

原文: **英文**

编号: **ICC-01/04-01/06**
 日期: **2006 年 10 月 26 日**

第一预审分庭

审判庭: **Georghios M. Pikis** 法官 (主审法官)
Philippe Kirsch 法官
Navi Pillay 法官
Sang-Hyun Song 法官
Erkki Kourula 法官

书记官长: **Bruno Cathala** 先生

刚果民主共和国情势**检察官诉 THOMAS LUBANGA DYILO 案****公开文件****辩方对《关于 2006 年 10 月 3 日辩方对管辖权质疑的裁决》的上诉****检察官办公室**

Luis Moreno-Ocampo 先生, 检察官
 Fatou Bensouda 女士, 副检察官
 Ekkehard Withopf 先生, 高级出庭律师

辩方律师

Jean Flamme 先生
 Véronique Pandanzyla 女士

受害人 a/0001/06 至 a/0003/06 的律师

Luc Walleyn 先生
 Franck Mulenda 先生

1. 概要:¹

1. 辩方于 2006 年 5 月 23 日提出了释放 Thomas Lubanga Dyilo 的请求²，理由是对他持续羁押构成了对人权的严重侵犯。之后，辩方明确表示依据权力滥用原则要求无条件释放。
2. 在该请求的事实依据方面，辩方提出下列要素，包括：
 - Thomas Lubanga Dyilo 已被非法逮捕并羁押两年半以上，却没有被告知其被捕的理由，也没有被提出正式起诉；³
 - 刚果民主共和国的羁押条件；⁴以及
 - 他身为平民，却受到军事审判，这侵犯了《公民及政治权利国际公约》第十四条⁵规定的他接受公平、公正审判的权利。
3. 关于国际刑事法院有责任给予的适当救济，辩方主张如下：
 - 之所以将 Thomas Lubanga Dyilo 移交国际刑事法院拘押，是由于其主张救济的权利本来可于 2006 年 3 月实现。⁶因此，国际刑事法院接受了对他的非法羁押所带来的好处，而其后的移交剥夺了他向刚果民主共和国法院或非洲人权法院或人权委员会寻求救济的能力；⁷
 - 刚果民主共和国将情势提交国际刑事法院，与控方签署谅解备忘录，并就 Thomas Lubanga Dyilo 的羁押和调查保持与控方联系，这些事实影响了管辖权的问题以及检察官办公室保障 Thomas Lubanga Dyilo 权利的有关义务；
 - Thomas Lubanga Dyilo 在刚果民主共和国和国际刑事法院羁押股被不当地过长羁押应被定性为持续的违法行为，这影响到管辖权问题，以及无论谁是最初侵权责任人，国际刑事法院都必须落实他的获得救济权利的义务。
4. 预审分庭于 2006 年 10 月 3 日⁸发布了其裁决。预审分庭：

¹ 管辖权上诉支持文件的页数限制在《条例》第 58 条第 5 款中有规定，其中提到了上诉支持文件。

² 关于释放的申请，ICC-01/04-01/06-121 (下称“释放请求”)。

³ 见释放请求第 1 至第 26 段。

⁴ 见 2006 年 7 月 10 日《对检察官对关于释放申请的答复的答辩》所附的 Thomas Lubanga Dyilo 于 2005 年 2 月 19 日的书信，另见 2006 年 9 月 8 日的《对受害人和刚果民主共和国的意见的答复》第 55 段。

⁵ 见释放请求第 7 页和 2006 年 7 月 10 日的《对检察官对关于释放申请的答复的答辩》第 9 页。

⁶ 见释放请求第 14 至第 15 页。

⁷ 见释放请求第 15 页。

⁸ 虽然裁决日期为 2006 年 10 月 3 日，却直到 2006 年 10 月 4 日才作出通知各当事方（见附件 2）。根据《法院条例》第 64 条的规定，上诉文件应在通知后 21 日内提交。在 2006 年 9 月 25 日发布的裁决中，预审分庭认定，《条例》第 33 条第 1 款第 2 项关于时限计算的规定应作广义解释，以包括所有文件的提交（《关于控方对 2006 年 9 月 21 日 Thomas Lubanga Dyilo 关于准予上诉的请求的答复的裁决》，ICC-01/04-01/06-466）。辩方是根据该解释来计算最终期限的。

- 首先指出，辩方的主张限于(i) 辩方指称刚果民主共和国当局于 2003 年 8 月 13 日实施了任意逮捕，并于 2006 年 3 月 16 日之前在刚果民主共和国非法羁押了 Thomas Lubanga Dyilo；以及(ii)在执行法院 2006 年 3 月 14 日向刚果民主共和国发出的逮捕和移交 Thomas Lubanga Dyilo 的合作请求时，存在某些指称的不正当行为，这违反了《规约》第 59 条第 2 款；
 - 认为在适用《规约》第 59 条第 2 款规定的 Thomas Lubanga Dyilo 权利时，“‘按国家法律’这一说法意味着国家当局对解释和适用国家法律具有优先管辖权，”而且此义务并不扩展到包括审查 2006 年 3 月 14 日之前的诉讼程序，“因为此前的羁押仅与刚果民主共和国的国内诉讼程序有关；”
 - 指出军事当局有权执行国际刑事法院的合作请求，因为 Thomas Lubanga Dyilo 当时因刚果军事法庭所进行的国内诉讼程序而被羁押，因此并没有在实质上违反《规约》第 59 条第 2 款；
 - 对于辩方提出的有关滥用程序原则的意见，预审分庭认为，根据人权法，只有在“确定法院和刚果民主共和国当局之间存在协同行为”⁹，或者侵犯权利行为“在某种程度上与逮捕并向有关国际法庭移交此人的程序相关”，¹⁰且违规行为相当于“酷刑或严重虐待”¹¹的情况下，国际刑事法院才有义务审查 2006 年 3 月 14 日之前所发生的侵犯权利行为；
 - 认为“在根据《规约》第 19 条进行的本诉讼程序中，并没有发生引起辩方指称的刚果民主共和国国家当局对 Thomas Lubanga Dyilo 施以酷刑或严重虐待的问题”；¹²
 - 认为“没有证据显示，2006 年 3 月 14 日之前对 Thomas Lubanga Dyilo 的逮捕或羁押是法院和刚果民主共和国当局协同行为的结果”¹³。
5. 辩方谨指出，尊敬的预审分庭犯了以下事实和法律错误，致使其结论失效：
- 采取了不正确的法律标准来裁定是否停止对 Thomas Lubanga Dyilo 行使管辖权；
 - 未能考虑到与刚果民主共和国和国际刑事法院控方之间的关系有关的重大标志；

⁹ 第 9 页。

¹⁰ 第 10 页。

¹¹ 第 10 页。

¹² 第 10 页。

¹³ 第 11 页。

- 采用了不正确的法律标准来评估《规约》第 59 条第 2 款涉及的刚果民主共和国有关法律；以及
- 未能考虑到侵犯 Thomas Lubanga Dyilo 权利的累积效应；
- 未能考虑是否宜采纳更轻度的救济。

2.1 判断国际刑事法院是否有义务为 Thomas Lubanga Dyilo 权利受到的侵害提供救济的适当法律标准。

6. 如上所述，预审分庭认为，根据人权法，国际刑事法院只有在符合以下条件的情况下才有义务审查 2006 年 3 月 14 日以前发生的侵犯权利行为：或者，“已确定法院和刚果民主共和国当局之间存在协同行为”¹⁴，或者，该侵犯权利行为“与逮捕或向有关国际刑事法庭移交此人的程序有关”，¹⁵且该侵犯权利行为相当于“酷刑或严重虐待”。¹⁶
7. 辩方指出，预审分庭援引的判例也支持如果存在下列理由，可以针对发生在被告人或嫌疑人被正式交付法院行使管辖权之前的侵犯权利行为寻求救济。
 - 第一种情况是，法院的责任起因于协助、唆使侵害申请人的权利，或接受侵犯申请人的权利的带来的利益。在此情况下，国际刑事法院依法有义务根据指称侵犯权利行为的情节给予适当的救济。“协同行为”本身即可引发国际刑事法院的责任，同时，辩方强烈反对任何关于国际刑事法院的行为必须与刚果民主共和国国家当局的行为同期发生方可的说法。
 - 第二种情况与侵犯国家主权有关，典型的例子是绑架或诱捕案件。若当事国没有提出控诉，而且指称的犯罪严重违反了国际法（Eichmann 特例）¹⁷，侵犯国家主权本身不能成为中止诉讼程序的正当理由。申请人必须证明，甲国当局参与了在乙国进行的逮捕¹⁸，这适用上述第一种情况，或者证明其权利因该侵犯国家主权的行动而遭到侵害，这将引发第三种情况。

¹⁴ 第 9 页。

¹⁵ 第 10 页。

¹⁶ 第 10 页。

¹⁷ 见 M. Scharf, “检察官诉 Slavko Dokmanovic 案：非常规判决与前南刑庭”（The Prosecutor v. Slavko Dokmanovic: Irregular Rendition and the ICTY），莱顿国际法期刊第 11 期（Leiden Journal of International Law），第 369 至第 382 页（1998 年）。

¹⁸ 甲国当局的参与会侵犯被告的权利（和国家主权），因为“[译文]一国未经另一国预先同意，而在该国领土上实施的逮捕不但涉及一国对另一国的责任，也侵犯了第 5 条第 1 款规定的个人安全的权利”（欧洲人权法院引述的委员会意见）；因此在 Stoké 案中，惟有在国家合作成立的情况下才构成《公

- 第三种情况只要求申请人证明，鉴于对申请人权利侵害的严重性，无论谁是对最初侵犯权利行为责任的人，继续该诉讼程序将会玷污司法程序。
8. 预审分庭援引下述案例支持其主张，即“只有在确定侵犯权利行为是法院与刚果民主共和国之间的协同行为的情况下，法院才会审查对 Thomas Lubanga Dyilo 权利的侵犯”：欧洲人权法院 Stocké 诉德国案¹⁹、Klaus Altmann 诉法国案²⁰、以及卢旺达刑庭对 Semanza 案²¹和 Rwamakuba 案²²的裁决。
9. 鉴于辩方并未根据第二种情况对管辖权提出质疑，辩方指出，此申请的具体情况不能与预审分庭援引的有关绑架和诱捕的案例相比。因此，主要涉及引渡法和被指侵犯国家主权的 Stocké 和 Altmann 案在此也不适用。²³因此，尽管在谈论对引渡或移交协议的技术性违约时，使用“协同行为”一词是恰当的，但辩方指出，在发生任意和不合理的长期羁押，且羁押条件严重违反羁押最低标准的情况下，使用这一词语是有误导性的。
10. 辩方还注意到，与预审分庭着重于协同行为的做法相反，前南刑庭审判分庭认为，驻波斯尼亚维持和平部队（“多国稳定部队”）及前南刑庭控方所达成的总协议²⁴赋予了“[译文]多国稳定部队类似某些国内法律体系中警察部队的角色，并通过检察官办公室在其本身和法庭之间创造了一种关系；在这样的体系内，这种关系类似于警察、检察机关和法院之间的关系。多国稳定部队的这种准警察职能实际上使它

约》管辖的侵犯权利；若因逮捕而致使其他权利遭到侵犯，则可推断申请人无需另外证明德国当局参与了逮捕行动。

¹⁹ 11755/85 [1991] ECHR 25 (1991年3月19日) (可由 HUDOC 检索)。

²⁰ 1984年7月4日的裁决，申请号 10689，1984 年 (可由 HUDOC 检索)。

²¹ 上诉分庭 2000 年 5 月 31 日的裁决第 79 段。辩方重申在对刚果民主共和国和受害人意见的答复第 31 段提出的观点，认为 Semanza 案的上诉判决并没有推翻上诉分庭 1999 年 11 月对 Barayagwiza 案的裁决：事实上，1999 年 11 月的裁决一再得到肯定（见 Todorovic 案“多国稳定部队”裁决和 Nikolic 案上诉裁决等）。

²² 审判分庭 2000 年 12 月 12 日的裁决第 30 段。辩方进一步注意到，关于准予对该问题提出中间上诉的申请遭到驳回，而且因为 Rwamakuba 后来被无罪释放（凸显了减刑救济之不足），该议题从未在上诉阶段审理。在此方面，辩方强调此后关于这一问题的裁决并未遵循 2000 年 12 月 12 日的裁决，即上诉分庭 2005 年 5 月 23 日对 Kajelijeli 案的判决裁定，控方因没有克尽职责而要承担相关责任，同时允许在扣减刑期时将完全归因于卢旺达发布的逮捕令的羁押时间计算在内。有关该判决的进一步讨论见第 2.5 节。

²³ 就事实而言，Altmann 案有很大不同，申请人是依据里昂的一名法官合法签发的逮捕令逮捕的。Barbie 被驱逐出玻利维亚也有其合法根据，即他的国籍是靠欺骗取得的。在被驱逐出境后，他立即被移送审判，因此不存在人身保护令的问题。然后，他因危害人类罪被依照合法的逮捕令实施逮捕并被移送至里昂羁押。他也获得了对其在里昂的羁押提出质疑的权利（他自 2 月起被关押，并于 6 月申请保释）。法国上诉法院注意到他的所有辩方权利都得到了保障。

²⁴ 根据《和平协议》第 6 条第 4 款，北约驻波黑多国稳定部队的职责延伸至包括对被控告的战争罪犯进行羁押并移送法庭。除此之外，欧洲盟军最高司令部与国际法庭（为控方）就国际法庭所起诉的战争罪犯的拘留和移交的实际安排签署了秘密协议（“欧洲盟军最高司令部协议”）。

能够作为法庭的执法部门来运作，从而给法庭为实现起诉严重违反国际人权法的责任人这一基本宗旨而开展的工作带来显著的影响。若法庭没有能力行使这种准警察职能的某些方面权力的话，这将是非常奇怪的[……]。显然，法庭通过作为法庭机关之一的检察官办公室，与多国稳定部队之间维持着紧密的职能关系，尽管它不是一种机构上的关系。”²⁵根据这一分析，预审分庭审理了以指称多国稳定部队非法逮捕为由提出的释放和司法援助申请。

11. 辩方也认为，国家有责任保障人权和提供救济的概念自 Stocké 和 Altmann 案²⁶做出裁决以来已有重大演变。例如，联合国人权委员会和欧洲人权法院对管辖权都采用了较宽泛的概念，以确保不存在人权“黑洞”，²⁷还吸收了美洲法院的尽职调查概念，要求国家针对私人主体实施的侵犯权利行为提供救济。²⁸

²⁵ 《关于北约驻波黑多国稳定部队应提供的司法协助的动议的裁决及 Robinson 法官的单独意见》，第 6 段，检察官诉 Todorovic 等人案，2000 年 10 月 18 日 <<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/01018EVT13779.htm>>

²⁶ 例如于 Altmann 案的立场，法院认为《欧洲人权公约》“没有规定准许引渡的条件或准许引渡前适用的程序”。该立场显然已根据 1989 年发布的 Soering 案判决书而加以修改。因此，例如在 Ocalan 诉土耳其案，请求号 46221/99，2005 年 5 月 12 日，（大法庭）欧洲人权法院强调国家间就刑事案件的相互合作应符合各国在人权法下承担的义务。法院认为，虽然《欧洲人权公约》“并不禁止国家间在引渡条约的框架内或就遣返事宜进行合作，以便将在逃嫌犯绳之以法”，但此类合作不应“与公约认可的任何具体权利相抵触”，见第 86 段。

²⁷ 见 Had'Boudellaa、Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle 和 Saber Lahmar 诉波斯尼亚和黑塞哥维那及波斯尼亚和黑塞哥维那联邦案中，波斯尼亚人权分庭（该庭由国内和国际法官共同组成）于 2002 年 10 月 11 日发布的关于可受理性和法律依据的裁决。案件号：Ch/02/8679, Ch/02/8689, Ch/02/8690 和 Ch/02/8691 <http://www.hrc.ba/database/decisions/CH02-8679%20BOUDELLAA%20et%20al.%20Admissibility%20and%20Merits%20E.pdf>

分庭主张，考虑到《欧洲人权公约》对管辖权的广义解释，即使根据《代顿和平协定》的规定，应诉方对驻波黑美军并无直接管辖权，波黑当局仍有义务要了解并审查导致申请人被羁押的法律依据。最后，即使申请人被移送至关塔那摩监狱，即波黑政府的实质和司法管辖权所及领土以外），波黑人权法庭认为，波黑政府仍负有尽一切适当的手段以确保其人权的积极义务。

此外，关于成员国对在他国管辖范围内遭到人权侵犯的个人具有何种义务的问题，欧洲理事会议会曾颁布决议，规定欧洲理事会成员国就其与美国政府之间的关系，特别是就关塔那摩湾羁押中心而言所应承担的法律义务。该决议规定成员国须承担以下义务，包括：如果嫌疑人可能被羁押在关塔那摩监狱，成员国应拒绝美国的任何引渡请求；除提供无罪证据，或涉及普通法庭的法律诉讼程序外，成员国应拒绝听从美国就涉及关塔那摩监狱被羁押人的相互法律协助提出的请求。对于最终被从关塔那摩监狱移送至欧洲理事会成员国的被羁押人，成员国有义务遵从“抵达即自由的推定”。欧洲理事会议会大会 1433 号决议：（关于美国在关塔那摩监狱羁押的合法性）

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/ERES1433.htm>

²⁸ 例如，见《人权委员会关于公约缔约国一般法律义务的性质的一般性意见 31》第 15 段：“缔约国未能调查对违法行为的控诉，这本身可能会导致另一项独立的违反公约的行为。停止持续的侵犯行为是获得有效救济权的一项基本要素。<<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom31.html>>

12. 在这方面，辩方在其请求和答辩书中，就一个组织的责任可能因协助、唆使、受惠于或维系一项持续性违法行为而引发进行了大幅论述。²⁹辩方进一步引述了由《规约》第 55 条第 1 款引发的法院须确保嫌疑人权利的积极义务。就后者而言，第 55 条第 1 款并没有规定这些行动（任意逮捕或羁押）必须可归咎于检察官或国家当局：引发采取一切必要措施以预防或救济任意逮捕或羁押的积极义务的惟一条件是，这些行为必须是发生在根据《规约》开展的调查中。在这方面，辩方援引卢旺达刑庭上诉分庭的声明：“起诉罪行的国际分工不得损害被逮捕人”³⁰：因此，未能针对在国内层面发生的对申请人权利的侵害提供救济可以引发控方的责任。
13. 既然刚果民主共和国于 2004 年将情势提交给法院，辩方认为，法院自知晓 Thomas Lubanga Dyilo 因《罗马规约》所规定犯罪的调查而被逮捕和羁押时起，就有义务确保他的权利。³¹即使法院针对违法行为实施救济的能力因该行为发生在他国领土而受到限制，法院和检察官仍有义务“竭尽可供外国和国际组织使用的一切法律和外交手段，继续确保享有《公约》规定的权利和自由。”³²
14. 辩方还指出，以协同行为作为要件，超出了《罗马规约》规定的追究个人或官员刑事责任所需满足的要求³³，这显然违背了这些法律层面之间的区别和各自确立责任的最低条件。就此，辩方提及前南刑庭审判分庭在 Kunarac 等人案中确定的两种不同法律层面之间的界限。该判决如下：³⁴

[译文] 援引人权法中的定义时，审判分庭必须考虑这两个不同法律主体之间的两项关键性结构区别：(i)首先，国家作为行为者的角色和地位在这两个法律

²⁹ 见辩方对刚果民主共和国和受害人的答复第 21 段和脚注 27，以及辩方释放请求第 32 段（第 20 页）。

³⁰ 2005 年 5 月 23 日判决第 220 段（卢旺达刑庭的所有裁决都可自 www.ictr.org 下载）。辩方还援引前南刑庭上诉分庭关于根据规则第 11 之二条将 Savo Todovic 移交波黑法庭的裁决，上诉分庭在裁决中指出，“[译文]由于建造新监狱以收容波黑国家法庭起诉的人员的时间尚不明确，上诉分庭忆及，如果对于预审羁押或可能的定罪后羁押无法达到最低羁押标准存在严重的关切，控方有义务提醒参与审理移交案情的法官注意”，2006 年 9 月 6 日的裁决，第 99 段。<http://www.un.org/icty/rasevic/appeal/decision-e/todacdec060904e.pdf>。

³¹ 上诉分庭 1999 年 11 月 3 日在 Barayagwiza 案裁决中提出了一项类似论据：分庭提出了监督权的概念：“可为保障司法利益而行使，而无论是否存在具体的侵权行为。[...]这种监督权力的行使有三种功能：为被告人权利受到的侵害提供救济；威慑未来的不当行为；提高司法程序的健全”（第 76 段）。

³² Illascu 及其他人诉摩尔多瓦和俄罗斯案（申请号 48787/99），2004 年 7 月 8 日的判决书，第 333 段（可于 HUDOC 获得）。亦见 Had'Boudellaa、Boumediene Lakhdar、Mohamed Nechle 和 Saber Lahmar 诉波黑案，于上文脚注 22 中引用。

³³ 《规约》第 25 条还包括帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施犯罪；以及以任何其他方式帮助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪。

³⁴ 2001 年 2 月 22 日的裁决第 470 段。<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>。

体系下是完全不同的。人权法基本上是由于国家对公民的侵害并出于保护公民不受国家组织或赞助的暴力侵犯的需要而诞生的。[……]就人权而言，国家是受保护权利的最终保证人，有义务和责任谨守这些权利。如果国家侵犯了这些权利或没有尽责保护这些权利，可以要求它对此承担责任，并责成它采取适当措施来制止对权利的侵犯。³⁵

15. 因此，鉴于人权法的宗旨是保护个人免受国家可能的压迫性或无意的伤害，在归责于国家时，适宜采用比确定个人对犯罪行为承担刑事责任时适用的标准更低的最低要求。所以，辩方敦请上诉分庭彻底驳回任何在裁定法院是否应负责确保 Thomas Lubanga Dyilo 的基本人权时，采用比裁定他是否应承担《罗马规约》规定的刑事责任时适用的更加严格的标准的作法。如果一个法庭愿意在处理受害人的申请时采用如此进步的标准，³⁶但当辩方是受害人时却采取如此倒退的立场，将会是极其令人诧异和失望的。
16. 关于第三种情况，法院援引了前南刑庭 Nikolic 和 Dokmanovic 案³⁷、卢旺达刑庭的 Barayagwiza 和 Kajelijeli 案的判例来支持其主张，即“这项法律原则会要求法院在某一特定案件中拒绝行使其管辖权；而迄今为止，该原则的适用仅限于羁押国国家当局在与逮捕并向有关国际刑事法庭移交嫌犯有一定关联的程序中实施酷刑或严重虐待的情形。”³⁸
17. 辩方认为，要求申请人证明其权利遭到严重侵犯是因为与逮捕和移交有关的技术上的违法本身并不足以支持诉讼程序的中止，但是这一结论并不意味着申请人一定要

³⁵ 另见 Velasquez Rodriguez 案 1988 年 7 月 29 日的判决：“国际的人权保障不应与刑事司法相混淆。国家不以被告人的身份在刑事诉讼中出庭。人权法的目的不在于惩罚侵犯人权的个人，而是要保护受害人，并为有关国家行为造成的伤害提供补偿。”（第 134 段）美洲人权法院。

http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf_ing/seriec_04_ing.pdf

³⁶ 例如将损害的定义延伸至包含精神伤害。

³⁷ Dokmanovic 案的裁决对此项申请的适用性是非常值得怀疑的。分庭认为，虽然 Dokmanovic 被从南斯拉夫境内“引诱”至克罗地亚，但引诱本身并不构成犯罪行为，特别是考虑到无论国内引渡法措词如何，任何国家依法都必须移交被起诉人员至前南刑庭（见第 67 和 68 段）。因此裁决是基于被告人的权利并未受到侵犯的事实，而非检察官办公室的参与或指称的申请人权利受到侵害的严重程度问题。要了解为什么援引 Toscanino 案中关于必须证明存在“残酷、不人道和粗暴行为”的要求（见第 75 页），就要知道这是在讨论究竟暴力和非法性需要达到怎样的严重程度，才足以将原本合法的（或至少不为国际法所禁止的）逮捕或拘捕转变为非法使用暴力，从而为中止诉讼程序提供正当理由。鉴于存在着根据合法发布的逮捕令执行的逮捕可初步认定有效这一假设，辩方指出，就驳回案件的理由而言，其适用门槛就要相应地高于本申请，本申请所涉的诉讼程序始于任意逮捕，完全未经合法程序，而且其长期羁押的条件既不人道又有辱人格。最后，辩方注意到，分庭特意在其判决书中附上一项声明，明确其说理仅限于考虑逮捕和羁押 Dokmanovic 先生所使用的方法是否正当合法，因此没有涉及如果逮捕确属违法，院法是否应放弃其管辖权的主张（见第 78 段）。

³⁸ 第 10 页。

证明对其权利的侵犯是在逮捕并向国际司法机关移交的程序中发生的，或者每项侵犯都必须相当于酷刑或严重虐待。

18. 虽然被告人要求中止诉讼程序的情况通常都发生在逮捕和移交程序的背景下，但相关判例却没有限制该原则只能适用于这些特定的情形。例如，在 Nikolic 案的审判裁决中，分庭认为

[译文] 若被告人在移交法庭之前受到非常严重的虐待，或甚至受到不人道、残酷或有辱人格的待遇或酷刑，则会对法院对该被告人行使管辖权构成法律障碍。若代表多国稳定部队或控方的人员参与了这种非常严重的虐待行为，则当然属于这种情况。但即便上述人员没有参与该行为，分庭仍然认为，对于在被移交到法庭前曾受到严重虐待的个人，法庭很难行使管辖权。分庭认为，这符合上诉分庭在 Barayagwiza 案中的作法，该案裁定，在严重侵犯被告人权利的情况下，“哪个或哪些实体应对指称侵犯上诉人权利的行为负责是无关紧要的”。控方支持这样的作法。³⁹

19. 辩方依据该判例做以下推断。首先，虽然审判分庭明确提到不人道、残酷或有辱人格的待遇或酷刑，但是它暗示此类侵害是属于程度上较严重的（这由使用“甚至”一词可以看出），也就是说，其他严重程度较轻的侵犯也许可以成为中止诉讼程序的理由，而酷刑或类似的严重行为则肯定成为中止诉讼程序的理由。上诉分庭进一步澄清，侵犯权利行为的类型和需要达到的严重程度“取决于每个案件的实际情况，而不能绝对化”。⁴⁰

20. 此外，在 Barayagwiza 案的判决中，虽然上诉分庭使用了像“严重”这样的字眼，但它针对申请人的整体实际情况、基于对申请人权利遭受的累积侵犯的考虑使用这个词的。⁴¹因此辩方指出，辩方无需证明每项具体的侵犯权利行为都相当于酷刑：它需要证明的是指称的侵犯权利行为的累积效果相当于对申请人权利的严重侵犯。

21. 其次，辩方指出，“如果此人在移交法庭之前受到非常严重的虐待”这句话的含义是，分庭无意将滥用程序原则的适用局限于实际逮捕或移交程序中的侵犯权利行

³⁹ 第 114 段。上诉分庭在上诉裁决第 30 页支持审判分庭的做法，并进一步明确重申上诉分庭 1999 年 11 月 3 日对 Barayagwiza 案的裁决继续适用。

⁴⁰ 第 30 段。

⁴¹ 上诉分庭考虑到了以下问题，“[译文] 1) 在羁押初期迅速被告知所涉指控的权利；2) 辩方声称审判分庭没有解决上诉人所提出的人身保护令的问题；3) 上诉人声称检察官没有勤于对其案件进行起诉”（见第 73 段）。此后，分庭强调，“对本分析中提出的情形必须整体地解读。[……]裁决本分节中的所有结论如果单独来看，对这一问题都没有必然的决定性。也就是说，是这些元素的组合而非其中任何单一的结论导致我们得出该分节中的结论。换言之，滥用程序原则的适用取决于案件本身的具体情况，而且仅限于极端严重的情形 [着重号是后加的]。”见第 73 段。

为。如上文所述，在 Barayagwiza 案中，上诉分庭考虑到一系列指控，如移交前羁押期的长短、首次出庭日期安排的延迟，以及人身保护令状申请的听讯的拖延，并肯定地引用了几项关于滥用程序原则的裁决，这些裁决都是涉及不合理的拖延而发布的。⁴² 辩方还注意到，在被告人从速接受审判的权利遭受侵犯的情况下，或因为不合理的审前羁押，滥用程序原则都在国内诉讼程序中得到了适用，尽管在有些情况下公平的审判仍然能够进行。⁴³

2.2 分庭未能考虑到涉及刚果民主共和国和检察官办公室之间关系的有关的证据性标志

22. 在这个问题上，分庭仅仅指出，“没有证据显示 Thomas Lubanga Dyilo 于 2006 年 3 月 14 日之前的逮捕和羁押是由于法院和刚果民主共和国当局之间任何协同行为的结果”⁴⁴。
23. 辩方请求查阅刚果民主共和国的所有案卷，以查证检察官办公室和刚果民主共和国当局之间的联系，从而对其逮捕的合法性提出质疑。这项申请遭到了预审分庭和上诉分庭的拒绝。由于八月份安全局势恶化，辩方小组成员被迫撤离，从而妨碍了辩方在刚果民主共和国调查对 Thomas Lubanga Dyilo 的国内诉讼程序的能力。
24. 鉴于辩方就此问题提交事实材料的能力有限，辩方特别指出人权法规定的原则：“[译文]与国内刑法相反，在裁定人权问题的诉讼程序中，如果没有国家的合作，申诉人便无法取得证据，那么国家就不能以申诉人没有提供证据作为抗辩。”⁴⁵
25. 虽然分庭没有宣布判断控方和刚果民主共和国之间是否存在协同行为的必要标准，但如果分庭从适当的人权角度考虑辩方的意见，那么下面的标志就可以提供足够证

⁴² 第 75 段援引了 Bell 诉牙买加总检察长案的枢密院裁决，以及 R 诉牛津市法院单方 Smith (DKB)。上诉分庭后来还注意到，“[译文] 在加拿大、菲律宾、美国和津巴布韦，侵犯受到从速刑事起诉的权利会导致驳回诉讼，并不得上诉”（第 108 段）。在津巴布韦判例法方面，分庭在第 111 段援引了 Mlambo 案。

⁴³ 见 Emerson 和 Ashworth，《人权和刑事司法》(Sweet and Maxwell, 2001 年) 第 353 至第 357 页，特别指出新西兰和加拿大在这方面的判例：“[译文] 即使公平审判仍可进行，但拖延对被告人产生的心理影响可构成拖延不合理的有力论据”（第 357 页）。

⁴⁴ 第 11 页。

⁴⁵ 美洲人权法院 Velasquez Rodriguez 案，1988 年 7 月 29 日判决书，http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf_ing/seriec_04_ing.pdf 第 135 段。另见 2006 年 7 月 10 日辩方对检察官办公室的答辩第 14 段中提到的 2004 年 2 月 17 日 İpek 诉土耳其案（申请号 25760/94）的裁决第 111 至第 113 段，以及 2002 年 Orhan 诉土耳其案的欧洲人权法院判决（申请号 25656/94）、2002 年 6 月 18 日判决（FINAL 06/11/2002）：“[译文] 在个人控告国家机构侵犯其公约权利的案件中，某些情况下，只有应诉的政府能够取得可证实或推翻指控的信息，成为此种性质案件的诉讼程序所固有的特点。政府若没有提供所掌握的此类信息且无法提出令人满意的解释，那么这不但可能引出申请人的指控确有充分依据这样的推断，还可能反映出应诉国并没有很好地履行其义务。”第 266 段，另见第 274 段。

据，显示刚果民主共和国当局的行动能被归因于国际刑事法院控方。因此，其“没有证据”的说法显然是不正确的。

26. 2004 年 4 月 19 日，刚果民主共和国将情势提交本法院，默示地放弃了对《罗马规约》管辖下的指称犯罪进行调查的优先权。因此可以说，提交情势之日对违反《罗马规约》的任何行为的调查实际上都是代替⁴⁶法院或是在考虑到法院可能的管辖权的前提下进行的。2004 年 10 月 6 日控方与刚果民主共和国签署了司法合作协议的事实支持了这种解释。⁴⁷值得注意的是，根据该协议的第七章，一旦国内当局对《罗马规约》管辖下的犯罪展开任何调查，刚果民主共和国有义务立即知会国际刑事法院检察官办公室，并通报此后调查的所有进展。根据先前提到的前南刑庭对前南刑庭检察官办公室与多国稳定部队之间谅解备忘录法律效力的判例，辩方认为，刚果民主共和国将情势提交国际刑事法院的事实和其后的谅解备忘录在刚果民主共和国调查机关和法院检察官办公室之间创造了一种代理关系。
27. 在刚果民主共和国将情势提交国际刑事法院之后，检察官于 2004 年 4 月宣布他将着重于在 Ituri 发生的事件。⁴⁸考虑到在申请逮捕令的听讯期间，控方曾表示其认为 Thomas Lubanga Dyilo 对该地区的事件要负最大的责任（其背景是讨论达到法院诉讼程序的管辖权门槛需要怎样的严重性），唯一合理的假设是，检察官在 Thomas Lubanga Dyilo 于 2005 年 3 月被刚果民主共和国当局逮捕以前就展开了对他的调查。因此，《规约》第 55 条第 1 款规定的 Thomas Lubanga Dyilo 的权利在他于 2005 年 3 月被捕时起（甚至更早）就应生效。
28. 辩方进一步指出，在 Thomas Lubanga Dyilo 被捕刚刚一个月之后，控方即提出利用一个独特的调查机会询问证人或搜集证据的申请，这太过于巧合。辩方认为合理的假设是，要么调查机会与 Thomas Lubanga Dyilo 有某种关联，要么控方可能一直试图利用 Thomas Lubanga Dyilo 被羁押的机会，获取之前无法取得的证据。由于与控方申请有关的所有裁决和档案仍然是单方的，辩方无法确证控方的申请与其对刚果爱国者联盟的调查之间是否存在关联。

⁴⁶ “[译文] 虽然国际刑事法院《规约》依据补充管辖原则赋予国家法院优先权，但从技术上而言，一旦案件被认定为可受理，当事国就失去其优先权而国际刑事法院则接掌了对整个案件的控制权。《规约》第 59 条第 2 款明确地将部分诉讼程序保留给国家当局，这并不代表国际刑事法院对案件没有权限。在此阶段，有关的国家是在代表国际刑事法院执行部分诉讼程序。” M. El Zeidy, “对国际刑事法院《规约》第 59 条第 2 款的若干重要意见”，《国际刑事司法学报》，4 (2006) 449-465, 第 458 页。
<http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/short/4/3/448>

⁴⁷ ICC-01/04-01/06-32-US-Exp-Anna8。

⁴⁸ 检察官接受提交的刚果民主共和国情势，海牙，2004 年 4 月 19 日，ICC-OTP-20040419-50-En
http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details?id=19&l=en.html

29. **此处已删节⁴⁹；此处已删节。**⁵⁰

30. **此处已删节。**

31. 2005 年 8 月，法院控方代表与总检察长会晤；⁵¹因此必然的假设是，法院控方此时已经获知刚果民主共和国当局无意追究造成 Thomas Lubanga Dyilo 被长期羁押的指控。也可以假设，正是在此时此刻，刚果民主共和国当局传达了希望法院代表刚果民主共和国进行调查并由刚果民主共和国从旁协助的意愿。然而，虽然刚果民主共和国当局承认没有掌握足够的证据来起诉 Thomas Lubanga Dyilo，但它没有下令将其释放，法院检察官办公室也没有正式请求法院预审分庭向刚果民主共和国发出逮捕令，以便将他因法院《规约》管辖下的犯罪而继续受到的羁押合法化。唯一可能的结论是，他们对《规约》第 20 条第 3 款关于可受理性限制的解决之道就是干脆不采取任何行动，这样法院检察官办公室就可以声称，国内诉讼程序采用的方式，不符合将有关的人绳之以法的目的（《罗马规约》第 20 条第 3 款第 2 项）。实际上，直到 Thomas Lubanga Dyilo 被移送国际刑事法院之后（即当其继续羁押有了保障之后），总检察长才终止了对 Thomas Lubanga Dyilo 的国内诉讼程序（以避免一事不二审的问题）。由此推知，维持表面上的国内调查的唯一目的在于确保对 Thomas Lubanga Dyilo 的持续羁押，直到法院检察官办公室准备好按照《罗马规约》规定的证据门槛正式申请逮捕他。⁵²

32. 接着，检察官与总检察长（或其代表）于 2005 年 9 月、2005 年 12 月和 2006 年 1 月举行会晤，⁵³在这些会晤中，检察官得到证实，刚果民主共和国当局没有对 Thomas Lubanga Dyilo 采取进一步的调查行动。⁵⁴所以，检察官与下令持续羁押 Thomas Lubanga Dyilo 的有关责任单位进行了积极的合作。

33. 按照对 Thomas Lubanga Dyilo 适用的军事法，连续 12 个月的羁押后，他有权接受军事法官的审讯，从而审理和辩论继续羁押的合法性（之前总检察长一直是例行延长羁押的）。检察官在向法院预审分庭呈交的一份文件中指出，与检察官曾多次与之会面以讨论 Lubanga 案的总检察长不同，检察官“并不知晓有关军事法官的意

⁴⁹ 此处删节。

⁵⁰ 此处已删节。

⁵¹ 见 2006 年 1 月 25 日控方呈交的其他信息，脚注 18。

⁵² 总检察长还下令将卷宗 RMP No. 0123/NBT/05 中的所有文件移交国际刑事法院（辩方的释放请求，第 4 页）。

⁵³ 见 2006 年 1 月 25 日检察官的进一步资料和材料，脚注 18。根据裁决 ICC-01/04-01/06-46、ICC-01/04-01/06-39-AnxC，它于 2006 年 3 月 23 日被重新定级为公开文件。

⁵⁴ 2006 年 1 月 25 日的进一步资料，第 11、第 20 和第 21 段。

图”。因此，控方担心，“自逮捕 Thomas Lubanga Dyilo 以来明显没有开展调查行动，这会为法官批准释放他[提供]足够的法律依据”。⁵⁵所以，检察官申请逮捕令的理由和时机显然都是在防止 Thomas Lubanga Dyilo 行使向司法机关请求人身保护令的基本人权的可能性。

34. 在这方面，辩方指出，2006 年 2 月 2 日的听讯清楚地表明，控方知道该案在刚果民主共和国未经正当程序，而且存在着（在极端恶劣的条件下）任意和长期羁押的问题，各种非政府组织、人权委员会⁵⁶和联合国驻刚果特派团⁵⁷都曾大幅报导这一问题。因此，控方知道，受到刚果民主共和国当局调查的人员可能在不人道的条件下受到任意羁押，并被剥夺正当程序的权利。检察官申请逮捕令时向预审分庭提供的资料清楚地表明，法院控方从未试图保障《规约》第 55 条第 1 款规定的 Thomas Lubanga Dyilo 的权利；而且，尽管检察官和总检察长之间频频会面，法院控方也从未把刚果民主共和国同意提供这样的保障作为它与刚果民主共和国有关当局之间合作的条件。
35. 考虑到这些事件的时间顺序，以及控方本身承认其与总检察长之间持续接触并获得协助，辩方根本无法理解为什么预审分庭会认为没有证据，特别是考虑到分庭在这些事件上所知晓的单方面信息比辩方知晓的多得多。

2.3 在评估《规约》第 59 条第 2 款所指的刚果民主共和国的有关法律时，适用了不正确的法律标准

36. 《规约》第 59 条第 2 款规定，“应将被逮捕的人迅速提送羁押国的主管司法当局。该主管司法当局应依照本国法律确定：
 1. 逮捕证适用于该人；
 2. 该人是依照适当程序被逮捕的；和
 3. 该人的权利得到尊重。”
37. 在被上诉裁决中，预审分庭认为，“依照本国法律”的字眼是指国家当局有解释和适用国家法律的优先管辖权[……]，但这并不妨碍当此种解释和适用涉及《规

⁵⁵ 第 13 段。

⁵⁶ 这些报告将在第 2.4 节中进一步详细讨论。

⁵⁷ 联合国驻刚果特派团形容刚果民主共和国的羁押条件恶劣，相当于不人道待遇。《刚果民主共和国监狱和牢房中的羁押条件报告》2004 年 4 月 http://www.monuc.org/downloads/Rapport_sur_les_prisons_octobre_2005.pdf#search=%22Rapport%20sur%20la%20d%C3%A9tention%20dans%20les%20prisons%20et%20cachots%20de%20la%20RDC%20MONUC%202004%22。

约》直接交回给国家法律解决的问题时，分庭对国家当局如何解释和适用国家法律保留一定程度的管辖权。⁵⁸

38. 因此，分庭此后将其对刚果民主共和国当局行为的审查局限于它们是否遵守了其国内军事法庭诉讼程序的有关规定，并认为执行逮捕的国家当局有权实施逮捕，因为 Thomas Lubanga Dyilo “当时是因为在刚果军事法庭进行的国内诉讼程序而被羁押”。⁵⁹
39. 辩方认为预审分庭犯了以下几项错误：第一，采用了欧洲理事会和欧盟成员国特有的“自由裁量标准”；第二，没有考虑刚果民主共和国当局的行动是否遵守了刚果民主共和国在《公民及政治权利国际公约》和《非洲人权和人民权利宪章》中承担的义务。
40. 关于第一个问题，为支持其尊重国家当局解释国家法律的优先权的做法，分庭援引了欧洲人权法院对 Altmann 诉法国案和 Winterwerp 诉荷兰案的判例。然而，辩方谨指出，援引国内法律的解释优先权事实上是基于“自由裁量”的原则，而此原则并不适用于《公民及政治权利国际公约》⁶⁰或《非洲人权和人民权利宪章》⁶¹。鉴于刚果民主共和国签署了《公民及政治权利国际公约》和《非洲人权和人民权利宪章》（但显然没有签署《欧洲人权公约》）的事实，国际刑事法院采用欧洲理事会的自由裁量标准来评估刚果民主共和国是否遵守了国家法律是十分不恰当的。⁶²

⁵⁸ 被上诉裁决第 6 页。

⁵⁹ 被上诉裁决第 8 页。

⁶⁰ 关于限制《公民及政治权利国际公约》所指侵害的一般性意见 29。辩方还援引联合国大会正式纪录人权委员会第 58 届会议第 671/1995 号通讯第 10.5 段（联合国文件 CCPR/C/58/D/671/1995 (1996) 中的 Lansman 等人诉芬兰案，其中人权委员会明确反对将自由裁量原则适用于《公民及政治权利国际公约》。另见关于缔约国有义务履行其在《公民及政治权利国际公约》中所承担之义务的一般性意见第 31 号，“虽然第 2 条第 2 款允许缔约国依据国内宪法程序落实《公约》规定的权利，但要适用同样的原则，以便防止缔约国以宪法条文或国内法的其他方面为由，为其不实践或落实条约所规定的义务提供理由。” [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?OpenDocument)

⁶¹ 2003 年 8 月 12 日 N Barney Pityana 教授于南非大学所发表的开学演说“国际人权法的障碍和陷阱：关于设立非洲人权和人民权利法院的非洲宪章议定书的批准过程” — 第 24-25 页：

http://www.unisa.ac.za/contents/about/principle/inaugural_lecture_03.doc

教授将非洲宪章体系与欧洲人权公约做了比较。相比之下，Pityana 认为自由裁量概念是欧洲人权法院特有的机制，暗示非洲宪章及其法理中缺少此一概念。另见 René Provost “非洲人权：非洲人权和人民权利宪章 - 传统与现代司法观”，《人权季刊》(Les Droits de l'Homme en Afrique : La Charte Africaine des Droits de l'homme et des Peuples - une Approche Juridique des Droits de l'homme Entre Tradition et Modernité Human Rights Quarterly) 17.4 (1995)，第 807-812 页。

⁶² 《规约》第 59 条第 2 款明确地将部分诉讼程序保留给国家当局，这并不代表国际刑事法院对案件没有权限。在此阶段，有关的国家是在代表国际刑事法院执行部分诉讼程序。” M. El Zeidy，“对国际刑事法院《规约》第 59 条第 2 款的若干重要意见”，《国际刑事司法学报》，4 (2006) 449-465, 第 458 页。<http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/short/4/3/448>。根据第 59 条第 2 款，刚果民主共和国当局有义务考虑逮捕程序是否符合第 59 条第 1 款，它规定国家当局应“根据其国内法律和第九编的规定[着重号是后添加的]”逮捕该人。后面提到的第九编特别重要，因为《罗马规约》第九编规定缔约国有义务确保：第

41. 在此方面，正如辩方在对刚果民主共和国和受害人所做答辩中提出的，作为一元法律体系的成员，刚果民主共和国在签署了这些文件之后，自动有义务在实施其国内法律时落实文件中的规定。因此，在评估逮捕令的执行是否符合“国家法律”时，预审分庭必须分析刚果民主共和国当局的行为是否遵守了刚果民主共和国在《公民及政治权利国际公约》和《非洲人权和人民权利宪章》中承担的义务。⁶³
42. 辩方在此援引在其释放请求、对检察官办公室的答辩和对刚果民主共和国和受害人的答辩中提出的论点，即逮捕令是由军事当局执行的，因此，Thomas Lubanga Dyilo 无法为此而求助于公正独立的司法机关。虽然《公民及政治权利国际公约》和《非洲人权和人民权利宪章》并没有禁止军事法庭本身，⁶⁴但 2006 年 4 月联合国人权委员会曾明确指出，刚果民主共和国的军事法庭体系缺乏对公平审判的保障。⁶⁵此外，鉴于该军事当局曾坦承 2005 年系出于联合国驻刚果特派团的政治压力而逮捕 Thomas Lubanga Dyilo，而且还应对 Thomas Lubanga Dyilo 自 2005 年 3 月以来的长期非法羁押负责，在考虑该军事当局是否能保持公正和独立时应当参照这一事实。
43. 对于分庭得出的由于 Thomas Lubanga Dyilo “当时是因为在刚果军事法庭进行的国内诉讼程序而被羁押”因此执行逮捕的国家当局有权实施逮捕的结论，辩方坚决反对这样一种想法，即一项行为在起初违法可作为其继续不合法的正当理由。《规约》第 59 条规定了为非法逮捕和不必要羁押提供的救济（虽然本质上十分有限）；因此国际刑事法院有责任以有效的、而非虚假的方式确保国家当局落实有关个人寻求救济的权利。⁶⁶ Thomas Lubanga Dyilo 有过什么机会来质疑对其实施的逮

一，根据第 86 条，“依照本规约的规定”进行合作；以及第二，根据第 88 条，缔约国应确保其国内法中已有可供采用的程序，以执行第九编规定的各种形式的合作。《罗马规约》第 21 条第 3 款规定，《罗马规约》各项规定的适用必须符合人权法，根据这一事实可以看出，如果结合第 86 条、第 88 条和第 21 条第 3 款来解读的话，第 59 条第 1 款演变成了一种义务，即确保缔约国为执行逮捕国际刑事法院的嫌疑人而实施的国内程序符合人权法。

⁶³ “[译文] 最后，国家当局必须判断被逮捕人的权利是否受到了尊重。可以认为，此处所指的该人的权利是指接受请求国的国内法和该国签署的人权条约规定的权利。” Cassese, Jones 和 Gaeta, 第 1253-1254 页。

⁶⁴ 虽然关于国际笔会、宪法权利项目、国际人权法律保护中心代理 Ken Saro-Wiwa Jr. 和公民自由组织的案件中，非洲委员会认为，“[译文] 将案件排除于普通法院的管辖之外，而置于一个行政机关的延伸管辖内，这必然会损害《非洲宪章》规定的公正性。这种对法庭公正性的损害是原则性的，与特别法庭所挑选的个人的资格无关。” <http://hei.unige.ch/~clapham/hrdoc/docs/achprssaro-wiwacase.html>

⁶⁵ “人权委员会对刚果民主共和国的结论性意见”，CCPR/C/COD/CO/3, 2006 年 4 月 26 日，<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs86.htm>，第 19-21 段。

⁶⁶ 在其题为“关塔那摩监狱在押人状况”的报告（可由网上获取 <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/112/76/PDF/G0611276.pdf?OpenElement>）中，人权委员会认为，由三位非委任官员组成的战斗人员状况复议庭来审查关塔那摩监狱被羁押人的羁押合法性，违反了《公民及政治权利国际公约》第 9

捕是否遵守了正当的程序呢？他又有过什么机来向一个积极鼓动将其案件移交国际刑事法院，并为此与法院检察官办公室积极合作，而且在缺乏证据的情况下仍下令将他长期羁押的当局寻求临时释放呢？

44. 这个问题上的最后一点是，就预审分庭要求刚果民主共和国提交的总检察长拟定并签字的文件而言，虽然总检察长被指定为负责与法院检察官办公室进行联系的单位，但该职位并不代表刚果民主共和国政府本身。所以，“代表刚果民主共和国”提交的文件并是对总检察长行为以及总检察长与法院检察官办公室之间关系的中立评价。

2.4 没有考虑到对 Thomas Lubanga Dyilo 权利的侵犯的累积效应

45. 在被上诉裁决第 10 页，预审分庭突然得出结论，“在根据《规约》第 19 条进行的本诉讼程序的过程中，没有出现刚果民主共和国当局涉嫌对 Thomas Lubanga Dyilo 施加酷刑或严重虐待行为的问题。”
46. 辩方谨对分庭认为没有这方面问题的结论提出异议。2003 年，Thomas Lubanga Dyilo 被任意逮捕⁶⁷并软禁。在这段期间内，他被剥夺了自由和过家庭生活的权利，而且经常得不到食物。⁶⁸他从未在任何阶段受到审讯，也未被允许对其持续的软禁提出质疑。⁶⁹他被诱至金沙萨参与和平会谈之后遭到逮捕的事实彰显了行政、

和第 14 条，因为该庭的法官是由隶属于国防部、最终由总统授权和负责的“委任机关”来任命的。由于刚果民主共和国的总检察长最终向共和国总统负责，那么他也不符合《公民及政治权利国际公约》第 9 条和第 14 条的规定，即审前羁押的复议应由独立的司法机关执行。委员会进一步对缺乏公正司法机制来审查这些裁决表示担忧（见报告第 32 段）。如果国际刑事法院采用自由裁量原则，不适当当地遵从《罗马规约》第 59 条所指的总检察长的意见，那么，这一问题上的预审复议程序的公正性同样具有争议。辩方进一步援引 2006 年 7 月 29 日美国最高法院关于 Hamdan 诉 Rumsfeld 案的裁决，其中法院认为，由国防部长对战斗人员状况复议庭的裁决进行最终复核不但无法纠正这种公正性的缺乏，而且会使其恶化。（见法院意见第 45 页和 Kennedy J 的单独意见第 15 页。）

⁶⁷ 辩方援引在对受害人和刚果民主共和国的答复第 53 和第 54 页，关于软禁的法律条件及相关权利。

⁶⁸ 为支持这一指控，辩方引用了美国国务院 2006 年 3 月 8 日关于刚果民主共和国 2005 年人权状况报告中的结论（关于羁押条件）：“[译文] 食物仍然不足，营养不良现象普遍，而且有未经确证的报告指出有被羁押人饿死。在好几个地区，政府多年未曾提供食物。一般而言，犯人的家属亲友都能提供粮食和其他必需品；然而据当地非政府组织报告，当局有时转移犯人而不告知其家属他们被送到了哪里。家属经常被迫行贿才能将食物带给犯人。没有亲属带来食物的犯人可能就会挨饿”。

<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrpt/2005/61563.htm>

⁶⁹ 结合《公民及政治权利国际公约》第 2 条第 3 款一起解读，在当事人宣称公约遭到违反、其自由受到剥夺的其他情况下，缔约国也有义务确保提供有效的救济。见《人权公约机构通过的一般性意见和建议汇编》，人权委员会一般性意见 8，第 9 条（1982 年第 16 届会议），第 1 段，联合国文件 HRI\GEN\1\Rev.1 at 8 (1994)。辩方进一步指出，Thomas Lubanga Dyilo 于 2005 年 2 月 19 日致函刚果民主共和国副总统，控诉被软禁的环境不人道，并要求获得自由，但刚果民主共和国在对辩方释放申请的答复中根本未对此函中的指控做出回答或回复。该信函已作为辩方释放申请的附件。

军方和司法机关之间不正当的关联，而且身为众所皆知的政治目标，Thomas Lubanga Dyilo 无法仰赖于军事司法程序的独立和公正。

47. **此处有删节**。在这方面，辩方提到了著名的“待死”现象，一些人被迫处于漫长的等待之中，而且对自己案件的结果，特别是自己是否会被判处死刑无法确定。⁷⁰考虑到诉讼程序完全缺乏独立性，而且 Thomas Lubanga Dyilo 在此之前仅仅因为是政治目标就遭到软禁的事实，Thomas Lubanga Dyilo 有充分的理由对这样一种结果感到担心。⁷¹辩方进一步指出，非洲人权和人民权利委员会曾宣布，如果不能为那些被剥夺自由的人提供某些基本的程序保障，⁷²则可视为构成残酷、不人道或有辱人格的待遇。⁷³辩方也重申其主张，即刚果民主共和国从未正式向 Thomas Lubanga Dyilo 出示逮捕令。⁷⁴控方本身也在提交给预审分庭的文件中提到人权观察组织的一份报告，该报告称，Thomas Lubanga Dyilo 被刚果民主共和国当局逮捕和羁押却没有遭到起诉，这“明显违反了刚果的法律程序”。⁷⁵该报告称，刚果民主共和国的羁押条件本身就相当于不人道的待遇。⁷⁶
48. 此外，正如第 2.1 节所述，辩方认为，在评估侵犯申请人权利的严重程度时，分庭必须通盘地考虑问题。因此，虽然某一特定违法行为也许尚未达到必要的严重程度，但申请人的整体情况却可能为中止诉讼程序提供正当的理由。在持续或累积侵犯权利的情况下更是如此。此外，由于滥用程序原则的适用与所涉侵犯权利行为的责任实体无关，因此预审分庭必须考虑他被移交国际刑事法院之前和之后对其权利的所有侵害。这种做法符合前面第 12 段所述的卢旺达刑庭的判例。

⁷⁰欧洲人权法院根据《公民及政治权利国际公约》以及英国枢密院都承认了这一现象，而且在该人尚未被判罪的情况下予以适用：Cox 诉加拿大案，1994 年 10 月 31 日，Comm. 539/1993 联合国文件 CCPR/C/52/D/539 1993 第 16.1-16.7 段；Einhorn 诉法国资，2001 年 10 月 16 日（申请号 7155/01），第 126 段。

⁷¹该结论由以下事实提供支持：人权委员会曾表示其担心，“特别是前军事法庭在无法确定数目的众多中宣判了许多死刑，并且在 2002 年恢复了暂停执行的死刑”，2006 年 4 月 26 日报告第 17 段。

⁷²例如，确保羁押受到适当和合法制定的法规控制，确保所有被羁押人立即被告知其被羁押的原因，确保所有被逮捕人立即被告知对他们的指控，确保所有被剥夺自由的人被迅速移交司法审判，享有自我辩护或由律师（最好是由其自己挑选的律师）提供协助的权利。

⁷³非洲人权和人民权利委员会关于在非洲禁止和防止酷刑、残酷、不人道或有辱人格的待遇或惩罚的原则和措施的第 61(XXXII)02 号决议 (2002) http://www.achpr.org/english/resolutions/resolution66_en.html

⁷⁴该指控也符合人权委员会的结论：“[译文] 虽然逮捕须经公共检察官办公室签发的逮捕令授权，但逮捕令却往往没有制作”。2006 年 4 月 26 日人权委员会关于刚果民主共和国的结论性意见 CCPR/C/COD/CO/3，第 19 段，<<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs86.htm>>。

⁷⁵2006 年 1 月 25 日控方的进一步资料和材料第 11 段。

⁷⁶联合国驻刚果特派团 2004 年 4 月关于刚果民主共和国监狱和牢房内的羁押状况的报告。

<http://www.monuc.org/downloads/Rapport_sur_les_prisons_octobre_2005.pdf#search=%22Rapport%20sur%20la%20d%C3%A9tention%20dans%20les%20prisons%20et%20cachots%20de%20la%20RDC%20MONUC%202004%22>

49. 由于被移交国际刑事法院使他丧失了对他自己在刚果民主共和国的羁押提出质疑的权利，因此事实上他在没有受到任何指控的情况下因《罗马规约》管辖范围内的犯罪被羁押了一年零八个月。
50. 辩方立即向上诉分庭提出了对其逮捕合法性的质疑，然后在第一时间，于 2006 年 5 月 23 日，向预审分庭提出了释放申请。尽管解决如此重要的问题事关重大，预审分庭的裁决却直到十月初才发布。因此在处理与人身保护令申请相当的请求上拖延了四个多月的时间。
51. 虽然分庭于 2006 年 3 月 10 日发布了羁押令，但它却无视《规约》和《规则》中的有关强制规定，没有在 120 天后对继续羁押 Thomas Lubanga Dyilo 的合法性进行复议。⁷⁷所以，书记官处羁押 Thomas Lubanga Dyilo 的权限事实上于 2006 年 7 月 10 日到期。为了缓解其羁押的持续后果，辩方提出了暂时释放请求，但是该请求在 2006 年 10 月 18 日的裁决中被断然驳回（该裁决正受到上诉）。因此，Thomas Lubanga Dyilo 从 2006 年 7 月 10 日至 10 月 18 日期间被非法羁押达三个月零八天。
52. 虽然确认指控听讯最初安排在 2006 年 6 月底，但却被推迟了两次。尽管控方称这些延期是出于保障辩方权利的愿望，但辩方强调，辩方从未请求过这些延期，反而一贯坚决主张 Thomas Lubanga Dyilo 有权接受迅速（和公平）的审判。因此，辩方一再请求给予更多的资源和协助，以便辩方能够审查控方证据并尽快为案件作好准备。由于一再延期，时至今日，Thomas Lubanga Dyilo 已度过了总共三年两个月零十二天，却没有任何司法机关提出任何指控。⁷⁸无论哪个或哪些机关要为这些延迟负责，将未被指控的嫌疑人羁押如此之久，怎么能不构成对 Thomas Lubanga Dyilo 权利的严重侵犯呢？

2.5 未能考虑其他救济是否适当

53. 鉴于辩方在对刚果民主共和国和受害人意见的答辩中所提出的理由，⁷⁹辩方坚决认为，中止诉讼程序并无条件释放是在目前情况下是唯一适当的救济。

⁷⁷ 《规约》第 60 条第 3 款规定，分庭“应定期复议其有关释放或羁押该人的裁定。”《规则》第 118 条第 2 款进一步阐明，“预审分庭应至少每 120 日[着重号是后加的]依照第六十条第三款复议一次其有关释放或羁押该人的裁定”。辩方通过援引的方式包括了在其 2006 年 10 月 26 日对分庭关于暂时释放的裁决提出的上诉中阐明的其关于这些条款的正确法律解释的主张。

⁷⁸ 辩方在 2006 年 10 月 26 日对预审分庭关于暂时释放的裁决的上诉中列出了关于不合理延迟的意见，并在此通过援引的方式含括了这些意见。

⁷⁹ 第 42 至第 44 段。

54. 辩方谨指出，区分国际刑事法庭提供救济的义务和其提供某一特定救济的义务是非常重要的。因此，辩方认为，分庭必须考察有关的侵犯权利行为，以决定中止诉讼程序在本案情况下是否适当，如果不适当，是否有其他更合适的救济。
55. 所以，预审分庭简单地停止对刚果民主共和国在 2006 年 3 月 14 日以前的行为开展进一步调查，并称这些行动未引发任何酷刑或严重虐待问题，这样做，预审分庭犯了一个根本的错误，将判定国际刑事法院是否有义务给予救济的最低条件与该救济是否应为中止诉讼程序的最终评价混在一起，后者不应抽象地做出裁定。
56. 在此方面，辩方注意到，《关于获得救济和赔偿的权利的基本原则和准则》⁸⁰曾被援引并得到预审分庭的肯定，⁸¹其中规定了一项义务，即“如以下所述，向那些声称是侵犯人权或违反人道主义法的受害人提供平等而有效的司法途径，而无论谁是该侵犯权利或违法行为的最终责任人；并向受害人提供有效的救济，包括如前所述的补偿”（着重号是后加的）。⁸²
57. 此外，在被上诉裁决所援引的 *Kajelijeli* 案判决书中，虽然分庭裁定违法行为够不上中止诉讼程序的程度，但仍下令在计算应从刑期中扣减的审前羁押时间时，“应将 *Kajelijeli* 仅因卢旺达逮捕令而被羁押的时间包括在内，因为该逮捕令依据的指控与构成本案审判主题的指控相同。在这种情况下，必须要将 *Kajelijeli* 受羁押的所有时间都考虑在内才符合公平原则”。⁸³
58. 在其暂时释放申请中，辩方通过援引的方式包含了自己在释放申请和伴随文件中的有关论据，主张分庭在评估羁押期的长短时，还必须考虑 *Thomas Lubanga Dyilo* 在刚果民主共和国的被羁押期间。分庭在关于辩方对管辖权提出的质疑的裁决以及关于辩方的释放请求的裁决中，都完全没有考虑这一主张。因此，分庭没有尽到其最重要的职责，即确保 *Thomas Lubanga Dyilo* 获得有效救济的权利。

⁸⁰ 大会于 2006 年 3 月 21 日通过的《关于严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法的受害者接受救济和赔偿权利的基本原则和准则》，A/RES/60/147

⁸¹ 见检察官诉 *Thomas Lubanga Dyilo* 案 2006 年 6 月 29 日对 1 至 6 号受害人参与诉讼程序申请的裁决，ICC-01/04-01/06-172。

⁸² 关于可适用的救济之范围，《宣言》主张如下：“[译文] 18. 按国内法和国际法，并考虑到具体案情，严重违反国际人权法和重大违反国际人道主义法的受害人应按照个案的实际情况和侵犯权利的严重程度，适当地和成比例地获得原则 19 至 23 规定的完整而有效的补偿，包括以下形式：恢复原状、赔偿、康复、补偿和保证不重犯。19. 恢复原状应尽可能恢复受害人在发生严重违反国际人权法和重大违反国际人道主义法行为之前的状态。恢复原状包括（若适用）：**恢复自由**，享有人权、身份、家庭生活和公民身份、重返住所、恢复就业和返还财产。”

⁸³ 第 966 段。

3. 结论

59. 国际刑事法院显然不是人权法院。尽管如此，本法院做出公平、公正和独立的判决的能力，以及更重要的是，其能否承认所有人都有权受到法律的保护，将为未来类似的诉讼程序树立标准。检察官对 Thomas Lubanga Dyilo 提出了涉及《罗马规约》管辖范围内的指称犯罪的重大指控，但时至今日，Thomas Lubanga Dyilo 仍然是未被起诉的嫌疑人，受到无罪推定原则的庇护，他有权享有完整的人权保障 — 包括对其人权受到的重大和持续侵犯寻求有效救济的基本权利。如果本法院听任他在不人道的条件下被任意羁押以及正当程序的彻底缺失，那么它又如何能够完成彻底防止此类犯罪的罪犯逍遥法外的任务呢？

4. 寻求的救济

60. 辩方谨请上诉分庭：

- 一、推翻被上诉裁决；和
- 二、下令立即释放 Thomas Lubanga Dyilo 至刚果民主共和国以外的国家。

Jean Flamme
Thomas Lubanga Dyilo 的辩护律师

2006年10月26日

荷兰海牙