



人权理事会

第四十三届会议

2020年2月24日至3月20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

司法系统的公正廉明

联合国人权事务高级专员的报告\*

概要

本报告根据人权理事会第 37/3 号决议提交，联合国人权事务高级专员在报告中研究了司法系统缺乏公正廉明对人权的影响，特别是对关押在各国域外拘留设施人员的人权的影响。

\* 本报告在截止日期之后提交，以反映最新情况。



## 一. 导言

1. 人权理事会在关于司法系统的公正廉明的第 37/3 号决议中，请联合国人权事务高级专员与各国、联合国有关机构、特别程序、条约机构、非政府组织和其他相关利益攸关方协商，编写一份全面研究报告，说明司法系统缺乏公正廉明对人权的影响，特别是对关押在各国域外拘留设施人员的人权的影响。理事会要求向第四十三届会议提交该报告。<sup>1</sup> 在编写报告时，征求了会员国和其他相关利益攸关方的意见。<sup>2</sup> 此外，高级专员还采用了一系列公共信息来源。

2. 司法系统的公正廉明，连同其独立性和公正性，是保护人权和基本自由、维护法治和民主及确保司法一视同仁必不可少的先决条件。所有国家都必须确保其根据国际法，包括根据其加入的国际和区域人权文书所承担的义务适用于关押在受其管辖的拘留设施，包括位于境外的此类设施中的每一个人。人权事务委员会指出，第二条第一款规定，缔约国必须尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本《公约》所承认的权利。<sup>3</sup>

3. 在本报告中，高级专员研究了可能影响司法系统的公正廉明并影响人权的不同类型的域外拘留。其中包括执法机构和情报机构所实施的域外拘留、武装冲突中的域外拘留以及国家协助的由第三方在其境外实施的拘留。

## 一. 武装冲突以外的域外拘留对司法系统的公正廉明的影响

4. 在武装冲突以外的执法、情报收集和反恐行动中，一些国家有时采取在境外拘留人员的手段。<sup>4</sup> 经验表明，各国在域外采取行动时，可能更倾向于以不符合其根据国际人权法承担的义务(包括必要的司法保障和程序保障)的方式进行拘留。虽然一些国家质疑国际人权条约在域外的适用性，<sup>5</sup> 并认为国内宪法规定的人权保护不一定适用于国外，<sup>6</sup> 但国际法院和人权条约机构申明，国际人权文书适用于一国在其域外行使管辖权的行为。<sup>7</sup> 由于在国外进行的拘留使被拘

<sup>1</sup> 人权理事会第 37/3 号决议，第 15 段。

<sup>2</sup> 收到了萨尔瓦多、意大利、约旦、吉尔吉斯斯坦、罗马尼亚和俄罗斯联邦以及乌克兰议会人权事务专员、联合国毒品和犯罪问题办公室、医生促进人权协会和雅马西摩尔人中的阿茨哈塔族提交的材料。

<sup>3</sup> 关于《公约》缔约国的一般法律义务性质的第 31 号一般性意见(2004 年)，第 10 段。另见关于人身自由和安全的第 35 号一般性意见(2014 年)，第 63 段；关于生命权的第 36 号一般性意见(2018 年)，第 63 段。

<sup>4</sup> 例如，见 A/HRC/4/40，第 33、35 和 37 段；A/HRC/42/40，第 56 段；CAT/C/USA/CO/2，第 16-17 段。

<sup>5</sup> 例如，见 CCPR/C/USA/4，第 5 段；“人权事务委员会，关于第九条：人身自由和安全的第 35 号一般性意见草案—加拿大政府的评论意见”，2014 年 10 月 6 日，第 7 段。

<sup>6</sup> 联邦上诉法院，《大赦国际加拿大分部诉加拿大》，案件编号[2009] 4 F.C.R. 149，2008 年 12 月 17 日；高等法院，《以色列境内阿拉伯少数族裔权利阿达拉赫法律中心等诉以色列国防部和以色列国》，案件编号 8276/05(2006)，2006 年 12 月 12 日，第 22 段；宪法法院，《Kaunda 诉南非总统等》，案件编号 CCT 23/04，2004 年 8 月 4 日。

<sup>7</sup> 《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果》，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 108-113 段；《刚果境内的武装活动》(《刚果民主共和国诉乌干达》)，判决书，《2005 年国际法院案例汇编》，第 216 段。

留者处于拘留国的有效控制之下，因此，拘留国必须确保尊重该国加入的国际人权条约和其他适用的国际法规则所产生的被拘留者的权利。<sup>8</sup> 禁止任意剥夺生命，禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇，禁止任意剥夺自由和公正审判权的某些方面，此乃习惯国际法的一部分，为此，国家代理人无论在哪国采取行动，都必须遵守这些规定。<sup>9</sup> 因此，各国不得在其境外任意或非法拘留人员，也不得在其境外，除其他外，将人员长期单独拘禁，或对拘留他们的合法性不予审查。<sup>10</sup>

5. 虽然国际人权法不排除以安全为由对某人进行非刑事拘留(如行政拘留或拘禁)的可能性，但这种拘留可能带来任意剥夺自由的严重风险。如果存在可消除这种威胁的其他侵入性较低的有效措施，包括刑事司法制度，则这种拘留就等于任意拘留。人权事务委员会认为，如果在非常特殊情况下，以当前、直接和紧迫威胁为由，对被认为带来这种威胁的一些人员实行拘留，缔约国就有举证责任，证明有关人员确实会造成这种威胁，证明不能通过其他措施消除威胁。<sup>11</sup> 拘留当局负有举证责任，随着拘留时间的延长，这种举证责任还会增加。此外，委员会还规定，拘留当局必须保证，拘留时间不会超过绝对必要，总拘留时间是有限度的，在任何情况下都将尊重就拘留的合法性向法院提出异议的权利。还必须保证由法院或其他具有同样独立和公正特点的法庭进行及时和定期审查，因为司法机关是这些条件的必要保障，同样，向被拘留者提供获得最好由其选择的独立法律意见的机会以及让被拘留者了解至少是据以做出裁决的证据的实质也是这些条件的必要保障。<sup>12</sup>

6. 当情报机构实施域外拘留时，拘留导致侵犯人权的可能性就变得更加严重，因为情报机构的行动很少受到有效的司法监督，其拘留权力和拘留做法很少受到法律的充分监管，这是由其性质所决定的。<sup>13</sup> 在一份关于全球秘密拘留做法的联合研究报告<sup>14</sup> 中，五名特别程序任务负责人指出，域外拘留很有可能在没有法律依据或违反人身保护原则的情况下进行，被拘留者也有可能被剥夺正当法律程序、无法接触律师并(或)得不到就其拘留的合法性向作为国家司法系统一部分的法院提出异议的机会。

7. 秘密拘留和特别移解是人权理事会在第 37/3 号决议中明确提到的两种做法，国家在境外活动中实施这种做法对司法系统的公正廉明构成明确挑战。

<sup>8</sup> 人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 10 段；禁止酷刑委员会关于缔约国执行第 2 条的第 2 号一般性意见(2007 年)，第 16 段。

<sup>9</sup> A/HRC/22/44，第 38 段；A/HRC/19/57/Add.2，第 94 段；人权事务委员会，关于批准或加入《公约》或其《任择议定书》时提出的保留或者有关《公约》第四十一条下声明的问题的第 24 号一般性意见(1994 年)，第 8 段。

<sup>10</sup> 人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 63 段；CCPR/C/USA/CO/3，第 12 和第 18 段。

<sup>11</sup> 人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 15 段。

<sup>12</sup> 同上。

<sup>13</sup> A/HRC/13/42，第 286 段。

<sup>14</sup> 同上，第 98-164 段。

## A. 域外秘密拘留

8. 秘密拘留的定义是：国家当局，或其作为或不作为可归咎于国家的其他代理人，拘留某人并不许与外界有任何接触(“单独拘禁”)，并拒绝提供或主动隐瞒某人被剥夺自由的实情或者关于被拘留者命运或下落的信息。<sup>15</sup> 正如特别程序联合研究报告所指出的那样，这种拘留的必然后果是，被拘留者被置于法律保护之外，构成多方面的侵犯人权行为，无论何种情况下，包括在紧急状态下，都站不住脚。<sup>16</sup>

9. 秘密拘留实际上剥夺了被拘留者受法律保护的权利，包括向法院提起诉讼以审查拘留的合法性的权利，而这项基本权利对于保护不可减损权利至关重要，<sup>17</sup> 秘密拘留侵犯了人身自由和安全权以及禁止任意拘留的规定。<sup>18</sup> 秘密拘留被用来规避刑事诉讼时，进一步侵犯了公正审判权。<sup>19</sup> 联合研究报告得出结论认为，每一例秘密拘留也构成一个强迫失踪案件。这相当于严重和明目张胆地侵犯人权，<sup>20</sup> 其特点是由国家实行拘留，“并拒绝承认剥夺自由之实情，隐瞒失踪者的命运或下落，致使失踪者不能得到法律的保护”。<sup>21</sup> 因此，它侵犯了一个人在法律面前得到承认的权利。<sup>22</sup> 此外，大会和联合国人权机制发现，秘密拘留助长酷刑行为的实施，其本身也可构成对被拘留者<sup>23</sup> 或对因其遭受痛苦的家人的酷刑或虐待。<sup>24</sup> 这也可能导致侵犯对家庭的保护。<sup>25</sup>

10. 虽然秘密拘留在任何情况下都是被禁止的，但在实践中，在域外秘密拘留案件中，被拘留者被剥夺法律保护并被置于国家法院管辖之外的风险可能会增加。除上文详述的人权关切之外，强迫或非自愿失踪问题工作组注意到，域外拘留本身的性质增加了失踪的风险，使被拘留者的家人和法律代表特别难以获得有关其下落的信息或获得补救或赔偿。<sup>26</sup>

<sup>15</sup> 同上，第 8 段。

<sup>16</sup> 同上，第 17 和第 36 段。人权事务委员会，关于紧急状态期间的克减《公约》条款问题的第 29 号一般性意见(2001 年)，第 13 (b)段。

<sup>17</sup> 人权事务委员会，第 29 号一般性意见，第 16 段，第 35 号一般性意见，第 67 段。

<sup>18</sup> 《公民及政治权利国际公约》，第九条第一款和第四款；人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 46 段。A/HRC/13/42，第 18-19 段。

<sup>19</sup> A/HRC/13/42，第 24-27 段。《公民及政治权利国际公约》，第九条第二至第三款和第十四条。即使在紧急状态下也必须尊重公正审判的基本规定(人权事务委员会，第 29 号一般性意见，第 16 段)。

<sup>20</sup> A/HRC/13/42，第 28 段；大会第 47/133 号决议，第 1 段；人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 17 段。

<sup>21</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条。

<sup>22</sup> A/HRC/19/58/Rev.1，第 42 段。

<sup>23</sup> 大会第 60/148 号决议，第 11 段；《Tharu 等诉尼泊尔》(CCPR/C/114/D/2038/2011)，第 10.6 段；CAT/C/USA/CO/2，第 17-18 段。

<sup>24</sup> 人权事务委员会，《Quinteros Almeida 诉乌拉圭》，第 107/1981 号来文，第 14 段。

<sup>25</sup> 《公民及政治权利国际公约》，第十七条第一款和第二十三条第一款。

<sup>26</sup> A/HRC/42/40，第 46、56、69 和 92 段；A/HRC/39/46，第 136 段。

## B. 特别移解和类似的移送

11. 一些国家采取了被称为“特别移解”的做法，这一表述在国际法中没有定义，被用来描述一个国家在另一个国家境内逮捕一个人，无论是否得到后者的合作，随后在法律程序范围之外将此人从被绑架的领土移送至另一国进行拘留和审讯。<sup>27</sup> 欧洲人权法院指出，由于此类行动故意规避正当程序保障措施，而且不诉诸引渡、递解出境或驱逐所使用的法律程序，这些行动违背了法治和国际人权法寻求保护的价值观。<sup>28</sup> 欧洲法院也同样批评了其他一些做法，即各国绕过普通法律程序，在境外拘留或绑架人员，并在法律程序范围之外将其移送至其他地方受审。<sup>29</sup> 任意拘留问题工作组认为，发生在任何法律程序范围之外、并且没有让个人接触律师或任何司法机构对移送提出异议的每一起逮捕和移送个人的案件，即违反了禁止任意和非法拘留的规定。<sup>30</sup> 如果某人随后在接受国的正常法律框架之外被拘留，那么，人身自由权和禁止任意拘留的规定也必然受到侵犯。<sup>31</sup> 事实上，人权事务委员会和禁止酷刑委员会表示关切的是，长期和无限期的法外拘留还会侵犯被拘留者获得公正审判、得到人道待遇、尊重人的固有尊严以及被承认在法律前的人格的权利，并会违反禁止酷刑和其他虐待的规定。<sup>32</sup> 欧洲法院认为，如果通过特别移解秘密进行域外拘留，也可能构成强迫失踪或秘密拘留，这些做法还可能带来相关的侵犯行为。<sup>33</sup>

12. 此外，这种做法的治外和法外性质有利于强制审讯，在许多情况下构成酷刑和虐待。<sup>34</sup> 这种侵犯行为可由移解国的代理人或此人被移送至的第三国代理人直接实施，不经过任何适当的风险评估程序。人权事务委员会和禁止酷刑委员会发现，特别移解往往伴随着酷刑风险，<sup>35</sup>并牵涉到不推回原则。<sup>36</sup> 根据这一原则，如果有充分理由相信，确实存在会造成不可弥补伤害的风险，例如遭受酷刑

<sup>27</sup> [https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=faculty\\_articles](https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=faculty_articles) ; [www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Report-on-Terrorism-Counter-terrorism-and-Human-Rights-Eminent-Jurists-Panel-on-Terrorism-series-2009.pdf](http://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Report-on-Terrorism-Counter-terrorism-and-Human-Rights-Eminent-Jurists-Panel-on-Terrorism-series-2009.pdf), 第 80 页; A/HRC/13/42, 第 36 段。

<sup>28</sup> 欧洲人权法院, 《Husayn (Abu Zubaydah)诉波兰》(申请号 7511/13), 2014 年 7 月 24 日, 第 452 段。

<sup>29</sup> 同上, 《Savridin Dzhurayev 诉俄罗斯》(申请号 71386/10), 2013 年 4 月 25 日, 第 205 段。

<sup>30</sup> A/HRC/4/40/Add.1, 第 13、17 和 22 段; 《公民及政治权利国际公约》, 第九条第一款和第四款; Silvia Borelli 著, “Extraordinary rendition, counter-terrorism and international law” in *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Ben Saul, ed. (Edward Elgar, 2014), 第 361 和 364 页。

<sup>31</sup> Borelli 著, “Extraordinary rendition”, 第 361 和 364 页。

<sup>32</sup> 人权事务委员会, 第 35 号一般性意见, 第 56 段; 禁止酷刑委员会, 第 2 号一般性意见, 第 13 段; CCPR/C/USA/CO/4, 第 21 段; CAT/C/USA/CO/2, 第 22 段; 《公民及政治权利国际公约》, 第七条、第十条第一款、第十四条和第十六条。

<sup>33</sup> 欧洲法院, 《El-Masri 诉前南斯拉夫的马其顿共和国》(申请号 39630/09), 2012 年 12 月 13 日, 第 240 段。

<sup>34</sup> CAT/C/USA/CO/3-5, 第 11 段。

<sup>35</sup> CAT/C/AZE/CO/3, 第 22 段。

<sup>36</sup> CAT/C/USA/CO/2, 第 20 段; 《Alzery 诉瑞典》(CCPR/C/88/D/1416/2005), 第 11.5 段。



或虐待的风险，<sup>37</sup> 相信他们的生命权会受到侵犯，<sup>38</sup> 或者他们的人身自由和安全会遭受构成不人道待遇的侵犯，<sup>39</sup> 则在域外施行拘留的国家不得将他们移送至另一国。该原则还禁止在可以预见一国反过来会将某人移送至有充分理由相信确实存在会造成不可弥补伤害的风险的第三国时将此人移送至该国。<sup>40</sup> 在评估这一风险时，各国应考虑可能构成酷刑风险迹象的一些人权状况。<sup>41</sup> 此外，禁止酷刑委员会认为，被移送者必须有可能对移送提出异议。<sup>42</sup> 如有充分理由相信某人有遭受酷刑的危险，则保证当事人在移送后不会受到酷刑或遭受其他不可弥补的伤害的外交保证和其他保证本身不足以满足不推回原则。<sup>43</sup> 在作出这种保证之前应事先彻底审查每个案件的案情实质，遵循明确的程序，并设置适当的司法审查机制和有效的监督机制，以评估这些保证是否得到履行。<sup>44</sup>

13. 特别移解引发了广泛而复杂的人权关切，对司法机构的公正廉明产生了明显的影响。特别移解顾名思义，往往是在正常法律程序之外在域外秘密进行的，它挑战司法系统和利用该系统实际享有补救的权利。人权事务委员会和禁止酷刑委员会发现，特别移解后受到域外拘留的人被长期和无限期地剥夺自由，而无法得到普通刑事司法系统审理。<sup>45</sup> 虽然此类侵犯人权行为的受害者有权获得赔偿和有效补救，<sup>46</sup> 但通过国内民事和刑事司法程序获得补救的努力受阻，因为关键信息被视为国家机密或因其他原因过于敏感而不能披露。<sup>47</sup> 根据《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》，只要有理由相信，在其管辖范围内发生了酷刑或虐待行为，各国就必须迅速、独立、有效地进行调查，并有义务起诉或引渡涉嫌从事此类行为的人。<sup>48</sup> 然而，禁止酷刑委员会表示关切的是，在实践中，对在域外被拘留的人实施酷刑和虐待的指控没有得到充分调查。<sup>49</sup> 在某些情况下，各国不愿起诉涉嫌在域外拘留过程中犯下侵犯行为的代理人，<sup>50</sup> 也不愿将自己的代理人移交其他法域进行此类起诉。在其他情况下，只对数量有限的低级别代理人提出了刑事指控。<sup>51</sup>

<sup>37</sup> 《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 3 条第 1 款；人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 12 段。

<sup>38</sup> 人权事务委员会，第 36 号一般性意见，第 30-31 段。

<sup>39</sup> 同上，第 35 号一般性意见，第 57 段。

<sup>40</sup> 同上，第 31 号一般性意见，第 12 段；禁止酷刑委员会，关于参照《公约》第 22 条执行第 3 条的第 4 号一般性意见(2017 年)，第 9-17 段。

<sup>41</sup> 禁止酷刑委员会，第 4 号一般性意见，第 29 段。

<sup>42</sup> CAT/C/USA/CO/2，第 20 段。

<sup>43</sup> 禁止酷刑委员会，第 4 号一般性意见，第 20 段。

<sup>44</sup> CAT/C/USA/CO/2，第 21 段。

<sup>45</sup> 例如，见 CCPR/C/USA/CO/4，第 21 段；CAT/C/USA/CO/2，第 22 段。

<sup>46</sup> 大会第 60/147 号决议，附件。

<sup>47</sup> 美国第四巡回上诉法院，《El-Masri 诉美国》，案件编号 06-1667，2007 年 3 月 2 日；《El-Masri 诉前南斯拉夫的马其顿共和国》，第 191 段。

<sup>48</sup> 第 5、第 7 和第 12 条。大会第 60/147 号决议，附件，第 4 段；《公民及政治权利国际公约》，第二条。

<sup>49</sup> CAT/C/GBR/CO/5，第 15 段；CAT/C/USA/CO/3-5，第 12 段。

<sup>50</sup> 例如，见《El-Masri 诉前南斯拉夫的马其顿共和国》，第 186-194 段。

<sup>51</sup> CCPR/C/USA/CO/4，第 5 段；Borelli 著，“Extraordinary rendition”，第 372 页。

### 三. 武装冲突中的域外拘留对司法系统的公正廉明的影响

14. 武装冲突可能构成紧急状态。虽然在紧急状态威胁到国家的生命时，可以允许克减某些人权规范，包括人身自由权，但人权事务委员会已澄清，克减《公民及政治权利国际公约》条款的措施，必须是非常性和临时性措施，并须遵守一些严格的条件。<sup>52</sup> 此外，包括禁止任意拘留在内的一些强制性规范不得克减，<sup>53</sup> 有助于有效保护不可克减权利的程序性权利，如向法院提起诉讼以审查拘留合法性的权利和公正审判权的基本规定，在任何情况下都必须得到尊重。<sup>54</sup> 除了在武装冲突期间继续适用的国际人权法之外，武装冲突的爆发还使国际人道主义法的补充规范发挥作用。<sup>55</sup> 其中包括有关武装冲突中的拘留问题和(特别是通过程序保障和司法保障)保护被拘留者的规定。<sup>56</sup> 尽管各国际和区域法院及人权机制一贯认为，国际人权法在此仍然适用，但一些国家继续对其在武装冲突中的适用程度及其与国际人道主义法的相互作用提出质疑。这可能让人们担心适用的人权义务可能得不到充分尊重。<sup>57</sup> 尽管有这一套全面的法律框架，但武装冲突情况下的域外拘留问题引发了人们对人权以及司法系统的公正廉明的一些担忧。

#### A. 有损司法系统公正廉明的因素

15. 虽然在和平时，拘留通常由国家执法机构实施，并由民事法院监督，但武装冲突中，拘禁通常由国家武装部队实施，有时也由情报机构实施。在这种情况下，执法和常规司法系统可能不复存在，或者法律能力或实际能力有限，无法处理所有剥夺自由案件。如果有监督，往往也是由军事法庭或行政机构进行的。这使司法系统更有可能偏离正常运作，并让人担心程序保障可能遭到破坏，随之可能发生侵犯人权行为。

16. 当国家卷入境外武装冲突时，这些担忧就会加剧。各国在境外往往只有临时基础设施，人员有限，资源稀缺，所有这些都可能不足以让拘留设施和相关的司法程序有效运作。部署在境外冲突地区执行拘留行动的人员可能缺乏足够的专业知识或培训(例如，在如何收集证据或对待被拘留者方面的专业知识或培训)，他们照顾被拘留者的能力有时因语言障碍和文化差异而进一步受到影响。在保

<sup>52</sup> 《公民及政治权利国际公约》，第四条；人权事务委员会，第 29 号一般性意见。

<sup>53</sup> A/HRC/22/44，第 51 和第 75 段。

<sup>54</sup> 人权事务委员会，第 29 号一般性意见，第 16 段。

<sup>55</sup> 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》；《修建隔离墙的法律后果》；《刚果境内的武装活动》；人权事务委员会，第 29 号一般性意见，第 3 段；第 31 号一般性意见，第 11 段；第 35 号一般性意见，第 64 段。

<sup>56</sup> 关于国际武装冲突中的拘留问题的规定，见 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约、日内瓦四公约《第一附加议定书》和习惯国际法。关于非国际武装冲突中的拘留问题的规定，见日内瓦四公约共同第三条、日内瓦四公约《第二附加议定书》和习惯国际法。

<sup>57</sup> 例如，见 CCPR/C/USA/4，第 506-509 段；澳大利亚政府对《任意拘留问题工作组基本原则》草案的评论意见，2015 年 3 月 17 日，第 4-6 段。

障特别脆弱或有特殊需要的被拘留者(如儿童或需要医疗护理的人)的权利方面,基础设施和专业知识的不足可能产生特别有害的影响。<sup>58</sup>

17. 在域外运作的拘留当局缺乏联系家属和其他联络人所需的信息和手段时,可能会出现更多的问题。由于没有记录被拘留者的个人详细信息,<sup>59</sup>因此更难追踪他们的去向,也更难向他们的家人告知他们的下落和健康状况。由于域外拘留设施往往是临时性的,而且因靠近战区而有安全上的顾虑,因此,人道主义机构接触被拘留者的机会也可能有限。缺乏记录,与拘留设施以外地方缺乏联系,增加了侵犯人权的风险,包括强迫失踪的风险,因为在这种情况下,被拘留者获得医疗和教育服务的机会减少,他们有权包括通过司法系统获得的有效保护和补救的机会也相应减少。

18. 此外,虽然平时时期的拘留通常与刑事犯罪有关,但在武装冲突中,交战各方在某些条件下拘禁个人是合法的(见下文第 20-23 段),目的是防止安全威胁成为现实,<sup>60</sup>或仅仅因为他们是战斗人员而将他们作为战俘关押,无论他们的实际行为如何。<sup>61</sup>此外,武装冲突经常涉及在共同交战方之间移送被拘留者,这让人们更加担心,在一个拘留当局向另一个拘留当局移交的过程中,人权可能会受到侵犯,或者接收当局提供的人权保护水平可能会大大降低(见第 28 段)。

## B. 缺乏域外拘留的法律依据或明确理由及程序

19. 虽然经授权并符合国际人道主义法的拘留原则上不是任意的,<sup>62</sup>但在武装冲突中在没有法律依据的情况下实施的域外拘留则属于任意拘留,侵犯了人身自由权。在国家间发生的国际武装冲突中,在通常至少涉及冲突一方的域外行动时,国际人道主义法授权将战斗人员作为战俘进行域外拘禁,<sup>63</sup>并允许在出于迫切的安全理由认为必要时,<sup>64</sup>在被占领土内对被保护人<sup>65</sup>进行刑事拘留<sup>66</sup>和拘禁。相比之下,在一国与一个或多个有组织的非国家武装团体之间或在非国家武装团体之间发生的非国际武装冲突中,国际人道主义法没有明确规定拘留的法律依据。虽然根据红十字国际委员会的说法,非国际武装冲突各方有固有的权力,可以以安全理由所迫为由拘禁人员,<sup>67</sup>但这一立场并没有得到一致承认。<sup>68</sup>

<sup>58</sup> CRC/C/OPAC/USA/CO/2, 第 37 段; 红十字国际委员会, “Strengthening legal protection for persons deprived of their liberty in relation to non-international armed conflict: regional consultations 2012-13”, 背景文件, 2013 年, 第 6-7 页。

<sup>59</sup> CAT/C/USA/CO/2, 第 16 段。

<sup>60</sup> 这种出于安全理由的非刑事拘留有时也被称为“行政拘留”或“安全拘留”。

<sup>61</sup> 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》), 第四条。

<sup>62</sup> 人权事务委员会, 第 35 号一般性意见, 第 64 段。

<sup>63</sup> 《日内瓦第三公约》, 第二十一条第(一)款。

<sup>64</sup> 《日内瓦第四公约》, 第七十六条第(一)款和第七十八条第(一)款。

<sup>65</sup> 被保护人系指《日内瓦第四公约》第四条所定义的受该公约保护之人。

<sup>66</sup> 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》), 第六十四条和第六十八条。

<sup>67</sup> 红十字国际委员会, 2016 年《日内瓦第一公约》评注, 第 720 段。

<sup>68</sup> 英国皇家法院上诉法院, 《Serdar Mohammed 等诉国防部长》, 案件编号[2015] EWCA (Civ) 843, 2015 年 7 月 30 日; 最高法院, 《Abd Ali Hameed Al-Waheed 诉国防部》, 案件编号[2017] UKSC 2, 2017 年 1 月 17 日。



20. 无论如何，禁止任意剥夺自由的规定要求在任何情况下，都必须依照法律规定的实质性理由和适当程序实施拘留。<sup>69</sup> 在涉及国际武装冲突时，国际人道主义法规定了允许拘留的理由和确保满足这些理由的程序。<sup>70</sup> 但是，由于国际人道主义法本身并没有规定在非国际性武装冲突中实施域外拘禁的具体理由和程序，<sup>71</sup> 因此，除非在适用的具有约束力的文书中明确规定符合国际法的相关理由和程序，例如拘留发生的国家或拘留国适用的国内法，或东道国与拘留国之间列出并公布拘禁的既定理由和程序的具体协定，否则这种拘留便是任意拘留。

21. 当各国进行不符合东道国适用的国内法的域外拘留时，司法系统的公正廉明会受到进一步威胁。例如，在拘禁案件中，东道国适用的法律不允许行政拘留，而仅设想与刑事司法程序有关的拘留，从而导致适用的法律制度不明确，这时就可能发生这种情况。如果被拘留者在超过国内刑事诉讼程序所允许的拘留期限后，或者在没有收集到东道国法院可以接受的证据以支持刑事诉讼的情况下，被移送至东道国进行刑事起诉，就也可能出现这种情况。以下情况也会引起关切：国家违反本国国内法在域外实施拘留，或者东道国修改立法，将允许的拘留范围扩大到国际人权法之外，或以不符合国际人权法的方式修改刑事诉讼程序。

22. 此外，在实践中，武装冲突期间的域外拘禁往往缺乏防止任意剥夺自由的程序保障。这包括：未能向被拘留者及其家人适当地说明拘禁原因或预期的拘留期限；没有独立和公正的机制来质疑拘禁的理由，并在拘禁不合理或不再合理时确保释放；未能用被拘留者能懂的语言向他们解释诉讼程序。<sup>72</sup>

### C. 司法系统缺乏公正廉明与被占领土上的侵犯人权行为

23. 即使存在法律依据，或者有法律规定的理由和程序，但如果域外拘留不符合这些规定的理由和程序，或者延长超过必要，便构成任意剥夺自由。<sup>73</sup> 例如：一国作为占领国拘留被占领土人员，而没有确定被拘留者构成的当前、直接和紧迫威胁无法通过替代措施处理；拘禁时间无限期或超过绝对必要；没有独立和公正的法庭进行及时和定期审查，并能够适当获得独立的法律咨询；没有披露至少是据以作出拘留决定的证据实质。<sup>74</sup> 在被占领土上的任意拘留还涉及完全在任何法律框架之外进行的逮捕，同时为获取信息或进行逼供而实施的单独拘禁

<sup>69</sup> 《公民及政治权利国际公约》，第九条；人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 11 段。

<sup>70</sup> 《日内瓦第三公约》，第五条第(二)款、第二十一条第(一)款和第一一八条；《日内瓦第四公约》，第四十二至第四十三条、第七十八条、第一三二条第(一)款和第一三三条第(一)款；《第一附加议定书》，第七十五条第(三)款。

<sup>71</sup> [www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges](http://www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges)。

<sup>72</sup> CAT/C/USA/CO/3-5，第 14 段；<https://minusma.unmissions.org/malgr%C3%A9-la-mise-en-%C5%93uvre-de-l%E2%80%99accord-pour-la-paix-la-situation-des-droits-de-l%E2%80%99homme-demeure>；红十字国际委员会，“Strengthening legal protection”，第 10 页。

<sup>73</sup> 人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 15 段；《日内瓦第四公约》，第七十八条第(一)款。

<sup>74</sup> A/HRC/37/42，第 17-18 段；CCPR/C/ISR/CO/4，第 10 段；CAT/C/ISR/CO/5，第 22-23 段；A/HRC/39/CRP.4，第 30 段。

和酷刑，以及明显的强迫失踪案件。<sup>75</sup> 这种做法的性质与司法系统的公正廉明公然不符。

24. 此外，占领国往往无视国际人权法和国际人道主义法规定的适用的正当程序和公正审判保障。在某些情况下，占领国违反合法性原则，在被占领土内追溯适用其国内刑事立法，<sup>76</sup> 尽管占领国有义务维持在被占领土有效的刑事立法并在法庭上适用这种立法，禁止因被保护人在占领前犯下的行为或发表的意见，而将其逮捕、起追或定罪。<sup>77</sup> 被占领国起诉的人还受到压力，不得使用自己选择的独立律师，<sup>78</sup> 长时间被剥夺与律师见面的权利，并被胁迫提供证明有罪的信息。<sup>79</sup> 在某些情况下，在逮捕、移送和拘留儿童的过程中发生了侵犯正当程序权利的行为，包括没有充分将儿童的法律权利告诉他们，特别是聘请律师和保持沉默的权利，被迫用他们不懂的语言签署供词，在审讯期间没有父母或律师陪同。<sup>80</sup>

25. 此外，被占领土的被拘留者遭受了非法的拘留条件，没有得到司法当局的保护，拘留方式损害了司法程序。作为惩罚，或为了逼供或获取具体信息，被占领土上的被拘留者受到了酷刑和虐待。<sup>81</sup> 他们还被单独拘禁，或处于相当于残忍、不人道或有辱人格待遇的拘留条件之下，得不到医疗服务，在法庭审讯前不给吃不给喝。<sup>82</sup> 被拘留的儿童同样遭受虐待，包括在逮捕和审问期间遭受身体虐待，在逮捕和移送到审问地点途中得不到足够的食物和水，并暴露在恶劣的天气条件下。<sup>83</sup> 老年人和残疾人等其他弱势群体的被拘留者也遭受了虐待。<sup>84</sup>

#### D. 移送

26. 国际人道主义法载有关于移送国际武装冲突中的被拘留者的规定。关于被拘留在本国境内的战俘和被保护人，国际人道主义法规定，只有在移送国履行了确保被拘留者得到充分保护的严格义务的情况下，才可以移送另一国拘留。这包括：在接受国未能提供所需保护的情况下，移送国有义务采取有效措施纠正此种情况，包括有义务要求将被拘留者送还，此项要求必须照办。<sup>85</sup> 关于被拘留在被占领土的被保护人，国际人道主义法规定，他们只能被拘留在被占领土内，禁

<sup>75</sup> A/HRC/39/CRP.4，第 29 和第 32-35 段。

<sup>76</sup> 同上，第 18-19 段；A/HRC/39/CRP.5，第 109 段。

<sup>77</sup> 《日内瓦第四公约》，第六十四、第六十七和第七十条。

<sup>78</sup> A/HRC/39/CRP.4，第 21 段。

<sup>79</sup> A/HRC/37/42，第 28-29 段。

<sup>80</sup> A/73/907-S/2019/509，第 86 段；[www.unicef.org/sop/sites/unicef.org.sop/files/2019-12/Annual%20CAAC%20Bulletin%202018.pdf](http://www.unicef.org/sop/sites/unicef.org.sop/files/2019-12/Annual%20CAAC%20Bulletin%202018.pdf)。

<sup>81</sup> A/HRC/39/CRP.4，第 22-25 段。

<sup>82</sup> 同上，第 26 段。

<sup>83</sup> [www.unicef.org/sop/sites/unicef.org.sop/files/2019-12/Annual%20CAAC%20Bulletin%202018.pdf](http://www.unicef.org/sop/sites/unicef.org.sop/files/2019-12/Annual%20CAAC%20Bulletin%202018.pdf)。

<sup>84</sup> A/HRC/39/CRP.5，第 102 段。

<sup>85</sup> 《日内瓦第三公约》，第十二条第(二)和第(三)款；《日内瓦第四公约》，第四十五条。

止将他们强行移送至被占领土以外。<sup>86</sup> 国际人权法中的不推回原则同样适用于向另一国当局所作的此类移送。

27. 虽然国际人道主义法中没有关于在非国际武装冲突中移送被拘留者的具体规则，<sup>87</sup> 但此类移送须遵守不推回的一般原则。因此，移送国有义务对不可弥补的伤害的相关风险进行评估，并在确实存在风险的情况下，充分处理和减轻这种风险。<sup>88</sup> 当风险评估表明移送会违反不推回原则时，实施域外拘留的国家必须采用其他适当法律依据拘留此人或释放此人。<sup>89</sup>

28. 实际上，虽然规定了这些义务，但还是有被拘留者被移送的情况发生。在某些情况下，占领国将被保护人移送至被占领土以外拘留。<sup>90</sup> 在另一些情况下，被拘留者被移送至另一个拘留当局拘押，但没有采取充分步骤确保其人权随后不会受到侵犯。<sup>91</sup> 因此，被拘留者在被移送之前可能没有适当的机会表达他们对伤害的实际风险的看法，而且移送国可能也没有意识到这种风险。在某些情况下，这种情况发生在国家立即移交被拘留者之时，尽管不推回原则适用于国家行为体实施的所有拘留，包括短期拘留。<sup>92</sup>

## E. 缺乏问责

29. 在涉及武装冲突中的域外拘留的一些情况下，对国家代理人的侵犯人权行为普遍缺乏问责，从而造成了有罪不罚的气氛，剥夺了受害者诉诸司法和获得补救的机会。<sup>93</sup> 各人权机制重点指出，对于武装部队人员在域外拘留行动中的侵犯人权行为所进行的调查、起诉和定罪有限。<sup>94</sup> 在某些情况下，调查过于缓慢，不够独立，而且缺乏透明度。<sup>95</sup> 在其他情况下，各国没有充分坦诚地说明它们采取了哪些措施来调查关于其武装部队侵犯了该国在国外武装冲突中拘留人员的权利的指控，没有说明采取了哪些措施追究被认定为此类侵犯人权行为责任人的责任，也没有说明向受害者提供了哪些赔偿。<sup>96</sup>

<sup>86</sup> 《日内瓦第四公约》，第四十九条第(一)款和第七十六条第(一)款。

<sup>87</sup> 不过，也可以说，《日内瓦四公约》共同第三条禁止在有充分理由相信将导致虐待或任意剥夺生命的情况下向另一国移送被拘留者。见红十字国际委员会，《日内瓦第一公约》评注，第 708 段。

<sup>88</sup> 禁止酷刑委员会，第 4 号一般性意见，第 18 段。

<sup>89</sup> 同上，第 12 段；CAT/C/GBR/CO/5，第 19 段。

<sup>90</sup> 例如，见 A/HRC/34/36，第 18 段；

[www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/28thReportUkraine\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/28thReportUkraine_EN.pdf)，第 97 段。

<sup>91</sup> 例如，见 CED/C/FRA/CO/1，第 28 段；CAT/C/CAN/CO/6，第 11 段。

<sup>92</sup> Cordula Droegge 著，“Transfers of detainees: legal framework, non-refoulement and contemporary challenges”，《国际红十字评论》，第 90 卷，第 871 期(2008 年 9 月)，第 683 页。

<sup>93</sup> A/HRC/39/CRP.4，第 3 和第 7 段。

<sup>94</sup> CCPR/C/USA/CO/4，第 5 段。

<sup>95</sup> CAT/C/GBR/CO/5，第 15-16 段；CCPR/C/GBR/CO/7，第 9 段。

<sup>96</sup> 例如，见 CAT/C/USA/CO/3-5，第 13 段。

#### 四. 国家协助的由第三方实施的域外拘留

30. 除了直接在域外拘留个人或将其移送至域外进行拘留之外，各国有时还为其他国家或非国家行为体在其境外实施拘留提供便利或帮助。发生这种情况的例子有：移民和寻求庇护者在前往目的地的途中被拦截，这为他们在第三国境内的拘留提供了便利；<sup>97</sup> 有关人员受到第三方的安全拘留，而协助国对其作出指示、行使控制或施加影响，或向其提供相关支持。<sup>98</sup> 这类案件引起对可寻求补救的适用司法制度的怀疑，被拘留者可能无法适当诉诸协助国或东道国的司法制度，以对其拘留的合法性提出异议，或就拘留期间遭受的侵犯人权行为寻求补救。与此相关的一点是，人们有理由担心，这种做法使各国能够在无需适当尊重或确保个人权利的情况下达到对其进行实施域外拘留的目的，并可能导致对侵犯人权行为缺乏问责。

31. 国际法委员会认为，作为事实上的国家机关行事的非国家行为体的行为应视为国家本身的行为。<sup>99</sup> 据此来看，当有人被非国家行为体拘留时，例如被经一国授权或委托实施拘留的私营保安公司拘留时，该国仍对拘留负有直接责任，并必须确保拘留符合其根据国际人权法承担的义务，<sup>100</sup> 即使拘留发生在域外。<sup>101</sup> 国际法院认为，根据适用的国际人道主义法和国际人权法义务，当一个完全依赖一国的武装团体在该国境外发生的武装冲突中实施拘留等行动时，这种行为应归咎于该国。<sup>102</sup> 这类案件引发了人们对尊重人权问题，特别是对获得补救的权利的担忧，担心国家不承认自己的义务，而且很难确定拘留当局实际上是代表国家采取行动。

32. 国家也有义务尊重和确保被拘留者的权利，即使他们是被第三方关押在该国领土之外，只要被拘留者受其管辖，也就是说，在其权力范围内或有效控制下。<sup>103</sup> 这种情况还发生在国家占领或以其他方式全面有效控制拘留所在的外国领土时。<sup>104</sup> 当国家通过非国家行为体(按照该国的指示或在其指挥或控制下实施拘留，从而发挥其代理人的作用)对被拘留者行使控制或权力时，国家也负有责任。<sup>105</sup> 同样，在武装冲突中，如果武装团体处于国家的有效控制之下，则国家应对该武装团体实施的拘留及其违反国际法的相关行为承担责任。<sup>106</sup> 人权

<sup>97</sup> A/HRC/37/50, 第 7 段; CAT/C/AUS/CO/4-5, 第 17 段; CCPR/C/AUS/CO/6, 第 35 段; CAT/C/ITA/CO/5-6, 第 22 段。

<sup>98</sup> A/HRC/10/3, 第 47-57 段; A/HRC/42/17, 第 70 和第 79 段。

<sup>99</sup> 《国家对国际不法行为的责任》，第 5 条(大会第 56/83 号决议，附件)。

<sup>100</sup> 人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 8 段。

<sup>101</sup> 同上，第 63 段; 第 36 号一般性意见，第 63 段。

<sup>102</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决书，《2007 年国际法院案例汇编》，第 391-393 段。

<sup>103</sup> 人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 10 段。

<sup>104</sup> 同上，第 36 号一般性意见，第 63 段; 欧洲人权法院，《Al-Skeini 等诉联合王国》(申请号 55721/07)，2011 年 7 月 7 日，第 142 段。

<sup>105</sup> 《国家对国际不法行为的责任》，第 8 条。

<sup>106</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用，第 400 段。



事务委员会认为，即使由领土所属国的代理人实施拘留，但如果协助国对拘留设施行使重大程度的控制权和影响，例如对拘留设施的设立、资金和运作的控制权，那么，协助国也可能(与领土所属国一样)拥有管辖权。<sup>107</sup>

33. 如果域外拘留是由非国家代理人的第三方在其似乎没有管辖权的地方实施的，但如果国家协助拘留方使被拘留者受到任意或非法拘留或虐待，则国家仍可能要承担责任。有人提出，这种责任直接源于国际人权法，这不仅发生在一国违反不推回原则将某一被拘留者移送出其管辖范围时，而且也发生在有充分理由相信存在被拘留者的权利普遍受到或将会受到侵犯的实际风险时，而该国仍向拘留当局提供与随后的侵犯人权行为有关的技术或财政支持、情报、设备或其他援助，从而大大助长了这种情况。<sup>108</sup> 事实上，提供这种援助可能违反国家的以下义务：即确保在其管辖范围内开展的活动，如对其境外的被拘留者的权利有直接和合理可预见的影响，均符合国际人权法。<sup>109</sup>

34. 国际人道主义法规定，各国必须尊重和确保尊重“日内瓦四公约”，这意味着它们不得故意协助参与武装冲突的国家或非国家当事方违反国际人道主义法。<sup>110</sup> 这一义务还意味着，各国负有积极的义务，在其权力范围内尽一切合理努力，制止正在发生的违反国际人道主义法行为，并防止可预见的违反国际人道主义法行为。<sup>111</sup> 因此，一国应避免以任何可能导致违反国际人道主义法行为的方式协助武装冲突一方，例如向在联合行动中实施任意逮捕的伙伴国提供军事支助，并应采取一切可能的措施，让该方停止实施侵犯人权行为，从而进一步努力确保遵守法律。一国协助冲突一方对被其拘留者实施违反国际人道主义法的行为，即使是在该国境外，也会违反这一义务。<sup>112</sup>

35. 此外，习惯国际法的一般规则是，一国在知情的情况下援助和协助另一国实施国际不法行为，而该行为若由协助国本国实施会构成国际不法行为，则该国负有国际责任。<sup>113</sup> 在评估一国是否因协助另一国对被拘留在协助国境外的人实施侵犯行为而承担责任时，可能相关的一些因素有：援助(可以包括提供情报、设备、资金或技术支持)对侵犯行为的重要性；被违反的国际义务对援助国的可施用性；援助国对所援助的侵犯行为的了解情况，但该国至少要知道所提供的支持将为实施侵犯行为提供便利。不过，有人提出，最后一个因素的相关性可能取决于所援助的侵犯行为的严重程度：侵犯行为越严重，所需的适当知情门槛就

<sup>107</sup> CCPR/C/AUS/CO/6，第 35 段。

<sup>108</sup> Miles Jackson 著，“Freeing Soering: the ECHR, State complicity in torture and jurisdiction”，《欧洲国际法学报》，第 27 卷，第 3 期(2016 年 8 月)；Magdalena Pacholska 著，Complicity and the Law of International Organizations (Edward Elgar, 2020)，第 251 页。

<sup>109</sup> 人权事务委员会，第 36 号一般性意见，第 22 和第 63 段。

<sup>110</sup> 红十字国际委员会，《日内瓦第一公约》评注，第 154 和第 158 段；《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动》(《尼加拉瓜诉美利坚合众国》)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 220 段。

<sup>111</sup> 红十字国际委员会，《日内瓦第一公约》评注，第 164 段。

<sup>112</sup> 同上，第 160 段。

<sup>113</sup> 《国家对国际不法行为的责任》，第 16 条；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用，第 420 段。



越低。<sup>114</sup> 在拘留国违反强制性规范的情况下，例如，有系统地对被拘留者实施任意拘留或酷刑，或侵犯他们基本的公正审判权，<sup>115</sup> 即使无法证明援助国对侵犯行为其实或几乎肯定知情，也可以基于知情推定，认为援助国对援助和协助实施国际不法行为负有责任。<sup>116</sup> 在向实施拘留的非国家行为体提供援助并满足上述条件时，如果该行为体的行为可以归因于一国，则同样可能产生国际责任(见第 30 段)。

## 五. 结论和建议

36. 虽然在有些情况下，各国可能需要诉诸域外拘留，但此类措施很有可能在没有适当法律保护，特别是充分司法监督的情况下实施，而这会对司法系统的公正廉明产生相应的影响。无论是在反恐行动或其他执法行动和情报行动中，还是在武装冲突期间，域外拘留往往导致侵犯人权行为，如任意和非法剥夺自由、酷刑和其他形式的虐待。此外，一些在其境外开展活动的国家将其拘留的人移送至其他国家，而没有满足不推回原则的实质性和程序性要求，从而使这些人面临侵犯人权的实际风险。在其他情况下，各国在没有国际法要求的适当程序保障和司法保障的情况下，为第三方在其境外实施拘留提供便利，从而大大增加了侵犯人权的风险。为确保域外拘留不损害司法系统的公正廉明，并便利为域外拘留过程中遭受的侵犯人权行为提供有效补救，建议采取若干措施，概述如下。

37. 各国应承认并确保其人权义务适用于其代理人有效控制下的所有人，包括在武装冲突中被域外拘留的人，并为其充分享有，无论这些人身处世界何地。

38. 在国家境外实施的拘留，包括在武装冲突中或紧急情况下实施的拘留，必须置于与司法机关同样独立和公正的法院或其他法庭的有效控制之下。关于行政拘留，各国还应确保向所有被拘留者提供独立、及时和周全的程序，以审查拘留的前因后果和被拘留者的状况。被拘留者有权提起诉讼，对非法或任意拘留提出异议。

39. 域外拘留期间侵犯人权行为的受害者应获得司法补救，并应获得与侵犯行为和所受伤害的严重程度相称的充分、有效和及时的赔偿。

40. 情报机构实施的域外拘留应受法律管辖，并且必须符合国际法。为确保问责，此类拘留应接受有效的独立审查和监督，并提供所有相关信息。

<sup>114</sup> 《国家对国际不法行为的责任》第 16 条(A/56/10, chap. IV.E.2)评注；红十字国际委员会，《日内瓦第一公约》评注，第 160 段；Pacholska 著，*Complicity and the Law of International Organizations*, pp. 129-167；James Crawford 著，*State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press, 2013)，第 408 页；Stefan A.G. Talmon 著，“A plurality of responsible actors: international responsibility for acts of the coalition provisional authority in Iraq”，in *The Iraq War and International Law*, Phil Shiner 和 Andrew Williams 编(Hart Publishing, 2008)；Marco Sassòli 著，“State responsibility for violations of international humanitarian law”，《国际红十字评论》，第 84 卷，第 846 期(2002 年 6 月)，413 页。

<sup>115</sup> 人权事务委员会，第 29 号一般性意见，第 11 和第 16 段；第 35 号一般性意见，第 66-68 段。

<sup>116</sup> 《国家对国际不法行为的责任》，第 41 条第 2 款；《国家对国际不法行为的责任》第 41 条(A/56/10, chap. IV.E.2)评注，第 11 段。

41. 各国应采取一切必要措施，禁止在其管辖的任何领土内进行秘密拘留和其他形式的非正式拘留。

42. 各国必须确保独立机构能够及时调查任何关于在域外拘留情况下实施的秘密拘留、强迫失踪和非法行为的指控。

43. 各国应采取一切必要措施，防止再次发生与域外拘留有关的侵犯人权行为，特别是根据国际法规定的国家义务，向相关人员和合同工提供充分培训和明确指导，包括提供司法和行政补救方面的充分培训和明确指导。

44. 各国应确保对其在任何领土上关押的所有被拘留者进行登记，并在所有情况下保存适当的记录。

45. 独立和公正的机制在任何时候应都能及时进入所有被剥夺自由的地方。尚未批准《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任择议定书》的国家应考虑批准该议定书。

46. 各国必须始终遵守不推回原则，包括对其拘留的所有人实行不推回原则。因此，它们应：

(a) 在移送之前进行个性化的风险评估，并停止将被拘留者移送至可能使其面临酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚或其他不可弥补的伤害的实际风险的当局，或可能将其送进此类风险境地的当局；

(b) 确保被拘留者切实有可能向主管行政和司法当局驱回决定提出异议；

(c) 按照禁止酷刑委员会的建议，仅相信不系统地使被拘留者遭受酷刑、虐待或其他侵犯人权行为的国家提供的外交保证，并在彻底审查每个案件的案情实质之后，确保相关保证能有效解决实际伤害风险；

(d) 建立和实施获得这种保证的明确程序，并设置适当的司法审查机制和有效的返回后监测安排。

47. 参与域外武装冲突的国家应尽可能实施下列缓解措施，以维护司法系统的公正廉明，防止违反国际法行为：

(a) 采取行动之前进行规划，确保程序到位，部署的人员数量充足、资源充分，并具备按照国际人权法和国际人道主义法的规范和标准运营拘留设施所需的培训和专门知识；

(b) 商定并坚持被拘留者的移送程序，随后对移送国的待遇进行有效监测，以完全遵守不推回原则；

(c) 与东道国和其他相关国家订立具有约束力的协议，规定符合国际法要求的拘留问题法律框架，包括因侵犯人权行为获得有效补救的途径。

48. 在与第三方合作开展涉及拘留的活动，包括拘留移民和实施安全拘留时，各国应：

(a) 在开始合作之前，进行人权风险评估，审查其合作活动可能对被拘留者的人权产生的影响，包括保护他们免遭驱回；

(b) 制定减轻风险战略，明确规定为确保不发生侵犯人权行为而将采取的步骤，并在侵犯人权风险无法充分减轻时，中止实施计划中的合作活动；

(c) 将合作活动置于独立机制的监督之下，以监测其对受影响者享有人权的影响，如果证明这些活动对人权有有害影响，则立即中止合作；

(d) 确保可能受合作活动影响的人能够诉诸有效的补救制度，包括有管辖权的法院。

49. 高级专员鼓励包括人权机制在内的所有相关利益攸关方，继续在各自任务范围内，审议在本国境外开展或促成的剥夺自由行为对人权的影响。

---