

# 失踪人员与过渡司法：知情权与 制止免除惩罚

莫妮克·克雷托尔 阿娜玛丽·拉罗萨\* 著/霍政欣\*\* 译

## 摘要

任何一个处理失踪人员事项的机构或组织，即便仅为审视共享所搜集的相关信息可能性的目的，都会以某种方式与过渡司法程序发生关联。当国际法庭介入过渡司法机制赖以运作的国内环境时，这种关系变得更加密切。本文作者审视了过渡司法机制通过什么途径来支持家属行使知晓其亲属命运的权利以及如何使失踪人员事项的解决与有效制止免罚相协调。

## 定义及其与过渡司法的联系

本文所称之失踪者系指所有因国际性或非国际性武装冲突或内乱而下落不明的人。<sup>〔1〕</sup> 几乎在所有这些情况下，都会有人因各种原因而

---

\* 本文仅反映作者的看法，而不必然代表红十字国际委员会的观点。

\*\* 莫妮克·克雷托尔 (Monique Crettol)，红十字国际委员会中央寻人局和保护部的顾问。阿娜玛丽·拉罗萨 (Anne-Marie La Rosa)，红十字国际委员会法律部咨询服务处的法律顾问，同时在位于日内瓦的国际人道法大学中心教授国际刑法。

\*\*\* 中国政法大学国际法学院讲师，美国明尼苏达大学法学院访问学者，武汉大学法学博士。

〔1〕《红十字国际评论》有一期的主题是关于失踪人员的。See International Review of the Red Cross, Vol. 84, No. 848, December 2002, particularly p. 823.

消失,他们的命运或下落因而不为人所知。他们可能被捕、被劫持,或在被捕时或在大屠杀的过程中遇害。他们可能长期被扣押在某处而无法与外界联系或被关押在一个秘密地点,或因战斗被无意隔离,也有可能被交战方故意隔离。他们可能是武装部队或武装团体的成员,其命运未卜(在执行任务时失踪);他们可能是没有通信工具的难民或流离失所者;或者是为逃离战斗或因强制入伍、扣留、甚至收养而与家人失去联系的儿童;他们也可能是身份没有记录的死亡人。

由于没有关于他们命运与下落的任何消息,数以万计的家庭在战斗结束多年后都面对着不确定的痛苦。在实践中,他们会竭尽全力搜索信息直到他们确信其亲属是生还抑或死亡。这种不确定性会使他们无法终结这种状态,直到他们找到答案为止。此外,因所爱之人失踪而产生的痛苦通常会因他们所面对的生理、经济、社会及法律问题而加剧,而这一点经常被忽视或否认。譬如,许多失踪人员是男性,他们常常是家庭中唯一的挣钱者或财产的所有者。如此,这些家庭就失去了收入来源,这无助于抚平创伤。不仅失踪人员应被视为受害者,他们的所有家庭成员也应被理解为最广义上的受害者。<sup>[ 2 ]</sup>

这样的情形必定也会对其他入产生直接影响,它会影响到整个社群及其相关能力。这些能力包括处理历史问题,结束使其发展停滞的战争或暴力,确保可持续的和平。恰如在南非真相与和解委员会的目标中所表述的:“找出并澄清受害者的命运与下落”是实现国家统一与和解的方式之一。<sup>[ 3 ]</sup>

过渡司法旨在权衡暴力的历史,以开启通往和平、民主与尊重人权之路。这一涉及诸多层面的程序会适当处理失踪人员及相关社群的事项,因为在绝大部分情况下,违反国际人道法与人权是人员失踪的肇因。

---

[ 2 ] ICRC report: “The missing and their families: Summary of the conclusions arising from the events held prior to the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts (19 – 21 February 2003)”, p. 11, available at <http://www.icrc.org>.

[ 3 ] See the South Africa Promotion of National Unity and Reconciliation Act No.34 of 1995, s. 3 (1) (c).

在敌对行为及过渡期期间,当事方常常利用了这一事项,这颇为不幸。有时,封锁或操纵失踪人员的信息是为了给敌方施以压力,使敌方民众处于不知情与痛苦的状态之中,并避免因己方人员伤亡而招致的己方民众的责难,或者维持对另一方的仇恨及其民族与道德上的孤立。对权力建于对另一社群的仇恨基础上的领导人而言,无限期的封锁信息更有益处。更有甚者,在冲突中扮演主要角色的领导人在随后的和平过程中往往也是重要人物,这一情形不利于失踪人员问题的解决。

当处于过渡时期的社会觉察到失踪人员事项的重要性后,考虑如何才能最好地解决它的必要性就不言而喻了。在所有情况下,查明一名失踪人员是生还是死需要建立搜集信息的适当程序。为此目的,可以设置不同类型的机构。在某些情况下,一国权力当局更愿意建立权限集中于澄清失踪人员命运的机制。近年来,例如,建立了两个具体的失踪人员多边工作组,用来追踪与科索沃和波斯尼亚冲突相关的失踪人员并告知其家属。这些工作组也可能处理家属的法律与行政需求。这两种机制均建立在和平进程的框架中,包含了各方代表,同时依据相关国际人道法规定,采取一切必要步骤确保家属能够行使知晓失踪亲属命运的权利。他们尤其要采取可行措施解释失踪人员的相关情况,在遗体被处理之前确认死者身份,并将死者的身份及其遗体的位置通知适当的权力机构或家属。为达此目的,应指示相关部门(警察局或武装部队等)为工作组提供全部相关信息,并与之合作。红十字国际委员会依据其职责与其作为各方均接受的中立调解人的权能主持了这两个工作组的工作。识别对失踪人员的被捕、死亡或消失负责的当事方或个人,或搜集有关证据,并不属于工作组的职责。任何司法程序问题的处理都必须与工作组完全独立开来。在波斯尼亚,《失踪人员法》的通过<sup>[4]</sup>就是权力当局承诺处理这一事项各个方面(包括失踪人员家属的权利)的明证。这一法律及其他立法规定,建立一个失踪人员机构,以监督澄清失踪人员命运的过程。

---

[4] Law on Missing Persons, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, 21 October 2004.

在其他一些情况下,失踪人员事项可以从一个更广义的角度加以处理,譬如从真相与和解委员会或国家人权委员会的角度,这会同时处理其他违反人权及国际人道法的事项。

不管其责任的程度如何,只要涉及分析分享每个处理失踪人员的组织或机构搜集到的信息的可能性,任何组织或机构都将不可避免地要与过渡司法程序发生关联。当国际法庭介入过渡司法机制藉以运作的国内环境时,这种关系变得更加密切。过渡司法机制通过什么途径支持家属知晓亲属命运权利的期望,如何使失踪人员事项的解决与有效制止免除惩罚相协调,这篇简短评论的下一部分将对这些方式加以审视。

### 支持知情权的国际法庭

受害者的家属可以参与刑事司法程序的不同阶段,并行行使知晓其亲属命运的权利。<sup>[ 5 ]</sup> 譬如,调查阶段是失踪人员家属获得相关信息的适当渠道。从为审判阶段获得必要信息的角度来看,拥有调查权的权利机关通常受惠于相关延展权,包括执法权。受害者的家属应当尽量利用这种权能,以确保其关切能在调查阶段被适当处置。<sup>[ 6 ]</sup>

另外,当国际法庭调查大规模的杀戮并开始启动大规模的尸体挖掘及法医活动时,应当努力确保这些工作能以如下方式进行:既能最大限度地符合家属的利益,又能将罪行的责任人绳之以法。挖掘尸体可以揭示杀戮受难者究竟遭遇了什么,同时可向家属提供其所爱之人的命运的相关信息。这还可以使最近亲属能以与其文化与宗教戒律相符合的方式祭奠死者。<sup>[ 7 ]</sup> 不幸的是,国际法庭常常缺乏必要的资源来超越识别模式以确认死者身份。在不少情况下,尸体挖掘已导致不幸局面的出

[ 5 ] 《第一附加议定书》第 32 条。

[ 6 ] See in this regard V. Nesiiah, “Overcoming tensions between family and judicial procedures”, *International Review of the Red Cross*, above note 1, pp. 824 – 826.

[ 7 ] See M. Blaauw, “‘Denial or silence’ or ‘acknowledgement and disclosure’”, *ib id.*, p. 778.

现,即为刑事审判目的,死因已确定,但因为身份确认过程耗时过长,且需要不同技术手段,遗体在身份未被确认的情况下就被重新掩埋。如此,相关家属就无法获知其亲属的命运,或获得其亲属的遗骸。有时,负责遗骸识别的法医工作组也会因此无法进行工作。

在审判阶段,在司法制度许可的情况下,受害者的家属既可以选择启动程序,也可以作为独立当事人参与[在大陆法系国家被称为民事诉讼当事人(*parties civiles*)],或者同时为之,或者与检察官一起作为共同原告。这样一来,他们可以有更多的途径了解并控制通过司法机制搜集到的信息,同时可以寻求到某种慰藉。即便在不认可受害者拥有上述积极权利的司法制度中,也应鼓励他们参与,即使仅仅作为证人。当他们因与担心其人身安全、家属安全或受到公众羞辱有关的原因害怕作证时,应采取保护措施。

在国际层面,两个特设国际刑事法庭——卢旺达国际刑事法庭与前南斯拉夫国际刑事法庭已经采取了第二种方法并为受害者(包括失踪人员的家属)提供仅仅非常有限的自主范围,那些很有可能作为起诉证人的人员除外。然而,随着国际刑事法院的建立,情况发生了转戾。更具体地说,国际刑事法院允许受害者在诉讼的所有阶段直接表达其观点与关切<sup>[ 8 ]</sup>并寻求补偿。<sup>[ 9 ]</sup>

当国际法庭在一个地区或国家已介入多年,并打算逐步撤出其工作时,如卢旺达国际刑事法庭与前南斯拉夫国际刑事法庭,受其亲属消失影响的人应当尽量利用这些机制的遗产。就前南斯拉夫而言,红十字国际委员会获得了前南斯拉夫国际刑事法庭搜集的信息,这些信息并未用于审判目的或与已结案例相关。红十字国际委员会将分析这些信息,从中选出对澄清失踪人员命运有用的信息,尤其是显示遗骸位置的信息、推定死亡人员的名单以及证明墓地位置的文件,并会——受制于保密规则——将之与科索沃地区失踪人员工作组分享,还有可能将之与在巴尔

---

[ 8 ] 《国际刑事法院规约》第 68 条第 3 款。

[ 9 ] 同上,第 75 条。

干地区处理失踪人员事项的其他机制分享。对于澄清因影响到该地区的武装冲突而报道的失踪人员的命运而言,搜集到的数以百万件计的文件,其价值是无法估量的。遗憾的是,通过前南斯拉夫国际刑事法庭系统搜集受害者身份的附加信息极其耗时,因为文档主要是以刑事检控为目的而非澄清身份而整理的。

然而,在全面处理因武装冲突或其他暴力局势而下落不明的人员方面,刑事程序的能力受到严重制约。它们是被设计用来判定被告人是否有罪,调查则为检控目的而量身定做。由于担心受到报复或对司法存在普遍的不信任,很少有人愿意在国内层面起诉责任人。即便在诸如国际刑事法院的体系中,受害人家属的参与也必须与法院管辖权内的具体情况相联系。在这个方面,近期国际刑事法院的法官与检察官之间发生的分歧很有说明性,前者坚持对受害者的定义做远为广义的解释。<sup>[10]</sup> 只有时间能够证明“受害者移植”是否可以在一个主要关注于刑事制裁的体制内运作以及下落不明人员的家属是否可以在这一环境下获得相关信息。

以下两点颇为清楚:第一,通过刑事程序搜集的信息,不论它们对受害者如何公开,都不足以满足家属行使知晓他们所爱之人命运的权利;第二,为回应他们的需求,还需要另外的东西。不过,他们的知情权常常与确保制止免罚的措施相冲突。

### 失踪人员的工作与制止免罚之协调

随着国际法庭的建立以及国内法院在一定程度上扮演更加积极的角色,在终结战争罪行的免罚方面取得了进步,这意味着对国际人道法愈加尊重;这进一步会减少失踪人员的数量,因为违法是造成许多人员

---

[10] 见第一预审分庭做出的就6个人要求作为受害者参与有关刚果民主共和国的程序的判决: *Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, et VPRS 6*, 17 January 2006 (仅有法语文本)。检察官要求获得授权对判决进行上诉,但于2006年3月31日被拒绝。

失踪的原因。然而,由于拥有相关信息的人惧怕刑事检控,“海牙威胁”的增长,或更普遍意义上的真实的司法风险的存在,产生了消极的负面作用,使得通过传统渠道获得关于失踪人员命运的信息有所减少。<sup>〔1〕</sup>因此,在普遍认可起诉战争罪行的重要性与将收集与集中失踪人员信息的有效方法付诸实践之间,应保持微妙平衡。换言之,这些机制需要为掌握失踪人员命运信息的人提供更大的激励措施,促使他们开口,而不是保持缄默并成为制止免罚的障碍。不过,这并非简单的任务。例如,2005年10月,红十字国际委员会在科索沃地区的失踪人员工作组主席发现,失踪人员的数量为2257人而非年初的3000人,并指出迄今的进展系源于法医活动。为使工作组有效开展工作,他认为“从其他来源得到的信息,尤其是确定失踪人员的命运与确定尚未识别的墓地的位置的信息”应提供给工作组,以满足“家属们不断增长的希望”。<sup>〔2〕</sup>

实践经验表明,国内权力当局在此方面可以采取多种策略。在某些情况下,他们会毫不犹豫地发动公开失踪人员信息的运动,以此表明其解决这一事项的政治意愿。<sup>〔3〕</sup>在不少情况下,红十字国际委员会在其网站、目录或书中公布失踪人员的名字以及与遗骸一起发现的个人物品的照片,这些信息随后被当局适用,以尽力澄清下落不明人员的命运。<sup>〔4〕</sup>有一次,在征得相关家属同意后,红十字国际委员会为一个真相与和解委员会提供了在任何数据库均无法找到的400余例个案的基本

---

〔11〕 在此方面,已经有两位学者提到红十字国际委员会在制止免罚中的作用以及确保对从交战方中得到的信息予以保密的必要性,如果它想保持这一来源:M. Sassdi., M. - L. Tougas, “The ICRC and the missing”, *International Review of the Red Cross*, above note 1, p. 732.

〔12〕 See ICRC Press Releases, “Kosovo: Fourth meeting of Working Group on Missing Persons”, 6 October 2005, and “Kosovo: ICRC calls for greater commitment to resolve issues of missing persons”, 31 May 2006.

〔13〕 在此方面,秘鲁、智利与摩洛哥可资表扬。

〔14〕 在寻找因各自的武装冲突而与其父母/亲属隔离的儿童方面,塞尔维亚共和国、波斯尼亚、安哥拉、利比里亚、塞拉利昂和科特迪瓦可资表扬。

信息。<sup>[ 5 ]</sup>

在其他情况下,使用了交换关于失踪人员信息的多种方法,如电话线、以网络为基础的设施或志愿者中心。在某些情况下可接受匿名信息,这样就不会使信息提供者与任何调查联系起来,或使之受到刑事指控的可能。虽然以此方式搜集信息的准确性可能会受到质疑,但是,据估计,在克罗地亚的语境下,在收到的匿名信息中,有 10% 的信息与寻找失踪人员相关并且有用。为促成一個有利于信息收集的环境,红十字国际委员会在某些条件下同意,并经当事方认可,担当从相关人员那里接受信息的机构。随后,这些信息在保密的基础上被加以处理,这意味着所有确认身份的数据在传递给当局前须被删除。

当局也可能倾向于将其追踪失踪人员的努力与刑事检控联系起来,其方法是将传递有助于澄清失踪人员命运的相关信息视为缓和因素,或者在不合作的情况下施以惩罚。也可以将当局追踪失踪人员的努力与在国内层面上启动的审查程序联系起来,审查程序中有关失踪人员信息的规定,在评价过程中可以被视为一种积极因素。最后,有些已经授予或可以预见即将授予有限的大赦<sup>[ 6 ]</sup>或起诉豁免,并伴随使用替代的司法方式,即便这一方法引发许多问题,如与国际人道法的要求是否适应的问题。可是,作如此解释以使战犯逃脱惩罚的措施,显然未能达到必要的界限。它们与要求国家对被怀疑犯下战争罪行的人予以调查、起诉并施以惩罚的规则也不相符合。<sup>[ 7 ]</sup>此外,国内层面的大赦无法保护相关人员免受国际层面的起诉。如果大赦的授予违反了国际义务,则其很难获得国际法律认可,国际法庭亦将拒绝承认之。<sup>[ 8 ]</sup>在所有这些情况下,如果存在家属协会,则必须征询其意见。他们不仅仅是所采取的用

---

[ 15 ] 秘鲁。合作伙伴提供了一个系统汇编,该汇编系关于红十字国际委员会在寻找个人以及为失踪者创设独立名单的经验。

[ 16 ] 大赦免除罪行。更准确地说,大赦法的作用如下:第一,检察官丧失启动调查或刑事程序的权利或权力;第二,废除任何已经判决的罪行。

[ 17 ] 《第二附加议定书》第 6 条第 5 款虽然提及了大赦,但却排除了对战争罪行的大赦。

[ 18 ] ICTY, Furundzija, Case No. IT - 95 - 17 /1 Judgment, 10 December 1998, para. 155.



于澄清其亲属命运的措施的受益人,而且对确保责任主体作为一个整体同时确保其每一个组成部分履行各自的职责与承诺都起到一定作用。

## 结论

澄清因武装冲突或其他暴力局势而下落不明的人员的命运是一个重要事项,在转型社会中尽力处理任何一个多维的、涉及多方利益攸关者的问题时均须加以考虑。各方为修复历史而致力于协商和平及其他解决途径时,它们至少应被给予与其他事项相同的重视度,如难民、流离失所者、土地与财产,或人权及冲突解决方法。打开大范围的墓地,确认死者身份,确定导致其死亡的原因以及澄清事实均是家属完成其哀悼过程,受害者获得补偿,以及从长远来看,民族与社群尽释前嫌、迈向和平的必要步骤。

为了适当处理失踪人员的事项,与过渡司法有关的不同机构与组织应在此方面通力合作。临时国际法庭或真相与和解委员会在其有限的存续期限内应从一开始就考虑信息与证据的搜集、分类的方式与方法,以便为司法程序与追踪失踪人员的努力所用。一旦它们的工作终结,应当允许有效、实际地转让其遗产,尤其应使家属及其代表能够获得它们的档案。与此类似,国际法庭在进行法医活动时,不应仅考虑刑事检控,同时应关注为失踪人员的家属寻找答案。最后,应当通过能力构建的动议鼓励、支持国内当局真正解决人员失踪的事项,从而与国际人道法的要求相符合。只有如此,家属才有希望最终实现其知晓失踪亲属命运的权利,并得到适当补偿。