联合国 A/63/313

大 会

Distr.: General
20 August 2008
Chinese
Original: English

第六十三届会议

临时议程* 项目 67(b)

促进和保护人权：人权问题，
包括增进人权和基本自由切
实享受的各种途径

法外处决、即决处决或任意处决

秘书长的说明

秘书长谨向大会成员转交人权理事会法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员菲利普·阿尔斯通根据大会第 61/173 号决议提交的报告。**

* A/63/150 和 Corr.1。

** 本报告迟交以便反映最新的资料。

08-46770 (C) 180908 190908

特别报告员关于法外处决、即决处决或任意处决情况的报告

摘要

在本报告中，特别报告员提到他提出访问一些国家的要求尚未得到落实，并汇报最近访问某些国家的情况。本报告大部分内容涉及打击法外处决不受惩罚斗争的两个被忽视但极为重要的层面：提供有效的证人保护安排；必须确保军事司法系统符合人权标准。许多国家的证人保护方案完全不充分，军事司法系统的结构不当，助长了杀人不受惩罚的现象。本报告概述这两个领域的最佳做法。

目录

页次

一. 导言 4

二. 国家访问 4

A. 要求进行的访问 4

B. 访问各国的最新情况 5

三. 保护证人在结束法外处决不受惩罚循环中的作用 6

A. 保护证人是对整个刑事司法制度的挑战 7

1. 调查阶段 7

2. 诉讼安排 8

3. 案件的审理 9

B. 制定正式的证人保护方案 12

1. 证人保护方案的架构 13

2. 在不易地安置情况下的保护措施 15

3. 易地安置 15

4. 易地安置的创新办法 16

四. 使军事法庭制度与人权相符合 17

A. 法律框架 18

B. 个案研究 19

五. 结论和建议 23

一. 导言

1. 本报告集中讨论关于访问一些国家的要求尚未落实的问题，并简单介绍自向大会提交上一份报告以来所开展访问的情况。本报告大部分内容涉及打击法外处决不受惩罚斗争的两个被忽视但极为重要的层面：提供有效的证人保护安排；必须确保军事司法系统符合人权标准。许多国家的证人保护方案完全不充分，军事司法系统的结构不当，助长了杀人不受惩罚的现象。本报告概述这两个领域的最佳做法。

2. 尽管各国的挑战均不相同，但可从其他国家如何应对类似挑战中吸取很多经验。本报告借鉴了特别报告员本身的经验，以及最近关于某些提供证人保护和改革军事司法制度的办法的调查研究。

3. 特别报告员感谢纽约大学法学院法外处决项目主任威廉·阿布雷斯协助编写本报告，他提供了一流的帮助和咨询意见，并感谢尤安·麦克唐纳先生对证人保护的相关问题做了非常好的分析。

二. 国家访问

A. 要求进行的访问

4. 自从特别报告员向大会提交上一份报告以来，阿富汗和美利坚合众国政府均在我的要求下发出邀请。截至 2008 年 8 月，我已要求访问 34 个国家和巴勒斯坦被占领土。其中只有 11 个国家实际上已开始制订访问计划，它们是阿富汗、中非共和国、危地马拉、以色列、[1] 肯尼亚、[2] 黎巴嫩、尼日利亚、秘鲁、菲律宾、斯里兰卡和美利坚合众国。对秘鲁的访问已经取消，巴勒斯坦权力机构已发出邀请。

5. 其余 23 个国家的反应不一，有些完全保持沉默，有些正式承认接到访问要求，有些原则上表示接受但不采取任何实际后续行动，有些断然拒绝。有些相关要求首次在大约八年前便提出。

6. 迄今为止尚未对访问要求做出正面答复的国家包括：阿尔及利亚、孟加拉国、中国、萨尔瓦多、几内亚、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、以色列、老挝人民民主共和国、尼泊尔、巴基斯坦、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、新加坡、泰

[1] 在 2006 年冲突之后，以色列已同意发出邀请信，邀请特别报告员结合对黎巴嫩的访问，访问以色列。然而，迄今为止，对于多次提出访问巴勒斯坦被占领土的要求，以色列尚未作出肯定的答复。

[2] 政府已发出正式邀请，访问拟定在 2008 年 12 月进行。

国、特立尼达和多巴哥、多哥、乌干达、乌兹别克斯坦、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、越南和也门。

7. 人权理事会的七个成员国尚未发出所要求的邀请，其中大多数要求已提出多年：孟加拉国、中国、印度、印度尼西亚、巴基斯坦、俄罗斯联邦和沙特阿拉伯。这一情况值得一提，因为在人权理事会选举时做出了保证，而且人权理事会特别程序任务执行人行为守则敦促所有国家在特别程序执行任务时应给予合作，并提供协助。[3]

B. 访问各国的最新情况

巴西

8. 2007 年 11 月 4 日至 14 日，特别报告员访问了巴西，包括巴西利亚、圣保罗、里约热内卢和伯南布哥。发现的主要问题是杀人罪比率很高，而且有相当多的肇事者没有受到惩罚。巴西每年发生 45 000 至 50 000 个杀人案件，尽管这些杀人案件在普通百姓中产生广泛的恐惧和不安全感，但对于绝大多数这类案件，几乎都没有对罪犯进行调查、起诉和定罪。其他主要关切问题包括(a) 自卫民团、行刑队、杀人团伙和民兵；(b) 狱中杀人；(c) 警察杀人。

中非共和国

9. 2008 年 1 月 31 日至 2 月 7 日，特别报告员访问了中非共和国，包括班吉、博桑戈阿和保瓦。特别报告员的初步报告确定军方杀人以及肇事者实际未受惩罚的现象是主要问题。其他问题包括士兵因个人原因或与腐败有关原因而杀人，在警察监禁或拘留设施中的杀人事件，以及那些被控采用巫术(“魔法”或“庸医”)杀人。

阿富汗

10. 2008 年 5 月 4 日至 15 日，特别报告员访问了阿富汗，包括赫尔曼德、喀布尔、坎大哈、库纳、楠格哈尔、朱兹詹和帕尔万。阿富汗陷入武装冲突，大量杀戮平民的事件原本可以得到避免，却得到容忍。如果需要改善这种状况，则必须停止警察杀人事件；必须杜绝法律系统普遍不惩罚杀人的做法；必须阻止杀害妇女和儿童；以及国际军事部队必须确保真正对自己的行动负责。在就最后一项问题作出答复时，北大西洋公约组织一名发言人对特别代表的说法的“实质内容和基本论调”进行攻击，认为这种说法“不准确，而且没有根据”。然而，这位发言人却不认为需要对我所提出的任何实质性问题作出解释，这是令人遗憾的，我的最后报告将详细论述该问题。

[3] 见 A/HRC/5/1/Add.1。

美利坚合众国

11. 2008 年 6 月 16 日至 30 日，特别报告员访问了美利坚合众国，包括哥伦比亚特区华盛顿市、纽约市、蒙哥马利（阿拉巴马州）以及奥斯汀（德州）。如果不对刑事司法制度进行重大改革，无辜者显然有可能被处死。需采取措施加强司法独立，确保得到充分法律辩护，并根据上诉阶段的案情审查死刑案件。其他建议涉及加强军事司法系统的透明度，确保私人安保承包商的问责制，并进一步努力为武装冲突受害者提供赔偿。特别报告员也提到移民拘留设施中的死亡事件，对“外国非法敌方战斗员”的死刑案件实施适当程序，以及古巴关塔那摩湾美军设施被拘留者的死亡问题。

三. 保护证人在结束法外处决不受惩罚循环中的作用

12. 在缺乏有效保护证人方案的情况下，很难成功地起诉那些应对法外处决负责的人员。依靠艰难的法证和其他调查工作提出起诉而不需要依靠证人的情况十分罕见。如果能够轻易地恫吓证人，如果他们及家属会受到伤害，或者他们感到无法信赖向他们提供的保护，他们就不太可能作证。因此，通常只有受害者家属愿意冒险作证。然而，他们通常无法对犯罪人提出最有说服力的证据。因此，若要消除杀人不受惩罚的现象，就需要将减少作证证人面临危险的措施制度化。然而，问题最大的国家在向证人提供保护安排方面也往往最不充分。[4] 同样，许多国家有非常先进的方案能保护有组织犯罪的谋杀案的证人，但很少注意保护涉及国家军队或警察部队的谋杀案的证人。最后这种情况需要有专门的解决办法，部分原因是依靠警察提供保护本身至少减少提供保护的可信度，而且会影响到实际保护的情况。

13. 国际社会普遍忽视有效保护证人方案对于打击法外处决的至关重要性，而且几乎没有鼓励各国对该问题作出必要的努力和提供必要的资源。因此，本报告旨在突出介绍全球各地最佳做法的实例，并列述在制定有效方案时需要解决的一些关键问题。以下的概述远远不够全面，而且大量依靠学者的著作、各国政府委托编写的报告以及特别报告员访问各国的意见。[5]

14. 建立有效方案首先要确认成功起诉杀人犯对社会最为有利。因此，不应当认为保护证人是向证人提供一种好处，实际上，证人经常是为了社会而作出巨大的

---

[4] 见 A/HRC/8/3/Add.4,第 19 和 21(d)段(巴西)；A/HRC/4/20/Add.2,第 51 和 63 段(危地马拉)；A/HRC/8/3/Add.2,第52至54段和第71段(菲律宾)；E/CN.4/2006/53/Add.5,第56段(斯里兰卡)。

[5] 特别有用的资料包括：Law Commission of India, Consultation Paper on Witness Identity Protection and Witness Protection Programmes(Aug 2004)；K.Dedel, Witness Intimidation (US Department of Justice, July 2006)；N. Fyfe and J.Sheptycki,“International Trends in the Facilitation of Witness Co-operation in Organized Crime Cases”,3 European Journal of Criminology(2006)319；Council of Europe, Report on Witness Protection(Best Practice Survey)(1999)； P.Finn and K.M.Healey,Preventing Gang-and Drug-Related Witness Intimidation(National Institute of Justice,Nov.1996)。

个人牺牲。所以，向证人、家属和可能受到报复的其他人提供充分援助，是打破有罪不罚循环现象的必要条件。必须本着建设性和务实的精神提供这种援助。必须避免采取教条的做法。例如，证人可能认为整个保安部队有系统地参与侵权行为，而政府可能认为，尽管在一些具体单位中存在胡作非为的警官，保安部队基本上是可靠的。在这种情况下，政府可能会采取教条的态度，坚持应当由保安部队提供任何保护，结果，拒绝接受存在体制问题的可能性。然而，务实的办法能有助于赢得证人的信任，并能以最为有效和可接受的方式提供保护。

A. 保护证人是对整个刑事司法制度的挑战

15. 不能把证人保护问题看作是一项孤立的挑战。相反，必须将其视为是设计用来有效调查、起诉、审判侵犯人权者的整个制度的重要组成部分。如果刑事司法制度的其他组成部分运转不良，证人保护将失去作用。此外，采用综合办法将有助于确定哪些方式对证人证据的依赖性较小，哪些证人保护方法无需完整复杂的证人保护方案。应当分析从调查、定罪到监禁这一过程中的每一个步骤，以确定哪些方式会使证人面临风险，查明哪些改革也许可以限制这些风险。

1. 调查阶段

16. 这一阶段可能已经出现披露证人身份的问题。如果证人预见到这种风险，也许就决定不与调查人员交谈。相反，在这一早期阶段保护证人的身份，就能够扩大在审讯时安全获得证词的可能性，而无须求助于完整复杂的证人保护方案。英国的一份报告确定了多种意图在调查早期阶段限制风险的警方办法：

- 警察在警方无线电通话中只能提供最低限度的证人相关信息
- 警察不得在事件发生当日调查证人，也不得鼓励证人前往警局提供证词，或派出便衣警官进入证人住宅，或为防止证人被暴露而多次挨户进行访谈。应当由证人作出选择
- 所有身份识别点均应使用有形屏障使嫌疑人看不见证人
- 如果证人在警局附近，不得释放嫌疑人
- 警察应当以有利于证人安全和促进证人合作的务实态度警告证人可能有遭到报复的风险
- 应当派出联络警官，以便立即报告一切恐吓威胁并采取行动
- 在有些情况下，警察可将嫌疑人还押，并限制其拨打电话的权利，以防止其接触证人或联系同伙怂恿恐吓[6]

[6] W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*, Crime Detection and Prevention Series No.55, London: Home Office Research Development and Statistics Directorate (1994), pp.26-30。

17. 对于涉及警察或其他国家人员的特殊刑事案件中，由于调查人员附属于各个机构，可能会带来实际的或人们所感觉会不适当披露证人身份的风险。如果遵循国际规则的要求，把违法嫌疑人调离实权岗位或解除其对证人的控制，也许可以减少这种风险。[7] 如果存在受人尊重的警察内政股，也许也可以使证人产生信任。但要打破有罪不罚的循环，往往需要建立独立的调查机构专门解决涉及警方成员或安全部队成员的犯罪行为。[8] 因此，例如泰国设立了特别调查部，部分原因就是为了便于调查此类案件。另一个办法是把普通警方调查此类案件的职责转给其他一些现有机构。在巴西，尽管刑事调查通常是由警探进行的，但检察官办公室有时也会直接调查涉及警察的谋杀案件。[9]

18. 应当考虑进行改革，以改进证人证言以外的证据收集工作。在访问各国期间，特别报告员观察到调查人员通常培训不足，而且缺少必要资源收集法证证据——例如把子弹与枪支相匹配——导致极度依赖证人证言。[10] 只要增强使用法证证据的能力，证人证言的重要性就会下降，带给证人的风险也会减少。

2. 诉讼安排

19. 检察官在刑事司法制度中扮演的角色也可能会带来导致证人无法安全合作的实际风险或所感觉的风险。检察官通常与警方有专业上的紧密联系，因为往往由警方负责收集案件证据并向法庭提供证言检察官的案件又需要以这些证据为依据。这些紧密的联系会让证人感到检察官不会积极办理案件（使证人冒无谓的风险）甚或有可能向所涉警方成员不适当地披露证人的身份或住址，而且这种预感有时是正确的。有多种可行的办法应对这一问题。一种办法是任命少数检察官单独处理涉及警察或其他政府人员的侵犯人权案件，以寻求最大限度地削弱检察官和警察之间通常存在的专业联系。在巴西的一个城市，我观察到发挥这种作用的检察官赢得了警察暴力行为受害者的信任，尽管这些受害者对整个检察官办公室抱有戒心。[11] 另一个办法是设立单独的机构起诉警察。例如，菲律宾设立了一

[7] 见《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》，第 15 段。《原则》全文见《经济及社会理事会正式记录，1989 年，补编 1》(E/1989/89)，第 1989/65 号决议，附件。

[8] 见 1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日在哈瓦那举行的联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《执法人员使用武力和火器基本原则》(A/CONF.144/28/Rev.1) 第 22 段；《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》第 11 段（见前注 7）。

[9] 见 A/HRC/8/3/Add.4，第 21(f)段。

[10] 见 A/HRC/8/3/Add.4，第 21 段(c)分段（巴西）；A/HRC/4/20/Add.2，第 48 段（危地马拉）；E/CN.4/2006/53/Add.4，第 89 段和第 105 段(b)分段（尼日利亚）；A/HRC/8/3/Add.2，第 55 段（菲律宾）；E/CN.4/2006/53/Add.5，第 56 段（斯里兰卡）。

[11] 对巴西的初步观察意见参见 A/HRC/8/3/Add.4。

个机构调查和起诉公职人员实施的犯罪和其他不当行为，宪法保证该机构独立于行政部门。[12]

3. 案件的审理

20. 审理方式会直接或间接地影响对证人的保护。例如，有关审理时间和地点的决定会对证人参与审理和证人保护产生很大影响，但其重要性往往被忽略。如果一再延迟审理，或者断断续续地审理案件，证人遭受恐吓的机会就会上升。即使法庭因为工作总量大，许多案件必须推迟审理，但对于通常会使证人承担风险的那类案件，也应当考虑是否可以加速审理。[13] 同样，法官应当避免在排定证人作证的日期之外传唤证人。[14] 审判地点变换规则的解释方式也十分重要。无论证人是否受到正式的证人保护方案的保护，他们通常都会迁至别处以免遭报复；如果能够满足证人的需求，改变审判地点，使证人远离违法者或其同伙的居住地，就能促进证人参与审判。

21. 允许证人匿名作证是保护证人的重要方法，但也是争议极大的问题之一。这种方法不需采取迁移措施和其他保护措施，而且安排匿名作证可以提供相对有保证的保护。但匿名作证有可能侵犯被告获得公平审判和“审查、或曾经审查过不利于他的证据”的权利。[15] 有鉴于此，法庭一方面严格审查这类安排，[16] 同时又留下一些空间以便采取措施保护被告的正当程序权利和证人的生命。许多国家制定了允许匿名作证的程序和标准以努力尊重这些权利，[17] 前南斯拉夫问题国际

---

[12] 见 Constitution of the Republic of the Philippines（1987），art.XI，section 13；另见 A/HRC/8/3/Add.2，第 56 段至 58 段。

[13] 关于每项办法的实例，参见 Philippines Administrative Order No.25-2007，“Designation of Special Courts to Hear，Try and Decide Cases Involving Killings of Political Activists and Members of Media”；另见 A/HRC/8/3/Add.2，第 59 段。

[14] 另见 the 154th Report of the Law Commission of India，*On the Code of Criminal Procedure* 1973（1976），pp.43-44。

[15] 见《公民及政治权利国际公约》，大会第 2200（XXI）号决议，附件，第 14 条。

[16] 特别参见欧洲人权法院对以下案件的判决：*Kostovski v. The Netherlands*（1990）12 EHRR 434；*Windisch v. Austria*（1991）13 EHRR 281；*Isgro v. Italy*（1991）Yearbook of the ECHR，p. 151；*Doorson v. The Netherlands*，Reports of Judgments and Decisions 1996-II，p. 446；*Van Mechelen v. The Netherlands*，Reports of Judgments and Decisions 1997-III，p. 691；*Fisser v. The Netherlands* 13 *Human Rights Case Digest*（2002）pp.65-68。

[17] 葡萄牙和联合王国的两个实例即说明了这一点。在葡萄牙，1999 年 7 月 14 日第 93/99 号法令第 16 条规定准许证人匿名的前提条件：证词必须与特定类别的犯罪有关；证人、证人亲属或其他与证人关系密切人士必须面临试图危害其生命、人身安全、自由或贵重财产的严重危险；证人的可靠性毋庸置疑；证词可为诉讼提供相关证据。联合王国的情况更为复杂。1995 年，上诉法院支持完全匿名，条件是必须符合某些标准。R v. Taylor（1995），Crim.LR253。但在 2008 年 6 月，上议院裁定，使用匿名证人致使被告不能对原告进行适当审查，从而侵犯了被告获得公平审判的权利。R v. Davis[2008]UKIIL 36。联合王国政府立即通过一项新立法，授权继续在某些情况下使用匿名证人。参见 2008 年《刑事证据（证人匿名制度）法》。这项立法因其对人权的影响受到强烈批评。

刑事法庭（前南问题国际法庭）也采取了这样的做法。[18] 大体上，新西兰实行的以下标准看来合理地代表了实现适当平衡的努力：

(4) 法官在满足以下条件时可颁发证人匿名令——

(a) 如果披露证人身份，证人或任何其他人的安全可能受到威胁，或者财产可能受到严重损毁；以及

(b) 二者任选其一 ——

㈠ 顾及（如果适用）证人的前科或者证人与被告或被告任何同伙的关系，没有理由认为证人有不诚实的动机或倾向；或者

㈡ 无需披露证人身份即可适当测试证人的可靠程度；以及

(c) 颁发证人匿名令不会剥夺被告获得公平审判的权利。

(5) 在不限制第(4)款的情况下，在考虑是否适用证人匿名令时，法官必须顾及

(a) 被告获知证人身份的一般性权利；以及

(b) 证人匿名令只有在特殊情况下才具备正当理由的原则；以及

(c) 违法行为的严重程度；以及

(d) 案件中证人证言对希望传唤证人一方论据的重要性；

(e) 运用匿名令以外的办法保护证人是否可行；以及

(f) 是否有其他证据确证证人证言。[19]

22. 然而，在整个庭审过程中保持证人匿名，不只需要适当的法律框架。对于证人而言，庭审本身是刑事司法过程中最危险的阶段之一，此间他们常常公开露面，

---

[18] 前南问题国际法庭裁定必须符合以下五项标准才允许使用保护措施：

(1) 证人或其家人确实担心安全问题；

(2) 证词必须对检察官的论据具有重要意义；

(3) 法庭必须确信没有初步证据证明证人不可信任；

(4) 证人保护方案无效或不存在；

(5) 如果限制性较弱的办法可达到所期望的保护水平，则必须予以采用。

参见 Tadić（IT-94-1），Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims And Witnesses（10 August 1995），paras. 53-86。

[19] 见 Section 13C of the amended New Zealand Evidence Act of 1908（amended 1997），可查阅：www.legislation.govt/mg/act/public/1908/0056.

更易受到威胁；即使决定提供完全匿名或保密，证人身份很有可能在前往法庭期间暴露，无论他们是否实际出现在证人席上。[20]

23. 避免这些危险的做法之一，是在刑事庭审中允许采用匿名传闻证词。不过，这种快捷办法加剧了证人匿名通常涉及的问题，并剥夺了被告与原告对簿公堂的权利，即使被告仍有可能在之前的阶段“质问”原告。一些国家允许采用传闻证据，[21] 一些评论者和机构甚至呼吁，在采取对原始陈述进行录像等保障措施的情况下，或可扩大这种做法。在证人无法出庭或出庭可能对证人/法院合作者或对他们周边的人造成巨大的实际危险时，欧洲委员会部长理事会鼓励采用在诉讼初期阶段提出的陈述，作为法庭证据。因此，如当事人在诉讼期间有机会或已经有机会参与审查、盘问和（或）诘问证人以及讨论陈述的内容，那么，庭审前陈述应作为有效证据。[22]

24. 因此，在庭审中采用匿名传闻证据极具争议。这无疑向证人提供了高度保护，但正如欧洲法院对这一事项的判例所述，这么做往往会对被告获得公平审判的权利造成不可接受的代价。这一做法何时或是否能够成为可以接受的惯例，则超出了本报告的评价范围。

25. 执行匿名命令的最常见、也是最具成本效益的做法之一，就是在作证的证人和被告之间竖起一道帷幕。在许多国家，人们通常认为为证人竖起帷幕的做法是非常规措施，但也不成问题。[23] 保护匿名的通常做法是，让涉案证人使用假名，并在所有庭审和公共记录中使用这个假名。出于保护证人身份的需要，还采用声音变造技术。如决定把证人身份对被告保密，那么，使用帷幕则是在公平庭审权利与保护证人的必要性两者之间取得平衡的一种途径。采用这一办法可以进行更广泛的诘问，远比采用匿名传闻证据更为有力。然而，出庭不可避免地伴生暴露证人身份的危险。

26. 采用视频连线，可以降低因出庭而暴露身份的某些高度风险。前南问题国际法庭采用了这一保护证人做法。该法庭《证据和程序规则》规则 75B(i)(c)规定，分庭可以通过摄像进行诉讼程序，决定是否允许“通过影像或声音变造手段或通

---

[20] 见 P. Finn and K. M. Healey， Preventing Gang- and Drug-related Witness Intimidation （U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, Nov. 1996），p.13。

[21] 例如，见《德国刑事诉讼法》第 96 款，该款允许在某些情况下，采用从已质问仍处匿名状态的证人的人员获得的传闻证据，并作为庭审的实质性证据。见 Fyfe 和 Sheptycki，第 343 页。

[22] 见欧洲委员会部长理事会，如上，n. 48，第 5 和 17 页。

[23] 例如，《1908 年新西兰证据法》第 13G(1)(b) 款包括这一点。有关联合王国的情况，另见 Foster [1995] Crim.L.R. 333。Donaughy Re Application for Judicial Review(2002)NICA(8.5.2002) 也详细论及必要的平衡问题，其中提到允许在“血型星期日”调查中作证的警察证人在帷幕后作证。

过闭路电视提供证词”。[24] 由于法庭运作所处的“特殊情况”，法庭还允许采用电视会议（即证人通过视频连线从远离海牙的地点作证），但前提是，证词十分重要，没有证词则不能公平诉讼，而且涉案证人不愿或不能前往前南问题国际法庭所在地。证人作证时，由审判分庭任命主持法官到场，确保自由作证，确认证人身份，执行宣誓；此外，只允许主持法官和一些技术人员在场。最后，证人必须能够通过监视器看到法官、被告和提问者，而且必须让法官、被告和提问者通过监视器看到证人。

27. 同样，这些技术性解决办法有其自身的问题：除带来新的技术问题和费用之外，证人没有感受到法庭的象征意义，也没有感受到法庭程序的严肃性。可以将这一情况本身视为对被告不尽公平。正是由于这些原因，前南问题国际法院在公诉人诉 Dustso Tadić 案中认为，应重申证人出庭的基本原则，而且只有在有充分理由认为无法这么做时，才采用电视会议这种非常规措施。

28. 用来减少这种证人保护措施对被告权利的影响的另一种做法是，让被告利用“特别顾问”。这是由法院任命律师，在证人保护措施可能降低被告本人律师的实际作用时，代表被告的利益。因此，特别顾问以类似法庭之友的身份行事，代表被告的利益，却又不对被告承担任何法律责任。因此，在命令提供完全匿名的情况下，特别顾问可以获得证人身份的全部细节，据此提问，而没有义务将这些情况告知被告。例如，联合王国根据欧洲法院的某些判决采用了这一做法。[25]

29. 可以提到的最后一种做法是，在涉及被认为有可能企图恫吓证人的警察被告时，法官考虑更多地采用庭审前羁押。在乌拉圭，在庭审前羁押被告警察司空见惯。尽管这种强力规则会引发对适当程序的关切，但如出现阻碍司法的问题，采取这种表示愿意考虑羁押的做法，也有其正当理由。

B. 制定正式的证人保护方案

30. 在刑事司法制度范围内，无论为减少证人遭国家人员法外处决的危险而采取何种措施，通常还必须为某些案件采用正式的证人保护方案。本节探讨参加这种方案和终止保护的正式架构、标准及程序、以及证人易地安置的基本构想。此外，还探讨在涉及国家人员侵犯人权的案件中证人保护所特有的某些挑战、以及国家在这种情况下采取的创新对策。

---

[24] 前南问题国际法庭几乎理所当然地允许采取这些措施；例如，见 Prosecutor v. Sikirica et al., IT-95-8（2001）（关于要求提供保护措施的命令），其中命令为 23 名证人提供此类保护措施。

[25] 见 1997 年关于上诉委员会法的特别裁定及 1998 年《北爱尔兰法》。关于这一问题的论述，另见 1997 年新西兰法律委员会关于证人匿名的报告，第 46 至 47 段。

1. 证人保护方案的架构

31. 美国联邦证人安保方案是最完善的证人保护方案之一。在许多方面，可以将这项方案视为“典范”，作为其他国家类似安排的模式。有人表示，全面的证人保护模式必须包括：(a) 由关键利益攸关方的政策制定者所组成的组织委员会；(b) 执行小组，往往由参与方案日常管理的那些机构的官员组成；(c) 方案行政管理者；(d) 案件调查员，或经过专门培训的执法单位；(e) 在所有合作主管部门、机关和机构指定联络人。[26]

32. 既使在这一构架内，也必须严守证人的身份和行踪。例如，尽管执行小组可能需要权衡可以对特定证人提供的一系列保护选项，但没有理由将这一信息上报给处理政策问题的小组。

33. 一些国家在设立证人保护方案时，将其作为警察部队内部的单位，但对于旨在处理国家人员参与侵犯人权案件的方案而言，这一做法并不适当。一种替代做法是，任命关键刑事司法机构的官员担任管理或监督该方案的委员会的成员。例如在比利时，保护何人及何时提供保护的决定是由证人保护委员会作出的,委员会由检察官、资深警官及司法部和内务部代表组成。另一种做法是，将证人保护机构设为独立机构，由政府提供资金并对政府承担最终责任，但接受与不接受什么人的决定则由项目主任作出,不需要政府对这一事项提供广泛意见，也不需要执法机构在方案中发挥任何直接作用。然而，值得指出的是，如果设立独立机构，就必须赋予其必要的资源。在某些案件中，名义上保持独立的机构由于缺乏内部资源，最终依赖警察部队执行保护措施。

34. 基于若干原因，正式的机构化架构要比非正式、特设架构更为可取。首先是效率：正式架构可以让所有的关键合作方参与保护方案的规划和执行工作，从而最大限度地降低了通信或合作中断、向证人提供的服务出现漏洞以及程序缺乏效率或实效的风险。其次是安保：非正式程序牵涉许多机构（例如住房申请、福利待遇转移等），不可能确立必要的行政保障来确保受保护证人的新地点或身份不会轻易暴露。其三是一致性：特设安排极其容易受到各合作机构人员变动的影响。第四是联络：正式、规范的方案为证人指派一名可随时联络的人员，如证人打算作证，该人可以提供许多证人所需的 24 小时支助和协助。必须让证人同与他们打交道的方案行政管理人员建立信任关系，如果后者不断变动，就无法做到这一点。选择正式、规范的方案的最后一个原因是评价工作。有计划地经常开展评价，对于任何证人保护工作取得成功至关重要，这让行政管理人员可以对方案进行微调，避免再次出现可能已经发生的错误。[27]

---

[26] 见 Finn and Healey（上文脚注 20），第 59 至 74 页。

[27] 同上，第 59 至 60 页。

35. 关于参加方案的标准，主要考虑以下等因素：(a) 案件对终止周而复始的不惩罚侵犯人权行为的现象是否重要；(b) 证人的证词对案件是否重要；(c) 证人受到的威胁大小；(d) 证人对该方案是否合适，包括证人是否真正愿意易地安置并与家庭和朋友断绝联系；(e) 是否有更为方便而又合适的保护方式。[28]

36. 制定一整套明确的标准，说明证人或家庭成员何时可以不再参加方案，这也同样重要。许多管辖区规定，如果参加者违反商定的行为守则（详见下文），如果他们在某种程度上威胁方案本身的安全，或原先必须向他们提供保护的情况已不复存在，则应停止保护。这些管辖区还都规定由方案主任或行政长官以外的一名官员或机构进行某种审查。[29] 在这方面，《南非证人保护法》的规定也许是最明确和最详细，它规定，如果主任认为下列情况属实，则可终止对被保护人提供保护：

(a) 此人的安全不再受到威胁；

(b) 已作出其他满意安排保护此人；

(c) 此人未遵守本法或保护协定对其所规定的义务；

(d) 证人在申请保护时，有意提供虚假信息或误导信息……；

(e) 此人拒绝或未能按要求签署保护协定……；

(f) 此人的行为威胁或可能威胁其他受保护人的安全或证人保护方案的健全性；

(g) 此人故意对其受保护的安全地点或对这种安全地点的财产造成严重破坏。”[30]

37. 这项法律还规定有权要求有关政府部长审查终止保护的决定。[31]

38. 建立机构间合作机制对证人保护方案的效果至关重要。这些方案远远不止是保护照管对象的人身安全而已；必定还会产生从保健到住房以及其他福利待遇等其他一系列问题。而且，当证人有了新的秘密身份或地址时，这些困难会更多。由于涉及的各种机构和组织增加了，官僚程序效率低下、钻系统空子的机会或安全疏忽的可能性也就随之增加。可以利用下列良好做法，尽可能减少出现这三种情况的风险：

[28] 一些国家的立法中也有类似的标准。例如见加拿大《1996 年证人保护方案法》第 6 条。

[29] 见《1991 年维多利亚州证人保护法》，第 16 节。

[30] 《1998 年证人保护法》，第 13 条。

[31] 《1998 年证人保护法》，第 14 条。

(a) 在每个机构设立一个联系人，能够在有人提出申请时采取行动。各政府机构中的个人和证人保护方案的官员之间能否建立和维持相互信任的关系，对确保及时和有效地处理援助申请也会至关重要；

(b) 争取上级的帮助。必须确保每个机构的领导人不仅知晓而且赞同保护证人的官员与其有关机构联系人的相互关系，知晓而且赞同后者应前者的请求采取的行动；

(c) 拟定机构间谅解备忘录。这些机构间的书面协定对确保机构间明确、一贯和高效的关系非常有用。使用这些谅解备忘录的原因有多种多样：它们能保证机构即便在有人事变动的情况下也能保持稳定；将承诺落实于文字，机构就不太可能试图逃避责任，但也不太可能要求他们做份外的事；书面文件可减少关于各方作用和责任的不确定性。备忘录的内容因具体情况而异；但每个备忘录至少都应该明确说明各机构将提供的服务、人员和资金，可允许的开支或服务。[32]

2. 在不易地安置情况下的保护措施

39. 在正规的证人保护方案中，根据对具体案例的风险评估，可以采用一系列可能的保护措施。在有些国家，采取的第一步措施是保护性监禁。证人被安置在警察局、闲置的监狱、或其他安全部队设施内的一个小房间里。但除了将其作为极为临时性的一种措施外，必须避免这种做法。证人很少会同意把自己拘留起来，作为参加通常是漫长审判的一个条件，这是相当合情合理的。但并非一定需要或应该直接上升到证人易地安置或改变其身份的做法。有时可以采取较低级别的人身保护措施。一种可能的做法是提供“快速反应警报”，直接连通当地警察局。如果出现威胁，警察可以迅速到场，无需花钱昼夜提供保护。[33] 另一种可能的做法是为证人的住宅安装锁、窗栅、安全警报和户外照明，[34] 或增加该地区的巡逻。有时，一些管辖区的警察可以在短期内提供协助，护送有危险的证人及其家属上下班和上学放学。最后，警察通常将易受害的证人送到外地的亲属那里（作为代替证人保护方案中复杂昂贵的易地安置安排的廉价作法）。[35] 但如果证人害怕警察或其他安全部队的报复，则这些措施中有许多都不管用。

3. 易地安置

40. 易地安置是有效的证人保护方案的核心机制，通常被认为是保护高风险证人免受恐吓、威胁和暴力的最有效的方法；但往往也很费钱费时，而且需要机构间

---

[32] 见 Finn and Healey（见注 20），pp. 71-74；另见 Kelly, Dedel，Witness Intimidation（U.S. Department of Justice, Community Oriented Policing Services, July 2006），pp. 18-19。

[33] Maynard（见上文注 6），p. 4。

[34] Dedel（见注 32），pp. 22-23。

[35] Finn 和 Healey（见注 27），第 29 页。

的高度合作和规划，才能有效实施。[36] 易地安置大致分三种：紧急易地安置、短期易地安置和长期/永久易地安置。[37]

41. 紧急易地安置在威胁迫在眉睫的情况下使用，通常要求有一个接受当事人参加证人保护方案的快速初始程序，等威胁过去后，再作较为详细的评价。使用的住所往往是旅馆（费用很高）；但也可以是警察局或这一用途的其他公共楼房。不过，这种保护性监禁不应该超过数日，至多数周。

42. 如果证人在较长时间内依然有危险，则采用短期易地安置。在这种情况下，将证人送到外地家属或朋友处借住的做法最普遍，而且显然是成本效益最好的措施。这种做法还能提供感情支持，而且意味着可以尽量减少易地安置涉及的一些风险，特别是无聊和之后回去拜访亲朋好友。[38] 然而，根据社会结构和威胁性质的不同，这种做法可能无法提供适当的保护。的确，在某些情况下，这种做法只会增加家人的危险。其他可能的做法包括社会性住房或租房。但这种做法已经开始产生后勤方面的困难：也许需要转学；证人再也不可能工作；也许还必须安排将社会福利转到其他管辖区。同其他措施一样，参与这一过程的人和机构越多，有意和无意泄露证人下落的风险就越大。

43. 最经常使用长期/永久易地安置措施的是那些甚至在被告定罪后，暴力报复的威胁也依然存在的案例。涉及帮派或有组织犯罪的主要案件往往采取这种做法，但如果警察或安全部队继续侵犯人权却不受惩罚，并可能为他们的定罪同僚进行报复，也就存在同样的问题。永久易地安置的费用并非一定比短期易地安置高很多。主要开支大部分是在易地安置初期，诸如住房费用以及生活费等，直到可以将社会安全福利转过来或证人找到工作为止。

4. 易地安置的创新办法

44. 在保护证人人权免受国家人员侵犯这方面存在着特殊的困难，一些新的异地安置办法可能有助于解决这些困难。这些办法包括由外国政府和非政府组织参与执行易地安置计划。

45. 非政府人权倡导组织常常在特定情况下向受害人和证人提供帮助。有时这种帮助会转化为全面的证人保护方案，或甚至成为政府与非政府组织之间的一项联合安排。例如，在巴西，证人保护方案开展时是非政府组织（Gabinete de Assessoria Juridica as Organizacoes Populares）的一个项目，但随后发展成为一个涉及政府机构和一些非政府伙伴的方案。[39] 目前设有一个由法官、检察

[36] Dedel，（见注 32），p.27。

[37] Finn and Healey（见注 27），pp.23-38。

[38] Finn and Healey（见注 27），p.29。

[39] 在南非证人保护的历史上，非政府组织的参与发挥了突出的作用。

官和其他人组成的委员会，就接受和驱逐证人问题提供政策指导和作最后决定，而日常业务则由国家司法秘书处协同一个非政府组织执行。[40] 非政府组织从政府获得易地安置证人所需的资金，帮助证人融入新的社区。按照这套新的办法，政府官员实际上不会被告知证人所住地点，但与纯粹依赖政府给予保护的大多数制度相比，政府为对政府人员所犯罪行作证的人提供的保护程度比较高。向证人提供保护服务的一些非政府组织对方案结构表示不满，并对如此广泛依赖非政府执行伙伴的方案能否长期生存下去表示怀疑。对国家机构、尤其是执法机关严重缺乏信任往往会产生一些问题。非政府组织参与保护证人的做法对克服这些问题有极大帮助。

46. 但必须指出，没有政府的相应行动，即便是强有力和受尊重的非政府组织也难以或无法提供保护。在调查、起诉和审判过程中仍然需要证人与政府官员之间进行接触，因此仍然需要实施改革，以尽量减少这些接触所带来的风险。此外，如果没有许多政府机构的合作，非政府组织将无法为证人办理新的身份。最后，执行这种方案的非政府组织人员所遇到的风险可能高于为证人提供保护的政府人员。

47. 无论是因为政府能力有限或因为威胁的普遍存在，如果在一国领土内无法切实进行安全可靠的易地安置，也可以考虑在另一个国家易地安置。南非就是这样的一个国家，它在证人保护方面成功地求助于国际合作，以便能对侵犯人权案件提起诉讼。例如，在审判警察刺杀小组指挥官Eugene de Koch时，三名证人被移送到丹麦，在那里居住了 18 个月。这三名证人本人就是警察，但害怕同僚的恐吓而被易地安置。欧洲证人保护方案主管之间的这种非正式合作实属常见。欧洲委员会一项最佳做法调查也呼吁朝此方向采取更多正式行动。[41] 值得考虑的是，已经设立证人保护方案的国家是否可以更为经常地同意在其领土内安置证人，协助各国对国家人员提起诉讼，以打破有罪不罚的模式。当然，这种安排必须考虑到如何确保证人参加调查和审判的问题。双方政府必须提供安全运送证人的服务，或者授权通过电视会议方式提供证词。

四. 使军事法庭制度与人权相符合

48. 当军事人员犯下法外处决罪行时，通常会由国家军事法庭系统进行调查、起诉和审判。但军事法庭的人权记录历来都是恶劣的。通常指挥官会利用其权力来实施军事司法，洗脱其随从人员残暴虐待平民的责任，但指挥官对轻微触犯军纪的被征入伍者和士兵往往处以严厉惩罚。从最好的角度看，军事司法系统也只不过是单独存在地低劣司法系统。从最坏的角度看，它为对有罪不罚现象提供了借

[40] 第 9.807 号法(1999 年 7 月 13 日)；第 3.518 号令（2000 年 6 月 20 日）。

[41] 欧洲委员会证人保护最佳做法调查，1999 年，第 25 页。

口。在世界上，军事司法系统仍与人权格格不入、因而对法外处决处理不力的国家比比皆是。

49. 一个积极的方面是，越来越多国家已进行影响深远的改革，其目的是对士兵实施符合国际人权规范的刑事司法制度。程序和体制结构都进行了改革，民事司法系统的相关性也已扩大。本节审查法律传统差异很大、但已实行重大改革的若干国家的经验。审查的目的是说明所查明先前体制的问题，并指出开展重大改革是必要的，也是可行的。

50. 对下面的分析需要作两点解释。第一，分析的依据是已发表的分析结果而不是经验调查。[42] 因此理论与做法之间可能存在重大差别，而未在本节中反映出来。第二，分析的重点是与侵犯生命权有关的程序，而不是其他罪行。

A. 法律框架

51. 有效调查、起诉和惩罚武装冲突中侵犯生命权事件的义务是依照本项任务规定提交报告的一贯专题。[43] 对这一领域国际法所涉问题进行的最为有系统的调查情况载于促进和保护人权小组委员会特别报告员Emmanuel Decaux 提交的报告，[44] 报告中列有军事法庭司法原则草案。这些原则规定：“军事法院的管辖权应以纯军事性质的罪行为限”，[45] “普通法院对严重侵犯人权，例如法外处决、强迫失踪和酷刑进行调查，并对指控犯有此类罪行的人予以起诉和审判的管辖权应优先于”军事法庭的管辖权。[46]

52. 原则还规定，“军事法庭的组织和运作，应充分确保在司法诉讼的每一阶段，从最初调查到审判，人人有权得到合格、独立和公平的法庭的审理。选定在军事法庭行使法官职能的人必须展示公正的品格和能力，表明受过必要的法律培训并

[42] 特别有用的资料包括 Justicia Militar, Codigos Disciplinarios y Reglamento Generales Internos, Informe Final (eds: Gustavo Fabian Castro and Dolores Bermeo Lara) (2008); Arne Willt Dahl, “International Trends in Military Justice” (January 2008), 见 http://home.scarlet.be/~ismllw/index_UK.htm>; Victor Hansen, “Changes in Modern Military Codes and the Role of the Military Commander: What should the United States Learn from this Revolution ?”, 16 Tulane Journal of International & Comparative Law (2008) 419; Peter Rowe, The Impact of Human Rights Law on Armed Forces (2006); Federico Andreu-Guzman, Military Jurisdiction and International Law: Military Courts and Gross Human Rights Violations (2004); European Military law Systems (ed. George Nolte) (2003); Eugene R. Fidell, “A World-Wide Perspective on Change in Military Justice”, 48 Air Force Law Review (2000) 195。

[43] 例如，见 E/CN.4/1995/61, 第 93 段; E/CN.4/1999/39, 第 67 段; E/CN.4/2006/53, 第 33 至 43 段。

[44] E/CN.4/2006/58。

[45] 同上，第 29 至 31 段（原则 8）。

[46] 同上，第 32 至 35 段（原则 9）。

具备资格。军事法官的地位应确保其独立性和公正性，特别是面对各级军事领导机关时”。[47]

53. 违反这些准则会影响被告和受害人的权利。美洲人权法院强调这些权利之间具有“密切联系”，[48] 形成了一套从两个角度看待独立性和管辖权的统一判例，甚至还提到受害人获得适当程序的权利。[49]

B. 个案研究

1. 联合王国

54. 联合王国提供了一个重要的个案研究，其中涉及将一个当今仍然存在于许多其他国家中由军事指挥官占主导地位的特设军事法庭组成的军事司法系统迅速改为一个由常设法庭以及独立和专业检察官和法官监督的系统。

55. 虽然国家机构驱动着改革进程，但欧洲人权法院发挥了促进作用。[50] 在Findlay诉联合王国案中，欧洲人权法院裁定英国军事司法系统不符合欧洲人权公约中关于“独立和公正法庭”的规定。[51] 当时，英国的系统赋予“组庭官”广泛的权力，组庭官对被告拥有指挥权力。[52] 组庭官的其他责任包括裁定提出哪些控诉、选择军事法庭的成员（他们可以是其下属）和任命检察官。[53] 组庭官还可以“在审判前或审判期间终止军事法庭”。[54] 通常组庭官还担任“确认官员”的角色，有权“暂停确认或替代、推迟或赦免全部或部分定罪”。[55] 因此，负责审判被告的人将由被告的指挥官任命，而且往往是被告的指挥官的下属。此外，起诉和定罪的最终权力属于指挥官。军法检察长的作用限于向组庭官、军事法庭成员和确认官员提供咨询。[56]

---

[47] 同上，第 45 至 48 段（原则 13）。

[48] 见 Vargas-Areco 诉巴拉圭案（2006 年），第 73 段。

[49] Las Palmeras 案（2001 年），第 54 段。

[50] M. Oakes，The Armed Forces Bill, House of Commons Research Paper 01/03（8 January 2001），p. 12。

[51] 欧洲人权法院，第 6（1）条；欧洲人权法院，Findlay 诉联合王国案，1997 年 2 月 25 日的裁决，第 68 至 80 段。

[52] Findlay(见上注 51)，第 36 段。

[53] 同上，第 34 至 37 段。

[54] 同上，第 40 段。

[55] 同上，第 48 段。

[56] 同上，第 42 至 45 段。

56. 1996 年，联合王国开始了影响深远的改革。[57] 新制度给指挥官举行各种违纪行为简易程序的听审留下了相当大的酌处权，[58] 但在涉及谋杀等严重罪行时，新制度则把多数权力移交给了专业调查人和检察官。在此类案件中，指挥官必须将所涉罪行提交宪兵注意。[59] 宪兵必须调查案件，而且如果证据证明需要，则应把案件提供给军方检控主任。[60] 在这种情况下，军方检控主任有权指示提出指控。[61] （军方检控主任的各项权力可以授予他指定的具有法定资格的“检察官”。）[62] 军事法庭是一个常设机构，由 1 名军法检察官和若干“非专业法官”组成。[63] 军法检察官由军法检察长任命；非专业法官是军官或准尉，由“法庭主管军官”任命。[63] 军法检察官就法律和程序问题做出有约束力的裁决，非专业法官则做是否有罪的裁定，非专业法官和军法检察官共同裁定量刑。[64] 如果某人被军事法庭定罪，可以就定罪和量刑向军事法庭上诉庭提出诉讼。[65] 检察总长如果断定军事法庭所处刑罚“过于宽大”，也可以把案件提交给这个上诉庭。[66] 法律问题也可以提交给国家最高法院。[67]

57. 因此，决策权已从指挥官手中转移到军方检控主任、军法检察长和法庭主管军官手中。现已以不同方式，在不同程度上，做出种种规定，以确保这些机构彼此独立，独立于指挥链和行政部门。军方检控主任具有法定资格，由女王任

---

[57] 《1996 年武装部队法》、《2000 年武装部队惩戒法》、《2001 年武装部队法》、《2006 年武装部队法》。关于改革分阶段实施问题，见《2006 年武装部队法》，第 383 条和大臣制订的法定文件，特别包括 2007 年 5 月 10 日、2007 年 10 月 8 日和 2008 年 6 月 24 日制订的法定文件。

[58] 法案的条款保留了指挥官在简要处理程序的核心地位，90%以上军队惩戒案是采用这种程序处理的。众议院，1995-96 年期，《武装部队法案特设委员会的特别报告》，HC828-I（1996 年 4 月 30 日），第 43 条。

[59] 同上，第 113 至 115 条。

[60] 同上，第 116 条。

[61] 同上，第 113 至 122 条。

[62] 同上，第 365 条。

[63] 同上，第 155 条。

[64] 同上，第 159 至 160 条。

[65] 《1968 年军事法庭（上诉）法》，第 8 条，经过《2006 年武装部队法》修改，附件 8。法院本身由法官和由高等法院院长和大法官任命的其他有法律经验的人组成。

[66] 《2006 年武装部队法》，第 273 条。

[67] 同上，第 274 条。

命。[68] 军法检察长由女王根据大法官的建议任命。[69] 军事法庭法庭主管军官由国防会议任命，国防会议由国防大臣主持。[70]

58. 这一改革过程已经将定期审查军事司法系统成为一项常规任务，从中也可以吸取经验教训。[71] 在联合王国，作为一个宪法问题，如果议会不能每 5 年制订新的立法，设立军事司法系统的法规就会失效。实际上，这就是说，国防部和议会下院设立的一个特别委员会要根据五年期间年份的经验、业已变化的环境和人权规范，系统审查现行军事司法系统。[72]

2. 哥伦比亚

59. 哥伦比亚开展的改革，提供了把法外处决等严重侵犯人权行为的管辖权从军事管辖移交给普通法院管辖的案例研究。

60. 哥伦比亚开展改革进程是为了解释和实施 1991 年《宪法》的各项规定，其中包括军队和警察人员在“服现役”期间犯下罪行，而且犯罪行为“与现役有关”时，他们所犯罪行受军事管辖。[73] 1997 年，宪法法院裁决，对这项规定必须作狭义解释，所犯罪行须与宪法所规定该安全部队作用范围内的某项范围广泛的使命或任务有“相近而直接”的联系。[74] 它指出，如果作出更宽泛的解释，就存在把军事管辖权转化成单独一类军事阶层的个人特权的危险。它认为，有些行为，如危害人类罪，就“公然背离［军队和警察部队］的宪法规定职能，不论在什么背景下实施这种行为，单单实施这种行为，就打破了行为人与军方的任何职能链接”，因此，必须由具有一般管辖权的法院审理。[74] 这反映了法院早先的判决，即根据国际义务，禁止利用对适当服从概念的解释来免除士兵侵犯人权的刑事责任。[75]

61. 美洲人权法院的判决强化了这一立场。法院裁定，“军事刑罚管辖权有一个限制性的特别范围”，只能扩大适用于“侵犯军事命令依法受保护的利益”的罪行。[76] 如果根据军事管辖权来审理普通犯罪，就会违犯《美洲人权公约》要求犯罪由“主管”法庭审理的规定。[77] 法院裁决，在各种案件中，包括涉及警察在镇

[68] 同上，第 364 条。

[69] 《1951 年军事法庭（上诉）法》，第 46 章，第 29 条，经过《2006 年武装部队法》修改，附件 16。

[70] 《2006 年武装部队法》，第 363 条。

[71] 另见，E/CN.4/2006/58，第 64 至 66 段（原则 20）。

[72] M. Oakes［（见上文注 50），第 10 至 14 页］阐述了这个审查过程。

[73] 见第 221 条。

[74] 见判决 C-358-97（1997 年 8 月 5 日）。

[75] 判决 C-578/95（1995 年 12 月 4 日）。

[76] Durand and Ugarte v. Peru，2000 年 8 月 16 日的判决，第 117 段。

[77] 同上，第 113 至 131 段。

压叛乱行动期间实施法外处决的案件[78] 和国家军队平定监狱暴乱导致 111 人死亡的案件[79] 中，禁止行使军事管辖权。

62. 1999 年，议会颁布了一部新的军事刑法典，其中重申军事管辖权视犯罪与适当军事职能之间的联系而定，明确禁止对酷刑罪、灭绝种族罪和强迫失踪罪[80] 等（不一而足[81] ）行使军事管辖权。同样，2000 年，国会通过了一项新的普通刑法，其中载有一条关于“侵害国际人道主义法所保护人员和货物的罪行”的规定，[82] 包括“杀害受保护人员罪”。[83]

63. 如今，哥伦比亚士兵实施的法外处决，可依照普通刑法定性为犯罪。然后，这种犯罪就会受到总检察长办公厅的起诉，并受具有普通管辖权法院的审判。管辖权是在军事司法系统还是在普通法院，此类争端由最高司法委员会解决。[84]

3. 荷兰

64. 自 1991 年以来，荷兰既没有军事法院，也没有军事法庭，[85] 只是指挥官在惩戒案件中仍然发挥巨大作用。[86] 但是涉及士兵的案件，包括在武装冲突局势下发生的案件，都是根据审理涉及平民的普通刑事案件所用同样的审理和上诉复审制度处理的。[87] 然而，地区法院和上诉法院受理的涉及军事人员的案件，却起用由两名文职法官和一名军事法官组成的特别军事分庭。[88] 这些案件由附属检察官办公室的普通文职检察官起诉。[89]

65. 实体法和程序法的多数规则，都由普通刑法和刑事诉讼法加以规定，但《军事刑法典》和《军事刑事诉讼法》也列有针对军人的犯罪和规则。[90] 这些包括在

---

[78] Las Palmeras，第 2、32 至 47 段。

[79] Durand and Ugarte（见上文注 76），第 59 段。

[80] 《军事刑法》，1999 年 522 号法（1999 年 8 月 13 日），第 1 至 3 条。

[81] 判决 C-878/00（2000 年 7 月 12 日）。

[82] 《刑法》，2000 年 599 号法（2000 年 7 月 24 日），第 2 章。

[83] 《刑法》，第 135 条。

[84] 《宪法》第 256 条第 6 款。最高司法委员会由法官组成，任期 8 年（《宪法》第 254 条）。有关这个问题判例的讨论，见 Military Jurisdiction and International Law，pp. 241-247。

[85] 关于这项立法及其背景，见 Military Jurisdiction and International Law，pp. 293-294。

[86] L. Besselink，“Military Law in the Netherlands”，European Military Law Systems，pp. 624-628。

[87] A.F.M. Brenninkmeijer，“Judicial Organization”，Introduction to Dutch Law，pp. 56-57。

[88] L. Besselink（见上文注 86），第 631 页。

[89] 同上，第 632 页。

[90] 同上，第 630 至 631 页。

武装冲突期间发生犯罪时，应加重判刑和为刑事责任提供额外辩护的规定。[91] 还有《战争行为法》，把违犯“战争法律和惯例”的行为定为犯罪。[92]

五. 结论和建议

证人保护方案

66. 为保护证人而制订的程序和体制，包括正式证人保护方案，必须成为任何惩罚法外处决责任人的总体努力的核心。但是法外处决司空见惯的许多国家都没有名副其实的方案，或者是方案不力。

67. 缺乏严肃的证人保护方案，当然部分是因为资源不足。但更重要的是，它是缺乏确保追究法外处决责任，特别是在嫌疑人是警察或军官时，缺乏追究此类责任的政治意志的表现。

68. 上文的分析着重指出必须做出设计周密的体制安排和其他安排，但体制设计本身绝对无法解决缺乏政治意志的问题。

69. 国际社会承认在国际刑事法庭等背景下保护证人的重要性，却没有提供必要的财政、技术和政治支助，以便在迫切需要采取行动的多数情况下制定有效的国家方案。

70. 人权事务高级专员办事处应当开发政策工具，以鼓励和促进惩治杀人和其他犯罪的国家级方案更关注证人保护。

军事司法系统

71. 在世界太多国家中，军事司法系统都与人权义务不符。它们助长的有罪不罚现象，也使它们在应对法外处决方面缺乏效力。

72. 各国政府应当根据人权规范和国家实践的趋势，定期审查军事司法系统。

73. 大会应当呼吁所有国家报告其现行安排符合人权标准的程度。

---

[91] D-J Dieben & T. Dieben, When does War become Crime? Aspects of the Criminal Case against Eric O.（2005），pp 21-22；P.C. Tange，“Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 2005-2006”, Netherlands Yearbook of International Law（2007）, pp 307-309, 342-349（摘自国防大臣就阿富汗和其他情况下的部署问题给议会议员的信）。

[92] L. Besselink（见上文注 86），第 631 至 632 页。