



人权理事会
第十六届会议

议程项目 3

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

强迫或非自愿失踪问题工作组的报告

增编

国内刑事立法中关于强迫失踪的最佳做法

提要

在 2010 年 6 月 18 日题为“强迫或非自愿失踪”的第 14/10 号决议中，人权理事会请工作组编写一份报告，提交人权理事会第十六届会议。报告着重提到的最佳做法来源于现行的立法和判例，目的是协助各国加强强迫失踪方面的现行立法并拟定新的立法。结论载有所有国家都应遵循的这种最佳做法的一个清单。

目录

	段次	页次
一. 导言	1-8	3
二. 关于强迫失踪罪的编纂工作	9-20	4
A. 根据《国际刑事法院规约》对强迫失踪的编纂	13-15	5
B. 将强迫失踪作为一项独立的罪行进行编纂	16-20	6
三. 罪行的组成要素	21-32	7
A. 剥夺自由	22-24	7
B. 犯罪人	25-27	7
C. 拒绝承认剥夺自由或者隐瞒失踪者的遭遇或下落	28	8
D. 将失踪者置于法律保护之外和犯罪者的意图	29-32	9
四. 罪行的持续性及其在刑法中的后果	33-34	9
五. 参与强迫失踪的实施	35-38	10
六. 制裁	39-46	11
七. 禁止犯罪不究的保障措施	47-61	13
A. 特赦	48-51	13
B. 对上级命令的应有服从	52-54	15
C. 时效	55-56	16
D. 对强迫失踪进行审判的主管法庭	57-58	17
E. 普遍管辖权与引渡或起诉的义务	59-61	17
八. 结论	62	18

一. 导言

1. 强迫或非自愿失踪问题工作组过去开展了一些分析工作，得出的结论说很少有国家在国内法中将强迫失踪作为一项独立的刑事罪进行编纂。工作组一直认为这个问题极其重要，并见于《联合国保护所有人不遭受强迫失踪宣言》(“宣言”)¹第4条要求各国在刑法下将所有强迫失踪行为当作犯罪，因此工作组决定就全世界各国的刑法如何处理强迫失踪的问题起草一份研究报告。
2. 根据这项决定，人权事务高级专员办事处(人权高专办)于2005年3月22日发出普通照会，并通过该普通照会向各国提交了第一份问答调查表。少数国家作了答复，因此工作组只能得出有限的结论。
3. 2008年，工作组决定再次提出请求。根据这项决定，人权高专办于2009年12月18日向各国发出普通照会，请它们就这个问题提出意见，同时也提交了一份问题清单。
4. 在题为“强迫或非自愿失踪”的2010年6月18日第14/10号决议中，人权理事会请工作组根据向成员国征求而来的资料，就国内刑事立法中强迫失踪方面的最佳做法编写一份报告，提交人权理事会第十六届会议。
5. 本报告根据上述决议提交，目的是强调在对强迫失踪的刑事处理方面的最佳做法，并形成各项建议，协助各国就强迫失踪问题加强现行立法，拟定新的立法。工作组向答复了问答调查表并在其中提供详细信息国家深表感谢。²
6. 工作组从收到的答复中发现，各国从2005年至2010年在颁布立法，处理强迫失踪问题方面取得了显著的进展。可以从这些国家经验中举出许许多多的最佳做法的例子，凡是打算在最近要颁布新立法或修订现行立法的国家都可予以利用。
7. 在集中论述刑法领域这些做法之前，工作组要祝贺那些在宪法中体现了任何人不遭受强迫失踪这一不可克减的权利的国家。³ 这项权利虽然没有直接涉及到

¹ 联大1992年12月18日第47/133号决议。

² 下列国家对第一份问答调查表作了答复(2005年)：比利时、玻利维亚、保加利亚、加拿大、中国、哥伦比亚、芬兰、希腊、黎巴嫩、阿曼、菲律宾、大韩民国、乌克兰和也门。下列国家对第二份问答调查表作了答复(2009年)：阿根廷、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、巴西、保加利亚、喀麦隆、乍得、哥伦比亚、哥斯达黎加、捷克共和国、埃及、萨尔瓦多、厄立特里亚、爱沙尼亚、法国、德国、加纳、危地马拉、伊拉克、日本、约旦、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、拉脱维亚、黎巴嫩、马达加斯加、马来西亚、毛里求斯、尼加拉瓜、巴拉圭、秘鲁、波兰、葡萄牙、卡塔尔、大韩民国、摩尔多瓦共和国、俄罗斯联邦、塞尔维亚、斯洛文尼亚、瑞士、泰国、多哥、乌拉圭和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)。提交的答复全文可在秘书处获得。

³ 玻利维亚(第15.IV条)、哥伦比亚(第12条)、厄瓜多尔(第66、88和120.13条)、巴拉圭(第5条)和委内瑞拉(第45条)。

对强迫失踪的刑事制裁问题，但工作组认为必须在宪法层面上将这项权利充分承认为一项人权，因为它明确表明所有国家机构在所有活动中都应尊重这项权利。

8. 工作组发出的问答调查表涵盖 6 个领域：国内立法关于强迫失踪罪的编纂工作(第一部分)、这项罪行各组成要素的定义(第二部分)、该罪行的持续性及其在刑法中的后果(第三部分)、参与强迫失踪罪的方式(第四部分)、可适用的制裁(第五部分)、防止对犯罪者不作追究的措施(第六部分)。

二. 关于强迫失踪罪的编纂工作

9. 《宣言》第 4 条规定“所有造成被强迫失踪的行为多是根据刑法应以相应的处罚予以惩治的罪行，这种处罚应考虑这些罪行的极其严重的性质”。1995 年工作组就这条规定通过了一项一般性意见，指出，在国内刑法中将强迫失踪编纂成一条独立的罪行，“适用于所有国家，不管强迫失踪行为是否实际发生。在强迫剥夺自由、酷刑、恐吓、过度暴力等方面，政府如果只是提到以前存在的刑事罪，这是不够的”。⁴ 工作组在一些场合也重申了同样的概念。

10. 即使说不存在独立的罪名并不等于说国家可以不调查，不惩罚强迫失踪行为，在国内立法中作为一项独立的罪行对强迫失踪行为进行定罪的义务也是克服犯罪不究现象的一个强有力机制。尼泊尔最高法院裁定，“如果没有相关法律，就不能开展真正、有效或切实的调查。……为了解决这个问题，亟需颁布一项法律，列入关于失踪行为是刑事罪的规定，并根据《国际公约》所述的定义对失踪行为进行界定”。⁵

11. 一些国家承认，它们尚未将强迫失踪罪纳入它们的国内立法，但说它们的立法对禁止涉及到强迫失踪或者与之密切有关的罪行，如诱拐、绑架、非法拘留、非法剥夺自由、贩运、非法限制权利和滥用权利等规定了一些保障措施。但是，众多分散的罪名并不能反映强迫失踪问题的复杂性及其特别严重的性质。虽然提到的罪行可能属于某一类强迫失踪，但它们都不足以涵盖强迫失踪的所有要素，而且它们往往没有结合这项罪行的特别严重性规定制裁，因此未能保证全面的保护。

12. 对各国提供的答复作的分析表明就在这几年里已取得了很大的进步。在大多数情况下，推动编纂强迫失踪罪的因素似乎是在国内法中批准，从而执行《国际刑事法院罗马规约》。与此同时，一些国家也同时或者相继在国内立法中将强迫失踪编纂成一项独立的罪行。

⁴ E/CN.4/1996/38、第 54 段。亦见 A/HRC/7/2、第 26 段(关于强迫失踪定义的一般性意见第 3 段)。

⁵ 尼泊尔最高法院，2007 年 7 月 1 日的判决，结论 b.i)。

A. 根据《国际刑事法院规约》对强迫失踪的编纂

13. 对许多国家(45 个)作的分析⁶表明它们确实按照《罗马规约》第 7 条对危害人类罪和强迫失踪罪作了定义,即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实施时,将强迫失踪定为危害人类罪。工作组欢迎关于某些国内法规定专门惩罚强迫失踪罪的积极进展。

14. 在最近对波斯尼亚和黑塞哥维那(根据《罗马规约》对强迫失踪进行编纂的国家之一)的访问中,工作组高兴地获悉,对一些罪行根据这项罪名进行了判罪。这种定罪正面抓住了这些行为的具体特点,因为这种行为如用“谋杀”或“酷刑”等等其他定性来描述,是不能令人满意的。因此,工作组鼓励更多的国家批准《罗马规约》,并将《国际刑事法院规约》的罪项纳入国内法,包括将强迫失踪罪作为危害人类罪纳入。

15. 但是,工作组要重申它已经对从《罗马规约》产生的强迫失踪的具体定义所表示的保留(见关于强迫失踪定义的一般性意见)。⁷在这方面,工作组建议国家当局根据《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》第 2 条提供的更充分的定义来解释《罗马规约》对强迫失踪规定的定义。

⁶ 阿根廷(2007 年 1 月 5 日第 26.200 号法第 9 条)、澳大利亚(《1995 年刑法法案》第 268.21 条和《2002 年国际刑事法院法》附则 1)、阿塞拜疆(《刑法》第 110 条)、比利时(《刑法》第 136 条之三)、波斯尼亚和黑塞哥维那(《刑法》第 172 条)、布基纳法索(《刑法》第 314 条)、布隆迪(《刑法》第 196-197 条)、加拿大(《2000 年危害人类罪和战争罪法》第 4 条和附则)、智利(2009 年 7 月 18 日 20.357 法)、刚果共和国(1998 年 10 月 31 日第 8 号法第 6.k 和第 8 条)、哥斯达黎加(《刑法》第 379 条)、克罗地亚(《刑法》第 157-A 条)、塞浦路斯(2006 年 7 月 28 日第 23(III)/2006 号法第 4 条)、捷克共和国(《刑法》第 401 条)、芬兰(《刑法》第 11 章)、法国(《刑法》第 212.1 条)、德国(《德国违反国际法罪法》第 7.1.7 条)、印度尼西亚(关于建立特设人权法院的 2000 年第 26 号法第 9 段)、伊拉克(2005 年 10 月 18 日《伊拉克最高刑事法庭法》第 12 条—只适用于 1968 年 7 月 17 日至 2003 年 5 月 1 日所犯的罪行)、爱尔兰(2006 年《国际刑事法院法》第 6 和第 10 条)、肯尼亚(2008 年《国际罪行法》第 6 条)、大韩民国(《2007 年在国际法院管辖范围内惩罚罪行法》第 9 条)、立陶宛(《刑法》第 100 条)、马其顿(《刑法》第 403 条)、马里(《刑法》第 29 条)、马耳他(《刑法》第 54-C 条)、黑山(《刑法》第 427 条)、荷兰(《2003 年国际罪行法》第 4 条)、新西兰(《2000 年国际罪行和国际刑事法院法》第 10 条)、挪威(《刑法》第 102 条)、巴拿马(《刑法》第 432 条)、菲律宾(《第 9851 号共和国法》,该法界定并惩罚违反国际人道主义法的罪行、种族灭绝罪和其他危害人类罪,安排管辖权,指定特别法院和为了其他目的,2009 年 12 月 11 日,第 6 条)、葡萄牙(2004 年 7 月 22 日第 31 号法第 9 条)、罗马尼亚(《刑法》第 175 条)、卢旺达(《2003 年关于种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪的法律》)、萨摩亚(《2007 年国际刑事法院法》第 6 条)、塞内加尔(《刑法》第 431-2 条)、塞尔维亚(《刑法》第 371 条)、斯洛文尼亚(《刑法》第 101 条)、南非(《2002 年国际刑事法院罗马规约执行法》第二部分)、西班牙(《刑法》第 607 条之二)、瑞士(《刑法》第 264a 条和《军事罪法》第 109e 条)、东帝汶(《刑法》第 124 条)、特立尼达和多巴哥(《2006 年国际刑事法院法》第 6 条)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(《2001 年国际刑事法院法》第 50 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 法第 18 条)。

⁷ A/HRC/7/2, 第 26 段。

B. 将强迫失踪作为一项独立的罪行进行编纂

16. 经验表明，强迫失踪常常不是在普遍或系统地袭击平民的情况中发生。从这个角度看，如果只有在这一具体情况下实施的强迫失踪可以在国内法中予以定罪，那么这意味着许多强迫失踪行为将不属于国内刑法和国家法院管辖的范围之内。

17. 工作组指出，“由于强迫失踪都是单独发生，未必属于旨在长期剥夺对于受害者的法律保护……的系统袭击，所以必须加紧努力，把强迫失踪列入各项国内刑法中，规定适当的处罚，根据国家和普遍管辖权将犯罪者带上本国法院加以审判”。⁸

18. 一项单独的强迫失踪行为，即使不能导致援用国际刑事法院的管辖权，但也依然是一项国际罪行，是一项公然侵犯人权的行爲，可以按照若干国际人权条约的要求确定犯罪者的刑事责任。因此，各国不能将对强迫失踪的定罪局限于《国际刑事法院规约》意义上危害人类罪那样的事件，而是应在这项罪行的定义中包括任何这种行为。

19. 在这方面可以看到一些良好做法。两个国家因此而在自己的国内立法中规定了两项独立的罪行：一项根据《国际刑事法院规约》第 7 条，另一项惩罚不在普遍或系统地袭击平民的情况下发生的强迫失踪罪。⁹ 但是，还有一些国家则在国内法列为一项单一的罪行，范围很广，足以包括这项罪行的任何情况，不管是作为一项单独的行为所实施的，还是属于普遍或系统地袭击平民的一部分。¹⁰ 其中有些国家选择将强迫失踪定为危害人类罪，即使它不是在普遍或系统地袭击范围内实施的。¹¹

20. 所有这些都是独特的做法，符合《宣言》第 4 条，因此，凡是在考虑通过关于强迫失踪的立法的国家，都应照着去做。

⁸ E/CN.4/2002/79, 第 365 段。

⁹ 巴拿马(《刑法》第 150 和第 432 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 18 和第 21 条)。但是，乌拉圭将作为独立的罪行的强迫失踪罪(不是按照《国际刑事法院规约》第 7 条)定性为危害人类罪。

¹⁰ 亚美尼亚(《刑法》第 392 条)、玻利维亚(《刑法》第 292 之二)、哥伦比亚(《刑法》第 165 条)、萨尔瓦多(《刑法》第 364 条)、危地马拉(《刑法》第 201 条之三)、墨西哥(《刑法》第 215-A 条)、尼加拉瓜(《刑法》第 488 条)、巴拉圭(《刑法》第 236 条)、秘鲁(《刑法》第 320 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 法第 21 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条)。

¹¹ 亚美尼亚(《刑法》第 392 条)、萨尔瓦多(《刑法》第 364-366 条)、危地马拉(《刑法》第 201 条之三)、尼加拉瓜(《刑法》第 488 条)和秘鲁(《刑法》第 320 条)。

三. 罪行的组成要素

21. 自从 1995 年，工作组澄清说，国家不一定要严格按照《宣言》所载的对这项罪行的定义，但要确保“对强迫失踪行为的定义能将其与诸如强迫剥夺自由、诱拐、绑架、单独禁闭等有关的罪行明确区分开来。任何定义都应包括以下三项累加的最起码要素：(a) 违背有关人的意愿剥夺其自由；(b) 政府官员的卷入，至少以默许的方式间接卷入；(c) 拒绝透露有关人的命运和下落”。¹²

A. 剥夺自由

22. 所有强迫失踪都是以剥夺受害者的自由开始的。工作组指出，“根据《宣言》所载对强迫失踪的定义，该刑事罪从违反受害者意愿而予以逮捕、拘留或绑架开始，这意味着强迫失踪可能以非法拘留或提出合法的逮捕或拘留开始。这就是说，不论剥夺自由的行为采取何种形式，保护受害者免遭强迫失踪都必须对这种剥夺自由的行为生效，而且也不应局限于非法地剥夺自由案件”。¹³

23. 因此，国内法对该罪行的定义应包括“剥夺自由”这一通称所涉的所有情形。例如，单是采用“绑架”一词是不合适的，因为它只是指某一类型的非法绑架。

24. 在法律中可以找到一些良好做法，即简单地采用“剥夺受害者的自由”¹⁴或者“以任何形式剥夺自由”¹⁵ (这甚至更好)。“合法或非法拘留人”一语是可以适用的，只要予以作广义的解释，以涵盖在任何地方的所有剥夺自由形式，不只局限于主管当局的官方拘留中心(虽然其行为是非法的)。¹⁶ 根据《罗马规约》制定的定义采用与第 7 条第 2-i 款一样的措词，即“逮捕、羁押或绑架人”，对该措词应作充分广义的解释，以涵盖各种形式的剥夺自由。

B. 犯罪人

25. 工作组在关于强迫失踪定义的一般性意见中回顾说，“关于犯罪人，(……)为了工作的目的，只有在所涉行为由国家行为者或代表政府行事或得到政府直接或间接支持、同意或默许的个人或有组织团体(如准军事团体)所犯时，才认为是

¹² E/CN.4/1996/38, 第 55 段。

¹³ A/HRC/7/2, 第 26 段(关于强迫失踪定义的一般性意见第 7 段)。

¹⁴ 玻利维亚(《刑法》第 292 条之二)。

¹⁵ 哥伦比亚(《刑法》第 165 条)、危地马拉(《刑法》第 201 条之三)、巴拿马(《刑法》第 150 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 法第 21 条)。

¹⁶ 萨尔瓦多(《刑法》第 364 条)、尼加拉瓜(《刑法》第 488 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条)。

强迫失踪”。¹⁷ 如果国内刑事立法没有列入个人代表政府或者在政府直接或间接支持下，但不一定得到政府人员关于实施这项罪行的命令或指令而实施的行为，那么工作组认为这种定义是片面的，因此必须作修正。¹⁸ 工作组还指出，它“同意”《国际公约》第 3 条的规定，即各国应采取必要措施，调查个人和群体在并未得到国家授权、支持或默许的情况下制造的强迫失踪，并将责任者绳之以法”。¹⁹

26. 因此，从执行《罗马规约》中产生良好做法，因为《罗马规约》设想作为危害人类罪禁止强迫失踪，如果这项行为是国家或政治组织直接地，或其同意、支持或默许下”实施的，这一措辞最大范围地包含了强迫失踪的所有情形。作为一项独立罪行的强迫失踪的定义也可以说是如此，它设想了由“任何个人”所犯的这种罪行。²⁰ 但是，工作组回顾说，这种广义的定义不应解释成是对国家责任的稀释，而应考虑由于其他组成要素而产生的强迫失踪罪的具体特点，特别是这种罪行的结果是将受害人排除在法律保护之外。

27. 同样积极而且更加与《宣言》的用语相符的是将潜在犯罪人的类别局限于比任何性质与国家有关系的人的国内法律，例如引用《国际公约》第 2 条所采用的措辞。²¹

C. 拒绝承认剥夺自由或者隐瞒失踪者的遭遇或下落

28. 根据国际法对强迫失踪的各种定义，该罪行组成要素之一是拒绝承认剥夺受害者的自由，或者是隐瞒其遭遇或下落。事实上，这一要素将强迫失踪与任意拘留等等其它罪行做了区分。²² 国家的良好做法包括根据《罗马规约》的定义(“逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落”)对强迫失踪进行编纂，并且编纂一项独立的罪行，在其定义中列入这种要素。²³ 其他的措辞也可以接受，只要在解释时涵盖《宣

¹⁷ A/HRC/7/2, 第 26 段(关于强迫失踪定义的一般性意见第 1 段)。

¹⁸ A/HRC/7/2/Add.2, 第 30 段。

¹⁹ A/HRC/7/2, 第 26 段(关于强迫失踪定义的一般性意见第 2 段)。

²⁰ 哥伦比亚(《刑法》第 165 条)。亦见巴拉圭(《刑法》第 236 条)，“任何怀有政治目的的人……”。但是，关于特别意图的要素似乎是对定义范围的不适当限制。见下文关于特别意图的论述。

²¹ 玻利维亚(《刑法》第 292 条之二)、萨尔瓦多(《刑法》第 364 条)。

²² 见秘鲁最高法院，2009 年 11 月 13 日第 9-2009/CJ-116 号全体决定，第 9.B-10 段。

²³ 玻利维亚(《刑法》第 292 条之二)、哥伦比亚(《刑法》第 165 条)、萨尔瓦多(《刑法》第 364 条)、危地马拉(《刑法》第 201 条之三)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 21 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条)。

言》、《国际公约》和《罗马规约》所考虑到的所有情况，即：拒绝承认剥夺自由；拒绝透露/隐瞒该个人的命运或下落。²⁴

D. 将失踪者置于法律保护之外和犯罪者的意图

29. 国际法关于强迫失踪的所有定义都表示受害者被置于法律保护之外。强迫失踪的这一特点，其结果是终止了受害者对所有其他人权和自由的享受，将其置于毫无反抗的境地。这完全涉及到在法律面前人人被承认为人的权利，这是享有所有其他人权的一个前提条件。

30. 《宣言》第 1 条第 2 款规定，任何强迫失踪行为，其后果是将遭受强迫失踪的人置于法律保护之外。

31. 工作组对该罪行定义作解释的目的是要使之最有利于防止强迫失踪，因此工作组“在受理强迫失踪案件时，不要求报告案件者证明、或甚至假设犯罪者的意图是将受害人置于法律保护之外”。²⁵

32. 良好做法来自一些国家，它们根据《宣言》和工作组的立场，将这一“将受害者置于法律保护之外”的要素列为其它组成要素的后果。²⁶

四. 罪行的持续性及其在刑法中的后果

33. 《宣言》第 17 条第 1 款规定，“只要犯案者继续隐瞒失踪人员的命运和下落而且实际真相仍未查清，构成被强迫失踪的行为即应视为是一种继续犯罪”。在关于作为持续性犯罪的强迫失踪的一般性意见中，工作组指出，“强迫失踪是持续性行为的开始。这种行为从绑架之始开始，并延伸到这一罪行没有结束的整个时期，就是说直到国家承认拘留或者透露关于个人的命运或下落的信息为止”。

34. 向工作组发出的问答调查表所作的答复表明了在这个问题上的最佳做法。特别是，有些国家在它们的刑法中明确将强迫失踪界定为一项持续性犯罪。²⁷ 对这项罪行明确性为持续性，有利于在强迫失踪行为发生在国内法编纂该罪行之前的情况下，对强迫失踪行为的被告进行定罪。²⁸ 在其他情况下，虽然该罪

²⁴ 见尼加拉瓜(《刑法》第 488 条)：“……不提供这些人的下落方面的信息”。

²⁵ A/HRC/7/2, 第 26 段(关于强迫失踪定义的一般性意见第 5 段)。

²⁶ 玻利维亚(《刑法》第 292 条之二)、哥伦比亚(《刑法》第 165 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条)措辞含义较狭窄，但可以根据《宣言》做解释，“从而阻碍受害者行使权利”。

²⁷ 危地马拉、乌拉圭和委内瑞拉。尼加拉瓜答复说，持续性犯罪的概念在尼加拉瓜立法中是众所周知的(《刑法》第 83 条)，强迫失踪也被认为是一种持续性犯罪。

²⁸ 除其他外见，Chiquimula 初审法庭(危地马拉)，2009 年 12 月 3 日的判决(《Marco Antonio Sanchez Samayoa 等人案》)；Chimaltenango 地区犯罪行为、毒品活动和损害环境罪法庭(危地马拉)，2009 年 9 月 7 日第 C-26-2-2006 号判决；危地马拉宪法法院，2009 年 7 月 7 日的判决；委内瑞拉玻利瓦尔共和国最高法院宪法分庭，2007 年 8 月 10 日的判决。

行没有被明确性为持续性，但国内法庭同样在强迫失踪方面维持这一概念，并实行不可追溯原则。²⁹ 不管怎么样，还有一些没有将强迫失踪作为一项独立的罪行进行编纂的国家也承认持续犯罪的概念，³⁰ 在可能有助于将这一概念适用于强迫失踪行为。有一个国家对强迫失踪罪进行了编纂，但判例法尚未对此适用“长期”罪行的概念，即使涉及到绑架等等侵犯自由的其他罪行已经被定性为长期。³¹

五. 参与强迫失踪的实施

35. 参与强迫失踪的实施有各种形式，如同谋、指挥责任或指令、煽动、同意、默认和积极隐瞒等等，国内刑法也都应予以惩罚。这非常重要，尤其是在卷入指挥链的人的刑事责任方面。通常会有许多犯罪人卷入强迫失踪的实施，但不一定所有人都知道受害者的下落或命运。³²

36. 虽然《宣言》在这个问题上不载有一条详细的规定，但《国际公约》第 6 条第 1 款规定，各国应采取必要措施，起码追究下列人员的刑事责任：“a) 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；b) 上级官员：(一) 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罪而故意对有关情况置若罔闻者；(二) 对与强迫失踪罪有牵连的活动，实际行使过责任和控制；(三) 没有在本人的权限

²⁹ 除其他外见，波哥大特别巡回法院第 3 刑事法庭，2010 年 6 月 9 日的判决(《Alfonso Plazas Vega 案》)；秘鲁最高法院，2009 年 11 月 3 日第 9-2009/CJ-116 号全体决定，第 14-15；秘鲁最高法院，2006 年 3 月 20 日的判决(Exp.111-04,D.D.Cayo Rivera Schreiber)；秘鲁宪法法院，2004 年 3 月 18 日的判决(Exp.2488-2002-HC/TC)，第 26 段；墨西哥最高法院，2004 年 7 月 20 日的判决(P./J.49/2004)；秘鲁宪法法院，2004 年 12 月 9 日的判决(Exp.2798-04-HC/TC)，第 22 段；哥伦比亚宪法法院，2002 年 7 月 31 日的判决，(第 C-580/02 号)。

³⁰ 埃及认为不正当监禁在监禁的整个时期是一项持续性犯罪，因为在这期间受害者一直被剥夺自由；厄立特里亚适用绑架等等的罪名；爱沙尼亚、法国、德国等采用非法监禁的罪名；日本采用“非法逮捕和监禁”以及“绑架”；约旦采用“非法剥夺自由”；哈萨克斯坦采用“绑架”；大韩民国采用不法逮捕、非法监禁……；拉脱维亚、黎巴嫩、马达加斯加、毛里求斯、摩尔多瓦采用非法剥夺自由和扣押人质的概念，但不用绑架的概念；波兰采用剥夺自由罪的概念；葡萄牙解释说，持续犯罪概念存在于葡萄牙立法中(《刑法》第 30 条第 2 款)，但强迫失踪要被定性为“长期的延伸性罪行”，意思是这些罪行通过若干行为或者通过在持续时间方面可以延伸的一个单一的行为(如非法限制)而发生；卡塔尔采用绑架的概念；塞尔维亚(《刑法》第 61 条)；泰国；多哥。

³¹ 萨尔瓦多：San Miguel 初审法庭，第 0301-82-2004 号案，2004 年 8 月 3 日的判决。

³² 秘鲁最高法院，2009 年 11 月 13 日第 9-2009/CJ-116 号集体裁决，第 11 段：秘鲁最高法院宣布，“提供信息的义务对这项罪行的编纂至关重要。[……]只要失踪的情况继续存在，能够知道情况的所有官员和代理人都有上述提供信息的义务。要追究犯罪人和参与者的刑事责任，必要条件是他们在罪行实施的一开始就介入犯罪”。

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”。³³

37. 来自许多国家的良好做法是通过在国内立法中执行《罗马规约》而形成的，特别是执行该规约的第 25 和第 28 条所形成的，这两条详细说明了责任的形式，相当于载于《国际公约》第 6 条的详细说明。³⁴ 但是，这只涉及根据《规约》第 7 条所载的条件和作的具体定义实施作为危害人类罪强迫失踪罪的人的责任。³⁵

38. 关于作为一项独立罪行的强迫失踪罪，有一个国家建立了一项综合性制度，专门处理怂恿或引诱实施、意图实施、合谋实施或参与强迫失踪的人。³⁶ 还有一个国家将笼统地规定了“参与或隐瞒这项罪行的人”的责任。³⁷

六. 制裁

39. 《宣言》第 4 条第 1 款说，“所有造成被强迫失踪的行为都是根据刑法应以相应的处罚予以惩治的罪行，这种处罚应考虑这些罪行的极其严重的性质”。³⁸

40. 工作组认为，对强迫失踪罪判处 25 至 40 年的监禁，是符合《宣言》的。³⁹ 这方面的良好做法可以见之于有限的一些国家。⁴⁰

³³ 《国际公约》第 6, 1(c)条规定，“以上第(2)款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”。

³⁴ 澳大利亚(《1995 年刑法法》第 268.115 条)、波斯尼亚和黑塞哥维那(《刑法》第 180.2 条)、加拿大(《2000 年危害人类罪和战争罪法》第 5 条)、智利(2009 年 7 月 18 日第 20.357 号法第 35-35 条)、刚果共和国(1998 年 10 月 31 日第 8 号法第 10 条)、克罗地亚(《刑法》第 167-A 条)、芬兰(《刑法》第 11 章第 12-13 条)、德国(《德国关于违犯国际法罪的法律》第 4、13 和 14 部分)、印度尼西亚(第 26/2000 号法第 41-42 条)、伊拉克(2005 年 10 月 18 日《伊拉克最高刑事法庭法》第 15 条)、大韩民国(《2007 年关于国际刑事法院管辖权范围内惩罚各种罪行的法律》第 5 条)、前南斯拉夫马其顿共和国(《刑法》第 416.B 条)、马耳他(《刑法》第 54-E 条)、黑山(《刑法》第 440 条)、荷兰(《2003 年国际罪行法》第 9 条)、挪威(《刑法》第 109 条)、巴拿马(《刑法》第 445 条)、菲律宾(第 9851 号共和国法，界定和惩罚违反国际人道主义法罪、种族灭绝罪和其他危害人类罪，安排司法管辖，指定特别法院和有关目的的法律，2009 年 12 月 11 日，第 8 和第 10 条)、葡萄牙(2004 年 7 月 22 日法第 6 条)、卢旺达(2003 年第 33 号法之二第 18 条)、萨摩亚(《2007 年国际刑法法》第 10 条)、塞尔维亚(《刑法》第 384 条)、斯洛文尼亚(《刑法》第 104 条)、西班牙(《刑法》第 615 条之二)、瑞士(《刑法》第 264k 和第 264l 条以及《军事刑法》第 20 和第 114 条)、东帝汶(《刑法》第 136 条)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(《2001 年国际刑事法院法》第 65 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.024 号法第 10 条)。

³⁵ 在乌拉圭，即使强迫失踪不是在《罗马规约》规定的条件下实施的，也一直是危害人类罪。

³⁶ 哥伦比亚(《刑法》第 340、348、441、446、449 和 450 条)。

³⁷ 委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条)。

³⁸ 同样见《国际公约》第 7 条。

³⁹ A/HRC/4/41/Add.1, 第 33 段。亦见 E/CN.4/2006/56/Add.1, 第 27 段。

41. 在有些国家，即使大范围的选择可以使法官或陪审团宣布的判决得到重视，包括通过考虑可能的加重情节，但如果将国内立法规定的惩罚作为一项独立的罪行适用于强迫失踪，这种惩罚初看起来也似乎是不适当的。⁴¹ 为作为《罗马规约》界定的危害人类罪惩罚强迫失踪行为而设想的惩罚一般来说较合适的，虽然情况并非总是如此。但是工作组认为，如果作为危害人类罪的强迫失踪行为非常可恶，作为一个单项行为的强迫失踪仍然是一项非常严重的罪行，应予以实行相应的重判。

42. 《宣言》第 4 条第 2 款说：“对于那些虽参与被强迫失踪行为但能使受害者生还或自愿提供消息从而有助于查明被强迫失踪案件的人，国家立法可考虑重新处理”。⁴²

43. 工作组认为，刑事立法，凡“规定只有在犯罪人提供合作，使受害者得到释放或者找到受害者遗骸时，才可视情况采取减轻措施”的，都达到《宣言》第 4 条第 2 款的要求。⁴³

44. 一些国家对强迫失踪规定了具体的加重情节或减轻情节，⁴⁴ 还有一些国家则援用《刑法》规定的一般情况(如果有的话)。如果规定了具体的加重情节，这些情节则主要涉及失踪者的死亡或者严重的身心伤害事件；涉及受害者是某一弱势群体的成员，犯罪人是政府官员，或者这种行为被认为是一项持续性犯罪等事实。⁴⁵ 在其它一些国家，在较长的一段时间内持续犯罪，被认为是一个加重情节。⁴⁶ 减轻情节主要包括：受害者在经过某一特定时间后被释放，或者参与者提供信息，能够对案件作澄清或查明犯罪者。

45. 关于附属制裁的问题，工作组认为，关于强迫失踪的国内立法应规定必须给犯罪者以取消公职的惩罚。⁴⁷ 因此，有些国家明确规定撤销被判强迫失踪罪的公务员的公职。⁴⁸

⁴⁰ 哥伦比亚(320/540 个月的监禁，对于有加重情节的案件则可高达 480/600 个月，加上经济处罚，再加撤销公职 160/360 个月)、危地马拉(25/40 年监禁，而且有死刑：见下文)。

⁴¹ 玻利维亚(5 至 15 年监禁，如有加重情节则可达 30 年)、秘鲁(“不少于 15 年监禁”和撤销公职)、乌拉圭(2 至 25 年)。

⁴² 亦见《国际公约》第 7 条第 2 款。

⁴³ E/CN.4/2006/56/Add.1, 第 27 段。

⁴⁴ 玻利维亚(《刑法》第 292 条之二)、哥伦比亚(《刑法》第 166 和第 167 条)、危地马拉(《刑法》第 201 条之三)、墨西哥(《刑法》第 215-B 条)、巴拿马(《刑法》第 150-151 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 15 条和第 21.3 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条)。

⁴⁵ 如尼加拉瓜(《刑法》第 83 条)。

⁴⁶ 如捷克共和国(《刑法》第 42.m 条)。

⁴⁷ A/HRC/7/2/Add.1, 第 39 和 66.c)段。《宣言》第 5 条规定，在不妨害当事国按照国际法原则承担的国际责任的情况下，除适用的刑法之外，犯罪者以及组织默许或容忍被强迫失踪的国家和国家当局，对强迫失踪还负有民法责任。

46. 规定适当刑事制裁的义务不应偏离确保给受害者充分的民事赔偿的职责。工作组回顾，“除适用的刑法以外，被指控的强迫失踪案件的行为人还需承担一般民事责任”。⁴⁹

七. 禁止犯罪不究的保障措​​施

47. 工作组在 1994 年的报告(E/CN.4/1994/26)中专门提到犯罪不究的问题，提醒各国有义务不制定或颁布实际上是强迫失踪犯罪人犯罪不究的法律。以后的几份报告也重复了对这个问题的关注。在强迫失踪行为与犯罪不究之间有一个恶性循环。正如工作组和人权委员会指出的那样，犯罪不究现象同时既是强迫失踪的根源，又是澄清强迫失踪案的主要障碍之一。⁵⁰ 在这方面，工作组注意到一些国家有一些良好做法，在它们的境内逐渐推动犯罪不究的情况。

A. 特赦

48. 《宣言》第 18 条规定“对于犯有或指称犯有强迫失踪罪的人，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”。⁵¹ 工作组在《宣言》第 18 条的一般性意见中详尽地解释了这条规定。⁵² 它详细解释了那些给予了特赦但被认为有违第 18 条的案件的情况，并举出了一些也应禁止“类似措施”的例子。它还说，“《宣言》第 18 条若与其他条款一道解释，允许按照《宣言》第 3 条的规定，采取可直接防止和终止失踪现象的有限和特殊措施，即使从表面上看，这些措施似乎具有可导致有罪不罚的赦免法或类似措施的效果”，并详细说明了可以采取的几种措施(特别见一般性意见第 8 段)。

⁴⁸ 哥伦比亚(《刑法》第 165 条)、萨尔瓦多(《刑法》第 366 条)、墨西哥(《刑法》第 215-C 条和第 215-D 条)、尼加拉瓜(《刑法》第 488 条)、秘鲁(《刑法》第 320 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 12 条)。

⁴⁹ A/HRC/7/72/Add.1 第 39 和第 66(c)段。

⁵⁰ 除其他外见人权委员会 2001 年 4 月 23 日第 2001/46 号决议。

⁵¹ E/CN.4/1996/38, 第 57-58 段。

⁵² E/CN.4/2006/56, 第 49 段，亦见关于获知强迫失踪真相的权利的一般性意见第 8 段(A/HRC/16/48, 第 39 段)。

49. 一些国家有一些良好的做法，将强迫失踪罪明确排除在适用特赦法或类似措施以外，不管这种行为是否被定性为危害人类罪。⁵³ 还有一些国家只对属于危害人类罪定义的失踪罪不适用特赦法或类似措施。⁵⁴ 工作组要再次强调，强迫失踪作为一项危害人类罪虽然十分可恶，但强迫失踪作为一项单一行为，仍然是非常严重的罪行，因此不应适用不遵守工作组关于第 18 条的一般性意见所规定的条件的任何特赦措施。

50. 有些国家没有采取任何限制来防止对强迫失踪行为给予特赦。⁵⁵ 工作组要建议这些国家仿效上述国家的最佳做法，对失踪案不适用特赦法或类似措施。⁵⁶ 不管怎样，这些国家不应通过任何特赦法或类似措施，以免不遵守工作组在关于第 18 条的一般性意见中所详细列出的条件。

51. 还有一些国家审查了以前在适用范围上有限或甚至对追溯既往宣布为非法的特赦法或类似措施，从而允许对过去所犯的罪行，包括对仍然未决的强迫失踪案开始或重新开始审判。⁵⁷

⁵³ 哥伦比亚(2000 年第 589 号法第 14 条)、厄瓜多尔(《宪法》第 80 条和第 120 条)、尼加拉瓜(《刑法》第 130 条)、巴拿马(《刑法》第 115 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 8 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条和《宪法》第 29 条)。在危地马拉，特赦法本身没有将强迫失踪排除在它的范围之外(《民族和解法》第 145-1996 号法令第 8 条，1996 年)。

⁵⁴ 布隆迪(《刑法》第 170-171 条)、伊拉克(2005 年 10 月 18 日《伊拉克最高刑事法庭法》第 15.6 条)。

⁵⁵ 波斯尼亚和黑塞哥维那、捷克共和国、厄立特里亚、斯洛文尼亚。

⁵⁶ 爱沙尼亚澄清了它的立场说，尽管没有明确规定不适用特赦，但对强迫失踪罪不会给予任何特赦。

⁵⁷ 在阿根廷，议会于 2003 年宣布两项提到的特赦法无效；2005 年 6 月 14 日，最高法院宣布这两项特赦法违宪，从而具体地允许对 70 年代军方所犯的罪行，包括对几千起强迫失踪案开始或重新开始审判(援引最高法院，S.1767.XXXVIII 号案，Simon, Julio Hector 等人/非法剥夺自由，等等，2005 年 6 月 14 日的判决。)2007 年 7 月 13 日，最高法院通过了一项裁决，宣布 1990 年就某一具体案件的赦免为无效，确立了重要的先例。援引的是最高法院，Santiago Omar Riveros 案，2007 年 7 月 13 日的判决。智利最高法院通过了一系列的裁决，对危害人类罪不适用 1978 年《特赦法令》。最高法院还决定关于“绑架的持续性犯罪”学说应该防止对强迫失踪案适用特赦或时效。在萨尔瓦多，最高法院 2000 年 9 月 26 日的一项判决确认，1993 年 3 月 20 日的法令给予在 1992 年 1 月 1 日之前参与犯罪的所有人以特赦，这不能予以宣布为违宪，但法官可以在具体案件中避免适用这条法令，这种情况发生过一次，是在一起法外处决的案件中(见工作组关于萨尔瓦多的报告，第 64 段)。但是在这种情况下，工作组促请立法大会修正该法令，以使之符合工作组关于《宣言》第 18 条的一般性意见第 8 段所提出的几点条件(见 A/HRC/7/2/Add.2，第 90 段)。在伊拉克，《伊拉克最高刑法》第 15 条第 6 款规定，在该法之前生效的特赦令不适用于被控犯了几种所规定的任何罪行的人。

B. 对上级命令的应有服从

52. 关于强迫失踪的所有国际人权文书都明确规定来自任何政府当局、不管是民事、军事还是其他任何命令或指令都不得援引来作为强迫失踪罪的理由。⁵⁸ 工作组强调国内立法应适当反映这条原则。⁵⁹ 上述国际文书都没有提到说在司法公正有这样的要求时可以将上级命令看作是减轻惩罚的一种理由。实际上，即使国内立法要以上级命令为由实行减刑，这种减刑也不能没有限度：如果国内法允许过多的减刑，这将违背《宣言》第4条所载关于规定“适当惩罚”的义务。

53. 根据工作组收到的答复，似乎有一些国家已经在国内立法中列入条款，明确说，在大多数情况下当强迫失踪行为被定性为危害人类罪时，不得援引命令或指令来为这种行为辩护。⁶⁰ 在其他一些国家，服从命令采取的行动通常可以不负责任，只要这项命令不是“明显违法”⁶¹，或者超出上级的权力范围，⁶² 或者下级执行命令会犯罪。⁶³ 就这些国家而言，工作组建议通过司法解释或者立法修正来具体规定关于实施或以任何方式参与强迫失踪罪的命令是“明显违法”或者犯罪的。

54. 最后，还有一些国家仍然保留着这项原则，即服从命令是下属的一个免罪情节。工作组建议这些国家仿照其他国家的良好做法，修正在这个问题上的立法，使之符合国际法。

⁵⁸ 见《宣言》第6条；《美洲被迫失踪人士公约》第8条；《国际公约》第6.2条和第23.2条。所有上述条款和规定，国家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；拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。关于这个问题，亦见《罗马规约》第33条。

⁵⁹ A/HRC/7/2/Add.1, 第35段。

⁶⁰ 哥伦比亚(《刑法》第32条)、乌拉圭(2006年10月4日第18.026号法)、委内瑞拉(《刑法》第180-A条、《宪法》第25和第45条)。以下国家对危害人类罪也规定了同样的原则：比利时(《刑法》第70条和第136条之八)、波斯尼亚和黑塞哥维那(《刑法》第180.3条)、布隆迪(《刑法》第31条)、加拿大(2000年《危害人类罪和战争罪法》第14条)、法国(《刑法》第213-4条)、德国(《德国违反国际法罪法》第3条)、伊拉克(2005年10月18日《伊拉克最高刑事法庭法》第15.5条)、菲律宾(第9851号共和国法，界定和惩罚违反国际人道主义法罪、种族灭绝罪和其他危害人类罪，安排司法管辖，指定特别法院和有关目的的法律，2009年12月11日，第12条)、葡萄牙；瑞士(《刑法》第264条)、乌拉圭(2006年10月4日第18.026号法第9条)、委内瑞拉(《刑法》第180-A条)。

⁶¹ 喀麦隆(《刑法》第83条)、哥斯达黎加(《刑法》第36条)、厄立特里亚(《厄立特里亚过渡刑法》第70条)、法国(第122条第4款)、约旦、拉脱维亚(《刑法》第34条)但在危害人类罪案件中绝不能援引适当服从；马达加斯加；摩尔多瓦(《刑法》第364条第6款)；俄罗斯联邦(《刑法》第42条第2款)。

⁶² 哈萨克斯坦(《公务法》第7条第6款)。

⁶³ 捷克共和国(《职业兵法》第48节第2条，第221/1999号)、埃及(《刑法》第63条)、塞尔维亚(2007年《塞尔维亚军队法》第13条第3款)。

C. 时效

55. 将任何强迫失踪事件限定在时效的适用范围以外，这是防止犯罪不究的一个具体保障。在强迫失踪罪变成危害人类罪的情况下，必须永远认识到这一点。在其他情况下，如果国家决定颁布时效的规定，国内立法必须明确规定：只要受害者的遭遇或下落没有得到澄清，就不应开始实施这种规定。

56. 一些国家规定强迫失踪不能适用时效，从而形成了一些最佳做法。⁶⁴ 还有一些国家规定所有危害人类罪不得适用时效，⁶⁵ 其中在大多数情况下也包括强迫失踪，特别是由于执行《罗马规约》而将其作为危害人类罪时。还有一些国家通报说，它们将一些罪行，包括有些情况下的强迫失踪罪适用时效。⁶⁶ 但这些国家形成了一个良好做法，即它们结合这样一个原则来解释时效，即根据这项原则，强迫失踪应被认为是一种持续性罪行，因此承认时效应该从罪行停止的那一刻起。⁶⁷

⁶⁴ 厄瓜多尔(《宪法》第 80 条)、萨尔瓦多(《刑事诉讼程序法》第 34 条，虽然它只适用于 1998 年 4 月 20 日以后开始实施的强迫失踪罪；《刑法》关于制裁的第 99 条)、尼加拉瓜(《刑法》第 131 条)、巴拿马(《刑法》第 120 条)、巴拉圭(《宪法》第 5 条和《刑法》第 102 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 7 条)、委内瑞拉(《刑法》第 180-A 条和《宪法》第 29 条)。

⁶⁵ 阿根廷(2007 年 1 月 5 日第 26.200 号法第 11 条)、阿塞拜疆(《刑法》第 75.7 条和第 80.4 条)、波斯尼亚和黑塞哥维那(《刑法》第 19 条)、布基纳法索(《刑法》第 317 条)、布隆迪(《刑法》第 150 条和第 155 条)、智利(2009 年 7 月 18 日第 20.357 号法第 40 条)、刚果共和国(1998 年 10 月 31 日第 8 号法第 14 条)、克罗地亚(《刑法》第 18 条和第 24 条)、捷克共和国(《刑法》第 35 条)、爱沙尼亚(《刑法》第 81 条)、芬兰(《刑法》第 8 章第 1 条和第 6 条)、法国(《刑法》第 213-5 条)、德国(《德国违反国际法罪法》第 5 条)、印度尼西亚(第 26/2000 号法第 46 条)、哈萨克斯坦(《刑法》第 4 章)、大韩民国(2007 年《国际刑事法院管辖范围内的治罪法》第 6 条)、马里(《刑法》第 32 条)、马耳他(《刑法》第 54-I 条)、摩尔多瓦、黑山(《刑法》第 129 条)、荷兰(《国际罪行法》第 13 条)、菲律宾(第 9851 号共和国法)，该法界定并惩罚违反国际人道主义法罪、种族灭绝罪和其他危害人类罪，安排司法管辖，指定特别法院和为了有关的目的，2009 年 12 月 11 日，第 11 条)、波兰(《刑法》第 101 条)、葡萄牙(2004 年 7 月 11 日第 31 号法第 7 条)、罗马尼亚(《刑法》第 138 条和第 146 条)、卢旺达(2003 年第 33 号法之二第 20 条)、塞尔维亚(《刑法》第 108 条)、斯洛文尼亚(《刑法》第 95 条)、西班牙(《刑法》第 131.4 条和第 133.2 条)、瑞士(《刑法》第 101 条和《军事刑法》第 59 条)、东帝汶(《刑法》第 117 条)。

⁶⁶ 比利时(罪行为 10 年)、乍得(10 年)、哥斯达黎加(视对所涉罪行考虑的制裁情况，3 至 10 年，《刑事诉讼程序法》第 30-35 条)、埃及(视所涉罪行的情况，1 至 10 年，《刑法》第 15 条，虽然“某些罪行，包括没有正当理由的拘留，不适用时效”(《刑法》第 117、第 126、第 127、第 282 和第 309 条))、厄立特里亚(视对有关罪行设想的制裁情况，3 至 25 年，《过渡刑法》第 225-238 条)、爱沙尼亚(5 至 10 年，但危害人类罪不适用时效，见上文)、哈萨克斯坦(2 至 20 年，但危害人类安全罪除外，见上文)、马达加斯加(关于惩罚，如果是犯罪案件，20 年；关于刑事诉讼，视对所涉罪行考虑的制裁情况，1 至 10 年)、摩尔多瓦(2 至 25 年，《刑法》第 60 条，但危害人类和平与安全罪除外，见上文)、波兰(杀人罪为 30 年，其它罪行为 20 年)、卡塔尔(视罪行情况，3 至 10 年)、多哥(10 年)。

⁶⁷ 比利时：黎巴嫩没有具体规定强迫失踪罪，但说，如果对强迫失踪做编纂，将认为这是一项持续性罪行，因此时效将始于结束剥夺自由的那一天，即刚被绑架者恢复人身自由的时候；泰国也没有具体规定强迫失踪罪，但说，关于拘留、监禁或剥夺自由的罪行被认为是持续性罪行，时效的适用应该从这种罪行结束的那一天开始启动；波兰。

D. 对强迫失踪进行审判的主管法庭

57. 工作组已指出，将强迫失踪作为刑法下的罪行予以编纂，“指的是应该由主管的普通法院，既不是由任何特别法庭，特别是军事法院(《宣言》第 16 条第 2 款)，也不是由行政机构或行政法庭，来执行有关的国内刑法”。⁶⁸ 它重申，国内立法应“规定，对强迫失踪罪的责任人，只能由普通主管法庭进行审判，不能由任何其他特别法庭，尤其是军事法庭进行审判”。⁶⁹

58. 有些国家在国内立法中明确规定，绝不能将强迫失踪看作是一项履职时所犯的罪行，军事法庭对强迫失踪没有管辖权。⁷⁰ 还有一些国家重申，强迫失踪只能由主管普通法院来审判。⁷¹

E. 普通管辖权与引渡或起诉的义务

59. 作为防止犯罪不究的一项关键保障，国内立法除了引渡或起诉的义务以外，或者结合这项原则，还应规定在强迫失踪案中适用普遍管辖原则。这使国家能够对自己境内的假定对强迫失踪负有责任的所有人绳之以法。

60. 一些国家报告说它们有一些国内的规定，可以实施普遍管辖和/或引渡或起诉的义务的原则。⁷² 在有些国家，至少是对有些国际罪行承认有引渡或起诉的义务，但不承认普遍管辖原则。⁷³ 至少在两个国家，诉讼程序法规定了普遍管辖权，但没有规定引渡或起诉的义务。⁷⁴ 在少数的国家，对强迫失踪行为适用这一项或另一项原则，或者两项原则结合适用。⁷⁵ 在许多情况下，这些原则的

⁶⁸ E/CN.4/1996/38, 第 56 段。

⁶⁹ A/HRC/7/2/Add.1 第 38 和第 66.(四)段。除其他外亦见，《宣言》第 14 条；《国际公约》第 11.3 条；2005 年 12 月 27 日的 E/CN.4/2006/56, 第 599 段；E/CN.4/1993/25, 第 46 段。

⁷⁰ 哥伦比亚(《军事刑法》第 1-3 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 11 条)、委内瑞拉(《宪法》第 29 条和第 261 条)。

⁷¹ 巴拉圭、秘鲁。

⁷² 但是，见，没有明确承认这些概念的国家：厄立特里亚；吉尔吉斯斯坦；马达加斯加；摩尔多瓦立法没有规定普遍管辖权，但在引渡或起诉的义务方面也没有任何说法。

⁷³ 波斯尼亚和黑塞哥维那、哥伦比亚、埃及、毛里求斯。

⁷⁴ 大韩民国、尼加拉瓜。

⁷⁵ 萨尔瓦多(《刑法》第 10 条)、危地马拉(《刑法》第 5 条)、尼加拉瓜(《刑法》第 16 条)、日本、巴拿马(《刑法》第 19 条和第 20.4 条)、乌拉圭(2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法第 3-5 条)。

编纂只明确提到危害人类罪，或者将笼统地提到国际刑事法院管辖下的罪行。⁷⁶ 有一个国家通报说，它的法律没有具体提到普遍管辖原则，但有两种情况密切反映了这项概念，即对种族灭绝以及该国根据国际义务必须禁止的罪行行使管辖权。⁷⁷ 还是在该国，《刑事诉讼法》虽然没有具体提到引渡或起诉的义务原则，但该原则已经通过现行立法在很大程度上得到了遵守，而且判例法也常常予以适用。

61. 但是，若干国家认为，由于它们的刑事立法没有将强迫失踪编纂为一项独立的罪行，因此普遍管辖原则以及引渡或起诉的义务原则不能适用于被如此看待的这种罪行，但这不妨碍予以适用于与强迫失踪有关系的其他行为。⁷⁸ 这证实了将强迫失踪作为一项独立的罪行编纂对防止犯罪不究的至关重要性。

八. 结论

62. 工作组要感谢对它的问答调查表作答复的所有国家，它们为工作组关于最佳做法的研究提供了可靠的法律基础。虽然报告本身详细介绍了这些最佳做法，但工作组还想强调所有国家应仿照的以下若干最佳做法：

(a) 批准有关国际文书，将这些文书纳入国内立法，特别是批准《国际刑事法院罗马规约》和《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》；

(b) 编纂强迫失踪的独立罪行，范围要充分，既涵盖作为普遍或有系统袭击平民的一部分所实行的强迫失踪，而且还要涵盖孤立的行为；

⁷⁶ 阿根廷(2007年1月5日第20.200号法第3-4条)、澳大利亚(1995年《刑法》第268.117条)、阿塞拜疆(《刑法》第12.3和13.3条)、比利时(《刑事诉讼法》起始部分第12条之二)、波斯尼亚和黑塞哥维那(《刑法》第12条)、布隆迪(《刑法》第10条)、加拿大(2000年《危害人类罪和战争罪法》第6和第8条)、克罗地亚(《刑法》第14条)、塞布鲁斯(第23(III)/2006号法第6条)、芬兰(《刑法》第一章第7-8条)、德国(《国际法犯罪法》第1条)、爱尔兰(2006年《国际刑事法院法》第12条)、肯尼亚(2008年《国际罪行法》第6条)、大韩民国(2007年《国际刑事法院管辖范围内的罪行惩罚法》第3条)、立陶宛(《刑法》第7条)、马耳他(《刑法》第5条)、黑山(《刑法》第135-137条)、荷兰(2003年《国际罪行法》第2条)、新西兰(2000年《国际罪行和国际刑事法院法》第8条)、菲律宾(第9851号共和国法，该法界定并惩治违反国际人道主义法的罪行、种族灭绝罪和其他危害人类罪，安排司法管辖，指定特别法院和为了其他目的，2009年12月11日，第17条)、葡萄牙(2004年7月22日第31号法第5条)、罗马尼亚(《刑法》第13条)、萨摩亚(2007年《国际刑事法》第13条)、塞内加尔(《刑法》第431.6条)、塞尔维亚(《刑法》第9和第10条)、斯洛文尼亚(《刑法》第11和13.2条)、南非(2002年《〈国际刑事法院罗马规约〉执行法》第4条)、西班牙(2009年11月4日第1/2009号组织法)、瑞士(《刑法》第264m条)、东帝汶(《刑法》第8条)、特立尼达和多巴哥(2006年《国际刑事法院法》第8条)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(2001年《国际刑事法院法》第54和60条)。

⁷⁷ 巴西。

⁷⁸ 保加利亚、喀麦隆、哥斯达黎加、捷克共和国、法国、哈萨克斯坦(这两项原则的实施要根据该国参加的国际条约的规定)。

- (c) 将以下累加的最起码要素纳入该罪行的定义：(一) 剥夺受害者的自由，(二) 政府官员卷入，至少是通过默许而直接卷入，(三) 拒绝透露有关人员的遭遇和下落；
- (d) 将“置受害者于法律保护之外”的要素作为其它组成要素的后果列入；
- (e) 将强迫失踪罪定性为持续性罪行；
- (f) 对强迫失踪建立一项全面的个人责任制度，包括上级责任；
- (g) 规定适当的惩罚，同时要考虑这项罪行的极端严重性，不管是否被定性为危害人类罪；
- (h) 既要规定适当的减轻或加重情节，也要规定适当的附属制裁；
- (i) 将强迫失踪罪排除在适用特赦法或类似措施以外，不管是否被定性为危害人类罪；
- (j) 规定不得援引命令或指令来为强迫失踪罪辩护，不管是否被定性为危害人类罪；
- (k) 规定强迫失踪罪不能适用时效，不管是否被定性为危害人类罪；
- (l) 规定强迫失踪行为绝不能被认为是一项履职时的罪行，军事或其他特别法庭对强迫失踪没有管辖权；
- (m) 对强迫失踪罪规定普遍管辖权以及引渡或起诉义务，不管是否被定性为危害人类罪。
-