

# 酷刑禁止：不可克减的国际法原则

——兼评“9·11”事件后美国政府之酷刑政策

冀 放

**内容提要：**“禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”不仅仅是国际人权条约中规定的缔约国不可克减的义务，并被众多国际法律文件、判例和国际法理论通说所承认，成为一项国际强行法，任何国家和个人都不得违反。美国近年来的酷刑政策及其行为与这一原则背道而驰，对美国政府在反恐战争中使用酷刑并寻求辩护的行为应该给予否定性评价，美国政府及其部分法学学者“酷刑合法化”辩护理由不能成立。酷刑及其它残忍处罚的反人道性、反正义性决定了即便是在反恐活动中也不具备使用的必要性。酷刑禁止是一项不可克减、不可歪曲、不可动摇的国际强行法，但是将其从制度上废除到事实上根除尚需努力。

**关键词：**酷刑禁止 国际强行法 不可克减 不人道待遇

冀放，北京大学法学院硕士研究生。

## 一 问题的提出

2009年，美国中央情报局（CIA，以下简称“中情局”）高层下令销毁审讯恐怖嫌犯录像带一事被公之于众后，美国参议院情报委员会便开始介入中情局实施酷刑一事的调查，并完成了一份长达6300页的详细报告。但是，就在该报告公布前夕，2014年3月11日，美国参议院情报委员会主席黛安娜·范斯坦却在国会发表了近40分钟的讲话，谴责美国中央情报局非法搜查参议院情报委员会调查人员的电脑系统，阻扰该委员会对中央情报局“虐囚”事件的调查。<sup>〔1〕</sup> 这些事实的相继曝光，使得美国政府的酷刑政策再度成为专家

〔1〕 参见吴成良：《范斯坦，约束中情局的女人》，《环球人物》2014年第8期。

争论及舆论关注的焦点。

“9·11”事件之后,恐怖主义犯罪迅速向全球蔓延,美国、整个中东地区、北高加索地区、“伊斯兰弧带”以及南亚地区成为恐怖活动的高发地带。与传统恐怖主义不同,当代恐怖主义犯罪显示出了极其复杂的特征,使得集中武力打击和遏制变得十分困难。<sup>[2]</sup> 面对急迫的反恐任务和错综的反恐局势,布什政府授权美国军方和情报机构对在海外抓获并拘留的恐怖活动嫌疑人采用严酷的审讯手段。同时,为了给这一涉嫌违反国际人权条约和美国国内法律的政策及活动披上合法的外衣,美国司法部法律顾问办公室还撰写了多份备忘录,提出了多种在反恐战争中使用酷刑的合法化理由。

本文拟通过对反酷刑国际公约、国际宣言、国际组织决议、司法判例以及国际法主流学者观点的考察,论述酷刑禁止作为一个世界公认的国际法原则,对所有国家均有约束力,是不可克减的国际强行法。在此基础上,分析和评述美国政府的酷刑合法化理由。

## 二 作为国际强行法的酷刑禁止原则

近代之前,并无对酷刑的禁忌。我国西周时期就有墨、劓、剕、宫、大辟五种刑罚,虽然后来被笞、杖、徒、流、死“新五刑”所代替,但依然过于严酷。在欧洲,也存在过火刑、吊刑等多种残害人肢体和尊严的刑罚。直至 17 世纪,中止刑讯的声音才自英国发出,并依托“法治”的理念加速了整个欧洲大陆、甚至世界范围的酷刑废除进程。<sup>[3]</sup> 在二次世界大战的过程中,出现了诸多惨绝人寰的种族灭绝、屠杀、酷刑等严重侵犯人权的罪恶行为,促使人权保护领域内的国际法在战后得到了特别的重视,禁止酷刑这一国际习惯法规则自此开始被国际条约所规定,并逐步上升为国际强行法。

### (一) 酷刑禁止原则的形成基础

根据学者的见解,酷刑在人类历史长河中之所以长期存在,受到四个方面因素的影响:第一,专横恐怖的封建统治是酷刑滋生的天然土壤;第二,“纠问式”的诉讼制度、有罪推定以及强迫自证其罪的司法传统是酷刑泛滥的罪魁祸首;第三,对特定群体成员的蔑视和歧视是酷刑长期存在的身份制度或社会原因;第四,人性中的残酷面是酷刑难以根除的本质因素。<sup>[4]</sup> 可见,酷刑之存在和施用与特定历史时期的人类思想、司法制度及社会习惯密切相关。近代以来特别是第二次世界大战之后,战争启发了人们进一步对人性、人权问题的思考,酷刑的反人道、反正义性使其失去了存在基础,禁止酷刑以及其它残忍的反人道的处罚已经成为国际社会的普遍主张。

首先,人权思想的滥觞以及正义观念的变化,使酷刑失去了立足的根基。自 17 世纪开始,人权意识开始觉醒,随着启蒙运动的发展和资产阶级革命的胜利,“天赋人权”、“生而平等”的思想深入人心。个人权利成为法律和社会制度的核心,它们与生俱来、不可剥

[2] 参见王雪梅:《恐怖主义犯罪发展特点分析》,《环球法律评论》2013 年第 1 期。

[3] 参见龚刃韧:《酷刑:从合法的手段到公认的罪行》,《比较法研究》2014 年第 1 期。

[4] 参见龚刃韧:《酷刑:从合法的手段到公认的罪行》,《比较法研究》2014 年第 1 期。

夺。<sup>[5]</sup> 启蒙时期的人权思想得到了世界各国的广泛承认和发展,不仅被多国宪法所采纳,而且在二战后被纳入到了各种普遍性、区域性国际人权公约之中,形成了普适性的价值体系——人道主义价值。此外,人类社会的正义观念也随之潜移默化地变化着。从最初单纯的形式正义发展出程序正义,并在人权思想的影响下衍生出以“自由、平等、博爱”为核心的人道主义正义观念。可以说,尽管在实践层面上依然还残存一些陈旧观念和陋习,但总体而言,法治、人权、正义已经成为国际社会主流价值观,人道主义成为国际社会称许的“目的性”价值或终极价值,无论酷刑是否能够满足手段性价值的要求,它都不能对抗“以人为本”的人类社会之根本价值。

其次,现代刑事法治的发展,一些重要原则的确立和酷刑预防机制的确立和完善,使得酷刑丧失了适用平台。随着神明裁判的逐渐衰落,首先在英格兰,先进的司法制度借启蒙运动的契机得到推广,影响到欧洲各国的司法制度改革。受到人权思想的影响,各国在刑事诉讼程序中开始承认被追诉人的诉讼主体地位,赋予其平等的诉讼权利;废止刑讯、非法证据排除规则等酷刑预防机制得以形成和发展;同时,反对强迫自证其罪、无罪推定等逐步发展成为刑事司法通行的重要原则,并获得国际公约的确认,而成为联合国刑事司法领域推行的最低限度人权保护标准。此外,近现代各国逐步形成了以自由刑为主体的阶梯式刑罚体系,残忍的肉刑几乎绝迹,死刑废除的理论和实践也在世界范围内逐步推行。酷刑以及残忍的非人道处罚越来越为现代刑事司法制度所排斥。

最后,高度发展的人类文明抑制了人性中的残酷面,酷刑逐步背离社会风俗。人之作为人对自己同类所遭受痛苦与不幸具有天然的同情与不忍,这是人类平等、博爱和自由的最根本、最永恒的支撑点。<sup>[6]</sup> 人性中的确存在残酷面,这种野蛮性在帮助人类征服自然的同时,也为人类社会发展的不稳定性埋下了隐患。随着文明程度的提高,一方面,人类愈发重视对人性中残酷面的扼制,采取道德、法律等手段约束和惩罚违背文明秩序和准则的行为;另一方面,张扬人权、人道等人类文明的优秀成果,使人性中的善良获得最大程度的释放,在国际范围内越来越多的人用人权和人道的标准思考问题、解决问题,并形成现代文明国家的时代风貌,而酷刑显然与这种时代的风貌背道而驰。

## (二) 酷刑禁止原则的多重法律效力

在人权思想的指引下,酷刑禁止原则得到了国际社会的广泛承认,体现在众多多边公约、双边条约和其他国际性法律文件之中。随着相关理论的发展,酷刑禁止也已成为国际习惯法规则,进而演变为公认的国际强行法之一。

### 1. 酷刑禁止是公认的国际条约义务

国际公约和区域性多边条约中的具体规定是酷刑禁止原则的直接渊源,它们构成了酷刑禁止原则的第一层法律效力,即条约义务。这些条约义务可以从以下国际性条约以及区域性条约的规定中寻找根据。

《1929年关于战俘待遇之日内瓦公约》第2条和第3条,虽然没有提到“酷刑”一词,

[5] 参见[英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第4页。

[6] 参见夏勇著:《中国民权哲学》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第11、302页。

但也已经将禁止酷刑的原则比较完整地体现了出来。《1949年关于战俘待遇之日内瓦公约》第3条、第17条和第87条以及《1949年关于战时保护平民之日内瓦公约》第3条、第32条和第47条均明确规定禁止酷刑。

1966年联合国通过的《公民权利与政治权利国际公约》第7条规定：“任何人不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。特别是对任何人不得未经其自由同意而施以医药或科学试验。”

1984年联合国大会通过了《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》(后文称《联合国反酷刑和残忍待遇公约》),该公约内容全面,囊括了酷刑定义(第1条),说明了酷刑不得在任何情况下实施(第2条),还对酷刑的申诉、调查、受害者的补偿、以酷刑获得的证据予以排除、禁止酷刑委员会的设立等做出了规定。<sup>[7]</sup> 该《公约》缔约国众多,所确立的禁止酷刑的规范得到了国际社会的广泛承认,是认定酷刑行为的普遍标准。

除上述公约外,在一些区域性人权条约中也确立了酷刑禁止原则,如1950年《欧洲人权公约》第3条、1969年《美洲人权公约》第5条第2款、1985年《美洲地区预防和惩治酷刑公约》及1987年欧洲《防止酷刑和非人道或有辱人格待遇或处罚的条约》、1981年《非洲人权和民族权宪章》第5条、2004年《阿拉伯人权宪章》第8条等。

## 2. 酷刑禁止是国际习惯法规则

根据《国际法院规约》第38条第1款第2项的规定,国际习惯法形成的必要条件有二:国家实践和法律确信。规定酷刑禁止原则的国际公约多为各国广泛参加的多边条约,即便是区域性的公约也几乎得到了相关区域所有国家的批准或加入。各国签署和批准上述公约的行为本身就是承认酷刑禁止原则的国家实践和法律确信的表現,这是酷刑禁止原则构成国际习惯法最有力的证据。此外,该规则还得到了众多国际法文件、国际组织宣言、决议、国际法院判决等的承认,对成员国具有严格的约束力。

1948年《世界人权宣言》第5条规定:“任何人不得被加以酷刑,或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚”。《世界人权宣言》是联合国大会做出的决议,对联合国成员国虽然不具有法律上的约束力,但可以佐证酷刑禁止原则已经得到联合国绝大多数成员国的承认和赞许。

1950年联合国国际法委员会制定的《纽伦堡原则》之六中规定了“违反国际法应受处罚的罪行”,其中第3项将残忍的、不人道的行为规定为国际罪行。1998年联合国通过《国际刑事法院罗马规约》,在第7条“危害人类罪”和第8条“战争罪”中都规定了“酷刑罪”<sup>[8]</sup>,

[7] 参见1984年《联合国反酷刑和残忍待遇公约》第5-24条。2002年通过的《〈禁止酷刑公约〉之任择议定书》详细规定了禁止酷刑委员会的机构设置以及监督措施,从而在预防酷刑的角度上完善了《联合国反酷刑和残忍待遇公约》。

[8] 1998年《国际刑事法院罗马规约》第7条关于“酷刑罪”的规定如下:“(一)为了本规约的目的,‘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:……6、酷刑;……(二)为了第一款的目的:……5、‘酷刑’是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦;但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的,或这种制裁所固有或附带的痛苦……”;第8条关于“酷刑罪”的规定如下:“(二)为了本规约的目的,‘战争罪’是指:……2、酷刑或不人道待遇,包括生物学实验……”

这意味着对酷刑禁止原则的违反将承担国际刑法上的责任。

1975年联合国大会通过《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》(简称《不受酷刑和残忍待遇宣言》),首次对“酷刑”做出明确的界定,要求各国采取措施禁止酷刑的实施,并就酷刑的申诉、调查、补偿、非法证据排除等事项做出规定。《不受酷刑和残忍待遇宣言》为1984年联合国大会《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》的通过生效奠定了基础。此外,联合国人权委员会和禁止酷刑委员会发布的一系列针对酷刑禁止原则的专项报告和研究文件也构成了禁止酷刑规则的非正式国际法渊源。

1979年联合国大会通过《执法人员行为守则》,第5条规定:“执法人员不得施加、唆使或容许任何酷刑行为或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚,也不得以上级命令或非常情况,例如战争状态或战争威胁、对国家安全的威胁、国内政局不稳定或任何其他紧急状态,作为施行酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的理由。”这一决议的通过也成为禁止酷刑作为国际习惯法规则的根据。

另外,许多著名的判例和学说也为禁止酷刑作为国际习惯法规则提供了依据。如国际法院在1986年“针对尼加拉瓜的军事及准军事行动案”的判决中认为,《日内瓦公约》共同第3条是国际人权问题的基本标准,构成国际习惯法规则。<sup>[9]</sup> 同样,美洲人权法院2001年“巴里奥斯·阿尔托斯案”判决中也指明禁止酷刑是习惯法规则,具有绝对性质。<sup>[10]</sup> 美国法学会1987年《美国对外关系法第三次重述》第702节中明确指出,“禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇和处罚”的规则是国际习惯法,并构成国际强行法,这是国际通例。<sup>[11]</sup>

由上可知,众多的条约、国际法文件和判例等从各个角度证明,酷刑禁止已经“作为通例之证明而经接受为法律”,构成了一项国际习惯法规则。

### 3. 酷刑禁止是不可克减的权利

酷刑禁止原则不仅是条约义务、国际习惯法,而且在相关公约、国际组织宣言和决议以及国际法学界的通行理论中,都表明不遭受酷刑和残忍对待乃人类不可克减的权利。所谓“不可克减的权利”,是指缔约国在任何情况下,包括在紧急状态或战争时期,都不得减损或损害人权条约所规定的某些权利。<sup>[12]</sup>

酷刑禁止原则的不可克减性也明确体现在相关的国际性法律文件中。比如,1949年四个《日内瓦公约》中,分别采用基本相同的格式和文字规定了“不得对于本公约关于被保护人所规定之境遇有不利的影 响,亦不得限制本公约所赋予彼等之权利”;《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款规定了8项不可克减的权利,其中包括《公约》第7条

[9] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *General List* No. 70, International Court of Justice, ICJ LEXIS, 27 June 1986, p. 240 - 241, para. 218.

[10] Barrios Altos Case, 41 *International Legal Materials*, 2002, No. 4, p. 852.

[11] See *Restatement of the Law, third, Foreign Relations Law of United States*, Vol. 2, § 702, Comments & Illustrations, American Law Institute Publishers, 1987.

[12] 参见龚刃韧:《不可克减的权利与习惯法规则》,《环球法律评论》2010年第1期。

关于禁止酷刑的规定;《联合国反酷刑和残忍待遇公约》第 2 条第 2 款规定“任何意外情况,如战争状态、战争威胁、国内政局不稳定或任何其他社会紧急状态,均不得作为实施酷刑之理由”。另外,在一些具有广泛影响力的区域人权条约中也明确规定酷刑禁止原则为不可克减的条款。例如《欧洲人权公约》第 15 条<sup>[13]</sup>、《美洲人权公约》第 27 条第 2 款<sup>[14]</sup>等。

再有,联合国人权事务委员会和禁止酷刑委员会发布的国际性法律文件也提及酷刑禁止原则的不可克减性。如 1992 年联合国人权事务委员会《第 20 号一般性意见》指出,《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条关于酷刑禁止的规定不受任何限制,即使出现该《公约》第 4 条规定的禁止状态,仍不得克减第 7 条的规定。同时,任何人不得以任何理由,包括以执行上级军官或公共机构的命令为理由,为违反《公约》第 7 条的行为开脱或试图减轻罪责。<sup>[15]</sup> 1994 年联合国人权事务委员会在《第 24 号一般性意见》中认为,禁止酷刑和虐待具有不应该保留的强制规范性质;<sup>[16]</sup> 联合国人权事务委员会 2004 年《第 29 号一般性意见》指出,《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条第 2 款中有些不可克减的权利具有“基本权利的绝对性质”,并通过举例列出了两项:关于生命权的第 6 条和关于禁止酷刑的第 7 条;<sup>[17]</sup> 禁止酷刑委员会 2007 年《第 2 号一般性意见》也指出,在“任何恐怖主义或暴力犯罪的威胁以及国际性或非国际性的武装冲突”之情况下,酷刑禁止原则也是绝对的、不可克减的。<sup>[18]</sup>

除此之外,国际法学界也普遍认为酷刑禁止是不可克减的权利。较有影响的论述比如,1984 年一些国际法专家提出的“锡拉库扎原则(Siracusa Principles)”<sup>[19]</sup>指出,包括禁止酷刑在内的四项基本权利是国际习惯法在任何情况下都不能克减的权利;同年,国际法协会第 61 次会议通过的《巴黎最低标准》,列举了 16 项不可克减的权利,包括第 6 条的“免受酷刑的自由”;<sup>[20]</sup> 有的欧洲人权法学者也认为:“‘二战’之后,在将人权法从国内宪法转为国际法的过程中,禁止酷刑成为不可克减的基本权利之一。今天,禁止酷刑已被视为强行法(jus cogens)的一部分。”<sup>[21]</sup>

从上文可知,酷刑禁止原则作为不可克减的权利将产生如下两个主要法律效果:第

[13] 《欧洲人权公约》第 15 条规定了 4 项不可克减的权利,其中包括第 3 条禁止酷刑和无人道待遇。

[14] 《美洲人权公约》第 27 条规定有 11 项不可克减的权利,其中包括第 5 条(人道待遇的权利),第 5 条第 2 款规定了酷刑禁止。

[15] UN. Doc. HRI\GEN\I\Rev. 9, vol. 1(2008), p. 200, para. 2.

[16] UN. Doc. HRI\GEN\I\Rev. 9, vol. 1(2008), at para. 8.

[17] UN. Doc. HRI\GEN\I\Rev. 7, 186(2004), p189, para. 11.

[18] UN. Doc. HRI\GEN\I\Rev. 9, vol. II(2008), p. 377, para. 5.

[19] 详细内容参见 United Nations, Economic and Social Council, U. N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Annex, UN Doc E/CN. 4/1984/4 (1984). Part I. LIMITATION CLAUSES, Section D. “Non-Derogable Rights”, Article 58.

[20] Richard B. Lillich, “Paris Minimum Standards”, *The American Journal of International Law*, Vol. 79, No. 4 (1985), pp. 1072 - 1081.

[21] [丹麦]M. 凯依若姆、L. 伊尔凯尔:《国际禁止酷刑工作的新动向》,任进译,毕小青校,《环球法律评论》2001 年秋季号,第 355 页。

一,即便在紧急情况下,也没有规则适用上的例外,仍要禁止酷刑;第二,酷刑禁止原则不得保留,任何国家单方做出保留声明都是无效的。

#### 4. 酷刑禁止原则是国际强行法

国际强行法作为国际法规范的一个类别,借鉴了国内强行法的概念。<sup>[22]</sup> 国际上权威的关于国际强行法规范的规定出现在1969年《维也纳条约法公约》中。该《公约》第53条规定:“与一般国际法强制规律(绝对法)抵触之条约:条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言,一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”根据该定义,一项国际法律规范要成为国际强行法,需要满足三个要件:约束的普遍性、适用的整体性和效力的绝对性。<sup>[23]</sup>

从前文的列举和分析中可知,酷刑禁止原则广泛规定于众多国际公约、多边条约中,并且在大量国际性法律文件、法院判例中获得承认,足以体现其约束的普遍性。而从各个条约、国际性法律文件的规定来看,酷刑禁止原则在不同的文本中的内容基本一致,尤其是强调该原则不可克减的特性,体现这项原则适用的整体性以及效力的绝对性。此外,还有诸多判例和学说也明确主张该原则构成国际强行法。譬如,欧洲人权法院1997年“察哈尔诉英国案”判决中明确提到,酷刑禁止(《日内瓦公约》共同第3条)在任何情况下都是不可克减的,具有绝对性。<sup>[24]</sup> 1998年,前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“检察官诉富伦季奇案”判决中强调,人权条约中所规定的禁止酷刑是在紧急状态下也不可克减的绝对的权利,这与禁止酷刑是强制规范或者强行法的事实相联系。<sup>[25]</sup> 2012年7月20日,联合国国际法院在“比利时诉塞内加尔案”判决中明确指出:“按照本法院的见解,禁止酷刑是习惯国际法的一部分并已经成为强制规范(强行法)。”<sup>[26]</sup> 一些国内法判例也承认酷刑禁止是国际强行法,例如在“9·11”事件发生之前的美国判例中,也将酷刑禁止看作是国际强刑法,美国联邦第二巡回法院在“菲拉迪迦诉派那上诉案”中,就承认酷刑禁止具有国际强行性。<sup>[27]</sup>

目前,世界上绝大多数国家已经明确规定禁止酷刑,有147个国家在宪法中明文规定

[22] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社1987年版,第286页。

[23] 有论者对禁止酷刑原则的三个国际强行法特征做出了解释。约束的普遍性,即强行法适用于国际社会的一切成员国,任何国家都不能以此为借口主张不受强行法约束而违背整个国际社会的利益。适用的整体性,即强行法规则的接受与承认具有整体性,即使不是世界上所有的成员都毫无例外地表示同意,也对大多数成员具法律拘束力。当然个别或是为数极少的国家或国家集团执意反对这一规则的效力,也丝毫不损于该规则的强行性质。效力的绝对性,即强行法规则高于一般的国际法规范,任何国际社会成员都不得以任何形式背离或损抑。并且,这一规范的修改需要具有同一性质的法律来进行。参见赵琪:《论国际强行法之酷刑禁止》,《河北法学》2009年第3期。

[24] *Chahal v. United Kingdom* (App. 22414/93), Judgment of 15 November 1996; (1997) 23 EHRR 413. para. 79, 80.

[25] *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, (ICTY trial judgment, 10 December 1998). para. 135, 144, 148, 155&156.

[26] *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 20 July 2012, *Judgment by International Court of Justice*, at para. 99.

[27] *Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga, Plaintiffs-Appellants v. Americo Norberto Pena-Irala*, Defendant-Appellee, 630 F.2d 876; 1980 U. S. App. LEXIS 16111. p. 880, 887.

禁止酷刑。据统计,截止到 2013 年 10 月,已经有 154 个国家批准了《联合国反酷刑和残忍待遇公约》,167 个国家批准了《公民权利与政治权利国际公约》,195 个国家批准了作为国际人道法核心的 1949 年四部《日内瓦公约》。<sup>[28]</sup>

综上所述,酷刑禁止原则具有四个层次的法律效力。第一,它是条约义务,对所有的缔约国具有约束力。第二,它是国际习惯法规则,对于世界上绝大多数国家均有约束力,除非某国家一贯反对这一规则。第三,它是不可克减的权利,不得保留、不得减损,在任何情况下均保持其拘束力。最后,它是国际强行法,约束世界上所有国家和地区,即便一国一贯反对这一原则,也必须受到这一原则节制。任何国家、组织或个人违反酷刑禁止原则,将导致不同层次的国际法责任。

### 三 美国政府规避酷刑禁止原则的辩护理由及评析

酷刑禁止作为一项国际强行法,对世界所有国家具有高于一般国际法规则的约束力,任何违反国际强行法的国家或个人都必须承担国际法上的责任。<sup>[29]</sup> 不过,当时间跳转至 21 世纪,随着国际新问题的大量涌现,对该强行法的质疑声音也开始出现。尤其是 2001 年“9·11”恐怖袭击事件发生后,美国,这个所谓的世界上法治最发达的国家,从政府官员到部分法学学者针对酷刑这一问题的基本判断发生了价值观上的变化。

随着反恐战争的推进,美国政府和军方逐渐抛弃了此前绝对禁止酷刑的庄严承诺,不仅违背国际强行法使用了多种酷刑或其他残忍、非人道的手段对待被羁押者,而且欲通过法律解释的途径使这种手段正当化,对抗国际强行法。其规避酷刑禁止原则的手段主要有如下三种:第一,对“酷刑”进行狭窄解释,意图从本质上使军方和情报机构已经实施的酷刑行为“合法化”;第二,为军方和情报机构所实施的酷刑及其他残忍、不人道的行为寻找免责事由;第三,出台“非常规过渡措施”,授权中情局或者其他机构,选择在叙利亚、埃及、摩洛哥等容忍酷刑的国家秘密逮捕及酷刑审讯,<sup>[30]</sup> 以规避违反禁止酷刑原则所带来的可能的国际法责任。

可以说,美国政府的这一系列“酷刑合法化”说词和做法不仅没有达到预期的目的,反而欲盖弥彰,这种对国际强行法的无视和践踏已经受到国际社会的强烈关注,我国已经有学者对美国的酷刑政策及其影响做出了深入分析,<sup>[31]</sup> 指出允许虐待被羁押者是美国政府实施酷刑政策的主要策略,对那些被拘留者实施残忍、不人道的措施以及剥夺其正当程序保护等无视国际强行法而采取的酷刑政策,不仅是对美国法治传统的背离,将对美国国家政策产生长期影响。同时也违背了国际人权条约规范,将对国际社会产生持久的负面

[28] 参见龚刃韧:《酷刑:从合法的手段到公认的罪行》,《比较法研究》2014 年第 1 期。

[29] 关于违反国际强行法之责任的承担,国际法委员会曾在 1996 年一读通过的《国家责任条款草案》第 19 条第 2 款关于国际罪行的规定中涉及,但是由于引发了一系列新的棘手问题,故在二读通过的《国家责任条款草案》中,删去了“国际罪行”这一用语。不过 2001 年新通过的《国家责任条款草案》第 40 条和第 41 条依然明确了违反国际强行法需要承担国际责任。

[30] 参见龚刃韧:《酷刑:从合法的手段到公认的罪行》,《比较法研究》2014 年第 1 期。

[31] 参见龚刃韧:《“9·11 事件”后美国政府的酷刑政策及其影响》,《中国社会科学》2012 年第 8 期。



影响。本文将在在此基础上对美国酷刑政策的辩护理由做出进一步的分析。

### (一)“酷刑”概念的狭窄解释

美国在1994年批准了《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》后,于同年颁行了《联邦酷刑法》,将公约内容纳入国内法体系。而对于被捕的恐怖主义嫌疑人是否适用该《公约》以及如何适用被认为可以通过法律解释加以限定。美国司法部法律顾问办公室在2002年8月发布的备忘录(即《拜比备忘录》)中给出了对《美国法典》S2340到S2340A部分<sup>[32]</sup>中关于“酷刑”的解释。备忘录的作者拜比对“酷刑”的定义作了狭窄解释,认为“酷刑”必须是极端的行为,“达到酷刑的肉体上的痛苦必须在强度上相当于伴随着身体上的严重伤害而产生的痛苦,如器官失灵、身体功能严重损伤或死亡”;达到酷刑的精神上的痛苦则必须持续很长时间,即持续数月或数年;与“其他残忍、不人道或侮辱之待遇或惩罚”是严格区分的。<sup>[33]</sup>此外,在拜比致美国中央情报局代理首席法律顾问里佐(J. Rizzo)的备忘录中认为,包括“水刑”在内的十余种审讯手段都不构成对《联邦酷刑法》第2430A条的违反。<sup>[34]</sup>

由于美国在批准《公民权利与政治权利公约》时对公约第7条作了如下保留:“对残忍、非人道或侮辱性的待遇或惩罚的禁止,按照美国宪法第5、第8和第14修正案的规定来执行”,并且美国坚持认为,该《公约》的这一部分没有域外效力。<sup>[35]</sup>如此,结合《拜比备忘录》的上述解释,美国情报部门和军方在美国领土外从事的,拜比所谓之其他残忍、不人道或侮辱之待遇或惩罚行为<sup>[36]</sup>将不受管辖。

《拜比备忘录》的解释及美国政府的观点至少从以下三点来看是不能成立的:

其一,对“酷刑”的狭窄解释不符合《联合国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》、《公民权利与政治权利国际公约》等条约的宗旨,是无效解释。《联合国禁止酷刑和残忍待遇公约》相关条款的制定目的,是为了在全世界范围内完全禁止酷刑等残忍及不人道行为。拜比的解释虽然依据该《公约》的酷刑定义做出,但其实是对《公约》目的和意义的误读。即便仅从条约名称的字面来理解,“禁止酷刑”和“其他残

[32] 该部分内容是由《联合国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》转化的美国国内法。

[33] 拜比将“酷刑”的定义解释为:“以给被害人造成极端生理和精神痛苦为目的而实施的,并的确给被害人造成了上述痛苦的行为。”并且提出,精神痛苦必须是长时间的极端痛苦,而且必须由S2340(2)中所列之行为引起。拜比为自己解释提供了充足的论据,包括《联合国反酷刑和残忍待遇公约》批准和通过时国会的讨论意见、国内和国际法判例、立法史分析等。参见 Jay S. Bybee, *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, U. S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 2002, pp. 2 - 22。

[34] 转引自龚刃初:《“9·11事件”后美国政府的酷刑政策及其影响》,《中国社会科学》2012年第8期。

[35] 由于美国宪法第5、第8和第14修正案的这部分内容属于正当法律程序的规定,所以没有域外效力。Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations (Mar. 6, 2003), reprinted in *The Torture Papers: The Road To Abughraib* 286 (Karen J. Greenberg & Joshua L. Dratel eds., 2005), p. 243.

[36] 拜比结合美国国内判例(*Mehinovic v. Vuckovic*)、欧洲人权法院判例(*Ireland v. United Kingdom*)和以色列最高法院的判例(*Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*)中的内容,严格区分了他所谓之“酷刑”与“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”,强调二者之间界限分明,进而将大多数原本构成酷刑的行为划入了后者的范围之内。参见 Jay S. Bybee, *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, U. S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 2002, pp. 22 - 31。

忍、不人道……”的表述明确指示缔约者的原意是，酷刑也是一种残忍、不人道的处罚，除了禁止酷刑之外，其他残忍、不人道的待遇或处罚也在禁止之列，因此，美国将“水刑”等排除在酷刑之外，而罔顾“残忍、不人道的处罚”的禁止性规定，是对《联合国禁止酷刑和残忍待遇公约》的恶意曲解。再者，美国司法部法律顾问办公室并非公约的执行机构，无权对公约的内容进行有效解释，尽管《拜比备忘录》中解释的是美国国内法，但该法是《联合国反酷刑和残忍待遇公约》的国内转化，在适用解释时应当尊重公约的宗旨和目的。还需指出，实际上，拜比定义过于狭窄，以至于按照这个定义，美国指控萨达姆·侯赛因的很多罪行，都不应当以酷刑罪追究刑事责任了。<sup>[37]</sup> 美国在酷刑政策上的双重标准及对酷刑的狭窄解释，减损了酷刑禁止这一不可克减的国际强行法，是对强行法规范的公然违反，应当承担国际法责任。

其二，即便依照拜比的狭窄定义，美国情报部门和军方在海外进行的虐待行为属于“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”，这些行为毫无疑问应当受到上文所论述的酷刑禁止原则四个层次法律效力的约束。在规定酷刑禁止原则的条约、判例、国际法组织宣言和决议中，几乎都同时规定“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”也是绝对禁止且不可克减的。如《公民权利与政治权利国际公约》第7条、《联合国反酷刑和残忍待遇公约》第16条、《日内瓦公约》、《国际刑事法院罗马规约》等。比较《联合国反酷刑和残忍待遇公约》第1条第1款和第16条第1款的内容，可以发现“酷刑”与“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”的主要区别，系对人之肉体或精神上所造成的痛苦程度的不同，前者是剧烈的，后者程度较轻。这一点在联合国《执法人员行为守则》第5条的评注(c)项中也有体现——“大会对‘残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚’一语还没有下定义，但应解释为尽可能最广泛地防止虐待，无论是肉体上的或是精神上的虐待。”1988年联合国大会通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第6条注释也指出：“‘残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚’一词应加以适当解释，借以提供最大程度的保护，以防止肉体或精神上虐待，其中包括使被拘留或被监禁人暂时或永久地被剥夺视觉或听觉等任何自然感官的使用，或使其丧失对地点或时间知觉的拘禁条件。”然而，界定“剧烈”的标准并不清晰，存在较大的解释空间，公约为防止缔约国规避条约义务，将两类行为均纳入绝对禁止的范围之内，其目的在于尽可能彻底地剔除酷刑和类酷刑行为。此外，公约所禁止的这两类行为，有着近乎相同的前提条件——这种行为是公职人员或官方人员直接实施或默许实施的。公约禁止这两类行为，目的是防止公权力对人权的侵害，更好的保护人权。最后，从条文的体系上来看，制定者有意将“酷刑”与“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”相并列，并且适用同样的严格的规则，其立法目的是比较清晰的，即“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”与酷刑一样，都是严重侵害人权的反人类行为，其危害性与酷刑相当，因而也应当绝对禁止。

在这一结论的基础上，需要探讨的是美国对《公民权利与政治权利国际公约》第7条的保留问题。条约的保留应当不违背条约的宗旨，然而，美国政府在保留了公约第7条的

[37] Harold Hongju Koh, "A World Without Torture", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2005, p. 647.

规定后,又通过法律解释的方法限制美国宪法修正案的域外适用,直接规避了条约义务,是违反条约宗旨的。此外,酷刑禁止(包括“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”之禁止)原则已经构成国际习惯法和国际强行法,在适用上不能有任何减损,更不必谈保留了。因此,即便按照拜比的狭窄解释,美国情报部门和军方在海外进行的虐待行为业已违反了酷刑禁止的条约义务,更违背了国际习惯法和强行法。

其三,美国缔结和参加的《美洲人权条约》和《联合国难民公约》等其他国际人权公约中关于禁止酷刑和其他残酷、非人道待遇的规定有治外法权,美国应承担相应的国际义务。并且关于人权条约的域外适用问题,国际上也有判例支持。2011年7月欧洲人权法院在“阿尔-斯凯尼等诉英国案”中指出,在伊拉克成立临时政府之前,英国和美国一直在行使着通常由主权政府行使的某些公共权力,负有维持伊拉克东南部安全的责任,本案的死者在这一时期丧命于英军的治安行动之中,英国政府应当依照《欧洲人权公约》承担赔偿责任。<sup>[38]</sup> 美国作为联合国《联合国反酷刑和残忍待遇公约》的缔约国,对海外所支配的地域以及实际控制之下的被拘留者,至少应适用该公约中不可克减的条款。除此之外,美国情报部门和军方对特定地区的囚禁者实施酷刑及其他不人道的行为,涉嫌违反《联合国消除种族歧视公约》中的对宗教和国籍的歧视,亦面临相应的国际责任。<sup>[39]</sup>

## (二) 美国政府所谓的酷刑免责事由

毋庸置疑,美国情报部门(F. B. I. 和 C. I. A. )和军方在阿布格莱布监狱、关塔那摩监狱等海外地区的行为违反了酷刑禁止的国际规则。为了使命令和执行这些行为的官员能够免除国内法上的刑事责任,《拜比备忘录》的后半部分提出了两个免责事由:其一,美国总统享有宪法赋予的军事行动最高指挥权,故在总统授权进行的审讯行为中出现的酷刑行为可因授权而得到行政豁免,《美国法典》S2340-2340A 不能对这一权力进行限制,否则将违反宪法;<sup>[40]</sup> 其二,在国家安全受到迫近且严重威胁时,可以适用刑法上的排除行为违法性的事由,危急情况和自卫来辩护,<sup>[41]</sup> 从而通过法官的自由裁量权、行政赦免等途径来免责。这一观点得到了美国政府和军方的认可和使用。<sup>[42]</sup>

然而,美国政府的这种免责事由动摇了美国宪政的基础,仅仅是美国国内刑法上责任的免除,并不能免除国际法责任。

[38] *Al-Skeini and Others v. United Kingdom* (July 7, 2011), *International Legal Materials*, Vol. 50, 2011, pp. 1035-1037.

[39] Jose E. Alvarez, “Torturing The Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2006, pp. 181-182.

[40] Jay S. Bybee, *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, U. S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 2002, p. 36.

[41] 在《拜比备忘录》中,作者援引了大量案例来佐证其主张的法律根据正当性。特别需要指出的是,拜比所提之“自卫”是指第三人为保护国家安全而行为,并非狭义的自卫行为。他以1890年美国最高法院在 *In re Neagle* 案中作出的判决为依据,认为这种类型的自卫辩护是为美国司法部门承认的。参见 Jay S. Bybee, *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, U. S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 2002, pp. 39-46.

[42] 拜比意见的提出,与美国中央情报局(CIA)不能够成功地从俘获的恐怖主义作战人员口中获取有效的情报有密切的联系。为了使用更严酷的审讯手段并且防止执行的官员受到法律的追究,拜比的意见成了美国情报机构和军事部门的法律挡箭牌。参见 Michael Hirsh et al., *A Tortured Debate*, *Newsweek*, June 21, 2004, at 50, 52.

第一个免责事由严重曲解了美国宪法第二章赋予总统的军事行动最高指挥权。总统的权力并不是独立的、固定的,而是与国会的权力相互平衡的。美国国会关于禁止酷刑的立法因干涉总统权力而违宪,这种观点动摇了美国宪政的基础——三权分立。如果免责事由观点成立,则总统的行政权力将不受限制。从国际强行法的角度而言,这种观点颠覆了纽伦堡审判中确立的“长官负责制”<sup>[43]</sup>原则,并且涉嫌“帮助或教唆”、“共谋”,构成国际刑事犯罪。<sup>[44]</sup>

第二个免责事由是依据《美国模范刑法典》提出的,属美国国内法上的辩护事由,即便可以免除国内的刑事责任,也不能免除国际法上的责任。根据《国家责任条款草案》第 5 章对自卫和危急情况的规定,前者是一国违反禁止使用武力原则的免责事由,此处显然不能适用;后者虽带有一定的兜底性,但也有严格的适用限制:第 25 条 2 款(a)项明确指出,如果一国所负之国际法义务排除了援引紧急情况的可能性,则不得援引该事由而免责。酷刑禁止原则作为条约义务是不可克减的,《联合国反酷刑和残忍待遇公约》第 2 条第 2 款明确规定,任何意外情况,如战争状态、战争威胁、国内政局不稳定或任何其他社会紧急状态,均不得作为实施酷刑之理由。这意味着危急情况不得成为美国政府的免责事由。另外,从国际习惯法和强行法的角度来说,酷刑禁止原则的不可克减性已经是通行的准则,无须条约特别规定,各国也负有相应的义务,并且这种义务是高于一般国际法律规则的,因此任何所谓的免责事由均属无稽之谈。

### (三) 强制移送和非常规引渡措施

2004 司法部法律顾问办公室主任戈德史密斯(J. Goldsmith)向国务院、国防部、中情局以及国家安全委员会的首席法律顾问提交了一份备忘录,认为《关于战时保护平民之日内瓦公约》第 4 条规定的“被公约保护之人”主要指占领区所在国的国民和定居者,不包括非法居留的外国人,因而美国将此类人员强制移送他国不违反该公约第 49 条的禁止强制移送条款。<sup>[45]</sup>戈德史密斯在这份备忘录中所论证的强制移送措施与美国国内出现的“非常规引渡”措施非常类似,都是将抓获的囚犯移到那些并未禁止酷刑的国家或者存在公然、严重大规模侵犯人权情况的国家,以便于对其进行包括使用酷刑在内的审讯。这份备忘录为美国的酷刑政策提供了更为隐蔽的执行方式。

戈德史密斯的论证有着很大的漏洞,他的论证基础是《日内瓦第四公约》,而并未关注《联合国反酷刑和残忍待遇公约》。后者第 3 条第 1 款明确规定:“如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险,任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国。”美国作为该公约的缔约国,理应遵守公约规定的义务。“非常规引渡”制度和强制移送制度均是将被羁押者移到有遭受酷刑危险的国家,并且其移送的目的就是为了方便酷刑的实施,这显然是对公约义务的严重违反。

[43] 参见 *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, U. N. Doc. A/CN.4/SER. A/1950/Add. 1 (1950), Principle 3, 4.

[44] 参见《国际刑事法院罗马规约》第 25 条第 3 款,第 27、28 条。

[45] K. J. Greenberg and J. L. Dratel, eds., *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, memo. 28, pp. 366-380.

美国司法部之所以不断地为酷刑及其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的实施寻找“合法化”途径和理由,是因为他们明确地知悉其情报部门和军方已经违反了酷刑禁止的国际强行法。然而,即便他们通过繁琐的解释和论证绕过了某几份公约所规定的义务,却不能躲过所有的条约义务;即便规避了条约义务,也无法撼动酷刑禁止作为国际习惯法和国际强行法的事实。作为《日内瓦公约》《公民权利与政治权利公约》《联合国反酷刑和残忍待遇公约》等重要人权条约的缔约国,美国曾宣称将坚定不移地推进建设“无酷刑世界”<sup>[46]</sup>。然而,酷刑免责政策及辩护理由的提出与适用,公然违背条约义务,践踏国际强行法,不仅让人们怀疑其履行国际义务的真诚度,而且暴露了美国在执行条约义务上的言行不一和双重标准。

## 四 结 语

酷刑曾经是东西方国家司法制度的共同组成部分,除去酷刑对获得供认与罪证的有用性和有效性之外,酷刑制度的根基是有罪推定以及强迫被追诉人自证其罪原则。酷刑从司法制度的合法手段到被废除,到禁止酷刑成为国际习惯法原则和国际强行法,及至成为国际社会公认罪行的过程,实际上是无罪推定原则和不得强迫自证其罪原则在刑事法治变革中产生与被认可的过程。如同无罪推定原则和不得强迫自证其罪原则为世界各个国家的立法确认是一个逐渐的、漫长的过程一般,虽然酷刑已经为世界绝大多数国家法律所禁止,但酷刑作为人类的一个制度顽疾,如若要在每一个国家的制度实践中得以废除,则任重而道远。

“酷刑的目的显然不仅是伤害,酷刑更是摧毁一个人自我决定其忠诚和信念允许他所做之事的力量……设计酷刑则是为了摒弃这样的力量,为了将罪犯降格为嚎叫的动物,以使其决定变得不再可能——这是对他的人性最严重的侮辱,是对他的人权最恶劣的暴行。”<sup>[47]</sup>实际上,酷刑和其他残忍、不人道的做法摧毁的远远不是受刑者个人,而是人类自身对人权和尊严的信念,是人类文明发展到高级阶段的价值追求,其间蕴含的是人性最基本的价值观。酷刑禁止作为国际强行法,不容任何国家和个人践踏;作为人性最基本的价值目标,值得每个人追求和珍视。不论国际局势多么地风云变幻,这一强行法的地位也不应该有丝毫动摇。

酷刑禁止作为不容践踏的国际强行法,在国际社会已经得到超越文化和意识形态的广泛接受,但实际上,酷刑在某些地方依然顽固地存在着,根本原因是这些国家政府缺乏根除酷刑的政治意愿。<sup>[48]</sup> 美国酷刑政策的出台、适用及其辩护亦表明其政府的立场,作

[46] 参见 Statement of Harold Hongju Koh, Assistant Secretary of State for Democracy, Human Rights and Labor, *On-the-Record Briefing on the Initial Report of the United States of America to the UN Committee Against Torture*, Washington, DC, October 15, 1999.

[47] [美] 罗纳德·德沃金著:《民主是可能的吗? 新型政治辩论的诸原则》, 鲁楠等译, 北京大学出版社 2012 年版, 第 33 页。

[48] 参见 Manfred Nowak, What's in a Name? The Prohibition on Torture and Ill Treatment Today, in *The Cambridge Companion to Human Rights Law* 307 (Conor Gearty & Costas Douzinas eds., Cambridge University Press 2012), at 308.

为《联合国反酷刑和残忍待遇公约》成员国,应当践行其在首次履约报告中“致力于一个没有酷刑的世界”的承诺,不仅成为反恐的先锋,也应承担起维护世界和平与安全的义务。在此,有必要重温 2004 年 6 月 26 日美国前总统布什对酷刑禁止原则的肯定:“今天,在‘联合国支持酷刑受害者国际日’,美国重申致力于在全球范围内消除酷刑的承诺。保护人的尊严不因种族、性别、信仰或国籍而有所改变。免受酷刑是不可剥夺的人权,我们将致力于建设一个人权得到尊重和保护的法治世界。”<sup>[49]</sup>

---

---

[Abstract] The prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is not only a non-derogable obligation of state parties to the relevant international human rights conventions, but also recognized by numerous international legal instruments, case laws and general theory of international law as an international jus cogens, which all states and individual must abide by. In recent years, the U. S. has used torture in its war against terrorism and tried to justify this policy and practice through “the legitimization of torture”, but the arguments put forward by the U. S. government and some U. S. scholars to defend this practice are invalid. The inhumane and unjust nature of torture and other cruel punishments has determined that this practice is not justifiable or necessary even in the war against terrorism. Although the prohibition against torture is a non-derogable and inflexible rule of jus cogen in international law, much effort still needs to be made in order to eradicate torture both at the institutional level and in practice.

---

---

(责任编辑:雨 沐)

---

[49] *Statement By President Bush*, Office of Press Secretary, The White House, June 26, 2004. [http://www.yfnet.org/teng/news03/news\\_1286.php](http://www.yfnet.org/teng/news03/news_1286.php). 访问日期:2014 年 9 月 16 日。