




刑事  
法学

刑事法学博士文库

陈忠林◎总主编

# 国际正义的维度空间

——以国际检察官裁量权为视角



陆 静◎著

中国检察出版社



刑事  
法学

刑事法学博士文库

陈忠林◎总主编

# 国际正义的维度空间

——以国际检察官裁量权为视角



陆 静◎著



中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

国际正义的维度空间：以国际检察官裁量权为视角/陆静著.  
—北京：中国检察出版社，2013.8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0948 - 2

I. ①国… II. ①陆… III. ①国际刑法 - 司法制度 - 研究  
IV. ①D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 168983 号

## 国际正义的维度空间

——以国际检察官裁量权为视角

陆 静 著

---

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话：(010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：保定市中华美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：10.125 印张

字 数：276 千字

版 次：2013 年 8 月第一版 2013 年 8 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0948 - 2

定 价：28.00 元

---

检察版图书，版权所有，侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

谨以此书献给我的父母，  
和所有喜爱国际法的朋友

## 总 序

四年前，当我校第一批刑法学博士毕业时，我就萌发了出版一套博士文库的想法。可是人懒事繁，一拖就是几年。去年借在重庆参观全国性书展的机会，我又与中国检察出版社谈起此事。他们不仅热情地表示支持，而且还建议将这个想法加以拓展和延伸。因为在刑事法学领域，目前还未出版过全国性的博士文丛，如果以文库为依托尽可能汇集全国各地刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱学以及刑法史等方面的优秀博士论文，则不仅可以为相关学科的博士们提供一个展示自己成果的平台，同时也能为读者学习研究提供一种系统的参考。这是件有助于学术传承的好事啊，何乐而不为呢？于是，就有了《刑事法学博士文库》的问世。

按例，一套文库应该有一个总序。总序是文库的点睛之笔。这个“睛”该怎样点，委实有点为难生性拙于文的我。没有办法，无能点睛，就谈一点自己对刑事法学的看法吧。这些看法，不论是作为参考的镜子，还是作为批判的靶子，我都奢望能对认真的读者有所裨益。

“刑事法学”是一个复合名词。就词的结构而言，能将这门学科与其他学科完全区别开来的，就只有一个字：“刑”。从修辞学的角度考

察，这个“刑”字，就应该是刑事法学特有的研究对象。如果仅从汉语中考察词源，这个“刑”字，我国古已有之。但是，中国传统法律文化中的这个“刑”，并不完全等同于这里所谈的“刑事法学”中的“刑”。因为在古代中国，“民刑不分，诸法合体”，“刑”与“法”在很多情况下是可以互换的两个同义词。这个“刑”字，没有区分刑事法和其他部门法的作用。即使在现代语言中，无论是英语中的“criminallaw”，还是其他西方主要语言体系中与之相近的“strafrecht”、“dirittopenale”等，也具有与汉语中的“刑事法”不一样的含义。汉语中的“刑事法”，仅仅是指与犯罪和刑罚直接相关的法律规范体系；而在西方语言中，“criminallaw”等表述方式则兼有作为规范体系的“刑事法”和作为知识体系的“刑事法学”的意思。因此，就词源意义而言，真正以现代意义的“刑事法”为研究对象的知识体系——“刑事法学（criminal-law）”，应该是一个源自近代西方的概念。

在西方，“刑事法学”也是一个内涵与外延不断丰富和发展的概念。尚未进入成文法时代之前，由于人们对于刑罚在界定刑事法范围的作用尚无明确的认识，人们在刑事法学领域中关注的重点，还是如何认定作为事实的犯罪行为。当时的“刑事法（criminal-law）”，基本上是指如何处罚犯罪的刑事实体法，即狭义的刑法。刑事法学中“刑”字，这时还主要是“犯罪的（criminal）”意思。这就是当时的大陆法系和英美法系国家，都将刑法称为“犯罪法（criminallaw）”的原因。

进入19世纪以后，世界上第一部近代意义的刑事诉讼法典和刑法典——1808年的《法国刑事诉讼法典》和1810年的《法国刑法典》相继颁布。制裁犯罪特有的措施——刑罚，开始在法律体系内部发挥界定刑法和其他部门法的作用。于是，“刑事法”中的“刑”字，在英美法系国家和大陆法系国家开始分别具有“犯罪的（criminal）”和“刑罚的（penal）”双重形为二、实为一的意思。

刑法以认定犯罪和适用刑罚的标准为内容；刑事诉讼法以认定

犯罪和适用刑罚的程序为内容；犯罪学应该以法律规定为犯罪和适用刑罚的行为产生的原因、类型和预防措施为研究对象<sup>①</sup>……是否以规定犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法与其他部门法学的标准；是否以研究犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法学与其他法学的唯一标准。总之，一切不以犯罪或刑罚为核心内容的法律规范，就不可能成为刑事法律规范；一切不是为了正确解决犯罪和刑罚的问题，或者正确地解决由犯罪和刑罚而生的问题的知识，都不应该属于刑事法学特有的研究内容。

正如在哲学领域中的物质和精神这对基本的范畴一样，犯罪和刑罚这对作为刑事法学基础的范畴，不可能不是两个相互界定的概念：犯罪是刑罚处罚的行为，刑罚是处罚犯罪的措施。离开了惩罚犯罪的刑罚，人们就不可能将犯罪与其他危害行为区别开来；<sup>②</sup>离开了刑罚惩罚的犯罪，刑罚这个概念根本就不可能产生。尽管就事实发生的顺序而言，应该是先出现了犯罪——一种用非刑罚手段不可能解决的社会现象之后，人们才可能想到专门针对犯罪行为的处罚措施——刑罚。但是，后者一旦产生，是否应受刑罚处罚，就成了在形式上衡量一个行为是否构成犯罪的唯一标准。与此同时，刑罚这个概念，在逻辑上也就成了一切刑事法学的基础；离开了刑罚的本质，刑事法学中的一切基本问题都不可能得到科学的解答。是否与（应该）适用刑罚（的行为）有关，是从内容上区分刑事法学和其他学科的唯一标准；如何保证国家正确地运用刑罚，是一切刑事法学研究最基本的归属。因此，正确地认识刑罚的本质，是确保刑事法学科学性的唯一途径。

---

<sup>①</sup> 笔者认为，离开了刑法学对犯罪本质的认识，不以国家规定（或者应该规定）为犯罪的行为的产生原因、类型和预防措施为研究对象，犯罪学的研究范围就不可能界定。其结果必然是，或是将“犯罪学”混同于“越轨行为学”，或是使“犯罪学”成为研究者个人随心所欲的对象。

<sup>②</sup> 无论是以“法益侵害性”，还是以“（严重的）社会危害性”为犯罪的本质特征，否认“应受刑罚惩罚性”是犯罪本质特征的观点，无疑都是将犯罪与其他危害行为的共性与犯罪的个性混为一谈。

什么是刑罚的本质？“刑罚是制裁犯罪的措施。”这个回答显然只是人们对刑罚的感性认识，而不是这个问题的最终答案。然而，“现象就是本质”。西方哲人黑格尔的这句似非而是的名言，应该是在告诉我们：现象是事物本质的表现；我们只能通过现象来了解本质；通过现象，我们也完全可以把握本质。怎样才能通过现象把握本质呢？东方哲人孔老夫子教给我们的方法是——“致知在格物”：要想获得新的知识，你就必须运用现有的知识来“格”（考察、分析）你所研究的对象。

谁在运用刑罚？刑罚制裁的对象（可能）是谁？当我们从这一角度对刑罚的主体和适用对象进行考察时，马上就会发现：刑罚不仅是一种制裁措施，更是一种特殊的社会关系。由于刑罚的一端是掌握刑罚权的国家，而另一端是因犯罪而受到刑罚处罚的“孤立的个人”，因此，刑罚是一种国家和公民个人之间的社会关系。

面对这个结论，不少人可能提出这样的疑问：行政处罚不也包含国家处罚公民个人的内容吗？行政处罚与刑罚所代表的社会关系有何根本区别？要获得这个“知”，我们就再“格”一下这两种措施在权力主体与权力内容方面的差异。

就处罚权的主体而言，行政规范的实现，主要依靠相关的国家行政机关履行相应的职能来保证。因此，行使行政处罚权的主体是国家行政机关。但是，任何一个刑法规范的实现，都必须由国家动用包括立法、行政（负责侦查的公安机关和负责执行的监狱机关）、司法（负责职务犯罪侦查和起诉的检察机关和负责审判的法院）甚至国家武装力量（负责监狱警戒的武警）在内的全部强制性力量。国家为保证刑罚规范实现所动用的强制力量说明：与行政制裁不一样，国家刑罚权的主体不是行使国家某一部分职能的国家机关，而是作为整体的国家。

当我们从权力内容的角度考察时，我们可以看到，刑罚有两个区别于行政处罚的特点：（1）刑罚完全以剥夺公民最基本的权利（人身、财产、政治权利，甚至生命）为内容；（2）刑罚以完全剥夺公民最基本的权利为限度（终身监禁、没收全部财产、剥夺政



治权利终身，甚至死刑)。

刑罚和行政处罚在权力主体和权力内容方面的上述区别说明：行政处罚是代表国家履行行政职能的行政机关与公民个人的权利之间的关系，而刑罚所代表的则是作为整体的国家和作为个人的公民最基本的权利之间的关系。这一事实说明：刑事法与其他部门法一样，同样是以一种特殊的社会关系，即以作为整体的国家和作为个人的公民最基本的权利之间的关系，为自己特有的调整对象。

当我们了解了刑事法是以国家剥夺公民最基本的权利为内容后，一个更深沉的问题自然就摆在了我们面前：

自人类进入有国家统治的时代以来，几乎所有的国家都宣称保护其成员的利益是自己神圣的职责；近代以来，几乎所有的国家都宣称自己是人民的国家，是以维护公民权利、自由为根本宗旨的国家；自 20 世纪 50 年代，人权的观念逐渐成为了普世公认的价值，“国家尊重和保障人权”也逐渐成为现代法治的基础和世界各国承担的基本义务。可是，如果刑罚代表的是作为整体的国家和作为个人的公民最基本的权利之间的关系，刑罚运用这一事实实质上就意味着：国家是在动用自己的全部强制性力量，来剥夺一个作为“孤立的个人”的公民最基本的权利。那么，以保护其成员利益为神圣职责，以维护公民权利、自由为根本宗旨，承担着“尊重和保障公民人权”义务的国家，为什么要动用自己的全部力量来剥夺一个公民最基本的权利呢？

当我们对刑罚的分析进行到这里时，我们就开始接触到了刑事法学的核心：国家剥夺一个公民基本人权的根据。而这个问题的答案，就是刑罚的本质。这既是全部刑事法学理论的价值基础，也是打开全部刑事法学秘密的钥匙。

国家为什么要剥夺一个公民的基本权利？严格地说，这是一个很难从正面回答的问题。要找到这个问题的答案，也许我们可以先从反面提出这样一个设想：对实施犯罪行为的人，国家可以不用刑罚吗？面对这个问题，历史上有不少伟大的理论家们从不同的立场，用不同的方法，给出了种种见仁见智的答案。但是，“天听自

我民听，天视自我民视”，“民之所欲，天必从之”，任何时代的国家权力都必须以人民的认同为基础。“法生于义，义生于众适，众适合于人心”，只要我们承认现代国家应该是人民的国家，应该是以保护公民自由、维护公民人权为宗旨的国家，我们就应该撇开那些似是而非的理论家们的雄辩，从每一个普通人的内心来寻求这个问题的答案。

面对犯罪，国家可以不用刑罚吗？我想，任何具有基本常识和理智的人都会回答：No！人们为什么会有这样的答案呢？“王者之政，莫急于盗贼。”我们不妨以盗窃罪为例来回答这个问题。自人类进入私有社会以来，在任何时代、任何国家，盗窃都可能是最普遍的犯罪。解剖这只麻雀，应该具有普适的意义。

众所周知，盗窃行为的对象是公私财产。在现代法律制度中，财产关系，至少公民之间的财产关系，本来应是民法调整的范围。为什么一个公民侵犯另一个公民财产的盗窃行为，国家不是用处理平等主体之间关系的民事法律来解决，而要自己亲自出马，动用刑罚来处置呢？按常识，这个问题的答案是显而易见的：盗窃是以秘密窃取为手段的犯罪，往往盗窃多次才可能被发现一次，加上绝大多数情况下实施盗窃的人都不具有赔偿能力等原因，如果仅仅运用赔偿损失、恢复原状等民事措施，对于盗窃者来说就不是一种制裁，而是一种奖赏。盗窃是一种从根本上威胁他人财产安全的行为，当国家对这种任何时代、任何国家都普遍存在的犯罪采取的是一种带有奖赏性质的措施时，我们很难想象，国家以保障财产为目的的那些法律制度还可能运行。换言之，盗窃行为不仅是对公私财产的侵犯，更意味着对国家法律制度的根本威胁。这样，一个公民侵犯另一个公民的财产关系的盗窃行为，就开始转变为一个公民威胁国家法律制度的行为，公民个人之间的财产关系也就随之转变为公民个人与国家的财产法律制度之间的关系。盗窃行为如此，其他犯罪行为也同样如此。

法律是国家履行自己职能最基本的手段，法律制度是国家存在和正常运行的前提和基础。当一个公民的行为从根本上威胁到国家

法律制度的运行时，国家自然会动用全部力量来剥夺该公民最基本的权利。因此，当我们注意到犯罪是公民个人对国家法律制度的威胁时，国家为什么要动用全部力量来剥夺作为“孤立的个人”的公民基本权利的理由就基本上清楚了。

保护国家法律制度的正常运用，可以从形式上解释历史上所有国家刑罚存在的根据。但是，从现代法治的角度考察，刑罚所剥夺的公民权利，都属于神圣不可侵犯的基本人权范畴。在“国家尊重和保护人权”已经写入我国《宪法》的今天，还必须从人权的角度进行考察，才可能真正说明刑罚的实质。

如果基本人权不可侵犯是一切国家权力的基本界限，那么国家为什么会动用全部的强制性力量来剥夺一个公民的基本人权？普通民众为什么会认同对盗窃者处以刑罚，即便自己的亲友，甚至本人也可能成为盗窃者，这是因为放任这种行为，自己的人权（财产权）就会受到威胁。正如联合国《世界人权宣言》第29条所规定的那样：“人人在行使他的权利和自由时，只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”因此，以保护全体公民人权为限度而被迫剥夺犯罪人的人权，是现代国家行使刑罚权的唯一根据，此亦即现代国家刑罚的本质。

“芝麻，开门！”一旦我们了解了刑罚的本质，刑事法学的一切基本问题也就迎刃而解了。

首先，如果刑罚以维护全体公民的人权而被迫剥夺限制作为个人的犯罪人的人权为内容，这就意味着以刑罚为制裁手段的刑事法，不仅是加强其他法律效力的制裁手段，而且是有着自己独立调整对象的部门法。与其他部门法一样，刑事法的调整对象是一种特殊的社会关系。这种社会关系在形式上表现为公民个人与国家的法律制度之间的关系，实质上以公民个人的基本人权与全体公民的人权之间的关系为内容。无论是刑事法的任务、犯罪的本质或是刑罚的目的，都只有从这一点出发，才可能得到正确的

说明。

其次，刑事法以全体公民的人权与公民个人的基本人权为调整对象，这里的全体公民的人权当然也包括犯罪人的人权，也是国家应该“尊重和保护”的内容。这一事实说明：刑罚只能是国家在两种都应该保护的權利之间所作的一种迫不得已的选择。无论是刑法中的罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道原则，还是刑事诉讼法、监狱法中的保护犯罪嫌疑人和服刑人的措施，都必须以“刑法（罚）不得已原则”为根据、为限度，才可能真正发挥刑事法保护包括犯罪人在内的全体公民的基本人权的作用。

最后，国家只能基于保护包括犯罪人在内的全体公民的人权而适用刑罚，这意味着尽可能减少刑事法的适用，才是国家适用刑事法的真正目的。如何通过不断丰富和发展全体公民的人权来减少犯罪，保证每一个人“对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”，就是犯罪学研究的基本内容。

必须交稿了，就此打住。有疑惑者，请联系：[chen7749@yahoo.com.cn](mailto:chen7749@yahoo.com.cn)。

感谢您对《刑事法学博士文库》的关注！

陈忠林

2008年8月6日

# 序

自2002年7月1日《国际刑事法院罗马规约》生效，并正式确立现行国际检察官制度以来，国际检察官裁量权如何进行运作的问题一直为国际法学界所关注。2003年4月，国际刑事法院任命了首位检察长，更是将该问题推向实务的风口浪尖。一转眼十来年过去了，纵观中外法学界，对此进行研究及其成果却并不多见，这不能不说是一个缺憾。

作者长期致力于国际公法的研究。随着其对国际刑事司法制度发展的持续关注，其以敏锐宽阔的学术视角选择了国际检察官裁量权研究这一命题。在该命题中，作者围绕国际检察官裁量权的若干概念、国际刑事审判机构及其国际检察官制度的产生与演变、国际检察官行使裁量权的基本要求、裁量权的内容与表现及问责与监督等，对当前存在的问题提出了意见，并就国际检察官和我国的关系进行了回顾与展望。该课题填补了国内对于国际检察官裁量权研究领域的空白，具有显著的理论价值和现实意义。

作者不但具有较强的法学理论功底，还有着丰富的司法实践经验，其从事基层检察工作多年，对我国改革开放后检察制度的运作有着深切的体会。在华东政法大学就读时，作者就已展露

才女的风貌，勤习书法，志趣高雅，且讲究专业学习的高效率。从本科到硕士到博士，接连获取了三个层级的国际法学位，静心而无旁骛。特别是攻读博士期间，作者边读书边工作，还要照顾年幼的孩子，不可谓不辛苦。然而，其克服了重重困难，最终按时完成了近 20 万字的博士论文，并顺利通过答辩。本书正是其在博士论文的基础上修订而成，作为她的导师，看到其能将付出心血的成果予以出版，亦深感快慰。

一般认为，1949 年后的中国检察官体系早期是照搬了苏联模式的。在随后数十年间，特别是跨越改革开放以来三十余年的民主和法制建设历程后，中国的检察官制度日趋本土化和现代化。而要真正拥有一个能在反腐败和遏制其他刑事犯罪方面发挥中坚作用、为圆中华民族图强之梦保驾护航的独具中国特色的检察官制度，则是全党全国之殷切期盼。为了实现此种美好愿景，在法学研究领域也应当作出坚韧不拔的探索，包括认真借鉴国际检察官有效行使裁量权的宝贵经验。

当然，这本专著的出版并非毕其功于一役。国际检察官制度问题众多，非常复杂。而作者为知识和阅历所限，对相关问题的研究尚不够深入和全面。相信作者会以本书的付梓为契机，继续上下求索，敢为有为，为把自己锻造成一个学者型的中国当代检察官，并为国际刑事司法理论的丰富和完善不断攀登前行。



2013 年 5 月于华政长宁园

---

\* 华东政法大学教授、博士生导师，中国国际法学会常务理事，中国海洋法学会理事。

# 可问裁量有良知

——兼评《国际正义的维度空间》

张雪樵\*

陆静博士和其先生毛海波都是我引以为豪的华政学友，青年才俊，比翼齐飞，于同一典礼加冕国际法博士，堪为励志佳话。龙年深秋在美丽的中山公园师生小聚，听到陆静的博论专题是国际检察官的裁量权，我耳目一新，为国际刑事法庭的神秘高深所吸引，也为国际检察官的匡扶天下所仰慕。因而，我很乐意并且认真地向检察出版社的安斌副总编推荐了她的书稿。

因为自己的攻博经历，每每收到学友赠送的博士论文，在为其精美装帧所映衬的新标题眼前发亮之时，在为其厚笃笃的学问钦佩之余，也难免对刻板的术语、乏味的法条和枯燥的论证望而生畏。但本书的阅读是个例外，因为纽伦堡、东京大审判的厚重历史鲜活解答了国际检察官的制度渊源，而前南斯拉夫、卢旺达国际刑事法庭敲下的法槌又无不折射着国际政治的波谲云诡。正如美国当代最卓越的法学家波斯纳所说：语言不只是一种沟通的媒介，也是思考的辅助，为了充

---

\* 浙江省人民检察院副检察长，浙江省法学会副会长，华东政法大学法学博士、兼职教授。

分运用所有的语言手段来处理一个问题，往往必须“在纸上思考”；反之，文体的选择也足以呈现出作者的思考模式。其实，司法实务中有许多法律问题是无法用逻辑或经验的证据来解决，如果借助于恰当的文体、修辞、文化与美学，我们是否可以在说之以理和动之以情之间，奉献更值得信赖、更令人欣赏的法律文书，从而使得判决得以流传，司法官的名声得以造就？

但书稿最吸引我难释手书或掩卷沉思的还是书的主题研究。检察官的自由裁量权，一直是检察业内争论不休的话题。作者据以丰富的外文资料，浓墨重彩而条理清晰地介绍了国际刑事法庭以及国际检察官在启动调查、提起诉讼、辩诉交易以及撤销案件等裁量维度，与国内相比，国际检察官的裁量权限是丰富而又饱满的，甚至大得令人艳羡。不过，权力与约束是硬币的正反两面，“哪里有不受限制的自由裁量权，哪里便无法律制度可言”（埃尔曼语），检察官的裁量权应当是“依据自己的审慎判断和良知，执行公务的权限”（庞德语）。但在“弱国无外交”的霸权主义时代，当国际检察官不可避免地受制于支持国、缔约国、安理会等掩盖在冠冕堂皇之下的各种利益和目的之时，其所要求的忠诚、得体和善意的高尚品格又从何得以保证呢？面对铁生生的事实：前南斯拉夫将米洛舍维奇（Milosevic）被移送海牙法庭以换取主要捐助者为南斯拉夫提供的重建资金；2002年美国宣布的500万的报酬，被作为逮捕卢旺达15个高层嫌疑人的“奖励正义”，我们该如何理解前南国际法庭法官戈德斯通（Goldstone）因基于财政支持所签发一个波斯尼亚塞族部队低级成员的诉状，而专门在名为《为了人类：战争犯罪调查者的深思》书中忏悔执法的不公呢？

以铜为镜，可以正衣冠；以古为镜，可以知兴替；以人为镜，可以明得失。剖析国际刑事检察官的良心，绝不是寻找饭后谈资，国际审判虽然遥远，但人同此心，心同此理，面对手中权力的裁量与内心良知的把握是每个检察官无法回避的内心矛盾。在法治进步高歌猛进的今天，如果说不断被推到阳光下暴晒的冤假错案迫使我们去反思司法制度的弊病和执法理念的陈旧，那么，被无端蒙冤打



入牢狱经年而连累的一个个破碎的家庭血泪犹如在直接拷问集时代所宠于一身的“法律精英”是否真的丢掉了良心。但司法的良心又在哪里？是从程朱理学的“格物致知”主导法律的客观性特征，还是从陆王心学中的“心即使理”拾起修身正觉的法宝？理论的生命在于与时俱进，实践的真知在于忠实问题。只有本着“笃行致知”的教义，法律的知识才会化成正义的智慧，为苍生立言而积其功德；只有本着“明德崇法”的精神，法律的规矩就会成就社会的方圆；只有坚定对正义的信仰，才能做成一个公道的好人和公信的检察官，也才能克服各种私利的诱惑而坚守“可以不做包青天，但绝不为难杨乃武”的司法底线。

因学友所嘱，写下以上不成逻辑的文字，以示对作品的尊重。