

International Criminal Procedure Law

朱文奇 / 著

国际刑事诉讼法



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

*International Criminal
Procedure Law*

国际刑事诉讼法

朱文奇 / 著



2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

国际刑事诉讼法/朱文奇著. —北京:商务印书馆,
2014

ISBN 978 - 7 - 100 - 10430 - 2

I. ①国… II. ①朱… III. ①国际法—刑事诉讼法
IV. ①D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 272913 号



所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

教育部人文社会科学重点研究基金重大项目
编号:2007JJD810167

GUÓJÌ XÍNGSHÌ SÙSÒNGFǎ

国际刑事诉讼法

朱文奇 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 10430 - 2

2014 年 5 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2014 年 5 月北京第 1 次印刷

印张 18¼

定价: 50.00 元

序 言

由于严格的正当程序和证据规则，国际刑事法庭判决的公正性一般不容置疑，但有一则消息却令人费解和震惊。

据韩国《中央日报》网站 2013 年 8 月 15 日报道，东京国际军事法庭判以死刑的日本前首相东条英机等七名甲级战犯，被作为殉国烈士安葬在日本爱知县三根山风景秀丽的山麓上（我国《参考消息》于 2013 年 8 月 16 日在第三版上转载了这一报道），而且这一墓地还竟成日本右翼的“圣地”。这真是令人难以置信：被国际法庭通过正当程序和证据确定的有罪之人，竟被当作“英雄”膜拜，这是对历史和正义的极大嘲讽，但同时也折射出对包括远东国际军事法庭在内的国际刑法还缺乏必要的研究和反思。

成立国际刑事法庭的目的，是要惩治战争犯罪。众所周知，日本军国主义在侵华战争期间犯下了滔天罪行，尤其是震惊全世界的南京大屠杀。当第二次世界大战还正在激烈进行时，同盟国家就如何在战后处理战犯问题进行了协议。1943 年，苏、美、英三国在莫斯科会议闭幕时发表了关于德国法西斯和日本军国主义分子暴行的宣言。这个宣言除了重申战犯必须严惩之外，还宣布“对于主要罪犯的案件绝不偏袒；他们所犯的罪行无地理上的区分，应该由同盟国政府去共同审判治罪”，并决定成立纽伦堡和远东国际军事法庭来惩治犯下滔天罪行的法西斯分子。

远东国际军事法庭的审判，又称“东京审判”。它始于 1946 年 5

月,历时两年半,最后将全部被告确定有罪,并将其中七个被定为犯有“反和平罪”的甲级战犯处以绞刑。东京审判对我国意义重大。在我国近代历史上,从鸦片战争以来的100多年时间里,中国受到西方列强无数次的侵略,而且在1945年前对这些侵略的反抗中没有一次取得胜利;中国的财富被掠夺、被压榨到没有一滴油水的地步,中国人民为此也受尽了种种屈辱和痛苦……。所以抗日战争是中国反抗外国侵略中第一次真正的胜利,东京审判则是中国人民真正得以扬眉吐气的一个大事件。

国际刑事法庭是为了惩治犯罪,但同时也要认识到:东京审判不是为了报复,更不是为了清算。国际军事法庭的目的,最终是要通过惩治来警示世人,是为了通过证明和纪录被告的罪行来告诉世人:在国家关系中以及在战争中,什么行为是国际罪行、是被国际法所禁止的,并通过惩治其严重罪行来防止它再次发生……,所以其中心思想是为了能世世代代的和平。但要真正达到这个目的,离不开对国际刑法的了解。

国际刑法是用来调整国际社会在刑事法律关系方面的学科。国际社会在发展。国际关系体系中权力结构变化,会引起国际法原则的相应改变;国际法原则和规则一旦确立,它们反过来会对国际体系产生极其深远的影响。国际刑法的发展对传统国际法规则产生了很大的影响,对构建一个和谐的国际社会也至关重要。

国际刑法由两方面的规则组成:一是实体法规范,即与国际罪行有关的国际法规则,包括国际犯罪的定义、构成要件以及在何种情况下国家有对这些罪行进行起诉和惩罚的义务;另一是程序和证据规则(rules of procedure and evidence),是关于对犯有国际罪行的被告提起公诉或审判所必须遵守的程序规则。本书是国际刑事诉讼法、主要是对程序和诉讼规则进行研究。

迄今为止,国际社会已成立了不少国际刑事司法机构。除“特设”

(*ad hoc*)的以外,还有常设性的国际刑事司法机构。国际法庭不同,其性质和类型就不同,管辖权也不一样。尽管如此,这些国际法庭在诉讼程序的特征方面却有很多的相似之处,如关于追究个人的刑事责任、控审分离的平衡机制以及被告和嫌疑人的权利保障等。

追究“自然人”的个人刑事责任,在法律上不是简单的问题。例如,由于国家元首、政府首脑或政府负责官员的所作所为,是为了维护他们的国家利益,所以国际法上原来有国家豁免(其中也包括刑事豁免)原则。但随着国际刑法的发展,现这些人如果犯有战争罪、反人道罪或种族灭绝罪等,是否可因其官职而免除其刑事责任呢?出于同理,“军人以服从命令为天职”,那军人是否可以因为执行命令(似乎是没办法拒绝的事)而被免除其刑事责任呢?

其实一个人到底是否有罪?答案只能是一个。但无论是否有罪,在审判结束之前是不能确定的。这个结论只能由审判来决定,只能由证据来确定。

国际刑事法庭的审判程序主要是围绕证据而展开。证据是国际刑事诉讼中的关键。它之所以重要,是因为国际法庭主要是采用英美法系而不是大陆法系的审判程序。它是对抗制,它以证据为中心,被告在定罪之前假定是无罪的,而控辩双方在审理的过程就证据进行辩论,国际刑事审判的诉讼程序就是按照这个对抗制来设计的。

国际刑法发展很快。国际刑事诉讼程序规则起步于二战后的纽伦堡和东京国际法庭的审判。但1993年前南国际刑事法庭成立之前却没有什么发展,所以前南、卢旺达及其他国际刑事法庭的《程序与证据规则》就具有试验和摸索性质。现经过20年的实践,其《程序与证据规则》针对实践中不断出现的新问题进行修改和补充,不管是从国际刑法、国际公法、国际刑事诉讼法还是从国际比较法等角度来看,对整个国际刑事法律的发展都做出了巨大的贡献。

国际刑法已经成为国际法所有领域内最具有强制力的一个学科，国际刑事诉讼正对国际法和国际关系产生深远的影响。国际刑事法院近期对苏丹总统巴希尔的起诉以及对利比亚领导人卡扎菲的逮捕令，清楚地表明：国际刑法将对国际秩序及国际政治产生不可忽视的影响。中国虽还未参加国际刑事法院，但对它一定要了解，要有所研究。作为一个人口众多、幅员辽阔的国家，中国应该有一些国际刑法的人才和专家。从道理上讲，中国是联合国安理会常任理事国，是一个对世界和平与安全负有“首要责任”(primary responsibility,《联合国宪章》第25条用语)的大国之一，所以对发挥重大影响作用的国际刑法一定要做深入研究。

我曾有幸在联合国国际刑事法庭工作，七年多时间里先后担任法官法律助理、检察长法律顾问及上诉检察官，主办或经办了不少案件。毋庸置疑，这是一段极其难得和宝贵的经历，也是我撰写本书的理由之一。我愿意将这些经历与大家分享。同时，考虑到目前国际刑法教学的需要，本书还可作为我国国际刑事诉讼法的教科书。

最后，我想表达对商务印书馆的谢意，感谢它对本书出版的支持。国际刑法的研究对象是国际刑事法律关系，是国际罪行及如何维护世界和平，自然要求关心国家大事和世界大事，这在物欲横流的大环境里是一个相当高的要求。但商务印书馆却能够看到这一点，所以对本书出版提供了不少帮助。当然，我还要感谢编辑王兰萍女士。她不但专业与敬业，而且善解人意，与她合作非常愉快。

朱文奇

2013年11月 北京人大明德法学楼

目 录

第一部分 国际刑事诉讼基本框架

第一章 国际刑事司法机构类别	5
第一节 特设国际刑事诉讼机构	5
一、纽伦堡与远东国际军事法庭	6
1. 国际刑法实践之起始	6
2. 国际刑事诉讼之意义	9
二、前南、卢旺达国际刑事法庭与黎巴嫩问题特别法庭	11
1. 国际刑法的新发展	11
2. 司法与维护和平使命	14
3. 黎巴嫩特别法庭	16
第二节 国际与国内混合型刑事诉讼机构	19
一、东帝汶严重犯罪特别法庭	19
二、塞拉利昂特别法庭	23
三、柬埔寨非常法庭	27
第三节 常设国际刑事法院	32
一、法院建立的背景	32
二、缔约国大会	34
三、法院启动机制	35
四、对受害人的保护	39

第二章 国际刑事诉讼机构的管辖权	43
第一节 管辖范围	43
第二节 管辖原则的基本类型	46
一、优先管辖原则	46
二、补充性原则	49
三、利比亚情势与“可受理性”问题	52
第三节 所辖的国际罪行	57
一、国际法“核心罪行”概念	57
二、种族灭绝罪	59
三、反人道罪	63
四、战争罪	67
1. 惩治战争罪行的必要性	68
2. 战争罪与国内性武装冲突	72
五、侵略罪	76
1. “侵略罪”定义的困惑	76
2. “侵略罪”定义上的突破	78
第三章 国际刑事诉讼法的法律渊源	83
第一节 法律适用的基本概念	83
第二节 国际条约	86
一、“条约必须遵守”原则	86
二、条约与程序规则	89
第三节 国际习惯	91
一、习惯的基本要件	91
二、习惯与国际刑法	94

第四节 国际法一般性原则	96
第五节 国际司法判决在国际刑事审判中的适用	101
一、“遵循先例”	101
二、司法决定的借鉴与适用	104
第六节 国内法	109
一、国际与国内法的关系	109
二、国际与国内法的互补作用	111

第二部分 国际刑事诉讼法基本特征

第四章 自然人为承担刑事责任的主体	119
第一节 追究个人刑事责任理念的演变与发展	119
一、追究个人责任实践之开创	120
二、追究个人刑事责任之必要	126
第二节 官方身份不免责	128
一、传统国际法豁免理论	128
二、不免责原则的确立	131
三、不免责原则的实践与发展	134
四、国际法院与不免责原则	140
第三节 上级指挥官责任	142
一、指挥官“不行为”的犯罪性质	143
二、“指挥官责任”的新发展	147
三、指挥官刑事责任的成立要件	151
1. 具有上下级关系	151
2. “知道或者应当知道”要素	153
3. “未能采取合理、必要的措施,阻止或惩罚犯罪行为”要素	155
第四节 “执行命令不免责”原则	157

4 国际刑事诉讼法

一、历史演变与发展	157
1. 从“免责”到“不免责”	158
2. 原则的基本哲理	162
3. 原则的立法实践	164
4. 原则的“纽伦堡模式”	167
(1) 纽伦堡法庭“领导原则问题”	168
(2) 联合国刑事法庭适用的“纽伦堡模式”	172
二、原则在国际刑法中的发展	174
1. 绝对责任原则的概念	174
2. 国家关于“绝对责任”原则的立法	175
3. 国际刑事法院与“执行上级命令不免责”	180
第五节 共同犯罪团伙	182
一、“共同犯罪团伙”的基本概念	183
二、“共同犯罪团伙”的习惯法问题	187
三、适用“共同犯罪”的意义	191
第五章 国际司法公正程序的基本制度	195
第一节“控审分离”与独立原则	196
一、平衡机制的基本考虑	196
1. 控辩的分工与平等	196
2. 独立性	199
二、平衡制度的基本设计	202
1. 法官处	203
2. 检察长办公室	207
3. 书记长官处	213
(1) 拘留所	216

(2)新闻处	216
第二节 法官公正与公平的保障措施	217
一、司法公正性	218
1. 公正的理念	218
2. 法官的资格	220
二、公正的制度保障	225
1. 法官的地域分配制度	225
2. 对法官的监督制度	229
三、对司法公正的质疑	232
1. 关于要求姆芭法官回避的案例	233
2. 关于克勒比一维特法官是否公正审理的案例	238
3. 关于申请贝尼托法官回避的案例	239
4. 关于申请麦当娜法官回避的案例	241
5. 挑战柬埔寨政府对审判的干预	243
第六章 被告及嫌疑人的权利保障	245
第一节 程序正义与“无罪推定”原则	245
一、“无罪推定”基本概念与规定	246
二、保护性的假定原则	250
第二节 被告的基本权利	255
一、公开受审与出庭的权利	257
1. 被告的基本权利	257
2. 出庭的权利	260
二、告知被控罪行及迅速受审的权利	265
1. 知晓被告罪行的权利	265
2. 迅速受审的权利	266

第三节 享有律师帮助权	269
一、律师帮助的必要性	270
1. 获得帮助是项权利	270
2. 帮助权的确立	272
3. 被告自行辩护	275
二、辩护人的资格要求	277
1. 律师资格的规定	277
2. 辩护律师的语言要求	279
三、辩护律师的待遇	281
第四节 反对强迫自证其罪的权利	286
一、基本规定	287
二、沉默权	288
第五节 辩护律师的豁免权	291
一、关于豁免权的基本考虑	291
二、关于律师豁免权的埃林德案	293

第三部分 国际刑事诉讼基本程序

第七章 审前程序	301
第一节 调查与起诉	302
一、调查	302
1. 条文规定	302
2. 检察官的调查职能	305
3. 法律顾问的作用	308
二、起诉	310
1. “具有初步确凿”的证据	310
2. 指控的罪行	313

3. 变更起诉的罪名	317
4. 起诉书的确认	320
第二节 逮捕、移交与羁押	324
一、逮捕	324
二、移交	330
三、羁押	332
第三节 辩诉交易	336
一、辩诉交易的基本概念	336
二、实践和案例	339
三、辩诉交易的利与弊	342
第四节 卷宗移送与披露证据	344
一、案卷移送制度	345
二、证据展示	348
1. 公平与必要性	349
2. 限制性	352
三、证据披露	355
1. 检方的披露义务	355
2. 双向披露	359
第五节 对法庭管辖权的挑战	361
一、东京审判	362
1. 质疑“破坏和平罪”	362
2. 日本侵略罪行的认定	368
二、联合国特设国际刑事法庭	370
1. 挑战的背景情况	371
2. 对挑战的回应	373
3. 法庭关于管辖权的裁决	377

4. 法庭是否有失公正性	380
三、塞拉利昂特别法庭	383
1. 特别法庭成立背景	383
2. 特别法庭的裁决	384
第八章 审判程序	391
第一节 证据	392
一、证据的呈现顺序与方式	392
二、证据的采纳与拒绝	394
三、证人证词与实物证据	399
1. 专家证人	401
2. 书面证据	403
3. 传闻证据	404
4. 旁证	407
5. 实物证据	408
6. 司法认知	409
7. 法庭之友	411
第二节 罪行的确定	414
一、定罪的程序要求	415
二、质询证据	418
三、定罪标准	421
1. 定罪标准的基本概念	421
2. “超越任何合理性怀疑”的定罪标准	424
第三节 作证义务及其豁免	427
一、证人的作证义务	428
二、作证豁免的基本考虑与规定	431

三、国际红十字会组织的特殊性质和地位	436
1. 国际红十字会的独立性与中立性	436
2. 前南国际刑事法庭的决定	439
3. 作证豁免规定的意义及其影响	445
第四节 判决与刑罚	449
一、判决的基本考虑	449
1. 最高刑罚为终身监禁	450
2. 罪刑加重与减轻情节	454
二、刑罚的基本考虑	459
1. 威慑力	459
2. 预防	460
3. 报应	462
4. 回归社会	463
5. 维护世界和平与安全	464
6. 综合性的考虑	467
第九章 上诉及复核	469
第一节 上诉权内涵与规定	469
一、关于上诉的基本规定	470
二、上诉的适用范围	472
第二节 上诉的可受理性	476
一、上诉的标准及要求	477
二、上诉庭的自由裁量权	479
第三节 上诉制度的新发展	482
一、塔迪奇案中的“中间上诉”	483
二、“中间上诉”的基本逻辑	485

第四节 复核	489
一、复核的基本规定	489
二、复核的典型案例分析	491

第四部分 国际刑事诉讼法的基本保障

第十章 国家与国际刑事司法机构的合作	497
第一节 合作的法律规定	498
一、合作的基本概念	498
二、联合国安理会的作用	500
三、尊重国际人道法义务	504
第二节 合作与国内立法和司法	506
一、需要国家合作与支持	507
二、国内立法必要性	510
1. 立法措施	511
2. 代顿和平协定	513
3. 波黑战争罪法庭:国际国内合作的范例	517
第三节 国家的合作义务	520
一、前南国际刑事法庭的管辖特权	520
二、国际社会的支持	522
三、国内合作的协调问题	523
1. 限制性条件与合作义务	523
2. 强制性义务与灵活安排	525
第四节 国家不予合作的法律后果	527
一、缔约国不予合作问题	527
二、非缔约国不予合作问题	532