



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1993/6
19 July 1993
CHINESE
Original: FRENCH

人权委员会
防止歧视及保护少数
小组委员会
第四十五届会议
临时议程项目10(a)

司法裁判和被拘留者的人权

遭受任何形式拘留或监禁的人的人权问题

吉塞先生和儒瓦内先生根据小组委员会
第1992/23号决议编写的关于侵犯人权者
免受惩罚问题的进度报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	1 - 14	4
A. 研究的渊源和目的	1 - 6	4
B. 资料来源	7	5

目 录 (续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
C. 研究范围	8 - 13	5
D. 研究计划	14	7
一、公民社会和有关遏止不受惩罚现象的行動的问题 ..	15 - 43	7
A. 作为法律来源之一的受害者	15 - 28	7
1. 舆论法庭	18 - 23	7
2. 国际机构	24 - 25	9
3. 受害者自行组织能力的提高	26 - 28	9
B. 法律与受害者	29 - 43	10
1. 事实上免于惩罚的机制	30 - 36	10
2. 通过法律免于惩罚的机制	37 - 43	12
二、国家和有关遏止不受惩罚现象的行動的问题	44	14
A. 国家对其责任的認識	45	14
B. 国家在国际法规定之下承担的 遏止不受惩罚现象的义务	46 - 49	15
1. 世界人权宣言	47	15
2. 公民权利和政治权利国际盟约	48	16
3. 禁止酷刑和其他残忍、不人道或 有辱人格的待遇或处罚公约	49	16
4. 防止及惩治灭绝种族罪公约	50 - 51	16
5. 禁止并惩治种族隔离罪行国际公约	52	17
6. 战争罪及危害人类罪不适用 法定时效公约	53	17
7. 保护所有人免遭被迫失踪宣言	54	18
8. 日内瓦四公约及其第一和第二号议定书 ..	55 - 58	18
9. 危害人类和平及安全治罪法草案	59	19
C. 对公正的需要、集体记忆的要求 与和解的政治限制之间的矛盾	60 - 126	19
1. 对公正的需要	61 - 84	19

目 录 (续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(a) 国家一级的对策	62 - 73	20
(b) 建立一个国际法庭	74 - 84	22
2. 集体记忆的要求	85 - 101	24
(a) 在考虑到侵权行为极为严重的 情况下必须尽一切努力确保 公正执法	86 - 89	24
(b) 防止危害人类罪再度发生	90	25
(c) 反对修正主义	91 - 100	25
(d) 恢复记忆权的历史和文化特性	101	28
3. 和解进程中法律和政治方面的困难	102 - 126	28
(a) 与大赦有关的问题	105 - 118	29
(b) 与清洗有关的问题	119 - 126	32
结论和建议	127 - 131	35
附 言	132 - 134	38

促进和保护人权：研究不受惩罚现象的不良影响 以及与之作斗争的途径

导 言

A. 研究的渊源和目的

1. 从人类起源直至今日，不受惩罚现象的历史表现为无休止的冲突和怪异的矛盾：被压迫者与压迫者之间的冲突、公民社会与国家之间的冲突、人类良知与野性之间的冲突；被压迫者本身的矛盾，他们在摆脱了桎梏之后接过国家政权的责任却又要服从民族和解机制，这要求他们在遏止不受惩罚现象方面降低原先的承诺程度。

2. 联合国组织意识到有关问题的复杂性和严重性，一直在设法加强其在遏止不受惩罚现象的行动中的作用--首先是制订了促进和保护人权的国际标准，其中一律订有与此目的有关的规定(下文将加以分析)，此外，不仅设立了人权事务委员会等条约监测或监督机构，还在人权委员会内设立了特别程序，形式是工作组或特别报告员提交的国别报告和专题报告，其中首先设立的是被迫或非自愿失踪问题工作组，后来又有即决处决问题特别报告员和酷刑问题特别报告员。不受惩罚问题已在关于司法裁判和人权的议程项目之下提交防止歧视及保护少数小组委员会的一些研究报告中论及，尤其是儒瓦内先生关于大赦法律对于保障和促进人权的作用的报告(E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1)、切尔尼琴科先生和特里特先生关于人身保护令和得到公正审判的权利的报告(E/CN.4/Sub.2/1992/24,以及Add.1-3)，以及范博芬先生关于严重侵犯人权行为受害者得到赔偿的权利的报告(E/CN.4/Sub.2/1992/8)。

3. 因此，小组委员会第四十二届会议在第1991/110号决定中请哈吉·吉塞先生和路易·儒瓦内先生这两位委员起草一份详细论述遏止不受惩罚现象的措施问题的文件。这一文件(E/CN.4/Sub.2/1992/18)已于1992年8月12日提交小组委员会第四十三届会议。其中除其他外载有关于助长不受惩罚的法律机制和做法的初步分析，并且提出了作为研究遏止这种祸害的基础的准则。小组委员会在1992年8月27日第1992/23号决议中表示满意地注意到吉塞先生和儒瓦内先生编写的文件，决定请他们“编写一份关于侵犯人权者免受惩罚问题的研究报告”并“建议遏止此种做法的措施”。

4. 小组委员会在该决议第4段中请各国政府、联合国各有关机构、专门机

构、区域政府间组织和非政府组织提供关于这一问题的资料。秘书长1992年12月10日发出的一份普通照会,其中请求至迟于1993年3月15日前作出答复。最后,小组委员会还在上述决议第5段中决定在其第四十五届会议上审议初步报告。

5. 人权委员会第四十九届会议在第1993/43号决议中表示赞同小组委员会在上述第1992/23号决议中作出的决定;人权委员会的请求随后得到经济及社会理事会的赞同。

6. 遵照小组委员会新的工作方法,本报告定为去年提交的工作文件(E/CN.4/Sub.2/1992/18)的续篇;目的在于从起草最后报告着眼分析免受惩罚现象的机制,争取对这些机制形成更为确切的了解,并考虑可用以减少免受惩罚现象的不良影响的办法。

B. 资料来源

7. 报告员利用了应1992年12月10日普通照会中的请求发来的资料、国别或专题特别报告员的报告,以及免受惩罚问题国际会议¹举行之际汇集的大量文献。

C. 研究范围

8. 为确定研究范围,作者采用了三种标准,分述如下:

第一种标准

9. 研究仅涵盖国家或其代理人直接或间接(雇佣军、准军事团体、行刑队、民团等等)的侵犯行为。如果小组认为有必要,研究报告的最后案文范围可扩大到包括非国家类的侵犯--理由有两个:

- (a) 第一,国家政权不存在(索马里)或国家政权削弱(波斯尼亚和黑塞哥维那)可能会助长暴行和野蛮行为;
- (b) 第二,在某些武装斗争中,特别是非国际性的冲突中,个人或游击运动或民族解放运动之类的特定团体会发生严重的侵犯行为。²不过,在绝大多数情况下,严重和大规模侵犯都是国家政权所为。³

第二种标准

10. 小组委员会第1993/23号决议和人权委员会第1993/43号决议，其中提及“侵犯人权者”，这两项决议未明确提及遏止严重侵犯经济及社会权利者免受惩罚现象的行动。本研究报告属于进度报告，因此--视小组委员会第四十五届会议的辩论情况--专门针对《公民权利和政治权利国际盟约》意义内的人权所受的侵犯。

11. 因此，在报告的最后案文中有必要：

- (a) 直接处理这个问题，这样，研究报告的标题应是“促进和保护公民和政治权利及经济和社会权利：关于免受惩罚现象的不良影响的研究报告”；
- (b) 或者决定开展第二阶段研究，这样，本报告就是第一部分，在最后报告提出之后再增加一个关于侵犯经济和社会权利者的第二部分。

12. 两位报告员都倾向于第二种办法，因为即便已从发展权的角度广泛研究了这个问题，但基本上未从遏止免受惩罚现象的行动角度研究这个问题。过去仅有的一次也只涉及一个具体的方面，1990年8月27日至9月7日在哈瓦那举行的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇问题大会最初讨论了这个问题（见A/CONF.144/28/Rev.1，第一章C节），后来人权委员会在第1992/50号决议中也涉及这个问题，该决议的标题是“国家官员以欺诈手段从中获利损害公众利益的问题、造成这个问题的因素以及所有国家中参与这种欺诈获利的人员”。如果研究范围扩大到包含经济及社会权利，就应顾及这种方针，因为暴政与腐败、侵犯人权以及出于个人目的的财经贪污（杜瓦利埃、马科斯、诺列加等人就是如此）之间存在明显的联系。最后，有必要研究可在多大程度上以需要严格解释的刑法办法为基础在具有相对性和不断演变的经济和社会权利领域开展遏止免受惩罚现象的行动，并需研究是否应考虑其他类型的制裁。

第三种标准

13. 研究仅涉及有关一贯严重和大规模侵权的情况。如果这样，发生孤立的或未预谋的虐待或其他恶劣行为之后的不受惩罚情况就应在研究范围之外，即便这也是侵犯人权。

D. 研究计划

14. 遵照以前提交小组委员会的文件特别是提交小组委员会第四十四届会议的E/CN.4/Sub.2/1992/18号工作文件中提出的准则,确定的研究计划除本文的导言部分外还包括两个章节和一个载有建议的结论部分,两章都分析了与遏止不受惩罚现象的行动有关的问题,第一章涉及的是受害者和一般而言的公民社会,第二章涉及的是国家。

一、公民社会和有关遏止不受惩罚现象的行動的问题

A. 作为法律来源之一的受害者

15. 虽然在目前情况下严格而言不能认为被视为一类法律对象的受害者构成法律的来源,但他们通过自己的非政府组织在制订和发展遏止不受惩罚现象的法律办法方面已经和正在继续发挥决定性的作用,这既涉及标准(例如,保护所有人免遭被迫失踪宣言)又涉及机制(酷刑问题特别报告员或儿童权利公约)。在这两种情况中,非政府组织的活动都具有决定性的意义。

16. 在审议受害者的权利方面,非政府组织的作用也同样具有决定性的意义。虽然遏止不受惩罚现象的行动源于伸张正义的必要性,但这种行动不能仅以惩罚犯罪者为目的。这种行动必须符合三项要求:惩罚应负罪责者、让受害者能行使知情权和取得补偿的权利,以及让当局能履行保障治安的公共机构的职权。即便在有些情况下当局的政治意愿无可置疑,但不能因为它没有能力审判在逃的罪责者而阻碍或不合理地延误受害者通过适当的法律补救办法争取获得补偿。

17. “有组织的受害者”对法律发展的这种贡献以三个重要层次为特点:第一是舆论法庭,第二是国际机构,第三是提高受害者自行组织的能力。

1. 舆论法庭

18. 第一个层次是受害者代表掌握的所谓“舆论法庭”,在联合国自1946年以来一直研究国际法庭未设立的情况下,这种“舆论法庭”填补了一个体制空缺。1967年,法国国家元首反对罗素裁判庭在法国开会,理由是它的倡导者“既无权力也无国际任务,因此不能从事任何司法行动”。为了证明其主动行动的合法性,组织者

在答复中只是说, 裁判庭并非替代某一现有的法庭, 因为尽管确有某项法律, 但并不存在确保其实施的法庭。⁵

19. 其他许多性质类似的主动行动都是源于国际社会的这种欠缺。最早的可回溯到1959年, 即E. Aroneanu在雅典就Manolis Glezos受审一事出面组织的舆论法庭, 后者是英勇的希腊抵抗战士, 曾于1944年当着占领军之面扯下了雅典卫城上的纳粹旗。

20. 越南问题罗素裁判庭后来在其他国家举行了会议; 以后被称为“常设人民裁判庭”, 在大约15个国家就国际法的实施问题, 特别是就拉丁美洲的侵权不受惩罚问题作了裁定。⁶ 值得一提的还有1978年Humberto Delgado人权裁判庭在里斯本就PIDE(萨拉萨尔政权之下的政治警察)的罪行举行的会议。

21. 这类裁判庭的目的并不在于确保对罪责者判以实际惩罚; 事实上, 它们不具备这样做的体制手段乃至物质手段。它们的存在理由只是就尊重国际法问题作出裁定。这类裁判庭不受刑法方面的约束, 因此能表现出创造性, 能对国际法的演进作出有意义的贡献, 尤其是对于基本文书(如: 世界人权宣言)普遍范围的确认, 从而也就有助于确认基本文书对这些法庭针对的政府的适用性。它们的这种能力源于对两种前提的阐述。

第一种前提

22. 这个前提是指“仅通过谈判而达成的”文书的宣示作用(而不是公约型文书的准则规范作用)。这类文书有: 联合国大会的决议、各种宣言和其他原则文书, 相当于对尚未批准公约的国家而言的公约案文。这种前提把谈判达成的文书分为两类, 一类是宣示原已存在的权利因而可由受害者或其代表将其本身用于针对国家的文书(例如: 关于领土庇护的宣言或反对酷刑的宣言), 另一类文书只具有宣示性, 不涵盖原已存在的权利, 或仅涉及程序(例如, 宣布某一专题十年的大会决议)。⁷

第二种前提

23. 一国在被控纵容酷刑、举行假审判或搞任意逮捕时, 作出的反应往往是否认发生过酷刑、声称审判完全合法以及坚持表示所有逮捕都是依法而为, 简言之, 往往明言或无论如何也要暗示并未违反世界人权宣言等等。这样, 国家就从反面--可以说是以供认的方式--承认宣言中原则的约束力, 因为它否认违反了这些原则。因

此,无论这种承认是从正面还是反面表现出来,都加强了尊重有关原则的普遍性。⁸

2. 国际机构

24. 第二个层次是求助于国际机构,这方面的解决办法具有创新意义,突出的做法是向美洲人权委员会提交请求。⁹ 在最初的一项原则问题上,美洲人权委员会认为规定国家政权(检察部)单独掌握诉讼的法律易受批评,因为在规定允许的制度中按照公民的基本权利罪行的受害者可求助于法庭,而这是刑事诉讼中的驱动力,特别重要。但是,美洲人权委员会没有明确断定这项确认的基本权利是否得到国际人权法律或美洲人权公约的保护,未提及其中与此有关的规定。

25. 但最重要的是,在上述案件中以及在一起涉及阿根廷的类似案件中¹⁰,美洲人权委员会认为,任何法律,如果通过大赦或其他任何办法(但未澄清与时效有关的情况)而排除起诉侵犯人权者的可能性,其后果会损害人人应有的一项权利:“在有充分保障的前提下并在合理的时间内由事先依法设立的合格、独立和公正的法庭进行审讯……以判定他的民事、劳资、财经或任何其他性质的权利和义务”(美洲人权公约,第8(1)条)。据此,美洲人权委员会宣告受害者具有获益于这项规定的不可剥夺的权利,即,不能有任何限制,而政府则认为其范围仅延伸到保障侵犯人权的被告的权利而不涉及受害者的权利(见第二章第109段)。

3. 受害者自行组织能力的提高

26. 第三个层次是受害者自行组织能力的稳步提高。他们最初是通过主要的“一般型”非政府组织转达自己的意见。1970年代以来,针对阿根廷发生的被迫失踪危机,受害者亲属自行组织了专门的非政府组织(如:Plaza de Mayo母亲组织)。这种主动行动蔓延到其他许多拉丁美洲国家,由此在区域一级出现了联合组织,即,失踪的被拘留者亲属协会联合会,专门从事遏止不受惩罚现象的斗争。

27. 本文结论部分还要谈到宜鼓励这种趋势,原因是受害者的非政府组织在制订遏止不受惩罚现象的政策方面具有决定性的作用。军人独裁政权垮台之后,政府在没有社会压力的情况下很少主动审判罪责者(只有希腊是例外)。

28. 然而,非政府组织的行动并不仅限于发挥压力集团的传统作用。它们作为第三种力量介入文职当局与前军事当局和武装部队之间频繁的冲突,使力量对比发生了变化;新的当局以受害者的申诉为根据,能在军方试图推卸责任时更好地顶住军

方的压力。然而,它们必须具有这样做的政治意愿。

B. 法律与受害者

29. 各方--首先是受害者,然后是非政府组织以及联合国系统内的国别特别报告员、专题特别报告员和条约监测机构--通过耐心收集数据和分析适用的法律机制更为清楚地揭示了免于惩罚政策的演化方式,这些政策沿两条路径演化,这两条路径的大部分是互为补充的:首先是有关机构运作失调造成的事实上的免于惩罚--当局直接或间接加以鼓励乃至组织;其次是由规定予以合法化的免于惩罚,这些规定取材于法律规则并偏离原先的目的。

1. 事实上免于惩罚的机制

30. 司法当局和警方一样假装不了解侵权行为和侵犯者的身份或加以遮掩;在诉讼的调查阶段、审判中以及实施刑罚时都可能发生这种情况。如果不是普通法庭而是特别--最常见的是军事--法庭,情况则更差。

(a) 在普通法庭之下

31. 诉讼程序的不同阶段有不同的免于惩罚机制。

(一) 提起公诉阶段

32. 专门规定由国家政权单独掌握公诉的提起:只有检察部可以提起公诉。虽然受害者或其亲属一般可表明在案件中的合法利益,但在法律上不能提起刑事补偿诉讼。因此,他们无法与当局互相包庇而形成的惰性作斗争。

(二) 调查阶段

33. 这一阶段的工作受制于一些因素。调查者往往持消极态度,更何况很难查明罪责者的身份,他们往往与当局有很深的关系(行刑队、民团、准军事机构、雇佣军)、行动时隐瞒身份(用无牌照的汽车、穿便衣、不佩带明显标识、蒙住面部等

等),并在逮捕受害者之后将其秘密关押。有些情况下如果存在查明罪责者身份的可能性,这些人则被调到很远的地方任职,如果能调到国外任职则更好。有时针对某些证人采取某些精心策划广加宣扬的“措施”,使得其他人以后再也不敢在一切其他案件中出面帮助查明真相。¹¹ 如果受害者死亡,由于故意不作尸体解剖或故意破坏尸体解剖工作而往往使调查不了了之。¹²

(三) 在审判阶段

34. 法官要顶住压力,其独立性需有保障,由于缺乏充分的保障,司法就会因偏向、恫吓以及与前二者相比程度较低的腐败等因素而发生偏差。

- (a) 偏向: 行政部门在程序上巧立名目“选择自己的法官”,即政治上可靠的法官或思想意识接近当局的法官,这种法官有时甚至宣誓效忠当局;不愿这样做的法官被赶出司法部门或只让其处理没有政治影响的诉讼。
- (b) 恫吓: 其形式可以是人身攻击,但更常见的是匿名威胁,包括威胁亲属。多数情况下对法官或调查员以职业前途为威逼利诱的手段较隐蔽地施加这种压力,没有起码的保障。
- (c) 腐败: 除非把当权者给予的职业晋升好处也考虑在内,否则这一领域的腐败现象不常见;以上提到的另外两种方法总的来说最常见。

应当注意审判阶段的一种操纵控制形式是尽管有犯罪证据也设法避免作出惩罚,即以存在疑问为理由决定释放嫌疑者或宣告其无罪,或仅判轻得荒唐可笑的刑罚或必然缓期执行的刑罚。

(四) 刑罚的实施

35. 如果未能避免审判,就设法使之产生“正义已得到伸张”的印象,然后再在宣判或即将实施刑罚时加以控制,即,不予实施,或者让犯人在舒适或管制极松的地方服刑,这种地方的气氛不象监狱,倒象度假胜地。

(b) 在紧急状态之下

36. 除了莱安德罗·德斯波伊先生关于紧急状态的年度报告¹³之外,尼科尔

·凯斯蒂欧夫人关于所谓戒严或紧急状态形势近期发展对人权的影响的年度报告(E/CN.4/Sub.2/1982/15)和最近被迫或非自愿失踪问题工作组的报告(E/CN.4/1991/20)都着重提及特别法庭尤其是军事法庭在助长不受惩罚现象方面的恶劣作用。军事法庭的法官是武装部队的成员,对主管武装部队的部委负责,因而也就是对不符合独立性要求的等级制部门负责。这种情况一方面造成很强的集体态度,往往以更高的利益或武装部队本应执行的使命(维护社会秩序、反颠覆等等)为名说明侵权是合理乃至合法的;另一方面又造成把“国家安全”变例外为常规的倾向,从而可以掩盖证据和侵权者的身份。

2. 通过法律免于惩罚的机制

37. 这种方法是通过颁布--往往不经议会表决--专项法律或改变现有法律的宗旨而给不受惩罚现象装上合法的门面。最常用的方法是宽大措施,如:大赦、赦免或结合大赦的赦免,也可能是时效或减罪情节等普通法律规则。有关原则是什么以及这些原则的宗旨是如何被改变的?

(a) 为免于惩罚而利用宽大措施

38. 我们来分析通常适用的原则。

大赦: 宣布有关行为不在刑事罪之列,刑罚被视为不必实施,无论行为者是否被起诉或定罪,也无论刑罚是否已实施。仅维护第三方的权利。¹⁴

赦免: 渊源在于习惯法;赦免由君主批准,这是国家元首的特权。赦免适用于个人,使受益者完全不必服刑或只需服部分刑期,但与大赦不同的是不推翻已定之罪。

结合大赦的赦免: 这是以上两种措施的结合,既有大赦的效果(推翻已定之罪),又有赦免的效果(与犯罪行为性质无关的个人措施)。

39. 这种概括可以澄清操纵控制的方式:所要的只是这些宽大措施的文字而不是精神。大赦可以避开议会,让侵权者能对自己颁布大赦。赦免权在这方面由自封的国家元首行使,自封的权本已不当,再这样做就更失去了合法性,并且在死刑是可能判的刑罚之一的情况下使之形成了对他人的真正的生杀之权,而在动乱时期情况往往正是如此。

40. 在争取实现平衡的借口之下,另一种称为“互为大赦”的做法实际上也助长不受惩罚现象。既然原先发表反对意见的人已得到大赦……何不对当年并不满足

于仅仅发表意见的压迫者也实行大赦。有时这种主张的性质很明显：“假法律”也是在实现平衡的幌子之下要求受害者保持沉默，能做到转移人们对施酷刑者的注意则更好。它形成了一种“沉默的密谋”，以所谓“执行措施”剥夺了受害者获取在普通法律之下应得的资金补偿或简单的道义补偿的可能性。这种主张的目的主要不在于避免因赔偿而动用预算开支，而是在于防止任何可导致公开揭露的调查，即使仅涉及赔偿听审。

(b) 把普通法律规则转用于免于惩罚

41. 这些普通法律规则是什么？

时效：时效涉及公共诉讼权或刑罚的实施。就前一种情况而言，公共诉讼权在超过法律规定的某一时限之后即不复存在，因而无论罪行如何均不可能再对之提起诉讼或继续已在进行的诉讼。时效依对物权适用；因此，所有主犯、共犯或从犯自有关行为发生之日起就受益于时效规定，即便他们各自的参与发生在不同时期。就第二种情况而言，即便(逃跑，受缺席审判)已被审判的人被逮捕也不能再对之实施判定的刑罚。

减罪情节：最普遍的方法基于所谓“正当服从”原则，据此仅判象征性的刑罚或根本不判刑。与此有关的论点认为，既然侵犯者只是执行上级命令，因此不负刑事责任。问题仅与原则有关，存在于基于严格纪律的等级分明的国家机构(尤其是武装部队和警察)。例如，拒绝服从上级属于违反纪律乃至刑事犯罪，因此执行命令的人的自由度因体制的性质而降低甚至消失。¹⁵

42. 转用的形式是什么？正是为了遏止对时效和减罪情节规则的操纵利用，受害者协会和非政府人权组织提出了下列要求：

(a) 第一，把最严重的侵犯行为定为危害人类罪，从性质上使之不适用时效，或者至少把某些罪行(如：强迫失踪)定为连续型罪行，使适用时效规定的起始时间推迟到查明案情之时，即，失踪者重新出现或取得其死亡的证据之时。在这方面，我们应参看保护所有人免遭被迫失踪宣言第17条。¹⁶

(b) 第二，此类犯罪案件中不得援引正当服从理由(见上述宣言第6条第1款。并参看禁止酷刑公约第2条第3款，其中规定“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由”。应当指出，这项规定未澄清此种命令是否可援引为减罪情节的问题)。

43. 另一方面，纽伦堡法庭组织法明确提及减罪情节：“被告并不因依其政府或上级命令行事而免负责任，但可作为减轻惩罚的考虑因素……”。在危害人类和平及安全治罪法草案中，国际法委员会看来也持相同的意见，只是未予明示而已：

“第11条

政府或上级命令

凡因执行政府或上级命令被控犯有危害人类和平及安全之罪行者如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能，则其刑事责任不得免除。”¹⁷然而，如果此人并无这种可能，是否相反应认为他没有责任还是仅承认减罪情节？此处的问题也未解决。

二、国家和有关遏止不受惩罚现象的行动的问题

44. 直到不久以前，遏止不受惩罚现象的行动基本上是由非政府组织采取的。鉴于国情或为避免引起对过去“某些痛苦事件”的注意，各国往往不太愿意把这个项目列入议程。因此前面提及的人权委员会第1993/43号决议很重要，因为小组委员会在这方面的的工作方针从中得到了鼓励，而最近的世界人权会议也作出了鼓励：

“世界人权会议关切地注意到侵犯人权的肇事者逍遥法外的问题，并支持人权委员会和防止歧视及保护少数小组委员会努力审查这一问题的所有方面。”

A. 国家对其责任的认识

45. 对这个问题采取无偏向的办法可大为增进各国对其责任的¹⁸认识，这方面的前提是：

- (a) 导致不受惩罚现象的做法并不局限于某些国家或大陆；这类做法可能植根于任何文化；任何国家在某一历史阶段都可能面临这种邪恶。
- (b) 有一种论点认为不受惩罚现象与真正的民主程度成反比例关系（在有悠久民主传统的国家，严重和大规模侵权者不可能不受惩罚），对这种论点应有正确的认识；这种论点也没有顾及不受惩罚现象的历史层

面，例如，这种论点忽略了许多西欧国家很久以前或不久以前在殖民战争中犯下的暴行，这些暴行几乎从未受到惩罚。在这方面，1992年纪念所谓“发现美洲大陆”，特别是大会宣布1993年为世界土著人民国际年一事，当为培养这种意识提供机会，前者是指对灭绝印第安人一事的认识，后者是指对向美洲贩运奴隶一事的认识。¹⁸

- (c) 尤其是由于专题和国别特别报告员程序、条约监测机构以及联合国萨尔瓦多观察团制订的和平计划等等的发展，关于大规模侵权的机制的知识越来越详细，从中可以看出这类侵权既非不可避免，也不能归因于某种形式的无能，而是蓄意策划和执行的政策的表現，这本身就是可以扭转的。
- (d) 冷战的结束给不受惩罚问题增添了新的--和互为补充的--层面，出现了新的进程，即民主化、恢复民主或对某些民主概念的挑战。现在回顾起来，如果超越成败问题，这些进程有助于国家内部的这种意识的发展；继拉丁美洲、东南亚以及最近非洲出现的情况之后，柏林墙的倒塌把东欧推上了这种曲折的道路，它既伴随着东部民族主义的抬头和西部种族主义的加剧，又伴随着希望。在大多数情况下，原先在各种联合国论坛上有人一贯坚决否认的大规模侵犯人权的情况现已证明确有其事，有时甚至比想象的更严重。

B. 国家在国际法之下承担的遏止不受惩罚现象的义务

46. 确立这种有约束力的义务的国际文书越来越多，但这不一定意味着这些义务得到了更有效的履行。以下各段叙述国际法中与遏止不受惩罚现象的努力有关的主要规定。

1. 世界人权宣言

47. 这项基本文书的第7条和第8条规定：

“第7条：法律之前人人平等，并有权享受法律的平等保护，不受任何歧视。

.....

“第8条：任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时，有权

由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”
因此,人人有权在日常生活中享受自己的权利并且不受阻碍地行使这些权利,必要时还应得到适当的司法和行政机构的保护。

2. 公民权利和政治权利国际盟约

48. 盟约第2条重申了以下原则:

“1. 本盟约每一缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本盟约所承认的权利,不分……任何区别。

……

3. 本盟约每一缔约国承担:

- (甲) 保证任何一个被侵犯了本盟约所承认的权利或自由的人,能得到有效的补救,尽管此种侵犯是以官方资格行事的人所为;
- (乙) 保证任何要求此种补救的人能由合格的司法、行政或立法当局或由国家法律制度规定的任何其他合格当局断定其在这方面的权利;并发展司法补救的可能性;
- (丙) 保证合格当局在准予此等补救时,确能付诸实施。”

3. 禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约

49. 公约第4条规定“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行。该项规定也应适用于施行酷刑的企图以及任何人合谋或参与酷刑的行为。”此外,第5条有一项关于普遍管辖权的规定,要求每一缔约国对其管辖之下的此类罪犯必须进行审判或引渡。

4. 防止及惩治灭绝种族罪公约

50. 这份文书是大会于1948年12月9日通过的。其中把种族灭绝定为“国际法上的一种罪行”,因而等同于危害人类罪。应当指出,第六条规定犯有这类罪行的人可由“缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭”审判。这项规定至今仍未付诸实施,第八条的一项规定也是如此,即“任何缔约国得提请联合国的主管机关遵照联合国

宪章,采取其认为适当的行动,以防止及惩治灭绝种族的行为或第三条所列任何其他行为”。

51. 还应提及,公约第二条以限定型的方式列出了受害者群体:“全部或局部”消灭“某一民族、人种、种族或宗教团体”。初稿中曾出现过“政治团体”一语,但最后未予采纳。考虑到以下情况,未采纳这个用语尤其令人遗憾:二十世纪下半期发生的一些大屠杀具有种族灭绝的一切特征(如红色高棉进行的大屠杀)但因是针对某一政治团体而无法将其定为灭绝种族罪。最后报告中应参考本杰明·惠特克先生关于防止及惩治种族灭绝罪问题的研究报告(E/CN.4/Sub.2/1985/6)重新审查此一事项。

5. 禁止并惩治种族隔离罪行国际公约

52. 应注意,公约第五条规定:

“被控犯有本公约第二条所列举的行为的人,得由对被告取得管辖权的本公约任何一个缔约国的主管法庭,或对那些已接受其管辖权的缔约国具有管辖权的一个国际刑事法庭审判。”

此处提及的国际法庭也一直未能设立;至于这项公约,虽然在宣传上起了一定的作用,但从未得到有效执行,大多数情况下是非政府组织加以援引,缔约国则置之不理。

6. 战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约

53. 这项公约已由联合国大会1973年12月3日第3074 (XXVIII) 号决议作了补充,决议涉及关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则,其中的第1段规定:

“凡战争罪和危害人类罪,无论发生于何处,均应加以调查;对有证据证明犯此等罪行的人,应加以追寻、逮捕、审判,如经判定有罪,应加以惩治。”

为此,各国承诺在双边和多边基础上相互合作。

7. 保护所有人免遭被迫失踪宣言

54. 这项宣言已于1992年12月18日由大会在第47/133号决议中通过。从其中载有的规定来看，它是遏止不受惩罚现象的斗争中最先进的文书。这方面的主要规定包括：

- (a) 第四序言段，其中申明有组织有计划地迫使他人失踪的做法“具有危害人类罪的性质”；
- (b) 第3条和第6条，其中规定不允许援引减罪情节，因此不允许获益于“正当服从”原则，除非罪责者以提供资料帮助查明被迫失踪案件因而证明其已改过自新；
- (c) 第14条，其中确立了普遍管辖权规定的条件；
- (d) 第17条，其中把迫使他人失踪定为连续型犯罪，因此使之与不适用法定时效的罪行类别密切挂钩，把适用法定时效的起始时间推迟到失踪者重新出现或其死亡得到证实之日。

8. 日内瓦四公约及其第一和第二号议定书

55. 这些文书确立的国际人道主义法律构成对国家适用的约束力最强的措施之一。四公约共同的第1条规定，“缔约国承诺在一切情况下遵守本公约，并确保本公约得到遵守”。据此，每一缔约国作出了一项不仅涉及本身（这是常规）而且涉及其他国家（这一点相当不同寻常）的承诺，无论它们是否为有关冲突的当事方。

56. 这项普遍性的要求还进一步得助于其中关于普遍管辖权的规定，这个规定在性质上类似于禁止酷刑公约中的有关规定（见第49段）。就此而言，最后报告也应分析为何尽管四项公约都有此规定（一，第49条；二，第50条；三，第129条；四，第146条）却很少得到运用，关于起诉和惩治严重违约行为的规定也是如此（一，第50至52条；二，第51至53条；三，第130至132条；四，第147至149条；第一号议定书，第85和65条）。

57. 截至1992年底，178个联合国会员国中已有175个批准了日内瓦四公约。因而这些公约无前例地成为基本上具有普遍范围的条约准则，也是遏止不受惩罚现象的最有效工具之一，但前提是要有加以执行的政治意愿。然而，问题在于是否确有这种意愿。关于这一点，最后报告也需分析为何很少利用四公约及其议定书的有关规定来遏止不受惩罚现象。

58. 以上就是与遏止不受惩罚现象的斗争有关的主要国际法律准则。以上所列虽非全部,但已可表明必须审慎地分析各个国家的国内准则与国际准则是否相符,以及负责执行的机构如何对之加以解释,如做不到这一点,不受惩罚现象就有可能继续超越法律而肆虐。

9. 危害人类和平及安全治罪法草案

59. 要使以上清单更趋完整,应提及国际法委员会编拟的治罪法草案,草案的第二部分涉及危害人类和平及安全罪,其中的第21条题为“系统或大规模侵犯人权”。这一条涉及谋杀、酷刑、确定或保持他人的奴隶、奴役或强迫劳动状况、基于社会、政治、种族、宗教或文化理由的迫害,以及遣送或强制转移人口。

C. 对公正的需要、集体记忆的要求与 和解的政治限制之间的矛盾

60. 这些矛盾随着在特定时间存在的社会力量之间的相互作用而演变,而其本身也随着时间的推移而演变。事后当了解的需要压倒对公正的需要时,可能会重新激起这些矛盾。正是在这一背景下,各国必须作为一项政治工作来承担其基本的责任,组织行动制止不受惩罚的现象,因为这涉及到一个国家的过去,而且还将确定其未来。

1. 对公正的需要

61. 无论受害者是政治反对派或持不同政见者、思想意识反对派、武装运动的成员,还是普通公民,他们要求公正,因此就成为制止不受惩罚现象运动的动力。而国际社会正是代表他们的利益动员起来。对公正的需要可能通过与各国的特定历史联系的各种优先事项表现出来。例如在拉丁美洲,受害者组织最关心将压迫者送交审判,清洗武装部队和澄清被迫失踪受害者的下落。在东欧,公众舆论呼吁惩办那些主要应负责任者,同时更关心恢复受害者的名誉,特别是在道德方面恢复名誉,因为反对派往往被打成神经失调、神经错乱或只是一种普通罪犯,他们关心清洗政府部门,关心政府的暴行的所有危险。国内司法系统主要负责满足对公正的这种需要;然而如果它做不到这一点,就会产生国际法庭的权限问题。¹⁹

(a) 国家一级的对策

62. 在完美无缺和相对可行之间可以作出广泛的选择。我们将审议最常见的选择：首先诉诸国内法庭，随后建立一个全国委员会来调查前政权下犯下的严重侵权行为。

(一) 国内法院的作用

63. 国内管辖权必须仍然是惯例，因为惩罚性措施是国家的专属权力。所以实际上，各公约都要求缔约国承诺修订其法律框架并将条约的准则纳入其国内法（加入程序）。²⁰ 因此任何国际法庭的管辖权可能是辅助性的。以下审查可以采取的两种措施。

64. 第一种措施是撤消助长或支持表示要求公正者遭到的侵权行为的那些特别法律和特别管辖权法庭（或至少从后者撤回案子）。世界人权会议（1993年6月，维也纳）的最后文件特别强调这一点，它宣布各国应该废除导致酷刑等严重侵犯人权行为者不受惩罚现象的立法，并对这种侵权行为提起起诉，从而为法治奠定了坚实的基础（见A/CONF.157/23，第二部分，B.5节，第60段）。

65. 根据所谓的“正式并行”的原则，通过法令废除的方法至少在以下情况下似乎是可行的：未经任何议会监督颁布的立法或在由行政当局任命而不是根据民众参与的基本规则选举产生的橡皮图章议会的监督下颁布的立法。

66. 第二种措施涉及到组成主管法院的法官。如果我们假定，制止不受惩罚性的国内立法已经获得通过，或者在任何情况下适用，如果主审法官曾经支持或甚至积极配合前政权，如何可能克服他们的沉默；我们都清楚地意识到，接近于同谋的这种默许行为在前政权下是公开的，而随后可能隐含地继续存在。²¹ 在最坏的情况下的唯一可能的措施是替换法官；²² 然而只要有可能达成一种妥协的办法，就应该努力确定最大限度地遵守不可调动的原则，因为这项原则被视为对独立性的一个重要保障。这留下了两种可能性。

67. 第一种可能性是区别 (a) 按照法治原则任命的法官和 (b) 按照缺乏《司法机构独立性的基本原则》规定的基本保障的某项法令指定的法官，²³ 特别是由行政当局任命的法官。在这第二种情况下，也有可能利用正式并行的规则使以下可能性合法化：通过一项简单的行政决定调动这些法官（更不用说假法官）或撤消他

们的职务,但条件是《公民权利和政治权利国际盟约》第14条第1款规定的所有人都享有的受到审理的权利得到尊重。

68. 第二种可能性是建立一个具有全国性管辖权的法院,其法官根据《关于司法机构的独立性的基本原则》任命。如果有可能时,则考虑到关于法院组成的各种意见。为了避免有人指责法院具有特殊的性质或是一个具有特别管辖权的法院,其议事规则和运行应同普通刑事法院相同,或在任何情况下均应遵守《公民权利和政治权利国际盟约》第14条第3款中所载的程序性保障。

69. 另外还有其他客观性因素助长不受惩罚的现象,特别是缺乏训练和缺乏手段。有人举例说明,有一个国家由于缺乏资金,得到法律训练的法官不到25%。

(二) 为调查和确定事实而建立的全国委员会的作用

70. 阿根廷是采取这一步骤的第一个国家,它于1983年12月15日建立了一个全国人员失踪问题委员会,该委员会于1984年提交了一份题为“Nunca mas”(绝不重现)的极为详细的报告。1990年4月,智利采取了一个值得强调的主动行动:它建立了一个全国调查真相与和解委员会,该委员会不仅努力调查事实,还逐项分析独裁期间智利社会内(政党、工会、慈善组织、新闻界、教会等)的抵制或勾结的行为。这份浩繁的报告²⁴不仅试图阐明最严重的侵权行为,而且还提议支持受害者的措施和防止进一步侵权行为的行动。另一项主动行动也值得特别强调:在萨尔瓦多,根据1991年4月27日《墨西哥城和平协定》建立了调查真相委员会,该委员会于1993年3月15日发表了报告(S/25500,附件)。与这一段中提到的其他两个委员会不同,该委员会的成员包括国际著名人士。

71. 这些委员会负有一项主要的职责,但这项职责没有得到充分的强调:它们通过证实最高当局当时一直否认的事实和侵权行为从而揭露“官方说法”是一种谎言。

72. 它们的主要目的是确定事实;但如果它们的权限扩大到确定责任,多数案件中涉及到的是有关国家机构的责任,特别是监督、命令或实施严重侵权行为的那些国家机构,但并不涉及到肇事者的个人责任。何况他们没有任何司法权力。如果为了制止不受惩罚现象而建立的机构将法院和各委员会确定事实的行动结合起来,它们收集的资料和证词就具有极大的价值;因此各委员会收集的资料便利法院的工作。

73. 然而,这种机构要么不起作用,要么根本不存在。如果由于缺乏充分的政

治意愿(或缺乏实行这种政策的手段),法院未能充分地满足对公正的需求,这种机构就可能不起作用;如果由于国家的削弱或崩溃,法院无法履行其职责,这种机构就可能根本不存在。随后辅助性地提出了将问题提交国际管辖权的可能性。特别重要的是,这种替代性措施应该建立在这种“辅助性原则”基础之上,以确保尤其是在特别法庭的情况下这种主动行动不是被视为对国内事务的一种干涉或对国家主权的侵犯。

(b) 建立一个国际法庭?

74. 在纽伦堡审判以后,在1948年《灭绝种族罪公约》以及随后在1973年《种族隔离罪公约》中提出了建立国际刑事法庭的设想。尽管这两项文件对国际法庭作出了明确的规定,但后者从未建立。

75. 在完美无缺和相对可行这两者之间也仍然存在着一系列可能性:

- (a) 这种设想是根据一项多边公约建立一个常设国际刑事法庭。这可能需要花费几年的时间就一项文书进行艰巨的谈判,而这项文书最终仅仅可能得到认为它们很少有可能上这种法庭的那些国家的批准;
- (b) 如果我们重新讨论在合理的时间内相对可行的办法,我们就回到了建立一个“特设”法庭的可能性,例如安全理事会在1993年5月25日第827(1993)号决议中决定建立以审判在前南斯拉夫境内犯下的严重罪行的那种法庭。这种法庭的特设性质不应该妨碍今后的常设法院,也不应该作为无限期的推迟建立常设法院的一种藉口。相反,这个主动行动应该作为今后条约草案的基础。因此有必要严格遵守法治所产生的法律保障。

76. 就程序规则而言,²⁸ 有必要通过参照联合国人权事务委员会的惯例通过《公民权利和政治权利国际盟约》第14条和第15条所载的程序性保障(推定无罪、定罪和判决的合法性原则)从而对关于法庭将具有特设性质(甚至是一种特别管辖权法庭)的可能批评作出可信的答复。这种参照在这种情况下更为重要,因为事务委员会的惯例中明确提到第14条,以便确定是否允许特别管辖权的案件。一事不再理的原则无法适用,因为为了同样遵守委员会的惯例,它涉及到审判阶段,而不是起诉阶段,因此只是在国内有效,而在多边的国际一级无效。

77. 为了避免关于管辖权特别性质的批评,必须超越纽伦堡法庭时期盛行的一些概念,然而该法庭的一些规则在国际人权法没有得到充分发展的情况下是允许的,

但不应该重新采用(缺乏两级管辖权、相对追诉性等)。

78. 为了避免对起诉和可能的定罪所依据的对罪行的追索的这种批评,起诉的理由应尽可能是《日内瓦四公约》中所规定的理由,因为我们注意到,这些文书已经得到几乎所有会员国的批准。然而有一项保留:《日内瓦四公约》中没有明确包括强奸罪。

79. 执行这些公约以及1951年7月28日《关于难民地位的公约》将提供一种不可忽视的手段,有效地制止不受惩罚的现象,因为后一项公约规定,已离开本国的人不得援引罪行的政治性质。第1条(6)款排除了取得政治难民地位的可能性:

“六、本公约规定不适用于存在着重大理由足以认为有下列情事的任何人:

- (甲) 该人犯了国际文件中已作出规定的破坏和平罪、战争罪、或危害人类罪;
- (乙) 该人在以难民身份进入避难国之前,曾在避难国以外犯过严重政治罪行;
- (丙) 该人曾有违反联合国宗旨和原则的行为,并经认为有罪。

80. 除了在取得胜利以后建立并负责审判战败者的法庭以外,无法确定被告是否会出庭,至少在短期内出庭。为此原因不应该排除采用“抗拒判决”程序,在此之前发出要求自发出庭的庄严传唤,如果作出定罪,随后通过刑警组织发出国际逮捕证。此外,这种程序符合刑警组织的章程,因为正如我们所看到,罪行的政治性质不能作为一种反对意见。这一职权将“判决”有关案犯在本国受到软禁(不引渡国民的原则)或迫使他作为逃犯在世界其他地方居住(以伪造的身份、整形手术等方法隐藏起来),这对于自称为具有国际才干的人物(政治家)是一种严重的障碍。

81. 我们肯定不应该低估按照英国法律制度制定其本国法律制度,而且没有规定缺席审判的那些国家的保留。因此必须寻求一种妥协办法,因为除了在历史重演由一个法庭审判战败者的情况下(尽管其中许多人可能会逃离,但这意味着抗拒程序的价值仍然生效),严重侵权行为者将不会自行出庭受审。在公共舆论看来,这种情况有可能严重损害一个法庭的信誉,因为这个法庭经过大事宣扬并以极大的代价建立而最终未能实现公正。

82. 在国际法委员会委员阿兰·佩莱先生的提议下提出了一种妥协办法:在法庭的议事规则中列入一项条款,规则超过某个期限以后以及在被告未能应邀出庭被正当确认以后,起诉书将在听证会上公布,必要时将庄严宣读控诉;在这种情况下,将根据以上所提到的条件签发国际逮捕证。

83. 最后,《日内瓦四公约》的缔约国应被首先提请注意四项公约共有的第1条,其中它们承诺在所有情况下不仅尊重,而且“确保尊重”公约,第二应提请它们这项公约共有的关于普遍管辖权的条款(第一章,第49条;第二章,第50条;第三章,第129条;第四章,第146条)。

84. Jean Pictet在其关于《日内瓦四公约》的评论中提到上述条款时强调指出,普遍管辖权的范围绝不排除将被告提交其权限得到缔约国确认的国际法庭审判。

2. 集体记忆的要求

85. 《纽伦堡国际军事法庭宪章》的作者制定危害人类罪概念的一个基本目标是通过法律手段维护记忆权利。这项概念的一个基本特点是法定限制不适用或不受法令的拘束,其目的是消除有关罪行被人民遗忘的任何可能性,而这种罪行本身由于时效机制而取得法律地位。国际法的这一里程碑满足了以下几段中所解释的四种愿望。

(a) 在考虑到侵权行为极为严重的情况下必须尽一切努力确保公正执法

86. 有关行为如此暴虐,以致需要采取不受时效限制的原则,以便防止偏离公正的方向。普通法律规定的惩罚是不够的:据称,“必须坚持公正的方向”,“必须取得公理”。这种特殊的情况其本身是严重的,因为它违背了作为一个最古老的法律原则的时效规定,但必须保留,用《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》序言部分第4段中的措词来说,仅仅为“国际法上情节最重大之罪”保留。²⁶ 各种术语被用来确定这种极为严重性的性质;这种侵权行为的形式应该是体现以下一些特性的“大规模做法”:被定性为“一系列”或“系统”或按照法国最高法院更为严格的措词,被定性为“思想意识霸权的政策”。

87. 然而,关于危害人类罪的定性还具有与行为的野蛮性质有关的其他效果。本来可以制定一种制度,将不受时效限制原则视为已按照普通法加以惩处的行为的极为严重性有关一种加重处罚情节。1945年8月8日《伦敦协定》的缔约国通过了具体定性的原则,它们不仅希望确定法定时效不适用于危害人类罪,而且还希望确定这项罪行的臭名昭著的性质。如果目的是为了确定法定时效不适用原则其本身,本来必须具体确定危害人类罪的性质。本来只要利用以上援引的表达形式开了一张清

单,列举据认为可适用不受时效限制原则的普通罪行,因为这些罪行是以思想意识霸权政策的名义犯下的。《伦敦协定》的起草人希望不仅考虑到终身遭受伤害或丧失生命的那些人,而且首先考虑到通过“否定追求一个学说的一组人中某些成员的人性”给全人类带来的耻辱。”

88. 主要由于受害者或其亲属施加的完全可以理解的压力,有极大的可能根据其强度或其对社会造成后果的严重性向许多侵权行为定性为危害人类罪。但为了避免不加区别地利用这一概念,必须普遍地实行严格的解释。因此提出了将贩毒定性为危害人类罪的设想,目的是制止贩毒者巧妙地求助于法定时效。不加区别地利用这一概念的现象可以避免,而同时实现理想的目标。只要宣布法定时效具体来说不适用这些侵权行为,因而不必将它们确定为危害人类罪,或更为简单地将它们定性为连续罪,因此时效期的开始一直推迟到公正可以“坚持其方向”之日为止,这正是我们的企图。

89. 不论其惩戒的作用如何,审判其本身是集体记忆的一种要素。在审判过程中,事实、证据和证词公开接受当事人交锋的诉讼中的严格考验,而且诉讼的记录随后存入档案,而实际上,这正是真正的记忆。从这一观点出发,可以说,纽伦堡审判的重要点并不在于作出定罪,而在于审判已经进行这一实际事实,因为它能够将各种事实记录在案。

(b) 防止危害人类罪再度发生

90. 通过不受时效限制原则防止人们遗忘的作法还意味着在危害人类罪的每一个肇事者头上悬挂一柄达摩克里斯剑。酷刑施行者明确知道,今后某一天他会传唤说明他的所作所为,这一事实是通过威慑防止酷刑的最有效的手段。这至少可以防止他在他作为帮凶的政权倒台以后大出风头而回过头来嘲笑受害者。

(c) 反对修正主义

91. 在过去10年中,修正主义论点有所抬头,试图对历史事实或事实发生的方式提出疑议,目的是否认这些事实或比较微妙地减弱这些事实(例如屠杀的理论替代种族灭绝的理论)。这种“减弱”的一种目的是使这些罪行摆脱其极为严重的性质,从而将他们从危害人类罪的范畴中排除出来。随后使这些罪行受到普通时效的制约,随着时间的推移可以避免审判。

92. 因此除了法院记录以外,所有公众记录都必须保持,以便有效地制止这种修正主义论点的抬头,因为这些论点只有经过相当长的潜伏期才会出现。我们将特别讨论以下两种记载:(a) 拘留处所的记载以及 (b) 保安、情报和政治警察部门的档案。

(一) 拘留处所的记载

93. 这些记载是剥夺自由的所有处所的记载,无论是包括非正式监狱在内的监狱,还是精神病医院。这些记载使受害者能够维护自由的权利,特别是因为它们载有为了确定责任(查明行政和监督人员)的目的而不可替代的证据。我们似乎需要回顾,在法国,正是在德朗西难民营集中准备转移到各集中营的被驱逐者在获得释放以后反对他们的看守者交回档案?但最重要的是,记载可用于更确切地查明秘密拘留处所,或正式监狱中的秘密拘留案件。即使在这种情况下对一些人进行管理,其前提是由负责者做最低限度的记载?例如一方面大量配给粮食,在另一方面据称仅仅关押少数人,这两者之间的严重差别可能是秘密拘留的一个重要迹象。

(二) 情报和政治警察部门的档案

94. 如果政权易手,这些档案的命运在前政权跨台以后立即成为一个问题。保存档案的原则应该压倒销毁档案的原则,必要时应制定利用这些档案的严格规则。荒谬的是,侵权行为者和原受害者都作出同样的反应,要求销毁这些档案。一方面,侵权行为者希望销毁他们参与的所有迹象(例如在前德意志民主共和国里同国家警察勾结的人),而另一方面,原受害者希望销毁它们的原因是,他们担心他们认为贬低他们人格的这些档案可能被继续利用(例如法国维希政府在1940年至1944年期间针对犹太人编写的档案)。令人遗憾的是,另外还必须考虑到第三种特别令人不安的可能性:在酷刑下同前政权合作的受害者有可能尽一切努力消除其合作的任何迹象,目的是避免向他的亲属,特别是向间接成为他受害者的人(往往是他的朋友)暴露其内心深处的秘密。

95. 鉴于所有这些原因,关于是否向公众开放这些档案的决定是特别重大的决定,因为其内容的敏感性会使为了可能的国内妥协或和解而展开的恢复容忍的任何过程复杂化。从这一观点出发,巴拉圭在1993年2月发现了独裁者阿尔弗雷多·斯特罗斯纳的保安队的几吨档案以后所采取的立场是值得欢迎的。这些档案中载有关于

智利的皮诺切特将军发起的秃鹰行动的记载并证实了关于阿根廷、玻利维亚、巴西、智利、巴拉圭和乌拉圭保安部队协调网的资料(以前一直被否认)。²⁸

96. 因此对这些档案应该作出严格的规定,以便确保这些档案得到保存,组织对这些档案的查阅并保障档案所涉及人的权利。

确保档案的保存

97. 制定技术保障方面没有多大问题,而问题是制止最近的一种现象,即原先负责档案的人在国际上贩卖档案。例如在俄罗斯,为了商业目的盗窃文件的现象似乎已经到了如此严重的地步,以至于议会向俄罗斯转交档案委员会主席及其副手写信给国家元首,对有人从档案中,特别是从克格勃的档案中偷取文件卖给外国出版商的现象表示关注。²⁹

组织档案的查阅

98. 这一问题涉及到两种情况:研究者和历史学家的查阅以及任何涉及者个人查阅有关他本人的资料的权利。对于第一方面必须确定法律基础,因为多数极权主义政权不允许甚至最低限制的透明度,所有文件都被定为“机密”。对于第二方面,绝不应该妨碍个人查阅权利的行使。任何涉及者都应该有资格:

(a) “由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯”(《公民权利和政治权利国际盟约》第14条第1款)至少作为一种补救措施;

(b) 在与应受谴责的行为无关的某些情况下(家庭生活、交往)赋予它以盟约第17条意义上的保护其私生活的权利,该条规定:

“1. 任何人的私生活、家庭、住宅或通讯不得加以任意或非法干涉,他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。

2. 人人有权享受法律保护,以免受这种干涉或攻击。”

99. 考虑到这项任务的复杂性并为了避免法院的负担过重,合理的做法似乎是首先允许申请查阅档案,并允许对档案中的资料向一个特设委员会提出反对意见供其鉴定,只要这种委员会充分保障公正性并有可能向根据盟约第14条第1款设立的一个法庭提出上诉。这些保障尤其重要,因为它们涉及到在没有任何法律控制的情况下根据可疑的来源提供的资料编写的档案。这些档案中可能有错误,包括涉及到同

名同姓人的错误,而且往往被用于讹诈或操纵。其中一种用途是断言,某个持不同政见者或反对派团体的领导人是“警察告密者”、特务或渗入者,或者断言,某人在酷刑下招供,而实际上他顶住了酷刑并因此而死亡。实际上目的不仅仅是为了夺走一个人的生命或残害他的肢体,也是为了败坏他的名誉,从而很容易使他名誉扫地并动摇该运动。

100. 由于这些原因,如果保存和不销毁档案,在出现部分错误的情况下,必须用纠正的权利来补充查阅的权利,在存在严重错误的情况下辅之以要求删去的权利(例如不存在所指称的事实,或身份方面的错误)。一个令人感兴趣的先例是巴拉圭新宪法,该宪法确认公民有权查阅在阿尔弗雷多·斯特罗斯纳独裁下编写的档案中所载有的关于其本人的资料。

(d) 恢复记忆权的历史和文化特性

101. 随着时间的推移,没有任何种类的档案被用来对侵权行为者提出起诉,用来清洗政府部门或用来维护受害者的权利。销毁档案的可能性再次产生,因为保存档案可能被解释为一种丑恶行为的“合法化”。在法国,以上所提到的关于犹太人社区的一些档案被销毁,理由这是根据显然不合宪法的规章编写的。在有关法院利用这些档案展开清洗或对侵权行为者及其帮凶提起起诉以后,根据政府的指示于1950年代销毁了这些档案。因此研究人员和历史学家随后对此提出了正当的抗议。同样,美洲国家间人权委员会表示,每个社会都享有不可剥夺的权利,了解过去事件的真相以及犯下异常罪行的原因和条件,以便防止这种事件的再次发生。³⁰ 关于不受惩罚现象的国际会议上通过的最后决议中着重强调了这种历史和文化方面。与会者回顾到:我们在任何情况下都有义务陈述事实;一个民族的未来不能建立在无视或否认其历史的基础上,因为一个民族对于其苦难史的了解属于其文化遗产,因此其本身必须加以保存。³¹

3. 和解进程中法律和政治方面的困难

102. 鉴于各种情况的多样性,在毫不妥协的对公正的追求和对产生全国和解进程的政治解决办法的不可避免的愿望之间也可以作出范围广泛的选择。例如在以下情况下达成的解决办法表明对各种情况变化无常的结构不断的适应。

(a) 在西班牙,人们对1930年代内战的恐惧、渴望变革以及巧妙和逐步地排除

前政权，这无疑说明，对于亲佛朗哥的严重侵权行为者来说，为何在没有经过任何辩论，没有经过任何正式的法律程序，正是在大赦以后就翻过了历史的一页。这一进程是符合人民的愿望的，他们基本上关心恢复共和党人的名誉，因为他们在内战中受到对暴乱的镇压以外，在内战以后仍然受到惩罚。所宣布的唯一的大赦是针对他们的；

(b) 在法国，经过20多年并颁布了几项大赦法以后阿尔及利亚战争的黑暗一页才从暴力转变为政治，从政治转变为历史，而历史仍然有待于纂写。

103. 不仅在民主化进程中，而且还在和平进程中，人们越来越多地提出这一问题。大赦问题随后成了和平协定的中心问题。停止新喀里多尼亚的冲突的协定由于缺乏一项关于大赦问题的协定在谈判期间几乎破裂，这再次表明了这一点；或者说，1992年1月16日在联合国主持下在墨西哥城签署的现在正在萨尔瓦多付诸实施的和平协定再次表明了这一点。

104. 对于过去或现行经验的研究表明，达成一项理想的解决办法是如何困难。然而根据这些经验，必须提出两种意见：第一，没有任何更高的利益，甚至国家和解，可以使“绝对不受惩罚”合法化；第二，对于确保所有侵权行为者受到惩处的坚定的一般政策规定的条件在整个历史上从未达到。因此至少为了满足本文的需要，人们似乎应该得出结论：在某些情况下可以接受一定程度的“相对不受惩罚”？如果这样的话，除了破坏反对不受惩罚现象的运动以外，不得减损的核心是什么？在特殊情况下，是否可以采取一些灵活性措施？实际上产生了两个极为重要的问题：大赦的问题和清洗的问题。

(a) 与大赦有关的问题

105. 这些问题涉及到按照不受时效限制原则(第一项前提)和按照人人享有的受到审理的权利(第二项前提)允许或不允许大赦。

(一) 第一项前提

106. 不受时效限制原则和大赦是不相容的，因为后者使不受时效限制原则的精髓--使“公正坚持其方向”--完全无效。至多可以承认，既然不受时效限制原则的目的是避免减弱公众起诉的效果，以便防止允许不受惩罚的现象，一般开始起诉，而且判决成为最后决定并得到充分的执行，那么大赦就不会与不受时效限制原则产

生矛盾,因为公正将坚持其方向。

107. 有些人认为,在这种情况下允许大赦无异于给予某种恢复名誉,这是不容许的,因为有连系的不受时效限制原则是不可分离地同危害人类罪概念联系在一起的;现在我们可以看到,这种划分意味着惩罚带来公民权利的丧失,从而排除了甚至在此后恢复名誉的任何可能性。根据这种解释,不受时效限制原则具有永久的效力。

108. 其他人驳斥这种解释,认为时效和大赦具有不同的依据。第一种是同遗忘联系在一起的,而第二种是同赦免联系在一起的。时效随着时间的推移自动产生效力;其先决条件是,在预先确定的时间内司法软弱无能,而此后证据有可能被歪曲或消失。大赦是立法者(或在公民投票的情况下,是人民)的意愿的明确体现,是为了加强社会凝聚力而赦免某些类型的任何刑事性质的行为。换言之,时效对于可能的起诉构成了障碍,而大赦免除了大赦所针对的侵权行为中构成刑事罪的法律成分。最后,对危害人类罪制定的不受时效限制原则是对一般法律原则的减损,因此应该更为严格地解释。这一立场的提倡者得出结论说,因此人们不能以类推法从不受时效限制原则构成的例外情况中推理出一种相当于排除大赦的原则。这就是巴黎上诉法院在1986年3月12日托米判决案中采取的解决办法:“大赦是立法机关的一种主权行为,按照侵权行为的性质、其法律定性或其严重程度,不加区别或保留地适用于所有侵权行为(...)特别适用于被谴责为危害人类罪侵权行为”。

(二) 第二项前提

109. 正如我们所看到(第25段),反对大赦的美洲国家间人权委员会提倡的办法所依据的是完全不同的论点。它认为,相矛盾的问题并不在于罪行是否受时效限制以及罪行严重程度如何,而是因为大赦的效果侵犯了委员会认为极为重要的一项权利,即人人有权--在这种情况下,受害者有权--“在适当的保证下和一段合理的时间内由事前经法律设立的独立公正的主管法庭进行审讯”(《美洲人权公约》第8条第1款)。³² 换言之,在公正坚持其方向之前,无论行为的严重性如何,大赦是同反对不受惩罚现象的运动相矛盾的。此后是否有可能相容?委员会在这一点上没有明确表示意见,但这种可能性是其论点的必然结果。

110. 美洲国家间人权委员会的推理所认定的一项既定事实是,《美洲人权公约》第8条第1款规定的人人享有的由法庭进行审讯的权利属于根据国际人权法不得减损的权利的范畴,³³ 换言之,属于无论在危机时期(紧急状态)还是在平时均不

得受到任何中止、限制或限定的权利的范畴。

紧急状态下的情况

111. 《公民权利和政治权利国际盟约》规定的规则是，受盟约保护的权利可受到中止或限制，但条件是，实行紧急状态时应适当注意到某些程序性和实质性保障（必须根据具体程序宣布紧急状态，必须在时间方面加以限制，而且所采取的措施必须与危险的严重程度相称）。然而有些文件明确提到和有限列举（《公民权利和政治权利国际盟约》第4条；《欧洲公约》第15条；《美洲公约》第27条）的某些基本权利不属于这项规则的范围，既不能中止，甚至也不能受到限制。这些权利不得受到减损。

112. 什么是这些权利？以上提到的三项文件中共同提到的第一份清单包括生命权、禁止酷刑和奴役以及刑事问题上无追溯力原则。对于这个“核心”，其中两项文件加上了³⁴：（a）被承认在法律前的人格的权利（盟约第16条；《美洲公约》第18条）；以及（b）良心和宗教自由（盟约第18条；《美洲公约》第12条）。《美洲公约》还将其绝对保护扩大到以下权利：家庭的权利（第17条）、姓名的权利（第18条）、儿童的权利（第19条）、国籍的权利（第20条）、参加政府的权利（第23条）。

第一项结论

113. 在紧急状态下，以上列举的文件中没有任何条款赋予《美洲人权公约》第8条第1款保障的权利以不得克减的地位，而美洲国家间人权委员会正是按照这一公约建立的。

正常时期的情况（不存在紧急状态时）

114. 此时的机制正好相反：例如受盟约保护的任何权利不得中止。除非在少数情况下以及在完全特殊的基础上，否则这些权利不得受到任何限制。在任何情况下，这些限制必须满足下列条件：

- （a）它们必须得到保障有关权利的条款的明确批准（例如，盟约第12条：迁徙自由；第18条：良心和宗教自由；第19条：言论自由；第21条：

集会自由；第22条：结社自由)。³⁵

- (b) 这些限制必须经受“民主许可性”的检验，而这种检验提出了以下形式和实质方面的条件：(一) 限制必须由法律加以规定；以及(二) 这些限制必须是“在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序、保护公共卫生或道德，或他人的权利和自由所必需的”。

第二项结论

115. 关于美洲国家间人权委员会的论点，保障人人享有的受到审讯的权利的《美洲人权公约》第8条第1款并没有以批准限制的“民主许可性条款”的形式规定这种克减(例如大赦)。《公民权利和政治权利国际盟约》(第4条)、《欧洲人权公约》(第6条)或《非洲人权与民权宪章》(第7条)的相应条款也没有作出规定。

116. 因此似乎可以认为美洲国家间人权委员会的看法是合理的，即无论是在正常时期还是在紧急时期采取的倾向于剥夺受害者受到审讯的权利的任何措施——在特别的情况下，大赦的措施——违反了《美洲公约》第8条第1款的规定。

117. 相反的论点是，该条的这一部分涉及刑事问题，因此仅仅涉及到对被告的个人保护。这说明这一条款为何提到法庭的审讯，“以判定对该人具有犯罪性质的任何控告”或“决定该人的民事、劳动、财政或具有任何其他性质的权利和义务”。根据这种解释，如果受害者有可能在主管民事或行政法庭上寻求确定国家的责任和/或通过司法手段取得对所遭受损害的物质和道德赔偿，在尊重第8条第1款的同时，可以宣布大赦。这方面一个没有解决的问题是，是否允许一个行政委员会对给予赔偿的问题作出决定。

第三项结论

118. 人人享有的受到审讯的权利的范围应该在最后报告中得到更好的确定，而同时更明确地阐明这项权利不可克减的绝对或相对性质。

(b) 与清洗有关的问题

119. 在审议“对公正的需要”方面的发展动态时，我们看到了与司法机构有关的这一问题所产生的背景。除了司法机关以外，在不同程度上还涉及到整个行政

当局以及特别是武装部队和警察。

120. 在关于人权的一项研究报告中讨论清洗问题可能似乎是相矛盾的。这是一个特别敏感和复杂的问题,但起草人并不希望避开它,因为它在重大变革时期始终是一个尖锐的问题。如果目的是控制现有的情况,换言之是采取一种保守的办法,就不会出现这种问题。如果与此相反,目的是促进变革,行政当局要么通过思想意识的反射作用或简单地通过惯例,往往严重遏制这种进程,或者说,武装部队有时会加以积极的抵制。如果变革符合通过合法投票(选举、公民投票等)体现了深入人心的民众愿望,新的当局,即国家,拥有的采取行动的手段就必须能够产生变革。为了解决这一问题,建议最后报告特别参照第二次世界大战结束以后的欧洲经验³⁸,就当代方面而言,在民政管理方面参照东欧国家的最近经验,特别是捷克斯洛伐克的经验,在武装部队方面参照萨尔瓦多的经验。

(1) 清洗民政当局

121. 捷克斯洛伐克的经验是令人感兴趣的,因为它使得能够以实际的观点来分析以下原则问题:

- (a) 是否应该在现有立法的基础上,对法律的解释(法理学)作必要的修正,或者通过颁布新的立法,很可能是具有紧急性质的立法,从而展开清洗?
- (b) 清洗是否应该完全是惩罚性的,还是旨在消除妨碍执行新政策的障碍,这意味着着眼于行政措施,例如重新调动职务、解除职务、提前退休和宣布某些抵触行为,而不是着眼于惩戒措施?
- (c) 清洗过程中应该采用的保障,特别是在人人有权受到审讯的原则方面的保障的性质和范围如何?

(2) 清洗武装部队和警察

122. 萨尔瓦多的经验是根据《墨西哥城和平协定》,特别是根据第一章和第二章取得的,这两章确定了武装部队的使命,并规定对其进行清洗以及建立全国民事警察。围绕着这些清洗措施的保障是值得深入分析的一种先例,首先是因为这些保障是根据《和平协定》谈判达成的(而通常是战胜者将其意愿强加给战败者),其次是因为这些保障是在联合国秘书长的主持下拟订和执行的。

123. 决定是由一个特设委员会作出的，而该委员会由再同联合国秘书长磋商以后指定的三位公认的公正和民主思想的主要人物组成。由共和国总统指定的两位专业履历无可指责的官员参加了委员会审议阶段的工作。调查真相委员会(见第70和第71段)可指定一位观察员。

124. 委员会在评价每一位官员时必须考虑到以下方面：

其个人行为 and 依法防止或惩处侵权行为方面维护法律秩序和人权的记录；

其专业才干；

其促进新的和平动力、保障对人权的尊重，促进该国的民主化和统一萨尔瓦多社会方面的能力。

委员会在审理了有关人员以后作出决定，并对于102位军官的解除职务或调动工作问题提出了建议。关于这些决定的执行情况，见秘书长1993年5月21日的报告(S/25812,第4段)。

(3) 清洗准军事部队

125. 正如萨尔瓦多的经验表明，这种清洗不同于前一种情况，因为这些清洗更多地涉及到消除或根除杀人小队、准军事或雇用团体和私人民兵等阴影组织，而这些组织的特点是与国家结构和私营部门(大土地拥有者、企业家)有秘密的联系。据萨尔瓦多调查真相委员会称，根绝这种“丑恶现象”无疑是必要的：

(a) 它们具有广泛的联络网³⁷，而且它们与情报部门和私营部门的土地拥有者或企业具有秘密的联系，并且难以拆除这种联络网。考虑到它们今后可能会东山再起，因此必须采取坚定和具有深远意义的行动；

(b) 由于其结构、组织和火力，正如已经出现的现象来讲，杀人小队极有可能转向犯罪活动，例如贩毒、贩卖武器和绑票。

126. 至少应该采取以下措施：

(a) 侵权行为者的组织性结构应该综合起来，其公民地位及其在军队或警察中的可能作用应该确定，以便查明他们；

(b) 这些侵权行为者同其在保安部队中的积极或消极伙伴之间的秘密联系网应加以改组；

(c) 它们同提供经费或后勤支持的土地拥有者或企业家的联系应加以说明；

- (d) 应该深入研究情报部门的职责，以便重新安排它们的活动；
- (e) 应该确保国际合作，特别是同积极参与的第三国的合作（例如德国统一时发现前德意志民主共和国向恐怖主义突击队提供支持，或者据调查真相委员会称，美国容忍在1979年至1983年期间资助和操纵杀人小队的萨尔瓦多流亡者的阴谋策划）。

结论和建议

127. 只有经过不念旧恶的阶段才可能实现全国和解。因此在短期或在中期內，我们宁愿采用“调和”的提法，这比较尊重受害者的痛苦。另外最后报告应该确定在任何全国调和过程中应该尊重的可能“核心”。讨论不妨围绕着以下6项准则展开：

一、行动的唯一目标应该是实现国内和平，以便作为一种优先事项保障处境最不利者的安全，因为社会不公正现象往往是产生不受惩罚现象的社会动乱之根源（见前文关于严重侵犯经济和社会权利的概念的部分）。

二、应该作出决定，停止对政治犯提出的起诉并立即将他们释放（不要给予他们大赦，因为这将意味着承认其行为的刑事性质，而实际上他们的所作所为是行使合法权利，真正的罪犯是任意拘留行为者）。

三、不应该鼓励不受惩罚的现象，这意味着，煽动者和主要应付责任者应送交法庭并受到审判。

四、应该建立一个确定事实真相委员会，以便维护受害者的“了解的权利”并考虑到调和的历史性方面，这意味着取得认识，而不是遗忘。

五、除了原则3中包括者以外，侵权行为者应该受到审判，或至少受到清洗。

六、应该采取以下措施支持受害者：

(a) 对于遭受的损害给予赔偿；

(b) 对于由于政治原因而被解雇者，重新恢复其职业；

(c) 尊重结束流亡返回的权利并采取措施使他们重新融合。

128. 只有经过这一长列措施以后，随后只有当侵权行为者，特别是尚未受到审判的侵权行为者同意公开认错，才能展望国内和解，否则无法要求受害者参加宽恕的过程。没有最低限度的悔改，任何宽大措施可能被解释为是一种认可。可以指出，所有有关方面表示悔改可以促进这一进程。就萨尔瓦多而言，法拉本多·马蒂

民族解放阵线为了在巩固和平全国委员会的范围内推动调和所做的公开自我批评就表明了这一点的重要性。³⁸ 这一点确实如此，因为根据《和平协定》，造成严重侵权行为的法拉本多·马蒂民族解放阵线的成员将无法担任公职。为了推动武装部队的清洗，缔约国应该以同样负责的态度承认这种商定的清洗措施。

129. 本报告并不是详尽无遗的，但试图更明确地确定有组织的不受惩罚现象的许多方面，目的是推动制定适合于该国正在经历的历史阶段的一种战略；随后这种战略 必须通过训练和咨询服务着重于防止侵权行为并着重于执法，不仅实行惩罚，而且还按照其本来面目永载史册，而不是象修正主义那样始终试图重写历史。

130. 制止不受惩罚的运动必须采用各种方式并长期组织起来，为其本身规定以下四项其他目标：

- (a) 审判严重侵权行为者；
- (b) 确保受害者了解和取得赔偿的权利；
- (c) 特别是通过保持档案来警惕遗忘历史和修正主义；
- (d) 在某一点时间上，考虑到人们对于全国和解的愿望，同时尊重全国和解可能会助长不受惩罚现象的某些限制。

131. 在关于不受惩罚问题的本进展报告结束时，起草人提出以下建议：

1. 最后报告应该更多地参照特奥·范博芬先生在其关于严重侵犯人权和基本自由行为的受害者得到赔偿、补偿和复原之权利的研究报告中提出的建议。³⁹

2. 可以期望在本研究报告之后就制止严重侵犯经济和社会权利之后不受惩罚的行动提出一份具体报告。

3. 应该让非政府组织在制止不受惩罚现象的战略方面发挥更大的作用。

4. 按照减轻处罚情节的理论适当遵从的范围应更明确地限定，以便限制其影响。

5. 对于调查真相委员会的各种经验应展开比较性研究，以便评估制定这一专题的准则的可行性和合理性。

6. 应该努力寻求方法和方式克服在可能的国际法庭上的缺席程序所造成的障碍。

7. 应该制定关于保存保安和情报部门的宗卷和档案以及管理这种档案的查阅的准则。

8. 应该会同人权事务委员会和各区域委员会以及法院编写一份具体

的研究报告，说明人人享有的受到审讯的权利的范围，特别是说明这项权利是否可以受到克减。

9. 应该就最近几十年里执行的各种清洗政策展开比较性分析，以便就可能使这种政策和可提供的保障的理由确定可能的准则。

10. 应该研究根除杀人小队这种做法的方法和方式。

11. 应该制定执行全国和解政策的准则，特别包括在任何情况下不得受到侵犯的核心原则。

12. 应该制定一项行动纲领，确保最佳地运用《日内瓦四公约》及其议定书的规定来制止不受惩罚现象。

这些条约准则的首要受益人是受害人，其次是作为负责执行这些准则的实体的国家，当然不会忘记红十字国际委员会(红十字会)按照四公约的共同规定提供的特定援助。使这些准则更为行之有效，这涉及到采取以下某些主动行动：

(a) 发起一个提高认识的运动，促使各缔约国将四公约中规定的执行条款纳入其刑事立法。

(b) 展开研究，澄清以下两点，以便更明确地确定这种行之无效的原因：

(1) 从已实际上根据《日内瓦四公约》对严重犯罪者作出判决的少数案件中得出结论(例如在美国，《美国统一军事司法条例》也规定战争罪为罪行，而刑事调查局负责对此提出起诉。在1965年至1973年期间，提议以战争罪对军队人员提起起诉的36起案件提交军事法庭；其中20起案件的结果是定罪)；

(2) 就是否采用四公约中所载的普遍管辖权条款问题得出结论；

(c) 发展非政府组织与缔约国的协调行动，以确保缔约国在各种情况下充分执行四公约共同的上述第一条，其中它们承诺，即使它们不是冲突的一方，不仅尊重这些文件，而且还确保对这些文件的尊重；

(d) 特别是通过修订解释更好地参照《日内瓦四公约》的精神和文字的行动方面的合法利益的概念，扩大受害者和有关非政府组织在确保运用四公约方面的作用，以便使某些非政府组织能够在国家主管法庭或必要时在国际法庭上提起诉讼。⁴⁰ 在这一方面，应该探讨是否有可能由各国红十字会代表受害者联合解释《红十字和红新月协会国际联合会章程》，以及四公约(例如《第三公约》第142条以及特别是《第一议定书》第81条第3款)；

- (e) 促进利用《第一议定书》第90条规定的调查机构--国际实况调查委员会提供的手段。

附 言

132. 我们希望以充满希望的基调结束本进展报告。我们有可能制止不受惩罚现象并取得公理，而不会妨碍全国和解的可能性，而玻利维亚最高法院的最近裁决(1993年4月21日)正表明了这一点，它推动了人们对作为任何民主的基石的司法机构的信任。在长达7年的制止不受惩罚现象的运动以后，人权协会和民主组织欢呼这项裁决为“本世纪的判决”。法官 Gualberto Davalos 赞同这一观点，他指出，这项决定“是加强民主的一个重要先例，对玻利维亚以及拉丁美洲其他国家中”策划政变的任何人“是一种警告”。

133. 推翻莉迪娅·盖莱尔合法政府的最严重侵权行为者连同其44位帮凶被判决如下：

前独裁者路易斯·加西亚·梅萨：30年监禁，没有赦免的可能；

前内务部长 Luis Arce Gomez；镇压性机构前首领 Guido Benavidez，
国家调查局前局长 Freddy Quiroga，特别保安处前处长及其助理 Tito
Montano：30年监禁。

134. 关于不受惩罚现象的不利影响的报告结束时恰如其分地向作出这一决定的人表示敬意，因为这项决定超越了该国的界限，在玻利维亚确实实现了公正，重新点燃了所有受害者及其亲属的希望，并表明，公正可以战胜不受惩罚现象的。

注

¹ 严重侵犯人权者不受惩罚问题国际会议由联合国人权事务中心与国际法学家委员会和国家人权咨商委员会(CNCDH-France)共同组织于1992年11月2日至5日在日内瓦万国宫举行。会议记录已由国际法学家委员会发表，题为 Justice not impunity (日内瓦，1993年)。

² 哥伦比亚议员中的“Esperanza, Paz y Libertad”协会(由已参加民主斗争(Alianza Democratica)的前游击战士组成)会员在1993年3月16日致人权事务中心并提请人权委员会注意的一封信中说，人民解放军的165名成员遭到即决处决，凶手

是他们过去的同志,后者反对和平协议,企图以恐怖手段阻止哥伦比亚武装斗争的结束。

³ 在萨尔瓦多,据真相调查委员会称,指控中几乎都要提及的责任在85%的案件中归于国家官员、与国家政权有连系的准军事团体或行刑队,只有15%的案件中责任归于法拉本多·马蒂民族解放阵线(Diffusion de l'information sur l'Amerique latine (DIAL) 新闻社引用,第1678号新闻稿,巴黎,1992年4月16日)。

⁴ 路易·儒瓦内,“Les tribunaux d'opinion”,载于Marxisme, democratie et droit des peuples - Hommage a Lelio Basso,第821页,Franco Angeli版,米兰,1979年。

⁵ Leo Matarasso,“Breve contribution a l'histoire du Tribunal Russell Sur les crimes de guerre au Vietnam”,同前,第831页。

⁶ 争取各国人民权利和自由国际联盟,Impunity. Impunidad. Impunite,日内瓦,1993年2月,第9页和第11页。

⁷ 并参看任意拘留问题工作组报告(E/CN.4/1993/24),辩论02,第20段。

⁸ 儒瓦内所著“Les tribunaux d'opinion”(见上文脚注4)中转引 Leo Matarasso的话。

⁹ 1992年10月2日核准的美洲人权委员会 第29/92号 报告(案件号:10029、10036、10145、10305、10372、10373、10374、10375,乌拉圭),OEA/Ser.L./V/II/82,文件25;见第41段及以后各段。并参看Robert K. Goldman,“Amnesty laws and international law: a specific case”,载于Justice not impunity,国际法学家委员会1992年11月在日内瓦组织的不受惩罚问题国际会议记录(见上文脚注1);R.K. Goldman在这份论文中谈到美洲人权委员会的结论:乌拉圭1986年大赦法违反了美洲人权公约。

¹⁰ 1992年10月2日核准的美洲人权委员会 第28/92号报告(案件号:10147、10181、10240、10262、10309、10311,(阿根廷),OEA/Ser.L./V/II/82,文件25;见第43段及以后各段)。

¹¹ 在这方面,请参看联合国大会1992年12月18日在第47/133号决议中发表的保护所有人免遭被迫失踪宣言第13条第3和5款。

¹² 见 John Carey 提交小组委员会拘留问题会期工作组的文件,题为“International Standards for adequate investigations into suspicious deaths in detention, as well as adequate autopsy”(E/CN.4/Sub.2/1988/WG.

1/WP.1), 其中特别提及1987年明尼苏达议定书, 这是关于防止法外、任意和即决处决问题的明尼苏达律师国际人权委员会起草的。

¹³ “年度报告和自1985年1月1日以来宣布、延长或终止紧急状态的国家名单”。这个报告每年更新一次; 第四和第五份报告的文号分别是E/CN.4/Sub.2/1991/28和E/CN.4/Sub.2/1992/23/Rev.1。

¹⁴ 进一步的细节可参看“关于大赦法律及其在保障和促进人权方面的作用”的研究报告(E/CN.4/Sub.2/1985/16), 特别报告员路易·儒瓦内先生的报告。

¹⁵ 见 Roland Bersier “Extenuating circumstances according to the principle of superior orders”, 载于 Justice not impunity, 国际法学家委员会1992年11月在日内瓦组织的“不受惩罚问题国际会议记录(见上文脚注1)。

¹⁶ 大会1992年12月18日第47/133号决议。

¹⁷ 国际法委员会第四十三届会议工作报告(大会第四十六届会议正式记录, 补编第10号(A/46/10), 第四章D.2节, 第256和257页)。

¹⁸ 教科文组织, “非洲的作用及其对两个世界接触的影响”, 五百周年纪念, 普亚拉, 佛得角, 1992年5月4-8日。见工作文件第三部分。

¹⁹ Louis Joinet, “L'amnistie: le droit a la memoire entre le pardon et l'oubli”, in Communications, Paris, 1989, No. 49。

²⁰ 所谓“自我执行”的条约除外, 即根据国内法其基本规定直接适用的那些条约。

²¹ Etienne Bloch, “Pruges”, in Justice not impunity, proceedings of the International Meeting concerning Impunity organized by th ICJ in November 1992 (see endnote 1 above)。

²² 这是萨尔瓦多在执行《联合国萨尔瓦多计划》范围内提出的解决办法。在这一方面, 见调查真相委员会的报告(S/25500, 附件第五章, I.D.a节)。

²³ 见1985年8月26日至9月6日在米兰召开的第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《司法机构独立性的基本原则》。另见1990年8月27日至9月7日在哈瓦那召开的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》和《关于检察官作用的准则》。

²⁴ 智利的一个非政府组织在para crear en Chile的标题下发表了这份报告的一份摘要, 作为促进调查真相和人权的全国教育运动的一个组成部分。

²⁵ 路易·儒瓦内, “在现有机构的基础上建立一个前南斯拉夫问题国际刑事

法庭的替代办法”(未经发表的文本)。

²⁶ 另见切尼尔琴科先生提交的关于起草将严重和大规模侵犯人权行为定性为国际罪行的宣言的工作文件(E/CN.4/Sub.2/1992/51)。

²⁷ Pierre Truche, “Le crime contre l'humanite”, paper presented at the seminar on the philosophy of law organized in Paris on 2 December 1992 by the Institut des hautes etudes sur la justice.

²⁸ For a summary see press release No.1767 of 5 April 1993 by the agency Dissemination de l'information sur l'Amerique latine(DIAL)。

²⁹ Nadine Marie-Schwartzberg, Le KGB, Paris, Presses universitaires de France, collection “Que sais-je”, 1993。第六章中指出,克格勃人员试图将具有极高价值的档案文件卖给地方出版商,而不久前接管克格勃的联邦安全局同美国一家公司达成一项交易,该公司计划利用前克格勃的极密档案拍摄一套电视连续剧。据称,俄罗斯的对外情报处其本身通过一个挂名公司--前情报人员协会--组织商业投机活动。

³⁰ 美洲国家间人权委员会, 1985-1986年度报告(OEA/SER.L/V/II.68,8号文件,第1号修正案,1986年9月26日)。

³¹ 见以上脚注1。

³² 另见《世界人权宣言》第10条;《欧洲人权公约》第6条第1款、以及《非洲人权与民权宪章》第7条。

³³ 见 Nicole Questiaux, “研究关于称为戒严或紧急状态的情况的最近发展动态对人权的影响”(E/CN.4/Sub.2/1982/15, 第36段及其他)。

³⁴ 禁止为了债务而被监禁仅仅在盟约中提到(第11条)。

³⁵ 另见《欧洲公约》第8、第9、第10 和第11 条;《美洲公约》第12、第13、第15、第16、第22 和第30条,以及《非洲宪章》第11和第12条。

³⁶ Herbert R. Lottman, The Purge, New York, Morrow, 1986, pp.332: See, in particular, chapter III.

³⁷ 例如, 1963年建立的民族主义者民主组织拥有全国性的联络网, 在各村镇、区和社区都派驻代表,其成员总数至少为5万人。在这一方面, 见调查真相委员会的报告(S/25500, 脚注418)。

³⁸ Cited by the news agency Diffusion de l'information sur l'Amerique latine (DIAL), press release No. 1678, Paris, 10 April 1992.

³⁹ 关于范博芬就这一专题提交的第二份进度报告，见E/CN.4/Sub.2/1992/8号文件。

⁴⁰ Oliver Russbach, “Le proces humanitaire” in Actes, No.67-68, Paris, 28 September 1989, p.92: “根据国际法和人道主义法审判罪行的最佳保障也许是公民本身向受理他们案件的法院提出申请，表明这种罪行对他们造成的损害并要求对此作出赔偿”。

⁴¹ 拉丁美洲服务、和平与正义社，第26号简报，1993年4月--5月，第3页。

XX XX XX XX XX