

普遍管辖原则与补充性原则： 这两个原则如何互相结合？

格扎维埃·菲利普^{*} 著 / 黄燕^{**} 译

摘要

本文分析了普遍管辖原则与补充性原则之间的关系,以及他们在实施过程中的困难。虽然这两个原则为人们所熟知,但是,如果要更加适当地应用这些原则,无论是在法律方面还是其他方面,仍然有一些问题需要解决。而且,考虑到这两个原则所必需应对的国际或国内的限制因素,它们往往会在较为困难的政治环境中予以适用。这些困难在于这两个原则都面临很多挑战。本文主张补充性原则代表着普遍管辖原则的一个方面,我们应当利用其被普遍接受的现实来进一步加强对其的运用及其有效性。最后,本文研究了应采取哪些方法以促成这一目标的实现。

对普遍管辖原则和补充性原则的研究还会产生新的、有独创性的成果吗?^{〔1〕} 大量的文章对这个问题已经进行了广泛的讨论,很难令人相

* 本文仅反映作者的看法,而不必然代表红十字国际委员会的观点。

** 格扎维埃·菲利普是红十字国际委员会在莫斯科的东欧地区法律顾问,艾克斯-马赛第三大学(Universities of Aix - Marseille)和西岬大学(Universities of Western Cape)的教授。

*** 中国人民大学法学院国际法法学硕士。

〔1〕 本文并非旨在深入研究普遍管辖原则或补充性原则,而是考察它们之间的关系和实际适用,因为关于这两个原则的文章已经很多了。

信还会有什么新的发现。然而,1998年成立国际刑事法院的《罗马规约》的通过,以及英国对智利前总统奥古斯托·皮诺切特(Augusto Pinochet)和塞内加尔对乍得前总统侯赛因·哈布雷(Hissène Habré)所进行的司法程序,引起了关于补充性原则问题的争论,这些争论显示了该原则的一些变化,虽然这些尝试多以失败告终。而且,这个问题的很多方面,其中包括《罗马规约》与各国宪法兼容问题以及国家元首豁免权和赦免法等,都在不少国家的宪法法院得到了讨论。

分析普遍管辖原则与补充性原则这个问题时,必须首先从这里入手,虽然这两个原则经过了广泛的讨论,但实际上,尽管存在着起诉国际犯罪行为人的国际义务,仍有各式各样的国际罪行未受惩处。在很多的案例中,“或起诉或引渡”(aut dedere aut judicare)原则并没有运用于实践,而且那些勇于通过国内立法尝试以一种更为系统和具体的方式,运用普遍管辖原则与补充性原则的国家很快便发现,现实政治与外交方面的约束与普遍管辖原则这个概念相冲突。而且不幸的是,在很多案例中,政治考量超越了法律。有时候,你会不禁思索,关于这两个原则的讨论是否只是一项学术活动,而不会有什么实际成果。

通过审查对普遍管辖原则和补充性原则的理解和运用,本文尝试评价这两者之间的关系,并主张补充性原则是更好地实现普遍管辖原则所追求目标的方式。^{〔2〕}直到现在,我们只有依靠每一个国家的善意去保证这些原则被善意地履行,因为国际社会尚未制定任何处罚机制来促使国家——在其未同意的情况下——履行它们的义务。若考虑到过去十年由于国际刑事法院或是特设法庭和混合法庭的创立带来的变化,那么这种情形会持续下去吗?在普遍管辖原则背后还有新的动力吗?补充性原则是否就是促使普遍管辖原则能被更加实际得到执行的一个解决

〔2〕 两者之间的这个连接也体现在《罗马规约》的序文中:(“或起诉或引渡”原则)“申明对于整个国际社会关注的最严重犯罪,绝不能听之任之不予处罚,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”(第4段);(普遍管辖原则)“忆及各国对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”(第6段);(补充性原则)“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10段)。

办法？现在还没有（也没有必要有）关于这些问题的准确答案。由于缺乏合适的执行规定，国内立法仍未能一贯恰当地处理普遍管辖原则问题。而且，国际刑事法院也没有做出任何裁决，这就为定义补充性原则的“实质内容”留下了空间。

本文将首先尝试对“普遍管辖”原则和“补充性原则”这两个概念进行定义，并在这之后考察两者之间的关系；然后，本篇文章将强调执行这些管辖的困难；最后提出一些可行性的解决办法，以减小实施普遍管辖原则的潜在威胁。

“普遍管辖”原则和“补充性管辖”原则的定义

尽管我们知道这些原则的一般性含义，但是对它们进行定义将会使我们更好地理解它们的复杂性和局限性。

普遍管辖原则

一般含义

普遍管辖原则通常被定义为“允许或要求一个国家就某些罪行进行刑事诉讼，而不考虑这项犯罪的实行地点以及犯罪人和受害人国籍的法律原则”。^[3] 该原则被认为减损于关于刑事管辖的一般规则，一般规则

[3] See e.g. Kenneth C. Randall, “Universal jurisdiction under international law”, Texas Law Review, No. 66 (1988), pp. 785 - 8; International Law Association Committee on International Human Rights Law and Practice, “Final Report on the Exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences”, 2000, p. 2. 必须注意的是普遍管辖原则本身并非局限于刑事管辖，而是可以更广泛的适用，例如适用于民事责任。This is e.g. the case in the United States with the Alien Tort Act (28 U.S.C. para. 1350) and the well-known decision *Filartiga v. Pena-Irala* 630F2d876 (2d Cir. 1980). 然而，由于本文范围有限，只有涉及个人刑事责任的普遍管辖原则才在讨论之中。

要求实施管辖的法院必须与罪行、犯罪人或受害者存在属地或属人的联系。^{〔4〕}然而,它的理论根据实际更为广泛:“某些罪行对国际社会利益有如此之大的危害,以至于国家有权(甚至有义务)对犯罪人进行刑事诉讼,而不必考虑罪行发生地和犯罪人或受害人的国籍。”^{〔5〕}普遍管辖原则允许国家对任何人、在任何地方实施的国际犯罪^{〔6〕}进行审判。^{〔7〕}这种对一般管辖原则的减损,从习惯方面被认为有两个证明其正当性的理由。首先,某些罪行如此之严重以至于损害了整个国际社会;第二,不能为犯有这些罪行的人提供避风港。尽管这些理由显得有些理想化,但是它们清楚的解释了为什么国际社会,通过其组成部分——国家和国际组织——必须出面干预,起诉和惩处犯有这些罪行的人。普遍管辖原则关乎每一个人。

从历史上看,普遍管辖原则可以被追溯到早期著名学者的著作,例如格劳修斯,^{〔8〕}以及对于海盗犯罪的起诉和惩处。^{〔9〕}到第二次世界大

〔4〕 领土联系原则已逐步被两个标准突破,使域外管辖成为可能,例如对一国国民于其国家领域外犯罪的管辖(积极属人管辖)和对危害本国国民利益的犯罪的管辖(被动属人管辖)。但是,一些国家质疑后一种管辖的正当性。

〔5〕 Mary Robinson, “Foreword”, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University Press, Princeton, 2001, p. 16.

〔6〕 国际犯罪并没有准确的定义。国际法认可对于某些违法行为任何国家都有权惩处。传统上,公海上的海盗行为被视做第一个国际罪行,因为它违反了国际习惯法。第二次世界大战后,1945年《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》设立了纽伦堡国际军事法庭,以审判条约法和习惯法规定的国际罪行(危害和平罪、战争罪和危害人类罪)。在此之后,各种条约和国际公约列明了多种视为国际犯罪的被禁止的行为。普遍管辖普林斯顿原则的第二条这样规定:“1. 在本原则中,国际法规定的最严重犯罪包括:(1) 海盗;(2) 奴役;(3) 战争罪;(4) 危害和平罪;(5) 危害人类罪;(6) 种族灭绝罪;(7) 酷刑。2. 普遍管辖原则对于第一段列举的犯罪的适用并不损害该原则对于其他犯罪的适用。”Robinson, above note 6.

〔7〕 G éaud de La Pradelle, “La compétence universelle”, in Herv é Ascencio, Emmanuel Decaux and Alain Pellet (eds.), *Droit international pénal*, éd. P édone, Paris, 2000, p. 974.

〔8〕 See Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Vol. , Book , Chap. , para. 3, 1 - 2.

〔9〕 See for instance *United States v. Smith*, 18 US (5 Wheat.) 153 at 161 - 2 (1820).

战之后,国际军事法庭的建立^[0]以及包含明示或暗示普遍管辖原则的新的国际公约的通过,为这个理念奠定了基础。《1949 年日内瓦公约》使其达到了顶峰,公约明确规定对严重破坏公约的行为进行普遍管辖,^[1]国际犯罪不再逍遥法外。在某些情况下国家主权可因这些严重的犯罪而受到限制的理念被普遍接受为一项原则。^[2]之后,其他一些国际公约以及一定程度上的习惯法,扩大了这一原则的适用范围。很多案例确认了这一点:从 1961 年的艾希曼(E ichm ann)案件,^[3]到 1985 年的德米扬鲁克(D em janjuk)案件,^[4]再到 1995 年的皮诺切特(P inochet)案件^[5]以及 2001 年的布塔雷四人案(B utare Four)案件,^[6]所有这些案件都强调,普遍管辖原则可导致犯有国际罪行的人的审判。国际法授权并在一些情况下要求国家起诉这些被认为是危害整个国际社会的犯罪。

尽管如此,实施这项普遍原则仍然困难,因为落实普遍管辖原则问题不仅是一个国际法问题,同时也是一个国内法问题。国家有权授予其法院就某些犯罪行使普遍管辖权,但此授权可基于其国内决定而非仅仅基于国际法原则或规则。所以,普遍管辖原则并未被统一地运用于世界各国。虽然其核心部分被人们认识,但是普遍管辖原则的确切范围却因

[10] 1945 年《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》第一条并没有将法庭的管辖权限定在一个地理范围之内,而且第四条关于各国对于其他战争罪犯的管辖权也是如此规定。正如埃里克·戴维所述,与普遍管辖相比,这更与国家间司法合作有关。Le droit des conflits arm és, 3rd edn, Bruylant, Brussels, 2002, p. 722. 然而,普遍管辖的实质精神(消除国际犯罪的犯罪人的“保护伞”)已经表现在这些条款中。

[11] 其有时也被称做严重违反国际人道法的犯罪。参见第一公约共同条款和第 49 条;第二公约第 50 条;第三公约第 129 条;第四公约第 146 条。并参见日内瓦公约第一附加议定书第 85 条对以上列举的犯罪的扩展。

[12] See Supr. Ct of Israel, Eichm ann case, at 298 – 300; Supr. Ct of Canada, Finta, 24 M arch 1994, ILR, 104, at 305.

[13] Eichm ann case, above note 12.

[14] Dem janjuk v. Petrovsky, US Court of Appeal, 6th Cir., 31.10.1985, ILR 79, 546.

[15] House of Lords, 24 M arch 1999, [1999] 2 W LR 827 (HL).

[16] Cour d 'Assises de Bruxelles, 8 June 2001, available at , http://www.asf.be/AssisesRwanda/fr/fr_VE. (last visited M arch 2006).

为国家的不同而不同,而且对这个概念本身还没有统一的描述。所以普遍管辖原则并不是一个唯一的概念,而是能够被表述为包含国际和国内法的诸多方面,因而能够创设追诉犯罪的义务或权能。因此想要对这个问题的整体有明确清楚的认识是比较困难的。

实施方式

国家认可普遍管辖作为一项原则,并不足以使其成为一项可以操作的法律准则。要使其发挥作用基本上要采取三个措施:确定行使普遍管辖的具体情势;对罪行和其要素足够清晰的定义;制定能使国内司法机关对这些罪行进行司法管辖的国内法。上述措施缺一不可,否则,该原则将极有可能仅为崇高的理想。专家学者聚在一起已进行了很多次关于识别普遍管辖内容和具体含义的尝试。^[7]但实际上,这项原则理论与实践之间的差距仍然很大。

从比较法的角度来看,国家或从狭义的角度或从广义的角度实施普遍管辖原则。^[8]在狭义的普遍管辖原则概念下,只有在被指控犯有国际犯罪的人能够被交付审判的情况下,才能对其进行追诉;而广义的普遍管辖概念则能使在被追捕或指控的人缺席的情况下进行追诉(缺席审

[17] See e.g. "Final report", above note 4. 以下十四条原则通常被认为是关于普遍管辖原则的指导方针。这些原则的起草受到了普林斯顿原则的启发,而且推动普遍管辖原则发展实施的非政府组织也经常参考这些原则。See Amnesty International, "Universal Jurisdiction: 14 Principles on the Effective Exercise of Universal Jurisdiction", May 1999, A I Index: IO R 53 /01 /99.

1. 国内法院应有能力对严重危害人权和滥用及违反国际人道法的行为进行管辖。
2. 此类官员不享有豁免。
3. 不赦免过去的犯罪。
4. 不颁布限制性法令。
5. 上级的命令、迫使和紧急状态不能成为辩解理由。
6. 为了庇护犯罪人逃避起诉而制定的国内法律以及做出的决定在他国法院无约束力。
7. 政治不进行干涉。
8. 对于违反国际法的严重犯罪应及时进行调查和起诉,而不应拖延至受害人或相关人提出诉求。
9. 进行国际社会认可的公平审判。
10. 进行接受国际监督的公开审判。
11. 应考虑受害者、证人以及他们的家人的利益。
12. 不应判处死刑以及其他残酷的或者羞辱性质的惩罚。
13. 在调查和起诉时进行国际合作。
14. 对于法官、检察官、调查人员和辩护律师进行培训。

[18] See Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 285.

判)。^[9] 这一实际情况就深刻地影响了该原则的实际实施方式。国际法文献通常提及狭义的概念,^[0] 不过各国往往^[1] 更愿意选择广义的概念。尽管一些国家,如比利时或西班牙已经进行了一些努力,它们修改其刑法要将普遍管辖原则付诸实践,但是普遍管辖原则在大多数情况下仍然未被执行,从而使得该原则的理论性仍然大于实践性。

补充性原则

一般含义

补充性原则可以被定义为一个实用的原则,这个原则的目标在于:在一个管辖的主要机构无法实施优先管辖的情况下将管辖权授予辅助性的机构。

可以说,这是当数个机构都有能力进行管辖的情况下实施优先管辖的一项原则。^[2] 在普遍管辖原则的框架中,补充性原则(尽管不是一个新的概念)在 1998 年《罗马规约》通过时引起了人们的关注。早先两个特设法庭(前南国际刑事法庭与卢旺达国际刑事法庭)的规约都认可优先管辖原则,但在《罗马规约》中被改变为补充性原则,以便能迎合该法

[19] On this issue of trial in abstentia, see the ICJ case , Democratic Republic of Congo v. Belgium , W arrant A rrest 11 April 2000 Case , 14.02.02. ICJ Rep. 2002 .

[20] 可以参见 1949 年四个日内瓦公约以及 1977 年第一议定书中关于违反各项公约(例如国际人道法方面的公约)的严重犯罪的规定,或者反酷刑公约第 7 条的规定。似乎很多国际条约都选择狭义的概念,认为其更具现实性。

[21] 对此存在一些例外,例如成立联合国东帝汶过渡行政当局的第 2000 /15 号决议,但是由于这项决议针对一项具体情势,所以它不像是一个国际文件,而更像是一个国内法规。

[22] Bartram S. Brown, " Prim acy or complem entarity: R econciling the jurisdiction of national courts and international crim inal tribunals ", Yale Journal of International Law , Vol. 23 , p. 386 . 1998 .

院成员国的利益需要。^[3] 正如宰迪先生 (E I Zeidy) 所强调的,^[4] 国际刑法中的补充性原则要求国内和国际的刑事司法体系同时存在, 两者相为补充, 以便打击国际犯罪。当前者未能进行管辖时, 后者就能介入, 以保证犯罪者不会逍遥法外。

补充性原则的制定是妥协的结果。对国家主权原则的尊重与对普遍管辖原则的尊重这两者之间的妥协, 换句话说, 其根据国家接受这样的观点, 即通过创设和认可国际刑事机构可以使犯有国际罪行的人受到惩罚。当然, 《罗马规约》是体现这个观念的典型例子, 也许还是个最复杂的例子。这个规约获得通过的历史再一次表明, 各国是如何寻求控制局势, 如何争取成为首要管辖主体, 而不只是充当旁观者, 这一点表明了各国对于尊重国际主权原则的关注。^[5] 然而, 在国际司法的推动者们看来, 补充性原则是赋予国际刑事法院最后决策权 (当国家未能善意履行义务的情况下) 的一种方式。这也许就是各国和国际刑事法院之间对于补充性原则问题的协调平衡之处。

即使其他文件也可识别补充性原则,^[6] 但是《罗马规约》标志着该原则的实施。首先, 补充性原则将优先管辖权授予一国国内法院, 但它含有一个“安全网”, 该安全网允许国际刑事法院在规约规定的条件下审查国家对管辖权的行使。其次, 《罗马规约》规定的补充性原则不仅如序言^[7] 及第一条规定里所称的是一项普遍性原则, 而且还包含了其

[23] But see, on the limited impact of this change: Michael A. Newton, “Comparative complementarity: Domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the ICC”, *Military Law Review*, Vol. 167 (March 2001), p. 20.

[24] Mohamed M. El Zeidy, “The principle of complementarity: A new machinery to implement international criminal law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23 (Summer 2002), p. 870.

[25] See e.g. Cassese, above note 18, p. 351.

[26] 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 9 条和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 8 条, 采用了补充性管辖的另一个版本。国内法院和国际法庭被授权对于公约规定的国际犯罪享有并行管辖权, 但如果发生冲突, 国际法庭的管辖权优先。

[27] 参见《罗马规约》序言第 10 段: “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。”

具体的实现方式,规定了实施这种管辖的条件。^[8] 这些规定赋予法院一定的解释的空间,而且能够使法院其成为一个公断者。^[9] 补充性原则赋予了成员国启动诉讼程序的自由,这是无疑的,但它同时也使国际刑事法院有权判定成员国提起的诉讼是否令人满意:“必须有一个公正的、可以信赖的和非政治化的程序来判定国际社会关注的最重要的案件,评估国内司法制度在这些案件中所起的作用,并在确实有必要的情情况下启动国际刑事法院的管辖程序。”^[10] 因此,国家和国际刑事法都承担着这种责任。挑战在于如何在两者之间达到一个合适的平衡!

罗马规约中的补充性管辖法律制度

正如霍尔姆斯(J. T. Holmes)所说:“补充性原则的实施会带来两个实际的问题:(1)法院如何才能知道,它对一个情势或案件行使的管辖与某个国家主张的管辖相冲突?(2)面临这么一个冲突,法院该怎么办?”^[1] 国际刑事法院规约中的补充性原则不仅仅是一个声明。它需要一个具体的法律制度,该制度通过审查实体条件与程序条件是否得到满足,来权衡管辖权问题。首先,只有当某一犯罪符合规约第五条至第八条规定的条件时,才会产生补充性管辖问题,^[2]这就要求国际刑事法院在确定对该犯罪的管辖权之前,必须审查该犯罪的实体部分。其次,规约要求分析以下这几项关于可受理性的条件是否得到满足,即“切实地

[28] 《罗马规约》第 17 条第 6 款。

[29] John T. Holmes, “Complementarity: National courts versus the ICC”, in A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, ch. 18.1, p. 672.

[30] Brown, above note 22, p. 389.

[31] Holmes, above note 29, ch. 18.1, p. 671.

[32] 这就将补充性原则的适用局限于“整个国际社会关注的最严重犯罪。本法院根据本规约,对下列犯罪具有管辖权:1. 灭绝种族罪;2. 危害人类罪;3. 战争罪;4. 侵略罪”。(第 5 条第 1 款)根据《罗马规约》第 5 条第 2 款,由于还没有界定侵略罪的定义,法院对侵略罪尚无管辖权。

调查和起诉”，^[33]“不愿意”和“不能够”起诉。

一国在其国内缺乏切实的调查和起诉，应当视为国际刑事法院能够行使管辖权的核心标准。如果一项国际犯罪已经被切实地起诉和审判了，国际刑事法院就不应当行使管辖权了。然而，问题仍然存在，那就是如何才算是“切实地起诉”。可以设想，“切实地”意味着真实地、并非虚假地。但是，如果没有更清楚的界定，这就是个主观性标准。例如，如果一个国内的起诉程序用时比国际刑事法院用时长，那么可以说这个起诉就不是“切实地”吗？补充性原则的支持者的想法实际上是，保证国际犯罪能够被各个国家有效地起诉和惩处，但是“切实地”这个词如果与“有效地”或“及时地”相比，显得更加中性。^[4] 关于是否在事实上没有进行切实调查，其证明责任在检查起诉方。必须认识到，即便检察起诉方这样认为，这其实也可能是有争议的，并且它还必须同“不愿意”和“不能够”等其他因素一起来进行综合性的考虑。

“不愿意”理解好像很容易，评价起来却更复杂。“不愿意采取行动”的含义规定在《罗马规约》的第17条第2款中。^[5] 该条款引用三个标准来确定是否存在“不愿意”的情形，即：(1) 庇护某人逃脱刑事责任；(2) 不合理的拖延司法程序，该拖延与将该人付诸审判的目的不符；以及(3) 诉

[33] 《罗马规约》第17条第1款规定了与补充性原则相联系的可受理性的审查标准：“(一) 考虑到序言第十段及第一条，在下列情况下，本法院应断定案件不可受理：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，除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉；2. 对案件具有管辖权的国家已经对该案进行调查，而且该国已决定不对有关的人进行起诉，除非作出这项决定是由于该国不愿意或不能够切实进行起诉；3. 有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判，根据第二十条第三款，本法院不得进行审判；4. 案件缺乏足够的严重程度，本法院无采取进一步行动的充分理由。”

[34] See e. g. the analysis by J. T. Holmes comparing the ICC Statute with the ILC Draft Statute, above note 29, pp. 673 - 4.

[35] 《罗马规约》第17条第2款这样规定：“为了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：1. 已经或正在进行的诉讼程序，或一国所作出的决定，是为了包庇有关的人，使其免负第五条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；2. 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；3. 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。”(着重号为作者所加)

讼程序不独立、不公平,并且该程序进行的方式与将该人付诸审判的目的不符。这些标准可以让我们更好地理解“不愿意”的含义,但是,若以其为基础来做出评价,就相当具有主观性。因此,在实施管辖的过程中将同时限定他们的内容。然而,“不愿意”确实显示出该国家缺乏一种起诉并审判国际罪行的犯罪人所需要的积极态度。在某些案件中能够确定这一点,因为有关国家甚至都不想掩饰他们的不愿意(如将该人付诸审判)。但是,在另外的一些案件中,这一基本要点引起的问题是无法避免的。为了确定“不愿意”的标准是否符合,法院必须考虑各种相关因素。例如,存在某种形式的豁免或赦免可以视为“不愿意”追诉或审判这些条款的受益人。如果为了起诉这些犯罪的嫌疑人而可以“推定为不愿意”,那么应当具体案件具体分析,因为存在许多中间状态,而在这种中间状态下,豁免或赦免并不是自动地适用也并不适用于所有犯罪。

相比“不愿意”方面的规定,《罗马规约》第17条第3款^[6]关于“不能够”的规定就更为简单。首先,它包括司法制度不起作用,以至于不可能调查、起诉和审判犯罪人。如某些学者所强调的,^[7]这是一个根据事实来决定的情形,因为“不能够”可能产生于司法制度实际上的瓦解(没有司法结构),或者产生于司法制度理论上的瓦解(没有或只有不公正的法官及司法人员)。“不能够”也包括这样的情形:法院不可能做出判决,即司法制度仍然可以运作,但无法应对国内危机通常产生的特殊情形带来的挑战。在此情形下,对该标准的评估将会更困难,但是,有待审判的案件数量显著超过和平时期法院可以处理的数量时,这个基本的标准就可以被满足。

[36] 《罗马规约》第17条第3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。”(着重号为作者所加)

[37] Holmes, above note 29, p. 677.

《罗马规约》第 17 条第 2 款也规定了两个可进行审查的标准。^{〔8〕}其中有一个标准比较明确,即“一事不再理”(non bis in idem)原则,根据这个原则,一个人不能因为同一犯罪接受两次审判。这并不需要做出什么特别的评论,但是根据“不愿意”标准,国家不应当利用第一次审判去包庇国际罪行的犯罪人。第二项标准是犯罪的严重程度,根据这个标准,只有那些最重要的罪犯才应当在国际刑事法院受审。这两个条件看起来合理而且容易理解。但是,它们是国际刑事法院自由裁量权的另一个渊源,该自由裁量权允许法院实施补充性管辖并构建其刑事政策。^{〔9〕}

尽管所有上述标准的执行仍有很多不确定的因素,它们确实也为补充性管辖权具体实施带来了可能。更重要的是,它们显示了国际刑事法院将必须就管辖权进行的检验,从而将管辖权问题和可受理性问题及实体法联系起来。虽然管辖权独立于其他条件,但如果要解释和适用这些条件,则必须将它们与管辖权结合起来进行考察。

国内刑事制度中的补充性原则

然而,对补充性原则的分析不应只局限于《罗马规约》的规定中。每一个国家的具体情形都必须考虑进去,因为它会影响该国对国际犯罪进行管辖的能力。这意味着对国内刑事司法制度要进行分析,以便对它们进行管辖的能力进行评估,其中必须要审查三个要素是:(1)该国为起诉这些罪行提供的技术手段;(2)该国刑事司法体系的运行方式;(3)司法诉讼适用的程序规则和证据规则。不用细说就可以很自然地推断出,各个法律体系之间的区别会影响补充性管辖的实施方式。所以,它的运用并不会是统一的。必须承认,这是国际国内司法体系之间的正常互动,而且,这一点也应当被考虑进去。

〔38〕 第 17 条第 1 款规定:“……3. 有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判,根据第二十条第三款,本法院不得进行审判;4. 案件缺乏足够的严重程度,本法院无采取进一步行动的充分理由。”

〔39〕 检察官办公室和预审法庭甚至联合国安理会都享有自由裁量权。其中,成员国作用的发挥可能将局限于发生争议时。

虽然补充性原则的定义容易理解,但当该原则与国内司法制度产生冲突时,就会显示出其复杂性。作为一个推动普遍管辖原则实施的方式,制定《罗马规约》关于补充性管辖规定的目的,就是为了能起诉犯有国际罪行的犯罪嫌疑人,而在这以前,往往会因为缺乏此种手段而无法做到。但是必须清楚的认识到的,未来存在的挑战和困难是仍然存在的。

普遍管辖原则与面临的挑战

虽然从两者的定义当中可以理解普遍管辖原则与补充性原则之间的关系,但是,仍然有必要从理论和实际两个方面更深入地研究两者的相互作用。这能使我们更好地评估现在的形势以及更加准确地评价补充性原则在不久的将来会产生的作用。

普遍管辖原则被普遍接受

尽管普遍管辖原则本身就有难处,但由于国际罪行的特殊性,这个原则被所有的国家广泛地接受。没有哪一个国家会公开地支持这些犯罪,或包庇犯罪人逃脱惩罚!这一实实在在普遍性的考虑,就是这个原则主要力量所在。然而,尽管如此,它在具体实施时发生仍会有不少困难。它确切的含义在某种程度上说是不明确的,它所具有的真正法律含义还有待讨论。普遍管辖原则可不可以被认为是一项只规定了必须履行“提供实施方法”义务的普遍性法律原则?还是,它还包含了一些国际社会整体可以遵守的操作上的指导方针?大众在司法领域外——特别是通过媒体或在政治领域——谈及此原则,是否会削弱该原则的有效性?

这些问题显示,在确定该原则的规范价值时,将其放在一个更具法律性质的框架中考虑是多么的必要。在寻找普遍管辖的起源时可以考虑三个方面的渊源,即国际协定、国际习惯法和国内法。

有的国际公约规定,缔约方负有起诉和惩处国际犯罪行为人的义务。^[0]《日内瓦公约》正是这样一个例子,它通过界定“严重违反”国际人道法概念来打击犯罪。^[1]公约明确规定缔约方负有义务采取行动(取得实际效果的义务),但将执行方式的选择权留给国家。这可能会产生一些问题,因为每个国家的制度都有责任履行这种双重义务:逮捕罪犯,并将他们送审。将普遍管辖原则写进国际公约(且如果不能对该原则提出保留),暗示着国家有义务执行该规定,但是,这也无法保证会有有效的审判和惩罚,因为不同的国家法律体系往往会适用不同的程序和证据规则。

[40] See, e.g., Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, 4 Sept. 1956, 266 UNTS 3; International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, adopted 30 Nov. 1973, 1015 UNTS 244; Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, opened for signature 16 Dec. 1970, 10 ILM 133; Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, opened for signature 23 Sept. 1971, 10 ILM 1151; International Convention against the Taking of Hostages, adopted 12 Dec. 1979, G.A. Res. 34/146, UN GAOR, 34th Sess., Supp. No. 99, UN Doc. A/34/819, 18 ILM 1456 (1979); Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted 10 Dec. 1984, S. Treaty Doc. N. 100-20, 1465 UNTS 85. For more details, see H. Osofsky, “Foreign sovereign immunity for severe human rights violations: New directions for common law based approaches”, *New York International Law Review*, Vol. 11 (1998), p. 35.

[41] 参见第一公约共同条款和第 49 条;第二公约第 50 条;第三公约第 129 条;第四公约第 146 条的规定:各缔约国担任制定必要之立法,俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人,处以有效之刑事制裁。各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人,并将此种人,不分国籍,送交各该国法庭。该国亦得于自愿时,并依其立法之规定,将此种人送交另一有关之缔约国审判,但以该缔约国能指出案情显然者为限。各缔约国应采必要之措施,以制止下条所列严重破坏本公约之行为以外之一切违反本公约之规定之行为……(着重号为作者所加)

习惯国际法也可以成为普遍管辖原则适用于国际犯罪的一个渊源。^[42] 然而,习惯国际法只规定要适用该原则本身,却并不必然有实施该原则的具体指示或指南。这就导致了这个原则对国家的实际约束性较弱,尽管从理论上讲,习惯国际法与公约规定在价值方面没有什么不同,在两者之间只有规范准确程度的不同。我们可以从两个方面来观察习惯国际法。一方面,它可以视为一项普遍义务,该义务被其后的公约以更为准确的义务性规定的方式,赋予了具体的效果。另一方面,它也可以视为对公约规则的深化,该规则得到如此广泛的接受以至于非缔约国都将其作为一项原则而接受。就普遍管辖原则而言,上述情形即为:国家因为政治原因而拒绝成为某一特定文书的缔约方,但却接受关于该原则的实质规定。将习惯国际法结合起来进行考察,确实可以找到对实施普遍管辖原则和补充性原则的支持,但却找不到国家可以借鉴的具体指南或者既定的实施程序。

国家可以在其管辖范围内就某些犯罪自愿承担行使普遍性管辖原则的义务,尽管就这些犯罪而言并不存在这样的普遍性国际义务。在这种情况下,普遍管辖原则来源于国家对国际社会做出的承诺,尽管该国家可能并不是某些特定公约的缔约国。以这种方式认可普遍管辖原则,就会为某些国家创设一项不对称的义务。《罗马规约》的非缔约国就可能属于这一种情形,虽然它们并没有这样的国际义务。

分析普遍管辖原则的渊源,可以看出这项原则本身规定并不充分,

[42] “ Rule 157: States have the right to vest universal jurisdiction in their national courts over war crimes”, Jean - Marie Henckaerts and Louise Doswald - Beck, Customary International Humanitarian Law. Vol. 1: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 604. 也可以参见第 44 章对有关战争犯罪的规则的更系统的研究。(第 568 至 621 页)以下是有关运用普遍管辖原则的国际习惯规则:第 156 条规则:对国际人道法严重的违反构成战争犯罪。第 158 条规则:国家必须调查被指控犯有战争犯罪的国民、军队,或位于其国内的他国国民,并在合适的情况下起诉嫌疑人。国家还必须调查其有管辖权的其他战争犯罪,并在合适的情况下起诉嫌疑人。第 159 条规则:冲突结束后,当局应尽量赦免那些非国际武装冲突的参与者和因武装冲突失去自由的人,但是嫌疑犯有、被起诉犯有或者已被判决犯有战争犯罪的人不在此列。第 160 条规则:限制型的法规不适用于战争犯罪。第 161 条规则:国家应当尽力合作,推动对战争犯罪的调查以及对嫌疑犯的起诉。

不足以保证其得到实施。它既需要普遍的认可也需要实施手段,或至少存在界定国家责任的明确义务。在这方面,这么考虑会更准确:普遍管辖原则应有法律规则的补充完善,为其提供准确的理论依据,并设计实施的条件或者规定义务的确切含义。这样就会产生多种普遍管辖原则,或者说“普遍管辖原则群”。其中每一项本身即为自己的实施方式。为了明确国家义务,对普遍性管辖原则进行的分割是有必要的。这并不是什么革命性的理论,但是却能解释为什么该原则在实践中并没有得到很好的运用。然而,如果国际法要在形成这些义务的具体定义方面取得进步,那么,就条款的最终执行而言,国家主权所必然隐含的自由裁量权仍将留有不可削减的解释空间。

另一个在分析普遍管辖原则时经常被忽略的问题,是关于该原则的双重属性——它既属于国际法又属于国内法。普遍性义务首先要求国家建立(必要的情况下改进)其自身的法律制度,从而使通过国内法院实施普遍管辖原则成为可能。不能忽视的是,对于国内刑事法院来说,普遍管辖原则确非常态,如果没有国内法相关规定(其框架或组织形式),法官可能很难运用它。事实上,如果相关国内立法(通常是新法)没有被通过,普遍管辖原则的这一方面可能会损害整个体系或其有效运行。普遍管辖原则可能因为缺乏或部分缺乏立法,成为——有些情况下已经成为——一个假原则。当国内宪法性法律与普遍管辖原则相冲突时,问题就更为难办,因为这可能涉及豁免或者赦免权。关于这些的规定往往比较笼统,有时国家元首或政府首脑还享有自由裁量权——虽然对于国际罪行,这只是特殊情况。然而,国际义务和国内宪法义务之间的冲突通常并不会产生,因为两者之间的交叉并不多,但这并不表明这种冲突就一定不会发生!

普遍管辖原则与补充性原则之间的关系

在这个大范围内,应该将《罗马规约》规定的补充性原则视为一个安全网,这个安全网保证了普遍管辖原则的合理化并增强其有效性。补充性原则首先尊重现在仍然有效的两项国际法原则,即国际主权原则和

刑事起诉方面的采取行动者优先管辖原则。^[3] 其次, 补充性原则赋予国家行使普遍管辖, 并根据其国内刑事法规决定如何处置罪犯的权利。正如罗马会议主席在谈及对于犯有国际罪行的罪犯所施惩罚时所说的那样:“根据国际刑事法院与国内法院之间的补充性原则, 国内司法体系根据国内法对于国际刑事法院管辖的犯罪的调查、起诉和惩罚都享有优先管辖权。^[4] 既不能低估补充性原则, 也不高估该原则。它并不能弥补国际社会或单个国家为审判国际犯罪行为人所作努力的所有不足。它的目的就在于, 通过《罗马规约》, 帮助各个国家和国际社会更好地实施普遍管辖原则。它可以视为一个程序性工具, 它允许国际社会在国家不能够或不愿意行使管辖的情况下, 将起诉的主动权收回。补充性原则的目的在于, 当国际罪行必须被起诉惩处而又缺乏这种起诉惩处时, 为各个国家和国际社会提供一个可能的解决办法。这个可能性会对罪犯产生威慑效果, 如果没有这个可能性, 这些人会因为知道不会受到审判而心安。是否真的会进行有效起诉是不确定的, 但永远都会有那把达摩克利斯之剑悬在他们头上 虽然这可能不足以阻止那些犯有战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪或其他国际罪行的人, 但至少这个机制确实存在, 而且应该维持这个机制, 以作为更好地实施国际人道法和国际人权法的一种方式。

补充性原则还有助于解决一些难题, 这些难题或许并非法律方面的缺陷, 而是一些涉及外交或政治方面的问题。

该原则同时为一些国内法律难题提供了替代性解决方案。尽管普遍性管辖是国家的责任, 但是由于国家意志以外的原因, 国内法律或政

[43] 这是《罗马规约》不可分割的一部分。正如一些学者所认为的 (see e. g. K riangsag K ittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 25 f.), 前南刑事法庭和卢旺达刑事法庭并不是这种情形, 因为这两个特设法庭的刑事管辖权优先, 国家管辖权只是补充性的 (至多是并行的), 而国际刑事法院则是相反。

[44] See Rome Conference press release L /ROM /22, 17 July 1998 . 这项声明的做出是因为存在国家判处此类犯罪死刑的可能性。根据《罗马规约》第 80 条, 这个问题留待各个国家自身司法制度解决, 不受规约影响; 它并非直接相关, 但是它显示了, 程序因素和整个刑事司法制度与管辖权问题是相关联的。

治体制可能会排除实施管辖的可能性。如果某个国家认为它无法实施管辖,补充性原则就为该国将管辖权移交他方提供了可能性。由此我们可以认为,是国家通过积极利用该原则而启动了普遍管辖。^[5] 例如,在2005年提交国际刑事法院的这些案件,^[6]其中有三个案件涉及国家无法起诉国际罪行嫌疑犯的情形。这些案件(刚果民主共和国,乌干达和中非共和国)都是由国家直接提交国际刑事法院的,它们认为由自己国内的法院审判这些嫌疑犯不可能。最近的一个案件(苏丹)则是由联合国安理会提交法院的。在这些案件中,并不是由检察官来启动诉讼,这就表现了补充性原则并不是一个单向的原则,它为主权国家与国际刑事法院之间的合作提供了可能性。

从整体上看,补充性原则代表了在起诉国际罪行方面取得的进步,同时该原则也排除了对这些犯罪人提供“保护伞”的可能性。但是,并不能将补充性原则视为对普遍管辖原则的不足的最终救济手段。反而,应将它视为改善这种情况的一个过渡阶段,不是一个确定性的成果。将它视为一种手段而不是一个目标!如同其他手段,它需要坚决而有效的政治决断。不仅如此,该原则本身也存有缺憾。

补充性原则的固有限制

补充性原则在有效促进普遍管辖原则的实现方面受到限制,这其中既有主观原因也有客观原因,这些原因都不应当被忽视。

客观原因

客观原因既可产生于国际体系,也可产生于国内体系。在国际法律

[45] 这就不同于“补充性原则的消极应用”(国家在不能够或不愿意审判国际罪行犯罪人时不主动采取措施)。一个积极的态度的表现是国家关注对罪犯的审判以及从国际刑事法院寻找他们没有的框架和手段。

[46] On these cases see , <http://www.icc-cpi.int/cases.html> (last visited March 2006) .

体系中,存在着两个问题:缺乏对于国际犯罪的准确定义以及缺乏关于国际刑事法院规定的补充性原则适用条件的规定。

缺乏国际犯罪的准确定义和其犯罪要件可能会被认为是个令人惊讶的问题,因为《罗马规约》第6条至第8条所列的罪行可以说是既广泛而又详细。然而,一旦审视犯罪的定义,国内法院的法官可能很难判定其属于一项国际罪行,因为相对于国内法律体系,国际上关于犯罪要件的规定较不充分。国际刑事法院对于其自身实践和案例法的普及,有助于减小两者之间的距离,但这个缺点不能被忽视,特别是在法院工作的初期阶段。^[7] 由于国内法院的法官并不习惯运用“开放的定义”或者“犯罪要件”,所以需要采取积极沟通的策略。尽管不应夸大其危险,但确实存在着这样的风险:即各国对于犯罪的定义和构成要件的认识意见不一,这将会产生普遍管辖原则的不同的实施方式。

补充性原则是通过《罗马规约》第1条、第15条和第17条至第19条对各种实施条件的规定而得以成形的。这本应促进该原则得以更好地实施。然而,正如上面所述,对上述条件的理解难以作出评估:到底什么是“不愿意”或“不能够”起诉呢?这些开放性的概念赋予检察机关自由裁量权,以决定具体适用的内容和方式。这些概念的含义非常宽泛,这就为国家选择提交国际刑事法院的案件留有空间,从而也可以将补充性原则视为定义“刑事政策”的工具。这本身并不说没有道理,因为决定刑事政策是任何检察机关本应有的职能,但是这的确表明了,补充性原则将不可避免地具有选择性。^[8] 不仅如此,检察官的自由裁量权必须要经过预审法庭的审核,这就为再一次行使自由裁量权带来了可能。除此之外,联合国安理会也可以启动刑事诉讼程序,^[9] 由此可能产生对

[47] 前南刑事法庭和卢旺达刑事法庭的案例法显然可以作为一个参考工具。然而,纯粹从法律角度看,国际法院可以采纳或拒绝采纳特设法庭的理由。它们仅具有参考价值,而非标准规则。

[48] 例如,案件的选择可能不会取决于犯罪,而取决于收集证据的难易以及起诉的胜算大小。

[49] 参见《罗马规约》第13条第2款。

补充性原则的另一种理解。不同的理解方式可能导致补充性原则含义的支离破碎、不成体系。

我们同时也不能忽视产生于国内法律体系的客观原因,国内立法对于国际罪行的定义应当与其在国际环境中的定义相协调。这个要求显而易见,而且,虽然法案的调整需要一定时间,但是应当是越快越好。但实际情况并不总是这样,两个法律体系对于一些犯罪的定义仍有不同。例如,国内将一些战争罪定义为危害人类罪,或者有时将种族灭绝罪视为一项危害人类罪。必须解决这个问题,国际刑事法院的沟通作用对于提出解决方案非常重要,这又一次证明了补充性原则与实体法是相关联的。即使国家尊重该原则,补充性原则的实施可能会存在一些严重的冲突问题,因为国家可能辩称规约对于一些犯罪没有规定,因而不同意该原则实施的条件。

另一个有关补充性管辖的客观风险在于,各个国家的司法体制之间的本质不同。即使国际与国内对于国际罪行的定义相同,它们对于刑事程序和证据采纳规则的不同仍然会导致判断的偏差。例如,如果某人被指控犯有一项国际罪行,但是收集的证据不足,或者公正审判的条件没有满足,那么国内法院可能不愿意或拒绝起诉该人。这可能符合其国内司法体制,但是不一定必然符合国际法要求。国际刑事法院会容忍这种情况的存在吗?还是会以国内法院不愿意或不能够起诉战争罪犯为由,另外提起诉讼程序?不管具体情形是怎样的,该风险都不应被低估,而且目前还没有此类潜在冲突的解决办法。可能的方式也许是,制定一个适用于此类犯罪的程序或证据规则,该规则包括特殊和一般情形,以保证该实施方式的整体的协调。可惜现在还不是这样的情形!

国内层面的豁免和赦免(虽然由于某些犯罪的严重性质,国际法禁止国内法对这些犯罪人予以赦免)仍会产生有关补充性管辖的问题。虽然大赦不会成为国际刑事法院审判犯有国际罪行的人的障碍,然而,在一些中间情形中,这些问题将会实际上削弱补充性原则的效力。国际法禁止赦免某些国际罪行,例如酷刑,然而犯有这些罪行的人却可能在国内的准司法程序框架中被个别单独地赦免。豁免往往是通过宪法规定

而赋予国家元首或政府高官的，而且这些规定也往往笼统而没有限制。^[0] 国际刑事法院该如何对待这些案件呢？这可真不好说。然而，国际刑事法院可以通过检察官办公室审查这类情形，并决定根据正义的要求，不起诉某些犯罪。^[1] 有关补充性原则可能存在的另一个问题是，国际罪行的犯罪人经过国内法院的审判确定有罪，然而之后得到了赦免。在这种情况下，国际刑事法院很难证明规约第 17 条规定的可受理性条件已经满足。^[2]

国家结构与政治体制对于起诉国际罪行犯罪人的影响

一个国家的宪法体制可能赋予该国的司法机构完全独立的地位。由此，就会产生不同的机关就是否起诉国际罪行互相争议的风险。即使某国行政和立法机构赞成起诉某一国际罪行，该国的司法机构可能不同意。反过来亦然，比利时有关普遍管辖权的实践正是这样一个例子：虽然经过 1999 年的修改，1993 年通过法律还是使比利时当局相当为难。^[3] 因为有对国际犯罪的指控时，司法机构就必须启动调查。这有利于对国际犯罪的起诉，但是对于补充性原则来说，就会存在两个相互对立的危险。第一个危险是，国家机构之间可能产生僵局，如果该国的司法机构坚持其规则，还会导致该国与国际刑事法院之间出现危机。第二个危险是，政府当局可能因为不想扰乱其外交关系，而不愿意出面干

[50] See the Yerodia case (DRC v. Belgium : The Warrant of Arrest from the 11th of April 2000 Case, ICJ, 14 February 2002), where this issue was discussed.

[51] 参见《罗马规约》第 53 条第 2 款。

[52] See Holmes, above note 29, p. 678. 赫尔姆斯描述的假设案例是非常有趣，他提出如果犯罪人被国内法院起诉并判处刑罚，但之后却获得赦免，那么在这些案件中，很难证明第 17 条规定的条件没有被满足。

[53] 尽管刚果起诉比利时的案件(注释[50])不涉及补充性原则，但是却表现了普遍管辖原则与外交现实之间的对抗的局限性。国际刑事法院并没有明确审查嫌疑人不在该国的情况下国家行使普遍管辖权的问题。然而，这个案件和另外一些对国际知名政客的指控，导致比利时在 2003 年修改了 1993 /1999 普遍管辖法案。See David, above note 10, p. 817; M. Halberstam, "Belgium's universal jurisdiction law: Vindication of international justice or pursuit of politics?", 2003 Cardozo Law Review, Vol. 25, p. 247.

预。这两种情况都可能加剧该国与国际刑事法庭之间关系的紧张。

国内司法体系

如果某一国际犯罪的管辖权被分配给一个特定的(或普通的)法院,该国内部司法体系也可能导致问题变得复杂。首先,国际罪行往往首先本身就是犯罪行为(*crimes mala in se*),这意味着该犯罪行为也往往可能因为一个比较普通的罪名而被审判。^[4]其次,如果该国际犯罪发生于武装冲突中,某些军事法院可能享有专属管辖权,而这些法院可能试图减轻对该类罪犯的惩处。从而,问题就不再是关于“切实地起诉或审判”,而变为普通法院与军事法院审判方式上的不同。在凯利(Calley)案件中,这个问题显得尤为重要,^[5]本案上诉法院对于罪犯处境的减轻,产生了该国是否存在不愿意审判被起诉人的问题。如果在今天审理这个案件,补充性原则该如何发挥作用呢?这是否就意味着处罚的严厉程度会影响管辖权问题?极有可能会出现这样的情况,因为军事法院判断可能会含有对被告的情况较为宽容的理解。

补充性管辖面临另一个挑战在于国家之间引渡和司法合作程序的多样性。显然,引渡和司法合作的目的在于促进普遍管辖原则的实施。然而,尽管区域合作的例子确实存在,但是,引渡和司法合作仍然主要以两国之间双边关系的存在为基础。所以,对于各种情况下应满足的条件规定可能会有不同。一个常见的难题是政治犯不引渡的例外。在正常情况下,这并不会对起诉国际犯罪产生影响,但是在很多案件中,这个辩护理由可能被用来阻止引渡的进行,而且各国当局判断标准的不同将会影响司法程序的进行。另一个相关问题在于行政机关享有的是否应

[54] “杀人犯仍然逍遥法外!”这就解释了为什么有些国家加入有关国际犯罪的公约后,不愿意按照公约要求修改其法律。然而,应当承认国际犯罪的特殊性质,因为该性质会加剧该犯罪的严重性。这就是为什么需要为这些犯罪建立一个具体的、独立的罪行目录,以避免将此类犯罪与普通犯罪混同对待。如果产生这样的混淆,那么它们无疑会对普遍管辖和补充性原则的适用产生影响。

[55] *United States v. William L. Calley, Jr.*, US Court of Military Appeals, 21 December 1973, 22 USCMA 534 (1973).

该进行引渡的自由裁量权。这不是一个纯理论的问题，皮诺切特案证明了这一点。^[6]

主观原因

主观方面的困难不仅涉及普遍管辖原则和补充性原则两者之间关系中的法律问题；而且，显然它们将影响这些原则的实施，因此是一个不能被忽视的问题。主观原因如同客观原因一样，也同时存在国际和国内两种性质。

国际法原因

对国际犯罪比较完整的定义和对《罗马规约》的遵守并不足以保证对这些犯罪的起诉。要及时有效地起诉一项国际犯罪，首先应当满足的条件就是：存在充分有效的司法体制，即有运作正常的法院和胜任的法官。但情况并不总是这样，特别是当武装冲突或社会危机已经将该国搅乱的时候。应当对这种情况进行分析，但很有可能发生情形是：由于缺乏可以运行的机构，普遍管辖原则和补充性原则都无法发挥作用。这种危险会随着犯罪的增加而加剧。我们不能低估这种危险，因为虽然不能排除设立特设法庭（国际性的或者混合性的）的可能性，但这要取决于国际社会的意愿。如果国际刑事法院只有补充性原则可以运用（假设有关国家也会配合），那么实际上，法院很可能只能对少量的案件进行管辖，而且也无法保证能够进行调查和收集到充分的证据。国际刑事法院并不能弥补国家甚至国际社会的缺陷。

还有一种风险极有可能发生，那就是对待各个国家无法做到一视同仁，这可能导致各国之间进行某种交易，这种情况尤其会发生在那些《罗马规约》的非缔约国中。考虑到国际犯罪理论上受制于普遍管辖原则，

[56] 见注释[15]。尽管英国司法机构批准对智利前首相进行引渡，但由于健康问题并没有实际引渡。

但在实际中并不必然会接受审判,^[7]那么,补充性原则的效力究竟有多大呢?不平等可能产生于国家间相互抵触的利益需求。例如,如果该国是一个发展中国家,该国可能会将遵守《罗马规约》或根据第 98 条达成协议作为谈判的筹码,以交换经济援助。对于这个问题的争论不应忽视国际关系与政治的影响。显然,与国家在国际法一般原则的遵守相比,它们发挥着更大的作用。由于缺乏强迫国家履行其“普遍管辖”义务的手段,产生国际犯罪行为人的“不受起诉的安全区”的风险是很大的。在这里,国家的强弱与他们所持的立场都会产生显著影响。^[8]

另一个主观方面的原因与一个国家整体政治环境有关。必须时刻考虑到这一点,即政权的性质——取决于权利的分立与制衡(民主国家或专制国家)——也将会影响着两个原则的实施。从历史上看,相对历史悠久的国家关系而言,补充性原则就年轻多了。所以,忽略各国的国内和国际环境及实施补充性原则对其产生的影响,是不现实的。例如,如果起诉会严重影响两个友好国家相互之间的关系,而且由此产生的危机的严重性甚至超过了审判本身,那么这两个国家就会对国际犯罪的审判设置困难。在支持起诉和与国际组织合作的官方表态之外,存在着不容忽视的地缘政治,它很可能造成国家的不作为。

同样,不能高估国际社会的态度。在各国一致同意国际罪犯应当接受审判的共识的背后,现实政治不断抬头,且各国对情势的看法不一。赋予联合国安理会将情势提交国际刑事法院的权力,^[9]就是这样一个例子。这可以被视为补充管辖原则的一个积极方面,该原则的实施能够促使普遍管辖原则发挥更具体的作用。而且,在苏丹的达尔富情势中联合国安理会就发挥了这种作用。但是,我们不能因此而忽视这么一个

[57] 原因在于,存在这样的压力:某些国家以受援助国不与有关组织合作为条件进行经济援助。

[58] See Henry J. Steiner, “ Three cheers for universal jurisdiction – or is it only two? ”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 5 (2004), pp. 201 f. and 229 f.

[59] 参见《罗马规约》第 13 条关于管辖权的实施的规定:“ 在下列情况下,本法院可以依照本规约的规定,就第五条所述犯罪行为行使管辖权:……2. 安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事,向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势。”

问题的存在：国际社会对国际犯罪的处理存在选择性。即使全世界存在对国际犯罪的全面评价，安理会的工作方法和程序规则也可导致国际刑事法院对其可启动的诉讼程序的选择性。如果此种诉讼程序会损害某些成员国的利益，那么，无论犯罪的性质如何，取得这些国家的同意都将会是相当困难的。这些国家只要是安理会常任理事国，就可以阻止安理会将此情势提交国际刑事法院。而且还存在一个“关注的起点”标准，只有达到该标准，国际社会才会关注该情势，并将其提上讨论日程。同样，如果该情势未能成为国际社会关注的焦点，或其只是偶尔发生的，就很有可能出现国际社会因无利益而不作为的情况。

在正常的情况下，补充性原则引申出来的法律规则应该是导致对国际犯罪行为人的起诉。然而，国际刑事法院有必要制定其刑事政策，补充性原则的实际运用则很可能会因此而受到损害。理所当然（国际刑事法院检察官办公室及法院主席做出的声明也印证了这一点），^{〔60〕}国际刑事法院将重点起诉负有最大责任的人——有时被称为“大鱼”的人，因为这些人主要是政府高级官员和军队将领，由于其地位和国内豁免或时效立法而无法在国内法院接受审判，尽管上述立法并不适用于国际犯罪。^{〔61〕}然而，这并不足以保证对于这类犯罪的充分惩治。如果该国际罪行是由某国的一部分人实施的，而案件以某种方式被移交后，国际刑事法院只被要求审判处于最高层的犯罪嫌疑人，那么，下级官员即使同样犯有国际罪行，也很有可能因为国内司法系统由于事实上无法审判他们而逃脱惩罚。这是实施补充性原则的限制之一。如果国际刑事法院也因为罪犯的数量而无法审判，那么《罗马规约》第17条规定的“不能够”条款便会无用武之地——这种风险不仅仅只在理论上存在。这个难题现在还没有一个解决方案。这不仅危及国际刑事法院的刑事政策，而

〔60〕 See P. Kirsch's presentation of the first report to the General Assembly of the United Nations [UN Doc A/60/177], available at <http://www.icc-cpi.int/press/pressrelease/120.htm> (last visited March 2006).

〔61〕 提醒一点：在对国际犯罪适用普遍管辖时，不应适用国家的豁免或赦免法规，或者无论以何种名义颁布的限制性法规。

且也危机上述所有标准。这一切结合起来将不仅严重损害补充性管辖的有效性,而且从整体上也会损害普遍管辖原则的实施。^[2]

国内的主观原因

还有一些与国内因素相联系的主观原因也为补充管辖原则的实施增添了困难。以下将阐述其中的一些原因。

首先,必须考虑到各个国家的具体文化特征。对这个衡量尺度的认识会对遏制国际罪行产生关键作用。当局之间的关系,证人陈述的能力大小,民众是否愿意合作,和解与重建程序是否优先……有很多因素都会增加实践中补充性管辖权实施的难度。^[3] 例如,巴尔干地区的情势,或者更具代表性的柬埔寨的情势,都在早期(甚至贯穿始终)明显地表现出没有意愿要通过审判来解决历史遗留问题(至少是不愿意)。正式地拒绝从未发生,但总会存在一个优先排序。而在这排序当中,国家并非必然会将国际社会的利益放在首位,正如受害者也并非必然会是国家一样。国际法和国家宪法对于这种优先排序的态度很明确,但国际上的或国家内的决策者却并非是这样。

其次,普遍管辖原则和补充性原则的实施方式可能并不够。尽管起诉的决定是在国际层面上做出的,但困难仍是存在的。调查的进行就是一个例子。若要审判就必须进行适当的调查,但是国际官员该如何进行这个调查呢?他(她)是否需要口译员的帮助呢?信息、翻译等的可信度又有多高呢?在这方面还有很多需要关注的问题。上述困难并非无法解决,但总的来说,国际刑事法院在这方面能否取得成功将不仅仅取决于国家政府官员是否合作,而且也取决于需要的信息能否获取。这就展现了国际刑事法院与国家之间的关系在处理此类问题上发挥的作用,这同时也显示了,如果想要取得积极的结果,那么两者就需要采取积极

[62] 关于实施普遍管辖的障碍,参见“最后报告”,注释[3],第 10 页。

[63] See in this regard John Dugard, “ Possible conflicts of jurisdiction with truth commissions”, in Cassese et al., above note 29, ch. 18.3, p. 693.

的态度。

结论

普遍管辖原则与补充性原则之间的关系并不是一个革命性的话题。本文的内容也只是为了抛砖引玉。通过对每个主体的作用和责任做出更清晰的界定,我们也许就能够提出一些更好的行动方针。本文就提出了一些可供参考的想法。

首先,有必要对国际刑事法院应该发挥的作用做一个清晰的界定。虽然从法院规约的条文就可以明显地看出国家与法院发挥的作用。但是,这还不足以保证补充性原则将会实际起作用。国际刑事法院是一个由联合国组织创办的独立的国际组织。其成员国必须承担保证法院在未来取得成功的责任。为了实现这个目的,《罗马规约》的缔约国大会可以利用其中心地位和政策导向作用去发展以下途径。第一,它可以向各国提出一套协调统一的定义和工作程序规则,以增强其工作效率,促使起诉和审判质量的提高。例如,我们可以理解,为了起诉国际罪行,能够对国内刑事程序规则进行某些减损,从而缩小各国司法体制之间的差异。国际刑事法院的内部机构应当以帮助国家为目的,而不是与他们相对抗。这不仅仅是口号,也应当体现在行动上。这不仅需要规约的实施,而且还需要一个法院组织之间以及成员国之间积极沟通的策略。虽然,国际刑事法院还未做出任何判决,但是迄今为止,其达成的协定和做出的意见显示出法院也是完全按照这个观念运作的。第二,缔约国大会在不干涉国家内政的情况下,同样可以提出关于应采取哪些实际步骤来改进普遍管辖原则的实施的指导方针。但它在提出方针之前应先咨询成员国乃至整个国际社会。第三,缔约国大会以及国际刑事法院通过将来的案例法,可以在各个成员国之间发挥类似于联邦性质的作用——并不是强加解决方案,而是使成员国相信实施普遍管辖原则的必要性。而且,这使国际刑事法院的非成员国也有可能参与进来,并使世界范围内的沟通与对话成为可能。

其次,应赋予区域性国际组织在启动对国际犯罪的起诉方面更多的责任。现在的情况通常是这样:国际犯罪发生了;但国家不能够或者政治上不愿意去审判在国外犯罪的嫌疑犯;而国际刑事法院并没有足够的理由启动诉讼程序;以至于罪犯逍遥法外。这样结果的出现多是由于缺乏一个可以将以下两个特点结合起来的合适的主体:熟悉具体情况,并且能够独立地代表共同承担责任的数个国家发言。发展区域性政治组织可能是一个解决方案,因为它们恰好符合这两个条件。但有一点必须了解,他们不是自身起作用,而是通过这样的方式承担责任:将主动权交由成员国,促使成员国要不亲自组织起诉和审判,要不就将该情势提交联合国安理会。显然,这种解决方案需要深入思考,但是它的优点是:利用已经存在的组织来促使普遍原则发挥实质作用,并最终促使补充性原则的实施更加有效。

最后,不应忽略制裁在执行补充性原则时所起的作用。尽管正义与制裁通常都被视做没有任何联系,但是必须牢记,很多时候正义是通过制裁实现的,而且通常是刑事制裁。有必要将司法程序视为一个连续的过程,其中每一个因素都需要进行到程序的最后。认为补充性原则只是涉及管辖方面的事宜,这样的理解是不全面的。如果将制裁视为一个单独的问题,那么就不会正确理解管辖问题。甚至可以这样说,整个司法问题都比制裁面临更大的风险。对普遍管辖和补充性原则的深入分析只能是一个没有唯一答案的多层次的过程。对于那些负有最大责任的罪犯,从国内的真相与和解程序到国内法院启动的诉讼程序,再到混合型或国际性的刑事起诉,这一系列的解决方案的结合应通过审查并付诸实施。显然,这就是延续当下论题的另一场争论的起点……

补充性原则无疑是在促使普遍管辖原则更加有效的过程中取得的一个进展。本文尝试讨论一些互相联系的因素——如果国际社会想要更好地解决这个问题,就必须妥善处理这些因素。然而有一点应牢记于心,那就是无论文件最后起草得多么完美,只有国家和国际社会的意志才是决定因素。保证受害者的救济与尊严是研究这个问题的基本目的,不应认为普遍管辖原则只是一个学者或理想主义者的梦想,而忽视这一

点。只有协同努力才能带来人们态度的转变。我们要向那些与普遍管辖原则和补充性原则相关的实施者传达这样一个简单的信息，那就是：不要仅仅停留在思想和口头上，赶快行动吧！

朱文奇 校