



## 经济及社会理事会

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/2005/103  
7 February 2005  
CHINESE  
Original: ENGLISH

人权委员会  
第六十一届会议  
临时议程项目 17

### 增进和保护人权

#### 在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由

#### 联合国人权事务高级专员的说明

人权事务高级专员荣幸地向人权委员会各位委员提交委员会第 2004/87 号决议任命的在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由问题独立专家罗伯特·戈德曼的报告。

## 在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由问题

### 独立专家罗伯特·戈德曼的报告

#### 内 容 提 要

人权委员会在第 2004/87 号决议中决定，在现有资源范围内任命一名独立专家，任期一年，协助人权事务高级专员履行决议所述任务，“要充分考虑到大会第 58/187 号决议所要求进行的研究，以及大会所进行的讨论和各国就此表达的意见，就既打击反恐怖主义，又加强促进和保护人权和基本自由的方式和方法，通过高级专员向人权委员会第六十一届会议提交一份报告”。

本报告根据第 2004/87 号决议提交。本报告以高级专员根据大会第 58/187 号决议提交大会第五十九届会议的研究报告(A/59/428)为基础编写，并对研究报告的内容进行了阐述。报告确定了影响在打击恐怖主义斗争的同时享受人权的一些主要问题，而这些问题都是其他任务执行人要么未涉及到，要么未全面阐述的问题。报告接下来论述了在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由方面如何加强联合国人权机制。报告承认联合国人权体系已经采取了重要步骤解决在打击恐怖主义的斗争中保护和促进人权的问题。但独立专家的结论是，鉴于特别程序和条约机构的监测体系的覆盖范围与在打击恐怖主义的同时加强人权保护的迫切需要之间存在差距，委员会应考虑创设负有多方面任务的特别程序，对各国反恐措施及其是否符合国际人权法的规定进行监测。

## 目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1	5
一、方法论.....	2	5
二、各国意见.....	3	5
三、影响在打击恐怖主义的同时享受人权的问题.....	4 - 76	6
A. 在打击恐怖主义的同时维护法治：紧急状态 期间的人权保护.....	7 - 12	6
B. 普通司法系统在监测国家反恐怖主义措施 方面的作用.....	13 - 15	8
C. 国际人道主义法在打击恐怖主义涉及武装 冲突情况下的适用性和相关性.....	16 - 22	9
D. 武装冲突中国际人权法和国际人道主义法 的关系.....	23 - 31	11
E. 法无明文不为罪原则和恐怖主义及与恐怖 主义相关罪行的定义.....	32 - 35	13
F. 自由和人身安全的权利.....	36 - 42	15
G. 被羁押儿童的权利.....	43	17
H. 享有正当程序和得到公平审判的权利.....	44 - 45	18
I. 军事法庭.....	46 - 48	18
J. 得到人道待遇的权利.....	49 - 51	20
K. 不驱回原则和国家间移交人员问题.....	52 - 53	21
L. 移交包括“让渡”恐怖主义嫌疑人.....	54 - 55	21
M. 外交保证.....	56 - 61	22
N. 财产权：编制清单和冻结恐怖主义分子的财产.....	62 - 65	23
O. 隐私权：信息收集和分享.....	66 - 70	24
P. 不歧视原则和甄别恐怖主义嫌疑人的技术.....	71 - 76	25

## 目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
四、联合国人权机制在反恐斗争中保护人权方面的作用 .....	77	26
A. 人权条约机构.....	78 - 84	27
B. 人权委员会的特别程序.....	85 - 87	28
C. 增进和保护人权小组委员会.....	88	29
D. 人权事务高级专员办事处.....	89	29
五、结论和建议.....	90 - 92	30

## 导 言<sup>1</sup>

1. 本报告根据人权委员会第 2004/87 号决议提交。本报告以高级专员根据大会第 58/187 号决议于 2004 年 10 月 8 日提交大会的研究报告(A/59/428)为基础编写,并对研究报告的内容进行了阐述。本报告确定了影响在打击恐怖主义斗争的同时享受人权的一些主要问题,而这些问题都是其他任务执行人要么未涉及到,要么未加以全面阐述的问题。由于篇幅所限,对许多问题无法进行深入的探讨,更不用说审查国家反恐措施与其他许多受到国际保护的人权包括经济、社会和文化权利是否相容了。报告接下来论述在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由方面如何加强联合国的人权机制。

### 一、方法论

2. 独立专家认为,以权利为基础的方法为他所作的分析提供了最有效的结构。根据这一方法,对国家反恐措施的审查被纳入到国际人权法框架的范围内。因此,特别侧重分析了人权事务委员会的各项决定、一般性意见和结论性意见,以及联合国其他条约机构和特别程序的工作成果。此外,还联系了各区域人权机构的裁决和(或)报告。另外还分析了国际人道主义法的传统习惯规则即武装冲突法在反恐斗争涉及武装冲突时如何影响国家的人权义务或与之相互影响。难民法的基本原则也属于考虑的范围。

### 二、各国意见

3. 独立专家一直十分在意他的任务中所包含的、要求他考虑到各国意见的规定。在这方面,他仔细分析了高级专员提交大会的研究报告中列出的意见,以及秘书长提交人权委员会第六十届会议的报告(E/CN.4/2004/91)中所反映的其他意见。此外,2004 年 8 月 30 日和 31 日,独立专家在日内瓦会晤了在人权委员会有代表的所有区域集团协调员,并就他的任务进行了讨论。在纽约准备出席 2004 年 10 月 27 日召开的大会第三委员会会议期间,他还会晤了一些国家的代表。最后,在出席上述会议之后,独立专家还听取了人权事务高级专员办事处(人权高专办)就第三委员会的相关辩论情况所作的介绍。

### 三、影响在打击恐怖主义的同时享受人权的问题

4. 首先，独立专家谴责所有恐怖主义行为，并且深信恐怖主义对行使人权、民主制度运作和维护国际和平与安全构成严重威胁。独立专家还对恐怖主义受害者及其家人表示慰问。

5. 2001年9月11日发生在美国的恐怖袭击以及在世界其他地方发生的袭击，证明了意图造成空前生命损失的全球恐怖主义网络的出现，毫无疑问，这就要求加强国际和区域合作，以预防、惩治和打击恐怖主义暴力行为。然而，要想取得反恐斗争的成功，国际社会就不仅要应对恐怖主义造成的后果，而且还要在打击恐怖主义的斗争中维护法治。

6. 2001年9月11日的袭击发生之后，安全理事会于2001年9月28日通过了第1373(2001)号决议，规定各国除其他外有义务实施更加有效的国内反恐措施，并成立了反恐怖主义委员会监督这些措施的执行。令人遗憾的是，该决议没有全面地提及<sup>2</sup>国家在制定和实施这种反恐措施时尊重人权的义务。这一疏漏或许导致了一种观念的盛行，认为打赢全球反恐怖主义斗争可以要求以牺牲基本权利和义务为代价。不过，在2003年1月20日通过的第1456(2003)号决议所附的一项宣言中，安全理事会否定了任何这种观念，该宣言宣布，“各国必须确保为打击恐怖主义而采取的任何措施符合国际法尤其是国际人权法、难民法和人道主义法规定的全部义务”。秘书长在2003年3月6日安全理事会反恐怖主义委员会的一次特别会议上重申了这一观点，他说，“我们对付恐怖主义的措施，以及我们遏制和防止恐怖主义的努力，都应坚持人权，而这正是恐怖主义竭力破坏的。尊重人权、基本自由和法治是打击恐怖主义的根本手段，绝不能成为因局势紧张而被牺牲的权利。”

#### A. 在打击恐怖主义的同时维护法治：紧急状态期间的人权保护

7. 正确地看问题，反恐斗争与保护人权并不是对立的，而是国家的两项相辅相成的责任。正如2004年8月28日在国际法学家委员会两年期会议上通过的《柏林宣言》所指出的，“保障人民免遭恐怖袭击和尊重人权都是国家必须建立的无缝的保护网络的一部分”。<sup>3</sup>美洲国家组织<sup>4</sup>和欧洲委员会<sup>5</sup>等一些区域组织和政府间机构也都通过了条约或准则，重申在反恐斗争中保护人权的重要性。然而，另

一些区域机构和很多国家自从第 1373(2001)号决议通过以来却实行了不符合国际公认人权标准的反恐措施。由于这种状况的出现，联合国各特别报告员和独立专家在 2003 年 6 月在日内瓦召开的年会上通过了一项联合声明(E/CN.4/2004/4,附件一)，表示深为关注许多国家在反恐斗争中越来越多地采取一些他们认为对享受几乎所有人权都形成了不利影响的政策、立法和做法。

8. 值得回顾的是，在起草《公民权利和政治权利国际公约》和各种区域人权文书时，各国都敏锐地意识到有必要在国家安全与保护人权的要求之间达成现实的平衡。因此，各国在这些文书中包括了一些规定，允许它们在面对可能包括实际或即将发生的恐怖主义暴力或威胁的紧急或危机状态时，限制或——在《公民权利和政治权利国际公约》第四条规定的特别例外的情况下——克减这些文书规定的某些权利。对权利的制约和限制，即便是正常时期也允许的制约和限制，都必须在保护这些权利的条约的条款中加以规定。<sup>6</sup>

9. 国家克减这些文书规定的权利的能力受一些条件的制约，而这些条件又受公认的相称性、必要性和非歧视性原则的支配。<sup>7</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第四条对宣布和实施紧急状态规定了下列程序性保障和实质性保障：紧急状态的性质必须是危及到国家生存的；紧急状态的存在必须正式宣布；所采取的措施是由于情况紧急而绝对必需的；克减不能与国家在国际法之下的其他义务相矛盾；克减措施不得具有歧视性；克减义务的国家必须通过联合国秘书长向其他缔约国通报所克减的规定和做出这种克减的理由，以及停止克减的日期。

10. 《公民权利和政治权利国际公约》和大多数其他人权文书虽然都允许国家在采取反恐措施方面有相当大的裁量权，但同时也具体列明了即使在紧急状态的情况下也不得克减的某些权利。《公民权利和政治权利国际公约》不得克减的权利清单载于第四条第二款。这些权利是：生命权(第六条)；禁止酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或刑罚(第七条)；禁止奴隶制度、奴隶买卖和奴役(第八条第一款和第二款)；禁止由于无力履行契约债务而对人处以监禁(第十一条)；禁止采用有追溯效力的刑法(第十五条)；承认人人都有法律人格(第十六条)；思想、良心和宗教自由(第十八条)。

11. 2001 年 7 月 24 日，人权事务委员会通过了关于第四条的第 29 号一般性意见(紧急状态)，该意见进一步澄清了在紧急情况下何时才能克减权利的问题。人

人权事务委员会还确定《公民权利和政治权利国际公约》中以下规定的例子在紧急情况下并不是可以合法克减的：所有被剥夺自由的人必须得到人道的对待；禁止扣押人质、绑架或不公开承认的拘押；保护属于少数群体的人；禁止非法驱逐或转移人口；禁止以宣布紧急状态为借口进行战争宣传或鼓吹构成煽动歧视、敌对或暴力的民族、种族或宗教仇恨。

12. 人权事务委员会和各区域监督机构的判例表明，克减始终属于例外和临时的措施。因此，一旦证明有理由采取这种措施的紧急情况不复存在，或者可以通过相关文书规定的侵扰性较小的方法加以控制，就应该取消这种措施。<sup>8</sup> 这种判例还表明，由于这种措施的根本目的在于让各国能保护民主体制、法治和享受基本自由，因此如果以这种措施削弱或破坏它们，就不可能是合法的。<sup>9</sup> 以此推论，有关对《公约》和区域条约规定的权利所作的限制和克减是否相容的问题，就不是国家当局自我判断的问题，而是要接受主管条约监测机构审查和监督的问题。还应该忆及，为了给予个人以最有利的人权保护标准，《公民权利和政治权利国际公约》第五条第二款规定，不得用《公约》规定的限制或克减来证明其他适用国际文书或法律之下不容许的限制或克减人权行为的合理性。

#### B. 普通司法系统在监测国家反恐怖主义措施方面的作用

13. 国际上对于国家利用紧急措施平息恐怖主义暴力和内部纷争这种做法的关注并不鲜见。从 1970 年代中期开始，防止歧视及保护少数小组委员会、<sup>10</sup> 国际法协会、<sup>11</sup> 法律专家<sup>12</sup> 和一些非政府组织<sup>13</sup> 就承担或支持开展了一些研究，这些研究的内容包括查明紧急情况对许多国家内部权力分配的影响和大多与这些国家反恐措施和其他紧急措施密切相关的一些标志性的侵犯人权现象。这其中的许多研究发现，即使是在民主国家，如果非常时期的权力越来越多地向行政部门集中，人权遭到侵犯的危险也常常因此增大。这些报告强调，为了防止人权受到侵犯，国家必须保障普通司法系统在所有紧急状态期间的独立性和监督权力。

14. 对于今天的反恐斗争来说，这种告诫的现实意义并不小于约 20 年前。在人权事务高级专员于 2004 年 8 月 27 日向国际法学家委员会两年期会议发表的演说中，阿尔布尔女士强调进行司法审查的重要性，她说，“坦白说，司法机关不应当为了行政当局以不能公开的信息为由而发出采取非常措施的要求而放弃了它对问



题进行清醒的、长期的、原则性的分析，以取得不能计量的成果”。她还说，“即使在处理非常情况时，尊重法治的社会也不给予行政部门一揽子授权。这样的社会信奉司法机关和立法机关的关键作用，它们可以确保政府采取平衡和合法的手段处理国民关注的复杂问题。精心建立的制衡制度可以让一国内部相互冲突的意见得到有序的表达，并增加人们对于政府会本着公众利益而不是凭着自己的一时冲动行事的信任”。

15. 本报告有一个反复出现的主题，即普通法院必须有权审查所有反恐措施的规定并监督其实施，而不会受到尤其来自政府其他部门的压力或干预。

### C. 国际人道主义法在打击恐怖主义涉及 武装冲突情况下的适用性和相关性

16. 在反恐斗争中影响人权保护的一个关键问题是，对于这场斗争尤其是用以对付恐怖主义的措施的性质，各国的观点迥异。自 2001 年 9 月 11 日以来，一些国家在兼顾国际合作的需要的同时，认为这场斗争是一种对付全球恐怖主义网络的新型战争，本质上要求做出军事上的反应。另外一些国家不排除在某些情况下可以使用军事力量，但却认为，这场斗争并不是一种全新的现象，它要求加强在执法、情报收集和分享、引渡等领域的国际合作。

17. 无论各国对反恐斗争抱有何种看法，都不能一成不变地把恐怖主义行为与战争行为等同起来，这一点无论在法律上还是在概念上都是十分重要的。例如，袭击平民、劫持人质以及劫持和破坏民用航空器都是国际社会公认的恐怖主义形式。但这些行为在平时、紧急状态期间或武装冲突的情况下都可能发生。这些行为如果在武装冲突期间实施，就可能构成战争罪行。然而，如果这些行为如通常的情形那样发生在平时或不涉及战斗行动的紧急状态期间，它们根本就构不成战争罪，其行为人也不应该被称为战斗人员，或作为战斗人员受审或被定为属于战斗人员性质的打击目标。这种情况不受国际人道主义法支配，而是受国际人权法、国内法——也许还有国际刑法——的支配。

18. 然而，这并不意味着，由恐怖主义行为实施者引起的或针对其发生的暴力行为的性质和强度不至引发武装冲突或达到相当于武装冲突的情形。例如，恐怖主义行动或反恐行动可能需要在国家之间诉诸武装力量，从而引起国际武装冲突——

阿富汗 2002 年的情况就是如此，或者引起非国际性的武装冲突，涉及到一个国家的武装部队与相对有组织的反对派武装团体之间或一个国家境内的这种团体之间的武装对抗。<sup>14</sup> 在这种情况下，国际人道主义法的相关规则开始适用于并支配这种敌对行为。国际人道主义法的基本宗旨是平等地约束武装冲突的所有各方，而且其适用不取决于战斗行动的原因或起源。<sup>15</sup> 因此，对于敌对一方或其公开宣布的政策的反感不能证明有理由不遵守战争法。尽管人道主义法律也针对恐怖主义有相应规定，<sup>16</sup> 但这种行为在武装冲突期间实施这一事实既不改变敌对行动或所涉各方的法律地位，也不改变各方遵守人道主义法律的义务。

19. 在国际武装冲突期间，至关重要的是各国根据相关人道主义条约的规定适当地认定直接参加敌对行动的所有人员的地位，尤其是他们被捕后是否应具有战俘地位。由于拒绝给予战斗人员战俘地位在结果上有可能决定有关人员的生死，因此这种地位的认定应该严格按照有关法律和程序进行。在这方面，《关于战俘待遇之日内瓦公约》（《日内瓦第三公约》）第五条<sup>17</sup> 创设了一项推定，即除有管辖权的法庭在个案的基础上另行裁定外，凡从事了交战行为（而陷落于敌方）者都是战俘。

20. 参与 2002 年阿富汗战争行动的当事一方对据称在冲突前或冲突期间实施或以其他方式参与了恐怖主义行为的人没有进行这种个案基础上的地位认定，此事引起了相当大的争议。该方所持的立场是，这种人员无论是属于敌方的正规部队还是非正规部队，根据指称他们实施的恐怖主义行为或事实上的联系来看，都是享受不到特权的战斗人员，<sup>18</sup> 既无权享有《日内瓦第三公约》规定的战俘地位，也无权根据《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》）的规定得到作为平民的保护。<sup>19</sup> 另外一些国家和红十字国际委员会（红十字委员会）援引以往的国家实践、军事手册和许多法律评论家的观点对这一立场提出了异议。<sup>20</sup> 它们认为，除了委托第五条所指法庭对这类人进行个案基础上的地位认定之外，1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约》所载的全面保护制度要求，对于不具备《日内瓦第三公约》规定的战俘地位资格而享受不到特权的战斗人员来说，只要符合《日内瓦第四公约》第四条规定的国籍标准，就应该得到该条约的保护。<sup>21</sup> 这一立场的支持者正确地指出，对于这种恐怖主义行为实施者在被俘之前无论在战争行动前或期间犯下的包括恐怖主义行为在内的罪行来说，即使根据日内瓦公约或者在适当的情况下根据《第一号附加议定书》得到了作为战俘或平民的保护，他们也不享有起诉豁免。正如红十

字委员会主席所指出的，“日内瓦各公约及其附加议定书不是司法的障碍。它们只是要求在处理指称的犯罪人时采用正当法律程序”。<sup>22</sup>

21. 尽管出现了上述不同意见，但也存在广泛的一致意见，认为对于在国际敌对行动中被归入不享有特权的战斗人员一类，而且无论何种原因被拒绝给予日内瓦第三或第四公约规定的法律保护的人而言，他们有权得到《第一号附加议定书》第七十五条<sup>23</sup>和《日内瓦四公约》共同的第三条<sup>24</sup>提供的保障。应该指出的是，由于人道主义法律并不赋予参与非国际性武装冲突的反对派武装团体的成员享有特权的战斗人员地位，这种人因而也就无权得到战俘地位。因此，各国可以自由地就他们参加的战斗行动包括恐怖主义行为对他们进行审判。<sup>25</sup>这样，在任何武装冲突中，对于任何人来说，无论他们被归入哪一类别，在法律上都不会出现得不到国际人道主义法保护的情况。

22. 在应对新形式的恐怖主义暴力行为方面，国家实践完全可能还会进一步演化，在不否定这一点的前提下，现有的人道主义法律似乎也并不存在非常引人注目的法律空白，而且如果得到遵守和适当的运用，似乎也充分顾及了武装冲突期间的恐怖主义问题。<sup>26</sup>

#### D. 武装冲突中国际人权法和国际人道主义法的关系

23. 在反恐斗争涉及到武装冲突时，人权法并非不再适用。更确切地说，它是与国际人道主义法一起叠加适用。如上文所述，当武装冲突构成真正的紧急事态时，国家就可以限制乃至克减某些人权。但即使是在紧张事态由于武装冲突引起的情况下，国家也不能暂停根据人权法不得减损的权利。尽管有不同的渊源，但国际人权法和国际人道主义法都有着维护人的生命和尊严的共同目的。正如前南斯拉夫问题国际法庭(前南问题国际法庭)所指出的：“尊重人的尊严这一总原则是……国际人道主义法律和人权法律存在的根本原因；实际上，在现代，这一原则已具有压倒一切的重要性，因而贯穿了国际法的总体”。<sup>27</sup>

24. 毫不奇怪，国际人权法和国际人道主义法越来越被视为一种相辅相成的保护体制，应该从总体上加以解释和适用，从而使处于武装冲突中的个人享受到最有利的保护标准。

25. 人权事务委员会、欧洲人权法院和原来的(欧洲)人权委员会, 以及美洲人权委员会都曾判定, 即使在国际人道主义法涵盖的情况下, 它们各自的文书也可以域外适用。比如说, 人权事务委员会 1981 年认定, 《公民权利和政治权利国际公约》的一个缔约国对于其代理人在另一国家领土上实施的侵犯《公约》之下权利的行为负有责任。<sup>28</sup> 在最近关于《公约》第二条的第 31(80)号一般性意见中, 人权事务委员会指出, 尊重和保障个人权利的义务“也适用于在境外采取行动的缔约国武装部队的权力范围内或者有效控制下的所有人, 而不论这种权力或者有效控制是在何种情况下获得的, 例如, 这种武装部队是缔约国因为参加国际维持和平行动或者强制实现和平行动而派出的一支部队”(第 10 段)。在最近的结论性意见中, 人权事务委员会特别重申, 《公约》域外适用于在有关国家领土之外的军事和维持和平行动。<sup>29</sup> 美洲和欧洲的人权机构在某些情况下也同样认定, 在国家领土之外处于一国权力和控制之下的人有效地属于该国管辖范围之内, 并享有美洲和欧洲各自条约规定的可依法执行的权利。<sup>30</sup>

26. 一些国家对人权机构把人权法适用于域外或武装冲突和占领期间的权限提出异议。国际法院在两个咨询意见中对这种主张进行了阐述。国际法院的这两个咨询意见涉及的问题分别是人权法与国际人道主义法之间的关系, 以及《公约》和其他人权条约的域外适用。法院在 1996 年 7 月 8 日关于以核武器相威胁或使用核武器的合法性问题的咨询意见<sup>31</sup> 中明确指出, 《公民权利和政治权利国际公约》适用于武装冲突期间。法院指出, 就该文书保障的生命权而言: “原则上说, 一个人的生命不容任意剥夺这项权利也适用于敌对状态。至于什么是任意剥夺生命, 这个准则应当取决于可适用的特殊法, 即取决于武装冲突中所适用的关于敌对行为的法规”。<sup>32</sup>

27. 国际法院在 2004 年 7 月 9 日关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见<sup>33</sup> 中重申了这一观点, 其中指出, 法院“……认为, 人权公约提供的保护在武装冲突中并没有停止, 除非因为《公民及政治权利国际公约》第四条所述的那种克减规定造成的结果……”。<sup>34</sup> 至于国际人道主义法律与人权法律之间的关系, 法院接着指出: “……因此, 存在三种可能情况: 某些权利可能专属于国际人道主义法律的事项; 其他权利可能专属于人权法律事项; 另外一些可能专属于国际法这两种分支共同的事项”。<sup>35</sup> 法院明确指出, 在武装冲突的情况下, 国际人

道主义法律的特殊法的性质本身并不减损人权法的规定。更确切地讲，在判断《公约》规定的权利是否受到了侵犯时，必须顾及人道主义法律。<sup>36</sup>

28. 在 2004 年 7 月 9 日的咨询意见中，在研究了《公民权利和政治权利国际公约》的准备工作文件和人权事务委员会的裁决和意见之后，法院驳回了那种认为《公约》不适用于一国领土之外——更具体地讲不适用于被占领土——的论点。法院虽然承认国家的管辖范围主要是地域性的，但还是得出结论说，《公约》的适用范围已经扩大到包括“国家在行使管辖权的过程中在境外实施的行为”。<sup>37</sup>

29. 人权条约机构对于在武装冲突期间人权法与国际人道主义法律规则如何相互关联没有共同的方法。实际上，无论是欧洲人权法院还是非洲人权和人民权利委员会，迄今为止都没有就这一主题发表任何意见。人权事务委员会也没有就这一关系形成一套全面的理论体系。然而，人权事务委员会在第 31(80)号一般性意见中指出：“正如第 29 号一般性意见所指出，《公约》也适用于国际人道主义法的规则适用的武装冲突的情况。虽然，就《公约》规定的某些权利而言，国际人道主义法更为具体的规定可能更加适合对于《公约》权利的解释，但是这两种法律范围是互补的，而不是互相排斥的”（第 11 段）。

30. 美洲人权委员会认为，对武装冲突情况下特定人权遵守情况进行评价的标准可以不同于平时适用的标准。因此，该委员会把国际人道主义法律规则 and 标准作为权威指导来源，或作为特殊法，用以解释《美洲公约》或《关于人的权利和义务的美洲宣言》和将其适用于解决所称战斗情形下违反这些文书的情况。<sup>38</sup>

31. 因此，美洲人权委员会和人权事务委员会所采取的态度，与国际法院关于国际人道主义法律和人权法律在武装冲突情况下的关系的观点是一致的。

#### E. 法无明文不为罪原则和恐怖主义及与恐怖主义相关罪行的定义

32. 对于享受人权来说，一个明显的威胁来源于众多国内法和区域及分区域文书对恐怖主义和(或)恐怖主义犯罪所作的相互矛盾和不精确的定义。尽管不存在全球一致的关于恐怖主义的定义，但约有 120 个国家已经批准 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，该公约相当准确地规定了恐怖主义罪行的要件。为该条约的目的，恐怖主义包括“意图造成平民或在武装冲突情势中未积极参与战斗行动的任何其他人死亡或重伤的任何行为，如这些行为因其性质或情节旨在恐吓人

群，或迫使一国政府或一个国际组织采取或不采取任何行动”。然而，许多国家已经颁布了大大超过这一定义范围的法律，而且常常采用总括性的、模糊的和(或)模棱两可的术语和概念。另外一些国家则对其刑法进行了审慎的修订，比如加重了对有恐怖主义意图的谋杀等目前有明确定义的犯罪的处罚。

33. 无论其采用的方法如何，在起草反恐怖主义法律和条约时，各国都应该以合法性原则或法无明文不为罪原则作为指导。《公约》第十五条和区域人权条约的条款都包含了这一一般国际法原则，并明确规定其不可克减。<sup>39</sup> 这一原则不仅禁止适用溯及既往的法律，而且还要求以准确无误的语言表述定为刑事罪的行为，严格地界定应受惩处的犯罪行为，并将其与不应予以处罚或应当处以其他刑罚的行为区别开来。对犯罪行为界定的不准确还会导致通过司法解释扩大规定行为的范围。因此，合法性原则还要求有确定性原则，即法律的实施和后果应该是可以合理预期的。人权事务委员会在第 29 号一般性意见第 7 段强调合法性原则在《公约》禁止追溯性刑法方面的重要性。

34. 人权事务委员会在报告程序中仔细审查了各缔约国的反恐措施，并备有各国根据安全理事会第 1373(2001)号决议向安理会反恐怖主义委员会提交的报告，可以供磋商时使用。令人忧虑的是，在自 2001 年 9 月 11 日以来审查的 33 个国家报告中，人权事务委员会已经在关于不下 16 个报告的结论性意见中对反恐措施表示了关注。这些关注事项包括恐怖主义定义和与恐怖主义有关的犯罪行为的定义。<sup>40</sup> 此外，联合国其他条约机构、任务执行人、法律专家和非政府组织也对 2001 年 9 月前后制订的、各国的反恐措施以及区域和分区域反恐文书表示了类似的关注。

35. 不准确界定恐怖主义和恐怖主义罪行的法律不仅显然存在对合法行使言论自由、集会自由、结社自由和其他基本人权的进行刑事定罪的危险，而且还会导致滥用。此外，在恐怖主义和(或)恐怖主义罪行的法律定义方面存在广泛差异的国家法律和条约尤其是区域性条约的激增，不仅对于促进反恐斗争的国际合作于事无补，而且由于与法无明文不为罪原则有密切联系的双重定罪要求，有可能影响对真正的恐怖主义嫌疑犯的引渡。

## F. 自由和人身安全的权利

36. 另一个相关的问题涉及在除武装冲突之外的紧急情况期间可正当暂停恐怖主义嫌疑犯的自由和安全权利<sup>41</sup>的范围。2001年9月11日以来出现的特别不妥的动态包括：在无法院介入的情况下无限期、长时间或单独拘留恐怖主义嫌疑人、不公开承认地或秘密地拘留恐怖主义嫌疑人，以及与反恐措施有关而拘留儿童。

37. 例如，众所周知，自2001年9月11日袭击以来，恐怖主义嫌疑人被长时间拘留，无法与律师或其他人取得联系，也没有法院或其他法庭介入监督拘留他们的合法性和拘留条件。另据报告，在这种缺乏监督的情况下，一些被拘留者遭受了酷刑和其他形式的虐待。这种做法即使在紧急状态期间也是受到国际人权法禁止的。有关的人权保护特别要求，任何剥夺自由的行为都必须依据法定的理由和程序进行，应告知被拘留者对其实施拘留的理由并迅即通知对被拘留人的指控事由，<sup>42</sup>而且应准许其接触律师。<sup>43</sup>此外，必须确保有法官或法律授权行使司法权力的其他官员立即对拘留实行有效的监督，对拘留的合法性进行核实，并保护被拘留人的其他基本权利。<sup>44</sup>人权事务委员会曾经指出，为了保护不得克减的权利，国家关于克减《公约》规定的决定不得缩减向法院提起诉讼从而让法院毫不迟延地对拘留的合法性作出裁决的权利。<sup>45</sup>美洲人权委员会也得出了同样的结论，指出，人身保护权在保护被拘留者不可克减的权利方面具有关键作用，因此在紧急状态期间不得克减。<sup>46</sup>出于类似的原因，在紧急状态期间，中止对于维护被拘留者不可克减的权利具有根本性的其他保护，包括聘请律师和对预防性拘留的时间规定合理的期限，都是不能成立的。<sup>47</sup>因此，各国必须始终避免无限期或长时间拘留恐怖主义嫌疑犯，而且必须准许他们聘请律师，以及让法院或其他有关法庭及时有效地介入以保护他们不可克减的权利。

38. 如果拘留发生在武装冲突期间，上述有关国际人道主义法和国际人权法之间关系的原则表明，在确定与武装冲突或占领有关的拘留根据人权法是否具有任意性时，人道主义法律可以作为有关的特殊法对待。例如，就国际性武装冲突而言，对可以拘留或扣押战俘和平民的情形以及对他们的拘留或扣押进行监督的方式，包括红十字委员会的介入的方式在内，1949年日内瓦第三和第四公约分别有相应规定。<sup>48</sup>《日内瓦第三公约》第二十一、第一一八和第一一九条允许把战俘拘留到“积

极的战斗行动停止”后对他们进行遣返之时，或者到可能对战犯提起的悬而未决的任何刑事诉讼程序终结或对任何应予起诉的罪行的处罚结束之时。<sup>49</sup>

39. 相比之下，《日内瓦第四公约》与国际武装冲突一方领土上的敌侨或被占领土上的被保护人有关的第四十二、第四十三和第七十八条规定，只有在拘留国或占领国的安全绝对必需的情况下，才允许在指定的居所拘留或扣押此种被保护人。上述条款还规定，任何此种人士都应有权要求对上述行动毫不迟延地进行重新审议或提出上诉，如果这种行动仍在继续，有权要求为此目的指定的适当的或主管机构、法院或行政法庭对此进行定期审查。前南国际问题法庭得出的结论是，“如果拘留国不尊重被拘留人的基本权利，也不按照[《日内瓦第四公约》]第四十三条的规定确定适当的法院或行政委员会，最初合法的拘留显然会变为非法行为”。<sup>50</sup> 该法庭的推理大概也适用于《第四公约》第七十八条规定的被占领土上被拘留或扣押的平民。在某些有限的情形下，在被占领土被拘留的被保护人可能会丧失《日内瓦第四公约》第五条第二款规定的通信权利。<sup>51</sup> 然而，《第一号附加议定书》第四十五条第三款大大地减少了这种丧失的可能性，<sup>52</sup> 在任何情况下均禁止长时间单独监禁的人权法律规定的保护也同样减少了这种丧失的可能性。

40. 此外，对于被国际武装冲突当事一方拘留的人来说，如果他们不享有四公约或《第一号附加议定书》规定的更有利的待遇，他们就会受益于《第一号附加议定书》第七十五条第三、第五和第六款有关他们的拘留问题的某些规则，因为后者从本质上来讲反映了习惯国际法的规定。<sup>53</sup>

41. 因此，在国际武装冲突和占领期间，对战犯等某些类型的人的拘留来说，可能不存在对平时遭到拘留的个人给予的程序上的保护。然而，如果在武装冲突期间同时适用国际人权法和人道主义法律，则在人道主义法上确定战时拘留人员法律地位或监督其待遇的机制得不到遵守或经证明无效的情况下，人权机构和(或)国内法院可能就必须保护他们的基本权利。<sup>54</sup>

42. 自2001年9月11日以来，据报告有一些恐怖主义嫌疑人遭到了不公开承认或秘密的拘留。此外，一些似有资格获得《日内瓦第四公约》保护的被拘留人被藏匿起来不让红十字委员会接触，或被移出被占领土并关押在被占领土之外接受讯问。这一些都是国际人权法和人道主义法禁止的行为。人权事务委员会特别确认，在任何情况下，禁止劫持人质、绑架和不公开承认的拘留的规定都是不可克减的，



因为这些禁令具有一般国际法规范的地位。<sup>55</sup> 不公开承认或秘密的拘留还会造就出产生失踪、酷刑和其他严重侵犯人权现象的环境。此外，在国际武装冲突或占领期间，特别考虑到红十字委员会在确保保护和援助武装冲突受害者方面发挥的关键作用，藏匿被拘留者不让红十字委员会接触的做法违背了国际人道主义法的文字和精神。<sup>56</sup> 而且，把被保护人转移出或驱逐出被占领土尤其受到《日内瓦第四公约》的禁止，<sup>57</sup> 并构成严重违反该公约的行为。<sup>58</sup> 因此，各国必须在任何情况下均始终避免采取不公开承认的或秘密的拘留的做法。

### G. 被羁押儿童的权利

43. 还有一个令人关注的情况是，自发生 2001 年 9 月 11 日袭击以来一些有参与恐怖主义活动嫌疑的儿童被拘留。在某些情况下，据报告一些不满 18 岁的儿童与成人一起关在同一个拘留所，而且受到虐待，包括受到警犬恐吓和性虐待。另据报告，被羁押的儿童还不准接触律师、家人和领事官员，并且被剥夺了就其拘留的合法性向法院进行辩驳的权利。国际人权法在任何情况下均禁止采用这类性质的措施，其中包括在紧急状态期间。在这方面，重申以下要求具有重要意义：国家不得采取与其在国际法之下的其他义务相违背的克减人权条约义务的措施。<sup>59</sup> 这种义务包括，例如，《儿童权利公约》和有关青少年司法的其他文书<sup>60</sup> 以及专门针对儿童的情况订立的人道主义条约的类似条款规定的保护。<sup>61</sup> 例如，《儿童权利公约》第 37 条规定，对儿童的拘留只能作为最后的手段，而且拘留的时间应尽可能缩到最短。一旦对儿童实施拘留，必须给予儿童人道的待遇，并考虑到与其年龄相称的需要。儿童还必须享有除例外情况外与其家人保持联系的权利，以及及时获得法律和其他适当的援助的权利。正如人权事务委员会所指出的，《儿童权利公约》不含有任何克减条款，并适用于紧急情况。<sup>62</sup> 因此，在任何情况下，对儿童的拘留必须属于例外，而且必须在采取承认和保护儿童特别脆弱性的各种措施的情况下才能加以实施。

## H. 享有正当程序和得到公平审判的权利

44. 保障恐怖主义嫌疑人得到公平审判的权利对确保反恐措施尊重法治十分关键。《公民权利和政治权利国际公约》第十四和第十五条以及各区域人权文书的相关条款规定保护所有被控犯有刑事罪、包括犯有与恐怖主义相关罪行的人的人权。<sup>63</sup> 这些保护包括被推定无罪的权利、在正当保障下和在合理时间内由一个合格、独立和公正的法庭审理的权利，以及由符合相同标准的更高级法庭复审定罪和判刑的权利。<sup>64</sup> 国际人道主义法对武装冲突情况下的人员审判规定了大体相同的保护。<sup>65</sup> 事实上，人道主义法条约中各种有关公平审判的保障大多来自人权法的标准。<sup>66</sup>

45. 人权事务委员会第 29 号一般性意见谈到司法保障的性质和重要性及与《公约》不可克减权利相关的得到公平审判的权利，委员会在意见中详细阐述了其观点。委员会指出，第四条中关于克减保障的“根据是《公约》整体内在的法律和法治原则”(第 16 段)。委员会还认为，运用第四条的方式绝“不应导致不可克减的权利的克减”(第 15 段)。<sup>67</sup> 因此，举例说，在紧急状态下，任何导致死刑的审判必须符合《公约》所有各项条款，包括第十四条和第十五条有关保障公平审判的规定。委员会还说，由于武装冲突期间受到公平审判的要件得到国际人道主义法的保障，因此不得在其他紧急状态情况中克减公平审判的基本要求。委员会还指出，只有法庭才能就刑事罪审判个人，并要尊重无罪推定的原则(第 16 段)。

### I. 军事法庭

46. 2001 年 9 月 11 日以前和自那时以来，在就与恐怖主义相关的罪行起诉个人时适用正当程序保障问题上存在着一些重要的关注。最紧迫的问题中包括设立特别法院或法庭、包括军事法庭，审判涉嫌犯有恐怖主义罪的平民的做法，而这些法庭没有达到国际法起码的公平审判标准。军事法院原则上可以是一个独立和公正的法庭，其目的是就确实涉及服兵役和纪律的某些罪行审判军人，但在用军事法庭来就与恐怖主义相关的罪行审判平民之时，则出现问题。在第 13 号一般性意见中，人权事务委员会指出，设立军事法庭审判平民是一种非常例外的情况，必须按第十四条的规定，在真正获得充分保障的情况下才能进行(第 4 段)。根据其 40 多年的经

验，美洲条约机构立场更加鲜明，<sup>68</sup> 这些机构一致认为，用军事法庭审判平民，包括审判反对派武装集团成员，是违反基本正当程序权的做法。

47. 过去的经验充分表明，军事法庭很少能够满足人权法要求适用于审判平民的起码的独立和公正要求，因为军事司法制度通常并非独立的普通司法系统的一部分，而是行政部门的一部分。<sup>69</sup> 采用特别法院或法庭也有问题，因为其经常不采用正当确立的法律诉讼程序。这些法庭的标志性做法包括违反刑法中不溯既往的原则，限制接触证人和证据，采用并非普通法院正常审判内容的国家安全考虑，以及以违反人权标准的手段取证供在此种法庭使用。关于后一种做法，国际法明确禁止使用强制或非自愿的招供，<sup>70</sup> 禁止将以酷刑获得的任何供词用作证据。<sup>71</sup> 在国际标准界定不够完整的方面，例如，在限制使用通过非法搜查收集的证据方面，首要的考虑必须始终是有关证据的使用对整个诉讼公平的影响。<sup>72</sup> 若依靠秘密信息，则必须有各种保障，确保诉讼地位平等原则，包括法官和被告律师获得信息的有效途径。

48. 自 2001 年 9 月 11 日以来，有些被归为“敌人”或不享有受保护权利的战斗人员的人被送上军事委员会审判，人们批评这些军事委员会未能满足国际法最起码的公平审判标准。重要的是要强调，国际人道主义法之下基本的正当程序保护不仅适用于战俘和平民，而且还适用于不享有受保护权利的战斗人员，由于某种原因，他们不能享受日内瓦第三公约或第四公约的保护。在与国际敌对状态相关的审判中，这些保护来自共同的第三条和第一附加议定书第七十五条第四款所载的习惯法原则。与非国际冲突相关的审判也必须符合共同的第三条的标准，这些标准得到第二附加议定书第六条所载习惯国际法原则的补充。这些规定中的保障不可克减，因此构成最起码的标准，任何时候都不得中止。<sup>73</sup> 而且，由于这些人道主义法之下的保护不可克减，因此，就其涉及因敌对状况而引起的指控而言，根据适用人权文书在其他情况下可能准予的任何克减也不能允许。<sup>74</sup> 因此，在武装冲突期间，各国不得援引《公民权利和政治权利国际公约》或其他人权文书的克减，证明可以不给予任何人——无论如何归类——以起码的正当程序和公平审判保护。这一戒律在死刑案件中特别重要。尤其是，人权事务委员会规定，运用《公民权利和政治权利国际公约》第四条的方式绝“不应导致不可克减的权利的克减”，<sup>75</sup> 因此，在紧急情况期间，任何导致死刑的审判必须符合《公约》所有各项条款，包括第十四条和第十五条有关保障公平审判的规定。

## J. 得到人道待遇的权利

49. 自 2001 年 9 月 11 日以来，酷刑问题特别报告员和另一些任务执行人对有些国家反恐所用方法表示关注，据报告，这些国家寻求绕过《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》（《禁止酷刑公约》）及其他人权文书关于禁止酷刑和残忍、不人道和有辱人格的待遇的规定，而这样就会损害这些规定。这些关注包括对恐怖主义嫌疑人诱供的调查方法、在法律诉讼中使用以酷刑获得的证据、设置秘密羁押地点，以及拟订某些立法草案，这种立法将鼓励移民主管部门把某些据认为有遭受酷刑危险的人送回可能对其实施酷刑的国家。这些措施每一项都有悖于人权法中绝对禁止酷刑和其他形式虐待的规定。

50. 应当回顾，禁止酷刑和虐待的规定还在 1949 年日内瓦四公约及其 1997 年的两项附加议定书中形成了法律文字。日内瓦四公约规定，受保护的人在所有时候都必须得到人道的对待，并将任意杀害这些人员、对其施以酷刑或不人道的待遇定为严重违约行为，属于严重的战争罪。此外，作为习惯法事项，无论出于何种理由被剥夺了日内瓦四公约的保护，国际敌对状况中不享有受保护权利的战斗人员同样有权受到共同的第三条和第一附加议定书第七十五条之下的保护，免遭酷刑和其他虐待。共同的第三条有关禁止虐待的规定还适用于所有非国际武装冲突中在冲突一方手中的那些没有或不再实际参加敌对行动的所有人员。

51. 如前所述，《公民权利和政治权利国际公约》适用于缔约各国在被占领土中的域外行为。而且，国际人道主义法在整个被占领国家领土适用，对占领国国民——军人和平民——均有约束力。因此，令人震惊的是，从公布的报告和照片看，出现了占领国国民将许多受日内瓦第三公约和第四公约保护的被置于羁押者相当于人权机构判例之下所定酷刑的对待的情况。尽管一些直接涉及非法对待这些被羁押者的人已受到日内瓦四公约所要求的起诉，但其行为已经损害了多年来为战时被羁押者待遇建立有效国际保障的努力。

## K. 不驱回原则和国家间移交人员问题

52. 自 2001 年 9 月 11 日以来，据报告，有些国家不顾不驱回原则，以引渡、驱赶、驱逐方式或以其他方式将一些涉嫌恐怖主义的外国人——其中有些是寻求庇护者——移交给据称可能会遭受酷刑或虐待的原籍国或其他国家。载于 1951 年《关于难民地位的公约》第三十三条第一款<sup>76</sup>的这项原则是绝对的，根据人权法、尤其是《酷刑公约》第三条，是不可克减的。

53. 人权事务委员会在第 31 号一般性意见中着重指出了缔约国有义务“尊重和确保在其领土上以及在其有效控制下的所有人享有《公约》所承认的权利，这就意味着如果有重大理由相信，在实施驱赶的国家或者有关人士可能最终被赶往的国家之中确实存在《公约》第六条和第七条所设想的那种会造成不可弥补伤害的风险时，缔约国有义务不采取引渡、驱逐出境或者其他手段将有关人士逐出其国境。”(第 12 段)。禁止酷刑委员会就《禁止酷刑公约》第三条谈到：“委员会认为《公约》第三条的标准是绝对的。只要存在着充分的理由认为某一个人在被驱赶到另一国时会有遭受酷刑的危险，缔约国就有义务不将该有关人士遣返该国。在根据《公约》第三条做出决定时，有关人士从事活动的性质不能成为决定性的考虑因素。”<sup>77</sup>一些区域人权机构<sup>78</sup>在其判例和(或)报告中，就联系驱逐问题禁止酷刑表示了类似的意见。

## L. 移交包括“让渡”恐怖主义嫌疑人

54. 毫无疑问，各国有义务采取有效措施反对恐怖主义威胁，并为此设法与其他各国更密切地合作。但是，正如安全理事会第 1456(2003)号决议所强调，各国打击恐怖主义必须符合国际法律义务，包括符合人权法。因此，人们对某些国家在不采用法律承认的引渡、驱赶或驱逐程序的情况下向他国移交外国人——包括所谓“让渡”——问题表示了严重关注。

55. 据称在 9.11 之后进行的大多数移交中，有关人员均为恐怖主义嫌疑人，他们通常被域外关押，未对其提出刑事指控，而是将其移交给第三国，而且看来是为了审问的目的。许多接收国被指称系统或惯常地实施酷刑，通常是在审问期间。在某些情况中，据报告有人被转移至不明地点，并被长期或无限期单独关押。这些

做法似乎是在没有司法监督或任何其他法律保障的情况下实施的。这方面，人权事务委员会在关于一个特定国家报告的结论性意见中表示，“……关注驱逐有恐怖主义嫌疑的外国人，而他们没有机会从法律上质疑此种措施”(CCPR/CO/75/YEM, 第18段)。如果移交而不顾或不考虑被移交人在接收国的人身健全和(或)不为其提供任何法律补救，就不符合各国的人权法义务，因此不应当实施。

### M. 外交保证

56. 同样令人担忧的情况是，移交国越来越多地依赖接收国的外交保证，即，前者希望后者保证被移交的恐怖主义嫌疑人抵达之后不受酷刑或其他虐待。此种移交只是有时才伴有初浅的监督机制，最常见的形式是移交国外交代表偶尔探访这些人员。有些国家争辩说，争取到此种保证，它们就遵守了不驱回原则，但批评者却不同意这种主张。与关于采用死刑或军事法庭审判的保证——这种保证很容易核实——不同，免遭酷刑和其他虐待的保证要求合格和独立的人员不断保持警惕。而且，寻求此种保证这一事实本身就表明移交国默认，被移交者确实有遭受酷刑或虐待的风险。

57. 酷刑问题特别报告员在提交大会的报告中提到，“若干案例强烈显示，外交保证并未受到尊重”，并提出了这样一个问题：国家诉诸保证的做法是否正在成为一种出于政治考虑的、对不驱回原则的替代(A/59/324,第31段)。他的关注依据的是，外交保证没有法律约束力，因此违反保证没有任何处罚。即使在伴有返回后监督的保证之时，据报告施行酷刑的国家一般也限制外来人员进入，特别是独立的医生和律师，他们通常最能够确定虐待是否发生。而且，由于受到酷刑的人员因害怕抱怨招来报复，遭受进一步的酷刑，通常不愿意谈论酷刑，此种监督就更是难有实效。

58. 人权事务委员会对在此种保证的基础上将一些被怀疑为恐怖主义分子的寻求庇护者驱回其原籍国的做法表示关注。委员会在最近的结论性意见中说：“当缔约国在接受国保证被驱回者待遇的基础上将该人驱逐出境时，缔约国必须设立可靠的机制，确保接受国从驱逐时刻起即遵守这些保证(CCPR/C/SWE, 第12段)”。<sup>79</sup>

59. 酷刑问题特别报告员在其报告(A/59/324)中提出了在确定是否存在酷刑和虐待风险方面所要考虑的一些因素。这些因素一般可被描述为接收国现有的政治条

件<sup>80</sup>和使其在接收国特别容易遭受这种风险的有关个人的情况<sup>81</sup>。这些因素或这些因素的组合将确定不驱回原则是否排除依靠保证。然而，特别报告员还指出，作为一条基线，如果一个人要被送回的地方惯常发生酷刑，就“应该严格遵守不驱回原则，而且不应诉诸外交保证”(同上，第37段)。

60. 酷刑问题特别报告员还详细阐述了任何保证中应当包括的各项起码的保障。其中包括：迅速获得律师协助；对审问进行记录并登记现场人员身份；允许独立和及时的医疗检查；禁止单独羁押或在不明地点羁押；由独立人士或小组监督，及时和定期探访，包括没有外人在场的情况下询问。进行这种探访的人员应当是在查明可能的酷刑或虐待迹象方面合格的人员(同上，第41、42段)。

61. 由于国家有绝对义务，不使任何人由于被引渡、驱赶、驱逐或其他方式移交而面临酷刑的危险，因此外交保证不应当被用来绕过不驱回的义务。

#### N. 财产权：编制清单和冻结恐怖主义分子的资产

62. 在9.11袭击之后，安全理事会、<sup>82</sup>各区域组织和国家采取了一些措施，查明并冻结可能被用来便利从事恐怖主义行为的资产。为此，措施之一是详细编制清单，列明涉嫌与恐怖主义有联系的个人、团体或组织。2004年10月8日，安全理事会通过了第1566(2004)号决议，决定设立一个工作组，审议“拟对参与恐怖活动或与恐怖活动有关联、但未被制裁基地组织/塔利班委员会点名的个人、团体或实体采取的”实际措施，包括冻结其金融资产(第9段)。

63. 查明和冻结参与恐怖主义的个人和团体的资产是适当和必要的反恐措施。鉴于列入此种清单可能引起的严重后果，必须高度小心，确保任何个人或团体不被误列入此种清单。然而，安全理事会相关决议均未确立指导将个人和团体列入清单或冻结资产的确切法律标准，更不用说法定保障或对被误列或错列入此种清单者的法律补救了。

64. 这样的情况很成问题，因为各国的措施中对恐怖主义和恐怖主义罪行的定义很不相同，各国不仅拟订了此种清单，发出了冻结令，而且都没有规定对最初列入清单决定进行司法审查或上诉权。至少在一个区域组织中，仅因一个成员国所作调查而列入清单，就要求所有其他成员国冻结被列入清单者的资产。在另一个地区的一个国家中，近400名个人和团体据报告被一个执行机构宣布为“特别点名的全

球恐怖主义者”，因此对其资产下达了没收或冻结令。受影响者中有些人的律师指称，这种点名的依据是一种含糊和总括的标准，一旦被点名，就没有结束的期限。此外，有人对各国在编制这些清单中所依据信息的可靠性和准确性提出疑问，这一信息常常被作为保密材料处理。在这方面，国际律师协会说：“……采取这些措施的各国通常对其拥有的信息保密。因此，质疑有关国家行为的机会受到限制，因为受到冻结令等影响的人完全不了解这种命令的根据，因此在对影响他们的命令可能提出的任何质疑方面处于不利地位。”<sup>83</sup>

65. 此种在正当程序方面的关注突出表明，对这种判断需要作有实际意义的详细司法审查，以保护那些可能被误列入此种清单者的财产权。<sup>84</sup>

#### O. 隐私权：信息收集和分享

66. 一个相关的问题涉及 2001 年 9 月 11 日以来采取的区域和国家措施，这些措施涉及收集和分享被认为与防止恐怖主义行为相关的个人数据。<sup>85</sup> 例如，许多国家通过搭线窃听、拦截往来函件和搜查住宅，大大增加了对于恐怖主义嫌疑人和集团的监管和信息收集。有些国家还开始收集“生物统计学”信息和个人数据，不仅针对恐怖主义嫌疑人，而且针对所有外国来访者。据报告这一信息有些将与外国分享。鉴于恐怖集团采用日益复杂的通信方法，此种措施可能确实被证明在查明、渗透和起诉此种集团的成员方面很有价值，很有必要。但与此同时，这些措施有许多可能不当地侵犯了隐私权。

67. 隐私权和得到司法保护、免受任意或非法干涉的权利分别得到《公民权利和政治权利国际公约》第十七条和《美洲公约》和《欧洲公约》第十一条和第八条的保证。这些文书规定这一权利在真正的紧急状态期间可以克减。在这方面，欧洲人权法院在 *Klass* 案<sup>86</sup> 中承认，受到恐怖主义威胁的民主社会必须能够有效地反对这种威胁，并接受，“……在例外的条件下，为了国家安全和(或)为了防止混乱或犯罪，在一个民主社会中，授权秘密监控信件、邮件和通信的某些立法的存在是必要的”。<sup>87</sup> 该法院还说：“尽管如此，法院强调，这并不意味着缔约国享有无限的自由处置权，将其管辖下的人员置于秘密监控之下。意识到此种法律具有以捍卫民主为由损害或甚至摧毁民主的危险，法院声明，缔约国不得以反间谍和反恐怖斗争为名随意采取任何其认为适当的措施”。<sup>88</sup>



68. 人们表示关注，国家之间分享数据将带来这样的风险：为一种目的收集的数据被用作另一目的，以及向政府提供高度敏感的数据，且不可能指望这些数据得到充分保护。此外，有些批评者称，此种反恐措施可能被滥用于设法不当地影响和左右政治考虑，损害法院确保权力不被滥用的能力，并且由于扩大保密范围而弱化政府对其行为的说明义务。其中有些措施还可能导致不必要地获得个人的金融、旅游和医疗记录，导致某些个人更有可能被错误地认定接受不必要的详细审查。

69. 认识到此种措施可能不合理地妨碍隐私，欧洲委员会关于人权与反恐斗争的导则指出，此种措施，特别是搜查身体、搜查房舍、窃听、窃听电话、监视通讯、使用密探等措施，必须由法律加以规定，并可由法院质疑。(导则第六条)。特别是，导则第五条规定，国家安全主管机关必须根据下列及其他关于收集和处理个人资料的规定，才可以在收集和处理工作中采取减损对私人生活的尊重的措施：“(一) 收集和处理工作依国内法有关规定进行；(二) 收集和处理工作与预期得到的目的相称；(三) 收集和处理工作可以受外部独立机构的监督。”。

70. 除了确保国内法院审查侵扰有关隐私权的反恐措施之外，此种措施还需政府间组织和主管条约监督机构持续密切审查。

#### P. 不歧视原则和甄别恐怖主义嫌疑人的技术

71. 许多国家执法机构自 2001 年 9 月 11 日以来采取了各种调查方法，以查明恐怖主义嫌疑人或防止他们进入国家领土。据报这些方法中包括使用基于种族、民族渊源和宗教特征的“特征分析”。此种调查的目标通常是具有穆斯林和(或)阿拉伯渊源的外国居民、难民、寻求庇护者和移民。无论有意无意，其结果都可能是将这些个人或群体与恐怖主义相联系，使其蒙受耻辱。

72. 载于《公民权利和政治权利国际公约》第二条和其他人权文书规定中的人权法的一条基本规则是，各国义务尊重并确保其管辖下的所有人的权利，而没有任何歧视。1949 年日内瓦四公约及其附加议定书规定了相应的禁止。消除种族歧视委员会宣布，禁止种族歧视是国际法的一个强制规范，不得克减。<sup>89</sup> 美洲人权委员会声明，免遭歧视的权利“根据国际人权法和国际人道主义法不可克减”。<sup>90</sup> 消除种族歧视委员会还坚持认为，“各国和国际组织确保同恐怖主义作斗争的措施在目的上或效果上不产生基于种族、肤色、出身或民族或人种的歧视”和“不歧视原则

必须在一切领域得到遵守，特别是在关于自由、人身安全和尊严、法庭面前平等和适当法律程序以及在这些领域的司法和警察事务的国际合作等方面”。<sup>91</sup> 此外，人权事务委员会在第 29 号一般性意见中说：“缔约国不能援引……作出的紧急状态声明，……从事战争宣传或主张可构成煽动歧视敌对行为或暴力的民族、种族或宗教仇恨。”(第 13 段(e))。

73. 不歧视的原则适用于国家在反恐措施方面对待个人的几乎所有方面。人权法并对于享受权利待遇方面的区分并非一律禁止。但是，人权法确实要求，任何允许的区分都要有客观和合理的理由，要求促进合法的目标，要求手段合理，与所追求的目标相称。

74. 各人权机构密切注视着国家在反恐斗争中的做法和法律的现实或潜在的歧视影响。消除种族歧视委员会和人权事务委员会主要在审查国别报告中注视这一问题。消除种族歧视委员会在结论性意见中警告一些国家说，其行为不应当以种族相貌为依据。<sup>92</sup> 美洲人权委员会强调说，“一国采用特征分析或类似做法必须严格遵循国际上有关必要、成比例和不歧视的原则，必须受到严格的司法审查。”<sup>93</sup> 国际律师协会恐怖主义问题工作队也表示关注，认为采用种族、宗教或国籍为甄别标准可能既具有歧视性又无效，因为可能漏过不符合这些标准的恐怖主义分子，而符合这些僵化标准的无辜人员则可能感到被疏远和受到攻击，而他们的帮助在反恐斗争中可能十分重要。<sup>94</sup>

75. 尽管种族和宗教可能是相关的要素，但这不应当成为非国家在甄别恐怖主义嫌疑人中所依据的唯一标准。国际律师协会正确地指出，此种因素“……仅应在适用更详细的标准之时使用，这些标准本身必须合理。为了评估这些标准的合理性，必须考虑到所采取措施的严重性。”<sup>95</sup>

76. 由于可能具有歧视性影响，所有此类措施都应当定期审查，并受到合格的国内和国际机构的详细审查。

#### 四、联合国人权机制在反恐斗争中保护人权方面的作用

77. 人权委员会第 2004/87 号决议要求独立专家审查在打击反恐怖主义的同时加强促进和保护人权和基本自由的方式和方法问题。此种审查要求坦率评价现有联合国人权条约监督机构和特别程序能够在多大程度上处理国家反恐措施与其国际

人权义务相符的问题。与这项调查特别相关的是，在安全理事会第 1373(2001)号决议责成所有会员国采取反恐措施的范围内，各条约机构和特别程序进行的监督是否真正为普遍的。在这项分析中，还要考虑这些条约机构和特别程序处理受到或可能受到国家反恐措施影响的所有人权问题的权限及其监督活动是否及时的问题。

#### A. 人权条约机构

78. 条约机构监督国家遵守人权义务的情况，方式主要有两种：审查(a) 缔约国的定期报告(行政控制)；和(b) 个人针对国家的来文(准司法控制)。值得注意的是，只有禁止酷刑委员会和消除对妇女歧视委员会在此之外还被授权就系统侵犯人权案件开展调查。<sup>96</sup> 如上所述，自 2001 年 9 月 11 日以来，各条约机构、尤其是人权事务委员会、禁止酷刑委员会和消除种族歧视委员会审查了各种国家反恐措施，并在其结论性意见<sup>97</sup> 和关于个人来文的意见<sup>98</sup> 中对这些措施是否符合有关国家的条约义务提出了疑问。这些监督机构还就人权与恐怖主义问题发表了一些重要的宣言和声明。<sup>99</sup>

79. 然而，正如高级专员在提交大会的研究报告(A/59/428)中所说，这些条约机构全面处理国家反恐措施的能力十分有限。第一，这些机构只能监督作为相关人权条约缔约国的国家的做法。第二，准司法监督仅限于那些还接受了相关申诉程序的缔约国。截至 2004 年 10 月 1 日，各项公约缔约国的数目为：《公民权利和政治权利国际公约》153 个；《经济、社会、文化权利国际公约》150 个；《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》138 个；《消除一切形式种族歧视国际公约》169 个；《消除对妇女一切形式歧视公约》178 个；《儿童权利公约》192 个；《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》26 个。<sup>100</sup>

80. 在 191 个联合国会员国和 3 个非会员国中，有 41 个不受人权事务委员会监督，有 50 个不受禁止酷刑委员会监督，因为这些国家不是有关条约缔约国。因此，条约机构通过审查定期报告监督国家履约情况及其尊重基于公约的权利的情况并非普遍。而且，这些机构实施的准司法控制更不全面。有两项条约没有申诉程序，<sup>101</sup> 加入现有申诉程序的国家比加入条约本身的国家少得多。<sup>102</sup>

81. 而且，条约机构的控制——无论是行政还是准司法控制——都限于每项条约中所载的权利。因此，特别机构仅能监督国家有关特定权利<sup>103</sup> 或特定人员类别<sup>104</sup>

的做法。例如，尽管《公民权利和政治权利国际公约》列入了一系列广泛的公民和政治权利，但并未包括受到国家反恐措施影响的所有各项人权(例如经济、社会和文化权利)。因此，人权事务委员会在这方面的监督不能被视为全面。

82. 这些监督机构的行政控制也受到一些因素的制约，如报告系统的定期性质、缔约国提出报告的积压和拖延，以及条约机构工作日历等。国家报告的定期性质<sup>105</sup>和普遍广泛存在的迟交报告的现象严重损害了及时有效监督的可能性。条约机构每年审查的国家报告的平均数相对较低。人权事务委员会每年平均审查 15 份报告，禁止酷刑委员会审查 13 份报告，消除歧视委员会审查 20 份报告，消除对妇女歧视委员会审查 15 份报告，儿童权利委员会审查 25 份报告。具体而言，2001 年 10 月至 2004 年 7 月，人权事务委员会审查了《公约》33 个缔约国的报告，<sup>106</sup>并在有关 16 份报告的结论性意见中对反恐措施表示关注。<sup>107</sup>高级专员最近向大会报告说，截至 2004 年 8 月 27 日，逾期未向人权事务委员会提交的报告有 93 份(其中 55 份逾期至少 5 年，23 份逾期 10 年或 10 年以上(A/58/428, 第 40 段))。逾期未向消除种族歧视委员会提交的报告有 49 份，逾期未向禁止酷刑委员会提交的有 100 多份。有些国家逾期未向该委员会提交的报告累积有 4、5 份，因此，这些国家 10 多年没有受到该机构的任何详细审查。最近，有些委员会开始在没有报告的情况下审查有关国家的做法。<sup>108</sup>

83. 这些条约机构的准司法控制基本上是随机的，因为其取决于是否收到个人来文。这些来文的解决通常至少 3 年乃至更长。此外，自 2001 年 9 月 11 日以来，几乎没有什么申诉明显完全涉及反恐措施的影响。因此，由于其性质，这些条约机构的行政控制和准司法审查反应多于预防。

84. 由于这些原因，条约机构系统并未就国家反恐措施及其是否符合国际人权标准提供普遍、全面和及时的监督。

## B. 人权委员会的特别程序

85. 人权委员会现有 27 项专题任务授权和 14 项国别任务授权。同条约机构一样，这些特别程序审议与在反恐的同时保护人权有关的问题(见 A/59/404, 第 16 段)，在过去 3 年中就这一问题发表了一些重要的联合宣言。<sup>109</sup>这些特别程序也受到各种限制，有碍于它们有效监督实际或可能受到国家反恐措施影响的所有各项人权。

86. 这些特别程序除具体国别任务授权之外都是按专题办法进行监督，受到每项任务授权特定性质的限制。由于每项任务授权都与特定权利、做法或特定群体相关，任务执行人仅能够评价国家反恐措施与其任务授权相关的方面。另一个限制是，由于受国家反恐措施影响的许多基本人权并不在特别程序之下。例如，结社自由、罢工权、庇护权和隐私权就是如此。尽管专题任务执行人在访问有关国家时可以进行较全面的控制，但典型的情况是，此种访问每年仅限于 2 次到 3 次。国别任务执行人可能有较大的余地，可以详细审查反恐措施对行使基本权利的影响；然而，只有极少数国家适用这一程序。

87. 因此，就有关措施影响到所有人及任务执行人所不涉及的人权而言，特别程序提供了一个分散的、不全面的监督国家反恐措施的制度。

### C. 增进和保护人权小组委员会

88. 小组委员会没有任何程序监督国家反恐措施与国际人权法是否相符的问题。而且，小组委员会没有权力就国别情况通过决议，或在其决议中提到具体国家。<sup>110</sup> 因此，很显然，小组委员会不能被视为构成监督国家反恐措施的充分机制。

### D. 人权事务高级专员办事处

89. 委员会第 2004/87 号决议、大会第 58/187 号决议和早先的有关决议请人权事务高级专员利用现有机制，积极发挥作用，审查在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由的问题，特别是通过审查这一问题，提出一般建议并应各国要求为其提供相关援助和咨询。自 2001 年 9 月 11 日以来，人权高专办在这一问题上做出了一些重要贡献，包括载于高级专员提交人权委员会第五十八届会议的题为“人权：统一框架”的报告中的分析(E/CN.4/2002/18)；提交安全理事会反恐怖主义委员会的两项指导说明；<sup>111</sup> 出版《联合国和区域组织关于在反恐怖主义的同时保护人权的判例摘要》；<sup>112</sup> 以及高级专员的一些重要声明(见上文第 14 段)。人权高专办还参加了关于这一问题的一些会议。<sup>113</sup> 此外，人权高专办已开始为一些国家提供技术援助，包括参加东非<sup>114</sup> 和中美洲<sup>115</sup> 的一些分区域研讨会，以及 2004 年由反恐怖主义

委员会牵头的对巴拉圭的访问。人权高专办目前正在与该委员会进行一项持续的对话，以增进合作。继续并加强人权高专办在这一领域的活动十分重要。

## 五、结论和建议

90. 如前所述，国际社会必须全面和果断地应对恐怖主义构成的严重威胁。与此同时，独立专家相信，在这样做之时，各国能够而且必须采取尊重法治及其国际法律义务的有效的反恐措施。然而，如本报告所示，一系列广泛的人权要么受到不断加大的压力，要么被各国在国家和国际反恐主动行动中所侵犯。因此，独立专家确信，这一问题不仅是国际社会的正当关注，而且应当采取额外措施，在反恐的同时加强保护人权。

91. 重要的是要承认，联合国人权系统采取了重大步骤，处理在反恐斗争中保护和促进人权的问题。尽管如此，独立专家认为，鉴于特别程序和条约机构监督系统的覆盖面与在反恐的同时加强保护人权的迫切需求之间的差距，人权委员会应当考虑设立一项具有多方面任务授权的特别程序，监督各国的反恐措施及其是否符合国际人权法。为了成为一个有效的监督机制，此种特别程序应具有下列属性：其任务授权应当包括国际上承认的所有各项人权并及于所有各国；应当被授权在设计反恐措施方面向各国政府提供技术援助；应当被授权从政府、政府间和非政府渠道接收可靠的信息；应当直接向人权委员会报告；应能采取行动并被授权每年进行数次实地访问；应当被授权并被鼓励与安全理事会反恐怖主义委员会磋商和交流信息；应当与人权高专办、其他相关任务执行人和各条约机构交流信息并开展合作活动；应当与区域和分区域政府间机构和人权机构磋商。此外，该任务授权执行人应具有明显的人权法方面的专门知识，具有扎实的国际人道主义法、刑法和难民法方面的知识。

92. 应当了解，这项特别程序不是取代而是补充其他特别程序和条约的工作，其他特别程序和条约机构将继续在其各自任务授权的范围内，在反恐怖主义的同时处理有关保护人权的问题。按照如此构想，这项新的机制可以积极地帮助确保一国采取的反恐措施符合其国际法义务，特别是国际人权法、国际人道主义法和难民法义务，如大会、<sup>116</sup> 安全理事会、<sup>117</sup> 和人权委员会<sup>118</sup> 所要求的那样。

注

<sup>1</sup> The writer acknowledges with thanks the assistance of Brian D. Tittlemore, Esq. and James L. Anderson, Elizabeth M. Matthew and Claire N. Rejan, his Deans Fellows and JD candidates at the Washington College of Law, American University, Washington, DC, in the preparation of this report.

<sup>2</sup> Resolution 1373 (2001) contained only a brief reference to human rights, in paragraph 3 (f) on refugee determinations.

<sup>3</sup> The Berlin Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism, adopted 28 August 2004 at the Biennial Conference of the International Commission of Jurists, “Human Rights and Counter-Terrorism: Challenges and Responses”, Berlin, 27-29 August 2004, available at <http://www.icj.org>.

<sup>4</sup> See article 15 (1) of the Inter-American Convention Against Terrorism, AG/Res. 1840 (XXXII-0/02), adopted on 3 June 2002, stating “The measures carried out by the States parties under this Convention shall take place with full respect for the rule of law, human rights, and fundamental freedoms”.

<sup>5</sup> See Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted on 11 July 2002 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, guideline II, “Prohibition of arbitrariness”, stating “[a]ll measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision”, available at [http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf\(2002\)8eng.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf(2002)8eng.pdf). See also Council Framework Decision of 13 June 2002, on combating terrorism of the Council of the European Union, adopted stating that “[t]his Framework Decision respects fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they emerge from the constitutional traditions common to the Member States as principles of Community law ...” preamble, paragraph 10, in *Official Journal* No. L 164, 22/06/2002, p. 0003-0007.

<sup>6</sup> The African Charter on Human and Peoples’ Rights, concluded at Banjul, 26 June 1981, entered into force 21 October 1986 (hereinafter the African Charter); the American Convention on Human Rights, concluded at San José, 22 November 1969, entered into force, 18 July 1978 (hereinafter the American Convention); the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concluded at Rome, 4 November 1950, entered into force 3 September 1953 (hereinafter the European Convention); and the International Covenant on Civil and Political Rights, concluded at New York, 16 December 1966, entered into force 23 March 1976 (hereinafter the Covenant or ICCPR) all provide for restrictions or limitations on certain rights. In accordance with decisions of the Human Rights Committee and some of the regional human rights bodies established under these conventions, such restrictions or limitations must, inter alia, be prescribed by law; be necessary in a democratic society; not impair the essence of the right; conform to the principle proportionality; be appropriate to achieve their protective function; respect the principle of non-discrimination; and not be

arbitrarily applied. See Human Rights Committee, general comment No. 29, States of emergency (art. 4), European Court of Human Rights (hereinafter ECHR), *Handyside v. United Kingdom*, application No. 5493/72, judgement of 7 December 1976, Ser. A No. 24; ECHR, *The Sunday Times v. United Kingdom*, application No. 6538/74, judgement of 26 April 1979, Ser. A No. 30; Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter IACHR.), Case 10.506, *X and Y* (Argentina), report No. 38/96, 15 October 1996, in *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* (hereafter *IACHR Annual Report*) 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev.

<sup>7</sup> Derogation clauses are set forth in article 27 of the American Convention, article 15 of the European Convention and article 4 of ICCPR. In contrast, the African Charter does not contain a derogation clause. For jurisprudence on derogation, see, e.g., CCPR/CO/76/EGY (2002); Human Rights Committee, *Landinelli Silva v. Uruguay*, communication No. 34/1978, Views adopted on 8 April 1981; general comment No. 29; ECHR, *Handyside v. United Kingdom*, op. cit., *Ireland v. United Kingdom*, application No. 5310/71, judgement of 18 January 1978, Ser.B No. 25; Inter-American Court of Human Rights (hereinafter IACHR), Advisory Opinion OC-8/87, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, 30 January 1987; IACHR, case 10.506, op. cit.; IACHR, case 11.182, *Carlos Molero Coca et al.* (Peru), report No. 49/00, 13 April 2000, in *IACHR Annual Report 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 6 rev.

<sup>8</sup> General comment No. 29; ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, *ibid.*, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, application No. 13427/87, judgement of 9 December 1994, Ser. A No. 301-B; IACHR, case 10.506, *ibid.*, case 11.182, *ibid.*

<sup>9</sup> General comment No. 29, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, *ibid.*; IACHR, case 11.182, *ibid.*

<sup>10</sup> In 1976, the Sub-Commission decided to study the situation of persons detained during emergency situations (resolution 3A (XXXIX) of 31 August 1976). In 1977 the Sub-Commission, convinced of the link between states of emergency and the protection of human rights, entrusted Nicole Questiaux with a study of the subject (resolution 10 (XXX) of 31 August 1977). Mrs. Questiaux submitted her final report on the implications for human rights of recent developments concerning states of siege or states of emergency (E/CN.4/Sub.2/1982) in 1982. In resolution 1985/37, the Economic and Social Council authorized the Sub-Commission to appoint a special rapporteur with a mandate, inter alia, to compile and annually update a list of countries which proclaim or terminate a state of emergency; to study the impact of emergency measures on human rights; and to recommend measures for guaranteeing respect for human rights during states of siege or emergency. The Special Rapporteur has submitted 10 reports, the last one in 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/19 and Add.1). In 1997, the Sub-Commission asked Ms. Kalliopi Koufa to prepare a working paper on the question of human rights and terrorism. Ms. Koufa, who was appointed Special Rapporteur by the Commission in 1998, submitted a final report in 2004 (E/CN.4/Sub.2/2004/40).



<sup>11</sup> See Final Report on Monitoring States of Emergency: Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights During States of Emergency to the Sixty-Fourth Conference of the International Law Association in Queensland, 1990; see also the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in A State of Emergency, reprinted in *American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), p. 1072.

<sup>12</sup> See S.R. Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency: The Paris Minimum Standards in a State of Emergency* (London: Pinter Publishers, 1989); J. Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994).

<sup>13</sup> See *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (Geneva: International Commission of Jurists, 1992).

<sup>14</sup> Article 2 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 (hereinafter Geneva Conventions) applies to all cases of declared war or any other armed conflict arising between two or more Contracting Parties, as well as to all cases of occupation, whether partial or total, of the territory of a Contracting Party, even if that occupation meets with no armed resistance. The Commentary on the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of the International Committee of the Red Cross (Geneva: ICRC, 1960), broadly defines armed conflict as any difference arising between two States leading to the intervention of armed forces. Common article 3 refers to, but does not define, “an armed conflict of a non-international character”. However, article 1 (2) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) excludes situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature as not being armed conflicts. The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law in the Territory of the Former Yugoslavia (hereinafter ICTY) since 1991 found that “... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”. See *Prosecutor v. Dusko Tadic*, case No. IT-94-1, ICTY Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

<sup>15</sup> This customary law principle appears in various military manuals. See the United States Air Force pamphlet stating that it is “unacceptable” to make the legal protection of victims of armed conflict “contingent on the causes of the conflict”, United States Department of the Air Force, *International Law - The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AFP 110-31 (1976), pp. 1-5. It also is set forth in the Preamble to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).

<sup>16</sup> International humanitarian law, for example, prohibits in all armed conflicts and regards as acts of terrorism attacks intentionally directed against the civilian population and individual civilians who do not or no longer directly or actively participate in the hostilities. See article 33 of the Fourth Geneva Convention, and article 51, paragraph 2, of Protocol I and article 4, paragraph 2 (d), of Protocol II. The prohibition of terror in warfare is discussed in H.P. Gasser, “Acts of Terror, ‘terrorism’ and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, 2002, No. 847, p. 547.

<sup>17</sup> Article 5 states in pertinent part: “Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in article 4 [persons entitled to POW status], such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”

<sup>18</sup> Although neither the Geneva Conventions nor their Additional Protocols use the terms “privileged” and “unprivileged” combatant, the concept and legal implications of such combatancy are deeply rooted in the customary law of armed conflict and were recognized and applied by various war crimes tribunals convened after the Second World War. See *United States v. List* (The Hostage Case), reported in *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunal* (1950), pp. 1228 and 1238. A privileged combatant is, in principle, a person authorized by a party to an international armed conflict to directly engage in hostilities and, as such, must be accorded POW status upon capture and immunity from prosecution for his hostile acts that do not violate the laws and customs of war. In contrast, an unprivileged combatant, sometimes called an “illegal” or “unlawful” combatant, refers to a person who without official sanction nevertheless directly participates in hostilities. Such combatants include, inter alia, civilians, as well as non-combatant members of armed forces, who, in violation of their protected status, directly engage in hostilities. The term has also been used to describe irregular combatants, such as guerrillas, partisans and members of resistance movements, who either fail to distinguish themselves from the civilian population at all times while on active duty, or otherwise do not fulfil the requirements for privileged combatant status. Unlike privileged combatants, unprivileged combatants upon capture can be tried and punished under the criminal law of the detaining power for their unprivileged belligerency, even if their hostile acts complied with the laws of war. (The Government of the United States since 11 September 2001 has frequently used the term “enemy combatant” when referring to an unprivileged combatant.) See generally R. Baxter, “So-Called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerrillas and Saboteurs”, *British Year Book of International Law* (1951), p. 328; K. Dormann, “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, *International Review of the Red Cross*, 2003, No. 849 (March 2003); R. Goldman and B. Tittmore, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law*, available at <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>.

<sup>19</sup> See Fact Sheet, White House Press Office, 7 February 2002, available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/2002027>; Press Conference, United States Department of Defense, Secretary Rumsfeld and General Meyers, 8 February 2002, available at [http://www.defenselink.mil/news/Feb.2002/t02082002\\_t02085dhtml](http://www.defenselink.mil/news/Feb.2002/t02082002_t02085dhtml).

<sup>20</sup> See, e.g., International Committee of the Red Cross, Communication to the Press No. 02/11 (8 February 2002) stating, in part, "... International Humanitarian Law foresees that the members of armed forces as well as militias associated with them which are captured by the adversary in an international armed conflict are protected by the Third Geneva Convention. There are divergent views between the United States and the ICRC on the procedures which apply on how to determine that the persons detained are not entitled to prisoner of war status".

<sup>21</sup> See article 4 of the Fourth Geneva Convention, which exempts from protection the following persons: own nationals of parties to the conflict; nationals of a State not bound by the Conventions; nationals of a neutral State; and nationals of a co-belligerent State with normal diplomatic relations with the Occupying Power.

<sup>22</sup> Statement of ICRC President Jacob Kellenberg to the Commission on Human Rights, March 2002, available at <http://www.icrc.org>.

<sup>23</sup> On the customary law status of provisions of article 75 of Protocol I, see C. Greenwood, "Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols" in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Delissen and Tanja (eds.), 1991, p. 103; Remarks of M. Matheson at The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2 (1987), p. 415.

<sup>24</sup> The International Court of Justice has stated: "There is no doubt that, in the event of international armed conflicts ... [the rules articulated in common article 3] ... constitute a minimum yardstick ... and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the court in 1949 called 'elemental considerations of humanity'." *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *Judgement on the Merits*, *I.C.J. Reports*, 1986, p. 14, at para. 114.

<sup>25</sup> Such unprivileged combatants must be afforded the customary law guarantees enshrined in common article 3, as supplemented by the provisions of article 6 of Additional Protocol II.

<sup>26</sup> The International Bar Association's Task Force on International Terrorism has stated in this regard: "International humanitarian law remains as applicable and relevant today as it was prior to September 11. Suggestions that international humanitarian law is no longer relevant to situations involving terrorists, together with failure to abide by its principles, only serves to undermine the binding force of international humanitarian law." *International Terrorism: Legal Challenges and Responses*. A Report by the International Bar Association's Task Force on International Terrorism (Washington, D.C., 2003), p. 93 (hereinafter IBA, Report on International Terrorism).

<sup>27</sup> *Prosecutor v. Arito Furundizija*, case No. IT/95-17/I-T, Trial Chamber, judgement of 10 December 1998, para. 183.

<sup>28</sup> *Lopez Burgos v. Uruguay*, communication No. 52/79, para. 12.3; and *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, communication No. 56/79, both Views adopted on 29 July 1981.

<sup>29</sup> See concluding observations on the second periodic report of Israel (CCPR/CO/78/ISR), 21 August 2003, para. 11; concluding observations on the fifth periodic report of Germany (CCPR/CO/80/GER), 30 April 2003, para. 11.

<sup>30</sup> See, e.g., case No. 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra et al.* (United States), report No. 51/01, 4 April 2001, para. 178, in *IACHR Annual Report 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev.; *Saldano* case (Argentina), report No. 38/99, 11 March 1999, paras. 15-20, in *IACHR Annual Report 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev.; case No. 10.951, *Coard et al.* (United States), report No. 109/99, 29 September 1999, paras. 37-41, in *IACHR Annual Report 1999*, op. cit. at note 7. See similarly ECHR, *Cyprus v. Turkey*, application No. 25781/94, judgement of 26 April 1979, Series A No. 30; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgement of 23 March 1995, Series A No. 310, paras. 59-64; *Issa and others v. Turkey* (admissibility decision), application No. 31821/96, 30 May 2000; but see ECHR, *Bankovic and others v. Belgium and others* (admissibility decision), application No. 52207/99, 12 December 2001, *ECHR 2001-XII*.

<sup>31</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 240.

<sup>32</sup> *Ibid.*, at para. 25.

<sup>33</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004* (hereinafter ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion).

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 106.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> One authority notes in this regard: “In these cases, the Covenant cannot provide protection that goes beyond that guaranteed by IHL. In other words, IHL does not supersede human rights law but makes sure that content wise the two bodies of law guarantee the same. This approach enables treaty bodies to look at violations of IHL from a human rights perspective while ensuring, at the same time, that IHL guarantees are not, as a result, broadened by the application of human rights law.” From a paper presented by Walter Kälin entitled “The Covenant on Civil and Political Rights and its Relationship with International Humanitarian Law”, to be published in *Proceedings of the Expert Meeting on the Supervision of the Lawfulness of Detention During Armed Conflict*, organized by the University Centre for International Humanitarian Law, the Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004.

<sup>37</sup> ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion, op. cit. at note 33, para. 111.

<sup>38</sup> Although the Inter-American Court found in the *Las Palmeras* case that neither it nor the Commission is competent to find violations of the Geneva Conventions, the Court indicated that provisions of the Geneva Conventions may be taken into consideration as elements for interpreting the American Convention. *Las Palmeras v. Colombia*, preliminary objections, judgement of 4 February 2000, Series C No. 67, paras. 32-34. The Court confirmed this view in the case of *Bamaca-Velasquez v. Guatemala*, judgement of 25 November 2000, Series C No. 70, paras. 208 and 209. For a discussion of the Inter-American Commission's views on the relationship between human rights and humanitarian law, see case No. 11.137, *Abella* (Argentina), report No. 5/97, paras. 37-42, in *IACHR Annual Report 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev.; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002 (hereinafter IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*); IACHR, *Third Report on The Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

<sup>39</sup> See the African Charter, art. 7; the American Convention, art. 9; European Convention, art. 7.

<sup>40</sup> See concluding observations of the Committee: Estonia (CCPR/CO/77/EST), para. 8; Egypt (CCPR/CO/76/EGY), para. 16; the Philippines (CCPR/CO/79/PHL), para. 9; Yemen (CCPR/CO/75/YEM), para. 18; Belgium (CCPR/CO/81/BEL); Uganda (CCPR/CO/80/UGA); New Zealand (CCPR/CO/75/NZL).

<sup>41</sup> See ICCPR, art. 9; American Convention, art. 7; European Convention, art. 5; African Charter, art. 6. These provisions, which protect all persons from unlawful or arbitrary interference with their liberty by the State, apply in the context of criminal proceedings as well as other areas in which the State may affect the liberty of persons, such as preventative detention for reasons of public security or detention in relation to immigration status or physical or mental health. See Human Rights Committee, general comment No. 8 (16), article 9 (1982), paras. 1, 4; *A. v. Australia*, communication No. 560/1993 (CCPR/C/59/D/560/1993), 30 April 1997, para. 9.4. See similarly IACHR, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 February 2000, paras. 134-142; ECHR, *Winterwerp v. The Netherlands*, application No. 6301/73, judgement of 24 October 1979, Series A No. 33; *Amuur v. France*, application No. 19776/92, judgement of 25 June 1996, para. 53, *Reports 1996-III*.

<sup>42</sup> General comment No. 8. See similarly IACtHR, *Suárez Rosero* case, judgement of 12 November 1997, Series C No. 35, para. 43.

<sup>43</sup> See Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, principle 17.

<sup>44</sup> General comment No. 8, para. 2. See similarly case 11.205, *Jorge Luis Bronstein and others* (Argentina), report No. 2/97, 11 March 1997, para. 11, in *IACHR Annual Report 1997*, op. cit. at note 38; ECHR, *Brogan v. United Kingdom*, application No. 11209/84, judgement of 29 November 1988, Series A No. 145-B, p. 33, para. 62. See also Opinion of the Lords of Appeal For Judgement in the Cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) in which nine law lords on 16 December 2004 voted 8 to 1 against parts of the United Kingdom's 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act under which appellants, all foreign terrorist suspects, had been detained indefinitely without charge or trial since they could not be safely removed to another country; available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/1d200405/1djudgmt/jd041216/a&others.pdf>.

<sup>45</sup> General comment No. 29, para. 16.

<sup>46</sup> See IACtHR, Advisory Opinion OC-9/87, *Judicial Guarantees in States of Emergency* (articles 27 (2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), 6 October 1987, Series A No. 9, para. 31.

<sup>47</sup> See, e.g., IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 127; ECHR, *Aksoy v. Turkey*, application No. 21987/93, judgement of 18 December 1996, para. 78, *Reports 1996-VI*. See also Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency (International Law Association, 1984); the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 7, No. 1 (1985), para. 70, cited in general comment No. 29, para. 10, note 6.

<sup>48</sup> See, e.g., Third Geneva Convention, arts. 8, 9, 21.

<sup>49</sup> Third Geneva Convention, arts. 21, 118 and 119. Article 119, fifth paragraph, of the Third Geneva Convention provides in this regard that “[p]risoners of war against whom criminal proceedings for an indictable offence are pending may be detained until the end of such proceedings, and, if necessary, until the completion of the punishment. The same shall apply to prisoners of war already convicted of an indictable offence”.

<sup>50</sup> ICTY, Appeals Chamber, Judgement, *Prosecutor v. Zejnir Delalic and Others*, case No. IT-96-21-A, para. 322. The Appeals Chamber also stated that under article 43 the court or board must have the “necessary power to decide finally on the release of prisoners whose detention could not be considered as justified for any serious reason” (para. 328). The Court also indicated that it “is upon the detaining power to establish that the particular civilian does pose such a risk to its security that he must be detained, and the obligation lies on it to release the civilian if there is inadequate foundation for such a view” (para. 329).

<sup>51</sup> Providing that “[w]here in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention”.

<sup>52</sup> Article 45 (3) provides: “Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention”.

<sup>53</sup> Article 75 (3), (5), (6) states: “3. Any person arrested, detained or interned for actions related to the armed conflict shall be informed promptly, in a language he understands, of the reasons why these measures have been taken. Except in cases of arrest or detention for penal offences, such persons shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention or internment have ceased to exist ... . 5. Women whose liberty has been restricted for reasons related to the armed conflict shall be held in quarters separated from men's quarters. They shall be under the immediate supervision of women. Nevertheless, in cases where families are detained or interned, they shall, whenever possible, be held in the same place and accommodated as family units. 6. Persons who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict shall enjoy the protection provided by this article until their final release, repatriation or re-establishment, even after the end of the armed conflict”.

<sup>54</sup> In this connection, the Inter-American Commission on Human Rights has suggested that in circumstances in which the supervisory regulations and procedures under international humanitarian law prove inadequate to properly safeguard the fundamental rights of detainees in international armed conflicts, for example where the continued existence of active hostilities becomes uncertain, or where a belligerent occupation continues over a prolonged period of time, the full supervisory mechanisms under international human rights law and domestic law may necessarily supersede international humanitarian law. See *IACHR, Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 146. In a similar vein, the United States Supreme Court recently held that the United States courts have jurisdiction to consider challenges through habeas corpus proceedings to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connections with hostilities. U.S.S.C., *Rasul v. Bush*, No. 03-334, Opinion dated 28 June 2004.

<sup>55</sup> General comment No. 29, para. 13 (b).

<sup>56</sup> See, e.g., Fourth Geneva Convention, art. 11; Additional Protocol I, art. 81.

<sup>57</sup> See Fourth Geneva Convention, art. 49.

<sup>58</sup> *Ibid.*, art. 147.

<sup>59</sup> General comment No. 29, para. 10. See similarly, *IACHR, Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 45.

<sup>60</sup> See, e.g., United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice; United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty.

<sup>61</sup> See, e.g., Additional Protocol I, art. 77; Additional Protocol II, art. 4 (3).

<sup>62</sup> General comment No. 29, para. 10, note 5. See also Convention on the Rights of the Child, art. 38.

<sup>63</sup> American Convention, arts. 8, 9; European Convention, arts. 6, 7; article 40 of the Convention on the Rights of the Child prescribes similar protections relating specifically to proceedings involving children.

<sup>64</sup> Human Rights Committee, general comment No. 13 (21), article 14 (1984).

<sup>65</sup> See, e.g., Third Geneva Convention, articles 82-108, governing disciplinary and penal sanctions against prisoners of war, and article 130, prescribing the wilful deprivation of the rights of a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Fourth Geneva Convention, articles 64-75, governing penal prosecution of civilians in occupied territory, articles 117-126, regulating disciplinary and penal sanctions against interned civilians, article 147, prescribing the wilful deprivation of the rights to a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Additional Protocol I, article 75 (4); Additional Protocol II, article 6.

<sup>66</sup> See, e.g., International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva: ICRC, 1987) (hereinafter ICRC, Commentary on the Additional Protocols), p. 879, indicating that most of the guarantees listed in subparagraphs 75 (4) (a)-(j) are contained in ICCPR, the European Convention and the American Convention on Human Rights.

<sup>67</sup> Ibid. See similarly IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, paras. 245-247.

<sup>68</sup> See, e.g., *Moriana Hernandez Valentini de Bazzano v. Uruguay*, communication No. 5/1977, Views of the Human Rights Committee adopted 15 August 1979, Selected Decisions Under the Optional Protocol (CCPR/C/OP/1), pp. 40-43. See similarly: IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61, doc 47, p. 96 (1983); IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Peru*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 (2000); IACtHR, *Castillo Petruzzi et al. case, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, OEA/Ser.L/V/III.47, pp. 211-300; IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 (1976); IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in Uruguay*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 (1978); IACHR, *Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (1999).

<sup>69</sup> Military courts are frequently presided over by active duty military officers who remain subordinate to their superiors in keeping with the military hierarchy, and where the manner in which they fulfil their assigned task might well play a role in their future promotions, assignments and professional rewards. These and other considerations have led international human rights supervisory bodies to declare that military courts fail to satisfy the conditions of independence and impartiality necessary to try civilians for terrorism-related or other crimes.

<sup>70</sup> See, e.g., ICCPR, art. 14 (3) (g); American Convention, art. 8 (2) (g), (3).

<sup>71</sup> See, e.g., Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 15.



<sup>72</sup> See, e.g., ECHR, *Khan v. United Kingdom*, application No. 35394/97, judgement of 12 May 2000, *ECHR 2000-V*, para. 34.

<sup>73</sup> ICRC, Commentary on the Additional Protocols, pp. 879-880, para. 3092.

<sup>74</sup> See ICCPR, art. 5 (2); general comment No. 29, para. 16. See similarly American Convention, art. 29 (b); IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, para. 259.

<sup>75</sup> General comment No. 29, paras. 11, 15, 16. See similarly IACHR, *ibid.*, paras. 245-247.

<sup>76</sup> Stating: “No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.” However, subsection 2 of that same article provides that this benefit cannot be “claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country”.

<sup>77</sup> *Tapia Paez v. Sweden*, communication No. 39/1996, Views adopted on 28 April 1997, para. 6; see *Arkauz v. France*, communication No. 63/1997, para. 11.5, Views adopted on 9 November 1999.

<sup>78</sup> See ECHR, *Chahal v. The United Kingdom*, application No. 22414/93, judgement of 15 November 1996, *Reports 1996-V*, para. 80; ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, application No. 24038/88, judgement of 7 July 1989, Series A No. 161, paras. 88, 113; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights* op. cit. at note 42, paras. 384-397; *Second Progress Report of the Special Rapporteurship on Migrant Workers and their Families in the Hemisphere*, OEA/Ser./L/V/II.111, Doc. 20 rev, 16 April 2001.

<sup>79</sup> The Committee also stated that two visits by the sending State’s embassy in three months, the first only some five weeks after the return of the person and under the supervision of the detaining authorities, indicated an “absence of sufficiently serious efforts to monitor the implementation” of the guarantees received.

<sup>80</sup> Paragraphs 35-37. The most apparent example of a prevailing political condition precluding assurances is where a receiving State is known for its systematic practice of torture or ill-treatment. It is, however, important to note that torture need not be State policy to be considered systematic. Torture “may be the consequence of factors which the Government has difficulty in controlling, and its existence may indicate a discrepancy between the policy as determined by the central Government and its implementation by the local administration” (para. 36). In either scenario, where a systematic practice of torture is found, assurances should not be utilized.

<sup>81</sup> The Special Rapporteur on the question of torture indicated that various personal circumstances can effect the appropriateness of reliance on an assurance. These include: whether a person has been tortured or maltreated at the insistence or with the acquiescence of a public official in the receiving nation in the past; whether the person has engaged in political or other activity that would make him particularly vulnerable to the risk of torture following return; or whether the person belongs to an identifiable group based on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender, or sexual orientation and because of it is at risk of discrimination that would amount to torture or other ill-treatment. *Ibid.*, paras. 38 and 39.

<sup>82</sup> Paragraph 1 (b) of Security Council resolution 1373 (2001) required all States to “criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts”. Paragraph 1 (c) further required States to “freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons or entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities”.

<sup>83</sup> IBA, Report on International Terrorism, *op. cit.* at note 26, p. 126.

<sup>84</sup> The Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe, *op. cit.* at note 5, states in this regard: “The use of the property of persons or organizations suspected of terrorist activities may be suspended or limited, notably by such measures as freezing orders or seizures, by the relevant authorities. The owners of the property have the possibility to challenge the lawfulness of such a decision before a court” (guideline XIV, Right to property). See also *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (New York: United Nations, 2004), para. 152: “The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee should institute a process for reviewing the cases of individuals and institutions claiming to have been wrongly placed or retained on its watch lists.”

<sup>85</sup> Paragraph 3 (a) of Council resolution 1373 (2001), called upon all States to “find ways of intensifying and accelerating the exchange of operational information, especially regarding actions or movements of terrorist persons or networks”.

<sup>86</sup> ECHR, *Klass and others v. Germany*, application No. 5029/71, judgement of 6 September 1978, Series A No. 28.

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 48.

<sup>88</sup> *Ibid.*, para. 49.

<sup>89</sup> *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 18 (A/57/18)*, chap. XI, sect. C, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism.

<sup>90</sup> *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 18 (A/57/18)*, chap. XI, sect. C, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism.

<sup>91</sup> See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, op. cit. at note 89.

<sup>92</sup> See, e.g., *ibid.*, chap. III, paras. 223 and 338.

<sup>93</sup> IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 353.

<sup>94</sup> IBA, *Report on International Terrorism*, op. cit. at note 26, pp. 64-65.

<sup>95</sup> That report indicates by example that “it might be reasonable for reasons of national security to instigate immigration screening to all male citizens from country X arriving in country Y. By contrast, it may not be reasonable to question, arrest and detain all men from country X residing in, or visiting, country Y”. *Ibid.*, p. 65.

<sup>96</sup> Article 20 of the Torture Convention and article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. In addition, CERD decided at its forty-fifth session, as part of its efforts to prevent racial discrimination, that it may decide to take early warning measures aimed at preventing existing problems from escalating into conflicts, or it may decide to initiate urgent action procedures aimed at responding to problems requiring immediate attention to prevent or limit the scale or number of serious violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 18 (A/49/18)*, para. 19.

<sup>97</sup> See, e.g. Human Rights Committee (CCPR/CO/81/BEL, Belgium; CCPR/CO/80/UGA, Uganda; CCPR/CO/80/DEU, Germany; CCPR/CO/80/LTU, Lithuania; CCPR/CO/80/COL, Colombia; CCPR/CO/76/EGY, Egypt; CCPR/CO/75/NZL, New Zealand; CCPR/CO/75/MDA, Republic of Moldova; CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; CCPR/CO/74/SWE, Sweden; CCPR/CO/78/ISR, Israel; CCPR/CO/78/PRT, Portugal; CCPR/CO/79/LKA, Sri Lanka; CCPR/CO/79/PHL, Philippines; CCPR/CO/79/RUS, Russian Federation, and CCPR/CO/75/YEM, Yemen); Committee against Torture (CAT/C/CR/28/6, Sweden; CAT/C/CR/28/4, Russian Federation; CAT/C/CR/32/4, New Zealand; CAT/C/CR/31/1, Colombia; CAT/C/CR/31/2, Morocco; and CAT/C/CR/31/4, Yemen); Committee on the Elimination of Racial Discrimination (A/57/18, paras. 412-434, New Zealand; *ibid.*, paras. 315-343, Canada; CERD/C/65/CO/3, Kazakhstan; and CERD/C/64/CO/8, Sweden); and the Committee on the Rights of the Child (CRC/C/15/Add.228, India).

<sup>98</sup> See, e.g. Human Rights Committee, communication No. 981/2001, *Gómez Casafranca v. Peru*, Views adopted on 22 July 2003 (CCPR/C/78/D/981/2001) and communication No. 1033/2001, *Singarasa v. Sri Lanka*, Views adopted on 21 July 2004 (CCPR/C/81/D/1033/2001).

<sup>99</sup> *Report of the Committee against Torture, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 44 (A/57/44)*, chap. I, sect. K, Statement of the Committee in connection with the events of 11 September 2001; and *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, op. cit. at note 89.

<sup>100</sup> Status of ratification of the principal international human rights treaties as of 1 October 2004, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>.

<sup>101</sup> The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child.

<sup>102</sup> As at 1 October 2004: 104 States are parties to the Optional Protocol to the International Covenant on the Civil and Political Rights; 56 States have made a declaration under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 39 States have made a declaration under article 14 to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; 67 States are parties to the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; and 1 State has made a declaration under article 77 to the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. See <http://www.ohchr.org>.

<sup>103</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

<sup>104</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; Convention on the Rights of the Child.

<sup>105</sup> Every four years for the reports to CAT (article 19 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) and CEDAW (article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women); every two years for CERD (article 19 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination); and every five years for reports to CRC (article 44 of the Convention on the Rights of the Child). While article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights does not establish periods for reporting, the Committee in practice has adopted a periodicity of four years.

<sup>106</sup> See Seventy-third to eighty-first sessions of the Human Rights Committee, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/sessions.htm>.

<sup>107</sup> See Human Rights Committee, op. cit. at note 97 above.

<sup>108</sup> For example, the Human Rights Committee has considered the situation of the Central African Republic and the Gambia in the absence of State reports, during its eighty-first and seventy-fourth sessions, respectively.

<sup>109</sup> See, inter alia: Joint statement issued on 4 November 2004 by the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Arbitrary Detention and the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances; Joint statements issued by the tenth and the eleventh meetings of special rapporteurs/representatives, experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Commission on Human Rights, on 27 June 2003 and 25 June 2004 respectively (E/CN.4/2004/4, annex I and E/CN.4/2005/5, annex); and Joint statement issued on 10 December 2001 by special rapporteurs/representatives, experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Commission on Human Rights.

<sup>110</sup> See Commission resolutions 1997/22 (para. 3 (b)) and 2001/60 (para. 4) and decision 2000/109.

<sup>111</sup> Available at [http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/sel\\_docs.html](http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/sel_docs.html).

<sup>112</sup> HR/PUB/03/1 (2003).

<sup>113</sup> E.g. Seventh International Conference of National Human Rights Institutions, Seoul, September 2004, with the theme “Upholding human rights during conflict and while countering terrorism”.

<sup>114</sup> Intergovernmental Authority on Development, Khartoum, January 2004.

<sup>115</sup> Expert workshop organized by the Counter-Terrorism Committee, the Organization of American States, the United Nations Latin American Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders and the International Monetary Fund at San José, October 2004.

<sup>116</sup> Resolution 57/219 of 18 December 2002 and resolution 58/187 of 22 December 2003.

<sup>117</sup> Resolution 1456 (2003) of 20 January 2003.

<sup>118</sup> Resolutions 2003/68 of 25 April 2003 and 2004/87 of 24 April 2004.

-----