

# 《国际刑事法院罗马规约》的修正与适用实践述评

刘大群\*

**内容摘要:**《国际刑事法院罗马规约》通过至今已历25年,但国际刑事法院的实践成就却似乎乏善可陈,不仅受理的案件寥寥无几,而且在政治上也受到来自国际社会的各种批评,特别是来自非洲国家的批评尤为尖锐。25年来,缔约国对《国际刑事法院罗马规约》进行了重大修正,缔约国大会通过了关于侵略罪定义与适用范围的修正案;在该规约中增添了非国际性武装冲突中的罪行;国际刑事法院对驱逐出境罪作了扩大解释并创造性适用了间接共同犯罪的犯罪形态,以扩大法院的管辖权;坚持官方身份无关性原则,并认定了该原则在习惯国际法上的地位;对被害人参与作出了有益的实践。不难预测,国际刑事法院很可能会进一步扩大其管辖权并加强国际刑法的执行力,特别是对非缔约国而言,受到国际刑事法院管辖的情况可能会逐渐增多。

**关键词:**国际刑事法院罗马规约 侵略罪 驱逐出境罪  
非国际性武装冲突战争罪 间接共同犯罪 官方身份无关性 被害人参与

《国际刑事法院罗马规约》(以下称《罗马规约》)是国际刑法和国际人道法发展史上的里程碑。1998年7月17日,联合国特设委员会在意大利罗马举行的《罗马规约》谈判外交大会上以120票赞成、7票反对、21票弃权通过了《罗马规约》。根据该规约第126条的规定,2002年7月1日,在第60个国家向联合国秘书长递交批准书后,《罗马规约》生效。这标志着人类历史上第一个全球性的国际刑事法院正式成立。国际社会对国际刑事法院寄予厚望,世界人民期盼一个具有公正性、独立性和权威性的国际刑事法院,以结束对最严重犯罪有罪不罚的现象。

2023年是《罗马规约》通过25年。在国际刑事法院(以下称“法院”)成立的20多年中,法院的实践却不尽如人意。迄今,《罗马规约》共有123个缔约国,法院共发出37个逮捕令。在缔约国的合作下,共有21名犯罪嫌疑人被缉拿归案,13名被通缉的

\* 联合国国际刑事法庭余留机制法官、国际法研究院院士。曾作为中国代表团副团长出席制定《国际刑事法院罗马规约》外交代表大会。

本文仅代表作者个人的意见与看法,并不代表任何国际组织和任何政府的观点。

犯罪嫌疑人仍在逃。此外,由于3名犯罪嫌疑人死亡,法院撤销了对他们的起诉。<sup>①</sup>法院共审理了31个案件,已对10名被告人定罪,4名被告人被宣告无罪释放,还有一些案件正在审理之中。<sup>②</sup>20多年来,法院的总开支达20多亿美元,平均每年的开支是1亿美元。<sup>③</sup>2023年,法院的预算达到1.73亿美元。<sup>④</sup>与联合国安理会根据《联合国宪章》第7章成立的前南斯拉夫问题国际刑事法庭(以下称“前南国际刑庭”)相比,在审判效率上,法院可谓乏善可陈。前南国际刑庭在其24年的历史中,共起诉了161人并将他们全部缉拿归案,作出了119份终审判决,成为最有效率的国际刑事法庭。<sup>⑤</sup>

在政治上,法院也多次成为国际舆论的焦点,受到了各种批评。在法院成立初期,由于实际起诉的案件大多涉及非洲国家的犯罪嫌疑人,非洲国家和其他一些发展中国家批评法院采用了双重标准。<sup>⑥</sup>截至目前,已有两个国家——布隆迪和菲律宾先后退出了《罗马规约》。《罗马规约》的缔约国在达到120个左右以后,就再也没有增加,陷入了停滞状态。

本文并不试图在政治上评价国际刑事法院,只是梳理过去25年来缔约国对《罗马规约》作出的重大修正和法院在司法实践中对法律的扩大适用,并对这些修正与实践进行初步评估,以期更好预测国际刑事法院今后的发展动向。

## 一、侵略罪条款的制定

1998年通过的《罗马规约》第5条规定了法院对受到整个国际社会关注的最严重的4项罪行具有管辖权,即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪。由于时间关系,出席外交大会的各国代表并没有制定侵略罪的详细条款。根据罗马外交大会结束时通过的第6号决议第7段的规定,大会决定成立一个侵略罪特别工作组,继续讨论侵略罪的犯罪构成和有关的程序事宜。<sup>⑦</sup>经过10多年的努力,《罗马规约》缔约国终于在2010年的《罗马规约》审查会议上通过了侵略罪条款。<sup>⑧</sup>

---

① See The European External Action Service, 20 Years of International Criminal Justice against the Most Horrific Crimes, 17 July 2022, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/20-years-international-criminal-justice-against-most-horrific-crimes\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/20-years-international-criminal-justice-against-most-horrific-crimes_en), visited on 21 September 2023.

② See UN, The International Criminal Court at 20, <https://www.un.org/en/delegate/international-criminal-court-20>, visited on 21 September 2023.

③ See International Criminal Court Assembly of States Parties, Report of the Committee on Budget and Finance on the Work of Its Thirty-eighth Session, ICC-ASP/21/5/add.1, 21 July 2022.

④ See Resolution ICC-ASP/21/Res.1, 9 December 2022.

⑤ See United Nations International Criminal Tribunals for Former Yugoslavia, In Numbers, <https://www.icty.org/en/features/crimes-sexual-violence/in-numbers>, visited on 21 September 2023.

⑥ See UN, Delegations Accuse International Criminal Court of “Double Standards”, “Selectivity”, as General Assembly Adopts Resolution Welcoming Its Report, 13 May 2016, <https://press.un.org/en/2016/ga11784.doc.htm>, visited on 21 September 2023.

⑦ See United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, A/CONF.183/13, para.7.

⑧ See ICC, Resolution RC/Res.5: Amendments to Article 8 of the Rome Statute.

回溯历史,第二次世界大战后制定的《欧洲国际军事法庭宪章》(以下称《纽伦堡宪章》)首先将侵略罪规定为危害和平罪。该宪章第6条第2款规定:危害和平罪,即计划、准备、发动和从事一种侵略战争或一种违反国际条约、协定或保证之战争,或参加完成上述任何一种战争之共同计划或阴谋。1974年12月14日,联合国大会通过了第3314号决议,进一步细化了对侵略罪的定义。《罗马规约》中关于侵略罪的定义实际上只是综合了《纽伦堡宪章》、《远东国际军事法庭宪章》(以下称《东京宪章》)、《联合国宪章》和联大第3314号决议的内容,并没有新的发展。

经修改的《罗马规约》增加了第8条之二“侵略罪”、第15条之二“对侵略罪行使管辖权”(缔约国提交的情势、自行调查)、第15条之三“对侵略罪行使管辖权”(安理会提交情势)和第25条第3款之二犯罪人的身份要求(犯罪的主体)。从这些新增条款可以看出国际刑事法院对侵略罪行使管辖权的先决条件:只有被告人所属的国家从事了侵略行为后,被告人才有可能犯下侵略罪;如果被告人所属的国家没有从事侵略行为,个人是无法犯下侵略罪的。可见,国家所从事的是侵略行为,而不是犯下了侵略罪,而个人参与了国家的侵略行为,则将构成侵略罪。

《罗马规约》第8条之二规定:侵略行为是指一国使用武力或以违反《联合国宪章》的任何其他方式侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立的行为。法院所界定的侵略行为只涉及国家之间最严重的武装冲突,排除了边界冲突和小规模的特别军事行动、自卫以及安理会授权的行为。一国是否从事了侵略行为,主要由联合国安理会作出决定,但如果在6个月内,安理会没有作出决定,法院检察官在预审法庭的授权下可以进行调查,除非安理会作出了相反的决定。<sup>①</sup>

《罗马规约》第8条之二规定了侵略行为的具体内容,即凡是违反了联大第3314号决议的下述行为,无论是否宣战,都构成侵略行为:(1)一国的武装力量对另一国的领土实施侵略、攻击或占领;(2)对另一国领土进行轰炸;(3)对港口或海岸实行封锁;(4)对另一国军队进行攻击;(5)决议终止后继续在外国领土上驻军;(6)允许另一国在其领土上对第三国实施侵略行为;(7)以一国的名义派出武装团体、非正规军或雇佣军对另一国实施武力行为。可见,国家的侵略行为只限于实体的军事行为,而不包括政治、经济、文化和意识形态等方面的侵略,也不包括网络攻击。侵略行为仅适用于国家,不包括非国家武装组织、恐怖主义集团等对别国采取的武装行为,除非这些组织成为国家的工具和代理人,才可以归咎于国家。

《罗马规约》第8条之二规定:侵略罪是指能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行为的人策划、准备、发动或实施一项侵略行为的行为。此种侵略行为依其

<sup>①</sup> 参见《罗马规约》第15条之八。

特点、严重程度和规模,须构成对《联合国宪章》的明显违反。可见,侵略罪具有身份要素,即只追究领导人的责任,一个普通士兵是不可能犯下侵略罪的。《罗马规约》第25条第3款之二规定:就侵略罪而言,本条的规定只适用于能有效控制或指挥一个国家的政治或军事行为的个人。侵略罪的行为要素是策划、准备、发动或实施《罗马规约》第8条之二所规定的侵略行为。实施侵略罪的心理要素,要求必须具有实现侵略行为目的的特定的心理要素。

与《罗马规约》第12条第2款的规定不同,法院对非缔约国的国民和在非缔约国领土上实施的侵略罪不具有管辖权。这将会出现很尴尬的情况:凡是在将来可能进行侵略战争的国家可能都不会加入《罗马规约》;已成为《罗马规约》缔约国的国家也不会批准侵略罪的修正案。其结果是,侵略罪只适用于那些不可能从事侵略行为的缔约国。

令人遗憾的是,《罗马规约》关于侵略罪的修正案中,并没有采纳《纽伦堡宪章》和《东京宪章》中的共谋罪。共谋罪是一种未完成的犯罪,即不需要证明犯罪结果业已发生的犯罪。在国际刑事审判中,共谋罪是惩罚最严重的国际罪行的有力武器。在纽伦堡审判的24名被告中有8人被认定犯有共谋罪。在东京审判中的25名被告中,只有2人没有以共谋罪定罪。共谋罪不要求证明犯罪结果的发生,只要达成犯罪的合意就构成了犯罪,这将有利于国际刑法在目标犯罪还没有发生前或犯罪刚刚开始实施的阶段介入干预,进而达到早期预防侵略罪实施的目的。同时,共谋罪还有利于起诉和惩罚那些没有实际从事侵略行为但参与了策划侵略的官员,特别是文职官员。侵略罪的修正案中规定了“策划”和“准备”,是否也能达到与共谋罪同样的效果呢?答案是否定的。因为“策划”和“准备”是犯罪形态,只有在目标犯罪业已实现的情况下,才能对被告定罪。如果目标犯罪没有发生,是不能以犯罪形态(mode of liability)定罪的。共谋罪在《罗马规约》侵略罪中的缺失将会使国际刑事法院制止侵略行为和实现有罪必罚的宗旨与目的大打折扣。

## 二、非国际性武装冲突中的罪行增添

1949年《日内瓦四公约》及其1977年附加议定书是国际人道法的核心,规制武装冲突中的行为并保护那些没有实际参与战斗及不再参与战斗的人员。<sup>①</sup>70多年

---

① 1949年《日内瓦四公约》是指国际社会于1949年8月12日在日内瓦签署的《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》)、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》)、《关于战俘待遇的日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》)和《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)。1977年,1949年《日内瓦四公约》的两个附加议定书获得通过,分别是《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》)和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二附加议定书》)。

来,《日内瓦四公约》及其他众多国际人道法条约挽救了无数生命,在武装冲突中减轻了民众的苦难。

但是,《日内瓦四公约》的法律体系有一个先天性的缺陷,即将武装冲突分为国际性武装冲突和非国际性武装冲突,在保护平民和惩罚犯罪方面适用不同的法律规范。这是因为各国坚持国家主权原则,认为非国际性武装冲突中保护平民主要是主权国家的责任,对于所发生的犯罪,应完全由国内法规范并由国内法院管辖。对于武装冲突中的犯罪,国际性武装冲突主要适用《日内瓦四公约》和《第一附加议定书》的规定,《日内瓦四公约》中的共同第三条和“严重违反”条款<sup>①</sup>是治罪条款;非国际性武装冲突则适用《日内瓦四公约》中的共同第三条、《第二附加议定书》以及有关国家国内法的规定。结果是,国际性武装中的一些犯罪在非国际性武装冲突中就不被认为是犯罪,在非国际性武装冲突中对平民的保护也低于在国际性武装冲突中对平民的保护程度。

第二次世界大战以后,国际形势发生了很大的变化,绝大多数的武装冲突都是发生在一国境内的非国际性武装冲突,而且,非国际性武装冲突的惨烈程度根本不亚于国际性武装冲突。因此,在非国际性武装冲突中遵守战争法规和对平民的保护更为迫切。

为什么对于不同国家的平民,特别是对于同一村或居民点的平民,会由于地图上的一条国境线,就采用不同的保护措施?为什么适用于国际性武装冲突中的犯罪条款,却不能适用于非国际性武装冲突?为了弥补这些漏洞,前南国际刑庭首先在司法判例中扩大了对非国际性武装冲突中的平民保护。在迪拉利奇案中,上诉庭指出:“仅仅因为武装冲突的不同性质而对同样严重的犯罪适用两种不同的法律制度与惩罚,将完全忽视《日内瓦公约》保护人类尊严的宗旨。”<sup>②</sup>对于受保护的人员,前南国际刑庭上诉庭指出:“对于‘受保护人员’的定义的法律适用取决于实质性的联系,而不是形式上的联系,这才是当代武装冲突中更重要的因素。在此之前,战争主要是在业已建立的国家之间发生的,在当代族群之间的武装冲突中,如在前南斯拉夫发生的情况,在武装冲突中经常产生新的国家,对族群的认同而不是国籍成为联系的重要因素。换句话说,族群而不是国家成了决定性的因素。在这种情况下,把国籍作为适用法律的标准来定义受保护的人员是远远不够的。在对受保护人员给予保护时,《日内瓦第四公约》第4条意欲依赖实质性的联系,而不是法律上的定位。”<sup>③</sup>

<sup>①</sup> “严重违反”条款系指《日内瓦第一公约》第50条、《日内瓦第二公约》第51条、《日内瓦第三公约》第130条和《日内瓦第四公约》第147条。

<sup>②</sup> Prosecutor v. Delalić, et al., Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgment, 20 February 2001, para.172.

<sup>③</sup> Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Appeal Judgment, 15 July 1999, paras.166,168.

很明显,在重新定义“受保护人员”的标准时,前南国际刑庭尽可能地扩大了《日内瓦四公约》中受保护的平民的范围。《罗马规约》中的战争罪条款最基本的作用就是保护平民免受攻击,这种作用根植于对人权的保护。通过对非国际性武装冲突中的罪行的增添,《罗马规约》扩大了对平民的保护及对作战方式和使用武器的限制。

在惩罚犯罪方面,《罗马规约》采用了《日内瓦四公约》的分类,将武装冲突分为国际性武装冲突和非国际性武装冲突,从而适用不同的法律。《罗马规约》第 8 条第 2 款第 1 项和第 2 项的规定适用于国际性武装冲突,第 8 条第 3 项和第 5 项适用于非国际性武装冲突。这种分类适用法律的方式早已不适当当前武装冲突的特点与需要,为了改变这种状况,《罗马规约》的缔约国大会通过修改规约的方式,扩大了在非国际性武装冲突中犯罪的惩罚范围。2010 年在乌干达首都坎帕拉举行的修改规约的审查大会通过决议,增加了侵略罪定义,并在《罗马规约》关于非国际性武装冲突的第 8 条第 2 款第 5 项中增加了使用毒物或有毒武器罪,使用窒息性、有毒或其他气体罪和使用特殊子弹罪。

2015 年在荷兰海牙举行的第 14 届缔约国大会又通过了一项修正案,删除了《罗马规约》第 124 条。该条为过渡性条款,规定了缔约国对战争罪有 7 年的管辖豁免期。根据《罗马规约》第 121 条第 4 款的规定,该修正案将在 7/8 的缔约国批准后生效(需要有 108 个缔约国批准)。

2017 年 12 月,在纽约举行的第 16 届缔约国大会对《罗马规约》第 8 条进行了 3 处修改,增加了使用致盲武器罪、使用 X 光在人体中不易检测的碎片的武器罪、使用微生物和其他生物武器罪。

2019 年 12 月 6 日,缔约国大会通过了在非国际性武装冲突中以饥饿作为作战方式故意断绝平民粮食罪。

《罗马规约》缔约国大会对一些国家提出的规约修正案也正在讨论之中。如墨西哥提出增加使用并威胁使用核武器罪<sup>①</sup>,荷兰提出了增加恐怖主义罪<sup>②</sup>,特立尼达和多巴哥与伯利兹联合提出增加贩卖毒品罪<sup>③</sup>;等等。

缔约国大会所作出的这些努力主要是为了缩小国际性武装冲突和非国际性武装冲突中犯罪的差别,做到同罪同罚。这些修改《罗马规约》的提案已经明显超出了《罗马规约》第 8 条的范围,呈现出进一步扩大对非国际性武装冲突进行管辖的趋

① See ICC, ASP Special Edition Newsletter #3, January 2010, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/Publications/Newsletter-ASP-3-ENG-web.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Newsletter-ASP-3-ENG-web.pdf), visited on 21 September 2023.

② See ICC, ASP Special Edition Newsletter #3, January 2010, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/Publications/Newsletter-ASP-3-ENG-web.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Newsletter-ASP-3-ENG-web.pdf), visited on 21 September 2023.

③ See ICC, ASP Special Edition Newsletter #3, January 2010, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/Publications/Newsletter-ASP-3-ENG-web.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Newsletter-ASP-3-ENG-web.pdf), visited on 21 September 2023.

势。无疑,这对缔约国提出了更高的要求,即缔约国应将新增加的非国际性武装冲突中的犯罪纳入其国内法,否则,国际刑事法院就有可能依据补充性原则,认为该国为不愿意或不能够行使管辖权的国家,从而行使管辖权。

### 三、法院管辖权的扩大

《罗马规约》第12条第2款第1项规定,如果有关行为发生在缔约国境内或有关犯罪发生在缔约国船舶或航空器上,法院可以行使管辖权。而在司法实践中,国际刑事法院通过对危害人类罪中的驱逐出境罪的扩大解释与适用,将管辖权扩大到非缔约国。

2019年7月4日,法院检察官办公室要求第三预审分庭授权对在缅甸/孟加拉国境内发生的情势进行调查。调查的范围是2016年10月9日以来,针对缅甸罗兴亚人的大规模和有系统的犯罪事件。<sup>①</sup>

缅甸约有110万罗兴亚人,大多聚居于缅甸西部接壤孟加拉国边境的若开邦。虽然罗兴亚人世世代代生活在缅甸,但是,缅甸1982年《公民权法》拒绝承认他们的公民身份,使得大部分人实际上沦为无国籍人。2012年,罗兴亚人与若开邦居民之间的紧张关系加剧,其后演变成骚乱。2016年10月,在若开邦北部,罗兴亚武装分子对警察哨站发动袭击,造成人员死亡,缅甸军方随即展开军事镇压,将整个罗兴亚族群当做攻击目标。据称,罗兴亚人受到了各种各样的人权侵犯,如被非法杀戮、被任意拘捕,约有1/3缅甸罗兴亚人穿越边界到达孟加拉国。联合国估计,东南亚有多达42万罗兴亚难民。<sup>②</sup>

在缅甸/孟加拉国情势中,检察官要求法院对两个主要的法律问题作出裁决:一是《罗马规约》第7条第1款第4项中规定的驱逐出境罪的法律性质;二是《罗马规约》第12条第2款第1项中规定的属地管辖权的含义。<sup>③</sup>在本案中,缅甸是罪行发生地国,但不是《罗马规约》缔约国,孟加拉国是《罗马规约》缔约国,是罪行结果发生地国。法院预审分庭在分析属地管辖权时指出,国家为了行使对跨国犯罪的属地管辖权,根据不同的情势发展出不同的概念,主要有以下几种:一是客观属地原则,即犯罪在境外开始,但在本国境内结束,该国可主张属地管辖权。二是主观属地原则,即

<sup>①</sup> See Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-7, Office of the Prosecutor, Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, 4 July 2019, para.56.

<sup>②</sup> See Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, Pre-Trial Chamber III, Decision, 14 November 2019, para.61.

<sup>③</sup> See Prosecutions' Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, ICC-RoC46(3)-01/18-1, 9 April 2018, para.6.

犯罪在本国境内开始,而在国外结束,罪行开始国也可主张属地管辖权。三是普适原则(*principle of ubiquity*),即犯罪的全部或一部分发生在一国境内,而不论该部分是否犯罪构成的组成部分。在这种情况下,该国可主张属地管辖权。四是构成要素原则,即如果犯罪构成中至少有一项因素发生在一国境内,该国可主张属地管辖权。五是效果原则,即如果犯罪发生在一国领土之外,但产生的效果影响到另一国境内,受到影响的国家可主张管辖权。<sup>①</sup>

预审分庭得出的结论是,“驱逐平民越过缅甸/孟加拉国边界,包括了被害人越过边界,清楚地建立了在这种犯罪行为要素(被害人越过边界)基础上的领土联系。该案件适用客观属地原则、普适原则以及构成要素原则。本案的情势在国际法允许的范围之内”。<sup>②</sup>可见,预审分庭对属地管辖权进行了扩大解释,并以此为据扩大了法院的管辖权。《罗马规约》第12条第2款第1项只规定了犯罪发生地国(*on the territory of which the conduct in question occurred*)的管辖权,并没有特别规定属地管辖中的犯罪结果发生地的管辖权。《维也纳条约法公约》第31条第1款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”而预审法庭的解释却没有对罪行发生地的管辖权按其通常意义进行解释,而只是笼统地适用了属地管辖权。可见,预审分庭是在偷换概念,顾左右而言他。按照条约措辞的通常意义,对《罗马规约》第12条的通常理解应该是犯罪行为发生的那个国家,而不包括犯罪结果发生地的国家。

法院以往的实践,也只是一般性强调属地原则,而不提及罪行发生地的管辖权。2010年12月6日,法院检察官办公室宣布对朝鲜半岛的情势进行调查。2014年6月,国际刑事法院检察官办公室发布了第5号报告,就朝鲜2010年11月23日炮击韩国延坪岛、致使韩国军人和平民死亡以及2010年3月26日击沉韩国潜艇造成46人死亡事件作出决定。<sup>③</sup>检察官虽然认定事件不够严重而不再继续进行调查,但在管辖权的问题上,检察官认为:“炮击延坪岛是从朝鲜民主主义人民共和国的领土上开始的,因此,行为人很可能是该国的国民,而朝鲜民主主义人民共和国不是《罗马规约》的缔约国,但是,由于满足了属地管辖的要求,法院可以对行为人实施管辖

<sup>①</sup> See Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, Pre-Trial Chamber III, Decision, 14 November 2019, para.56.

<sup>②</sup> See Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, Pre-Trial Chamber III, Decision, 14 November 2019, para.62.

<sup>③</sup> See ICC, Situation in the Republic of Korea, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/SAS-KOR-Article-5-Public-Report-ENG-05Jun2014.pdf>, visited on 21 September 2023.

权。这同样适用于参与击沉潜艇事件的所有非缔约国的国民。”<sup>①</sup>但是,这毕竟是检察官的主张,而不是法院作出的裁决。

判断罪行发生地国公认的标准是美国法院在北卡罗来纳州诉怀特案的判决中所确立的标准,<sup>②</sup>即如果犯罪的“核心行为”(essential acts)发生在某一区域里,该区域就是犯罪发生地,而不是预审法院决定中所说的只要部分犯罪发生在一国境内就构成犯罪发生地。在该案中,毒品是在北卡罗来纳州制造并出售、在新泽西州被查获的,北卡罗来纳州上诉法院认为北卡罗来纳州是罪行发生地,因此,该州法院对此案具有管辖权。“核心行为”标准是辨别犯罪行为发生地国与犯罪结果发生地国的重要标准,而预审法庭却视而不见。犯罪行为与犯罪结果呈现的是因果关系,有了犯罪行为才可能出现犯罪结果。如果没有犯罪行为,就不可能产生犯罪结果。在犯罪行为与犯罪结果的关系中,犯罪行为才是核心行为。

如果遵循“核心行为”标准,检察官在大韩民国情势案中对管辖权的主张也勉强说得过去。因为,在朝鲜境内开了炮,而炮弹落在了韩国境内,发生了爆炸,造成了人员伤亡。由于犯罪的“核心行为”发生在韩国,因此认定罪行发生地国是韩国。而在缅甸/孟加拉国情势中,驱逐出境的核心行为发生在缅甸境内,只要罗兴亚人一越过边境,驱逐出境的犯罪就完成了。因此,缅甸应为犯罪行为发生地国,而孟加拉国是犯罪结果发生地国。法院对缅甸/孟加拉国情势不应具有管辖权。

对于驱逐出境罪的构成要素,《罗马规约》所附的犯罪要件第7条第1款第4项规定了危害人类罪中的驱逐出境或强行迁移人口罪的行为要素:(1)犯罪嫌疑人的行为违反国际法;(2)犯罪嫌疑人的行为必须是强制性的行为,违反被迁移人口的个人意愿;(3)“强行”一词不限于针对人身的武力,也可以包括针对这些人或另一人实施武力威胁或强制手段,例如以对暴力的恐惧、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成强制性情况,或利用强制性环境;(4)被害人不一定是多人,如果在构成危害人类罪的背景要素的情况下驱逐一个人也构成此罪;(5)被害人在被驱逐或迁移离开的地区必须具有合法的居留权;(6)驱逐出境或强行迁移的不同之处在于驱逐出境需要跨过边境,不论该边境是法律上的还是事实上的。在武装冲突的情况下,如果将平民从交战一方的实际控制区驱逐到另一方的实际控制区,也构成驱逐出境罪。<sup>③</sup>国际法委员会1996年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案条款》第18条第7款

<sup>①</sup> ICC, Situation in the Republic of Korea, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/SAS-KOR-Article-5-Public-Report-ENG-05Jun2014.pdf>, visited on 21 September 2023.

<sup>②</sup> See State v. White, Court of Appeals of North Carolina, 517 S.E.2d 664, 134 N.C. App.338, 20 July 1999.

<sup>③</sup> See Prosecutor v. Naletilić and Martinović, Case No.IT-98-34-T, ICTY Trial Judgement, 31 March 2003, para.670.

规定：“驱逐出境暗示从一国的领土向境外迁移，而强行迁移只发生在同一国的境内”。前南国际刑庭审判庭在斯塔季奇案中也指出，“本法庭的司法案例对《罗马规约》第5条第4款的驱逐出境罪和第5条第9款的非人道行为罪(强行迁移)作出了区分。该区分在柯斯蒂奇案得以确立，该案的审判庭认为‘驱逐出境和强行迁移都是将人群从他们居住地非自愿地和非法地迁移，但是，在习惯国际法中，这两者并不是同义词。驱逐出境罪系指越过一国边境的迁移，而强行迁移罪则是在一国境内的流离失所’”。<sup>①</sup>可见，驱逐出境确实是涉及另一个国家的犯罪，在国际刑法中，有一些犯罪是具有涉外因素的，如侵略罪必须是一国的武装力量入侵了另一国的领土或针对另一国武装力量的军事行动，但这并不等于说，凡是犯罪构成中含有涉外因素，都可以将犯罪结果发生地国作为犯罪发生地国。

预审分庭还指出，“依这种方式，驱逐出境罪可以类比越境射击，例如，谋杀罪是行为人在(一国境内)开枪，直到(在另一国的)被害人被击中才得以完成。在这两种情况下，在第二个国家领土上发生的事情，从法律的角度看，并不只是在第一个国家的领土上已完成的犯罪行为的边缘影响，而是‘犯罪构成的法律要求’，因此，也属于《罗马规约》第12条第2款第1项所规定的有关行为”。<sup>②</sup>这个判断是站不住脚的。因为驱逐出境罪与越境枪杀罪不能类比，根据“核心行为”标准，驱逐出境罪的核心行为主要发生在缅甸境内，而孟加拉国只是非自愿的接收国，并没有证据表明，罗兴亚人在孟加拉国也受到同样的迫害。按着预审分庭的思路，是否所有跨国性的犯罪都属于连续性的犯罪？在跨国犯罪中，所有犯罪结果发生地国也都是犯罪发生地国？在国际刑事审判机构的规定与案例中，确实有一些延续性的犯罪，如共谋罪<sup>③</sup>、奴役罪、招募儿童参加武装冲突罪以及强迫人员失踪罪等。<sup>④</sup>如果驱逐出境罪是一种延续性的犯罪，那么，何时才是驱逐出境罪的终结呢？是否要到所有被驱逐出境的被害人都返回他们的家园呢？如果驱逐出境罪在孟加拉国还在继续发生，那么，孟加拉国的国民是否也必须承担刑事责任呢？因此，合理的解释是，只要被害人一越过边境，驱逐出境罪就应该被认定为已经完成了。

<sup>①</sup> Prosecutor v. Stakić, Case No. IT-97-24, ICTY Trial Judgement, 31 July 2003, para.671.

<sup>②</sup> Prosecutions' Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, ICC-RoC46 (3)-01/18-1, 9 April 2018, para.27.

<sup>③</sup> Prosecutor v. Nahimana, *et al.*, Case No. ICTR-99-52-T, Judgment and Sentence, 3 December 2003, paras.1017,1044.

<sup>④</sup> Prosecutor v. Brima, *et al.*, Case No. SCSL-04-16-T, Judgment, 20 June 2007, paras.39,1820; Prosecutor v. Sesay, *et al.*, Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, 2 March 2009, paras.427, 1380-1494; Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, para.248; Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para.618.

鉴于预审分庭的法律错误,预审分庭在此案管辖权问题上的裁决在法律上是没有任何根据的,国际刑事法院对缅甸/孟加拉国情势不应具有管辖权。法院的裁决反映出法院在扩大管辖权问题上的一贯倾向,即将管辖权扩大到非缔约国。这是所有非缔约国不得不倍加警惕的。

#### 四、间接共同犯罪的适用

法院不但对犯罪进行了扩大解释,而且也扩大了对犯罪形态的解释,特别是法院创造性地适用了间接共同犯罪学说。《罗马规约》第25条第3款第1项规定:“单独、伙同他人、通过不论是否负刑事责任的另一人,实施这一犯罪”。在《罗马规约》英文文本中,在“伙同他人”和“通过不论是否负刑事责任的另一人”之间的连接词是“或”,而不是“和”,因此,应该两者选一,而不能两者均适用。在《罗马规约》中文文本中,“伙同他人”和“通过不论是否负刑事责任的另一人”之间使用的是顿号。加丹加和楚伊案中的被告律师指出,按《罗马规约》英文文本解读,《罗马规约》中并不存在间接共同犯罪的犯罪形态。<sup>①</sup>

在该案中,被告人加丹加和楚伊分别是两个武装集团的指挥官,他们共同策划了犯罪。国际刑事法院预审分庭根据间接共同犯罪形态,认为加丹加要为楚伊的下属的犯罪负责,楚伊也要为加丹加下属的犯罪负责。<sup>②</sup>法院预审分庭的解释是:“‘或’这个词有两个解释,一个是弱势的或全包性(inclusive)的,另一个是强势的或排他性(exclusive)的”。“对这个连接词的全包性的解释是,‘这个或那个并且两个都包括’,而排他性的解释是‘这个或那个,但不能两者都包括’。因此,按照《罗马规约》条文的解释原则,《罗马规约》第25条第3款第1项中的连接词作全包性或排他性的解释都可以。本法庭认为,通过一个人或多人实施的共同犯罪的个人刑事责任的犯罪形态是一种符合《罗马规约》规定的犯罪形态。”<sup>③</sup>预审分庭显然是对“或”这个词作出了全包性的解释,认为“或”也就是“和”。在该案中,由于加丹加和楚伊之间存在着共同的犯罪计划,其下属能采取协调一致的行为从事了这些犯罪活动,因此,法庭指出:“一个人如果不具有对实际实施犯罪者的控制,就不能构成通过他人犯罪的犯罪形态。但是,如果他与另外一个人共同实施犯罪,而另外这个人将其他人当

<sup>①</sup> See Prosecutor v. Germain Karanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges by the First Pre-Trial Chamber, 30 September 2008, para.490.

<sup>②</sup> See Prosecutor v. Germain Karanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges by the First Pre-Trial Chamber, 30 September 2008, para.490.

<sup>③</sup> Prosecutor v. Germain Karanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges by the First Pre-Trial Chamber, 30 September 2008, para.491.

成犯罪工具实施犯罪,那么这些犯罪在相互归责的基础上,就可以归责于此人。”<sup>①</sup>这就是间接共同犯罪的犯罪形态。据此,加丹加与楚伊不但要为自己的下属所犯下的罪行负责,也要为另一个人的下属所犯下的罪行承担法律责任。

间接共同犯罪的理论已成为法院检察官起诉高级政治与军事领导人的有力武器,在之后的检察官诉巴希尔案<sup>②</sup>、班巴案<sup>③</sup>和涉及肯尼亚的案件<sup>④</sup>中,检察官都根据这些高级领导人的下属所犯的罪行,对他们以间接共同犯罪的主犯进行了起诉。

国际法学界对间接共同犯罪也不乏批评意见:第一,《罗马规约》的确没有明确规定这种犯罪形态。法院预审分庭对《罗马规约》第 25 条第 3 款第 1 项中“或”的解释有些牵强附会,违反了《罗马规约》第 22 条对规约的解释应有利于被告的规定。<sup>⑤</sup>这种犯罪形态虽然不是犯罪定义,但也涉及被告人是否有罪的问题,也应当严格适用《罗马规约》第 22 条的规定,在含义不明时,对定义作出的解释应有利于被调查人、被起诉人或被定罪的人。第二,间接共同犯罪形态尚未成为习惯国际法规则,许多国家以及其他国际刑事审判机构并没有认可或采纳这种犯罪形态,不仅缺乏国家实践,也没有足够的“法律确信”(opinio juris)。第三,法院预审分庭没有对“控制”作出一个明确的定义。在正规的武装部队中,或者具有明确的上下级关系的组织里,是不难确定“控制”因素的。但是,在一些非政府组织里,上下级关系并不清晰。一群乌合之众或散兵游勇犯下了国际罪行,就很难归咎于高级指挥官与领导人。第四,在心理要素方面,如果两个组织的领导人一起制订了驱逐出境或强行迁移人口的共同计划,在实施过程中,一个领导人的下属犯下了灭绝种族罪,另一个组织的领导人并不知道将发生灭绝种族罪,更不具有灭绝种族罪特定的心理要素,如果按间接共同犯罪形态将其定罪为灭绝种族罪的共同主犯,将违反刑法中犯罪构成的基本要求。

## 五、“官方身份无关性”原则

所谓“官方身份无关性”,是指具有官方身份的被告人在国际刑事审判机构中以国际罪行起诉后不再享有豁免权。2009 年 3 月 4 日、2010 年 7 月 12 日,法院根据联合国安理会第 1593 号决议,两次向时任苏丹总统巴希尔发出逮捕令,指控他在苏

<sup>①</sup> Prosecutor v. Germain Karanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges by the First Pre-Trial Chamber, 30 September 2008, para.492.

<sup>②</sup> See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009.

<sup>③</sup> See Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08-14-Ten, 10 June 2008.

<sup>④</sup> See Prosecutor v. Ruto and Sang, ICC- 01/09-01/11, ICC Appeals Chamber, 23 January 2012; Prosecutor v. Muthaura and Kenyatta, ICC-01/09-02/11, ICC Pre-Trial Chamber II, 23 January 2012.

<sup>⑤</sup> 《罗马规约》第 22 条第 2 款规定:“犯罪定义应予以严格解释,不得类推延伸。涵义不明时,对定义作出的解释应有利于被调查、被起诉或被定罪的人。”

丹达尔富尔地区犯下了灭绝种族罪与危害人类罪。<sup>①</sup>截至目前,法院预审分庭和上诉庭在此案中至少发布了20项有关决定,涉及乍得、马拉维、刚果(金)、肯尼亚、吉布迪、乌干达、南非和约旦等缔约国,以及沙特阿拉伯、卡塔尔、埃及、埃塞俄比亚等非缔约国,要求这些国家在巴希尔访问该国时将其逮捕并将其移交给国际刑事法院,但没有一个国家遵守国际刑事法院的决定。法院对这些国家违反条约义务的行为进行了严厉的批评。缔约国拒绝执行法院逮捕和移交犯罪嫌疑人的决定涉及国家元首和政府高官的司法豁免权问题,涉及《罗马规约》第27条和第98条的适用问题,在国际社会和国际法学界引起了巨大的争议。

法院上诉庭于2019年5月6日对约旦就巴希尔案的上诉作出判决,对国家元首在国际刑事审判机构的豁免问题作出了划时代的论断。<sup>②</sup>该判决的法理分析与解释主要通过三种方式展开:一是对《罗马规约》文本的解释;二是对联合国安理会第1593号决议的适用与执行;三是从习惯国际法的角度出发,从根本上否认了国家元首在国际刑事审判机构的豁免权。

对于《罗马规约》的解释,法院上诉庭认为,《罗马规约》第27条第2款既是《罗马规约》中的条款,也反映了习惯国际法规则,对该条款的解释与适用应遵循《罗马规约》的宗旨与目的,其宗旨与目的是结束有罪不罚的现象,将被指控犯下严重国际罪行的人绳之以法。如果允许缔约国主张豁免,《罗马规约》的宗旨与目的就不可能实现。<sup>③</sup>《罗马规约》第27条是实质性条款,而第98条是程序性条款。<sup>④</sup>程序性条款应服从于实质性条款。因此,“规约第27条第2款不仅仅与法院的司法管辖权有关,而且也适用于《罗马规约》缔约国的执行管辖权”。<sup>⑤</sup>

针对一些国家拒绝将苏丹总统巴希尔逮捕并移交国际刑事法院的问题,法院指出:《罗马规约》第86条要求“缔约国依照本规约的规定,在本法院调查和起诉法院

---

① See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, Warrant of Arrest, ICC Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009; Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-94, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, Pre-Trial Chamber I, 12 July 2010.

② See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019.《罗马规约》第27条“官方身份的无关性”规定:“(一)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。(二)根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则,不妨碍本法院对该人行使管辖权。”

③ See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.75.

④ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.130.

⑤ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.125.

管辖权内的犯罪方面同本法院‘充分合作’”。“第86条中‘充分合作’应在《罗马规约》第27条第2款的范围内解读。如果缔约国被要求逮捕并移交其国家领导人时,依据国家元首的豁免而拒绝执行该要求,该国就违反了与法院‘充分合作’的义务”。<sup>①</sup>

法院上诉庭认为:“缔约国在批准和加入《罗马规约》的时候,就同意了在国际刑事法院的诉讼中不适用国家元首豁免的主张。因此,在缔约国与法院的垂直关系中,以及在缔约国之间的平行关系中,如果法院要求逮捕并移交犯罪嫌疑人,就根本不存在国家元首的豁免问题。”<sup>②</sup>

对于引发法院根据《罗马规约》第13条第2款管辖权的联合国安理会第1593号决议,法院上诉庭认为:“《罗马规约》的法律框架全部适用于所提交的情势”。<sup>③</sup>在安理会提交情势的情况下,法院也要遵守《罗马规约》的规定,“这也包括《罗马规约》第9部分中的合作机制”<sup>④</sup>。法院上诉庭认为,根据《联合国宪章》的有关规定,安理会第1593号决议对所有联合国会员国包括《罗马规约》的非缔约国具有约束力,苏丹对安理会第1593号决议所承担的法律义务等同于缔约国对《罗马规约》的义务,包括对《罗马规约》第27条第2款的适用。该决议作为特别法,高于苏丹与约旦之间存在的豁免协议。由于苏丹必须与法院进行全面合作,第27条第2款的规定也应适用于平行的关系,即苏丹与缔约国的关系。如果法院要求缔约国逮捕并移交巴希尔,苏丹就不能援引国家元首的豁免权。<sup>⑤</sup>

从习惯国际法的角度出发,国际刑事法院首先研究了第二次世界大战结束后各个国际刑事审判机构的实践。《纽伦堡宪章》第7条明确规定,“被告之官职上地位,无论系国家之元首或政府各部之负责官吏,均不得为免除责任或减轻刑罚之理由”。以后,在《东京宪章》(第6条)、《前南国际刑庭规约》(第7条第2款)、《卢旺达国际刑庭规约》(第6条第2款)以及其他所有混合法庭的规约中都包括了这条规定。《罗马规约》规定的第27条只不过是遵循了国际刑事审判机构的通常做法。

---

① Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.126.

② Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.132.

③ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.133.

④ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.136.

⑤ See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.149.

1946年12月11日,联合国大会通过的《纽伦堡宪章和纽伦堡审判中确认的国际法原则》中的原则三重申了官方身份无关性原则。<sup>①</sup>在国际法委员会通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》中也规定了同样的条款。<sup>②</sup>这样的条款还出现在众多国际公约中,如《防止及惩治灭绝种族罪公约》第4条规定:“凡犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者,无论其为依宪法负责的统治者,公务员或私人,均应惩治之。”

在司法实践中,所有国际刑事审判机构都没有承认现任或卸任的国家元首的豁免权,如前南国际刑庭起诉了塞尔维亚总统米洛舍维奇、卢旺达国际刑庭审判了卢旺达总理坎班达、塞拉利昂特别法庭判处利比里亚总统泰勒入狱50年<sup>③</sup>。国际刑事法院也起诉了苏丹总统巴希尔、利比亚总统卡扎菲、肯尼亚总统肯雅塔和肯尼亚副总统鲁托。当前有足够的国家实践证明,国家元首级别的被告人在面临国际刑事审判机构对其指控国际罪行时不享有豁免,但是,法院上诉庭并没有列举出任何有关法律确信方面的证据,这不能不说是司法论证中的不足之处。

法院上诉庭还指出,无论是国家实践还是法律确信都没有证据表明,被告人在被国际刑事审判机构起诉和审判时享有豁免权,这充分证明了国际法根本不承认国家元首在国际刑事审判机构中的豁免权。<sup>④</sup>法院上诉庭还引用了法律谚语“*nemo dat quod non habet*”(任何人不能主张或被给予他不拥有的权利)予以说明,任何国家元首都不能主张或享有根本就不存在的豁免权。由于豁免权根本不存在,那也就谈不上放弃豁免了。法院上诉庭并没有对《罗马规约》第98条进行详细的解释,但按照上述逻辑,该条中并不包括对国家元首豁免的内容。如果两国之间签订了对国家元首或政府首脑在法院起诉的案件给予对方豁免的国际协定,拒绝将被法院通缉的人员移交给法院,那么,这类协定将会被视为违反习惯国际法,法院也会认为该协定无效。

对于一项新产生的国际习惯法规则是否能够提出“一贯反对”(persistent objection)的主张呢?答案是肯定的。但是,必须符合三个条件:一是时间要素;二是持续性要素;三是一贯性要素。<sup>⑤</sup>时间要素系指当一项习惯国际法规则刚刚出现之际,一

① See ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, para.375.

② See ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1951, Vol. II, para.137.

③ See Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-03-1-T, 18 May 2012.

④ See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Appeals Chamber Judgment, 6 May 2019, para.114.

⑤ See Shelly Aviv Yeini, The Persistent Objector Doctrine: Identifying Contradictions, 22 Chicago Journal of International Law 594 (2021).

国就要表示反对,而不能在其形成之后。<sup>①</sup>持续性要素系指一国对该习惯国际法从始至终都表示反对并在实践中不断重复这种反对,不可中断。<sup>②</sup>一贯性要素系指一国不能在某些案件中接受这项习惯国际法规则,而在另一些案件不接受这项规则,即不能自相矛盾。<sup>③</sup>《罗马规约》的缔约国是不能以“一贯反对”为理由拒绝将被法院通缉的国家元首送交法院的。国家在批准《罗马规约》的时候,已经接受了该规约第27条关于官方身份无关性的规定,不符合构成“一贯反对”的三个条件。缔约国与非缔约国所签订的协定,也显然违反了《罗马规约》和习惯国际法的规定。对于非缔约国以及非缔约国之间签订的协定,则可以主张“一贯反对”的理论。

法院的这个裁决比国际法院在逮捕令案中的论断又进了一步。国际法院在逮捕令案中只是指出:“现任或前任外交部长根据国际法所享有的豁免在某种情况下并不妨碍刑事起诉。在一些具有管辖权的国际刑事法庭中,现任的外交部长可能会受制于刑事诉讼”。<sup>④</sup>但该案法院并没有认定这是一项习惯国际法规则。可见,法院在拒绝现任国家元首或政府首脑豁免权的问题上迈出了决定性的一步,即从根本上否定了在国际刑事审判机构审理的案件中国家元首或政府官员享有豁免权。

鉴于坚持国家元首在国际刑事审判机构中享有豁免权的国家大多数是非洲国家,是否可以主张这是符合“区域国际法”的规定呢?区域国际法是世界某个区域的国家在它们彼此关系中发展起来的一些原则、规则和规章制度。国际法院在庇护案中并没有否认“美洲国际法”的存在。<sup>⑤</sup>著名国际法学者布朗利也指出:“很可能,拉美地区的习惯法确实存在。”<sup>⑥</sup>但是区域国际法必须符合三个条件:一是区域内的国家统一地或一贯适用的规则。<sup>⑦</sup>二是国际法不得否定习惯国际法的效力及其普遍适用性,不得与国际法的一般原则、规则相冲突。三是区域国际法只能适用于本地区内的平行的国家的关系,而不能适用于与其他地区国家之间的关系,更不能适用于

---

① See Jonathan I. Charney, *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law*, 56 *British Yearbook of International Law* 1-2 (1985).

② See Andrew T. Guzman, *Saving Customary International Law*, 27 *Michigan Journal of International Law* 115, 166 (2005).

③ See Lynn Loschin, *The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, 2 *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* 147, 151 (1996).

④ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, ICJ Judgement of 14 February 2002, para.61.

⑤ See *Asylum (Colombia/Peru)*, Judgment of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, p.266. 如在拉美国家之间存在着承认使馆可以行使庇护权的地区国际法,如1928年《哈瓦那庇护公约》和1933年《蒙得维的亚政治庇护公约》。

⑥ Ian Brownlie, *Principle of Public International Law* 357 (Oxford University Press 1998).

⑦ See Ian Brownlie, *Principle of Public International Law* 88 (Oxford University Press 1998).

法院与非洲国家之间的这种垂直性的关系。因此,非洲国家在此案中是不能提出区域国际法的主张的。

总之,国际刑事法院上诉庭于2019年5月6日对约旦就巴希尔案的上诉作出判决,不但指出缔约国在国际刑事审判机构审理的案件中对国家元首不能主张豁免,而且将“官方身份无关性”原则提升到了习惯国际法的地位。由于习惯国际法具有普遍约束力,尽管非缔约国没有批准《罗马规约》,没有接受“官方身份无关性”原则,但它们仍要受习惯国际法的约束。

## 六、被害人参与诉讼

《罗马规约》第68条第3款规定:“本法院应当准许被害人在其个人利益受到影响时,在本法院认为适当的诉讼阶段提出其意见和关注供审议。被害人提出的意见和关注的方式不得损害或违反被告人的权利和公平公正审判原则。在本法院认为适当的情况下,被害人的法律代理人可以依照《程序和证据规则》提出上述意见和关注。”被害人参与诉讼是国际刑事诉讼中的一大创新,主要采纳了欧洲大陆法系的实践,以便使被害人的权益得到更好的保护,维护被害人参与司法诉讼的权利、了解事实真相的权利以及得到赔偿的权利。<sup>①</sup>而在普通法系,被害人参与诉讼的权利主要是由检察官代表的,被害人只限于作为证人参与法庭诉讼活动。除了国际刑事法院以外,只有柬埔寨法院特别法庭的实践中出现了被害人参与,但也只是作为民事诉讼方的参与。<sup>②</sup>

在法院审理的第一个有关被害人参与诉讼的案件中,就确认了被害人参与诉讼的广泛权利。<sup>③</sup>在司法实践中,法院将被害人分为两类:一类是受到法院管辖罪行直接损害的个人。对于国际罪行而言,可以说全体人类都是这些罪行的被害人,因此,能够参与诉讼的人只能是直接受到损害的个人,或者说,被害人与犯罪之间存在着明确的因果关系。但是在调查阶段,是否存在犯罪还不确定,因此,就很难确定谁是被害人。被害人不仅包括有行为能力的人,也包括没有行为能力的人,如儿童、残疾人以及直接被害人的亲属。另一类被害人是拥有受《罗马规约》保护物体的组织或机构如宗教、教育、医疗、艺术场所的所有人或托管人,慈善机构或历史纪念物的所有人或托管人。这两类被害人都必须填写被害人参与诉讼申请表。

<sup>①</sup> See Triffterer & Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* 1685 (C. H. Beck, Hart. Noms 2016).

<sup>②</sup> See ECCC, 02/2007/Rev.1, *Victim Participation*, [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/PD\\_Victims\\_Participation\\_rev1\\_En.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/PD_Victims_Participation_rev1_En.pdf), visited on 21 September 2023.

<sup>③</sup> See *Prosecutor v. Germain Katanga and Matheiu Ngudjolo Chui*, ICC 01/04-01/04-474, 13 May 2008.

根据《罗马规约》的规定,被害人并没有当然参与诉讼的权利,被害人必须提出参与诉讼的申请,由法官作出最终的裁决。自法院成立以来,已有 1 万多名被害人向法院提出了参与诉讼的申请。<sup>①</sup>在卢班加案中,法庭批准了 127 名被害人参与法庭诉讼,<sup>②</sup>在加丹加案中,有 366 名被害人参与了诉讼,<sup>③</sup>在班巴案中,有 1889 名被害人参与诉讼。<sup>④</sup>可见,被害人参与国际刑事法庭的诉讼呈现出与日俱增的趋势。法官在作出裁决以前,必须按照《罗马规约》第 68 条的规定审查被害人是否满足三个条件:一是个人利益受到影响的程度;二是在哪个诉讼阶段,被害人参与更为合适;三是被害人的参与是否会对被告人的权利和公正审判造成不利影响。被害人参与诉讼必须选择律师代理,当然被害人可以自由选择律师代理人。在有多名被害人的情况下,为了保证诉讼效率,法庭可以要求被害人选择一名或数名代理律师。如果多名被害人在规定时间内不能作出决定,法庭可以要求书记官长指定。在选择共同代理人时,要照顾到被害人的特殊利益,以防止发生利益冲突。无力支付法庭选择的共同律师的被害人,可以向书记官处申请财政资助。被害人参与诉讼的方式可以分为两种:一种是书面参与,被害人可以通过律师,向法院提交对法律问题与事实问题的意见;另一种是委托律师出庭,直接参与诉讼。

被害人的参与贯穿整个诉讼过程,从缔约国提交情势,到检察官开始调查;从确认罪行到审前程序;从一审阶段到上诉程序,从复核程序直到赔偿阶段。<sup>⑤</sup>

根据《罗马规约》第 13 条的规定,法院程序的启动始于缔约国向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势。被害人在此阶段会起到重要的作用,因为提交情势必须附带提交相关支持文件,而这些文件大多是被害人的书面陈述。这同样适用于联合国安理会根据《联合国宪章》第 7 章所提交的情势以及检察官的自行调查程序。

在调查阶段,被害人参与是很有争议的。根据《罗马规约》第 15 条第 3 款的规定,在检察官认为有合理根据请求预审法庭授权进行调查时,被害人可以根据《国际刑事法院程序和证据规则》(以下称《程序和证据规则》)向预审分庭作出陈述。2006

---

① See Christine Van den Wyngaert Hon, Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge, <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol44/iss1/22>, visited on 21 September 2023.

② See ICC, Trial Chamber I to Deliberate on the Case Against Thomas Lubanga Dyilo, ICC-CPI-20110826-PR714, 26 August 2011.

③ See ICC, Questions and Answers: Situation in the Democratic Republic of the Congo, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/51E53AB9-7D3B-4582-AE3B-F4999C7EB521/281257/QAKatangaandchuiWEBEN G.pdf>, visited on 21 September 2023.

④ See ICC, Central African Republic: VPRS Holds Training Seminar for Local Intermediaries Assisting Victims, ICC-CPI-20110729-PR705, 29 July 2011.

⑤ 参见《罗马规约》第 75 条。

年1月17日,第一预审分庭在刚果(金)情势案中就承认了被害人有权参与对情势进行调查的诉讼程序。被害人在调查阶段的参与在法律上和实践中都会产生一些问题。首先,在调查阶段,检察官只是在调查情势,而不是在调查案件,是否存在犯罪,谁是犯罪嫌疑人还不确定,又如何确定谁是被害人呢?其次,这将对犯罪嫌疑人造成极大的不公,会对调查的公正性、独立性和有效性带来负面的影响。<sup>①</sup>最后,在这一阶段,对被害人参与的程序并没有具体的规定。被害人的参与程度以及这一阶段所能发挥的作用尚不清楚。由于存在这些问题,法院第一预审分庭于2008年1月18日又作出了“关于被害人参与的决定”。<sup>②</sup>该决定试图“对有关被害人参与整个诉讼程序向诉讼方和参与方提供通用的指导方针”,<sup>③</sup>但是,对于涉及被害人参与的许多问题与词汇都没有进行解释,如“情势被害人”与“案件被害人”有什么区别?两者在权利与义务方面有什么不同?什么是“适当的程序”?什么是个人利益?等等。

在确认起诉阶段,法庭根据《罗马规约》第61条的规定,要举行听证会。根据《程序和证据规则》第92条第3款的规定,对于确认起诉的听讯要通知被害人。如果被害人申请参与这一程序,法院一般是予以批准的。如在卢班加案件中,就有4人参加了听讯。<sup>④</sup>当然,出于保护证人的需要,被害人参与主要是在实施保护措施的情况下,以书面形式参与。

在审判阶段,被害人可以实质性地参与诉讼程序。他们“可以被允许提交并审查证据,如果法庭认为这将有利于法庭决定事实问题”。如果证据涉及被害人的个人利益,被害人也可以适当地提出问题,这些问题并不只限于赔偿问题。<sup>⑤</sup>一般而言,被害人只能接触到公开的文件和证据。但是,如果法庭允许,被害人也可以参与不公开的庭审或诉讼一方的听证会。

在赔偿程序中,法院采取了“刑事附带民事”(adhesive procedures)的诉讼方式,这也是大陆法系的一种做法,即被害人不需要另行进行单独的民事诉讼,而只需要在刑事审判中向被告人提出民事诉求即可。有学者将其称为国际刑事诉讼中的一

---

① See Jerome de Hemptinne and Francesco Rindi, ICC Pre-Trial Chamber Allows Victims to Participate in the Investigation Phase of Proceedings, 4 Journal of International Criminal Justice 342 (2006).

② Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I Decision on Victims' Participation, 18 January 2008.

③ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I Decision on Victims' Participation, 18 January 2008.

④ See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.

⑤ See Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I Decision on Victims' Participation, 18 January 2008.

项革命。<sup>①</sup>《程序和证据规则》第4分节第94条至第97条专门规定了赔偿程序。被害人根据《罗马规约》第75条提出的赔偿请求,应采用书面形式提交给书记官长。在此程序中,被害人具有更大的权利,不仅仅限于提交书面材料,还可以向被告人、专家证人以及其他所有有关人员提出质询。赔偿听证会的目的是为了确定损害的程度以及赔偿的金额,因此,对会得到赔偿的被害人的资格有更严格的要求。考虑到任何损害、损失和损伤的范围和程度,法院可以裁定作出个别赔偿,或在法院认为适当的情况下,裁定作出对诉讼团体的集体赔偿。<sup>②</sup>如果直接向每一被害人作出个别赔偿不可能实现或不切实际,法院可以命令将被定罪人的赔偿金存放于信托基金。据此存入信托基金的赔偿金应与信托基金的其他资源分开,并应尽快交给每一被害人。法院可以命令被定罪人通过信托基金交付赔偿金。<sup>③</sup>

被害人参与被认为是国际刑事审判机构在审判公开化、民主化和透明化的大胆尝试,增加了审判的公正性,受到许多国家,特别是西欧国家的推崇。但从法院过去25年的实践看,被害人参与也存在着一些问题:一是被害人参与诉讼的权利与被告人的权益之间缺少必要的平衡,可能会造成检察官与被害人共同起诉被告人的情况。二是检察官与被告人的诉讼目的缺少适当的平衡。检察官的诉讼目的是将被告人定罪,而被害人的诉讼目的是要得到赔偿。这两者的目的在有些情况下,可能会发生冲突。三是被害人与证人之间角色的混淆。《罗马规约》和《程序和证据规则》都不禁止被害人作为证人参与诉讼。<sup>④</sup>被害人在参与之前的诉讼活动后,再作为证人出庭作证,就会大大降低其证词的可信性,这对被告人也是不公平的。四是公平审判与效率之间的平衡。被害人参与很可能会增加诉讼成本、拖延诉讼时间,是否能够保障公平审判可能难以估量。

## 七、结语

25年前,本文作者曾作为中国代表团成员,有幸参与了《罗马规约》的谈判与制定过程。当时谈判的情况依然历历在目,记忆犹新。回顾往事,感慨万千。法院25年的实践以及对《罗马规约》的修正,已经远远超出了《罗马规约》谈判后的文本。经过10多年的努力,法院规约审查大会终于通过了有关侵略罪的修正案,填补了《罗马规约》的空白。新增的条文虽然在管辖权问题上束缚了法院的手脚,但是,总能对潜在侵略者起到一定的震慑作用,为建立其他能够审理非缔约国国民侵略罪的国际

---

① See Carla Ferstman, *The Reparation Regime of the International Criminal Court: Practical Considerations*, 3 *Leiden Journal of International Law* 667 (2002).

② 参见《程序和证据规则》第97条第1款。

③ 参见《程序和证据规则》第98条。

④ 参见《程序和证据规则》第89-93条。

审判机构提供了模板。增添在非国际性武装冲突中可受国际刑事法院管辖的罪行,虽然超出了《日内瓦四公约》的范围,但是适应了当前武装冲突发展的趋势,更有利于在国内武装冲突中保护平民和其他应受保护的人员。同时,也为法院介入非国际性武装冲突创造了条件。犯罪构成与犯罪形态的扩大解释与适用,能够最大限度地扩大法院的管辖权,特别是延展了对非缔约国的管辖权。对于国家元首在国际刑事审判机构中的豁免问题,法院将《罗马规约》中的官方身份无关性原则上升到了习惯国际法的地位,在国际刑法的实践与理论领域开辟了新的路径。

25年弹指一挥间。《罗马规约》的修正以及国际法院的司法实践,还有待于国际刑事司法实践的进一步印证和补充。草蛇灰线,伏脉千里。不难预测,法院将会进一步加强国际刑法的执行力,扩大其管辖权,特别是对非缔约国而言,受到法院管辖的情况可能会越来越多。一些非政府组织也在积极推动将生态灭绝罪(ecocide)列入《罗马规约》的危害人类罪中或者推动将生态灭绝罪列为法院可予管辖的第五种罪行。鉴于当前的国际形势,法院近期的工作将主要集中在对战争罪的调查与审判上,而从长远看,随着《防止及惩治危害人类罪公约》的制定,法院的长期工作重点将会转移到防止及惩治危害人类罪上来。

## **Review of the Practice of Amendments to and Application of the Rome Statute of the International Criminal Court**

**Abstract:** It has been 25 years since the adoption of the Rome Statute of International Criminal Court (ICC Statute). It seems that its judicial activities are far from the expectation. It has entertained few cases and politically been criticized by some states, especially by African countries. In the past 25 years, the International Criminal Court (ICC) has developed its jurisprudence by the adoption of the major amendments of the Statute and by the interpretation and application of the law. The Assembly of the Contracting Parties to the ICC Statute adopted the amendments by adding the definition and applicable scope of the crime of aggression. The Assembly of the Contracting Parties to the ICC Statute also increased the crimes occurred during the non-international armed conflict in the Statute. The ICC has expanded the interpretation of the crime of deportation so as to extent its jurisdiction to non-State Parties and creatively applied the mode of liability of indirect joint co-perpetration. At the same time, the ICC insists on the

principle of irrelevance of the official capacities and confirms the position of non-immunity of the top officials when indicted for international crimes before an international criminal tribunal in customary international law. ICC through its practice also gained some experience on the victim participation in its judicial proceedings. It is not difficult to predict that the International Criminal Court will further enhance its law enforcement capability, expand its jurisdiction and bring more and more cases occurred in the territories of non-State Parties to the Rome Statute to its jurisdiction.

**Key words:** Rome Statute of International Criminal Court; crime of aggression; crime of deportation; war crimes in non-international armed conflict; indirect co-perpetration; irrelevance of official capacities; participation of the victims

(责任编辑:石磊 钱静)