



大会

Distr.: General  
3 September 2020  
Chinese  
Original: English

第七十五届会议

临时议程\* 项目 72(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

## 反恐中注意促进和保护人权和基本自由

### 秘书长的说明\*\*

秘书长谨向大会转递反恐中注意促进与保护人权和基本自由特别报告员菲奥诺拉·尼伊兰依照大会第 72/180 号决议和人权理事会第 40/16 号决议提交的报告。

\* A/75/150。

\*\* 本报告在截止日期之后提交，原因是与会员国和其他相关利益攸关方进行了协商。



## 反恐中注意促进与保护人权和基本自由特别报告员菲奥诺拉·尼伊兰的报告

### 摘要

反恐中注意促进与保护人权和基本自由问题特别报告员菲奥诺拉·尼伊兰在本报告中讨论反恐怖主义背景下国际人权法与国际人道法之间的衔接问题。她申明这两个法律制度具有相互依存、相互交叉的关系，在反恐怖主义背景下尤其显著。她肯定安全理事会和其他机构一直明确申明的观点，即任何反恐措施都必须始终和完全符合相关规则，包括国际人权法、国际人道法和难民法这些总体准则。这是特别报告员在本报告中所提建议的一项关键依据。她申明，采取反恐行动和措施的背景往往是非国际性的武装冲突，冲突方是非国家武装团体，包括被联合国指认为恐怖分子、受联合国定向制裁、或被列入区域和国家恐怖分子清单的行为体，而国际人道法适用于此类冲突。

特别报告员重申其关切的一个问题，即：由于没有充分考虑国际人道法与反恐相关规范和标准之间的相互作用，导致二者混为一谈，令人担忧。她同样深为关切的是，这样混为一谈会削弱在脆弱、冲突和冲突后环境下保护人权。她提出建议防止此类削弱情况，因为这不利于正义和安全。她特别指出，如果未能适当地同时考虑到国际人道法和国际人权法，就会导致反恐行动无法保护最脆弱的群体，包括被剥夺自由者、残疾人、老年人、需要医疗护理的人、妇女和儿童。她列举了不能系统地对人道主义和公正性质的活动适用人道主义豁免会造成何种代价，而这些活动对于保护社会中最脆弱的人是绝对必要的。她提出了具体建议以加强制裁制度中的正当程序保护，从而确保在两个法律制度下最佳适用趋同的司法保证。她探讨了两个法律制度中的平等原则适用问题，以及关于外国恐怖主义作战人员和其他监管领域的平等原则适用问题，为各国提供明确指导意见，说明在实践中引入该原则的具体要求。她赞扬人道主义组织的工作，包括诸多组织作为世界上许多最脆弱和最有争议地区的公民空间担保人和推动者所作出的贡献。她谴责各国以有反恐言论或需要管制为理由直接或间接攻击这些组织的完整性、独立性、业务能力，并特别指出这些组织对保护人类及最脆弱者的尊严至关重要，从而对解决冲突至关重要。

## 一. 导言

1. 本报告由反恐中注意促进与保护人权和基本自由特别报告员菲奥诺拉·尼伊兰根据大会第 72/180 号决议和人权理事会第 40/16 号决议向大会提交。她在报告中分析了反恐背景下人权法与国际人道法的衔接，特别侧重于违背这些法律制度下的基本权利、义务和保护或破坏其完整性的反恐作为。
2. 下文将介绍特别报告员自向大会提交上一次报告以来为履行任务而开展的工作。

## 二. 特别报告员的活动

3. 特别报告员这一年成果颇丰，就保护和促进人权问题推进了与各国的持续对话。她于 2020 年 3 月向人权理事会提交报告，内容是其对哈萨克斯坦进行的富有成效的访问。她注意到哈萨克斯坦发挥积极领导作用，确保 500 多国民从阿拉伯叙利亚共和国东北部回返，其中主要是妇女和儿童(建议见 A/HRC/43/46/Add.1, 第 60-61 段)。她同意对马尔代夫进行国家访问，但由于冠状病毒病(COVID-19)大流行而暂时推迟。她于 1 月对欧盟进行了工作访问，对正在与欧盟机构进行的对话表示赞赏。
4. 特别报告员在关于旨在预防和打击暴力极端主义的政策和实践对人权影响的专题报告(A/HRC/43/46)中确认，应对暴力极端主义在社会和政治方面很有必要，但强调只有肯定权利和注重权利的政策才能在预防暴力方面取得长期成效。她强调目前的政策和实践缺乏强有力的科学根据，完全缺失基于人权的监察和评价，包括缺乏由联合国实体实施的监察和评价。
5. 特别报告员将向各国提供有关反恐立法的技术援助和意见置于优先地位。<sup>1</sup> 上年度，她为柬埔寨、中国、埃及、法国、印度、吉尔吉斯斯坦、秘鲁、菲律宾、瑞士、土耳其、大不列颠及北爱尔兰联合王国进行了立法/立法发展的审查。
6. 特别报告员是联合国《全球反恐协调契约》的签署者，也是其工作组的积极成员。2 月，她参加了在维也纳举行的区域高级别会议，其主题是：“外国恐怖主义作战人员：应对当前挑战”。她还以发言者身份参加了 7 月 6 日至 10 日在线上举行的反恐周活动。
7. 7 月，特别报告员发表了在反恐领域使用生物识别工具和数据对人权影响的研究，<sup>2</sup> 并计划进行多利益攸关方协商。她还草拟了符合人权的观察名单原则，为旨在制定观察名单指导手册的全球反恐论坛联合倡议等活动提供信息。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 见 <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Terrorism/Pages/LegislationPolicy.aspx>。

<sup>2</sup> Krisztina Huszti-Orbán and Fionnuala Ni Aoláin, “Use of biometric data to identify terrorists: best practice or risky business?”, 2020。

<sup>3</sup> 可参阅：<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Terrorism/Pages/Research-papers-and-Inputs.aspx>。

8. 特别报告员继续与非政府组织、人权维护者、民间社会保持接触，并在贝尔法斯特(联合王国)、布鲁塞尔、都柏林、日内瓦、明尼阿波利斯(美利坚合众国)、纽约、巴黎、华盛顿特区进行了会晤。在 COVID-19 大流行期间，她优先考虑远程会见非政府组织，包括参加在菲律宾和土耳其举行的会议。她参加了由 11 个非政府组织于 6 月 11 日在线上举行的全球反恐和人权高级别会议。<sup>4</sup> 她定期会见了恐怖主义受害者及其代表组织，与应对反恐行动对妇女和女童所产生负面影响的妇女组织开展了密切合作。她还定期会见了人道主义组织，同时不断深切关注有人以不良和不道德方式利用反恐怖主义和反极端主义法律，给民间社会行为者的日常工作造成困难。

9. 特别报告员就以国家安全和反恐为由针对民间社会行为体使用立法的问题发布了几封信函(包括联合信函)。她向英国和威尔士上诉法院提交了法庭之友书状(涉及 Shamima Begum 案)，并向欧洲人权法院提交了法庭之友书状(涉及 Mohammad 和 Mohammad 诉罗马尼亚案)。<sup>5</sup>

10. 特别报告员与反恐怖主义办公室和反恐怖主义委员会执行局保持着持续积极的工作关系。她继续与金融行动特别工作组保持积极接触，并与全球反恐论坛、全球互联网反恐论坛、“技术反恐”、欧盟对外行动署、欧洲人权问题特别代表开展了互动。

### 三. 在反恐背景下通过人权与国际人道法之间的积极互动促进人权

11. 人权委员会在第 2005/80 号决议中规定特别报告员任务时指出，“国际法……特别是国际人权法、难民法、人道法所规定的(国家)义务”决定了任务负责人工作的具体内容，并在决议第 1 段重申“各国必须确保为打击恐怖主义而采取的任何措施都遵守国际法，特别是国际人权法、难民法和人道法规定的义务”。各位前任任务负责人和现任任务负责人确认了人权法与其他国际法(包括国际人道法)的必要交叉点。所有任务负责人都强调条约和习惯法在国际刑法、关于法律冲突的规则、外交和领事关系、引渡、国际行政法等领域应如何发挥作用，以加强国际法之下的个人保护，并促进在反恐规则方面使国际法规定的各项权利达至最佳结合。这一立场源于人们日益强调国际法作为人的基本权利保护机制的功能。为使反恐措施符合人权，必须适用某些基本人权准则，从而与国际人道法某些基本准则具有高度的交集。本报告即以此为框架。

12. 特别报告员向大会第七十三届会议提交的报告(A/73/361)指出了这种重叠关系的重要性。她在报告中提出，反恐措施在国际人道法适用的武装冲突背景下被频繁采用。这一现实还反映在，有很多非国际性武装冲突涉及被联合国指认为恐

<sup>4</sup> Yasmine Ahmed, “United Nations ‘Counter-Terrorism Week’ misses the mark in marginalizing civil society”, July 2020.

<sup>5</sup> European Court of Human Rights, First Section, Mikolaj Pietrzak v. Poland, application No. 72038/17, and Dominika Bychawska Siniarska and Others v. Poland, application No. 25237/18 (pending).

怖分子、受联合国定向制裁、或被列入区域和国家反恐制裁清单的非国家武装团体。众多各种类型的非国家行为者团体诉诸恐怖主义行为，引起各国和联合国的合理关切和反应。此外，由于没有就缔结一项全面的多边公约达成一致，现有反恐措施的使用范围不断拓展，还推出了新的措施。<sup>6</sup> 在此背景下，红十字国际委员会和其他利益攸关方提出正当警告说，因为没有充分考虑国际人道法与反恐规范和标准之间的相互作用，导致二者被混为一谈，令人担忧。<sup>7</sup> 特别报告员深为关切的是，这样混为一谈会使在脆弱、冲突中、冲突后环境中保护人权的工作受到削弱。

13. 随着扩张主义和安全化趋势，出现了一种明显倾向，即把非国家武装团体在非国际性武装冲突中实施的任何暴力行为和许多非暴力行为都定义为“恐怖主义”，而回避按国际人道法评估其合法性，并回避论证国家领土上的非国际性武装冲突的法律和政治意义。这些做法与扩张的军国主义和安全部门膨胀相伴而生，而反恐言论和安理会的决议都赋予了二者合理性。<sup>8</sup> 这些做法伴随着一种言论，包括现已受到批评的术语“反恐战争”。这种言论故意将武装冲突与恐怖主义混为一谈，以削弱国际人道法和国际人权法规范的适用。令人遗憾的是，“恐怖主义”这个限定词本应适用于国际法所界定最严重、最具暴力性的行为，但却被人起劲地用于使一系列国家行动合法化，在某些情况下似乎完全是为了证明将国际人道法和国际人权法的保护性规范排除在外是正当的。这些政治举动对个人和群体权利的保护产生了特定的后续影响。此外，无论是否有意为之，国家和国际反恐机构和反恐规则增长的速度和规模可能会掩盖、损害各国在适用人权法和国际人道法这两个方面所承担的具体习惯法义务和条约法义务。人权法和人道法在反恐和武装冲突情况下都有明显的差异。然而，这两个法律体系(无论是顺序运作还是协同运作)通过明确规定国家(和国际人道法下的非国家武装团体)在最不稳定和最令人担忧的情况下的义务，确保对个人的保护，改善个人权利状况。基于这些原因，优化这两个法律体系对于增进其在各自领域的效力至关重要。破坏其中一套法律规范会对另一套规范的效力产生重大后果和影响。

<sup>6</sup> International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 32IC/15/11 (2015), p. 17。

<sup>7</sup> 同上。

<sup>8</sup> Rémi Carayol, Florent Geel and Antonin Rabecq, *In Central Mali, Civilian Populations are Caught between Terrorism and Counter-Terrorism: Fact-Finding Mission Report* (Paris, International Federation for Human Rights, 2018)。

14. 众所周知，人权法和人道法的历史渊源不同，法典编纂也走过了不同的道路。<sup>9</sup> 然而，自 1948 年通过《世界人权宣言》以来，这两种法律制度之间一直在趋同、重叠。<sup>10</sup> 1968 年在德黑兰举行的国际人权会议首次确认二者的交叉，<sup>11</sup> 申明联合国在专题研究期间审查某些国家的人权状况时越来越多地使用人道法。从那时起，人权规范的影响在《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》)和《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二附加议定书》)<sup>12</sup> 的编纂、国家军事手册<sup>13</sup> 的编写、国家、区域和专门刑事法庭的判例<sup>14</sup> 中得到明显体现。

15. 在不过分简化国际人道法和国际人权法之间差异的情况下，<sup>15</sup> 这些法律制度之间在概念和实践上存在重叠之处，表现在以下方面：指定关键行为者的职责和义务(特别指出各国在两个制度下的义务)、保护作为规范和实践的中心地位、某些基本禁止规定的趋同(例如禁止酷刑和任意拘留的规定)、<sup>16</sup> 基本司法保证的共同表述、对违规行为的刑事定罪、对两个制度都提供了足够的规范性内容从而保证法律规范覆盖每个人的假定、关于不歧视的共同核心基本规范。<sup>17</sup> Jean Pictet 在就《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)所作的评注中指出，该公约规定的各项保护之间存在具体的重叠之处。这些救济适用的领域包括国际武装冲突中平民、权利的不可转让、被保护人的一般待遇、刑事程序、民事

<sup>9</sup> Louise Doswald-Beck and Sylvain Vité, “International humanitarian law and human rights law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 33, No. 293 (1993)。

<sup>10</sup> Robert Kolb, “The relationship between international humanitarian law and human rights law: a brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions”, *International Review of the Red Cross*, vol. 38, No. 324 (1998), p. 409; and *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. II, sect. A (Berne, 1949), see remarks of Max Petitpierre, p. 536。

<sup>11</sup> 见国际人权会议就武装冲突中的人权问题通过的第 23 号决议，1968 年 5 月 12 日，德黑兰 (A/CONF.32/41, chap. III)。

<sup>12</sup> 例如，见《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》)第 54 条，第 1 款，主题为禁止使平民陷于饥饿。

<sup>13</sup> Peter Rowe, *The Impact of Human Rights on Armed Forces* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005)。

<sup>14</sup> 在人权理事会、联合国条约机构、大会和安全理事会的标准制定及监督做法中也得到明显体现。

<sup>15</sup> 例如，有关军事必要性的规范宗谱、区别原则、不必要痛苦、明确的法律区别点。Marco Sassóli and Laura M. Olson, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, No. 871 (2008)。

<sup>16</sup> 《日内瓦四公约》共同第 3 条；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)第 32 条；《公民权利和政治权利国际公约》；《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》；另见 Andrea Bianchi, “Terrorism and armed conflict”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, No. 1 (March 2011)。

<sup>17</sup> 《联合国宪章》；《日内瓦第四公约》第 27 条；国际人道法习惯法数据库，规则 88(不歧视)。

行为能力、对被拘留者的救济措施。<sup>18</sup> 人权规范对《第一附加议定书》、《第二附加议定书》规范性内容的影响有详实记录，加深了武装冲突中的保护义务，包括在非国际性武装冲突中的保护义务。<sup>19</sup> 现在存在广泛共识，认为可从人权法和国际人道法中得出的某些基本准则(特别是保护个人免遭国家行为者任意剥夺生命、剥夺自由、剥夺财产、劫为人质的准则)在武装冲突期间(包括在发生恐怖主义行为的冲突中)始终适用。<sup>20</sup> 这些法律制度之间的互补作用表明，国际人道法的实施在特定情况下是有效保护某些人权的门户，这些法律制度之间的重叠加深了各国在某些不可剥夺权利方面的义务。<sup>21</sup> 特别报告员认为，这一观点即使在国际人道法构成特别法的特定事项上(如在武装冲突中采取敌对行动)也是成立的。她维护下述观点的正确性，即：这两种法律制度在覆盖范围上没有差距，这意味着其中之一或两者都适用于采取反恐措施的任何情况。她指出，有选择地援引或不援引这些纲领性的制度将等于认可法律“黑洞”，<sup>22</sup> 有损于《联合国宪章》，服务于特定国家的单方面利益而非共同利益，侵蚀全球法律秩序的完整性。单独、顺序或同时适用这些法律制度的基础不是反恐法律和实践，而是长期分别适用国际人权法和国际人道法的基于条约的协定和习惯做法。这一点由《联合国宪章》进行了申明，且根植于客观事实，而不仅仅取决于各国的政治偏好。<sup>23</sup>

16. 特别报告员认识到针对国际性武装冲突和非国际性武装冲突的人道法规范存在明显的分层。她申明，各国已就国际性武装冲突商定并适用了较广泛的条约义务。值得一提的是，通过特设刑事法庭的判例、《国际刑事法院规约》的通过、国际刑事法院待审案卷的合并，加强非国际性武装冲突中法律义务的工作蓬勃发展。因此，国际人道法与在非国际性武装冲突中保护个人、履行职责尤其相关。在此类冲突中，国家和非国家武装团体遵守国际人道法规范至关重要。当代此类冲突已然扩散，同时各国历来不愿承认国际人道法(包括《日内瓦四公约》共同第3条)完全适用于这些冲突。<sup>24</sup> 正是在此背景下，有人可能把将某些行为归类为“恐怖主义”视为一种手段，以取消基本保护性法律规范的适用性。这种取消带来的危险不仅仅是形式上的，而且对进行人道主义行动、提供人道主义援助、保

<sup>18</sup> Jean S. Pictet and others, *Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary* (Geneva, ICRC, 1958), arts. 7, 27, 80, 99 and 101.

<sup>19</sup> Marco Sassoli and others, *How does Law Protect in War?*, vols. I and II, 2nd ed. (Geneva, ICRC, 2006).

<sup>20</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I (New York, Cambridge University Press, 2005); see also Human Rights Committee, general comment No. 29 (2001) on derogations from provisions of the Covenant during a state of emergency, para. 13, concerning regime overlaps.

<sup>21</sup> Theodor Meron, “The humanization of humanitarian law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, No. 2 (April 2000).

<sup>22</sup> Johan Steyn, “Guantanamo Bay: the legal black hole”, *International and Comparative Legal Quarterly*, vol. 53, No. 1 (January 2004).

<sup>23</sup> 特别报告员指出安理会的反恐决议应与各国的其他条约义务相一致，并申明法规应与其他义务相一致这个普遍推定(《维也纳条约法公约》第5条)。

<sup>24</sup> 包括涉及被认定为“恐怖主义分子”的团体的冲突。

护人道主义工作人员、保护不可减损权利、基本司法保证、不歧视原则都有切实影响。必须坚决捍卫适用于非国际性武装冲突的人道法规范，在实践中加以应用，并对滥用反恐言论和规范以避免适用应适用于武装冲突的习惯和条约规则的做法提出挑战。这意味着要从规范和制度上明确界定反恐法规的适当法律界限，禁止参与实施反恐措施的国家、反恐机构、非国家行为者(包括公司实体)越权。<sup>25</sup>

17. 国际法院的判例反映了国际人道法和国际人权法各自的适用范围，包括在涉及恐怖主义行为的情况下的适用范围。特别报告员从国际法院与本报告相关的重要判例中得出了三个宽泛的结论。第一，人权规范即便在下述经过更改的情况下仍继续适用于武装冲突局势。一种情况是国际人道法在某一特定问题上成为特别法，另一种情况是在国际人道法承认武装冲突构成威胁国本的公共紧急状态时，一国合法克减了具体的人权法准则。<sup>26</sup> 这突显了各国在发生恐怖主义及其他情况下遵守人权规范的基本必要性。第二，各国继续认可国际人道法和国际人权法作为不可谈判的相关法律规范的适用性，特别是在有人实施恐怖主义行为的情况下。<sup>27</sup> 第三，各国总体上寻求平衡，希望避免歪曲应适用的、长期存在的国际法。<sup>28</sup> 这证实了显然需要确保反恐法规和实践不会破坏人权法和国际人道法的总体法律制度，以免削弱维持国际法制度稳定的总体制衡，从而产生意想不到的后果。

18. 特别报告员申明人权法和人道法之间具有至关重要的相互依存关系。她注意到两者在涉及权利的关键领域的规范是趋同的。<sup>29</sup> 她同意下述方面的不同规则具有独特价值，如区别、相称性、必要性、战斗人员和战俘的地位、限制条款、克减(同时指出有些规则在两个制度中有不同的含义)，也同意国际人道法和国际人权法在具有挑战性的法律和政治背景下有着交互作用。她认为，在令人高度担忧的暴力情况下，承认人权法和人道法制度的变换适用是必要和现实的，因为暴力强度随着时间的推移以及参与暴力的行为者和团体的范围都会发生改变。<sup>30</sup> 具体而言，在状况脆弱和暴力持续发生的情况下，情况的变化是可以预期的，变化的形式可能包括高度暴力、团体暴力、永久性紧急情况、轻微冲突、恐怖主义、武装冲突。同时，两个法律制度在这些不断变化的客观事实情况中有各自的作用，

<sup>25</sup> Ronald C. Slye, "Corporations, veils and international criminal liability", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, No. 3 (2008)。

<sup>26</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 66, paras. 24 and 25; and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, paras. 105 and 106。

<sup>27</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, paras. 115, 116, 218 and 220。

<sup>28</sup> 见 *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 6。

<sup>29</sup> 见根据《日内瓦第四公约》第 68 条和第 75 条对死刑施加的限制。

<sup>30</sup> 此外，特别报告员之所以持此观点，是因为国际人道法和人权法规则在特定领域的相互作用还未完全确定，原因是在下述方面存在不同看法，即：特别法的作用如何(弱或强)；人权法在某些领域是否可视为特别法；国际人道法的沉默是否是故意的，因而作为特别法的国际人道法是否排除了人权法的更高标准(例如非国际性武装冲突中的拘留)。

意味着两个制度的规则本身是不可或缺的，对增进另一个制度的效用来说也是必不可少的。恐怖主义行为对各国以及受其伤害的个人和团体构成深刻挑战。国际人道法和人权法的稳妥性对于消除助长此类暴力的条件、追究施害者应有的责任、追究各国对其暴力应对措施的责任来说，是绝对必要的。

## A. 恐怖主义与国际人道法

19. 国际人道法与反恐法规有共同点，因为前者明确禁止实施被国内法定为“恐怖主义”的大多数刑事犯罪行为，并当然认为此类行为属于现行国际反恐法律条款的管辖范围。<sup>31</sup>

20. 但要评估这两个制度之间的相互关系，必须考察其核心差异。具体来说，在法律术语中，“武装冲突是一种允许某些暴力行为(视为合法)而禁止其他暴力行为(视为非法)的情况”。<sup>32</sup> 国际人道法允许(或不禁止)攻击军事目标，无论攻击是由国家还是非国家当事方实施的。至关重要的是，针对没有直接参与敌对行动的平民和民用物体实施暴力行为是非法的，除非该暴力行为是由对军事目标实施比例相称的攻击所造成的。<sup>33</sup> 国际人道法是唯一采取这种两分法的涉及人员保护的国际法。<sup>34</sup>

21. 作为法规的国际人道法禁止在武装冲突中实施特定的恐怖主义行为，并将其视为战争罪，<sup>35</sup> 也禁止若在武装冲突之外实施则通常被视为“恐怖主义”的一系列其他行为，并通常将其视为战争罪。《第一附加议定书》第 51(2)条和《第二附加议定书》第 13(2)条明确禁止在敌对行动中实施恐怖主义行为，规定“禁止以在平民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁”。在前南斯拉夫问题国际刑事法庭的裁决中，这一禁令被视为习惯国际法。<sup>36</sup> 特别报告员认为遗憾的是，某些暴力行为显然未能按“战争罪”或危害人类罪等其他国际罪行予以妥善处理，<sup>37</sup> 因为国家倾向于模糊地使用恐怖主义这一术语来描述此类伤害行

<sup>31</sup> Ben Saul, “Order from chaos: the optimal relationship between international counter-terrorism law and international humanitarian law”, submission to the Special Rapporteur.

<sup>32</sup> Jelena Pejic, “Armed conflict and terrorism: there is a (big) difference”, in Ana Maria Salinas de Frias, Katja Samuel and Nigel D. White, eds., *Counter-Terrorism: International Law and Practice* (Oxford University Press, 2012).

<sup>33</sup> 特别报告员指出，蓄意和不分青红皂白地袭击平民都是战争罪。

<sup>34</sup> 非国际性武装冲突中国际人道法没有禁止的行为若由非国家武装团体实施，仍可根据国家法律将其视为犯罪行为。

<sup>35</sup> 适用于国际性武装冲突的《日内瓦第四公约》第 33 条；适用于非国际性武装冲突的《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二议定书)第 4 条，第 2 款，d 项。

<sup>36</sup> International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, case No. IT-98-29-A, Judgment, 30 November 2006, paras. 87 and 91.

<sup>37</sup> 特别报告员注意到，通过国际法和国家法律的相互作用，确保了对平民参与敌对行动的制裁的全面性。

为。<sup>38</sup> 在伊拉克、利比亚、索马里、阿拉伯叙利亚共和国等多种情况下，对严重违反国际法(尤其是国际人道法)的行为始终缺乏问责。此外，还出现了将参加恐怖主义组织、支持恐怖主义、为恐怖主义目的进行旅行作为“包治百病的”刑事诉讼措施这种新现象。这些情况严重危害了恐怖主义的受害者，也严重削弱了尊重权利和确保权利履行的责任，因为这样就未能适当利用最有能力管辖和起诉此类犯罪行为法律制度，而且未能发出反映此类行为严重性的信号。特别报告员强调了非国际性武装冲突中适用的具体禁令，包括禁止以散播恐怖为主要目的对平民发动袭击(《第二附加议定书》第 13.3 条)以及禁止采取恐吓民众的行动(同上，第 4 条，第 2 款，d 项)。<sup>39</sup> 她指出国家和国际法律体系在起诉战争罪方面具有强大能力，对于未能充分利用这种能力应对武装冲突中的恐怖主义罪行表示惋惜。

22. 自 1963 年以来，在联合国主持下通过了 19 项恐怖主义公约。其中，1997 年之前只有 1 项公约(关于劫持人质问题)明确涉及国际人道法，而 1997 年以来通过的所有文书都涉及国际人道法，只有 1999 年《资助恐怖主义公约》这样的少数例外情况，另有 6 项文书共同排除了武装冲突中的(国家和非国家)武装部队行为。<sup>40</sup> 与此同时，自 2001 年 9 月 11 日恐怖袭击以来，在多个法律和政策层面上加强了对恐怖主义的规制。特别报告员以前的报告讨论了通过安理会决议(见 A/73/361)进行“准立法性”规制所涉及的人权问题，还讨论了软法规范(见 A/74/335)日益削弱具有约束力的条约法和联合国内部机构间平衡这一问题。在国际人道法方面，由于通过了关于特定类型恐怖主义行为的反恐条约，同时在国家范围内通过反恐法律，此类文书的范围不断扩大，与国际人道法历来涵盖的领域发生了重叠。<sup>41</sup> 一个积极的情况是，反恐条约和安理会反恐决议填补了空白，建立了更强大或特别的调查权和执法权，为各国规定了更具体的镇压职责和预防职责。在关于战争罪和恐怖主义罪行的刑事规则适用于同一行为的情况下，某些关于恐怖主义罪行的刑事规则可能更为具体。如下文所述，更具挑战性的问题包括：将反恐扩展到预防性和预见性刑事监管领域，关于全球和国家反恐措施的核心禁止规定缺乏商定的定义，因此向国家授予了无限制的权力，允许其在反恐名义下作出越权和系统性侵犯人权的举动，并允许其将持不同政见者、少数群体、人道主义者、民间社会作为目标。

## B. 安全理事会对反恐背景下的人权法和人道法的参与

23. 各国的反恐法律和实践有条约、习惯法、安理会决议、软法等方面。各项制止恐怖主义的公约在制止国际人道法未具体处理或未以更有限的方式处理的某些类型的暴力方面发挥重要作用。这些禁令与禁止针对平民的恐怖主义行为的一

<sup>38</sup> 特别报告员注意到，有少数对被归为恐怖分子者提起战争罪指控的情况(包括在德国)。

<sup>39</sup> 例如，“背信弃义”(装扮成平民进行自杀式袭击或其他袭击)。

<sup>40</sup> 反恐公约仅适用于罪行具有跨国因素的情况，而不包括非国际性武装冲突中的纯国家行为。

<sup>41</sup> 一些恐怖主义条约明确保护具体人权，例如 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》和 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(规定被羁押人有权被告知其拥有联系领事代表的权利)。

般习惯国际法准则相辅相成。<sup>42</sup> 特别报告员认为,在发生恐怖主义的情况下,人权法或人道法将构成基准法律制度。她认识到,有时会就这两个基本制度中一个制度相对于另一个的优先地位产生争议,但永远不应以这种矛盾为由限制冲突中最脆弱者的基本人权。抛开条约和习惯规范不谈,安全理事会在反恐行动管制方面发挥了越来越明显的核心作用。正如特别报告员所指出,安理会第 1373(2001)号决议要求所有国家将“恐怖主义行为”和各种相关准备行动(包括资助恐怖主义)定为犯罪行为,而随后的各项决议通过对各国实施先发制人的法律规制和刑法规定,改变了安理会行动的法律范围。在这方面,有必要考虑安理会对各国在人权和人道法方面的义务有何看法。

24. 自 2001 年以来,安理会已通过 34 项有关反恐规制的决议,明确承认和论述了各国在人权法和人道法方面承担义务。安理会的立场也符合大会一再重申的这一立场。令人遗憾的是,联合国安理会的基础性决议(第 1373(2001)号决议)仅在第 3 段(f)和(g)分段有限地提到国际法,特别是人权法和难民法,而第 8 段则申明各国根据《联合国宪章》承担的义务(也是对《宪章》第一条第三款即“全体人类之人权及基本自由”的间接确认)。一个积极的方面是,后续各项决议的一个关键主题是一贯申明各国“必须遵守国际法规定的所有义务”,包括人道法和人权法(见第 2178(2014)号、第 2396(2017)号、第 2462(2019)号决议)。特别报告员在以前的一份报告(A/73/361)中指出了这些决议中提到人权之处,其中多处具体提到了国际人道法。<sup>43</sup> 下面是几点初步的观察结果。第一,本报告的基本主题得到了申明,即各国保护人权的义务和平等尊重其人道法的义务两者相互交织。因此,安理会各项决议事实上承认在反恐方面有必要同时遵守这两个法律制度。第二,这两个法律制度(以及难民法)具有同等地位,因此在推进反恐法规方面没有理由直接或间接地减低一个制度相对于另一个制度的地位。第三,对这些法律制度的提及大多是泛泛而言,缺乏使其在实践中得到遵守所需的具体性。特别报告员强调,她发现同样有必要但未能做到的是提供具体人权指导,以及说明反恐决议中现有的具体规范标准和义务与国际人道法具有相等的重要性。第四,显然,安理会未曾直接或间接地表示取代人权或国际人道法条约规则的任何意图。例如,全面审读《联合国宪章》第 103 条都没有发现任何关于这种办法的迹象。特别报告员再次表述了普遍的认识,即:即使考虑采取这种(有问题的)行动,也不会影响习惯国际法的适用。总之,安理会一贯肯定国际人道法和国际人权法具有持续和无可辩驳的适用性。安理会似乎同意在发生武装冲突的情况下应在国际人道法作为特别法的背景下对反恐措施进行解读,并辅之以国际人权法,而且人权法在平时时期评估反恐法规的应用情况时,应保持制度优先地位(见安理会第 2462(2019)和 2482(2019)号决议)。

<sup>42</sup> 有些问题(例如与核材料有关的犯罪)完全由反恐条款规制,而在国际人道法中没有具备对等功能的规则。特别报告员同意,反恐法可能会对国际人道法中普遍存在的某些罪行(例如劫机行为)给予更具体的说明。见 [www.un.org/counterterrorism/international-legal-instruments](http://www.un.org/counterterrorism/international-legal-instruments)。

<sup>43</sup> 见安理会第 1456(2003)、1535(2004)、1566(2004)、1624(2005)、1963(2010)、2129(2013)、2170(2014)、2178(2014)、2341(2017)、2354(2017)、2368(2017)、2380(2017)、2395(2017)、2396(2017)、2462(2019)和 2482(2019)号决议。

### C. 反恐怖主义法规对国际人道法和国际人权法的当代挑战

25. 特别报告员一直在记录国家、区域和全球反恐怖主义法规对保护人权造成的正在发生的、有害的和持久的挑战。在本节中，她着重介绍了反恐怖主义法规对国际人道法和人道主义行动的负面影响，以及对享受人权所产生的后果性和关联性影响。

26. 首先，法律制度模糊不清，各国明确不愿、甚至有时断然拒绝执行国际人道法，转而支持反恐法规，在认定和起诉战争罪方面产生了不一致之处。这破坏了人权法和人道法的共同目标：在武装冲突中防止非法行为和确保追究严重违反国际法的行为(见大会第 73/305 号决议)。第二，国际人道法和国内实质性反恐怖主义法规在功能上的相互作用导致在符合国际人道法适用标准的情况下，非国家武装团体的成员将因人道法未禁止的暴力行为而面临国内反恐怖主义法规更为严厉的惩罚。<sup>44</sup> 特别报告员注意到，允许因一系列国际人权法中规定的罪行将非国际性武装冲突中的叛乱暴力行为定义为犯罪，明显不同于与将直接参与敌对行动等同于恐怖主义。后者包括将准备行为定义为犯罪、加重刑罚，并可能牵涉到政治犯除外原则和双重犯罪。这一明显矛盾导致非国家武装团体遵守国际人道法的激励因素减少，<sup>45</sup> 某些条款(包括对合法战争行为的赦免)被排除在结束冲突的战略和谈判之外，以及在陷入周期性暴力、脆弱和冲突频发的国家中推进和解和过渡遇到障碍。结束冲突和达成和解方面的许多优先事项是由人权的迫切需求推动的，并以人权的执行和价值观为基础(见 S/2004/616)。第三，应当承认，适用宽泛的国家和国际反恐怖主义法规给在武装冲突和脆弱环境中开展公正的人道主义活动造成了极其严重的后果。公正的人道主义行动，特别是提供医疗用品、住所和食物，是世界多个地区行使基本社会和经济权利的必要条件，包括食物权、安全饮用水权、充分享有健康的权利。将非国际性武装冲突中的某些非国家武装团体认定为恐怖分子，并将提供保护和援助等人道主义活动作为支持恐怖主义或被认定为恐怖分子的个人或实体的一种形式，减少了对最弱势和最易受伤害群体的基本人权法和人道主义保护。<sup>46</sup> 安全理事会制定的适用法律不够完善，需要各国协调一致的关心和补救，以解决下文概述的不足之处。<sup>47</sup> 第四，与此同时，通过国家、区域、全球的观察名单对已知或嫌疑恐怖分子进行列名和制裁，这一要求已证明存在严重的人权缺陷，不符合国际法中规定的最低限度的正当程序

<sup>44</sup> 特别报告员注意到：根据安理会第 1373(2001)号决议，将恐怖主义行为定为犯罪的责任并不要求各国将国际人道法未禁止的行为定为犯罪。安理会第 1566(2004)号决议和执行安全理事会第 1373(2001)号决议和其他有关决议的技术指南修订本(S/2019/998, 附件)将定义与部门公约联系在一起，其中许多公约明确将武装冲突中的武装部队排除在外。

<sup>45</sup> Tristan Ferraro, “Interaction and overlap between counter-terrorism legislation and international humanitarian law”, in ICRC, *Proceedings of the Bruges Colloquium* (2016)。

<sup>46</sup> 安全理事会第 1373(2001)号决议第 1 段(d)；另见人道主义组织的呈件。

<sup>47</sup> Emma O’Leary, “Principles under pressure”, 2018. 另见：安全理事会第 2462 (2019)号决议，第 24 段；第 2482 (2019)号决议，第 16 段。

保障。<sup>48</sup> 最后，特别报告员认识到，从实施国际人道法转向遏制恐怖主义可能牵涉到各国对主权问题的关切。将冲突中的恐怖主义定为跨国犯罪可能会导致管辖权的扩张，从而打破国家领土主权与刑事规范和宪法规范之间的重要联系。<sup>49</sup>

#### D. 联合国反恐怖主义架构的制度层面

27. 越来越多的联合国机构、实体和机制的活动涉及反恐怖主义，包括在武装冲突局势中反恐，因此这些机构也参与国际人权法和人道法在这方面的衔接。这些机构在不同程度上包括联合国全球反恐协调契约及该契约工作组框架下的成员和观察员。与此同时，联合国人权机制、某些调查机制、调查委员会、实况调查团等其他实体也是这一领域的相关行为体。

28. 安全理事会关于反恐怖主义的第 1373(2001)号决议所设委员会及其执行局在这一领域发挥重要作用。<sup>50</sup> 执行局作为负责监测和促进会员国执行安全理事会一系列决议的实体，应评估各国为落实安理会法定措施而采用的国家反恐怖主义法律、政策、做法，包括其是否遵守适用的国际人权法、国际人道法和难民法(S/2019/998)。因此，反恐怖主义委员会及其执行局直接和显著地影响了会员国如何解释和履行国际法规定的相关义务，包括会员国如何处理国际人权法和人道法规范与反恐怖主义框架之间可能出现的紧张或冲突。<sup>51</sup> 这些评估以及由此产生的报告和建议原则上是保密的，<sup>52</sup> 导致缺乏透明度，联合国系统内部难以一致应对反恐怖主义法规与其他相关国际法准则和标准之间的相互影响。特别报告员深感关切的是，由于缺乏透明度，致使执行局提出的意见与权威实体和程序对反恐实践中人权缺陷的评估(例如普遍定期审议、联合国条约机构作出的认定、特别报告员负责的国家评估)不能相符。鉴于安全理事会加强了对执行局的指示(见安理会第 2462(2019)号决议)，这一问题在国际人道法领域将进一步加剧。特别报告员认识到反恐实体运作的深刻政治背景，并担心这些动态在国际人道法评估的背景下可能会加剧，尤其是在根据武装冲突地位认定规范和责任方面。这一缺陷特别令

<sup>48</sup> Ombudsman's report for 2020; S/2020/493, in which the lack of documentation on humanitarian consequences is noted; Gavin Sullivan, *The Law of the List* (Cambridge University Press, 2020); and United States of America, Supreme Court, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010), case Nos. 08-1498 and 09-89, Decision, 21 June 2010.

<sup>49</sup> 安全理事会决议中一些一般的恐怖主义罪行缺乏国际法律定义，因此缺乏精确性。特别报告员指出了这一问题在引渡或合法移交程序中带来的特殊挑战。此外，一国没有权利将其他国家领土上发生的叛乱定为犯罪，国际人道法也没有明确要求各国这样做。

<sup>50</sup> 见安全理事会第 2395 (2017)号决议; S/2019/998; Dustin A. Lewis, Naz K. Modirzadeh and Jessica S. Burniske, "The Counter-Terrorism Committee Executive Directorate and international humanitarian law: preliminary considerations for States", legal briefing, March 2020, addressing the role of the Executive Directorate as a "special political mission" operating under the policy guidance of the Counter-Terrorism Committee, specifically affirming the constraints of the Charter (in particular Article 103) on such bodies.

<sup>51</sup> 反恐怖主义委员会执行局还发起专题倡议，涉及国际人道法规定的义务等方面，例如“关于外国恐怖分子战斗人员的指导原则”(马德里指导原则)(S/2015/939, 附件二)及其增编(S/2018/1177, 附件)。

<sup>52</sup> 2006 年以来，安全理事会相关决议执行情况的评估、建议和具体国家的最新情况没有公布。

人关切，因为反恐怖主义委员会及其执行局提出的建议具有政治分量，与本报告和其他地方指出的遵守人权法和人道法方面的漏洞相比，会员国遵守反恐怖主义相关软规范、非正式准则和指南的比率相对较高(见 [A/74/335](#)，第 22 段)。

29. 在反恐怖主义背景下评估国际人权法和国际人道法规定的国家义务范围和内容，需要联合国反恐怖主义架构下的各实体努力解决复杂的问题，即使有时内部没有充足的专题知识，或缺乏与外部专家持续而综合的交流。特别报告员强调了这些实体在其活动框架内使反恐怖主义努力与国际人权法和人道法相容的必要性和挑战。具体而言，考虑到本文所述在确保适用国际人道法方面的挑战，人们对如果让这些实体评估国际人道法的执行情况则将面临政治压力表示严重关切，因为这种压力对国际人道法和国际人权法的执行都是有害的。此外，特别报告员认识到，最低限度和/或不透明的内部评估可能会使条约机构(在人权方面)和红十字国际委员会(在国际人道法方面)丧失主导的解释作用。专业和公正的人权法和人道法实践也势在必行，以避免因为对预防和打击恐怖主义的行动规范的解释存在冲突而导致这一领域的规范支离破碎、作用被削弱。联合国各实体在制定指导意见、技术援助、能力建设和其他旨在支持会员国的方案、倡议和活动方面，应根据其任务和主要专题知识，努力提供细致入微和准确的援助和咨询，而不应不顾各国反恐怖主义的整体义务，给予割裂和零散的指导。这些实体应确保这种咨询意见符合联合国司法和准司法机制(包括人权条约监督机构以及在国际人道法领域角色突出的红十字国际委员会)对国际人道法和国际人权法的权威解释和执行。这种做法还可以避免相关联合国实体根据其任务规定和主要专题知识，向成员国提供相互矛盾的咨询意见。这种做法需要联合国各实体之间定期进行建设性的协商与合作，目的是真正促进“联合国一体化”方式，运用相关实体和机制在人权法和国际人道法领域的专题知识，从而切实推进对国际规范和标准的尊重。

#### E. 保护有原则的人道主义行动的完整性：人道主义豁免

30. 特别报告员承认将资助恐怖主义定为犯罪和实行对恐怖主义制裁制度具有重要性，同时也表明反恐措施、立法、条例、捐助者要求、恐怖主义制裁制度相互交织，形成复杂的网络，具有非常严重的后果。这些措施旨在限制为恐怖组织提供各种形式的、定义宽泛的支持和援助，并有时将这些支持和援助定为犯罪(见 [A/74/371](#)，第 31-44 段；[A/HRC/40/52](#))。特别报告员还认识到，制裁制度在各种情况下导致人道主义行动受阻或拖延，其中许多行动涉及人道主义行为体的核心任务，包括红十字委员会的任务。<sup>53</sup> 这些宽泛和模糊的措施可能不透明，缺乏明确的执行指导。它们激增、共存、重叠，不仅限制了向非国家武装团体控制区的贫困人口提供援助，还以各种方式影响人道、中立、独立、公正的人道主义行动。<sup>54</sup> 令人遗憾的是，它们可能会导致人道主义行为者、人权行为者、其他民间社会行为者被起诉和逮捕。事实上，这些措施最终阻碍了公正的人道主义组织(包括红十

<sup>53</sup> 此类活动包括对被拘留者的探访和物质援助(包括探亲)、急救培训、战争手术研讨会、向武器携带者传播国际人道法、提供援助以满足难以到达地区平民的基本需要、为受伤和患病的战斗人员提供医疗援助。

<sup>54</sup> 见 *United States, Supreme Court, Holder v. Humanitarian Law Project*。

字国际委员会)履行拯救生命的人道主义任务的能力。这些任务是 1949 年日内瓦四公约及其附加议定书<sup>55</sup> 的缔约国指派给它们的, 包括提供食品和医疗援助。<sup>56</sup> 此外, 虽然本报告的主要重点是人道主义行动, 但特别报告员指出这些措施也限制了在促进遵守国际规范这个领域开展的关键工作, 如维护和倡导人权、提供培训、解决冲突以及调查实况和收集证据用于起诉。这些因素在建设和平、为受害者伸张正义以及达成和解方面发挥着重要作用, 因此它们向被困在暴力非国家武装团体统治下的民众提供拯救生命的援助一样, 也是有效反恐和防止暴力极端主义战略的一部分。

31. 安全理事会对此负有特殊责任, 因为它采取的一些反恐怖主义措施是阻碍人道主义行动的关键因素, 尤其是在制裁(联合国管理的制裁措施和安理会第 1373(2001)号决议产生的制裁措施)、资助和支持恐怖主义或恐怖主义分子和旅行等领域。令人担忧的是, 安全理事会关于基地组织及关联个人和实体的第 1267(1999)和 1989(2011)号决议所设委员会尽管从未仅因为提供医疗或人道主义援助而将某一个人列入制裁名单, 但曾提到医疗活动是将两名个人和两个实体列入名单的部分依据, 这意味着以提供医疗保健和医疗用品的形式支持被指认的恐怖主义团体在禁止之列。<sup>57</sup>

32. 特别报告员感到鼓舞的是, 为寻求更好地保护平民, 秘书长呼吁各国不要阻碍人道主义组织与武装团体接触, 即使是一些国家立法禁止的武装团体(见 S/2009/277, 第 45 段)。秘书长还呼吁采取措施保证医务人员在任何情况下都有能力治疗病人, 而不会遭到任何形式的制裁。<sup>58</sup> 这些都是基本措施, 保障个人人权及其根据国际人道法应受保护的權利。特别报告员还感到鼓舞的是, 最近安全理事会响应了这些呼吁, 继联合国大会之后(见大会第 70/291 号决议, 第 22 段; 大会第 72/284 号决议, 第 79 段), 敦促各国在制定和实施反恐怖主义措施时考虑这些措施可能产生的作用, 即影响公正的人道主义行为体以符合国际人道法的方式开展纯属人道主义的活动, 包括医务活动(见安理会第 2462(2019)号决议, 第 23 段; 安理会第 2482(2019)号决议)。这是一个值得欢迎的、积极的开端。<sup>59</sup>

33. 然而, 这些原则声明不足以积极保护人道主义行动的完整性, 也不足以积极保护在恐怖主义集团活跃地区工作的人道主义行为体。事实上, 人道法已规定保护出于人道主义目的进行的接触, 安全理事会决议通常会述及人道主义援助准入的重要性(例如, 见第 2139(2014)号决议, 第 7 段; 第 2175(2014)号决议, 第 3 段)。这些措施已对下述工作产生了实际影响或吓阻作用, 即: 在挑战性环境中为阿富汗、

<sup>55</sup> 其中包括人道主义行动的规则以及授权公正的人道主义行为者提供服务。

<sup>56</sup> Alice Debarre, “Safeguarding medical care and humanitarian action in the United Nations counter-terrorism framework”, International Peace Institute, September 2018; 《马德里指导原则》(S/2015/939, 附件二, 第三节 C)。

<sup>57</sup> Debarre, “Safeguarding medical care and humanitarian action”。

<sup>58</sup> 见大会第 72/284 号决议, 第 74 段; S/2016/722, 附件, 第 10 段(建议 3.1); S/2018/462, 第 22 段。

<sup>59</sup> 例如, 见瑞典和瑞士提交的材料。

伊拉克、马里、尼日利亚、索马里、阿拉伯叙利亚共和国、也门、加沙人民提供有原则的人道主义援助。有鉴于此，特别报告员明确表述了以下立场，即：目前的条件不允许人道主义行为体以符合国际人道法的方式执行任务，损害了弱势群体的基本权利和尊严。<sup>60</sup> 各国和各国际组织必须采取具体行动，确保其反恐主义框架有效尊重国际人道法，从而推进各国保护和促进个人权利的基本义务。<sup>61</sup>

34. 为了确保人道主义行动的完整性，各国和各国际组织必须在国际人道法适用时切实优先按国际人道法规则进行监管。相应地，鼓励各国和国际组织授权或不要禁止公正的人道主义组织根据国际人道法开展援助或保护活动，即使这些活动有益于被指认为恐怖分子的个人。特别报告员已经谈到，各国和包括安全理事会在内的国际组织需要通过人道主义豁免条款，<sup>62</sup> 明确在反恐主义措施中免除人道主义行动的责任，给予所有从事有原则的人道主义行动的个人和组织反恐主义豁免权和制裁制度豁免权(见 [A/HRC/40/60](#)，第 21 和 22 段)。

35. 特别报告员承认这种豁免已经存在于某些国家的司法管辖中，<sup>63</sup> 其形式多样，且有各种限制。例如，被认为是“人道主义”的概念也可能被徒劳地分割开来，例如认为药物的提供和医疗服务的提供之间存在差别。<sup>64</sup> 对人道主义活动加以细分，或以似乎随意的方式确定是否实际适用此类豁免，就无法反映人道主义行动的复杂性，也无法为人道主义行为体提供足够的法律确定性。人道主义豁免是实施有原则的人道主义行动的先决条件，也是人权法的核心要求(见《公民权利和政治权利国际公约》第 15 条)。安全理事会应借鉴自身在将其他人道主义豁免运用到制裁制度中的经验(例如关于朝鲜民主主义人民共和国的第 [2397\(2017\)](#) 号决议。)，特别是关于索马里的第 [751\(1992\)](#) 号决议也将人道主义豁免纳入了制裁措施(尽管内容有限)，其中也包括涉及恐怖主义团体的豁免(见：第 [1916\(2010\)](#) 号决议；第 [2444\(2018\)](#) 号决议，第 48 段，其中包含在饥荒情况下的豁免)。与人道主义豁免形成对比的是，克减制度和采用临时审批或颁发许可证的做法不仅会带来阻碍，而且从操作的角度看往往也是行不通的。此外，克减/审批/许可证制度不符合国际人道法，因为这些制度规定人道主义行动需要获得额外授权。国际人道法并无此规定，只要求公正的人道主义组织征得有关交战方的同意，而不是第三国或国际组织的同意才能开展活动。第三国和国际组织只有义务允许和促进人道主义行动，克减行为会导致这一职能无法实现。特别报告员强调提供人道主义

<sup>60</sup> 由于担心各国报复在受冲突影响地区工作的人道主义组织，因此就这一问题向特别报告员递交的许多呈件都要求保密。

<sup>61</sup> 联合国大学，“关于联合国制裁的简要介绍：设计联合国制裁以更好地保护人道主义活动的九个要点”，2020 年 7 月。

<sup>62</sup> 见安全理事会第 [1452\(2002\)](#) 号决议第 1(a)段、第 [2253\(2015\)](#) 号决议、第 [2368\(2017\)](#) 号决议所包括的豁免。另见 [A/64/258](#)、[A/67/396](#)、[A/73/361](#)、[A/HRC/34/61](#)。

<sup>63</sup> 特别是在澳大利亚和美国(见 [A/70/371](#)，第 34 段；[A/73/314](#)，第 51 段)。

<sup>64</sup> *United States, Court of Appeals, Second Circuit, United States v. Farhane*, case No. 634 F.3d 127, Decision, 4 February 2011。

援助与保护个人人权(健康、食物、水、教育和安全)之间具有重要联系,<sup>65</sup> 同时强调利用反恐怖主义话语和实践破坏人道主义行为体的工作就是损害地球上最脆弱人群最基本的权利。

## F. 平等和不歧视

36. 平等和不歧视是国际人权法框架的根本规则。它们体现在《联合国宪章》、《世界人权宣言》、在联合国主持下通过的核心人权公约以及区域人权条约中,是习惯法的规范和人类尊严的基石,人权的本质特征由此而来。它们是不可或缺的法律规范,指导着在打击恐怖主义的同时履行国家人权义务。平等和不歧视规则申明,各国在恐怖主义预防和打击的监管措施中必须一视同仁,确保例如恐怖主义受害者和反恐怖主义措施的受害者在法律上获得平等对待,有权获得相同的处理、救济、地位。虽然国际人道法在武装冲突中区分不同类别的行为者,但这一法律在其适用范围内仍坚持对平等和不歧视的基本承诺,这在冲突各方之间具有横向的法律适用性。<sup>66</sup> 具体而言,国际人道法规定的平等的一个关键方面是武装冲突各方在义务上的实质性平等,其中包括国家和非国家各方,尽管这并不意味着承认非国家团体合法。平等还体现在保障措施不歧视任何交战方。平等和不歧视规则处于每个法律制度的中心地位,这在任何情况下对于持续保障权利而言都是极其重要的。无论是在武装冲突时期还是和平时,这些规则都一贯要求国家承担与权利一起赋予的责任。在武装冲突(包括国际性武装冲突和非国际性武装冲突)中捍卫平等原则,确保并促进在和平中保障权利,往往为实现从冲突向非冲突以及和解的过渡创造了有利条件。在反恐怖主义背景下(例如在刑法制裁、行政措施、拘留程序中),实际应用如何确保平等和不歧视规则仍然存在争议。特别报告员注意到一些国家喜欢将反恐怖主义措施归入一个特殊的类别,而完全脱离这些习惯法和条约法的义务。这种现象在非国际性武装冲突和人道主义危机的情况下似乎尤为明显,在将少数群体地位和权利方面的长期不满大规模定义为“恐怖主义”的国家也是如此。确保执行国际人道法是在这些情况下更广泛地保护人权的最有效的手段之一。

## G. 外国恐怖主义作战人员及其家属

37. 特别报告员一贯表示,只有从冲突地区紧急遣返外国恐怖主义作战人员及其家属,才能以符合国际法的方式应对被拘留在人满为患的兵营、监狱或阿拉伯叙利亚共和国东北部和伊拉克其他地方的妇女、男子和儿童所面临的复杂和不稳定的人权、人道主义和安全局势。<sup>67</sup> 将这些人遣返是一种全面的应对措施,相当于积极执行安全理事会第 2178(2014)号和第 2396(2017)号决议,顾及了相关国家的

<sup>65</sup> 在这方面,特别报告员对安理会第 2532(2020)号决议第 3 段表示关切,因为其中明确禁止将“人道主义暂停”扩大到“针对伊拉克和黎凡特伊斯兰国的军事行动”。

<sup>66</sup> 红十字国际委员会惯常国际人道法关于不歧视问题的第 88 条规定了这一点。

<sup>67</sup> 见 <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Terrorism/Pages/Statements.aspx>。

长期安全和司法利益。<sup>68</sup> 特别报告员认为,根据国际法,拘留营的条件相当于对被关押者施加酷刑、给予其不人道和有辱人格的待遇。<sup>69</sup> 她申明,拘留营中的被关押者受到多重交叉和复杂的人权侵犯,例如与任意拘留、公平审判、歧视、健康、教育相关的侵犯。她发现《儿童权利公约》中规定的儿童权利受到几种形式的侵犯。她确认还同时发生了多重违反国际人道法的行为,至少是违反了日内瓦四公约共同第 3 条中下述几种规定,即:禁止酷刑、禁止羞辱和有辱人格的待遇、禁止对生命和人身的暴力、提供司法保障、照顾伤病员、禁止基于受保护的标准给予不利的区别对待。

38. 各国认可法律上存在无人管辖地带,其中人权义务不正式适用于拘留这些国家国民并拒绝对这些国家国民(包括儿童)承担责任的非国家行为体(如叙利亚民主力量)。这不仅是一场人道主义悲剧,而且是对最基本法律责任的废除。特别报告员认为一些国家可能实际上<sup>70</sup> 或根据推定掌控着其国民在拘留营中被关押的条件,特别是因为这些国家实际上有能力通过遣返来结束拘留及拘留中的侵权行为。爱尔兰、哈萨克斯坦、俄罗斯联邦、科索沃<sup>71</sup> 成功开展的遣返工作就证明了这一点。她申明各国有积极义务采取一切合理手段制止普遍存在的侵犯人权和违反人道法的行为,特别是针对儿童的此类行为。<sup>72</sup>

39. 特别报告员强调了对外国恐怖主义作战人员遭到特殊管制的关切,并强调外国恐怖主义作战人员及其家属的待遇应适用的是整个国际法,而非精心挑选的某些方面。将安全理事会决议作为“超级立法”进行部署被一些国家解读为促进规避原已存在的人权法和人道法义务。这种做法令人遗憾,亟需停止。反恐怖主义法规正日益成为一种极度例外的法律制度,给个人带来了毁灭性的后果。

40. 特别报告员强调,将国际人道法适用于武装冲突的重要性和必要性不言而喻。她批评一些国家使用修辞性和描述性的武装冲突语言,而随后却拒不遵守因这种分类而应适用的法律规则。她指出,“外国恐怖主义作战人员”一词以及随之出现的与其家属(其中大多数是妇女和儿童)相关的命名法(如附属和关联)没有提供任何保护基础,使陷入武装冲突漩涡中的个人极为脆弱。执行安全理事会反恐怖主义决议和相关软法带来一个影响,就是所有被认为与伊拉克和黎凡特伊斯兰国有关联的个人都被视为“恐怖分子”,因而不受法律保护。<sup>73</sup> 这一观点不符合人权

<sup>68</sup> 联合国人权事务高级专员办事处,“各国对阿拉伯叙利亚共和国北部营地、监狱或其他地方的儿童及其监护人的域外管辖权:法律分析”,2020 年。

<sup>69</sup> 该观点得到了移民上诉特别委员会的认同,英格兰和威尔士上诉法院在其关于 Shamima Begum 的裁决中没有提出异议。

<sup>70</sup> 见 United Kingdom, Supreme Court, *Rahmatullah. Secretary of State for Defence*, case No. [2013] 1 AC 614, 656 [123]。

<sup>71</sup> 提及科索沃之处应理解为与安全理事会第 1244 (1999)号决议相关。

<sup>72</sup> 一般性评论,共同第 1 条规定所有缔约国有义务“尊重和确保尊重”(国际人道法)。

<sup>73</sup> Geneva Academy, *Foreign Fighters under International Law*, Academic Briefing, No. 7 (Geneva, 2014)。

法和人道法的根本基础。<sup>74</sup> 特别报告员认为,适用国际人道法不仅在法律上是合理的,而且对于那些处于阿拉伯叙利亚共和国东北部和伊拉克的人来说,这对他们的权利保障也尤为重要。这些人没有被排除在国际人道法的保护之外,正是因为他们处于冲突一方的权力之下。现有的人权法和人道法规则(无论是条约法还是习惯法)都不排除对他们的保护。恰恰相反,这两套法律都要求对其加以保护。这些保护包括共同第3条的规定,也包括适用于武装冲突的习惯国际法。具体规则包括:以非随意性的方式规定拘留个人的理由和程序;如果指控个人犯有刑事或恐怖主义罪行,应充分提供必要的司法保障;如果向冲突另一方或国家移交个人会使其基本人权受到侵害,则不得移交;禁止酷刑,这意味着对个人的监禁条件本身不得构成酷刑,也不得构成不人道和有辱人格的待遇;禁止给予不利的歧视性待遇。特别报告员强调不利的区别对待包括“其他类似标准”一词,其中包括仅仅因为某人与外国作战人员交结、接近、发生性关系、由其生育而予以歧视。

41. 特别报告员对 Hawl 和 Rawj 等拘留营中的儿童受到的待遇感到震惊。一些国家在“恐怖主义”背景下不愿适用有关如何对待与武装团体有关联的儿童(如儿童兵)的法律,显示其在适用国际法方面采用站不住脚的双重标准和双重话语。她确认《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》要求特别保护儿童,包括无人陪伴的儿童、孤儿、离散儿童。她申明,一方面应按照国家人权法和国际人道法对儿童实施法律保护,另一方面应对因冲突而被拘留的儿童适用武装冲突中应适用的习惯国际法,这两者是相辅相成的。<sup>75</sup> 她深感不安的是,一些国家声称致力于人权法和人道法,但在对待拘留营中的儿童时根本达不到这些法律的标准。国际人道法并不因为包括妇女和儿童在内的个人被认定为恐怖主义者就减弱或消失。维护这些规范从未像现在这样必要,各国的义务也从未像现在这样明确。

## 四. 建议

### A. 对联合国的建议

42. 所有从事反恐怖主义活动的联合国实体都必须确保充分适用包括国际人权法、国际人道法和难民法在内的国际法,避免直接或间接损害这三个相互依存规范中的任何一个;

43. 联合国各实体应通过提升、支持和整合权威人权法和人道法机构或实体的工作、解释和调查结果,努力推动国际人权法和人道法在反恐怖主义工作中的系统整合;

44. 受命开展或参与反恐活动的联合国实体,特别是反恐怖主义办公室和反恐怖主义委员会执行局,应就如何与民间社会(包括人道主义行为体和实体)进行互动

<sup>74</sup> ICRC, “Humanitarian concerns in the aftermath of the military operations against the Islamic State group in Syria and Iraq”, position paper, annex 2.

<sup>75</sup> 《第一附加议定书》第77条(3);《第二附加议定书》第4条(3)(d)。

建立和保持明确、一致、有条理的方法和做法。这包括就反恐措施对人权法和人道主义行动产生的负面影响采纳民间社会的意见；

45. 安全理事会应该：

(a) 确认必须维护人权法和人道法，通过其决议鼓励这种维护行动，并阻止反恐怖主义准则误用于在人权和国际人道法的合理适用范畴；

(b) 确保今后根据《宪章》第七章起草任何反恐怖主义决议时，将中立、独立、公正的人道主义组织的活动排除在外。安理会应考虑减轻现有决议对公正的人道主义活动产生的意想不到的负面影响，并在今后关于恐怖主义的决议中纳入充足的人道主义保障措施；

(c) 设法与公正的人道主义组织、独立的民间社会组织、人权法和人道法专家保持联络，以知晓反恐怖主义法规对人权保护和国际人道法的负面影响。

## B. 对国家的建议

46. 敦促会员国从阿拉伯叙利亚共和国东北部的拘留营遣返本国国民，特别是妇女和儿童，并指出若其继续不作为，则违反了国际人权法和国际人道法规定的义务。

47. 敦促会员国起诉严重违反人权法和人道法的国民或在本国实际控制下的其他人员，包括起诉其战争罪、种族灭绝罪、危害人类罪，起诉的审判程序应符合由国际人权法保障的公平审判必要标准。

48. 会员国应作出人道主义豁免规定，并使之与第 45(b)段所指的条件相同。

49. 敦促会员国履行其基本人权法和人道法义务，保护陷入武装冲突和恐怖主义的儿童，包括履行使其遣返回国、重返社会、与家庭团聚等义务，并在所有行动中维护儿童的最高利益。