



## 经济及社会理事会

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/2006/58  
13 January 2006

CHINESE  
Original: FRENCH

人权委员会  
第六十二届会议  
临时议程项目 11 (d)

公民权利和政治权利，包括以下问题：  
司法机构的独立性、司法、法不治罪

### 军事法庭司法问题

增进和保护人权小组委员会特别报告员  
埃马纽埃尔·德科先生提交的报告

## 内 容 摘 要

小组委员会第六十一届会议于 2005 年 4 月 19 日通过了两项相互补充的决议，第 2005/30 号决议——“司法系统的公正廉明”和第 2005/33 号决议——“审判员、陪审员和助审判员的独立公正以及律师的独立性”，这两项决议都提到对军事法庭司法问题所作的不断研究。未经表决通过的后一项决议注意到“埃马纽埃尔·德科先生提交增进和保护人权小组委员会的关于军事法庭司法问题的报告(E/CN.4/Sub.2/2004/7)，其中载有《关于军事法庭司法的原则》(草案)”(第 11 段)，并指出“德科先生载有原则草案最新文本的报告将提交委员会第六十二届会议审议”(第 12 段)。

委员会由此订立了该研究的理论框架和时间表，要求 2006 年向委员会提交最新报告。提交的最新报告标志着小组委员会完成了耗时数年的一项工作。这项工作始于路易·儒瓦内先生就其向小组委员会第五十三届会议提交的报告编拟的一份调查问卷(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3 附件)，以后他又向第五十四届会议提交了报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4)；埃马纽埃尔·德科先生也分别向第五十五届会议、第五十六届会议和第五十七届会议提交了报告(E/CN.4/Sub.2/2003/4)、(E/CN.4/Sub.2/2004/7) 和 (E/CN.4/Sub.2/2005/9)。

小组委员会第五十七届会议经过深入讨论，欢迎德科先生提交的报告(E/CN.4/Sub.2/2005/9)，于 2005 年 8 月 10 日未经表决通过了第 2005/15 号决议，并决定“将原则草案最新修订稿连同本届会议期间小组委员会的意见转交人权委员会审议”(第 4 段)。为此，小组委员会请德科先生考虑到小组委员会的评论和意见，修订原则草案，以利于人权委员会审议原则草案(第 5 段)。故提交委员会的正是这份文件。

委员会上述决议，特别是委员会强调“任何时候都应坚持司法系统的公正廉明”(第 2004/32 号决议)，表达了激发从事这项研究的理念。由此可见，重要的是将“军事司法”的发展纳入公正司法的一般原则框架之内。有关公正司法的规定可普遍适用。借用委员会的惯用语，军事司法必须是“普通司法制度的一个组成部分”。同时，还必须有一套普遍适用的最低限度规则，再根据国内法制订更严格的标准。虽然委员会提到了“特别刑事法庭”，但本报告只阐述军事法庭问题，而将另一极端重要的问题——有关特别法庭的广泛问题，留待今后进行研究。

这种做法导致按照小组委员会第 2003 年/8 号决议的要求，编写了《关于军事法庭司法的原则》，这些原则的基础来自儒瓦内先生最后报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4 号文件第 29ff 段)中的建议。以后连续编写的报告对这些原则作了增补、扩充和修改，直至形成目前包含 20 条原则的最新文本。这份综合性案文，实际上是对委员会一套“关于军事法庭司法的原则”决议的回应。

## 目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言 .....	1 - 12	5
关于军事法庭司法的原则草案 .....	13 - 66	8
原则 1. 遵照宪法或法律成立军事法庭 .....	13 - 14	8
原则 2. 遵行国际法标准 .....	15	8
原则 3. 戒严法的适用 .....	16	9
原则 4. 人道主义法的适用 .....	17 - 19	10
原则 5. 军事法院审判平民的管辖权 .....	20 - 21	11
原则 6. 出于良知拒服兵役 .....	22 - 25	11
原则 7. 军事法庭审判 18 岁以下未成年人的管 辖权 .....	26 - 28	13
原则 8. 军事法庭的职能权力 .....	29 - 31	13
原则 9. 审判被指控严重侵犯人权者 .....	32 - 35	14
原则 10. 对军事秘密的限制 .....	36 - 39	15
原则 11. 军事监狱的体制 .....	40 - 41	16
原则 12. 人身保护的保障 .....	42 - 44	17
原则 13. 选择合格、独立和公正法庭的权利 .....	45 - 48	18
原则 14. 审讯的公开性 .....	49 - 50	19
原则 15. 保障辩护权和受到公正公平审判的权利 .....	51 - 53	19
原则 16. 受害人启用诉讼程序 .....	54	21
原则 17. 普通法院的申诉程序 .....	55 - 57	22
原则 18. 正当服从与上级的责任 .....	58 - 60	22
原则 19. 不施行死刑 .....	61 - 63	23
原则 20. 对军法典的审查 .....	64 - 66	24

## 导 言

1. 小组委员会第六十一届会议在 2005 年 4 月 19 日通过的两项互为补充的决议——第 2005/30 号和第 2005/33 号决议——中提到了对军事法庭司法问题进行的不断研究。

2. 委员会以 52 票对零票、1 票弃权(即要求付诸表决的美国),通过了关于司法系统的公正廉明的第 2005/30 号决议,其中提及增进和保护人权小组委员会 2004 年 8 月 12 日第 2004/27 号决议,注意到“法官和律师的独立性问题特别报告员有关这个问题的报告(E/CN.4/2004/60 和 Add.1)和增进和保护人权小组委员会关于军事法庭司法问题特别报告员的报告(E/CN.4/Sub.2/2004/7)”(第 1 段),请“小组委员会关于军事法庭司法问题特别报告员在继续执行其任务时考虑到本决议”(第 10 段)。

3. 这项决议引述了委员会以前就这一议题的决议,特别是 2004 年 4 月 19 日第 2004/32 号决议的一些十分重要规定。其中,委员会重申,“根据《关于司法机关独立的基本原则》第 5 段的规定,人人有权在普通法院或采用既定法律程序的法庭受到审理,不得设立不采用既定法律程序的法庭,并以此取代普通法院或法定法庭”(第 3 段)。还“呼吁通过军事法院或特别刑事法庭审判刑事犯的国家,确保这类法庭属于普通司法系统的一个组成部分,并确保这类法庭采用受国际法承认的适当法律程序,以保证公正审理,包括有权对定罪和刑期提出上诉”(第 8 段)。

4. 在未经表决获得通过的第 2005/33 号决议——“审判员、陪审员和助审判员的独立公正以及律师的独立性”中,第二次提到这一研究。这一决议更加具体说明,注意到“埃马纽埃尔·德科先生向增进和保护人权小组委员会提交的关于军事法庭司法问题的报告(E/CN.4/Sub.2/2004/7),其中载有《关于军事法庭司法的原则》(草案)”(第 11 段),注意到“德科先生载有原则草案最新文本的报告将提交委员会第六十二届会议审议”(第 12 段)。

5. 委员会由此订立了该研究的理论框架和时间表,要求 2006 年向委员会提交最新报告。提交最新报告将标志着小组委员会结束一项耗时数年的工作。这项工作始于路易·儒瓦内先生编拟的一份调查问卷(E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3,附件),在此基础上向小组委员会第五十三届会议提交了报告,后来又向第五十四届会议提交了报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4);埃马纽埃尔·德科先生也分别向第五十五届会议、第五十六届会议和第五十七届会议提交了报告(E/CN.4/Sub.2/2003/4)、(E/CN.4/Sub.2/2004/7)和(E/CN.4/Sub.2/2005/9)。在 2002 年 8 月 12 日第 2002/103 号决定后,

小组委员会本身，尤其是在最近举行的会议上，深入讨论了这一问题，未经表决通过了第 2003/8 号、第 2004/27 号决议和 2005/15 号决议。

6. 小组委员会第五十七届会议经过深入讨论，欢迎德科先生提交的报告(E/CN.4/Sub.2/2005/9)，于 2005 年 8 月 10 日未经表决通过了第 2005/15 号决议，并决定“将原则草案最新修订稿连同本届会议期间小组委员会的意见转交人权委员会审议”(第 4 段)。为此，小组委员会请德科先生考虑到小组委员会的评论和意见，修订原则草案，以利于人权委员会审议原则草案(第 5 段)。提交委员会的正是这份文件，其中附有小组委员会委员们的评论和意见。

7. 2005 年 7 月 28 日介绍报告之后开展的交互对话既活跃又富有建设性。一些委员(汉普森女士、萨拉马先生、里夫金先生、莫托克女士、库法女士、萨尔登贝革女士、谢里夫先生、阿尔弗雷德松先生和横田洋三先生)和一些非政府组织踊跃参加了讨论。汉普森女士强调需要在这套原则中专门加入一条在特殊情况下施用戒严法的原则，允许依戒严法审理平民比无正义要好。应继续在特殊情况下诉诸戒严法，保障公平审判，排除施用死刑。里夫金先生认为，军事司法与民事司法相等甚至更高，但应由经过作战培训或熟悉战时情况的合格人员掌管。他也为随普通法院一起设立临时法庭辩护。最后他说，他不同意汉普森女士关于对平民不施用死刑的建议，因为他认为死刑可能是一种更恰当的惩罚。汉普森女士强调问题不在于死刑，而在于公平审判。她回顾说，无数案例显示军事法庭没有为公平审判提供充分保障。

8. 小组委员会许多委员就报告向德科先生表示祝贺：库法女士称报告出色，是工作的典范，为小组委员会确立了新的标准。莫托克女士说，她认为这些原则极为有用，但怀疑在普通法院已停止运作的跨了的国家能否得到应用。在刚果民主共和国，司法改革刚刚开始对军事司法进行改革。横田洋三先生说，根据他作为缅甸人权状况特别报告员的经验，他认为军事法庭没有提供一种公正的司法体制。他怀疑军人犯下的侵犯人权行为是否应属于军事法庭的管辖范围。阿尔弗雷德松先生指出，军事法庭不仅应对平民而且也应对于军事行动适用国际人权法则。最后，萨拉马先生说，他同意德科先生的观点，使军事法庭文明化要比将它们妖魔化好。

9. 特别报告员还考虑了该议题近期的发展和新的资料。在这方面，国际法学家委员会于 2004 年 1 月 26 日至 28 日在日内瓦举行的题为“人权与军事法庭司法问题”研讨会特别有用；来自世界各地代表所有法律体系的专家、律师、军事人员以及驻日内瓦的外交使团和非政府组织的代表出席了会议。根据小组委员会第 2005/15 号决

议的要求，还需要在2006年举行另一次国际法学家委员会研讨会，讨论本报告中修订后的原则。该决议表示希望“在联合国人权事务高级专员办事处的主持下，组织第二次军事专家和其他专家的研讨会，并[鼓励]采取其他类似举措”(第6段)。对此。特别报告员希望，原则草案继续成为所有相关个人和机构公开坦率讨论的议题。

10. 委员会上述决议，特别是委员会强调“任何时候都应坚持司法系统的公正廉明”(第2004/32号和2005/30号决议)，表达了开展这项研究的理念。由此可见，重要的是将“军事司法”的发展置于公正司法的一般原则框架之内。《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他有关文书在司法方面的原则是非常清楚的。有关公正司法的规定可普遍适用。借用委员会的习惯用语，军事司法必须是“总的司法系统的一个组成部分”。同时，还必须有一套普遍适用的最低限度规则，再根据国内法制订更严格的标准。虽然委员会提到了“特别刑事法庭”，但本报告只阐述军事法庭问题，将有关特别法庭的其他重要或者更广泛的问题留待今后加以研究。

11. 选择这一途径研究军事法庭司法问题，意味着拒绝两种极端的立场，这两种立场都倾向于将军事司法置于普通法范围之外，成为一种单独的、仓促应急的司法形式，或者将军事司法“神圣化”，置于法制基本原则之上，或基于不少大洲最近时期的历史经验将其“妖魔化”。选择很简单：或者军事司法遵从公正司法原则而转变成与任何其他司法形式一样；或者成为一种“例外的司法”，一种单独的体制，置于规则之外，没有制衡，为各种法律滥用敞开大门，只是一种名义上的“司法”……。在神圣化和妖魔化两个极端之间是规范化之路——即军事司法“文明化”过程，这是目前进程的基础。

12. 通过这一办法，编写了小组委员会第2003年/8号决议所要求的“关于军事法庭司法的原则”，其基础是儒瓦内先生最后报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4, 第29ff段)中的建议。后经多次增补、扩充和修改，从13条扩展到17条、19条，直至目前介绍的包含20条原则的文本。还对解释性评注进行了整理，以避免重复E/CN.4/Sub.2/2004/7号和E/CN.4/Sub.2/2005/9号文件等以前报告中的资料。现以《关于军事法庭司法的原则》(草案)形式提交小组委员会审议的综合性案文，实际上对小组委员会决议的答复。委员会决议指出，“载有原则草案最新文本的德科先生的报告将提交委员会第六十二届会议审议”(第2005/33号决议)。

## 关于军事法庭司法的原则

### 原 则 1

#### 按照宪法或法律成立军事法庭

军事法庭的存在，只能依照宪法或法律成立，并遵守分权原则。军事法庭应属于总的司法系统的一个组成部分。

13. 联大 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规范层次提供法定保障的要求相一致，避免行政部门或军方对司法的任何干预。

14. 军事法庭正当性的理论问题不在这里加以判定，恰如前几份报告(E/CN.4/Sub.2/2003/4 第 71 段、E/CN.4/Sub.2/2004/7 第 11 段和(E/CN.4/Sub.2/2005/9 第 11 段)因循儒瓦内先生的报告(E/CN.4/Sub.2/2002/4 第 29 段)已作了说明。现在的问题是军事司法的合法性问题。在这方面，一些国家存在的军事法庭的“宪法化”不能使它们置于普通法范围之外或法律之上。恰恰相反，应将其纳入法制原则之内，首先是关于分权的原则和最高层次的规范。这里要说的是，第一项原则与后面的各项原则是不能分开的。必须强调司法的统一性。正如斯坦尼斯拉夫·谢尔梅姆科先生和威廉·特里特先生在 1994 年提交小组委员会关于公平审判权的最后报告中所指出的，“不应设立不采用正常法律程序的法庭，取代属于一般法院或司法法庭的管辖权”，而且“法院应独立于行政部门。一国的行政部门不应干预法院的审理工作，法院不应作为行政部门对付某个公民的代理人”。<sup>1</sup>

### 原 则 2

#### 遵行国际法标准

军事法庭必须在所有情况下适用国际公认的标准和程序作为公平审判的保障，其中包括国际人道主义法规则。

15. 若存在军事法庭，其在所有情况下都必须遵行关于公平审判的国际法原则。实际上，这一问题涉及到最低限度保障；即使在危机时期，尤其在涉及《公民权利和政治权利国际公约》第四条的规定时，缔约国减少恪守普通法的义务“不得与它根据国际法所赋有的其他义务相矛盾”，并不得包括“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”。如果说《公约》第十四条并未明显处于不可减损权利的“硬核”内，那么有效司法保障的存在就是恪守《公约》原则，特别是第四条规定的固有要素。人权事务委员会在第 29 号一般性意见(2001)中已对这一点作出了强调。<sup>2</sup> 没有这些基本保障，我们将面临正义被完全剥夺的局面。下列原则阐释了这些保障。

### 原 则 3

#### 戒严法的适用

在发生危机期间，诉诸戒严法或其他特别体制不应损及公平审判的保障。任何克减“以紧急情势所严格需要者为限”，应符合妥善司法的原则。特别是军事法庭，不得为克减普通法义务而取代普通法院。

16. 这一新的原则是小组委员会第五十七届会议在弗朗索瓦斯·汉普森女士提议下采纳的。其目的在于考虑到自然灾害过后或《公民权利和政治权利国际公约》第四条涵义范围内所指“社会紧急状态”下产生的内部危机形势，其中颁布了戒严法或类似的非常规制度，例如戒严状态或紧急状态。这是一个灰色区域，它可能使伴随法制的通常保障受到严重克减，而国际人道主义法规定的保证不一定适用。恰如以上提到的，人权事务委员会在一般性意见第 29 号中强调，“由于国际人道主义法律明确保障武装冲突时期受到公正审判权利的某些内容，委员会认为没有理由在其他紧急状态下克减这些保障。委员会认为法律原则和法治原则要求在紧急状态下必须尊重公正审判的基本规定”(第 16 段)。任何“以紧急情势所严格需要者为限”的克减，均应符合改正司法的原则。因此，所有与军事法庭司法有关的原则应继续全面适用。特别是，不得以军事法庭取代普通法院，赋予其审判平民的管辖权而克减普通法。

## 原则 4

### 人道主义法的适用

在武装冲突期间，人道主义法的原则，特别是《关于战俘待遇之日内瓦公约》的规定，完全适用于军事法院。

17. 国际人道主义法确立了司法中的最低保障。1949年8月12日《日内瓦公约》第一议定书第75条第4款规定了即使在国际冲突期间也必须尊重的司法事务中的基本保障，其中提到了“公正和正常组成的法院”。如红十字国际委员会所指出的，“强调需要尽可能公平地进行司法裁判，即使在发生武装冲突，人的生命价值有时受到轻视的极端情况下，也需如此。”<sup>3</sup> 第二议定书第6条第2款提及“具备独立和公正的主要保障的法院”。根据红十字国际委员会，“这一句重申了任何被指控犯有与冲突有关罪行的人有权受到公平审判的原则。只有判决是由‘具备独立和公正的主要保证的法院’作出时，这一权利才能得到有效保障”。<sup>4</sup> 如果说对这些司法保障的尊重在武装冲突期间是强制性的，那么不清楚的是在没有武装冲突时如何才能使这些保障受到绝对尊重。和平时期对权利的保护应等于或大于战争期间公认的保护。

18. 《关于战俘待遇之日内瓦公约》第八十四条规定：“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，普通法院得审讯该拘留国武装部队人员，如其犯有战俘被控制特种过犯。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一百零五条所规定之辩护权利及方法者”。《公约》的所有规定旨在保障严格的平等待遇，即“经审判拘留国武装部队人员之同一法庭，并按照同样程序而宣布”（第102条）。如果对“曾从事交战行为而陷落于对方者”是否为战俘问题存有疑问，“这些人在其地位未经主管法庭决定之前，应享受本《公约》之保护”（第五条）。

19. 不仅如此，根据1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》，在军事占领情况下，“遇有违犯根据第六十四条第二款公布之刑法规定之案件，占领国得将被告交付正当组织之非政治的军事法庭，但以该法庭在占领地开庭为条件。上诉法庭最好在占领地开庭”（第六十六条）。该《公约》规定，“前项法庭应

仅适用在该罪行发生前已经实施并符合一般法律原则，尤其罚罪之相当之原则之法律规定。此等法庭对于被告之非占领国人民之事实，应加以考虑”（第六十七条）。即便在特别法律中提及“一般法律原则”，值得特别注意。<sup>5</sup>

## 原 则 5

### 军事法院审判平民的管辖权

军事法庭原则上不具有审判平民的管辖权。国家在任何情况下均应确保被指控犯有任何性质罪行的平民应由非军事法庭审判。

20. 人权委员会在关于《公民权利和政治权利国际公约》第十四条的一般性意见第 13 号第 4 段中指出，“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，必须按第十四条的规定在真正获得充分保障的情况下才能进行”。

21. 人权事务委员会过去 20 年的实践，特别是在关于个人来文的意见以及关于国别报告的结论性意见中，只是提高了警惕性，以便确保军事法庭的管辖权限制在军事人员犯下的严格的军事性质的罪行。许多专题或国别报告员也采取了非常明确的立场，认为军事法庭无权审判平民。同样，欧洲人权法院、美洲人权法院、美洲人权委员会以及非洲人权和人民权利委员会的判例规则在这一点上是完全一致的。<sup>6</sup> 《关于司法机关独立的基本原则》指出，“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 段）

## 原则 6

### 出于良知拒服兵役

出于良知拒服兵役者地位应由独立和无偏倚的民事法庭监督下确定，提供公平审判的所有保障，而无论所引述的是服役的哪一个阶段。

22. 人权委员会第 1998/77 号决议指出，各国应建立独立的不偏不倚的决策机构，以便确定出于良知拒服兵役是否真正成立。根据定义，在此类案件中军事法庭应为其所辖范围内的法官。出于良知拒服兵役者是平民，应在普通法官监督下在民事法院受审。

23. 凡法律不承认出于良知拒服兵役的权利时，出于良知拒服兵役者将作为逃兵对待，并对其以军法论处。按照《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》的规定，联合国承认出于良知拒服兵役属于思想、良知和宗教自由权利的一种合法行使方式。<sup>7</sup> 人权事务委员会将出于良知拒服兵役与该《公约》第十八条中规定的良知自由原则密切联系起来。<sup>8</sup> 委员会最近数次表示关切军事法庭惩罚未服兵役的出于良知拒服兵役者。<sup>9</sup> 委员会认为，一个人援引出于良知拒服兵役的权利不仅仅可在应征入伍之前，还可以在服役中甚至此后援引此种权利。<sup>10</sup>

24. 当入伍之前提出依良知拒服兵役地位的申请时，不应阻碍由民事法官主持的独立机构依照普通法进行管辖。当入伍后拒服兵役者已身着军服并隶属军事司法管辖时提出此种申请，情况要复杂的多。但对待此种申请不应对其实质不予任何考虑即作为不服从命令或叛逃行为加以惩罚，而应依照同样的程序，由能够提供公平审判所有保障的独立机构进行审查。

25. 在 2004 年 4 月 19 日通过的关于依良知拒服兵役的第 2004/35 号决议中，委员会“回顾其以前关于这一问题的决议，尤其是 1998 年 4 月 22 日第 1998/77 号决议，其中委员会确认人人有权依良知拒服兵役，这是正当行使《世界人权宣言》第十八条、《公民权利和政治权利国际公约》第十八条和人权事务委员会通过的一般性意见第 22(1993)号确定的思想、良知和宗教自由的行为”；注意到“联合国人权事务高级专员办事处报告(E/CN.4/2004/55)汇编和分析了这方面的最佳做法”；吁请“尚未这样做的国家依照委员会第 1998/77 号决议，审查其关于依良知拒服兵役的

现行法律和惯例并考虑最佳做法报告所载资料”(第 3 段)。它还鼓励各国“作为冲突后的和平建设努力,考虑对依良知拒服兵役者给予赦免并恢复其权利,并在法律 and 实践中切实落实”(第 4 段)。

## 原 则 7

### 军事法庭审判 18 岁以下未成年人的管辖权

未成年人属于易受伤害者一类,对其起诉和惩罚时应严格遵守《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)》确立的保障措施。<sup>11</sup> 因此,在任何情况下,未成年人均不应受军事法庭权限管辖。

26. 《儿童权利公约》第 40 条和第 37 条(d)款,除列数前述普通法的各项保障之外,还列出了依据其年龄适用于 18 岁以下未成年人的具体保障措施。这些规定允许绕过普通法院,更适合于保护儿童的机构或程序。另外,如果所涉及者既是平民又是未成年人,这些保护性安排则排除了军事法庭的管辖。

27. 青年志愿兵属于一种介乎两者之间的情况,如果国家未批准《关于儿童卷入武装冲突问题任择议定书》,则《公约》第 38 条第 3 款允许招募 15 岁至 18 岁的未成年人。第 38 条规定在武装冲突时期应适用国际人道主义法律原则。在这方面,应特别注意有战争罪或大规模侵犯人权行为发生时儿童兵的状况。

28. 看来只有非军事法院才能根据《公约》的宗旨,充分考虑公正司法的所有要求。儿童权利委员会在就国别报告提出结论性意见时,采取了非常明确的原则性立场。

## 原 则 8

### 军事法院的职能权力

军事法院的管辖权应严格限制在由军事人员犯下的军事性质的罪行范围内。军事法院可就按军事人员对待者的严格与其军事地位有关的违法行为作出审判。

29. 军事法庭审判军事人员或按军事人员对待者的管辖权，不应构成对普通法原则的克减，相当于管辖特权或某种形式的同僚司法。这种管辖权应属于例外，仅适用于军事行动的要求。这一概念构成军事司法的“核心”，特别涉及到战地行动，当领地所属国法院不能行使其管辖权时，惟有这种功能的必要性才能证明有限但不可减少的军事司法存在的合理性。本国法院因远离行动地点这一实际原因而不能行使积极或消极司法管辖权，而就领土看，合格的地方法院却面临管辖豁免问题。

30. 需要根据 1949 年《日内瓦公约》及其 1977 年两项附加议定书(参见以上内容)，特别注意战斗人员与非战斗人员的区别以及在战时保护平民。

31. 同样，还应该考虑军事人员和类似人员，包括参加维持和平行动的民事警察以及参加国际占领安排的准军事人员或私人承包商的情况。

## 原 则 9

### 对被控严重侵犯人权者的审判

在所有情况下，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。

32. 与军事法庭管辖权的功能概念相反，现在一种日益增长的趋势认为，只要被控严重侵犯人权者所涉行为性质上不属于此类人员履行责任的范围，即不能由军事法庭审判。另外，军事当局可能试图隐瞒此类事件，质疑起诉是否妥当，试图对案件不采取行动或操纵“认罪答辩”，最终损害受害人的权益。因此，非军事法庭从一开始就应该能够对被指控犯有此类罪行的人进行调查、起诉和审讯。由普通法官启动初步调查对于避免各种形式的有罪不罚是一个决定性的步骤。普通法官应有权在诉讼的各个阶段充分考虑受害人的权利。

33. 联合国大会赞同这种解决办法。大会通过的《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》规定，被认为应对此类罪行负责的人“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”。<sup>12</sup> 不能视强迫失踪罪的构成内容是在执行军事任务时所犯下的。被迫或非自愿失踪问题工作组在最近的报告中提到了这一原则，提到需要诉诸“主管普通法院”。<sup>13</sup> 1994 年《美洲被迫失踪人士公约》第九

条确立了同一原则，人权委员会也承认了这一原则。人权委员会在 1994/67 号决议“民防部队”中指出，“涉及这些部队侵犯人权的犯罪应由普通法院管辖”（第 2(f) 段）。小组委员会也通过了几项关于维护这一原则的决议。<sup>14</sup>

34. 《关于通过反对有罪不罚促进和保护人权的一套最新原则》扩充了这项原则的范围：“军事法庭的管辖权必须只局限于军人所犯的具体军事罪行，不包括属于应由国内普通法院管辖的侵犯人权行为，遇有根据国际法构成严重罪行的情况，则属于国际刑事法院或国际化的刑事法院的管辖”。<sup>15</sup>

35. 首先，必须指出，人权事务委员会、禁止酷刑委员会、儿童权利委员会、非洲人权和人民权利委员会、美洲人权法院、美洲人权委员会以及联合国人权委员会国别和专题程序在以下这一点上是一致的：军事法庭无权审判严重侵犯平民人权的军事人员。<sup>16</sup>

## 原 则 10

### 对军事秘密的限制

引用军事机密保密规则不应背离其最初宗旨，用以妨碍司法程序或侵犯人权。在独立监察机构监督下，严格出于保护国防机密的必要，可以引用军事保密规则。但不得为以下目的引用军事保密规则：

- (a) 当措施涉及剥夺自由时，在任何情况下均不应予以保密，无论是涉及被剥夺自由者的身份或是其下落；
- (b) 为了阻挠刑事或纪律性质的调查、诉讼程序或审判的启动或进行，或无视前两者；
- (c) 禁止法官和法律授权从事司法活动的当局获得保密文件，或进入因国家安全原因规定的禁区；
- (d) 阻止公布法庭判决书；
- (e) 妨碍有效行使人身安全及其他类似司法补救办法。

36. 援引军事保密规定不能导致对司法诉讼的对象或已被判刑者或在任何程度上被剥夺自由者进行单独监禁。人权事务委员会在关于紧急状态(《公约》第四条)的一般性意见第 29 号中指出，“缔约国不论在什么情况下都不能援引《公约》第

四条作为违反人道主义法律或国际法绝对标准的理由，例如劫持人质[……]，通过任意剥夺自由[……]”（第 11 段），而且“禁止扣作人质、诱拐或私下扣留的条款也不能予以克减。这些禁令的绝对性，即使在紧急情势下，也因它们作为一般国际法规范的地位而具有合理性”（第 13 段）。

37. 人权事务委员会在其一般性意见第 20 号(1992 年)中强调“为保障被拘禁者获得有效保护，应规定将其关押在官方确认的拘禁中心，其姓名和拘禁地点以及负责关押者的姓名应登记在方便查询的登记册中，包括亲友在内的有关人士均可查阅”。委员会补充说“还应规定禁止秘密囚禁”（第 11 段）。

38. 在危机期间，根据 1949 年 8 月 12 日《关于战俘待遇之日内瓦公约》第五编，人道主义法规定了与外界进行联系的可能性。欧洲人权法院在 2001 年“塞浦路斯诉土耳其案”的判决中称，对家属隐瞒其近亲属下落根据《欧洲人权公约》第 3 条属于“不人道的待遇”。<sup>17</sup> 人权事务委员会、美洲法院和人权委员会都遵循这一方针。还应该回顾 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约附加议定书》和《关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）都规定，作为涉及失踪者和死亡者的一般原则，“家庭有权了解其亲属的命运”。

39. 还应该强调指出，被剥夺自由的人应被拘押在官方拘押地点，当局应备有被拘押者的名册。<sup>18</sup> 关于被剥夺自由者与其律师的联络问题，《律师作用的基本原则》规定，“遭逮捕、拘留或监禁的所有的人应有充分的机会、时间和便利条件，毫无延迟的、在受不窃听、不经检查或完全保密情况下，接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行”。<sup>19</sup>

## 原 则 11

### 军事监狱体制

军事监狱必须遵行国际标准，包括《囚犯待遇最低限度标准规则》、《囚犯待遇基本原则》和《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，并且必须接受国内和国际监察机构的检查。

40. 军事监狱必须在国内和国际监察机构的有效监督下，遵行普通法中的国际标准。正如军事法庭必须恪守公正司法原则一样，军事监狱也不得背离保护个人不

受拘留或监禁的国际原则。根据前述规则，并按照《囚犯待遇最低限度标准规则》的“区分类别”原则，军事监狱不得关押平民。这一原则适用于惩戒场所以及监狱或其他军队管理的收容所，也适用于所有囚犯，无论是审前拘留者，还是因触犯军法而服刑的人员。

41. 在这方面，应该鼓励各国尽快批准《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》的任择议定书。议定书第四条第二款规定：“为本议定书的目的，剥夺自由指任何形式的拘留或监禁，或将人置于公共或私人扣押之下，并由于按照任何司法、行政或其他公共机关的命令而不准其凭意愿离开”。

## 原 则 12

### 人身保护的保障

在任何情况下，任何被剥夺自由的人均有权向法庭提出诉讼，特别是人身保护诉讼，以便使法院立即决定对其拘留是否合法，并在认定拘留不合法的情况下命令将其释放。应将申请人身保护的权利或其他补救方式视为一种个人权利，在任何情况下，保障这一权利均属于普通法院的专有管辖权范围。在任何情况下，法官必须能够进入关押被拘留者的处所。

42. 获得公正司法的权利——“受法律保护权”——是法治的基础之一。根据《公民权利和政治权利国际公约》第九条第4款，“任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延的决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。”在战时，也应全面适用人道主义法律保障，包括1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》。

43. 人身保护也与《公约》第二条第3款相联系。人权事务委员会在其关于紧急状态(《公约》第四条)的第29号一般性意见(第14和第16段)中提到，“《公约》第二条第3款要求《公约》缔约国为违反《公约》条款的任何行为所造成的损害提供补救。这一条在第四条第2款所列的不可克减条款清单中没有提及，但是它构成整个《公约》内在的一项条约义务。即使一个缔约国在紧急情势下并在紧急情势严格需要时，可以对司法或其他补救程序的实际运作加以调整，缔约国也必须遵守《公约》第二条第3款下的基本义务，提供有效的补救。”[……]委员会认为，[这些]

原则以及关于有效补救的规定“要求在紧急状态期间必须遵守公平审判的基本要求”。同一项原则还指出，“为了保护不可克减的权利，缔约国克减《公约》的决定，不应影响向法庭提出诉讼的权利，使法庭能够立即决定拘留是否合法”。

44. 人身保护的不可克减性质也在一些宣示性国际准则中得到承认。<sup>20</sup> 人权委员会在题为“人身保护令”的第 1992/35 号决议中促请各国即使在紧急状态期间，也应维护人身保护权利。美洲人权法院认为，维护人身保护权等权利的司法补救办法，不应克减。<sup>21</sup>

## 原 则 13

### 选择合格、独立和公平法庭的权利

军事法庭的组织和运作，应充分确保人人有权在司法诉讼的每一阶段，从最初调查到判决，选择合格、独立和公平的法庭。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。在任何情况下，均不允许军事法院采用匿名或“不露面”法官和检察官的程序。

45. 这一基本权利载于《世界人权宣言》第十条：“人人完全平等地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，以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”《公民权利和政治权利国际公约》第十四条和地区性公约对这一权利的具体范围作出了具体的规定。关于独立和不偏不倚法庭的概念，很多判例展示出独立性和不偏不倚性的主观和客观内容。重点特别放在一句英语格言上面，“正义不仅应该实现，而且应让人看到其实现”。也同样需要强调指出，人权事务委员会已经说明，“获得独立公正法庭审判之权利是一项绝对的权利，不得有任何例外”。<sup>22</sup>

46. 必须严格尊重法官对于军事机构的法定独立性，避免任何直接或间接屈从，不论是在司法体制本身的组织和运转过程中，还是从军事法官事业发展的角度，都应如此。考虑到上述英语格言，不偏不倚的概念更为复杂，因为有关方面有理由认为，军事法官作为军官，在任何涉及武装力量作为一个机构的案件中，有可能会成为一个“自己事业中的审判者”，而不是与其他任何法官处于同一平等地位的审判专家。军事法庭的构成中吸收普通法官，可加强这类法庭的公正性。

47. 应强调指出，对于参加军事法庭审判的法官的要求应该是具备能力，其法律培训，应该与职业法官要求相同。军事法官作为完全意识到自己责任的法官，其职业能力和道德标准是其独立性和不偏不倚性的一个固有的部分。

48. 法官和检察官匿名或“不露面”的制度受到了人权事务委员会、禁止酷刑委员会、法官和检察官独立性问题特别报告员以及其他机构的严厉批评。人权事务委员会会议事规则指出，在法官“不露面”的审判制度中，法官的独立性和不偏不倚性均无法保证，无罪推定原则也难以落实。<sup>23</sup>

## 原 则 14

### 审讯的公开性

如普通法规定一样，公开审讯必须成为规则，不公开审讯必须属于例外，并需有具体、理由充足的决定的授权，而对其合法性可加以审查。

49. 上述文书指出“人人有权受到公平和公开的审讯”。公开审讯是公平审判的基础。此原则的唯一限制是普通法中规定的限制，与《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第1款的规定相同：“由于民主社会中的道德的、公共秩序的或国家安全的理由，或当诉讼当事人的私生活的利益如此需要时，或在特殊情况下法庭认为公开审判会损害司法利益因而严格需要的限度下，可不使记者和公众出席全部或部分审判……”。所有这些理由必须严格解释，特别是当援引“国家安全”理由时，而且只有在“民主社会”中有必要时才得以运用。

50. 《公约》还指出，“对刑事案件或法律诉讼的任何判决应公开宣布，除非少年的利益另有要求……”（第十四条第1款）。就军事法庭的程序而言，至少在原则上不是这种情况。在这里，对法庭判决理由的说明对任何补救的可能性和任何有效监督都是必要的条件。

## 原则 15

### 保障辩护权和受到公正公平审讯的权利

在任何情况下，军事法庭必须充分保障行使辩护权。军事法庭的所有司法程序必须包含下列保障：

- (a) 凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，有权被视为无罪；
- (b) 凡受指控者必须迅速告知对其指控的详细情况，而且在审讯之前和审讯过程中，必须保障辩护所必需的所有权利和便利；
- (c) 任何人惟有因个人刑事犯罪责任而受到惩罚；
- (d) 凡受刑事指控者有权在不受无故拖延情况下受审，并有权出席受审；
- (e) 凡受刑事指控者有权亲自为自己辩护，或通过其本人选择的法律援助进行辩护；如果没有法律援助，应通知其享有这种权利；在司法利益有此需要的案件中，为其指定法律援助，对于没有足够能力偿付法律援助的案件，不要求自己付费；
- (f) 不得被强迫任何人作不利于他自己的证言，或强迫其承认犯罪；
- (g) 凡受刑事指控者有权讯问或讯问过对其不利的证人，并要求对其有利的证人在与对其不利的证人相同的条件下出庭和受讯问；
- (h) 凡确定为通过酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇或其他严重侵犯人权行为或非法手段获取的证词或证据，不得在诉讼中作为证据使用；
- (i) 不得依据匿名证词或秘密证据判定任何人有罪；
- (j) 凡被判定有罪者，应有权由上一级法庭对其定罪和量刑依法作出复审；
- (k) 凡被判定有罪者，应在判决时被告知有权要求司法及其他补偿以及行使此种权利的时间限制。

51. 人权事务委员会在其一般性意见第 13 号第 4 段中指出，“第十四条各款适用《公民权利和政治权利国际公约》于该条规定范围内的所有法庭和裁判所，无论他们是普通法院和裁判所，或者是特别法庭和裁判所”。人权委员会在其判例和一般性意见第 29 号中认为，《公约》第十四条规定的一些程序权利和司法保障不

能被克减。委员会在其 2004 年的第八十届会议上决定起草一个关于《公约》第十四条的新的一般性意见，特别是要对一般性意见第 13 号进行更新。

52. 国际人道主义法规定了司法事务的最低保障。<sup>24</sup> 《日内瓦公约》第一议定书第七十五条第 4 款重申了《公约》第十四条第 2 款和第 3 款规定的保障以及《公约》第十五条提到的那些保障。这一条款因《公约》第四条第 2 款而不应被克减。应当强调指出，人权事务委员会在其第 29 号一般性意见第 16 段中指出，“由于国际人道主义法律明确保障武装冲突时期受到公正审判权利的某些内容，委员会认为没有理由在其他紧急状态下克减这些保障”。

53. 由军事律师提供法律援助，特别当他们是官方指派时，已经受到质询，被认为是与尊重辩护权不相一致。只要考虑一下这句格言，即“正义不仅应该实现，而且应该让人看到其实现”，军事律师的在场便损害了这些管辖的可信度。但经验表明，军事律师严格独立的趋势——如果证明是真的，尽管名称相当模糊——有助于保障被告得到有效辩护，适合于军事司法所涉功能性限制，特别是当其用于域外时。然而，自由选择辩护律师的原则应当得到遵守，被告在不希望利用军事律师的援助时应能会见他所选择的律师。出于这种原因，不是提倡简单废除军事律师的职位，似乎更可取的是注意目前趋势，但要服从两个条件：被告自由选择律师的原则要得到保障，军事律师的严格独立性要得到保障。

## 原 则 16

### 受害人启用诉讼程序

在不违背有关军事法庭管辖权原则的条件下，此类法庭不应将受害人或其继承者排除在司法程序包括调查程序之外。军事法庭的司法程序应确保受害人——或其继承者——的权利得到有效尊重。为此应保障他们：

- (a) 有权举报犯罪行为，向军事法庭提起诉讼以便开始司法程序；
- (b) 有介入司法程序的广泛权利，并能作为案件一方，即刑事赔偿要求者、法庭之友或提起私人诉讼一方参加此类诉讼程序；
- (c) 针对军事法庭作出的有损于其权利和利益的决定和裁决，能够得到法律赔偿；

- (d) 受到保护，免受任何虐待或因为提出指控或参与司法程序而引起的任何恐吓或报复行为。

54. 当军事法庭具有管辖权时，受害人常常被排除在调查之外。这种明显的法律面前不平等应当取消，或在取消之前受到严格限制。受害人或其后继者出庭，应当是强制性的，凡受害人提出请求，可由受害人代表到场，在调查的所有阶段和在宣读判决时都应当如此，此前还应有权接触所有记录在案的证据。

## 原则 17

### 普通法院的申诉程序

凡存在军事法庭的情况，其权限应限制在一审范围内。申诉程序，特别是上诉，应由民事法庭负责。在所有情况下，涉及合法性的争端应由最高民事法院处理。

军事法庭与普通法院之间涉及权力和管辖权的冲突，应由构成普通法院制度一部分，并由独立、公正和胜任的法官组成的高级司法机构，例如最高法院或宪法法院解决。

55. 人权委员会在题为“关于司法系统的公正廉明”的第 2005/30 号决议中强调了这一问题，并提出“确保这类法庭采用经国际法承认的保证公平审理的适当法律程序，包括对定罪和刑期的上诉权”（第 8 段）。

56. 虽然可能证明初级军事法庭因其功能权威而残存是有必要的，但军事法庭系统脱离普通法并行存在似乎没有道理。的确，军事法庭公正司法要求决定了补救，特别是涉及质疑合法性的补救必须在民事法庭进行。这样，在上诉阶段或至少在判决阶段，军事法庭应是“总的司法体系的一个组成部分”。此类申诉程序应向被告和受害人提供，这预示着受害人准许参加此类程序，特别是审判阶段。

57. 同样，应建立一个解决有关管辖权或权力冲突的不偏倚的司法机制。这一原则至关重要，因为它保障军事法庭不会成为司法机关控制之外的平行司法体制。应当指出的是，酷刑问题特别报告员和法外处决、即审即决或任意处决问题特别报告员曾提出过这一建议。<sup>25</sup>

## 原则 18

### 正当服从与上级的责任

在不妨碍军事法庭管辖权原则的情况下：

- (a) 不得引用正当服从为由，豁免军人所犯严重侵犯人权行为，如法外处决、强迫失踪和酷刑、战争罪或危害人类罪而引起的个人刑事责任；
- (b) 对于下级所犯的严重违反人权行为，例如法外处决、强迫失踪或酷刑、战争罪或危害人类罪，如果其上级未能行使赋予他们的权力以预防或阻止这种犯罪行为，如果他们掌握的信息使他们了解这种罪行正在或将要发生，即不能免除其上级的刑事责任，。

58. 在法庭或法院，特别是在军事法庭，经常援引的正当服从原则，应在本审查的框架内受到下列限制：被指控负责某一违法行为的人根据上级命令行事这一事实，不应减免其刑事责任。这种情况最多可视为减刑理由而不是“减轻处罚情节”理由。另一方面，下属犯下的罪行不应减免其上司的刑事责任，如果他们知道或有理由知道这些下属犯有或将要犯下此类罪行，如果他们没有在其权力之内采取措施防止此类罪行或限制犯罪者。

59. 应强调指出，在涉及刑事程序和刑事责任时，不能援引上司或国家当局下达的命令来证明法外处决、强迫失踪、酷刑行为、战争罪或危害人类罪是正当的，也不能减免犯罪者的个人刑事责任。这一原则见诸于许多国际文书中。

60. 国际法有一项规则：上司对于其有效领导和/或控制之下的人员犯下的严重违反人权罪行、战争罪和危害人类罪负有刑事责任。渎职指挥官负有刑事责任原则在许多国际文书、国际案例法和一些国家的立法中得到承认。

## 原则 19

### 不施行死刑

军法典应反映国际社会无论在平时时期还是战争时期都在逐渐废除死刑的趋势。在任何情况下，均不得对以下人员施行死刑：

- (a) 18 岁以下犯罪者；
- (b) 妊娠妇女或年幼儿的母亲；
- (c) 患有精神病者。

61. 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。军事法庭比普通法院提供的保障措施更少，因为判决的性质决定了司法失误是不可逆转的。

62. 尽管国际法不禁止死刑，但国际人权文书明确地赞同废除死刑。<sup>26</sup> 根据《公民权利和政治权利国际公约》第六条第 5 款，在所有情况下都不应对易受伤害的个人，尤其是对未成年人施行死刑规定“对 18 岁以下的人所犯的罪，不得判处死刑……”。人权委员会关于死刑问题的第 2005/59 号决议还禁止对怀孕妇女和哺育婴幼儿的母亲以及患有精神或智力残障的人判处死刑(第 7(a)、(b)和(c)段)。

63. 在同一决议中，委员会“敦促仍然保留死刑的所有国家……确保所有法律程序，包括特别法庭或司法管辖下的法律程序，尤其是涉及死罪的法律程序，必须符合《公民权利和政治权利国际公约》第十四条所载的最起码的程序保障”(第 7(e)段)。小组委员会第 2004/25 号决议建议军事法庭或法官中有一名或多名武装部队成员的法庭不得对平民判处死刑。这一原则也适用于依良知拒服兵役者接受军事法庭审判的情况。

## 原 则 20

### 对军法典的审查

应以独立和透明方式定期对军法典进行系统审查，以便确保军事法庭的权限严格符合其职能需要，没有侵犯能够或本应属于普通民事法院的管辖权。

64. 由于军事法庭存在的唯一理由必须与实际的非常时期相关，例如与维持和平行动或意外情况相关联，因此需要定期审查它的功能需要是否存在。

65. 对军法典的每一次此类审查均应由独立机构进行，该机构应建议司法改革，限制不合理的残留管辖，尽可能回到普通法之下的民事法院管辖，同时力求避免双重管辖危险。

66. 总的说，这种定期审查应确保军事司法从其实际存在理由看更为适当和有效。它还必须体现一个对领导当局和所有公民负责的机构所应充分具有的民主性质。这样，在一个民主社会中就可以在一种完全透明的方式下对军事司法存在作出极端重要讨论

### 注

<sup>1</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/24, annexe II, principes 17 et 19.

<sup>2</sup> Observation générale n° 29, par. 16. Voir aussi l'affaire *Miguel González del Río c. Pérou*, communication n° 263/1987, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987 du 28 octobre 1992, par. 5.2.

<sup>3</sup> CICR, Commentaires du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, par. 3084. Voir aussi *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p. 356 (règle 100).

<sup>4</sup> CICR, *ibid.*, par. 4601.

<sup>5</sup> CICR, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules* (sous la direction de J-M Henckaerts et L. Doswald-Beck), règle 100, Cambridge University Press, 2005, p. 356.

<sup>6</sup> Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and civilians*, vol. II, Commission internationale de juristes. (À paraître)

<sup>7</sup> Assemblée générale, résolution 33/165 du 20 décembre 1978; Commission des droits de l'homme, résolutions 38 (XXXVI) de 1980, 1987/46 de 1987, 1989/59 de 1989, 1993/84 de 1993, 1995/83 de 1995 et 1998/77 de 1998; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 22 (1993); décisions du Comité des droits de l'homme relatives aux communications n°s 446/1991 (par. 4.2), 483/1991 (par. 4.2) et 402/1990 (affaire *Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof c. Pays-Bas*).

<sup>8</sup> Observation générale n° 22 (1993).

<sup>9</sup> Observations du Comité des droits de l'homme: Arménie, 19 novembre 1998, CCPR/C/79/Add.100, par. 18, et observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 21 août 2003, CCPR/CO/78/ISR, par. 24.

<sup>10</sup> Observations du Comité des droits de l'homme: France, 4 août 1997, CCPR/C/79/Add.80, par. 19, et observations finales du Comité des droits de l'homme: Espagne, 3 avril 1996, CCPR/C/79/Add.61, par. 15.

<sup>11</sup> Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.

<sup>12</sup> Résolution 47/133 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992, art. 16, par. 2.

<sup>13</sup> E/CN.4/2005/65, par. 375.

<sup>14</sup> Par exemple, la résolution 1998/3 du 20 août 1998.

<sup>15</sup> E/CN.4/2005/102/Add.1 du 8 février 2005, principe 29: Restrictions à la compétence des tribunaux militaires. Voir aussi la résolution 2005/81 du 21 avril 2005.

<sup>16</sup> Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and gross human rights violations*, vol. I, Commission internationale de juristes, Genève, 2004.

<sup>17</sup> Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 10 mai 2001, par. 156 à 158.

<sup>18</sup> Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10 (par. 1); Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 7; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 20 et 29; Règles pénitentiaires européennes, règles 7 et 8.

<sup>19</sup> Principe 8 des Principes de base relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.

<sup>20</sup> Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 32, et Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9.

<sup>21</sup> Avis consultatifs OC-8/87, «L'*habeas corpus* dans les situations d'urgence», du 30 janvier 1987 et OC-9/87, «Garanties judiciaires dans les états d'urgence», du 6 octobre 1987.

<sup>22</sup> Affaire *Miguel González del Río c. Pérou*, communication n° 263/1987, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987 du 28 octobre 1992, par. 5.2.

<sup>23</sup> Affaire *Víctor Alfredo Polay Campos c. Pérou*, communication n° 577/1994, décision du 6 novembre 1997, CCPR/C/61/D/577/1994 du 9 janvier 1998, par. 8.8.

<sup>24</sup> Voir, notamment, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 75, par. 4, et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 6.

<sup>25</sup> Rapport conjoint du Rapporteur spécial sur la question de la torture, Nigel Rodley, et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Bacre Waly Ndiaye: visite des Rapporteurs spéciaux en Colombie (17-26 octobre 1994), E/CN.4/1995/111, par. 120.

<sup>26</sup> Voir, notamment, l'article 6 (par. 2 et 6) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 4 (par. 2) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'article 1<sup>er</sup> des Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, l'observation générale n° 6 (par. 6).