

哈工大法学文丛

国际刑事法院 诉讼详情实证研究

An Analysis of the Situations and Cases
of the International Criminal Court

宋健强 著

哈尔滨工业大学出版社

哈工大法学文丛

国际刑事法院 诉讼详情实证研究

On Analysis of the Situations and Cases
of the International Criminal Court

宋健强 著

哈爾濱工業大學出版社

内容提要

本书是对国际刑事法院情势与案件法庭原始文件全样本的实证考察和研究,在国内外学界当属首创,这种学术创制还不局限于国际刑法学。从知识形态角度界定,本书属于法事实学,范式焦点是活法、行动中的法,因此与国际刑法规范学和国际刑法价值论明显不同。国际刑事法院英/法文件浩如烟海,对诉讼详情的完整纵览是本书的特别贡献,为方便读者选择、检索和对照正式文件提供了巨大方便。判例是法治的细胞,诉讼详情是法治的筋骨,事实、规范与价值,被国际刑事诉讼学(不是国际刑事訴訟法学)一网打尽。诉讼详情纵览的同时附有要点提示,重要文件都有适当展开,经典诉讼亦有全程实录,关键句与关键词或有特别提示或有集中归结,对主要争议问题还有分题横切,对全局性重大问题更有专题整合解读。国际刑法学是真正的刑事一体化研究,知识形态的一体化与多元化也是必有题意。本书是对国际刑法事实学范式与形态的创制与演示,学术规范严谨,有利于中国的学术进化与司法成长。“国际刑事法治”视野下的“三造诉讼”、“司法正义与政治妥协”、“表面正义”、“法律文书”、“预审机制与法系模式”、“知识形态”等论题,揭示的是国际刑事司法官们常态的实践理性样态或知识论心得,特色鲜明。

本书是刑事法、司法法、国际刑法、国际法甚至是法理学的知识新军,适用范围广泛,可作为相关学科研究人员和师生的案头参考书和工具书。

图书在版编目(CIP)数据

国际刑事法院诉讼详情实证研究/宋健强著. —哈尔滨:

哈尔滨工业大学出版社, 2008.3

ISBN 978 - 7 - 5603 - 2660 - 3

I . 国… II . 宋… III . 国际刑事法院-刑事诉讼-审判-
案例-研究 IV . D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 021687 号

责任编辑 田新华

封面设计 思 华 长 江

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451 - 86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 黑龙江省教育厅印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16 印张 28.75 字数 846 千字

版 次 2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5603 - 2660 - 3

印 数 1 ~ 1 500 册

定 价 68.80 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

仅以此书献给

哈尔滨工业大学法学院成立两周年
愿其国际化科教事业喜结硕果

并特别献给本书作者
“勤劳一生、慈爱永存”的伟大母亲
李秀兰女士

★ 本书是作者独立主持的中华人民共和国司法部 2007 年“国家法治与理论基金项目”“‘国际刑事法治’的实践理性——以国际刑事法院情势和案件为例”(项目批准文号为:07SFB5015)的核心成果之一和作者独立主持的黑龙省教育厅 2008 年人文社会科学项目“公正与效率:国际刑事司法官的实践理性——以国际刑事法院审前程序“为例”(项目编号:11534046)的核心成果之一。

★ 本书的出版得到哈尔滨工业大学法学院法学平台建设资金的资助。

★ 本书主要是对国际刑事法院法庭原始正式诉讼文书全样本的实证研究,样本起止日期为 2002 年 7 月 1 日至 2007 年 12 月 31 日。

★ 为了节省篇幅,本书对法院原始文件的引证只引文号 and 日期,省略文头。很多文件文头很长,根据文件的文头进行检索、查对也不方便。读者可以方便地根据文件文号或日期进行检索、查对。

法律是经验科学,国际法学概莫能外。

国际刑法学是真正的“刑事一体化”研究。

“形态一体化”是国际刑法学的当然题意。

法系模式的三国演义,国际刑事法院就是经典战场。

判例是法治的细胞,诉讼详情是法治的筋骨。

事实、规范与价值,诉讼详情一网打尽。

面对诉讼详情,学理无地自容。

只有法律文书才是第一手资料,其余都是二手货。

没有原始研究,我们只能人云亦云、东施效颦。

赶超国际学术规范,诉讼详情研究是最好的突破口。

纵览案情没有止境,横切议题没有尽头。“问题法”万岁。

价值论是我的精神家园,诉讼详情研究是我的翅膀。

价值论本身不能没有价值。价值多元不等于没有选择。

国际刑事法院是最“阳光”的法庭。

法院的公开性并不在于有无网站,而在于“电子卷宗”的完整性。

国际诉讼更像是论文大赛,庭审更像是学术交流。

国际法官是最儒雅的裁判。

“间接执行模式”,可能抓不到一个被告。

“表面偏见”不可容忍,不论实际做了什么。

国际检察官特立独行,不能连任,无所畏惧。

“两造平等”是“三造诉讼”的逻辑前提。

持久和平的可靠保障是司法正义,不是政治和解。

前言

这是作者非写不可、读者非读不可的“前言”。否则,本书的价值可能会遭遇严重误解。的确,本书作者习惯于并钟情于捕猎诉讼详情,并不等于读者甚至是国际刑法专家也会有同感。本书范式、方法、形态,古怪、奇特,需要进行必要的阅读和使用提示。

本书分上、下两部分。下部“诉讼详情”考察本是本书实证研究的起点,上部“专题研究”本是下部的结论和延展。因此,本书的体例特征是先说终点,后说起点,具有倒置性。之所以要如此界分,原因之一是为了彰显下部(也是本书的突出特征)“国际刑事诉讼学”(不是“国际刑事诉讼法学”)作为“国际刑法事实学”的独立“知识形态”特征。而上部虽然仍旧以下部为研究基础,但是,规范与价值的展开过多,甚至对刑法知识形态及其在国际刑法学中的延展还有专门的知识论讨论。如此分部区隔知识形态,是本书作者的一贯追求。正如陈兴良教授所言:事实上有与没有、规范上能与不能、价值上应予不应,虽有关联,但不能相互直接推导,结论也可能各异。同一形态下的论辩具有讨论平台的统一性,容易避免无谓的歧义,也容易深化研究。在本书作者看来,这突出体现了法律思维的严谨性。事实、规范与价值,尽管讨论主题相同(例如死刑、婚内强奸、帮助自杀等问题),却相当于A、B、C三个不同议题。讨论A,不能用B来搅和,更不能直接跳到C;讨论B,不能只顾两头(A、C)胡说;讨论C,就要淡化A、B。当然,说透一个问题,需要“不断往返于三者之间”(张明楷语),这不是说是要混淆三者界限,而是一种区隔性递进思维。诚哉斯言。如此界分,原因之二是为了方便阅读和迅速消化。下部范式怪异、絮烦,读者容易“知难而退”。本书原来的体例刚好相反,赵海峰教授读罢,建议立即倒置,如此就能既突出作者的主要学术发现和贡献,还能保持下部实证研究特色,也不会遭遇“阅读耐力考验”风险。但是,本书毕竟采用倒置式体例,下部“诉讼详情”是上部得以展开的基础;读者若按序阅读此书,不知何时才能进入下部。因此,建议读者可先浏览目录(目录给出比较细)或下部,或寻读自己感兴趣的部分。

本书上部各章“专题研究”属于“诉讼详情”“大横切”,不受局部“诉讼详情”限制。此外,上部还有更多的规范与价值展开,甚至还有知识论评论。论题没有多少,只是一种“大横切”和“规范与价值延展”示范;论题多属创新,可以视为作者的主要学术发现和贡献。其实,“诉讼详情”所包含的实事、规范与价值无穷无尽,可能发现的论题“宝藏”不可能存在开发止境。本书下部“主要争议问题”所列举的议题均可以本书上部的样态予以充分展开,这当然是另一部专著的核心任务了。顺便指出,由于篇幅和杀青时间限制,本书上部个别章节可能不能完全覆盖本书下部“诉讼详情”全程,如此,读者在研读本书上部各章时,根据需要,还可以参考一下下部各章中的相关内容。

当然,不论怎样捕捉与展开,被害人参诉与“三造诉讼”的话题总是最频繁、最殷实和最抢眼的。“三造诉讼”的超级话题几乎可以涵盖所有主要议题,而“三造诉讼”本身又是本书作者的创造。本书上部开篇就急于展开,原因正在于此。除了规范与价值的充分填补而外,对“诉讼详情”也是一次总归结,重要文件展开得也相当细致。国人“为被害人的诉讼地位与权益摇旗呐喊”已有多,以“刑事法治”和“国际刑事法治”立场权衡,价值走向如何该当,本书提出了不同看法。

上部第二章涉论司法正义与政治妥协的关系,是国际刑法价值论的核心命题之一,也是本书作者早想完成却又难以完成的论题。这次终于如愿了。本章的讨论要点是国际刑事司法正义与政治

妥协的冲突对持久和平的关系,也是国际刑法学者心中“永远的痛”。不论逻辑如何演绎,在国际刑事司法领域,司法正义与政治妥协并非总是一致的,有时甚至是直接冲突的。究竟如何抉择,对于政治家与司法官而言,都是烫手的山芋;学界也始终存在理性主义与现实主义的纷争。国际社会需要“国际法治”(international rule of law),而“国际刑事法治”(international rule of law in criminal field)又是国际法治的起码要求和底线保障。^① 国际刑事法治是国际刑事领域中的法治状态;过去谈不上法治,目前也是在向往法治,因此主要还是一种应然状态。作为价值论说,国际刑事法治拥有自立命题,命题具有开放性。^② 但是我发现,几乎所有命题都会触及司法正义与政治妥协问题。本章探讨两者的关系,主要是一种整合性分析,事实、规范与价值一网打尽。认真研究这一问题,的确具有重大意义。说“两者的关系是‘国际刑事法治’的价值泥潭”,决不是危言耸听。学者、司法官与政治家们若想就此取得一致,绝非易事,但抉择却关系重大。司法正义与政治妥协,究竟谁是持久和平的佑神呢?本章给出了生动演绎。

“表面正义”又是本书作者的独立发现和创造。我们只熟悉“程序正义”、“公平审判”、“平等对抗”等等,对“表面正义”相对陌生。如此就有了疏离、突兀感,甚至眉头紧皱。法理学和国际法学专家学者倘若对此“闻所未闻”、“不知所云”,的确令人尴尬。至于“翻译问题”、“专业性问题”,我们有的的是时间检验。“表面正义”是一种不错的译法,也是一个诱人的名词,配套名词更多。它还是一种战斗工具,放之四海而皆准,领域不限于刑事法学,更不限于法学。普通法系还有很多专涉“表面正义”的著名判例,值得深入探究,绝对不可搞价值玩忽或懈怠。离开部门法深度涵养的法理学或国际法学哲理质量是难以想象的,核心范畴与论题的枯干和人文化缺失是主要的挑战所在。

国际刑事法律文书如何写作?有何特征?对我们有什么启示?这又是一个研究空白。若想说明白这件事,作者必须首先泛读或精读各类经典文书,难度可想而知。其实,想到这一论题本身就是一种创造,至于写得如何,那是另外一回事了。若将各类文书一网打尽,没有一部专著断无可能。作为“国际刑事诉讼学”,不研究文书特征及其价值诉求,一定是莫大的遗憾。我们喜欢举办各类国际审判模拟大赛,本书立场及其线索无疑具有重大参考价值。

《罗马规约》是世界主要刑事法治文明的国际融合典范,具有常规性、新颖性和经典性。法系文化各有所长,在如此的大“融合”过程中发生了怎样的取舍,法系模式的制度性博弈在国际刑事平台上展现出怎样的特性,值得深入考察。法系有特色,国际有特色,中国有特色。有特色不是惊人的发现,凡事都有特色,问题仅仅在于,如何对待特色。立场的价值取向至关重要。“法治”、“民主”、“人权”、“公正”、“公开”,是国际刑事法治的最高实践理性,一切特色都据此考量和取舍。如此,根据“国际特色”,大陆法系模式就具备很多优点,普通法系模式可能存在诸多缺陷;尽管普通法系的固有优势十分明显。换言之,在国际刑事司法模式建构和运行中,根据“最高实践理性”,只有在适用普通法系模式个别原则存在缺陷时,才能用大陆法系个别原则加以完善。如此,根据“中国特色”,优劣如何评价与取舍,可能又是另一番风景了。这一问题异常复杂,本书给出了基本结论。读者还可以参考一下第一章有关部分。

刑法学的知识形态如何?似乎已有成论,陈兴良教授贡献最大。那么,国际刑法学呢?“综合交叉”说的不是知识形态问题,而是学科特性。哲学本身还有形态区隔,何况其他学科。界分国际刑法知识形态,是本书作者的独立贡献。国际刑法学若想深度发展,形态界分是自觉发展的基本路径之一。至少,国际刑法学可以分为国际刑法哲学(价值论)、理论/规范国际刑法学(规范论)、国际

① 参见宋健强:“和谐世界的‘国际刑事法治’——对国际刑法的价值思考”,《中国刑事法杂志》,2007年第2期。

② 参见宋健强:“国际刑法哲学:形态、命题与立场”,载陈兴良主编:《刑事法评论》,2007年第20卷,第566-609页。

刑事诉讼学/国际犯罪学(事实学)。如此界分,范畴、领域、方法、范式、形态各异,学苑方能百花齐放。本书主要是一种“国际刑事诉讼学”(不是国际刑事訴訟法学)的基本形态与范式的展示。

本书下部各章重点考察国际刑事法院主要情势与案件的诉讼详情,约占全书 2/3 权重。这是一种对法庭各方原始诉讼文件的全样本实证考察,语言难度可想而知,所耗费的时间、精力亦难以想象。其实,本书的新颖性价值正是集中体现在下部范式。价值最大的东西,一定是写作和阅读难度最大的部分。赵海峰教授审阅读本书第七章(原第一章)后向作者提出这样一个问题:法院诉讼详情实证研究当然需要详细交代诉案线索,但是,本书下部每章的“诉讼详情”总览简直构成对读者阅读毅力的残酷考验。如何解决呢?那就是提前进行阅读和使用方法的基本交代。本书原定 60 万字就可以一网打尽。如此一来,70 万字可能还不够用了。这就是本书推迟出笼的一个重要原因。怎样阅读和使用本书下部呢?

为了便捷起见,本书下部在第七章考察“国际刑事法院第一案”民主刚果情势及其两起诉案(2008 年又出现一案,本书暂不能一网打尽了)时,不惜笔墨采用了层层引导方式带领读者首次进入“诉讼详情”。这主要是为了减弱读者的阅读生涩感和增强续读信心,同时也是由“国际刑事法院第一案”诉讼详情的过分复杂决定的。经过首次引导和研读“炼狱”,相信读者自可以轻车熟路,在研读下部其他两章时可以直接进入“诉讼详情”了。因此,下部其他两章不再馀墨引导。

经过反复思考,作者发现仅仅进行诉讼详情的时序式考察还远远不够。因此,下部各章又出现了“主要争议问题”归结,导致本书篇幅剧增。这是对个别情势与案件及或独立阶段的局部“小横切”,最大的好处就是读者可以不读“诉讼详情”,而直接进入“主要争议问题”,甚至从目录中就直接选定自己感兴趣的问题。但是,作者在“主要争议问题”的小横切过程中,依旧保持“事实学”的基本样态,只是对重点文件进行了适度展开和简要提示与评价。如此,本书下部“事实学”的客观性和独立性就毫发无损。“诉讼详情”部分只对文件按照时序进行简单提示,可供读者进行一般性浏览和回溯性查询,目的在于节省篇幅,重要问题留待“主要争议问题”部分展开。当然,“主要争议问题”部分可能会简要复述“诉讼详情”,这是必要的重述和分类;正因为如此,如果读者只对“主要争议问题”感兴趣,就可以不读“诉讼详情”。在许多问题上,“主要争议问题”涉猎的“诉讼详情”可能更为细致。但是,“诉讼详情”中陈列的问题可能不在“主要争议问题”中出现,如此,读者就看不到“诉讼详情”的完整画面了。

下部各章都有“附录”。“首次出庭聆讯”实录有两个(2008 年出现第三个),异常稀罕和重要,这种现场叙事可以给读者带来丰富的想象。“情况会商”一个,^①讨论的问题异常复杂,读者在获致现场感受的同时,可以思考《罗马规约》中诸多含糊与重要问题的实际意蕴。下部第八章附录了“法庭关键句”和“法庭关键词”,独一无二。其主要原因是:本书篇幅和出版时限不再可能容纳其他两章进行同样的“附录”;此外,法庭的主要关键句和关键词存在大量类似或重复问题。如此,附录一次,可以窥一斑而见全豹。当然,其他各章也有不少独特的关键句和关键词,作者索性采用“加引号”或“配英文”的方式予以凸显,读者可以检索原文妥善利用。

检察官办公室虽于 2005 年 1 月 7 日接到中非共和国犯罪情势,几乎是在两年半以后(2007 年 5 月 22 日)才决定展开调查,目前并无实质进展,更无“案件”可言,所以本书没有专门评述。也可能是其他情势与案件拖累过重的原因,也可能是检察官对“抓捕到案”信心不足的原因,或者是其他原因,总之,案件较多、抓捕率较低,是目前检察官和法院最头疼的事。如果不能保证抓捕率,相信案

^① 审理检察官诉卢班加案的审判一庭在 2008 年 1 月 9-10 日连续举行“情况会商”,内容相当丰富,鉴于本书考察截止日期统一设定在 2007 年 12 月 31 日,只能另行展开。

件立案率一定会受到严格控制。如此说来,民主刚果情势已经到案3人,都是“国内拘捕”转“国际逮捕”的;而其他情势竟无一个到案——是民主刚果政府“挽救”了ICC吗?

本书既是一部专著,也是一部大型工具书。您一定还会常回来查阅此书资料线索。

下一部或数部著作将接续2007年12月31日诉讼详情,将未来1至3年的ICC实践理性一网打尽,也对前期未结诉讼做出交代。

阅读此书是一次精神和肉体“炼狱”,勿论“写作”此书。

读罢此书,相当于“王者归来”,作者期待您的学术视阈和写作范式会发生些许改变。至少,此后我们会经常想到:能不能找到原始文书或裁判参考一下,进而避免文著抄来抄去、凭空想象、空洞无物、嗟人之食的问题也,可以顺便“赶超”国际学术规范。

书人人可写。“追求卓越”值得提倡。“落俗”不是永恒的真理。

创新就意味着不足。欢迎学界不吝赐教,以利今后完善。

再次感谢赵海峰教授的“倒置体例”、“阅读提示”之提示。没有“提示”,本书的巨大价值可能会折损过半。我相信,我接受。

宋健强

2007年12月 哈尔滨

如何获得平等对话权力？（代序）

只读大师文著，
难以平等对话。
掌握法庭文件，
可以直接评判大师，
也可以直接评判法官。

——作者题记

时间：2007年6月19日。

地点：哈尔滨工业大学法学院，具体谈话地点和人物多变。

人物：[中方]赵海峰^①、李滨^②、宋健强^③等。

[外方]沙巴斯^④、加拉蓬^⑤、舒蕾^⑥等。

话题：国际刑事司法审判若干重要问题。

方式：自由问答。

记录方式：宋健强本人回忆。回忆不一定完全精确。

[中]赵海峰：沙巴斯教授，这是我们的宋教授。他研究国际刑法，现在正在研究国际刑事法院情势和案件，他阅读了全部法庭文件。这种研究范式很特别。

[中]宋健强：非常荣幸结识您。您的代表作我几乎都看过。其中有一篇是关于“国际刑事法院的首次起诉”的，去年登载在欧洲《人权法杂志》上。

[爱]沙巴斯：是的，非常感谢。我们也在做一个项目，就是“国际刑事法院的情势与案件概览”，有“关键词索引”……

[中]宋健强：这正是我正在做的，除了“关键词索引”外，我还做了“关键句索引”。眼下还不是项目，^⑦但这是我的学术意趣——我长期从事律师工作，养成了务实习惯。请教一个问题：您如何看待“表面正义”？

[爱]沙巴斯：嗯……这主要是普通法观念……“我们不仅要实现正义……”

[中]宋健强：“而且要以看得见的方式实现正义”。

（众人笑）

[中]宋健强：您认为，与“正当程序”相比，谁的含义更宽？——或许意义完全相同？

[爱]沙巴斯：……“正当程序”更宽。

① 哈尔滨工业大学法学院院长、教授。

② 哈尔滨工业大学法学院副教授。

③ 哈尔滨工业大学法学院副教授、实践教学部主任，北京大学法学院博士研究生。

④ William A. Schabas，爱尔兰国立高威大学爱尔兰人权中心主任，哈尔滨工业大学法学院长期合约教授。

⑤ Antoine Garapon，法国司法高等研究院主任，法国巴黎第二大学博士，哈尔滨工业大学法学院长期合约教授。

⑥ Leila Choukroune，法国高等商校教授，法国巴黎第一大学博士。

⑦ 现在已是司法部项目[07SBF5015]。

[中]宋健强:也就是说,“表面正义”属于程序问题了?那么,在国际刑事法院的乌干达情势和案件中,检察官反复纠缠“表面正义”问题,不厌其烦。您怎么看?

[爱]沙巴斯:是吗?……审前程序太拖延了……这在中国绝不可能被容忍……

[中]宋健强:我注意到,这也是您文章中的基本立场。不过我还是对检察官的做法相当感兴趣。

[爱]沙巴斯:“表面正义”是个“客观性”问题……奥坎坡纠缠什么“表面正义”?

[中]宋健强:对,是客观性问题,“看得见”的东西,不可能是主观性问题。它的对应面是“实际正义”,“看不见”,所以是主观性问题。书记官长与预审二庭法官私下沟通案件问题,而且内容没有记录在案,检察官知道了,相当愤怒,官司打得没完到了,《逮捕令》的执行反而被扔在一边。另外,检察官的高级法律顾问又跑到预审二庭当高级法律顾问,检察官更加愤怒,官司打遍了全法院。这是两个典型的“表面正义”问题。这完全是典型的“程序问题”吗?讨论书记官处、书记官长或预审法庭的权限和功能,显然是组织法问题。这相当有趣……

[中]赵海峰:我们稍后再讨论吧,沙巴斯教授的讲座应该开始了……

……

[爱]沙巴斯:设立预审机制,法官提前介入调查,原是为了加速审判。现在反而更加拖延。检察官可能不太称职,好在任期是有限的。看看纽伦堡、东京、前南法庭的效率……

[中]宋健强:中国学者的看法可能不同。四种犯罪是地球上最严重的。调查、起诉这种犯罪,司法程序都异常严谨和审慎,特别是司法官为“表面正义”而战,这对中国的启示是有益的。我们急需的是起码的公平,我们最需要的暂时还不是效率。司法成长与经济发展可能需要遵循不同的规则。

[法]加拉蓬:我也不同意沙巴斯的立场,但是角度与宋教授不同。特设法庭几乎都免了调查、起诉程序,案件直接进入审判。人犯都抓好了,程序也相对简单。人犯也都是军队抓的,这省事多了……

[中]李滨:“表面正义”?……这是你的译法?妥当吗?译成“正义的外表”不行吗?

[中]宋健强:“正义的征表”、“正义的外表”、“正义的脸谱”都可以,但这都是直译。前一种实现了“信”,后两种实现了“达”,“雅”的问题没有解决。什么是“雅”?我的理解,首先要用中国话,而且要简明易懂。我反对生吞活剥,更反对造词。我们引进了太多的奇怪术语,这只能成全引进者本人——他的“解释学”产业会生意兴隆。例如,“构成要件该当性”,“该当”就不“雅”,这不是汉语。不如直接译成“符合”。“符合构成要件”,傻子也能听懂;“构成要件该当性”,只有精英才能理解。大陆法系犯罪论的“三段论”体系相当科学,学者说得太生、太涩;要是简化译法和说法,要比中国的“四要件”还简单。法官都是精英吗?如果不是,这种引进究竟有什么用?“表面正义”,简单明了。对应词也是一样:“实际正义”。还有一句话,是一位美国法官说的(不是我的发明):如果你实际上做不到公平,为了司法尊严,能不能装作公平?这话说绝了。能否装作公平,既是个人涵养问题,也关乎司法威仪,不是小事。即使实际公正,但是“表面龌龊”、“表面不公”、“表面骄横”、“表面任性”,也没人相信会真正存在什么实际公正。实际公正需要解释,表面公正无需解释。实际公正就是不让你冤死,表面公正就是不让你气死。不冤死,也可能气死。如果非死不可,与其气死,不如冤死。冤死无声无息,气死惊天动地。鱼翅熊掌不可兼得时,还是冤死省事儿。此外,“表面正义”还不完全是“程序正义”。“程序正义”的对应词是“实体正义”。表面与实际、程序与实体,含义存在差别。例如,司法官的表情、言语、举止、穿着、习惯等,不是“程序”问题,但属于“表面”问题。再如,依法定罪量刑或无罪开释,属于“实体”问题;但是,法律本身是否正义,就属于“实际”问题了。

无论如何,谢谢你的提醒,否则就不会想这么多了。

[中]赵海峰:宋教授的译法大致无误。

[中]李滨:只是不能过于偏执……

[中]宋健强:深刻的都是偏执的,尽管反之未必亦然。中国人是阴阳思维,讲究左右逢源。西方人是或阴或阳思维,所以革新大胆而果决。

……

[爱]沙巴斯:……民主刚果情势中的被告卢班加,在民主刚果就被起诉和逮捕,罪名是战争罪和反人类罪。弄到国际刑事法院,罪名却成了“非法征募未成年士兵”,这十分荒唐。^① 管辖存在重大疑问。就连法官都怀疑案件的可审性……

[中]宋健强:我仔细阅读过《逮捕令》全文。如果没记错的话,在国际刑事法院,卢班加是以“战争罪”被起诉的,只不过具体指控(points)是几项“非法征募未成年士兵”及“积极参加敌对行动”。在国际刑法中,罪名都是“集合罪”,“crimes”也都是复数,相当于中国的“类罪名”,一类罪下存在诸多小罪。起诉的习惯是在类罪名下具体陈列小罪。这不能说没有起诉“战争罪”。这并不荒唐。

[爱]沙巴斯:嗯……是这样的。但是管辖还是有问题。

[中]宋健强:除了法文文件外,我读过全部法庭英文文件。法庭的权威文件都是英文的。卢班加在国内被以战争罪和反人类罪起诉,我没有看到这样的文件。我的问题是:即使都是“战争罪”,具体指控是否一样?

[爱]沙巴斯:嗯……略有差别。

[中]宋健强:就是几乎完全一样了?

[爱]沙巴斯:几乎一样。

[中]宋健强:果真如此,倒是真有问题了。谢您的提醒。您最近发表了有关文章吗?

[爱]沙巴斯:刚好有一篇,我会 E-mail 给你。^②

……

[中]宋健强:沙巴斯教授,您对“山下奉文审判”怎么看? 科塞斯和巴西奥尼的评价相当坏——无论是程序,还是实体,都是“错案”,都是“司法耻辱”……

[爱]沙巴斯:你读过美国最高法院终审判决么?

[中]宋健强:读过。认真读过。我的书中有独立一章^③。

[爱]沙巴斯:很好。鲁特雷兹和莫非大法官的意见如何?

[中]宋健强:他们持反对意见。鲁特雷兹主要是反对程序,莫非是程序、实体都反对。

[爱]沙巴斯:程序确有疑问——你知道,“双重审判标准”问题。实体吗……意义很大,它确立

① 根据上诉分庭的介绍,戴伊洛的准确说法是:他被刚果政府羁押的犯罪性质与本院《逮捕令》所述犯罪性质并不相同。see ICC-01/04-01/06-197, para. 5, 17 July 2006. 此外,上诉分庭也特别指出:刚果政府据以拘留戴伊洛的犯罪,与本院据以签发《逮捕令》的犯罪相比,既是独立的,又是不同的。See ICC-01/04-01/06-772, para. 42, 14 December 2006. “滥用程序”与“管辖异议”还是主要争议之一,详细讨论请参见本书第七章有关部分。

② 沙巴斯教授的确发给我们四篇新论文,其中的一篇就是:“实践中的补充管辖原则”:一些并非补充性的思考”,文章长达28页。该文已在2007年6月23日于荷兰Vancouver举行的国际刑法改革协会第20次年会上公开发表。读罢全文,才发现文章的正式立场与上述对话内容存在重大差异。不知是沙巴斯教授的现场表述问题,抑或是笔者记忆问题。文章的正式立场是:卢班加在国内是以灭种罪和反人类罪被起诉的,在国际刑事法院是以战争罪被起诉的。前两者的性质比后者为重。民主刚果在国内以灭种罪和反人类罪审判卢班加,应当是更为妥当的选择。如今重罪被舍弃,审判的是轻罪。总之,“国家自行提交情势”,这是一种创造性解释,其危害也是明显的,至少它可能是提交者故意设置的陷阱:片面提交反叛武装情势,借国际起诉向国内反对派施压;一旦和平协定达成,又反过来要求撤销国际起诉。国际起诉成了提交者的御用工具。此外,就乌干达案件而论,国际法院谴责穆萨维尼及其政权严重违反国际人道法,而国际刑事法院却一直在与它们合作。国际法律机构行动矛盾,这可能还是乌干达“自行提交情势”模式埋下的祸患。

③ 宋健强:《国际刑事司法制度通论》,哈尔滨工业大学出版社2006年版,第85-190页。

了指挥官的刑事责任问题。

[法]加拉蓬:我同意科塞斯和巴西奥尼的看法。程序问题不用说了。实体问题也不轻,山下奉文的通讯联络被美军全部切断,“知道”、“防止”或“惩罚”不法行为的确客观不能……

……

[中]宋健强:沙巴斯教授,您对达尔富尔案件怎么看?

[爱]沙巴斯:你研究过美国和中国立场吗?

[中]宋健强:研究过,我的书中也有独立一章^①。美国是“假弃权、真支持”;中国是“假弃权、真反对”。中国的反 ICC 序位因此而上升。中国还力主“政治和解”。

[爱]沙巴斯:美国很不爽……政治和解与和平的关系也不能忽视。很多人认为,ICC 有妨碍和平的副作用……

……

[中]宋健强:沙巴斯教授,您认为国际刑事法院仍然存在“选择的正义”吗?

[爱]沙巴斯:当然,而且很严重。看看检察官对英国在伊拉克的态度。英国不好惹。所谓“严重性不够”,无非就是“不好惹”。就是在“国家自行提交情势”的三个案件中,起诉政策针对的也都是反叛武装……《罗马规约》的本意是这样吗?你看,相当严重……苏丹案件做得最好,但是这要感谢美国,它不弃权,国际刑事法院就管不了。你看,这不有点讽刺意味儿吗……

[中]宋健强:加拉蓬教授,沙巴斯教授对 ICC 批评有加,这到底是什么原因?

[法]加拉蓬:(微笑不答)

[中]宋健强:如果他被选为 ICC 检察官或院长,还会这样么?

[法]加拉蓬:(大笑)

[中]宋健强:他的批判信息相当丰富,这样的文章很难找到。幸亏有他,我们可以经常换位思考……

[法]加拉蓬:是的。

……

[中]宋健强:沙巴斯教授,您可否引荐我去海牙看看,哪怕就是在法庭随便转转,然后在法院门口照几张相,再出书的时候把它们夹里……

[爱]沙巴斯:应该。你也可以联系巴西奥尼……顺便问一句:你从来没出过国吗?

[中]宋健强:从来没有。我坐飞机出过事,捡了一条命,再也不敢坐了。所以律师才不能干了。做学问没那么急,不用坐飞机。

[爱]沙巴斯:你可以坐火车……

[中]宋健强:还可以坐轮船,最好是“泰坦尼克号”……

(众人大笑)

[法]加拉蓬:访问法庭很重要……

[中]宋健强:是的,不过一旦去了,也许只顾看热闹和照相,没时间看文件了……我想,预审法庭经常决定由独任法官处理问题,所以,法庭的法官可能也不会看遍全案文件……在哈尔滨,我昼夜搜寻、下载、打印、装订、阅读、分析……在海牙,我可能昼夜逛街、照相、瞎侃……

(众人笑)

……

① 宋健强:《国际刑事司法制度通论》,哈尔滨工业大学出版社 2006 年版,第 379-412 页。

[中]宋健强:赵院长,非常感谢您的外事安排。我感到,这次收获很大,比任何一次收获都大。

[中]赵海峰:为什么?每次不都是很好吗?你和美国的劳伦斯·弗雷德曼夫妇、德国马堡大学的高内阁教授、美国的巴恩斯教授、英国赫尔大学的迪奈斯教授等不都是聊得很好,也玩得很好吗?

[中]宋健强:当然。不过,从来没有深入过案件内核。学问做得太浮躁。你不觉得国际判例法专案研究相当重要吗?

[中]赵海峰:国外早就如此,英美历来如此。我支持你的思路。干吧!……就是太苦,注意身体……

……

如何进行平等对话?

——掌握第一手资料

——外文专著不是第一手资料

——外文文章也不是第一手资料

——只读外文专著和文章,一旦作者来到面前,我们将无话可说

——第一手资料种类繁多,凡是“转述”的都不是

——外文转述的,也不是

——中文转述的,更不是

——直接偷窃“引注”,对话坚持不了几分钟

——法庭原始文件,肯定是第一手资料

——司法研究,法庭文件是最重要的第一手资料

——国际刑事法院运行研究,情势与判例资料至关重要

——没有这种研究,学术只能浮在表面,态度也不会老实

——没有这种研究,事实研究只是“打擦边球儿”

——没有这种研究,规范研究只是文字游戏

——没有这种研究,价值论辩只是“飞毛腿”对“爱国者”,是空间作战

——没有这种研究,解释与思辨技术不会成长

——没有这种研究,就不会有自信,尤其是国际自信

——西语本来就不是母语,没有自信,一定会语无伦次

……

也许,这正是“规格严格、功夫到家”^①之理工信条的法科推衍。

^① 哈尔滨工业大学校训。

上部 国际刑事法治的实践理性专题研究

第一章 国际刑事法治视野下的“三造诉讼”	(3)
引言:(预审)法庭结构图表解读	(4)
一、历史解释:主义与法系的轮回	(6)
(一) 国家与国际层面整合解读:法系模式与刑事被害利益的关联	(6)
(二) 国际层面专项解读:国际刑事被害利益本体论	(10)
二、规范解释:两大法系的国际共振	(17)
(一) 立法论解释	(17)
(二) 学理解释	(20)
三、目的解释:听命、配合还是制约?	(21)
(一) 积极解释	(21)
(二) 消极解释	(23)
四、模拟解释:“第三造”的新颖与无奈?	(27)
五、诉讼解释:不考察诉讼详情,理论臆想将会走向何方?	(27)
(一) 民主刚果情势与案件中的“三造诉讼”	(28)
(二) 乌干达情势与案件中的“三造诉讼”	(28)
(三) 苏丹情势与案件中的“三造诉讼”	(28)
六、国人视阈中的被害人	(28)
(一) 学术视阈	(28)
(二) 立法现状归结	(31)
(三) 基本学术倾向	(33)
七、对重要结论的再整合	(37)
八、最终结论	(39)
第二章 司法正义 vs. 政治妥协:谁来保佑持久和平?	(41)
一、问题的提出:国际检察官缘何郁闷?	(42)
二、乌干达政府:我们还能相信什么?	(43)
三、苏丹政府:国际司法正义奈我如何?	(47)
四、ICC 实践理性总整理:没有司法就不会有持久和平!	(49)
(一) 国际检察官的现场叙事	(49)
(二) 国际大法官的现场叙事	(50)
五、历史回溯:政治绑架司法?	(51)
六、司法正义是持久和平的保护神:文字游戏抑或理论支撑?	(55)
七、价值论续展:个人权利 vs. 社会共同善	(57)

第三章 国际刑事法治视野下的“表面正义”	(59)
一、论题的提出:“表面正义”从何而来?	(59)
二、“表面正义”:翻译、“语束”和基本蕴涵	(60)
三、国际刑事法院检察官:为“表面正义”而战	(61)
(一)“高级法律顾问”(Senior Legal Adviser)“接续性任职”(successive employments)之争	(62)
(二)书记官长与预审法官私下勾通案情(case-related matters)且没有记录在案问题之争	(71)
(三)被害人参与诉讼问题之争	(76)
四、结论与启示:“表面正义”的独立价值	(86)
第四章 国际刑事法治视野下的司法文书写作特征及其价值诉求	(90)
一、概述	(90)
(一)正式语文与工作语文	(90)
(二)篇幅、页数与格式限制	(92)
二、一般写作范式	(93)
(一)检察官申请	(93)
(二)法庭裁决	(94)
三、重要文书解读	(96)
(一)国际《逮捕令》	(96)
(二)法庭记录格式	(98)
第五章 国际刑事法治视野下的刑事预审与法系模式选择	(102)
一、目的论解释	(102)
二、法系渊源考察	(103)
三、国际演化的一般考察	(105)
四、萨尔瓦多·扎帕拉博士的系统考察	(106)
(一)国际特设军事法庭	(106)
(二)程序模式的选择问题	(107)
(三)若干突出问题	(110)
(四)主要建议	(112)
(五)结论	(113)
第六章 国际刑事法治视野下的“刑法知识形态”	(114)
一、锁定论题:含义界定	(115)
(一)关于“形态”	(115)
(二)关于“知识”:哲学是“最高级的知识”?	(116)
(三)关于“知识形态”	(116)
(四)关于“刑法”或“刑法学”	(117)
(五)关于“刑法的知识形态”	(119)
二、“陈兴良知识形态信条”:“事实—规范—价值”区分说	(119)
(一)“陈兴良刑法知识形态信条”图示解读	(119)