

**Cour
Pénale
Internationale**



国际刑事法院

**International
Criminal
Court**

原文：英文

编号：ICC-01/04-01/06 OA 13

日期：2008 年 10 月 21 日

上诉分庭

审判团：

Sang-Hyun Song 法官，主审法官

Philippe Kirsch 法官

Georghios M. Pikis 法官

Erkki Kourula 法官

Daniel David Ntanda Nsereko 法官

刚果民主共和国情势

检察官诉 THOMAS LUBANGA DYILO 案

公开文件

关于检察官对第一审判分庭

**《关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请以及 2008 年 6 月 10 日情况会商时提出的一些其他事项的裁决》
的上诉的判决**

裁决/命令/判决将根据《法院条例》第 31 条通知：

检察官办公室

Luis Moreno-Ocampo 先生，检察官
Fatou Bensouda 女士，副检察官

辩护律师

Catherine Mabilie 女士
Jean-Marie Biju-Duval 先生

受害人诉讼代理人

Luc Walley 先生
Franck Mulenda 先生

书记官处

书记官长

Silvana Arbia 女士

国际刑事法院上诉分庭：

在检察官根据第一审判分庭 2008 年 7 月 2 日《对控方关于准予对〈关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请的裁决〉提出上诉的申请的裁决》（ICC-01/04-01/06-1417）对第一审判分庭 2008 年 6 月 13 日《关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请以及 2008 年 6 月 10 日情况会商时提出的一些其他事项的裁决》（ICC-01/04-01/06-1401）提起的上诉中，

经审理，

一致

做出如下

判决

维持第一审判分庭 2008 年 6 月 13 日《关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请以及 2008 年 6 月 10 日情况会商时提出的一些其他事项的裁决》。驳回上诉。

理由

I. 关键结论

1. 检察官只有在为了特定目的，即为了产生新证据时，才能援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的规定。
2. 检察官援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，不得导致违反其对嫌疑人或被告人的义务。所以，检察官援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项时，必须注意规约为其规定的义务，适用该规定的方式应允许法院解决检察官同意承担的保密义务与公平审判要求之间的潜在冲突。

3. 如果检察官根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项以同意保密为条件获得了潜在可开脱罪责的材料，那么，对于检察官持有或控制的材料若非以保密为条件取得的话是否必须根据《规约》第 67 条第 2 款予以披露，其最终判断必须由审判分庭做出，所以审判分庭应当收到该材料。审判分庭（以及法院的其他分庭，包括本上诉分庭）必须尊重保密协议，未经信息提供方预先同意，不得向辩方披露该材料。

4. 遇到无法进行公平审判时，如果被告人所遇不公平的性质决定了在晚些时候，导致无法进行公平审判的情形可能发生变化，从而使公平审判又变得可能，那么，有条件地中止诉讼程序可能是适当的救济。

5. 如果导致诉讼程序中止的障碍消除，裁定中止该诉讼程序的分庭可在适当情况下并且在不会因其他原因而对被告造成不公平的前提下恢复诉讼程序，特别是考虑到被告有权没有拖延地受到审判（《规约》第 67 条第 1 款第 3 项）。

II. 诉讼历史

6. 2008 年 6 月 13 日，第一审判分庭做出《关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请以及 2008 年 6 月 10 日情况会商时提出的一些其他事项的裁决》（ICC-01/04-01/06-1401，以下称“被上诉裁决”），决定中止该分庭审理的 Lubanga Dyilo 先生一案，停止审判程序的所有方面（被上诉裁决第 94 段），因为审判分庭认为，检察官不向辩方披露某些文件使得公平审判变得不可能。

7. 检察官请求准予对被上诉裁决提出上诉（ICC-01/04-01/06-1407），审判分庭在《对控方关于准予对〈关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请的裁决〉提出上诉的申请的裁决》（ICC-01/04-01/06-1417，以下称“《关于准予上诉的裁决》”）中，准予就下列事项提出上诉：

[译文]审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项范围和性质的解释，以及将控方援用该规定的行为定性为“大规模地、严重地滥用和违反了一项旨在允许控方在非常有限的情况下秘密收取证据的重要规定”，是否存

在错误，[以及]审判分庭在《规约》第 64 条为其规定的权力的解释和行使上是否存在错误；审判分庭裁定，其确保被告人接受公平审判的义务取决于控方根据《规约》第 67 条第 2 款向辩方披露任何潜在可开脱罪责的证据（首先将全部证据提交分庭审查，有疑问的情况下由分庭裁定），这是否正确；审判分庭裁定中止诉讼程序，是否一种过早的、错误的救济[《关于准予上诉的裁决》第 32 段]。

8. 2008 年 7 月 14 日，检察官提交了上诉支持文件（ICC-01/04-01/06-1434）。由于该文件不符合《法院条例》的某些格式要求，检察官被命令重新提交（见 ICC-01/04-01/06-1445）；2008 年 7 月 24 日，检察官提交了纠正后的《控方对中止诉讼程序裁决的上诉支持文件》（ICC-01/04-01/06-1446-Anx1；以下称“《上诉支持文件》”）。

9. 2008 年 7 月 25 日，Lubanga Dyilo 先生提交了《辩方对控方对 2008 年 6 月 13 日中止诉讼程序裁决的上诉支持文件的答复》（ICC-01/04-01/06-1447-tENG，以下称“《对上诉支持文件的答复》”）。

10. 上诉分庭做出允许受害人 a/0001/06、a/0002/06 和 a/0003/06 参与本上诉的裁决（ICC-01/04-01/06-1453）后，这些受害人于 2008 年 8 月 12 日提交了《受害人关于检察官对 2008 年 6 月 13 日中止诉讼程序裁决的上诉的意见》（ICC-01/04-01/06-1456-tENG，以下称“《意见》”）。2008 年 8 月 18 日，检察官提交了《控方对参与诉讼程序的受害人关于对中止诉讼程序裁决的上诉的意见的答复》（ICC-01/04-01/06-1459，以下称“《检察官的答复》”）。是日，Lubanga Dyilo 先生提交了《辩方对受害人 a/0001/06 至 a/0003/06 关于检察官对 2008 年 6 月 13 日中止诉讼程序裁决的上诉的意见的答复》（ICC-01/04-01/06-1461-tENG，以下称“《Lubanga Dyilo 先生的答复》”）。

11. 2008 年 10 月 13 日，上诉分庭做出《关于〈控方根据法院条例第 28 条提交可影响对中止诉讼程序和释放被告人裁决的上诉的澄清或补充详细材料的申请〉的裁决》（ICC-01/04-01/06-1476），驳回检察官 2008 年 9 月 15 日根据《法院条例》第 28 条提出的关于准予提供补充信息和澄清材料的申请（ICC-01/04-01/06-1470）。

12. 2008 年 10 月 14 日，检察官提交了《控方致书记官长关于废止其对中止诉讼程序裁决的上诉的已不再具备意义的第一和第二个理由的通知》（ICC-01/04-01/06-1479；以下称“《关于废止事项的通知》”）。

III. 《关于废止事项的通知》的影响

13. 上诉分庭注意到《关于废止事项的通知》，检察官在该通知中告知上诉分庭，其希望废止上诉的第一和第二个理由。检察官回忆道，这两个理由涉及《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释和审判分庭对其援用该规定的定性。他在提交的文件中指出，这些问题“不再是裁决本案所必须要解决的问题”，因为他最近已告知审判分庭，信息提供方现已同意让审判分庭，以及在必要的情况下让上诉分庭“完整而无限制地查阅《规约》第 54 条第 3 款第 5 项所指的所有文件”（《关于废止事项的通知》第 5 段）。他指出，《程序和证据规则》第 157 条允许当事方在判决宣告前随时终止上诉，并援引本上诉分庭的判例称，这种终止不需要分庭的批准和认可（《关于废止事项的通知》第 4 段）。在脚注中，他提请上诉分庭注意卢旺达问题国际刑事法庭（以下称“卢旺达问题刑事法庭”）的判例，该判例承认上诉人有权撤回上诉理由。

14. 尽管有《关于废止事项的通知》，出于下列原因，上诉分庭仍决定考虑检察官在上诉理由一和二中提出的主张。

15. 对于上诉的终止，《程序和证据规则》第 157 条第一句做出了规定，根据该条，“根据规则 154 提出上诉的当事人，或根据规则 155 经分庭准予对一项裁判提出上诉的当事人，可以在判决宣告前随时终止上诉。”

16. 上诉分庭指出，从表面上看，该条款仅规定了终止一项完整的上诉的情形，而没有对废止某些上诉理由做出规定。如果检察官根据《程序和证据规则》第 157 条终止整个上诉的话，事情也就到此结束了。但是，这不是检察官选择的路线。上诉分庭认为，在本案中没有必要裁定《程序和证据规则》第 157 条能否成为终止部分上诉的理由。无论如何，《关于废止事项的通知》都可以视为检察官向上诉分庭表示了希望撤回前两个上诉理由的愿望。

17. 但在本案中,《关于废止事项的通知》没有效力,因为前两个上诉理由中提出的问题不可避免地 & 检察官希望保留的上诉理由三有关联。即使检察官根本没有提出上诉理由一和二,上诉分庭在考虑上诉理由三中提出的主张时,也必须考虑前两个理由中提出的问题。审判分庭在《关于准予上诉的裁决》第 31 段承认了各上诉理由中的主张之间具有的此种关联,分庭在该裁决中指出,“控方提出的两个问题是相互关联的,既然分庭已经得出结论,第一个问题(规约第 54 条第 3 款第 5 项正确解释和正确使用)是有争议的,那么由此所引出,包含在第二个问题中的分庭的总括性结论(为根据《规约》第 64 条第 2 款确保公平审判,裁定中止诉讼是必需的)就也是有争议的。”

18. 检察官的《上诉支持文件》也表明了上诉理由之间的关系。在第 25 段,检察官就上诉理由三指出,他已经向审判分庭提供了未披露文件的详细评估报告,并且正在继续与信息提供方商讨这个问题。他继续称,“尽管有这些选择和因素,审判分庭仍裁定‘现有的缺陷没有可能[……]得到纠正’……”在《上诉支持文件》第 40 段,同样是关于上诉理由三,检察官再次指出,中止诉讼程序的决定“在一定程度上依据的是关于控方对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的援用方式的结论。因此,如果这些结论是错误的,那么中止也就是基于错误的法律前提。”所以,检察官在上诉理由一、二中提出的主张是在上诉理由三中提出的意见的一个组成部分。

IV. 依据

19. 检察官提出了三个上诉理由,这些理由全部与准予上诉的问题有关(见上面第 6 段)。他要求上诉分庭推翻被上诉裁决(《上诉支持文件》第 41 段)。但上诉分庭未能信服他提出的任何一个理由。

A. 上诉理由一和二——对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的性质和范围的解释,以及对检察官行为的定性

20. 检察官在上诉理由一中指出,审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的性质和范围的解释犯了法律错误。作为上诉理由二,检察官指出,审判分庭

对其根据上述条款所做行为的定性是错误的。由于两个上诉理由密切相关，上诉分庭予以合并考虑。

1. 被上诉裁决的有关部分

21. 被上诉裁决中与上诉理由一和二有关的部分可归纳如下：在该裁决第 63 及之后一段，审判分庭指出，在 Lubanga Dyilo 先生一案中，检察官未能向辩方披露 200 多份包含潜在可开脱罪责的信息或对准备辩护至关重要的信息，原因是检察官是以保密为条件获得这些文件的，并且信息提供方事后没有同意向辩方，以及多数情况下也没有同意向审判分庭披露这些文件。在这些文件中，共向审判分庭提供了 32 份，不过，提供的文件都做了删节涂抹，而且没有透露提供方的身份（被上诉裁决第 64 段）。对于从联合国组织（以下称“联合国”）获得的文件（联合国提供了这批文件中的大多数文件），审判分庭指出，其中有 33 份文件，审判分庭不能查阅文件本身，而只能看到“信息要点”，至于其他文件，检察官和联合国正在进行磋商（被上诉裁决第 67 至第 69 段）。审判分庭解释道，《规约》第 67 条第 2 款规定，“适用本款遇有疑义，应由分庭做出裁判”（被上诉裁决第 61 段）。审判分庭忆及《国际刑事法院与联合国关系协定》¹（以下称“《法院与联合国关系协定》”）第 18 条第 3 款，该款规定，检察官可同意联合国以保密为条件向其提供文件和信息，并且未经联合国预先同意，检察官不得与第三方或法院的任何其他机关分享这些文件和信息，同时在一项脚注中提及《联合国与国际刑事法院就联合国组织刚果民主共和国特派团（以下称“联刚特派团”）与国际刑事法院合作事宜的谅解备忘录》（ICC-01/04-01/06-1267-Anx2；以下称“《联刚特派团谅解备忘录》”）（被上诉裁决第 65 段）。审判分庭指出，它尚未获得与其他信息提供方达成的协议（被上诉裁决第 66 段）。

22. 审判分庭分析了检察官是否对与信息提供方达成的协议正确适用了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，并得出结论：检察官“宽泛而错误地解释了”该项条款，因为他是“例行地、在不适当的情形下适用该条款，而不是在特殊的、有限制的情形下破例援用”（被上诉裁决第 72 段）。审判分庭认定，检察官援

¹ 缔约国大会于 2004 年 9 月 7 日通过（ICC-ASP/3/Res.1）并于 2004 年 10 月 4 日生效。

用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项是为了获得将在审判中使用的证据，而不是用获得的材料产生新的证据。审判分庭称，这样做“大规模地、严重地滥用和违反了一项旨在允许控方在非常有限的情况下秘密收取证据的重要规定”（被上诉裁决第 73 段）。审判分庭强调，检察官与信息提供方之间的协议不得“以推翻《规约》的方式加以执行”，检察官只能选择要么向辩方披露所有潜在可开脱罪责的材料，要么不这样做以遵守保密协议（被上诉裁决第 75 段）。审判分庭进一步指出，如果检察官适当地援用了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，从而将其只适用于可产生新证据的材料，这个问题也就不会出现了（被上诉裁决第 76 段）。

23. 审判分庭援用前南斯拉夫问题国际刑事法庭（以下称“前南刑庭”）和欧洲人权法院的裁决解释道，它认为，接受公平审判的权利包括获得可开脱罪责材料披露的权利（被上诉裁决第 77 至 81 段）。审判分庭强调，欧洲人权法院和本上诉分庭的判例也表明，一般应当披露的信息是否可破例不向辩方披露，这个决定应由分庭而不是检察官做出（被上诉裁决第 82 至 89 段）。

2. 检察官的主张

24. 检察官指出，审判分庭错误地解释了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的性质和范围。检察官认为，审判分庭人为地把材料归成了两类，一类是所谓的“线索”或“跳板式”证据，可适用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项；另一类是证明有罪或证明无罪的证据，不受该条款的管辖（上诉支持文件第 6 和第 7 段）。检察官指出，这种分类是错误的，因为《规约》第 54 条第 3 款第 5 项并没有规定“材料可能做何种用途，而只是规定了在未经提供方进一步同意的情况下材料可以做的用途”（上诉支持文件第 7 段）。检察官强调，是提供方而不是检察官实施了这种限制，所提供信息是证明有罪的还是证明无罪的，要到以后的阶段才会显现出来（上诉支持文件第 8 段）。某些限制可能只在一定的时间内是必要的，《程序和证据规则》第 82 条也证明了这一点（上诉支持文件第 9 段）。

25. 检察官强调，获得机密信息的能力是“控方履行职责的核心能力”（上诉支持文件第 10 段），并提请上诉分庭注意前南刑庭《程序和证据规则》，它包

含了一项类似的规定，该规定是《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的起草基础（上诉支持文件第 11 段）。检察官指出，与审判分庭的结论相反，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项并没有数量上的限制，也不是只适用于非常有限或例外的情形。相反，检察官指出，在持续冲突的情势下开展调查的现实情况使得有必要允许以保密为条件提供信息，而且这种能力“实际上对诉讼程序的公平和公正起到了保障作用”（上诉支持文件第 12 段）。

26. 检察官进一步指出，审判分庭将其援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项定性为“大规模地、严重地滥用和违反了一项重要规定”，这是错误的。检察官称，审判分庭的这一结论是基于对该条款的错误解释做出的（上诉支持文件第 13 段）。检察官称，当决定调查刚果民主共和国情势时，他要求获得这些材料以使调查有重点地展开。在收到以保密为条件提供的材料时，一直都很清楚，检察官将只用这些材料去收集新的证据，但是检察官可能会在以后征求提供方的同意，将有关材料用作证据（上诉支持文件第 14 和第 15 段）。鉴于材料是在选定案件以前收集的，当时他是无法评估其中某些材料是否具有可开脱罪责的性质。他认为，在大规模犯罪的情形下，这种做法是有理由的（上诉支持文件第 20 段）。鉴于刚果民主共和国内冲突的持续性，检察官认为，提供方以保密为条件提供材料是可以理解的，这也是他没有滥用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的另一个证明（上诉支持文件第 21 段）。

27. 检察官称，“在多数情况下”，检察官只有在明确了解到若非如此信息提供方不会向其提供有关材料时，才会援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，唯一的例外是根据《联刚特派团谅解备忘录》收集的材料，该备忘录是书记官长根据法院院长的授权签署的（上诉支持文件第 16 段和脚注 38）。检察官进一步指出，如果他不援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，他就无法收到那些材料。因此，审判分庭所称，要不是有保密协议的话，这些材料本来是会披露给辩方的，这种说法是不正确的（上诉支持文件第 16 段）。

28. 检察官称，如果《规约》第 54 条第 3 款第 5 项涉及的材料中有潜在可开脱罪责的信息的话，它有义务要求信息提供方同意取消保密要求；如果后者不

同意，检察官将考虑所有其他选择，包括寻找新的、类似的材料，提供这些材料的摘要，阐述相关的事实，或者修改或撤销起诉（上诉支持文件第 17 段）。

3. *Lubanga Dyilo* 先生的主张

29. *Lubanga Dyilo* 先生驳斥检察官的主张。他指出，被上诉裁决对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释是正确的，并指出，《规约》第 54 条第 1 款第 1 项规定，检察官有义务调查证明有罪和证明无罪的情节，以查明事实，从而向辩方和法官提交其调查结果（《对上诉支持文件的答复》第 19 和第 20 段）。因此，对披露的任何限制都必须从严解释，特别是当第三方有机会决定是否向辩方和法官进行披露时，更应如此（《对上诉支持文件的答复》第 20 至第 22 段）。保密协议限制了检察官公开查证事实，所以只有在别无机会获得材料时才可使用（《对上诉支持文件的答复》第 23 段）。鉴于援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项还可能危及辩方根据《规约》第 67 条第 2 款和《程序和证据规则》第 77 条获得信息披露的权利，因此就需要更加慎重（《对上诉支持文件的答复》第 25 段）。

30. *Lubanga Dyilo* 先生认为，检察官提出的对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释导致了法院，特别是其检察官对信息提供方的依赖，因为需要由他们来决定是否同意取消他们所提供文件的机密性（《对上诉支持文件的答复》第 29 段）。这给检察官的独立性带来风险，导致不向辩方披露可开脱罪责的材料，并使法官无法确保审判的公平性，无法在必要情况下命令出示其他证据（《对上诉支持文件的答复》第 30 段）。所以，他指出，检察官称为允许其履行职责而对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项做宽泛解释是适当的，这一主张是错误的，会导致其职能的放弃（《对支持上诉文件的答复》第 27 至第 31 段）。

31. *Lubanga Dyilo* 先生进一步称，系统、一般性地援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项是基于对该规定的错误解释，所以，《联刚特派团备忘录》第 10 条是非法的（《对上诉支持文件的答复》第 39 和第 40 段）。他指出，检察官没有证明，援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项是获得所指材料的唯一方法。因此，检察官称其没有其他办法获得材料的意见是未经证实的（《对上诉支持文件的答复》第 41 段）。

32. Lubanga Dyilo 先生强调，检察官没有声明，他收集的大部分证据，即与刚果民主共和国情势的调查有关的约 55% 的材料，以及 Lubanga Dyilo 案件中大约 8000 份文件，均适用了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项。他回忆称，2007 年 10 月，检察官告知审判分庭，他必须分析他从联合国收到的 750 多份文件（《对上诉支持文件的答复》第 42 段）。Lubanga Dyilo 先生指出，在这种情况下，尤其是消息来源没有说明要求对材料保密的原因的情况下，可以说《规约》第 54 条第 3 款第 5 项遭到了滥用（《对上诉支持文件的答复》第 43 和第 44 段）。

33. Lubanga Dyilo 先生称，检察官未能做出勤勉努力以寻求及时取消保密协议，因而进一步加重了对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的滥用，他回忆称，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项所指材料的披露问题已经于 2006 年 4 月 26 日在预审分庭讨论过，审判分庭也一再提醒过检察官其在这方面的义务（《对上诉支持文件的答复》第 45 至第 48 段）。

4. 受害人的意见和对这些意见的答复

34. 受害人同意检察官对上诉理由一和二的观点，并重复他的几个观点。此外，他们指出，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项所适用的材料不必根据《规约》第 67 条第 2 款进行披露，即使该材料包含可开脱罪责的材料。他们认为，披露义务仅对“证据”存在。在信息提供方同意取消保密前，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项所涉材料不能成为证据（《意见》第 8 段）。受害人称，如果被告人的权利和检察官的权利之间发生冲突，前者并不一定优先，尤其是因为检察官为信息保密的“权利”也是一种义务，它旨在保护受害人、证人和其他信息提供方等第三方的权利（《意见》第 9 段）。他们指出，披露不是一种绝对权利，国家司法管辖机关也规定了对披露的限制，并提请上诉分庭注意英格兰和威尔士的情况（《意见》第 10 和 11 段），但他们也承认，在该司法管辖机关，是法院而不是控方决定是否披露信息。他们认为，检察官没有征得信息提供方同意至少向分庭披露所指材料，这虽然令人遗憾，但在法律上并没有错误（意见第 14 段）。

35. 检察官称，他同意受害人的许多意见（《检察官的答复》第 12 段和 第 16 段）。但他强调，他与信息提供方及时进行了协商，以征得他们同意，向审判分庭披露所指材料，而且，一般而言，他对披露的态度是透明的（《检察官的答复》第 14 段）。

36. Lubanga Dyilo 先生驳斥受害人的主张。对于《规约》第 54 条第 3 款第 5 项构成《规约》第 67 条第 2 款规定的披露义务之例外的说法，Lubanga Dyilo 先生指出，受害人援引的国家司法管辖权的例子表明，不向辩方披露可开脱罪责的材料，属于例外（《Lubanga Dyilo 先生的意见》第 20 段）。他进一步强调，检察官同意以保密为条件获得文件，不是为了保护受害人或证人，而是为了尽快获得文件（《Lubanga Dyilo 先生的答复》第 11 至 第 15 段）。

5. 上诉分庭的裁定

37. 由于下述原因，上诉分庭不接受检察官在上诉理由一和二中提出的主张。

38. 上诉分庭不能在审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释中找到任何可上诉的法律错误。特别是，上诉分庭不接受审判分庭错误解释了该条款的性质和作用的说法。

39. 《规约》第 54 条第 3 款第 5 项规定，检察官可：

同意不在诉讼的任何阶段披露检察官在保密条件下取得的、只用于产生新证据的文件或资料，除非提供这些资料的一方同意予以披露；[……]

40. 根据 1969 年 5 月 23 日维也纳《条约法公约》第 31 条²，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项应依其通常的意义、参照其目的和宗旨并结合《规约》中关于检察官职能和义务的其他条款进行解释。

41. 《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的字面解释表明，检察官只有在为了特定目的，即为了产生新证据时，才能援用该规定。该解释得到了《规约》54 条第 3 款第 5 项上下文的确认。从《规约》第 54 条第 1 款可以得出，检察官的调查

² 1155 《联合国条约汇编》331。

活动必须旨在发现可最终在公开法庭上出示的证据，以查明真相，判断是否存在《规约》规定的刑事责任。

42. 上诉分庭承认检察官关于《规约》第 54 条第 3 款第 5 项重要性，尤其是该条款在调查早期阶段的重要性的说法。毫无疑问，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项可以成为检察官进行调查的重要工具，因为这些调查通常要在棘手的情势中进行。³ 上诉分庭承认，检察官以保密为条件接收材料时，可能无法肯定地预见到如何使用这些材料。但是，援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项不得导致检察官违反其对嫌疑人或被告人的义务；《规约》第 54 条第 1 款第 3 项明确规定，检察官应“充分尊重本规约规定的个人权利。”在法院审理的诉讼程序中，向被告人披露检察官掌握或控制的、其认为表明或趋于表明被告人无罪、或可能减轻被告人罪责、或可能影响控告方证据可信性的证据（《规约》第 67 条第 2 款第一句），以及查阅检察官掌握或控制的、为准备辩护所必需的册籍、文件、照片和其他实物（《程序和证据规则》第 77 条），是被告人的基本权利。

43. 如本案所示，检察官援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 条，可能导致与《规约》第 67 条第 2 款和《程序和证据规则》第 77 条规定的检察官承担的披露义务之间的冲突：检察官以保密为条件接收材料，就有可能陷入要么不披露其一般必须披露的材料，要么违反与所指材料提供方签订的保密协议的境地。上诉分庭不接受参与诉讼的受害人的意见，即《规约》第 67 条本身并不适用于根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项向检察官提供的材料。虽然《规约》第 67 条第 2 款的确是指“证据”，并且根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项获得的材料只有在信息提供方同意后可以列入证据，但参与诉讼的受害人提出的解释意味着，检察官可以扣留其根据保密协议收集的可能是大量的信息，而法院对

³ 上诉分庭知道，《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的起草受到前南刑庭《程序和证据规则》第 70 条的影响，后者有一项类似的条款。在此方面，本分庭注意到前南刑庭上诉分庭的结论：“[前南刑庭《程序和证据规则》]第 70 条第 2 至第 7 款的目的是鼓励各国、组织和个人与法庭分享敏感信息。该条款允许在保密的基础上分享信息，并向信息提供方保证，为其提供的信息及信息来源保密，从而为此种合作创建了一种激励机制”（前南刑庭，上诉分庭，《关于规则第 70 条的解释与适用的保密裁决的公开版本》，2002 年 10 月 23 日，检察官诉斯洛博丹·米洛舍维奇案，IT-02-54-AR108bis&AR 73.3，第 19 段；该裁决可在以下网址获得：<http://www.un.org/icty/milosevic/appeal/decision-e/23102002.htm>）。

此却毫无控制。这不符合公平审判的要求，而公平审判应该是解释和适用《规约》所遵循的原则。

44. 所以，检察官援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项时，必须注意规约为其规定的义务，适用该规定的方式应使法院能够解决检察官同意承担的保密义务与公平审判要求之间的潜在冲突。某些情况下，上述冲突可以通过利用检察官在《上诉支持文件》中提到的和上面第 28 段概述的部分或全部措施来解决，特别是在仅涉及少数文件的情况下。但在本案中，收集的材料，尤其是按照《法院与联合国关系协定》和《联刚特派团谅解备忘录》收集的材料数量庞大。从记录看来，同意以保密为条件接收材料时，检察官就知道，这些材料可能包含可开脱罪责的材料（参见 ICC-01/04-01/06-1387-Conf-Exp-Anx1 第 4 页和 ICC-01/04-01/06-1387-Conf-Exp-Anx2 第 3 页）。他抱着一种期望，即将来，如果有此需要的话，信息提供方会同意取消保密要求。

45. 让上诉分庭特别感到关切的是，检察官从联合国获得大量材料时，尚无法知晓这些材料对未来案件的关系和意义，但他却同意在未经信息提供方同意的情况下，甚至向法院的分庭也不会披露这些材料。检察官这样做，实际上使得分庭无法做出判断，在不向辩方披露某些文件的情况下是否可能举行公平审判，而根据《规约》第 67 条第 2 款的最后一句，这是分庭必须履行的职责。

46. 《规约》第 67 条第 2 款最后一句规定，“适用本款[《规约》第 67 条第 2 款的]遇有疑义，应由本法院作出裁判。”这表示，检察官掌握或控制的材料是否必须根据该条款进行披露，必须由审判分庭进行最终裁决，所以分庭应该收到该材料。对《规约》第 67 条第 2 款最后一段的这一理解符合《规约》第 64 条第 2 款归之于审判分庭的总体职责：确保审判公平从速进行，充分尊重被告人的权利。此外，审判分庭在被上诉裁决第 82 至第 86 段提到的欧洲人权法院的判例也确认了这一点。审判分庭在此方面回忆道，《规约》第 21 条第 3 款规定，《规约》的解释和适用必须符合国际承认的人权。上诉分庭特别指出，欧洲人权法院大审判分庭 2000 年 2 月 16 日在 Rowe 和 Davis 诉英国案的判决书（申请号 28901/95；以下称“《Rowe 和 Davis 案判决书》”）第 60 段裁定，受到公平审判的权利要求“指控机关向辩方披露其掌握的、有利或不利于被告

的所有重要证据”。虽然欧洲人权法院承认，获得披露的权利不是一种绝对权利，但是它在《Rowe 和 Davis 案判决书》第 63 段中强调：

由控方本身判断所隐瞒材料对辩方的重要性，并比较权衡为这些信息保密的公共利益，这样的程序不符合上面第 6 条第 1 款的要求[受到公平审判的权利]

47. 欧洲人权法院后来的数个裁决进一步确认了这一点。⁴欧洲人权法院在 2000 年 2 月 16 日《Jasper 诉英国案判决书》（申请号：27052/95）第 56 段中指出，“始终由审判法官来判定是否需要披露，进一步提供了一种保障，因为在整个审判过程中，他都有责任监督不披露证据的作法是否公正”，从而强调了从司法上对限制披露证据的决定实施控制的必要性。

48. 在本案这样以保密为条件获得有关材料的情况下，审判分庭（以及本法院的任何其他分庭，包括本上诉分庭）必须尊重检察官根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项达成的保密协议，不能命令在未经信息提供方同意的情况下向辩方披露材料（见《规约》第 64 条第 6 款第 3 项和《程序和证据规则》第 81 条第 3 款第一句）。相反，分庭必须在仅对检察官开放的单方程序中裁定，如果该材料不是根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项获得的话，是否必须向辩方披露该材料。如果分庭得出结论，情况的确如此，检察官应寻求信息提供方的同意，并告知提供方分庭的决定。如果材料提供方不同意向辩方披露，分庭一方面不得命令向辩方披露该材料，另一方面则必须决定是否可以，以及如果可以的话，应采取哪些平衡措施，以确保被告人的权利得到保护，以及尽管未披露信息，但是审判仍得以公正进行。

49. 鉴于上述情况，上诉分庭不接受这样的说法，即由于检察官可以援用《国际刑事法院与联合国的关系协定》第 18 条第 3 款，因此他对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的处理方式是正确的。

50. 《国际刑事法院与联合国关系协定》第 18 条第 3 款内容如下：

⁴ 见 Condron 诉英国案，判决书，2000 年 5 月 2 日，申请号 35718/97，第 65 段；Atlan 诉英国案，判决书，2001 年 6 月 19 日，申请号 36533/97，第 38 段及其后段落；Dowsett 诉英国案，判决书，2003 年 6 月 24 日，申请号 39482/98，第 44 段及其后段落；另见 V. 诉芬兰案，判决书，2007 年 4 月 24 日，申请号 40412/98，第 78 段。

联合国和检察官可商定，联合国以保密为条件向检察官提供文件或信息，且这些文件或信息仅可用于生成新证据的目的，未经联合国同意，这些文件或信息在诉讼程序的任何阶段或之后，均不得向法院的其他机关或第三方提供。

51. 虽然第 18 条第 3 款规定，检察官可以同意不得向法院的其他机关，包括分庭披露信息，但这并不意味着检察官在任何情况下援用该条款都是适当的。第 18 条第 3 款的措辞（“可以同意”）为联合国与检察官之间做出其他安排留下了余地。凡是提出要以保密为条件向检察官提供材料时，检察官都必须考虑具体的情况，包括文件的预计内容和性质，以及它们与辩方可能的关系。在此基础上，他将需要决定可以在怎样的具体条件下接受有关材料，在此过程中必须铭记他根据《规约》，特别是其第 67 条第 2 款承担的义务。

52. 相比之下，《联刚特派团谅解备忘录》第 10 条第 6 款规定了《国际刑事法院与联合国关系协定》第 18 条第 3 款的广泛适用，但以它这样的形式，是不适当的。《联刚特派团谅解备忘录》第 10 条第 6 款第一句规定：

除维持和平行动副秘书长或维持和平行动助理秘书长另有指定的外，联合国向检察官提供的联刚特派团掌握的文件应被理解为是按照并根据《关系协定》第 18 条第 3 款规定的安排提供的。

53. 检察官根据该规定接收了大量机密文件，事先却并不知道它们是否可能在后期阶段需要根据《规约》第 67 条第 2 款和《程序和证据规则》第 77 条予以披露，甚至不知道这些文件可能涉及哪一个案件。与从检察官的主张中得到的印象（见上面第 27 段）相反，上诉分庭就此指出，《联刚特派团谅解备忘录》不仅是由法院书记官长签署的，而且也是由检察官签署的，检察官本来应该在其上诉支持文件中提及这一事实。《联刚特派团谅解备忘录》第 10 条主要涉及检察官与联合国之间的关系。

54. 有鉴于此，上诉分庭不接受检察官的主张，即审判分庭错误地创建了一类“跳板式”或“线索”材料，把它与证据并置。审判分庭承认，根据《规约》

第 54 条第 3 款第 5 项获得的材料可能会在后期阶段用作证据——审判分庭在被上诉裁决第 71 段明确提及《程序和证据规则》第 82 条第 1 款。⁵

55. 而且，对于审判分庭关于援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项应为“例外”的结论，上诉分庭认为没有错误。分庭不同意检察官的主张，即审判分庭错误地排斥或在数字上限制了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的可能用途。结合上下文解读的话，很明显，审判分庭提及只有在“非常有限的情形下”才可援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项（被上诉裁决第 71 段），以及该规定属于例外的性质，并不是为了限制可以保密为条件获取的文件数量，也不是以其他方式对该规定的援用实施不适当的限制。相反，审判分庭忆及，以保密为条件收集材料的目的在于产生新的证据，在适用该条款时必须考虑到检察官的其他义务。

B. 上诉理由三——实施过度和过早的救济

56. 检察官在上诉理由三中指出，中止诉讼程序是一种过度和过早的救济，因此被上诉裁决是错误的。

1. 被上诉裁决的有关部分

57. 正如本判决书的前面部分所述，审判分庭已经得出结论，有大量包含潜在可开脱罪责信息以及准备辩护所必需的信息的材料，因为是检察官根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项获取的，并且信息提供方不同意取消保密要求，所以不能向辩方提供。多数材料也不能向审判分庭提供。

58. 至于本案中不披露信息的后果，审判分庭提及本上诉分庭与中止诉讼程序有关的判例（见被上诉裁决第 90 段）。审判分庭在被上诉裁决第 91 段指出：

如果从一开始就显示，公平审判的基本前提条件缺失，而且没有充分的迹象显示这个问题在审判程序中 will 得到解决，那么就有必要中止诉讼程序，事实上这也是不可避免的。一旦已经清楚地看到，最终判决中不可避免的结论是，由于将来不能得到纠正的不公平，诉讼程序已经受到损害，那么

⁵ 《程序和证据规则》第 82 条第 1 款规定如下：“1. 检察官所掌握或控制的材料或资料，根据第五十四条第三款第 5 项受到保护的，在事先未征得材料或资料提供方的同意及事先未向被告人作出充分披露的情况下，检察官其后不得提出这些材料或资料作为证据。”

一个刑事法庭仍开始或继续审判将是完全错误的。在本案中，在 2008 年 6 月 9 日提交的材料中，控方仅仅提出了一种可能性：在将来的某个阶段，也许可以向分庭提供一些材料，而这些材料充其量也只是不完整和不充分的。所以，从分庭掌握的资料来看，这一缺陷将来也不可能得到纠正。

59. 审判分庭在被上诉裁决第 92 段得出结论：

i) 披露控方掌握的可开脱罪责的材料是被告接受公平审判权利的一项基本内容；

ii) 控方在与信息提供方签订协议时，不正确地援用了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，结果，本应向被告人披露的大量可开脱罪责的证据却不能向其披露，从而不正当地限制了被告人为辩护做准备的机会；以及

iii) 分庭无法行使第 64 条第 2 款、第 64 条第 3 款第 3 项和第 67 条第 2 款赋予它的司法权限，因为它无法确定不披露这些潜在可开脱罪责的材料是否侵犯了被告受到公平审判的权利。

60. 审判分庭称，“三个因素的结果……就是，审判程序遭到严重歪曲，以至于现在无法集齐公平审判的要素”（被上诉裁决第 93 段）。因此，审判分庭命令中止诉讼程序（被上诉裁决第 94 段）。

61. 至于中止诉讼程序的后果，审判分庭在被上诉裁决第 94 段解释道：

虽然本裁决没有使分庭丧失进一步行动的权力或法律权限，但它意味着除非（由本庭或上诉分庭）取消本中止诉讼裁决，审判程序的所有方面都要中止。

2. 检察官的主张

62. 检察官指出，审判分庭中止 Lubanga Dyilo 先生一案诉讼程序的决定是过早而且过度的，并指出，它“完全是基于这样的事实，即控方当时未能向审判分庭提交所有相关材料（171 件），以便其评估不披露信息的影响以及建议的确保审判公平性的替代措施”（上诉支持文件第 22 段，脚注略）。检察官回忆道，他已经向审判分庭提供了“详细而合理的评估，说明其中没有任何信息对有罪或无罪的判定产生重大影响”，并已经告知分庭，他正在继续与信息提供方商讨这一问题，而且后者已经表示愿意探讨解决方案并与分庭会见（上诉支持文件第 23 段）。考虑到检察官在保密协议方面的行为是透明的，而且存在可

用的较温和的措施（检察官认为，审判分庭未能探讨这样的措施），因此中止诉讼程序是对审判分庭酌定权的不合理行使（上诉支持文件第 24 和 第 25 段）。

63. 检察官指出，审判分庭未能正当地适用上诉分庭制定的诉讼程序中止标准，因为 Lubanga Dyilo 先生并未遭到损害，公平审判也绝非“不可能”。他指出，审判分庭自己认为，中止有可能在稍后阶段解除（上诉支持文件第 26 段）。检察官认为，只有穷尽实现公平审判的所有其他可能性后，才能实施诉讼程序中止（上诉支持文件第 26 段），而在本案中，审判分庭有各种选择，却没有考虑（上诉支持文件第 27 段）。

64. 检察官进一步称，审判分庭未能考虑有关因素，即：首先是有关材料的性质，检察官认为它不会对判定 Lubanga Dyilo 先生有罪或无罪产生重大影响（上诉支持文件第 29 段）。到审判开始以前，所有关键材料都将已经披露。其次，审判分庭未能考虑检察官已经向辩方提供了替代的可开脱罪责的材料（上诉支持文件第 31 段）。第三，检察官指出，审判分庭没有适当地考虑以下事实，即：检察官对披露事项的处理方式是透明的，而且也已经向分庭提供了关于未披露材料的明确信息（上诉支持文件第 32 和 第 33 段）。

65. 检察官强调，在被上诉裁决做出之时，与联合国的讨论仍在进行，联合国已经表示愿与分庭直接商讨这一问题，而分庭在被上诉裁决中却未曾讨论这一提议（上诉支持文件第 34 和 第 35 段）。鉴于这一提议，检察官指出，公平诉讼程序“没有可能”的结论是错误的，尤其是考虑到被上诉裁决做出之后事态的发展，在此期间，“控方已经取得信息提供方的同意，向审判分庭提交所有相关材料”（上诉支持文件第 37 段）。此外，检察官指出，审判分庭未能探讨是否有其他不那么极端的措施或程序，比如提供摘要以作为审判分庭判断所涉材料之性质的依据，或推迟审判（上诉支持文件第 38 和 第 39 段）。最后，检察官指出，审判分庭依据了一些不相关的因素，即它对检察官援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项行为的定性，而检察官认为这种定性是错误的（上诉支持文件第 40 段）。

3. *Lubanga Dyilo* 先生的主张

66. *Lubanga Dyilo* 先生驳斥检察官在上诉理由三中的提出的主张。他指出，对于被告人有权获得检察官掌握的所有可开脱罪责的材料，以及审判分庭有权中止诉讼程序，检察官并未提出异议（《对上诉支持文件的答复》第 49 段）。*Lubanga Dyilo* 先生认为，检察官已经暗示承认，如果不披露所涉材料，就无法实现公平审判（《对上诉支持文件的答复》第 50 段）。

67. 至于所涉材料的性质，检察官称它不会对裁决有罪或无罪产生重大影响，但 *Lubanga Dyilo* 先生指出，被告有权看到所有可开脱罪责的材料，而且无论如何，上诉支持文件对材料的定性与 2008 年 3 月 28 日检察官在《检察官就包含潜在可开脱罪责信息的未披露文件提交的材料》（ICC-01/04-01/06-1248，以下称“《2008 年 3 月 28 日的提交材料》”）中对材料的定性是相悖的（《对上诉支持文件的答复》第 53 和第 54 段）。*Lubanga Dyilo* 先生进一步指出，有关材料是否会对有罪或无罪的判定产生重大影响，应由分庭而不是检察官来决定（《对上诉支持文件的答复》第 56 段）。

68. *Lubanga Dyilo* 先生忆及，审判分庭在裁决中止诉讼程序前，已经考虑了若干种替代方案，但这些方案都被证明是不充分的（《对上诉支持文件的答复》第 59 段）。*Lubanga Dyilo* 先生指出，只要客观上在不完全披露可开脱罪责材料的情况下无法进行公平审判，检察官的善意根本毫不相干（《对上诉支持文件的答复》第 61 和第 62 段）。

69. 关于联合国愿意与检察官进一步商讨取消保密一事，*Lubanga Dyilo* 先生指出，首先，上诉分庭不应考虑在审判分庭做出被上诉裁决以后的事态发展，因为否则的话上诉分庭就将承担起审判分庭的角色（《对上诉支持文件的答复》第 63 和第 65 段）。鉴于被上诉裁决做出时，联合国和其他信息提供方已明确表示，他们不会同意取消材料的机密性，因此，审判分庭有关该缺陷没有可能得到纠正的认定是正确的（《对上诉支持文件的答复》第 64 段）。

4. 受害人的意见和对这些意见的答复

70. 参与诉讼的受害人赞同检察官提出的大多数主张。他们强调，不向辩方披露某些材料不是由于检察官故意决定隐瞒这些文件，而是第三方硬性规定的条件的结果。在这种情况下，审判分庭在所有参与方出席的听讯过程中应该仔细平衡所有各方受到影响的利益（《意见》第 19 段）。他们认为，审判分庭的主要责任是进行审判；只有在缺乏管辖权或不能受理的情况下才能停止审判。如果检察官没有遵守其义务，只有在审查全部案卷后才能做出中止诉讼程序的裁决（《意见》第 21 段）。受害人进一步强调，检察官和辩方都没有指出，所涉及的文件能够证明 Lubanga Dyilo 先生无罪（《意见》第 17 段）。

71. 检察官同意受害人的许多主张（《检察官的答复》第 16 段）。但他对所有诉讼参与人都参与关于不披露某些文件的听讯表示怀疑，特别是因为某些信息提供方实施的限制（《检察官的意见》第 18 段）。

72. Lubanga Dyilo 先生驳斥受害人的意见。关于辩方和检察官都没有指出所涉及的文件能够证明 Lubanga Dyilo 先生无罪，Lubanga Dyilo 先生强调，他没有权利看到这些文件，因此也不能对其内容提出任何主张；无论如何，《规约》第 67 条第 2 款规定的披露义务不仅仅涵盖可证明被告无罪的文件，而是涉及更多种类的文件（《Lubanga Dyilo 先生的答复》第 16 至第 19 段）。

5. 上诉分庭的裁定

73. 由于下述原因，上诉分庭对检察官在上诉理由三中提出的主张不能信服。

(a) 中止诉讼程序的效果和被指中止诉讼程序标准的错误适用

74. 检察官主张，审判分庭承认中止是有可能取消的（见上文第 61 段），这表明公平审判仍然是有可能的，因此，审判分庭错误适用了上诉分庭制定的中止诉讼程序标准，对这一主张，上诉分庭不予接受。由于下列原因，检察官的主张没有考虑到中止诉讼程序在本案中的效果。

75. 审判分庭实施的显然是有条件的中止，因此有可能仅是临时的：如上所述，审判分庭之所以实施诉讼程序中止，是由于它得出结论，在本案的情况

中，大量潜在可开脱罪责的材料或对准备辩护至关重要的信息既未向被告人披露，也未向分庭披露，因此，没有公平审判的可能性。但审判分庭承认，这些情形可能发生变化，特别是如果信息提供方改变立场，同意披露所指文件的话。审判分庭在被上诉裁决第 91 段强调，“从分庭掌握的资料来看，这一缺陷[将来也不可能]得到纠正”（强调是后加的）。审判分庭在被上诉裁决第 94 段提到其取消诉讼程序中止的“权力和法律权限”。审判分庭还在被上诉裁决第 97 段称，“如果今后取消了诉讼程序的中止”，它将讨论某些未决的其他问题。在 2008 年 6 月 10 日的情况会商中，审判分庭主审法官将“做出彻底停止诉讼程序的最终裁决”与“裁定暂停诉讼”区分开来，认为后者“没有永远地终止诉讼程序，而是承认目前不可能进行公平审判，但假以时是，根据情况的变化，也许公平审判会变得有可能实现”（ICC-01/04-01/06-T-89-ENG，第 40 段第 8 至 13 行）。因此，审判分庭预见，它实施的中止不是不可撤销的，也不是绝对的。

76. 上诉分庭在审判分庭的这一做法中没有发现可上诉的错误。审判分庭正确指出了《规约》第 64 条第 2 款规定其有责任确保审判的公正性，并且《规约》第 21 条第 3 款规定其有义务按照国际承认的人权适用和解释《规约》。上诉分庭同意审判分庭在被上诉裁决第 91 段的结论，“如果从一开始就显示，公平审判的基本前提条件缺失，而且没有充分的迹象显示这个问题在审判程序中将得到解决，那么就有必要中止诉讼程序。”

77. 《罗马规约》和《程序和证据规则》都没有就法院“中止诉讼程序”做出规定。但在 2006 年 12 月 14 日的判决中，上诉分庭在第 37 段解释道，从《规约》第 21 条第 3 款可以得出：

如果由于嫌疑人或被告人的基本权利遭到控诉方违反而无法进行公平审判，对被告进行审判就将处于自相矛盾之中。正义无法实现。公平审判是实现正义的唯一途径。如果无法举行公平审判，司法程序的目的就会落空，因此必须停止。

78. 上诉分庭在 2006 年 12 月 14 日的判决书第 39 段指出：

如果被告人权利遭到严重侵犯，以至于他/她无法在自己的权利框架内进行辩护，那么公平审判就无法进行，诉讼程序就可以中止。借用英格兰上

诉法院在 Huang 诉国务秘书一案裁决中的表述，法院有义务“确保个人的基本权利受到保护，这是法院的特有领地[……]”不公平地对待嫌疑人或被告人可能严重侵害诉讼程序，导致无法集齐公平审判的构成要素。在这种情况下，国际社会将罪大恶极的危害人类罪的被告人绳之以法的利益固然重大，但仍然轻于保持司法程序的效力、使其成为正义的强大代言人的需要。[脚注略。]

79. 2006 年 12 月 14 日判决书中的上述声明是在这样的背景下做出的：该案件的上诉人指称，其遭到刚果当局的非法羁押和虐待，而检察官与刚果当局非法串谋，侵犯上诉人的权利。这一指称的性质是，如果确认属实，对上诉人权利的侵犯可能已导致客观上无法弥补、无法纠正的状况。因此，2006 年 12 月 14 日判决预见的是，以此依据强制实施的诉讼程序中止将是绝对的和永久的。

80. 但 2006 年 12 月 14 日判决并未排除在适当的情况下规定有条件地中止诉讼程序的可能性。如果对被告人的不公平是属于以下所述的性质（至少在理论上如此），即在将来的某一阶段，导致中止诉讼的情况发生变化，使公平审判又变得可能，那么有条件地中止诉讼程序就可能是适当的救济。这种有条件的中止不是完全不可逆转的：如果导致诉讼程序中止的障碍消除，且不会因其他原因而对被告人造成不公平，特别是考虑到被告人有权不受拖延地受到审判（《规约》第 67 条第 1 款第 3 项），裁定中止该诉讼程序的分庭可在适当情况下裁定恢复诉讼程序。如果由于情况的变化，各方面均公平的审判变得可能，则没有理由不将被控犯有种族灭绝罪、危害人类罪或战争罪的人送交审判，这些罪行不应该逍遥法外、不受惩罚（见《规约》序言第 4 和第 5 段）。

81. 同时，被告人在没有不当拖延的情况下受到审判的权利（《规约》第 67 条第 1 款第 3 项）要求，不能无限期地实施有条件的中止诉讼。实施有条件中止诉讼的分庭必须不时地审查其决定，确定公平审判是否已变得可能，特别是由于时间的流逝，公平审判是否可能已变得永久地、无法挽回地不可能。如果是后一种情况，分庭可能必须修改自己的决定，永久地中止诉讼程序。在此方面，上诉分庭指出，在被上诉裁决中，审判分庭没有裁定《规约》第 67 条第 1 款第 3 项规定的 Lubanga Dyilo 先生的权利受到了侵犯。

82. 上诉分庭进一步指出，与前面几段所述的有条件中止诉讼类似的程序性救济，在其他国际刑事司法机构中亦有所闻。在前南刑庭和卢旺达问题国际刑事

法庭，在遇到辩护方的核心证人因受到国家阻挠而未能到庭⁶，以及与被告人的诉讼代理⁷或为辩护准备所分配的资源⁸有关的问题必须解决等情况时，也曾实施非永久性的诉讼程序中止。

83. 因此，审判分庭得出结论，它取消诉讼程序中止的可能性是存在的，但这并不表示，下令中止的决定是不正确的。提及有权力取消中止诉讼，仅仅是承认了一个事实，即在本案中的诉讼程序中止是有条件的，因此可能仅仅是临时的。

(b) 2008 年 6 月 13 日看到的公平审判的可能性

84. 检察官主张，审判分庭裁定没有实现公平审判的可能性是错误的，对此，上诉分庭不予接受。命令中止诉讼程序的审判分庭可根据其当时对程序的深入理解，斟酌裁定是否以及何时达到了需要中止诉讼程序的最低条件。由于下面归纳的原因，在本案中，上诉分庭对于“审判分庭关于诉讼程序必须中止的结论超越了这一酌定空间，因此是错误的”的说法，不予接受。

85. 在此方面，上诉分庭同意 Lubanga Dyilo 先生的意见，即在类似本案的情况下，评估被上诉裁决是否正确时不能考虑被上诉裁决做出以后的事态发展。

⁶ 见前南刑庭，检察官诉 Tadić 案，《判决书》，1999 年 7 月 15 日，案件号 IT-94-I-A（可在下列网址获得：），前南刑庭上诉分庭在判决书第 55 段指出，它“可以想像得到，在某些情况下，由于对辩方的辩护至关重要的证人因国家的阻挠而未能到庭，因此不可能举行公平的审判。在此种情形下，辩方在穷尽上述所有其他措施后，可选择提出中止诉讼程序的动议。辩方在口头听讯中指出，在本案中之所以没有采取这样的行动，可能是因为诉讼律师担心还押候审的时间太长。上诉分庭注意到，在这种情况下，《规则》预想了一些救济措施，其形式为暂时释放，根据《规则》第 65 条第 2 款，可在‘特殊情形下’准予暂时释放。”

⁷ 见卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉 Nahimana 等人案，《关于 Ngeze 中止诉讼程序动议的裁决》，2004 年 8 月 4 日，案件号 ICTR-99-52-A（可在下列网址获取：<http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Nahimana/decisions/040804.htm>），该案中，一位上诉前的法官中止了对一名上诉人的诉讼程序，“以维护诉讼程序的公平和效率……直到指定一名新的首席律师代理其诉讼为止”；以及前南刑庭，检察官诉 Blagojević 案，《关于 Vidoje Blagojević 为替换其辩护团队提起的上诉的裁决的公开和经过删节的理由》，2003 年 11 月 7 日，案件号 IT-02-60-AR73.4（可在下列网址获得：<http://www.un.org/icty/blagojevic/appeal/decision-e/031107.pdf>），其中，前南刑庭上诉分庭在第 7 段解释道，“审判分庭的唯一固有权力是确保对被告人的审判是公平的，它不能擅自挪用一项在其他场合赋予它的权力。因此，面对书记官长拒绝任命新的律师以及被告人对此提出上诉的情况，审判分庭的唯一选择就是中止审判，直到院长对书记官长的决定进行了复议为止。”

⁸ 见前南刑庭，检察官诉 Brdjanin 和 Talić 案，《关于 Brdjanin 要求撤销定罪的第二次动议的裁决》，2001 年 5 月 16 日（可在以下网址获得：），其中，前南刑庭的一名预审法官在第 5 段中指出，如果“审判分庭确信没有这些资源会使司法公正受到挫败，那么它就有固有的权力和义务中止诉讼程序，直到提供了必要的资源，以防止在此项审判中发生滥用程序。”

根据《规约》第 82 条第 1 款第 4 项，上诉分庭被授予审查预审分庭和审判分庭某些裁决的权力。任何新的发展都必须由预审分庭或审判分庭来评判。因此，在裁决审判分庭的结论是否有错误时，上诉分庭没有审查 2008 年 6 月 13 日被上诉裁决做出以后的事态发展。

86. 检察官以保密为条件获得的材料的披露问题，首先是在预审分庭审理的诉讼程序中出现的。⁹在审判分庭审理的诉讼程序中，检察官在 2007 年 9 月 11 日检察官提交的材料中提出了潜在可开脱罪责信息或与准备辩护有关的信息的问题（ICC-01/04-01/06-951，第 25 段）。在 2007 年 10 月 1 日的情况会商中，检察官向审判分庭通报了所指文件的数量，并告知他正在寻求信息提供方的同意以撤销材料的保密要求（见 ICC-01/04-01/06-T-52，第 13 页及之后一段）。他还表示，迄今为止的经历显示，联合国“非常愿意取消限制”（见 ICC-01/04-01/06-T-52，第 85 页，第 11 至第 12 行）。审判分庭在 2007 年 11 月 9 日的裁决中注意到检察官在 2007 年 10 月 1 日情况会商中就《规约》第 54 条第 3 款第 5 项所指保密协议管辖的材料提出的主张，决定审判应自 2008 年 3 月 31 日开始，还裁定所有可开脱罪责的材料必须在 2007 年 12 月 14 日前披露（见 ICC-01/04-01/06-1019，第 29 和第 25 段）。2007 年 12 月 10 日，检察官申请延长保密协议所涉材料等的披露时限（ICC-01/04-01/06-1072-Conf-Exp，第 6 和第 43 段；该申请的公开删节版本以 ICC-01/04-01/06-1073 的文号提交）。2007 年 12 月 13 日，审判分庭裁定允许将某些材料的披露时限延长至 2008 年 1 月 31 日（见 ICC-01/04-01/06-T-65-ENG，第 14 页及之后一页）。

87. 2008 年 3 月 12 日，审判分庭决定将审判开始日期推迟至 2008 年 6 月 23 日（见 ICC-01/04-01/06-T-78-ENG，第 4 至第 5 页）。在 2008 年 3 月 13 日的

⁹ 例如，见 2006 年 9 月 28 日的《关于涉及〈关于规则第 81 条动议的第二次裁决〉的控方资料的裁决》（ICC-01/04-01/06-490）第 4 页，第一预审分庭命令检察官，除其他外，最迟在 Lubanga Dyilo 先生的确认指控听讯开始前 15 天提交“一份详细的报告，说明有多少份《规约》依照第 54 条第 3 款第 5 项获得的文件尽管已被控方认定为应受《规约》第 67 条第 2 款或《规则》第 77 条管辖但因控方未能征得提供方的同意而无法向辩方披露”；2006 年 10 月 25 日《控方根据 2006 年 9 月 28 日〈关于涉及〈关于规则第 81 条动议的第二次裁决〉的控方资料的裁决〉提交的资料》（ICC-01/04-01/06-611）第 12 段，检察官在第 12 段告知预审分庭，“截至 2006 年 10 月 25 日，控方已经确定有 33 份《规约》第 54 条第 3 款第 5 项所涉文件因控方未能获得信息提供方的同意而未曾向辩方披露”；以及 2006 年 10 月 30 日《关于检察官 2006 年 10 月 25 日提供的资料的裁决》（ICC-01/04-01/06-629）第 4 页，预审分庭命令检察官尽一切努力征得信息提供方同意取消上述 33 份文件的保密要求。

情况会商中，主审法官再次提出了受保密协议限制的可证明无罪的信息问题（ICC-01/04-01/06-T-79-ENG，第 6 页）。检察官的代表告知审判分庭，如果潜在可开脱罪责的信息受到保密协议的约束，检察官将与信息提供方举行进一步磋商，以取消限制（同上，第 7 页）。检察官在 2008 年 3 月 28 日提交的材料中告知审判分庭，由于保密协议的缘故，有 216 份¹⁰包含潜在可开脱罪责的信息或与准备辩护有关的信息的文件尚未向辩方披露（2008 年 3 月 28 日的材料，第 7 段）。

88. 2008 年 4 月 3 日，审判分庭发布《关于〈控方对含有潜在可开脱罪责信息的未披露文件的主张〉的命令》（ICC-01/04-01/06-1259，以下称《2008 年 4 月 3 日的命令》），命令检察官向审判分庭披露有关的 216 份文件，以便“分庭可以全面考虑这一问题”（《2008 年 4 月 3 日的命令》第 3 段）。2008 年 4 月 7 日，检察官告知分庭，由于信息提供方不同意向分庭披露，他不能遵守《2008 年 4 月 3 日的命令》（ICC-01/04-01/06-1267，第 6 段及其后一段）。在 2008 年 4 月 9 日的听讯中，检察官进一步声明，未经信息提供方事先同意，他不能向审判分庭提供所指文件的摘要（见被上诉裁决第 44 段）。

89. 在 2008 年 5 月 6 日的情况会商中，检察官通知审判分庭，如果分庭承诺未经信息提供方事先同意不继续披露文件，信息提供方可能愿意同意向分庭披露这些文件；审判分庭在该次情况会商期间做出了该承诺（见 ICC-01/04-01/06-T-86-ENG，第 17、35 和 36 页）。审判分庭还给了检察官四周时间解决该问题（同上第 37 页）。2008 年 6 月 2 日，检察官向审判分庭报告称，联合国对 2008 年 5 月 6 日情况会商期间考虑的程序“不会做出肯定的答复”（ICC-01/04-01/06-1364）。2008 年 6 月 3 日和 9 日，检察官通知审判分庭，不包括联合国在内的五个信息提供方已经同意在满足某些限制的情况下，向审判分庭披露其向检察官提供的文件；一个信息提供方已经拒绝了提议的程序（ICC-01/04-01/06-1373 和 ICC/01-04-01/06-1385）。在 2008 年 6 月 9 日提交的文件中，检察官通知审判分庭，联合国已经同意取消两份文件的机密性（后来向 Lubanga Dyilo 先生披露了这两份文件），并且联合国和检察官正在探讨可以怎

¹⁰ 后来这个数字被改为 212 份文件；见 ICC-01/04-01/06-1267，第 5 段。

样的方式向审判分庭提供 33 份文件中包含的信息要素（被上诉裁决第 67 段）。检察官进一步报告称，关于联合国提供的剩余文件的谈判正在进行（被上诉裁决第 69 段）。在 2008 年 6 月 10 日的情况会商中，检察官通知审判分庭，联合国以保密为条件提供了 156 份文件，其中两份已经于 2008 年 6 月 9 日转交给辩方（见 ICC-01/04-01/06-T-89-ENG，第 5 页第 8 至 12 行和第 14 至 15 行）。检察官进一步提醒分庭注意与联合国谈判的复杂性（见 ICC-01/04-01/06-T-89-ENG，第 6 页第 16 至 23 行）。在 2008 年 6 月 11 日提交的文件中，检察官通知审判分庭，联合国愿意与审判分庭讨论其立场，检察官认为，这提供了一个探讨替代方式的机会（见上诉支持文件第 34 段）。

90. 因此，在审判分庭做出被上诉裁决前，也就是这个问题首次在审判分庭提出九个月后、审判预定开始前一周，已经可以明显地看到，检察官于 2007 年 10 月向分庭做出的保证，即信息提供方准备同意披露所指材料，是错误的。信息提供方不愿同意披露他们提供的材料，尽管检察官与信息提供方进行了谈判，但收效甚微。提供方对《2008 年 4 月 3 日的命令》的反应表明，他们不会同意哪怕是向分庭披露材料，尽管有些提供方在审判分庭于 2008 年 5 月 6 日的情况会商上做出承诺后改变了立场。

91. 检察官获得的有关文件，多数来自联合国，但联合国对情况会商中所考虑的程序以及审判分庭的承诺却反应消极。在被上诉裁决做出之时，联合国提供的 156 份文件中，只有两份向辩方进行了披露；另有 33 份文件，联合国表示愿意考虑向审判分庭提供“信息要素”。但对于剩余的 121 份文件，没有明显的进展。相反，检察官在 2008 年 6 月 10 日情况会商上的意见表明，也许没有可能找到关于这些文件的解决方案。因此，在审判分庭做出被上诉裁决时，以及检察官与联合国进行了长时间的讨论后，连审判分庭能否获准查阅从联合国获得的全部或大部分文件都不清楚，更不用说向辩方披露文件了。在这种情况下，上诉分庭认为，审判分庭得出的结论，即虽然检察官与联合国的讨论仍在进行，但这些困难不可能克服，并没有错误。

92. 上诉分庭认为，审判分庭没有提及检察官 2008 年 6 月 11 日提交的材料（见上面第 89 段），并不等同于审判分庭犯了错误。提交的这些材料没有表明

信息提供方的立场有了实质改变；它们只是提醒审判分庭注意联合国愿意进一步解释其立场，检察官认为这有可能为探讨其他可能性提供机会。鉴于检察官与联合国几个月来的磋商并未得到满意的结果，上诉分庭认为，审判分庭没有进一步探讨这一没有任何实质性内容的提议，这样做并没有错误。上诉分庭认为，审判分庭没有直接与联合国联络不是它的错误；设法解决因其援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项而引起的问题是检察官的责任。

93. 上诉分庭认为，检察官关于审判分庭未能考虑有关材料的性质的主张，无法令其信服。在 2008 年 3 月 28 日的提交材料中，检察官指出，尚未披露的材料可以分为十种类型：对裁定被告有罪或无罪没有重大影响的六类证据，以及对裁定被告有罪或无罪有重大影响的四类证据（2008 年 3 月 28 日提交的材料第 8 段及其后的一段）。这四类被确定为涉及“排除刑事责任的理由”、“复员措施”、“不充分的命令和控制”以及“乌干达和卢旺达的角色”的资料（2008 年 3 月 28 日提交的意见第 19 段及其后的一段）。

94. 显然，关于 Lubanga Dyilo 先生对被指对招募儿童兵负直接责任的部队不具有完全的掌控等材料，对认定被告有罪或无罪具有根本的影响。上诉分庭注意到，检察官试图在 2008 年 3 月 28 日提交的材料及后来在 2008 年 4 月 15 日提交的材料（见 ICC-01/04-01/06-1281）中解释，这些信息仍属不重要的。但由于不能查阅多数所指文件，审判分庭无法核实检察官的保证。正如在上面第 45 段及以后段解释的，这种核实是必要的。

95. 出于同样的原因，对于检察官向辩方提供所谓的其他可开脱罪责证据足以确保审判的公平性的说法，上诉分庭无法信服。虽然上诉分庭不能排除，在适当的情况下，即使不披露根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项以保密为条件获得的材料，提供替代证据也是确保公平性的一条途径，但这要求分庭评估检察官提出的替代证据的充分性，而在本案中这是不可能的。

96. 对于考虑到检察官在披露程序中对质疑的透明态度，审判分庭应该相信检察官的判断的主张，上诉分庭也不能信服。上诉分庭没有理由怀疑检察官的善意，也承认他的做法是透明的。但是，在任何情况下，检察官本来就该如此，而且，这样做了，还是无法抹杀下述事实，即在本案中，由于检察官达成的保

密协议，审判分庭无法判断在不向辩方披露所指材料的情况下是否能够实现公平审判。

97. 总而言之，在 2008 年 6 月 13 日，审判分庭面临的形势是，检察官掌握大量包含潜在可开脱罪责的信息或与准备辩护有关的信息，但不能向 Lubanga Dyilo 先生披露。审判分庭也不能查阅这些文件，进而无法判定是否能在不披露文件的情况下实现公平审判。正如上面解释的，上诉分庭没有理由认为，审判分庭在 2008 年 6 月 13 日做出的关于这种形势还将继续的判断是错误的。如果 Lubanga Dyilo 先生的审判是在这种情况下进行的话，那么披露所指材料是否将改变审判进程就会一直是个潜在的疑问。

(c) 不至于中止诉讼程序的替代措施

98. 上诉分庭不能信服关于审判分庭未能在实施诉讼程序中止前考虑替代措施的主张。中止诉讼程序前，审判分庭探讨过多项替代措施，包括 2008 年 4 月 3 日命令提交文件摘要，并承诺未经提供方同意不披露材料。这些力求找到解决办法的努力均未获得成功。

99. 上诉分庭也不接受检察官的主张，即审判分庭应该考虑其他信息提供方的文件，以确定从联合国获得的材料对审判而言是不必要的。前者无法让审判分庭就来自不同的提供方的其他文件得出任何结论。

100. 鉴于 Lubanga Dyilo 先生已经于 2006 年 3 月移交法院，检察官从那时起就应该已经寻求信息提供方的同意，以披露可开脱罪责的材料和对准备辩护至关重要的信息，所以，审判分庭得出结论，继续推迟审判不是一个可行的选择，这并没有错误。

V. 适当的救济

101. 在根据《规约》第 82 条第 1 款第 4 项提起的上诉中，上诉分庭可以维持、推翻或修正被上诉的裁决（《程序和证据规则》第 158 条第 1 款）。在本案中，由于没有发现可上诉的错误，因此维持被上诉裁决是适当的。

Georghios M. Pikis 法官对本判决附加了单独意见。

Sang-Hyun Song 法官
主审法官

日期：2008 年 10 月 21 日

荷兰海牙

Georghios M. Pikis 法官的单独意见

I. 审判分庭审理的诉讼程序

1. 2004 年 6 月，检察官开始调查据称在刚果民主共和国发生的属于法院管辖范围的犯罪。¹ 开始调查前，他从联合国收到了大量文件，其中检举了犯罪的实施和表面上受到牵连的个人，并包含了趋向于证明表面上参与犯罪实施的人无罪的证据。² 在整个过程中，调查开始后还向检察官提供了更多文件。³ 这些文件和信息是根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项向检察官提供的⁴，该条款内容如下：

检察官可以：[...] (5) 同意不在诉讼的任何阶段披露检察官在保密条件下取得的、只用于产生新证据的文件或资料，除非提供这些资料的一方同意予以披露。

按照这一精神，《程序和证据规则》第 82 条第 1 款禁止检察官在未经提供方预先授权的情况下披露向其提供的机密材料。

2. 根据类似的条件，检察官从一些非政府组织获得了文件和信息，但准确时间无法确定。如同联合国提供的文件一样，这些文件同时包含了可证明被告人 Lubanga Dyilo 先生的有罪和无罪的证据。⁵

3. 应检察官的申请，第一预审分庭（以下称“预审分庭”）于 2006 年 2 月 10 日发布了逮捕 Lubanga Dyilo 先生的令状。⁶ 该逮捕令于 2006 年 3 月 17 日得到执行⁷，被捕者于 2006 年 3 月 20 日提交至预审分庭⁸。

¹ 见刚果民主共和国情势：2004 年 7 月 6 日《关于将刚果民主共和国情势交第一预审分庭审理的决定》（ICC-01/04-1），该决定的附件。

² 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，2008 年 6 月 13 日《关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请以及 2008 年 6 月 10 日情况会商时提出的一些其他事项的裁决》（ICC-01/04-01/06-1401）（以下称“被上诉裁决”），第 26、63、64 段；另见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，2007 年 11 月 9 日《关于披露的时机和方式以及审判日期的裁决》（ICC-01/04-01/06-1019），第 6 和第 7 段。

³ 见被上诉裁决，第 26 和第 27 段；2007 年 10 月 1 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-52-ENG），第 13 至第 19 页。

⁴ 见被上诉裁决，第 24 至第 36 段，第 62 至第 65 段；2007 年 10 月 1 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-52-ENG），第 13 至第 19 页。

⁵ 见被上诉裁决，第 64 和第 66 段。

⁶ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，逮捕令，2006 年 2 月 10 日（ICC-01/04-01/06-2）。

4. 2006 年 8 月 28 日，检察官提交了检察官撰写的指控文书，即包含指控的文件。⁹ 确认指控听证于 2006 年 11 月 9 日至 28 日期间举行。¹⁰ 2007 年 1 月 29 日，预审分庭发布了关于确认指控的裁决。¹¹ 据此看来，预审分庭的确考虑过向被指控人披露可开脱罪责的证据问题，并申明，“[……]检察官一再声明，他已经履行了自己的义务，向辩方有效地披露了大量可能开脱罪责的证据或对准备辩护可能至关重要的证据。而且，也没有人提出与这些说法相反的意见。”¹² 由此得出的推断是，检察官没有提及《规约》第 67 条第 2 款意义上的由第三方秘密提供的可开脱罪责的材料。

5. 稍后不久（2007 年 3 月），根据《规约》第 61 条第 11 款的规定组建了¹³ 负责审判 Lubanga Dyilo 先生的第一审判分庭（以下称“审判分庭”）。¹⁴ 由于辩方律师的指定以及后来其撤出，使得诉讼程序暂停了几个月。2007 年 6 月，被告人的新律师上任，接替了前一位律师。¹⁵

6. 2007 年 9 月，审判分庭根据《规约》第 64 条的规定举行了第一次情况会商，为审判做准备。¹⁶ 《规约》第 64 条第 3 款第 3 项要求分庭确保在审判开始以前及早披露此前未曾披露的文件或资料，以便可以为审判做出充分的准备。向辩方披露可开脱罪责的证据是每个阶段的一项要素，其目的在于让被告人和确认指控阶段的被指控人为辩护做好准备，并向法院及时提出辩护。

⁷ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于 Thomas Lubanga Dyilo 首次出庭的时间安排的命令》，2006 年 3 月 17 日（ICC-01/04-01/06-38）；首次出庭文字记录（ICC-01/04-01/06-T-3-ENG）。

⁸ 见首次出庭文字记录（ICC-01/04-01/06-T-3-ENG）。

⁹ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《载有根据规约第 61 条第 3 款第 1 项提出的指控的文件以及规则第 121 条第 3 款所指证据清单的提交》，2006 年 8 月 28 日（ICC-01/04-01/06-356）。

¹⁰ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于确认指控的裁决》，2007 年 1 月 29 日（ICC-01/04-01/06-803-tEN），第 30 段。

¹¹ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于确认指控的裁决》，2007 年 1 月 29 日（ICC-01/04-01/06-803-tEN）。

¹² 同上，第 154 段。

¹³ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于组建第一审判分庭和将检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案交其审理的决定》，2007 年 3 月 6 日（ICC-01/04-01/06-842）。

¹⁴ 另见《程序和证据规则》第 130 条。

¹⁵ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于指定和接受 Catherine Mabilille 为 Thomas Lubanga Dyilo 先生的律师的注册文件》，2007 年 6 月 22 日（ICC-01/04-01/06-928）。

¹⁶ 见 2007 年 9 月 4 日情况会商的文字记录（ICC-01/04-01/06-T-50-ENG）；另见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于就需要尽早裁定的事项提交材料的请求》，2007 年 7 月 18 日（ICC-01/04-01/06-936）。

7. 在 2007 年 10 月 1 日的情况会商中，检察官通知审判分庭，他已经根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项取得了大量包含可证明被告人有罪或无罪的证据材料的文件，并且他不能在未经提供方同意的情况下披露这些文件。¹⁷ 所指文件主要是从联合国获得的。检察官解释道，他将寻求提供方的同意以向辩方披露其掌握的材料，并希望他很快可以做到这一点。¹⁸ 联合国和其他信息提供方断然拒绝同意披露向检察官提供的文件。

8. 2007 年 11 月 9 日，审判分庭甚至发布命令，指示撤销不能向被告人披露的可开脱罪责的材料所涉及的各项指控。¹⁹ 这是克服检察官不能向被告人披露被告人根据《规约》第 67 条第 2 款的规定有权获得的可开脱罪责材料的一种方式。检察官没有采取撤销指控的行动，致使在披露可开脱罪责的证据方面出现十分明显的差距。²⁰ 在该项裁决中，还确定案件将在 2008 年 3 月 31 日举行听讯。2007 年 12 月 13 日，分庭指示检察官在第二天之前进行完全披露。²¹ 由于未得到遵守，该指令的规定执行日期被多次推迟。随后，2008 年 3 月 12 日，审判日期被推迟到 2008 年 6 月 23 日。²²

9. 因此，问题直到 2008 年 3 月 13 日仍未解决。是日，审判分庭要求检察官向其通报有多少份文件包含可开脱罪责的证据并且在提供方同意的情况下可以披露并接受被告人检查（《规则》第 77 条）。²³ 在答复中，检察官告知审判分庭，a) 文件有 216 份²⁴，以及 b) 联合国对其中 181 份文件不同意披露，其余的 35 份，仍在等待答复。²⁵

10. 2008 年 4 月 3 日，预审分庭指示检察官在单方面诉讼程序中向审判分庭本身披露相关文件，并提交检察官关于文件所含证明无罪证据的价值和重要性

¹⁷ 见 2007 年 10 月 1 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-52-ENG），第 13 至第 19 页。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，2007 年 11 月 9 日《关于披露的时机和方式以及审判日期的裁决》（ICC-01/04-01/06-1019），第 28 段。

²⁰ 见 2008 年 3 月 13 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-79-ENG），第 8 至第 9 页。

²¹ 见 2007 年 12 月 13 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-65-ENG）。

²² 见 2008 年 3 月 12 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-78-ENG），第 4 至第 5 页。

²³ 见 2008 年 3 月 13 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-79-ENG），第 8 至第 9 页。

²⁴ 后来改为 112 份，见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《控方就规约第 54 条第 3 款第 5 项所指保密协议提交的材料》，2008 年 4 月 7 日（ICC-01/04-01/06-1267），第 5 段。

²⁵ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《控方就未披露的含有潜在可开脱罪责信息的文件提交的材料》，2008 年 3 月 28 日（ICC-01/04-01/06-1248），第 7 段。

的报告。²⁶ 由于联合国和其他信息提供方拒绝向哪怕是审判分庭披露文件，这项指示没有可能得到执行²⁷，法院随后做出承诺，不向辩方或任何其他其他人披露向其提交的材料。²⁸ 我不考察分庭做出这一承诺是否适当，而仅对其法律基础表示质疑。我认为，评估可开脱罪责的证据的重要性和意义，以及其如何可对准备和进行辩护提供帮助，是被告人的责任。尽管如此，审判分庭的这一提议也没有得到实质性回应。²⁹ 我不想对这一领域做更多的探讨，只是要指出在披露可开脱罪责的材料方面出现的僵局。联合国直截了当地拒绝授权向被告人或审判分庭披露包含可开脱罪责的证据材料的文件。根据《规约》，审判分庭无权审查提供方拒绝的原因和理由。但明摆着的事实是，检察官虽然知道趋向于证明被告无罪的证据材料，却无法向辩方提供。

11. 2008 年 6 月 2 日，被告人以不向其披露检察官掌握的可开脱罪责的证据，公平审判就不可能为由，申请分庭中止起诉³⁰，即中止诉讼程序，事情到了紧要关头。另一方面，检察官不能向审判分庭保证将会披露其掌握的证据，也无法肯定地预测这在将来是否可行，更不用说在近期或尽早了。这就是审判分庭在 2008 年 6 月 10 日召集的审查诉讼程序可行性的情况会商中所面临的事态。³¹ 无法否认的是，是检察官根据其对分庭和辩方的职责披露了存在可开脱罪责的证据的事实。

II. 被上诉裁决

12. 现在出现的情况是，审判分庭在第一次情况会商九个月后，面临检察官不仅不能向被告，而且也不能向审判分庭披露其掌握的可开脱罪责的材料的局

²⁶ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于〈控方就未披露的含有潜在可开脱罪责信息的文件提交的材料〉的命令》，2008 年 4 月 3 日（ICC-01/04-01/06-1259）。

²⁷ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《控方就规约第 54 条第 3 款第 5 项所指保密协议提交的材料》，2008 年 4 月 7 日（ICC-01/04-01/06-1267）；《控方关于未披露证据的补充资料》，2008 年 4 月 15 日（ICC-01/04-01/06-1281）。

²⁸ 见 2008 年 5 月 6 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-86-ENG），第 35 至第 36 页。

²⁹ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《控方关于检察官办公室根据规约第 54 条第 3 款第 5 项以保密为条件从联合国获得的只用于生成新证据并可能含有规约第 67 条第 2 款所指证据的文件的资料》，2008 年 6 月 2 日（ICC-01/04-01/06-1364）。

³⁰ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《辩方关于中止诉讼的请求》，2008 年 6 月 2 日（ICC-01/04-01/06-1366）。

³¹ 见 2008 年 6 月 10 日情况会商文字记录（ICC-01/04-01/06-T-89-ENG）。

面。检察官不能披露其掌握的材料并提供所涉文件以供审查，原因在于达成的保密协议，但这些原因并不能减轻不披露信息的后果，其势必导致《规约》第 67 条第 2 款保障的被告人的基本权利受到侵犯。审判分庭在被上诉裁决中强调：

2008 年 6 月 10 日，分庭被告知有“大约”95 份潜在可开脱罪责的材料和 112 件《规则》第 77 条所指“对辩护的准备”至关重要的材料，共计 207 件证据。在这 207 件证据中，有 156 件是联合国提供的。³² [脚注略]

13. 审判分庭强调了检察官的解释，即可开脱罪责的材料关系到被告人的有罪或无罪，其中包括的证据趋于表明被告人是在实施自卫、其行为是出于胁迫以及他对被指实施他被指控的犯罪的人员不具备充分的控制。³³ 此外，审判分庭提及《规约》第 67 条第 2 款的定义，以及其中所指“可开脱罪责的证据”概念的宽泛性。³⁴

14. 审判分庭分析了《规约》第 54 条第 3 款第 5 项。它认为，根据该项规定签订保密协议的权力仅针对那些被定性为“线索材料”³⁵的材料，也就是趋向于表明可能存在通过检察官的调查可能发现的证据的信息。收集这些材料或信息的唯一目的是产生证据。审判分庭称，在本案情形下，检察官收集的材料本身构成了证据。审判分庭裁定，检察官适用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项和收集该条款所指新证据的行为构成：

大规模地、严重地滥用和违反了一项旨在允许控方在非常有限的情况下秘密收取证据的重要规定。控方立场的逻辑是，从信息提供方获得的所有证据都可以是第 54 条第 3 款第 5 项所指协议的对象。³⁶

15. 由此显然可以得出结论，检察官根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项秘密接受的，不是“线索材料”，而是未经与诉讼程序无关的第三方同意就不能向辩方披露的证据，因此违反了该项规定。³⁷

³² 被上诉裁决，第 63 段，另见第 19 段。

³³ 见被上诉裁决，第 22 段。

³⁴ 见被上诉裁决，第 59 段。

³⁵ 见被上诉裁决，第 71 段，其中写道：“[……]换言之，接受这一资料的唯一目的应是它可为其他证据（究其含义，是可以使用的）提供线索，除非应适用《规则》第 82 条第 1 款”；以及第 72 段。

³⁶ 被上诉裁决，第 73 段。

16. 获得信息披露，特别是披露可证明无罪的证据，是被告人的一项基本权利，剥夺这项权利就会让依法审判变得不可能。³⁸ 这项权利的重要性在欧洲人权法院的多项裁决中都有强调，审判分庭在其裁决中也提及了这些裁决。³⁹ 分庭还提及前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭就此事项所做的一些裁决。⁴⁰

17. 上诉分庭在其 2006 年 12 月 14 日的判决⁴¹（以下称“《2006 年 12 月 14 日的判决》”）中专门讨论了侵犯被告人基本权利的问题和无法实现公平审判的一般性问题。在该案中，上诉分庭裁定，如果无法实现公平审判，国际刑事法院的分庭有权中止诉讼程序。审判分庭提到上述判决，并补充道：

如果从一开始就显示，公平审判的基本前提条件缺失，而且没有充分的迹象显示这个问题在审判程序中将得到解决，那么必须中止诉讼程序，事实上，这也是不可避免的。⁴²

18. 从根本上讲，不披露检察官掌握的可开脱罪责的证据妨碍了被告人的基本权利，就我对审判分庭裁决的理解，这为实现公平审判设置了障碍。检察官错误地援用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项，导致在履行其披露“大量可开脱罪责的证据”的义务方面遇到障碍。即使是审判分庭本身也未获准了解必要的材料和信息，以判断潜在可开脱罪责材料的影响。在这种情况下，正如审判分庭裁决的最后一段所反映的，无法实现公平审判：

用上诉分庭的话来说，前段所列三个因素的结果就是，审判程序受到严重损害，导致现在已经无法集齐公平审判的构成要素。⁴³

因此，诉讼程序被中止。

³⁷ 见被上诉裁决，第 73 段。

³⁸ 见被上诉裁决，第 80 和第 81 段。

³⁹ 见欧洲人权法院的裁决：Jespers 诉比利时，申请号 8403/78，1981 年 12 月 14 日委员会的报告；Jasper 诉英国案，申请号 27052/95，2000 年 2 月 16 日的判决；Fitt 诉英国案，申请号 29777/95，2000 年 2 月 16 日的判决；V. 诉芬兰案，申请号 40412/98，2007 年 7 月 24 日的判决。

⁴⁰ 见前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉 Bradnin 和 Talic 案，IT-99-36-T，《关于规则第 70 条的指称非法性的裁决》2002 年 5 月 6 日机密版本的公开版本，2002 年 5 月 23 日，第 19 段；检察官诉 Blaskic 案，IT-95-14-A，判决书，2004 年 7 月 29 日，第 266 段。

⁴¹ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于 Thomas Lubanga Dyilo 先生对 2006 年 10 月 3 日〈关于辩方根据规约第 19 条第 2 款第 1 项对法院管辖权提出的质疑的裁决〉提出的上诉的判决》，2006 年 12 月 14 日（ICC-01/04-01/06-772）。

⁴² 被上诉裁决，第 91 段。

⁴³ 被上诉裁决，第 93 段。

19. 尽管做出了中止诉讼程序的命令，以及有做出该裁定的理由——无法实现公平审判——但是审判分庭没有排除在将来某个未定时刻解除中止的可能性。其裁决的下列摘要反映了这一点：

虽然本裁决没有使分庭丧失进一步行动的权力或法律权限，但它意味着除非（由本庭或上诉分庭）取消本中止诉讼裁决，审判程序的所有方面都要中止。⁴⁴

III. 上诉程序

20. 应检查官的申请，审判分庭核准下列两个问题作为上诉对象：⁴⁵

审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项范围和性质的解释，以及将控方援用该规定的行为定性为“大规模地、严重地滥用和违反了一项旨在允许控方在非常有限的情况下秘密收取证据的重要规定”，是否存在错误。

审判分庭在《规约》第 64 条为其规定的权力的解释和行使上是否存在错误；审判分庭裁定，其确保被告人接受公平审判的义务取决于控方根据《规约》第 67 条第 2 款向辩方披露任何潜在可开脱罪责的证据（首先将全部证据提交分庭审查，有疑问的情况下由分庭裁定），这是否正确；以及审判分庭裁定中止诉讼程序，是否一种过早的、错误的救济。⁴⁶

21. 检察官提出了三个上诉理由，阐述了其认为的待审裁决的错误，这些错误将使中止诉讼程序的命令无效。⁴⁷ 理由一和理由二是关于同一个问题，即对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释，以及该规定在本案中的援引和适用。它们是：

理由一：分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项性质和范围的解释犯了法律错误⁴⁸

理由二：分庭对控方根据第 54 条第 3 款第 5 项实施的行为进行了错误的定性⁴⁹

⁴⁴ 被上诉裁决，第 94 段。

⁴⁵ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对控方关于准予对〈关于不披露第 54 条第 3 款第 5 项所指协议涉及的可开脱罪责材料的后果和中止对被告人起诉的申请的裁决〉提出上诉的申请的裁决》，2008 年 7 月 2 日（ICC-01/04-01/06-1417）。

⁴⁶ 同上，第 32 段。

⁴⁷ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《控方对中止诉讼程序裁决的上诉支持文件》，2008 年 7 月 24 日（ICC-01/04-01/06-1446-Anx1）。

⁴⁸ 同上，第 5 页。

⁴⁹ 同上，第 8 页。

22. 理由三直接涉及中止诉讼程序命令的下达，其表述如下：

理由三：分庭错误地实施了过度 and 过早的救济⁵⁰

23. 与审判分庭采用的对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释相反，检察官称，该条款的规定没有限制他秘密接收除本身构成证据的材料以外的包含所谓“线索材料”的文件和信息。审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释与其措辞不符。对于中止，检察官主张的核心是，审判分庭在下定无法实现公平审判的结论前，没有对将来某一天信息得到披露的可能性进行足够充分的探讨。在这种情况下，具有长期效果的中止是一项过早的、没有根据的措施；这一事实也由审判分庭本身的设想所证实：不能排除取消诉讼程序中止的可能性。虽然他同意如果没有可能实现公平审判就可以强行中止诉讼，但在本案中公平审判的可能性并没有消失。

24. 辩方反对上诉人的立场⁵¹，并指出，审判分庭采用的对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释在该规定中有据可依，在本案中也得到了正确的适用。被告人支持审判分庭的结论，即检察官秘密接受证据材料，是滥用《规约》第 54 条第 3 款第 5 项授予的权力。要着重指出的是，检察官的过错在于迟迟不征求提供方的同意以披露向其提交的证据材料。所以，他未能履行《规约》第 67 条第 2 款要求他向被告人披露可证明无罪的证据的义务。联合国不愿同意披露证据的事实一再得到证实，“因此分庭别无选择，只能裁定‘(……)公平审判的基本前提条件缺失，没有充分迹象表明这将在审判程序期间得到解决(……)’”。⁵²

25. 受害人⁵³基本支持检察官的立场，并同他一样，对审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释提出异议。⁵⁴ 他们认为，根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项获得的材料本身不能列为证据，只能列为可能产生证据的材料。他们指

⁵⁰ 同上，第 13 页。

⁵¹ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《辩方对控方对 2008 年 6 月 13 日中止诉讼程序裁决的上诉支持文件的答复》，2008 年 7 月 25 日（ICC-01/04-01/06-1447）。

⁵² 同上，第 65 段。

⁵³ 上诉分庭 2008 年 8 月 6 日的《关于受害人参与上诉的裁决》（ICC-01/04-01/06-1453）批准受害人 a/0001/06、a/0002/06 和 a/0003/06 参与上诉。

⁵⁴ 见检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《受害人关于检察官对 2008 年 6 月 13 日中止诉讼程序裁决的上诉的意见》，2008 年 8 月 12 日（ICC-01/04-01/06-1456-tENG）。

出，遗憾的是，检察官未能与机密信息提供方达成协议，以使审判分庭了解提供给检察官的文件（包含潜在可开脱罪责的证据），但是检察官没有披露所掌握材料的任何法定义务。

26. 必须指出，检察官、辩方和受害人都没有质疑审判分庭在无法确保公平审判时命令中止诉讼程序的权力，也没有对 2006 年 12 月 14 日上诉分庭判决中对该权力范围的阐述提出质疑。同时，对于如果不向被告人进行披露，公平审判就不可能进行的说法，他们也没有异议。还必须指出的是，各当事方和受害人都没有提及或讨论检察官未能从早就掌握的大量材料中生成新的证据这一事实意味着什么。

IV. 裁定

A. 2006 年 12 月 14 日上诉分庭的判决

27. 首先引述 2006 年 12 月 14 日上诉分庭的判决中出现的一些原则是有帮助的，审判分庭在其裁决中援用了这些原则。在该案中，争论的问题是法院的分庭因程序滥用而中止诉讼程序的权力在普通法管辖中的理解与适用。上诉分庭审查了英国法院和其他普通法司法管辖中关于该原则的范围、界限和适用范围的判例。正如上诉分庭所说：

中止诉讼程序的权力是司法程序的守护者——法官为保证司法流程不受污染的一项至高无上的权力。⁵⁵

28. 这让人回忆起英国上议院在 *Connelly* 诉 DPP 案中的裁决和 Devlin 议员的话，他谈起法院接受“自己无可逃避的责任，为涉案当事方确保公平待遇”的重要性”。⁵⁶普通法中所称的滥用程序原则在大陆法系中没有直接对应的原则。上述判决中的以下段落反映了该法域内的立场：

英国法中所称的滥用程序原则在大陆法系中不适用。拉丁语格言“以不恰当手段抓住的罪犯可以被合法地拘押”中所反映的原则，在法国案例 *re Argoud* 中得到了积极的肯定，但在老案例 *re Jollis* 中得到的接受则不怎么热烈。德国宪法法院似乎也支持类似于 *re Argoud* 案中认可的类似原则。

⁵⁵ 2006 年 12 月 14 日的判决，第 28 段。

⁵⁶ 上议院，1964 年 4 月 21 日，[1964] 2 全英法律报告，第 401 页，引言在第 422 页。

但如果出现了严重侵犯被告人权利或违反国际法的情形，该规则的效力就会减轻。⁵⁷ [脚注略]

29. 上诉分庭认为，在普通法司法管辖中实践的滥用程序原则，在《规约》下没有得到类似的应用。但如果是为了遏制违反根本的正义原则，《规约》便认可这项原则，将其作为保护个人基本权利免遭侵犯的手段，并用以确保实现公平审判，而能否实现公平审判，则是司法实践过程中所有标尺的确定准绳。上述判决中的以下段落正中要害：

36. 滥用程序原则从一开始就具有人权的考虑，因为法院之所以有权中止或中断诉讼程序，很大程度上与侵犯诉讼当事人、刑事程序中被告人的权利有关，例如控方的拖延、非法或欺骗行为，以及将被告人提交司法过程中对被告人权利的侵犯。《规约》保障被告人、被审讯人和被指控人的权利。《规约》第 55 和 67 条中确立了这些权利。更重要的是，《规约》第 21 条第 3 款规定，《规约》下有关法律的解释和适用应遵守国际公认的人权。它要求法院按照国际公认的人权原则来行使其管辖权。⁵⁸

上诉分庭接着在同一份判决中鲜明地补充道：

如果由于嫌疑人或被告人的基本权利遭到控诉人侵犯而无法进行公平审判，那么对被告人进行审判根本就是自相矛盾。正义无法实现。⁵⁹

上诉分庭在判决的这一部分的结论如下：

39. 如果被告人权利遭到严重侵犯，以至于他/她无法在自己的权利框架内进行辩护，那么公平审判就无法进行，诉讼程序就可以中止。借用英国上诉法院在 Huang 诉国务大臣一案裁决中的表述，法院有义务“确保个人的基本权利受到保护，这是法院的特有领地[……]”不公平地对待嫌疑人或被告人可能严重侵害诉讼程序，导致无法集齐公平审判的构成要素。在这种情况下，国际社会将罪大恶极的危害人类罪的被告人绳之以法的利益固然很重大，但仍然轻于保持司法程序的效力、使其成为正义的强大代言人的需要。[脚注 86 略]

B. 拖延

30. 在合理的时间内进行和完成司法程序，以及没有不合理的拖延，是公平审判不可分割的一部分，并构成一项国际公认的人权。⁶⁰ 《规约》保证，作为被

⁵⁷ 2006 年 12 月 14 日的判决，第 33 段。

⁵⁸ 2006 年 12 月 14 日的判决，第 36 段。

⁵⁹ 2006 年 12 月 14 日的判决，第 37 段。

告人的一项基本权利，被告人应在没有不当拖延的情况下受到审判。⁶¹ 拖延案件的审判，从而侵犯被告人在没有不当拖延的情况下受到审判的相应权利，被确定为可借以中止诉讼程序的一项理由。⁶²

31. 在《规约》中，对诉讼程序的及时性做出了强制性的规定，它不仅是公平审判的一种属性，也是《规约》管辖下的审判的一种鲜明要素。《规约》第 64 条第 2 款规定：

审判分庭应确保审判公平从速进行，充分尊重被告人的权利，并适当顾及被害人和证人的保护。

32. 我觉得，在这方面，援引塞浦路斯最高法院关于司法拖延的影响问题的两项裁决是有启发作用的。在第一项裁决，即 Agapiou 诉 Panayiotou 案⁶³的裁决中，该法院称，“司法过程受到拖延即是司法公正受到剥夺。这一格言应深入司法思想和行动的第一线。”在第二项裁决，即 Victoros 诉 Christodoulou 案⁶⁴的裁决中，最高法院强调，“[……] 人权的价值直接取决于保护人权机制的有效性，以及实现正义所需的时间。”⁶⁵

33. 审判分庭在 2007 年 11 月 9 日的裁决中称，“从控方签订协议和之后获得可开脱罪责的材料那一刻起，控方就有义务及时采取行动，取消该协议，以确

⁶⁰ 见《公民及政治权利国际盟约》，联合国大会第 2200A (XXI)号决议，联合国文件 A/6316 (1966)，1976 年 3 月 23 日生效，999 《联合国条约汇编》171，第 14 条第 3 款规定：“在判定对他提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证：[……] 3. 受审时间不被无故拖延”；《保护人权与基本自由公约》（1950 年 11 月 4 日），213 《联合国条约汇编》221 及其后页，注册号 2889，第 6 条第 1 款规定：“在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时，任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯”；《非洲人权和人民权利宪章》，1981 年 6 月 27 日签署，1986 年 10 月 21 日生效，1520 《联合国条约汇编》26363，第 7 条规定：“人人享有阐述自己诉讼理由的权利。这包括：[……] 4. 在合理的时间内由公正的法院或法庭进行审讯的权利”；《美洲人权公约》，又称《哥斯达黎加圣约瑟公约》，1969 年 11 月 22 日签署，1978 年 7 月 18 日生效，1144 《联合国条约汇编》17955，第 8 条第 1 款规定：“人人有权在适当的保证下和在合理的期限内由事前经法律设立的独立和公正的主管法院进行审讯，以判定对该人的任何刑事指控，或者决定该人的民事、劳动、财政或者具有任何其他性质的权利和义务。”

⁶¹ 见《规约》第 67 条第 1 款第 3 项。

⁶² 2006 年 12 月 14 日的判决，第 36 段。

⁶³ Agapiou 诉 Panayiotou 案（1988）1 Cyprus Law Review，第 257 页。

⁶⁴ Victoros 诉 Christodoulou 案（1992）1 Cyprus Law Review，第 512 页。

⁶⁵ 译自希腊文。

保在没有不合理拖延的情况下实现公平审判。”⁶⁶ 被上诉裁决中重申了这一说法，它将公平审判与没有不合理拖延的审判联系起来，反映了审判分庭对诉讼程序及时性的关心。⁶⁷

34. 考察一下被上诉裁决做出以前发生的事情便可以看到，尽管自第一次情况会商起已经过去了 9 个多月，但仍然没有可能向被告人披露可证明无罪的材料。而且，没有肯定的迹象表明这将在未来某个时候变得可能，更不用说是短期内了。联合国坚持不同意向被告人披露其提供给检察官的文件，将来其立场发生变化的可能性也很小。⁶⁸ 据此，存在可开脱罪责的材料已经成为一个已知的事实。对于检察官在无法确定能够使用和披露证据材料的情况下秘密收集证据材料一事，审判分庭提出了训诫。

35. 检察官向审判分庭建议，即使没有披露信息，也应开始审判，并希望在审判进行的过程中信息披露将变得可能。⁶⁹ 该建议忽视了披露证据的主要目的是使被告人能够为其辩护做好准备。《规约》第 67 条第 1 款第 2 项保障被告人有准备辩护的充分时间和便利，并把它作为被告人的权利。

C. 《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释

36. 需要解决的下一个问题是，审判分庭对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释是否适当，尤其是控方获取文件和信息的权力是否仅限于前面所指的“线索材料”。⁷⁰

37. 指导《规约》条款解释的是《维也纳条约法公约》⁷¹，其第三十一条第一款规定：

条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。

⁶⁶ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，2007 年 11 月 9 日《关于披露的时机和方式以及审判日期的裁决》（ICC-01/04-01/06-1019），第 7 段。

⁶⁷ 见被上诉裁决，第 5 段。

⁶⁸ 见被上诉裁决，第 49 段。

⁶⁹ 见被上诉裁决，第 51 段。

⁷⁰ 见上文第 14 段。

⁷¹ 1155 《联合国条约汇编》18232，1969 年 5 月 23 日签署，1980 年 1 月 27 日生效。

在 2006 年 7 月 13 日的判决中，上诉分庭根据《维也纳公约》的条款分析了解释《规约》时所应遵循的原则。下段在这方面是有所帮助的：

对法律某一个节的解释应以其措辞在上下文中的意义以及其目标和宗旨为依据。一项法律条文的上下文由该法律的特定分节的全部与该法律的该节的全部结合在一起加以界定。它的目标可以从法律的该节所在的章中推断得出，其宗旨可以从根据条约的序言和主旨而推断得出的法律的广泛目的中得出。⁷²

38. 《规约》第 54 条（第 3 款第 5 项是其中的一部分）规定了检察官在调查方面的职责和权力。哪怕是有所重复，我们也不妨复述一下《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的规定：

检察官可以：[……] 5. 同意不在诉讼的任何阶段披露检察官在保密条件下取得的、只用于产生新证据的文件或资料，除非提供这些资料的一方同意予以披露。

39. 《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的条文并没有规定检察官可秘密获取的文件或资料的性质、内容或特征。对所获文件和资料的唯一限制是，只能为产生新证据而收集这些文件或资料。检察官不能为其他目的而收受这些材料。收到的这些文件和资料为收集新证据提供了基础。书证和物证以外的证据，通常是按照《程序和证据规则》第 111 条所述方式，从事件目击者处收集的。如果向检察官提供的文件本身即构成证据，检察官的责任是收集与其内容相应的证据。对检察官从口头或书面材料中提及或指定的人员，或该文件的提供方或作者处收集证据的权力，没有任何明确或默示的限制。保密协议禁止检察官做的是披露文件本身的内容和其中包含的信息。因此，我不能支持审判分庭采用的对《规约》第 54 条第 3 款第 5 项的解释，将其收集文件或信息的权力限定于为是否存在检察官可以收集的新证据提供线索的材料。

D. 检察官未尊重被告人的权利及其对诉讼程序公平性的影响

40. 如果材料本身即构成证据，且检察官未能产生与之相应的或反映它的新证据，他将受困于这些未经提供方同意不能向被告人披露的证据材料。检察官向辩方披露可开脱罪责材料的责任在这种情况下并不会有所减轻。《规约》第 67

⁷² 刚果民主共和国情势，《关于检察官提出的对第一预审分庭 2006 年 3 月 31 日的拒绝准予上诉裁决进行特别复审的申请的判决》，2006 年 7 月 13 日，ICC-01/04-168，第 33 段。

条第 2 款在这个问题上有专门的规定。它规定，“如果检察官认为其掌握或控制的证据表明或趋于表明被告人无罪，或可能减轻被告人罪责，或可能影响控告方证据可信性，检察官应在实际可行时，尽快向辩护方披露这些证据。”⁷³ 因此，由于保密协议而不能进行披露，对检察官而言，就会导致事实上的未披露信息，而且就要承担未披露信息所带来的一切后果。

41. 从检察官向审判分庭提出的立场可以推断出，对于未能生成与从提供方获得的证据材料相同或相应的证据，检察官并非没有责任。《规约》第 54 条第 1 款第 1 项规定，检察官不仅有义务收集证明有罪的证据，而且也有义务收集证明无罪的证据。在本案中，检察官疏于收集其已知的可开脱罪责的证据，是标志检察官未能向辩方披露可开脱罪责的证据的另一个原因。

42. 检察官根据《规约》第 54 条第 3 款第 5 项按照保密协议收集的文件和资料，是在 2004 年 6 月调查开始前收到的。没有迹象表明，检察官采取了任何一贯的努力，以从收到的材料中产生新证据。相反，有迹象表明，在这方面很少，甚至没有采取措施，而只是希望提供方同意向被告披露这些机密信息。在清楚地看到联合国和其他信息提供方不同意披露材料后，检察官从来没有表示或暗示，哪怕已经有所拖延，但还是有可能寻求产生新的证据，以便其履行披露义务。可以理解的是，在收集机密信息的时间过去相当久之后，再收集反映其掌握的证据材料的证据可能并非易事。检察官表示，他大概有可能生成一些“替代证据”⁷⁴，但这当然不是披露其掌握证据问题的解决之道。

43. 检察官未提出和披露趋于证明被告人无罪的证据，这不仅发生在审判阶段，而且也发生在确认指控听讯过程中，而在确认指控阶段，向被调查人披露可开脱罪责的证据也是被调查人受到保障的基本权利。《规则》第 121 条第 1 款，除其他外，规定：

在第六十条和第六十一条的限制下，该人应享有第六十七条规定的权利。

⁷³ 强调是后加的。

⁷⁴ 见被上诉裁决，第 60 段。

根据《规约》第 67 条第 2 款，获得可开脱罪责证据的披露是被告人的基本权利，也是检察官的相应义务。确认指控不是自然而然的，也并非不需要评估所提出的证据，这对预审分庭是否确认指控具有直接的影响。根据《规约》第 61 条第 7 款，确认指控的标准是，“是否有充足证据，证明有实质理由相信该人实施了各项被指控的犯罪。”在确认指控阶段，被调查人有权对指控以及检察官提出的证据提出质疑，而且还有权自己提出证据。趋于证明被调查人未犯有指控罪状的证据，可能直接关系到提交预审分庭的证据是否充分，从而帮助判定确认指控的标准是否已得到满足。

44. 保障公平审判不仅仅限于审判本身，也涉及到审判前的准备程序，事实上它涉及诉讼程序的每一个方面。⁷⁵ 上诉分庭 2006 年 12 月 14 日的判决肯定了这一点，它承认，如果审判开始前，公平审判的架构就已经遭到破坏，就无法举行公平审判。另请注意《规约》第 82 条第 1 款第 4 项的规定，它把涉及严重影响“诉讼的公正和从速进行”⁷⁶的问题的裁决，作为提请上诉分庭考虑的上诉问题的理由。

45. 检察官未能生成和向被调查人披露掌握的证据，特别是可开脱罪责的证据，也未能根据《规则》第 77 条第 1 款提交这些证据以供审查，对于这样做产生的后果，没有必要去仔细地考虑。在检察官未能向被告人披露可开脱罪责的证据，因而违反《规约》第 67 条第 2 款规定的相应义务的链条中，这样的缺失成为又一个环节。

E. 中止诉讼程序的裁决

46. 检察官未能履行其义务以获得已知存在的证明无罪的证据，因而最终无法披露其掌握的证明无罪的材料，这构成对《规约》第 67 条第 2 款规定的被告人权利的侵犯，而该权利对被告人准备辩护至关重要，并直接关系到审判的主要问题，即被告有罪还是无罪。如果审判分庭开始对被告人的审判，那审判就是在明知被告人准备辩护的权利遭到侵犯、支持被告人无罪的证据被扣留而且其

⁷⁵ 除其他外，见上议院，R.（应 R 的申请）诉达拉谟警察局案[2006]刑法复议（Crim.L.R.），第 87 页。

⁷⁶ 强调是后加的。

对法院判决的稳妥性势必产生显而易见的后果的情况下进行的。明知存在可证明无罪的证据却不向审判分庭提出，会给诉讼程序蒙上疑云，使其注定无法取得任何确定的结果。

47. 为杜绝不向分庭提出相关证据的可能性，《规约》第 69 条第 3 款规定：

本法院有权要求提交一切其认为必要的证据以查明真相。

在本案中，已经足够清楚的是，这种可开脱罪责的证据是无法提供的，因而，真相也无法在审判中水落石出。在这种事态下，难道说还有可能举行公平审判吗？更不用说是公平从速的审判了。

48. 在命令中止诉讼程序时，被告人已经依法院的命令被关押了近 2 年零 3 个月，被提出指控也已有相当长一段时间。在经过这么长的时间后仍不能对被告人进行审判，本身就是对中止诉讼程序的裁决具有直接影响的一项考虑因素。做出不可能举行公平审判这一判断的时间，是在审判应当举行之时。在本案中，审判分庭花了几个月的时间探讨向被告人进行披露的可能性，并因此将审判日期从 2008 年 3 月 31 日推迟到 2008 年 6 月 23 日，从而也显示了审判应当开始的时间。在可以预见的短期内，妨碍举行公平审判的障碍没有消除的可能性。

49. 中止诉讼程序的命令是绝对的、无条件的。审判分庭在做出中止诉讼程序命令后附加了一段附带性意见，大意是，审判分庭或上诉分庭没有被剥夺取消中止诉讼的“法定权力”，但这项附带意见绝对不是为下达的命令设置了条件。至于恢复诉讼程序的权力来源于何方，它没有做出任何解释。当然，除非审判分庭提及上诉分庭有权推翻其中止诉讼的裁决，否则上诉分庭不享有这种权力。我认为，考虑在将来某个时间取消中止是与中止命令本身相矛盾的，因为该命令的基础是无法举行公平审判，而且这种考虑也完全忽略了诉讼程序的及时性是公平审判的一个要素，更不用说它的从速性了。

50. 审判分庭并未给中止诉讼程序的命令设定任何条件，而它的依据，即无法举行公平审判，却强调了该命令的永久性。不可能就是不可能，不允许有任何的限定。从上诉分庭 2006 年 12 月 14 日的判决中可以得出，中止诉讼即是诉讼

程序的终结。这是不可能集齐公平审判的构成要素的必然结果。所以，中止是不可撤销的。上诉分庭 2006 年 12 月 14 日判决的下面这段话说明了不可能举行公平审判的后果：

公平审判是实现正义的唯一途径。如果无法举行公平审判，司法程序的目的就会落空，因此必须停止。⁷⁷

51. 在本上诉中，与案件相关的问题是，认定无法举行公平审判，并因而命令中止诉讼程序是否有正当理由。答案是肯定的。认定不可能举行公平审判的结论宣告了诉讼程序的终结。

52. 鉴于上述原因，维持中止诉讼程序的命令。

本意见以英文和法文作成，以英文本为准。

Georghios M. Pikis 法官

日期：2008 年 10 月 21 日

荷兰海牙

⁷⁷ 2006 年 12 月 14 日的判决，第 37 段。