第一卷第三期 2008年2月号 Vol. 1 No.3, FEBRUARY 2008

# 亚洲法治通讯

Rule of Law in Asia E-Newsletter



本期通讯的专题文章以"律师在法治社会中的角色" 作为焦点,编委会分别邀请了来自中国和香港的两位法 律工作者为专题撰文。蔡庆发律师的文章以"中国律师与中 国法治"为题,从法治社会的概念出发,探讨律师代理制度作为 司法民主体现的重要性,并在这个理论基础上,透视律师专业在 中国法治改革过程中的处境。张耀良大律师的文章则以"香港法 制下的律师与法治"为题,介绍在普通法下香港律师制度的运作 模式和专业守则。普通法是累积实践经验、强调司法理性和程序 理性的制度,其发展源远流长,对发展中的中国法律工作专业, 也许有值得参照的地方。

国内的法律改革,除了涉及刑法及相关的律师法范畴外,也包括了其它直接影响民生的法例的改革,其中在今年一月开始生效的《劳动合同法》,即被视为一部非常重要的法律,出台后旋即引起各界的讨论。彭小坤博士的文章为读者扼要地分析法例保障的具体内容并予以评介,是认识有关法例不可或缺的一篇导读。

其它值得读者注意的还有北京青少年法律援助与研究中心张 文娟副主任和亚洲法律资源中心执行主任巴锡尔·费尔南多分别 就《儿童权利公约》第10号一般性意见和《政治权利和公民权利 国际公约》第32号一般性意见所发表的评论。

九月的缅甸风云变动,本期的专文除了就"袈裟革命"的缘起和经过作出报导外,更特别提出国际人权责任的观点,带出事件值得反思的另一个角度。至于《人类保安法案》一文则以菲律宾最近生效的国家安全法案为例,探讨恒常在亚洲国家中出现于"反恐"、"国家安全"与"人权保障"之间的一些矛盾,并援引联合国文件指出国际社会共同认可的准则及依据所在。

正如过去两期所言,我们恳切盼望得到各位的回馈,若各位有兴趣回应通讯内的任何文章,或是愿意就编辑方向、采稿内容或版面设计…等各项分享您的意见,我们都无任欢迎,透过电邮editor@ruleoflawasia.net即可与本编辑部联络。谢谢。

新春伊始, 顺祝各位健康快乐, 诸事如意!



## 目录导读CONTENTS

#### = 本期特稿 FEATURES =

律师与法治 Lawyer and Rule of Law p3





#### = 专题 FOCUS =

韩国刑事诉讼法中关于刑事侦查程序的改革 p6-8

劳动合同法与农民工权益保护 p9-12

缅甸的九月 "袈裟革命" 与国际人权责任 p13-16

菲律宾的《人类保安法案》 p17-19

对《10号—般性意见》的评论 p20

#### = 联合国文件 UN DOCUMENTS =

《公民权利和政治权利国际公约》第32号一般性意见 p21

法院的公正无私和独立性

— 从《政治权利和公民权利国际公约》第 32 号一般性意见说起 p22

#### = 联合国新闻 UN NEWS BRIEFS = p23

#### = 书评 BOOK REVIEW =

《Article 2》双月刊 p24

### 亚洲法治通讯 Rule of Law in Asia E-Newsletter

## 本期特稿FEATURES

## 中国律师与中国法治

#### 🧱 蔡庆发

**上**主之治的社会平衡性是依靠制定符合公意的法律来维续的,而社会的分工和人的天然性差别的存在,决定了每个人都不可能有同等能力来熟悉和运用法律,他们需要专门的法律人才作为代理人来维护自己在法律上的平等地位,社会也需要专门的法律人才来提高法律运行的效率。律师就是为法治社会提供专门法律服务的职业,同时也是民主政治下政府权力合法性的表征之一。律师不产生于专制社会。专制国家的政治、经济、文化领域都不需要律师。只有当公民权利权威和法律权威存在时,公民才需要委托代理人。社会无意志、无财产、无法律,也就无言论、无辩论、无律师。律师的权威是民众权威的表现方式,而不是律师权威本身。

法治社会就是民众治理社会与国家,或者说是人民治理、民主社会。"治"是目的,"法"是手段。无民主即无法治,法律是社会的"公意",法治就是民众对社会的法律之治。法治是克服权力膨胀,实现社会正义和秩序的一种机制。权力是必要的"恶"。历史的经验证明"民主法治"是迄今最有效的对政府权力进行控制并利用的方式。

要实现权力制衡的民主法治化,首先要求民众对整个社会生活、国家生活的全面深层次的民主参与,包括政治、经治、法律、文化等领域的民主和自由。民众要广泛参与到社会生活和国家生活的各个领域,而且必须是非常谨慎、非常艺术、非常专业地依照法律进行管理、制约和保护。但公民个体不可能亲历亲为所有管理事务,即便是直接关涉到自己权利的事件。而法治社会的一个重要特征就是代理人制度。在定期选举代议人参政议政之外,公民需要委托分散在社会的专业法律人士来帮助自己,结合自身与代理人的力量,在卫护权利的同时进行法律监督,进而贯彻一种法律精神,形成一种法律习惯,一种法律即正义的道义观念。这个委托代理人制度是在国家和社会生活的全方位的代理制度,其中律师代理制度就应运而生。

律师代理制度是司法民主的体现之一。律师的代理可以使民众参与的司法判决得到相当高的认可。这一社会认可有助于在司法领域建立良好的社会秩序。没有什么比公民委托自己的律师参与到国家机关主导的司法程序里进行监督更能传达法律精神了。市场经济大潮汹涌,律师在经济事务中的代理是公民经济自治权的表现形式。私有财产保护制度是保证公民权利防止政府权力膨胀的基础。同时,公司、企业的设立及其规章制度的建立,签订合同,项目计划与重要业务策略,知识产权和商业秘密的保护,资金的运作,劳动法的实施,政府政策和法律风险的评估等领域都需要律师广泛参与,发挥作用。律师文化是法治文化的表现形式之一。法治文化是一种大众参与的文化,"真理"经由开放的言论市场的自由竞争而形成。在专制文化里是没有公平辩论的,"辩论"本身就已经意味着平等。律师的功能就在于代表公民依据法律进行"辩论",同时守护辩论的自由,促成妥协与共识。

律师是社会追求正义的形式,律师应当有追求社会正义的精神,但律师并不能"代表"正义。认为律师代表正义是对律师职业的一个重大误解,是中国人"清官情结"的延续,是公民忽视了自己的主体地位。从法治社会的本质上看,正义是一种机制,是一种对公民基本权利保障和对政府权力防范的结构体制。律师是公民实现自己权利和防范政府权力的辅助性工具。在一般意义上讲律师只服从当事人的利益,而不是正义的代表,否则就会破坏当事人的信任,既不能维护权利也不能限制权力,反而会背离了正义。律师是以代表委托人追求合法利益的方式,间接实现社会的整体正义。律师是法治社会的一个符号。律师代理制度的确立,是民众在当下的复杂社会保护权利、限制权力的需要。很难想象一个简单的体系能够约束住强大的权力机构。由此必须有独立的律师权利体系,以保障律师完成其使命。

律师是法治社会公民行使自由、权利与权力的必要工具。律师作为公民的法律工具与国家工具一样居于上层建筑范畴。因此律师虽然是作为一个民间商业主体而存在,但它却不直接生产。也就是说律师不是

把蛋糕做大的经济基础,而是解决怎样把蛋糕分好的上层建筑,并且还兼有对国家上层建筑进行制约的功能。虽然律师属于上层建筑范畴,但由于律师并没有形成一个有组织的团体,不是国家机关而是唯一的民间性质的上层建筑,是代理型的上层建筑。而代理型的上层建筑的力量依赖于被代理人在整个社会和国家中的法律地位。律师要实现其功能,需要公民权利在国家立法、行政、司法领域地位的提高。没有被代理人的地位提高,即使可能也有"律师"的代理服务,那也只能是与无所限制的当权者"商量着办"了。这样的"商量着办"是要以牺牲委托人的利益为代价的。公民权利有多大,律师的执业空间就有多大。对公民权利的认可有多大,对律师的认可就有多大。

律师也有自己的价值追求。律师是实现法律信仰的先锋,是法律文化的传播者。律师是一个希望把社会所有冲突都纳入法律解决框架之中的职业。他们追求法律事实和锱铢必较,追求正义而与同行们"同室操戈"。律师、法官、检察官不仅仅是法律工匠,而更是法律价值的守护者,他们共同被称为"法律人",是法律精神的活载体。

中国公民的权利状况同中国的政治体制、传统文化、法治进程、公民的道德素养与法律意识等有关,中国律师的地位和作用也不能独立于这些因素而发展。可以说中国律师的现状就是中国政治体制、公民文化素养以及公民权利和国家权力对比的综合反映。中国现代的"法治"进程,基本上是在政府推导下进行的。这样的推导痕迹体现在对中国律师的立法上和律师执业的实践中即是:一方面建立了相对完善的法律和司法体系;另一方面,在律师的调查取证、会见、阅卷等方面却设立了诸多限制。《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)第31条、《中华人民共和国刑事诉讼法》第37条等规定近乎赋予了有关单位或者个人不配合调查取证的权利,以至本来对社会公开信息的行政事业单位等都可以据此拒绝律师的调查取证。在律师会见上设置了侦查机关批准和陪同会见,导致律师会见难几乎成了刑事案件的通病。此外,即使到了审判阶段律师也只能看到部分案件材料,这显然不利于对被告人的辩护。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第306条"辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪"的规定使律师即使发现侦查机关所取证据不实,也不敢另行取证。因为侦查机关既然可以向证人取得不实证据,同样就有能力要求证人证明律师所取的证据是妨害作证的证据,进而将律师定罪入刑。这一规定同时还导致了委托人和律师之间的不信任。这是政府权力为了"方便管理"而不愿意受到有效制约的表现,是政府权力主导下的对民"不放心"的观念。

律师执业的实践远比立法上出现的限制残酷得多。律师还算是有点智慧的人吧,他们肯定不喜欢在法官和其他当权者面前点头哈腰,而喜欢理直气壮、不卑不亢;他们肯定不喜欢整天陪着法官吃喝打牌,而喜欢回到书桌上钻研法律。但中国的许多律师在权力主导的"权力信仰"下,不得不选择了自己的不喜欢,那是基于对现实利害关系的权衡。他们知道,精通法律并不能做好业务,并不能为当事人带来最好的结果,法律之外的关系可能比法律本身更重要。

即使《刑法》并不规定第 306 条,即使《律师法》明确了律师的调查取证权,如果政府权力主导的状态不予改变,律师的执业环境也好不到哪里去,政府权力违法的成本太低了。律师作为上层建筑也有可能对公民权利形成危险,因而"不得"式的立法体现在中国律师法的规定里,并不能说这就是一部"律师管制法",关键是看谁来管制,是由民众和行业内部来管制,还是由政府来管制。因此,增加对政府的"不得式"立法,给中国律师更多代表民众权利的方式,限制政府对律师执业的不合理干预,是中国律师法改革的方向。律师制度本身就是对政府权力进行制约的民众化方式。西方俗谚有云:正因为战争太重要,所以不能让军人决定。同样,正因为社会正义太重要,所以不能让社会权力的执行者政府去决定,而应该由权力的拥有者民众自己来决定。

中国要发展,没有人会怀疑法治道路的正确性,而这需要"大度"和"精确"——法律制度确认政府权力的对立制衡面的法律地位以显"大度",而律师为各对立面的和平共存提供"精确"的法律服务以保证安定的秩序。放下"权力至上"的信仰,认可"法律至上"的信仰,中国执政党正在自觉地推进法治进程和政治体制改革,这正是政府权力在进行自我控制,在寻找社会力量对政府权力的有效控制,对此中国民众及其忠实代理人也积极地予以回应,从中我们看到了中国法治的希望。律师兴,法治兴,法治兴,国家兴。中国要富强,要建立正义的和谐秩序,就要实行法治社会,就一定离不开律师的力量。

### 亚洲法治通讯 Rule of Law in Asia E-Newsletter

## 本期特稿FEATURES

## 香港法制下的律师与法治

#### **张耀良** 香港执业大律师

港律师沿袭普通法及英式传统,分律师 (solicitor), 及大律师 (barrister),前者除可以处理任何法律事务之外,与后者最主要 不同之处,是市民大众能直接接触及咨询律师,然而,市民大众不能直接接触大律师。大律师的主要事务是诉讼 (除法院诉讼外亦包括 仲裁及调解),此外亦有提供法律意见的工作。公众若要求大律师代表他们出席庭审诉讼,必须通过律师转聘。大律师的严格守则是,在没有律师的委托指示 (instruction)之下,不能直接接受客户的聘用



处理任何案件,同时,在案件过程之中,亦不能在律师不在场、或未有同意之下,直接或单独与客户沟通。大律师另一项严格的专业限制,是不准蓄意、或透过某些行为,为自己招揽业务,或自我宣传。

律师的出席庭审权利是有限制的:他们可代表客户出席庭审由最初级的裁判署法院、至高等法院内庭聆讯止,大律师则不受任何限制,他们有权代表客户出席所有各级法院庭审,包括高等法院公开聆讯,及至上诉庭及终审法院,唯一条件是大律师出庭必须律师陪同。

香港法律专业除了受一般刑事及民事法规管之外,另有法律执业者条例 (Legal Practitioners Ordinance),订明资格的审定等。所有专业律师的执业证书每一年度由所属公会,分别是律师会及大律师公会,向每位成员按既定规章发出。同样,个别公会亦订定详尽的专业指引守则,包括内部纪律及惩处细则,详细具体内容此处不赘。可以指出的是,除了以上所述具有法律效力的法规外,香港法律专业人员皆是独立的执业者。

普通法中有一项重要原则,名为"法律专业机密特权"(Legal Professional Privilege),目的是容许律师及客户,在沟通内容得到保密的权利之下畅所欲言,除非该客户自愿透露,否则在任何情况之下,包括侦查、或审讯作供,该人士不能受到诘问、被要求披露他和律师之间的沟通内容。在这原则之下,任何人皆有单独会见律师,咨询法律意见的权利,会谈内容受到保障。如若内容被非法或错误泄露,该等内容亦将不能成爲可接纳的庭审证据。

不能不提及一项非常重要的专业原则:在案件进入司法程序之后,律师及大律师皆负有协助法庭、申张公义的义务;虽则律师及大律师有责任保卫各自客户的合法权利,但他们绝对不能在任何情况之下,蓄意作出或容许误导法庭的行爲。为了体现律师的专业水平,他们必须能一方面忠诚地根据客户所提供的案情指示,恰如其分地处理案件,然而面对一些他们有理由相信是虚假、或含有不法成份的行为,律师必须忠实地、专业地向客户提出他的意见,作出分析。在听取律师意见之后,不论客户对案件下一步如何处理,向律师作出指示,



律师也要考虑该客户的要求有否违反或抵触律师专业守则,甚或在庭审中有误导法庭之处。 若客户坚持提出某些可导致律师干出不法行为的指示,律师该马上终止在该案中继续代表该 名客户。

普通法有一项信念:法治的实现,体现在公众对法律制度的信心 (public confidence)。公众对法制有信心,自然愿意守法,人们亦会尊重法律。公众对法律的信心及尊重,是不能通过下达指令强制执行的。公众的信心及尊重,必须以实践赢取。要赢取公众的信心,一个专业界别的人员必须表现高度诚信。香港法律专业守则强调不能有利益及角色冲突。举例言,物业交易中同一律师或事务所不能同时代表买卖双方,刑事案中若多名被告人彼此的辩护案情及供词有冲突,则必须分别由不同律师代表等。又例如,案件一方律师若是涉及有个人利益于其中,或跟案件对方任何人物有个人或利益关系,则该律师不应当继续代表他的客户处理有关个案。

法治得以彰显,一项前提是公众该较容易获得所需的法律服务。香港的法律援助署每年提供刑事及民事法律诉讼案件服务超过一万宗,大部份皆委托私人执业律师及大律师处理。 (参考资料:香港人口七百万,现有六千多名执业律师,约一千名大律师,各级法院共有约一百七十位法官)

除上述法规之外,香港终审法院首席大法官会按情况需要,发出法院程序指引 (Practice Direction),具体指示若干司法程序的执行方式。有了统一的指引,诉讼过程延误减少了,法官及律师皆依据统一的准则处理案件,避免因任意性而产生的混乱和争抝。

以上是香港法制背景的一点简略介绍。在这法规背景之下,香港律师的专业学历及资格有了立法规定,律师及大律师各自受所隶属专业公会守则所规管,除了诚信及申张公义等最高原则外,亦包括颇为详尽及具体的避免利益冲突的守则,与及和法院的关系及所应负的义务。在这制度框架下,香港法律专业者基本上是在独立不受干扰的环境下执业。

普通法的诉讼方式沿用"对抗式" (adversarial system),在这制度之下,兴讼者向法庭举证,与讼方有权抗辩,法官即裁决者。法官既是裁判,即是中立者,他的任务是裁决纠纷,他的角色自然不容许他向任何一方 (或双方) 提供法律意见,由是诉讼者对于认识自己的法律权利及责任,只能通过咨询律师,及依靠律师通过庭审争取。据笔者的认识,及个人执业经验,普通法无数的案例,很多是在案例不多的情况之下,但在律师苦心钻研某些法理原则之后,通过庭审诉讼的成功,得到最终判决胜利,从而确立该法理原则的案例,亦同时成为日后同类案件有效的援引。

法律专业及司法机关皆是法治社会的基石。香港专业律师在明确的法规之下执业,可以自由发挥他们的专业才能,给予客户专业的法律意见,亦可以通过诉讼手段,向独立且廉洁的法院争取申张客户的权益。律师提供的服务得以畅顺运作,既得益于法制的完善,同时,当法律专业能充份发挥它的功能之际,它同时也巩固了法制的有效运作,使法制日趋完善,最后是法治的实现。■

## 亚洲法治通讯

## 专题 FOCUS

## 韩国:刑事诉讼法中关于刑事侦查程序的改革

₩ 郑美和 律师

以强化人权保障为目标的韩国刑事诉讼法修正案(下称修正案),于2007年4月30日通过,就刑事司法系统中关于调查、投诉及审讯等各项程序,带来基本结构上的改变。至此,韩国的司法制度终于可以摆脱过去的独裁政权,并迈向一个以拒绝妥协人权为法制原则的成熟民主社会。改革带来了立于见影的效果,过往挟权自重的执法机构,现在都必须紧随新的法律规范行事;其中最受冲击



的是刑事侦查程序。由于以往警察和检控官员在调查阶段惯常违反人权,因此修正案强调程序 公正,以保障犯罪嫌疑人的抗辩权利和遭受拘留时的合法性。修正案不但将旧法去芜存菁,更 引入新进的技术。以下为修正案的简介。

#### 强化抗辩权利

#### 非拘留讯问作为基本原则

根据修正案第198条,疑犯接受刑事讯问时,须在"非拘留"的状况下进行。原有法例第70条第1款对"非拘留"状况的解释较为狭窄,修正案则有意拓宽其应用范围,并指出决定是否执行拘留,须从下列各项出发:罪案的严重性、重犯的危险、是否威胁到受害人或重要证人的安全。就新的法例,嫌疑人有表面权利 (prima faci right),要求刑事侦查员在非扣留情况下进行调查。

#### 嫌疑人有权得到律师陪同接受讯问

修正案第243条第2款中清楚列明,嫌疑人 在接受讯问时,有权得到律师陪同,条例并要 求警察及检控人员容许接受讯问的嫌疑人与 其律师会面及沟通。此条目的在于补充宪法第 12条第4款关于律师权利的部份。有关部份指 出若嫌疑人在面对讯问时提出要求,律师即当 有权为其提供法律意见。

不过,辩方律师只能参与讯问过程而不能 干涉案件的调查。原有的修正草案其实包括了 辩方律师在各个调查阶段的参与权利,但国会 在审议时,顾虑到刑事侦查的机密性,于是将 草案的建议大幅收窄并规限在讯问程序内。

辩方律师参与讯问时,可即时与嫌疑人沟通并提供法律意见,或反对不合理的讯问方式,律师亦可在完成每一讯问环节后,就讯问过程中涉及的各项问题提供专业意见。律师在讯问过程中提供的意见,应予以记录并根据韩国刑事诉讼法正式立档 (Protocol),档案须经辩方律师复核并于日后呈堂作书面证据。

嫌疑人的权利众多,亦较其它只容许辩护 律师出席讯问的国家宽大。此举望能令整个讯 问过程变得更公正及透明。

#### 录像

修正案第244条第2款就与证人的面谈及

疑犯对嫌疑人的讯问引入先进的录影系统。虽然视象录影在证据价值上大致只局限于加强就修正案第312条要求的讯问和面谈文件的真确性;或是由第312条第2款界定,作为协助恢复证人记忆的资料。但视象纪录可以确保在整个刑事调查中,所有的法律程序要求以至嫌疑人的权利均得到尊重和保障。

除此之外,亦会用以在刑事调查过程中, 确定疑犯嫌疑人的人权保障及根据法律规定 确切执行。

不过,视象录影仍有机会因着人为修改或刻意安排的现场环境,以致扭曲事实真象。考虑到有关风险,修正案严格要求(1)预先通知疑犯嫌疑人及其律师关于视象录影的安排;(2)应将全部讯问过程以及录影期间的客观处境完整记录,不得删减;(3)录影后,视象档案应由疑犯嫌疑人或其律师签署并在他们面前封存。此等措施用于免除人为篡改的可能性。

#### 预先知会疑犯嫌疑人其拒绝答辩的权利

新修改法案第244条第3款,严格要求负责讯问的检控人员和警察预早知会犯罪涉嫌人其拒绝答辩的权利。此要求与修正案第200条条第2款中的"美兰达警告"有所不同。此修正条例用以纠正过往的讯问方式,在有关方式中,"美兰达警告"只是例行手续而已。修正条例希望令讯问程序更符合法律规定。根据此新条例,疑犯嫌疑人在接受讯问前,应被知会(1)他有法律权利拒绝答辩任何或所有的问题;(2)拒绝答辩并不会造成对他不利的对待;(3)他对讯问员所作的一切供述都会被用作呈堂证据。这事前通知与及嫌疑人对是否行使

此条款可提高嫌疑人对其在讯问过程中应有权利的意识。

聘请律师权利的回应,都必须被记录在案。

#### 讯问过程纪录

修正案第244条第4款要求警察和负责调查的检察人员另建立档案,记录如下列一类资料: (1)嫌疑人到达讯问地点的时间; (2)讯问开始及结束的时间; (3)其它需要用以核实讯问过程的资料。

此修正目的为令讯问过程更具透明度,确保证据的合法性并嫌疑人乃自愿作供,最终可较易核实讯问过程。

#### 逮捕、搜查和扣押程序改革

#### 紧急逮捕后申请令状

根据韩国刑事诉讼法第200条第3款的规 定,如果偶然发现犯罪嫌疑人且该嫌疑人(i) 正在毁灭证据,或(ii)正在潜逃中或可能潜逃, 则检察官或警察可以在没有获得法官令状的 情况下对其进行紧急逮捕。由于检察官有权在 48小时内拘留犯罪嫌疑人而无须任何法庭令 状,论者认为此项制度很可能被执法者滥用来 获取不成熟或是片面的供述。即使一个犯罪嫌 疑人早已被监视,警察若要假装自己偶然发现 嫌疑人,并不是件难事。若案件涉及严重罪行, 那么嫌疑犯也就自然会被认为有毁灭证据或 潜逃的倾向。因此,有必要要求检察官在紧急 逮捕后迅速补办羁押令状以限制无证拘留的 时间。刑事诉讼法修正案第200条第4款规定, 检察官应在执行紧急逮捕后"毫不迟延"补办 羁押令状。然而,这一修正条款的适用性有限, 因为"毫不迟延"在法律上并没有明确的定义。 警察和检察官倾向于将该款解释为"不迟于4 8小时"。我们希望法庭能够缩窄该定义以防止 刑事案件调查人员滥用紧急逮捕制度。

该条款还通过以下措施来防止紧急逮捕制度的滥用。若检察官在没有申请令状的情况下逮捕然后释放犯罪嫌疑人,该检察官应就紧急逮捕和释放的相关情形发出通告。被释放的

嫌疑人、其律师或其亲属有权核实相关事实以查明紧急逮捕过程中是否存在违法行为。

#### 签发羁押令状时必须举行司法听审

修正案第201条第2款规定法庭必须为所有的被逮捕犯罪嫌疑人举行司法听审。此前,只有在犯罪嫌疑人提出要求时才会进行听审。如涉及申请签发羁押令状,法庭须按该款规定,立即进行听审并于同日内完成。随着此项修正,韩国刑事诉讼制度将不会再因为缺乏明确条款以保障犯罪嫌疑人在被逮捕后由法官听审的基本权利而受到其他国家的质疑。

#### 逮捕和拘留审查

修正案第214条第2款规定,所有在有逮捕令状或是因紧急而无逮捕令状情况下进行的逮捕,都必须经法庭复核。在此前,只有那些在具逮捕令状情况下被捕的犯罪嫌疑人才会得到法庭审核。该款还规定,刑事案件调查人员在逮捕了犯罪嫌疑人后应通知该犯罪嫌疑人的律师、亲属、家庭成员等,以方便复核制度的进行。若犯罪嫌疑人提出复核要求,法庭应在收到该请求的48小时内完成审查。

#### 紧急搜查和扣押

根据原刑事诉讼法第217条的规定,紧急逮捕时,调查人员可以在没有法庭令状的情况下,搜查和扣押所有由犯罪嫌疑人拥有的、保管或管理的物品达48小时。该条因为被大肆滥用而受到广泛批评。修正案的第217条限制了紧急搜查和扣押的范围,将其限制在与紧急逮捕有关的财产和物品;在无令状情况下只可扣

押物品不超过24小时。若有需要扣查超过此时限,则检控一方必须尽快向法庭补领紧急搜查和扣押物品的令状,否则便要发还所有搜扣了的物品。

法庭因而可依据此修正案, 审核被扣查物件的合法性。

#### 刑事证据规则改革

#### 引入证据排除规则

修正案第308条第2款明确引入了类似于 美国的证据排除规则。该款规定,任何违反正 当程序而获得的证据都不能被接纳为有效证 据。此前,尽管刑事诉讼法中没有规定,韩国 最高法院仍将该规则适用于言词证据,但其适 用性有限。实物证据,即使与言词证据不一致, 亦会被接受为案件事实的充足证据,其理由是 违反正当程序并不会影响实物证据的物理性 质。修订后的条款虽然没有具体说明证据排除 规则的适用范围,"违反正当程序"表明调查 人员的任何违反法定程序所收集的证据将被 排除。我们期望法院能补充该款留白的地方。

#### 调查人员的证言

修正案第316条容许调查人员就犯罪嫌疑人的供言作证。此前,韩国最高法院不允许调查人员针对犯罪嫌疑人出庭作证,以防严重损害被告人的抗辩权利。考虑修正有关条款的最终结论是,若辩方会对调查人员进行交叉质证,则这些人员出庭作证是有必要的。而透过交叉质证,辩方亦有可能发现违反正当程序和人权保护的问题。

修正案就审判程序、证据规则、披露程序、保释、与检察官不起诉决定有关的司法审查等作了更多规定。这些条款与警察和检察官执行的调查密切相关。修正案还体现了一些重要原则,如公判中心主义、保护人权、正当程序、快速审判、陪审团审判等。刑事调查应遵循上述原则。修正案是弱化了的斗争、广泛的学术研究和各有关方妥协的成果。我们希望其他国家能从中获得经验。



### 专题 FOCUS

## 劳动合同法。农民工权益保护

**彭小坤** 深圳市律师协会劳动与社会保障法专业委员会主任、广东瀚诚律师事务所主任



2007年6月29日,万众期待的《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称劳动合同法)四读终于高票通过,并于2008年1月1日实施。

劳动合同法是一部非常重要的法律,对于广大员工和用人单位都将产生深远的影响。作为劳动合同主体的农民工,除了享有劳动合同法的基本保护,还因其特殊性而获得了相应的特别保护。因此,劳动合同法是保护农民工权益的有力武器。

#### 劳动合同法对农民工的求职和劳动合同签订提供了广泛的保护

劳动合同法规定,用人单位招用员工,有权了解员工与劳动合同直接的基本情况。该规定同时也确认了用人单位不得随意要求员工提供与劳动合同无直接关系的情况,其精神与我国就业促进法所规定的禁止歧视是一致的,劳动合同法这一规定有助于农民工避免求职歧视。健康歧视是农民工求职过程中的常见现象,尤其是乙肝歧视,劳动部还专门就此做出了相关的规定,卫生部门已经取消了员工入职体检中的血清检测项目,这些举措与劳动合同法的规定都将有助于农民工等劳动者获得公平的求职机会。

农民工求职过程中除了容易遭受歧视外,还经常出现被要求收取押金、提供担保的情况。劳动合同法颁布之前,虽然劳动部等有关部委和地方法规明文规定用人单位招收录用劳动者时,不得扣押员工各类证件,不得以任何名义收取押金等财物,但是对劳动合同履行过程中是否允许保证这一担保形式没有做任何规定,而且有些规定仅限于单位招收录用时,没有对招收录用后做相应的规定。

劳动合同法规定: "用人单位招用劳动者,不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件,不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。"、"用人单位违反本法规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚。"、"用人单位违反本法规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。"劳动合同法的上述规定不仅解决了招收录用后的问题,而且也明确禁止任何形式的担保,以法律的形式确认不得收取财物,还规定了相应的法律责任,这些规定都为农民工求职提供了必要的保护伞。

尽管《中华人民共和国劳动法》(以下简称劳动法)要求书面签订劳动合同,但因为没有相应法律责任的规定,以致实施十几年后仍然存在大量的事实劳动关系,不利于保护劳动者,尤其是不利于保护农民工劳动者。劳动合同法不仅再次规定"应当订立书面劳动合同",而且还规定"应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同"。劳动合同法不仅限于要求签订书面劳动合同,而且还严惩事实劳动关系,"用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资"的规定将基本上消灭事实劳动关系。

劳动合同法所规定的无固定期限劳动合同签订条件比劳动法的规定相比,明显有利于员工,将建

成基本上类似日本"终身雇佣制"的劳动合同制度。除了十年条款取消了"当事人双方同意续延劳动合同"的条件,将主动权交给了员工外,劳动合同法还规定了连续订立二次固定期限劳动合同,续订劳动合同的作为签订无固定期限劳动合同的条件,该规定对降低劳动合同短期化非常有帮助。除此之外,劳动合同法还规定:"用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。"、"用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。"这些规定对于农民工劳动合同的依法签订,建立稳定的劳动关系将起到重要作用。

农民工签订劳动合同后,却经常出现试用期受到不公平对待的情况,劳动合同法对试用期进行了

进一步的规制。劳动合同法不仅统一了各地不一的试用期期限,而且还规定了同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期,劳动合同仅约定试用期不能成立,试用期解除合同需有法定理由并应说明。

除了就试用期对员工予以特别保护之外,劳动合同法还 对服务期约定进行严格限制,对竞业限制的约定进行规范, 并明确确认除此之外,"用人单位不得与劳动者约定由劳动者 承担违约金"。劳动合同法这些规定对农民工劳动合同的签订 影响重大,进一步保障了农民工的权益。



#### 劳动合同法有力地保障了农民工获得劳动报酬的权利

获取劳动报酬是农民工劳动过程中最重要的权利,保障其劳动报酬的权利具有重要的意义。劳动 合同法从多个角度对保护农民工的劳动报酬进行了规定。

劳动合同法除了在用人单位制订包括劳动报酬中内直接涉及劳动者切身利益的规章制度的民主程 序方面要求履行讨论程序和协商程序外,还在劳动合同订立等章节中进一步规定了具体的要求。

劳动合同法规定:用人单位招用劳动者时,应当如实告知劳动报酬等基本情况;劳动合同应当具备劳动报酬的条款。用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同,与劳动者约定的劳动报酬不明确的,新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行;没有集体合同或者集体合同未规定的,实行同工同酬。劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确,引发争议的,用人单位与劳动者可以重新协商;协商不成的,适用集体合同规定;没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的,实行同工同酬;没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的,适用国家有关规定。劳动合同法的上述规定确认了用人单位的如实告知义务,还再次确认劳动报酬作为劳动合同必备条款,以及劳动报酬约定不明时的同工同酬要求。

劳动合同法规定:劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。不得低于本单位相同岗位最低档工资就是针对劳动合同没有明确约定劳动报酬时对劳动者的保护性特别规定。

劳动合同法规定:用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令,人民法院应当依法发出支付令。用人单位应当严格执行劳动定额标准,不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的,应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。除此之外,劳动合同法还规定:用人

单位未及时足额支付劳动报酬的,劳动者可以解除劳动合同。劳动合同法支付令的规定给农民工追讨欠薪提供了一条便捷的法律途径,如果得以顺利实施,将大大节约农民工追讨欠薪的成本。除了支付令的规定体现了劳动合同法对劳动者——尤其是农民工劳动者的突出保护外,劳动合同法还赋予劳动者在用人单位未及时足额支付劳动报酬情况下随时解除劳动合同并可获得经济补偿金的权利。劳动合同法强调了劳动报酬的重要性,"未及时足额"的含义既包括应按时支付,不能拖延,也包括完全支付,不得克扣。

#### 劳动合同法肯定了农民工择业自由的权利

劳动法第三十一条规定:"劳动者解除劳动合同,应当提前三十日以书面形式通知用人单位。"该规定引起极大争议,有的认为是辞职权条款,有的认为是程序/条件条款,有的认为是义务规范,进而影响到司法部门对劳动者是否享有无因解除权的态度。

劳动合同法第三十七条的规定对此给出了答案:"劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。"劳动合同法这一答案不仅平息了劳动法第三十一条带来的理论和实践争议,而且确认了劳动者享有无因解除劳动合同的权利。三十天书面通知的要求是为了便于用人单位另寻接替人员,并不影响该条明确的授权性规范的性质。劳动者没有提前三十天书面通知,则属于违法解除劳动合同,"给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任"。赔偿的提前在于损失的存在,如果确实没有给用人单位造成实际损失,劳动者也不需要承担实际的赔偿责任。如果用人单位就通知期与劳动者约定具体的违约金,则违反劳动合同法第二十五条"除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外,用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金"的规定。

劳动合同法还规定了试用期劳动者无因解除权行使的条件,"劳动者在试用期内提前三日通知用人单位,可以解除劳动合同",试用期的规定一方面也确认了劳动者的无因解除权,但同时也考虑到用人单位的实际需要,所以调整了劳动法原随时可以解除劳动合同的规定,确定需要提前三日通知,不过这三日通知并没有要求以书面形式进行,而且未提前通知的法律责任也是承担赔偿责任,而不能适用违约金条款。

我国宪法规定劳动者享有劳动的权利和义务,劳动的权利包括了择业自由的权利,设立劳动者拥有无因解除权充分保障了劳动者择业自由的权利,而农民工由于流动性相对较高,该制度对农民工而言具有更为重要的价值。

择业自由权利的实现仅有无因解除权是不完整的,为了进一步保障劳动者择业自由的权利,劳动合同法还规定:"国家采取措施,建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。"这一规定为广大劳动者——尤其是农民工,真正实现择业自由解除了后顾之忧。

由于文化程度相对较低,农民工从事的工作多为简单体力劳动,因此存在一些不法用人单位利用强势地位不缴或少缴社会保险的现象。劳动合同法对此不仅规定此类用人单位过错情形劳动者可以随时解除劳动合同,而且还规定用人单位应当支付经济补偿金,此类推定解雇制度的设计在另外一个层面上保障了农民工的择业自由权。

#### 特别规定对农民工权益的特别保护

劳动合同法的特别规定对集体合同、劳务派遣、非全日制用工进行了规制。

农民工由于文化程度相对较低,很多集中在建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业,劳动合同法充

分注意到这一特点,在集体合同一节中规定: "在县级以下区域内,建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同,或者订立区域性集体合同。"这一规定对农民工的保护具有特别意义,因为集体合同将成为劳资双方的重要博弈平台,行业性集体合同和区域性集体合同的规定使得农民工有机会直接通过工会与企业方面代表进行谈判,一改一般性集体合同中需要直接与本企业对话的局面,从而获得全行业或全区域的保护。

劳务派遣的特点是派遣单位不用工,用工单位无关系,是一种新型的就业形式。劳务派遣近几年 在我国发展迅速,甚至出现了滥用情形,一些用人单位出于节约成本的考虑,回避标准劳动关系,大 量使用劳务派遣,致使被派遣的劳动者权益受损。农民工为了获得就业机会,不得不接受劳务派遣, 成为劳务派遣中的主要受害群体。

劳动合同法在前述立法背景下以双重劳动关系为基础对劳务派遣进行了规范:"被派遣劳动者在无工作期间,劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准,向其按月支付报酬。""劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。""被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的,参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。""用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。"最重要的规定就是同工同酬,该规定最大限度地保护了农民工,避免了劳务派遣中派遣单位利用薪酬结构化和薪酬福利化掠夺农民工。

非全日制用工的规定始于上海地方立法,劳动部亦有相关规定,劳动合同法通过法律的形式正式确认非全日制用工,其目的在于促进就业。非全日制用工的规定有利于农民工获得更多的就业机会,非全日制用工小时工资已包括保险,没有试用期,机会灵活的特点,对农民工的权益有一定的保护。

#### 劳动合同法对农民工权益保护的不足之处

尽管劳动合同法对农民工权益提供了诸多保护,但仍然存在不足之处。

支付令的规定尽管本意善良,但效果却不一定能够乐观,既然用人单位违法拖欠工资,提出异议并非不可能。如此一来,反而给法院出了难题:异议之后进入诉讼程序还是继续履行仲裁前置的原则?如果继续仲裁前置,农民工希望尽快获得劳动报酬的愿望将需要更多的时间才能得到实现。

劳务派遣规定了派遣单位给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任,但没有规定用工单位给被派遣劳动者造成损害时用工单位与派遣单位的连带责任,这对农民工的保护是不完整的。最为遗憾的是,劳动合同法规定"劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同",其中使用的"应当"两字即为强制性规范,也就是排除了被派遣劳动者签订其他类型劳动合同的权利。劳动合同法还规定:"被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。"独独不见了第三十七条,明显是排斥了被派遣劳动者的无因解除权!这些规定对农民工的权益保护非常不利,成为劳动合同法的遗憾。

非全日制用工的规定过于简单,非全日制员工是否享有加班待遇、休息休假权利、医疗待遇、三期待遇、工伤待遇等内容均没有进行规范,这也不利于保护农民工的权益。

尽管劳动合同法对农民工的保护存在一些不足之处,但总体而言,不失为农民工权益保护的有力 武器。■

## 亚洲法治通讯

## 专题 FOCUS

## 缅甸的九月"<mark>袈裟革命</mark>" 与国际人权责任



2007年8月15日缅甸政府宣告大幅提高燃油价格五倍,对于生活困苦的缅甸人民来说,消息仿如雪上加霜;军警殴打和逮捕上街的群众,成为往后个多月风潮的导火线。9月初,缅甸政府宣告完成历时14年的制宪程序,将新宪诩为国家民发展的路线图,但由军人一手包办的新宪法却明文设定军方在各个行政和立法架构中的定额席位,并否定昂山素姬及其"全国民主联盟"的参选权利,当局在政治上固步自封,成为民怨沸腾的另一股暗涌;积聚多年的民怨终于爆发,数以十万计的民众,在普遍受到尊重的僧侣感召下相继走上街头。

9月26日,缅甸政府在国际的注视下,下令军警以武力镇压近万名争取革的僧侣和群众。持续多日的"袈裟革命"终于逃不过1988年8月民主运动以流血告终的命运。不同的只是当年大规模上街的以学生为主干,而这一次群众却由僧侣领导。

军政府的行动令举世哗然,但各国对事件的反应和处理却远未如理想。虽然大部份欧美国家均发表强烈呼吁以至谴责,可惜成效不彰;而一众被认为与缅甸政府有密切经济或外交关系的国家如印度、东盟各国、俄罗斯及中国等,却都以不干预内政为由,拒绝表示谴责或采取制裁。至于联合国秘书长办公室和高级专员在事件酝酿期间的反应亦被指为极度迟缓。

在军政府开始搜捕示威者后的第三日,即 8 月 23 日,联合国秘书长透过发言人就事件进行简要评论并呼吁"各方避免采取挑衅行动",通过"建设性对话"解决问题。三日后高级专员再呼吁军政府释放示威抗议的领袖,并"与示威者进行协商与对话"。尽管在联合国人权框架内有多个关注缅甸状况的机制,包括秘书长特使和隶属人权理事会的特别报告员以至一众联合国驻缅甸的机构办事处;但联合国提出这些呼吁,显然是未有认真评估军政府接近半个世纪以来独裁统治的纪录,亦未有准确掌握事件的严重性。

在镇压事件后,联合国秘书长两度派出特使甘巴里到缅甸进行访问,均无功而回。至 2008 年 1 月 17 日,安理会才再度发表声明,对缅甸军政府的民主改革进程缓慢表示遗憾,并敦促缅甸当局尽快安排特使甘巴里作第三度访问,以了解受镇压人士的最新情况。但从各种迹象显示,缅甸当局对有关访问的安排并不太积极。

美国和各欧盟成员,虽然都已加大对缅甸的制裁力度,例如欧盟 27 国已于去年 11 月 19 日增设法案,通过对缅甸 1207 家公司制裁,领域包括木材、金属、宝石业等,此外又扩大签证禁令,冻结军政府领导人的资产,禁止欧盟国家投资缅甸或引进其资金,同时禁止给该国各部门出口相关机器设备等。可是法案却将石油和汽油排除在新一轮制裁之外,这也就等于说制裁将无损军政府的主要外汇资金来源,再加上缅甸与西方国家经济的往来规模极小,如此的经济制裁充其量亦只能起到一点象征意义,对推动军政府改善当地人民的生活条件和人权状况作用其实不大。

为此,国际舆论及多个关注人权、人道援助的组织均认为必须有如印度、东盟各国和中国等与缅

甸军政府进行了较多贸易往来的国家的积极参与才能起到关键作用。不过印度着眼的只是其经济及国防利益,希望可以努力尝试修补与这个在 1988 学生运动中差点失去的邻邦友好关系,因此除了表示关注,说说缅甸政改及国家团结"应该建立在包容及广泛基础上"等一类无伤大雅的话外,也不愿意再作其它表态。至于中国及东盟各国则一直以不干涉他国内政为由,对镇压事件采取淡化处理的态度。东盟更在缅甸反对下,临时决定取消联合国特使甘巴里原订于 11 月 19 日在东盟领袖高峰会中发表关于缅甸的简报,改为由东盟发表声明敦促缅甸当局与反对派对话。

作为普世价值,维护人权是国际社会多番承诺共同信守、维护的原则。《联合国宪章》对各国皆有 共同责任增进和保护所有人权和基本自由的阐述尤为清晰, 从这一角度出发,任何严重违反人权的 国家行为都是对此一承诺的破坏,理应受到谴责和抵制。可是这原则却不时被一些源于"主权高于人 权"和强调"不干预内政"的论述所否定,结果不单纵容了独裁政府的肆意违反人权的行为,免受刑 责,也令在这些国家里的人权受害者得不到应有的国际关注与支持。

认为主权高于人权的最现成也是最普遍而且最具代表性的理由是主权是人权的基础,没有国家主权的独立完整,则人权必然失去赖以存在的前提和保障。不过,这些论述中有一些迷思是需要细心检视的。首先,如果人权本质上是既有的,是人之所以为人的基本权利的话,那它并无依存于主权的必然性。重点是主权只是保障人权的手段,而主权对人权的保障也仅仅只是一种可能性,主权对外独立完整并不必然就是人权的保障,无论从历史或是逻辑角度来看,主权必然是人权基础的说法都不能确立。在现代国际社会中,主权对外独立完整亦仅是国际法中的一项原则,它调整的只是国家与国家之间的关系,并不等于说对外自主,对内就必然会充份维护人民的权利。将"主权高于人权"的论述作为无视人权被侵害的理由,是把作为手段的主权上升成为高于作为目的的人权,这显然是一种本末倒置的谬误。

在众多关注缅甸情况的国际评论中,捷克前总统哈维尔的说话也许最是一针见血。他在 9 月 28 日撰文表示若国际社会无法有效劝阻缅甸军政权停止侵害人权,那丧失尊严的将不是缅甸人民而是国际社会本身。10 月 2 日在一个联合国人权委员会就缅甸问题而召开的特别会议上,关注缅甸人权状况特别人报告员皮涅罗(Paulo Sérgio Pinheiro)指出"整个社会都关注着缅甸的局势,紧紧用话语来解决问题的时代已一去不复返,现在需要的是决定性的行动,所有的国家都应行动起来。"

2007 年 9 月缅甸的人民为争取权利而再次流血,军政府自然要负上最大责任,但国际社会一直以来对缅甸当局的劣行视而不见,亦责无旁贷。一位关注缅甸人权和法治问题达 15 年,现任亚洲人权委员会的工作人员建议以下述三种途径来继续跟进缅甸问题。第一国际红十字委员会应争取前往缅甸的监狱、警察局和一些用于关押的隐蔽场所;第二各国应加强人道主义救援,已在缅甸采取行动的机构应从世界粮食计划署获得各种保证,以确保行动不会受到阻碍;第三偶尔派一名特使到缅甸并不能解决任何问题,联合国应通过专门争取小组来解决缅甸问题。该小组应立即与掌握缅甸的相关情况和经验的人士和机构会谈,这些机构包括国际劳工组织、国际红十字委员会和联合国儿童基金会,并与联合国其他部门合作,吸纳各方意见,在特别机制之外,制定出一系列短期协调行动的建议,并积极思考应如何制定和准备长期战略来解决深层次的体制障碍,通过致力于提高缅甸人民的福利来推动缅甸的变革。

长路漫漫,缅甸人民需要国际社会更多的支持和关注。

#### 缅甸简史和 2007 年"袈裟革命"纪事

缅甸在 1948 年 1 月 4 日宣告独立,首任总统苏瑞泰与总理吴努领导联合政府,实行多党民主议会制。1962 年奈温将军策动第一次政变,成立革命委员会和组建"社会主义纲领党"以实行一党统治,又在 1974 年把缅甸改称"缅甸联邦社会主义共和国", 1988 年 8 月,缅甸国内爆发由学生主导要求民主改革的运动,8 月 8 日与政府军队发生冲突,上千人被枪杀。 8 月 26 日,昂山将军女儿素姬在仰光向 50 万示威群众发表争取民主选举权的演讲,成为民运的象征和行动领袖,"全国民主同盟"随即成立。奈温和总统吴山友被迫辞职,9 月由国防部长苏貌将军接管政权,成立"国家恢复法律和秩序委员会", 宣布废除宪法,解散人民议会和国家权力机构,共和国改名为"缅甸联邦"。 1989 年初昂山素姬被军政府拘押,却无损她作为民运精神领袖的角色。1990 年 5 月,昂山领导民主联盟在全国大选在中夺得八成国会席位,但军方以制宪为由,拒绝交出政权,昂山素姬被囚禁至 1995 年,又在 2000 至 2002 年期间被限制行动。2003 年再次被软禁至今。在国家得到独立自主后半个多世纪以来,缅甸却由一个土地肥沃,资源丰富的地方辗转演变成今天全球最贫穷腐败的国家之一。军人政权独裁和苛政自肥一直被论者视为问题的根源。

#### ■ 2007年8月15日

缅甸军政府毫无预警地宣布大幅提高油价柴油及汽油等燃料价格五倍。

#### ■ 8月19日

 500 民众走到缅甸最大城市仰光街头抗议价格 膨升。

#### ■ 8月21日

 更多人上街,政府开始搜捕行动,陆续有超过 100 名示威者被扣押或是被迫潜逃,而由佛教僧侣 领导的和平示威则延伸至14个省份。

#### 9月5日

- 穿便服的军人在缅甸北部木各具城 (Pakokku) 向游行队伍中的 500 名僧侣开枪并强行带走部份 僧人。此后政府一直拒绝民众的道歉要求,事件激起更大的民愤。
- 曼德勒僧侣联会发起全国的宗教抵制运动,呼吁僧人"倒砵",以示不接受政府官员和军人及其 家属的布施。

#### 9月6日

马圭市 (Magwe) 国家和平与发展委员会和宗教事务部与一些官员到木各具城的一所寺院要求僧侣停止示威,有报导指会面结果是不欢而散,并指有僧人焚烧军车和挟持到访者数小时,但却同时有以千计的民众涌往寺院,对僧侣表示支持。

#### ■ 9月19日

有报导指军人对仰光的示威的僧侣施放催泪瓦斯,并对空鸣枪予以驱散。

#### ■ 9月21日

• 逾千名僧人走上仰光街头,而位于中部的第二 大城市亦是经济、文化和交通中心的曼德勒则有约 一万名僧侣参与游行。"缅甸全国僧侣联盟"同日 发表声明呼吁僧人和民众进行和平抗争,推翻暴力 的军权政府;原以经济民生诉求为主的抗议活动, 至此正式转化为争取民主自由的政治运动,并被国 际媒体形容为"袈裟革命"。

#### ■ 9月22 E

- 在仰光,约 500 名僧侣破天荒获准经过反对派领袖兼 1991 年诺贝尔和平奖的得主昂山素姬的寓所并诵读经文:"让我们远离灾厄,让我们远离苦难,让我们远离贫穷,让我们身心安宁。"昂山在闸门边向僧侣合什致意,这是她自 2003 年 5 月被第三度软禁后,首次在公众场合露面。
- 另约有2000 僧侣冒雨步行到位于仰光市北茵雅湖畔的著名佛塔兼民运重地"仰光大金塔"颂经,带队者把僧钵倒转捧着抗议。民众自发加入僧人行列,并组成人炼保护僧人。
- 曼德勒继续有逾万人参加游行。

#### 9月23日

 据目击者报导,有近十万人在仰光参加游行, 逾半为僧侣,是二十年来最大规模的反政府活动。 僧侣继续拒绝接受军人布施。

#### ■ 9月24日

- 约两万名示威僧侣冒雨从仰光大金寺出发,高喊口号要求释放昂山素姬,亦抗议独裁的军政府在主政二十年间令国家每况愈下,大批民众沿途加入。据英国《泰晤士报》报导游行人数起码超过十万人,队伍绵延长达二十公里,为二十年来最大规模。
- 游行民众将象征僧袍的深红色带子别在衣服上 表达对僧侣的支持,被媒体称为"番红花革命" (Saffron Revolution)。
- 军政府威胁将对僧侣及示威群众"采取行动"。
- 欧洲各国相继呼吁军政府保持"克制",美国宣称将对缅甸实施新的经济制裁。

#### 9月25日

- 军政府增派重兵镇守街头,围堵多个佛教建筑包括仰光大金塔,又宣布禁止五人以上集会,另在仰光和曼德勒两大城市实施为期六十天从晚上九时至凌晨五时的宵禁。
- 知名的社会及文化界人士陆续加入示威,游行

队伍中首次出现 1988 年民主运动的标记"战斗孔雀",示威人士亦高举标语,强调行动的和平性质,又提出"与反对派和解"、"释放政治犯"、"降低物价"等诉求。

 部份僧人则在象征和平精神的仰光瑞光大金塔 内守夜祈祷,为二百多名被捕的示威人士祝祷,希 望他们重获自由。

#### ■ 9月26日

- 近万名僧侣和群众在禁令下继续走到街头。
- 军方随即展开暴力镇压,军警用木棍和催泪弹 殴打驱散示威者及向游行队伍发射催泪弹。但有目 击者表示在军警镇压后一个小时,示威者重新整 合,再次游行。
- 有法国外交官表示目击军警朝示威者开枪。法 新社引述匿名缅甸官员称,至少有3名僧侣被杀, 当中一人是中弹而死,另外两人则被军警乱棒打 死。另有报导指约有100人受伤,200人遭到逮捕。
- 镇压行动成为举世焦点,国际社会猛烈抨击。 欧盟表示会进行制裁,各国再次敦促缅甸政府克 制,联合国安理会决定召开紧急会议,商讨缅甸局 势。
- 中国及俄罗斯强调不干涉缅甸内政。

#### ■ 9月27日

- 再有逾1万人在仰光集会示威,军方继续开枪 镇压,报导指最少9人死亡,11人受伤,逾100 人被捕。
- 日本 APF 通信社记者长井健司被缅甸士兵由背 后近距离开枪击毙。
- 美国下令冻结缅甸高官资产。

#### 9月28日

- 仍约有二千名民民众在仰光示威。
- 军警封锁各地寺庙, 共在深夜大举扫荡寺庙, 搜捕僧侣, 近千人被捕。
- 军政府控制传媒及互联网,中断公众互联网联系,国营电讯商宣称海底电缆已断,当地多家报馆停止运作。

#### 9月29日

联合国特使甘巴里下午抵达仰光进行为期4天的访问。期间曾与昂山素姬会面。

#### ■ 10月2日

联合国人权理事会就缅甸局势召开会议,并发表声明谴责武力镇压和平示威。

#### ■ 10月3日

• 緬甸军警继续凭照片连夜搜捕.曾经参与示威的僧侣及人士。英国广播公司报导,一名联合国外交官走访 15 间寺院,发觉全部空无一人,只有军警留守,连日有逾万僧人受到扣押审查。

#### 10月4日

• 联合国承认特使缅甸之行斡旋不成功

#### ■ 10月11日

• 联合国安理会成员国通过声明,"强烈谴责缅甸

用暴力对付和平示威活动",敦促"军政府及相关各方合作,缓和紧张局势,达成和平方案",呼吁缅甸军政府"尽快释放所有政治犯和其余遭拘押者",并与反对派领袖昂山素姬"进行真正对话"。

#### ■ 10月30日

军政府在晚上释放7名在九月示威活动中被扣押的反对派分子,包括昂山素姬领导的全国民主联盟的发言人和6名成员。

#### ■ 11月1日

- 继军政府 9 月的镇压后,约二百名木各具城的僧侣再次上街进行和平示威,并继续要求"调低商品价格"、"促成全国和解"及"立即释放民运领袖昂山素姬及所有政治犯",期间未有事故发生。
- 同时有支持政府的示威进行。

#### ■ 11月3日

 联合国秘书长特使廿巴里11月3抵达日缅甸, 进行第二轮为期5日的访问。

#### ■ 11月13日

 特使甘巴里向联合国安理会提交报告,对缅甸 现状给予正面评价,但遭到西方国家代表质疑。甘 巴里表示曾向缅甸当局强调,立刻释放昂山素季, 是实践承诺、展开对话最好的办法。

#### ■ 11月19日

东盟取消联国特使计划向各国代表汇报缅甸最新情况的简报会,外界视之为缅甸的外交胜利。

#### 12月3日

• 缅甸政府证实了事件共有 15 名死者,被捕者总计 2927 人,其中包括 596 名僧侣。目前只有 80 人仍被关押,其中包括 21 名僧侣。

#### 12月7日

• 联合国特使的报告指有包括日本记者在内的 31 人死亡,又质疑缅甸官方提供的数字可能"严重低估"真实数字。法新社援引皮涅罗的话说,目前仍有 600 多人被政府关押,另外还有 74 人失踪。但一般相信死亡数字可能高达 200 人,最少 6000 人被捕,700 人失踪。而来自缅甸国内民主人士的讯息则指死伤者应数逾 3000。

#### ■ 2008年1月17日

联合国安理会发表声明对希望在缅甸实现的目标未能取得积极进展表示遗憾。





### 专题 FOCUS

## **建**宾的《人类保安法案》

联合国安理会在其 2003 年通过的 1456 号决议中明确指出"国家必须确保任何反恐措施务与国际法规定的政府义务不相违悖。此等措施时必须符合国际法,特别是关于国际人权、难民和人道法,方能予以通过。" <sup>1</sup>在同年于瑞士日内瓦举行的人权专家及特别报告员年会中,与会者亦发表了联合声明,<sup>2</sup>指出现行法的人权法例已经在合法维护国家安全和保障基本自由之间取得平衡,任何以国家安全为由而引起对权利的克减,应当紧守《公约》订定的准则。

各 国皆有责任维护其国家安全和利益的论述由来已久亦无可厚非。不过,在亚洲地区,不少以国家安全为名制定的法例,原本都是殖民政权时期的统治工具;虽然这些国家在 60 年代都相继宣告独立,但各式明显违反现代国际人权标准的国家安全法例,却被一直保留沿用,由此衍生的问题,亦早为国际社会以至联合国各个人权机制诟病。在美国就 911 事件发表全球"反恐战争"宣言后,不少亚洲国家借口反恐,趁机强化这些国家安全法例和措施,让政府行政机得以绕过司法公正程序来执行法外逮捕、拘留以至法外处决 (extra-judicial killing),明显违反国际人权标准。在一些由军事政权掌控或是内部政治派系斗争频仍的国家,这种情况尤为严峻。

在 2007 年 2 月 8 日获得菲律宾国会通过,同年 3 月 6 日由总统阿罗约夫人(G Macapagal-Arroyo) 签署成为法案,并于 7 月 15 日正式生效的菲律宾"人类保安法案"(Human Security Act of 2007 (RA 9372))(简称 HSA 法案)<sup>3</sup>就是在这种背景中出台的国家安全法例之一。

HSA 法案也被称为"菲律宾反恐法"原因是它提出禁止恐怖主义活动。论者一般认为法案的制订与美国政府坚持"反恐政策"并向各国施压要求制订"反恐法"有莫大关连; 菲政府之所以乐于响应,除了为迎合美国的要求外,也是为了配合菲国本身的执政策略。这得从菲律宾的当代政治局势说起。



从 16 世纪以来, 菲律宾相继被西班牙、美国以至日本侵占, 其作为独立国家的地位到 1946 年才获国际确认。不过随着马可斯在 1965 年成为总统后, 菲律宾的政治局势便愈发变得复杂。首先是在 70 年代初期为对抗马可斯独裁统治而得到扩展的左翼民间势力, 在多番权力和路线斗争后出现内讧和分裂, 部份流派更在 80 年代开始发展成为激进的军事组织, 高峰时活跃于全国 60 多个省份; 而另一方面, 同样在 60 年代末期成立于菲律宾南部的伊斯兰组织<sup>4</sup>亦于 70 年代后期分裂为回教分离主义游击力

UNSC Res.1456 <a href="http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/S.RES.1456+(2003).En?Opendocument">http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/S.RES.1456+(2003).En?Opendocument</a>

<sup>2</sup> E/CN.4/2004/4, 附件— <a href="http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2004.4.En?Opendocument">http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2004.4.En?Opendocument</a>

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> "Human Security Act of 2007" 乃法案的简称,法案主标题为 "An Act to Secure the State and Protect Our people from Terrorism"。法案原文见于 http://www.senate.gov.ph/republic\_acts/ra%209372.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> 莫洛民族解放阵线 (Moro National Liberation Front, 简称 MNLF),于 1996 年与菲政府达成协议,其领袖透过选举成为南部"民答那峨回教自治区"(Autonomous Region for Muslim Mindanao)的行政首长

量,5在回教自治区内与愿意参与建制的昔日盟友成为死敌,纷争历数十年不息。

虽然马可斯的继任人大都是在群众拥簇下经选举产生,但却由于无法摆脱身为旧体制中既得利益者的背景或是与军事势力的连系,以致不时摇摆于民众与军人政客力量之间,一旦无法驾御民间强烈求变的压力,便选择倒向军人和由它一手扶植的民兵团势力以求庇荫和自保。

观乎此,我们不难理解在马可斯下台后的二十多年来,菲律宾为何多番经历阴谋政变而且武装冲突频仍,而涉及贪污舞弊的丑闻亦不绝于耳;更不难明白为甚么 HSA 法案虽然以标榜"保障国家安全"为首要宗旨,但在获得通过以后却仍然立即引起全国各界包括学者、宗教领袖、维护人士、新闻工作者、学生、法律专业人士、商会及立法委员以至国际社会的忧虑与关注。

根据有关法案,"恐怖主义"(terrorism)泛指"于民众间散布及创造一个可以广泛传播的及异常的恐惧及惊慌的处境,用以迫使政府让步予非法诉求"。的行为,如叛乱或暴动、政变、谋杀、绑架、纵火、劫持、非法藏有枪炮及炸药,一经定罪,最高可被处 40 年有期徒刑,且不得假释。问题是这些行为在菲国现行法例中已被列为违法行为,以反恐名义包装后再推出的最大分别,只是加强了政府运用行政扣押和搜捕权力的任意性。

论者一般认为新法案的另一关键问题在于它对"恐怖主义活动"的定义含糊及过于广泛,法案中提及"可以广泛传播的及异常的"(widespread and extraordinary)、"用以迫使政府"(coerce the government)以至"非法诉求"(unlawful demand)等用字均没有清晰准则。此外,法案亦赋予军警权力对可疑人等进行无条件三日拘留、盘问、监听及截取各类通讯、冻结银行户口、限制出入境等等,这些缺乏公众监督的权力,除了容易遭受滥用之外,更有可能被最终用作政府高压管治手段的合理护航。

事实上,在法案生效后还不足一个月时间,菲律宾国内便已经发生了罗斯奥(Jaime Rosios)事件。 罗斯奥是第一个被警方以 HSA 法案控告的工人代表并因而失踪的个案。

事缘 2007 年 8 月 3 日,哥隆那度市(Koronadal City)发生了一起的巴士爆炸案,造成一死十一伤。 出事的是来自黄巴士公司(简称 YBL)的车辆。事故发生后,工人代表罗斯奥与三位同事包括麦班鲁亚 (Alex Magbanua)、波高(Ibrahim Bacal)及韦华斯(Jessie Rivas)被该市警方控告为爆炸案的主谋及 共犯。

被警方强行带走后失踪的罗斯奥是肇事巴士公司的机械技工,同时是工会信托委员会 (The Board of Trustees of YBL employees union) 的成员。

事发前罗斯奥正以工会属下集体谈判协议(The Collective Bargaining Agreement)专责小组主席的身份与 YBL 管理层进行谈判,向公司追讨超时工作的薪金、非汇款的中介费、让那些被不合理停职的员工及工会成员复工。因此有理由相信罗斯奥因与管理层的谈判而被警方锁定为控告目标。

罗斯奥案中多次出现司法程序不公正的地方,令人质疑警方有可能蓄意引用 HSA 法案中的"恐怖主义活动"罪名诬告工人代表。出现问题的包括受害人被剥夺自由选择法律专业意见的权利、警察只

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> 莫洛伊斯兰解放阵线(Moro Islamic Liberation Front, MILF)

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> 原文为 "sowing and creating a condition of widespread and extraordinary fear and panic among the populace in order to coerce the government to give in to an unlawful demand." Human Security Act of 2007, section 3

根据法外供词提出指控、证人被要求协助指控目标人物,拒绝合作的证人终于被一并控告、参与查案及问话的警察都拒绝表明姓名及职级,令受害人无法清楚指出谁人以非法手段进行案件调查。

区域非政府组织亚洲人权委员会 (Asian Human Rights Commission) 在收到个案后,已经核实罗斯奥为 HSA 法案受害人,现正积极启动"紧急呼吁"机制 (Urgent Appeal),希望通过国际社会的非政府组织联系网络向菲律宾政府施压,要求释放案中各人并撤销有关控罪。

罗斯奥案是第一个因 HSA 法案而无辜受害的例子,但就菲律宾的政治情况来看,不难想象往后将出现更多由法案造成的违反人权问题,令阿罗约夫人自 2001 年上台执政后本已严重受到侵犯的菲律宾人权状况再进一步恶化。

根据求助及公开的个案所统计,于 2001 至 2007 年的七年间,菲律宾国内有关法外处决、政治暗杀、酷刑拷问及强迫失踪等重大违反人权个案不断增加。全国至今已有超过 900 人死于政治暗杀,超过 200 人失踪,其中包括维权律师、民众代表、政界人士、神职人员、教师、劳工、农民、运动组织者与及一般民众等。



虽然菲国政府一直否认涉及任何案件,但根据联合国"关注法外处决/任意处决"特别报告员菲腊. 奥斯顿 (Philip Alston) 在 2007 年 2 月到菲国作实地考查后撰写的报告指出 "有证据相信菲律宾军



方一直以这些法外处决行动为策略,以达到纤灭公民社会中不同政见及声音的目的。"  $^7$ 

虽然在菲国内外已有强烈要求废除 HSA 法案的声音,但由于菲律宾众议院受到由总统阿罗约夫人领导的政党所控制,因此废除 HSA 法案在目前阶段将难以实现。■

#### 罗斯奥案:

- 2007 年 8 月 3 日发生黄巴士 (YBL) 爆炸案
- 8月5日波高 (Ibrahim Bacal) 被没有表明身份的警察要求指控罗斯奥 (Jaime Rosios)为爆炸案主谋, 但波高拒絕因他相信罗斯奥无辜。
- 8月7日晚上九时轮到麦班鲁亚 (Alex Magbanua) 被警察带走问话。
- 8月11日下午约六时四十五分罗斯奥下班离开YBL位于哥隆那度市(Koronadal City)的汽车修理厂后,随即被三个无法辨认身份的男人绑架上一架没有车牌编号的汽车上带走,之后再没有人知道他的下落。
- 同日警方引用法外供词(extra-judicial confession) 指麦班鲁亚承认及供称罗斯奥、波高及韦华斯与爆炸案有关、当时只有一名不是由麦班鲁亚选择的公检律师在场。
- 8 月 12 日波高再次被警方传召要求他指控罗斯奥为爆炸案策动人,波高再次拒絶。
- 8月13日,警方正式引用 HSA 法案中"于民众间散布及创造一个可以广泛传播的及异常的恐惧及惊慌的处境,用以迫使政府让步予非法诉求"的条文,控告罗斯奥、波高、麦班鲁及韦华斯参与恐怖主义活动,策动8月3日巴士爆炸案。罗斯奥至今仍然音讯渺然。

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> 报告全文见于:<u>http://www2.ohchr.org/english/issues/executions/docs/AHRC8.doc</u>

## 亚洲法治证

## 专题 FOCUS

## 对《10号一般性意见》的评论

🧱 张文娟 北京青少年法律援助与研究中心副主任 《中国律师与未成年人权益保障》执行主编



《儿童权利公约》(以下简称《公约》)被称为联合国七个传统核心人权公约之一,规定了国际社会保 护儿童的基本准则,是目前签署率最高的一个人权公约。《公约》除了第2、3、6和12条等基本原则规定外, 还就一些具体的儿童保护问题做出规定,其中第37条和第40条是专门就少年司法做出的规定。

儿童权利委员会(以下简称委员会)是根据《公约》设立的条约机构,负责审查各缔约国提交的履约 报告。在审查了众多缔约国的履约报告后,委员会意识到,在少年司法领域,很多缔约国在落实《公约》 方面还存在一些误区,并且没有将相关的国际标准融入本国的少年司法政策,如《北京规则》、《哈瓦那规 则》和《利雅得规则》,需要委员会进一步澄清,以更好实现《公约》的目的。

为此,2007年1月15日至2月2日,委员会在第44届会议上通过了关于"少年司法中的儿童权利"的 第 10 号一般性意见(以下简称 10 号意见)。该意见是委员会对《公约》中有关少年司法条款的进一步解释, 也是委员会提醒缔约国在推动少年司法制度建设中应关注的内容。对于所有关注少年司法的机构、组织和 人员而言,该意见也是他们了解和研究少年司法中儿童权利保护国际标准的权威参考。中国正在全力推动 少年司法制度建设,10号意见无疑是非常及时而又权威的指导。

10 号意见主要包括五方面的内容: 少年司法作为一项综合政策的主导原则,少年司法作为综合政策的 核心内容,少年司法的机构和机制,与少年司法有关的公众倡导和专业人员培训,相关数据的收集、评估 和研究。仔细研读 10 号意见,不难发现,该意见全文强调,少年司法应该是一项综合政策。这项综合政策 体现在各个方面,既包括如何安置犯罪少年,也包括如何预防少年犯罪;既包括实体法和程序法的规定, 还包括机构机制设置建议; 既寄希望于政府的努力, 也对非政府组织的参与充满期待。

我个人看来,10 号意见最引人注目的一个贡献是,非常明确的将预防少年犯罪纳入少年司法,并将权 利保护列为预防犯罪的一个基础和前提条件。虽然这样一个理念在学术界已基本形成共识,但是,该理念 在立法和政策层面的体现却并不多见。在这一点上,包括中国在内的很多国家都应该认真思考和高度重视 委员会的此项意见,并积极思考如何在本国少年司法制度构建中体现这一理念。

10 号意见对目前少年司法领域的基础问题和热点问题的回应和建议,也是全面而深刻的。其中,10 号 意见对两个问题的回应和其中的一些建议对中国有特殊重要意义,一是 关于年龄问题的回应,另一个是关于隐私权保护的回应。在年龄问题上, 委员会考虑非常全面,首先是力图照顾到缔约国现有的不同制度和做 法; 其次是对可能涉及的问题进行全面关注。委员会不仅仅关注最低刑 事责任年龄的问题:还关注适用少年司法的最高年龄规定问题:委员会 甚至对年龄不能确定或年龄证据发生冲突的情形,并提出有利于儿童保 护的原则。更为专业和深刻的是,委员会重申缔约国保障儿童一出生就 无条件获得出生登记的义务。



在隐私权保护方面,委员会从四个方面予以清晰阐释:一是庭审现场非公开,例外规定应严格限制; 二是公开的判决不能透露儿童的姓名和身份,三是媒体不得报道,即使个别案件被批准报道,也不能透露 儿童的身份,否则,记者应被处罚;四儿童犯罪档案应严格保密,大多数犯罪记录在18岁时自动删除,允 许对重罪和累犯有少数例外。委员会从四方面保护触法儿童的隐私权,考虑是非常全面的;其建议也是合 理可行的, 吸收推广了一些好的制度模式。

如果说还有一点遗憾的话,就是 10 号意见对被害人保护只字未提。少年司法制度首先不应该是只保护 触法儿童的制度,对于那些因触法儿童行为遭受伤害的人,尤其是儿童被害人,他们的利益也应该被关注。 即便是完全从保护触法儿童利益的角度考虑,有利于触法儿童保护的少年司法政策的落实,没有被害人的 支持也是很难实现的。.....

### ○ 《公民权利和政治权利国际公约》第32号一般性意见

International covenant on civil and political rights — General Comment No. 32

#### **職 联合国档案编号: CCPR/C/GC/32**

负责监督《政治权利和公民权利国际公约》(《公约》)<sup>1</sup> 执行情况的联合国人权事务委员会(Human Rights Committee)在零七年下旬发出了第 32 号一般性意见。

文件主要针对《公约》第十四条的规定,阐释关于"在法庭和裁判所前一律平等"和"获得公正审判"等两项重要权利,以取代于1984年就《公约》同一条款发出的第13号一般性意见。

第十四条是《公约》关于权利部份最长而繁复的一个条款,它提出在司法公正中的两项重要实质权利及其相关的程序权利。两项实质权利包括"在法庭和裁判所前一律平等"与及"由拥有充份权限和能力、独立而无所偏私的法庭负责进行公开、公正的审判"。

而第 32 号一般性意见与第 13 号一般性意见的最大不同是后者阐释第十四条,目的在于为各缔约成员提供书写相关国家报告的指引;而第 32 号一般性意见则以阐释权利为本位。

第32号一般性意见长18页,除总论外,又分别为 "在法庭和裁判所前一律平等"、"由合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正和公开的审讯"、"无罪推定"、"刑事被告的权利"、"青少年"、"较高一级法庭的复审"、"误审案的赔偿"、"一罪不二审"及"第十四条与《公约》其他条款之间的关系"等九个项目所涉及的概念提供定义,并透过大量援引其它一般性意见及人权事务委员会所作的来文判例,详细列出相关实质和程序权利的具体内容并反复阐述其精神及原则。

第32号一般性意见内容详尽,行文严谨有致,值得从事国内刑事诉讼法改革的读者参考。■

#### 文件链接 👈

http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/70/PDF/G0743770.pdf?OpenElement (中文版)
http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/71/PDF/G0743771.pdf?OpenElement (英文版)

<sup>1 《</sup>政治权利和公民权利国际公约》文本中、英文版 http://www.un.org/chinese/hr/issue/ccpr.htm http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm

## 法院的公正无私和独立性

一 从《政治权利和公民权利国际公约》第 32 号一般性意见说起

#### **世锡尔・费尔南多** 亚洲法律资源中心执行主任

人权事务委员会去年八月通过的《政治权利和公民权利国际公约》(《公约》)第 32 号一般性意见是一份重要的文件,以下提出的几点观察,特别适用于讨论亚洲地区目前的状况。

第 32 号一般性意见乃为诠释《公约》第 14 条而编写,特别指出法院必需拥有充份权限和能力、独立而且公正无私,并视之为"无论如何不可被妥协的绝对权利",若法院不能符合这三项要求,也就自然谈不上甚么"在法庭和裁判所前一律平等"和"获得公正审判的权利"等概念了。

要法院能够达到这些标准,就必须先设定法官的委任程序和要求资历,以确保有关的任命能够在法定的退休年龄或是任期终结前持续稳定和生效;意思也就是说选任和辞退法官的过程,应该禁绝一切"任意性",不能例外。观乎亚洲地区近期的相关经验,我们不难明白违反这些原则其实也就是对"法律面前人人平等"和"公正审讯"权利的冲击。

在包揽行政或是立法权力者的直接干预或严重贪腐问题的影响下,委任法官过程中便可能出现任意性。任意和专权之所以能够存在,有可能是因为任命时缺乏确保筛选能够根据客观条件进行的法定机制,又或是即使有法定机制,但却执行失当。事实上,政府有责任发展具法律效力的委任程序,确保资历是委任唯一考虑的条件;否则的话,便不可能保障《公约》第14条所赋予的权利。

不过,需要注意的是,即使相关法律存在,它仍可能因为各种外在和间接的干预而备受忽略,因 此法官任命必须是公开、透明和富问责性的过程。应该公开的包括法官空缺的数字和聘任资历。如果 申请这些职位需要经过考试,则负责考核的人士必须是有能之士并有公正不阿的品格。能够确立公认 的机制,才能引发法官和公众的信任,而这种信任正是司法体制建立诚信的核心元素。

为确保有关机制可以有效运作,应同时规定立法和行政权力机关不得任意罢免法官。亚洲地区近期发生的一些事件,让我们再次看到任意罢免法官对法庭以至整个司法系统带来的祸害:去年三月,巴基斯坦军政府恐防法院在一宗公诉案中,判令国家行政首长败诉,便先行罢免了巴国首席法官及其支持者一约 60 位高级法院法官一的职权;这么一来,感受到威吓的其他法官在审理案件时,自然不敢再以公正独立的态度衡量法律和事实。这种恐惧心态一旦萌芽,第 32 号一般性意见内提出的权利标准和要求都只能变成空谈了,而更重要的是"任意罢免"和"任意委任"一样,都会将公众对法院的信心破坏净尽。

公正独立的另一元素是法律谘询权利的满足,意思就是司法系统应确保被告人可以尽快得到专业律师的协助,这也就是公正审讯的要旨,不可轻视亦不能被妥协。律师代表被告人参与审讯,因此他/她必须有充份自由,提出忠于被告立场的陈述,以促成审讯的进行。

第 32 号一般性意见细致地阐释"无罪推定"的原则和刑事案件被告人的权利。它指出"无罪推定是保障人权的基础,将指证控罪的责任放在检察机关身上,以保障在过程中,只有当具备足以超过合理怀疑的证据才可定罪,亦确保将疑点归于被告。刑事罪行的被告人必须得到这原则下的一切保障"。这个原则要求确立审讯的程序和让被告人有权抗辩,反驳控方提出关于指控他的证据。在部份国家,被告人上庭前已被假定有罪,不能抗辩还被要求自证无罪,这些作法都违反了公正审讯的原则。

若控方在审讯过程中声称享有特权,就必然会损害被告人的基本权利。最近印度有一批法学家试图破坏无罪推定与及由控方举证的原则,当论述在某个委员会的报告中披露后,旋即引起国内的愤慨,委员会最终要撤回有关的建议。问题的重点是没有无罪推定的原则,也就再没有可能存在公正的审讯,因为审讯的前提就是任何指控在未得到证据核实前都只能是指控。■■



### 联合国新闻 UN NEWS BRIEFS

### 中国仍有待签署《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》



截至 2008 年 1 月联合国《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》「(公约)(International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)已获得尚未包括中国在内的 72 个国家签署,但批准的暂时只有阿尔班尼亚及阿根廷两个国家。公约将会在获得第 20 个国家或地区批准后生效。

《公约》乃由联合国人权委员会在 2002 年授权成立的《 就强迫失 踪问题草拟法律文书工作组》(Working Group on a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearances)拟定,并于 2006 年 12 月 20 日于第 61 届联合国大通过,翌年 2 月 6 日开放签署。这是继《残疾人权利公约》之后,国际社

会在21世纪通过的第二个人权公约。

《公约》根据 1993 年正式通过的《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》<sup>2</sup>(Declaration on the Protection of All Persons from Enforced or Involuntary Disappearance) 中的定义,将"强迫失踪"界定为"强迫失踪是指一些代表政府行事或得到政府支持、同意或默许的有组织团体或个人,违反其当事人的意愿予以逮捕、拘留或绑架,或剥夺他们的自由,随后又拒绝透露有关人员的命运或下落,或拒绝承认剥夺了他们的自由,结果将这些人置于法律保护之外的行为。"

公约第一条强调"不遭受强迫失踪"权利的绝对性,"任何人不应遭到强迫失踪"并且任何情况 "不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱,还是任何其他公共紧急状态",均不得被援 引作为强迫失踪的辩护理由。《公约》第六条更以国际刑事法庭罗马规约为蓝本,将任何大型或有系 统的强迫失踪情况列为反人道罪行。

《公约》的另一核心要义在于确立受害人亲属索偿及要求获得真相的权利。

公约将由缔约成员选出的委员会监督落实。各缔约国须在加入公约两年内,就其落实公约的情况,向委员会提交报告。公约同时包括任择议定书,为各缔约国公民提供来文申诉机制,协助寻找失踪人士。

#### 缔约国须履行下列义务:

- 调查强迫失踪行为并将须要负责的人交由法律处理:
- 确保强迫失踪行为构成刑事罪行:
- 就强迫失踪罪行制定司法辖权,令被指控者即使并非本地公民或居民,只要在境内即须接受审讯;
- 与其它国家合作,确保犯罪者会被控告或移交,并协助强迫失踪受害人或寻找并交还其遗体;
  - 尊重关于剥夺自由的最低标准,包括在法院前有权利挑战被囚判决。
  - 成立被 囚人士名册, 可被家属及律师查阅:
  - 确保强迫失踪的受害人或直接受影响的人士获得补偿。

23

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> http://untreaty.un.org/English/notpubl/IV\_16\_chinese.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> http://www.un.org/chinese/documents/decl-con/docs/a-res-47-133.pdf



## 书评 BOOK REVIEW

《公民权利和政治权利国际公约》第二条指出,政府有即时责任制定法例和行政措施,确保在其司法管辖权范围内所有人士享有公约所确认的权利,任何权利被侵犯的人士,均应得到有效的司法补救。1







#### 《Article 2》双月刊

经过半个世纪的发展,保障人权已成为国际发展的大方向和共同价值,可是从菲律宾的 法外谋杀以至巴基斯坦和缅甸军人镇压式的独裁统治,我们在不少亚洲国家耳闻目睹的却是 日益衰败的人权状况,尽管这些国家部份也拥有堂皇的宪法,但却从来未能有效保护人权。

针对此现象,亚洲法律资源中心出版了以《公民权利和政治权利国际公约》第二条命名的《Article 2》双月刊,用以审视亚洲各国对人权保障立法与执法之间出现的落差。

《Article 2》每期均因应亚洲个别国家的最新社会及政经发展状况,探讨相关的人权、法治议题,透过对侵权个案第一手资料的陈述和分析,重申《公民权利和政治权利国际公约》第二条的要旨即:各国对保障人权的责任不单在于制定法律并教育人人得知其权利所在,更重要的是能够建立有效机制,透过司法补救手段令权利保障得到事实上监察和落实;而独立的司法机关、稳妥周全的法律援助制度以及申诉机制更是其中不可缺少的一环。

《Article 2》创刊于 2002 年 2 月, 迄今己出版 35 期, 触及的课题包括《泰国的法外谋 杀》(2003 年 6 月号)、《国际刑事法庭》(2003 年 2 月号)、《斯里兰卡的警察机关与酷刑》(2005 年 10 月号)及《印度尼西亚的法治与有罪免罚》(2006 年 4 月号)等等。最新一期以缅甸的袈裟革命为讨论主题,己于 2007 年 12 月出版。

《 Article 2 》 以 英 文 发 行 , 电 子 版 可 于 亚 洲 法 律 资 源 中 心 网 页 <a href="http://www.article2.org/">http://www.article2.org/</a> 下载,平装本厚约 120 页,17.5 x 25 厘米,供免费订阅,有兴趣读者请与本通讯编辑组联络。

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> ICCPR: <a href="http://www.un.org/chinese/hr/issue/ccpr.htm">http://www.un.org/chinese/hr/issue/ccpr.htm</a>, General Comment 3, Article 2 Implementation at the national level (13<sup>th</sup> session, 1981) <a href="http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom3.htm">http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom3.htm</a>

