

服务与保护

适用于警察和安全部队的人权与人道法

第二版前言

在过去的几十年中，旨在处理由社会、政治或经济等因素所引发的暴力问题的执法行动变得日益复杂。这使得工作在第一线的红十字国际委员会每天都面对这种暴力所导致的各种后果。该组织在决策过程中坚持人道这一核心原则，根据集体暴力受害者日益增长的需求对自己的工作作出了调整，并通过更新工作方法不断改进其工作。各国政府也在努力对这些新形势作出反应。它们对武力的合法使用具有垄断权，因而有责任确保其工作人员在对暴力作出反应的时候遵守国际法的相关规则和标准。

在我们的活动领域中，警察和安全部队是关键性的参与者。虽然他们经常因暴力问题而受到严厉指责，但是他们也是解决暴力问题的关键，因为他们的主要职责之一就是保障每个个人的权利。在这个意义上，他们是我们这个组织的重要的对话伙伴。这不仅因为他们能够使我们接触到集体暴力的受害者，而且还因为他们和我们都服务于这一受害者群体。有时候，当他们的下属自身成为暴力受害者，或许会从我们的工作中直接受益。

红十字国际委员会的一个特征就是它与那些对暴力负有责任的人直接对话，不管他们是国家行为主体还是非国家行为主体。在20世纪90年代，红十字国际委员会开始认识到有关执法方面的专业知识在其与警察和安全部队的对话中所起到的至关重要的作用。它聘用前警官为其工作，以便更好地了解警察工作并帮助警察克服其在履行职责过程中所遇到的各种困难。这些警察问题专家所提供的权威性见解使我们得以发展出一套对等的方法来支持警察部门将国际法规则和标准纳入其工作程序之中。在此对话过程中，我们力求超越纯粹的法律或理论方法。这就是为什么我们也关注职业和实际操作方面的实践。

到目前为止，我们已具有20多年的与全世界80多个国家的警察和安全部队合作的经验。我们与他们的对话绝非停留在抽象和理论层面，而是建立在我们的操作实践的基础之上的，这使得我们充分认识到人们为不符合国际法规则和标准的警察干预行为所付出的代价。

在过去15年中，《服务与保护》一直是红十字国际委员会在与警察部门对话过程中所使用的参考手册。此修订版吸收了我们在这15年中所积累的经验。

A handwritten signature in black ink, reading "Peter Maurer". The signature is written in a cursive, flowing style.

彼得·毛雷尔 (Peter Maurer)

红十字国际委员会主席

2013年12月于日内瓦

第一版前言

毫无疑问，红十字国际委员会因其在武装冲突中的人道保护和援助活动以及它为促进对人道法的积极遵守而作出的不懈的努力而闻名于世。红十字国际委员会促进对国际人道法规则的积极遵守的努力主要是针对在世界各国的武装部队的。这也许是不可能的。但是，红十字国际委员会越来越认识到武装冲突的性质正在发生变化。如今世界上大多数武装冲突都是非国际性质的（即它们只发生在某一个国家的领土之内），而其中大多数又没有被正式承认为非国际性武装冲突——至少有一些国际人道法规则在法律上适用于非国际性武装冲突。如今，警察和安全部队往往与军队一样在冲突中起着关键的作用。另外，武装部队的任务与警察和安全部队的任务之间本来是绝对的界限已变得模糊了——其中的一方往往会很情愿地执行很明显属于另一方的任务。这就使得武装冲突的情况变得更为复杂了。当今武装暴力的特点就是对人类的基本原则的广泛的和系统的践踏。生命权、人身自由和平民的安全往往得不到尊重。因此，在武装冲突中产生了许多需要得到保护和援助的受害者。

红十字国际委员会已认识到，确保武装暴力的受害者得到充足的保护和援助的重要的——或者说关键的——手段就是不仅要注意力集中于武装部队的成员，而且还要将注意力集中于警察和安全部队的成员。我们能够提供给武装暴力的（潜在的）受害者的最好的保护就是确保武装部队以及警察和安全部队都能够在其武装行动中遵守人类的基本原则。这些人类基本原则可以从国际人道法和国际人权法中找到。

这本手册编辑了国际人道法和国际人权法的有关规则和原则，并将它们放到了有关的武装行动的环境之中。在这些环境中，不管是武装部队还是警察和安全部队都应该适用和遵守这些规则和原则。本手册将用于红十字国际委员会对武装部队和安全部队的宣传活动之中。它还试图向所有那些致力于发展职业的、道德的和保护性的执法机构和实践的人们提供信息和帮助。



科内利奥·索马鲁加
(Cornelio Sommaruga)
红十字国际委员会主席
1998年2月于日内瓦

目录

作者简介	14
序言	16
鸣谢	19

概述	23
----	----

导论	61
----	----

第一部分 国际法和国际人权法

第一章 国际法

一、概论	71
二、国际法上的主体	71
三、国际法的渊源	73
(一) 背景信息	73
(二) 条约法	73
(三) 习惯法和强行法	79
(四) 其他渊源(包括软法)	80
四、国际法与国内法之间的关系	81
(一) 国家主权和国家责任	82
(二) 国家管辖权	84
(三) 刑事管辖权	84
(四) 豁免	87
五、国际人权法和国际人道法	89
六、选阅书目	90

第二章 国际人权法

一、导论	93
二、历史回顾	93
(一) 背景信息	93
(二) 1919年：国际联盟	94
(三) 1945年：联合国	95
三、国际人权标准	95
(一) 背景信息	95
(二) 《联合国宪章》	96
(三) 国际人权宪章	96

(四) 其他主要人权条约	98
(五) 对人权条约的保留	98
(六) 在执法领域的重要软法文书	99
四、联合国与人权	100
(一) 背景信息	100
(二) 安全理事会和大会	100
(三) 经济及社会理事会	103
(四) 人权理事会	105
(五) 人权事务高级专员办公室	109
(六) 监督机制和机构	109
五、区域性机制	111
(一) 背景信息	111
(二) 非洲	111
(三) 美洲	113
(四) 阿拉伯国家联盟	115
(五) 亚太地区	116
(六) 欧洲	118
六、选阅书目	121

第三部分 执法功能和责任

第三章 执法组织、概念和指导原则

一、导论	127
二、执法与人权	128
三、执法责任和权力	129
四、执法中的道德问题	131
(一) 与执法相关的道德	132
(二) 个人道德、群体道德和职业道德	133
五、执法与国际软法标准	134
(一) 《执法人员行为守则》	134
(二) 《执法人员使用武力和火器的基本原则》	136
六、执法中的命令、程序和处罚	137
七、选阅书目	138

第四章 犯罪的预防和调查

一、导论	141
二、法律框架	143
(一) 受到公正审判的权利	143
(二) 隐私权	147
(三) 不歧视的义务	149
(四) 打击犯罪：玩弄规则还是按规则办事？	151
三、调查犯罪	154
(一) 收集证据	154

(二) 审讯嫌疑人	157
(三) 失踪和法外处决	161
四、预防少年犯罪	164
(一) 背景信息	164
(二) 分流	165
(三) 对执法实践的意义	168
五、选阅书目	169
第五章 维护公共秩序	
一、导论	173
二、集会和示威	173
(一) 可适用的法律	174
(二) 执法实践	176
三、紧急状态	181
(一) 定义	181
(二) 条件	181
(三) 克减	182
(四) 对执法实践的影响	184
四、执行执法任务的武装部队	185
五、选阅书目	188
第六章 向有需要的人提供保护和帮助	
一、导论	191
二、罪行和滥用权力行为的受害者	192
(一) 背景信息	193
(二) 罪行的受害者	194
(三) 滥用权力行为的受害者	200
(四) 选阅书目	203
三、儿童	204
(一) 背景信息	205
(二) 《儿童权利公约》	205
(三) 对执法实践的意义	207
(四) 选阅书目	208
四、妇女	209
(一) 背景信息	209
(二) 针对妇女的暴力	212
(三) 妇女在司法中的地位	214
(四) 对执法实践的意义	217
(五) 选阅书目	218
五、流动人员	219
(一) 背景信息	219
(二) 难民	220
(三) 国内流离失所者	222
(四) 移民	224
(五) 不推回原则	226

(六) 对于执法实践的意义	229
(七) 选阅书目	234

第三部分 执法权力

第七章 武力和火器的使用

一、导论	239
二、有关使用武力的原则	241
(一) 合法性	241
(二) 必要性	242
(三) 比例性	242
(四) 问责性	243
(五) 对于执法实践的意义	245
三、火器的使用	249
(一) 总体原则	249
(二) 使用之前和之后的程序	251
(三) 有关使用火器的责任	252
(四) 对执法实践的意义	252
四、“武力使用层级”这一概念的优缺点	255
五、在公共集会上使用武力	257
六、在拘押场所使用武力	259
七、选阅书目	261

第八章 逮捕和拘留

一、导论	263
二、有关逮捕的原则	264
(一) 合法性	265
(二) 必要性	267
(三) 比例性	268
(四) 问责性	269
(五) 禁止任意逮捕	270
(六) 对执法实践的意义	271
三、实施逮捕	272
(一) 被逮捕人的权利和逮捕程序	272
(二) 逮捕和武力的使用	274
四、审讯	276
五、拘留	278
(一) 背景信息	278
(二) 对被拘留人的责任	279
(三) 审前羁押	280
(四) 拘留条件和被剥夺自由人的待遇	281
(五) 拘留体制	284
(六) 纪律和惩罚	288
六、被拘留的妇女	289

七、少年的特殊地位	291
八、非法逮捕或拘留的受害者	293
九、红十字国际委员会拘留领域内的工作	294
十、选阅书目	296

第九章 搜查和扣押

一、导论	299
二、搜查	300
(一) 一般规则	300
(二) 对身体的搜查	304
(三) 对场所的搜查	308
(四) 监控技术	310
(五) 特许保密通讯	312
(六) 在拘留场所的搜查	314
三、扣押	318
四、选阅书目	319

第四部分 指挥、管理和问责

第十章 指挥和管理

一、导论	325
二、执法组织	326
(一) 结构、变化和发展	326
(二) 指挥和领导	327
(三) 命令和程序	329
三、人力资源	331
(一) 招募和选择	331
(二) 教育和培训	332
(三) 人力资源管理	333
四、监督和控制	334
(一) 国际义务	335
(二) 法律责任	335
(三) 内部责任	338
(四) 绩效责任	339
五、申诉机制	341
六、选阅书目	342

第十一章 对侵犯人权行为的调查

一、导论	345
二、调查侵犯人权行为的执法机构	348
(一) 刑事调查	348
(二) 其他侵犯人权行为	350
三、外部监督机制	351
(一) 司法监督	351

(二) 国家人权机构	351
(三) 其他类型的监督机制	354
四、国际问责机制	355
(一) 个人责任：国际刑事管辖权	355
(二) 对于侵犯人权行为的国家责任	357
五、选阅书目	362

第五部分 武装冲突局势

第十二章 国际人道法及其与执法人员的关系

一、导论	367
二、国际人道法的起源	368
三、国际人道法的主要概念和规则	370
(一) 国际人道法的适用范围以及国际人道法下的义务	370
(二) 国际人道法基本规则和原则	372
(三) 被禁止的战争手段和方法	374
(四) 在武装冲突中对自由的剥夺	376
(五) 难民和国内流离失所者	382
(六) 武装冲突局势下的妇女	384
(七) 武装冲突局势下的儿童	386
四、对国际人道法的违反	388
五、执法人员在武装冲突中所扮演的角色	389
(一) 执法人员的地位	389
(二) 敌对行动	391
(三) 其他问题	394
六、选阅书目	395

附 录

附录一：参考目录	401
附录二：主要法律文件	417
附录三：国际判例 (按章节排顺)	423

作者简介

第一版作者

本书第一版的作者为当时担任红十字国际委员会警察和安全部队协调员的**西斯·德·罗威尔 (Cees de Rover)** 先生。他曾经是荷兰的一位高级警官。除具备警务资格外，他还曾获得工商管理硕士学位和国际公法硕士学位。作为红十字国际委员会首任警察和安全部队协调员，他负责在全球范围内建立和发展该组织与各国警察和安全部队之间在宣传领域的合作关系。他还曾管理过制作名为《服务与保护》的互动培训DVD的项目。他为不同国际组织提供有关人权、人道法和职业执法实践方面的咨询服务，并曾在全世界60多个国家中执行过有关警察和安全部队的评估和培训任务。他还在联合国担任多种顾问职务，包括联合国秘书长驻布隆迪特别代表执法和安全问题高级顾问。他是名为“平等国际”的国际非政府组织的创建人和执行理事。该组织旨在向各国警察和安全部队提供基于人权的培训，并向跨国采掘公司提供有关企业社会责任、安全和人权方面的咨询服务。

第二版作者

负责本书第二版编写工作的是**安雅·比纳特 (Anja Bienert)** 女士。她曾在科隆和洛桑学习法律，获得人道援助硕士学位和刑事诉讼法博士学位，在三大洲多个受到非国际性武装冲突和其他暴力形势影响的国家工作多年。作为红十字国际委员会的代表，她经常与警察和其他安全部队就其在国际人道法和国际人权法下所承担的义务开展对话。随后，她在红十字国际委员会日内瓦总部担任了三年警察和安全部队方面的顾问，指导红十字国际委员会总部及其驻世界各地代表团的工作人员与警察和安全部队的对话。她还参与正在进行的红十字国际委员会有关警察和安全部队的政策的制定，分析红十字国际委员会开展工作的许多国家中的警察和安全部队的法律和操作框架，并为其编写培训材料。在编写本手册第二版之前，她曾在红十字国际委员会的赞助下组织了2010年高级执法官员国际大会。她目前从事的国际活动包括举办培训活动以及从事有关警察制度改革、警察责任和警察对武力的使用等问题的评估和研究。

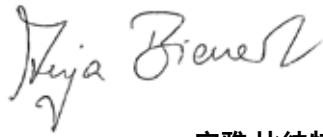
序言

《服务与保护》这一参考手册第一版于1998年出版。该书总结了有关适用于执法活动的基本国际人权法规则和标准及其对于执法人员日常工作和所面临挑战的意义，从而填补了相关文献中的空白。在此之后，这些规则和标准在多边条约和联合国指导性文书中都得到了进一步发展。国际法庭的判例法以及诸如联合国人权事务委员会以及较后成立的联合国人权理事会等国际机构的意见进一步促进了这些规则和标准的解释和发展。另外，执法实践本身也在应对新的挑战 and 威胁以及吸取经验教训的过程中不断发展。同样，红十字国际委员会在许多国家中有关执法机构的工作也在总结实际经验的基础上不断发展。

因此，新的形势迫切需要我们根据以上这些发展对本手册进行修改。本手册第二版对1998年出版的手册做了全面改写。它采用了一种新的编写方法，以涵盖近15年来相关领域内的新发展和新问题。在第一版中，每一章都被设计为可以独立阅读的部分，这必然会导致各章之间在内容上的一些重复。考虑到第二版所要增加的内容之多，保持这种编写方法会使得本手册因内容过于庞大而难以使用。因此我决定通过引入一个交叉参照系统和增加索引的方式来方便读者查找有关具体问题的信息。

在更为实质性的层面上，我们还需要考虑另外一个重要的事项。正如在执法领域工作的其他组织一样，红十字国际委员会越来越认识到，仅仅掌握有关可适用的法律框架的知识并不一定能够使人们更好地遵守法律框架。红十字国际委员会于2007年出版的名为《法律与实践的融合》的小册子总结了该组织相关的经验教训，以为读者提供有关将人权法转化为实际执法手段和措施这一过程的概要介绍。以上这些问题都在《服务与保护》的第二版中得到了讨论。然而，就像第一版一样，第二版也没有为执法机构提供有关它们应该如何开展日常执法工作的实际操作建议。执法工作并非静止不变，也不存在适用于世界各地执法人员所面对的各种情况和挑战的现成应对措施。执法机构必须做出适用于其所面对的具体情况和挑战的选择。它们不能逃避这一责任。本手册中所包含的例子和建议旨在强调它们在做出这些选择时所应当考虑的国际人权法规则和标准。

应当指出的是，本手册并没有讨论当今执法工作所面临的所有问题和挑战，而只是提供了有关适用于当今执法工作核心内容的人权规则和标准的一些一般性概念。在每章的结尾部分都包含一个选阅书目，以便感兴趣的读者对执法工作的各个具体领域进行更为深入的探索。这些书目考虑到了截止到2013年9月30日的国际人权法规则和标准的最新发展。

A handwritten signature in black ink, reading "Anja Binnet". The signature is written in a cursive, flowing style.

安雅·比纳特

鸣谢

本手册多年来一直是执法工作领域中的一本重要的参考工具书。其修订工作是一项特别有趣并具有挑战性的任务。我要衷心感谢红十字国际委员会的弗朗索瓦·塞内索 (Francois Senechaud) 先生和胡安·马丁内兹 (Juan Martinez) 先生把这个任务交给了我。而如果没有许多其他人的帮助，这个任务我是不可能完成的。

我要特别感谢红十字国际委员会武器携带者合作处的斯坦芬妮·努斯鲍默 (Stephanie Nussbaumer) 女士为本书所作出的不懈努力和其所提出宝贵的意见。她的同事拉法埃拉·戴安娜 (Raffaella Diana) 女士、尼古拉斯·科尔古恩 (Nicholas Kerguen) 先生、娜列卡·凡·阿姆斯特女士 (Nelleke van Amstel) 和娜塔莉亚·艾斯特凡·弗拉加女士 (Nathalia Estevam Fraga) 也为本书提出了有益的意见并开展了至关重要的研究，为此我也向他们表示由衷的感谢。

红十字国际委员会法律部的寇朵拉·德勒格 (Cordula Droege) 女士和她的同事们的充分反馈在确保本手册的法律一致性方面起到了不可或缺的作用。

红十字国际委员会其他部门也为本手册提供了有用的意见和建议。我还要感谢受红十字国际委员会语言部聘请从事本手册编辑工作的格丽妮斯·汤普森 (Glynis Thompson) 女士。

我要向以上人员以及那些为本手册草稿提供匿名意见的人员表示衷心感谢。他们不知疲倦的努力使我相信《服务与保护》第二版将会像第一版一样受到执法界的欢迎。



安雅·比纳特

概述

概述

红十字国际委员会作为一个公正、中立和独立的人道组织，在世界上许多国家中与警察和安全部队进行对话。这种对话的目的是限制和预防那些受到武装冲突和其他暴力局势影响之人的苦难。在这方面，负有在其国内实施法律任务的警察和安全部队起着重要的作用，因为他们有责任为人们和社会提供服务和保护，特别是预防和调查犯罪，维持公共秩序，并保护和帮助有困难的人。在履行这方面职责的时候，他们有义务遵守适用于执法工作的国际法和国际人权法。红十字国际委员会与执法机关的对话集中在与武装冲突和其他暴力局势相关的一套核心人权上。对话的总体目标是促进尊重在这种局势下保护人民的法律。本手册致力于解释适用于执法功能的国际规则 and 标准及其对于执法工作的实际意义。

以下概述旨在向读者提供一个有关本手册中所讨论的最重要问题的简要介绍。

国际法和国际人权法

国际法

国际法是一套规范国际法主体——即包括国家、国际公共组织和个人在内的具有法律能力的实体——之间关系的规则。红十字国际委员会是一个在联合国具有观察员地位的独特组织。

国际法的主要渊源包括国际公约、国际惯例和为独立国家所承认的一般法律原则。次要渊源包括司法决定和权威公法学家之学说。

国际公约(或条约、盟约)是“国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何……”(《维也纳条约法公约》第2条第1款第1项)。此种文书对于签署、批准或加入它们的国家都具有法律约束力。然而，如果条约允许，缔约国可以对条约的某个部分提出保留，从而使该国不受这部分条约的约束——条件是该项保留不违背条约的目的及宗旨(《维也纳公约》第19条)。

国际惯例是“作为通例之证明而经接受为法律者”(《国际法院规约》第38条第1款第2项)。因此需要提供证据证明被认为是基于某一法律义务的一贯(习惯性)做法。

强制法或国际法强制性规范是那些不允许克减(包括通过条约克减)的习惯法规范。在这方面的一个例子就是对酷刑的绝对禁止。

国际法的另一个重要的补充性渊源就是软法文书。软法由联合国大会决议所通过的不具约束力的文书构成。它们的作用是强化各国对国际协议所作的承诺,重申某些国际规范或为以后缔结条约奠定法律基础。《联合国执法人员行为守则》和《执法人员使用武力和火器的基本原则》就是与执法工作密切相关的软法文件的两个例子。

虽然国际法在国内的适用因国内法律框架而异,一个国家不得援引其国内宪法或法律作为其不履行其根据国际法所承担义务的理由。在签署一个国际条约的时候,国家就承担了使其国内法与条约相一致的义务。它必须进一步确保其国家代表或机构遵守国家所承担的国际义务,否则就可能要对“由作为或不作为构成的……依国际法归咎于该国(并)构成对该国国际义务的违背的行为”承担国家责任(《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》第2条)。这一责任对于执法工作来说尤其相关,因为执法人员在履行其职责时违反国家在国际人权法下的义务会导致国家在国际层面上承担责任,包括提供赔偿和补救的责任。

在国内层面上,国家具有立法权(立法管辖权)和执法权(执行管辖权)。后者包括行政权和司法权,并涵盖民事和刑事领域。但是,特别严重的犯罪可能会导致国际刑事管辖权。国际社会在设立了纽伦堡、东京、南斯拉夫和卢旺达等几个特别国际刑事法庭之后,于2002年建立了一个永久性的国际刑事法庭,即国际刑事法院。于1998年通过、2002年生效的关于建立国际刑事法院的《罗马规约》,其目的就是处理那些国内法院未能(有效)处理的严重犯罪的案件。国际刑事法院的管辖权涵盖以下犯罪:灭绝种族罪、危害人类罪和侵略罪。在以下情况下国际刑事法院可以受理相关案件:被指控犯有上述罪行的人是《罗马规约》某个缔约国的国民;被指控的犯罪行为发生在某个缔约国的领土上;联合国安理会将某一案件提交国际刑事法院。

国际人权法和国际人道法是国际法的两个重要领域。它们具有共同的目的，即保护人们的生命、健康和尊严。但是它们各自有着不同的适用范围。国际人权法在任何时候都适用，并且在—个国家与生活在这个国家领土上的个人之间的关系（“纵向”关系）上对这个国家具有约束力；而国际人道法则适用于武装冲突的局势下，因而构成特别法。它适用于冲突各方。

国际人权法

人权是每个个人都享有的法定权利。它们是普遍的，并且应在不受歧视的条件下为每个人所享有。它们是法律的一部分，虽然可能会受到侵犯，但是不能被剥夺。人权的起源可以追溯到几个世纪以前。然而在全球层面上，它们只是在20世纪才开始起到实质性的作用。

在第一次世界大战之后建立的国际联盟失败之后，为促进和维持国际和平与安全，国际社会于1945年建立了联合国。

《联合国宪章》第55条规定：“联合国应促进……全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守，不分种族、性别、语言、或宗教。”

以下这几个主要的全球性人权文书构成了如今人们经常提到的“国际人权宪章”：

- 联合国大会于1948年通过的《世界人权宣言》；
- 1966年通过、1976年生效的《经济、社会和文化权利国际公约》及其任择议定书；
- 1966年通过、1976年生效的《公民权利和政治权利国际公约》及其分别于1966年和1989年通过、并分别于1976年和1991年生效的两个任择议定书。

《世界人权宣言》对后来制定的全球性和区域性人权条约以及国内宪法和法律都产生了重要的影响。其中的一些条款，诸如禁止种族歧视、禁止酷刑和其他形式的虐待以及禁止奴隶制的条款，如今已经可以被视为习惯国际法。

在“国际人权宪章”通过之后，国际社会又制定了一系列针对一些专门问题的公约，包括：

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》；
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》及其任择议定书；

- 《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》及其任择议定书；
- 《儿童权利公约》及其关于儿童卷入武装冲突问题以及关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书。

对所有缔约国（及其代理人）具有约束力的国际人权条约日益为提供指导和建立更为详细的人权标准的软法文书所补充。除了上文中所提到的那两个软法文书（《联合国执法人员行为守则》和《执法人员使用武力和火器的基本原则》）之外，以下这些软法文书也与执法人员有着密切关系：

- 《囚犯待遇最低标准规则》；
- 《保护所有遭受任何形式羁押或监禁的人的原则》；
- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》（《受害者宣言》）。

联合国与人权

促进和保护人权是联合国的一项主要目的。为此目的，联合国通过其下设的各种机构开展了广泛的标准制定工作。

安全理事会是联合国负责维持和平与安全的执行机构。它由15个理事国组成，其中5个（中国、法国、俄罗斯、英国和美国）是常任理事国。另外10个非常任理事国由联合国大会选举产生，任期为两年。

联合国大会由联合国所有成员国组成。它有权讨论《联合国宪章》范围内的任何事项。然而它不能直接为其成员国制定法律或对其作出具有约束力的决定，而是通过建议的方式约束成员国的行为。

经济及社会理事会是联合国的另一个主要机构。它的职权包括“设立经济与社会部门及以提倡人权为目的之各种委员会”（《联合国宪章》第68条）。其在人权领域所建立的重要委员会包括：

- 预防犯罪和刑事司法委员会，其所制定的包括《执法人员使用武力和火器的基本原则》在内的标准与执法人员有着密切的关系；
- 妇女地位委员会；

- 人权委员会, 其工作于2006年为联合国人权理事会所接替;
- 经济、社会和文化权利委员会。

于2006年成立的人权理事会是联合国大会的一个下属机构, 由47个成员国组成, 每个成员国任期3年。它通过普遍定期审议机制以4年为一个周期对联合国所有成员国的人权状况进行全面审议。它还通过申诉程序处理一贯严重侵犯所有人权和基本自由且得到可靠证实的情况, 并且在这方面得到“来文工作组”和“情况工作组”的支持。

联合国在人权方面的主要官员是人权事务高级专员。他有权处理任何现有的人权问题, 并且在世界各地有效地从事各种预防侵犯人权行为的活动。人权高专还为联合国其他人权机制——特别是人权理事会——以及不同的人权条约监督机构提供支持。

人权条约监督机构负责监督具体国际人权条约的实施。目前它们负责监督实施的条约有10个(《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》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》、《儿童权利公约》、《残疾人权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》、《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》和《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任择议定书》)。它们还可以通过“一般性意见”或“一般性建议”发布对人权条款的解释。

除了联合国的全球性人权系统之外, 还有建立和促进人权的重要区域性机制:

- 非洲联盟: 在非洲, 主要的人权条约是《非洲人权和民族权宪章》, 主要的人权监督机构是非洲人权和民族权委员会。非洲法院及人权法院(由前非洲法院和非洲人权法院合并而成)是非洲联盟的主要司法机构;
- 美洲国家组织: 在美洲, 《美洲国家组织宪章》和《美洲人权公约》是主要的人权文书, 美洲人权委员会是主要的人权监督机构, 而美洲人权法院则是美洲国家组织的主要司法机构;
- 阿拉伯国家联盟: 在阿拉伯地区, 《阿拉伯人权宪章》是主要人权条约, 阿拉伯人权委员会是该条约的主要实施监督机构;

- 东南亚国家联盟：在东南亚地区，东盟政府间人权委员会负责制定促进和保护人权和基本自由的策略，并起草《东盟人权宣言》；
- 在欧洲，存在一个双重的人权保障结构：
 - 欧洲理事会：由欧洲理事会制定的《欧洲人权公约》是欧洲主要的人权条约。欧洲人权专员负责促进人权并监督《欧洲人权公约》的实施；欧洲人权法院是对该公约事项具有管辖权的司法机构。
 - 欧洲联盟：欧盟的主要人权文书是《欧洲联盟基本权利宪章》。欧盟的执行机构欧洲委员会和欧洲法院负责确保欧盟成员国遵守其在包括《欧洲联盟基本权利宪章》的欧盟条约下的义务。

大多数区域性人权机制也都通过了有关诸如禁止酷刑、儿童权利和妇女权利等具体人权问题的专门性人权条约。

执法权力和责任

执法的机构、概念和原则

国家有责任在其领土内维持法律、秩序、和平与安全。各国为此目的而建立的制度结构及其执法理念千差万别，并且在世界上不可能有两个完全相同的制度。不管一个国家选择了什么样的制度，它们必须确保执法活动符合国际人权法下的国家义务。这意味着国内立法和执法机构的实践必须符合国际人权法中可适用的条款。

在这方面，国家的义务包括：

- 尊重人权，即不侵犯人权；
- 保护人权免受他人侵犯；
- 确保和实现人权，即为充分享有人权创造条件；
- 不歧视，即确保所有人在法律面前得到平等对待。

作为国家的代表，执法人员在履行其职责——即维持公共秩序、预防和调查犯罪和向有困难的人或社区提供帮助——的过程中必须遵守上述义务。为使其能够履行其职责，他们被赋予了一些具体的权力，如使用武力和武器的权力、实施逮捕和拘押的权力和开展搜查和扣押物品的权力。在行使这些权力的时候他们必须尊重人权。这意味着他们尤其必须遵守以下这4项规范所有可能影响人权的国家行为的基本原则：

- 其所有行动都必须建立在法律的基础之上 (合法性原则);
- 其行动对人权的影响和限制不得超出必要的范围 (必要性原则);
- 其行动对人权的影响必须与其所要达到的目的相称 (比例原则);
- 那些采取行动的人必须对所有相关的层面 (司法机构、公众、政府和内部指挥系统) 负责。

然而，尽管存在明确的法律标准，执法工作并非像数学那样科学，因而不可能对每个问题都给出明确的答案。由于执法人员必须处理各种涉及利益冲突的情况，因而他们被赋予了一定的自由裁量权，从而使他们在相当大的程度上负有作出恰当选择的责任。执法人员经常面对紧张和危险的局势，并且必须经常与违法人员或者有违法嫌疑的人员打交道。这意味着他们必须满足较高的道德标准，以确保他们在任何时候都依法办事。执法人员的违法行为对执法工作以及最终对整个社会都具有极大的破坏性影响。尽管如此，在严重犯罪行为泛滥的环境之中工作很容易使执法人员形成群体伦理和标准以及“为了正当目的可以不择手段”态度。执法机构的领导人需要注意到这种群体伦理催生不一定是完全符合法律的“灰色执法”的固有风险。指挥官必须确保执法机构制定、颁布并不断维持机构伦理，从而明确地将对法律的遵守确立为在任何时候都必须遵守的基本标准。

联合国《执法人员行为守则》和《执法人员使用武力和火器的基本原则》规定了有关这方面的标准，执法机构应将这些标准纳入其自己的规则、法规和道德守则之中。

然而，对于困难重重而又危机四伏的执法环境而言，仅仅确立较高的道德标准还是不够的。为确保执法工作总是完全符合法律，就必须建立一套能够明确对每个执法人员的要求的命令和程序，并确保其得到有效执行。

预防和调查犯罪

预防和调查犯罪是国家的一项关键性义务。它是国家保护所有罪行受害者或可能成为罪行受害者的人的人权这一义务的一个组成部分。同时，负责调查犯罪的执法人员对其权力的行使也可能影响个人的人权。为了有效履行这两方面的义务，我们必须认真平衡两方面的权利：一方面是那些罪行的实际或潜在受害者以

及整个社会的权利；另一方面是那些可能受到执法工作影响的人的权利。国际人权法为这种平衡提供了一个法律框架。特别是它规定了在从犯罪调查的最初阶段开始的整个司法过程中都必须尊重的一些保障和权利。

在这些权利中最重要的一個就是受到公正审判的权利。该权利其实是由无罪推定的权利、获知被指控罪行的权利、辩护权、获得律师帮助和与律师不受妨碍地进行联络的权利、受审时间不被无故拖延的权利、获得译员帮助的权利和不被迫作不利于自己的证言或承认犯罪的权利等一整套权利构成。

几乎每个犯罪调查工作都会以某种方式导致对个人私领域的侵犯，从而影响受到《公民权利和政治权利国际公约》第17条所保护的隐私权。因此，正如任何干预个人权利的行为一样，这种行为也必须是国内法所允许且必要的，并且必须与其所要实现的合法目的相称。另外，根据《联合国执法人员行为守则》第4条，执法人员有责任尊重和保护其在执行任务的过程中获得的隐私和保密信息。

执法人员必须以绝对客观和公正的态度调查犯罪。在整个过程中不得有任何歧视或偏见：“所有的人在法律前平等，并有权受法律的平等保护，无所歧视”（《公民权利和政治权利国际公约》第26条）。

在没有任何客观依据的情况下，仅仅基于民族、相貌或某一群体成员身份等理由而过早地将调查集中在某个群体（成员）身上的做法是歧视性和低效的，并且最终会使自己疏远这些群体的成员，并失去他们的信任。

上述规则偶尔会遭到执法人员的抵制并被他们视为妨碍警察有效开展工作和保护“罪犯”的绊脚石。执法机构的领导层有责任纠正这一错误认识，并向执法人员传递以下明确的信息：只有合法的执法行为才是好的执法行为，歪曲或违反法律、规则或规章的行为最终不仅会对司法程序，而且会对整个执法体制，包括人们对它的接受和支持程度，产生负面影响。为了培养遵守法治的文化，就必须在政策、程序、教育、培训和装备等各个层面上采取一系列措施，包括有效的惩罚措施，来确保对规则和规章的遵守。

犯罪调查本身需要具有高度专业化：

- 实物证据应由受过刑事技术训练的、胜任的执法人员或在专业人员的支持下以彻底的方式收集；

- 在讯问证人的时候一定要特别小心，以免收集到不客观的信息；
- 通过线人主动收集信息的过程应该严格加以控制，以防任何造假行为；这同样适用于执法人员的卧底侦查活动。卧底人员特别应该注意不得煽动、鼓励他人实施违法犯罪行为；
- 在犯罪调查过程中，犯罪嫌疑人的陈述是相关的信息来源。但是执法人员不应该过于依赖这些陈述，而是应该尽可能获得有助于证实（或推翻）犯罪嫌疑人陈述的客观证据；
- 在审讯犯罪嫌疑人时应充分尊重人权，尤其是无罪推定的权利和不被迫作不利于自己的证言或承认犯罪的权利；
- 在任何时候都禁止酷刑和其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇。这种待遇对其被害人、实施者、整个执法机构、司法系统以及整个社会都会产生长期负面影响。执法机构的领导层必须不断提醒执法人员，这一规则没有任何例外，在任何情况下都不得偏离。他们还应该为防止酷刑的发生而采取各种措施，包括严格规范的调查和审讯程序、对法律保障的尊重和允许外部机构视察关押场所。

强迫失踪和法外处决是最严重的犯罪。根据其定义，这些罪行是由国家工作人员所实施或在其命令或纵容下实施的（见《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》中的定义），因此它们破坏了法治和社会的基础。所以必须尽一切努力预防这些犯罪，而这一目的只有在执法机构完全透明和可问责的情况下才能够实现。

预防犯罪的一个重要方面就是预防少年犯罪。为确保司法系统在处理少年犯或被指控犯罪的少年时考虑到他们特殊的脆弱性以及他们有限的成熟度，并以预防其未来犯罪为主，国际社会已制定了一系列文书。其中最主要的一个就是《儿童权利公约》。该公约将儿童定义为：“18岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁”（第1条）。另外，《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）——它是一个非条约文书——将少年定义为：“按照各国法律制度，对其违法行为可以不同于成年人的方式进行处理的儿童或少年人”（第一部分第2条第2款第1项）。

对于达到国内法规定的应负刑事责任的年龄的少年，儿童权利委员会以及各种软法文书建议采取“分流”（即从刑事司法程

序中分流出去)的方法加以处理。这种方法基于这样一个理念:不符合总体社会规范的少年行为是人类成长过程的一个部分。用一种由社会各方面参与的专门针对儿童的方法来处理这种行为更利于防止儿童成为“职业”罪犯。为此目的,联合国制定了促进对少年犯采用非拘禁措施的《非拘禁措施最低限度标准规则》(《东京规则》)。

另外,我们承认少年犯需要特殊保护和对待,因此从事少年司法的执法人员需要受到恰当的专门培训(《北京规则》第12条)。

维持公共秩序

维持公共秩序是执法人员的核心责任。它要求执法人员认真平衡社会各方面的权益,而严格遵守可适用的法律是确保这种平衡成功的关键。执法人员在处理任何涉及公共秩序的情况时应尽可能防止暴力并采用非暴力手段(见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第4条和第13条)。在这方面的一个前提条件就是存在一个符合国际人权法下国家义务的、有关公共秩序,特别是公共集会的国内法律框架:“和平集会的权利应被承认。对此项权利的行使不得加以限制,除去按照法律以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序,保护公共卫生或道德或他人的权利和自由的需要而加的限制”(《公民权利和政治权利国际公约》第21条)。

在此法律框架之下,才能够要求执法人员以符合合法性、必要性、比例性和问责性原则的方式管理公共集会。对集会的任何限制都应建立在国内法基础之上,并且不得超出维持和平和秩序所必要的范围。另外,这些限制也不得对集会参与者的权利造成不相称的影响。在这方面,尊重和保护生命权以及人身自由和安全尤为重要。这包括(如在暴力反示威过程之中)保护和集会不受他人攻击的责任。此外,对于那些被认为是非法的、但是以和平方式举行的集会,执法人员应该避免采取诸如驱散集会等行动,如果这种行动可能会导致人员受伤、死亡或财产损失等后果(见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第13条)。

在处理任何公共秩序问题时,都应优先采取沟通、协商和防止事态升级等措施(见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第20条)。为此目的,应对执法人员进行培训,以使他们知道如

何以恰当的方式与集会组织者和示威者沟通，为他们配备充足的交流设备，并使他们知道如何使用这些设备。

设备和武器的选择在这方面也同样至关重要。执法人员的外表应该不具有威胁性，否则会加剧敌对气氛。这同样适用于在暴力局势下火器的使用。在大多数情况下它们不会有助于恢复和平和秩序，而是会加剧原本已经混乱的局势。因此它们不应该被认为是处理公共秩序问题的战术工具，而应该是为了应对可能会导致人员死亡或严重受伤的个别情况的例外的、最终手段，并且只能在所有其他方法失败之后才能够使用。

在公共秩序不断受到示威、集会、暴乱或其他暴力局势威胁的情况下，政府当局可能会为恢复和平和秩序而决定宣布紧急状态。特别是“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时”（《公民权利和政治权利国际公约》第4条），它们可能采取克减某些人权的措施。紧急状态必须由国内法所授权的机构宣布，并应准确告知公众这种措施的物质、时间和领土范围。克减不得具有歧视性或影响那些不允许被克减的权利，如那些在《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款中所提到的权利，以及人权事务委员会通过解释的方式规定为不允许被克减的权利（见人权事务委员会关于《公民权利和政治权利国际公约》第4条的第29号一般性意见）。《图尔库宣言》提供了执法人员在紧急状态下操作行为指南以及必须遵守的最低限度人道标准。

公共紧急状态局势对于执法人员有效实施法律和维持和平与秩序的能力提出了特别的挑战。政府当局，尤其是执法机构，对于这种情况所经常作出的反应就是寻找理由对人权作出更大的限制并扩展公共安全机构的权力。然而必须对采取这种措施的必要性进行认真评估，因为不必要的、不相称的或歧视性的措施与恢复和平、秩序和安全的目的是背道而驰的。执法机构还需要认识到其自己在这种困难时期在维护法治方面所起到的关键性作用，即防止任何可能进一步加剧紧张局势并危害公共安全的非法、任意或歧视性的行动。

在这种局势下，政府当局往往会将维持公共秩序的任务交给武装部队。然而，它们应该认识到这样做所带来的风险和挑战。武装部队通常的任务是与国家的敌人作战，并且其所受到的训练和配备的装备也都是为了完成这一任务而准备的。但是在处理与其本国社会成员之间的冲突时，他们需要彻底改变其通常的思

维模式。在这种情况下，规制其行动的法律框架和程序也完全不同。应对其训练和装备也作出相应的调整，并建立相关的保障措施，以确保他们不以其惯常的行动方式，即与敌人作战的方式来处理这种局势。在这些预防和保障措施没有到位的情况下，政府当局应该避免将执法任务交给武装部队。

向有困难的人提供保护和帮助

向有困难的人提供保护和帮助是执法人员的第三个主要职责。这种责任对于那些脆弱人群来说尤为相关，因为这些人更容易受到歧视、虐待和剥削，缺乏基本的生存手段，并且/或者无法照顾自己。执法人员应该注意到社会中具有上述一种或数种特征的人群、他们所面临的风险以及他们在保护和帮助方面的特殊需求。

罪行和滥用权力的受害者

执法人员往往是最早接触罪行或滥用权力行为的受害者的人员。《联合国为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》（《受害者宣言》）为执法人员提供了有关如何对待那些往往受到长期身体和/或精神伤害、物质损失或蒙受耻辱的受害者的全面的指南。

因他人的犯罪行为而受到（身体、精神和物质）伤害的人（见《受害者宣言》第1条）有权受到特别同情和敏感的对待，并获得及时的帮助。负责调查犯罪的执法人员必须考虑到受害者的特殊情况，尽一切努力保护其隐私，并尽可能避免他们受到二次伤害。受害者有权积极参与司法程序，并获得相关信息、补救和赔偿。相关部门应该就如何处理与媒体的关系发出明确指令，以确保对受害者尊严和隐私的继续保护。

酷刑是会给受害者带来严重的身体和精神伤害的特别严重犯罪。《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》（《禁止酷刑公约》）将酷刑定义为为了取得情报或供状、惩罚或恐吓而由公职人员实施的或以官方身分行使职权的其他人或其唆使、同意或默许下实施的“蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为”（《禁止酷刑公约》第1条）。《禁止酷刑公约》要求缔约国在其国内法中将酷刑规定为犯罪（第4条）并确保对所有（声称的）酷刑案件迅速展开公正的调

查。酷刑受害者有权获得保护、补救以及公平和足够的赔偿(第13条和第14条)。通过酷刑获得的陈述不得在法庭上被援引为证据,但这类陈述可引作对被控施用酷刑逼供者起诉的证据(第15条)。有关防止酷刑的区域性条约包含类似的条款。《粗暴违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害者享有补救和赔偿权的基本原则和准则》也规定了有关保护酷刑受害者权利方面的进一步的指导原则。

对于执法人员来说特别难处理的犯罪就是**家庭暴力**。最为重要的是,执法人员不应将家庭暴力视为私事,而应对其开展恰当的调查,并向受害者提供各种可能的保护。应向执法人员提供专门的培训,以培养其处理此类案件的技能。

滥用权力是国家工作人员的非法行为。它不一定构成犯罪,但构成对人权的侵犯(见《受害者宣言》第18条)。许多全球性和区域性国际人权法文书都规定了这种行为的受害者在补救、公正调查和赔偿等方面的权利。在这方面执法人员负有如下义务:

- 对被指控的滥用权力的行为开展彻底调查,以确定其是否构成犯罪;
- 保护滥用权力的受害者不受进一步伤害;
- 防止、调查和纠正执法人员所实施的任何滥用权力的行为。

儿童

执法人员对于儿童负有具体的义务,即在必要时向他们提供保护和帮助。在履行职责的过程中遇到与儿童有关的问题时,他们应特别注意儿童的特殊需要和权利以及他们的特殊脆弱性。

保护儿童权利的最基本的文书是《儿童权利公约》。除肯定儿童(即18岁以下的人)享有与成人相同的基本权利和自由之外,它还规定了对儿童的额外保护,以使其免受虐待、遗弃和剥削(《儿童权利公约》第32-36条)。执法人员负责预防和彻底调查对儿童的剥削,从而在保护儿童方面起着关键性作用。根据该公约,儿童在被剥夺自由的情况下更容易受到虐待、剥削或成人的有害影响。因此《公约》要求相关当局将被剥夺自由的儿童与成人分开(第37条)并为其提供进一步的保障。

执法人员可以在不同的环境中与儿童发生互动。在刑事案件中,儿童可能会成为证人、受害者或犯罪嫌疑人。执法人员有时可能需要对儿童使用武力。在任何情况下,执法人员都应该以特

别谨慎和敏感的态度对待儿童，从而避免执法行动对儿童造成心理创伤或长久性伤害。

妇女

虽然妇女不应该被认为具有内在的脆弱性，但是她们经常面临着歧视、对其权利的不尊重以及暴力。因此，各种国际人权文书都为妇女提供了特殊保护，而这对于执法人员的工作有着密切的关系。在这方面的两个重要的文书就是《消除对妇女一切形式歧视公约》和《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非监禁措施的规则》（《曼谷规则》）。

执法人员应该在必要时向妇女提供保护和帮助，并在履行其职责时考虑到妇女的特殊需求和脆弱性。他们还有义务防止妇女成为罪行的受害者。这在针对妇女的暴力方面尤为重要。针对妇女的暴力是指“因为女人是女人而对之施加的或女人受害比例特大”的暴力，包括“施加身体的、心理的或性的伤害或痛苦、威胁施加这类行动、压制和其他剥夺自由行动”（消除对妇女歧视委员会第19(6)号一般性建议）。性暴力和强迫妇女卖淫的行为也为该定义所涵盖，而对其调查往往是一项困难和棘手的任务。应向执法人员提供专门的培训，以使其能够识别此类案件并以同情和敏感的态度对待此类犯罪的受害者。

在妇女被剥夺自由的情况下，执法人员必须保护她们免受歧视和暴力。对妇女的逮捕和身体搜查只能由女性执法人员进行；对妇女的审讯和拘押应在女性执法人员的监督下进行。执法机构应该确保妇女在司法过程中不受到有辱人格的待遇，对针对妇女的暴力事件迅速作出反应，并开展彻底调查。《曼谷规则》包括有关如何处理妇女在被关押的过程中（或在被关押之前）受到性侵害的指导原则。

为使执法机构能够恰当考虑妇女的特殊情况和需求，在执法人员中应该有足够数量的女性执法人员，以

- 开展搜查工作；
- 确保关押场所女性被关押人的安全；
- 调查家庭暴力和性暴力案件；
- 增加妇女在执法机构中的总体比例。

因此，应确保执法机构的招聘程序不得具有歧视性并且能够使足够数量的妇女进入执法机构工作。

移徙人口

人们出于各种原因而不得不开其常住地，这已成为越来越普遍的国际现象，并在人权和人道方面导致了严重的后果。不管其离开常住地的原因是什么，境内流离失所者、难民和移民往往会发现自己处于不安全和脆弱的境地。他们可能难以获得最基本的生存手段，并在新的环境中受到敌视、歧视和剥削。

执法人员有责任保护和帮助他们，并以充分尊重其权利和地位的方式对待他们。

难民是那些因为担心受到迫害而离开其本国或常住国的人（见《关于难民地位的公约》及其议定书）。他们在权利和自由方面有权得到与所有其他人一样的保护。特别是他们不应受到歧视，并应享有与其他人一样的司法保障。另外，他们有权获得证明其身份的文件，并且根据“不推回原则”，不得将他们送回其生命可能因其种族、宗教、国籍、某一社会群体的成员身份或政治见解而受到威胁的本国（或另一国家）。

在过去几十年中，暴力局势、武装冲突、大规模侵犯人权以及/或者自然灾害导致人们在**国内流离失所**的现象大幅度增加。联合国《关于国内流离失所问题的指导原则》旨在处理其所面临的困境，并向他们提供具体的保护。以下这些原则与执法人员密切相关：

- 任何强制性移徙都必须依法进行；
- 必须保护境内流离失所者免受罪行和违反人权行为的侵害；
- 禁止任意逮捕和拘押境内流离失所者；
- 应为境内流离失所者返乡和重新安置提供便利，并帮助他们收回其自己的财产和其他所属物。

移民，即决定或在其本国之外的国家中谋生的人，往往会发现自己处于极度弱势的地位，尤其是容易受到他人的剥削。这一问题对于贩卖人口行为的受害者来说尤为严重，她们甚至会被强迫卖淫。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》旨在减轻这些移民所遭受的苦难并为他们确立了一系列权利，而不管他们是“有证件”或身份正常的移民，还是“没有证件”或身份不正常的移民。

执法人员有责任保护移徙工人免受暴力、身体伤害和威胁，并确保他们享有基本的司法保障。应该建立有关逮捕和拘押的具体规则。禁止集体驱逐移民，而对个人移民的驱逐应建立在主管当局按照法律所作出的决定之上。

不推回原则保护那些如果被送回本国其基本权利就会受到侵犯，特别是那些可能遭受迫害、酷刑或其他虐待，或被任意剥夺生命的移民。不得将他们送回到存在这种危险的本国或第三国或存在将他们推回到这种国家危险的任何其他国家之中。

执法人员必须了解并保护相关法律文件中所确立的移徙人口的权利。特别是，他们应遵守以下义务：

- 考虑到移徙人口的特殊脆弱性，保护他们免受罪行和排外暴力的侵害；
- 适当考虑其缺乏法律知识和语言能力的状况；
- 不加歧视地对待他们；
- 以对待受害者而非罪犯的态度对待他们，尤其是那些贩卖人口的受害者；
- 在逮捕和拘押时确保对他们的法律权利，尤其是对正当法律程序的尊重。

执法权

武力和火器的使用

为了履行其职责，执法人员被赋予了使用武力和火器等权利。执法人员行使这些权力的方式，特别是对武力的任意、过分或其他非法的使用，会对执法机构与整个社会之间的关系产生直接影响。执法人员完全遵守有关使用武力和火器的法律框架以及在这方面最高的纪律和专业标准是至关重要的。《执法人员使用武力和火器的基本原则》提供了有关如何达到这些标准的指南。

武力的使用可能会影响诸如生命、自由和安全等基本人权（《世界人权宣言》第7条、《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款和第9条第1款）。对这些权利的保护应该得到最优先的考虑，在履行执法任务的过程中亦是如此。因此，任何影响这些权利的执法行动在认真平衡各方面因素之后才能够采取，并且必须符合有关行使执法权的原则，包括合法性、必要性、比例性和问责性原则。

在执法人员被授权使用武力和武器的情况下，国内法律应该确定行使这种权力的合法目的和条件。执法人员只有在为达到其目的所必需的条件下才能够行使这一权利。如果其目的能够在不使用武力的条件下达到，那么就不得使用武力；在不使用武力不

可能实现其目的的情况下，他们只能使用为达到其目的所需的最低限度的武力，并且确保在使用武力的过程中尽可能造成较小的物质损害和人员受伤。

当为达到合法目的而需要使用武力时，应确保这种武力所导致的后果不得超过其所要达到的目的的价值，否则这种武力的使用就是与其目的不相称的。换言之，执法人员在追求其目标时必须考虑其他因素。如果使用武力的负面后果与其所要达到的合法目的相比过于严重的话，他们甚至必须考虑放弃追求这一目的。特别是他们必须尽最大努力保护无辜群众。

当执法人员不得不使用武力时，他们应该完全对其行动负责。因此应该建立充足的报告机制，在武力的使用导致人员伤亡或者使用火器的情况下更是如此（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第22条和第23条）。必须彻底调查任意、不必要或以其他非法的方式使用武力或火器的行为（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第24条）。如果执法人员有合理的机会不服从非法命令但是没有这么做的话，那么他们不得以服从命令为理由为自己的行为辩护（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第26条）。

执法机构必须建立一个使执法人员依照上述原则行事的操作框架。在这方面它们可以采取的措施包括制定旨在以和平方式解决冲突的操作程序、提供充足的相关培训、配备旨在减少使用武力的必要保护性服装和装备，以及非致命性武器和装备的开发和对其认真的评估。

火器是专门为了杀人而设计的。因此国际人权法文书包含专门规范火器使用的条款。这些条款包括以下要点：

- 由于火器是潜在的致命武器，根据比例原则，它的使用只有在出于保护人们免于死亡或严重受伤的情况下才可以被接受（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条）。国内立法以及执法机构的程序应该确保只有在上述情况下火器才能作为最后手段被使用。
- 执法人员只有表明自己的身份并发出警告之后才可以使用火器（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第10条）——除非这种警告会造成太大的危险、不恰当或者没有意义。
- 有关控制武器和弹药的规章以及有关报告火器使用的明确规则应该确保执法人员对其火器的使用负完全的责任。

- 对执法人员在火器的使用方面的培训必须满足最高的标准，以使他们在充满压力和危险的情况下也能够作出恰当的反应。
- 执法机构的指挥官也负有确保执法人员合法和恰当使用火器的责任。他们必须采取各种可能的预防措施，以确保火器的使用符合法律并且在最大程度上考虑到了对生命权的保护。

不存在一种可以应对执法人员在其履行日常职责过程所遇到的各种困难处境的简单方法。因此相关的指令和培训应该考虑到执法工作所面临的各种复杂的情况。提供一些预先设定的、没有进一步解释的武力使用模式，以创建对预先界定之局势的自动反应模式的做法，会妨碍执法人员对具体情况作出不可或缺的全面评估——他们在这种评估过程中必须考虑各种选择（包括谈判、防止冲突升级局势和撤离）以及各种必要的预防措施（如保护无辜群众）。

在公共集会场合使用武力时必须遵守与在其他场合相同的原则。在使用武力之前必须优先考虑预防暴力、谈判、劝说和防止冲突升级等措施。如果一个集会不符合某些国内法律法规，但却是完全以和平的方式举行的，那么就应该避免对集会者使用武力。这并不影响在事后以参加非法集会为由起诉集会的组织者和参与者。另外，不能因为在原本和平和合法的集会中出现了个别暴力事件就作出驱散这种集会的决定。在这种情况下，执法机构应该处理那些有暴力行为的个人，并继续为和平集会者提供方便。应向维护集会秩序的执法人员提供保护性装备，以减少使用武力的必要性。并且在使用武力不可避免的情况下，使用相对非致命性武器可以使执法人员作出与暴力的严重程度相称的反应，从而最大限度减少损失，保护无辜群众。根据《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条（以及第14条），只有在生命受到威胁的情况下才可以使用火器。应该特别强调的是，火器不是驱散人群的恰当的工具，在任何情况下执法人员都不得不加区分地向人群开枪。

在关押场所使用武力也必须遵守合法性、必要性和比例原则。同样，根据《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条（以及第16条），只有在生命受到威胁的情况下才可以使用火器。有关文书甚至建议监狱管理人员不要携带火器，并将其使用限制

在特殊情况之下。戒具只能用于安全目的，并且永远不能被用作惩罚工具（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条结合《囚犯待遇最低标准规则》第33、34和54条解读）。

逮捕

人身自由和安全的权利被规定在许多全球性和区域性人权文书之中并且是最古老的基本人权之一。国家在限制此项权利时必须遵守严格的程序和基本司法保障。另外，这种限制必须受到司法控制。在这方面，我们必须牢记，对自由的剥夺不仅会影响人身自由和行动自由，而且还会影响其他一系列的权利的行使。因此执法人员在行使逮捕和拘押的权力时必须受到法律的严格规制，并严格遵守可适用的国际法律和标准。

实施逮捕的权利通常是一种自由裁量的权力。根据这种权力，执法人员在某些情况下可以逮捕一个人。只有在例外的情况下国内法才会规定执法人员实施逮捕的义务。法律赋予执法人员的这一自由裁量权的行使必须符合规制所有执法行动的总原则，即合法性、必要性、比例性和问责性原则。因此必须强调以下几点：

- 《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定：“除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”国内法通常规定以下实施逮捕的理由：被逮捕人被判有罪；为确保被逮捕人遵守法院命令或其法定义务；为将涉嫌犯罪的被逮捕人送交司法机构。法律还可以规定其他逮捕理由（如防止某个人伤害自己或为了将某个人驱逐出境）。然而这些规定必须是出于正当的公共秩序或安全考虑，并且不得带有歧视性。逮捕必须遵守法律所规定的程序，如在实施逮捕之前必须先获得逮捕证。
- 在执法人员认为有理由逮捕某人的情况下还必须对实施逮捕的必要性进行评估。在任何情况下，他们都必须优先考虑能够实现执法行动目的的限制性较小的方法。例如，通过及时收集证据防止嫌疑人毁灭证据，通过没收护照防止嫌疑人逃往国外。逮捕的方式、时间和地点也应符合必要性原则。例如，在情况允许的条件下，避免在工作场所或大庭广众之下实施逮捕，以减少逮捕行动对被逮捕人名声的损害。

- 逮捕行动必须与其目的，即实施逮捕的理由相称。国内法通常只允许对涉嫌实施较为严重的犯罪行为的人实施逮捕，从而确保逮捕符合比例原则。
- 必须对执法人员实施的逮捕行动进行司法控制，以确保其符合问责性原则。执法人员有义务及时将被逮捕人送交司法机构，以便后者确定逮捕的合法性(人身保护令)。在逮捕和送交司法机构之间的时间间隔通常由国内法确定(通常为24小时到48小时之间)，但是在任何情况下不得超过数天(人权事务委员会《一般性意见》第9条)。

充分遵守上述原则可以防止任意逮捕。对任意逮捕的禁止(《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款)应该根据具体案件中的情况，从不公正性、不可预测性、不合理性、反复无常性、不相称和歧视性等方面进行广义解释。正因如此，《保护所有遭受任何形式拘押或监禁的人的原则》在第2条规定：“逮捕、拘押或监禁仅应由主管官员或为此目的被授权的人员严格按照法律规定执行”。它要求有权实施逮捕的人员掌握必要的专业技能，以使其能够对相关情况进行客观和充分的评估，从而作出正确选择。

在实施逮捕时，执法人员必须尊重被逮捕人的基本权利，包括告知其逮捕的理由以及在被逮捕后所享有的权利、将其移送司法机构、确保其获得律师的帮助、通知其家人和给予其人道待遇等等。

最后，联合国《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》呼吁政府对所有负责逮捕、拘押和监禁的人员进行严格控制。

当执法人员遇到被逮捕人反抗时，他们应该决定是否以及如何使用武力，甚至火器。特别是应该对火器的使用进行严格的评估，只有在被逮捕人威胁他人(包括执法人员)的生命时才具有正当性(见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条)。如果使用武力所可能造成的损失和伤害大于逮捕这一合法的利益，那么执法人员就应该避免实施逮捕。

这种情况的发生往往是出人意料的，因此应该根据实际可能发生的各种可能的情况对执法人员进行全面和定期的培训，以使他们能够在这些情况下立即并且几乎是本能地做出符合上述标准的决定。有计划的逮捕应该是建立在周密准备和(有关逮捕的地

点、对他人可能造成的危险等)可靠的情报之上的,并且应该采取各种可能的措施保护无辜群众、执法人员自己以及被逮捕人。

在对被逮捕人的审讯过程中应尊重其相关权利,特别是无罪推定的权利、不被迫做出不利于自己的证言的权利以及免受酷刑或其他形式的虐待的权利。在这方面的一个重要的保障就是详细记录审讯的各种细节,包括审讯持续的时间和间隔以及所有在场人员的身份(《保护所有遭受任何形式拘押或监禁的人的原则》第23条第1款)。

拘 押

被剥夺自由的人处于一种极端脆弱的状况之中。因此保障那些处于任何形式的拘押或监禁之中的人的人权也就变得特别重要。对于这些权利的尊重对于被关押人随后的社会康复也是不可或缺的。

被剥夺自由的人可能会被关押在各种场所,如警察局、普通监狱或押候监狱。警察局通常只用于短期拘押。它们不是为长期关押大量人员而设计的。如果这种情况发生的话,那么,拘押条件会很快恶化,导致过分拥挤、糟糕的卫生状况、水、食物和医疗服务匮乏等问题。在这种情况下应迅速对被关押人做出取保候审或转送押候监狱的决定,以解决以上这些问题。

世界上有各种有权实施拘押的机构,但是负责关押场所的往往是监狱或警察机构。有关剥夺自由的国家标准适用于任何关押机构。在这方面的核心考虑因素就是国家对被关押人所负有的责任,包括有关被关押人下落的责任以及采取措施防止强迫失踪的责任(《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第17条)。

审前羁押应该是一种非常规措施。它必须建立在有合理理由怀疑被拘押人实施了犯罪的基础之上(合法性),只能在无法采取其他措施(如取保候审)的情况下才可以使用,并且其持续时间不得超出严格必要的限度(例如在犯罪调查已经完成,并确认犯罪嫌疑人已不会进一步销毁证据之后就应该解除)。对犯罪嫌疑人的审前羁押必须与其所涉嫌实施罪行的类型相称,并且采取这一措施的决定必须受到司法机构的监督(问责性)。

《公民权利和政治权利国际公约》第10条第1款规定了有关**人道待遇**的基本原则:“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。”这包括禁止体罚和构成酷刑或残

忍、不人道或有辱人格的待遇的关押条件。总体而言，关押场所的条件应该能够确保被关押人的健康不会受到除被剥夺自由之外的任何因素的影响。《囚犯待遇最低限度标准规则》规定了这方面的指导原则。

关押制度应该区分两类被关押人：被定罪的被关押人和等待审判的被关押人。应将后者与前者隔离开并给予其不同于前者的待遇（《公民权利和政治权利国际公约》第10条第2款第1项）。根据无罪推定原则，未被定罪的被关押人只受到为达到关押目的和确保关押场所安全和秩序所必须的限制。

对于已被定罪的被关押人来说，关押制度应该与剥夺自由基本目的——即保护社会免受犯罪的侵害——相一致。这一目的只有通过将监禁时间用于培养犯人遵守法律的行为模式才能够达到（《囚犯待遇最低限度标准规则》第58条）。而后者又取决于犯人在被关押期间是否能够受到公正和人道的待遇。

行政拘押是基于被拘押人对国家安全或公共秩序构成威胁这一理由之上的非刑事拘押措施。这种措施只有根据法律才能够使用（合法性），必须建立在对具体情况所做评估的基础之上，并且完全符合基本的司法保障（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第14条、第17条、第18条和第32条）。

纪律和惩罚措施必须符合事先制定的、明确的规章制度。这些措施及其在具体情况下的应用必须受到监督，并且不得带有不人道或有辱人格的性质。在拘押场所武力的使用仅限于自卫、脱逃或抵抗合法秩序的情况（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第30条、《囚犯待遇最低限度标准规则》第27-33条和第54条第1款），并且必须符合有关武力使用方面的一般性原则（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第15条）。

被剥夺自由的妇女可能会受到歧视性对待。她们必须与男性被关押人分开（《囚犯待遇最低限度标准规则》第8条），应由女性执法人员看管，并且应确保她们免受性暴力。《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非监禁措施的规则》（《曼谷规则》）包含了有关如何适当考虑被关押妇女的权利和需求方面的指导原则。

对**少年**的关押措施只能作为最后的手段使用，并且应该特别考虑到少年的脆弱性。《儿童权利公约》第40条和《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）强调尊重任何被剥夺自由者的基本权利、使父母和监护人参与相关过程、将少年与成年

人分开关押以及促进少年被关押者的整体福利的需要。《联合国保护被剥夺自由少年规则》提供了相关措施的进一步指南。

任何受到**非法逮捕或拘押**的人都应有权要求执行损害赔偿（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第5款）。《受害者宣言》提供了有关国家应该如何保护此种受害者的权利和确保这种权利受到尊重的进一步指南。

红十字国际委员会探视在武装冲突中被剥夺自由的人并基于其发起人道行动的权利探视在其他暴力局势下被剥夺自由的人。这些探视纯属人道性质，目的在于确保被关押人受到尊重其人格尊严的、人道的以及符合国际规范和标准的待遇。它们是在一系列前提条件之下按照红十字国际委员会的专门工作程序进行的。红十字国际委员会将探视所得出的结论在建设性秘密双边对话中告知相关当局，以便改善被关押人的待遇和关押条件。

搜查和扣押

搜查和扣押是执法人员拥有的两项重要的权力。在本手册中，应该按照以下方式广义地理解它们：

- 搜查是指为了合法的执法目的而有意寻找某个人、某个物品或某个信息的行为；
- 扣押是指为了合法的执法目的而占有某一物品的行为。

以上这两种权力都涵盖一系列广泛的行为，在刑事调查过程中尤其如此。与执法人员的其他权力——如使用武力和火器、逮捕和拘押的权力——相比，搜查和扣押的权力可能会被认为是与人权没有多大关系的执法人员的日常工作。但是它们对于那些受到搜查或扣押影响的个人的影响不可忽视，因此搜查和扣押活动必须符合合法性、必要性、比例性和问责性原则。

《公民权利和政治权利国际公约》第17条第1款和第2款规定：“任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。人人有权享受法律保护，以免受这种干涉或攻击。”

每个人都有权拥有一个受到保护的、免受外界干扰或不用担心不良后果的私人空间。因此，国家或国家工作人员对这一私人空间的干预必须受到法律的规制，执法人员只有按照法律所规定的程序方可对其进行搜查。

开展搜查的理由可以是寻找犯罪嫌疑人、寻找证据、确保安全(特别是在实施逮捕或拘押的情况下)、结束某种非法状态(如在被搜查人非法持有某种物品的情况下)或执行法院作出的民事或其他决定。

搜查对私人空间的侵犯只能以为实现其目的而绝对必要为限,并且其范围也必须与其所要达到的目的相称。在有些情况下,法律已经对相关权利和利益作出了平衡,并规定某些类型的搜查,如对电话的监听,只能用于对较为严重的犯罪的调查。

任何搜查都必须按照法律规定的程序进行,特别是必须符合问责性的各种要素。这可能意味着在进行搜查之前需要从主管机构获得搜查证、告知受搜查影响者搜查的理由、在搜查过程中有证人在场或者对搜查的物品进行记录。搜查的理由必须建立在客观的、可以核实的事实,而非某个执法人员的“直觉”之上。执法人员必须对不必要的搜查或由搜查所造成的损失负责,并且他们必须确保对在搜查过程中所获得的信息保密。

身体搜查的范围很广,包括简单的“拍身搜查”、光身搜查、体腔搜查、采取指纹、血液和DNA样本等。这些措施都会不同程度地影响一个人的人格尊严和隐私,因此都不能轻易采取。这些搜查应该由与被搜查人相同性别的人以专业的、最不具侵扰性的方式进行,以便将这种搜查方式所固有的对人格尊严的侵犯限制在最低限度。应确保由上级执法人员或司法人员根据搜查的类型对搜查行动进行充分的监督。

对房屋的搜查也往往被认为是具有侵扰性的和令人难堪的,因为它可以揭露相关人员的生活和/或工作的很多细节。在大多数国家中,执法人员在搜查之前必须获得由司法机构签发的搜查令,而没有搜查令的搜查通常仅限于例外情况。另外搜查时执法人员还必须遵守相关的程序要求,如有证人在场、记录搜查过程等等,并且必须避免不必要的混乱或破坏。

在这个技术日新月异、越来越全球化的世界中,执法机构越来越趋向于使用各种监视方法,如照相、摄像监视以及对信件、电话和互联网的监视。以不被人察觉的方法侵犯他人隐私的各种技术越来越强大,并且越来越容易使用。这意味着需要更多的法律保障来确保执法人员根据具体情况决定完全符合必要性和比例原则的监视方法。国内立法和执法机构的操作程序应该能够防止随意的监视和违反无罪推定原则的行为。

在进行搜查时，执法机构应该尊重受到法律特别保护的通讯。在这方面最明显的例子就是律师与其顾客之间的通讯。有效辩护的权利要求确保被指控的人能够与其律师进行自由和公开的交流，而不必担心其交流的内容被用作不利于他自己的证据。因此这种交流必须在受到保护的、私密的和不受执法机构监视或控制的环境中进行。许多国家的国内法也给予了诸如医生、神职人员和记者等其他一些行业的从业人员类似的保护。国内法也针对这种保护规定了一些例外情况。在这种例外情况下，执法人员必须遵守严格的规则和保障。

一个人被剥夺自由并不意味着执法人员对其享有更大的搜查权。虽然关押机构有正当理由担心关押场所的安全和保安状况，但是在关押场所内的搜查行为与在关押场所之外的搜查行为一样受到合法性、必要性、比例性和问责性原则的约束。搜查必须以可核实的事实为依据，不得是过分的或任意的，并且必须受到司法机构的监督。

物品的扣押可能会对包括财产权、隐私权和从事某种特定职业的权利等一系列人权产生影响。因此，执法人员只有根据法律所规定的理由并按照法律所规定的程序扣押物品(合法性原则)。当扣押的目的达到之后——如在执法人员对某件物品进行指纹检查并且没有发现相关证据之后——应将被扣押物品归还其主人(必要性原则)。扣押行为必须与其所要达到的目的相称。例如，不得随意扣押大量对于一个公司的运作来说必不可少的文件(比例原则)。另外，在扣押过程中必须遵守法律所规定的程序(如获得由司法机构签发的扣押令、对被扣押物品进行记录等等)，并且确保被扣押物品的妥善保管(问责性原则)。

指挥、控制和问责

指挥和管理

不同国家在执法机构的结构方面有着很大的差异。在有些国家中，执法机构采取了更为等级分明和权力集中的结构；而在另一些国家则采取了更为分散的结构，即给予中层和基层执法机构更多的决策权。不管其具体结构如何，所有执法机构都具有两个共同特征：某种程度的自上而下的指挥等级结构和每个执法人员

在其日常工作中所享有的自由裁量权。这些特征反映了执法机构在地方和全国层面上恰当应对各种需求、挑战和威胁的需要。

这要求执法机构的领导层为制定相关政策和操作标准而创建一种具有集中和等级性质的恰当的混合结构，同时又允许足够数量的分散的责任和能力的存在。但是对于后者，领导层负有确保在下级层面上的每个执法行动都完全符合法治和人权。

执法机构在很大程度上依赖于人民的接受和支持，而人民与执法机构合作的意愿在很大程度上取决于他们是否认为执法机构是合法、专业、守法和具有对本地需求的响应能力。正是由于这个原因，越来越多的执法机构采用了更为分散的结构，并将自己的工作描述为“社区警务”、“自我管理”或“下放的对于结果的责任”。

执法机构在性别、宗教、民族、籍贯等方面的代表性被证明是增加人们对其接受程度的另一个因素，因为这样可以降低执法行动被认为具有偏向性和歧视性的可能。

为了确保执法机构的合法性，其指挥领导层应不断肯定法治原则：

- 领导层必须经常提醒执法人员：只有遵守法律的执法行为才是好的执法行为，并防止机构中滋生“为了正当目的可以不择手段”的文化或态度；
- 这应通过制定旨在增加所有执法行动透明度和问责性的补充措施以及界定从业人员道德标准、正直以及遵守可适用的国内法和国际法来予以巩固。
- 腐败是对执法机构合法性和有效性的最大威胁，每个执法人员都有责任在反腐方面起到积极作用。

秩序和程序在确保对法律和人权的遵守方面起着重要的作用。为了确保执法机构的有效性以及在所有相关层面的问责性，需要建立一条清晰的指挥链，并明确界定各个环节的责任、决策权以及自由裁量权的范围。领导层应该肯定指导执法工作的合法性、必要性、比例性和问责性原则，并采取措施确保对这些原则的遵守。为确保相关秩序和程序得到遵守，并且违反秩序和程序的行为得到及时处理，监督和控制也不可或缺。

执法行为是由人实施的，因此其质量在很大程度上取决于实施执法行为的那些人的能力和技巧。招聘标准不能仅停留在身体层面，而是必须包括学历、有无违法记录、个人品德以及守法态

度等方面。与大量招聘低素质人员的做法相比，尽管这种做法在一开始要付出较高的成本，但是从长远来看成本效益更高。

以上方法同样适用于执法机构吸引合适的人才，其中包括确定恰当的工资水平和工作条件。与此同时，在一时难以招聘到足够数量的合适人选的情况下，应该根据所招聘人员的水平调整教育和培训的持续时间和内容。

另外，对执法人员的教育和培训必须根据执法的环境及其所面临挑战的变化而不断作出调整。因此，这种教育和培训不能仅仅发生在执法人员刚刚参加工作的时候，而是应该贯穿其整个职业生涯。

在人力资源管理方面，执法机构的指挥领导层必须牢记，为确保执法人员尊重他们所应该服务和保护的那些人的人权，一个不可或缺的前提条件就是执法人员本身的权利和人格尊严得到充分的尊重。这包括适当的报酬、尊重其人格的待遇、提供人道的工作条件和社会保障。另外，晋升应建立在业绩，而非工龄的基础之上。这样才能够激励执法人员形成良好的执法行为，并在执法过程中遵守法律。

监督和控制是高级指挥领导层的主要责任。他们必须确保国家履行其在国际法下的义务，特别是应该确保执法人员不能有违反人权法的行为。否则国家就应承担国际责任。有关当局必须定期审查执法程序是否符合国际人权法，并确保执法人员遵守这些程序。

在指挥链的各个环节上的执法人员都必须负有遵守法律的法律责任。“灰色执法行为”，即枉法行为，是不能被容忍的。通过监督和控制可以发现这种行为，并使相关部门能够采取纠正措施。如果监管者对这种行为视而不见，那么实施这些行为的执法人员和他们的监管者都应对这种行为负个人责任。因此，相关部门必须通过明确的指令和规范的操作程序为执法行为提供坚实的基础(而不是变成“紧身衣”)。与此同时，必须制定恰当的报告程序，用以评估每次执法行动是否符合法律和程序。另外，需要培养一种透明和信任的文化，以使执法人员敢于报告任何违反法律或程序的行为。

执法人员还有责任遵守执法机构内部规章制度、程序和指挥链。任何违反行为都应按照恰当的纪律程序进行处理。为了取得预期的效果，即确保执法人员在将来遵守命令和程序，纪律惩罚

制度必须公平、透明、及时和公正。任何任意或过度的措施都会起到反作用。诸如额外的培训、更好的工作条件或心理咨询等其他措施有时则是解决这一问题的更好方法。

执法机构也应该就其总体表现，即其在多大程度上满足了所服务的社区需求，对政府、立法机关和公众负责。绩效评估不能仅仅停留在犯罪率和逮捕人数之上，而是还应该包括执法机构与社区的相互信任程度以及执法机构满足社区需求的程度。

个人直接向执法机构投诉执法行为的可能性为执法机构的指挥监督领导层提供了以下机会：

- 评估其下属以及整个机构的绩效；
- 评估执法机构与公众关系的质量并找出需要改进的领域；
- 赢得公众的信任——这取决于执法机构是否能够以公正、专业和透明的方式处理投诉。

尽管如此，这种机制不能取代各种外部监督机制，而应该只是它们的一种补充形式。

对侵犯人权行为的调查

对人权的侵犯破坏政府的可信度和权威，因此构成对国家和平、安全和稳定的威胁。执法人员在保护人权方面起着重要的作用。然而，他们也是人权的潜在侵犯者。我们必须明白，那些由本来应该维护法律和人权的人实施的侵犯人权的行为会破坏执法机构和社区的关系。确保个别事件不影响整个执法机构的形象和绩效变得尤为重要。

因此，必须使执法人员对其行为负责，即使上级命令也不能构成为其行为，特别是诸如灭绝种族和酷刑等严重违反国际法的行为辩护的理由。命令下级实施侵犯人权行为或未能预防这种行为的上级官员也必须对这种侵犯人权的行为负责。

最终要对所有执法行为负责的是国家本身。它必须在国际层面上对构成违反其在国际人权法下义务的行为负责。事实上，这种责任有利于维护国家本身的利益：如果在一个国家中侵犯人权的行为得不到(司法)惩罚的话，那么这个国家权威的基础就遭到了破坏。

处理侵犯人权行为的权限、程序和可能的补救措施因侵犯人权行为的性质而异。一个有效的制衡系统应是一系列机制的组合。有关当局不应将制衡系统看作是一种威胁：接受对执法工作

的充分监督可提高国家的可信度和人民对其权威的接受程度。另外，监督可以帮助执法机构发现其所需要改进的领域以及改进的方法，并且对于整个机构都可以起到预防性作用。因此，积极参与所有对侵犯人权行为的调查也有利于维护执法机构本身的利益。

如果侵犯人权的行为构成了犯罪，那么执法机构必须对此履行其调查犯罪的责任。不用说，这种调查应该以迅速、彻底和公正的方式进行。然而，调查同事的行为对于执法人员来说会导致心理上的困难，因此需要对这种调查进行严格的监督，以确保其公正性。由于同样的原因，一些执法机构成立了专门负责开展此类调查的部门。无论如何，这种调查的成果取决于是否存在一种不容忍违法行为和不把内部揭发行为视为“叛变”的机构文化。执法机构的指挥领导层有责任制定一套恰当的行为守则。尽管如此，还是必须通过对这种调查的严格监督创建一套恰当的保障措施。在任何情况下外部监督都是不可或缺的。

最后，即使执法人员的侵犯人权行为不构成犯罪（如不遵守某些程序性保障），执法机构仍需对这其开展彻底调查，以确保受害者得到补救和赔偿的权利。

对执法行为的司法控制应涵盖所有领域，包括刑事起诉以及民事和行政赔偿或补救程序。必须使受害者能够利用这些司法控制程序。为了使司法控制程序能够有效维护侵犯人权行为的受害者的权利，司法机构必须独立、公正和客观。

外部监督还包括由负责促进和捍卫人权的国内人权机构开展的监督。不同国家之中的国内人权机构在结构和性质方面有着很大的差别，但它们通常都属于公共机构。它们接受公共机构的资助，并且在有效完成其任务方面对其资助机构负责。尽管如此，他们必须保持其独立性和公正性。《关于国家机构的地位的原则》（《巴黎原则》）提供了有关这种机构的组成和运作，特别是有关这种机构不可或缺的调查权方面的指导原则。虽然这些机构通常不具有行政决策权，但是让公众能够在完全相信其独立性和保护人权的意愿的条件下寻求其帮助仍然十分重要。

在世界上最常见的两种国内人权机构是国家监察专员和国家人权委员会。

- 国家监察专员通常的任务是受理个人申诉，但有时也有权主动发起调查。在调查结束之后，他有权发布有关政府当

局应该针对申诉或受违反人权行为影响者作出何种回应的建议。

- 国家人权委员会的任务是确保有关保护人权的法律法规的有效实施。有时它们也被赋予了处理特定人权问题(如歧视问题)的职权。它们处理个人申诉的方式往往与监察专员处理这类问题的方式非常相似。

国际机制为监督执法行为提供了额外的手段。例如，国际刑事法院的任务是确定种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪的个人刑事责任。其中危害人类罪是与执法工作最为相关的一类罪行。它们在《罗马规约》第7条中得到了更为准确的界定，其中包括实施酷刑的行为。负责调查上述罪行的是检察官办公室，而检察官办公室又受到预审分庭的管控（《罗马规约》第53条）。《罗马规约》还包括有关被指控人的权利、以及受害者的参与、权利和保护的条款。

有两种程序可以使国家承担违反其在国际人权法下义务的责任：

- 国家间申诉程序：一个国家可以就另一个国家未能履行其根据人权条约所作出的承诺向负责监督条约实施和遵守的委员会提出申诉。
- 个人申诉程序：有的条约规定了个人申诉程序，即个人就侵犯其根据条约所享有之人权的行为提出申诉的程序。这种申诉也由根据条约所建立的委员会处理。每个人权条约都界定了这些人权保障机制以及相关的职权和程序。

武装冲突局势

国际人道法及其与执法人员的关系

执法行为可以发生在任何情况之下——在和平时期、在武装冲突之中以及在其他暴力局势之下。因此，本手册中所介绍的国际规则 and 标准适用于上述各种情况。然而在武装冲突局势下的执法行为可能会遇到一些额外的挑战。执法人员可能成为敌对行为的目标；他们可能不得不与参与武装冲突或受武装冲突影响的人打交道，或者调查可能违反国际人道法的行为。因此执法人员必须了解他们在这些局势下的作用和义务。

国际人道法是一套出于纯粹的人道的目的而寻求限制武装冲突影响的法律。在这一领域内最早的条约是在瑞士商人亨利·杜南 (Henry Dunant) 的提议下于19世纪60年代签署的。当时杜南对于在(意大利)索尔弗利诺战场上受伤的士兵们所遭受的不必要的痛苦深感震惊。在此之后出现了两种类型的法律, 第一种规制战争的手段和方法, 第二种设法保护战争受害者。这两类法律在第二次世界大战之后得到了进一步发展, 1949年《日内瓦公约》就是这一过程最显著的结果。

国际人道法是适用于武装冲突局势的特别法。武装冲突局势包括国际性武装冲突, 即发生在两个或两个以上国家之间的战争, 和非国际性武装冲突, 即至少由一个能够开展有组织和持续军事行动的非国家武装组织参与的、具有一定激烈程度的敌对行动。

国际人权法作为国际人道法规则的补充和解释工具仍然适用于武装冲突局势下, 并且适用于其他任何与武装冲突无关的情况。

在国际性武装冲突中, 国际人道法条约对所有缔约国都具有约束力, 而习惯国际人道法规则则对所有国家都具有约束力。在非国际性武装冲突中, 冲突各方都受到日内瓦四公约共同第三条和《第二附加议定书》以及习惯法的约束。《第二附加议定书》适用于某个非国家武装团体控制一个国家部分领土的局势。

国际人道法有关敌对行为和保护落入敌人掌控之下的人的基本规则和原则如下:

- 区分原则要求冲突各方区分军事目标和平民, 后者受到保护, 不得成为攻击目标;
- 比例原则禁止发起会造成相对于其所要取得的实际的和直接的军事优势来说过分的间接平民伤亡或平民财产损失的攻击;
- 预防原则要求采取各种可能的措施防止平民人口和平民目标受到攻击;
- 必须尊重落入敌人掌控之中的人(如被俘虏或受伤的作战人员或被冲突一方控制的平民)的生命、人格尊严和基本权利。

另外, 还一些条约禁止或规制不加区分的或造成过分的或不必要的痛苦的战争手段, 如生化武器、化学武器、致盲激光武器、杀伤性地雷和集束弹药。

被剥夺自由人员的基本人权适用于包括武装冲突在内的任何情况。另外，还有一些专门适用于武装冲突的规则：

- 在非国际性武装冲突局势下，日内瓦四公约之共同第三条——该条款如今已被认为构成了习惯国际法——规定了一些类似于人权的绝对的、不可克减的基本保障。另外，日内瓦公约的《第二附加议定书》进一步规定了在特定条件下非国际性武装冲突各方的义务。
- 日内瓦四公约及其附加议定书以及习惯国际法都规定了在国际性武装冲突中被剥夺自由人员（被俘的敌方武装部队的成员、被关押的平民等）的权利以及对他们的保护。另外还有有关被指控犯罪人员的人道待遇、基本关押条件和基本司法保障的规则。

国际人道法还规定了对诸如难民、境内流离失所者、妇女和儿童等特殊群体的保护。

难民和境内流离失所者都是平民，因此除非他们直接参与敌对行动，否则都应受到保护，免受攻击。另外在国际性武装冲突中，国家应向失散家庭成员提供帮助，以使他们能够重新建立联系（《日内瓦第四公约》第26条），并不得强行将平民移送或驱逐出其自己的国家（《日内瓦第四公约》第49条）。在非国际性武装冲突中，有关保护平民的规定（日内瓦四公约的共同第三条及其《第二附加议定书》中的第13-17条）也适用于难民和境内流离失所者。

日内瓦四公约中还包含了有关**妇女**处境的专门规则，如禁止基于性别的不利区分以及女性作战人员所应受到的与男性作战人员相同的保护。日内瓦四公约的共同第三条和《第二附加议定书》的第5条第2款第1项规定了在非国际性武装冲突中对平民妇女的保护。而日内瓦四公约及其《第一附加议定书》中的许多条款则规定了在国际性武装冲突中对妇女的保护。

在这方面特别相关的是禁止强奸、强迫卖淫或任何形式的猥亵的条款（《日内瓦第四公约》第27条、《第一附加议定书》第75条和第76条和《第二附加议定书》第4条）。强奸往往会被明确地作为战争手段来实施。应该注意到这不仅会对妇女和女童，而且会对男人和男童产生影响。如今这种行为已构成战争罪，并且还可能构成危害人类罪。

武装冲突对**儿童**会产生灾难性影响，因为它会导致家庭分离、儿童失去父母、被征募进武装部队或武装团体之中、死亡或

受伤。很显然，在这种情况下儿童需要得到特殊的照顾和关怀。在非国际性武装冲突中，日内瓦四公约的共同第三条也保护儿童，并且《第二附加议定书》第5条第2款第1项规定了在特定条件下保护儿童的专门措施。日内瓦四公约及其《第一附加议定书》包含了在国家武装冲突中保护儿童的类似规定。

另外，《儿童权利公约》第38条及该公约的《任择议定书》敦促缔约国确保在武装冲突中对人道法规则的遵守并寻求保护儿童，使其免于参加敌对行动。征募不满15岁的儿童加入国家武装部队或利用他们直接参与敌对行动的行为构成战争罪（《罗马规约》第8条第2款第2项第26目和第5项第7目）。

尽管国际人道法在全世界范围内得到了承认，违反国际人道法的行为仍然不断发生。只有通过有效追究那些实施违反国际人道法行为的人及其上级指挥人员的刑事责任，才能够防止这种行为的发生。起诉违反人道法行为的责任在于国家。它们必须制定法律惩罚国际人道法所禁止的行为，并建立法院对这些罪行的管辖权。

另外，在国家未能有效履行上述义务的情况下，国际刑事法院就对严重违反日内瓦公约以及其他适用于国际或非国际性武装冲突的法律和习惯的行为具有管辖权。

在通常情况下，执法人员武装冲突中应被视为平民。因此，根据国际人道法，他们应受到保护，免受攻击。但是，如果他们被正式编入武装部队或以其他方式在事实上直接参与敌对行动，那么根据人道法他们就成为了合法军事目标。尽管如此，在非国际性武装冲突中非国家武装团体杀害执法人员的行为仍然应根据国内刑法受到惩罚（谋杀或杀人）。

当执法人员直接参与敌对行动时，他们应该遵守可适用的法律。例如在装备的使用方面，一方面某些装备，如开花弹和催泪弹，在执法行动中是允许的，但在武装冲突中是被禁止的；另一方面，先进的军事装备如果使用不当可能导致大量平民伤亡。执法人员必须认识到，他们必须对其违反国际人道法的行为负责。

执法人员在被要求同时执行两项任务——执法和军事行动——的情况下就会面临重大挑战。必须对他们进行全面的训练，以使他们能够在瞬间作出正确的选择。特别是在武力和火器的使用方面，他们必须判断在其所处的情况下他们是应该杀死敌人（作战）还是主要致力于保护（而不是剥夺）公民的生命（执法）。

相关当局必须特别小心，不要混淆两者之间的界限，而是应该让执法人员准确无误地了解其具体任务。它们还需要采取措施确保执法人员在结束参加直接敌对行动，恢复其正常执法任务之后的角色转换和心态调整。他们在此过程中所遇到的困难不可忽视。

在对待因武装冲突而被剥夺自由的人时，执法人员需要知道这些人是战俘、被关押的平民还是被指控犯罪的人。在调查困难违反国际人道法的行为时，他们必须了解国际人道法规则，并完全清楚自己有关弱势群体的责任和义务。

结 论

在任何时候，包括在武装冲突时期和其他暴力局势之下，执法人员都在服务与保护人民和维护法律方面起着重要的社会作用。因此执法人员肩负的责任重大。他们在履行其职责的过程中不管面临怎样的困难和危险都必须绝对遵守可适用的国内和国际法律。本手册表明这绝非易事：他们必须满足的法律、道德和专业要求是非常严格的。然而，本手册也始终强调，对国际规则和标准的遵守为执法人员有效维护社会和平、安全和稳定建立了一个不可或缺的框架。

导论

导论

红十字国际委员会：使命¹

红十字国际委员会是一个公正、中立和独立的组织，其特有的人道使命是保护武装冲突和其他暴力局势受难者的生命与尊严，并向他们提供援助。

红十字国际委员会还致力于通过促进和巩固人道法与普遍人道原则的方式防止苦难发生。

红十字国际委员会创建于1863年，它是《日内瓦公约》和国际红十字与红新月运动的发起者。该组织负责指导和协调国际红十字与红新月运动在武装冲突和其他暴力局势中开展的国际行动。

红十字国际委员会：任务

红十字国际委员会的任务由日内瓦四公约及其附加议定书以及《国际红十字与红新月运动章程》(下称《运动章程》)所规定。

特别是，红十字国际委员会“作为特别在国际和其他武装冲突以及内部动乱时进行人道工作的中立团体，应始终致力于保护和救助受此类冲突及其直接结果影响的军人和平民中的受难人员”(《运动章程》第5条第2款第4项)。

另外，它“可以其特殊中立和独立团体以及中间人的身份，对属于其职责范围内的各项人道性质的工作采取主动行动，并考虑需要此类团体研究的一切问题”(《运动章程》第5条第3款)。

红十字国际委员会与警察和安全部队的对话

红十字国际委员会可以在武装冲突和其他暴力局势下与警察和安全部队对话。之所以开展这样的对话，是因为警察和安全部队在这种局势中起着或可能起着以下这些重要的作用：

- 他们的责任在于保护和帮助普通民众，特别是防止他们成为受害者或帮助那些已经成为受害者的人；
- 他们在行使其职权的过程中可能会使他人成为受害者；

1 见红十字国际委员会的网址<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/icrc-mission-190608.htm> (最后一次登录时间为2013年9月30日)。

- 他们可以促进或妨碍红十字国际委员会的人道活动；
- 他们可能有能力影响那些对此种局势的受害者拥有权力或负有责任的人；

还应该指出的是，警察本身也可能成为武装冲突或暴力局势的受害者，从而成为红十字国际委员会人道工作的帮助对象。这也构成了对话的基础。

在武装冲突期间，红十字国际委员会有时可能会与直接参加敌对行动的警察和安全部队就国际人道法问题开展对话。但是红十字国际委员会通常会与那些作为执法机构的组织建立联系，从而与其就适用于执法活动的法律框架——国际人权法——开展对话。在执法语境中，这种法律框架适用于任何情况——无论是平时期、暴力局势还是武装冲突。

尽管如此，应该强调的是，红十字国际委员会不是一个人权组织，因此不会在对话中讨论所有人权文书和规则，而是专注于一些与武装冲突和其他暴力局势特别相关的核心人权：生命权、身体和心理完整性的权利、有关在执法过程中使用武力的规则、正当法律程序、最低限度生存条件、对家庭单元的尊重、失踪人员及其家人以及迁徙（如禁止任意强迫他人迁徙或不推回原则）、禁止任意剥夺财产或获得医疗服务或教育的权利、有关对宗教活动不恰当的限制的规则、以及适用于剥夺自由的规则。对于执法而言，有关保护上述权利的规则 and 标准特别适用于警察和安全部队行使权力的行为，如武力和火器的使用、逮捕和拘留以及搜查和扣押。

红十字国际委员会与警察和安全部队的对话可以分为两种各不相同但又相互补充的类型：

1. 寻求营造有利于确保对那些受到武装冲突或其他暴力局势影响的人的生命和人格尊严的尊重的环境，并促进红十字国际委员会在武装冲突或其他暴力局势下的实地工作和安全对话。这种类型的对话设法增进警察和安全部队的法律知识以及他们对法律的接受程度。其长期目标是增强执法机构依照可适用的法律框架行使其执法权的能力。
2. 旨在预防和制止违反国际人道法和国际人权法行为的秘密双边对话。在这种对话中，红十字国际委员会会提到非常具体的局势，并会要求相关当局——在可能的情况下立即——采取具体措施，以制止正在发生的违法行为或防止违法行为（再次）发生。

红十字国际委员会与警察和安全部队有关的活动的例子

- 就红十字国际委员会的安全问题以及与受武装冲突或暴力局势影响的人接触的问题与警察和安全部队对话；
- 就尊重医疗队，包括国际红十字和红新月运动医疗队问题与警察和安全部队对话；
- 红十字委员会对被警察机构关押人员的探访；
- 与警察和安全部队就在维持公共秩序的过程中使用武力和火器的问题开展对话；
- 在武装冲突和暴力局势下作为冲突各方之间的中立调解人——为诸如释放被关押的警察等目的——开展对话；
- 在红十字国际委员会活动的环境中，向警察传播有关国际人权法和红十字国际委员会的任务、活动和工作模式的知识；
- 为警察机构将国际人权法规则和标准纳入其原则、教育、培训和惩戒体系之中而向其提供制度支持。

红十字国际委员会有关警察和武装部队的总体目标是促进其遵守保护受武装冲突和其他暴力局势影响的人的法律。本手册是实现这一目标的一个重要工具。

融合的概念

批准并在国内法中实施国际人道法条约是国家遵守其在国际法下义务的重要步骤。接下来，营造有利于培养守法行为环境的另一个重要途径就是对法律的广泛宣传。然而仅靠这些措施还不足以防止违法行为的发生。法律必须成为警察行动的一个内在组成部分(见说明框“与实践的融合”)。

在警察机构真正下决心并有能力长期致力于这种融合的情况下，红十字国际委员会可以向其提供支持。但是不向警察机构提供实际培训或有关实际操作的建议，而是注重于规制警察机构运作的法律框架，帮助这些机构了解法律在实践操作层面上对其所提出的要求，以及它们为确保对法律的遵守而应该采取的行动。为此目的，它向其开展活动的各个国家中派遣专门的(具有警察工作经验的)代表，并在其日内瓦总部成立了支持部门。

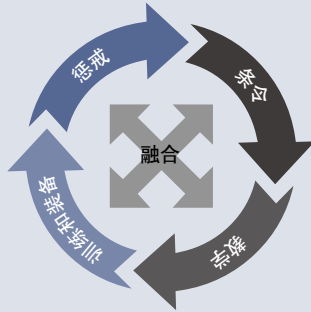
法律与实践的融合*

法律实际上是一套一般性规则。有时它们过于笼统，因而无法指导具体的执法行为。因此有必要对其进行解释，分析其在实践操作层面上的具体要求，并明确其在所有层面上所产生的影响。然后必须将法律转化成为各种易于遵守的实际措施、方法和机制。

执法人员的行为主要是由以下四个因素所塑造的：

1. 操作程序 (条令)
2. 有关法律和原则的理论知识 (教学)
3. 在实践中运用这些知识的能力 (训练和装备)
4. 确保遵守法律和原则的规则的有效实施 (惩戒)

这些因素之间的互动形成了一种良性循环。所有这些因素都应该随着在实践操作中所积累的经验教训的增长以及法律、装备、所面临的威胁以及执法任务的不同而定期修正。因此将法律融入整个执法实践之中的过程是一个持续的、永无止境的循环过程。



说明：在专门的文本框中提供了有关法律与实践融合的例子。为了方便参考，它们在开始的时候使用了以上图例的简化形式。

* 以上内容摘自红十字国际委员会，《法律与实践的融合》，红十字国际委员会，2007年，日内瓦。

手 册

本手册讨论与执法活动相关的国际人权法的一些主要的方面。它有两个侧重点：解释适用于执法活动的国际人权法规则和标准，并讨论它们对于执法人员以及执法机构的一般运作的实际影响。它的目的不是提供一个关于所有人权问题的全面的概述，

而是侧重于讨论那些红十字国际委员会在武装冲突和其他暴力局势下所关注的一系列核心人权。

本手册是为所有层面上的执法人员所编写的，他们包括：

- 每个在指挥层面上和负责执行日常执法任务的执法人员；
- 那些负责教育和培训执法人员的人；
- 那些负责制定恰当的运作程序的人。

本手册中所使用的“执法人员”一词不仅包括警察和安全部队，而且还包括执行诸如维持公共秩序等执法任务的军事人员（另见《执法人员行为守则》第1条的评论）。

本手册在编写时考虑到了2013年9月30日（本手册编辑截止日）以前国际法领域内所有相关数据和发展。

本手册的结构

本手册分为五个主要部分：

- 一、国际法和国际人权法（第一章和第二章）
- 二、执法职能和责任（第三、四、五、六章）
- 三、执法权（第七、八、九章）
- 四、指挥、控制和责任（第十章和第十一章）
- 五、武装冲突局势（第十二章）

手册最后部分包含以下附录：

- 附录一：参考文献
- 附录二：重要法律文件，即有关执法的（全球性的和区域性的）国际法律文件
- 附录三：本手册中所引用的国际案例（按章节排序）

每一章的内容都是按照以下方式组织的：

- 本章内容大纲
- 主要法律文件：一份对于本章所讨论的问题特别相关的法律文件列表（为了方便参考，第六章中的法律文件列表被放在各个小节之中）。这些文件被分为“条约法”和“非条约法”两个部分，并按生效或通过日期排列。本手册附录二汇总了各章中被引用过的所有法律文件。
- 正文部分，包括用来强调与执法工作特别相关的事项的各种文本框（见下面对文本框的更为详细的介绍）。在各章相关内容之间都建立了交叉参照。

- 选阅书目：即与本章内容相关的参考文献的一个非详尽列表。本手册附录一汇总了各章中的选阅书目。

文本框

本手册中的文本框用来突出对于执法人员特别相关的具体问题。其中有三种带有明显标识的文本框将在下文中逐一介绍。



与实践的融合

在本手册各章节的相关部分解释了相关法律与实践相融合的问题，如执法部门为确保对法律的遵守而应在原则、教育、培训、装备和惩处方面所采取的措施、方法和机制。



国际判例

为了说明国际人权法在实践中的应用，这些文本框提供了有关不同国家的国际判例。

本手册附录三提供了一个按照章节顺序排列的所有这些国际判例的列表。



进一步了解

这些文本框包含权威机构有关法律的报告、评论和意见以及对法律问题的说明。

其他(不带标识的)文本框用来突出某些具体的概念或问题。

第一部分

国际法和 国际人权法

第一章 内容大纲

一、导论

二、国际法上的主体

三、国际法的渊源

(一) 背景信息

(二) 条约法

(三) 习惯法和强制法

(四) 其他渊源 (包括软法)

四、国际法与国内法之间的关系

(一) 国家主权和国家责任

(二) 国家管辖权

(三) 刑事管辖权

(四) 豁免

五、国际人权法和国际人道法

六、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《和平解决国际争端海牙公约》(《海牙第一公约》, 1899年通过, 1900年生效)
- 《蒙得维的亚国家权利和义务公约》(《蒙得维的亚公约》1933年通过, 1934年生效)
- 《联合国宪章》(1945年通过, 1945年生效)
- 《国际法院规约》—《联合国宪章》附件 (1945年通过, 1945年生效)
- 《日内瓦公约》(1949年通过, 1950年生效)
- 《维也纳外交关系公约》(1961年通过, 1964年生效)
- 《维也纳条约法公约》(《维也纳公约》1969年通过, 1980年生效)
- 《国际刑事法院罗马规约》(《罗马规约》, 1998年通过, 2002年生效)

非条约法

- 《世界人权宣言》(1948年通过)
- 《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》(《条款草案》, 2001年由国际法委员会通过)

第一章 国际法

一、导论

考察整个国际法系统及其规范国家、国家工作人员、个人和国际组织之间关系的方式对于了解国际法对执法工作的影响很有帮助。然而，就本手册的目的而言，我们并不需要全面了解国际法的所有方面。本章主要介绍国际法与本手册中所讨论的问题有直接关系的方面，因而仅仅是对国际法的一个一般性介绍。

国际法是规范以下关系的一套规则：

- 国家与国家之间的关系；
- 国家与个人和其他非国家实体之间的关系；
- 国际机构或组织的运作、国际机构和组织相互之间以及它们与国家、个人和其他非国家实体之间的关系。

例如，国际法规定了有关国家的领土（包括领土、领海和领空）权利、对环境的国际保护、国际贸易和商业关系、国家对武力的使用、人权和人道法。

二、国际法上的主体

国际法规范国际法主体之间的关系。它界定哪些实体具有以及在多大程度上具有法律能力——即实施某种行为的能力。它还决定自然人和法人是否以及在多大程度上受到其内容的约束，以及是否能够援引国际法保护其具体的利益。因此不同的实体所具有的法律能力可能会不同。

“国际法上的主体”是指

- 在国际法下权利的享有者和义务的承担者；
- 在国际法庭上提起诉讼的程序特权的享有者；
- 国际法规定的利益的享有者；
- 有权与其他国家和国际组织订立条约者。

以上这些条件并不一定是必要条件。一个实体只要具备其中的一个条件就可以成为国际法上的主体。以下介绍三类主要的国际法主体。

国家

国家显然是国际法上的主体。《蒙得维的亚国家权利和义务公约》(《蒙得维的亚公约》)在第1条对国家作出了如下定义:

“国家作为国际法上的人格(即主体)应具有以下条件:

- (一) 定居的人民;
- (二) 确定的领土;
- (三) 政府; 以及
- (四) 与其他国家建立关系的能力。”

该定义没有在人口数量和领土面积方面提出最低要求,也没有要求国家具有明确界定或不存在争议的边界。即使一个国家的疆界尚未明确划分,只要领土具有足够的凝聚力就足够了。

存在政府这一条件意味着存在一个稳定政治组织形式以及公共当局在整个国家领土上主张其权力的能力。但是相关的国家实践表明,在国家建立之后,控制一国领土的“稳定的政治组织”这一条件就不适用于武装冲突局势了。

与其他国家建立关系的能力这一条件是指国家的独立。在这个意义上,独立应被理解为存在一个不服从于任何其他国家或国家集团的权威的单独的国家。它也可以被称为对外主权,即一个国家不服从于除国际法之外的任何权威。得到(其他国家的)承认是获得国家资格的另一个主要附加条件。

公共国际组织

诸如联合国、欧洲联盟、非洲联盟、美洲国家组织和北大西洋公约组织等组织一般是通过多边条约建立的。它们都在不同程度上具有国际人格,即它们具有订立条约的能力(即权限),享受某些特权和豁免,能够享有国际权利并承担国际义务,并且有权向国际法庭提起诉讼。但是这并不意味着这些组织具有与国家平等的地位,或具有与国家相同的权利和义务。

日内瓦公约和《国际红十字和红新月运动章程》赋予了红十字国际委员会特殊的地位。它还在联合国大会具有观察员的地位(见联合国大会于1990年10月16日通过的决议)。

个人

个人在国际法下享有权利并负有义务的能力以及他们向国际法庭提起诉讼的能力,已得到了国家实践的完全承认。例如,

国际人权法将自然人界定为国际法上的主体，赋予他们权利和义务，并使他们能够向国际法庭提起诉讼，或因违反国际法而受到国际法庭的审判。虽然个人毫无疑问可以成为国际法上的主体，但在大多数情况下他们仍然是国际法上的客体，而非主体。

三、国际法的渊源

(一) 背景信息

《国际法院规约》第38条第1款列举了得到广泛承认的国际法渊源：

“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

- (1) 不论普通或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者。
- (2) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。
- (3) 一般法律原则为文明各国所承认者。
- (4) 在第五十七条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补充资料者。”

该款第(1)项至第(3)项构成了国际法的主要“渊源”；第(4)项是比较次要的，这从该项中所使用的“补充资料”这一措词上可以看出。该措词应该理解为补充资料仅起到(进一步)限制和(或)澄清的作用。

(二) 条约法

在这里“公约”可以被认为是“条约”的同义词。《维也纳条约法公约》第2条第1款对“条约”作如下定义：

“一、就适用本公约而言：

- (1) 称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何……”

条约分双边(两个国家之间的)条约和多边(两个以上国家之间的)条约。一个条约的具体名称(即不管是称为“国际公约”、“公约”、“议定书”还是“宪章”)并不十分重要。重要的是，不管双边条约还是多边条约都为其缔约国建立了具有法律约束力的义务。

《维也纳公约》规定了有关条约的国际法。该公约是有关条约的规则的法典化，其对于国家间日常交往的重要性不言而喻，并为各国所承认。它使得对条约的解释成为有关条约的唯一可能有争议的领域。本章将只讨论条约法中对本手册的主题有直接影响或关系的部分。

1. 条约的制定

签署、批准和加入

每个国家都具有订立条约的能力。一个国家有权自主决定如何安排其订立条约的权力，特别是那些代表国家通过或验证条约文本或表达受条约约束的意愿的权力。国家元首、政府首脑和外交部长根据其职权可以代表国家，而不需要出示全权证书，即由一个国家的主管部门颁发的，授权某人代表政府行使有关条约的某一特定职责的文件。

国家可以用许多不同的方式来表达它们接受条约约束的意愿。具体使用哪种方法由条约本身加以规定。一个国家可以“通过签署、交换构成条约的文件、批准、接受、赞同、加入或任何约定的其他方法”来表达其接受条约约束的意愿（《维也纳公约》第11条）。

批准构成了最终使一个国家接受条约约束的一个单独的行为。只要条约规定了这一程序，那么就必须履行这一程序。如今批准文书通常是在按照必要的国内程序批准条约的签署（如由议会通过的一个法案或总统或政府作出的一个决定）之后交存某个机构或人员的一个确认条约签署的文件。

如果一个国家不是一个条约的最初签署国，那么它可以通过加入的方式成为该条约的缔约国，条件是条约本身规定了这种（随后）加入条约的可能性。

生效

“条约生效之方式及日期，依条约之规定或依谈判国之协议。”（《维也纳公约》第24条）。通常一个条约会规定其生效的时间和方式。虽然有些条约（特别是双边协议）可能一经签署即发生效力，但是大多数条约，特别是多边条约，只有在被一定数量的国家批准之后才能够生效。

在以下情况下，一国负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动：

“(甲) 如该国已签署条约或已交换构成条约之文书而须经批准。接受或赞同，但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思；或

(乙) 如该国业已表示同意承受条约之拘束，而条约尚未生效，且条约之生效不稽延过久。”（《维也纳公约》第18条）

每个有效的条约“对其各当事国有约束力，必须由各该国善意履行”（《维也纳公约》第26条）。这条规则，即条约必须履行 (*pacta sunt servanda*)，是国际法的一项基本原则，也是条约法的一项基本原则。一个缔约国“不得援引其国内法的规定为理由不履行条约”（《维也纳公约》第27条）。

保留

有时一个国家不希望受到整个条约的约束，而只希望受到条约的某些部分的约束。保留是促进条约的缔结，防止有些国家因为一个条约中某些孤立的方面而拒绝签署或加入该条约的一种工具。在这种情况下，有关国家可以在签署、批准、接受、核准或加入一个条约时提出对该条约的一项或多项保留。



进一步了解

《儿童权利公约》下的保留

《儿童权利公约》(1989年通过) 允许缔约国在批准该公约时提出保留，但是保留的内容不得与该公约目标和宗旨相抵触（《儿童权利公约》第51条第2款）。

尽管《儿童权利公约》是得到最广泛批准的人权条约，有193个缔约国，但还是有些缔约国对该公约中的某些条款提出了保留。例如，澳大利亚于1990年批准该公约时对要求将所有被剥夺自由的儿童同成人隔开的第37条第3款提出了一项保留。

澳大利亚虽然承认第37条的一般性原则，但是不原意受到该条第3款中具体规定的约束。考虑到该国地理和人口状况，澳大利亚声明：只有在可行且符合儿童与其父母保持联系的权利的条件下才执行这一规定。

这种保留是允许的，除非：

- “（甲）该项保留为条约所禁止者；
- （乙）条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；或
- （丙）凡不属（甲）及（乙）两款所称之情形，该项保留与条约目的及宗旨不合者。”（《维也纳公约》第19条）



进一步了解

《消除对妇女一切形式歧视公约》下的保留

《消除对妇女一切形式歧视公约》（《妇女公约》，1979年通过）允许缔约国在批准该公约时作出保留，条件是保留的内容不得与公约目的和宗旨抵触（《妇女公约》第28条第2款）。

一些国家以其国内法、传统、宗教或文化与该公约原则，包括该公约第2条不符为由对该公约的某些具体条款提出了保留。

该公约第2条规定：“缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视，协议立即用一切适当办法，推行政策，消除对妇女的歧视。为此目的，承担”采取某些法律和行政措施和机制。

负责监督该公约实施的消除对妇女歧视委员会指出，第2条对于《公约》的目的和宗旨至关重要，因此呼吁这些缔约国撤回相关保留。

2. 条约的终止、停止实施或退出

《维也纳公约》第42条第2款规定：

“终止条约、废止条约，或一当事国退出条约，仅因该条约或本公约规定之适用结果始得为之。同一规则适用于条约之停止施行。”

《维也纳公约》第54条至第79条规定了终止条约、停止实施条约和退出条约所应满足的条件。鉴于本手册的目的，在这里没有必要对公约这一问题进行详细介绍。但是我们应该了解这些步骤以及该公约第42条第2款中所规定的一般性规则。

3. 仲裁和争议的解决，国际法院

背景信息

国家之间的关系并不总是友好的，也并不总是建立在共同的意见或达成共识的基础之上的。国家之间会发生各种各样的争

端，包括有关条约关系的争端。这些争端的解决不仅仅是出于促进各国间的友好关系，它已成为一个非常令人感兴趣的国际法领域。一般来说，各国都寻求通过协商或调解的方式，有时还通过第三方的斡旋帮助、和解或进行事实调查等方法来解决争端。它们很少将争端提交到法庭上取解决。

上面提到的第三方的帮助有时是通过联合国或诸如美洲国家组织、非洲联盟等区域性组织提供的。这种和平解决争端的形式为我们提供了各种不一定是建立在国际法的基础上，但是得到争端各方的支持的达成协议的途径。通过仲裁或法庭程序解决争端就必然涉及国际法的适用，因而也就限制了解决争端的途径。在国际层面上的另一个问题就是在大多数情况下缺乏能够对国家间争端或对不遵守一般国际法规则的行为具有强制管辖权的国际机构。在本手册中我将集中讨论仲裁和国际法院。

仲裁

《和平解决国际争端海牙公约》（《海牙第一公约》）将仲裁的目的定义为“有关国家通过它们自己选择的法官在尊重法律的基础上解决争端”（第37条），而国际法委员会²则将仲裁定义为“国家间通过自愿接受具有约束力的建立在法律基础上的仲裁决定的方法来解决争端。”仲裁与司法解决之间的区别在于对司法机构的选择以及程序规则。例如与司法决定和判决不同的是，仲裁的程序和结果往往是不公开的。在仲裁过程中司法机构是通过当事双方协商决定的。而司法解决争端的前提条件是存在着一个双方所承认的、有自己的法官以及自己的一套议事规则的常设法庭。仲裁法庭可以只由一名仲裁员组成，也可以是一个合议机构组成——重要的是争端的当事各方对其构成达成一致。这种一致可以作为解决有关条约的争议的手段在条约之中达成，也可以在国家之间发生争端并决定以仲裁的方式解决这种争端时临时达成。

仲裁的结果，即“仲裁裁决”，对争端双方都具有约束力，但是历史经验表明有些国家可能会决定不接受仲裁裁决。

2 国际法委员会是根据《联合国宪章》第13条第1款第1项成立的致力于国际法之逐渐发展与编纂的专家组织。《国际法委员会章程》第2条规定，委员会由34名“普遍公认能够胜任的国际法法律界人士”组成。这些委员以个人身份，而不是以其各自所属国家政府的成员的身份行事。他们由联合国大会选举产生。联合国大会在选举时“应铭记：……委员会全体委员应确实代表世界各主要文明制度和各主要法系”（《国际法委员会章程》第8条）。

国际法院

国际法院应该被看作是现有的、对国家具有管辖权的最重要的国际性法院。目前还有其他处理有关国家义务的国际性法院，如非洲人权和民族权利法院、欧洲法院、欧洲人权法院和美洲人权法院，但是以上这些法院审理那些根据建立这些法院的公约提交到它们那里的指控的管辖权（即事项管辖权和领土管辖权）都是有限的。有关这些机构的进一步信息，见第二章第五节。国际刑事法庭由于只对个人而不对国家具有管辖权，因此它们将被放在第一章第三节第三小节中讨论。

国际法院是联合国的主要司法机构。它是在1946年根据《联合国宪章》第92条成立的。国际法院是根据其规约（它构成《联合国宪章》的一部分）组成的并且在传统上一直设在荷兰的海牙。国际法院的法官是由联合国安理会和大会按照一套复杂的程序选出的（见《国际法院规约》第4条至第14条）。这些法官的任命往往带有很强的政治性。目前国际法院的15个法官席位（按照国籍和国家集团）的分配与安理会成员国的席位是相对应的。这意味着安理会的5个常任理事国（美国、英国、法国、中国和俄罗斯）各有一个国民担任国际法院的法官。国际法院作出统一的判决，但是允许各个法官表达他们各自的意见。国际法院的判决对争端当事国具有约束力。

国际法院的管辖权包括裁判争端和提供咨询意见。但以上这两种权力它都不能主动行使。法院的管辖权范围“包括各当事国提交的一切案件以及《联合国宪章》或现行条约中所特别规定的一切事件”（《国际法院规约》第36条）。各国可随时声明接受国际法院对有关以下事项的法律争端的强制管辖权：

- 条约的解释；
- 国际法的任何问题；
- 任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务；
- 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。

这种声明可以是“无条件的、以数个特定国家间彼此拘束为条件的或以一定的期间为条件的”（《规约》第36条第3款）。《规约》第38条（该条在本章开始部分已经作了介绍）具体而全面地列出了法院在确定适用于具体案件的法律规则时可以参考的各种文件。

除了裁判各个根据《规约》第36条提交的案件外，“如经任何机构由《联合国宪章》授权而请求或依照《联合国宪章》而

请求时，国际法院还可以就任何法律问题发表咨询意见”（这些机构包括联合国安理会、联合国大会、经济及社会理事会以及联合国专门机构）。

国际法院的咨询意见对于请求机构具有约束力。有关的国家也趋向于接受并遵守这些咨询意见，但在历史上也有相反的例子。国家无权向国际法院请求咨询意见，但它们有权参与法院的程序，发表它们的意见并对其他国家的意见进行评论。

(三) 习惯法和强行法

《国际法院规约》第38条第1款第2项将国际习惯定义为：“作为通例之证明而经接受为法律者。”为了正确理解这一定义，我们必须对其进行进一步分析。确立“习惯”的第一个条件就是存在一种有关国家之间关系的“通例”。这方面的例子可以在国家之间的双边关系和多边关系中找到。只有具有一贯性（习惯性）的“通例”才能够得到承认。在这个意义上，“一贯性”是指在国家之间存在重复发生的频率和时间间隔。但是“通例”的存在本身还不足以得出在某一具体问题上存在习惯国际法。这种“通例”如果要成为习惯国际法的一部分，关键在于有关国家是否认为自己负有遵从这种“通例”的法律义务。这种必要的法律信念有一个更为人们所熟悉的拉丁文短语表述“*opinio juris sive necessitatis*”（必须遵守的信念）。习惯国际法是以以下这两个要素的结合：在（国家之间）经常重复某种通例以及有关国家相信这种通例的存在及其重复发生是一种带有普遍性的强制规则的结果。

我们可以通过对各国元首以及外交家的行动和声明、政府法律顾问的意见、双边条约、政府发言人的新闻稿或官方声明、国内法、国内法院判例以及各国军事或行政实践的仔细分析，找到国家“通例”存在的证明。

习惯法规则往往也被反映在条约之中。例如，《维也纳公约》本身就被认为是对有关条约的习惯国际法规则的编纂。

另一方面，在条约中所规定的某些规则由于条约得到许多国家的签署，或者由于这些规则被不止一个条约所规定而得到越来越广泛的接受。这可能导致一个结论：原本仅被规定在一个仅有有限数量的签署国的条约之中的某项规则在经过一段时间之后已经成为了国际惯例法。在这方面的一个例子就是日内瓦四公约的共同第3条。

强行法是比较习惯法更进一步的概念。

《维也纳公约》第53条规定：

“条约在缔结时与一般国际法强制规则抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制性规范指国家之国际社会全体接受并公认不许克减且仅有以后具有同等性质之一般国际法规则才能够更改的规范。”

强行法或一般国际法强制规则是那些不允许克减的规范。国家之间所订立的条约和规范不得与此种规范相抵触，否则这些条约或规范无效。《维也纳公约》第64条甚至规定：“遇有新一般国际法强制规律产生时，任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止。”

“产生”一词必须理解为发展成为“新”的强行法规则的、原来就已存在的国际惯例法规则或体现在多边条约中的规则。在这个意义上我们应该注意到国际法一般规则不断发展演化的过程。在这一过程中，国家之间的一个习惯做法可能会发展成习惯国际法，而一条习惯国际法规则有可能进化成不可克减的强制性规范。对酷刑的绝对禁止就可以被看作是一个沿着这种轨迹发展的规则。我们很容易提出这样的论点：根据《维也纳公约》第64条，任何宣扬或允许酷刑的条约都是无效的。

(四) 其他渊源 (包括软法)

“惯例”和“条约”并不是唯一的国际法渊源。其他补充渊源包括：

- 文明各国所承认的一般法律原则；
- 国际法院和审判庭的司法决定；
- 各国权威最高之公法学家学说；
- 联合国大会的决议。

联合国大会决议的法律意义越来越成为人们讨论的话题。那些有关联合国内部事务的决议是具有完全法律效力的。但是，联大决议——它们也被称为“软法”——对于联合国的会员国，尤其是那些对其投反对票的会员国究竟在多大程度上具有约束力，目前仍然是一个有争议的问题。

在原则上，软法由不具约束力的文书构成。它们被用来实现各种不同的目的，包括强化各国对国际协议所作出的承诺、重申某些国际规范或为以后缔结条约奠定法律基础。与措辞相对模糊

的条约或公约相比，这些文书的措辞往往要具体得多。在本手册的语境下，由第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会于1990年通过《执法人员使用武力和火器的基本原则》就是一个软法文件的重要例子。该文书的目的是为硬法（特别是《公民权利和政治权利国际公约》以及《世界人权宣言》）的实施建立和提供指导。

四、国际法与国内法之间的关系

一般来说，一个国家只要履行其根据国际法所承担的义务就可以了。至于它如何履行这些义务则不是国际法所关心的问题。但是在某些情况下，各国同意以某一特殊的方式履行其国际法义务。这种做法在人权领域非常普遍。在这一领域，各国承诺将某些行为（如酷刑和灭绝种族）定为犯罪并且通过其国内法律制度来惩罚这些行为。对于某个特定的国家而言，国内法与国际法之间的具体关系取决于这个国家的法律制度。

有关国际法实施的例子

《儿童权利公约》第19条第1款规定：

“缔约国应采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施，保护儿童在受父母、法定监护人或其他任何负责照管儿童的人的照料时，不致受到任何形式的身心摧残、伤害或凌辱，忽视或照料不周，虐待或剥削，包括性侵犯。”

实施该条规定的恰当的措施可以包括：

- 制定法律，明确将由负责照料儿童的人员实施的、针对儿童的暴力和虐待行为规定为刑事犯罪；
- 建立具有调查儿童福利职权的行政机构；
- 制定有关保护童工的法律规定（如最低工作年龄、工作时间等等）。

在许多国家中，国际法和国内法被认为构成了一个统一的法律系统。其结果之一就是国际法规范（一旦被界定）自动成为国内法的一部分并为国内法院所适用。许多国家遵守国际法“优先”原则，即在国际法规则和国内法规则发生冲突的情况下应适用国

际法。然而在其他一些国家中，宪法仍然具有至高无上的、甚至高于国际法的法律效力。

另外一些国家将国际法和国内法看作两个相互独立的系统：虽然它们可以互相纳入对方的一部分，但是它们是两个相互独立的存在体。在这些国家中，一条国际法规则在被（通常通过立法）正式纳入其国内法律体系之前不被看作是国内法的一部分。然而在许多这样的国家之中，习惯国际法（而非条约法）无需正式纳入就构成国内法的一部分。

（一）国家主权和国家责任

国际法在国内层面上的实际实施在很大程度上取决于上面所提到的国际法与国内法之间的关系。

然而，从国际角度来看，我们应该牢记：国际法对于国家是具有约束力的，并且更为重要的是，正如《维也纳公约》第27条所规定的，一个国家不得援引其国内宪法或国内法规定作为其不履行在国际法下的义务的理由。国家的义务还包括确保其政府、宪法及法律使它们能够履行其国际义务。

《关于国家权利和义务的宣言草案》第13条

“每个国家都有责任善意履行其根据条约以及其他国际法所承担的义务，而不得援引其国内宪法或法律规定作为不履行这种责任的理由。”

另外，一个国家应对其工作人员或所属机构违反国际法的行为负责。当国家违反其在国际法下的任何义务时就产生了国家责任。这一观点主要被体现在国际法委员会于2001年通过的《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》（《条款草案》）之中。

1. 国家对国际不法行为所负有的责任

上面所提到的《条款草案》第2条规定，一国国际不法行为在下列情况下发生：

- 由作为或不作为构成的行为“依国际法归于该国”；并且
- 该行为“构成对该国国际义务的违背。”

国家不仅要对正式国家工作人员的行为负责，而且要对由其他人或机构实施的、但可以被归于国家的行为负责。任何国家机关，不论是立法、行政、司法、还是任何其他机构，不论其所行使的职能是国际还是国内性质的，也不论其在国家组织中具有何种地位，其行为应视为国际法所指的国家行为。

政府是否应对国家公务员的行为导致的人身或财产损失负责取决于这种行为的性质以及行为人所履行的职能的性质。如果这种行为是行为人以官方(身份)身份实施的，那么不管这种行为的性质如何以及是否合法，国家都要对这种行为负责，甚至在这种行为是直接违背上级命令实施的情况下也是如此。国家不能通过声称根据其国内法律制度，这种行为不应该发生或者应该以另一种方式发生来躲避其责任。只有当这种行为可以被认为是国家公务员以个人身份实施的情况下，国家才能够被免于责任。但是一个例外情况就是国家的武装力量。日内瓦公约第一附加议定书第91条规定，武装冲突各方“应对构成其武装部队一部分的人员所实施的任何行为，包括以个人身份实施的行为负责”。³

上面所提到的有关国家责任的规则对于本手册的目的来说是最为相关的。它们表明，就执法人员而言，他们以官方身份所采取的行动归责于国家，因此涉及国家责任。它们还表明，国家不会仅仅因为(执法人员的)某种行为或不作为是国内法禁止的或违反上级命令的就可以免除责任。

不仅国家工作人员的行为会导致国家责任，而且归于国家的个人行为也可能会导致国家责任。例如，《条款草案》第5条规定：“经国家法律授权而行使政府权力要素的”个人或实体以这种被政府当局授权的身份所实施的行为可能导致国家责任。在执法领域，承包监狱服务的私营公司的行为可能会导致国家责任。但是应该指出的是，为诸如采矿公司等私人设施提供安全服务的私营保安公司通常不以这种身份行事。⁴

另一种可能导致国家责任的行为就是私人或实体的受到国家指挥或控制的行为(《条款草案》第5条)。最后，如果国家未能保护其人民的人权免受私行为者的侵犯，从而违反其国际法下的

3 另见《海牙第四公约》第3条。

4 《蒙特勒文件》也涉及国家责任问题。见<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/montreux-document-170908.htm> (最后一次访问2013年9月30日)。

义务的话，那么也可能承担国家责任（有关“提供保护的责任”的讨论，见第三章第三节第二小节）。

非法行为这一概念所包含的一个重要原则就是对这种行为的补救措施必须尽可能消除这种行为所造成的所有后果，并尽可能恢复在这种行为发生之前的原状。因此，当一个国家被认定实施了国际不法行为之后，它就有义务补救这种行为所造成的后果。这种补救可以采取恢复原状形式，或在不可能恢复原状的情况下采取与恢复原状等值的现金补偿。另外，国家还可能被要求赔偿被侵害方所遭受的损害或损失。补救是不实施条约的一个必然后果，因此没有必要被规定在条约之中。

（二）国家管辖权

国际法确立了有关各个国家对个人和财产进行管辖的权力的规则。这些规则定义了所谓的国家管辖权。各个国家的权力包括立法权（规定管辖权）和实施的权力（实施管辖权）。实施包括行政和司法两个方面。国家的立法权自然也涵盖民事和刑事两个领域。定义国家管辖权的国际法规则确定了国家法律以及法律实施程序的适用范围（人和物）。而国内法的具体内容不属于国际法考虑的范围。

（三）刑事管辖权

刑事管辖权首先属于国家管辖权的范围。一个国家根据以下五个原则之中的一个或多个原则行使刑事管辖权：

- 属地原则，即根据犯罪发生地或犯罪结果发生地确定管辖权；
- 国籍原则，即根据犯罪人的国籍确定管辖权；
- 保护原则，即根据犯罪所侵犯的国家利益确定管辖权；
- 普遍原则，根据该原则，对于被指控实施某些罪行的人，任何国家都可以行使管辖权，而不管其国籍或犯罪行为的发生地。这一原则主要针对的是严重违反日内瓦公约的犯罪或海盗罪；
- 消极人格原则，根据罪行的受害者的国籍确定管辖权。

1. 国际刑事法庭

在历史上，只有在国内刑事管辖权未被或无法被行使的时候国际刑事管辖权发生作用。

最早的国际刑事法庭是第二次世界大战之后不久成立的纽伦堡法庭和东京法庭。纽伦堡军事法庭成立于1945年8月8日，也就是苏联、英国、美国和法兰西共和国临时政府签署《起诉和惩罚欧洲轴心国主要战犯协议》(又称《伦敦协议》)的日子。该协议包括了一个《国际刑事法庭宪章》。该宪章规定了法庭所应适用的实体和程序规则。东京审法庭(远东国际军事法庭)是1946年1月19日根据盟军太平洋地区总司令的一个特别宣言成立的。直到最近，这两个法庭一直是国际社会所建立的仅有的两个国际刑事法庭。

20世纪90年代初在前南斯拉夫领土上以及1994年在卢汪达所犯下的罪行导致了两个单独的国际刑事法庭的成立。这两个法庭的任务是审判那些对上述罪行负有责任的人。它们都是通过联合国安理会的决议成立的。联合国安理会通过这两个决议的依据是《联合国宪章》第七章赋予它的权力。

2. 国际刑事法院

作为对上面所提到的专门刑事法庭所受到的批评的回应，国际社会于1998年签署了《国际刑事法院罗马规约》(《罗马规约》)。该规约在获得足够数量的批准之后于2002年7月1日生效。国际刑事法院于同日在荷兰海牙成立。

到本手册编辑截止日期(2013年9月30日)为止，《罗马规约》已有122个缔约国。另外一些国家已经签署但是尚未批准《罗马规约》。还有一些国家，如中国、印度、俄罗斯和美国，根本就没有签署该公约。

国际刑事法院的主题、地理、时间和司法管辖权大致如下：

属于国际刑事法院管辖权范围内的犯罪

国际刑事法院可以起诉以下罪行(《罗马规约》第5条)

- 灭绝种族罪；
- 危害人类罪；
- 战争罪；
- 侵略罪。

《罗马规约》对以上这些罪行被认为是“整个国际社会关注的最严重犯罪”做出了界定。侵略罪(第8条之二)直到2010年才在坎帕拉会议上被定义，而该定义要到2017年才生效。在此之

前，国际刑事法院不会对侵略罪行使管辖权。在坎帕拉会议上，国际刑事法院对在国际性武装冲突中使用被禁止武器罪行的管辖权被扩展到了在非国际性武装冲突中对此类武器的使用。但是该会议未能就恐怖主义罪的定义达成共识，因此该罪未被规定在《罗马规约》之中。

由于对贩毒罪的起诉被认为已超出了国际刑事法院有限的资源，因此它被有意排除在《罗马规约》之外。印度所提出的在战争罪的定义中包括使用核武器以及其他大规模杀伤性武器行为的建议在最初的条约谈判中遭到了否定。

属地管辖区

谈判各方未能就是否赋予国际刑事法院普遍管辖权这一问题达成一致。因此，就地域而言，国际刑事法院仅对以下案件具有管辖权：

- 被指控人是《罗马规约》缔约国(或接受该法院管辖权的国家)的国民；或
- 被指控的犯罪在《罗马规约》缔约国(或接受该法院管辖权的国家)的领土上发生；或
- 联合国安理会提交到法院的局势。

属时管辖权

国际刑事法院只能起诉《罗马规约》生效(即2002年7月1日)之后发生的犯罪。如果一个国家在此日期之后成为《罗马规约》的缔约国，那么法院对从《罗马规约》对该国生效之日起由该国国民实施的或在在该国领土上发生的犯罪具有管辖权。

补充性管辖权

国家在起诉犯罪——包括《罗马规约》所中所界定的犯罪——方面负有主要责任。只有在它们未能履行这一责任的情况下，国际刑事法院才有权调查和起诉《罗马规约》中所界定的犯罪。《罗马规约》第17条规定，在下列情况下，本法院应断定案件不可受理：

- “1. 对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉，除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉；

2. 对案件具有管辖权的国家已经对该案进行调查，而且该国已决定不对有关的人进行起诉，除非作出这项决定是由于该国不愿意或不能够切实进行起诉；
3. 有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判，根据第二十条第三款，本法院不得进行审判；
4. 案件缺乏足够的严重程度，本法院无采取进一步行动的充分理由。”

根据一事不再理（一罪不二审）原则，国际刑事法院不得审判已因同一指控而被另一法院审判的人，除非该另一法院的诉讼程序有下列情形之一：

- “1. 是为了包庇有关的人，使其免负本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；或
2. 没有依照国际法承认的正当程序原则，以独立或公正的方式进行，而且根据实际情况，采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。”（《罗马规约》第20条第3款）

（四）豁免

1. 国家豁免

国家享有未经其同意不受另一国家法庭的审判的绝对豁免权，这曾经是一条国际法规则。当国家进入贸易和商业领域时，它们实际上在从事着那些私人也可以从事的活动。因此它们实际上是以私人的身份进行活动的。这种由国家从事的私人行为被称为私法行为 (*acta jure gestionis*)。与这些行为相对的是那些国家以官方身份从事的、私人所不能从事的行为。

这些公共行为也被称作主权行为 (*acta jure imperii*)。它们包括：

- 内务行政行为，如驱逐外国人；
- 立法行为，如国有化；
- 有关外交活动的行为；
- 公共贷款。

这种公共行为（主权行为）的特点是它们不仅是为国家的目的服务的，而且就其本身的性质而言是政府行为，而不是任何一个公民都能够从事的行为。如今大多数国家在其实践中都遵循有限

豁免原则。根据这一原则，一个外国政府所享受的豁免权仅限于官方行为。法庭就是依靠官方行为的识别标准来判断有关一个国家是否享有其所声称的豁免权的。

2. 外交豁免

《维也纳外交关系公约》(《外交关系公约》)规定了为确保外交使团有效履行其职责而赋予他们的特权和豁免。《外交关系公约》将外交使团中的外交人员与行政技术人员和服务人员区分开来(第1条)。公约进一步规定：使团馆舍不得侵犯(第22条)。“使团馆舍”应被理解为“用于使团目的的建筑物或建筑物的一部分以及附属于建筑物的土地，包括使团团长的住所，而不管其所有权如何”(第1条第1款)。同样，“使团馆舍及其内部的家具、设备、其他财产以及使团所用的交通工具应免于搜查、征用、查封或执行”(第22条第3款)。使团的官方通信(即所有有关使团及其职责的通信)“不可侵犯”(第27条第2款)；外交邮袋“不得被拆开或扣留”(第27条第3款)，但“只能包含外交文件或用于官方目的的物品”(第27条第4款)。外交人员，即“外交使团团长以及使团中的外交人员”(第1条第5款)，的人身安全“不可侵犯”(第29条)；这些人员不受任何形式的逮捕或拘留。“外交人员应免于其接受国的刑事管辖”(第31条第1款)。但这一条款并没有使外交人员免于其派遣国的管辖权(第31条第4款)。派遣国可以放弃其外交人员的管辖豁免权(第32条第1款)。这种放弃必须要有“明确”的表示(第32条第2款)。在不影响外交使团履行其职责的条件下，派遣国通常会为了与接受国保持良好的关系而放弃其外交人员的管辖豁免权。

在这方面各国往往遵循互惠原则，即在对方给予本国外交人员特权和豁免的条件下给予对方外交人员以相同的待遇。接受国可以“在任何时候通知派遣国其使团团长为不受欢迎的人或该使团中的任何(其他)外交人员是不可接受的，而不必对该决定作出任何解释。在这种情况下，派遣国应根据情况或者召回有关人员或者终止他(或她)在该使团中的职责”(第9条第1款)。

在历史上，有关人员到位于其本国领土上的他国外交使团馆舍寻求外交避难的例子很多。《维也纳公约》(有意)回避了这个问题，因为各国不愿意承认普遍的寻求外交避难的权利。尽管如此，当这类事件发生时，各国趋向于只给予政治避难并且只是在

寻求避难人员面临着直接的或即将发生的人身危险的情况下，出于人道的目的才给予这种避难。当然，对于面临危险的其本国国民，它们也给予避难。事实上的避难使得接受国处于一种困境。如果给予避难的国家不肯交出避难者的话，那么接受国就只能通过侵犯《外交关系公约》第22条中所规定的外交馆舍豁免权或断绝外交关系的方法来逮捕避难者。一般来说，有关国家都认为，为逮捕避难者而付出这样高的代价是不值得的。

有人提出使团馆舍应被看作是派遣国领土的一部分。但这种观点没有得到各国的支持。如果《外交关系公约》的缔约国真的同意这种观点的话，那么它无疑会被写进公约中去并且该公约也就没有必要在第22条中规定外交使团的特权和豁免权了。

最后需要指出的是，从国内法的角度来看，执法人员违反外交豁免的行为（如搜查外交邮袋或逮捕外交人员）并不一定会影响相关的刑事诉讼程序的合法性。与外交豁免有关的权利的享有者是另一个国家，而非相关个人。是否可以起诉外交官或在法庭上使用通过违反外交豁免的方式获得的证据取决于国内法是否禁止此种起诉或此种证据的使用。如果是的话，那么相关个人可以提出有关非法程序的申诉。否则的话，受到影响的国家可以根据《外交关系公约》采取恰当的步骤，对违反外交豁免的刑事起诉或证据的使用提出抗议。

五、国际人权法和国际人道法

国际人权法和国际人道法是国际法的两个重要的领域，并且对于本手册的框架来说具有特别重要的意义。它们有着共同的目的，即保护人们的生命、健康和尊严。各国普遍承认，虽然国际人道法和人权法有着不同的适用范围，但它们是两个相辅相成的法律制度。人权法被认为是在任何情况下都适用（因此构成普通法），而人道法则仅适用于武装冲突局势（因此构成特别法）。

但是应该提到在国际人道法和国际人权法之间的一般性的区别。首先，国际人权法在法律上仅对国家具有约束力，而国际人道法则对冲突各方，包括非国家武装团体都具有约束力。

国际人权法明确规范国家与在其领土上的或受其管辖的个人之间的关系（在本质上属于“纵向”关系），因而涵盖了国家在一系列行为方面对个人的义务。而国际人道法则明确对国家和有组

组织的非国家武装团体都具有约束力。它为国家和非国家武装团体规定了一系列权利和义务，以保护所有受到其行为影响的人（在本质上属于“横向”关系）。

在国际人道法和国际人权法之间的另一个区别就是有关克减的问题。国际人道法不允许任何克减，而一些国际人权条约则明确允许缔约国在满足某些条件的情况下对其在条约下的某些义务进行克减（见第五章第三节第三小节）。

另外，这两个法律体系规范某些行为，特别是拘禁和武力使用的方式也存在差异。国际人道法考虑到了战争的特殊情况。例如，日内瓦第三和第四公约为战俘和被拘禁平民规定了不同的管理体制。在武力的使用方面，根据国际人道法，在敌对行动中武力，包括致命武力的使用是常态，而非例外情况。这种武力的使用只受到有关区分、相称和预防等规则的约束。而在人权法中，致命武力的使用对于执法人员来说是受到严格限制的最后手段（有关在执法中使用武力和火器的规则，见第七章；有关国际人权法和国际人道法在这方面的根本性区别，见第十二章）。

六、选阅书目

- Bellelli, Roberto (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate Publishing, Farnham, 2010.
- Bonafe, Beatrice I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers), Leiden, 2009.
- Chowdhury, Azizur Rahman, and Bhuiyan, Jahid Hossain (eds), *An Introduction to International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers), Leiden, 2010.
- Glahn, Gerhard von, and Taulbee, James Larry, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10th edition, Pearson, New York, 2012.
- International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001*, United Nations, 2008.

- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Thomson West, St Paul, 2006.
- Provost, Rene, *State Responsibility in International Law*, Ashgate Publishing, Farnham, 2002.
- Provost, Rene, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th edition, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 34, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.
- Zyberi, Gentian, *The Humanitarian Face of the International Court of Justice: Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles*, Intersentia, Oxford, 2008.

第二章 内容大纲

一、导论

二、历史回顾

- (一) 背景信息
- (二) 1919年：国际联盟
- (三) 1945年：联合国

三、国际人权标准

- (一) 背景信息
- (二) 《联合国宪章》
- (三) 国际人权宪章
- (四) 其他主要人权条约
- (五) 对人权条约的保留
- (六) 在执法领域的重要软法文书

四、联合国与人权

- (一) 背景信息
- (二) 安理会和大会
- (三) 经济及社会理事会
- (四) 人权理事会
- (五) 人权事务高级专员办公室
- (六) 监督机制和机构

五、区域性机制

- (一) 背景信息
- (二) 非洲
- (三) 美洲
- (四) 阿拉伯国家联盟
- (五) 亚洲
- (六) 欧洲

六、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《联合国宪章》(1945年通过, 1945年生效)
- 《美洲国家组织宪章》(1948年通过, 1951年生效)
- 《阿拉伯国家联盟盟约》(1952年通过)
- 《欧洲人权公约》(1950年通过, 1953年生效)
- 《公民权利与政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效) 及其两个任择议定书(分别于1966年和1989年通过, 1976年和1991年生效)
- 《经济、社会、文化权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效) 及其任择议定书(2008年通过, 2013年生效)
- 《美洲人权公约》(1969年通过, 1978年生效)
- 《非洲人权与民族权宪章》(1981年通过, 1986年生效)
- 《欧洲社会权利宪章》(1961年通过, 1996年修订, 修订后的宪章于1999年生效)
- 《阿拉伯人权宪章》(1994年通过, 最后一次修订于2004年通过, 2008年生效)
- 《东南亚国家联盟宪章》(2007年通过, 2008年生效)
- 《欧盟基本权利宪章》(2000年通过, 2009年产生法律约束力)
- 《里斯本条约》(2007年通过, 2009年生效)

非条约法

- 《美洲人的权利和义务宣言》(1948年通过)
- 《世界人权宣言》(1948年通过)

第二章 国际人权法

一、导论

权利是一种资格。它是一个人可以对另一个人提出的一种要求，但在行使这一权利时，他或她不得妨碍他人行使权利。“人权”是每个人作为人都应享有的法律权利。它们属于每个人——不管是富人还是穷人，男性还是女性。这种权利可能受到侵犯，但永远不能被剥夺。人权是法律权利，这意味着它们是法律的一部分。本章和下面各章将详细介绍保障各种具体权利并在这些权利受到侵犯时提供补救的国际文书。还需要指出的是，在世界上许多国家中，人权是受宪法和其他法律保护的。构成现代人权法律基础的基本原则存在于人类的整个历史之中。但是，正如我将在下面详细介绍的，直到20世纪，国际社会才认识到有必要制定有关各国对待其国民的最低标准。

这种认识的原因在1948年由当时刚刚成立的联合国所通过的《世界人权宣言》的序言中得到充分表达：

“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不可剥夺的权利的承认是世界自由、正义与和平的基础……对人权的无视和侮辱导致了野蛮的暴行……为使人民不致因暴政和压迫而被迫进行反叛，有必要使人权受法治的保护……”

为了阐明执法人员在促进和保护中的作用，有必要将人权问题放在特定的环境中加以考虑。这就要求我们对人权的起源、地位、适用范围及其目的作出解释。必须使执法人员明白国际人权法是如何影响其具体任务的执行的。而这转而要求我们进一步解释人权法对国内法以及对国家履行其在国际法下的义务的影响。

二、历史回顾

(一) 背景信息

应该认识到，人权的历史比本章的结构中所显示的要悠久。早在几个世纪以前，各国在国内及国际行为中已考虑到了人道的原则。但是本手册的目的不是详尽地研究人权历史，而是介绍对

人权的现状和未来的发展具有重要意义的现实。为了将这些现实放到其恰当的环境之中，我们只要将人权历史追溯到第一次世界大战刚刚结束的时候就足够了。

(二) 1919年：国际联盟

虽然著名的学者和私人组织在很早的时候就开始呼吁创立一个致力于维持国际和平的国际组织，世界各国只是在发生了世界大战之后才同意建立国际联盟。

1919年巴黎和会通过的《凡尔塞和约》标志着第一次世界大战的正式结束。这个和约同时创建了国际联盟和国际劳工办事处。国际联盟的主要目标是“促进国际间合作，实现国际和平与安全”。⁵为实现这个目标而制定的文书是建立在裁军、和平解决争端、禁止战争、集体保障各会员国的独立地位，以及对违反以上这些原则的行为的制裁等观念的基础之上的。

该联盟有三个主要机构：理事会、大会和秘书处。在这里我们不需要详细介绍该联盟的组织结构，只要说明以下几点就足够了：理事会是有限的成员组成的；大会是由该联盟的所有会员国，即《凡尔塞和约》缔约国组成的；而秘书处则是一个服务性机构。

尽管如此，第一次世界大战的恐怖情景并没有能够促使各国为争取世界和平与安全采取决定性的行动。该联盟的裁军计划完全没有实现其预定的目标。尽管诸如德国、日本和意大利退出国际联盟的决定以及它们所采取的一些行为已经对国际和平与安全构成明显而现实的威胁，但是却没有能够促使国际联盟成员国根据《凡尔塞条约》赋予它们权力采取行动。至于联盟的其他文书，只要简单地研究一下联盟的活动，我们就可以发现：这些活动总的来说都未达到其预期的效果，而其失败的原因并不在于这些文书本身的质量。联盟未能在必要时履行其义务的原因在于其会员国的漠不关心和缺乏意愿，而不在于条约规定的任何明显的缺陷。

国际联盟从来就没有成为一个世界性组织，而主要是一个欧洲组织，其会员国最多时曾达到59个。它在经济、金融、公共健康、托管制度、运输、通讯以及社会和劳动问题等领域所取得的成就因其未能阻止第二次世界大战这一重大失败而蒙上了阴影。准确地说，对这一失败负有责任的应该是国际联盟的各会员国。

5 《国际联盟盟约》序言。

国际联盟是在1946年4月18日被正式解散的。那时，联合国(1945年10月24日成立)已经成立近6个月了。

(三) 1945年：联合国

第二次世界大战结束之时，联合国决定建立一个致力于维持世界安全与和平的全球性国际组织。这个组织的明确的计划是经过不同阶段逐渐形成的：1943年的德黑兰会议、1944年的敦巴顿橡树园会议和1945年雅尔塔会议。最终，1945年6月在旧金山大会上，50个国家的政府参加了《联合国宪章》的起草工作。这一宪章不仅是建立联合国的文书，也是规定了联合国会员国法律权利和义务的多边条约。它于1945年10月24日正式生效，这一天被定为联合国的正式成立日期。宪章所建立的联合国并不是一个“超级国家”，也不是一个世界性政府。联合国所关注的首要问题是世界和平与安全。它的组织结构是服务于这一目标的。这一目标的实现在很大程度上依赖于各会员国之间的有效合作。联合国不具有主权，这在逻辑上意味着该组织没有权力干涉各国内部事务(见《联合国宪章》第2条第7款)。在下面我将更详细地介绍联合国及其主要机构以及它们的职能。为了本手册的目的，这些介绍将围绕着促进和保护人权这一主题展开。

三、国际人权标准

(一) 背景信息

自从第二次世界大战结束以来，为建立一个有效促进和保护人权的法律框架，国际社会在联合国的主持下开展了广泛的人权标准的制定工作。如今国际人权法已经成为一个由全球性和区域性标准构成的庞大的法律体系。

一般而言，这些标准是通过制定多边条约的方式来确立的。这些多边条约为缔约国规定了具有法律约束力的义务。在开展这一活动的同时，国际社会还通过联合国制定了许多属于“软法”性质的、旨在促进和保护人权的文书。后一类文书可以被理解为向联合国的会员国提供有关人权和自由等具体问题的建议或权威性指导的文书。本节将介绍这两个类别中现有的、最重要的，尤其是与司法有关的文书。

(二) 《联合国宪章》

早在《联合国宪章》起草期间，人们就对宪章中应包括多少有关人权的内容，以及这些内容应该以何种形式出现等问题展开了激烈的讨论。最初在宪章中包括一个完整的权利法案的热情很快就减小为仅仅在宪章中包括一个有关人权的一般性的声明。而即使这样一个妥协方案也遭到了一些主要的联盟国的反对。一些非政府组织为在宪章中包括对人权问题（以及联合国反对侵犯人权行为方面所起到的作用）更加明确和详细的规定开展了的游说活动。它们在劝说有关国家同意在宪章中包括这些内容方面起着重要的作用。《联合国宪章》第1条写道：

“联合国的宗旨为：

……

3. 维持国际和平及安全……促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重……”

《联合国宪章》第55条和第56条为联合国所有会员国确立了有关人权的主要义务，第55条规定：

“为造成国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安定及福利条件起见，联合国应促进：

- (子) 较高之生活程度，全民就业，及经济与社会进展。
- (丑) 国际间经济、社会、卫生及有关问题之解决；国际间文化及教育合作。
- (寅) 全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守，不分种族、性别、语言或宗教。”

第56条规定：

“所有会员国承诺与联合国合作采取共同及个别行动，以实现第55条中所规定的宗旨。”

(三) 国际人权宪章

《国际人权宪章》是对以下三个主要人权文书和两个任择议定书的总称：

- 《世界人权宣言》

- 《经济、社会、文化权利国际公约》⁶
- 《公民权利和政治权利国际公约》
- 建立了一个申诉机制的《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》
- 旨在废除死刑的《公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》

于1948年由联合国大会通过的《世界人权宣言》不是一个条约，而是一个旨在提供有关《联合国宪章》中所规定的人权和相关义务的指导和解释的框架性文件。实际上在此之后的人权立法的历史使《世界人权宣言》在人权法中取得了显著的地位。人权委员会直到1966年才完成了上面所列举的两个主要的人权公约和《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》的起草工作。然后又过了10年的时间，也就是在1976年，这两个公约才在法律上生效。

《世界人权宣言》中的许多规定都被包括在了联合国会员国的宪法或其他国内法之中。1948年以后，各国在人权领域的一般实践都是建立在这一宣言的基础之上的。其中有些实践对于各国来说可以说已取得法律确信 (*opinio juris*)——即有关法律义务信念——的地位。《世界人权宣言》中的一些规定(即禁止种族歧视、禁止酷刑和禁止奴隶制度)因此可以被认为也构成了习惯国际法的一部分。

两个人权公约分别致力于人权的两个广阔的领域：公民、政治权利和经济、社会、文化权利。这两个建立在《世界人权宣言》的条款之上的文书都是多边条约。到本手册编辑截止日，已有167个国家批准或加入了《公民权利和政治权利国际公约》，160个国家批准或加入了《经济、社会、文化权利国际公约》。在这些国家中，有115个批准或加入了《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》，从而承认了人权事务委员会接受和审议由那些声称其公约权利受到缔约国侵犯的个人所提交的来文的权限(见下文)。只有78个国家批准或加入了旨在废除死刑的《公民权利和政治权利国际公约第二议定书》。

6 于2008年通过的《经济、社会、文化权利国际公约任择议定书》建立了一个来文、调查和申诉机制。它直到最近，即2013年5月5日才生效。

(四) 其他主要人权条约

将人权宪章作为出发点和参考，国际社会继续起草有关具体人权领域和问题的条约。这些文书可以被称为专门文书。就像上述的两个公约一样，它们为其缔约国确立了具有法律约束力的义务。有时它们反映了对非缔约国也具有法律约束力的国际法普遍原则或习惯国际法规则。在上述领域内起草的条约可以按照《维也纳条约法公约》的有关规则进行解释。

最重要的专门条约包括：

- 《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》（《禁止酷刑公约》）及其任择议定书；
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》（《妇女公约》）及其任择议定书；
- 《残疾人权利公约》及其任择议定书；
- 《儿童权利公约》及其关于儿童卷入武装冲突问题和贩卖儿童、儿童卖淫和儿童色情问题的任择议定书；
- 《消除一切形式种族歧视国际公约》；
- 《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》；
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》。

以上这些条约都建立了负责监督缔约国实施相关条约规定的委员会。这些委员会一般被称为“条约监督机构”。本手册将在第二章第四节第六小节中对其作用和功能作进一步的介绍。

(五) 对人权条约的保留

正如第一章中所解释的，一个国家可以在《维也纳公约》第19条所允许的范围内对一个公约的某些条款提出保留（《维也纳公约》第2条第1款第4项）。保留的作用是在保留的范围内更改保留国与条约的其他缔约国之间的关系。当一个缔约国反对另一个缔约国所作出的保留，但不反对“条约在其本国与保留国之间生效的情况下，此项保留所涉及的规定在保留之范围内于该两国间不适用”（《维也纳条约法公约》第21条第3款）。

对《公民权利和政治权利国际公约》和《消除对妇女一切形式歧视公约》等人权条约的保留是很常见的。这种情况可能会对此类条约的总体接受程度和运作产生负面影响。

考虑到这种情况，人权事务委员会于1994年11月根据《公民权利和政治权利国际公约》第40条授予它的权利发表一般性意见，批评了各国在同意批准人权公约前所提出越来越多的保留的做法。⁷在指出截止1994年11月1日，《公民权利和政治权利国际公约》的127个缔约国中的46个缔约国共提出了150项保留这一事实之后，它得出结论：“保留的数量、其内容和范围可能会破坏公约的有效实施并趋向于削弱对缔约国义务的尊重。”委员会承认保留使那些难以保障公约中所规定的所有权利的国家能够批准公约，因而“起到有益的作用”，但是强调它希望各国能够接受公约所规定的全部义务。

在这个问题上我们所面临的困难是：只有公约的缔约国才有权反对另一些缔约国提出的对公约条款的(过分)保留。而有关国家在一问题上所考虑到的远远不只是公约的目的和宗旨。政治在人权领域，包括在对人权条约的保留的问题上确实起着重要的作用。首先，每当国际人权规范在国内层次上产生影响时(或有这种威胁时)，有关国家往往会提出干涉内政的指责。其次，如果一个国家对另一个国家的保留提出了反对，那么将来当提出反对的国家自己提出保留时，遭到反对的国家很可能也会提出反对，以此作为报复。

(六) 在执法领域的重要软法文书

条约规定了在执法过程中必须遵守的基本权利(如生命权和对虐待的禁止)，而软法文书则规定了具体的执法标准，如有关使用武力或拘押方面的标准，作为对这些基本权利的补充。这些文书中大多数都为国家提供了有关某些条约义务的解释方面的指南，并规定了有关执法人员在具体情况下的行为标准或有关执法人员对待在其责任范围内的某些具体类别的人或群体的原则。例如：

- 《囚犯待遇最低限度标准规则》，1955年由在日内瓦举行的第一届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过，由经济及社会理事会于1957年和1977年批准；
- 《执法人员行为守则》，1979年由联合国大会通过；

7 人权事务委员会第24号一般性意见，UN Doc. CCPR/C21/Add.6 (1994)。

- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》), 1985年由联合国大会通过;
- 《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》), 1985年由联合国大会通过;
- 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》, 1988年由联合国大会通过;
- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》, 1990年由在古巴哈瓦那举行的第八届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过;
- 《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》, 2005年由联合国大会通过。

四、联合国与人权

(一) 背景信息

《联合国宪章》有效地确立了人权问题是国际问题的原则。联合国将促进和保护人权看作是它的一个基本目标, 并通过本手册第二章第三节中所介绍的广泛制定有关标准的活动来实现这一目标。它颁布了大量的有关人权的文书, 其目的在于明确联合国会员国在人权方面的义务。但与此同时, 所有这些文书都要求各国采取实施行动并对其在国内层次上的适用进行某种形式的监督和控制, 因为在条约义务的解释方面经常会发生争议。下面我对联合国的介绍将局限于那些与人权有着直接和重要关系的机构。在此之后我将进一步介绍可供这些机构使用的促进和保护人权的机制。

(二) 安全理事会和大会

安全理事会和大会都是根据宪章第7条第1款成立的联合国的主要机构。它们都有设立为履行其职能所需的下属机构的权力。

1. 安全理事会

安全理事会由联合国的15个会员国组成。中国、法国、俄罗斯、英国和美国是联合国的5个常任理事国。其余的10个为非常任理事国, 任期两年, (由大会) 选举产生。在选举时应充分考

虑到联合国会员国对维持国际和平与安全以及该组织的其他宗旨所作出的贡献，并应充分考虑地域上的公允分配（《联合国宪章》第7条第1款和第2款）。为确保联合国采取迅速和有效的行动，安全理事会代表会员国行事，其主要责任是维护国家和平与安全。联合国会员国“同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”（《联合国宪章》第25条）。安全理事会是联合国的常设执行机构。

《宪章》第27条规定了安全理事会的表决程序：

1. 安全理事会每一理事国应有一个投票权。
2. 安全理事会关于程序事项之决议，应以九理事国之可决票表决之。
3. 安全理事会对于其他一切事项之决议，应以九理事国之可决票包括全体常任理事国之同意票表决之；但对于第六章及第52条第3项内各事项之决议，争端当事国不得投票。”

这种表决程序的主要问题之一就是宪章没有对“程序事项”和“其他事项”作出明确区分。当然，这种区相对宪章第27条第3款赋予每个常任理事国的“否决权”具有极为重要的意义。一般来说，应该参照宪章本身来回答什么是“程序事项”这一问题（注意：宪章第四章、第五章、第十章和第十三章中的许多条款都使用了“程序”这一标题）。另外，安全理事会的议事规则给予其主席就某一事项是否为“程序性”的问题作出裁决的权力，但是这种裁决必须获得安全理事会至少9个理事国的支持。

正如上面所提到的，安全理事会的重要责任在于国际和平与安全这一领域。安全理事会有义务致力于和平解决那些可能威胁国际和平与安全的国际争端。但是在和平解决争端的努力失败或不可能的情况下，安全理事会可以在某些条件下采取强制执行行动。《联合国宪章》第六章和第七章分别对有关这两种方法的具体的权力和权限作出了规定。至于强制执行行动，在行使《宪章》第41条和第42条的执行权力之前，（安全理事会）必须根据《宪章》第39条断定“和平之威胁、和平之破坏或侵略行为”的存在。正如在上一章中有关国际刑事法庭的那一部分所显示的，安全理事会的权限和权力在实践中具有深远的意义，并且肯定不会只局限在《宪章》第41条和第42条所明确规定的措施的范围之内。

人们已经开展了很多有关安全理事会维持国际和平与安全行动的有效性的讨论，并且也发表了很多这方面的文章。在过去，东西方的紧张关系以及其他政治因素阻碍了安全理事会采取有效的行动，因为一个(或多个)常任理事国可以通过投否决票的方式使得这种行动无法实施。

因此，在冷战结束之前的历史上只能找到少数几个由安全理事会发起的“强制执行行动”的例子。但是，正如下面这一(非穷尽)列表所显示的，冷战结束之后，联合国作出的此类决议越来越多：

- 阿富汗：第1386号决议(2001年12月20日)和第1510号决议(2003年10月13日)；
- 波斯尼亚：第770号决议(1992年8月13日)；
- 中非共和国：第1125号决议(1997年8月6日)；
- 乍得/中非共和国：第1778号决议(2007年9月25日)；
- 科特迪瓦：第1464号决议(2003年2月4日)；
- 大湖地区/刚果民主共和国：第1671号决议(2006年4月25日)；
- 海地：第1529号决议(2004年2月29日)；
- 伊拉克：第687号决议(1991年4月3日)；
- 科索沃：第1244号决议(1999年6月10日)；
- 利比里亚：第1479号决议(2003年8月1日)；
- 利比亚：第1973号决议(2011年3月17日)；
- 塞拉利昂：第1132号决议(1997年10月8日)；
- 索马里：第797号决议(1992年12月3日)和第1744号决议(2007年2月20日)；
- 东帝汶：第1264号决议(1999年9月15日)。

也正是由于安全理事会行动遇到的政治上的障碍，联合国大会(于1950年11月3日)通过了“为和平而联合起来”的决议。这一决议使得大会能够在安全理事会(由于无法达成一致)未能履行其维持国际和平与安全的情况下决定“和平之威胁、和平之破坏、或侵略行为”的存在。安全理事会这种相对的弱点所导致的第二个结果就是在联合国之外产生了北约等强大的区域性安全系统。第三个发展就是，从技术上讲，可以根据宪章第六章或第七章或同时根据以上这两章中的规定组织“维持和平”行动。

2. 大会

大会是联合国的全权机构，由该组织的所有会员国组成。每个会员国有一个投票权并且在大会上最多可以有5名代表（《宪章》第9条）。大会是一个审议机构，可以提出建议，但不能作出具有约束力的决定。它不能直接为会员国制定法律。宪章第四章列举了大会的权力，包括“讨论本宪章范围内之任何问题或事项，或关于本宪章所规定任何机关之职权”（《宪章》第10条）。虽然根据这一规定大会具有普遍的监督作用，但是就安全理事会职权范围内的事项而言，其权力被局限在安全理事会请求其提供意见（《宪章》第12条第1款）或将某一事项提交其审议（《宪章》第11条第2款）的情况，或者“为和平而联合起来”这一决议的实施。尽管如此，大会有权讨论有关国际和平及安全的任何问题，并可向安全理事会提出有关裁军及军备管制原则的建议（《宪章》第11条第1款和第2款）。如大会认为需要采取行动，它必须在讨论前或讨论后将该问题提交安全理事会。

《宪章》第18条规定了大会的投票程序。这一程序主要包括以下内容：每个会员国有一个投票权；有关“重要问题”的决议应由到会并投票之会员国的三分之二多数通过。有关“其他问题”的决议应由到会并投票之会员国过半数通过。第18条第2项的后面一部分为我们定义“重要问题”提供了线索。它规定这些问题包括：“关于维持国际和平及安全之建议，安全理事会非常任理事国之选举，经济及社会理事会理事国之选举，依第86条第1款第3项所规定托管理事会理事国之选举，对于新会员国加入联合国之准许，会员国权利及特权之停止，会员国之除名，关于施行托管制度之问题，以及预算问题。”

大会有权以到会及投票之会员国过半数确定“其他应该以三分之二多数决定之问题”。大会之所以具有越来越大的政治权力，主要是由于在冷战时期安全理事会缺乏实现《宪章》目的并按照宪章原则行动的能力。大会曾援引联合国原则和宗旨来证明这种发展的正当性。在这一过程中它不一定要遵守对宪章条文的严格的法律解释。

（三）经济及社会理事会

像安全理事会和大会一样，根据宪章第7条建立的经济及社会理事会也是联合国的主要机构。经济及社会理事会由54个理

事国组成。为了保证其工作的连续性，这些理事国是由大会通过“交错”选举的方法产生的。在选举中大会总是力图使经济及社会理事会代表不同的社会、经济、文化和地理利益。与安全理事会不同，经济和文化理事会不承认任何国家有成为常任理事国的权利。但是通过一种不成文的协议，在每届当选的经济及社会理事会的理事国中都包括5个大国。该理事会有权“在经济和社会领域建立旨在促进人权的委员会以及为履行其职责所需的其他委员会”（《宪章》第68条）。理事会的决议由到会并投票之理事国过半数通过，每个理事国有一个投票权。理事会在大会的权力下运作（《宪章》第60条）。

宪章第62条至66条规定了经济及社会理事会的职能和权力。这些职能和权力包括发动“关于国际经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关事项之研究及报告；并向大会、联合国会员国及关系专门机关提出关于此种事项之建议案”。经济及社会理事会“为增进全体人类之人权及基本自由之尊重及维护起见，得作成建议案”（《宪章》第62条）。它“得拟具关于其职权范围内事项之协约草案，提交大会”。

经济及社会理事会的其他职能包括向其他联合国机构、国家和专门机构提供帮助；协调与专门机构的合作或专门机构之间的工作；以及与其他政府间组织或非政府组织保持联系等等。按照《宪章》第68条，经济及社会理事会建立了一系列履行其职能所需的附属机构。其中包括：

- 预防犯罪和刑事司法委员会；
- 人权委员会；人权委员会是根据经济及社会理事会1946年2月16日第5 (I) 号决议建立的。它每年召开一次会议，在必要时可召开特别会议，并向经济及社会理事会报告工作。人权委员会于2006年3月27日召开第62次，也是其最后一次会议。在此之后其工作由联合国大会的一个附属机构——人权理事会——接替（见本章第四节）；
- 妇女地位委员会；
- 经济、社会、文化权利委员会。

1. 预防犯罪和刑事司法委员会

预防犯罪和刑事司法委员会是经济及社会理事会在联合国大会的建议下通过其1992/1号决议（建立预防犯罪和刑事司法委员

会)建立的。经济及社会理事会第1992/22号决议(实施大会关于在预防犯罪和刑事司法领域的活动和协调工作的第46/152号决议)规定了该委员会的任务和工作重点,包括:

- 采取打击包括有组织犯罪、经济犯罪和洗钱罪在内的国内和国际犯罪的国际行动;
- 促进刑法在保护环境方面的作用;
- 预防城市犯罪,包括少年犯罪和暴力犯罪;以及
- 改善刑事司法行政系统的效率和公正性。

该委员会所做的一项重要工作就是起草《执法人员使用武力和火器的基本原则》。该原则于1990年由在古巴哈瓦那举行的第八届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过。

2. 妇女地位委员会

妇女地位委员会是1946年由经济及社会理事会建立的。它由45个联合国会员国的代表组成。其成员由经济及社会理事会选举产生,任期4年。该委员会的职能包括为经济及社会理事会准备有关促进在政治、经济、公民、社会和教育领域内妇女权利的建议和报告。它还可以就妇女权利领域需要引起紧急关注的问题向经济及社会理事会提出建议。虽然该委员会有一个接收有关侵犯人权问题的秘密来文的程序,但是很少有人使用这一程序。其主要原因是这一程序本身并不是非常有效。它也没有得到充分的宣传。

(四) 人权理事会

联合国大会在其第60次会议上通过了第A/RES/60/251号决议。该决议建立了作为大会下属机构的人权理事会(它取代了原人权委员会的角色和责任)。

理事会由47个成员组成,每个成员任期3年。理事会的席位按照联合国各区域集团之间分配:非洲国家:13席;亚洲国家:13席;东欧国家:6席;拉丁美洲和加勒比海国家:8席;西欧和其他国家:7席。其办公室由人权理事会主席和4位副主席组成,主要处理程序和组织事务。一个由18名专家组成的咨询委员会是理事会的智囊团,根据理事会的请求向其提供专家意见。它取代了原人权委员会下属的防止歧视和保护少数小组委员会。

人权理事会的职能

(见<http://www.ohchr.org/>)

普遍定期审议

该程序以4年为一个周期对人权理事会192个成员国中的每个成员国中的人权状况进行审议(平均每年审议48个国家)。在对每个国家的审议过程中,由3个国家为一组的“三国小组”担任报告员,负责主持审议工作。审议的依据是来自包括非政府组织在内的不同方面的报告。

申述程序

2007年6月18日,人权理事会设立了一个新的申述程序,该程序旨在处理“世界任何地方在任何情况下发生的一贯严重侵犯所有人权和基本自由且得到可靠证实的情况”(见下面名为“申诉程序”的示意图)。该程序取代了1970年1503号决议所建立的那个申诉程序。新申述程序是保密的,旨在加强与相关国家间的合作。

在该程序下设立了两个单独的工作组——来文工作组和情况工作组——负责审查来文并提请理事会注意“一贯严重侵犯人权和基本自由且得到可靠证实的情况”。有关此类情况的来文可以由个人或群体,包括非政府组织提交。那些不是“明显缺乏根据的”来文被转交相关国家。在收到相关国家的反馈之后,来文被转交给来文工作组。

来文工作组

来文工作组“由人权理事会咨询委员会从其成员中指定,任期3年(可延长一次)。工作组由5名独立且高度合格的专家组成,并从地域上代表五大区域集团。工作组每年召开2次为期5个工作日的会议,评估来文的可接受性和案情实质,包括评估该来文本身或与其他来文结合起来看是否显示某种一贯严重侵犯人权和基本自由并已得到可靠证实的情况。所有被采信的来文和建议随即转交给情况工作组。”

情况工作组

该工作组“包括5名由各区域集团任命的成员，均来自理事会成员国，任期1年(可延长一次)。工作组每年召开2次为期5个工作日的会议，审议来文工作组转呈的来文，包括各国的回复，以及理事会已经通过申诉程序了解的情况。情况工作组根据来文工作组提供的信息和建议，向理事会呈交一份报告，提请理事会注意一贯严重侵犯人权和基本自由且已得到可靠证实的情况，并向理事会作出对此采取行动的建议。”理事会必须就每一个被提请其注意的情况作出决定。

特别程序

作为前人权委员会所采用的特别程序的延续，人权理事会也设立了旨在监督具体国家的人权状况或研究全球性人权问题的特别报告员、独立专家或特别工作组。目前已设立了以下6个工作组：非洲裔问题专家工作组、任意拘留问题工作组、被强迫或非自愿失踪问题工作组、以雇佣军为手段侵犯人权并阻挠行使民族自决权问题工作组、人权与跨国公司和其他工商业企业问题工作组和在法律和实践中的歧视妇女工作组(不同特别程序的列表见：<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Themes.aspx>)。

申诉程序

人权事务高级专员办公室根据联合国大会第60/251号决议并按照人权理事会第5/1号决议接收的有关一贯严重侵犯所有人权和基本自由且得到可靠证实的情况个人来文

来文工作组过滤掉所有不可接受的来文，包括明显缺乏根据的和匿名的来文。

将来文转交
相关国家以
获得它们的意见

宣布不受理
相关案件

情况工作组向理事会提交有关侵犯人权情况的报告以及有关理事会应采取的行动的建议

人权理事会

撤销案件

可能采取的措施

- 在没有理由对相关情况进行进一步审查或采取进一步行动的情况下终止对该情况的审查；
- 继续审查情况，并要求相关方面在合理的时间内提供进一步信息；
- 继续审查相关情况，并指定一位独立和高资质的专家监视相关情况，并向理事会报告；
- 停止在秘密申诉程序中对相关事项的审查，以便对该事项公开审查；
- 建议人权高专办公室向相关国家提供技术合作、能力建设援助和咨询服务。

有关侵犯人权和基本自由的来文受理标准

- (1) 不具有明显政治动机，且其目的符合《联合国宪章》、《世界人权宣言》以及人权法领域内其他可适用文书；
- (2) 包含对所声称的侵犯行为的事实性描述，包括声称受到侵犯的具体人权；
- (3) 所使用的语言不得是侮辱性的。但是如果包含侮辱性语言的来文在删除侮辱性语言之后满足其他可受理性标准的话，还是可以受理的；
- (4) 来文必须由声称为侵犯人权行为的受害者的个人或团体，或者按照诚实原则采取行动并且声称掌握有关这种侵犯行为的直接和可靠消息的个人或包括非政府组织在内的团体提交。尽管如此，也不能仅仅因为来文作者所了解有关信息是二手的而拒绝受理伴随有明确证据并得到可靠证实的来文；
- (5) 来文不是完全建立在由大众媒体传播的报道的基础之上；
- (6) 来文不是关于某个已经被在人权领域的某个特殊程序、条约机构或其他联合国或类似的区域性申诉程序处理过的揭示了一贯的、证据确凿的严重侵犯人权和基本自由现象的案件；
- (7) 国内补救措施已被用尽，除非这种补救措施无效或被不合理地拖延。

(五) 人权事务高级专员办公室

人权事务高级专员是联合国的主要人权官员。该职位是大会于1993年设立的，其“主要任务是在联合国秘书长的指导和授权之下开展联合国的人权活动”（大会1993年第48/141号决议）。

人权事务高级专员拥有意义深远的权力，使其能够处理当今世界上的任何人权问题，并为防止侵犯人权行为而作出积极努力。

人权事务高级专员办公室的任务是促进和保护所有人权。它为人权理事会和负责监督缔约国遵守人权条约的机构等联合国人权保护机制提供支持，促进发展权，并加强整个联合国系统的人权保护制度。

人权事务高级专员办公室的主要任务包括：

- 充当人权理事会及其咨询委员会的秘书处；
- 为大会和人权理事会建立的各种调查、监督和程序提供支持；
- 为条约监督机构提供服务；
- 根据人权理事会及其咨询委员会的请求，开展有关各种人权问题的研究；
- 实施技术援助项目，（通过培训、立法援助和信息传播等方法）帮助各国政府在国内层面上实施人权。

人权事务高级专员办公室位于瑞士的日内瓦。它在纽约有一个联络处，并且在世界各地建立了越来越多的、旨在监督所在国人权状况或向所在国政府提供技术援助的办事处。

(六) 监督机制和机构

除了依据《联合国宪章》建立的人权理事会之外，还有许多依据具体的人权条约建立的、负责监督这些条约实施的机构。

目前联合国总共有以下10个人权条约监督机构：

- 禁止酷刑委员会，负责监督《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》（《禁止酷刑公约》）的实施；
- 防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚小组委员会，由《禁止酷刑公约任择议定书》建立，它具有一个操作性职能，即视察缔约国中的关押场所；

- 经济、社会、文化权利委员会，根据经济及社会理事会第1985/17号决议建立，负责监督《经济、社会、文化权利公约》及其任择议定书的实施；
- 消除对妇女歧视委员会，负责监督《消除对妇女一切形式歧视公约》（《妇女公约》）及其任择议定书的实施；
- 消除种族歧视委员会，负责监督《消除一切形式种族歧视国际公约》的实施；
- 禁止强迫失踪委员会，负责监督《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》的实施；
- 保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会，负责监督《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》的实施；
- 残疾人权利委员会，负责监督《残疾人权利公约》的实施；
- 儿童权利委员会，负责《儿童权利公约》及其任择议定书的实施；
- 人权事务委员会，负责监督《政治权利和公民权利国际公约》的实施。

以上这些委员会中的每一个都由一些(10-23位，视具体公约而定)由缔约国按照相关文书选举产生的独立专家组成。

以上所提到的所有文书都具体地规定了缔约国报告制度。该制度要求相关公约的缔约国提交有关它们为实施公约条款而采取的措施，以及在这方面所取得的进展的报告。每个公约都规定了提交此种报告的时间框架和周期。

以上列举的文书中有5个，即《政治权利和公民权利国际公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《禁止酷刑公约》、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》和《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》，允许一个缔约国指控另一个缔约国违反公约；有6个(即《政治权利和公民权利国际公约任择议定书》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《禁止酷刑公约》、《残疾人权利公约任择议定书》《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》和《经济、社会、文化权利公约任择议定书》)规定了个人就缔约国侵犯人权的行爲提出申诉的权利。在至少10个缔约国接受《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》中所规定的个人申诉或来文程序之后，保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会也可以接受有关违反该公约的个人申诉或来文(但是截止2013年9月30日，只有3个缔约国接受了该程序)。

最后，条约监督机构还可以就专门问题或工作方法对公约条款作出解释。这些解释被作为条约监督机构的“一般性意见”或“一般性建议”发布。残疾人权利委员会和禁止强迫失踪委员会到目前为止尚未发布此类意见或建议。保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会于2011年2月发布了其第一个“一般性意见”——其内容涉及国内迁徙工人。

五、区域性机制

(一) 背景信息

到目前为止我们只介绍了人权领域中的全球性文书、机制和机构。这些介绍是不全面的，因为在人权领域内还存在着很多的区域性系统和安排。虽然诸如非洲联盟、欧洲理事会、欧洲联盟和美洲国家组织等区域性机构的功能已明显超出了人权的范畴，但是本手册只讨论这些系统中与人权有关的主要特征。因为一个国家可能在加入上面所提到的全球性文书的同时也加入某个区域性系统，所以让那些从事人权和人道法教育的人员熟悉现有的区域性系统是非常重要的。

(二) 非洲

非洲统一组织是一个成立于1963年、有53个会员国的区域性政府间组织。它于2001年为仍然有53个成员国的非洲联盟（非盟）所取代。非盟最重要的决策是由大会——即由成员国政府首脑参加的一年两次的会议——作出的。非盟秘书处和非盟委员会位于埃塞俄比亚的亚的斯亚贝巴。

非盟由政治和行政机构组成。由成员国政府首脑参加的一年两次的大会是非盟最重要的决策机构。非盟的代议制机构是由265个议员组成的泛非议会。这些议员由非盟成员国议会选举产生。非盟的其他政治机构包括负责为大会起草决定的执行理事会（由成员国部长或其他由成员国政府指定官员组成）；常驻代表委员会（由非盟成员国常驻代表和成员国其他常驻位于亚的斯亚贝巴的全权代表组成），以及经济、社会、文化理事会——一个市民社会咨商机构。

《非洲人权和民族权宪章》（下称《宪章》）是非洲统一组织在1981年通过的，于1986年生效。《非洲人权和民族权宪章》

有一些与大多数其他人权条约非常不同的特征：该宪章不仅规定了权利（如个人生命、自由和安全的权利），而且还规定了义务（如对家庭和社会的义务以及“不加歧视地尊重和考虑他人”的义务）；不仅规定了个人权利，而且还规定了集体权利（如平等权、生存权、自决权等等）；不仅规定了公民权利和政治权利，而且还规定了经济、社会和文化权利。

《宪章》第30条建立了非洲人权和民族权利委员会（下称委员会）。委员会位于冈比亚的班珠尔，负责监督缔约国实施《宪章》。它于1987年11月2日开始运作。

委员会的任务是促进人权，但是它也可以受理由缔约国、在委员会具有观察员地位的非政府组织以及个人指控某个缔约国侵犯人权的来文。所有缔约国都必须接受这方面的程序。委员会有权受理国家间申诉；至于其他来文，《宪章》第55条规定，委员会的11名成员可以依据《宪章》第56条中所规定的受理标准，以多数票决定委员会将受理其中的哪些来文。

委员会的其他职权包括审查缔约国有关其所采取的旨在实施《宪章》所保障的权利的立法或其他措施，以及任命有关某一特定国家或问题的特别报告员。委员会还有权根据某一缔约国、非盟机构或非盟所承认的非洲组织的请求对《宪章》条款进行解释。

《宪章》的1997年议定书建立了一个非洲人权和人民权利法院。与此同时，非盟于2006建立了作为“非盟主要司法机构”的非洲法院。该法院有权对有关非盟条约解释的争议作出裁决。《宪章》的2008年议定书将非洲法院和非洲人权法院合并为一个法院。根据该议定书，合并后的法院分为两个厅，其中一个审理有关一般法律问题的案件，另一个审理有关人权条约的问题。

建立该法院的议定书（《关于非洲法院和非洲人权法院规约的议定书》）规定了法院与委员会之间的关系。它赋予了法院与委员会互补的职能。特别是委员会有权向法院提交声称侵犯人权的案件（作为《议定书》附件的《规约》第30条第2款）；委员会还可以提请法院提供咨询意见（第53条）。法院应制定其自己的程序规则。在此过程中它充分考虑委员会与法院之间的互补关系（第27条第1款）。但是，目前以上这些工作尚未完成，为协调这两个机构之间的关系而举行的磋商仍在进行之中。

另外，由于这一议定书尚未被足够数量的缔约国批准，非洲人权和人民权利法院仍在正式运作。但是与非洲人权和人民权利委员会相比，该法院几乎没有什么真正的活动。

根据《宪章》，非盟通过了以下人权文书：

- 《非洲统一组织关于非洲难民问题的某些方面的公约》(1969年通过，1974年生效)；
- 《非洲儿童权利与福利宪章》(1990年通过，1999年生效)；
- 《非洲人权和民族权宪章关于非洲妇女权利的议定书》(2003年通过，2005年生效)；
- 《非洲联盟保护与帮助非洲国内流离失所者公约》(《坎帕拉公约》，2009年通过，2012年生效)。

(三) 美洲

美洲人权系统有两个不同的法律渊源。一个是从《美洲国家组织宪章》发展出来的。另一个是建立在《美洲人权公约》基础之上的。

美洲国家组织由35个会员国组成，它们包括了美洲所有的主权国家。该组织通过大会、外交部长协商会议和常设理事会等机构履行其职责。大会每年召开一次定期会议，在必要时可以召开特别会议。它是美洲国家组织的最高决策机构。每个会员国在大会中都有代表并且有一个投票权。外交部长协商会议是一个讨论紧急问题的论坛，可以由常设理事会召集。常设理事会是附属大会和协商会议的一个全体性机构。它由美洲国家组织会员国的常驻代表组成。理事会的作用包括监督秘书处的工作、与联合国和其他国际组织合作、确定预算配额以及为其下属机构制定规约等等。

美洲国家组织人权系统是建立在1948年《美洲国家组织宪章》及其于1967年、1985年、1992年和1993年通过的4个修订案的基础之上的。这4个修订案在人权领域有着重大的影响。它们建立了美洲国家间人权委员会——一个旨在美洲“促进对人权的遵守和保护……”（《美洲国家组织宪章》第106条）的宪章机构。它们还增强了《美洲人的权利和义务宣言》的规范性质。该宣言体现了对《美洲国家组织宪章》第3条第11款中所规定的“个人的基本权利”的权威性解释。美洲人权法院在一个咨询意见中认为，“对于该组织的会员国来说，该宣言是定义宪章中

所提到的人权的文书……是有关该组织宪章的国际义务的法律渊源”。法院在其咨询意见中详细地回顾了美洲国家组织及其会员国有关人权的实践，并且从这些实践中找到了支持以上这一论点的有力证据。⁸

随着《美洲人权公约》的生效，(由该公约所规定的)美洲国家间人权委员会的作用和责任日益扩大。这要求美洲国家组织制定一个新的规约，以对该委员会进行重建。重建后的委员会保持了《美洲国家组织宪章》赋予它的、对该组织的所有会员国都具有约束力的权力和权限。同时《美洲人权公约》又赋予了它一些额外的、只对该公约的缔约国具有约束力的权力和权限。根据宪章所赋予的权限，该委员会可以进行有关特定国家的研究和实地调查，并可以接收指控有关国家侵犯宣言中所包含的权力的个人申诉。根据公约所赋予它的权力，委员会可以审理国家间指控和个人申诉。公约的所有缔约国都必须接受委员会有关个人申诉的权限。但是接受委员会有关国家间指控的权限的缔约国必须作出专门的声明。

在有关国家无法和平解决某一案件或不接受委员会的建议的情况下，委员会或有关国家都可以将这一案件提交美洲国家间人权法院。个人没有把案件直接提交法院的权利，但是他们可以将案件提交委员会，然后由后者决定是否将案件提交法院。法院有审理案件和提供咨询意见两种权限(《公约》第64条)。在其所审理的案件中，法院的判决是最终的、不能被上诉的。公约缔约国保证“在其所涉及的任何案件中遵从法院的判决”(《公约》第68条第1款)。法院有权作出判决，要求有关国家给予权利和(或)自由受到侵犯的个人以经济赔偿并且/或者对构成侵犯这些权利或自由的状态采取补救措施(第63条第1款)。

《美洲人权公约》于1969年通过，1978年7月18日生效。它已被美洲国家组织35个成员国中的24个所批准(美国、加拿大和一个说英语的加勒比国家尚未批准该公约)。美洲国家间人权委员会和美洲国家间人权法院监督缔约国对《公约》条款的遵守。在主要的人权条约中，只有《美洲人权公约》明确授权法院针对其正在审理的案件，或在已提交到委员会但尚未被提交到法

8 Advisory Opinion OC-10/89, 14 July 1989, Inter-American Court of Human Rights, Series A. No. 10 (1989).

院的案件发布临时禁止令。这一权限被限制在“极为严重和紧急的案件中，并且必须是出于避免对有关人员造成不可补救的损害的目的”。

美洲国家组织所制定的其他有关人权的法律文件包括：

- 《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985年通过, 1987年生效);
- 《美洲人权公约关于经济、社会和文化权利领域的议定书》(《萨尔瓦多议定书》, 1988年通过, 1999年生效);
- 《美洲人权公约关于废除死刑的议定书》(《萨尔瓦多议定书》, 1990年通过, 1991年生效);
- 《美洲防止、惩处和根除针对妇女暴力公约酷刑公约》(《贝伦杜帕拉公约》, 1994年通过, 1995年生效);
- 《美洲关于人员强迫失踪的公约》(1994年通过, 1996年生效);
- 《美洲消除对残疾人一切形式歧视公约》(1999年通过, 2001年生效);
- 《美洲关于保护被剥夺自由者原则和最佳实践》(2008年3月由美洲国家间人权委员会通过)。

(四) 阿拉伯国家联盟

建立阿拉伯国家联盟的条约于1952年生效。它正式建立了《联合国宪章》第八章中所规定的区域办法(主权国家为维持地区和平和安全而按照宪章原则开展的合作)。这个由22个成员国组成的联盟具有很广泛的目标。其主要目标是协调成员国之间的政治纲领“以实现这些国家之间的真正合作并维护其独立和主权……”(《阿拉伯国家联盟盟约》第2条)。因此其主要合作领域是经济方面的或有关财政、海关、货币、农业、通讯、工业、社会和健康等方面事务。

阿拉伯国家联盟有一个由所有成员国组成的理事会。该理事会在一般情况下力求采取在所有成员国之间达成一致的决策方法。一旦作出了意见一致的决定, 成员国就有义务在其各自的宪法框架内实施这种决定。有关对该联盟的和平与安全构成威胁的问题的决定必须通过达成一致的方法作出。而有关其他问题(如预算、人员等)的决定可以通过多数票表决的方式作出。该联盟还有一个秘书处。秘书长由理事会以三分之二多数票表决的方式产生。

《阿拉伯人权宪章》于2004年由阿拉伯国家联盟理事会通过。⁹在其序言中，该宪章重申了《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《政治权利和公民权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《开罗伊斯兰人权宣言》中所规定的原则。该宪章于2008年3月15日生效。它规定了人生自由和安全的权利、在法律面前人人平等的权利、免受酷刑的权利、拥有私人财产的权利、宗教自由、结社自由和和平集会的权利。

该宪章还建立了一个监督机制，即一个负责审查缔约国报告的、由7名委员组成的人权委员会（《宪章》第45条）。委员会成员必须是缔约国国民，由缔约国不记名投票选举产生。但是他们以个人身份参加委员会工作，并且必须是独立和无偏倚的。缔约国有义务定期向秘书长提交有关其为实施《宪章》条款所采取的措施的报告。秘书长将这些报告转交委员会，由委员会审议并提出意见和建议。委员会的报告结论性意见和建议是公开的，并且必须广泛宣传。

（五）亚太地区

“亚太地区”是联合国界定的一个地理区域。在这一区域没有像美洲国家组织、欧洲理事会和欧盟以及非盟这样的区域性政治集团，因而也没有其自己的人权保护机制。在美洲、欧洲和非洲，区域性组织是建立和监督人权保护系统的动力。而在广阔而又多元的亚太地区则不存在一个类似的组织。

尽管如此，各种多边对话平台仍然在亚太地区不断出现。

1. 东南亚国家联盟

东南亚国家联盟（东盟）成立于1967年8月8日。其成员国包括文莱达鲁萨兰国、柬埔寨、印度尼西亚、老挝人民民主共和国、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国和越南。其目的包括促进成员国经济增长、社会进步和文化发展以及本地区和平稳定，并为成员国提供和平讨论其分歧的机会。东盟的法定文件是《东南亚国家联盟宪章》。

9 《阿拉伯人权宪章》是理事会于1994年通过的那个宪章的修正版。1994年版的宪章极具争议性。有7个政府发表了反对它的声明。最后它没有被阿拉伯国家联盟的任何一个成员国批准，因而从未生效。

东盟的机构包括首脑会议（《宪章》第7条）、协调理事会（第8条）、共同体理事会（政治与安全理事会、经济理事会、社会与文化理事会（第9条）、各部门部长会议机构（第10条）、秘书长和东盟秘书处（第11条）、常驻东盟代表委员会（第12条）、各国秘书处（第13条）、东盟人权机构（第14条）和东盟基金（第15条）。

《东盟宪章》宣称东盟目标之一是促进和保护人权与基本自由（第1条第7款），但是没有列举具体的人权。《宪章》第14条规定建立一个东盟人权机构。有关东盟政府间人权委员会职权范围的文件于2009年通过，该委员会于同年召开的东盟首脑会议上正式成立。委员会的目的包括：

“促进和保护东盟各国人民的人权和基本自由”；

“维护东盟各国人民享有和平、有尊严和繁荣的生活环境的权利”；

“为实现《东盟宪章》中所规定的东盟的目的作出贡献”（《东盟政府间人权委员会职权范围》）。

东盟政府间人权委员会是一个建立在协商、意见一致和不干涉原则之上的政府间咨询机构，是东盟组织结构的一个内在的组成部分。它的任务包括制定促进与保护人权和基本自由的策略、起草《东盟人权宣言》和提供咨询服务（见《东盟政府间人权委员会职权范围》）。

另外，东盟促进与保护妇女和儿童权利委员会于2010年4月7日成立。该委员会的目的是：“促进和保护东盟妇女儿童人权和基本权利”。其职能包括“促进有关妇女儿童权利的国际文书、东盟文书和其他文书的实施，制定促进和保护妇女儿童权利的政策、计划和创新策略，以作为东盟建设之补充。”它还旨在“促进东盟有关妇女儿童权利的公共意识和教育”。在国际领域，所有东盟国家都已批准了《妇女公约》和《儿童权利公约》。

2. 东盟地区论坛

东盟地区论坛是亚太地区的一个正式多边对话平台。其目的在于帮助该地区各国之间开展对话和协商，建立信任，推动预防性外交。该论坛于1994年首次举行。它有27个成员：所有东盟国家、澳大利亚、孟加拉国、加拿大、中国、欧盟、印度、日本、蒙古、新西兰、朝鲜、韩国、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、俄罗斯、斯里兰卡、东帝汶和美国。

东盟地区论坛定期举办有关执法的广泛话题(如预防犯罪、小型武器等)的研讨会、讨论会和大会。该论坛可能会影响与会国或东盟政府间人权委员会的相关政策,但是它不是一个专门从事人权工作的机构。

(六) 欧洲

1. 欧洲理事会

欧洲理事会(注意不要将其与欧盟或欧盟的一个主要下属机构——欧盟理事会——相混淆)成立于1949年。其任务是在整个欧洲建立一个尊重人权、民主和法治的地区。目前它有47个成员国(欧洲国家)。

欧洲理事会于1950年颁布了《欧洲保护人权和基本自由公约》。该公约于1953年生效。在经过2010年的修订之后,现在该公约被称为《欧洲人权公约》。¹⁰欧洲理事会的所有成员国都必须是《欧洲人权公约》的成员国并接受欧洲人权法院的管辖权。

《欧洲人权法院》建立了两个对于人权和基本自由的实施来说非常重要的机构:欧洲人权委员会和欧洲人权法院。

欧洲人权委员会是对个人申诉进行初步审查的机构,个人申诉必须首先提交该委员会审查。欧洲人权法院作为一个永久性的机构成立于1998年11月。欧洲人权委员会随后于1999年解散。现在个人可以直接将申诉提交该法院。

人权专员

有关欧洲理事会人权专员的第(99)50号决议规定了人权专员的宗旨、职权和任务。根据该决议(第3条)人权专员的职权包括:

- “(1) 促进成员国人权教育和宣传;
- (2) 促进成员国对人权的有效尊重和充分享有;
- (3) 提供有关保护人权和防止侵犯人权的建议和信息……”

¹⁰《欧洲人权公约》不包含有关经济、社会和文化权利的规定。这些权利由《欧洲社会宪章》及其附加议定书规定。

(4) 为国内人权领域的监察员或其他机构的工作提供方便；

(5) 确定成员国法律和实践在人权方面的问题……”

人权专员应鼓励各国采取旨在改善其人权状况的措施。专员办公室不能接收个人申诉，但是专员可以在其所获得的有关侵犯个人人权的信息的基础上主动采取更为一般性的行动。

欧洲人权法院

欧洲人权法院目前有47位法官(与欧洲理事会成员国数量相等)。他们由欧洲理事会议会大会选举产生，任期9年，不得连选连任。虽然欧洲人权法院法官的席位与《欧洲人权公约》的缔约国数量相同，但是对于当选法官没有国籍要求，即一个国家的国民可以代表另一个国家担任法官。尽管如此，欧洲人权法院的法官并不代表具体的国家，而是应该无偏倚地行使其职权。

设立该法院的目的是“保证各缔约国履行其根据《公约》及其议定书承担的义务”(《欧洲人权公约》第19条)。任何缔约国都有权将“有关另一缔约国违反公约及其议定书条款的指控”提交法院审理(《欧洲人权公约》第33条)。法院还可以“接收任何声称作为缔约国侵犯《公约》或其议定书所规定权利的行为之受害者的个人、非政府组织或个人群体的申请。缔约国承诺不以任何方式妨碍此权利的有效行使”(《欧洲人权公约》第34条)。

在部长议会的要求下，法院还可以“对于有关公约及其议定书的解释的法律问题出具咨询意见”。但是上述意见“不应涉及公约第一章和公约议定书规定的权利和自由的内容和范围的问题，或者任何其他法院和部长委员会在根据公约的规定所提起的程序中所必须考虑的问题……”“部长委员会要求法院出具咨询意见的决定，需要有权出席委员会会议的代表数以多数票表决通过”(《欧洲人权公约》第47条)。

欧洲理事会通过的其他与本手册内容相关的重要条约或非条约文书包括：

- 《欧洲关于迁徙工人法律地位的公约》(1977年通过，1983年生效)；
- 《欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1987年通过，1989年生效)；

- 《欧洲社会宪章》(1961年通过, 1996年修正, 修正的宪章于1999年生效);
- 《欧洲警察道德守则》(2001年由欧洲理事会部长委员会通过);
- 《欧洲监狱规则》(2006年由欧洲理事会部长委员会通过)。

2. 欧盟

欧洲联盟(欧盟)是根据2007年《里斯本条约》(2009年12月1日生效)创建的经济和政治联盟。它的创立过程始于1951年,当时建立了欧洲煤炭和钢铁共同体。欧洲经济共同体(1957年《罗马条约》)和欧洲共同体(1993年《马斯特里赫特条约》)的建立是欧盟创建过程中的另外两个重要步骤。

欧盟目前由7个机构组成: 欧洲委员会(由28为委员组成的欧盟执行机构); 欧洲议会(由欧盟公民直接选举产生, 任期5年); 欧盟理事会(由欧盟成员国政府首脑组成, 注意不要将其与欧洲理事会混淆); 欧洲法院(其重要职能包括审查欧盟机构行为的合法性、确保成员国遵守其条约下的义务和应国内法院和审判庭的请求解释欧盟法); 欧洲中央银行(制定并实施欧元区成员国货币政策)和欧洲审计院(对欧盟财政进行审计)。

在2000年, 欧洲议会、欧盟理事会和欧洲委员会共同颁布了《基本权利宪章》。但是该宪章的法律地位多年来一直不明确。直到2009年它才通过《里斯本条约》获得了法律效力, 即成为像所有其他欧盟条约一样的、具有约束力的文书。它涵盖了欧盟公民和居民的政治、社会和经济权利, 并将这些权利纳入欧盟法之中。它要求欧盟以符合宪章要求的方式行事和制定法律。成员国在实施欧盟法的过程中也必须以符合宪章要求的方式行事和制定法律。但是有些国家(捷克共和国、波兰和英国)通过一个议定书在一定程度上限制了《宪章》在这些国家中的法律地位或完全适用。

六、选阅书目

- Alfredsson, Gudmundur, *et al.* (eds), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, 2nd edition, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 35, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Alston, Phillip, Goodman, Ryan, and Steiner, Henry J., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3rd edition, Oxford University Press, New York, 2007.
- Arold, Nina-Louisa, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 29, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- Doswald-Beck, Louise, and Kolb, Robert, *Judicial Process and Human Rights: United Nations, European, American and African systems / Texts and summaries of international case-law*, International Commission of Jurists, N.P. Engel, Kehl, 2004.
- Inter-American Commission on Human Rights, *Access to Justice as a Guarantee of Economic, Social and Cultural Rights: A Review of the Standards Adopted by the Inter-American System of Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.129.
- Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Joseph, Sarah, Schultz, Jenny, and Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Mendez, Juan E., *Taking a stand: the evolution of human rights*, Palgrave Macmillan, New York, 2011.
- Morsink, Johannes, *Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999.
- Nifosi, Ingrid, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2005.

- Nowak, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 14, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004.
- Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Trindade, Antonio Augusto Cancado, *The Access of Individuals to International Justice*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford University Press, New York, 2011.
- Umozurike, Oji, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 2, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1997.
- Viljoen, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

第二部分

执法功能和 责任

第三章 内容大纲

一、导论

二、执法与人权

三、执法责任和权力

四、执法道德

(一) 与执法相关的道德

(二) 个人道德、群体道德和职业道德

五、执法与国际软法标准

(一) 《执法人员行为守则》

(二) 《执法人员使用武力和火器的基本原则》

六、执法中的命令、程序和处罚

七、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效)

非条约法

- 《执法人员行为守则》(1979年通过)
- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990年通过)

第三章

执法组织、概念和指导原则

一、导论

维持法律和秩序以及和平与安全是国家的责任。人类社会自从有了法律，就有了实施国内法，确保对法律的尊重和对违法者的惩罚的需要。但是世界各国执法机构在性质、结构和组织方面有着很大的差异。

在大多数国家，这些执法机构的起源和性质都是非军事性的。他们往往隶属于内务部或司法部。也有一些国家将执法的责任委托给了由国防部管辖的军事或准军事机构。

一个国家中执法机构的结构和组织往往取决于这个国家的政治组织形式。在集权制国家，执法机构通常也是集权的单一机构，其垂直的命令链从最高的中央层面一直延伸到最低的地方层面。在联邦制国家中，执法系统通常在联邦层面上、在地区/州层面上、甚至在市级层面上都有着不同的结构，它们各自都有自己的命令链。这种结构往往与分散的立法权密不可分。因此，在联邦、地区/州和市级层面上的执法机构的责任和权力都由不同的法律加以规定。

另外，各国可以选择建立一个主要的执法机构，或者建立一些专门的执法机构（如边防警卫部队、内务部队、负责公共秩序的特殊干预部队）。这些机构可能分属政府的不同的部管辖。

最后需要指出的是，在不同国家还存在有关执法或“警务”的不同的概念或理念。这些理念可以体现在这些国家对警察机构的称呼的选择之上：它们在有些国家被称为“部队”，而在另一些国家则被称为“服务部门”。因此，警察机构可能具有强烈的自上而下的导向，也可能试图与本地居民建立密切联系。

目前世界上存在各种不同的警务模式，如“社区警务模式”、“问题导向警务模式”和“情报主导警务模式”，而不同的模式也可能相互组合或融合。为了评估某种警务模式是否有效反映一个国家的警务理念，就必须仔细考察这个国家的实际情况。例如，“社区警务”这个概念可以有各种解释。有时这一概念仅指在街道上以更为令人瞩目的方式巡逻。而更为复杂的“社

区警务”则要求在当地社区和警察之间建立一种合作关系，双方共同努力以确定存在的问题和挑战，并找出解决方法。

世界上不存在唯一“正确的”警务模式。警察机构的概念、结构和组织是国家当局所作选择的结果。另外，我们也不能肯定地说，某种警务模式比其他模式更符合人权标准。这一问题取决于特定理念在实践中的应用。即使在采用“社区警务”模式的地方，侵犯人权的行为也可能经常发生；而自上而下的等级制警务模式如果能够确保对法治的尊重的话，则有可能完全符合人权法。

对各种不同执法结构、模式或理念的评论已超出本手册的范围。不管一个国家的立法和行政当局作出了何种选择，它们必须尽一切努力确保执法部门以符合国家在国际人权法下的义务的方式开展工作。

二、执法与人权

有必要对国际法与建立在国内法基础之上的执法之间的关系加以解释。国家在国际法下的义务始于按照相关条约对国内法的调整。然而国家的责任不仅仅在于此。国家相对于在其领土上的人民的实践必须反映并遵守国际法的要求（而不管国际法在国内法中的地位如何）。

更准确地说，一个国家在国际人权法下的义务往往被分为以下几个大类：

- 尊重的义务，即不侵犯人权，对权利的限制不超出国家为履行其保护他人权利这一义务所必要的范围；
- 保护的义务，即尽可能保护所有人的权利免受他人或其他危险局势的侵害；
- 确保和实现人权的义务，即尽可能向所有人提供使他们能够充分享有其权利的基本服务和生活条件；
- 不歧视的义务，即确保在任何时候所有人在法律面前得到平等对待。

执法人员形成一个应该遵守国家在国际法下义务的国家行为者的群体。他们被要求不加歧视地促进、保护和尊重所有人的人权。对个人权利和自由的限制只能出于权利本身所固有的限制，或对这些权利和自由的合法的限制以及/或在紧急状况下所允许

的克减。它们决不能是非法和/或任意执法的结果，并且必须完全遵守法治原则。

法治的存在和对法治的遵守意味着以对所有人平等的方式规定权利、自由、义务和责任，并确保所有人在类似的情况下得到同等的待遇。《公民权利和政治权利国际公约》第26条体现了平等权的一个基本方面。该条规定：“所有的人在法律前平等，并有权受法律的平等保护，无所歧视。……”

这对于执法机构的运作来说具有很明确的影响。执法机构的程序、长期有效的规则、策略和技术，包括装备的选择，都必须符合法律框架。执法人员必须具有足够的国内法和国际法知识。他们还需要获得并维持恰当的技能、技术和策略，以确保随时充分满足法律所规定的要求，尊重和个人的权利和自由。

三、执法责任和权力

不管其起源、结构和从属的部门，执法机构的责任一般都包括下面三个方面：

- 预防和调查犯罪；
- 维持公共秩序；以及
- 向有需求的人和社区提供救护和帮助。

在一些国家中，除了预防和调查犯罪外，警察还负责起诉犯罪人员，而在另一些国家中，这一任务被交给了一个单独的机构，如检察官或预审法官。

为了履行其职责，实现合法的执法目的，执法人员被赋予了各种权力。在这些权力中，人们最熟悉的也是最常用的就是实施逮捕和拘留的权力，以及在必要时为实现合法的执法目的而使用武力的权限。为确保它们有效地执行其任务，执法机构还被给予了除逮捕、拘留和使用武力的权力以外的许多其他权力和权限。其中有许多权力是与预防和调查犯罪有关的，如进入、搜查和扣押的权力：即进入犯罪发生或有犯罪线索的场所、地点或居所；在这些地方搜寻证据并为起诉罪犯而没收这些证据；搜查与已实施的或即将实施的犯罪有关的人员和/或物品。以上这些权力都是执法功能所特有的，必须在法律加以明确界定，并且只能为合法的执法目的而行使。

本手册将各用单独的一章分别讨论武力和火器使用、逮捕、拘留以及搜查和扣押等问题。因此，如果你需要更详细地了解这些问题对执法实践的影响的话，请参考本手册第三部分。

合法性、必要性、比例性和问责性是和使用任何权力或权威密切相关的三个问题：

合法性

对于所有执法人员来说，法律是最高权威。任何执法行动都必须基于法律规定，并且以符合法律规定的方式实施。也就是说，执法行动的目的必须符合并基于法律规定，在特定情况下所行使的具体职权也必须建立在法律之上。

必要性

执法人员只有在为履行其职责而严格需要的情况下方可行使其权力。如果执法行动的目的可以在不行使某项权力(如使用武力的权力)的情况下实现的话，那么执法人员就不得行使这项权力。另外，在有必要行使这种权力的情况下，这种权力的行使不得超出为实现执法目的所必要的限度。这既指行使权力的强度，也指行使权力的时间长度。例如，在制服抵抗执法的人员时所使用的武力的强度，以及为寻找既定物品而开展搜查的侵扰程度都不得超出必要的限度。它还意味着在达到目的(如执法对象停止抵抗或所要寻找的物品已找到)之后应立即停止使用这种权力或权威。

比例性

所使用的权力或权威必须与与其所要对付的犯罪的严重程度以及所要实现的合法的执法目的相称。一项执法行动对个人的权利产生的负面影响不得大于该执法行动所要达到的目的。这种权衡是国家尊重人权这一义务的内在要求。人权并非无限的权利，国家可以出于合法理由而对其进行限制。但是国家限制人权的可能性也不是无限的。对人权的限制不得超出限度。必须将限制人权的合法国家利益(在这里为执法利益)与可能受这种限制影响的人权的重要性以及限制的强度相权衡。如果某一执法行动会产生与执法目的不相称的负面后果，那么即使其目的是合法的，执法人员也必须避免采取这样行动：不能为了合法目的而不择手段。

问责性

执法必须在一个明确的法律框架内开展。这一法律框架界定执法机构和每个执法人员的责任和义务，以及为执法目的而赋予他们的职权。执法人员有责任有效履行其职责和义务，并且在行使其职权的时候遵守法律框架。应该从以下几个方面广义地理解问责性。

问责性与所有执法行动都必须具备的透明度有着直接的关系，即必须确保执法行动能够为诸如司法机构、立法机构、政府和其他政治机构、公众等所有相关方面所恰当评估。为了确保恰当的透明度，必须建立相关的报告和控制机制。

另外，问责性与执法工作责任的承担相联系。这尤其包括对个人和国家违法行为所应承担的责任，以及可能由此导致的刑法、民法和公法后果。应建立有效的机制确保那些因其行为或不作为而对违法行为负有责任的人被追究这种责任。

最后，问责性是指有效履行法律规定的执法之外的责任，即一个执法机构不管其是否在维持秩序、预防和调查犯罪和帮助那些有需求的人都必须负有的责任。这包括在执法的行为和质量、政策的选择和资源的使用等方面的责任。

从这种意义上理解的问责性涵盖所有层面上的执法机构：每个执法人员、他们的上级领导、执法机构的领导层以及作为国家机构的执法机构。问责性问题在以下各章中都会涉及到，并且将在本手册第四部分（第十章和第十一章）中做更为具体和深入的讨论。

以上4个原则，即合法性、必要性、比例性和问责性原则，必须贯穿整个执法工作。它们对执法工作的实际影响将会在本手册随后的章节中作进一步介绍。

四、执法中的道德问题

执法是由法律所规定的一种公共服务，其责任是维护和实施法律，包括预防和调查犯罪、维持公共秩序以及向有需要的人或社区提供救助和保护。执法机构为有效履行执法责任所需的职权是国内法所赋予的。但是这些法律基础本身不足以保证执法行为的合法和非任意性，它们仅仅提供了一个框架和一种可能性。

执法机构能否有效和正确地执行任务，取决于这些机构中的每个执法人员的素质和工作能力。执法不是一种用标准的方法解

决定期出现的标准问题的职业。它是一门理解法律条文和精神以及每个具体问题的特殊情况的艺术。考虑到执法人员在其日常工作中所面对的各种不同的情况，人们要求执法人员有能力区分无数种不同色度的灰色，而不仅仅只是能够区分黑与白。虽然在特定的情况下很难找到解决问题的完美方法，但是执法人员在执行其任务时必须完全遵守法律，正确、合理地行使法律赋予他们的职权。执法不能建立在执法人员的非法的、歧视性的或任意的做法之上。这种做法会使他们失去公众的信心、信任和支持并破坏执法机构的权威。

(一) 与执法相关的道德

执法人员不仅应该知道法律赋予他们的职权，还应该知道这些职权所可能具有的有害的（以及潜在的腐蚀性）作用。在执法过程中会出现许多执法人员与其所服务的公民之间发生对立的情况。为了防止明显的违法行为或在这种违法行为发生之后为了调查和惩罚违法人员，执法人员往往不得不采取某些行动。但是这些行动必须是完全合法的，而不是任意的。在这种情况下，执法人员往往会因为犯罪人的自由和执法人员的责任之间的对比而产生一种不平衡或不公平的感觉。但是他们必须明白这种感觉正是他们执法人员与违法（犯罪）分子之间的区别。如果执法人员以违法的或超越法律赋予他们权限的方式执法的话，那么他们与犯罪分子之间也就没有区别了。这会威胁公共安全并对社会产生极为有害的后果。在执法过程中不能让这种人为因素威胁执法的合法性和非任意性。

为此，执法人员必须具有使他们能够正确执行其任务的个人态度和行为。他们不仅作为个人应具有守法的品质，而且作为一个集体还应该共同树立和维护一个能够在其所保护和服务的社区中产生信任和信心的执法机构的形象。

一般来说，“道德（伦理）”是指：

- 有关好与坏以及道德责任和义务的学科；
- 一系列道德原则和价值；
- 有关个人或（职业）群体行为的原则；
- 有关道德的一般性质和具体道德选择的研究；
- 有关某一特定职业成员行为的规则 and 标准；
- 有关某一行为的道德质量，即恰当性。

(二) 个人道德、群体道德和职业道德

上面有关的道德的定义可以在三个不同的层次上适用并产生不同的结果。个人道德是指个人的道德、价值和信念。首先，每个执法人员的个人道德决定在某一特定的情况下他所采取的行动。个人道德可以受到个人经历、教育和培训的积极和消极的影响。来自群体中其他成员的压力也对每个执法人员个人道德的形成起着很重要的作用。我们必须认识到，仅仅让执法人员知道他或她的行为必须是合法的而不应该是任意的还不够。有关法律的知识本身并不一定能够确保合法的行为。

为确保执法人员的行为的正确性，还必须使他们的个人道德(有关好坏对错的信念)与法律的要求相一致。

执法人员在与那些违法或者被怀疑违法的人打交道时确信自己服务于“正义的事业”，即法律。他们应该具有这样的信念。他们可能发现自己处于危险之中，在履行其职责的时候面临健康和生命危险，甚至自己成为受害者。我们不能忽视这样一个事实：由于不断暴露在这种工作环境之中，执法人员即使完全知道某一行为是非法的，有时也会试图用各种理由证明这种行为的正当性。特别是，他们可能会用消极的眼光看待“另一方”，即把他们看作自己将自己置身于法律之外，因而不配受到人道和合法待遇的“罪犯”。因此这些人受到不人道和非法待遇也是“罪有应得”。

因此，虽然执法人员可能承认某些行为是违反法律的，但是他们可能会争辩说，在某些情况下他们的违法行为不仅是接受的，而且还是必要的。有的执法人员虽然知道某一特定行为是非法的，但是却认为它是合理的——这种情况确实可能发生。当他们在特定情况下为了达到他们认为比遵守禁止酷刑的原则更为重要的目的而实施酷刑的时候，就往往会使用这种道德开脱逻辑为自己的行为辩护，即“只要目的正当，就可以不择手段”。有关某些群体(如外国人或其他少数人)的负面公共舆论和有关犯罪的模式化思维(“恐怖分子”)可能会进一步助长这样的态度。

警察受到公众越来越严格的监督并且很容易因其行动的负面后果而受到指责(例如，公众或者会指责他们打击犯罪不力或者滥用权力)这一事实增强了执法人员之间的群体凝聚力)。

所有这些不同的因素都很可能助长群体行为和亚文化模式(如群体语言、仪式、“我们”而不是“他们”等等)。在实际执

法(例如处理公共秩序危机)过程中,执法人员往往需要在困难和危险的条件下与其他同事一起或在一个群体中每天工作24小时,每周工作7天。

而这进一步强化上述这种群体行为。由此而产生的对群体成员(尤其是新成员)的压力可能会导致这些成员遵从群体文化。这样,按照其个人道德进行工作的成员可能受到已被群体所接受的并可能是与其个人道德相冲突的“群体道德”的挑战。他们必须在接受或者拒绝这些群体道德之间作出选择。应该明确的一点是,群体道德并不一定比个人道德高尚,反之亦然。

因此,执法机构中负责管理的人员必须从个人道德和群体道德两个方面评估机构执法人员的态度和行为。对他们执法行动的指导、监督和审查是非常重要的。

我们在许多国家的历史上都能找到有问题的群体道德如何败坏整个执法机构声誉的例子。在全世界范围内,有关执法人员普遍的腐败、参与有组织犯罪、种族主义或歧视等行为的丑闻频繁地使执法机构的基础受到动摇。

正是由于这个原因,必须制定一个“制度化”的道德标准,一个明确指出对错好坏的国内层面上的行为守则,以防止个人或群体道德发生上文中所描述的“道德开脱”现象。这种“制度化的文化”还可以在执法人员需要行使其自由裁量权(决定是否实施逮捕或是否使用武力等等)的许多情况下给予他们基本的支持,并确保其以符合其职业道德原则和国际人权法的方式行使这种自由裁量权。

五、执法与国际软法标准

联合国在以下两个重要的“软法”文书中规定了有关执法人员道德标准的具体指导原则。

(一)《执法人员行为守则》

一些有关人权和刑事司法的国际文件涉及到了执法人员的职业道德问题。在这些文件中最重要的一个就是1979年12月17日联合国大会第34/169号决议通过的《执法人员行为守则》。该决议指出,在维护公共秩序的过程中,执法任务的性质和执行这种任务的方式都会直接影响到个人乃至整个社会的生活质量。在强

调执法人员所执行的的任务的重要性的同时，大会还强调了在执行这种任务时滥用职权的可能性。

《执法人员行为守则》共由8条组成。它不是一个条约，而是一种向政府提供有关人权和刑事司法方面的问题的指导文件。值得注意的是，(正如它的起草者所承认的)除非通过教育、培训和监督将这些标准的内容和精神变成每个执法人员信念的一部分，否则它们就没有多少实用价值。

《执法人员行为守则》

第1条

该条规定：“执法人员无论何时均应执行法律赋予他们的任务……”。在对该条的评注中，“执法人员”被定义为包括“行使警察权力、特别是行使逮捕或拘禁权力的所有司法人员，无论是指派的还是选举的”。

第2条

要求执法人员在执行任务时“尊重并保护人的尊严，并且维护每个人的人权”。

第3条

规定执法人员只有在绝对必要时才能使用武力，而且不得超出“履行其职务所必须的范围”。

第4条

该条规定，“执法人员拥有的资料如系机密，应保守机密，但执行任务或司法上绝对需要此项资料时不在此限”。关于这一条，必须承认，由于执法任务的性质，执法人员可能会获得有关个人私生活或可能损害他人利益或名誉的信息。出于除司法或执行任务以外目的的披露这些信息是不合适的。因此，执法人员应该避免这种做法。

第5条

重申了禁止酷刑或其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或惩罚的原则。

第6条

有关保护被剥夺自由人员的健康以及在必要时向他们提供医疗照顾的义务。

第7条

执法人员不得有贪污行为，并要求他们“竭力抵制和反对”一切贪污行为。

第8条

是该守则的最后一条。它(再一次)敦促执法人员遵守法律(以及该守则),防止并反对任何违反法律或该守则的行为。在发生了(或即将发生)违反法律或该守则的行为的情况下,执法人员必须“向上级机关报告,并且在必要时向被授予审查或补救权力的其他有关机构报告”。

(二)《关于使用武力和火器的基本原则》

《关于使用武力和火器的基本原则》是1990年9月7日在古巴哈瓦那召开的联合国第八次预防犯罪和罪犯待遇大会上通过的。虽然它不是条约,但是这一文件旨在“向缔约国提供有关权威性指导,以确保和促进执法人员发挥恰当的作用。”它建议“各国政府应在其本国立法和惯例范围内考虑并尊重这些基本原则,并应提请执法人员予以注意,并提请其他人员例如法官、检察官、律师、行政和立法部门人员及一般公众知照。”

本手册将在第七章对这一文件作更为详细的讨论。该文件的序言进一步承认了执法人员的任务的重要性和复杂性,以及它们在保护所有人的生命、自由和安全方面所起到的重要作用。它特别强调了维持公共安全和社会和平的任务以及执法人员的资格、培训和行为的重要性。该序言在结尾部分强调了各国政府修改国内立法和实践,以使之符合该文件中所规定原则的必要性。另外,它还鼓励各国政府“经常性地审查有关使用武力和火器的道德问题”(第1条)。

该文件敦促政府和执法机构确保所有执法人员:

- “必须是通过恰当的选拔程序进行挑选的”……“具有恰当的道德、心理和身体素质”……“受到持续的和全面的职业培训”,并定期接受检查,以确定其是否“适合履行其职责”(第18条);
- “按照恰当的能力标准接受使用武力的”训练和测试,并且如果因工作需要必须携带火器,那么他们必须经过专门训练之后才能被准许携带火器(第19条)。

《基本原则》在第20条进一步规定:

- “在培训执法人员时,政府和执法机构应该特别注意执法道德和人权问题……可以代替使用武力或火器的其他可选

择的措施，包括争端的和平解决、对人群行为的理解以及旨在限制使用武力和火器的劝说、谈判和调解方法”；

并且

- 执法机构应“根据具体的事件”审查其培训计划和工作程序。

六、执法中的命令、程序和处罚

虽然有必要强调制度化道德守则的重要性，但是道德守则本身不能保证守法行为。

由得到承认的权威机关制定的明确的规则、程序和命令，以及有效处罚违反这些规则、程序和命令的机制是对执法人员行为具有决定性影响的因素。

人们往往在具备以下一个或数个条件的情况下改变其行为：

- 他们能够很容易地改变其行为；
- 行为的改变会使他们得到某种满足；
- 他们为了避免处罚而不得不改变其行为。

这就自然强调了培训、命令和处罚的重要性。对执法人员的培训、有关行为方式的严格命令以及对未能遵守相关命令的人员加以有效处罚在确保执法人员遵守法律方面至关重要。

执法实践必须符合合法性、必要性和比例性这些基本原则。换言之，任何执法行动都必须基于法律，在具体情况下必须是绝对必要的，并且其影响必须与犯罪的严重程度和所要达到的执法目的相称。

执法机构的管理层必须将这些法律标准转化为符合这些原则的具体的命令和程序。他们必须确保执法人员受到有关法律和程序的教育和培训。在这些命令和程序没有得到遵守的时候他们必须采取行动。

对于任何不遵守命令的行为，他们必须采取矫正措施以及——在必要的情况下——恰当的处罚措施。这些措施可以采用不同的形式（如纪律处罚、刑事处罚或社会矫正措施）。纪律和刑事处罚具有双重目的：其一，作为对其他可能不遵守命令的人的警告；其二，作为预防措施，避免违反命令的行为变得越来越容易接受。

这也是本手册导论部分所讨论的融合这一概念的含义。本手册的随后各章将特别关注如何将相关法律标准融入日常执法实践之中这一问题。

七、选阅书目

- Cohen, Howard, and Feldberg, Michael, *Power and Restraint: The Moral Dimension of Police Work*, Greenwood Publishing, New York, 1991.
- Crawshaw, Ralph, *Police and Human Rights: A Manual for Teachers and Resource Persons and for Participants in Human Rights Programmes*, 2nd revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Crawshaw, Ralph, Cullen, Stuart, and Williamson, Tom, *Human Rights and Policing*, 2nd revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- Crawshaw, Ralph, and Holmstrom, Leif (eds), *Essential Cases on Human Rights for the Police: Reviews and Summaries of International Cases*, The Raoul Wallenberg Institute Professional Guides to Human Rights 4, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Kleinig, John, *The Ethics of Policing*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Law Enforcement: A Manual on Human Rights Training for the Police*, Professional Training Series No. 5. United Nations, New York/Geneva, 1997.
- O’Rawe, Mary, and Moore, Linda, *Human Rights on Duty – Principles for better policing – International lessons for Northern Ireland*, Committee on the Administration of Justice, Belfast, 1997.
- Osse, Anneke, *Understanding Policing, A resource for human rights activists*, Amnesty International Nederland, Amsterdam, 2006.
- Wright, Alan, *Policing: An Introduction to Concepts and Practice*, Willan Publishing, Cullompton, 2002.

第四章 内容大纲

一、导论

二、法律框架

- (一) 受到公正审判的权利
- (二) 隐私权
- (三) 不歧视的义务
- (四) 打击犯罪：玩弄规则还是按规则办事？

三、调查犯罪

- (一) 收集证据
- (二) 审讯嫌疑人
- (三) 失踪和法外处决

四、预防少年犯罪

- (一) 背景信息
- (二) 分流
- (三) 对于执法实践的意义

五、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年通过, 1969年生效)
- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效)
- 《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》(《禁止酷刑公约》) 1984年通过, 1987年生效)
- 《儿童权利公约》(1989年通过, 1990年生效)
- 《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任择议定书》(《禁止酷刑公约任择议定书》) 2002年通过, 2006年生效)
- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年通过, 2010年生效)

非条约法

- 《执法人员行为守则》(1979年通过)
- 《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》, 1985年通过)
- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》, 1985年通过)
- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990年通过)
- 《联合国预防少年犯罪准则》(《利雅得准则》, 1990年通过)
- 《联合国保护被剥夺自由少年规则》(1990年通过)
- 《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》(《东京规则》) 1990年)

第四章

犯罪的预防和调查

一、导论

国家保护人权的义务包括保护人们的权利免受侵犯的义务（“保护的责任”，见第三章第二节）。《公民权利和政治权利国际公约》第2条明确地表达了这一概念。该条规定，每一缔约国承担“尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利”并且“采纳为实施本公约所承认的权利所需的立法或其他措施”。

因此预防和调查犯罪是国家的一项基本义务。它是国家保护犯罪受害者或潜在犯罪受害者人权这一责任的一部分。将谋杀规定为犯罪并采取措施预防和调查这种犯罪，是国家履行其保护生命权的一个例子：

“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”（《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款）

另外，许多人权条约都包含国家将某些行为规定为犯罪，并采取有效行动预防这种行为的明确的义务。下面的文本框给出了两个这方面的例子。

《禁止酷刑公约》

第二条

“1. 每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现施行酷刑的行为。”

第四条

“1. 每一缔约国应保证，凡一切酷刑行为均应定为触犯刑法罪。该项规定也应适用于有施行酷刑之意图以及任何人合谋或参与酷刑之行为。
2. 每一缔约国应根据其性质严重程度，对上述罪行加以适当惩处。”

《消除一切形式种族歧视国际公约》

第二条

“1. 缔约国谴责种族歧视并承诺立即以一切适当方法实行消除一切形式种族歧视与促进所有种族间的谅解的政策，又为此目的：……(卯) 缔约国应以一切适当方法，包括依情况需要制定法律，禁止并终止任何人、任何团体或任何组织所施行的种族歧视；”

第四条

“缔约国……(子) 应宣告凡传播以种族优越或仇恨为根据的思想，煽动种族歧视，对任何种族或属于另一肤色或人种的人群实施强暴行为或煽动此种行为，以及对种族主义者的活动给予任何协助者，包括筹供经费在内，概为犯罪行为，依法惩处。”

《儿童权利公约》也规定了国家保护权利免受侵犯的义务：

第十九条

“1. 缔约国应采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施，保护儿童在受父母、法定监护人或其他任何负责照管儿童的人的照料时，不致受到任何形式的身心摧残、伤害或凌辱，忽视或照料不周，虐待或剥削，包括性侵犯。”

预防和调查犯罪是执法机构的主要责任。但是要完全履行这一职责，仅靠执法机构的努力还是不够的。犯罪的有效预防和调查在很大程度上取决于执法机构和它所服务的社区之间合作的层次和质量。在这方面需要各个层面(政府、议会等等)上的政治家、司法工作人员、社会团体、公共和私人商业组织和个人联合起来，共同创造一个全社会与负责调查犯罪的机构进行合作以减少犯罪发生的环境。如果要想使预防和调查犯罪的努力取得比仅仅实施刑法更为满意的效果，以上这些措施至关重要。

犯罪似乎是日常生活的一个组成部分。虽然每个执法机构都在尽它们最大的努力试图从我们的社会中根除犯罪，但是它们都不大可能实现这一目标。大家都知道通过执法活动破获的刑事案件的数量与实际发生的刑事案件的数量之间的差别是非常明显的。另外——至少对于罪行的受害者来说——有效地预防犯罪远比有效地破获刑事案件更符合他们的利益。抓获并惩罚犯罪分子根本不可能完全或充分地弥补个人财产的损失以及对个人隐私或

对身体完整性的侵犯。而如果执法机构不能够确认和逮捕犯罪者，罪行受害者的痛苦则会加重。

与此同时，执法人员在履行其预防和调查犯罪的职责的过程中，可能会通过行使权力影响个人，特别是那些被怀疑实施了或将要实施犯罪的个人的人权。以符合国内法和国际人权法的方式行使权力，也是“尊重”相关人员人权这一义务的一部分（见第三章第二节）。

因此，我们可以得出的第一个结论就是，执法人员在履行其预防和调查犯罪的过程中，需要在包括犯罪行为的潜在或实际受害者的权利在内的社会利益、预防和调查犯罪以及受执法行动影响的人的权益这三者之间找到恰当的平衡。国际人权法为这种平衡提供了法律框架。

二、法律框架

目前还没有专门有关预防和调查犯罪问题的国际人权法文书，也没有规定执法机构在这一领域的作用和责任的文书。但这并不意味着在这一领域内是一片空白。防止和调查犯罪这个问题涉及执法的各个方面，特别是武力和火器的使用（见第七章）、逮捕和拘禁（见第八章）以及搜查和扣押（见第九章）。犯罪的充分预防和调查必须建立在合法而不是任意的执法策略和实践之上。

本章将介绍为有关预防和调查犯罪这一责任的国际人权法原则。本手册有关上面所提到的执法人员的权力的各章（第七章、第八章和第九章）将更为深入地介绍执法人员在行使这些权力时所负有的责任。为了确保介绍清楚完整，各章节之间在内容上可能会有重复。

（一）受到公正审判的权利

受到公正审判的权利是在执法领域保护人权的一个关键性保障。它包括一系列保障措施，其目的在于在国家有效预防和调查犯罪的责任与可能受到执法行动影响的个人的权利之间保持上一节所提到的那种平衡。

“在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时，人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正和公开的审讯……”（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款）。

在诸如《非洲人权和民族权宪章》(第7条)、《美洲人权公约》(第8条)、《阿拉伯人权宪章》(第13条)和《欧洲人权公约》(第6条)中可以找到类似的规定。上面所提到的法律要求有助于提高司法透明度并确保在法律面前所有人的平等(《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款,另见有关禁止歧视的第2条第1款)。

值得强调的是,在以下各节中所介绍的权利不仅仅适用于刑事审判阶段。它们应该受到在刑事程序的任何阶段参与司法过程的任何人,包括从事刑事调查工作的执法人员的尊重。从犯罪调查的最开始阶段起,个人就享有这些权利。执法人员应该认识到他们在这方面的义务,以及他们在确保司法程序从刑事调查的最初阶段开始就符合法律方面所起到的关键性作用。

1. 无罪推定

无罪推定构成公正审判的一个重要原则。

“凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪。”(《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款)

在《非洲人权和民族权宪章》(第7条第1款第2项)、《美洲人权公约》(第8条第2款)、《阿拉伯人权宪章》(第16条)和《欧洲人权公约》(第6条第2款)中可以找到类似的规定。

无罪推定原则适用于受到刑事起诉的人以及未受到正式刑事起诉但受到指控的人。直到有罪判决在最终上诉之后正式生效,这一权利一直存在。无罪推定的真正的重要性在于刑事审判本身。法官和陪审团只有在没有充分理由相信被告是无辜的情况下才能判定他或她有罪。主持审判的法官不能在审判前就形成了有关被告有罪或无辜的意见。他们处理案件的方式不应在这方面有任何疑问。



国际判例

人权事务委员会

索布莱诉尼泊尔案 (Case of Sobhraj v. Nepal)

UN Doc. CCPR/C/99/D/1870/2009, 2010年7月27日

“7.3……委员会关切地注意到,地方法院和帕坦上诉法院的判决中都指称,如果该人声称,事件发生时他是在另一个地方,他就必须加以证明,

如果不能证明，就不应该对他作出不利的认定。委员会提到它的第32号一般性意见，其中指出，无罪推定是保护人权的基本要素，要求检方提供控诉的证据，保证在排除所有合理怀疑证实有罪之前，应被视为无罪，确保对被告适用无罪推定原则，并要求根据这一原则对待受刑事罪行指控者。委员会坚持认为，刑事法院只有在对被告的罪行不存在合理的疑点情况下才能宣判被告有罪，而消除这些疑点的责任在于起诉方。在本案中，地方法院和帕坦上诉法院都不利于提交人的、把举证责任转移给他的做法，因而违反了《公约》第十四条第2款。”

执法的主要任务是使罪犯受到审判。但是一个因犯罪嫌疑而被逮捕的人是有罪还是无辜这一问题，不应该由执法人员来决定。执法人员的责任是客观和正确地记录与某一已实施的犯罪有关的一切事实。他们的任务是“调查事实”。而司法部门的任务则是分析这些事实，以确定被起诉的人是否有罪，并且根据这一判断适用刑法。

2. 公正审判的最低限度保障

《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款规定：“在判定对他（或她）提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下最低限度的保证：”

“(1) 迅速以一种他（或她）懂得的语言详细地告知对他（或她）提出的指控的性质和原因。”

这一责任对执法工作有着直接的影响。在逮捕一个涉嫌犯罪的人时，实施逮捕的执法人员有义务告知被逮捕人逮捕的原因或对他或她提出的指控（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第2款；另见本书第八章）。这一责任的履行对于确保被逮捕者有效享有以下权利具有直接的重要性：

“(2)（犯罪嫌疑人）应有相当时间和便利准备他（或她）的辩护并与他（或她）的律师联络。”

这第2项规定也要求执法活动满足某种要求。在第八章中将要介绍的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》更详细地规定了执法人员对被逮捕或拘留的人员所采取的行动应满足的条件：迅速告知被逮捕或拘留人员其所应享有的权利以及如何

行使这些权利(第13条);获得律师帮助的权利(第17条);以及不受阻碍地与其律师进行商讨和通讯的权利(第18条)。这些要求表明在刑事诉讼较早的阶段,对被告人受到公正审判的权利的保护主要取决于合法的和非任意的执法实践。

“(3) 受审时间不被无故拖延。”

实施这一规定的时间开始于犯罪嫌疑人(被指控人或被告)被告知有关当局将采取措施对他或她进行起诉的那一刻,结束于最终决定,即最终判决或结束刑事诉讼程序的决定作出的那一天。在决定什么是合理的受审时间时以及什么是“无故拖延”这些问题时,应考虑到特定案件的具体情况和复杂程度。从一开始就很明确,(由执法机构负责的)刑事诉讼的调查阶段必须被包括在上述的时间计算之中。这是因为由不适当的执法活动造成的过分拖延很可能对被告人的审前关押的期限产生消极影响。

“(4) 享有辩护的权利。”

这一权利可以被分解为一系列个人权利:

- 亲自为自己辩护的权利;
- 选择律师的权利;
- 被告知其有权获得律师帮助的权利;以及
- 受到免费法律援助的权利。

任何受到刑事指控的人都享有出席审判并为自己辩护或选择辩护律师的基本的、不受限制的权利。法庭有义务告知他享有这种权利。在提出指控之前,这一义务由相关的执法人员承担。被告人如果有足够的经济能力支付法律帮助的话,那么他或她可以自己选择律师。否则他或她有权免费被指派一名律师。

“(5) 传唤和讯问证人。”

被告人传唤证人,使证人出庭作证以及讯问证人(或使证人受讯问)并使对他有利的证人在与他不利的证人相同的条件下出庭作证和受讯问的权利是“控辩双方平等”原则,也是“公正审判”原则的一个主要组成部分。

在法庭审判之前的调查中通常要确定某一特定的犯罪的证人。执法活动的公正性与调查过程的客观性以及对被被告人的无罪推定的权利的尊重也有直接关系。

“(6) 免费获得翻译帮助。”

如果被告不会说或听不懂法庭上所使用的语言,那么他或她有权免费获得翻译的帮助。这一权利与《公民权利和政治权利国

际公约》第14条第3款的另一规定有着直接的关系。根据这一规定，应该以一种被告懂得的语言详细地告知对他（或她）提出的指控的性质和原因（第14条第3款第1项）。

从后面这一规定中我们可以得出结论：在执法活动中，被逮捕和指控的人如果不能说或听不懂执法人员的话，那么就必须让一个翻译来告诉他们逮捕的理由或对他们提出的指控。当然，在对他们的审讯过程中也应该有翻译在场。

“（7）不被强迫作不利于他（或她）自己的证言或强迫承认犯罪”

这一规定也适用于调查阶段。执法人员不得实施可以被解释为任何旨在逼迫被逮捕的人或被告人作出陈诉的行为。这种陈诉因此也不能被认为是被逮捕的人或被告人自愿作出的。与这一条相关的，我们必须再一次注意到对酷刑的绝对的禁止（《公民权利和政治权利国际公约》第7条）以及《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》中有关对被拘留和监禁的人的审讯的规定（第21条和第23条）。禁止使用通过虐待获得的供述（《禁止酷刑公约》第15条）。被告人有权拒绝作证。但是这一权利不适用于刑事案件的证人。他们无权拒绝作证。

“公正审判”这一权利的其他重要的组成部分包括《公民权利和政治权利国际公约》第14条第5款中的规定。它给予被判定有罪者要求由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审的权利。错误判决的受害者享有因他们所遭受的痛苦而获得赔偿的可执行的权利，除非经证明这种错误判决是由于受害者不透露当时不知道的事实所造成的（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第6款）。《公民权利和政治权利国际公约》第14条的最后一款，即第7款，重申了“一罪不二审”的原则。它禁止“对一个已被最后定罪或宣告无罪的人就同一罪名再予审判或惩罚”。

（二）隐私权

执法人员为防止和侦查犯罪而开展的调查几乎总会导致对个人私生活的侵犯。虽然很明显每个国家都有一部有关执法人员调查的权力和权限的刑事程序法典，但同样很明显的是，充足的法律本身并不能确保对个人私生活的充分的尊重。

“1.任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法律干涉，他（或她）的荣誉和名誉不得加以非法攻击。”

2. 人人有权享受法律保护，以免受这种干涉或攻击。”

(《公民权利和政治权利国际公约》第17条)

就刑事调查而言，这意味着执法人员所采取的(可能)侵犯一个人的隐私的行动必须是规定了此种措施适用条件的国内法所允许的，必须是为实现其所要达到的合法目的所必须的，并且必须与此目的相称。

为搜寻证据而进入某人的住宅，截查邮件或监听电话都是对个人私生活的严重干涉。因此，只有在为执法目的而迫切需要的条件下才能够采取这些行动，这些行动不应超出为达到其目的所需的限度，并且应以确保对该行动完全负责的方式实施(见第九章)。

电话监听

相关原则在国内法中适用的一个例子

在许多国家，监听电话交谈的决定(建立在国内法律规定基础之上——合法性)只能由法官作出(问责性)。他只有在被调查的案件中所涉及的犯罪足够严重(比例性)，犯罪嫌疑人明显将参与被监听的电话交谈，且无法通过侵扰性较小的其他方法合理地获得有关犯罪嫌疑人的证据时(必要性)才能允许采取这种行动。

在这一特定领域内的执法活动需要严格的监督。这既包括(由那些负责指挥和管理的官员开展的)内部监督，也包括(由司法官员或其他人员所开展的)外部监督。一旦某一案件被提交到法庭审理，法官就可以根据这种记录对执法人员的行动的合法性和非任意性作出公正和不偏倚的判断。在这一问题上，我们还必须提到《执法人员行为守则》。该守则第4条规定：

“执法人员拥有的资料如系机密性质，应保守机密，但执行任务或司法上绝对需要此项资料时不在此限。”

根据这一规定可以得出一个明确的推论：在对私生活、家庭、住宅和通信进行合法的和非任意的干涉时，实施这种干涉的

执法人员有责任尊重和通过这种方法获得的资料的隐私性质。随意披露通过合法行动获得的信息的行为仍然可能构成对个人私生活的非法干涉。

(三) 不歧视的义务

在维护整个司法过程的公信力方面最为重要的是对犯罪的调查必须以最为客观的方法开展。因此执法人员所作出的决定和采取的行动不得受到歧视性考量因素的影响。只能根据明确的事实和逻辑结论判断一个人是否为潜在的犯罪嫌疑人，并且这一判断过程不得受到这个人的国籍、种族、宗教、性别、社会阶层等因素的影响。

《公民权利和政治权利国际公约》规定了以下权利：

第16条

“人人在任何地方有权被承认在法律前的人格。”

第26条

“所有的人在法律前平等，并有权受法律的平等保护，无所歧视。在这方面，法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护，以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等任何理由的歧视。”

在《非洲人权和民族权宪章》(第2条、第3条和第5条)、《美洲人权公约》(第1条和第2条)、《欧洲人权公约》(第14条)和《阿拉伯人权宪章》(第3条和第22条)中可以找到类似的规定。

另外《消除一切形式种族歧视国际公约》第2条第1款更为具体地规定：

“(子) 缔约国承诺不对人、人群或机关实施种族歧视行为或习例，并确保所有全国性及地方性的公共当局及公共机关均遵守此项义务行事；……

(寅) 缔约国应采取有效措施对政府及全国性与地方性的政策加以检查，并对任何法律规章足以造成或持续不论存在于何地的种族歧视者，予以修正、废止或宣告无效。”



国际判例

欧洲人权法院

蒂米舍夫诉俄罗斯案 (Case of Timishev v. Russia)

第55762/00号和第55974/00号来文，2005年12月13日

“56. 没有客观和合理理由而在相关类似的情况下给予人们差别待遇的做法构成歧视 (见威利斯诉联合王国案 (*Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV))。基于一个人实际的或被认为具有的民族身份的歧视是种族歧视的一种形式……种族歧视是一种尤其令人憎恶的歧视。鉴于其所可能导致的危险后果，相关当今应对这种歧视采取特别警觉的态度和积极的行动……”

58. 政府在迁徙自由方面给予车臣民族出身的人和非车臣民族出身的人不同待遇，但是却没有提供任何理由来证明这一做法的正当性……”

59. 总之，由于对申诉人的迁徙自由的限制完全基于其民族出身，这一区别对待构成了《公约》第14条意义上的种族歧视。因此俄罗斯政府在与《公约》第四议定书第2条相关的问题上违反了《公约》第14条。”

在调查犯罪时，执法人员往往会使用一种叫做“人物特征描述”的技术，即根据犯罪的性质、犯罪实施的情况以及其他证据就犯罪嫌疑人的年龄、受教育程度和性格等方面的情况得出一定的结论。一旦得出这些结论，对犯罪嫌疑人的搜索范围就会被缩写到符合已确定的人物特征描述的人身上。

虽然这是一种得到承认的技术，但是执法人员必须注意不要养成基于成见的歧视性人物特征描述的习惯。例如：

- 将对犯罪嫌疑人的搜索范围缩小到某一特定的群体——如仅仅因为在案发地区某类犯罪通常由某国人实施的，而没有得到任何其他客观证据支持的情况下就把搜索范围缩小到具有某一特定国籍的群体之上——的做法是歧视性的。
- 在受到恐怖活动威胁，但没有其他客观迹象表明这种威胁来自某一特定群体——如某一特定的宗教或民族群体——成员的情况下，对这一群体的所有男性成员进行截停搜身或身份检查的做法应被认为是违反了《公民权利和政治权利国际公约》第26条，并且可能也违反了《消除一切形式种族歧视国际公约》第2条。

 **进一步了解****消除种族歧视委员会****第三十一号一般性建议，第20段**

“各缔约国应采取必要措施，预防实际上单凭某人的外表、某人的肤色或特征或属于某一民族或族裔群体，或使他/她更加倍受怀疑的任何描述对此人进行的提问，逮捕和搜查。”

必须强调的是，这种人物特征描述方法不仅是歧视性的，而且由于以下这些原因在很多情况下是低效的：

- 在缺乏额外信息或证据的情况下基于抽象的“经验”过早得出的结论很容易将犯罪调查工作引入歧途。因此案件将无法侦破，而罪犯很可能将会逍遥法外；
- 人物特征描述这种显然更为“容易”的查找罪犯的方法会妨碍执法人员进一步寻找可能使他们能够更快、更稳妥地找到罪犯的其他类型的证据或迹象；
- 执法机构往往会布置巨大的物力和人力去截停搜查大量属于某个群体或具有某种相貌特征的人员，而不使用其他基于实际证据的相关的指标缩小调查的范围。这种做法限制了可用于其他调查或执法行动的资源；
- 这种方法很可能会使某一群体或少数人感到他们受到了歧视，进而导致他们与警察关系的疏远和对警察更大的不信任，从而使他们不愿向警方报告犯罪或提供与调查有关的信息。从长期来看，这将对警察工作和效率产生负面影响。我们往往可以在贫民区看到这种现象。在那里，人们感到自己因为社会地位低下而受到歧视，因为调查某一具体犯罪的警察会在没有有关罪犯确实来自那里的进一步信息或证据的情况下，就立即在那里开展广泛的搜查。因此，生活在这些社区的人会越来越不愿意向警察报告犯罪，并会形成一种用他们自己的、往往是暴力的方法处理犯罪问题。

(四) 打击犯罪：玩弄规则还是按规则办事？

上面所列举的几个实际例子清楚地表明，在预防和调查犯罪这一执法领域需要执法人员具有高度的道德标准。负责防止和调

查犯罪的执法人员很容易形成一种例行公事的工作态度，并机械地履行他们的大多数职能。当他们接到一个新的入室盗窃案或持械抢劫案时，往往在他们的抽屉里已有好几个类似的案件在等待着他们处理了。这很可能导致执法人员产生一种冷漠的态度。但是这些罪行的受害者不能理解，也不能接受这种冷漠的态度。就逮捕犯罪人而言，缺乏热情和献身精神的调查人员不能维护受害者的权利，甚至会有助于犯罪人逃脱惩罚。

另外，在刑事调查过程中，执法人员在很多情况下都有可能侵犯被逮捕人和/或被关押人的权利和自由——这种侵权行为往往不会被人发现。调查人员的歧视行为、通过非法获得的证据的使用、为获得证词而用狡诈的方法对被告人施加压力——以上这些做法都是很难在事后被发现的。执法人员必须不断地与那些实施了或被怀疑实施了犯罪的人打交道。这可能会影响他们对待这些人的态度。他们可能会感到保护这些人的规则是“不公平”的过程的一部分：犯罪分子违反了法律，而执法人员在与他们打交道的时候必须遵守法律，而这最终可能会使犯罪分子得以逃脱惩罚。因此，诸如无罪推定、保持沉默的权利以及有关保护隐私的规制往往被视为妨碍有效执法和声张正义的绊脚石，而执法人员很容易受到违反这些规则的诱惑。

因此，这意味着“公正审判”是否能够实现将取决于每个执法人员。

能够保障有关权利的只有执法人员的个人态度和个人行为标准，以及执法机构内部的监测和监督机制。

这要求执法机构的指挥和管理层作出一系列反应：

- 必须明确地接受和促进法治这一基本价值；明确表示，执法人员的一次违法行为——如果被容忍的话——将会影响整个司法体系的运作。他们必须使有关刑事调查和司法程序的那些规则的价值成为执法机构不可改变的价值。
- 指挥和管理层还应该让执法人员明白，遵守这些规则不仅不会降低而且还会提高警察工作的效率——至少从长远来看是这样的。例如，他们应该向执法人员说明，有关无罪推定或犯罪嫌疑人的沉默权等规则能够促进执法的客观性和执法人员的思想开放，从而避免他们因过早得出结论而导致真正的罪犯逍遥法外。与此类似，执法人员的守法行为和对人权的尊重可以改善他们与社区居民的关系，确保

其工作得到他们的支持，而这种支持对于有效和高效执法至关重要。

- 高级指挥和管理层必须制定涉及执法工作各个方面（程序、教育、培训、装备和有效的处罚制度）的、旨在防止执法人员随意破坏规则和确保他们遵守规制的实际方法和措施。他们应该能够通过内部监控和监督制度调整相关程序，改善执法人员的知识和实际技能，并且在他们未能遵守已确立的规则时采取矫正措施（根据违规行为的严重程度采取辅导、培训、纪律或刑事措施）。

与实践的融合

原则

必须向执法人员提供有关如何开展刑事调查的明确的操作指导原则。例如，必须制定有关在执法人员得知已实施或即将被实施的犯罪的信息时应该如何记录该信息并向上级汇报的明确的规则。同样，应该制定有关在什么时候可以以及如何对身体搜查的常规操作程序，从而确保搜查的有效性并保护被搜查人的尊严。

教育

执法人员必须完全了解有关执法行动的法律要求，如在何种情况下他们被允许使用某种调查方法（如电子或人身监控）或行使某种权力（如进入嫌疑人的家中），以及采取这些措施时所应遵守的规则（获得搜查令）。同样，他们还必须完全了解他们在与嫌疑人打交道的过程中根据国内法（以及国际法）所应遵守的义务以及犯罪嫌疑人所享有的权利。

培训

必须使执法人员能够娴熟地运用可获得的合法调查方法（如审讯嫌疑人或使用法医学方法），使他们感到自己能够充分地履行其职责。必须训练他们抵制各种诱惑使他们违反法律的因素，如在处理特别暴力的犯罪或受到嫌疑人挑衅的时候控制自己的情绪。

处罚制度

相关规则和程序必须能够确保对调查过程的恰当的控制和监督。例如，用于记录审讯嫌疑人过程的相关细节的标准表格，应该能揭示犯罪嫌疑人不被

迫自证其罪的权利是否因为过长的审讯时间而受到了侵犯。如果经核实，审讯时间确实过长，那么就应该采取恰当措施（如警告或其他纪律措施，或者如果这种行为构成犯罪的話，应采取刑事调查措施）以确保这种行为不再发生。

三、调查犯罪

下面所提供的信息不能被解释为提供有关如何进行调查或如何收集证据的实用指南，而仅仅是试图将执法活动置于国际标准的正确的法律框架之中。

(一) 收集证据

对犯罪的有效调查完全取决于成功地收集与犯罪有关的证据。在这方面，两种证据是非常重要的：实物证据（“沉默的证人”）和证人的证言。

1. 实物证据

从原则上说，实物证据可以在犯罪实施或留下痕迹的地方找到。因此，查找犯罪现场以及所有遗留有与犯罪有关的物证的场所是非常重要的。就谋杀案而言，这意味着查找杀人现场（如果谋杀不是发生在发现受害者尸体的场所的话）、杀人者前往和逃离这一（或这些）场所的路线以及杀人者可能处理与犯罪有关的物证的场所。

在继续讨论这一话题之前，我们首先应该记住任何人的私生活、家庭、住宅或通信都不得加以任意或非法干涉（《公民权利和政治权利国际公约》第17条）。如果犯罪人在公共场所留下了痕迹，那么这一规定对于执法活动并没有影响。但是如果私人的住宅中有犯罪痕迹或犯罪就发生在私人住宅中，那么仅仅发生了犯罪这一事实往往还不能被认为构成了执法人员进入私人住宅的充足的依据。在这种情况下执法人员一般还需要遵循国内法所建立的相关程序。在大多数国家中，这意味着他们需要获得一个允许他们在必要时违反住户意愿进入这种住宅收集证据的法院命令。这一程序的目的在于保护个人的最隐私的领域不受非法和/或任意的侵犯。

实物证据的实际获得、收集和处理是警察专业人员的工作。在某些案件中对证据的分析甚至要交给法医实验室去完成。在法庭上实物证据必须满足极为严格的条件才能被接受为不可否认的证明。这种标准代表了对所有被告人都享有的公正审判权利的重要性的承认。

2. 证人证言

第二种证据是从证人的陈诉中获得的信息。证人对于调查程序来说是非常重要的，因为可以迫使他们作证，并且他们在作证时有义务讲真话。证人的处境与犯罪嫌疑人或被告人的处境形成直接对比，后者不得被迫作不利于他自己的证言或被迫承认犯罪（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第7项）。

但是，为了从证人那里得到有用的证词，进行讯问的法官官员必须将注意力集中在每个证人的“知情的理由”上。证人在所发生的事件中看到、听到和闻到了什么？哪些是他们直接观察到的？哪些是道听途说的？证人的陈诉有助于确定有关已知的或未知的犯罪人的事实证据。虽然有关审讯犯罪嫌疑人和被告人的规则——如有关记录讯问的时间、长短、间隔等方面的规则——不适用于证人，但有的国家建议其执法机构在讯问证人时遵守与审讯犯罪嫌疑人相同的规则¹¹。这样可以避免在法庭上有人可能会提出的一些指责，如由于讯问过于频繁或时间过长而导致的证人的极度疲劳，因而证人的证言应被认为不可靠等等。

在这里我还要谈一谈执法活动中常见的为防止和调查犯罪而使用告密者以及渗透到犯罪组织内部的做法。这两种做法的最基本的前提条件是：这样做是合法的并且是为达到执法目的所必需的。

由于告密者往往是为得到金钱而提供消息的，因此执法人员必须认识到这种做法的潜在危险性。这些危险性包括：

- 为了得到金钱，告密者可能会唆使他人犯罪，然后再向执法人员告密；
- 告密者可能利用他或她与执法人员的关系实施犯罪并逃避调查；

¹¹ 这些规则通常在国内法中加以规定，但是也可参见《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第23条。

- 执法人员可能会诱导告密者煽动他人犯罪以便实施逮捕；
- 使用告密者所涉及的金钱可能会对有关的执法人员起到腐蚀作用，因为对这种秘密行动的监督手段通常是有限的。

“渗透”一词是指执法人员或告密者打入犯罪组织内部，以收集通过其他方法所不能得到的情报。这种做法必须是合法的并且是为达到执法目的所绝对必要的。即使以上条件都满足了，这种做法仍然存在一些危险性。

首先，渗透行动对于实施这种行动的人来说是极为危险的。其次，由于在整个刑事诉讼的过程中都要保护那些实施渗透行动的人的身份，这种做法有可能与公正审判的原则，尤其是与被告人有权讯问对他或她不利的证人的规定（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第4款第5项）发生冲突。在那些出于安全的原因而不能透露渗透者的身份的情况下，这种权利可能会受到严重的侵犯。

很明显，以上这两种做法都必须受到司法机构合格成员的严格监督，并且为了保障公正审判的权利，它们在实施之前必须得到批准。



国际判例

欧洲人权法院

泰西拉·德·卡斯特罗诉葡萄牙案 (Case of Teixeira de Castro v. Portugal) 第44/1997/828/1034号来文，1998年6月9日判决

“33. 委员会认为，申诉人之所以会实施犯罪并被判处相当严厉的刑罚，其原因完全或者主要是警察所采取的行动。因此警察煽动申诉人实施了本来不会发生的罪行。这种情况对程序的公正性产生了不可弥补的影响。

34. 法院重申，证据的可采性问题主要由国内法规制，并且在一般情况下应由国内法院对所提交的证据进行评估。因此，本法院根据《公约》所承担的任务不是就证人证言的采纳是否恰当这一问题作出裁决，而是确定包括证据收集的方法在内的整个刑事程序是否公正……

36. ……第6条中所体现的有关公正的一般性要求适用于有关从最简单到最复杂的所有类型的犯罪的程序。不能以公共利益为由为采用通过警察煽动犯罪获得的证据这种做法辩护。”

(二) 审讯嫌疑人

犯罪嫌疑人和被告人有关犯罪的陈诉是第三种重要的证据。但应该强调的是，在调查阶段执法人员不应过分依靠这种陈诉，并将它作为向法庭起诉的依据。原因很简单：犯罪嫌疑人有权保持沉默并有权不被迫作对自己不利的证言或被迫承认犯罪。另外，犯罪嫌疑人还有权在刑事诉讼的任何阶段收回或改变其所作的陈诉。很明显，在许多情况下实物证据和证人的证言要比通过审讯犯罪嫌疑人所获得的信息更有价值。

在对犯罪嫌疑人或被告人的审讯方面，我们应该再一次强调对酷刑以及其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的绝对禁止。不仅这种虐待在任何情况下都是被法律所禁止的，而且通过酷刑所获得的结果（认罪和信息）的使用也侵犯了受到公正审判的权利。

然而，尽管酷刑受到了法律的绝对禁止，并且人们对在酷刑的作用下所作出的陈述的有用性表示怀疑，但经常还是有人试图用各种理由为那些据称是为了正义的目的而实施的酷刑辩护。例如，酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员在2011年2月13日所提交的一份报告（A/HRC/16/52，第58段）中强调：“他深信酷刑和虐待不是并且永远不是情报或资料收集和执法的有效手段或工具。酷刑之下获得的供词和声明本身是不可靠的，并且往往会迷惑和分散执法和调查人员的各项努力。”

更为重要的是，这种辩解是短视的，并且忽视了禁止酷刑的正真原因：

- 酷刑破坏了作为我们这个社会的基础的自由、安全和民主的原则，并从整体上削弱了对法治的尊重；
- 酷刑对于其受害者和施行者都起着降低人格的作用，并且对酷刑的受害者、对执法人员以及对整个执法机构都会产生长久的有害影响。

因此，在任何情况下都绝无正当性可言（例如，见下面的文本框）。



国际判例

欧洲人权法院

戈夫根诉德国案 (The Case of Gaefgen v. Germany)

第22978/05号来文，2010年6月3日

案件

犯罪嫌疑人涉嫌绑架了一名男童。尽管警方掌握了针对嫌疑人的很确凿的证据，嫌疑人拒绝透露该名被绑架男童的所在之处。负责调查此案的执法人员认为，在当时的气候条件以及缺乏食物和水的情况下，这名被绑架儿童面临着死亡的直接危险。根据上级的命令，负责调查此案的警官对犯罪嫌疑人以严重虐待相威胁——如果这种威胁付诸实施的话将构成酷刑。在这种压力下，嫌疑人很快就同意带警察到他藏匿儿童的地方，但是这时被绑架儿童已经死亡。

该案的后果

法院没有采纳从嫌疑人的供词以及其他仅从其供词中获得的证据。嫌疑人只是由于随后在被告知其供述以及相关证据无效之后仍然重复了他的供述才被判定绑架和谋杀了那名男童。如果他后来翻供的话很可能就会被释放。那两个涉及此案的警官(负责审讯的警官和他的上级)因威胁罪而被判刑。他们的职业生涯因而也受到了负面影响。

欧洲人权法院的立场

“103. 至于其在身体和心理方面的影响，法院指出，申诉人本来拒绝透露J的所在之处，在受到威胁之后交代了他隐藏那个男童尸体的地方。……因此法院认为，申诉人在受审讯过程中所受到有关即将对其实施故意虐待的真实和直接的威胁应该被视为导致了申诉人相当大的恐惧、痛苦和精神折磨。……”

106. 法院进一步指出，有关即将发生的故意虐待的威胁是在申诉人被执法人员关押，并且显然带着手铐，因此处于脆弱的状况下作出的。很显然，D和E是以国家工作人员的身份履行其职务的时候作出这种威胁的，并且他们打算在必要的情况下在医生的监督下通过经特殊训练的人员兑现这种威胁。……”

107. 在这方面，法院承认警察这种行为的动机是挽救一个孩子的生命。但是，应该强调的是，考虑到《公约》第3条的规定以及长期存在的判例法……，对虐待的禁止适用于任何情况，而不管受害者的行为或实施虐待的机构的动机如何。即使在个人生命受到威胁的情况下也不得实施酷刑、不人道或有辱人格的待遇。即使在威胁到国家生命的公共紧急状态下也不得克减。《公约》第3条以明确无误的措辞承认每个人在任何情况下，甚至在最困难的条件下，都享有绝对的、不可剥夺的免受酷刑或不人道或有辱人格的待遇。第3条所规定的这一权利的绝对性背后的理念不允许任何例外、辨护理由或利益的平衡，而不论权利人的行为及其所涉及的犯罪的性质如何。”

在被法庭证明有罪之前，犯罪嫌疑人和被告人都有被推定为无罪的权利。因此，负责审讯的执法人员不能通过对他们的讯问确定他们有罪还是无辜——他们的任务是确定事实。

他们确定事实的任务首先在于调查犯罪现场以及留有犯罪痕迹的场所。其目的在于收集与所犯罪行有关的实物证据。然后他们应将注意力集中在那些可能目击犯罪实施过程或者掌握其他信息的人。只有在这种双重的调查方法以及对通过这两种调查方法获得的信息的分析才能够使执法人员积累充足的证据，并在此基础上合理地确定某个人为实施这一犯罪的嫌疑人（如果犯罪嫌疑人不是在实施犯罪的过程中被当场抓获的话）。

对犯罪嫌疑人的逮捕以及随后的拘留和审讯也都伴随有相应的程序上的保障措施（参见第八章）。

在对犯罪嫌疑人进行讯问之前，有关的执法人员应做好充分的准备工作。他们必须熟悉已查明的事实并据此确定事情发生的先后次序。

审讯的目的是澄清已确定的事实并确定与所发生的犯罪有关的新的事实。每次询问都应该作详细的记录。犯罪嫌疑人认罪的陈述应该尽可能记录他或她本人的原话。对审讯的时间、在场人员以及两次审讯之间的间隔都要明确地记录。这既是专业刑事调查的一个内在因素，也是确保嫌疑人的不受到任何非法待遇或过分压力的一种方法。正如人权理事会特别报告员在以下这段临时报告的摘录中所指出的，还存在其他有助于防止酷刑和残忍、不人道、有辱人格的或其他非法待遇的措施。



进一步了解

酷刑和残忍、不人道、有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员临时报告 A/65/273, 2010年8月10日

“75. ……过去已经制定的预防措施有许多，如果各国充分执行，就能轻而易举地根除酷刑。这些措施包括：废止秘密和隔离拘留；从逮捕或拘捕起就对每个被拘留者进行适当登记；24小时内立即获得法律顾问；可与亲属联系；及时获得独立审理；无罪推定；对所有被拘留者进行及时和独立的医疗检查；录像/录音记录全部审问过程；审讯人员或调查人员控制下的拘留不得超过48小时；迅速、公正和切实调查所有指控或酷刑嫌疑；刑讯逼供所得证据不予采信；以及对所有负责拘留者的关押、审讯和医疗保健的官员进行有效培训。”

但是应该指出的是，以上这些措施，特别是在单独采取其中一项措施的情况下，并不能保证预防虐待的发生。例如对审讯过程的录音或录像可能导致在审讯程序和设施之外发生虐待；医疗人员参与审讯过程可以是为了根据他们的建议（如虐待的强度、什么时候停止虐待、怎样虐待才能不留痕迹）使用更为复杂的虐待方法。因此，重要的是，应该让以上这些措施成为一个全面的综合系统的一部分，以确保防止非法审讯技术和调查方法的保障措施被纳入法律框架和执法机构制度性政策之中。恰当的问责机制是这一有效系统的不可或缺的组成部分。



与实践的融合

处罚制度

可以通过独立机构的定期视察来确保防止酷刑的保障制度的充分实施。这些机构包括：

- 在国内层面上：司法机构、人权委员会、监察专员和社会公众的视察；
- 在国际层面上：防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚小组委员会；

- 在区域性层面上也存在类似的机构 (如欧洲防止酷刑委员会和由美洲人权委员会建立的特别委员会)。

这些机构提供了发起对酷刑及时和充分反应的手段, 如发起对有关执法人员实施酷刑和虐待的指控的刑事和纪律调查, 从而对虐待行为起到威慑作用 (见上文中提到的特别报告员报告中有关视察的更为详细的内容)。

事实已经证明, 使用酷刑或施加压力迫使犯罪嫌疑人招供的方法可能会导致他们为避免酷刑或压力而作出假招供。但应该注意的是, 不仅仅是那些受到酷刑或虐待的人才作出假招供。世界各地的执法机构都知道, 有些人往往会出于复杂的个人或心理原因而承认他们自己所没有犯下的罪行。许多执法机构都会选择一种不透露已实施的犯罪的某些 (只有真正实施了这些罪行的人才知道的) 细节的策略来迅速排除这种假招供。

(三) 失踪和法外处决

有两种侵犯人权的行爲, 由于它们的严重性以及对于自由和法治基本原则的践踏, 特别值得在此加以讨论。由于这些侵犯人权的行爲都是由国家工作人员所实施的, 所以其性质就更为严重。

- 强迫失踪

《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》:

第二条

强迫失踪“系指国家代理人, 或得到国家授权、支持或默许的个人或组织, 逮捕、羁押、绑架, 或以任何其他形式剥夺自由的行为, 并拒绝承认剥夺自由之实情, 隐瞒失踪者的命运或下落, 致使失踪者不能得到法律的保护”。

- 法外处决

法外处决是可以直接或间接地归因于国家的非法杀人行为。《联合国有效防止和调查法外、任意和草率处决手册》(UN Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991)) 提供了一个有关法外处决的定义:

“这些处决包括: (1) 政治刺杀; (2) 由于在监狱或拘押场所实施的酷刑或虐待所导致的死亡; (3) 由强

迫‘失踪’所导致的死亡；(4)由执法人员过度使用武力所导致的死亡；(5)未经正当程序的处决；以及(6)灭绝种族行为。”

在上述定义中“失踪”一词被放在引号之中，以表示有关的人员并不是真的消失了。那些对失踪负有责任的人知道这些“失踪”的人的所在地及其命运，但是他们向外界隐瞒了这些情况。

非法和任意地剥夺他人自由和生命的行为是那些本来是负责保护所有人的人权的执法人员所能够犯下的最严重的罪行。在任何地方和任何时候，如果一个国家侵犯其公民的这些基本权利的话，那么民主社会的基础也就不复存在了。

因此，必须为有效防止这种严重侵犯人权的行为而尽一切努力。对执法人员的招聘、培训和监督都必须为充分的和非任意的执法活动提供操作上的保障。

只有当执法机构变得完全透明并且进一步发展为开放型机构时，才能够建立防止这种行为所需的真正有效的问责制度。同时，执法机构以及各国政府必须认识到这种罪行的严重性，并对有关这类罪行的指控进行迅速、彻底和公正的调查。

在这方面值得一提的是，如果一个人最后一次被人看到时是在国家工作人员的控制之下，而后就失踪、死亡或者被警察审讯之后受伤，那么合理解释这个人的下落或命运的责任就转移到了国家的身上。



国际判例

人权事务委员会

沙塔席凡和萨拉斯瓦提诉斯里兰卡案

(Case of Sathasivam and Saraswathi v. Sri Lanka)

UN Doc. CCPR/C/93/D/1436/2005, 2008年7月8日

“6.2. 至于根据《公约》第6条所提出的有关受害者的死亡直接归因于缔约国的指控，委员会指出，根据无可争辩的材料，受害者在被带进警察拘留所的时候身体情况正常，然而在不久之后就被目击者发现受到了实质性的和严重的伤害。警方有关他后来死亡的原因的解释，即他在泰米尔伊拉姆猛虎解放

组织的袭击中死亡这一声称，遭到了缔约国自己的司法和行政当局的否认。在这种情况下，委员会必须充分重视有关受害者在被拘押期间所受到的伤害，尤其是他的死亡，应该归因于缔约国本身这一推定。因此，委员会得出结论：该缔约国应对违反《公约》第6条任意剥夺受害者生命的行为负责。”

最后，在任何有关这种罪行的调查中，都必须确保对任何一个受害者的充分的关注以及调查结果的公布。那些对这种罪行负有责任的官员必须依法受到审判。

与实践的融合

原则

需要建立一套操作程序，使执法人员知道如果一个人在被关押过程中死亡，他们应该做什么（包括通知相关国家机构和死者家属，并进行尸检）。

教育

执法人员必须认识到国家以及他们自己在防止法外处决方面的义务。他们必须知道，在发生被拘禁者死亡的情况下他们所应该遵守的国内法和操作程序。

培训和装备

负责调查被关押人死亡事件的执法人员应该接受确定死因技术方面的培训，并应该配备使他们能够开展这方面工作的设备。执法人员必须接受有关恰当管理尸体方面的培训，以便确定死者身份，从而防止人员下落不明的情况。

处罚制度

相关的规则和程序应该确保执法人员立即报告被关押人死亡事件，以便对这种事件开展迅速和有效的调查。应该对违反这些规则的行为采取必要的矫正措施（包括培训、纪律处罚或在适用的情况下采取的刑事处罚措施）。在对被关押人死亡事件的调查以及相关的刑事程序中，执法机构必须采取完全配合的态度，并提供一切必要的信息。

四、预防少年犯罪

(一) 背景信息

预防少年犯罪是预防犯罪的一个特别重要的方面。当发生少年违法行为的时候，对社会最有利的做法就是防止这些违法少年在成年后成为死不悔改的惯犯。包括执法机构在内的司法系统处理被指控或被认定实施犯罪的少年的方式，将决定这些少年在成年之后是成为一个遵纪守法的人还是在暴力和犯罪之中度过一生。通过一系列国际文书的制定，国际社会表明它已经认识到了未成年人——尤其是少年犯——的特殊地位。这些国际文书是建立在以下两个基本前提之上的：

- 因为年幼，未成年人特别容易受到虐待、忽略和剥削，因此需要给予他们特别保护，以使他们避免这些危害；
- 考虑到少年特别容易受到不良影响，司法制度应该给予少年特别关注，以防止他们犯罪，并开始其“犯罪生涯”。

以下是一些有关少年司法的国际文书：

- 《儿童权利公约》；
- 《联合国少年司法最低标准规则》（《北京规则》）；
- 《联合国防止少年犯罪准则》（《利雅德准则》）；
- 《联合国保护被剥夺自由的少年规则》；
- 《联合国非监禁措施最低标准规则》（《东京规则》）。

在以上这些文书中只有《儿童权利公约》是一个条约。其他的文书只能被看作是通过列出那些已被广泛接受的原则而提供指导，但其规定对国家并不具有法律拘束力。

上面所列出的这些文书是特别为达到以下这些目的而设计的：

- 保护未成年人的人权；
- 保护那些触犯法律的未成年人的福利；
- 促进其人格尊严和自我价值感；
- 帮助其重返社会；
- 保护未成年人不受虐待、忽视和剥削；并
- 提出预防少年犯罪的特殊措施。

《儿童权利公约》将“儿童”定义为“18岁以下的任何人，除非对其适用的法律规定成年年龄低于18岁”（第1条）。

《北京规则》将少年定义为“按照各国法律制度，对其违法行为可以不同于成年人的方式进行处理的儿童或少年人”（第2条第2款第1项）。少年犯是指“被指控犯有违法行为或被判定犯有违法行为的儿童或少年人”（第2条第2款第3项）。

上述文书没有明确规定最低刑事责任年龄，而是把这个决定留给了国内立法机构。但是《北京规则》规定，“该年龄的起点不应规定得太低，应考虑到情绪和心智成熟的实际情况”（第4条）。对第4条的评论承认：“由于历史和文化的的原因，负刑事责任的最小年龄差别很大。现代的做法是考虑一个儿童是否能达到负刑事责任的精神和心理要求，即根据孩子本人的辨别和理解能力来决定其是否能对本质上反社会的行为负责。”

（二）分流

分流（即将少年从刑事司法程序中分流出去）这一概念在预防少年犯罪方面起着核心作用。需要采取与处理成年罪犯的刑事司法制度不同的方法处理触犯法律的少年，这已成为一个得到广泛接受的理念。分流的目的是使少年犯有效地重新融入社会。

《儿童权利公约》是少年司法体系中的核心文书。它提供了保护儿童最佳利益的一系列广泛的措施，包括保护那些触犯了法律的儿童的措施。例如，它明确规定，对儿童的拘留只能是作为“最后手段来使用”并且“期限应为最短的适当的时间”（第37条第2款）。儿童权利委员会在其《第10号一般性意见》中详细介绍了在这方面所应该采取的措施（见下面的文本框）。



进一步了解

儿童权利委员会

第10号一般性意见

“25. 委员会认为，各缔约国有责任推行不诉诸司法审判处置触法儿童的措施，这一责任适用于但绝不仅限于犯有诸如店内偷盗和其他对资产造成有限损害等轻微罪行的儿童以及初犯儿童。许多缔约国的统计数字表明，儿童所犯的一大部分而且往往是绝大部分罪行都属于这种措施的适用范围。处置此类罪行不诉诸刑事司法法庭审判，符合《公约》第40条第1款所列的原

则。除了避免造成耻辱的名声之外，这种处置法不仅对儿童，而且也会对公共安全利益产生良好效果，并且证明是成本效益更好的措施。

26. 缔约国应以本国少年司法体制的一个组成部分，采取不诉诸司法审判处置触法儿童的措施，并由此确保充分尊重和保护儿童的人权和法律保障(第40条第3款(b)项)。

27. 各缔约国可酌情决定不诉诸司法审判处置触法儿童措施的确切性质和内容，并采取实施这些措施的必要立法及其他措施。然而，根据某些缔约国报告提供的资料，显然这些国家已经制定了各种基于社区的方案，诸如由社会工作者或缓刑监督官监督和指导下社区的社区服务、家庭会议和其他形式的恢复性司法，包括归还和补偿受害者的做法。其他缔约国应从上述这些经验汲取教益。至于全面尊重人权和司法保障，委员会提及《公约》第40条的相关部分，并强调如下：

- 分流(即不诉诸司法审判处置被指称、指控或确认触犯刑法儿童的措施)只有在确凿证明儿童犯有所指称的罪行、他/她自由并自愿地承认罪责、在未采用恐吓或施加压力的做法下供认不讳，而且在随后的司法审判中不会针对他/她运用此项供认的情况下，才可采用；
- 当事儿童必须自由和自愿地书面同意接受分流措施、这种同意应基于对措施的性质、内容及期限，以及不予合作、不实施和不完全履行这项措施的后果的充分和具体的了解。为了增强家长参与，各缔约国还应考虑征得家长的同意，尤其应得到不满16岁儿童的家长同意；
- 法律必须载有具体条款，阐明对哪些案件可采取分流措施，以及在这方面应当管制和审查警察、检察官和/或其他机构的决定权，以保护儿童免遭歧视；
- 儿童必须有机会就主管当局提出的分流措施的相称程度和可取性寻求法律及其他适当的援助；……

28. 若主管当局(通常为检察厅)提出司法诉讼，则必须应用公平和公正审理的原则……。与此同时，少年司法制度应提供采取社会和/或教育措施处置触法少年的充足的机会，并严格限制使用剥夺自由的做法，尤其是应作为最后措施才可实行预审拘留。在诉讼审理阶段，必须作为最后的措施才采取剥夺自由的做法，而且，其期限应为最短的适当时间(第37条(b)款)。这意味着，缔约国应具备经完善培训的缓刑部门，以便在最大程度上有效地使用诸如指导和监管法令、缓刑、社区监督或每日报告中心之类的措施，并且有可能提前解除拘禁。”

与此类似,《利雅德准则》致力于通过让社会各个方面参与以及以儿童为本的方法预防少年犯罪。他们将预防少年犯罪看作整个社会预防犯罪的目标的一个重要部分。该文书详细规定了家庭、教育、社会和大众媒体在促进这一目标方面所起到的作用,并规定了在社会政策、立法、少年司法、研究、政策制定和协调方面的作用和责任。

《利雅德准则》的一个基本前提就是:“青少年不符合总的社会规范和价值的表现或行为,往往是成熟和成长过程的一部分,在他们大部分人中,这种现象将随着其步入成年而消失”(第5条第5款)。

《利雅德准则》鼓励各国在各级政府层面上制定和实施预防少年犯罪的计划。各级政府、私营部门、儿童照顾机构以及执法和司法机构应密切合作,共同采取预防少年犯罪的行动。在各个层面上都应具备专业人员。

与实践的融合

原 则

操作程序应包括在未成年人被怀疑实施犯罪的情况下通知相关方面(如儿童照顾机构)的义务。

《东京规则》是涉及在刑事程序的所有阶段的所有犯人——而不管其是被怀疑或被指控实施犯罪还是已被判刑——的待遇的文书。它包含了促进非拘禁措施使用的基本原则以及为受非监禁措施影响的人员提供的最低限度保障。

为了提供与所犯罪行的性质和严重性、犯罪人的性格和背景以及保护社会和避免不必要的监禁等目的相一致的更大的灵活性,刑事司法系统应该提供从审判前到判决后的一系列非监禁措施。

非监禁措施与少年司法系统避免触犯法律的少年进入刑事司法程序,并使他们重新回到社会的主要目标是相一致的。当然,合法使用非监禁措施的前提条件是这些措施必须在国内立法中加以规定。

(三) 对执法实践的意义

少年犯是一种特殊的犯人，他们应该受到特殊的保护和待遇。这一点已在现有的旨在保护未成年人的特殊利益的国际文书中得到了承认。

《北京规则》明确表示，需要建立与未成年人有关的专门的执法机构。该规则第1条第6款指出，应该“系统地发展和协调少年司法机构，以提高和维持这种机构中的人员的能力，包括他们的工作方式、方法和态度。”



与实践的融合

培 训

由于执法人员是少年犯在少年司法系统中最先接触到的人员，他们必须以建立在充足的信息的基础之上的和恰当的方法对待少年犯。《北京规则》在第12条中提醒人们注意对所有涉及少年司法的人员进行专业化培训的必要性。

因此，专业执法机构变得越来越有必要，这不仅是为了实施《北京规则》中的具体的原则，而且也是为了更好地预防未成年人犯罪并处理少年犯。

为了将未成年人从刑事司法系统中分离出来，并使他们重新回到社会中去，有关的执法人员应该采取一种与那些负责成人罪犯的执法人员非常不同的态度和做法。为了与社区团体、儿童机构和司法机构中负责少年司法的官员建立和维持关系，执法人员必须具有专门的知识 and 技巧。

例如，必须使执法人员认识到少年犯罪是一个过渡性的问题，需要采取指导、理解和预防支持措施。另外，为了成功地使用非监禁措施，执法人员必须对少年犯有全面的了解，并具备与其他关键性机构合作协调实施这些措施的能力。只有这样才能确保对少年犯的成功的教育和改造。这些措施的目的是防止重新犯罪而不是惩罚已实施的犯罪。这种方法不仅要求执法人员广泛且详尽地了解少年犯的权利和特殊地位、也要了解少年犯罪受害人的特殊地位和权利，同时还要牢记他们受社会保护和满足的需求。尽管如此，他们不能将少年犯的特殊利益置于其他利益之下，或者在没有正当理由的情况下不给予其优先考虑。

五、选阅书目

- Alston, Philip, and Abresch, William, *Killings by Law Enforcement Officials: The International Human Rights Legal Framework*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
- Amnesty International, *Fair Trial Manual*, Amnesty International, London, 1998.
 - > <http://www.amnesty.org/en/library/info/POL30/002/1998> (last consulted on 30 September 2013)
- Amnesty International, *Combating torture: a manual for action*, Amnesty International Publications, London, 2003.
- Byrnes, Andrew (ed.), *The right to a fair trial in international and comparative perspective*, University of Hong Kong, Hong Kong, 1997.
- Howe, R. Brian, “Children’s Rights as Crime Prevention,” *International Journal of Children’s Rights*, Vol. 16, 2008, pp. 457-474.
- Inter-Agency Coordination Panel on Juvenile Justice, *Protecting the rights of children in conflict with the law*, United Nations, 2005.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Protecting_children_en.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- Liefwaard, Ton, *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*, School of Human Rights Research Series, Vol. 28, Intersentia, Oxford, 2008.
- Nowak, Manfred, and McArthur, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Ott, Lisa, *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.
- Rouget, Didier, *Preventing Torture: International and Regional Mechanisms to Combat Torture*, Association for the Prevention of Torture, Geneva, 2000.
- Shaw, Margaret, and Carli, Vivien (eds), *Practical Approaches to Crime Prevention: Proceedings of the Workshop held at the*

12th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, United Nations Office on Drugs and Crime, Montreal, 2010.

- > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Practical_Approaches_to_Urban_Crime_Prevention.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- United Nations Centre for Social Development and Humanitarian Affairs, *Manual on the effective prevention and investigation of extra-legal, arbitrary and summary executions*, United Nations, New York, 1991.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice*, United Nations, New York, 2006.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Manual for the measurement of juvenile justice indicators*, United Nations, New York, 2006.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Manual_for_the_Measurement_of_Juvenile_Justice_Indicators.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on the Crime Prevention Guidelines: Making them work*, United Nations, New York, 2010.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Crime_Prevention_Guidelines_-_Making_them_work.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- Welsh, Brandon C., and Farrington, David P., *The Oxford Handbook on Crime Prevention*, Oxford University Press, New York, 2012.

第五章 内容大纲

一、导论

二、集会和示威

(一) 可适用的法律

(二) 执法实践

三、紧急状态

(一) 定义

(二) 条件

(三) 克减

(四) 对执法实践的意义

四、执行执法任务的武装部队

五、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效)

非条约法

- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990年通过)
- 《最低限度人道标准宣言》(《图尔库宣言》, 1990年通过)

第五章 维护公共秩序

一、导论

一个国家的和平、稳定和安全在很大程度上取决于其执法机构实施国内法和有效维持公共秩序的能力。在集会和示威等重大的活动中维持公共秩序时，执法人员不仅仅应该了解这些活动的参与者的法律责任，同时还应该了解所有人——不管是否参与这些活动——依法所应该具有的权利、自由和义务。公共秩序的维持可以被界定为给予一些人在不侵犯他人权利的条件下行使其合法权利和自由的权利，同时确保所有人对法律的遵守。这适用于所有需要维持公共秩序的场所：示威和集会（详见本章以下各节）、诸如自然灾害、重大事故等紧急情况、足球比赛或摇滚音乐会等群体活动、引人注目的政治活动等等。有关相关原则的适用、利益和权利的平衡以及良好规划重要性的更为详细的信息将在下面有关集会和示威的部分提供。但是这些考虑因素适用于所有类型的维持公共秩序工作。

当某一事件由和平变为暴力，进一步发展成为更为广泛的暴力局势，甚至演变为武装冲突时，有效履行这一职责就变得困难多了。在以上这些情况下，执法机构仍然应当负责维持公共秩序——除非有关当局决定将此任务交给其他国家机构。即便如此，这一任务的本质，即执行法律，仍然没有改变（见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第1条的评论（b））。

二、集会和示威

人们到街上去就他们认为是非常重要的问题公开表达其感受和意见的现象，在世界上大多数国家都是非常常见的事情。虽然这些事件并非都是暴力的，但不幸的是，在它们中最引人注目的以及最令人难忘的就是那些涉及（在示威者之间或示威者和执法人员之间的）肢体对抗的事件。由于在这些局势下执法人员可能使用武力，本章将首先广泛地讨论有关在公共集会语境中使用武力的原则。有关使用武力和火器的规则将在第七章中作更为详细的介绍。

在这里应该指出的是，在管理公共集会的过程中，执法人员不仅需要作出有关是否使用武力的决定，而且还需要在人们决定在公共场所集会的时候不断平衡可能受到影响的一系列广泛的权利。维持和平与秩序应该是公共集会管理的中心目标。因此，防止暴力、在发生暴力情况时缓解紧张局势以及尽可能避免使用武力应该成为其指导思想。本章将讨论在这方面的法律标准及其对实际操作的影响。

(一) 可适用的法律

国内法决定某个公共集会是否以及在什么情况下可以被认为是合法或非法的。它还应决定有关当局可以对公共集会进行何种限制。这种法律规定应符合国家在国际法下的义务。有关当局所作出的允许或禁止示威或集会的决定必须符合这一法律框架，特别是《公民权利和政治权利国际公约》第21条的规定：

“和平集会的权利应被承认。对此项权利的行使不得加以限制，除去按照法律以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序，保护公共卫生或道德或他人的权利和自由的需要而加的限制。”

合法性原则还要求有关集会和示威的合法性的国内立法符合国际人权法；特别是不得基于任意的或者不符合人权的理由禁止集会或示威。对有关这方面的人权标准的更为详细的讨论已经超出了本手册的范围。但是，政府当局，特别是执法人员在管理公共集会，包括作出是否驱散集会的决定时必须遵守一系列权利、规则 and 标准。

对他人的权利、自由和名誉的尊重，公共秩序和公共安全、国家安全、公共健康和道德——所有这些都成为对上述权利进行限制的理由。但是这些限制本身必须是合法、必要、相称并且在总体上是符合国家所承担的国际义务的。在主管当局认为有必要进行这些限制的情况下，他们会命令执法人员去实施这些限制。而执法人员实施这种限制的过程中也必须严格遵守合法性、必要性、比例性和问责性原则。

应高度重视执法人员尊重和所有人生命、自由和安全的义务（《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款；《执法人员行为守则》第2条；《执法人员使用武力和火器的基本原则》序言第3段和第5条；以及区域性条约，如《非洲人权和民族权宪章》第4条和第6条；《美洲人权公约》第4条第1款、第5条第1

款和第7条第1款；《阿拉伯人权宪章》第5条和第14条；《欧洲人权公约》第2条第1款和第5条第1款）。

正如下文所示，《执法人员使用武力和火器的基本原则》提供了有关如何确保对上述规定的遵守的指南。

在合法性原则的适用方面，有必要区分合法与非法集会（第12条）。对于合法集会，即完全按照国内法规定举行的集会，只有在其他法律授权的情况下才能加以限制，而这种限制必须是必要的和相称的。这种限制的理由可以是集会场所的地理位置（如为确保进入医院的道路畅通、保护上下学的儿童）或集会的时间（如限制集会占用主要道路的时间长度）。以上限制被称为“在时间、地点和方式方面的限制”）。

另外，执法人员有义务保护合法集会，如保护其不受暴力反示威人员的攻击。

在管理公共集会的过程中，执法机构应该尽量避免使用武力。武力只能作为最后手段使用（第13条和第14条）。必要性原则优先考虑冲突的和平解决以及使用劝说、协商和调解等方法限制武力的使用（第20条）。

另外，区分暴力集会和非法集会也非常重要。这涉及以下两种情况。

非法但和平的集会

非法的集会，即没有按照国内法规定举行的集会（例如没有遵守通知期限或没有获得批准的集会）也可能完全是和平的。因此，根据比例性原则，执法人员应在驱散这种非法集会的利益及其可能产生的负面影响之间做出认真的权衡（第13条）。对于一个虽然是非法的，但却以和平的方式举行的集会，执法机构可能应该做出不驱散，特别是不使用武力驱散的决定，以避免不必要地造成事态升级，并导致危险的结果。这一决定并不影响在事后起诉非法集会的参与者。为了保护其他重要权利（包括那些未参与集会的人的生命权、身体完整性权利和财产权），在这种情况下建议执法人员采取的做法就是让这种集会进行下去。

暴力集会

暴力或者变得暴力的集会可能导致执法人员作出为阻止暴力而驱散集会的决定——即使这种集会在开始时是合法的。然而应

该指出的是，有限数量的暴力抗议者并不一定会使整个集会变成暴力集会。根据必要性和比例性原则，执法人员应该在决定驱散整个集会之前首先考虑处理个别暴力示威者的可能性（见本章第二节第二小节）。

最后《执法人员使用武力和火器的基本原则》推荐了一些帮助执法人员按照上述原则处理公共集会的预防措施。这些措施包括向执法人员提供保护装备以及使执法人员能够在不同情况下有区别地使用武力的装备（第2条）、更好地理解人群行为（第20条）以及恰当挑选和培训执法人员（第19条）。确保任何受伤人员尽早得到援助和医护（第5条第3项）对于公共集会来说具有特别的重要性。

（二）执法实践

本手册的目的不是介绍和传授有关集会和示威的执法技术和策略。尽管如此，在这一部分介绍一些有关示威和集会的执法实践的例子还是有必要的，因为它们有助于确保对可适用的法律标准的遵守。

就执法而言，有关维持公共秩序的经验表明，示威和集会等活动的许多方面都具有一定程度的可预测性。像示威和集会这些大型活动需要准备。执法机构越来越试图在准备阶段介入这些活动——即尽量就这些活动的路线与组织者进行协商。这一程序具有以下这些好处：

- 组织者能够了解与其示威活动有关的执法行动的目标和容忍程度，以及他们对那些不参加示威的人所负有的责任；
- 执法机构能够了解示威活动的目的以及参加人员、可能发生的行为、时间等方面的信息；
- 双方可以就游行的路线、执法人员的在场、有关紧急情况的安排等事项达成明确的协议；
- 可以事先通过协商解决有争议的问题或潜在的冲突，这样在集会或示威举行时就不会造成实际问题。

从过去的经验中应该吸取的另一个重要的教训就是：等扰乱公共秩序的事件发生后再去恢复公共秩序的做法不是一个有效的执法策略。经验证明，通过以上所提到的那些准备工作以及针对个别违法人员所采取的早期干预措施来预防扰乱公共秩序的事件的发生是更为有效的策略。“早期预防”的概念是建立在以下这些早已得到承认的有关人群行为的认识之上的：

- 在人群中的人并不构成一个人都具有相同行为的同一的整体；
- 在人群中的人并不一定比平时更倾向于使用暴力；
- 在人群中的人并不一定更倾向于所谓的“情绪化”或“非理性”的行为。

在以上认识的基础上，我们可以得出结论：在人群中的人仍然是个人。这意味着在人群中的每个人都是自己作出有关其行为的决定的。的确，这种决定很可能受到他人的行为的影响。但是如果人群中有人拣起一块石头向在场的执法人员扔去，这并不一定会自动导致进一步的暴力行为的爆发。它可能会促使在场并目睹这一事件的其他人作出决定。他们可能也会拣起石头向执法人员扔去。但他们也可能决定不这么做。

通过早期介入，执法人员可以将第一个扔石头的人(或有其他违法行为的人)逮捕并带离现场，以防止他们的行为影响在场的其他人。这种行动是针对某些具体的人的，因而对示威活动的影响很小。它不会影响无辜的旁观者。他们可以不受干扰地继续他们的活动。在另一方面，个人或群体的暴力行为可能是故意带有挑衅性的，其目的在于挑起与当局的暴力对抗。在这种情况下，相反的方法更为恰当，即防止少数人达到其使事态升级的目的的恰当办法就是不向这些群体的挑衅行为让步，并将警察行动限于保护那些没有参与暴力的人。在这种情况下，与示威活动的组织者以及其他所有希望以和平方式示威的人进行交流至关重要。这些可选择的方法表明，执法人员只有为应对公共集会作出充分准备，并充分了解那些可能参加集会的人及其态度，才能够确保他们在恰当的时候作出恰当的决定(见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第20条)。

与实践的融合

教育

应该向负责处理公共秩序局势的执法人员提供(适用于包括示威者、不参与示威的旁观者以及执法人员等各个方面的)相关人群“心理”的教育。这种教育应涵盖引发恐慌的因素以及导致事态升级或缓和的因素。

在执法人员认识到在人群中的人是个人而不仅仅是“一群人”之后，他们就可以与示威活动的参加者进行交流。这种交流不仅仅是交谈，而且还构成了执法策略和策略的一部分。通过使用扩音设备指导人群中的人或警告他们执法人员使用武力的可能性，可以帮助这些人就想干什么以及想去哪里等问题作出决定。



与实践的融合

培训和装备

- 通讯设备应该是执法人员在执行维持公共秩序任务时所配备的标准装备的一部分。应该对执法人员进行培训，使他们不仅能够掌握使用这些设备的技术，而且还知道如何以恰当的方法与示威者和旁观者沟通。
- 火的出现(如燃烧的轮胎、汽车或其他物体)会加剧紧张气氛，并会导致局势的进一步升级。在培训过程中包括灭火器的使用是一种缓解局势或者至少防止局势进一步升级的恰当的措施。

执法人员还应该注意以下事实：

- 在人群中的人不能很快地走动，因此改变游行方向或停止游行等信息需要有一段时间才能被传递到人群中的每个人并为其所理解；
- 在人群中的人都是负责的个人，他们期望也应该被作为负责的个人来对待。不能将他们看作是一个群体；
- 在示威活动中警犬的出现很容易被示威者看作是执法人员的一种进攻性的行为；另外警犬不能区分违法者和旁观者。如果有机会的话，它们会咬任何一个靠近它们的人。

在维持公共秩序的过程中，执法人员的外表也是一个非常重要的因素。人们看惯了当地执法人员在执行一般任务时所穿的制服。许多国家决定，执法人员在集会和示威活动的场合所穿的制服应与其平常所穿的制服不同。这样做主要是出于担心冲突升级、希望表示政府的权威或保护执法人员等原因。执法人员所穿的这种带有头盔和盾牌等保护装置的特殊制服被称为“防暴服”。这种制服一般只有在前面所描述的特殊的暴力情况下才使用。虽然执法人员可能并非有意以其外表向示威者传递一种敌对的信息，但是在实际中往往会产生这种结果。人们很难相信

那些穿着全副“防暴服”的、看上去非常陌生的人就是他们平常所熟悉的执法人员。难怪穿着这种装置的执法人员会发现很难让公众相信他们这样做是出于和平的意愿。更一般地说，恐吓并不一定能够促使人们采取更为理性的行为方式。执法人员所选择的外表和装备——平时的服装或者防暴服、警犬、马匹、催泪弹等等——不能被用来在示威者之间制造恐惧感，因为这会加剧紧张气氛，甚至导致恐慌，并最终导致局势升级。

对于在集会和示威过程中维持公共秩序的工作来说，火器的使用是一个特别关键的问题。除了将在第七章中讨论的法律标准之外，执法人员在实践中所遇到的挑战也是非常巨大的。暴力的集会带来具体的额外危险。首先，执法人员通常不得不对付很大的人群。其次，暴力会导致高度混乱和无组织状况。第三，在这种情况下越来越难以区分参与暴力和没有参与暴力的人员。第四，恐慌反应会增加伤害所在地区无辜群众的风险。所有这些因素都使得在许多情况下用火器是否恰当这一问题变得更加难以回答。在回答这一问题时，要考虑到使用火器对在场但没有参与暴力的人员可能造成的后果，以及有效实现其所要达到的目的——即保护生命和恢复和平与秩序——的可能性。



与实践的融合

原则

必须事先明确谁在维持公共秩序的情况下有权决定是否使用火器以及谁可以使用火器。



国际判例

欧洲人权法院

埃夫里姆·欧克特姆诉土耳其案 (Case of Evrim Öktem v. Turkey, 9207/03)
有关法院的案例法的第113号情况说明，2008年11月

“法院不能同意政府有关该抗议会演变成为一场暴动的论点。在案件卷宗中看不到在警察采取干预措施时示威者有任何危害无辜旁观者生命的犯罪行为的迹象。……即使假设警察有充分理由担心自己的生命会受到威胁，也

不应该打破目标和手段之间必要的平衡。在抗议活动没有明显导致更大的损害，也没有对人们的生命构成威胁的情况下，在场的警察应该考虑到他们除了武器之外没有其他可以劝阻抗议的手段，因此应该等待配备有能够更好处理当时这种困难局面的装备的增援人员，从而避免不必要地激怒人群。……当时R.C.享有很大的行动自主权，并且采取了仓促的行动。如果他受到恰当的培训和指导，或者至少如果在他要求增援的时候，相关部门能够向他发出明确和充分的指令的话，那他很可能就不会这么做了。当时的情况之所以会恶化，毫无疑问是因为在当时的相关制度没有提供有关在和平时期警察单独或者在执行追捕行动的过程中如何使用武力的明确的指导原则。”

就像在所有其他类型的执法行动中一样，警察在维持公共秩序的过程中所得到的教训应该被融入相关的实践之中。因此我们的建议是：在维持公共秩序的行动结束之后，（除了对相关行动进行审查之外），还应该组织所有相关人员对这种行动进行系统分析，并提出改进措施。

这一过程应该产生如下结果：

- 找出并弥补操作程序方面的漏洞；
- 装备的改进或改变；
- 培训方面的改进；
- 启动必要的纪律处罚程序，甚至刑事起诉程序；以及
- 向处理暴力局势的执法人员提供心理咨询（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第21条）



与实践的融合

处罚制度

执法机构应（通过录像、使用媒体和/或其他专门负责监控相关局势的人员）确保它们能够获得有关公共秩序事件发展过程的详细信息，包括在何种情况下使用了武力，这种武力是由谁使用的，为什么要使用，如何使用的。然后通过对这种信息的处理得出应该吸取的教训。

注意，正如第三章第六节中所强调的，应该以最广义的方式理解融合这一概念的第四个要素，即处罚制度。它应包括从恰当的控制和监督到包括纪律、刑事、社会和其他矫正的一系列措施。

但是，应该指出的是，以上这一程序不能，也不应该替代由检察、司法或其他机构对公共秩序事件（特别是使用武力导致人员死亡或受伤事件）开展的独立的外部调查（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第22条）。

三、紧急状态

人们并不总是能够清楚地知道在什么时候一些孤立的事件（如集会、聚会、示威、暴乱以及孤立的暴力行为）会相互发生联系并且——当它们被看作一个整体时——构成了具有某种一贯性的更为普遍的暴力局势。但是有一点很清楚，那就是上面提到的这种状况对有关当局在公共安全和公共秩序方面提出了严重的挑战。它们必须将所有力量集中在有效执法、防止和调查犯罪以及恢复公共安全之上。如果以上这些努力失败的话，那么在社会上就会滋生一种无法无天、可以违法而不受到追究的观念，从而使现有的紧张局势进一步加剧。动乱和紧张局势最终会导致威胁国家生命的状况并促使政府宣布紧急状态。当政府感到在这种条件下依靠其通常所采取的措施已不能控制局势时就会采取这种措施。《公民权利和政治权利国际公约》第4条包含有关这种局势的重要规定。这些规定将在下文中介紹。

（一）定义

《公民权利和政治权利国际公约》第4条允许缔约国采取“措施克减其在本公约下所承担的义务”，但是这种措施只有“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时”才能够采取。

大多数国家的宪法都包含紧急条款，授权国家元首或政府首脑在战争时期或其他灾难性形势下采取非常措施（包括限制或中止基本权利）。这些措施有些需要经过议会同意，而有些则不需要经过议会同意。当然，这种特权可能会被滥用或误用，导致违反人权法的过分的措施。因此国际法必须在承认主权国家捍卫其宪法秩序和防止滥用宣布紧急状况的权利之间作出平衡的任务。

（二）条件

即使是在已明显发生紧急状态的情况下，如果这种紧急状态没有被国内有权宣布紧急状态的机构所正式宣布的话，那么对

《公民权利和政治权利国际公约》中所规定的权利的克减仍然构成对该公约中所规定的义务的违反。这种宣布必须采取对受影响的人民公开发表通告的形式。其重要性在于此：人民必须能够确切地了解紧急措施在实质、地域和时间方面的适用范围及其对人权的影响。紧急状态必须正式宣布这一要求特别是为了防止有些政府在事实上对人权进行克减之后，试图利用紧急状态来为其已经实施的违反人权的进行辩护而设置的。

在紧急状态下所采取的克减措施“必须以紧急情势所严格需要者为限”。干涉的程度和措施的(地域和时间)范围必须与对付威胁国家生命的紧急状态的需要相称。除以上这些条件外，此等紧急措施还“不得与缔约国根据国际法所负有的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视”(《公民权利和政治权利国际公约》第4条第1款)。

“根据国际法所负有的其他义务”包括根据国际习惯法原则和国际条约法原则(主要指人权公约和人道法领域内的国际条约)所承担的义务。《公民权利和政治权利国际公约》中除第4条第2款中所规定的不得克减的权利之外的其他权利是可以被克减的，但条件是克减不得违反“禁止歧视”的义务(《公约》第4条第1款)。

《公民权利和政治权利国际公约》第4条第3款规定，任何援用克减权的缔约国“应立即经由联合国秘书长将它已克减的各项规定、实行克减的理由和终止这种克减的日期通知本公约的其他缔约国”，即立即向有关方面通报紧急状态。在紧急状态结束时也必须发出类似的通知。通报紧急状态的要求与宣布紧急状态的要求不同，它不是使紧急措施合法的必要条件，而是为了方便其他缔约国和人权事务委员会进行国际监督。

(三) 克减

《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款提到了一系列不可剥夺的权利，即不得克减的权利。它们是：

- 生命权(第6条)；
- 禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚(第7条)；
- 禁止奴隶制度和奴役(第8条)；
- 禁止因无力履行合同义务的原因监禁任何人(第11条)；

- 禁止溯及既往的刑法 (第15条);
- 法律人格得到承认的权利 (第16条);
- 思想、良心和宗教自由的权利 (第18条)。

以上这些权利即使在紧急状态下也不得被中止或克减。任何人在任何情况下都享有这些权利。一个国家不得以实施紧急状态为借口来为其未能保护和捍卫这些不可剥夺的权利的事实辩护。

进一步了解

人权事务委员会

关于《公约》第4条的第29号一般性意见 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11)

人权事务委员会发布了关于《公民权利和政治权利国际公约》第4条的一般性意见。该意见包括一些没有被明确包括在第4条第2款所提到的不可克减的权利之中一些权利。与本手册特别相关的是以下有关受到公正审判权利 (《公约》第14条) 的不可克减性质的意见:

“16.《公约》第四条中关于克减的保障的根据是《公约》整体内在的法律和法治原则。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。只有法庭能就一宗刑事案审判一个人。必须尊重无罪推定的原则。为了保护不可克减的权利, 缔约国克减《公约》的决定, 不应影响到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。”

各种区域性人权文件也承认紧急状态 (并规定了不同数量的在紧急状态下不得克减的权利)。《公民权利和政治权利国际公约》只提到了公共紧急状态 (《阿拉伯人权宪章》第4条也是如此), 而《欧洲人权公约》第15条、《欧洲社会宪章》第15条和《美洲人权公约》第27条还都提到了战争。《非洲人权和民族权宪章》有意没有提供宣布紧急状态的可能性。因此缔约国不得以紧急状态或特殊情况为由限制该宪章中所规定的权利和自由。但是集体安全被认为是限制权利和自由的一个合法理由, 条件是这种限制是严格相称且绝对必要的 (见《非洲人权和民族权宪章》第27条第2款以及非洲人权和民族权利委员会第105/93号意见第67-69段)。



进一步了解

最低限度人道标准

通过将国际人道法和人权法相比较，有人得出结论：在未达到武装冲突级别的暴力形势下，国家有权宣布紧急状态并克减《公民权利和政治权利国际公约》以及其他人权条约中的某些权利，因而在人权保护方面产生了缺口。与此同时，人权法没有规定武装冲突中人权保护的一些重要方面，如保护伤者、病者和死者的标准，以及有关医疗或人道救援组织的标准。鉴于这一状况，一些人权和人道法专家起草了一个名为《最低限度人道标准宣言》的文书（《图尔库宣言》1990年通过）。该文书没有正式的法律地位，但是其内容可提供有关在内部动乱、紧张局势或公共紧急状态下执法机构操作行为的指南。

《图尔库宣言》呼吁遵守在紧急状态下根据《公民权利和政治权利国际公约》可以克减的权利。该宣言共18条，规定了有关以下权利和事项的规则：

- 平等和禁止歧视 (第2条)；
- 人身权利以及在任何情况下都应被禁止的行为 (第3条)；
- 有关剥夺自由的规则 (第4条)；
- 禁止攻击不参加暴力行为的人员，适度使用武力，禁止使用被禁止的武器 (第5条)；
- 禁止在平民之中制造恐怖的暴力行为或暴力威胁 (第6条)；
- 有关难民的规则 (第7条)；
- 与生命权有关的规则 (第8条)；
- 与法律程序和判决有关的规则 (第9条)；
- 对儿童的保护 (第10条)；
- 指定住地、拘禁、行政拘留 (第11条)；
- 对伤者和病者的保护、搜寻和治疗 (第12条和第13条)；
- 医疗和神职人员 (第14条)；
- 人道组织以及它们的活动 (第15条)；
- 保护群体、少数民族和人民的权利 (第16条)。

(四) 对执法实践的影响

公共紧急状态的特点往往被用作增加对人权的限制、扩大执法人员 (有关监视措施、盘查活动和大规模逮捕等方面) 的权力并减少他们的责任的理由。但是必须认真评估这些措施的实际需要

以及它们与所面临的威胁是否成比例。如果权力的行使是不必要或不相称的，那么采取这些措施就是非法的行为。另外，这些措施可能不仅不会改善局势，而且还可能使之进一步恶化。它们很可能导致资源的低效利用以及执法人员与公众之间的隔阂，而这又是与恢复和平、秩序和安全的努力背道而驰的。

在紧急状态所特有的各种事件的压力下，执法人员对权力的不必要和过分的行使会导致普遍的非法和不加区分的执法模式，而这会导致更多的问题。非法和不加区分的执法会产生深远的负面后果。如果执法机构求助于过分和任意行动，甚至非法的歧视行为的话，那么这会被视为证实了人们所感觉到的无法无天的状态，从而对原本已经不断恶化的法律和秩序状态产生更多的负面影响。如果不将那些对这种行为负有责任的人绳之以法的话，那么这就会助长犯罪不受惩罚的社会风气。司法保障的中止（或者仅仅是由大规模逮捕所导致的司法系统的超负荷运行）将会强化人们有关无法无天状态的感觉，以及犯罪不受惩罚的实际状态。

执法行动是紧急状态下的一个关键性因素。随意或过分的行动以及非法的歧视行为将减弱人们对执法的信心，进一步危险公共安全，并且至少在一定程度上导致形势的恶化。相反地，针对动乱和紧张局势的制造者的具体、合法、非任意和准确的执法行动则可以使政府重新控制并缓和局势。

因此，维护对法治的绝对尊重，特别是对所有有关紧急状态的执法行动的严格监督以及完全的问责制度更具重要性，并应该受到执法机构管理层的高度重视。

四、执行执法任务的武装部队

在世界上许多地方，政府可能会决定将在示威和其他公共集会场合维持公共秩序的任务交给武装部队执行。做出这种决定的原因可能有很多。这往往是因为警察部队已经，或者被认为已经在数量、操作能力、装备、培训等方面无法应对往往是非常暴力的局势。

国际法并不禁止在这种局势下使用武装部队维持秩序。恰恰相反，《执法人员行为守则》在对第1条的评论中明确地阐释了这一问题。然而，在这种情况下，武装部队受到适用于执法的法律框架的约束。

鉴于武装部队的核心任务是保卫国家免受敌人的侵犯，因此需要他们遵守与适用于武装冲突局势下敌对行为有着本质不同的法律框架使他们面临一系列重大的挑战。

与敌人作战的目的是使敌人失去战斗能力，包括杀死敌人。这意味着从一开始就采用一种使用致命武力的操作模式。受伤和死亡虽然令人遗憾，但他们是敌对行动的正常结果。武装部队的操作程序、武器装备和培训都是按照以上目的设计的。而执法行动的目的则是避免人员伤亡。这种行动的任务是保护和服务人民，特别是保护个人的生命和安全。所有执法行为的最终目标都是维持和平与秩序，避免任何人受到伤害。因此不能低估执行执法行动的武装部队在操作和心理方面所必须做出的调整。

即使在暴力集会的情况下，执法的任务仍然是保护生命，尽可能缓解局势，以防止人员伤亡及财产损失。所有在这种情况下执行执法行动的人必须清楚一点，那就是不得将示威者，包括有暴力行为的示威者视为敌人。相关的操作程序也必须按照这个原则制定。负责执法的部队必须按照这种程序进行培训，并且他们所配备的武器装备必须使他们能够根据局势的严重程度做出有区别的和相称的反应。他们必须能够熟练使用这些装备。在执行执法任务时他们不能使用诸如机关枪、坦克和手榴弹等军用武器，而是应该使用保护性装备、警棍、催泪弹和橡皮子弹。与示威者的沟通应该构成处理这种局势的实际操作的一部分。这意味着执行执法任务的人员应该具有相应的设备及技能。



国际判例法

美洲人权法院

加拉加索诉委内瑞拉案 (Case of the Caracazo v. Venezuela)

C系列第95号案件，2002年8月29日判决

“127. ……国家必须制定一切必要的措施……特别是对武装部队和安全机构的所有成员进行有关人权保护的原则和规定以及有关执法人员在使用武器方面即使在紧急状况下也必须受到的限制的教育和培训。不得以维护公共安全为借口侵犯生命权。国家还必须根据尊重和保护人权的要求调整有关公众骚乱行动计划，并为此目的采取旨在控制所有安全部队成员的行动，以防止其滥用武力的措施。”

国家当局必须认真考虑是否能够确保其所部署的武装部队在执行执法任务时有能力充分遵守相关的法律框架。如果武装部队的操作程序、培训和装备不符合执法的要求，那么政府当局就应该避免部署武装部队执行执法任务。另外，即使所有必要的措施已经到位，我们仍然建议政府将执行执法任务的武装部队置于非军事机构的控制之下，以确保其所做出的所有决定都与其维持公共和平和秩序的任务相称。

与实践的融合

原则

内部规则和程序必须明确命令链。这种命令链特别应该考虑到与民政当局的关系，但也应考虑到有关是否使用武力以及使用何种武力的决策过程 and 标准。

教育

部署在公共秩序事件现场的武装部队必须完全理解其任务(恢复和平与安全，保护生命)以及他们个人的责任(即在过分使用武力的情况下所承担的刑事责任)。

培训和装备

负责执法任务的武装部队必须熟练掌握任何不属于其常规装备的装备(如盾牌、头盔、保护装置、警棍、催泪弹、水枪等等)。

处罚制度

在敌对行动中，武器的使用是正常的，因此不受任何具体的报告规则的约束。而在执法行动中，问责性原则要求对火器的任何使用做出报告。这是评估在执法过程中是否有过分使用武力的行为的一个前提条件。对执行执法任务的武装部队的监视、监督和报告制度必须确保所有火器的使用都受到严格的监管。

五、选阅书目

- Baker, David, “Policing Contemporary Protest,” in Prenzler, Tim (ed.), *Policing and Security in Practice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012, p. 56-73.
- Beggs, John, *et al.*, *Public Order: Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Della Porta, Donatella (ed.), *Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1998.
- Della Porta, Donatella, Peterson, Abby, and Reiter, Herbert (eds), *Policing of Transnational Protest*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2006.
- Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE), Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, OSCE/ODIHR, Warsaw, 2007.

- Redekop, Vern Neufeld, and Pare, Shirley, *Beyond Control: A Mutual Respect Approach to Protest Crowd-Police Relations*, Bloomsbury Academic, London, 2010.
- Schreiber, Martina, and Stott, Clifford, "Policing international football tournaments and the cross-cultural relevance of the social identity approach to crowd behaviour," *Police Practice and Research*, Vol. 13, No. 5, October 2012.
- Stott, Clifford, *Crowd Psychology & Public Order Policing: An Overview of Scientific Theory and Evidence*, University of Liverpool, Liverpool, 2009.
- Swedish National Police Board, *Field Study Handbook, GODI-AC – Good practice for dialogue and communication as strategic principles for policing political manifestations in Europe*, Swedish National Police Board, Stockholm, 2013.
- Waddington, David, *Policing Public Disorder: Theory and Practice*, Willan Publishing, Portland, 2007.
- Waddington, Peter A.J., *The Strong Arm of the Law: Armed and Public Order Policing*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

第六章 内容大纲

一、导论

二、罪行和滥用权力行为的受害者

主要法律文件

(一) 背景信息

(二) 罪行的受害者

(三) 滥用权力行为的受害者

(四) 选阅书目

三、儿童

主要法律文件

(一) 背景信息

(二) 《儿童权利公约》

(三) 对于执法实践的意义

(四) 选阅书目

四、妇女

主要法律文件

(一) 背景信息

(二) 针对妇女的暴力

(三) 妇女在司法中的地位

(四) 对于执法实践的意义

(五) 选阅书目

五、流动人员

主要法律文件

(一) 背景信息

(二) 难民

(三) 国内流离失所者

(四) 移民

(五) 不推回原则

(六) 对于执法实践的意义

(七) 选阅书目

说明

在本章中，选阅书目被放在了每一节之后。

第六章

向有需要的人提供保护和帮助

一、导论

提供保护和服务是警察责任的第三个支柱(另外两个支柱是维持公共秩序和预防和调查犯罪)。但是这一责任往往会被忽略,至少被看作是次要责任。其实这三类责任之间有着密切的联系,并且至少从长远来看,是相互依存的。另外,根据国际人权法,国家对所有在其管辖权范围内的人都负有人权义务,特别是保护人权的义务和确保实现人权的义务,而警察保护和帮助有需要的人的责任构成了以上这一义务的一个重要的组成部分(见第三章第二节)。

人们往往会因为某种具体的脆弱性而需要保护和帮助,而这种脆弱性应该从最广义的意义上加以理解。个人可能会因为以下因素而变得脆弱:

- 由于具体的情况或特征而特别容易遭受他人的歧视、虐待和剥削;
- 并且/或者
- 长期或在特殊的紧急状况下无法获得基本生存条件(如食物、水、住所和医疗照顾);
- 并且/或者
- 由于其他原因而无法照顾自己。

以上这些因素如果累加起来会增加一个人的脆弱性。

人们往往会因为某些使他们区别于他人的属性而变得脆弱。这些属性包括年龄(儿童和老人)、性别、性取向、种族、肤色、语言、宗教信仰、特定宗教群体成员身份、政治或其他见解、国籍、民族或社会出身、法律或社会地位(寻求政治避难者、难民或人权活动家)、残疾和贫穷。

为保护由于各种具体情况而具有上述脆弱性的群体,国际社会制定了一系列的文书——包括条约和软法文书,并赋予了执法人员落实这些文书中所规定的各项权利的任务。其中有些文书为执法人员规定了实际的义务。

本章将讨论以下这些可能具有脆弱性的群体：

- 罪行和滥用权利行为的受害者；
- 儿童；
- 妇女；
- 难民；
- 国内流离失所者；
- 移民。

以上绝不是脆弱群体的详尽清单，并且一个群体的脆弱程度也取决于实际情况。可能成为脆弱群体的人员范围非常广泛，包括外国人、宗教少数群体和少数民族、同性恋者、自然灾害的受害者、老年人、残疾人、某些政党的成员、某些职业、被关押人、穷人、在非正式定居地区生活的人、艾滋病毒感染者等等。另外，有的人可能会同时属于几个不同的脆弱群体，而这会使他们变得更加脆弱。执法人员需要清楚了解其所服务的社会及其构成、存在何种少数人或边缘化的群体、导致其脆弱性的原因以及他们具体需要何种帮助。

二、罪行和滥用权利行为的受害者

主要法律文件

条约法

- 《欧洲人权公约》(1950年通过，1953年生效)
- 《美洲人权公约》(1969年通过，1978年生效)
- 《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》(《禁止酷刑公约》，1984年通过，1987年生效)
- 《美洲防止和惩治酷刑公约》(1985年通过，1987年生效)
- 《阿拉伯人权宪章》(1994年通过，最终版于2004年通过，2008年生效)

非条约法

- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》，1985年通过)
- 《粗暴违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害者享有补救和赔偿权的基本原则和准则》(2005年通过)

(一) 背景信息

罪行和/或滥用权力行为的受害者所受到的痛苦持续的时间往往远比侵害行为本身及其直接后果所持续的时间要长。以下是一些例子：

- 其所受到的伤害可能需要长期治疗或频繁的手术。它们甚至可能终身无法治愈，导致持续的疼痛或长久甚至永久性残疾；
- 他们所遭受的心理创伤可能对其日常生活产生极大的破坏性影响。他们会面临失去对其他人的信任、无法面对与使他们受到伤害的情况相类似的情况、无端恐惧和失眠等问题。如果实施伤害行为的人未被抓获，或者由于其他原因而未被起诉的话，那么受害者会处于一种持续的恐惧之中——对于受害者而言，心理伤害也许是罪行或滥用权力行为所造成的最严重的后果之一；
- 罪行或滥用权力行为所造成的物质后果也可能远远不止直接个人财产损失。它们可能会使受害者失去生存手段；甚至诸如盗窃自行车之类的明显轻微的犯罪也可能使受害者失去工作。罪行或滥用权力行为所造成的身体和心理后果可能使得受害者部分或完全失去从事以往所从事的经济活动的的能力。
- 罪行或滥用权力行为所导致的污名化后果会使受害者的处境变得更为艰难。这对于性暴力犯罪的受害者和被以一种特别令人憎恶的罪名（如恋童癖）任意逮捕的人来说尤其如此。

执法人员往往是最早接触罪行或滥用权力行为的受害者的人员。因此他们必须意识到上文中所描述的那些加重受害者痛苦的因素。他们应该尽可能避免使受害者处境进一步恶化。他们不应采用使受害者再次受到心理创伤的调查方式。对受害者隐私的保护也特别重要。

然而，只要简单回顾一下现有的有关执法的培训和实践，我们就会发现它们都将注意力和资源集中在（潜在的）罪犯身上。执法和维持公共秩序的任务都倾向于将精力集中在那些触犯法律或扰乱公共秩序的人的身上，而几乎或者根本不关心遵纪守法、不惹任何麻烦的大多数人。因此除了投诉的权利之外，受到罪犯伤害的个人几乎得不到任何关心或保护，这种情形不足为奇。

有些条约包含有关某些罪行(见第六章第二节第二小节)和滥用权力行为(见第六章第二节第三小节)受害者权利的规定,但是目前只有一个向各国提供有关保护和救济此类受害者的指南的综合性的(软法)文书,即《联合国为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》)。¹²

国家的主要责任在于保护人民的人权免受侵犯,这一点无论如何强调也不为过。如果因为国家未能履行这一保护责任而发生了罪行或滥用权力的行为,那么国家应该采取一切可能的措施为受害者提供补救和补偿,并尽可能避免使受害者遭受进一步痛苦。因此,国内法以及执法机构既有的程序和执法人员的行为都应该充分考虑到《受害者宣言》中的概念和原则以及诸如《禁止酷刑公约》等有关特定罪行的具体文书中所规定的保护和帮助(见第六章第二节第二小节第二项)。

(二) 罪行的受害者

1. 一般性原则

《受害者宣言》将“罪行的受害者”定义为:“个人或集体受到伤害包括身心损伤、感情痛苦、经济损失或基本权利的重大损害的人,这种伤害是由于触犯会员国现行法律、包括那些禁止非法滥用权力的法律的行为或不行为所造成。”(第1条)

正如上文所指出的,执法人员往往是最早接触罪行受害者的人员。这些最初的接触可以被称为对受害者的急救阶段。在这一阶段所提供的恰当的照顾和帮助对于受害者来说是极为重要的。执法人员往往将注意力集中在案件调查的进展和结果之上,但是他们也应该高度重视受害者的福利和健康。已实施的罪行是不可能被改变的,但是对受害者的充分的帮助肯定能够减少这些罪行的消极影响。

《受害者宣言》在界定国家责任以及受害者权利方面提供了指导。在第4条中,它敦促有关当局“对待罪行受害者时应给予同情并尊重他们的尊严”,并进一步建议:“在政府官员或其他以官方和半官方身分行事的代理人违反了国家刑事法律时,受害者应从其官员或代理人造成伤害的国家取得赔偿”(第11条)。

¹² 《粗暴违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害者享有补救和赔偿权的基本原则和准则》是保护受害者的另一个重要文书,但是它仅涵盖其标题中所提到的那些受害者。

它还规定，一个人可以被视为受害者，“而不论加害于他的犯罪者是否被指认、逮捕、起诉和判罪，亦不论……犯罪者与受害者之间的关系如何”（第2条）。“受害者”的概念随后被延伸到受害者的直系亲属或其受抚养人以及因出面干预以援助受害者而蒙受损害的人。

该宣言还就取得公理和公平待遇、赔偿、补偿和援助等问题作出了如下进一步规定：

- 罪行和滥用权力行为的受害者享有“向司法机构申诉并迅速获得补救”的权利（第4条）；
- 他们应该能够通过“公平、省钱、可获得的”正规和非正规的程序获得补救（第5条）；
- 了解这种机制的作用、这种程序的范围、时间、进度以及对他们案件的处理情况的权利，在涉及严重罪行以及他们要求了解这种情况时尤其如此（第6条第1款）；
- “在涉及其利益的适当诉讼阶段出庭陈述其观点以供考虑的权利”（第6条第2款）；
- 在整个法律过程中获得适当的援助的权利（第6条第3款）；
- 采取措施保护其隐私，确保他们及其家属安全，确保他们不受恐吓和报复的权利（第6条第4款）；
- “在处理他们的案件和执行给予他们赔偿的命令时，避免不必要的拖延权利”（第6条第5款）；
- 使用非正规的解决争端的办法，包括调解、仲裁、惯例以及土著方法，以协助调解和向受害人提供补救（第7条）。



与实践的融合

原则

犯罪，特别是非常暴力的犯罪，通常会受到相当大的媒体关注。公众希望了解社会上所发生的事情，他们的安全正受到什么样的威胁，以及警察是如何应对这些威胁的。这在某种程度上都是可以理解的。另外，在调查犯罪过程中执法机构可能还需要呼吁公众协助（如要求目击者自动出来作证）。但是，为了防止对受害者造成进一步的伤害，执法人员在与媒体打交道的时候应该采取特别谨慎的态度。因此建议执法机构在其预先制定的规章制度中确立有关与媒体接触的明确的职权和决策程序。除了犯罪嫌疑人和被告人的无罪推定的权利外，这种规章制度还必须特别重视对受害者的尊严和对其隐私的保护。

在对受害者的补救和赔偿方面，《受害者宣言》第8条至第13条规定了以下这些原则：

- 罪行和滥用权力行为的实施者应向受害者提供赔偿；
- 各国应该经常审查补救程序并考虑将其引入刑法之中；
- 如果犯罪人是政府工作人员（如执法人员），那么国家应该负责对受害者进行赔偿；
- 鼓励国家向那些不能从罪犯那里或从其他途径获得赔偿的受害者提供赔偿；
- 鼓励各国为此目的而建立特别的基金。

另外，“受害者应获得必要的物质、医疗、心理和社会帮助”（第14条）；受害者应被告知其可以利用的援助措施（第15条）；“应该对警察、司法、保健、社会服务人员以及其他有关人员进行培训，使他们认识到受害者的需要以及确保迅速和适当的援助的准则”（第16条）。



与实践的融合

培训

执法人员必须受到有关如何与罪行和滥用权力行为的受害者接触的培训。他们需要具备必要的心理能力，能够表现出同情心，给受害者安全感，并且避免通过不恰当的调查或讯问方法进一步加重受害者的心理创伤。

2. 具体犯罪的受害者：酷刑

酷刑是一种特别严重的犯罪。它会对所有涉及人员（受害者、实施者和整个社会）产生长期有害的影响。因此，对酷刑的禁止是绝对的，没有例外的。

《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》（《禁止酷刑公约》）对酷刑作出了定义并且规定了一系列保护酷刑受害者的规则：

- 酷刑被定义为：“为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者……蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由

公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”(《禁止酷刑公约》第1条)。

- 国家必须确保一切酷刑行为均应定为触犯刑法罪。(第4条);
- 遭到(或声称遭受到)酷刑的人有权要求对其案件进行迅速而公正的调查并且受到保护(第13条);
- 每一缔约国“应在其法律体制内确保酷刑受害者得到补偿,并享有获得公平和足够赔偿(包括尽可能使其完全复原的费用)的可强行权利。如果受害者因受酷刑死亡,其受扶养人应享有获得赔偿的权利。”(第14条);
- 在法庭上不得使用通过酷刑获得的证据(第15条)。

因为《禁止酷刑公约》是一个公约,其条款为缔约国确立了具有法律约束力的义务。因此,与前面所介绍过的《受害者宣言》相比,上面这一有关酷刑受害者的规定为这种受害者提供更好的保护和补救。

区域性条约也确认了对酷刑的绝对禁止(《非洲人权和民族权宪章》第5条、《美洲人权公约》第5条第2款、《阿拉伯人权宪章》第8条和《欧洲人权公约》第3条)。在保护受害者权利方面,《美洲防止和惩治酷刑公约》规定了与《禁止酷刑公约》类似的保护:

- 国家应确保酷刑受到刑事处罚(第6条第2款);
- 酷刑受害者有权得到赔偿(第9条);
- 法庭不得采用通过酷刑获得的证据(第10条)。

《阿拉伯人权宪章》也要求缔约国将酷刑视为应受到刑事制裁的犯罪,并且规定了受害者获得补救、康复和赔偿的权利(第8条第2款)。

虽然《欧洲人权公约》没有包含有关酷刑受害者权利的明确的规则,但是欧洲人权法院经常决定采取对违反《欧洲人权公约》第3条(禁止酷刑)的行为做出充分补救和赔偿的措施(见下一个文本框中的例子)。这一权限是建立在《欧洲人权公约》第13条和第41条之上的:

第13条

“在依照本公约规定所享有的权利和自由受到侵犯时,任何人有权向有关国家机构请求有效的救济,即使上述侵权行为是由担任公职的人所实施的。”

第41条

“如果法院发现已经发生了侵犯公约或者是议定书的行为，如果有关当事国的国内法仅仅允许部分赔偿的话，法院应当根据需要，给予受害人以公正的补偿。”



国际判例

欧洲人权法院

戈夫根诉德国案 (Case of Gaefgen v. Germany)

第22978/05号来文，2010年6月3日

“116. ……在涉及国家工作人员蓄意虐待，违反《欧洲人权公约》第3条的案件中，法院反复指出，为了向这些案件中的受害者提供充分的补偿，以下两种措施必不可少：其一，缔约国必须开展彻底有效的调查，以确保查明并惩处对此行为负有责任的人……其二，必须给予受害者恰当的赔偿……或者至少向他们提供为其因受到虐待而导致的损失寻求并获得赔偿的机会……”

118. 关于在国内层面上为违反《公约》第3条的行为而提供赔偿的要求，法院反复指出，除开展彻底和有效的调查外，国家还必须通过判决给予申诉人恰当的赔偿，或者至少向他们提供为其因受到虐待而导致的损失寻求并获得赔偿的机会……”

119. 在涉及蓄意实施的虐待行为的案件中，仅仅对受害者的赔偿还不足以补救对《公约》第3条的违反。这是因为，如果当局对由国家工作人员实施的蓄意虐待行为仅采取赔偿的措施，而不起诉和惩处对这种行为负有责任的人的话，那么在一些案件中，国家工作人员可能在实际上不会因为侵犯受其控制的人的权利而受到惩罚，而对酷刑和不人道和有辱人格待遇一般性法律禁止，虽然具有根本重要性，可能在实践中难以发挥效力……”

由于酷刑是最严重的侵犯人权的行为之一，国家当局还应该承诺向酷刑受害者提供《粗暴违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害者享有补救和赔偿权的基本原则和准则》中所规定的保护和权利。

3. 具体罪行的受害者：家庭暴力

家庭暴力是指发生在家庭之中的任何类型的身体暴力。提起家庭暴力，人们往往会想到丈夫殴打妻子或性伴侣，或者父母虐待

儿童。但应该指出的是，虽然公开统计数据显示，以上这些情况占家庭暴力的绝大多数，但是男人也可能成为其妻子所实施的家庭暴力的受害者。由于这种妻子对丈夫施暴的行为很少为人所知，也很少被视为一种暴力现象，因此在这种情况下，男人可能比女人更为脆弱，且无法获得保护：他们一般都羞于报告这种暴力行为，并且他们的家庭成员或朋友可能不会察觉到这种暴力的迹象。

所有家庭暴力的受害者都会发现自己处于一个特别困难的处境。由于报告家庭暴力可能会在儿童照顾、经济和名声等方面导致各种严重后果，因此受害者往往都不敢报告这种犯罪。这种暴力一般都发生在封闭的环境之中，没有证人或明显的证据。这意味着即使报告了家庭暴力，随后的调查也很可能不会导致施暴者被逮捕或者对受害者的其他有效保护措施，反而会使受害者的处境变得更为困难和危险，有时甚至会威胁到其生命。另外，在整个社会以及在执法人员中都存在许多有关家庭暴力的误解。它往往会被看作是警察不应该干预的私事。他们往往不能理解为什么受害者不能通过与施暴者分手的方法逃离暴力。人们往往指责受害者是因为其自己的原因而被打。最后，人们往往会低估家庭暴力的严重性，并且只有当事情已经发展到了对于受害者来说（几乎）已经太晚——即严重受伤或者甚至被杀害——的时候才开始重视此事。

在这种环境下，施暴者——包括男性和女性施暴者——往往相信自己可以殴打其配偶或性伴侣而不会因此受到惩罚，他们相信这种行为不会被报告到警察那里，即使报告到了警察那里，他们也可以逃避惩罚。不幸的是，世界各国的执法机构的做法往往助长了这种行为：它们往往以这些问题属于“家庭”问题为理由不仅拒绝将家庭暴力作为犯罪来对待，而且还拒绝采取行动阻止这种暴力行为。

家庭暴力不仅仅是一个家庭的问题；它还是一个社会问题，往往整个社会都对这个问题的持续存在负有责任：那些对明显的暴力行为的证据视而不见或者无动于衷的朋友和邻居、那些只管修复受伤的肉体的医生以及那些拒绝介入“私人问题”的警察和法官。只有当他们把家庭暴力作为一种犯罪来对待时，执法人员才能够帮助防止这种行为的发生。他们有责任维护和保护受害者的生命、人身安全和身体完整的权利。如果不能保护一个人免受发生在家庭中的暴力的话，那么他们就明显没有尽到自己的责任。

每个执法机构都有义务揭露这种犯罪，尽可能防止其发生，并且以关心、敏感和职业的态度来对待受害者。



与实践的融合

教育和培训

家庭暴力现象应该成为警察教育课程中的一个专门的科目。应该使执法人员充分意识到这种现象的存在以及受害者特别困难的处境。应该通过训练使他们能够了解家庭暴力的迹象，并且以彻底而谨慎的方式开展调查，对受害者表示必要的同情，并且要明白家庭暴力通常是发生在高度情绪化的环境之中的。

(三) 滥用权力行为的受害者

《受害者宣言》第18条将滥用权力行为的受害者定义为：“个人或整体受到伤害包括身心损伤、感情痛苦、经济损失或基本权利的重大损害的人，这种伤害是由于尚未构成触犯国家刑事法律但违反有关人权的国际公认规范的行为或不行为所造成。”

该条规定的最后一部分需要进一步说明。为使其能够履行其职责，几乎所有国家工作人员都被赋予了某些权力，如允许或禁止某种行为（如建筑房屋或开业）、赋予或不赋予某些权利（如寻求避难权）或要求支付某些款项（如费或税）。当然，最引人注目的权力当属执法人员实施逮捕、拘留、搜查、扣押和使用武力和火器的权利。在行使所有这些权力时都应遵守法律（合法性）以及规制国家行为的补充性原则，即必要性、比例性和问责性原则。如果国家工作人员在行使国家权力的过程中故意违反这一法律框架（如任意或歧视性行为或以权谋私的行为），那么这种行为就构成了对权力的滥用。即使这种行为没有构成犯罪，它也会对个人受害者（例如，见上文所提到的《受害者宣言》第18条中所列的因素）以及整个社会产生严重的负面影响。

在全球层面上，有一些条约规定了有关滥用权力行为受害者权利和地位的、对缔约国具有约束力的义务。例如，《公民权利和政治权利国际公约》规定了以下权利和义务：

- 保证任何一个被侵犯了本公约所承认的权利或自由的人，“能得到有效的补救的权利，尽管此种侵犯是以官方资格行事的人所为”（第2条第3款第1项）；
- 保证任何要求此种补救的人能由合格的司法、行政或立法当局或由国家法律制度规定的任何其他合格当局断定其在这方面的权利；并发展司法补救的可能性的义务（第2条第3款第2项）；
- 确保补救措施得到实施的义务（第2条第3款第3项）；
- 任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者得到赔偿的权利（第9条第5款）；
- 因误判而受到惩罚的受害者依法获得赔偿的权利（第14条第6款）。

《受害者宣言》通过对某些具体措施的进一步规定，提供了对滥用权力行为受害者更为全面的保护。它向各国提出了一个一般性建议：在国内法中禁止滥用权力行为并规定对这种行为受害者的补救，包括“赔偿和(或)补偿以及必要的物质、医疗、心理及社会援助”（第19条）。¹³

另一个与执法人员特别相关的有关(潜在的)滥用权力行为国际软法文书涉及武力和火器的使用。《执法人员使用武力和火器的基本原则》规定：“遭使用武力和火器的有关人员或其法定代理人应可向一个独立的程序申诉，包括司法程序在内。如此种人员已死亡，本规定应相应适用于其受养亲属”（第23条）。

在区域性层面上，类似的保护可以在许多条约，包括以下所列举的例子中找到。

与《欧洲人权公约》第13条（见第二节第二小节）类似，《美洲人权公约》第25条规定：

“一、人人都有权向主管法院或法庭要求获得简单和迅速的援助或任何其他有效的援助，以保护其宪法或有关国家法律或本公约所承认的基本权利免受侵犯行为的危害，即使这种侵犯行为可能是在执行其公务过程中所实施的。”

¹³ 如果一个国家工作人员的行为既构成对权力的滥用，也构成犯罪（如酷刑行为），那么第二节第二小节中所提到的规则仍然适用。

二、各缔约国承诺：

- (一) 保证由国家法律制度规定的主管当局决定任何要求这种补救的人的权利；
- (二) 发展司法补救的可能性；并且
- (三) 保证主管当局实施这些司法机构所判定的补救。”

《阿拉伯人权宪章》第23条包含一个类似的规定：

“本宪章的每个缔约国都承诺：任何其为本宪章所承认的权利或自由受到侵犯的人都应获得有效补救，即使这种侵权行为是由以官方身份行事的人所实施的。”

其他区域性文书也授权区域性人权法院系统向滥用权力行为受害者提供获得补救和赔偿的机会。例如，与(第二节第二小节第二项所引用的)《欧洲人权公约》第41条类似，《非洲人权和民族权宪章关于建立非洲人权和民族权法院的议定书》第27条包括以下规定：

“如果法院认定存在侵犯人权或人民权利的行为，它应命令相关国家对这种侵权行为做出恰当的补救，包括支付公平的赔偿或补偿。”

《关于西非国家经济共同体法院的补充议定书》第10条第4款规定，“人权受到侵犯的个人有权向法院申请补救”。



国际判例

西非国家经济共同体法院

曼内诉冈比亚案 (Case of Manneh v. The Gambia)

AHRLR 171, 2008年6月5日判决

“41. 法院认定，申诉人于2006年7月11日被冈比亚警方逮捕，并且从此在没有受到起诉的条件下被关押在与外界隔离的地方。警方没有告知其被逮捕的原因，更没有告知其他是根据以前所制定的一项法律被逮捕的这一事实。法院认为这种做法明显违反了《非洲人权和民族权宪章》第2条、第6条和第7条第1款的规定。另外，考虑到对申诉人人权的这些侵犯是由拒绝出庭的被告所造成的，法院认定申诉人有权获得赔偿。法院认为被告应该停止这种侵权行为并恢复申诉人的人格尊严。”

上述标准使执法机构负有以下责任：

- 在接到有关 (据称的) 国家工作人员滥用权力行为的报告后开展调查, 以确定这种行为是否还包含构成刑事犯罪的因素;
- 确保滥用权力行为的受害者不再遭受进一步伤害 (如滥用权力的国家工作人员为防止受害者举报这种行为或逼迫其撤回举报而实施的恐吓或施加的不当压力);
- 采取所有可能的措施防止任何由执法人员实施的滥用权力行为;
- 彻底调查任何据称由执法人员实施的滥用权力行为;
- 在由执法人员实施的滥用权力行为被证实的情况下, 采取恰当的纠正措施, 如对受害者的补救和赔偿、纪律措施、改进培训和有滥用权力行为的执法人员的监视和监督。



与实践的融合

惩处系统

执法机构应该为认为自己是执法人员滥用权力行为的受害者的人建立公开申诉渠道。申诉人应有权在合理期限内收到答复以及执法机构认为申诉是否有根据的理由。如果申诉是有根据的, 那么应该 (通过答复中所表明渠道或单独的程序) 确保申诉人获得补救和赔偿的权利。

(四) 选阅书目

- Doak, Jonathan, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice*, Hart Publications, Oxford, 2008.
- Karmen, Andrew, *Crime Victims: An Introduction to Victimology*, Cengage Learning, Belmont, 2012.
- McCracken, Kelly, “Commentary on the basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law,” *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 76, 2005, pp. 77-79.
- Meyersfeld, Bonita, *Domestic Violence and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

- Nowak, Manfred, and McArthur, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association: “Protection and Redress for Victims of Crime and Human Rights Violations,” in *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations, New York and Geneva, 2003, Chapter 15.
- Richards, Laura, Letchford, Simon, and Stratton, Sharon, *Policing Domestic Violence*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- United Nations, *Strategies for Confronting Domestic Violence: A Resource Manual*, United Nations, Vienna, 1993.
- United Nations, *Handbook on Justice for Victims: On the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, United Nations, New York, 1999.
- Winkel, Frans Willem, “Police, Victims, and Crime Prevention: Some Research-based Recommendations on Victim-orientated Interventions,” *British Journal of Criminology*, 1991, Vol. 31, Issue 3, pp. 250-265.

三、儿童

主要法律文件

条约法

- 《儿童权利公约》(1989年通过, 1990年生效)及其《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》, 以及《儿童权利公约: 关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000年通过, 2002年生效)
- 《非洲儿童权利与福利宪章》(1990年通过, 1999年生效)

非条约法

- 联合国少年司法最低限度标准规则(《北京规则》, 1985年通过)

(一) 背景信息

儿童需要特殊照顾和保护，他们依赖成人的帮助和辅助，尤其是出生后的头几年。在世界许多地方，社会条件匮乏、自然灾害、武装冲突、剥削、文盲、饥饿和残疾都置儿童于严峻的形势中。儿童仅靠自己的力量是没有能力有效应对或改善这些条件的。政府需要通过国内立法承认儿童的特殊地位和需要，为他们的福祉创建附加防护框架。在国际层面，1989年11月20日联合国大会一致通过了《儿童权利公约》(以下简称《公约》)。《公约》承认儿童对特殊安全保障和照顾的需要，包括适当的法律保护。《公约》于1990年9月2日生效。《非洲儿童权利与福利宪章》(1990年通过，1999年生效)为儿童提供类似保障。

儿童的特殊情况和脆弱性让执法者面临双重责任：

- 当有需求时给予儿童保护和援助；以及
- 当行使其职权时，竭力注意儿童的特殊需要和权利，将儿童福祉置于首要位置而进行最大限度的克制。



进一步了解

儿童权利委员会

《第13号一般性意见》

“3 (f) 必须尊重儿童使自己的最大利益在一切涉及和影响儿童事务(特别是当儿童作为暴力受害者时)以及一切预防措施中作为首要考虑的权利；

5. [……]这些特殊义务是指应有注意和防止暴力或侵犯人权的义务，保护儿童受害者和证人的人权不受侵犯的义务，调查和惩处责任者的义务，为侵犯人权行为提供救济渠道的义务。[……]

13. [……]处理和消除暴力侵害儿童现象的广泛蔓延和发生是缔约国在《公约》下的一项义务。通过防止各种形式的暴力行为，确保和促进儿童的基本权利，尊重其人格尊严和身心健康，对于促进《公约》中的全部儿童权利具有根本重要性。[……]”

(二) 《儿童权利公约》

《儿童权利公约》是一部条约。其因此为缔约国创立具有法律约束力的义务，务必确保《公约》条款在国家层面得到充分实

施。为此目的采取的措施应包括(但不限于)改编现有儿童相关的法规,或通过《儿童权利公约》条款涵义相一致的新法规。其提供了大量以保护儿童直接利益为宗旨的措施。

为《儿童权利公约》之目的,儿童被定义为“儿童系指18岁以下的任何人,除非对其适用的法律规定成年年龄低于18岁。”(《儿童权利公约》,第1条)。公约的主要关注点是“儿童的最大利益”(《儿童权利公约》,第3条)此公约中规定的所有措施均以此原则为出发点。《儿童权利公约》毋庸置疑地表明儿童有权享有与成人同样的基本人权和自由。某些基本权利,例如生存权、人的自由与安全、思想和言论自由权、以及和平集会权等,在公约中被牢固树立起来。另外,公约力图提供针对虐待、忽视、和剥削儿童的附加保护(第32至36条)。

《儿童权利公约》要求缔约国采取措施,包括国内立法打击对儿童的虐待、忽视和剥削,特别为了:

- 保护儿童免受经济剥削和从事任何可能有害儿童发展和福祉的工作,以及规定惩罚和其它制裁措施以确保本条款得到有效执行;(第32条)
- 保护儿童不致非法使用麻醉药品和精神药品,及“防止利用儿童从事非法生产和贩运此类药物”;(第33条)
- 保护儿童免遭“一切形式的色情剥削和性侵犯之害”,包括非法性活动、利用儿童卖淫或从事非法性行为、以及“利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材”;(第34条)
- 防止“为任何目的或以任何形式诱拐、买卖或贩运儿童”;(第35条)
- 保护儿童免遭“有损儿童福利的任何方面的一切其它形式的剥削之害”。(第36条)

执法机构通过预防和彻底调查这类剥削可以对儿童起到至关重要的保护作用。《儿童权利公约:关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》包含了缔约国及其执法人员在议定书下调查和惩处此类罪行的更多详细的义务。

儿童在失去自由时也需要特别保护,因为这种情况下更有潜在可能使他们更易被成人剥削、虐待或是受到有害影响。因此,《儿童权利公约》第37条和《公民及政治权利国际盟约》第10条第2款要求有关当局将被剥夺自由的儿童同成人分开。另外,《儿童权利公约》也提出能合法剥夺儿童自由的原因和条件,以

及被指控触及刑法的儿童应享权利（《儿童权利公约》第37条和第40条）。那些保障措施详见第八章第8.7节。

（三）对执法实践的意义

执法人员在处理儿童问题时要求具有极大的谨慎和关心。

1. 儿童是罪行的证人和（或）受害者

与一位罪行的目击者或受害者儿童进行访谈是一个细致的工作，因为一方面要获得可信的信息是比较难的，另一方面（更甚者）决不能给孩子带来精神创伤。当父母单方或双方是接受调查的嫌犯时，执法人员必须要明白如果利用儿童未经世事的特点套取针对一方或双方的证词会给孩子的精神健康造成终生的影响，哪怕儿童本人也是受调查罪行的受害者。



与实践的融合

培 训

执法官员需要掌握所需心理学技能，以便在与儿童面谈时给予应有的关注。要尽最大努力避免威吓儿童和（或）给儿童带来精神创伤，尤其是当他或她是暴力罪行的受害者或目击者时。而且，执法官员应确保提问的方式只会得到可信的证据；所提问题不应操纵儿童向某一特定方向给出回答（亦见《儿童权利委员会第13号一般性意见》第44条第d款第（一）项及第55条）。

2. 儿童是嫌犯

确保调查不伤害孩子的福祉至关重要。需要避免不必要的精神创伤。《联合国少年司法最低限度标准（北京规则）》规则10.3规定“应设法安排执法机构与少年犯¹⁴的接触，以便在充分考虑到案件发生情况的条件下，尊重少年的法律地位，促进少年的福利，避免对其造成伤害”。《北京规则》进而规定“应在各个阶段尊重少年犯享有隐私的权力，以避免由于不适当的宣传或加以

14 少年犯定义参见《北京规则》2.2和第四章，第4.4.1节。

点名而对其造成伤害”以及“原则上不应公布可能会导致使人认出某一少年犯的资料”(规则8)。建议处理少年犯的执法机构通过建立专门部门或单位以及通过对处置少年犯的执法官员进行额外的培训增加其专业化(规则12)。特定保护儿童在调查和司法程序期间的权利的规则将在第八章第8.7节讲述。关于用法律处理冲突中的儿童和成人的不同需要,见第四章第4.4节。

3. 对儿童使用武力和火器

《执法人员依法使用武力和火器的基本原则》与《执法人员行为准则》(或其它此类国际文件)均未就对儿童使用武力问题提供指导。可以安全地推断适用于成人的规则和条款同样适用于儿童和少年。第七章的内容是关于使用武力和火器,提供了清楚具体的规则概述。然而,考虑到儿童易受伤害的地位,以及对特殊保护和对待的需求,就理应断定:对儿童使用武力和火器是要最大可能地克制,因为一旦使用,给儿童造成的影响有可能比给成人的严重得多。因此要求执法人员必须衡量取得合法目的的重要性和这些后果。另外,来自儿童的威胁的严重性应该尤其小心地加以评估,必须鼓励执法人员寻找适合的对儿童使用武力和火器的替代方法。



与实践的融合

原则

应该尽量避免给儿童使用手铐。操作程序应该包括能达到此效果的指示,和可能发生的例外情况的指南(只限于极端案例中的例外情况)。

(四) 选阅书目

- Arts, Karin (ed.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, Hague Academic Press, The Hague, 2006.
- Grover, Sonja C., *Prosecuting International Crimes and Human Rights Abuses Committed Against Children: Leading International Court Cases*, Springer, Heidelberg, 2010.

- Liefwaard, Ton, *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*, School of Human Rights Research Series, Vol. 28, Intersentia, Oxford, 2008.
- de Ruiter, D. (ed.), *The Rights of Children in International Criminal Law: Children as Actor and Victim of Crime*, International Courts Association, 2011.

四、妇女

主要法律文件

条约法

- 《消除对妇女一切形式歧视公约》
(1979年通过, 1981年生效)

非条约法

- 《联合国女性囚犯待遇及女犯非监禁措施规则》(《曼谷规则》, 2010年通过)

(一) 背景信息

1945年《联合国宪章》是第一个明确确认男女权利平等并将性别(与种族、语源和宗教一起)规定为被禁止的区别对待理由的国际法律文件。这些保障在1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》中得到了重申。从那以后, 妇女的平等权利在大量的国际人权条约——其中最引人注目的是《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》——中得到进一步提炼和扩展。在以上两个公约以及诸如《禁止酷刑公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》等其他一般性人权条约之中所规定的所有权利均完全平等地适用于男女。禁止性别歧视也被包括在《儿童权利公约》以及每个区域性人权条约(《非洲人权和民族权宪章》第2条; 《美洲人权公约》第1条; 《欧洲人权公约》第14条)之中。那么, 为什么人们认为有必要为妇女制定一个单独的法律文件呢? 因为已有的一般性人权保护措施不足以保障妇女的权利, 因而有必要采取额外的措施。正如《消除对妇女一切形式歧视公约》序言所解释的, 妇女仍然不享有与男子同等的权利, 在任何一个社会中都仍然存在对妇女的歧视。该公约第1条规定:

“……‘对妇女的歧视’一词指基于性别而作出的任何区别、排斥或限制, 其影响或其目的均足以妨碍或否认

已婚或未婚妇女在男女平等的基础上承认、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。”

平等是任何一个坚持正义和人权的民主社会的基础。然而，正如下面的文本框所显示的，在几乎所有社会以及所有活动领域中，妇女都在法律上和事实上遭受到不平等的待遇。

世界妇女之进步 (2011年-2012年)*

- 大约6亿妇女，即世界上半以上的工作妇女，处于弱势就业状态。她们被困于不安全的工作之中，往往得不到劳动法律的保护。
- 在全球层面上，大约53%的工作妇女从事弱势工作，如没有雇员的个体户或在家庭生意或家庭农场中从事没有报酬的工作。在南亚和撒哈拉以南非洲，超过80%的女性工人从事这种工作。
- 男女劳动报酬之间的平均差距为10-30%。
- 在撒哈拉以南非洲的25个可以获得相关数据的国家中的22个国家，妇女比男人更有可能生活在贫困之中。
- 在发展中国家，超过三分之一的妇女在18岁之前就结婚了。因此她们没有得到应有的教育，并且面临着早孕的危险。
- 在几乎所有地区，年轻妇女缺少教育（仅有或少于4年小学教育）的可能性远远大于年轻男子。在中东和北非，在年龄在17岁到22岁之间的妇女中大约有25%只接受了少于4年小学教育；而在同龄的男子中，这一数字为八分之一。
- 在127个国家中，婚内强奸没有被明确规定为犯罪。
- 一项2009年有关欧洲国家的研究表明，在被报告的强奸案中，只有14%以被告被定罪结案。在有些国家中强奸案的定罪率仅为5%。
- 针对妇女的犯罪报案率低的现象在所有地区都是一个严重的问题。在57个国家中的犯罪调查显示，有10%的妇女说她们曾经遭受性侵犯，但是在这些妇女中仅有11%报了案。相比之下，这些国家中抢劫罪的发案率平均为8%，而报案率则为38%。
- 大规模迁移是暴力冲突的一个后果，而在全世界国内流离失所者和难民中妇女占大多数。
- 在30个国家中的18个国家中，妇女说她们在家庭决定中没有发言权。
- 仅在28个国家中，妇女代表在全国性议会中比例达到或超过30%。

- 在国内层面上，妇女在议会中的比例在过去10年中有所增加，但是在全球层面上，各国议会议员中妇女的比例小于五分之一。在发达地区，妇女占部长级别政府官员数量的比例达到30%这一临界值，但是在所有地区妇女在议会成员中的比例都没有达到这一比例。

* 以上数据摘自：UN Women, *Progress of the World's Women (2011-2012), In Pursuit of Justice*, United Nations, New York, 2011.

以上这种状况是由存在于家庭、社会和工作场所中的歧视所引起的，并且由于这种歧视而更加恶化。对妇女的歧视由于对妇女不利的（有关男人或女人）旧观念、旧传统文化和信仰而得以长期存在。

尽管本手册的目的不是讨论性别平等这一一般性问题，但是了解上文中所描述的妇女的特殊情况对于执法人员来说非常重要。虽然妇女不应该被认为天生属于弱势群体，但是上文中所描述的不平等现象会加剧一个国家或某一环境或情况中妇女的脆弱性。在这种脆弱性成为现实或成为现实的危险增加的情况下，执法人员就应该在其工作中考虑到妇女所处的特殊情况。

妇女往往会在司法过程中受到不公平待遇。在许多国家，妇女不能享有与男人平等的法律权利，因而在警察局和法庭上被视为二等公民。被拘押或逮捕的妇女远比处于相同处境的男人更容易受到攻击，特别是诸如性侵犯等基于性别理由的攻击。妇女往往因为她们的亲戚或与她们有交往的人与政治反对组织有关或受到当局的追捕而被拘押、遭受酷刑，有时甚至被杀害。在暴力时期，所有人权都受到威胁，而在这种情况下妇女往往是受到侵害最严重的群体之一。她们往往会很快被卷入并非她们所引起的冲突之中，成为报复性屠杀的对象。世界上难民和流离失所者中大多数是妇女。她们不得不自己养家糊口，并且经常遭到强奸和性虐待，而对她们实施这些罪行的人往往可以逍遥法外。

在妇女处于这种特殊的危险和脆弱情况之下的时候，执法人员对她们（正如他们对于其他脆弱群体一样）负有以下双重责任：

- 向任何有需要的妇女提供保护和帮助；
- 在行使其权力时考虑到妇女的特殊需求。

(二) 针对妇女的暴力

联合国消除对妇女歧视委员会将基于性别的暴力定义为：“因为女人是女人而对之施加暴力，或女人受害比例特大。它包括施加身体的、心理的或性的伤害或痛苦、威胁施加这类行动、压制和其他剥夺自由行动”（《第19号一般性建议》第6段）。

联合国大会在其2006年通过的第61/143号决议中将“针对妇女的暴力”定义为：“对妇女造成或可能造成身心方面或性方面的伤害或痛苦的任何基于性别的暴力行为，包括……任意剥夺自由，不论其发生在公共生活或私人生活中。”

针对妇女的暴力不是一种新的现象，而是存在于整个历史之中——并且长期以来一直没有引起人们的注意或反对。近年来，国际上将针对妇女的暴力问题看作国际人权问题的要求越来越强烈。消除对妇女歧视委员会明确指出：《妇女公约》中有关禁止性别歧视的一般原则包括对上面所定义的基于性别的暴力行为的禁止。该委员会进一步申明，针对妇女的暴力构成了对她们得到国际上承认的人权的侵犯——不管实施这种暴力的是国家官员还是个人。如果政府官员实施了基于性别的暴力或者政府未能作出应有的努力来防止侵犯妇女权利的私人行为或调查、惩罚这种暴力行为并提供赔偿的话，那么政府就应该对这种暴力行为承担责任。

以上这些声明在以下这些文书中得到了进一步的强调：1993年联合国大会通过的《消除对妇女暴力宣言》、1994年通过的《美洲预防、惩处和根除针对妇女暴力公约》以及1993年世界人权大会通过的《维也纳宣言和行动纲领》、1995年在第四届世界妇女大会上通过的《北京宣言和行动框架》、2003年通过的《非洲人权和民族权宪章有关非洲妇女权利的议定书》以及2011年通过的《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非监禁措施的规则》（《曼谷规则》）中的相关规定。以上这些文书都明确指出，一切针对妇女的暴力，不管它们是发生在家里、公共场合还是由公共官员实施的，都是明显的侵犯人权的行。

预防犯罪是执法的一项基本目标，也是对于妇女来说具有特殊重要性的一个执法领域。在所有社会中，妇女由于她们性别而更容易受到某些罪行的侵害。这些罪行包括家庭暴力、性侵犯和其他攻击、强迫卖淫以及拐卖。

性暴力不限于强奸。它还包括强迫卖淫、性奴役、强迫怀孕、强迫生育、强迫终止妊娠、强迫绝育、猥亵、拐卖、不适当的医学检查、脱衣搜身等等。在《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》、《卢旺达国际刑事法庭规约》和《国际刑事法院罗马规约》中，性暴力都是独立的犯罪。在某些案件中，上述国际司法机构将强奸认定为战争罪和/或反人类罪。它们还承认，性暴力可能构成酷刑或不人道待遇，并在某些情况下构成灭绝种族罪。

执法人员可以采取一系列步骤防止妇女受到此类犯罪的侵害。例如，在强迫卖淫这种侵犯人权行为的受害者中女性移民的比例偏高。她们中的许多人是被人出于对其进行性剥削的目的而从贫穷国家拐卖或诱骗到较富有的国家中的。这些妇女往往是非法移民，因此她们即使在受到最不人道的待遇的情况下也不敢到执法机构寻求帮助。在这种情况下，(出境国和入境国的)执法机构明显有责任确定强迫卖淫的受害者，将她们作为受害者而非罪犯对待，并采取措施确保对她们的保护。同时，执法机构必须尽最大努力惩罚实施这种犯罪的人，并坚决遏制这种犯罪行为。

性暴力对于执法人员来说是一个特别具有挑战性的问题。这种犯罪往往对其受害者造成严重的身心创伤以及在健康方面的严重后果，并使其面临蒙受耻辱的危险。由于这种犯罪往往没有目击者，因此取证尤其困难。所有这些因素都使得对这种犯罪的调查变得特别困难和敏感。在防止使受害者受到进一步心理创伤的条件下获得可信和可靠的证言是一项非常困难的任务。



与实践的融合

原则和培训

执法机构为调查性暴力案件而建立的程序应该优先考虑确保受害者得到恰当的医疗和心理治疗。有关性暴力犯罪的身体证据只能由女性医护人员收集，并且在此过程中应该采取极为谨慎的态度，以免使受害者受到进一步心理创伤。对受害者的讯问工作也应尽可能由接受过心理学培训的女性执法人员来进行。应通过充分准备和录音等方法避免重复提问，以免不必要地使受害者重新经历心理创伤。

家庭暴力是另一种严重侵犯妇女权利并且(在大多数国家中)执法人员都应该采取措施加以预防的犯罪(见本章第二节第二小节第三项)。执法人员有责任维护和保护妇女的人权,包括生命、人身安全和身体完整性的权利。

在世界上许多国家中影响妇女的犯罪都没有受到足够的重视。尽管如此,每个执法机构都有义务揭露这种犯罪、尽可能防止其发生并且以关心、敏感和职业的态度来对待受害者。在这方面,应充分考虑保护隐私的需要,并且应该记住男人和女人在这方面的需要可能有所不同。因此,负责调查犯罪的执法人员有时应采取特殊措施以保护妇女的个人隐私。

(三) 妇女在司法中的地位

根据禁止歧视的基本原则,妇女在被逮捕时以及在被拘押期间享有与男子相同的权利(详细内容见第八章)。但是,与此相关的平等保护所有人的权利的原则以及尊重人的固有尊严的原则(《保护所有遭受任何形式拘押或监禁的人的原则》第1条)要求在逮捕妇女时采取额外的保护措施或给予她们额外的照顾。这些措施包括确保(在可行的情况下)对妇女的逮捕由女性执法人员来实施;(在任何情况下)妇女的身体及其衣物由女警察来搜查;(以及在任何情况下)被拘押的妇女应该和被拘押的男子分开关押。应该指出的是,在逮捕妇女时采取额外的保护措施或给予她们的额外照顾不应该被看作是歧视性的,因为其目的是纠正已存在的不平等,创造一个使妇女能够拥有与男子相同的享有其权利的能力的环境。

国际社会建立了专门的标准来保护被拘押人免受虐待和权力的滥用,保障他们的健康不因不合格的关押条件而受到损害,并保证其作为人的基本权利受到尊重。由于被拘押人依赖国家满足其最基本的生活需求,因此有必要给予他们特殊的权利。而女性被拘押人则面临着双重危险。她们往往都是穷人,并且往往是移民。在许多国家中,妇女往往只是因为某些对于男人来说根本不算犯罪的“罪行”而被拘押。一旦被拘押,妇女受到攻击(尤其是执法人员的攻击)的危险要比男子大得多。

国际人权法受到禁止歧视这一基本原则的指导:女性被拘押人和男性被拘押人应享有同等的权利,而不受歧视。正如上文中所指出的,结果的平等并不一定意味着待遇的平等。为女性被

拘押人提供特殊形式的保护的需要在《保护所有遭受任何形式拘押或监禁的人的原则》中得到了承认。该文件明确规定：根据法律实施的、其唯一目的在于保护妇女（尤其是怀孕妇女或正在哺育的母亲）的权利和特殊地位的措施“不应该被看作是歧视性的”（第5条第2款）。

执法人员和安全人员对妇女实施的暴力当然是最为严重的人权问题之一。免受暴力侵害是一项基本人权。联合国经济及社会理事会呼吁成员国立即采取一切恰当的措施以根除对女性被拘押人的暴力行为（经济及社会理事会第1986/29号决议）。这些措施中应包括以下这些绝对最低限度措施：

- 对妇女的审讯或拘押由女性执法人员或在她们的监督之下进行；
- 在女性监管人员不在场的情况下，男性监管人员不得接触女性被拘押人；
- 所有与女性被拘押人接触的执法人员都必须接受恰当的培训；
- 必须使所有执法人员认识到，对被拘押的妇女的性侵犯是一种严重的犯罪，在某种情况下甚至构成酷刑，并且在任何情况下都是不能被容忍的；
- 执法机构必须对任何有关女性被拘押人受到酷刑、攻击或虐待的报告进行迅速、彻底和公正的调查；
- 任何对这种行为负有责任或怂恿或纵容这种行为的执法人员都必须受到法律的制裁；
- 制定专门程序，以及时发现针对女性被拘押人的暴力行为并对此作出反应（见下面的文本框）。



进一步了解

联合国大会在1998年通过的第A/RES/52/86号决议中敦促成员国：

- “(a) 确保适用于对妇女的暴力行为的法律、行为守则和程序一贯得到实施，以使刑事司法系统承认所有对妇女施加暴力为犯罪行为并相应采取对策；
- (b) 发展不会有辱受暴力侵害的妇女的人格和尽量减少侵扰的调查技术，同时保持收集最有力证据的标准；

- (c) 确保警察的各种程序，包括有关逮捕、拘押对妇女施加暴力的人或以任何方式释放这种人的条件的决定，考虑到受害人和与受害人有家庭社会或其他关系的人的安全，并确保这些程序能够防止暴力行为的进一步发生；
- (d) 授权警察对向妇女施加暴力的事件迅速作出反应；
- (e) 确保警察依照法律规则和行为守则行使其权力，并确保使警察对任何违反此种规则和守则的行为承担责任。”

在被拘押期间(或在拘押前)遭受性虐待的妇女需要得到特殊的关注和支持。在这方面，《曼谷规则》提供了进一步的指导：

“规则7

- (1) 如果诊断发现拘押前或拘押期间存在性虐待或者其他形式的暴力侵犯，应告知女性囚犯向司法部门求助的权利。应让女性囚犯充分了解相关的程序和步骤。如果女性囚犯同意采取法律行动，应通知有关人员并立即将案件报告主管部门进行调查。监狱管理部门应帮助此类妇女寻求法律援助。
- (2) 不论该妇女是否选择采取法律行动，监狱管理部门都应努力确保她可以立即得到专业的心理支助或咨询。
- (3) 应制定具体措施，以避免提出如此报告或者采取法律行动的人受到任何形式的报复。

规则25

- (1) 应立即为报告受到虐待的女性囚犯提供保护、支持和咨询辅导，并应由独立的主管部门对其声称受到的虐待进行调查，同时充分尊重保密原则。保护措施应特别考虑到报复风险。
- (2) 遭受性虐待的女性囚犯，特别是因此而怀孕者，应得到适当的医疗卫生建议和咨询辅导，并应向她们提供必要的身心保健、支持和法律援助。
- (3) 为了监测女性囚犯的拘押条件和待遇，巡视、探访或监督单位或监管机构中应包括女性成员。”

在被拘押期间遭受强奸、性虐待以及其他酷刑或虐待的受害者有权获得公平和充分的赔偿以及恰当的医疗照顾(详见本章第二节)。

(四) 对执法实践的意义

正如上文所指出的，妇女的特殊情况和需要都要求执法机构确保在其执法人员队伍中有足够的女性成员，以便：

- 对妇女实施搜查和扣押；
- 确保拘押场所女性被拘押人的安全；
- 调查家庭暴力和性暴力以及其他相关案件，以维护女性尊严(不管其为受害者、证人还是嫌疑人)；
- 确保女性在执法人员队伍中的一般代表性。

本手册中所引用的许多文书都明确提到了使执法机构能够代表社区整体的需要。在这方面特别应该提到的是通过了《执法人员行为守则》的联合国大会第34/169号决议。另外，联合国的第A/RES/52/86号决议敦促各国政府“鼓励妇女加入警察部队，包括在行动一级”(第8条第(f)款)。

在世界上几乎所有国家的执法机构中，女性执法人员的人数都远远达不到其应有的比例。在战略、管理和决策层级上，妇女的人数更少。在执法工作中妇女及其特殊需要之所以得不到重视，一个根本原因就在于在执法人员中妇女的人数达不到其应有的比例。仅仅在低层次的执法人员中安排少量的妇女是不够的。这种措施只不过具有一些象征意义。由于达不到“临界质量”，这些女性执法人员也无法充分发挥其能力。¹⁵

被执法机构所录用的妇女所面临的另一个问题就是她们往往不能进入常规的执法领域，而是被局限在行政工作以及执法工作的“女性化”的方面(如妇女和儿童工作)——并且她们的工资也往往低于其男性同事。其他方面的问题包括普遍的性骚扰现象以及排斥女性执法人员并削弱其在执法机构中的影响的政策、做法和态度等等。在世界各国，只有很少一些执法机构制定了旨在解决这些问题的具有连续性的策略。执法机构往往孤立于其所在的社会之外，并且对不断变化着的社会道德所作出的反应也非常慢。

¹⁵ 有关保持在社会上具有代表性的警察队伍的重要性，另见第十章。

应该找出并消除在招聘和选择程序中歧视妇女的现象。这些歧视现象往往具有隐蔽性。有些程序看上去在性别方面是“中性”的。但是如果对它们进行仔细检查的话，你就会发现它们只适用于某一性别。例如对身高的要求和体能测试都可能阻碍妇女（以及一些具有少数民族背景的人）成为执法人员。对男女适用同样的身高要求是带有歧视性的，因为男人的平均身高大于女性，这使得符合这一要求的男子多于女性。同样的逻辑适用于那些对男女使用同等标准以及那些虽然为男女设定了不同的标准，但是为女性应聘者所设定的标准不切实际的体能测试。

(五) 选阅书目

- Edwards, Alice, *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Holtmaat, Rikki, *Women's Human Rights and Culture: From Deadlock to Dialogue*, Intersentia, Cambridge, 2011.
- ICRC, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict: An ICRC Guidance Document*, ICRC, Geneva, 2007.
- Leeuwen, Fleur van, *Women's Rights are Human Rights: The Practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2010.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Training curriculum on effective police responses to violence against women*, United Nations, New York, 2010.
- > http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/TrainingcurriculumPoliceVAW_English.pdf (last consulted on 30 September 2013)

五、流动人员

主要法律文书

条约法

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年通过, 1969年生效)
- 《关于难民地位的公约》(1951年通过, 1954年生效) 及其议定书(1966年通过, 1967年生效)
- 《关于非洲难民特别问题的公约》(《非洲统一组织难民公约》, 1969年通过, 1974年生效)
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年通过, 2003年生效)
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约: 关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的补充议定书》(2000年通过, 2003年生效)

- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约: 关于打击陆、海、空运移民的补充议定书》(2000年通过, 2004年生效)

非条约法

- 《关于难民待遇的原则》(《亚非难民原则》, 1966年由亚非法律咨询委员会通过)
- 《领土庇护宣言》(1967年通过)
- 《关于难民的卡塔赫纳宣言》(《卡塔赫纳宣言》, 1984年通过)
- 《国内流离失所问题指导原则》(1998年通过)

(一) 背景信息

近几年来, 难民、国内流离失所者和移民所遭受的苦难已成为具有全球性意义和影响的重大问题。目前全世界大约有4500万难民和国内流离失所者¹⁶, 主要分布在非洲和亚洲。每天都有成千上万的人试图移民到其他国家, 希望在那里过上更好的生活。其中有许多人秘密地消失在旅途之中。而那些成功到达目的地的偷渡者则发现自己身处危险境地。目的国正在加强其边界控制措施, 从而导致偷渡者选择更为危险和偏僻的路径。

他们不断增长的数量对国际社会构成了严重的挑战, 甚至在本来平静的地区引发紧张局势。为了满足他们的基本需求, 相关国家必须提供大量的食品、住所和医疗卫生等基本物质条件, 并确保其充分和平等的分配, 而这导致了巨大的供应问题。这些国家的政府会发现自己面临着看上去是无法摆脱的各种困境, 包括对难民的遣返。那些因民族纷争和侵犯人权的现象而逃离其家

¹⁶ 数据来源: UNHCR, *Displacement: The New 21st Century Challenge, Global Trends 2012*, UNHCR, 2012.

园的难民往往害怕回到他们自己的国家中去，而他们又给其他国家和地区造成了无法克服的困难。

目前有关难民、国内流离失所者和移民在国际维度上的问题和挑战并没有减弱这一问题在国内层面上对执法人员的意义。相反，本节将强调在执法活动中保护和帮助流动人员的重要性。

(二) 难民

1951年《关于难民地位的公约》将“难民”定义为以下的任何人：“……由于1951年1月1日以前发生的事情并因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外，并且由于这种畏惧而不能或不愿受该国保护的人；或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人……”（第1条第1款第2项）。

该公约还规定了难民待遇的最低标准，包括他们所应享有的基本权利。在《关于难民地位的公约》于1954年生效之后，人们很快意识到难民问题不会仅仅局限于第二次世界大战所遗留问题的范围之内。在1951年1月1日之后发生的冲突中产生了大量新的难民。这些难民不能根据《关于难民地位的公约》要求保护，也不能受益于这一公约的保护。《联合国关于难民地位的议定书》于1967年10月4日生效。这一议定书通过删除《关于难民地位的公约》第1条有关“难民”的定义中所包含的时间限制，将该定义的范围扩大到任何在其他方面符合条件的人。

符合1951年《关于难民地位的公约》第1条中难民的定义的人应享受公约中所规定的权利保护。《公约》在第1条第4款、第5款和第6款中列举了一些不能享受《公约》中所规定的权利和保护的人。其中第6款应该引起特别注意。该款规定：“本公约规定不适用于存在着重大理由足以认为有下列行为的人：（1）该人实施过国际文件中已作出规定的破坏和平罪、战争罪和危害人类罪；（2）该人在以难民的身份进入避难国之前，曾在避难国以外实施过严重的非政治性犯罪；（3）该人曾实施过违反联合国宗旨和原则的行为。”

应该指出，虽然难民应在与其他人完全平等的基础上享有对其权利和自由的一般性保护，但是，考虑到他们所面临的特殊处境，《关于难民地位的公约》给予了他们额外的保护。欧洲理

事会、非洲统一组织和美洲国家组织都曾起草过有关难民的公约和/或宣言。

与《关于难民地位的公约》相比，《关于非洲难民特别问题的公约》（《非洲统一组织难民公约》）考虑到了难民问题的根源并对难民作出了一个更为广泛的定义。该公约在第1条第2款第2段规定：“‘难民’一词适用于任何由于发生外部侵略、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国家全部或一部分地区的公共秩序的事件而被迫离开其经常居住的国家并到其原籍国之外的其他地方寻求避难的人。”

美洲国家组织于1984年通过的《卡塔赫纳宣言》为中美洲难民待遇奠定了基础。该宣言规定了禁止推回的原则（我将在本节第五小节中讨论这一原则），提出了难民与接受他们的社会的融合这一重要问题以及消除难民问题的根源的需要。根据《卡塔赫纳宣言》的定义，难民包括“因为其生命、安全和自由受到普遍的暴力、外国侵略、内部冲突、大规模侵犯人权或其他严重扰乱公共秩序的情况的威胁而逃离其所在国家的人”（第3部分第3段）。一个既定事实就是，目前的难民人口中有80%是妇女和儿童。这些群体不仅特别脆弱；在许多国家中妇女和儿童的人权本身就没有受到应有的保护。这两个群体都特别容易受到虐待、忽视以及性剥削和其他形式的剥削。因此，他们的基本权利和自由（如生命、自由和人身安全）需要受到特殊的保护，只有这样他们才能够享有其根据国际人权文件所应享有的其他权利。

就执法人员对难民的责任而言，《关于难民地位的公约》的以下这些规定尤为重要：

- “任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（‘推回’）至其生命或自由因为他（或她）的种族、宗教、国籍、参与某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界”（第33条第1款）；
- 《公约》规定的适用“不分种族、宗教或国籍”（第3条）；
- “难民有权自由地向所有缔约各国领土内的法院提起申诉”（第16条）；
- 缔约各国对合法在其领土内的难民，“应给予选择其居住地和在其领土内自由行动的权利，但应受对一般外国人在同样情况下适用的规定的约束”（第26条）；
- “缔约国对在其领土内不持有有效旅行证件的难民，应发给身份证件”（第27条）；

- 缔约国对合法在其领土内居留的难民，“除因国家安全或公共秩序的重大原因应另作考虑外”，应发给其出国旅行所需的证件(第28条第1款)；
- 缔约各国不得惩罚一个为寻求《公约》第1条所定义的难民身份而非法进入或逗留于该国领土的人，但以该难民“毫不迟疑地自行投向当局说明其非法入境或逗留的正当原因为限”(第31条第1款)。

(三) 国内流离失所者

由于暴力和武装冲突(或武装冲突的威胁)、大规模侵犯人权的现象以及洪水、地震和其他自然灾害,逃离家园的人口数量在最近几年急剧增长。在这种大规模流离失所现象的背后存在着更为深层的原因,包括落后、贫困、财富分配不均、失业、环境恶化、民族关系紧张、对少数人的压制、不容忍、缺乏民主程序以及许多其他因素。如果这些难民因为畏惧迫害而到其他国家寻求避难,那么他们的利益就受到《关于难民地位的公约》和1967年《关于难民地位的议定书》的保护。如果这些人是武装冲突的受害者,那么他们就有权受到国际人道法的保护。从总体上看,人权法不加任何区分地对所有人提供保护。但是,当这些人在其自己的国家内成为流离失所者时,就会在其权利和保护方面产生的具体问题。根据联合国国内流离失所者问题特别报告员所确立的标准,在缺乏专门有关国内流离失所者的国际立法的情况下,“国内流离失所者”是指:“由于武装冲突、内部纷争、系统的侵犯人权的现象或自然的或人为的灾害而突然或意外地被迫逃离家园或其经常居住的地方,但没有跨越国际承认的国境的人。”¹⁷

在1998年,联合国秘书长国内流离失所问题代表发布了《关于国内流离失所的指导原则》。联合国人权委员会和联合国大会称这些原则是保护国内流离失所者方面的重要工具和标准。虽然这一文件本身并不能为各国建立新的法律义务,其中所包含的许多——但不是全部——原则反映了现有的国际法。联合国秘书长称这一指导原则为“保护国内流离失所者的基本国际规范”。该指导原则寻求在国内冲突、自然灾害和其他局势下保护所有国内

¹⁷ Analytical Report of the Secretary-General on internally displaced persons, United Nations document E/CN.4/1992/23, 14 February 1992.

流离失所者。它总共包含30条原则。它在一开始就规定了以下这一基本规则：国内流离失所者“应在充分平等的条件下同国内其他人民一样享受国际法和国内法所保证的同等权利和自由。”（第1条第1款）。国家当局负有对国内流离失所者提供人道主义援助的主要义务和责任。（第25条第1款）。应避免任何会造成人民流离失所的情况。在这种情况发生时，不得以侵犯受影响人的生命权、人格尊严、自由和安全的方式对其进行迁移（第5条至第7条）。国内流离失所者享有基本权利（生命权、人格尊严权、人身自由和安全等等），并应受到保护，以免受到诸如灭绝种族、人为制造饥荒、强奸、酷刑和绑架人质等一系列罪行的侵害（第10条至第13条）。他们享有行动自由和到国家别处或国外避难的权利（第14条和第15条）。另外，该基本原则第16条至第23条建立了有关生活条件方面的基本权利（家庭、生活水准、财产、奉行宗教的权利和受教育权）。该基本原则的第四节和第五节规定了有关人道援助、返回、重新安置等方面的事项。

国内流离失所问题会造成多方面的后果并且可能剥夺相关人员赖以生存的基本条件。这一问题所造成的严重的直接后果包括家园、工作和人身安全的丧失、对生命和自由的威胁、对食物的剥夺以及充足的医疗保健和教育机会的丧失。如今国内流离失所者中的大多数都是由于威胁到他们生命或生活的大规模的严重侵犯人权现象而逃离其家园的。但是在逃离其原居住地后，这些流离失所者极易遭到进一步的暴力、被迫失踪以及对其人格尊严的攻击，包括性暴力和强奸。照顾和保护国内流离失所者的责任首先在于这些流离失所者所在国的政府。但是我们不能忘记，那些迫使国内流离失所者逃离其家园的行为往往就是在这些政府的唆使或容忍下实施的。而在另一些情况下，相关政府不愿或无力向国内流离失所者提供其所需要的并且有权获得的帮助和保护。我们可以得出一个一般性的结论：国内流离失所者仍然应该享有他们在其原居住地本来所享有的一切权利和自由。有些有关生命、自由和人身安全、迁徙自由、避难等权利的问题可以通过现有的具有法律效力的文件加以解决。但是国内流离失所者的人权特别容易受到侵犯，而目前还没有可以充分解决这一问题的法律文件。国内流离失所者是在自己的国家中的逃难者。他们往往会发现自己的权益得不到承认和保护。最近发生在非洲和前南斯拉夫的例子表明，有关政府确实缺乏对国内流离失所者的需要作出充

分反应的能力或意愿。因此它们越来越趋向于呼吁国际社会提供援助。正是由于这一原因，联合国难民事务高级专员办事处已经将减轻国内流离失所者的苦难包括在其任务之中，虽然它还没有成为其正式任务的一部分。

《关于国内流离失所的指导原则》中所规定的以下义务对于与国内流离失所者打交道的执法人员来说有着特别的相关性：

- 严格按照法律或合格的法律机构所确立的规则和程序实施集体迁移的义务(第7条)；
- 保护国内流离失所者免受严重犯罪和侵犯人权行为的侵害的义务(第10条和第11条)；
- 对任意逮捕和拘留的禁止(第12条第1款)；
- 允许并便利人道主义援助自由地通过的义务(第25条第3款)；
- 为国内流离失所者返回家园和重新定居提供便利的义务(第28条第1款)；
- 帮助国内流离失所者收回其财产和拥有的物品的义务(第29条第2款)。

(四) 移民

移民日益成为一个全球性的现象。一些人虽然不是难民，但是他们出于各种原因而决定离开其自己的国家到国外去谋生。尽管这并不一定使他们处于脆弱地位，但是他们往往会发现自己面临着相当大的困难。这对于那些出于经济原因而在没有获得相关政府移民部门的批准或获得必要的证件而秘密穿越国境的人来说尤其如此。他们可能会持旅游签证入境，然后以非法身份滞留，并在非正式并且往往是非法的劳动市场寻求就业。贩卖人口是如今全球化世界的另一可悲的现象。

许多移民的非法身份使他们暴露在各种威胁之中。他们很容易受到剥削。而这种剥削有时甚至可以被称为现代奴隶制：他们必须忍受不人道的生活和工作条件，没有医疗保险，其劳动报酬甚至无法满足人的最基本的需求。尤其是贩卖人口的受害者往往会被迫从事卖淫活动。当非法移民受到暴力和犯罪的侵害时，他们往往会因为其非法身份而不敢到警察那里去寻求帮助。在他们失踪之后，往往没有人去寻找他们或报警。

尽管在全球范围内移民的苦难在不断增长，但是到目前为止国际社会只制定了一个在特殊情况下保护移民的国际文书，即

《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(联合国大会45/158号决议通过)(下称《公约》)。¹⁸而该公约目前仅有47个成员国，因此其适用范围有限。

《公约》规定了许多适用于所有移徙工人的权利，而不管这些工人是“有证件的”身份正常的工人还是“无证件”的身份不正常的工人。《公约》还规定了另外一些只适用于身份正常的工人及其家庭成员的权利。

保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会(下称委员会)负责监督缔约国对《公约》的遵守和实施。《公约》规定了一个强制性报告制度(第73条和第74条)和两个需要得到缔约国明确接受的任择性申诉机制(第76条：国家间申诉机制；第77条：个人申诉机制)。

《公约》的第一部分重申了《公民权利和政治权利国际公约》中所规定的大多数权利，因此这些权利也适用于所有移徙工人。这反映了这样一个理念：移徙工人应该与生活在其就业国或过境国中的其他人享有相同的基本权利，而不管其是否具有正常身份。

《公约》还包含了(对于执法人员来说特别相关的)针对移徙工人特有的脆弱性的条款。下面这个文本框中列出了其中最为相关的一些条款。

《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》 条款选录

“移徙工人及其家庭成员应有权受到国家的有效保护，以免遭到无论公务人员还是个人、团体或机构施以暴力、身体伤害、威胁和恫吓。”(第16条第2款)

“执法人员对移徙工人或其家庭成员身份的任何核查，均应按照法律规定的程序进行。”(第16条第3款)

¹⁸ 另外还有两个补充《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的非常具体的文书，即《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的补充议定书》和《关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》。它们的目的是打击某种具体的跨国有组织犯罪现象，即贩运人口和偷运移民，并包含保护这两种犯罪的受害者(见本节第六小节)。

“移徙工人及其家庭成员不应遭到个别或集体任意逮捕或拘禁；除根据法律所规定的理由并按照法律所规定的程序外，他们不得被剥夺自由。”（第16条第4款）

“候审期间通常不应予以拘押，但其释放可以保证在司法程序的任何其他阶段出庭受审并于必要时出庭接受判决的执行为条件。”（第16条第6款）

“任何移徙工人或其家庭成员在过境国或就业国因触犯移徙条例被拘留时，应尽实际可能被安置于与已经定罪的人或拘留候审的人分开的处所。”（第17条第3款）

“遇某一移徙工人被剥夺自由时，有关国家的主管当局应注意其家庭成员可能遭遇的问题，特别是其配偶和未成年子女的问题。”（第17条第6款）

“移徙工人或其家庭成员不得仅由于未履行工作合同产生的义务而被剥夺其居住许可或工作许可，或被驱逐出境，除非履行这种义务构成这种许可的一个条件。”（第20条第2款）

“除依法经正当授权的公务人员外，任何人没收、销毁或企图销毁身份证件、准许入境或在一国境内逗留、居住或营业的证件、或工作许可证，均属非法。经授权对这类证件进行没收，必须提出详细收据。在任何情况下，不允许销毁某一移徙工人或其一家家庭成员的护照或等同证件。”（第21条）

“不得对移徙工人及其家庭成员采取集体驱逐的措施。对每一宗驱逐案件都应单独审查和决定。”（第22条第1款）

“只有按照主管当局依法作出的决定，方可将移徙工人及其家庭成员从缔约国境内驱逐出境。”（第22条第2款）

（五）不推回原则

不推回原则是保护流动人员的一项重要原则。它对于执法人员，尤其是那些负责边境控制的执法人员的责任有着深远的影响，因此值得进一步分析。

不推回原则在传统上是与难民法相联系的（《关于难民地位的公约》第33条），但是也被规定在引渡条约、国际人道法（《日内瓦第三公约》第12条和《日内瓦第四公约》第45条）和人权法（《禁止酷刑公约》第3条和《欧盟基本权利宪章》第19条第2款）之中，并通过解释体现在其他全球性和区域性人权条约之中。就其涵盖迫害、酷刑、虐待和任意剥夺生命等行为而言，不推回原则已成为一项习惯国际法原则。

根据不推回原则，如果有实质性的理由相信一个人的基本自由在某个国家中面临受到侵犯的危险，那么就不得将该人转交至这个国家。上述对基本自由的侵犯包括：

- 基于种族、宗教、国籍、某一社会团体成员或政治见解的迫害；
- 酷刑或其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚；
- 任意剥夺生命，特别是在没有有关公正审判的基本保障的情况下通过判处死刑剥夺生命；
- 在具体的文书中所规定的其他威胁，如对身体完整性或自由的威胁（例如，见《非洲统一组织难民公约》第1条第2款和《卡特赫纳宣言》结论三。在以上两个文书中，其他威胁包括广泛的暴力局势）。

应从广义的角度理解被禁止的推回行为类型。因此某一具体的推回行为是否被正式称为驱逐、驱逐出境、遣返、拒绝或其他术语并不重要。不推回原则还应涵盖引渡和在边境拒绝入境的行为。

“不推回原则”不仅禁止将相关人员推回到其本国，而且还禁止将其推回到一个使其面临受迫害危险的第三国或有可能随后将其推回到一个使其面临危险的领土之上的第三国之中。

在实践中，不推回原则要求政府当局在将一个人移交另一国家之前必须对该人在被移交后是否面临迫害、酷刑或其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚或被任意剥夺生命等危险进行评估。即使在大规模难民涌入的情况下也必须对每个人的情况进行单独评估，以避免错误决定所造成的严重后果。如果认为存在上述危险，则不得移交相关人员。根据难民法和人权法一般原则，在确定某个人是否面临上述危险的过程中必须遵守一系列基本程序保障，特别是以下保障：

- 对上述危险（即风险的存在）的担心的合理性必须由一个独立于负责做出转交决定的机构逐案进行评估；
- 必须将移交计划及时通知相关人员；
- 必须给予相关人员表达其对自己在被移交后可能面临的受到酷刑或其他形式的虐待、任意剥夺生命或迫害等危险的担心；
- 在审查上述担心的合理性的过程中必须暂停移交。

考虑到由于各种原因而导致的大量外国人涌入其领土的事实，世界上许多国家都开始采取措施保护其边境，防止人们进入

其领土，包括阻止他们到达边境并/或向主管当局陈述理由，最终提出避难申请。尽管大量难民涌入给一个国家所带来的压力是可以理解的，但是这种做法可能构成对不推回原则的违反。执法机关必须确保国家遵守对每个案件单独评估的义务，并尊重个人所享有的正当法律程序的权利。

国际判例

欧洲人权法院

希尔西·贾玛等诉意大利案 (Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy)

第27765/09号来文，2012年2月23日

“74. 只要一个国家通过其在境外执行公务的工作人员对某个人行使了控制权，也就是管辖权，那么按照《公约》第1条它就有义务确保该个人根据《公约》第一部分所享有的、与其处境相关的权利和自由。

81. 法院指出，在本案中，相关事件完全发生在意大利军舰上，这些军舰的全体船员均为意大利军人。法院认为，申诉人在从登上意大利军舰到被移交利比亚当局这一期间内在法律上和事实上都持续和完全处于意大利当局的控制之下。

82. 因此，这些导致有关违反《公约》的指控的事件属于意大利的在《公约》第1条意义上的“管辖权”的范围。

114. 然而，驱逐出境、引渡或任何其他将国内的外国人移送出国的措施都可能涉及第《公约》3条中的问题（即禁止酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇），因而在有实质性理由相信相关人员在被驱逐出境之后可能会在接受国面临违反《公约》第3条的待遇的真实危险的情况下导致驱逐国承担在《公约》下的责任。

122. 法院曾经指出，构成欧盟外部边境的国家目前由于大量移民和寻求避难者的涌入而面临着相当大的困难……。然而，考虑到《公约》第3条所保障的权利的绝对性质，上述困难并不能免除这些国家根据该条所承担的义务。

123. 法院重申，对于《公约》第3条禁止的待遇的保护使缔约国负有不得将任何在接受国可能面临受到该条中所规定的待遇的真实危险的人员移送出境的义务。

134. ……那些有关海上救援以及打击贩运人口的规则要求各国履行其根据国际难民法——包括不推回原则——所承担的义务。

156. 考虑到上述情况，尤其是考虑到缺乏任何寻求避难程序以及无法使利比亚当局承认联合国难民事务高级专员所给予的难民地位的事实，法院认为，当申诉人被移交利比亚的时候，意大利当局知道或应该知道没有足够的措施保护相关人员不被任意遣送回其原籍国。”

(六) 对于执法实践的意义

难民、国内流离失所者和移民问题与执法人员有着直接的关系。执法人员往往是难民或移民到达接受国后最早接触到的人员，也是能够在履行其职责时帮助难民和国内流离失所者满足其需要的人员。因此，让执法人员认识到难民和国内流离失所者所应享有的权利是极为重要的。

他们必须严格按照《关于难民地位的公约》及其1967年议定书的规定来对待难民；这些规定建立了在这方面所必须遵守的最低限度标准。至于国内流离失所者，执法人员必须认识到他们仍然是其居住国的国民并且就像在他们自己原居住地一样完全享有国内法和国际法中所规定的所有权利和保护。

由于缔约国数量太少，《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》对移民所提供的具体保护有限。但是这并不能免除执法人员在保护和尊重移民权利方面的具体义务。

事实上，执法人员有义务不带任何歧视（包括基于国籍的歧视）地尊重和确保所有人的人权。这尤其包括保护他们不受罪行的侵害，并在他们成为罪行受害者的情况下向其提供救助。在这些义务方面，《消除一切形式种族歧视国际公约》起着中心作用（见第四章第二节第三小节），但是所有其他相关的人权标准都适用于移民。



进一步了解

美洲人权法院

无证件移民的法律地位和权利

第OC-18/03号咨询意见，IACHR (Series A), No. 18, 2003年9月17日

“118. 应该指出的是，一个人在一个国家中的正常身份并不是这个国家遵守和确保平等和非歧视原则的必要条件，因为……该原则是一项基本的

原则，所有国家都必须确保其国民以及在其领土上的所有外国人得到平等和非歧视的对待。

123. 正如本法院已经指出的，正当法律程序是指：‘为使个人在面对……可能对其产生影响的国家行为的情况下能够充分捍卫自己的权利而在程序的各个阶段都必须遵守的所有要求。也就是说，国家机构在任何行政、刑事或司法程序中的任何行为或不行为都必须符合正当法律程序。’

126. 获得司法保护和司法保障的权利可能因为各种原因而受到侵犯：当一个人诉诸行政或司法程序的时候，他面临被驱逐出境或剥夺自由的危险。他可能无法获得免费的公共法律援助服务，因而无法主张自己的相关权利。在这方面，国家必须确保诉诸司法的权利是真实的，而非仅仅是形式上的。

173. 鉴于以上原因，本法院认为……

7. 必须承认正当程序的权利是每个移民——不管他的迁徙状态如何——所应享有的最低限度保障。正当程序的范围应涵盖所有事项和所有人员，而不得有任何歧视。”

执法人员必须尊重和保护其人格尊严并不加任何不利区分地保护和捍卫包括流动人员在内的所有人的人权。每个执法人员都必须切实实施这一规则，以确保其真正产生实际效果，而非仅仅停留在理论上。

与实践的融合

原则

执法机构所建立的处理寻求难民身份者或将其移交主管当局的程序必须是适当和快捷的。

教育和培训

为了使执法机关正确对待流动人员，应该对他们进行额外的培训和教育。必须使他们掌握相关的国际法和国内法的知识。只有当他们具备了理解流动人员的处境的能力之后，对这些人员的保护、照顾和恰当的待遇才不会成为一句空话。

另外，执法人员必须理解那些离开自己的国家或家乡的人所面临的具体问题。他们还应该认识到自己所具有的减轻或加重后者的苦难的能力。

根据上面(本章第一节)有关脆弱性的定义，流动人员在许多方面都具有脆弱性。他们在移徙过程中面临着更大的受到虐待和暴力的危险。他们可能会暴露在以下危险之中：

- 犯罪团伙、人贩子、贩毒集团或其他人的绑架和贩运；
- 歧视、排除和仇外暴力；
- 政府当局(军队、边防人员和警察)的暴力；
- 被推回，以及在回到自己的国家或原居住地之后遭受迫害和侮辱。

流动人员在落入人贩子手中之后其所面临的危险尤为严重。这些危险包括虐待、性虐待、剥削、奴役和对留在本国或原居住地的家人的担心。

在迁徙过程中，他们面临这一系列危险，包括：

- 缺乏诸如食物、饮用水和住所等基本的生活条件；
- 意外事故(如火车事故、船难)；以及
- 旅途本身所带来的身体和心理困苦。

流动人员往往得不到基本服务(医疗、教育、社会服务和住房)，缺乏足够的有关自己的基本情况和权利的知识，也无法获得充足的援助和法律帮助。流动人员在无论由于何种原因遭到逮捕之后，他们往往不知道自己所享有的权利以及相关的程序和司法保障。他们可能没有为获得释放所需的身份文件。歧视性待遇和拘留条件以及在获得服务方面所受到的歧视是流动人员经常会遇到的困难。这些问题往往会因为完全得不到来自家庭、领事馆或其他探访者的外部支持而变得更加严重。

在流动人员失踪之后，很可能没有人去查找他们的下落。他们在成为罪行的受害者之后可能不敢报警，如果他们身处排外的环境之中或没有正常身份则更是如此。

文化或语言方面的障碍可能会使上述情况进一步恶化。

当出现以上一种或多种情况时，执法人员就会在保护流动人员方面承担更多的责任：

- 执法人员不应将流动人员看作罪犯，而是应该把他们看作是困难情况的受害者。即使他们没有正常身份也应该受到保护和帮助。执法人员应该认识到流动人员所面临的特殊

情况(对排外情绪的担心、缺乏对自己权利的了解、没有适当的证件、担心被送回自己所逃离的地方、自己或留在原居住地的亲人的安全受到威胁等等)。由于这些特殊情况——而非由于他们本人参与犯罪——他们往往会躲避警察,在成为罪行受害者之后不愿报警或在刑事调查过程中不愿与警方合作。

- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约:关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的补充议定书》明确规定,所有受到人口贩运影响的人均为受害者,而不管其本人是否同意被贩运(第2条和第3条第1款和第2款)。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约:关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》第5条敦促各国不要因为移民成为偷运对象而追究其刑事责任。

就像对所有其他人一样,执法人员对流动人员也负有保护其不受犯罪、虐待和剥削行为侵害的基本责任。这种保护的责任对于那些不得不逃离自己家园的人来说尤为重要。他们失去了他们所有的控制点以及他们通常用以应付困难情况和保护自己的手段,因此比其他人更需要保护。

- 在这方面,《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的补充议定书》要求缔约国将贩运人口规定为刑事犯罪(第5条第1款)并“制定综合政策、方案和其他措施,以便:(a)预防和打击人口贩运,并(b)保护人口贩运活动被害人特别是妇女和儿童免于再度受害”(第9条第1款)。缔约国还应“尽量保护人口贩运活动被害人的隐私和身份”(第6条第1款)并保护其人身安全(第6条第5款)。
- 《关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》要求缔约国将偷运移民规定为刑事犯罪,并将危及移民生命和安全以及使移民受到非人道或有辱人格的待遇的行为规定为该犯罪的加重情节(第6条)。该议定书还要求缔约国开展合作,以防止潜在的移民沦为有组织犯罪集团的被害人(第15条第2款)。

在必要的情况下,执法人员应主动向受害者提供帮助。

- 对于执法人员来说特别相关的是人口贩运活动受害者的身体、心理和社会康复,包括向他们提供住所、咨询服务和信息(特别是有关其法律权利的信息)以及医疗、心理和物

质帮助(《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的补充议定书》第6条第1款-第3款)

在“提供帮助”方面,还应该记住的是:

- 在本节第三小节中已经提到的“便利为国内流离失所者提供的人道主义援助自由地通过”的义务(《关于国内流离失所的指导原则》第25条第3款);
- 在公共救济和援助方面,应给以难民“凡其本国国民所享有的同样待遇”。(《关于难民地位的公约》第23条)。

在有合理理由逮捕或拘留流动人员的情况下,执法人员应该确保他们——就像其他被逮捕或拘留的人一样¹⁹——被以一种其能够理解的语言告知其法律地位和权利,以及他们可以得到律师或法律顾问的帮助以及得到其本国领事馆的恰当支持等事项(《关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》第16条第5款)。他们还应该确保相关人员在被关押期间不成为任何形式的排外或歧视行为——不管这种行为是其他被关押人还是其他执法人员实施的——的受害者。在这方面,应该记住非歧视的义务(见第三章第二节)适用于所有人员,包括流动人员,不管其是难民、国内流离失所者还是移民。

- 对正当法律程序的遵守:负责边境管制的执法机构必须确保尊重外国人使其个人情况得到评估的权利。在外国人能够提出避难等申请之前就立即将其遣送回国的程序可能违反不推回原则。



与实践的融合

原则

内部程序应确保跨越或试图跨越国界的人被移交主管当局,以确定其身份和法律地位。

教育和培训

对移民的人道待遇以及对他们的权利的保护必须成为对执法人员培训的一个部分(《关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》第14条第2款第5项)。

¹⁹ 有关被逮捕和被拘留者的权利,见第八章。

(七) 选阅书目

- Deng, Francis M., *Comprehensive Study* prepared by the Representative of the Secretary-General on the human rights issues related to internally displaced persons, pursuant to Commission on Human Rights resolution 1992/73, United Nations document E/CN.4/1993/35, Annex, 21 January 1993.
- Frigo, Massimo, *Migration and International Human Rights Law*, International Commission of Jurists, Geneva, 2011.
- Hollenbach, David (ed.), *Driven from Home: Protecting the Rights of Forced Migrants*, Georgetown University Press, Washington, 2010.
- McAdam, Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Shelley, Louise, *Human Trafficking: A Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Wilsher, Daniel, *Immigration Detention, Law, History, Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

第三部分

执法权力

第七章 内容大纲

一、导论

二、有关使用武力的原则

- (一) 合法性
- (二) 必要性
- (三) 比例性
- (四) 问责性
- (五) 对于执法活动的意义

三、火器的使用

- (一) 总体性原则
- (二) 使用之前和之后的程序
- (三) 有关使用火器的责任
- (四) 对于执法实践的意义

四、“武力使用层级”这一概念的优缺点

五、在公共集会上使用武力

六、在拘押场所使用武力

七、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效)

非条约法

- 《囚犯待遇最低限度标准规则》(1955年通过)
- 《执法人员行为守则》(1979年通过)
- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》, 1985年通过)
- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990年通过)

第七章

武力和火器的使用

一、导论

世界各国都给予了执法机构广泛的法律手段，以使它们在必要时能够履行其实施法律和提供帮助的责任。这些手段——即权力和权限——包括使用武力和火器、逮捕和拘留以及搜查和扣押等等。尤其应该提到的是，执法机构在必要和不可避免的情况下为合法的执法目的而使用武力的权力往往会导致执法人员与其所服务的社区成员处于对立的局面。最初这些对立只涉及某些执法人员和某些公民。但它们可能会影响执法机构和整个社区之间的关系的**质量**。

很明显，武力的非法的——即不必要或不适度的——使用会对上面所提到的这种关系产生更为严重的影响。考虑到其所要执行的**任务的重要性**和敏感性，执法人员必须在纪律和工作能力方面保持很高的标准。充足的监督和审查程序非常重要，其目的在于确保在执法人员个人行使的自由裁量权和整个执法机构的必要的政治和法律**责任**之间保持恰当的平衡。

这在权力的行使影响《世界人权宣言》第3条所规定的每个人的生命、自由和人身安全的权利的情况下尤为重要。这些权利在《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款和第9条第1款中得到了重申。

《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款规定：

“人人都享有固有的生命权。这个权利应受法律的保护。不得任意剥夺任何人的生命权。”

《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定：

“人人享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”

其他提供保护生命权的法律保障的国际条约包括：

- 《非洲人权和民族权宪章》(第4条)；
- 《美洲人权公约》(第4条)；

- 《阿拉伯人权宪章》(第5条);
- 《欧洲人权公约》(第2条)。

生命权是最高人权，因为如果没有对这一权利的有效保障，任何其他人权都会失去意义。正是由于这一原因，《公民权利和政治权利国际公约》将生命权放在第三部分最前面(第6条第1款)，并用“固有”一词进一步强调这一权利的特别重要性。



进一步了解

人权事务委员会

《公民权利和政治权利国际公约》第6号一般性意见

“1. 生命权……是一项最高权利。即使在威胁国家生命的公共紧急状态下也不得对其进行克减。……不应对这一权利进行狭义的解释。

2. ……委员会认为各国负有防止战争、灭绝种族以及其他导致任意剥夺生命的大规模暴力行为的最高义务。……

3. ……第6条第1款第3句所明确要求的保护生命免受任意剥夺的义务是至关重要的。委员会认为各缔约国应该采取各种措施，不仅要防止并惩罚任何任意剥夺他人生命的犯罪行为，而且还要防止其自己的安全部队的任意剥夺生命的行为。国家机构对生命的剥夺是极为严重的事情。因此，法律必须严格控制 and 限制国家机构可能剥夺个人生命的情况。

5. ……用限制性的方法是不能正确理解‘固有的生命权’这一表述的。对这一权利的保护要求缔约国采取积极措施……”

因此，根据以上这些要求，世界各国的执法机构的首要任务都是保护所有人的生命权。它们努力防止故意剥夺生命的行为，并以坚决的和坚持不懈的态度追捕那些对他人的(暴力)死亡负有责任的人。一个被告人一旦被法庭认定犯有谋杀或杀人罪，就会受到严厉的惩罚。这也进一步反映了剥夺他人生命这一罪行的严重性。

但是，上面所提到的执法机构的保护生命权这一首要任务与其在必要和不可避免的情况下为执法的目的而使用武力——尤其是故意地使用致命火器——的权力中间存在何种关系？国家赋予执法人员的这种权力或权限不是与国家采取积极措施以保护生命的义务直接冲突吗？

正是考虑到上面这些基本问题，执法人员对武力的使用，尤其是对火器的使用，应该被严格限制在特殊情况之下。

二、有关使用武力的原则

在国际人权法中没有关于武力使用这一概念的法律定义。在执法语境中，武力一般被理解为使一个人遵守(合法)命令而对其使用的任何身体约束手段。武力的范围很广，包括从仅仅对身体的触摸到手铐等束缚工具的使用，再到诸如击打、使用催泪弹或电击武器(泰瑟枪)等更为暴力的手段，直至火器的使用等一系列措施。

正如其他权力的行使一样，执法人员在使用武力时也被要求完全遵守合法性、必要性、比例性和问责性原则(见第三章第三节第三小节)。《执法人员行为守则》和《执法人员使用武力和火器的基本原则》都提供了有关这些原则的实际应用的指南。

《执法人员行为守则》旨在确立一些符合基本人权的自由的执法标准。它力图通过建立一系列具有很高的道德和法律质量的准则来影响执法人员的态度和行为，包括在使用武力和火器时的态度和行为。

与此类似，《执法人员使用武力和火器的基本原则》旨在“向成员国提供有关确保和促进执法人员作用方面的权威性指导”；“各国应在其国内立法和实践中考虑并遵守这一文件中所规定的原则，并引起执法人员以及其他人员，如法官、检察官、律师、行政和立法部门的官员以及公众对这些原则的注意。”这一文件的序言也承认了执法人员的工作的重要性和复杂性，以及他们在保护所有人的生命、自由和安全方面所起到的至关重要的作用。它特别强调了公共安全与社会和平的维护以及执法人员资格、训练和行为的重要性。该序言在最后强调，各国政府在制定国内立法和实践时应考虑到这一文件所确定的原则。

(一) 合法性

执法人员只有为实现合法执法目的才能使用武力。

《执法人员行为守则》第3条规定：“执法人员只有在绝对必要时才能使用武力，而且不得超出执行职务所必须的范围。”对该条的评注进一步指出，不得使用“同所要达到的合法目标并

不相称”的武力。《执法人员使用武力和火器的基本原则》第5条第1款包含了类似的规定。

各国都赋予本国执法机构在必要时为合法的执法目的而使用武力的权限。当赋予他们使用武力和火器的法律权力时，各国并没有否定执法人员保护所有人的生命、自由和安全的义务。国内法在规定这一法律权力时也明确地界定了在哪些情况下允许使用武力以及在某一特定情况下可以使用哪些武力。各国不仅授权执法人员使用武力，有的国家还要求其执法人员在必要时必须使用武力。这意味着根据国内法，执法人员在其他方法不能达到执法目的的情况下有义务使用武力。除非在当时的情况下——即考虑到所要达到的目标的重要性以及为达到这一目的所需使用的武力的程度——武力的使用被认为是不恰当的，否则他们就必须使用武力（另见第二节第三小节）。

（二）必要性

必要性原则要求执法人员只有在为达到合法目的而采取的所有其他措施都已失败或看上去极不可能实现预期的效果的情况下方可使用武力。

- “执法人员在执勤时应尽可能采用非暴力手段，最后不得已方可求诸使用武力或火器”（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第4条）。
- 他们只允许使用为达到合法目的所需的武力（《执法人员行为守则》第3条评注（a）），即执法人员不得使用超出情势所需的武力，并且一旦合法目的达到就必须停止武力的使用。
- 他们必须“尽量减少损失和伤害并尊重和保全人命”（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第5条第2款）。

以上规定强调执法人员只有在特殊情况下才能使用武力并且武力的使用决不能超出为达到合法的执法目的所需的合理程度。在这一方面，火器的使用应该被看作是一种极端的措施（有关在使用火器方面的具体限制和条件的更为详细的讨论，见本章第三节）。

（三）比例性

执法人员在使用武力和火器时应采取克制的态度，并且根据犯罪的严重程度以及所要达到的合法目的采取适度的行动（《关

于使用武力和火器的基本原则》第4条和第5条和《执法人员行为守则》第3条评注 (b))。

当遇到有关使用火器的问题时，每个执法人员必须作出上面所描述的判断。他们可能会得出在某一特定情况下使用武力所产生的消极影响大于所要达到的合法目的的结论。在这种情况下《关于使用武力和火器的基本原则》建议执法人员不要采取进一步行动。

进一步了解

法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员中期报告 UN GA A/61/311, 2006年9月5日

“42. ……使用武力和使用武力的合法目标之间的比例标准要求嫌疑犯使用更大武力造成的后果会“超越”目标的价值时，停止武力的升级。可以说比例性规定了可用他人生命和福祉证明使用武力对付嫌疑犯的正当理由的限度，过了这个限度，使用武力就没有道理了，鉴于它会造成死亡，那就是侵犯生命权。”

这一比例原则的适用结果无论如何强调都不为过。在任何执法行动中，如果行动所可能导致的负面后果大于其所要达到的合法目的，那么在实际情况下必须选择撤退和放弃继续追求这一合法目的。

适用比例原则的例子

驾驶警察拦截高速行驶中的被盗摩托车可能是不成比例的，因为这种做法很可能导致相撞，从而造成摩托车驾驶人或乘坐人死亡或严重受伤。

(四) 问责性

使用武力的执法人员必须对这种行为负责。使用武力的首要责任在于执法人员个人，他们必须对法律负责。但是责任不仅仅止于实际使用武力的执法人员。他们的直接上级、目击使用武力

过程的同事、整个执法机构以及国家都应该对在执法行动中所使用的武力承担其各自的责任。

《关于使用武力和火器的基本原则》第22条呼吁政府和执法机构为以下“一切事件建立有效的报告和审查程序”：

- 执法人员使用武力和火器导致死亡或受伤；
- 执法人员在履行职责时使用了火器。

对遵照这些原则作出了报告的事件，《关于使用武力和火器的基本原则》作出了以下规定(第22条和第23条)：

- “各国政府执法机关应确保进行有效的审查，并确保独立的行政或检控部门可以在适当情况下行使管辖权”；
- “在造成有死亡和重伤或其它严重后果时，应立即向负责行政审查和司法管理的主管当局送交详细报告”；
- “受到使用武力和火器事件影响的人员或其法定代理人应可将该事件诉诸一个包括司法程序在内的独立的程序”；
- “如此种人员已死亡，本规定应相应适用于其受养亲属”。

1. 武力和火器的滥用

“各国政府应确保对执法人员任意使用或滥用武力或火器的情况按本国法律作为刑事犯罪予以惩处”(《关于使用武力和火器的基本原则》第7条)。

“各种非常情况诸如国内政局不稳或任何其它紧急状况均不得作为任何违背上述各项基本原则的理由根据”(《关于使用武力和火器的基本原则》第8条)。

执法人员任意或过度使用武力和火器的行为不仅构成了对国内刑法的违反，而且还构成了对人权的侵犯——而这些执法人员的责任恰恰是保护和捍卫这些权利。任何滥用使用武力和火器的权力的行为都构成了对人的尊严的侵犯，并且有可能侵犯其受害者的身体完整性。在任何情况下，滥用武力和火器的行为都会破坏执法机构与其所服务的社区之间脆弱的关系，并可能导致长期难以愈合的创伤。正是由于以上原因，政府绝不能容忍滥用武力或武器的行为。

在这方面的努力应该集中在通过恰当和定期的教育和培训以及充分的监督和审查程序预防这种行为的发生。每当一个被怀疑或声称的滥用武力或火器的事件发生之后，必须开展迅速、独立、公正和彻底的调查。被认定实施了这种滥用行为的执法人员

必须受到惩罚。在整个调查过程中，应该按照《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》（《受害者宣言》，详见第六章第六节第二小节）的要求对受害者的特殊需要给予充足的关注。执法机构如果想要公众恢复对其已失去的信任，那么它们就必须作出真心诚意的努力。

2. 执法人员的责任

“各国政府和执法机关应确保，对上级官员如果知道或应该已经知道其管辖下的执法人员正在或已经采取非法使用武力或火器手段而没有在其权力范围内采取一切措施予以阻止、禁止或报告者，追究责任。”（《关于使用武力和火器的基本原则》第24条）

“各国政府和执法机关应确保，对执法人员按照《执法人员行为守则》和上述基本原则拒绝执行使用武力或火器的命令或对其他执法人员使用武力或火器提出报告者，不予以任何刑事或纪律处分。”（《关于使用武力和火器的基本原则》第25条）

“如果执法人员知道致人死亡或重伤的使用武力或火器的某一命令明显是非法的，而且有合理机会可以拒绝执行此种命令，则不得以服从上级命令作为辩护理由。无论如何，责任也属于发出此种非法命令的上级官员。”（《关于使用武力和火器的基本原则》第26条）

这些原则表明，在特定的使用武力和火器的事件中所涉及的执法人员和他们的上级领导都应对在这一事件中武力和火器的使用承担责任。这些事件在不免除执法人员对其行为所应负的个人责任的条件下，使上级官员负有采取一切可能措施防止此类事件发生的关系。必须使所有执法人员理解上文中所引述的规定与有关滥用武力和火器的规定（第7条和第8条）之间的关系。

（五）对于执法实践的意义

武力只能作为最后手段使用。正如上文中所提到的，执法人员在使用武力之前必须尽可能尝试使用非暴力手段。因此执法实践的关键词应该是“缓解事态”、“协商”、“调解”、“劝说”和“冲突的解决”。在力图实现合法的执法目标的过程中必须优先考虑交流这一手段。



与实践的融合

原则

操作程序必须要求执法人员在特定情势下尽可能寻求一种和平和非暴力的解决方法。

培训

根据《关于使用武力和火器的基本原则》第20条，执法人员必须接受有关和平解决冲突以及劝说、协商和调解等技术的培训。

惩处系统

内部报告制度应该使执法机构能够评估执法人员的行为是否符合上面所介绍的操作程序。例如，包含“你采取了何种缓解局势的措施？”这一问题的报告表可以促使执法人员在执法过程中作出这种缓解局势的努力。另外，这种报告还可以使执法机构能够评估采取矫正措施的需要（如纪律措施、培训或操作程序的改进）。

然而执法目的不可能总是通过交流的手段实现。在这种情况下，执法人员在本质上就剩下了两种选择：一种是不再对局势采取进一步措施，因而不实现执法目的；另一种是决定使用武力来实现执法目的。《关于使用武力和火器的基本原则》敦促各国政府“制订和执行关于执法人员对他人使用武力和火器的规章条例”并鼓励它们“对与使用武力和火器有关的道德伦理问题不断进行审查研究”（第1条）。

上面所提到的规章条例应包括以下规定：

- “尽可能广泛地发展一系列手段并用各类武器弹药装备执法人员，以便可以在不同情况下有区别地使用武力和火器”（第2条）。
- 发展“非致命但可使抵抗能力丧失的武器”，以限制“可引起死亡或伤害人身的手段”（第2条）。
- 为执法人员配备“自卫设备，例如盾牌、钢盔、防弹服和防弹运输工具，以便减少使用任何种类的武器的必要性”（第2条）。

- 确保“对那些使人暂时失去活动能力的非致命武器的发展和部署进行认真的评估以尽可能减少其对无辜人员的危害”并确保“对这些武器的使用的严格控制”（《关于使用武力和火器的基本原则》第3条）。这包括有关这些武器的使用的恰当的程序、对有权使用这些武器的执法人员的认真选择、对被选择的执法人员有关这些武器的潜在有害影响的教育、有关这些武器使用的持续实际培训以及尽可能预防这些武器的滥用。

请注意：《关于使用武力和火器的基本原则》使用了“非致命武器”一词。但是，正如人们所意识到的，在具体情况下，即使是最简单的装备也可能会致命。因此，根据目前流行的执法术语，本手册将使用“低致命”这一术语取代“非致命”一词。

与实践的融合

正如上文中所介绍的，执法人员在使用武力时所使用的大多数装备尽管是按照“低致命”的标准设计的，但是它们在使用过程中还是可能造成严重伤害，甚至死亡。在这方面最典型的例子就是电击武器（泰瑟枪）。虽然它是为减少使用火器的必要性而设计的，并且其技术在不断改进，但是这一全世界各国都在使用的装备还是经常导致严重受伤，甚至死亡。在实践中，执法人员往往不是用它来避免火器的使用，而是在没有尝试暴力程度更低的方法的情况下把它用作迫使不服从命令的人员就范的一种更容易使用的工具。这一情况甚至导致一些执法机构彻底放弃了电击武器的使用。的确，执法机构必须认真评估泰瑟枪或其他类似武器的益处和风险，并决定是否将其包括在执法人员可使用的装备之中，以及——如果是的话——在什么情况下可以使用。

原则

操作程序必须说明谁可以使用电击武器以及在何种情况下可以使用。例如欧洲理事会建议有关使用电击武器的标准应该至少与有关使用火器的标准相一致（欧洲理事会，CPT/Inf (2009) 30，关于在2008年对英国的一次视察的报告）。这种程序必须包括有关这种武器用途的介绍以及在何种情况下禁止其使用的信息（如在加油站或其他有高度易燃物品的区域；禁止对某些人员，如儿童或老人，使用这种武器）。

教育

执法人员必须熟悉他们可能使用的特定类型的电击武器的潜在的有害影响，包括在不同情况下以及对不同类别的人员的影响。

培训

执法人员必须接受有关如何正确使用电击武器以及在特定情况下(如使用对象的年龄和健康状态)如何评估使用电击武器的具体风险等方面的培训。只有那些接受了有关电击武器的正确使用方面培训的执法人员才可以使用这种武器。

惩处系统

电击武器在使用方面的便捷性可能会导致执法人员趋向于轻易使用，甚至滥用这种武器。为了防止过分使用或滥用电击武器，在每次使用之后都必须提交报告，说明当时的情况、执法人员所作出的风险评估以及为什么选择使用电击武器。在发生滥用电击武器的行为后必须启动纪律和刑事程序。报告程序还必须使执法机构能够对这种武器的实际利益和风险进行定期重新评估，对操作程序和培训做出的必要修改，甚至将这种武器完全从执法人员可以使用的装备中排除出去。在这方面要特别强调开发“供适当情况下使用的非致命但可使抵抗能力丧失的武器，以期不断扩大对使用可引起死亡或伤害人身的手段”的限制”(《关于使用武力和火器的基本原则》第2条)的重要性。

各国现有的有关执法人员的招募、选择、教育和培训的规则和实践表明，这些国家承认它们负有以上所提到的责任。

执法的质量在很大程度上取决于可获得的人力资源的质量。执法人员的交流技能如何？他们在具有潜在的对抗性或暴力的局势下会采取何种基本态度和行为？他们在有控制地使用武力和火器方面是否受到了充分的训练？在某一特定的情况下他们意识到哪些可以代替武力的措施？执法人员与公民之间的对抗的结果主要取决于对这些问题的回答。在这种情况下，良好的法律框架最多只能起到指导作用；它决不可能为执法人员提供一个现成的解决方法。

虽然我们可以认为有了一个好的工具就等于完成了一半的工作，但是工具的使用者的技巧将决定最终产品的质量(另见第十章第三节)。因此政府和执法机构被要求确保执法人员：

- “均经过适当的筛选程序而选定”（《关于使用武力和火器的基本原则》第18条）；
- “具备有效地执行任务所需要的良好的道德、心理和体格素质”（《关于使用武力和火器的基本原则》第18条）；
- “接受全面连续的职业培训”并且“他们之是否继续胜任须受定期审查”（《关于使用武力和火器的基本原则》第18条）；
- “均按使用武力的适宜熟练标准，经过训练和测验”（《关于使用武力和火器的基本原则》第19条）。

政府和执法机构还被要求确保在培训过程中特别注意以下事项：

- “有关警察道德和人权的问题”；
- “其他不用武力和火器的办法，包括和平解决冲突、理解人群行为和运用劝说、谈判和调解方法以及技术手段，以便限制使用武力或火器”；
- “根据具体事件检查其培训方案和实施程序”（《关于使用武力和火器的基本原则》第20条）。

最后，“各政府和执法机关应对参与使用武力或火器场面的执法人员提供疏缓紧张情绪的指导”（《关于使用武力和火器的基本原则》第21条）。

三、火器的使用

（一）总体原则

人权事务委员会曾对生命权作出如下评论（《公民权利和政治权利国际公约》第6号一般性意见）：“国家机构对生命的剥夺是极为严重的事情。因此，法律必须严格控制和限制国家机构可能剥夺个人生命的情况”，以防止对生命的任意剥夺。

为达到合法的执法目的而使用火器被认为是一种只有在极端情况下才能够采取的极端的措施。根据《关于使用武力和火器的基本原则》第9条，“执法人员不得对人使用火器”，除非出于以下目的：

- “自卫或保护受到即将发生的死亡或伤害之威胁的其他人”；
- “防止严重威胁生命的严重犯罪行为的发生”；或

- 逮捕“构成上述威胁并抗拒执法人员的人”，或防止其逃跑；并且
- 仅在“较为和平的手段不足以达到这些目的”时。

“无论任何，只有在为保护生命而不可避免的情况下才能有意识地以致命的方式使用火器”（《关于使用武力和火器的基本原则》第9条，着重号为作者所加）。

这一复杂的规定需要进一步解释：

- 目前没有关于火器的法律定义。但是在《关于使用武力和火器的基本原则》中相关条款的制定过程中考虑到了火器这种专门为杀人而设计的武器的高度致命性（而其他类型的装备或武器虽然在具体情况下也可能会致命，但是它们却不是为此目的而设计的）。
- 考虑到火器的高度致命性，《关于使用武力和火器的基本原则》第9条通过适用比例原则得出了以下这个逻辑结论：一种为剥夺生命而设计的工具只有为了实现具有同等重要性的目标——即保护生命或防止与剥夺生命具有类似严重程度的威胁（严重伤害）——才可以使用。
- 这在逮捕嫌疑人或罪犯或防止其逃脱的情况下有着特别重要的意义。在这种情况下，只有当这种人的自由“对他人的生命构成严重威胁”的时候，使用火器才具有正当性。



进一步了解

法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员中期报告

UN GA A/61/311, 2006年9月5日

“44. ……根本问题是客观预测使用武力造成死亡的可能性与可比预测未把一个人致残而造成他人死亡的可能性之间是否相称。还必须牢记，比例性是必要性之外的另一项要求。因此，必要性原则从不会证明使用不相称武力的正确性。如果所有相称措施都证明不足以逮捕一名嫌疑犯，就必须允许他或她逃跑。”

- 正如上文(本章第二节第一小节)所提到的,在某些情况下国内法可能会要求执法人员在无法通过其他方法实现合法目标的时候必须使用武力。这种法律通常涉及逮捕嫌疑人和防止被关押人的逃脱这两种情况。但是,为了充分尊重生命权,这种法律应该符合《关于使用武力和火器的基本原则》第9条中所规定的限制。在任何情况下,在要求执法人员使用火器的同时必须允许他们对实际情况作出评估,以确定是否确实存在对生命的威胁。
- 虽然《关于使用武力和火器的基本原则》第9条的第一部分对执法人员不以杀死对方为直接目的而使用火器的情况(即仍然希望其行动只会导致受伤,而非死亡)作出了规定,该条最后一句话为执法人员出于杀死对方的直接目的而使用火器的情况设定了一个明确而又绝对的限制。它对这种极端情况(如绑架人质或自杀性爆炸)规定了最高的门槛,要求存在对生命的直接的、迫在眉睫的威胁。

总而言之,火器的使用必须被视为最后手段。其所涉及的风险,包括财物的损坏以及人员的(严重)受伤或死亡,以及在事后缺乏真正的补救措施,意味着它只能被用作控制特定局势的最终手段。的确,如果使用火器都不能确保合法的执法目的的实现的话,那么执法人员还能够做什么呢?因此,在使用武力和火器这一问题上,执法人员应该注意的不是下一个可供选择手段,而是能够缓解某一特定局势的策略和方法。他们应该注重交流而不是对立。

(二) 使用之前和之后的程序

正如上文中所强调的,使用火器是一种极端的手段。有关在实际使用这种武器之前执法人员所应遵守的行为规则进一步证明了这一点。《关于使用武力和火器的基本原则》第10条规定了以下这一执法人员在任何时候都必须遵守的规则:“在第9条原则规定的各种情况下,执法人员应表明其执法人员的身分并发出要使用火器的明确警告,并且留有足够时间让对方注意到该警告,除非这样做会使执法人员面临危险,或在当时情况下显然是不合适的或毫无意义的。”

这一规定直接反映了必要性原则。如果警告能够使执法对象服从执法人员的命令,那么火器的使用就不具正当性。

在使用火器之后必须遵守适用于任何使用武力行动的程序，即向在行动中受伤者提供医疗救助，并通知其家人或朋友（《关于使用武力和火器的基本原则》第5条第3款和第4款）。另外，还有适用于火器使用事件的报告和调查的具体的责任规则。

（三）有关使用火器的责任

除了适用于所有类型的武力的使用的规则（见本章第二节第四小节）之外，还存在专门适用于火器的使用的责任规则。

《关于使用武力和火器的基本原则》第11条要求执法机构“具体规定准许执法人员携带火器的各种情况并说明允许携带的火器及弹药的种类”并“规定火器的控制、储存和发放办法，包括规定程序确保执法人员对发给他们的火器和弹药负责。”

相关机构被要求“规定执法人员在执勤中使用火器后的报告制度”（《关于使用武力和火器的基本原则》第11条第6款）。

（四）对执法实践的意义

执法人员所必须遵守的与火器的使用相关的广泛的义务表明了执法任务的艰巨性，而执法人员不得不决定是否使用火器的各种情况则更增加了这种艰巨性。他们必须在瞬间决定如何对可能威胁生命的情势作出恰当的反应。这是一个极为困难的任务。它要求执法机构采取一系列预防措施，以确保每个执法人员都能够在特定的情况下作出最恰当的反应。

执法机构应制定规章条例：

- “确保只能在适当的情况下才使用火器，并尽可能避免引起不必要伤害的危险”（《关于使用武力和火器的基本原则》第11条第2款）；
- “禁止使用会引起不必要伤害或产生不必要危险的火器和弹药”（《关于使用武力和火器的基本原则》第11条第3款）；
- “规定在使用火器时应酌情发出的警告”（《关于使用武力和火器的基本原则》第11条第5款）。



与实践的融合

原则

根据《关于使用武力和火器的基本原则》第11条第5款，执法机构的操作程序应规定在使用火器之前所发出的警告的具体措辞。这种警告应符合《关于使用武力和火器的基本原则》第10条，并且应该足够清楚、准确，以便能够很容易地为警告人所理解。

在这方面的一个关键性问题就是：鸣枪是否构成恰当的警告。鸣枪可能会导致两个问题。首先，被警告人可能会将鸣枪理解为直接攻击，而非警告，并因此作出过激反应，从而导致局势的升级。其次，鸣枪射出的子弹极为危险，可能导致无辜人员严重受伤甚至死亡，因为射向天空的子弹总是会掉落下来，而其所导致的危险是不可控的。因此执法机构应该认真评估鸣枪警告的益处和风险，以决定是否允许以及在何种情况下允许执法人员采取这种警告手段。

教育和培训

执法人员必须牢记警告程序，以确保他们即使在高度紧张的情况下也能够恰当地运用这些程序。他们必须接受有关恰当评估其所面临的局势，以确定是否存在《关于使用武力和火器的基本原则》第10条中所规定的例外情况（即发出警告可能是不合适的）的培训。

需要携带火器的执法人员“只有经过使用火器的特别训练结业后才可获准携带火器”（《关于使用武力和火器的基本原则》第19条）。



与实践的融合

培训

面临可能需要其使用火器的局势的执法人员在心理上承受着巨大的压力。为了使他们能够恰当地应对这种局势，必须使他们受到尽可能现实的培训。在射击场无止境地训练是不够的。如今一个众所周知的事实就是：反复使执法人员暴露在具有挑战性的应激情境之中可以提高其在危及生命的情况

下保持冷静和维持其智力和体力的能力。很显然，这种练习不应该仅限于执法人员职业生涯的开始阶段。凡是执行可能涉及火器使用任务的执法人员都应该定期重复接受这种训练。

使用火器的责任不仅仅在于在现场执行任务的执法人员，而是取决于执法情况的复杂性。上级指挥人员有义务按照《关于使用武力和火器的基本原则》的规定采取一切必要的措施，以尊重和保护生命。

国际判例

欧洲人权法院

麦肯等诉英国 (Case of McCann and Others v. United Kingdom)

第18984/91号来文，1995年7月27日

“192. 在根据(《欧洲人权公约》)……第2条对该案进行审查时，法院必须考虑到，英国相关机构所接收到的有关在直布罗陀将发生恐怖袭击的情报使它们面临一个根本性的两难处境：一方面，它们必须履行其保护包括军事人员在内的直布罗陀居民的生命的职责；另一方面，它们必须将针对那些被怀疑构成恐怖袭击威胁的人员所使用的致命武力限制在最小限度之内，以遵守其在国内法和国际法下的义务。

194. 在此背景之下，在判断所使用的武力是否符合《公约》第2条的过程中，法院必须仔细审查……士兵所使用的武力是否与保护人们免受非法暴力侵害这一目的严格相称以及有关当局在计划和控制这一反恐行动的过程中是否将致命武力的使用减小到了最低限度(着重号为作者所加)。

199. 本案中，这4个士兵都承认他们当时所采取的策略是格杀勿论。他们认为有必要对嫌疑人持续射击，直到他们无法引爆炸弹。

200. 法院接受士兵们的说法，即他们根据其所获得的情报，……确实相信有必要对嫌疑人射击，以防止他们引爆炸弹，造成严重人员伤亡。

211. 然而，法院还必须将有关当局未能为可能出现的差错采取防范措施这一事实与其训练士兵一旦开枪之后就要持续射击，直至嫌疑人死亡这一做法联系在一起加以考虑。……在这一背景之下，有关当局有义务尊重嫌疑

人的生命权。根据这一义务，它们在将这一情报转发给那些以使用火器杀人为职业的士兵之前必须以最谨慎的态度对这种情报作出评估。

212. (这些士兵) 在这一重要方面的条件反射式行为表明他们缺乏民主社会中执法人员在使用火器时所应具有的谨慎态度——即使在对付危险的恐怖分子嫌疑人时也是如此——并且明显违反了强调警察个人在具体情况下的法律责任的有关警察使用火器的指令……有关当局在这方面的失败也表明它们在这一逮捕行动的控制和组织方面缺乏必要的谨慎态度(着重号为作者所加)。

213. 总之，鉴于有关当局在事件发生之前没有阻止嫌疑人前往直布罗陀，未能充分考虑到其对情报的评估至少在某些方面可能出现错误，并且在士兵开枪之后自动使用了致命武力，法院认为杀死这3个恐怖分子的做法并不是《公约》第2条第2款第1项意义上的……为保护他人免受非法侵犯而采取的绝对必要的使用武力的措施。”

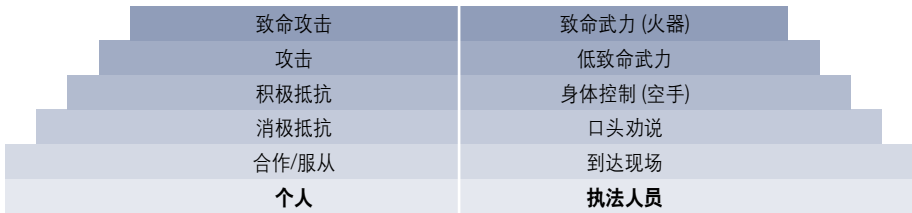
当然，以(致命)方法使用火器的后果可以被作为一个纯粹的法律问题加以处理。然而更为可取的方法是考虑这种行为对于相关执法人员个人的影响。尽管存在着有关人类如何面对压力的一般规则，但是某个人对压力所作出的具体反应还是取决于这个人的自身条件以及事件发生时的具体情况。执法机构在事件发生后向有关人员提供咨询这一事实不能减轻武力或火器的使用对执法人员在感情上所造成的影响，而恰恰是对这种事件的严重性的一种承认。

在许多国家中，执法机构在“自助小组”方面做出了成功的尝试。这些小组由那些曾经在某种场合对人员使用过火器并且自己因此在情感上受到影响的执法人员组成。他们利用自己的经历向因使用武力和火器事件而受到心理创伤的同事提供心理咨询。这些自助小组与心理学家和精神病医生等专业心理咨询人员密切合作。

四、“武力使用层级”这一概念的优缺点

世界上许多执法机构的操作程序都是建立在“武力使用层级”这一概念之上的。正如下图所示的，这一概念通常以不同的方式揭示个人的不同行为模式以及执法人员所应作出的恰当反

映。请注意，在不同的国家在其所使用的术语、层级的数目以及示意图的形式(阶梯、圆形或更为复杂的图形)方面都可能有着很大的差别。



由于这一概念具有一系列优缺点，因此有必要按照上面所提到的与武力和火器的使用有关的原则对其进行更为详细的分析。

首先，它正确地表明，在执法过程中，执法人员应根据实际情况和个人的行为做出相应反应。它还表明，对于某一特定的情势所作出的某些反应，如对消极抵抗的人使用潜在致命的武力，是不相称的。但是这一模式忽视了执法人员使用武力和火器的几个关键性的方面：

- 它没有考虑到必要性原则。对于每一种类别的行为，都必须评估对其作出反应的必要性以及对其作出非暴力或暴力程度较小的反应的可能性。即使在受到致命攻击的情况下，仍然有可能使用低致命方法应对的可能性(使用辣椒水对付持刀实施攻击的人)——当然，具体的反应总是取决于事件具体情况。
- 另一方面，该图可能会让人们觉得在任何情况下执法人员必须首先采取该图最底部所列的措施。其实不然，执法人员所应采取的措施总是取决于其所处理的事件的具体情况。
- 该图可能引发执法人员被动反应性行为，而执法人员总是应该保持对局势的控制并能够积极引导局势向正确的方向发展。
- 另外，该图没有包括缓解局势的措施，而执法人员在可能的情况下都应该尝试这种措施。
- 最后，该图没有考虑到撤退的可能性，而根据比例原则，撤退必须被包括在执法行动可选择的措施之中。

因此，“武力使用层级”存在着使复杂问题看似简单化的危险。其优点就是它有助于说明分层级反应这一理念。但是不能将

其视为一种“随时可用、适合任何情况”的工具，肯定不能将其孤立地用来解释有关武力和火器的使用的原则。

五、在公共集会上使用武力

本手册第五章已讨论了公共集会管理的某些方面。尽管如此，在这里回顾一下有关在公共集会场合使用武力和火器的一些具体原则还是有益的。

一般原则

上文(本章第二节)中所提到的有关使用武力的所有原则都适用于公共集会的管理。特别应该注意执法人员尊重和保护所有人的生命和安全的义务(见《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款；《执法人员行为守则》第2条；《关于使用武力和火器的基本原则》序言第3段和第5条以及区域性条约中的相关条款，即《非洲人权和民族权宪章》第4条和第6条；《美洲人权公约》第4条第1款、第5条第1款和第7条第1款；《阿拉伯人权宪章》第5条和第14条；以及《欧洲人权公约》第2条第1款和第5条第1款)。因此武力的使用仍然必须是最后手段(《关于使用武力和火器的基本原则》第4条和第13条)。必要性原则要求将“和平解决冲突”作为首要目标，并运用“劝说、谈判和调解方法”，以限制武力或火器的使用(《关于使用武力和火器的基本原则》第20条)。

区分合法集会与非法集会

对于合法集会(见《关于使用武力和火器的基本原则》第12条)，即完全符合国内法条款的集会，只有在其他法律授权的情况下才能够对其做出必要和相称的限制。它还意味着执法人员必须保护合法集会，如保护其免受暴力的反示威的攻击。

区分暴力集会与非暴力集会

不符合国内法条款的集会(例如没有遵守通知期限或没有获得批准的集会)也可能是以完全和平的方式举行的。因此，根据比例原则，执法人员必须在驱散这种非法集会的公共利益和采取这种措施可能导致的负面影响之间作出仔细衡量(见《关于使用

武力和火器的基本原则》第13条)。对于一个虽然是非法的，但却以和平的方式举行的集会，执法机构可能应该做出不驱散，特别是不使用武力驱散的决定，以避免不必要地造成事态升级，并导致危险的结果。这一决定并不影响在事后起诉非法集会的组织者和参与者。

如果一个原本合法的集会出现了暴力现象，那么执法人员可能会为阻止暴力而做出驱散集会的决定。然而应该指出的是，在集会中出现少数暴力抗议者并不一定会使整个集会变成暴力集会。根据必要性和比例原则，执法人员应该在决定驱散整个集会之前首先考虑处理个别暴力示威者的可能性。

火器的使用

无论如何，在公共集会场合使用火器的措施只有在暴力集会的情况下才能考虑，并且必须严格遵守有关其使用的规则，即“只有在实际上已不可能使用危险性较小的手段的情况下方可使用火器，并且只限于必要的最低限度”（《关于使用武力和火器的基本原则》第14条）。对《关于使用武力和火器的基本原则》第14条初步解读可能会使人得出一个结论，那就是它规定了可以合法使用火器的其他情况。其实不然：该条仅仅重申只有在该基本原则第9条所规定的条件下，即基本上只有在生命受到威胁的情况下，才允许使用火器。特别需要指出的是，该基本原则第14条不允许仅仅出于驱散人群的目的而使用火器或不加区分地向有暴力行为的人群开枪。

预防措施

最后，《关于使用武力和火器的基本原则》提供了一系列有助于执法人员以符合上述原则的方式处理公共集会事件的预防措施。这些措施包括提供保护性装备以及允许执法人员根据实际情况分层级使用武力的装备，包括使用使人失去活动能力的装备（第2条）、确保执法人员能够很好地理解人群行为（第20条）以及恰当选用和培训执法人员（第18条和第19条）。在涉及公共集会的场合能够向任何受伤者提供医疗救助（见《关于使用武力和火器的基本原则》第5条第3款）尤为重要。

与实践的融合

培 训

必须向监狱管理人员提供特殊体能训练，以使他们能够制服具有攻击性行为的犯人（《囚犯待遇最低限度标准规则》第54条第2款）。

六、在拘押场所使用武力

执法人员对被拘禁人员不得使用武力，“但在为维持监禁机构内部的安全和秩序确有必要时”或在“个人安全受到威胁时”除外（《关于使用武力和火器的基本原则》第15条和《囚犯待遇最低限度标准规则》第54条第1款）。

执法人员“对被拘禁或扣押人员不得使用火器，但在为了进行必要的自卫或保卫他人免遭死亡或重伤的直接威胁时，或为了阻止构成第9条原则所述危险的被拘禁或扣押人员逃跑而确有必要时除外”（《关于使用武力和火器的基本原则》第16条）。

与《关于使用武力和火器的基本原则》第14条类似，该基本原则第16条并没有规定在拘押场所使用火器的不同条件。它只是重申了在拘押场所也只能按照第9条所规定的条件和标准使用火器。

除遇特殊情况外，与囚犯直接接触的工作人员不得携带火器。此外，只有经过火器使用训练的监狱管理人员才可以配备火器（《囚犯待遇最低限度标准规则》第54条第3款）。

戒具只能用于安全、保安或医疗目的，而不得用于惩罚目的（《关于使用武力和火器的基本原则》第17条与《囚犯待遇最低限度标准规则》第33条、第34条和第35条结合起来解读）。



国际判例

美洲人权法院

内拉·阿尔及利亚等诉秘鲁案 (Case of Neira Algeria et al. v. Peru)

Series C, No. 20, 1995年1月19日

“61. 在本案中，秘鲁有责任镇压在圣胡安包蒂斯塔监狱发生的暴动，尤其考虑到该暴动并非突发事件，就更是如此。考虑到发起暴动的囚犯制作了各种不同类型的武器，挖掘了地下通道并且几乎完全控制了蓝色岗亭，这次暴动看起来是有预谋的。还应该考虑到，在共和国卫队镇压暴动的最初阶段，囚犯劫持了一名下士和两名狱卒作为人质，打伤了另外4名狱卒，并抢夺了3枝步枪和一把自动手枪，而这些武器对进入监狱镇压暴乱的部队造成了伤亡。

62. 根据多数派秘鲁议会委员会调查报告，‘尽管如此，从该行动的结果来看，政府所采取的战争手段是与其所要达到的目的是不成比例的。在19日14点30分暴动囚犯投降后所采取的爆破行动得不到符合逻辑的解释，因而不正当的。’

少数派报告也声称：‘事实证明，政府下达的命令导致了不合理的死亡人数，因而未能履行其保护生命的义务……政府使用了与当时所面临的实际危险不相称的武力，并且没有采取任何预防措施来减少镇压暴乱行动的人员生命代价’……

69. 法院认为，有事实证明岗亭是秘鲁海军部队摧毁的……议会多数派和少数派的调查报告……都认为政府在这次行动中使用了与其所要达到的目的不相称的武力。这些报告都是官方的，因此法院认为它们是相关事实的充分证据。

74. ……虽然从本判决前一部分所提供的论点来看，关押在圣胡安包蒂斯塔监狱蓝色岗亭的囚犯具有高度危险性，并且在事实上持有武器，但是法院认为这并不构成政府在这个监狱以及在其他发生暴乱的监狱中使用的这种强度的武力的正当理由。”

七、选阅书目

- Alston, Phillip, and Abresch, William, *Killings by Law Enforcement Officials: The International Human Rights Legal Framework*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
- Crawshaw, Ralph, “International Standards on the Right to Life and the Use of Force by Police,” *International Journal of Human Rights*, Vol. 3, No. 4, Winter 1999, pp. 67-91.
- Friedrich, Robert J., “Police Use of Force: Individuals, Situations, and Organizations,” *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 452 (1), November 1980, pp. 98-110.
- Jefferis, Eric, Butcher, Frederick, and Hanley, Dena, “Measuring perceptions of police use of force,” *Police Practice and Research*, Vol. 12, Issue 1, February 2011, pp. 81-96.
- Skolnick, Jerome H. and Fyfe, James J., *Above the Law: Police and the Excessive Use of Force*, Free Press, New York, 1993.
- Tomuschat, Christian, Lagrange, Evelyne, and Oeter, Stefan (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- Wright, Steve, “The role of sub-lethal weapons in human rights abuse,” *Medicine, Conflict and Survival* (17), Routledge, 2010, p. 221-233.

第八章 内容大纲

一、导论

二、有关逮捕的原则

- (一) 合法性
- (二) 必要性
- (三) 比例性
- (四) 问责性
- (五) 禁止任意逮捕
- (六) 对于执法实践的意义

三、实施逮捕

- (一) 被逮捕人的权利和逮捕程序
- (二) 逮捕和武力的使用

四、审讯

五、拘留

- (一) 背景信息
- (二) 对被拘留人的责任
- (三) 审前羁押
- (四) 拘留条件和被剥夺自由人的待遇
- (五) 拘留体制
- (六) 纪律和处罚

六、被拘留的妇女

七、少年的特殊地位

八、非法逮捕或拘留的受害者

九、红十字国际委员会在拘留领域内的工作

十、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年通过, 1969年生效)
- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效)
- 《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》(《禁止酷刑公约》1984年通过, 1987年生效)
- 《儿童权利公约》(1989年通过, 1990年生效)
- 《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》(2006年通过, 2010年生效)

非条约法

- 《囚犯待遇最低限度标准规则》(1955年通过)
- 《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》, 1985年通过)
- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》, 1985年通过)
- 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》(1988年通过)
- 《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》(1989年通过)
- 《关于律师作用的基本原则》(1990年通过)
- 《联合国保护被剥夺自由少年规则》(1990年通过)
- 《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非监禁措施的规则》(《曼谷规则》, 2010年通过)

第八章 逮捕和拘留

一、 导论

“人人有权享有生命、自由和人身安全。”

以上这一出现在《世界人权宣言》第3条中的规定反映了最古老的一项基本人权。人身自由和安全的权利在《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款以及所有区域人权条约的类似条款（《非洲人权和民族权宪章》第6条、《美洲人权公约》第7条）、《阿拉伯人权宪章》第14条和《欧洲人权公约》第5条）中得到重申。

同时，剥夺人身自由长期以来代表了国家用以打击犯罪和维护国内安全的最常用的手段。最近几个世纪以来，随着死刑和肉刑等其他惩罚形式的逐渐废除，监禁变得越来越重要。在未来，剥夺人身自由很可能仍然是行使国家主权的合法的形式之一。

因此，《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款中对剥夺人身自由的禁止与该公约对酷刑、奴隶制等的禁止不同。它不是绝对的，而是代表了一种程序上的保障。它要求缔约国通过法律准确定义在何种情况下允许剥夺自由及其所适用的程序，并且使独立的司法机构能够在行政机构或官员任意或非法剥夺他人自由时迅速采取行动。

必须牢记，剥夺自由这一措施所影响的远不止一个人的人身自由和迁徙自由。对自由的剥夺还会完全打乱一个人及其家人的日常生活。它还会以这种或那种方式在不同程度上影响一个人的几乎所有人权：家庭生活权、工作权和从事某种职业的权利、集会自由、知情权、受教育权、信奉宗教的权利等等。因此逮捕或拘留是一种展示国家权威和权力的最为严肃的方式；这种权力需要受到法律的严格规制，并且执法人员在行使这些权力时必须完全遵守可适用的国际法律和标准。

定义

不同的国家有关何时一个人可以被认为是“被逮捕”以及何时可以被认为是“被拘留”的界定各不相同。在一些国家中，

要求一个人出示身份证件已经被认为是逮捕了；而在另一些国家中，逮捕意味着根据法律规定的逮捕理由正式禁止一个人离开(与此相对照的是为了诸如维持公共秩序或处理重大事故等其他执法目的而将人们限制在某个特定区域的做法)。在一些国家，“拘留”始于用警察运送被逮捕者之时。而在另一些国家，这只能被视为“逮捕”，而“拘留”则始于将某个人关押在警察局或其他关押场所的决定做出之时。

不管国内法对逮捕和拘留做出何种界定，从国际人权法的角度来看，在逮捕和拘留的每个阶段都必须遵守某些程序，并尊重个人的权利。

在本手册中，我将使用《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》中对以下这些概念的定义(见该《原则》中“用语”部分)：

- “逮捕”是指因指控的罪行或根据当局的行为扣押某人的行为；²⁰
- “被拘留人”是指除因定罪以外被剥夺人身自由的任何人(不管是否与刑事司法程序相关，如审前关押或出于保护精神病人或醉酒者等目的而实施的拘留)；
- “被监禁人”是指因定罪而被剥夺人身自由的任何人；
- “拘留”是指上述被拘留人的状况；
- “监禁”是指上述被监禁人的状况；
- “司法当局或其他当局”一语是指根据法律其地位及任期能够最有力地保证其称职、公正和独立的司法当局或其他当局。

二、有关逮捕的原则

在某些特定的情况下，实施法律和维持公共秩序的任务可能会导致执法人员与某些社会成员的对立。为了维持法律和秩序，

²⁰ 值得注意的是，大多数国内法都规定了“由公民实施的逮捕”。这是指在特定情况下，如在犯罪的实施过程中由非国家工作人员的公民所实施的逮捕。但是在这种情况下实施逮捕的公民不能成为执法人员，也不以官方身份行事。在逮捕者和被逮捕者之间的关系仍然只受民法和刑法，而非人权法的调整。因此本章中有关国际人权法的规则和标准的讨论不涵盖“由公民实施的逮捕”。

执法人员在必要时不仅有责任，而且有权力强制实施其所服务的国家的法律。在大多数国家，执法人员具有实施逮捕和拘留的自由裁量权；并且在必要时可在具体的执法活动中行使这些权力。法律通常会使用诸如“可以逮捕或拘留”以及“可以被逮捕”等表述，而很少使用“必须逮捕”或“应该被逮捕”等表述。

在行使其自由裁量权时，执法人员应该牢记逮捕对于一个人的生活所造成的严重后果——这些后果在上文中已作概述。特别是，他们应该对合法性、必要性、比例性和问责性原则表示出最大的尊重。如果他们不能完全遵守这些原则的话，那么他们的行为就可能对整个社会结构产生消极影响。的确，在人们对国家制度的信任已经产生危机的情况下，将逮捕作为压制措施加以滥用的做法会加剧已经存在的社会对立。它会导致或加剧所有受到任意逮捕的人、他们的家人以及整个社会对执法机构的仇视。

(一) 合法性

“除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由”（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款）。

这一规定表明，逮捕的理由和程序都必须由国家的法律所规定，并且应完全符合国家标准。如果执法机构逮捕某个人的理由在国内法中没有明确规定或者是违背国内法的，那么它就违反了合法性原则。

逮捕的理由通常包括：

- 有管辖权的法庭判定某人有罪；
- 由于某人不遵守法院合法的命令或为了保证法律所规定的任何义务的履行而发布的命令；
- 为了将根据合理理由被怀疑实施犯罪的人送交有管辖权的法律当局。在这方面，必须牢记每个人“在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪”（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款）。因此，为了证明逮捕的正当性，执法人员虽然不需要拥有能够证明被逮捕人有罪的确凿的证据，但是必须有合理的理由相信被逮捕的人确实实施了犯罪。这种合理理由不能仅仅是负责调查犯罪的执法人员的“直觉”，而必须是能够被客观地核实的事实和证据。



国际判例

欧洲人权法院

西莫弗洛斯诉俄罗斯案 (Case of Shimovolos v. Russia)

第30194/09号来文，2011年6月21日

“53. 在这方面重要的是申诉者并没有涉嫌“实施犯罪”。按照政府的说法，逮捕他是为了防止他实施‘极端性质的犯罪’……法院因此将审查对申诉人的逮捕是否可以被看作是《欧洲人权公约》第5条第1款(c)项意义上的‘合理地认为是为防止他实施犯罪所必须的’措施。

54. ……在这方面，法院重申，《欧洲人权公约》第5条第1款(c)项并不允许针对被政府当局正确或错误地认为是危险的或具有非法行为倾向的某个人或某一类人采取一般性预防政策。它仅仅为缔约国提供了一种预防具体和明确的犯罪的手段……

56. 在电传中所提到的对申诉人的唯一具体的怀疑就是他可能携带极端主义书刊……但是政府未能提供任何可以使一个客观的观察者相信这种怀疑‘合理’的事实或情报。法院担心地指出，这种怀疑仅仅是建立在申诉人是某个人权组织的成员这一事实之上的。法院认为，在任何情况下这种成员身份都不能成为能够证明逮捕正当性的充分理由。另外，根据负责押送他的警察的证言，由于申诉人根本就没有携带任何行李，因此这种怀疑被证明是没有根据的……法院从上述事实得出结论：对申诉人的逮捕不能被认为是《欧洲人权公约》第5条第1款(c)项意义上的‘可以被合理地认为是为防止其实施犯罪所必需的’。

57. 法院由此得出结论，对申诉人的逮捕并不是建立在第5条第1款所规定的合法目的之上的，因而是任意的。”

以上是国内法律制度中常见的逮捕理由，它们在不同国家中会有变化。除此之外，大多数国家的国内法还规定了许多其他逮捕理由(如保护醉酒者不受伤害、照顾未成年人、防止传染病扩散、处理非法入境者)。但是必须指出的是，这些法律及其适用应该能够被证明是出于维护公共秩序和安全等合法目的，并且不能带有歧视性。

大多数国家中都会区分根据逮捕令实施的逮捕和在没有逮捕令的情况下实施的逮捕。逮捕令是司法机构根据警察和/或检察

官的请求签发的。法官根据后者所提供的证据评估逮捕请求的合法性、必要性和比例性，然后决定是否签发逮捕令。在逮捕令签发之后，负责逮捕的执法人员就必须按照逮捕令实施逮捕。

在有些国家，执法人员可以在没有逮捕令的情况下逮捕与一些特定的犯罪有关的人员；在另一些国家，无需逮捕令的逮捕仅限于一些特殊情况。通常认为在以下情况两种情况下执法人员无需逮捕令就可以实施逮捕：

- 对于当场抓获的犯罪，即在犯罪现场发现的正在实施犯罪或刚刚实施完犯罪的人（他们经常被称为“被发现正在实施犯罪”的人或现行犯（*flagrante delicto*））；
- 具体情况不允许等待法院签发逮捕令后再实施逮捕，如犯罪嫌疑人可能逃脱法律的制裁，或者将会实施犯罪。

在没有逮捕令而又不符合国内法规定的情况下实施的逮捕违反了合法性原则，因而是非法逮捕。

（二）必要性

从技术上说，任何违反刑法的行为或（在《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》中所称的）“被指控的违法行为”都可以导致对这些行为负有责任的人的逮捕。但是在执法实践中，并不是每一个被指控的违法行为都会自动地导致（或应该自动地导致）对这些行为负有责任的人的逮捕。有许多因素可以影响是否实施逮捕这一决定的作出。

在执法人员就是否实施逮捕这一问题行使自由裁量权的情况下，有关的执法人员的素质和经验（即能力）也会不可避免对这些情况的结果产生影响。

在实践中，执法人员必须决定在其所面临的情况下是需要实施逮捕，还是可以采取限制性较小的方法来达到其目的。

例如，在调查一起犯罪的时候，可能需要实施逮捕以确保对犯罪的有效调查，即防止嫌疑人销毁证据、影响证人或试图逃避法律的制裁。但是在这种情况下如果及时收集证据、讯问证人或扣押嫌疑人的护照的话，可能就没有必要实施逮捕了——条件是这些措施可能能够达到其目的，即防止嫌疑人影响或妨碍对犯罪的调查。

嫌疑人的行为可能会影响有关是否对其实施逮捕的决定。例如，如果嫌疑人到警察局投案自首，这可能（但不一定）会使人们

得出他不会试图逃避调查和审判的结论。在这种情况下逮捕可能是不必要的。在这方面，嫌疑人所涉嫌的罪行以及因此可能会面临的判决的严重程度也可能影响这一决定。如一个可能会被判处无期徒刑的嫌疑人，其逃避审判的可能性（因此对其实施逮捕的必要性）要大于可能只被判处罚金或缓刑的嫌疑人。

必要性原则还涉及逮捕实施的方式。例如，执法人员应该考虑是真的有必要在深夜实施逮捕，还是可以等到第二天早晨再实施抓捕。一些国家甚至规定了实施逮捕的通常时间，以及在何种情况下可以不遵守这一逮捕时间。对于一个人来说，遭到逮捕往往会使其名声遭到很大破坏，即使他后来被证明是无辜的，也不能消除这种影响。因此，执法人员应该对实际情况进行评估，以便在逮捕时尽量不要引起公众不必要的关注（例如，尽可能避免在嫌疑人的工作场所对其实施逮捕，因为即使他们在后来被判定无罪，这也可能导致他们失去工作）。

（三）比例性

逮捕应该与其所要达到的目的相称。换言之，逮捕对嫌疑人所造成的后果必须与其所涉嫌实施的犯罪的严重程度相称。

国内立法通常只允许在涉及达到某种严重程度的犯罪，而非轻微违法行为（如某些交通违反行为）的案件中对嫌疑人实施逮捕，并规定了对逮捕的比例性的初步评估。

尽管如此，在对个案的评估过程中，执法人员还是必须考虑逮捕的比例性问题。在这种评估过程中，应该考虑到逮捕不仅会影响人身自由和迁徙自由，而且在具体的情况下还可能影响几乎所有其他个人权利，包括家庭生活权、从事某种职业的权利、受教育权、隐私权等等。如果这种评估的结果是逮捕的消极影响压倒实施逮捕的理由（如逮捕一个涉嫌犯有轻罪的有三个幼儿的单身母亲会导致这三个幼儿被送到国家监护机构，而这样做会给他们造成心理创伤），那么执法机构可能就应该做出不实施逮捕的决定。

如果逮捕的目的是为了防止嫌疑人再次实施犯罪，那么也需要对逮捕的比例性作出评估。如果有合理理由相信一个嫌疑人可能会实施同样的或者另一种严重的罪行（如在家庭暴力案件中对受害人实施进一步严重的身体伤害），那么与另一个仅仅在醉酒之后侮辱他人的嫌疑人相比，逮捕他的理由就更为充分。

(四) 问责性

有关逮捕所应该遵守的程序的国际规则 and 标准以及国内法规定都寻求确保执法人员对逮捕行为负责，以保护相关人员（犯罪嫌疑人、他们的家人以及受害者）的权利。这意味着执法人员必须解释逮捕理由以及在逮捕时和逮捕之后所遵守程序，并证明其正当性。

因此，任何被逮捕或拘留的人都应被给予“得到司法当局或其他当局审问的有效机会”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第11条）并且“有权随时按照国内立法向司法或其他当局提起诉讼”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第32条），以便其决定拘禁他是否合法，并且如果拘禁不合法时命令予以释放（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第4款）——以上这一权利被称为人身保护令。

另外，“逮捕、拘留某人或调查该案的当局只应行使法律授予他们的权力，此项权力的行使应受司法当局或其他当局的复核”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第9条）。

这些规则不仅涉及合法程序和对司法保障的遵守，而且还是预防强迫失踪、法外处决和酷刑的一种手段。这也是为什么《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第17条第2款第6项将人身保护令的适用范围扩展至受害者的亲属以及其他有合法利益的人，并要求每个缔约国在其立法中确保：

“……任何被剥夺自由的人，或在怀疑发生强迫失踪的情况下，由于被剥夺自由的人无法行使这项权利，任何有合法利益的人，如被剥夺自由人的家属、他们的代表或律师，在任何情况下都有权向法院提起诉讼，以便法院立即对剥夺其自由是否合法作出裁决，如果剥夺自由不合法，则应下令释放。”

执法人员应该迅速将因被指控犯罪而被逮捕或拘留的人带见“审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员”（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款）。大多数国家都规定了被逮捕者在被提交司法机构之前所能够被关押的最长时期。这一期限在大多数国家中通常为24小时；在另一些国家中可能是48小时。虽然在这方面没有固定的国际标准，但是在界定《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款中的“迅速”一词时应遵守必要性和比例原则。在这一意义上，“必要性”意味着必须有可以接受的理由来解释为什么没有及时将被逮捕人移交司法机构

(如考虑到正在进行中的调查活动)。另外，考虑到这一权利的根本性，这种拖延不应该是过分的。因此国内法所允许的拖延不得超过数天(见人权事务委员会有关《公民权利和政治权利国际公约》第9条的第8号一般性意见)。

本章第三节包含了对有关逮捕程序的国际规则和标准的更详细的介绍。

(五) 禁止任意逮捕

“任何人不得加以任意逮捕和拘留。”(《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款)

这一禁止任意性的规定代表了对剥夺自由的另一个限制。这一禁止既是针对国内立法机构的，也是针对执法机构的。仅仅由法律规定对自由的剥夺是不够的。法律本身以及在特定情况下法律实施都不能是任意的。在这一意义上，“任意”一词应该理解为包含了不公正、不可预测、不合理、反复无常和不相称等因素。

应该广义地解释这一对任意性的禁止。法律所规定的剥夺自由的情况不能是明显地不适度的、不公正的或不可预测的。实施逮捕的具体的方法绝不能带有歧视性，并且从当时的情况来看必须是正当的、恰当的和相称的。



国际判例

人权事务委员会

马基斯·德莫雷诉安哥拉案 (Case of Marques de Morais v. Angola)

CCPR/C/83/D/1128/2002, 2005年4月18日

“根据委员会一贯的案例法，不能将“任意性”这一概念等同于“违法性”，而是应该对其作更为宽泛的解释，使其包括不恰当性、不公正性、不可预测性和不符合正当法律程序等因素。这意味着在任何情况下待审关押都不仅应该是合法的，而且还应该是合理和必要的，如为了防止嫌疑人逃跑、干扰证据的收集或再次犯罪。但是在本案中政府当局没有援引以上因素。委员会指出，不管相关的刑事程序规则如何，来文者是由于受到诽谤罪的指控而被逮捕的，虽然在逮捕时警方并没有透露这一逮捕理由。虽然根据安哥拉法律诽谤构成犯罪，但是这并不能证明政府动用20名武装警察用枪口对着申

诉人对他实施逮捕，以及将其拘留40天，包括在外界隔离地方关押10天的做法的正当性。委员会得出结论：在本案的情况下，对来文者的逮捕和拘留既不是合理的，也不是必要的，而是——至少在某种程度上——带有惩罚性质的。因此它是违反《公约》第9条第1款的任意的逮捕。”

任意逮捕也为《非洲人权和民族权宪章》(第6条)、《美洲人权公约》(第7条第1款至第3款)和《阿拉伯人权宪章》(第14条第1款)所禁止。《欧洲人权公约》(第5条第1款)规定了在哪些具体情况下可以剥夺一个人的自由。

执法人员在实施逮捕时的个人行为决定在每个具体的情况下的逮捕是否为任意的。每个执法人员都应具有保障平等和预防歧视的能力，并负有确保依法尊重每个被逮捕人的权利的责任。

(六) 对执法实践的意义

根据合法性、必要性原则以及禁止任意性原则，执法人员在实施逮捕时的行为应满足一定的要求。这些要求包括了解在可能导致对自由的剥夺的特定的情况和条件下所应遵守的法律和程序。《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定：“逮捕、拘留或监禁只能由合格的执法人员或经授权的其他人员严格按照法律的规定来实施”(第2条)。



与实践的融合

培 训

《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第2条中的“合格”有双重含义。一方面它仅意味着“被授权的”，即具有实施逮捕、拘留和监禁的法律权力。而另一方面，它也指执法人员的个人技能，包括在实施逮捕时的精神和身体能力以及态度。为使逮捕行动符合合法性、必要性和非任意性等各项要求，仅仅知道适用哪些法律是远远不够的。执法人员只有在经过训练并且积累了一定经验之后才有能力区分各种具体情况并且根据他们所面临的每个具体情况作出相应的反应。

三、实施逮捕

(一) 被逮捕人的权利和逮捕程序

虽然因涉嫌犯罪而被逮捕的人的权利已在第四章第二节第一小节中做了解释了，但在这里还是有必要总结一下在实施逮捕——不管是基于犯罪嫌疑还是其他原因的逮捕——时所应该遵守的规则和程序。

在实施逮捕时执法人员必须履行以下职责：

- 告知被逮捕人逮捕的理由，并且——如果他是因涉嫌犯罪而被逮捕的——告知其所受到的指控（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第2款，《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第10条）；
- 迅速告知被逮捕人其所享有的权利以及行使这些权利的方式（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第13条）；
- 妥善记录逮捕理由、逮捕的时间和解送被逮捕人前往看守所的时间以及其首次在司法当局或其他当局出庭的时间、有关的执法官员的身份以及关于看守地点的确切资料并以法定格式将这种记录通知被拘留人或其律师（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第12条）；
- 迅速将被逮捕人带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，以决定逮捕的合法性和必要性（《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款；《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第11条和第37条）。另外，被逮捕人“有权随时按照国内立法向司法或其他当局提起诉讼，对其拘留的合法性提出异议，以便在拘留非法的情况下使其获得立即释放”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第32条）；
- 迅速向被逮捕人提供获得律师帮助的机会，并为其与其律师联络提供充分的机会（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第17条；《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第2项）；应在最迟48小时之内向被逮捕人提供与其律师联络的机会（《关于律师作用的基本原则》第7条）；

- 确保被逮捕人能够与其律师联络并有“充足的时间和便利”“在既不被搁延又不受检查以及在充分保密的情形下”与其律师磋商；“与其法律顾问的会见可在执法人员视线范围内但听力范围外进行”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第18条）；
- 允许被逮捕人“将其被逮捕、拘留或监禁一事通知或要求主管当局通知其家属或其所选择的其他适当的人”，如果被逮捕人是外国人的话，包括通知其本国的领事馆或外交使团。被逮捕人每次从一个拘留处所转移到另一个处所后，都有权再次行使这一权利（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第16条）；
- 确保任何被逮捕的人立即由医生进行检查，并将这种检查作为一种常规程序（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第24条和第26条）；
- 在逮捕过程中和逮捕之后不对被逮捕人实施酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚（《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》；《公民权利和政治权利国际公约》第7条；《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第6条）。

国际判例

人权事务委员会

卡尔达斯诉乌拉圭案 (Case of Caldas v. Uruguay)

UN Doc. Supp. No. 40 (A/38/40) at 192, 2006年7月21日

“13.2. 关于来文者有关其丈夫没有被恰当告知其被逮捕理由的论点，委员会认为，《公约》*第9条第2款要求充分告知任何被逮捕人其被逮捕的理由，以使在其认为这种理由不成立或无根据时能够立即采取步骤确保自己得到释放。委员会认为，仅仅告诉阿多尔福·德雷舍尔·卡尔达斯 (Adolfo Drescher Caldas) 他被依据即时安全措施逮捕，而不透露他所受到的指控的实质性内容的做法是不够的。

13.3 委员会指出，在逮捕之后将被逮捕人关押在与外界隔绝的场所6个星期之久的做法不仅不符合《公约》第10条第1款所规定的人道待遇标准，

而且还在关键阶段剥夺了被逮捕人根据《公约》第14条第3款第2项中所享有的与其所选择的律师联络的机会，因而也就剥夺了他准备自己辩护所需的一个最为重要的条件。”

* 《公民权利和政治权利国际公约》。

最后应该强调的是，根据《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》，政府有责任确保对所有参与逮捕、拘留、关押和监禁的官员以及对那些被授权使用武力和火器的人员的严格监控(包括建立明确的命令链)。负责指挥和监督的警官有责任确保必要的控制措施和命令链都已到位，以防止在逮捕和/或拘留过程中的法外处决行为。

与实践的融合

原则

一个好的执法实践的例子就是印制并散发有关被逮捕人权利的传单。在许多国家中，执法机构用多种语言来编写这种传单，以确保所有人都能看懂。当有关人员被警察关押时，他们就会得到以他们所能够看得懂的语言编写的传单。这些传单向他们解释他们所享有的权利以及如何行使这些权利。

(二) 逮捕和武力的使用

在实施逮捕时，执法人员可能会遭到被逮捕人的反抗，因而不得不决定是否以及在多大程度上使用武力。在这种情况下，在本手册(第七章)中所讨论过的所有有关武力和火器的使用的原则都适用。

执法人员必须首先尝试使用非暴力手段缓解紧张局势，并通过劝说的方法使被逮捕人服从命令。武力只能被用作最后手段，即只有在所有其他方法都已失败，或者从一开始看上去注定要失败的情况下才能使用。在这种情况下应该逐渐增加所使用的武力的强度。

在这方面应该牢记的是，执法人员对待被逮捕人的态度可能会直接决定后者是否服从前者的命令。如果执法人员的态度让被逮捕人感到他将会受到充分尊重其人权的合法对待，那么他作出抵抗和暴力反应的可能性就相对较小；而如果被逮捕人担心一旦自己落入政府当局之手就会受到虐待的话，那么他作出抵抗和暴力反应的可能性就相对较大。考虑到这种可以理解的担心，显然不能轻易地将抗拒逮捕的行为解释为能够证明其有罪的迹象。

只有在《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条所规定的情况下才可以考虑使用火器。特别是为逮捕目的而使用火器的做法仅适用于那些对他人的生命构成威胁的人（见《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条：一个“构成此类危险”的人）。在这方面，最优先考虑的应该是保护无辜群众。如果只有在使用一定程度的武力才能实现逮捕某个人的目的，并且使用这种武力所造成的损害明显大于逮捕所要保护的合法利益，那么比例原则要求执法人员放弃逮捕——虽然这一选择似乎难以让人接受。《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条明确表达了以下这一要求：只有当所要逮捕的人威胁他人生命的情况下，为了逮捕的目的而使用火器，即使用达到足以威胁人的生命的程度的武力的做法才可以被接受（即符合比例原则）（详见第七章）。

与实践的融合

培 训

日常执法工作的挑战之一就是执法人员往往会面临需要他们几乎是即刻地和下意识地作出实施逮捕决定的情况。在这种情况下，执法人员很难正确判断相关人员是危险的罪犯、醉酒者、精神病人、听不懂别人对其所说的话的外国人，还是能够和愿意服从执法人员的命令的有理性的人。由于这种决定必须在一瞬间作出，因此用于准备的时间往往很有限。为了确保执法人员能够对这些情况作出恰当反应，就必须通过定期培训使他们熟悉执法过程中可能面临的各种情况，并提高他们迅速评估其所面临的情况并作出恰当选择的能力。

在允许执法人员制定恰当的逮捕计划，特别是在所要逮捕的人被认为是危险的，或者至少可能抗拒逮捕的情况下，最重要的就是预料到各种可能发生的情况，考虑到逮捕的地点（是否容易进入、可能对无辜群众带来的危险、所要逮捕的人逃跑的可能性等等）以及嫌疑人可能会对逮捕行动作出的反应（如投降、逃跑、使用暴力、将无辜群众置于危险之中、甚至绑架人质）。在此基础上，他们必须就实施逮捕的执法人员的人数和类型、是否携带保护性装备、克服抵抗的各种方法、以及保护无辜群众的预防性措施等问题作出选择。所有这些措施都应该力图避免武力的使用，并尽可能防止事态恶化。这种计划工作做得越周详，所采取的预防性措施越全面，使用武力的必要性以及危及所有相关人员（执法人员、无辜群众和所要逮捕的人）的生命和身体完整性的可能性就越小。



与实践的融合

原则和培训

许多国家的执法机构都有专门执行危险和困难的抓捕任务的分队或小组。这些分队或小组由一些经过专门挑选和训练的执法人员组成。他们所执行的任务不是每个执法人员都能够“胜任”的。在部署这种分队，尤其是在准备其行动时，应该采取极其谨慎的态度。对这些执法人员培训的目的是尽量减少损害以及保护和挽救生命。执法机构还应该配备有受到特殊培训的、能够缓解局势并最终通过劝说和对话的方式解决危机局势，避免使用武力的“谈判专家”。

四、审讯

有关审讯犯罪嫌疑人的关键性原则已经在第四章第三节第二小节中讨论过了。尽管如此，在这里仍然有必要回顾一下审讯犯罪嫌疑人工作的一些基本的方面：

- 无罪推定（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款）；
- 不被迫自证其罪或承认犯罪的权利（《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第7项）；

- 对酷刑和其他形式的虐待的禁止适用于受到任何形式的拘禁或监禁的所有人（《公民权利和政治权利国际公约》第7条；《禁止酷刑公约》；《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第6条）；
- 另外，《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》还禁止“不当利用被拘留人或被监禁人的处境而进行逼供，或迫使其以其他方式认罪，或作出不利于他人的证言”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第21条第1款）；
- 禁止使用损害被关押人判断力的暴力、威胁或审问方法（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第21条第2款）。

关于实际审讯工作，（除上文中所引用的要求之外）《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第23条第1款还要求以法定格式记录和核证以下信息：

- “审问的持续时间”；
- “两次审问的间隔时间”；
- “进行审问的官员的身份”；
- “其他在场人员的身份”。

应向被拘留人或被监禁人或他们的律师提供以上信息（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第23条第2款）。“在确定是否采纳不利于被拘留人或被监禁人的证据时应当考虑”任何不符合以上原则取证情形（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第27条）。



与实践的融合

原则和培训

《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》要求缔约国“经常审查审讯规则、指示、方法、作法和安排”（第11条），并确保“在对可能参与拘留、审讯或处理遭到任何形式的逮捕、扣押或监禁的人的”所有人员“的训练中，要充分进行关于禁止酷刑的教育和宣传”。

本手册第四章第三节第二小节提供了有关审讯问题的进一步信息。

五、拘留

(一) 背景信息

正如上文中所提到的，剥夺人身自由是国家用以打击犯罪和维持公共秩序的最常用和最持久的手段。国际法为确保各国合法和非任意地使用这一手段提供了充分的规则和指南，从而保障了一系列其他权利。任何被剥夺了自由的人都有权受到法律的保护，法律应确保他们受到人道的和尊重其内在的人格尊严以及身体和道德完整性的待遇。

很明显，在这方面仅仅采取立法措施是不够的。那些负责管理任何被拘留或监禁的人的国家工作人员（主要是执法人员）必须受到专门的训练和指导，以使它们能令人满意地履行其职责。

即使在相对和平和稳定的局势下，被关押人和被监禁人也经常受到虐待、酷刑、强迫或非自愿失踪以及即决或任意处决。当法律和秩序状况恶化或崩溃并发展成为动乱和紧张局势，甚至进一步发展成为非国际性或国际性武装冲突时，被拘留和监禁的人的数量往往就会大量增加。

由于认识到保障受到任何形式的拘留或监禁的人的人权（那些明显为实施关押所必需的限制除外）的需要，联合国在《公民权利和政治权利国际公约》的相关条款的基础上又制定了一系列文件。

这些文件的目的是不仅是保障这些人的人权，而且还要保障这些人成功的改造和社会康复。实现这些目标的前提条件是监狱系统的质量——包括其基础设施、人员以及其在在司法行政系统中的地位——必须到达一定的水平。这些要求自然也延伸到那些执行与囚犯和被拘留人有关的任务和职责的执法人员。

各种有关拘留的人权文件都将那些已被判定犯有某种罪行的人与那些等待审判的人区分开。前者被称为“囚犯”，而后者则被称为“被拘留人”。然而，这一区分并不在所有文件中都统一适用。同时适用于上面所提到的两类人的《囚犯待遇最低限度标准规则》只使用了“囚犯”一词，并将其分为“已定罪”和“未定罪”的囚犯。不管使用什么术语，区别“已定罪”的人和“未

定罪”的人是非常重要的，因为这两类人所享有的权利以及有关其待遇的规则都是不一样的。

在世界各国，有许多不同场所被用来关押不同类型的被关押人。在大多数国家，由警察局实施的拘留通常被理解为短期的拘留。这种拘留通常在司法机构做出在刑事调查期间将被拘留人移送监狱待审关押的决定后结束；而在另一些情况下则持续到刑事调查进行到可以做出是否起诉的决定为止。一旦起诉，被指控人或者被释放，或者被移送到监狱——有时甚至是专门的还押监狱——等待审判，并且在整个审判期间都被关押在那里。

在实践中，嫌疑人可能会在警察局被关押很长时间，有时甚至超过了法律所规定的期限。造成这种情况的原因很多，包括诸如缺乏足够的燃料将被关押人移送至法院或监狱等后勤方面的障碍、在执法机构、公诉机关和司法机构之间缺乏协调、由公诉或执法机构故意或疏忽所导致的程序过分拖延等等。所有这些都对警察局造成很大的压力，因为它们通常不具备长期关押大量人员的设施。其后果通常是过分拥挤、卫生条件恶化以及食品、水和医疗服务的短缺。因此，应该通过尽快作出取保候审或移送还押监狱的决定来防止在警察局长期拘留的情况。

负责管理拘留设施的机构也不尽相同。在大多数情况下，警察机构仅负责看管被拘留在警察局或派出所的人员，而监狱则由与警察机构分开的、甚至属于不同的部（如司法部）管辖的监狱管理部门负责。但是警察往往还会负责监狱的外部安全。在其他国家，警察部门甚至负责对监狱，至少某些要求高度安全措施的监狱的监督。然而，本章中所提到的国际规则 and 标准适用于所有的拘留设施，而不管其是由谁负责管理的。

（二）对被拘留人的责任

国家对于犯罪所能够作出的反应的范围很广。国家决定对何种案件和犯罪而言，剥夺自由是一种适当的反应。如果一个国家决定对犯罪的恰当反应就是剥夺那些被判定实施犯罪的人的自由，或者——作为预防措施——剥夺那些被怀疑实施了犯罪的人的自由，那么它也应该对这些人的命运及其权利的保护负责。这一责任明确要求国家提供人道的拘留条件（见本章第五节第四小节）并且——同样重要的是——对那些被剥夺自由的人及其福利负责。为确保相关当局对被其关押的所有人完全负责，以防止失

踪，《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第17条规定了一系列保障措施(见下面的这个文本框)。

《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第17条第3款

“各缔约国应保证编制并维持一份或数份被剥夺自由者的最新官方登记册和/或记录，并在收到要求时，及时将之提供给有关缔约国在这方面有法律授权的任何司法或其他主管机关或机构，或该国已加入的任何相关国际法律文件所授权的司法或其他主管机关或机构。登记册中收入的资料至少应包括以下内容：

- (一) 被剥夺自由者的身份；
- (二) 被剥夺自由的人收监的日期、时间和地点，以及剥夺此人自由的机关；
- (三) 下令剥夺自由的机关及剥夺自由的理由；
- (四) 负责监管剥夺自由的机关；
- (五) 剥夺自由的地点、收押日期和时间，以及剥夺自由地点的负责机关；
- (六) 被剥夺自由者健康的主要情况；
- (七) 若在剥夺自由期间死亡，死亡的情况和死因，以及遗体的下落；
- (八) 释放或转移到另一羁押地点的日期和时间、目的地，及负责转移的机关。”

(三) 审前羁押

执法机构可以为了刑事调查的目的，如为了防止犯罪嫌疑人逃脱法律制裁、销毁证据或影响证人而剥夺未被定罪者的自由。它们还可以为了防止嫌疑人继续犯罪或保护罪行受害者而采取这种措施。

在这种情况下，执法人员需要提供合理理由(合法性原则)解释为什么为了实现前一段中所提到的目的而需要剥夺相关人员自由以及为什么这些目的无法通过其他方法实现。审前羁押应该是一种非常措施，执法人员在通常情况下应该首先考虑其他可能性(必要性原则)。在大多数国家，在这方面的一种可能性就是取保候审(例如由另一个人——通常通过抵押一定数额的现金的方式——担保嫌疑人将会出庭受审)。国内立法一般会规定取保候审适用于哪些犯罪。在涉及轻罪的案件中，取保候审是强制性

的或者至少是通常的做法，而在涉及诸如谋杀或强奸等更为严重的犯罪的案件中，取保候审则是法律所不允许的（比例原则）。根据不同国家的国内法，决定是否允许取保候审的权力可以由执法或司法机构行使。但是无论如何，这一决定必须受到司法控制（问责性原则）。

国际判例

欧洲人权法院

内拉提尼诉希腊案 (Case of Nerattini v. Greece)

第43529/07号来文，2008年12月18日

“38. 法院还要强调，根据第5条第3款，相关当局在决定是释放还是拘留一个人的时候有义务考虑确保嫌疑人出庭受审的替代性措施……”

39. 最后，法院不能忽视以下这一事实：萨摩斯刑事法院起诉厅在其最后作出的准予申诉人取保候审的第5/2008号决定中考虑到了申诉人在萨摩斯有已知的住所、他在希腊有家庭和财产、他从来没有当过逃犯、以及他的犯罪记录以及社会和职业地位这些事实，并得出了他在被释放后不大可能继续犯罪的结论。但是以上这一结论在申诉人被逮捕的那一天就是成立的，而且在申诉人被拘留期间相关当局也没有发现任何其他新的考虑因素……”

40. 考虑到以上这些情况，法院认为对申诉人所采取的待审拘留的措施是不合理和不正当的，因而是违反《公约》*第5条第3款的规定的。”

*《欧洲人权公约》(见第二章第五节第六小节第一项)。

审前羁押的期限不得超过必要的范围。例如，如果拘留的目的是防止嫌疑人销毁证据，那么一旦调查工作完成，并且所有证据都已收集，那么就on应该释放被拘留人——除非还存在拘留他的其他正当理由。另外，在根据比例原则评估审前羁押的合法性，特别是这种拘留的长度的时候，还应该考虑到实施所调查的犯罪的人所可能被判处的最高刑期。

(四) 拘留条件和被剥夺自由人的待遇

《公民权利和政治权利国际公约》第10条第1款规定：“所有被剥夺自由的人都应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。”

相关的文书没有提供有关“人道待遇”的准确的法律定义，但是拘留条件和被拘留人的待遇应该遵守国际标准和规范，包括对酷刑和无人道或有辱人格的待遇的禁止。具体被禁止的待遇包括：

- “体罚、暗室禁闭和一切残忍、无人道或有辱人格的惩罚”（《囚犯待遇最低标准规则》第31条）；
- “铁链或脚铐不得用作戒具”（《囚犯待遇最低标准规则》第33条）
- 在任何情况下戒具永远不得作为惩罚用具，而只能用于安全目的（《囚犯待遇最低标准规则》第33条）。

拘留条件本身不得构成酷刑和无人道或有辱人格的待遇。相关当局必须规定基本的拘留条件（食物、水、卫生设施、医疗服务、空间、衣服、保护其免受与气候相关的危害、照明和新鲜空气以及与他人联络的机会），以确保被拘留人不会仅仅因为被剥夺自由而导致健康状况的恶化（有关惩罚措施，见《囚犯待遇最低标准规则》第32条）。



国际判例

非洲人权和民族权委员会

阿勒克·班达诉马拉维案和奥尔顿和维拉·奇尔瓦诉马拉维案

(Cases of Aleke Banda (64/92) and Orton and Vera Chirwa (68/92 and 78/92) v. Malawi), 1995年3月22日

“《非洲人权和民族权宪章》第5条规定：

禁止任何形式的……酷刑和无人道或有辱人格的惩罚和待遇。

在马拉维监狱中拥挤的关押条件和对囚犯殴打和施加酷刑的做法违反了以上这条规定。奥尔顿和维拉·奇尔瓦所受到的待遇，如过分的单独监禁、在囚室中带镣铐、极差的食物质量以及拒绝提供恰当的医疗服务，也违反了这一条款。”

正如上文所指出的,《囚犯待遇最低标准规则》是规定了囚犯待遇和刑罚执行机关管理方面的良好实践的一个基本文书。

该文书分为两个部分:

第一部分:一般适用的规则;

第二部分:对特种囚犯的规则。

第一部分适用于所有类别的囚犯——不管是男性还是女性、少年还是成年、刑事还是民事、已审判还是未审判。它涵盖范围广泛的事项,包括:

- 按类隔离(第8条);
- 住宿(第9条至第14条);
- 个人卫生(第15条至第16条);
- 衣服和被褥(第17条至第19条);
- 食物(第20条);
- 锻炼和运动(第21条);
- 医疗服务(第22条至第26条);
- 纪律和惩处(第27条至第32条);
- 戒具(第33条至第34条);
- 囚犯应获资料及提出申诉(第35条至第36条);
- 同外界的接触(第37条至第39条);
- 书籍(第40条);
- 宗教(第41条至第42条);
- 囚犯财产的保管(第43条);
- 死亡、疾病、移送等通知(第44条);
- 囚犯的迁移(第45条);
- 监所人事(第46条至第54条);
- 检查(第55条)。

考虑到世界各地发展的不平衡,这些规则中所确立的标准对拘留当局提出了相当大的要求。在《囚犯待遇最低标准规则》的起草过程中已经考虑到了这一问题。正如该规则序言所指出的:

“鉴于世界各国的法律、社会、经济和地理情况差异极大,并非全部规则都能够到处适用,也不是什么时候都适用,这是显而易见的。但是,这些规则应足以激发不断努力,以克服执行过程中产生的实际困难,理解到全部规则是联合国认为适当的最低条件。”



与实践的融合

教育

负责管理拘留场所的执法人员应该意识到上面所介绍的国际标准，并理解其背后的理由。这种理解应该使他们能够在似乎无法达到《囚犯待遇最低标准规则》所建立的标准的情况下找到应对实际挑战的方法。

(五) 拘留体制

1. 未定罪囚犯/待审囚犯

“除特殊情况外，被控告的人应与被判罪的人隔离开，并应给予适合于未判罪者身分的分别待遇。”（《公民权利和政治权利国际公约》第10条第2款第1项）

类似的规定可以在《美洲人权公约》（第5条）和《阿拉伯人权宪章》（第20条第2款）中找到。但是《非洲人权和民族权宪章》和《欧洲人权公约》中没有此类规定。《囚犯待遇最低标准规则》第三节以及《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》提供了有关“适合于未判罪者身分的分别待遇”的含意的进一步解释。

未被定罪或等待审判的被拘留人仍然应该被推定为无罪的。因此，对这些人的权利的限制不得超出为达到拘留以及维持拘留场所安全和秩序的目的所需的范围。这些权利包括家属探视的权利、知情权以及从事某些活动（学习、休闲、甚至——如果拘留场所具备相应的条件的话——从事某种职业活动）的权利。

对受指控的人自由的剥夺往往伴随着对其包括通讯秘密和人格尊严在内的隐私权以及受到平等对待的权利、受教育权、宗教自由、表达自由和知情权的侵犯。对这些权利的侵犯往往被称为对自由的剥夺所固有的限制。但是，这种说法是不对的，而这种对权利的侵犯也是不能被允许的。相关当局只能对被拘留人采取为实现拘留的目的、为防止其妨碍刑事调查或司法程序以及为维持拘留场所良好秩序所严格需要的措施。

2. 被定罪的囚犯

关押定罪的人的制度不同于关押未定罪人的制度(见《囚犯待遇最低标准规则》第一节), 因为被定罪的人还受到一些额外的规则和限制的制约。正如《囚犯待遇最低标准规则》第58条所指出的, 这些规则和限制应该符合监禁的目的:

“判处监禁或剥夺自由的类似措施的目的和理由毕竟在保护社会避免受犯罪之害。唯有利用监禁期间在可能范围内确保犯人返回社会时不仅愿意而且能够遵守法律、自食其力, 才能达到这个目的。”

考虑到上面所阐释的这一监禁的最终目的, 《囚犯待遇最低标准规则》包含了有关待遇、分类、工作、教育、娱乐以及囚犯的社会关系和善后辅导等方面的具体的规则。这些规则的总体目标是改造罪犯。罪行的受害者和普通公民以及执法人员往往将这些规则看作对罪犯的“奖励”: 因为它们似乎确保这些罪犯在监狱中过着“舒适”的生活, 而罪行的受害者和/或他们的家属则必须独自为继续生活而挣扎。但是这种主观的看法忽视了剥夺自由对被关押人生活所产生的严重影响(见本章第一节)以及关押场所的管理制度和生活条件并不像他们想象的那样舒适, 甚至往往非常严酷。更重要的是, 我们必须记住, 仅仅把罪犯“关”一段时间, 而不采取任何措施确保其在释放后不再继续犯罪的做法是对社会不利的。因此需要在罪犯服刑期间将他们作为负责的人来对待。不人道的或者不能培养责任感、人格尊严和对法律的尊重的待遇不大可能改变罪犯的思维方式, 甚至还会起到相反的作用。



与实践的融合

教育和培训

大多数国家都建立了一套由接受过专门指导和培训的监狱管理人员负责管理已定罪的囚犯的制度。警察所接受的培训一般不足以使他们胜任刑罚或矫正机构的工作。如果要让他们从事这方面的工作, 那么至少应该向他们提供额外的指导和培训。

3. 行政拘留

行政拘留(见《囚犯待遇最低标准规则》第五节)是由政府行政部门,而非司法部门下令实施的非刑事拘留。其目的往往是在武装冲突局势下处理对安全构成迫切威胁的人或者在非冲突局势下对国家安全或公共秩序构成威胁的人。下面我将只讨论为了后一种目的而实施的行政拘留。应该指出的是,行政拘留不得被行政机关用作实施刑事镇压的低标准制度,即用作规避立法和司法机构监督的一种手段。

行政拘留的适用范围十分广泛。例如相关机构可以将一个足球流氓拘留几个小时,以防止他违反法院已经做出的禁止其进入某个比赛场所的命令。在实践中,政府也可以对正在申请避难的或者其避难申请已遭到拒绝,正在等待驱逐出境的寻求避难者实施行政拘留。不管基于何种理由,必须记住的是,行政拘留只是一种特殊的控制措施,不能用来替代刑事程序。然而,这并不意味着这种拘留存在于一个法律真空之中,而执法人员或其他机构在这方面拥有无限制的自由裁量权。恰恰相反,在武装冲突局势(在该局势下适用国际人道法)之外的行政拘留受到相关的国际人权法的规范和标准的制约。对这些措施所有方面的讨论已超出了本手册的范围。

但是下面这个文本框总结出了这方面最重要的规则:²¹



进一步了解

“在行政拘留……的语境中,合法性原则意味着只能出于国内法所规定的理由……并依据国内法规定的程序剥夺一个人的自由……”并且这种国内法不得与国际法相抵触(见《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款)。如果国家为处理紧急状况而决定克减人身自由,“这种决定必须正式宣布”(见《公民权利和政治权利国际公约》第4条第1款),“以便使受其影响的人知道这种紧急措施适用的确切的物质、领土和时间范围。”

21 摘自Jelena Pejic, “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858 (2005), pp. 375-391。

采取行政拘留措施的决定必须在个案中做出，而不能针对整个群体。“不管相关的紧急状况如何”，国家“针对某一特定类别的人所采取的集体——即非个人——拘留措施无论任何也不能被视为必要或相称的。任何一种集体措施都是与(国际)人权法的规则、精神和宗旨相抵触的。有关……行政拘留的决定也不能是建立在歧视基础之上的。”

“任何被行政拘留的人……必须以一种其所能够理解的语言迅速告知对其采取这种措施的理由，以便其能够对这种拘留的合法性提出异议”(见《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第14条)。“向(被拘留人)所提供的信息必须足够详细，以使其能够立刻采取对这种行政拘留的合法性……提出异议。”

“根据《公民权利和政治权利国际公约》，任何被剥夺自由的人都有权‘向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地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’(《公民权利和政治权利国际公约》第9条第4款)。”“虽然自由权不属于《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款所列的不可克减的权利，但是全球性和区域性人权机构的判例法都表明，获得人身保护令的权利在事实上必须被视为一项不可克减的权利”，并且“就拘留的合法性向司法机构提出异议的权利在任何情况下都不得被剥夺”(见《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第32条，有关《公民权利和政治权利国际公约》第11条和第16条的第29号一般性意见)。

在所有情况下，“一旦采取行政拘留的理由不复存在，行政拘留就必须结束。……如果在审查或申诉程序中最初所做出的关于拘留的决定得到了维持，那么拘留机构还必须提供继续拘留相关人员的理由”。如果被拘留人的申诉得到了支持，那么就on应该立即将其释放。“在最终释放令做出之后继续……对相关人员行政拘留的做法明显构成了任意拘留”。

“无论涉及何种拘留，获得有效法律援助的权利……都被认为是人身自由的一个重要的组成部分”(见《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第17条和第18条)。……在实践中，行政拘留受到(采取拘留措施的国家)的国内法规制，……这意味着被拘留人对行政拘留的合法性提出异议的能力也是受到这种国内法的规制的。”然而，正如上文中所提到的，这种国内法必须符合相关的国际人权法。

“必须对任何……被行政拘留的人进行登记，并且将他们关押在经正式承认的场所……必须在合理的时间内向被拘留人的家人提供有关其被行政拘留、被转移到另一关押场所以及新的关押场所的名称等信息——除非被拘留人表达了相反的意愿。”

如果被行政拘留人是一个外国人，那么相关当局必须将此事通知其国籍国——除非被拘留人表达了相反的意愿。“必须允许相关的外交或领事机构——如果这种机构存在的话——与其国民通讯和会面”（见《维也纳领事关系公约》第36条）。

本章第五节第二小节中所介绍的确保人道拘留条件的义务也适用于行政拘留。《囚犯待遇最低标准规则》第一部分和第二部分第三节所规定的保护措施同样也适用（《囚犯待遇最低标准规则》第95条）。



进一步了解

美洲人权委员会

年度报告：1976年

OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.40, Doc. 5 corr. 1,

1977年6月7日，第二节第一部分

“紧急状态或戒严状态的宣布并不能被用作在没有任何指控的情况下无限期拘留任何个人的借口。很显然，当这些安全措施的延续时间超过合理期限的时候，它们就构成了对自由权的真正和严重的侵犯。”

(六) 纪律和惩罚

“所有被剥夺自由的人应给予人道待遇及尊重其固有的人格尊严的待遇”（《公民权利和政治权利国际公约》第10条第1款）。以上这一规定对于如何处分和惩罚那些在被拘留或监禁期间实施了某些不良或犯罪行为的人员这一问题具有非常重要的意义。

《囚犯待遇最低限度标准规则》和《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》都包含了有关在刑事惩罚机构中维持秩序和纪律的规定。《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第30条规定，有关的惩罚应由那些正式公布的法律和合法的条例加以规定。这些条例必须明确规定（1）在被拘留或监禁期间，哪些是应该受到纪律惩罚的行为；（2）纪律惩罚的性质和持续时间；（3）有权施加这种惩罚的机构。

可以根据这种法律或条例对犯人作出惩罚，“但是不能因同一行为而对其施加两次惩罚。……肉体惩罚、将犯人关押在黑暗的囚室之中以及所有残忍的、不人道的和有辱人格的惩罚都是被禁止的纪律惩罚的方式”（《囚犯待遇最低限度标准规则》第27条至32条）。“永远不得将戒具用于惩罚的目的”（《囚犯待遇最低限度标准规则》第33条）。

只有在“自卫或……被关押人试图逃跑或以积极或消极的身体行动抵制根据法律或条例作出的命令”的情况下才可以对犯人（或被拘留人）使用武力。武力的实际使用应被限制在为达到其目标所严格需要的范围之内，并且应该立即向关押机构的负责人报告（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第15条；《囚犯待遇最低限度标准规则》第54条第1款）。

与实践的融合

培训和装备

“典狱官员应接受特别体格训练，使他们能够制服凶恶囚犯。”（《囚犯待遇最低限度标准规则》第54条第2款）

“除遇特殊情况外，工作人员执行职务而同囚犯直接接触时，不应武装。此外，工作人员非经武器使用训练，无论如何不得配备武器。”（《囚犯待遇最低限度标准规则》第54条第3款）

六、被拘留的妇女

另请参阅本手册中第六章第四节第三小节有关司法中的妇女的地位的内容。

国际人权法的一个基本前提就是禁止歧视原则。因此，国际文书中规定的对被剥夺自由的人的任何形式的保护在适用上都是男女平等的。但是考虑到妇女的特殊需求和脆弱性，联合国经济及社会理事会呼吁成员国紧急采取一切恰当的措施消除针对女性被拘留人的身体暴力（联合国经济及社会理事会第1986/29号决议）。

遵守禁止歧视原则并不意味着男女在待遇方面总是完全相同。为了确保一个对男女同样安全的环境，很可能需要给予妇女

特殊的保护。正如《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》所承认的，这在剥夺自由这一问题上尤为重要。该原则指出，“纯粹为保护妇女的权利以及妇女（尤其是怀孕妇女和哺乳的母亲）的特殊地位而设计并且依法适用的措施……不得被认为是带有歧视性的”（第5条第2款）。

应该尽可能将男女“拘禁于不同的狱所；同时兼收男犯和女犯的狱所应将分配给女犯的房舍彻底隔离”（《囚犯待遇最低限度标准规则》第8条第1款）。根据这一规则，被拘留的妇女应该尽可能由女性执法人员来监管。搜身以及类似的程序在任何时候都应该由与被拘留人性别相同的执法人员来执行。

鉴于《囚犯待遇最低限度标准规则》没有充分考虑到妇女的特殊需求，联合国大会于2011年通过了《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非监禁措施的规则》（《曼谷规则》，A/Res/65/229）。

《曼谷规则》是对《囚犯待遇最低限度标准规则》的补充。除重申和巩固《囚犯待遇最低限度标准规则》中的相关规则外，它还包含了有关以下领域的一些具体的规则：

- 个人卫生（第5条）；
- 医疗服务，考虑妇女在生殖健康方面的特殊需要、她们容易遭受到性暴力这一脆弱性以及相关的医疗需求，特别是在治疗性传染疾病方面医疗需求（第6条至第18条）；
- 对女性囚犯的搜查只能由女性工作人员进行，并且应该充分尊重女性囚犯的尊严（第19条至第21条）；
- 在纪律和惩罚措施、戒具的使用（第22条至第24条）以及一般拘留制度（第42条、第48条至第52条）方面考虑到对怀孕妇女、哺乳母亲和照顾婴儿的母亲的保护。



与实践的融合

原则

“应制定和实施关于监狱工作人员行为的明确政策和规章，以为女性囚犯提供最大限度的保护，使之免遭任何基于性别的言行暴力、虐待和性骚扰。”（《曼谷规则》第31条）

被拘留的妇女特别容易受到其他被拘留人和拘留场所工作人员所实施的性暴力。相关机构应该采取一切措施防止这种现象的发生。上文中提到的将男女被拘留人分开关押以及由女性工作人员监管女性被拘留人的义务，其目的也是尽量降低这种现象的发生(另见本手册第六章第四节第三小节)。

七、少年的特殊地位

另请参阅本手册中有关少年司法的第四章第四节和有关儿童受到保护和帮助的第六章第三节。

被拘留的少年应该享有被拘留的成年所享有的一切权利。另外，考虑到他们特有的脆弱性，国际文件中的一些条款还为其提供了他们所需要的额外保护。正如本手册第四章第四节中所解释的，《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)将少年定义为：“按照各国法律制度，对其违法行为可以不同于成年人的方式进行处理的儿童或少年人”(第2条第2款第1项)。

少年的最低刑事责任年龄应由国内法决定。然而在作出这一决定时，立法机构应该考虑到情绪和心智成熟的实际情况(第4条)。至于少年的年龄上限，这至少应该与法定成年年龄相同(《儿童权利公约》第1条)。考虑到年轻人在发展和成熟方面的差异，在有些国家中少年刑法的适用范围甚至超出这个年龄。这种决定取决于年轻人的成熟程度并且在大多数情况下适用于21岁以下的年轻人(具体取决于国内立法)。

所有受到刑事指控的被拘留人都享有受审时间不被拖延的权利(《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第3项)，而该公约第10条第2款第2项通过“尽速予以判决”这一措词实际上为被拘留的少年规定了一个更为明确的时间框架。这一规定的目的在于尽可能缩短对少年的审前羁押。另外，该规定中的“判决”一词不应该被理解为仅指一般刑事法庭的正式判决。它还包括由那些有权处理少年犯罪的专门的非司法机构所作出的决定。在对少年的拘留不可避免的情况下，应将其“与成年人分隔开”(《公民权利和政治权利国际公约》第10条第2款第2项)。

有关对少年的额外保护在《儿童权利公约》、《北京规则》和《联合国有关保护被剥夺自由的少年的规则》等文件中得到了进一步的规定。

《儿童权利公约》第40条和《北京规则》第7条重点规定了在从逮捕到审前关押再到刑事诉讼的各个阶段少年所应享有的各种程序性权利。这些权利包括：

- 无罪推定；
- 被告知其受到的指控的权利；
- 沉默权；
- 获得律师帮助的权利；
- 审讯时有父亲、母亲或监护人在场的权利；
- 与证人对质的权利；
- 向上级机关上诉的权利。

《儿童权利公约》第37条对于被拘留少年待遇有着特别重要的意义。该条规定：

- 禁止对儿童施行虐待和酷刑（并禁止对其判处死刑和终身监禁）；
- 禁止非法或任意剥夺少年的自由；
- 被剥夺自由的儿童应“受到人道的、尊重其人格尊严的并考虑到他们这个年龄的人的需要的待遇”；
- 应将被拘留的少年与被拘留的成年人分隔开；
- 被拘留的少年有权与其家人保持联系，迅速获得法律援助并向法院或其他主管当局就其拘留的合法性提出异议。

除强调以上这些规定外，《北京规则》进一步规定：

- 立即将少年犯被捕之事通知其父母或监护人（第10条第1款）；
- 法官或其他主管人员或主管机关应不加拖延地考虑“释放问题”（第10条第2款）；
- 被拘留的少年应与成年人分开看管（第13条第4款）；
- “应设法安排执法机构与少年犯的接触，以便在充分考虑到案件发生情况的条件下，尊重少年的法律地位，促进少年的福利，避免对其造成伤害”（第10条第3款）。

在任何时候都应尊重少年的隐私权，“以避免由于不适当的宣传或加以点名而对其造成伤害。原则上不应公布可能会导致使人认出某一少年犯的资料”（第8条）。

《北京规则》还重点规定了“分流”（即避免使少年进入刑事司法程序）。它强调应尽可能避免以正式审判的方式来处理少年违法者（见本手册第四章第四节）。具有处理少年犯罪案件的法

律权力的执法机构应该尽可能避免使用正式司法程序来处理这类案件(第11条)。

与实践的融合

原 则

建议执法机构通过建立专门的小组和部门以及对负责处理少年犯执法人员提供额外的训练的方法增强其处理少年问题的专业能力(《北京规则》第12条)。

《联合国有关保护被剥夺自由的少年的规则》的目的是确保只有在绝对必要的情况下才剥夺少年自由并将其关押在专门机构之中：“制订《规则》是为了向管理少年司法系统的专业人员提供一种现成的参考标准、鼓励和指导”(第5条)。

必须以人道的以及充分考虑到其地位和尊重其人权的方式对待被拘留少年。被剥夺自由的少年很容易成为虐待、不公正待遇以及侵犯权利行为的牺牲品。因此，该规则第17条和第18条强调应该尽可能避免对少年采取审前羁押措施，并且这种措施“只限于特殊情况”。在不得已采取审前羁押措施的情况下，应“以最快捷方式处理此种案件”，以保证尽可能缩短拘留时间(第17条)。

另外，该规则第18条规定，少年犯有权获得从事有酬工作或继续接受教育或培训的机会并获得教育或娱乐材料。

八、非法逮捕或拘留的受害者

另请参阅本手册第六章第二节。

“任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者，有得到赔偿的权利”

《公民权利和政治权利国际公约》第9条第5款；另见《阿拉伯人权宪章》第14条第7款。该条规定给予每个非法逮捕和拘禁者索赔的权利。与此类似，《欧洲人权公约》第5条第5款保障在违反该公约第5条的情况下受害者得到赔偿的权利。根据《美洲人权公约》(第10条)，由于司法不公而导致在最终判决中被定罪的人

有权获得赔偿。非法逮捕可能是导致审判不公的一个因素。在所有相关文书中，对受害者的赔偿都被视为由国内立法规范的国内事务。

《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》（《受害者宣言》）在国家责任和受害者权利的界定方面提供了指导。该宣言在第4条中规定，对受害者“应给予同情并尊重他们的尊严”。

该宣言第11条建议：“在政府官员或其他以官方和半官方身分行事的代理人违反了国家刑事法律时，受害者应从其官员或代理人造成伤害的国家取得赔偿。”



与实践的融合

原则

执法机构应该制定有关如何实施逮捕以及如何对待被逮捕人和被拘留人的明确的条例。这些条例应充分考虑对任意逮捕和拘留的禁止以及在逮捕时和逮捕之后被逮捕人所享有的权利。这些条例还应该包含有关在这一特定领域对执法行动和执法人员行为的报告和内部监督方面的要求。

九、红十字国际委员会拘留领域内的工作

国际社会通过1949年《日内瓦公约》给予了红十字国际委员会探视在国际性武装冲突中被关押的战俘和平民的任务。根据日内瓦四公约的共同第三条，红十字国际委员会还可以向非国际性武装冲突的各方提供服务；它对许多关押场所的探视都是在非国际性武装冲突的局势下进行的。根据《国际红十字和红新月运动章程》中所规定的“采取主动的人道行动的权利”，红十字国际委员会还探视在不构成武装冲突的暴力局势下被拘留的人。

红十字国际委员会对关押场所的访问的目的在于确保所有被关押人——不管其是因为什么原因被逮捕和关押的——都受到符合国际规范和标准的、尊重其尊严的人道的待遇。红十字国际委员会的代表与相关机构合作，共同防止虐待行为，并改善被关押人待遇以及他们的关押条件。

红十字国际委员会有关被剥夺自由人的活动纯粹出于人道目的：保护被关押人的身心健康，确保他们的待遇和关押条件符合国际人道法和国际人权法以及其他得到普遍承认的标准。该组织力图通过定期探视防止酷刑和其他形式的虐待、强迫失踪和法外处决，并确保被关押人享有基本的司法保障。红十字国际委员会还从事改善关押条件和帮助被关押人与其家人保持联络的活动。

为促进关押条件的改善和对被关押人尊严的尊重，红十字国际委员会开展以下活动：

- 与关押机构协商，以获准以完全符合红十字国际委员会探视程序的方式探视被关押在任何地方的被剥夺自由的人；
- 探视其所能够进入的场所中的所有被关押人，评估其关押条件，并确定存在的问题和人道需求；
- (为特殊保护、医疗或其他目的) 对某些被关押人的情况进行个别监控；
- 通过为家属探视提供方便或传递红十字信息促进被关押人与其家人的联络；
- 直接或通过关押机构为被关押人提供药品和其他供应品；
- 通过与关押机构秘密对话寻求解决人道问题。

红十字国际委员会按照以下这些经关押机构同意的严格的条件探视关押场所：

- 探视关押场所的所有被关押人；
- 进入为被关押人所使用或用于被关押人的任何场所；
- 有机会与其选择的被关押人(在无他人在场的条件下)进行私下谈话；
- 关押当局保证向红十字国际委员会提供一份在关押场所内的被关押人的名单并且/或者准许红十字国际委员会在探视过程中完成/编制这样一份名单；
- 获准在必要时多次访问某个关押场所。

探视是红十字国际委员会在关押领域内的活动之一。它是获得有关被关押人的生活条件、待遇和管理制度第一手信息的一种手段。私下的交谈使被关押人能够自由地和秘密地讨论他们的处境，并使红十字国际委员会能够评估关押场所的一般情况，并确定需要其干预的具体的人道需求。探视关押场所的红十字国际委员会的代表会登记其所探访过的被关押人，以便确保采取恰当的后续行动。

每次探访都遵循一套固定的程序。红十字国际委员会工作人员通常首先会与关押场所的负责人会面，向其介绍探访的目的，讨论关押场所的一般情况以及红十字国际委员会以前所提出的建议的实施情况。

红十字国际委员会代表可以在关押机构负责人的陪同下探视关押场所。这有助于其了解这些场所的组织和运作情况。

为了以恰当和可持续的方式应对关押系统中出现的问题，必须针对该系统的运作发展出一种整体和全面的方法；因此必须考虑到关押机构的日常现实。

在探视结束时，红十字国际委员会告知关押机构其在被关押人待遇方面的担忧，并且在考虑到本地资源的条件下提出为改善关押条件和关押场所的运作机制所需采取的措施。红十字国际委员会只有在得到相关被关押人明确同意的情况下才会将在与他们私下交谈中获取的信息传递给关押机构。

探视结束后红十字国际委员会会向关押机构递交一份保密报告。该报告包含红十字国际委员会的探视结论和基于人道原则以及可适用法律的建议。红十字国际委员会的探视结论伴随有具体实用的建议，有时还伴随有由红十字国际委员会提供援助的提议，以帮助关押机构采取恰当的改进措施。

为了能够以坦率和建设性的方式讨论敏感问题，红十字国际委员会与关押机构之间的对话是保密的。其目的在于通过双边秘密对话实现进步。

十、选阅书目

- Aeschlimann, Alain, "Protection of detainees: ICRC action behind bars," *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2010, pp. 83-122.
- Alejos, Marlene, *Babies and Small Children Residing in Prisons*, Quaker United Nations Office, Geneva, March 2005.
- Ashdown, Julie, and James, Mel. "Women in detention," *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 123-141.
- Association for the Prevention of Torture, *Monitoring Police Custody. A practical guide*, APT, Geneva, 2013.

- Liefwaard, Ton, *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*, School of Human Rights Research Series, Vol. 28, Intersentia, Oxford, 2008.
- Macken, Claire, *Counter-Terrorism and the Detention of Suspected Terrorists: Preventive Detention and International Human Rights Law*, Routledge, New York, 2011.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Enforced or involuntary disappearances*, United Nations, Geneva, 2010.
- Ott, Lisa, *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.
- Pejic, Jelena, “Procedural principles and safeguards for internment/ administrative detention in armed conflict and other situations of violence,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, 2005, pp. 375-391.
- Penal Reform International, *Making standards work: An international handbook on good prison practice*, 2nd edition, Penal Reform International, London, 2001.
- Penal Reform International, *Human Rights and Vulnerable Prisoners*, PRI Training Manual No. 1, Penal Reform International, Paris, 2003.
- Rodley, Nigel S., *The treatment of prisoners under international law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook for prison managers and policymakers on Women and Imprisonment*, Criminal Justice Handbook Series, United Nations, New York, 2008.
- Zayas, Alfred de, “Human rights and indefinite detention,” *International Review of the Red Cross*, Vol 87, No. 857, March 2005, pp. 15-38.

第九章 内容大纲

一、导论

二、搜查

- (一) 一般规则
- (二) 对身体的搜查
- (三) 对场所的搜查
- (四) 监控技术
- (五) 特许保密通讯
- (六) 在拘留场所的搜查

三、扣押

四、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效)
- 《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》(《禁止酷刑公约》, 1984年通过, 1987年生效)

非条约法

- 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》(1988年通过)
- 《联合国执法人员行为守则》(1979年通过)

第九章

搜查和扣押

一、导论

除了使用武力和火器、逮捕和拘押外，搜查和扣押也是执法人员的重要权力。目前在国际上还没有对这两项权力的法律定义。在本手册中它们应该按照以下两个文本框中所给出的定义加以理解。

搜 查

为合法的执法目的而开展的有意地寻找某个人、某个物体或某种情报的行动。

以上定义涵盖范围广泛的行为，特别是在刑事调查语境中的行为：身份检查、身体搜查、对房屋的搜查、对办公室或车辆的搜查、对电脑的搜查、电话监听、对银行账户的检查、对信件或其他文件的查看等等。

扣 押

为合法执法目的而占有某一物品的行为。

任何物体都可以成为扣押对象，并且扣押行为在许多情况下都可以发生：如在刑事程序中、在民事程序中以及在与公共管理法或公共秩序有关的事项上。本手册将搜查和扣押与执法人员的三种职责——即预防和调查犯罪、维持公共秩序和提供保护和帮助——联系起来加以讨论。

某些类型或形式的搜查和扣押很常见，并往往构成执法人员日常活动的一个部分。这可能会让人感到警察行使搜查或扣押的权力只是一种例行公事，从而低估其对个人的影响。从受其影响

的个人的角度来看，搜查和扣押往往(明显)具有侵扰甚至羞辱或者诋毁性质的。在某些情况下——例如在其他(如雇主、同事或邻居)知道的情况下——或者以某种方式开展的搜查或扣押可能会影响一个人的名声，甚至它们可能对被搜查或扣押物品的人造成心理创伤。因此必须牢记，搜查和扣押是被赋予执法人员的权力，因此必须以谨慎和充分尊重有关人权的原则和规则的方式加以行使。特别是，就像所有其他执法权力一样，它们也受到合法性、必要性、比例性和问责性等总体性原则(见第三章第三节第三小节)和非歧视义务的约束。

二、搜查

(一) 一般规则

《公民权利和政治权利国际公约》第17条规定：

“(一) 任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。

(二) 人人有权享受法律保护，以免受这种干涉或攻击。”

区域性人权条约包含类似的规定，如《美洲人权公约》第11条和《阿拉伯人权宪章》第21条和《欧洲人权公约》第8条。

《非洲人权和民族权宪章》不包含类似规定，但是隐私的概念是非洲联盟所承认的人权标准的一部分，并且被体现在了《非洲儿童权利和福利宪章》第10条之中：

“不得任意或非法干涉任何儿童的隐私、住宅或通信，或攻击其荣誉或名誉，但是父母或法定监护人有权对其孩子的行为进行合理的监管。儿童有权受到法律保护，以免受这种干涉或攻击。”

必须将隐私权与身体完整性、人格尊严和思想、良心和宗教自由等权利和自由联系在一起加以理解。每个人都应拥有一个受到保护的空間，在此空間中他可以不受干涉地行事和表达其感情和思想，并且不必担心因此而導致消极后果。所有人都有获得这样一个确定和安全的空間的基本需求。这一空間涵盖一系列领域：家庭、通信和通讯、住宅和办公室的隐私、与律师或医疗或治疗人员之间的通讯、在宗教活动中的忏悔等等。因此国家及其

工作人员对这一受保护空间的干涉必须受到国内法的规制，并且必须严格遵守必要性和比例性原则。《欧洲人权公约》在第8条中提供了有关这种平衡行为的一个例证：

“对隐私和家庭生活的尊重

- 一、人人有权使他的私人和家庭生活，他的家庭和通信受到尊重。
- 二、公共机关不得干预上述权利的行使，但是依照法律的干预以及在民主社会中为了国家安全，公共安全或国家的经济福利的利益，为了防止混乱或犯罪、为了保护健康或道德、或为了保护他人的权利与自由，有必要进行干预者，不在此限。”

合法性

执法人员在决定是否进行搜查时必须遵守国内法所规定的法律框架。从根本上说，这意味着执法人员只能出于法律所规定的理由并按照法律所规定的程序开展搜查（合法性原则）。

警察通常出于以下的一种或多种原因而展开搜查：

- 为抓获犯罪嫌疑人或与调查相关的人员；
- 为在调查过程中获得证据；
- 为了安全和保安的目的，例如为缴获违禁物品或危险物品（如武器和毒品）或为了防止犯罪的发生；
- 为了结束某种非法状态（如寻找人质、逮捕逃跑囚犯或找到被盗财产以便将其归还其所有人）；
- 为了执行法院在民事或其他程序中发布的命令。

国内法根据所要开展的搜查的性质建立了搜查所应遵循的程序，如受到搜查影响的人的权利、是否以及在什么情况下需要法院签发的搜查令、搜查时是否需要证人在场、对搜查行动的记录（如有关搜查的开始时间、地点、持续时间以及是否需要为被扣押物品开具收据）等等。这取决于搜查的理由的重要性以及搜查行动的侵扰性。值得注意的是，在搜查过程中充分遵守法定程序符合执法人员自身利益，因为这样做可以保护他们免受有关盗窃、伪造证据或其他非法行为的指控。它还可以确保其合法获得的证据得到法庭的采信。

必要性

执法人员只能开展为达到合法目的所需的搜查。例如：

- 在被搜查人愿意主动交出执法人员所寻找的物品或信息的情况下，搜查可能就失去了必要性；
- 执法人员一旦找到其所寻找的物品或信息就必须停止搜查；
- 执法人员不得搜查显然与搜查的合法目的或理由无关的场所或物品；
- 执法人员必须合理安排搜查的开始时间和持续时间以尽可能减少搜查所造成的影响（例如，避免引起公众不必要的关注，从而导致对被搜查人名声的损害）。

比例性

执法人员在开展搜查时需要牢记的另一个原则就是搜查所导致的对人权的限制不得大于其所要达到的合法目的（比例性原则）。国内法通常会规定对比例性的评估，例如某些类型的搜查只有在调查具体的严重犯罪，而非轻微违法行为的时候才能够被批准。



国际判例

欧洲人权法院

巴克诉德国案 (Case of Buck v. Germany)

第41604/98号来文，2005年4月28日判决

“47. 关于搜查和扣押令与在本案的具体情况下所要达到的合法目的之间的比例性问题，法院在考虑其在判例法中确立的相关标准后指出：首先，搜查令和扣押令所针对的只是一个违反交通法规的行为。这一违法行为非常轻微，因此根据德国法律不构成犯罪……另外，在本案中所要达到的目的只是判定一个违反道路交通法规，并且这个人并没有这种违法的前科。

48. 另外，法院还指出，即使在本案中用来实施违法行为的汽车属于申诉人所拥有的公司，搜查和扣押是在针对申诉人的儿子——一个第三者——而非申诉人本人的程序中开展的。

51. 最后……法院指出，在一个仅有1万居民的小镇上对申诉人的营业场所和住宅的搜查所引起的公众的关注可能会对申诉人及其所拥有和经营的

公司的名声产生负面影响。在方面，应该记住的是，申诉人本人并没有任何违法犯罪的嫌疑。

52. ……考虑到本案的具体情况，特别是搜查和扣押是针对由第三人所实施的轻微违法行为而在申诉人的私人住所中开展的，法院得出结论：这种对隐私的干涉不能被视为与其所追求的合法目的成比例。”

问责性

最后一个考虑因素就是执法人员必须对其所开展的搜查行动负责。这涉及某些程序方面的要求（如须经司法部门的授权），以及相关人员被告知搜查理由，特别是被告知要搜查哪些物品或人员的权利。执法人员必须能够提供客观和可验证的事实来证明其所开展的搜查符合法律所建立的框架和标准，因而是合理的。

与实践的融合

原则

特别是在国内法未规定有关（某种类型）的搜查的充分准确的程序的情况下，应通过标准的操作程序建立相关的程序要求、强制性记录以及在搜查时所应采取的其他步骤。这些程序的目的是防止不必要的、过分的和其他非法的搜查，记录搜查行动的合法性，以避免通过搜查获得的证据不被法庭采信或针对执法人员的诬告。

应该指出的是，在搜查过程中所造成的任何不必要的或过分的损害都会导致相关人员承担赔偿责任的责任（见《受害者宣言》第19条）。

最后，“执法人员拥有的资料如系机密性质，应保守机密，但执行任务或司法上绝对需要此项资料时不在此限”（《执法人员行为守则》第4条）。

鉴于搜查活动范围的广泛性及其对个人权利所产生的不同程度的影响，我将在下面两节中根据合法性、必要性、比例性和问责性的原则讨论最常见的搜查类型。

(二) 对身体的搜查

身体搜查是执法人员开展的最为常见的搜查行动之一。它可以采取各种不同的形式，因而以不同的方式影响被搜查人的人格尊严和隐私权。它的范围从为确定被搜查人是否暗藏武器而用手从上到下轻拍外衣的搜身(见下文)延伸到光身搜查或对身体隐私部位的搜查、DNA检测和X光搜查，甚至延伸到为从身体中取出证据而进行的医学干预。

所有类型的搜查都必须以维护被搜查人个人尊严的方式进行。很显然，搜查越具侵扰性，就需要采取越多的保障措施，以确保其以专业的和不导致心理创伤的方式进行。人权事务委员会在有关《公民权利和政治权利国际公约》第17条的第16号一般性意见中规定了有关身体搜查的最低限度要求：

“至于个人或人身搜查，应有切实的措施来确保进行这种搜查时会尊重被搜查者的尊严。政府官员对一个人进行人身搜查或医疗人员应政府要求这样做时应只限于搜查同一性别的人。”

只有在有合理的事实根据证明身体搜查是为达到合法的执法目的(如本节第一小节中所介绍的那些理由)所需的情况下才能够开展这种搜查。有关是否存在这种合理理由的评估必须以非歧视的方式进行，并且必须是建立在可以以客观的方法核实的事实之上。本手册(第四章第二节第三小节)已经从歧视性影响和低效这两个方面讨论了民族形象定性以及与之相关的过分盘查某个民族群体成员的做法。

身体搜查不得对人格尊严造成不必要的影响。²²简单的身体搜查，又称“从上到下轻拍搜身”，必须以职业的、不带任何暧昧手势的方式进行。在对人体敏感部位的搜查时尤其如此。在特殊情况下，这种搜查还可能包括对口腔的检查。应尽可能避免在公众面前进行这种带有羞辱性的身体检查。

“光身搜查”是以非侵扰性的、不发生身体接触的方式对一个脱光衣服的人的观察或检查。但是这种搜查可能需要被搜查人积极配合，展示其敏感部位，以便使搜查人确定这些部位没有隐

²² 有关这方面的详细论述，见Reyes, Hernan, *Body searches in detention*, ICRC, Geneva以及1993年在匈牙利布达佩斯举行的第45届世界医学大会上通过并在2005年5月于法国迪弗内利班(Divonneles-Bains)举行的世界医学大会第170次理事会会议上修订的《世界医学大会有关身体搜查的声明》。

藏任何东西。执法人员只有在其所要搜查的东西能够隐藏在衣服里面，并且无法通过从上到下轻拍搜身方式找到的情况下才可以进行光身检查。

执法人员必须总是以最不具羞辱性的方式开展光身搜查。特别是，在搜查过程中绝不能要求被搜查人脱光其所有衣服。这种搜查应该分两个步骤进行：首先，要求被搜查人脱掉腰部以上的衣服，在检查完之后让其穿上；然后再要求被搜查人脱掉腰部以下的衣服进行检查。虽然在这种搜查过程中搜查人和被搜查人之间没有身体接触，但是它仍然带有羞辱性，因此绝不能被用作常规措施，而只能是在有合理理由的情况下才可以使用。

光身搜查必须得到相关机构批准，并应该以以下方式进行：

- 在没有异性在场的情况下由同性执法人员进行；
- 应在任何不必要在场的人员看不到的地方进行；
- 应以职业的、尊重被搜查人人格尊严的，并且尽量不使其难堪的方式进行；
- 在足够的卫生的条件下进行；
- 在一个上级官员的授权（并且尽可能在其监督）下进行。

光身搜查不是出于医疗目的，因此没有理由要求医疗人员参与此种搜查。



与实践的融合

原则

执法机构的操作程序应该规定在参与相关行动的执法人员中必须有男性和女性，以确保对相关人员的身体搜查只能由同性的执法人员进行。特别是在检查站和其他可能会进行身体搜查的场所配备男女执法人员应该成为执法机构标准和强制性做法。

“体腔搜查”涉及对人体体腔的侵入性检查。它们自然要比从上到下轻拍搜身或光身搜查更具侵扰性，因此建立保护被搜查人人格尊严的保障机制就更为重要了。

很明显，根据比例性原则，任何进行体腔搜查的决定必须是建立在重要理由之上的，即只有在人的生命（包括被搜查人自

己的生命)受到威胁,并且通过其他方法(如通过光身搜查或通过正常的消化过程从体内排除的方法获得所搜查的物品)都无法达到执法目的的情况下才可以使用。在采取这一措施之前必须尝试其他措施(必要性原则)。体腔搜查只能由经过专门训练的人员进行,并且绝不能通过武力或任何其他形式的强制方法进行,否则就构成了对被搜查人的虐待。



国际判例

欧洲人权法院

伽罗诉德国案 (Case of Jalloh v. Germany)

第54810/00号来文, 2006年7月11日判决

“71. 但是, 如果执法人员想要通过任何强制性医学干预措施获得犯罪证据的话, 那么他们必须在具体案件事实的基础上令人信服地证明这种措施的正当性。如果这种措施的目的是从被搜查人体内收集有关其所犯罪行的真实证据的话, 则更是如此。由于这种措施的特别严重的侵扰性, 必须对所有相关情况进行严格审查。在这方面, 必须充分考虑所涉及的罪行的严重性。相关当局还必须证明它们已考虑过获取证据的其他替代性措施。另外, 这种措施还不得具有对嫌疑人健康造成长期有害结果的危险……”

82. 考虑到本案的所有情况, 法院认定被指控的措施已达到了需要根据《欧洲人权公约》第3条对其进行审查的严重程度。相关当局违反申诉人的意志对其身体和精神完整性进行了性质严重的干预。他们强迫他呕吐——并非出于医疗目的, 而是为了获得完全可以通过侵入性更小的手段获得的证据。被指控的措施实施的方式很容易使申诉人产生恐惧、痛苦和自卑的情绪, 并起到羞辱申诉人并降低其人格的作用。另外, 这一措施对申诉人的健康构成威胁, 特别是他们没有在采取这种措施之前获得他的既往病历。这种措施的实施方式导致申诉人身体疼痛和精神痛苦。因此构成了违反《公约》第3条的不人道和有辱人格的待遇。”

就像光身搜查一样, 体腔搜查通常并非出于医疗目的, 因此不需要医疗人员参与, 除非在特殊情况下出于医疗方面的原因(如被搜查人怀孕或患有某种疾病)需要合格的医疗人员进行体腔搜查。医疗人员参与体腔搜查的另一个原因是被搜查人明确要求医

疗人员参与，并且这种要求是基于合法的理由。在以上两种情况下，医疗人员都是以医学专家，而非医疗服务提供者的身份行事的。必须对被搜查人说明这一情况，因为通常存在于医疗人员及其病人之间的保密关系在这种情况下并不适用。

与实践的融合

原则

由于光身搜查和体腔搜查都不应被用作常规措施，执法机构应制定明确的操作程序，说明采取这种措施的条件和理由，有权批准这种措施的人员，以及在采取这种措施时所应遵循的程序。它们还应确定有权采取这种措施的人员，并确保对这些人员的充分监督，以防止任何形式的虐待行为。

其他与人体有关的搜查行动涉及指纹、血液样本和DNA样本。特别是DNA样本的搜集对于执法来说变得越来越重要。每个人的基因密码的唯一性为调查犯罪提供了一个特别有效的工具，如今其重要性已远远超过指纹。由于DNA样本很容易提取（甚至可以在相关人员不知情的情况下提取），因此提取DNA样本变得非常重要，并且几乎已成为执法人员的常规活动。尽管如此，应该牢记，一个人的DNA样本是他或她最隐私的个人信息的一部分。因此，提取一个人的DNA样本是一件不能被轻视的事情，应该严格遵守国内法规定。血液样本的提取也是如此。

在提取DNA或血液样本时应该遵守以下最低限度保障：

- 国内法应明确界定在何种情况下可以提取DNA或血液样本，并且规定有权批准或采取这种措施的机构；
- 只有在为实现法律明文规定的目的所必要的情况下才可以采取这种措施；
- 在调查犯罪的过程中必须遵守无罪推定原则。法律应禁止在没有合理理由怀疑一个人犯罪的情况下随意搜集其DNA或血液样本的做法。
- 血液和DNA样本应该保密，在调查过程中只能披露所需的相关信息（如一份DNA是否与另一份合法获得的DNA样本匹配）；

- 与DNA或血液相关的数据的存储应由法律加以规制；这种数据只得为实现最初提取这些样本使所要达到的目的而存储和使用；
- 从DNA或血液样本中所获得的信息的使用应受到司法控制，即相关人员应该能够就使用其DNA的行为向司法机构提出异议。



国际判例

欧洲人权法院

S和马佩尔诉联合王国 (Case of S. and Marper v. the United Kingdom) 第30562/04号和第30566/04号来文，2008年12月4日判决

“113. 在本案中，第一位申诉人涉嫌未遂抢劫，第二位申诉人涉嫌骚扰其配偶。执法人员在刑事程序的语境中提取了他们的指纹和细胞样本以及DNA图谱。尽管后来前者被宣布无罪而针对后者的刑事程序也被中止了，但是他们的指纹和DNA等数据却被执法机构依据允许无限期保留这些数据的法律保留了下来。

122. ……的确，执法机构保留有关申诉人的数据并不等于表示其怀疑申诉人犯罪。尽管如此，考虑到只有那些被定罪的人的个人数据才会被执法机构无限期保留，而那些从未被怀疑犯罪的人的个人数据则必须被销毁这一事实，申诉人有理由感到执法机构没有将自己作为无罪的人对待。

125. 总之，考虑到在本案中所行使的、保留那些被怀疑犯罪，但未被判定有罪的人的指纹、细胞样本和DNA图谱的权力的总括性和无差别性，法院认定这种权力未能在相互冲突的公共和私人利益之间找到公正的平衡，被申诉的国家在这方面超出了可接受的判断余地。本案中保留个人数据的做法构成了对申诉人私生活受到尊重的权利的不成比例的干涉，因而不能被认为是在一个民主社会中所必要的。”

(三) 对场所的搜查

对诸如住宅或办公室等场所的搜查以特别严重的方式影响一个人的人权。它们使执法人员得以深入了解生活或工作在这些场所的人的生活方式和工作模式。因此，这种搜查对于被搜查人来说特别是特别具有侵扰性，并且往往被认为是具有羞辱性的。所以在

大多数国家的国内法中，这种搜查必须受到司法决定的限制，如必须得到法官签发的搜查令。无需这种搜查令的搜查通常仅严格限于如果等待司法决定则搜查目的就无法达到——如所要搜查的证据会被销毁或所要搜查的人员会逃跑——的情况下。法律往往还对这种搜查的理由以及/或程序规定了额外的要求（如只能用于对达到某种严重程度的犯罪或犯罪嫌疑程度达到某个具体的水平的案件的调查；搜查时必须有证人在场或对夜间搜查规定额外限制）。



国际判例

欧洲人权法院

多布雷夫诉保加利亚案 (Case of Dobrev v. Bulgaria)

第55389/00号来文，2006年8月10日判决

“162. 法院指出，国内法律规定，只有在有合理理由相信在相关的时间和相关的场所能够找到与案件相关的物体或文件的情况下，才能够由审判法院（在审判阶段）或检察官（在审前阶段）签发对这一对场所的搜查令……这种搜查也可以在调查阶段进行，但是只能在犯罪现场调查过程中进行，并且立即开展这种搜查是收集和获得相关证据的唯一方法……”

163. 法院认为，在本案所涉及的时间内警方并没有启动任何询问或初步调查，因此不清楚对申诉人住宅的搜查是在何种程序中开展的。法院指出，政府未能在这方面提供合理解释。另外，在搜查过程中只有两位证人，而没有申诉人、其家庭中的其他成年人、物业经理或市政府代表在场……因此，似乎这种搜查没有满足必要的条件，因而不符合相关的国内法规定……”

165. 鉴于以上事实，法院只能得出以下结论：1999年8月26日对申诉人住宅的搜查不符合《公约》*第8条第2款中所规定的“依照法律进行”的要求。”

* 《欧洲人权公约》

执法人员在搜查过程中应尽量避免对被搜查场所的不必要的侵扰。遗憾的是，执法人员有时仍然以暴力和威胁的方式开展搜查，对被搜查场所造成不必要的混乱和破坏，对在搜查过程中看到的私生活的某些方面作出不恰当的评论或开不恰当的玩笑，或

做出其他明显不是为了达到搜查目的所需的行为，从而对相关人员进行长期难以消除的羞辱或精神创伤。执法人员显然应该避免这种既不合法也不职业的行为。这种行为还可能导致人们对调查活动的客观性和公正性的怀疑，从而对其在法庭出示的证据的可信度产生负面影响。

(四) 监控技术

监视是执法机构在履行其预防和调查犯罪的职责时所采取的一种标准的执法行动。这种行动的范围也非常广泛，包括从简单的观察、照相和阅读信件到诸如电话监听、互联网监视、在公共或私人城市的摄像监视以及对通讯的技术拦截等技术监控措施等一系列手段。在这个日益技术化和全球化的世界中，在国际层面上出现了越来越多的安全威胁，安全部队显然在寻求建立应对这种局势的恰当监控机制。尽管如此，这些技术可能具有高度的侵扰性，可能侵犯一个人生活的最个人和最隐私的方面。因此，应该在国家建立预防和调查犯罪的有效手段这一合法利益和作为人的尊严的一个基本方面的隐私权和无罪推定的权利之间作出谨慎的平衡，并禁止在没有合理理由的情况下随意干涉人权。因此这种技术的使用必须是建立在明确的法律基础之上，并且应该采取恰当的措施保障受其影响的人的权利。



国际判例

欧洲人权法院

贝科夫诉俄罗斯案 (Case of Bykov v. Russia)

第4378/02号来文，2009年3月10日判决

“78. 法院一贯认为，就警方为调查犯罪而拦截通讯的做法而言，‘法律必须作出明确的规定，以使公民充分了解在何种情况下公共机构有权使用这种对个人隐私和通讯受到尊重的权利的秘密的、并且可能是危险的干涉手段，以及使用这种手段所必须满足的条件’……”

79. 法院认为，这些原则同样适用于无线电发送装置的使用。这种装置的性质和侵入性几乎与电话监听相同。

80. 在本案中，执法机构命令并实施了对申诉人与V之间的电话交谈的监听，而在此过程中几乎没有为申诉人的权利提供任何保障。特别是相关当局命令这种监听的法律自由裁量权不受任何条件的限制，没有界定这种权力行使的范围和方式；也没有规定其他具体的保障措施……

82. 法院得出结论：在本案中，对申诉人私生活受到尊重的权利的干涉不符合《公约》*第8条第2款中所规定的“依照法律进行”的要求。”

* 《欧洲人权公约》

另外，必须根据具体的法律依据和具体的情况决定拦截一个人的通讯的决定是否正当。



国际判例

美洲人权法院

埃舍尔等诉巴西案 (Case of Escher et al. v. Brazil)

2009年7月6日判决

“131. 考虑到电话拦截可能严重干涉个人的私生活，这一措施必须建立在法律之上，而法律必须准确地规定相应的明确和详细的规则，如有关在何种情况下能够采取这种措施、有权申请、批准和实施这种措施的人以及采取这种措施时所应遵守的程序的规则。

139. 在之前的一些案子中，法院在审查司法保障问题时强调，国内机构所做出的可能影响人权的决定必须有合理的根据，并且是正当的。否则这种决定就是任意的。这种决定应该通过理性的论证解释其所依据的理由，并考虑到相关的论据和证据。陈述所作出决定的理由的义务并不要求对申请中所提到的每一个论点都作出详细的回应，而是可以根据决定的性质灵活掌握。在每个案件中都需要对这一保障是否得到满足作出评估。在无需听取另一方意见就可以作出决定的司法程序中，所提供的依据和理由必须表明批准或不批准所申请措施的决定考虑到了所有的法律要求和其他因素。因此，法官必须陈述其意见，并尊重相关的充分和有效保障，以避免在决定所批准的程序中出现违法和任意行为。”

这种措施还必须遵守必要性和比例性原则。因此，它们只有在为实现调查的目的所必要的范围之内实施，即如果存在能够达到同样目的侵扰性更小的措施的话，那么就应该优先考虑这些措施。这些措施的持续时间不得超过为开展调查所需的时间，并且其对私生活的干预程度也必须与所调查的案件严重程度成比例。必须通过司法或其他机构的恰当的控制确保问责性。相关程序(有关搜查令的要求、报告和记录)都应由法律确定。

考虑到(实际存在的或感觉到的)包括恐怖主义在内的高度安全威胁，如今要求给予执法人员更大的监控权力以及降低对这些权力的保障的呼声越来越大。这些呼声包括对互联网、陆上通信线、移动电话连接和金融业务的无限制监控以及对数据的无限制存储。

然而值得注意的是这种措施往往是不必要的。如今许多信息都可以通过公开信息源获得，因而不需要干涉隐私权。降低诸如严格的司法控制以及在每个案件中证明相关措施正当性的要求等保障措施会破坏作为司法制度基本支柱之一的无罪推定原则。而这种做法是否能够提高执法工作效率则是值得怀疑的。这可能只会导致调查精力的分散：执法机构不仅要收集海量的信息，而且还要对这些信息进行处理和分析，以便将其用于调查的目的。这使得原本已经很短缺的资源变得更为紧张。而且这种做法还有一个内在的危险，那就是在这种海量的信息中真正重要的部分可能被忽视，结果导致安全系数的降低而非提高。

(五) 特许保密通讯

犯罪嫌疑人与律师的联络，无论是面对面的直接交流，还是通过电话、书信或电子邮件的联络，都被认为是应该受到特别保护，免受调查措施干预的。这种“律师的豁免权”是受到公正审判的权利与获得有效辩护和律师帮助的权利以及不被迫自证其罪的权利相结合的产物。如果与律师之间的联络得不到保护的话，那么获得律师帮助的权利和获得有效辩护的权利只能停留在理论上。必须使犯罪嫌疑人相信他能够与律师在完全信任和保密的条件下进行联络。如果没有这一保障，嫌疑人与其律师之间的联络就会受到严重的妨碍。而如果嫌疑人担心其与律师联络的内容会被用作不利于其的证据，因而不能与其律师坦率地讨论其案件的每个方面的话，那么他们就无法为自己进行有效的辩护。

- “3. 除司法当局或其他当局为维持安全和良好秩序认为必要并在法律或合法条例具体规定的特别情况外，不得终止或限制被拘留人或被监禁人授受其法律顾问来访和在既不被搁延又不受检查以及在充分保密的情形下与其法律顾问联络的权利。
4. 被拘留人或被监禁人与其法律顾问的会见可在执法人员视线范围内但听力范围外进行。
5. 本原则所述的被拘留人或被监禁人与其法律顾问之间的联络不得用作对被拘留人或被监禁人不利的证据，除非这种联络与继续进行或图谋进行的罪行有关。”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第18条）

在刑事调查程序，特别是在执法人员开展的搜查过程中，必须尊重这一受到保护的关系。



国际判例

欧洲人权法院

斯米尔诺夫诉俄罗斯 (Case of Smirnov v. Russia)

第71362/01号来文，2007年6月7日

“48. 关于搜查的方式，法院进一步指出，搜查令中的条件过于宽泛，因而在决定哪些文件与刑事调查‘有关’的问题上给予了警察无限制的自由裁量权；这导致了范围广泛的搜查和扣押。被扣押的材料涉及的范围超出了这两个私营公司的商业事务。另外，警察还拿走了申诉人个人的笔记本、他的计算机中的核心元件以及其他材料，包括他的客户在一个与本案无关的民事诉讼程序中签发的授权表，以及在另一个案件中的一份备忘录草稿。正如上文中所提到的，没有诸如禁止扣押为律师和当事人之间的信息披露豁免权所涵盖的文件的规定或由一个能够决定哪些文件为法定职业豁免权所覆盖的独立观察员的监督等防止干涉职业秘密的保障措施……考虑到受到检查和扣押的材料的性质，法院认为这种搜查对职业秘密的干涉程度与其所要达到的合法目的是不成比例的。法院重申，就律师而言，对其职业秘密的侵犯可能会对司法，因而对《公约》*第6条中所保障的权利产生影响……”

* 《欧洲人权公约》

必须牢记，律师与其顾客秘密联络的豁免权保护的不是律师本人，而是他们的顾客。因此，应该注意到，如果一个律师涉嫌犯罪，那么他与其顾客之间的联络就不再受到这种豁免权的保护，因而可以被执法机构截获或调查。在这种调查过程中所发现的任何证据也可能被用作对这个律师——而非他的顾客——的不利证据。

在许多国家，诸如医生或其他医疗人员、心理学家、记者、接受他人忏悔的神职人员等也享有类似的豁免权。所有这些规则都是比例性原则在立法中的表现。立法者认为，维持人们对他们与这些专业人员之间联络的保密性的必要信任一般来说要比与刑事调查结果相关的公共利益更为重要。国内法还规定了对这些规则的可能的例外情况，以及所应遵守的相关程序(如是否需要法院令)。执法人员必须尊重立法机构的这种决定，只有在法律严格规定的例外情况下才能够从这种联络中获取证据，并且在此过程中必须严格遵守相关的程序保障。



与实践的融合

教育

执法人员必须意识到国内法中所规定的职业豁免权并理解其重要性。他们应该熟悉这些豁免权的例外情况以及适用于这些例外的程序。最后，他们应该意识到，在搜查过程中违反国内法中有关职业豁免权可能导致其所获得的证据在法庭上不被采信。这种结果是开展搜查获得的初衷，即获得证明犯罪嫌疑人有罪的证据，并最终将其定罪这一目的是背道而驰的。

(六) 在拘押场所的搜查

一个人被剥夺自由这一事实并不能使相关当局拥有更大的搜查权。很显然，相关当局有理由担心拘押场所的安全状况。但是，这些担心不能被用来证明任意和过分的措施的正当性。

在拘押场所的搜查与在这些场所之外的搜查都受到相同的规则和原则的约束。在这两种情况下的搜查都必须遵守合法性、必要性、比例性和问责性原则。

特别是，就像任何其他干涉被拘押人人权的措施一样，搜查必须受到司法或其他机构的审查和补救措施的限制：

“任何形式的拘留或监禁以及影响到在任何形式拘留或监禁下的人的人权的一切措施，均应由司法当局或其他当局以命令为之，或受其有效控制。”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第4条）

“逮捕、拘留某人或调查该案的当局只应行使法律授予他们的权力，此项权力的行使应受司法当局或其他当局的复核。”（《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第9条）

拘押场所开展系统的身体搜查。但是，这种搜查应该在有保障的条件下按照明确的程序进行，并且应该明确界定什么是常规身体搜查（见本章第二节第二小节）。²³高安全级别监狱往往会对进入这种监狱的囚犯进行系统的光身搜查。虽然在具体情况下犯人隐藏危险物品的高风险确实可以证明这种做法的正当理性，但是不能允许这种搜查在没有任何形式的控制或问责的条件下成为一种标准的做法。制定这种规制的机构必须确保光身搜查不被用作骚扰囚犯的手段，它们只有通过对于监狱管理人员的培训和严格的监督才能够防止这种现象的发生。



国际判例

欧洲人权法院

范德尔温诉荷兰案 (Case of Van der Ven v. The Netherlands)

第50901/99号来文，2003年2月4日判决

“58. 法院指出，根据最高安全级别监狱制定的规则，申诉人在‘开放’探视之前和之后以及在去诊所、牙医手术室和理发室之后都要接受光身搜查。另外，连续在3年半的时间内，他还必须在每周一次的囚室检查中接受包括肛门检查在内的光身搜查……即使在上一周中他没有与外界有过任何接触……并且在接受‘开放’探视、去诊所、牙医手术室或理发室之后已经接受过了光身搜查。因此，这种每周一次的例行光身搜查并非基于任何具体的安全需要或申诉人的行为……”

23 见上注。

62. 法院认为，监狱管理方在已经对申诉人采取了大量监视措施，并且没有令人信服的安全需要的情况下，在连续3年半的期间内对其每周一次的光身搜查有损于他的人格尊严，并使他产生痛苦、自卑和羞辱感……

63. 因此，法院得出结论：在最高安全级别监狱中常规性光身搜查与其他严格的安全措施结合在一起构成了违反《公约》*第3条的不人道或有辱人格的待遇。”

* 《欧洲人权公约》

即使在最高安全级别监狱中，体腔搜查也绝不能成为例行程序的一部分。它们只有在有合理理由怀疑安全受到威胁的情况下才能够使用，并且只能作为最后手段，即只有在其他方法都未能达到目的时才能够被使用。



国际判例

美洲人权委员会

X女士诉阿根廷案 (Case of Ms X v. Argentina)

1999年10月15日第38/96号报告，第10.506号案件

“68. 委员会并不质疑在囚犯进入监狱之前对其进行一般性搜查的必要性。但是阴道搜查或检查是一种非常特殊和非常具有侵扰性的搜查。委员会强调，不应自动地怀疑探监者或寻求行使其家庭生活权利的家庭成员有违法行为，并且在原则上不能认为他们对安全构成严重威胁。虽然在某些特殊的例外情况下可以为保障安全采取这种措施，但是不能说系统地对所有探监者采取这种措施是确保公共安全所必须的。

72. 委员会认为在具体案件中，阴道搜查或检查必须满足以下4个条件才可以被认为是合法的：(1) 必须是在特定的案件中为达到安全目标所绝对需要的；(2) 必须在没有其他的选择的条件下使用；(3) 必须由司法机构决定；(4) 必须由恰当的医疗人员进行。*

(1) 绝对必要性

73. 委员会认为，除非在具体案件中为达到安全目的而绝对必要，否则不得使用这种程序。必要性条件意味着只有在有理由相信存在对安全的真

实威胁或相关人员可能携带非法物品的具体情况下才可以开展此类检查或搜查。阿根廷政府辩称，鉴于X先生案件的特殊情况，监狱方所采取的严重限制个人自由的措施是正当的。这些措施的目的是维护公共利益，即保障囚犯和监狱管理人员的安全。尽管如此，根据安全局长的说法，这一措施适用于第一单元的所有探视者。如果这种措施是在监狱当局发现X先生持有爆炸物之后立即采取的，那么它的确可以被证明是正当的。但是这不能证明在此之前监狱当局多次采取此种措施的正当性。

(2) 没有其他选择

74. 委员会认为，阴道检查和搜查以及因此导致的对探视的干涉不仅必须是出于保障迫切的公共利益的目的，而且‘如果存在可以实现这一目的的各种可供选择的手段，那么必须选择对受到保护的权利的限制最小的那种手段。’

82. ……不加控制地把对一个人的隐私部位的搜查的决定权完全交给警察或安全人员的做法很可能导致后者对这种措施的不必要的使用、将其用作恐吓手段或以其他方式滥用这种措施。有关这种搜查是否为亲密接触探视的一个必要条件的决定最好应该由司法机构做出。

85. 将侵扰性措施作为探视条件，而又不提供恰当的保障，监狱官员的这种做法对X夫人及其女儿的权利做出了过分的干涉。”

* 正如上文(本章第二节第二小节)所指出的，在这种情况下医疗人员不是作为医疗服务的提供者，而是作为医学专家行事，因而通常的医疗服务提供者和病人之间的保密关系不适用。本手册所代表的观点是，在通常情况下没有必要由医师来从事这项工作。但是可以根据医疗原因或被拘押人的要求对此规则做出例外。

有关这种搜查的决定必须由合格机构做出，并由接受过有关人体解剖学以及这种搜查在卫生方面的要求充分培训的人员实施。正如上文(本章第二节第二小节)所提到的，在通常情况下这种搜查不需要由医疗人员进行。特别是监狱医生可能会发现自己处于利益冲突之中：一方面他们向囚犯提供医疗服务；而另一方面他们又作为医学专家代表监狱当局行事。如果有医学上的理由要求医疗人员参与这种搜查或者囚犯本人要求由医疗人员进行这种搜查的话，那么应该向囚犯清楚地解释这一情况(包括医疗服务的提供者与病人之间通常的保密关系在这种情况下不适用这一事实)。

三、扣押

执法人员依据其权力扣押物品的行为在大多数情况下会影响受到《世界人权宣言》第17条所保护的财产权：

“(-) 人人得有单独的财产所有权以及同他人合有的所有权。

(二) 任何人的财产不得任意剥夺。”

另外，根据扣押的物品的不同，可能受到扣押影响的权利非常广泛。几乎所有人权都可能受到影响：隐私权、践行宗教的权利、从事某种职业的权利、获得信息的权利、迁徙自由等等。

因此执法人员只有根据法律规定的理由并按照法律规定的程序才能够扣押物品（合法性原则）。以下是最常见的扣押理由：

- 在调查过程中提取证据；
- 确保调查以不受阻碍的方式进行，如扣押犯罪嫌疑人的护照以防止其离境；
- 为安全的目的（如扣押武器或其他危险工具）；
- 结束非法状况（如归还被盗财产或没收毒品等违禁物品）；
- 执行法院命令（如在民事权利请求案件中作出的判决）。

只有为达到合法目的才能够扣押物品。如果这一合法目的可以在不扣押物品的情况下达到，那么应该优先考虑在不扣押物品的条件下达到这一目的。如果扣押物品是为了提取证据，如可能在被扣押物品上找到的指纹，而在对该物品进行检查后没有发现任何相关证据，那么就应该将该物品归还其所有者。

根据比例性原则，通过扣押所要达到的合法目的不得超过其对相关人员的不良影响（如对救命药品的扣押）。例如，执法人员应该认识到扣押对于某些行业的运作来说不可缺少的文件所产生的影响。这可以影响一个公司的整个运作以及该公司合作伙伴和客户的权利。执法人员应该仔细考虑这种扣押的重要性是否足以证明其所导致的这种严重后果的正当性。不言而喻，不能为调查目的证明为正当的、随意扣押大量物品和文件的行为是违反比例性原则的。另外，应该对被扣押物品进行及时分析或检查，以便能够尽快归还其所有者，特别是在该物品不再为调查所需时更是如此。

在问责性方面，执法人员必须遵守相关的程序，如在扣押某些物品之前必须获得法院签发的扣押令。必须对被扣押的物品进

行适当的记录，并且尽可能快地通知相关人员并且告知其与扣押相关的权利。必须恰当地保管被扣押物。如执法人员对被扣押物造成不必要的损坏或丢失，那么他们可能需要对受影响的人进行赔偿（见《受害者宣言》第19条）。

有一种特殊的扣押情况就是在拘押场所对囚犯的财物保管。《囚犯待遇最低限度标准规则》第43条指出，这种保管应该受到预先制定的条例的约束。这种条例应规定对保管的财物进行登记的要求，以及在囚犯被释放时返还其被保管的财物的义务。

与实践的融合

原则

执法机构的操作程序应该包含有关如何处理被扣押物品的明确的指令，包括报告和记录扣押行动，告知受扣押影响的人其权利，以及恰当处理被扣押物品，以便有效获得所需证据，并确保被扣押物品得到妥善保存，防止不必要的损坏，并在扣押目的达到后归还其所有者。

四、选阅书目

- Born, Hans, Wills, Aidan (eds), *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, DCAF, Geneva, 2012.
- Council of Europe, *Recommendation No. R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison*, adopted on 8 April 1998.
- ICRC, *The legal protection of personal data and human remains*, Electronic Workshop, Final report and outcome, ICRC, Geneva, 2002.
> http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_themissing_072002_en_1.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- Moonen, Tom, “Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 1, Issue 9, April 2010, pp. 97-136.

- Reyes, Hernan, *Body searches in detention*, ICRC, Geneva, 2006.
 - > http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/body_searches_in_detention.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- Rothstein, Mark A., and Talbott, Meghan K., “The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?,” *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, Issue 2, Summer 2006, pp. 153-164.
- Toom, Victor, “Bodies of Science and Law: Forensic DNA Profiling, Biological Bodies, and Biopower,” *Journal of Law and Society*, Vol. 39, Issue 1, March 2012, pp. 150-166.
- Williams, Robin, and Johnson, Paul, “Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations,” *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, Issue 2, Summer 2006, pp. 234-247.
- World Medical Assembly, *WMA Statement on Body Searches of Prisoners*, adopted at the 45th World Medical Assembly, Budapest, Hungary, October 1993, and editorially revised at the 170th WMA Council Session, Divonneles-Bains, France, May 2005.

第四部分

指挥、管理 和问责

第十章 内容大纲

一、导论

二、执法组织

- (一) 结构、变化和发展
- (二) 指挥和领导
- (三) 命令和程序

三、人力资源

- (一) 招募和选择
- (二) 教育和培训
- (三) 人力资源管理

四、监督和控制

- (一) 国际义务
- (二) 法律责任
- (三) 内部责任
- (四) 绩效责任

五、申诉机制

六、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《联合国反腐败公约》(2003年通过, 2005生效)

非条约法

- 《执法人员行为守则》(1979年通过)
- 《公职人员国际行为守则》(1997年通过)

第十章

指挥和管理

一、导论

执法机构的结构在不同的国家中有很大的差异——它可能是高度集中、自上而下的单一结构，也可能是由大量具有相互补充、有时相互重叠的责任和职权的机构组成的复杂的结构。这些机构大多数都是非军事性质的并且都隶属于内务部或司法部。而在有些国家中，它们隶属于国防部并且是(准)军事性质的。不管它们的性质和隶属关系如何，大多数执法机构都具有很严格的(类似军队中的)等级制度。在执法机构中有多少种警衔，就有多少个职能等级。这些机构大多数都是封闭型的系统，大多数决策过程都属于“自上而下”这一类型。尽管有这种等级结构，执法人员在执法现场处理具体情况时所拥有的广泛的自由裁量权也是日常执法实践的一个重要特征。

不管执法组织采用何种体系和结构，它们都必须确保自己具有处理和快速应对本地需求和国内层面上的各种局势、威胁或挑战的能力。这要求它们制定广泛的制度性策略、政策和应对措施，以使自己同时具有反应性和主动性响应能力，并能够预测各种需求、威胁和挑战。因此他们应是集中的、自上而下的等级结构和分散的责任和职权的恰当的组合，以确保对千变万化的执法局势作出恰当的反应。世界上不存在一个适用于所有执法机构的执法模式，每个国家都必须根据其自己的具体情况、需求和现有能力作出明智的选择。因此，本章的目的不是推荐某个具体的执法模式，因为照搬他国模式而不使之适应本地实际情况的做法会导致执法机构与其所在社区之间的分离和疏远，从而不可避免地导致执法工作的有效性和效率的降低。因此，本章将重点讨论那些可以确保完全尊重法治和人权的有效和高效率执法实践的因素。其背后的一个理念就是“好的”执法工作不能仅仅建立在破获的刑事案件以及成功逮捕和审判的罪犯的数量之上，而是应该能够满足一些远比这些更为广泛的要求。以下各节将详细讨论这些要求，并试图探讨负责指挥和/或管理的执法人员如何使那些确保合格和恰当执法实践的机制制度化的问题。

二、执法组织

(一) 结构、变化和发展

通过对过去几十年中的执法实践的分析可以得出一个重要的结论，那就是仅靠执法人员本身无法实现维持和平和秩序、提供安全以及预防和调查犯罪这些执法目的。执法活动必然是在社会中开展的。这意味着执法人员每天都要与社会(成员)互动。在执行其任务的过程中，执法人员在很大程度上依赖于公众的支持和接受，以及他们与其认为是合法的执法机构及其成员合作的意愿。执法机构以及每个执法人员的合法性在很大程度上取决于公众对于执法工作的开展方式的理解，而这远远超出了犯罪率和逮捕率等统计数字的范畴。公众在遇到困难时是否会寻求警察保护和帮助取决于执法机构合法、专业和守法的总体形象。由于执法人员严重侵犯人权所导致的高度畏惧心理会使人们远离执法机构，因而严重影响其合法性——如果实施这种侵犯人权行为的执法人员一般都得不到应有惩罚的话，则更是如此。如果警察不能履行其应尽的职责的话，那么人们也会对执法机构产生类似的态度，其结果是越来越多的公民采取私力救济的方法来解决他们之间的矛盾。

这使得执法机构——或者更准确地说是它们的策略管理官员——认识到高度官僚化和集权化的执法结构在多大程度上妨碍了执法的有效性和效率。

尽管如此，许多执法机构仍然没有深刻认识到官僚主义和等级化的执法系统已经无法适应如今这个动态的、不断变化的环境。变革的动力往往来自执法机构外部的(政治)压力。这种压力来自不满意(传统)执法机构所能够达到的有效性和效率水平的政治决策者。这种不满往往是由对执法机构充满敌意的公共舆论所导致的，而后者又是建立在有关执法行动的负面看法和经历之上的。只要看一看日益扩大的私人保安市场，我们就知道在这一领域内的公司实际上正在出售国内执法机构所未能提供的保护和安安全。因此我们可以很明显地看出，促使执法机构进行改革的是社会上日益增长的不满情绪。

不管变革的理由是什么，目前全世界各地的执法机构都在逐渐地向着分散和非官僚化结构的方向发展。它们正在引进和试验新的管理理念，逐渐放弃了那种自上而下的决策模式，并接受

了“自治”和“对结果的下放的责任”等概念。这些概念旨在使执法机构的各个层次共同对执法工作结果负责。诸如“社区警察”等概念逐渐得到人们的赞同。同时，随着执法人员临时雇用合同的引入，“终身制”的概念越来越受到人们的质疑。执法机构已为制定更为积极和对社区的需要更具响应性的执法策略作出了一些努力。

在这一发展过程中一个重要的因素就是代表性。基于各种理由，一个执法机构应该代表其所服务的社区。这意味着在执法人员中应该保持男女之间和各地理区域之间的比例平衡，以及诸如宗教群体、民族群体、少数人群体等不同社会群体的代表性。代表性的优点显而易见：它可以提高执法机构的能力。对特定国家中不同社会群体的更好的了解可以提高执法机构对这些群体的响应性（包括对所预料到的挑战和威胁的反应性和积极性响应）。有代表性的执法机构具有更强的与社会所有群体进行沟通的能力——这种沟通能力不仅仅包括语言能力，而且包括考虑宗教或文化因素的能力。也许更为重要的是，如果社会成员感觉执法机构具有广泛代表性，那么他们就更能接受执法工作，并认为它是公平和公正的。相比之下，仅仅由某一社会群体（不管是多数人群体还是少数人群体）成员构成的执法机构在整个社会或者至少在某些社会群体的眼中是缺乏合法性的。其结果是执法工作往往会被认为是带偏见的、歧视性的和任意的。很显然，这种看法会导致执法机构和社会公众之间的不利于良好和有效执法的敌对关系。

（二）指挥和领导

执法机构的高级指挥领导层在确保对于有效执法来说不可或缺的执法机构的合法性以及公众对执法机构的支持方面负有特别的责任。它必须向执法人员表明，“好的”执法行为始于对法律的有效遵守。对法治的全面遵守对于执法工作具有绝对重要性，因此执法机构的领导层有责任确保所有执法人员理解、接受和奉行这一原则。执法机构所有的常规命令、规则和条例以及它们的有效适用都必须符合法治原则。

在这方面，有必要检查一下所谓的“零容忍”或“严打”等政策。虽然本手册的任务不是从操作角度上对这种政策作出评判，但仍然有必要强调这种政策内在的危险性。它们实际上可能

会被执法人员理解为“为了正当目的可以不择手段”的政策。很显然，这很可能会导致权力的滥用，因为在这种政策下执法目的实现要比合法手段的使用更为重要。在制定政策和策略时，执法机构的领导层有责任采取一切必要的措施确保不助长执法人员非法和滥用权力的行为。一方面，这要求他们向执法人员明确介绍和解释已有的政策。应避免诸如“要求/命令执法人员采取一切必要措施……”等模糊的表述，并向执法人员明确解释他们根据这些政策应该采取何种行动。另外，他们必须提醒执法人员，这些政策并不意味着他们可以偏离绝对遵守相关的国内和国际法这一原则。另一方面，还有必要采取补充性措施，如确保公众和独立的监督机构²⁴对警察工作更严格的监督、考虑到公众意见的协商过程以及其他促进执法机构与公众的接触和交流的措施——总之，各种确保警察工作透明度和对其充分监督和控制，以防止滥用权力和违法行为的措施。

最后，作为以上这些规则、条例和常规命令和程序的补充，执法机构还应该制定一个一般性的道德框架（见本手册第三章第四节），使执法人员明确承诺遵守有关专业性和诚实性原则以及相关国内和国际法所建立的最高标准。执法机构的指挥官员以身作则的行为和态度在培养这种对法治的一般性尊重方面也起着关键性作用。

《执法人员行为守则》第7条要求执法人员不仅不从事任何腐败行为，而且“应竭力抵制和反对一切贪污行为”。

执法机构的指挥领导层在这方面负有特别的责任。腐败现象构成了对有效、专业和守法的执法工作的最严重的威胁。它对执法机构、其实现公正和安全的努力以及其所应该代表的道德价值都构成了威胁。因此，执法机构的领导层应该为有效打击各种腐败行为，包括轻微的腐败行为而做出不懈的努力。

腐败的定义自然应由国内法决定。尽管如此，在执法语境中，腐败行为的范围非常广泛，包括“个人在执行任务时或在与其任务有关的情况下，要求或接受礼物、许诺或酬劳，从而采取或不采取某种行动，或在采取或不采取某种行动后非法接受这些礼物、许诺、酬劳的一切行为”，并且包括任何“意图贪污”的行为（《执法人员行为守则》第7条评注（b）和（c））。这种行为包括：

24 有关独立的监督机构的类型和任务，见本手册第十一章第八节。

- 接受经济或其他好处，以作为构成执法人员职责一部分的作为或不作为的条件；
- 为获得这种好处而实施违法行为；或
- 以可能损害执法人员履行其职责的公正性和客观性或使人们怀疑这种公正性和客观性的方式接受这种好处。

指挥领导层必须采取一切可能的措施防止这种行为发生并因而影响整个执法机构的公信度和效率。《联合国反腐败公约》包含缔约国为有效反腐而所应采取的一系列措施。正如下面这个文本框所显示的，其中包括可以被执法机构实施的措施。



与实践的融合

原则

《联合国反腐败公约》第8条第2款提到需要建立有关“正确、诚实和妥善履行公务的行为守则或者标准”。这种标准的一个例子就是联合国大会于1996年12月12日在第A/51/610号决议中通过的《公职人员国际行为守则》。

教育和培训

《联合国反腐败公约》第7条第1款第4项建议国家机构促进教育和培训方案，以使公职人员“能够达到正确、诚实和妥善履行公务的要求，并为其提供适当的专门培训，以提高其对履行其职能过程中所隐含的腐败风险的认识。这种方案可以参照适当领域的行为守则或者准则。”

惩罚制度

- 《联合国反腐败公约》第8条第4款提醒缔约国注意建立相关措施和制度，“以便于公职人员在履行公务过程中发现腐败行为时向有关部门举报。”
- 《联合国反腐败公约》第8条第6款要求缔约国“对违反依照本条确定的守则或者标准的公职人员采取纪律措施或者其他措施。”

(三) 命令和程序

本手册已多次强调了完全符合法律以及相关人权规则和标准的命令和程序的重要性。尽管如此，在这里仍然有必要强调，仅仅在这种命令和程序中重复法律的规定并提醒执法人员遵守法律

是远远不够的。命令和程序的一个重要的功能就是为执法人员提供一个明确的操作框架，以使他们能够以有效、高效和合法的方式开展执法行动，而与此同时又不妨碍他们的自由裁量权，以使他们能够在面对具体而且往往又是独特的情况时决定其所应作出的反应。在这两者之间保持恰当平衡的确是一项非常具有挑战性的任务。

执法机构的命令和程序包括从由上级官员做出的实施逮捕的个别命令到有关具体执法行动的常规命令，如在公共集会、危机情境或高危逮捕等情况下所开展的大规模行动中使用火器的预先制定的程序等各种不同类型。本手册不可能讨论所有这些不同类型的命令和程序。尽管如此，这些命令和程序，无论其范围如何，必须符合以下标准：

- 它们应该建立明确的命令链以及明确的责任和决策程序。这在诸如管理公共集会等大型执法行动中显然是必要的，而在警察局的日常工作中也同样适用。必须建立明确的责任、自由裁量权、决策权限和监督机制。只有这样才能确保执法机构的有效运作以及在恰当层面上建立对有执法行动的明确的问责制度。
- 命令和程序应该受到合法性、必要性和比例性原则的指导，并提供有关其针对具体问题的适用标准（包括对具体执法行动的明确的限制，如对使用某些装备的限制）。
- 必须充分考虑在各种类型的执法行动中采取一切可能的预防措施，如在开展行动之前必要情报的获取、恰当的装备及其使用、开展执法行动的时间和地点的选择以及使损害最小化的措施等等。
- 必须建立监督和报告机制，以对执法行动的合法性和效率开展恰当的分析。以上这些措施如果能够有效实施的话，应该能够确保参与执法行动的人员以及/或者他们的上级领导的问责性，包括对相关人员进行纪律和刑事调查程序，并使执法机构领导层得出是否修改相关程序、更新装备、改进培训方法或改变有关某种类型的执法行动的安排等结论。

三、人力资源

(一) 招募和选择

执法的有效性主要取决于每个执法人员在知识、技巧、行为和态度等方面的素质水平。执法决不是一个可以在出售产品之前进行质量控制的机械的生产过程。执法“工厂”所生产的主要是服务。而其所生产的大多数服务都是“当场”提供的，因而是那些负责监督和审查的官员所无法控制的。尽管不同执法人员之间在权力分配上存在差异，但是国家所赋予执法机构的权力实际上是由具体的执法人员在具体执法条件下行使的权力。

由于人力资源是高质量执法的主要动力，因此执法人员的招募和选择以及他们所接受的教育和培训的质量的重要性是不言而喻的。可以通过在招募和选择阶段提高录取标准以及调整对执法人员的基本或高级教育和培训这两种方法来提高执法人员的基本素质。对未来的执法人员的选择是(或者说应该是)建立在候选人的条件和资格与执法机构所需要的执法人员的条件和资格之间的比较的基础之上的。后者是一些被认为是从事执法工作所必须具备的个人素质。然而，在国内层面上执法人员的招聘和选择往往不是按照上面这种方法进行的。很明显，如果在招聘和选择时采取了很低的标准或者根本就没有标准的话，那么执法人员的平均素质就必然会很低。如果现有的教育和训练水平也很低的话，那么执法活动质量也就很可能达不到预期的水平。

执法人员招募工作的三个关键性的方面

招募标准

招募标准肯定不仅仅是指诸如身高、体重、一般健康状况和无某种残疾或畸形等身体标准。在招募过程中还应该明确界定和评估有关应聘者智力能力和品格方面的标准。考虑到执法人员需要分析千变万化的情况，在执法现场做出相关决定时需行使高度自由裁量权，并且有时还必须理解复杂的法律条款，因此他们的工作不是一般人所能胜任的。应聘人员的受教育水平至少应该确保他们能够掌握对于执法工作来说不可或缺的分析和决策技能。

录用的一个基本的前提条件就是应聘者没有违法记录，这一点是不言而喻的。但仅仅这一点是不够的，还必须对应聘者的品

格进行更为深入的评估。在这方面，对每个人的尊重，尤其是对受害者的尊重和同情（《受害者宣言》第4条）、不存在偏见（如对少数人群体的态度）或其他极端观点、具有使其能够不屈服于他人的压力或不做出非理性决定的足够坚强的性格以及明确的守法态度都是非常重要的。招募数量较少，但更为恰当的人力资源最终可以增进执法组织的有效性和效率；而招聘大量低素质人员的做法最终将会付出更高的代价。

吸引合适的人员

应该向那些在教育水平方面达到要求的应聘者提供具有足够吸引力的工资和工作条件。执法人员的工作要求很高，并且非常危险。因此，其雇用条件应该反映雇主对执法人员工作能力的欣赏。同样，从一开始就增加对合格的应聘者的投入，要比随后将更多的资金投入到新招募的执法人员的教育和培训之中或者接受低质量的执法工作更为合算。

另外，执法工作的吸引力不能来自搜刮钱财的机会。执法机构应该制定明确的反腐败以及有效惩处违法者的政策，以防止有些人出于不良的动机申请执法人员的工作岗位。

适应现实

在国民受教育水平普遍都很低的国家中，应该对所有执法领域进行相应的调整。如复杂的装备只能由那些经过训练掌握了正确使用这种装备的技能的人使用。另外，执法人员的入职门槛越低，在其开展实际工作之前所受到的最初培训的期限就应该越长，并且他们在整个职业生涯之中接受定期培训的频率就应该越高（见第十章第三节第二小节）。

(二) 教育和培训

与招聘和选择一样，世界各国在执法人员的教育和培训的水平和质量方面也存在着巨大的差异。对执法人员的基本培训时间在有的国家仅为6个星期，而在另外一些国家则长达数年。对执法人员的高级培训在有些国家根本就不存在，在有些国家只向官员提供，而在另外一些国家则对所有执法人员都是义务性的。在教育 and 培训的内容方面，有些国家侧重于知识，而另一些国家则侧重技巧或两者的结合。在有些国家中教育和培训受到有关执法

的传统观念的影响，因而侧重于法律、秩序、权威和执法策略。而在另外一些国家，社区服务、社会技巧、共识以及预防策略等概念正在逐渐取代传统的观念。

执法任务是在一个动态的环境中完成的。在这个环境中人们的观念和关系都在不断地变化。执法机构必须通过对每个执法人员的教育和培训使自己具有适应和变革的能力，以跟上其所在社会进步和发展的步伐。因此，教育和培训不能是预先确定了结果的封闭的系统。正如执法机构本身一样，教育和培训也需要随着不断变化的环境变革和发展。只有这样执法人员才能满足他们所服务的社区的需要，从而不辜负人们对他们的期望。

最后必须强调的是，对执法人员的教育和培训不能只是在他们入职时所提供的一次性教育和培训。在他们的整个职业生涯中，执法人员应该接受定期的继续教育和培训课程以及使他们获得其担任的职位所需的新知识和新技能的课程。



与实践的融合

教育和培训

对执法人员的基本培训以及在其职业生涯中的后续培训往往以强调体能和纪律的“军事训练”的方式进行。这种培训无法满足执法人员复杂的工作环境的要求。特别是执法人员被赋予了高度的自由裁量权，以使其能够应对迅速演变的局势。这要求他们充分理解其工作所产生的影响。他们应该理解为什么要以某种方式做某些事情，以及他们所必须适用的法律、规则和条例背后的道理。这当然也包括对相关人权规则和标准、它们背后的原理以及执法人员为什么必须遵守它们等问题的理解。只有这种理解才能够使执法人员在其日常工作中做出恰当的决定。为确保执法人员获得在其日常工作中，包括在混乱或危险的情况下应用这些知识所需的技能，使用包括两难场景在内的现实的场景开展的实际培训是不可或缺的。

(三) 人力资源管理

虽然听上去有点小题大做，但是我还是要强调：执法机构中的执法人员也是人，因此他们也应该被作为人来对待。从长远来看，如果执法人员本身的权利和尊严得不到尊重的话，那么就很难指望他们在工作中遵守法律，并尊重他人的人权。长期低薪甚

至欠薪、过长的工作时间、过短的假期或者根本没有休假、常年无法与家人一起生活、缺乏对其自身安全的考虑(如缺乏恰当的装备和培训)、受到上级官员的有辱人格的对待、未经正当法律程序而受到过分的纪律惩罚、没有涵盖工伤的社会保险、在不幸殉职之后无人照顾其家人——以上这些只是如今在大多数国家中执法人员仍然面临的严酷的生活和工作条件的一部分。虽然这种条件绝不能成为滥用权力或其他非法行为的理由,但是它们显然不利于培养执法人员遵守法律和尊重人权的行為。在这方面,执法机构的领导层必须牢记,执法人员也享有人权,而执法机构的高级指挥层有责任确保这些权利受到保护。

在许多执法机构中,晋升仍然是建立在资历之上的,并且往往是在经过固定的年限之后自动发生的,而不考虑具体执法人员的功绩、资格、或在特定岗位所承担的职責。这种制度很难促进执法人员的专业的执法行为和对法律的遵守。因此现在许多执法机构都引入了定期评估制度,设立了强制性的资格课程,并以此作为执法人员晋升和承担更高层次职責的先决条件。这些措施实际上构成了融合这一概念的一个不可或缺的方面。



与实践的融合

惩罚机制

执法人员的人权记录应该成为有关其晋升的决定中的一个重要因素。在这方面可以采取一种负面的、惩罚性的方法,即有非法行为或滥用权利行为记录的执法人员(如果不是直接开除的话)不得提拔晋升。另一方面,还可以采取一种正面的、奖励性的方法,即执法人员在尊重人权方面(如在保护和帮助群众方面)表现出的特别积极的能力和态度应该在有关其晋升的决定中被作为一个积极因素加以考虑,以鼓励执法人员采取这种行为模式。

四、监督和控制

监督和控制是任何执法机构高级指挥管理层的一项重要职責。它在以下这几个方面起着至关重要的作用:

- 确保国家履行其在国际法下的义务;
- 发现执法人员的非法行为(法律问责性);

- 确保对执法机构内部规则、条例和命令链的遵守(内部问责性);
- 评估每个执法人员以及整个执法机构的一般表现(绩效问责性)。

(一) 国际义务

监督和控制是国家确保对国际人权法的完全遵守和实施这一国际义务的一部分。

国际人权条约和习惯法为国家创建了一个双重义务：一是在国内层面上制定立法，以确保满足人权法的要求；二是不从事任何违背人权法的行为。因此国家应对可以归责于它们的侵犯人权行为负责(有关国家责任的进一步介绍，见第一章第三节第一小节)。在这种侵犯人权的行可以归责于执法人员的情况下，在国际层面上这些行为就被认为是国家行为，因此国家应对这些行为承担责任。换言之，由执法人员实施的侵犯人权行为会导致其国家承担责任。国家有义务采取积极步骤确保所有国家工作人员有效实施和遵守其根据人权法所承担的义务。在执法领域，这意味着执法机构的高级指挥领导层有义务不断审查其执法程序，以确保其符合国际人权法，并通过有效监督和控制确保这些程序在实践中得到遵守。

(二) 法律责任

监督和控制在国内层面上执法机构以及每个执法人员对其行为承担法律责任方面起着不可或缺的作用。对于执法行动的法律可分三个层次：

- 作为个体的执法人员；
- 命令链中的上级官员；
- 国家。

执法人员被要求“尊重并保护人的尊严，并且维护每个人的人权”(《执法人员行为守则》第2条)。所有执法行动都必须建立在制定法之上。它们的实施必须是特定的情况所要求的并且所采取的措施的严重程度相对于特定的情况而言不能是过分的。每个执法人员尊重和严格遵守法律的个人责任不仅仅要求他们了解法律，而且还对他们的态度和技能提出了专门的要求。这些通过恰当培训获得或培养出来的态度和技能在与必要的知识相结合之后

就能够确保执法人员迅速、充分、恰当和不加歧视地适用相关法律。因此，作为个体的执法人员被要求通过报告和审查程序接受监督、控制和审查。他们还被要求维持正确和有效履行其职责所需的知识和技能。

众所周知，并不是所有的执法行动都是“按照书本”上所要求的来实施的，而人权规则和原则有时很容易被违反，而且这种违反行为往往不会被人察觉。例如，在刑事调查过程中，执法人员可能会使用不是完全符合人权法的方法和手段来收集证据。由于通过这种方法获得的信息只是被作为“软信息”来使用——这意味着这些信息不会在(最终)报告中被使用或被记录——因此这种行为也往往不会被人发现。使执法人员注意到所谓的“灰色执法”现象是非常重要的，尤其是因为执法人员趋向于认为他们在某一特定条件下的侵犯人权的行为是可以被允许的或者至少是可以被证明是正当的。“灰色执法”既不是被允许的，也不是可能被证明是正当的。在刑事调查过程中它很可能会侵犯犯罪嫌疑人(或被告人)受到公正审判的权利。它也可能构成对私生活、家庭、住宅或通信的非法或任意的干涉。

监督和控制制度必须确保执法机构的指挥领导层能够发现这种侵犯人权的行为并且采取相应的矫正措施。上级官员有责任在必要时向下级执法人员提供指导或对其采取矫正措施。在必要的情况下这种矫正措施应包括对相关执法人员的纪律惩罚和/或刑事指控。如果高级官员知道或者应该知道他们的下属有违法行为却不采取矫正措施，那么他们也应该被问责。他们因未能行使其监督责任而应该承担纪律责任，甚至还会因为其下属的行为而承担刑事责任。

因此完善的监督和控制系统应该能够确保对每次执法行动的合法性进行评估。这可以通过一系列措施加以实现。这些措施必须考虑到执法工作的特殊性，尤其是执法人员往往单独或者两人一组行动，并且必须在不受监督、没有机会请示上级命令或建议的情况下对相关情况迅速作出反应这一事实。

- 必须确立明确的命令和标准的操作程序，以为执法行动提供可靠的框架。考虑到执法人员必须面对的各种情况，这些命令和程序不能成为约束他们行动的“紧身约束衣”，而是应该为执法人员提供一个坚实的基础，使他们能够放心工作。如果能够让执法人员知道在具体情况下应该采取

什么行动，而不是带着一种忐忑不安心态去处理现场的情况的话，那么这对于每个执法人员和整个执法机构都是有好处的。尤为重要的是，执法机构必须制定有关武力使用，特别是火器使用的明确的命令和程序。

- 报告程序必须到位，以使执法机构能够评估执法人员遵守法律框架以及相关命令和程序的情况。特别是有关武力的使用以及逮捕和拘留的报告程序应该非常准确：任何武力的使用都必须报告；报告应该解释使用武力的理由以及其他替代方法（如非暴力手段、缓解局势的可能性、撤退等等）的（不）可获得性；任何武器的使用（即使没有造成任何伤亡）以及任何伤亡情况都必须报告。一个有效报告火器使用的方法就是使执法人员对其所分配到的所有弹药负责的严格的弹药控制系统。应该预先制定并强制性使用《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第17条第3款和《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》（第12条和第23条）中所规定的记录与逮捕和拘留有关的所有事实（例如有关逮捕的日期、时间和理由、有关审讯的事实记录、与律师联络的时间和方式、准予医疗帮助时间和方式、参与行动的执法人员的姓名等等）的详细的表格。
- 报告制度能否起到有效的监督和控制作用仍然取决于每个执法人员有效和如实地报告其行为的意愿。执法人员往往在没有上级直接监督的情况下两人一组执行任务。这是一个重要而又微妙的因素。一起工作的执法人员必须完全信任对方并且在最危险的情况下确信能够得到对方的支持。这种情况往往会在执法人员之间建立非常亲密的关系，以至于他们会互相掩盖对方的非法或错误的行为。“告发”——即报告同事的不法行为——往往受到鄙视，而那些愿意报告同事的不法行为的执法人员往往会受到同事的排挤、骚扰和威胁。在这方面最重要的就是领导层必须发出命令，明确表示不能容忍这种报复行为。以下这一认识必须成为整个执法机构的共同自我认识的一个部分：执法人员必须报告其同事的不法行为，不报告这不法种行为的做法本身也构成了一种不法行为（见第三章第四节）。
- 在执法机构内部和所有执法人员中建立不可或缺的相互信任的气氛而同时又确保揭发同事不法行为的人不被视

为“叛徒”和“告密者”，这对于任何执法机构的领导层来说是一项巨大的挑战。指挥官员能否建立这种微妙的平衡在很大程度上取决于完善的矫正措施：是否有高级警官对相关人员进行辅导并提供建议、接受有关如何发现缺点的专门训练的可能性以及——同样重要的是——纪律惩罚制度的公正性。所有这些因素都将决定执法人员在多大程度上愿意有效报告其自己以及其同事的行动。

最后，除作为个体的每个执法人员外，作为一个整体的执法机构——特别是在系统性失灵的情况下——都会因执法人员的任何不法行为而被问责，例如承担对受害者做出赔偿的责任。这一问题将在本手册第十一章中作更为详细的讨论。

(三) 内部责任

内部责任制度是指旨在确保对内部规则、条例和程序以及命令链的遵守的措施和机制。监督和控制对于制约执法人员在执法行动中所拥有的广泛的自由裁量权来说是至关重要的。确保有效监督和控制的措施基本上与本章第四节第二小节中所提到的那些相同。

一旦这些措施和机制揭示执法人员有不遵守内部规则或命令的行为，这些行为将受到内部纪律制度的问责。但是内部纪律惩罚制度不能取代对非法执法行为的刑事或民事责任的外部法律追究。虽然纪律惩罚措施是独立于外部法律追究制度的，但是它们也必须符合最低限度标准。



与实践的融合

惩罚制度

一个有效的纪律惩罚制度必须是公平、透明、及时和公正的。这意味着被纪律惩罚程序问责的执法人员应被告知其被问责的原因，并有机会为自己辩护。为防止进一步的不法行为的发生，纪律惩罚程序还必须及时。与在发现不法行为之后不久就采取行动的做法相比，在发现不法行为一年之后再采取行动的做法更容易被看作是任意的。另外，纪律惩罚制度应该公正。换言之，这种制度应该是预先设立的，并且为所有执法人员所了解。它必须提供

一个清晰的框架，明确告知执法人员哪些行为是非法的，因而是要受到纪律惩罚的。模糊的规则可能会使执法人员面临一种不确定的状态，使他们因担心对自己造成不利后果而不敢采取行动，从而影响执法行动的质量和效率。纪律惩罚系统不应太苛刻，而是应该遵守比例性原则（即纪律惩罚措施的严厉程度应与违纪行为的严重程度成比例）。它还应该提供针对纪律惩罚决定提出申诉的可能性。

只有符合上面这个文本框中所提到的公平、透明、及时和公正原则的纪律惩罚制度才可能有效确保执法人员对执法机构内部规则、条例和命令链的遵守。

最后还应该提到的是，纪律惩罚不是对执法人员不法行为作出的唯一反应。其他矫正措施包括额外培训、修改被证明由于过于复杂而难以遵守的程序、改善工作条件、减压和向有心理创伤经历的执法人员提供心理咨询。执法机构上级官员和指挥领导层有责任在这些措施中作出恰当的选择，而不仅仅依赖于苛刻的纪律惩罚措施。

(四) 绩效责任

监督和控制是评估执法机构执行任务和履行职责的有效性、质量和绩效的重要工具。这归根到底只是问责的另一种形式。执法机构不仅要在法律上对其工作和行动负责，还应对其工作和资源使用的质量负责。社会、政府和立法者都有权要求执法机构充分利用可获得的资源，以便有效和高效地履行其预防和调查犯罪、维持和平与秩序和提供保护和帮助的职责。

对于为什么需要对执法人员的个人表现进行定期记录、监测和评估这一问题，人们提出了很多理由。其中最重要的一个理由就是确保向公众提供的“产品”和“服务”具有稳定的质量。正如上面所解释的，执法的质量主要取决于执法人员的素质和资格。监测和评估执法人员个人表现另一个理由是鼓励执法人员发展其能力。在这方面可以利用的方法包括常规的审查、指导、职业计划和持续的教育和培训。

一般地说，执法是一种社区服务——虽然这种说法并不适用于执法工作的每个方面。因此，人们有理由在执法机构和执法人

员所提供的服务的类型及其恰当性和充分性方面提出要求。以上这两个方面，即服务的类型和质量，都取决于执法机构发现和理解其所服务的社区的需求的能力。这意味着他们仅仅为遇到困难的人提供一个可以寻求帮助的紧急电话线还是不够的。诸如犯罪率和破案率等定量指标也不是评估执法机构表现的充分的手段，甚至不是恰当的手段。他们还应该接触所有层次的人并且与社会中的所有群体建立联系。同时它意味着执法机构本身必须使人们能够很方便地获得其服务并且在公民和执法人员之间应该存在一种相互信任的关系。这种关系是不会自然而然地产生的，也不会在一夜之间成熟。它要求执法机构投入充足的时间和资源用于分析、反思和建构信任，并具有远见和明确的目标。

“响应性”是指执法机构对社会的需求作出反应性和主动性响应的能力。因此，这种特性自然与执法机构现有的公共关系的水平和质量有着密切的联系，并且取决于这种水平和质量。

执法机构往往缺乏积极分析和确定外部社会所发生的变化并界定对可能发生的事件所应作出的恰当响应的能力。因此它们将其精力集中在反应性管理方面。也许正是由于这一原因，执法机构将其大部分注意力都集中在某些处于困境的人或者违法者的身上。因为这些是需要执法机构作出响应的明显情况。积极性响应要求执法机构将注意力放在范围更为广泛的事物上，它要考虑到构成一个社会并且决定其执法需要各种因素。经济状况和发展的各个方面、人口的构成、城市化的水平以及人口统计信息都以其特殊的方式揭示了社会当前和未来的发展。在此基础之上可以作出有关公共秩序和安全的有用的和准确的预测。人们普遍认为，无法客观地测量预防策略的效果，因而也很难评估每个具体的策略的价值。的确，很难准确地说出在危险的十字路口安排一个穿制服的警察站岗可以预防多少交通事故，或者夜间让警察在居民区巡逻可以预防多少入室行窃案件。尽管如此，响应性要求促使执法机构考虑社会意见并设计出积极性而非反应性的响应措施。

最后，对执法机构的绩效评估不能脱离其所应该服务的社区的期望和感受。一个社区是否“感到”安全以及是否认为执法机构的执法有效（特别是是否能够以守法的方式执法）将会在很大程度上影响人们与执法人员合作以及在需要帮助时求助于执法人员的意愿，进而影响执法机构有效开展其工作的能力。因此对执法机构的绩效评估不能仅仅停留在犯罪率等量化指标之上，而是应

该评估更多定性指标：公众对执法质量的看法、他们对执法机构及执法人员的信任和信心以及他们认为执法人员是普遍守法的还是违法的等等。只有将定量和定性指标结合在一起才能有效评估执法机构的绩效，找到其不足之处，并据此确定恰当的政策和策略。

五、申诉机制

执法的一个基本前提就是对法律的尊重和遵守。很显然，这可能会导致有些人对某些执法人员所作出的具体决定或采取的具体行动的不满，即使这些决定或行动实际上符合法律的要求。例如，由于缺乏证据而释放一个嫌疑人的决定很容易导致受害者甚至公众的挫折感和愤怒情绪。而不遵守法律作出的执法决定或行动就会引起更多的抱怨。执法实践很容易引发那些自认为是执法决定和行动的受害者的公民的投诉。因此，不能认为投诉的存在是执法活动不可避免的结果，因而无需特别关注或在意。

一些国际人权文书承认了个人对国家工作人员的行为提出申诉的权利，并且给予罪行和滥用权力的受害者获得赔偿的可强制执行的权利（例如见《公民权利和政治权利国际公约》有关非法或任意逮捕或拘留的第9条第5款以及《禁止酷刑公约》中规定了酷刑受害者提起申诉的权利的第13条）。个人可以将声称违反《公民权利和政治权利国际公约》的行为提交人权事务委员审理（但是只有在一个国家批准了《公民权利和政治权利国际公约》的1966年任意议定书之后，针对这个国家的个人的“来文”才能够被成功提交人权事务委员会）。在国内层次上，个人可以通过刑事或民事诉讼程序甚至同时通过这两种程序提起对执法人员的申诉。在许多国家中还有一种选择就是将相关问题提交国家监察专员或国家人权委员会处理。个人申诉问题将在第十一章中作更为详细的讨论。

但是在本章的范围内另一个可行的选择值得特别关注：向主管执法机构投诉并要求其调查和赔偿。并不是在每个国家都存在向主管的执法机构提起申诉的可能性。在那些存在这种可能性的国家中，这种程序的结构和运作方式也各不相同。一旦设立，就应该将这种程序公布于众并鼓励公众来使用它们。有关执法行为的申诉必须得到迅速、彻底和公正的调查。有些国家根据这一

要求建立了由文职人员组成的专门负责调查执法行为的审查委员会。在其他一些国家中，初步调查是由相关的执法机构中的官员来进行的。个人向审查委员会或有关机构提起申诉的权利绝不能影响其就同一事情向法院提起诉讼的权利。不管其结构或从属机构如何，申诉机制的总体目的是调解和和平解决争端。

执法机构的指挥领导层不应将这种直接的投诉视为一种负担。恰恰相反，这种投诉会给它们带来很多好处，包括：

- 首先，由执法机构直接接收到的投诉为它们提供了一个有用的内部评估工具。对这些申诉的客观和公正的处理对于执法机构来说是一个学习的过程，有助于它们找出自己的缺点，改进相关的操作程序、策略和培训等等。
- 其次，直接投诉的数量和性质——不管大多数投诉最终是否能够被证明是合理的——还为执法机构提供了一个了解公众对自己的看法的很好的机会。如果一个执法机构收到大量的投诉或大量的某一类别的投诉，那么这个机构的指挥管理层不仅仅应该关注投诉所反应的具体问题（正如上文中所提到的，他们应该把处理投诉看作一个学习过程），而且还应该将这些投诉用于作为本章第四节第四小节所提到的绩效评估一部分的对执法机构与其所服务的社区之间的关系的评估。这种评估可能会促使他们为改善与公众的关系而采取信任构建措施。
- 最后，如果执法机构所在的社区的成员意识到执法机构接受针对执法人员的投诉，以客观和公正的方式处理这些投诉，并使投诉者感到自己受到了公正和公平的对待，那么这会增加社区成员对执法机构的接受程度并最终促进执法机构的工作。

尽管如此，我们应该记住，向执法机构直接的投诉应该被视为外部监督（刑事和民事诉讼、国家人权委员会、监察专员、议会监督等等）的补充，而非其替代。以上这些问题将在第十一章中作更为深入的讨论。

六、选阅书目

- Cordner, Gary W., *Police Administration*, 7th ed., Anderson, New Providence, 2010.

- Dean, Geoffrey, and Gottschalk, Petter, *Knowledge Management in Policing and Law Enforcement: Foundations, Structures and Applications*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Henry, Vincent E., *Death Work: Police, Trauma and the Psychology of Survival*, Oxford University Press, New York, 2004.
- Ivkovič, Sanja Kutnjak, *Fallen Blue Knights: Controlling Police Corruption*, Oxford University Press, New York, 2005.
- Klockars, Carl B, Ivkovič, Sanja Kutnjak, and Habersfeld, Maria R., *Enhancing Police Integrity*, Springer Press, Dordrecht, 2006.
- Lynch, Ronald G., Lynch, Scott R., and Green, Egan, *The Police Manager*, 7th ed., Anderson, Waltham, 2012.
- Rogers, Colin, *Leadership Skills in Policing*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Swanson, Charles R., Territo, Leonard J., and Taylor, Robert W., *Police Administration: Structures, Processes, and Behavior*, Prentice Hall, 2011.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, United Nations, New York, 2006.
- Weisburd, David, and Braga, Anthony A., *Police Innovation: Contrasting Perspectives*, Cambridge Studies in Criminology, Cambridge University Press, New York, 2006.

第十一章 内容大纲

一、导论

二、调查侵犯人权行为的执法机构

- (一) 刑事调查
- (二) 其他侵犯人权行为

三、外部国内监督机制

- (一) 司法监督
- (二) 国家人权机构
- (三) 其他类型的监督机制

四、国际问责机制

- (一) 个人责任：国际刑事管辖权
- (二) 对于侵犯人权行为的国家责任

五、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年通过, 1969年生效);
- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效) 及其分别于1966年和1989年通过 (并于1976年和1991年生效) 的两个任择议定书;
- 《经济、社会和文化权利国际公约》(1966年通过, 1976年生效) 及其任择议定书 (2008年通过, 2013年生效);
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1978年通过, 1981年生效);
- 《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》(《禁止酷刑公约》, 1984年通过, 1987年生效) 及其任择议定书 (2002年通过, 2006年生效);
- 《儿童权利公约》(1989年通过, 1990年生效) 及其关于儿童卷入武装冲突的任择议定书 (2000年通过, 2002年生效);
- 《国际法院罗马规约》(《罗马规约》, 1998年通过, 2002年生效);
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年通过, 2003年生效);
- 《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》(2006年通过, 2010年生效);

非条约法

- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》, 1985年通过);
- 《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》(2005年通过)

第十一章

对侵犯人权行为的调查

一、导论

在本手册接近结尾的部分讨论侵犯人权的问题是恰当的。本章与介绍了相关法律框架的第一章和第二章有着明显的联系，因此在阅读本章时如需要了解有关这方面的更为详细的情况，可参考这两章的内容。我们不应该仅仅从执法的角度，而是应该从国际法和国内法以及它们所包含的要求这一更为广泛的角度去考虑侵犯人权的问题。人权法——包括国际和国内人权法——为国家及其工作人员规定了一系列相对于在其管辖权范围内的个人的义务，即尊重、保护和确保其人权以及不歧视的义务（见第三章第二节）。在国家工作人员或以官方身份行事的人的作为或不作为违反了这些义务并且可以归因于国家的情况下，这种作为或不作为就构成了对人权的侵犯（见第一章第四节第一小节），而在这种作为或不作为非法限制或剥夺个人人权的情况下则更是如此。

我在整个手册中一直强调，侵犯人权的现象对一个国家的和平、安全和稳定构成了巨大的威胁，因为它们可以破坏政府的信誉和权威。而这一点在本章中会变得越来越明显。作为可以看得见的政府行为，执法在促进和保护人权方面起着关键的作用。同时执法人员也是个人权利和自由的潜在的侵犯者。因此，如果有理由相信执法人员侵犯了某个人的人权，那么就必须确保相关事件得到彻底调查，责任人受到应有的惩罚，并且受害者得到赔偿或其他形式的补救。

从原则上说，有两种处理侵犯人权问题的方法。从受害者的角度来看，《为罪行和滥用权力的受害者取得公理的基本原则宣言》（《受害者宣言》为这种侵犯人权的行为作出了两种定义（详见第六章第二节第二小节和第三小节）。

根据第一种定义，这种行为的特征是“触犯会员国的刑法，包括那些禁止非法滥用权力的法律”（《受害者宣言》第一部分第1条）。这种侵犯行为的核心是个人或集体伤害或痛苦，“包括身心损伤、感情痛苦、经济损失或基本权利的重大损害”（《受

受害者宣言》第1条；另见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》第8条)。除了构成犯罪外，这种行为(或不作为)如果可以归咎于国家的话，也构成了对人权的侵犯(见第一章第四节第一小节)。

第二个定义是关于那些“[可以归咎于国家的]尚未构成触犯国家刑事法律但违反有关人权的国际公认规范的行为或不作为”(《受害者宣言》第二部分第18条)。“公认规范”一词应该理解为人权条约中所包含的规范、构成习惯国际法一部分的规范或构成独立国家所公认的法律原则的一部分的规范。

根据其性质(刑事、民事或行政)，对于以上两种侵犯人权行为的调查目的是追究实施侵犯行为的国家工作人员(如执法人员)以及/或者整个国家的责任——后者负有确保对其工作人员的违法行为作出赔偿或其他形式的补充的责任。

非法行为的所有受害者的情况都应该是执法人员所关心的事情，而无论这种行为的实施者为何人。所有受害者都有权受到同情和尊重，将相关案件诉诸司法机制，并得到迅速补救。但是，构成对人权的侵犯的非法行为，即国家通过其公务员或以官方身份行事的其他人“实施”的非法行为，值得特别的关注。必须明白，对个人人权的侵犯可能会严重破坏国家与在其管辖权范围内的公民之间的关系。就法律和秩序的实际状况而言，执法工作依赖于良好的公共关系。当执法人员以侵犯个人权利和自由的方式执法时，整个执法机构与社会之间的关系就受到了威胁。信任和信赖是社会和执法机构之间富有成效的交流与合作的基础。当社会对执法机构的信任和信赖由于执法人员明显的非法或任意的行为而降低时，这种合作和交流的质量也会下降。必须给予这种侵犯人权行为的受害者特殊的照顾，以防止这种孤立的事件对整个执法机构的形象和工作产生灾难性的影响。

执法人员必须对其个人行为，包括非法和/或任意的行为，负有责任。如果有关的执法人员清楚其上级的命令明显为非法并且有合理的机会拒绝执行这种命令的话，那么他就不能成功地以这种上级命令为理由为自己的行为辩护(见，例如，《执法人员使用武力和火器的基本原则》第26条等)。上级命令决不能被用作诸如灭绝种族或酷刑等严重违反国际法的行为辩护的理由

(见，例如，《禁止酷刑公约》第2条；《国际刑事法院规约》第33条》)。²⁵

即使执法人员可以成功地以上级的合法命令为自己的行为辩护，也不能因此免除他或她对其行为所应负有的个人责任，而只是将其过错行为(或不作为)的责任延伸到了其上级的身上。虽然在诸如国内动乱和武装冲突或这方面的威胁以及自然灾害等公共紧急状态下国家可以对人权作出某些(合法的)克减，但是执法人员不能成功地引用这些特殊情况为其非法或任意的执法行为辩护。在任何情况下，如果上级官员知道他们所指挥的下属在履行其职责时有非法和/或任意的行为而不采取在其职权范围内所能够采取的一切措施来防止、惩办或报告这种行为的话，那么他们也可以并且应被追究责任。为确保执法人员对其行为负有个人责任，必须建立和维持有效的监督和审查程序。

虽然国家责任问题已在本手册的第一章中讨论过了，但是为了讨论本章所涉及的主题，在这里还有必要重复有关这一问题的一些要点。国际法建立并规范国家以及其他国际法主体之间的关系。国际法的最重要的渊源是由惯例、条约法和为独立国家所公认的法律原则所构成的。为了本章的目的，对国际法的讨论将仅限于国际人权法的范围。国际人权法为各国确立了具有法律约束力的义务。这些义务包括按照国际规范修改或制定国内立法以及不从事与这些规范相违背的活动。后一个有关国家活动的义务适用于任何代表国家行事的任何实体或个人，包括执法人员等公共官员。国家要对其官员的行为负最终的责任。这一责任并没有影响或取代在国内层面上的个人或机构所应负的责任，而是创建了国际层面上的责任。在这一层面上，一个国家应对其官员的个人行为以及政府机构的(立法或其他)的做法和行为，尤其是侵犯人权的做法和行为负责。

执法人员是在国家的直接领导和特殊授权下以官方身份行事的。因此，执法人员的行为以及他们所作出的决定必须被作为国家的行为和决定来看待或接受。国家应对这种行为或决定负责。执法活动必须建立在对国家法律的尊重和遵守的基础之上。执法机构侵犯个人权利和自由的行为会动摇整个国家权威的基础。无

²⁵ 有关对类似规范的回顾，见红十字国际委员会习惯法数据库：Rule 155, Defence of Superior Orders, http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule155 (最后一次访问时间：2013年9月30日)。

论何时何地，如果在一个国家中对这种行为负有责任的人员可以不承担(司法)后果的话，那么不仅这个国家及其执法机构在国际人权义务方面的信誉会产生危机，而且这个国家中个人权利和自由的概念和质量也会产生危机。

处理侵犯人权的权限、程序和补救措施因侵犯人权行为的性质而异。虽然其中有些似乎比另一些更为有效或重要，但是只有将各种不同的机制结合在一起才能够为侵犯人权行为的受害者提供有效的补救。只有当这些机制共同组成一个有效的制衡系统的时候，公众才会对国家及其下属机构产生必要的信任。在下面各节中我将概要介绍这些不同的机制。

执法机构不应将这些机制视为对它们的威胁，而是应该将其看作为它们提供支持，帮助它们以有效、专业和充分尊重法律的方式完成其使命的手段。很显然，如果监督机构得出执法人员的行为不合法、不恰当或不专业或执法行动的质量值得怀疑的结论，执法机构和公众都会感到不满。但是如果公众普遍认为执法机构系统地掩盖其不专业或非法的行为的话，那么执法机构在其合法性和被公众的接受程度方面所受到的损害就要大得多。如果执法机构接受对其行为的充分监督，它们的公信度和被公众的接受程度就会提高。它们还应该将监督机制的调查看作是一个使它们能够发现需要进一步改进其工作方式、程序培训、装备等等的那些领域的机会。最后，及时发现明显的非法行为可以对整个机构起到预防作用，使它们能够对那些以其违法行为损害执法工作有效性和执法机构形象的人采取行动。因此让执法人员和公众知道和了解这些机制并向其提供有关可使用的监督机制及其使用方法的公开信息是符合执法机构的利益的。世界上许多执法机构都已了解了这种方法的好处并通过警察局里的招贴和传单、在它们网站的相关链接、电话专线等各种形式向公众提供这方面的信息。

二、调查侵犯人权行为的执法机构

(一) 刑事调查

根据国内法，执法机构有责任防止和调查犯罪。这一责任包括调查公职人员——因此也包括执法人员——所实施的犯罪。我们可以在国内刑法中找到这种责任。这些法律往往规定了以公职身份行事的人员所实施的应受到刑事处罚的行为，如有关腐败行

为的规定以及有关对公务员所实施的人身伤害行为处以更为严厉的惩罚的规定。对这种犯罪行为的惩罚考虑到了犯罪者以官方身份行事的事实以及这可能会造成的严重后果。与此类似，包括硬法和软法在内的许多人权国际文书也或者明确或者隐含地规定了(在国内层面上)调查侵犯人权的行为的义务。这种义务是从国家保护个人免受非法行为侵害，包括将这种行为规定为犯罪的义务中派生出来的。我们可以在以下国际人权法文书的条款中找到这方面的例子：《禁止酷刑公约》第12条；《儿童权利公约》第11条、第19条第2款以及第33条至第36条；《消除一切形式种族歧视国际公约》中与第4条第1款、第2款和第3款联系起来解读的第2条第4款；《消除对妇女一切形式歧视公约》中与第6条联系起来解读的第2条第2款；《执法人员行为守则》第8条；《关于使用武力和火器的基本原则》第22条；《关于有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》第9条；和《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第6条。

所有的调查必须是迅速、彻底和无偏倚的。这三个标准对于调查的结果及其可信程度都起着同等重要的作用。必须明白，这种调查的外部观察者对“无偏倚性”这一标准尤为重视。一个执法人员的行为可能会使整个执法机构失去信誉。因此，不难理解为什么虽然调查涉及执法人员的侵犯人权的事件的确是执法机构的责任，但是人们还是会怀疑这种调查的独立性和无偏倚性。

为了确保这种调查以客观和无偏倚的方式进行，一些国家建立了专门的部门、单位或机构来负责调查由执法人员实施的犯罪。而另一些国家则决定不将执法人员所实施的犯罪与其他犯罪区别对待。因此，调查执法人员所实施的犯罪的权限分属负责调查各类刑事犯罪的部门(如负责调查杀人案件的部门、负责调查腐败案件的小组等等)。特别敏感的案件(如受到公众极大关注的案件)可能会被转交异地执法部门调查。

无论如何，我们必须认识到，负责调查据称由其同事实施的犯罪的执法人员要承受很大的心理压力。执法机构的高级指挥层有责任建立这样一种机构文化：执法人员的不法行为是不可接受的，执法机构的所有成员都必须接受彻底和有效调查这种犯罪的责任(另见有关机构道德的第三章第四节以及有关防止同伴压力、错误的团结感以及将举报同事的违法行为视为“背叛”的观念在机构中蔓延的第十章第二节第二小节和第四节第二小节)。



与实践的融合

原则和惩罚系统

可以通过制定行为守则使执法机构及其所有成员作出有关符合和尊重人权的合法和非任意执法行为的承诺，从而使这种价值牢牢扎根于其机构文化之中。这种行为守则应该呼吁所有执法人员反对并举报任何违反法律或行为守则的行为。各级领导层应该在任何可能和必要的情况下不断强调这种行为守则，从而树立有关反对、报告和调查不法行为不仅不构成“背叛”，而且符合执法机构及其所有成员的利益的观念。最后，为了确保行为守则的有效遵守，对于违反行为守则的行为必须迅速给予恰当的纪律处分（对于违反其他法律、规则和条例的行为还必须通过刑事或其他程序作出反应）。

另外，还必须为这种调查建立额外的保障，以确保其以彻底和客观的方式进行。这意味着一旦开始调查涉及执法人员的违法行为，就需要启动额外的高级管理层、检控机构和政府部门等机构的报告、监督和控制机制。特别是检控机构在充分评估调查的客观性和无偏倚性方面起着重要的作用。受害者应该有权要求检控机构对案件开展调查，并在检控机构作出起诉决定后参与法庭起诉。

当然，在此类案件中独立的外部监督（见本章第三节）也起着特别重要的作用。

(二) 其他侵犯人权的行为

在执法人员的行为或不作为构成对人权的侵犯但尚未构成刑事犯罪（如在执法行动中忽视程序保障）的情况下，相关法律规定应该向这种行为的受害者提供补救，包括纠正和赔偿（见《受害者宣言》第19条）。考虑到执法人员的侵犯人权行为对整个执法机构的社会公信力所造成的有害影响，即使此类侵犯人权行为不构成刑事犯罪，对其彻底调查也符合执法机构的利益（见第十章第五节）。

三、外部监督机制

(一) 司法监督

考虑到侵犯人权行为是违反国内刑法和国际公认的人权规范的行为或不作为，国家有责任对这种行为或不作为行使司法控制权并保护其受害者。对执法机构的有效司法控制对于确保这些机构及其成员对其行为或不作为负责起着至关重要的作用。

对于同时违反刑法的侵犯人权行为，其司法控制是由国内法规定的。但是就其目的和范围而言，刑法所关注的是犯罪人而非犯罪行为的受害者。有关对这些受害者的赔偿和救济的问题往往由随后的民事程序解决。至于尚未被纳入国内法的国际公认的人权规范，如果它们构成习惯国际法或国家所加入的条约法的一部分，那么国内法院或审判庭在审判相关案件时有义务对其加以考虑。

在任何情况下，司法控制应该涵盖所有方面：通过刑事程序确定执法人员以及相关的上级官员的刑事责任；通过民事程序从实施侵犯人权行为的执法人员那里获得补救；通过行政程序在国家责任所涵盖的范围内从国家那里获得补救（如撤销非法决定或接受医疗、心理或社会帮助）以及/或者对侵犯人权行为所导致的损失和伤害的经济赔偿。

必须确保受害者能够有效利用司法控制程序，并对检控机构所作出的不调查某一案件或在调查之后所作出的不予起诉的决定提出异议。

司法机构的独立性、不偏倚性和客观性对于司法活动以及对侵犯人权的调查来说都是不可或缺的基本条件。如果严重侵犯人权已成为包括执法人员在内的公务员的一贯行为模式，那么这表明存在一种国家工作人员犯罪不受惩罚的大气候，而这进一步表明司法制度的薄弱。为有效对付这种行为模式，必须采取措施加强司法系统的独立性、无偏倚性和客观性以及打击司法系统内部的腐败现象的决心。

(二) 国家人权机构

除了刑事或民事法律程序外，在国内层面上个人还可以通过其他途径为其申诉获得有效的补救。有时国际人权文书作出了要求缔约国在国内层面上建立申诉机制的规定，如《消除一切形式

种族歧视国际公约》(第14条第2款)。世界上许多国家都建立了各种在国内层面上有效地促进和保护人权机构。

国家人权机构是不直接受行政、立法或司法机构管辖的国家机构。作为公共机构，它们的资金由国家提供，因此在其行政、开支和有效完成其任务方面对国家负责。尽管如此，它们必须以独立、无偏倚和无党派的方式开展其工作。

一个名为《促进和保护人权的国家机构》(联合国大会48/143号决议，也称《巴黎原则》)的软法文书在这种机构应该如何建立和运作，并有效履行其职责方面提供了指导：

- 应赋予国家机构尽可能广泛的授权，对这种授权“在宪法和立法案文中应有明确规定”；
- 国家机构的组成应具有社会的“多元代表性”；
- 其结构、成员的任命及其资金来源应能够确保其以完全独立的方式工作；
- 它们应该被授权处理任何属于其管辖权范围内的问题，而不管这些问题是由谁提交的；
- 它们应该有权听取任何人的意见并参阅任何它认为其有必要查阅的文件；
- 国家机构应被授权“受理和审议有关个别情况的申诉和请愿”并/或“在法律规定的限度内”将其转交任何其他主管当局；
- 它们应被授权“对法律、规章和行政惯例提出修正或改革意见”。

与司法机构等相比，这种机构的权力相对有限，因为它们无权实施其建议或做出采取任何矫正行动的命令。尽管如此，它们的有效运作以及它们履行其职责的能力在确保人们对国家及其机构的信任和信心方面起着重要的作用。必须确保人们能够放心地将相关问题提交国家人权机构，并完全相信这些负责促进和保护人权的机构能够以公正和有效的方式履行其职责。另外，对于那些努力提高其职业化水平、工作效率和对人权标准的遵守程度的执法机构来说，它们的报告和建议是非常有价值的信息和意见的来源。

在世界上许多国家中已建立了的以下这两种类型的国家人权机构值得在这里进一步讨论：国家监察专员和国家人权委员会。

1. 国家监察专员

目前许多国家都建立了“监察专员”办事处。监察专员(可以是某一个人或一个小组)一般是由国内议会任命的。这一机构的主要职能是保护那些认为自己是行政机构的不公正行为(在大多数情况下包括执法人员的行为)的受害者的个人的权利。因此,监察专员往往在提出申诉的个人与政府之间充当公正的调解者。

虽然在任何两个国家中的监察专员制度都不完全相同,但是它们在行使其职责时都遵循一些类似的程序。监察专员接受公众的申诉,并且对那些属于其职权范围内的申诉进行调查。在调查过程中,监察专员一般都被授予了查阅一切有关的公共机构的文件的权力。然后,他或她会根据其调查的结果作出声明或建议。声明应发给申诉人和被投诉机构。一般来说,如果其建议没有得到实施的话,那么监察专员可以向有权力监督被投诉机构的另一国家机构——在大多数情况下是议会——提交一份具体的报告。虽然任何认为自己的权利受到侵犯的公民都可以向监察专员提出申诉,但是许多国家都要求申诉者首先用尽所有其他可供选择的法律补救措施。对于申诉的提出也可能有时间限制,监察专员的权力通常延伸到公共行政的所有方面,但有些监察专员无权受理涉及到总统、部长或司法机构的申诉。

向监察专员提出申诉的程序在各国也不尽相同。在许多国家中个人可以直接向监察专员办事处提出申诉。而在有些国家中,可以通过议员等中间人监察专员提出申诉。向监察专员提出的申诉通常是保密的,申诉人的身份未经本人同意不得披露。监察专员并不总是限于对申诉采取行动,而可以自行开始一项调查。自行发起的调查往往涉及到监察专员认为引起广泛的公众关注的那些问题,或影响到群体权利,因而不大可能由个人提起申诉的那些问题。在许多方面,监察专员的权力与(我将在下面讨论的)国家人权委员会的权力非常类似。两者都能接受和调查个人申诉。在原则上两者都无权作出具有约束力的决定。尽管如此,这两种机构在职能上还是有一些区别的。这就是为什么有些国家设立并同时保持了这两种机构。

2. 国家人权委员会

许多国家都建立了特别委员会,以确保(在国内层面上)有效实施有关保护人权的法律和规章。多数委员会行使职责是独立于

其他政府机构的，尽管它们通常都要定期提交报告，如提交公开报告或向议会提交报告。

一个人权委员会的确切职责和权力在建立它的法律或法令中加以规定。这些法律或法令还具体规定这种委员会被授权调查的歧视性或侵权行为的范围，从而确定其管辖权。有些委员会处理被指控的侵犯宪法所承认的任何权利的行为，而其他一些委员会则处理基于广泛原因的歧视案件，这些原因包括种族、肤色、宗教、性别、民族出身、残疾、社会条件、性倾向、政治信念和血统。赋予人权委员会的最重要的一项职责就是接受和调查由个人（有时由群体）提出的有关违反现行法律的侵犯人权行为的申诉。这些申诉很可能包括对执法机构和执法人员提出的申诉。

为了很好地履行其职责，委员会通常有权获取与其所调查的事项有关的证据。这种权力虽然很少被使用，但非常重要，因为它可以避免其调查活动因被控告的个人或机构拒绝配合甚至阻挠而失败。虽然不同的委员会在调查和解决申诉方面所遵循的程序有很大的不同，但是大多数委员会都依靠调解和/或仲裁程序。如果调解未能解决争端，委员会就可能使用仲裁程序。在仲裁程序中，委员会在对案件审理之后作出决定。委员会是否有能力自行发起调查是衡量其是否拥有全面的实力和有效性的一个重要的尺度。

（三）其他类型的监督机制

国家往往还会建立用以评估执法行动的其他类型的监督机制。这些机制包括评估某个特定情况或事件——如以暴力结束并造成大量人员伤亡的公共集会——的特设委员会和具有监控和评估执法机构工作的一般性职责的常设独立监督机构。这两种类型的委员会通常不仅调查侵犯人权的行为，而且还审查与执法机构的操作以及整体运作有关问题（包括一般性问题和与某个被调查的事件相关的问题），因此这些审查有助于提高执法机构的整体质量、职业化水平和工作效率。但是，如果要想使这些机制真正起作用的话，就必须给予它们与国家人权委员会相同水平的独立性和调查权力。另外，还必须建立必要的程序，以确保执法机构真正采取矫正措施实施通过这些机制得出的结论和建议。最后，这些机制不能取代司法控制，也不能限制公民要求对所指控的侵犯人权的行为开展彻底调查，并且在这些指控被证实的情况下获得赔偿和补救的权利。

四、国际问责机制

(一) 个人责任：国际刑事管辖权

国际刑事法院及其创立的理由已在第一章第三节第二小节中讨论过了。就侵犯人权的行为而言，它是国际层面上一个重要的机构。它为以下(在《罗马规约》第5条中列举的)4种罪行确立了个人刑事责任，并在国内机构无能力或无意愿调查或起诉这些罪行的情况下行使国际刑事管辖权：

- 灭绝种族罪；
- 危害人类罪；
- 战争罪；
- 侵略罪。

其中与执法工作最为相关的就是《罗马规约》第7条中所规定的“危害人类罪”。该罪具体包括：

- 谋杀；
- 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- 酷刑；
- 强奸和其他形式的性暴力；
- 强迫人员失踪；以及
- 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

以上行为如果是“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的”，那么就构成了“危害人类罪”。

《犯罪要件》(2002年7月3-10日在纽约召开的《国际刑事法院罗马规约》缔约国大会第一次会议的官方会议记录，于2010年在坎帕拉召开的审查会议正式通过，(国际法院第RC/11号出版物))对构成《罗马规约》中所列举的犯罪那些行为提供了更为详细的解释。

国际刑事法院下属的检察官办公室负责调查属于法院管辖权范围内的行为或不作为。

根据《罗马规约》第13条，在缔约国或联合国安全理事会依照《联合国宪章》第七章将相关情势提交检察官或检察官依照《罗马规约》第15条自行开始调查一项犯罪的情况下，国际刑事

法院可对上述罪行行使管辖权。如果某一特定的行为或不作为属于国际刑事法院的管辖权范围，那么除非拥有管辖权的国家已经对相关案件开展了有效和切实的调查(并最终起诉了犯罪嫌疑人)，否则国际刑事法院就可以受理此种案件。如果对案件具有管辖权的国家正在对一个案件进行调查或审判，但是该国处理此案件的方式表明其不愿意或不能够对该案件进行切实和有效的调查(并最终起诉)，那么这并不会成为该案件不能被国际刑事法院受理的理由(详见《罗马规约》第17条和本手册第一章第三节第三小节第二项)。

“检察官如果认为有合理根据进行调查，应请求预审分庭授权调查”(《罗马规约》第15条第3款)。如果检察官决定不再继续调查，那么这一决定要受到预审分庭的审查(《罗马规约》第53条)。

在调查过程中，检察官应采取“一切适当措施，确保有效地对本法院管辖权内的犯罪进行调查和起诉”(《罗马规约》第54条第1款第2项)。这些措施包括收集和检查证据、“要求被调查的人、受害人和证人到庭并对其进行讯问”以及“确保资料的机密性、保护人员或保全证据”(《罗马规约》第54条第3款)。为了确保“有合理理由相信实施了本法院管辖权内的犯罪”的人“在审判时到庭”，并防止其妨碍或危害调查工作或法庭诉讼程序或继续实施国际刑事法院管辖权内的犯罪，检察官可以要求预审分庭对此人发出逮捕令(《罗马规约》第58条)。逮捕令将由缔约国按照《罗马规约》第九编中有关国际合作的规则执行。

《罗马规约》第55条和第59条规定了被调查人员的以下权利：

- 不被“强迫证明自己无罪或认罪”；
- 不受“任何形式的强迫、胁迫或威胁，不受酷刑或任何其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”；
- 在必要时免费获得“合格口译员”的协助；
- 不受到“任意逮捕或羁押”；
- “在被讯问前被告知有理由相信他或她实施了本法院管辖权内的犯罪”；
- “保持沉默，而且这种沉默不作为判定有罪或无罪的考虑因素”；
- “获得(该人选择的)法律援助……，如果无力支付，则免费提供”；
- “被讯问时律师在场”；

- 被“迅速移送羁押国的主管司法当局”，以决定逮捕的合法性；
- “申请在移交法院前暂时释放”。

在调查和法庭程序中应特别关注受害者的处境：

- 被害人和证人应“向证人、出庭作证的被害人,以及由于这些证人作证而面临危险的其他人提供保护办法和安全措施、辅导咨询和其他适当援助”(第43条第6款;另见第68条第4款);
- 检察官在作出是否起诉的决定时必须考虑受害者的利益(第53条第1款第3项;另见第53条第2款第3项);
- 在开展调查时,检察官应尊重“被害人和证人的利益和个人情况”(第54条第1款第2项);
- 法院应确保审判公平从速进行,充分尊重被告人的权利,并适当顾及对被害人和证人的保护(第64条第2款);
- 审判分庭应该“指令保护被告人、证人和被害人”(第64条第6款第5项)。这包括决定在必要时某些诉讼程序不公开进行(第64条第7款;另见第68条);
- 法院应当准许被害人在适当的诉讼阶段提出其意见和关注,以供法院审议(第68条第3款);
- 法院的决定应该包括对受害人的赔偿,“包括归还、补偿和恢复原状”(第75条);这种赔偿可以从缔约国大会设立的“用于援助本法院管辖权内的犯罪的被害人及其家属”的信托基金支出(第79条)。

(二) 对于侵犯人权行为的国家责任

目前存在很多种使国家对其有关人权方面的决定和做法(或不作为)承担国际责任的途径(见第二章第四节第六小节)。我们可以在各种国际法渊源,包括国际性或区域性法院的决定、联合国大会的决议以及专门人权文书中找到这方面的具体程序。本节将较为深入地考察两种不同的调查侵犯人权行为的程序。它们是有关侵犯人权行为的国家间指控程序和个人来文处理程序。

1. 国家间指控

正如第二章第四节第六小节中已经讨论过的,目前有6个专门的人权文书规定了国家间指控程序。这6个文书是:《公民权

利和政治权利国际公约》、《禁止酷刑公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》、《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》。《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》也包含这样一个程序，但是目前该议定书尚未生效。根据《公民权利和政治权利国际公约》、《禁止酷刑公约》、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》、《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》(以及尚未生效的《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》)，一个国家只有在声明接受相关公约所设立的委员会接收并审议一个缔约国指控另一个缔约国未能履行其公约义务的指控的权限之后，才能够提交这样的指控，并且被指控的国家也必须已经承认相关委员会的这种权限。而根据《消除一切形式种族歧视国际公约》，该公约的所有缔约国都必须接受消除种族歧视委员会处理国家间指控的权限。以上这6个公约都规定了接收和解决具体的指控的程序。以上所提到的这些委员会在国家间指控案件中一般都起到调解和和解的作用，其目的是在尊重相关公约所规定的义务的基础上友好地解决争端。

2. 个人申诉

有6个人权文书，即《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《禁止酷刑公约》、《残疾人权利国际公约任择议定书》、《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》，规定了个人对国家侵犯人权行为提出申诉的程序。

《儿童权利公约关于设定来文程序的任择议定书》也包含这样一个程序，但是目前该议定书尚未生效。在10个缔约国接受《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第77条第2款所规定的程序之后，保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会也将有权受理有关缔约国违反该公约的个人来文，但是目前只有3个缔约国作出了接受该程序的声明。

这一程序(个人指控缔约国违反条约义务的程序)对缔约国是可选择的，即如果一个缔约国没有接受有关的委员会接收和考虑个人来文的权限，那么针对这一国家的来文就不能被受理。根据

这些文书提交的个人来文应直接送交相关的委员会。根据《公民权利和政治权利国际公约》，人权事务委员会只考虑那些有声称因缔约国违反该公约规定而受害的个人提交的来文。《禁止酷刑公约》也包括了类似的规定，但是禁止酷刑委员会也可以审理以上这些受害者的代表提交的来文。《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》包含一条与《禁止酷刑公约》中的上述条款类似的条款。《消除一切形式种族歧视国际公约》只允许消除种族歧视委员会受理那些声称因缔约国违反公约而受害的个人或个人联名提交的来文。《残疾人权利国际公约任择议定书》包含一条类似的条款。根据《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》，声称为违反《经济、社会和文化权利国际公约》行为的受害者的个人或由个人组成的群体以及他们的代理人均可提交来文。

根据《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》，“失踪者的亲属、他们的法律代表、律师或任何得到其授权的人，以及任何拥有合法权益的其他人，均可作为紧急事项，向委员会提出查找失踪者的请求”（第30条）。

关于个人申诉的可受理性，这6个文书建立了以下具体的标准：

- 委员会在这方面的权限需要得到有关缔约国的承认（《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第1条；《禁止酷刑公约》第22条第1款；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条第1款；《残疾人权利国际公约任择议定书》第1条；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第1款；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第1条）；
- 必须穷尽国内补救措施（《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第2条和第5条第2款第2项；《禁止酷刑公约》第22条第5款第2项；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条第7款）；《残疾人权利国际公约任择议定书》第2条第4款；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第2款第4项；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第3条第1款）；
- 不接受匿名的或属于滥用申诉权利的来文（《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第3条；《禁止酷刑公约》第22条第2款；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条第6款）；《残疾人权利国际公约任择议定书》

第2条第1款和第2款；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第2款第1项和第2项；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第3条第2款第6项和第7项)；

- 不违反公约(有关属时、属地、属事和属人管辖权方面的)条款(《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第3条；《禁止酷刑公约》第22条第2款；《残疾人权利国际公约任择议定书》第2条第2款；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第2款第2项；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第3条第2款第2项和第4项)；
- 同一事件不在另一国际程序的审查之中(《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第5条第2款第1项；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第2款第3项)；
- 同一事件过去或现在均未受到另一国际程序的审查(《禁止酷刑公约》第22条第5款第1项；《残疾人权利国际公约任择议定书》第2条第3款；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第3条第2款第3项)；
- 指控必须有事实根据(有初步证据)(《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第2条；《禁止酷刑公约》第22条第1款；《残疾人权利国际公约任择议定书》第2条第6款；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第3条第2款第5项)。

必须穷尽国内补救措施这一要求使得相关条约机构有必要考虑国内层面上已有的各种补救措施。事实上，《公民权利和政治权利国际公约》第2条第3款第1项要求缔约国“保证任何一个被侵犯了本公约所承认的权利或自由的人，能得到有效的补救，尽管此种侵犯是以官方资格行事的人所为。”对于这一规则存在一些例外。第一个例外是从《公约》第2条第3款第1项中所使用的“有效”一词衍生出来的。在不存在补救，或现有补救不足以充分补偿申诉人的情况下，也不需要穷尽国内补救。在这方面的一个例子就是一个人通常可以就其所遭受的损失提出赔偿要求，但是国内补救措施却不提供经济赔偿。第二种例外就是国内补救措施过分拖延的情况。

 国际判例

人权事务委员会

德夫·巴哈杜尔·马哈尔杨针对尼泊尔提交的来文

(Case of communication of Dev Bahadur Maharjan v. Nepal)

联合国第CCPR/C/105/D/1863/2009号文件，2012年8月2日

“关于1996年《酷刑相关赔偿法》下的补救，委员会指出，根据该法第5条第1款，赔偿诉求必须在酷刑事件或被拘留者被释放后的35天内提出。委员会还注意到，根据《酷刑相关赔偿法》第6条第2款，如果能证明申请人以非诚意行事，则申请人可能会被罚款。委员会还注意到，该法提供的最高补偿是10万尼泊尔卢比（第6条，第1款）。委员会重申其先前判例，认为，对如同本案所指控的严重罪行所致损害提起诉讼，不能被视为可替代应由当局提起的针对被指控犯罪人的控罪。委员会注意到，就可否受理而言，提交人对释放后被再次逮捕或遭受报复的担心已有充分证据，包括类似案件的证明文件。因此，委员会认为，由于《酷刑相关赔偿法》下的索偿必须在酷刑事件或释放日之后的35天法定时限内提出（这种时限本身显然与罪行的严重性极不成比例），这种补救办法对提交人而言并不可用。”

如果相关委员会认为一个申诉可以被受理的话，那么它就会将该事项通知有关缔约国。收到通知的缔约国应于6个月内向相关的委员会提出书面解释或声明，说明原委。如该国已采取救济办法，则应一并说明（《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第4条；《禁止酷刑公约》第22条第3款；《残疾人权利国际公约任择议定书》第3条；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第6条第2款；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条第6款第2项，但该规定将此期限限制在3个月内；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第4款，但根据该规定，此期限由委员会决定）。然后，委员会根据申诉人（“或其代表”，《禁止酷刑公约》第22条第1款）和有关缔约国所提供的情报对申诉事项进行秘密审议（《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第5条第1款；《禁止酷刑公约》第22条第4款；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条第7款第1项；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第8条第1款）。在审议之后委员会向有关缔约国和个人提出其意见（《公民权利

和政治权利国际公约第一任择议定书》第5条第3款和第4款；《禁止酷刑公约》第22条第6款和第7款；《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第31条第5款；《残疾人权利国际公约任择议定书》第5条；《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第9条第1款；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条第7款第1项和第2项，但这两条规定没有表明该委员会在这方面的会议应该是秘密的)。

根据《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》(第31条第4款)、《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》第5条和《残疾人权利国际公约任择议定书》第4条，相关委员会可以要求缔约国紧急考虑采取临时措施，以防止上述公约所保护的人员受到不可逆转的伤害。

所有这些委员会都必须向缔约国、联合国大会(《禁止酷刑公约》、《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》)或同时向联合国大会和经济及社会理事会(《公民权利和政治权利国际公约》、《残疾人权利国际公约任择议定书》和《消除一切形式种族歧视国际公约》)提交有关其活动的定期报告(根据《公民权利和政治权利国际公约》、《禁止酷刑公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》提交报告的期限为一年一次；根据《残疾人权利国际公约》该期限为两年一次)。

上面所描述的程序适用于每个单独的侵犯人权的事件。当然，这些事件可能反映了某一国家或地区明显带有普遍性的侵犯某些具体的权利的现象。在这种情况下，个人可以根据联合国人权理事会第5/1号决议或联合国大会第60/251号决议向联合国人权理事会下属的来文工作组提交来文(见第二章第四节第四小节)。

五、选阅书目

- Cardenas, Sonia, "Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions," *Global Governance*, Vol. 9, No.1, January 2003, pp. 23-42.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2008.

- Delaplace, Edouard, and Pollard, Matt, “Visits by human rights mechanisms as a means of greater protection for persons deprived of their liberty,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 69-82.
 - Goldsmith, Andrew John, and Lewis, Colleen (eds), *Civilian Oversight of Policing: Governance, Democracy, and Human Rights*, Hart Publishing, Portland, 2000.
 - Goodman, Ryan, and Pegram, Thomas (eds), *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, New York, 2012.
 - Groome, Dermott, *The Handbook of Human Rights Investigation: A comprehensive guide to the investigation and documentation of violent human rights abuses*, 2nd edition, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2011.
 - Kumar, C. Raj, “National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights,” *American University International Law Review*, Vol. 19, Issue 2, 2003, pp. 259-300.
 - Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Istanbul Protocol: Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Professional Training Series No. 8, United Nations, New York/Geneva, 2001.
 - Prenzler, Tim, and Lewis, Colleen, “Performance Indicators for Police Oversight Agencies,” *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 64, Issue 2, June 2005, pp. 77–83.
 - United Nations Centre for Human Rights, *National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, Professional Training Series No. 4, United Nations, New York/Geneva, 1995.
 - United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on police accountability, oversight and integrity*, United Nations, New York, 2011.
- > http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/PoliceAccountability_Oversight_and_Integrity_10-57991_Ebook.pdf (last consulted on 30 September 2013)

第五部分

武装冲突局势

第十二章 内容大纲

一、导论

二、国际人道法的起源

三、国际人道法的主要概念和规则

- (一) 国际人道法的适用范围以及国际人道法下的义务
- (二) 国际人道法的基本规则和原则
- (三) 被禁止的战争手段和方法
- (四) 在武装冲突中对自由的剥夺
- (五) 难民和国内流离失所者
- (六) 武装冲突局势下的妇女
- (七) 武装冲突局势下的儿童

四、对国际人道法的违反

五、执法人员在武装冲突中所扮演的角色

- (一) 执法人员在武装冲突中的地位
- (二) 敌对行动
- (三) 其他问题

六、选阅书目

主要法律文件

条约法

- 《关于陆战法规和惯例的海牙公约》及其附件《陆战法规和惯例章程》(《海牙第四公约》, 1907年通过, 1910年生效);
- 《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》(《日内瓦议定书》1925年通过, 1928年生效);
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》, 1864年通过, 1949年作出重大更新, 1950年生效);
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》1906年通过, 1949年作出重大更新, 1950年生效);
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》, 1929年通过, 1949年作出重大更新, 1950年生效);
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》, 1949年通过, 1950年生效);
- 《1949年8月12日日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》, 1977年通过, 1978年生效);
- 《1949年8月12日日内瓦公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二附加议定书》, 1977年通过, 1978年生效);
- 《1949年8月12日日内瓦公约关于采纳一个新增特殊标志的附加议定书》(《第三附加议定书》2005年通过, 2007年生效);
- 《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》(《生物武器公约》, 1972年通过, 1975年生效);
- 《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(《化学武器公约》, 1993年通过, 1997年生效);
- 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(《禁止杀伤人员地雷公约》, 1997年通过, 1999年生效);
- 《集束弹药公约》(2008年通过, 2010年生效);
- 《儿童权利公约》(1989年通过, 1990年生效);
- 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》(2000年通过, 2012年生效);
- 《国际法院罗马规约》(《罗马规约》, 1998年通过, 2002年生效)。

第十二章

国际人道法及其与执法人员的关系

一、导论

在任何时候——无论是在和平时期，在内部暴力冲突情势之下，还是在与另一个国家发生战争的状况下——都需要执法。因此，从原则上说，在前面章节中所讨论的规则和标准适用于所有执法行动，而不管这种执法行动是在什么情况下发生的。

虽然某些权利是可以被克减的，但是这种克减并不会在动乱或武装冲突时自动发生。在政府当局决定宣布紧急状态²⁶并克减某些（可以克减的）权利之前，有关执法的法律框架仍然适用，日常的执法工作照常进行。但是武装冲突——无论是非国际性武装冲突还是国际性武装冲突——可能会使一个国家面临一些影响执法工作的具体的挑战。这些挑战包括：

- 执法人员可能在交战中成为攻击目标；
- 执法人员可能被命令在事实上或通过正式编入武装部队参加敌对行动；
- 执法人员可能需要与参与武装冲突或受武装冲突影响的人员打交道。这些人员包括与政府作战的武装团体成员、另一国家的武装部队成员、战俘、其他因为与武装冲突局势有关的理由而被剥夺自由的人以及武装冲突的受难者；
- 执法人员可能需要调查根据国内和/或国际刑法构成犯罪的违反国际人道法的行为。

执法人员需要理解在以上所列的每种情况下他们所扮演的角色以及他们所负有的义务，并且按照适用于这种情况的法律框架行事。本章概要介绍国际人道法的主要原则和规则以及它们与在武装冲突局势下执法人员的角色和义务的关系。但是本章并不涵盖这一领域内的所有问题，也没有深入介绍执法的适用范围及其与国际人道法之间相互关系这一非常复杂的问题。如果需要进一步学习相关知识，请参考本章最后部分所列的选阅书目。

²⁶ 有关紧急状态的进一步介绍，见第五章第三节。

二、国际人道法的起源

国际人道法是一套出于人道理由寻求限制武装冲突影响的规则。自古以来，特别是从中世纪以来，几乎在每个文明之中都存在限制交战各方伤害对手的权利的规则。几乎在世界上任何一个国家或文明的历史上都可以找到在武装冲突中保护某些类别的人的法律。这些类别的人包括妇女、儿童、老人、已解除武装的战斗员以及战俘。对诸如宗教场所等目标的攻击以及诸如投毒等奸诈的作战手段都是被禁止的。然而，直到19世纪，当各国使用大规模部队以及更具破坏力的武器进行作战并造成战场上到处都是无助的受伤士兵的可怕后果时，建立在中外条约之上的“战争法”才得以发展起来。这一发展并非偶然，因在这一时期各国越来越重视有关尊重人类的共同原则。

使战争规则法典化的条约制定过程始于19世纪60年代：当时在两个不同的场合召开了两个不同的国际会议并缔结了两个不同的条约——这两个条约各自规定了战争法的一个不同的方面。

第一个会议于1864年在日内瓦召开，其所关注的是战地武装部队伤者境遇。这一行动起源于亨利·杜南 (Henry Dunant) 出版的一本小书。杜南是一位瑞士公民。他于1859年目睹了索尔弗里诺 (Solferino) 战役。在战场上受伤的士兵的命运是非常悲惨的。除了缺乏照顾成千上万伤者所需的资源外，最糟糕的是在19世纪初期的战争中，有关不攻击敌方的战地医院以及不伤害敌方的医疗人员和已解除武装的伤者的惯例也不再得到尊重了。相反，战地医院反复遭到炮轰，医生以及担架队员也受到攻击。成千上万受伤的士兵得不到恰当的治疗，他们的处境是灾难性的。红十字会在索尔弗里诺 (Solferino) 战场可怕的条件下降生的。不久以后人们就采取了保护武装冲突受难者的第一个步骤：在各个国家建立民间援助组织来帮助军事医疗人员完成他们所无力完成的任务；医疗人员和医疗设施或机构的中立地位 (不可侵犯性) 得到了正式的宣布；识别和保护医疗活动的白底红十字标志 (与瑞士国旗的红底白十字图案相反) 开始被使用。《1864年改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》明确地表达了一个普遍适用的人道原则：它要求各缔约国给予本国和敌国的伤者以同样的救护。

第二个会议于1868年在圣彼德堡召开。该会议通过了一个禁止使用重量小于400克的爆炸性投射物的条约。这是第一个规制战争手段的条约。

这两个国际会议标志着现代战争法的法典化的开始。在它们之后，又有两个和平会议分别于1899年和1907年在海牙召开。这些会议的主要目的是规制战争的手段和方法。从那时起，由此产生的两个法律体系就分别被称为日内瓦法和海牙法。后者主要包括有关作战方法的规则，而日内瓦法则包括了有关保护战争受难者的规则。

从那时起，战争法在不断发展以扩大其所保护的受难者的范围并适应新的冲突现实。1949年关于保护伤者和病者、遇船难者、战俘和平民的日内瓦四公约以及它们分别于1977年和2005年通过的三个附加议定书就是这些努力的结果。如今日内瓦四公约已被195个国家批准，是世界上得到最广泛接受的一个条约。

《海牙公约》及其头两个附加议定书中所包含的有关作战方法和手段的规则对于军事指挥员来说具有特别重要的意义，因为它们为避免不必要的痛苦和不分皂白的攻击而在作战方法和手段方面作出了限制。它们为一系列旨在减轻或消除由特定类型的作战方法和手段所导致的特定类型的痛苦的公约所补充。这些公约包括：《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》(1925年通过)；《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》(1972年通过)；《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(1980年通过)及其各附加议定书(分别于1980年、1995年、1996年和2003年通过)；《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(《化学武器公约》，1993年通过)；《禁止杀伤人员地雷公约》(《渥太华公约》，1997年通过)和《集束弹药公约》(2008年通过)。

在第二次世界大战的惨痛经历之后，国际社会(在1945年)事实上已经通过《联合国宪章》禁止了战争。该宪章规定，除出于自卫或经联合国安理会授权为维护集体安全的目的之外的任何战争为非法行为：“各会员国在国际关系上不得使用或威胁使用武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何国家之领土完整或政治独立”(《联合国宪章》第2条第4款)。但不幸的

是，在现实社会中战争和武装冲突仍然在不断发生，这使得在武装冲突中限制暴力和减轻痛苦的法律变得更为重要了。

除公约或条约法之外，还有一些源自“作为通例之证明而经接受为法律”的习惯法规则（《国际法院规约第38条第1款第2项》）。它们填补了条约法留下的空白，并促进对国际和非国际性武装冲突的受难者的保护。红十字国际委员会于2005年开展的一项研究确认了161条习惯人道法规则。它们构成了对武装冲突各方都具有约束力的人道法的共同核心。

三、国际人道法的主要概念和规则

（一）国际人道法的适用范围以及国际人道法下的义务

为确定在某一特定情况下应适用哪些人道法规则和标准，首先必须区分国际性武装冲突和非国际性武装冲突。

- 国际性武装冲突或战争是指在两个或两个以上的国家的正式武装部队之间发生的武装敌对行动。“国际性武装冲突”不必正式宣布，在冲突激烈程度方面的门槛也很低，只要在两个国家的武装部队之间发生一次武装对抗就足够了。
- 在非国际性武装冲突中，至少冲突一方是非国家行为者。尽管如此，非国家行为者与国家当局之间以及非国家行为者之间的对抗必须满足一定的条件才能够被称为非国际性武装冲突。非国家行为者必须具有一个带有指挥层的军事组织结构，使其能够开展有组织和持续的军事行动。武装冲突的强度应该超过孤立的暴力事件。

适用于国际和非国家武装冲突的法律框架是国际人道法。相对于国际人权法，它是适用于特殊情况的特别法。但是在国际和非国家武装冲突中，国际人权法仍然以不同的方式适用：

- 在国际人道法不够详细或无法解决某些特定问题的情况下，国际人权法可以补充国际人道法；
- 它可以用来解释某些人道法规范，在后者提到源自国际人权法的具体法律概念的情况下尤其如此；
- 它仍然适用于所有与武装冲突无关的情况。逮捕普通罪犯（如小偷）的行动仍然受到国内法的规制。

不符合武装冲突标准的形势仍然受到国际人权法（当然还有相关国内法）的规制。如果一个国家的内部局势尚未达到非国际

性武装冲突的严重程度，那么这种形势有时会被称为动乱、紧张局势或其他暴力局势。但是必须记住，这并不自动意味着在这种局势下就应该适用与平时时期不同的法律框架。关键的问题是，这种局势是否会导致政府决定宣布紧急状态并限制某些人权。本手册在第五章第三节中已经讨论过了宣布紧急状况所需要满足的条件以及其对于可克减人权所产生的后果。值得注意的是，在(国际或非国家)武装冲突时期，国家也可以宣布紧急状态，从而导致对某些人权的克减。

由于国际人道法在很大程度上是由条约和公约构成的，它首先为那些已经批准相关条约的国家(以及它们的下属机构，包括武装部队)规定了义务。那些未加入某些条约的国家仍然受到这些条约中已经成为习惯国际人道法的内容的约束。

至于非国际性武装冲突，可适用的国际人道法规则对包括非国家武装团体在内的冲突各方都具有约束力。其中最重要的一些规则²⁷包括：

- 专门为非国际性武装冲突制定的《日内瓦公约》共同第三条；
- 《1949年8月12日日内瓦公约第二附加议定书》。该议定书适用于以下形势：武装行为者控制一个国家部分领土，因此能够确保在该国领土上对相关国际人道法的遵守。该议定书第1条规定：

“对事物的适用范围

- 一、本议定书发展和补充1949年8月12日日内瓦四公约共同第三条而不改变其现有的适用条件，应适用于为1949年8月12日日内瓦四公约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)所未包括、而在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突。
- 二、本议定书不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为。”

27 以下的几个小节将更为详细地讨论这些规则。

- 关于采纳一个新增特殊标志——红水晶——的《内瓦公约第二附加议定书》；
- 习惯国际人道法。

但是非国家武装团体受到适用于非国际性武装冲突的国际人道法的约束这一事实并不影响这些群体的法律地位（《日内瓦公约》共同第三条）。

另外，非国家武装团体也可能会作出同意接受国际人道法条约约束的声明。这通常发生在这些群体争取获得国际社会承认的情况之下。但是，即使这些群体不作出这样的声明，在《日内瓦公约》共同第三条和《第二附加议定书》相关规定适用的情况下，它们也受到这些规定的约束。

（二）国际人道法基本规则和原则²⁸

日内瓦四公约及其两个1977年附加议定书的主要目的是保护武装冲突的受难者。《日内瓦第一公约》所保护的是战地武装部队伤者和病者；《日内瓦第一公约》所保护的是海上武装部队伤者病者及遇船难者；《日内瓦第三公约》所保护的是战俘；《日内瓦第四公约》所保护的是战时的平民。《第一附加议定书》将日内瓦四公约的保护范围扩展到国际性武装冲突的受难者，而《第二附加议定书》则将日内瓦四公约共同第三条的保护范围扩展到高强度非国际性武装冲突的受难者。

《日内瓦公约》及其附加议定书的条款涉及两个主要领域：敌对行动和保护落入敌方掌控之中的人（见本章第三节第二小节第一项和第二项）。

这些规则中的许多都被认为构成了适用于国际和非国际性武装冲突的习惯国际人道法。²⁹

1. 敌对行动

人道法的基本原则之一就是交战者在伤害敌人的手段和方法方面并不拥有无限的权利。在限制敌对行动方面有三个原则：区分原则、比例性原则和防范原则。

28 详见：<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/index.jsp>（最后一次访问时间：2013年9月30日）。

29 详见以下这篇文章中关于习惯人道法规则的列表，Henckaerts, Jean-Marie, "Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict," *International Review of the Red Cross*, Volume 87, No. 857, March 2005, pp. 175-212.

区分原则

区分原则是贯穿有关敌对行动的法律的一个中心原则。冲突各方都必须在合法军事目标与平民和平民目标之间作出区分。军事行动只能针对军事目标。

因此这一原则确保平民和平民目标受到保护而不受攻击。对平民和平民目标的任意攻击并造成死亡或严重身体或健康伤害的行为构成战争罪。

虽然区分原则在技术上不涵盖已经放下武器或由于生病、受伤、被关押或其他原因而丧失战斗能力的武装部队成员，但是也不得将这些人员作为攻击目标。同样的原则适用于武装部队的医疗和神职人员。

比例性原则

这个适用于敌对行动的第二个主要原则——它与国际人权法中的比例性原则（见第三章第三节）有所不同——要求交战各方不发动预计可能造成与其所期望取得的实际和直接军事优势不成比例的附带的平民伤亡、平民目标的损坏或两者兼而有之的后果的攻击。

更广泛地说，不加区分的攻击也是被禁止的，并可能构成战争罪。

防范原则

虽然作为攻击军事目标的附带结果的平民伤亡是可以被接受的，但是交战各方都必须在开展军事行动时采取防范措施，避免平民人口、平民和平民目标受到攻击。最值得注意的是，交战各方在选择攻击手段和方法时必须采取一切可行措施，以避免或者无论如何尽可能减少附带的平民伤亡或平民目标的损坏。

另外，交战各方必须采取措施限制攻击所造成的后果。因此它们必须做出一切努力，避免将军事目标部署在人口稠密区域内或附近，并将其所控制的平民和平民目标移出靠近军事目标的区域。

最后，交战各方还必须充分注意保护自然环境、文化财产和危险设施。

2. 保护落入敌方控制之下的人

保护落入敌方掌控之下的人的规则包括以下方面：

- 投降或失去战斗能力的士兵享有其生命以及道德和身体完整性得到尊重的权利。禁止杀害或伤害他们。
- 交战各方必须救治在其掌控之下的伤者和病者。这种保护还必须涵盖医疗人员、机构、运输工具和设备。红十字、红新月和红水晶是这种保护的标记，必须得到尊重。
- 被俘作战人员享有其生命、尊严、个人权利和信仰得到尊重的权利。必须保护他们免受一切形式的暴力和报复。他们有权与其家人联络并得到救助。
- 在交战一方或占领国控制下的平民享有其生命、尊严、个人权利和信仰得到尊重的权利。
- 落入敌方权力之下的平民或武装部队成员享有受到人道待遇以及尊严和完整性受到保护的权利（《日内瓦公约》共同第三条和《第一附加议定书》第11条）。《第一附加议定书》第91条规定：“违反各公约或本议定书规定的冲突一方，按情况所需，应负补偿的责任。该方应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责。”必须指出，这一规定仅适用于国际性武装冲突。
- 每个人都有权得到基本的司法保障。任何人未经预先正常组成的法院判决不得被定罪判刑。不得使任何人对其所未实施的行为负责。不得使任何人受到身体或精神酷刑、体罚或残忍或有辱人格的待遇。

(三) 被禁止的战争手段和方法

除对不分皂白的或造成过分和不必要的痛苦的战争手段和方法的一般性禁止外，国际人道法还通过一系列国际条约禁止了某些特定类型的武器，特别是生物和化学武器、致盲激光武器、杀伤人员地雷和集束弹药。

受到国际人道法禁止或以其他方式规制的武器

武器	条约
重量小于400克的爆炸性投射物	《圣彼得堡宣言》(1868年)
在人体内膨胀变形的子弹	《海牙宣言》(1899年)
毒药和有毒武器	《海牙规则》(1907年)
化学武器	《日内瓦议定书》(1925年) 《化学武器公约》(1993年)
生物武器	《日内瓦议定书》(1925年) 《生物武器公约》(1972年)
以碎片伤人而其碎片在人体内无法用X射线检测的武器	《禁止或限制使用某些可以被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约第一议定书》(1980年)
燃烧武器	《禁止或限制使用某些可以被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约第三议定书》(1980年)
致盲激光武器	《禁止或限制使用某些可以被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约第四议定书》(1995年)
地雷、诱杀装置和“其他装置”	《禁止或限制使用某些可以被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约第二议定书》(1996年修订)
杀伤人员地雷	《禁止杀伤人员地雷公约》(1999年)
战争遗留爆炸物	《禁止或限制使用某些可以被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约第五议定书》(2003年)

诸如背信弃义(《第一附加议定书》第37条)或宣告决不纳降(《第一附加议定书》第40条)等战争方法被禁止。作为战争方法使平民陷入饥饿也被禁止。因此对于平民居民的生存不可缺少的物体,如粮食、生产粮食的农业区、农作物、牲畜、饮水装置和

饮水供应和灌溉工程，不得攻击、摧毁或使其失去效用（《第一附加议定书》第54条；《第二附加议定书》第14条）。“禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁”（《第一附加议定书》第51条第2款；《第二附加议定书》第13条第2款）。

（四）在武装冲突中对自由的剥夺

1. 背景信息

由于被剥夺自由人的基本人权大多数都属于不可克减的权利（见《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款。有关这些权利的详细介绍，见第五章第四节第三小节），因此它们既适用于和平时期，也适用于武装冲突局势之下。但是，大量实例证明，在实践中对被剥夺自由人员的权利和自由的保护往往远远达不到国际人权法所设立的标准。经验表明，每当一个国家中动乱升级，安全和稳定受到威胁的时候，被剥夺自由人员就会不可避免地陷入更为脆弱的处境，对于那些因与武装冲突相关的原因而被剥夺自由或被视为国家敌人的人来说则更是如此。他们面临着更大的受到虐待、酷刑、甚至强迫失踪或法外处决的危险。正是由于这个原因，国际人道法包含了保护此类人员的具体规范。在下面我将讨论与剥夺自由相关的人道法规则。

2. 非国际性武装冲突

保护受到非国际性武装冲突影响的人员的基本法律条款就是下面这个文本框中所显示的日内瓦四公约之共同第三条。

日内瓦四公约共同第三条

“在一缔约国之领土内发生非国际性的武装冲突之场合，冲突之各方最低限度应遵守下列规定：

- （一）不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在內，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。

因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：

- (甲) 对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；
- (乙) 作为人质；
- (丙) 损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；
- (丁) 未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑。

(二) 伤者、病者应予收集与照顾。

公正的人道团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。

冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力。

上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位。”

日内瓦四公约的共同第三条如今是最重要的人道法规则之一。它规定了对人的基本权利的绝对的、不可克减的保护，并且已被认为构成了习惯法的一部分。



国际判例

国际法院

有关针对尼加拉瓜的军事和准军事行动的案件 (尼加拉瓜诉美国案) 国际法院1986年报告，是非曲直，1986年6月27日判决

“1949年8月12日日内瓦四公约的共同第三条界定了某些适用于非国际性武装冲突的规则。毫无疑问，在发生国际性武装冲突时，除了适用于国际性武装冲突的那些更为详细的规则外，这些规则也构成了最低限度标准。在法院看来，这些规则反应了法院于1949年所发出的有关‘基本人道考虑’的呼吁 (Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949, p. 22 [...])。 ”

因此它在很大程度上肯定了即使在武装冲突时期，本手册第八章中所介绍的与逮捕和拘留有关的基本人权的适用性，包括对于那些因与武装冲突相关的原因而逮捕或拘留的人的适用性。这是国际人道法和国际人权法相互重叠和相互补充的领域。对参与

武装冲突人员的自由的剥夺受到国际人道法这一特别法以及国际人权法和国内法的规制。剥夺自由的一种形式就是为了安全的目的根据国际人道法实施的行政拘留。作为非国家行为者成员参加武装冲突的人员还可能根据国内刑法被指控犯罪(谋杀、破坏财物、叛国等等)。在以上两种情况下,第八章第二节和第八章第五节第五小节第三项中所概要介绍的基本权利和司法保障都必须得到尊重。拘留条件必须符合国际标准,并且体现对被拘留人的人格尊严的尊重。

日内瓦四公约的共同第三条特别相关之处在于它也使参与冲突的非国家行为者承担了义务。虽然在法律上非国家行为者无权实施逮捕或拘留——因为这些权力是国家机构的排他性权力——但是实际上这些行为者完全可能在作战行动中剥夺他人(如敌国武装部队成员)的自由。在这种情况下,日内瓦四公约的共同第三条要求非国家行为者人道对待这些被剥夺自由的人,并禁止对他们实施酷刑和法外处决。另外共同第三条明确禁止劫持人质的行为。

根据《日内瓦公约第二附加议定书》,如果在非国际性武装冲突中“持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团在负责统率下对国家的一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书”(第1条第1款),那么该议定书为冲突各方建立了更为详细的义务。这些义务包括:

- 重申提供类似于共同第三条中所规定的那些有关人道待遇的基本保障的原则(第4条);
- 有关基于武装冲突的原因而被拘禁或拘留的人的待遇的最低限度规定(第5条第1款第1项至第5项),包括:
 - 对伤病者的照顾;
 - 提供食物、饮用水、健康和卫生设施以及保护;
 - 准许其接受个人或集体救济;
 - 准许其奉行其宗教并接受精神上帮助;
 - 享有类似当地平民居民所享受的工作条件和保障的利益。
- 负责拘禁或拘留这些被剥夺自由的人的当局也应在其力所能及范围内遵守有关这类人的下列规定(第5条第2款第1项至第5项):
 - 除一家男女的住处安排在一起外,妇女的住处应与男子的住处分开,并应由妇女直接监管;

- 收发信件和邮片的权利；
- 拘禁和拘留的地方不应接近战斗地带；
- 享有身体检查的利益；
- 他们的身心健全不应受任何无理行为或不作为的危害。
- 第4条、第5条第1款第1项、第3项和第4项以及第5条第2款第2项中所提供的保护范围被延伸到包括因与武装冲突相关的原因而被剥夺自由且没有被第5条第1款所涵盖的人(第5条第3款)。
- 第6条规定了对与武装冲突相关的刑事犯罪的起诉和惩罚。它特别规定了有关法庭程序的独立性和公正性的最低限度保障：
 - 立即告知被告人其被控犯罪的细节；
 - 个人刑事责任原则；
 - 刑法不溯及既往；
 - 无罪推定；
 - 亲自出庭受审的权利；
 - 不被强迫自证其罪或认罪的权利。

在非国际性武装冲突的情势下，上面所提到的人道法原则为可适用的国际人权法规则和原则所补充——除非后者已被合法克减。有关在紧急状态下对人权的克减的详细讨论见第五章。

3. 国际性武装冲突

《日内瓦公约第一附加议定书》适用于《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的两个或两个以上缔约国之间所发生的经宣布的战争或任何其他武装冲突，即使其中的一个国家不承认战争状态。这些条约也适用于人民行使自决权反对殖民统治、外国占领或种族主义统治的战争(日内瓦四公约共同第二条)。

在未被《日内瓦公约》及其附加议定书或其他国际条约所涵盖，或相关国家宣布退出这些条约的情况下，平民和作战人员仍然受到源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配(《日内瓦公约第一附加议定书》第1条；《日内瓦第一公约》第63条；《日内瓦第二公约》第62条；《日内瓦第三公约》第142条；《日内瓦第四公约》第158条)。

关于在国际性武装冲突情势下的拘留或者更为广泛的对自由的剥夺，首先应该在战俘(即落入敌方权力之下的战斗员)和被

拘押的平民之间作出区分。《第一附加议定书》第43条第2款规定：“冲突一方的武装部队人员（除第三公约第三十三条的规定所包括的医务人员和随军牧师外）是战斗员，换言之，这类人员有权直接参加敌对行动。”

《第一附加议定书》第43条第1款对“武装部队”作出了如下定义：

“冲突一方的武装部队是由一个为其部下的行为向该方负责的司令部统率下的有组织的武装部队、团体和单位组成，即使该方是以敌方所未承认的政府或当局为代表。该武装部队应受内部纪律制度的约束，该制度除其他外应强制遵守适用于武装冲突的国际法规则。”

那些不符合作战人员标准的人被默认为无权参加敌对行动，但有权受到保护以免受军事行动所产生的危险，只有当他们“直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时”才不受此种保护（《第一附加议定书》第51条第3款）。

“任何战斗员，如果落于敌方权力下，均应成为战俘”（《第一附加议定书》第44条第1款）。专门规定战俘被关押期间待遇的《日内瓦第三公约》第4条更为详细地界定了享有战俘地位的人员。战俘待遇的一个基本前提就是战俘在任何时候须受人道待遇，并“在任何时候受到保护，尤其免致遭受暴行或恫吓及侮辱与公众好奇心的烦扰”（《日内瓦第三公约》第13条）。《第一附加议定书》第11条规定：“落于敌方权力下或被拘禁、拘留或以其他方式被剥夺自由的人的身心健全，不应受任何无理行为或不作为的危害。”

在这种情况下，对自由的剥夺与武装冲突有直接的关系。不能因直接参加敌对行动而起诉战俘。对他们的关押并非一种惩罚形式，而是为了防止他们继续参加武装冲突。在敌对行动结束之后必须立即将他们释放并遣返。关押当局可以以战争罪，但不能以根据国际人道法属于合法的暴力行为起诉他们。

与剥夺战俘自由类似，对平民的拘押也是出于紧急的安全理由而采取的一种措施。因此这种措施也不是一种惩罚形式。这种拘押的条件与适用于战俘的拘押条件几乎相同，并且从大体上说，适用于平民的拘押规则几乎是逐字逐句地照搬适用于战俘的拘押规则（见《日内瓦第四公约》第79条至135条）。

《第一附加议定书》第75条规定那些落入冲突一方权力之下，但不享有日内瓦公约及其《第一附加议定书》所规定的更为优惠的待遇的人员的待遇方面的基本保障。第75条的全文见下面这个文本框。

《日内瓦公约第一附加议定书》第75条基本保证

- “一、在冲突一方权力下而不享受各公约和本议定书所规定的更优惠待遇的利益的人，在其受本议定书第一条所指的场合的影响范围内，在任何情况下，均应受人道的待遇，并至少应享受本条所规定的保护，而不得以种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或其他意见、民族或社会出身、财富、出生或其他身份或任何其他类似标准为依据而加以不利区别。每一方均应尊重所有这类人的人身、荣誉、信念和宗教仪式。
- 二、下列行为，在任何时候和任何地方，也不论是平民或军人的行为，均应禁止：
- (一) 对人的生命、健康或身体上或精神上的暴行，特别是：
1. 谋杀；
 2. 各种身体上或精神上的酷刑；
 3. 体刑；和
 4. 残伤肢体；
- (二) 对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和降低身份的待遇，强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯；
- (三) 扣留人质；
- (四) 集体惩罚；和
- (五) 以任何上述行为相威胁。
- 三、任何因有关武装冲突的行动被逮捕、拘留或拘禁的人，应立即以其所解的语言被告知采取这些措施的理由。除因刑事罪行而被逮捕或拘留的情形外，这类人应尽速予以释放，而无论如何，一旦逮捕、拘留或拘禁所依据的情况不复存在，应即予释放。
- 四、对犯有与武装冲突有关的刑事罪行的人，除公正和正常组成的法院依照包括下列各项在内的公认的正常司法诉讼程序原则判定有罪外，不得判刑和处罚：
- (一) 诉讼程序应规定使被告立即被告知被控犯罪的细节，并使被告在审判前和审判期间享有一切必要的辩护权利和手段；

- (二) 任何人除以个人刑事责任为依据外均不应对其判罪；
- (三) 任何人，如果其行为或不作为依据其行为或不作为时对其适用的国内法或国际法不构成刑事罪行，不应对其进行控告或判罪；也不应处以较其犯刑事罪行时可判处的刑罚为重的刑罚；如果在犯罪后，法律规定较轻的刑罚，犯罪人应享受该规定的利益；
- (四) 任何被控犯罪的人，在按照法律证明其有罪前，均推定为无罪；
- (五) 任何被控犯罪的人，均应享有受审时在场的权利；
- (六) 任何人均不应被迫证明自己无罪或供认犯罪；
- (七) 任何被控犯罪的人均应有权讯问或要求讯问原告方面的证人，并在与原告方面证人的同样条件下取得被告方面证人的出庭和被讯问；
- (八) 任何人均不应因先前依据同样法律和司法程序已宣告无罪或已定罪案的终局判决所涉及的罪名而为同一方所追诉或惩罚；
- (九) 任何人因犯罪而被追诉，均应有取得公开宣判的权利；和
- (十) 被定罪的人应在定罪时被告知其司法和其他救济方法以及利用这些救济方法的时限。

五、基于有关武装冲突的原因而自由受限制的妇女，其住处应与男人的住处分开。这类妇女应由妇女直接监视。但在同一家庭的人被拘留或拘禁的情形下，如果可能，应按家庭单位予以安排，安置在同一地方。

六、基于有关武装冲突的原因而被逮捕、拘留或拘禁的人，在其最后释放、遣返或安置前，即使在武装冲突结束后，也应享受本条所规定的保护。

七、为了避免关于对被控犯有战争罪或违害人类罪的人的追诉和审判有任何怀疑，下列各项原则应予适用：

- (一) 被控犯有这类罪行的人，应按照适用的国际法规则提交追诉和审判；
- (二) 对不享受各公约或本议定书所规定的更优惠待遇的利益的人，应给予本条所规定的待遇，不论其被控的罪行是否构成严重破坏各公约或本议定书的行为。

八、本条的任何规定，均不得解释为限制或妨碍依据任何适用的国际法规则对第一款所规定的人给予更大保护的任何其他更优惠的规定。”

(五) 难民和国内流离失所者

难民和国内流离失所者的境遇以及执法人员相关的责任和义务已在第六章第五节中做了广泛的讨论。但是在这里有必要进一步讨论一下这一问题在武装冲突局势下的某些方面。

1. 国际性武装冲突

在保护难民和国内流离失所者方面，首先需要指出的是，只要这些人不是作战人员，他们就应该被视为平民并且应受到保护以免受攻击。只有当他们直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时才不受此种保护。

另一个重要方面是在武装冲突过程中，家庭成员很容易离散，而不知亲人下落会对这些人造成极大的焦虑和痛苦。与离散的家人重新建立联络是解除这种焦虑的关键。在这方面，《日内瓦第四公约》第26条具有特别的相关性。该条规定：“冲突各方对于因战争致与家庭离散之人所为之调查，以期在可能时与其家庭重新联系或团聚者，应给予便利。冲突各方尤应鼓励从事此项任务之组织之工作，但须此项组织能为其所接受并遵照其安全规则。”在这方面应该提到《第一附加议定书》第33条。该条对“失踪的人”作出了规定，要求冲突各方搜寻这些人员或为搜寻这些人员提供便利。该议定书第74条对离散家庭的重聚问题作出了规定。

《日内瓦第四公约》规定：“凡自占领地将被保护人个别或集体强制移送及驱逐往占领国之领土或任何其他被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何，均所禁止”（第49条）。该条进一步规定：“占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土。”《第一附加议定书》第85条第4款第1项规定，上述行为“于故意并违反各公约和本议定书作出时”，应视为严重破坏本议定书的行为。

最后，《日内瓦第四公约》第44条和《第一附加议定书》第73条承认难民和无国籍人为需要受到特殊对待的受保护人；不能仅仅因为他们外国人就将其视为敌人。他们应该受到与任何其他平民相同的保护。

2. 非国际性武装冲突

在最近几十年中，大多数流离失所现象都是由非国际性武装冲突所造成的。日内瓦四公约共同第三条和（适用于高强度非国际性武装冲突的）《第二附加议定书》规定了在这种情势下对平民的保护。共同第三条规定，在任何情况下，冲突各方都必须人道对待不参加敌对行动的人员，而不得有任何不利区别。《第二附加议定书》规定了有关保护包括难民和国内流离失所者在内的

平民的进一步措施。该议定书第13条至第16条规定了有关向平民人口提供一般性保护，以使其免受军事行动所导致的危险的规则。第17条规定，“除为有关平民的安全或迫切的军事理由所要求外”，禁止强迫平民居民迁移。另外，该条第2款规定：“不得基于有关冲突的理由而强迫平民离开其本国领土。”

因各种具体原因而被迫离开其家乡的人有权在可接受的安全条件下返还其常住地，并且在此过程中其人格尊严应得到尊重。国内流离失所者丢失其所有身份证件的情况并不少见。为使他们真正能够通过登记出身、死亡和婚姻的方式享有其法律人格的权利，必须向他们提供这种证件。

(六) 武装冲突局势下的妇女

1. 背景信息

无论在国内或国际性武装冲突中，妇女往往比男人面临更大的危险。正是由于这个原因，有必要对妇女采取特殊的保护措施。国际人道法包括了旨在在武装冲突中保护妇女免受暴力侵害的专门的规定。另外，一般性人权条约中的规定也可以被理解为禁止在武装冲突中对妇女实施暴力。非常重要的一点是，妇女有权在不受歧视的条件下受到人道法（对战斗员和平民）的一般性保护。

日内瓦四公约及其附加议定书都包括了相同的有关禁止任何基于性别的不利区分的规定（《日内瓦第一公约》第12条；《日内瓦第二公约》第12条；《日内瓦第三公约》第14条和第16条；《日内瓦第四公约》第27条第2款；《第一附加议定书》第9条第1款和第75条第1款；《第二附加议定书》第2条第1款）。日内瓦四公约及其议定书的缔约国有权给予妇女额外的保护。在大多数文书中，在有关禁止歧视的规定之后都有一个补充规定：“对妇女之待遇应充分照顾其性别”（《日内瓦第一公约》第12条；《日内瓦第二公约》第12条；另见《日内瓦第三公约》第14条）。根据国际人道法，妇女还有权获得某些专门的保护。这些保护主要涉及女性战斗员和女性平民，包括因安全原因而被拘押的女性平民。

2. 对女性战斗员和女性战俘的保护

没有法律禁止妇女在武装冲突中（正式）参加敌对行动。那些自愿成为1949年日内瓦公约及其附加议定书中所定义的战斗员

的妇女就像男性战斗员一样可以成为合法攻击目标。就像男性战斗员一样，女性战斗员也应受到保护，以免其遭受造成过分伤害或不必要痛苦的战争手段和方法。

虽然国际人道法在有关敌对行动方面的规定对于男女战斗员都是相同的，但是它给予了落入敌方权力之下，因而成为战俘的女性战斗员特殊的保护。例如拘押机构应为男女战俘分设宿舍（《日内瓦第三公约》第25条）和卫生设施（《日内瓦第三公约》第29条）。受纪律性处罚之女战俘的禁闭地方应与男战俘分开，并应由妇女直接监管（《日内瓦第三公约》第97条）。

3. 在武装冲突中对平民妇女的保护

非战斗员妇女属于平民。因此无论在国际性武装冲突还是国际性武装冲突中都应保护她们免受攻击。只有当她们直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时才不受此种保护。

在非国际性武装冲突中，日内瓦四公约共同第三条适用于被该条所涵盖的所有人员，包括妇女。《第二附加议定书》除规定了适用于所有人员的保护外，还规定了对妇女的特殊保护。该议定书第5条第2款第1项规定，基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的妇女，“其住处应与男子的住处分开，并应由妇女直接监视”。这一规定的一个例外就是属于一个家庭的男女的住处可以安排在一起。第6条第4款规定：“对孕妇和幼童的母亲”不应执行死刑。

在国际性武装冲突中对平民的保护问题主要由《日内瓦第四公约》规定。该公约规定了对妇女的一般保护（第27条）和对怀孕妇女和女性被拘押人的保护（第38条第5款、第76条、第85条、第98条、第124条和第132条）。《第一附加议定书》重申，基于有关武装冲突的原因而自由受限制的妇女，其住处应与男人的住处分开。并进一步要求这类妇女应由妇女直接监视（第75条第5款）。

在武装冲突中，专门针对女性平民的性攻击以及其他攻击可能是为压迫或惩罚平民而故意制定的战略的一个组成部分，也可能是指挥官员未能约束其部队而导致的结果。国际人道法明确禁止对妇女的荣誉的侵犯，包括强奸、强迫为娼或任何形式的非礼之侵犯（《日内瓦第四公约》第27条；《第一附加议定书》第76条；《第二附加议定书》第4条第2款第5项）。

4. 有关把强奸作为战争手段的评论

在几乎所有的现代的武装冲突中——不管是国际性还是非国际性武装冲突——都可以听到有关强奸和侮辱妇女的报道。毫无疑问，强奸、强迫为娼以及对妇女的任何其他形式的非礼之侵犯都是被国际人道法所禁止的。尽管如此，正如发生在卢汪达和前南领土上的战争所生动地显示的，把强奸作为一种战争方法仍然是非常普遍的现象。在以上这两个战争中，强奸妇女和女童的行为往往都是以有组织、有系统的方式实施的。这表明性侵犯是更为广泛的战争手段的一个组成部分，其目的在于剥夺其对手的人格尊严、摧毁和惩罚敌人并将此作为对自己部队的奖赏。

但是在这方面必须指出的是，强奸和其他形式的性暴力，无论是作为一般现象还是作为一种战争方法，并不仅仅影响妇女。男孩和男人也会遭受出于类似目的而实施的性攻击，并且这种攻击也会对所有受害人及其家属造成同样严重的后果。

由联合国安理会建立的旨在处理前南冲突后果的国际法庭明确地将这种暴行作为战争罪和/或危害人类罪加以谴责。因此，根据国际法，实施这种暴行的人以及没有采取行动防止这种暴行的上级指挥官员都应应对这些行为负有个人责任。在战争中强奸不是偶然现象。它在武装冲突时期的广泛使用反映了它对受害者所造成的特殊的恐怖，它给予强奸者的权力感以及它所表达的对受害者的鄙视。只要相关国家缺乏防止这种现象的政治意愿，只要实施这种暴行的人可以逃脱惩罚，那么这种暴行就会继续发生下去。

(七) 武装冲突局势下的儿童

武装冲突局势对于儿童来说无疑会产生特别严重的影响。家庭的离散、父母的死亡、招募儿童进入武装部队或武装团体的做法以及平民儿童的死伤——以上只是战争对儿童所造成的后果的几个可怕的例子。很难预测战争对那些经历了武装冲突的儿童的未来的心理和生理发展会产生什么样的影响。最近的历史为我们了解战争对儿童所造成的可怕影响提供了足够的活生生的实例。在武装冲突中的儿童总需要受到特殊的保护和待遇。因此各国必须采取一切可行的措施，以确保受到武装冲突影响的儿童得到保护和照顾。

非国际性武装冲突受日内瓦四公约共同第三条的约束。满足《第二附加议定书》第1条所规定的适用条件的局势还受到该议

定书的约束。后者在第4条中规定了有关人道对待不参加或不再参加敌对行动的人员的基本保障。该议定书第4条第3款第1项至第5项规定了有关以下适用于儿童或与儿童有关的特殊措施：

- 教育；
- 暂时失散的家庭成员的团聚；
- 参加敌对行动和应征入伍的最低年龄(15岁)；
- 对被俘虏的年龄在15岁以下的儿童战斗员的保护；
- 因与武装冲突有关的原因而暂时成为难民的儿童。

关于(适用日内瓦四公约《第一附加议定书》的)国际性武装冲突，我们可以在《第一附加议定书》第77条和第78条中找到类似的规定。根据《日内瓦第四公约》第24条，参与武装冲突的各国必须“采取必要的措施，俾十五岁以下儿童因受战争影响成为孤儿或与家庭分离者，不致无人照管，并使彼等之扶养，宗教与教育之进行，在一切情形下均获便利。”由于武装冲突的原因而被逮捕、拘留或监禁的儿童的“住处应与成人的住处分开，但属于同一家庭的成员可按家庭单元安排住处”(《第一附加议定书》第77条第4款)。除出于紧急原因外，冲突任何一方不得“安排将其本国国民以外的儿童撤往外国”(《第一附加议定书》第78条第1款)。在这种撤退发生时，必须采取一切必要措施以方便被撤退的儿童回到其家庭和国家之中(《第一附加议定书》第78条)。

《儿童权利公约》第38条敦促缔约国在武装冲突中遵守对其所适用的有关儿童的人道法规则。另外，它还要求缔约国“采取一切可行的措施确保未满15岁的儿童不直接参与敌对行动”。缔约国也不得将未满15岁的儿童招募到武装部队中去。在招募15岁至18岁的儿童时“应该优先考虑年纪最大的”。

《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》规定缔约国“应采取一切可行措施，确保不满18周岁的武装部队成员不直接参加敌对行动”(第1条)，并确保他们“不被强制招募加入其武装部队”(第2条)。“非国家武装部队的武装团体在任何情况下均不得招募或在敌对行动中使用不满18周岁的人”(第4条第1款)。各国义务“采取一切可行措施防止此种招募和使用，包括采取必要的法律措施，禁止并将这种做法按刑事罪论处”(第4条第2款)，确保被招募或用于敌对行动的本国管辖范围内的儿童退伍或退役，并在必要时向这些人提供“一切适当援助，协助其恢复身心健康和重返社会”(第6条第3款)。

最后应该指出的是，在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中征用或招募15岁以下儿童进入武装部队或武装团体或使儿童参加积极敌对行动的做法构成了战争罪（《罗马规约》第8条第2款第2项第26小项和第5项第7小项）。

四、对国际人道法的违反

尽管国际人道法在全世界得到了普遍的承认，但是违反国际人道法的行为仍然频繁发生。日内瓦四公约及其《第一附加议定书》列举了一些在国际性武装冲突中严重违反这些规则的行为——这种行为在这些文书中被称为“严重破约行为”。这种行为的两个例子就是任意杀害受到国际人道法保护的人或对其实施酷刑。这种行为在非国际性武装冲突中也是被禁止并应受到刑事处罚的犯罪行为。其他国际文书和习惯法还规定了其他严重违反国际人道法的行为，如强征15岁以下儿童入伍和使用某些被禁止的武器。由于这些行为的严重性，那些实施这些行为的人以及命令他人实施这些行为的人都应承担个人刑事责任，因此它们构成“战争罪”。

必须采取有效的措施以确保和促进对国际人道法的遵守，并预防违反国际人道法行为的发生。在这些机制之中，“预防并在必要时打击严重违反国际人道法行为的机制尤为重要。根据国际人道法，这些行为的实施者应对其行为负个人责任，并且……必须受到起诉和惩罚”。³⁰另外，不作为也可能导致对国际人道法的违反。在武装冲突局势下，武装部队或团体通常由一个对其下属行为负责的指挥层统帅。因此如果这个等级结构中的上级指挥层未能采取恰当措施防止其下属实施严重违反人道法行为，那么他们也应承担个人责任。

“国家负有起诉严重违反国际人道法行为的首要责任。这一责任在‘严重破约’的情况下中尤为明显。在这种情况下，国际人道法要求国家搜捕并惩处所有本人实施或命令他人实施严重破约行为的人，而不管这些人的国籍如何以及这种犯罪行为是在

30 ICRC, *National Enforcement of International Humanitarian Law, Information kit*, ICRC, Geneva, 2004, http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/kit_national_enforcement.pdf (最后一次访问时间：2013年9月30日)。

哪里实施的”³¹(见《日内瓦第一公约》第49条；《日内瓦第二公约》第50条；《日内瓦第三公约》第129条；《日内瓦第四公约》第146条；《第一附加议定书》第85条第1款)。

“为履行其起诉和惩处严重违反国际人道法行为的义务，国家所应采取的第一个步骤就是制定国内立法，将国际人道法所禁止的行为规定为犯罪，并赋予国内法院对这些犯罪行为的管辖权。”³²红十字国际委员会编制了一个向各国提供有关如何确保在其领土上并受其所控制的部队遵守国际人道法，以及如何起诉违反国际人道法的人的工具手册(见脚注30)。

后来，以下这些国际刑事法庭的建立加强了国家在起诉违反国际人道法行为方面的责任(见第一章第三节第三小节)：

- 卢旺达国际刑事法庭；
- 前南斯拉国际刑事法庭；
- “混合型”(半国际半国内)审判庭，如在柬埔寨、东帝汶、塞拉利昂和最近的黎巴嫩建立的审判庭；
- 国际刑事法院

如今国际刑事法院对大多数严重违反国际人道法的行为，尤其是那些构成一个计划、政策或者大规模实施此种罪行现象的一部分的行为具有管辖权。《罗马规约》第8条对该法院管辖权范围内的战争罪作出了定义。它们包括严重违反1949年8月12日日内瓦四公约的行为，以及其他严重违反适用于国际和非国际性武装冲突的法律和习惯的行为。有关对国际刑事法院的进一步介绍，见第一章第三节第三小节和第十一章第四节第一小节。

五、执法人员在武装冲突中所扮演的角色

(一) 执法人员的地位

在正常情况下执法人员不是一个国家的武装部队的一部分，因此从国际人道法的角度来看属于平民。他们受到国际人道法的保护，即他们不是合法的军事目标，应该像其他平民一样受到保

31 ICRC, *The role of States in prosecuting violations of international humanitarian law*, Interview with Cristina Pellandini, 26 October 2010, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/interview/2010/penalrepression-interview-2010-10-26.htm> (最后一次访问时间：2013年9月30日)。

32 同上。

护而免受攻击。因此，在武装冲突中故意杀害执法人员的行为构成战争罪。

但是，以上说法只有在执法人员没有被并入武装部队的情况下才成立。而将执法人员并入武装部队的做法并不违反国际人道法。相反，《日内瓦公约第一附加议定书》第43条明确规定了将执法机构正式并入一个国家的武装部队的可能性，并规定“无论何时，冲突一方如果将……武装执法机构并入其武装部队内，应通知冲突其他各方”（第43条第3款）。

即使没有被正式并入国家武装部队，作为整体的执法机构或作为个人的执法人员也可能直接被卷入敌对行动。执法人员在满足以下三个条件的情况下应被视为直接参与了敌对行动：

- 他们所从事的行为可能对冲突一方的军事行动或军事能力产生不利影响，或可能导致应受到保护而免受直接攻击的人员的伤亡或物体的破坏（损害下限）；
- 在他们的行为与可能因该行为（或该行为作为有机组成部分的协同军事行动）所造成的损害之间必须存在直接的因果关系（直接因果关系）；
- 该行为必须是为了直接造成规定的损害下限，其目的是支持冲突一方并损害另一方（交战联系）。

上述标准是红十字国际委员会在《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》³³中确立的，其目的是确定在何种情况下平民应被视为直接参与敌对行动。对这些标准的详细讨论已超出本手册的范围。在这方面需要记住的是在执法和敌对行动之间的根本区别。典型的执法的目的是实施国内法，包括将犯罪分子绳之以法、维护或恢复公共安全以及法律和秩序和保护和帮助有需要的人。其宗旨是挽救和保护生命，并为此目的确保武力和火器只能在其他可用手段无效或不大可能达到其所要达到的目的的情况下才能够作为最后手段被使用。规制为执法目的而使用武力行为的法律框架主要由人权法所建立。而敌对行动则是建立在以下这样一个设想之上的：武力的使用是战争的一个内在特征，因为军事行动的最终目的是战胜敌方武装部队。因此对合法目标使用武力和火器被认为是合法的。国际人道法建立了规制敌对行

33 ICRC, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2009.

动的原则和规则(即上文中所讨论的有关区分、比例性以及在进行攻击时采取防范措施等原则和规则)。在实践中,特别是在非国际性武装冲突中,要区分直接参与敌对行动和从事执法行动的执法人员并不总是十分容易。³⁴

在国际和非国际性武装冲突中,如果执法人员直接参与敌对行动或被并入武装部队,因而从事超出执法范围的行动时,他们就可能成为合法的攻击目标。例如,在非国际性武装冲突中故意杀死警察的行为通常会被视为构成国内法中的谋杀罪或杀人罪。但是如果被杀的警察被并入武装部队或直接参与了敌对行动,那么杀死他们就不构成对国际人道法的违反。因此直接参与敌对行动的执法人员不再受到国际法有关免受攻击规则的保护;国家当局和执法人员都应该意识到这一点。

最后,在国际性武装冲突过程中,被正式并入武装部队的执法人员在被敌方俘虏后享有战俘地位。在这种情况下,它们可以被剥夺自由,直到敌对行动结束。

(二) 敌对行动

前一小节显示,从国际法的角度来看,如果执法人员被正式并入武装部队,那么他们就可以合法地参与敌对行动。³⁵然而他们可能会为这种选择付出高昂的代价。武装部队同时遵守国际人道法和国际人权法这两个不同的法律框架所面临的巨大挑战已经在有关在执法行动中使用军事武装部队这一问题的第五章做了较为详细的讨论。

突然被要求在敌对行动的框架内执行任务的执法人员也面临着同样巨大的挑战。他们被要求从“服务与保护”或“维持和平与秩序”这一思维模式转换到“杀死敌人或使敌人失去战斗力”这一行动目标。针对合法攻击目标使用武力,特别是致命的武力成为合法行动,并且不必证明这种使用是最终手段。这些根本性的变化对于与执法人员的行动相关的各个领域,包括操作程

34 有关敌对行动和执法范式之间的相互影响这一复杂的问题,见ICRC Report, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, Report prepared by Dr Gloria Gaggioli (ICRC, Geneva, November 2013). 另见 the ICRC Report on *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, 31IC/11/5.1.2, ICRC, Geneva, October 2011, 特别是第18-19页。

35 规定这种可能性的国内法并不罕见。这些法律自然应该得到遵守。但是对这些法律的讨论已超出本手册的范围。

序、教育、培训、装备、甚至惩罚系统，都会产生影响。上级指挥层必须确保执法人员有能力以完全遵守可适用的法律框架——即国际人道法——的方式参加敌对行动。

这一具有挑战性的任务要求相关方面采取以下文本框中所列举的一系列广泛的措施。

与实践的融合

原则和教育

被要求参与敌对行动的执法人员可能会发现自己处于极为暴力的局势之下，但是他们仍然需要控制其对这种局势所作出的反应。指挥官员应该对他们下达明确的命令，以确保其完全遵守国际人道法。他们必须向这些执法人员传递一个明确的信息：“即使战争也是有限度的”，并且在对其教育和培训中包含相关的规则。

培训和装备

必须改变其装备以及有关其使用的培训，以适应新的情况。某些在执法行动中可以合法使用的装备在敌对行动中突然成为了非法的作战手段。例如通常被称为“催泪弹”的暴乱控制装备以及膨胀子弹在执法行动中是可以被合法使用的，但是在敌对行动中却是被禁止的。这需要进一步解释：

- 在执法行动中，催泪弹的目的是限制其他更为威胁的武器，特别是火器的使用。因此催泪武器的设计和使用时都必须力求使其所造成的伤害最小化。而对于敌对行动而言，1925年的《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》、1933年的《化学武器公约》和习惯国际人道法都禁止将包括催泪气体在内的任何有毒化学药品用作武器。禁止将催泪气体用作“战争方法”的目的在于防止使冲突升级到使用化学武器的层次。事实上，在过去的大多数相关实例中，化学武器的使用最初都是从催泪气体开始的。
- 在执法行动中，只有在极端情况下为了保护生命才能够使用实弹（《执法人员使用武力和火器的基本原则》第9条）。使用膨胀子弹的目的是尽量减少伤害无辜群众的危险（膨胀子弹更有可能停留在目标的体内，并且在发生跳弹的情况下所造成的伤害更小）。另外，警察所用的子弹与军用子弹相比，通常飞行速度和所携带的能量都要低的多。在武装冲突局势下，高速和携带高能量的膨胀子弹被认为会造成不必要的痛苦。

当代军事装备非常复杂，因此要求对使用者进行大量的训练以确保其使用完全符合区分和比例性原则。必须对参加敌对行动的执法人员充分的培训，以避免对受保护的人员或目标造成不必要和过分的伤害或损害。

惩罚系统

执法人员应对其违反国际人道法义务的行为负责。特别是他们应该意识到，如果他们实施了严重违反国际人道法的行为，那么他们就可能被指控犯有战争罪。

在长期非国际性武装冲突的形势下，国家当局可能会使它们的军事武装部队和/或执法机构承担混合任务，并使用一种预先设立的、同时适用于普通执法和敌对行动的标准操作程序。但是这是一种有关使用武力的复杂的程序，应该明确区分敌对行动和执法行动。不能混淆这两者之间的界限，在涉及武力和火器的使用的问题上更是如此。必须使承担混合任务的武装部队或执法机构有能力以完全符合可适用的法律框架的方式执行其任务，而无论这种任务是执法还是敌对行动。

在有关火器使用的训练方面也存在特殊的挑战。所有训练的目的都是使受训人能够在特定的情况下做出恰当的反应。在需要使用火器的情况下，执法人员或军人往往必须作出即刻的、几乎是本能的反应。对军人的培训往往强调对合法目标迅速使用火器，而对执法人员的培训则强调除在绝对必要的情况下尽可能避免使用火器。因此在武装部队或执法人员既参与军事行动又参与执法行动的情况下，对他们的培训必须包括明确区分在敌对行动的范式下对合法目标使用武力的情况和在执法行动（如处理平民骚乱）的语境中使用武力的情况。这种训练必须使受训人能够在瞬间做出正确的选择，因此需要为此目的对这种培训进行专门设计，并为其配置必要的时间和资源。

相关当局在部署执法人员参加敌对行动时应该意识到其所应采取的各种复杂的措施和防范手段。如果它们无法做出这种充分准备的话，那么它们应尽可能不改变执法人员的任务。

尽管如此，还是有必要承认，在一些国家中内部局势非常复杂，并且就有关恰当的装备和训练的既定程序而言，相关当局必

须考虑由迅速变化的环境所提出的挑战。在这方面，检查站所导致的问题尤为突出。例如，一个开车冲过检查站的人可能是与政府交战的武装团体的成员，因而是合法的军事目标(这意味着根据国际人道法可以对其使用致命武力)。但他也可能只是一个试图逃脱警察控制的普通罪犯(在这种情况下对其使用致命武力就不一定正当)。这是一个非常难以判断的情况，因而使那些把守检查站的人员肩负很大的责任。要解决这一难题，必须采取广泛的防范措施，包括建立检查站的操作程序以及向那些把守检查站的人员提供充足的训练和装备。

值得指出的是，有关适用何种法律框架的决定不能由上级部门或指挥官作出。他们不能根据自己的需要随意选择或转变所适用的法律框架。这一法律框架取决于有关某些问题的客观标准，如某一总体局势是否属于武装冲突？或相关行动是针对合法军事目标采取的行动，因而可以被视为敌对行动的一部分，还是正常的执法行动？

相关当局往往会故意不向其武装力量成员提供有关其任务以及应适用的法律框架的充足的信息。为了政治目的，它们可能拒绝承认国家处于非国际性武装冲突状态，而与此同时却采用军事手段镇压和杀死对手。这是一种很危险的做法，因为安全部队成员很可能会因此而违反可适用的法律框架，并(至少在国际层面上)被追究个人刑事责任。

最后，当执法人员在参加敌对行动后重新承担执法责任时，相关当局也需要采取一切可能的防范措施。在从允许对合法目标使用武力的敌对行动模式到要求尽量避免使用武力的执法模式的转化过程中，执法人员所需经历的心理适应过程就像他们最初参加敌对行动时所经历的心理适应过程一样困难。指挥官需要采取一切必要的措施防止执法人员继续使用其在与敌人交战时所使用的技术和战术。

(三) 其他问题

执法人员还可能需要处理因与武装冲突相关的原因而被剥夺自由的人。在这种情况下他们必须知道并理解在战俘、因刑事犯罪而被拘留(不管这种犯罪是否与武装冲突局势有关)和在未被受到刑事指控而被行政拘留的人员之间的区别，并且根据这些人员

的身份以完全尊重其权利的方式对待他们(有关适用于以上各种被剥夺自由人的规则,见第八章和第十二章第三节第四小节)。

在被要求调查可能违反国际人道法的行为时,执法人员必须了解相关的规则并能够识别违反国际人道法的行为。

执法人员必须完全明白他们对于受到武装冲突局势影响的特定群体的权利和脆弱性所负有的义务,包括向他们提供保护和帮助的义务。例如,他们不应该以对待敌人或罪犯的方式对待那些被招募进武装团体的儿童。被招募参与敌对行动的儿童本身就是受害者,并应该被作为受害者来对待。有关特定群体的需求和权利的讨论,见本手册第六章。

六、选阅书目

- Carpenter, R. Charli, “Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations,” *Security Dialogue*, Vol. 37, No. 1, March 2006, pp. 83-103.
 > <http://sdi.sagepub.com/cgi/content/abstract/37/1/83> (last consulted on 30 September 2013)
- Henckaerts, Jean-Marie, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 175-212.
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules and Volume II: Practice – Part I and Part II, ICRC Geneva, 2006.
- ICRC, *National Enforcement of International Humanitarian Law, Information kit*, ICRC, Geneva, 2004.
 > http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/kit_national_enforcement.pdf (last consulted on 30 September 2013)
- ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert Meeting, Report prepared and edited by Dr Tristan Ferraro, ICRC, Geneva, 2009.
- ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report, 31 IC/11/5.1.2, ICRC, Geneva, October 2011.

- ICRC, *Strengthening legal protection for victims of armed conflicts*, Report for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent (28 November – 1 December 2011), Geneva, October 2011.
- ICRC, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigm*, Expert Meeting, Report prepared by Dr Gloria Gaggioli, ICRC, Geneva, November 2013.
 - > <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4171.htm>
- Sivakumaran, Sandesh, “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict,” *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, 2007, pp. 253-276.
 - > <http://ejil.oxfordjournals.org/content/18/2/253.full.pdf+html> (last consulted on 30 September 2013)

附录

附录一

参考目录

本附录是本手册每章中所列选阅书目的汇总。其中所有的超链接的最后访问日期均为本手册的编辑截止日，即2013年9月30日。

- Aeschlimann, Alain, “Protection of detainees: ICRC action behind bars,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2010, pp. 83-122.
- Alejos, Marlene, *Babies and Small Children Residing in Prisons*, Quaker United Nations Office, Geneva, March 2005.
- Alfredsson, Gudmundur, et al. (eds), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, 2nd edition, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 35, artinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Alston, Philip, and Abresch, William, *Killings by Law Enforcement Officials: The International Human Rights Legal Framework*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
- Alston, Philip, Goodman, Ryan, and Steiner, Henry J., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3rd edition, Oxford University Press, New York, 2007.
- Amnesty International, *Fair Trial Manual*, Amnesty International, London, 1998.
 - > <http://www.amnesty.org/en/library/info/POL30/002/1998>
- Amnesty International, *Combating torture: a manual for action*, Amnesty International Publications, London, 2003.
- Arold, Nina-Louisa, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 29, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- Arts, Karin (ed.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, Hague Academic Press, The Hague, 2006.
- Ashdown, Julie, and James, Mel, “Women in detention,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 123-141.

- Association for the Prevention of Torture, *Monitoring Police Custody: A practical guide*, APT, Geneva, 2013.
- Baker, David, “Policing Contemporary Protest,” in Prenzler, Tim (ed.), *Policing and Security in Practice* Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012, pp. 56-73.
- Beggs, John, *et al.*, *Public Order: Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Bellelli, Roberto (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate Publishing, Farnham, 2010.
- Bonafe, Beatrice I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers), Leiden, 2009.
- Born, Hans and Wills, Aidan (eds), *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, DCAF, Geneva, 2012.
- Byrnes, Andrew (ed.), *The right to a fair trial in international and comparative perspective*, University of Hong Kong, Hong Kong, 1997.

- Cardenas, Sonia, “Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions,” *Global Governance*, Vol. 9, No. 1, January 2003, pp. 23-42.
- Carpenter, R. Charli, “Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations,” *Security Dialogue*, Vol. 37, No. 1, March 2006, pp. 83-103.
> <http://sdi.sagepub.com/cgi/content/abstract/37/1/83>
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2008.
- Chowdhury, Azizur Rahman, and Bhuiyan, Jahid Hossain (eds), *An Introduction to International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers (Brill Publishers), Leiden, 2010.
- Cohen, Howard, and Feldberg, Michael, *Power and Restraint: The Moral Dimension of Police Work*, Greenwood Publishing, New York, 1991.

- Cordner, Gary W., *Police Administration*, 7th ed., Anderson, New Providence, 2010.
- Council of Europe, *Recommendation No. R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison*, adopted on 8 April 1998.
- Crawshaw, Ralph, “International Standards on the Right to Life and the Use of Force by Police,” *International Journal of Human Rights*, Vol. 3, No. 4, Winter 1999, pp. 67-91.
- Crawshaw, Ralph, *Police and Human Rights: A Manual for Teachers and Resource Persons and for Participants in Human Rights Programme*, 2nd revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Crawshaw, Ralph, and Holmstrom, Leif (eds), *Essential Cases on Human Rights for the Police: Reviews and Summaries of International Cases*, The Raoul Wallenberg Institute Professional Guides to Human Rights 4, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Crawshaw, Ralph, Cullen, Stuart, and Williamson, Tom, *Human Rights and Policing*, 2nd revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

- Dean, Geoffrey, and Gottschalk, Petter, *Knowledge Management in Policing and Law Enforcement: Foundations, Structures and Applications*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Delaplace, Edouard, and Pollard, Matt, “Visits by human rights mechanisms as a means of greater protection for persons deprived of their liberty,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 69-82.
- Della Porta, Donatella (ed.), *Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1998.
- Della Porta, Donatella, Peterson, Abby, and Reiter, Herbert (eds), *Policing of Transnational Protest*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2006.

- Deng, Francis M., *Comprehensive Study* prepared by the Representative of the Secretary-General on the human rights issues related to internally displaced persons, pursuant to Commission on Human Rights resolution 1992/73, United Nations document /CN.4/1993/35, Annex, 21 January 1993.
- Doak, Jonathan, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice*, Hart Publications, Oxford, 2008.
- Doswald-Beck, Louise, and Kolb, Robert, *Judicial Process and Human Rights: United Nations, European, American and African systems / Texts and summaries of international case-law*, International Commission of Jurists, N.P. Engel, Kehl, 2004.
- Edwards, Alice, *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

- Friedrich, Robert J., "Police Use of Force: Individuals, Situations, and Organizations," *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 452 (1), November 1980, pp. 98-110.
- Frigo, Massimo, *Migration and International Human Rights Law*, International Commission of Jurists, Geneva, 2011.

- Glahn, Gerhard von, and Taulbee, James Larry, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10th edition, Pearson, New York, 2012.
- Goldsmith, Andrew John, and Lewis, Colleen (eds), *Civilian Oversight of Policing: Governance, Democracy, and Human Rights*, Hart Publishing, Portland, 2000.
- Goodman, Ryan, and Pegram, Thomas (eds), *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- Groome, Dermott, *The Handbook of Human Rights Investigation: A comprehensive guide to the investigation and documentation of violent human rights abuses*, 2nd edition, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2011.

- Grover, Sonja C., *Prosecuting International Crimes and Human Rights Abuses Committed Against Children: Leading International Court cases*, Springer, Heidelberg, 2010.
- Henckaerts, Jean-Marie, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict,” *International Review of the Red Cross* Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 175-212.
- Henckaerts, Jean-Marie, and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules and Volume II: Practice – Part I and Part II, ICRC, Geneva, 2006.
- Henry, Vincent E., *Death Work: Police, Trauma and the Psychology of Survival*, Oxford University Press, New York, 2004.
- Hollenbach, David (ed.), *Driven from Home: Protecting the Rights of Forced Migrants*, Georgetown University Press, Washington, 2010.
- Holtmaat, Rikki, *Women's Human Rights and Culture: From Deadlock to Dialogue*, Intersentia, Cambridge, 2011.
- Howe, R. Brian, “Children’s Rights as Crime Prevention,” *International Journal of Children’s Rights*, Vol. 16, 2008, pp. 457-474.
- ICRC, *The legal protection of personal data and human remains*, Electronic Workshop, Final report and outcome, ICRC, Geneva, 2002.
 - > http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_themissing_072002_en_1.pdf
- ICRC, *National Enforcement of International Humanitarian Law, Information kit*, ICRC, Geneva, 2004.
 - > http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/kit_national_enforcement.pdf
- ICRC, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict: An ICRC Guidance Document*, ICRC, Geneva, 2007.
- ICRC, *Interpreting the Law*, ICRC, Geneva, 2007.

- ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert Meeting, Report prepared by Dr Tristan Ferraro, ICRC, Geneva, 2009.
- ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report, 31 IC/11/5.1.2, ICRC, Geneva, October 2011.
- ICRC, *Strengthening legal protection for victims of armed conflicts*, Report for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent (28 November – 1 December 2011), ICRC, Geneva, October 2011.
- ICRC, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigm*, Expert Meeting, Report prepared by Dr Gloria Gaggioli, ICRC, Geneva, November 2013.
 - > <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4171.htm>
- Inter-Agency Coordination Panel on Juvenile Justice, *Protecting the rights of children in conflict with the law*, United Nations, 2005.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Protecting_children_en.pdf
- Inter-American Commission on Human Rights, *Access to Justice as a Guarantee of Economic, Social and Cultural Rights: A Review of the Standards Adopted by the Inter-American System of Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.129.
- International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001*, United Nations, 2008.
- Ivkovič, Sanja Kutnjak, *Fallen Blue Knights: Controlling Police Corruption*, Oxford University Press, New York, 2005.
- Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Jefferis, Eric, Butcher, Frederick, and Hanley, Dena, “Measuring perceptions of police use of force,” *Police Practice and Research*, Vol. 12, Issue 1, February 2011, pp. 81-96.

- Joseph, Sarah, Schultz, Jenny, and Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Karmen, Andrew, *Crime Victims: An Introduction to Victimology*, Cengage Learning, Belmont, 2012.
- Kleinig, John, *The Ethics of Policing*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Klockars, Carl B, Ivkovič, Sanja Kutnjak, and Habersfeld, Maria R., *Enhancing Police Integrity*, Springer Press, Dordrecht, 2006.
- Kumar, C. Raj, “National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights,” *American University International Law Review*, Vol. 19, Issue 2, 2003, pp. 259-300.
- Leeuwen, Fleur van, *Women’s Rights Are Human Rights: The Practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2010.
- Liefwaard, Ton, *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*, School of Human Rights Research Series, Vol. 28, Intersentia, Oxford, 2008.
- Lynch, Ronald G., Lynch, Scott R., and Green, Egan, *The Police Manager*, 7th ed., Anderson, Waltham, 2012.
- McAdam, Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- McCracken, Kelly, “Commentary on the basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law,” *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 76, 2005, pp. 77-79.

- Macken, Claire, *Counter-Terrorism and the Detention of Suspected Terrorists, Preventive Detention and International Human Rights Law*, Routledge, New York, 2011.
- Mendez, Juan E., *Taking a stand: the evolution of human rights*, Palgrave Macmillan, New York, 2011.
- Meyersfeld, Bonita, *Domestic Violence and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- Moonen, Tom, “Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 1, Issue 9, April 2010, pp. 97-136.
- Morsink, Johannes, *Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999.
- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Thomson West, St Paul, 2006.

- Nifosi, Ingrid, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2005.
- Nowak, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 14, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004.
- Nowak, Manfred, and McArthur, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Law Enforcement: A Manual on Human Rights Training for the Police* Professional Training Series No. 5, United Nations, New York/Geneva, 1997.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Istanbul Protocol: Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Professional Training Series No. 8, United Nations, New York/Geneva, 2001.

- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Enforced or involuntary disappearances*, United Nations, Geneva, 2010.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association, “Protection and Redress for Victims of Crime and Human Rights Violations,” in *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations, New York and Geneva, 2003, Chapter 15.
- O’Rawe, Mary, and Moore, Linda, *Human Rights on Duty – Principles for better policing – International lessons for Northern Ireland*, Committee on the Administration of Justice, Belfast, 1997.
- Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE), Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Guidelines on Freedom of Peaceful Assemblies*, OSCE/ODIHR, Warsaw, 2007.
- Osse, Anneke, *Understanding Policing, A resource for human rights activists*, Amnesty International Nederland, Amsterdam, 2006.
- Ott, Lisa, *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.

- Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Pejic, Jelena, “Procedural principles and safeguards for internment/ administrative detention in armed conflict and other situations of violence,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 375-391.
- Penal Reform International, *Making standards work: An international handbook on good prison practice*, 2nd edition, Penal Reform International, London, 2001.

- Penal Reform International, *Human Rights and Vulnerable Prisoners*, PRI Training Manual No. 1, Penal Reform International, Paris, 2003.
- Prenzler, Tim, and Lewis, Colleen, “Performance Indicators for Police Oversight Agencies,” *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 64, Issue 2, June 2005, pp. 77–83.
- Provost, Rene, *State Responsibility in International Law*, Ashgate Publishing, Farnham, 2002.
- Provost, Rene, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

- Redekop, Vern Neufeld, and Pare, Shirley, *Beyond Control: A Mutual Respect Approach to Protest Crowd-Police Relations*, Bloomsbury Academic, London, 2010.
- Reyes, Hernan, *Body searches in detention*, ICRC, Geneva, 2006.
 - > <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/body-searches-in-detention.pdf>
- Richards, Laura, Letchford, Simon, and Stratton, Sharon, *Policing Domestic Violence*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Rodley, Nigel S., *The treatment of prisoners under international law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Rogers, Colin, *Leadership Skills in Policing*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Rothstein, Mark A., and Talbott, Meghan K., “The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?,” *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, Issue 2, Summer 2006, pp. 153-164.
- Rouget, Didier, *Preventing Torture: International and Regional Mechanisms to Combat Torture*, Association for the Prevention of Torture, Geneva, 2000.
- de Ruiter, D. (ed.), *The Rights of Children in International Criminal Law: Children as Actor and Victim of Crime*, International Courts Association, 2011.

- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th edition, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Schreiber, Martina, and Stott, Clifford, “Policing international football tournaments and the cross-cultural relevance of the social identity approach to crowd behaviour,” *Police Practice and Research*, Vol. 13, No. 5, October 2012.
- Shaw, Margaret, and Carli, Vivien (eds), *Practical Approaches to Crime Prevention: Proceedings of the Workshop held at the 12th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice*, United Nations Office on Drugs and Crime, Montreal, 2010.
> http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Practical_Approaches_to_Urban_Crime_Prevention.pdf
- Shelley, Louise, *Human Trafficking: A Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Sivakumaran, Sandesh, “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict,” *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, 2007, pp. 253-276.
> <http://ejil.oxfordjournals.org/content/18/2/253.full.pdf+html>
- Skolnick, Jerome H., and Fyfe, James J., *Above the Law: Police and the Excessive Use of Force*, Free Press, New York, 1993.
- Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 34, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.
- Stott, Clifford, *Crowd Psychology & Public Order Policing: An Overview of Scientific Theory and Evidence*, University of Liverpool, Liverpool, 2009.
- Swanson, Charles R., Territo, Leonard J., and Taylor, Robert W., *Police Administration: Structures, Processes, and Behavior*, Prentice Hall, 2011.
- Swedish National Police Board, *Field Study Handbook, GODI-AC – Good practice for dialogue and communication as strategic principles for policing political manifestations in Europe*, Swedish National Police Board, Stockholm, 2013.

- Tomuschat, Christian, Lagrange, Evelyne, and Oeter, Stefan (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- Toom, Victor, “Bodies of Science and Law: Forensic DNA Profiling, Biological Bodies, and Biopower,” *Journal of Law and Society*, Vol. 39, Issue 1, March 2012, pp. 150-166.
- Trindade, Antonio Augusto Cancado, *The Access of Individuals to International Justice*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford University Press, New York, 2011.

- Umozurike, Oji, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 2, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1997.
- UNHCR, *Displacement: The New 21st Century Challenge, Global Trends 2012*, UNHCR, 2012.
- United Nations, *Strategies for Confronting Domestic Violence: A Resource Manual*, United Nations, Vienna, 1993.
- United Nations, *Handbook on Justice for Victims: On the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, United Nations, New York, 1999.
- United Nations Centre for Human Rights, *National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, Professional Training Series No. 4, United Nations, New York/Geneva, 1995.
- United Nations Centre for Social Development and Humanitarian Affairs, *Manual on the effective prevention and investigation of extra-legal, arbitrary and summary executions*, United Nations, New York, 1991.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice*, United Nations, New York, 2006.

> http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf

- United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, United Nations, New York, 2006.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Manual for the measurement of juvenile justice indicators*, United Nations, New York, 2006.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Manual_for_the_Measurement_of_Juvenile_Justice_Indicators.pdf
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook for prison managers and policymakers on Women and Imprisonment*, Criminal Justice Handbook Series, United Nations, New York, 2008.
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on the Crime Prevention Guidelines: Making them work*, United Nations, New York, 2010.
 - > http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Crime_Prevention_Guidelines_-_Making_them_work.pdf
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Training curriculum on effective police responses to violence against women*, United Nations, New York, 2010.
 - > http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/TrainingcurriculumPoliceVAW_English.pdf
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on police accountability, oversight and integrity*, United Nations, New York, 2011.
 - > http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/PoliceAccountability_Oversight_and_Integrity_10-57991_Ebook.pdf
- Viljoen, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Waddington, David, *Policing Public Disorder: Theory and Practice*, Willan Publishing, Portland, 2007.
- Waddington, Peter A.J., *The Strong Arm of the Law: Armed and Public Order Policing*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

- Weisburd, David, and Braga, Anthony A., *Police Innovation: Contrasting Perspectives*, Cambridge Studies in Criminology, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Welsh, Brandon C., and Farrington, David P., *The Oxford Handbook on Crime Prevention*, Oxford University Press, New York, 2012.
- Williams, Robin, and Johnson, Paul, “Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations,” *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, Issue 2, Summer 2006, pp. 234-247.
- Wilsher, Daniel, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Winkel, Frans Willem, “Police, Victims, and Crime Prevention: Some Research-based Recommendations on Victim-orientated Interventions,” *British Journal of Criminology*, 1991, Vol. 31, Issue 3, pp. 250-265.
- World Medical Assembly, *WMA Statement on Body Searches of Prisoners*, adopted at the 45th World Medical Assembly, Budapest, Hungary, October 1993, and editorially revised at the 170th WMA Council Session, Divonneles-Bains, France, May 2005.
- Wright, Alan, *Policing: An Introduction to Concepts and Practice*, Willan Publishing, Collumpton, 2002.
- Wright, Steve, “The role of sub-lethal weapons in human rights abuse,” *Medicine, Conflict and Survival* (17), Routledge, 2010, pp. 221-233.

- Zayas, Alfred de, “Human rights and indefinite detention,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 15-38.
- Zyberi, Gentian, *The Humanitarian Face of the International Court of Justice: Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles*, Intersentia, Oxford, 2008.

附录二

主要法律文件

本附录是本手册各章中所列主要法律文件的汇总。这些文书首先就像在各章之中一样被分为“条约法”和“非条约法”两大类；然后再将这两个类别之下的文书进一步细分为“全球性”和“区域性”两个类别。在每个类别之下的文书按照字母顺序排列。但是日内瓦四公约除外，它们是按照年代顺序排列的。所有的议定书都排在其所适用的公约之后。

条约法：全球性

- 《联合国宪章》(1945年通过，1945年生效)
- 《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》(《禁止酷刑公约》) 1984年通过，1987年生效)
- 《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任择议定书》(《禁止酷刑公约任择议定书》) 2002年通过，2006年生效)
- 《集束弹药公约》(2008年通过，2010年生效)
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1978年通过，1981年生效)
- 《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》(《生物武器公约》，1972年通过，1975年生效)
- 《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(《化学武器公约》，1993年通过，1997年生效)
- 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(《禁止杀伤人员地雷公约》，1997年通过，1999年生效)
- 《儿童权利公约》(1989年通过，1990年生效)
- 《儿童权利公约：关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》(2000年通过，2012年生效)
- 《儿童权利公约：关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(未生效)
- 《关于难民地位的公约》(1951年通过，1954年生效)

- 《关于难民地位的公约：议定书》(1966年通过，1967年生效)
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》，1864年通过，1949年作出重大更新，1950年生效)
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》1906年通过，1949年作出重大更新，1950年生效)
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》，1929年通过，1949年作出重大更新，1950年生效)
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》，1949年通过，1950年生效)
- 《1949年8月12日日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》，1977年通过，1978年生效)
- 《1949年8月12日日内瓦公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二附加议定书》，1977年通过，1978年生效)
- 《1949年8月12日日内瓦公约关于采纳一个新增特殊标志的附加议定书》(《第三附加议定书》2005年通过，2007年生效)
- 《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》(《日内瓦议定书》1925年通过，1928年生效)
- 《和平解决国际争端海牙公约》(《海牙第一公约》，1899年通过1900年生效)
- 《关于陆战法规和惯例的海牙公约》及其附件《陆战法规和惯例章程》(《海牙第四公约》，1907年通过，1910年生效)
- 《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》(2006年通过，2010年生效)
- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年通过，1969年生效)
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年通过，2003年生效)
- 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年通过，1976年生效)
- 《公民权利和政治权利国际公约：第一任择议定书》(1966年通过，1976年生效)

- 《公民权利和政治权利国际公约：第二任择议定书》(1989年通过，1991年生效)
- 《经济、社会和文化权利国际公约》(1966年通过，1976年生效)
- 《经济、社会和文化权利国际公约：任择议定书》(2008年通过，2013年生效)
- 《罗马国际法院规约》(《罗马规约》，1998年通过，2002年生效)
- 《国际法院规约》-《联合国宪章》附件(1945年通过，1945年生效)
- 《联合国反腐败公约》(2003年通过，2005生效)
- 《联合国打击跨国组织犯罪公约：关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》(2000年通过，2004生效)
- 《联合国打击跨国组织犯罪公约：关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的补充议定书》(2000年通过，2003生效)
- 《维也纳外交关系公约》(1961年通过，1964年生效)
- 《维也纳条约法公约》(《维也纳公约》)1969年通过，1980年生效)

条约法：区域性

- 《非洲人权与民族权利宪章》(1981年通过，1986年生效)
- 《非洲儿童权利与福利宪章》(1990年通过，1999年生效)
- 《美洲人权公约》(1969年通过，1978年生效)
- 《阿拉伯人权宪章》(1994年通过，最后一次修订于2004年通过，2008年生效)
- 《欧盟基本权利宪章》(2000年通过，2009年起产生法律约束力)
- 《东南亚国家联盟宪章》(2007年通过，2008年生效)
- 《美洲国家组织宪章》(1948年通过，1951年生效)
- 《关于非洲难民特别问题的公约》(《非洲统一组织难民公约》，1969年通过，1974年生效)
- 《欧洲人权公约》(1950年通过，1953年生效)

- 《欧洲社会权利宪章》(1961年通过, 1996年修订, 修订后的宪章于1999年生效)
- 《美洲防止和惩治酷刑公约》(1985年通过, 1987年生效)
- 《蒙得维的亚国家权利和义务公约》(《蒙得维的亚公约》1933年通过, 1934年生效)
- 《阿拉伯国家联盟盟约》(1952年建立)
- 《里斯本条约》(2007年通过, 2009年生效)

非条约法：全球性

- 《粗暴违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害者享有补救和赔偿权的基本原则和准则》(2005年通过)
- 《关于律师作用的基本原则》(1990年通过)
- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990年通过)
- 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》(1988年通过)
- 《执法人员行为守则》(1979年通过)
- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(《受害者宣言》, 1985年通过);
- 《最低限度人道标准宣言》(《图尔库宣言》, 1990年通过)
- 《领土庇护宣言》(1967年通过)
- 《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》(《条款草案》, 2001年由国际法委员会通过)
- 《国内流离失所问题指导原则》(1998年通过)
- 《公职人员国际行为守则》(1997年通过)
- 《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》(1989年通过)
- 《促进和保护人权的国家机构》(《巴黎原则》, 1993年通过)
- 《囚犯待遇最低限度标准规则》(1955年通过)
- 《联合国预防少年犯罪准则》(《利雅得准则》, 1990年通过)
- 《联合国保护被剥夺自由少年规则》(1990年通过)
- 《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非监禁措施的规则》(《曼谷规则》, 2010年通过)
- 《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》(《东京规则》1990年通过)

- 《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》，1985年通过)
- 《世界人权宣言》(1948年通过)

非条约法：区域性

- 《美洲人的权利和义务宣言》(1948年通过)
- 《关于难民地位和待遇的曼谷原则》(《曼谷原则》，1966年通过)
- 《关于难民的卡塔赫纳宣言》(《卡塔赫纳宣言》，1984年通过)
- 《关于难民待遇的原则》(《亚非难民原则》，1966年由亚非法律咨询委员会通过)

附录三

国际判例 (按各章顺序排列)

本附录中的国际判例按照其在每一章中出现的次序排列。

章	主题	案例	国家	页
4	无罪推定	索布莱诉尼泊尔案 (Sobhraj v. Nepal Human Rights Committee Communication No. 1870/2009, UN Doc. CCPR/C/99/D/1870/2009, 27 July 2010)	尼泊尔	146
4	不歧视的义务	蒂米舍夫诉俄罗斯案 (Timishev v. Russia European Court of Human Rights Applications Nos. 55762/00 and 55974/00, 13 December 2005)	俄罗斯	152
4	公正审判： 渗透行动	泰西拉·德·卡斯特罗诉葡萄牙案 (Teixeira de Castro v. Portugal European Court of Human Rights, 44/1997/828/1034, Judgment of 9 June 1998)	葡萄牙	158
4	绝对禁止酷刑	戈夫根诉德国案 (Gaefgen v. Germany European Court of Human Rights Application No. 22978/05, 3 June 2010)	德国	160
4	被关押人死亡事件	沙塔席凡和萨拉斯瓦提诉斯里兰卡案 (Sathasivam and Saraswathi v. Sri Lanka Human Rights Committee Communication No. 1436/2005, U.N. Doc. CCPR/ C/93/D/1436/2005, 8 July 2008)	斯里兰卡	164
5	维护公共秩序及 火器的使用	埃夫里姆·欧克特姆诉土耳其案 (Evrım Öktem v. Turkey European Court of Human Rights Application No. 9207/03, Information Note on the Court's case-law No. 113, November 2008)	土耳其	181
5	执行执法任务的 军事武装部队	加拉加索诉委内瑞拉案 (Caracazo v. Venezuela Inter-American Court of Human Rights Series C, No. 95, Judgment of 29 August 2002)	委内瑞拉	188
6	酷刑受害者： 获得补救的权利	戈夫根诉德国案 (Gaefgen v. Germany European Court of Human Rights Application No. 22978/05, 3 June 2010)	德国	200
6	滥用权力行为的 受害者	曼内诉冈比亚案 (Manneh v. The Gambia ECOWAS Community Court of Justice AHRLR 171, Judgment of 5 June 2008)	冈比亚	204

章	主题	案例	国家	页
6	不推回原则	希尔·西贾马阿等诉意大利 (Hirsi Jamaa and others v. Italy European Court of Human Rights Application No. 27765/09, 23 February 2012)	意大利	230
7	火器的使用： 指挥层的责任	麦肯等诉联合国 (McCann and Others v. United Kingdom European Court of Human Rights Application No. 18984/91, 27 September 1995)	联合国	256
7	在拘押场所使用武力	内拉·阿尔及利亚等诉秘鲁案 (Neira Algeria et al. v. Peru Inter-American Court of Human Rights Series C, No. 20, 19 January 1995)	秘鲁	262
8	逮捕的合法性： 合理理由	西莫弗洛斯诉俄罗斯案 (Shimovolos v. Russia European Court of Human Rights Application No. 30194/09, 21 June 2011)	俄罗斯	268
8	任意逮捕	马基斯·德莫雷诉安哥拉案 (Marques de Morais v. Angola Human Rights Committee CCPR/C/83/D/1128/2002, 18 April 2005)	安哥拉	272
8	被逮捕人的权利和 逮捕程序	卡尔达斯诉乌拉圭案 (Caldas v. Uruguay Human Rights Committee Communication No. 43/1979, UN Doc. Supp. No. 40 (A/38/40) at 192, 21 July 1983)	乌拉圭	275
8	审前拘押	内拉提尼诉希腊案 (Nerattini v. Greece European Court of Human Rights Application No. 43529/07, 18 December 2008)	希腊	283
8	关押条件和 被剥夺自由人的 待遇	阿勒克·班达诉马拉维案和奥尔顿和 维拉·奇尔瓦诉马拉维案 (Aleke Banda, Orton and Vera Chirwa v. Malawi African Commission on Human and Peoples' Rights Communications Nos 64/92, 68/92 and 78/92, 22 March 1995)	马拉维	284
9	搜查和扣押：比例性	巴克诉德国案 (Buck v. Germany European Court of Human Rights Application No. 41604/98 Judgment of 28 April 2005)	德国	304
9	体腔搜查：人道待遇	伽罗诉德国案 (Jalloh v. Germany European Court of Human Rights Application No. 54810/00, Judgment of 11 July 2006)	德国	308

章	主题	案例	国家	页
9	DNA样本和相关数据： 无罪推定	S和马佩尔诉联合王国 (S. and Marper v. the United Kingdom European Court of Human Rights Applications Nos. 30562/04 and 30566/04 Judgment of 4 December 2008)	联合王国	310
9	对场所的搜查：程序	多布雷夫诉保加利亚案 (Dobrev v. Bulgaria European Court of Human Rights Application No. 55389/00 Judgment of 10 August 2006)	保加利亚	311
9	监控技术	贝科夫诉俄罗斯案 (Bykov v. Russia European Court of Human Rights Application No. 4378/02) Judgment of 10 March 2009)	俄罗斯	312
9	监控技术	埃舍尔等诉巴西案 (Escher <i>et al.</i> v. Brazil Inter-American Court of Human Rights Judgment of 6 July 2009)	巴西	313
9	律师与其顾客之间的 特许保密通讯	斯米尔诺夫诉俄罗斯 (Smirnov v. Russia European Court of Human Rights Application No. 71362/01 Judgment of 7 June 2007)	俄罗斯	315
9	对关押场所的搜查	范德尔温诉荷兰案 (Van der Ven v. The Netherlands European Court of Human Rights Application No. 50901/99 Judgment of 4 February 2003)	荷兰	317
9	体腔检查：必要性	X女士诉阿根廷案 (Ms X v. Argentina Inter-American Commission on Human Rights Report No. 38/96, Case 10.506, 15 October 1996)	阿根廷	318
11	国内补救措施的穷尽	德夫·巴哈杜尔·马哈尔杨诉 尼泊尔提交的来文 (Dev Bahadur Maharjan v. Nepal Human Rights Committee Communication No. 1863/2009, UN Doc. CCPR/C/105/D/1863/2009, 2 August 2012)	尼泊尔	363
12	国际人道法： 1949年8月12日 日内瓦四公约 共同第三条	尼加拉瓜诉美国案 (Nicaragua v. United States International Court of Justice TICJ Reports 1986, Merits, Judgment of 27 June 1986)	美国	379

