



大会

Distr.: General
26 September 2012
Chinese
Original: English

第六十七届会议

议程项目 69(b)

促进和保护人权：人权问题，包括增进人权
和基本自由切实享受的各种途径

反恐时促进和保护人权与基本自由 *

秘书长的说明

秘书长谨向大会转交反恐时促进和保护人权与基本自由问题特别报告员
本·埃默森根据大会第 66/171 号决议和人权理事会第 15/15 号决议提交的报告。

* 本报告迟交的原因是为了包括各会员国收到的意见。



摘要

本报告是现任反恐时促进和保护人权与基本自由问题特别报告员本·埃默森向大会提交的第二次年度报告。

本报告第二节列举了特别报告员自2012年4月3日至8月31日的主要活动。在第三节中，特别报告员评价了第1904(2009)号决议所设(并由第1989(2011)号决议延长的)监察员办公室的任务及其与国际人权规范的兼容性，并特别评估了其对理事会制裁基地组织制度本身固有的适当程序方面的不足之处的影响。本报告建议修订任务规定，使其完全符合国际人权规范。

目录

	页次
一. 导言	4
二. 特别报告员的活动	4
三. 评价 1267/1989 制裁基地组织制度监察员办公室的影响及其与国际人权规范的兼容性	5
A. 法律框架	5
B. 对基地组织制裁制度	11
C. 加强制裁基地组织制度中的适当程序	13
四. 结论和建议	21

一. 导言

1. 本报告由反恐时促进和保护人权与基本自由问题特别报告员本·埃默森根据大会第 66/171 号决议和人权理事会第 15/15 和 19/19 号决议提交。本报告列举了特别报告员自 2012 年 4 月 3 日至 8 月 31 日的活动，并评价了第 1904(2009) 号决议所设(并由第 1989(2011)号决议延长的)监察员办公室的任务及其与国际人权规范的兼容性，特别评估了其对于理事会制裁基地组织制度本身固有的适当程序方面的不足之处的影响。报告建议修订任务规定，使其完全符合国际人权规范。

二. 特别报告员的活动

2. 2012 年 4 月 12 日，在一次主题为“如何反恐时保护人权”的关于秘密移解和拘留做法的公开听证会中，特别报告员在欧洲议会人权小组委员会发言。他提到四个特别程序任务开展的工作，即：反恐时促进和保护人权与基本自由问题特别报告员、酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚问题特别报告员以及任意拘留问题工作组和强迫或非自愿失踪问题工作组，就关于在反恐背景下与秘密拘留有关的全球做法问题的联合研究报告(A/HRC/13/42)开展的后续工作。在发言中，他提出了对于情报部门在打击恐怖主义时所进行活动的人权关切，并强调必须监督情报部门的活动，并回顾恐怖主义嫌疑人应在普通刑事法院的公开诉讼中进行审判，实行公平审判标准，其中包括被捕后可立即自行选择一名律师。

3. 2012 年 5 月，特别报告员在法国斯特拉斯堡会见了新任命的欧洲委员会人权专员和通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)。

4. 2012 年 4 月至 6 月，特别报告员就其提交人权理事会的关于保证恐怖主义受害者的人权的框架原则的专题报告(A/HRC/20/14 及 Add. 1 和 2)，与一些会员国、包括受害者组织在内的非政府组织以及其他利益攸关方举行了会议。

5. 6 月 11 日至 13 日，特别报告员出席了在日内瓦举行的人权理事会特别程序任务负责人第十九次年会。

6. 6 月 20 日，特别报告员向人权理事会第二十届会议提交了关于保证恐怖主义受害者的人权的框架原则的报告(A/HRC/20/14 及 Add. 1 和 2)，并举行了一场新闻发布会。在此期间，他还作为讨论成员参加了一个主题为“美国定点清除方案对人权的影响”的会外活动，该活动由美国公民自由联盟、宪法权利中心、国际法学家委员会和国际人权联合会联合主办。

7. 2012 年 6 月，特别报告员出席了大会对联合国全球反恐战略的第三次审查。他参加了一个主题为“对话、了解和消除恐怖主义的吸引力”的研讨会，该研讨会由大会主席与反恐执行工作队和联合国区域间犯罪和司法研究所合作举办。

8. 6月27日，特别报告员与基地组织制裁委员会监察员金伯利·普罗斯特一起，作为讨论成员参加了由德国主办的主题为“1267 制度分立一年之后定向制裁的未来：1267/1989 和 1988 制度：目前状况和今后的挑战”的辩论。

9. 2012年7月5日和6日，特别报告员参加了在布鲁塞尔举办的在反恐方面的公正审判和适当程序问题第三次区域专家研讨会，并提供了有关对涉嫌恐怖主义罪行者进行调查和预审阶段包括行政拘留制度和审查程序的干预措施。

10. 2012年7月9日和10日，特别报告员参加了在马德里举行的关于恐怖主义受害者的高级别会议。

11. 在报告期内，如本报告第三节所述，特别报告员还广泛会晤了 1267/1989 制裁制度相关的利益攸关方或与其进行了磋商。

三. 评价 1267/1989 制裁基地组织制度监察员办公室的影响及其与国际人权规范的兼容性

12. 自成立以来，安全理事会第 1267 (1999) 号决议所设制裁制度的性质和范围已经演变为联合国全球反恐机制的永久性工具，更类似于一个国际执法制度，而不是安全理事会为避免迫在眉睫的国际和平与安全威胁通过的一个临时政治措施。因此，该制度一直因未能纳入一个独立司法审查机制而受到批评(见下文第 14 和 20-21 段)。本报告评价了第 1904 (2009) 号决议所设(并由第 1989 (2011) 号决议延长的)监察员办公室的任务及其与国际人权规范的兼容性，特别评估了其对理事会制裁基地组织制度所固有的适当程序方面的不足之处的影响。为编写本报告，特别报告员与下列各方进行了磋商：第 1989 (2011) 号决议所设制裁基地组织委员会主席、整个制裁委员会、第 1526 (2004) 号决议所设分析支助和制裁监察组、若干国家以及监察员本人。他还收到了许多代表向监察员办公室提出除名申请的个人的律师提交的陈述。他希望向所有为这次审查作出贡献的人们表示感谢。

A. 法律框架

13. 制裁基地组织制度目前的形式要求所有国家对制裁委员会指认的与基地组织有关联的个人和实体采取一系列措施，包括资产冻结、国际旅行禁令和武器禁运。¹ 这些制裁措施通常会导致被列入名单的个人无法使用其财产，无法享受社会保障福利，其工作能力和国内外旅行的能力受到限制。这对被列名人员及其家庭的影响可能十分严重，² 导致一个国内法庭将被列名人员称为“实际上是国家

¹ 见安全理事会第 1989 (2011) 号决议。

² 见英国财政部(答辩方辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人 (FC) (上诉人诉方) [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 6 段；欧洲法院，C-340/08 R 号案件 (M 和其他等人) 诉英国政府财政部，2010 年 4 月 29 日判决，欧洲法院 (第四分庭)。

的囚徒”。³ 他们遭受的名誉损失不可估量。此外，按照现行制度，个人被列入名单无时间期限，可能导致实际上成为被永久指认。

14. 采取一种使安理会可依据会员国提名作出列名决定的措施，这提供了一个便捷的途径，使国家可以藉此作出具有深远后果的行政决定，而且显然不受国内司法审查或对其有约束力的国际人权条约的制约。因此，不出所料，该制度多年来受到措辞强烈的持续批评。⁴ 国际法学家委员会恐怖主义、反恐与人权问题知名法学家小组 2009 年的报告总结了国际社会的关切。⁵ 该小组提及“当前实施的制度受到几乎一致的批评”，并同意欧洲委员会会议会的看法，即该制裁制度“违反了人权和法治的根本原则”，因此“不是”一个国际机构“所应有的制度”。⁶

15. 问题的根源在于国际法规范的冲突。由于安全理事会是一个政治机构，⁷ 其传统决策结构缺乏保护个人正当程序权利所必要的程序性机制。这些权利在国际人权条约中得到尊崇，并广泛地体现在国家和区域的法律制度中。一些“核心”

³ 英国财务部(答辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC)(上诉人诉方)[2010]UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 60 段。

⁴ 见 A/HRC/16/50, 第 17-22 段和 44 段; A/63/223, 第 16 段; A/65/258, 第 55-57 段; Bardo Fassbender, “Targeted sanctions: listing/de-listing and due process”, 联合国委托的研究, 法律事务厅(2006 年); 欧洲委员会, 议会, 第 1597(2008)号决议, 第 7 段; 2007 年 Marty 报告, 第 11454 号文件(欧洲委员会, 议会); I. Cameron, “欧洲人权公约、适当程序与联合国安全理事会反恐怖主义制裁”, 欧洲委员会委托的报告(2006 年); David Cortright 和 Erika de Wet, “定向制裁人权标准”, (制裁和安全研究方案, 2010 年 1 月); I. Johnstone, “The United Nations Security Council, counter-terrorism and human rights”, in *Counterterrorism: Democracy's Challenges*, Andrea Bianchi and Alexis Keller, eds. (Oxford, Hart (Publishing, 2008); Josiane Auvret-Finck, “Le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour européenne des droits de l’homme”, and Constance. Grewe, 《Les exigences de la protection des droits fondamentaux》, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne. équilibres et déséquilibres de la balance*, Constance Grewe et al., eds. (Brussels, 2010); Dire Tladi and Gillian Taylor, “On the Al Qaida/Taliban Sanctions Regime: Due Process and Sunset”, 10 *Chinese Journal of International Law*(2011); Security Council Cross-Cutting Report on the Rule of Law, No. 3(28 October 2011); Anthony Aust, “The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council: A Practitioner's View”, in *Review of the Security Council by Member States* Erika de Wet and Andre Nollkaemper, eds.; Eric Rosand, “The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions”, 98 *American Journal of International Law*, 745(2004)。

⁵ 见国际法学家委员会, 《Assessing Damage, Urging Action(“评估损害, 加紧行动”): 恐怖主义、反恐和人权问题知名法学家小组的报告》(日内瓦, 国际法学家委员会, 2009)。

⁶ 同上, 第 116-117 页。

⁷ 见 Hans Kelsen, “Collective Security and Collective Self-Defence under the Charter of the United Nations”, 42 *American Journal of International Law*, 783(1948)。

正当程序权利得到当今习惯国际法规则的公认，包括不得自审这一基本原则(任何人不得在自己的案件中担任法官)。⁸

16. 按照制裁基地组织制度，安理会通过其制裁委员会负责指认个人和实体的综合清单以及审理除名申请。这不符合任何合理的正当程序概念，而且显得安理会的行动逾越了法律。然而，一些安理会成员不愿意将其《宪章》第七章的权力交给一个独立机构具有约束力的任何形式的审查。事实上，一些人认为，这将违背《联合国宪章》的规定，因此属于越权。

17. 特别报告员不同意这种分析。安理会主要是一个政治机构而不是一个法律机构，但它在这个问题上却行使着准立法和准司法职能。⁹ 根据《宪章》第 25 条和 103 条，各国必须遵守安理会根据《宪章》第七章通过的具有约束力的决定，即便这意味着违反它们在其他国际条约下所负义务。¹⁰ 鉴于国际法的避免规范性冲突的前提条件，¹¹ 人权条约机构已经制定了一个建设性原则，大意是理解安理会决议以安理会不打算侵犯基本权利的推定为条件。¹² 然而，对于制裁基地组织制度，有关决议的用语不允许采取这种做法。¹³

⁸ 见 CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6(1994) 第 8 段；Theodor. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, pp. 96-97 (Clarendon, 1989)；International Bar Association, *International Terrorism: Legal Challenges and Responses: A Report by the International Bar Association Task Force on Terrorism*, p. 71 (2004)；Luis Condorelli, "Conclusions", in *Les évolutions de la protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux et européens - développements récents*, G.M. Palmieri, ed., p. 359 (Brussels, 2012)；安全理事会共有问题报告。

⁹ 见 Jeremy Matam Farrall, *United Nations sanctions and the rule of law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007)；Jose Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (New York, Oxford University Press, 2005)。

¹⁰ 见国际法院，洛克比空难事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题(阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国和阿拉伯利比亚民众国诉联合王国)，国际法院案例汇编，第 1 卷，第 16 页第 42 段和第 113 页第 39 段(1992)。国际法院，尼加拉瓜诉美利坚合众国，国际法院案例汇编，第 392 页第 107 段(1984)；英国财务部(答辩方辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC) (上诉人诉方) [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 11 段。

¹¹ 见 A/CN. 4/L. 682, 第 37 段。

¹² 见 CCPR/C/94/D/1472/2006 ("Sayadi 和 Vinck 诉比利时案")，Nigel Rodley 爵士的个别意见；欧洲人权法院，Al-Jedda 诉联合王国，第 27021/08 号申诉，判决，2011 年 7 月 7 日(大法庭)，第 101-102 段。

¹³ 见 Nada 诉瑞士案，第 10593/08 号案，欧洲人权法院，2012 年 9 月 10 日，第 172 段。

18. 安全理事会的权力受到《宪章》¹⁴ 的界定和限制(以及习惯国际法的绝对法规范制约)。¹⁵ 依据《宪章》第 24 条第 2 项,安理会在行使第七章下的权力时,必须遵照第 1 条中所定义的联合国宗旨,其中既包括维持国际和平与安全,也包括促进尊重人权。大会和安理会经常强调,这些要求不是背道而驰的。¹⁶ 在最近于 2012 年 7 月对联合国全球反恐战略进行的审查中,大会再次呼吁支持反恐工作的联合国各实体继续促进增进和保护人权、正当程序与法治。¹⁷ 正如前秘书长科菲·安南所指出的那样,法治是本组织使命的一个“核心”理念。¹⁸

19. 2005 年世界首脑会议成果文件呼吁安全理事会在秘书长支持下,确保订立公正、透明的程序,用于将个人和实体列入制裁名单和从中删除,以及给予人道主义豁免。¹⁹ 2006 年 6 月 22 日,在其关于法治的专题辩论结束时,安全理事会承诺继续执行这一建议。²⁰ 安理会自身已确认,应当用人权和国际法来指导反恐行动。²¹ 与此相关的是,安理会自 2008 年以来在其关于 1267/1989 制裁制度的每一项决议序言部分均包括一项此类声明。

20. 依据《宪章》第 39 条,安理会决定,与基地组织有关联的国际恐怖主义是对国际和平与安全的威胁,为消除这个威胁必须依据第 41 条采取有效制裁制度。但是,由于安理会没有自己的执法机制,它依赖各国执行其决议的能力。即便安

¹⁴ 见国际法院,关于接纳国家成为联合国会员国的条件的咨询意见(《宪章》第 4 条),国际法院案例汇编,1948 年,第 57 页;前南斯拉夫问题国际刑事法庭,检察官诉 Dusko Tadic 案,对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决,前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭,1995 年 10 月 2 日 IT-94-1-AR72 号案件第 28 段。

¹⁵ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用,临时措施,1993 年 9 月 13 日的命令,国际法院案例汇编,1993 年,第 325 页,劳特帕赫特法官的个别意见,第 440 页,第 100 段;A/CN.4/L.778,国际法委员会,国际组织的责任的条款草案,第 26 条(2011 年 5 月 30 日);Stefan Talmon,“Security Council Treaty Action”,*Revue Helénique de Droit International*, p. 68(2009);Alexander Orakhelashvili,“The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”,*16 European Journal of International Law* 59(2005);检察官诉 Dusko Tadic 案,对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决,前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭,1995 年 10 月 2 日,IT-94-1-AR72 号案件,第 296 段;Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案,欧洲共同体初审法院,T-315/01 号案件,2006 年 9 月 21 日,第 230 页;Al-Jedda 诉联合王国,第 27021/08 号申诉,判决,2011 年 7 月 7 日(大法庭);及英国财务部(答辩方辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC)(上诉人诉方)[2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 151 段。

¹⁶ 见第 60/288 号决议。

¹⁷ 见第 66/282 号决议,第 9 段。

¹⁸ 见 S/2004/616,第 6 段。

¹⁹ 见第 60/1 号决议,第 109 段。

²⁰ 见 PRST/2006/28。

²¹ 安全理事会第 1456(2003)号决议。

理会自身在依据第七章行动时不受国际人权法的正式限制(这是一个存在严重争议的问题),²² 但会员国在执行安理会决定时无疑受到人权义务的约束。经验表明, 由于在联合国一级不存在独立司法审查机制, 严重破坏了该制度的有效性和想然合法性。国家和区域法院和各条约机构认识到他们没有审查安理会决定本身的管辖权,²³ 便将注意力集中在国内执行措施, 并评估其是否符合基本的正当程序规范。正是由于这个原因, 一系列成功的法律抗辩撤销了执行立法或宣布其为非法, 突出显示了这个问题。²⁴

21. 最近的一个此类决定是欧洲人权法院大审判庭在Nada诉瑞士案中的裁决。¹³ 法院判定, 瑞士联邦委员会执行(经修订的)第 1267(1999)号决议的一条法令对申请人的行动自由施加限制, 违反了欧洲人权公约第 8 条, 侵犯了他的私人生活权利。然而, 更具实际意义的是, 法院判定违反了该公约第 13 条(接受有效的国内补救的权利)。法院得出结论认为, 在联合国一级没有有效的司法审查, 因此各公约缔约国有义务在国内法下提供有效补救。这意味着对一个有管辖权的实体的事实和法律进行全面审查以确定每个案件中各项措施是否合理适当, 以及命令取消这些措施的权利。²⁵ 因此, Nada案的判决响应了欧洲法院和综合法院在Kadi

²² 见 Frédéric Mégret 和 Florian Hoffman, “The UN as a Human Rights Violator? Some reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities”, 《人权季刊》第 25 卷第 2 号(2003 年 5 月), 第 317 页; René Cassin, “La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme” 载于《国际法学院教程汇编》第 79 卷(1951-II); Andrea Bianchi, “Security Council’s Anti-Terror Resolutions and their Implementation by Member States” 《国际刑事司法学报》2006 年第 4 卷第 5 期, 第 1062 页。A/65/258, 第 17 段; 及 A/64/10。

²³ 见 C-402/05 P 和 C-415/05 P 合并案, Yassin Abdullah Kadi 和 Al Barakaat 国际基金会诉欧洲联盟理事会欧洲共同体委员会、欧洲法院(大法庭), 2008 年 9 月 3 日, 第 287 段; CCPR/C/94/D/1472/2006 (“Sayadi 和 Vinck 诉比利时案”), 第 7.2 段; Al-Jedda 诉联合王国, 第 27021/08 号申诉, 判决, 2011 年 7 月 7 日(大法庭), 第 76 段; Nada 诉瑞士案, 第 10593/08 号案, 欧洲人权法院, 2012 年 9 月 10 日, Malinverni 法官的同意意见, 第 20 段; 英国财务部(答辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC) (上诉人诉方) [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 151 段。

²⁴ 见 C-402/05 P 和 C-415/05 P 合并案, Yassin Abdullah Kadi 和 Al Barakaat 国际基金会诉欧洲联盟理事会欧洲共同体委员会、欧洲法院(大法庭), 2008 年 9 月 3 日; CCPR/C/94/D/1472/2006 (“Sayadi 和 Vinck 诉比利时案”), Nigel Rodley 爵士的个别意见; Abdelrazak 诉外交部 [2009] FC 580; 英国财务部(答辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC) (上诉人诉方) [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534; T-85/09 号案件 Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟委员会, 普通法院(第七分庭)2010 年 9 月 30 日 [2011] CMLR 24。

²⁵ 见 Nada 诉瑞士案, 第 10593/08 号案, 欧洲人权法院, 2012 年 9 月 10 日, Malinverni 法官的同意意见, 第 23-25 段; 另见 Josiane Auvret-Finck, “Le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour européenne des droits de l’homme”, and Constance. Grewe, 《Les exigences de la protection des droits fondamentaux》, in Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’ Union européenne. équilibres et déséquilibres de la balance, Constance Grewe et al., eds. (Brussels, 2010)。

诉讼案中的做法，²⁶ 认为欧洲联盟委员会采取的区域执行措施应根据对欧盟机构具有约束力的人权标准进行裁决。但是，Nada案的原则比Kadi诉讼案的地域影响力更广泛，因为该原则适用于欧洲委员会的全部 47 个成员国，其中包括安全理事会的 3 个常任理事国。

22. 在Nada案裁定之前，前任特别报告员就已表达过这样的观点：只要在联合国一级没有对列名进行有效的独立司法审查，“被列名的个人和实体就必须有渠道使任何执行第 1267(1999)号决议规定的制裁措施受到国内司法审查。”²⁷ 但是，国内司法审查不足以替代在联合国一级的正当程序，因为负责执行的国家可能无法接触到列名的全部理由(见下文第 25 段)。即便其能够接触到，指认国也可能不同意公布这些信息。²⁸ 这可能妨碍国家或区域法院执行有效司法审查。²⁹ 在更普遍的意义上，正如人权事务高级专员所说，个人和实体在国家层面质疑自己被列入名单的能力也受到会员国依据《宪章》第 25 条和 103 条所负义务的制约。³⁰

23. 虽然迄今这些司法裁定均未直接质疑安理会决议，³¹ 但其效果已使这些决议事实上无法执行。如果这些措施无法在国家和区域一级得到合法执行，那么普遍制裁的逻辑就行不通了，带来被锁定资金可以开始向那些无法合法执行该制度的政体流动的可怕前景。因此，安理会必须找到一个符合对会员国有约束力的人权标准的解决方案。安理会在《宪章》下的权力足够宽泛，足以实现这一点。³² 当一个国际组织的机关采取行动来实现其宗旨之一时，它理应在其权限内行动。³³

²⁶ 见 C-402/05 P 和 C-415/05 P 合并案，Yassin Abdullah Kadi 和 Al Barakaat 国际基金会诉欧洲联盟理事会欧洲共同体委员会、欧洲法院(大法庭)，2008 年 9 月 3 日；另见 T-85/09 号案件，Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟委员会，普通法院(第七分庭)2010 年 9 月 30 日[2011] CMLR 24。

²⁷ A/65/258，第 58 段；另见恐怖主义列名立法审查示范条款：A/HRC/16/15，第 33-35 段。

²⁸ 见 Hay 诉英国财政部[2009] EWHC 1677；英国财务部(答辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC)(上诉人诉方)[2010] UKSC 2，[2010] 2 AC 534。

²⁹ 见 R(Hany Youssef)诉外交和联邦事务大臣[2012] EWHC 2091(Admin)2012 年 7 月 23 日。

³⁰ 见 A/HRC/16/50，第 19 段。

³¹ 见 C-402/05 P 和 C-415/05 P 合并案，Yassin Abdullah Kadi 和 Al Barakaat 国际基金会诉欧洲联盟理事会欧洲共同体委员会、欧洲法院(大法庭)，2008 年 9 月 3 日，第 287 段；CCPR/C/94/D/1472/2006 (“Sayadi 和 Vinck 诉比利时案”)，第 7.2 段；Al-Jedda 诉联合王国，第 27021/08 号申诉，判决，2011 年 7 月 7 日(大法庭)，第 76 段；及 Nada 诉瑞士案，第 10593/08 号案，欧洲人权法院，2012 年 9 月 10 日，Malinverni 法官的同意意见，第 20 段。

³² 见检察官诉 Dusko Tadic 案，对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，1995 年 10 月 2 日 IT-94-1-AR72 号案件第 28 段。

³³ 见联合国某些经费(《宪章》第 17 条第 2 项)，1962 年 7 月 20 日咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》第 151-168 页。

按照第七章,应由安理会来判断其提议采取的措施是否符合《宪章》的目的。³⁴ 安理会已明确确认,国内和区域对执行制裁制度的法律挑战威胁到其有效性。³⁵ 特别报告员认为,其不可避免的推论是,安理会拥有第七章授予的权力,可通过在联合国一级设立一个有权审查和推翻委员会的指认的独立仲裁人,加强制度有效性。³⁶ 正如大会所预期的那样(见第 18 段),这种做法应通过加强该制度的执行以及统一《宪章》第 1 条第 1 项和第 3 项的要求,促进国际和平与安全,解决目前妨碍执行的国际规范冲突(见第 20-22 段),并认可第 1989(2011)号决议序言中所概述的宗旨概要(见第 19 段)。这不意味着将第七章授予的权力进行任何不能允许的下放,因为这将要求安理会通过一项决议,其中安理会表示自愿遵从一名独立仲裁人的结论,而且安理会可以随时废除或修订有关决议。独立仲裁人进行的审查不会交给安理会作出决定,而是交给行使指定行政权的一个附属机构作决定。特别报告员得出结论认为,以越权为由反对设立独立司法审查机制的意见均经不起推敲。正如秘书长所说:³⁷ “国际法律的演变使直接赋予个人的权利越来越多。……现在应该将适用于联合国的法律与国际人权法的发展协调起来。”

B. 对基地组织制裁制度

24. 根据第 1989(2011)号决议,表明个人或实体与基地组织“有关联”的活动包括:对基地组织,或其任何基层组织、下属机构、由其分裂或衍生出来的集团的行动或活动提供任何形式(财政或非财政)的支助。³⁸ 这反映了将一个不能归类并称之为组织的实体作为目标所存在的固有的定义上的困难,且这样的实体不存在明确或统一的指挥和控制结构,也没有成员标准。³⁹ 安理会由此发出的信号是一种对象广泛的战略,留出了相当大的余地,让参与实施该制度者来定夺。⁴⁰

³⁴ 见欧洲人权法院, Behrami 诉法国案, Saramati 诉法国、德国和挪威案[2007]45 欧洲人权报告 SE 85 第 148 段; 英国财务部(答辩方辩方)诉 Mohammed Jabar Ahmed 和其他等人(FC)(上诉人诉方)[2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 11 段; 另见脚注 31。

³⁵ 见安全理事会第 1989 (2010)号决议, 序言部分第 11 段。

³⁶ 确实, 前任特别报告员认为, 没有独立的司法审查, 导致现行制裁制度超出了《宪章》第七章授予安理会的权力。

³⁷ A/65/318, 第 94 段。

³⁸ 见安全理事会第 1989(2011)号决议, 第 4 段。

³⁹ 正如监测组所指出, “基地组织日益代表在各种局部和整体情势中进行暴力对抗的思潮, 而不是具有特定目标的统一团体。”; 见 S/2005/83, 附件, 第 9 段; 另见 S/2012/600。

⁴⁰ 监察组告知特别代表, 对声称属于基地组织但不一定与之有任何真正关系的团体的指认, 委员会的做法是将其作为一个“政治判断问题”; 例如, 青年党和博科哈拉姆组织“目前”还未被指认, 但如果委员会以后认为恰当的话可能会被指认。

25. 制裁基地组织委员会由安全理事会所有 15 个理事国组成，并由第 1526(2004) 号决议所设监测组协助。⁴¹ 国家可提名它们认为符合与基地组织“有关联”的个人或实体准则(见第 24 段)的任何个人或实体，条件是在提名简述中说明提名的理由(案情说明)和一些识别信息。⁴² 安全理事会在第 1822(2008) 号决议中规定了一项关于公开披露“简述”的新制度，其目的是将列名理由知会名单所列人员或实体。这类简述是在监测组帮助下准备的，⁴³ 但可对其作编辑修改，删除其中指认国认为敏感的信息。⁴⁴ 这些简述载于委员会网站，内容是详简不一的指控，其典型特点是缺乏关于这些指控的任何详细证据说明。

26. 委员会成员按其各自首都的指示，协商一致通过列名提案。委员会的做法是“无异议”程序，因此，如果没有国家在 10 个工作日之内对列名提案提出异议(或“搁置”)，所设个人或实体将被加入名单。指认国(其不一定是委员会成员)一般应已复核相关证据。一些国家有进行此种复核的明确程序，另一些国家则没有。值得注意的是，委员会总体来说并不审查支持指认的证据，可能并不了解所有相关的信息。⁴⁵ 相互认同立场的各国之间有时会在指认前进行双边外交谈判和有选择地透露资料，指认国没有责任向委员会披露无罪证明资料。⁴⁶ 列名程序的政治和外交性质引起了滥用该制度的担心，即利用这一制度来指认个人和实体，借此推进本质上与基地组织无关的国家政治目标，⁴⁷ 国家甚至可用列名作为方便工具，沉重打击政敌。⁴⁸

⁴¹ 见安全理事会第 1989(2011) 号决议，附件一。

⁴² 见安全理事会第 1617(2005) 号决议、第 1735(2006) 号决议第 5 段、第 1822(2008) 号决议第 12 段和第 1989(2011) 号决议第 13 段。安全理事会原在第 1526(2004) 号决议第 17 段中仅鼓励各国尽可能多提供辨认和背景资料。

⁴³ 见安全理事会第 1989(2011) 号决议，附件一，(k) 段。

⁴⁴ 安全理事会在第 1904(2009) 号决议中设定，将全面公布案情说明，但指认国定为保密的部分除外。

⁴⁵ 见安全理事会第 1989(2011) 号决议中承认了这一问题：见第 18 段，其中仅呼吁会员国向委员会提供“其可能掌握的任何关于会员国的列名请求的资料，以便这些资料有助于委员会就有关指认作出知情决定”。

⁴⁶ 见 A/65/258, 第 54 段。

⁴⁷ 见安全理事会关于贯穿各领域的法治问题的报告，第 3 期(2011 年 10 月 28 日)，第 35 页；Anthony Aust: “The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council: A Practitioner’s View”, in *Review of the Security Council by Member States*, Erika de Wet and Andre Nollkaemper, eds, pp. 31-38。

⁴⁸ 英国财政部(辩方)诉 *Mohammed Jabar Ahmed* 等人(FC) (诉方) [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, para. 181。

C. 加强制裁基地组织制度中的适当程序

1. 任务

27. 2009 年 12 月 17 日，安理会通过第 1904(2009) 号决议，其中设立了一名独立监察员，帮助委员会审议除名请求，监察员的最初任期为 18 个月。第一位监察员是金伯利·普罗斯特，她是起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭的前审案法官，并具有 20 年加拿大联邦检察官的经验，她在 2010 年 6 月 3 日被秘书长任命担任监察员。根据第 1904(2009) 号决议，她的任务是按照该决议附件二规定的程序调查除名请求，并在一定时限内给委员会撰写一份“全面报告”。还要求她就执行任务的情况向安理会每年报告两次。

28. 第 1904(2009) 号决议规定的程序有两个严重缺陷。第一个是，没有正式给予监察员提建议的权力。不过，普罗斯特女士的观点是，她的全面报告应依据常规标准探讨是否有理由继续进行列名。第 1989(2011) 号决议承认和认可这一做法，并给监察员一项任务，就已处理的除名请求提出供采取行动的建议。⁴⁹

29. 第二个缺陷是，除名需要委员会的协商一致。第 1989(2011) 号决议规定的影响最大的改变是更改了上述协商一致前提。现在监察员提出的除名建议在委员会完成综合报告审议的 60 天之后自动生效，除非委员会协商一致作出否决。如果达不成协商一致，委员会任何成员可将除名请求提交安全理事会（“触发机制”程序）。⁵⁰

30. 根据掌握的最新数字，目前综合清单上共有 238 名个人和 68 个实体。监察员收到了 30 份除名申请，其中 19 份已走完除名程序，结果是 16 名个人和 24 个实体被除名（一份申请涉及到 1 名个人和 23 个有关实体）。特别报告员未看到基本资料，难以从原始资料得出可靠结论。可以有信心地指出的是，除名申请成功率颇高，这说明就迄今所处理的案件而言，观察员程序是有效的。同时，这还突出显示了综合名单列名错误的可能性，从而强调了列名和除名程序必须公正明了，符合最起码的国际标准。

⁴⁹ 见安全理事会第 1989(2011) 号决议，第 21 段。

⁵⁰ 见安全理事会第 1989(2011) 号决议，第 23 段。现在指认国提出除名请求时采用同样的程序；同上，第 27 段。

31. 在第 1989(2011)号决议作出修正之前，联合国人权事务高级专员、⁵¹ 前任特别报告员、⁵² 欧洲联盟综合法院⁵³ 和联合王国最高法院⁵⁴ 对监察员任务规定是否符合适当程序的最基本标准作了评估。上述人员和机构一方面欢迎给这一程序引进了独立的因素，但分别都得出结论，即第 1904(2009)号决议授予监察员的任务没有恰当解决以前已提出的对该制度适当程序方面的关切，并列出了 10 个重大异议：(一) 监察员任务规定中没有给予推翻委员会决定的权力；(二) 因此委员会继续充当涉己案件的法官；(三) 除名需要委员会内部的协商一致；(四) 监察员没有提建议的权力；(五) 国家拥有完全的酌处权是否向监察员或委员会披露资料；(六) 同样，监察员是否能向申请人披露敏感信息也须由国家酌处；(七) 无须向申请人披露指认国；(八) 全面报告和监察员的结论均不能向申请人透露；(九) 委员会没有义务就其决定说明理由；(十) 人权受到侵犯时，监察员办公室没有权力提供相应补救。

32. 第 1989(2011)号决议述及了这些批评意见。关于上述(一)至(四)项问题，推翻第 1989(2011)号决议中的协商一致要求的效果是造成一种强烈的假定，即委员会将听从监察员的除名建议。这将大大增加上述任务规定的拉动力，但最终的决定权仍然在于委员会，如果发生争议，决定权则在安全理事会。委员会迄今对“触发机制”采取了一种自我剥夺的做法，⁵⁵ 但据报告至少有一次该机制几乎被使用。⁵⁶ 如果委员会协商一致决定不接受除名建议，或者使用了“触发机制”，独立和公正的要求即受到公然嘲弄，因为在上述情况下“原告同时是法官”。⁵⁷ 更微妙的问题是，这种可能性的存在是否使整个制度无效。

33. 若说现任监察员自身缺乏独立或公正，这种结论是没有根据的。特别报告员指出，她作出了相当大的努力，尽量使监察员办公室向申请人有效提供一些程序上的公正。她成功实现了相当大的适当程序上的改进，并显示出思想独立，获取各利益攸关方信任的能力，并且她自己有决心在任务规定范围内使这一制度尽量公正有效。

⁵¹ 见 A/HRC/16/50, 第 17-22 和 44 段。

⁵² 见 A/65/258, 第 55-56 段；另见 Martin Scheinin: “Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law?”《欧洲法律年鉴》第 28 卷(牛津大学出版社, 2010 年版)。

⁵³ 见 *Yassin Abdullah Kadi* 诉欧洲联盟委员会案, 综合法院(第七分庭), 案件编号 T-85/09, 2010 年 9 月 30 日 [2011 年]《共同市场法律评论》第 24 期, 第 128 段。

⁵⁴ 英国财政部(辩方)诉 *Mohammed Jabar Ahmed* 等人 (FC) (诉方) [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534, 第 78, 80-81 和 239 段。

⁵⁵ 见 S/2012/590, 第 30 段。

⁵⁶ 见 <http://www.reuters.com/article/2012/07/02/us-un-sanctions-saudi-idUSBRE86100D20120702>。

⁵⁷ 见 *Abdelrazak* 诉外交部, [2009] FC 580。

34. 然而，在“客观的”显然独立方面，结构性缺陷仍然存在。联合国人权事务委员会认为，行政机构“控制或指示”一个司法机构“是不符合独立法庭的概念的”。⁵⁸ 欧洲人权法院同样也认为，让有权力更改或撤消司法裁断的行政机构来认可准司法裁断，这与独立法庭“理念本身”相矛盾。⁵⁹ 这一原则并非依据一种看法，即这种权力机构的存在可能间接影响此种机构如何处理和裁决案件。⁶⁰ 可推翻准司法机构裁定的行政权力机构的“存在本身”就足以剥夺前者必要的“显然”独立，无论这种权力的使用多么少，而且也无无论使用这种权力是否或可能会在任何具体案件中成为一个问题。⁶¹

35. 因此，尽管第 1989(2011) 号决议带来了很大的改进，但监察员的任务规定仍不符合客观独立于委员会的结构性适当程序要求。⁶² 特别报告员赞同人权事务高级专员的建议，即安全理事会现在必须探讨“一切可能的途径”，以建立“一个审查列名和除名决定的独立准司法程序”。⁶³ 这必然意味着委员会应作为最后决定接受监察员的全面报告，并应撤除委员会和安理会的决定权。为体现上述更改，特别报告员请安全理事会考虑将监察员办公室更名为指认问题独立仲裁人办公室。

36. 任期保障是司法独立的另一重要保障。⁶⁴ 可由行政部门延期的短期任职通常被认为不符合必须的显然独立。⁶⁵ 监察员的任期每 18 个月需作一次延期，尽管没有迹象显示现任监察员因此受到任何影响，但这一考验仍然是客观的。因此特别报告员建议，指认问题独立仲裁人/监察员的任期不短于 3 年。

37. 特别报告员注意到，第 1989(2011) 号决议规定的人道主义豁免请求必须由所涉个人的国籍国或居住国提交委员会，并受制于委员会的协商一致决策程序。如果相关国家不予同情，上述请求可能永远也不会列入委员会的议程。监测组曾建议，个人应该能够直接向监察员请求人道主义豁免。特别报告员认为，这类申请属于国际人权法管辖的公民权利裁决，因此建议将此归入指认问题独立仲裁人/监察员的规定任务。

⁵⁸ CCPR/C/GC/32, 第 19 段。

⁵⁹ 见欧洲人权法院：*Findlay* 诉联合王国 (1997 年)，24 EHRR 221。

⁶⁰ 见欧洲人权法院：*Van de Hurk* 诉 荷兰 (1994 年)，18 EHRR 481, 第 45 段。

⁶¹ 见欧洲人权法院：*Bryan* 诉联合王国 (1995 年)，21 EHRR 342, 第 38 段。

⁶² 见 *R(Hany Youssef)* 诉外交和联邦事务大臣 [2012] EWHC 2091 (Admin), 2012 年 7 月 23 日，第 50 段；另见 *Silver* 诉联合王国 (1983), EHRR 347 (监察员无权决定有效补救)。

⁶³ 见 A/HRC/16/50, 第 27 和 44 段。

⁶⁴ CCPR/C/GC/32, 第 19 段。

⁶⁵ 见欧洲人权法院：*Incal* 诉土耳其 (2000 年)，29 EHRR 449；UKPC, *Starrs and Chalmers* 诉 *Procurator Fiscal*, 2000 SLT 42；UKHL, *Millar* 诉 *Dickson* [2002] 1WLR 1615。

2. 程序问题

38. 监察员在从会员国获得其出于国家安全或其他原因而认为敏感的资料方面遇到极大困难。安全理事会第 1989 (2011) 号决议敦促会员国酌情向监察员提供相关保密资料，⁶⁶ 但没有就这种义务作出规定，即使资料对除名请求可能具有决定性作用。这使监察员审查所有事实的能力受到极大限制，监察员认为这种挑战“紧迫而又巨大”。⁶⁷

39. 截至目前，监察员已与 11 个会员国谈判订立了披露保密资料的双边协议。⁶⁸ 这种协议通常对保密资料的用途加以限制，禁止向申请人或委员会其他成员披露，并在未征得提供国明确同意的情况下禁止在综合报告中提及。第 1998 (2011) 号决议规定，监察员有义务尊重会员国可能提出的保密条件。⁶⁶ 监察员就这种资料可能需要向申请人提出的问题必须首先由提供国进行审查。

40. 如果一国选择不与监察员分享保密资料，监察员显然就不能在报告中涉及这种资料。⁶⁹ 这种做法固然给指认国披露指控材料提供了某种动力，但却不能对申请人面临的程序不公加以有效制衡。这是因为决策程序中缺乏防止对申请人隐瞒保密资料的手段。有关国家可以选择向委员会其他成员或委员会全体成员双边披露而不向监察员披露资料，⁷⁰ 向监察员披露但不允许向申请人披露，或者将除名请求提交常任理事国拥有否决权的安全理事会。从根本上讲，上述任何一种情况都不符合适当程序国际标准。

41. 如果特别报告员在下文第 59 段 (a) 中提出的建议获得接受，监察员迄今采用的做法将为解决问题打下基础。国内行政法庭和司法法庭已就一国不愿披露给当事人的情报资料的审查制订了程序规则。⁷¹ 这种做法给程序修订提供了有意义的指导，为了能够对这种资料进行国家间的司法审查，就必须修订程序。⁷² 如果，即使存在经适当修订的程序，一国仍不愿披露相关资料或准许向个人披露，那么该国就会被排除出决策过程，因此不公平风险就会消除。

⁶⁶ 见安全理事会第 1989 (2011) 号决议，第 25 段。

⁶⁷ 见 S/2012/590，第 12 段。

⁶⁸ 见 S/2012/590，第 12-13 段。

⁶⁹ 见 S/2012/600，第 4 页。

⁷⁰ 监测组向特别报告员表示，如果一国不与[监察员]分享资料，则必须与委员会成员分享资料，或接受对于此案制裁并非适当手段。

⁷¹ 见 Kent Roach “The Eroding Distinction between Intelligence and Evidence in Terrorism Investigations”。Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11. Nicola McGarrrity, Andrew Lynch and George Williams. Eds. (London, Routledge, 2010)。

⁷² 见欧洲联盟综合法院，C-27/09 P，法兰西共和国诉伊朗人民圣战组织，2011 年 12 月 21 日判决，军法署长 Sharpston 的意见。

42. 欧洲人权委员会裁定，如果反恐措施的司法审查完全或者在决定性程度上依赖未向本国国民披露的情报资料，这一程序就没有达到适当程序的基本标准。⁷³ 作为一个“核心和不可减缩的最低条件”，必须向个人提供充足资料，使其能够对提出的指控作出有效答复。联合王国最高法院在“内政大臣诉AF”案中就采用了这种做法。⁷⁴

43. 监察员认为，她以足够详细的方式向申请人转达了对其提出的基本案情，使其能够对指控作出回答。⁷⁵ 而在另一方面，作为申请人代表的律师对特别报告员表示，他们只能对客户面对的案件进行猜测，需要从事难与其职业义务相符的“投机律师行为”。由于程序缺乏透明，特别报告员无法就这些对立意见作出客观评估。但可以肯定的是，制度允许出现申请人(甚至是监察员)可能不了解对除名申请结果具有决定作用的资料的情况。特别报告员认为，要纠正这种不公平现象，唯一有效的途径就是安全理事会按照上文第 17 至 23 段以及 34 和 35 段提出的各项原则，采纳下文第 59 段(a)中的建议。

44. 对制裁制度提出的具有标志意义的批评意见之一是，目前申请人无权了解指认国是何国。安全理事会第 1989(2011)号决议强烈鼓励指认国允许披露其国名，但没有就此提出要求。⁷⁶ 监察员建议，在为确保公平而必须披露这种资料时，应无需得到指认国的同意。⁷⁷ 特别报告员同意这项评估意见。

45. 当前程序的另一个显著特点是，会员国不承担披露无罪证明资料的义务。作为申请人代表的律师对特别报告员表示，出现过一些没有提交重要的无罪证明材料的情况。程序公平基本原则规定，申请人应能得到国家掌握的对其除名请求有帮助的任何资料，⁷⁸ 包括能说明认罪坦白或供词是通过酷刑或虐待获得的任何证明。⁷⁹ 特别报告员建议要求各国承担表明其是否拥有这种资料的明确义务；会员国如拒绝授权向独立仲裁人办公室/监察员或向申请人披露这种资料，就应对除名请求提出独立的理由，因为这种姿态将使全面、公平的司法审查遭受挫折。

46. 在面对可能通过酷刑获得资料的指控时，监察员采取谨慎行动，尽可能对提交这种资料的国家提出询问。在对资料作出评估时，她适当考虑到可靠性影响以

⁷³ 见欧洲人权法院，A. 诉联合王国(2009)49 EHRR 29，第 218 段。

⁷⁴ 见内政大臣诉 AF，[2010]2 AC 269 HL，第 57 和 83 段。

⁷⁵ 见 S/2012/590，第 30-32 段。

⁷⁶ 见安全理事会第 1989(2011)号决议，第 14 段。

⁷⁷ 见 S/2012/590，第 45 段。

⁷⁸ 见必要更改，欧洲人权法院，Jespersen 诉比利时(1981)27 DR 61；Rowe and Davis 诉联合王国(2000)30 EHRR 1；Foucher 诉法国(1997)25 EHRR 234；SCC, Stinchcombe[1991]3 SCR 326；以及 Chaplin[1995]1 SCR 727。

⁷⁹ CCPR/C/GC/32，para. 33。

及是否存在未受污染的独立佐证。在评估资料的证明价值时，她还寻找连贯一致的模式。但是，她不一定把可能通过酷刑获得的资料排除在评估之外，因为她认为她并不受证据正式规则的约束。

47. 特别报告员对这种做法表示严重关切。作为申请人代表的律师向其表示，通过酷刑获得的资料已被用作指认个人的理由。禁止酷刑是绝对法，《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》第 15 条规定，在任何诉讼程序中不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据。在“A等人诉内政大臣”(第 2 号)案中，⁸⁰ 联合王国上议院裁定，审查反恐情报资料的法庭不能合法审议通过酷刑获得的资料(即使作出正受到审查的决定的行政机关部分依据了这种资料)。上议院还裁定，在面对一个已知实施酷刑国家中被关押者提供的情报时，应要求司法当局对获得情报的方式进行调查，如果认定是通过酷刑获得的情报，就应完全放弃，即使其具有显然的证明价值。

48. 《联合国禁止酷刑公约》第 15 条的各项规定适用于司法或行政当局采用正式程序规则评估证据并作出裁决的任何程序。⁸¹ 特别报告员认为，监察员的任务授权即是这种程序，并且如果这种程序为国家程序，《公约》第 15 条将直接适用。在这方面，他认可前特别报告员的意见，即接收和依靠通过酷刑获得的情报资料属共同实施国际不法行为，违背了为消除酷刑进行合作的普遍义务。⁸² 并且，他和禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员一样，对试图将排斥性原则局限于国家法院程序的做法深表关切，并同样认为接收可能通过酷刑获得的情报资料是对使用酷刑的含蓄纵容和认可，并为通过这种方法获得的资料提供了市场。⁸³

49. 特别报告员因此认为，如以可信依据⁸⁴ 认为情报可能是通过酷刑获得，那么独立仲裁人办公室/监察员就有义务对获得资料的方式进行调查。那么，指认国就应证明资料并非通过酷刑获得。⁸⁵ 如果在调查后仍然存在通过酷刑获得证据

⁸⁰ 见 A 等诉内政大臣 (No. 2) [2005] UKHL 71。

⁸¹ 见 Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, pp. 531-532 (New York, Oxford University Press, 2008)。

⁸² 见 A/HRC/10/3, 第 55 段; ICTY, Furundzija, 1998 年 12 月 10 日, IT-95-17/T10, 第 151 段。

⁸³ 见 A/HRC/10/3, 第 53-56 段。

⁸⁴ 一个已知实施酷刑国家的关押者提供的资料足以成为这种表面合理依据(见 A 等诉内政大臣 (No. 2) [2005] UKHL 71)。

⁸⁵ 见 GK 诉瑞士, CAT/C/30/D/219/2002。

的真正风险，独立仲裁人办公室/监察员就应该根本不考虑这种资料，而不论其显然的证明价值。⁸⁶ 特别报告员强烈建议就此提出一项明确规定。

50. 目前，监察员的报告和建议既不公布也不向申请人披露。监察员认为，这种限制措施对程序的“透明度造成了不必要的破坏”。⁸⁷ 监测组也支持在一定程度上增加透明度。⁸⁸ 如果目前的制度得以保留，特别报告员认为应该准许监察员向申请人披露其提出的建议，并建议监察员的综合报告在必要修订后加以公布。

51. 根据目前程序，委员会在拒绝除名请求时须向申请人提出理由，⁸⁹ 而在接受除名建议时则无需提出理由。委员会的做法是对所有案例提出初步理由，但监察员建议把这种做法变成一项硬性规定。⁹⁰ 特别报告员赞同监察员的建议，即委员会应对所有案件提出理由，并建议委员会尽可能提供充分理由，并且所有案件的理由都应予以公布。

52. 法律代表权是除名程序公平性的根本条件。监察员共收到 30 项申请，截至目前 21 项已有法律代表。但是，作为申请人代表的律师多数是无偿提供服务，因为目前没有与各国国际刑事法庭建立的法律代表筹资机制相类似的机制。国际标准要求，如果被告因经济拮据而无力支付律师费用，各国应为被告的法律辩护提供资金。⁹¹ 特别报告员建议，为制裁基地组织制度的除名程序建立这种机制。

53. 为了确保申请人和独立仲裁人办公室/监察员之间的有效互动，这种互动应该以申请人懂得的语言进行。多项国际人权文书都承认这项权利。⁹¹ 目前，监察员办公室不提供文件翻译和约谈口译的服务。⁹² 这种情况应尽快加以纠正。

54. 监察员明确表示，她的职能不是考虑最初的列名是否合理，而是考虑在目前情况下继续列名是否依然合理。监察员遵循安全理事会制订的标准，包括其对与基地组织“有关联”作出的解释(见上文第 24 段)。第 1989(2011)号决议序言部分指出，制裁措施“属预防性质，并非以国家法律所定刑事标准为依据”。⁹³ 监

⁸⁶ 见 Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, pp. 534 (New York, Oxford University Press, 2008)。

⁸⁷ 见 S/2012/590, 第 38-43 段。

⁸⁸ 见 S/AC.37/2012/COMM.48, 第 39 段。

⁸⁹ 见安全理事会第 1989(2011)号决议，附件二，第 13-14 段。

⁹⁰ 见 S/2012/590, 第 44 段。

⁹¹ 见《公民权利和政治权利国际公约》第十四条；《欧洲人权公约》第六条；美洲人权委员会第八条(2)(e)；安全理事会第 1452(2002)号决议规定可以对冻结资产采取豁免措施以支付法律费用。但是，许多申请人经济拮据。并且，获得人道主义豁免方面还存在程序障碍(见本报告第 37 段)。

⁹² 见 S/2012/590, 第 54-56 段。

⁹³ 见安全理事会第 1989(2011)号决议，序言部分第十四段。

察员在制订审查标准时，谋求在制度的基本预防性质和对列名个人和实体造成的重大损害之间取得平衡。⁹⁴ 她采用的测试方法是，是否有“充足资料为继续列名提供合理和可信的基础”。⁹⁴ 监察员寻找具体和其他可靠性的标记，⁹⁵ 而不十分看重含糊、匿名或其他没有出处的资料，除非这种资料得到佐证。监察员表示，缺乏细节和具体性“仍然是一个严重问题”。⁹⁵

55. 1267 制度规定的制裁措施的目的固然具有预防和威慑作用，但是其对被指认个人和实体造成的影响却具有刑事制裁的性质。⁹⁶ 无论如何，这种区分终归不是完全明确的。人权委员会指出，就某些措施而言，无论其属何种正式归类，但从其“性质或严厉程度”来看必须认为这些措施具有刑事性质。⁹⁷ 欧洲人权委员会认为，预防和威慑目标“可被看作是惩罚本身的构成部件”。⁹⁸ 制裁基地组织制度所规定的措施已被正确地认定具有“严厉、压制”和“致瘫”性质。⁹⁹ 这种措施的准刑事性质提出了两个基本问题：提名和除名决定需要怎样的举证标准，制度规定的制裁措施是无限期还是有期限的。¹⁰⁰

56. 特别报告员同意监察员的观点，即列名和除名应该采用同样的标准，仅用怀疑测试法确定的门槛实在太低。¹⁰¹ 但是，她指出在仅有怀疑和国际公认的刑事标准之间存在着多种为人熟知的法律标准，但是第 1989 (2011) 号决议却已将其排除在外。这些中间标准包括合理的怀疑理由、合理的相信理由、以及可能性衡量证据。监察员采用的“合理和可信基础”的测试法未能对两者加以明确区分，也没有表明将要采用哪种标准。

57. 必须在决议的语言中找到答案，但是决议仅仅表明国家刑事证据标准并不合适。鉴于这些措施所造成的准刑事后果，应该按照决议规定尽可能提高审查标准。这将要求委员会和独立仲裁人办公室/监察员用其掌握的材料证明与基地组织有关的指控更有可能是真实的（“可能性衡量”测试法）。¹⁰² 并且，这一标准必

⁹⁴ 见 <http://www.un.org/en/sc/ombudsperson/approach.shtml>。

⁹⁵ 见 S/2012/590，第 34 段。

⁹⁶ 人权事务高级专员认为“明确具有惩罚性”（见 A/HRC/16/50，第 17 段）；前特别报告员认为“是刑事处罚”（见 A/63/223，第 16 段）。

⁹⁷ CCPR/C/GC/32，para. 15。

⁹⁸ 欧洲人权法院，Welch 诉联合国王国，(1995)20 EHRR 247，第 30 段。

⁹⁹ 英国财政部(被告)诉 Mohammed Jabar Ahmed 等(FC)(原告)[2010]UKSC 2，[2010]2 AC 534，第 6 段。

¹⁰⁰ 同上，第 58 段。

¹⁰¹ 见 <http://www.un.org/en/sc/ombudsperson/approach.shtml>。

¹⁰² 见英国财政部(被告)诉 Mohammed Jabar Ahmed 等(FC)(原告)[2010]UKSC 2，[2010]2 AC 534，第 58 段。

须纳入相称要素，这样才能满足欧洲人权法院在“Nada诉瑞士”案¹⁰³中提出、以及人权事务高级专员¹⁰⁴和人权委员会¹⁰⁵所设想的要求。如果采取这种措施对受保护人权构成不当干预，独立仲裁人办公室/监察员应有权发布除名决定。因此，应该要求独立仲裁人办公室/监察员提出除名建议，除非她认为其掌握的材料能够证明：(a) 根据第 1989(2011)号决议的定义被指认个人或实体很可能与基地组织有关联；(b) 实施制裁措施对被指认个人或实体的基本权利的干预是适度的。

58. 这一制度引起关切的另一方面，是对指认个人和实体实施的制裁的不确定性。结合措施的严厉程度来看，制裁措施实际上将成为永久措施的风险使这些措施具有了刑事制裁的色彩。欧洲联盟综合法院认为，鉴于个人被长期列名，“就所涉措施是预防还是惩罚、是保护还是没收、是民事还是刑事的分类问题似乎现已成为一个悬而未决的问题”。¹⁰⁶ 监测组也表示，时间限制有利于防止出现因惯性而被持续列名的情况。考虑到必须加强 1267/1989 制度规定措施的临时和预防的目的，特别报告员建议安全理事会重新讨论“想法一致”国家集团¹⁰⁷ 早先提出的建议，即提出一个对指认加以时限规定的“夕阳条款”。

四. 结论和建议

59. 特别报告员承认并欢迎第 1989(2011)号决议带来的适当程序方面的显著改进，但还是得出结论：制裁基地组织制度仍未达到关于适当程序的国际最低标准，因此提出建议如下：

(a) 修订监察员办公室的任务授权，使其有权接收和确定被指认个人或实体提出的(一) 从综合清单除名的请求，(二) 批准人道主义豁免请求；并作出裁断由制裁基地组织委员会和安全理事会作为最终决定加以接受。为此：

(一) 安全理事会应把监察员办公室更名为指认问题独立仲裁人办公室；

(二) 程序规则应规定会员国在保密的前提下向独立仲裁人办公室披露资料，但应确保按照上文第 38 至 44 段所述原则进行全面和公平的审查；

¹⁰³ 见 Nada 诉瑞士，第 10593/08 号案例，欧洲人权法院，2012 年 9 月 10 日。

¹⁰⁴ 见 A/HRC/16/50，第 19 段。

¹⁰⁵ 见 CCPR/C/94/D/1472/2006(Sayadi and Vinck 诉比利时)，Nigel Rodley 爵士的单独意见。

¹⁰⁶ T-85/09 号案例，Yassin Abudullah Kadi 诉欧洲联盟委员会，综合法院(第七审判庭)，2010 年 9 月 30 日[2011]CMLR 24，第 150 段。

¹⁰⁷ 定向制裁意见一致国家非正式集团成员包括奥地利、比利时、哥斯达黎加、丹麦、芬兰、德国、列支敦士登、荷兰、挪威、瑞典和瑞士；见 Les fondements de notre juridique court-circuités par l'ONU, 1 March 2010, motion passed by the Foreign Policy Commission of the Federal Parliament of Switzerland.

- (三) 在因安全理由进行必要编辑之后，应授权指认问题独立仲裁人办公室作出合情理的公开裁断；
- (b) 不论安全理事会是否通过上文第 59 段 (a) 所载建议：
 - (一) 应将指认问题独立仲裁人办公室的任期至少延长三年；
 - (二) 应要求指认问题独立仲裁人办公室提出除名建议，除非现有资料证明
 - (a) 被指认个人或实体很可能与基地组织有关联；
 - (b) 实施制裁对被指认个人或实体权利的干预是适度的；
 - (三) 如公平性要求披露指认国，应授权指认问题独立仲裁人办公室向申请人披露资料而无需征得指认国的同意；
- (四) 任务授权应明确规定按照上文第 45 段的设想向申请人披露指控资料；
- (五) 指认问题独立仲裁人办公室认为，如有可信依据认为可能通过酷刑获得资料而指认国又无法证明未通过酷刑获得资料，这种资料应不予考虑；
- (六) 安全理事会应作出规定为经济拮据申请人的法律代表提供资金，并提供适当的口译和笔译便利；
- (七) 安全理事会应重新考虑提出对指认作出时限规定的“夕阳条款”；
- (c) 如果第 59 段 (a) 所载建议未获通过：
 - (一) 应授权监察员在向委员会提交综合报告后向申请人披露报告所载建议；
 - (二) 应要求委员会求尽可能全面地对所有案例提出理由并解答申请人提出的问题；
 - (三) 在因安全理由进行必要编辑之后，监察员的综合报告和委员会提出的理由都应公布于众。