



第七十一届会议

临时议程* 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

反恐中注意增进与保护人权和基本自由问题特别报告员的
报告

秘书长的说明**

秘书长谨向大会转交反恐中注意增进与保护人权和基本自由问题特别报告员本·埃默森根据大会第 68/178 号决议和人权理事会第 22/8 和 25/7 号决议提交的报告。

* A/71/150。

** 本文件迟交是为了反映最近的进展。



反恐中注意增进与保护人权和基本自由问题特别报告员的报告

摘要

本报告是现任反恐中注意增进与保护人权和基本自由问题特别报告员本·埃默森向大会提交的第六次年度报告，概述了特别报告员自 2016 年 2 月至 2016 年 8 月开展的主要活动，述及反恐措施对移民和难民人权的影响，并在最后提出了一系列建议。

目录

	页次
一. 导言	4
二. 特别报告员的活动	4
三. 反恐措施对移民和难民人权的影响.....	4
A. 解决从恐怖组织活跃地区移徙的措施对移民和难民的人权影响.....	8
B. 解决“外国恐怖主义作战人员”现象的措施.....	18
四. 结论和建议	21

一. 引言

1. 本报告系根据大会第 [68/178](#) 号决议以及人权理事会第 22/8 和 25/7 号决议提交给大会，其中陈述了反恐中注意增进与保护人权和基本自由问题特别报告员自 2016 年 2 月至 2016 年 8 月开展的活动，审查了反恐措施对移民和难民人权的影响，并在最后提出了一系列建议。

二. 特别报告员的活动

2. 特别报告员在最近提交人权理事会的一份报告 ([A/HRC/31/65](#)) 中陈述了他自上一次向大会提交报告 ([A/70/371](#)) 以来开展的活动。

3. 除上述报告陈述的活动以外，特别报告员在 2016 年 2 月 8 日参加了大赦国际、人权联盟、人权观察和国际人权联合会在巴黎组织的关于评估反恐法律和程序对法国社会和公民自由的影响的研讨会。

4. 2016 年 2 月 11 日，特别报告员以视频连线的形式参加了由联合国反恐怖中心在反恐执行工作队支助和关注恐怖主义受害者工作组的支持下，在纽约组织的关于促进和保护恐怖主义受害者人权的会议。

5. 特别报告员继续与各国政府开展对话，包括为此提出正式访问请求。不过令他感到遗憾的是尽管提出了长期请求，但在本报告所述期间并未收到邀请。

三. 反恐措施对移民和难民人权的影响¹

6. 有消息来源预测，目前在缺少难以实现的外交解决办法或决定性军事干预的情况下，阿拉伯叙利亚共和国的武装冲突可能会延续数年。冲突已导致前所未有的平民迁移，此现象目前已开始蔓延至世界其他地方的不对等冲突。在此背景下，非常规移徙和恐怖主义之间的关系引发了众多尖锐的法律和政策困境。恐怖组织目前控制了许多区域的领土并参与武装冲突。各国政府、国际组织和民间社会日益关切“暴力极端主义”以及如何加以应对（见 [A/HRC/31/65](#)）。关于这些现象，有越来越多的人认为，民众迁徙危及国家安全，当人们逃离恐怖组织活跃的地区时，其他人移徙入这些地区参与战斗。正如联合国秘书长的报告指出，“离开和进入冲突区的移徙流动增加，涉及那些寻求安全的人和那些被冲突吸引的外国恐怖主义作战人员，致使相关区域更加不稳定”（见 [A/70/674](#)，第 2 段）。

¹ 特别报告员希望向在反恐中注意增进与保护人权问题特别报告员的高级法律顾问 Anne Charbord 和法律顾问 Jessica Jones 致谢，感谢她们为编写本报告提供的协助。

7. 虽然有关移民的数据应当谨慎使用，²但有可靠来源显示，2015 年世界各地的流离失所者人数达到 6 530 万，当年有 1 240 多万人被迫离开家园。³据欧洲联盟成员国对外边境行动合作管理局（欧盟边管局）和国际移民组织（移民组织）估计，2015 年有 100 多万移民进入欧洲，⁴相较于 2014 年有显著增长。⁵报告称，在 2015 年 11 月发动巴黎袭击⁶的其中一人身上发现了叙利亚护照，这加剧了对恐怖组织成员可能利用移徙流动的恐惧。此外，流离失所和激进化之间的联系已经确定，引发了对难民营可能成为恐怖组织招募场所的忧虑。⁷

8. 但是，几乎没有证据证明恐怖分子利用难民流动实施恐怖主义行动⁸，或者相较于其他人，难民在某种程度上具有更明显的激进化倾向；研究显示，很少有难民真正实施恐怖主义行为。⁹联合国难民事务高级专员办事处（难民署）的一名代表指出，“某些地方明确认为避难所被滥用于藏匿恐怖分子或为他们提供庇

² Frank Laczko 等人，“Migrant arrivals and deaths in the Mediterranean: what do the data really tell us”，*Forced Migration Review*, Issue No. 51 (January 2016).

³ 难民署，《全球趋势——2015 年强迫流离失所状况》，可登录 www.unhcr.org/576408cd7。According to UNHCR, the total number of forcibly displaced people worldwide rose from 51.2 million in 2013 to 59.5 million in 2014.

⁴ 欧盟边管局，《2016 年风险分析》，可登录 http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annula_Risk_Analysis_2016.pdf。2015 年，欧盟边管局在欧洲联盟外部边界发现了 180 多万次“非法”过境，涉及 100 万个人；以及移民组织，《地中海及以外地区的混合移徙：可用数据和信息汇编（2015 年）》，可登录 <http://doe.iom.int/docs/Flows%20Compilation%202015%20Overview.pdf>。据移民组织称，2015 年有 1 046 199 人到达欧洲，其中 1 011 712 人由海路进入。

⁵ 欧盟边管局，“Risk Analysis for 2015”。Available from http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2015.pdf。FRONTEX detected 280,000 “illegal” border crossings at the external borders of the European Union in 2014, in contrast with the figure of 1.8 million for 2015.

⁶ Marcus Walker and Noemie Bisserbe, “Paris stadium attacker got to Europe using fake Syrian passport”, *Wall Street Journal*, 2015 年 11 月 16 日。

⁷ Khalid Koser and Amy E. Cunningham, “Migration, violent extremism and terrorism: myths and realities”, *Global Terrorism Index 2015: Measuring and Understanding the Impact of Terrorism* (Institute for Economics and Peace, 2015); 和世界银行，“当代欧洲的移徙和暴力极端主义”，2016 年 3 月 16 日。可查阅 <http://blogs.worldbank.org/peoplemove/migration-and-violent-extremism-contemporary-europe>。

⁸ 难民署，“难民署首长说指责难民从事恐怖行为是‘十足的’无稽之谈”，2015 年 11 月 17 日；和 Ishaan Tharoor, “Were Syrian refugees involved in the Paris attacks? What we know and don’t know”, *The Washington Post*, 17 November 2015.

⁹ Kathleen Newland, “The United States record shows refugees are not a threat”, October 2015。可查阅 www.migrationpolicy.org/news/us-record-shows-refugees-are-not-threat。

护。根据分析和统计,这些看法是无稽之谈,必须改变”。¹⁰ 欧洲刑警组织在 2016 年欧洲联盟恐怖主义局势和趋势报告中也指出,没有证据表明,恐怖分子有组织地利用难民潮混入欧洲。

9. 重要的是要铭记,在绝大多数情况下难民和移民不构成威胁,事实上他们面临风险,并且正在逃离恐怖组织最活跃的区域。恐怖分子在来源国的活动是国内流离失所和难民逃亡的重要驱动力:2014 年,超过 1 600 万难民和国内流离失所者来自恐怖主义级别最高的五个国家,与难民署有关的总人口中,约 70%来自恐怖主义相关灾祸数量最多的 20 个国家。¹¹

10. 因此,在许多情况下,难民和移民本身是恐怖主义暴力的受害者(见 [A/HRC/20/14](#), 第 11 至 16 段)。他们可能既是逃离恐怖主义活动的直接后果,也是为了逃离由更高级别暴力、机会减少以及自身和家人缺乏希望而导致的更广泛影响。¹² 不管他们为何逃离,这种境况下的人有权获得保护,免遭恐怖分子活动的破坏性后果,而不是作为潜在的恐怖分子被污名化,¹³ 各国必须谨慎,不要将安全忧虑作为拒绝向这些移民提供人道主义援助的方式。¹⁴

11. 特别报告员认可国家为应对恐怖主义威胁采取边界管制,并同意难民署的看法,不应为支持或犯下恐怖主义行为的人提供抵达其他领土的途径,不管他们是为了寻找庇护所、避免起诉或实施进一步攻击。然而,有效应对安全威胁不能以限制难民和移民迁徙及侵犯其权利的措施为基础。令人担忧的趋势是“体制和政策结构、移徙和边界管制越来越多地被纳入安全框架,而这种框架更多强调警察工作、防卫和犯罪行为,而不是基于权利的办法。”(见 [A/HRC/23/46](#), 第 42

¹⁰ Vincent Cochetel, “Terrorism as a global phenomenon”, UNHCR presentation to the joint seminar of the Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum and Committee on article 36, Ljubljana, 17 and 18 January 2008.

¹¹ Institute for Economics and Peace, *Global Terrorism Index 2015: Measuring and Understanding the Impact of Terrorism* (Institute for Economics and Peace, 2015)。可查阅 <http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/11/Global-Terrorism-Index-2015.pdf>。

¹² Khalid Koser and Amy E. Cunningham, “Migration, violent extremism and terrorism: myths and realities”, in *Global Terrorism Index 2015* (Institute for Economics and Peace, 2015)。

¹³ 例如见安全理事会第 2170 (2014) 和第 2258 (2015) 号决议。

¹⁴ 见难民署主管难民保护事务的助理高级专员沃克·图尔克在 2016 年 5 月 18 日于布拉格举行的第 44 届国际刑警组织欧洲区域会议上的致辞。可查阅 www.unhcr.org/admin/dipstatements/573c8e987/security-international-refugee-protection-unhcrs-perspective-volker-turk.html。

段)。¹⁵各国引入更严格的边界管制，建立围墙将移民阻拦在外，¹⁶参与推回行动，将非法移徙定为犯罪，中止接收难民的承诺。¹⁷这种限制进入安全领土的办法并未提高安全，而是助长了人们混乱和隐蔽的迁徙，¹⁸包括通过贩运，¹⁹最终可能帮助了那些打算实施恐怖主义行为的人。

12. 重要的是要注意到，朝向恐怖组织活跃地区的移徙也在同时进行着。近期的信息显示，有来自 100 多个国家的 25 000 至 30 000 人参与与基地组织、达伊沙或其他组织有关的团体。联合国报告指出，从 2014 年年中至 2015 年 3 月，参加这些组织的作战人员人数增加了 71%（见 [E/CN.15/2016/6](#)，第 41 和 42 段）。各国打算防止恐怖组织成员增加、防止回返的国民在其国土上发动攻击（所谓“回弹”攻击）或使其他人激进化，为此已通过国家执行措施，根据第 [2178 \(2014\)](#) 号决议采取坚决行动解决“外国恐怖主义作战人员”问题。

13. 本报告主要关注反恐措施对移民和难民人权的影响，²⁰包括处理来自恐怖组织活跃地区的移徙的措施的影响，论述增强的边界管制的挑战，保证不滥用难民身份，绝对禁止驱回难民，以及拘留移民（第三章 A）；审查解决向恐怖组织活跃地区移徙的措施，包括外国恐怖主义作战人员现象（第三章 B）；并且提出一些结论和建议（第四章）。本报告立足于前任特别报告员提交给大会第六十二届会议的关于在打击恐怖主义的同时保护难民的报告（[A/62/263](#)）和人权理事会特别报告员关于移民人权问题的报告（特别是 [A/HRC/23/46](#) 和 [A/HRC/29/36](#)）。特别报告员强调指出，他通过人权视角撰写本报告，并提请注意，难民署的任务和职责是他的核心任务及参与的依据（[A/62/263](#)，第 33 段）。

¹⁵ 在欧洲，以警察和安全为重点的最实在表现是对欧盟边管局等机构的投资不断增加。尽管发生了金融危机，但欧盟边管局的预算仍从 2006 年的 1 920 万欧元稳步增加到 2015 年的 1.433 亿欧元，8 年内增加了 646%。

¹⁶ George Jahn, “Austria joins other European Union nations to build fence along borders to slow migrant flow”, *TheStar*, 28 October 2015.

¹⁷ *AlJazeera*, “Poland refuses to accept refugees after Brussels attack”, 23 March 2016.

¹⁸ 见 Human Rights Watch, “Blaming refugees or Muslims while missing the boat on terrorism”, *World Report 2016: Events of 2015* (New York, Seven Stories Press, 2016); François Crepeau and Anna Purkey, “Facilitating mobility and fostering diversity: getting European Union migration governance to respect the human rights of migrants”, *Liberty and Security in Europe*, No. 92 (Brussels, CEPS, May 2016); 和 [A/HRC/29/36](#)，第 24 和 25 段。

¹⁹ 难民署，《解决安全关切同时不破坏难民保护——难民署的展望》，修订版 2，2015 年 12 月 17 日。

²⁰ 见联合国人权事务高级专员办事处（人权高专办）《国际边界人权问题建议原则和准则》（日内瓦，2014 年），将国际移徙者定义为“身处他或她是公民或国民的国家以外的任何人，或者针对无国籍人士，身处他或她的出生地或惯常住所之外的任何人。该用语包括打算长期或临时迁徙的人，以及以正规或有记录方式迁徙的人或非正规移徙者。”

A. 解决从恐怖组织活跃地区移徙的措施对移民和难民的人权影响

1. 法律框架

14. 《世界人权宣言》规定的权利和自由适用于移民和难民和其他任何人群，对国际习惯法所保护的、《公民权利和政治权利国际公约》所铭记的核心权利而言，也是如此，后者适用于缔约国领土内和其管辖权内的“所有人”（第二条第一款）。寻求和享有庇护的权利受《世界人权宣言》第十四条和《欧洲联盟基本权利宪章》第 18 条保护。此外，1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年《议定书》也涉及难民问题。

2. 有效保护移民和难民人权的重要挑战

(a) 增强边界管制

15. 到另一个国家寻求保护的权利是国际难民保护制度的基石。此外，根据安全理事会第 [1373 \(2001\)](#) 号决议，要求各国“通过有效的边界管制和对签发身份证和旅行证件的控制，防止恐怖分子和恐怖主义集团的移动”。反恐执行工作队与反恐有关的边境管理和执法工作组指出：

“近年世界各地发生的恐怖主义袭击的一个重要后果是，跨境人员移动和保护国家安全所采取的措施之间的关联增加……旨在预防恐怖主义的措施明确与管理 and 关注跨境移动相关联。”²¹

16. 这些措施通常对移民和难民人权产生直接影响。特别报告员回顾，虽然各国拥有主权权利来确定进入和停留在其领土内的条件，但它们也有义务尊重和保护其管辖权内的所有人的人权，不管国籍、出身或移徙状态。国际边界不是人权义务的排除区或豁免区，因此，在边界，国家必须符合其对所有的人权义务的方式执行管辖权。²²

17. 所有边界治理措施，包括增强国际边界的筛查进程，应始终遵守合法性、相称性、必要性和非歧视原则。基于某一民族、国籍或种族或宗教的人特别容易构成风险的推断的貌相做法可能导致与非歧视原则不相符的更普遍的边界管制和反恐措施²⁰（[A/HRC/4/26](#)）。基于种族、宗教、民族、国籍或宗教对人群入境施加全面的额外障碍或进行筛查也可能构成歧视和不相称地干涉人权（见

²¹ 见 www.un.org/counterterrorism/ctif/en/border-management-and-law-enforcement-relating-counter-terrorism。

²² 见人权高专办，《国际边界人权问题建议原则和准则》，（日内瓦，2014 年）。

[A/HRC/4/266](#), 第 35 和 36 段)。²³在国际边界对移民的任何区别对待必须出于合法目的, 必须是相称的和必要的。

18. 各国越来越依赖于数据和情报来侦查与恐怖主义网络有关联的个人或可能犯下恐怖主义罪行的人。²⁴这导致欧洲联盟边界监控系统扩增(例如, 拟议的数字出入境系统)。²⁵国际人权法律要求, 不管是针对个人还是大规模实施的任何干涉隐私权的行为要有循证理由。对受保护的人权干涉程度越高, 所需理由就越有说服力, 这样才能符合《公民权利和政治权利国际公约》的要求。收集得到的任何数据必须是收集目的所必需的, 不加区别的数据收集可能违反数据保护权利(见 [A/69/397](#), 第 11 和 12 段)。特别报告员强调指出, 大规模监控技术可产生有用情报这一事实并不能为使用该技术提供充分的人权法上的正当性, 也无法为大规模监控提供合法性和合理性(见 [A/69/397](#), 第 11 和 12 段和 [A/HRC/27/37](#), 第 24 段)。联合国人权事务高级专员办事处(人权高专办)着重强调, 在边界收集数据, 特别是生物识别数据, 必须是准确和最新的, 与合法目的相称, 合法地获得, 在有限时间内储存并且安全地处置。必须对边界当局进行关于技术的风险、局限和人权影响的适当培训。²⁰

19. 情报共享系统, 例如欧洲联盟成员国和申根国家与欧盟边管局交流边界管理情报的欧洲边界监控系统引发了额外风险。²⁶必须在充分保障权利的情况下收集、储存和共享一切情报, 不得与可能对移民和难民构成包括驱回或不人道待遇在内的人权侵犯的第三国共享情报。²⁷非法收集数据, 例如报告称当移民在欧洲边界登记时强迫采集其指纹,²⁸是对个人尊严的侵犯, 可能鼓励在国家之间建立危险的隐蔽路线。

²³ 众议院民主党党团《叙利亚难民筛查程序》。可查阅 <https://price.house.gov/uploads/Screening%20Procedures%20for%20Syrian%20Refugees.pdf>。

²⁴ 见“国家安全: 边界上的威胁”, Eleanor Acer 在美国众议院监督与政府改革委员会、国家安全小组委员会和政府运作小组委员会联合听证会上的证词(2016年3月23日)。

²⁵ 欧洲联盟委员会, “欧盟委员会与欧洲议会和欧洲委员会的通信: 更强大和更智能的边界和安全情报系统”(2016年4月6日, 布鲁塞尔)。可查阅 http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/securing-eu-borders/legal-documents/docs/20160406/communication_on_stronger_and_smart_borders_20160406_en.pdf。

²⁶ Ben Hayes 和 Mathias Vermeulen, “Borderline: the European Union’s new border surveillance initiatives — assessing the costs and fundamental rights implications of EUROSUR and the ‘Smart Borders’ proposals”(Heinrich Böll Foundation and The Greens/European Free Alliance, June 2012)。

²⁷ 欧洲联盟基本权利署, 欧洲南部沿海边界的基本权利(欧洲联盟出版物办公室, 卢森堡, 2013年)。

²⁸ François Crépeau 和 Anna Purkey, “Facilitating Mobility and Fostering Diversity: getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants”, Liberty and Security in Europe,

20. 正如移徙者人权问题特别报告员在 2015 年指出的, 由于缺乏正规移徙机会, 许多移民已借助国家间的危险路线 (见 [A/HRC/29/36](#))。各国必须认识到, 非正规移徙通常是真正难民的逃亡特征。此外, 特别报告员回顾, 移徙不是犯罪。²⁹ 因此, 不应该用“非法移民”指代采取非正规途径的移民 (见第 3449 (XXX) 号决议)。各国不应将非法入境或非法停留定为犯罪,³⁰ 国际难民法明确规定, 不得对在某种条件下非法入境的难民实施惩罚。³⁰ 各国应确保旨在解决包括非正规移徙在内的移徙行为的所有措施不对移民的人权和尊严产生负面影响。²³

(b) 保证不滥用难民身份

21. 正如上文提及的提交给大会第六十二届会议的报告指出的, “在 2001 年 9 月 11 日残暴的恐怖主义袭击以后不久, 有人公然毫无根据地将难民保护同恐怖主义威胁联系起来” ([A/62/263](#), 第 34 段)。安全理事会在第 [1373 \(2001\)](#) 号决议中呼吁各国在给予难民地位前, 依照本国法律和国际法的有关规定, 包括国际人权标准, 采取适当措施以确保寻求庇护者没有计划、协助或参与犯下恐怖主义行为。³¹ 这些条款加强了关于国际难民法律在解决安全关切时构成阻碍的误解。

22. 特别报告员回顾, 1951 年《关于难民地位的公约》是由经历过 20 世纪某些最黑暗时期的人起草的。他们当然知道需要将某些人排除在难民法律的保护条款之外。因此, 虽然《公约》未明确排除“恐怖分子”,³² 但考虑到了收容社区的安全利益,¹⁸ 国际难民法律规定不向犯下令人发指的行为或严重罪行的人授予难民身份 (见 [A/62/263](#), 第 35 段)。¹⁰

(一) 不适用难民身份和恐怖主义行为

23. 1951 年《关于难民地位的公约》第一条第六款允许各国拒绝向某些人授予难民身份, 包括“有重大理由足以认为”在“以难民身份进入避难国以前, 曾在避难国以外犯过危害和平罪、战争罪、危害人类罪等严重的非政治罪行”的人, 或“曾有违反联合国宗旨和原则的行为并经认为有罪”的人。³³ 难民署指出, 虽

No. 92 (Brussels, CEPS, May 2016)。可查阅 <https://www.ceps.eu/system/files/LSE%20No%2092%20Facilitating%20Mobility.pdf>。

²⁹ 例如见, 弗朗索瓦·克雷波, “将基于人权的移徙办法纳入高级别对话的主流”, 移徙者人权问题特别报告员的声明, 2013 年 10 月 2 日。

³⁰ 《关于难民地位的公约》(1951 年) 第三十一条。

³¹ 另见第 51/210 号决议。

³² Ben Saul, “Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum”, Institute for International Integration Studies, Discussion paper, No. 26 (July 2004)。

³³ 恐怖主义行为可属于一个以上的不适用难民身份理由 (见 *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department and DD (Afghanistan) v. Secretary of State for the Home Department*, judgment of 21 November 2012, No. UKSC 54, para. 3)。

然“通常被视为恐怖主义性质的行为可能属于排除条款，但第一条第六款不等同于简单的反恐怖主义规定”。³⁴可以更广泛地适用排除规定。

24. 1951年《关于难民地位的公约》起草者的意图是在例外情况下适用第一条第六款(丙)项以涵盖侵犯人权行为。然而，第 [1373 \(2001\)](#) 号决议宣布“违反联合国宗旨和原则的恐怖主义行为、方法和做法”和“知情地资助、规划和煽动恐怖主义行为也违反联合国的宗旨和原则”，意味着国家管辖权越来越依靠第一条第六款(丙)项来排除个人。³⁵据难民署称，恰当地被视为恐怖主义性质的行为以及严重程度足以影响国际和平与安全或国家间友好关系的行为也属于排除范围。²³

25. 和人权保障的任何例外一样，必须始终以有限制的方式解读排除条款并且极为审慎地适用(见 [A/62/263](#)，第 66 段)。^{36,37}特别是，特别报告员指出，在审查是否应用排除条款时，国家当局不应依靠来源国对恐怖主义的定义。许多国家采用了过度宽泛的恐怖主义定义，涵盖了符合国际人道主义法律的和平异议或行为。³⁸各国适用排除条款的适当方式是评估所讨论的行为是否满足必要的严重级别，³⁹以及国家规定是否符合合法性、确定性和预见性原则(见 [A/HRC/16/51](#)，第 26 至 28 段)。

26. 特别报告员注意到，个人出现在恐怖分子嫌疑人名单或指定的恐怖组织名单上本身不应导致自动适用排除条款，也不能颠倒举证责任来损害所涉个人。³²实际上，在出现恐怖分子名单上列示的个人或团体时必须审慎处理。在这方面，特别报告员已全面概述了基地组织制裁名单的各种缺点(见 [A/67/396](#) 和 [A/HRC/29/51](#)，第 38 段)。虽然进程已有所改进，但仍存在一些重要关切，包括列名过程缺乏透明度(见 [S/2016/96](#)，第 36 和第 52 段)；申请人难以查阅其案件的综合报告(见 [S/2016/96](#)，第 38 段)；对监察员办公室的独立性的适当保障不足(见 [S/2016/96](#)，第 44 段)；监察员难以查阅机密信息(见 [S/2016/96](#)，第 16 段)，以及监察员的综合报告不具约束力状态。因此，该制度一直达不到正当程

³⁴ 见难民署对 1951 年《关于难民地位的公约》第一条第六款的声明，2009 年 7 月。

³⁵ Sandesh Sivakumaran, “Exclusion from refugee status: the purposes and principles of the United Nations and article 1(F)(c) of the Refugee Convention”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, No. 3 (October 2014)。

³⁶ 禁止酷刑委员会关于第二条的第 2 号一般性评论。

³⁷ 难民署，《根据 1951 年〈关于难民地位的公约〉及其 1967 年〈议定书〉裁定难民身份的程序和标准手册》，(日内瓦，2011 年)，第 180 段。

³⁸ 红十字委员会，“国际人道主义法律在恐怖主义和反恐中的适用性”，2015 年 10 月。

³⁹ 未成年人犯罪，即使在国内被分类为“恐怖分子”，不应导致不适用。犯下包括杀害、绑架、虐待在内的构成恐怖主义行为要素的行为通常构成“严重”犯罪。

序的国际最低标准。根据第 [1373 \(2001\)](#) 号决议制订的区域和国家名单可能也缺乏公正的列名和除名程序，存在程序和正当程序缺陷。

27. 因此，个人出现在恐怖分子嫌疑人名单上或属于被列为恐怖主义实体的组织成员都不应导致自动适用排除条款，^{35,40}也不能作为拒绝向个人给予难民身份的唯一理由。^{35,36,41}必须逐案开展对个人责任的评估，审慎考虑所涉个人的具体作用和个人参与。³²

(二) 驱逐和取消难民身份以及恐怖主义

28. 某人在获得难民身份后，若参与或因实施恐怖主义行为而被定罪，国家仍可根据此取消其难民身份，或将其驱逐。特别报告员回顾难民署的立场，基于宗教、种族或国家来源或党派从属的广义嫌疑无法证明普遍审查进程的正当性，更不用说重新启动最终难民身份裁定。但是，如果作为提供充分保障措施的程序的一部分，新出现了需考虑的严重原因认为难民犯有属于排除条款的罪行，可以进行审查。²³例如在大不列颠及北爱尔兰联合王国执行的一些条款规定因“极端主义行为”取消难民身份，或要求“有任何证据证明难民或其受扶养人（不管在联合王国国内或国外）参与被视为不利于公共利益的无法接受的行为，或以损害联合王国价值的方式行事，必须审查其难民身份”，超出了 1951 年《关于难民地位的公约》的允许范围（见 [A/HRC/31/65](#)）。⁴²

29. 国际难民法律允许各国基于国家安全或公共秩序理由驱逐难民。重要的是，驱逐难民的决定必须是非歧视的和相称的，通过尊重正当程序标准的程序在逐案基础上作出，在此过程中，个人对安全构成的危险是被证实的，个人可提供用以反驳指控的证据。²³

(c) 绝对禁止驱回

30. 不驱回原则是国际法基本原则，禁止驱回、回返和引渡个人到有充分理由认为其将面临遭受酷刑的风险（见 [A/HRC/13/39/Add.5](#)，第 238 段）、其他基本人权遭严重侵犯、⁴³或被接收国驱回（间接，或“连锁”，驱回）的国家。遣送国有

⁴⁰ 在 *Bundesrepublik Deutschland 诉 B 和 D 案* 中，欧洲法院裁定，组织列名“使其有可能确定所涉人员属于成员的团体的恐怖主义性质，这是主管当局在最初裁定该团体所犯行为是否属于第 2004/83 号指令第 12(2)(b) 或 (c) 条范围内时必须考虑的因素”（即不适用理由）。

⁴¹ 见加拿大最高法院，*Ezokola 诉加拿大（公民和移民部长）*，2013 年，SCC 40，第 34470 号；联合国最高法院，*R (on the application of JS)(斯里兰卡)诉内政大臣*，第[2010] UKSC 15 号；和联合王国，*T 诉内政大臣（1996 年）*；联合王国：国会上议院（司法委员会），1996 年 5 月 22 日；和新西兰：难民身份上诉局，第 74540 号难民上诉，2003 年 8 月 1 日。

⁴² 联合王国内政部，“庇护政策指导：取消难民身份”，2016 年 1 月 19 日，第 14 页。

⁴³ 欧洲人权法院，*Othman (Abu Qatada) 诉联合王国*，第 8139/09 号申请，2012 年 5 月 9 日的判决。

责任评估接收国的一般状况和特定个人面临的风险。⁴⁴驱回方式与禁止不相关，这意味着该原则也适用于在边界被拒绝入境或在公海被驱回的人。相较于国际难民法律，国际人权法律规定的不驱回原则更加宽泛。即使不符合获得难民身份资格的个人，或根据 1951 年《关于难民地位的公约》第三十三条第（二）款被排除在适用不驱回原则之外的个人，在人权法下也受到绝对禁止驱回的保护。

31. 近年来，不驱回原则受到众多和普遍的挑战。⁴⁵许多国家试图声称打击恐怖主义的必要责任允许权衡所有人权，包括绝对人权。因此，各国争辩称，必须驱逐危险人员，即使是将其驱逐至存在会遭到虐待的真正风险的地方，以便保护人民免遭恐怖分子威胁（见 [A/HRC/13/39/Add.5](#)，第 240 段）。虽然该办法可能符合 1951 年《关于难民地位的公约》第三十三条第（二）款中的例外，⁴⁶但遭到国际人权机构⁴⁷和区域法院的反驳。⁴⁸特别报告员在这方面强调指出，国际人权法弥补了难民法中的重要缺陷。

32. 为响应绝对禁止驱回，一些国家依靠从外国当局获得的外交保证，即后者保证在个人回返后避免对其实施酷刑（见 [A/HRC/13/39/Add.5](#)，第 244 段，和 [E/CN.4/2006/6](#)，第 29 段）。一名前任人权事务高级专员称，这类安排是不可接受的，因为其未提供免遭酷刑和虐待⁴⁹的充分保护，无法取代国家的不驱回法律义务（见 [A/HRC/4/88](#)）。一名前任酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员称，外交保证“只不过是试图规避绝对禁止酷刑和不驱回”。⁵⁰

⁴⁴ 关于具有系统针对性的少数民族团体，见禁止酷刑委员会，*Abed Azizi* 诉瑞士，第 492/2012 号来文，2014 年 11 月 27 日的裁定；和 *Hussein Khademi* 等人诉瑞士，第 473/2011 号来文，2014 年 11 月 14 日的裁定。

⁴⁵ 世界禁止酷刑组织，“不驱回：成就和挑战”。据世界禁止酷刑组织称，截至 2014 年，人权事务委员会在 147 份结论性意见中向 96 个会员国提出了不驱回关切。

⁴⁶ 另见加拿大最高法院在 *Manickavasagam Suresh* 诉加拿大（公民和移民部长）中的裁定，法院认定，如果证明一国的国家安全遭到实质性风险，可以在例外情况下进行驱回。然而，没有一家加拿大法院裁定存在这种例外情况。

⁴⁷ 见 [CAT/C/18/D/39/1996](#)，第 14.5 段；[CAT/C/SR.652](#)，第 59 段；[CAT/C/NPL/CO/2](#)，第 17 段；[CAT/C/FRA/CO/3](#)，第 6 段；和 [CCPR/C/CAN/CO/5](#)，第 15 段。

⁴⁸ 欧洲人权法院在 *Saadi* 诉意大利一案中，在响应联合王国的第三方干预时指出，各国在保护其社区免遭恐怖主义威胁时面临“极大困难”，“但是，不得质疑第三条的绝对性”。第 37201/06 号申请，2008 年 2 月 28 日，第 137 段。指出，在有着类似结果的较晚案件中，立陶宛、葡萄牙、斯洛伐克和联合王国提出了类似的争辩。见欧洲人权法院，*A.* 诉荷兰，第 4900/06 号申请，2010 年 10 月 20 日。

⁴⁹ 禁止酷刑委员会，关于第 233/2003 号来文的意见，*Agiza* 诉瑞典，2005 年 5 月 20 日（[A/60/44](#)，附件八，A 章），和人权事务委员会，关于第 1416/2005 号来文的意见，*Alzery* 诉瑞典，2006 年 10 月 25 日（[A/62/40](#)（第二卷），附件七）。

⁵⁰ 见 [A/HRC/13/39/Add.5](#)，第 243 段；[E/CN.4/2006/6](#)，第 32 段；和 [A/HRC/10/44/Add.2](#)，第 68 段。

国际人权机构澄清，虽然不在一切情况下禁止外交保证，但这种保证无法免除国家评估个别情况下酷刑风险的责任。⁴⁴禁止酷刑委员会建议，应仅在国家未系统性违反《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》条款的情况下才可依靠外交保证（见 CAT/C/USA/CO/，第 21 段）。特别报告员同意该委员会的立场。

33. 现今的某些最严重的侵犯人权行为非国家行为者或代表他们的人所为，其中包括恐怖分子网络。越来越多的寻求庇护者正在逃离这些暴行。如果国际人权法要跟上这些变化，就必须承认这些行为的受害者就是严重违反国际人权法行为的受害者（见 A/HRC/20/14，第 12 段）。特别报告员强调指出，当个人若被迁移至由非国家行为者武装团体控制的领土时面临真实风险，则必须适用不驱回原则。如果危及生命或遭到虐待的真实风险源自非国家行为者武装团体，可以考虑将其重新安置到该国境内更安全的地区。⁵¹但是，如果一国未能“阻止、制裁酷刑和为酷刑受害者提供救济”，³⁴就难以“确定该国的哪些具体区域对控诉人当前和变化中的状况来说是更安全的地方”，⁵²回返国的不驱回义务必须考虑到这一点。

34. 在地中海和印度洋等公海上开展的“海上拦截行动”、“推回行动”和“搜救行动”（见 A/62/263），包括旨在将被救移民全部回返至一国的行动，⁵³引起与不驱回义务有关的严重关切。正如欧洲委员会会议评论指出：

“海上拦截行动中的绝对优先事项是迅速将被救者送至岸上的‘安全地方’，各国对‘安全地方’的解释似乎不尽相同。然而，明确的是，‘安全地方’概念不应单纯限制在对民众的身体保护，还必须尊重他们的基本权利”。⁵⁴

⁵¹ 关于应作为依靠内部飞行备选办法的前提落实的保障，见与索马里有关的裁决：欧洲人权法院，Sufi 和 Elmi 诉联合王国，第 8319/07 号申请，2011 年 6 月 28 日的判决。关于叙利亚局势，见 LM 诉俄罗斯，第 4081/14 号申请，2015 年 10 月 15 日的判决。关于伊拉克，见欧洲人权法院，A.G.A.M.、D.N.M.、M.K.N.、M.Y.H.和其他人，N.A.N.S.、N.M.B.、N.M.Y.和其他人和 S.A. 诉瑞典，第 71680/10、28379/11、72413/10、50859/10、68411/10、68335/10、72686/10 和 66523/10 号申请，2013 年 6 月 27 日的判决。

⁵² 禁止酷刑委员会在 *Njamba 和 Balikosa 诉瑞典* 一案，2010 年 6 月 3 日第 322/2007 号来文中应用。

⁵³ 见 Niels Franze, “NATO expands Aegean Sea migrant patrols into Turkish and Greek territorial waters: rescued migrants to be automatically returned to Turkey”, 7 March 2016. 可查阅 <https://migrantsatsea.org/2016/03/07/nato-expands-aegean-sea-migrant-patrols-into-turkish-and-greek-territorial-waters-rescued-migrants-to-be-automatically-returned-to-turkey/>。

⁵⁴ 欧洲委员会会议，第 1821 (2011)号决议，第 5.2 段。

35. 特别报告员回顾，不驱回原则在域外适用，⁵⁵包括个人处于国家在其领土或领水外实行有效控制的地区。任何派出船舶开展拦截或搜救行动的国家有义务尊重禁止驱回，不将个人回返至面临危及生命、遭虐待或侵犯其他基本权利的真正风险的国家。

36. 如果在迁移个人时未审查每个人的状况，推回行动也可能违反关于集体驱逐出境的禁令。⁵⁶根据国际法律禁止集体驱逐出境构成了正当程序义务，因此不经个别评估的推回行动通常是不被许可的，即使不存在驱回风险。⁵⁷必须根据法律，不施加任何任意行为，合理和客观地审查可能影响每个特定个人驱逐出境的全面情况。⁵⁸此外，回返国必须确保目的地国在适用庇护政策时提供充分保障，防止在未经评估所涉个人面临的风险的情况下将其迁移至来源国。⁵⁹

37. 存在对双边或多边重新接纳协定及其对基本权利构成的风险的严重关切（见 [A/HRC/29/36](#)，第 39 段）。⁵⁶在这方面，特别报告员关切的是于 2016 年 3 月 18 日达成的欧洲联盟-土耳其声明，规定全面回返通过土耳其前往希腊的所有移民。虽然声明指出“实施时将充分遵守欧洲联盟法律和国际法，因此排除任何类型的集体驱逐出境”和“所有移民将根据相关国际标准和驱回原则得到保护”，但这一协定遭到广泛批评。特别受到关注的是，尽管有上述声明，但缺乏对移民状况进行个别评估可能等同于集体驱逐出境，⁶⁰以及报告称土耳其违反人权法

⁵⁵ 见欧洲人权法院（大法庭），*Hirsi Jamaa 和其他人诉意大利*，第 27765/09 号申请，2012 年 2 月 23 日的判决；难民署，关于根据《1951 年关于难民地位的公约》及其 1967 年《议定书》域外适用不驱回义务的咨询意见，2007 年 1 月 26 日；和“难民署法律立场：尽管法院对被拘押在海上的斯里兰卡人作出裁决，澳大利亚仍受到国际义务的约束”，新闻稿，2015 年 2 月 4 日。与此相反，见美洲人权委员会，*海地人权中心和其他人诉美国*，第 10.675 号案例，1997 年 3 月 13 日的判决，第 157 段。

⁵⁶ 见欧洲人权法院（大法庭），*Hirsi Jamaa 和其他人诉意大利*，第 27765/09 号申请，2012 年 2 月 23 日的判决。

⁵⁷ See Jan Arno Hessbruegge, “European Court of Human Rights protects migrants against ‘push back’ operations on the high seas”, *Insights*, vol. 16, No. 14 (2012).

⁵⁸ 人权高专办，欧洲人权法院案件 *N.D.* 和 *N.T.* 诉西班牙，第 8675/15 号和第 8697/15 号申请，2015 年 10 月 9 日中的调停人辩护状。

⁵⁹ 欧洲人权法院，*Sharifi 和其他人诉意大利和希腊*，2014 年 10 月 21 日。

⁶⁰ Human Rights Watch, “European Union: Turkey mass-return deal threatens rights — would harm refugees, undermine European Union’s principles”, 15 March 2016.

律和违背不驱回原则，拘留移民，⁶¹侵犯了他们的个人权利。⁶²特别报告员还关切的是，当前提议建立的新的欧洲边界和海岸警卫局将有能力开展从第三国至第三国的回返行动，前提是遣返国遵守《欧洲人权公约》。⁶³特别报告员回顾，不论有任何关于国家遵守国际人权公约的声明、协定或其他假定，国家的人权义务，⁶⁴包括与不驱回和间接或连锁驱回有关的人权义务仍然存在。⁶⁵

38. 特别报告员回顾，不管个人在陆地或海上，都存在不驱回的程序保障。⁵⁷因此，特别报告员建议向登陆地的所有移民和难民提供质疑回返个人的裁定的程序。⁶⁶如果不提供这种程序，或在救援和拦截行动期间发生其他侵犯人权行为，边界当局必须负责，即使侵权行为发生在域外。²⁷涉及若干国家和国际或区域机构的联合

⁶¹ Human Rights Watch, “Q and A: the European Union-Turkey deal on migration and refugees”, 3 March 2016.

⁶² 见 Amnesty International, “Turkey ‘safe country’ sham revealed as dozens of Afghans forcibly returned hours after European Union refugee deal”, 23 March 2016; “Europe’s gatekeeper: unlawful detention and deportation of refugees from Turkey”, 16 December 2015; 和 “European Union-Turkey deal: Greek decision highlights fundamental flaws”, 20 May 2016。关于一名抵达希腊的叙利亚国民在对导致将其强制回返至土耳其的裁定提出的上诉中获胜，见 Human Rights Watch, “Turkey: border guards kill and injure asylum seekers — border lock-down puts Syrian lives at risk”, 10 May 2016。

⁶³ 欧洲联盟委员会，“欧洲委员会和议会关于欧洲边界和海岸警卫局条例提案和废除第 2007/2004 号（欧洲委员会）条例，第 863/2007 号（欧洲委员会）条例和第 2005/267/EC 号委员会裁定”（2015 年 12 月 15 日，斯特拉斯堡）。

⁶⁴ 欧洲人权法院（大法庭），M. S. S. 诉比利时和希腊，第 30696/09 号申请，2011 年 1 月 21 日的判决，和 Sharifi 和其他人诉意大利和希腊，第 16643/09 号申请，2014 年 10 月 21 日的判决。关于与儿童有关的具体义务，见 *Tarakhel* 诉瑞士，第 29217/12 号申请，2014 年 11 月 4 日的判决。

⁶⁵ 见欧洲联盟理事会，“理事会会议成果”（2016 年 5 月 20 日），其中指出，“会员国分享了委员会对土耳其自 3 月 20 日起采取的行动的分析，包括其评估认为，土耳其已采取 3 月 16 日的来文中确认的一切必要步骤。会员国坚信，通过 2016 年 3 月 18 日欧洲联盟-土耳其声明，可以和应该将移徙者回返至土耳其”。另见欧洲联盟理事会，“来自欧洲议会、欧洲委员会和理事会的通信：关于欧洲联盟-土耳其声明的执行进展的第二次报告” COM(2016) 349, 2016 年 6 月 15 日；希腊和土耳其之间的双边重新接纳协定（1999 年）；和土耳其官方刊物上公布的欧洲联盟-土耳其重新接纳协定，2016 年 5 月 20 日。另见 Eric Maurice, “Turkish leader parts ways with the European Union”, *EU Observer*, 6 May 2016 和 Merve Aydoğan, “Ankara halts readmission agreement with EU, disagrees on anti-terrorism laws”, *Daily Sabah*, 6 June 2016, 和 “Libéralisation des visas en Turquie: Erdogan refuse de réviser la loi antiterroriste”, *Le Monde*, 7 May 2016。

⁶⁶ 移徙者人权问题特别报告员敦促欧盟允许移徙者立即在最近的港口登陆（[A/HRC/29/36](#)，第 64 段）。

行动可能引起关切，因为其缺乏监管和明确的应对专线，会导致参与这些行动的人有罪不罚。⁶⁷

(d) 拘留移民

39. 正如移徙者人权问题特别报告员指出的，系统性拘留非正规移民被视为合法工具。⁶⁸虽然公认诸如希腊等前线国家在移徙和人道主义体系方面受到前所未有的压力（见 [A/HRC/27/48/Add.2](#)），但尊重移民和难民的基本人权必须作为国家的首要关切，各国必须停止在无法满足基本人权标准的情况下拘留移民。⁶⁹在近期令人忧虑的事态发展中，有报告称，自达成欧洲联盟-土耳其声明以来，在欧盟边管局的协助下，一些国家当局开始自动拘留移民和难民，不考虑备选办法，也不提供拘留原因或考虑脆弱民众的特殊情况。⁷⁰

40. 各国有权在驱逐或引渡前拘留外国人，这一点无争议，但拘留通常应被作为最后手段，并且必须遵守合法性原则。必须提供详尽原因，制止非正规移徙绝不能作为合法的拘留理由。在所有情况下，拘留必须是必要、合理和相称的。但是，拘留儿童绝对不符合其最佳利益；⁷¹ 应为孤身移民儿童和有儿童的家庭提供替代拘留方式。同样，应禁止无限期或强制拘留。如果国家没有任何驱逐或引渡个人的意图；如果国家在实施庇护、驱逐或引渡程序时不够勤勉，或程序费时过长；如果存在法律或实际原因使得引渡或驱逐变得不可能；拘留可能成为任意做法。此外，必须始终提供人身保护令程序保障，以及保障个人尊严的最低拘留条件。

41. 国家一再尝试使用行政拘留作为处理被视为安全威胁的外国国民的手段（见 [A/62/263](#)，第 40 至 48 段）。正如一名前任人权事务高级专员在 2006 年指出的，“各国正在利用可自行支配的各项法律——庇护、移民、引渡等——将被指控构成国家安全威胁的人迁出领土。特别是，企图避免刑事制度的繁重正当程序要求，

⁶⁷ 欧洲委员会认为“在协调联合行动的背景下，关于尊重根据国际法和欧洲联盟法律规定人权和义务的保证不充分”（第 1821 (2011)号议会决议，第 5.4 段）。关于北约和欧盟边管局等联合行动的责任，见 Manfred Nowak 和 Anne Charbord, “Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment”, in Steve Peers and others, eds., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2014)。

⁶⁸ [A/HRC/23/46](#)，第 47 至 52 段；和 [CCPR/C/CAN/CO/6](#)，第 12 段。

⁶⁹ 欧洲人权法院，*Affaire A. Y. 诉希腊*，第 58399/11 号申请，2015 年 11 月 5 日的判决；*Khlaifia* 和其他人诉意大利，第 16483/12 号申请，2015 年 9 月 1 日的判决；*E. A.* 诉希腊，第 74308/10 号申请，2015 年 7 月 30 日的判决；*Mahammad* 和其他人诉希腊，第 48352/12 号申请，2015 年 1 月 15 日的判决。

⁷⁰ 人权观察，“Greece: asylum seekers locked up, wretched conditions for people in need”, 14 April 2016；大赦国际，“Greece: refugees detained in dire conditions amid rush to implement EU-Turkey deal”, 7 April 2016。

⁷¹ 儿童权利委员会，《2012 年一般性讨论日报告：国际移徙背景下所有儿童的权利》。

将其转化为行政法律框架。⁷²加拿大根据《2001 年移民和难民保护法》规定的不经审查拘留外国国民至多 120 天然后迁移的证明书，以及联合王国根据《2001 年反恐怖主义、犯罪和安全法令》无限期拘留外国恐怖嫌疑人都体现了这种趋势。这些机制被国家和国际法院视为违反宪法和/或歧视和/或违反基本权利。⁷³重要的是，在恐怖主义忧虑加剧和迁移至外国领土的移民和难民人数增加的背景下，国家不要借助于类似侵犯人权的措施。

B. 解决“外国恐怖主义作战人员”现象的措施

42. 外国作战人员问题不是一个新的现象，但在伊拉克和叙利亚武装冲突中的重要性日益增强（见 [A/HRC/29/51](#)）。据根据安全理事会第 [1526 \(2004\)](#) 号决议设立的分析支助和制裁监察组称，过去四年来，外国恐怖主义作战人员现象已发展至前所未有的程度，现今对国际安全构成严重和不断增加的威胁（见 [S/2015/358](#)）。虽然在许多情况下，外国恐怖主义作战人员卷入近期恐怖主义袭击的证据仍有待证实（[S/2015/683](#)，第 68 段），但联合国和一些国家已采取行动解决这一国家安全威胁。

1. 联合国决议

43. 大会在第 [68/276](#) 号决议中呼吁会员国增强合作和制定相关措施，包括信息共享、边界管理和适当刑事司法响应，以解决外国恐怖主义作战人员的威胁。安全理事会在第 [2170 \(2014\)](#) 号决议中呼吁各会员国在本国采取措施以阻止作战人员加入达伊沙以及伊拉克和阿拉伯叙利亚共和国境内与基地组织有关的其他个人、团体和企业。第 [2178 \(2014\)](#) 号决议要求采取与“外国恐怖主义作战人员”有关的进一步步骤，将其定义为“前往其居住国或国籍国之外的另一国家，以实施、筹划、筹备或参与恐怖行为，或提供或接受恐怖主义训练，包括因此参与武装冲突的个人”。要求会员国防止外国恐怖主义作战人员旅行；将其绳之以法；并禁止资助、组织或协助其旅行，包括招募行为。第 [2178 \(2014\)](#) 号决议是一项“咬牙切齿的立法决议”。⁷⁴ 它构成了打击恐怖主义的预防性刑事司法战略的一部分：在犯下、企图或具体筹划重要恐怖主义罪行之前，这些行为本质上是可惩罚的。

⁷² 路易丝·阿博尔，联合国人权事务高级专员，“以我们的名义和代表我们”，在查塔姆大厦和英国国际法和比较法研究所的演讲，2006 年 2 月 15 日。

⁷³ 加拿大最高法院，Charkaoui 诉加拿大，2007 年 2 月 23 日的判决；人权事务委员会，第 1051/2002 号来文，Ahani 诉加拿大（[CCPR/C/80/D/1051/2002](#)）；联合王国上议院，A 和其他人诉内政大臣，2004 年 12 月 16 日的判决；欧洲人权法院（大法庭），A 和其他人诉联合王国，第 3455/05 号申请，2009 年 2 月 19 日的判决。

⁷⁴ Martin Scheinin, “Back to post-9/11 panic? Security Council resolution foreign terrorist fighters”, September 2014.

44. 第 [2178 \(2014\)](#) 号决议包括强有力的人权条款，重申不仅包括该决议的措施在内的打击恐怖主义的任何措施必须尊重国际人权义务，还强调了在反恐中尊重法治的重要性，指出未能这么做将导致激进化和有罪不罚的意识。安全理事会在该决议中指出，仅凭军事力量、执法措施和情报作业无法打败恐怖主义，强调需要根据《联合国全球反恐战略》第一个支柱所述，消除助长恐怖主义蔓延的条件（见第 [60/288](#) 号决议）。

45. 正如特别报告员在其他地方着重强调的，存在对第 [2178 \(2014\)](#) 号决议的有根据的关切（见 [A/HRC/29/51](#)），其中包括：决议的一些规定的宽泛性质以及缺乏对“恐怖主义”和“极端主义”术语的定义；为查明其计划适用对象所做努力的法律不确定性；⁷⁵为响应表明个人参与相关行为的“可信信息”而执行的行动的标准过低并且模糊；将个人标记为“恐怖主义”和“作战人员”导致的污名化、分歧和不准确；⁷⁶以及要求航空公司预先提供旅客信息以发现可能属于外国恐怖主义战斗人员定义的个人乘坐民用飞机旅行。如上文所述，逐渐增加的边界管制和数据共享必须尊重非歧视原则，并遵守数据保护规范。在风险评估后，允许对被视作“风险”的个人进行系统性核查的做法⁷⁷必须依据客观、具体的情报和行作为指标，不能依据以宗族、宗教或民族为基础的宽泛貌相。

2. 国家执行措施

46. 特别报告员敦促各国确保执行安全理事会第 [2178 \(2014\)](#) 号决议的国家措施充分遵守国际人权法律，包括《公民权利和政治权利国际公约》第十五条所载合法性原则。特别报告员尤其关切的是，对接受恐怖主义培训或出于恐怖主义目的的出国旅行等罪行的刑事定罪依赖于国家对恐怖主义的定义，而此定义有时过于宽

⁷⁵ Daphne Richemond-Barak and Victoria Barber, “Foreign volunteers or foreign fighters? The emerging legal framework governing foreign fighters”, *Opinio Juris*, 6 May 2016. 可查阅 Available from <http://opiniojuris.org/2016/05/06/foreign-volunteers-or-foreign-fighters-the-emerging-legal-framework-governing-foreign-fighters/>。

⁷⁶ 见阿拉伯叙利亚共和国独立国际调查委员会的报告，题为“恐怖统治：生活在伊黎伊斯兰国控制下的叙利亚”，2014年11月14日，第17和第29段。另见 Jessica Stern and J-M Berger, *ISIS: The State of Terror* (New York, Harper Collins Publishers, 2015)，指出伊黎伊斯兰国在其在线英文杂志《Dabiq》中，向医生、工程师、学者和军事人员、行政和服务专家发出呼吁。另见 Jayne Huckerby, “Gender, violent extremism and countering violent extremism”, *Just Security*, 3 March 2015。

⁷⁷ 委员会2015年6月15日的建议的附件指出“根据对内部安全风险的分析 and 可能影响外部边界安全的威胁的分析，可以对被归入本风险评估的人进行系统性核查”和“为发现从打击或支持恐怖组织的冲突区返回欧洲的人，边界警卫可在关于特别旅行形式（例如，从冲突区附近的地理区域飞来的航班）的数据库中系统性核查归入风险评估的某类人。”2015年6月，与国内专家、欧洲对外行动署、欧洲联盟各机构和国际刑警组织紧密合作，最后确定了涉及外国恐怖主义作战人员的普遍风险指标（尚未对外公布）。

泛或模糊。⁷⁸将与主要恐怖主义罪行相去甚远的行为导致的辅助罪行为定为犯罪也不符合合法性原则。⁷⁵ 各国采取了许多立法措施，有时用行政和操作措施补充，⁷⁹来预防外国作战人员前往冲突区域和防止外国作战人员从这些区域返回。这包括没收、扣押、撤销或不再更新护照或身份证件，剥夺公民身份，限制旅行或入境以及各类软禁或防范性拘留。所有这些措施对各项基本权利造成了严重影响（见 [A/HRC/29/51](#)）。

47. 有效起诉第 [2178 \(2014\)](#)号决议涵盖的行为是各国针对外国恐怖主义作战人员的整体办法的重要部分。特别报告员认识到各国在起诉与外国恐怖主义作战人员有关的预备或辅助行为方面面临的困难。反恐执行局在其关于执行第 [2178 \(2014\)](#)号决议的第三份报告中指出：

“在大多数国家，因难以到国外、特别从冲突地区收集可采纳的证据，或者难以将情报转变为可采纳的起诉外国恐怖主义战斗人员的证据而受到损害。几个国家在通过信息和通信技术、特别是社交媒体收集的信息生成可采纳的证据，或者将情报转变为可采纳的证据方面遇到相关挑战。未雨绸缪地调查和起诉涉嫌的外国恐怖主义战斗人员是所有区域面临的另一个挑战，考虑到正当程序和人权关切，这一挑战尤其严峻。”（见 [S/2015/975](#)）。

48. 预防犯罪委员会在近期的报告中指出，“严谨的刑事立案要求克服在行动或法律上的主要困难。其中包括难以收集外国证据、难以证明所实施犯罪的故意要件，以及选择正确的刑事指控。”（[E/CN.15/2016/6](#)，第 55 段）。

49. 各国必须确保起诉各个阶段的公平性。特别是，各国必须保障由独立和无偏见的法庭进行公正审判，不得依靠通过酷刑获得的证据或情报。特别报告员关切的是，为便利起诉，通过了可能不符合人权标准的立法。例如，欧洲委员会《预防恐怖主义公约附加议定书》未要求某些罪行之间存在因果联系，如出于恐怖主义出国旅行和恐怖主义主犯行为。可以认为这是在鼓励制定犯罪定义过于宽泛的国家法律。特别报告员同意一些非政府组织的建议，即在将出于恐怖主义目的接

⁷⁸ 另见大赦国际和国际法学家委员会提交给欧洲委员会恐怖主义问题专家委员会的呈件，欧洲委员会《预防恐怖主义公约》附加议定书草案，2015 年 4 月 7 日。

⁷⁹ 例如，欧盟委员会在 2016 年 4 月标示了要求各国执行的优先措施：将与恐怖主义有关的信息系统性纳入和标记在申根信息系统（欧洲联盟最大的安全数据库）中和与欧洲刑警组织欧洲反恐主义中心系统性共享关于回返外国恐怖主义作战人员的信息；在申根外部边界进行边界检查时使用普遍风险指标来发现恐怖分子旅行；在“热点”（首个接待中心）对所有新到达者进行系统性安全检查和登记；系统性审查和筛查所有回返的外国恐怖主义作战人员以评估其构成的风险级别；以及快速通过和执行乘客姓名档案指令。

受培训和出于恐怖主义目的出国旅行定为犯罪时，开展、协助或参与恐怖主义行为的具体意图应作为犯罪要件。^{75,80}

50. 一些管辖权将进入或停留在“列入名单的组织正在从事敌对活动”的“已宣布区域”⁸¹或前往“被认为是恐怖分子训练国”的旅行定为犯罪。⁸²不管旅行是否存在恐怖主义目的，均被视为犯下这种罪行；也就是说，进入该区域或国家的个人无法表明其旅行目的属于例外情况时即被视为犯罪。⁸³这些规定颠倒了举证责任，使个人承担证明旅行目的属于例外情况的举证义务。这种立法手段可能与公平审判权冲突，特别是与《公民权利和政治权利国际公约》第十四条下的尊重无罪推定冲突，而后者是一项不可减损的权利。⁸⁴

51. 最后，特别报告员强调，当回返被怀疑犯下战争罪或危害人类罪等其他国际罪行的外国作战人员时，这是其应当被起诉的依据。根据“普通”的反恐立法起诉他们，可能在程序上更快、政治上更方便，但是对可能犯有国际罪行的个人不应免于处罚。

四. 结论和建议

52. 恐怖组织活跃或结党参与武装冲突的区域是恐怖主义受害者寻求安全的推力因素，也是外国恐怖主义作战人员的涌入因素。然而，当前的谈论重点关注作为恐怖主义推动力的移徙，使得绝大多数情况下是在通过安全棱镜来审视移徙政策。

53. 各国义务保护其人民免遭恐怖主义行为。这包括采取一些边界管理和移民相关措施，以确认犯有或计划实施恐怖主义犯罪的人。但是，限制性或侵犯人权的庇护和移民政策会对各国的反恐努力产生反作用，造成更多的非正规移徙，增加侵犯移民和难民人权的的行为，使特定社区被边缘化，并且减少移民的希望，所

⁸⁰ 指出该意图是目前欧洲联盟委员会“欧洲议会和欧洲委员会关于打击恐怖主义和取代关于打击恐怖主义的2002/475/JHA号委员会框架决定的指令提案”第7至第10段的要求，除其他外，将出于恐怖主义的旅行定为犯罪，以打击外国恐怖主义作战人员现象；还资助、组织和协助这种旅行，包括通过后勤和物质支助，提供武器和炸药、庇护所、交通工具、服务、资产和商品定为犯罪。

⁸¹ 见2014年修订的《澳大利亚刑法典》（1995年）。2015年3月2日，外交部长宣布伊拉克尼微省摩苏尔地区是列名恐怖组织从事敌对活动的区域。该公告于2015年3月3日生效。

⁸² 见肯尼亚《预防恐怖主义法》（2012年）第30(C)(1)条：“如果前往被内阁秘书指定为恐怖分子培训国家旅行且未经由指定移民出入境点的人应被推定为前往该国接受恐怖主义培训。”

⁸³ 比较《澳大利亚刑法典》第119.2(3)条和肯尼亚《预防恐怖主义法》第30(C)(2)条。

⁸⁴ 见人权事务委员会第32号一般性意见，第6段（CCPR/C/GC/32）。另见《2014年反恐怖主义立法修正（外国作战人员）法案解释性备忘录》，指出这一新罪行“未颠倒举证责任或无罪推定。在这个意义上，这是对《公民权利和政治权利国际公约》第十四条的限定，为打击对澳大利亚及其国家安全利益构成的威胁，这些限定是合理、必要和相称的。”

有这些都会成为有利于恐怖主义的条件。特别报告员回顾，特别是，大会在《联合国全球反恐战略》中一致承认，对恐怖主义受害者的灭绝人性的做法是有利于恐怖主义蔓延的条件。对某些社区的污名化或许恰恰是恐怖分子集团所寻求的，可能导致移徙社区对恐怖主义的支持增加。

54. 作为有效反恐怖主义政策的一部分，重要的是要有综合的移徙政策，尊重人权、司法、问责、人类尊严、平等和非歧视，为恐怖主义受害者提供应有的保护。安全和保护移民权利不是对立的目标；而是相辅相成的。

55. 特别报告员提出以下建议：

(a) 国际边界不是人权例外区；各国在国际边界行使管辖权时必须尊重人权义务；

(b) 非正规移徙不应被定为犯罪。必须尊重移徙自由的完整性，寻求庇护的权利和难民法；

(c) 不适用难民身份，驱逐难民和取消难民身份必须始终遵守合法性、相称性、非歧视和正当程序原则；个人出现在恐怖分子名单上或属于名单所列组织的成员不应作为不适用的唯一依据；

(d) 当国家行使管辖权，即使是在公海行使管辖权时，必须始终尊重国际人权法规定的绝对禁止驱回；国家必须尊重不驱回义务，即使虐待风险源自包括恐怖组织在内的非国家武装团体；所有决定必须在逐案基础上做出，尊重禁止集体驱逐，并且遵守正当程序保证；

(e) 拘留移民、难民和寻求庇护者始终应作为最后手段。拘留必须始终遵守合法性原则，必须详尽列明拘留理由；必须始终尊重人道和有尊严的最低拘留条件；绝不能任意拘留，必须始终是必要、合理和相称的；居留儿童绝对不符合其最佳利益，因此必须对孤身儿童和有儿童的家庭采取替代居留的办法；

(f) 用于解决外国恐怖主义作战人员构成的威胁的所有措施必须遵守国际人权法；将相关培训或旅行定为犯罪的具体罪行必须符合合法性原则；对这些罪行的所有起诉必须完全遵守公平审判保障，特别是与无罪推定有关的保障。