



## 人权理事会

### 第二十七届会议

#### 议程项目 3

增进和保护所有人权——公民权利、政治权利、  
经济、社会和文化权利，包括发展权

## 寻求真相、司法、赔偿和保证不再发生问题特别报告员 巴勃罗·德格列夫的报告\*

### 概要

在本报告中，寻求真相、司法、赔偿和保证不再发生问题特别报告员列举了其在 2013 年 8 月至 2014 年 6 月开展的关键活动。

在报告中，特别报告员讨论了在处理严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法案件时的起诉优先战略，阐述了为加大力度追究大规模不法行为的责任的优先战略可能需要具备的要素。特别报告员呼吁运用此类战略，处理侵害行为的系统性问题，从而摧毁行为者网络，瓦解暴行孳生的系统。

他强调，刑事司法的运作形式绝不能只是在法庭上“轮流登台”。他强调，防范这一风险的主要方法在于保持检察官的独立性，使他们能够公正地处理各方侵权行为的复杂模式，因而所指控的就是实际侵权行为。

最后，特别报告员着重指出，受害者参与司法程序、介入制定起诉战略的相关工作，显得愈发重要，他呼吁对参与机制制度化加以深入研究。

\* 迟交。



## 目录

	段次	页次
一. 导言 .....	1	3
二. 特别报告员的活动 .....	2-17	3
三. 起诉——综合性过渡司法政策的组成部分.....	18-26	4
四. 调查和起诉的义务 .....	27-32	5
五. 借助起诉优先战略加强问责 .....	33-43	7
六. 有效优先战略的要素 .....	44-74	9
七. 有效优先战略的准则和体制安排.....	75-91	14
八. 受害者参与制定起诉战略 .....	92-98	16
九. 结论和建议 .....	99-118	18

## 一. 引言

1. 本报告依人权理事会第 18/7 号决议由寻求真相、司法、赔偿和保证不再发生问题特别报告员提交。报告列举了特别报告员 2013 年 8 月至 2014 年 6 月开展的关键活动，讨论了在严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法行为发生后起诉优先战略的运用。

## 二. 特别报告员的活动

### A. 国别访问和区域协商

2. 特别报告员对西班牙(见 A/HRC/27/56/Add.1)和乌拉圭(见 A/HRC/27/56/Add.2)进行了国别访问。他对两国政府的邀请与合作表示感谢。

3. 特别报告员高兴地宣布，科特迪瓦政府已同意其进行国别访问，其本人期待 2014 年 11 月前往该国。他本来希望 2013 年访问危地马拉，为在 2014 年底前行，一直与该政府保持联系。自 2012 年起，他就向尼泊尔当局提出国别访问请求，但至今未获答复。

4. 其他待复国别访问请求的国家是巴西、布隆迪、柬埔寨、刚果民主共和国、几内亚、印度尼西亚、肯尼亚、卢旺达和斯里兰卡。

5. 特别报告员 2013 年 11 月在坎帕拉进行非洲区域磋商；2014 年 5 月在柏林进行欧洲和北美区域协商。会议结果将纳入人权理事会第 18/7 号决议(第 1 段 f 项)所要求的研究报告。

### B. 函文和新闻稿

6. 2013 年 8 月至 2014 年 6 月，特别报告员向阿尔及利亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、萨尔瓦多、危地马拉、尼泊尔和西班牙发送函文<sup>1</sup>，并就埃及、尼泊尔和阿拉伯叙利亚共和国发布新闻稿。

### C. 其他活动

7. 特别报告员向人权理事会提交 2013 年有关真相委员会的报告(A/HRC/24/42)，然后参加了关于“日本慰安妇问题”和“查阅历史真相档案”的边会。他还会见了阿根廷、埃及、日本、肯尼亚、瑞典、突尼斯、乌干达和乌拉圭的代表及若干非政府组织的代表。

8. 2013 年 9 月，特别报告员对欧洲联盟理事会人权事务工作组发表演讲，就欧洲联盟过渡司法政策作为涉及面更广的《人权和民主战略框架》的部分内容提出初

<sup>1</sup> A/HRC/26/21；A/HRC/25/74。

步看法。2013年12月，特别报告员在第十五届欧盟—非政府组织人权论坛致开幕词，还会见了人权事务特别代表等一些欧洲联盟官员。

9. 2013年10月，第二届过渡司法国际会议在津巴布韦召开。特别报告员借助视频链接作主旨发言。

10. 在大会第六十八届会议，特别报告员介绍了其有关过渡司法与发展之间相互关系的报告(A/68/345)，并且担任了边会“分裂社会的历史教育”和“过渡司法与发展：新议程、新概念、新可能”的专题讨论嘉宾。

11. 在2013年10月、11月，特别报告员在美国国际法学会过渡司法与法治兴趣小组会议就法治与过渡司法的关系发表演说，并在纽约举办的“二十一世纪国际人权事实调查”会议上以“无事实有真相：真相委员会事实调查职能式微”为题发言。在此期间，他还在“挑战常规：真相委员会能否有效加强和平进程？”高级别研讨会有关“和平协定与真相委员会”的讨论环节发言。

12. 非洲区域协商举办之前，特别报告员与乌干达当局对话，会见了乌干达司法与宪法事务国务部长和外交国务部长(国际事务)等人。

13. 2013年12月，特别报告员在达格·哈马舍尔德基金会组织的2015年后全球发展议程讨论会发表主旨演讲。

14. 2014年5月，特别报告员召集检察官举行专家会议，讨论暴行之后的起诉战略。会议由瑞典主办。同年6月，特别报告员参加了在日内瓦就同一主题举行的非政府组织—专家圆桌会议。

15. 欧洲和北美区域协商完成之后，特别报告员有幸会见了德国联邦总统和德国外交部的几位代表，包括德国外交部联合国及全球事务司司长和人权处处长。

16. 2014年6月，特别报告员在突尼斯真相与尊严委员会成立仪式上发表主旨演讲。他还与委员会、政府代表和非政府组织举行了会议。

17. 同月，特别报告员在日内瓦向会员国通报情况，并会见了阿根廷、德国、危地马拉、尼泊尔、西班牙、瑞士和乌拉圭代表以及若干非政府组织代表。

### 三. 起诉——综合性过渡司法政策的组成部分

18. 特别报告员在提交人权理事会的首份报告(A/HRC/21/46)中强调，他的任务是寻求真相、司法、赔偿和保证不再发生，务必据此实施各项措施，作为综合政策的要素。根据实践经验，特别报告员在报告中指出，各项措施在制定和执行时彼此呼应才能收到最佳效果。它们不是备选办法可供国家挑拣，而是从属于整体的部分，每一措施都有相应的法律义务。分则力寡，合则势张，这些措施是拨乱反治解决大规模侵害行为遗留问题的利器，可助在压迫和/或冲突之后实现正义。

19. 这四个要素有共同的目标：在功能上，争取使受害者得到承认、促进人们互信(特别是在国家机构)、巩固法治、增强社会凝聚力、促成和解。因此，本报告着重指出，“过渡司法”不是特殊司法，更不是“软性”司法。它是一项战略，目的是实

现在法律基础上对司法的理解。有鉴于此，本报告强调，社会和解无“捷径”，这是因为社会层面的和解只能借真相、司法、赔偿和保证不再发生的措施及其他改革政策以可持续的方式实现。

20. 本报告运用综合方法，根据特别报告员的工作，为任务四个要素的每一个撰写一份报告，加固根基，提供实用指导，克服在措施贯彻上的长期挑战。<sup>2</sup>

21. 本报告侧重于“司法”这个要素内刑事起诉。从许多方面来看，这都是任务中最为成熟的一个要素。但凡正式司法系统都有起诉的环节。因此，在这一领域，除了有关于正义要旨的概念性讨论外，在国家、区域和国际一级，实践丰富、法律框架密集、判例很多。

22. 刑事起诉对过渡司法有多重贡献。最起码，它使受害者权利所有人的身份得到承认。刑事起诉还为法律制度树立公信创造了机会。在尊重正当程序的系统中，有效起诉能够保障和加强法治，发挥上述所有作用，最终有助于社会和解。

23. 更具体地说，在涉及严重侵权行为的案件中，特别当法律遭到任意适用时，刑事起诉让平等和法律至上的原则有萌芽的可能。任何人，无论级别大小、地位高低，都不能凌驾于法律之上。从更实用的角度来看，大规模侵权行为的刑事审判错综复杂，起诉有助于培养可转用技术，有利于提升国内司法系统的整体能力。

24. 严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法行为发生的背景带来了独特的挑战。实际上，对侵权行为负有责任的人受到调查的极少。造成这一局面的主要原因有，涉嫌加害人数很多，财力、人力、能力和意愿却相对薄弱，而且过渡期间前政权或军队经常保有一定实权。

25. 本报告试为打击有罪不罚现象尽一份力。鉴于大规模侵权行为发生后的起诉工作大受掣肘，应把提高成效定为施力方向。本着这一目标，报告把重点放在起诉战略，更具体地说，是国家一级的优先战略。

26. 优先战略要与案件筛选战略界限分明。报告讨论的问题是，为侵害和虐待行为的调查与起诉确立战略次序。相比之下，筛选战略则是建立多道门槛以便确定具体案件是否属于调查或起诉的范围。

#### 四. 调查和起诉的义务

27. 各国义务调查和起诉根据国内或国际法构成犯罪的侵犯人权和违法人道主义法的行为，尤其是灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪，或其他严重侵犯人权行为，包括即决处决或法外处决、酷刑和其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇、奴役、强迫失踪、强奸及其他形式的性暴力，以及其他严重违反国际人道主义法的行为。不调查和起诉此类侵权行为则构成对人权条约法的再次违反。<sup>3</sup>

<sup>2</sup> A/HRC/24/42。

<sup>3</sup> 人权事务委员会第 31 号一般性意见，第 18 段。

28. 从人权的角度看,调查和起诉的义务源自获得有效救济的权利。<sup>4</sup> 受害者本人及其近亲属乃至整个社会(在某些情况下)了解真相的权利是救济的组成部分。<sup>5</sup>

29. 各国不得以大赦、先前豁免或免责让涉嫌加害人脱罪。<sup>6</sup> 起诉的义务还包括消除程序障碍,例如服从上级命令抗辩或过短的诉讼时效。<sup>7</sup>

30. 此外,各国义务互相帮助,法办涉嫌严重侵犯人权或严重违反国际人道主义法且根据国内法或国际法其行为构成犯罪的人;<sup>8</sup> 对于种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和酷刑等罪行,各国义务引渡或起诉被控加害人。<sup>9</sup> 为履行该项义务(普遍管辖权),各国需要颁布实施具有域外效力的法律,处罚此类犯罪,不论在何地由何人所为。<sup>10</sup>

31. 事实表明,处于过渡期的国家尽管肩负国家和国际义务,可是依然难拒大赦包括全面大赦的诱惑,结果犯罪情节极其恶劣的加害人也能借此逃脱法律责任。特别报告员对此类赦免表示严重关切。实际上,这将一些人置于法律之上。大赦这种侵权行为,将其当成实现和平的一种手段,此举虽是为着立即结束暴力的值得赞许的目标,但事实证明它不仅会助长有罪不罚之风,<sup>11</sup> 还会产生适得其反的作用,因为从长远来看,大赦既不能防止侵权行为再次发生,也不能避免暴力的恶性循环。<sup>12</sup>

32. 倾向免究刑责的原因复杂多样,其中之一是认为起诉可能危及初生的过渡机构,认为起诉无论如何都难有成果。本报告的一个主要目标是,表明已有战略可用于控制上述风险,其效果得到了证实,其成果也经过了检验。

<sup>4</sup> 见《公民权利和政治权利国际公约》,第二条,第三款;《非洲人权和人民权利宪章》,第7条第1款a项;《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》),第25条;《阿拉伯人权宪章》,第9条;《欧洲人权公约》,第13条。另见 *Boucherf* 诉阿尔及利亚案,第11段,人权事务委员会第1196/2003号来文; *Kurt* 诉土耳其案,第140段,欧洲人权法院判决书(1998年5月25日)。

<sup>5</sup> A/HRC/24/42,第18段至第20段。

<sup>6</sup> 第31号一般性意见,第18段。

<sup>7</sup> 同上。

<sup>8</sup> 同上。

<sup>9</sup> 《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》,第五条和第七条;《防止及惩治灭绝种族罪公约》,第四条至第七条;《日内瓦第一公约》,第四十九条;《日内瓦第二公约》,第五十条;《日内瓦第三公约》,第一二九条;《日内瓦第四公约》,第一四六条。

<sup>10</sup> A/HRC/27/56/Add.1,第83段至第84段和第104段(十九)。

<sup>11</sup> S/2004/616、S/2011/634及《秘书长关于联合国过渡时期司法方针的指导说明》(2010年3月);另见红十字国际委员会,《贯彻国际人道主义法国家委员会第三次全体会议报告》,第32页,强调禁止对国际罪行予以大赦。

<sup>12</sup> [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14824&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14824&LangID=E)。

## 五. 借助起诉优先战略加强问责

33. 处于过渡期的国家，不论是专制后、冲突后或是两者特点兼具，都有一个特征，就是犯罪案件多，卷入犯罪的可能多达数千人，受害者众多。在过渡最初，尤其考虑到在镇压和/或冲突之后，司法机构难免面临信誉、能力和资源方面的约束，特别是体制薄弱，要起诉和审判所有责任人，根本无可能。<sup>13</sup>

34. 在国内管辖的多数情况下，起诉的标准办法是，先来先办、分别处理。因此，大部分国家在这方面没有制定明确的优先战略。

35. 起诉战略是法律、政治措施和供资重点织就的系统的一部分，涉及具体行动方针。广而言之，起诉战略是一个框架，用于确立调查方向、集中起诉力量、指导部署必要资源。它是“凝神聚力”的工具。

36. 在过渡时期，法律规范得到遵守的程度通常较低，侵权行为往往是复杂的系统造成的结果，而这些系统按犯罪意图形成，或因严重系统性失灵而产生。司法系统在完成办案量与提供所有必需的正当程序和公平审判保障之间似难两全。在此情况下，不用优先战略的危害尤甚。主要风险包括：

(a) 体制因镇压和/或冲突而受到严重削弱，可信度、能力和资源欠缺，可能导致调查分散重复、办案量翻倍；

(b) 默认依照接案顺序办案，可能出现大量问题，包括调查不扎实、起诉缺底气、进而偏离根本的证据宣告无罪和/或判刑畸轻，进一步侵蚀司法系统的公信力；

(c) 因此，刑事责任在事实上受到限制。对犯罪行为负有最大责任的人可能最终成为这一弊病的主要受益者，低级别加害人却被发起的各种调查当成重点；

(d) 办案时未能考虑侵权行为的模式和系统性本质，结果就是毫无章法地让受害者在几起案件中作证，受害者可能因此遭到二次创伤、二次伤害，甚至面临安全风险；

(e) 对于需要开展专门性起诉和调查工作的特定罪行，包括性犯罪及招募和使用儿童参加敌对行动，有罪不罚的现象屡见不鲜；<sup>14</sup>

(f) 采用逐案处理的办法难以确立不同案件之间的关联，难以发现侵权行为的模式，难以挖出指挥链，然而所有这些却是必须之举，毕竟侵权行为无论发生在何地都不是孤立事件，而是犯罪体系的产物。因此，逐案处理不能有效消除侵权行为孳生的系统，而这正是过渡时期起诉战略最为紧迫的目标之一。

<sup>13</sup> Siri Frigaard, “写在前面的话”, Morten Bergsmo 等, 《核心国际犯罪案件排序与选择标准》, 国际刑法和国际人道法论坛出版物第 4 辑(2010 年), 第 1 页至第 3 页。

<sup>14</sup> 国际刑事法院, 检察官办公室, 《性犯罪和基于性别的犯罪政策文件》(2014 年 6 月) ([www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf))。

37. 对大规模侵权行为免于起诉行不通，因为这是不作为，构成对国际人权义务的再次违反。问题是如何调动、组织现有资源——制度、政治、人力、物力——才能最大限度地发挥刑事司法措施的影响。

38. 起诉方面的失败影响着人们对整体过渡司法举措的看法。例如，在利比里亚，由于缺乏起诉，过渡司法措施全面遭到质疑，就连真相与和解委员会所作的认真努力也不例外。<sup>15</sup> 著名的南非经验亦是如此。不予起诉给整个框架蒙上阴影，所以委员会前主席才强调，“真相与和解委员会为国疗伤之事业未竟”。<sup>16</sup>

39. 重要的是，起诉资源配置标准不妥当、不合理可能导致歧视和侵权新招再出或故态复萌，为摆脱旧时侵权行为并在正义、平等、法治的基础上建立新的社会秩序所做工作或将因此受到蛀蚀。这甚至可能引发不公正感和对体制的愤怒情绪，进而激起新的暴力。<sup>17</sup>

40. 总之，过往侵权行为有着系统性的本质，这不仅关乎需要立即得到补救的受害者之权利，也关乎所有人之权利的有效性。实施成功的起诉战略不应被视为对少数人的关注，而应被视为对整个社会的关注。<sup>18</sup>

41. 采用起诉战略的主要优势包括：

(a) 通过更有意识地分配稀缺资源，改善刑事机构的工作，从而增强体制能力，工作取得积极成果后，可增强人们对体制的信心，这反过来又能增加资源；<sup>19</sup>

(b) 提供一种手段，以易懂、透明的方式向公众和受害者解释为何有些案件得优先办理，从而最大限度地避免由于没有采用此种措施而频繁使希望落空的问题；

(c) 帮助保障起诉决定免受不当影响；

(d) 提供能更加准确地评价刑法行为者工作的工具。

42. 在发生大规模侵权行为的情况下，运用健全的起诉战略尤为重要，原因如下：

(a) 战略瞄准侵权行为孳生的系统，可能有助将之铲除。这让审判不再是孤立行动，使司法进程的影响更加可持续，从而解决了所有过渡司法措施都会面临的一个关键挑战；

(b) 侧重于适当确定施害模式的战略就更有可能改善脆弱群体的处境；

<sup>15</sup> 利比里亚至今未就战争罪提起诉讼，境外则有几例，其中最重要的是塞拉利昂问题特别法庭对利比里亚前总统查尔斯·泰勒的有罪判决。

<sup>16</sup> 斯蒙德·图图大主教，“真相与和解委员会为国疗伤之事业未竟” (<http://mg.co.za/article/2014-04-24-unfinished-business-of-the-trc-healing>)。

<sup>17</sup> Morten Bergsmo 和 Maria Paula Saffon，“旧日暴行积案如山：如何筛选核心国际犯罪案件并为之排序？”，Kai Ambos 等，国际犯罪案件起诉战略：筛选与排序(2011年)，第26页。

<sup>18</sup> A/68/345，第16段至第21段。

<sup>19</sup> 冲突后和脆弱国家的机构过渡进程，见《2011年世界发展报告：冲突、安全与发展》，第二部分。



(c) 健全的战略还能通过制定风险评估措施，查明关键涉嫌加害人，尽可能少地让受害者特别是证人反复卷入诉讼程序，从而保护受害者；

(d) 制定战略的过程也就是规划的过程，它包括计算可行性，推出激励措施以便逐渐与部门改革建立重要联系(例如安全与发展政策)，并且最大限度地发挥起诉对加强整体司法系统的积极作用。

43. 然而，通过并执行起诉战略面临各种障碍。有些制约因素更具结构性，包括：在某些情况下，出于对合法性原则的诠释，禁止行使起诉裁量权；<sup>20</sup> 现有法律框架中缺乏相关类别的罪行，可能妨碍检察官起诉特定罪行或行为(例如，强征儿童入伍、不同类型的性犯罪，甚至强迫失踪)；审前羁押人数众多，形成压力，迫使检察人员先处理此类案件，而不从更有战略性的角度进行考量。

## 六. 有效优先战略的要素

44. 优先由于决定分类整理管辖范围内的案件，排列涉嫌严重侵犯人权或严重违反国际人道主义法案件起诉和审理的顺序，才需要有优先战略。<sup>21</sup>

45. 本报告无意开出具体的处方或建议采用围绕下述任一要素构建的优先战略。战略的制定和通过不应成为枷锁桎梏。任何战略计划都不可能消除所有意外情况；司法进程并非静止不动，起诉的可能性边界会在过渡过程的不同阶段发生推移。所以，没有哪个战略能万古不废。同样，战略达到相当的复杂程度，就会涉及各种各样的因素，若要将其排出甲乙丙丁，难免会牺牲复杂带来的些许优势。

46. 本报告没有说明不同要素的具体权重或位次，而是着意概述各种要素及其主要好处、弊端，从而使起诉战略的制定者了解特定选择的后果和影响。

47. 简案：有些国家的司法当局决定优先起诉“简案”(“触手可及的果实”)，重点关注案件推进的可能性，包括发出逮捕令、听证、引渡、审判或定罪。这种方法的优点是能让检察官在短期收到成效，并展示清理案件积压工作的成果。这可能还有助于花费最低的代价收集有价值的证据。起诉、审判级别较低的加害人所涉简案、小案，还可被视为对罪魁祸首提起更复杂的诉讼前所作必要准备。<sup>22</sup>

48. 例如，波斯尼亚和黑塞哥维那最初的标准规定，在排列案件的次序时，可能需要考虑“调查阶段”以及“案件是否做好审判准备”。<sup>23</sup> 阿根廷在废除大赦法律之后采用了类似战略，迫使检察官推动已正式送交起诉书的案件，而不是启动新的调查——奉行类似“一案到底”的原则。

<sup>20</sup> A/HRC/20/19, 第 34 段。

<sup>21</sup> 波斯尼亚和黑塞哥维那与哥伦比亚已采用了明确的起诉战略。阿根廷虽无书面战略，但在这一领域的工作堪称典范。智利也是如此。

<sup>22</sup> Bergsmo 和 Saffon, 《积案如山》, 第 57 页。

<sup>23</sup> 战争罪特别部, “敏感案件先办的取向标准”。

49. 然而，偏重案件推进的准备程度有明显缺点。第一，它使战略完全依赖先前(经常不是完全有道理的)关于推进哪些案件的决定(始终值得询问某些果实为何更加“触手可及”)。第二，推进案件的准备程度未必关系到以下工作：摸清侵权行为的整体模式、判断其严重性、或确定侵权行为的罪魁祸首。第三，如果对某个团体不利的证据恰巧更加易得，采用这一战略就可能使人产生偏袒徇私的联想。

50. “案件推进的准备程度”或许暂时是个诱人选择，但很难被视为完善的综合战略的核心。举例来说，波斯尼亚和黑塞哥维那改变了最初的战略，引入了其他标准，例如优先查办最严重的侵权行为和罪魁祸首。<sup>24</sup> 事实上，正如“推进”一词所示，这是一个程序性而不是实质性的战略标准。

51. “影响重大”的大案：有些国家的司法实践表明，优先办理对舆论有积极影响的案件，有助于提高对旧时侵权行为各个方面的认识，发出重要信号，或促使国际社会给予不同形式的支持。这方面的一个特类是“要案”，即旨在确立重要法律先例和/或引发法律变革的案件。

52. 例如，阿根廷的西蒙案。1980年代，阿根廷对军政府要员进行审判之后出台的法律造成有罪不罚现象，致使这方面工作停滞多年，西蒙案则为起诉工作的全面开展铺设了道路。2001年，在一起由人权组织提起的诉讼中，联邦法官以《终止法》和《服从法》有悖阿根廷的国际人权义务为由，裁决此二法律违宪。西蒙案的判决后来得到了布宜诺斯艾利斯联邦上诉法院的支持，许多案件由是重新审理。2003年8月，新法律<sup>25</sup>宣布这两项法律无效。最后，在2005年7月，联邦最高法院维持了联邦上诉法院对西蒙案的判决，肯定了新法的效力。

53. 十分值得赞扬的是检察官了解起诉某起案件的潜在影响或者系列案件的内在结构。然而，最终影响在很大程度上有赖多个因素，其中包括特定案件的实际如何裁决、裁决日后能否成为判例。此外，某案的判决会否具有“指导性”取决于一个深层观念：什么在整体上可为起诉所用。若有任何标准可使“影响重大”的大案的辨别不仅具有后瞻性，而且具有前瞻性的，那么起诉战略的核心就是这些标准，而不是对“影响重大”一词的认识。

54. “最严重”的侵权行为：优先起诉“最严重”的侵权行为，其战略考量通常指向导致生命损失或严重侵害身体完整性的行为。在国际层面，包括在《国际刑事法院罗马规约》里，危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪<sup>26</sup>已被牢固地确定为最严重的犯罪；在国家层面，这些罪行因被纳入国内刑法而成为判断严重程度的核心。

55. 运用这一优先排序标准的历史悠久。1985年，阿根廷成功对军政府要员进行审判，在此过程借助此标准，优先处理前军政府领导人制定和执行的系统计划而实施的即决处决、强迫失踪和酷刑案件。波斯尼亚和黑塞哥维那、科特迪瓦、刚果民

<sup>24</sup> Morten Bergsmo 等，波斯尼亚和黑塞哥维那核心国际犯罪积压案件档案，国际刑法和国际人道法论坛出版物第3辑(2009年)，第57页至第86页

<sup>25</sup> 第25779号国会法。

<sup>26</sup> 第五条。

主共和国、危地马拉和乌干达近期的国内起诉也用到此标准。例如，刚果民主共和国检察官就利用这一理念，重点处理了性暴力犯罪。

56. 优先查办最严重的侵权行为有个明显的好处，就是承认最令人发指的罪行的恶劣性，将之与情节较轻的罪行区别开来，并且强调厘清此类案件、惩办加害人的重要性。

57. 然而，“最严重的犯罪一词”作为战略的组织标准并非没有瑕疵，原因主要有三个：

(a) 关于“恶劣性”或“严重性”标准的界限，疑问始终挥之不去。现在有种趋势，就是赞成在国内法中纳入源于国际法的犯罪类别，这自有重要性，却不能完全解决有关术语定义的其余问题。“最严重的犯罪”在国际一级仍然概念不明、意思不清，而且随着时间的推移发生了变化，而发生这种变化是有道理的，某些类型的性暴力就是例子。

(b) “恶劣性”与诸如“普遍性”等起诉战略的其他重要考量因素之间未必有关联。在许多情况下，侵权行为中最普遍的那些类型不在国际界定的最严重犯罪的核心区域。仅着眼于后者会形成巨大的“有罪不罚漏洞”，令大多数侵权行为逃脱追究。起诉战略如果对大部分侵权行为视若无睹，纵使把重点放在骇人听闻的罪行，也显然会遭遇严重的合法性问题；

(c) 某些关联犯罪可能达不到恶劣性的门槛，但若采用不同战略则在起诉范围之内(例如性暴力或与性别相关的暴力以及某些经济犯罪)。仅围绕“最严重的犯罪”制定优先战略有可能不利于起诉这类犯罪行为，或追查暴行的其他层面，如企业或司法共谋。

58. 国际法庭已在起诉策略中用到这一标准。前南斯拉夫问题国际法庭经过一段时间后采用了这一标准，国际刑事法院则是刻意为之。<sup>27</sup> 后者从规模、本质、作案方式和罪行影响的角度对标准进行了分析，为讨论作出了贡献。<sup>28</sup> 然而，令人不安的是，法院的案件筛选决定似乎影响到国家的排序决定。特别报告员感到关切的是，把补充性原则 视为可以“一切从简”，增加了而不是减少了有罪不罚漏洞。

59. “罪魁祸首”：优先战略能同时(或交替)把重点放在查办严重侵权行为的罪魁祸首上。“罪魁祸首”一词通常系指任高级领导职务或对计划、命令或煽动实施严重犯罪发挥影响的人。<sup>29</sup>

60. 在国家一级查办罪魁祸首的例子有，危地马拉对埃弗拉因·里奥斯·蒙特的审判(2013 年，埃弗拉因·里奥斯·蒙特成为首位被国家法庭判决犯有灭绝种族罪的总统。在低级法院作出判决后 10 天，宪法法院以程序为由推翻原判，引发争议)；

<sup>27</sup> Bergsmo, 优先排序标准, 第 25 页至第 78 页。

<sup>28</sup> 国际刑事法院, 检察官办公室, 2009 年-2012 年起诉战略(2010 年), 第 20 段。

<sup>29</sup> 同上, 第 19 段。

<sup>30</sup> 1985 年阿根廷对军政府要员的审判；以及可能导致引渡智利奥古斯托·皮诺切特的诉讼程序。2009 年秘鲁对阿尔贝托·藤森的审判似乎同样基于这一理念。此外，波斯尼亚和黑塞哥维那的起诉战略<sup>31</sup> 也以这个标准为重心。刚果民主共和国在性暴力案件的处理上也表现出了重点查办高级别加害人的某种意愿。<sup>32</sup>

61. 这一标准是主要好处是，发出法律面前人人平等的关键信号。特别是在有些案件中，部分国家机关被不当地用于推进特定利益，某些人明显不受法律约束，终究任何人都不能凌驾于法律之上的观念至关重要。<sup>33</sup> 确实，前领导人必须接受法庭审判的画面有以儆效尤的重要作用；这是奉行法治的具体体现。

62. 优先查办罪魁祸首同样也传递了这样一条重要信息：负有最大责任不一定要直接参与犯罪行为。

63. 然而，战略剑指高级领导始终有被认为狭隘过度或目标错乱之虞，因为如果主要从资历或级别的角度理解，“罪魁祸首”未必专指最惨绝人寰的侵权行为或最臭名昭著的犯罪分子。

64. 此外，此项战略费力劳心，如果前政权及精英同盟仍然手握重权，就更是如此。在此方面，特别报告员强调，根据国际法，国家有义务为检察官提供适当框架和有利条件，包括保护检察官的人身安全，保证检察官的独立和公正。<sup>34</sup>

65. 若这一优先标准强调国家有意愿履行义务保障检察官的独立和公正，出于同一原因，它还强调检察官有意愿在一丝不苟地对证据进行认真、客观评估的基础上才向前推进，尊重正当程序保障，从而避免战略的固有风险，即使人认为这是“胜者的正义”。

66. 《关于检察官作用的准则》强调，检察官有义务保护公共利益，而这不应混同于保护当权政府、政党或任何其他国家机构的利益。<sup>35</sup> 因此，检察官对公众负有的义务是，对前任和/或在任公职人员所犯罪行的起诉工作给予应有的重视。<sup>36</sup>

<sup>30</sup> 见初审法院第 781 号裁决，第 01076 00015-2011 号判决，宪法法院 1904-2013 年记录。

<sup>31</sup> 总检查长第 01810 号决议(2012 年)。

<sup>32</sup> 联合国人权事务高级专员办事处，刚果民主共和国打击性暴力有罪不罚现象取得的进展和面临的障碍，2014 年(www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/UNJHROApril2014\_en.doc)。

<sup>33</sup> A/67/368,第 5 段至第 13 段和第 46 段至第 57 段；另见 Ellen L. Lutz 和 Caitlin Reiger 等，《起诉国家元首》(剑桥大学出版社，2009 年)。

<sup>34</sup> 推翻对里奥斯·蒙特定罪的法院还缩短了总检察长克劳迪娅·帕斯-帕斯的任期，相关决定被广泛认为是对其在该案中所做工作的报复。

<sup>35</sup> 第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过，古巴，哈瓦那，1990 年；见威尼斯委员会，《司法系统独立性欧洲标准报告》(CDL-AD (2010 年) 040)，第 71 段。

<sup>36</sup> 《关于检察官作用的准则》，第 15 段。

67. 起诉过去或现在身居高位且对计划、命令或煽动实施严重罪行发挥影响的人是项复杂工作。若国内的刑法缺乏关于上级责任的规定，就更是如此。国际法庭和一些国家已经尝试使用诸如“共同犯罪”<sup>37</sup> 或“组织支配”等涉及“职务犯罪”的解释。<sup>38</sup> 在此方面，特别报告员着重指出，证据的发现、保存、整理、分类和存档过程至关重要。

68. “象征性”或“典型”案件：即使在侵权行为范畴大且多样的情况下，仍然有部分案件会给人类或特定群体的良知带来震撼。若不能同时或在固定期限内起诉全部案件，就有充分理由考虑可否把起诉工作的重心放在此类案件上。<sup>39</sup>

69. 运用这一优先标准的难点确切地说是术语的界定。术语的含义如简化到“大众关切的对象”，战略就会充斥各种不请自来的舆论偏见。举例来说，针对边缘群体(例如族裔少数群体)的侵权行为在舆论中达不到“象征性”案件的高度。相比之下，案件要是涉及精英人物、德高望重的人物或出于多种原因吸引了国际关注的人物就有了象征性。

70. 从理论上讲，可以围绕严重性、侵权行为类型、地理分布、受害者与加害者的人口特征等标准制定一份“象征性”案件清单，展示起诉工作分配公平到无懈可击的地步。然而，优先战略的核心是上述标准，而非舆论。

71. 优先突破“结构性犯罪”的节点：有句批评可能可用来针对上述所有要素，那就是它们都不够重视过渡司法措施应助力摧毁最初侵权行为滋蔓的系统。国际犯罪，尤其是危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪，不是单个人的行为，而是需要网络连结实施此类行为的个人。<sup>40</sup> 因此，起诉战略应当特别关注大规模侵权行为的系统性或结构性。

72. 通常，大规模侵权行为并不只是需要严密组织立竿见影的“武装”行动，还需要协调行动的实施，后者靠的是施以援手的政治、经济人士，甚至是能够调动大量团体和资源的社会和文化行为体。国家一级的起诉战略若欲产生长远影响，应当瞄准行动者网络的“节点”。显然，这需把起诉工作的重点放在以下方面：注重侵权行为模式，帮助查明指挥链、武装行动者和其他团体之间的联系、财务和其他支持，包括军火贸易和走私。此处的挑战不仅在于确立个人对孤立侵权行为的刑事责任，而且在于集中对准各行动者得以合力发动恶劣的侵权行为之系统或网络。把目标对准连接点可能有助于粉碎整个犯罪体系。

<sup>37</sup> Tadić 案，案件编号 IT-94-1-A，第 196 至 201 段，由以下案件等确认：Krajišnik 案，案件编号 IT-00-39-T，第 655 段和 Popović 等人案，案件编号 IT-05-88-T，第 1021 段。

<sup>38</sup> Kai Ambos, 《上级责任和组织支配：让“罪魁祸首”为国际罪行承担责任的途径》，A. Nollkaemper 和 H. van der Wilt, 等编辑, 《国际法范畴下的系统犯罪》(2009 年)。

<sup>39</sup> 见阿根廷近期的起诉案件，总检察长办公室，第 13/08 号指示 ([www.mpf.gov.ar/resoluciones/PGN/2008/PGN-0013-2008-001.pdf](http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/PGN/2008/PGN-0013-2008-001.pdf))

<sup>40</sup> Nollkaemper 和 van der Wilt, 系统性犯罪。

73. 毫无疑问，这项战略十分不易：(a) 在政治上，它针对的是政治和经济权势集团；(b) 在技术上，它需要调查和起诉技能，而检察官(惯于思考孤立案件)没有太多积极性或机会发展这种技能；<sup>41</sup> 鉴于跨国犯罪网络愈加密集，这项战略还要高度的国际合作与支持(这并不总是随要随到)。

74. 期待起诉发挥作用以助在短期内捣毁整个结构和犯罪网络，也要明白现有刑事司法手段存在局限。若要改变根深蒂固的系统，必须开展广泛的体制改革和社会经济改革。起诉和改革应齐头并进，相互补充、相互支撑。

## 七. 有效优先战略的标准和体制安排

75. 对可能影响在过渡时期成功制定、执行国内起诉战略的因素，特别是有助摧毁孳生侵权行为之系统的因素进行简单分析，从中可以发现权力关系、能力和资源是关键制约因素。

76. 没有任何法律机制能完全抵消不平等权力关系的影响，或者弥补所谓“政治意愿”缺乏的问题。然而，检察官独立、公正则能防止刑事司法变成权贵手中的工具。

### A. 检察官的独立性

77. 特别报告员着重指出，《准则》起到重要作用，它强调检察官<sup>42</sup> 是司法的基本力量，在刑事诉讼中扮演着积极的角色。《准则》要求检察官公正地履行职能，避免任何形式的歧视，既要考虑嫌疑人和受害者处境，又要维护公共利益。如前所述，不应把行使诸如刑事起诉等公益职能的目标定为保护(现届或往届)政府、政党或其他任何国家机构的利益。

78. 为使检察官免受政治影响，在检察机构和司法部门的关系安排上，必须确保前者不必听命于后者。这体现在机构之间的关系(包括支配预算的权力)、检察官特别是首席检察官的任免程序、首席检察官与其他检察官的层级关系，还体现在检察官案件分配机制以及检察官承办案件收回的标准和程序。检察官对外自主(相对于其他国家和非国家行为者)和对内自主(独立于上级)均需有保障。

79. 体制和程序设置可采取不同形式，但应有效地提高把案件证据作为调查和起诉决定唯一依据的可能性。

### B. 检察官的公正性和指控的代表性

80. 采取措施设法保护检察官的独立性，是公正地决定调查和起诉哪些案件的手段。

81. 没有什么比检方的关注失之片面更能削弱起诉工作公正性，例如故意放弃对冲突一方所施侵权行为进行调查和起诉的可能性。即使在起诉顺序上做手脚，降低

<sup>41</sup> 在此方面，起诉有组织犯罪的经验有借鉴之处。

<sup>42</sup> 见上文第 66 段 和 AddA/HRC/20/19。

一方案件受到调查和起诉的可能性，也会引发对工作合法性的严重质疑，并削弱刑事司法措施帮助加强法治的作用。

82. 采纳站得住脚的起诉战略时，就不能不查办冲突任何一方的案件，即使某一方的侵权行为不如其他各方严重。移除导致起诉片面化的障碍，在冲突各方的犯罪程度不均的情况下，并不意味着需要对冲突各方同等数量的罪行或加害人提起起诉，也不需要精确计算所占比例。然而，刑事司法的运作形式决不能绝不能在法庭上“轮流登台”。检方调查须遵循可信的指标，起诉决定须且仅须立足于经公平评估的证据。近期在孟加拉国<sup>43</sup>和埃及<sup>44</sup>的起诉和审判令人担心。

83. 在与身份、政治或派别相关的因素的驱使下，偏离已得到佐证的侵权模式的程度越大，工作合法性的问题就越严重。一旦出现这种偏离，虚假对称或“双方各有其罪”的论点会导致罚不当罪的后果。

84. 调查和起诉任何一方而无党派考量，是使用旨在考察暴行罪规模和性质之法的一个结果。另一重要结果则是调查范围扩大，从单纯关注直接和中间加害人延伸到其他明知是侵权行为仍予以配合或故意从侵权行为中牟利的其他当事方和系统。从长远来看，一项起诉战略若要行之有效，就不能对这些系统坐视不管。

85. 起诉战略还会影响到最终提出的指控。对侵权行为模式的系统性和复杂性的理解更深，指控就能更好地反映实际犯下的罪行。调查发现的这些模式应体现在起诉书陈述的事实中和提出的指控中。

86. 此外，特别报告员感到关切的是，经对近期冲突(后)局势进行观察，注意到有这样一种趋势：把国家作为多数侵权行为最终受害者的那几类指控(危害国家安全罪、恐怖主义罪、犯罪共谋)成为起诉的焦点，但侵犯人权和违反人道主义法的行为要么被忽视、要么被放到次要位置。例如，马里正在进行的起诉就集中于此，而毫不顾及2012/13年国家北部爆发危机期间犯下的其他严重、普遍罪行，包括性暴力和性别暴力。

87. 有的国家还没调整国内法律，使之符合起诉大规模侵权行为的国际义务，有的国家尚未在国内法律中纳入某些犯罪的定义。在这些国家，检察官应当根据相关国际义务争取尽可能紧贴国际人权标准提出指控。因此，纵然国内刑法典未对危害人类罪和其他国际罪行作出界定，也不应妨碍检察官理解此类罪行的系统性和规模性本质。

## C. 能力、体制和资源

88. 多数处理过渡期的国家不大可能具备有效的优先战略所要求的能力。一项新型战略若注重侵权行为的规模性和系统性本质，重视摸清侵权行为的模式，并把矛

<sup>43</sup> [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13204&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13204&LangID=E) 和 [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14824&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14824&LangID=E)。

<sup>44</sup> [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14596&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14596&LangID=E) 和 [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14824&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14824&LangID=E)。

头对准系统性犯罪网络的节点,就得改变做法和调查技术。所需技能不仅要发展,而且要保持,要推广。鉴于严重国际罪行起诉工作的复杂性,许多国家设立了专门部门或机构。<sup>45</sup>

89. 没有哪种体制形式可以从一个地方照搬到另一个地方,而不必考虑当地情况、需求和资源。备选方案相当广泛。既有(相对)独立的机构(德国、波兰),也有检察机关内部不同类型、不同职责范围的专门部门(阿根廷、智利、哥伦比亚和科特迪瓦)。此类机构的基本职能是强化成功、高效起诉复杂案件所需的专门知识。时至今日,查办和审理大规模侵权行为的目标极少得到充分理解或认真对待。

90. 若要这些专门机构或协调机制行之有效,就必须向其提供足够的人力资源。在德国,纳粹罪行调查中央办公室在工作量高峰期曾有 120 名工作人员。在哥伦比亚,国家分析与局势研究局有 50 位检察官、70 位调查员和 60 位犯罪分析师,他们具有政治科学、历史、军事战略、人类学、社会学、经济学和系统工程学背景。

91. 合作协助发展所需技能的空间很大。有的专制后和冲突后国家已经积累了起诉经验,储备了大量的知识和专门技术。所以,在此领域,国际和区域合作应注重国对国和三角支持模式。

## 八. 受害者参与制定起诉战略

92. 近年越来越多地强调受害者参与过渡司法机制,包括刑事司法程序。国际人权标准和原则规定受害者有权参与司法机制,这一权利源于诉诸司法权和获得有效救济权。<sup>46</sup> 据认为,在国际层面对受害者的特殊地位的承认,反映出国际社会在嫌疑人和犯罪人基本权利与受害者权益之间恢复平衡的集体意愿。<sup>47</sup> 诸如国际刑事法院、柬埔寨法院特别法庭、设于塞内加尔法院的非洲特别法庭、东帝汶严重犯罪特别法庭等国际与混合法院、法庭的规约中有受害者参与的条款,规定受害者可以参与诉讼的全部阶段,巩固了受害者在刑事诉讼中的中心地位。

93. 参与可以采取不同形式,既有参与决策和(或)意见等直接参与的方法,也有借助通知、宣传和信息交流间接参与的方法。<sup>48</sup> 司法程序的各个环节,从启动调查到量刑阶段再到刑事司法程序附带的赔偿程序,受害者均可参与。<sup>49</sup> 虽然参与的

<sup>45</sup> 这些国家包括比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、丹麦、法国、德国、肯尼亚、挪威、波兰、卢旺达、荷兰、塞内加尔、塞尔维亚、南非、瑞典、乌干达、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

<sup>46</sup> 见上文第 28 段。另见《为罪行为和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》和《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》。

<sup>47</sup> 联合国药物管制和预防犯罪办事处,《关于落实为罪行为和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言的决策者指南》,第 1 页。

<sup>48</sup> 有罪不罚现象观察,受害者参与过渡司法机制:真正的权力抑或空洞的仪式?(2014 年),第 22 页至第 27 页。

<sup>49</sup> 见例如《国际刑事法院罗马规约》第十九条和第六十八条第 3 款《国际刑事法院程序和证据规则》规则 50、规则 89 和规则 91。另见《柬埔寨法院特别法庭内部规则》第二十三条。



具体方式和范围有待继续讨论，但是显然在理解当前受害者参与模式的影响方面还有改进的空间。

94. 刑事程序已重视受害者的参与，这值得称颂。原因有几个，包括：

(a) 受害者参与意味着承认受害者是权利所有人，受到正式国家机构的尊重将赋予受害者和其他人极大的力量。这有助于受害者在公共领域占得一席之地；

(b) 这种参与体现并增强了解真相的权利；

(c) 受害者参与方式正规化意味着肯定受害者不但在程序的启动方面发挥关键作用，而且在证据的收集、分享和保存方面也发挥关键作用；

(d) 某些程序有一个长期传统，就是只把受害者当成信息来源或“仅是”证人。受害者参与能加大此类程序正视受害者需求的可能性；

(e) 允许受害者参与刑事诉讼提高了这些程序更好地融入其他过渡司法进程的可能性，包括寻求真相和赔偿；

(f) 受害者因参与刑事程序而产生的力量感可以催生对正义的要求，这反过来可能有利于保障侵权行为不再发生。

95. 能否取得这些成果有赖于受害者参与机制的设计方式。过往记录似乎好坏参半，但仍凸显出已实现制度化的机制相对匮乏；因此，特别报告员呼吁支持对受害者参与措施开展系统研究，在受害者参与国内进程方面特别如此，另外，鉴于受害者参与的潜在好处，还要支持对如何更加有效地把可能变成现实开展系统研究。特别报告员今后将关注这一专题。

96. 对受害者参与起诉战略拟订工作的更加具体的问题进行分析至今未得重视。受害者参与制定起诉战略的做法正规化的主要理由包括：

(a) 许多对受害者权益有关键影响的主要决定远在审判开始之前就已作出，若要增进受害者权利，就得让受害者参与制定起诉战略。

(b) 受害者为制定起诉战略所作的一个具体贡献是帮助确定可能的侵权行为的范围，使检察官得以确定潜在指控的范围。确保受害者最初的投入能在后来为检察官所用，帮助他们推进案件办理并根据取得的证据开展调查、提出指控。如在早期阶段就有此一举，还能给受害者额外的激励，可促使其作出证词并出示证据。这可避免后来出现需要修改战略或起诉书的情况。如果能作出战略决定，在早期阶段让受害者参与，结果可能由检察机关会酌情提出多项指控，这有助于反映国际犯罪的多层面性质。前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭处理的案件显示，受害者在确定指控方面起到决定性作用。<sup>50</sup> 在柬埔寨法院特别法庭，民事当事人介入调查阶段，从而使此前隐蔽的强迫婚姻罪行得到调查并在后来受到

<sup>50</sup> 见例如卢旺达问题国际法庭，检察官诉 Akayesu 案，案件编号 ICTR-96-4-T；除其他外，Jean-Paul Akayesu 被判犯有危害人类罪范畴下的强奸罪和灭绝种族罪范畴下的强奸罪。然而，因为未能在伊始就提出指控，后来无法在法庭补诉性暴力犯罪。另见《拨乱反治和非洲人权利，卢旺达的幸存者和灭绝种族后司法：经验、观点和希望》(2008年)，第95页至第98页。

指控。<sup>51</sup> 可以预见，在国内司法程序里，受害者将起到类似的作用，协助确定相关指控。

(c) 权衡起诉战略的不同要素绝非易事，在此过程中，受害者的贡献对于明确“罪魁祸首”和“最严重的罪行”十分重要，因为他们不受正式等级观念的束缚，但是熟悉当地情况，尤其还了解(通常身体上)所遭受的多种形式罪行侵害的影响。

97. 在此背景下，特别报告员呼吁大家更加重视建立和加强机制，让受害者切实参与有关起诉战略设计的审议。

98. 最后，受害者有效参与起诉战略的制定，与受害者参与刑事司法程序各个阶段相同，也取决于保障其安全的能力。特别报告员呼吁会员国履行义务，在拟审理严重侵权行为的程序中，保障受害者和其他所有参与者的安全。

## 九. 结论和建议

### 结论

99. 刑事起诉使受害者权利所有人的身份得到承认，(重新)建立对法律和司法系统的信任，加强法治，促进社会和解，增强社会凝聚力。起诉能彰显公平和法律至上原则。

100. 各国义务调查和起诉根据国内法或国际法构成犯罪的侵犯人权和违反人道主义法的行为。这一义务源自获得有效救济的权利，包括了解真相的权利。不调查和起诉此类行为则构成对人权条约法的再次违反。

101. 国家不得通过大赦、先前豁免、免责、服从上级命令之说、过短的诉讼时效或其他障碍免于追究涉嫌加害人的个人责任。

102. 国家有义务互相帮助，将涉嫌触犯国内法或国际法实施犯罪行为的人绳之以法。特别报告员感到关切的是，近期普遍管辖权领域出现倒退，某些“先行国家”决定在国际罪行的域外管辖权方面收紧国内立法。

103. 特别报告员对涉嫌犯有灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪并实施其他严重侵犯人权行为或其他严重违反国际人道主义法行为的加害人获得大赦甚感忧虑。这可能进一步固化有罪不罚现象。事实证明，此举甚至有碍可持续地预防侵权行为的再次发生和暴力的恶性循环。

104. 经验显示，对大规模侵权行为负有责任的人中受到调查的只占很小一部分。过渡期出现这一问题的主要原因是，涉嫌加害人人数多，但是财力、人力资源相对稀少，能力有限且意愿不高。由于受起诉的案件少，其他过渡司法措施也受到质疑。

105. 起诉优先战略就是确定战略优先次序，据以调查和起诉侵害和虐待行为案件与情况。在过渡司法情况下，不采取这一战略主要的风险包括：调查分散和重复；

<sup>51</sup> 共同调查法官办公室，关于请求调查强迫婚姻和强迫发生性关系问题的命令(文件编号：D268/2)。

许多调查不扎实，起诉缺底气，结果嫌疑人被开脱或只被判判刑；司法系统的可信度进一步削弱；刑事责任在事实上受到限制，对于级别高的加害人特别如此；受害者遭到二次创伤和二次伤害；性犯罪、招募和使用儿童参加敌对行动等需要专门起诉工作的特定罪行时常不受起诉。

106. 起诉资源配置标准不妥当、不合理可能导致歧视和侵权新招再出或故态复萌，甚至可能引发新的暴力。

107. 制订起诉优先战略的主要优势包括：提高效率；处理受害者和民众的期望经常破碎的问题；防止监察机关的决定受到不当影响；提高司法程序所产生效果的可持续性；帮助改善弱势群体的处境；加强对受害者和证人的保护。

108. 制定战略时，务必注意避免使其成为枷锁桎梏，而要有动态的考虑，因为起诉的可能性会在过渡过程的不同阶段发生改变。在制定优先战略时，应当考虑对本报告所述各种可能要素的好处、弊端和影响。这些要素包括：“简”案、“影响重大”的大案、“象征性/标志性/典型”案件、“最严重的不法行为”和“罪魁祸首”。

109. 优先战略若要可持续，起诉工作就得注重侵权行为的模式，帮助查明指挥链、武装行动者和其他团体之间的联系、财务和其他支持。战略的目标是摧毁各行动者得以合力发动恶劣的侵权行为之系统或网络。

110. 瞄准侵权行为孳生的系统，需要改变做法和调查技术。一些国家设立了专门部门或机构。各国司法当局之间的合作虽然亟需，却不总是随时就能达成。

111. 特别报告员对检察工作片面性感到严重关切，认为这会使整个过渡司法工作的合法性遭到质疑。该问题涉及故意放弃调查，在起诉顺序上做手脚以降低一方案件受到调查和起诉的可能性。

112. 检察官独立、自主对于防止把刑事司法用作权力工具至关重要。国家有义务制定有效措施保障检察官的独立性和自主性。

113. 特别报告员感到关切的是，一些冲突(后)国家出现一种倾向，起诉时刻意把国家说成大规模不法行为的最终唯一受害者，而侵犯人权和违反人道主义法的行为则要么被忽视、要么被放到次要位置。

114. 特别报告员感到振奋的是，国际社会表现出明显的集体意愿，像对待嫌疑人权利那样认真对待受害者权利。国际与混合法院的规约巩固了受害者在刑事诉讼中的中心地位。

115. 受害者参与意味着承认受害者是权利所有人，彰显并加强了解真相的权利，肯定受害者在程序的启动和证据的收集、分享和保存方面的关键作用，赋予受害者力量，催生对正义的要求——这可能有助于保证侵权行为不再发生。

116. 受害者参与国际和混合法院的起诉战略的拟订工作，经证明对查出一系列潜在侵权行为起到关键作用。特别报告员强调，国家一级缺乏制度化的受害者参与机制，在此领域的综合研究也有空白。

117. 特别报告员强调，保护受害者和证人是实现正义的前提。

## 建议

118. 基于上述结论，特别报告员：

(a) 敦促会员国履行义务，调查和起诉根据国内法或国际法构成犯罪的侵犯人权和违反人道主义法的行为；

(b) 敦促各国不要大赦灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和其他严重侵犯人权行为或其他严重违反国际人道主义法行为；敦促政府间组织不要支持此类大赦；

(c) 鼓励各国颁布具有域外效力的法律，惩办严重侵犯人权行为和严重违反国际人道主义法行为，呼吁实行普遍管辖权的国家巩固既有成就，不要开倒车；

(d) 敦促会员国不要把补充性原则视为可以“一切从简”，因为这会增加而非减少有罪不罚漏洞；

(e) 呼吁采用优先战略，将之作为“凝神聚力”的工具和加强问责的手段；

(f) 鼓励起诉战略的制定者仔细思考优先排序的不同要素，斟酌特定选择的后果和影响，在受害者有效参与的情况下进行战略设计，以期最大限度地追究责任；

(g) 强调起诉战略应当特别注意查明大规模侵权行为的系统层面和结构层面、侵权行为的模式、指挥链及其他辅助角色与安排；优先战略的目标应该是打破各行其是者得以合力实施侵权行为的网络和系统；

(h) 敦促各国通过并实行更加广泛的体制和社会经济改革，使之与起诉工作齐头并进，相互补充、相互支撑；

(i) 强调制定起诉战略是重要的第一步，但要辅之以执行战略的意愿；

(j) 吁请各国采取一切必要措施，包括宪法和立法改革，从而有效保护检察官独立性和公正性；

(k) 敦促当局不要因为检察官独立公正地将大规模侵权行为的实施者绳之以法而对其打击报复；

(l) 敦促检察官认真行使维护公共利益的职责，不要把维护公共利益混同于维护政府、政党或国家机构的利益；

(m) 敦促各国和检察官确保刑事司法的运作形式不会只是在法庭上“轮流登台”。检方调查必须遵循可信的指标，起诉决定须且仅须立足于经公平评估的证据。务必取消导致起诉片面化的一切明暗禁令；

(n) 敦促各国适当注意侵害个人的行为，不要把国家描绘成大规模不法行为的最终唯一受害者；

(o) 呼吁检察官着力于提出能够反映实际罪行的指控；

(p) 鼓励各国考虑建立专门机构或协调单位, 为这些机构提供足够的财政和人力资源, 确保这些机构能充分配备具有各种背景的人才, 包括为保存关键证据聘请法证专家和档案管理专家;

(q) 鼓励各方更有重点地开展国际和区域合作, 重视国与国和三角支持模式;

(r) 呼吁更多地让受害者参与拟订、执行起诉战略并实现参与机制制度化;

(s) 呼吁更系统、更全面地研究受害者参与措施, 特别是在国家一级进行这种研究;

(t) 呼吁会员国履行义务, 在审理严重侵权行为的程序中, 保障受害者和其他所有参与者的安全。