

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

国际刑事法院 法官裁量权研究

于南 著



华东政法大学
国际法学文库

*Study on Judges' Discretion of
International Criminal Court*

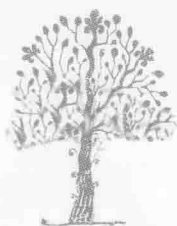


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研

国际刑事法院 法官裁量权研究

于南 著



华东政法大学
国际法文学库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际刑事法院法官裁量权研究 / 于南著. —北京:
法律出版社, 2014. 12
(华东政法大学国际法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7101 - 5

I. ①国… II. ①于… III. ①国际刑法—审判—研究
IV. ①D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 253550 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何 敏

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/9.25 字数/340 千

版本/2014 年 12 月第 1 版

印次/2014 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7101 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书由

上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助出版

本书是

高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）的阶段性成果

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民检察院检察长、教授、博士生导师:曹建明

2007 年 4 月 27 日

前 言

一、研究动机

国际刑事法院自 2002 年 7 月建立伊始运行至今已逾 12 年,截至 2014 年 6 月底《国际刑事法院罗马规约》已有 122 个缔约国,法院正着手处理 8 个情势中的 21 个案件,涉及对 34 名犯罪嫌疑人个人刑事责任的追究。应当说,自成立以来,国际刑事法院一直受到国际社会的高度关注。由于法院所管辖犯罪“严重威胁国际或区域和平与安全”的性质,法院管辖权的每一次行使都会拨动安理会和“有管辖权国家”的政治神经,因为维护国际和平与安全一方面既是安理会固有的法定职责,事关有关国家的和平及国际秩序的稳定;从另一方面来说,也牵涉到“战乱地区人民的人权和福祉的保障”这一国际刑事法院最终追求的目标。从理论上讲,安理会及有关国家和法院对于“制止犯罪”这一目标的追求是相同的,可以说是“殊途同归”。但因为以妥协达致的“政治和解”与公正审判所产生的司法威慑之间有本质区别,正如国际刑事法院一位法官曾经指出的那样,“国际犯罪多是在复杂的政治冲突背景下发生的。为了解决这些冲突,更常见的做法是迅速进行政治妥协;这些妥协常常漠视正义和有罪必罚的要求;漠视正义要求的快速政治解决,常导致更多的犯罪、新的冲突和对和平与安全的再生性威胁。创立国际刑事法院,就是

要打破这种犯罪、有罪不罚和冲突的恶性循环”。^{〔1〕} 如此看来,从实践效果来看,“政治和解”与“司法审判”很大程度上可能是“殊途不同归”。在这种情况下,对于“法院司法活动受政治干扰”的质疑之声便不绝于耳。尤其是伴随着安理会向法院提交情势并且法院于2009年和2011年分别向苏丹现任总统巴希尔和利比亚实际领导人卡扎菲及其子发布逮捕令以及犯罪嫌疑人的不同“司法命运”,更是将这一“政治干扰论”推向了高潮。而法院所接受的国家自行提交的情势中的“选择性正义”问题同样不容小觑。因此,“国际刑事法院法官具体裁量案件时是否受到政治因素影响”的问题已经成为国际社会关注的焦点,并且似乎问题已不是“是否受到影响”,而变成了“受到怎样的影响”。

由于《国际刑事法院罗马规约》是由缔约国通过多轮谈判协商达成的多边条约,因此,与前南和卢旺达国际刑庭这些由安理会直接授权、审判目标明确的国际刑庭法官裁量权相比,可以推断出缔约国基于对自身权利的考量(如内国法院优先管辖权)和对法院运作的约束等,在缔结条约时会尽量限制法官裁量权的范围,因此“国际刑事法院法官裁量权行使空间的大小和行使状况问题”也值得各有关国家(如像肯尼亚和科特迪瓦一样在未来将要提出可受理性质疑的国家)和应诉方及检察官的关注。而对这一问题的具体分析也是“法院裁量权在何种程度上受到政治影响”这一结论得出的基础。

二、研究目的

基于上述研究动机,作者同时注意到中国目前尚未加入国际刑事法院的原因中包括了“一个反对”(国际刑事法院的普遍管辖权)、“两个保留”(安理会作用以及《规约》对危害人类罪的定义)和“两

〔1〕 Judge Philippe Kirsch, Address to the United Nations General Assembly, 1 November 2007.

个严重保留”(将国内武装冲突中的战争罪纳入管辖和检察官的自行调查权)。^[1]其中,除了安理会的作用属于规约“固有”的“政治性司法安排”之外,法院法官在裁决过程中运用裁量权对可受理性、犯罪定义和责任模式的解释以及对检察官依职权调查案件准许继续调查的裁定倾向都对其余四项有着至关重要的决定性影响。此外,作者注意到法院运作12年来已经积累了一定量的司法裁决作为研究范本,因此,期冀通过选取法院在可受理性、证据以及犯罪指控等重要事项的典型裁决进行研究,通过对具体问题上法官裁量权行使的方法、范围、幅度、逻辑等的分析,探讨以下问题:第一,国际刑事法院法官裁量权的行使状况(包括解释路径、方法、裁决逻辑等);第二,法官裁量权行使的特点及趋势;第三,结合法官裁量权行使的“外围政治环境”尝试分析法院目前阶段裁量权特点及其趋势呈现的原因和所起的作用。这既可以为将到法院应诉的国家、辩护方和受害人律师以及检察官准备庭审材料提供“直观”的指引,同时,也旨在探索法院“独立审判”功能与备受质疑的“政治干扰”之间的关系,探索法院“如此裁量”的出发点和落脚点。

三、研究现状

就国内关于裁量权和国际刑事法院研究的现状而言,笔者将从书籍和论文两个角度进行描述。

书籍方面。国内目前关于裁量权问题的著述比较丰富,但主要是针对内国法院法官裁量权进行理论上的总结和提升,总结法官裁量权的共性及理论纷争问题,并未有针对某一具体司法机构法官裁

[1] 中国外交部副部长,也是当年参加建立国际刑事法院罗马外交会议的中国代表团团长王光亚大使在1998年7月就新华社记者提问时对中国未加入《国际刑事法院罗马规约》一事做了详细的解释。参见赵秉志主编:《国际刑法评论》(第2卷),中国人民大学出版社2007年版,第253~254页。

量权的专门著述。而关于国际法的解释问题,目前也只有宋杰博士《国际法院司法实践中的解释问题研究》这一本专著,其他一些著作的有关章节中有过对此问题的论述。而就国际刑事法院的研究来看,有关书籍则要多一些。有的是对国际刑事法院诉讼详情的实证研究,有的是对国际刑事法院进行介绍性研究,还有的是对法院的实体犯罪问题、管辖权问题以及法院司法说理等问题予以研究,但尚无从法官裁量权角度对国际刑事法院进行系统研究的专著。

论文方面,对法官裁量权的研究也大多集中于从一般案例出发抽象地对裁量权出现的原因、限制因素及注意事项等问题予以理论总结。而对国际刑事法院的研究多是对诸如管辖权、法院与安理会关系、补充性原则、法院执行机制等问题单独进行的专题研究。

综合上述情况可见,目前国内对于国际刑事法院这一常设国际刑事审判机构法官裁量权尚无系统研究。作者选择国际刑事法院对三个实质问题,即“可受理性、证据和犯罪指控”问题裁量的方法、规则和趋势进行系统研究在国内尚属首次。这一研究一方面有助于探索国际刑事法院法官裁量案件的整体思路和微观考量因素,从而对有权国家或者当事方应诉起到积极的指引和预见作用;另一方面也可以通过具体问题的裁量尺度和趋势的把握窥探国际刑事法院对于某些“敏感”而“关键”问题的执法态度,进而探寻法院“如此裁量”的“内部动因”,某种程度上也可以为对这些问题有所顾虑或者严重关注的国家当局起到“建言献策”的作用;另外,法院自成立至今已经运作12年,系统研究法院司法裁量权的运行及其对国际刑法发展所起到的作用也是十分必要的。

四、研究方法

司法活动是与纯理性行为存在重大差异的一种实践理性行为。如果要对国际刑事法院这一常设国际刑庭有深入的认识和理解,就必须对刑庭各个分庭作出的裁决进行深入分析和研究。因此,本书

将主要采取实证分析这一研究方法,具体地讲,作者将对国际刑事法院各职能分庭在预审、审判和上诉阶段针对嫌疑人或罪犯出具的典型裁决(主要选取逮捕令、有关管辖权或可受理性质疑的裁决和部分确认指控裁决)进行有侧重的系统研究,而不单独进行法律适用或法律解释等纯理论性的抽象讨论。同时,作者在某些时候对裁决内容也采用了规范分析的方法予以研究。

五、关于本书的其他说明

本书在行文过程中提及的规约、规则、要件和条例分别是指《国际刑事法院罗马规约》、《程序和证据规则》、《犯罪要件》以及《法院条例》。而提及的“某某情势案件几”中的案件序号是根据同一情势中法院针对不同案件犯罪嫌疑人发布逮捕令或传票时间的先后为排序依据的,而“人名+案”,如“GK 和 MNC 案”、“BN 案”,其中的字母 GK、MNC 和 BN 分别指代该嫌疑人在被发布的逮捕令裁决或者发布传票的裁决中所使用的全名的首字母缩写,虽不常用,但由于本书须数次提及案件名称,为容易识别和避免冗繁,故作此特殊安排。具体来说,文中所提及的乌干达情势案件一“JK/VO/OO/DO 案”指的是“The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen”;民主刚果情势案件一“TLD 案”或“卢班加案”指的是“The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”,民主刚果情势案件二“BN 案”指的是“The Prosecutor v. Bosco Ntaganda”,民主刚果情势案件三“GK 和 MNC 案”指的是“The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”;达尔富尔情势案件一“AH 和 AK 案”指的是“The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (‘Ahmad Harun’) and Ali Muhammad Ali Abd - Al - Rahman”,达尔富尔情势案件二“OHAAB 案”或“巴希尔案”指的是“The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir”,达尔富尔情势案件三“BIAG 案”指的是“The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda”,达尔

富尔情势案件四“ABAN 和 SMJJ 案”指的是“The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus”;中非共和国情势案件一“JPBG 案”指的是“The Prosecutor v. Jean - Pierre Bemba Gombo”;肯尼亚情势案件一“WSR 和 JAS 案”指的是“The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang”;利比亚情势案件一“SAIG 和 AAS 案”指的是“The Prosecutor v. Saif Al - Islam Gaddafi and Abdullah Al - Senussi”。

其次,作者注意到了分庭的裁量权与法官个人的裁量权有所区别,但由于作者所选取的作为研究范本的生效裁决或者判决均是由三名(预审或审判分庭)或者五名(上诉分庭)法官联合作出的(当然也包括法官有异议及独立意见的情况),因此在行文中将法官裁量权与分庭裁量权同等看待。

另外,作者原打算在书中采用比较分析的方法对国际刑事法院和其他国际刑事法庭(如前南、卢旺达刑庭等)的裁量权行使状况进行比较研究,但苦于国内和国际社会目前尚未有其他国际刑庭法官裁量权的系统研究。同时,考虑到其他国际刑庭设立的性质、裁决作出的背景以及裁决的程序性规定都与国际刑事法院有重大差别,二者的可比性有待进一步论证。因此,作者主要选择对国际刑事法院分庭本身在可受理性、证据和犯罪指控三个问题上的裁量情况开展有重点的系统研究,而暂不与其他刑庭进行比较。

目 录

第一章 国际刑事法院法官裁量权概述 / 001

第一节 国际刑事法院法官裁量权研究范围 / 001

一、法官裁量权的含义 / 001

二、法官裁量权的发生场景 / 004

三、国际刑事法院法官裁量权研究范围 / 005

第二节 国际刑事法院法官法律适用和法律解释问题 / 011

一、法官裁量权与法律的适用和解释 / 011

二、国际刑事法院法官法律适用问题概述 / 012

三、国际刑事法院法官法律解释问题概述 / 014

第二章 国际刑事法院自行发起决定可受理性问题的裁量权研究 / 022

第一节 法院发布逮捕令时自行发起决定案件可受理性问题的裁量权研究——主要以民主刚果情势案件二为例展开分析 / 025

一、预审分庭对规约第 19(1)条规定的自行发起裁定可受理性问题的裁量思路 / 025

二、预审分庭行使自行裁量权对规约第 17 条内容的解释 / 026

三、上诉分庭对预审分庭行使规约第 19(1)条裁量权的审查 / 031

四、小结 / 040

第二节 法院发布逮捕令后自行发起决定案件可受理性问题的裁量权研究——主要以北乌干达情势案件一为例展开分析 / 044

一、预审分庭对规约第 19(1)条规定的自行发起决定可受理性问题的裁量思路 / 045

二、本案中预审分庭行使规约第 19(1)条裁量权的必要性与正当性之解释 / 048

三、预审分庭诉诸规约第 19(1)条第二句裁量权力的合法性及其行使情况 / 052

四、小结 / 055

第三章 国际刑事法院各方质疑案件可受理性问题的裁量权研究 / 061

第一节 国家质疑案件可受理性问题的裁量权研究——主要以肯尼亚情势案件一为例展开分析 / 062

一、预审分庭关于国家质疑案件可受理性问题的裁量 / 062

二、上诉分庭多数法官关于国家质疑案件可受理性问题的裁量 / 068

三、上诉分庭 AU 法官对于“决定可受理性的程序裁量权”的解释 / 075

四、AU 法官和预审分庭及上诉分庭多数法官对正确行使规则第 58(2)条程序性裁量权解释之比较分析 / 087

五、小结 / 092

第二节 辩方质疑案件可受理性问题的裁量权研究 / 094

一、对于“审判开始”的不同解释 / 094

二、对规约第 17 条中“不愿意”和“不能够”的解释 / 106

三、对“滥用程序原则”在规约中地位的解释 / 112

四、国际刑事法院对于内国司法制度的裁量 / 119

第四章 国际刑事法院证据问题的裁量权研究 / 125

第一节 国际刑事法院证明标准裁量权研究 / 126

一、分庭关于规约各个诉讼阶段证明标准的一般解释 / 126

二、分庭对“有合理理由相信”标准的解释 / 128

三、分庭对“有实质理由相信”标准的解释 / 134

四、负有证明责任的检察官以外主体的证明标准的裁量 /	136
五、小结 /	141
第二节 国际刑事法院证据判断方法裁量权研究 /	144
一、规约法律框架对法官证据判断方法之规定 /	144
二、分庭对证据判断方法之一般解释 /	145
三、分庭关于证据具体判断方法解释之情况概述 /	150
四、分庭关于证据具体判断方法解释之特点分析 /	170
第三节 国际刑事法院法官询问证人裁量权研究 /	180
一、审判分庭对法官询问证人内容的裁量 /	181
二、审判分庭对法官询问证人形式的裁量 /	186
三、审判分庭对被告是否有权质疑法官询问证人的问题之裁量 /	187
四、审判分庭询问证人裁量权解释评析 /	189
第五章 国际刑事法院犯罪指控问题的裁量权研究 /	194
第一节 法院确认指控路径裁量权研究 /	202
一、确认指控裁决中关于犯罪物质要素分析路径之裁量 /	202
二、确认指控裁决中关于犯罪刑事责任分析路径之裁量 /	204
第二节 法院对犯罪物质要素和责任模式具体概念解释之裁量权研究 /	207
一、分庭对物质要素和责任模式的扩张解释 /	207
二、分庭对背景要素和主观要素的严格解释 /	221
三、分庭对累积型指控方法(cumulative charging approach)的裁量 /	231
四、分庭对修正指控问题的裁量 /	235
五、小结 /	244
结论 /	250
参考文献 /	262

第一章 | 国际刑事法院法官 裁量权概述

第一节 国际刑事法院法官裁量权研究范围

一、法官裁量权的含义

“裁量权”(discretion)一词在法学领域的使用最早可以追溯到17世纪。1622年,英国人R.卡利斯(Robert Callis)在其著作 *Upon the Statute of Sewers* 中率先使用了这一词汇。^[1] 但是,该词在后来为诸多学者使用时却一直未能获得一个为学术界所公认的确切含义,学者们总是根据自己的需要在各种情况下使用该词汇。如此花样百出的用法致使一位绝望的评论者建议把法官裁量权从法律词汇中剔除。^[2] 美国学者R.德沃金(Ronald Dworkin, 1931~2013年)在其《认真对待权利》一书中也指出,法官裁量权(Judicial Discretion)是“由法律的实证主义者们从日常用语中所演绎出来的”,^[3] 是一个虽

[1] 参见《牛津英汉双解词典》,香港牛津大学出版社1984年版,第338页。

[2] See Nathan Isaacs, *The Limits of Judicial Discretion*, *The Yale Law Review*, Vol. 32, 1923, p. 340.

[3] [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国政法大学出版社1998年版,第52页。

已被广泛使用但含义却极不精确的词汇,“经常因使用背景及对它的理解而改变”。^[1]

西方学者从各个角度对法官裁量权的含义加以界定和使用,R.帕藤顿(Rosemary Pattenden)在其著作《法官裁量权与刑事诉讼》一书中对其加以总结,分别归纳了法官裁量权六种不同的表现形式。^[2]具体来说包括:(1)一种审慎的、从长远思考的、逻辑周延的思维特质。与其他所有裁量权的用法都与法官的决策机制相关所不同的是,这一含义强调的是案件判决的理性性质。这是对行使这种权力的态度的一种强调。(2)裁量权显示的是法官所处的一种情景,在此情景中,其不用根据强制的法律规定来裁定(若满足条件A,则法官必须裁定B),而是可在集中可以选择的裁决方案中选择其一(若满足条件A,则法官可以裁定B或C)。(3)用于指法官裁决的终局性,即对法官的裁决不能上诉。与第二种裁量权不同的是,这不是在法律许可的范围内的自由选择,该权力的享有是基于法官裁判的终局性,意味着即使法官错误地适用了法律,也不会因此受到处罚,针对该终局性裁决无任何的约束或修正机制。(4)指一种隐蔽(concealed)的裁量权。其隐蔽性在于,虽然表面上存在的明确规定使得法官的行为极易被认为是适用规则,但由于规则中所涵盖的诸如“合理、相关、正义、公平”等含混不清的标准,从而致使法官事实上被允许和要求根据具体案情加入自己的分析和价值评判。(5)指立法意义上的裁量权。这种用法是在哈特与德沃金之争中凸显出来的。^[3]哈特指出,法律用语的开放性、立法者立法目的不清、

[1] [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国政法大学出版社1998年版,第52页。

[2] Rosemary Pattenden, *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 1-4. 相关翻译参见庄晓华:“法官自由裁量权及其限制——基于法律方法视角的分析”,西南政法大学2009年博士学位论文,第19~20页。

[3] 哈特自己并未明确地对自由裁量权下过定义。他只是在《法律概念》(第2版)的后记中转述德沃金对其裁量权观点的这种总结时未加辩驳。