

【武装冲突法】

# 国际刑事法院对苏丹总统的逮捕令及其法律后果分析

张 臆 心

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

**摘要:** 虽然国际刑事法院由于联合国将苏丹情势提交给检察官而取得了 对苏丹总统巴希尔案的管辖权, 并在《罗马规约》的框架内有权发布逮捕令来行使其管辖权, 但根据该规约的规定, 法院不得向缔约国发布将使其违反国际义务的请求书。国际刑事法院目前已经向各国发布了逮捕和移送巴希尔的请求书, 但除了苏丹在安理会决议下负有与法院合作的义务、且苏丹对巴希尔的逮捕和移交不会涉及到对其国际义务的违反之外, 其他国家并不能因为该请求书或安理会的决议而解除其对苏丹所负的尊重巴希尔作为国家元首之豁免权的义务。倘若其他国家执行国际刑事法院的请求书而逮捕了巴希尔, 将构成对习惯法下的豁免原则的违反。

**关键词:** 国际刑事法院; 逮捕令; 国家元首豁免; 条约法与习惯法

**中图分类号:** DF95

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1008- 5815 (2010) 01- 0093- 04

2009年 3月 4日, 国际刑事法院对苏丹总统巴希尔发布了逮捕令, 因为有合理的理由相信巴希尔对多项战争罪和反人道罪的指控负有刑事责任, 且《罗马规约》第 58条第 1款所规定的发出逮捕令的条件已经满足。<sup>[1]</sup>同时, 法院还指令书记处向苏丹当局、《罗马规约》的所有缔约国, 以及联合国安理会成员国中的所有非《罗马规约》缔约国发出请求书, 请求这些国家逮捕巴希尔并将其移交给法院。<sup>[2](p 95)</sup>这是国际刑事法院自 2002年成立以来的第一次向一位在任的国家元首发布逮捕令。该逮捕令一经发出, 即引起了各方的广泛关注, 它不仅仅在法律上提出了很多问题, 更由于苏丹动荡的局势而在国家间引起了很大的争议。包括中国在内的很多国家担心该逮捕令的发出会给苏丹脆弱的和平进程造成适得其反的作用, 非洲联盟、阿拉伯国家联盟、伊斯兰大会组织等国际组织都表示不支持该逮捕令, 并有很多人因此而 对国际刑事法院的中立性提出质疑, 担心它成为西方大国政治博弈的工具。<sup>[3]</sup>无论该逮捕令引起了怎样的政治争议, 以及它可能给苏丹局势造成的影响, 在法律上它确实带来了 很多值得关注的问题, 其中一个很

重要的问题, 就是巴希尔作为在任的国家元首, 其在国际法下享有的豁免权对该逮捕令的发出和 执行的影响。

在国际法上, 国家的代表可能享有两种不同的豁免权, 即职务豁免 (functional immunity) 和身份豁免 (personal immunity)。职务豁免是指享有豁免权的人在其行使职务的范围内享有豁免权, 而对于其职务外的行为则不享有豁免权; 而身份豁免则是绝对的, 即享有该种豁免权的人无论从事什么样的行为, 甚至包括实施国际罪行, 都不受外国司法机关的刑事管辖。<sup>[4](pp 74- 75)</sup><sup>①</sup>后者只适用于该人在位之时, 一旦离职则不再存在; 前者则在离职之后仍然存在, 是否享有该种豁免权取决于所涉行为是否属于职务行为。具体哪些人员享有身份豁免权, 国际法上并没有明确的界定, 国际法院明确提到的有国家元首、政府首脑和外交部长。<sup>[5](para 51)</sup>巴希尔作为苏丹的在任国家元首, 是享有身份豁免权的。这样一来, 就带来了一些问题, 首先是国际刑事法院有没有权力对一个在任的国家元首发布逮捕令, 尤其是在该国并非《罗马规约》缔约国的情况下? 发布了逮捕令之后, 又能不能给相关国家发出请求逮捕和移送的请

收稿日期: 2009- 12- 16

作者简介: 张臆心, 中国人民大学法学院 2007级博士研究生。

<sup>①</sup> 身份豁免来自于国家主权豁免, 有学者认为它是由于特定个人作为国家的代表而享有的类似或等同于国家豁免的权利。而对于国家豁免尚有绝对豁免和限制豁免说, 本文无意对此进行讨论, 因此这里仅仅涉及刑事司法程序中的豁免, 而不论在民事程序中可能出现的对豁免权的限制。

求书？其次，苏丹以及其他收到请求书的国家，是否有义务与法院合作，逮捕巴希尔并将他移送法院？从另一个角度来说，考虑到巴希尔所享有的豁免权，其他国家又是否有权逮捕和移送巴希尔呢？本文将试图对这些问题做出回答。

### 一、逮捕令的发布

在任国家元首由于享有绝对的身份豁免，即在犯有国际罪行的情况下也不受任何外国法庭的管辖，这已经被国际法院2002年的“逮捕令案”所肯定。该案的源起，是比利时的一个法院对当时刚果在任外交部长耶罗迪亚（Yerodia）以严重违反日内瓦公约及其附加议定书和反人道罪的罪名发出了“国际通缉令”。刚果于是以该行为违反了习惯法下在任外交部长所享有的绝对刑事豁免权为由，在国际法院起诉了比利时。法院最后判决比利时的行为违反了习惯法下的豁免原则，并认为耶罗迪亚作为在任的外交部长在外国法庭享有绝对的刑事豁免权。但与此同时，法院也明确指出，这种豁免权并不意味着外交部长、国家元首、政府首脑等高级官员就可以免于刑事责任的追究了。在某些情况下，仍然有可能对上述人员进行管辖并追究刑事责任。法院列举了四种情形，其中的一种即是与巴希尔的情况直接相关的：“在任的或卸任的外交部长可能会在某些国际刑事法庭有管辖权的情况下受制于该法庭的刑事程序”。<sup>[5] (para 61)</sup>也就是说，虽然外国的国内法庭不能管辖，但某些国际性的刑事法庭却是一个例外。国际法院并没有明确这一例外适用于哪些国际刑事法庭，但它列举了前南国际刑事法庭、卢旺达国际刑事法庭，以及国际刑事法院作为例子。<sup>[5] (para 61)</sup>

那么国际刑事法院对巴希尔有没有管辖权呢？国际刑事法院是通过《罗马规约》——一个多边国际公约所成立的。《罗马规约》作为一个条约只对缔约国有拘束力，而苏丹并不是规约的缔约国。但是，根据《罗马规约》第12条、第13条的规定，当联合国安理会根据《联合国宪章》第七章行事，向检察官提交显示犯罪已经发生的情势的情况下，法院可以依照规约的规定行使管辖权，而不论该情势或犯罪是否涉及了规约缔约国。巴希尔的情况正好就属于这一类。2005年3月31日，安理会运用其宪章第七章项下的权力，通过了第1593号决议，将“苏丹情势”提交给国际刑事法院的检察官，从而使法院获得了管辖权。

需要指出的是，1593号决议只是使法院取得了管辖权，决议本身并不会使巴希尔丧失其豁免权。“逮捕令案”的判决只是说豁免原则是适用于主权国家之间相互关系的一个原则，在某些国际性刑事法庭、对某些犯罪不适用而已，并不是说这种豁免权就不存在了。就巴希尔案来说，安理会的移送是国际刑事法院的管辖权得以启动的一种方式，当程序启动了之后，法院自然应该在其规约的框架内行事。

正如国际刑事法院在其关于巴希尔逮捕令的决定中所说，既然安理会通过1593号决议使法庭对苏丹情势享有了管辖权，那么也就意味着法庭自此对该情势——包括巴希尔被指控的犯罪——有了在规约框架内行使管辖权的权力。<sup>[2] (paras 41-45)</sup>而《罗马规约》第27条第2款规定，根据国内法或国际法可能赋予某人的豁免或特别程序规则不妨碍法院对该人行使管辖权。因此根据上述国际法院“逮捕令案”的判决，国际刑事法院发出逮捕令以行使管辖权，应当说是没有问题的。

### 二、逮捕和移送请求书

可以发布逮捕令，并不一定意味着可以向各国发布逮捕和移送的请求书。根据《罗马规约》第98条第1款，如果被请求国执行国际刑事法院的一项移交请求会导致该国违背对第三国国家或外交豁免权所承担的国际法义务，则法院不得提出该项请求，除非法院能够首先取得该第三国的合作，由该第三国放弃豁免权。显而易见，该条与前述第27条第2款是存在一定矛盾的。第27条规定豁免不影响法院管辖权的行使。但是法院本身并没有自己的警察或者其他执行机构，它只能依赖于国家来完成对嫌疑人的逮捕和移送，换句话说，法院要行使管辖权，就必须在逮捕和移送方面请求国家的合作。而如果在这种请求时必须遵守豁免权，则第27条的规定也就形同虚设了。为了解决这个问题，有学者解释说第98条的规定是只相对于非缔约国的。也就是说，该条中所谓的“第三国”是专指非缔约国而言的。因为缔约国间已经同意了第27条的规定，从而同意了豁免权不影响法院管辖权的行使；但非缔约国并未同意这一条。因此在涉及非缔约国的豁免的情况下，法院必须先取得该非缔约国的同意，否则不能向缔约国发布请求书而陷后者于违反其国际义务的境地。<sup>[6] (p. 328)</sup>这种说法是有一定道理的，尤其是注意到规约第98条第1款和第2款措辞上的区别：在第1款使用的是“第三国”，而第2款使用的是移交人员的“派遣国”。“第三国”一词在条约中经常被用来指代条约的非缔约国，这里显然处理的是法院和被请求国的关系。而法院不是一个国家，如果只是笼统地指任何国家的话，完全可以用“另一国”，或者如第2款那样用移交人员母国等更加精确的表述，而非使用“第三国”。

遗憾的是，国际刑事法院在其决定中完全没有涉及第98条。法院似乎完全没有意识到第98条的存在，又或者是认为该条在这里不是一个问题，总之法院在认定应当对巴希尔发布逮捕令之后，就顺理成章地提出了应当向哪些国家发布请求书，而完全没有考虑是否可以发布请求书。从法院的这种态度来看，只能认为它默认被请求国如果执行对巴希尔的逮捕和移交不会导致其违背对苏丹的豁免权所承担的国际法义务。那么本案中的被请求国如果执行该逮

捕和移交请求的话,到底是否会违反这样的义务呢?下文将对此加以分析。

### 三、逮捕令和请求书的法律后果

国际刑事法院在其决定中要求书记处将请求书发送给三种国家:一是苏丹;二是所有《罗马规约》的缔约国;三是联合国安理会成员中的所有非《罗马规约》缔约国。<sup>[2](p 93)</sup>接下来将对这三种国家分别进行分析。

1. 苏丹。对于苏丹,国际刑事法院明确指出,苏丹有义务与法院进行充分合作。因为安理会在其 1593号决议中明确要求“苏丹政府和达尔富尔的其他所有冲突方应当与法院充分合作并提供所有必要的协助”。苏丹作为联合国的成员国,根据《联合国宪章》第 25条,必须遵守安理会做出的具有法律拘束力的决议。<sup>[2](paras 241-245)</sup>法院这样的推理应当说并没有什么问题,而且这是一个很显而易见的逻辑。苏丹虽然不是《罗马规约》的缔约国,但安理会既然在其决议中已经明确要求苏丹与法院合作并提供“所有必要的协助”,那么苏丹的合作义务也就不成问题了。但问题是法院在其后还补了一句,说根据宪章第 103条,如果一个成员国宪章下的义务和它在任何其他国际条约下的义务发生冲突时,宪章义务优先,因此苏丹由于 1593号决议而承担的合作义务也应当优先于其他的国际义务。<sup>[2](paras 246-247)</sup>这里就有一些令人费解了。巴希尔是苏丹的总统,苏丹如果要逮捕他并将他移交给国际刑事法院,很难想象会违反苏丹的什么国际义务。当然,苏丹显然不可能逮捕并移交巴希尔。法院自己也很清楚这一点,因此法院在其决定中特意强调了在苏丹不履行这一合作义务的情况下,法院可以将此提交安理会,并由安理会采取相应措施。<sup>[2](para 248)</sup>

2 《罗马规约》缔约国。根据《罗马规约》第 86条的规定,缔约国在规约下负有一般的合作义务,应当与国际刑事法院进行“充分合作”。根据第 89条第 1款的规定,当法院向缔约国发出逮捕并移交某人的请求书时,缔约国应当执行该请求书。因此,毫无疑问,当法院向缔约国发出了请求书时,缔约国在规约项下就自动承担了执行请求书的义务。虽然根据前面提到的规约第 98条,法院不得提出会导致被请求国违反其对第三国国际义务的请求,但这一条是对法院的限制,它并没有赋予缔约国在收到请求时根据该条而拒绝履行合作义务的权利。收到请求的缔约国有可能可以选择的一种做法是根据第 97条与法院进行磋商。《罗马规约》第 97条规定,当缔约国收到法院发出的逮捕和移送的请求之后,如果发现请求中存在问题,可能妨碍或阻止请求的执行,则应与法院进行磋商,解决问题。这些问题可能包括执行该请求会使其违反“已对另一国承担的条约义务”的情况。当然,国家元首所享有的豁免权并不是一个条约义务,而是存在于习惯法下的一个义务。<sup>[7](p 348)</sup>但第 97条对于“可能妨碍或阻止请求的执行”

之情况的列举并不是穷尽的,并不是只限于条约义务的情况。

从国际刑事法院现在的态度看,它显然并不认为发布请求书会给《罗马规约》缔约国的其他国际义务带来任何影响。那么如果磋商的结果是法院仍然认为被请求国应当执行法院的逮捕和移交请求书,问题就变成了一个条约义务和习惯法义务相冲突的问题——收到请求的缔约国一方面在《罗马规约》项下承担了与法院充分合作、按照请求书的要求逮捕并移交巴希尔的义务;另一方面又在国际习惯法下承担了尊重巴希尔作为一个在任国家元首的绝对的身份豁免权,而不能对他进行逮捕的义务。

通常情况下,条约法和习惯法作为国际法的两个最重要的渊源,它们之间是没有效力的高下之分的。《国际法院规约》第 38条将条约、习惯法、法的一般原则并列为法院可以适用的渊源,而没有区分它们之间的任何效力差别,相反的,规约对于法院可以适用的另外一种渊源——司法判例及各国权威最高之公法学家学说,则明确规定了它们只是一种“补助资料”。<sup>[8](p 295)</sup>但国际法院在其实际的判例中,却是会首先适用对原告双方都具有可适用性的条约的,在没有条约或者条约对所涉问题没有规定的时候,才会去考察是否有可适用的习惯法。这是因为在条约与习惯法相冲突的情况下,在缔约国之间条约就构成了一种“特殊法”,它实际上是缔约国通过条约排除了特定习惯法规则的适用,而同意在彼此之间的关系中适用条约中所规定的那种规则。<sup>[9]</sup>也就是说,当条约法与习惯法相冲突时,在该条约的缔约国之间应当适用条约的规定,除非该习惯法规则构成一项强行法,在牵涉到强行法的情况下,则条约将因为与强行法相冲突而无效。(《1969年维也纳条约法公约》第 35条)

关于哪些规则属于强行法的范畴,没有也不可能有一个确定的列举。目前比较没有争议的属于强行法范畴的规则有禁止使用武力、禁止种族歧视、禁止种族灭绝、禁止奴役等。<sup>[10](para 34)[11](p 489)</sup>国家豁免和由其引申而来的国家元首的身份豁免则不属于强行法的范畴。<sup>[12](para 2)</sup>因此在缔约国之间,如果《罗马规约》项下的义务与尊重豁免的义务相冲突,应当以条约义务优先。但在非缔约国之间,则应当仍然适用习惯法规则。苏丹并非《罗马规约》的缔约国。在缔约国与苏丹之间,除非苏丹自己放弃了其在习惯法下所享有的豁免权,否则的话,缔约国在习惯法下尊重这一豁免权的义务是不会被解除的。换句话说,如果缔约国执行了国际刑事法院的请求而逮捕并移交了巴希尔,将会构成对其作为国家元首的豁免权的违反。

这里有必要分析一下联合国安理会第 1593号决议对这一问题的可能影响。在 1593号决议中,安理会将苏丹的情势提交给了国际刑事法院的检察官,并同时要求苏丹“必

须”与法院充分合作，对于其他的国家，则只是“敦促”它们与法院充分合作。有人认为，既然安理会敦促国家与法院合作，那么如果其他国家选择与法院合作，那也只是在执行安理会的决议。根据《联合国宪章》第 103 条，联合国成员国在宪章下的义务应当优先于其他的国际法义务，因此来自于宪章的遵守安理会决议的义务应当优先于尊重豁免权的习惯法义务，成员国逮捕巴希尔也就因此而不违反豁免原则了。<sup>[4] (pp 87-88)</sup> 这种说法是经不起推敲的。且不说宪章第 103 条只是规定当会员国在宪章下之义务与“依任何其他国际协定所负之义务有冲突时”，宪章义务优先，在习惯法义务与宪章义务发生冲突时，何者优先仍然是存在争议的。<sup>[13] (p. 583-612)</sup> 即使宪章优先于习惯法，也很难说安理会的这一“敦促”就会剥夺了巴希尔的豁免权。正如法院在其关于逮捕令的决定中自己所说的那样，安理会将某一情势提交给法院所带来的结果只是法院因而取得管辖权，自此便需要在《罗马规约》的框架内来行使该管辖权。该决议并没有赋予法院超越其规约而行使的权力，决议中

所说的“充分合作”，也只能理解为要求苏丹并敦促其他国家在规约的框架内与法院合作。而前面已经分析过，在规约的框架内，只能说缔约国与缔约国之间应当以执行法院逮捕请求的条约义务为优先，没有任何理由去侵犯非缔约国在习惯法下享有的权利。

3 非《罗马规约》缔约国。通过上面的分析，实际上逮捕令和执行请求书对于非缔约国的法律效力已经很清楚了。显而易见，非缔约国没有任何义务执行逮捕令以及它们收到的请求书。在 1593 号决议中，安理会明确表示“确认非《罗马规约》缔约国不承担规约义务”。在法院的决议中亦重申了这一点并提醒各国，安理会“敦促”其与法院合作。<sup>[2] (para 249)</sup> 作为不承担条约义务的非缔约国，仅仅是安理会的“敦促”并不能让它们产生合作的义务。而另一方面，跟《罗马规约》的缔约国的情况一样，安理会的这一决议并不能解除非缔约国在习惯法下对苏丹所负有的尊重其国家元首豁免权的义务，因此，非缔约国亦不能以安理会的 1593 号决议为依据而去执行逮捕巴希尔的请求书。

#### 参考文献:

- [1] Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009
- [2] Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009.
- [3] 中国新闻网, <http://www.chinanews.com.cn/kong/news/2009/03-09/1593830.shtml> 2009 年 11 月 27 日最后一次访问。
- [4] Sarah Williams, Lena Sherif, The Arrest Warrant for President Al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court [J], 14 J. Conflict & Security L. 71.
- [5] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I. C. J. Reports 2002, 3.
- [6] Paola Gaeta, Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest? [J] 7 J. Int'l Crim. Just. 315.
- [7] Dapo Akande, The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities [J], 7 J. Int'l Crim. Just. 333.
- [8] Dinah Shelton, Normative Hierarchy of International Law [J], 100 Am. J. Int'l L. 291.
- [9] Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries in Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 248, UN Doc. A/CN.4/191.
- [10] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970.
- [11] Ian Brownlie, Public International Law [M], sixth edition, Oxford University Press, 2003.
- [12] Al-Adsani v. The United Kingdom, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch, Joined by Judges Wildhaber, Costa Cabral Barreto and Vajic, Application No. 35763/97, ECTHR, 21 Nov. 2001.
- [13] Rain Liivoja, The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter [J], ICLQ vol. 57, July 2008.

[责任编辑: 司利芳]