

在武装冲突及其他暴力情况下的拘留 / 行政拘留的程序规则和保障条款

耶莱娜·佩伊奇 著 / 孙明娟* 译

摘要

以安全原因剥夺自由是在国际或非国际性武装冲突中允许采取的例外控制措施。对被认为对一国安全存在威胁的人进行行政拘留也越来越广泛地在非武装冲突的情况下得到适用。本文认为,从保护其所涉及人员的权利角度来看,关于拘禁和行政拘留方面的规定是不充分的。根据国际人道法和人权法及其标准,本文提出一系列作为法律或政策的程序规则和保障条款,它们应该在所有以安全原因剥夺自由的案件中作为最低标准而得到应用。

拘禁或行政拘留被定义为:由行政机关而非司法机关在没有对被拘禁者/行政拘留者提起刑事诉讼的情况下实施的剥夺人的自由的行为。^{〔1〕} 拘禁是一项可以在武装冲突中由于安全原因或者在非武装冲突情况下为保护国家安全或公共秩序并当必要条件得到满足时采取的例

* 耶莱娜·佩伊奇(Jelena Pejic)是红十字国际委员会的法律顾问,同时也是红十字国际委员会“重申及发展国际人道法”项目的负责人。本文所持观点仅反映作者观点并不代表红十字国际委员会。

** 中国人民大学法学院2005级国际法硕士研究生;法国巴黎第一大学欧盟法留学生。

〔1〕 见《对1949年8月12日日内瓦公约的1977年6月8日的附加议定书评注》,红十字国际委员会,Martinus Nijhoff出版社,日内瓦,1987年,“关于国际武装冲突的第一议定书评注”,第75(3)条,第3063段。

外控制措施。^{〔 2 〕} 本文的目的,是要概括规制在武装冲突及其他暴力情况下作为法律和政策的程序规则和保障条款。^{〔 3 〕}

在本文中,“ 拘禁 ”和“ 行政拘留 ”这两个术语可以互换使用。^{〔 4 〕} 因此,拘禁的概念不包括对一人进行刑事诉讼审前的合法拘禁,无论该拘禁是否是在武装冲突中进行的。同样,鉴于本文的目的,拘禁的概念也不包括对在国际武装冲突中的战俘采取的拘禁,对战俘的拘禁属于剥夺自由的一项特定并且独立的制度。

关于在非国际性武装冲突中的武装组织剥夺他人自由的问题——且不考虑这种行为的合法性——也应要受到本文概括的由条约创设的关于非国际性武装冲突的习惯国际人道法规则的约束。在实践可行的情况下,下面所列举的其他规则和保障条款也应该作为确保被剥夺自由之人得到保护的一种方式来得适用。^{〔 5 〕}

制订用于拘禁 /行政拘留的程序规则和保障条款的原因是,尽管这种剥夺自由的方式经常在国际性和非国际性武装冲突及其他暴力情况下被采取,但是对于拘禁所涉及的人员的权利保护并没有充分详细规定。^{〔 6 〕}

另外,被拘禁或者在行政拘留中被扣留的人有时没有被告知、或仅仅被含糊地告知其被剥夺自由的原因,这种现象在实践中是很普遍的。而且,通常还不存在适当机制对拘禁 /行政拘留的合法性进行事前及事后定期的审查;有时即使有,但由于其缺乏独立性,事实上阻碍了它对案件的有效审查。如同其他有些问题一样,如为被拘禁者 /被行政拘留者

〔 2 〕 下面将要具体讨论的相关标准,载于《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条。

〔 3 〕 “ 其他暴力情况 ”一语,是指界于武装冲突暴发边缘的情况也包括《第二议定书》第 1(2)条规定的“ 国内紧张或骚乱 ”情况。

〔 4 〕 术语“ 拘禁 ”也试图涵盖“ 指定居所 ”的内容,它们适用《日内瓦第四公约》的相关的条款规定。

〔 5 〕 此处不能理解为绑架(或将之合法化),该行为被国际人道法严格禁止。红十字国际委员会主张人质必须立即无条件释放。

〔 6 〕 对于在国际及非国际性武装冲突和其他暴力情况下不同的法律规定,见下文“ 法律渊源 ”第一节。

联系其家人、其家人对其的探视,在对拘禁 / 行政拘留的合法性进行质疑的过程中向被拘禁者 / 被行政拘留者提供法律援助的问题,仍然存在争论。

法律渊源

现行适用标准所基于的法律渊源是 1949 年《日内瓦第四公约》;《日内瓦公约第一附加议定书》第 75 条——该条被认为是对习惯国际法的反映;《日内瓦公约》共同第 3 条;《第二附加议定书》;以及国际人道法习惯法规则。

即使在国际性武装冲突中的拘禁受到《日内瓦第四公约》及《第一附加议定书》的规制,^[7]这些条约对被拘禁者的权利规定并不充分详细,而且也没具体规定拘禁机关必须施行的法律框架的细节。在非国际性武装冲突中,甚至缺少关于如何组织行政拘留的明确规定。《日内瓦公约》共同第 3 条作为所有非国际性武装冲突适用的最低标准,没有包括规范拘禁的条款,例如,可以以安全原因进行行政拘留,但没有关于人道待遇方面的要求。然而,根据《第二附加议定书》的用语,拘禁是一项明确可以在非国际性武装冲突中采取的措施,该议定书的第 5 条和第 6 条分别提到了拘禁,但同样没有规定如何对其进行组织的细节。考虑到人道原则以及公共良知的宗旨(马尔顿条款),^[8]《日内瓦第四公约》的原则及规定都应该在非国际性武装冲突中作为解决本文提及的一些程序事项的指导。

除了人道法,讨论还涉及人权法的规定,其中包括具有拘束力和不具拘束力(软法)的内容,以作为在武装冲突情况下的补充法源、或者一项在非武装冲突情况下的独立法源。人道法和人权法的补充关系最近

[7] GC IV, Art.43 and 78; AP I, Art.75 (3).

[8] 马尔顿条款规定于《第一附加议定书》第 1 条第 2 款中,即:“在本议定书或其他国际协定所未包括的情形下,平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”

也得到了联合国主要法律机构——国际法院的确认。在2004年7月的一份咨询意见中,法院认为人道法和人权法是无法互相排斥的。有些权利仅受人权法保护,有些仅受人道法保护,然而“其他的可能是这两个国际法分支同时涉及的问题”。〔9〕

无论是在国际性还是在非国际性武装冲突中,以安全原因被拘禁的人的权利,根据国际法院的说法,都属于这两个法律分支所涉及的权利的范畴。鉴于前述在非国际性武装冲突中对个人拘禁的规则缺失,有必要吸收人权法构建一个程序规则和保障条款列表,用以规制在这些冲突中的拘禁问题。在一个更大的范围内,任何关于明确权利和法律保护的工作都可以借鉴这一思路,包括《日内瓦第四公约》或《第一附加议定书》对国际武装冲突中的人员所提供保护。

作为一个法律体系的人权法,借助它补充人道法的观点已明确得到《日内瓦公约》两个附加议定书的承认。

第一,根据《第一附加议定书》第72条的规定:“本编的规定〔对在冲突一方权力下的人的待遇〕是第四公约,特别是该公约第一部分和第三部分关于对在冲突一方权力下的平民和民用物体的人道保护的规则以及适用于国际武装冲突时保护基本人权的其他国际法规则的补充。”(着重强调)。该条款承认可以借助于人权法作为在规范属于“在冲突一方权力下的人”的被拘禁者的权利时的补充参照。〔10〕

《第一附加议定书》第75条的规定,可以被认为是对习惯法规则的反映。在这条规定中,有两个关于人权法应被吸收来填补空白的进一步标志。首先,这也是必须强调的,第75条第(1)款规定其保护范围内的人员应该得到“最低标准”条款(着重强调)的保护。鉴于第75条是一个“安全网”,旨在将所有在《日内瓦公约》或《第一议定书》下不享有更优惠待遇的人员置于其保护之中,所以,当结合第72条规定进行分析

〔9〕 国际法院关于在巴勒斯坦被占领土建造隔离墙的法律结果的咨询意见,2004年7月9日,第106页。

〔10〕 参见“第一附加议定书评注”,同上(注释1)第2927~2935段。

时,必然会得出其所提到的“最低标准”已经过其他人道法和人权法条款的补充的结论。

第二,任何对于第 75 条规定了一个保护最低标准可能存在的疑问,都将会被其最后条款消除:“本条的任何规定,均不得解释为限制或妨碍依据任何适用的国际法规则对第一款所规定的人给予更大保护的任何其他更优惠的规定。”^[1]这一可适用的国际法规则包括人权法。

适用于非国际性武装冲突的共同第 2 条和《第二附加议定书》的条款,都清楚规定了必须在拘禁中适用的最低标准。当非国际性武装冲突各方通过制定具体协议的方式使所有或部分《日内瓦第四公约》的条款生效时,这些协议的条款优先。^[2]《第二附加议定书》序言第二段通过声明“关于人权的国际文件提供对人的基本保护”,确立了议定书和人权法的联系。对附加议定书的评注,则详述了国际文件包括联合国通过的条约,如《公民权利和政治权利国际公约》、《反酷刑公约》以及地区性的人权公约。^[3]

本文所讨论的人的自由权利,也被规定在《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第(1)款中。根据这一规定,缔约国可以在非常严格的条件下克减(中止)其条约义务,其中一个条件就是存在威胁国家生存的公共紧急情况。^[4]非国际性武装冲突是公共紧急情况的一例,在这种情况下克减措施——有必要进行拘禁——将在公约规定的其他必要

[1] AP I, Art. 75(8).

[2] 参见《日内瓦公约》共同第 3 条,其中规定协议“不应该影响冲突各方的法律地位”。协议主要是在类似于国家之间武装冲突的激烈的武装冲突中发挥作用。

[3] “第二附加议定书评注”,同上(注释 1),第 4428 - 4430 段。

[4] 《公民权利与政治权利国际公约》第 4 条全文如下:

“1. 在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时,本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务,但克减的程度以紧急情势所严格需要者为限,此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾,且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。

2. 不得根据本规定而克减第 6 条、第 7 条、第 8 条(第 1 款和第 2 款)、第 11 条、第 15 条、第 16 条和第 18 条。

3. 任何援引克减权的本公约缔约国应立即经由联合国秘书长将它已克减的各项规定、实行克减的理由和终止这种克减的日期通知本公约的其他缔约国家。”

条件得要满足时才被视为合法。在非武装冲突的情况下,《公民权利与政治权利国际公约》的缔约国制订的影响人身自由权的措施必须同样遵守公约的克减条款,例如行政拘留。现在的讨论,则是建立于非国际性武装冲突中的拘禁和在非冲突情况下实施的行政拘留遵循《公民权利与政治权利国际公约》规定的克减标准这一假设的基础之上。^{〔5〕}

尽管如此,即使在紧急情况下,人权里所谓的“核心”部分在任何情况下都不能克减,其中包括生存权和防止酷刑及其他残忍的、非人道的或侮辱人格的待遇或惩罚的权利。^{〔6〕} 国际性和地区性人权机构的法学理论都确立了哪些人权——除了那些明确列于条约中的权利以外——也应该被认为是不能克减的,其中之一就是被剥夺自由的人对于该拘禁的合法性进行质疑的权利(人身保护令),这是人身自由权的一个根本要素。^{〔7〕}

人权法中属于“软法”的法律文件和法学理论,提供了可供进一步参考的标准,这些标准应该作为政策和良好的实践在拘禁/行政拘留方面得到适用。

本文里关于程序原则和保障条款的评注,涉及规制在国际武装冲突、非国际性武装冲突以及其他暴力情况下,以安全原因剥夺自由的行为的法律渊源。这些法律渊源的内容在引导上述程序规则和保障条款的具体构建方面十分相似,并可得出它们能够作为在所有以安全为理由剥夺自由的情况下都可适用的最低标准的结论。^{〔8〕}

适用于拘禁/行政拘留的一般规则

拘禁/行政拘留是一项例外措施

《日内瓦第四公约》明确表示拘禁(及指定住所)是最严重的控制措

〔15〕 在一国不是《公民权利与政治权利国际公约》或地区性人权条约的缔约国时,下文列举的程序规则和保障条款应该作为政策遵循。

〔16〕 ICCPR, Art.4 (2).

〔17〕 ICCPR, Art. 9 (2).

〔18〕 应该再次注意本文不涉及对国际武装冲突中的战俘的拘禁问题,该项内容由《日内瓦第三公约》来规范。前面已经提到假设人身自由权已经根据 ICCPR 第4条被克减。

施。一个拘禁机关或占领当局不能采取刑事程序来关押受公约保护的人。只有当以国家安全理由在“绝对必要”(《日内瓦第四公约》第42条)或“由于迫切的安全理由”(《日内瓦第四公约》第78条)的情况下,这项措施才可以得到适用。拘禁的例外性存在于这样的事实中,即:拘禁机关可以允许不经刑事程序剥夺人的自由,但原因是该人在当前或将来对其安全构成实际威胁。正如《日内瓦第四公约》评注解释的一样“不可能从一更明确的形式定义对‘国家安全’的表述,因此这为政府留下很大的余地决定针对不利于其国内或外部安全的行为的措施,从而得出拘禁或指定住所的正当性”。^[19]但很明显的情况是,例如对以情报收集为唯一目的的拘禁或行政拘留,而没有涉及任何人员对国家安全存在实际威胁,这种情况则不具有正当性。^[20]

尊重人身自由是一项基本原则,而且当刑事司法系统能够处理涉嫌对国家安全存在危险的人的情况下,拘禁就是一项例外措施,它在非国际性武装冲突和其他暴力情况中也是一项例外措施。

拘禁 / 行政拘留不是一个刑事程序的替代选择

拘禁 / 行政拘留是一项旨在处理在武装冲突的情况下对国家安全、或在非冲突情况下对国家安全和公共秩序形成当前或将来的实际威胁的人的控制性质的措施;它不是一个意于代替刑事程序的措施。无论是在武装冲突或是在其他暴力情况下,涉嫌犯有刑事犯罪的人享有由人道法及 / 或人权法补充的为刑事犯罪嫌疑人赋予的严格的司法保障的权利,包括受审于一个规范组织、独立且公正的法庭的权利。除非拘禁 / 行政拘留和刑罚制裁根据严格独立的体制进行组织,否则拘禁可能作为一项刑罚制裁的次等制度处于行政权的掌握之中,从而用来规避由国家立

[19] 参见《1949年8月12日日内瓦公约评注》,第四卷,《关于保护战时平民的日内瓦公约》,第42条,第257页。也见第78条评注第368页重申“无论如何此种措施仅能因真实且紧急的安全原因发起;其例外特征必须保留”。

[20] 同样,以将他人作为“交换筹码”为目的对其进行的拘禁或行政拘留也是不合法的,不能作为拘禁的根据。此种剥夺自由的行为事实上相当于绑架,而这是被禁止的。

法机关和法院批准的司法系统。刑事犯罪嫌疑人所应享有的权利也将被严重损害。^{〔1〕}

拘禁 / 行政拘留仅可根据个案在没有任何歧视的基础上进行

在国际性武装冲突中一国民仅可以根据在每一具体案件中做出的个别决定受到拘禁。在占领情况下,《日内瓦第四公约》确立了拘禁不能成为一项集体措施的理念。^{〔2〕} 在一国领土内拘禁全部敌方国民也是被禁止的,因为它相当于“集体惩罚”,并且违反了《第一附加议定书》第75(2)(d)条对于此一般禁止的规定。然而,这不意味着拘禁机关不能拘禁一定数目的人;对拘禁的决定及任何随后的继续决定,包括拘禁的原因都必须被作为个别情况进行考虑。

在非国际性武装冲突(集体惩罚也被禁止)^{〔3〕}和其他暴力情况中对拘禁和行政拘留的最初决定及任何随后的继续决定,必须以个案为基础来进行考查。即使关于规制非国际性武装冲突的人道法对于被拘禁者的程序权利没有规定,在人权法之下克减人身自由权的任何措施都必须“严格地限定在发生公共紧急情况,必须进行克减时方能采取”;^{〔4〕}因此,其仅能在必要的范围内采取并且必须符合比例原则。

一个国家在不考虑相关紧急情况的情形时,对全体某一类人非个别地拘禁,这无论如何不能被视为符合比例原则。任何类型的集体措施的想法都是与人权法的规则、精神和目的相对立的。

对拘禁 / 行政拘留的决定一定不能在歧视的基础上做出。非歧视原

〔21〕 如果认为行政和刑事拘禁是两个截然不同的制度,就会对调整在被占领土由受保护人犯下的轻微犯罪的《日内瓦第四公约》的第68条产生负面的影响。对第68条的评注的措词表明,任何对行政与刑事措施制度的重合是可能理解的。该条款规定:“拘禁是一项预防的行政措施且不是刑事制裁。然而,其不能在此以同样的标题作为简单的关押被提及,因为公约的起草者希望被占领土的军事法庭可能给予犯有轻微犯罪的人第79条所规定的拘禁条件的优待。该条款是人道的,并且试图在这类犯罪和一般罪犯之间做出区分。”日内瓦第四公约评注,同上(注释19),第343页、344页。

〔22〕 Ibid., Art.78, p. 367.

〔23〕 AP II, Art. 4 (2) (b).

〔24〕 ICCPR, Art. 4 (1).

则是人道法和人权法的基本信条。

拘禁 / 行政拘留必须在其理由不复存在时尽快停止

规范拘禁 / 行政拘留最重要的原则之一就是这一剥夺自由形式必须在个人停止对国家安全形成实际威胁时尽快停止,即以此种理由剥夺自由不能是无限期的。从武装冲突中事态的快速发展来看,一个人如果在今天被认为构成威胁,该人可能在条件变化后依此根据不再形成相同威胁。换言之,拘禁持续的时间越长,拘禁机关需要证明拘禁原因依然有效存在的责任越大。这一原理的理论基础是有助于判断剥夺自由的理由不复存在时尽快释放在押人员。拘禁必须在其理由不复存在时尽快停止的原则,在《日内瓦第四公约》(第 132 条)和《第一附加议定书》第 75 条第(3)款中得到明确阐述,它被认为是对国际性武装冲突中的国际习惯法的规定。

在非国际性武装冲突及其他情况下,该原则应得到更严格地遵守,特别是人权理论反对无限期拘禁。^[5] 为了确保一项剥夺自由的行为在拘禁原因不存在或不复存在时不是任意做出的,《公民权利和政治权利国际公约》(第 9 条第(4)款)规定:任何被剥夺自由的人都享有对拘禁提出质疑——提出一个人身保护令申请或类似申请的权利,以使法庭“毫不迟延”地决定其是否被合法拘禁。由于自由权不属于《公民权利和政治权利国际公约》所列举的不可克减权之列,^[6] 普遍的或地区的人权机构已经承认,申请人身保护令的权利必须事实上被认为是不可克减的。

[25] See e.g. Report of the Working Group on Arbitrary Detention, UN Doc. E/CN.4/2004/3, 15 December 2003, para. 60 (“一项基于紧急立法进行的逮捕决不能无限期持续”), and Inter-American Commission on Human Rights—Annual Report, 1976, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.40, Doc. 5corr.1 of 7 June 1977, Section II, Part I (“宣布紧急状态或戒严状态不能作为无限期拘禁个人的借口。所以,当安全措施超出了合理时间就会构成对自由权的现实和严重的违反。”)

[26] CCPR, Art.4(2).

拘禁 / 行政拘留必须符合合法性原则

在拘禁 / 行政拘留的背景下,合法性原则意味着一人仅因国内法和国际法规定的原因(实体方面)、并根据与之相符的程序(程序方面)才可以被剥夺自由。

《日内瓦公约》及其《附加议定书》以及人权法规定了适用于在武装冲突和其他暴力情况下的拘禁 / 行政拘留的国际法律标准。关于拘禁的理由,《日内瓦第四公约》详细规定了一个受保护的人只有在“拘禁当局之安全有绝对需要时”(第 42 条)或者在被占领土“由于迫切的安全理由”(第 78 条)的情况下才可被拘禁或被置于一个指定住所。除了具体规定了拘禁理由以外,《日内瓦第四公约》还设置了在冲突一方领土及在被占领土上合法拘禁必须遵循的一定的程序。例如,在后一种情况,《日内瓦第四公约》第 78 条规定关于指定住所或拘禁的决定“应照占领国依本公约规定所订之正常程序为之。”不符合公约规定的剥夺他人自由的行为可能构成“非法拘禁”。^[7]

适用于非国际性武装冲突和其他暴力情况的人权标准甚至规定了更加细化的旨在确保遵守合法原则的条款。如在《公民权利与政治权利国际公约》(第 9 条第(1)款)中,“除非根据法律规定的理由和与之相一致的程序”,个人不能被剥夺自由。当一国决定克减自由权时,此项决定必须经过官方公布^[8]以使所涉人口能够知晓确切的关于适用该紧急措施的实质的、属地及时效范围。

程序保障

知晓拘禁 / 行政拘留理由的权利

任何被拘禁 / 被行政拘留的人必须得到用其理解的语言就采取该措

[27] GC IV, Art.147.

[28] ICCPR, Art.4(1).

施的理由所发出的及时通知,使其能对该拘禁的合法性提出质疑。可以说,一个人享有知晓被剥夺自由的理由的权利构成了人道待遇义务的基本因素,因为在实践中,一人对其被拘禁理由的不确定是构成其严重心理压力的来源。

无论是《日内瓦第四公约》还是适用于非国际性武装冲突的人道法,均未明确规定剥夺他人自由理由的有关信息的提供义务。但是前述程序保障是载于《第一附加议定书》第75条(3)款中的“基本保障”之一。其也规定于大部分的相关人权条约中并且也在软法文件中得到详细说明。^[9]

所提供的信息必须充分详细,使被拘禁者都能够采取直接措施就拘禁的合法性(见下文)提出质疑并要求有关机关就此做出决定。关于拘禁理由的信息必须及时传达,^[10]以使所涉人员也能及时要求有关机关就拘禁的合法性做出决定,同时必须用该人可以理解的语言予以传达。当经过审查,关于拘禁的最初决定得到维持,有关机关还必须提供继续拘禁的理由。

登记并被羁押于经过认证的拘禁地点的权利

任何被拘禁者 / 被行政拘留者必须登记并羁押于一个经过官方认证的拘禁 / 行政拘留地点。有关该人已经被采取此类监管以及在拘禁地点间的转移的信息必须在合理时间内为其家人所知晓,^[11]除非其已做出相反表示;其家人也应被告知其监管地点。当人道法或特定协议做出此要求时,相同的信息也必须向红十字国际委员会提供。

适用于国际性武装冲突的人道法规则,已包含大量条款和广泛要

[29] ICCPR, Art. 9 (2); Body of Principles for the Protection of All persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principles 10; 11 (2); 12 (1) (a) and (2); 14; UN General Assembly resolution 43/173 of 9 December 1988 (Hereinafter “ Body of Principles ”)。

[30] AP I, Art. 75 (3), Body of Principles, Principle 14.

[31] GC IV, Art. 106 and 138.

求,它们都是关于登记被剥夺权利的受保护人和通知其本国有关机关、^[2]探视拘禁地点^[3]及向该人近亲属传递信息等行为的規定。^[4]由公约規定的拘禁的整个体制——其中红十字国际委员会起到了监督作用——是建立于被拘禁者必须登记和羈押于官方认证的基础之上,尤其这个拘禁地点必须可为红十字国际委员会联系、探访。人权法理论和软法文件包含了在非国际性武装冲突和其他暴力情况下^[5]的关于登记被拘禁者和禁止不经告知的拘禁的义务^[6]的类似明确的条款。

被拘禁 /被行政拘留的外国国民

除非被拘禁者 /被行政拘留者已做出了相反的意思表示,否则其本国的国家机关必须得到通知。如果存在外交或领事关系,相关的外交或领事机构必须获准与该国民联系并对其进行探视。国际公法这一原则在武装冲突及其他暴力情况下仍然适用。^[7]

被拘禁者 /被行政拘留者有权在尽可能不迟延的情况下对其受拘禁的合法性提出质疑

对于国际性武装冲突,《日内瓦第四公约》在其适用于冲突一方领域内实行拘禁的第 43 条中,规定任何受到拘禁或被置于指定住所的受保护人“有权请拘禁当局为该项目的所指定之主管法庭或行政委员会对于该项举措是否得当尽速复查”。适用于在被占领土实行拘禁的《日内

[32] Ibid., Art. 136.

[33] Ibid., Art.143.

[34] Ibid., Art.106, 107, 137 and 138.

[35] See also UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Art. 10 (1), and Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra - legal, Arbitrary and Summary Executions, recommended by UN Economic and Social Council, Principle 6.

[36] Body of Principles, op.cit.(note 29), Principles 12 and 16(1).

[37] See Art. 36 of the Vienna Convention on Consular Relations. 在国际性的武装冲突中,通过官方的信息局和中央寻人局机制,敌方国家也可以得到其国民被拘禁的通知。(日内瓦第四公约,第 136 至第 141 条).在非国际性的武装冲突中,如果被剥夺自由之人同意并提出申请,红十字国际委员会也帮助与其所属国进行联系。

瓦第四公约》第 78 条规定,关于指定住所或拘禁的决定“应按照占领当局依本公约规定所订之正常程序为之。该项程序应包括各有关当事人之上诉权。对上诉应尽快作出判决”。

由于公约并未特别提及这些行为是对拘禁合法性的质疑,但本质上它们确是如此,“复查”或“上诉”的目的,是使有法定权力的机构能够决定某人是否是以合法的理由被剥夺自由,如果理由不存在,则应释放该人。要确保被拘禁人申请权有效地发挥作用,最初剥夺自由的机构和被授权对上诉进行复审的机构不应该是同一个。复审机构的特点以及将在下文论述的程序保障是其关键性因素。

在非国际性武装冲突和其他暴力情况下,一个人对其拘禁的合法性提出质疑的权利,在人权法下是人身自由权的关键组成部分。即使在自由权可能会被克减的紧急情况下,人权软法和法学理论都认为:向司法机关就拘禁合法性提出质疑的权利在任何情况下都必须保留。^[8]特别是当行使质疑权是为了保护不可克减权时,这种权利在任何情况下都不能被削弱,如为保护生存权或不受酷刑及其他残忍的、非人道的或侮辱人格的待遇或惩罚等权利。^[9]

综上所述,人道法和人权法均要求在短时间内对拘禁的合法性进行复查。

对拘禁 / 行政拘留合法性的复审必须由一个独立且公正的机关进行

《日内瓦第四公约》第 43 条规定“一个适当的法庭或行政委员会”应该负责复查在冲突一方领土上对国民实行拘禁的最初决定。根据适用于被占领土的第 78 条规定,拘禁的决定必须根据由占领当局按照公约制定的“规范的程序”做出。第 78 条进一步规定,预期的定期复审,必须由占领当局设立的有“法定权力的机关”承担。尽管第 43 条中“法

[38] Body of Principles, op. cit. (note 29), Principle 32. See also Human Rights Committee, General Comment No. 29, para. 11.

[39] Human Rights Committee, ibid., para. 15.

庭或行政委员会”与第 78 条中“ 规范的程序 ”用语不同,但对第 78 条的评注认为,占领当局“ 必须遵守第 43 条的规定 ”,并且占领当局有权选择“ 委托‘ 法庭 ’或‘ 行政委员会 ’对上诉进行审查 ”。^[0]

第 43 条规定(类推第 78 条)的一国在“ 法庭或行政委员会 ”之间进行选择的自由,在评注中被解释为“ 考虑到在不同国家运用的充分的灵活性 ”。评注进一步说“ 当决定是行政性的情况下,该决定不能只是由一个官员做出,而是应由能提供其独立性和公正性的必要保证的行政委员会做出 ”。^[1] 对拘禁的司法监督可以认为更可能与独立性和公正性要求相吻合。因此主张司法监督更优于行政委员会从而应该尽量组织。正如评注所述的那样,复审机关必须起码通过能够使其独立且公正的方式进行组织和工作。对这样一个机构所要求的独立性的一个因素,就是它必须有做出拘禁或释放的最终决定权。

由于《日内瓦第四公约》允许国际性武装冲突中的国家在法庭和行政委员会中进行选择,适用于非国际性武装冲突或其他暴力情况的人权法和法学理论,就明确要求:对拘禁合法性的质疑需要由法庭来审查。根据《公民权利和政治权利国际公约》中的规定,任何被剥夺自由的人有权“ 发起司法程序使该法庭尽快就其拘禁的合法性做出判决,如果该拘禁是不合法的则要求将其释放 ”。^[2]

正如上述所强调的,即使人身自由权可以在紧急情况下——例如在非国际性武装冲突中——被克减,人权软法和法学理论已经规定向司法机关提出对其拘禁的合法性的质疑的权利的必须在任何情况下被保留。^[3] 特别是当行使质疑权是为了保护不可克减权时,这种权利在任何情况下都不能被削弱,如为保护生存权或不受酷刑及其他残忍的、非

[40] Commentary on GC IV, op. cit. (note 19), Art. 78, pp. 368 - 369.

[41] Ibid., Art. 43, p. 260.

[42] ICCPR, Art. 9 (4).

[43] Body of Principles, op. cit. (note 29), Principle 32. See also Human Rights Committee, General Comment No. 29, para. 11.

人道的或侮辱人格的待遇或惩罚等权利。^[4]

应该重申:对拘禁合法性的质疑是为了结束不合法的对自由的剥夺。这意味着被拘禁者必须就关于上诉的任何决定毫不延迟地得到通知;如果诉求得到支持应被立即释放。迅速通知和释放的义务并未在人道法或人权法中明确提及,但任何没有合法根据的剥夺自由的行为都被认为是对禁止任意拘禁的一般法律原则的违反。如果一个人得到最终释放令却仍被拘禁 / 被行政拘留,这就很明显是一种任意拘禁行为。

被拘禁者 / 被行政拘留者应该获准得到法律援助

人道法和人权法均未明确规定拘禁者 / 被行政拘留者获得法律援助的权利(该权利赋予给了受刑事审判的人)。

尽管如此,在国际性武装冲突中对被拘禁者提供法律援助是不被禁止的。《日内瓦第四公约》第 43 条评注认为“ 公约规定的程序是最低标准 ”,^[5]同时“ 如果公约的缔约国可以提供更优的保障,这将因此成为一种优待 ”。^[6]可以说得到有效的法律援助权在现今不仅是一项“ 优待 ”,更是一项基本程序保障。

人权法的软法和人权组织的研究规定了大量的标准用以填补适用于非国际性武装冲突和其他暴力情况下的条约规定的空白。^[7]获得有效的法律援助权因此被认为是人身自由权的一项根本组成部分。相关软法标准规定了无论拘禁的种类,被拘禁者都有权获得律师。还有一些关于与律师联系方式的规定。^[8]

必要时可以做出合理的安全安排,如要求对被拘禁者 / 被行政拘留者的律师进行安全审查。

[44] Human Rights Committee, *ibid.*, para. 15.

[45] Commentary on GC IV, *op. cit.* (note 19), p. 261.

[46] *Ibid.*

[47] See, *inter alia*, Body of Principles, *op. cit.* (note 29), Principles 17 and 18.

[48] *Ibid.*, Principle 18.

被拘禁者 / 被行政拘留者有权要求对持续的拘禁的合法性进行定期复审

当关于拘禁的最初决定在“ 复查 ”(第 43 条) 或“ 上诉 ”(第 78 条) 后得到维持, 定期对行政拘留的复审是《日内瓦第四公约》规定的程序的基本组成部分。第 43 条规定定期复审应该“ 至少一年进行两次 ”, 第 78 条规定这样的复审应该“ 在可能的情况下每六个月 ”进行一次。

定期复审的目的, 是确定被拘禁者是否继续对拘禁当局的安全存在实质性的威胁, 如果不再存在, 则应将其释放。最初审查的所有保障条款必须也适用于定期复审, 这意味着该复审必须被有效执行并且必须由一个独立且公正的机构进行。

在非国际性武装冲突或其他暴力情况下, 没有关于对被拘禁者进行复审的具体期限方面的规定, 因为人权法不限制被拘禁者 / 被行政拘留者对拘禁合法性提出质疑(人身保护令申请) 的频率。^[9] 在这种情况下, 实践中的拘禁 / 行政拘留将由一国国内法进行调整, 也就是说一人对其拘禁的合法性的质疑的权利将由这些规范调整。

如果相关国内法没有这样的条款, 应主张规定至少每六个月对拘禁进行一次复审——类似于国际武装冲突的适用规则。

被拘禁者 / 被行政拘留者及其法定代理人应该能够亲自参加程序

作为一般性原则, 被拘禁者 / 被行政拘留者及其法定代理人应该能够出席拘禁合法性的最初审查以及定期复审, 以使其能够表达被拘禁者 / 被行政拘留者的观点并对其指控进行抗辩。必要时可以做出为保护机密信息的合理安排, 如要求对被拘禁者 / 被行政拘留者的法定代理人进行安全审查。

由于人道法及人权条约法均未明确提及被拘禁者 / 被行政拘留者及其法定代理人是否具有可以参加与拘禁 / 行政拘留有关程序的权利, 在

[49] Ibid., Principle 32 .

实践中,他们的缺席通常导致在聆讯其案件中他们的要求得不到足够注意。由于这样的程序导致了对于继续拘禁 / 行政拘留的决定的后果,应主张被拘禁者 / 被行政拘留者及其法定代理人应该获准参加程序。如果他们不能理解法庭所用语言,就应该为其提供翻译。

被拘禁者 / 被行政拘留者必须获准通过通信及探视的方式与其家人联系

保证家庭生活和与家人的联系是国际人道法的一个基本目的,并且可以说它构成了与国际性及非国际性武装冲突中被剥夺自由的人必须受到人道待遇有关的广泛义务的基本因素。与下面将要阐述的两个保障条款一样,这一保障条款旨在拘禁中保证适当条件及待遇,它并非是本文的主题。之所以将其包括进来,是因为其对于帮助本文所提到的其他程序保障条款的实施具有重要意义。

《日内瓦第四公约》所包含的帮助被拘禁者与其家人联系的条款众多,在此无法一一列举。概括而言,一般认为除非是非常例外的情况,在所有情况下,^[0] 家庭联系——通信和探视——就必须在合理时间内得到批准,^[1] 不可以将批准被拘禁者与其家人的联系的决定取决于其与拘禁当局的“合作”,或作为对其做出其他行为的奖励或报偿的形式。

《第二附加议定书》同样包含旨在保持家庭联系的条款,^[2] 同时大量非条约人权标准也存在有相当多同样性质的规定。^[3]

被拘禁者 / 被行政拘留者有权根据其情况接受医疗及照顾

接受医疗和照顾的权利,是保证所有被剥夺自由者必须受到人道待遇这一根本义务的组成部分。医疗和照顾被用以防止虐待,并且对于反驳通过酷刑或其他形式的虐待而得到的不利于被拘禁人的证据的可采

[50] See GC IV, Art. 5, and Commentary on GC IV, op. cit. (note 19), p. 56.51.

[51] See, inter alia, GC IV, Arts. 106, 107 and 116.

[52] AP II, Art. 5 (2) (b).

[53] Body of Principles, op. cit. (note 29), Principle 19.

性起到作用。在本文中对此有所涉及是因为,很明显一个人的健康是其能够提出本文所涉大部分程序权利的前提。

《日内瓦第四公约》第 81 条所规定的一般性规则指出:“冲突各方之拘禁被保护人者应负责免费维持其生活,并应予以其健康状况所需之医药照顾。”更多关于卫生和医疗照顾的具体规则规定于第 91 条和第 92 条。

在非国际性武装冲突中,《第二附加议定书》第 5 条第(1)款第(b)项规定被拘禁者“应按照当地平民居民的同样标准被供给食物和饮水,并得到健康卫生方面的保障和免受严寒酷热和武装冲突的危害的保护”。关于获得医生和医疗照顾的条款也包含于相关非条约人权文件中(Body of Principles, 原则 24 及 26)。

必须强调,在任何情况下根据个人情况需要获得医疗的权利,都不能取决于与拘禁当局的“合作”或作为对其做出的其他行为的奖励或报偿。

被拘禁者/被行政拘留者必须能够就其所受待遇和拘禁条件做出申诉

国际人道法(《日内瓦第四公约》第 101 条)^[4]和人权法软法都规定被拘禁者/被行政拘留者有权向拘禁当局就其所受待遇和拘禁条件提出申诉。^[5]这一保障条款的目的是使拘禁当局防止并停止可能的违法行为。当局因此有义务设置一定程序允许申请及对申请或投诉进行迅速和有效的审查。提出此类的表示一定不能为申诉人带来任何不利后果。

[4] 根据《日内瓦第四公约》第 102 条的规定,被拘禁者委员会也有权向红十字国际委员会进行陈述。

[5] 应该注意在人权法的规定下,律师、家庭成员及其他了解案情的人也可以就在行政拘留中某人受到的待遇提出申诉。See Body of Principles, *op. cit.* (note 29), Principle 33 (1) and (2).

探访被拘禁者 / 被行政拘留者

《日内瓦第四公约》第 143 条规定,红十字国际委员会可探访在国际武装冲突中的被拘禁者,该条同时也设定了红十字国际委员会探视的条件和程序,并为拘禁当局允许探访并尊重上述条件和程序设定了义务。

在非国际性武装冲突^[6]及其他暴力情况下,^[7]红十字国际委员会可以提供服务、并与拘禁当局就探视因安全原因被剥夺自由的人及其他人达成协议。在这些情况下的红十字国际委员会的探访权,已得到了广泛的承认。

通过探视被剥夺自由的人,红十字国际委员会作为一个独立、公正并且中立的人道组织试图确保这些人在任何情况下都能被人道地对待,其基本权利也能得到尊重。因此,被拘禁者的拘禁条件和待遇,以及拘禁的任何阶段对基本程序保障的尊重,成为关注的重点。

一些国际及地区人权条约也规定了通过依这些条约建立的探视机制对这些人员进行现场 (on - site) 探视的制度。^[8] 同样,还有很多由联合国人权委员会主持建立的非条约性质的机制也可进行对拘禁地点的探视。^[9]

朱文奇 校

[56] 参见《日内瓦第四公约》第 3 条。

[57] See Art. 5 (3) of the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement (1986).

[58] E.g. the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment set up by the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

[59] E.g. the UN Commission on Human Rights Working Group on Arbitrary Detention.