



中国社会科学院
法学研究所建所 60 周年

征募儿童的战争罪

以“国际刑事法院第一案”为视角

何田田 / 著

THE WAR CRIME OF CHILD RECRUITMENT:
Analysis of the First Judgment of
the International Criminal Court



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中 国 人 权 研 究

丛 书 主 编 / 李 林

征募儿童的战争罪

以“国际刑事法院第一案”为视角

何田田 / 著

The War Crime of Child Recruitment:
Analysis of the First Judgment of
the International Criminal Court

图书在版编目(CIP)数据

征募儿童的战争罪：以“国际刑事法院第一案”为
视角 / 何田田著. -- 北京：社会科学文献出版社，
2018.8

(中国人权研究)

ISBN 978 - 7 - 5201 - 2793 - 6

I. ①征… II. ①何… III. ①战争罪行 - 研究 IV.
①D995

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 107173 号

中国人权研究

征募儿童的战争罪

——以“国际刑事法院第一案”为视角

著 者 / 何田田

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 芮素平 李娟娟

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 天津千鹤文化传播有限公司

规 格 / 开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：15.5 字 数：251 千字

版 次 / 2018 年 8 月第 1 版 2018 年 8 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 2793 - 6

定 价 / 69.00 元

本书如有印装质量问题，请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

“中国人权研究”总序

人权，是人作为人，基于每个人的自然属性、文化基因和社会本质所应当享有的权利。

人权，是人类文明最崇高的普遍价值之一，是中国人民和世界人民长期以来的美好追求。

人权，是全面建成小康社会，实现国家富强、人民幸福、中华民族伟大复兴中国梦的核心价值和内在要求。

人权，是人民幸福、人民尊严、人民利益、人民当家作主的具体化、法治化和可操作的制度安排，而绝不仅仅是抽象的意识形态概念。

人权，无论是作为一种理论、一种文化、一种价值，还是作为一种权利、一种制度、一种实践……都值得深入研究，需要广泛传播，都应当得到充分尊重、有效保障和具体实现。

由于众所周知的历史原因，人权这个概念曾经被视为“资产阶级的口号”而列为研究的禁区，人权话语一度成为与人民共和国、中国人民、社会主义宪法和法治等格格不入的西方怪物，成为中国共产党领导和中国特色社会主义的异化和敌人。

1978年中国改革开放以后，随着社会主义民主的日益发展、国家法治建设的不断加强，人权问题得到愈来愈多的重视和关注。以1990年初有关“人权问题回避不了也不能回避”的共识为依据，以1991年6月中国社会科学院法学研究所在北京召开第一个全国人权理论研讨会为标志，人权理论研究和宣传的禁区逐渐被打破；以1991年10月中国政府发表第一个《中国的人权状况》白皮书为转折，以1997年中共十五大正式提出“尊重和保障人权”为标志，人权逐渐成为主流话语，广泛深入研讨人权问题成

为学界的重要任务。在这个过程中,1991年中国社会科学院法学研究所成立了人权理论与对策研究课题组,1993年在课题组的基础上组建了中国社会科学院人权研究中心。

中国社会科学院人权研究中心成立20多年来,积极开展人权对策研究,向党和国家有关部门提交了《中国应高举社会主义人权旗帜》、《划清人权的国家保护和以人权为借口干涉别国内政的界限》、《发展权是各项人权的必要条件》、《主权与人权的几个问题》、《确立“尊重和保障人权”的宪法原则》、《关于中国参加国际人权两公约的建议》等研究报告;深入开展人权理论研究,出版了《中国人权建设》、《发展中国家与人权》、《当代人权》、《当代人权理论与实践》、《人权的普遍性与特殊性》、《妇女与人权》、《人权与司法》、《人权与21世纪》、《经济、社会和文化权利研究》等论著;深化人权基础研究和比较研究,出版了《中国人权百科全书》、《国际人权文件与国际人权机构》等工具书,组织翻译出版了《权利的时代》、《人权与国际关系》、《人权与科学技术发展》、《普遍人权的理论与实践》等外国人权理论著作。这些成果,极大地引领和推动了中国的人权理论与对策研究,促进了中国人权法治的完善和发展。

人权是法治的精髓,法治是人权的保障,两者互为表里,相辅相成,相得益彰。法治、人权和民主都是中国社会科学院法学研究所长期以来高度重视和深入研究的重要领域,其间产生了许多具有重大学术价值、理论意义和实践影响的成果,在中国改革开放史和新时期法学研究史上留下了浓墨重彩的印记。为了纪念中国社会科学院法学研究所成立60周年(1958—2018年),巩固前期人权研究成果,整合以往人权研究资源,弘扬人权研究的创新精神,推进人权研究的理论化、法治化和国际化,为构建中国特色人权理论体系、话语体系、学术体系和教材体系提供支持,中国社会科学院法学研究所、国际法研究所决定出版“中国人权研究”系列丛书。丛书既要重新编辑加工出版20余年来有重要文献和学术价值的人权专著、论文集、译著、研究报告等,也要面向未来人权理论和对策研究,继续编辑出版有关人权研究成果,条件具备时还要出版英、德、法等外文的人权研究成果,努力使之成为法学研究所和国际法研究所作为国家人权法治高端智库的标志性品牌,为中国人权理论创新和实践发展作出新贡献。

当前,中国的法治和人权已经站在更高的历史新起点,中国的法治理

论发展和人权学术研究已经进入更辉煌的历史新阶段。我们比以往任何时候都更加充满道路自信、制度自信、理论自信和文化自信，更加充满民主自信、法治自信、人权自信和政党自信，将在实现“两个百年”奋斗目标、实现民族复兴中国梦新的伟大征程中，不断创造中国特色社会主义法治和人权理论研究的新成就新辉煌。

李 林

2017年8月

目录

Contents

引 论	1
一 选题	1
二 国内外研究现状综述	7
三 研究范围与方法	19
四 本书结构	24
第一章 国际刑事法院第一案的基本概况	26
一 案件概况	27
二 案件焦点	37
第二章 武装冲突中的儿童	41
一 儿童卷入武装冲突的历史与现状	41
二 武装冲突中的受害者	45
三 武装冲突中的参加者	50
四 和平、和解和正义机制中的关键者	57
五 伊图里地区冲突中的儿童	60
第三章 国际社会禁止征募儿童兵的早期努力	64
一 禁止征募儿童的国际法律规范	64
二 国际刑法对征募儿童的回应	79
三 塞拉利昂特别法庭的早期实践：诺曼案	94

第四章 征募儿童的战争罪的主要法律问题 (一)	107
一 前提条件和适用法律	108
二 “征召”和“募集”的解释	115
三 “利用儿童积极参加敌对行动”的解释	136
四 “利用儿童积极参加敌对行动”的分析与思考	143
第五章 征募儿童的战争罪的主要法律问题 (二)	159
一 “知道或应当知道”的解释	160
二 “这些人不满 15 岁”的认定	172
三 关于儿童年龄的讨论	178
四 征募儿童的犯罪严重程度	187
第六章 征募儿童的战争罪与儿童权利保护	198
一 第一案征募儿童的战争罪的犯罪事实	199
二 征募儿童的战争罪在第一案确认起诉决定与定罪判决中的异同	201
三 保护武装冲突中儿童的建议	203
四 国际刑事法院未来对儿童权利保护的完善	208
结 语	216
参考文献	220
索 引	229

引 论

“没有什么比我们对待孩子的态度更能深刻折射这个社会的核心价值追求了。”^①

——纳尔逊·罗利赫拉赫拉·曼德拉

“叛军烧了我家的房子，杀了我的家人。他们把我带走的时候，我才14岁……我非常愤怒，所以我今天选择在这里作证……我为我曾经做过的事情感到内疚，但我现在告诉了法院过去发生的一切，我感觉好点了……”^② 这番话出自一位在国际刑事司法机构上出庭作证的儿童。征募和利用儿童参加敌对行动对儿童造成了巨大的伤害，受到了国际社会的广泛关注。近年，由于国际刑法首次对征募和利用儿童参加敌对行动作出了回应，认定其为战争罪，使得对于儿童兵的讨论成为一个持续的和有高度争议的话题。我们不无遗憾地看到，儿童的利益在这个由成人主宰的世界中岌岌可危。国际刑事司法机构应该如何去惩罚那些征募和利用儿童的行为人，从而增进对武装冲突中儿童权利的保护，这是本书要研究的主题。

— 选题

对儿童与武装冲突的关注应该是而且本来就是多方面的，可以从特定

① Nelson Rolihlahla Mandela, “The true character of a society is revealed in how it treats its children”, in “Notes for A Speech by President Nelson Mandela at Worcester Station Worcester, September 27 1997”, <http://www.sahistory.org.za/archive/notes-speech-president-nelson-mandela-worcester-station-worcester-september-27-1997>, 最后访问时间：2017年12月7日。

② Kyra Sanin and Anna Stirnemann, “Child Witnesses at the Special Court for Sierra Leone”, War Crimes Studies Centre, March 2006, p. 3.

的国家或特定的主题切入,例如,武装冲突对儿童造成的后果与前儿童兵的复员和重返社会;这也是一个跨学科的主题,可以有社会学、心理学、人类学和法学等各个学科的研究。《马谢尔研究报告十年战略审查》^①提出了在解决武装冲突中儿童所面临问题的四个优先事项,其中一项就是结束有罪不罚现象,实现普遍国际标准。

本书选择以“国际刑事法院第一案”为视角研究征募儿童的战争罪,正是以结束有罪不罚现象为研究目标,探讨国际刑法新近的发展对于结束有罪不罚的贡献、问题与发展。其中,“第一案”是全文的主线,将贯穿本书全部章节。这里的“第一案”是指国际刑事法院“检察官诉托马斯·卢班加·戴伊洛”(The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,以下简称卢班加案或第一案),国际刑事法院第一审判分庭分别于2012年3月14日和7月10日作出了对托马斯·卢班加·戴伊洛(Thomas Lubanga Dyilo,以下简称“卢班加”)的定罪和量刑判决,确认卢班加在2002年9月初至2003年8月13日,征募不满15岁的儿童加入争取刚果自由爱国力量(Patriotic Force for the Liberation of the Congo, FPLC)并积极使用他们参加敌对行动而获战争罪,判处有期徒刑14年。

关于征募儿童的战争罪,以及武装冲突中如何保护儿童以及儿童兵的相关问题,国内外已有一些相关研究,但为了说明本书与前人研究的区别之处,并说明本书的研究思路,有必要介绍选择第一案作为视角研究武装冲突中儿童权利保护问题的原因。

国际刑事法院(International Criminal Court, ICC)是当今世界第一个对犯有种族灭绝罪、反人类罪、战争罪和侵略罪的行为进行起诉和惩罚的常设法院。国际刑事法院是根据《国际刑事法院罗马规约》(Rome Statute

^① 1996年,联合国大会收到一份题为《武装冲突对儿童的影响》的开创性报告。该报告的作者是秘书长任命的武装冲突对儿童影响问题专家、莫桑比克前教育部长格拉萨·马谢尔(Graca Machel),为方便论述,以下简称为《马谢尔报告》。《马谢尔报告》论述了战争为儿童带来的破坏性影响,包含一些保护武装冲突中儿童的具体建议。大会在其第A/RES/51/77号决议中对报告表示欢迎,并进一步建议秘书长任命一位负责儿童与武装冲突问题的特别代表。这份研究报告至今仍被广泛引用,是武装冲突中儿童保护工作的开创性报告。2006年,为纪念最初的马谢尔报告发表十周年,特别代表办公室、联合国儿童基金会和其他联合国及非政府组织合作伙伴对最初报告发表以来所取得的进展进行了清查,发表了《马谢尔研究报告十年战略审查》。可参见UNCIEF,“Machel Study 10-year Strategic Review: Children and Conflict in a Changing World”,2009。——作者注

of the International Criminal Court, 以下简称《罗马规约》) 于 2002 年成立的常设性国际刑事司法机构。1998 年, 各国代表在意大利罗马召开的外交大会上谈判通过了《罗马规约》。截至 2017 年 10 月, 《罗马规约》有 123 个缔约方, 最近的缔约方变动情况是: 巴勒斯坦于 2015 年 1 月 2 日向联合国秘书长交存了批准书, 2016 年 3 月 3 日萨尔瓦多加入《罗马规约》; 根据《罗马规约》第 127 (1) 条, 2016 年, 南非、布隆迪和冈比亚等国政府通知秘书长其决定退出《罗马规约》; 2017 年 2 月 10 日, 冈比亚政府通知秘书长其决定撤回退出通知; 2017 年 3 月 7 日, 南非政府通知秘书长其决定撤回退出通知; 布隆迪于 2017 年 10 月正式退出。在这 123 个缔约方中, 非洲有 33 个国家, 亚洲与太平洋地区有 19 个国家, 东欧有 18 个国家, 拉丁美洲与加勒比海地区有 28 个国家, 西欧与其他地区有 25 个国家。^① 在通过后不到 3 年的时间内《罗马规约》得以生效, 接着在不足 17 年的时间里取得了国际社会接近三分之二的国家的批准或加入, 其发展之迅猛, 在多边条约史上并不多见。这些都表明了新世界秩序的发展方向, 也表明了国际正义与结束有罪不罚需要国家合作与同意得到了国际社会的承认。从 2003 年 3 月 1 日到 2017 年 10 月, 国际刑事法院已经处理或正在处理 11 项情势调查,^② 涉及 25 起案件;^③ 国际刑事法院检察官办公室 (Office of the Prosecutor, OTP) 还在对 10 项情势, 即阿富汗、哥伦比亚、加蓬、几内亚、伊拉克、尼日利亚、巴勒斯坦、菲律宾、乌克兰和委内瑞拉等情势, 收集信息和进行初步审查活动。^④

《罗马规约》不仅是国际法数百年发展的结果, 而且是一个理念领先的国际条约, 体现在如下几个方面。第一, 《罗马规约》是国际上第一个

① “Rome Statute of the International Criminal Court”, UNTC, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#10, 最后访问时间: 2018 年 3 月 1 日。

② 其中, 缔约国提交了 5 个情势 (乌干达情势、刚果民主共和国情势、中非共和国情势、马里共和国情势和最近的加沙船队情势), 安理会提交了 2 个情势 (苏丹达尔富尔情势和利比亚情势), 检察官主动调查了 4 个情势 (肯尼亚情势、科特迪瓦共和国情势、格鲁吉亚情势和布隆迪情势), 科特迪瓦情势还属于非缔约国承认国际刑事法院管辖的情形。——作者注

③ 联合国大会:《国际刑事法院的报告》, A/69/321 (2014), 第 2 页。

④ “The Court Today”, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/TheCourtTodayEng.pdf>, 最后访问时间: 2018 年 3 月 1 日。

规定了被害人可以参与刑事诉讼程序并提起赔偿请求的条约。第二,《罗马规约》规定需要采取适当的措施对被害人和证人进行保护。第三,《罗马规约》第36条第8款、第42条第9款和第44条第2款规定了法院的法官和其他工作人员的选任标准,均提到应考虑到必须包括对具体问题,如对妇女的暴力、性别暴力或对儿童的暴力等具有专门知识。^① 这些条款都具备创新性,是国际刑法,乃至国际法的一个进步。它们使得国际刑事法院并不像以前的国际刑事法庭,在司法程序上超越了纯粹的惩罚性质,包含了恢复性司法的理念,不但使得被害人可以在国际刑事程序中表达他们的意见和关注,注重在他们表达意见与关注的过程中给予保护,更使得他们有机会可以因遭受到的伤害而获得赔偿,进而帮助被害人并推动社会和解与重建。当然,这些体现在法律文本上的进步需要在具体的实践中得到进一步的适用与检验。因此,以第一案为视角分析《罗马规约》在实践中的适用有现实意义。借助第一案论述征募儿童的战争罪,以及在武装冲突中儿童的保护有如下几个原因。

首先,儿童是第一案实体问题的“中心”。第一案是检察官指控卢班加在民主刚果的伊图里地区冲突中征募和利用15岁以下的儿童积极参加敌对行动。可以这样说,在这个冗长复杂的第一案中,儿童成为整个国际刑事法院实体与程序问题的中心。在实体问题方面,检察官对被告卢班加只有一个罪名的指控,即《罗马规约》第8条第2款第2项第26目和第5项第7目战争罪下的征募不满15岁的儿童加入国家武装部队(或集团),或利用他们积极参加敌对行动。《罗马规约》确实有很多如上所述的令人瞩目的条款创新,但是,国际刑事法院在其成立后,在具体条款适用过程中,发现了非常多的困难与挑战。以儿童为“中心”的卢班加案同样面临很多问题。第一,由于《罗马规约》对该条款下的很多概念规定是不清楚的,使用了不同的概念,如征召、募集、利用和积极参加,这些都是需要解释的“灰色地带”。第二,法庭在处理征募不满15岁的儿童加入国家武

^① 《罗马规约》第36条第8款:“……缔约国还应考虑到必须包括对具体问题,如对妇女的暴力或对儿童的暴力等问题具有专门知识的法官。”第42条第9款:“检察官应任命若干对具体问题,如性暴力、性别暴力和对儿童的暴力等问题具有法律专门知识的顾问。”第44条第2款:“检察官和书记官长在雇用工作人员时,应确保效率、才干和忠诚达到最高标准,并应适当顾及第三十六条第八款所定的标准。”

装部队（或集团），或利用他们积极参加敌对行动的战争罪的主观要件（或称心理要件）的时候，也发现稍为棘手，因为《罗马规约》和《犯罪要件》的规定并不一致。第三，在追究被告个人刑事责任的时候，国际刑事法院也遇到刑事责任模式和基础理论的问题。因此，深入研究法院如何在第一案中解决这些实体问题，澄清理论与实践一些不明确的方面，有助于我们认识这个犯罪，加强对儿童的保护。

其次，儿童是第一案的程序问题的“中心”。辩方的主要证人包括10名声称自己是前儿童兵的儿童，有129名被害人在司法程序中被授予了被害人参与的地位，而这129人中的大部分都是前儿童兵及其亲属。^①但是，该案中国际刑事法院对待儿童的表现却不尽如人意，至少没有很好地对儿童进行保护。一方面，卢班加案中的儿童证人接受了多次的询问和冗长的交叉询问，第一案的实践在国际刑事法院司法程序中并不能充分地保护儿童的安全、保护他们的身体和心理的健康、尊重他们的隐私，这些儿童都是《罗马规约》第68条规定的证人或者被害人。另一方面，第一名在审判中作证的证人，声称自己是一位前儿童兵，在作证过程中撤回自己的证言，并向法院称他对检方调查员和法官撒了谎。辩方在整个案件中在控方提供的儿童证人的可靠性问题上花费了大量的精力和时间。后来，审判分庭认为在卢班加案中的儿童证人，大部分不可靠。这些儿童是证人，同样也是程序中的参加人，他们因被害人身份而取得的参加地位，又由于他们前后矛盾的证言而被撤销。审判分庭认为，检察官所采用的“中间人”极有可能操纵了这些儿童，操纵了正义，这又提出了检察官办公室在调查过程中是否采用了儿童敏感性的调查方法的问题。^②因此，这是国际刑事法院和儿童互动的一次完整展示，其所呈现的进步与不足都为我们提供了丰富的学术研究素材。

最后，就《罗马规约》而言，有不少条款是与儿童直接相关的。例如，《罗马规约》序言中就提到，“注意到在本世纪内，难以想象的暴行残

① *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (hereinafter *Lubanga Case*), “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (hereinafter *Judgment*), ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, Trial Chamber I, paras. 15 – 17, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF, 最后访问时间：2018年3月1日。

② *Lubanga Case*, Judgment, paras. 430, 479 – 484; Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, para. 32.

害了无数儿童、妇女和男子的生命，使全人类的良知深受震动”，要“使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外”。一方面，关于被害人和证人，《程序与证据规则》第86条^①的法律框架明确表明了国际刑事法院应该在司法程序中考虑被害人和证人的“需要”。但这个条款具有“全方位”的性质，要求为儿童、老年人、残障人和性暴力被害人等群体提供相同的保护，这些群体都要求得到特别的保护，都需要照顾到他们特殊的需要。对于儿童被害人和证人，该条仅提到了被害人和证人的“需要”，并没有表明是什么样的“需要”。另一方面，根据《罗马规约》第68条，在对被害人和证人采取保护措施时，年龄和犯罪中是否包含了对儿童的暴力等，是法院需要考虑的因素。这表明法院需要肩负保护被害人和证人安全、健康和隐私的义务，特别是儿童这一处于脆弱地位的被害人和证人。同时，这也表明了人权法在国际法和国内法两个层面的发展，对涉及司法程序的儿童给予了特别的关注。^② 可以这样说，无论是《罗马规约》第21条第3款、第68条、第75条，还是《程序与证据规则》第86条，这些条款在事实上给予了作为一个群体的儿童需要得到国际刑事法院特别照顾的法律基础，需要以儿童权利为视角分析国际刑事法院在实践中的进步与不足。^③ 因此，这又为

① 《程序与证据规则》第86条：“一般原则：任何分庭在做出指示或命令时，及本法院其他机关根据《罗马规约》或本规则履行其职能时，应依照第68条考虑所有被害人和证人的需要，特别是儿童、老年人、残障人和性暴力和性别暴力被害人的需要。”

② 例如，联合国儿童基金会确认了《罗马规约》的准备文件，称其“是国际人权法、特别是《儿童权利公约》的保障”。联合国儿童基金会认为，儿童证人和儿童被害人应该从“法律和其他适当的援助中”得到好处，对考虑“儿童的特别需要”，特别提到了需要确保“儿童友好”的环境。参见 UNICEF, UNICEF and the Establishment of the International Criminal Court (17 March 1998), ICC Preparatory Works, <http://www.legal-tools.org/en/doc/fofa26/> (最后访问时间：2015年1月), p. 5。同时，在《马谢尔报告》后，联合国大会通过了第A/RES/51/77号决议，创设了负责儿童与武装冲突问题秘书长特别代表。在《罗马规约》谈判时，时任负责儿童与武装冲突问题的秘书长特别代表奥拉拉·奥图诺 (Olara A. Qtunnu) 提出国际刑事法院规约的相关条款应该与国际人权标准相一致，如《儿童权利公约》。参见 Olara A. Qtunnu, “Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict to the Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (17 June 1998)”, ICC Preparatory Works, <http://www.legal-tools.org/en/doc/ed4ff7/>, 最后访问时间：2015年3月1日。

③ 值得注意的是，虽然儿童并不是一个不作区分的群体，但从儿童权利视角来看，儿童中还有很多群体需要特别照料（例如，女童、残障儿童、少数民族儿童等）。所以，不同的群体，有不同的需要，最后由国际刑事法院在个案上进行决定。只有国际刑事法院的法官和其他机构考虑到这些不同的但又有交集的需要时，国际刑事法院才能完（转下页注）

本书的实证研究提供了一个窗口。

二 国内外研究现状综述

国内外对武装冲突中儿童权利保护问题都展开了一定的研究，有必要概述现有文献和研究现状。一方面在于分析国内外的研究现状，发现有待进一步探讨的问题；另一方面也是为本书提供便利和思路。

（一）国外英文文献及其研究

本书以国际刑事法院的第一案为线索，就英文文献而言，国外对国际刑事审判和儿童兵的研究较为丰富，而专门针对第一案中儿童权利保护问题的研究较少。大致可分为以下几类。

1. 人权与国际刑事司法的相关文献

第一类是回顾国际刑事司法审判中人权问题的文献。这个方面，萨尔瓦托雷·扎帕拉教授（Salvatore Zappalà）2005年出版的《国际刑事程序中的人权》可谓经典。该书考察了纽伦堡和远东两个国际军事法庭、前南斯拉夫问题国际刑事法庭（以下简称“前南法庭”）、卢旺达问题国际刑事法庭（以下简称“卢旺达法庭”）的诉讼程序是如何对待人权保障问题的。该书作者指出，纽伦堡和远东两个军事法庭的审判并不是尊重人权的典型。两个法庭的规范性文件只包含一点粗浅的个人权利条款。两个法庭的宪章和程序规则都没有赋予被害人和证人任何的权利。该作者还广泛讨论了影响程序模式确立的各种因素，讨论了一系列突出的问题，例如，证据的可采性、调查和预审程序权利保障、量刑、诉讼审限等。^①他认为，国际刑事审判的固有特征之一就是程序规则的灵活性，其主要原因在于该部门法存在期间相对较短。但是，国际刑事法院现在已经变成一个“通常”

（接上页注③）成其在《程序与证据规则》第86条和《罗马规约》第21条第3款下的使命。参见 Coalition on Women's Human Rights in Conflict Situations, "Concerns Regarding the Rights of the Girl-Child in Armed Conflict Situations", Submissions to the ICC Preparatory Commission Intersessional Meeting, Siracusa, Italy, 31 January to 4 February 2000, <http://www.legal-tools.org/en/doc/e5389c/>, 最后访问时间：2015年3月1日。

① Salvatore Zappalà, *Human Rights in International Criminal Proceedings* (New York: Oxford University Press, 2005), pp. 244 - 258.

(ordinary) 的国际刑事司法体系。因此,在国际刑事审判中,需要不断削弱灵活性,程序规则的用语应该更加严密,还要确保规则得到遵守。只有加强对程序规则的尊重,国际刑事司法才能真正做到公平公正。

马库斯·芬克(T. Markus Funk)于2010年出版的《国际刑事法院中的被害人权利和主张》^①同样具有参考意义。该书以一个律师的视角,提出被害人在国际刑事法院应享有的权利,并对被害人代理人提出了一些有建设性的建议,促进了对被害人权利的保护。该书的视角新颖,对未来在国际刑事司法机构中被害人的法律代理人提了很多建议,帮助笔者以一个新的角度去理解《罗马规约》和观察“第一案”。在“第一案”的庭审纪录中,被害人的声音都是通过其代理人发出的,代理人的能力、想法和观点对冲突地区的很多被害人其实是会产生影响的。在此种情况下,如何直面被害人的“需要”,如何保护被害人在国际刑事法院的权利,该书都给出了回答。另外,该书作者也非常坦诚,直面国际刑事法院的优势与不足,是真正关心对被害人权利的保护,关心国际刑事司法正义能否实现。

著名的美国国际刑法学家谢里夫·巴西奥尼(M. Cherif Bassiouni)在2012年出版的《国际刑法导论(第二版)》^②中对人权问题作了相关的整理。巴西奥尼教授的著作视角开阔,资料翔实,论述精辟,见解独特。巴西奥尼教授对国际刑事司法的历史性审视较为独特,他在更高的哲学层面探求国际刑事司法正义与人权保护的存在价值,提出要特别关注人的权利和利益。

还值得一提的是布里安娜(Brianne McGonigle Leyh)于2011年出版的《程序正义?国际刑事诉讼程序中的被害人参与》^③一书。该书非常详尽,对至2011年国际刑事司法中的被害人参与都进行了考察,她提出被害人在刑事诉讼程序中可以有不同的参与方式,没有一个普遍适用的参与方式,尽管需要找出一个正确的程序方法,既能平衡程序的完整性也能保护被告的权利。该书对各个国际刑事特设法庭以及国际刑事法院的观察十分细

① T. Markus Funk, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court* (New York: Oxford University Press, 2010).

② M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2nd Revised edition, 2012).

③ Brianne McGonigle Leyh, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings* (Cambridge: Intersentia, 2011).

致。该书分为两部分。第一部分讨论被害人在刑事理论中的地位，被害人在国内法院的角色和参与模式，以及被害人权利的国际法发展。第二部分关注被害人参与的“实验室”，即被害人在各个国际刑事程序中所扮演的角色。这一部分颇有特点，讨论了从纽伦堡国际军事法庭到远东国际军事法庭，再到前南法庭、卢旺达法庭，还有各种特设法庭和混合法庭，最后考察了国际刑事法院。所有的这些法庭都有某种形式的被害人参与，但是被害人要不就像证人一样作证，要不就是没有发挥任何作用。但是，在考察完这些法庭以后，该书认为被害人参与在柬埔寨特别法庭和国际刑事法院的程序中也有一些消极的影响，例如，会让审判的时间更长，法官公正性问题和损害当事方平等对抗权利，等等。该书提出国际刑事法院应允许被害人在程序中广泛参与，以此达到和解等诸多目标，但是，一旦出现被害人参与权利不当行使的现象时，极有可能会损害刑事程序的完整性，这需要同时平衡被害人的权利和被告的权利。由此，该书的观点是被害人的参与应限制在赔偿阶段，但同时要保障被害人得到倾听的权利，取得信息和保护的權利。只有通过限制被害人的权利，被告的权利和程序的完整性才能得到保障。

2. 《罗马规约》的评注和相关文献

第二类是对国际刑事法院及《罗马规约》进行研究的相关文献。国际刑法的研究者对《罗马规约》的五部评注应该都有所了解。这五部作品在本质上有很大不同，但都是研究国际刑法宝贵的参考工具，给国际刑法的研究者和实践者都提供了理解《罗马规约》最详尽的资料和最大的信息量。参与这五部作品编写的作者们，本身就是国际刑法的大家，或者来自政府部门、非政府机构，或者在国际刑事司法机构中从事各种工作。此外，这些作品给读者呈现了《罗马规约》起草时的各种文本，深刻考察了国际刑事法院创立者的意图和想法。

第一，《国际刑事法院——缔结罗马规约，问题，谈判和结果》^①的作者李世光（Roy S. Lee）是联合国事务部编纂室前主任，该书的目的是“对罗马规约关键条款的复杂谈判过程提供一个权威和客观的指导”，但全

^① Lee, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer Law International, 1999).