



人权理事会
第十四届会议
议程项目 5
人权机构和机制

人权理事会咨询委员会关于失踪人员问题的最佳做法的研究进展情况报告*

* 附件只以提交时所用语文分发。

目录

	段次	页次
一. 导言.....	1-9	3
二. 遵守和执行国际法.....	10-17	4
三. 防止人员失踪的措施.....	18-22	6
四. 失踪人员和恢复家庭联系.....	23-29	7
五. 为查清失踪人员的命运建立的机制.....	30-40	8
六. 知情权.....	41-51	9
七. 与失踪人员有关的刑事调查和对侵犯人权行为的诉讼.....	52-56	11
八. 失踪人员的法律地位和对下落不明人员家属的支援.....	57-65	12
九. 如何对待死者和遗骸的辨认.....	66-81	13
十. 情报管理和对个人资料的法律保护.....	82-89	15
十一. 合作.....	90-97	15
十二. 结论.....	98-114	16
附件		
参考文件.....		18

一. 导言

1. 人权理事会 2008 年 3 月 28 日通过的题为“失踪人员”的第 7/28 号决议决定在第九届会议上举行一次有关失踪人员问题的小组讨论会，并请联合国人权事务高级专员办事处编写小组讨论纪要，以便随后在同一届会议上委托人权理事会咨询委员会编写关于这方面最佳做法的研究报告。
2. 根据上面提到的决议，人权理事会在其第九届会议上就失踪人员问题举行了一次小组讨论会，红十字国际委员会(红十字会)的专家、一些国家政府和非政府组织、国家人权机构和国际组织的代表参加了讨论。人权事务高级专员办事处编写了小组讨论纪要。¹
3. 随后，人权理事会通过了第 9/101 号决定，其中，它再次请咨询委员会编写研究报告并将其提交理事会第十二届会议。
4. 咨询委员会在其于 2009 年 1 月 26 日至 30 日举行的第二届会议上成立了一个起草小组，其任务是编写关于处理武装冲突情况下人员失踪问题的最佳做法的研究报告；委员会指定了其下列成员为起草小组成员：安萨·伯尼、钟金星、沃尔夫冈·斯特凡·海因茨、拉蒂夫·侯赛诺夫、米格尔·阿方索·马丁内斯、伯纳兹·安德鲁·尼阿姆瓦亚·穆德霍。起草小组还被要求将其研究结果提交咨询委员会第三届会议，以便提交理事会第十二届会议审议。
5. 咨询委员会在其于 2009 年 8 月 3 日至 7 日举行的第三届会议上继续讨论了失踪人员问题。作为讨论结果，咨询委员会通过了题为“失踪人员”的第 3/2 号建议，其中，它表示注意到，起草小组在寻找必要资料和研究资源方面遇到很多困难，请起草小组将研究结果提交咨询委员会第四届会议，以便提交理事会第十四届会议审议。
6. 人权理事会在其 2009 年 10 月 1 日第 12/117 号决定中表示注意到第 3/2 号建议，请咨询委员会将研究报告提交理事会第十四届会议。
7. 为继续进行关于上述研究报告的工作，咨询委员会起草小组拟订了一个给各国政府的调查问卷，由秘书处于 2009 年 11 月 2 日转发。到提交本报告时，秘书处共收到 21 国政府对问卷的答复。
8. 咨询委员会在其于 2010 年 1 月 25 日至 29 日举行的第四届会议上继续讨论了失踪人员问题，并通过了起草小组编写的有关失踪人员问题的最佳做法研究进展情况报告。
9. 进展情况报告的主要重点是武装冲突各国和各方有关失踪人员问题的国际法义务。在最后报告中，起草小组必须对各国的答复进行彻底分析，并在这一分析

¹ A/HRC/10/10。

的基础上明确有关失踪人员问题的最佳做法。咨询委员会对联合国人权事务高级专员办事处和其他伙伴在收集资料过程中提供的帮助表示感谢。

二. 遵守和执行国际法

10. 为本研究之目的，“失踪人员”即由于国际或非国际武装冲突，家属没有其消息、根据可靠信息来源报告，下落不明的那些人。与《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》所定义的“被强迫或非自愿失踪”相比，这一用语有所不同，且范围更广。²

11. 防止和解决与武装冲突有关的失踪人员处境问题的国际义务是基于国际人道主义法和国际人权法。国际人道主义法是特别为武装冲突而制定的，而人权条约则在任何时候和任何情况下都适用于一个缔约国管辖范围内的任何人。严格奉行和尊重生命权、免遭酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的权利、享有自由和安全的权利、受到公平审判的权利以及尊重私人和家庭生活的权利等基本权利，可在很大程度上防止人员失踪，包括因为武装冲突而发生的失踪。在武装冲突中，如果按照国际人道主义法准则对待受保护人员，包括在交流家属信息方面，如果允许人道主义组织接触特别弱势的个人，就不会有那么多失踪人员，也不会有那么多家庭没有其亲人的消息，不知道其命运和下落。在这方面，应当特别提到 1949 年《日内瓦四公约》缔约国遵守和确保遵守国际人道主义法准则的义务。

12. 有关失踪人员的国际准则既适用于国际武装冲突，也适用于非国际武装冲突。³ 各国必须采取一切必要措施减少人员失踪的可能性。如下面所详细叙述，这类措施可以是比较实用的，也可以是一般的或具体的措施。另外，各国必须确

² “为本公约之目的，‘强迫失踪’系指由国家代理人，或得到国家授权、支持或默许的个人或组织，实施逮捕、羁押、绑架，或以任何其他形式剥夺自由的行为，并拒绝承认剥夺自由之实情，隐瞒失踪者的命运或下落，致使失踪者不能得到法律的保护”，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条。

³ 红十字会规定，在国际武装冲突情况下：

- 家庭有了解其失踪亲属的命运的权利(第一议定书，第三十二条)；
- 冲突各方必须搜寻对方报告失踪的人(第一议定书，第三十三条)，为由于冲突而失散的家庭成员进行的调查提供便利，以帮助他们恢复相互联系并争取使他们团聚。冲突各方还必须对从事这种工作的组织给予鼓励(第四号日内瓦公约，第二十六条)；
- 必须交换清单，其中要说明坟墓的准确地点和标记，以及有关死者的具体情况(第一议定书，第三十四条)；
- 同样的基于条约的准则和习惯准则也适用于非国际武装冲突的情况。另见 http://www.help.cicr.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section_ihl_missing_persons ? OpenDocument。

保其法律符合其防止人员下落不明、说明因武装冲突而失踪人员情况的国际义务。各国应当在平时采取落实国际人道主义法的措施，以便确保国际人道主义法在发生冲突情况下立即适用。

13. 与失踪人员问题有关的义务对武装冲突的各国和各方都是不容推辞的。武装冲突的每一方都必须采取一切可行措施，以查明因武装冲突而失踪人员的情况，并向其家属提供所掌握的关于其命运的任何信息。必须强调的是，即便是在武装冲突已经结束的情况下，冲突的各国和各方也仍然要受某些国际人道主义法义务的约束。例如，显然，在为查明失踪人员的情况采取了一切可行措施之前，应当不断进行搜寻，没有时间限制。在实际中，这就是说，往往是在冲突后采取措施，因为只有在那时冲突各方才有可能履行其义务。

14. 国际人道主义准则，如果不为人知，就不能得到遵守。因此，武装冲突各国和各方有责任宣传国际人道主义法。冲突的每一方都必须确保在其指挥下的部队了解根据国际人道主义法他们应当承担的义务以及他们对违反有关规定的任何行为的责任。另外，对武装部队成员和平民都应当进行必要的国际人权法教育。

15. 国际人道主义法必须适当纳入国内法规。制定国内法规对处理好下列问题十分重要：失踪人员、防止失踪、确定失踪人员的命运、确保信息的适当管理和对失踪人员家属的支援。可能最好是将与失踪人员问题有关的规定合并为一项单独的法律。⁴ 在这方面应当提一下的是，波斯尼亚和黑塞哥维那通过了一项关于失踪人员的具体法律。⁵ 有关惩罚严重违反国际人道主义法行为、战俘待遇和保护平民的国家法规也很重要。

16. 而且，对不论是武装部队成员、政府官员还是平民犯下的一切违反国际人道主义法的行为，国内法规中都应当规定出必要的惩治措施。

17. 红十字国际委员会编写了一项关于失踪人员的示范法律草案⁶，其中含有各国在起草有关法规时可借鉴的主要内容。该示范法律提供了一个法律框架，目的是帮助各国当局使其法规符合国际法的要求。

⁴ 议会联盟在其第 115 次大会上通过一项关于失踪人员的决议中表示认为，国家政策应当要求通过和颁布关于失踪人员问题的国家法律，同时辅以必要的管理和行政措施。此决议可见于 <http://www.ipu.org/conf-e/115/115-3.htm>。

⁵ 见 2004 年 11 月 9 日第 50 号《波斯尼亚和黑塞哥维那官方公报》。

⁶ 关于该项示范法律所涉及的领域，详见 A/HRC/10/28, 第 20 段。关于该示范法律，见红十字国际人道主义法咨询处：“关于失踪问题的指导原则/示范法律”，可查看 [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/model-law-missing-300908/\\$File/Model%20law.missing-0209_eng%20.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/model-law-missing-300908/$File/Model%20law.missing-0209_eng%20.pdf)。

三. 防止人员失踪的措施

18. 不论是根据国际人道主义法还是国际人权法，各国都必须采取措施防止人员失踪。联大在其 2007 年 2 月 14 日第 61/155 号决议中吁请武装冲突当事国采取一切适当措施，防止人员因武装冲突而失踪，并查明因此种情况据报失踪人员的下落。这些措施，特别是法律和体制性措施，最好是在和平时通过。

19. 国家当局应当为武装部队、安全部队和武装集团制定严格的指挥条例，以确保有效监督。

20. 适当验明武装部队或武装集团成员的身份是防止人员在武装冲突中失踪的关键手段。查看人事档案、身份证和身份牌是唯一保险的验证办法。应当采取措施，确保这些验证手段的强制性和适当使用，因为这些手段，特别是查看身份牌，有助于确定落入对方之手的人员的处境以及受重伤或死亡者的身份。验明身份的问题也涉及处于危险中的其他人群，如孤立人群、冲突地区的平民、流离失所者、老年人和儿童。⁷ 另外，建议适当登记武装部队或武装集团成员和处于危险中人员，特别是无人陪伴儿童、老人或残疾人的个人资料，这会有助于后来查明死者遗骸的身份。

21. 国家当局应当实行死亡登记并发放适当的死亡证书。另外，还应当按照 1949 年《日内瓦四公约》的规定成立情报局⁸ 和坟墓登记处⁹。更具体而言，国家情报局的一个任务应当是：搜集和提交关于已落入敌人之手、但受国际人道主义法保护的个人(主要是战俘和被拘禁平民)的资料。对这些人进行登记完全符合国际人道主义法的目标，其中之一就是保护不参加或不再参加敌对行动的人员。按照 1949 年《日内瓦四公约》成立情报局，武装冲突的一方就有了获得有关在战场或敌占区失踪人员情况的手段，从而可减轻家属和亲人的精神痛苦。

22. 在逮捕、拘留、关押和囚禁等事项方面，应采取符合国际公认规范的行政条例和规则。应当确保所有不参加或不再参加敌对行动的人员，特别是被剥夺自由的人员的安全和身体健康。应确保在武装部队或集团成员和其家属之间至少每月传递一次消息和邮件。为使这一规定切实发挥作用，应在武装冲突开始之前为

⁷ 秘书长 2008 年 8 月 18 日关于失踪人员问题的报告(A/63/299)适宜地强调了查明儿童身份的重要性。其中特别提到，“就预防而言，确定未成年人身份的手段非常重要，因为他们在冲突时期特别容易受到伤害，尤其是强迫招募。在这方面，国家当局应当采取有效措施，向未成年人提供辨明身份的手段，以防止他们失踪”(第 16 段)。

⁸ 见第一号《日内瓦公约》第十六、十七条，第 4 段；第二号《日内瓦公约》第十九条第 2 段和第二十条；第三号《日内瓦公约》第一百二十至一百二十三条；第四号《日内瓦公约》第一百三、一百三十六至一百三十八条；第一《附加议定书》，第三十三条，第 3 段；1907 年《海牙条例》第十四条。

⁹ 见第一号《日内瓦公约》第十七条，第 3 段；第三号《日内瓦公约》第一百二十条，第 6 段；第四号《日内瓦公约》第一百三、条，第 3 段。

军队、警察和其他有关国家机构的各级明确规定责任，建立明确的信息传递和报告制度。

四. 失踪人员和恢复家庭联系

23. 每个家庭都有权与自己的成员联系，了解其亲人的命运。尊重交换家庭消息的权利对防止个人变得下落不明十分重要。

24. 最有可能与亲人失去联系的人口群体是武装部队和武装集团成员、冲突地区的孤立平民、流离失所者和难民、被剥夺自由者以及儿童、老人和残疾人等弱势群体。在武装冲突期间，在通常的联系手段遭到破坏的情况下，国际红十字会与国家红十字会和红新月会一起，通过世界红十字和红新月家庭联系网，帮助保持和恢复家庭成员之间的联系。

25. 这个联系网根据与各国当局签订的协议利用一切可利用的手段协助分散在世界各地的家庭成员交换个人消息：红十字会收集和传播信息，向有其亲人电话号码的人提供卫星/移动电话，利用互联网通过国际红十字会家庭联系网站追踪亲人。在征得有关人员同意的情况下，提供亲人消息或搜寻亲人消息的人的名单被公布在硬件(报纸或号外)和国际红十字会网站上，并通过电台或电视广播公布。

26. 为便利搜寻，国际武装冲突各方应将有关对方所报告失踪人员的所有信息连同有关其自己失踪人员的请求转交对方。这类信息必须直接交给红十字国际委员会根据 1949 年《日内瓦四公约》设立的中央追查机构。

27. 在武装冲突期间，国际红十字会及国家红十字会和红新月会收集有关下落不明者的追查请求和所有可得到的信息以及他们与家庭失去联系的情况、直接证人、当局和任何其他可靠信息来源的情况。这些信息对追查一个人和确定其命运非常重要。这类信息都是按照适用于保护人事资料的法律规定集中储存和管理的。

28. 红十字会利用这些信息努力在羁押场所、医院、国内流离失所者和难民营、太平间、偏远村庄等地方找到失踪人员。追查活动还包括向当局提供下落不明者名单以及有关他们失踪情况的资料，同时要求提供坟墓地点，并请当局允许发掘和辨认遗骸。追查过程还包括保持与当局或武装集团的经常对话并向其做保密陈述，以查清失踪者的命运。

29. 还有另外一些人道主义组织参与和恢复家庭联系有关的活动。联合国难民事务高级专员办事处和国际移民组织是红十字会和红新月会的经常伙伴。联合国儿童基金会等其他机构和拯救儿童基金会等非政府组织在一些具体情况下与红十字会和红新月会合作，如援助无人陪伴的儿童。

五. 为查清失踪人员的命运建立的机制

30. 高效处理失踪人员问题需要在各级建立适当机制。可能有必要建立能确保有关各方之间的协调和共享信息的机制。这类机制通常是在冲突结束之后建立，有关内容可能被列入停火协议和和平协定等旨在解决问题的文件。

31. 这类机制建立之后，应当特别注意其任务要集中在实现人道主义目标上，即：追查因武装冲突而下落不明的人并将所获得信息通知家属。它们应当具备有效执行其任务所必要的充分能力和权力。例如，章程文件应当确保这类机制有权进入坟场和见到遗骸以进行发掘和辨认。应当起草其中规定了代表的必要资质和人数的适当议事规则、法定人数规则和表决程序。应当充分注意创造有利于共享信息的环境，包括可以保密方式工作。

32. 各国需要在国家一级安排高效处理失踪人员问题。红十字会关于失踪问题的示范法律提倡的一个办法是，成立一个独立而公正的负责追查失踪人员和辨认遗骸的国家机构。当然，必须确保这种机构不与已有的其他机构重叠，如上面提到的国家情报局。在这种情况下，应当探索延长后者任期的可能性。

33. 一个独立而公正的国家机构可在查明失踪人员的命运方面发挥关键作用。各国应当确保成立这种机构(如失踪人员问题委员会)并使其具备适当的结构，如工作组或其他适当机制，能经常发挥作用。失踪人员问题委员会应当有依法规定的明确人道主义任务以及必要的资源和权力，集中力量追查因武装冲突而下落不明的人员。除其他外，它特别应当：(a) 接受追查请求，并按照关于保护个人资料的国家法规和标准，在所提交追查请求的基础上，搜集和核查情报，并向申请人和国家当局提供关于失踪问题的现有资料和事实以及关于人员下落和命运的情报；(b) 负责掌管资料的登记，并为此目的做必要的规定；(c) 采取必要措施确保被剥夺自由者有权将其状况、下落和被拘押/监禁的情况通知其亲属；(d) 采取措施确保失踪人员的亲属享有各项权利；(e) 执行履行其义务所要求的任何其他任务。上述机构应当为失踪者的亲属和证人提供一些办法，如热线电话和网页，以便登记失踪人员和追查可能的埋葬场地。

34. 必须记住，建立负责处理失踪问题的机构所用时间越长，找到失踪者并将其归还给家属的可能性越小。

35. 失踪人员问题委员会应当与司法机关和其他政府和非政府实体密切合作，同时利用强有力的协调机制。另外，它还应当与一个法医人类学者工作组密切合作，发掘和辨认失踪者的遗骸。

36. 实际情况表明，这类委员会的工作重点主要是冲突己方的失踪人员。但十分重要的是，它们应当负责处理双方的失踪问题，不以任何其他方面所取得结果为出力的条件。它们的任务应当明确规定，只要它们掌握有关情报或有关领土在其控制之下，它们就对查清其他方面失踪人员的命运也负有责任。另外，这类委员会还需要与它们的对应机构合作。在武装冲突各方委员会之间没有合作的情况

下，各方应当考虑成立一个负责处理失踪问题的国际委员会，国际委员会的成员须以个人身份工作，并由冲突各方从有关地区选定(如在塞浦路斯和尼泊尔)。

37. 委员会必须尽可能非政治化，以透明方式工作，其成员除政府机构人员之外，还应当包括民间社会和失踪人员家属代表。它们应当将失踪人员问题作为人道主义问题而不是政治问题处理。

38. 在处理失踪人员问题时，除失踪人员问题委员会以外，还可探索采用其他工具和机制的可能性；例如，人权委员会和调查专员署等机构。这两种机构都有较广泛的处理侵犯人权问题的任务，因此，需要将失踪问题列入其管辖范围。

39. 包括地方司法机关、议会委员会和真相调查机构在内的所有司法和法治机关对在透明、负责和公众参与的基础上解决失踪人员问题都至关重要。例如，司法程序可使受害者家属能参与各阶段的工作，行使他们的知情权。而且，在法庭对大规模屠杀进行调查以及开始进行大规模发掘和法医活动时，应当确保这些工作的进行符合家属得到答案并使对罪行负有责任者受到惩罚这一最大利益。发掘可揭示这类屠杀受害者的情况并使家属了解其亲人的命运。发掘还可使亲属有机会按照他们的文化和宗教观念纪念死者。

40. 真相与和解活动对查明事件和帮助社群取得进展也会起到一定作用。这种活动无疑会有助于家属得到关于其亲人命运的答案。人权理事会在其 2009 年 10 月 1 日题为“人权与过渡时期司法”的第 12/11 号决议中强调说，“调查真相的进程，例如真相与和解委员会，调查以往侵犯人权的行为及其原因和后果，是司法进程的重要补充。建立这种机制，必须考虑到特定的社会背景，必须建立在广泛的民族协商基础之上，包括与受害人和公民社会，以及非政府组织在内的协商”。

六. 知情权

41. 知情权是应当给予失踪人员及其家属的保护的重要内容。

42. 家属了解因武装冲突而失踪亲人的命运，包括其下落的权利，以及如果死亡，了解其死亡的情况和原因及围绕失踪情况进行调查的相关的义务，在国际人权法和国际人道主义法中都有规定。

43. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第二十四条第二款规定：“每一受害者都有权了解强迫失踪案情的真相，调查的进展和结果，以及失踪者的下落。各国应在这方面采取适当措施”。根据该条第一款，“受害者”意为“失踪的人和任何因强迫失踪而受到直接伤害的个人”。

44. 如前面所提到，1949 年《日内瓦四公约》第一议定书第三十二条也规定了亲人了解其家属命运的权利。该《议定书》第三十三条规定：“一旦情况许可，……冲突各方应即搜寻经敌方报告为失踪的人”。这一规定被认为同样适用于非国际武装冲突。

45. 知情权还包括获得失踪亲人埋葬地点的情报(在为人所知的情况下)。冲突各方必须努力为按照死者所属方面或死者(遗物必须交还的)近亲的要求将其遗骸归还提供便利。

46. 规定了有关失踪人员的义务的除国际文书以外, 还有区域监督机构在过去二十年中积累的大量有关的案例法。因此, 人们普遍承认, 一个人的失踪不仅给失踪者本人而且给家属带来极大痛苦, 这种痛苦可构成不人道待遇。美洲人权法院案例法提供的两个实例是 *Velásquez Rodríguez* 案(1988 年)和 *Blake* 案(1998 年)。非洲人权和人民权利委员会在大赦国际等诉苏丹一案中采取了类似办法(1999 年)。还应当提一下欧洲人权法院的案例法: 斯特拉斯堡法院在其一系列裁决中都强调了国家采取适当措施追查失踪人员和满足家属知情权的义务(例如, 见 *Aziyev* 和 *Aziyeva* 诉俄罗斯(2008 年))。

47. 人权理事会曾在不同场合讨论了解真相的权利, 虽然是在一个广阔的范围内。理事会在其 2009 年 10 月 12 日第 12/12 号决议中表示认识到尊重和确保了解真相权利的重要性, 认为它有助于结束有罪不罚现象以及增进和保护人权。理事会注意到, 了解真相的权利在一些法律制度中可能叫法不同, 如知情权或被告知权或信息自由。

48. 在国内法规中必须明确承认知情权。武装冲突各国和各方都有义务采取必要措施查清失踪人员的命运并将有关情况通知家属。必须让家属经常了解失踪亲人命运和下落调查的进展和结果。应为对本义务的任何违反采取补救措施, 包括适当赔偿。对蓄意和故意剥夺了解亲人命运权利的行为, 应当依据国内法律将其作为一种刑事犯罪予以惩罚。另外, 任何现有情报不仅要向家属, 而且要向有关机构提供, 以追查失踪人员的下落。

49. 在武装冲突中, 必须允许受保护人员将其被俘/被捕、住址和健康状况通知其家属(或他们所选择的任何其他人)或要求主管当局这样做。国内法对蓄意和故意剥夺这一权利的行为应视为犯罪。另外, 还必须确保受保护人员有与其家属联系的权利。

50. 从事人权和人道主义法工作的国家和国际机构, 包括红十字会, 应被授予不受阻碍地进入人们被剥夺自由的任何场所的权力。

51. 对与亲人保持私人或个人联系或寻求被拘押或监禁之亲人的命运或下落的信息的行为, 不应给予任何惩罚。不论有关人员涉嫌何种行为, 包括刑事犯罪和危害国家安全, 均必须坚持准予行使这一权利。¹⁰

¹⁰ 见“关于失踪问题的指导原则/示范法律”。

七. 与失踪人员有关的刑事调查和对侵犯人权行为的诉讼

52. 从上文可知，高效处理失踪人员问题需要有关各方的完全承诺和必要的资源。遗憾的是，在实际中会遇到一系列障碍，因而使整个过程具有很大挑战性。有关失踪人员的情报在政治谈判中可被当作、且已被当作施压的筹码，而不是作为冲突各方的自然人道主义义务得到理解和接受。¹¹ 在冲突各方的国际政治辩论中，失踪人员的案件和统计资料常被用来争辩谁是暴力冲突的元凶。因此，这常被用来支持不妥协的立场，如：冲突一方坚持不开始调查案件直至另一方承认有罪和有责任。而且，对使冲突持久化起主要作用的领导人往往仍然是随后和平进程中的突出人物，这种情况不利于失踪人员问题的解决。

53. 另一个挑战是，失踪人员问题也可能是潜伏的任意拘留、强迫失踪或法外处决问题。因此，在注重武装冲突中失踪人员问题的人道主义方面的同时，也有必要注意三个领域人权机制的工作，即：任意拘留问题工作组、强迫和非自愿失踪问题工作组和法外处决问题特别报告员的工作，以及关于有罪不罚问题的工作(包括人权理事会关于所有有关问题的决议)。

54. 在人权理事会于 2009 年 1 月 7 日进行的关于失踪人员问题的第一次小组讨论中，人权事务副高级专员康女士强调了与有罪不罚现象作斗争和推行适当的国内法律的重要性。她强调，重要的是，要在国内法律中将违反国际人道主义和人权标准的行为定为犯罪。另外，她还提到为保证了解真相的权利应采取的措施，如切实追查、对案件进行调查、研发适当的法医知识、严肃对待人体遗骸、尊重和适当管理资料。¹²

55. 鉴于上述情况，需要在制定有关失踪人员的情报收集手段和普遍承认起诉战争罪行的重要性之间找到一种微妙的平衡。La Rosa 和 Crettol 在“失去和过渡时期的正义”一文中表示认为，“这种机制必须……对那些掌握着有关失踪者命运的情报的人产生一种激励，因而敢于说话，而不是保持沉默，成为与有罪不罚现象作斗争的障碍”。¹³

56. 因此，政治和法律方面的挑战就是如何加强冲突各方的政治诚意，促使他们合作，共享有关失踪人员的情报，同时不忽视这种合作的人权方面。显然，在这方面，国际组织和其他有关各方必须扮演一种先行角色。

¹¹ Christophe Girod 和 Angelo Gnaedinger: “政治、军事行动和人道主义行动：困难的联合”，见 www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/p0709。

¹² 见联合国人权理事会文件 A/HRC/10/10：有关失踪人员问题的小组讨论纪要。

¹³ 红十字会，2006 年，第 88 卷，第 862 号，第 355-362 页，第 360 页。

八. 失踪人员的法律地位和对下落不明人员家属的支援

57. 失踪人员的问题不仅影响到受害者自己，也影响到他们的家属，特别是靠其生活的妇女、老人和儿童，他们在这种情况下更加脆弱。国家必须采取措施对下落不明人员的家属所面临的物质、资金、心理和法律需要做出反应。在这种情况下，应当建立需要评估和援助请求处理机制，有关人员应当能随时得到这种机制的帮助。

58. 首先，应当在国内法中确定据报因武装冲突失踪人员及其亲属的法律地位。具体而言，法律应当设定可宣布人员不在或失踪的情况并规定出宣布程序。另外，法律还应当明确规定出宣布不在和宣布死亡的法律后果，包括财产管理、监护和亲权方面的后果。

59. 主要原则是，失踪人员的权利和利益，包括其婚姻状况、财产和资产，在其命运被确定或其死亡被承认之前，均必须一直受到保护。应当通过指定一名适当的代表充分保护失踪人员的权益。

60. 在确定失踪人员的命运之前，应当假定其还活着。失踪人员的首要权利是搜寻和复原。在没有充足证据的情况下，不应宣布一个人死亡。可通过发现一个人的遗骸确定其死亡，或在有其他证据、事件或某些限定情况，或在一定时间过去之后的情况下推定其死亡。颁发死亡证明对失踪人员的效力应当和对任何其他人的效力完全相同。

61. 关于对下落不明人员家属的援助，非常重要的是要确保这类人员的受养人有权得到与为其他受害者所提供同样的社会和经济福利。在确保亲属的权益方面，国家应当特别考虑到不同性别不同需要。国内法律中应适当处理失踪人员子女的监护、继承权、再婚权、受抚养权以及得到政府援助的权利等问题。在这方面，应当提一下的是，欧洲理事会人权和法律事务总署制订的“关于失踪人员和推定死亡的原则的建议草案”。¹⁴ 根据该建议草案，在失踪人员的利益和拥有合法权益者的利益之间必须有一个公正的平衡，特别是在下列方面：财产权和继承权、受抚养和人寿保险权、建立新结合(结婚、登记伙伴或类似的结合)的权利、法律联系和亲权。

62. 如果需要，应当向所有被抚养者提供经济援助。应当把儿童的权益放在首要地位。儿童应当得到特别支援和保护。特别是应采取措施，帮助无人陪伴儿童与家庭团聚。还应当特别注意单身家长的需要，同时考虑到妇女在这种情况下的特殊需要。国家应当确保下落不明人员的家属受益于支援方案，以便使他们能适应自己的境况，应对事态的变化。也应当向那些需要的人提供社区和心理支援，包括必要时提供治疗。

¹⁴ 最后文件 CDCJ (2009)35。

63. 应当确保失踪人员的亲属有得到补偿的权利。
64. 国家应当支持有利于失踪人员家属的民间社会主动行动和与解决失踪问题有关的行动。另外，国家还应当为失踪人员家属之间的联系，包括跨界联系，提供便利。
65. 在帮助失踪人员家属组织起来方面，国际社会和国家当局可发挥更具有前瞻性的作用，包括提供资金、房舍和通信设备等。重要的是不使这种支援政治化，允许失踪人员家属独立管理自己的组织。

九. 如何对待死者和遗骸的辨认

66. 国家法律中应当有关于死者和遗骸情况的规定。
67. 主要原则是，应当没有区别地寻找、收集和辨认死者。应当确保对遗骸和尸体的发掘、收集、运输、临时储存或埋葬及遣返。应当严肃和尊重地对待死者。辨明身份后，应将死者埋葬在经认定和登记的墓地，而且，其坟墓应当是单独和有标志的。失踪人员的亲属有权要求将埋葬或发掘失踪者遗体的场地做上标记。应向参与收集和管理死者的武装部队成员和有关服务人员提供关于辨认手段和死者处理的培训和资料。
68. 一个重要步骤是认定、测量和保护埋葬场地。由于时间的过去，有知识者的离开和一些知情者的去世，解决失踪者这方面的问题会变得越来越重要。需从不同来源收集信息，包括高级官员、战斗员和平民，他们都有可能掌握有关埋葬场地的信息。应做出更多努力，鼓励人们站出来提供有关失踪者的信息，例如，利用激励手段或匿名保证。
69. 国际人道主义法律禁止掠夺和残害死者。必须将一切残害和掠夺行为定为犯罪。必须记住，蓄意的残害也可能是隐藏单独犯罪行为的一个要素，而这种行为可能就是导致死亡的行为。另外，残害或掠夺死者还可能构成损害人尊严的暴行，特别是污辱或有辱人格的待遇等战争罪，如《国际刑事法院规约》第八条第(二)款第2项第21点和第3项第2点为两种武装冲突所规定。
70. 对不尊重墓地和亵渎坟墓的行为也应当规定刑事制裁。
71. 每当确定一个死亡案件时，主管国家当局都必须采取一切必要措施以找到遗骸。在可能的情况下，应将遗骸归还家属。对失踪人员的家属而言，找回遗体予以埋葬是实现正义和进行悼念的第一步。在不可能找回遗体的情况下，应当保证能举行一种适当埋葬仪式。而且，应当采取一切必要措施以确保适当处理死者的遗物。
72. 适当处理有关死者的所有事务和向家属提供信息的主要责任属于当局和武装集团。

73. 这样看来，揭示任何失踪人员命运的过程往往开始于其遗骸的发掘和辨认。发掘遗骸是了解真相权利的一部分，有助于确定失踪者的下落。它也给受害者以尊严，因为按照各自的文化埋葬死者和为其举行悼念仪式是所有人类不可剥夺的权利。

74. 发掘有几个重要目的，包括：为进行身份鉴定实体检验和分析找到遗骸；将遗骸交给亲属以便进行葬礼安排和愈合感情创伤；记录伤害和其他证据以进行法律诉讼和揭露侵犯人权行为；寻找可有助于还原历史真相的线索和建立意识的启示；获得医治创伤和为社会未来吸取教训所必要的认识。遗骸的发掘，应当只有在获得适当授权和按照法律规定的条件下进行。

75. 当局应当确保遗骸的检验和辨认由合格的主管人员进行。必须指定有资格颁发和递交死亡证明的机关。

76. 红十字会认为，尸体发掘和检验程序应按下列原则进行：(a) 在任何时候都必须尊重死者的尊严、荣誉、名誉和隐私；(b) 应考虑到死者及其亲属的已知宗教信仰和意见；(c) 应当让家属随时了解有关尸体发掘和检验的决定以及任何这类检验的结果；(d) 尸体检验之后，应尽早将尸体交给家属；(e) 十分重要的是，每当进行发掘时都要为辨明身份收集一切有关信息。¹⁵

77. 在合理怀疑可能有坟场存在的条件下，应当与邻国签定跨界协议。发现埋葬场地不仅对追查失踪人员很重要，而且对确定犯罪事实及可能的随后起诉也很重要。

78. 在遗骸鉴定方面，有一种严重信赖 DNA 检验的趋势，但有一些与这种办法相联系的困难，包括所需费用、设施和专门知识以及检验的准确性，有时候，没有来自失踪人员的已知 DNA 或没有幸存者提供可用于比较的 DNA。鉴定不应当只依靠一种办法，而应当应考虑到一切现有信息。如果有医疗和牙科记录，那对鉴定失踪人员遗骸鉴定是有帮助的。

79. 任何法医工作均应遵照某些标准(法律、伦理和技术)，进行这种工作的主要目的应当是验明受害者的身份，将其遗骸送还家属。法医小组应当与失踪人员亲属建立直接联系。国内法律应当规定，可对武装冲突中下落不明人员进行独立法医调查。这种调查对查明违反人道主义法和人权法的行为十分重要。

80. 主管机关必须按照适当程序向适当当局和家属通报身份、地点和死因。特别是要将关于死者及其遗骸所地点和坟墓的资料集中起来转交冲突的另一方。

81. 当局必须确保对死者，包括墓葬，以及坟墓的细节情况和埋在其中的物品给予记录。这一任务可委托国家官方坟墓登记处完成，若非如此，它可要求建立和运行一个辅助系统，以详细记录死者及受保护人员的埋藏物情况。

¹⁵ “关于失踪问题的指导原则和示范法律”。

十. 情报管理和对个人资料的法律保护

82. 在冲突期间或冲突后，关于失踪人员命运的情报有时被冲突方否认，原因是：情报的披露不是作为继续冲突的手段或因为害怕起诉。

83. 搜集有关失踪人员资料的主要目的是确定其身份、所在地点和命运(包括生者和死者)，并将其下落和命运通知家属。

84. 一切有关人员活动的协调和情报的分享将有助于提高为确定失踪人员的命运所采取任何行动的效力。国家应当确保所搜集关于失踪人员情报的全面并得到公正与合法处理。情报的搜集和使用应得到与情报有关人员的同意。国家应当确保不论何时对包括医疗和基因资料的管理和处理都遵守有关保护个人资料的标准和原则。有关人员之间情报的交换不应威胁到受害者、搜集情报者和情报来源的安全。

85. 相对于资料处理的目的而言，资料应当充足、切题、不过多。资料处理的目的必须明确、合法，并且在搜集时就已确定。一旦达到搜集的目的或不再需要资料，即应将资料销毁。然而，如果与资料有关人员的利益需要或对进行搜集资料工作的组织执行人道主义任务很重要，也可将资料保存一段时间。

86. 要确定失踪人员的下落和/或获得有关他们的信息，就需要查阅所有可能的记录。警察局等地方政府单位的记录和可从公墓与陈尸所得到的情报同样重要。

87. 资料管理问题对搜寻失踪人员的发掘工作也很重要。口头报告可提供关于可能的坟墓或集体坟墓所在地的信息，而可能被指派(例如)挖掘坟墓或参与有关场地的来往运输的军队或其他政府人员的记录也可能提供或证实信息。

88. 国家当局应允许查阅战前的健康和牙科记录，以便于以更传统的方式进行遗骸身份鉴定。

89. 国家应对销毁或非法扣留失踪人员信息的行为给予适当制裁。

十一. 合作

90. 为有效解决失踪人员问题，各国应开展国际合作，在信息分享、援助受害者、确定失踪人员的下落和身份、发掘、鉴定和归还遗骸等方面互相提供援助。

91. 只有在交战各方或前交战各方相互合作的条件下，国际人道主义法律才能实际发挥作用。因此，冲突一方不可能单方面解决失踪人员问题：冲突各方有必要进行密切合作与协调。在解决失踪人员问题方面，武装冲突各方应避免在行动上采取对等原则。例如，分享信息或采取行动不应以对方的同样表现为条件。换言之，合作应是无条件的，人道主义法律不受任何对等原则的限制。

92. 武装冲突之后双边和多边连同国际组织的合作有助于失踪人员家属得到更有效的援助。各国应当将这一问题与国家间的问题分开，努力从人道主义角度出发解决问题，以避免失踪人员家属在政治问题解决之前受到更多伤害。
93. 依各自任务行事的各政府间组织和红十字国际委员会应随时准备帮助各国政府当局和武装集团履行它们的责任。
94. 各国际和区域组织应鼓励国家间的合作，也可自己发挥重要作用。
95. 参与解决失踪人员问题的各国际和区域组织应在其本身任务范围内进一步开展合作，同时确保协同和避免重复。
96. 紧迫需要的不仅是建立政府间的合作和伙伴关系，而且是与国家红十字会/红新月会、民间社会组织，特别是失踪人员家属协会建立这种关系。
97. 民间社会组织可在解决各种问题方面发挥重要作用，如向受影响家属提供精神康复服务。因此，应当向它们适当提供资金和技术援助。可成立由政府代表、失踪人员亲属代表和民间社会代表组成的工作组或委员会。

十二. 结论

98. 预防和解决与武装冲突有关的失踪人员问题的国际义务是基于国际人道主义法律和国际人权法律。
99. 对解决失踪人员问题、防止失踪、确定失踪人员的命运、保护其权利、确保适当管理信息和支援失踪人员家属等问题来说，制定国家法规都十分重要。在这方面，红十字国际委员会制订的关于失踪人员问题的示范法律草案非常重要。
100. 武装冲突各国和各方都有义务采取一切适当措施防止人员失踪。特别是，必须适当查明武装部队或武装集团成员及处于危险中的人口(如孤立的人群、冲突地区的平民、流离失所者、老人和儿童)。应按照 1949 年《日内瓦四公约》成立情报局和坟墓登记处。
101. 尊重交流家属消息的权利对防止人员失踪至关重要。在武装冲突中，在常用的通信手段被破坏时，红十字国际委员会与国家红十字会/红新月会一起，通过世界红十字会/红新月会家庭联系网，帮助家庭成员保持和恢复联系。为便利搜寻，国际武装冲突各方必须提交有关对方所报告失踪人员的一切相关情报以及己方有关自己失踪人员的请求。这些情报必须直接递交按照 1949 年《日内瓦四公约》设立的中央追查机构。
102. 武装冲突各国和各方应确保建立能经常工作的独立和公正国家机构，使之在查明失踪人员的命运方面发挥关键作用。这种机构(失踪人员问题委员会)应当负责处理冲突双方的人员失踪问题，其工作不以任何其他一方所取得结果为条件。它们应当与政府和非政府实体、家属协会和失踪人员家属密切合作。武装冲突各国和各方还应当随时进行必要的相互协调和信息交流工作。

103. 国际人权法律和国际人道主义法律都规定，家属有权知道因武装冲突失踪的亲人的命运，包括其下落，或在亲人死亡的情况下，了解其死亡的情况和原因。武装冲突各国和各方有义务采取必要措施，查清失踪人员的命运并将有关信息通知家属。家属必须能经常理解失踪亲人命运和下落的调查进展和结果。

104. 在重点关注武装冲突中失踪人员问题的人道主义方面的同时，也有必要铭记，人员失踪案件有时也涉及严重犯罪问题，包括战争罪。国家应确保对与人员失踪有关的侵犯人权行为进行切实调查和起诉。

105. 国内法律中应明确规定据报告因为武装冲突而失踪人员及其家属的法律地位。失踪人员的权益，包括其婚姻状况、财产和资产，在确定其命运或承认其死亡之前的任何时候都必须受到保护。

106. 国家有义务采取措施，对失踪人员的家属所面临的物质、资金、精神和法律需要作出反应。在确保亲属的权利方面，国家应注意不同性别不同需要。另外，也要确保失踪人员亲属得到补偿的权利。

107. 应没有任何区别地对死者进行搜寻、收回和身份鉴定。必须对死者进行识别并将其埋葬在可识别和经登记的场地，其坟墓要有单独标记。必须把残害和掠夺死者的任何行为识为犯罪。

108. 国家主管当局有义务采取一切必要措施找到死者遗骸。应尽可能将遗骸归还给家属。如果不可能归还遗骸，应确保进行适当埋葬。

109. 遗骸的发掘是了解真相权利的一部分，有助于确定失踪者的下落。只有在有授权和按照法律具体规定进行的情况下，才能进行发掘。应随时让家属了解有关发掘的决定和任何这种检验的结果。在进行死后检验之后，应将遗体尽早归还给家属。

110. 国内法律应规定，允许对武装冲突中人员失踪事件进行独立的法医调查。

111. 应当搜集有关失踪人员的信息并对其进行公正与合法的处理。国家应确保对包括医疗和基因资料在内的任何资料的处理符合与保护个人资料有关的标准和原则。

112. 包括地方司法机关、议会委员会和真相调查机构在内的所有司法和法治机构，对解决失踪人员问题都十分重要。

113. 为有效解决失踪人员问题，各国应开展国际合作，在信息分享、援助受害者、确定失踪人员的下落和身份、发掘、鉴定和归还遗骸等方面互相提供援助。在解决失踪人员问题方面，武装冲突各方应避免在行动上采取对等原则。

114. 参与解决失踪人员问题的各国际和区域组织应在其本身任务范围内进一步开展合作，同时确保协同和避免重复。不仅应建立政府间的合作和伙伴关系，而且应和国家红十字会/红新月会、民间社会组织，特别是失踪人员家属协会建立这种关系。

附件

参考文件

联合国

联合国大会。2007年：2007年2月14日第61/155号决议。UN doc. A/RES/61/155。 <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45fe64462.html>

联合国大会，2008年：秘书长8月18日报告：失踪人员，UN doc. A/63/299。 <http://www.unhcr.org/refworld/category,REFERENCE,UNGA,48e4c7de2,0.html>

联合国人权理事会，2009年：失踪人员问题小组讨论纪要 UN doc. A/HRC/10/10。 <http://daccess-ods.un.org/TMP/5223112.html>

人权理事会 2008年3月28日第7/28号决议

人权理事会 2008年9月24日第9/101号决定

人权理事会 2009年10月1日第12/117号决议

联合国人权理事会，2009年：秘书长2009年2月3日报告，UN Doc. A/HRC/10/28。 <http://www.unhcr.org/refworld/type,THEMREPORT,49a54bb52,0.html>。

联合国人权理事会，2009年：被迫或非自愿失踪问题工作组的报告 UN doc. A/HRC/10/9 <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>

各国议会联盟

美洲国家组织第115次大会2006年10月18日在日内瓦通过的决议，题为“失踪人员”。

美洲国家组织

2009年6月4日举行的第四届全体会议通过的决议，题为“失踪人员和对其家属的援助” AG/RES. 2513(XXXIX-O/09)

2008年6月3日举行的第四届会议通过的决议，题为“失踪人员和对其家属的援助”，AG/RES. 2416(XXXVIII-O/08)

2007年6月5日举行的第四届会议通过的决议，题为“失踪人员和对其家属的援助”，AG/RES. 2295(XXXVII-O/07)

红十字国际委员会

红十字会 2002年：红十字会国际评述；2002年关于失踪人员的特殊问题 on missing persons。 http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/section_review_2002_848?opendocument。

红十字会 2003年：红十字会国际人道主义法律咨询处，2003年：失踪人员及其家属，为起草国家法律提出的建议。

[http://icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/5T6E5T/\\$File/Missing_and_Recommendations_Missing.pdf](http://icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/5T6E5T/$File/Missing_and_Recommendations_Missing.pdf)。

红十字会 2003 年：红十字会失踪问题独立专家组的结论。

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/5JAHR8>。

红十字会 2003 年：红十字会为国际红十字会和红新月会第 28 次会议编写的关于失踪人员问题的报告红十字会网站。

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/5XRDJR>。

红十字会 2003 年：失踪者一知情权，Jean-François Rioux/Marco Sassòli 在 Mountaga Diagne and Marianne Reux 协助下编写的关于查明失踪人员命运的现有机制的研究报告

红十字会 2004 年：失踪者一知情权，解决因武装冲突或国内暴乱而失踪人员的问题以及对其家属的援助。

红十字会 2009 年：关于由非专业人员管理遗骸和死者资料的最佳实用做法。

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0858? opendocument>。

红十字会 2007 年：红十字会关于失踪人员问题的指导原则——根据已推行关于失踪人员问题的规定和法律国家最佳做法编写的文件，适用于武装冲突和暴乱情况，在某些情况下可推广，用于其他紧急情况。

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/model-law-missing-300908>

红十字会 2007 年：关于失踪人员问题的情况简介。

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/5T6E5T>

红十字会 2007 年：失踪人员一隐蔽的悲剧。

<http://www.icrc.org/web/ng/siteeng0.nsf/html/p0929>