



人权理事会  
第十届会议  
议程项目 3

增进和保护所有人权、公民、政治、经济、  
社会和文化权利，包括发展权

在打击恐怖主义的同时促进和保护人权  
及基本自由问题特别报告员

马丁·舍伊宁的报告\*

---

\* 迟交。

## 摘 要

在导言部分之后，本报告第一章突出说明了特别报告员从 2007 年 12 月 17 日至 2008 年 12 月 31 日开展的主要活动。主要报告载于第二章，其中突出说明了特别报告员对于情报机构在反恐中的作用的若干关切事项。A 节强调，需要有具体而全面的立法框架来规范在 2001 年 9 月 11 日恐怖主义袭击之后给情报机构的大量权力。收集和分享“信号”情报导致了若干侵犯隐私权和非歧视原则的“人员情报”——即通过人际接触收集情报，甚至导致了侵犯禁止酷刑和其他不人道待遇的绝对法规范的情况。

有证据表明，缺乏监督政治与法律上的问责制助长了情报机构的非法活动。这一问题在整个报告中都得到了讨论，但特别报告员在报告第二章 B 节中特别探讨了情报机构加强合作在这方面所构成的挑战。他说明了在各国的情报机构开展联合活动、参与审讯、发送或接收供实际使用的情报时各国所负的人权义务。

当发生情报机构的非法行为时，政府官员可能加以纵容或甚至在暗地里进行指挥。在这方面，特别报告员探讨了各种监督机构所实行的最佳做法。他在 C 节中强调指出，保守国家秘密或公共利益豁免条款并不能舍弃各国根据人权法对严重侵犯人权行为进行独立调查、并向这些侵犯人权行为的受害者提供切实补救的义务。

最后一节向各主要行为者(情报机构、国内立法会议、国内行政当局和联合国)提出了建议，以提高情报机构在反恐中的行为责任。

## 目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1 - 2	4
一、特别报告开展的活动.....	3 - 24	4
二、情报机构的作用以及在反恐中对它们的监督问题 .....	25 - 63	6
A. 扩大给情报机构的权力与需要采取措施前的 问责机制.....	26 - 46	7
B. 情报合作.....	47 - 57	15
C. 事后责任和获得有效补救的权利 .....	58 - 63	20
三、结论与建议.....	64 - 78	22
A. 结 论.....	64	22
B. 建 议.....	65 - 78	23

## 导 言

1. 本报告是在打击恐怖主义的同时促进和保护人权暨基本自由问题特别报告员根据大会第 62/159 号决议和人权理事会第 6/28 号决议提交人权理事会的。主要报告突出说明了特别报告员 2007 年 11 月 1 日至 2008 年 12 月 31 日期间开展的活动，并着重讨论了情报机构的作用以及在反恐中对它们的监督问题。增编载有来文报告<sup>1</sup> 和 2008 年 5 月 7 日至 14 日实况调查团访问西班牙的报告。<sup>2</sup>

2. 关于即将开展的国别访问，特别报告员希望在提交本报告之前对突尼斯进行访问。突尼斯政府于 2008 年 6 月发出了邀请，但尚未对要求提供具体访问日期的请求作出答复。目前尚有访问阿尔及利亚、埃及、马来西亚、巴基斯坦和菲律宾的请求未得到答复。特别报告员最近又要求访问智利、秘鲁和泰国。

### 一、特别报告员开展的活动

3. 特别报告员按其任务授权，于 2007 年 12 月 1 日至 2008 年 12 月 31 日开展了一系列活动，主要说明如下。

4. 2007 年 12 月 11 日至 14 日，特别报告员在日内瓦向人权理事会第六届会议提交了报告。他会晤了埃及、以色列、巴基斯坦、菲律宾和美国等国常驻代表团，并参与了两项平行活动，一项是“重新审查国际责任：在侵犯人权行为中国家的共谋问题”，另一项是“在关塔那摩以外的问题：在反恐的同时保护人权”。

5. 2008 年 1 月 13 日至 14 日，特别报告员参加了在开罗举行的阿拉伯—欧洲人权对话会议关于反恐措施的国家人权机构工作组会议。他还会晤了埃及全国人权理事会。2008 年 3 月 5 日，他在日内瓦会晤了埃及议会理事会国务部长，讨论了各国为确保在起草反恐法律时保护人权所面临的挑战。

6. 2008 年 2 月 13 日，特别报告员在布鲁塞尔向欧洲联盟人权工作组介绍了情况，并会晤了欧洲联盟反恐协调员。

7. 2008 年 2 月 18 日，特别报告员在日内瓦会晤了埃及和萨尔瓦多常驻代表团。

---

<sup>1</sup> A/HRC/10/3/Add.1.

<sup>2</sup> A/HRC/10/3/Add.2.

8. 2008年3月4日,特别报告员在哥本哈根丹麦人权研究所发表了演讲,题目是:“9.11之后的人权问题——仅仅是一个倒退还是一个机会?”

9. 2008年3月19日和3月28日,特别报告员分别在墨尔本和悉尼发表了关于人权和反恐问题的公开演讲。

10. 2008年4月23日,特别报告员在圣彼得堡发表了关于人权与反恐问题的公开演讲。

11. 2008年5月19日至20日,特别报告员参加了在纽约举行的联合国反恐执行工作队会议。特别报告员是在反恐的同时保护人权问题工作组成员、支持和强调恐怖主义受害者工作组成员和制止利用因特网进行恐怖主义活动工作组成员。

12. 2008年6月5日,特别报告员参加了与联合国毒品和犯罪问题办事处预防恐怖主义处的电话会议,并就毒品和犯罪问题办事处通过的关于反对恐怖主义的立法规定的范本草案中关于人权的内容发表了书面意见。

13. 2008年6月9日至12日,特别报告员在华盛顿全球反恐合作中心主办的议会简报会上作了非正式介绍。他与美国国务院法律事务厅举行了工作会晤,讨论了关塔那摩湾军事委员会审理的案件的动态以及对恐怖主义嫌疑人的审讯方法问题,作为对其访问报告<sup>3</sup>的后续活动。特别报告员还参加了美国大学关于《联合国全球反恐战略》执行情况的专家小组讨论。

14. 2008年6月16日,特别报告员在布拉格参加了由捷克共和国欧洲联盟委员会在欧洲联盟(欧盟)主席斯洛文尼亚的主持下共同举办的欧洲—地中海关于根据国际法在反恐的同时确保尊重人权的讨论会。

15. 2008年6月23日至27日,特别报告员出席了第十五届特别程序年度会议。他还与突尼斯和泰国常驻代表团举行了高级别会晤。

16. 2008年6月24日,特别报告员在日内瓦主持了一次由补救组织主办、并由联合国人权事务高级专员办事处(人权高专办)支助的专家会议,讨论的题目是:“国际航空法:确保在反恐的背景下促进法律保障措施和保护人权”。国际民用航空组织(民航组织)和欧洲委员会威尼斯委员会的法律代表也出席了这次会议。

17. 2008年6月26日,特别报告员参加了由人权政策国际理事会在日内瓦国际问题与发展研究主办的关于“人权组织所面临的风险与选择”的专题小组活动。

---

<sup>3</sup> A/HRC/6/17/Add.3。

18. 2008年7月14日至18日，特别报告员在日内瓦进行磋商，以编写提交大会和人权理事会的报告。他还会晤了巴基斯坦常驻代表。

19. 2008年9月18日和19日，特别报告员在佛罗伦萨欧洲大学研究所召开了一次专家组会议，讨论与其任务有关的专题。这次会议由 Abo Akademi 人权研究所通过其支持特别报告员任务的项目提供经费。

20. 2008年10月18日，特别报告员在由日内瓦民主管制武装力量中心、挪威议会情报监督委员会和达勒姆大学人权中心在挪威议会举办的关于“国际情报合作的问责问题”的讲习班上发表了讲话。

21. 2008年10月20日至22日，特别报告员在纽约向大会第三委员会提交了报告(A/63/223)。特别报告员与制裁基地组织和塔利班委员会、反恐怖主义委员会(反恐委员会)和反恐怖主义执行局反恐执行工作队主席及其两个工作组进行了正式会晤。特别报告员主持了一次关于国际民航法的专家会议，会议着重讨论了反恐委员会、反恐执行局和民航组织等国际机构查明法律手段帮助避免、查获和调查递解航班的问题。他也会晤了一些非政府组织，并举办了一次新闻发布会。

22. 2008年10月27日，特别报告员主持了一次关于“合法原则：确定恐怖主义和与恐怖主义有关的罪行的定义”的会议，这次会议是人权高专办在安曼举行的关于在反恐的同时维护人权的区域研讨会的一部分。

23. 2008年11月7日，特别报告员参加了由反恐执行工作队保护人权工作组举办的关于“恐怖主义和反恐措施对享受经济、社会和文化权利的影响”的专家讨论会。

24. 2008年11月11日至12日，特别报告员出席了由反恐执行工作队禁止为恐怖主义目的使用因特网工作队在纽约举办的利益攸关方会议。

## 二、情报机构的作用以及在反恐中对它们的监督问题

25. 特别报告员在执行任务过程中注意到，缺乏监督以及政治和法律上的问责制助长了情报机构的非法活动。<sup>4</sup> 这种非法行为可能得到政府官员的纵容，甚至得到他们的秘密指示。因此，本报告对授予情报机构以广泛的权力并加强它们之

---

<sup>4</sup> “情报机构”在本报告中用来指授权在国外和(或)国内开展任务的机构。

间的合作对人权的影响问题进行了思考。本报告探讨了一些会员国的案例法、立法和惯例，以说明它们在情报机构方面的人权义务的范围，查明有助于在反恐行动中情报机构的监督的最佳做法。<sup>5</sup>

#### A. 扩大给情报机构的权力需要采取措施前的问责机制

26. 从广义上说，情报机构的主要职责是侦查对国家安全的潜在威胁、包括恐怖主义威胁，其手段是通过秘密监视、拦截和监测(电子)通信、秘密搜索住处和物件、使用内线的侦查手段，以不被对方发觉的方式收集数据<sup>6</sup>和情报。这些侦查手段是各国可以用来打击国际恐怖主义的有效措施。<sup>7</sup>其根据在于各国根据国际人权法采取防范措施以保护已知或怀疑生命或安全可能受到另一个人、包括恐怖分子的犯罪行为的威胁的人这一绝对义务。<sup>8</sup>

##### 1. 特别侦查手段的立法框架

27. 确保各国及其情报机构对其行为负责的一项首要的关键因素是确立具体<sup>9</sup>而全面的立法框架，界定任何情报机构的任务范围，明确其特殊权力。没有这种框架，各国便不太可能履行其根据人权条约所承担的尊重切实享受人权的义务。<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> 特别报告员感谢欧洲大学研究所的研究助理 Mathias Vermeulen 所提供的协助以及日内瓦民主管制武装力量中心、国际法学家委员会以及参与他为编写本报告而在欧洲大学研究所举办的关于针对恐怖主义的国家、欧洲和国际行动的法律问题的博士论文讨论会与参会者所提供的合作。

<sup>6</sup> 为本文件之目的，“数据”是指确凿、单一和准确的事实，可以用来确定一个活着的人的身份(姓名、出生日期、地址、电话号码、传真号码、电子邮件地址、汽车登记数据、手印、DNA 情况)。

<sup>7</sup> 例如，见欧洲人权法院，《Klass 等诉德国案》，1978 年 9 月 6 日，第 48-50 段；欧洲人权法院，《Murray 诉联合王国案》，1994 年 10 月 28 日，第 58 段。

<sup>8</sup> 人权事务委员会屡次强调，《公民权利和政治权利国际公约》也保护在正式剥夺自由之外的个人的安全权利。特别见《Delgado Paez 诉哥伦比亚案》，第 195/1985 号来文，1990 年 7 月 12 日通过的《意见》，第 5.5 段。

<sup>9</sup> 例如，见欧洲人权法院，《Kruslin 诉法国案》，1990 年 4 月 24 日，第 33 段。

<sup>10</sup> 类似的情况见《Rotaru 诉罗马尼亚案》，欧洲人权法院判决书，2000 年 5 月 4 日。

一个最佳做法的例子是，对荷兰情报机构可以使用的每一项侦查手段都有非常详细的规定。<sup>11</sup>

28. 至于哪种措施和手段需要司法批准，视各国所承认的宪法权利的范围和力度、特别视隐私权利的范围而定，各国的做法不尽相同。<sup>12</sup> 仅在怀疑有人计划从事恐怖主义罪行时开设一个针对具体组织或个人的专题档案并不一定产生人权问题。<sup>13</sup>

29. 不过，特别报告员在这方面强调，为“战略情报”目的收集的情报(即情报机构为决策目的收集的情报)在针对点明的个人的措施没有司法监督的情况下不能用于法院诉讼程序。特别报告员关切地注意到，在不同的法院，这种战略情报与举证的证据之间的界限变得含糊不清，有利于不同形式的“国家安全考虑”。要在法院作为证据使用某一特别侦查手段所取得的成果，必须有司法批准才行。

30. 各国可以使用某些预防性措施，如秘密监视或拦截并监测通讯，只要这些措施是针对具体案件的行动，并由法官根据所出示的可能的原因或理由发布的授权令，有关某一个人的行为必须有一些是可以怀疑他可能在筹备一项恐怖主义袭击的事实根据。这种预防性的、以情报为先导的手法谋求在法律程序之前防患于未然，而不是企图绕过法律程序，可以是查明风险或更多地了解对某一恐怖主义嫌疑的嫌疑的理想、合理而适度的方法。然而，各国必须了解，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款第 1 句适用于司法机构所审理的任何事项，要求遵守公平审判的基本原则。<sup>14</sup>

31. 虽然国际法中没有一般的规范明文禁止或限制收集情报的行为，但各国务必说明可能引发某一情报机构的一系列侵犯人权行为的“临界标准”，这种行

---

<sup>11</sup> 《2002 年情报和安全部门法》，第 17-34 条。

<sup>12</sup> 通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)关于对安全部门的民主监督的报告，CDL-AD(2007)016, 第 199 段。

<sup>13</sup> 背景请参考：欧洲人权法院，《Leander 诉瑞典案》，1987 年 3 月 26 日，第 52-57 段。

<sup>14</sup> 见人权事务委员会关于在法院和法庭面前的平等权利和取得公平审判的权利的第 32(2007)号一般性评论，第 7 和第 8 段。



为涉及数据挖掘和秘密行动的各种方式。<sup>15</sup> 明确说明情报机构的法定权力也有助于区别情报机构与执法机构的任务。不对这些任务作出明确区分将导致责任界限模糊，并可能在没有对大众有极大威胁时在日常情况下使用特殊权力。<sup>16</sup>

## 2. 收集情报的最低临界值：数据挖掘和分享问题

32. 情报机构越来越多地使用“挖掘数据”的做法，即根据一些变数对各种数据加以对比，从而模糊了允许范围内的有针对性的监视与可能有问题的大规模监视之间的界限，后者可能造成任意和非法干涉隐私。这就是说，挖掘数据这一做法有可能“包容范围太广”(也就是说，收集某种情报是因为这种情报可能有用，而不是为了某一具体的目的)，因为这一手法的技術能力可能使使用这种手法的人扩大对嫌疑范围的定义。

33. 在这方面，特别报告员重申其关于种族/族裔定性问题的建议。<sup>17</sup> 虽然挖掘数据本身并不受到禁止，但这样做时不应列入损害非歧视权的因素。不能将进行“感情分析”的数据挖掘软件，即从因特网上不定型的个人所著文件中摘取意见以建立恐怖分子貌相的做法(美国、加拿大、中国、德国、以色列、新加坡和台湾的情报机构显然都采用这种做法<sup>18</sup>)，作为剥夺自由或列入“黑名单”影响航空旅行、银行业务和在机场或医院等使用放射性物质的场所的就业机会的理由。

34. 再加上数据质量不高问题，即数据与其他数据库配比时可能出现输入错误、解释错误或信息过时的问题，<sup>19</sup> 由此产生的重大问题是，无辜的人可能被定

---

<sup>15</sup> 秘密行动是指情报机构在另一国境内或在另一国事务中秘而不宣地进行干涉或采取措施。

<sup>16</sup> H. Born 和 I. Leigh, 《让情报部门负责：对情报活动开展监督的法律标准和最佳做法》(挪威议会出版社, 2005 年, 奥斯陆), 第 29 页。

<sup>17</sup> 又见特别报告员关于以某人的推定“种族”、族裔、民族出身和宗教等特征为基础的恐怖分子特征所采用的反恐做法的评论(A/HRC/4/26, 第 59 段)。

<sup>18</sup> 《经济学家》, 2008 年 9 月 25 日。

<sup>19</sup> 见 F. Bignami, 《争取在跨国情报网中实现隐私权》, 《密歇根国际法杂志》, 第 28 卷, 第 3(2007)期, 第 668 页。

为恐怖主义威胁。<sup>20</sup> 收集数据过程中的这些潜在漏洞令特别报告员感到关切，尤其是因为现在日趋明显的一种趋势是，情报和执法机构在国家一级并在北大西洋公约组织(北约)或上海合作组织等双边或多边框架内跨界分享个人数据。

35. 作为最佳做法的一项基本内容，特别报告员请各会员国通过立法，列入载于大会第 45/95 号决议通过的电脑个人数据档案的管理准则等文件所载的基本数据保护原则。<sup>21</sup> 这些准则所根据原则是：“收集或处理有关个人的资料时，不应采取不公正的或非法的手段，这些资料也不亦用于违背《联合国宪章》的宗旨和原则的目的”。<sup>22</sup> 这包括所有会员国增进和尊重人权的义务。特别报告员强调指出，对任何偏离准确原则(第 2 条)、目的明确原则(第 3 条)或有关个人查阅原则(第 4 条)的情况应加以严格界定。特别报告员特别提醒各国注意第五项原则(不歧视原则，第 5 条)，即“不应编撰有可能引起非法或任意歧视的资料，包括有关种族或民族血统、肤色、性生活、政治见解、宗教、哲学和其他信仰以及参加和工会或团体的资料”，因此也不应予以分享。只有在《国际人权宪章》和保护人权与防止歧视领域的其他相关文书规定的范围内才能授权对第五项原则作例外处理。在这方面，特别报告员对中国、俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯共和国、塔吉克斯坦和乌兹别克斯坦的情报机构在《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》的框架内分享数据和资料深感关切。这种数据和资料分享不受任何有意义的监督，对于数据和资料分享没有附加人权保障措施。

36. 特别报告员提到了以下最佳做法：即情报机构提供和获取数据以及随后使用这种数据均受到有关当局之间签署的书面协议的规范。<sup>23</sup> 这种最佳做法的一项内容是，这些协议可以提交监督机构，<sup>24</sup> 在理想的情况下，在一国达成这种协议之前就对外国情报机构开展一番全面的审计。这种审计过程可能涉及实际访问和就该机构的人权记录征求当地非政府组织的意见。

---

<sup>20</sup> 例如，参看大赦国际记载在案的 Bisher Al-Rahwi 一案，《拒不承认：欧洲在递解与秘密监禁中的作用》，(大赦国际出版社，2008 年，伦敦)，第 11 页。

<sup>21</sup> 又见欧洲联盟委员会关于在处理个人数据方面保护个人问题工作组的工作文件：向第三国转让个人资料：适用 1998 年 7 月 24 日欧盟数据保护令第 25 和 26 条。

<sup>22</sup> E/CN.4/1990/72。

<sup>23</sup> 例如，见《2002 年荷兰情报和安全部门法》，第 36 条，第 1(d)，40 段、第 1 和 42 段。

<sup>24</sup> 例如，见《加拿大安全情报部门法》，第 17(2)条。

### 3. 非传统的逮捕、拘留和审讯权力

37. 在 2001 年 9 月 11 日事件之后，一些国家的政府坚持认为，情报与执法权利之间的界限已不再那么清楚。它们的理由是，当今恐怖主义威胁的特殊性质要求获取新的审讯、逮捕和拘留人的权力。给予情报机构以逮捕、拘留和审讯的权力本身并不违反国际法，只要这种情报机构遵守有关逮捕和拘留的所有相关人权标准以及为普通执法机构而定的国内宪法和其他规定。<sup>25</sup> 然而，特别报告员感到关切的是，在若干国家，从执法机构向情报机构转移反恐和防止恐怖主义威胁的权力的目的正是为了绕过民主社会中的这种必要保障机制，从而滥用了情报活动通常是正当的保密性。<sup>26</sup> 这种转变最终可能危及法治，因为收集情报与收集犯罪行为的证据之间的界限变得越来越模糊。<sup>27</sup> 这导致了各国开始偏向在行政诉讼程序中使用情报人员收集的不公开的证据，而不是在刑事审判中试图在没有合理怀疑的情况下证实有罪，从情报所固有的局限的角度来看，剥夺人身自由的防范措施不能仅仅以情报为依据。在这种情况下，情报在一段时间之后变成了具体的证据，有关人员可以反驳这种对他不利的证据。如果情报在一段时间后不能变成证据，或者国家没有取得新的证据，则防范措施应该中止。

38. 在一些国家，情报机构合法地取得了逮捕和拘留预计拥有有关恐怖活动的情报者的权力。<sup>28</sup> 出于公共安全的理由进行防范性拘留，包括为获取情报的目的进行审讯，在特殊情况下可能是干涉自由权的适当手段，只要拘留具有明确和可以援引的法律基础，提供拘留原因，而且需对拘留作出司法复审<sup>29</sup> 拘留不能是

---

<sup>25</sup> 例如，见欧洲人权法院，《Ocalan 诉土耳其案》，2003 年 3 月 12 日，第 106 段。

<sup>26</sup> 例如，见 2006 年 3 月 6 日俄罗斯《反恐行动法》，其中将普通的警察权力转移给情报机构，同时减少了防止滥用这种权力的法律保障措施，如在监测通讯或“拦截搜索”活动中。

<sup>27</sup> 在 1970 年代，美国参议院国教委员会已经指出，正是执法调查与外国情报国家安全调查之间的界限模糊导致了以下报告内所列的各种侵犯人权情况：《研究与情报活动有关的政府活动的特设委员会的最后报告》，美国参议院第 94 届国会，1976 年。

<sup>28</sup> 又见特别报告员以前关于在澳大利亚的强行听证的评论(A/HRC/4/26/Add.3, 第 31-32 和 46-47 段)。

<sup>29</sup> 人权事务委员会，关于第 9 条(自由和人身安全权)的第 8(1982)号一般性评论，第 4 段。

任意的，<sup>30</sup> 而且对不合理的拘留必须有赔偿。<sup>31</sup> 特别报告员感到关切的是，有人被长期拘留，其唯一目的就是为了收集情报，或者拘留是基于防范目的之类的空泛的理由进行的。这种情况构成任意剥夺自由。<sup>32</sup> 是否存在继续拘留的理由应有一个独立而公正的法院来决定。如果对这种人继续拘留，则当局立即有义务确定是否能够证实有刑事怀疑，如果确实如此，则对嫌犯提出指控并加以审判。仅仅为了收集情报的目的而单纯进行“行政”拘留是非法的。<sup>33</sup>

39. 特别报告员对以下情况感到严重关切：即情报机构拥有逮捕和拘留的权利，而对于情报机构的行动却没有有效的司法监督，结果造成了有罪不罚。例如，在阿尔及利亚，军事情报专门逮捕和审讯被认为拥有有关武装团伙在阿尔及利亚境内活动的国际恐怖分子网络的情报者。《刑法典》第 12 和第 16 条规定，军事情报局在行使这些职能时受检察官管辖。然而，有报道表明，军事情报局其实不受到任何文职部门的监督。<sup>34</sup> 不象在警察或宪兵进行逮捕的案例那样，检察官似乎并不了解军事情报局所开展的逮捕活动。检察官显然不使用其特权来命令进行医疗检查、查访被用来进行临时拘留的军营、也不核查有关军事情报局逮捕、审问和释放，这种情况极大地增加了人们遭到任意拘留或可能遭受酷刑或其他非人道待遇的风险。

40. 特别报告员严重关切以下情况：例如在摩洛哥、<sup>35</sup> 约旦、<sup>36</sup> 和巴基斯坦，情报机构在反恐行动和调查中的拘留和审讯权力没有明确法律基础。<sup>37</sup> 亦没有在国内法中明文规定的理由进行逮捕或拘留，违反了《公民权利和政治权利国

---

<sup>30</sup> 又见欧洲人权法院，《Fox Campbell 和 Hartley 诉联合王国案》，1990 年 8 月 30 日，第 32 段。

<sup>31</sup> 例如，见美洲人权法院第 2/97 号报告，OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. (1997)，第 12 段。

<sup>32</sup> 又见特别报告员关于关塔那摩湾的情况的评论(A/HRC/6/17/Add.3，第 13-14 段)。

<sup>33</sup> 例如，见欧洲人权法院，《Brogan 等诉联合王国案》，1988 年 11 月 19 日，第 53 段；欧洲人权法院，《Murray 诉联合王国案》，1994 年 10 月 28 日，第 67 段。

<sup>34</sup> 恐怖主义、反恐和人权问题知名法学家小组即将提出的报告，第四章，第 2.2.2 段。

<sup>35</sup> 见 Alkarama 促进人权委员会，《在对摩洛哥的普遍定期审查中提出的材料》，2007 年，第 2-4 段；大赦国际，摩洛哥，向普遍定期审议提出的材料，2007 年，第 5 页。

<sup>36</sup> 人权观察社，《可疑的扫荡——普通情报局和约旦的法制问题》，(2006 年)，第 18 卷，第 6(E)期，第 11-17 段。

<sup>37</sup> 恐怖主义、反恐和人权问题知名法学家小组即将提出的报告，第四章，第 2.2.2 段。

际公约》第 9 条第 1 款。没有这种法律框架，情报机构更有可能仅仅以推测为由逮捕人，而这可能仅仅是以“牵连”为依据。

41. 特别报告员注意到，自 2001 年 9 月以来，有一种趋势是将收集情报工作外包给私营承包商。<sup>38</sup> 虽然私营部门参与可能是一个必要的技术环节，以取得情报(例如用于电子监督)，但有理由对使用承包商审讯被剥夺自由者持警惕态度。<sup>39</sup> 缺乏适当的培训、在容易造成侵犯人权的局势中加入谋利动机、以及这种承包商往往不太可能受到司法和议会问责机制的监督，这些因素加在一起使人可以认为，可能影响个人的生命、人身完整或自由的情报活动应属于国家的专属范围。然而，如果国家决定承包私营军事和安保公司，则它们最起码应该遵守《关于武装冲突期间各国关于私营军事和安保报告公司营业的相关国际法律义务和良好惯例的蒙特勒文件》。<sup>40</sup> 这些文件即使在困难的武装冲突局势中也可以适用。

#### 4. 情报机构的监督和审查机制

42. 行政部门作为情报的主要受益者，必须切实监督情报机构的活动。这种指示应以书面形式，<sup>41</sup> 详细说明情报机构可以与不能针对哪种人开展的行动。所涉及的不只是对情报机构的监督和控制问题，而且还有防止所谓的行政部门“可能推诿不知情的现象”，<sup>42</sup> 并要求他们对可能的侵犯人权行为负责。在这方面，特别报告

---

<sup>38</sup> 总的来说，美国有 70%的情报活动如今分包给私营部门。见 S. Chesterman, “如果我们不能买……我们就不能做间谍!：情报部门的私有化以及将‘基本属于政府的职能’外包的局限性”，纽约大学公法和法律理论工作文件，第 82 期，2008 年，第 2 页。

<sup>39</sup> 例如，见《美国诉 Passaro 案》，(编号 5: 04-CR-211-1, 美国北卡罗莱纳州东部地区地区法院，2004 年 6 月 17 日)。又见中央情报局局长 Michael Hayden 的声明，他证实，承包商(在政府的指示和控制)下对中央情报局黑点的拘留犯施加了水刑：美国参议院特设情报委员会的听证会，对全球威胁的年度评估，2008 年 2 月 5 日，第 26 页。

<sup>40</sup> A/63/467-S/2008/636。

<sup>41</sup> 例如，见《匈牙利 CXXV1995 号国家安全法》，第 11 条；《2002 年荷兰安全与情报部门法》，第 19 条；《1984 年加拿大安全情报部门法》，第 7(1)和(2)条。

<sup>42</sup> “可能推诿不知情”是指故意设置松散而非正式的权力机构和领导层次，以便在侵犯人权行为被揭露时能够否认行政部门的参与。



员强调，不仅出于法律和道德的原因，而且也出于情报的原因，开展秘密活动的授权应该符合各国的人权义务。<sup>43</sup>

43. 绝对不能以根据情报采取正当的防范性措施进行反恐为由授权任何机构暗杀恐怖主义嫌犯、使其失踪或加以任意拘留。同样，授权在秘密拘留中心逮捕和拘留高价拘留犯，或以“高级审讯手法”收集情报<sup>44</sup>为由允许不人道和有辱人格的待遇，显然违反国际法。在这方面，特别报告员强调，在一些国家的刑法中被称为“必要防范”的理由绝对不能成为使用被禁止的审讯手法——即使是在所谓的“定时炸弹”情况下，使用这种手法的政策理由或采取措施前的理由。<sup>45</sup>

44. 一些国家设立了独立的常设办事处，如监督主任、司法专员或审计员，它们可以通过章程或行政安排审查情报机构是否遵守自己的义务。它们可以充当先发制人的预警机制，向行政部门示意可能存在的问题，从而改善问责制。例如，可以要求这种部门至少每 6 个月向相关行政机构报告情报机构的发展情况和采取的行动。为了正当地履行这一职责，这种部门必须能够不受限制地查阅情报机构的所有档案、进入其所有场地、查问其所有人员。加拿大、<sup>46</sup> 南非、<sup>47</sup> 和欧洲一些国家的情况便是如此。专门和持续的监督与普通监督机构的临时调查相比有明显的优点。<sup>48</sup> 国家议会应承担具体的监督任务，在情报部门发挥要行政部门及其机构向公众负责的传统作用。实际上，有各类议会监督机构，视各国的宪法和法律传统而定，它们具有不同的功能。

45. 尽管特别报告员了解，在这一问题难以找到一个放之四海而皆准最佳做法，但挪威的议会管制制度是一个至少拥有最佳做法的要素的制度，因为它有明

---

<sup>43</sup> 例如，见美国参议院武装部队委员会对在美国拘留的囚犯的待遇问题的调查，2008 年 12 月 12 日，第 xii 页：“事实上，美国政府高级官员要求提供资料说明如何使用严厉的手段、歪曲法律以制造合法的假像，并授权对被拘留者使用这种手段。这种行为损害了我们收集准确情报拯救生命的能力，让我们的敌人抓到的把柄，并影响了我们的道德权威。

<sup>44</sup> J. Warrick, “在秘密备忘录中核可的中央情报局手段”《华盛顿邮报》，2008 年 10 月 15 日。

<sup>45</sup> 见 A/HRC/6/17/Add.4, 第 17-21 段。

<sup>46</sup> 《1984 年加拿大安全情报部门法》，第 31(1)和(2)条。

<sup>47</sup> 《1994 年第 40 号南非情报部门监督法》，第 7(8)(a)条。

<sup>48</sup> 又见通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)关于对安全部门的民主监督的报告，CDL-AD(2007)016, 第 142 段。

文规定的人权目标，即“查明并防止对任何人采取不公正做法”，并“确保活动保持在成文法、行政或军事命令或非成文法的框架内。”<sup>49</sup> 此外，议会监督委员会由 7 名成员组成，他们是由议会任命的，但不一定有政治倾向。因此，不能利用委员会来从事任何党派政治游戏，高度的专业性有了保障，专家成员的信誉也能保证。委员会由 3 名律师和 1 名秘书提供支助服务，他们都必须经过安全保密审查。委员们有权强制要求向委员会提出有关其履行职责过程中碰到的所有事项的证据。委员会在履行职责时能够查阅所有行政部门和情报机构的档案和登记册、进入它们的场所和设施。

46. 由于采用分块分割的监督手法，即监督机构负责审查一部分的情报机构，一些共有的交叉问题有可能被监督机构所忽视。因此，负有专题任务的监督机构更适合于处理各政府机构之间的职能重叠、合作与分享这一日益严重的问题。例如，挪威的监督机构便负责审查“由公共行政当局开展、控制或授权的所有情报、监视和安全部门”。<sup>50</sup>

## B. 情报合作

47. 在 2001 年 9 月 11 日的事件发生后不久便发现，这次袭击有一部分是在西欧策划的，而且一些参与袭击的恐怖分子已经受到德国和法国等国情报机构的注意，当时，大家普遍承认，各情报机构之间必须开展更加有效和协调一致的合作。<sup>51</sup> 分享情报的好处是显而易见的：没有一个国家具有能洞察一切的“天眼”，来了解可能对其国家安全利益相关的所有潜在情报。

48. 这种正当的合作往往造成了问责方面的问题。这主要是因为，一方面，国内问责机制往往只考虑到国内机构的行动，因为它们的任务不涵盖其负责的机构与第三方的合作，或者即使它们有权监督这种合作，这种权力也往往十分有限。大多数绝密情报分享协定所依据的两个主要概念——即按“需要知道”的原则

---

<sup>49</sup> 《监督情报、监视和安全部门法》，1995 年 2 月，第 2 条。

<sup>50</sup> 同上，第 1 条。

<sup>51</sup> 安全理事会第 1373 (2001)号决议，第 3 (a)和(b)段，以及第 1465 (2003)号决议，第 3 段；《欧盟反恐宣言》，2004 年，第 9 段；《东南亚国家联盟(东盟)反恐公约》，2007 年，第五 (h)条。

分配情报<sup>52</sup>和“情报来源管制”政策，<sup>53</sup>增加了许多国家、包括反对酷刑的自由民主国家参与国际犯罪的可能性。出于与(往往更加强大的)外国机构保持合作的愿望，情报机构不太有愿望要求说明某些情报是如何取得的，或确保它们分享的情报不会被导致侵犯人权的方式利用。与此同时，国内监督机构往往无权监督外国情报机构是否遵守给出去的情报所附加的任何条件。

49. 情报合作往往是在北约组织或上海合作组织等多边组织内进行的。特别报告员感到关切的是，各国在这些多边框架内通过的情报保密政策提供了一座无法逾越的墙，因此无法对侵犯人权行为作独立的调查。例如，欧洲委员会会议法律事务与人权委员会的报告(报告员 Dick Marty)提供了可信的资料，说明双边(秘密)协定允许全面飞越权利、使用港口和军事基地供中央情报局开展秘密行动，包括围绕着 2001 年 10 月 4 日商定的“宽容的”北约许可作出秘密拘留和递解。<sup>54</sup> 在上海合作组织中，特勤部门的合作是在没有监督的情况下进行的。特勤部门仅仅需要请求另一特勤部门提供“援助”<sup>55</sup>，接到请求的国家便“应采取一切必要的措施以保障尽快和尽可能全面地执行请求”。<sup>56</sup> 根据《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》第 11 条第 4 款的规定，对于各方机关向另一机关提供援助时使用的方式等信息不得向外公布。

50. 为了打击情报合作方面缺乏问责的情况，应该增进国家监督机构之间的合作。在这一领域现有的一些举措，如半年一次的国际情报审查机构会议或欧盟成员国和候选国议会情报监督委员会特别会议，便是朝正确的方向迈出的第一

---

<sup>52</sup> 根据“需要知道”的原则，“只有在有工作需要时，才能让有关人员接触机密情报，而绝对不能‘仅仅因为某人占据某一职位，无论是多么高级的职位’，便允许接触这种机密情报”，北约安全委员会，《机密情报处理问题简要指南》(北约档案，1958 年 8 月 22 日，AC/35-WP/14, 布鲁塞尔)，引于 A. S. Roberts, “纠缠在一起的各种联盟：北约的安全政策和坚不可破的国家机密”，《康奈尔国际法杂志》，第 36 卷，第 2 (2003)期，第 337 页。

<sup>53</sup> 根据“情报来源管制”原则——也称为“第三方规则”，情报机构只能在以下情况下发送情报：即未经提供情报的实体事先同意不得透露情报，也不得透露情报来源。

<sup>54</sup> 《涉及欧洲委员会成员国的秘密拘留和非法转移拘留者：第二次报告，解释性备忘录，欧洲委员会会议法律事务和人权委员会，2007 年 6 月，第 11、39 和 105 段。

<sup>55</sup> 国家只须说明所需援助的“内容”(《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》，第 8 条，第 3 款)。这可以包括审讯、拘留和引渡。

<sup>56</sup> 同上，第 9 条。



步，但相隔时间太长，而且目前仅限于太少的几个国家。特别报告员赞成比利时第一常设委员会提出的建议，即设立一个(议会)情报机构审查机构常设分享知识平台，以便分享有关这一领域的立法、司法判例和一般事态发展的最佳做法，从而支持会员国审查机构专业化的进程。<sup>57</sup> 甚至可以将这一平台扩大到业务事项，从而使有关查询的合作和交流情报导致某种形式的“联合监督”。<sup>58</sup>

## 1. 联合行动

51. 特别报告员仍然深感不安的是，美国创造了一套全面的特别递解、长期和秘密拘留以及违反禁止酷刑和其他形式的虐待规定的做法。这套系统需要一个国际情报交流网，并创造了一套有误的情报，这种情报通过情报合作与反恐战争伙伴有系统地分享，从而影响了接受国的法律和机构系统的体制文化。

52. 虽然这套系统是由美国设计和实行的，但也只有通过其他许多国家的合作才变为可能。有一致、可信的报告表明，至少在 2007 年 5 月之前，有一些国家以各种方式便利了特别递解活动。波斯尼亚和黑塞哥维那、加拿大、克罗地亚、格鲁吉亚、印度尼西亚、肯尼亚、前南斯拉夫的马其顿共和国、巴基斯坦和大不列颠及北爱尔兰联合王国等国或是提供情报，或是对某一个人进行初步拿获，然后将其转移到阿富汗、埃及、埃塞俄比亚、约旦、巴基斯坦、摩洛哥、沙特阿拉伯、也门、叙利亚、泰国、乌兹别克斯坦境内的(大多数秘密不宣的)拘留中心或中央情报局的某个秘密拘留中心(通常称为“黑点”)。在许多情况下，接收国据报对这些被拘留人员进行了酷刑和其他形式的虐待。

53. 特别报告员提醒各国，如果它们在知情的情况下从事、援助或协助开展国际不法行为，包括侵犯人权，它们须对此负责。<sup>59</sup> 因此，各国严重侵犯人权的行，如酷刑、强迫失踪或任意拘留，应使各国、包括其情报机构与已知侵犯人

---

<sup>57</sup> 这种合作的另一种模式是欧洲国家警察监督机构的定期会议。

<sup>58</sup> H. Borm, “国际情报合作：需要联网负责制”，民主管制武装力量中心，2007 年。

<sup>59</sup> 大会第 56/83 号决议附件，国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款草案，第 4 和 16 条。又见《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 66 页，“在这种情况下，协助国只有在自己的行为造成或促成了国际不法行为时才需负责。”第 16 条反映了习惯国际法的一项规则。见国际法院，《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黑山案》)，2007 年 2 月 26 日的判决书，第 420 段。

权的国家的合作政策受到严重限制。禁止酷刑是国际法的一项绝对的强制性规范。<sup>60</sup> 各国不得援助或协助开展酷刑行为，或承认这种做法为合法，包括利用以酷刑方式取得的情报。<sup>61</sup> 各国必须采用保障措施，防止情报机构利用这种情报。<sup>62</sup>

## 2. 参与审讯

54. 特别报告员感到关切的是，外国特工人员参与了对违反国际人权标准关押人员的审讯工作。一些国家的政府对情报人员与执法人员所作的区别用处不大，因为通过派遣审讯人员<sup>63</sup> 或积极参与审讯<sup>64</sup>，或者即使在与人权遭到侵犯的地方被关押的人谈话时仅仅有情报人员在场<sup>65</sup>，都可以被合理地理解为默许这种

---

<sup>60</sup> 防止和惩治酷刑的义务是应向各国承担的一项普遍义务。见前南斯拉夫国际刑事法庭，《检察官诉 Furundzija 案》(案号 IT-95-17/1-T 1988)；《巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案》(比利时诉西班牙)，1970 年国际法院的报告。

<sup>61</sup> 大会第 56/83 号决议附件，国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款草案，第 40-41 条。

<sup>62</sup> 如 Neuberger 大法官所称，“(… …)即使是采用酷刑的成果，民主国家对恐怖分子也就没有那么理直气壮了，因为采用了他们的手法之后，便丧失了一个开放的民主社会所占据的道德至高点。” Neuberger 大法官在《A 和 Ors 诉英国内务部长案》中的反对意见，[2004] EWCA Civ 1123 (2004 年 8 月 11 日)，第 497 段。

<sup>63</sup> 有证据表明，澳大利亚、英国和美国情报人员自己就与被巴基斯坦人单独关押在所谓的安全场所并受到酷刑的被拘押者谈过话。许多国家(巴林、加拿大、中国、法国、德国、意大利、约旦、利比亚、摩洛哥、巴基斯坦、沙特阿拉伯、西班牙、塔吉克斯坦、突尼斯、土耳其、联合王国、乌兹别克斯坦)都向关塔那摩湾派遣过审讯人员(见宪法权利中心，“在关塔那摩湾的外国审讯人员”，登于 [http://ccrjustice.org/files/Foreign%20Interrogators%20in%20Guantanamo%20Bay\\_.pdf](http://ccrjustice.org/files/Foreign%20Interrogators%20in%20Guantanamo%20Bay_.pdf))。

<sup>64</sup> 在 Muhammad Zammar 和 Abdullah Almalki 两个案件中，德国和加拿大情报机构向叙利亚军事情报局提供了问题。后来两名被拘押者均在叙利亚关押期间受到了酷刑。见大赦国际，《美利坚合众国：在雷达之下——通往酷刑和“失踪”的秘密航班》，2006 年 4 月 5 日，第 18-19 段；《对加拿大官员对 Abdullah Almalki、Ahmed Abou-Elmaati 和 Muayyed Nureddin 采取的行动的调查》，2008 年，第 411 页。

<sup>65</sup> 例如，联合王国情报人员在阿富汗、关塔那摩湾和伊拉克就进行或目睹过 2000 多次谈话。《联合王国情报人员在阿富汗、关塔那摩湾和伊拉克处理被关押者的情况》，2005 年，第 110 段。

做法。<sup>66</sup> 外国官员不断参与和接触在某些情况下构成了某种形式的鼓励或甚至支持。<sup>67</sup> 特别报告员认为，即使是更加被动和远距离的创造对以国际非法形式取得的情报的需求的形式，接受国也须负责。因此，特别报告员认为，各国主动或被动参与对另一国关押人员的审讯，如果该国被关押者面临酷刑<sup>68</sup> 或其他被禁的待遇、包括任意拘留的真实威胁，便构成国际不法行为。<sup>69</sup>

### 3. 为实际使用目的发送和接收情报

55. 特别报告员强调指出，不仅是积极参与对遭受酷刑者的审讯将构成违反人权法，而且利用胁迫环境也构成违反人权法。至少国家如果知道或应该知道它们获取的情报是以酷刑或其他不人道待遇或任意拘留的方式取得的，它们或是在制造对这种情报的需求，或是将其实际使用提高到政策层面，因此均为参与上述侵犯人权行为。<sup>70</sup> 特别报告员认为，依靠另一国家以酷刑方式取得的情报，即使取得的情报仅用于实用，不可避免地意味着“承认”这种做法的“合法性”，因此可以引发适用国家责任的原则。<sup>71</sup> 为此，获取以酷刑或其他非人道和有辱人格的待遇的方式取得的情报的国家便是参与国际不法行为。这种参与也不符合各国铲除酷刑的普遍义务。

56. 各国还声称，实际上难以评价情报是在何种情况下收集的：分享的情报往往不是原始材料，而是提炼后的产品。特别报告员认为，这样做是一种权宜之

---

<sup>66</sup> 见上面脚注 61。

<sup>67</sup> 如果象据称在巴基斯坦发生的情况那样，被关押者是应外国特勤人员的要求并在他们批准后被关押的，那就更是这样。同样，对 Arar 案的调查认为，派遣一队调查人员与叙利亚情报部门谈话这种做法是很有问题的。

<sup>68</sup> 类似的情况见前南斯拉夫国际刑事法庭《对 Furundzija 上诉案的判决书》(2000 年 7 月 21 日)，第 115-120 段，以及大会第 56/83 号决议附件，国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款草案，第 40-41 条。

<sup>69</sup> 又见《保护受任何形式的拘押或监禁的所有人的一套原则》，原则 21，第 1 段。

<sup>70</sup> 又见恐怖主义、反恐和人权问题知名法学家小组的调查结果，即将提出的报告第四章，第 3.2 部分。

<sup>71</sup> 大会第 56/83 号决议附件，国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款草案，第 40-41 条。

计，但保持这种做法的另一个目的是给情报机构以否认使用以违反国际法的方式取得的情报的责任的可能性。

57. 特别报告员同样感到关切的是，在不附加适当的保障措施，限制接受国其他政府部门、如有权逮捕和拘留人的执法和移民机构进一步传播这种情报的情况下，向外国情报机构提供情报。例如，Arar 一案中，美国与加拿大的情报分享是以纯属口头的“自由流动”协议为基础的：情报应在实时在各有关机构间直接交流。<sup>72</sup> 在这项协议中，加拿大皇家骑警队放弃了国家安全调查一般应遵守的隐私政策，造成了不准确和误导性情报的分享，也造成了超过普通范围情报分享。正是这一情报导致了美国移民和归化局认为，Arar 是基地组织的一名成员，此后将他遣返到叙利亚，随后他在那里遭到了酷刑。

### C. 事后责任和获得有效补救的权利

58. 事前控制和监督机制在防止和发现情报机构在反恐中侵犯人权非常重要。然而，同样重要的是，国家有责任创造一种框架，以便在收到申诉之后，能够对情报机构的侵犯人权行为开展独立的调查，以首先确定事实，其次让情报机构及其主管人员对其行动负责。特别报告员在这方面感到关切的是，通过了一些赔偿/有罪不罚条款，造成了对情报机关有罪不罚的现象。<sup>73</sup> 这种赔偿条款可以阻止人们切实诉诸法院，从而侵犯了取得有效补救的人权。

### 滥用国家保密条款

59. 特别报告员承认，国家可限制向大众发布对保护国家安全重要的具体情报，如有关情报人员的信息来源、身份和所用方法的情报，但他还是感到忧虑的是，德国、意大利、波兰、罗马尼亚、前南斯拉夫的马其顿共和国、联合王国和美

---

<sup>72</sup> 见调查加拿大官员针对 Maher Arar 采取的行动的调查委员会，《与 Maher Arar 有关的事件报告，背景情况》，第 1 卷，第 38 页；F. Bignami，“争取在跨国情报网中保护隐私权”，《密歇根国际法杂志》，第 28 卷，第 3(2007)期，第 675-676 段。

<sup>73</sup> 例如，见阿尔及利亚 2006 年 2 月 27 日 06-01 号法令第 45 和 46 条(执行《和平与和解宪章》)允许安全部队成员有罪不罚，甚至规定对批评国家特勤人员者可判数年徒刑。

国等国日益利用国家保密条款和公共利益豁免等规定，来掩盖非法行为，使之不受监督机构或司法当局的注意，或逃避批评、尴尬局面以及最重要的是赔偿责任。

60. 各国的人权义务，特别是确保有效补救的义务，要求这种法律规定不能导致先见撤销调查，或防止公布错失行为，尤其是在有关于国际犯罪或严重侵犯人权的报道时。<sup>74</sup> 对整套政策，如美国的秘密拘留、审讯和递解方案<sup>75</sup> 或第三方情报(根据“情报来源管制”政策)(见上文第 48 段)一概援引国家保密特权便无法开展有效的调查，而且使取得补救的权利成为泡影。这不符合《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条，也相当于国家违反向处理严重侵犯人权和严重违反国际人道主义法行为的调查提供司法协助的义务。<sup>76</sup>

61. 特别报告员认为，为了能够开展切实有效的调查，必须有强有力的保护举报情报人员和其他告密者的机制，才能打破非法的保密圈子。有关情报机构严重侵犯人权的可靠实况资料最可能来自该机构本身。在这种情况下，要求公布的公共利益超过了要求不公布的公共利益。首先应保护这种举报人在公布未经许可情报时不受法律报复和惩戒行动。其次，独立的监督机制必须能够给举报人和其他告密者以必要的保护，这种保护可以前南斯拉夫国际刑事法庭、卢旺达国际刑事法庭、塞拉利昂特别法院和国际刑事法院的证人保护方案为样板。

62. 特别报告员强调指出，许多作调查报道的记者和非政府组织在全世界揭露情报机构侵犯人权行为方面作出了重要的工作。经常不是通过正式机制、而是通过这些方面的揭露来追查责任的。为了让新闻界能够作为一种外部的非官方监督机制履行它们的重大职责，务必要有强有力的新闻自由法和保护记者资料来源

---

<sup>74</sup> 例如，见美洲人权法院，《Myrna Mack-Chang 诉危地马拉案》，判决书，2003 年 11 月 25 日，第 180 段；欧洲人权法院，《Imakayeva 诉俄罗斯案》，判决书，2006 年 11 月 9 日。

<sup>75</sup> 在《El-Masri 诉 Tenet 案》中，政府提出了中央情报局局长 Porter J. Goss 的声明，他声称，递解受害者 El-Masri 声称的指控会迫使中央情报局承认或否认存在中央情报局的地下活动，因此，以国家机密特权为由驳回诉讼是唯一合适的结果。(《提出国家机密特权的正式要求和请求加速审理》，2006 年 3 月 8 日，美国维克尼亚东部地区地区法院，案号 1: 05-cv-1417-TSE-TRJ)。又见代理司法部长 James B. Comey 和美国本土安全局局长 Tom Ridge 2005 年 1 月 18 日在《Arar 诉 Ashcroft 案》(编号 04-CV-249-DGT-VVP)中的声明

<sup>76</sup> 见大会第 60/147 号决议通过的《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》原则 12。



保密的法律。<sup>77</sup> 各国必须限制因违反保密条款而对官员的起诉，<sup>78</sup> 采用强制性的公共利益测试，迫使法院在公布国家秘密时考虑公共利益价值。

63. 在所有案件中，当有严重侵犯人权行为时，法官必须是评估国家的保密理由是否属实的最终裁判。他们的裁决可以允许向公众或向正在遭到法律起诉的恐怖主义嫌犯及其律师公布受争议的情报。为了测试保密理由是否成立，司法机关应能够取得政府寻求保护的证据，而不仅仅是政府提供的摘要或声明。如果有理由排除确实可以被认为是国家机密的材料，则法院应考虑采取相应的措施，不在公共审讯时提供这种情报，例如仅限于让嫌犯律师(必要时经过安全保密检查)取得这一情报。只有在绝对必要的情况下，法官才能决定是否对公布证据来源(情报来源和所用方法)与情报内容加以区别，对这种区别应该能够提出异议。

### 三、结论与建议

#### A. 结论

64. 由于情报机构开展严重干涉个人权利的措施的权力加大了，而且情报在法律和行政行动中发挥越来越大的作用，因此，必须有适当的问责机制用来防止侵犯人权行为。根据国际人道主义法，国家有义务对据称侵犯生命权、免受酷刑和其他非人道待遇、强迫失踪或任意拘留的自由的情况进行独立调查、应对这种行为负责者绳之以法，<sup>79</sup> 并在参与这种侵犯人权行为时提供赔偿。各国在其境内给另一国、包括情报机构以特权时仍保留这种保护人权的绝对义务。

---

<sup>77</sup> 例如，在比利时，2005年4月7日《保护新闻来源法》(2005年4月27日《比利时导报》)明文允许记者和媒体“对其来源保密”(第3条)。

<sup>78</sup> 在此参看2007年德国宪法法院的“Cicero”裁决，即不能因记者公布从告密者那里得到的机密情报而合法地指控其出卖国家机密。见 BVerfG, 2007年2月27日, 1 BvR 538/06, Absatz-Nr. (1-82), 登于 [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070227\\_1bvr053806](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070227_1bvr053806)。

<sup>79</sup> 《Aydin 诉土耳其案》(1997) 25 ECHR 251; 《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》; 人权事务委员会关于《公约》缔约国所承担的一般法律义务的性质第31(2004)号一般性评论, 第15和18段。

## B. 建 议

### 对立法议会的建议

65. 特别报告员建议，应通过尤其精确、与安全威胁相当、并提供切实保障不受滥用的法律规定，才能授权情报机构干涉隐私、家庭、住所或通讯的权利。各国应确保主管当局采用不象特别调查手法那样具有侵入性的调查方法，只要这种方法能够以适当效率查获、避免起诉恐怖主义罪行。决策当局或应该分成各种级别，侵犯隐私的程度越高，所需授权的级别也越高。此外，为了保障不任意采用特别调查手法和侵犯人权，情报机构使用特别调查手法必须受到适当的监督和审查。

66. 对于情报机构和安保机构储存和使用数据问题，应该有国内法的根据，其效果应该可以预见，而且必须为公众利益受到监督。法律还应规定有关情报可以保留多长时间、可以如何使用、以及谁可以取得这种情报的有效的监控办法，以确保在处理情报时遵守国际数据保护原则。应该有外部独立人员参与的审计进程，以确保这种规则得到遵守。

67. 特别报告员还建议通过立法，说明私营公司向政府机构提供数据时的权利、责任和赔偿义务。

68. 议会监督委员会、特设议会调查委员会、皇家委员会等应有广泛的调查权利，能够查阅行政部门和情报机构的档案和登记册并进入它们的场所和装置，以履行它们的国内监督职责。这种机构还应能够事先调查某一国内机构与某一国家或情报机构之间的关系，或与某一案件有关的与外国合作部门交换的所有情报。这些机构在开展调查之后应同时向行政部门提出一份机密报告，并向公众发布一份单独的报告。

69. 特别报告员支持反恐、恐怖主义和人权问题知名法学家小组的建议，即情报机构不应履行执法人员的职责。<sup>80</sup> 如果尽管有滥用权力的可能性，但还是给予情报机构以逮捕、拘留和审讯的权利，则特别报告员要求将其置于普通民事当局严格和有效的管制之下，并在充分尊重国际人权法的情况下开展活动。

---

<sup>80</sup> 恐怖主义、反恐和人权问题知名法学家小组 2009 年即将提出的报告，第四章，第 5 部分。

70. 情报合作必须受到法律(包括人权保障措施)和透明规章制度的明文管制, 根据严格的程序(记录适当的“纸面记录”)授权, 并由议会和专家机构进行管理和监督。

#### 对行政当局的建议

71. 行政部门应有法律规定的对情报机构的有效控制权, 并能适当了解它们的行动, 才能确实对它们行使管制。因此, 负责情报和安全部门的部长应有权核可具有政治敏感性的事项(如与其他国家的机构的合作)或影响基本人权的行为(如批准特别调查权利, 不论是否还需要法官作出外部批准)。

72. 特别报告员促请据称参与特殊递解、酷刑、失踪、秘密监禁或其他任何严重侵犯人权行为的国家的所有有关当局全面调查情报机构在其境内所犯的任何不法行为。各国必须确保这种非法行为的受害者得到康复和赔偿。各国还必须停止向另一国的特工人员移交任何人或便利这种移交, 除非移交是在司法监督之下、并按照国际标准进行的。

73. 特别报告员建议各国在其情报分享协议中列入一项条款, 要求任何一方对协议的适用须接受审查机构的检查, 并声明各方的审查机构有权相互合作, 以评估任何一方或双方履行协议的情况。<sup>81</sup>

#### 对情报机构的建议

74. 特别报告员建议只有在有书面告诫, 限制在接收国其他政府机构、如有权逮捕和拘留人的执法机构和移民机构进一步传阅这种情报时, 才可以与其他情报机构分享机密情报。在这方面, 特别报告员建议, 对个人的惩戒措施不应以外国情报为基础, 除非受害方可以切实质疑情报的可信性、准确性和可靠性, 而且有可信的理由认为, 情报是准确并可靠的。

75. 特别报告员促请会员国将以国家机密和国家安全概念为基础的对透明度的限制降低到最低水平。有关国家代表、包括情报人员侵犯人权的民事、刑事或

---

<sup>81</sup> 见 C. Forcese, 《合作的间接伤亡——跨国情报分享对公民权利和人权带来的后果》, 民主管制武装力量中心关于国际情报合作的责任问题讲习班的会议文件, 2008年10月17日。



政治责任的情报和证据不应被视为国家机密来保护。如果无法将这种案件与正当的国家机密区分开来，则必须采用适当的程序，在保护国家机密的同时，确保罪犯对其行为负责。

76. 特别报告员建议情报机构拟订内部和国际培训方案，开展在其活动中遵守人权方面的培训。这种培训应基于这样一种思想，即遵守人权是情报人员所必须遵守的职业要求，也是值得骄傲的。

77. 应明文规定一项条例，保障情报举报人能够得到适当的支持和安全。

#### 对人权理事会的建议

78. 特别报告员建议拟订和通过一项文书，如情报机构遵守人权情况和最佳做法导则。<sup>82</sup>

-- -- -- -- --

---

<sup>82</sup> 类似情况见大会第 34/169 号决议通过的《执法人员行为守则》。