

评国际刑事法院的管辖权

杨力军*

内容提要:本文从传统国际法中的刑事管辖原则入手,对国际法委员会提交的管辖方式以及规约中规定的普遍管辖原则作了探讨,以期了解国际法在刑事管辖权问题上的发展动向。

主题词:国际刑法 国际刑事法院 管辖权

1998年7月17日,联合国建立国际刑事法院罗马外交大会以投票表决的方式通过了《国际刑事法院罗马规约》(以下简称“规约”或“罗马规约”),投票的结果是120票赞成,7票反对,23票弃权。支持国际刑事法院规约的国家普遍认为,规约的通过标志着人类历史上第一个国际刑事法院即将成立,其最大的特点是为国际刑事法院建立了普遍管辖权,这是对国际刑法的重大发展,是对传统国际法的重大突破,并在联合国安理会以外,为和平解决国际争端另外开辟了一条蹊径。对规约持反对意见的国家则认为规约违反了国际法久已确立的国家主权原则,不经第三国的同意,而使其承担规约义务,违反了《维也纳条约法公约》的基本原则。

一、传统国际法中的刑事管辖原则

在各国长期的司法实践的基础上,国际法对刑事案件司法管辖形成了若干刑事管辖原则,其中最著名的有领土原则、国籍原则、保护性原则(嫌疑犯拘留地原则)和普遍管辖权原则。

1. 领土原则,也称为属地管辖原则或地域原则。根据此项原则,凡是发生在一国领土内的所有犯罪行为,都要受该国的管辖。领土的概念应包括领陆、领水和领空;而且应包括在该国注册的船舶或飞行器。这个原则是世界各国行使管辖权的最基本的原则,是国家主权的基本属性。各国的国内法均对属地管辖原则有明确的规定。

随着国际交往的日益增多,各国之间的人员流动频繁,有时一个犯罪案件在一个国家的领土内开始,而在另一个国家的领土内完成,或者犯罪的效果发生在另一个国家内,在这种情况下,对刑事犯罪管辖权的领土原则也相应地扩大了适用范围。根据国际上在这方面的法律规定与实践,一国对一个在本国领土内开始,而在另一个国家的领土内完成的案件的刑事管辖权对被称为主观领土管辖原则,或被称为犯罪行为发生地主义;对在一个外国领土内开始,而在本国领土内完成的案件的刑事管辖权则称为客观领土管辖原则,或被称为犯罪行为结果地主义。

2. 国籍原则,亦称属人管辖原则。这是由个人的

* 中国社会科学院法学研究所国际法室副主任,副研究员。

有的学者称这种情况为“浮动领土”或“拟制领土”。实际上这是法律上的一种拟制,并非真正的领土,但这种拟制在国际常设法院审理“荷花号”案的判例中已得到确认(《常设国际法院判例集》英文版,第一辑,第10号)。许多国际公约中都有关于这方面的规定。例如,《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第5条第1款乙项规定:“罪行是针对在该国登记的航空器,或在该航空器内发生的。”(外交部条约法律司编:《引渡法资料选编》世界知识出版社1998年版,第515页)各国应采取必要措施,对罪行实施管辖权。参见我国刑法第6条第2款。

参见我国刑法第6条第1款。又如法国1994年3月1日生效的新刑法典第113-2条规定:“在共和国领域内实行的犯罪,适用法国刑法。构成犯罪之事实有一项发生在共和国领域内,视为在共和国领域内犯罪。”(罗结珍译:《法国刑法典、刑事诉讼法典》,国际文化出版社1997年版,第14页。)

许多国家的刑法在关于领土原则的规定上,既采用了主观领土原则,也采用了客观领土原则。参见我国刑法第6条第3款。

国籍与国家的关系而产生的一种刑事管辖原则,根据这一原则,一个人如果在国外犯罪,就要受到双重的刑事管辖。一方面他要受到所在国由于领土管辖原则而产生的管辖权的管辖,另一方面,他又由于其国籍而受到本国的刑事管辖权的管辖。国籍原则也分为两种,即被告人国籍原则或嫌疑犯国籍原则,也称为主动属人原则,和被害人国籍原则,亦称为被动属人原则。被害人国籍原则主要是从考虑本国人的安全与利益出发,为了保护本国侨民的一种刑事管辖原则,对于外国人无论在任何地对其公民的犯罪,只要能拘捕该外国人,就可以对其行使管辖权。对于无国籍人,国际上的通常做法是:将其视为外国人或是把惯常居所地位于本国境内的无国籍人视为本国人。

3. 保护性原则,亦称为安全原则。即在外国犯有危害一个国家主权和安全的罪行的外国人,当其进入该国管辖范围内时,该国可对其行使刑事管辖权。行使这种管辖原则的先决条件是必须对犯罪嫌疑人予以拘留。因此,也被称为拘留地管辖原则或实际控制原则。

虽然从理论上讲,国家固然可以以保护性原则主张管辖权,但是,如果要真正行使这种管辖权,在实践中却存在着许多困难,例如,证据和证人都不在国内,因此,如果要行使这种管辖权就必须得到其他具有管

辖权的国家的司法协助。

4. 普遍管辖权原则,亦称为世界性管辖原则。这项原则从根本上突破了前述国际法的管辖原则。根据这一原则,任何一个国家对一系列严重的国际犯罪行为,如海盗罪、贩毒罪、贩卖奴隶罪和危害国际民用航空安全罪等这样一些为各国签署的国际公约规定的国际犯罪,无论这些罪犯在何地发现,都有权行使刑事管辖权。这类犯罪危害国际社会,因此,无论犯罪地点在什么地方,无论犯罪人和受害人是什么国籍,任何国家都有权根据本国的刑法加以惩罚。这一管辖权原则是以“或引渡或起诉”(aut dedere aut judicare)原则为补充的,其目的是为了不使犯罪分子在任何情况下逃脱惩罚。“或引渡或起诉”这一理论是现代国际法的鼻祖格老秀斯首先提出的。他在《战争与和平法》一书中指出:“当被要求时,一国应该或者给予罪犯以应得的惩罚,或者把他交给提出要求的当事国处理。”目前,许多国际公约中都规定了“或引渡或起诉”的原则。如1987年2月8日生效的《核材料实物保护公约》第10条规定:“任何缔约国,如被控犯人在其领土内,而该国不将该犯引渡,则应毫无例外并毫无不当延迟地将案件送交该国主管当局,以便按照该国法律规定的诉讼程序,提出公诉。”普遍管辖原则主要以一国的刑事司法管辖权为基础,以“或

对于双重管辖权问题的处理,各国刑法的规定可分为两种类型。一种类型是一国规定其刑法全部适用于其在国外的公民的犯罪行为,如原苏联和印度的刑法就是这样规定的。另一种类型是规定其刑法部分地适用于其在国外的公民的犯罪行为。参见我国刑法第7条。

1927年常设国际法院在审理“荷花号”船案时并没有承认这一原则,法国对这一原则也是持反对态度的。但是,现在情况发生了变化。1963年在东京签订的《关于在航空器上进行犯罪和某些其他行为公约》第4条第2款规定,若犯罪人或受害人为缔约国国民,那么,该缔约国对这类犯罪案件具有刑事管辖权。(王铁崖编:《国际法资料选编》1982年版,第535页。)法国不但承认了东京公约中的这个原则,而且还修改了其国内法。我国的刑法也采用了受害人国籍原则来行使刑事管辖权,同时也规定了严格的限制。参见我国刑法第8条。

我国刑法中的外国人系指一切不具有中国国籍的人,即包括了具有外国国籍和无国籍的人。国际上的另一种作法是把惯常居所地位于本国境内的无国籍人视为本国人。如《反对劫持人质国际公约》第5条第1款第2项规定:“该国任何一个国民所犯的罪行,或经常居住于其领土内的无国籍人(如该国认为恰当时)所犯的罪行,缔约国可行使管辖权。(王铁崖编:《国际法资料选编》1982年版,第277页。)”《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第4条第1款B项规定:“进行该犯罪的人为本国国民或在其领土内有惯常居所者,缔约国可确立本国的管辖权。(外交部条约法律司编:《引渡法资料选编》,世界知识出版社1998年版,第522页。)”

这个原则在历史上有过争议,但现在已为各国所普遍承认。《奥本海国际法》一书中指出:“国家一般地或在许多情形下对外国人在外国所犯的罪行行使管辖权,是被广泛视为不与国际法相矛盾的。”(奥本海:《奥本海国际法》第1卷,伦敦,英文版,1905年,第196-197页。)

格老秀斯:《战争与和平法》1925年版,纽约,英译本,第527页。

外交部条约法律司编:《引渡法资料选编》,世界知识出版社1998年版,第555页。

引渡或起诉”原则作为补充,是当前防止犯罪分子逃避惩罚的重要手段。这项原则在近年来的国际刑事司法实践中,特别是在国际上的刑事法庭的成立与实践中得到了进一步的补充和发展。

二、前南刑庭和国际法委员会提出的管辖方式

1993年2月22日,联合国安理会鉴于前南斯拉夫境内普遍发生的违反国际人道主义法的行为,包括大规模屠杀和继续实行“种族清洗”并断定这一局势对国际和平与安全构成威胁,通过了第808号决议。该决议决定设立一个特设国际法庭来审理前南斯拉夫境内所发生的罪行。^⑩1993年5月25日,联合国安理会又通过了第827号决议,并通过了决议所附的前南斯拉夫问题国际刑事法庭(以下简称前南刑庭)的规约。^⑪

该规约规定对严重违反1949年日内瓦公约的罪行、对违反战争法规和惯例的罪行、对种族灭绝罪和反人类罪具有管辖权。规约第9条规定,前南刑庭和国家的法院具有“并行管辖权”,而且,“国际法庭的管辖权优于所有国家的国内法院。在诉讼程序的任何阶段,国际法庭可根据本规约以及国际法庭的证据和程序规则正式要求国内法院将案件移交给国际法庭审理。”^⑫

前南刑庭所建立的管辖权是一种性质独特的普遍性的管辖权。其根据主要有以下几点:首先,该法庭所审理的案件都是国际社会普遍关注的国际罪行,对这种罪行就应坚决打击,不能给罪犯有任何逃避法律制裁的可能性;其次,它是建立在传统意义上的普遍管辖权——即各国均对规约规定的国际罪行具有管辖权——基础上,但又高于国内法院的一种普遍管辖权,也就是说,为防止国内法庭审判不力,该法庭所具有的管辖权是集各国法庭的各种管辖原则为一体的普遍管辖权;第三,这种优于国内法院管辖权的法律基础是建立在《联合国宪章》的基础上由安理会赋予的;第四,从国家接受该法庭的管辖权的角度来讲,由于该规约是联合国安理会决议的附件,根据《联合

国宪章》第25条的规定,“联合国会员国同意依宪章的规定接受并履行安全理事会之决议”,所以,联合国的会员国都是规约的当事国,无需再作出任何接受法庭管辖的声明。同时,《联合国宪章》第2条第6款规定:“本组织在维持国际和平及安全的必要范围内,应保证非联合国会员国遵行上述原则。”这就保证了非联合国的会员国——规约的第三国也必须遵守规约规定的法律义务,使世界不存在能够包庇罪犯的死角,使前南法庭在实践中更能发挥其应有的效力。

1994年11月8日,联合国安理会又通过了第955号决议,决定根据《联合国宪章》第7章成立卢旺达刑庭。卢旺达刑庭的规约基本上沿用了前南刑庭规约的内容。^⑬

在联合国安理会成功地建立了前南刑庭和卢旺达刑庭的鼓舞下,为了早日建立国际刑事法院,国际法委员会于1994年第46届会议上通过了《国际刑事法院规约草案》并提交给联合国大会。该规约草案第20条规定了法院拥有管辖权的罪行。该条规定“法院按照本规约对下列罪行拥有管辖权:A.种族灭绝罪;B.侵略罪;C.严重违反适用于武装冲突的法律和习惯;D.危害人类罪;E.附件中载列的条约条款所规定的或根据此类条约条款确定的、考虑到被指控的行为,构成国际关注的特别严重的罪行。”^⑭

对于国家接受管辖权的方式,国际法委员会提交的规约草案中采取了一种近似于《国际法院规约》第36条任择条款的方式,即所谓的“选入”方式。也就是说,一国并不因为成为国际刑事法院的缔约国就自动接受了法院的管辖权,缔约国需另外发表一个接受法院管辖权的声明。声明中要说明接受管辖的范围,可以普遍接受,也可将范围限于某特定行为或限于某一特定时期犯下的罪行,声明还可表明具体期限,缔约国也可撤回该声明。

国际法委员会在规约中所建议的管辖权原则是国际法委员会经过激烈的辩论后通过的。许多委员之所以主张国际刑事法院拥有专属性管辖是旨在建立一个强有力的、具有实际运作能力和有效的国际刑事管辖机构。一些委员认为:“如果建立一个法院,就

^⑩ 参见联合国安理会文件:S/RES/808(1993),1993年2月22日。

^⑪ 参见联合国安理会文件:S/RES/808(1993),1993年5月25日。

^⑫ 参见《联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭基本文件》,法庭出版物,荷兰海牙,第11页。

^⑬ 参见联合国安理会文件:S/RES/955(1994)1994年11月8日。

^⑭ 参见《联合国国际法委员会第四十六届会议工作报告》,A/49/10,第48页。

应赋予它在其权限范围内的全部执法责任。如果一个法院仅具有模糊的管辖权,只能审理在个案基础上或按照国家间双边安排提交的国际刑事案件,那将是没有意义的。专属权也可最好地保障所设法院的独立性。^⑮但是,许多委员并不愿意看到一个凌驾于各主权国家之上的国际刑事管辖机构,未来的国际刑事法院应该建立在尊重国家主权,特别是一国的刑事管辖权的基础上。因此,国际法委员会提交的规约草案把行使管辖权的先决条件分为两种类型。一种是对种族灭绝罪行行使管辖权的情况,另一种是对其他罪行行使管辖权的情况。在处理种族灭绝罪行的情况下,一国如果是规约的缔约国同时也是1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪行公约》(以下简称“灭种罪公约”)缔约国,国际刑事法院即可行使管辖权。这就是所谓的“固有管辖权”。在处理任何其他罪行的情况下,如果接受了法院管辖权的缔约国已向检察官提出了指控,且拘留嫌疑犯的国家(拘留地国)和罪行发生地都接受了法院的管辖权,国际刑事法院即可行使管辖权。这就是国际法委员会对管辖权问题提出的处理方式。

固有管辖权有以下几个特点:1. 这是一种限制性的普遍管辖方式。其限制性在于这种管辖权还是以国家的同意为基础的,是以条约为根据的。因为只有国际刑事法院规约的缔约国同时又是“灭种罪公约”的缔约国的国家向法院提出指控,法院才能行使管辖权。该规定的根据是“灭种罪公约”第6条,该条规定:“凡被诉犯灭种罪或有第三条所列行为之一者,应由发生地国家之主管法院,或缔约国接受其管辖权之国际刑事法庭审理之。”^⑯2. 但是,这种管辖权必竟是一种普遍性的管辖权,它从根本上突破了传统国际法的管辖权原则的框架,如果一个国家既不是罪行发生地国,也不是罪犯或受害人的国籍国,对发生的灭种罪没有一点直接的联系与影响,只是因为这个国家是法院规约的缔约国和灭种罪公约的缔约国,只要该国向法院提出了指控,不问其他具有管辖权的国家是否同意,法院就可以行使管辖权。而根据传统的国际法,这个国家本来是没有出诉权的。国际法院在核试验案和西南非洲案中已对出诉权的问题作出判决。3. 只要国际刑事法院确立了其管辖权,灭种罪即成为

法院专属性的管辖权,其他任何具有管辖权的国家就不能再行使其管辖权。这在实践中难免与罪行发生地国的管辖权发生冲突,因为“灭种罪公约”也规定了罪行发生地国的管辖权。但是,有的学者认为,从战后的实践看,种族灭绝的罪行大多发生在一国的境内,而该国往往采取了包庇罪犯的处理方式。如果种族灭绝是一种国际关注的严重罪行,要得到公正的审判,则必须由一个公正的、不偏不倚的国际刑事审判机构审理。

国际法委员会提出的管辖方式受到了一些国家和许多国际法学家的批评,他们普遍认为这在法律上是错误的,在政治上是不明智的。首先,他们认为国际法院是20世纪前半叶和平解决争端的方式,而国际刑事法院是为下个世纪服务的。20世纪以来,国际形势和国际法都有了长足的发展,国际法委员会不能无视这种发展趋势,而采取保守的方式。国际法委员会在立法上应具有前瞻性;其次,《国际法院规约》是《联合国宪章》的附件,所有联合国的会员国都是《国际法院规约》的当事国,因此,允许国家选择接受国际法院的管辖权是可以理解的。而国际刑事法院是由条约建立的独立的刑事司法机构,可以自行规定其管辖权和接受方式。国家无需对接受规约和接受管辖采取分别接受的方式,可以一气呵成。再次,国际法院的对所涉案件的管辖权是全面性的,可能涉及到有关领土、主权、划界、外交豁免等国际法上的所有问题,而国际刑事法院的管辖权只是限于对犯下国际社会关注的严重罪行的人的刑事管辖权。最后,从案件的性质上看,国际法院管辖的案件属于国际法上的一般问题,而国际刑事法院则审理整个国际社会均可处罚的国际罪行。如果对于此类罪行,国家还有权选择管辖,这在情理上是说不过去的。^⑰因此,许多国家认为国际法委员会在处理管辖权的问题上,充其量,只是采用了一种折衷的方式,是传统国际法与国际法最新发展之间的中间道路,不应被国际刑事法院的规约所采纳。

三、罗马规约中规定的管辖权

《国际刑事法院罗马规约》第5条“法院管辖的罪行”规定:“1. 法院的管辖权应限于整个国际社会共同

^⑮ 参见《联合国国际法委员会第四十三届会议工作报告》第52页,A/CN.4/T456,1993年2月6日。

^⑯ 王铁崖编:《国际法资料选编》,1982年版,第202页。

^⑰ 参见联合国文件:A/CN.4/464,附件1,1995年2月22日,第23页。

关切的严重罪行。法院根据本规约对以下罪行具有管辖权:种族灭绝罪;反人类罪;战争罪;侵略罪。2.一旦根据第121条和第123条制订出侵略罪的定义和法院对该罪行行使管辖权的条件,法院即可对侵略罪行使管辖权。该条款应与《联合国宪章》的有关条款保持一致。^⑮

规约第124条“过渡条款”中还规定:“尽管有第12条第1款的规定,一国在成为本规约的缔约国时,可以声明在本规约对其生效后的7年内,如果一项罪行据称是由其国民犯下或发生在其领土上,该国不接受法院对第8条(战争罪)规定的各类罪行的管辖权。根据本条所作出的声明可以随时撤销。本条的规定应由根据第123条第1款规定召开的审查会议予以审查。”^⑯

在国家接受法院管辖权的方式方面,罗马规约采取了与《国际法院规约》完全不同的规定,即一旦一国成为了规约的缔约国就接受了法院对有关罪行的管辖权的方式。对此,大多数国家赞同地认为:“构成法院管辖权的国家同意不应分为法院管辖权的接受和行使这样的两个不同阶段。一国加入规约,即被视为永久性地接受和同意行使法院管辖权。”^⑰而国际法院规约第36条则规定,国家成为规约的缔约国后,还必须作出接受管辖权的声明。从国际法院的实践来看,联合国的会员国都是国际法院的当事国,但接受国际法院任意强制管辖的国家只有50多个,还不到国际法院当事国的1/3。这使国际法院在处理国家间的争端的能力大为减损,美国在国际法院审理“尼加拉瓜诉美国”一案中还撤销了其接受国际法院管辖权的声明就是一个例子。与此规定相比,我认为,罗马规约关于国家接受管辖权的规定对刑事法院的有效工作无疑是一种进步,它将会使国际刑事法院更具活力;但是,其缺点是,国家在成为规约缔约国的时候更为谨慎,不利于规约的早日生效,而且国际刑事法院的财政也会陷入困难的境地。

根据罗马规约第12条第2款的规定,法院行使管辖权的先决条件是,只要犯罪发生地国或罪犯国籍国中有一个国家接受了法院的管辖或成为规约的缔

约国,法院就可以行使管辖权。换句话说,只要罪行发生地国或罪犯国籍国中的一个国家接受了法院的管辖权或者是规约的缔约国,尽管其他有关国家,如罪犯拘留国或受害人国籍国,不是规约的缔约国,而且没有接受法院的管辖权,法院亦可行使管辖权。这就产生了规约与第三国的关系的问题。即不经一国的同意,法院是否能对其行使管辖权的问题。在讨论该款的过程中,一种意见认为,对罪行具有管辖权的4类国家都接受了法院的管辖权,法院才能行使管辖权。这种意见一开始就受到了大多数国家的反对,因为这将使法院根本无法行使其管辖权;另一种意见认为,法院要行使管辖权必须得到罪行发生地国和罪犯国籍国的同意,这种意见也被大会否决掉了;第三种意见认为,只要对罪行具有管辖权的4类国家中的一类国家接受了法院的管辖权,法院就具有管辖权。具体说来就是,例如,如果只有受害人国籍国接受了法院的管辖,而罪行发生地国和罪犯国籍国没有接受法院的管辖权,法院在收集证据、进行审理方面将遇到许多困难,这样,法院实际上行使不了管辖权。这种意见也因距实际相差太远而未被采用。从上述讨论的各种意见当中不难看出,罗马规约的这条规定也可以说是一种妥协的结果。

罗马规约在国家接受法院管辖方面,还规定了“选出”的方式,但并不是一种完全的选出方式,而是在期限、罪行和国家的种类方面都作出了特定的限制。这是指一国在成为本规约的缔约国时,可以作出声明,表示在规约对其生效后的7年内,如果该国是犯有战争罪的人的国籍国,或战争罪是在其领土上发生的,该国可以不接受法院对战争罪的管辖。不受法院管辖的时间是规约对该国生效后的7年内,国家必须是罪犯国籍国或罪行发生地国,不受法院管辖的罪行是战争罪。美国代表团曾提出“选出”的范围应该更宽一些,如不受法院管辖的罪行也应该包括反人类罪,不受法院管辖的时间应该是10年。^⑱但美国代表的提议遭到了大多数国家代表的反对。

我认为,首先应当指出的是这种选出的方式是对

^⑮ 参见联合国文件:A/CONF.183/9,1998年7月17日,第9页。

^⑯ 同注^⑮,第120页。

^⑰ 参见联合国文件:A/CONF.183/C.1/L16大韩民国代表团关于第6、7、8条的提案。1998年6月18日。

^⑱ 参见联合国文件:A/CONF.183/C.1/L24.美国代表团关于第124条的提案。

从事战争的大国和强国是有利的,如果一国和另一国发生了战争,该国的国民如果被指控为罪犯,该国即可援引该条不接受法院的管辖。如果在该国的领土上发生了战争,该国也可以该条款为依据不受法院的管辖。既然规约中所列的罪行都是同样受“整个国际社会所关切的严重罪行”,就应该对这些罪行实行统一的处罚标准,而不应该堂而皇之地采用双重标准。事实上,战争罪的严重程度比其他罪行更为过之,而且,从20世纪的历史看,在绝大多数情况下,其他罪行的发生都是与战争罪相联系的;其次,在作为罪行发生地国或罪犯国籍国的缔约国作出声明的7年当中,可以不受国际刑事法院的管辖,而在同一时间段内,根据罗马规约关于法院行使管辖权的规定,如果罪行发生地国或罪犯国籍国中有一个国家接受了国际刑事法院的管辖,其他对所涉罪行具有管辖权的国家,包括罪犯拘留国或受害人国籍国,其中甚至包括非缔约国,也必须接受国际刑事法院的管辖。这样,规约的缔约国所承担的义务将比非缔约国还要少,这是不符合法理的,这种做法在以往任何国际公约的制订中都没有先例。

对罗马规约中的管辖原则持异议的国家认为,规约中此项规定是完全无视国家主权原则的,任何法院也不能不经一国的同意而对其行使刑事管辖权。不经第三国的同意,条约不对其产生权利和义务(*pacta tertiis neque nocent neque prosunt*)是国际法上一项久已确立的基本原则。《维也纳条约法公约》第34条明文规定:“条约未经第三国同意,对第三国既不创立义务,亦不创立权利。”^{②①}还规定,如果条约要为第三国创立权利或义务,则必须经第三国书面明示同意。而规约中规定的这种管辖方式不是以国家自愿接受法院管辖为基础,而是在不经国家同意的情况下对非缔约国的义务作出的规定。作为一个具有刑事司法管辖权的主权国家是不能接受此项规定的。“国家同意”原则是法院有效行使其管辖权的先决条件。法院在一特定案件中行使管辖权之前必须征得对案件具有管辖权的国家的同意,无论这些国家是否是缔约国,否则法院将很难进行审判。如果罪犯拘留国没有接受法院的管辖权,也不是规约的缔约国,拒不将罪犯交给国际刑事法院审理,没有罪犯,国际刑事法院

将如何行使其管辖权?其结果只能加剧罪犯拘留国与国际刑事法院的矛盾,而对有效地打击国际犯罪没有任何益处。

支持罗马规约所建立的管辖原则的国家则认为,国际刑事法院所管辖的罪行都是“整个国际社会共同关切的严重罪行”,对于这些罪行无论犯罪发生在何地、何处为嫌犯拘留地、嫌犯为何国籍、受害者为何国籍,国际刑事法院都应行使管辖权,对这些罪犯的管辖与处罚是国际社会的普遍义务(*Obligations erga omnes*),而无需任何国家的事先同意。德国代表在其向建立国际刑事法院筹委会提交的书面文件中指出:“根据现行的国际法,所有国家都可对种族灭绝的行为、反人类罪和战争罪行使普遍管辖权,而不去考虑罪犯的国籍、受害者的国籍和罪行发生地。这就是说,在种族灭绝、反人类罪或战争罪的某一特定案件中,每一国家都能行使其国内的刑事管辖权而不考虑拘留国、领土国或任何其他国家是否已事先对行使这种管辖权表示了同意。这一点已由广泛的实践所证明。”^{②②}在反人类罪中违反了基本的人权就形成了‘国际社会的普遍义务’(*erga omnes*)。综上所述,没有理由认为在绝大多数的国家缔结的条约的基础上建立的国际刑事法院为什么不能与缔约国一样,对种族灭绝、反人类罪和战争罪行使普遍管辖权。缔约国通过批准规约,以一种官方和正式的方式同意国际刑事法院对核心罪行行使刑事管辖权。这表明国际刑事法院和缔约国一样有能力对犯下核心罪行的人起诉,而不考虑领土国、拘留国或任何其他国家是否已接受了法院的管辖。”^{②③}

上述关于普遍义务的理论源自国际法院1970年2月5日对巴塞罗那电力公司案的判决。此案涉及到对外国自然人和法人的外交保护问题。国际法院在该判决中指出:“当一国允许外国投资或外国国民进入其领土时,该国应给予它们以法律保护并承担有关它们的待遇的义务。但是,这些义务不是绝对的也不是没有限制的。特别是,一国对整个国际社会的义务与一国对另一国在外交保护方面的义务应有一个根本的区别。根据其性质,前一种义务是所有国家的关切,考虑到所涉权利的重要性,应认为所有的国家

^{②①} 李浩培:《条约法概论》,法律出版社1998年版,第610页。

^{②②} 联合国文件:A/AC.249/1998/DP.2。德国代表团就国际刑事法院的管辖权提交的非正式文件,1998年3月22日。

都对它们的保护具有法律利益;这就是对所有人(普遍)的义务(Obligations erga omnes)。例如,这种义务在现代国际法中源自侵略行为和种族灭绝的非法性,也源自有关人类基本权利的原则和规则,包括反对奴隶制和种族歧视。有些相应的权利已成为一般国际法,另一些已由国际文书确定为普遍的或准普遍的性质。”^{②4}

我认为,应该指出的是,正如许多著名的国际法学家所述:“在国际法院对巴塞罗那电力公司案所出判决后的30多年来,普遍的义务的概念还没有一个精确的定义。”^{②5}首先,对于何种罪行已成为“整个国际社会共同关切的严重罪行”,除种族灭绝罪以外,国际社会还没有一项公约将规约中的战争罪和反人类罪列为国际罪行。而对于侵略罪,至今还没有一个精确的定义。国际社会对哪些罪行为国际罪行也还存在争议。如国际法委员会所列出的4项国际罪行为:1. 严重违反最重要的维持国际和平与安全的国际义务,例如,禁止侵略;2. 严重违反最重要的保护民族自决权的国际义务,例如以武力建立和维持殖民地;3. 大规模严重违反保护人类的重要的义务,如禁止奴隶制、种族灭绝和种族歧视;4. 严重违反最重要的保护和维持人类环境的国际义务,如禁止大规模污染大气和海洋。^{②6}这4类国际罪行和规约中的4类国际罪行还有相当的差别。其次,罗马规约并不是一种国际立法的条约,而只应该是现行国际法的编纂,这4类罪行是否已成为习惯国际法的原则尚且不论,国际刑事

法院的管辖权,即由国际刑事审判机构去审理这些罪行,很难说已成为国际习惯法。况且,对于一种新的国际习惯法的出现,一国如不予接受,可主张“一贯反对”(persistent objector)原则。这一原则已在国际法院审理的“英挪渔业案”中得以确立。挪威坚持反对英国所提出的10海里的领湾,国际法院裁定,10里规则不能用来对抗挪威,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。^{②7}著名国际法学家费茨莫里斯曾对“一贯反对”原则作出了以下定义:1. 在新的国际法规则出现的时候,持“一贯反对”意见的国家必须在此之前享有更广泛的权利;2. 持“一贯反对”意见的国家必须从新的习惯法规则一出现时,就表示了反对的意见;3. 其反对意见必须是公开的,清楚地表达出来,不能有任何模糊之处;4. 反对的意见必须是从始至终的,其间不能中断。^{②8}因此,要求一个国家在没有加入条约的情况下,接受国际刑事法院的管辖权是没有法律基础的。

四、结语

综上所述,关键问题不在于处罚哪些罪行已成为整个国际社会的普遍责任的问题,而是由国际刑事法院行使管辖权,审理这些罪行,还远远没有成为习惯国际法的一部分。罗马规约中赋予国际刑事法院以如此广泛和普遍的管辖权在国际现实中能否行得通,该法院能否正常地运转,还有待于将来国际实践的检验。

(责任编辑:余敏友)

^{②4} 《国际法院报告》1970年,第32页,第33-34段。

^{②5} 毛里兹欧·拉格兹:《所有人的国际义务的概念》,英文版,荷兰出版社1997年版,第24页。

^{②6} 同注^{②5},A/CN.4/291。附件1和附件2。

^{②7} 《国际法院报告》1951年,第133页。

^{②8} 参见费茨莫里斯:“从法治观点看一般国际法原则”,载《荷兰国际法年刊》第92卷,1957年,第99-101页。