

**Cour
Pénale
Internationale**



国际刑事法院

**International
Criminal
Court**

原文：英文

编号：ICC-01/04-01/06 OA 11

日期：2008年7月11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

Navanethem Pillay 法官

Erkki Kourula 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 Lubanga Dyilo 先生对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日口头裁决的上诉的
判决**

裁决/命令/判决将按照《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

辩方律师

Catherine Mabilie 女士
Jean-Marie Biju-Duval 先生

国际刑事律师协会

Virginia C. Lindsay 女士

书记官处

书记官长

Silvana Arbia 女士

国际刑事法院上诉分庭，

在 Thomas Lubanga Dyilo 先生根据第一审判分庭 2008 年 3 月 6 日《对辩方关于准予对 2008 年 1 月 18 日关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决提出上诉的请求的裁决》（ICC-01/04-01/06-1210）提出的上诉中，

经审理，

以多数法官做出如下判决，但 Pikis 和 Song 法官持部分不同意见。

判决如下：

判决

确认审判分庭的裁决，但推翻其中关于“检察官没有义务提交与刚果民主共和国普遍使用儿童兵有关材料”的裁定。

理由

I. 主要结论

1. 被告完全有权按照《规约》第 67 条第 1 款第 7 项的规定，行使其沉默权。此外，第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日的口头裁决（以下称“被上诉裁决”）不应解释为对被告施压，使其必须在初期阶段作证或提出抗辩，以作为获得控方披露的条件。

2. 在《程序和证据规则》第 77 条中，“为准备辩护所必需的”一词应理解为是指与准备辩护有关的所有物件。

II. 诉讼历史

3. 被上诉裁决是由检察官提交的六份文件做引发的，这六份文件都涉及检察官在对 Lubanga Dyilo 先生（以下称“上诉人”）的审判开始前向其披露信息。检察官提交文件的主要内容是向审判分庭提出申请，请求审判分庭批准在删节涂抹后披露信息，请求撤销以前批准的删节涂抹，以及请求披露文件摘要而不是全文披露。被上诉裁决包含公开部分（见 ICC-01/04-01/06-T-71-Eng）和在只有检察官参与的秘密听讯中提交的部分（见 ICC-01/04-01/06-T-72-Conf-Exp）。本判决指的是被上诉裁决的公开部分。

4. 2008 年 1 月 28 日，上诉人提交了《辩方关于准予根据程序和证据规则第 155 条对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日的口头裁决提出上诉的请求》（ICC-01/04-01/06-1134，以下称“《关于准予上诉的申请》”），请求准予对据称是被上诉裁决引起的三个问题提出上诉。在 2008 年 2 月 1 日的《控方对〈辩方关于准予对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日的口头裁决提出上诉的请求〉的答复》（ICC-01/04-01/06-1153，以下称“《对〈关于准予上诉的申请〉的答复》”）中，检察官对《关于准予上诉的申请》做出了答复。

5. 2008 年 3 月 6 日，审判分庭做出《对辩方关于准予对 2008 年 1 月 18 日关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决提出上诉的请求的裁决》（ICC-01/04-01/06-1210，以下称“《关于准予上诉的裁决》”），批准就三个问题提出上诉。2008 年 3 月 14 日发布了该裁决的勘误（ICC-01/04-01/06-1224）。

6. 2008 年 3 月 17 日，上诉人提交了《辩方对 2008 年 1 月 18 日关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决的上诉》（ICC-01/04-01/06-1227，以下称“上诉支持文件”）。2008 年 3 月 28 日，提交了《控方对辩方对第一审判分庭 2008 年 3 月 18 日口头裁决提起上诉的支持文件的答复》（ICC-01/04-01/06-1243，以下称“对上诉支持文件的答复”）。

7. 2008年4月10日，国际刑事律师协会提交了《国际刑事律师协会关于准予根据〈程序和证据规则〉第103条提交法庭之友意见的动议》（ICC-01/04-01/06-1273，以下称“《国际刑事律师协会动议》”），请求根据《程序和证据规则》第103条第1款，将《国际刑事律师协会动议》的附件A（ICC-01/04-01/06-1273-AnxA，以下称“《意见》”）接受为意见。

8. 在允许上诉人和检察官对《国际刑事律师协会动议》做出答复（ICC-01/04-01/06-1282）并考虑这些答复（分别为ICC-01/04-01/06-1276和ICC-01/04-01/06-1284）之后，上诉分庭于2008年4月22日决定接受《意见》（ICC-01/04-01/06-1289）。上诉人和检察官表示，他们不想对《国际刑事律师协会意见》的实质内容做出评论。¹

9. 2008年4月22日，上诉分庭还做出了《对Thomas Lubanga Dyilo先生请求其对第一审判分庭2008年1月18日口头裁决的上诉发生中止效力的裁决》（ICC-01/04-01/06-1290，以下称“《关于中止效力的裁决》”），驳回上诉人根据《程序和证据规则》第156条第5款在其上诉支持文件中提出的请求。

III. 被批准上诉的被上诉裁决前两个问题的可上诉性

10. 本上诉中，审判分庭批准对下列三个问题提出上诉：“辩方不必要且无理地延迟披露，是否可以正当地影响控方的披露”（《关于准予上诉的裁决》，第14段）；“分庭将保护辩方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的”²（《关于准予上诉的裁决》，第6段）；以及审判分庭关于“控方没有义务‘提供与[刚果民主共和国]普

¹ 见2008年4月29日《辩方对国际刑事律师协会2008年4月10日拟根据〈程序和证据规则〉第103条提交的法庭之友意见附件A的意见》（ICC-01/04-01/06-1298），第5段；以及2008年4月18日《控方对国际刑事律师协会关于准予根据〈程序与证据规则〉第103条提交法庭之友意见的申请的答复》（ICC-01/04-01/06-1284），第12段。

² 在《关于准予上诉的裁决》勘误中，有关的段落如下：“分庭将保护控方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的。”

遍使用儿童兵有关材料，因为它不构成可以开脱罪责的材料’的结论是否违反了《[程序和证据]规则》第 77 条”（《关于准予上诉的裁决》，第 21 段）。

11. 由于下述原因，上诉分庭根据多数意见裁定，就所有这三个问题向上诉分庭提出上诉都是适当的。Song 法官不同意前两个问题提交上诉分庭是适当的，原因他已在本判决末尾所附的单独意见中说明。

12. 审判分庭称，第一和第二个问题“具有不可分割的联系”（《关于准予上诉的裁决》，第 15 段）。上诉分庭注意到，第一个问题是一般性地讨论辩方不必要和没有理由地推迟披露抗辩或问题在多大程度上可以影响到控方的披露，第二个问题讨论的也是同一个问题，但更加具体，是讲辩方推迟披露辩方证据和主张是否可以影响控方披露可开脱罪责的证人的身份，因此，上诉分庭赞同上述判断。对此，上诉分庭认为，第一和第二个问题是相关的。

13. 审判分庭在被上诉裁决中称：

[译文]辩方拒绝了分庭的邀请，未表明被告可能采用的抗辩，以及预期在案件中可能提出的问题。他在本阶段的立场是，他将使用被告无可置疑的权利，即沉默权。但是，辩方不合理地推迟披露可能影响分庭就什么是公平审判做出的判断。例如，鉴于需要保护证人和向法庭提供信息的其他人，如果法庭，恕我再说一遍，如果在诉讼程序的后期阶段，在没有任何正当理由的情况下，法庭被要求命令披露可以开脱罪责的证人，而此时法庭却无法确保为他们提供必要的保护，那么法院将有可能得出结论，虽然未能向被告披露他们的身份，但继续进行审判仍然是公平的。所以，如果辩方不必要地在很晚的阶段才表明辩护理由，则可能影响到有关向被告披露信息事宜的裁决。（ICC-01/04-01/06-T-71-ENG，第 9 页，第 4 至 21 行。）

14. 在《关于中止效力的裁决》中，上诉分庭称，“关于提出供审查的问题是否由审判分庭的被上诉裁决所引起，本庭将在本上诉案的最终裁决中处理”（《关于中止效力的裁决》，第 10 段）。

15. 审判分庭考虑了检察官的具体意见，即“辩方请求准予上诉的前两个问题不是来自于被上诉裁决的，因此，不应予以批准”（《关于准予上诉的裁决》，第 4

段)。考虑这些意见后，审判分庭裁定应当批准申请（《关于准予上诉的裁决》，第 15 至 20 段）。在这样做时，审判分庭含蓄地表示其认为这些问题是来自于被上诉裁决，而且也与审判分庭拟在诉讼程序中采取的行为方式有关。

16. 对于第一个问题，审判分庭提及被上诉裁决有关部分中讨论的关切，即“是否无论辩方在披露抗辩的有关事宜或拟在案件后期提出的问题方面有没有不合理的行为，控方披露材料的义务都是固定不变的”（《关于准予上诉的裁决》，第 12 段）。这一关切最终引出了被批准上诉的第一个问题（《关于准予上诉的裁决》，第 12 和 14 段）。然后，审判分庭得出结论，在前面第 10 段列出的第一个问题，“有可能严重影响诉讼程序的公平和从速进行以及审判的结果，并且，上诉分庭对该问题的迅速解决可以有力地推动诉讼程序的进展”（《关于准予上诉的裁决》，第 14 段）。

17. 第二个问题必须视为与第一个问题具有“不可分割的联系”（《关于准予上诉的裁决》，第 15 段）。审判分庭得出结论，“虽然被上诉裁决没有规定可以不披露任何具体证人的身份，而且这个问题在诉讼程序的过程中可能根本不会出现，但是裁决中涉及的这一问题仍有可能对审判具有重要影响，因为如果它适用于单个证人的话，它有可能对披露的范围或从速受审的权利产生深远的影响。所以，这关系到诉讼程序的公平和从速进行……”（《关于准予上诉的裁决》，第 19 段）。

18. 审判分庭得出结论，第一个和第二个问题符合《规约》第 82 条第 1 款第 4 项确定的可上诉问题的标准，并认为这两个问题都分别涉及一项“严重影响诉讼的公正和从速进行或审判结果的问题，而且预审分庭或审判分庭认为，上诉分庭立即解决这一问题可能大大推进诉讼的进行，”这样的结论具有重要意义。上诉分庭还认为，其以前关于“一个争执事项由一个主题构成，它的解决对于确定在目前审理的

司法案件中产生的事项至关重要”的结论³与关于“提出考虑的第一个和第二个问题提交分庭是适当的”的裁定是一致的。

19. 除了注意到审判分庭关于这些问题的可上诉性的观点外，上诉分庭还注意到，如果不能安排在适当的背景下并加以处理，这些问题可能会影响诉讼程序的进行。特别是，上诉分庭认为，前面第 13 段复制的被上诉裁决的该部分可能会给人留下一种印象：如果辩方没有在初期阶段披露抗辩理由，就会在后来丧失其本来应该享有的获得可开脱罪责的证据或其重要部分的披露的权利。因此，被上诉裁决可能会给辩方造成间接但持续的压力，使辩方必须披露其抗辩才能确保控方的全面披露。因此，向上诉分庭提出第一和第二个问题是适当的。

20. 所以，上诉分庭应继续考虑第一和第二个问题的是非曲直。

IV. 上诉的是非曲直

A. 上诉问题一

21. 审判分庭将第一个上诉问题界定为，“辩方不必要且无理由地延迟披露，是否可以正当地影响控方的披露”（《关于准予上诉的裁决》，第 14 段）。

1. 审判分庭裁决的有关部分

22. 被上诉裁决中与上诉问题有关的部分就是上述第 13 段所复制的部分。

2. 上诉人的主张

23. 上诉人指出，审判分庭裁定推迟披露辩护理由“将合理地导致控方不[向辩方]披露部分或全部可以开脱罪责的证据，而不影响审判的公平性”，这是错误的（上诉支持文件，第 16 段），检察官的披露义务不能以辩方的任何在先行为为前

³ 《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》（ICC-01/04-168），第 9 段。

提（上诉支持文件，第 16 段）。上诉人强调，根据《规约》第 54 条第 1 款第 1 项，检察官有义务调查证明有罪和无罪的情节，这种义务的一个原因就是，辩方不具有与检察官同样的资源（上诉支持文件，第 11 段）。上诉人指出，规约第 54 条第 1 款第 1 项规定的检察官义务加强了检察官的披露义务。上诉人援引前南斯拉夫问题国际刑事法庭（以下称“前南刑庭”）和卢旺达问题国际刑事法庭（以下称“卢旺达刑庭”）的判例称，只有检察官有责任确定必须向辩方披露的材料，前南刑庭和卢旺达刑庭的上诉分庭都对控方的披露义务做了宽泛解释，虽然在前南刑庭和卢旺达刑庭控方没有义务调查证明无罪的情节（上诉支持文件，第 15 段）。上诉人还援引 2007 年 11 月 9 日审判分庭关于控方不披露可以开脱罪责的材料的后果的裁决（上诉支持文件第 13 和 14 段）。

24. 上诉人还指出，他享有绝对的沉默权（《规约》第 67 条第 1 款第 7 项），并且“分庭无权根据这项权利的行使情况来限定检察官根据《规约》和《程序和证据规则》承担的义务或限制被告根据《规约》和《程序和证据规则》享有的权利”（上诉支持文件第 17 段）。上诉人指出，“审判分庭认为被告推迟披露其辩护理由，可以成为侵犯公平审判的一项基本保证的理由，这就为被告预设了一项披露义务，而这直接影响了被告行使保持沉默的权利”（上诉支持文件第 18 段）。上诉人强调，法院没有任何法律文书规定了辩方的披露义务，不存在的义务根本无从违反（上诉支持文件第 19 段）。

3. 检察官的主张

25. 对于第一个上诉问题，检察官反对辩方提出的主张。他指出，上诉人错误地解释和定性了被上诉裁决，检察官认为，该裁决没有对辩方施加任何披露义务，而仅仅是承认，如果辩方在审判后期阶段才披露其辩护理由，“这必然会影响控方确定并及时披露这些信息的能力，反过来，审判分庭在判断对公平审判的影响时，就可能考虑到这一事实”（《对上诉支持文件的答复》，第 14 段，脚注略）。检察官质疑上诉人的意见，即《规约》第 54 条第 1 款第 1 项应当会影响检察官根据《规约》第 67 条第 2 款披露证明无罪材料的义务，并指出，这两条规定涉及的是

检察官单独和独立的职能（《对上诉支持文件的答复》，第 15 和 16 段）。检察官强调，被上诉裁决并未表示检察官向辩方披露信息的义务是以辩方的行为为前提的，检察官将继续审查和分析其掌握的材料；检察官认为，被上诉裁决只是强调检察官可以只根据检察官的证据和主张、他对辩方证据和主张的最佳了解以及可以合理地提前确定的主要证明无罪的假设来进行此种审查。检察官认为，被上诉裁决没有减轻他的披露义务，而是承认辩方不向检察官进行沟通实际上可能造成不利的后果（《对上诉支持文件的答复》，第 17 到 19 段）。

26. 检察官还指出，上诉人关于其沉默权的主张也是错误的。检察官强调，被上诉裁决根本没有触及这种权利，也没有从辩方未能披露其辩护理由推断出任何不利的法律推断。检察官认为，被上诉裁决仅仅声明，如果辩方决定不积极参与披露程序，可能会造成某些实际的后果（《对上诉支持文件的答复》，第 20 段）。

4. 上诉分庭的裁决

27. 鉴于第一和第二个问题具有“不可分割的联系”，上诉分庭对第一个问题的裁决将与对第二个问题的裁决一起，在下面第 34 至 55 段公布。

B. 上诉问题二

28. 审判分庭界定的第二个上诉问题是，“分庭将保护辩方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的”⁴（《关于准予上诉的裁决》，第 6 页）。

1. 审判分庭裁决的有关部分

29. 被上诉裁决中与本上诉问题有关的部分就是前面第 13 段复制的内容，特别是其中提及的保护证人的需要。

⁴ 在《关于准予上诉的裁决》的勘误中，有关的段落内容如下：“分庭将保护控方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的”。

2. 上诉人的主张

30. 上诉人指出，审判分庭得出上诉人的权利可能会受到证人保护措施的限制这一结论是错误的，他指出，不披露证人的身份会使辩方无法有效地利用检察官披露的信息。他强调，检察官无意在审判中将证词的制作者作为证人传唤出庭（上诉支持文件，第 20 和 21 段）。上诉人强调，被告人获得可以开脱罪责材料的披露的权利是一项基本权利，审判分庭不能将证人保护置于此种权利之上（上诉支持文件，第 22 和 23 段）。他进一步提请上诉分庭注意卢旺达刑庭上诉分庭的判例，其中裁定保护措施不能免除控方的披露义务，同时，他对有关向辩方披露有可能开脱罪责的证人的身份可能导致这些证人遭受风险的假设提出了质疑（上诉支持文件，第 24 和 25 段）。上诉人指出，为了使检察官向辩方的披露是有用的，所有相关材料而不仅仅是其摘要，以及证人的身份都必须予以披露。上诉人还援引前南刑庭和卢旺达刑庭的判例，即披露必须让辩方可以有效地利用这些信息，以及证人的身份与所披露信息的内容有着不可分割的联系（上诉支持文件，第 26 至 31 段）。

3. 检察官的主张

31. 检察官反对上诉人关于上诉问题二的主张，并称，上诉人没有发现任何法律错误（《对上诉支持文件的答复》，第 22 段）。检察官强调，问题的出现“非常具有前提性和限定性”，仅仅表示如果由于辩方在没有任何正当理由的情况下决定不提前表明其辩护理由，因此有关信息到诉讼程序的后期阶段才被发现是可以开脱罪责的，而且在诉讼程序的这种后期阶段，已不可能对证人进行适当的保护，那么即使在披露可以开脱罪责的信息时不披露证人的身份，审判仍然可能是公平的（《对上诉支持文件的答复》，第 21 段）。检察官称，被上诉裁决是基于这样一个假设，即披露有可能开脱罪责的证据时，有关证人的身份一般也将披露，但“这不能排除在某些情况下，可以不披露特定个人的身份，而且这也不会对审判的公平性有任何损害”（脚注略），因此，在这个问题上，必须酌情做出裁决（《对上诉支持文件的答复》，第 23 段）。检察官强调，在被上诉裁决中，审判分庭没有授

权不披露其证词中包含可开脱罪责材料的任何人员的身份，所以上诉的时机根本不成熟（《对上诉支持文件的答复》，第 24 段）。

32. 检察官指出，只有在“审判分庭在任何情形下都没有权力批准不披露其证词中含有潜在开脱罪责材料的个人的身份；或在任何情形下审判分庭裁定不披露该身份也可以保持审判的公平性都是不合理的”的情况下，就此问题的上诉才可能成功（上诉支持文件，第 24 段，脚注略）。检察官称，《规约》第 67 条第 2 款和《程序和证据规则》第 83 条明确授权审判分庭监督潜在开脱罪责材料的披露，而审判是否公平只能在考虑各种不同因素，包括是否有其他手段保持审判的公平性后逐案酌情评判；检察官提请上诉分庭注意欧洲人权法院的判例（《对上诉支持文件的答复》，第 25 至 28 段）。检察官强调《规约》第 68 条第 1 款规定的法院保护证人的义务，并强调指出，被上诉裁决中没有任何地方表明，审判分庭打算即使违背公平审判的原则也不披露证人的身份（《对上诉支持文件的答复》第 27 段）。

33. 检察官认为，为了保持诉讼程序公平而从速进行，“所有当事方和诉讼参与人都必须有一定程度的投入”，如果“‘在没有正当理由的情况下’，一方的行为导致证人不能获得必要的保护，那么……对权利和利益进行某种权衡是适当的”（《对上诉支持文件的答复》，第 29 段，脚注略）。检察官指出，在这种情况下，审判分庭必须“稍具灵活性……以处理非常情形”（《对上诉支持文件的答复》，第 30 段）。

4. 上诉分庭的裁决

(a) 被上诉裁决的解释

34. 上诉分庭认为，必须澄清它对被上诉裁决中与第一和第二个问题有关的部分的理解，该部分在前面第 13 段已经说明。在澄清它的理解时，上诉分庭考虑了《关于准予上诉的裁决》的下列摘录，这些摘录表明，审判分庭认为，除《规约》和《程序和证据规则》规定的有关披露以外，被上诉裁决未向辩方施加任何额外的披露义务：

[译文] 9. 在[关于准予上诉的]请求中，辩方指出，如果辩方决定不在审判前全部或部分地事先披露其抗辩或将提出的问题，被上诉裁决将损害被告的公平审判权，而且分庭对辩方施加了本来只由控方承担的披露义务。辩方进一步指出，只有控方才能确定材料是否有可能为被告开脱罪责或提供帮助。

10. 辩方这一主张主要依据分庭裁决中的下列段落：

[……] 如果辩方不必要地在很晚的阶段才表明辩护理由，则可能影响到有关向被告披露信息事宜的裁决。

11. 控方在其答复中指出，辩方误解了分庭的裁决，因为它没有对辩方施加任何披露义务，也没有免除控方的此种义务。控方称，分庭的裁决仅仅是承认一个显而易见的事实：控方只能根据其对可能的辩方证据和主张以及审判中问题的最大了解来履行其披露义务，由于辩方无法合理预期辩方证据和主张以及审判中提出的问题，推迟披露它们就可能影响披露过程。

12. 分庭认为，辩方似乎错误解释了该口头裁决的效力。分庭没有像所说的那样对辩方施加了披露责任。相反，审判分庭考虑的是如果被告不必要且毫无理由地拖延到诉讼程序后期才透露某项材料有可能可以开脱罪责，特别是如果必须要为个人的保护做出安排（这种安排可能需要几周时间才能完成）才能有效地服务[……]，这会给控方的披露带来哪些实际的后果[省略脚注]。

35. 上诉分庭理解，被上诉裁决中的有关论述仅限于极少数特定情况，即辩方选择“不必要和毫无理由地拖延到诉讼程序后期才披露”辩护理由或问题。这种有限的情况并不直接涉及或侵犯被告保持沉默的权利，被上诉裁决中关于被告无疑有权行使沉默权的明确意见（第9页第6至7行）也支持了这一判断。

36. 上诉分庭认为，被上诉裁决也没有将辩方进行披露与它享有控方完全披露信息的权利挂钩，而且被上诉裁决不应视为具有这样的效力。相反，上诉分庭认为被上诉裁决仅仅涉及到非常有限的情形，即辩方“不必要和毫无理由地拖到诉讼程序后期”才自愿披露的辩护理由和问题是检察官所无法合理预见的，因此辩方决定披露这种辩护理由或问题就会引发控方进行进一步披露的需要。上诉人的书面意见指出，“检察官有责任评估其掌握材料的性质，特别是其是否具有可开脱罪责的性质”（上诉支持文件，第13段）。检察官的意见进一步考虑了这一职责并指出，“裁决仅仅强调，控方只能根据控方的证据和主张、其对辩方证据和主张的最大了解以及可以合理地预先发现的主要开罪假设来履行《规约》第67条第2款规定的

职责；而辩方及时提供其认为具有开罪性质的信息范围或拟提出的辩护理由显然有助于控方，并加强披露程序”（《对辩方支持文件的答复》，第 18 段）。上诉分庭认为，控方正常而自由地履行其披露责任必然要依据控方对案情的整体了解，包括已经知晓或预期的可能抗辩等。检察官必须按照《规约》第 54 条第 1 款第 1 项“同等地调查证明有罪和证明无罪的情节”，这一事实意味着检察官在进行调查的过程中，可能会得知有助于辩方的材料。

37. 因此，上诉分庭认为，被上诉裁决的实际作用是强调在某些情况下提供进一步可开脱罪责材料的必要性，而这里的“某些情况”则是指只有在辩方披露某些信息之后，检察官所掌握或控制材料的可开脱罪责的性质才能显现出来。

38. 所以，第一和第二个问题提出的根本问题是，如果辩方不必要和没有理由地推迟披露辩护理由或问题，以致不可能确保对可开脱罪责的证人采取必要的保护，这能否影响辩方获得与案件有关的所有剩余可开脱罪责的材料，以及被告在不进行这种全面披露的情况下是否仍能得到公平审判。

39. 鉴于提出的这个问题既具有假设性，也是抽象的，上诉分庭不能在本上诉的案情中，在缺乏具体事实的条件下明确回答这个问题。解读上诉分庭在下面就这一具体问题提出的意见时，就必须考虑到这一点。

40. 但鉴于上诉人对被上诉裁决的认识，上诉分庭认为必须强调以下几点：

(i) 被告保持沉默的权利

41. 《规约》第 67 条第 1 款第 7 项规定：

（一）在确定任何指控时，被告人有权获得符合本规约各项规定的公开审讯，获得公正进行的公平审讯，及在人人平等的基础上获得下列最低限度的保证：

.....

7. 不被强迫作证或认罪，保持沉默，而且这种沉默不作为判定有罪或无罪的考虑因素……

42. 据此可以肯定，被告有权保持沉默，有权行使该权利，而且沉默在裁决有罪或无罪时不作为考虑因素。

43. 审判分庭在被上诉裁决中表明，被告的“立场是他选择行使沉默权，这是他无可置疑的权利”（被上诉裁决，第 8 页第 6-7 行，强调是后加的），其本身就明确承认了被告保持沉默的权利。

44. 上诉分庭认为被上诉裁决没有影响被告行使其沉默权。只有在被告自愿选择在诉讼程序“不必要而且不合理晚的”阶段才提出抗辩或问题的情况下，被上诉裁决有关部分提出的问题才会出现。

(ii) 检察官的披露义务与辩方披露之间的关系

45. 虽然上诉分庭无意在本判决中全面讨论整个披露制度，但它指出，《规约》和《程序和证据规则》所建立的披露制度的要旨是，检察官一般有义务进行全面披露，除非有一些具体的规定允许对披露做出限制。⁵ 例如，《规约》第 61 条第 3 款第 2 项规定，在确认指控听讯前，辩方应被告知检察官拟在听讯中采用的证据。

《程序和证据规则》第 76、81 和 121 条等条款规定了对控方披露的其他具体要求。

46. 此外，《规约》和《程序和证据规则》不仅强调了检察官一般进行全面披露的义务，而且也表明检察官向辩方披露信息的义务并没有与要求辩方提前披露抗辩内容挂钩。在本案中，下面的规定尤其重要。

47. 《规约》第 67 条第 2 款规定：

除依照本规约规定披露任何其他资料以外，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

⁵ 例如，见《程序和证据规则》第 81 条。

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。适用本款遇有疑义，应由本法院作出裁判。

48. 《规约》第 67 条第 2 款与《程序和证据规则》第 83 条共同发挥作用，后者规定：

检察官为获得第六十七条第二款规定的裁定，可以根据实际情况尽快请求审理有关事项的分庭举行诉讼单一方参与的听讯。

49. 《程序和证据规则》第 77 条进一步规定了检察官的披露义务：

在不违反《规约》和《规则》第 81 和 82 条对披露所作限制的情况下，检察官应允许辩护方查阅检察官掌握和控制的任何册籍、文件、照片和其他实物；这些材料应为准备辩护所必需的，或检察官打算在确认指控听讯或在审判时作为证据使用的，或为得自该人或属于该人的。

50. 《规约》第 67 条第 2 款和《规则》第 77 条对检察官施加了法定披露义务。上诉分庭注意到，这些规定没有要求被告必须预先披露其抗辩才能收到控方的完全披露。被告收到控方的披露和辩方的任何披露义务之间显然没有任何关联，因为即使被告选择保持沉默或者不提出抗辩，检察官也有责任提供完全的披露。此外，《规约》和《程序和证据规则》中与辩方披露有关的规定，包括《规则》第 78 和 79 条，同样也没有把辩方披露与接受控方完全披露的权利联系起来。

51. 上诉分庭注意到，被上诉裁决没有做出任何命令，要求被告披露其抗辩。辩方披露义务的准确范围不是本上诉的对象。上诉分庭目前只关心如果辩方披露抗辩的话，这样的披露在多大程度上可能影响或与检察官的披露义务有关。因此，上诉分庭认为考虑上诉人关于不存在被告披露抗辩义务的主张既没有必要，也超出了本上诉的范围（上诉支持文件，第 19 段）。

(b) 上诉分庭的进一步意见

52. 在讨论上面第 38 段所述的本上诉等待裁决的问题时，上诉分庭注意到，这个问题只在理论上出现，所以，在没有具体的实际状况的情况下，无法做出明确的裁定。对上诉分庭的意见应在这样的背景下理解，并应适当谨慎地对待。

53. 如果上面第 38 段所述性质的实际状况出现，那就必须仔细逐案做出裁定。在不存在任何该等实际状况的情况下，上诉分庭只能做出一般性的评论：《规约》和《程序和证据规则》表述的一般期望是，如果一条抗辩理由显示检察官拥有或控制的任何补充材料具有可开脱罪责的性质，则无论该抗辩是在什么阶段提出的，辩方都有权获得该材料。《规约》和《程序和证据规则》没有明确规定，控方披露的范围应随辩方披露的时机和性质而变化。

54. 但在理论上，上诉分庭无法绝对排除这样一种可能性，即如果在出现的某种实际情况中，可以证明辩方毫无理由且不合理地拖延透露一条抗辩理由或问题，并且其情节使得法院无法确保对可以开脱罪责的证人实施保护，那么即使不披露某些有限的材料，被告仍有可能获得公平的审判。这样的情况显然不是由被上诉裁决引起的，因此，上诉分庭在本上诉中不考虑这种情况。在没有具体事实的情况下，上诉分庭无法提出更多意见。

55. 上诉分庭得出结论，对于第一和第二个问题，在不违反与披露的限制有关的法定制度的情况下，辩方有权获得控方所知晓的与案件有关的全部信息的披露，并完全有权行使其保持沉默的权利。被上诉裁决不应被解读为迫使被告在诉讼程序初期阶段作证或提出抗辩，以作为获得控方披露的条件。如果被上诉裁决在上述狭义范围内进行理解，上诉分庭认为本上诉不存在任何需要纠正的可确定的法律错误。

C. 上诉问题三

1. 审判分庭裁决的有关部分

56. 审判分庭在被上诉裁决中裁定：

控方没有义务提供与刚果民主共和国普遍使用儿童兵有关材料（ICC-01/04-01/06-T-71-ENG., 第 10 页，第 11 至 13 行；以下称“《关于不予披露的命令》”）。

57. 审判分庭对《关于不予披露的命令》的原因进行了如下解释：

[译文]只需要一般性地额外指出，分庭所掌握的材料不足以让它相信，其他个人或组织使用儿童兵的有关证据与被告所面临的指控有关。与此事有关的任何证据都不会损害控方的证据和主张，而且，根据辩方（应法庭关于在此问题上提供协助的邀请）披露的信息，这些证据也不支持被告将要依赖的任何抗辩或辩护。换言之，没有事实证明这方面的证据与本案的实际问题有关，它对被告也没有帮助。辩方就此问题的唯一主张，即他们希望获得尽可能多的关于在伊图里使用儿童兵现象的信息，不能充分支持控方必须披露该材料的论点。在已经披露的信息中，没有任何内容表明，对这一现象的调查会对 Thomas Lubanga Dyilo 先生有重大的帮助（被上诉裁决，第 8 页第 11 至 25 行和第 9 页第 1 至 3 行）。

58. 被上诉裁决发布前，检察官向上诉人披露了其掌握的与上诉人被指负责的组织以外的组织使用儿童兵有关的材料。2007 年 12 月 21 日，检察官提交了《检察官关于依照《规约》第 54 条第 3 款第 6 项的规定不披露信息的申请》（ICC-01/04-01/06-1102；以下称“《2007 年 12 月 21 日的申请》”），要求解除其向上诉人披露某些证人证言的义务。检察官称，证人证言中包括一些根据《规约》第 67 条第 2 款和《程序和证据规则》第 77 条应予披露的信息，但披露这些证言将使证人陷于危险（《2007 年 12 月 21 日的申请》，第 6 和第 7 段）。所以，检察官仅向上诉人披露了证人证言的节选，其中包含了相关信息，但没有披露证人的身份（《2007 年 12 月 21 日的申请》第 8 段）。审判分庭得到了向上诉人披露的节选。

59. 在被上诉裁决发布以前，在 2008 年 1 月 10 日举行的情况会商上，审判分庭主审法官注意到，节选中的许多信息关系到普遍使用儿童兵，并询问检察官的代表这样的信息能够怎样对上诉人的刑事责任有影响。检察官代表解释道，他认为这些信息不是可以开脱罪责的，并且检察官不接受这种“你也是”抗辩。但是，检察官在与上诉人律师交换意见后，决定按照《程序和证据规则》第 77 条披露“为准备辩护所必需的”有关信息（见 ICC-01/04-01/06-T-69-ENG，第 58 页第 24 行至第 60 页第 16 行）。检察官代表确认，他愿意在审判时承认，刚果民主共和国的其他武装集团也已一直在使用儿童兵（见 ICC-01/04-01/06-T-69-ENG，第 62 页第 23 行到 63 页第 3 行）。

60. 主审法官还询问上诉人律师的代表，为什么与普遍使用儿童兵有关的信息与辩方准备辩护有关。主审法官强调，辩方没有义务回答，但它的回答将有助于审判分庭裁定有关材料是否必须根据《程序和证据规则》第 77 条披露。上诉人律师的代表解释道，虽然这些信息不能排除上诉人的刑事责任，

但是我们在准备辩护时，能够审查有关在此期间伊图里地区使用儿童兵现象的尽可能多的信息，对我们而言是必要的。在确定辩护理由之前，必须了解形势，而且在我们看来，这些信息对我们是有用的，对我们了解当时伊图里地区的形势甚至是必要的，正是这种必要的理解，使我们根据《规则》第 77 条向检察官要求提供这项证据（见 ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, 第 61 页第 18 至 62 页第 22 行）。

61. 在 2008 年 1 月 10 日题为“辩方对《检察官关于依照规约第 54 条第 3 款第 6 项的规定不披露信息的申请》的答复”的《对〈2007 年 12 月 21 日的申请〉的答复》（ICC-01/04-01/06-1112）中，上诉人没有详细说明，为什么他认为普遍使用儿童兵的信息对于准备辩护是必要的；但他要求向其披露全部证人证词，而不仅是这些证词的节选。

2. 上诉人的主张

62. 在上诉支持文件第 32 和 33 段中，上诉人指出，根据《程序和证据规则》第 77 条，检察官有义务披露其掌握的关于刚果民主共和国普遍使用儿童兵的材料。上诉人强调，检察官在审判分庭做出被上诉裁决前，一直自愿地向上诉人披露这些材料。上诉人指出，《规则》第 77 条的主旨是让辩方注意其准备辩护所必需的所有材料，其中可能包括为了解被指犯罪发生的背景所需的材料（上诉支持文件，第 34 段）。上诉人提请上诉分庭注意卢旺达刑庭上诉分庭的判例，该判例裁定，“准备是一个宽泛的概念，不一定要求材料本身与控方证据相反（上诉支持文件，第 36 段）。上诉人称，对检察官的披露义务必须宽泛地解释以实现平等武装原则，因为上诉人具有的资源比检察官办公室少，所以要求上诉人将其宝贵的资源用于获得检察官已经收集的信息是不公平的（上诉人支持文件，第 36 和 42 段）。

63. 上诉人进一步指出，刚果民主共和国境内普遍使用儿童兵的信息对于准备辩护而言是有关的，因为了解被指犯罪的情形对于辩方开展自己的调查是很重要的（上诉支持文件，第 41 段）。上诉人强调，所寻求的信息对于收集“武装部队内存在儿童兵的直接和间接原因，……他们参加敌对行动的情形（如有），以及他们的复员政策”等信息是非常有用的（上诉支持文件，第 43 段）。

3. 检察官的主张

64. 在《对上诉支持文件的答复》中，检察官指出，他不反对对于第三个问题的上诉（《对上诉支持文件的答复》，第 33 段）。他强调，这一上诉问题仅涉及《程序和证据规则》第 77 条的范围，而与上诉人被指负责的武装团体以外的团体使用儿童兵是否可以合法地作为抗辩的问题无关（《对上诉支持文件的答复》，第 31 和 32 段）。

4. 国际刑事律师协会的意见

65. 国际刑事律师协会指出，审判分庭干预与刚果民主共和国普遍使用儿童兵有关的材料的披露是一种越权行为。国际刑事律师协会指出，如果没有当事一方的书面动议，《程序和证据规则》第 134 条和《规约》第 64 条或第 69 条都不能为其下达与准备辩护有关的命令提供法律依据。它称，虽然《规则》第 134 条授权审判分庭“对涉及诉讼程序的任何问题作出裁定”，但“诉讼程序”一词并不包含辩护的准备；国际刑事律师协会指出，《规约》第 64 条和第 69 条同样也没有为《关于不披露信息的命令》提供法律依据，因为这些规定只涉及审判分庭对证据可采性的裁定（《意见》，第 8 和第 9 页）。国际刑事律师协会认为，审判分庭宣布“限制辩方获得与辩方面临指控所涉时间和地点有关的信息”，“侵犯了保密领域以及属于辩方律师的自由裁量权”（《意见》，第 9 页）。它称，审判分庭将审判阶段证据的相关性与准备辩护所需要的证据混淆在一起，因为后者可以包括与审判无关的信息（《意见》，第 9 页）。国际刑事律师协会忆及，根据《规约》第 54 条第 1 款第 1 项，检察官有义务“同等地调查证明有罪和证明无罪的情节”，并向辩方披露

证明无罪的证据（《规约》第 67 条第 2 款），而《程序和证据规则》第 77 条是“全面合作制度的重要组成部分，它对于提供更平等的调查武装是必要的”（《意见》，第 10 页）。

66. 国际刑事律师协会进一步强调，关于普遍使用儿童兵的信息在审判阶段（如有）可能是相关的，可能有助于阐明上诉人的“在伊图里情势中的作用和责任程度”，因此对于辩护的准备是至关重要的（《意见》，第 10 和第 11 页）。

67. 国际刑事律师协会指出，“被上诉裁决与《规则》第 77 条有关的部分应当撤销，因为其越权”，或者：

[译文]批准 Lubanga 辩护团队进行上诉，并将口头决定和公开命令发回审判分庭，指示其在决定控方掌握的有形文件对于准备辩护是否至关重要方面给予辩方律师更大程度的裁量权，包括全面考虑这些文件与准备可能的审判阶段的辩方证据和主张有何关系。（《意见》，第 12 页）

5. 上诉分庭的裁决

68. 鉴于以下所述原因，上诉分庭裁定，审判分庭命令检察官没有义务提供刚果民主共和国境内普遍使用儿童兵的材料犯了法律错误。

(a) 《关于不披露信息的命令》的法律依据

69. 国际刑事律师协会指出，审判分庭自行发布了《关于不披露信息的命令》，但《程序和证据规则》第 134 条和《规约》第 64 条和第 69 条都没有为自行发布这样的命令提供法律依据。上诉分庭不采纳这些主张。

70. 国际刑事律师协会认为审判分庭没有收到书面动议，因此审判分庭不应对检察官的披露义务的范围做出裁定，这一意见是错误的。检察官是否有义务披露刚果民主共和国普遍使用儿童兵的材料的问题是在《2007 年 12 月 21 日的申请》中出现的。如上所述，检察官仅向辩方披露了有关材料的节选，并请求审判分庭批准不披露材料的剩余部分。2008 年 1 月 10 日情况会商的记录（见上，第 59 段和第 60 段）表明，审判分庭当时考虑的问题是检察官为保护证人而申请批准不予披露的信

息是否根本就不需要披露。这一问题直接关系到对检察官《2007年12月21日的申请》的适当处置，因为如果检察官没有义务根据《程序和证据规则》第77条披露这些材料，审判分庭就无需就为保护证人而提出的不披露信息的申请做出裁定。有鉴于此，被上诉裁决中所做的裁定可以在《程序和证据规则》第81条中找到法律依据，根据该规定，审判分庭可以批准不披露上述材料。

71. 上诉分庭也不能信服国际刑事律师协会的下述观点，即审判分庭混淆了证据的可采性及哪些证据与辩护的准备有关。被上诉裁决中包含了一项关于必须披露的材料范围的裁定；这并不意味着必须同时有一项关于这些材料作为证据的可采性的裁定。

72. 由于审判分庭在本案中没有自行采取的行动，因此无需研究《程序和证据规则》第134条或《规约》第64条和第69条以裁定在何种情况下审判分庭可以自行就披露的范围发出命令。

(b) 《程序和证据规则》第77条的解释

73. 虽然如上所述审判分庭就检察官的披露义务范围做出裁定是具有法律依据的，但是《关于不披露信息的命令》仍然是错误的，因为它所依据的对《程序和证据规则》第77条的解释过于狭窄。

74. 《程序和证据规则》第77条原文如下：

查阅检察官掌握或控制的材料

在不违反《规约》及规则81和82对披露所作限制的情况下，检察官应允许辩护方查阅检察官掌握和控制的任何册籍、文件、照片和其他实物；这些材料应为准备辩护所必需的，或为检察官打算在确认指控听讯时或在审判时作为证据使用的，或为得自该人或属于该人的。

75. 检察官无意将关于刚果民主共和国境内普遍使用儿童兵的材料作为证据使用，这些材料也不是从上诉人处获得的，也不属于上诉人。所以，在第三个上诉问题的框架内，所提出的问题是，这里涉及的材料是否“为准备辩护所必需”。

76. 在被上诉裁决中，审判分庭没有明确援引《程序和证据规则》第 77 条或该规定的任何部分。但是必须假定，《关于不披露信息的命令》是基于审判分庭对《规则》第 77 条的范围的理解，并且在被上诉裁决的有关说理部分，审判分庭对该条进行了解释，尤其是因为在 2008 年 1 月 10 日情况会商上，主审法官和各当事方提及了《规则》第 77 条。以此方式来解读被上诉裁决的话，则只要“关于此事的证据不会损害控方的证据和主张，也……不支持被告打算采用的抗辩或主张，那么该物件对辩护的准备就不是至关重要的。换言之，不能证明这一方面的证据与本案的实际问题有关，对被告也没有帮助”（见上面第 56 段）。因此，按照审判分庭的观点，只有可直接削弱“控方证据和主张”或支持辩方主张的问题涉及的材料，才是为准备辩护所必需。

77. 上诉分庭认为，审判分庭对《程序和证据规则》第 77 条的解释过于狭窄，因为它排除了虽然与证明无罪或证明有罪的证据没有直接关系但可能在其他方面为准备辩护所必需的物件。《程序和证据规则》第 77 条的措辞并未表明，“为准备辩护所必需”一词应解释为审判分庭所解释的狭窄含义。相反，这一用语应被理解为是指与准备辩护有关的所有物件。

78. 鉴于《程序和证据规则》第 77 条的措辞是基于前南刑庭《程序和证据规则》第 66 条第 2 款的措辞，⁶ 考虑前南刑庭和卢旺达刑庭关于前南刑庭和卢旺达刑庭《程序和证据规则》相应条款的有关判例是有帮助的。它们的判例确认，“为准备辩护所必需”一词应做宽泛解释。

79. 上诉人提请上诉分庭注意卢旺达刑庭上诉分庭 2006 年 9 月 25 日在 Bagosora 等人案中做出的裁决（以下称“《Bagosora 裁决》”）。卢旺达刑庭上诉分庭在该裁决第 9 段解释道：

⁶ 见国际刑事法院筹备委员会，澳大利亚的提案，国际刑事法院程序和证据规则草案，1999 年 1 月 26 日，PCNICC/1999/DP.1，其中在 37 页指出，最后成为第 77 条的条款，其原始草案“与前南刑庭《规则》第 66 条第 2 款非常相近。”

[译文]按照[卢旺达刑庭《程序和证据规则》]第 66 条第 2 款的字面意思，是否归于第一类重要性的检验标准是文件与准备辩方证据和主张的相关性。准备是一个广泛的概念，不一定要要求材料本身与控方证据和主张相对立。

80. 虽然必须指出，《Bagosora 裁决》的背景不同于本案 — 卢旺达刑庭上诉分庭需要裁定卢旺达刑庭检察官掌握的与潜在辩方证人的可信度有关材料是否必须披露 — 但是该裁决仍然表明，必须避免对披露义务做出过于狭窄的解释。

81. 前南刑庭审判分庭 1996 年 9 月 26 日在 Delalić 等人案中的裁决也支持对披露义务的宽泛解释。在裁决的第 7 段，前南刑庭审判分庭援引美国联邦法院的案例法称，“请求的证据必须‘对理解重要的证明有罪或证明无罪的证据具有重要的帮助’”（强调是后加的）。前南刑庭的这段表述曾被一位关于《程序和证据规则》第 77 条建立的披露制度的评论家肯定地引用。⁷

82. 上诉分庭认为，在本案中，上诉人已经充分证明，与刚果民主共和国境内普遍使用儿童兵有关材料为其准备辩护所必需：在 2008 年 1 月 10 日的情况会商中，上诉人律师解释道，这些材料是有关的，因为“在确定辩护理由前，必须了解情势，对我们而言，这些信息对我们是有用的，对我们了解当时伊图里地区的形势而言甚至是必要的。”在上诉支持文件中，上诉人详细解释说，要求的材料可能是相关的，例如可帮助了解刚果民主共和国儿童兵的使用和复员现象。此外，国际刑事律师协会认为，与普遍使用儿童兵有关的信息在诉讼程序的审判阶段（如有）是有关的，辩方律师必须为这一阶段做准备。

V. 适当的救济

83. 《程序和证据规则》第 158 条第 1 款规定，上诉分庭可“确认、推翻或修改被上诉的裁判”。

⁷ 见 H. Brady, “Disclosure of Evidence”, in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court/Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001), 403, 第 411 页。

84. 关于第一和第二个问题，如果被上诉裁决按照第 35 至第 38 段的方式理解的话，则确认该裁决。

85. 关于第三个问题，上诉人请求上诉分庭“命令检察官立即向辩方披露其掌握的关于刚果民主共和国普遍使用儿童兵的材料”（上诉支持文件，第 13 页）。这相当于对被上诉裁决的修订。

86. 由于下列原因，上诉分庭认为，不应按照上诉人的要求对被上诉裁决进行修改。检察官已请求审判分庭免除其披露包含相关信息的证词的义务，改为披露这些证词的摘要。审判分庭尚未就此请求做出裁决。在这种情况下，上诉分庭认为，推翻《关于不披露信息的命令》是适当的，因为该命令受到法律错误的严重影响。审判分庭将需要裁定上诉人是否有权查阅包含与普遍使用儿童兵有关的信息的完整证词。

Pikis 法官和 Song 法官对本判决附加了部分不同意见。

本判决以英文和法文作成，以英文版为准。

Sang-Hyun Song 法官
主审法官

2008 年 7 月 11 日

荷兰海牙

Georghios M. Pikis 法官的部分不同意见

1. 在诉讼程序的初期阶段，上诉分庭确定了可上诉问题以裁定是否应准予该上诉产生上诉人寻求的中止效力，从而导致中止执行引起成为上诉主题的问题的裁决。¹ 多数法官，也就是上诉分庭除我之外的所有法官，以及少数法官，在上诉问题二的性质和内容上持一致意见，但对其他两个问题的确切性质存在不同意见。多数法官认为问题一是“辩方不必要且无理由地延迟披露，是否可以正当地影响控方的披露”²，但我认为它是“审判分庭是否错误地对辩方施加了预先披露其辩护理由的义务”³。这两个问题之间没有显著差异，因为二者都是围绕被告在向分庭提出其抗辩前披露其抗辩或其任何部分的义务（如有）。换言之，这两个问题可以归结为，检察官披露其掌握的证据，尤其是可以开脱罪责的证据，是否或者在多大程度上取决于抗辩理由的预先披露。

2. 我认为，第三个问题涉及“《程序和证据规则》第 77 条的解释”⁴，虽然多数法官认为，这个问题是“审判分庭关于‘控方没有义务‘提供与普遍使用儿童兵有关材料’，因为它不构成可以开脱罪责的材料’的结论是否违反了《[程序和证据]规则》第 77 条”⁵。

3. 以我所看到的方式解答问题三以试图解决上诉，将纯属理论推演，会导致分庭的一名成员退出了最终决策过程。据我理解，这个问题涉及上诉分庭就《程序和证据规则》第 77 条的解释向审判分庭提出建议。它来自于审判分庭的一项裁决。

¹ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对 Thomas Lubanga Dyilo 先生请求其对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日口头裁决的上诉发生中止效力的裁决》（ICC-01/04-01/06-1290），2008 年 4 月 22 日；《Georghios M. Pikis 法官的不同意见》（ICC-01/04-01/06-1290-Anx），2008 年 5 月 13 日。

² 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对 Thomas Lubanga Dyilo 先生请求其对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日口头裁决的上诉发生中止效力的裁决》（ICC-01/04-01/06-1290），2008 年 4 月 22 日，第 2 段。

³ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对 Thomas Lubanga Dyilo 先生请求其对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日口头裁决的上诉发生中止效力的裁决 - Georghios M. Pikis 法官的不同意见》（ICC-01/04-01/06-1290-Anx），2008 年 5 月 13 日，第 6 段。

⁴ 同上。

⁵ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对 Thomas Lubanga Dyilo 先生请求其对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日口头裁决的上诉发生中止效力的裁决》（ICC-01/04-01/06-1290），2008 年 4 月 22 日，第 2 段。

按照多数法官的意见，问题三涉及审判分庭关于披露使用儿童兵的材料裁决。我觉得有责任遵守多数法官对问题三性质的裁决，以提高司法程序的效力。而不这样做的话，将排除一名上诉分庭成员参与在审问题的解决，这将违反做出判决的程序。在欧洲人权法院审理的 *Andronicou 和 Constantinou 诉塞浦路斯案*⁶中，我曾遇到与本案中的问题类似的问题。在该案中，我曾指出，“法庭的司法审判是不可分割的。它是整个法庭的责任，需要法庭的所有组成部分，即法庭的每一名成员参与解决为取得案件的结果所必须裁决的每一个问题。”⁷ 在本诉讼程序中，这同样是正确的。如果我置身于上诉问题的确定之外，而由多数法官确认，其结果将是关于在审问题的裁决是由上诉分庭的四名而不是《规约》规定的五名法官做出。如果问题是影响到法院管辖权的，则与此不同的考虑可能会起作用。但问题三，无论是多数法官还是我本人所描述的，都是围绕同一个主题即《规则》第 77 条的范围和意义展开的，这一事实消除了我在解答问题时可能受到的任何制约。

4. 除我以外的分庭成员都认为，这两个问题都不是出自于审判分庭的一项明确裁决，所以上诉分庭不应对此进行审理，尽管这种看法的原因不尽相同。尽管如此，他们以提供指导的方式表达了对被告沉默权以及检察官向辩方披露信息的义务的看法。被告的沉默权没有受到质疑。多数法官的判决称，“……在不违反与披露的限制有关的法定制度的情况下，辩方有权获得控方所知晓的与案件有关的全部信息的披露，并完全有权行使其保持沉默的权利。被上诉裁决不应被解读为迫使被告在诉讼程序初期阶段作证或提出抗辩，以作为获得控方披露的条件。”⁸ 在某种程度上，这段引文受到前面的一段论述的限定，该段论述指出，“但在理论上，上诉分庭无法绝对排除这样一种可能性，即如果在出现的某种实际情况中，可以证明辩方毫无理由且不合理地拖延透露一条抗辩理由或问题，并且其情节使得法院无法确

⁶ 欧洲人权法院，*Andronicou 和 Constantinou 诉塞浦路斯案*，《1997 年 10 月 9 日的判决》，案卷号 86/1996/705/897。

⁷ 同上，《Georghios M. Pikis 法官的不同意见》。

⁸ 多数法官的判决，第 55 段。

保对可以开脱罪责的证人实施保护，那么即使不披露某些有限的材料，被告仍有可能获得公平的审判。”⁹

5. 关于第三个问题，我赞成推翻它，但不同意将该问题发回审判分庭，让它如多数判决所述，裁定“上诉人是否有权查阅包含与普遍使用儿童兵有关的信息的完整证词。”¹⁰ 这个问题应当由上诉分庭裁定，用本应做出的裁决来取代审判分庭做出的裁决。检察官对本部分上诉的答复如下：“鉴于本上诉中的问题仅涉及《规则》第 77 条，而与任何‘你也是’抗辩的有效性或将有关材料定性为《规约》第 67 条第 2 款所指的开脱罪责的材料无关，控方不反对就此问题提出上诉”¹¹。我认为，检察官的确认是有理由的。上诉分庭的裁决应该是，与使用儿童兵有关的材料应提供给辩方查阅。

6. 下面，我将说明为什么我认定问题一和问题二是由审判分庭的裁决而产生并因此应当由上诉分庭进行审理。

7. 2006 年 7 月 13 日¹² 和 2006 年 10 月 13 日¹³ 上诉分庭的两项判决中，讨论了核准可上诉问题的先决条件。在第一项判决中强调，得到核准的可上诉问题，必须是审判分庭或预审分庭认为应予立即解决，从而如它所说，“使司法程序不会出现可能影响诉讼程序公正性或影响审判结果的错误。”¹⁴ 它还在其他地方强调，核准上

⁹ 多数法官的判决，第 54 段。

¹⁰ 多数法官的判决，第 86 段。

¹¹ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《控方对辩方对第一审判分庭 2008 年 3 月 18 日口头裁决提起上诉的支持文件的答复》，2008 年 3 月 28 日（ICC-01/04-01/06-1243），第 33 段。

¹² 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）。

¹³ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《关于检察官对第一预审分庭〈关于确立对根据程序和证据规则第 81 条第 2 和第 4 款提出的限制披露申请适用的一般原则的裁决〉提起的上诉的判决》，2006 年 10 月 13 日（ICC-01/04-01/06-568）。

¹⁴ 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 14 段。

诉事项的分庭的意见“是产生上诉权利的决定因素。实质上，预审分庭或审判分庭被授予了声明，或者更准确地说，核定存在可上诉事项的权力。”¹⁵

8. 审判分庭在上述判决的指引下，在《关于准予上诉的裁决》¹⁶中裁定，提出的问题确实是来自于它的裁决，因此，应当作为上诉事项。分庭在以下段落中提到了早先口头裁决中导致产生第一个问题的部分：“所以，被上诉裁决的有关部分讨论的问题是，是否无论辩方在披露抗辩的有关事宜或拟在案件后期提出的问题方面有没有不合理的行为，控方披露材料的义务都是固定不变的。”¹⁷

9. 正如审判分庭注意到的，第二个问题与第一个问题有关：“第二个问题：分庭将保护辩方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的”¹⁸。特别提及分庭裁决中导致产生问题二的部分，分庭在批准上诉申请的裁决中也引述了该部分：“如果在诉讼程序的后期阶段，在没有任何正当理由的情况下，法庭被要求命令披露可以开脱罪责的证人，而此时法庭却无法确保为他们提供必要的保护，那么法院将有可能得出结论，虽然未能向被告披露他们的身份，但继续进行审判仍然是公平的。”¹⁹

10. 对审判分庭引发问题一和问题二的界定的口头裁决进行的审查，也支持了审判分庭关于这些问题是分庭裁决的产物的结论。口头裁决中有一个关键段落，原文如下：

[译文] 辩方拒绝了分庭的邀请，未表明被告可能采用的抗辩，以及预期在案件中可能提出的问题。他在本阶段的立场是，他将使用被告无可置疑的权

¹⁵ 同上，第 20 段。

¹⁶ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对辩方关于准予对 2008 年 1 月 18 日关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决提出上诉的请求的裁决》，2008 年 3 月 6 日（ICC-01/04-01/06-1210）。

¹⁷ 同上，第 12 段。

¹⁸ 同上，第 15 段。

¹⁹ 同上，第 18 段。

利，即沉默权。但是，辩方不合理地推迟披露可能影响分庭就什么是公平审判做出的判断。²⁰

11. 审判分庭邀请被告披露其辩护理由，这本身就表明沉默权不是绝对的。审判分庭的裁决中宣告了被告拥有无可置疑的沉默权，并且沉默不会导致对其不利的推断，但是在下面这段话中又对这种沉默权做出了限定：但是，辩方不合理地推迟披露可能影响分庭就什么是公平审判做出的判断。²¹ 这段话表示它裁定，被告有义务在诉讼程序的某个阶段披露其辩护理由；如果他不进行披露，就可能造成一些后果，即紧接上面那段话后面描述的后果，引用如下：

[译文] 例如，鉴于需要保护证人和向法庭提供信息的其他人，如果法庭，恕我再说一遍，如果在诉讼程序的后期阶段，在没有任何正当理由的情况下，法庭被要求命令披露可以开脱罪责的证人，而此时法庭却无法确保为他们提供必要的保护，那么法院将有可能得出结论，虽然未能向被告披露他们的身份，但继续进行审判仍然是公平的。²²

12. 在紧接上述摘录的一句话中，分庭明确指出了辩方如果拖延到晚期阶段才披露辩护理由则可能遭受的后果。

[译文] 所以，如果辩方不必要地在很晚的阶段才表明辩护理由，则可能影响到有关向被告披露信息事宜的裁决。²³

13. 审判分庭在《关于准予上诉的裁决》中表明了自己的观点，即问题一和问题二具有“不可分割的联系”²⁴，这个观点是准确和正确的，因为二者都涉及到检察官披露可以开脱罪责的证据的义务，以及检察官履行该义务在某种程度上取决于辩护理由的预先披露。口头裁决的上述段落反映了审判分庭对辩方未进行披露的后果所持的立场。这一段落反映了审判分庭做出的裁决，即被告若不及时披露辩护理由则可能影响辩护的进行，并可能导致辩方丧失获得控方有义务进行的披露的权利。

²⁰ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《审判分庭关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决》，2008 年 1 月 18 日（ICC-01/04-01/06-T-71-ENG ET WT，第 9 页，第 4 至第 10 行。

²¹ 同上，第 9 页，第 8 至第 10 行。

²² 同上，第 9 页，第 12 至第 18 行。

²³ 同上，第 9 页，第 18 至第 21 行。

²⁴ 检察官诉 Lubanga Dyilo 案，《对辩方关于准予对 2008 年 1 月 18 日关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决提出上诉的请求的裁决》，2008 年 3 月 6 日（ICC-01/04-01/06-1210），第 15 段。

14. 《规约》第 67 条第 1 款第 7 项规定，沉默权是被告的基本权利，除了涉及《规则》第 79 条规定的特殊辩护外，对这项权利没有任何限定。²⁵ 《规约》不仅将沉默权保障为被告不可剥夺的权利，而且规定这项权利的行使不得给被告带来任何不利的后果。而根据审判分庭的裁决，行使沉默权将带来不利的后果，还就该后果向被告发出了警告。该裁决直接损害了被告的沉默权。此外，《规约》还保证被告有权“不承担任何反置的举证责任或任何反驳责任”。沉默权与被告的无罪推定是密切相关的。被告被假定为无罪。他不必证明自己无罪。要使自己免于控告，被告所要做的就是使人对控告的正确性产生疑问；除非对他的指控被证明没有任何合理疑问，否则他有权被宣告无罪。

15. 除分庭根据《规则》第 81 条批准的例外以外，被告有权在确认指控的预审阶段和审判阶段获知对其指控的理由和依据。《规约》第 61 条第 3 款规定检察官有义务披露支持其控诉理由的证据，《规约》第 64 条第 6 款规定了与确认指控听讯时未披露的证据以及检察官在确认指控听讯后收集的证据有关的披露义务。

16. 《规约》第 67 条第 2 款还规定，除了披露其采用的证据以外，“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，”检察官必须尽快向辩方披露这样的证据。按照《规约》第 54 条第 1 款第 1 项，检察官有义务在调查案件时收集证明有罪和证明无罪的证据。根据《规约》第 67 条的上述规定，可开脱罪责的证据的范围是非常宽泛的。它包括有助于证明被告无罪的一切物件，趋于减轻其罪责或提供影响控方证人可信性的材料的证据。

17. 由于上述原因，我要推翻为第一个问题提供依据的审判分庭裁决，并对提交解决的问题做如下解答：检察官向辩方披露证据决不依赖于预先披露抗辩或其任何辩护理由，也不以此为前提。由于类似的原因，我要推翻为第二个问题提供依据的

²⁵ 《细则》第 79 条规定了唯一的例外，但与目前的诉讼程序无关。该条款涉及的是不在犯罪现场的抗辩，以及为排除刑事责任而提出没有精神上的行为能力。这些属于特殊的抗辩，因为支持这类抗辩的事实只有被告知晓。

裁决，并宣布检查官若不能履行其向辩方进行披露的义务，则可能影响诉讼程序的公正性。

本意见以英文和法文作成，以英文版为准。

Georghios M. Pikis 法官

2008 年 7 月 11 日

荷兰海牙

Sang-Hyun Song 法官的部分不同意见

1. 在本判决中，上诉分庭的多数法官考虑了上诉问题一和上诉问题二的是非曲直。由于下面总结的原因，我谨对这部分判决持保留意见。我认为，第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日的口头裁决（见 ICC-01/04-01/06-T-71；以下称“被上诉裁决”）在这方面是不可上诉的。所以，我本来是要因此而驳回上诉，而不考虑其是非问题。我完全同意判决的其余部分，特别是上诉分庭关于“推翻审判分庭关于检察官没有义务提供与刚果民主共和国境内普遍使用儿童兵有关的材料的裁决”的裁决。

2. 《规约》第 82 条第 1 款规定：

当事双方均可以依照《程序和证据规则》对下列裁判提出上诉：

- (a) 关于管辖权或可受理性的裁判；
- (b) 准许或拒绝释放被调查或被起诉的人的裁判；
- (c) 预审分庭根据第五十六条第三款自行采取行动的決定；
- (d) 涉及严重影响诉讼的公正和从速进行或审判结果的问题的裁判，而且预审分庭或审判分庭认为，上诉分庭立即解决这一问题可能大大推进诉讼的进行。

3. 因此，只有当裁判涉及可上诉问题时，才能根据《规约》第 82 条第 1 款第 4 项提出上诉。“裁判”一词是指预审分庭或审判分庭做出的裁决或裁定，而不是说理中做出的任何陈述。这不仅为司法背景下“裁判”一词的字面含义所证实，也符合《规约》第 82 条第 1 款的语境解释：第 82 条第 1 款第 1 至第 3 项规定，对特定类别的裁判提出上诉是一种权利，这些裁判包括关于管辖权或可受理性的裁判，准许或拒绝释放被调查或被起诉的人的裁判，以及预审分庭根据《规约》第 56 条第 3 款自行采取行动的裁判。预审分庭或审判分庭的裁判是否属于任何上述类别，必须按照做出的裁决或裁定是否涉及可受理性或管辖权等标准来确定。在上诉分庭 2007 年 6 月 13 日《关于 Thomas Lubanga Dyilo 先生对第一预审分庭 2007 年 1 月

29 日〈关于确认指控的裁决〉提起上诉的可受理性的裁决》（ICC-01/04-01/06-926）中，上诉分庭依照这样的作法驳回了根据《规约》第 82 条第 1 款第 2 项对一项确认指控的裁决提起的上诉，因为该裁决并没有拒绝或批准释放。如果在《规约》第 82 条第 1 款第 1 至 3 项中，“裁判”一词是指裁决或裁定，而第 82 条第 1 款第 4 项中的“裁判”则包括支持裁判的全部说理，这是不符合逻辑的。

4. 如果构成某个争议事项的法律或事实问题对于做出的裁决或裁定是至关重要的，那么就可以说该裁决“涉及了”一个争议事项。2006 年 7 月 13 日《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》确认了这一点，上诉分庭在该判决第 9 段解释道：

一个争执事项由一个主题构成，它的解决对于确定在目前审理的司法案件中产生的事项至关重要。

5. 在本案中，我认为，由于下列原因，被上诉裁决中被批准上诉的第一和第二个问题是不可上诉的，因为被上诉裁决中没有在前面所述的意义上涉及这些问题。

6. 在 2008 年 3 月 6 日《对辩方关于准予对 2008 年 1 月 18 日关于信息删节涂抹和披露事宜的口头裁决提出上诉的请求的裁决》（ICC-01/04-01/06-1210¹，以下称“《关于准予上诉的裁决》”）中，审判分庭批准就下列三个问题提出上诉：“辩方不必要且无理地延迟披露，是否可以正当地影响控方的披露”（《关于准予上诉的裁决》，第 14 段；“问题一”）；“分庭将保护辩方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的”²（《关于准予上诉的裁决》，第 6 段；以下称“问题二”）；以及审判分庭关于“控方没有义务‘提供与普遍使用儿童兵有关材料，因为它不构成可以开脱罪责的材料’的结论是否违反了《[程序和证据]规则》第 77 条”（《关于准予上诉的裁决》，第 21 段）。

¹ 2008 年 3 月 14 日印发了此裁决的勘误（ICC-01/04-01/06-1224）。

² 在《关于准予上诉的裁决》勘误中，有关的段落如下：“分庭将保护控方证人置于辩方知晓这些证人身份的权利之上，并得出这样做不会削弱审判公正性的结论，这是否是错误的。”

7. 问题一和问题二涉及被上诉裁决的下列部分：

[译文]辩方拒绝了分庭的邀请，未表明被告可能采用的抗辩，以及预期在案件中可能提出的问题。他在本阶段的立场是，他将使用被告无可置疑的权利，即沉默权。但是，辩方不合理地推迟披露可能影响分庭就什么是公平审判做出的判断。例如，鉴于需要保护证人和向法庭提供信息的其他人，如果法庭，恕我再说一遍，如果在诉讼程序的后期阶段，在没有任何正当理由的情况下，法庭被要求命令披露可以开脱罪责的证人，而此时法庭却无法确保为他们提供必要的保护，那么法院将有可能得出结论，虽然未能向被告披露他们的身份，但继续进行审判仍然是公平的。所以，如果辩方不必要地在很晚的阶段才表明辩护理由，则可能影响到有关向被告披露信息事宜的裁决。

(ICC-01/04-01/06-T-71-ENG, 第 9 页, 第 4 至 21 行。)

8. 但是在被上诉裁决的这一部分，审判分庭没有做出任何裁定，审判分庭的说明既不是被上诉裁决其他部分所做裁决的一部分，也不构成被上诉裁决其他部分所做裁决的前提条件。相反，审判分庭是在告知诉讼参与者它将来*可能*做什么。这些关于辩方披露或证人保护的说明都不是结论性的。特别是，关于毫无理由地拖延披露辩护理由的论述必须结合上下文来理解：审判分庭强调，辩方享有沉默权；审判分庭关于“拖延”辩方披露的论述是在上诉人将提出抗辩的（假设性）假设基础上做出的。审判分庭和上诉分庭目前都不知道，实际情况会不会是这样。而且，审判分庭仅仅是提到它*有可能*对由辩方“拖延”披露而引发的诉讼程序的公正性问题做出裁定，却没有提供关于做出裁定的标准和具体情形或审判分庭如何解释这方面的适用法律的任何详情。所以，这些论述是在没有也不涉及任何具体事实的情况下非决定性地做出的。关于问题二，审判分庭在《关于准予上诉的裁决》第 19 段指出，“这个问题在诉讼程序过程中可能根本不会出现”。

9. 我认为，如果审理这些问题的是非曲直的话，上诉分庭将不是在审查审判分庭*已经*做出的裁决是否符合有关法律，而是在评估审判分庭将来*可能*做什么。因此，上诉分庭将会扮演一个咨询机构的角色。这可不是《规约》或《程序和证据规则》为上诉分庭设计的角色。它超出了上诉分庭的权限。

本意见以英文和法文作成，以英文版为准。

Sang-Hyun Song 法官

2008年7月11日

荷兰海牙