



大会

Distr.: General
7 August 2013
Chinese
Original: English

第六十八届会议

临时议程* 项目 69(b)

促进和保护人权：人权问题，包括增进
人权和基本自由切实享受的各种途径

法官和律师的独立性

秘书长的说明

秘书长谨向大会转呈法官和律师独立性问题特别报告员Gabriela Knaut按照人权理事会第 17/2 号决议提交的报告。

* A/68/150。



法官和律师独立性问题特别报告员的报告

摘要

本报告重点阐述军事法庭司法制度。在许多国家，军事法庭的使用引发了对以下问题的严重关切：诉诸法律的机会，以往由军事政权实施的践踏人权行为不受惩罚，司法机构的独立性和公正性，尊重对被告的公平审判保障。

本报告重点讨论四个关切事项，即：(a) 军事法庭的独立性和公正性；(b) 军事法庭的属人管辖权，包括对平民进行调查和起诉的问题；(c) 军事法庭的属事管辖权，包括调查和起诉军事人员涉嫌严重侵犯人权的行为；(d) 军事法庭诉讼中对公平审判的保障。

法官和律师独立性问题特别报告员讨论了这些关切事项，基于军事法庭管辖权应被限定在由军事人员实施的军事性质违反行为范围内的观点，提出了一些解决办法。设立军事司法制度的国家应力求保障军事法庭的独立性和公正性，并且保障包括公平审判权和有效补救权在内若干人权的行使和享受。本报告的依据是对国际和区域人权文书、国际和区域人权机制的判例以及收到的军事司法问卷回复所做的分析。

一. 导言

1. 本报告是按照人权理事会第 17/2 号决议提交的。
2. 人权理事会关于司法系统公正廉明问题的第 19/31 号决议呼吁，设有审理刑事罪犯的军事法院或特别法庭的国家应确保这些机构是总体司法系统的内在组成部分，并确保这些法庭适用国际法所确认的正当程序，以保障公平审判。此外，理事会请法官和律师独立性问题特别报告员在执行任务时充分考虑到该决议(见第 8 和 10 段)。
3. 根据第 19/31 号决议，特别报告员向会员国和观察员国发出一份普通照会，请各国回答关于军事法庭司法的一套问题。特别报告员谨感谢书面答复问卷的所有国家。¹
4. 本报告简要概述了 2013 年特别报告员开展的活动，并在专题部分重点讨论了军事法庭司法和遵循人权法和国际公认标准问题。具体而言，讨论了以下四个事项：(a) 军事法庭的独立性和公正性；(b) 军事法庭的属人管辖权，包括对平民进行调查和起诉的问题；(c) 军事法庭的属事管辖权，包括调查和起诉军事人员实施涉嫌严重侵犯人权的行为；(d) 公平审判保障在军事法庭诉讼中的适用。

二. 特别报告员的活动

5. 特别报告员自上次向大会报告以来，回复了希腊、罗马教廷、意大利、卡塔尔、斯威士兰、阿拉伯联合酋长国、乌克兰和赞比亚提出的正式访问请求。此外，特别报告员向孟加拉国、中国、斐济、肯尼亚、缅甸、尼泊尔、菲律宾、美利坚合众国和津巴布韦发出催复通知。特别报告员谨感谢卡塔尔政府邀请她访问该国。
6. 特别报告员给人权理事会的报告(A/HRC/23/43)列出了她在向大会提交上一份报告之后开展的活动。其间特别报告员参加的活动载列如下。
7. 2013 年 2 月 28 日和 3 月 1 日，特别报告员出席了联合国开发计划署在南非约翰内斯堡举办的关于治理问题和 2015 年后发展议程的全球专题协商。
8. 2013 年 4 月 15 日至 25 日，特别报告员对俄罗斯联邦进行了正式访问。特别报告员将于 2014 年 6 月向人权理事会第二十六届会议提交关于该次访问的报告。她谨感谢俄罗斯联邦政府提供的合作。

¹ 阿根廷、奥地利、白俄罗斯、保加利亚、布基纳法索、哥伦比亚、捷克共和国、芬兰、法国、德国、希腊、黎巴嫩、墨西哥、黑山、秘鲁、罗马尼亚、俄罗斯联邦、西班牙、瑞士、突尼斯、乌克兰和乌拉圭。

9. 2013年5月5日至9日,特别报告员参加了在圣地亚哥举行的拉丁美洲法官联合会大会第六十二届会议和国际法官协会伊比利亚-美洲组年度会议。

10. 2013年5月28日,特别报告员向人权理事会提交重点讨论法律援助问题的年度专题报告(A/HRC/23/43和Corr.1)。她还提交了关于正式访问萨尔瓦多(A/HRC/23/43/Add.1)、巴基斯坦(A/HRC/23/43/Add.2)和马尔代夫(A/HRC/23/43/Add.3)的报告,并就她在巴拿马召集进行的中美洲司法机构独立性问题次区域协商提交了报告(A/HRC/23/43/Add.4)。5月29日,在理事会第二十三届会议期间,特别报告员作为小组成员参加了关于俄罗斯联邦司法机构独立性问题的会边活动。

11. 2013年6月24日至28日,特别报告员参加了在维也纳举行的特别程序任务负责人年度会议和推动保护人权会议。

12. 2013年7月12日,特别报告员参加了美洲人权委员会在华盛顿特区举行的几次会议。

三. 军事法庭

13. 军事法庭的设立和运作有关问题属于特别报告员任务的核心内容。现任特别报告员及其前任Leandro Despouy都非常关注军事法庭和特别法庭的设立和运行问题,尤其是对恐怖主义相关案件的审判(见A/HRC/8/4、A/HRC/11/41、A/HRC/20/19、E/CN.4/2004/60、E/CN.4/2005/60、A/61/384、A/62/207和A/63/271)。

14. 特别报告员认为,军事法庭司法引起对以下问题的严重关切:诉诸法律的机会,以往践踏人权的行行为不受惩罚,军事法庭的独立性和公正性,尊重被告的公平审判权。

15. 特别报告员在本报告中讨论了这些关切事项并提议了一些解决办法,前提是认为设立军事法庭的国家应当确保此类法庭是总体司法系统的内在组成部分,在其管辖范围内独立、公正地行使职能,保障行使和享受人权,尤其是公平审判权和有效补救权。此外,军事法庭的管辖权应被限定在军事人员实施的军事性质违反行为范围内。

A. 国际法标准

16. 《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定,人人有资格由一个依法设立、有管辖权的独立和公正的法庭进行公平和公开审讯。一些区域人权文书也包

含类似条款。² 正如人权事务委员会在第 32 号一般性意见中指出的,《公约》第十四条适用于该条规定范围内的所有法院和法庭,不论普通还是特别,民事还是军事。

17. 在《非洲公平审判权和法律援助权的原则和准则》(A章,原则 2(a)和 4(e),和L章)以及更新后的打击有罪不罚以保护和促进人权的一套原则中,明确提到军事法庭(见 E/CN.4/2005/102/Add.1,原则 29)。一个普遍认识是,与司法有关的人权标准和原则,诸如在法院和法庭目前人人平等原则、由一个有管辖权且依法设立的法庭使用既定法律程序进行审判的权利、获得有效补救的权利、罪刑法定原则和公平审判权,完全适用于军事法庭。

18. 2006 年,促进和保护人权问题小组委员会特别报告员 Emmanuel Decaux 拟订了一套规范军事法庭司法的原则草案(见 E/CN.4/2006/58)。这些原则旨在确立一套用于规范军事司法、普遍适用的最低限度规则(第 10 段)。在拟订这些原则时,Decaux 先生与世界各地的人权专家、法官和军事人员进行协商,纳入了有关设立和运作军事法庭的具体规定。这些原则的基本理念是军事司法应当是总体司法系统的内在组成部分(见原则 1 和 17)。欧洲人权法院在其判例中正面引述了这些原则。³

19. 基于与司法有关的普通人权原则,形成了一批重要的国际判例。人权条约机构、区域人权机制和一些特别程序任务负责人都突出强调,军事法庭的设立和运作可能会给充分切实地实现《公民权利和政治权利国际公约》以及其他国际和区域人权文书所载明的人权造成重大挑战。

B. 军事法庭的性质和目标

20. 随着时间推移,限制军事法庭司法的趋势日益增强。下达命令者坐在审判席上的传统军事司法模式已逐步发生重大改变,导致军事法庭作为一个特殊分支日益融入总体司法系统。有几个国家则完全取消了和平时期军事法庭的活动,将裁定军事人员错失行为指控的职责转移到普通法院及/或惩戒机构。

21. 在一些国家,军事司法系统采取特设、特别或特殊法庭的形式,但这些法庭类型的定义仍有待确定。应明确认识这些法庭的性质,以便拟定精确定义,从而避免模糊不清和错误描述。由于不同国家的军事法庭采取不同形式,因此很难对军事司法的类型进行划分。⁴

² 见《欧洲人权公约》(第六条),《美洲人权公约》(第八条)、《非洲人权和人民权利宪章》(第七条)和《阿拉伯人权宪章》(第十二和十三条)。

³ 例如,见 Ergin 诉土耳其(第 6 号)案,第 47533/99 号诉状,2006 年 5 月 4 日判决。

⁴ Federico Andreu-Guzmán, *Military Jurisdiction and International Law: Military Courts and Gross Human Rights Violations*, vol.1(International Commission of Jurists, Geneva, 2004), pp.154-157。

22. 在许多军事司法制度、尤其是从英国模式演化而来的制度中，有简易裁判权与更为正式的军事法庭制度之分。在简易裁判权案件中，授权军官就其指挥权系统内的人员违反军事纪律的指控，采取某种形式的简易审理程序或非司法程序做出裁定。在更为正式的军事法庭制度下，诉讼由军事法官主持，有更明确的程序规则和证据规则，行使管辖权的对象是更严重的罪行。许多国内制度中，对于特定违反行为，被告可以选择是依照简易程序审理还是由军事法庭进行审理。还可以在英美法系与欧洲大陆法系之间做出区分，前者针对具体案件特别设立一个军事法庭，而后者特点则是拥有常设法院。⁵

23. 一些国家军事法庭的根本目的是允许武装部队自行处理直接涉及军队纪律、效率和品行的事项。关于是否需要单独的军事司法制度的问题，一项有标志意义的裁决⁶指出，军队必须能够有效且高效地执行内部纪律，以保持武装部队的备战状态。⁷

24. 然而，单设法庭来执行军队特殊纪律标准的必要性并未得到普遍承认。在许多国家，军事法庭的主要宗旨仍然是为军队利益而非社会利益服务，军事法庭最后成了打击所谓“内部敌人”的武器，而不是以纪律约束部队人员的工具。⁴ 确实，近期的历史事例显示，一些滥用权力的军事政权以军事法庭为工具，残害本国人民并对自己进行赦免以避免为其行为承担责任(见 A/61/384)。

25. 军事法庭必须依法设立并构成国家正式组建的司法体系的组成部分。在本报告中，“军事法庭”一词限定为系指军事法院。尽管如此，本报告中的一些考虑因素也比照适用于为审判军事人员和平民而设立的其他司法和准司法机构。

军事法庭在国家架构中的位置

26. 军事法庭在国家架构中的位置及其与“普通”司法机构之间的关系因国而异。许多国家的军事法庭是司法制度的组成部分，有时作为司法机构的特别分支。其他一些国家的军事法庭则在普通司法管辖范围之外，归属于行政部门，通常是国防部。有几个国家的普通司法机构有权审查军事法庭做出的裁定。为此目的，一些国家在最高法院内部设立特别军事司，或者委派军事人员辅助常规法官工作。

⁵ Michael Gibson, “Military tribunals”, in Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Vol. VII (Oxford University Press, 2013).

⁶ 加拿大最高法院, R. 诉将军案, 第 22103 号裁决, 1992 年 2 月 13 日。

⁷ Michael Gibson, “International human rights law and the administration of justice through military tribunals: preserving utility while precluding impunity”, in Journal of International Law and International Relations, vol. 4, No. 1 (2008), pp. 1-48.

军事法庭的组成

27. 各国在军事法庭组成方面的做法也不一致。有几个国家的军事法庭全部由接受过适当培训或拥有法律相关资格的现役或已退役武装部队成员组成。有些情况下，并不要求军事法官受过法律培训。在其他国家，军事法庭则由专业法官组成，这些法官或者是军人，或者是有过军事经验并了解武装部队行动的民事法官。

28. 国家法律通常规定，军事法官应拥有民事法官必须具备的同样的法律教育和培训背景。在军事法庭受普通司法系统管理的国家，军事人员可能会协助民事法官工作。

司法管辖权

29. 在对人员(属人)、地域、时间和事由(属事)的管辖权方面，各国的国内法也以不同方式规范军事法庭。

30. 在许多国家，军事法庭的属人管辖权仅限于武装部队现役成员涉嫌刑事罪和违反军事纪律的行为。有些情况下，宪法明确禁止军事法庭对不属于武装部队的人员行使管辖权，规定此类案件只能由普通法院裁定。例如，哥伦比亚最高法院在1987年3月5日第20号裁定中认定，在军事法庭审判平民违宪。

31. 军事法庭的属人管辖有时延伸到包括平民，他们因其职能和(或)所在地点或者被指控罪行性质而被比作军事人员对待。这些人可能包括：武装部队雇佣的平民，驻扎在军事设施或其附近的平民，其所犯罪行为作为军事犯罪处理的人，与军事人员共谋实施犯罪的人。在一些国家，恐怖主义相关案件和其他针对国家的严重犯罪也移交给军事法庭审理。

32. 不同的军事法律制度下，“军事罪行”的含义大不一致。⁴ 根据所犯罪行的性质及其所侵犯的受法律保护的合法权利或利益的性质，军事法典将以下罪行定为刑事犯罪：

(a) 严格意义上的军事罪行：犯罪行为在性质上只涉及受法律保护的军队秩序利益，如擅离军职、拒绝服从命令、放弃岗位或放弃指挥；

(b) 广义上的军事罪行：既侵犯普通的合法权利或利益，也侵犯军事上的合法权利或利益，但军事合法权利或利益被认为是首要的侵犯对象；

(c) “同化”的普通罪行：虽是普通刑法规定的罪行，但由于实施犯罪的情形，如军队雇佣的平民盗窃军事物资等与军队有关的行为，导致将普通罪行作为军事罪行予以处理。

33. 大多数国家的军事法庭同时行使司法职能和纪律管理权，有权审理武装部队人员实施的刑事犯罪和轻微的违反纪律行为。在其他国家，军事法庭仅有权处理纪律事项，而刑事案件则由普通法院管辖。许多军事司法制度基于“军队相关行

为”理念，允许军事法庭不仅对单纯的军事罪行行使管辖权，而且也对产生纪律后果的刑事罪确立管辖权。其他军事司法制度则将军事法庭的管辖权限制在军事人员实施的严格军事性质的违反行为范围内。

34. 无论每个国家司法制度有何种独特之处，特别报告员谨突出强调，军事法庭的唯一目的应当是调查、起诉和审理军事人员实施的单纯军事性质的事项。

四. 有关军事法庭的挑战

A. 军事法庭的独立和公正性

35. 司法机构独立性的概念源于构成法治实质内容的基本原则，特别是作为独立、公正司法制度之本的分权原则。人权事务委员会在第 32 号一般性意见的第 18 和 19 段中指出，《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第 1 款所述的依法设立、有能力、独立和公正的法庭的概念是指此种依法设立的机构，即不论其名称如何，须独立于政府的行政和立法机构，或在具有司法性质的诉讼中裁定具体案件的法律事宜时，享有司法独立性。委员会强调，对法庭能力、独立和公正的要求是一项绝对权，无一例外。

36. 军事法庭的独立性必须得到最高一级的法律保障。按照《关于司法机关独立的基本原则》，军事法庭司法工作指导原则草案的第一条规定，军事法庭在需要存在时，仅可由宪法或法律按照分权原则设立。即使有宪法保障，还须在立法一级确保司法机构的独立。因此，国内立法必须始终遵循这一原则(见 A/HRC/11/41，第 22 段)。

37. 有些国家的宪法就军事法庭作出规定，但此类规定的内容不尽相同。有些规定由普通法负责规范军事法庭的设立和运转。有些则更为具体，力求规范军事法庭的司法权及其组成和独立性。

38. 分权原则要求军事法庭在机构上独立于行政和立法权力机构，以避免对司法制度的任何干涉，包括来自军方的干涉。在这方面，军事法庭司法工作指导原则草案的原则 13 指出，军法官应有一个身份来保障其独立和公正性，特别是在军事等级方面。这项原则的评注指出，必须严格保护军法官相对于军方等级制度的身份独立，以避免产生任何直接或间接从属地位，无论是在司法系统本身的组织和运作中，还是在军法官的职业发展方面(E/CN.4/2006/58，第 46 段)。

39. 在大多数国家，由普通法规定军法官的独立身份、甄选和任命办法、任期、适当薪酬、服务条件、退休金和退休年龄。甄选和任命军法官的具体办法因国而异。一些国家从由部队退伍的合格候选人名单中挑选军法官，由司法理事会或由普通法院任命。另一些国家则通过竞争性考试甄选军法官。在某些情况下，军法

官由行政部门甄选和任命。在军法官的任期方面各国的做法也各不相同。在一些国家，军法官的任期时间有限。

40. 人权委员会第 32 号一般性意见指出，独立要求尤其指法官的任命程序和资格，如何保障法官的任期、晋升、调动、停职和解职的条件，以及保障司法机构在实际上独立，不受行政部门和立法机构的政治干涉。国际和区域司法机构处理了大量针对军事法庭的案件，因此，确定此类法庭是否符合必要的独立和公正要求有判例可循。

41. 在Martin诉联合王国案中，欧洲人权法院认为，为确认某法庭是否独立，必须特别考虑其成员的任命方式和任期、是否有保障机制抵制外部压力、法庭是否呈独立面貌。因此，欧洲人权法院的结论是，虽然平民作为军事法庭正式成员的参与可在一定程度上加强法庭的独立性，但他们对整体诉讼程序包括对军事法庭的军事成员没有足够的影响力，达不到《欧洲人权公约》第 6 条对独立和公正的要求。⁸ 欧洲人权法院在这项判决中提及Findlay诉联合王国案，认为由于组庭军官所扮演的角色，大不列颠及北爱尔兰联合王国的军事法庭系统存在根本缺陷。⁹

42. 特别报告员就组庭官问题指出，根据自身的作用和职能，组庭官可对军事法庭的独立和公正产生重大影响，譬如在组庭机构有权解散法庭或影响审判结果的情况下。有关立法必须明确界定组庭官的作用和职能，明确保障措施以避免此类干涉，一方面使组庭官能不受外部压力独立行事，另一方面防止其行为有损司法制度的独立和公正。

43. 在Palamara Iribarne诉智利案中，美洲人权法院认为，智利军事法庭的基本结构和组成意味着法庭由现役军事成员组成，他们通过指挥系统在等级地位上从属于更高等级的军官，其任命不取决于行使司法职能所需的专业技能和资格，无法充分保证不被解职，也未经担任法官或检察官所需的法律教育。所有这些都意味着该法庭缺乏独立和公正性。¹⁰ 在Castillo Petruzzi诉秘鲁案中，美洲人权法院指出，秘鲁的最高军事司法机构——最高军事司法法院的成员由有关部门的部长任命，这一事实足以严重质疑军法官的独立性。¹¹

44. 虽然司法机构的独立包括机构和个人层面，但对公正的要求主要涉及后者，即法官的具体行为。对公正的要求有两个方面。首先，法官在履行司法职责时不可抱有偏见或成见，也不应对审判的具体案件怀有成见，或不当促进某当事方利

⁸ Martin 诉联合王国，第 40426/98 号诉状，2006 年 10 月 24 日的判决，第 41 和 51 段。

⁹ Findlay 诉联合王国，第 22107/93 号诉状，1997 年 2 月 25 日的判决。

¹⁰ Palamara Iribarne 诉智利，2005 年 11 月 22 日的判决，C 系列第 135 号。

¹¹ Castillo Petruzzi et al. 诉秘鲁，1999 年 5 月 30 日的判决，C 系列第 52 号。

益而损害另一方利益。其次，法官须塑造不偏不倚、公道观察的形象并以此行事，以保持和加强公众信心、加强法律专业以及诉讼人对法官和司法机构公正性的信心。¹²

45. 在 Ergin 诉土耳其案中，某报编辑因被控煽动逃避兵役被军事法庭审判。欧洲人权法院认为，若军事法庭有权就反对武装部队的行为审判平民，则可能引起人们对法庭客观公正性的合理怀疑。欧洲人权法院认为，如果某司法系统中的军事法庭有权审理武装部队以外的人员，则人们很容易认为该司法系统完全抹杀了法庭与刑事诉讼当事方之间应该存在的距离，即使有充分的保障措施来保证法庭的独立性。³

B. 军事法庭审判平民问题

46. 法官和律师独立性问题特别报告员多次指出，以国家安全、紧急状态或反恐怖主义之名使用军事法庭或特别法庭审判平民是一种常见做法，这令人遗憾，与所有国际和区域标准及现有判例法背道而驰(例如，见 E/CN.4/2004/60 第 60 段)。其他特别程序任务负责人的结论也反映了这一观点。¹³

47. 国际人权条约未明确规定军事法庭审判平民的问题。但多项软性法律文书以及国际和区域机制的判例表明，反对军事法庭对平民的刑事管辖是强劲趋势。

48. 《关于司法机关独立的基本原则》规定，人人皆有权由采用既定法律程序的普通法院或法庭审理，不应设立不采用适当设定的法律程序的法庭，以此取代属于普通法庭或司法法庭的管辖权(原则 5)。

49. 根据这一立场，军事法庭司法工作指导原则草案的原则 5 指出，军事法院在原则上不应拥有审判平民的管辖权，且在任何情况下，国家都应确保被控犯有任何性质刑事罪的平民受到民事法庭的审理。该原则的评注指出，在军事法庭审判平民的做法对司法制度的公平、公正和独立造成了严重问题，且往往以需要使用不符合常规司法标准的特殊程序为由(见 E/CN.4/2006/58，第 20 段)。

50. 多项其他国际文书也建议国家应限制军事法庭对平民的管辖权，赞成实施普通管辖权。¹⁴

¹² 见《关于司法行为的班加罗尔原则》价值观 2(E/CN.4/2003/65，附件)。

¹³ Alex Conte, “Approaches and responses of the UN human rights mechanisms to exceptional courts and human rights commissions”, in *Guantánamo and Beyond: Exceptional Courts and Military Commissions in Comparative Perspective*, Fionnuala Ní Aoláin and Oren Gross, eds.(Cambridge University Press, 2013)。

¹⁴ 例如，可查阅通过打击有罪不罚行为保护和促进人权的最新原则(E/CN.4/2005/102/Add.1，原则 29)、关于在非洲获得公平审判和法律援助权利的原则和导则(L 部分(c)段)、任意拘留问题工作组的报告(E/CN.4/2000/4，第 67 和 68 段)以及人权理事会第 19/31 号决议。

51. 人权事务委员会第 32 号一般性意见第 22 段指出，尽管《公民权利和政治权利国际公约》并不禁止在军事法庭或特别法庭审判平民，但要求此类审判完全符合《公约》第十四条的规定，并保证不因军事法庭或特别法庭的性质而限制或更改有关保障措施。委员会还解释说，由军事法庭或特别法庭审判平民应为例外情况，换言之，应仅限于《公约》缔约国能证明出于客观和充分理由，有必要采用这种审判的情况，且普通民事法庭无法审理案件涉及的特定类别的个人和罪行。因此，诉诸军事法庭审判平民的缔约国有责任证明，针对特定类别的个人：(a) 普通民事法院无法进行审判；(b) 其他替代形式的特殊法院或高度安全的民事法院无法胜任；(c) 诉诸军事法庭可确保被告的权利按《公约》第十四条得到充分保护。在对缔约国按《公约》第四十条提交报告的结论意见中，委员会进一步呼吁一些国家的政府禁止在军事法庭审判平民。¹⁵

52. 人权事务委员会的判例表明，仅援引国内法规来决定应由军事法庭审判某些类别的严重罪行，不构成《公约》规定的可用于证明有理由诉诸此类法庭的论据。委员会始终认为，如缺乏确切理由证明必须在军事法庭审判特定类别平民，则此类审判不符合《公约》第十四条规定的保障措施。¹⁶

53. 事实上，国家实践倾向于限制军事法庭对刑事罪和武装部队现役成员被控违纪案件的属人管辖权。平民被视同为军事人员的例外情况往往被狭义地界定和解释(见 A/63/223，第 26 段)。

54. 特别报告员希望强调，由军事法庭或特别法庭审判平民引起了军事法庭司法工作独立性和尊重《公约》第十四条规定的保障措施方面的严重问题。她因此认为，军事法庭的管辖权应仅限于由军事人员犯下、严属军事性质的罪行。

55. 特别报告员还认为，人权事务委员会确定的有理由在军事法庭审判平民的“必要性”概念有一个前提条件，即普通法院无法对某些类别的个人行使管辖权，如驻外军事人员的平民受抚养人和陪同武装部队的平民人员，如订约人、厨师和翻译。¹⁷ 在这种情况下，特别报告员认为此类管辖权的存在可能是有必要的，以防当平民随武装部队在法律制度薄弱或运作不力的国家进行治外法权部署时，出

¹⁵ 例如，可查阅斯洛伐克(CCPR/C/79/Add. 79，第 20 段)、黎巴嫩(CCPR/C/79/Add. 78，第 14 段)、智利(CCPR/C/CHL/CO/5，第 12 段)、塔吉克斯坦(CCPR/CO/84/TJK，第 18 段)、厄瓜多尔(CCPR/C/ECU/CO/5，第 5 段)提交报告的结论意见。

¹⁶ 见 Ebenezer Derek Mbongo Akwanga 诉喀麦隆，CCPR/C/101/D/1813/2008，2011 年 5 月 19 日；Abdelhamid Benhadj 诉阿尔及利亚，CCPR/C/90/D/1173/2003，2007 年 9 月 26 日；Salim Abbassi 诉阿尔及利亚，CCPR/C/89/D/1172/2003，2007 年 3 月 28 日；Kurbanova 诉塔吉克斯坦，CCPR/C/79/D/1096/2002，2003 年 11 月 6 日。

¹⁷ 特别报告员指出，此类个人的法律身份通常由《部队地位协定》确定，《协定》会特别解决应由哪个国家承担首要和次要管辖权的问题，以处理随同武装部队的平民在接收国领土被控犯下的刑事罪或其他犯罪。

现在事实上有不罪不罚的情况。⁷ 但证明确有特殊情况、要求在军事法庭审判平民的责任应由派遣国承担。

56. 此外，特别报告员坚信，国家有义务保证普通法院的独立、公正、能力和问责，使普通法院能充分遵守适用的人权法和标准，包括保证公平审判和正当程序。即使未能做到这一点，也不可以此为由在特殊情况下使用军事法庭或特别法庭审判平民。因此，无论在任何情况下，设于一国领土内的军事法庭都不可对被控在该领土内犯有刑事罪的平民行使管辖权。

C. 军事法庭管辖罪行的性质

57. 军事法庭最复杂的问题之一是此类法庭的的属事管辖权，即属于军事法庭管辖范围的罪行类型。同属人管辖权一样，国际人权条约没有界定军事法庭属事管辖的范围，也没有提供定义说明什么构成军事罪行，或规定应属军事管辖范围的刑事罪行或违反军事纪律行为的种类。

58. 除其他外，下列国际和区域文书提到军事法庭的属事管辖权：《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》；《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》；《非洲接受公平审判和享有法律援助权利的原则和准则》；以及军事法庭司法工作指导原则草案。军事法庭司法工作指导原则草案特别规定，军事法庭的管辖权应限于军事人员犯下的严重军事性质的罪行(原则 8)。

59. 军事法庭司法工作指导原则草案的评注指出，军事法庭管辖权原则上不应构成对普通法的克减，形成管辖特权或某种形式的同侪司法。相反，此类管辖权应属于例外，仅适用于军事行动的要求，即适用于国家法院因实际原因(如诉讼的偏远性)无法行使管辖权，而当地主管法院面临管辖豁免问题的情形(E/CN.4/2006/58，第 29 段)。

60. 有关这一问题的人权条约机构的判例、特别程序任务负责人和区域人权机制倾向于把军事法庭的管辖权限于纯粹的纪律型军事罪行，而不是限于刑事性质的罪行。⁴ 特别是，美洲人权委员会和美洲人权法院都制定了所谓的“职能原则”，把军事司法管辖权限制在涉及军事职能的违法行为，从而限制在由武装部队成员实施的军事违法行为(见 A/61/384，第 26 段)。

61. 然而，军事工作者指出，士兵所犯的刑事罪行(如强奸或偷窃)既是纯粹的军事罪行(如违抗或不服从命令)，又是违纪行为。因此，许多军事司法系统对刑事罪行和违纪行为不做区分。在以“兵役罪”概念为基础的这些系统中，军事法庭对军事人员同时行使司法职能和纪律权力。⁵

62. 国家惯例分析也显示出一种趋势，即把军事法庭的属事管辖权限限于军事人员所犯的刑事罪行和违反军事纪律行为。阿根廷的军事法庭只有对军事人员在履

行职务时犯下的“严格意义上的军事罪行”，或在例外情况(如民事法庭无能力进行审判时)下，才可以行使管辖权，这是一个应突出说明的良好做法。

对被指控严重侵犯人权的军事人员的审判

63. 关于军事法庭的属事管辖权，人权工作者同军事工作者存在分歧的一个关键问题涉及军事法庭是否有管辖权来审判被指控涉嫌犯下严重侵犯人权罪行的军事人员。

64. 数项人权文书载列有关这一问题的具体条款。《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》规定，军事法庭的管辖权必须完全限于军人所犯的具体军事罪行，不包括属于国内普通法院管辖的侵犯人权行为或在构成国际法之下严重罪行相关情况下属于国际刑事法院或国际化刑事法院管辖的侵犯人权行为(原则 29)。

65. 《美洲被迫失踪人士公约》第九条和《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》第 16 条都规定，被指控犯有强迫失踪罪行的人应由普通法院审理，不应在任何其他特别法庭特别是军事法庭受审。禁止酷刑委员会和酷刑问题特别报告员也都重申，被控实施酷刑的人不应由军事法庭审理(见 A/56/156，第 39(j)段和 CAT/C/PER/CO/4，第 16(a)段)。

66. 军事法庭司法工作指导原则草案原则 9 规定，在任何情况下，普通法院对严重侵犯人权，例如法外处决、强迫失踪和酷刑进行调查，并对指控犯有此类罪行的人予以起诉和审判的管辖权应优先于军事法庭的管辖权。

67. 原则 9 的评注解释说，该条款有两重理由。首先，侵犯人权行为不属于军事人员履行的义务范围(A/61/384)。其次，无法信任军事法庭能够恰当地审理此类严重犯罪案件，因为军事法庭可能有意庇护严重践踏人权的军事人员，特别是高级军官。评注还指出，把管辖权优先留给普通法院是避免各种形式的有罪不罚的一个决定性步骤，并使受害者的权利在诉讼的各个阶段得到充分考虑(E/CN.4/2006/58，第 32 段)。

68. 人权条约机构的理论和判例都支持这条原则。例如，人权事务委员会在就哥伦比亚提交的报告做出的结论意见中关切地指出，军事司法系统继续对安全部队成员犯下的法外处决案件行使管辖权，委员会要求哥伦比亚政府确保严重侵犯人权事件受到正常司法系统的公平调查，确保此类案件明确切实地不属于军事法庭的管辖(CCPR/C/COL/CO/6，第 14 段)。此外，委员会在其就秘鲁(CCPR/C/PER/CO/5，第 17 段)、墨西哥(CCPR/C/MEX/CO/5，第 11 段)、俄罗斯联邦(CCPR/C/RUS/CO/6，第 14 段)和中非共和国(CCPR/C/CAF/CO/2，第 12 段)等国提交的报告所作的结论意见中，也提出了类似建议。委员会在最近一起案件中重申军事刑事管辖权的范

围应有限制并属例外，委员会引用军事法庭司法工作指导原则草案原则 9 支持自己的推理。¹⁸

69. 同样，前法官和律师独立性问题特别报告员指出，对涉及侵犯人权指控的罪行行使军事管辖权是对许多侵犯人权受害者寻求正义的严重障碍(A/61/384，第 18 段)。若干其他特别程序任务负责人也得出类似结论(见 E/CN.4/2005/65，第 375 段，E/CN.4/1998/38/Add.2 和 A/HRC/16/51/Add.3)。

70. 然而，军事工作者认为，侵犯人权行为不能恰当地归属于军事人员的义务范围，这当然是对的，但谋杀、强奸、欺诈或偷窃等普通犯罪行为也不能恰当地归属于军事义务的范围。⁵ 他们认为，严重侵犯人权罪行既是犯罪，同时也构成违纪行为，因此应由军事法庭审理，因为军事司法存在的理由是在军队推行纪律标准。

71. 虽有这种观点，但拉丁美洲国家军政府犯下的大规模践踏人权行为促使该区域许多国家对军事法庭审判犯下侵犯人权行为的军事人员的管辖权施加限制。特别报告员谨强调她认为是良好做法的来自哥伦比亚和墨西哥的两个例子：哥伦比亚对《宪法》第 221 条进行了修正，将严重侵犯人权行为，例如种族灭绝、强迫失踪、法外处决、性暴力、酷刑和强迫流离失所排除在军事司法管辖范围外；在墨西哥，最高法院 2012 年 8 月公布了一项具有历史意义的裁决，限制使用军事司法系统审理涉及据称践踏人权行为的案件。¹⁹

D. 军事法庭诉讼程序中的公平审判保障

72. 军事法庭司法工作指导原则草案载有若干关于军事法庭诉讼程序中的公平审判保障的条款。根据原则 2，军事法庭在任何情况下都必须尊重和适用《公民权利和政治权利国际公约》第十四条及区域人权条约相应条款规定的国际法的公平审判原则。其他原则提及获得合格、独立和公正的法庭审判的权利(原则 13)，公开审判的权利(原则 14)，辩护权和获得公正和公平审判的权利(原则 15)以及向民事法庭上诉的权利(原则 17)。

73. 人权机制往往对军事法庭诉讼程序违反或缺乏足够的公正审判保障表示关切。例如，在反恐主义过程中促进和保护人权与基本自由问题特别报告员关切的是，军事法庭和特别法庭的审判在实践中经常不太公平，原因是指控前和审判

¹⁸ Kholodova 诉俄罗斯联邦，CCPR/106/D/1548/2007，2012 年 12 月 11 日。

¹⁹ 墨西哥最高法院宣布《军法典》第 57 条第二款(a)段不合规定，因为其认为该条款不符合《美洲人权公约》第 2 和 8(1)条的规定，因为，按照美洲人权法院的判例，审理和处罚军事人员在履行职务时或基于履行职务的理由犯下损害平民罪行的主管机构或法院是普通刑事法院，不是军事管辖权法院，从而也为受害者及其家属申请宪法保障(<http://en.wikipedia.org/wiki/Recurso-de-amparo>)或质疑不恰当地认为其有管辖权的军事法院的裁判提供了合法性。因此，军事管辖权被缩小，不涉及平民的违犯军事纪律罪行的案件。

前的拘留时间很长，没有什么机会得到律师援助，侵犯律师-当事人保密性，并严格限制上诉和保释权利(A/63/223, 第 27 段)。

辩护权

74. 被告获得自己选择的法律代理的权利在军事法庭诉讼程序中具有特别的相关性。根据《公民权利和政治权利国际公约》，军事法庭司法工作指导原则草案原则 15(e)指出，每一名刑事犯罪被指控人都有权亲自或通过自己选择的律师为自己辩护，也有权被告知其有权获得律师帮助，并在其无力支付费用和司法公正所需的情况下，有权获得法律援助。

75. 原则 15 的评注指出，自由选择辩护律师的原则包括如果被告不想使用军事律师的协助，则有权自己选择律师(E/CN.4/2006/58, 第 53 段)。然而，有人指出，在一些情形下，例如在军事法庭行使域外管辖权的时候，被告聘用自己选择的律师的能力受到限制或被排除。²⁰ 特别报告员谨就此强调，在任何情况下都必须保障自由选择辩护律师的权利，对这一权利的任何限制应极为特殊，以免影响军事司法系统的公信力。

76. 在一些国家，军事刑事犯罪被指控人有权选择由民事律师或军事律师为其辩护。然而，许多国家没有军事律师。例如在芬兰，武装部队成员不能担任辩护律师，因为政府官员不能担任可能导致利益冲突的职务或以此方式行事。在一些国家，自主选择律师的权利可能在例外情形(例如被控罪行的发生地点和审判发生在境外)中受到事实上的限制或被排除。在此类案件中，可能需要合格和独立的军事律师为被告辩护。此外，在简易审理不是《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条 3 款所指刑事性质的轻微违纪罪行时，可能排除获得律师协助的权利。

77. 特别报告员强调，根据军事法庭司法工作指导原则草案原则 15 的评注，即使向军事法庭的被指控人提供军事律师，也必须充分保障被告选择民事律师的可能性。此外，如果被告接受军事律师担任辩护律师，必须确保向军事律师提供与民事法律专业人员同样的保障和保证措施，以便使军事律师客观、高效和独立地行事，从而提供适当和无偏见的法律意见。

78. 此外，与律师交流的权利要求被告可以迅速会见律师，在诉讼程序的所有阶段、包括审讯期间和出庭前都可获得律师的帮助，同律师的交流应保密并受特权保护，并在必要时提供口译员。在大多数国家，被告有权在被捕后立即获得律师的帮助。在有些国家，只有当被告被带见法官后，才能行使私下会见律师的权利。在这方面，特别报告员谨回顾《关于律师作用的基本原则》原则 7，根据该

²⁰ 如见 Artico 诉意大利(1980 年)，欧洲人权法院 4, 第 33 段; Imbrioscia 诉瑞士(1993 年)，欧洲人权法院 56, 第 38 段; 和 Daud 诉葡萄牙(1998 年)，欧洲人权法院 27, 第 38 段。

原则，各国政府应进一步确保所有被逮捕或拘留的人，无论有没有刑事指控，都应立即并在任何情况下不迟于被捕或拘留后 48 小时获得律师的帮助。

权利平等

79. 要实现公平的刑事审判，重要的是尊重起诉方和辩护方权利平等的原则。因此，必须使各方有机会在不处于相对于另一方严重不利地位的情况下陈述其案件。这意味着，除了根据法律作出的在客观合理基础上有理由的区分之外，所有各方都应享有同样的程序性权利，在进行区分时，区分必须是相称的，有充足的平衡规定，以确保被指控者得到公平审判，一定不得使被告处于不利地位或对其造成不公(见人权事务委员会第 32 号一般性意见，第 13 段)。

80. 在军事法庭进行的刑事诉讼中，违反这一原则可能发生的情况包括，起诉方因所掌握的或有利于或不利于被告的有关重要证据的信息的保密性质，无法向辩护方披露所有此种信息。在此方面，关于军事法庭司法的原则草案规定，只有严格出于保护国防机密的必要，才可引用军事保密规则，绝不应用以妨碍司法程序或侵犯人权(原则 10)。

81. 特别报告员想要指出，信息披露不足可能影响审判的整体公平。不披露的必要性应由法院而不是起诉方决定，以确保尊重权利平等原则和准备答辩的权利。²¹ 当局和法院还必须在整个诉讼程序中不断根据信息的重要性、保障条款的充足性以及对整个诉讼程序公平的影响，审查不披露的适当性。²²

上诉权

82. 《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第 5 款规定，凡被判定有罪者，应有权由一个较高一级法庭依法对其定罪及刑罚进行复审。人权事务委员会在第 32 号一般性意见中，描述了这一权利的主要特点：对定罪和判决的实质性审查以及有效诉诸上诉制度。委员会认为，“依法”一词涉及到确定较高一级法庭的复审方式，以及哪一法院根据《公约》有责任进行复审。

83. 所有被判定有罪的人都应有上诉权，包括那些被军事法庭定罪的人。在 Mansaraj 等人诉塞拉利昂案中，人权事务委员会认为，在军事法庭将 12 名前塞

²¹ 见：Rowe 和 Davis 诉联合王国案(28901/95)，欧洲人权法院大审判庭(2000)，第 53-67 节；McKeown 诉联合王国案(6684/05)，欧洲人权法院(2011)，第 45-55 节；Myrna Mack Chang 诉危地马拉案，美洲人权法院(2003)，第 179 节；Jasper 诉联合王国案(27052/95)，欧洲人权法院大审判庭(2000)，第 42-58 节；Botmeh 和 Alami 诉联合王国案(15187/03)，欧洲人权法院(2007)，第 41-45 节。

²² 见 Rowe 和 Davis 诉联合王国案(28901/95)，欧洲人权法院大审判庭(2000)，第 60-67 节；另见国际刑事法院程序和证据规则第 81-84 条规则；检察官诉 Katanga 和 Ngudjolo 案(ICC-01/04-01/07-475)，国际刑事法院上诉分庭，题为“First decision on the prosecution request for authorization to redact witness statements”的有关检察官对第一预审分庭决定上诉的裁决(2008 年 5 月 13 日)，第 60-73 节。

拉利昂军事部队成员定罪后仅一周后即对其实施处决, 没有给予其上诉权, 并无视委员会临时措施的命令, 这是公然侵犯上诉权的严重侵权行为(见 [CCPR/C/72/D/839/1998](#))。

84. 根据关于军事法庭司法的原则草案, 军事法庭的权力应限于一审范围内, 申诉程序, 特别是上诉, 应由民事法庭负责。(原则 17) 这项规定的目的是确保军事法庭被纳入一般司法系统, 以避免军事法庭脱离普通法并行存在 ([E/CN.4/2006/58](#), 第 56 段)。

85. 在大多数有军事司法制度的国家, 被判定犯有军事罪行的人有权在较高级别的法庭(军事或民事上诉法院)对定罪提出上诉。此外, 还可向最高法院提出对二审法院判决的上诉, 有时军事人员会参与最高法院的工作。在一些国家, 无法对军事法庭的决定提出上诉, 唯一的补救措施是在有上诉法院的情况下诉诸上诉法院。

五. 结论

86. 司法系统的健全是民主和法制的前提条件。必须围绕独立、公正、权限和问责四大支柱建立司法系统, 以使司法机构独立和权力分离的原则能够得到应有的尊重。

87. 人权事务委员会以及与军事法庭有关的国际和区域人权机制的司法管辖权显示, 军事法庭给其独立和公正、平民审判、被指控严重侵犯人权的军事人员的审判和公平审判保障带来了多项重要挑战。

88. 在存在军事法庭的情况下, 军事法庭必须是一般司法系统的组成部分之一, 并必须根据人权标准运作, 包括尊重《公民权利和政治权利国际公约》第九条和第十四条中规定的获得公平审判的权利和正当程序保障。

89. 由于军事法庭有处理与兵役有关问题的明确目标, 军事法庭应仅对犯下军事罪行或违反军纪的军事人员、并仅在此种罪行或违反行为不构成严重侵犯人权的行为时有管辖权。例外仅应在特殊情况下作出, 并限于相当于军事人员的海外平民。

90. 为确保司法系统的独立和健全, 各国有义务确保普通法庭是独立、公正、有管辖权和负责的, 并因此能够打击有罪不罚。无法这样做不应作为使用军事或特别法庭审判平民的理由。

六. 建议

91. 特别报告员想要提出以下建议, 目的是协助各国确保在军事司法系统存在的情况下, 军事法庭应以充分符合国际人权法和标准的方式进行司法。

A. 通过军事法庭进行司法

92. 人权事务理事会应立即审议和通过关于军事法庭司法的原则草案，并且大会应认可该原则草案。

B. 军事法庭的独立和公正

93. 必须在尽可能高的级别保障军事法庭的独立。根据关于司法机关独立的基本原则和关于军事法庭司法的原则草案，必须在宪法(如国家没有成文宪法，则在基本法)中保障军事法庭的独立以及在国家一般司法系统中纳入军事法庭。

94. 国内立法应有包括保护军事法官相对于行政部门和军事系统的法定独立性的具体保障措施，并根据班加罗尔司法行为原则增进公众、法律专业及诉讼人对法官及司法机关公正无私的信心。

95. 为保护军事法官的独立性，应在法律中规定军事法官的地位、包括其终身任职制的保障、适当的薪酬、服务条件、养恤金和退休年龄。特别是，在存在强制退休年龄或任期的情况下，军事法官应有得到保障的终身职位，直到退休年龄或任期到期。同样，只有在严重行为不当或不胜任的情况下才应按照公平程序解雇，此种程序确保宪法或法律中规定的客观性、透明度和公正。

96. 必须在法律中明确规定组庭官的作用和职能以及保护军事法庭的独立和公正的保障措施，其目的是，一方面，组庭官可以在独立于外部压力的情况下行事，另一方面，可以防止他们以可能妨碍司法独立和公正的方式行事。

97. 国内法律还应确定遴选军事法官的客观标准。军事法官应根据其品行、能力、资格和培训进行遴选，而任何法官遴选方法都应列有保障条款，以防出于不良动机任命法官。在此方面，各国应考虑设立一个负责遴选军事法官的独立机关。至少以部分书面和不记名方式举行竞争考试可作为遴选过程的一个重要手段。

C. 军事法庭管辖权下的罪行性质

98. 作为旨在满足军队特定纪律需求的专门管辖权，军事法庭的属事管辖应限于“严格军事性质”的罪行，即其性质仅与军事命令受法律保护的利益有关的罪行，如开小差、不服从上级、弃职或不服从指挥。

99. 各国不应求助于“与服役有关的行为”这一概念，用军事法庭的管辖权代替属于普通法院的管辖权。军事人员实施的普通罪行应在普通法院受到审判，除非常规法院因实施罪行的特殊情况无法行使管辖权(仅限于在该国领土以外实施的罪行案件中)。法律应明确为此种案件作出规定。

D. 在军事法院审判平民

100. 在存在军事法庭的情况下，军事法庭仅应审判被控犯有军事罪行或违反军纪的军事人员。

101. 应禁止军事法庭审判平民，但应遵循在下文第 102 段中说明的狭隘的例外规定。在任何情况下，在一个国家领土内设立的军事法庭均不得对被控在同一领土内犯有罪行的平民行使管辖权。

102. 在军事法院审判平民应严格限于特殊案件，此种案件涉及因职能和/或地理存在相当于军事人员的被控在该国领土外实施罪行的平民，并且常规法院（地方或原籍国法院）无法对其进行审判。

103. 国家负有证明此种例外情况存在的责任。在各个具体案件中此种理由必须是有事实支持的，因为国家法律将特定罪行类别以抽象的方式分配给军事法庭是不够的。法律应明确规定此种例外情况。

104. 各国有责任确保普通法院有能力打击有罪不罚。当它们不能这样做时，这不应成为需要在军事法院审判平民的例外情况存在的理由。

105. 在军事法庭审理的所有案件中，国家必须采取所有必要措施，确保诉讼程序完全符合国际人权法和标准以及对公平审判和正当程序保障的要求，特别是《公民权利和政治权利国际公约》第九条和第十四条提出的要求。

E. 审判被控犯有严重侵犯人权行为的人

106. 在所有情况下，包括在被控行为是由军事人员犯下的情况下，普通法院在调查涉及严重违反人权行为的被指控罪行以及起诉和审判被控犯有此种罪行的人方面的管辖权应高于军事法院。

F. 军事法庭诉讼程序中的公平审判和正当程序保障

107. 军事法庭及其诉讼程序，应在所有情况下，尊重和适用与公平审判有关的国际法原则。对公平审判要求和正当程序保障的任何限制必须由法律作出规定、有客观的理由、适度并且不会损害获得公平审判的整体权利。

108. 各国应采取所有适当措施，确保军事律师、特别是军事法庭或行政部门正式任命的军事律师符合联合国关于律师作用的基本原则中规定的有关独立性和能力的必要要求。

109. 军事法庭诉讼程序应根据权利平等的原则进行。各国应采取所有适当措施，确保除了根据法律作出的在客观合理基础上有理由地区分之外，所有各方都应享有同样的程序性权利，但这种区分不得使被告处于不利地位或对其造成不公。

110. 所有被军事法庭定罪的人有权请较高级别的民事法庭对其定罪和刑罚进行复审。各国应确定进行此种复审的模式以及应对此负责的法院。