

## 论《国际刑事法院罗马规约》中的补充性原则对国内立法的规范作用

□ 杨力军\*

**内容摘要** 本文着重对《国际刑事法院罗马规约》中规定的补充性原则如何对国内立法产生规范作用这个问题进行了初步的分析和评论。首先,文章讨论了补充性原则的含义、意义及作用。其内容是:只有当国家不愿意或确实不能够对规约中规定的最严重的国际罪行进行调查和起诉时,国际刑事法院才能受理案件,国内法院有优先管辖这些罪行的权利。补充性原则的主要作用之一就是监督和督促缔约国切实履行《国际刑事法院罗马规约》规定的国际刑法,目的在于加强缔约国对规约所禁止的灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等最严重的国际罪行的国内刑事管辖权的行使;其次,文章探讨了补充性原则的规范力问题,指出缔约国有义务根据《国际刑事法院罗马规约》的规定在本国作出必要和相应的立法规定,以便对规约中禁止的最严重的国际罪行行使管辖权,并指出这样做的重要性和必要性;再次,文章从罪行定义、一般性原则和普遍管辖权三个方面探讨了补充性原则对国家履行规约的具体要求,认为缔约国在根据规约的要求进行国内立法时,应力图做到准确使用规约中的概念。最后文章分析了补充性原则对非缔约国的间接影响和直接影响问题。

《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《罗马规约》或规约)已于2002年7月1日正式生效。在世界上许多国家都签署或批准了该规约的情况下,中国作为一个人口众多且尚未加入规约的大国,更应对规约深入地了解和研究。下面笔者将着重对国际刑事法院的重要特征之一,《罗马规约》中最引人注目,也是引起争论最大的“补充性原则”对国内立法所产生的规范作用进行初步的分析和评论。

\* 中国社会科学院法学研究所国际法室副研究员。

## 一、补充性原则的含义、意义及作用

《罗马规约》前言第10段规定：“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”，第1条规定：“兹设立国际刑事法院（‘本法院’）。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。本法院的管辖权和运作由本规约的条款加以规定。”《罗马规约》规定的所谓“补充作用”，就是给予国内法院以优先管辖的权利，其实质内容是：只有当国家不愿意或确实不能够进行调查或起诉时，国际刑事法院才能受理案件。因此，可以说，补充性原则完全成功之时，即是国际刑事法院无案可审之日。当然，补充性原则的适用是有条件的。根据规约，国际刑事法院在以下4种情况下不能受理案件：（1）对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉。（2）对案件具有管辖权的国家已经对该案件进行调查，而且该国已经决定不对有关的人进行起诉。在这两种情况下，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，才能受理此案。（3）根据一罪不二理的原则，有关的嫌疑人已经由于作为控告理由的行为受到了审判。（4）案件缺乏足够的严重程度，法院没有采取进一步行动的充分理由。<sup>①</sup>由此可知，国际刑事法院受理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。

《罗马规约》第17条第3款对一国是否“不能够”调查与起诉的标准作出了明确的规定：“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。”该款中“不能够”的情况多指那些较为客观的情况。这些“不能够”的情况不仅适用于那种发生在一国内由于连年的武装冲突或天灾导致全国的司法系统处于瓦解或瘫痪的状态，如20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；而且还适用于那些由于国内司法系统完全瓦解或实际上瓦解或根本不存在而无法在本国进行诉讼程序的情况。后一种情况下的“不能够”可能是因为缺少实体法立法或因现行立法不完善，也就是说，国内法律的缺陷可能导致国内司法系统不能够审理某一案件而使国际刑事法院得以行使管辖权。

对于一国是否“不愿意”进行调查或起诉的标准，《罗马规约》在第17条第2款中规定了三种情况：第一种情况是该国所进行的诉讼程序或做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。第二种情况是“诉讼

<sup>①</sup> 《罗马规约》第17条第（1）款。

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。”但《罗马规约》中对什么是不当延误，并没有做出定义，而是需要由国际刑事法院来决定。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、法律不溯及既往、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。<sup>①</sup>该款提出“不愿意”的概念更多的是从主观方面来衡量一国适用程序的目的和意图，换言之，国际刑事法院在判定一国是否“不愿意”时，主要是对一国在适用法律程序背后的主观动机做出裁定。也就是说，国际刑事法院将对一国是否具有管辖和起诉规约规定的国际罪行的政治意愿作出判断。

补充性原则最主要的一个作用就是监督和督促缔约国切实履行按照《罗马规约》规定的国际刑法，目的在于加强缔约国对规约禁止的灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等最严重的国际罪行的国内刑事管辖权的行使。补充性原则运用“胡萝卜加大棒”相结合的机制来实现其监督功能：只要各国建立并实行的法律体系能够对规约禁止的严重罪行进行有效的调查和起诉，缔约国的主权就不会受到影响，国际刑事法院就不会对此有任何干涉；与此同时，国际刑事法院可随时运用手中的大棒接管那些“不愿意”和“不能够”进行有效调查和起诉的缔约国的任何案件，对其行使管辖权。可以说，补充性原则在很多方面对国内履行国际刑法实体法以及实施刑事管辖权是有影响的。首先，缔约国应按照补充性原则的要求通过立法形式使其国内法院能够对规约规定的严重国际罪行行使管辖权。一般来说，如果一国准备加入《罗马规约》，该国首先应对其国内立法体系进行审查，弥补立法缺陷使其国内法能够适用于《罗马规约》禁止的国际罪行。从另外的角度来说，一国为了维护其对国际刑事法院管辖下的罪行所具有的基本的调查和起诉权力，为了避免被宣布为“不能够”的国家，它必须根据补充性原则的要求，建立完全符合《罗马规约》标准的法律体系。因为“不能够”包括了两个方面（第17条第3款）。德国政府为履行规约通过了《国际刑法典》。其中规定的目标之一表达了对补充性原则的内容的理解：“……根据国际刑事法院的补充性原则的检察权限，为了保证德国永远能够起诉那些国际刑事法院管辖下的罪行……”<sup>②</sup>此外，澳大利

<sup>①</sup> 参见《公民权利和政治权利国际公约》第三部分。

<sup>②</sup> 德国2002年《国际刑法典》，第25页。available at (visited October 2002) <http://www.bmj.bund.de/images/11222.pdf>.

亚的立法和比利时的声明也都清楚地表明了对补充性原则相同的理解,即该原则督促对国内法的审查,有必要时,应使国内法符合《罗马规约》的规定。<sup>①</sup> 西班牙在批准和实施《罗马规约》提交给欧洲议会的进展报告中说:“……总之,如果一个缔约国希望成功地实行规约承认的补充性原则,根据该原则缔约国基本的责任就是起诉国际罪行,那么它就必须保证其法律包含有这些罪行,而且它的法院具有受理这些罪行的管辖权……”<sup>②</sup>

## 二、补充性原则的规范力

根据上述国家对补充性原则性质的理解,补充性原则在国家履行《罗马规约》的实体法方面的规范力到底有多大,缔约国是否可以自行决定履行规约的实体法,它们是否有法律义务必须履行规约的实体法,或者补充性原则是否超越国际法律权利和义务的一种更为概念化的原则,都是值得探讨的问题。

众所周知,早在《罗马规约》通过之前就已经有国际公约、国际条约或习惯国际法对规约中禁止的不少罪行,以及针对这些罪行应适用的一般原则和管辖范围作出了规定。例如,灭绝种族罪在1948年制定的《防止和惩办灭绝种族罪国际公约》中第5条就做出了规定;战争罪也在1949年的《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条、《日内瓦第四公约》第146条及1977年的《日内瓦公约第一附加议定书》第85~87条中做出了规定;大规模或有系统地直接攻击平民人口的危害人类罪可在1973年通过的《禁止并惩治种族隔离罪行公约》第4条和1984年的联合国《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》第6条中找到。因此,根据条约必须遵守的原则,对于《罗马规约》中禁止的与上述国际公约相同的这一类罪行,缔约国有义务根据国际条约的规定在本国内作出必要和相应的立法规定。

但是关于《罗马规约》实体法部分规定的其他一些罪行和原则,如某些类型的危害人类罪和战争罪以及某些一般原则等,在《罗马规约》之前存在的条约规定中并未特别规定国家对此是否有实施的义务,而补充性原则填补了这个空缺,即

<sup>①</sup> See Divisions 268. 1 (2) and (3) of the Australian International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002. No. 42. 2002; See also Senat de Belgique (2 February 2000), *Projet de la Loi portant assentiment au statut de la Cour Penale Internationale fait a Rome le 17 juillet 1998 (expose des motifs)*, para. 21.

<sup>②</sup> See Spanish Progress Report on Ratification and Implementation of the Rome Statute to Council of Europe, available at (visited October 2002) [http://www.legal.coe.int/criminal/icc/docs/Consult-ICC\(2001\)/Consult-ICC\(2001\)28E.pdf](http://www.legal.coe.int/criminal/icc/docs/Consult-ICC(2001)/Consult-ICC(2001)28E.pdf).

要求缔约国必须承担建立对《罗马规约》中禁止的所有罪行和一般原则的管辖权的独立的义务。值得注意的是，规约没有对缔约国是否必须按照规约进行立法或修改国内法作出明确的义务性规定，这与规约中的其他一些规定形成鲜明对照。例如，规约第70条第(4)款(a)项关于通过处罚妨害司法罪的立法的规定第88条关于缔约国有对实施合作进行立法的义务的规定以及不少国际人道主义法和刑法条约都有明确的实施义务的规定。按照国际条约的内容来解释条约是一种通常的做法，那么规约中没有对此作出规定，即可认为是不存在的义务。因此，一些缔约国也就持反对承担进行国内立法或修改国内法的义务的观点。<sup>①</sup>有些缔约国也因此认为，规约允许它们不对起诉国际刑事法院管辖下的罪行进行立法，因而它们主动地作出决定，将所有有关的案件都留给国际刑事法院管辖。<sup>②</sup>这是一种主动放弃国内刑事司法管辖权的方式。

然而，从另一个方面分析，条约内容中没有对义务作出明示规定并不能下结论认为该义务就是不存在的。从来没有任何一项规定或原则禁止从一项条约中推断出暗含的义务，而且国际法庭以及准司法机构也曾从条约的上下文中推断出条约所产生的义务。例如，国际法院1949年在“为联合国服务而受损害的赔偿案（咨询意见）”中认为国际组织的权利由暗含的权利发展而来。作为必然结果，这些暗含的权利产生出了成员国暗含的义务。国际法院认为，国家拥有国际法承认的所有国际权利和义务，但像联合国这样一个实体的权利义务必须依赖在其组织文件中特别规定的或暗含的宗旨和职能以及在实践中的发展。法院判定，联合国会员国已赋予联合国组织在为履行其职能所必需时提出国际请求的能力。联合国的国际人格包括在提交本法院的问题中所提及的那种请求能力。无疑，联合国能够为该组织本身对一个由于违反对联合国组织所负的国际义务的结果而给联合国造成损害的会员国提出国际请求。<sup>③</sup>又如，由人权委员会的法理确立起来的调查义务，就是从《公民权利

<sup>①</sup> 例如西班牙，See Spanish Progress Report on Ratification and Implementation of the Rome Statute to Council of Europe, available at (visited October 2002) [http://www.legal.coe.int/criminal/icc/docs/Consult-ICC\(2001\)/Cousult ICC\(2001\) 28E.pdf](http://www.legal.coe.int/criminal/icc/docs/Consult-ICC(2001)/Cousult ICC(2001) 28E.pdf). 比利时，See Divisions 268.1 (2) and (3) of the Australian International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, No. 42, 2002; See also Senat de Belgique (2 February 2000), Project de la Loi portant asentiment au statut de la Cour Penale Internationale fait a Rome le 17 juillet 1998 (espose des mocifs), para. 21.

<sup>②</sup> B. Broomhall, *The International Criminal Court: Overview and Cooperation with States*, 13 *Nouvelles Etudes Penales* 67-68 (1999).

<sup>③</sup> 黄慧康、黄进编著：《国际公法、国际私法成案选》，武汉大学出版社1987年版，第234页。

和政治权利国际公约》第2条，以及公约中体现出的其他权利中一起推断出来的。<sup>①</sup>因此就《罗马规约》而言，从中推定缔约国应履行国际刑事法院的实体法是一项强制性的义务是有其理由的。

首先，规约序言第6段提出：“各国对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权。”而这种义务意味着应建立管辖权的义务。其次，这种义务体现在了“嗣后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”之中（《维也纳条约法》第31条第3款（b）项）。绝大多数缔约国履行《罗马规约》实体法的实践显然说明这种协定已经建立，即它们对条约含义的共同理解就是条约要求它们必须实施规约实体法。德国学者沃尔夫拉姆·卡尔认为，对一项条约中的各种词汇含义的一致赞同就足以被称为一个“协定”。最后，从制定《罗马规约》的目的来看，缔约国应履行规约实体法也是理所当然的。规约序言第4段申明“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，决不能听之任之不予处罚”，并表明“为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”。该段内容强调了一个非常现实的情况，即在实践中，国际刑事法院不可能对所有的犯罪进行起诉。因此，通过国家一级采取措施，对犯罪实行有效的管辖是十分必要的。序言第5段继而明确规定，有效管辖的目的就是要“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”。从序言规定的这个目的分析，国际刑事法院“对国内刑事管辖权起补充作用”的规定就是要建立一种体系，即国家的基本义务是实施国际刑法对规约禁止的罪行行使刑事管辖。但是如果缔约国决定拒绝履行规约实体法的规定，第5段规定的目的就会大打折扣，而《罗马规约》有关“通过国家一级采取措施”的目标就缺少了重要的支柱。此外，由于国际刑事法院的能力和资源都是有限的，它只能审理有限的案子，而且由于这些犯罪的实施通常是作为整个计划或政策的一部分，因此会涉及数量不少的犯罪嫌疑人，如果缔约国不能有效地行使管辖权，大多数的犯罪分子将会免于起诉，逍遥法外，也起不到制止犯罪的威慑作用，因而也不能达到规约的目的。总之，缔约国拒绝按照或不能充分按照规约实体法进行国内立法是与其必须履行的责任以及国际刑事法院职能的有效运作背道而驰的，因为国际刑事法院的职能是补充而不是替代国内的刑事管辖。如果缔约国认识到履行规约实体法是规约对实现国内起诉的要求，法院才能起到有效的补充作用。但是如果它们可以自由决定拒绝立法履行的话，因其国内法律缺陷所导致犯罪人员不能得到应有的处罚的结果将使国际刑事法院受理案件的数量大大增加。这样，国际刑事法院就会成为初审或惟一的法院，而不是根据补充性原则设想的常设法院。换言之，如果要让国际刑事法院有效地起到补充作用，缔约国有效地履行规约实体法是毋庸置疑的。

<sup>①</sup> E. g. *Hugo Rodriguez v. Uruguay*, 2 International Human Rights Reports 112 BF (1995).

为达到对规约禁止的罪行进行国内起诉的要求，缔约国有义务对规约禁止的罪行建立管辖权。对于履行《罗马规约》实体法方面，补充性原则的规范力是不容忽视的，如果一个缔约国认为根据《罗马规约》的要求对国际犯罪行使刑事处罚与根据其本国刑法惩罚国际犯罪的结果是一样的话，那就大错特错了。也许，在惩罚犯罪方面有一致的地方，但补充性原则在监督缔约国履行规约义务方面的作用要比那些在相应的国际人权法和刑法条约中明确规定的义务更为有效：国际刑事法院在缔约国不能行使管辖的情况下将运用手中的“大棒”——补充性原则——行使管辖权，受理缔约国“不能够”审理的案子。

### 三、补充性原则对国家履行规约的具体要求

缔约国为了满足补充性原则的要求，尤其是为了避免成为该原则中的“不能够”的对象而必须履行规约实体法的规定。然而，缔约国应怎样做才能满足该条件呢？笔者将从下面三个方面进行论述。

#### 1. 罪行定义

缔约国要达到补充性原则所要求的“能够”的标准，首先必须保证在其国家的立法框架内能够对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪进行刑事起诉。

目前，缔约国采取的立法方式主要有三种。其中大多数国家将《罗马规约》中的有关定义逐字照搬为本国法律，例如2002年澳大利亚《国际刑事法院（后继修正案）法案》；<sup>①</sup>或者经过重新排列组合或重新做出定义，例如德国2002年制定的《国际刑法典》第8~12部分。<sup>②</sup>这些国家制定的有关规定都是遵循《罗马规约》第6~8条的精神内容对违反国际法的严重罪行加以界定的；还有另外的一些国家采取了不同的方式，它们试图依据“普通”国内罪行来对《罗马规约》所禁止的国际犯罪行使管辖。例如丹麦对危害人类罪和战争罪就采用了这种方式。奥地利对危害人类罪中的某些罪行以及所有的战争罪采用的也是这一方式。<sup>③</sup>

值得注意的是，从理论上说，如果某缔约国对一个犯有规约所规定的罪行的人

<sup>①</sup> See sections 268.3-268.101 of the Australian International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, No. 42, 2002.

<sup>②</sup> 参见德国2002年《国际刑法典》第8~12节中的战争罪条款，德国2002年《国际刑法典》，第25页。available at (visited October 2002) <http://www.brnj.bund.de/images/11222.pdf>.

<sup>③</sup> See the Danish and Austrian Responses to the Questionnaire on “Compatibility of National Legal Systems with the Statute of the Permanent International Criminal Court”, submitted to the XVIth Congress of the International Society for Military Law and the Law of War (Rome, 1-5 April 2003).

按照国内普通罪行进行审理和判决，在审理和判决的过程中，诉讼程序是以独立和公正的方式进行，没有发生不当拖延，也不存在有意包庇该人使其免负国际刑事责任的主观意识，就不能将该国认定为“不愿意”进行调查或起诉；而且，也没有足够的理由说明该国将这种行为归为普通罪的做法使其国内法律体系不能“在本国进行诉讼程序”。因此，以“普通罪行的方式”为基础的调查和起诉并不自动产生违反补充性原则中“不愿意”或“不能够”的标准的问题，从而导致国际刑事法院受理某个案件的后果。而且在规约第 20 条第（3）款关于“一案不二理”的规定中，国际刑事法院对已在其他法院审判过的人进行新的审判的理由也仅仅是根据第 17 条中规定的条件才能进行，也就是说，仅凭一国将规约所管辖的罪行划归为普通罪行这一单一理由，国际刑事法院是不能依据第 20 条第（3）款重新开始审理有关案件的。

然而从实践出发，且不说《罗马规约》是否承认这种将国际刑事法院管辖内的国际犯罪划分为“普通”犯罪所进行的起诉，选择这种方式确实存在很多问题。有些问题关系到案件的可受理性。首先，某些《罗马规约》中禁止的罪行很难在普通罪行中找到可比的罪种。例如，对严重违反《日内瓦公约》强迫战俘从事敌对性劳动或其他受保护人员在敌对国的军队中服役的犯罪行为，或对严重违反适用于武装冲突法和习惯法宣布对投降者一律处死的犯罪行为，能用什么普通罪行来比照套用呢？在这种情况下，普通罪行的方式很可能造成由国际刑事法院对这些案件行使管辖权的后果，原因是由于国内法律所禁止的行为范围比规约禁止的行为的范围窄小而使得国内法院不能对国际罪行有所作为；其次，可能出现量刑不准确的问题。如果将反人类罪中的谋杀罪与普通罪中的谋杀罪比照套用，其差异不是很明显，因为根据国内法普通罪中的杀人罪是以最重的刑法判处的。但如果是抢劫罪的话，国际刑事法院将会把在战争中进行抢劫的行为列为战争罪，而国内法院可能会比照普通罪中的抢劫罪来判刑，那么后者判的刑将大大轻于被视为严重国际犯罪的判刑，因而这个量刑将会充分证明该国对《罗马规约》规定的那种国际社会关注的严重犯罪缺乏确切的认识。虽然适用普通的抢劫罪不能说明“是为了包庇有关人员”，而且审理的程序是独立的和公正的，并有将该人员绳之以法的意图，所以仅以量刑不准确为由适用第 20 条第（3）款是不可能的。但是，依据“不能够”的标准，完全可以认为，量刑不准确是由于该缔约国的国内司法体系不完善，造成该国不能进行本国的诉讼程序。

对此，国家采取的相应措施当然可以是就事论事，扩大普通罪的处罚范围，在普通罪中按照规约定义中的情形设立特殊的处罚方式。但是解决问题的最好办法是按照规约的定义，在国内立法中将国际刑事法院管辖范围内的种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪列为应受惩罚的行为。因为从法律概念的角度考虑，这种办法更准确

地反映了严重国际罪行的本质。德国政府在放弃普通罪行方式的时候,也表达了这种观点。<sup>①</sup>那些有关对严重国际罪行进行刑事起诉的国际法律规定与对普通罪行起诉的不同之处就在于,这些国际法规不仅保护个人的利益,而且保护国际社会的利益,也就是保护整个人类的利益。1996年11月前南斯拉夫国际刑事法庭在“检察官诉俄尔德莫维奇案”(Prosecutor v. Erdemovic)的初审判决书中指出,最严重的犯罪“超出了个人这个概念,因为当个人受到侮辱的时候,预示人类受到攻击和否定”。<sup>②</sup>以色列最高法院在“埃克曼案”(Eichmann-case)中认为:国际罪行“构成了破坏极重要的国际利益的行为;它们损害了国际社会的基础和安全;它们违反了国际道德的价值观以及隐含在文明国家采用的刑法体系中的人道主义原则……这些犯罪必须由个人承担刑事责任,因为他们向国际社会的基础挑战而且故意侮辱了文明国家的良心……他们参与了世界上所有国家都要防止的国际犯罪行为。”<sup>③</sup>因此,如果对国际罪行的明显特征没有一个清醒的认识,亦不将规约禁止的犯罪行为纳入国内法的系统,势必在今后对惩罚这些犯罪的整个国际刑法体系发挥作用产生严重后果。

此外,在论及普通罪行方式的缺陷时还应注意走向另一个极端的情形,即国家可能在其通过的履行规约的立法中,将其中的有关国际罪行的规定范围超出规约规定的应予处罚的行为范围。在这方面,有两种情况应予以区分:第一,缔约国可能借履行《罗马规约》实体法的机会加强本国在规约之前就已存在的其他国际罪行方面的有关法律,包括规约第8条规定中没有包括进去的某些战争罪行,或其他不在国际刑事法院管辖范围内的一些国际罪行,例如荷兰《关于国际犯罪法》草案中将酷刑作为单独的一个罪行。这种做法是可取的,因为这些缔约国通过必要的立法对这些罪行进行刑事管辖,其目的是为了使其未被包括在规约中的国际罪行能够受到同样的刑事处罚,从而不至于因新《罗马规约》的生效而使过去国际条约中有关的应禁止的罪行规定失去效力,因而也是完全符合《罗马规约》第10条规定的精神的,即“除为了本规约的目的以外,本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则”。第二,有些缔约国设立的国际犯罪的罪行缺乏国际法的基础,例如,随意扩大“种族灭绝罪”中“团体”的概念。<sup>④</sup>从严格的意义

① 德国2002年《国际刑法典》,第25页。available at (visited October 2002) <http://www.bund.de/images/11222.pdf>.

② ICTY case IT-96-22-T, Trial Chamber Judgment of 29 November 1996, para. 28.

③ See Attorney General of Israel v. Eichmann, 36 International Law Reports (ILR) 5 (Jerusalem District Court 1961) and 277 (Supreme Court of Israel 1962).

④ The Definition of Article 1 of the Congo/Brazzaville; Law No. 8-98. available at (visited October 2002) <http://www.icrc.org>.

上讲,这种做法是“国际幌子下的国内罪行”,而不是真正意义上的“国际罪行”。当然,原则上国家可以对这样的行为进行刑事处罚,国家有权通过任何其认为恰当的刑法。但是这种单方面扩大国际犯罪概念的范围并对其进行惩罚的做法引起了一系列问题:首先这种做法对合法性原则的观点提出了挑战;其次它削弱了国际一致同意所通过的规范。有关国际罪行特殊规则的发展是以整个国际社会的集体共识——国际罪行构成了对人类和平和安全的威胁——为其概念基础的。因此将这些概念调换给其他的罪行势必对国际罪行概念本身的统一性与合法性造成负面影响。因此,缔约国在立法中应警惕这种做法,力图做到准确使用概念。

## 2. 一般性原则

《罗马规约》第三部分规定了“刑法的一般原则”。缔约国在实施这方面的立法时仍然需要小心谨慎,否则还会面临被国际刑事法院宣布为“不能够”的危险,因而丧失本国调查和起诉的权利。最常见的立法不足是:一国制定的有关对刑事犯罪行为审判的法律,其范围窄于《罗马规约》规定的范围。例如个人的刑事责任的范围小于规约第25条中的规定,或未能排除法定时效的适用等。在这种情况下,前面有关定义一节提到的协调国内法与规约实体法的办法是比较实用的。也就是说,在制定有关一般原则的法律时宜采用更严格的标准,而且这种更严格的标准是那些并未包括在《罗马规约》之内的国际法的有关规定。例如,规约第33条对上级命令的规定就与习惯国际法不同,习惯国际法对上级命令的规定采用的是绝对责任原则,而《罗马规约》第33条规定在战争罪方面适用限制性责任原则。从适用绝对责任原则的角度考虑,如果缔约国立法中采用的是规约中的原则,它们可能会感到有违更严格的标准,而如果它们一开始就采用较严格的标准,就可以较好地解决这个问题,尽管采用更严格的标准超出了目前《罗马规约》规定的标准。但是,如果情况相反,规约采取了更严格的标准,而国内法的标准达不到规约的标准,则可能产生“不能够”或“不愿意”的可能性,从而导致国际刑事法院适用补充性原则,而行使管辖权。

此外,缔约国在制定有关一般原则的立法时还应注意以下几个问题:

### (1) 排除刑事责任的理由

规约第31条第(3)款规定:“审判时,除可以考虑第(1)款所列的排除刑事责任的理由外,本法院还可以考虑其他排除刑事责任的理由,但这些理由必须以第21条规定的适用的法律为依据。”规约第21条规定应首先适用《罗马规约》的犯罪要件和本法院的《程序和证据规则》;其次“适用可予适用的条约及国际法原则和规则,包括武装冲突国际法规确定的原则”。也就是说,其他排除刑事责任的理由可以从《罗马规约》以外的国际法中寻找。这里最明显的一个例子就是以合法的报复行为作为防卫的理由。一般认为,虽然报复行为是一种违反国际人道主义

法的行为，但是由于这种报复行为的目的在于对一方先前的非法行动给以对等的回应，而且在采取报复行动之前已要求对方停止违法行动，并且警告对方如不停止该行动将采取报复行动的情况下，即可排除这种报复的刑事责任。在某些情况下，交战中的武力报复行为是被明文禁止的，<sup>①</sup>但在其他的一些情况下则是被允许的。<sup>②</sup>关于合法报复的确切范围现在仍在争论之中，其中争论的问题包括是否所有关于禁止武力报复的规定均可被称为是习惯国际法，是否武力报复在国内武装冲突中是合法行为等。在这种情况下，有些国家，例如英国在批准《罗马规约》时所作的声明中，即引用了其在1977年制定的《日内瓦四公约第一附加议定书》中对关于禁止武力报复规定所作的保留来阐明其在武力报复问题上的立场。声明说：“联合王国认为第8条第(2)款(b)项和(e)项中使用的‘国际法既定范围内’一词，包括由国家实践确立的习惯国际法和法律共识(*opinio juris*)。在此意义上，联合王国确认并提请法院注意其所表达的观点，包括但不限于在其批准有关国际法文件时所作的声明，这些国际法文件包括1949年8月12日的日内瓦四公约，以及与1977年6月8日通过的《保护国际性武装冲突中的受难者附加议定书(第一议定书)》有关的国际法文件。”在成为《第一附加议定书》的成员国时，“联合王国作的有关声明是根据对第51~57条的理解”，保留在某些情形下使用武力报复的权利。<sup>③</sup>

《罗马规约》第31条第(3)款和第21条第(1)款(c)项对排除个人刑事责任应适用的其他法律来源是：“适用本法院从世界各法系的国内法，包括适用当时从通常对该犯罪行为行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范和标准。”许多国家在立法时为这种适用国内法的规定留下了余地，例如，加拿大的《危害人类罪和战争罪法》第11节规定被告可以根据加拿大的法律或国际法提出任何正当理由、借口或辩护；德国的《国际刑法典》第2节规定，在法典没有做出规定的情况下，可适用一般刑法原则。但那些使用“普通罪行的方式”进行刑事审判的缔约国就只能依据本国法进行辩护。值得一提的是德国《国际刑法典》第33节关于过当自卫的规定，根据该

① 有关的条约规定情况，See S. Oeder, *Methods and Means of Combat* in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* 206 (1995).

② C. Greenwood, *The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals*, 20 *Netherlands Yearbook of International Law* (NYIL) 54-55 (1989); F. Hampson, *Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to Geneva Conventions of 1949* 37, *International Criminal Quarterly* (ICLQ) 828-829 (1988).

③ A. Roberts and R. Guelff, *Documents on the Laws of War* (3rd ed, 2000), 511, Oxford University Press.

规定，如果一个行凶者由于迷惑、害怕或恐惧而超出了必要自卫的限度，他将不受惩罚。

虽然排除刑事责任的理由可从《罗马规约》以外的国际法和国内法中寻找，但是国际刑事法院适用的程序规定，应由国际刑事法院决定缔约国引用的法律是否符合第31条第(3)款和第21条第(1)款(b)项和(c)项的标准。国际刑事法院的这种决定可以在诉讼程序进行的两个不同阶段中做出：第一，可以在确定是否能够受理某一案件这一阶段(admissibility stage)做出。此时法院要决定一国在国内审判阶段允许特殊的辩护是否应被确定为“不能够”。第二，依据《程序和证据规则》第79~81条，可以在国际刑事法院开庭审理该案时作出决定。而在第2阶段作出的决定很可能会影响以后的案件在受理(admissibility)方面的裁定。因为第21条第(2)款规定：“本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。”如果国际刑事法院依据相关的程序驳回了辩护理由，缔约国应该作出的反应是全力以赴使其国内法符合国际刑事法院的决定，以避免使其以后的案件都被宣布为应由国际刑事法院行使管辖权。

#### (2) 对现任国家首脑的管辖权

补充性原则的另一个要求就是要废除国内法中的豁免权。然而，问题是这个要求是否同样适用于国际法中的豁免权。特别在当前，有很多实践支持习惯国际法废除了职能豁免(即对政府官员以官方身份从事有关国际犯罪的行为享有豁免)的情况下，个人的豁免(即由于政府官员和外交官个人的地位，为了使其能够在外国执行他们的官方职能而实行的保护)是否还能保持完整仍在争论之中。目前的国际法实践对这个问题的回答还是肯定的，即对现任的高级政府官员，特别是国家首脑、政府首脑和外交部长是不能在外国法院被起诉犯有国际刑事法院管辖的国际罪行的。<sup>①</sup>国际法院在其“刚果诉比利时案”的判决中，一方面坚持了豁免的观点，另一方面又补充说这些豁免是有某些例外的情况存在的，其中的一个例外就是“在某些国际刑事法庭进行刑事诉讼程序”<sup>②</sup>的情况下，包括国际刑事法院根据规约第27条第(2)款进行的刑事审判程序，个人是不能豁免的。

由于规约第27条规定国际刑事法院可以对国家官员进行起诉，因此，如果缔约国决定遵循国际法院判决中的观点，不对有关政府官员进行起诉，那么国际刑事法院将会根据补充性原则宣布受理该有关案件。因为法院认为，该缔约国在法律上“不能够”或“不愿意”调查或起诉。反之，如果缔约国遵照补充性原则的要求在

<sup>①</sup> ICJ, judgment of 14 February 2002, para. 58. Democratic Republic of the Congo v. Belgium (Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000).

<sup>②</sup> ICJ, judgment of 14 February 2002, para. 61.

国内法中规定对现任国家高级官员建立了调查和起诉的程序，例如刚果民主共和国和南非在其立法中所规定的那样，<sup>①</sup> 国际刑事法院就不会受理有关案件，至于这种国内立法是否符合习惯国际法则是另外一回事。

一方面，为了保证一个外国国家最高政府机关的正常职能，保证国际关系的正常交往，避免一国法院滥用权利，国际法给予国家政府官员免于起诉的国际豁免权；另一方面，为了使犯有国际法禁止的最严重的罪行的人能够被绳之以法，《罗马规约》第 27 条做出了背离该项国际法原则的规定，这样难免在实践中会出现难以处理的问题。目前，对此矛盾的处理有两种意见：其一，认为由于第 27 条第 (2) 款中没有提到缔约国之间平行的关系问题，而习惯国际法和条约关于豁免的义务仍然适用，因此，可以推定规约的有关规定仅在国家与国际刑事法院之间纵向关系的范围内使用。<sup>②</sup> 要协调这对矛盾，最好的办法是坚持国际法上一国对另一国的高级官员给予刑事豁免的原则，对其违反国际法的严重罪行由国际刑事法院来审理。其二，那些想要抛弃这一国际法原则的国家认为，既然这种严重犯罪被国际社会公认为是“危及世界的和平、安全与福祉”的行为，就不必非由国际刑事法院亲自审理犯有严重国际罪行的国家高级官员，有关国内法院宁冒滥用权力的险也不能让这些入逍遥法外。<sup>③</sup> 而且，国际刑事法院的受理程序也为此提供了必要的保证，确保国内法院只能在依据国际承认的标准和正当程序进行的诉讼程序中行使它们对另一国现任国家高级官员的调查和起诉的权利。因为，如果外国法院被国际刑事法院冠以“愿意”和“能够”的名义，它们对现任高级政府官员的调查和起诉就在很大程度上有了信誉和立法根据。但这种保证是否能协调这对矛盾是值得商讨的。然而有一点应该承认，如果缔约国同意了作为补充性原则一部分的第 27 条第 (2) 款的规定，这些缔约国就接受了这个可能性，因而暗示放弃了对现任国家高级官员的豁免权，并正视随时要与其他缔约国在其国内诉讼程序中面对面的局面。但对于那些没有同意第 27 条第 (2) 款的非缔约国来说，它们的现任国家高级官员就应继续适用完全的个人豁免。规约第 98 条第 (1) 款对此做出了规定：“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个人或财产的国

<sup>①</sup> available at (visited October 2002) <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptools/nationalregionaltools/legislationdebates/DRCDraftLegEng.pdf>.

<sup>②</sup> P. Gaeta, *Official Capacity and Immunities* in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* 996 (2002).

<sup>③</sup> 例如比利时的一个法院在 2000 年 9 月就北约的领导人在轰炸南斯拉夫战役中犯下的煽动侵略战争罪、危害平民战争罪、使用被禁止的作战手段、企图谋杀南斯拉夫总统以及违反国家领土完整原则罪作出缺席判决。该判决随后被宣布无效。See *Correspondents' Reports, 3 Year-book of International Humanitarian Law* 494 (2000).

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。”

还应注意的一点是，缔约国在法律上对其他缔约国的现任高级官员行使管辖权的可能性绝对不是暗示国际法规定它们必须这样做。实际上，在国际刑事法院存在的情况下，完全没有必要采取这种方法。出于政治上的敏感性，最好不要贸然行事，而将有关案件主动提交给国际刑事法院审理。

### 3. 普遍管辖权问题

如果缔约国没有对《罗马规约》禁止的犯罪行为建立管辖权，它们同样将面临被国际刑事法院宣布为“不能够”的危险。然而规约对其设想的管辖基础是什么，以及这些基础中包含有多少普遍管辖的成分并没有做出明确的说明。那么似乎可以这样认为，以前存在的有关国际罪行的管辖范围的规定没有改变，应继续适用。就《罗马规约》的法律要求而言，补充性原则是否鼓励缔约国对规约所禁止的犯罪建立普遍管辖权的问题，从各国的立法实践和各国所持的观点来看，尚不能做出结论性的答案。在立法实践上，有些缔约国将其管辖权建立在与国际刑事法院管辖权基础相同的法律根据上，即属地管辖和属人管辖原则。例如，联合国2001年的《国际刑事法院法令》第51节即作了类似规定，爱尔兰在其《国际刑事法院履行法》草案中也有相同的意向。而其他一些缔约国则采取了一种更广泛的方式，在其立法中建立了普遍管辖权。例如德国、加拿大、新西兰、南非、澳大利亚等国。<sup>①</sup>从观点上分析，有的国家认为采用普遍管辖权是与《罗马规约》背道而驰的，例如，2000年4月11日关于逮捕令案的刚果申诉书中就反映了这种观点。<sup>②</sup>持此观点的理由是：因为行使普遍管辖权被认为是一种代表国际社会的行为，在国际社会没有成立自己的司法执行机构之前，必须依靠国内法院，才能确保在那些与犯罪有联系的拥有传统管辖权的国家（如犯罪地国或犯罪被告人的国籍国），在不愿意或不能够的情况下，起诉犯罪嫌疑人。而国际刑事法院的成立取代了各国建立普遍管辖权的必要，至少弥补了各国因一国国民犯罪或在一国领土内犯罪而建立的普遍管辖权。因此，由国际刑事法院代表国际社会行使管辖权要比国内法院更合适。而且实际上国际刑事法院也比国内法院更具权威性，具备更好的软、硬件设

<sup>①</sup> See Section 1 of German's Code of Crimes Act; section 8 (1) (c) of New Zealand's International Crimes and International Criminal Court Act (2000); section 4 (2) (c) of South Africa's International Criminal Court Bill; section 268-117 of Australia's International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002 in conjunction with Article 15 (4) of the Criminal Code Act 1995.

<sup>②</sup> Memorial of Congo in Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) ICJ judgment of 14 February 2002, available at (visited October 2002) <http://www.icj-cij.org>.

施。然而,对于那些不在《罗马规约》管辖范围内的严重国际罪行,比如,那些不是在缔约国境内,或不是缔约国国民所实施的犯罪或在《罗马规约》生效前发生的犯罪,缔约国依然可以对这部分犯罪确立普遍管辖权。另一些国家则认为,建立普遍管辖权是规约要求履行的义务。例如荷兰在其《荷兰解释备忘录》中就持此观点。<sup>①</sup>它们的理由是:尽管国际刑事法院在理论上对这些犯罪具有管辖权,但是如果各国不行使普遍管辖权很可能造成犯罪嫌疑人逍遥法外。例如,如果国际刑事法院由于某些案件缺乏足够的严重程度(第17条第(1)款(d)项)不能审理,或因案件过多难以全部逐一审理,<sup>②</sup>而与犯罪有密切联系的缔约国又不愿意或不能够审理的情况也是可能存在的。<sup>③</sup>在这种情况下,普遍管辖权就可发挥作用。而且规约在规则和程序的规定中也有在普遍管辖权基础上,通过国际刑事法院与国内法院的紧密合作来减轻有效调查和起诉带来的挑战和压力的潜在含义。规约第9部分中的第86~102条特别是第93条第(10)款(a)项有关缔约国合作,以及对缔约国的调查和起诉提供协助的规定就表明了国际刑事法院要尽最大可能不使一个罪犯逃脱法网的意愿,而行使普遍管辖权正是实现这个目标最行之有效的办法。

综上所述,缔约国建立普遍管辖权的意愿固然很好,但行使普遍管辖权应限于一定的条件之下:即当与犯罪有密切联系的缔约国不愿意或不能够进行调查或起诉的情况下(同级补充原则或补充性普遍管辖),或当国际刑事法院不能行使其管辖权的情况下。这样既能保证不使一个罪犯漏网,又可防止国家滥用普遍管辖权。那种无限扩大管辖范围的做法,只能造成双边关系紧张的不良后果。比利时法院的近期实践就是一个很好的教训。<sup>④</sup>

#### 四、补充性原则对非缔约国的影响

毫无疑问,补充性原则首先对《罗马规约》的缔约方和准备批准规约的国家

① Dutch Explanatory Memorandum, Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3 (MvT), p. 2 and p. 18.

② 参见《罗马规约》第53条第(1)款(c)项。

③ “不能够”的情况还可能是因为由于罪犯羁押国可以行使普遍管辖权而拒绝引渡给能够判死刑的国家,使得与罪行有密切联系的国家得不到罪犯而不能审判。

④ 在美国政府的强烈反对下,比利时于2003年4月和8月两次修改了其1993/1999年法,彻底删除了对国际罪行拥有域外管辖权的原则。See BBC, Belgium to Curb War Crime Law, June 23, 2003, and Associate Press, Belgium Court Dismisses War Crimes Cases, Sept. 24, 2003, available at (visited October 2002) <http://www.globalpolicy.org>, <http://www.moniteur.be>.

的履约产生影响。根据“约定对第三者既无损也无益”的原则,<sup>①</sup>《罗马规约》补充性原则的法律义务应该仅对缔约国有约束力。然而不得不注意的是,《罗马规约》在执行国际刑法实体法方面对非缔约国也会产生间接或直接的影响。其间接影响主要表现在:国际刑事法院实体法规定具有习惯国际法地位。由于《罗马规约》是由参加罗马外交大会绝大多数国家通过的,<sup>②</sup>受到众多国家的支持,具有习惯法的重要法律价值,因此对所有国家都产生间接影响。此外,尽管《维也纳条约法》规定条约对第三方没有约束力,但是一些国际法庭和国内法庭在个案判决中均提出具有习惯国际法地位的条约对第三方具有影响的观点,例如,前南刑庭对“塔迪奇上诉案”的判决和对“安东案”的判决、<sup>③</sup>英国上议院对“皮诺切特案”<sup>④</sup>的判决。而且有些具有国际性质的刑事法庭也适用了《罗马规约》中的有关规定,例如塞拉利昂特别法庭,东帝汶特别法庭。<sup>⑤</sup>印度尼西亚的做法可以作为《罗马规约》实体法对非缔约国具有影响的例子:印度尼西亚没有签署《罗马规约》,而且据2002年11月30日《雅加达邮报》报道,它也不准备在近期内加入规约。但是在其通过关于建立特别人权法庭以调查和审判在东帝汶发生的严重违反人权的案件的第26/2000号法律时,印度尼西亚以《罗马规约》的定义为基础,特别是该法第9条关于危害人类罪的定义在很大程度上是与规约的规定相吻合的。<sup>⑥</sup>上述事实说明《罗马规约》对第三方产生的间接影响。其直接影响主要是国际刑事法院管辖权的延伸对第三方的影响,体现在两个方面:

首先,第12条第(2)款规定,当非缔约国国民被怀疑在一缔约国境内实施了犯罪,或一个缔约国的国民在一非缔约国境内犯罪,国际刑事法院即对该非缔约国国民或该罪行具有管辖权。虽然非缔约国没有义务与国际刑事法院合作,也没有承认其裁决的义务,但是法院裁定可受理案件的程序赋予非缔约国以援引补充性原则

① 参见《维也纳条约法公约》第34条。

② 《罗马规约》通过时,有120票赞成,只有7票反对,21票弃权。

③ *Prosecutor v. Tadic*, ICTY case IT-94-1, judgment of the Appeals Chamber 15 July 1999, para. 223; *Prosecutor v. Anto Furundzija*, ICTY case IT-95-17/1, judgment of the Trial Chamber of 10 December 1998, para. 227.

④ *Regina v. Bartle, ex parte Pinochet*, 38 I. L. M. 581 (House of Lords, 1999).

⑤ 关于塞拉利昂特别法庭, See Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN. DOC. S/2000/915, paras 12, 14-18; 东帝汶特别法庭是依据 UN-TAET Regulation 2000/15 建立的。其中第4~6条与国际刑事法院规约的第6、7、8条中的文字相同。

⑥ Article 9 of Law No. 26/2000 of 6 November 2000, in 3 Yearbook of International Humanitarian Law 719 (2000).

的权利。<sup>①</sup>反之,如果一个非缔约国的国民被怀疑在一个不愿意或不能够的缔约国境内犯有国际刑事法院管辖内的罪行,而该犯罪嫌疑人就在该缔约国领土内的情况下,而该非缔约国又想保证对其国民行使管辖权,它就必须符合补充性原则所要求达到的“愿意”和“能够”的标准。同样,如果一个缔约国的国民被怀疑在非缔约国境内犯有国际法院管辖内的罪行,并在一个不愿意或不能够进行调查和起诉但愿意或不得不与国际刑事法院合作的缔约国内被发现,而该非缔约国要想保证对该罪行行使管辖权,它也必须符合补充性原则所要求达到的愿意和能够的标准。从这个意义上讲,补充性原则也为非缔约国通过必要的履行《罗马规约》的立法起到了促进作用。

第二,在安理会根据第13条第2项向法院提交一项情势时,即使在没有国家同意的情况下法院也拥有行使管辖的权力。虽然在这种情况下,缔约国不能适用关于可受理性的初步裁定的程序,因为第18条第(1)款对根据第13条第1项和第3项以及第15条提交法院的情势的程序作了限制,<sup>②</sup>但是它们还是有可能根据第

<sup>①</sup> 《规约》第18条第(1)和(2)款所指的国家是那些“通常对有关犯罪行使管辖权的国家”和“正在或已经对其本国国民或在其管辖权内的其他人进行调查”的“国家”,第19条第(2)款(b)项和(c)项使得那些“对案件具有管辖权的国家”,那些正在或已经调查或起诉该案件,以及罪行发生地国或国籍国能够对案件的受理提出质疑。

<sup>②</sup> 《罗马规约》18条第(1)款规定:“在一项情势已依照第13条第1项提交本法院,而且检察官认为有合理根据开始调查时,或在检察官根据第13条第3项和第15条开始调查时,检察官应通报所有缔约国及通报根据所得到的资料考虑,通常对有关犯罪行使管辖权的国家。检察官可以在保密的基础上通报上述国家。如果检察官认为有必要保护个人、防止毁灭证据或防止潜逃,可以限制向国家提供的资料的范围。”规约第13条规定:“在下列情况下,本法院可以依照本规约规定,就第5条所述犯罪行使管辖权:1. 缔约国依照第14条规定,向检察官提交一项或多项犯罪已经发生的情势;2. 安全理事会根据《联合国宪章》第7章行事,向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势;3. 检察官依照第15条开始调查一项犯罪。”规约第15条规定:“(1) 检察官可以自行根据有关本法院管辖权内的犯罪的资料开始调查。(2) 检察官应分析所收到的资料的严肃性。为此目的,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,并可以在本法院所在地接受书面或口头证言。(3) 检察官如果认为有合理根据进行调查,应请求预审分庭授权调查,并附上收集到的任何辅助材料。被害人可以依照《程序和证据规则》向预审分庭作出陈述。(4) 预审分庭在审查请求及辅助材料后,如果认为有合理根据进行调查,并认为案件显然属于本法院管辖权内的案件,应授权开始调查。这并不妨碍本法院其后就案件的管辖权和可受理性问题作出断定。(5) 预审分庭拒绝授权调查,并不排除检察官以后根据新的事实和证据就同一情势再次提出请求。(6) 检察官在进行了第(1)款和第(2)款所述的初步审查后,如果认为所提供的资料不构成进行调查的合理根据,即应通知提供资料的人。这并不排除检察官审查根据新的事实或证据,就同一情势提交进一步的资料。”

19 条对案件的可受理性提出质疑。在安理会提交情势的情况下，如果非缔约国要成功地援引补充性原则，对法院的管辖权提出质疑，它们也应与缔约国一样在本国法律体系中履行《罗马规约》实体法。

综上所述，补充性原则对缔约国在履行《罗马规约》实体法方面具有重大的督促和规范作用。如果一国批准加入了《罗马规约》，承担履行规约的义务将是一件需要认真对待的大事。因此，如果一国准备加入《罗马规约》，应做好以下几个准备：

首先，最基本的准备是对《罗马规约》进行深入细致的研究，不仅了解规约字面上的意思，更重要的是对其内在的含义也要有深刻的了解。《罗马规约》共有 128 条，涉及的方面非常广泛，除了法律问题外，还包括人权保护、司法制度、国际政治和联合国安理会的作用等重大问题。因此做好研究工作是加入《罗马规约》的先决条件。

二是从政治意愿上和思想上做好接受国际刑事法院补充管辖的准备。做好将本国国民，包括将本国高级国家官员移交国际刑事法院审判的思想准备，因为如前所述，一旦一国加入规约就意味着放弃了对本国国家高级官员的刑事豁免权；做好能够接受国际刑事法院对本国的法律与司法程序进行审查的思想准备。根据补充性原则的标准，一旦被怀疑有“不愿意”或“不能够”调查或起诉的情况存在，就要接受法院的审查。

三是做好法律上的准备。按照补充性原则的要求对本国的法律系统，包括宪法、刑法、刑事诉讼法以及各项保障公民权利的法律进行全面的审查或修改，以完全符合《罗马规约》的规定，否则稍有不当或不慎之处，即会被列为“不愿意”或“不能够”的国家之行列，有关案件将被移交到国际刑事法院进行审判。

总之，《罗马规约》中的补充性原则是一个值得好好研究的问题。它以其特殊的标准对国内刑事法院按照《罗马规约》的要求对犯有国际罪行的人进行审判起到了独特的监督作用。

### **On Normative Role of the Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) over the National Legislation**

**Abstract:** The article contains four parts to deal with the issue of the normative role of the ICC over national legislation. Firstly, the article explains the principle meaning and role of the complementarity. The substantial meaning of complementarity is that the ICC

will take the jurisdiction over the core international crimes only when a State party, which is of priority to those crimes, is unable or unwilling to exercise its jurisdiction. One of its important role is to supervise and urge State parties to fully perform the international criminal law stipulated in the Rome Statute, the purpose of which is to enhance the exercise of the jurisdiction of State parties over those international crimes prohibited by the Statute. Secondly, the article deals with the issue of normative force of the complementarity, pointing out the importance and the necessity for State parties to make relative legislation in their own countries according to the regulations of the Rome Statute so as to ensure their exercise of jurisdiction over the most serious international crimes. Thirdly, the article discusses the concrete requirements of complementarity on the execution of the Statute by a State party, holding that a State party should try its best to keep the exact meaning of each concept in the Statute when making its national legislation. Finally, the article analyzes the indirect and direct effects on non-State parties.