



人权理事会

第三十七届会议

2018年2月26日至3月23日

议程项目 3

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、
经济、社会及文化权利，包括发展权反恐时注意促进和保护人权和基本自由问题特别报告员
关于在反恐背景下实施紧急状态对人权的挑战的报告*

秘书处的说明

秘书处谨向人权理事会转呈反恐时注意促进和保护人权和基本自由问题特别报告员菲奥诺拉·尼伊兰依照大会第 72/180 号决议以及人权理事会第 31/3 和第 35/34 号决议提交的报告。特别报告员在报告当中探讨了在反恐背景下实施紧急状态对人权的挑战。具体地说，她查明了“911 事件”后新的紧急做法及其不利影响。对于各国来说，紧急状态并不是一种新现象。人权法容许各国在政府面临需对人权施以适度、必要限制的特殊挑战时，对充分行使可予克减之人权施加限制。但是，紧急权力是一种有限的手段。国家采取紧急措施和特殊的国家安全措施应能提供一个有利的基础，以便在合理的时间范围内回归到全面保护人权的状态。紧急状态长期以来一直与数量多、范围广的侵犯人权情事联系在一起。特别报告员详细阐述了根深蒂固的紧急权力与持续的侵犯人权情事之间的关系，并申明将紧急状态制度化对国家并无益处。她列出了指导原则和良好做法，鼓励各国政府在反恐时予以采纳，以便系统地解决永久性紧急状态这一有害问题。特别报告员还就国际人权监督机制发表了自己的看法，并鼓励采用更坚决、更有力的方法进行司法监督和管理监督。她申明，若能坚定不移地处理永久性和事实上的紧急状态做法，解决有利于产生恐怖主义和暴力极端主义的条件这一更广泛的全球挑战的工作将能得到推进。解除永久性和事实上的紧急状态格局，可使各国受益良多，也可使广义的法治受益良多。

* 本报告逾期提交，以反映最新动态。



反恐时注意促进和保护人权和基本自由问题特别报告员 关于在反恐背景下实施紧急状态对人权的挑战的报告

目录

	页次
一. 反恐时的紧急权力概念及法律依据	3
A. 国际法	4
B. 国内法	6
二. 宣布紧急状态和事实上的紧急状态问题	7
A. 国际法义务与宣布	7
B. 宣布紧急状态所受的国际监督	8
C. 国家在宣布紧急状态时负有的义务	9
D. 隐性的、事实上的和复杂型的紧急状态	9
三. 紧急状态下必须采取的人权保护措施	11
A. 哪些权利不得限制或暂停	11
B. 反恐时对权利施加限制的平衡性、必要性和适度性	12
C. 紧急权力的国内和国际监督	13
四. 终止紧急状态	14
五. 禁止永久性和复杂型的紧急权力	14
六. “911 事件”后的做法	16
A. 宣战和宣布紧急状态	16
B. 域外行使紧急权力	17
七. 结论和建议	18

一. 反恐时的紧急权力概念及法律依据

1. 紧急情况通常是无法预见、出乎意料的现象，需要立即采取行动。从性质上讲，紧急情况可以是政治性的、社会性的、经济性的和生态性的。特别报告员承认存在着一系列各种各样的紧急情况，需要政府用法律来应对，但她所重点关注的是：在恐怖主义、暴力极端主义以及反恐可能制造紧急局势，亟需国家采取应急对策的情况下，必须采取何种方式确保人权得到保护。国际法承认在紧急情况下允许对某些权利和自由施加某些限制，并使政府得以采取必要、适度且符合国际法义务的措施。

2. 恐怖主义是一种古老的全球现象，有着多种多样的表现和形式。恐怖主义在国际法下没有全面的、商定的条约定义。不过，已就一系列试图在民众当中引发恐惧的遭到各国禁止且须予以制裁的行为和行为体达成共识，从而取得了重大的进展。自 1963 年以来，国际社会已制定了 19 项旨在防止恐怖主义行径的国际法律文书。¹ 国际法确认各国负有保护其司法管辖下之人员在享有人权方面不受干扰的一般责任，其中包括使其享有安全，而安全本身的界定范围很广。更具体地说，上述责任被确认为各国确保尊重生命权² 和人身安全权³ 之义务的组成内容。

3. 已得到公认的是，一些恐怖主义行径和恐怖主义组织所开展的行动可以创造必要而充分的条件，使在遵守合法性、适度性和不歧视规定的情况下，根据国内法和国际法激活紧急状态的门槛。随机实施的恐怖主义行径令人震惊，也能造成伤害，但可能达不到必要的门槛，或是构不成足以根据国内法和国际法启动紧急权力的威胁规模。与区域人权法院的惯例和判例一致的是，特别报告员认为，各个国家必须各自证明本国经历着须要使用紧急权力的威胁水平和范围。不存在准予全球宣布紧急状态的通用授权，且这样一项程序会对国家主权造成极大的侵犯。很多国家拥有有力、有效且极能发挥作用的法律制度，能够承受且旨在承受一系列挑战，其中包括狂热的、出于政治动机的罪犯所造成的挑战。所以说，恐怖主义可能引发紧急状态的条件，但这本身并不意味着各国必须使用紧急权力来控制恐怖主义，尤其是在该国的普通法律充分而有力的情况下。

4. 本报告关切的是，反恐规定可能会充当一种巩固紧急做法的形式。并不是所有的反恐法律和行政做法均构成紧急状态规定。举例来说，当反恐规范系对迄今为止尚未管控的领域进行管控时——例如“911 事件”后打击为恐怖主义供资行为的反恐规范——并不一定意味着任何具体的应急效果。这种情况下，反恐法律仅仅是普通法律的一个特定种类。但是，当反恐法律在遭遇恐怖主义行径或行为体或是面临恐怖主义行径或行为体威胁的前提下对充分、平等地享有人权造成直接、重大的侵犯时，则既意味着权利遭到制约，也意味着属于紧急状态法律。这种情况下，反恐法律和实践应理解为紧急状态规定的一个特定子类，须对之加强监督。

¹ 见 www.un.org/counterterrorism/ctitf/en/international-legal-instruments。

² 见《公民权利和政治权利国际公约》，第六条。

³ 同上，第九条。

5. 承认恐怖主义行径以及恐怖主义组织所开展的行动根据国内法和国际法可以激活紧急状态的门槛，并不意味着各国的应对之策不受制约。相关联合国决议要求各国确保为打击恐怖主义和暴力极端主义(包括煽动和支持恐怖主义行径)而采取的包括启动紧急状态在内的任何措施均符合其根据国际法承担的所有义务，尤其是国际人权法、难民法和人道主义法。⁴

6. 特别报告员确认，在很多情境下，利用普通法律来控制恐怖主义，而不是诉诸于特别规定，对各国更为有利。国际法要求各国在紧急状态措施严格来讲并不必要的情况下利用普通法律。政府反应过度，有可能使暴力和对抗水平升级，还有可能破坏更广泛的反恐斗争，无意之间加强了于恐怖主义有利的条件。各国在反恐时必须精准地校正其利用法律的方式，并限制对人权造成的侵犯。紧急权力遭到滥用、过度使用和误用时，给法治、问责以及透明度带来的影响是毁灭性的。明白这一点，对各国的好处。⁵

A. 国际法

7. 主要的区域和国际人权条约的一个强有力特点是就经历危机作出了明确的承认和规定。对人权条约实行克减的进程为这一通融机制创造了条件。克减系指法律上授予各国的在紧急状态或战争的特殊情况下对某些个人权利施加限制的特权。采用了各种术语来描述这些特殊情况。《欧洲人权公约》采用了“战争时期或危及国家存亡的其他公共紧急状况”这一关键短语，在《公民权利和政治权利国际公约》当中也可以找到类似的术语。《美洲人权公约》将特殊情况描述为“战争时期、公共危险，或是危及缔约国独立或安全的其他紧急状况”。各项条约均规定国家所面临威胁的规模必须特别大，且影响到国家有效运转的基本能力。关键的一点是，国家无须颁布特定的“紧急状态”法律，便可以实行克减。以国家面临的实际威胁为充分依据并对权利造成重大侵犯的普通法律或做法，可能使某国有必要克减其国际条约义务。

8. 与此同时，《世界人权宣言》和人权条约允许各国在满足特定条件的情况下，通过限制性条款，在特定限度内出于正当目的对充分享有人权部分地施加限制。限制必须是：(a) 必要的；(b) 只在最低程度上对权利造成侵犯(限制性最小的替代方案)；(c) 展现出手段与明确阐述的目标之间的适度性；(d) 在目的和做法方面符合其他基本权利，且不具歧视性。各国可通过限制而非克减具体权利，对包括恐怖主义在内的紧急情况作出反应。⁶ 限制在概念上比克减更窄，旨在出于某些从民主角度有正当理由的目的，在特定限度内实现特定目标。举例来说，可能对某项权利施加限制，以防止与其他权利产生冲突。限制是审慎的措施，旨在不削弱为尊严为本的社会提供了基础的基本人权的情况下，保护公共利益和

⁴ 见 www.un.org/counterterrorism/ctif/en/international-legal-instruments。另见人权理事会第 35/34 号决议和大会第 49/60、第 51/210、第 72/123 和第 72/180 号决议。

⁵ 见 Emilie M. Hafner-Burton, Laurence R. Helfer and Christopher J. Fariss, “Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties”, *International Organization*, vol. 65, No. 4 (Fall 2011), pp. 673–707。

⁶ 见 Alexandre Kiss, “Permissible limitations on rights”, in *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin, ed. (Columbia University Press, 1981)。

他人的权利。在紧急情况下对某些条约义务实行克减，与正常时期所允许的限制在法律上是不同的。限制(从理论上讲)可能被认为对保护人权造成的影响不那么严重，但是，采用反恐法律和做法实行的事实上的紧急状态问题所突显出的是，在实践当中，情况并非如此。

9. 条约的规定产生了国家、区域和国际机构所作的大量判例。这些判例进一步阐发和解读了何时实行克减是正当的、何种克减措施是正当的以及克减到何种程度是正当的，并对国家的报告和通知工作进行监督。国家在起草上述条约时，认识到恐怖主义、叛乱、内部武装冲突和集体暴力所构成的挑战。今天，对于面临危机的国家来说，克减依然具有相关性和有用性。最近几十年出现了新的恐怖主义方法和手段，但即便如此，克减的表现形式足够宽泛，足够包罗，可以解决新的挑战，处理新的情境。必须对照上述国际标准对紧急权力的新用法予以检验，以评估所采用的反恐措施是否必要、适度且合乎国际法。

10. 若国家在紧急情况下必须暂停履行其国际人权义务，那么对《公民权利和政治权利国际公约》(和/或区域人权条约)的规定实行克减的所有措施，均必须具有特殊性和临时性。国家在诉诸于克减之前，必须满足两个基本条件：局势必须达到危及国家存亡的紧急状况地步；国家必须已正式宣布紧急状态。

11. 《公民权利和政治权利国际公约》以及区域人权条约规定，即便是在武装冲突期间，对《公约》实行克减的措施也只有在局势构成对国家的根本威胁情况下，在局势构成对国家的根本威胁限度内，方可采取。有关《公约》克减措施的一项基本要求是，克减措施须限制在绝对系因紧急状况需要的限度之内。⁷ 各法院对该要求的解读是，该要求适用于紧急状态和任何克减措施的期限、地理覆盖范围以及实质范围。将克减措施限制在绝对系因紧急状况需要的限度之内这项义务，体现的是合法性、适度性和必要性原则。

12. 克减的要件是，威胁程度非比寻常，影响到国家有效运转的基本能力，并冲击到国家的核心安全、独立和功能。特别报告员强调，行使紧急权力，必须达到特定的高门槛，才能构成根据国际法合法地行使。

13. 特别报告员提醒各国根据国际法启动紧急权力所须达到的门槛。在劳雷斯诉爱尔兰⁸一案中，欧洲人权委员会将《欧洲人权公约》第十五条所指“公共紧急状况”界定为“不同于影响特定群体的一种影响到广大公众的非比寻常、迫在眉睫的危险或危机局势，对组成当事国之社会的有序生活构成威胁”⁹。在希腊案¹⁰中，委员会确定了《欧洲人权公约》第十五条之下的“公共紧急状况”的四个特点：它必须是切实发生或迫在眉睫的；其影响必须波及整个国家；社会有序生活的继续进行必须面临威胁；危机或危险必须是非比寻常的，意即《欧洲人权公

⁷ 见 A/36/40, 附件七, 一般意见 5/13。

⁸ 见欧洲人权法院, 劳雷斯诉爱尔兰, 第 332/57(A/3)号申请, 1961 年 7 月 1 日判决书, 在以下案件中得到确认: A. 及他人诉联合王国, 第 3455/05 号申请, 2009 年 2 月 19 日判决书, 第 176 段。

⁹ 见劳雷斯诉爱尔兰, 第 90 段。

¹⁰ 见欧洲人权委员会, 希腊案, 第 3321-3323 和第 3344/67 号申请, 委员会的报告(1969 年)。

约》允许出于维护公共安全、公共健康和公共秩序目的而采取的正常措施或限制措施显然不够。¹¹

14. 人权事务委员会在第 5 号一般性意见当中指出，只有在相关情况具有非常和临时性质的情况下，紧急状态才能为克减提供合理理由。¹² 人权事务委员会规定，国家承担证明上述要件已经满足的责任。¹³ 第 29 号一般性意见(2001 年)回顾并拓展了第 5 号一般性意见当中规定的原则，并再次强调了紧急状态的非常和临时性质。¹⁴ 美洲人权委员会和美洲人权法院也接受了紧急状态必须具有非常性和临时性这一要件。美洲人权委员会多次表达如下意见：政府的紧急状态措施只有在“极为严重的情况下”方可实施，且决不能暂停某些基本权利。¹⁵ 美洲人权法院在关于紧急情况下的人身保护令的咨询意见中指出，《美洲人权公约》第二十七条是“一项仅适用于非常情况的规定”¹⁶。在“紧急状态”一词的大致轮廓问题上，存在着广泛的国际共识，尤其是在紧急状态具有偶发和非常性质、有必要对紧急状态进行监督和规范以及紧急权力的目的有限度、受限制等问题上。

B. 国内法

15. 各国有着多种多样的合法宣布紧急状态的国内程序。这其中包括使其可以在国内法律中启动有可能对充分、平等地享有人权造成侵犯的紧急权力的宪法机制、行政机制和立法机制。重要的是，各国不得借助其国内法律的规定，为未能履行其国际义务提供合理理由。¹⁷

16. 对于很多国家来说，行使紧急权力的权限可以追溯到本国的《宪法》。《宪法》的表述各有不同，但一个共有的组成内容是列举出应宣布紧急状态的各种情况。¹⁸ 立法模式也主宰着国家的危机管理工作，包括国家对恐怖主义的应对之策。立法模式通常会在法律当中赋予行政部门以应对特定紧急情况的特殊权限。一般来说，这种模式使上述权限可在紧急状态一结束时即告终止。在实践当中，人权保护工作面临的挑战一直是，包括反恐法在内的紧急状态法律被纳入到普通的法律框架之内。这基本上是将非常措施常规化。¹⁹

¹¹ 同上，第 153 段。

¹² 见 A/36/40，附件七，一般评论 5/13。

¹³ 见 Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1992), p. 21。

¹⁴ 见人权事务委员会关于紧急状态问题的第 29 号一般性意见(2001 年)，第 2 段。

¹⁵ 举例来说，见美洲人权委员会，《关于阿根廷人权状况的报告》(OEA/Ser. L/V/II.49, Doc. 19 corr. 1)(1980 年 4 月)。

¹⁶ 见美洲人权法院，《紧急情况下的人身保护令》，咨询意见 OC-8/87(OEA/Ser.L/V/111.17, Doc. 13)(1987 年 1 月)，第 19 段。

¹⁷ 见大会第 56/83 号决议，附件，《国家对国际不法行为的责任》，第 32 条。

¹⁸ 举例来说，见《孟加拉国宪法》第 141A 条(紧急规定)。该条系由 1973 年的《宪法(第二修正案)法》添加，其中赋予总统在国家存亡遭到“战争或外部侵略或内部骚乱”威胁的情况下宣布紧急状态的责任。

¹⁹ 见 John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “The law of the exception: a typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, No. 2 (April 2004), pp. 210–239。

17. 允许宣布紧急状态的备用的一类法律授权系根据必要性理论。该理论系以想当然地认为极端危险的情况为诉诸于原本可能不合法的非常管制措施提供了合理理由为基础。鉴于政府在什么构成极端危险问题上的主观看法有着广泛的回旋空间，且在管控方面缺少一致的监督，这一类情况对享有人权有着重大的负面影响。

18. 国内程序的一项主要原则是：国内程序满足合法性原则，为在一国之内公告进入紧急状态创造条件，并(在理想情况下)向广大公众提供大量、充足的信息，说明存在危机以及正在采取哪些具体的法律手段来解决所面临的挑战。在宣布紧急状态(包括由恐怖主义引发的紧急状态)问题上未能遵循国内的法律程序，意味着国内制度当中缺乏问责和透明度，也意味着法治存在薄弱之处。

19. 特别报告员指出，包括诸如安全理事会决议和欧洲联盟指令等工具在内的超国家法律规定，有可能侵犯国家法律制度独有的权力，并削弱国家法律所载的恰恰旨在防止紧急权力触角过长的程序性保护规定和以权利为本的保护规定。特别报告员坚称，超国家机构在国际上采取的处理恐怖主义问题的做法不得侵犯国家宪法和国内程序中对权利的保护。鉴于打击恐怖主义和暴力极端主义的全球规定出台越来越密集，而这些全球规定往往罔顾各项强调和支持权利的国内人权保护规定和程序，须将这条告诫铭记于心。

20. 此外，特别报告员对国际义务如何被用作未能遵守国内人权标准的理由感到关切。国际法律规定应当支持而非削弱国内的人权保护规定。鉴于多项安全理事会决议的通过补充了各种软性法律规定，特别报告员认为，新形式的反恐规定明显绕过或限制了旨在国家层面保护人权的国内法律限制性规定的充分实施。尤其是，超国家法律命令未能顾及国家法律制度的合法性规定。²⁰ 与此同时，特别报告员指出，以普通的反恐法律为工具对人权进行实质性的、影响深远的制约，是在规避国际法的规定。还应当指出的是，各国政府常常快速制定广泛的反恐法律，未留多少时间考虑对权利造成的影响，在履行国际人权法义务的问题上造成了混淆，并牢固地确立了永久性的安全化态势。

二. 宣布紧急状态和事实上的紧急状态问题

A. 国际法义务与宣布

21. 使用紧急权力问题上所适用的一项没有争议的原则是，紧急情况的存在以及对法律规定所作的影响行使人权的修改，均应公之于众并予以通知。一般来说，国际条约法中关于宣布紧急状态的规定要求，一国在根据国内法律采取明确措施对全面保护人权施加限制时，须迅速地将克减之举正式通知其他缔约国。各国还应确定所采取的措施及其对享有条约特定条款所载之权利和自由造成的影响。

《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》要求各国提供实行克减的理由。通常来说，相关函文应提交条约的保存机构。当该国

²⁰ 见 Kim Lane Scheppele, “The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency” in *The Migration of Constitutional Ideas*, Sujit Choudhry, ed. (Cambridge University Press, 2006).

终止克减之举时，应另提交一份函文。《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》均要求在克减结束时全面恢复对权利的保护。

22. 对于国际人权条约的缔约国来说，在满足某些条件时，克减构成一项条约义务。特别报告员确认，在国家行使紧急权力时，克减的义务层面对于透明度和问责具有必要意义。具体来说，当反恐法律使国家可以运用紧急权力和/或以一种事实上的紧急状态运转，从而对充分享有人权造成重大影响时，克减适用。若未能实行克减，会在国家实践当中产生灰色地带，使以确实发生恐怖主义或面临恐怖主义威胁为前提的紧急权力遭到滥用成为可能，并破坏人权义务的完整性。

23. 克减的第二个程序性子问题是公告这一要件。该要件与合法性目标紧密相关。运用紧急权力的国家，不管是取代普通法律以解决危机还是利用普通法律作为一种对充分行使人权施加限制的工具，均有义务将法律规定已经变更通告其公民以及受其司法管辖者。公告可促进法治、透明度，也可在紧急权力过分、不适度或与该司法管辖区内的其他法律规定相冲突时增加提出异议的可能性。特别报告员强调，对于尚未签署《公民权利和政治权利国际公约》或其他相关区域人权公约的国家来说，对紧急状态进行公告仍然是绝对必要的良好做法。该做法再次确认了习惯国际法所载的既适用于战争时期又适用于和平时期的更广泛的保护人权义务。

24. 在国内层面上，很多国家均规定要公告。公告必须是切实的，不仅仅是政府内部运转的程序性环节。公告必须由一个明确的、易于接触的信息源来提供，对于广大公众而言必须是公开的、可以获知且可以理解的。国家践行良好做法，可以确保公告系以该国所有的官方语言以及人口当中广泛的群体所使用的语言进行。鉴于反恐法律日益涉及到对此前可能不被国家视为犯罪行为的活动进行刑事管制，再加上国家对恐怖主义所下的定义范围越来越宽²¹，特别报告员强调，切实通告具有重要意义，对于落实法无明文规定不为罪原则必不可少。

25. 行使紧急权力(包括反恐法律当中规定的紧急权力)或是开展执行行动，必须符合各国根据国际法承担的其他义务，包括武装冲突法、国际刑法和国际难民法在内。²²

B. 宣布紧急状态所受的国际监督

26. 在实践当中，通知和公告有两个局限性。第一个是继缔约国通知进入紧急状态后似乎会采用的“选项已打勾”法。条约保存机构和负责监督条约实施情况的人权机构很少将通知作为与各国大力接触的依据。这其中包括所采取措施的合法性、正当性、适度性和必要性令人质疑的通知，但存在一些显著的例外情况。人权条约机构在从一开始就正视令人不安的克减做法方面裹足不前，系源自历来对国家的威胁评估所抱有的尊重。特别报告员认为，这种通融的文化亟须改变，以解决广泛存在的滥用紧急权力现象、在未经国内对使用紧急权力的必要性进行不

²¹ 举例来说，匈牙利总统于 2016 年认可了一揽子反恐措施，其中包括一项《宪法》第六修正案以及适用于警察、国家安全部门和国防部队的法律的修正案。法律系以“恐怖威胁局势”为前提，而“恐怖威胁局势”在法律当中界定不明。

²² 见 A/71/384。

断诘问的情况下使用紧急权力的做法以及紧急状态与高水平的侵犯人权现象交叠的问题。在紧急状态问题上，国际组织有必要培养一种由相关国家公布合理理由的文化和做法。这种政策和做法上的改变符合人权条约的规定，对于各国的长期安全利益有利，因为此举将为正当地使用紧急权力提供稳固、合法的基础，并为早日与滥用紧急特权的国家接触创造条件。

27. 其次，很多国家不再正式地对其人权条约义务实行克减，甚至是在其行动表明已在事实上暂时取消可予克减和不可克减之权利的情况下。特殊的国家安全权力或紧急权力正在广泛使用，在实践当中与出台紧急做法和确立紧急状态以应对恐怖主义有着同等的效果，但尽管如此，上述不实行克减的情况还是在发生。对于国家反恐措施给权利保护造成的影响，条约机构信息不足，未被充分告知。这种不实行克减的做法是一种严重的、新兴的做法，必须加以解决，以确保对紧急权利进行法律监督。克减和紧急做法正在促进安全名义下进入一种新的、可能更隐秘的限制人权阶段。正在以新的途径将非常措施常规化²³。尤其是，特别报告员着重谈到利用普通法律作为反恐立法的最常用工具。这在国家层面制造了持续的、持久的紧急状况，对很多不可克减之权利造成了严重的、往往无正当理由的限制。这是国家实践当中一个非常成问题的领域：不通知、不公告导致更广泛的缺乏问责和监督的问题。

C. 国家在宣布紧急状态时负有的义务

28. 实行克减，需要及时与相关的条约保存机构、条约机构和缔约国分享信息。正如多家人权条约机构的判例当中所一致确认的那样，各国在为应对危机而选择采取何种措施时，必须进行正当性、适度性和必要性的检验。在可行且适当的情况下，应利用普通法律对政治上的挑战者进行管控。需要提醒的是，与任何具体的实体目标一样遭受恐怖主义同等攻击的，正是普通法律规则的效力和持久力。在必要情况下，各国可通过实施以人权为本的(满足压倒一切的不歧视、适度性和必要性要件的)限制或约束措施，对普通法律予以补充。不管威胁是来自恐怖主义、自然灾害，还是来自战争，国家义务都没有什么不同。此外，各国必须确保所采取的措施不会对少数民族和弱势群体(包括妇女和儿童在内)造成不利影响，也不会以选择性或歧视性方式影响到宗教、种族或所识别出的社会群体。特别报告员认为，国家在通知进入紧急状态时应确认已如是对照以不歧视为基础的标准进行过评估，且上述标准已经满足，这将是一种良好的做法。

29. 特别报告员呼吁各国在诉诸于国家安全权力、反恐权力或紧急权力时，坚持履行其人权条约义务。特别报告员呼吁各人权条约机构和国际监督实体特别注意反恐情境下的克减程序性规定，尤其是各国有必要通知所采取的措施这一点。在某国未能提供充足信息的情况下，后续程序和对话应坚定有力且充分进行。

²³ 见 Oren Gross and Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2006)。

D. 隐性的、事实上的和复杂型的紧急状态

30. 事实上的紧急状态是因在未经正式承认存在紧急状况的情况下行使限制性权力而往往隐性存在的紧急状态局面。²⁴ 若干例子可说明这种做法。第一种情况是，起初通过带有明确时限的紧急状态法，使之生效成为法律，其中也许还包含一个日落条款。随后，将同样或等效的紧急权力转化为普通法律，但在该法的标题当中不采用“紧急”一词。这是一种有着些许欺骗性的法律方法。在该方法之下，紧急状态法和普通法之间的重叠之处事实上广泛而不可否认，但标题以及走的是常规立法进程的错觉有着将该法掩盖成普通法律而非非常法律的效果。特别报告员确认，赋予法律紧急地位的不仅仅是标题，还有使其具有“紧急”特点的范围、影响以及对权利施加限制的本质。

31. 第二种情况是，存在着愈加明显的趋势，即国家在确已发生或有可能发生恐怖主义暴行的前提下，从一开始就通过具有非常特点和非常范围的普通法律，随后托辞称这是一部有限的紧急状态法律，使国家陷入长期的非常状态。

32. 第三种情况是，一些国家正在利用其普通法律中的“保留”权限这一手段，就是说，在反恐法律中规定在政府视为必要的情况下可采取非常措施，从而绕过了宣布正式进入紧急状态的必要性。²⁵

33. 第四种情况是，过度依赖和滥用限制条款，对事实上的紧急状态这一现象发挥了极大的致成作用。国家在反恐情境中援引诸如国家安保和安全等条款，作为僭越权利的依据。但是，国家法律当中所载的恐怖主义定义往往语焉不详，且广泛针对核心人权，包括生命权、自由和安全权、正当程序权、公正审判权、言论自由权、和平集会与结社权以及宗教或信仰权在内。迷信限制条款的用处，以及对这种依赖给法治完整性造成的累积效应缺乏长期认识，上述种种必须得到大力的解决。

34. 第五种情况是，建立短期形式的事实上的紧急做法，彻底绕过立法授权的明文规定。在这种情况下，政府主要或完全依赖行政权力来控制恐怖主义并为反恐应对措施创造条件。

35. 最后，应指出一种新的被称之为“隐秘”紧急状态的模式。²⁶ 隐秘紧急状态包括微妙地说服议会和法院默许“对某些[人]权进行最低解读，去掉了[上述权利]的很多内容。这种手法，在最坏情况下会产生谋求实现切实的秘密克减的效果，在最好情况下会产生重新界定上述权利以使其仅以某种稀释了的实践形式出

²⁴ 见国际法学家委员会，《紧急状态——对人权的影响：国际法学家委员会进行的一项比较研究》(日内瓦，1983年)，第413页。更近些年，尽管存在着违反《公民权利和政治权利国际公约》的证据，但若干国家却未提交实行克减通知。见 Fionnuala Ní Aoláin, “The cloak and dagger game of emergency and war” in *Human Rights in Emergencies*, Evan J. Criddle, ed. (Cambridge University Press, 2016)。

²⁵ 见国际特赦组织，“不适度到危险地步：欧洲的安全至上国家不断扩大”(2017年1月)，第13页。

²⁶ 见 Helen Fenwick and Gavin Phillipson, “Covert derogations and judicial deference: redefining liberty and due process rights in counterterrorism law and beyond”, *McGill Law Journal*, vol. 56, No. 4 (June 2011), p. 863。

现的效果”。²⁷ 为使这成为可能，国家采取的手法包括简单地向议员们保证所采取的措施符合人权条约义务，或者，对于那些更爱刨根问底的人，行政部门会作出保证称，所采取的措施仅涉及到在部分程度上将权利最小化，其背后的合理理由是恐怖分子造成的特殊威胁所产生的必要性。上述保证往往仅仅是虚夸之辞而已，并没有对实际法律以及人权影响的实质所进行的审查支持。

36. 目前，范围广泛的反恐法在很多国家是普通法。²⁸ 此类法律往往采用恐怖主义一词，而未就其定义提供指导。此外，该词越来越多地伴以诸如“暴力极端主义”和“激进化”等术语，也是未经定义就提了出来。颁布的很多国内法律均以范围广泛、语义含糊的恐怖主义定义为特点，包括既对国际人道主义法有效适用于 1949 年日内瓦四公约共同第三条规定所涵盖的冲突和第二《附加议定书》涵盖的“门槛性”冲突施加限制，也对根据人权条约承认正当的自决主张施加限制的定义。定义上的空白加剧了在正视事实上的紧急状态方面存在的挑战。

37. 复杂型紧急状态是反恐情境中紧急做法一个独特的、未得到充分认识的层面。复杂型紧急状态是从多种形式法律法规和行政实践的累积当中演进而来，其中包括依据宪法行使紧急权力，再结合法律规定的反恐措施，再加上联邦体系内下放行使的紧急权力(尤其是区域、州和地方政府)，从而产生了一种法律规定错综、交叠的局面。复杂型紧急状态须由国际人权监督机构进行密切、持续的监督。描绘出整个反恐格局极为重要。这意味着不仅要看到个别的法律法规或行政命令，而且要理解此类规定对全面享有人权产生的累积效应。

38. 国际人权机构曾着重谈到事实上的紧急状态问题，并明确呼吁各国宣布或放弃其隐性的紧急做法。²⁹ 鉴于普通反恐法律的广泛采用对充分享有人权造成了极大的限制或侵犯，所有相关监督机构均须对通过施行反恐法律而将紧急权力扩展成事实上的紧急权力和复杂型的紧急权力给予更多的关注。未能充分指出和识别作为紧急状态承托工具的国家反恐制度，是确保在任何情况下均要保护人权方面一个根本性的薄弱之处。

39. 特别报告员敦促各国、安全理事会以及反恐委员会认识到并提醒那些制造了新的超国家法律义务的国家：对行使权利施加重大限制意味着紧急状态，而泛泛地确认要保护人权是不够的。相反，当反恐法律和实践触发了紧急权力时，各国有着特定而具体的人权义务。无可否认的是，意味着对充分享有人权造成重大限制或侵犯的紧急措施的所有反恐措施，均必须彻底按照国家的国际人权义务，用为上述措施确立了明确启动机制的透明、具体的国家规范加以监管。

²⁷ 同上，第 867 页。

²⁸ 见 Kent Roach, ed., *Comparative Counter-Terrorism Law* (Cambridge University Press, 2015)。

²⁹ 人权事务委员会 2002 年对埃及为期 21 年的紧急状态进行审查时，敦促该缔约国考虑对继续实行紧急状态的必要性进行复核(CCPR/CO/76/EGY, 第 6 段)。在 2001 年审议阿拉伯叙利亚共和国为期 38 年的紧急状态时，该委员会建议尽快正式解除紧急状态(CCPR/CO/71/SYR, 第 6 段)。在印度问题上，该委员会于 1997 年对该国某些地区多年间一直需宣布为动荡地区表示遗憾。举例来说，《武装部队(特殊权力)法》在一个邦的全境之内适用了 17 年多(自 1980 年以来)。在上述地区，该缔约国事实上是在未经诉诸《公民权利和政治权利国际公约》第四条第三款的情况下行使紧急权力(CCPR/C/79/Add.81, 第 19 段)。该委员会还更笼统地指出国家诉诸于事实性紧急状态的情况。见：CCPR/C/79/Add.42, 第 9 段；CCPR/C/79/Add.62, 第 11 段；CCPR/C/79/Add.19, 第 8 段。

三. 紧急状态下必须采取的人权保护措施

40. 根据国际法，各国有着尊重、保护和落实人权和基本自由的义务和责任。无论紧急状态是如何引发的，在紧急状态期间，若情势构成对国家存亡的威胁，且根据其紧急状况需要暂停某些国际人权，则采取此类行动时必须履行国家在国际法下承担的义务。

A. 哪些权利不得限制或暂停

41. 只有可予克减之权利才可以在紧急状态期间予以限制。不可克减之权利是受到条约法特别保护的權利，无论国家面临的危机程度如何或缘由如何，均不得予以限制或暂停。在什么构成不可克减之权利的问题上，各条约之间略有差异。

《公民权利和政治权利国际公约》不允许在以下问题上实行克减：任意剥夺生命；免遭酷刑、不人道和有辱人格的待遇；奴隶制度和役使；由于无力履行约定义务而被监禁；适用溯及既往的法律；思想、意识和宗教自由。《欧洲人权公约》就不可克减之权利作出了最低限度的规定，其中包括：生命权(因合法战争行为导致的死亡情况除外)；免遭酷刑、不人道和有辱人格待遇的权利；免遭奴役的权利；免于被溯及既往地适用法律的权利。

42. 人权事务委员会特别注意对可予克减之权利实行克减的情况，并强调上述权利可予克减的法律地位并不意味着可随意对之实行克减。³⁰ 这一方针与美洲人权法院的方针有相关交叉之处。美洲人权法院在两项重要的咨询意见相关裁定中认定，对《美洲人权公约》第二十七条所载“司法保障”进行的宽泛解读，实际上会使该公约之下的某些可予克减之权利变得不可克减。³¹ 另一个对紧急状态时期的可予克减之权利实行扩大保护的重要例子是由人权事务委员会进行的。人权事务委员会认为，亦构成国际法的强制性规范的可予克减之权利，在紧急状态下实际上是不可克减的。此外，该委员会指出，该委员会认为对某些权利实行的克减从来不可能是适度的(举例来说，劫持人质、任意剥夺自由、偏离公正审判原则)。³² 特别报告员赞同这一立场。

B. 反恐时对权利施加限制的平衡性、必要性和适度性

43. 克减不是一项适用于所有情况的通用机制。就所采取的每一項措施而言，相关国家必须达到同样的必要性和适度性门槛，且每项措施均必须“针对实际的、明确的、已经出现或即将出现的危险”。³³ 简单地说，国家采取的每一項通过

³⁰ 见人权事务委员会第 29 号一般性意见，第 6 段。另见关于人身自由和安全问题的第 35 号一般性意见(2014 年)，第 65 至第 66 段。

³¹ 见美洲人权法院，《紧急状态下的司法保障》(《美洲人权公约》第二十七条第二款、第二十五条和第八条，第 OC-9/87 号咨询意见(1987 年 10 月)(OEA/Ser.L/VI/111.9, doc. 13)，第 40 页；《紧急情况下的的人身保护令》(《美洲人权公约》第二十七条第二款、第二十五条第一款和第七条第六款)，第 OC-8/87 号咨询意见(1987 年 1 月)(OEA/Ser.L/V/111.17, doc. 13)，第 33 页。

³² 见人权事务委员会第 29 号一般性意见，第 11 段。

³³ 见《关于〈公民权利和政治权利国际公约〉的各项限制条款和可克减条款的锡拉库扎原则》(E/CN.4/1985/4, 附件)，原则 9。

修改普通法对人权的现有保护而作为一项紧急权力发挥效力的反恐措施，均必须以同样的检验标准和要求来衡量。

44. 各条约机构在贯彻适度性要求方面各有不同(举例来说，欧洲人权法院采用“领会余地原则”。³⁴ 特别报告员承认，在国家应对恐怖主义行径触发的危机局势时，有必要给予其必要的灵活性。但尽管如此，特别报告员强调，紧急状态时间越长或是越根深蒂固，应给予国家的尊重余地就越小。在不断有证据证明反恐和/或紧急措施导致系统性的侵犯人权情事的情况下，尤其如此。

45. 特别报告员对看上去似乎尤其违反合法性、公正审判以及思想、意识和宗教自由等原则的反恐法律表示关切。上述权利的核心内容实际上是不可克减的，损及上述权利会对人类最基本的权利造成重大的影响。

46. 各国必须证明诉诸于紧急权力对于实施限制行使人权的反恐措施绝对必要。³⁵ 泛泛地告诫存在非特指的恐怖主义威胁，并不满足这一标准。各国在部署对充分享有人权造成影响的非常法律措施时，必须明确说明对于本国而言，威胁的确切性质意味着什么。各缔约国负有“以对实际情况进行的客观评估为基础，在《公民权利和政治权利国际公约》各条之下进行细致分析的责任”。³⁶

47. 全球范围内将自由表达或持有似乎是在赞扬、美化、支持、捍卫国内法律之下被界定为“恐怖主义”的行径、就上述行径道歉或是试图为上述行径提供合理理由的意见定为刑事犯罪的新的反恐法律，既意味着合法性方面的严重关切，也意味着对思想和表达自由施加限制。除其他活动外，此类规定的适用还定向针对政治反对派、批评人士、异见人士、民间社会、人权维护者、律师、宗教神职人员、博主、艺术家、音乐家等开展的正当活动。此外，在任何由法治管理且遵守人权原则和义务的社会当中，对国家政策或机构(包括司法系统在内)进行的非暴力批评，均不应在反恐措施之下被定为刑事罪行。

48. 国家在打击恐怖主义、暴力极端主义以及其他国家安全相关罪行时，可以对权利和自由施加限制，但只能是“受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”。³⁷ 不管有没有紧急状况，就所采取的每一项措施而言，国家均必须达到同样的合法性、正当性、必要性和适度性门槛，且每一项措施均应“针对实际的、明确的、已经出现或即将出现的危险”。³⁸ 所采取的措施必须是可能实现其目标的最不具侵扰性的措施。

49. 重要的是，赋予国家的自由裁量权并不是不受制约的。紧急权力必须是根据眼前的、紧迫的危机精心定制的，不得用作对正当的异见、抗议、表达以及民间

³⁴ Oren Gross and Fionnuala Ní Aoláin, “From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 23, No. 3 (2001), pp. 625–649.

³⁵ 见：欧洲人权法院，詹姆斯及他人诉联合王国(第 8793/79 号申请)，1986 年 2 月 21 日判决书，第 50 段；福利党及他人诉土耳其，2003 年 2 月 13 日判决书，第 133 段。

³⁶ 见人权事务委员会第 29 号一般性意见，第 6 段。

³⁷ 见《世界人权宣言》，第二十九条第(二)款。

³⁸ 见《锡拉库扎原则》，原则 9。

社会的工作施加限制的手段。除其他外，那样做会出现违反公正审判和正当程序保障、违反禁止酷刑规定甚至是侵犯生命权的风险。不歧视原则必须始终得到尊重，必须作出特殊的努力以保障弱势群体的权利。定向针对特定种族或宗教群体的反恐措施有悖国家的人权义务。

50. 欧洲人权法院采取坚定有力、高度参与的方法来处理国家所采取措施的必要性和适度性问题，尤其是国家在反恐情境中采取的措施。举例来说，在奥贾兰诉土耳其一案中，该法院认定恐怖主义罪行的调查工作无疑向当局提出了特殊的问题，“但这并不意味着调查主管部门在第五条之下可不受国内法院的切实管控，随意逮捕嫌疑人以进行审讯。”³⁹ 在涉及驱逐和拘留的纳希夫诉保加利亚一案中，该法院裁定国家当局不能通过选择坚称涉及到国家安全和恐怖主义来“摒弃”拘留合法性方面的有效控制。⁴⁰ 特别报告员赞同并支持上述强有力的司法方针。

C. 紧急权力的国内和国际监督

51. 对反恐措施进行监督，对于确保人权在各国应对切实发生或威胁发生的恐怖主义时得到保护必不可少。各国必须确保采取辅之以国际监督的一系列国内措施，以在紧急状态中保护人权。

52. 特别报告员认为，国内监督和国际监督必须根据反恐规定与行使紧急权力之间交叠的情况作出调整，无论是正式交叠，还是事实上的交叠。自“911 事件”以来，人们太长时间错误地想当然地认为反恐措施并不意味着紧急做法，因为“紧急”这一特定词汇没有出现在此类措施的标题、行动以及报告当中。

53. 特别报告员强调，根据国际人权法，国家负有披露和通知以及履行其人权条约义务的法律义务，包括在反恐措施相当于紧急权力或者与紧急权力有着同样效果的情况下。特别报告员确认，国际人权机构有义务督促各国在反恐措施在法律和实践当中具有紧急效力时就作为紧急权力和紧急做法的反恐措施进行通知、提醒各国并对上述反恐措施进行审查。正如下文将要详细阐述的那样，此类措施变得越是根深蒂固，越是持久，监督的义务就越是必要，国家的自由裁量权就越是有限。

四. 终止紧急状态

54. 对紧急权力的行使是有限制的。国际法对行使紧急权力作出规定，系旨在以之为手段，限制和终止对特别行使紧急权力的依赖。与表面看上去相反的是，实行紧急状态例外的目标是创造并维系恢复到正常的法律监管状态的手段。通过常规手段进行法律监管，可促进公开、透明的政府，维护问责制度，与较低的侵犯人权情事统计水平联系在一起。

³⁹ 见欧洲人权法院，奥贾兰诉土耳其，第 46221/99 号申请，2003 年 3 月 12 日判决书，第 106 段。

⁴⁰ 同上，纳希夫诉保加利亚，第 50963/99 号申请，2002 年 6 月 20 日判决书，第 94 段和第 123 至第 124 段。

55. 最好以何种方式终止紧急权力呢？首先，当紧急权力系根据某种具体的、明确的危机量身定制时，最不可能持续不止。所实行的特别权力定制而来的内容，会就危机明显结束的情况发出更强烈的信号。其次，须接受有力的国内监督和国际监督的紧急权力不大可能持续不止而变成永久性的权力，相当重要的原因是，就法律规定被修改向国家、安全机构、法院以及其他执行部门发出的信号会在政府僭越了允许实施的紧急规定的限度时表明这一点。第三，当紧急权力不是隐藏在普通法律当中时，更容易终止。

56. 因此，鼓励终止紧急规定和确认普通法律制度具备应对挑战的能力，应成为国家的双重工作重点。使行使紧急权力和实施反恐规定成为国家的一个持续不断的审查和关注领域，易于创立有望鼓励各国采用普通法律的那种激励机制。当通过反恐法律诉诸于紧急权力的做法缺乏切实的监督、审查、独立评估和采用基准尺度进行的有力衡量之时，激励机制会起到相反的作用，而国家和安全机构会发现紧急权力因为可以提供捷径而具有吸引力。

五. 禁止永久性和复杂型的紧急权力

57. 对于保护人权来说，永久性和复杂型的紧急状态令人深感不安。存在着可追溯至过去几十年间的有力的实证数据，无可辩驳地表明了延长的紧急状态与严重、持续的侵犯人权情事之间的关系。近期的“后 911 时代”研究就此提供了全面的数据分析。⁴¹ 数据还确认了一种令人不安的模式，即在紧急状态中，不可克减之权利变得更容易遭受侵蚀，更容易受到缺乏保护的影响，禁止法外处决的规定尤其面临着更多遭到违反的风险。人权理事会的特别程序机制增加并继续着与有紧急权力发挥作用的 国家所进行的接触，尤其是在上述权力为反恐规定创造了条件并引发了广泛的侵犯人权指控情况下。⁴² 从多个国家报告情况的独立的民间社会和人权组织已就长期使用非常法律权力的国家所发生的严重的侵犯人权事件提供了具体的、详细的分析。

58. 显然，国际法并不允许永久使用意味着无限期地对人权和基本自由施加更大限制或是将之暂停的紧急权力。此外，即便是在获得允许的情况下，将紧急状态例行延长多年甚至几十年，也构成永久性的紧急状态，对切实保护人权造成重大挑战。

⁴¹ 见 Eric Neumayer, “Do governments mean business when they derogate? Human rights violations during notified states of emergency”, *The Review of International Organizations*, vol. 8, No. 1 (March 2013); and David L. Richards and K. Chad Clay, “An umbrella with holes: respect for non-derogable human rights during declared states of emergency, 1996–2004”, *Human Rights Review*, vol. 13, No. 4 (December 2012), pp. 443–471.

⁴² 见 www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22390&LangID=E.

59. 无限期地借助反恐法律和行政做法来使用紧急权力，总是会“污染”整个普通法律制度。危机历时越长，反恐法律所载的旨在应对切实的或据称的恐怖主义行径的非常措施暗中渐渐渗透进普通法律的可能性就越大。随着紧急状态的时间延长，将安全、情报和警务系统中根据反恐法律以某种方式运转的部分从处理普通罪行的普通刑事司法系统中隔绝开来就变得愈加困难。有大量的例子可以援引，其中包括侵犯保持沉默权的例子，也包括一些国家利用特别或专门刑事法庭的例子。这些特别或专门刑事法庭最初仅用于审判恐怖主义嫌疑人，但随后范围扩大，纳入了间接影响到更广泛的国家安全场所的其他罪行和犯罪团伙。⁴³

60. 与此同时，在针对领土内特定区域实施广泛、有力的反恐法律或行政做法时，应非常谨慎，因为上述反恐法律或行政做法有可能渗透到整个司法管辖范围。正如历史所显示的那样，隶属于同一“控制体系”⁴⁴的不同地理区域所适用的法律原则、规定和规范不会长期保持隔绝，而总是会跨越地域和行政边界渗透开来。一贯显现出的情况是，“例外”区域威胁颠覆更大法律体系中的根本价值观并削弱更广泛的法治。鉴于存在着非常法律权力对法律制度的完整性和公民权利造成长期影响的全球证据，当代反恐规范广泛的波及范围和广度应当规定休止，并强调提高透明度和加强问责的必要性。

61. 貌似中立、其范围广泛并对权利施加限制的规定理论上平等地适用于所有人的反恐法律，无一例外令人遗憾地针对特定的群体和少数民族。当反恐法律具有永久性质时，会使法律上的区别规定以及对少数民族和特定社会群体的歧视根深蒂固，并造成失范的行为模式、排斥以及更广泛的社会歧视，已被确认是滋生暴力极端主义的消极法律格局的组成内容。⁴⁵ 打击和防止暴力极端主义领域的从业人员和专家越来越多地确认，将对特定群体权利的缩减常规化的永久性反恐法律和行政做法有着长期的代价。若国家真正致力于解决极端主义及其动员得以产生和维系的条件，那么，永久性地对权利施加限制的反恐规范并不是一条值得走的捷径。

62. 特别报告员再次强调，复杂型紧急状态须由国际人权监督机构进行密切、持续的监督。永久性紧急状态和复杂型紧急状态交叠在一起所产生的累积效应给问责和对紧急权力的监督工作造成了难度。克服上述问责挑战意味着密切注意反恐和紧急做法相互交叠、彼此强化的各种不同形式。

⁴³ 见 Fergal F. Davis, *The History and Development of the Special Criminal Court, 1922–2005*, (Four Courts Press, 2007)。

⁴⁴ 见 Baruch Kimmerling, “Boundaries and frontiers of the Israeli control system: Analytical conclusions” in *The Israeli State and Society: Boundaries and Frontiers*, Baruch Kimmerling, ed. (State University of New York Press, 1989), pp. 265, 266–67。

⁴⁵ 见联合国开发计划署，《非洲的极端主义之旅：驱动因素、刺激因素和引爆点》(2017年)。可在以下网址查阅：<http://journey-to-extremism.undp.org/content/downloads/UNDP-JourneyToExtremism-report-2017-english.pdf>。另见 Paddy Hillyard, *Suspect Community: People's Experience of the Prevention of Terrorism Acts in Britain* (Pluto Press — NCCL/Liberty, 1993)。

六. “911 事件” 后的做法

A. 宣战和宣布紧急状态

63. “911” 袭击发生后，美利坚合众国行政当局宣布进行“全球反恐战争”。⁴⁶ 作为一项正式事宜，随后的历届美国政府大多拒绝接受上述用语。但尽管如此，该用语成了一系列全球做法和国家做法的依据。在这些全球做法和国家做法中，战争与和平之间惯有的某些区别渐渐消失了。⁴⁷ 回想到人权法将战争视为宣布紧急状态的正当法律依据——尽管武装冲突本身并不能自动为紧急状态提供合理理由，“911 事件”后关于打全球反恐战争的表述有可能已经把紧急权力法律依据方面的法律之水和辞令之水搅浑了。使法律上这种错综复杂的局面更加扑朔迷离的是，将安全理事会的决议当作一条法律上的高速公路，用来控制恐怖主义造成的挑战。

64. 某些国家也曾以全球恐怖主义威胁为依据，授权使用武力和开展一系列广泛的域外行动。⁴⁸ 以国内立法手段形式进行的此类授权，有效地构建起一种“无时不在”但也“无处不在”的战争状态。⁴⁹ 在不断更新的国内法律，尤其是授权在其他领土无限期地使用武力的法律当中发挥作用的战争概念，也可理解为一项特别的永久性紧急状态法律，触角广泛而深入地伸进了美国军事力量在交战的全球众多国家。

65. 正如此前所指出的那样，安全理事会曾在一系列决议当中确认恐怖主义构成国际和平与安全的威胁，⁵⁰ 授权并要求采取一系列行动以应对上述威胁。此类解决法律空白的命令为控制具体的恐怖主义行动和行为体创造了条件，但并不是在法律上制造全球紧急状态的正当依据。但是，必须认识到的是，转化进很多国家法律当中的安全理事会决议在法律上的效力一直是许可、扩展和核准非常紧急状态。

66. 具体以安全理事会决议为先决条件的反恐法律和做法在很多国家已推翻或规避了制定特殊法律的惯常机制，使国家得以出台广泛、含糊且极具争议的恐怖主义定义。上述定义不仅贯彻了安全理事会决议的核心命令，而且被进一步用来镇压正当的国内抗议活动、扼杀成立政治组织的活动和破坏合法的意见表达。在若干上述案例中，依然未能证实具体的国内恐怖主义威胁满足“危及国家存亡”或破坏国家基本安全的客观门槛。特别报告员提醒各国，安全理事会的反恐决议不

⁴⁶ 见 www.state.gov/documents/organization/63562.pdf。

⁴⁷ 见 Rosa Brooks, *How Everything Became War and the Military Became Everything* (New York, Simon & Schuster, 2016)。

⁴⁸ 举例来说，见美利坚合众国，2001 年 9 月 14 日作为参议院第 23 号联合决议通过的 2001 年 9 月 18 日《第 107-40 号公法》(115 Stat. 224)，其中授权使用美国武装部队打击 2001 年 9 月 11 日袭击的责任人及任何“相关力量”。另见美国联邦上诉法院，巴尔胡米诉奥巴马，2010 年 6 月 11 日的裁定。

⁴⁹ 见 Clive Walker, “Prisoners of ‘war all the time’”, *European Human Rights Law Review* (2005)。

⁵⁰ 见安全理事会第 1373(2001)、第 1456 (2003)、第 1566 (2004)、第 1624 (2005)、第 2178 (2014)、第 2341 (2017)、第 2354 (2017)、第 2368 (2017)、第 2370 (2017)、第 2395 (2017)和第 2396 (2017)号决议。

是用以剥夺人权的自由行事权，也不会为与决议具体内容无关的邪恶政治行动打掩护。特别报告员指出，此种做法与《联合国全球反恐战略》背道而驰——更具体而言，与要求在反恐当中充分保护人权和法治的支柱四背道而驰。

B. 域外行使紧急权力

67. 没有任何国家曾在海外域外部署军事力量为依据就某项国际人权条约实行克减。⁵¹ 但是，作为各国为消除国际恐怖主义而单独或集体采取的措施之一的任何海外军事部署，均受到相关国内或国际交战规则的制约，而相关国内或国际交战规则必须符合国际法，尤其是国际人权法、难民法和人道主义法。⁵²

68. 有国家考虑过“适用于海外行动中武装部队的推定克减”⁵³ 的可行性。特别报告员认为，此类克减本身并不是不可能，但域外适用要求以实地的实际情况为依据，满足“危及国家存亡”、“战争时期”和“公共危险或危及国家独立或安全的其他紧急情况”等要件。在劳雷斯诉爱尔兰一案中，欧洲人权法院支持了爱尔兰以“一个也在爱尔兰领土之外活动的秘密军队”的活动等为依据实行的一项克减的合法性。⁵⁴ 尽管上述克减具有域外的一面，但应当指出的是，“爱尔兰共和国领土内存在着一个从事违反宪法的活动并采用暴力的秘密部队”满足了首要的威胁检验标准。

69. 在域外克减情境中，实地的真实情况将包含由相关人权机构就战争——具体来说，国际性或非国际性武装冲突——是否存在且足以为实行克减提供合理理由进行的审查。此外，当国家自愿介入海外军事行动且能随时从上述行动中撤出时，实行一揽子克减的必要性似乎与涉及及使用军事力量的政治事态不相称。

70. 克减并不是用以防止国家可能面临、未实际面临的威胁的疫苗，而是在国家面临实际的、具体的、可以衡量的威胁情境下实行的。特别报告员认为，推定克减本身与所有相关人权条约的严格要求不符，因为任何克减均必须逐一围绕国家部队参与海外行动的具体情况来证明系有正当理由。

71. 在一国可能以其域外行动(包括但不限于另一领土之内发生的冲突)为依据实行克减的情况下，所采取的措施必须是必要的，且与紧急状况相称。当然，某些权利是完全不可克减的。⁵⁵ 一些法院曾认定，在非国际性武装冲突情境中，如

⁵¹ 见 Marko Milanovic, “Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict”, in *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Nehal Bhuta, ed. (Oxford University Press, 2014)。

⁵² 见：安全理事会第 1373 (2001)、第 1456 (2003)、第 1566 (2004)、第 1624 (2005)、第 2178 (2014)、第 2341 (2017)、第 2354 (2017)、第 2368 (2017)、第 2370 (2017)、第 2395 (2017) 和第 2396 (2017) 号决议；大会第 49/60、第 51/210、第 72/123 和第 72/180 号决议；人权理事会第 35/34 号决议。

⁵³ 举例来说，见联合王国国防部，“政府将保护武装部队在今后的海外行动中免遭持续不断的法律索赔”(2016 年 10 月 4 日)。

⁵⁴ 见劳雷斯诉爱尔兰，第 28 段。

⁵⁵ 可见，例如有可能与非国际性武装冲突有关的克减，并不能免于遵守其他地方的冲突必须构成“对国家存亡的威胁”(加上强调符号)这一规定。见 Alan Greene, “Separating normalcy from emergency: the jurisprudence of article 15 of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 12, No. 10 (2011), pp. 1764–1785。

果确立了人权司法管辖范围，且未实行合法的克减，那么自由权之下的全面保护力度就得到了维护。⁵⁶ 特别报告员完全赞同上述意见，并确认克减不能将对自由权的保护降低到国际人权和人道主义法所规定的水平之下。

七. 结论和建议

72. 紧急状态依然是全球范围内侵犯人权情事的一个恶劣的、监管不足的源头。必须认识到使事实上的、复杂型的和永久性的紧急状态得以存在的反恐法律所具有的影响力和影响范围，并大力加以监管。

73. 当反恐法律和做法在其领土内发挥作用，使人们暂时不能充分、切实地享有人权，而相关国家对适用的人权条约义务实行克减时，相关国家必须履行其国际法义务。

74. 各国在修订现行的反恐法律或起草新的反恐法律时，必须确保满足国际法所规定的合法性、正当性、必要性和适度性门槛，以确保紧急措施符合禁止永久性紧急权力的规定。

75. 各国必须对其反恐法律进行有力、切实的定期审查，以评估对享有人权造成的影响是否必要且适度。上述审查必须触及国家反恐措施的累积影响问题。国家的各种反恐措施累加起来，有可能与紧急状况不相称。诸如大不列颠及北爱尔兰联合王国等国家一贯致力于支持反恐法律独立审查员，为其他国家提供了卓越的、非常需要的指导和先例，应予表彰。⁵⁷ 鼓励各国效仿这一榜样，对各国整个反恐格局能进行独立的、由专家进行的反恐监督。

76. 各国应确保所确定的终止紧急权力的期限得到遵守。

77. 利用导致紧急状态的反恐法律的国家必须保持有力而独立的司法渠道和司法监督。司法监督在使用紧急权力的各个阶段都是必要的。紧急状态时间越长，进行司法审查的必要性就越强烈、越重要。⁵⁸

78. 当一个国家作为职能性紧急权力而实施反恐法律时，该国依然负有保护不可克减之权利(例如免遭酷刑的权利)的绝对义务。此外，对于强制执行不可克减之权利具有内在必要性的可予克减之权利必须保留(例如国家通过保护正当程序而确保进行切实调查的义务)。能容许对紧急权力提出异议、开展辩论和进行审查的程序性权利，对于保护人权、保护公民空间以及在紧急局势中维持宽容、开放和人之尊严都至关重要。

⁵⁶ 见欧洲人权法院，杰达诉联合王国，2011年7月7日判决书；斯凯尼及他人诉联合王国，2011年7月7日判决书。

⁵⁷ 见 <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk>。另见澳大利亚作为一个平行的良好做法模式而建立的“国家安全法独立监督员”机制。

⁵⁸ 见非洲人权和民族权法院，非洲人权和民族权委员会诉利比亚，第002/2013号申请，2016年6月3日判决书。

79. 特别报告员感到关切的是，联合国反恐架构中现有的审查活动的关注重点是满足安全理事会第 1373 号决议规定的遵守义务，对出台更强有力的反恐法律和行政做法的国家予以奖励，而对若人权在相关进程中受到负面影响会使该国付出的代价少有切实的评估。在安全理事会的决议当中空谈人权规范，是在反恐监管方面严重缺乏领导力的表现。超国家监管可以而且应当做得更好。

80. 当反恐法律作为紧急法律发挥效力时，各国必须特别注意紧急权力对少数族裔群体、弱势群体以及宗教少数群体造成的过度影响。在一些国家，在被征服的族裔群体和宗教群体在功能上系多数群体但处于非主导地位，且其降低的地位在部分程度上系通过使用紧急权力来维系，也必须对反恐法律的影响加以校验。根深蒂固的反恐规范也往往以带有性别偏见的方式具体影响到妇女。永久性紧急状态中的侵犯人权情事既突出地影响到一种性别，又带有性别偏见的色彩。特别报告员强烈建议采取建立国家基准的做法，包括就使用紧急权力的情况及其对上述群体的特定影响收集独立而健全的国家数据。

81. 负责保护和监督人权状况的国际和区域机制必须重新恢复对当代紧急做法的关注，更具体地说，恢复对大量反恐规范在紧急状态下的影响问题的关注。必须敦促、提醒各国注意到克减之事，并在其未能做到的情况下催促其提供适足的信息，以便可以对紧急状态是否有正当理由以及所采取的措施是否得当进行评估。促进一种提供正当理由的文化，即官员有责任在作出影响个人权利的重大决定时给出理由，至关重要。

82. 因反恐法律和做法而产生并延续的紧急权力，应为战胜为其颁布提供了必要性依据的危机作出贡献，从而加速其自身的废止。⁵⁹ 当国家保持事实上的和永久性的紧急状态时——包括在某些情况下数十年未曾停歇地中止权利和自由，法院和监督机构应对相关国家所采用方法的必要性和有效性采取更为怀疑的看法，给予该国的尊重应有限度。紧急状态的时间越长，相关国家提供正当理由的责任就越大，对持续限制权利给个人和群体造成的代价给予的重视程度就应越高。

⁵⁹ 见 Alan Greene, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis* (Hart Publishing, 2018)。