

终止强迫失踪 的有罪不罚现象

有效执行《保护所有人
免遭强迫失踪国际公
约》的核对清单

AMNESTY
INTERNATIONAL



国际特赦组织出版物

国际特赦组织 2011 年首次发表

国际特赦组织
国际秘书处
Peter Benenson House
1 Easton Street
London WC1X 0DW
United Kingdom
www.amnesty.org

国际特赦组织版权所有©2011

索引号: IOR 51/006/2011
原文: 英文
英国国际特赦组织国际秘书处印刷

版权所有。本出版物受版权制约,但如用于宣传、运动和教学目的,可以任何方式免费复制,但不能转售本出版物。版权所有者要求所有此类用途须向他们登记,以评估影响。要在其他任何情况下复制本出版物,或在其他出版物上转载,翻译或修改,必须要事先取得出版者的书面同意,而且可能需付费。如欲取得版权所有者允许,或有任何其他查询,请联系 copyright@amnesty.org。

国际特赦组织进行一场全球运动,在 150 多个国家和地区有 220 万人参与,为人权而开展活动。我们的理想是使每个人都享有《世界人权宣言》和其他国际人权文书上列载的所有权利。我们进行研究、开展运动、并实行倡导和动员,来制止侵犯人权的行为。国际特赦组织独立于任何政府、政治意识形态、经济利益或宗教。我们的资金主要来源于成员会费和捐款。

AMNESTY
INTERNATIONAL



目录

引言	1
第一部	3
1. 绝对禁止强迫失踪	3
2. 强迫失踪的定义	3
2.1 界定强迫失踪为犯罪行为的义务	5
2.2 强迫失踪是危害人类罪	5
3. 刑事责任的原则	6
3.1 上级的责任	7
4. 辩护	9
4.1 上级命令	9
5. 制裁	10
5.1 适当的惩罚	10
5.2 减轻和加重罪行的情况	11
5.3 为了保护调查的追加制裁和措施	12
6. 阻拦起诉	12
6.1 诉讼时效	12
6.2 有效补救的权利和诉讼时效	13
7. 司法管辖权	14
7.1 行使普遍管辖权的义务	15
7.2 消除行使管辖权的不适当障碍	16
7.3 调查的义务，并在有足够的可接纳证据时提出起诉	18
7.4 预防措施	22
7.5 与最近的国家代表联系的权利	24
7.6 公平审判的权利	24

8. 国家的合作	25
8.1 引渡.....	25
8.2 相互法律协助	27
8.3 驱回.....	28
9. 防止强迫失踪.....	29
9.1 秘密监禁.....	29
9.2 被剥夺自由者的官方登记册.....	34
9.3 取得关于被拘者的信息的权利	36
9.4 个人信息的处理	37
9.5 限制获得信息的权利.....	37
9.6 核查被剥夺自由者是否获释.....	39
9.7 培训	40
10. 强迫失踪罪的受害者	41
10.1 受害人的定义	42
10.2 绳之以法.....	42
10.3 保护.....	42
10.4 知情权	43
10.5 得到充分赔偿的权利.....	44
10.6 失踪者的法律地位.....	46
10.7 保障结社权.....	46
11. 非法劫持父母失踪的儿童	47
第二部	49
12. 委员会成员的提名和选举	49
13. 提交报告及后续信息.....	50
14. 为紧急个案提供信息.....	50
15. 个人来文	51

16. 缔约国来文.....	52
17. 委员会访问.....	52
18. 大规模或有组织的做法	53
第三部.....	54
19. 一般适用于实施《公约》的规定	54
20. 争端解决程序	55
21. 关于《公约》的保留限制	55
附件 - 核对清单：有效实施《强迫失踪公约》的规定和其他必须或应该在国家立法执行的国际法律义务	57

引言

“我永远不会放弃，我决心要找到柏拉格夫(Prageeth)。我相信他还活着。”珊迪雅·艾克娜里歌达(Sandya Eknaligoda)说。¹

强迫失踪罪是阿道夫·希特勒(Adolf Hitler)在其1941年12月7日发出的《夜与雾法令》发明的。²从那时起，成千上万人成为这种罪行的受害者。可悲的是，这种罪行于1950年代在拉丁美洲死灰复燃，然后传播到世界各地。

强迫失踪是最严重的人权侵犯之一。正如《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》第1条：

“这种强迫失踪将失踪者置于法律保护之外，并给失踪者本人及其家属造成巨大痛苦。这种行为违背了保障包括以下权利的国际法准则：法律面前人的地位得到承认的权利、人身自由与安全的权利以及免受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的权利。这种行为还侵犯了生命权或对生命权构成严重威胁。”

强迫失踪是国际法下的犯罪行为，却常常出现有罪不罚的现象。这是对失踪者的侵犯。他们往往永远不获释放，而且生死未卜。因此，这也是持续侵犯其家庭成员的人权，因为他们无从知道失踪者的下落。在许多国家中，国际特赦组织记录了强迫失踪的证人和失踪者的亲属受到骚扰、虐待和恐吓，他们往往无法讨回公道和获得赔偿。

此外，强迫失踪特别是对妇女和儿童造成影响。妻子、母亲和儿童经常要承担强迫失踪的后果，也是最严重受影响的人。³另外，当他们自己受到失踪的威胁时，他们可能会受到性暴力和其他形式的暴力侵害。⁴

国际特赦组织已呼吁所有国家不仅签署和批准《公约》，而且还要采取有效措施，以在法律

¹ 珊迪雅·艾克娜里歌达是斯里兰卡反对强迫失踪的妇女斗争领导者。她的丈夫柏拉格夫·艾克娜里歌达(Prageeth Eknaligoda)是一名记者和漫画家，于2010年1月24日“失踪”。当时他正由兰卡网上新闻办公室下班，准备返回位于首都科伦坡附近的荷马伽马镇(Homagama)的住所。当地居民对斯里兰卡记者说，他们看到一辆没有车牌号码的白色面包车在这个时候停在他的房子附近。那天晚上，柏拉格夫本来要在回家前参加一个宗教仪式，但不久他致电给同事，说他再也不能参加，因为他要和一位没有透露姓名的朋友到科伦坡的科斯瓦特(Koswatte)区。在谈话期间他的电话给中断了，这是最后一次有人和他接触。自此他的电话已无法运作。在他失踪之前，他曾告诉一个亲密朋友，他认为他被跟踪了。

² Machteld Boot, Rodney Dixon and Christopher K. Hall, ‘第7条(危害人类罪)’, in Otto Triffterer, 《对国际刑事法院罗马规约的评论——观察员对每一条的注释》，慕尼黑：C.H.Beck，牛津：Hart & Baden-Baden: Nomos，第二版，2008年，第221页。

³ 被强迫或非自愿失踪问题工作组报告，联合国文件编号A/HRC/13/31(2009年12月21日)第655段。

⁴ 联合国人权委员会，《强迫或非自愿失踪》，联合国文件编号A/HRC/14/L.19，2010年6月14日。

2 终止强迫失踪的有罪不罚现象
有效执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的核对清单

和现实做法中实践《公约》。各国必须保证任何人也有不遭受强迫失踪的权利，以及受害者获得公义和赔偿的权利。

本文与本组织其他已发表的文件类似，也是旨在为各国在实施人权条约时提供指引，如《国际刑事法院罗马规约》（简称《罗马规约》）。它对民间社会在参与起草法例或在起草法例时给予意见，也是很有用的工具。⁵事实上，国际特赦组织建议，缔约国和考虑批准《公约》的国家，应让民间社会（包括妇女和妇女组织）参与立法的起草工作。民间社会应尽可能在早期的阶段就参与其中，并应以透明的方式进行，如以机构间工作队的成员资格，或参与任务是起草法例的工作组。

国际特赦组织强调，缔约国必须实施《公约》，不仅是在法律上，还要在实际做法中实践，包括采用一个长期而全面的计划，为执法人员和其他人员建立有效的培训计划，以及在某些情况下，修改条约或通过新的修正案。这样做的话，

“每个国家的最高当局可显示他们完全反对‘失踪’。⁶他们应该清楚让所有警察、军队和其他安全部队的成员知道，‘失踪’在任何情况下也是不能容忍的。”⁷

在起草法例方面，缔约国需要确保他们不单是立法符合《公约》的最低要求，以作为政治妥协；在某些情况下，他们没有符合较严格的国际法和国际标准，但他们应在立法中实施这样的法律和标准。事实上，起草人意识到了这个问题，而《公约》也一再指出，缔约国除了必须遵守《公约》明确说明的准则外，亦要遵守其他更严格的标准，例如下面讨论到的，《公约》第三部分明确指出，它可以不侵犯国家或国际法律提供更强的保护（第 37 条），以及它不会影响缔约国根据习惯或协定的国际人道法律下的义务，包括《日内瓦公约》和第 1 及 2 号议定书，也不影响任何缔约国授权红十字国际委员会在和平时期及在武装冲突期间参观拘留所的机会（第 43 条）。⁸

⁵ 如见：《国际特赦组织——国际刑事法院：有效实施的最新核对清单》，索引号：IOR 53/009/2010，2010 年 5 月 (<http://www.amnesty.org/en/library/info/IO53/009/2010>)。

⁶ 国际特赦组织，《为防止“失踪”的 14 点计划》，第 1 点，转载于国际特赦组织《“失踪”与政治暗杀：1990 年代的人权危机——行动手册》；索引号：ACT 33/001/1994，1994 年 2 月（《14 点计划》）。

⁷ 同上。

⁸ 同上，第 13 点（“所有政府应批准含有保障免遭“失踪”和补救的国际条约，包括《公民权利和政治权利国际公约》及其《第一任择议定书》，它可供个人提出投诉。各国政府应确保这些和其他国际文书的有关规定可全面落实，包括联合国《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，并遵守政府间组织有关这些暴行的建议。”）

第一部

第 1 条

1. 任何人不应遭到强迫失踪。
2. 任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由。

1. 绝对禁止强迫失踪

《公约》第 1 条确认不遭受强迫失踪的权利。第 1 条第 2 款指出，这一权利是不可妥协的，即使在“战争状态、受战争威胁、国内政局动荡或任何其它公共紧急状态”。⁹

缔约国必须确保本国法律绝对禁止强迫失踪。此外，这一禁令必须明确适用于所有情况，即使在战争状态或受战争威胁、国内政局动荡或任何其他公共紧急状态。

2. 强迫失踪的定义

第 2 条

在本公约中，“强迫失踪”系指由国家代理人，或得到国家授权、支持或默许的个人或组织，实施逮捕、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。

第 3 条

各缔约国应采取适当措施，调查未得到国家授权、支持或默许的人或组织制造的第 2 条所界定的行为，并将责任人绳之以法。

国家行为 根据第 4 条规定，当国家代理人或个人或团体，在国家授权、支持或默许下犯罪，而犯罪行为又与《公约》第 2 条的定义一致，《公约》的缔约国必须界定在《公约》下构成强迫失踪的行为，这个定义具有以下元素：

- 有逮捕、拘留、绑架或以任何其他形式剥夺自由的情况出现；
- 该行为是由国家代理人或个人或团体在得到国家授权、支持或默许下作出的；
- 行为发生后，当局拒绝承认剥夺失踪者的自由，或隐瞒失踪者的命运或下落；
- 行为的客观结果是，失踪者被置于法律保护之外。

缔约国不应采取任何狭窄的定义。特别是，他们不应该采用《国际刑事法院罗马规约》（《罗马规约》）第 7 条的限制性语言，该条文界定强迫失踪为肇事者要有双重意图——即

⁹ 《14 点计划》，第 8 点（“禁止‘失踪’及其预防的基本保障，不能在任何情况下暂停实施，包括战争或其他公共紧急状态。”）。

4 终止强迫失踪的有罪不罚现象
有效执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的核对清单

把受害者置于法律保护以外及在一个长时间内这样做。¹⁰

令人无法受法律保护，是这种犯罪行为的必然结果，或者是最纯粹的客观因素。这种罪行没有规定肇事者要有明确意图去剥夺受害者受法律保护的权利。¹¹《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》（《1992年宣言》）第1条第2款指出，¹²“这种强迫失踪将失踪者置于法律保护之外”——即《美洲被迫失踪人士公约》（《美洲公约》）中，“妨碍他或她追索适当的法律补救和程序保障”，置他或她在一个完全无法自卫的状态下。¹³就如被强迫或非自愿失踪问题工作组（工作组）表示，此元素应包括为其他构成要素的后果。¹⁴各国应确保其法律规定，置人于法律保护之外是犯罪的客观元素，而不需要任何心理元素。¹⁵虽然犯罪的性质是任何参与其中的人也知道，或假设知道其行动的后果是把人置于法律之外的人，¹⁶要求证明他们有意图达到这个结果可能会有困难，这也是检察官难以解决的问题。¹⁷

同样，没有任何规定，当事人在一个长时间内不受法律保护。¹⁸例如，当事人本来应被带到司法当局，以裁定其拘留的合法性（按国家法律和国际法的规定），但若过了一段时间仍未给带到司法当局前，即使并未构成“长期”，那该人毫无疑问就是被置于法律保护之外。

¹⁰ 《国际刑事法院罗马规约》第7条 (<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>)。

¹¹ Boot, Dixon & Hall, 前注 2, 第 269-270 页; 被强迫或非自愿失踪问题工作组报告。《在国内刑事立法强迫失踪的最佳做法》A/HRC/16/48/Add.3 (2010 年 12 月 28 日), 第 29-32 段及第 62 (d) 段 (2010 年工作组报告)。

¹² 联合国大会第 47/133 号决议, 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》; 1992 年 12 月 18 日。

¹³ 2010 年工作组报告第 29 段。

¹⁴ 2010 年工作组报告第 32 段; 以及见联合国人权委员会, 《在打击恐怖主义的同时促进和保护人权和基本自由问题特别报告员马丁·谢宁 (Martin Scheinin); 酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚特别报告员曼弗雷德·诺瓦克 (Manfred Nowak); 代表任意拘留问题工作组的副主席夏馨·萨达尔·阿里 (Shaheen Sardar Ali); 以及代表被强迫或非自愿失踪工作组的主席耶利米·萨金 (Jeremy Sarkin) 关于打击恐怖主义时全球秘密拘留的做法的联合研究》联合国文件编号 A/HRC/13/42, 2010 年 2 月 19 日, 第 28 段。 (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-42.pdf>) “定义并不需要意图把当事人置于法律之外成为决定性元素, 而是指作为否认、拒绝或隐瞒当事人的下落和命运的客观后果。”

¹⁵ Nigel Rodley and Matt Pollard, 《国际法下的囚犯待遇》, 牛津, 牛津大学出版社, 第三版, 2009 年, 第 337 页 (“更好的解释是, 《公约》定义的文本也解读为禁止私下扣留或拒绝澄清当事人的命运或下落, 并在置于法律保护之外的情况下。这将意味着置人于法律保护之外是一个独立的、客观的定义。”) (原文重点)。

¹⁶ Boot, Dixon & Hall, 前注 2, 第 270 页 (“强迫失踪时, 最初的剥夺自由是非法的——在绝大多数情况下, 其进行的方式演示了有意图令人不受法律保护……”)。

¹⁷ Rodley and Pollard, 前注 15, 第 337 页 (提及要证明强迫失踪的个人刑事责任的困难)。

¹⁸ 同上, 第 271 页。

各国必须把强迫失踪界定为犯罪行为，而界定不能比《公约》第 2 条的定义更狭窄，并必须包括以下元素，但不包括在《罗马规约》第 7 条的规定（即肇事者有明确目的令受害者置于法律保护之外，而且是长期的）：

- 有逮捕、拘留、绑架或以任何其他形式剥夺自由；
- 该行为是由国家代理人或由个人或团体进行的，并由国家授权、支持或默许；
- 随之而来是拒绝承认剥夺自由或隐瞒失踪者的命运或下落；
- 把失踪者置于法律保护之外是客观结果。

非国家行为 第 3 条明确表明，犯罪的不仅可以是国家工作人员，也可以是个人或团体在未有国家授权、支持或默许的状态下行动。当个人根据国家法律犯下这种罪时，各国有责任界定第 2 条禁止的行为。根据第 3 条，缔约国必须调查个人或团体未经国家授权、支持或默许的状态下进行第 2 条中界定的行为。这是国际法下的犯罪行为，而且，在有足够的可接纳证据时，必须起诉疑犯。

此外，《罗马规约》的缔约国有义务界定危害人类罪为国家法律中的犯罪行为，并涵盖《罗马规约》第 7 条禁止的所有行为，其中包括非国家和国家行为者。但是，为此目的而界定的任何罪行，不应该包括第 7 条的限制性语言。该条文并没有意图减少该罪行在一般国际法下的实际范围。各国必须确保进行强迫失踪的人“依据或促进了... 有组织地... [攻击]平民”，是可以根据强迫失踪的危害人类罪而被起诉。对于上述关于第 4 和 2 条的讨论，缔约国应确保该定义跟《强迫失踪公约》第 2 条中的定义一样强而有力，并且不包括《罗马规约》第 7 条中的限制性语言。

- 缔约国应调查个人或团体未经国家授权、支持或默许之下作出第 2 条禁止的行为，这是国际法下的犯罪行为。在有足够的可接纳证据时，缔约国必须起诉他们。
- 当作出第 2 条禁止的行为的人并非国家代理人，或是未经国家授权、支持或默许的个人或团体，缔约国应界定这些行为为国家刑事法律的犯罪行为。

2.1 界定强迫失踪为犯罪行为的义务

第 4 条

各缔约国应采取必要措施，确保在本国的刑法中将强迫失踪行为列为犯罪。

第 4 条规定的义务，要求缔约国必须把强迫失踪界定为一个单独的犯罪。只界定与强迫失踪有关连的罪行，如绑架、非法拘禁、非法剥夺自由、酷刑或法外处决，是不够的。

缔约国必须根据国际协定法和习惯法所规定，把强迫失踪界定为独立的犯罪行为及其后果。当起草界定强迫失踪作为罪行时，缔约国必须考虑到其在《公约》第 2、3、5、6 和 7 条及其他国际法规定的义务（见下文每一条的文字内容）。

2.2 强迫失踪是危害人类罪

第 5 条

大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果。

强迫失踪作为危害人类罪的状态 《公约》第 5 条的首个元素是“大规模或有组织的强迫失踪行为”是“构成相关国际法所界定的危害人类罪”。

因此，为履行《公约》第5条规定的义务，缔约国必须不仅界定“大规模或有组织的强迫失踪行为”是危害人类罪，他们还必须确保定义与“相关国际法”是一致的。第5条并没有充分反映相关国际法的范围，它可能会令人觉得强迫失踪只有在大规模或有组织地进行时才构成危害人类罪。然而，根据国际法的定义，门槛并没有那么高。《国际刑事法院罗马规约》第7条规定，强迫失踪是广泛或有系统地攻击平民人口的一部分。因此，一次单一的强迫失踪行为，可以根据第7条构成危害人类罪，只要它是广泛或有系统的攻击的一部份，这可能涉及在该条文中列出的一系列其他行为，在广泛或有系统地攻击平民人口的一部份时，可构成危害人类罪。

这是一个重要的区别，缔约国在履行第5条规定的所有义务时，必须按照相关的国际法，把强迫失踪界定为危害人类罪，只要是当它用作为广泛或有系统地攻击平民人口的一部分，而不是仅仅广泛或有系统的强迫失踪。

确保强迫失踪行为会导致国际法所规定的后果 第5条第二个元素规定，强迫失踪的广泛或有系统的做法“应招致相关国际法所规定的后果”。这些后果包括诉讼时效的非适用性（见第8条的讨论）、禁止大赦（见7.2节的讨论），并承认受害者得到充分赔偿的权利（见第24条的讨论（4至6））。此外，这些后果包括反映犯罪严重性质的惩罚（见第7条的讨论），也定下最高刑期不超过无期徒刑及不包括死刑。根据《罗马规约》和其他国际及国际化的刑事法院¹⁹，包括前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭、东帝汶帝力重罪特别审判小组、科索沃国际管理小组、塞拉利昂问题特别法庭、波斯尼亚和黑塞哥维那国家法院战争罪行分庭，以及柬埔寨法院特别法庭²⁰，无期徒刑是这种罪行的最高刑罚。

因此，缔约国必须确保他们排除强迫失踪罪的法规限制，禁止强迫失踪的大赦，承认受害者得到充分赔偿的权利，并排除对这种罪行的死刑使用。

3. 刑事责任的原则

正如工作组指出，缔约国必须就强迫失踪建立全面的个人责任制度，其中包括上级的责任。²¹ 缔约国必须确保他们根据其国际习惯法下的国际义务，纳入刑事责任的原则。

第6条

1. 各缔约国应采取必要措施，至少追究下列人员的刑事责任：

¹⁹ 国际化的刑事法院是指国家和国际制度融合在一起的法院。这些法院的成立，是要调查该国犯下国际法下的犯罪行为。现时并没有国际法庭的标准模型，这些法院每一个都是独特的。

²⁰ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第24条 (http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf)；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第23条 (<http://www.un.org/ict/statute.html>)；《联合国东帝汶过渡当局的规例》2000/15（建立东帝汶帝力重罪特别审判小组），2000年6月6日，第10节 (<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>)；《塞拉利昂问题特别法庭规约》第19条 (<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3D&>)；《柬埔寨设立特别法庭法》，包括2004年10月27日颁布的修订（NS/ RKM /1004/006）（《柬埔寨特别法庭法》），第38条 (http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/Domestic_Cambodian_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf)。

²¹ 2010年工作组报告第62(f)段。

(1) 所有制造、指令、唆使或诱导制造或企图制造强迫失踪的人，以及同谋或参与制造强迫失踪的人；

《公约》第 6 条第 1 款第(1)项规定，缔约国最低限度采取必要的措施，按照刑事责任的五个原则，追究涉及强迫失踪的人的刑事责任：“所有制造、指令、唆使或诱导制造或企图制造强迫失踪的人，以及同谋或参与制造强迫失踪的人。”这应该包括企图、协助、促进或协助或教唆作出强迫失踪，²²以及计划或阴谋和鼓动或煽动。²³

然而，工作组已宣布，各国还必须基于以下理由，令参与强迫失踪的人负责：共谋、教唆、同意、默许和积极隐瞒。²⁴此外，适用于危害人类的强迫失踪罪的其他刑事责任原则，也得到《罗马规约》第 25 条承认。

因此，缔约国可根据以下刑事责任原则（定义要与国际法一致），确保可以依法追究参与强迫失踪的人的刑事责任：

- 犯下，一个人或联合其他人或通过他人犯下，不管这个人自己是否有刑事责任；
- 指示；
- 诱发；
- 诱导；
- 尝试；
- 协助；
- 推动；
- 援助；
- 教唆；
- 规划；
- 密谋；
- 怂恿；
- 煽动；
- 同谋；
- 同意；
- 默许；
- 积极隐瞒；
- 由一群人具有共同目的地促进实行或企图实行强迫失踪；及
- 协助实行或尝试实行强迫失踪。

3.1 上级的责任

第 6 条

1. (2) 上级官员：

(i) 知情，或已有清楚迹象表明受其实际领导或控制的下属正在或即将犯下强迫失踪

²² 红十字国际委员会，《国际人道法的国内实施》，第 35 页
(<http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4028.pdf>)。

²³ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 条及《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条。

²⁴ 2010 年工作组报告，前注 11，第 25 段。

罪而故意对有关情况置若罔闻者；

(ii) 对与强迫失踪罪有牵连的活动，实际行使过责任和控制；

(iii) 没有在本人的权限范围内采取一切必要、合理的措施，防止或制止强迫失踪，阻止犯下此种罪行，或将有关问题提交主管机关调查或起诉。

(3) 以上第（2）项并不影响相关国际法对于军事指挥官或实际上担任军事指挥的人所适用的更高标准的责任。

根据《公约》第 6 条第 1 款第(2)项和国际法，缔约国必须确保根据国际习惯法的国际义务，若下属正在犯罪或即将犯罪，无论上级是军事指挥官或是文职上级，如未能有效地行使责任的人，纳入刑事责任原则。²⁵

根据最严格的国际标准，上级责任包括以下各项：

- 适用于军事指挥官（和其他充当军事指挥官的人）和文职上级的单一标准；²⁶
- 上级对下属的有效控制；²⁷
- 上级知道或有理由知道；²⁸
- 下属犯了罪、正在犯罪或即将犯罪；²⁹

²⁵ 《14 点计划》第 2 点（“有指挥链责任的官员若下令或容忍下属的“失踪”行为，应对这些行为负上刑事责任。”）。

²⁶ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款（“上级”）；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条第 3 款（“上级”）；《塞拉利昂规约》第 6 条第 3 款（“上级”）；《联合国东帝汶过渡当局的规例》2000/15 第 16 节（“上级”）；《柬埔寨特别法庭法》第 29 条（“上级”）；治罪法草案第 6 条（“上级”）；一号议定书第 86 条第 2 款（“上级”）。只有一份文书，容忍文职上级官员比军事指挥官和有效地作为军事指挥官的人，有较低的标准。见《罗马规约》第 28 条第 2 款。

²⁷ 《柬埔寨特别法庭法》第 29 条（“有效的指挥和控制”）；《罗马规约》第 28 条第 1 款（“有效指挥和控制”）（军事指挥官或以军事指挥官有效行事的人）及第 2 款（“有效管辖和控制”）（其他上级）。

²⁸ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款（“知道或有理由知道”）；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条第 3 款（“知道或有理由知道”）；《塞拉利昂规约》第 6 条第 3 款（“知道或有理由知道”）；《联合国东帝汶过渡当局的规例》2000/15 第 16 节（“知道或有理由知道”）；《柬埔寨特别法庭法》第 29 条（“知道或有理由知道”）；治罪法草案第 6 条（“在这种情况下知道或有理由知道”）；一号议定书第 86 条第 2 款（“如果他们知道，或有信息使他们能够在这种情况下有结论”）。只有一份文书，容忍文职上级官员比军事指挥官和有效地作为军事指挥官的人，有较低的标准。见《罗马规约》第 28 条第 2 款。

²⁹ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款（“快要犯下此类行为或已经这样做”）；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条第 3 款（“快要或已经犯下此类行为”）；《塞拉利昂规约》第 6 条第 3 款（“快要或已经犯下此类行为”）；《联合国东帝汶过渡当局的规例》2000/15 第 16 节（“快要或已经犯下此类行为”）；《柬埔寨特别法庭法》第 29 条（“快要或已经犯下此类行为”）；治罪法草案第 6 条（“正在犯下或打算犯这种犯罪”）；一号议定书第 86 条第 2 款（“正在犯下或将违反”）；《罗马规约》第 28 条第 1 款（“正在实施或即将实施这些犯罪”）及第 2 款（相同）。

- 上级未能采取必要和合理的措施；³⁰及
- 防止犯罪、压制或惩罚，或转介案件作起诉的目的。³¹

缔约国必须确保他们为指挥官和上级制定上级责任的单一规则时，是按照国际法最严格的规定。

4. 辩护

只有在国际法允许的狭义情况下，国家法例可允许为强迫失踪罪辩护，并应排除任何于国际法下罪行不恰当的抗辩，包括强迫失踪。国际特赦组织认为，强制性、胁迫性和必要性不应是国际法下的罪行的辩护理由，它们最多只可以成为减轻处罚的理由。³²事实上，《公约》第1条第2款有效地排除基于“特殊情况”的任何辩护。

4.1 上级命令

第6条第2款：任何文职的、军事的，或其他方面的公共当局下达的命令或指示，都不得用以作为强迫失踪罪的辩护理由。

根据第6条第2款，在任何情况下，上级命令或指示永远不能作为排除刑事责任的辩护理由。³³这包括“任何文职的、军事的，或其他方面的公共当局下达的命令或指示”，它本身就明显是违法的。第23条第2款规定，“各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示，指令、授权或鼓励制造强迫失踪。”缔约国也必须保证，拒绝服从命令的人将不会受到处罚（见第23条第2款的讨论）。

国际法规定了不服从明显违法的命令的义务。³⁴由于该行为的性质，服从命令可能无法减轻下属的刑事责任。³⁵这种辩护自纽伦堡以后已经违反了国际法，但它可以是减轻处罚的考虑因素

³⁰ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条第3款（“必要的、合理的措施”）；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条第3款（“必要的、合理的措施”）；《塞拉利昂规约》第6条第3款（“必要的、合理的措施”）；《联合国东帝汶过渡当局的规约》2000/15第16节（“必要的、合理的措施”）；《柬埔寨特别法庭法》第29条（“必要的、合理的措施”）；治罪法草案第6条（“他们权力范围以内所有必要的措施”）；一号议定书第86条第2款（“他们权力范围以内所有可行的措施”）；《罗马规约》第28条第1款（“在其权力范围内的一切必要而合理的措施”）及第2款（相同）。

³¹ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条第3款（“防止这种行为或惩罚肇事者”）；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条第3款（“防止这种行为或惩罚肇事者”）；《塞拉利昂规约》第6条第3款（“防止这种行为或惩罚肇事者”）；《联合国东帝汶过渡当局的规约》2000/15第16节（“防止这种行为或惩罚肇事者”）；《柬埔寨特别法庭法》第29条（“防止这种行为或惩罚肇事者”）；治罪法草案第6条（“防止或压制这种行为”）；一号议定书第86条第2款（“防止或压制这种行为”）；《罗马规约》第28条第1款（“防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉”）及第2款（相同）。

³² 见国际特赦组织，《国际刑事法院，做出正确的选择 - 第1部分》，第VI.E.3和4节（<http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR40/001/1997/en>）。

³³ 《14点计划》第9点。（“上级官员或公共当局的命令，必须永远不被援引作为参与“失踪”的理由。”）。

³⁴ 同上，第9点（“有参与逮捕和羁押囚犯的所有官员，应给予他们指示，令他们知道他们有权利和义务拒绝服从任何参与“失踪”的指令。”）。

³⁵ 红十字国际委员会，《习惯国际人道法数据库》，规则154和155（http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul）。

10 终止强迫失踪的有罪不罚现象
有效执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的核对清单

。³⁶自《纽伦堡宪章》以来，这种辩护也被许多国际文书排除，包括《盟国管制委员会法第10号》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》（第7条第4款）、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》（第6.4条）、《塞拉利昂特别法庭规约》（第6条第4款），以及《在柬埔寨法院设立特别法庭的法律》（第29条）³⁷。《美洲公约》也排除了以此作为辩护。³⁸同样地，禁止酷刑委员会的结论是，上级命令不能作为辩护。³⁹

因此，缔约国必须排除上级命令作为排除刑事责任的理由，虽然它可以作为减轻处罚的理由；缔约国也须明确规定，下令作出或参与任何方式的强迫失踪罪是“明显非法”或有刑事责任。⁴⁰强制性、胁迫性、必要性，以及任何“特殊情况”，同样不能作为强迫失踪罪的辩护理由。各国不仅不能以这些理由创造新的辩护，各国也必须明确地确保，任何在现有国家法律下的这类辩护，不适用于强迫失踪罪。

5. 制裁

5.1 适当的惩罚

第7条

1. 各缔约国应考虑到强迫失踪罪的极端严重性，对之给予相应的处罚。

《公约》第7条第1款规定，缔约国必须“考虑到强迫失踪罪的极端严重性，对之给予相应的处罚”。要符合国际法律和标准，以及联合国大会对所有国家暂停执行死刑的呼吁，死刑应排除作为强迫失踪的适当刑罚。即使是最严重的罪行（灭绝种族罪、危害人类罪 - 包括强迫失踪 - 和战争罪），自1993年成立的国际及国际化法庭也排除了这种刑罚，其中包括：《罗马规约》、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《卢旺达规约》、《塞拉利昂问题

³⁶ 国际特赦组织，《国际刑事法院，做出正确的选择 - 第1部分：定义罪行和可容许的抗辩》，索引号：IOR40/01/1997，1997年1月，第VI.E.6节。

³⁷ 《国际军事法庭宪章》，伦敦协定（《纽伦堡宪章》）附件，1945年8月8日，第8条；《盟国管制委员会法第10号》，处罚犯有战争罪、反和平罪和危害人类罪的人，1945年12月20日，第II(4)(b)条（于德国控制委员会官方公报刊登，第3号，柏林，1946年1月31日）；《远东国际军事法庭宪章》（东京宪章）第6条；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第7条第4款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第6条第4款；《危害人类和平安全治罪法草案》（治罪法草案）第5条（http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf）；《联合国东帝汶过渡当局规例》2000/15第21节；《塞拉利昂规约》第6条第4款；《柬埔寨特别法庭法》第29条。

《罗马规约》第33条允许以上级命令作为战争罪行的辩护，但它的定义狭窄，只适用于国际刑事法院的审判，违背所有其他通过了关于国际法下的罪行的国际文书，包括其后通过的文书，例如《塞拉利昂规约》和《柬埔寨特别法庭法》等。

³⁸ 《美洲公约》第8条（“服从上级授权或鼓励强迫失踪的命令或指示，不能成为辩护的理由。所有接受这些命令的人有权利和义务不服从这些命令。”）。

³⁹ 联合国禁止酷刑委员会，第2号一般性意见，《缔约国实施第2条的情况》，联合国文件编号CAT/C/GC/2，2008年1月24日，第26段。

⁴⁰ 2010年工作组报告第53段。

特别法庭规约》和柬埔寨法院特别法庭。⁴¹

根据《罗马规约》和其他国际刑事法院规约，这种罪行的最高刑期不应超过无期徒刑的最高刑罚，当中包括前南斯拉夫问题国际刑事法庭；卢旺达问题国际刑事法庭；东帝汶帝力重罪审判特别小组；科索沃国际管理小组；塞拉利昂问题特别法庭；波斯尼亚和黑塞哥维那国家法院战争罪行分庭；柬埔寨法院特别法庭，也排除死刑作为强迫失踪罪的适当刑罚。

为强迫失踪罪建立适当的惩罚，最高刑罚为无期徒刑，并按照国际法和国际标准，在任何情况下不包括死刑。

5.2 减轻和加重罪行的情况

第7条第2款各国可规定：

(1) 减轻罪行的情况，特别是虽参与制造强迫失踪，但还是实际帮助解救了失踪者的人，或帮助查明强迫失踪案件、指认制造强迫失踪罪犯的人；

(2) 在不影响其他刑事程序的条件下，加重罪行的情节，特别是在失踪者死亡的情况下，或制造强迫失踪的对象是怀孕妇女、未成年人、残疾人或其他特别易受害的人。

减轻处罚的情况 第7条第2款第(1)项规定，缔约国可以在三个不同的情况下考虑减轻处罚。这些情况可应用到以下人士身上：有效地促进失踪者生存下去；有澄清强迫失踪案件的可能性；或查明强迫失踪的肇事者身份。

在确定危害人类罪中的强迫失踪是否存在减轻处罚的情况，国际刑事法院考虑到以下几个“适当”因素：

“(i) 未能构成排除刑事责任的理由，如大幅减少心理承受能力或胁迫的情况；

(ii) 被定罪人在犯罪后的行为，包括该人士有没有努力补偿受害者和与法院合作；”⁴²

缔约国应确保下列是减轻处罚的情况，但不包括任何与其他国际法或标准不一致的情况：

- 有效地促进失踪者生存下去；
- 有澄清强迫失踪案件的可能性；及
- 查明强迫失踪的肇事者身份。

加重处罚的情况 至于加重处罚的情况，《公约》第7条第2款第(2)项指出，缔约国可包括“失踪者死亡的情况下，或制造强迫失踪的对象是怀孕妇女、未成年人、残疾人或其他特别易受害的人。”国际刑事法院在确定危害人类罪中的强迫失踪罪的适当刑罚时，考虑到六个加重处罚的情况：

“(i) 之前任何在国际刑事法院管辖权下的刑事定罪或类似性质的罪行；

⁴¹ 《罗马规约》第77条；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第24条；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第23条；《联合国东帝汶过渡当局的规例》2000/15，第10节（25年）；《塞拉利昂问题特别法庭规约》第19条；《柬埔寨特别法庭法》第38条。

⁴² 同上，R. 145 (2) (b)。

- 12 终止强迫失踪的有罪不罚现象
有效执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的核对清单

- (ii) 滥用权力或官方身份；
- (iii) 犯罪时受害者特别是手无寸铁的；
- (iv) 犯罪手段特别残忍，或有多人被害；
- (v) 任何基于《罗马规约》第 21 条第 3 款、涉及歧视动机的犯罪；
- (vi) 即使是上面没有列举但其他性质类似的情况。”⁴³

除了《公约》确立的情况，也应在确定强迫失踪的适当惩罚时考虑到每一种这些加重处罚的情况。

在确定适当的刑罚时，缔约国应确保下列每一个情形也是加重处罚的因素：

- 失踪者死亡；
- 制造强迫失踪的对象是怀孕妇女、未成年人、残疾人或其他特别易受害的人；
- 之前有任何国际法下的犯罪行为的刑事定罪，或类似性质的罪行；
- 滥用权力或官方身份；
- 犯罪时受害者特别是手无寸铁的；
- 犯罪手段特别残忍，或有多人被害；
- 犯罪的动机涉及如性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰、政治或其他见解、民族、种族或社会出身、财富、出生或其他身份歧视；及
- 即使是上面没有列举但其他性质类似的情况。

5.3 为了保护调查的追加制裁和措施

除了刑事处罚，工作组指出，国家法例还应当提供补充制裁，如取消行政资格。⁴⁴缔约国还必须确保其法例规定了“涉嫌犯有强迫失踪罪的人不得利用其地位影响调查的进行，例如对投诉人、证人、失踪者亲属或他们的辩护律师，及参与调查的人员施加压力、恐吓，或实施报复。”（《公约》第 12 条第 4 款）。⁴⁵这项规定与 1992 年的宣言的第 16 条第 1 款一致，被指控犯有强迫失踪罪的人，在调查期间应暂停所有公务，直至受害者的命运得到澄清。⁴⁶

各国应规定，涉嫌犯有强迫失踪罪的人不得利用其地位影响调查的进行，例如对投诉人、证人、失踪者亲属或他们的辩护律师，及参与调查的人员施加压力、恐吓，或实施报复。

⁴³ 《国际刑事法院程序和证据规则》，第 145 条第(2)(a)款(http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E8B115E886/140164/Rules_of_procedure_and_evidence_English.pdf)。

⁴⁴ 2010 年工作组报告第 45 段。

⁴⁵ 《14 点计划》第 10 点（“投诉人、证人、律师和其他参与调查的人应受到保护，并不受恐吓和报复。”）。

⁴⁶ 《1992 年宣言》第 16 条第 1 款（被指控犯有上文第 4 条第 1 款所指任何一种行为的人，在接受上文第 13 条规定的调查期间，应停止一切公职。）见《14 点计划》第 10 点（“怀疑要为‘失踪’负责的官员，应在调查期间暂停现役的责任。”）

6. 阻拦起诉

6.1 诉讼时效

第 8 条

在不影响第 5 条的情况下，

1. 对强迫失踪案件实行诉讼时效的缔约国，应采取必要措施，确保对刑事诉讼的时效：

- (1) 有较长的时段，并与此种犯罪的极端严重性相称；
- (2) 考虑到强迫失踪犯罪的持续性，从停止犯罪之时算起。

《公约》第 8 条提醒我们强迫失踪罪的持续性，这在《美洲公约》已有提及，并由欧洲人权法院和美洲人权法院重申。⁴⁷《美洲公约》第 7 条第 1 款规定，“刑事起诉强迫失踪和在司法上判处的刑罚，不受时效限制。”⁴⁸

这一禁令必须永远适用于危害人类罪中的强迫失踪罪。⁴⁹但是，《公约》第 8 条第 1 款暗示，并已在《美洲公约》⁵⁰和工作组中指出，国家不应在任何情况下令强迫失踪受时效限制的影响。⁵¹

此外，《公约》第 8 条第 1 款对任何“对强迫失踪案件实行诉讼时效”的缔约国两个严格规定。首先，它的持续时间必须“与犯罪的极端严重性相称”。其次，时效限制只可以在“强迫失踪犯罪... 从停止犯罪之时算起”。这意味着考虑到《美洲公约》所承认的罪行持续性，诉讼时效期限只可以在已确定受害者的命运或下落才开始计算。⁵²

缔约国应规定，不论是在刑事或民事法律程序，强迫失踪罪不受任何诉讼时效限制。在此期间，各国应确保，作为一项严格的临时措施，任何强迫失踪（可能不构成危害人类罪）的诉讼时效：

- 与国际法下最严重罪行的时效看齐，
- 在受害人或家庭无法有效地寻求司法或赔偿时暂停，及
- 在强迫失踪犯罪停止之时算起。

6.2. 有效补救的权利和诉讼时效

第 8 条第 2 款：

⁴⁷ 《美洲公约》第 3 条（“只要受害者的命运或下落尚未确定，这一罪行应被视为连续或永久。”）。判例请参阅：欧洲人权法院，Varnava 及其他诉土耳其，2009 年 9 月 18 日的大法院判决，第 139 段；美洲人权法院，Velásquez Rodríguez 诉洪都拉斯，1988 年 7 月 29 日的判决，第 155 段。

⁴⁸ 《14 点计划》，第 12 点（“各国政府应确保那些涉及‘失踪’的人应被绳之以法。这一原则应是无论犯罪多久也适用。”）。

⁴⁹ 《罗马规约》第 29 条（“本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效。”）。

⁵⁰ 《美洲公约》第 7 条（“强迫失踪的刑事起诉和司法判处犯罪者的刑罚，不受时效限制。”）。

⁵¹ 2010 年工作组报告，第 55 段。

⁵² 见前注 50。

各缔约国应保证，在时效持续期间，强迫失踪的受害人享有得到有效补偿的权利。

第 8 条第 2 款要求各国在刑事诉讼或民事侵权索赔诉讼中，也建立相同的时效期，无论是民事诉讼程序还是刑事诉讼程序的一部份。如《采取行动打击有罪不罚现象，保护和增进人权的一套原则》（原则 23）所规定，为保证有效补救的权利，时效法规不应用来限制受害者通过刑事、民事或行政诉讼寻求赔偿。⁵³由于时效限制并不适用于危害人类罪中的强迫失踪罪，它也不适用于强迫失踪受害者寻求有效补救的任何刑事或民事法律程序。

然而，若国家法律对强迫失踪罪仍有时效限制，那《公约》就规定缔约国必须满足至少两个严格要求。

首先，民事索赔的诉讼时效，至少必须为相同的时间。第二，补救措施必须是“有效”。就如缔约国承认《1992 年宣言》第 17 条第 2 款，这意味着，补救措施是无效的或没有补救措施时，时效期必须暂停。《1992 年宣言》第 17 条第 2 款保证，“当《公民权利和政治权利国际盟约》第 2 条规定的补救办法不再有效时，在重新确定法律补救办法之前，应中止与被强迫失踪行为有关的诉讼时效限制。”⁵⁴

各国必须确保授予的补救是真实的，而不仅是理论上的，并可提供给当事人；补救能够恢复受害人的权利，并确保判决的效力。⁵⁵

缔约国应消除任何阻止当事人循民事或刑事诉讼追讨的强迫失踪民事索赔的时效限制。直至能迅速清除任何目前适用于强迫失踪的时效法规前，《公约》的缔约国必须保证受害者及其家属在诉讼时效引用前获得补救的权利，确保在他们未能得到有效补救或在没有补救的情况下，暂停时效限制，直至重新建立这些补救措施。在任何情况下，各国应确保任何适用的时效限制只能在强迫失踪犯罪停止之时算起。

7. 司法管辖权

第 9 条

1. 各缔约国应采取必要措施，确定对下述强迫失踪罪案行使管辖权：

- (1) 犯罪发生在其管辖的任何领土上，或发生在在该国注册的船只或飞机上；
- (2) 指称的罪犯为其国民；
- (3) 失踪人为其国民，缔约国认为适当的情况下。

按照公约第 9 条第 1 款第(1)项，国家必须有属地管辖权，不仅包括缔约国本身的领土，也包括其他受其管辖的领土，包括占领领土、外国基地和维和部队运作的地区，以及船舶和飞机的管辖范围。他们必须在“犯罪发生在其管辖的任何领土上，或发生在在该国注册的船只或

⁵³ 见联合国经济及社会理事会。《独立专家报告：更新原则，打击有罪不罚》Diane Orentlicher, 2005 年 2 月 8 日, E/CN.4/102/Add.1 (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>)。

⁵⁴ 联合国大会第 47/133 号决议，《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，1992 年 12 月 18 日，第 17 条第 2 款。

⁵⁵ 人权理事会，法官和律师独立性问题特别报告员报告，2008 年 5 月 13 日, A/HRC/8/4 (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/134/14/PDF/G0813414.pdf?OpenElement>)。

飞机上”时行使管辖权。此外，他们还必须提供积极人格管辖权⁵⁶和应该提供被动人格管辖权⁵⁷（第9条第1款第(2)和(3)项）。当“罪犯为其国民”时，各国必须为法院提供管辖权，并强烈建议，当“失踪人为其国民”时更应这样做。

缔约国必须在以下情况提供司法管辖权：

- 犯下的罪行是在其管辖下的任何领土。
- 当被指控的罪犯是其国民。

缔约国必须在以下情况提供司法管辖权：

- 当失踪者是其国民之一。

7.1 行使普遍管辖权的义务

第9条：

2. 各缔约国还应采取必要措施，在指称的罪犯留在任何该国管辖的领土上时，确定对该强迫失踪罪案的司法管辖权，除非该国根据其国际义务将嫌犯引渡或移交给另一国家，或移交给该国承认其管辖权的某个国际刑事法庭。

3. 本公约不排除根据国内法行使任何其他刑事管辖权。

第11条

1. 缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人，如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家，或移交该缔约国承认其司法权的某一国际刑事法庭，则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。

2. 主管机关应按该缔约国的法律规定，以审理任何性质严重的普通犯罪案件相同的方式作出判决。在第9条第2款所指的情况下，起诉和定罪的证据标准，不得比第9条第1款所指的情况应采用的标准宽松。

根据《公约》第9条第2款，在普遍管辖权原则下，无论犯罪行为是否构成危害人类罪，缔约国有引渡或起诉涉嫌强迫失踪的人的义务。⁵⁸即使在缔约国领土以外犯下强迫失踪的罪行，

⁵⁶ 积极人格管辖权是基于疑犯或被告人在犯罪或侵权时的国籍的管辖权。这是国际律师协会法律实务司，治外法权专责小组（2008年10月）（国际律师协会报告）报告中所采取的做法，第144页：“积极人格的原则，又称积极国籍原则，允许一个国家就其国民在世界任何地方犯下的罪行而作出起诉，如果在该罪行发生时他们是其国民。”有关积极人格原则的范围，见国际特赦组织，《普遍管辖权：各国有责任制定和执行立法》第一章，索引号：IOR53/003/2001，2001年9月，第2B节（<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO53/003/2001/en/a866e900-d8f0-11dd-ad8c-f3d4445c118e/ior530032001en.pdf>）。另见Dapo Akande，《主动人格原则》，Antonio Cassese，《牛津手册：国际正义》，牛津：牛津大学出版社，2008年，229（批评积极人格原则的应用在起诉时当事人的国籍，而不是犯罪时的国籍，除非它是国际法下的犯罪行为；当犯罪与积极人格类似时，起诉当事人就会令他成为该国的居民）。

⁵⁷ “被动人格管辖权是以犯罪或侵权时，受害者的国籍为基础的管辖权类别。”国际律师协会报告，前注18，第146页：“在犯罪的时候，受害人必须是一个外国国家的公民——国家A”。被动人格原则的适用范围，见国际特赦组织，《普遍管辖权》（第一章），前注56，第2C节。也见Dapo Akande，《被动人格原则》，Cassese，前注18，第452页（以肇事者“往往会根据国籍而选择其受害者，并知道该国国会防止这种行为”为理由，支持被动人格管辖权）。”

⁵⁸ 《14点计划》第11点（“各国政府应确保制裁那些要为‘失踪’负责的人。这个原则应适用于无论

而受害者和嫌犯也不是该国国民，缔约国也有义务“就强迫失踪的罪行行使管辖权”。然而，正如下文的讨论，所有国家都有共同责任调查和起诉强迫失踪犯罪。他们也有义务与其他国家合作、调查和起诉这种罪行，包括通过引渡和相互法律协助。需要为罪行负责的人，应通过公正公平的法律程序受到制裁，但不能使用死刑。

缔约国应消除任何对强迫失踪罪行行使管辖权的障碍，而且不得要求罪犯在其管辖下的领土出现。只要缔约国知道涉嫌有强迫失踪罪的人将访问该国，或是正在前往该国，或在该国机场转机，缔约国应授权主管当局尽快展开调查。他们不应该只“在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人”时才行使司法管辖权。要等到嫌犯进入国家才开始调查，时间实在太少，难以完成调查及发出和执行逮捕令。

缔约国也应当能够要求引渡在国外犯下强迫失踪罪的嫌犯，这也让他们在其他国家未能履行其义务去调查和起诉犯下强迫失踪罪的人时，帮助承担责任。⁵⁹事实上，六十多年前，这种可能性已在 1949 年日内瓦四公约（并随后纳入至 1977 年公约的第一议定书）中可看到，并且是该《公约》必不可少的组成部分。《公约》中的条款也指出，任何缔约国，不论嫌犯是否曾在其领土上，只要是“有初步证据的案件”，也可要求引渡涉嫌严重违反这些《公约》的人。⁶⁰如果嫌犯必须在该国出现才可以进行有效的调查，但又不能引渡嫌犯到该国，则警方就不太可能会展开调查。

缔约国必须令其法院可就任何强迫失踪案件行使普遍管辖权。他们应消除任何行使管辖权的障碍，包括规定在进行调查之前或提出引渡请求时，嫌犯必须在其领土上。

7.2 消除行使管辖权的不适当障碍

各国必须消除任何就强迫失踪案件行使普遍管辖权的障碍，无论该罪行是否构成危害人类罪。基于同样理由，禁止酷刑委员会的结论是，《禁止酷刑公约》必须凌驾于提供有罪不罚的国家法律之上。如果本国法律与缔约国在《公约》中的义务相抵触时，《公约》也必须凌驾于国家法律之上。⁶¹事实上，条约义务凌驾于相抵触的国家法律之上，是一个历史悠久的国际法规。⁶²

美洲人权法院指出，“国家可能永远不会使用大赦法（这将对未来没有任何影响），也不会

犯罪的人是谁、犯下罪行的地方、无论肇事者或受害者的国籍……”）。

⁵⁹ 有关共同责任模式的进一步信息，请参阅国际特赦组织，《提高国家的有效合作》，2009 年 10 月 13 日 (<http://www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGIOR530042009&lang=e>)。没有在场的规定，还意味着各国可以接受由国际法庭移交的案件，如前南斯拉夫问题国际刑事法庭或卢旺达问题国际刑事法庭，令国际法下的犯罪行为更容易在移交之前及发出逮捕令时更容易完成调查。

⁶⁰ 《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。

⁶¹ 禁止酷刑委员会第 16 次会议，《第 247 次会议摘要记录》，联合国文件编号 CAT/C/SR.247，第 20 段。

⁶² 《维也纳条约法公约》第 26 条和第 27 条，联合国文件编号 A/CONF.39/27 (1969)，1155 UNTS331。Annemie Schaus，《Les Conventions de Vienne sur le droit des traités》，第 1137 页（« L'article 27 de la Convention de Vienne, quant à lui, prescrit certainement, dans l'ordre juridique international, la primauté du droit international sur le droit interne »）及第 1124 页（« Le principe d'impuissance du droit interne à justifier la non exécution d'un traité, telle que contenue à l'article 27, reflète en tout état de cause le droit international coutumier »）。

提出诉讼时效的限制、刑事法律非事后法律追溯的性质或既判案件的辩护，或依靠一罪两罚的原则，或采取任何其他类似的措施消除责任，以逃避其调查和惩罚肇事者的责任。”⁶³

拒绝军事法院 各国同意采用《1992年宣言》第16条第2款，即强迫失踪罪必须在普通主管法院审理，而不是在任何其他特别法庭，特别是军事法庭。⁶⁴《美洲公约》第9条明确规定禁止军事法院，⁶⁵但《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》却未有明确列入这一禁令。第11条第3款暗示，指涉嫌犯有强迫失踪罪的人应在依法设立的主管、独立和公正的法院或法庭受到公正的审判。⁶⁶

缔约国应规定，只有普通法院对强迫失踪罪有司法管辖权，任何军事法院或其他特别法庭对这种罪行也没有管辖权。

没有豁免权 由于缔约国有责任调查和起诉可能构成强迫失踪罪的行为，因而绝对不能豁免起诉嫌犯。根据《公约》，这个义务是绝对的，且没有任何例外情况。《公约》第11条第1款规定，如果缔约国没有将该人引渡或移交给另一国家或国际刑事法庭，那缔约国就有义务“将案件提交本国的主管机关起诉”。

此外，被指控要为这种罪行负责的人，没有任何官方身份可令他免于承担法律责任。⁶⁷

缔约国应规定，其法院不会认可任何有关强迫失踪罪豁免逮捕和起诉的要求。

没有大赦和特赦 可令涉嫌要为强迫失踪罪负责的人豁免任何刑事诉讼或制裁的大赦或类似措施，并不符合第11条第1款的义务。该义务是要把没有引渡的嫌犯，提交给“本国的主管机关起诉”。⁶⁸事实上，《1992年宣言》第18条第2款明文规定禁止赦免强迫失踪罪。⁶⁹同样，当赦免措施阻碍了有罪或无罪的判决、找出真相或充分赔偿，它就应该被禁止。

⁶³ 见美洲人权法院的案例，La Cantuta 诉秘鲁（法律依据、赔偿和费用），2006年11月29日，第226段。

⁶⁴ 《1992年宣言》第16条第2款（“他们只应在各国普通主管法院受审，不应在任何其他特别法庭特别是军事法庭受审。”）。另见《美洲公约》第9条第1段。（“据称要对强迫失踪罪负责的人，只能在每个国家主管普通司法管辖区内受审，而不能在所有其他的特殊司法管辖区，尤其是军事管辖区内受审。”）；《14点计划》第11点（“审判必须在民事法庭中进行。”）。

⁶⁵ 《美洲公约》第9条（“据称要为构成强迫失踪罪的行为负责的人，只可在每个国家由普通法律管辖的法院中受审判。所有其他的特殊司法管辖区，尤其是军事管辖区，必须排除在外。构成强迫失踪的行为，不得被视为在军事任务的过程中犯下。”）。

⁶⁶ 另见：《关于司法机关独立的基本原则》第5条（<http://www2.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm>）和经更新的《采取行动打击有罪不罚现象，保护和增进人权的一套原则》第29条（<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>）。

⁶⁷ 联合国人权委员会，第31号一般性意见：公约给予缔约国的一般法律义务的性质，HRI/GEN/1/Rev.8，第238页。

⁶⁸ 《14点计划》第11点（“肇事者不应在任何法律措施中享有免除刑事起诉或定罪。”）。

⁶⁹ 《1992年宣言》第18条第1款（“对于犯有或指称犯有上文第4条第1款所指罪行的人，不应适用任何特别赦免法律或其他可能使他们免受任何刑事诉讼或制裁的类似措施。”）。

关于大赦，人权事务高级专员已宣布，“为图实现和平而免除刑事制裁那些要为残暴罪行负责的人的大赦，通常是不会达到这个目的的。相反，这更鼓励他们再次犯罪。”⁷⁰

联合国安全理事会（安理会）也表示，“联合国支持的和平协定决不能承诺赦免灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪或严重侵犯人权的罪行。”⁷¹

此外，美洲人权法院一贯规定禁止任何形式的大赦。⁷²法院认为：

*“所有大赦规定、法规和旨在消除责任的措施，也是不可接受的，因为它们是为了防止调查和处罚那些严重侵犯人权的人，如执行酷刑、法外处决、即审即决或任意处决和强迫失踪的人。这些行为违反国际人权法所承认的非克减权利，全都受到禁止。”*⁷³

缔约国应规定，大赦、赦免和有罪不罚的类似措施，不能妨碍调查和起诉强迫失踪和其他国际法下的犯罪行为，也不能妨碍找出罪行真相的步骤或受害者获得充分赔偿。

7.3 调查的义务，并在有足够的可接纳证据时提出起诉

第 12 条

1. 各缔约国应确保任何指称有人遭受强迫失踪的人，有权向主管机关报告案情，主管机关应及时、公正地审查指控，必要时立即展开全面、公正的调查。必要时并采取适当措施，确保举报人、证人、失踪人家属及其辩护律师，以及参与调查的人得到保护，不得因举报或提供任何证据而受到任何虐待或恐吓。

7.3.1 收到投诉后，有义务开展调查

《公约》第 12 条包含了三个部分的义务，与《1992 年宣言》第 13 条第 1 款一致。

首先，它规定缔约国有义务保证任何人，包括法人如非政府组织，有权利向主管机关报告任何可能构成强迫失踪罪的行为。⁷⁴

其次，它要求主管当局迅速和公正地审查指控，并在必要的情况下，毫不拖延地进行全面而公正的调查。在进行这样的调查时，缔约国必须预防，并在调查“涉及弱势群体，特别是儿童和妇女的强迫失踪案件时，要特别小心，因为他们特别容易受到性暴力和其他形式的暴力对

⁷⁰ 联合国人权事务高级专员，《冲突后的国家的法治工具——大赦》纽约和日内瓦，2009 年，第 5 页。

⁷¹ 联合国安理会，《在冲突和冲突后社会的法治和过渡司法规则》，联合国文件编号 S/2004/616，2004 年 8 月 3 日，第 10 段。

⁷² 见美洲人权法院，格尔曼诉乌拉圭，法律依据和赔偿，2011 年 2 月 24 日，第 195 段。

⁷³ 见，Barrios Altos 诉秘鲁（法律依据），2001 年 3 月 14 日，第 41 段。La Cantuta 诉秘鲁（法律依据、赔偿和费用），2006 年 11 月 29 日，第 152 段；Almonacid-Arellano 等诉智利（初步反对意见、法律依据、赔偿和费用），2006 年 9 月 26 日，第 112 段。

⁷⁴ 《1992 年宣言》第 13 条第 1 款（“每个国家应在任何知情或具有合法利益关系的人指称有人遭受强迫失踪时，确保前者有权向主管和独立的国家当局提出申诉并获得该当局对此申诉进行迅速、彻底和公正的调查。任何时候只要有合理的理由相信已发生彼强迫失踪事件，即使没有人正式提出申诉，国家也应立即将此事交由该当局调查。不得采取任何措施取消或妨碍调查。”

待。缔约国必须将肇事者绳之以法。”⁷⁵

第三，为有效确保汇报的权利，缔约国必须建立有效的措施，以保护举报人、证人、失踪者的亲属和他们的辩护律师，以及参与调查的人，防止他们因举报或提供证据而受到虐待或恐吓。其中一个保护步骤，是规定撤除任何有可能涉及强迫失踪罪的人的职务，解除他们对举报人、证人及其家人，以及进行调查的人的控制和权力，无论是直接或间接的（见第12条第4款的讨论）。

缔约国必须在其法律承认向国家主管部门报告强迫失踪事实的权利，并要求这些部门及时、彻底、独立和公正地调查这些报告。

7.3.2 调查当然官员的义务

第12条

2. 在有正当理由相信有人遭到强迫失踪的情况下，即使无人正式告发，缔约国也应责成本条第一款所指的机关展开调查。

根据《公约》第12条第1款，缔约国有义务调查有人遭受强迫失踪的指称。除此之外，由于任何举报的人也有受到虐待或恐吓的高风险，缔约国必须按照《公约》第12条第2款的规定，“即使无人正式告发”，也要展开调查。⁷⁶缔约国必须确保及时和有效调查强迫失踪的投诉和报告。⁷⁷即使没有明确的告发，只要有其他迹象表明可能发生强迫失踪，也应展开调查。鉴于此罪行的秘密性质，国家展开调查时，所掌握的情报往往少于其他罪行，例如以新闻报道作为情报。

人权委员会指出，各国有责任要“建立有效的设施和程序，彻底调查可能涉及违反生命权的失踪案及失踪者案件。”⁷⁸该委员会还指出，“特别需要行政机制以落实一般义务，通过独立公正的机构，及时、彻底、有效地调查侵犯的指控。国家人权机构只要被赋予适当的权力，就可以为此作出贡献。”⁷⁹

缔约国必须向所有机关，包括司法当局发出指示，要求他们要警惕任何发生强迫失踪的迹象；果真如此，只要有合理理由相信可能已发生强迫失踪事件，就要按法律要求立即展开彻底、独立和公正的调查。

7.3.3 进入拘留地点及调查有关地方的能力和资源

⁷⁵ 联合国人权理事会，第10/10号决议（强迫或非自愿失踪），未经表决通过，2009年3月26日，第4（e）段(http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_10.pdf)。

⁷⁶ 《禁止酷刑公约》第12条中有类似的义务。

⁷⁷ 《14点计划》第10点（“各国政府应确保由一个独立和具有权力和资源的机构，及时、公正和有效地调查所有“失踪”的投诉和报告，调查的方法和结果必须是公开的。”）。

⁷⁸ 联合国人权委员会，关于公民权利和政治权利国际公约第6条的一般性意见第6（16）号，人权条约机构一般性意见和一般性建议汇编。文件编号HRI/GEN/1/Rev.1，第8页。

⁷⁹ 联合国人权委员会，第31号一般性意见：公约对缔约国的一般法律义务的性质。*/par. 14. HRI/GEN/1/Rev.8，第237页。

第 12 条

3. 各缔约国应确保本条第一款所指主管机关：

(1) 拥有展开有效调查所需的权利和资源，包括查阅与调查有关的文件和其他材料；

(2) 有权进入任何拘留场所，或有正当理由认为可能藏匿失踪者的任何其他地点，必要时事先取得司法机关的授权，司法机关也应尽快作出裁决。

《公约》第 12 条第 3 款包含两个相关的义务：调查时要有必要的权力和资源，以及确保司法机关可授权到访失踪者可能被拘留的地点。

调查所需的权力和资源 《公约》第 12 条第 3 款要求各缔约国确保负责调查强迫失踪投诉的当局，以及因有合理理由相信强迫失踪已发生而主动行事的机构，必须有必要的权力和资源进行有效的调查，包括可得到有关的文件和其他有助调查的信息。何谓必要的权力和资源去展开调查，许多国际文书也有阐明，它们加强或补充了《公约》的内容，包括《1992 年宣言》第 13 条，⁸⁰《有效调查和纪录酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的原则》⁸¹及《有效防止和调查法外处决、任意处决和即审即决事件的原则》。它们包括以下内容：⁸²

- 调查人员应该独立于嫌犯，他们所服务的机构应是有能力和公正的。他们应可或被授权寻求公正的医疗专家或其他专家参与调查。进行此类调查的方法应符合最高的专业标准，调查结果也应当公开。
- 调查当局必须有权利和义务取得调查所需的所有信息。他们必须取得与调查有关的文件和其他信息。
- 调查当局必须有权访问有合理理由怀疑失踪者被拘留的地点，如有必要，可事先取得司法当局批准，而司法当局应及时作出判断。

⁸⁰ 《1992 年宣言》第 13 条规定：

“1. 每个国家应在任何知情或具有合法利益关系的人指称有人遭受强迫失踪时，确保前者有权向主管和独立的国家当局提出申诉并获得该当局对此申诉进行迅速、彻底和公正的调查。任何时候只要有合理的理由相信已发生彼强迫失踪事件，即使没有人正式提出申诉，国家也应立即将此事交由该当局调查。不得采取任何措施取消或妨碍调查。

2. 每个国家应确保主管当局具有进行有效调查所必需的权力和资源，包括有权传唤证人、提供有关文件和立即赶赴现场调查。

3. 应采取步骤，确保所有与调查有关的人，包括申诉人、律师、证人和调查人员受到保护，免遭恶劣对待，恐吓或报复。

4. 上述调查结果应要求，可供所有有关人员查阅，除非这样做会影响正在进行的刑事调查。

5. 应采取步骤，保证对在提出申诉时或在调查程序期间出现的任何恶劣对待、恐吓或报复或任何形式的干涉予以应有的惩罚。

6. 应按照上述程序不断进行调查，直至查明被强迫失踪的人的命运为止。”

⁸¹ 联合国，《有效调查和纪录酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的原则》，由联合国大会第 55/89 决议建议，2000 年 12 月 4 日 (<http://www2.ohchr.org/english/law/investigation.htm>)。

⁸² 联合国，《有效防止和调查法外处决、任意处决和即审即决事件的原则》，1989 年 5 月 24 日 (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39128.html>)。

■ 进行调查的人，必须有一切必要的财政预算和技术资源去进行有效的调查。他们也应有权力使那些涉嫌参与强迫失踪的官员出庭作证。这个规定同样适用于任何证人。为此，调查当局应有权向证人，包括涉嫌参与的任何官员发出传票，并要求提供证据。

■ 据称是强迫失踪的受害者、证人、进行调查的人和他们的家人，必须受到保护，免遭可能在调查时出现的暴力、暴力威胁或任何其他形式的恐吓。那些可能与强迫失踪罪有牵连的人，必须撤除他们对举报人、证人及其家属，以及调查人员的控制或权力，无论是直接或间接的。

■ 当局应告知强迫失踪受害人及其法律代表有关的任何听证会，并让他们有途径参与，以及给予他们所有与调查有关的信息，他们也有权提出其他证据。

■ 如果因没有足够的专业知识，或怀疑存有偏见，或者因为明显存在虐待或其他重大原因，而令既定的调查程序出现不足，各国应确保通过一个独立的调查委员会进行调查或类似的程序。委员会的成员，应是因为他们认可的公正性、能力和作为个人的独立性而被选出来的。尤其是，他们应独立于任何嫌犯或嫌犯服务的机构。当局应有权获得所有调查必要的信息，并展开调查。

■ 书面报告应在一段合理时间内完成，报告应该包括查询的范围、程序和评估证据方法，以及基于事实和适用的法律作出的结论和建议。报告完成后，应向公众公报。它也应该详细描述特定事件的细节、以及得出这个结论的证据和列出作证的证人名单，除了那些为了保护他们而隐瞒身份的证人。国家应在合理的时间内，回应调查报告，并表示会采取的应对措施。

《1992年宣言》第13条第6款规定，按照上述程序进行的调查，只要失踪者仍然下落不明，就应继续进行。⁸³

《公约》第12条第3款规定的第二项义务，是要确保进行调查的当局（如有必要可得司法当局事先授权，而当局也必须及时作出裁决），有权进入任何拘留场所，或有正当理由认为可能藏匿失踪者的任何其他地点（见下文第17条第2款的讨论）。

缔约国必须确保在法律和实践中规定，调查强迫失踪的当局，按国际法和国际标准的明确规定，有必要的权力和资源进行调查，包括可不受阻碍地进入有机会藏匿失踪者的任何地点。

7.3.4 防止和惩处阻碍调查行为的措施

第12条

4. 各缔约国应采取必要措施，防止和惩处妨碍展开调查的行为。各缔约国尤应确保，涉嫌犯有强迫失踪罪的人不得利用其地位影响调查的进行，例如对投诉人、证人、失踪者亲属或他们的辩护律师，及参与调查的人员施加压力、恐吓，或实施报复。

与上述讨论过的《公约》第12条第1款的义务密切相关的，是《公约》第12条第4款规定的义务。该条款规定，为防止和惩处妨碍调查的行为，缔约国必须采取有效措施，“保证对在提出申诉时或在调查程序期间出现的任何恶劣对待、恐吓或报复或任何形式的干涉予以应

⁸³ 《14点计划》第10点（“调查不应该受到限制，直到正式澄清受害者的命运。”）。

有的惩罚。”⁸⁴缔约国尤其必须确保涉嫌犯有强迫失踪罪的人，并不能对调查施加影响，向举报人、证人、失踪者亲属或其辩护律师，或参与调查的人施压或作出恐吓或报复行为。

缔约国必须确保在法律和实践中有效地保护举报人、证人、失踪者的亲属和其辩护律师，以及参与调查的人。

第 22 条

在不影响第 6 条的情况下，每一缔约国都应采取必要措施，防止和惩处以下行为：

- (1) 拖延或阻碍第 17 条第 2(6)款以及第 20 条第 2 款中讲到的补救办法；
- (2) 任何人被剥夺自由而未予记录，或记录的任何信息并不准确，而负责官方登记的官员了解这一情况或应当知情；
- (3) 尽管已经满足提供有关情况的法律要求，但仍拒绝提供某人被剥夺自由的情况，或提供不准确的情况。

作为一项防止强迫失踪的措施，《公约》第 22 条规定，缔约国必须以纪律措施制裁三种不同的行为，以及将之定为罪行的典型：

- 拖延或阻碍任何有合法权益的人在法庭提起诉讼的权利。法院可裁定剥夺自由的合法性，若剥夺自由是不合法的，法院可下令释放当事人。
- 官方没有根据国家法律，在官方登记中记录任何人被剥夺自由的案件；或在任何信息中，他们知道或应当知道是不准确的记录。
- 拒绝提供被剥夺自由的人的信息，或提供不准确的信息，即使当局满足了提供信息的法律要求。

缔约国必须提供纪律处分，并把《公约》第 22 条所涵盖的行为界定为犯罪行为。

7.4 预防措施

第 10 条

1. 对强迫失踪罪的犯罪嫌疑人，任何缔约国在研究了所掌握的材料后，确定情况属实，案情需要，应将在其境内的嫌犯拘留，或采取其他必要法律措施，确保其不得潜逃。这种拘留和其他法律措施，应根据该缔约国的法律规定，但在时间上仅限于确保对该人的刑事诉讼、移交或引渡程序所必需。

当涉嫌要为强迫失踪负责的人在其领土上，《公约》第 10 条就包含了两部分的义务。⁸⁵

首先，只要当局获提供当事人下落的信息，他们必须深入研究信息，并确定有关情况是否证明有潜在罪犯，以及是否有需要移交给国际刑事法院或引渡到另一个国家。他们不能忽略这些信息，而是必须及时和真诚地调查，并决心避免出现有罪不罚的现象。虽然第 10 条规定，

⁸⁴ 《1992年宣言》第13条第5款（“应采取步骤，保证对在提出申诉时或在调查程序期间出现的任何恶劣对待、恐吓或报复或任何形式的干涉予以应有的惩罚。”）。

⁸⁵ 《禁止酷刑公约》第 6 条第 1 款。

只有在当事人是在缔约国领土上才有这个义务，但各缔约国应要求当局采取这样的行动，即使该人是在其管辖下的任何领土，包括被占领的领土或维和人员进驻的领土，以及船舶和飞机。此外，当有理由相信嫌犯有可能到访这些地点时，当局应采取行动，在嫌犯到达时可迅速行动，从而避免了这种罪行出现有罪不罚的可能性。

其次，一旦缔约国初步审查现有的信息，并确定需要使用刑事、移交或引渡程序，他们必须确保涉嫌有强迫失踪罪的人在上述法律程序中出现。这种义务包括根据国家法律拘留嫌犯或采取任何其他预防措施，以确保他或她在整个刑事诉讼、移交或引渡程序中出现。

预防措施必须完全符合国际法和国际标准，包括《公民权利和政治权利国际公约》第9条。因此，拘留不应作为一般规则，要是释放嫌犯，则必须确保嫌犯在诉讼时出现。此外，作出释放的决定时，必须考虑到受害人、证人及其他与诉讼有关的人的任何风险。在被拘留的情况下，嫌犯必须“有权在合理的时间内受审判或被释放”。⁸⁶正如人权委员会指出，“审前拘留应是一个例外，拘留时间并应尽可能短”。⁸⁷此外，被剥夺自由的人，必须有由法院裁定其拘留是否合法的权利；如有违反《公民权利和政治权利国际公约》的情况，当事人有得到有效补救措施的权利。⁸⁸各国还必须确保，任何被逮捕或拘留的人，都可“迅速地”被带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员。⁸⁹

各缔约国应确保在法律和惯例中规定，当涉嫌要为强迫失踪负责的人在其领土上、或在其管辖范围内的领土上、或在船只或飞机上，或预计将在以上其中一个地点，当局必须及时检查手上的信息，并确定是否需要起用刑事诉讼、移交或引渡程序。如果是这样，缔约国必须拘留嫌犯，或采取其他必要的法律措施，以确保他或她在这些诉讼时出现。拘留和其他法律措施必须符合国际法和国际标准，拘留的时间长短仅限于确保对该人的刑事诉讼、移交或引渡程序所必需。

第 10 条

2. 采取本条第 1 款所述措施的缔约国，应立即展开初步询问和调查，确定事实。该国还应将根据本条第 1 款所采取的措施，包括拘留和致使实施拘留的犯罪情节，以及初步询问和调查的结果，通知第 9 条第 1 款中所指的缔约国，并表明它是否准备行使其管辖权。

《公约》第 10 条第 2 款规定了缔约国的两个义务。首先，由于《公约》第 10 条第 1 款规定的措施的性质，缔约国及得到迅速和有效的司法补救的权利，一旦采取了预防措施，嫌犯出现的缔约国必须按照有关调查的国际法和标准，“立即开展初步的调查以确定事实”，这点上面关于第 12 条第 1 和 2 款的讨论已有讲述。此外，如上所述，缔约国应在知道嫌犯有可能踏入其领土、其管辖范围的领土或船只或飞机进入其领土时，就展开调查。这样，当局就能够及时采取行动逮捕嫌犯，并避免嫌犯迅速离开其领土和有罪不罚的风险。

第二，缔约国在有嫌犯出现时，必须通知列于第 9 条第 1 款的所有国家（强迫失踪发生所在的缔约国、嫌犯所属的缔约国及受害人的国家）。通知应包括已采取的措施、调查结果和缔约国是否有意行使管辖权。然而，根据国际法，基于普遍管辖权，所有国家都可进行调查和

⁸⁶ 《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 3 款。

⁸⁷ 人权委员会，第 8 号一般性意见：人身自由和安全的权利（第 9 条）第 3 段，1982 年 6 月 30 日。

⁸⁸ 《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 4 款。

⁸⁹ 人权委员会，第 8 号一般性意见：人身自由和安全的权利（第 9 条）第 2 段，1982 年 6 月 30 日（表示了委员会认为，延误不得超过几天）。

起诉罪行，包括强迫失踪。⁹⁰因此，除了在第 10 条第 2 款要求通知某些缔约国外，有嫌犯出现的缔约国应通知所有其他缔约国和尚未批准《公约》的国家。

缔约国在有嫌犯出现，或嫌犯可能会进入该国时，应立即进行初步询问和调查以确定事实，并应通知所有国家其已采取的措施、查询或调查结果，以及是否打算行使管辖权。

7.5 与最近的国家代表联系的权利

第 10 条

3. 根据本条第 1 款被羁押的任何人，得立即与本人所持国籍国之最接近的适当代表取得联系，如他或她为无国籍人，应与其惯常居住地国的代表取得联系。

第 10 条第 3 款保证，每个涉嫌犯有强迫失踪罪而被羁押的人，可“立即与本人所持国籍国之最接近的适当代表取得联系”。当局必须立刻批准这种联系。同样地，第 17 条第 2 款(4)项作为防止强迫失踪的措施，保证任何被剥夺自由的人，可根据适用的国际法，与他或她的领事当局联系。根据 1963 年《维也纳领事关系公约》第 36 条，主管机关必须“毫不拖延地”告知当事人他的权利。根据同一条文，必须有效地保证领事官员可通畅无阻地探访“受监禁、羁押或拘禁之派遣国国民，与之交谈或通讯，并代聘其法律代表。”⁹¹

缔约国必须确保任何被羁押的人，有权立即与本人所持国籍国之最接近的适当代表取得联系，包括与他们对话和安排法律代表。

7.6 公平审判的权利

第 11 条

3. 因强迫失踪罪而受到起诉的任何人，应保证其在起诉的各个阶段受到公正待遇。因强迫失踪罪而受到审判的任何人，应在依法设立的主管、独立和公正的法院或法庭受到公正审判。

《公约》第 11 条第 3 款对刑事诉讼的各个阶段是否公平有严格要求。在这方面，《1992 年宣言》第 16 条第 4 款规定，“应根据《世界人权宣言》和其他有关的有效国际协定的有关规定，保证被认为应为这种行为负责的人在调查及最后起诉和审理的所有阶段都得到公正的待遇。”这些权利受到众多文书的保证。⁹²《公约》第 11 条第 3 款特别要求，需要面临审判的嫌犯，必须由称职、独立和公正的法院或由依法设立的仲裁庭审理。人权委员会曾表示，这

⁹⁰ 例如见，国际特赦组织，《普遍管辖权：各国有责任制定和立法》，索引号：IOR 53/002 至 O18/2001，2001 年 9 月。

⁹¹ LaGrand (德国诉美利坚合众国)，判决，国际法院，2001 年 6 月 27 日，第 74 段。法院认为：“第 36 条第 1 款建立一个相互联系的制度，旨在方便实施领事保护制度。它以领事保护为基本原则：沟通和访问的权利（第 36 条，第 1(uj)款）。此外，另一条文阐明了领事通知的方式（第 36 条第 1(6)款）。最后，第 36 条第 1(c)段载有若国民羁押在别的国家，领事官员可如何向其国民提供领事援助。因此，若接受国家未能毫无拖延地提供必要的领事通知而令派遣国不知道其国民被拘留，即本案在 1982 年至 1992 年间的情况，那接受国就是被阻止行使其根据第 36 条第 1 款的权利。”也见美洲人权法院，《领事援助的信息权利——法律正当程序担保的框架》，咨询意见 OC-16/99，1999 年 10 月 1 日，Series A No. 16。

⁹² 关于国际法和国际标准下公正审判的权利的全面分析，见国际特赦组织，《公正审判手册》，索引号：POL 30/02/98，1998 年 12 月（第二版即将在 2012 年出版）。

项权利在多个不同范围也有各种担保：（一）在法庭上人人平等；（二）由依法设立的称职、独立和公正的法庭作出公平和公开的审讯；（三）程序保障；（四）在刑事案件中出现误判时，有权得到赔偿；及（五）当罪行已受审判时，有权不再受审判或惩罚（一罪不二审）。缔约国必须确保其国内的法律尊重这些保证。⁹³

缔约国必须确保在审判强迫失踪罪的所有阶段，嫌犯也有公正审判的权利。这是在国际文书中承认的权利，如《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条。

8. 国家的合作

正如下面所讨论，就强迫失踪罪而言，缔约国有四个相互合作的主要义务：合作协助受害者（第 15 条），引渡涉嫌或犯有强迫失踪罪的人（第 13 条），为彼此提供相互法律协助（第 14 条）和若当事人面临强迫失踪的危险时，不作出驱逐、遣返、交出或引渡（第 16 条）。这些条约义务，是根据国际法和其他侵犯人权的罪行更广泛合作的其中一部分。⁹⁴

第 15 条

各缔约国应相互合作，并应彼此给予最大限度的协助，援助强迫失踪的受害人，查找、发现和解救失踪者，在失踪者死亡的情况下，挖掘和辨认遗体，并将之送返原籍。

第 15 条规定缔约国的义务由两部分组成。首先，他们必须相互合作，协助强迫失踪的受害者，包括最大程度的相互法律协助，其中必须包括在民事或刑事法律程序中援助受害者寻求赔偿。其次，他们必须协助受害者寻找、定位和释放失踪者，如失踪者已死亡，则必须协助掘出遗体 and 确定死者身份，并交还他们的遗骸。⁹⁵在许多情况下，这不仅需要法律和实践的改革，还要修改或签订新的双边或多边法律互助条约（见第 14 条）。

缔约国应确保在法律和实践，以及在条约中，充分与强迫失踪的受害者合作，帮助他们寻找、定位和释放失踪者。要是失踪者已死亡，当局须协助掘出遗体 and 确定死者身份，并交还他们的遗骸。

8.1 引渡

第 13 条

1. 就缔约国之间的引渡而言，不应将强迫失踪罪视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的普通犯罪，或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡要求。

⁹³ 联合国人权委员会，第32号一般性意见，《公民权利和政治权利国际公约》第14条，联合国文件编号CCPR/C/GC/32，2007年8月23日。（<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/71/PDF/G0743771.pdf?OpenElement>）。

⁹⁴ 联合国大会，《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，联合国文件编号A/RES/60/147，原则5。该原则的部份规定：“...此外，如果适用的条约或其他国际法律义务有此规定，国家应当便利向其他国家及适当的国际司法机构引渡或移交罪犯，并为促进国际司法提供司法协助和其他形式的合作，包括协助并保护受害者和证。这些程序应当符合国际人权法律标准并遵守国际法律要求，诸如禁止酷刑或其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的要求。”

⁹⁵ 1994年《美洲被迫失踪人士公约》第12条规定：“若未成年人的父母或监护人遭强迫失踪，缔约国之间应提供相互协助、搜索、识别、定位，或归还被带到或拘留在另一国家的未成年人。”

2. 本公约生效前各缔约国之间已有的任何引渡条约，应将强迫失踪罪均视为可予引渡的罪行。
3. 各缔约国承诺，今后彼此之间签订的所有引渡条约，均将强迫失踪罪列为可引渡的犯罪。
4. 以条约为引渡条件的缔约国，当收到另一个与之未签订引渡条约的缔约国提出的引渡要求时，可考虑将本公约作为对强迫失踪罪给予引渡的必要法律依据。
5. 不以条约作为引渡条件的缔约国，应承认强迫失踪罪为彼此之间可予引渡的犯罪。
6. 在所有情况下，引渡均须符合被请求缔约国的法律规定或适用的引渡条约所规定的条件，特别应包括有关引渡的最低处罚要求，和被请求缔约国可能拒绝引渡或要求引渡符合某些条件的理由。
7. 如果被请求缔约国有充分理由认为，提出引渡要求的目的是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、政治见解或属于某个特定的社会群体而对之进行起诉或惩罚，或同意引渡将在上述原因的某个方面造成对该人的伤害，则本公约的任何内容均不得解释为强制的引渡义务。

在引渡嫌犯、犯人或已被定罪的强迫失踪罪罪犯时，《公约》第 13 条规定了缔约国有多个义务。然而，如下所述，某些方面并没有提到国家应怎样引渡。因此，各缔约国应采取额外措施，确保引渡程序充分而有效地保障人权。

政治罪行 第 13 条第 1 款要求各缔约国确保强迫失踪罪不被视为政治罪行，因而不得拒绝缔约国之间的引渡要求。然而，他们也应该确保它不被视为尚未批准《公约》的国家禁止引渡的罪行。

缔约国应确保强迫失踪不被视为政治罪行，或与政治罪行有关的罪行，或是由政治动机引起的犯罪；当局也不能基于这些理由拒绝引渡请求。

强迫失踪是可引渡的罪行 根据第 13 条第 2 款，在《公约》生效前，缔约国必须视强迫失踪罪为现有的任何引渡条约中可引渡的罪行。此外，根据第 13 条第 3 款，缔约国承诺在随后缔结的任何引渡条约中，把强迫失踪罪包括在引渡罪行之中。他们也应与未有批准《公约》的国家作出相同的承担；如有条约禁止引渡犯下强迫失踪罪的人，和视其他国际法下的犯罪行为为政治罪行，则也必须修改。

缔约国应确保强迫失踪是所有国家在所有条约中的可引渡罪行。

《公约》是引渡的法律依据 缔约国如果在现有的条约中把引渡变成有条件的，当他们收到另一缔约国的引渡要求时，根据第 13 条第 4 款，在强迫失踪罪中，他们应该视《公约》为引渡的必要法律依据。此外，第 13 条第 5 款规定，若缔约国没有在现有的条约中把引渡列作有条件的，就应承认强迫失踪罪是缔约国之间的可引渡罪行。缔约国对尚未批准《公约》的国家也应该这样做。

缔约国应确保，要是其他国家没有引渡条约，本《公约》被认为是强迫失踪罪的必要法律依据。

消除国家法律和条约关于引渡的障碍 遗憾的是，第 13 条第 6 款规定，在所有情况下，引渡应当由提出请求的缔约国的法律或适用的引渡条约约定下条件，特别是有关引渡的最低限度刑罚要求的条件，以及提出请求的国家拒绝引渡的理由，或使其受到一定的条件限制。然而，引渡法律和条约的大部份条件，即使是根据国家法律的普通罪行是适当的，也不适用于国际法下的犯罪行为，如强迫失踪罪。因此，缔约国应在其国家法律中消除这样的要求，把它们在条约中剔除，并重新谈判条约，以消除这些障碍。这些阻碍主动和被动引渡的不适当障碍包括⁹⁶：

- 允许请求的政治控制；
- 禁止引渡本国国民；
- 双重犯罪（强迫失踪罪构成其他国家的罪行的要求）；
- 视强迫失踪罪为政治或军事罪行；
- 一罪不二审（一罪两罚）防止在另一个国家再审，即使一审时是假的或不公平的；
- 若该行为发生时，在请求国的法律下并不构成犯罪，就禁止有关的引渡，即使当时的行为是国际法下的犯罪行为；
- 承认强迫失踪罪中豁免起诉官员的有罪不罚要求；
- 诉讼时效限制；及
- 当事人若得到大赦、赦免或类似有罪不罚的待遇时就禁止引渡。

各国应消除国家法律或条约中任何上述的引渡障碍。

保障人权 第 13 条第 7 款规定，“如果被请求缔约国有充分理由认为，提出引渡要求的目的是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、政治见解或属于某个特定的社会群体而对其进行起诉或惩罚，或同意引渡将在上述原因的某个方面造成对该人的伤害，则本《公约》的任何内容均不得解释为强制的引渡义务。”

这一规定并没有充分保障人权。此外，缔约国应确保在国内法律、惯例和条约中，不会引渡有可能受到人权侵犯的人，包括：

- 当请求国不能保证公正审判的权利；
- 当被告可能遭受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚；
- 当被告可能被判处死刑。

⁹⁶ 积极人格是指一个过程，而这个过程是一个国家要求交出被请求国要求引渡以作刑事起诉的人，或判刑或执行这种罪行的刑罚。相比之下，被动引渡是指当事人基于同样的理由，由一国的领土被移交到外国的过程。

缔约国应执行第 13 条，并不应为引渡设下任何不适当的障碍，以及消除现行法律和条约的任何障碍，并纳入有效的人权保障。

8.2 相互法律协助

第 14 条

1. 缔约国在对强迫失踪罪提起刑事诉讼方面，应彼此提供最大限度的司法协助，包括提供所掌握的诉讼所必需的全部证据。

2. 此种司法协助应符合被请求缔约国国内法或适用的司法协助条约规定的要件，特别是被请求缔约国可藉以拒绝提供司法协助的理由，或对提供司法协助附加的条件。

除了第 15 条规定缔约国有为受害者提供相互法律协助的义务外，第 14 条第 1 款要求各缔约国就强迫失踪的刑事诉讼程序，为其他缔约国提供最大程度的相互法律协助。如上述关于第 13 条的讨论，予以适当的人权保障，此义务应适用于尚未批准《公约》的国家。然而，就引渡而言，第 14 条第 2 款的相互法律协助是以请求国的法律所要求的条件，或适用的法律互助条约为依据的，可能会导致强迫失踪罪的不罚现象。所以，所有限制这种援助的不适当条件应该被淘汰，并应纳入有效的人权保障。

缔约国应执行第 14 条，并不应有阻碍相互法律协助的任何不适当障碍；缔约国也在目前国内法律和条约中消除这些障碍，并纳入有效的人权保障。

8.3 驱回

第 16 条

1. 如果有充分理由相信，将某人驱逐、送返（“驱回”）、移交或引渡到另一国家，有造成此人遭受强迫失踪的危险，任何缔约国均不得采取上述行动。

2. 为确定是否存在这种理由，主管当局应斟酌一切有关因素，包括在适用的情况下，考虑有关国家是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道主义法的情况。

《公约》第 16 条规定，若当事人被移交至另一国家时会真正面临强迫失踪的风险，缔约国就要禁止转移该人士。“驱回”的禁令⁹⁷也规定，若当事人被移交至另一国家时会真正面临迫害的风险，或其他形式的严重伤害，缔约国就要禁止转移该人士。这些严重伤害包括酷刑或其他虐待、任意剥夺他人生命、判处死刑，⁹⁸包括但不限于在不公平审判后判处死刑、在武装冲

⁹⁷ 不驱回原则禁止驱逐、引渡、驱逐出境、返回或转移任何人去一个他或她可能会面临真正迫害和其他形式的严重伤害的国家或地区。这一原则在许多国际文书也有概述，也广泛受到国际习惯法准则承认，对所有国家都有约束力。承认禁止回驱的条约包括：《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 3 条、《美洲人权公约》第 22 条第 8 款、《难民公约》第 33 条、《美洲防止和惩处酷刑公约》第 13 条第 4 款、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 16 条、《欧洲人权公约》第 3 条、《欧洲联盟基本权利宪章》第 18 条和第 19 条第 2 款、以及《日内瓦第四公约》第 45 条第 4 款。

⁹⁸ 特别见《欧洲人权公约》第 2 条及《第 13 号议定书》第 1 条——如果他或她将真正面临死刑的风险，就要禁止引渡或驱逐该人士到另一个国家。也见，Hakizimana 诉瑞典（判决），第 37913/05 号，2008 年 3 月 27 日；及见，已作出必要的更改，Soering 诉英国的反驱回裁决，(1989 年 7 月 7 日判决，Series A no. 161)；S.R. 诉瑞典（判决），第 62806/00 号，2002 年 4 月 23 日；Ismaili 诉德国（判决），第 58128/00 号，2001 年 3 月 15 日；Bader and Kanbor 诉瑞典，第 13284/04 号，ECHR 2005-XI；Kaboulov 诉乌克

突的情况下蓄意攻击或不分青红皂白的暴力行为。⁹⁹缔约国应对所有被拘留者实施不驱回的保证。他们应确保，禁止驱回的主要标准是对个人的有效控制：如果每个国家对个人控制的标准不同，就要实施这个禁令。¹⁰⁰

缔约国应永远确保嫌犯可挑战驱回的决定。¹⁰¹当事人有责任去提供证据支持有关的风险。¹⁰²然而，在这一点上，举证责任可转移至国家身上去反驳这种风险。¹⁰³各国应有一个公平和有效的个别处理程序，在转移之前评估任何声称的风险，此过程必须待所有上诉完结前有中止效力。¹⁰⁴

缔约国不得将当事人驱逐、送回、交出或引渡到另一个国家，只要迁移后，他或她会受到强迫失踪或其他形式的严重危害，如迫害、酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚、任意剥夺他人生命或不公正的审判。国家法律应禁止转移该人士的有效控制至他或她将面临这样风险的国家；并应为声称面临这样风险的人提供一个程序，使他们可由独立和公正的机构审理其个案。

9. 防止强迫失踪

《公约》第 17 条的目的是防止强迫失踪，因此，该条文承认不被秘密关押的权利。¹⁰⁵为了确保实现这一权利，根据《公约》第 17 条第 2 款和第 3 款，缔约国有责任就剥夺自由建立和实施有效措施，以防止秘密拘留。¹⁰⁶此外，缔约国必须保证被剥夺自由的人有通信的权利和任何有合法权益的人在法院提出诉讼的权利。

正如《宣言》第 9 条指出，“在任何情况下，包括在上文第 7 条所指的情况下，为防止被强迫失踪，必须行使采取迅速而有效的司法补救措施的权利，以确定被剥夺自由的人的下落或健康状况和(或)查明下令或执行剥夺自由行为的当局。”，无论在战争威胁、战争状态、内部政治不稳定或任何其他公共紧急状态下。

9.1 秘密监禁

第 17 条

兰，第41015/04号，第99节，2009年11月19日。联合国司法独立的基本原则，第5原则；联合国人权委员会，第29号一般性意见：第4条（紧急状态期间的克减问题，2001年8月31日，CCPR/C/21/Rev.1/Add.11，第11段。

⁹⁹ 见酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员的报告，联合国文件编号A/60/3/16，2005年8月30日，第29段（<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/43f30fb40.pdf>）；见欧洲人权法院，*Al Sadoon and Mufhdi* 诉英国，2010年3月2日，第123-125段，反过来，特别引用，*Saadi* 诉意大利，判决，申请编号37201/06，欧洲人权法院，2008年2月28日，第125节）。

¹⁰⁰ Cordula Droegge，《被拘留者的转移：法律框架，不驱回和当代的挑战》，《国际红十字评论》，第90卷，第871期，2008年9月，第669页。

¹⁰¹ 见联合国禁止酷刑委员会，结论和建议，美利坚合众国，联合国文件编号CAT/C/USA/CO/2，第20和21段。

¹⁰² Rodley and Pollard，前注15，第173页。

¹⁰³ 同上。

¹⁰⁴ 同上，第174页。

¹⁰⁵ 《14点计划》第5点（“任何人都不应被秘密关押。”）。

¹⁰⁶ 《1992年宣言》的第3条确保这项权利得到有效实施，它规定，“每个国家应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，以防止和终止在其管辖下的任何领土内造成被强迫失踪的行为。”

1. 任何人都不应受到秘密监禁。

如人权委员会发表的全球秘密拘留做法的联合研究指出，秘密拘留可能对直接受害者及其家人构成酷刑或虐待。¹⁰⁷ 国际特赦组织注意到，秘密拘留促进了强迫失踪和酷刑：

“安全部队成员隐瞒‘失踪者’下落的其中一个方法，就是把他们藏在私人住宅或公寓、‘安全屋’，或其他未经授权的拘留场所。有时，犯人会被秘密拘留在正式的场所，有时是独立地点或普通保安部队人员不能进入的建筑物。所有这些秘密拘留的做法应该停止。”¹⁰⁸

联合研究已经确定了秘密拘留有下列元素：

- 国家当局以公职身份，或有人跟从其指令行事，即有国家授权、同意、支持或默许，或在任何其他情况下拘留者的行动或没有行动是由国家而起的。
- 这些人剥夺别人的自由（不论是否在非官方拘留地点或官方认可的地点，但却在一个隐藏部分或本身没有得到正式承认）。¹⁰⁹
- 这些人剥夺他人与外界接触的机会（被拘留，禁止与外界接触）。即使当局授予红十字国际委员会到访，如果红十字国际委员会不能注册个案，或国家不允许注册、或因任何其他理由不能通知被拘留者亲属他或她的行踪，这仍然构成秘密拘留。¹¹⁰
- 这些人拒绝证实或否认，或积极对外界隐瞒当事人被剥夺自由的事实，或拒绝提供或积极隐瞒有关被拘留者的命运或下落的信息。这是一个额外元素，并不是构成秘密拘留的必要元素。

第 17 条清楚不过地表明，缔约国单是把强迫失踪定为刑事罪行是不足够的，国家必须更普遍地在普通法律中禁止秘密拘留，并制定额外的非刑事措施来防止秘密拘留。

缔约国应在国家法律明文禁止秘密拘留，并根据上述已确定的基本要素和所有其他形式的非官方拘留作出定义。

第 17 条

2. 在不影响缔约国在剥夺自由问题方面的其他国际义务前提下，各缔约国应在本国的法律中：

(1) 规定下令剥夺自由的条件；

¹⁰⁷ 见联合国人权委员会，《在打击恐怖主义的同时促进和保护人权和基本自由问题特别报告员马丁·谢宁（Martin Scheinin）；酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚特别报告员曼弗雷德·诺瓦克（Manfred Nowak）；代表任意拘留问题工作组的副主席夏馨·萨达尔·阿里（Shaheen Sardar Ali）；以及代表被强迫或非自愿失踪工作组的主席耶利米·萨金（Jeremy Sarkin）关于打击恐怖主义时全球秘密拘留的做法的联合研究》，联合国文件编号 A/HRC/13/42，2010 年 2 月 19 日，第 5 页（<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-42.pdf>）。

¹⁰⁸ 国际特赦组织，《“失踪”与政治谋杀》，前注 6，第 128 页；国际特赦组织，《打击酷刑：行动手册》，索引号：ACT 40/001/2003（2003 年），第 96 页。

¹⁰⁹ 联合研究，前注 14，第 9 页。

¹¹⁰ 同上，第 11 页。

- (2) 说明有权下令剥夺自由的主管机关；
- (3) 保证任何被剥夺自由的人，只能关押在官方认可并加以监督的地点；
- (4) 保证任何被剥夺自由的人都能获准与其家属、律师或他或她选择的任何其他人取得联系并接受探视，且仅受法律规定条件的限制，如果此人是外国人，应根据相应的国际法，准许其与本国的领事机构联系；
- (5) 保证主管机关和法律授权机构的人员可进入被剥夺自由人的关押地点，如有必要，应事先得到司法机关的批准；
- (6) 保证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。

如下所述，根据《公约》第 17 条，缔约国必须采取广泛的步骤，以防止和制止强迫失踪。缔约国必须保证，并充分尊重被剥夺自由的人的人权保障。无论是在反恐或紧急立法或其他状态下，这些保障不能有限制。此外，如条文所指出，这些明文规定的步骤是“在不影响缔约国在剥夺自由问题方面的其他国际义务前提下”。其他国际法律和标准也规定广泛的义务，要求各国采取措施防止和制止强迫失踪。

建立在何种情况下可下令剥夺自由的条件 根据《公约》第 17 条第 2 款第(1)项，国家必须建立可下令剥夺自由的条件。¹¹¹这种情况必须由法律规定，而且是完全符合有关剥夺自由的国际法和标准，包括《世界人权宣言》（特别是第 3 条）、《公民权利和政治权利国际公约》（特别是第 9 条）、《联合国执法人员行为守则》¹¹²和《联合国执法人员使用武力和火器的基本原则》。¹¹³联合国任意拘留问题工作组已建立了评估当事人被剥夺自由的理由是否任意的框架。¹¹⁴

说明当局授权下令剥夺自由 《公约》第 17 条第 2 款第(2)项要求各缔约国说明有权下令剥夺自由的主管机关。这些官员应只是普通的执法人员（在武装冲突的情况除外，这情况下武装部队成员也可出于某种目的而获授权行事）。这些官员的职责应在法律上明确规定，若未能履行职责就要受到制裁，包括在没有合法理由的情况下，拒绝提供任何拘留方面的信息。¹¹⁵为了有效地执行第 17 条第 2 款第(1)项，各国应确保严格监督，包括建立明确的指挥链，对象是所有负责拘押、逮捕、拘留、羁押、转移和监禁的执法人员，以及法律授权使用武力和火器的其他官员。¹¹⁶

¹¹¹ 《14 点计划》第 6 点（“逮捕和拘留应当只能由法律授权的官员进行”）。

¹¹² 《执法人员行为守则》，联合国大会第 34/169 决议，1979 年 12 月 17 日 (<http://www2.ohchr.org/english/law/codeofconduct.htm>)。

¹¹³ 《执法人员使用武力和火器的基本原则》，第 8 届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，古巴哈瓦那，1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日 (<http://www2.ohchr.org/english/law/firearms.htm>)。

¹¹⁴ 见任意拘留问题工作组报告，联合国文件编号 A/HRC/16/47，2011 年 1 月 19 日，附件，第 8 段。

¹¹⁵ 《1992 年宣言》第 12 条第 1 款（“每个国家应在其本国法律中制定规则，规定受权发布剥夺自由命令的官员可在何种条件下发布这种命令，并对无合法理由拒绝提供任何被拘留者情况的官员制订出惩罚条例。”）。

¹¹⁶ 《1992 年宣言》第 12 条第 2 款（“每个国家还应严格监督负责捉拿、逮捕、拘留、关押、转移和

保证任何被剥夺自由的人只被关押在正式认可和监督的地方 根据《公约》第 17 条第 2 款第(3)项, 缔约国必须明确规定, 被剥夺自由的任何人只能被关押在官方认可并加以监督的地点, 而且并无任何例外。¹¹⁷被强迫或非自愿失踪问题工作组指出, 任何国家在任何情况下, 包括战争或突发公共事件的状态, 也不能以国家利益为名把秘密中心或拘留场所合法化, 这将无一例外地违反《宣言》的规定。¹¹⁸《1992 年宣言》第 10 条指出, 被剥夺自由的任何人在拘留后必须“立即交由司法当局处理”。

保证任何被剥夺自由的人应可与外界联系, 或外界可探访他们 《公约》第 17 条第 2 款第(4)项明确规定, 缔约国要按照国际法保证被剥夺自由的人的沟通权利和被探访权利。¹¹⁹他们有责任保证被剥夺自由的人, 有权与家人、律师或他们选择的任何其他他人沟通和访问, 以及与他或她的领事机构沟通(见上文第 7.4 节)。¹²⁰有权与外面沟通在其他国际法和国际标准中进一步详细列明, 包括《联合国保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》¹²¹、《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》¹²²、《联合国关于律师作用的基本原则》¹²³及《维也纳领事关系公约》。¹²⁴

保证获得合法授权的主管当局和机构可到访被剥夺自由的人的关押地点 《公约》第 17 条第 2 款第(5)项有一个重要的保障规定, 它要求缔约国必须确保外界可到访被剥夺自由的人的关押地点。这一规定实现了《1992 年宣言》第 9 条措辞完全相同的保证, 缔约国有义务确保国家和国际法可让主管部门“有权进入一切关押被剥夺自由的人的地方和这些地方的每一部分以及进入有理由相信可能找到他们的任何地方。”¹²⁵为了有效地实现这一要求, 他们应该提供定期、独立、未经宣布的和不受限制的访问, 进行内部检查, 并建立独立机制, 在任何时

监禁的所有执法人员以及经法律授权可使用武力和火器的其他官员, 包括建立一套明确的指挥系统。”); 《14 点计划》第 2 点(安全部队负责人应保持严格的指挥链控制, 以确保他们指挥下的人员不会犯下“失踪”行为)。

¹¹⁷ 《14 点计划》第 5 点(“各国政府应确保囚犯只拘留在公开认可的拘留场所。”)。

¹¹⁸ 被强迫或非自愿失踪问题工作组报告, E/CN.4/1997/34, 1996 年 12 月 13 日, 第 24 段。
(<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/144/02/IMG/G9614402.pdf?OpenElement>)。

¹¹⁹ 《14 点计划》第 3 点(“任何人被逮捕, 他或她的拘留地点, 包括被转移和释放的准确信息, 应迅速提供给亲属、律师和法院。”)。

¹²⁰ 《14 点计划》第 7 点(“亲属、律师和医生应及时和定期探访他们。”)。

¹²¹ 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》, 联合国大会第 43/173 号决议, 1988 年 12 月 9 日 (<http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>)。

¹²² 《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》于 1955 年在日内瓦举行的第 1 届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过, 并由经济及社会理事会第 663C(XXIV)号决议(1957 年 7 月 31 日)及第 2076(LXII)号决议(1977 年 5 月 13 日)批准。

¹²³ 《关于律师作用的基本原则》, 第 8 届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会, 古巴哈瓦那, 1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日 (<http://www2.ohchr.org/english/law/lawyers.htm>)。

¹²⁴ 《维也纳领事关系公约》, 1963 年 4 月 24 日
(http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf)。

¹²⁵ 《1992 年宣言》第 9 条第 2 及 3 款规定了:

“在这种诉讼程序中, 国家主管当局应有权进入一切关押被剥夺自由的人的地方和这些地方的每一部分以及进入有理由相信可能找到他们的任何地方。

3. 按照国家法律或根据一国加入的任何国际法律文书而有权进入这种地方的任何其他主管当局也可进入这种地方。”

候在所有拘留地点起监测目的。¹²⁶在武装冲突时期，应告之红十字国际委员会所有拘留设施的位置。缔约国应确保提供与其他国际法和国际标准要求一致的进出拘留设施的步骤。¹²⁷

保证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做出裁决，如果剥夺不合法，则应下令释放。此外，根据《公约》第 17 条第 2 款第(6)项，缔约国必须保证任何有合法权益的人，如被剥夺自由的人的亲属、他们的代表或律师，在所有情况下，有权在法庭提起诉讼。这些诉讼是让法庭立即决定剥夺自由的合法性，要是不合法，就下令释放当事人。¹²⁸特别是由独立的司法机构审理的有效人身保护和公民诉愿，对确保尊重个人自由的权利至关重要。因此，国内立法框架不应允许人身保护令或宪法保护存有例外，法院必须是独立、公正和权威的，以履行其职能，¹²⁹包括其运作是独立于拘留当局及剥夺自由的地方和形式。司法机构在保护人民免遭秘密拘留可以发挥至关重要的作用。在人身保护令或保护程序生效期间，国家法律应规定可处罚拒绝透露相关信息的官员。¹³⁰

缔约国必须切实保证被剥夺自由的人都有这些保障。除了满足国际法和国际标准的其他要求，缔约国必须在其法律中提供所有第 17 条第 2 款要求的措施。特别是，各国必须：

- 规定下令剥夺自由的条件；
- 说明有权下令剥夺自由的主管机关；
- 保证任何被剥夺自由的人，只能关押在官方认可并加以监督的地点；
- 保证任何被剥夺自由的人，应根据国际法，能获准与其他人取得联系并接受探视；
- 保证主管机关和法律授权机构的人员可进入被剥夺自由人的关押地点；
- 保证任何被剥夺自由的人，或在怀疑发生强迫失踪的情况下，任何有合法利益的人，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。

缔约国按照其他国际法和国际标准应采取的其他步骤 如上所述，第 17 条第 2 款明确指

¹²⁶ 《14 点计划》第 7 点（“应该有定期的、独立的、突击和无限制地检查所有拘留场所。”）。见联合国酷刑问题特别报告员报告：联合国文件编号 A/56/156（2001 年 7 月 3 日），第 34-38 段；联合国文件编号 E/CN.4/2006/6（2005 年 12 月 23 日），第 20-27 段；联合国文件编号 A/61/259（2006 年 8 月 14 日），第 72-73 段，联合国文件编号 A/65/273（2010 年 8 月 10 日），第 75-86 段。

¹²⁷ 例如见，防范酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚小组委员会，第 12 次会议，日内瓦，2010 年 11 月 15 至 19 日，《防范酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚小组委员会就缔约国访问的指引》，联合国文件编号 CAT/OP/12/4

（<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/index.htm>）。也见，防止酷刑协会，《国家防范机制下探访的战略规划》（http://www.apr.ch/index.php?option=com_k2&view=item&id=1020%3Aplanning-strategies-for-an-npm-visit&lang=en）。

¹²⁸ 《公民权利和政治权利国际公约》，第 9 条第 4 款；《14 点计划》第 4 点（“各国政府应确保在任何时候都有有效的司法补救措施，使亲属和律师可立刻找出囚犯的关押地点和被谁关押，并确保他或她的安全，以及释放被任意拘留的人”）。

¹²⁹ 另见人权委员会第 32 号一般性意见。

¹³⁰ 见联合研究，前注 14，第 5 页。

出，各国必须根据国际法和国际标准，采取其他措施来防止和结束秘密拘留。在这方面，联合研究指出了各国应采取以下措施：¹³¹

- 保证情报机关的任何行动应以法律为依归，并符合国际规范。要在情报合作中确保问责制，就要建立和加强真正独立的情报审查和监督机制。这种机制应取得所有信息，包括敏感的信息。他们应获授权进行审查和调查，并公开报告内容；
- 由完全独立的机构及时调查据称涉及任何秘密拘留的指控。如发现有人参与秘密拘留及在拘留期间犯下任何非法行为，包括上级命令、鼓励或同意秘密拘留，当局应毫不拖延地起诉，若发现有罪，就应判处与罪行严重性相称的刑罚；
- 在其国内法律中规定，公开所有虐待拘留者和酷刑的指控，以及拘留者在羁押期间死亡的未决调查。在任何法律程序，也不能使用凭借酷刑或残忍、不人道和有辱人格的待遇获得的信息；
- 按照《公约》和有关国际准则，保证为秘密拘留的受害者提供司法补救和赔偿，承认受害者的权利，充分、有效和迅速地给予与违法行为的严重性和所受伤害相称的赔偿。鉴于失踪者家属已被国际法确认为受害者，他们也可得到康复服务和赔偿。

缔约国应在法律和实践执行这些步骤，除《公约》第 17 条第 2 款明确规定外。特别是，各国政府应当：

- 保证情报机关的任何行动应以法律为依归，并符合国际规范。
- 由完全独立的机构调查任何秘密拘留的指控。
- 在其国内法律中规定，公开所有虐待拘留者和酷刑的指控，以及拘留者在羁押期间死亡的未决调查。
- 按照《公约》和有关国际准则，保证为秘密拘留的受害者提供司法补救和赔偿。

9.2 被剥夺自由者的官方登记册

第 17 条

3. 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书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：

- (1) 被剥夺自由者的身份；
- (2) 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负责机关；
- (3) 下令剥夺自由的机关及剥夺自由的理由；
- (4) 负责监管剥夺自由的机关；
- (5) 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；
- (6) 被剥夺自由者健康的主要情况；

¹³¹ 同上。

(7) 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；

(8) 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。

为了防止强迫失踪，根据《公约》第 17 条第 3 款，缔约国必须编译和维护最新的被剥夺自由者官方登记册和/或记录。¹³²其他要求各国建立登记册的国际法律和标准，以及欧洲人权法院判例也加强了这个义务。¹³³根据第 17 条第 3 款，登记册必须包括：

- 被剥夺自由者的身份；
- 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负责机关；
- 下令剥夺自由的机关及剥夺自由的理由；
- 负责监管剥夺自由的机关；
- 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；
- 被剥夺自由者健康的主要情况；
- 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；
- 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。

其他国际文书也有类似要求，包括《日内瓦第三公约》、¹³⁴《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》¹³⁵和《联合国保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》¹³⁶。根据《日内瓦公约》的要求，拘留记录应当保存，包括在武装冲突时期。纪录应包括被拘留者的人数、他们的国籍和拘留他们的法律基础——不论他们是战俘还是被拘禁的平民。¹³⁷

按照《1992 年宣言》第 10 条第 3 款，登记册必须存放在每个拘留地点，各国也应建立并保管中央登记册，以便追踪被剥夺自由者的下落，因为当局可能未有当事人下落的准确信息，这最新的中央登记册就有助澄清事实。¹³⁸

¹³² 《14 点计划》第 5 点（“所有囚犯的最新登记册，应由中央保留并存放在每一个拘留场所。登记册中的信息应可供亲属、律师、法官、试图追查被拘留者下落的官方机构，以及其他有合法权益的人查阅。”）。

¹³³ 欧洲人权法院，Kurt 诉土耳其，1998 年 5 月 25 日的判决，第 125 段写着：“没有数据记录如日期、时间和拘留地点、被拘留者的名称，以及被拘留的原因和受影响者的名称，就应被视为违反《公约》第 5 条的真正目的。”

¹³⁴ 《日内瓦第三公约》第 122 至 125 条。

¹³⁵ 《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》第 7 条（登记）。

¹³⁶ 《联合国保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 12 条。

¹³⁷ 见联合研究，前注 14，第 5 页，建议（a）。

¹³⁸ 《1992 年宣言》第 10 条第 3 款（“每一拘留地点应保有所有被剥夺自由的人的最新正式登记册。此外，每个国家应采取措施保有类似的集中登记册。登记册中的资料应提供给上一款提到的人员、任何司法或其他主管和独立的国家当局以及按照当事国的法律或根据当事国加入的任何国际法律文书有权得到这种资料的任何其他主管当局，凡查询被拘留者下落的均应获得有关资料。”）。

《1992年宣言》第10条第3款和《公约》第17条第3款同样要求这些记录必须是准确的，而且可及时提供给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书所授权的司法或其他主管机关或机构。

为了采取有效措施，防止犯下强迫失踪罪，缔约国应在登记册中包括性别分类的信息。

缔约国必须建立官方最新的被剥夺自由者登记册，不论是在和平还是武装冲突时期。登记册要包括《公约》和其他国际法和国际标准要求的所有信息。

9.3 取得关于被拘者的信息的权利

第18条

1. 在不违反第19和第20条的情况下，各缔约国应保证，任何对以下信息有合法利益的人，例如被剥夺自由者的亲属、他们的代表或律师，应至少能获得以下信息：

- (1) 下令剥夺自由的机关；
- (2) 剥夺该人自由以及收押的日期、时间和地点；
- (3) 负责监管剥夺自由的机关；
- (4) 被剥夺自由者的下落，包括在转往另一监押场所的情况下，转移的地点和负责转移的机关；
- (5) 释放的日期、时间和地点；
- (6) 被剥夺自由者健康的主要情况；
- (7) 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。

2. 必要时应采取适当措施，保护本条第1款中讲到的人和参与调查的人员，不得因查寻被剥夺自由者的情况，而受到任何虐待、恐吓或处罚。

如上所述，根据《公约》第17条第3款，国家必须编译和维持“一份或数份被剥夺自由者的最新官方登记册和/或记录”。除了司法或其他主管机关或机构，按照《公约》第18条，任何对此信息持有合法权益的人，必须有途径取得这些信息。“有合法利益的人”一词最低限度必须包括，被剥夺自由者的亲属、他或她的代表或律师。根据第18条，这些人必须至少取得以下信息：

- 下令剥夺自由的机关；
- 剥夺该人自由以及收押的日期、时间和地点；
- 负责监管剥夺自由的机关；
- 被剥夺自由者的下落，包括在转往另一监押场所的情况下，转移的地点和负责转移的机关；
- 释放的日期、时间和地点；

- 被剥夺自由者的健康情况；
- 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。

有合法利益的人也应得到保证当事人基于什么法律基础被拘留的知情权，包括在武装冲突时期。¹³⁹

除了《公约》第 18 条的规定，各国必须根据其他国际条约和标准，向不同人士和机构提供信息。

缔约国必须确保国家法律保障所有有合法利益的人，可根据《公约》和其他国际条约和标准，有权及时获得所有所需的信息。

9.4 个人信息的处理

第 19 条

1. 在查找失踪者的过程中收集和/或转交的个人资料，包括医疗和遗传学资料，不得用于查找失踪者以外之其他目的，或提供给其他方面。这一规定不影响在审理强迫失踪罪的刑事诉讼中，或在行使获得赔偿权过程中使用这些资料。
2. 收集、处理、使用和储存个人资料，包括医疗和遗传学资料，不得侵犯或实际上造成侵犯个人的人权、基本自由或人的尊严。

《公约》第 19 条要求各缔约国为查找失踪者过程中收集到的个人资料，建立保障性措施，以确保它不可用于不正当的目的。缔约国必须保证个人资料的收集、加工、使用和储存，包括医疗和遗传数据，必须只用于寻找失踪者的目的。然而，**这些信息**可用于刑事法律程序中有相关强迫失踪的罪行或行使获得赔偿的权利。个人信息的收集、加工、使用和储存必须符合个人的人权、基本自由和尊严。

各国必须确保建立搜寻失踪者的所有程序不违反关于个人信息的收集、加工、使用和储存，以及保护的人权。

9.5 限制获得信息的权利

第 20 条

1. 只有在对某人采取法律保护措施，且剥夺自由受到司法控制的条件下，或者转交资料会对该人的隐私或安全造成不利影响、妨碍刑事调查，或出于其他相当原因，方可作为例外，在严格必需和法律已有规定的情况下，依法并遵照相关国际法和本公约的目标，对第 18 条中讲到的信息权加以限制。对第 18 条所述信息权的任何限制，如可能构成第 2 条所界定的行为或违反第 17 条第 1 款的行为，均在禁止之列。
2. 在不影响审议剥夺某人自由是否合法的前提下，缔约国应保证第 18 条第 1 款中所指的人有权得到及时、有效的司法补救，以便立即得到第 18 条第 1 款中所提到的信息。这项获得补救的权利，在任何情况下都不得取消或受到限制。

¹³⁹ 见联合研究，前注 14，第 5 页，建议(a)。

《公约》第 20 条规定了严格的条件，狭义地限制了缔约国持有被剥夺自由者的资料的广泛权利，第 18 条保证了这点。事实上，第 20 条中规定的条件非常严格，几乎没有限制信息权的空间。司法保障不得在任何情况下受到限制。

限制信息权利的制约 根据第 20 条第 1 款，限制只能在“例外，在严格必需和法律已有规定的情况下”。根据第 20 条第 1 款，获得信息的权利只可能在符合下列条件时受到限制：

- 该人士受法律保护。此要求暗示必须是有效的保护。此外，“法律”一词不能只限于国家法律，它必须是完全符合国际法和国际标准要求的国家法律。

- 剥夺自由受到司法控制。这必然意味着有效的司法控制，即法院可以裁定限制信息的权利不符合《公约》或其他国际法律和标准而结束限制。第 20 条第 2 款进一步阐明了这个情况。

- 法律规定可以采取限制的条件。这些国家法律当然必须是完全符合国际法和国际标准的要求。

任何限制不会导致强迫失踪或秘密拘留；也就是说，任何限制从来不允许国家向外界隐瞒拘留的事实、被拘留者的命运，或秘密关押地点（即至少一名家庭成员、律师，或其他有合法权益的人必须得到被拘留者情况的核心信息）。¹⁴⁰

第 20 条第 1 款规定，只有在四种情况下，缔约国才可以限制取得被剥夺自由者的信息的权利：

- 转交资料会对该人的隐私造成不利影响。

鉴于外界迫切需要知道他或她的命运，以确保该人士的安全，当局应假设，在没有令人信服的反相推理由下，这比任何隐私问题更重要。被拘留者的隐私考虑不应被援引成为限制信息的理由，违反被拘留者本身的意愿。¹⁴¹

- 转交资料会对被剥夺自由的人的安全造成不利影响。

在大多数情况下，当事人被剥夺人身自由后立即提供的信息，是最有效的方式来保护他或她的安全。公报信息而导致严重影响其安全是极其罕见的。¹⁴²再者，被拘留者的安全考虑不应被援引成为限制信息的理由，违反被拘留者本身的意愿。

- 转交资料会妨碍刑事调查（参阅更多的一般性意见，特别是下文有关这个理由的讨论）；或

¹⁴⁰ 见《公约》起草时的相关讨论，载于联合国文件编号 E/CN.4/2005/66，第 92 段；联合国文件编号 E/CN.4/2006/57，第 17 及 136 段；及 Pollard，“较亮的黑色阴影？‘秘密拘留’及联合国失踪公约”，载于 Gilbert, Hampson, Sandoval (eds), 《人权实践》(Abingdon: Routledge, 2011 年)，第 153-154 页。

¹⁴¹ 这种做法反映在《联合国失踪宣言》第 10 条第 2 款：“应将他们遭到拘留一事以及他们的拘留地点、包括转移的准确情况立即通知其家属、律师或任何其他有合理理由关心这种情况的人，除非有关人员表示与此相反的愿望。”

¹⁴² 一份关于这个题目的权威指南指出，“失踪者在拘留后的几个小时或几天内，遭受酷刑或谋杀的风险是最高的。”争取人权，《以法律预防强迫失踪：失踪者亲属和非政府组织的实用指南》，2009 年，第 22 页。本指南宣称“因为强迫失踪罪是隐瞒或拒绝信息的犯罪行为，要记录它们和收集证据在整个行动中最为关键。”同上，第 96 页（脚注省略）。

■ 或依照法律出于其他相当原因。应当指出，在《公约》起草时，就明确拒绝了有关以“国家安全”或“公共安全”为由作为拒绝提供信息的建议。理由正是这些概念经常被参与强迫失踪的国家援引。¹⁴³正因如此，若在第 20 条包括了“国家安全”或“公众安全”等含糊概念作为拒绝提供信息的理由，有违《公约》起草的宗旨和意图。

在每个个案中，限制必须符合适用的国际法律与《公约》的目标。

“严格必需”是指国家法律必须指出施加限制的具体原因，也必须在同一基础上严格限制限期；国家法律应规定要纪录任何延误及其原因，并须事先由独立人员批准。¹⁴⁴国家法律也应明确指定任何限制的绝对上限，而不是被拘留者提出要求才设上限，例如，上限应不超过 18 小时。¹⁴⁵

缔约国必须在其国内法律明文规定，列明国家在何种最严格的条件下可以限制取得被剥夺自由者的信息权利。这种限制的性质和持续时间是严格受到制约的，并有绝对上限（被拘留者没有提出限制），如不超过 18 小时，并严格按照适用的国际法和国际标准，以及与《公约》的目标一致。缔约国应确保被拘留者的隐私或安全考虑，不应被援引为限制信息的理由，违反被拘留者本身的意愿。根据第 20 条，“国家安全”或“公共安全”不应包括被作为拒绝提取信息的理由。

维护司法保障的有效性 此外，第 20 条第 2 款要求各缔约国保证任何在第 18 条记载有合法权益取得被剥夺自由者的信息的人，如亲属、其代表或律师，有权迅速和有效地获得司法补救措施，以便毫不拖延地获得这些信息，以及由司法机构裁定剥夺自由的合法性的权利。¹⁴⁶ 缔约国不得在任何情况下暂停或限制这种权利。

缔约国必须保证任何在第 18 条第 1 款中有合法权益取得信息的人，有权迅速和有效地获得司法补救措施，以便毫不拖延地获得这些信息。缔约国不得在任何情况下暂停或限制这种权利。

9.6 核查被剥夺自由者是否获释

第 21 条

¹⁴³ 见起草会议报告，特别包括 E/CN.4/2005/66（2005 年 3 月 10 日），第 90-91 段。也见 Scovazzi and Citroni, 《免遭强迫失踪的斗争及 2007 年联合国公约》(Leiden: Koninklijke Brill, 2007 年), 第 339 页。

¹⁴⁴ 例如见，欧洲防止酷刑委员会，《防止酷刑委员会的标准》，文件编号 CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010 年，第 12 页：“通知第三方被拘留的事实是被拘留者的权利，这原则在警方拘留起首时就要受保证。当然，《防止酷刑委员会的标准》承认这一权利的行使可能有若干例外情况，以保护警方调查的合法权益。然而，这些例外应明确界定和有严格时间限制，行使例外时应采取适当的保障措施（例如须要书面记录拘留的任何延误，并列明理由，并要求与此案无关的高级警务人员或检察官批准）。”

¹⁴⁵ 联合国酷刑问题特别报告员的一般性建议，联合国文件编号 E/CN.4/2003/68（2002 年 12 月 17 日），第 26 段，载于第 (g) 项：“在任何情况下，被拘留者的亲属应当在 18 小时内被告知有关逮捕和拘留的地方。”《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 15 项规定，即使在有限的情况下，而限制可能是有正当理由的，“被拘留人或被监禁人与外界，特别是与其家属或律师的联络，不应被剥夺数日以上。”

¹⁴⁶ 《14 点计划》第 4 点（“各国政府应确保在任何时候都提供有效的司法补救措施，使亲属和律师可立即找出囚犯的羁押地点，给被谁羁押，以确保他或她的安全，并令遭任意拘留的人获释。”）。

各缔约国应采取必要措施，确保被剥夺自由的人获释能得到可靠核实，即他们确实得到释放。各缔约国还应采取必要措施，确保获释时这些人的身体健康并能完全行使他们的权利，且不得影响这些人在本国法律下可能承担的任何义务。

作为防止强迫失踪的措施，《公约》第 21 条实现了《1992 年宣言》第 11 条，规定缔约国有义务提供可靠的核查，以证实被剥夺自由者实际上已被释放。¹⁴⁷ 缔约国还必须提供必要的措施，以确保当事人身体健康，并在获释时可充分行使自己的权利。这些措施应包括司法控制和给予有合法权益的人的信息。

缔约国必须在其国内法律和实践中，提供有效的措施，以证实被剥夺自由者实际上已被释放；并确保当事人身体健康，在获释时可充分行使自己的权利。

9.7 培训

第 23 条

1. 各缔约国应确保，对执法人员、文职或军事人员、医务人员、国家官员和其他可能参与监押或处置任何被剥夺自由者的人的培训，应包括对本公约相关规定的必要教育和信息，以便：

- (1) 防止这类官员卷入强迫失踪案件；
- (2) 强调防止和调查强迫失踪案件的重要性；
- (3) 确保认识到解决强迫失踪案件的迫切性。

2. 各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示，指令、授权或鼓励制造强迫失踪。各国应保证，拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。

3. 各缔约国应采取必要措施，确保当本条第 1 款所指的人有理由相信强迫失踪案件已经发生或正在计划之中时，应向上级报告，并在必要时报告拥有审查权或补救权的有关当局或机关。

《公约》第 23 条要求缔约国采取四个独立但相关的步骤，以防止和制止强迫失踪：培训官员禁止下令进行强迫失踪，惩罚那些拒绝服从这道命令的人，确保官员汇报已计划的或已犯下的强迫失踪行为。

培训 第 23 条第 1 款要求，第一步是培训四类人员，以防止和制止强迫失踪：

- 执法人员、文职或军事；
- 医务人员；
- 国家官员；

¹⁴⁷ 《1992 年宣言》第 11 条（“所有被剥夺自由的人的释放方式必须允许可靠的核查，以证实他们确已被释放，并证实他们获释时的情况可以保证他们身体健康并能充分行使他们的权利。”）。

- 其他参与监押或处置任何被剥夺自由者的人。¹⁴⁸

这种培训必须包括有关《公约》规定的必要教育和信息，以实现三个目标：防止这类人员卷入强迫失踪案件，强调防止和调查强迫失踪案件的重要性，确保这类人员认识到解决强迫失踪案件的迫切性。

在建立和实施这种培训方案时，缔约国应使用有关官员的人权培训的最佳做法。这种最佳做法可参阅国际特赦组织文件《政府官员的人权培训和教育指南：12点最佳做法》。¹⁴⁹

禁止下令犯强迫失踪 第23条第1款的第二个步骤是确保禁止发布任何命令和指示，指令、授权或鼓励制造强迫失踪。¹⁵⁰

保护那些拒绝服从强迫失踪命令的人 根据第23条第1款，第三步是要保证拒绝服从命令的人不会受到惩罚。¹⁵¹

报告的责任 第23条第1款规定的第四步，是所有官员有责任报告任何犯下强迫失踪迹象的信息，要有效施行这一步，各国必须建立安全、机密的报告方法，并广泛宣传，措施不仅会保护那些告发的人免受威胁和报复，同时也为履行这一职责的人员在事业发展上有积极作用。

缔约国应在他们的法律和实践 中实施第23条所规定的四个步骤。

10. 强迫失踪罪的受害者

按照国际法，受害人有获得有效补救措施的权利，包括充分和有效的赔偿。正如工作组指出，“提供相应的刑事制裁的义务，不得损害给予受害者充分的民事赔偿的责任”和“被指控强迫失踪的的肇事者也有一般的民事赔偿责任”。¹⁵²

《公约》第8条第2款规定，缔约国有义务尊重、保护和履行人权侵犯的受害者获得有效补救的权利。¹⁵³《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（以下简称《原则》）第7原则说明：

“对严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为的补救包括国际法规定的下列受害

¹⁴⁸ 也见《1992年宣言》第6条第3款（对执法人员的培训应强调不得援引任何命令或指示作为造成被强迫失踪的理由。任何接到这种命令或指示的人有权利和义务不服从这种命令或指示，并禁止指令、授权或怂恿任何被强迫失踪行为的命令或指示）。

¹⁴⁹ 索引号：ACT 30/1/98，1998年2月
(<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT30/001/1998/en/011e0855-e83c-11dd-bca7-eb90848b856c/act300011998en.html>)。

¹⁵⁰ 《1992年宣言》第6条第2款（“每个国家应确保禁止指令、授权或怂恿任何被强迫失踪行为的命令或指示...”）。

¹⁵¹ 同上，（“任何接到这种命令或指示的人有权利和义务不服从这种命令或指示。”）。

¹⁵² 被强迫或非自愿失踪问题工作组的报告，增编，就强迫失踪在国内刑事立法的最佳做法，第46段，A/HRC/16/48/Add.3。

¹⁵³ 《公民权利和政治权利国际公约》第2条第3款载明了有效补救的权利。《世界人权宣言》第8条、《消除一切形式种族歧视国际公约》第6条、《禁止酷刑公约》第14条、《儿童权利公约》第39条、《1907年关于陆战法规和习惯的海牙公约》、《第一议定书》第91条、《罗马规约》第75条及《非洲人权和人民权利宪章》第7条也承认了这项权利。

人权利：（a）获得平等和有效的司法救助；（b）对所遭受的损害获得充分、有效和迅速的赔偿；及（c）获得与违法行为和赔偿机制相关的信息。”¹⁵⁴

《公约》第 24 条就强迫失踪的受害者规定了六个明示或隐含的义务。

10.1 受害人的定义

第 24 条

1. 在本公约中，“受害人”系指失踪的人和任何因强迫失踪而受到直接伤害的个人。

为了有效地实现第 24 条，缔约国必须确保在国家法律和实践中“受害者”的定义涵盖了失踪者和任何因强迫失踪而直接受到伤害的人，包括失踪者的家庭成员或朋友。各国必须确保其国内法与的上述《原则》的第 5 原则一致。¹⁵⁵此外，无论肇事者是否被确定、逮捕、起诉或被判罪名成立，也不论肇事者和受害人之间是否有亲属关系，各国应确保一个人被视为受害者。¹⁵⁶

10.2 绳之以法

各国应保证《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》第 7 原则规定的诉诸法律的权利。¹⁵⁷此外，缔约国应保证强迫失踪的受害者在司法过程中有代表和参与的权利。正如美洲人权法院指出，各国必须确保在调查的每个阶段和审判那些要为罪行负责的人时，受害者的亲属也能充分参与整个过程。¹⁵⁸因此，各国必须消除任何诉诸法律的经济和歧视性障碍，并确保参与过程中的人受到有效的保护。

为了保证补救的权利，缔约国必须确保当事人根据国际法所规定，平等和有效地得到公正裁决，特别要注意男女受到非自愿失踪及可能成为性暴力和其他形式暴力受害者的情况，以及弱势群体，如儿童。

10.3 保护

第 18 条第 2 款 必要时应采取适当措施，保护本条第 1 款中讲到的人和参与调查的人员，不得因查寻被剥夺自由者的情况，而受到任何虐待、恐吓或处罚。

¹⁵⁴ 《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（《补救和赔偿的权利基本原则》），由联合国大会第 60/147 号决议通过并宣布，2005 年 12 月 16 日，联合国文件编号 A/RES/60/147 (<http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm>)。

¹⁵⁵ 同上，原则 5，第 8 段：

“受害者是指由于构成严重违反国际人权法或严重违反国际人道主义法的行为或不作为而遭受损害，包括身心伤害、精神痛苦、经济损失或基本权利受到严重损害的个人或集体。适当时，根据国内法，“受害人”还包括直接受害人的直系亲属或受扶养人以及介入干预以帮助处于困境的受害人或阻止加害他人行为而遭受损害的人。”

¹⁵⁶ 同上，原则 5，第 9 段。

¹⁵⁷ 同上，原则 7。

¹⁵⁸ 见，Gelman 诉乌拉圭（法律依据和赔偿），美洲人权法院，2011 年 2 月 24 日，第 256 段。

为了保证有效补救的权利和遵守调查的义务，如果有足够的可接纳证据，还有义务去起诉那些要为强迫失踪罪负责的人，国家必须保护持有合法利益的人及那些参与调查的人。各国应至少保护受害人、强迫失踪案的证人、反对强迫失踪的维权者、律师和失踪者家属的安全、身心健康、尊严和隐私。正如人权理事会指出，应给予追寻失踪亲属下落的妇女家庭成员特别关注。¹⁵⁹

各国应制定方案，排除公开披露他们的身份或间接确定信息来源的人的身份。这些方案应与其他有效的补救措施，共同保护他们的安全、身心健康、尊严和隐私。这些方案应包括有效保护他们的海外公民身份的措施及提供领事保护，以确保其他国家遵守国际法的义务。保护措施可包括不公开的听证会、预先录制的证词、图像和声音（经过处理）、视频会议和使用假名，以令大众无从知道他的身份。在刑事诉讼中采取所有这些措施必须是不损害被告的权利，或不得与被告的权利不一致，也不得损害公平和公正审判的权利。在任何情况下，保护措施应包括：要求警察的保护；对任何对被害人或证人及其家人构成威胁的人发出禁制令；保护被害人或证人及其家人以免被披露其下落，为他们提供医疗、心理治疗和支持。如受害者的证人受严重威胁，应把他们搬迁到国内别的地方，或者如果必要的话，到另一个国家。这些措施应在司法、行政或其他相关法律程序开始前、期间和之后执行。¹⁶⁰各国还应根据《罗马规约》的规定，建立受害人和证人单位。¹⁶¹受害者和证人单位应能提供保护措施、安全安排、咨询和给予受害者、出庭证人及其他因要作证而面临危险的人的适当援助。该办公室也应该能为检察官和法官建议使用这些措施。它应包括经验丰富的员工，培训他们处理受创伤的人，包括性暴力的受害者和受害儿童。

缔约国必须确保其国内法提供给受害者的保护，至少与国际义务所规定的同一水平。各国必须为受害人、强迫失踪案的证人、反对强迫失踪的维权者、律师和失踪者家属提供有效的保护。他们必须免受任何恐吓、迫害、报复或虐待，并应给予儿童及追寻失踪亲属下落的妇女家庭成员特别关注。

10.4 知情权

第 24 条

2. 每一受害者都有权了解强迫失踪案情的真相，调查的进展和结果，以及失踪者的下落。各国应在这方面采取适当措施。
3. 各缔约国应采取一切适当措施，查寻、找到和解救失踪者，若失踪者已经死亡，应找到、适当处理并归还其遗体。

《公约》的序言申明，强迫失踪的受害者有权知道有关的真相、失踪者的命运，有自由权寻求、接受和传递相关信息。

根据《采取行动打击有罪不罚现象，保护和增进人权的一套原则》（以下简称《打击有罪不罚的原则》）第 4 原则，知道有关侵犯真相的权利和知道失踪者下落的权利是不可动摇的（诉讼时效不适用）。

¹⁵⁹ 人权理事会第 10 次会议，第 10/10 号决议（强迫或非自愿失踪），联合国文件编号 A/HRC/RES/10/10。

¹⁶⁰ 联合国大会，《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，A/60/509/Add.1。

¹⁶¹ 见《罗马规约》第 43 及 68 条。

知道强迫失踪真相的权利 各国必须保证在个人及共同层面了解真相的权利。¹⁶² 各国负有责任调查受害者发生了什么事，并告知他们与社会发生了什么事。《打击有罪不罚的原则》（第5原则）规定，各国应建立“适当措施，以确保这种权利包括非司法程序，以补足司法机关的角色。社会在经历过大规模或系统的基础上犯下滔天罪行后，设立真相调查委员会或其他调查委员会，可有助确立违法行为的事实，使真相有确定的可能，并防止证据消失。”各国应采取适当措施，确保有关侵犯人权的信息是公开的。¹⁶³

**各国必须提供有效的机制来保证在个人及共同层面了解真相的权利，确保受害者和
社会都知道发生了什么情况。各国应确保这些权利不受诉讼时效限制。**

有权知道调查进展和结果 强迫失踪罪行的受害者不仅有权知道调查进展和结果，也有权参与调查和犯罪审判，包括有代表权。在《公约》起草时已讨论过，要保证受害者有权参与诉讼的每个阶段，他们应在诉讼期间享有最广泛的保护，以免权利受到侵犯。¹⁶⁴ 在任何情况下，各国必须提供有效的机制，以确保受害者有权知道调查进展和结果，以及参加诉讼。

有权知道失踪者的命运 缔约国必须调查并确定失踪者的命运和下落，这种权利是不可动摇的。¹⁶⁵ 各国必须保证受害者的亲属有权知道亲人遗体的所在。¹⁶⁶ 各国必须接收已去世的失踪者遗体，并依照他的信仰殓葬，以结束哀悼过程。¹⁶⁷ 失踪者的遗骸也是所发生的事情的证据，可提供受害者受过什么待遇、处决方式和犯罪手法的证据。¹⁶⁸ 遗体被发现的地方，也可作为确定肇事者身份或其所属机构提供有价值的信息。¹⁶⁹

《公约》第24条第3款规定，各国必须提供有效的机制进行调查、找寻并释放失踪者；若失踪者已死亡，就必须找出、尊重并归还其遗体。

10.5 得到充分赔偿的权利

第24条

4. 各缔约国应在其法律制度范围内，确保强迫失踪的受害人有权取得补救和及时、公正和充分的赔偿。

¹⁶² 见《最佳做法的独立研究，包括协助国家加强本国的能力，打击有罪不罚现象的各个方面建议》作者：Diane Orentlicher 教授。联合国文件编号 E/CN.4/2004/88。

¹⁶³ 同上，第20段。

¹⁶⁴ 联合国人权委员会，闭会期间不限成员名额工作组，就保护所有人免遭强迫失踪的具有法律约束力规范性文件的拟订草案报告，联合国文件编号 E/CN.4/2003/71。

¹⁶⁵ 见联合国经济及社会理事会，《更新打击有罪不罚原则的独立专家报告》，Diane Orentlicher，2005年2月8日，E/CN.4/102/Add.1，第34项原则。

¹⁶⁶ 见美洲人权法院，Moimana Village 诉苏里南，2005年6月15日，第103段。

¹⁶⁷ 见美洲人权法院，Gelman 诉乌拉圭 (*Fondo y reparaciones*)，2011年2月24日判决，第258段。Neira Alegria y others 诉秘鲁（赔偿和费用），1996年9月19日判决，Serie C No. 29，第69段；Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña，第214段；Gomes Lund and others (*Guerrilha do Araguaia*)，第261段。

¹⁶⁸ 美洲人权法院，La Cantuta 诉秘鲁，判决，2006年11月29日（法律依据、赔偿和费用）；美洲人权法院，Caracazo 诉委内瑞拉，判决，1999年11月11日（法律依据）。

¹⁶⁹ 同上。

5. 本条第 4 款中所指的获得补救的权利，涵盖物质和精神损害，以及视情况而定，其他形式的补救，如：

- (1) 复原；**
- (2) 康复；**
- (3) 平反，包括恢复尊严和名誉；**
- (4) 保证不再重演。**

缔约国必须确保强迫失踪的受害人可在其法律制度获得充分的赔偿。¹⁷⁰

赔偿是指应采取具体措施来缓解受害者及其家属的痛苦，帮助他们重建生活。赔偿措施的目的是“尽可能消除所有非法行为的后果，并尽可能重新建立如未犯下该行为时的局面。”¹⁷¹

当然，若受害者遭受严重伤害或家庭成员被杀害，是不可能完全恢复至未发生侵害之前的情况。尽管如此，各国仍然有义务确保补救措施尽可能解除受害人的痛苦。

国家负有首要责任，为本国侵犯人权的受害者提供赔偿。当国家的代理人或国家授权侵害时，国家就有明确的法律义务提供赔偿。

各国必须保证有权获得充分的赔偿，包括采取有效措施，确保受害者得到充分和有效的赔偿，包括以下列形式：恢复原状、补偿、康复、偿还，包括恢复尊严和名誉及保证不重犯。¹⁷²在某些情况下，缔约国必须采取临时保护措施以保证不重犯。¹⁷³为了履行其国际法的义务，各国应至少根据《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》提供第 9 原则中的补偿。

《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》的第 6 原则指出，各国应努力建立赔偿和援助受害者的国家方案，尤其是在造成损害的当局不能或不愿意承担责任的时候。被害人和民间社会的其他部分在设计 and 实施这些

¹⁷⁰ 《1992 年宣言》第 19 条（“遭受被强迫失踪的人及其家属应得到补偿，并应有权得到充分的赔偿，包括得到尽可能完全恢复正常所需要的条件。如果受害者因被强迫失踪行为而死亡，他们的家属也应有权得到赔偿。”）；《14 点计划》第 12 点（国家应给予失踪的“受害者”及其家属公平和充分的补救，包括经济补偿。受害者再出现时，应获提供适当的医疗或康复。”）。如下所述，强迫失踪受害人的赔偿范围现在被认可应更广泛。

¹⁷¹ 见 The Factory at Chorzów case（德国诉波兰），判决，常设国际法院，1928 年 9 月 13 日，第 47 页。

¹⁷² 这五种形式在国际文书中也有明确的认可和定义。见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（范博芬-巴西欧尼原则），联合国人权委员会决议 E/C.N.4/2005/35，2005 年 4 月 13 日；联合国大会决议 A/RES/60/147，2005 年 12 月 16 日（<http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm>）；联合国经更新的《采取行动打击有罪不罚现象，保护和促进人权的一套原则》（茹瓦内-奥伦特利歇尔原则），联合国人权委员会决议 E/C.N.4/2005/81，2005 年 4 月 15 日（<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>）。

¹⁷³ “19. 委员会进一步认为，有效补救的权利，可能在某些情况下要求缔约国提供和实施临时或中期措施，以避免继续侵犯，并努力尽早修复任何可能已造成损害。 HRI/GEN/1/Rev.8 第 238 页”。

方案时应发挥有意义的作用。¹⁷⁴正如第 33 项原则指出，为受害者行使得到充分和有效赔偿的权利而特设的程序，应通过私人和大众传播媒介，给予尽可能广泛的宣传。¹⁷⁵此外，各国应为本国和外国的赔偿判决执行提供有效的机制。¹⁷⁶缔约国还必须特别注意性别问题和儿童受害者，应分配资源为他们提供心理和社会照顾和康复。

各国必须保证强迫失踪的受害者有权获得与国际法规定一致的赔偿，并要特别关注强迫或非自愿失踪的男女受害者的个案，因其可能会受性暴力和其他形式的暴力侵害，以及脆弱群体，如儿童。

10.6 失踪者的法律地位

第 24 条

6. 在不影响缔约国的义务——继续调查，直至查明失踪者下落的条件下，对尚未查明下落的失踪者，各缔约国应对其本人及家属的法律地位问题，在社会福利、经济问题、家庭法和财产权等方面，采取必要措施。

除了继续调查失踪者的下落直到澄清其命运，根据第 24 条，缔约国必须在法律和实践采取适当步骤，处理下落不明的失踪者及其亲属的法律地位，如社会福利、经济问题、家庭法律和财产权等领域。

各国必须在其本国法律建立机制，以确定失踪者的法律人格。他们必须建立程序，在亲属、其他有利害关系的人或主管机关的要求下，只要失踪已有一段时间，就应发出失踪声明。在司法或行政控制下，可任命一位代表以保护失踪者及他或她的家属的利益和需求。其中，以符合失踪者的利益为前提，代表有权保留失踪者的权利和管理其财产和资产。他或她的家属，在没有公共援助时，也可由失踪者的资产中以津贴方式得到财政援助。他或她的亲戚和家属也可根据特定需要得到援助和社会福利。¹⁷⁷

各国还必须就宣布失踪者死亡建立程序和条件，其中包括死亡日期及声明的影响。

缔约国必须建立程序，发出失踪声明，确定失踪者的法律地位，以便管理其财产和资产及照顾家属的需要。这个声明应赋予其亲属和家属财政援助和社会福利。

缔约国还必须就宣布失踪者死亡建立程序和条件，其中包括死亡日期及声明的影响。

10.7 保障结社权

第 24 条

¹⁷⁴ 见联合国经济及社会理事会，《独立专家报告：更新原则，打击有罪不罚》，Diane Orentlicher，2005 年 2 月 8 日，E/CN.4/102/Add.1，第 32 项原则。

¹⁷⁵ 同上。

¹⁷⁶ 《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（《补救和赔偿的权利基本原则》），由联合国大会通过及宣布第 60/147 号决议，2005 年 12 月 16 日，联合国文件编号 A/RES/60/147 (<http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm>)。

¹⁷⁷ 红十字国际委员会，《失踪者：议员手册》，2009 年，第 50–53 页。

7. 各缔约国必须保证自由组织和参加有关组织和协会的权利，以求查明强迫失踪的案情和失踪者的下落，以及为强迫失踪受害人提供帮助。

第 24 条规定，缔约国必须切实保证自由组织和参加有关组织和协会的权利，以求查明强迫失踪的案情和失踪者的下落，以及为强迫失踪受害人提供帮助。这项权利受到其他国际法和国际标准确定，如有需要，它还可保护那些参与这些组织的人。¹⁷⁸

缔约国必须保证自由组织和参加组织和协会的权利，以求查明强迫失踪的案情和失踪者的下落，以及为强迫失踪受害人提供帮助，并保护那些参与这些组织的人。

11. 非法劫持父母失踪的儿童

第 25 条

1. 各缔约国应采取必要措施，根据本国刑法防止并惩处以下行为：

(1) 非法劫持遭受强迫失踪的儿童，其父母或法律监护人遭受到强迫失踪的儿童，或母亲在遭受强迫失踪期间出生的儿童；

(2) 伪造、藏匿或销毁证明以上第(1)项中所指儿童真实身份的证件。

2. 各缔约国应采取必要措施，查找和认定本条第 1 款第(1)项所指的儿童，并根据法律程序和适用的国际协议，将儿童归还本来的家庭。

3. 各缔约国应相互协助，查找、辨认和找到本条第 1 款第(1)项中所指的儿童。

4. 鉴于必须保护本条第 1 款第(1)项中所指的儿童的最佳利益，他们保留或恢复本人身份的权利，包括法律承认的国籍、姓名和家庭关系，承认领养关系或其他安置儿童形式的缔约国应制定法律程序，审查领养或安置程序，并在适当情况下宣布任何源自强迫失踪的儿童领养或安置无效。

5. 在所有情况下，特别是在本条所涉的所有问题上，儿童的最大利益均应作为首要考虑，有独立见解能力的儿童应有权自由表达意见，并根据儿童的年龄和成熟程度，对本人的意见给予适当考虑。

第 25 条要求各缔约国采取五大措施，以防止、调查、制止和惩治非法劫持失踪父母的子女。

尊重儿童的最大利益 第 25 条第 5 款要求各缔约国“在所有情况下，特别是在本条所涉的所有问题上，儿童的最大利益均应作为首要考虑。”此外，当缔约国决定并执行这些步骤，他们必须保证“有独立见解能力的儿童应有权自由表达意见，并根据儿童的年龄和成熟程度，对本人的意见给予适当考虑”。

用刑法预防和惩治非法劫持 根据第 25 条第 1 款，缔约国必须采取必要措施，根据其刑法防止和惩罚：

- 非法劫持遭受强迫失踪的儿童，其父母或法律监护人遭受到强迫失踪的儿童，或母亲在遭受强迫失踪期间出生的儿童；及

¹⁷⁸ 例如见，《世界人权宣言》第 20 条；《公民权利和政治权利国际公约》第 22 条。

48 终止强迫失踪的有罪不罚现象
有效执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的核对清单

- 伪造、藏匿或销毁证明儿童真实身份的证件。¹⁷⁹

寻找和识别儿童 第 25 条第 2 款要求缔约国采取必要措施，按照法定程序和适用的国际协定，搜寻和识别失踪父母的儿童，并将儿童归还本来的家庭。但是，国家法律的程序一定要与《公约》和其他国际法和国际标准一致。

协助其他国家 第 25 条第 3 款要求缔约国相互协助，查找、辨认和找到父母失踪的儿童。缔约国也应协助其他尚未批准或加入公约的国家采取这些步骤。¹⁸⁰

建立有效的收养程序 第 25 条第 4 款承认失踪父母的子女，有权保留或重新建立自己的身份，包括他们的国籍、姓名和家庭关系，且受法律认可。此外，它要求承认领养系统或以其他形成安置儿童的缔约国，建立适当的法律程序以审查领养或安置程序，并在适当情况下宣布任何源自强迫失踪的儿童领养或安置无效。

缔约国应就非法劫持父母失踪的儿童采取上述五个步骤：尊重儿童的最大利益，在刑法中防止和惩治非法劫持、搜索和识别失踪父母的子女，协助其他国家采取这些步骤，并建立有效的收养程序。

¹⁷⁹ 另见《公约》第 22 条关于缔约国防止阻挠调查强迫失踪的职责。

¹⁸⁰ 另见《公约》第 15 条关于缔约国相互协调解决强迫失踪的职责。

第二部

《公约》第二部分（第 26 至 36 条）也要求各缔约国执行条约，但与第一部分相反，这里要求各国在实践上而不是法律上实施。第二部分建立了强迫失踪问题委员会（以下简称“委员会”），以监察实施公约的缔约国，并考虑有关报道违反《公约》的国家和个人来文，以及提供《公约》的权威性解释。要令这种监督制度变得有效，各缔约国需要履行第 26 条第 9 款明示的义务，“各缔约国应在其接受的委员会职能范围内，与委员会合作，为委员会委员履行任务提供协助。”有关第二部分中的某些具体条款，各缔约国应采取以下步骤。

12. 委员会成员的提名和选举

第 26 条

1. 将设立一个强迫失踪问题委员会（下称“委员会”），履行本公约规定的职能。委员会将由十名德高望重、在人权领域的才能受到公认的专家组成，他们应以个人身份任职，秉持独立、公正之立场。委员会成员将由缔约国根据公平地域分配的原则选出。应适当考虑吸收具有相关法律资历的人士参加委员会的工作，注意代表的性别平衡。
2. 委员会成员的选举，应由联合国秘书长为此目的每两年召开一次缔约国会议，由缔约国从本国国民中提名，对提名的名单通过无记名投票方式选出。在这些会议上，三分之二的缔约国即构成法定人数，当选的委员会委员为获得票数最多、且获得出席会议并投票的各缔约国代表绝对多数票之人士。
3. 第一次选举应在本公约生效之日起六个月内举行。联合国秘书长应在每一次选举日之前四个月致函各缔约国，请他们在三个月之内提名候选人。秘书长应将所有提名的人按字母顺序列出名单，注明每个候选人的提名缔约国，并将此名单提交所有缔约国。
4. 当选的委员会委员任期四年，可连任一次。然而，在首次选举中当选的五位委员，他们的任期将在两年后届满，在首次选举结束后，本条第 2 款中所指会议的主席将立刻通过抽签方式确定这五位委员的姓名。
5. 如果委员会的一位委员死亡、辞职或由于任何其他原因不能继续履行他或她在委员会的职责，提名的缔约国应根据本条第 1 款所列标准，从其国民中指定另一位候选人完成剩下的任期，但须征得多数缔约国的核准。除非一半或更多的缔约国在联合国秘书长向其通报了拟议的任命后六周内表示反对，否则应认为已获得这一核准。

缔约国应:

- 与民间社会以具透明性的方式协商提名候选人，包括妇女，他们应是德高望重、在人权领域的才能受到公认的人，并以他们的个人身份独立和公正地成为委员会成员（第 26 条第 1 及 2 款）；
- 从这些候选人中以无记名投票方式选出委员会成员，并根据公平地域分配的原则选出。应适当考虑吸收具有相关法律资历的人士参加委员会的工作，注意代表的性别平衡（第 26 条第 1 及 2 款）。
- 如果委员会的委员死亡、辞职或由于任何其他原因不能继续履行他或她在委员会的职责，就应以具透明性的方式与民间社会协商，任命其国民中的候选人完成剩下的任期（第 26 条第 5 款）。

13. 提交报告及后续信息

第 29 条

1. 各缔约国应当在本公约对该缔约国生效后两年内，通过联合国秘书长向委员会提交一份报告，说明为履行本公约义务而采取措施的情况。
2. 联合国秘书长应将报告提供给所有缔约国。
3. 委员会应对每份报告进行审议，之后酌情提出评论、意见或建议。评论、意见或建议应当转达有关缔约国，缔约国可主动或应委员会的要求作出答复。
4. 委员会也可要求缔约国提供有关履行本公约的补充资料。

缔约国应:

- 在本《公约》对该缔约国生效后两年内提交一份报告，说明为履行本《公约》义务而采取措施的情况（第 29 条第 1 款）；
- 就报告毫不拖延地回应委员会提出的评论、意见或建议，并毫不拖延地充分实施这些建议（第 29 条第 3 款）；
- 毫不拖延地在任何时间内提供委员会要求有关履行本《公约》的补充资料（第 29 条第 4 款）；

14. 为紧急个案提供信息

第 30 条

1. 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。
2. 如果委员会认为根据本条第 1 款提出紧急行动请求：
 - (1) 并非明显地毫无依据；

- (2) 并不构成滥用提交来文请求之权利；
- (3) 在可能的情况下，已经正式提交有关缔约国的主管机关，如有权展开调查的机关；
- (4) 并不违背本公约的规定；及
- (5) 同一问题目前未由同一性质的另一国际调查或解决程序审理；

委员会应请有关缔约国在委员会限定的时间内，向其提供所查找人员境况的资料。

3. 根据有关缔约国依本条第 2 款所提供的资料，考虑到情况的紧迫性，委员会可向缔约国提出建议，如请缔约国采取一切必要措施，包括一些临时措施，遵照本公约，找到有关个人并加以保护，并在委员会限定的时间内，向委员会报告采取措施的情况。委员会应将它的建议和委员会收到的国家提供的情况，通报提出紧急行动要求的人。

4. 在查明失踪人士的下落之前，委员会应继续与有关缔约国共同作出努力。应随时向提出请求的人通报情况。

缔约国应：

- 在委员会规定的时限内，就失踪者亲属或他们的法律代表、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，在紧急情况下向委员会提出查找失踪者的请求，向委员会提供要求的信息（第 30 条第 1 及 2 款）；
- 在委员会规定的时限内，充分执行委员会的建议，包括请缔约国采取一切必要措施，包括一些临时措施，如遵照本《公约》，找到有关个人并加以保护，并考虑到危急的情况，在委员会限定的时间内，向委员会报告采取措施的情况（第 30 条第 3 款）。

15. 个人来文

第 31 条

1. 缔约国可在批准本公约时，或在之后的任何时候宣布，承认委员会有权接受和审议受该国管辖、声称是该缔约国违反本公约规定之受害人本人或其代理提出的来文。委员会不得受理来自未作此宣布之缔约国的来文。

2. 委员会不应受理下列来文：

- (1) 匿名来文；
- (2) 来文构成滥用提交此类来文的权利，或不符合本公约的规定；
- (3) 同一事项正由具有同一性质的另一国际调查或解决程序审理；
- (4) 尚未用尽一切有效的国内补救办法。如果补救请求长期拖延，不合情理，本规则不复适用。

3. 如果委员会认为来文满足本条第 2 款规定的要求，委员会应将来文转交有关缔约国，并请该国在委员会限定的时间内提出意见和评论。

4. 在收到来文后，但在确定是非曲直之前，委员会可随时向有关缔约国提出请求，请该国紧急考虑采取必要的临时措施，以避免对指称侵权行为的受害人造成不可弥补的损害。委员会行使酌处权，并不意味着已就来文是否可予受理或其是非曲直作出决定。

5. 委员会将根据本条审查来文时应举行非公开会议。委员会应当向来文提交人通报有关缔约国所作的答复。委员会在决定结束程序后，应将委员会的意见通报缔约国和来文提交人。

缔约国应：

- · 承认委员会有权接受和审议受该国管辖、声称是该缔约国违反本《公约》规定之受害人本人或其代理提出的来文（第 31 条第 1 款）。
- · 在委员会限定的时间内提出个人来文的意见和评论（第 31 条第 3 款）。
- · 按委员会要求，立即采取必要的临时措施，以避免对受害人造成不可弥补的损害（第 31 条第 4 款）。

16. 缔约国来文

第 32 条

本公约缔约国可在任何时候声明，承认委员会有权接受和审议一个缔约国声称另一缔约国未履行本公约义务的来文。委员会不接受涉及一个尚未作此声明的缔约国的来文，也不接受未作此声明的缔约国的来文。

缔约国应：

承认委员会有权接受和审议一个缔约国声称另一缔约国未履行本《公约》义务的来文（第 32 条）。

17. 委员会访问

第 33 条

1. 如果委员会收到可靠消息，表明一个缔约国正在严重违反本公约的规定，委员会可在征求有关缔约国的意见后，请一位或几位委员前往调查，并立即向委员会提出报告。

2. 委员会应将安排访问的意图书面通知有关缔约国，并说明代表团的组成情况和访问的目的。缔约国应在合理的时间内向委员会作出答复。

3. 委员会在收到缔约国提出的有充分依据的请求后，可决定推迟或取消访问。

4. 如果缔约国同意接待来访，委员会应与有关缔约国共同制定访问计划，缔约国应

为顺利完成访问，向委员会提供一切必要的便利。

5. 访问结束后，委员会应向有关缔约国通报它的意见和建议。

缔约国应毫不拖延地同意，委员会提出任何访问、与委员会合作以制定访问方式的要求，并就委员会能圆满完成访问提供所需的所有设施（第 33 条）。

缔约国应在访问结束后，毫不拖延地全面执行委员会的建议（第 33 条第 5 款）。

18. 大规模或有组织的做法

第 34 条

如果委员会收到的消息表明，有充分迹象显示，某缔约国管辖下的领土正在发生大规模或有组织的强迫失踪问题，委员会可向有关缔约国索取一切有关资料，并通过联合国秘书长，将问题紧急提请联合国大会注意。

当委员会收到的消息表明，有充分迹象显示正在发生大规模或有组织的强迫失踪问题，缔约国应毫不拖延地提供委员会要求的一切资料（第 35 条）。

第三部

第三部分（第 37 至 45 条）的最后条款是有关签署、批准和加入（第 38 条和 40 条）；条约生效（第 39 条）；修正（第 44 条）；和官方语言（第 45 条），另外还包含四个重要的规定，其中三个普遍适用于在法律和实践中实施《公约》，这些都是重要的争端解决程序，以及重要的排除规定。

19. 一般适用于实施《公约》的规定

正如核对清单的引言所讨论，第三部分有三个规定，对在法律和实践普遍执行《公约》十分重要：第 37 条明确指出，《公约》不可以侵犯国家或国际法律中提供的更有力保护；第 41 条规定，《公约》适用于联邦国家的所有领土；和第 43 条规定，《公约》不妨碍缔约国根据习惯和协定国际人道法，包括《日内瓦公约》和第 1 号及 2 号议定书规定的义务，以及任何国家邀请红十字国际委员会访问没有受国际人道主义法涵盖的拘留场所的机会。

第 37 条

本公约的任何内容均不影响对保护所有人不遭受强迫失踪更有利的规定，包括以下法律中的规定：

- (1) 缔约国的法律；**
- (2) 对该国有效的国际法。**

第 37 条应指导缔约国在各个阶段于法律和实践中的实施《公约》。正如在所有国际文书中，《公约》的起草工作已作出政治妥协，因此，它在某些方面不明确要求各缔约国采取一切措施，以防止、解决和惩罚强迫失踪罪，而这些措施在某些国家的国内法律或国际法中是有要求的。第 37 条确保《公约》的这些差距将不会以任何方式削弱现有或未来的国家法律或国际习惯或协定法，上述的法律更有利于保护所有的人免遭强迫失踪。

第 41 条

本公约各项规定适用于联邦国家的全部领土，无任何限制或例外。

这一规定与其他人权条约的规定类似，要求联邦国家在法律和实践中实施《公约》时，确保国家的所有组成单位也执行《公约》。¹⁸¹在某些情况下，这条文可能要求修改宪法。

第 43 条

本公约不影响国际人道主义法的规定，包括缔约国依 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约及其 1977 年 6 月 8 日两项附加议定书承担的各项义务，也不影响任何国家在国际人道主义法没有做出规定的情况下，授权红十字国际委员会查访羁押地点。

第 43 条加强保障第 37 条，它明确指出，《公约》不能被理解为削弱习惯和协定国际人道法提供的更强保护，特别包括在《日内瓦公约》和第 1 号及 2 号议定书的义务。在这方面，强

¹⁸¹ 《维也纳条约法公约》第 29 条。

迫失踪在国际习惯法下是战争罪行，这点非常重要。¹⁸²

缔约国应确保所有实施《公约》的步骤，必须与习惯和协定国际人道法提供的保护范围完全一致。此外，他们应在法律和实践确保，不论是和平时还是武装冲突期间，红十字国际委员会能不受限制地访问任何拘留地点（见第 17 条和 18 条）。

20. 争端解决程序

第 42 条

1. 两个或两个以上缔约国之间对本公约的解释或适用出现任何争端，如不能通过谈判或本公约明文规定的程序得到解决，应在其中一方的要求下提交仲裁。如在提出仲裁要求之日起六个月内各方不能就仲裁组织达成协议，则任何一方均可根据国际法院规约，请求将争端提交国际法院。

2. 各国在签署、批准，或在加入本公约时，可声明不受本条第 1 款的约束。其他缔约国对发表此项声明的任何缔约国，也不受本条第 1 款之约束。

3. 根据本条第 2 款发表声明的任何缔约国，可随时通知联合国秘书长撤回其声明。

国际特赦组织认为，人权条约的解释，最好留给根据这些条约设立的专门负责条约机制的机构，它们都有明确的任务，监督执行和解释条约。如果缔约国毫不拖延地和真诚地执行委员会提出的建议（见上文第二部分的讨论），就永远不需要诉诸仲裁或国际法院。如果缔约国需要援引这一规定，他们应该要求委员会仲裁或委任仲裁员。这种做法将确保国际法院就解决缔约国在争端中的义务有权威性的解释。

21. 关于公约的保留限制

缔约国不应就《公约》作出任何会削弱其保护或执行机制的限制性保留。虽然《公约》没有如《罗马规约》般明确排除保留，¹⁸³缔约国也不能随意作出任何保留。首先，他们不能作出任何有违《公约》宗旨和目的保留。¹⁸⁴第二，对人权条约的保留是受到严格审查的。国际法委员会在条约的保留准则草案中已指出：

“为了评估保护人权的一般性条约的目标和宗旨与保留的兼容性，就必须考虑到条约中所载的权利是不可分割、相互依存和相互关联的，还有，保留所针对的权利或规定在条约的主旨中所具有的重要性，以及保留对条约带来的影响有多严重。”¹⁸⁵

¹⁸² 马里·亨克茨 (Jean-Marie Henckaerts) 和路易丝·多斯瓦尔德 (Louise Doswald-Beck)，《习惯国际人道法》，日内瓦，红十字国际委员会及剑桥大学出版社，2005 年；第 98 条（强迫失踪）（禁止强迫失踪）；第 156 条（严重违反国际人道法构成战争罪）。

¹⁸³ 《罗马规约》第 120 条（保留）（不得对本规约作出保留）。

¹⁸⁴ 《维也纳条约法公约》，维也纳，1969 年 5 月 23 日，1980 年 1 月 27 日生效，1155 UNTS 331，第 19 条（提具保留），
(http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)。

¹⁸⁵ 国际法委员会，国际法委员会报告，第 62 届会议（2010 年 5 月 3 日- 6 月 4 日和 7 月 5 日- 8 月 6 日），联合国文件编号 A/10/65，《关于对条约的保留的实践指南》，第 3.1.12 项指引（对一般人权条约的保留）
(<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2010/2010report.htm>)。

- 56 终止强迫失踪的有罪不罚现象
有效执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的核对清单

鉴于这一罪行的恐怖，是对整个国际社会的攻击，并带给失踪者、其家人和朋友、社会和法治的破坏性影响，任何缔约国都不能对本《条约》作出任何保留。

附件 - 核对清单：有效实施 《强迫失踪公约》的规定和其他 必须或应该在国家立法执行的 国际法律义务

图表旨在协助任何国家在起草法律以执行《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》时，按照《公约》的明确要求，确认该条约必须在国家法律实施的规定，并把最佳实践纳入法律之中。它可以用来作为一个国家有关刑事和民事案件的程序改革模式。它还旨在实施《公约》时，帮助分析国家在草案或颁布的法律中的差距。

《公约》的各项规定	国家法律和惯例
第一部分	
第 1 条 - 缔约国必须： ■ 确保本国法律绝对禁止强迫失踪。此外，这一禁令必须明确适用于所有情况，即使在战争状态或受战争威胁、国内政局动荡或任何其他公共紧急状态。	
第 2 条 - 缔约国国应： 把强迫失踪界定为犯罪行为，而界定不能比《公约》第 2 条的定义更狭窄，并必须包括以下元素，但不包括在《罗马规约》第 7 条的规定（即肇事者有明确目的令受害者置于法律保护之外，而且是长期的）： ■ 有逮捕、拘留、绑架或以任何其他形式剥夺自由； ■ 该行为是由国家代理人或由个人或团体进行的，并由国家授权、支持或默许； ■ 随之而来是拒绝承认剥夺自由或隐瞒失踪者的命运或下落； ■ 把失踪者置于法律保护之外是客观结果。	
第 3 条 - 缔约国应： ■ 调查个人或团体未经授权、支持或默许之下作出第 2 条禁止的行为，这是国际法下的犯罪行为。在有足够的可接纳证据时，缔约国必须起诉他们。 ■ 当作出第 2 条禁止的行为的人并非国家代理人，或是未经授权、支持或默许的个人或团体，缔约国应界定这些行为为国家刑事法律的犯罪行为。	

<p>第 4 条 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 根据国际协定法和习惯法所规定,把强迫失踪界定为独立的犯罪行为及其后果。当起草界定强迫失踪作为罪行时,缔约国必须考虑到其在《公约》第 2、3、5、6 和 7 条及其他国际法规定的义务(见下文就每一条文的建议)。	
<p>第 5 条.- 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 按照相关的国际法,把强迫失踪界定为危害人类罪,只要是当它用作为广泛或有系统地攻击平民人口的一部分,而不是仅仅广泛或有系统的强迫失踪。	
<p>第 6 条第 1 款第(1)项 - 缔约国可:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 根据以下刑事责任原则(定义要与国际法一致),确保可以依法追究参与强迫失踪的人的刑事责任:<ul style="list-style-type: none">■ 犯下,一个人或联合其他人或通过他人犯下,不管这个人自己是否有刑事责任;■ · 指示;■ · 诱发;■ · 诱导;■ · 尝试;■ · 协助;■ · 推动;■ · 援助;■ · 教唆;■ · 规划;■ · 密谋;■ · 怂恿;■ · 煽动;■ · 同谋;■ · 同意;■ · 默许;■ · 积极隐瞒;	

<ul style="list-style-type: none"> ■ · 由一群人有共同目的地促进实行或企图实行强迫失踪；及 ■ · 协助实行或尝试实行强迫失踪。 	
<p>第 6 条第 1 款第(2)项 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保他们为指挥官和上级制定上级责任的单一规则时，是按照国际法最严格的要求。 	
<p>第 6 条第 2 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 排除上级命令作为排除刑事责任的理由，虽然它可以作为减轻处罚的理由；缔约国也须明确规定，下令作出或参与任何方式的强迫失踪罪是“明显非法”或有刑事责任。强迫性、胁迫性、必要性，以及任何“特殊情况”，同样不能作为强迫失踪罪的辩护理由。各国不仅不能以这些理由创造新的辩护，各国也必须明确地确保，任何在现有国家法律下的这类辩护，不适用于强迫失踪罪。 	
<p>第 7 条第 1 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 为强迫失踪罪建立适当的惩罚，最高刑罚为无期徒刑，并按照国际法和国际标准，在任何情况下不包括死刑。 ■ 涉嫌犯有强迫失踪罪的人不得利用其地位影响调查的进行，例如对投诉人、证人、失踪者亲属或他们的辩护律师，及参与调查的人员施加压力、恐吓，或实施报复。 	
<p>第 7 条第 2 款第(1)项 - 缔约国应：</p> <p>确保下列是减轻处罚的情况，但不包括任何与其他国际法或标准不一致的情况：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 有效地促进失踪者生存下去； ■ 有澄清强迫失踪案件的可能性；及 ■ 查明强迫失踪的肇事者身份。 · 	
<p>第 7 条第 2 款第(2)项 - 缔约国必须：</p> <p>在确定适当的刑罚时，确保下列每一个情形也是加重处罚的因素：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 失踪者死亡； ■ 制造强迫失踪的对象是怀孕妇女、未成年人、残疾人或其他特别易受害的人； ■ 之前有任何国际法下的犯罪行为的刑事定罪，或类似性质的罪行； ■ 滥用权力或官方身份； 	

<ul style="list-style-type: none">■ 犯罪时受害者特别是手无寸铁的；■ 犯罪手段特别残忍，或有多人被害；■ 犯罪的动机涉及如性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰、政治或其他见解、民族、种族或社会出身、财富、出生或其他身份歧视；及■ 即使是上面没有列举但其他性质类似的情况。	
<p>第 8 条第 1 款 - 缔约国应：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 消除任何阻止当事人循民事或刑事诉讼追讨的强迫失踪民事索赔的时效限制。■ 就所有强迫失踪（即使不被视为危害人类罪）的时效限制，停止这类禁令的立法；各国应确保，作为一项严格的临时措施，任何时效限制与国际法最严重罪行的时效看齐，它应该在受害者或家人无法有效地寻求司法或赔偿时暂停执行，并只在强迫失踪犯罪停止之时算起。	
<p>第 8 条第 2 款 - 缔约国应：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 规定，不论是在刑事或民事法律程序，强迫失踪罪不受任何诉讼时效限制。 <p>在此期间，各国应确保，作为一项严格的临时措施，任何强迫失踪（可能不构成危害人类罪）的诉讼法规：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 与国际法下最严重罪行的时效看齐，■ 在受害人或家庭无法有效地寻求司法或赔偿时暂停，及■ 在强迫失踪犯罪停止之时算起。	
<p>第 9 条第 1 款 - 缔约国必须：</p> <p>在以下情况提供司法管辖权：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 犯下的罪行是在其管辖下的任何领土。■ 当被指控的罪犯是其国民。 <p>缔约国必须在以下情况提供司法管辖权：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 当失踪者是其国民之一。	
<p>第 9 条第 2 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 令其法院可就任何强迫失踪案件行使普遍管辖权。他们应消除任何行使管辖权的障碍，包括规定在进行调查之前或提出引渡请求时，嫌犯必须在其领土上。	

<p>第 11 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 规定, 只有普通法院对强迫失踪罪有司法管辖权。任何军事法院或其他特别法庭对这种罪行也没有管辖权。 ■ 规定其法院不会认可任何有关强迫失踪罪豁免逮捕和起诉的要求。 ■ 规定大赦、赦免和有罪不罚的类似措施, 不能妨碍调查和起诉强迫失踪和其他国际法下的犯罪行为, 也不能妨碍找出罪行真相的步骤或受害人获得充分赔偿。 	
<p>第 12 条第 1 款 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 在其法律承认向国家主管部门报告强迫失踪事实的权利, 并要求这些部门及时、彻底、独立和公正地调查这些报告。 	
<p>第 12 条第 2 款 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 向所有机关, 包括司法当局发出指示, 要求他们要警惕任何发生强迫失踪的迹象; 果真如此, 只要有合理理由相信可能已发生强迫失踪, 就要按法律要求立即展开彻底、独立和公正的调查。 	
<p>第 12 条第 3 款 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保在法律和实践中规定, 调查强迫失踪的当局, 按国际法和国际标准的明确规定, 有必要的权力和资源进行调查, 包括可不受阻碍地进入有机会藏匿失踪者的任何地点。 	
<p>第 12 条第 4 款 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保在法律和实践中有效地保护举报人、证人、失踪者的亲属和其辩护律师, 以及参与调查的人。 	
<p>第 22 条 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 提供纪律处分, 并把《公约》第 22 条所涵盖的行为界定为犯罪行为。 	
<p>第 10 条第 1 款 - 各缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保在法律和惯例中规定, 当涉嫌要为强迫失踪负责的人在其领土上、或在其管辖范围内的领土上、或在船只或飞机上, 或预计将在以上其中一个地点, 当局必须及时检查手上的信息, 并确定是否需要起用刑事诉讼、移交或引渡程序。 ■ 拘留和其他法律措施必须符合国际法和国际标准, 拘留的时间长短仅限于确保对该人的刑事诉讼、移交或引渡程序所必需。 	

<p>第 10 条第 2 款 - 缔约国在有嫌犯出现，或嫌犯可能会进入该国时，应：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 立即进行初步询问和调查以确定事实，并应通知所有国家其已采取的措施、查询或调查结果，以及是否打算行使管辖权。	
<p>第 10 条第 3 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 确保任何被羁押的人，有权立即与本人所持国籍国之最接近的适当代表取得联系，包括与他们对话和安排法律代表。	
<p>第 11 条第 3 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 确保在审判强迫失踪罪的所有阶段，嫌犯也有公正审判的权利。这是在国际文书中承认的权利，如《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条。	
<p>第 15 条 - 缔约国应：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 确保在法律和实践，以及在条约中，充分与强迫失踪的受害者合作，帮助他们寻找、定位和释放失踪者。要是失踪者已死亡，当局须协助掘出遗体 and 确定死者身份，并交还他们的遗骸。	
<p>第 13 条 - 缔约国应：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 确保强迫失踪不被视为政治罪行，或与政治罪行有关的罪行，或是由政治动机引起的犯罪；当局也不能基于这些理由拒绝引渡请求。■ 确保强迫失踪是所有国家的所有条约中的可引渡罪行。■ 确保本《公约》被认为是强迫失踪罪的必要法律依据，要是其他国家没有引渡条约。■ 消除国家法律或条约中任何上述的引渡障碍。■ 执行第 13 条，并不应为引渡设下任何不适当的障碍（如批准引渡请求受到政府干预、禁止引渡本国国民、双重犯罪、一罪不二审——在虚假或不公平的审判后不能再审、即使是强迫失踪罪是国际法下的犯罪行为，但国家法律没有溯及既往、时效限制、大赦或类似有罪不罚的待遇），以及消除现行法律和条约的任何障碍，并纳入有效的人权保障。	
<p>第 14 条 - 缔约国应：</p> <ul style="list-style-type: none">■ 执行第 14 条，并不应有阻碍相互法律协助的任何不适当障碍；缔约国也应在目前国内法律和条约中消除这些障碍，并纳入有效的人权保障。	

<p>第 16 条 - 缔约国:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 不得将当事人驱逐、送回、交出或引渡到另一个国家，只要迁移后，他或她会受到强迫失踪或其他形式的严重危害，如迫害、酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚、任意剥夺他人生命或不公正的审判。 ■ 国家法律应禁止转移该人士的有效控制至他或她将面临这样风险的国家； ■ 应为声称面临这样风险的人提供一个程序，使他们可由独立和公正的机构审理其个案。 	
<p>第 17 条第 1 款 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 在国家法律明文禁止秘密拘留，并根据上述已确定的基本要素和所有其他形式的非官方拘留作出定义。 	
<p>第 17 条第 2 款 - 缔约国必须:</p> <p>切实保证被剥夺自由的人都有这些保障。除了满足国际法和国际标准的其他要求，缔约国必须在其法律中提供所有第 17 条第 2 款要求的措施。特别是，各国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 规定下令剥夺自由的条件； ■ 说明有权下令剥夺自由的主管机关； ■ 保证任何被剥夺自由的人，只能关押在官方认可并加以监督的地点； ■ 保证任何被剥夺自由的人，应根据国际法，能获准与其他人取得联系并接受探视； ■ 保证主管机关和法律授权机构的人员可进入被剥夺自由人的关押地点； ■ 保证任何被剥夺自由的人，或在怀疑发生强迫失踪的情况下，任何有合法利益的人，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。 	
<p>第 17 条第 2 款 - 缔约国应:</p> <p>在法律和实践中执行这些步骤，除《公约》第 17 条第 2 款明确规定外。特别是，各国政府应当:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 保证情报机关的任何行动应以法律为依归，并符合国际规范。 ■ 由完全独立的机构调查任何秘密拘留的指控。 ■ 在其国内法律中规定，公开所有虐待拘留者和酷刑的指控，以及拘留者在羁押期间死亡的未决调查。 ■ 按照《公约》和有关国际准则，保证为秘密拘留的受害者提供司法补救和赔偿， 	

<p>第 17 条第 3 款 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 建立官方最新的被剥夺自由者登记册, 不论是在和平还是武装冲突时期。登记册要包括《公约》和其他国际法和国际标准要求的所有信息。 	
<p>第 18 条 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保国家法律保障所有有合法利益的人, 可根据《公约》和其他国际条约和标准, 有权及时获得所有所需的信息。 	
<p>第 19 条 - 各国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保建立搜寻失踪者的所有程序不违反关于个人信息的收集、加工、使用和储存, 以及保护的人权。 	
<p>第 20 条 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 在其国内法律明文规定, 列明国家在何种最严格的条件下可以限制取得被剥夺自由者的信息的权利。 ■ 这种限制的性质和持续时间是严格受到制约的, 并有绝对上限 (被拘留者没有提出限制), 如不超过 18 小时, 并严格按照适用的国际法和国际标准, 以及与《公约》的目标一致。 ■ 确保被拘留者的隐私或安全考虑, 不应被援引为限制信息的理由, 违反被拘留者本身的意愿而成为。 ■ 根据第 20 条, “国家安全”或“公共安全”不应包括被作为拒绝提取信息的理由。 ■ 保证任何在第 18 条第 1 款中有合法权益取得信息的人, 有权迅速和有效地获得司法补救措施, 以便毫不拖延地获得这些信息。 ■ 不得在任何情况下暂停或限制这种权利。 	
<p>第 21 条 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 在其国内法律和实践中, 提供可靠的措施, 以证实被剥夺自由者实际上已被释放; 并确保当事人身体健康, 在获释时可充分行使自己的权利。 	
<p>第 23 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 在他们的法律和实践中实施第 23 条所规定的四个步骤。 	
<p>第 24 条 - 缔约国必须:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保当事人根据国际法所规定, 平等和有效地得到公正裁决。 ■ 特别要注意男女受到非自愿失踪及可能成为性暴力和其他形式暴力受害者的情况, 以及弱势群体, 如儿童。 	

<p>第 18 条第 2 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保其国内法提供给受害者的保护，至少与国际义务所规定的同一水平。 ■ 各国必须为受害人、强迫失踪案的证人、反对强迫失踪的维权者、律师和失踪者家属提供有效的保护。他们必须免受任何恐吓、迫害、报复或虐待。 ■ 给予儿童及追寻失踪亲属下落的妇女家庭成员特别关注。 	
<p>第 24 条第 2 款 - 各国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 提供有效的机制来保证个人及共同层面了解真相的权利，确保受害者和社会都知道发生了什么情况。 <p>各国应：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 确保这些权利不受诉讼时效限制。 	
<p>第 24 条第 3 款 - 各国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 提供有效的机制进行调查、找寻并释放失踪者；若失踪者已死亡，就必须找出、尊重并归还其遗体。 	
<p>第 24 条第 4 及 5 款 - 各国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 保证强迫失踪的受害者有权获得与国际法规定一致的赔偿，并要特别关注强迫或非自愿失踪的男女受害者的个案，因其可能会受性暴力和其他形式的暴力侵害，以及脆弱群体，如儿童。 	
<p>第 24 条第 6 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 建立程序，发出失踪声明，确定失踪者的法律地位。 ■ 任命一名代表保护其利益和照顾失踪者及其家属的迫切需要。 ■ 该代表应有权维护失踪者的权利和管理其财产和资产，以及其家属的需求。 ■ 在没有公共援助时，家属应有权从失踪者的资产以津贴方式得到财政援助。 ■ 这个声明应赋予其亲属和家属财政援助和社会福利。 ■ 必须就宣布失踪者死亡建立程序和条件，其中包括死亡日期及声明的影响。 	
<p>第 24 条第 7 款 - 缔约国必须：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 保证自由组织和参加组织和协会的权利，以求查明强迫失踪的案情和失踪者的下落，以及为强迫失踪受害人提供帮助，并保护那些参与这些组织的人。 	

<p>第 25 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 就非法劫持父母失踪的儿童采取必须的步骤:<ul style="list-style-type: none">■ 尊重儿童的最大利益,■ 在刑法中防止和惩治非法劫持、搜索和识别失踪父母的子女,■ 协助其他国家采取这些步骤, 并建立有效的收养程序。	
<p>第二部分</p>	
<p>第 26 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 与民间社会以具透明性的协商提名候选人, 包括妇女, 他们应是德高望重、在人权领域的才能受到公认的人, 并以他们的个人身份独立和公正地成为委员会成员 (第 26 条第 1 及 2 款);■ 从这些候选人中以无记名投票选出委员会成员, 并根据公平地域分配的原则选出。应适当考虑吸收具有相关法律资历的人士参加委员会的工作, 注意代表的性别平衡 (第 26 条第 1 及 2 款)。■ 如果委员会的委员死亡、辞职或由于任何其他原因不能继续履行他或她在委员会的职责, 就应以具透明性的方式与民间社会协商, 任命其国民中的候选人完成剩下的任期 (第 26 条第 5 款)。	
<p>第 29 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 在本《公约》对该缔约国生效后两年内提交一份报告, 说明为履行本《公约》义务而采取措施的情况 (第 29 条第 1 款)。■ 就报告毫不拖延地回应委员会提出的评论、意见或建议, 并毫不拖延地充分实施这些建议 (第 29 条第 3 款)。■ 毫不拖延地在任何时间内提供委员会要求有关履行本《公约》的补充资料 (第 29 条第 4 款)。	
<p>第 30 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 在委员会规定的时限内, 就失踪者亲属或他们的法律代表、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, 在紧急情况下向委员会提出查找失踪者的请求, 向委员会提供要求的信息 (第 30 条第 1 及 2 款);■ 在委员会规定的时限内, 充分执行委员会的建议, 包括请缔约国采取一切必要措施, 包括一些临时措施, 如遵照本《公约》, 找到有关个人并加以保护, 并考虑到危急的情况, 在委员会限定的时间内, 向委员会报告采取措施的情况 (第 30 条第 3 款)。	

<p>第 31 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 承认委员会有权接受和审议受该国管辖、声称是该缔约国违反本《公约》规定之受害人本人或其代理提出的来文（第 31 条第 1 款）。■ 在委员会限定的时间内提出个人来文的意见和评论（第 31 条第 3 款）。■ 按委员会要求，立即采取必要的临时措施，以避免对受害人造成不可弥补的损害（第 31 条第 4 款）。	
<p>第 32 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 承认委员会有权接受和审议一个缔约国声称另一缔约国未履行本《公约》义务的来文（第 32 条）。	
<p>第 33 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 毫不拖延地同意，委员会提出任何访问、与委员会合作以制定访问方式的要求，并就委员会能圆满完成访问提供所需的所有设施（第 33 条）。■ 在访问结束后，毫不拖延地全面执行委员会的建议（第 33 条第 5 款）。	
<p>第 34 条 - 缔约国应:</p> <ul style="list-style-type: none">■ 毫不拖延地提供委员会要求的一切资料，当委员会收到的消息表明，有充分迹象显示正在发生大规模或有组织强迫失踪问题的时候（第 35 条）。	



www.amnesty.org