



大会

Distr.: General
13 September 2012
Chinese
Original: English

第六十七届会议

临时议程^{*} 项目 70(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

寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯问题

秘书长的说明

秘书长谨向大会转递寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯问题特别报告员巴勃罗·德格列夫根据人权理事会第 18/7 号决议提交的报告。

^{*} A/67/150。



寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯问题特别报告员的报告

摘要

寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯问题特别报告员向大会提交第一次报告，其中着重提到寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯作为一套相辅相成的措施如何为加强法治作出贡献。他提请注意纯形式化法治概念的弱点，强调指出，过渡司法措施的设想和确立必须尊重法治，才能使其成为可持续的增强权利文书。

目录

	页次
一. 导言	4
二. 任务范围	4
三. 法治概念	4
四. 过渡时期司法与法治	6
A. 关于相关性的主张	6
B. 过渡司法对法治的贡献	8
五. 全面的过渡司法政策对法治的总体影响	17
六. 需要符合法治的过渡司法措施	18
七. 结论和建议	20

一. 导言

1. 本报告是寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯问题特别报告员根据人权理事会第 18/7 号决议向大会提交的第一次报告，其中结合大会第六十七届会议关于国内和国际法治的重要讨论和大会第 66/102 号决议第 11 段对秘书长和联合国系统高度优先重视法治活动的鼓励，讨论过渡时期司法¹和法治问题。

2. 特别报告员着重提到在发生粗暴侵犯人权或严重违反国际人道主义法事件后，如何通过实施寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯措施为加强法治作出贡献。他例举实施这类措施的国家的经验，提请注意纯形式化法治概念的弱点，强调指出，过渡司法措施的设想和确立必须尊重法治，才能使其成为可持续的增强权利文书。

二. 任务范围

3. 人权理事会第 18/7 号决议规定特别报告员的任务是处理粗暴侵犯人权和严重违反国际人道主义法的情况。理事会的重点在于实施寻求真相、司法、赔偿和杜绝再犯的措施。具体提到单独起诉、赔偿、了解真相、体制改革、审查政府雇员和官员，或适当地考虑将这些措施结合起来。

4. 理事会强调了包含任务四大要素的全面方针的重要性，以便除其他外，恢复法治和实现其他密切相关的目标。如决议所规定，四大要素旨在确保问责制、伸张正义、向受害者提供赔偿，推动康复与和解、建立对安全系统的独立监测、恢复对国家体制的信任并根据国际人权法促进法治。

三. 法治概念

5. 国家形成的进程与巩固权力的进程密不可分，这种紧密关系不可避免地滋生掠夺风险，或对国家权力的滥用。因此，法治构想的核心历来都集中在限制权力行使的必要性和手段方面。不同传统阐明了以不同方式规定这种限制的最终理由，同时又对权利、尊严和自主观念以及为个人和集体作出诸如可预见性和确定性等工具主义者考虑提出诉求。

6. 人们已很熟悉在一般法治类别下对国家权力进行制约的既不同又互补的方式。首先是对行使权力作出的一系列事先规定：任何国家机关必须坚守规则才能

¹ 如同提交人权理事会的第一次报告(A/HRC/21/46)，特别报告员在本报告中也使用“过渡司法”一词来表述实施第 18/7 号决议所述四项措施的全面方针。该词的使用并不是指某种特殊司法，更不是指一种软性司法，而是指在发生严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法的情况后实现诉诸司法、寻求真相、赔偿和杜绝再犯权利的战略。

行使权力。此处有两种理念值得一提。一种是关于愿望的范围：任何国家机关和行动都必须具有某种特点，即接受监管。谁都不能凌驾于法律之上。从这个意义上说，法治不同于历史上称为的“人治”。第二个理念指明法律是制约国家权力的相关手段。监管仅靠专断的决定是不够的。

7. 如果能得到顺利实施，即便是这些一般规定在人员保护方面也意味着重大进步，因为这可防止统治者随心所欲地进行治理。而对被治理者而言，仅此一点就大大增加了可预见性和决策时可留有的余地。通过对国家权力的制约，减少了多种形式的独断性。但是，尽管法治构想的界限存在漏洞，其实要比这严格得多。制约国家权力的规则必须普遍适用、公开颁布、具有前瞻性、明白易懂、连贯、实际或可满足（即，凡做不到的事情不可强求）、稳定和一致。²

8. 对权力的第二种制约是对行使权力事后处理作出的一类规定，允许适用可引起争议的法律。法治构想要求设立一套复杂的体制和程序，包括一个同样情况同样对待、严格遵守适当程序保障的独立公正的司法机构。

9. 根据法治运作的法院不仅仅是以具有约束力的方式确定个人法律状况的实施规范的机关，它们不同于实施秘密法规的秘密军事法庭，不让被告参与听讯，不判断证据，也没有义务为裁决提供理由。形成裁决的过程（包括听证会，其间出示适当收集的、且各当事方能够获取的证据，给予当事方对事实和相关法律问题提出抗辩的权利，由中立和独立人士进行评估，在一般、公开、明确和不溯既往法律基础上，产生可进行争辩的裁决）早就被认为对法治至关重要。法治强调法院的重要性不仅仅在于其产出（根据规则作出的具有约束力的裁决），而在于它“构建和发起一种“抗辩文化”并将其制度化，抗辩本身并不是目的，而是作为尊重人的一项措施。”³

10. 其实法治不等于依法而治。从形成法治的历史来看，它构成了巩固国家权力的重要组成部分，但法治不仅仅意味着是一种由行为引发的社会控制模式，而是可以指导行动的一种宝贵的治理方式。法治概念的核心条款旨在表明这种差异。因此，要求法律具有通用性、公示性、明确性、系统性或完整性以及以公共利益为重，是以利用而非绕开代理能力的方法行使权力的明确条件。

11. 因此，对权力的监管、法律面前人人平等和司法程序的重要性这三种构想构成传统法治观念的核心，法律确实有其强制性一面，这在刑事司法程序中最为突

² To use the list of formal characteristics of laws in Lon Fuller, *The Morality of Law*, revised ed. (New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1969)。

³ Jeremy Waldron, “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, Vol. 43, No. 1 (2008), p. 56。

出,即便如此(或尤其是在这种情况下),法律有能力让当事方合理的代理人参与,这对了解法治是至关重要的。⁴

12. 形式主义捍卫者与实质性法治概念捍卫者之间的学术性辩论尽管不一定结束,但已大大减弱,不过,联合国系统通过其所有机构明显选择深刻了解与人权有关的观点,其中包括一系列广泛的政治权利,其中有民主权利、促进发展与善政。在世界首脑会议成果文件中,国家元首和政府首脑们再次承诺积极保护和促进所有人权,法治和民主,认识到它们彼此关联、相互加强,属于联合国不可分割的普遍核心价值 and 原则(大会第 60/1 号决议,第 119 段)。大会在关于加强法治的第 57/221 号决议中将治理、法治、人权与发展直接联系在一起(第 7 段)。最近,大会通过第 65/32 号和第 66/102 号决议,强调在国内和国际执行法治的重要性,并呼吁联合国系统将妇女参与法治活动纳入主流。

13. 人权理事会在关于人权、民主与法治的第 19/36 号决议中重申,深刻了解法治不仅仅是断言这些术语的释义相互关联,而是除其他外还强调,法治事关和平、发展和社会融合(以性别平等、消除一切形式歧视为前提)。

四. 过渡时期司法与法治

A. 关于相关性的主张

14. 过渡司法可为加强法治作出贡献的观点在过渡司法的文献和实践中(包括国内和国际)已屡见不鲜。正如关于特别报告员任务的执行战略(见 A/HRC/21/46、第 47-59 段)所述,特别报告员通过强调一些相关例子并努力提高在各种情况下这项贡献可发挥的潜力,有意对其进行了解。

15. 为了说明过渡司法可以为法治作出贡献的观点具有普遍性,迄今为止的几乎所有真相委员会(如萨尔瓦多、利比里亚、摩洛哥、秘鲁和南非等真相委员会)都利用法治概念进行解释性工作(不遵守法治原则是导致侵权行为受到监察的一个因素)以及将其作为进行工作的对象(它们的建议旨在加强法治)。学者们基本同意此概念对重建法治努力的重要性,以及过渡司法措施的有用性。特别报告员在此强调指出过渡司法对法治作出的一些贡献。

16. 安全理事会、大会和人权理事会在审议专题问题和国家局势的相当数量的决议中,以及秘书长和联合国人权事务高级专员在很多相关报告中都表示,联合国系统作为整体,采取了过渡司法可为加强法治作出贡献的观点,因此将其作为联合国系统为法治作出努力的一大要素。

⁴ 另见: Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1996), p. 448。

17. 值得注意的是，正是秘书长向安全理事会提交的关于法治和过渡司法的报告(S/2004/616，第6段)确定了联合国系统内最普遍的法治定义。法治指的是：这样一个治理原则：所有人、机构和实体，无论属于公营部门还是私营部门，包括国家本身，都对公开发布、平等实施和独立裁断，并与国际人权规范和标准保持一致的法律负责。这个概念还要求采取措施来保证遵守以下原则：法律至高无上、法律面前人人平等、对法律负责、公正适用法律、三权分立、参与性决策、法律上的可靠性、避免任意性以及程序和法律透明。

18. 过渡司法一直是秘书长2008年和2010年指导说明中提出的加强法治框架的核心要素。这一点在他最近就此题目提交大会的报告(A/66/133)中仍未改变。他在报告中提到了过渡司法进程和机制(还有制定宪法、法律改革、选举援助和保障、司法和安全机构能力建设，以及与民间社会的联系)，将其作为联合国参与法治部门活动的框架。

19. 从关于布隆迪局势的第1040(1996)号决议起，以及此后在关于过渡进程中的国家的众多决议中，安全理事会都呼吁恢复和维持法治，并设立了将法治作为组成部分的维持和平任务，其中包括除其他外在下述国家实施过渡司法措施：阿富汗(第1401(2002)号和第2041(2012)号决议)、科特迪瓦(第1528(2004)号和第2062(2012)号决议)、刚果民主共和国(第1291(2000)号和第2053(2012)号决议)、危地马拉(第1094(1997)号决议)、伊拉克(第1500(2003)号和第2061(2012)号决议)和利比里亚(第1509(2003)号和第2008(2011)号决议)。

20. 安全理事会第1325(2000)、1820(2008)、1888(2009)、1889(2009)和1960(2010)号决议特别关注妇女、和平与安全问题，呼吁让更多妇女加入各级决策层，并建立对性别问题有敏感认识的防止、管理和解决冲突机制，包括在司法和安全部门改革进程中。安理会还在第1612(2005)、1882(2009)和1998(2011)号决议中建立了关于严重侵犯儿童权利的监督和报告程序。

21. 人权理事会确定了特别报告员任务的第18/7号决议将促进法治作为对过渡司法采取全面方针的目标之一。理事会在决议序言部分第12段中强调必须：

采取全面办法，充分整合司法和非司法措施，包括单独起诉、赔偿、了解真相、体制改革、审查政府雇员和官员，或适当地考虑将这些措施结合起来，以便确保问责、伸张正义、向受害人提供补救措施、推动康复与和解、建立对保安系统的独立监督、恢复对国家体制的信任并按照国际人权法促进法治。

22. 理事会在关于人权、民主和法治的第19/36号决议中再次强调过渡司法对加强法治的重要性。理事会在该决议第9段中强调国际社会必须协助和支持摆脱冲突国家或正在经历民主化的国家，因为这些国家在其过渡和走向民主化治理和法

治的过程中，可能在处理遗留下来的侵犯人权问题时面临特殊挑战。理事会还具体提到法律至上和平等保护原则，将民主、法治和消除有罪不罚现象联系在一起。

B. 过渡司法对法治的贡献

23. 如上文所述，过渡司法可对法治作出贡献的信念是根深蒂固的。分析这些贡献的具体形式具有意义。在此不是要对可作贡献的方式或相关例子进行详尽分类，而是打算对它们加以说明(并开始归类)。在组织这一初步陈述时所依据的是任务的每一个支柱可为加强法治作出的独特贡献，在此范围内，根据通用性的大概升序排列组织要点。从本报告可以看出，这些独特性基本可以分析，因此必须合并审议，理由是任务下的四项措施具有一些共同的基本目标，相互支持，而且它们的效果重叠。

1. 寻求真相机制⁵

揭露和革除有害人员

24. 过渡司法措施可为加强法治作出的最直接和具体贡献就是揭露和帮助清除参与侵权的公职人员(这些人背离了法治最基本原则：即利用法律手段制约权力的构想)。

25. 各种真相委员会将因胡作非为或不作为发生的侵犯人权行为对政府各部门和各级高层官员作出责任归属(不同于刑事罪责)，并确定了让其辞职或将其革职的理由。例如，萨尔瓦多真相委员会重点提到它用“骇人听闻的顺从”来形容司法部门(S/25500，附件，第172页)，并建议最高法院的法官们辞职。

对安全和司法部门丧失功能提出分析，为其改革提出建议

26. 许多真相委员会特别关注司法、安全和其他公职部门存在的缺陷，它们因胡作非为或不作为而对未能实施法治负责，这些委员会本身的分析表明，这是因为如此而导致了严重侵犯人权行为。当前成功的真相委员会具有的独立性，使得这种说法比私人机构或政党提供的说词更可信。通常形成真相委员会的特定环境——社会正设法重拟社会契约之时——提供了一个无以伦比的平台，以便不仅在整个宪政中，而且在安全和司法机构的日常实践中都强调各项原则的重要性。

27. 除了指出存在有害人员外，真相委员会还强调安全和司法机构丧失功能，并建议对其进行改革。有些是结构性丧失功能。危地马拉历史真相调查委员会提供的报告是一个典型的例子。该报告不仅对包括司法和安全部门在内的国家机构进行了深入的历史介绍，还为其改革提出具有深远意义的建议。该委员会提到，司

⁵ 寻求真相的工作可能委托给不同的机构或社会成员办理。此处特别报告员集中论述真相委员会，将其作为过渡时期寻求真相和说明真相的首要工具。

法部门经费不足、过度官僚化、法官人数短缺、辩护律师不够、司法机构成员培训不足、法院数目不足，是影响司法系统有效运作的一些因素。⁶

促进司法救助

28. 一些真相委员会建议提高司法系统的成效和诉诸法院的机会。帝汶真相、接受与和解委员会强调指出，一个公平、专业、便于利用和有效的司法制度是建立法治的基石，⁷ 利比里亚真相与和解委员会也提出了类似建议。⁸ 危地马拉委员会指出，法院远离农村居民、语言上存在障碍和文化差异加重了司法机构存在的其他缺陷。⁹

推动改革，提高司法机构的独立性¹⁰

29. 真相委员会还就司法机构的独立性提出建议，认为可通过在司法机构和其他国家权力部门之间建立防火墙，加强其独立性。给予司法系统更多的行政和预算自主权，以及减少高等法官职务的任命是党派政治产物的可能性，由此可部分实现司法机构的独立性。加强法官的独立性，特别是加强下级法院法官的独立性同样重要，因为他们可能仍然依附于他们在司法系统内的上级领导。建立司法职业终身制可以促进这种独立性，在此制度下无须按照所理解的上级法院法官的倾向性对每个法官进行任命、晋升和解雇。除其他措施外，还要辅之以法官评估程序的改革。智利、萨尔瓦多和危地马拉真相委员会提出了这方面的建议。¹¹

30. 并非只有拉丁美洲真相委员会才对司法独立性表示关切。塞拉利昂真相与和解委员会明确强调，成立一个独立、公平和自主的司法机制是建立法治的起点。¹² 帝

⁶ 见 Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: memoria del silencio*, vol. 3 (Guatemala City, F & G Editores, 1999), p. 114. Available from <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/toc.html>.

⁷ *Chega! Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*, part 11, p. 16. Available from <http://etan.org/news/2006/cavr.htm>.

⁸ 见 vol. 2, p. 384, of the final consolidated report. Available from <http://trcofliberia.org/reports/final-report>.

⁹ Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala*, vol. 3, p. 116.

¹⁰ 关于保证司法独立性，也见特别报告员关于法官和律师独立性的报告(A/HRC/11/41)第 14-84 段。

¹¹ 例如，见：Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala*, vol. 3, pp. 113-114 and 123-124, and vol. 2, chap. 4, of the report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation, "Behavior of the courts toward the grave human rights violations that occurred between September 11, 1973 and March 11, 1990" (Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1993), pp. 860-862.

¹² 见 vol. 2, p. 141, of the Commission's final report. Available from www.sierra-leone.org/TRCDocuments.html.

汶真相、接受与和解委员会指出，一个独立和运作良好的司法系统对确保法治至关重要，根据政府政策产生的司法独立性受到了损害，司法系统未能通过适当程序保护被告的基本人权。⁷

为实施其他法治措施奠定基础

31. 不只是低收入发展中国家，许多实施过渡司法措施的国家的资源或能力都受到限制，并存在各种形式的制度缺陷。这些不足无论是否与收入有关，都说明必须有效利用因实施法治改革措施而必然要消耗的司法和非司法资源。无论如何，采取任何过渡司法措施都需要作出艰难的抉择，包括司法调查的重点在哪里、如何甄选诉讼案件；对哪些机构、在什么级别以及对哪类滥用权力行为进行甄别审查；哪些权利受到侵犯后可获赔偿福利，向受害者提供什么程度的补偿。通过全面审查发生侵权行为的背景、导致或允许产生这些侵权行为的机构的强项和弱点，以及受害者的人口结构和社会状况，包括他们的需要和喜好，可以作出更具有针对性和更有效的反应。真相委员会的工作往往为进行这样的全面审查提供基础。这是各种过渡司法措施之间可能存在相互关系的一个例子，第五节提供了这方面的更多资料。

使受害者得到关注和帮助他们参与

32. 在产生系统性暴力和侵权行为的同时通常都会出现各种有害形式的边缘化，而之后必定会出现各种有害形式的边缘化。尤其是当暴力和侵权行为针对的是根据性别、种族、民族、宗教或甚至地理或阶级因素定义的特定群体时。¹³ 在此情况下，受害者往往不会出现在公众意识和谈论中，对侵权和冲突问题的讨论往往让人感觉受影响的主要是基础设施和精英们的经济利益。真相委员会(特别是自从出现了它们可以利用听证会的趋势后)往往提供了有力工具，可借此传播受害者的经历、陈述他们的一些受害形式和强调他们经常陷入的边缘化所具有的相互关联的形式。总之，真相委员会让个人和群体受害者拥有发言权。特别是在公共辩论中可以行使发言权，这一点与加强法治并非无关，特别报告员将在第五节中明确论述。此项贡献尤其关系到妇女、儿童、少数民族和土著人民，他们或是成为暴力的特殊目标，或是经历了专门针对他们的暴力。特别报告员将在过渡司法中努力推动这样一种趋势，即加强应对各种形式边缘化的潜力。

促进关于正确理解法治的辩论

33. 说明真相及由此产生的讨论正是可以通过对操作司法系统的人对法治理想本身的理解提出质疑，而为建立法治作出重要贡献。例如智利和南非两国的真相委员会试图了解本来正直的法官怎么会如此公然地不履行主持正义的根本任务，

¹³ 特别报告员相信性别平等和少数群体议题事关正在审议的每项措施，因此在本报告的全文中贯穿了对此问题的关切。

由此导致它们对当时法官中间对法治的普遍理解提出了非议。这种理解强调的是法治的形式，在现实中，这种理解可以使法官们轻易地减少麻烦，无须对其在司法制度内角色的合法性作出判断，而这一制度被怀疑不具有合法性。根据这一理解在政客与法官之间进行的分工，可以使法官们认为自己只不过是执法者，无须承担任何责任。从某种意义上说这是事实(智利和南非两国都坚持各种权力的分离)，但是法官在适用或释义对其具有约束力的法律时绝非没有自由裁量权。

34. 智利真相与和解全国委员会指责法官向行政官员做出太多让步，一贯以对这些官员最有利的方式解释法律(例如引用三权分立原则，从而不必审查行政官员为在戒严状态条款下将人监禁甚至流放而提出的理由)，与此形成鲜明对比的是，“法院在评估指控[其他]行为人的证据时……过分严谨地坚持形式上的合法性”，该委员会认为热衷于形式主义有时候“阻碍了[法院]实施适当制裁”。¹⁴

35. 南非真相与和解委员会同意其智利同行就对法治作出纯形式主义的理解在维持专制政体方面的作用所作的评估：“打着‘法治’幌子的看似司法独立和守法主义是帮助政府行使权力合法化的强大机制。”¹⁵ 但是该委员会还认为：

“需要充实司法独立观念，否则法院只不过被视作是顺服其他政府部门的仆人。正是这个为司法机构和律师提供的‘空间’，可以合理合法地用来维护法律制度中的基本公平和正派。”¹⁶

36. 在审查其他过渡司法措施可为加强法治作出贡献之前，特别报告员重申，上述寻求真相机制能否实现潜在贡献取决于其他过渡司法措施的实施情况。

2. 旨在杜绝再犯的甄别审查和其他体制改革措施

37. 尽管各真相委员会为了解安全和司法系统的失败直接或间接导致出现大规模侵犯人权的情况作出了贡献，尽管它们的一些建议中包含着智慧，但事实仍然是：真知灼见与变革转型不是同一回事。既需要分析，也需要具体行动。作为经费和权力有限的临时机构，各真相委员会并不负责落实它们的建议。设立特别报告员任务的决议要求采取一种全面办法处理真相、公正、赔偿和杜绝再犯问题。根据该决议，特别报告员强调指出，寻求真相的措施无论其本身多么重要，都不是过渡期法治议程的全部内容。

¹⁴ 见 vol. 1, p. 120, of the Commission's final report.

¹⁵ Truth and Reconciliation Commission of South Africa, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol. 4 (London, Macmillan Reference Limited, 1998), p. 105.

¹⁶ 同上，第 100 页。

38. 冲突或专制之后清除机构中侵犯人权者及其同伙的想法具有漫长(尽管并不特别卓越)的历史。¹⁷ 冲突过后的大规模清洗在世界各地屡见不鲜,但如果目标之一是加强法治,就不该遵循这种模式。甄别审查涉及到依据客观标准筛查个人行为 and 评判其品行的正式程序,从而确定他们是否适合继续担任或在今后担任公职。¹⁸

39. 为了勾勒甄别审查方案中的一些关键设计变量(不同国家对这些变量采取了不同的立场),¹⁹ 特别报告员指出:

(a) 各种审查方案的目标有所不同。必须在适用甄别审查的机构和那些要接受筛查的机构中的立场这两方面作出选择;²⁰

(b) 各种方案的筛查标准也不相同。必须准确了解所设计的制度是为了根除何种类型的侵犯行为;²¹

(c) 各种方案对这种程序中可接受的证据类型,尤其重要的是对进行认定的标准,也作出不同的决定;²²

(d) 并非所有方案施加的制裁都一样;即使是革职也有多种实施方式(从一个相对温和的制裁开始,包括给予当事人辞职机会而不披露其参与了被认为是侵犯行为)。审查制裁可能涉及不同程度的公开性和可能对今后在某些部门求职的限制;

¹⁷ 例如,见 papers in part II of Jon Elster, ed., *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy* (Cambridge, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Cambridge University Press, 2006)。

¹⁸ 秘书长在他关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告中指出,审查工作经常需要展开一种正式进程,以查明和革除对侵害行为负有责任的人,特别是从警察、监狱部门、军队和司法系统中革除这些人(S/2004/616, 第 52 段)。另见联合国人权事务高级专员办事处关于审查方案的出版物,可查阅 www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVetting.pdf。

¹⁹ 见 Alexander Mayer-Rieckh and Pablo de Greiff, eds., *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies* (New York, Social Science Research Council, 2007)。

²⁰ 设立军队和警察部队部门甄别审查方案的国家多于设立司法机构部门审查方案的国家。德国和希腊还审查了大学。在东欧和中欧,转型后关于审查新闻媒体和其他行业的提案也不少见。当然,许多国家,包括本文提及的国家,都对一些选举机构和政府其他机构使用了审查程序。

²¹ 这方面的范围也很广泛:在东欧和中欧所作努力是查明与前特工部门勾结的情况(不同国家对此有不同解释)。其他一些国家则致力于查明参与侵犯人权的情况。在波兰,审查法要惩处的实际上并不是与前特工部门勾结的行为,而是对这种行为的隐瞒。例如,见 Roman David, *Lustration and Transitional Justice* (Philadelphia, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2011)。

²² 作为行政程序,审查方案开展工作的依据是对各种可能性的权衡,而不是排除任何合理怀疑的证明。

(e) 最后(而从法治角度看很重要的)一点是,各种方案设立的复核或上诉机制不尽相同。

40. 在所有的过渡司法措施中,甄别审查最易受到政治操弄。这可以用各种因素加以解释。甄别审查通常涉及众多案件;审查机构的运作与真相委员会相比不那么公开,而且作为行政机构也不如法院程序那么公开;审查还将决定获取国家权力和资源的机会。因此,谨慎制订和实施审查方案特别重要,要注意严格的程序标准,要与民间社会协商,尽可能提高透明度,同时确保受筛查者和可能的受害者都有资格享有保密性。

41. 在发生严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法的情况之后,符合这些要求的审查方案可为法治作出重要贡献,这些贡献基本上有相关的三类:

(a) 将有害人员从安全和司法部门革除可使受害者和其他人在寻求他们有权享受的国家服务时不必与那些虐待过他们的人打交道;

(b) 革除有害人员可破除犯罪活动网络,这种网络除其他外可能阻碍改革进程;

(c) 机构重新配置人员固然重要,但除了这一严酷事实外,审查措施还可通过其发出信号的功能促进法治:它们宣告机构及其领导人愿意承诺,在就任用、晋升和革职作出任何决定时,都会遵守基本权利规范。

42. 关键法治机构的人事变动虽然重要,但若不配以更深层的结构性改革,这种变动还不足以保证侵权行为不会复现。审查应被适当地视为这些更广泛改革的一部分。在司法机关方面,它们与采取上述一些措施有关,其中包括:增加司法部门预算,在更多地方设立法院,增加提供法律援助以及口译服务或在法庭业务中列入其他语言;改革法官、检察官和司法人员的任用和晋升程序;根据客观标准分派法庭案件并理顺法院行政系统;加强适当程序保障、证人保护方案和审前羁押限制;改进证据收集措施并限制对口供的依赖;将法典现代化,包括在国家立法下将各种形式侵犯人权的行为归类为犯罪;在国内法中明确纳入国际人权和人道主义法义务。在安全部队方面,更广泛的改革包括解散那些大量参与违法和违规行为的团体;理顺存在的各种部队(专制国家和冲突后国家都常见的一个问题是安全机构扩散,且任务不尽一致和/或相互重叠);加强文职监督机制;在各种部队中增进性别和族裔的代表性,特别是在权力职位上(这是在审查方案领域中一般不考虑的人员配置问题);增加安全相关预算的透明度;分清军事和警务职能。

3. 赔偿

43. 赔偿已在过渡进程中占据了一个特殊地位,至少部分原因是由于赔偿可以说是一种最有可能立即改善受害者生活的过渡司法措施。作为过渡司法政策的一部

分，近期的转型国家大都采用了行政的非司法方案向受害者分配各种(实质和象征、个人和集体)福利。²³

44. 在这方面，各国也有显著差异，其中包括：²⁴

(a) 方案的全面性程度不同，即对可引起福利资格的侵权行为覆盖程度不同。大多数方案都集中在一套相当狭窄、主要是对公民权利和政治权利的侵犯行为上，例如法外处决、失踪、非法拘禁、酷刑，并越来越多地包括各种形式的性暴力；

(b) 方案的复杂性程度不同，即分发福利的种类不同。目前趋势是倾向于复杂性更高的方案，这些方案提供金钱补偿和其他种类的福利，例如医疗服务、教育和住房支持，而且还有象征性福利，例如正式道歉和重命名建筑物及公共场所；

(c) 不同方案采用了不同的赔偿福利分配方式，其中有些涉及到在家庭成员中分派这些福利。在其他条件相同的情况下，经验显示，以抚恤金制度分配金钱福利比一次性支付更有益。有证据表明，分派福利对妇女和儿童效果较好；²⁵

(d) 方案的宽宏程度也有显著不同，即所提供福利的规模和数量有很大区别。

45. 赔偿方案可以下列方式帮助加强法治：

(a) 赔偿构成了对受害者权利和相应国家义务的某种形式的确认。1928年，常设国际法院在“乔尔佐伍工厂”案中论述说，违反承诺牵涉到以适当方式作出赔偿的义务，这是一项国际法原则。²⁶《公民权利和政治权利国际公约》第二条第三款还确立了就侵犯该《公约》所规定权利承担有效补救的责任。因此，向受害者提供赔偿构成了对他们一种权利的满足和履行一系列国家义务的一种方式，包括提供有效补救和依法确保公正及平等待遇；

(b) 赔偿不仅是一种特定权利的体现，还可使其他权利也得以行使。公民身份和其他权利、包括特定法律地位的恢复，可以消除对权利行使和机会的严重制约。例如，清除不合理的犯罪记录对个人今后的机遇可以产生深远影响。同样，实质性赔偿还能使受害者得以恢复接受教育和培训而不是注定要在穷困中生活。

²³ 例如，见 Pablo de Greiff, ed., *The Handbook of Reparations* (New York, Oxford University Press, 2006)。

²⁴ 同上，另见《冲突后国家法制工具：赔偿方案》(联合国出版物，出售品编号：E.08.XIV.3)。可查阅 www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammes.pdf。

²⁵ 例如，见 Ruth Rubio-Marín, ed., *The Gender of Reparations* (New York, Cambridge University Press, 2009)。

²⁶ 《乔尔佐伍工厂案(德国诉波兰)》，赔偿，1928年，《常设国际法院案例汇编》，A辑，第17号，第47页。

这一点不仅事关生活质量的差别(尽管这对于个人和整体也很重要),而且还关系到受害者以一种令法律面前人人平等观念获得意义的方式普遍行使权利的前景;

(c) 严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法的情况通常具有集体或团体层面,其中有些形式会特别影响到性别、族裔、宗教或其他群体。当侵权行为或冲突具有这种层面时,大规模赔偿方案可以产生一种包容性的矫正效应,从而可以加强法律及其所提供保护的普遍性的观念。

4. 司法

46. 鉴于其特别丰富的历史,特别报告员在下文将着重介绍近期的一些相关经验,以说明起诉可以为加强法治作出的贡献。

47. 严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法行为所出现的背景对起诉构成了理论和实践两方面的特殊挑战。实际上,在大多情况下,甚至连调查对象也仅限于那些对犯下残暴行为负有责任者当中的一小部分,而这里面有各种原因,包括犯罪者的人数以及资源、能力和意愿的缺乏,再加上这样一个事实,即在许多过渡期间,前政权与后继政权之间的权力平衡使起诉会对过渡形成一种威胁。

48. 在国内法院起诉原则上仍优于国际法院,因为这样做费用较低,而且本地影响、参与和自主程度较高,但正是由于与许多冲突后和专制后情况下机构脆弱有关的原因,除国内起诉之外也推行了若干变通做法并获得了一些成功。

49. 安全理事会分别于 1993 年和 1994 年设立了两个特设国际法庭,以审判前南斯拉夫和卢旺达这两个国家境内冲突产生的案件,这两个法庭的运作现正在收尾。前南法庭起诉了 161 人,其中 126 案审结,导致 64 人被定罪、13 人被宣告无罪、13 人移交国家司法机关、36 份起诉书撤销。²⁷ 卢旺达刑庭起诉了 92 人,其中 74 案审结,有 64 人被定罪,还有 10 人被宣告无罪。该法庭已将 4 案移交国家司法机关并撤销了 2 份起诉书。²⁸

50. 2012 年 7 月 10 日,国际刑事法院发布了其第一份定罪判决,被定罪者是刚果民主共和国的托马斯·卢班加,该法院还于 8 月 10 日在同一案中发布了其第一份赔偿裁判。

51. 被认为可以结合国内起诉一些优点(例如近距、传统和参与可能)和减少国际法庭一些缺点(如远距和费用)²⁹ 的混合法庭也在产生成果:2012 年 4 月 26 日,塞拉利昂问题特别法庭将利比里亚前总统查尔斯·泰勒定罪,该案目前正在上

²⁷ 见 www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures。

²⁸ 见 www.unictl.org/Cases/StatusofCases/tabid/204/Default.aspx。

²⁹ 见《冲突后国家法制工具:尽量发扬混合法庭的传统》(联合国出版物,出售品编号:E.08.XIV.2)。可查阅 www.ohchr.org/Documents/Publications/HybridCourts.pdf。

诉；2012年2月3日，柬埔寨法院特别法庭的最高法院法庭维持了审判分庭对康克由(别名“杜奇”)的有罪裁定。

52. 波斯尼亚和黑塞哥维那境内的法院继续在对1992年至1995年冲突中产生的战争罪和危害人类罪案件进行审理。已针对5 895名犯罪嫌疑人向各警察机构提交了犯罪报告。目前正在进行的调查共有1 285项，同时对412名犯罪者的审判已经完成。³⁰ 尽管该国司法结构复杂而且不时出现政治压力，但仍有希望落实2008年12月通过的处理战争罪的国家战略。由波斯尼亚和黑塞哥维那国家级法院(有国际法官和检察官与波斯尼亚和黑塞哥维同行一道任职的一个混合机构)牵头实施的这一战略预期将在其通过后的15年内完成所有案件。

53. 鉴于本报告的主题，国内起诉重要得多，而得到的国际重视却较少，尽管具体而言有两个国家在这方面取得了长足进步。截至2012年8月，有1 932人在阿根廷境内危害人类罪的刑事诉讼中被列名，其中1 597人已被或目前正在被调查(319人已死亡，另有16人被宣布无行为能力)。在这一总数中，已有272人被定罪，还有20人被宣告无罪。在被定罪者中，76%的人被法院判处16年或更长刑期，还有一大批人被判终身监禁。

54. 除了数字之外，至少有两个关于这些努力的事实值得强调：首先，这些案件涉及的不仅是军队和警察人员，而且也有文职人员，包括武装部队情报部门的文职成员，而且重要的是还包括司法机关人员和事实政府的官员。至少有27名前法官、检察官和辩护律师被作为侵犯人权的同谋或共犯受到指控。

55. 其次，在就性别犯罪和性犯罪开展调查方面也取得了很大进展，在有些情况下调查对象是高级官员，撇开只有直接犯下这些罪行的人才会承担刑责的做法。³¹

56. 同样，智利展示了令人印象深刻的数字。自2000年以来，有771名官员在与失踪和处决有关的案件中被审判和定罪。另有31人在结案前死亡。还有1 446宗案件在继续审理中。这意味着代表失踪和处决受害者提出或已提出起诉的比例达到惊人的76%。³² 虽然这两国实际上都花费了几十年时间才达到这个阶段，而且还存在着遵守问题、拖延问题和实际服刑等困难，但这些无疑都是值得进一步分析的经验。

57. 严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法方面的刑事司法对法治所作贡献几乎不必赘述。不过，必须指出，首先，这类案件中的刑事起诉给法律主权原则

³⁰ 欧洲安全与合作组织驻波斯尼亚和黑塞哥维那特派团审判监测方案战争罪诉讼统计数据，2012年5月31日。

³¹ 见 www.cels.org.ar/wpblogs/estadisticas and Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos humanos en Argentina: informe 2012* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012)。

³² 见 www.icso.cl/observatorio-derechos-humanos。

和相关的平等原则注入了活力。任何人，无论级别或地位，都不能凌驾于法律之上。其次，在一个更实际的层面，鉴于系统侵权行为刑事审判的各种复杂因素，这些进程有助于发展可转移的技能，有利于加强司法系统的全面能力。

五. 全面的过渡司法政策对法治的总体影响

58. 为了清晰说明，特别报告员分别列出了其任务四个要素中每个要素的潜在贡献，同时强调这种区分仅仅是为便于分析，并指出各种措施之间存在功能重叠(例如，提醒注意虽然真相委员会可以就广泛的问题提出建议，但这些建议涉及其他措施的执行，而那些措施通常被认为是一个整体过渡司法政策的一部分)。

59. 在确定特别报告员的任务时，人权理事会强调了对四个要素采取全面方法的重要性。特别报告员在他提交理事会的第一份报告中和其他地方已经明确阐述了对四个要素之间相互联系的立场。他不会在此处总结那些观点，但会利用其中对于过渡司法和法治之间关系的讨论特别具有相关性的观点。这种观点揭示并系统化了第四节所述措施所产生的影响。

60. 其任务的四个要素(寻求真相、公正、赔偿和杜绝再犯)不仅仅是各种努力的随机集合。它们在概念上和实证中均彼此相关，因此，一些政府在几个要素之间进行权衡取舍的倾向是不可接受也不可能取得成功的。这四项措施可以相互补充，帮助弥补每个措施面对矫正粗暴侵犯人权行为和严重违反国际人道主义法行为的艰巨任务的不足之处。

61. 此外，在概念层面，由于拥有一些共同目标，它们可以被看作是一个整体的一部分。这些目标对于促进法治(在此概念上这的确是过渡司法的终极目标之一)以及通过正式法律制度实现正义的努力，十分重要。这四个措施可以视为承认受害者的工具：所有过渡司法措施的目的都是承认受害者，不仅承认他们的故事和他们忍受的痛苦，最重要的是承认他们作为权利享有者的地位。它们还可以视为促进受害者与其他人之间横向信任的手段，更重要的是，可以视为受害者与国家机构之间纵向信任的手段。

62. 承认和信任既是建立正式司法系统的努力的前提条件，又是其结果。法律体系运行的基础必定是创造以拥有权利(和负有义务)为定义基础的法律主体。同样，没有一定程度的信任，任何法律系统都无法运行：在没有全面(或极权主义的)监视的情况下，刑事法律制度必须依赖于公民愿意报告他们目击或亲历的犯罪行为。其前提是：对警方调查、法院系统的效率、法官的诚实和独立性，以及监狱系统的严格性(或许同时具备人性)，等等，具备最起码的信任。

63. 但是，法律体系并不仅仅依赖业已存在的承认和信任度，而且也对两者起到推动作用。历史上，一些法律主体权利的扩展引起常见的为争取承认而进行的斗争，导致其他法律主体权利同样得到扩展(例如以平等的名义)，以及获得法律承

认的权利类别得到扩大(特别是以民主合法性的名义)。同样,法律体系通过积累成功调解社会矛盾的记录,不是依赖已形成的期望值,而是在新的领域创造并稳定期望值。

64. 过渡司法实现这些目标的潜力取决于作为充分理解法治的基础的两个社会机制:首先,不同措施具有确认某些基本规范的能力,而这些规范正是构成法治基础的规范。承认包含了对基本权利的认可,而信任与可预见性不同,如果不是这样,系统性腐败的独裁政府将成为值得信任的典范。相反,信任的基础是预期能够对在共同规范基础上采取行动作出承诺。

65. 第二,过渡司法措施由于具有推进一些团体成立、另一些团体解散进程的潜力,就其实施范围而言,也必须建立在规范基础之上。从审查、起诉和真相委员会的效应清晰可见这些措施具有解散团体的能力,以至于有些团体只能以影子形式运作。凡在过渡国家的公共议程上列入了这些措施,均创建了大量民间社会组织,表明了这些措施具有组建团体的能力。

66. 肯定规范和激励组织或重组公民社会是至关重要的两个社会机制,全面的过渡司法方法通过它们对法治作出贡献,人们对此已有充分理解。这些措施依赖而且强化了权利制度,即人们了解到个人是权利享有者并可以组织起来提出对彼此的权利主张、更关键的是对国家机构提出权利主张。通过这种方式,过渡司法有助于克服人们仅仅是求助者、仰仗权力当局的意志或恩典的状况。他们成为权利主张者和进程参与者,在这一进程中法律的内容、适用范围和力度得到定义。因此,处理以往的犯罪行为有助于实现法治。

67. 没有一个国家能够继续无视违反法治最基本规范的行为,而又声称其尊重法治。这就是法治改革不能完全瞻前不顾后的原因。这并非是因为过渡司法措施实质上是面向过去的,而是因为不存在一个所谓的全新的开始。只要进入过渡时期,政治空间都应由基本权利受到侵犯和侥幸没有受到侵犯的人共同拥有。凡是发生系统性侵犯人权的地方,从严格意义上说,无论对于过去的受害者还是其他人都无权利可言,这表明关切的主体不仅是受害者。在所有领域都需要确保适当纠正以往的侵权行为,才能信任法治和赋予基本权利力量,因为受害者和其他可能成为受害者的人(即系统内的每个人,其中系统性的侵权行为被隐瞒或作为过去的事被忽视)的信心来自于证据,证明权力得到有效监管、人民得到平等对待,当遇到不公平待遇时他们有求助的手段。各种机构是由重视历史的人类创造的。因此,当前法治的力量及其今后的前景在于确保不忘过去。

六. 需要符合法治的过渡司法措施

68. 为了促进加强法治,所有过渡性措施的设计、建立和运作应符合法治的所有要求,包括所有维护公平的程序保障。

69. 当前面临一些重大挑战,例如,过渡时期的起诉工作采取措施的顺序与此处所述顺序相反,不得不面对有关追补适用法律的问题,而这违反了法无明文不为罪、法无明文者不罚原则(这条原则禁止在以往没有法律将某行为定为犯罪的情况下进行刑事定罪)。国家经验表明,这可以通过下列方式解决:呼吁各国兑现可能已作出的国际承诺,即求助于前身政权已认可的强制性规范(绝对法)或实质性法律和程序法;要求继承政权的独立公正的法庭宣布废除淫威政权的此类法律,或宣布废除这些政权可能赋予自身的赦免资格;或查找前身政权通过的授权进行侵权行为的法律等方面的漏洞。但是,主要问题是,如果进行刑事起诉和审判是为了加强法治,就不能无视合法性问题,而两者对这一目的的贡献取决于一丝不苟地遵循适当程序的要求,表明每个人、即便涉嫌犯有最严重的违法行为,也得到法院的公平对待。每项审判的法律依据和程序方面很重要,起诉工作的分配也很重要。特别是如果违法行为发生在群体性动机可能成为一个问题的情况下,分配起诉工作的方式也应遵循一视同仁的原则。这不是一个力求精确跟踪违法行为的群体性分布问题,而是为了确保司法系统在最初选择关注的案件时也实行一视同仁。

70. 赔偿方案也必须在处理两类案件和个人申诉时遵循一视同仁和程序公平性原则。在选择可以获得赔偿机会的这类违法行为时,必须铭记最初违法行为的分布情况,以及受害模式(这是拥有一般由真相委员会收集的有关违法行为的全面信息对于赔偿也十分有用的原因之一)。在做出这一选择、确定各种违法行为的赔偿福利种类和获益程度以及处理各个赔偿申请方面如进行歧视性筛选,可能破坏赔偿可对法治作出的贡献。虽然赔偿方案在处理违法行为和冲突的女性受害者的方式方面已取得了进展,但仍有许多工作有待完成。³³

71. 审查方案可能以多种方式违反法治的要求。例如,如果审查最终采取清洗形式,无视个人责任的问题,它们可能干扰参加公职机会平等原则或无视无罪推定。就司法机构而言,在终身任职保障方面可能出现問題,从而使独立性成为问题。总而言之,这些方案必须铭记有关证据标准的问题,并确保建立了能够对审查机构的裁断提出异议的适当上诉机制。³⁴

72. 真相委员会不是司法机构,不应承担司法机构的职能。虽然委员会可以确定责任归属,但不应僭取权力作出关于刑事罪责的决定。即便在上述限制内,被控施害者、甚至受害者的程序公正和隐私权都可能受到侵犯。只要有可能,在公布

³³ 例如,见 Rubio Marín, ed., *The Gender of Reparations*, 及暴力侵害妇女、其原因及后果问题特别报告员的报告(A/HRC/14/22)。

³⁴ 见 Federico Andreu-Guzmán, “Due process and vetting”, in Mayer-Rieckh and de Greiff, eds., *Justice as Prevention*.

最后报告之前赋予每个受牵连者答辩权，可保障委员会的工作不会受到偏袒或不尊重程序公正的指控。³⁵

73. 虽然不同的国家已解决其中许多问题，但特别报告员借此机会重申必须保证过渡司法措施符合法治要求，并强调必须采取系统化方法确保这样做，他将在今后的工作中处理这一专题。

七. 结论和建议

74. 鉴于大会仍在继续开展关于法治的讨论，特别报告员希望强调过渡司法措施可以在已实施这些措施的国家为加强法治作出多方面的贡献，并在这些经验基础上，对如下看法提出告诫：可以将严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法行为撤出法治改革议程。

75. 所有法治改革项目均在具有特定历史的社会中进行。这个问题最值得关切的社会往往是那些曾发生严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法行为的社会。由于不存在所谓的全新的开始，法治改革的直接效果及其未来取决于法治机构是否值得信任。如果法治机构继续允许侵犯甚至最基本的权利而视其无关紧要，就根本不值得信任。

76. 本文所考察的例子表明，真相调查机制可能以如下方式对法治作出贡献：揭露有害人员并将其革职；对安全、司法和其他部门的不足之处进行分析，并提出改革建议；奠定实施其他法治措施的基础；使受害者得到关注，并促使被边缘化的群体和妇女参与；推动有关正确理解法治的辩论。

77. 在发生严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法的行为后，甄别审查方案可以如下三种相互关联的基本方式对法治作出重要贡献：它们可以提供具体行动和转型潜力，补充真相调查委员会的贡献；履行发出信号的职能；并通过将有害人员革职并扫荡犯罪活动网络，公开表示在决策过程中对基本权利的承诺。

78. 赔偿方案通过如下方式对法治作出贡献：承认受害者的权利和国家的责任；赋予受害者权能并使其得以行使其他权利，包括索取国家提供的各种福利和服务；特别是当违法行为具有集体性或群体性时，营造一种包括性别在内的包容感；通过加强在法律面前平等的原则公平地设计和运作方案。

79. 起诉工作通过确保犯罪人不会逍遥法外为加强法治作出了贡献，从而向社会表明正义得到伸张，并除其他外提高了性别相关的犯罪和性犯罪的可见度和对规范的肯定。过渡司法方面的起诉工作经验有可能建立并加强国内司法系统的能

³⁵ 关于其中一些问题，见 Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness* (Cambridge, United Kingdom, and New York, Cambridge University Press, 2006)。

力。这对于成功地保持和巩固过渡司法措施所取得的成就至关重要，而这些措施在时间和范围上都有限。

80. 特别报告员的任务要求采用将其四个支柱(寻求真相、公正、赔偿和杜绝再犯)联系起来的综合方法，特别报告员据此强调指出，只有采用系统执行其四个要素的方法，才能充分实现过渡司法对法治的潜在贡献。

81. 因此，特别报告员呼吁所有有关行为者抵制这种倾向：即认为四项措施可以进行权衡取舍，或认为过渡司法是一种特殊形式的正义，特别是“软”形式正义。

82. 特别报告员希望强调，各国实施这些措施的经验表明：对法治的纯粹形式主义的理解不足以预防违法行为；过渡司法机构寻求促进的法治概念是强有力的概念，将其与人权、治理和发展挂钩，体现了法治对于和平和社会融合(包括性别平等和不存在基于任何理由的歧视)的重要性。

83. 特别报告员在强调过渡司法对法治所作贡献的同时，也肯定了以符合法治基本原则的方式设计并实施过渡司法措施的重要性。
