

国际法论丛



国际刑事法院 罗马规约评释

(下册)

李世光 刘大群 凌岩 ◎主编

The International Criminal Court :
A Commentary on the Rome Statue



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国际刑事法院 罗马规约评释

(下册)

李世光 刘大群 凌岩 ◎主编

The International Criminal Court :
A Commentary on the Rome Statute



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CONTENTS 目 录

下 册

第五编 调查和起诉	421
第五十三条 开始调查	421
第五十四条 检察官在调查方面的 义务和权力	439
第五十五条 调查期间的个人权利	467
第五十六条 预审分庭在独特调查机会 方面的作用	473
第五十七条 预审分庭的职能和权力	479
第五十八条 预审分庭发出逮捕证或 出庭传票	486
第五十九条 羁押国内的逮捕程序	492
第六十条 在法院提起的初步程序	497
第六十一条 审判前确认指控	504

第六编 审判	519
第六十二条 审判地点	519
第六十三条 被告人出席审判	523
第六十四条 审判分庭的职能和权力	528
第六十五条 关于认罪的程序	539
第六十六条 无罪推定	545
第六十七条 被告人的权利	550
第六十八条 被害人和证人的保护及 参与诉讼	564

CONTENTS 目 录

第六十九条	证据	572
第七十条	妨害司法罪	587
第七十一条	对在法院的不当行为的制裁	591
第七十二条	保护国家安全资料	593
第七十三条	第三方的资料或文件	594
第七十四条	作出裁判的条件	606
第七十五条	对被害人的赔偿	611
第七十六条	判刑	621
第七编	刑罚	624
第七十七条	适用的刑罚	624
第七十八条	量刑	631
第七十九条	信托基金	635
第八十条	不妨碍国家适用刑罚和国内法	641
第八编	上诉和改判	643
第八十一条	对无罪或有罪判决或 判刑的上诉	643
第八十二条	对其他决定的上诉	649
第八十三条	上诉过程	653
第八十四条	判决或刑罚的修改	656
第八十五条	对被捕人和被定罪人的赔偿	659
第九编	国际合作和司法协助	662
第八十六条	一般合作义务	663

CONTENTS 目 录

第八十七条	合作请求:一般规定	663
第八十八条	国内法中可供采用的程序	666
第八十九条	向法院移交有关的人	667
第九十条	竞合请求	670
第九十一条	逮捕并移交的请求的内容	673
第九十二条	临时逮捕	675
第九十三条	其他形式的合作	676
第九十四条	因进行中的调查或起诉而 推迟执行请求	682
第九十五条	因可受理性的质疑而推迟 执行请求	683
第九十六条	第九十三条规定的其他形式 协助的请求的内容	683
第九十七条	磋商	684
第九十八条	在放弃豁免权和同意移交 方面的合作	685
第九十九条	根据第九十三条和第九十六 条提出的请求的执行	686
第一百条	费用	688
第一百零一条	特定规则	688
第一百零二条	用语	689
第十编 执行		690
第一百零三条	国家在执行徒刑方面 的作用	690
第一百零四条	改变指定的执行国	694

CONTENTS 目 录

第一百零五条	判刑的执行	694
第一百零六条	执行判刑的监督和监禁的条件	695
第一百零七条	服刑人在刑期满后的移送	697
第一百零八条	对因其他犯罪被起诉或受处罚的限制	699
第一百零九条	罚金和没收措施的执行	701
第一百一十条	法院对减刑的复查	703
第一百一十一条	越狱	704
第十一编 缔约国大会		706
第一百一十二条	缔约国大会	706
第十二编 财务事项		714
第一百一十三条	财务条例	714
第一百一十四条	费用的支付方式	715
第一百一十五条	法院和缔约国大会的经费	715
第一百一十六条	自愿捐助	717
第一百一十七条	摊款	718
第一百一十八条	年度审核	719
第十三编 最后条款		720
第一百一十九条	争端的解决	720
第一百二十条	保留	722

CONTENTS 目 录

第一百二十一条	修正	723
第一百二十二条	对体制性规定的修正	727
第一百二十三条	规约的审查	729
第一百二十四条	过渡条款	731
第一百二十五条	签署、批准、接受、核准 或加入	733
第一百二十六条	生效	734
第一百二十七条	退约	734
第一百二十八条	作准文本	736

附录

国际刑事法院罗马规约	737
A. 程序和证据规则	793
B. 犯罪要件	848
Rome Statute of the International Criminal Court	879

第五编 调查和起诉

第五十三条 开始调查

(一) 检察官在评估向其提供的资料后,即应开始调查,除非其本人确定没有依照本规约进行调查的合理根据。在决定是否开始调查时,检察官应考虑下列各点:

1. 检察官掌握的资料是否提供了合理根据,可据以认为有人已经实施或正在实施本法院管辖权内的犯罪;

2. 根据第十七条,该案件是否为可予受理或将可予受理的;和

3. 考虑到犯罪的严重程度和被害人的利益,是否仍有实质理由认为调查无助于实现公正。如果检察官确定没有进行调查的合理根据,而且其决定是完全基于上述第3项作出的,则应通知预审分庭。

(二) 检察官进行调查后,可以根据下列理由断定没有进行起诉的充分根据:

1. 没有充分的法律或事实根据,可据以依照第五十八条请求发出逮捕证或传票;

2. 该案件根据第十七条不可受理;或

3. 考虑到所有情况,包括犯罪的严重程度、被害人的利益、被控告的行为人的年龄或疾患,及其在被控告的犯罪中的作用,起诉无助于实现公正;在这种情况下,检察官应将作出的结论及其理由通知预审分庭,及根据第十四条提交情势的国家,或根据第十三条第2项提交情势的安全理事会。

(三) 1. 如果根据第十四条提交情势的国家或根据第十三条第2项提交情势的安全理事会提出请求,预审分庭可以复核检察官根据第一款或第二款作出的不起诉决定,并可以要求检察官复议该决定。2. 此外,如果检察官的不调查或不起诉决定是完全基于第一款第3项或第二款第3项作出的,预审分庭可以主动复核该决定。在这种情况下,检察官的决定必须得到预审分庭的确认方为有效。

(四) 检察官可以随时根据新的事实或资料,复议就是否开始调查或进行起诉所作的决定。

第 53 条对开始调查和提起起诉的标准做了详细规定。本编主要阐述这两项标准,并着重对第 53 条所体现的国际刑事诉讼中的诉讼便宜思想进行分析。

一、开始调查标准

(一) 有认定犯罪发生的“合理根据”

第 53 条第 1 款第 1 项要求检察官审查其所掌握的资料,是否提供了可以认为有人已经实施或正在实施本法院管辖权内的犯罪的合理根据。从程序上来说,在该阶段,“合理根据”(reasonable basis)就已经足够了,而无须第 58 条中规定的作为颁发逮捕令或传票前提的“合理理由”(reasonable ground)。该合理根据涉及的是纯粹的被指控的罪行的证据问题。

(二) 法院管辖权和案件的可受理性

1. 法院行使管辖权的先决条件

对国际刑事法院管辖权的一个限制是,法院只对发生在规约缔约国境内,或是由具有规约缔约国国籍的犯罪嫌疑犯罪行为,具有管辖权。另外,检察官还必须确定法院是否享有属物管辖权(*rationae materiae*) (第 5—10 条)和属时管辖权(*rationae temporis*) (第 11 条)。由于相对限制性的条款,《罗马规约》并没有采纳普遍管辖权原则,根据该原则,对严重侵犯人权的罪行,可以在全世界范围内进行刑事追诉,而无需受制于任何条件。另外,《罗马规约》规定,非规约缔约国,可以通过向书记官长提交相应的声明,接受法院的管辖权(第 12 条第 3 款)。但在安理会依据联合国宪章第七章向检察官提交情势的情况下,这些限制不适用(见第 12 条第 3 款)。

与两个特别法庭相反,国际刑事法院对于每个案件都必须确定其是否有管辖权。也就是说,检察官每次启动调查时,都必须审查法院对案件是否有管辖权。国际刑事法院与特别法庭这方面的区别。在于特别法庭相对于国内法院来说,享有管辖优先权,而国际刑事法院只享有对国内管辖权的补充性管辖权。

2. 案件可受理性

(1) 补充性原则

《罗马规约》的序言确定了法院行使管辖权的一个原则——补充性原则。国际刑事管辖权处于国家主权和国际社会有组织性二者间的紧张关系中。国际刑事管辖权应当在国内刑事管辖权不能或不愿涉入的地方运作。补充性原则要求,国际刑事法院对国内司法管辖权而言不享有管辖上的优

先权,而只是起补充作用,并限于对特别严重的国际罪行进行追诉。补充性原则涉及到《罗马规约》规定的所有方面,包括国际刑事法院本身的性质、法院管辖权和国内管辖权的划分、法院行使管辖权的条件(案件可受理性问题、国家同意)以及国家间的关系(合作和司法协助)。

从根本上来说,各个国家承担调查和追诉危害国际社会利益的最严重罪行的主要责任。国际刑事法院只有在国家不愿或不能对犯有严重国际罪行的犯罪嫌疑人进行调查和起诉的情况下,才受理案件。在国家和法院都具有管辖时,国内管辖权优先。国际刑事法院不应通过任何方式取代国内法院。该原则试图通过严格限制国际刑事法院的管辖权,在国际刑法的发展和国际政治的现实之间找到平衡。该原则曾经一现在还是一许多国家接受国际刑事法院的基本条件。^①

(2) 补充性情形

第17条第1款对法院可受理案件的情况作了规定。根据该款规定,检察官必须确定案件是否符合下列条件: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20条第3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。一般来说,在决定有关案件可受理性时,法院是否有自由裁量权,要看在具体案件中的特别问题。第1款第1至第3项中提出的问题是不能够自由裁量作出决定的,如一国是否已对案开始调查程序、提起公诉或正在庭审。与之相反,第1款第4项提出的问题则可以自由裁量作出。^②至于一国的不愿或不能够切实进行调查或起诉,则都是伴随着主观解释。

① 国际刑事法院的职权明显不同于甚至弱于两个享有管辖优先权的特别法庭。特别法庭的管辖权和国内管辖权是平行的。但《前南国际刑庭规约》第9条和《卢旺达国际刑庭规约》第8条明确规定,其管辖权限于国内管辖权。前南法庭就是依此获得其第一个案件:Tadic在德国被逮捕,随后被移交给前南法庭,并由前南法庭作出判决。参阅:J. Pejic, "Creating a Permanent International Criminal Court: the Obstacles to Independence and Effectiveness", 28 *Columbia Human Rights Law Review* (1998) 291—354, p. 308。

② G. Turone, "Powers and Duties of the Prosecutor", in: A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2002, Vol. II, 1137—1203, p. 1173.

(a) 有管辖权的国家不愿行使管辖权

《罗马规约》规定,在有关国家不愿(unwilling, unwillingness)进行调查或起诉时,法院可以行使管辖权(第17条第1款第1、2项)。《罗马规约》还明确列举了国际缺乏调查或起诉意愿的情形:(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(第17条第2款)。

在确定有管辖权的国家是否不愿行使管辖权方面,《罗马规约》采用了主、客观相结合的标准。第17条第2款第1项中规定的“为了包庇有关的人,使其免负……刑事责任”,是检验国内机构进行调查的意愿的主观标准。客观情形,如诉讼程序发生不当延误,程序缺乏独立性或公正性,也是法院可以受理案件的情形。

(b) 有管辖权的国家不能行使管辖权

在有关国家不能够(unable, inability)进行调查或起诉时,法院也可以行使管辖权(第17条第1款第1、2项)。为了确定某一案件中是否有不能够的问题,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(第17条第3款)。《罗马规约》这里采纳了客观标准,即国内司法系统瓦解或不存在。

(c) 一事不再理原则

与第20条第3款相结合,补充性原则还涵盖另外一项排除性规定,即一事不再理原则(ne bis in idem):有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判,根据第20条第3款,本法院不得进行审判。根据第20条第3款,一事不再理原则只存在一种例外,即国内诉讼程序是为了包庇有关的人,使其免负本法院管辖权内的犯罪的刑事责任;或没有依照国际法承认的正当程序原则,以独立或公正的方式进行,而且根据实际情况,采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。

(d) 案件的严重程度

《罗马规约》程序声明,“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”。第5条相应规定,“法院的管辖权限于整个国际社会关注的最严重犯罪”。规定案件可受理性的第17条对补充性原则又增加了

涉及案件严重程度的一点。该条第1款第4项规定,如果案件缺乏足够的严重程度,法院必须作出案件不具有可受理性的决定。案件的“严重程度”不应仅仅指向构成犯罪的行为,还应考虑犯罪参加者的参与程度。

第17条第1款第4项可以避免法院工作负担过重。该目的也为第53条第1款第3项和第2款第3项所确认,这两项要求检察官在决定是否提起调查或提起公诉时,考虑到犯罪的严重程度。有作者认为案件的严重程度并非实质性的可受理前提。但即便如此,罪行的严重程度也应该成为法院受理案件的一个基本原则,以使法院将其有限的资源用于追诉最严重的罪行上。

(e) 评述

《罗马规约》中确定国家不愿或不能够行使管辖权的标准相当高。这一点说明,法院的目的并不在于取代国内正常运作的司法系统,而是国内司法权不行使的空白地带运作。同时,第17条第2款和第3款中的规定又相对比较模糊。这对国际刑事法院也是一种挑战。法院在决定一国司法系统是否运转正常,或在决定一国政治领导者是否有提起或进行刑事诉讼的意愿时,必须非常审慎。由于有关“不能够”、“不愿”的决定,蕴含着极大的政治风险,在国际刑事法院早期,这些程序性事项很有可能使国际刑事法院陷于瘫痪。对于检察官来说,案件可受理性程序十分复杂、而且耗时甚巨,这是个非常重大的挑战,该程序可能极大限制检察官的作用。

检察官只能调查法院有管辖权和可受理的案件。这些案件必须是满足第12条(行使管辖权的先决条件)、第13条(行使管辖权)、第17条(可受理性问题)、第18条(关于可受理性的初步裁定)以及第19条(对法院管辖权或案件的可受理性的质疑)、第20条(一罪不二审)中规定的所有条件的案件。第12、13、20条规定了补充性原则下法院有管辖权和案件具可受理性的实质标准,第18条和第19条则规定了补充性原则在程序上的适用。^①根据后两条规定,在国家提交情势和国际检察官提起调查的情况下,补充性原则在提起调查程序中就开始发挥作用。这里主要分析法院是否有管辖权和案件是否具可受理性的实质标准。

^① B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 87.

3. 公正

第53条第1款第3项规定检察官应考虑进行调查是否有助于实现公正(interest of justice)。为确定“公正”，检察官应当综合考虑案件情况，包括罪行的严重程度、被害人的利益等。该条款可以追溯到国际法委员会草案第35条第3款，该款规定如果犯罪程度不严重，法院可以终止程序。这一点现在也为《罗马规约》第17条第1款第4项所确认。

在罗马会议讨论的最初阶段，有建议案提出，检察官应享有广泛的自由裁量权，鉴于犯罪嫌疑人的年龄、身体状况，或者一国已经进行调查或起诉程序，检察官应有权作出不符合公正利益而不启动刑事程序的决定，或者在案件严重程度不足的情况下，拒绝对某些案件进行调查或追诉，或选择大规模发生的最严重的罪行进行调查或起诉。在预备委员会中，有些国家建议删掉该条款，认为国际刑事法院管辖的都是最严重的国际罪行。但该意见遭到反对，因为第53条第1款第3项是和检察官的自行提起调查权联系在一起的。在罗马会议上，各国逐渐达成共识，当初反对检察官享有启动调查和提起公诉自由裁量权的国家也承认，如果检察官没有裁量权，很难有效履行《罗马规约》赋予职能。

值得注意的是，检察官既可以鉴于法律原因，也可以鉴于事实上的、道德上的、及至政治上的理由决定不予调查。第53条第1款第3项规定的目的在于囊括各种需要终止程序的可能情况。有些情况下，虽然存在应当进行调查的充分的事实，但调查很有可能在政治上产生不利影响，比如说国内已经恢复平静，或者国内赔偿或和解进程已经开始。完全可以想象，在这种情况下，启动国际刑事程序，会扰乱已经开始的赔偿或和解进程，因此即便存在充分的事实上的证据，检察官也应该有权力决定不进行调查。对于依据国内法已经免于刑事追诉的人，检察官作出不予调查或起诉的决定，对减轻法院工作负荷也具有重要意义。因此，对于第53条第1款第3项的规定，也可以解释为是对检察官自由裁量权的一个限制，要求法院在特定的政治情形下，对有关人员不再进行调查或起诉。因此，该项规定，与其说是法律规范，毋宁说是一条政治性规范。这意味着法院将来不应当阻碍有关国家国内进行的和解进程，这种和解进程往往是国内民主化进程中一个不可或缺的阶段。

4. 评论

第15条中检察官对所收到资料的审查与第53条中检察官经预审分庭授权后的调查是有区别的。但二者间虽然存在重大区别，在决定是否提起

和是否进行调查时考虑的要素却是一样的。第 53 条第 1 款中的用语(“应当”, “shall”)表明, 检察官必须考虑的三个要素是强制性的、穷尽性的, 而不仅仅是例举了检察官应当考虑的三个要素。另外, 这三个要素之间呈现的是累积性关系, 也就是说检察官在决定是否提起调查时, 必须把这三个要素都考虑到。

二、起诉的标准

第 53 条第 2 款规定了检察官起诉的标准, 即有进行起诉的“充分根据”(sufficient basis), 与预审分庭在审判前的指控确认程序结束后的决定标准“充分证据”(sufficient evidence)不同(第 61 条第 7 款), 后者的判定标准要比前者高。另外, 需要注意的是, 规约第 53 条第 2 款没有像特设国际刑庭规约一样, 规定检察官必须提交起诉书(indictment),^①而是规定了包含起诉内容的逮捕证和传票, 作为正式起诉书的替代模式(第 58 条第 1、7 款)。^②

第 53 条第 2 款第 1 项要求有充分的法律或事实根据, 才能依照第 58 条请求发出逮捕证或传票。根据第 58 条第 1 款, 逮捕证由检察官向预审分庭申请。预审分庭发出逮捕证的依据是: (1) 有合理理由相信该人实施了本法院管辖权内的犯罪; 和(2) 为了下列理由, 显然有必要将该人逮捕: (a) 确保该人在审判时到庭; (b) 确保该人不妨碍或危害调查工作或法庭诉讼程序; 或(c) 在必要的时候, 为了防止该人继续实施该犯罪或实施本法院管辖权内产生于同一情况的有关犯罪。第 58 条第 1 款第 1 项的用语, “有合理理由相信该人实施了本法院管辖权内的犯罪”, 与前南国际刑庭程序和证据规则第 47 条 B 项关于提起起诉标准的相关用语是一样的。根据前南国际刑庭的判例, “合理理由”是指, “事实和情节, 能使正常或具通常审慎之人相信, 犯罪嫌疑人已犯下某罪行”。第 58 条第 1 款表明, 检察官对调查结果必须进行全面审查。该审查结果不应通过自由裁量作出, 而应充分考量到证据的特征, 即该证据是否能证明, 该人实施了本法院管辖权内的

① 《前南国际刑庭规约》第 18 条第 4 款, 《卢旺达国际刑庭规约》第 17 条第 4 款。

② 但应当注意的是, 预审分庭发出的逮捕证又不能完全被视为起诉书, 因为依据第 58 条第 1 款第 2 项, 在任何时候, 只要是为了确保有关人员在审判时到庭; 或确保该人不妨碍或危害调查工作或法庭诉讼程序; 或在必要的时候, 为了防止该人继续实施该犯罪或实施本法院管辖权内产生于同一情况的有关犯罪, 预审分庭都可以发出逮捕证。因此, 虽然逮捕证的发出是基于有合理理由相信该人实施了法院管辖权内的犯罪, 但逮捕证并不是在预审结束后发出的。

犯罪。

第53条第2款第2、3项还分别规定,案件根据第17条应可受理,以及起诉应有助于实现公正。关于“公正”,第53条第2款第3项不仅要求检察官考虑到犯罪的严重程度、被害人的利益,还应考虑到被控告的行为人的年龄或疾患,及其在被控告的犯罪中的作用。

三、国际刑事诉讼中的诉讼便宜原则

(一) 诉讼法定原则和诉讼便宜原则概念上的区分

诉讼法定原则是指检察官对于任何犯罪嫌疑,如有充分的事实依据,及在相应的诉讼阶段满足诉讼条件的情况下,有提起和进行刑事追诉的义务。对于检察机关来说,该原则意味着强制追诉义务以及在满足相应条件的情况下强制起诉义务。诉讼法定原则源于法治国家原则的核心原则,即法律面前平等原则,它要求平等对待所有公民,而不应有政治上是否合目的性的考量。在严格的法定原则下,刑事追诉机构没有任何和辩护人及被告人进行协商的回旋空间。刑事追诉机构只有两个选择:或者在符合法律前提下进行追诉,或者因缺乏犯罪嫌疑而依据法定理由终止追诉。在法定原则下,刑事追诉机构可以集中全部力量到证据问题上,而无需有其他的考虑。

但在现实中,并不存在绝对的法定原则。有些国家诉讼法上法定原则的产生是和当初通行的报应思想相联系在一起的。根据报应思想,国家应当惩罚一切犯罪行为,以实现绝对正义。但随着一般预防和特别预防思想的逐渐渗透,鉴于犯罪预防和防止再次犯罪目的,刑事处罚被认为应符合社会必要性和目的性,法定原则相应地在很大程度上失去了其最初意义上的正当性。随着刑事诉讼中的替代性处罚措施,即刑事诉讼的“分流”(Diversi-on)制度的发展,没有例外的法定原则不再适应犯罪学和犯罪政策的发展。相应产生的诉讼便宜原则使刑事诉讼机构有权进行下列行为选择:一是在有足够的事实证明犯罪嫌疑存在的情况下,在提起调查和终止程序间进行选择,二是在调查结果显示,犯罪嫌疑人有确实实施了犯罪行为的极大可能性的情况下,在提起公诉和终止程序间进行选择。^① 在诉讼便宜原则下,因

^① 关于诉讼便宜原则的一般性论述,参见:C. Roxin, *Strafverfahrensrecht* (Muenchen: Beck, 1998, 25. Edition), p. 85。

多种在特定条件下终止程序的可能性,法定原则的适用被削弱。^①刑事追诉机构有权自由裁量决定,是否提起或继续刑事追诉。^②诉讼便宜原则的目的,不仅是想将检察机关从依据任何私人的、尤其是被害人的指控而必须提起程序的强制性义务中解放出来,而且也符合比例原则,即在个案中,若预防性目的不要求追诉时,检察机关可以放弃追诉。

总的来说,依据一些刑法的基本构想,法定性的法律适用是个原则,而便宜性的法律适用则是个例外(只依据特别规定才允许便宜性决定)。这不仅是因为国内刑事诉讼体系特别针对检察机关确立了诉讼法定原则,而且是因为刑事实体法中对犯罪构成作了非常具体的规定。在不同的法律制度中,法定原则和便宜原则的关系是不同的。但所有的法律体系中都包含有这两个原则的要素。经过对一些法律体系的考查,可以发现两点:一是检察机关的起诉垄断权和诉讼便宜原则并不互相排斥,二是,在一些建立于起诉垄断权的法律体系中,法院对检察官的自由裁量权进行外部监控。

(二) 国际刑事诉讼程序中的诉讼便宜

在国际刑事诉讼程序中,进行刑事追诉的前提是存在追诉的合理根据(开始调查的前提,第53条第1款)或充分根据(提起起诉的前提,第53条第2款)。相应地,终止程序的前提就是不存在上述的合理根据或充分根据。据此,在呈现追诉前提的情况下,相应产生的一个基本问题是,国际检察官是有决定是否开始调查或进行刑事追诉的权力,还是必须履行开始调查或进行刑事追诉的义务?第一种情况适用诉讼便宜原则,第二种情况则适用诉讼法定原则。本节意在探讨国际刑事诉讼程序适用诉讼便宜原则的正当性,以及该原则在国际刑事诉讼程序中的确立和适用。

1. 国际刑事诉讼制度中适用诉讼便宜原则的正当性

在国际刑事诉讼中,不仅国际和国内刑事司法管辖权之间的关系,而且刑罚目的、诉讼经济方面的考量,都说明国际刑事诉讼中适用诉讼便宜原则具有其正当性。

(1) 国际刑事管辖权和国内法律体系间的补充性关系

调整国际刑事法院管辖权和国内法律秩序之间关系的原则是补充性原

^① 关于两大原则的实际适用情况,详见:J. Pradel, *Droit pénal compare* (Paris: Dalloz, 2002, 2. Edition), para. 423, p. 553.

^② 很多国家规定了诉讼便宜原则,如法国、比利时、荷兰、卢森堡、瑞士的一些联邦、英国、爱尔兰、丹麦、挪威、非洲大部分国家、以色列、美国、加拿大、日本和中国。见:J. Pradel, *Droit pénal compare* (Paris: Dalloz, 2002, 2. Edition), para. 421, p. 549.

则。但两种管辖权间的补充性关系事实上也是一种伙伴关系,在该关系下,国际刑事法院应主要审理最重要的案件,如涉及国家领导人、政策决定者、主要的执行者的案件,而国内法院主要处理大部分其他案件。因此,在补充性原则下,国际刑事法院不应适用诉讼法定原则,因该原则要求对所有的犯罪嫌疑人进行刑事追诉,而不考虑犯罪嫌疑人的身份。但应当注意的是,在补充性原则下,检察官在行使裁量权时必须非常谨慎,并应当具有灵活性,尤其是检察官在一定前提下试图对国内机构已开始调查或起诉的案件自行进行调查或起诉的时候。

(2) 国际刑法及国际刑事法院本身的刑罚目的

国际刑法和国际刑事法院的目的,不仅在于实现正义,还在于促进和解。^① 在国际层面上,政治性考虑总是发挥着重大作用。对于国际刑法来说,它与政治“合目的性”考虑之间的关系不仅关涉到它自身的作用问题,还关涉到刑罚威慑是否能够完全达到其预想的效果问题。因为刑事追诉利益和政治性考虑之间可能存在复杂的冲突关系。像南非和秘鲁等国设立的真相与和解委员会(Truth and Reconcile Commission)^②制度,通过一个委员会调查真相。在真相与和解委员会前交代其犯罪行为的人,不再受到刑事追诉。其目的是希望在一个经历了市民冲突的社会里,迅速、稳定地达到社会的和解。因此, Roggemann 认为,在国际刑事司法制度中,“国家和政治保护利益和刑事追诉利益间的冲突,可以通过适用诉讼便宜原则及相应地限制适用法定原则,来得到解决”。该可能性赋予了国际检察官广泛的判断余地,即在认为政治上不适当时,可以放弃追诉。因此国际检察官应当享有采用不同刑事追诉政策的权力,以实现国际刑事法院的正当目的。国际刑事法院的检察官似也应该考虑这个观点。

① 前南法庭前院长 Antonio Cassese 指出,前南法庭具有三重目的,即“维护正义,威慑未来之犯罪,以及促进和平重建及维持”(to do justice, to deter further crimes and to contribute to the restoration and maintenance of peace.),参见:Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, U. N. GAOR, 49th Sess., A/49/342, S/1994/1007, 29.08.1994, paras. 11—18.

② 南非“真相与和解委员会”由南非总统纳尔逊·曼德拉于1996年创立,以调查南非种族隔离时期的罪行。其目的是,通过在被害人和犯罪行为之间建立“对话”,为民族和解奠定基础。其主要运作方式是听取和调查各方种族隔离时期的经历。真相与和解委员会模式在过去的十年中获得很大推广,很多国家设立了真相与和解委员会,尤其是在秘鲁和东帝汶。在这两个地区设立的该种委员会都是以南非真相与和解委员会为原形。有关南非的真相与和解委员会的进一步资料,可访问其主页:www.doj.gov.za/trc。