

国际刑事法院审理 阿富汗情势案的进展评析

文◎马金星*

2017年11月3日,国际刑事法院(International Criminal Court)检察官班索达(Fatou Bensouda)宣布,该法院第一预审分庭已被指定处理阿富汗情势案。班索达在其声明中表示,根据《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《罗马规约》),所有可以允许开始进行调查的法律标准都已得到满足,鉴于法庭司法时限的制约,该案调查范围限于2003年5月1日开始在阿富汗发生的战争罪和危害人类罪指控以及2002年7月1日以来发生在《罗马规约》其它缔约国领土上同战争罪有关的情势。被调查对象涉及美军部队及中央情报局特工、阿富汗安全部队等。阿富汗是《罗马规约》缔约国,而美国并未加入该规约,但依照国际法规定,其他国家士兵在缔约国领土内犯下的罪行也属于国际刑事法院的管辖范围,因而,被控实施上述犯罪行为的美公民同样能够被国际刑事法院问责。如果班索达的调查申请获得批准,或将首次有美国公民因在阿富汗的作战行动面临指控。因此,该案在法律及外交层面均具有重要意义。

一、阿富汗情势案涉及的犯罪

阿富汗情势案涉及战争罪与危害人类罪。班索达在其声明中指出,其在适当时候将向法院提出请求,在获得法律许可后,展开一项调查,提供证据证明有足够的合理基础相信在阿富汗出现了同武装冲突有关的战争罪和危害人类罪行。国际刑事法院第一预审分庭的法官将裁定班索达所提供的证据是否可以满足《罗马规约》允许开始进行调查的法律标准。

(一)战争罪

战争罪,指武装冲突时期违反战争法或国际人道法的行为。^[1]《罗马规约》第8条规定了战争罪行,它是属于一种作为一项计划或政策的一部分所实施的行为,或作为在大规模实施这些犯罪中所实施的行为。该规约将战争罪分为国际性武装冲突中的罪行和非国际性武装冲突中的罪行,并在此基础上列举了50种具体的犯罪行为,^[2]尽管如此,《罗马规约》不可能罗列所有的战争罪行,构成战争罪的罪行不断被扩展。如前南斯拉夫问题国际刑事法庭(《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第2条和第3条)将使用有毒武器和摧毁历史遗产(包括村庄、住宅、特殊建筑物)视为战争罪,卢旺达国际刑事法庭(《卢旺达国际刑事法庭规约》第4条)将恐怖活动囊括其中;而国际刑事法院则将战争罪扩展适用于贩卖毒品、洗钱、劫持飞机和船舶。国际刑事法院在2012年鲁邦伽案(Lubanga Case)判决中,首次确认征募15岁以下儿童参与武装冲突,也属于战争罪行,构成战争罪。但是,《罗马规约》排除了适用于内部动乱和紧张局势中发生之有关行为,而且于第8条第3项明确规定,国家有权以一切合法手段维护自己的国家统一和领土完整,维护或重建国家的法律和秩序。

(二)危害人类罪

危害人类罪,指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,在明知这一攻击的情况下,作为攻击的一部分而实施的行为。^[3]在1920年年8月10日协约国对土耳其和约中,危害人类罪尚被包括在战争

* 中国社会科学院博士后、中国社会科学院海洋法与海洋事务研究中心研究人员[100720]

罪中,而非一种独立或单独的国际犯罪类型。危害人类罪明确定义首次出现在1945年《欧洲国际军事法庭宪章》第6条第2款第3项。^[4]《罗马规约》列举了谋杀、灭绝等十一类行为,构成危害人类罪的罪行一般不是孤立或偶发的事件,或是出于政府的政策,或是实施了一系列被政府允许的暴行。^[5]值得注意的是,无论是在外延上还是在内涵上,构成危害人类罪的罪行范围都在扩充与发展之中。

依据《罗马规约》第7条第1款的规定,构成危害人类罪的行为要件包括客观要件和主观要件:客观要件是存在“广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击”的行为,卢旺达国际刑事法庭认为,平民是指没有积极参加任何敌对行动的人员,包括放下武器以及因病、伤、拘禁或任何其他原因丧失战斗能力的武装部队人员。^[6]红十字国际委员会《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》承认,作为军事必要而言,某人在准备实施直接参加敌对行动的行为、部署实施、实际执行和执行之后回来的整个过程中都是可以成为攻击目标的。此外,如果一些农民或其他人组成了一个独立的团体,符合了组织性的要求,并与政府军在夜间进行战斗、达到了足够的强度标准而可以被认为是冲突的另一个有组织武装团体参战方,则这些人会因为其身份而可以成为攻击目标,而无论其白天的职业是什么。^[7]前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭判例均主张,“广泛”和“有系统”这两个条件是择一条件而非联合条件,达到其中任意一个,即能认定犯罪成立,“广泛”指攻击的大规模性质及其受害者人数的众多,不包括孤立的暴力行为;“有系统”指暴力行为是有组织的,且不是随机发生的。^[8]主观要件则要求行为人具有明知的故意。行为人如果有意实施这种攻击,即具备这一心理要件,^[9]行为人是否知道攻击的所有特性或国家或组织的计划或政策的详情,则无关紧要。^[10]

二、阿富汗情势案各方反应及法院管辖权

《罗马规约》第5条规定了四项罪名归国际刑事法院管辖,即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵

略罪。国际刑事法院对非《罗马规约》缔约国公民主张管辖权有两种路径:一是联合国安理会正式通过决议交由国际刑事法院司法管辖;二是被控犯罪行为发生在《罗马规约》缔约国境内。对阿富汗境内发生的战争罪与危害人类罪的调查,包括检视美国籍军事人员在当地的涉嫌犯罪行为,一旦将美国公民纳入法院管辖范围,则美军在阿富汗涉嫌犯罪行为不再享有“免责”保护。

(一)各方反应

早在2016年,由班索达负责完成的初步调查报告显示,有证据证明近百名阿富汗囚犯在美军部队审讯过程中遭到折磨、虐待甚至强奸,美军部队和美国中央情报局(CIA)可能因在阿富汗虐囚而犯下战争罪行,涉嫌战争罪的行为大部分发生在2003年至2004年之间,但最近的则是在两年前发生。报告称,“在2003年5月1日至2014年12月31日之间,美国武装部队成员至少使61名阿富汗囚犯受到酷刑、虐待和侵犯个人尊严等对待”。^[11]

为了应对国际刑事法院管辖,早在2002年美国即通过《美国现役军人保护法》(American Service members' Protection Act),该法规定如果美国人被国际刑事法院问责,美国军方可以强行将其撤回。该法还限制美国与国际刑事法院的合作,并禁止向《罗马规约》缔约国提供军事援助,除非他们与美国签署了双边豁免协议。^[12]针对班索达的声明,美国五角大楼发言人埃里克·帕洪(Eric Pahon)明确表示,正在审查班索达的授权请求,但反对国际刑事法院管辖,认为“国际刑事法院对美国人员的调查是完全没有根据的,也是不合理的”,“启动国际刑事法院的调查不会有利于阿富汗的和平与正义”。美国司法部则表示将不会起诉任何善意行事并在法律顾问办公室(OLC)指导下行事的人。^[13]而阿富汗外交部尚未对班索达及美国的声明予以回应。

(二)国际刑事法院管辖权

关于国际刑事法院行使管辖权问题上,不仅法院检察官可以启动调查和起诉机制,就是法院缔约

国和联合国安理会也可以向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势,启动法院的运转。检察官办公室是根据规约的规定调查和起诉“灭绝种族罪”、“危害人类罪”和“战争罪”。按照《罗马规约》的规定,尽管缔约国和联合国安理会也可以在启动机制上发挥作用,但只能就某个“情势”(situation)提出请求。在国际刑事法院与国家法院对同一案件均具有管辖权的情况下,不论该国是缔约国还是非缔约国,国际刑事法院管辖权都同样是对国家刑事管辖权起补充作用。^[14]而国际刑事法院取得管辖权不仅需要符合《罗马规约》第11条关于属时管辖权,而且也需要符合第12条关于属地管辖或属人管辖的要求,即犯罪行为或者发生在缔约国或按照《规约》第12条第3款声明接受法院管辖的国家的领土范围内,或者行为人是缔约国或声明接受法院管辖国的国民。^[15]

战争罪和危害人类罪属于《罗马规约》规定的罪名。《罗马规约》于2002年7月1日生效,在阿富汗发生的战争罪和危害人类罪指控发生在《罗马规约》在阿富汗生效之后,班索达对于阿富汗情势案调查时间起点(2002年7月1日和2003年5月1日)设计,显然是为了符合《罗马规约》第11条第1款、第2款关于属时管辖权的规定。由于这些行为发生在阿富汗境内,也符合法院的属地管辖。因此,预审分庭有权根据《罗马规约》第53条第1款所设定的标准,结合所有的有效信息对检察官的请求进行了审查。

三、阿富汗情势案发展趋势及对我国的启示

(一) 阿富汗情势案发展趋势

美国政府对国际刑事法院的管辖持反对态度。为了保护美国公民免遭起诉,美国与许多国家谈判签署双边合作协议,或经济与财政援助协议,或者军事协议时,都在协议中加入禁止将美国公民起诉、抓捕、交付或移送给国际刑事法院的条款。可以肯定的是,美国既不会配合国际刑事法院的调查活动,也不会将相关犯罪嫌疑人移送海牙接受审判。尽管《国际刑事法院程序和证据规则》第134条补充条款允许被告人缺

席审判,^[16]在美国不配合调查、审判的情况下,犯罪嫌疑人不到庭,即便预审分庭裁定国际刑事法院受理该案,审判也无法实际进行。目前国际刑事法院逮捕令的执行还有赖于各缔约国的主动配合,由于国际刑事法院没有类似警察这样的机构,对犯罪嫌疑人的逮捕等有赖于主权国家的合作。因此,在美国不愿意交出涉案人员的情况下,国际刑事法院对相关美国籍犯罪嫌疑人的指控和执行逮捕很可能不了了之。

(二) 该案对我国的启示

2017年,中国人民解放军驻吉布提保障基地正式成立后,不同兵种的人民解放军将长期驻扎海外,国防外延越过我国陆地边境。十九大报告提出,要“加强练兵备战,有效遂行海上维权、反恐维稳、抢险救灾、国际维和、亚丁湾护航、人道主义救援等重大任务”。伴随我国海外利益的拓展,可以预计,人民解放军执行战争和非战争军事行动的机会和需求将日益增多,对于海外驻军刑事犯罪问题需要给予高度关注。中国至今未加入《罗马规约》,阿富汗情势案表明,国际刑事法院通过属地管辖的方式,同样可以将非缔约国公约纳入法院管辖。因此,我国海外驻军一旦被指控涉嫌《罗马规约》第5条第1款规定的法院管辖权内的犯罪,即存在被诉风险。此外,《罗马规约》针对的是国家暴力,该规约第27条第1款规定:“本规约对任何人一律平等适用,不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份,在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任,其本身也不得构成减轻刑罚的理由。”换言之,即使指挥海外行动的军事指挥官位于国内,也可能被指控涉嫌《罗马规约》第5条第1款规定的犯罪。完善国内立法,对我国军人在他国的法律地位、刑事管辖等内容进行了详细规范,势在必行。

第一,立法明确我国军事人员在海外非战争军事行动中的犯罪。军人在战争与非战争军事行动中的法律身份及享有的责任豁免不同,军人在非战争军事行动中的法律身份更接近于平民,执行非战争军事行动的军人承担的责任与面临的风险不对等。因此,需要在

《刑事诉讼法》、《办理军队和地方互涉刑事案件规定》等法律法规中增加相关条款,予以明确和区分。

第二,针对海外军事行动法进行专门立法,制定类似《军事行动法》等,对包括战争及非战争军事行动在内的行动目的、职责和内容等进行界定,搭建军队与政府部门之间的组织、指挥、协调法制平台,明确相应的军需保障机制,规范海外军事行动中涉及的国防动员、军事征用等具体事项,以及与《联合国宪章》及其他国际条约、国际惯例等相衔接的法律问题。

第三,我国海外驻军介入他国武装冲突或执行非战争行动(如救灾、撤侨等)前,要评估该行为的国际刑事法律风险,关注行动地国家是否为《罗马规约》缔约国;如果其为《罗马规约》缔约国,应考虑通过签订双边协定的方式,对海外行动中我国军人犯罪的管辖权及责任做出豁免性规定,或规定相关犯罪由我国军事法院管辖。

四、结论

尽管国际刑事法院的管辖权仍然是一种有限管辖权,但属地管辖权扩大了国际刑事法院的管辖范围,却是不争的事实。在缺席审判成为可能的背景下,非《罗马公约》缔约国公民调查起诉的几率大大增加。伴随国家海外利益的拓展,我国国防外延正逐步越过陆地边境,未来中国公民被国际刑事法院问责的概率正在增加,对此,应当密切关注阿富汗情势案的发展,根据该案反馈的问题,及时弥补添补国内法及双边协定存在的缺漏,保障海外军事行动顺利进行,维护中国公民的合法权益。

注释:

[1] Gary D. Solis. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. Cambridge University Press, 2010: 301 - 303.

[2] 赵少群:《国际法庭管辖的战争罪与武装冲突》,《政治与法律》2006年第6期,第105-110页。

[3]《罗马规约》第7条第1款

[4] Paul D. Marquardt, "Law Without Border: The Constitutionality of an International Criminal Court", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.33, 1995, p.79.

[5] Guy Horton. *Dying Alive: A Legal Assessment of Human Rights Violations in Burma*. The Netherlands Ministry for Development Co-Operation, 2005: 201.

[6] Prosecutor v. Akayesu, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, Case No. ICTR-96-4-T, para.582.

[7] Prosecutor v. Dusko Tadi, Decision on the Defence, Appeals Chamber, Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

[8] Prosecutor v. Mrkšić, Judgment, Trial Chamber II, 27 September 2007, Case No. IT-95-13/1-T, para. 437

[9] Documents of the Report of the Preparatory Commission, PCNICC/2000/1/Add.2, p.5.

[10] Documents of the Report of the Preparatory Commission, PCNICC/2000/1/Add.2, p.5.

[11] 国际刑事法院:《美军或在阿富汗犯下战争罪》, http://www.bbc.com/zhongwen/trad/world/2016/11/161115_icc_us_forces_afghan_war_crimes (2017年11月23日)。

[12] See Sec.2004 American Servicemembers' Protection Act of 2002, as Amended Through P.L. 110 - 181, 2008.

[13] Merrit Kennedy. "ICC Prosecutor Calls For Afghanistan War Crimes Investigation", <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2017/11/03/561842662/icc-prosecutor-calls-for-afghanistan-war-crimes-investigation> (23 November 2017)

[14] 陈泽宪:《国际刑事法院管辖权的性质》,载《法学研究》2003年第6期。

[15] Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. P.17. ICC-01/09-19.

[16] Rule 134 ter ICC Rules of Procedure and Evidence.