

国际刑法

论《罗马规约》对国家“不愿意”管辖的判定标准及我国的担忧

朱丹

摘要 我国认为《罗马规约》第17条第2款关于国家“不愿意”管辖的判断标准过于主观,国际刑事法院会因此成为凌驾于国内法院之上的“上诉法院”。分析我国立场的关键在于对《规约》中“国际法承认的正当程序原则”的解释与适用。如果国际刑事法院在实践中将国内诉讼对当事人国际人权公约所载权利尤其是公正审判权的保障情况纳入其审查范围,就不但会混淆其与国际人权条约机构的不同职能,而且会加深我国对其成为“上诉法院”的担忧。

关键词 “不愿意”管辖 国际法承认的正当程序原则 公正审判权 上诉法院 国际人权条约机构

在《罗马规约》(以下简称《规约》)的谈判过程中,各国代表们所要解决的一个根本问题是如何界定国际刑事法院与国内法院的关系。^① 根据国家主权原则,刑事管辖权是国家主权的一个重要方面。^② 大多数国家(包括我国)在支持建立常设国际刑事法院的同时不愿意创设一个可以侵犯其主权的司法机构。^③ 在临时委员会(Ad Hoc Committee)和预备委员会(Preparatory Committee)的谈判过程中,各国代表团普遍支持国际刑事法院对国家刑事管辖权起补充作用,但是关于如何建立一个执行补充性原则(Principle of Complementarity)的机制则存在着不同意见,^④主要的分歧点在于国际刑事法院行使补充性管辖权的判断标准。^⑤ 本文将结合我国的主张分析国际刑事法院行使补充性管辖权情形之国家“不愿意”管辖的主观判断标准,并依据国际刑事法院的最新实践探讨是否《规约》的现行规定足以消除我国对国际刑事法院成为“上诉法院”的担忧,及其对我国与国际刑事法院未来发展关系的影响。

一、关于国家“不愿意”管辖判断标准的谈判及我国的主张

为了执行补充性管辖原则,就必须建立一个机制确定一个情势(或案件)是在国家管辖范围内还是在国际刑事法院管辖范围内,以及国际刑事法院在何条件下可以行使管辖权或受理该案件。^⑥ 国际法委员会

① John T. Holmes, “The Principle of Complementarity”, in Roy Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, at 41.

② Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, at 289, 303.

③ Flavia Lattanzi, “The Rome Statute and State Sovereignty, ICC competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism”, in Flavia Lattanzi & William A. Schabas (eds), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court (volume 1)*, Fagnano Alto: il Sirente, 1999, at 51.

④ Batram S. Brown, “Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals”, *23 Yale Journal of International Law* (1998), at 433.

⑤ Flavia Lattanzi, “The Complementarity Character of the Jurisdiction of the Court with respect to National Jurisdictions”, in Flavia Lattanzi (ed), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Napoli: Editoriale Scientifica, 1998, at 11.

⑥ 李世光、刘大群、凌岩主编:《国际刑事法院罗马规约评释》(上册),北京大学出版社2006年版,第214页。

1994年的《规约》草案在国家接受国际刑事法院管辖权问题上采取了“选入”(opt-in)的方式,^①补充性管辖原则因此体现在两个层面上:首先是国际刑事法院的管辖权是否“存在”(the existence of jurisdiction),由国家同意(state consent)来决定;其次是国际刑事法院是否可以“行使”管辖权(the exercise of jurisdiction),则由可受理性标准(admissibility)来决定。^②但是随着谈判的继续,“选入”模式被逐渐抛弃,《规约》采取了自动管辖权(automatic jurisdiction)的模式,^③由此,补充性管辖原则失去了它在国际刑事法院管辖权是否“存在”层面的效力,而仅仅留存于国际刑事法院是否可以“行使”管辖权的层面,这主要规定于《规约》第17条的法院可受理条款中。虽然我国代表在谈判过程中一直反对法院的“自动”管辖权,并认为其违反了补充性管辖原则,^④但是我国的意见并未被《规约》所采纳,国家同意在决定国际刑事法院补充性管辖权的过程中几乎不发挥作用,因此,对于执行补充性管辖原则的可受理性标准的拟定便成为了谈判的重点,这也是评估我国对国际刑事法院管辖权立场的关键。

《规约》第17条主要规定了两种国际刑事法院可以行使补充性管辖权情形:“不能够”(unable)和“不愿意”(unwilling)。“不能够”是指一国国内司法系统的全部或部分瓦解。^⑤大多数代表同意在一国“不能够”进行国内诉讼的情况下,国际刑事法院可以行使管辖权,而且对于“不能够”判断标准的争议也相对较小。^⑥对于“不愿意”管辖,《规约》第17条第2款规定,法院应根据“国际法承认的正当程序原则”(principles of due process recognized by international law)来考虑是否国内已经或者正在进行的诉讼程序“是为了包庇有关的人”;是否诉讼程序存在着“不正当延误”,或者是“没有以独立而无偏倚的方式进行”,并且这种延误或者方式是“不符合将有关的人绳之以法的目的”。^⑦然而,在谈判过程中,对于这些标准的拟定都存在着很大的争议,甚至对于是否应该纳入国家“不愿意”管辖作为国际刑事法院可以行使补充性管辖权的理由之一也存在有不同意见。我国在缔约过程中对这两个问题都表达了自己的立场,然而最终《规约》的相关规定并没能反映我国的主张,于是也就成为了我国对《规约》投反对票的原因之一。^⑧

(一)有关是否纳入国家“不愿意”管辖的争议及我国的主张

在谈判过程中,很多国家从主权的角度出发反对《规约》纳入“不愿意”这个概念作为国际刑事法院可以介入的理由。^⑨大多数国家同意在国内法院并未进行诉讼程序的情况下,国际刑事法院可以按照规定行使补充性管辖权,但是对于一国正在进行的目的是为了包庇相关人的虚假诉讼程序(sham proceeding),国际刑事法院是否有权介入则存在着分歧。^⑩我国代表主张,“国际刑事法院只有在在一国的司法体系瓦解的情

① 对于除了灭绝种族罪以外的其他国际罪行,1994年的国际法委员会规约草案采取了“选入”的模式来决定国家对国际刑事法院管辖权的接受问题。“选入”的模式意味着一国对于规约的批准只代表该国成为了公约的成员方,并不自动代表该国接受了国际刑事法院的管辖权,国家可以通过提交一个单独的特别声明的方式来接受其管辖权。这种模式类似于国际法院(International Court of Justice)规约第36条的任择条款。

② James Crawford, “The Drafting of the Rome Statute” in Philippe Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, at 147.

③ “自动”管辖权意味着一国对国际刑事法院规约的批准就代表该国对国际刑事法院的管辖权的接受。See Elizabeth Wilmshurst, “Jurisdiction of the Court”, in Roy S. Lee, (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, at 129, 131.

④ Statement by Mr. Chen Shiqiu (China), 6th Comm., 25th mtg., UN GAOR, 50th Sess., 30 October 1995, A/C.6/50/SR.25, para 69; see also Statement by Mr. Duan Jielong (China), 6th Comm., 11th mtg., UN GAOR, 52th Sess., 4 November 1997, A/C.6/52/SR.11, para 97.

⑤ Rome Statute, Article 17(3).

⑥ Sharon A. Williams & William A. Schabas, “Article 17”, in Otto Triffterer (ed.), 2nd ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court—Observers’ notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2008, at 610.

⑦ Rome Statute, Article 17(2).

⑧ 李世光、刘大群、凌岩主编:《国际刑事法院罗马规约评释》(上册),北京大学出版社2006年版,第4—5页。

⑨ John T. Holmes, “The Principle of Complementarity”, in Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, at 48.

⑩ Philippe Kirsch, QC and Darryl Robinson, “Reaching Agreement at the Rome Conference”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta, and John R. W. D. Jones, (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*?, Oxford University Press, 2002, at 69.

况下才可以发挥补充作用”；^①并且，“当一个国家正在调查、起诉或者审判某个案件的时候，国际刑事法院不应该行使管辖权”。^②包括我国在内的很多国家担心国际刑事法院会成为一种上诉法院，对一国的国内司法决定或程序做“判决”，因此反对国际刑事法院被赋予“判决”一国国内司法活动的权力。^③在谈判之初，中国代表团就指出：“国际刑事法院不应该取代国内法院，或者是成为超国家的法院，又或是成为针对国内法院判决的上诉法院，否则将会违反补充性管辖原则”。^④然而其他国家则认为，赋予法院这种“判决”权力是非常必要的，否则国家就可以通过虚假的调查与审判来包庇犯有严重国际罪行的人。^⑤随着谈判的进行，对于纳入“不愿意”概念的阻力逐渐减少，大多数国家逐渐认同如果不将“不愿意”作为国际刑事法院可以行使管辖权的理由就相当于邀请国家通过虚假的调查与诉讼来阻止国际刑事法院的管辖权。^⑥因此，争议的焦点逐渐转移到了如何确立“不愿意”的判断标准问题上。

(二)有关国家“不愿意”管辖判断标准的争议及我国的主张

对于国家“不愿意”管辖判断标准的争议主要集中于标准的客观性与主观性的权衡上。为了减轻某些国家对于国际刑事法院可能成为上诉法院的担忧，谈判代表们普遍同意对于“不愿意”的判断标准应尽可能客观，只保留有限的主观性因素以保证法院在判定国家是否“不愿意”管辖时有一定的“余地”。^⑦在罗马外交大会上，各国代表们深入讨论了如何增加更加详细的客观因素以澄清“不愿意”的概念。例如，很多代表批评预备委员会所采用的“不适当延误”(undue delay)适用起点太低，罗马大会的全体委员会(Committee of the Whole)便在最终的《规约》草案中将其替换为“不正当延误”(unjustified delay)，也就是《罗马规约》第17条第2款b项的现行规定。通过这样的改变，“不正当延误”所设定的适用起点要比“不适当延误”相对高。依据“不正当延误”标准，在国际刑事法院决定一个案件可以受理之前，国家有权向国际刑事法院解释其国内延误起诉的原因。^⑧

此外，由于一些国家包括我国提出《规约》草案第17条第2款关于“不愿意”的判定标准过度主观并且给予了法院过于广泛的裁量权，《规约》在第17条第2款的前言中增加了“国际法承认的正当程序原则”标准。^⑨这个标准最初是被加入到第17条第2款c项“没有以独立而无偏倚的方式进行”的规定中以增加更多的客观性。^⑩随着谈判的继续，一些支持加入这个标准的国家表示《规约》草案“不愿意”条款下的其他两种情形(a项和b项)的判断标准仍然缺乏客观性，相应地，“国际法承认的正当程序原则”标准就被加入到《规约》第17条第2款的前言中，并适用于“不愿意”条款下的所有三种情形。^⑪然而《规约》采取的这种增加客观度的方式并没有反映我国的主张，在谈判过程中，我国代表曾建议在《规约》第17条第2款a项“一国所作出的决定”之后增加“违反本国法律”(in violation of the country's law)，并且在《规约》第17条第2款b项中增加“国内程序规则”(national rules of procedure)，在《规约》第17条第2款c项中增加“国内程序规

① Statement by Mr. Qu Wensheng (China), 6th Comm., 9th mtg., UN GAOR, 53th Sess., 4 Nov. 1998, A/C.6/53/SR.9, para 42; Statement by Mr. Chen Shiqiu (China), 6th Comm., 25th mtg., UN GAOR, 50th Sess., 30 October 1995, A/C.6/50/SR.25, para. 69.

② Statement by Mr. Wang Guangya (China), 3rd Plenary Meeting, 16 June 1998, U. N. Doc. A/CONF.183/SR.3, in Official Records, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Vol. II, U. N. Doc. A/CONF.183, para 37.

③ Jefferay L. Bleich, "Complementarity", 25 Denver Journal of International Law and Policy (1996-1997) 281, at 284.

④ Statement by Mr. Chen Shiqiu (China), 6th Comm., 25th mtg., UN GAOR, 50th Sess., 30 October 1995, A/C.6/50/SR.25, para. 69.

⑤ Philippe Kirsch, QC and Darryl Robinson, "Reaching Agreement at the Rome Conference", in Antonio Cassese, Paola Gaeta, and John R. W. D. Jones, (eds) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford University Press, 2002, at 69.

⑥ Sharon A. Williams & William A. Schabas, "Article 17", in Otto Triffterer (ed), 2nd ed, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' notes, Article by Article, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2008, at 610.

⑦ Ibid, at 48.

⑧ Sharon A. Williams & William A. Schabas, "Article 17", in Otto Triffterer (ed), 2nd ed, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' notes, Article by Article, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2008, at 612.

⑨ John T. Holmes, "The Principle of Complementarity", in Roy Lee (ed), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, 1999, at 53.

⑩ Id.

⑪ 同注⑧。

则的一般适用标准”(the general applicable standard of national rules of procedure) 作为标准。^①然而,《规约》并没有采纳我国所提出的这种依据各国国内规则与程序来判定国家是否“不愿意”进行管辖的主张,而是采用了“国际法承认的正当程序原则”标准。在《规约》通过后,我国代表指出:“《规约》的一些条款未能反映补充性管辖原则;与之相反,国际刑事法院成为了一个凌驾于国内法院之上的上诉法院。按照第 17 条的规定,国际刑事法院可以对任何国家包括《规约》非缔约国正在进行的法律程序作出审查以决定该审判是否公正,并据此来行使管辖权;也就是说,《规约》授权国际刑事法院对一个国家的司法制度和法律程序进行审查并否认其国内法院的决定。此外,《规约》对于一国的审判是否公正以及该审判是否以包庇犯罪为目的的判断标准非常主观与模糊。例如,按照《规约》第 17 条第 2 款的规定,一国正常的法律程序可被判定为不公正或是以包庇犯罪为目的;此条款被基于政治目的滥用的可能性非常大。虽然中国代表团在罗马会议上努力推动建立一套更客观的标准,但是未能取得进展。”^②

二、对案件可受理性的主客观标准以及我国立场的分析

《规约》第 17 条第 2 款 a 项规定的第一个标准要求检察官或者法庭确立国家的诉讼或者判决的目的是为了包庇有关人员使其不负刑事责任,这涉及到证明“国家具有与其外在行为相反的不正当目的”,^③因此包含较大的主观性因素。但是要求证明国家具有“包庇”的意图同时也是一个相对比较高的适用标准:仅仅证明国家进行诉讼的目的是为了阻止国际刑事法院行使其补充性管辖权是不足够的,因为这是《规约》所允许的、同时也是补充性管辖权原则的实施模式。^④相比之下,《规约》第 17 条第 2 款 b 项和 c 项所包含的客观性因素要大于主观性因素:无论是在进行国内诉讼时存在“不正当的延误”还是“没有以独立而无偏倚方式进行”都可以作出相对客观的判定。但是判断这种“延误”或者“不独立或不公正的方式”是否不符合“将有关的人绳之以法的目的”则涉及了一定的主观性因素。

从大体上看,《规约》第 17 条第 2 款决定“不愿意”管辖的三种情形都需要国际刑事法院的检察官或法官来判断一个国家是否具有将相关人绳之以法的意图或者目的(intent),所以整个条款的标准都包含有一定的主观性因素和政治敏感性。从前述的缔约过程可以看出,《规约》谈判的成果之一是对“不愿意”管辖拟定更加客观的判断标准,例如从“不适当延误”到“不正当延误”的改变。同时,《规约》加入了“国际法承认的正当程序原则”作为适用于“不愿意”管辖三种情形的总体标准,然而《规约》并没有明确“国际法承认的正当程序原则”的具体内容是什么。^⑤较之相对模糊的国际法正当程序标准,我国主张依据国内规则与程序作为依据来减少“不愿意”管辖判断标准的主观性。^⑥在我国的主张未被《规约》采纳的前提下,评估我国立场的关键在于“国际法承认的正当程序原则”标准可否解除我国对于《规约》“不愿意”管辖判定标准被滥用、以及导致国际刑事法院成为上诉法院的担忧。

(一)国际刑事法院成为上诉法院的可能性探究

不可否认的是,正如我国代表所指出的,按照《规约》第 17 条第 2 款的规定,国际刑事法院会对一国正

^① Statement by Ms. Li Yanduan (China), Summary Records of the Meetings of the Committee of the Whole, 12th Mtg, 23 June 1998, U. N. Doc. A/CONF. 183/C. 1/SR. 12, in Official Records, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Vol. II, U. N. Doc. A/CONF. 183, para 9.

^② Statement by Mr. Qu Wensheng (China), 6th Comm., 9th mtg., UN GAOR, 53th Sess., 4 Nov. 1998, A/C. 6/53/SR. 9, para 42.

^③ Louise Arbour & Morten Bergsmo, “Conspicuous Absence of Jurisdictional Overreach”, in Herman A. M. von Hebel, Johan G. Lammers, and Jolien Schukking (eds), Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos, T. M. C. Asser Press, 1999, at 131.

^④ Leila N. Sadat & S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, Georgetown Law Journal, 88 (2000), at 418.

^⑤ Jann K. Kleefner, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, Oxford University Press, 2008, at 127.

^⑥ Statement by Ms. Li Yanduan (China), Summary Records of the Meetings of the Committee of the Whole, 12th Mtg., 23 June 1998, U. N. Doc. A/CONF. 183/C. 1/SR. 12, in Official Records, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Vol. II, U. N. Doc. A/CONF. 183, para 9.

在进行的国内诉讼程序进行审查,并决定是否行使补充性管辖权,^①但是这种审查是否会导致国际刑事法院成为上诉法院呢?问题的关键在于如何解释与适用《规约》17条第2款的“国际法承认的正当程序原则”:国际刑事法院的审查范围是仅涉及国内法院包庇相关人的几种特定情况还是包括有关正当程序原则的一切问题。例如,《规约》17条第2款c项规定如果国内正在进行的诉讼没有以独立而无偏倚的方式进行,并且不符合将有关人绳之以法的目的时,国际刑事法院可以行使补充性管辖权;而按照《公民权利和政治权利国际公约》的规定,诉讼当事人应享有包括“独立而无偏倚的法庭”在内的公正审判权;^②相应产生的问题是:国际刑事法院的审查范围是只限于国内法院是否以违背“独立而无偏倚”的审判方式包庇了当事人,还是包含当事人在国内诉讼程序中的所有公正审判权都得到了保障。也就是说,《规约》是只允许国际刑事法院在国内法院包庇有关当事人的几种特定情形下行使补充性管辖权还是授权国际刑事法院在国家的诉讼程序不符合国际人权标准的情况下就可以进行干涉。如果是后者,国际刑事法院相对于国内法院的关系就类似于一个国际上诉法院,拥有对国内法院决定和诉讼程序进行全面审查的权力,^③在这种情况下,我国的担忧就具有正当性和合理性。

事实上,对于如何解释和适用《规约》中的“国际法承认的正当程序原则”在西方学者中也有争议,主要存在与上述两种情形类似的两种观点。一部分学者认为,“国际法承认的正当程序原则”需要国际刑事法院审查一国的诉讼是否符合国际人权公约中规定的、以及国际人权条约机构在实践中发展的所有程序性以及实体性的正当权利。^④他们认为,国际刑事法院是正当程序的典范,需要保证当事人在《公民权利和政治权利国际公约》下的所有正当权利。^⑤因此,如果一国法院未能保证当事人依据国际人权公约所享有的基本权利,尤其是公正审判权,国际刑事法院便可以依据《规约》第17条来行使补充性管辖权。^⑥而另一部分学者则认为,只有在国内法院对正当程序原则的违反是利于于当事人的时候,国际刑事法院才可以行使补充性管辖权,而在国内法院对正当程序原则的违反是不利于于当事人的时候,国际刑事法院是不能够介入的。^⑦也就是说,如果一个国家国内法院的法律程序的进行是为了使相关人更难以被定罪,则国际刑事法院可以介入并行使补充性管辖权;而如果国内的法律程序的进行会使相关人更容易被定罪,则国际刑事法院应该允许国内法院行使管辖权,即使这些法律程序不公正,因为这种不公正并不与“将有关的人绳之以法的目的”相违背。^⑧这种观点主张:只有在一国法院具有包庇当事人的目的的时候,“延误”或者“没有以独立而无偏袒的方式进行”才可以成为国际刑事法院介入的原因;国际刑事法院的建立是为了处理国内法院中因对正当程序原则的违反而致当事人受益并逃避其刑事责任的情形;^⑨《规约》的目的并不是让国际刑事法院负责保护当事人在国内诉讼程序中的基本权利,虽然第17条第2款实际上会起到鼓励国内法院遵守“国际法承认的正当程序原则”的作用,但并不是国内法院对所有正当程序原则的违反都会导致国际刑事法院的介

① Luis Moreno-Ocampo, “A positive approach to complementarity: The Impact of the Office of the Prosecutor”, in Carsten Stahn & M. El Zeidy (eds) *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011, at 23.

② International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14.

③ Jimmy Gurule, “United States Opposition to the 1998 Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court Truly Complementary to National Criminal Jurisdiction?” 35 *Cornell International Law Journal* (2002), at 27.

④ Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, at 169.

⑤ Albin Eser, “For Universal Jurisdiction: Against Fletcher’s Antagonism”, 39 *Tulsa Law Review* (2004), at 955, 963.

⑥ Jann K. Kleffner, “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003), at 112; Federica Gioia, “State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law* (2006), at 1111.

⑦ Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Williams & Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd edn, Cambridge University Press, 2010, at 156.

⑧ Kevin Jon Heller, “The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process”, *Criminal Law Forum* (2006), at 258.

⑨ Markus Benzing, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight Against Impunity”, 7 *Max Planck Yearbook of UN Law* (2004), at 598, 607.

入,只有在国内法院具有包庇的目的或者不符合将有关人绳之以法的目的时才具有这种效力。^①

笔者认为,第二种观点更有说服力,因为这种解释可以从《维也纳条约法公约》对条约的解释规则中得到支持。^②从文本解释的角度看,第17条第2款的前言以及下面三项是应该并列适用的:国际刑事法院只有在一个国家的国内诉讼程序既违反了“国际法承认的正当程序原则”又同时满足了第17条第2款下三种情况之一时才可以判定一个国家不愿意管辖。从历史解释的角度可以得到更清晰的答案:《规约》加入“国际法承认的正当程序原则”是为了保证法院可以有更客观的标准来判断一个国家的国内诉讼是否存在第17条第2款下三种情况。^③作为第17条第2款前言的“国际法承认的正当程序原则”不能与其项下的三种情况分开来解释,而这三种情况都包含有包庇当事人的目的要求。因此,即使一国国内法院诉讼程序中存在着对正当程序原则的违反,只要这种违反不是公约第17条第2款规定的三种情况之一或不是出于包庇当事人的目的(或与将当事人绳之以法的目的相违背),就不应该受到国际刑事法院的审查与介入管辖。当然,这种解释也许会传递一个让人困惑的关于国内法院该如何伸张正义的信息:一个国家如果利用诉讼程序使犯有严重国际罪行的犯罪嫌疑人更难以被绳之以法,这是不被国际社会所接受的,但是如果一个国家利用法律程序让此犯罪嫌疑人的罪行更容易得到指控则是被允许的。然而,这种顾虑是可以消除的,因为国际法中存在其他的更适合维护当事人公正审判权的保护机制。从根本上看,导致学者们对“国际法承认的正当程序原则”的适用作出不同解释的关键问题就在于,是应该由国际刑事法院在其判断是否行使补充性管辖权的过程中来保障当事人在诉讼中包括公正审判权在内的基本权利还是应该由其他国际人权条约机构来行使此项职能呢?

(二)国际刑事法院与国际人权条约机构的区别

国际人权条约机构(human rights treaty bodies)是国际人权保护的重要组成部分,是为了监督各缔约国对核心国际人权公约的执行情况而建立的。国际人权条约机构是由独立专家组成的委员会,其采取的监督机制主要包括报告制度、个人来文制度、以及(比较罕用的)国家对国家的控告制度。^④个人来文制度是指当相关人权公约所保护的权利被违反,作为受害人的个人本人(有的条约也允许其代理人或个人组成的团体)通过撰写来文(communications)的方式向条约机构提出申诉。按照人权条约的具体规定,条约机构可以对来文进行审理并提出处理意见。尽管这些条约机构在形式与传统意义上的法庭有很大的不同,委员会既不是司法机构,也不是准司法性质的机构,且委员会的意见对相关国家没有法律拘束力,但是这种个人来文制度的程序相当于一种特别形式的裁判。^⑤例如根据《公民权利和政治权利国际公约》第28条所设立监督条约执行情况的人权事务委员会(Human Rights Committee),对于声明接受《公民权利和政治权利国际公约(第一)任择议定书》的国家,人权事务委员会有权接受和审议该国管辖下的个人因公约所载权利遭受侵害的来文。^⑥因此,如果一个《议定书》的缔约国未能在追究《规约》规定的国际罪行的国内诉讼过程中保证诉讼当事人的公正审判权,该相关人可以向人权事务委员会送交关于其权利遭到该国侵害的来文。

然而,国际刑事法院并不是一个国际人权法院或者国际人权条约机构。^⑦如果将保护当事人在国内诉讼程序中的人权纳入到国际刑事法院的职能范围内,就会背离国际刑事法院设立的初衷。^⑧保护人权是政

① Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, at 89.

② Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31.

③ John T. Holmes, "The Principle of Complementarity", in Roy Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, at 41, 53.

④ See Henry J. Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3^d ed., Oxford University Press, 2008.

⑤ Henry J. Steiner, "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?" in Philip Alston and James Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000, at 29-30.

⑥ International Covenant on Civil and Political Rights, Optional Protocol I.

⑦ Rolf E. Fife, "The International Criminal Court: Where it Came, Where it Goes", 69 *Nordic Journal of International Law* (2000), at 66.

⑧ Markus Benzing, "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight Against Impunity", 7 *Max Planck Yearbook of UN Law* (2004), at 598.

府对在其境内、或在其管辖范围的个人的义务，^①与其相对应的是国家责任；但是国际刑事法院的设立目的是为了追究犯有严重国际罪行的个人刑事责任，而非对于违反人权的国家责任。国际刑事法院不是国际人权条约机构，因此不应该判断或者评估国家是否履行了国际人权条约中的义务。例如，假设一个国家以将战争犯绳之以法为目的，积极对犯罪嫌疑人进行起诉和审判但同时又在诉讼程序中公然地不尊重当事人所应享有的公正审判权，国际刑事法院也不能因此而介入并行使补充性管辖权。事实上，国际刑事法院的补充性管辖原则只处理《规约》第17条第2款所涉及的几种特定的以包庇当事人为目的的对“国际法承认的正当程序原则”的违反，而对于其他的有关诉讼当事人人权的违反则应由国际法提供的其他人权保护机制来解决。^②

由此可见，如果可以正确区分国际刑事法院与国际人权机构的不同职能，并认清国际刑事法院不具有对国家国内诉讼程序是否符合国际人权标准的审查职能，其成为上诉法院的可能性就会大大降低，而我国的相关担忧也可以得到缓解。然而，由于《规约》对于“不愿意”管辖的判断标准尤其是“国际法承认的正当程序原则”的规定仍然保留了一定的主观性因素，国际刑事法院究竟是否会成为“上诉法院”还是要结合国际刑事法院的实践来进行分析。

三、国际刑事法院判断国家“不愿意”管辖的实践

2009年，在国际刑事法院调查的刚果共和国（Democratic Republic of Congo）情势下的Katanga案中，作为被告的Germain Katanga根据《规约》第19条对案件的可受理性提出了质疑。^③在对质疑的决定中，国际刑事法院第二审判分庭（Trial Chamber II）第一次在法院的实践中对“不愿意”管辖作出了详细的论述。^④第二审判分庭认为，一个国家不仅仅在因为第17条第2款明确规定的理由，即意图包庇当事人免受刑事处罚的三种情形下可被认定为“不愿意”管辖，在国家希望将有关的人绳之以法但是选择不在国内法院调查或起诉当事人的情形下，也可以被认定为“不愿意”管辖。^⑤审判分庭指出这是第二种形式的“不愿意”管辖，虽然《规约》没有明确作出规定，但是这种解释完全符合《规约》的目的和立法者的意图。^⑥因此，审判分庭增加了《规约》第17条第2款明确规定的可以认定国家“不愿意”管辖的三种情形之外的第四种。此解释被有关学者批判为扩大了《规约》有关“不愿意”管辖的定义范围并且超越了《规约》立法者的意图。^⑦同时，被告人Katanga也不认同第二审判分庭的解释并提出了上诉申请。^⑧Katanga的辩护律师提出《规约》第17条第2款关于国家“不愿意”管辖情形的规定是穷尽式的；除了规定在a、b、c项下的情形外，没有余地可以加入其他形式的“不愿意”管辖。第17条第2款的规定是法院“应该”（shall）考虑，而不是“可以”（may）考虑是否有a、b、c项下情形的存在。如果《规约》的立法者意图允许审判庭在第17条第2款列举的情况以外来定义“不愿意”管辖，《规约》中会有类似“包括但不限于”、“例如”、“其中包括”等语句的出

① Adriaan Bos, “Some Reflections on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights in the light of the Adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court”, in United Nations Collection of Essays, 1999, at 71.

② Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Williams & Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2nd edn, Cambridge University Press, 2010, at 157.

③ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute, ICC-01/04-01/07-949, 11 March 2009.

④ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber II, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07, 16 June 2009.

⑤ Ibid, para 77.

⑥ Ibid, para 78.

⑦ Nidal Nabil Jurdi, “Some Lessons on Complementarity for the International Criminal Court Review Conference”, 34 The South Africa Yearbook of International Law (2009) 34, at 43.

⑧ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber, ICC-01/04-01/07-1279, 8 July 2009, paras 52-72.

现。^①因此, Katanga 的辩护律师认为审判分庭错误地扩大了“不愿意”管辖的定义范围。^②上诉庭 (Appeal Chamber) 虽然驳回了 Katanga 的上诉且确认了案件的可受理性, 但是并没有采纳也未否定第二审判分庭对“不愿意”管辖的解释。^③上诉庭认为在对一个国家作出是否“不愿意”管辖的判断之前, 应该首先确认是否存在正在进行的国内调查或者起诉。如果国内没有此类与诉讼有关的行为 (inaction) 正在进行, 就不需要对国家是否“不愿意”管辖作出判断。上诉庭认为, 具有管辖权的国家没有进行任何调查或者起诉本身就可以令案件在国际刑事法院具有可受理性。^④由于上诉庭根据刚果共和国国内法院的 inaction 作出了案件可受理性的决定, 所以就没有涉及到对于国家“不愿意”管辖的解释。^⑤虽然国际刑事法院审判庭对“不愿意”管辖的解释没有直接触及本文主要讨论的“国际法承认的正当程序原则”, 但是法庭的解释传达着法官们对“不愿意”管辖主客观判断标准下的自由裁量权的运用方式。从法院审判庭的实践中可以看出, 《规约》中有关“不愿意”管辖判断标准的客观性因素与主观性因素的平衡, 并不足以排除国际刑事法院在实践中将国内诉讼程序对当事人公正审判权的违反作为其行使补充性管辖权的理由。

在最近的利比亚局势中, 国际刑事法院则更直接的面临着对“国际法承认的正当程序原则”的解释与适用。2011年2月联合国安理会将利比亚局势引介到国际刑事法院之后, 国际刑事法院的检察官于当年3月决定对利比亚局势展开调查, 法院的预审分庭于同年6月批准了检察官关于对 Saif Al-Islam Gaddafi (以下称为 ‘Gaddafi’) 和 Abdullah Al-Senussi (以下称为 ‘Senussi’) 发布逮捕令的申请。^⑥在2012年5月, 利比亚政府根据《规约》第19条第2款向国际刑事法院提交了关于 Gaddafi 和 Senussi 案件可受理性的质疑申请。^⑦利比亚政府提出, 利比亚国内司法系统正在积极地对两犯罪嫌疑人相关国际罪行展开调查, 因此, 此案在国际刑事法院不具有可受理性。^⑧利比亚政府同时指出, 国际刑事法院的职权范围不包括审查利比亚国内法律系统是否满足严格的正当程序标准。^⑨事实上, 与意图包庇当事人相反, 利比亚政府十分热衷于在国内法院审判 Gaddafi 和 Senussi 并追究他们的刑事责任。但是, 由于历史和政治上的原因, 被告人 Gaddafi 和 Senussi 的正当程序权利能否在利比亚的国内法院诉讼程序中得到保证是很多人权组织所担心的问题, 例如 Gaddafi 在利比亚被羁押的很长一段时间内都无法行使其获得辩护律师的权利。^⑩由国际刑事法院指派的 Gaddafi 的辩护律师 Melinda Taylor 就指出, 如果利比亚政府无法保证被告人在国内诉讼中的公正审判权, 国际刑事法院就有权行使补充性管辖权。^⑪这也就触及了本文所讨论的核心问题: 国际刑事法院是否应该关心被告人在国内法院能否得到公正的审判? 在 Gaddafi 案中, 如果利比亚国内法院的审判以不公正的方式进行但是并不以包庇 Gaddafi 为目的, 而是为了对 Gaddafi 加重处罚的情况下, 国际刑事法院是否可以介入呢?

早在国际刑事法院建立之初, 检察官办公室的报告就阐明“国际刑事法院不是人权条约的监督机构, 它的作用不是保证国内诉讼具有完善的、符合所有国际标准的程序”。^⑫针对利比亚局势, 国际刑事法院的前任

① Ibid, para 57.

② Ibid, para 55.

③ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgement on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, para. 116.

④ Ibid, para. 78.

⑤ Ibid, para 80.

⑥ ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the “Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI, ICC-01/11-01/11-1, 27 June 2011.

⑦ Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, 1 May 2012.

⑧ Ibid, paras 42-52.

⑨ Ibid, para 99.

⑩ Human Rights Watch, “In his first interview, Saif Al-Islam says he has not been given access to a lawyer”, 30 Dec 2011, available at: <http://www.hrw.org/news/2011/12/30/his-first-interview-saif-al-islam-says-he-has-not-been-given-access-lawyer> (last visited on 28th Dec 2012).

⑪ BBC news, “Saif Al-Islam will not get fair trial in Libya, says lawyer”, 6 July 2012, available at: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-18734786> (last visited on 28th Dec 2012).

⑫ ICC Office of the Prosecutor, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice (2003), at 15.

检察官 Luis Moreno Ocampo 在一次新闻发布会上就指出,国际刑事法院不是一个人权法院,因此并不审查国内诉讼程序的公正性(fairness),而是审查其程序的真实性(genuineness),国际刑事法院不应该发挥监督国内诉讼公正性的作用。^①由此可见,国际刑事法院的检察官是反对国际刑事法院在行使补充性管辖权的过程中审查国内法院对当事人的公正审判权的保障情况,他主张国际刑事法院应该仅在国家是否有为了包庇当事人的“虚假”诉讼程序的意义上来审查国内的诉讼程序,并且应该分清国际刑事法院与国际人权机构的不同职能。然而,国际刑事法院的法官们对 Gaddafi 案件可受理性的评估还在进行中,至今尚未做出决定。根据法庭以往的对“不愿意”管辖的解释,并不能排除法官作出创造性的解释与适用,而 Gaddafi 案件将会是检验国际刑事法院是否将人权保护纳入其职权范围的关键。

四、对我国与国际刑事法院关系的启示

我国一直以来都支持建立一个常设国际刑事法院,并积极参与了对《规约》的拟定与谈判过程,^②由于我国对《规约》的某些条款持有保留意见,我国代表在 1998 年罗马外交大会表决时对《规约》投了反对票并在后来详细解释了不加入国际刑事法院的原因,^③但是我国对于国际刑事法院工作的关注并未就此而终止。我国仍积极参与了根据罗马外交大会通过的《最后文件》(Final Act)所设立的预备委员会(Preparatory Commission)关于《犯罪要件》与《程序和证据规则》的起草工作。^④自 2002 年《规约》生效后,我国以观察员的身份列席了国际刑事法院的缔约国大会,并参加了缔约国大会所设立的侵略罪特别工作组有关侵略罪定义和管辖权行使条件的讨论。^⑤2010 年在坎帕拉召开的《规约》审查会议(Review Conference)中,作为非缔约国的我国虽无权对会议决议投票但同样派出代表团列席了会议并表达了立场。^⑥此外,作为安理会的常任理事国,我国不可避免地与国际刑事法院发生着间接联系,例如,在引介苏丹达尔富尔和利比亚的安理会决议中,我国就在赋予国际刑事法院管辖权的问题上发挥了建设性的作用。^⑦

不可否认的是,国际刑事法院作为一个常设性的国际司法机构已经运行了 10 年,无论是法院的实践还是《规约》本身都有了显著的发展,因此,我国应该适时地结合这些发展对我国代表在 90 年代末提出的对《规约》有关条款的保留进行重新评估与考虑。比如关于战争罪是否可以适用于非国际性武装冲突以及反人道罪可否适用于非战争时期的问题,都涉及到在过去十几年迅速发展的国际习惯法领域;^⑧而 2010 年《规约》审议会议通过的侵略罪修正案也在一定程度上缓解了我国对于《规约》的自动管辖权以及对未经国家同意的第三国国民的管辖权的担忧。^⑨在我国所有的保留事项中,需要进行重新评估的重点应该是作为国际

① In International Law meeting Summary, Milestones in International Criminal Justice: Victims' Rights and Complementarity, available at: <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/280212summary.pdf> (last visited 28 Dec. 2012).

② “China and the International Criminal Court”, on the website of Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations Office at Geneva and Other International Organizations in Switzerland, 19 April 2004, available at: <http://www.china-un.ch/eng/gjhyfy/hflygz/t85684.htm> (last visited 28 Dec. 2012).

③ 李世光、刘大群、凌岩主编:《国际刑事法院罗马规约评释》(上册),北京大学出版社 2006 年版,第 4—5 页。

④ Statement by Mr. Qu Wensheng (China), 6th Comm., 9th mtg., UN GAOR, 55th Sess., 12 Dec. 2000, A/C.6/55/SR.9, para 21.

⑤ Statement by Mr. Xu Hong (China), At the General Debate of the Eighth Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of International Criminal Court, 20 November 2009, available online at <http://www.iccnw.org/documents/ICC-ASP-ASP8-GenDeba-China-ENG.pdf> (last visited 28 Dec. 2012), para. 4.

⑥ Statement by Chinese Delegation at the General Debate of the Review Conference of Rome Statute, 1 June 2010, available at: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-gendeba-China-ENG.pdf (last visited 28 Dec. 2012), para. 2, at 1.

⑦ 我国在安理会将达尔富尔局势引介至国际刑事法院的 1593 号决议(2005 年)中投了弃权票,在安理会将利比亚局势引介至国际刑事法院的 1970 号决议(2011 年)中投了赞成票。

⑧ For Crimes against humanity, see Christopher K. Hall, “Article 7”, in Otto Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court—Observers' notes, Article by Article, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2008, at 169; For war crimes, see Eve La Haye, War Crimes in Internal Armed Conflicts, Cambridge University Press, 2008, at 150—160.

⑨ Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, in ICC Assembly of States Parties, Resolution RC/Res. 6, 11 June 2010, Annex I, 15bis (4) and Art. 15bis (5).

刑事法院建立基石的补充性管辖原则。早在联合国设立前南斯拉夫(ICTY)和卢旺达(ICTR)特别国际刑事法庭的时候,我国就提出国际刑事法庭的优先性管辖权(primacy)与国家主权原则相违背。^①我国虽然没有否决联合国设立前南法庭和卢旺达法庭的决议,但是明确地表示这种国际法庭的管辖权优先于国内法庭的方法只能作为特殊情况下的例外而被国际社会所采用,我国从根本上并不认同这种优先性。^②筹备建立常设国际刑事法院之初,在国际刑事法院与国内法院的关系问题上,我国同样存在着对国际刑事法院管辖权可能侵犯国家主权的担忧,^③而克服我国这种担忧的正是补充性管辖原则的提出。事实上,我国代表团原则上是一直支持补充性管辖原则的,^④但是我国认为《规约》的最终规定未能有效的实施、甚至违反了补充性管辖原则,于是这就成为了我国对《规约》投了反对票的原因之一。^⑤本文所涉及的就是我国认为《规约》不符合补充性管辖原则的有关条款之一:对于“不愿意”管辖的判断标准问题,这个问题不仅仅涉及国际刑事法院能否真正的实现对国内法院管辖权的补充性,而且涉及到国际法院是否会成为国内法院的上诉法院或者某种程度上的国际人权法院。

我国于1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》但至今仍然尚未批准,^⑥对于那些我国已经批准的国际人权公约,我国都相应地对其条约机构的个人来文制度作出了保留。^⑦传统上,我国对国际司法机构的管辖权比较排斥,主张以谈判和协商的方法来解决国际争端,^⑧但是近年来,我国在某些领域已经开始逐渐接受国际诉讼与国际仲裁,比较明显的是经济和技术领域,例如我国对于国际投资争端解决中心(ICSID)和世界贸易组织(WTO)争端解决机制的利用。^⑨在2009年,我国甚至第一次参与了国际法院在科索沃案的咨询意见,^⑩然而,我国尚未接受任何形式的有关人权领域的国际仲裁与裁判。在我国对于国际人权条约机构的个人来文制度仍持保留态度的情况下,如果国际刑事法院在某种程度上扮演着国际人权机构的角色,就必然会对我国重新考虑自身与国际刑事法院关系的议题上产生负面影响。就国际刑事法院自身而言,《规约》的规定以及法院过去的实践并不足以排除我国对国际刑事法院成为上诉法院进而侵犯国家主权的担忧,而如果法院在将来的实践中将对人权的考量作为其判断是否行使补充性管辖原则的标准之一,就会背离补充性管辖原则的原有含义,也必定会增加我国对《规约》的担忧,从而拉大我国与国际刑事法院的距离。

[作者单位:厦门大学法学院]

(责任编辑:石磊)

① Statement by Mr. Li Zhaoxing (China), Provisional Verbatim Record of the 3217th Meeting, UN Doc. S/PV. 3217, 25 May 1993, para 3.

② Statement by Mr. Li Zhaoxing (China), Representative of China, Provisional Verbatim Record of the 3453rd meeting, UN Doc. S/PV. 3453, 8 November 1994, para 3.

③ Statement by Mr. Zhang Kening (China), 6th Comm., 18th Mtg., GAOR, 49th Sess., 26 October 1994, A/C.6/49/SR.18, para 42.

④ Statement by Mr. Wang Guangya (China), 3rd Plenary Meeting, 16 June 1998, U. N. Doc. A/CONF.183/SR.3, in Official Records, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Vol. II, U. N. Doc. A/CONF.183, para 37.

⑤ Statement by Mr. Qu Wensheng (China), 6th Comm., 9th mtg., UN GAOR, 53th Sess., 4 Nov. 1998, A/C.6/53/SR.9, para 33.

⑥ China signed on 5 Oct. 1998, available at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (last visited 28 Dec 2012).

⑦ 例如,我国于1980年批准了《消除对妇女一切形式歧视公约》,但是未接受其《附加议定书》关于消除对妇女歧视委员会对个人来文制度的受理权;我国2002年批准了《消除一切形式种族歧视国际公约》,但是未接受公约第14条关于消除种族歧视委员会对个人来文制度的受理权。

⑧ 赵海峰:“中国与国际司法机构的演进”,载《法学评论》2008年第6期。

⑨ Julian G. Ku, China and the Future of International Adjudication, 27 Maryland Journal of International Law 154 (2010), at 163-169.

⑩ Statement by Xue Hanqin, Oral Statements, CR 2009/29, 7th December 2009, Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion).