

联合国人权事务高级专员
办事处



冲突后国家的法治工具

大赦



联合国
2009年，纽约和日内瓦

说明

本出版物所用名称及其材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对于任何国家、领土、城市、地区或其当局的法律地位或对于其边界或界限的划分表示任何意见。

HR/PUB/09/1

联合国出版物
出售品编号：C.09.XIV.1
ISBN 978-92-1-730185-8

前 言	v
导 言	1
一、大赦的定义和说明	5
二、有关大赦的国际法及联合国政策	11
A. 不符合国际法的大赦：概述	11
B. 对大赦进行评估的进一步考虑因素	24
C. 限制大赦的联合国原则和政策	27
D. 大赦的法律效力	29
E. 大赦与知情权	31
三、大赦与过渡司法措施之间的关系	33
A. 真相委员会	33
B. 补救权，包括赔偿	35
C. 解除武装、复员和重返社会方案	35
四、评估大赦或拟议的大赦时出现的问题	37
附 件	43

鸣谢

人权高专办谨感谢为编写本工具提供意见、建议和支持的个人及组织。特别感谢编写本工具的主要负责人迪亚娜·奥伦特利歇尔顾问。人权高专办还感谢美国大学华盛顿法学院为奥伦特利歇尔顾问提供的重要支持。

随着《大赦》和《过渡时期司法问题全国协商》的出版，联合国人权事务高级专员办事处（人权高专办），作为联合国有关过渡时期司法问题的主导机构，推出了冲突后国家过渡时期司法工具系列的第三部分。这些出版物旨在帮助加强联合国特派团可持续的机构能力，协助过渡时期政府和民间社会更好地应对过渡时期的司法需要。

限定大赦可允许范围的大量国际法现已可作为大赦的规范依据。最重要的是，免于起诉可能犯有战争罪、种族灭绝、危害人类罪以及其他严重侵犯人权行为的个人的大赦不符合国家在各种国际法渊源下的义务以及联合国政策。此外，大赦不得限制人权遭到侵犯的受害者或战争罪的受害者获得有效补救和赔偿的权利；也不得妨碍受害者或社会了解此类侵权行为真相的权利。

联合国政策反对在各种情况——包括在和平谈判情况——对战争罪、危害人类罪、种族灭绝或严重侵犯人权行为给予大赦，这是长期经验基础上的一项重大进步。为了谋求和平而让犯有残暴罪行的人免受刑事惩罚，这往往不仅达不到目的，反而助长受益者更进一步犯罪的胆量。反之，在一些据认为大赦是和平的必要条件而许多人担心起诉会延长冲突的情况下，还是达成了一些不包含大赦条款的和平协议。

这些经验意味着那种认为实现和平与伸张正义不可兼得的惯常假设未必成立。联合国认为，只要方法得当，伸张正义会有助于确保公正和可持续的和平。联合国的政策反对不惩罚残暴罪行的大赦，力求即使在起诉条件尚未充分确立的情况下，也要保证为伸张正义留出余地。

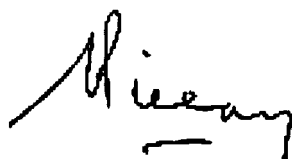
《大赦》列出国际法的主要规则和联合国政策，当联合国工作人员遇到大赦草案时应以此为指导。本书列举大赦的实例，用以说明评价大赦时适用的国际法规则。本出版物还考虑了大赦与各种过渡司法程序之间的关系，如果实际工作者在尝试对模棱两可的实际情况运用《大赦》中概括的原则时遇到问题，可以为其提供指导。

《大赦》和同时出版的《过渡时期司法问题全国协商》(*National Consultations on Transitional Justice*)，使我们2006年和2008年的系列出版物更加充实，其中包括《诉讼举措》(*Prosecution Initiatives*)、《真相委员会》(*Truth Commissions*)、《甄别审查》(*Vetting*)、《最大限度地保存混合法院的遗产》(*Maximizing the Legacy of Hybrid Courts*)、《赔偿方案》(*Reparations Programmes*)、《掌握司法部门情况》(*Mapping*

the Justice Sector) 和《监测司法制度》(*Monitoring Legal Systems*)。这些工具自成一体，但也可纳入统一的业务运用。这些工具中的原则扎实地植根于过去联合国实地行动的经验教训。

人权高专办参与过渡时期司法政策的制定，满足联合国系统——特别是实地单位——及其他合作伙伴的要求，在此过程中人权高专办将继续编写法治工具。

我谨借此机会感谢合作伙伴提出的反馈意见，同时感谢所有为这项重要工作做出贡献的人。

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Peter". The signature is fluid and cursive, with a horizontal line underlining the final part of the name.

纳瓦尼特姆·皮莱
联合国人权事务高级专员

本工具提出核心原则，当联合国工作人员遇到可能不符合国际法和联合国政策的大赦草案时，应以此为指导。

第一章给出大赦的定义，介绍大赦的使用，以及大赦与本工具未涉及的其他类似法律措施的区别。第二章概括考虑大赦时作为指导的国际法及联合国措施的主要规则，这两章都包含许多国家的大赦实例，以便说明评价大赦时适用的国际法规则及联合国政策。第三章讨论大赦与各种过渡司法程序的关系。最后，第四章为尝试对模棱两可的实际情况运用《大赦》中概括原则时遇到问题的实际工作者提供进一步指导。

大赦长期以来大多是由国家自行决定的，但是现在有了大量国际法规定为其提供规范依据。最重要的是，如果大赦会导致不起诉可能犯有战争罪、种族灭绝、危害人类罪以及其他严重侵犯人权行为¹的个人，就不符合国家在各项已获得广泛批准的条约下的义务以及联合国政策，可能也不符合习惯法中新出现的原则。此外，大赦不得限制人权遭到侵犯的受害人或战争罪的受害人获得有效补救和赔偿的权利；也不得妨碍受害者或社会了解此类侵权行为真相的权利。

虽然核心原则表述为国家“不得”颁布怎样的大赦，但是这些原则是从国家的“正面”义务中得出的，而这种义务就是要确保有效保护个人权利不受侵犯。有罪不罚本质上会招致进一步侵权，国际法早已认识到这一点，因此要求各国对严重侵犯人权的罪行和战争罪进行调查，对涉嫌侵权行为的个人提起刑事诉讼，对判定有罪的人施以适当的惩罚，并为权利遭到侵犯的人提供适当和有效的补救。

从更广的角度看，经验表明预先排除对残暴罪行的起诉或民事补救的大赦不可能持续下去，即使这样做是为了推进民族和解，而不是为掩饰暴行而假意借助宽宏。例如，阿根廷 1980 年代通过大赦法时，政府为其行动辩解说，这是出于“民族和解和巩固民主制度的迫切需要。”² 2003 年，阿根廷国会以有追溯力的方式废除了这些法律；两年后，最高法院维持了国会的决定。1980 年代阿根廷政变失败以来二十年过去了，

¹ 根据第二章 A 部分第 6 节的解释，这类犯罪包括酷刑和类似的残忍、不人道或有辱人格的待遇；法外处决、即决处决或任意处决；奴役以及强迫失踪，包括这类行为的性别特定情形。

² 美洲人权委员会，《Alicia Consuelo Herrera 等人诉阿根廷》，第 10.147、10.181、10.240、10.262、10.309、10.311 号案，1992 年 10 月 2 日第 28/92 号报告第 25 段。

“阿根廷在过渡时期的人权审判超过了世界上其他任何国家，而且经历了其历史上最长时间的不间断的民主。”³

在一些国家，法院逐渐收缩了违背本国人权义务的大赦。例如，智利的法院对一项皮诺切特时期的大赦作出了狭义的解释，让有关案件得以继续审理，所依据的法律理论使得通过这项大赦实现全面豁免的企图未能得逞。在另一些国家，人权团体行动起来，质疑几十年前颁布的大赦，并援引国际法支持其运动。⁴

联合国发挥了牵头作用，不断推进本工具中概括的推动上述努力的法律。联合国人权官员及机构一贯谴责对严重侵犯人权行为的大赦。最近，联合国政治机构及高级官员肯定了对暴行不得有罪不罚。

本工具中介绍的法律原则和联合国政策具体限制了国家的自行处置权。但是，这些原则对联合国也有重要影响。正是因为认识到这一点，联合国秘书长在关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告⁵中指出“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行为。”同样，联合国工作人员，不论是在总部还是在实地行动中，都不得容许遭到国际法及联合国政策一致谴责的大赦。

联合国政策反对对战争罪和严重侵犯人权行为颁布大赦，即使在和平谈判情况下也不例外，这是长期经验基础上的一项重大进步。过去，联合国调停人员有时鼓励武装冲突当事方就广泛的大赦达成一致，以期结束冲突。但是，联合国政治官员及机构最近认识到，正如当时的秘书长科菲·安南在上述报告中所指出的，“正义与和平并不是相互矛盾的力量。如果处理恰当，它们可相互促进和扶持”。潘基文秘书长在2007年9月访问苏丹时，也表达了同样的意思，肯定了“司法是建立和维持和平的重要因素。有罪不罚的氛围和对罪行既往不咎的后果只会危害和平。”

³ Kathryn Sikkink 和 Carrie Booth Walling, 《拉丁美洲人权审判的影响》, *Journal of Peace Research* 第 44 卷第四期 (2007 年) 第 427 页。

⁴ 例如, 见 Larry Rohter 的《巴西人权团体计划将军方的酷刑实施者绳之以法》, 《纽约时报》2007 年 3 月 16 日。

⁵ S/2004/616。

为了谋求和平而让人权罪行的责任人免受刑事处罚的大赦往往不仅达不到目的，反而助长受益者进一步犯罪的胆量。一个众所周知的例子就是 1999 年《洛美和平协定》的大赦规定，该协定不但没有结束塞拉利昂的武装冲突，而且也没有遏制进一步的暴行。⁶

相反，在一些据认为大赦是和平的必要条件的情况下，还是达成了不包含大赦条款的和平协定。一个著名的例子就是 1999 年 5 月，前南斯拉夫问题国际刑事法庭起诉了时任南斯拉夫总统的米洛舍维奇，而当时他正在参加旨在结束科索沃冲突的谈判。许多人担心该诉讼将使冲突延长，但是米洛舍维奇先生在被起诉后不久便同意了将塞尔维亚军队撤出科索沃。回顾这一事件，一位外交官说：“这件事以及其他的一些事件使人们对实现和平与伸张正义不可兼得的常规观念产生了严重怀疑。”⁷

联合国的立场是，“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行为”，⁸ 这起到了“保证为伸张正义留出余地”的作用。⁹ 如果说，在武装冲突期间或武装冲突刚结束时起诉的条件尚未充分确立，那么联合国的政策则是力求确保伸张正义的大门仍然敞开。¹⁰

⁶ 见《人权观察》，《评价可审理国际刑事法院上帝军领导人案件的国内法院的基准——人权观察备忘录》第 1 期（2007 年 5 月）第 4 页。

⁷ Darryl Robinson, 《为了伸张正义：大赦、真相委员会和国际刑事法院》，《欧洲国际法学刊》第 14 卷第 3 期（2003 年）第 481 页。

⁸ S/2004/616 第 10 段。

⁹ Natalie Nougayrède, “司法有政治理性无法理解的原因”，《世界报》2007 年 2 月 8 日引用当时联合国人权事务高级专员路易斯·阿尔布的话。

¹⁰ 这并不是说国家在进行刑事调查和诉讼时可以不计拖延的代价。人权条约机构不断强调“一般规则”，即“应当及时开展刑事调查，以保护受害者的权益，保存证据，甚至保护任何可能在调查中被视为嫌疑人的人的权利。”美洲人权委员会，《Mariela Morales Caro 等人》（罗奇拉惨案）（哥伦比亚），可否受理，2002 年 10 月 9 日第 42/02 号报告第 33 段。不过，在特殊情况下，出于恢复国际和平的目的，可以推迟起诉，但不得终止。见《国际刑事法院罗马规约》第十六条（授权安全理事会在行使维护或恢复国际和平与安全的职权时要求国际刑事法院暂停调查或起诉，每次最长为 12 个月）。

一、大赦的定义和说明

大赦的定义

除非特别说明，本工具中使用的“大赦”一词指具有以下效力的法律措施：

(a) 有可能阻止就大赦颁布前实施的特定犯罪行为对某些个人或某类个人提起刑事诉讼，在某些情况下为民事诉讼；或

(b) 追溯性地取消先前确立的法律责任。¹¹

大赦不免除尚未发生行为应负的法律 responsibility，否则等于诱使违法。

与特赦的区别。上文定义的大赦不同于特赦，本工具中使用的特赦一词指对已定罪的一个或多个罪犯免除执行刑罚的全部或一部分、但对定罪本身并不构成否定官方行为。¹² 在实践中，各国使用了各种术语——包括特赦和宽大处理——来表示符合本工具中使用的大赦定义的法律。¹³ 虽然此处定义的特赦在某些情况下也可能违反国际法，¹⁴ 但是它们不属于本工具的范围。

与官方豁免的区别。大赦也不同于国际法规定的各种形式的官方豁免，例如对国家元首和外交官的豁免。这些豁免如适用，在适用期内使官员不受外国管辖，但是并

¹¹ “amnesty”一词源于希腊文“*amnestia*”，该词也是 *amnesia* 的词根。希腊文词根隐含了遗忘和疏忽的意思，而不是指赦免业已定罪的罪行。见 Diane F. Orentlicher, 《算账：起诉上届政权侵犯人权行为的义务》，*Yale Law Journal* 第 100 卷第 8 期（1991 年）第 2537 页。

¹² 见《防止歧视及保护少数小组委员会特别报告员路易·乔纳先生的报告：关于大赦法及其在保障和促进人权中的作用的研究》，该报告指出特赦指“免除刑罚，但不取消定罪”（E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 第 5 段）。但是该方法并不是唯一的区分方法。例如，一位作者对大赦和特赦的区分是：“大赦促进和平或和解”，而特赦是“绕过法庭的酌处机制。” Andreas O’Shea, 《国际法和实践中罪行的大赦》（海牙，Kluwer International, 2004 年）第 2 页。塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭的一名成员在个别意见中称大赦为一种“大规模特赦”。《检察官诉 Kondewa》，SCSL-2004-14-AR72(E) 号案，关于缺乏管辖权/滥用程序的裁定：洛美协定提供的大赦（2004 年 5 月 25 日），Robertson 法官的个别意见第 15 段。

¹³ 例如见非洲人权和人民权利委员会，《津巴布韦人权非政府组织论坛诉津巴布韦》，第 245/2002 号来文，第 196 段。（“有人甚至可能在正式起诉或定罪前就被特赦了。”）

¹⁴ 一些人权条约要求缔约国确保对某些罪行施以与罪行严重程度相当的刑罚。例如见《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 4 条第 2 款。

不免除他们对侵犯人权暴行应负的责任。正如国际刑事法院在外交部长官方豁免问题上所强调的，

现任外交部长可以不受管辖并不意味着他们可能犯下的任何罪行，不论其严重程度都将不受惩罚。不受刑事管辖和免除个人的刑事责任是不同的概念。[.....] 管辖豁免可以阻止在特定时期或针对特定罪行提起诉讼；但是不能免除该人应承担的一切刑事责任。¹⁵

与特赦一样，官方豁免也不属于本工具的范围。

其他形式的有罪不罚。不符合此处大赦的定义、但是与大赦效力类似的其他形式的有罪不罚也不属于本工具的范围。¹⁶ 这些包括国家未颁布法律以禁止根据国际法应受惩罚的罪行的情况；国家未对侵犯人权行为的责任人提起刑事诉讼的情况，即使其法律并不阻止这种惩罚；国家未向检察官提供确保有效诉讼所必需的资源的情况；恐吓证人，不让其提供充分法律行动所必需的证词的情况。

大赦的特点

通过大赦免除的刑事诉讼或民事诉讼通常仅限于某个特定时期和 / 或涉及某个事件或情形的行为，例如具体的武装冲突。例如，2007 年 3 月**科特迪瓦**总统代表与新军之间签署的《瓦加杜古政治协定》包含这样一条，该条款表明双方决定通过：

“一项新的大赦法，赦免 2000 年 9 月 17 日至本协定生效之日期间，因科特迪瓦冲突而起的与国家安全相关的大小罪行，”

¹⁵ 2000 年 4 月 11 日的逮捕令（《刚果民主共和国诉比利时》），2002 年 2 月 14 日《国际法院案例汇编》第 60 段。

¹⁶ 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》：

有罪不罚现象的产生，是由于国家未能履行对侵权行为进行调查的义务；未能确保通过对犯罪嫌疑嫌疑人起诉、审判和适当惩罚而对侵权者采取适当措施，特别是司法方面的措施；未能向受害人提供有效的补救，确保他们因受到的伤害而得到赔偿；未能确保了解侵权真相的不可分割的权利；未能采取其他必要步骤防止再次发生侵权行为（E/CN.4/2005/102/ Add.1, 原则 1）。

但若干罪行除外。¹⁷ 除某些特殊情况，1978年**智利**的大赦适用于：

“1973年9月11日至1978年3月10日戒严期间有非法行为的所有个人……但现在正在接受法律诉讼或已被判刑的除外。”¹⁸

大赦通常规定一类或几类受益者，例如叛军成员、国家代理人或政治流亡者。大赦通常而且越来越倾向于明确规定免除刑事诉讼和/或民事诉讼的具体罪行或情形。例如，被认为违反《非洲人权和人民权利宪章》的**津巴布韦**宽恕令将“谋杀罪、抢劫罪、强奸罪、猥亵罪、强奸未成年人罪、盗窃罪、持有武器罪，以及其他涉及欺诈或不诚实的犯罪”排除在大赦范围外。¹⁹

研究第二次世界大战以来颁布的大赦法发现，越来越多的大赦将国际法规定的部分或全部罪行排除在外。在实践中，大赦有若干种法律形式。二战以来最常见的两种颁布方式是 (a) 通过行政指令或宣告，以及 (b) 经议会颁布成为法律。²⁰

此外，也有根据和平协定或其他商定的协议——例如现政府与反对团体或叛军之间的协定——颁布的大赦。不过，通常是通过国内立法或行政行动来实施此类条款。例如，1999年7月7日**塞拉利昂**政府与塞拉利昂革命联合阵线签署的《洛美和平协定》包括这样一条，政府在该条款中承诺“对所有战斗人员及勾结者在签署本协定之前为实现其目标作出的任何行动给予绝对和无条件的赦免和缓刑”，以及“确保不对”所定部队的“成员采取任何正式行动或司法行动”（第九条）。该协定签署一周后，塞拉利昂议会颁布了一条法律批准该协定。

大赦有时是有条件的。例如，旨在引导叛军停止叛乱的大赦可能会规定，如果受益者再次拿起武器将丧失所给予的优待。²¹

¹⁷ S/2007/144 附件第 6.3 段。

¹⁸ 第 2.191 号法令第 1 条（1978 年 4 月 18 日）。

¹⁹ 见《津巴布韦人权非政府组织论坛诉津巴布韦》第 52 段。

²⁰ Louise Mallinder, 《大赦、人权和政治转型：连接和平与正义的桥梁》（牛津，Hart Publishing, 2008 年）第 30 页。

²¹ 此类大赦相当于暂缓而不是免除刑事责任，因此可能不严格符合本工具使用的“大赦”一词的一般定义。见《检察官诉 Kondewa》，Robertson 法官的个别意见第 15 段。

集体大赦

虽然使用频繁,但是很少给“集体大赦”一词下定义,而且其使用也不尽一致。不过,还是可以从这个词的用法中得出一个可行的定义:集体大赦对多种类别的严重侵犯人权者免除起诉和/或民事责任,而受益者无须满足任何前提条件,包括旨在确保充分披露他们作为个人对大赦所涵盖罪行的了解的条件。²²

事实上的大赦

除了法律上的大赦,一些国家法律、法令或法规构成了事实上的大赦:这些法律、法令或法规虽然没有明确免除刑事诉讼或民事补救,但是与明确的大赦法具有同样的效力。²³ 阿根廷颁布的两项法律就具有这种效力:

- 1986年12月的《终止法》(“句号法”)规定,提起与阿根廷“肮脏战争”有关的新的刑事诉讼期限为60天,阿根廷后来废除了该法。
- 1987年6月的《服从法》几乎相当于法律上的大赦:该法推定,除某些指挥官外,军官都是因为受胁迫而实施侵犯人权的行为,并以此为由使他们免受起诉。该法后来也被废除。

²² 南非真相与和解委员会大赦委员会称南非的“大赦过程独一无二,体现在南非没有规定集体大赦,而是规定了有条件大赦,要求在颁布大赦前公开披露与严重侵犯人权有关的罪行和过失。”南非真相与和解委员会《大赦委员会的报告》第六卷第一部分第五章第1段。另见《检察官诉 Kondewa》,Robertson 法官的个别意见第32段(解释南非的宪法法院批准了非“集体”性质的大赦,因为真相与和解委员会必须分别审议每个人的案情)。一些作者将集体大赦定义为“‘全面实施,而不要求受益者提出申请,甚至无需调查事实以确定受益者是否符合法律的适用范围’的大赦。”Garth Meintjes 和 Juan E. Méndez,“使大赦符合普遍管辖权,”*International Law Forum*,第二卷第2期(2000年)第76页。通常只对特殊罪行颁布集体大赦。例如见《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》(经济及社会理事会第1989/65号决议附件原则19);《检察官诉 Kondewa》,Robertson 法官的个别意见第47段;Kristin Henrard,《在国际法越来越认可个人刑事责任的背景下国家大赦的可行性》,密歇根州立大学—底特律法学院 *Journal of International Law*,第八卷(1999年秋)第595页。不过,该文不认为国际法下允许其他大赦。

²³ 一些作者使用“事实上的大赦”一词表述范围广泛的各种有罪不罚的做法,包括国家没有在法律允许起诉的情况下对罪行进行调查和起诉。本工具使用的“事实上的大赦”仅指法律措施,例如正文所述有效防止起诉的阿根廷的法律。

如果一项法律、法规或法令的效力是阻止起诉某些罪行，那么只要对这些罪行颁布法律上的大赦不被允许，该法律、法令或法规就是无效的。因此，美洲人权委员会在评估大赦法效力的一项早期决定中指出，阿根廷颁布的《终止法》和《服从法》违反了《美洲人权公约》。²⁴

以上同样适用于“变相大赦。”变相大赦可以有多种形式，其中有这样一种大赦，解释法律的条例规定大赦的实施，从表面上看法律可能符合国际法，但是经实施条例解释却并不符合该国的人权义务。

上文提到的**科特迪瓦** 2007 年《瓦加杜古政治协定》中大赦条款的实施条例就是一个例子。虽然缔约国在和平协定中承诺将战争罪和危害人类罪排除在大赦范围外，²⁵但是该协定的实施条例并没有明确排除这些罪行。虽然该条例将国内法中某些可能与战争罪类似的罪行——例如“战犯”罪——排除在大赦条款外，但是并不清楚条例排除的国内法罪行是否涵盖了和平协定要排除的所有罪行。

²⁴ 《Alicia Consuelo Herrera 等人诉阿根廷》。

²⁵ 将这些罪行排除在外符合本工具所述的国际法要求。其他罪行，包括未必属于战争罪或危害人类罪的严重侵犯人权行为也应当排除在外。见第二章。

二、有关大赦的国际法及联合国政策

根据国际法的各种渊源及联合国的政策，具有下列特点的大赦是不允许的：

- (a) 免于起诉可能犯有战争罪、种族灭绝、危害人类罪及其他严重侵犯人权罪行的个人；
- (b) 妨碍受害者获得有效补救，包括获得赔偿的权利；或
- (c) 限制受害者或社会了解侵犯人权和违反人道主义法真相的权利。

此外，力求恢复人权的大赦必须确保不限制已恢复的人权，或不会在某些方面使原有的侵权行为持续下去。

A. 不符合国际法的大赦：概述

一些得到广泛批准的国际人权法和人道主义法条约都明确要求缔约国通过国内法院对犯罪嫌疑人提起刑事诉讼，或将嫌疑人送交另一有适当管辖权的法院，以确保惩处特定罪行。²⁶ 一般都认为，对此类义务所针对的罪行预先排除起诉的大赦会违反相关条约。²⁷ 有些人权条约虽然没有明确涉及诉讼，但是一贯被解释为要求缔约方在出现严重侵权行为时提起刑事诉讼，如下文所述，一些大赦不符合这样的人权条约。对严重侵犯人权行为和严重违反人道主义法行为的大赦可能也违反习惯国际法。²⁸

²⁶ 本节未涉及可能同样有关的各项区域人权条约。

²⁷ 例如见塞拉利昂问题特别法庭，《检察官诉 Morris Kallon》，SCSL-2004-15-AR72(E) 号案，以及《检察官诉 Brima Bazzy Kamara》，SCSL-2004-16-AR72(E) 号案，上诉分庭，关于质疑管辖权的决定：洛美协定大赦（2004 年 3 月 13 日）第 73 段；Antonio Cassese，《国际刑事法》（牛津大学出版社，2003 年）第 314 页。

²⁸ 国际法庭几乎没有机会解决大赦是否违反国家在习惯国际法下义务的问题。不过，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭 1998 年的裁定显示，对酷刑（以及暗含国际法对其禁止具有强制规范地位的其他行为）的大赦“在国际上是不合法的。”《检察官诉 Anto Furundžija》，IT-95-17/1-T 号案，1998 年 12 月 10 日的判决第 155 段。另见《检察官诉 Morris Kallon》和《检察官诉 Brima Bazzy Kamara》第 82 段。

除了 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》，本节²⁹ 简述的每一项人权条约都明文规定其中所指各种侵权行为的受害者都应能获得补救。³⁰ 妨碍民事补救的大赦就会违反这些条约的规定。此外，根据一般国际法，种族灭绝行为及其他侵犯人权行为的受害者有权获得有效补救，包括赔偿。³¹

1. 种族灭绝行为

- 对种族灭绝行为的大赦违反《灭绝种族罪公约》和习惯国际法。

1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条认定种族灭绝行为“系国际法上的一种罪行”，缔约国承诺“惩治之”。第四条规定，凡犯有种族灭绝罪或相关行为者“无论其为依宪法负责的统治者，公务员或私人，均应惩治之。”鉴于《灭绝种族罪公约》的原则与习惯国际法一脉相承，因此免于起诉种族灭绝行为的大赦也违反国家在习惯国际法下的义务。

种族灭绝行为的定义

《灭绝种族罪公约》第二条规定：“灭绝种族”指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者：

- (a) 杀害该团体的成员；
- (b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；
- (c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；
- (d) 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；
- (e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。

²⁹ 这些条约包括《公民权利和政治权利国际公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和人民权利宪章》、《欧洲保护人权与基本自由公约》、《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》，以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。

³⁰ 不过，《灭绝种族罪公约》的缔约国可以就违反条约的行为寻求赔偿。见国际法院《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用》（波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山），2007 年 2 月 26 日的判决第 460 段。

³¹ 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》（大会第 60/147 号决议）。

2. 危害人类罪

- 对危害人类罪的大赦不符合国家在某些条约下的义务，可能也违反国家在习惯国际法下的义务。

虽然各项国际条约，包括自纽伦堡法庭设立以来连同该法庭在内所设立的每一国际刑事法庭和混合法庭的规约都提及危害人类罪，但是还没有类似《灭绝种族罪公约》的条约将其作为主题。³² 不过，正如《国际刑事法院罗马规约》的序言所述，危害人类罪已被认为是“整个国际社会关注的最严重犯罪”，对之“绝不能听之任之不予处罚”，必须确保“有效惩治罪犯”。

免除对危害人类罪的惩罚和 / 或民事补救的大赦不符合缔约国在一些全面人权条约——包括《公民权利和政治权利国际公约》及《美洲人权公约》——下的义务，这些条约虽然没有明确提及危害人类罪，但是被解释为规定惩处这种国际罪行。³³

危害人类罪的定义

《罗马规约》规定：危害人类罪是指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，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；

³² 不过，1968年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》确实规定了不得对危害人类罪实施任何法定限制。（第一条（乙）项）。

³³ 例如见人权事务委员会《第31号一般性意见（2004年）：〈公约〉缔约国的一般法律义务的性质》第18段；美洲人权法院，《Almonacid-Arellano 等人诉智利》，2006年9月26日的判决第114段。

(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别，或根据公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的团体或集体进行迫害，而且与任何一种本款提及的行为 [或任何一种本法院管辖权内的犯罪] 结合发生；

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

(k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

3. 战争罪

- **免于起诉战争罪** — 即不论是国际性还是非国际性武装冲突期间严重违反国际人道主义法的行为 — 的大赦，不符合国家在广泛批准的 1949 年《日内瓦四公约》及 1977 年议定书下的义务，并且可能也违反习惯国际法。

战争罪是指严重违反战争法 — 也即国际人道主义法 — 的行为。战争法是关于国际性和非国际性武装冲突行为的国际法。根据战争法，某些侵权行为被认为如此严重，以至于个人应负国内和国际一级的刑事责任。战争罪通常包括严重违反旨在保护未参加或不再参加敌对行动的人的战争法的行为以及违反限制作战方式和方法的规定的行为。

严重违反《日内瓦四公约》以及《第一附加议定书》的行为。关于国际性武装冲突的《日内瓦四公约》确认某些侵权行为是“严重破坏公约行为”，要求各缔约国“制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效的刑事制裁”。此外，各缔约国“有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。”

1977 年的《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）第八十五条使《1949 年日内瓦公约》关于严重破坏公约行为的规定适用于议定书，并引入了其他一些被视为严重破坏公约的行为。**免于起诉严重破坏公约行为的大赦显然不符合缔约国在《日内瓦四公约》及《第一附加议定书》下搜寻并确保起诉据称应对严重破坏公约行为负责的人的义务。**

严重破坏公约行为的定义

只有国际性武装冲突中犯下的战争罪才构成“严重破坏公约行为”。《日内瓦四公约》和《第一议定书》分别定义了“严重破坏公约行为”，包括“故意杀害、酷刑或不人道待遇”或“故意使”受相关公约保护的人“身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害”³⁴的行为。

国际性武装冲突中犯下的其他战争罪。虽然《日内瓦四公约》和《第一附加议定书》明确要求缔约方确保起诉严重破坏公约的行为，**但是其他严重违反其规定的行为也是应受惩罚的战争罪。**红十字国际委员会（红十字会）在一项有关国际人道主义习惯法的重要研究中指出“国际判例法支持不得将战争罪作为大赦内容的主张。”³⁵

除了严重破坏公约行为，还有哪些违反有关国际性武装冲突的战争法的行为构成战争罪？

除了严重破坏公约行为，《罗马规约》还列举了 26 项国际刑事法院可起诉的“严重违反国际法既定范围内适用于国际武装冲突的法规和惯例的其他行为”（第八条第二款第 2 项）。此类行为包括故意指令攻击未参加敌对行动的平民或平民人口，以及故意指令攻击人道主义组织。

非国际性武装冲突中犯下的战争罪。虽然只有在国际性武装冲突中才存在严重破坏公约行为，但是严重违反适用于非国际性武装冲突的人道主义法规的行为也构成战争罪。1949 年《日内瓦四公约》共同的第三条以及《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二议定书》）提出了关于非国际性武装冲突的人道主义法规。还有一些行为也在习惯国际法之下被认定为严重违反“战争法和惯例”。³⁶

对严重违反有关非国际性武装冲突的战争法的行为的大赦，其有效性值得怀疑。如上文所述，红十字会指出国际判例法支持不得将战争罪作为大赦内容的主张，这适用于所有战争罪。

³⁴ 《关于战时保护平民之日内瓦（第四）公约》第一四七条。

³⁵ 红十字国际委员会，《国际人道主义习惯法》第一卷，Jean-Marie Henckaerts 和 Louise Doswald-Beck（剑桥大学出版社，2005 年）第 613 页。

³⁶ 见前南斯拉夫问题国际刑事法庭《检察官诉 Duško Tadić》，IT-94-1-AR72 号案，1995 年 10 月 2 日的决定第 134 段；《检察官诉 Delalić》，IT-96-21-A 号案，2001 年 2 月 20 日的判决第 163 至 173 页。

有时被误解的《第二附加议定书》第六条第五款特别强调了这一点，该款规定：

在敌对行动结束时 [非国际性武装冲突情况下]，当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免。

回顾这一规定的起草过程，红十字会肯定了第六条第五款“旨在鼓励在敌对行动结束时，在一定程度上释放那些仅仅因为参加敌对行动而被拘留或惩罚的人。该款并不是要赦免已经违反国际法的人。”³⁷

《第二附加议定书》第六条第五款将战争罪排除在大赦范围外，但是鼓励各国赦免前叛军的叛乱、煽动和叛国罪等罪行。国家还可以赦免叛军的正当战争行为，例如在不构成战争罪的情况下处死敌军成员。

红十字会在关于《国际人道主义习惯法》的研究中也认为，基本上属于重新表述第六条第五款的下列规则现在具有习惯法的地位：

规则第 159 条规定：在敌对行动结束时，对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，主管当局必须给以尽可能最广泛的赦免，涉嫌、被控战争罪或因之被判刑的人除外。（着重号另加）

哪些违反有关非国际性武装冲突的战争法的行为构成战争罪？

根据《罗马规约》第八条第二款第 3 项，国际刑事法院可予以惩罚的严重违反共同第三条的行为包括：“对不实际参加敌对行动的人，包括已经放下武器的武装部队人员，及因病、伤、拘留或任何其他原因而失去战斗力的人员，实施下列任何一种行为：

- (1) 对生命与人身施以暴力，特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；
- (2) 损害个人尊严，特别是侮辱性和有辱人格的待遇；
- (3) 劫持人质；
- (4) 未经具有公认为必需的司法保障的正规组织的法庭宣判，径行判罪和处决。”

³⁷ 引自《美洲人权委员会》，《Parada Cea 等人诉萨尔瓦多》，第 10.480 号案，第 1/99 号报告，1999 年 1 月 27 日第 116 段。当第六条第 5 款获得通过时，一名前苏联代表解释道，该款在任何情况下都不得理解为使战争罪或危害人类罪的罪犯逃避严惩。红十字会同意上述解释。见红十字国际委员会《国际人道主义习惯法》第 612 页。

此外，根据《罗马规约》第八条第二款第 5 项，国际刑事法院可对非国际性武装冲突中犯下的下列战争罪行使管辖权：

- (1) 故意指令攻击平民人口本身或未直接参加敌对行动的个别平民；
- (2) 故意指令攻击按照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及人员；
- (3) 故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的所涉人员、设施、物资、单位或车辆，如果这些人员和物体有权得到武装冲突法规给予平民和民用物体的保护；
- (4) 故意指令攻击专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念物、医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标；
- (5) 抢劫即使是突击攻下的城镇或地方；
- (6) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕，……，强迫绝育以及构成严重违反四项《日内瓦公约》共同第三条的任何其他形式的性暴力；
- (7) 征募不满十五岁的儿童加入武装部队或集团，或利用他们积极参加敌对行动；
- (8) 基于与冲突有关的理由下令平民人口迁移，但因所涉平民的安全或因迫切的军事理由而有需要的除外；
- (9) 以背信弃义的方式杀、伤属敌对方战斗员；
- (10) 宣告决不纳降；
- (11) 致使在冲突另一方权力下的人员肢体遭受残伤，或对其进行任何种类的医学或科学实验，而这些实验不具有医学、牙医学或住院治疗有关人员的理由，也不是为了该人员的利益而进行的，并且导致这些人员死亡或严重危及其健康；
- (12) 摧毁或没收敌对方的财产，除非是基于冲突的必要。

4. 酷刑

- 对酷刑的大赦违反缔约国在广泛批准的《禁止酷刑公约》以及其他条约下的义务，可能也违反习惯国际法。

1984年《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》要求缔约国“保证将一切酷刑行为定为刑事罪行”（第4条第1款）。该规定也适用于“施行酷刑的企图以及任何人合谋或参与酷刑的行为”（第4条第1款）。对这些犯罪行为，必须“根据上述罪行的严重程度，规定适当的惩罚”（第4条第2款）。缔约国如在其管辖领土内发现有被控犯有上述罪行的人，必须引渡该嫌疑人或“将该案提交主管当局以便起诉”（第7条第1款）。

《禁止酷刑公约》还要求缔约国在其法律体系内确保“酷刑受害者得到补偿，并享有获得公平和充分赔偿的强制执行权利，其中包括尽量使其完全复原。如果受害者因受酷刑而死亡，其受抚养人应有获得赔偿的权利”（第14条）。

酷刑的定义

根据《禁止酷刑公约》第1条，酷刑是指“为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”

应当指出，当酷刑的实施情形使之构成战争罪、种族灭绝行为或危害人类罪时，没有必要查证是否有公职人员的参与。³⁸

对酷刑的大赦除了违反《禁止酷刑公约》以及下文讨论的其他人权条约，可能也违反习惯国际法。³⁹前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭认为，对酷刑的大赦在“国际上是不合法的。”⁴⁰

³⁸ 见红十字国际委员会《习惯国际人道主义法》第317页。

³⁹ 根据国际人道主义法，关于禁止酷刑、残忍或不人道待遇、对个人尊严的侵犯，特别是侮辱性和有辱人格的待遇的规定是“适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法规范。”同上，第315页。

⁴⁰ 《检察官诉 Anto Furundžija》第155段。

5. 强迫失踪

- 对强迫失踪的大赦不符合《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》以及已经生效的其他各项条约，可能也违反习惯国际法。

尚未生效的《2006年保护所有人免遭强迫失踪国际公约》包括有关刑事调查和起诉强迫失踪罪行的具体规定。例如，《公约》要求缔约国“至少追究下列人员的刑事责任：（一）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”，以及根据上级负责原则对强迫失踪负刑事责任的人（第六条第一款）。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”（第七条第一款）。如果缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人，则缔约国“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，”则必须“将案件提交本国的主管机关起诉”（第十一条第一款）。

关于民事补救，《公约》要求各缔约国“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”（第二十四条第四款）。⁴¹

强迫失踪还违反全面人权条约，例如《公民权利和政治权利国际公约》及类似的区域性公约，尽管这些条约没有使用“强迫失踪”字眼。⁴² 这些条约监督机构发现强迫失踪的做法使国家有义务提起刑事诉讼，提供赔偿，并确保揭露和公布强迫失踪直接受害者的命运。⁴³

⁴¹ 《公约》对受害者的定义是“失踪的人和任何因强迫失踪而受到直接伤害的个人”（第二十四条第一款）。上文所指获得赔偿的权利“涵盖物质和精神损害，以及视情况而定，其他形式的补救，如：（一）复原；（二）康复；（三）平反……；（四）保证不再重演。”（第二十四条第五款）。

⁴² 同样，虽然“国际人道主义法条约没有提及‘强迫失踪’一词本身，但是强迫失踪违反了或有可能违反国际人道主义法的一系列习惯法规则。”见红十字国际委员会《习惯国际人道主义法》第340页。

⁴³ 例如见《Quinteros诉乌拉圭》，第107/1981号来文，《人权事务委员会根据〈任择议定书〉作出的决定选编》第二卷（联合国出版物，出售品编号E.89.XIV.1）；欧洲人权法院，《Kurt诉土耳其》，第24276/94号案，1998年5月25日的判决；美洲人权法院，《Velásquez-Rodríguez案》，1988年7月29日的判决，C系列第4号第172段。

强迫失踪的定义

《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第二条将“强迫失踪”定义为“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。”

应当指出，许多国家的刑法中不包括“强迫失踪”罪。在这些国家，或许可以以非法拘留或任意逮捕和拘留的罪名起诉强迫失踪。因此，考虑拟议大赦的范围时，重要的是确保拟议的法律不会将看似平常、实为在相关国内法下可为起诉强迫失踪罪行提供依据的罪行纳入拟议的大赦罪行范围，以免碍于国家惩罚强迫失踪。

6. 其他侵犯人权的行为

- 根据反映“国际法下现有法律义务”⁴⁴的一些人权条约和联合国原则及准则，国家不得颁布对严重侵犯人权行为的大赦，这些行为包括但不限于酷刑和强迫失踪。对严重侵犯人权行为的大赦可能也违反国家在习惯法下的义务。
- 根据各项人权条约，条约保护的权利受到任何侵犯的受害者都有权获得补救和赔偿。

条约监督机构指出，国际和区域全面人权条约都要求缔约国开展有效的调查，如果调查结果属实，则还要求缔约国确保起诉严重侵犯人权行为，例如酷刑和类似的残忍、不人道或有辱人格的待遇；法外处决、即决处决或任意处决；奴役以及强迫失踪，包括这类侵犯人权行为的性别特定情形，例如强奸。⁴⁵ 这些条约监督机构认定，会导致不进行调查和提起刑事诉讼的大赦是对这些条约的违反。

⁴⁴ 《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》（序言）。

⁴⁵ 根据本小节讨论的条约机构的判例，免于调查和刑事诉讼的大赦也侵犯了获得有效补救的权利。因此，获得有效补救的权利被解释为既要求有效的民事补救，又要求有效的刑事诉讼。

严重侵犯人权行为的定义

如上文所述，普遍认为严重侵犯人权行为包括法外处决、即决处决或任意处决；酷刑和类似的残忍、不人道或有辱人格的待遇；奴役以及强迫失踪，包括这类侵犯人权行为的性别特定情形。虽然人权法中广泛使用“严重侵犯人权行为”一词，但是对它还没有正式的定义。不过，“通常认为种族灭绝、奴役和贩卖奴隶、谋杀、强迫失踪、酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚、长期任意拘留、驱逐出境或强行迁移人口，以及系统性的种族歧视都属于严重侵犯人权行为。蓄意和系统地剥夺必要的食物、必要的基本医疗或基本的栖身之处和住房也可能构成严重侵犯人权行为。”⁴⁶

下文讨论的所有全面人权条约都明确规定，受害者必须能获得有效补救。排除或妨碍受害者取得有效民事补救的大赦违反这项义务。

《公民权利和政治权利国际公约》要求缔约国确保违反《公约》行为的受害者“能够得到有效的补救”（第二条第3款（甲）项）。⁴⁷ 阻止受害者寻求民事补救的大赦显然违反《公约》。2004年，人权事务委员会重申缔约国有义务“确保个人……可获得有效补救，以维护[公约]权利”，“并向《公约》权利遭到侵犯的个人提供赔偿。”委员会认为“《公约》通常要求提供适当赔偿。”⁴⁸

此外，虽然人权事务委员会⁴⁹一再认定《公约》没有规定某人有权要求国家对另一人提起刑事诉讼，但是委员会对《公约》的解释是，《公约》要求缔约国采取有效措施，调查被认为是犯罪的（见下文）侵犯人权行为，将责任人绳之以法，并向受害者提供有效的补救。

⁴⁶ 《冲突后国家的法治工具：赔偿方案》（联合国出版物，出售品编号E.08.XIV.3）脚注5。

⁴⁷ “尽管此种侵犯是以官方资格行事的人所为”，也保障该权利。

⁴⁸ 《第31号一般性意见》第15至16段。此外，“赔偿可以酌情涉及归还、恢复原状和各种使人满意的措施，如公开道歉、树立公共纪念碑、保证不重犯、修改法律和惯例以及将侵犯人权的肇事者绳之以法。”

⁴⁹ 《Arhuacos 诉哥伦比亚》，关于1997年7月29日第612/1995号来文的意见（A/52/40（第二卷）附件六Q节第8.2和8.8段），以及《Bautista de Arellana 诉哥伦比亚》，关于1995年10月27日第563/1993号来文的意见（A/51/40（第二卷）附件八S节第8.2和8.6段）。

当发生特别严重的侵犯人权行为时，缔约国仅靠纪律和行政补救办法不能算充分履行了提供适当和有效补救的义务。反之，人权事务委员会明确指出，缔约国有义务对侵犯人权的指控、尤其是对强迫失踪和侵犯生命权的指控进行全面调查，并对这些侵权行为认定的责任者提出刑事起诉、加以审判和惩处。人权事务委员会在第 31 号一般性意见中明确指出，缔约国将侵权者绳之以法的义务也涵盖其他严重侵犯权利的行为：

如 [要求缔约国进行的调查] 显示某些《公约》权利遭到侵犯，缔约国必须确保将责任者绳之以法。同没有调查的情况一样，如果不把责任者绳之以法，就可能会引起对于《公约》的再次违反。**如果根据国内法或者国际法可将这些侵权行为确认为罪行的话，例如：酷刑和类似的残忍、不人道和有辱人格的待遇……、即审即决和任意处决……以及强迫失踪……，那么就明显存在这些义务**（第 18 段，着重号另加）。

因此，如果政府官员或者国家机关工作人员所犯罪行被看作刑事罪，包括在某些情况下犯下危害人类罪，则《公约》的缔约国就“不能像在某些大赦……以及事先法律豁免和补偿之中那样，免除肇事者的个人责任”。（第 18 段）

《美洲人权公约》的两个监督机构——美洲人权法院和美洲人权委员会——对《公约》的解释是：《公约》要求缔约国对侵犯基本权利的行为提出刑事诉讼。⁵⁰ 法院和委员会都认为，发生法外处决等特别严重的侵犯行为时，有必要提起刑事诉讼。⁵¹ 这两个机构都认为，对严重违反《美洲公约》的行为免予起诉的大赦违反该条约。⁵² 在关于**秘鲁**颁布和适用两项违反《美洲公约》的大赦法的案件中，法院的裁决指出，

⁵⁰ 美洲人权法院，《Velásquez-Rodríguez 诉洪都拉斯》是这方面的主要案件（第 172 段）。

⁵¹ 美洲人权委员会，《关于哥伦比亚人权状况的第三次报告》（OEA/Ser.LV/II.102 doc. 9 rev. 1, 第五章，第 3 段）。

⁵² 1992 年，委员会首次作出两项裁决，明确认定：**阿根廷和乌拉圭**分别实行的**大赦**均不符合《美洲公约》，见《Alicia Consuelo Herrera 等人诉阿根廷》；《Santos Mendoza 等人诉乌拉圭》，第 10.029、10.036、10.145、10.305、10.372、10.373、10.374、10.375 号案，第 29/92 号报告，1992 年 10 月 2 日。另见《Garay Hermsilla 等人诉智利》，第 10.843 号案，第 36/96 号报告，1996 年 10 月 15 日；《Irma Reyes 等人诉智利》，第 11.228 号及其他案件，第 34/96 号报告，1996 年 10 月 15 日；《Catalán Lincoleo 诉智利》，第 11.771 号案，第 61/01 号报告，2001 年 4 月 16 日；《Las Hojas Massacre 诉萨尔瓦多》，第 10.287 号案，第 26/92 号报告，1992 年 9 月 24 日；《Ignacio Ellacuría 等人诉萨尔瓦多》，第 10.488 号案，第 136/99 号报告，1999 年 12 月 22 日。

“所有大赦条款以及说明和确定免除责任措施的条款均不可受理，因为它们的目的是为了阻止对严重侵犯人权行为——如酷刑、法外处决、即审即决或任意处决以及强迫失踪等行为——的责任者进行调查和惩处。所有这些行为都是被禁止的，因为它们违反了国际人权法承认的不容克减的权利。”⁵³

和其他全面人权条约一样，《非洲人权和人民权利宪章》承认基本权利受到侵犯的受害者享有获得补救的权利（第7条第1款(a)项）。虽然《非洲宪章》监督机构⁵⁴对《宪章》惩处义务的解释没有其他全面人权条约的解释那么完善，但是，非洲人权和人民权利委员会的决定表明，调查和刑事诉讼以及对权利遭到侵害的赔偿是缔约国履行义务的必要组成部分。⁵⁵

委员会在关于大赦可否允许的最为透彻的讨论中指出，津巴布韦通过的《宽恕令》违反了《非洲宪章》。上述《宽恕令》对所有在2000年1月至7月期间出于政治动机犯罪的责任人给予特赦，该时期因2000年2月的宪法公投和2000年6月的议会选举发生过一系列暴力事件，这些犯罪本应受到刑事起诉。该命令还免除了上述期间所有因所犯政治动机罪行已被定罪者的全部或剩余服刑期。但是该命令没有对谋杀、抢劫、强奸、猥亵、强奸未成年人、盗窃、拥有武器和任何涉及欺诈或不诚实的犯罪给予赦免。

⁵³ Barrios Altos案(《Chumbipuma Aguirre等人诉秘鲁》)。2001年3月14日的判决。C序列，第75号，第41段。法院认为，因为秘鲁的大赦法不符合《美洲公约》，所以该大赦无法律效力。(第51段(4))。法院后来明确声明，该判决的“效力”具有“一般性质”，即在该案中如运用所述大赦，一律违反《美洲公约》。Barrios Altos案，《对案情判决的解释》。2001年9月3日的判决。C序列，第83号，第18段。法院认为：“缔约国颁布的法律明显违反缔约国《公约》之下的义务，这一举动本身违反《公约》，缔约国应承担这方面的国际责任。”法院作出判决后，美洲人权委员会注意到秘鲁选择在某些情况下不适用大赦法。虽然秘鲁认为这是遵守法院关于Barrios Altos案件的积极步骤，但是委员会坚持认为：“大赦法必须普遍废除，而不是由司法机关根据具体案件作分别判断。”《2001年年度报告》(OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., 第五章(秘鲁)，第25段)。

⁵⁴ 《非洲宪章》规定设立非洲人权和人民权利委员会，本节讨论了其判例法。《非洲宪章》的议定书于1998年通过，2004年1月25日生效，议定书规定设立非洲人权和人民权利法院。

⁵⁵ 例如见《社会与经济权利行动中心及其他人诉尼日利亚》，第155/96号来文；《Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples 诉布基纳法索》，第204/97号来文。

欧洲人权法院还没有就某项大赦是否违反《欧洲保护人权与基本自由公约》进行过裁决。但是，妨碍违反《公约》行为的受害者享有有效补救权利的大赦肯定违反第13条（与其他实质性条款一并阅读），该条规定：“任何人在他享有的本公约规定的权利与自由受到侵犯时，有权向国家当局要求有效的补救，即使上述侵权行为是担任公职身份的人员所犯的。”

欧洲法院多次认定，如果发生某些违反《欧洲公约》的情况，缔约国必须进行透彻和有效的调查，以便查明和惩处责任者。⁵⁶ 法院尤其强调，必须对涉及严重虐待——包括强奸和其他形式的酷刑——强迫失踪的巨大风险以及侵犯生命权的案件进行调查。⁵⁷

B. 对大赦进行评估的进一步考虑因素

- 缔约国在实行排除战争罪、灭绝种族罪、危害人类罪和其他违反人权罪行的大赦时，必须努力确保大赦不会对享有人权造成限制或危害，包括表面上恢复的人权。

在某些适当情况下，排除了侵犯人权和违反人道主义法行为的大赦能够扭转过去侵犯人权行为的法律后果。⁵⁸ 这方面大赦的实例包括免除过去对非暴力政治异见人士的定罪和/或消除对过去的这类行为进行起诉的威胁，从而鼓励政治流亡者返回故土。⁵⁹

虽然这类大赦旨在扭转通常由前政府所犯的侵犯人权行为，但是，如果制订不当，这类大赦有可能使最初侵权行为的某些方面得以长期持续。正如特别报告员路易·乔纳指出：“给予见解囚犯大赦等于默认他的行为是犯罪行为”。⁶⁰

⁵⁶ 例如见《Musayeva 等人诉俄罗斯》，第 74239/01 号，2007 年 7 月 26 日的判决，第 85-86 段及第 116 段。

⁵⁷ 例如见《Aydin 诉土耳其》，第 23178/94 号，1997 年 9 月 25 日的判决，第 103 段；《Assenov 等人诉保加利亚》，第 24760/94 号，1998 年 10 月 28 日的判决，第 102 段；《Kurt 诉土耳其》，第 140 段；《Yasa 诉土耳其》，第 22495/93 号，1998 年 9 月 2 日的判决，第 114 段；《Mahmut Kaya 诉土耳其》，第 22535/93 号，2000 年 3 月 28 日的判决，第 124 段；《Timurtaş 诉土耳其》，第 23531/94 号，2000 年 6 月 13 日的判决，第 87 段。

⁵⁸ 仔细策划的大赦能够促进人权，这一点反映在特别报告员路易·乔纳所作的研究 (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1) 中，该研究旨在探索大赦法可能对“保障和促进人权”产生的作用。

⁵⁹ 大赦能够便利“不再受益于难民地位”的个人的自愿遣返方案 (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 第 17 段)。

⁶⁰ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 第 54 段。

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》⁶¹ 承认这一威胁，因此规定：

鉴于大赦可能被解释为承认有罪，因此不能对因和平行使见解和言论自由权而被起诉或判刑的人采用大赦的办法。当他们仅仅是行使了这项……的合法权利时，法律应认为所有有关他们的司法裁决和其他裁决无效，必须立即无条件停止对他们的拘留（原则 24 (c)）。

- 看来符合这一原则的大赦实例为 1993 年阿尔巴尼亚政府颁布的大赦。**阿尔巴尼亚**法律规定：“所有因政治犯罪被判刑者……被视为无罪。”⁶²

缔约国必须充分保护以非暴力形式表达政治见解的权利，但同时还必须确保避免因不当地将侵犯人权者的罪行称为符合大赦资格的“政治罪”而导致对其有罪不罚。⁶³

在有些情况下，大赦潜在受益人曾因涉及和平行使意见和言论自由权以外的行为被定罪，而这种定罪可能侵犯了他们的权利，经更新的《打击有罪不罚现象的一套原则》中的原则 24 (d) 规定了这类情况下的进一步保护：

任何个人被宣判犯有本原则 (c) 款所指之外的罪行并且属于大赦范围之内，如在审判中未受益于受到公正审判的权利，或者判罪所依据的是经查证以不人道或有辱人格的审讯特别是酷刑而取得的供词，均可拒绝接受大赦而要求重审。

⁶¹ E/CN.4/2005/102/Add.1。

⁶² Mallinder, 同前。第 65 页引用第 7660 号法律。乔纳先生在 1985 年的研究中指出：“一般认为属于这一类别的人(见解罪)应优先成为大赦的对象”(E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 第 52 段)。出于同样的考虑因素，人权事务高级专员赞扬埃塞俄比亚对政治领导人和活动分子颁布特赦。她说，这些特赦“意义深远，因为它们代表埃塞俄比亚民主空间的扩大以及民族和解的希望。”人权高专办新闻公报“人权事务高级专员欢迎埃塞俄比亚释放囚犯”(2007 年 7 月 24 日)。

⁶³ 人权事务高级专员办事处驻**哥伦比亚**办事处谴责当时尚未颁布的大赦立法，因为该立法将“明显属于普通犯罪领域的行为……”定义为政治犯罪。给参议院第一委员会和众议院立法者的信函：对《司法与和平法》草案的意见，2005 年 3 月 30 日，DRP/175/05，大赦国际的引文：“哥伦比亚：麦德林的准军事组织：复员还是合法化？”(AMR 23/019/2005)。

一些大赦包括的条款规定恢复纳入大赦范围内的受益人被剥夺的各种权利。

- 例如，美洲人权委员会曾提到，1980年的**秘鲁**大赦法规定：“属于大赦范围的个人曾因法律规定或犯罪被剥夺的权利和财产，在其获得大赦后应归还本人。”⁶⁴

自第二次世界大战以来出现了一个明显趋势，即许多大赦在颁布的同时都附有赔偿措施。一项研究表明，自1990年以来，有90项大赦法附有这类措施。⁶⁵

另一类大赦寻求恢复人权，具有补偿性的特点，这类大赦通过消除对政治流亡者的起诉威胁，鼓励他们回国。制订这类大赦规定也必须确保不限制打算恢复的权利。特别报告员路易·乔纳先生于1985年写道，鼓励政治流亡者回国的大赦“不应……以他们实际返回作为条件”，因为各种个人制约因素可能限制受益人行使这一国际承认的、自由离开和返回自己国家权利的能力。如果大赦的潜在受益人的安全具有不确定性，则大赦就应该包括或同时制定适当的安全保障措施。⁶⁶

联合国秘书长强调：“仔细地拟定大赦政策，可有助于”流离失所的平民和前战斗人员在武装冲突后“返回家园和重返社会”，“因此应予以鼓励”，但是，“绝不应允许利用大赦为种族灭绝罪、战争罪、危害人类罪或严重侵犯人权的行为开脱罪责。”⁶⁷符合这些原则的大赦有利于遣散或解散准军事团体，可帮助预防进一步的暴力行为。⁶⁸

在某些情况下，对普通刑事罪——根据国际公平程序标准进行合法起诉和惩处的罪行——给予大赦有可能推进人道主义目标，例如，可以让身患绝症的囚犯回家，或缓解监狱过度拥挤的恶劣状况。⁶⁹

⁶⁴ 美洲人权委员会《1979-1980年年度报告》OEA/Ser.LV/II.50, Doc. 13 rev. 1, 第四章, 第一节(1980年10月2日)。

⁶⁵ Mallinder, *op. cit.*, 第173页。

⁶⁶ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 第81.2段和第46段。

⁶⁷ S/2004/616, 第32段。

⁶⁸ 见 E/CN.4/2005/102/Add.1, 原则37。

⁶⁹ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 第24至第26段。

C. 限制大赦的联合国原则和政策

- **联合国官员，包括和平谈判人员和驻地办事处工作人员，绝对不得鼓励或容忍会导致免于起诉下列情形的责任人的大赦，这些情形既有国际法之下的严重罪行，包括战争罪、种族灭绝罪和危害人类罪，也有严重侵犯人权行为，如法外处决、即审即决或任意处决；酷刑和类似残忍、不人道或有辱人格的待遇；奴役以及强迫失踪，包括这类侵犯人权行为的性别特定情形；也不得鼓励或容忍妨碍受害者获得包括赔偿在内的补救权利或受害个人或群体了解真相权的大赦。**

联合国的机构、官员和专家谴责对以下情形给予的大赦：战争罪；种族灭绝罪、危害人类罪以及其他严重侵犯人权行为，如法外处决、即审即决或任意处决，酷刑和类似残忍、不人道或有辱人格的待遇；奴役以及强迫失踪，包括这类侵犯人权行为的性别特定情形。联合国有关大赦的政策是以下原则的必然产物，联合国系统曾多次重申这些原则，即各国必须：(a) 确保将严重侵犯人权和人道主义法律行为的责任者绳之以法；⁷⁰ 以及 (b) 保证受害者获得有效补救，包括获得赔偿的权利。⁷¹

联合国有两套原则体现了这一领域大量政策和原则以及国际法和实践的近期发展的升华。以下小节归纳这些内容。第一个原则是大会于 2005 年通过的《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》，⁷² 该文件反映了在当前国际人权和人道主义法之下的义务，其中规定：

⁷⁰ 例如：关于侦查、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则规定，战争罪和危害人类罪“应该加以调查，对有证据证明犯此等罪行的人，应该加以……审判，如经判定有罪，应加以惩治”（大会第 3074 (XXVIII) 号决议）。“有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则”规定：“在任何情况下，……均不得豁免任何被指控参与法外、任意或即决处决的人免于受到公诉”（经济及社会理事会第 1989/65 号决议，附件，原则 19）。《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》规定，“对于犯有或指称犯有[强迫失踪罪行]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”（大会第 47/133 号决议，第 18 条），而 1993 年的《消除对妇女的暴力行为宣言》规定，国家应“作出适当努力，防止、调查并按照本国法律惩处对妇女施加暴力的行为，无论是由国家或私人所施加者”（大会第 48/104 号决议，第 4 条(c)）。在 1993 年世界人权会议上通过的《维也纳宣言和行动纲领》写明，“各国应废除关于严重侵犯人权如施加酷刑者不受惩罚的法律，对这种侵犯人权行为进行起诉，从而建立扎实的法治基础”（A/CONF.157/24（第一部分），第三章，第 60 段。）

⁷¹ 例如，《世界人权宣言》写明：“任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭到侵害时，有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救”（第八条）。《受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》序言提出了其他相关的联合国原则（见下文）。

⁷² 大会第 60/147 号决议，附件。

对于严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法的行为，构成国际法规定的犯罪的[即“战争罪”]，国家有义务进行调查，如果证据充分，国家有义务将被指控的违法行为责任人移交起诉，如果该人被裁定有罪，国家有义务惩处该人（第4段）。

联合国人权委员会于2005年赞赏地注意到经更新的《采取行动打击有罪不罚现象、保护和增进人权的一套原则》，⁷³ 其中的原则19着重强调了同一规范：

国家应对侵犯人权和违反国际人道主义法的行为作迅速、彻底、独立和公正的调查，并对侵权者采取适当措施，特别是刑事司法方面的措施，为此应对国际法之下的严重罪行的责任者起诉、审判和适当惩罚。

将该原则适用于大赦的原则24规定：

大赦和其他宽恕措施的目的即使是为了创造有利于达成和平协定或推动民族和解的条件，仍应在以下范围之内：

(a) 在国家履行原则19所规定的义务之前，或者在针对侵权行为人向在有关国家境外有管辖权的法院——不论是国际法院、国际化法院还是国内法院——提起诉讼之前，国际法之下的严重罪行的行为人不能获益于这类措施……；

《关于补救和赔偿的权利基本原则和导则》强调，各国“向受害者提供有效补救，包括赔偿”的一般责任，并就这项义务的性质提供了具体指导（第3段(d)）。经更新的《打击有罪不罚现象的一套原则》也同样强调了人权遭到侵害的受害者有权“获得随时可得、迅速和有效的补救”（原则32）并获得赔偿（原则31）。据此，文件还规定“大赦和其他宽恕措施不应影响受害人获得赔偿的权利”（原则24(b)）。

联合国的人权机构、专家和官员一直反对以大赦免除对构成犯罪的侵犯人权行为的责任，联合国的政治机构也在过去十年中采取了类似的立场。例如，安理会第1674号决议（2006年）强调“各国负责任遵守相关的义务，杜绝有罪不罚现象，起诉应对战争罪、灭绝种族罪、危害人类罪和严重违反国际人道主义法行为负责的人……”

⁷³ 关于有罪不罚的第2005/81号决议，第20段。

国家杜绝有罪不罚的责任对联合国也有影响。秘书长在 2004 年关于冲突和冲突后社会法治和过渡司法的报告中强调：“**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行为。**”⁷⁴ 除其它外，这一政策反映了一种判断，即以对残暴罪行的大赦为代价的和平协定也许无法实现持久的和平，更不会实现公正的和平。

D. 大赦的法律效力

- **对严重侵犯人权或严重违反国际人道主义法行为给予大赦并不妨碍外国或国际法院进行起诉。**

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭的观点曾多次被引用，该观点认为，禁止酷刑等犯罪的规定具有强制法的地位，如果是这种罪行的国内大赦，就“不给予国际法律承认”。审判分庭的解释是：

国际法的强制性规范禁止酷刑，这一事实在国家间和个人层面具有其他作用。在国家间层面，它可以使任何授权酷刑的立法、行政或司法法令丧失国际上的合法性。不能一方面说，鉴于禁止酷刑具有绝对法的特征，允许酷刑的条约或习惯规则从一开始就是无效的，而同时又不考虑到一国会采取国家措施授权或容忍酷刑，或通过大赦法豁免酷刑实施者。如果真的发生这种情形，则违反一般原则和任何相关条约规定的国家措施就会产生以上所述的法律作用，因而不会得到国际上的法律承认。潜在受害人如果有诉讼资格，可以向相关国际或国家司法机构提起诉讼，以便请该机构认定国家措施在国际上不合法；受害者还可以向外国法院提出民事损害赔偿诉讼，除其他外，外国法院可以忽视国家授权实施酷刑法律的法律效力。更重要的是，不论是在外国还是在其本国的继任政权之下，实施或受益于这些国家措施的酷刑实施者最终还是要为酷刑承担刑事责任。⁷⁵

⁷⁴ S/2004/616, 第 10 段。另见第 32 段。

⁷⁵ 《检察官诉 Anto Furundžija》，第 155 段。

塞拉利昂特别法院是根据联合国和塞拉利昂政府之间的一项条约设立的，该法院否定了认为其对一项大赦涉及的国际犯罪不具管辖权的质疑。上诉分庭提到《规约》授予该法庭对某些国际犯罪的管辖权，而不论大赦与否，并指出，“具有严重危害人类性质的国际犯罪的一个后果是，国家可依据国际法行使对这类犯罪的普遍管辖权”。分庭的结论是：“如果是普遍管辖权，则一个国家不得通过颁布大赦剥夺另一国家对罪犯提起诉讼的管辖权。”⁷⁶

最后，人权条约机构一再申明，它们有权审查缔约国实行大赦的合法性。例如，关于马拉维非洲协会及其他人诉毛里塔尼亚的案件，非洲委员会的结论是，如果某项“具有使原告‘所指认的’准确事实和侵犯行为丧失刑事犯罪性质的作用”的国内大赦法并不具有排除委员会审查的作用：

委员会回顾说，委员会的作用包括对所有违反 [非洲]《宪章》保护的人权的指控进行裁决。……委员会认为，颁布的大赦法如果导致受害者或其受益人的投诉或其他寻求补救的行动无效，虽然该法在毛里塔尼亚国家领土内有效，但并不使该国免于履行在《宪章》之下的国际义务。⁷⁷

⁷⁶ 见《检察官诉 Morris Kallon》及《检察官诉 Brima Bazzy Kamara》，第 70 段和第 67 段。另见《检察官诉 Kondewa》。

⁷⁷ 第 54/91、61/91、98/93、164/97 至 196/97 以及第 210/98 号来文（2000 年 5 月 11 日），非洲人权和人民权利委员会第十三次年度活动报告，1999 至 2000 年，AHG/222 (XXXVI)，附件五，第 82 至 83 段。实行大赦还具有满足条约监测机构可受理性要求的效力，即必须用尽合理可用的国内补救办法。

E. 大赦与知情权

- 大赦不得以牺牲受害个人或群体了解侵犯人权状况真相的权利为代价。

经更新的《打击有罪不罚现象的一套原则》认为，集体和个人都有了解真相的权利，这两项都是不可剥夺的权利：

原则 2 不可剥夺的了解真相的权利

每个人都有不可剥夺的权利，了解以往发生的严重罪行的事件，了解由于大规模或有系统的侵权而导致产生这种罪行的情况和原因……

原则 4 受害人的知情权

无论法律程序如何，受害人及其家属享有不受时效限制的权利，以了解发生侵权情况的真相，如果事关死亡或失踪，则有权了解受害人的命运。

正如要求国家确保对某些罪行进行起诉并为受害者提供有效补救的国际法为可允许的大赦确定了限度一样，经更新的《打击有罪不罚现象的一套原则》也承认“大赦和其他宽恕措施……不应影响知情权”（原则 24(b)）。依据这一方针，联合国人权事务高级专员办事处 2006 年的报告作出总结：“了解严重侵犯人权和严重违反人权法真相的权利是不可剥夺的、自主的权利，”“应当被视做一项不可克减的权利，不应受到限制。”因此，“**大赦或类似措施以及寻求信息权利方面的限制永远都不能被用来限制、否认或损害了解真相的权利。**”⁷⁸

⁷⁸ 《了解真相权利的研究报告》(E/CN.4/2006/91, 内容提要以及第 60 段)。

三、大赦与过渡司法措施之间的关系

- 对严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法的行为，调查真相、诉诸司法和提供赔偿是相互补充而不是相互替代的对策。虽然在有些情况下，某个人充分披露侵权情况的真相可能成为减刑的合理理由，但是，过渡司法措施，如真相委员会的设立及其运作，不应以对犯罪者免于刑事诉讼为代价换取证词。
- 同样，也不能因为为侵犯人权和违反人道主义法的受害者提供赔偿而减轻一个国家确保对战争罪和严重侵犯人权行为进行起诉的义务。

A. 真相委员会

“越来越多的国家在经历了内战或独裁统治后建立真相委员会，在过渡后时期开展工作。”⁷⁹ 真相委员会是“经过正式批准的临时非司法调查机构”，在满足关于侵权行为的“了解真相权”方面，真相委员会能够并已经发挥了宝贵作用。

最为人熟知和受到普遍尊敬的真相委员会——南非真相与和解委员会——曾拥有在某些具体情况下对充分披露种族隔离时期犯罪真相的犯罪者给予大赦的权力，由于这一点以及其他原因，一些评论者认为，如果能够便利充分披露真相，即便对于残暴罪行也可放弃起诉。然而，虽然南非的大赦没有请某个国际人权机构作过定夺，但是，它未必能够经受住人权事务委员会和美洲人权委员会以及美洲人权法院制定的法律标准的严格审查。⁸⁰ 这些机构认定，尽管有些国家成立了真相委员会，并为受害者提供了赔偿，但是其大赦并不符合这些国家在相关条约之下的义务。⁸¹

⁷⁹ 《冲突后国家的法治工具：真相委员会》（联合国出版物，出售品编号 E.06.XIV.5），第 1 页。

⁸⁰ 见 Sherrie L. Russell-Brown,《摆脱人性的曲折之木：南非真相与和解委员会与国际人权规范在“有效补救”方面的冲突》，《国际法和比较法评论》，第 26 卷，第 2 号（2003 年），第 227 页。有人向南非宪法法院提出对南非大赦的质疑，该法院认为，大赦在国内法和国际法之下都有效。但是，南非法院对相关国际法的处理受到了广泛谴责。

⁸¹ 例如见《Catalán Lincoleo 诉智利》，第 51、53 至 55 和第 57 段；《Alicia Consuelo Herrera 等人诉阿根廷》。另一方面，委员会在 1992 年的报告中作出结论认为，乌拉圭的大赦法违反《美洲公约》，委员会指出：“委员会还必须考虑一个事实，即乌拉圭从未设立过国家调查委员会，也没有任何有关在过去实际政府当政期间严重侵犯人权行为的正式报告。”《Santos Mendoza 等人诉乌拉圭》第 36 段。

另一些国家对南非模式有所调整，以符合国际人权法和地方人民的期望。⁸² 例如，东帝汶于 2002 年成立的接待、真相与和解委员会不允许对谋杀或强奸等严重犯罪给予豁免，即使犯罪者完全认罪；对另一些犯罪的坦白者，可允许不治罪，但坦白者必须根据犯罪者、受害者和社区谈判达成的协议，承担社区服务或象征性地付款。如果犯罪者不履行义务，他们可能受到起诉。⁸³ 另外一项《法治工具》指出，因为“[可用于非严重罪行的]免除刑事责任与社区服务或付款挂钩，并且受到地方法院的监督，所以它更类似于认罪协商，并不被视为大赦。”鉴于这些特点，以及东帝汶免除刑事责任的条款将严重罪行排除在外，因此“国际国内，包括受害群体都认为”东帝汶“通过大赦寻求真相的变通模式……是可以接受的。”⁸⁴

真相委员会的运作并不免除一个国家确保对严重侵犯人权和战争罪诉诸司法的义务，但是，行为人充分披露其所了解的侵权情况可以作为减刑的合理理由，条件是量刑仍应与犯罪的严重程度相称。依照这一总体方针，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》允许缔约国对涉嫌参与强迫失踪，但提供信息，帮助查明直接受害人命运或指认罪犯者给予减刑。《公约》要求缔约国“考虑到强迫失踪罪的极端严重性，对之给予相应的处罚”（第七条第一款），并规定，各国可规定“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”（第七条第二款（一））。

或许也有必要赋予真相委员会给予向委员会提供证词的罪犯“证据使用豁免”的权力。⁸⁵ 虽然这种做法不能免除对证人的起诉，但是能够确保他们向真相委员会提供的证据不会在后来进行的刑事诉讼中用作不利于他们的证据。简而言之，对罪犯提供的证词，真相委员会和其他旨在实现“真相权”的程序可给予证据使用豁免或减刑，但不应给予完全豁免。

⁸² 迄今为止，还没有任何其他国家赋予真相委员会为换取真相而颁布完全大赦的权力。见《冲突后国家的法治工具：真相委员会》（第二章，B7 节）。

⁸³ 见 E/CN.4/2004/88，第 12 段。

⁸⁴ 《冲突后国家的法治工具：真相委员会》，第二章，B7 节。

⁸⁵ 见《冲突后国家的法治工具：真相委员会》第二章，B6 节。

B. 补救权，包括赔偿

如上文所述，各国一般有义务“向[严重侵犯人权和严重违反人道主义法的]受害人提供……有效补救，包括赔偿，”⁸⁶不得通过颁布大赦取消这些义务。包括《公民权利和政治权利国际公约》在内的许多条约明确承认提供有效补救的一般义务。人权事务委员会在第31号一般性意见中指出，《公约》“要求除了有效保障《公约》的权利之外，缔约国必须保证个人还能得到有效的补救以维护这些权利。”此外，委员会认为，“如果不对那些《公约》权利遭到侵犯的个人作出赔偿，……有关提供有效补救的义务就不能予以履行”（第15至16段）。

在发生大范围侵犯人权和/或违反人道主义法时期之后的政治过渡期间，确保为受害人提供适当赔偿义务的一个层面可能发生质的变化。在这类情况下，“国家负有道义和政治责任，采取全面补救措施，开展周密方案，为侵权行为所影响的广义的受害者提供赔偿”，而不应该留待每个受害人为主张其权利而诉诸司法。⁸⁷

国家为受害者提供赔偿的法律义务独立于在发生系统性的侵犯人权和/或违反人道主义法事件之后的过渡时期可能要履行的其他义务。除其他外，这一点的含义是：一国政府对前政权严重侵犯人权行为的受害者提供赔偿，但这并不解除该国政府确保将严重侵犯权利的责任人绳之以法的明确、单独义务。

C. 解除武装、复员和重返社会方案

- **各国不得颁布不符合第二章提出的法律原则的大赦，即使其目的是为了帮助战斗人员解除武装、复员和重返社会。**

正如联合国不能同意和平协定对严重侵犯人权和严重违反人道主义法行为给予大赦一样，和平协定也应力求确保解除武装、复员和重返社会的方案符合国际标准和最佳做法。

⁸⁶ 大会第60/147号决议，附件，第3段(d)。

⁸⁷ 《冲突后国家的法治工具：赔偿方案》，第一章。

如上文所述，秘书长认为：“仔细地拟定赦免政策，可有助于 [流离失所的平民和前战斗人员] 返回家园和重返社会，因此应予以鼓励。”但是，秘书长提出警告，“绝不应允许利用赦免为灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和严重侵犯人权的行为开脱罪责。”⁸⁸

⁸⁸ S/2004/616, 第 32 段。

四、评估大赦或拟议的大赦时出现的问题

1. 一项（拟议的）法律措施是否是大赦？该措施是否具有排除刑事诉讼、民事补救或同时排除二者的法律效力？

一些法律条款虽然没有使用“颁布大赦”的表述，但是明确无疑是本工具所定义的大赦。

- 1999年《洛美和平协定》中题为“赦免和大赦”的条款就是这方面的实例，该条款规定：
 1. 为了使**塞拉利昂**实现持久和平，塞拉利昂政府应采取适当的法律步骤给予福迪·桑科下士绝对和无条件的赦免。
 2. 在本协定签署后，塞拉利昂政府还应对所有战斗人员及勾结者在签署本协定之前为实现其目标作出的任何行动给予绝对和无条件的赦免和缓刑。
 3. 为了巩固和平及促进民族和解事业，塞拉利昂政府应确保不对联阵、前武革委、前塞拉利昂解放军或民防部队的成员自1991年3月直至签署本协定时作为这些组织的成员为实现其目标作出的任何行为采取任何正式行动或司法行动。此外，应采取立法措施和其他必要措施保证由于与武装冲突有关的原因目前在国外的前战斗人员、流亡者和其他人员免受惩罚，确保他们能充分行使其公民权利和政治权利，以便使他们在全面法制的环境中重返社会。⁸⁹
- 另一明确实例是**乌拉圭**1986年的《时效法》（《国家惩罚权力时效法》，第15.848号法）第一条颁布的大赦：

兹确认，鉴于各政党和武装部队之间于1984年8月达成协定之后事件自然发展的结果，以及为了实现向充分的宪法秩序过渡的目标，对于军事人员或警方人员在1985年3月1日之前因执行公务或服从当时指挥官的命令而实施的出于政治动机的犯罪行为，国家寻求惩处的行动已告失效。

⁸⁹ 《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协定》，1999年7月7日（S/1999/777，附件，第九条）。

规定得较含糊的实例包括：

- **印度尼西亚** 2004 年关于真相与和解委员会的第 27 号法。尽管比较含糊，但该法订有大赦条款。该法规定并规范真相委员会的设立和运作，委员会有权按照其将要制定的指导方针提出大赦建议。虽然它提出的大赦建议有待总统最后定夺，但是第 44 条规定，委员会已解决的严重侵犯人权案件不得再由特设人权法庭审理，这就是一项实际上的大赦。此外，第 27 条规定：“如果大赦请求获准，则可 [.....] 判给赔偿和帮助重返社会，”这也意味着以颁布大赦作为受害者获得赔偿这一国际法下的基本权利的条件（不符合第二章所概述的法律原则和联合国政策）。2006 年 12 月 7 日，印度尼西亚宪法法院裁定第 27 条违宪，并且，因为它是一项法律不可分割的一部分，因此也裁定该法律违宪。⁹⁰
- **哥伦比亚** 第 975 号法——《司法与和平法》（2005 年 6 月 21 日）——关于准军事组织成员优待的规定主要是这些成员只要复员、解除武装以及提供信息或配合解散其所属团体，就给予减刑。满足这些要求的受益人有资格获得“替代刑罚”，其量刑低于相关法院在适用《司法与和平法》从轻量刑之前决定的适当量刑。替代刑罚包括“剥夺自由”，时间至少为五年，但不超过八年，具体期限“依据罪行的严重程度”以及受益人“澄清事实时的有效合作态度”而定（第 29 条）。

虽然《司法与和平法》对符合资格者从轻处罚，但是并不免除其刑事诉讼，反之，该法设立了一个国家司法与和平检察处，负责对申请减刑者的刑事罪行进行调查、核实所提供信息的真伪、澄清事实，并传讯涉嫌为所调查案件的行为人或参与者的复员人员（第 16 至 18 条）。

因为该法未完全消灭受益人的刑事责任，所以不属于本工具所定义的大赦。然而，这一点并不能排除以下问题，即该法是否完全符合哥伦比亚的国际义务，包括确保使人权罪行的行为人受到适当刑事起诉；确保受害人和受害社会充分实现真相权；以及受害者获得有效补救和赔偿。⁹¹

⁹⁰ 关于《真相与和解委员会法》所涉证据问题的第 006/PUU-IV/2006 号决定。

⁹¹ 哥伦比亚宪法法庭 2006 年 5 月 18 日的判决宣布该法律的一些条款不符合宪法，并实际修订了另一些规定，使该法符合哥伦比亚的国际和宪法义务。

2007年5月，美洲人权法院就如何执行《司法与和平法》才符合《美洲人权公约》提供指导意见。除其他外，该法院写道：“妨碍对严重侵权的责任人进行调查和惩处的处置方式是不可接受的。”此外，“国家对非法行为责任人的惩处应与法律承认的权利以及责任人的罪责保持相称性，而罪责则应按照事件的性质和严重程度予以确定。惩处办法应由主管司法当局裁决公布。”⁹²

2. (拟议的) 大赦是否完全和明确排除以下所有类别的行为：按照国际法和联合国政策应进行有效调查的行为；证据表明需进行刑事诉讼的行为；以及需提供补救的行为？

- **全面排除。所罗门群岛** 2001年通过的《大赦法》包含一项条款，该条款表面上全面排除了违反国际侵犯人权行为和战争罪。该法对可获得大赦的行为做了定义，并规定：“本节所指的大赦或豁免不适用于任何违反国际人道主义法、侵犯或损害人权的刑事犯罪行为……”
- **不完全排除。危地马拉** 1996年通过的《大赦法》虽然在很大程度上将应在国际法下起诉的罪行排除在大赦范围之外，但可能还是没有做到全部排除这类罪行。《民族和解法》（《民族和解法》，第145-96号法令）具体将以下罪行排除于大赦条款范围之外：种族灭绝罪、酷刑和强迫失踪、以及危地马拉法律和危地马拉为缔约方的条约规定为不因时效而消灭的罪行（第8条）。然而，该法没有明确排除危害人类罪（危地马拉不是1968年《战争罪及危害人类罪不适用法定实效公约》的缔约方）、战争罪或除酷刑和强迫失踪以外的严重侵犯人权行为。
- **模糊条款。** 一项大赦是否将国际法和联合国政策规定排除的罪行排除在外，这并非一律都很明确。一名作者在关于大赦的研究报告中写道：“国家可能使用‘凶残和野蛮的行为’、‘残暴’行为或‘血腥罪行’等表述，但是没有对这些表述加以定义，……结果导致意思含糊。”这类表述可能会掩盖本不允许实行的大赦。该研究报告的作者指出，**哥伦比亚** 1982年的大赦范围不包括“残暴的罪行”，但是却让实施酷刑者得到了豁免。⁹³

⁹² 《Rochela Massacre 诉哥伦比亚案》，2007年5月11日的判决，C序列，第163号，第194和第196段。

⁹³ Mallinder, *op. cit.*, 第120页，注解6。

- 这一实例表明，必须结合一个国家的刑法来阅读拟议的大赦文本，以确保大赦条款不会导致一个国家不履行其国际法律义务。例如：假设一个国家刚刚发生灭绝种族事件，一项涵盖种族灭绝事件发生时期的拟议大赦却明确排除种族灭绝罪和危害人类罪。表面上看，拟议的大赦似乎符合该国确保对这两项国际犯罪起诉的义务。但是，该国的刑法也许并未将种族灭绝罪和危害人类罪列为刑事犯罪。因此，尽管拟议大赦的案文将危害人类罪和种族灭绝罪排除在外，但是，其结果可能导致不对行为人起诉。在这种情况下就有必要确保拟议的大赦排除“谋杀”等罪行，因为这是在当地法律之下唯一能够用于起诉灭绝种族的行為人的罪行。
- 类似的考虑因素还可适用于强迫失踪，因为在许多国家，强迫失踪还未列为刑事犯罪。包括“非法拘禁”的大赦有可能免于起诉强迫失踪案件。
- 如果一项大赦排除“政治罪，”则必须澄清这一用语包含哪些罪行，并确保大赦排除在国际法和联合国政策之下必须起诉的罪行。

3. 将（拟议的）大赦作为解除武装的措施，是否会影响对（拟议的）大赦进行法律分析的结果？

如果大赦本不应有效，则将大赦作为诱导反叛者复员、解除武装和重新融入社会的措施这一事实并不能使之具有效力。（见第三章，C节）

4. 国家是否可通过颁布本不应有效的大赦以确保向民主的过渡以及推动和解进程？

人权条约机构指出，有些政府会认为在军事统治之后向民主过渡期间实施大赦作为民族和解的措施是合理的，但是这类大赦不符合《公民权利和政治权利国际公约》以及《美洲公约》。⁹⁴

⁹⁴ 例如见《Hugo Rodríguez 诉乌拉圭》，关于第 322/1988 号来文的意见，1994 年 7 月 19 日（A/49/40（第二卷），附件九，B 节）；《Santos Mendoza 等人诉乌拉圭》；《Alicia Consuelo Herrera 等人诉阿根廷》；《Parada Cea 等人诉萨尔瓦多》。

5. 如果本不应有效的（拟议的）大赦通过民主程序获得批准，该大赦是否能够获得合法地位？

为了推动向民主的过渡，虽然应该大力鼓励关于人权政策的公共讨论，⁹⁵ 但是即使是民主程序也不能将本不应有效的大赦转化为合法大赦。人权事务委员会和美洲人权委员会认为，经过民主程序通过的大赦不符合《国际公约》和《美洲公约》。⁹⁶

⁹⁵ 一般见 E/CN.4/2005/102, 第 7 段；E/CN.4/2004/88, 第 11 段。

⁹⁶ 例如见《Santos Mendoza 等人诉乌拉圭》。

附件

核对表

定义

大赦，在本工具中指具有以下效力的法律措施：(a) 可因之而无法就大赦颁布前实施的特定犯罪对某些个人或某类个人提起刑事诉讼和某些情况下无法提起民事诉讼，或 (b) 追溯性地免除先前确立的法律责任。

上文定义的“大赦”不同于**特赦**，本工具中使用的“特赦”一词指对已定罪的一名或多名罪犯免除执行刑罚的官方行动。“大赦”也不同于国际法规定的各种形式的**官方豁免**，例如对国家元首和外交官的豁免，这类豁免使官员在某些情况下不受外国管辖。“特赦”和“官方豁免”不属于本工具讨论的范畴。

自定大赦是侵犯人权的责任人为使自身免除责任而颁布的大赦。人权条约机构、法学家及其他人强烈谴责自定大赦，因为这种大赦的性质就是有罪不罚。

集体大赦使多种类别的罪犯免除起诉和 / 或民事责任，而受益者无须满足任何前提条件，包括那些确保充分披露他们每个人对大赦所涉罪行的了解的条件。现已几乎普遍谴责对严重侵犯人权和严重违反人道主义法罪行给予集体大赦。

有条件的大赦在申请大赦的个人满足一些条件的情况下对其免除起诉，如充分披露所犯罪行的事实情况。有条件的大赦通常须提前进行调查，以划分个人责任。见第一章关于这类大赦遵守国际标准的讨论。

事实上的大赦在本工具中指一些国家实际造成排除起诉的法律措施，如法律、法令或法规。这些法律措施虽然没有明确免除刑事诉讼或民事补救，但是与明确的大赦法具有同样的效力。如果这类大赦免于起诉某些罪行，而对这些罪行不能合法地颁布明确的大赦，则这类大赦就是不被允许的。

变相大赦可以有多种形式。例如，其中有这样一种大赦，其实施由解释法律的条例规定，从表面上看这种法律可能符合国际法，但是经实施条例解释却不符合该国的人权义务。如果这类大赦免于起诉某些罪行，而对这些罪行不能合法地颁布明确的大赦，则这类大赦就是不被允许的。

有关大赦的国际法及联合国政策

有罪不罚会招致更多侵权，国际法早已认识到这一点，因此重申**各国有责任消除有罪不罚现象**。

导致有罪不罚的大赦及类似措施不符合各国对严重侵犯人权行为、战争罪、危害人类罪和种族灭绝罪的责任者进行起诉、对被定罪者施以适当惩处，以及为权利受到侵犯的受害者提供适当和有效补救的责任。

根据国际法与联合国政策，以下情况下的大赦是不允许的：(a) 免于起诉可能犯有战争罪、灭绝种族罪、危害人类罪或严重侵犯人权罪行的个人；(b) 妨碍受害者获得有效补救的权利；或 (c) 限制受害个人或群体了解侵犯人权和违反人道主义法真相的权利。

国际法与联合国政策并不反对大赦本身，但是对大赦的允许范围有所限定。一般都承认大赦对结束武装冲突、实现分裂社区之间的和解和恢复人权可发挥重要作用，但前提是大赦不得对灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和严重侵犯人权行为的责任者给予豁免。

国家在实行排除战争罪、灭绝种族罪、危害人类罪和其他侵犯人权行为的大赦时，必须努力确保大赦不会对享有人权造成限制或危害，包括表面上恢复的人权。

对严重侵犯人权或严重违反国际人道主义法行为给予大赦并不妨碍外国或国际法院提起诉讼。

联合国和平谈判人员和联合国工作人员不能鼓励或容忍对战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪或严重侵犯人权行为给予大赦，或姑息缔约方违反相关条约义务的大赦、妨碍受害者获得赔偿权利的大赦，或妨碍受害者或群体了解真相权的大赦。

广泛认为，严重侵犯人权行为包括法外处决、即审即决或任意处决；酷刑和类似的残忍、不人道或有辱人格的待遇；奴役以及强迫失踪，包括这类侵犯人权行为的性别特定情形。虽然人权法中广泛使用“严重侵犯人权行为”一词，但是对它一直没有正式的定义。《冲突后国家法治工具：赔偿方案》指出，通常认为灭绝种族罪、奴

役和贩卖奴隶、谋杀、强迫失踪、酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇、长期任意拘留、驱逐出境或强行迁移人口，以及系统性的种族歧视都属于该范畴。蓄意和系统地剥夺必要的食物、必要的基本医疗，及 / 或基本的栖身之处和住房也可能构成严重侵犯人权行为。

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行为。

联合国认为，伸张正义与实现和平并不是相互矛盾的。如果办法得当，二者是相辅相成的。经验表明，有罪不罚的氛围以及对过去的罪行不予解决所致的后遗症可能破坏持久的和平。

大赦与过渡司法措施

为了推动向民主的过渡，应大力鼓励关于人权政策的公共讨论，但是，即使是“民主进程”也不能将本身无效的大赦转化为合法大赦。

对严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法的行为，**了解真相、伸张正义和提供赔偿是相互补充**而不是相互替代的对策。

虽然在有些情况下，某个人充分披露侵权情况的真相可能成为减刑的合理理由，但是，过渡司法措施，如**真相委员会**的设立及其运作不应以对犯罪者免于刑事诉讼为代价换取证词。

对严重侵犯人权行为或严重违反人道主义法的责任人，即使个人完全招供可换取减刑，**对其量刑仍应该与犯罪的严重程度相称**；不得牺牲受害者获得有效补救的权利。

同样，并不因为为侵犯人权和违反人道主义法的受害者提供**赔偿**而解除一个国家确保对战争罪和严重侵犯人权行为提起诉讼的义务。

各国不得颁布不符合其国际法律义务的大赦，即使其目的是为了帮助战斗人员**解除武装、复员和重返社会**。

大赦、和平与和解

即使为了创造有利于达成和平协定或推动民族和解的条件，也决不应允许利用大赦为灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和严重侵犯人权的行为开脱罪责。

即使作为巩固民主过渡的措施，大赦也必须符合国家的国际法律义务，即确保伸张正义、了解真相权和有效补救权，包括赔偿。经验表明，免于将严重侵犯人权和严重违反人道主义法行为诉诸司法的大赦无法持久，尽管其目的是为了便利向民主的过渡。

大赦须考虑的问题

一项拟议的法律措施是否是大赦？该措施是否具有排除刑事诉讼、民事补救或同时排除二者的法律效力？

拟议的大赦是否完全和明确排除以下所有类别的行为：按照国际法和联合国政策应进行有效调查的行为；证据表明需进行刑事诉讼的行为？

拟议的大赦是否妨碍受害者获得有效补救的权利？

拟议的大赦是否限制受害个人或群体了解侵犯人权和人道主义法行为真相的权利？

如有疑问，联合国工作人员应向总部的相关法律干事进行咨询。