



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2003/4
27 June 2003
CHINESE
Original: FRENCH

人权委员会
增进和保护人权小组委员会
第五十五届会议
临时议程项目 3

司 法

通过军事法庭进行司法裁判问题

埃马纽埃尔·德科先生根据小组委员会
第 2002/103 号决定提出的报告 *

* 根据大会第 53/208 B 号决议第 8 段，本文件延迟提交，以便尽可能载入最新资料。

内 容 摘 要

增进和保护人权小组委员会第 2002/103 号决定，请埃马纽埃尔·德科先生对路易·儒瓦内先生编写的关于通过军事法庭司法问题的报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4)进行补充，并将更新报告提交小组委员会第五十五届会议。

本文件是小组委员会要求的更新报告。报告注意到了小组委员会第五十四届会议参加者的意见，以及关于这一问题的最新进展和可以获得的新资料。报告分析了军事法庭的特别管辖范围以及独立公正法庭这一概念本身固有的司法保障。

报告注意到了人权委员会 2003 年 4 月 23 日第 2003/39 号决议所强调的需要“确保这类法庭是整个司法系统的一个组成部分”，根据儒瓦内先生提交小组委员会第五十四届会议的报告“E/CN.4/Sub.2/2002/4, 第 29-38 段)中指出的倾向，在最后部分提出了一系列经修正的建议。

本更新报告的首要目的是对报告中包括的许多问题进行澄清，以便为必须进行的公开辩论制订一个结构框架。在这方面，报告回顾了儒瓦内先生提交小组委员会第五十三届会议的临时报告中提出的建议，即“为了充分准备最后报告，考虑举行一次专家研讨会——将包括军事专家——集中讨论通过军事法庭进行司法裁判问题的趋势，以及特别是所取得的进展”(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, 建议 1, 第 10 页)。

区域性研讨会毫无疑义将有益于在尽可能广泛的基础上搜集资料，并全盘考虑各大洲最近进展，使之能够根据提交小组委员会第五十三届会议的综合工作计划就国际、区域和国家机构的理论及案例法对此问题进行全面审查(同上，第二部分，第 6 页)。

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	1 — 12	4
一、军事法庭的管辖权	13 — 44	6
A. 属人管辖权	14 — 23	7
B. 属时管辖权	24 — 34	9
C. 属事管辖权	25 — 44	12
二、公平审判的保障	45 — 70	14
A. 军事法庭的合法性	46 — 56	14
B. 军事法庭的组织	57 — 62	16
C. 军事法庭的运作	63 — 70	18
三、结论和建议	71 — 86	19

导 言

1. 增进和保护人权小组委员会,在其 2002/103 号决定中满意地注意到路易·儒瓦内先生提交的关于通过军事法庭进行司法裁判问题的更新报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4),感谢他从事的重要工作,并决定请埃马纽埃尔·德科先生补充这一文件,要考虑小组委员会第五十四届会议与会者提出的建议,并在不涉及经费的情况下更新报告,以提交小组委员会第五十五届会议。

2. 本文件是小组委员会所要求的更新版本。本文件根据对儒瓦内先生所编制并载于其提交小组委员会第五十三届会议的报告(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3 附件)中的问卷调查所作的回答和进行的分析,他向第五十四届会议小组委员会会议提交的更新报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4)以及在这一问题上的最新动态和最新可获得资料,对通过军事法庭进行司法裁判进行了审查。

3. 首先,回顾儒瓦内先生提交小组委员会第五十三届会议的临时报告中提出的建议是有益的。即,“为了更好地准备最后报告,考虑召开一次专家研讨会——包括军事专家——集中研究通过军事法庭进行司法裁判方面的趋势,以及特别取得的进展。考虑到有限的资金来源,人权事务高级专员办事处可以发起这次会议,而其活动——就会议的组织而论——可以由非政府组织必要时与有关政府合作举行”(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3 建议 1,第 10 页)。儒瓦内先生在其提交小组委员会第五十四届会议的报告中谈到了这一建议(E/CN.4/Sub.2/2002/4,脚注第 8 页)。在研究报告的这一阶段,非常必要利用报告的更新本为背景文件召开专家研讨会,以扩大讨论的范围。

4. 同样,区域研讨会对于在尽可能广泛的基础上收集资料并综合考虑各大洲最近的发展动态将毫无疑问是有益的。这方面应当提到欧洲改进保护人权程序专家委员会理事会在成员国军事法庭司法程序方面所做的工作(DH-PR(2002)009 rev. 2002 年 9 月 10 日),其中包括来自下列国家的官方答复:奥地利、比利时、克罗地亚、捷克共和国、丹麦、法国、荷兰、俄罗斯联邦、斯洛伐克和瑞士。更新本将包括匈牙利、爱尔兰、葡萄牙和土耳其的答复。在国际律师委员会用西班牙文出版的费德里克·安德鲁—古兹曼所著《军事管辖权和国际法》(波哥大,2003 年)以及由军事法和战争法国际学会出版的于 2001 年 10 月在罗德斯举行的军事管辖权国际研讨会记录(布鲁塞尔,2003 年)中可以得到很多资料。学会文件中心不经常出版各国立

法状态的更新资料：澳大利亚、比利时、中国、丹麦、德国、匈牙利、挪威、瑞典、瑞士和美国。¹ 涉及非洲和亚洲的区域综合资料将特别有益，并使之能够根据提交小组委员会第五十三届会议的综合工作计划就国际、区域和国家机构的理论和案例法对此问题进行全面审查(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, 第 2 部分第 6 页)。

5. 本更新报告的主要目的在于澄清本研究报告中所讨论的许多问题，以便为必须进行的公开辩论提供结构框架。

6. 人权委员会在其关于司法系统廉政的第 2003/39 号决议中，注意到路易·儒瓦内先生提交小组委员会第五十四届会议的报告，并强调指出“在任何时候司法系统均应保持廉政。”在这方面，委员会：

“1. 重申人人有权充分平等地获得依法设立的合格、独立和公正的法庭的公平和公开的审理，以确定其权利和义务以及针对他的任何刑事指控；

“2. 还重申人人有权受采用应有公认法律程序的普通法院或法庭的审理，不应设立不采用经正式制定的法律程序的法庭以取代属于普通法院或法庭的司法管辖权；

[……]

“9. 呼吁以军事法庭审判刑事犯的国家确保这类法庭属于总的司法系统的一个组成部分，并采用应有公认法律程序。”

7. “军事司法”的发展必需处于关于适当司法一般原则的框架之中。虽然此刻无须审查对现象的历史原因，因为以前的报告中曾对此进行了审查，从国际人权法角度注意其法律后果是非常重要的。《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》以及区域性公约或其它有关地方文书在司法方面的原则是非常清楚的。关于公正司法的规定可普遍应用。就是说，军事司法应当是“总的司法系统的一个组成部分”，委员会已经对此进行了说明。

8. 这种一般的原则一直受到存在例外的逻辑思维所反对，而后者经常被用作成立军事法庭的理由。小组委员会关于“戒严或紧急状态”方面的工作以及关于人权与紧急状态方面的工作使之能够衡量这种现象存在的程度，并引起注意两种主要令人不满情况：“(a) 对于破坏人权并根据国际法构成严重犯罪的(战争罪、危害人类罪或甚至种族灭绝罪)的军事人员，特别是高级军事人员，有一种越来越使他们

免受惩罚的趋势；(b) 有一种对和平居民社会扩大管辖权的趋势”(E/CN.4/Sub.2/2002/4, 第 4 段)。

9. 鉴于此种形势，有两种并非不协调的解决方法：可以建议在较短期间内干净利索地取消军事法庭，前一份报告中就强调了这一点，该报告指出“长期目标是取消军事法庭，首先是在和平时期仍然行使职能的军事法庭，将其案件移交到普通法院”，同时提出建议“作为临时措施，改进关于这种管辖权限的程序性正当过程和规则”(同上，第 29 段)。

10. 如果不考虑前一报告中作为一种新的趋势谈到的未来研究领域，那么这种看法就是不完全的，即军事法庭之外的特殊法庭的司法以及武装部队根据授权(或“无授权”)在进行维和或缔造和平时期的司法问题。这一问题的一个重要方面部分的应由弗朗索瓦·汉普森编写的关于参加和平支助行动的武装部队、联合国民警、国际公务员和专家的活动范围和责任的工作文件来处理。关于恐怖主义和人权的特别报告员卡里奥皮·库发根据小组委员会 2002/24 号决议最近编写的临时报告也应给予充分考虑。

11. 在这方面，主要存在的危险与其说是司法的军事化不如说是否定司法。在一些人不可企及的司法军事化和否定普通法原则的特殊司法之间，应给予考虑的是通过作为总的司法系统一个部分的军事法庭进行司法裁判的具体特点。因此不是拿普遍准则与例外进行比较，也不是拿例外与普通准则进行比较，而是在充分尊重正当司法裁判原则的情况下将例外与普通准则结合起来的问题。

12. 重要的是，首先确定通过军事法庭进行司法裁判程度以及这种裁判的限度(第一章)，然后确保通过军事法庭进行司法裁判时有公平审讯的保障措施(第二章)。

一、军事法庭的管辖权

13. 上一报告主要集中于军事法庭管辖权的种类，重点是属人管辖权，区别平民的审问和指控严重违反人权和军事人员的审问，同时考虑上述两种令人不满情况。进行这种基本区分时，考虑各种情况是有益的，特别考虑是和平时期还是战争时期，同时要区分各种罪行，即使是这类区分不可避免的相互交叉。

A. 属人管辖权

1. 由军事法庭审讯平民

14. 一些需要加以考虑的情况：

- (a) 审讯与军队有联系的平民 (随军人员和在军队中工作的文职人员)；
- (b) 审讯的平民与军队并无职能上的联系，但其犯罪的受害者是军队的一个成员(军事法庭的被动个人权限)；
- (c) 审讯的平民与军队没有职能上的联系，但其犯罪涉及到军事财产或军事设施或实施犯罪的地点为一军事区域(军事法庭的属地管辖范围)；
- (d) 对平民因与武装部队成员共同犯下的罪行而进行审讯：或者犯罪属于严格的军事性质(在这种情况下，平民经常被指控为共犯)，或犯罪并不属于严格的军事性质，并涉及到普通法的罪行；
- (e) 审讯犯有普通法罪行的平民。特别关于所谓“政治”罪行，对此管辖权的广义解释会侵犯言论、结社和和平示威的自由。

15. 所有这些情况的突出特征在以前的报告中已经讨论过，就是把平民引向军事，就是说，个人脱离了对他的“正常审判”，即普通法庭，而隶属于特殊管辖权：军事法庭。因此，诉讼双方的平等手段原则不能得到遵守，法庭公平的原则也不能建立起来。

16. 人权委员会在其 1984 年 4 月 12 日通过的关于《公民权利和政治权利国际公约》的第 13 号一般性意见中特别提请注意在这些情况下的危险：

“4. 第 14 条各款适用于该条规定范围内的所有法庭和裁判所，无论他们是普遍法庭和裁判所，或是特别法庭和裁判所，委员会指出，许多国家设有审判平民的军事法庭或特别法庭。从公正不偏倚和独立司法的角度看，这方面可能产生严重的问题。设立这种法庭的原因往往是为了实施不符合正常司法标准的例外审判程序。《公约》虽然不禁止设立这种法庭，但《公约》的规定明确指出，设立这种法庭来审判平民是一种非常例外的情况，必须按第 14 条的规定在真正获得充分保障的情况下才能进行。委员会指出，有些缔约国的司法结构设有这种审判平民的法庭，但它们提出的

报告非常缺乏这方面的资料。在某些国家，这种军事法庭和特别法庭没有依照有效保护人权必不可少的第 14 条规定，严格保证公正司法。缔约国若依第 4 条规定在社会处于紧急状态时决定克减第 14 条所规定的正常程序，它应保证克减的程度以实际情事紧急程度所严格需要者为限，并应遵守第 14 条第 1 款的其它条件。”

17. 1998 年，法官与律师独立问题特别报告员认为，“关于使用军事法庭审讯平民，国际法正在制订一项需要对这种做法严加限制或甚至禁止的协商一致意见”。² 任意拘留问题工作组认为，“如果某种形式的军事司法要继续存在，它应遵守”一项规则，即“它无权审讯平民……”。³

18. 在前一报告中大量引用的欧洲和美洲地区司法管辖，也倾向于同一结论，欧洲人权法院在 1977 年 11 月 26 日对 Sakik 等诉土耳其 一案的判决中强调了下述事实的重要性，即一个平民不得不出席甚至部分地是由军事人员组成的法庭受审。在国内法领域，典型的例子是墨西哥宪法，该宪法自 1917 年以来规定“军事法庭在任何情况下均不得将其管辖权扩大至不属于武装部队的人员”(第 13 条)。

19. 未成年人构成一种特殊情况，不管是儿童兵还是武装冲突期间逮捕的儿童。必须强调《儿童权利公约》中保护规则，特别是第 38 至第 40 条以及少年司法国际规则的重要性。委员会的一些特别报告员已提请注意这一领域中的严重违法行为，特别是军事法庭判处死刑而没有任何申诉的可能性，以及不考虑到被判刑未成年人的年龄(参见法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员阿斯玛·杰汗吉尔女士致刚果民主共和国政府紧急呼吁[E/CN.4/2002/74, 第 108 段])。1967 年以来，以色列占领巴勒斯坦领土上人权形势问题特别报告员约翰·杜加德谈到“怀疑向以色列士兵扔石头”而被逮捕的少年，在普通军事法庭受到审判而未考虑其年龄(E/CN.4/2002/32, 第 49 段)。尤其是，人们很想知道被单独禁闭在关塔那摩湾儿童的命运。⁴

2. 由军事法庭对军事人员的审讯

20. 这里也有几种情况需要加以区分。然而，两种模棱两可的情况似乎特别敏感。

21. 这里首先一种情况是，军事人员因普通法责任而受到审讯，不管是错误行为或是危险引起的责任，而受害者为平民。例如，当武装部队的一个成员引起事故，特别是在国外时，这种情况就发生了，因为军事法庭的管辖权将此人排除在领土所属国普通法院的管辖权之外。任意拘留问题工作组在其上述意见中(见第 17 段)也强调需要时军事司法服从这样一种原则，即“它无权审讯军事人员，如果受害者包括平民”。

22. 尤其这里还有一种情况是，由军事法庭审讯被指控有构成严重罪行的侵犯人权行为的军事人员，这继续是有罪不罚的主要原因之一。这种做法倾向于违反《公民权利和政治权利国际公约》保障的权利，即任何人得到有效补救的权利(第二条第三(甲)款)，享受独立和无偏倚的法庭审讯的权利(第十四条第一款)，以及不受歧视的受法律平等保护的权利(第 26 条)。这里如以前报告所指出，也在形成一种共识，即必须将严重违反人权的武装部队成员或警察排除在军事法庭管辖权之外，必须确保法外处决、酷刑和被迫失踪不被看作是军事罪行或履行职责行为(见以下)。

23. 一个有限的但有正当理由的领域将是军事法庭有权审讯牵涉军事人员或军事人员与公共当局关系的案件。然而，这里必须有界线，而且要视所涉事项而定。

B. 属时司法权

24. 和平时期和战时通过军事法庭进行司法裁判的基本区别是临时报告中调查问卷的基础(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3)。

1. 战时与和平时期的区别

25. 和平时期取消军事法庭的趋势上面已经谈到。这样，根据奥地利联邦宪法第 84 条，“军事司法——除战争时期外——已经废除”。1970 年军事刑法由普通法庭执行。而且，一些军纪法庭依然执行 1994 年军纪法典。葡萄牙宪法第 213 条规定，“战争状态下，应建立其审管辖权为审讯严格的军事性质的犯罪的军事法庭”。相反的情况是，1997 年宪法修订就预想了在和平时期取消军事法庭。然而，军事法庭将继续行使职能直到根据宪法第 211 条第 3 款通过了关于其管辖权移交的立法：

“根据法律，在任何情况下审讯严格的军事性质的犯罪时法庭的组成应包括一个或一个以上的军事法官。”

26. 和平时期和战争时期情况的主要区别又需经常考虑到一个地域管辖权区别，即是说属于民事法庭的国家领土保护和国外军事行动之间的区别。这样，根据德意志联邦共和国宪法第 96 条：

“2. 联邦可建立武装部队的军事刑事法庭作为联邦法庭。这些法庭只有在防御状态存在，以及其它情况下只对在国外或军舰上服务的武装部队成员行使管辖权。细则由联邦规约控制。这些法庭在司法部长的管辖范围之内。其专职法官为有资格担任司法职务人员。

“3. 第 1 款和第 2 款所述之最高上诉法院为联邦法院。”

27. 法国军事法典第 1 条也作出了如此规定：

“在最高上诉法院的监督之下，军事法的实施：

“一 在和平时期和对于在共和国领土之外所犯罪行，由巴黎军事法庭进行，上诉案件则由巴黎上诉法院进行；

“一 在战争时期，由武装部队所在国法庭和军事法庭进行……”。

28. 这种区别在意大利宪法第 103 条第 3 段中也可以看到：

“军事法庭在战争时期具有法律所赋予的管辖权。在和平时期，它们只对武装部队成员所犯的军事犯罪具有管辖权。”

2. 危机状况的区分

29. 涉及到危机状况，必须区分一系列差别很大的情况。

30. 一方面，有些情况属于国际人道主义法的范围，例如《日内瓦公约议定书》意义上的国际武装冲突或非国际武装冲突。回顾一下《日内瓦公约》有关于对待战俘的第 84 条是有益的：

“战俘应只由军事法庭审判，除非按照拘留国现行法律之明文规定，普通法庭得审讯待拘留国武装部队人员，如其犯有战俘被控之特种过犯。

“战俘在任何情况下不得由不能保证一般认为必要的独立与公正之任何法庭审判，尤其法庭之诉讼程序之不能给予被告以第 105 条所规定之辩护权利及方法者。”

31. 《公约》各项规定试图确保审判的严格平等，这是由“审判拘留国武装部队人员之同一法院，按照同样程序”所保障的(第 102 条)，同时利用具体手段对战俘提供合适的保护。最后，如对战俘的范畴存有疑虑：“凡曾从事交战行为而陷落于对方者，……在其地位未经主管法庭决定前，应享受本《公约》之保护”(第 5 条)。

32. 另外一方面，还有根据国际授权进行的国际缔造和平和维和行动。这些情况不仅确定危机期间的适当管辖权，而且涉及属人管辖权，自己军队和友军的军事人员，敌军士兵和平民人口与涉及治外法权问题的属地管辖权之间的区别。汉普森女士的研究报告应有助于澄清目前危机使之模糊的区别。

33. 最后，应特别注意国内紧急情况，这严格来说并不属于国际人道主义法范围，但在此期间实行了克减普通法的规则。如果参阅《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条：

“1. 在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时，本《公约》缔约国得采取措施克减其在本《公约》下所承担的义务，但克减的程度以紧急情事所严格需要者为限，自动措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。”

34. 另外第 4 条第 2 段规定不得对《公约》规定进行克减的情况。今天普遍认识到，补救的权利是权利的“坚实核心”的一部分，在涉及不歧视原则时，任何情况下均不允许对其进行克减。对于在独立和不偏倚法庭受公平审讯的保障不得有任何怀疑。紧急状态立法必须考虑到这些原则，特别是为应付恐怖主义威胁而进行的立法。这一重要问题是特别报告员库法女士报告的主题。

C. 属事管辖权

1. 军事刑事犯罪

35. 军事法庭属事管辖权方面的第一个困难就是“军事犯罪”这一概念的定义。这一问题不仅在国内级别出现，因为这一概念也是国际条约的主题，例如引渡协定。

36. 一个例子是 1940 年在蒙得维的亚通过的《国际程序法条约》，这是一个美洲国家组织的条约，主要涉及军事犯罪问题，将普通法范围内的犯罪排除在外(第 20 条)，或也可以看一看 1957 年《欧洲引渡公约》，其中第 4 条处理“根据军法的犯罪”并且规定“因军法犯罪而不是普通法犯罪的引渡不在本条约之适用范围”。

《联合国引渡示范条约》(第 3(c)条)也是如此。在上面三个例子中，规定的目的是排除引渡。在双边级别，有美利坚合众国与法国之间的 1966 年《引渡条约》；涉及军事犯罪的条约第 5 条规定，如果要求引渡之犯罪为完全军事犯罪，则引渡不得准许。

37. 在国内级别，对不同军法典从法律角度进行比较研究是非常有益的，不管法典是由普通法庭或特别法庭实行。特别是，“军事罪行(或犯罪)”这一概念在进行定义时，应注意不要毫无理由的牵涉平民，还应区别严格意义上的军事刑事犯罪和纪律性过失或错误行为。

38. 相反，某些罪行则应不包括在军事司法管辖之内。出于良心拒服兵役，根据人权委员会第 1998/77 号决议就应算做这样一种情况，该决议呼吁各国建立独立的不偏倚的决策机构，以便确定出于良心拒服兵役是否真正成立。根据定义，军事法庭在此类案件中既是法官又是参加者。出于良心拒服兵役者是平民，因此对其应实行民事诉讼。当按照《世界人权宣言》的规定作为思想、良心和宗教自由权利之一组成部分的出于良心拒服兵役不被法律承认时，出于良心拒服兵役者将被以逃兵对待，并对其使用军事刑法。

39. 最后，如欧洲委员会部长委员会关于承认出于良心拒服兵役者地位的程序问题的第 R (87)8 号建议中指出：

“5. 对申请的考虑应包括公平审讯的各种保障措施；

“6. 申请人必须能够对初审决定提出上诉；

“7. 上诉机构应与军事司法裁判分离，而且其组成应确保其独立性。”⁵

2. 侵犯人权行为

40. 在考虑纯粹军事犯罪的定义时，侵犯人权者不应在军事法庭受审的想法今天被越来越多的人所接受，似乎其中有某种扭曲使军事人员失去管辖豁免，这样才能使受害人的权利得到充分考虑。

41. 大会 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议通过的《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》第 16 条第 2 段规定，对被迫失踪负责任者“只应在各国普通主管法院受审，不应在任何其他特别法庭特别是军事法庭受审”。

42. 1994 年《强迫人员失踪美洲公约》也反映了这一原则，其中第 9 条规定：

“被指控对构成强迫人员失踪罪行负责的人员只应在每一国家普通主管法庭受审，而不应在所有其他特别司法机构特别是军事司法机构受审。

“构成强迫失踪的行为不应认为是在执行军事任务过程中犯下的行为。”

43. 《关于违反国际人权和人道主义法受害者要求补救和赔偿的权利的基本原则和指导方针》中对这一原则的范围进行了概况性定义，其中原则 25 (一)谈到：

“通过下列方式防止侵权行为不断出现：

[……]

“(二) 限制军事法庭管辖权，使之只管辖武装部队成员犯下的具体军事罪行”。

44. 同样，《通过打击不受惩罚现象的行动保护和增进人权的一套原则》(E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 附件二)中题为“对军事法院管辖权的限制”的原则 31 规定：

“由于军事法院的所有或部分成员受制于指挥系统而缺乏独立性，因此，为了避免军事法院在那些尚未取消军事法院的国家中助长不受惩罚现象的延续，军事法院的管辖权必须仅限于军人所犯的具体军事罪行，不包括属于国内普通法院管辖的侵犯人权行为或在适当时属于国际法院管辖的构成国际法规定的严重罪行的侵犯人权行为。”

二、公平审讯的保障

45. 如果认为军事法庭在其具体权限范围内是“总的司法系统的一个组成部分”的看法是可以接受的，那么重要的是对其地位、组织和运作等各方面作出结论。

A. 军事法庭的合法性

1. 通过宪法或法律建立军事法庭

46. 1985 年通过的《关于司法机关独立的基本原则》规定“各国应保证司法机关的独立，并将此项原则正式载入其本国的宪法或法律之中。尊重并遵守司法机关的独立，是各国政府机构及其他机构的职责”(第 1 段)。分权原则与通过宪法或法律在最高层次准则提供法定保障的要求是一致的。另外，“人人有权接受普通法院或法庭按照业已确立的法律程序的审讯。不应设立不采用业已确立的正当法律程序的法庭来取代应属于普通法院或法庭的管辖权”(第 5 条)。

47. 欧洲安全合作组织的成员国对这些原则作出了响应，在其人的方面会议 1991 年莫斯科会议文件中宣布，它们：

“(19.1) 将尊重关于法官和执法人员独立性以及公共司法服务公正行为的国际承认的标准，包括特别是《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》；

“(19.2) 在执行有关标准和承诺时，确保司法独立性得到保障并载于宪法或国家法律之中，而且在实际中受到尊重，特别注意《关于司法机关独立的基本原则》，其中特别规定

“(一) 禁止对法官施加不正当影响；

“(二) 防止行政当局对司法决定的修改，但有关当局有权根据法律对法官的判决进行减罪或减刑；”

48. 这些原则清楚地表明，军事法庭或其他特别法庭不能只是通过行政或军事当局的决定建立。

49. 根据美国宪法第 1 条第 8 款，国会有权“设立低于最高法院的法院”。第三条第 1 款规定“合众国的司法权，属于最高法院和国会不时规定和设立的下级法

院(……)”、根据这些规定，人们肯定会质疑 2001 年 11 月 13 日美国总统签署的军事命令，其题为“反对恐怖主义战争中拘留、对待和审讯某些非公民的军事命令”。这一命令规定建立特别军事委员会以审讯与“基地组织”有联系或怀疑从事恐怖活动的外国国民。美国国防部长 2002 年 3 月 21 日签署了关于组织此种“军事委员会”的军事委员会一号令。⁶

50. 值得注意的是，在美国和欧洲联盟之间签订的关于引渡和相互法律援助的两个协定，其前言中有如下两段：

“充分注意个人权利和法律规则，

“忆及各自法律系统下的保障，规定被引渡人员有权接受公平审判，包括由根据法律建立的不偏倚的法庭审判的权利”。

51. 如果说第 1 段中没有明确提到国际人权是件遗憾的事的话，这一法律的内容在第 2 段中则完全包括了：“由于根据法律建立的不偏倚的法庭审判的权利”。在这方面，这两个协定的范围不包括任何法庭对行政的“依赖”，尤其是特别法庭。

2. 与法治原则的相融性

52. 一些最高法院作出裁决，认为军事法庭存在本身就是与宪法原则不相容的，并且趋向于赞成干净利索的取消军事法庭。另一些最高法院则恰恰相反，它们试图确定军事法院的组织和运作是否会提供必要的保障。

53. 这样，南非高级法院在其 2001 年 3 月 1 日的判决中裁定，军事法庭不符合宪法原则，因为它们违反了军事人员在法庭平等的权利。许多国家，例如奥地利、丹麦、法国、德国、几内亚、日本、荷兰、挪威、塞内加尔和瑞典已经取消了和平时期的军事法庭，或者是全部或者是允许少数罕见例外。同样，一些重建的民主国家已决定取消军事法庭。匈牙利于 1991 年取消了此类法庭，捷克共和国在 1993 年(第 284/1993 号法令)，还有克罗地亚(1996 年改变了宪法第 101 条)，爱沙尼亚和斯洛文尼亚。葡萄牙和比利时正在计划进行激进的改革。

54. 加拿大《权利和自由宪章》是 1982 年立宪法第一部分，说明了被指控有罪行的任何人应有的法律保障，其中只谈到一种关于军法的普通法克减。《宪章》第 11 条如下：

“任何被指控犯有罪行的人有权：

- “(a) 被告知具体罪行而不得无理拖延；
- “(b) 在合理的期间内被审讯；
- “(c) 不在诉讼中被强迫作该人罪行的证人；
- “(d) 在经独立和不偏倚法庭根据法律进行公平和公开审讯确定有罪之前应被视为无罪；
- “(e) 不得无理拒绝合理保释；
- “(f) 除了军事法庭审判的军法犯罪之外，当罪行的最大惩罚为五年监禁或更严厉的惩罚时，享受陪审团审判制度；
- “(g) 不因任何作为或不作为而被认为有罪，除非在作为和不作为发生时他根据加拿大或国际法构成犯罪或根据各国承认的一般法律原则是有罪的”(……)。

55. 在 1992 年 2 月 13 日审判的 R. 诉 G  n  reux 一案中，加拿大最高法院作出裁决，认为组织军事法庭是违背宪法原则的，特别是关于独立的保障，但同时在此审判中对军事司法的原则本身却不提出质疑。雷默尔法官代表多数意见说：“为了使武装部门维持准备好的状态，军方必须能够迅速有效地执行内部纪律……使用普通刑事法院一般来说不足以满足军方特殊的纪律性需要。因此有必要分别建立法庭在军队内实施特殊纪律性标准”(第 22103 号记录，第 293 页)。欧洲人权法院在 2002 年 2 月 26 日对 Morris 诉联合王国一案的判决中特别谈到了上述立案。

56. 除了关于军事法庭的合法性或甚至合法地位的讨论之外，法律问题还涉及军事法庭的组织和运作。

B. 军事法庭的组织

57. 军事法庭的组织必须完全保证其独立性和公正性，这就象普通法庭一样。这涉及到不同管辖程度的结构以及审判席的组成和法官的法定保障措施。⁷

1. 军事法庭种类

58. 在一些国家，国家宪法规定自下而上的军事法庭具体组织方式。例如巴西就是这样，具有高级军事法庭，(土耳其，设有高级军事上诉法庭。瑞士也是如此，

它有三级管辖，和平时期和战时相同，均由军事人员组成，初审、上诉和最高上诉法庭)；但应当指出，最高上诉军事法庭的庭长和成员不是由国防部长任命的，而是由联邦议会选举的，任期四年。在西班牙，军事法庭在和平时期和战时是相同的，均由国防部长任命的军事人员组成；1987年以来，其最后一级管辖是最高法院的特别军事会议室，由四名平民法官(包括庭长)和四名军事法官组成，为了确保其独立性，军事法官的法律地位类似于退役人员，而且再也不能恢复在武装部队的职务。在意大利，军事法庭继续存在，但最高级别除外，因为1987年，一场改革取消了最高军事法庭的复审合法性，而将权限交给最高上诉法院。

59. 此种事态在许多国家出现，结果有两种：一方面，初级军事法庭隶属于高级普通法庭，另一方面是民事法官参加军事法庭的“混合”司法裁判。联合王国的情况就是如此，其海路空三军有自己的初级军事法庭。这些法庭不是永久性的，由军事人员组成，同时有一平民法官以法庭之友身份进行协助，但他并不参加庭议。另外一方面，自从实施《欧洲人权公约》的武装部队纪律法案于2000年10月2日生效以来，军事司法下放，从中级开始，由普通法院的专业法官进行审理，最高级主管法院是上院。

60. 希腊宪法关于军事法庭的第96条第5款规定，其“组成多数为武装部队司法部门成员，具有本宪法第87条第1款规定的职能和人格独立的保障”，即是适用于“正规法官”的保障。

61. 最后是民事法庭。在法国，自从1982年取消和平时期军事法庭以来，武装部队人员在执行任务时所犯下的违反军法，包括违反普通法行为属于完全由民事法官组成的普通刑事法庭的职权范围；合法的复审由最高上诉法院进行，这与国家所有其他法院相同。在德国也可以看到同一趋势，在德国和平时期犯有军事罪行的人由普通刑事法庭审理。按宪法进行的复审由联邦法院进行而不是由最高军事法院进行。这样，军事刑事法院只在战争期间存在，而且应该着重指出，其决定仍须经过由民事法官组成的联邦法院的审查。

2. 军事法官独立性和公正性的保障

62. 在此领域也应进行比较法律研究，检查军事法官的地位，特别是其与军事权利机构的关系，以便确定在何种情况下军事法官在交由它们审判的案件中不是

“法官和参与方”。这种比较研究的一个方面应是考虑军稽处在取得保护权利方面的特权地位。

C. 军事法庭的运作

1. 公平审讯权利的内部方面

63. 这里有必要强调在军事法庭运作中充分遵守有关司法裁决的国际规则的重要性。根据《世界人权宣言》第 10 条，有必要确保：

“人人完全平等的有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯，以确定它的权利和义务并判定给它提出的任何刑事指控。”

并且，根据第 11 条第 1 款：

“凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而以法证实有罪之前，有权被视为无罪。”

64. 任何真正法庭的运作方面的这些基本保障措施，其利益是显而易见的。必须确保尊重每个人的基本权利，“完全平等”，没有任何基于“情事”的歧视。在这方面，军事人员和以军事人员对待者既不是二等公民，缺乏享受公正司法裁判的基本权利，也不是“特权”团体，置身于普通法之上并享有某种形式的有罪不罚。就军事法庭的组织而论，如果处于职能原因而建立了平行的司法机构，那么这些机构必须向有关人提供与军事法庭的保障相同的权利。

65. 与普通法的联系在希腊宪法第 96 条第 5 款中得到很好体现，其中在谈到“陆军、海军和空军法庭”时，规定“第 93 条第 2 至 4 款的规定适用于这些法庭的开庭和裁决”。这也适用于关于审讯的公开性质以及决定理由说明的规定。

66. 同样，2002 年 7 月 1 日生效的俄罗斯刑事程序法典规定了军事法庭的程序以及由稽察员发起的所有初步调查程序和法庭程序。《法典》中规定的所有保障措施毫无例外的适用于军事法庭权限范围内的被告和刑事案件所涉人员。⁸ 然而，“保密”的概念很多情况下似乎起主导作用(见，例如，军事总检察长办事处宣布的刑事判决统计)。⁹

2. 公平审讯权利的国际意义

67. 而且，这些保障对于在刑事事项顺利开展国际合作是必要的。因此，《国际刑事法院罗马规约》第 17 条第 2 款关于可否受理问题作如下规定：

“为了确定某一案件中是否有不愿意的问题，本法院应根据国际法承认的正当程序原则，酌情考虑是否存在下列一种或多种情况：

“(a) 已经或正在进行的诉讼程序，或一国所作出的决定，是为了包庇有关的人，使其免负第 5 条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；

“(b) 诉讼程序发生不当延误，而根据实际情况，这种延误不符合将有关的人绳之以法的目的；

“(c) 已经或正在进行的诉讼程序，没有以独立或公正的方式进行，而根据实际情况，采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。”

68. 为了确保第 17 条第 1 款谈到的补充原则的实施，重要的是保证遵守“国际法承认的正当程序原则”。奇怪的是，国际刑事法院罗马规约只是作了一系列设想，预想一个国家“不愿意”采取刑事行动，而不是相反的情况，即受保护的权利遭到国家法院的破坏。

69. 在国内法框架范围内，应当指出的是比利时的“普遍管辖权”法 1993 年修正草案规定投诉登记需要有一个双重条件：与比利时有一个明显的连接因素并且被指称罪犯为某一国家国民，而在该国其所涉行为不构成犯罪或不能保证公平审讯。

70. 从更一般意义上讲，“公平审讯”的概念对于有效实施一罪不二审的原则和顺利履行引渡协定是非常基本的。因此，本报告试图促进的国际、区域和国家标准的建立对于通过军事法庭进行司法裁判是特别重要的。

三、结论和建议

71. 本报告表明，通过军事法庭进行司法裁判正逐渐在一个双重过程中“非军事化”，一方面是对军事法庭管辖权的限制，另一方面是加强公平审讯的保障，目的在于使军事法庭成为“总的司法系统的组成部分”。

72. 这一过程以下列主要趋势为特征：

- (a) 军事法庭对军事人员和类似待遇人员管辖权的限制和，从另外意义上讲，此类法庭对审讯平民权限的缺乏；
- (b) 区分普通罪行(或犯罪)、军法罪行(或犯罪)(军法刑事罪行)以及违反纪律(或错误行为)；
- (c) 和平时期取消军事法庭，将权限转移至普通法庭或将参与权限转移至惩戒法院；
- (d) 加强军事法庭的独立性和不偏不倚性的保障；
- (e) 军事法庭组成中包括民事法官；
- (f) 加强受保护的权利和由被告自由挑选律师；
- (g) 将上诉转到普通法庭，特别是关于合法性的上诉，这越来越多的由普通最高法院给予保证；
- (h) 越来越经常的限制军事法庭对被指控严重侵犯人权的武装部队成员的审讯，特别是当这种侵犯根据国际法构成严重的犯罪时；
- (i) 使军事法庭适应国际刑法的最新进展，特别是国际刑事法庭的建立。

73. 上述动态使我提出下列修正后的建议，目的在于改进关于此种管辖权限的规则和程序保障。这些具体改进意见的优点是考虑了有关军事法庭的组成和权限而不管其种类如何，而且对于无论和平时期还是战时存在的原则进行辩论得出的结论，不作预先判断。

建 议 1

军事法庭无审讯平民的权限

74. 当宪法或法律规定了军事法庭的存在时，军事法庭原则上不拥有审讯平民的权限，其权限应局限于军事人员和以军事人员对待者。

建 议 2

被指控严重侵犯人权的人的审讯

75. 在所有情况下，军事法庭对于严重侵犯人权，例如法外处决、强迫失踪、酷刑等的人的审讯的权限应当取消，而代之以普通法庭的权限。

建 议 3

军事秘密的限制

76. 规定援引军事信息秘密的规则不应为了妨碍司法程序而脱离其最初的目的。在独立监督机构监督之下，当需要保护外国情报机构感兴趣的信息时，当然可以援引军事保密规定。然而，当涉及剥夺自由的措施时则应避免，在任何情况下均不应保密，无论这是否涉及被单独隔离的人的身份或地点。

建 议 4

人身保护保障

77. 申请人身保护权利或要求保护的补救办法应视为一项个人权利，在任何情况下，对其保障均属于普通法院的独有权限。无论在平时时期或战争时期，在有这种申请时就不应当援引军事保密规定。同样，法官必须能够进入被拘留者的关押处所，而且不应以涉及军事设施为理由而援引军事保密规定。

建 议 5

选择独立和不偏倚法庭的权利

78. 在军事法庭存在的情况下，其组织和运作应充分确保人人有权选择独立和不偏倚的法庭，以及特别是法官对于军事权利机构的法定独立性的保障。民事法官出现在军事法庭只会加强这些法庭的公正性。

建 议 6

审讯的公开性

79. 象普通法事项一样，公开审讯必须是标准做法，而不公开审讯则需在非常例外的基础上并且有具体、理由充足而且其合法性需经审查的决定授权才能进行。

建 议 7

加强受保护的权利，特别是通过取消军事律师职位

80. 由军事律师提供法律援助，特别是当他们是由官方指定时，不符合受保护的权利的遵守。从所谓“外表”理论的简单角度，军事律师的出庭损害了这些法庭的可信度。军事律师职位应当取消，被告应保证有权自由选择自己的律师。

建 议 8

受害人了解程序的权利

81. 在许多国家，当军事法庭有权能时，受害人被排除在调查之外。这种明显的法律面前不平等应当取消，或在取消之前严格限制。受害人的出现应当是强迫性的，或应受害人请求应由受害人代表到场，至少在宣读判决时应当如此，而在此之前应有权接触所有记录在案的证据。

建 议 9

普通法庭的申诉程序

82. 在军事法庭存在的所有情况下，其权限应被限制在初级管辖。因此，申诉程序，特别是上诉，则应进入民事法庭。在所有情况下，涉及合法性的争论应由最高民事法庭解决。这种申诉程序也应向受害人提供，这意味着受害人被允许参加诉讼程序，特别是在审讯阶段。

建 议 10

正当服从原则的限制性解释

83. 在法庭或法院，特别是军事法庭经常援引的正当服从原则应在所有情况下经最高民事法庭审查，并应受到下列限制：

- (a) 一方面，被指控负责某一违法行为的人根据上级命令行动这一事实不应减免其刑事责任。最多这种情况可以被视为减刑理由而不是“减轻处罚情节”理由；
- (b) 另一方面，下属犯下的罪行不应免去其权利机构上司的刑事责任，即其上司知道或有理由知道这些下属犯下或将要犯下此类罪行，以及如果他们沒有在其权利之内采取措施防止此类罪行或限制犯罪者。

建 议 11

出于良心拒服兵役

84. 当“拒服兵役者”为平民时，拒服兵役者地位应在独立和不偏倚民事法庭监督下确定。当出于良心拒服兵役者地位的申請是在服兵役期间提出的，不应将其作为不服从命令或逃兵行为加以惩罚，而应根据同一程序加以考虑。

建 议 12

取消军事法庭审讯儿童和 18 岁以下未成年人的权限

85. 未成年人属于易受损害人群一类，在对其起诉和审讯时应严格尊重《儿童权利公约》和《联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则)》中规定的保障措施。因此他们不应受军事法庭权限管辖。

建 议 13

取消死刑，特别是青少年的死刑

86. 由于这一刑法的性质，这种情况下的司法错误是无法挽回的，所以赞成逐步取消死刑的趋势，包括在国际犯罪案件中取消死刑，应扩展至军事法庭，因为军事法庭比普通法庭提供的保障措施更少。特别是，应在所有情况下取消对易受损害人群的死刑，尤其是对未成年人的死刑。

注

¹ 军法和战争法国际学会互联网网址: www.soc-mil-law.org。

² E/CN.4/1998/39/Add.1, 第 78 段。

³ E/CN.4/1999/63, 第 80 段。

⁴ 《星期日时报》, 2003 年 6 月 22 日。

⁵ Dick Marty 先生的报告, 题目是“在欧洲委员会成员国出于良心拒服兵役权利的实施”, 欧洲委员会议会大会, 第 8809 号文件, 2000 年 7 月 13 日。

⁶ 见 Kevin McNamara 的报告, “对美国在阿富汗和关塔那摩湾拘留的人的权利”, 欧洲委员会议会大会, 第 9817 号文件, 2003 年 5 月 26 日。

⁷ 这一比较分析主要基于以前谈到的欧洲委员会的研究报告 [DH-PR (2002)009 rev.], 因此应当扩大以包括其他各洲。

⁸ DH-PR(2002)009 rev., 第 35 页。

⁹ Le Figaro, 2003 年 6 月 14 日至 15 日。

-- -- -- -- --