

Civil Rights

民权译丛 | 夏勇主编

[英] 奈杰尔·S·罗德雷著
毕小青 赵宝庆等译

非自由人的 人身权利

——国际法中的囚犯待遇

生活·读书·新知 三联书店

民权译丛

Civil Rights

夏勇主编

D916.7
L933

[英] 奈杰尔·S·罗德雷著
毕小青 赵宝庆等译

非自由人的 人身权利

——国际法中的囚犯待遇

生活·读书·新知 三联书店

Simplified Chinese Copyright © 2006 by SDX Joint Publishing
Company All Rights Reserved.

本作品中文简体版权由生活·读书·新知三联书店所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目(CIP)数据

非自由人的人身权利：国际法中的囚犯待遇 / (英)
罗德雷著；毕小青等译. —北京：生活·读书·新知
三联书店，2006.1

(民权译丛 / 夏勇主编)
ISBN 7-108-02347-4

I. 非... II. ①罗... ②毕... III. 犯罪分子-人权-
研究 IV. D916.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 114870 号

责任编辑 黄 华

封面设计 罗 洪

出版发行 生活·读书·新知三联书店

(北京市东城区美术馆东街 22 号)

图 字 01-2005-6562

邮 编 100010

经 销 新华书店

印 刷 北京隆昌伟业印刷有限公司

版 次 2006 年 1 月北京第 1 版

2006 年 1 月北京第 1 次印刷

开 本 635 毫米 × 965 毫米 1/16 印张 36

字 数 600 千字

印 数 0,001 - 4,000 册

定 价 45.00 元

译丛总序

这套书自西文译成中文，未必就算进了中国的语境。阅读它们，还要对中国民权思想与制度的源流先有一个大致了解。这样，一则便于领会、比较与借鉴，二则也便于理解这套书的由来和选材意向。

汉字“民”原为“人”之通称，后多指作为被治者的庶众、群众，且串联出诸多隽语妙词，若“民心”、“民意”、“民望”、“民气”、“民风”，若“民瘼”、“民隐”、“民怨”、“民愤”、“民贼”，还有“民胞物与”、“以民为天”一类。仅从这些清婉楚致的字眼，便可感受民本文化的幽蕴深长。《诗·烝民》：“天生烝民，有物有则，民之秉彝，好是懿德。”《书·泰誓》：“天视自我民视，天听自我民听。”《孟子》：“民为贵，社稷次之，君为轻。”乃至后来，在士大夫文化里，雨飘风打，也会敏感到“疑是民间怨苦声”。可以说，自古以来，就语言符号论，民的地位已高到天上去了，民的标志已用得无所不在了，可是，民的命运却依然悲惨。这是为什么呢？

道理很简单。因为民无权。权利乃是对抗别人侵犯自己的尊严、自由和利益的道德资格和制度手段。民众不享有政治权利，便没有合法的资格和力量去表达自己的意愿，维护自己的利益，尤其是去阻止别人，特别是公权者做侵害自己的事情。没有政治权利，便不能当家做主，即，不能当自己的家，不能做国家的主。不能当自己的家，是说自己的人身、财产得不到当权者的尊重，自己的人格和自由得不到政治保障，自己的机会和选择也在社会政治体制的意义上无可预期。不能做国家的主，是说不能参与国家事务的管理，甚至不能对国家事务发表意见，只能做国家的臣民，承担对国家的义务，国家不过是自己世世代代居住的但由别人掌管的处所。这样一来，倘若强势者偏偏借民之懿德而

欺侮之，有权者悍然以我视为天视，以我听为天听，民众便只有由别人当家、求别人做主了，命运岂不悲哉？

不过，一个崇文尚礼、敬天重民的伟大民族，又如何能够放任统治者肆意妄为？如何能够忍受公权者总是假公济私，视民如草芥、待民若贼寇？自先秦的周公孔孟到明末清初的黄宗羲、顾炎武，诸多圣贤志士，殚精竭虑，倡导民本，为民鼓呼，留下了许多宝贵的思想和经验。

细细推究，古时的民本思想其实有两个方面，一是讲治者以民为本，二是讲民何以为本。前者实质上是讲君之本，后者才是讲民之本。先秦儒学里，不仅仅讲治者如何以民为本，如何爱民、保民，更重要的是，也讲民之所本。这个本，不是指民众为统治者之本，不是指得民即得天下的那个本，不是指可载舟亦可覆舟的那个本，而是民自身的安身立命之本。这个本是很神圣的，它本于天，而非本于君。《春秋左传·文公十三年》：“天生民而树之君，以利之也。”民是天生的，君是树起来的，“君为轻”自属当然。君与民有利害冲突时以利民为要，亦属当然。民众不仅仅要依靠君主的敬天保民之德来维护，更重要的是，民众也具备自己作判断、作抉择的主体资格。这个资格乃是由天赋予的。孟子特别重视《尚书》里的“天视自我民视，天听自我民听”一语。他认为，人民能够直接与天相通，天意要由民意来显现，所以，进用贤人，要“国人皆曰贤”，决狱施刑，要“国人皆曰可杀”。按这样的意思，民为天民，民与天相通，民意与天意相通。倘若有什么天子，只有民才是真正的天子。民之尊贵，民之尊严，民之不可侵辱，乃天理人义。倘若统治者背天害民怎么办？孟子认为，是可以诛暴君的。

从权利理论的角度看，承袭周公天命靡常、天与人归的思想，中国传统思想已然发育出天赋权利的要素。在政治方面，至少是主张民众有秉天述己、替天行道、借天易君、起义暴动一类的权利。我们把这类权利称做民权，是没有疑问的。在观念上，这样的民权可谓天权。它既被看做天赋的，又被看做天然的。可是，到了后来，一个又一个的“歪嘴和尚”有意无意地把经念歪了。歪在哪里？歪在把君念成天子，念成民之父母。歪在只讲君主以民为本，不讲民之所本。即便讲民之所本，也只讲足食或温饱。这些都是为统治者得民心、弄民意服务的。民众只是被当做牧放的对象、统治的客体。与民相关的常用官场语汇也渐渐变得卑琐乃至污秽，若“臣民”、“小民”、“子民”、“游民”、“刁

民”、“悍民”、“贱民”。照这样的歪经念下去，民权要素只能越念越少。也因此，喊出民贵君轻的孟子，曾几次被逐出国之庙堂，享受不到后人的祭拜。当然，物极必反。一旦民无所本而日益弱散，政无所本而日益败坏，便会自然出现一些高呼替天行道的好汉和士大夫，率领饥民、灾民、难民、冤民、怨民们去行使改朝换代的天然权利，重复那“其兴也浚，其亡也忽”的周期律。

总的说来，中国传统的民本学说，讲治者以民为本较多，讲民之所本较少。在讲民之所本的时候，既论及权利为民之所本，也论及权利之所本，遗憾的只是缺乏应有的抽象概念，更缺乏具体的制度设计。因此，虽然从理论上赋予民众一些应有权利，但由于没有明确的、可以作为制度操作原则和技术的民权概念，民权的要求不能落实。这种泛肆宽约的非制度、非程序的民权，只能作为起义暴动的动力和凭借。到了19世纪，随着“西学东渐”，古代罗马人发明的权利概念连同启蒙思想、工业技术传入中国，与民本观念相接引。英文“rights”一词翻译成“权利”，尽管留有缺憾，但为传统民本思想里的权利因素和欧洲启蒙思想里的民主诉求找到合适的汉语表达，都提供了某种便利。面对民族危亡、政治黑暗，“民权”一词的诞生，民权观念的激扬，便是很自然的了。那个时候，对于民权的论证，大都最终落脚在把民权解读为强民之道。也就是说，通过赋民众以权利，使民自立、自为、自强，即所谓“empowering people”。如严复所言：“（权）必在我，无在彼，此之谓民权。”（《法意》，第十一卷第十九章，“复案”）通常所见的逻辑是，国之富强，必民自强。民之自强，必民自由。民之自由，必民有权。民无权，则国无权。民权弱，则变法不通。

这些论证，为传统的民本说注入了新的要素，推动了民权诉求通过风起云涌的社会改良和政治革命，借助法定权利概念进入实在法体系，并影响司法。这个过程，按现代主义的说法，既是思想的启蒙，又是制度的革命。其实，如果我们平心静气地回到先秦儒学，洞察权利原理，从民之所本讲起，那么，这个过程，实质上可以看作借助现代政治话语向先秦儒学的某种复归。民之所本者，民之尊严、自由之所系。衣食住行、喜乐安和皆关涉尊严与自由，但在政治领域，民之所本者，乃是民权。惟有民众享有政治权利，才能真正当家做主。因此，要把传统的民本学说改造甚至颠覆一下，多讲民之所本，并把民之所本落实在民权。同时，在理论上把民权贯通于天道人性，在实践中把民

权落实于制度程序。可以说，把民权解读为民之所本，既体现了先秦儒学的真精神，又体现了自由主义权利哲学的要旨。我们应当做的，正是这样平心静气、循本开弘的文化融会和制度建设。

问题在于，中国社会百余年风云激荡，如何容得了平心静气？在民权方面，有两种同生共长、相辅相成的倾向尤其值得注意。一是民权的政治浪漫主义，二是民权的文化怀疑主义。前者在高擎人民主权的旗帜、极力张扬民权的同时，把民权、民主渐渐变成了单纯的政治符号，忘记了民权是由每个活生生的公民个人享有的实实在在的权力；忘记了权力不仅仅是利益或得利保利之权，更重要的是尊严、自由或人之作为人的道德资格；忘记了民权原本是民之所本而非官之所本，从而导致了民权的主体虚置，乃至本末倒置。后者在坚持民权的自由主义立场的同时，把自然的、个人的权利看做西方文化的专利，忘记了自古以来还有中国式的关于自然法、自然权利的思想源流和社会运动；忘记了作为民之所本的权利要求，尤其是维护人之作为人的尊严、自由和利益的愿望，原本是无需移植的；忘记了说了几千年中国话的中国人、包含如此众多的人口、族群、宗教和习俗的中华民族，如若只有物质的而没有文化的自信和力量，是不可能拥有真正的尊严、平等和自由的。如果说，政治浪漫主义消解的是作为民权主体的个人，那么，民权的文化怀疑主义消解的就是民权之所本。的确，在欧风美丽的疾打下，许多人在比较和反省中国固有文化传统的过程中，渐渐丧失了文化的自信，乃至自觉不自觉地以背祖为荣，以挾故为快，以西式为主，以本土为辅，终致不能从自己的文化上回答民之所本、民权之所本是什么。这种由在权利的超越证立上所遇到的理论挫折所引发的文化反省，是深刻的、值得尊敬的，但它也往往为民权立法在政治体制上的不能落实给予廉价的文化开脱，并由于越来越少国学根底的文化比较和反省的盛行，把差异当做单方面的缺乏，使得文化主体的意识和能力遭受进一步的弱化。

民权理论不仅仅是造反的理论、反省的理论，更应当是建设的理论。倡导和保障民权，要先回到民之所本，再讲权利之所本。这需要我们以更多的岑寂，更少的浮躁，在文化上和政治上诚实努力，去建构新的文化本体，建构合格的权利主体。不过，我们也不要忘记，正如不能以自古以来的中国哲学家关于权利的学说来断定老百姓的权利意识和权利要求那样，建构新的文化本体，培养合格的权利主体，不仅仅是或者主要不是哲学家的事情，而是要更多地依

靠制度及其运作。在蕴涵关于人类尊严和自由的普遍法则的民权立法和人权公约越来越普及的时候，制度的价值已经远远超出了制度本身。应当克服传统儒学的弱点，更多地为民权诉求寄托于制度，发展在制度上可操作的民权概念、程序和机制。也只有这样，我们才能在制度上、程序上确保执政为民，权为民所用、情为民所系、利为民所谋。这个思路，可称为民权的制度规范主义。

这套丛书的选题，着眼于民权的制度规范主义。除了《权利理论》一书汇集了当代西方权利哲学的若干代表人物的代表作品外，其他题材皆着眼于基本权利的制度性原理与操作，集中在国际人权公约、人权诉讼、人权教育、财产权与宪政、表达自由、结社自由、人身自由以及女性的权利。作为编者，我真诚地希望，读者诸君能够通过这套书更多地了解基本民权的历史知识和操作知识，同时，这些知识能够为中国人权文化的养成和民权保障的加强提供某种必要的资源或基础。

是为序。

夏 勇

2003年7月于北京

第二版前言

本书第一版出版以来取得的进展，要求对原文进行大量的修改和广泛的扩充。这些进展数量之大，不胜枚举。其中，具有特别深远意义的，是联合国通过的《旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》、《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》和《禁止强迫失踪宣言》等。

在美洲人权法院，弗拉斯奇·罗德里基（*Velásquez Rodríguez*）案阐明了酷刑、法外处决和强迫失踪的规范性地位和法律后果，其影响已超出美洲本地区。欧洲人权法院就土耳其的某些相同行为所作出的一系列判决，特别是对阿克索伊（*Aksoy*）、艾丁（*Aydin*）、卡亚（*Kaya*）和库尔特（*Kurt*）案的判决，也可能具有相同的影响。在索林诉英国（*Soering v. United Kingdom*）案中，美国指控一名犯罪嫌疑人犯有可判死刑的罪行，并要求将其引渡到弗吉尼亚州，欧洲人权法院对该案的判决已被证明具有里程碑意义。

随着《欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的通过，对拘押场所进行国际视察的工作在区域层面得以启动。其形成的制度促使人们在国际层面提出一项动议，现在，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》的议定书正在起草中。

联合国安理会所建立的前南斯拉夫和卢旺达的两个特设刑事法庭激励人们在这一领域作出努力，最终使旨在建立常设国际刑事法院的外交会议得以召开。在第一版中，我明确将该建议排除在结论之外，认为它在中、短期不具有可行性。

1993年联合国人权委员会主席任命我接替彼得·库依曼斯（*Peter Kooijmans*）教授（现已担任法官）酷刑问题特别报告员的职位。当我在书中谈及这

一职务时，使用了第三人称，以使自己的角色不带个人色彩——我希望读者不要产生误会。

书中的一些观点和资料得益于许多人士。经常被我打扰的人有以下诸位：克里斯蒂娜·瑟娜 (Christina Cerna)，费德瑞科·安德若 (Federico Andreu)，克文·博伊尔 (Kevin Boyle) 教授，卡拉·埃德伦波斯 (Carla Edelenbos)，卡米尔·吉法德 (Camille Giffard)，杰夫·吉尔伯特 (Geoff Gilbert) 教授，克里斯托弗·基思·霍尔 (Christopher Keith Hall)，弗朗索瓦·汉普顺 (François Hampson) 教授，阿麦德·莫萨利 (Ahmed Mothali)，埃里克·普罗科施 (Eric Prokosh)，艾斯林·里帝 (Aisling Reidy)，伊恩·塞德曼 (Ian Seiderman)，特里佛·史蒂文斯 (Trevor Stevens)，怀尔德·泰勒 (Wilder Taylor) 和詹姆斯·韦尔什 (James Welsh) 博士。

另外，我的妻子林恩·罗德雷 (Lyn Rodley) 博士承担了文字编辑工作，这一帮助的作用难以估量。并且，她在精神上对我的支持，使我得以度过那段艰难时期。

虽然尽可能考虑包括国际条约批准现状在内的一些较近时期的进展，但本书的目标还是严格限定在1998年3月31日之前。

奈杰尔·S·罗德雷

科尔切斯特

1998年6月

增 补

1998年7月17日，联合国全权大使外交会议通过了《国际刑事法院罗马规约》（联合国文件 A/CONF. 183/9）。该规约预定的目的是，当国内管辖失灵时，国际法庭有可能把犯有种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪的人绳之以法，因此，它是一项彪炳千秋的成就。

该规约确认了本书不同章节尤其是第四、六、八章所陈述的观念。特别是根据《规约》第7条的规定，有计划的或广泛的酷刑、谋杀和强迫失踪，如果作为攻击任何平民区的一部分而实施，都被确认为危害人类罪。“故意造成巨大痛苦或对身体或精神或身体健康造成严重伤害的、具有类似性质的其他不人道行为”也是如此。实际上，危害人类罪包括“违反国际法基本规则的监禁或其他严重剥夺自由的行为”。后者可能与第十一章相关。界定强迫失踪这一令人困扰的问题在下面这段文字中得以解决（与第八章建议的方式近似）：

“强迫人员失踪”意指：“在一国家或政治机构的授权、支持或默许下，对有关人员实施逮捕、拘押或绑架，在此之后又拒绝承认该剥夺自由的行为或拒绝交代这些人员的命运或下落，其目的是使他们长期脱离法律的保护。”危害人类罪的实施可能与武装传统毫不相干。

该规约第8条不仅涵盖了国际性武装冲突期间实施的战争罪行，而且还包括在非国际性武装冲突期间实施的战争罪行。虽然国际刑事法院对战争罪行的管辖权“尤其当其作为一项计划或政策的一部分而实施时，或作为大规模实施此类罪行的一部分而实施时”更具适用性，但不局限于此类情形。换言之，个人行为也符合“战争罪”的描述。正如当时人们预期的那样，它们包括“严重违反1949年8月12日日内瓦四公约共同第3条的行为”。

另外，国际刑事法院将不拥有判处死刑的权力，这对某些主张保留死刑的国家来说，是一个明显的挫败（第七章）。

科尔切斯特

1998年8月

部分缩略语表

缩略语	英文名称	中文名称
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>	《美国国际法杂志》
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>	《英国国际法年刊》
CIOMS	Council for International Organizations of Medical Sciences	国际医学组织理事会
Ecosoc	Economic and Social Council of the United Nations	联合国经济及社会理事会
EHRR	European Human Rights Reports	《欧洲人权报告》
ESCOR	<i>Official Records of the Economic and Social Council</i>	《联合国经济及社会理事会官方记录》
ETS	European Treaty Series	《欧洲条约集》
GAOR	<i>Official Record of General Assembly</i>	《联合国大会官方记录》
HRLJ	<i>Human Rights Law Journal</i>	《人权杂志》
HRQ	<i>Human Rights Quarterly</i>	《人权季刊》
IAPL	International Association of Penal Law	国际刑法协会
ICJ	International Commission of Jurists	国际法学家委员会
ICJ Rep	Reports, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice	国际法院报告、咨询意见和命令
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>	《国际法和比较法季刊》
ICRC	International Committee of the Red Cross	红十字国际委员会

ILO	International Labour Organization	国际劳工组织
ILR	International Law Reports	《国际法报告》
<i>NQHR</i>	<i>Netherlands Quarterly of Human Rights</i>	《荷兰人权季刊》
OAS	Organization American States	美洲国家组织
PCIJ	Permanent Court of International Justice	常设国际法院
<i>SIM Newsletter</i>	<i>Newsletter of the Netherlands Institute of Human Rights (Studie -en Informatiecentrum Mensenrechten)</i>	《荷兰人权研究所通讯》
UN	United Nations	联合国
Unesco	United Nations Educational, Cultural and Scientific Organization	联合国教科文组织
UNTS	United Nations, Treaty Series	联合国条约集
WHO	World Health Organization	世界卫生组织
World Court	Permanent Court of International Justice and International Court of Justice	世界法院 (常设国际法院和国际法院)
<i>Yearbook</i>	<i>Yearbook of the European Conventions on Human Rights</i>	《欧洲人权公约年刊》

条约及其他国际文书列表

1919	凡尔赛条约	2*
1926	禁奴公约	1
1930	强迫劳动公约	280n. 9
1945	联合国宪章	1, 31, 36, 46, 62—65, 177, 311—312
1945	国际法院规约	62
1948	美洲人的权利和义务宣言	4, 51, 53, 237
1948	防止及惩治灭绝种族罪公约	55, 123, 181, 220, 387
1948	世界人权宣言	1, 4, 6, 9, 18, 31, 35, 46, 53, 62—64, 65, 71—73, 75, 177, 179, 202, 205, 208, 256, 298, 312—313, 316, 335, 341
1949	1949年8月12日日内瓦四公约	3, 18, 57—61, 71—72, 74, 121—122, 123, 125, 130—132, 134, 152—153, 189—190, 190—191, 195, 202, 205—206, 298—299, 314—316, 370, 386
	日内瓦第一公约	3n. 4, 121n. 82, 190—191, 297
	日内瓦第二公约	3n. 4, 121n. 82, 190—191, 297
	日内瓦第三公约	3n. 4, 121n. 82, 126n. 102, 103, 190—191, 221—222, 230, 232, 297, 314—315

* 此处标注的是英文本的页码，即本书的边码。——译者注

- | | | |
|------|----------------------------|---|
| | 日内瓦第四公约 | 3n. 4, 121n. 82, 122n. 83, 191, 222, 223, 231, 232, 237, 243, 254, 264, 266, 297, 314—315 |
| 1950 | 欧洲人权公约 | 4, 18, 47, 56, 75, 76, 78—79, 90—91, 98, 109n., 116, 118—119, 135n., 157, 177, 182—183, 186—188, 193, 206, 213—217, 218—219, 221, 260—261, 263, 266, 278, 281, 282—283, 286—288, 296, 318, 323, 339, 340, 343, 344—345, 346—347, 349, 387 |
| 1955 | 伊朗—美利坚合众国睦邻友好、经济关系和领事权利条约 | 70 |
| 1956 | 废除奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约 | 55 |
| 1957 | 废除强迫劳动公约 | 280n. 9 |
| 1961 | 维也纳外交关系公约 | 70 |
| 1963 | 维也纳领事关系公约 | 70 |
| 1965 | 消除一切形式种族歧视国际公约 | 55—56 |
| 1966 | 经济、社会和文化权利国际公约 | 53 |
| 1966 | 公民权利和政治权利国际公约 | 4, 18, 31, 38, 51, 53—55, 73, 75, 83, 95, 109, 116—117, 141, 150, 154, 177—179, 182, 188—189, 202, 205, 207, 218—221, 224—229, 230—231, 233—235, 238—239, 242, 255, 278, 288—289, 290—292, 294—295, 303—304, 305—307, 316, 319—320, 335—337, 338, 342—343, 346, 349, 385—386, 387 |
| 1966 | 公民权利和政治权利国际公约任择议定书 | 53, 86, 112, 116—117, 135, 157, 177n., 210—212, 347 |

- 1969 美洲人权公约 4, 18, 51, 53, 56, 109n., 157, 178, 217—219, 221—222, 224, 232, 236—237, 238—239, 242, 255, 260, 278—279, 303, 339, 340, 343, 347, 349, 386
- 1969 维也纳条约法公约 74n. 93
- 1970 关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言 60n. 46
- 1973 禁止并惩治种族隔离罪行国际公约 56, 124n. 93, 181, 195, 203, 247
- 1975 保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言（禁止酷刑宣言） 4, 19, 20, 35—37, 40—43, 44—45, 49, 61—62, 64—65, 73, 76, 85, 100, 111, 114—115, 119, 128, 130, 132, 136, 138—139, 162, 171, 175, 198, 278, 320—321, 322, 325
- 1977 1949年8月12日日内瓦四公约第一附加议定书 57, 60—61, 191, 236, 238, 299n., 315, 386
- 1977 1949年8月12日日内瓦四公约第二附加议定书 57—60, 189—190, 236, 238, 299n., 316, 323, 386
- 1979 反对劫持人质国际公约 120n., 78
- 1981 非洲人权和民族权利宪章 4, 18, 57, 128, 178, 255, 340, 386
- 1983 欧洲人权公约第六议定书 213—217
- 1984 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 5, 47, 48—50, 74, 52—53, 76—77, 83, 85, 99, 100, 110—111, 114—115, 116—117, 129, 130—132, 137, 150—161, 171, 176, 192—193, 199, 269, 322, 386
- 1985 非居住国国民个人人权宣言 47n. 3
- 1985 美洲防止和惩治酷刑公约 5, 47, 51—53, 74, 85, 99—100, 101, 111, 130, 134, 194, 386
- 1987 欧洲防止酷刑、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约 5, 47, 161—165, 176