国将维持国际和平及安全之主要责任,授予安全理事会,并同意安全理事会于履行此项责任下之职务时,即系代表各会员国。

对于侵略问题联合国安理会曾作出过多次决议,20世纪70年代,安理会作出决议谴责南罗得西亚对安哥拉、博茨瓦纳、莫桑比克和赞比亚“采取了侵略行动。”^[27]从1976年到1987年,安理会通过决议谴责南非政权纳米比亚对周围国家采取的行动为“侵略行为”。^[28]1977年4月14日,安理会通过405

[25] 见罗马规约第8条第2款第4项与第3款的规定。

[26] 见法国与新西兰在批准罗马规约时所作的声明。网站:www.un.org/law/icc/index.html。

[27] 联合国安理会决议:1973年第326号决议,1977年411号决议,1978年424号决议,1979年445号决议。

[28] 联合国安理会决议:1976年第387号决议,1984年546号决议,1985年571号决议,1985年568号决议,1985年572号决议,1982年527号决议,1985年520号决议。

号决议,指出贝宁对考突鲁的进攻“构成了侵略”。^[29]1985年,安理会通过573号决议,认为以色列对突尼斯的武装攻击是“非法的侵略行为。”^[30]1990年8月2日,伊拉克入侵了科威特,联合国安理会通过一系列的决议,谴责伊拉克的行为,但没有使用“侵略者”或“侵略行为”的措词。但是,当伊拉克下令关闭所有驻伊外国使馆时,安理会指责这种行动为“侵略行为。”^[31]国际法院在对“联合国某些经费案”提出的咨询意见中指出:

主要责任授予安理会,使其有权实施守约的具体责任,如果例如安理会根据宪章第7章向侵略者发出命令或禁令,只有安理会有权采取强制行动制裁侵略者。^[32]

由此可见,一国的行为是否构成侵略,是否对国际和平与安全造成威胁,完全是联合国安理会的职责,而且,安理会在适用侵略标准时,采取了较为严格的方式,并不是轻易谴责一国的行为是“侵略行为”的。国际刑事法院只追究个人的刑事责任,而不追究国家或团体的刑事责任,但是,侵略行为并非个人所能实施的,必须有国家或团体的侵略行动为背景。如果安理会判定一国或一个团体实施了侵略的行为,而国际刑事法院则由于证据或其他技术原因,不能追究该国家或该团体领导人的责任,这还有情可原,但是,如果安理会判定一国或一个团体的行为不构成侵略,而国际刑事法院则判定该国或团体领导人犯下了侵略罪,这在逻辑上和法理上是讲不通的。罗马规约第5条第2款虽然规定了侵略罪“应符合《联合国宪章》有关规定”,但并没有明确规定必须按联合国安理会的决议行事,这将成为日后安理会决议与国际刑事法院的判决产生矛盾的隐患。因此,对适用侵略罪的先决条件必须有所规定,只有在联合国安理会判断某一行为已构成侵略或侵略行为的情况下,国际刑事法院才能对有关的侵略罪行使管辖权,否则,这将对安理会的国际安全体制造成不可弥补的损害,会在联合国以外制造出另一个国际政治权力中心,对国际和平与安全产生不利的后果。

侵略罪的另一个问题是侵略的定义问题。罗马规约第5条第2款规定:

在依照第121条和第123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。

1974年12月4日联合国大会通过的“关于侵略定义的决议”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。^[33]

该定义自制定之日起就受到一些国家或学术界的批评。从严格的意义上讲,联合国大会通过的决议在法律上对联合国会员国并没有约束力,只是一种指导性的文件;其次,该定义主要是调整国家间的关系,而并不涉及一国内部独立的武装力量对另一国家或另一国的独立地区使用武力的情况;第三,对于侵略的定义,仅限于使用武力,有关政治、经济和文化的侵略并不包括在内。因此,侵略的定义几十年来,直到在制定罗马规约的外交会议上也没能达成一致意见,而留到7年以后,在审查或修改规约时,再进行讨论与制定。作为国际社会的一个负责任的成员,特别是联合国安理会的会员国,在连定义都不确定的情况下是不应承担法律义务的。在这种情况下,如果一国批准了罗马规约是否有些贸然行事呢?7年以后制定关于侵略的定义的谈判是只在罗马规约的缔约国中进行,有相当一部分国家会被排除在谈判的进程之外。侵略罪在绝大多数情况下要涉及国家之间的关系,而且比其他的罪行更有可能适用于非缔约国,这将置非缔约国于更为不利的地位。

[29] 联合国安理会决议:1977年第405号决议。

[30] 联合国安理会决议:1985年573号决议和1988年第611号决议。

[31] 联合国安理会决议:1990年660号决议和1990年667号决议。

[32] 《国际法院报告》第151页,1962年7月20日发表的咨询意见。

[33] 联合国大会决议,1974年12月4日通过。

四 检察官与法官

(一) 检察官自行起诉的权力

罗马规约赋予检察官的权力过大,使国际刑事法院的成败在很大程度上依赖于检察官的工作与能力。关于国际刑事法院调查与起诉的启动方式,罗马规约规定了3种方式,一是缔约国可以向法院提交一项或多项法院管辖权内的犯罪已经发生的情势;二是联合国安理会根据《联合国宪章》第7章行事,可以向法院提交情势;三是检察官可以根据罗马规约第15条的规定开始调查一项犯罪。^[34]从表面上看,这种启动机制赋予缔约国、安理会和检察官以同样的权利,但是,仔细研究后,就会发现缔约国与安理会的启动机制与检察官的启动机制具有本质性的不同。缔约国与安理会只能向检察官提交“情势”(situation),而不是具体案件,而检察官的启动机制是针对一项具体的案件。也就是说,缔约国与安理会只能将有关情况提交检察官审查,由检察官决定是否进行调查与起诉,如果检察官认为证据不足或由于其他原因,完全可以不予立案。一方面,这使检察官凌驾于缔约国和安理会之上,有权审查一个主权国家的决定和安理会的决议;另一方面,这将使检察官个人处于能够决定涉及到国家关系或国际政治的案件的位置,检察官将会成为名符其实的世界检察官。

罗马规约第15条规定,检察官应根据从缔约国、安理会提交的资料或根据其本人收集到的资料进行分析,为此,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。此处的国家并不一定是缔约国,检察官也有权向非缔约国提出有关要求。罗马规约对检察官调查的权力未作任何限制,检察官只要认为资料来源可靠,即可以向任何国家、组织和个人调查情况。反之,任何国家、组织和个人也可以向检察官提供有关情况。这无疑是说,任何非政府组织或个人也可以向检察官提出指控。

当然,根据规约第15条第3款的规定,检察官开始调查必须得到预审分庭的授权。预审分庭将由3名法官组成,以简单多数行事,只要2名法官同意,就可以立案了。只要1名检察官和2名法官的同意,国际刑事法院就可以审理涉及到国家关系或国际政治的案件,这对维护国际和平与安全是否有益,是很值得深思的。预审分庭的决定并不是最终的,有关国家或检察官可以根据规约第82条第2款向上诉分庭提出上诉。作为一个非缔约国,如果不上诉,就等于接受了预审分庭对受理此案的决定,如果上诉,则会更多地卷入国际刑事法院的诉讼程序。一旦败诉,该非缔约国是否接受上诉法庭的裁决呢?另外,如果预审分庭拒绝授权调查,检察官以后还可以根据新的事实或证据就同一情势再次提出请求。

罗马规约第18条规定,在一国正在或已经对本国国民或在其管辖权内的其他人进行调查时,该国无论是否是罗马规约的缔约国都必须向检察官提出要求,检察官才能等候该国的调查结果,而且,在等候调查期间,检察官可以要求有关国家定期向其通报调查的结果和其后的起诉。对缔约国而言,这种要求无可非议,但是,对于非缔约国而言,这无异于对该国内政的干涉。一国对其国民或在其境内发生的任何罪行都具有排他的司法管辖权,根本没有任何义务向任何组织或个人进行通报。该条还规定,在检察官决定等候的6个月以后,检察官可以对此案进行复议。由此可见,检察官的权力确实很大,他不但对缔约国可以行使职权,而且对非缔约国也可以发号施令。

与检察官如此之大的权力相比,检察官的选举产生却要容易的多。根据罗马规约第42条第4款的规定:

检察官应由缔约国大会成员国进行无记名投票,经绝对多数选出。

检察官是由缔约国大会选举产生的,而缔约国大会是由批准《规约》的国家组成,非缔约国是没有选举权的。《规约》的缔约国不可能与联合国会员国一样多,因此,检察官并不是由整个国际社会选举产生

[34] 见罗马规约第13条的规定。

的,而只是由国际社会的一部分国家选举产生的,检察官的起诉却要代表整个国际社会并将对非缔约国实施权力,这种规定是否合理,很值得考虑。《规约》中没有明确规定差额选举,这将使对法院财政上贡献大的缔约国或对缔约国大会影响力大的国家的国民更容易当选检察官的职位。对检察官的免职也是由缔约国大会经绝对多数票作出,非缔约国没有任何决定权。罗马规约并没有规定解决非缔约国与检察官之间矛盾的程序,可以预见,罗马规约在适用过程中,这类矛盾将多于缔约国与检察官之间的矛盾。

(二) 法官的产生

国际刑事法院法官的产生将遇到与检察官同样的问题。罗马规约第36条第8款规定:

缔约国在推选法官时,应考虑到本法院法官的组成需要具有:1. 世界各主要法系的代表性;2. 公平地域代表性;3. 适当数目的男女法官。

这3条标准都受到了从缔约国中选举法官的限制。国际法院、前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭都是联合国的机构,全体联合国的会员国都有提名权、选举权,其国民都有被选举权。因此,这3个国际司法机构的法官更具有普遍性、代表性和公正性。而国际刑事法院在选举法官的问题上采取了“关门主义”,只有缔约国的国民能当选法官。一方面,根据罗马规约管辖权的规定,国际刑事法院将处理涉及到非缔约国的案件,另一方面,规约又不允许非缔约国提名法官,这对非缔约国来说是不公平的。由于国际社会接受罗马规约的普遍性要低于接受《联合国宪章》的普遍性,国际刑事法院的法官的代表性远低于联合国司法机构(国际法院、前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭)法官的代表性。假如,罗马规约有90个缔约国,选举18名法官,每5个国家中就产生1名法官,而在联合国系统内,每10个国家才能产生1名法官。如果某一地区根本就没有缔约国,那么,该地区就没有法官,这又如何能体现“公平地域代表性”呢?如果该地区即使有个别国家是缔约国,那么,无论该候选人的水平如何,是否能代表该地区的主要法系,他是否都可以当选呢?因此,从罗马规约规定的法官的产生与选举程序来看,完全有理由质疑国际刑事法院的独立性、公正性、有效性与权威性。

五 国际合作与司法协助

国际合作与司法协助是国际刑事法院所面临的最大的问题。国际刑事法院没有自己的警察和执法机制,因此,是否能够成功地进行调查起诉完全取决于缔约国或其他国家的合作。与联合国的司法机制不同,国际刑事法院只有在联合国安理会提交的情势中,寻求联合国的合作,而前南国际刑庭与卢旺达国际刑庭是联合国安理会根据《联合国宪章》第7章的规定成立,因此,世界上所有的国家都有义务与之合作,否则,安理会将对其采取有关的行动,包括各种形式的制裁。联合国的维和部队也会对前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭的要求进行通力合作,包括逮捕羁押有关的人员、调查取证和移交被告。

国际刑事法院将国际合作与司法协助分为两个方面,一类是与缔约国之间的合作与协助,另一类是与非缔约国之间的合作与协助。对于与缔约国之间的合作,罗马规约第86条明确规定:

缔约国应依照本规约的规定,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。

这表明缔约国在法律上有义务与国际刑事法院合作。对于非缔约国,则需要与有关国家达成协议或作出特别安排,在协议的基础上,与有关国家进行合作。

值得注意的是缔约国与国际刑事法院之间的合作和司法协助与国家间的司法合作具有本质性的不同。以《联合国引渡与刑事相互协助示范条约》为例,该条约中包括了拒绝引渡的7项强制性的理由和8项任择性的理由。^[35]而罗马规约中并没有明确列出任何可以拒绝合作的理由,缔约国不能以罗马规

[35] 见联合国大会文件:A/CONF.144/28/REV.1,第78页至第82页。

约中没有规定的条件而拒绝合作,因此,缔约国与国际刑事法院的合作并不是传统意义上的司法协助,而是一个实体内部的隶属关系,也就是说,缔约国将视国际刑事法院为其本国最高司法机构以上的“超国家法院”,向国际刑事法院递解人员并不是国家之间的引渡关系,而是一个司法系统内部的“移交”。因此,罗马规约第102条明确规定:1.“移交”是指一国依照本规约向本法院递解人员;2.“引渡”是指一国根据条约、公约或国内立法向另一国递解人员。罗马规约第88条明确要求“缔约国应确保其国内法中已有可供采用的程序,以执行本编规定的各种形式的合作。”也就是说,罗马规约要求各缔约国制定或修改本国的法律,以便按照罗马规约的规定与国际刑事法院合作。

由于罗马规约将缔约国与国际刑事法院的合作视为一个司法系统内部的合作关系,因此,缔约国应该基本上无条件地与国际刑事法院合作,国家与国家之间的司法协助的种种规定与限制,都不能适用。缔约国不能以不符合“双重犯罪”原则拒绝递解有关人员,即被请求的缔约国不能以其本国法上不是犯罪,或本国法院已判决无罪为理由而拒绝合作请求;缔约国不能根据本国法律中规定的“本国人不引渡”原则,而拒绝移交有关人员,而“本国人不引渡”原则是许多国家,特别是大陆法系在引渡法中的基本原则;缔约国不能以国家领导人的豁免为由,而拒绝移交有关人员,而许多国家的法律中都明文规定了国家元首、政府首脑和议会成员免于刑事程序;缔约国不能以“政治犯不引渡”为由或以其他政治与公民基本权利的理由,拒绝合作,如政治避难、人身保护令、双重损害、大赦和赦免等。在国与国之间合法的拒绝理由,在缔约国与国际刑事法院的合作中,就会被认为是包庇嫌疑人的借口;缔约国不能以本国或国际刑事法院的刑期规定而拒绝移交,如有的国家刑法中有死刑的规定,有的国家没有无期徒刑的规定;如果国际刑事法院决定受理某一案件,缔约国不能以本国正在调查起诉或已作出最终判决为由,而拒绝与国际刑事法院合作。总之,缔约国有义务将国际刑事法院作为本国司法制度以上的“超国家法院”。

罗马规约第9编中使用了“缔约国”与“被请求国”两种措词,而“被请求国”则包括了缔约国与非缔约国两类国家。罗马规约第89条第1款规定:“本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、请该国合作,逮捕并移交该人。”所谓逮捕的请求书就是逮捕令,也就是说,国际刑事法院可以向世界上所有国家发出逮捕令,无论该国是否是缔约国。第89条第2款进而规定:

如果被要求移交的人依照第20条规定,根据一罪不二审原则向国内法院提出质疑,被请求国应立即与本法院协商,以确定本法院是否已就可受理性问题作出相关裁定。

所谓第20条的规定,也就是说,一国已根据本国法律对被要求移交的人进行了审判,在这种情况下,该国还有义务与国际刑事法院协商,由国际刑事法院对该国国内法的程序进行审查,如果国际刑事法院认为该国法院的诉讼程序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,采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的,国际刑事法院还要受理此案。作为一个罗马规约的缔约国而言,接受了国际刑事法院的管辖,也就接受了将国内程序提交国际刑事法院审查的义务。但是,作为一个非缔约国而言,在法律上,非缔约国根本没有任何义务与国际刑事法院进行协商,根本没有义务将本国的实体法与程序法提交给国际刑事法院审查。罗马规约施加给非缔约国强制协商的义务是完全违反国际法和《维也纳条约法公约》的,国际刑事法院等于是凌驾于各主权国家之上的“超国家的”的复审法院。

六 罗马规约中的其他问题

罗马规约在其他方面还存在着许多对非缔约国不公平的地方,值得进一步研究与深思。

规约第121条第5款规定:

本规约第5条的任何修正案,在接受该修正案的缔约国交存批准书或接受书一年后对其生效。对于未接受修正案的缔约国,本法院对该缔约国国民实施的或在其境内实施的修正案

所述的犯罪,不得行使管辖权。

该款的规定与第12条的规定存在着明显的矛盾,非缔约国将比缔约国承担更多的义务,这是极不公平的规定。在罗马规约讨论的过程中,许多国家特别是加勒比国家强烈要求将贩毒罪与恐怖主义罪列入第5条,成为国际刑事法院可以行使管辖权的罪行,但遭到一些国家的强烈反对而没有列入。将来在修改规约时,如果将这两项罪行或其他任何罪行列入了第5条,那么,根据第121条第5款的规定,对于未接受修正案的缔约国,国际刑事法院对该缔约国国民实施的或在其境内实施的犯罪,不得行使管辖权,这等于说国际刑事法院对不接受修正案的缔约国国家的国民,对新列入的罪名给予刑事司法豁免权。而对于非缔约国而言,对新列入的罪行则仍适用第12条的规定,即犯罪实施地国或被告国籍国中的一国接受了法院的管辖,国际刑事法院就可以行使管辖权。就新列入的罪行而言,非缔约国要比不接受修正案的缔约国承担更多的义务,使非缔约国处于比缔约国更不利的地位。这完全是一种歧视非缔约国的条款。

对于战争罪也存在着同样的问题。罗马规约第124条规定:

虽有第12条第1款规定,一国成为本规约缔约国时可以声明,在本规约对该国生效后7年内,如果其国民被指控实施一项犯罪,或者有人被指控在其境内实施一项犯罪,该国不接受本法院对第8条所述一类犯罪的管辖权。

首先,该款与规约第120条的规定相矛盾。第120条明确规定“不得对本规约作出保留”,而本款却规定了7年的保留期。其次,与上述修正后的新罪行的情况一样,在这7年时间里,缔约国可以选择不接受国际刑事法院对战争罪的管辖,而非缔约国在某种情况下却要接受国际刑事法院的管辖,非缔约国所处的地位要低于提出保留的缔约国。罗马规约强加于非缔约国的义务多于缔约国的义务,这种规定只有利于那些时常发动所谓“人道主义干涉”、有能力进行对外战争的缔约国,而不利于受到战争威胁与干涉而进行自卫的非缔约国。

根据罗马规约第115条的规定,国际刑事法院与缔约国大会的经费主要来源于缔约国的摊派和联合国大会核准提供的经费,尤其是安理会提交情势所涉的费用。这种规定近似荒唐:国际刑事法院是联合国系统以外的国际组织,罗马规约中的种种规定,都尽量摆脱联合国的控制,然而却期待联合国大会提供经费。联合国的会员国中有罗马规约的缔约国,也有非缔约国,要求联合国大会提供经费,也就是要求罗马规约的非缔约国也交纳会费。这是变相强加于非缔约国的义务。联合国根本没有理由向国际刑事法院提供秘书处的人员,也没有理由为其提供经费,除非安理会提交情势所涉的费用。国际刑事法院的经费应主要来自缔约国的摊派。由于美国、俄罗斯、日本、中国和印度等国家还不是罗马规约的缔约国,国际刑事法院的财政将处于比较困难的状况。德国将分摊国际刑事法院23%的预算经费,而欧洲国家将承担50%以上的经费。^[36]可以预料,国际刑事法院的欧洲色彩将比较浓厚,大陆法系将占据重要的地位。

根据罗马规约的补充性原则,国际刑事法院是不可能很活跃的,因为缔约国根据罗马规约制定的标准与规定,修改了本国的实体法与程序性,行使了本国的管辖权,不会再诉诸国际刑事法院了。一个国际刑事机构没有案件处理,一方面说明国际法律秩序的维护和各国国内法的趋向统一;另一方面,如果没有案件处理,国际刑事审判机构的威信与作用就会明显下降。在这种情况下,涉及到非缔约国的案件将会占到很大的比例,从这种意义上来说,罗马规约,特别是所谓的“补充性原则”,主要是针对非缔约国的了。

面对罗马规约强加于非缔约国的种种义务,所有非缔约国都面临着两种选择:一是修改本国的国内法,成为罗马规约的缔约国;另一种是坚持国际法上的“一贯反对”(persistent objection)原则,抵制将罗马规约适用于本国。

[36] 建立国际刑事法院筹备委员会文件:国际刑事法院第一财政年度预算草案,PCNICC/2002/WGFYB/L.1。

关于第一种选择,一国批准加入一项国际公约,承担国际义务是其主权范围内的事情。各国的政治体制,司法程序和文化传统不同,因此,在承担国际义务方面,要审时度势,量力而行,绝不可人云亦云,不顾本国的民族利益和实际情况,盲目从事。加入或批准罗马规约时,非缔约国都应考虑以下三个问题:一是政治愿望的问题。这并不是指是否愿意打击国际犯罪的问题,而是指是否愿意接受国际刑事法院的管辖问题,是否作好了将本国公民,无论其社会地位如何,移交国际刑事法院审判的思想准备,是否能够接受或容忍国际刑事法院这个超国家的刑事司法机构对本国的法律与司法程序进行审查的问题。二是法律上是否具备了加入罗马规约的条件。一国如果要加入罗马规约就必须对本国的宪法、刑法、刑事诉讼法以及其他保障公民权利的法律进行全面的审查或修改,审查其是否符合罗马规约的规定。根据一些缔约国的经验,有些国家重新制定了本国的刑法与刑事诉讼法,有的国家通过了将罗马规约作为本国国内法予以执行的法令。^[37]三是是否对罗马规约进行了深入和细致地研究。罗马规约一共 128 条,除涉及到法律问题外,还涉及到人权保护、司法制度、国际政治和联合国安理会的作用等重大的政治问题。我国对罗马规约的研究才刚刚起步,国际刑事法院尚未开始运作,许多问题还有待于实践的检验。

第二种决择是坚持国际法上的“一贯反对”原则。该原则是国际法院在“庇护案”^[38]和“英挪渔业案”中所确立的。如果一国对一项新的国际法规则从始至终都持反对的态度,那么,此项规则将不能适用于该国。在英挪渔业案中,英国政府主张直线基线的长度不能超过 10 海里,并将这一原则强加于挪威。国际法院认为:

虽然一项特定的规则并不一定要经普遍承认,但是,无论如何,10 海里规则不能用于对抗挪威,因为挪威始终反对将这项规则适用于挪威海岸的任何企图。^[39]

“一贯反对”原则是完全符合国际法与国家主权原则的,它表明国际法的形成必须以主权国家的同意为前题。如果一个非缔约国在通过罗马规约时就投了反对票,而且,在今后的实践中一直、不间断地对该规约持反对的态度,那么,根据国际法,罗马规约就不能对该国适用。^[40]

[Abstract] This article makes preliminary analyses on the jurisdiction, complementary principle, roles of the prosecutors and judges and judicial assistance stipulated in the Rome Statute. It also expounds the reason why China voted against the adoption of the Rome Statute: the incompatibility of the Chinese domestic law and binding force of the Statute upon the third party. The International Criminal Court, therefore, may become a super national court of appeal above the national criminal jurisdiction.

[37] 大卫·沙弗:《保持国际刑事法院的航道》,见《康纳尔国际法必要性杂志》2001年11月至2002年2月期。

[38] 国际法院报告:国际法院对哥伦比亚与秘鲁之间的庇护案的判决书,第266页、277页和178页,1950年。

[39] 国际法院报告:国际法院对英挪渔业案的判决书,第116页,第131页,1951年。

[40] 美国政府对国际刑事法院的态度是否符合这一原则在国际法学界是有争议的。在1998年罗马外交大会上,美国与其他6个国家投票反对通过罗马规约。但是,在2000年12月31日,在罗马规约开放签字的最后一天,克林顿政府签署了该规约。2002年5月6日,布什政府致函联合国秘书长,宣称“美国无意成为规约的缔约国。与此同时,美国对2000年12月31日的签署,不承担任何法律义务。美国政府这种出尔反尔的作法,不但受到罗马规约缔约国的一致责,而且,也大大削弱了美国所主张的立场与谈判地位。