



**UNODC**

联合国毒品和犯罪问题办公室



# 反恐怖主义刑事司法 对策手册

刑事司法手册系列



联合国毒品和犯罪问题办公室  
维也纳

# 反恐怖主义刑事司法 对策手册

刑事司法手册系列



联合国  
2009年，纽约

## 鸣谢

为审定《反恐怖主义刑事司法对策手册》，借鉴了 Yvon Dandurand（加拿大弗雷塞瓦利大学研究和工业联络处主任、刑法改革和刑事司法政策国际中心高级助理）根据咨询合同为联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）编写的案文。

2007年10月1日和2日，在毒品和犯罪问题办公室维也纳总部举行的专家组会议审查了案文草案。毒品和犯罪问题办公室谨对下列与会专家作出的宝贵贡献表示感谢：Christian Ahlund、Andrea Bianchi、Marvin Carvajal Perez、Anne Charbord、Michael De Feo、Helen Duffy、Anton du Plessis、Mark Ellis、John Grieve、Tiyanjana Maluwa、Joanne Mariner、Veronica Milinchuk、Vivienne O'Connor、Robin Palmer、Andrew Powell、Cathy Powell、Colette Rausch、Rachid Sadouk、Mark Shaw、Masamba Sita、Jayampathy Wickramaratne。

下列国家向毒品和犯罪问题办公室加强反恐法律机制全球项目提供了自愿捐款，本出版物是用这些国家提供的资金资助的：奥地利、比利时、加拿大、哥伦比亚、丹麦、法国、德国、希腊、意大利、日本、列支敦士登、摩纳哥、荷兰、新西兰、挪威、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国。

联合国出版物  
出售品编号：C.09.IV.2  
ISBN 978-92-1-730184-1

# 目录

## 第一部分 导言和法律背景

一. 导言 .....	3
二. 以法治为基础实施有效的反恐怖主义刑事司法对策的重要性 .....	5
三. 恐怖主义和国际法 .....	9
A. 反恐怖主义普遍法律制度 .....	10
B. 国际合作的重要性 .....	15
C. 国际人权法 .....	17
D. 国际难民法 .....	24
E. 国际人道主义法 .....	27
F. 恐怖主义与跨国有组织犯罪 .....	28

## 第二部分 行之有效的反恐刑事司法对策的关键组成部分

一. 导言 .....	33
二. 决策者和立法者的作用 .....	35
A. 在立法中纳入国际义务 .....	35
B. 刑事定罪 .....	36
C. 程序法 .....	40
三. 执法机关的作用 .....	49
A. 侦查办法 .....	50
B. 逮捕和拘留 .....	54
C. 审问和讯问嫌疑人 .....	57
D. 防止妨害司法的行为 .....	58
E. 证人保护措施和方案 .....	60
F. 收集金融信息 .....	61
G. 社区参与 .....	63
H. 国际执法合作 .....	63
I. 非常措施 .....	69
四. 检察官的作用 .....	73
A. 检察机关的独立性 .....	73
B. 检察官在维护法治上的作用 .....	74

C. 不引渡就起诉的义务 .....	75
D. 引渡 .....	75
E. 司法协助 .....	78
F. 加强全系统国际合作的能力 .....	81
五. 辩护律师的作用 .....	83
A. 两造平等原则 .....	84
B. 得到法律援助的权利 .....	85
C. 非常措施 .....	86
六. 司法机关的作用 .....	89
A. 司法机关的独立、公正和廉正 .....	90
B. 法庭的独立和廉正 .....	91
C. 法院的安全 .....	93
七. 与拘留有关的问题和挑战 .....	95
A. 判决前或调查过程中的拘留 .....	96
B. 拘留和羁押条件 .....	97
C. 残忍或不人道待遇或处罚 .....	97
D. 囚犯的保安与安全 .....	101
E. 被拘留人和囚犯的移送 .....	102
F. 防范性拘留 .....	103
G. 申诉程序 .....	104
八. 刑事司法系统在保护恐怖主义犯罪受害人权利方面的作用 .....	107
A. 国际法中的受害人 .....	108
B. “受害人”一词的定义 .....	109
C. 满足恐怖主义受害人的需要 .....	109
D. 改进刑事司法系统对待受害人的办法 .....	110

### **第三部分 刑事司法问责和监督机制**

一. 对执法的监督 .....	115
二. 对律师和检察官的监督 .....	119
三. 对司法机关的监督 .....	123
四. 对监狱的监督和检查 .....	125
结论 .....	126
附件. 有用的工具和资源 .....	127



# 第一部分 导言和法律背景





## 一. 导言

有效、侧重预防的反恐怖主义对策应当包括强有力的刑事司法内容：这一部分的内容应当以规范性法律框架为指导，依据法治核心原则、正当法律程序和对人权的尊重。凡是实施反恐怖主义普遍法律文书中所界定的恐怖主义行为的人都是罪犯，而刑事司法程序既然是确保实现公正和保护被告权利的最适当、最公平的机制，就应当通过刑事司法程序处置这些人。除了这一核心职能之外，针对恐怖主义的刑事司法对策还可提供有效的预防机制，包括针对资助恐怖主义分子和恐怖主义组织的行为采取干预行动，预先阻止实施袭击的图谋并禁止煽动恐怖主义。

为了针对恐怖主义采取有效的刑事司法对策，各国一定要有能够充分发挥作用的反恐怖主义法律制度和刑事司法系统，同时还要具备能够对付日趋复杂的刑事案件并卓有成效地参与国际刑事司法合作的相关能力。这要求各国为实现国家、分区域和区域各级的共同目标而作出坚定承诺。

全面的刑事司法对策的一个基本组成部分是普遍批准和执行反恐普遍法律文书（其实就是指有关的多边条约和补充协定）。在这方面，联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）提供的技术援助特别重要，因为它不仅支持会员国为批准和执行有关反恐文书作出的努力，而且还协助它们加强法治，使本国的执法人员和刑事司法人员能够有效、适当地运用这些法律。

毒品和犯罪问题办公室认识到必须以整体性的办法来对付错综复杂的恐怖主义问题，也就是说，除了采取刑事司法对策之外，还必须从预防角度出发，针对导致恐怖主义蔓延的社会、经济和政治状况制定一些文书和框架。不过，《反恐怖主义刑事司法对策手册》只侧重于刑事司法方面的对策，因此并不涉及这些问题。

《手册》旨在为执法人员和刑事司法人员提供通俗易懂的指南，协助其处理在对付恐怖主义犯罪及相关犯罪的工作中所遇到的一些关键问题。《手册》还有助于决策人员和政治领导人制定新的反恐法律、政策和做法或改进这些方面的法律、政策和做法。《手册》审查了刑事司法系统各个组成部分在对恐怖主义犯罪的被指称凶犯或已定罪凶犯进行预防、调查、起诉和拘留的过程中遇到的种种挑战。它所提供的指导是以国际标准和公认的良好做法为依据。

作为一种实用工具，《手册》可以用来在公认的刑事司法和法治原则和做法的范围内促进反恐怖主义普遍法律文书的执行，因为打击恐怖主义的斗争特别需要这样的

原则和做法。《手册》还可用来支持对一国刑事司法系统的能力进行审查,指导政策的制定或为培训举措提供支助。

《手册》构成了毒品和犯罪问题办公室已经制定的一整套技术援助工具的一部分。至于其他工具,特别是那些与批准和执行反恐怖主义普遍法律文书有关的工具,也可从毒品和犯罪问题办公室获取。这些工具包括最新的《反恐怖主义普遍法律制度的立法指南》;<sup>1</sup>《国际反恐怖主义文书立法并入和实施指南》、《预防恐怖主义行为:在执行联合国反恐文书过程中整合法治标准的刑事司法战略》以及关于国际恐怖主义的各种法律资源电子读物。

除此之外,毒品和犯罪问题办公室还有其他一些工具可用来协助加强法治和国家刑事司法系统,其中包括《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》以及《刑事司法评估工具包》,后者提出了一套标准化的对比参照工具,旨在协助从业人员进行刑事司法系统综合评估。《手册》附件列出了这些工具及其他一些工具,同时附有如何获取这些工具的说明。

《手册》分为三部分。第一部分全面阐述刑事司法系统在反恐斗争中的作用以及对此种作用进行规范的国际法律框架。第二部分逐一审查刑事司法系统的主要组成部分以及与反恐有关的各种问题和挑战。其中各章分别论述了决策人员、执法机构、检察官、辩方律师、司法机关和教养机构所面临的挑战,第二部分的结尾对保护受害人权利的必要性作了一般论述(这一部分适用于刑事司法系统的所有组成部分)。第三部分对所有这些部分的问责或监督机制作了说明。

---

<sup>1</sup> 联合国出版物,出售品编号:E.04.V.7。

## 二、以法治为基础实施有效的反恐怖主义 刑事司法对策的重要性

恐怖主义活动是一种随时变化的复杂现象。恐怖主义活动的动机、资金来源和支助机制、攻击方法以及目标选择都在不断变化，因此增加了打击恐怖主义的有效战略的复杂性。此外，在恐怖主义活动的跨国性质越来越明显的情况下，各国必须加强刑事司法合作，使那些实施或企图实施恐怖主义犯罪的人无藏身之地。恐怖主义已经变成了一种实实在在的全球威胁，必须以侧重预防的全球对策应对这种威胁。这种对策应当包括各种短期和长期举措，既要处理导致恐怖主义蔓延的深层原因，又要发展各国预防和打击恐怖主义的能力。

反恐活动依托一种尊重法治原则和人权的高效刑事司法程序，就能够以和平、负责任、正当的方式对付恐怖主义。这种应对恐怖主义的刑事司法对策能够帮助避免暴力升级，防止武力的使用超出正当法律程序所提供的保护范围和程序保障范围。即使是在遭受恐怖主义威胁的情况下，采用这样的对策，仍可加强整个社会对维护法治和尊重人权的决心。

刑事司法系统在反恐方面的作用具有挑战性。的确，反恐战略的基本目标必须是防止恐怖主义事件的发生。然而，现实情况是，许多刑事司法系统目前更善于事后应对和惩治犯罪，而不是首先防止其发生。一旦到了防止恐怖主义阴谋得逞的问题上，现有的刑事司法手段通常就显得力不从心。如果要对恐怖主义暴力犯罪采取前瞻性的预防为主的刑事司法战略，就必须在实体犯罪、调查权和方法、取证规则以及国际合作方面建立起一整套体系。这里的目标是通过把实体机制和程序机制积极地结合起来，减少恐怖主义暴力活动的发生和严重程度，但一切都必须在刑事司法系统的严格限制和保护范围内以及法治范围内进行。

各国刑事司法系统应对这些挑战采取了不同的方法，这取决于它们的法律传统、发展水平、体制结构相对完善程度以及具体国情。在有些情况下，一旦发现急需应对某一具体威胁，国家就会临时出台新的措施，结果是使本国刑法和正当法律程序走到极限。另外，许多国家的刑事司法系统都不得不把大量的精力用于加强本国预防恐怖主义措施的效力，特别是加强其在国际范围与各种反恐举措开展合作的能力。这样一来，给许多刑事司法系统本来已经有限的的能力增加了额外压力，有可能削弱或破坏它们在基本法治和人权原则的范围内发挥作用的能力。

联合国对会员国的援助请求作出了反应，帮助它们加强对付恐怖主义的刑事司法能力。毒品和犯罪问题办公室是提供这方面技术援助的联合国主要机构之一。除了有预防恐怖主义处提供专门服务加强国际反恐怖主义法律制度之外，毒品和犯罪问题办公室还可利用其在预防犯罪、刑事司法和法治问题上的专门技术能力，在推动和促进刑事事项国际合作方面的丰富经验，在协助各国建立加强国家刑事司法系统能力方面的专长和经验、行动能力和外地机构，以及药物管制、跨国有组织犯罪、洗钱和反腐败等领域的方案协同作用。

## 法治和人权

2003年3月6日，时任秘书长的科菲·安南在对安全理事会反恐怖主义委员会的致辞中，强调必须“以维护法治的不可动摇的决心制定一项行动方案”，并进一步指出，“既然恐怖主义是处心积虑地使用暴力违犯法律，我们针对恐怖主义采取的对策应当是着眼于保证法治”。

秘书长向安全理事会提交的关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告重申，“法治”是联合国使命的核心概念：“这个概念指的是这样一个治理原则：所有人、机构和实体，无论属于公共部门还是私营部门，包括国家本身，都对公开发布、平等实施和独立裁断并与国际人权规范和标准保持一致的法律负责。”<sup>2</sup>

恐怖主义既威胁法治，也威胁到公民和整个社会的基本自由。与此同时，反恐对策不得当，也会破坏重要的法治和人权原则。大会<sup>3</sup>和人权委员会<sup>4</sup>过去几年当中以协商一致的方式通过的各项决议重申了最低限度要求：反恐措施必须遵守国际法，包括国际人权法、难民法和人道主义法。这些决议还传达了一个强有力的信息，即在打击恐怖主义的同时尊重人权，不仅是一个法律义务问题，更是任何反恐战略最终取得成功的关键。<sup>5</sup>在第1456(2003)号决议中，安全理事会重申了同样的基本原则：“国家必须确保为打击恐怖主义采取的任何措施遵守国际法对其规定的义务，并且应当依照国际法，特别是人权、难民和人道主义方面的国际法采取此种措施。”<sup>6</sup>安全理事会在第1624(2005)号决议第4段中重申了这一义务。

<sup>2</sup> S/2004/616，第6段。

<sup>3</sup> 大会第59/191号决议。另见大会第60/158号决议。

<sup>4</sup> 人权委员会第2004/87号决议。

<sup>5</sup> Edward J. Flynn, “Counter-terrorism and human rights: the view from the United Nations”, *European Human Rights Law Review*, 第1期, 2005年, 第30页。

<sup>6</sup> 另见安全理事会第1566(2004)号决议。

“凡是有绝望、屈辱、贫穷、政治压迫、极端主义和侵犯人权现象存在的地方，恐怖主义就会盛行；在区域冲突和外国占领的局势下，恐怖主义也会盛行；凡是国家能力虚弱，不能维持法律和秩序的地方，恐怖主义便会乘虚而入。”

《威胁、挑战和改革问题高级别小组报告》  
(A/59/565 和 Corr.1, 第 145 段)。

其他国际组织和区域组织也正式申明尊重法治和人权对预防恐怖主义至关重要。例如，《美洲国家反恐怖主义公约》<sup>7</sup> 第 15 条规定，缔约国根据本公约采取措施，应当完全尊重法治、人权和基本自由。1999 年《非洲组织防止和打击恐怖主义公约》<sup>8</sup> 第 22 条规定，公约所阐明的反恐措施的执行必须与国际法基本原则，特别是国际人道主义法原则以及《非洲人权和人民权利宪章》<sup>9</sup> 保持一致。最后，《欧洲委员会人权和打击恐怖主义准则》<sup>10</sup> 强调必须防止和禁止任意妄为，确保所有反恐措施的合法性。《准则》重申，各国为打击恐怖主义而采取的所有措施必须尊重人权和法治原则，同时排除任何形式的任意妄为以及任何歧视性或种族主义的对待办法，而且必须置于适当的监督之下。

2006 年《联合国全球反恐战略》<sup>11</sup> 也强调人权与安全之间存在着密不可分的关系，并重申联合国系统对通过促进法治、尊重人权和有效的刑事司法系统加强国际法律体系所发挥的重要作用，这三者构成了反恐共同斗争的根本基础。《战略》纳入了一些重要的措施，确保作为反恐斗争的根本基础尊重所有人的人权和法治。该《战略》的行动计划包括决心：

尽一切努力发展和维持基于法治的有效的国家刑事司法制度，以便能够遵照我们依照国际法承担的义务，在适当尊重人权和基本自由的情况下，确保根据不引渡即起诉原则，将任何参与资助、策划、筹备、实施或支持恐怖主义行为的人绳之以法，并确保国内的法律法规将这类恐怖主义行为定为严重刑事罪行。<sup>12</sup>

在该《战略》的行动计划中，大会认识到各国可能需要为发展和保持以法治为基础的有效刑事司法系统而得到援助，鼓励各国寻求主要由毒品和犯罪问题办公室提供的技术援助。所提供的援助必须符合 2008 年 4 月关于联合国法治援助办法的联合国指导意见说明，该说明适用于包括危机、危机后、冲突预防、冲突后和发展环境在内

<sup>7</sup> A/56/1002-S/2002/745, 附件。

<sup>8</sup> 联合国,《条约汇编》,第 2219 卷,第 39464 号。

<sup>9</sup> 同上,第 1520 卷,第 26363 号。

<sup>10</sup> 部长委员会 2002 年 7 月 11 日在第 804 次副部长会议上通过的《欧洲委员会人权和打击恐怖主义准则》。

<sup>11</sup> 大会第 60/288 号决议。

<sup>12</sup> 大会第 60/288 号决议,附件,第四节,第 4 段。

的所有情形下的联合国法治活动和方案。概括起来说，联合国的法治援助必须履行以下义务：

- 以国际规范和标准为依据；
- 考虑到特定国家的政治情况；
- 以独特的国情为依据；
- 促进人权和性别公正；
- 确保国家自主权；
- 支持国家的改革力量；
- 确保全面、一致的战略办法；
- 开展有效协调并建立有效的合作伙伴关系。

### 三． 恐怖主义和国际法

尽管安全理事会将国际恐怖主义行为视作国际和平与安全的威胁，但这种行为的绝大部分并不属于种族灭绝、战争罪和反人类罪这样一些“核心国际”犯罪类别。因此，并没有对这些犯罪行使管辖权的国际刑事法院或法庭。<sup>13</sup>（反恐普遍文书中所界定的）恐怖主义犯罪属于涉及国际问题的国内刑法范畴。因此，将恐怖主义罪犯绳之以法，是各国刑事司法系统的责任。如果没有履行这一职责的充分的国内能力，国际反恐斗争几乎肯定是要失败的。

因此，从根本上来说，反恐怖主义刑事司法对策是由国内法决定的，但其本身又必须符合国际法的各个不同方面。国际法的若干组成部分与反恐怖主义刑事司法对策直接相关。除了由于批准反恐普遍法律文书而产生的条约义务以及安全理事会关于反恐怖主义有关决议规定的若干具有法律约束力的义务之外，根据国际法的其他部分，包括人权、人道主义、难民和习惯法方面的国际法，各国也赋有一些法律义务。这些法律制度是补充性的法律体系，其目标是共同的，即保护人的生命、健康和尊严。国际人道主义法只在武装冲突时期适用，而人权法任何时候都适用：包括平时期和武装冲突时期。各种国际法庭和国内法院都明确承认须同时适用这两种法律体系。<sup>14</sup>目前正在编拟的毒品和犯罪问题办公室出版物将提供关于国际法，包括国际刑法、国际人道主义法、国际难民法和国际人权法各个有关方面更详细的资料，该出版物将根据经常就反恐怖主义所涉及的国际法的各个方面提出的问题编拟。

所有从业人员都有责任确保刑事司法程序符合国内法和适用的国际法。合规监测并采取行动纠正不合规的做法，一般属于法律和司法机构（分别包括辩护和检控机构）和各种机构性监督机制的职责范围。公民社会和公共媒体也必须在这方面保持警惕，负起责任。

---

<sup>13</sup> 1998 年根据《罗马条约》设立的国际刑事法院被赋予对于种族灭绝罪、反人类罪、战争罪和侵略罪的管辖权。在最终导致设立该法院的谈判期间，没有接受对于恐怖主义行为的管辖权。

<sup>14</sup> Emanuela-Chiara Gillard，红十字国际委员会法律顾问，在 2005 年 4 月 21 日至 23 日于斯德哥尔摩召开的难民法法官国际协会世界大会上的发言。

## A. 反恐怖主义普遍法律制度

众所周知，虽然大会和安全理事会几次作出尝试，但国际社会仍然无法就恐怖主义的普遍定义达成一致。最引人注目的一次尝试，是1994年大会在《消灭国际恐怖主义措施宣言》中宣布，任何为了政治目的而企图或蓄意在一般公众、某一群人或某些人当中引起恐怖状态的犯罪行为，不论引用何种政治、哲学、意识形态、种族、人种、宗教或任何其他性质的考虑作为借口，在任何情况下都是不可辩护的。<sup>15</sup> 2004年，安全理事会在第1566(2004)号决议中确定了定义的若干要素，提到这是“以在公众或某一群体或某些个人中引起恐慌、恐吓人民或迫使政府或国际组织采取或不采取行动为宗旨，意图造成死亡或严重身体伤害、或劫持人质的犯罪行为，包括针对平民的此种行为”。<sup>16</sup>

目前，会员国正在就一项关于国际恐怖主义的全面公约草案进行谈判。这项公约将补充现有的反恐怖主义普遍文书框架，并将依据这一制度目前已经采用的各项关键指导原则。这些原则包括：务必对恐怖主义行为进行刑事定罪，以便能够依法对其进行惩治并要求起诉或引渡罪犯；必须废除一切出于政治、哲学、意识形态、种族、人种、宗教或类似理由而对此种刑事定罪规定例外情形的法规；强烈呼吁各会员国采取行动预防恐怖主义行为；强调会员国必须在预防、调查和起诉恐怖主义行为方面开展合作，交换信息并相互提供最大程度的协助。

不过，对于从业人员来说，缺乏一项关于恐怖主义的广泛定义并不构成法律上的挑战。自1963年以来，国际社会已经拟定了一整套预防恐怖主义行为的普遍法律文书。它们包括十几项公约和议定书，涉及几乎每一种可以想象得到的恐怖主义行为。这些法律文书（截至2008年共16份）和安全理事会关于恐怖主义的几项有关决议（最主要的有第1267(1999)号、第1373(2001)号和第1540(2004)号决议，见下文）合在一起，统称反恐怖主义普遍法律制度。

这些普遍法律文书是在联合国及其专门机构，特别是国际民用航空组织、国际海事组织或国际原子能机构的主持下制定的，它们开放供所有会员国加入。这些文书的共同依据是，谴责国际恐怖主义是对国际安全和世界和平的威胁。最近几项文书于2005年通过，所采用的形式是对前13项文书中的三项文书作了实质性修改，其中包括对《核材料实物保护公约》的修正<sup>17</sup>以及对《制止危及海上航行安全非法

<sup>15</sup> 大会第49/60号决议，附件。

<sup>16</sup> 安全理事会第1566(2004)号决议，第3段。

<sup>17</sup> 审议并通过对《核材料实物保护公约》拟议修正的会议于2005年7月8日通过。



行为公约》2005年议定书<sup>18</sup>和对《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》2005年议定书<sup>19</sup>所作的修正。

这16项文书涉及下列非法恐怖主义行为：

- 劫持航空器行为；
- 航空破坏行为；
- 机场暴力行为；
- 危及海上航行安全行为；
- 危及大陆架固定平台安全行为；
- 侵害受国际保护人员的犯罪（如绑架外交官）；
- 非法获取和拥有核材料行为；
- 劫持人质行为；
- 恐怖主义爆炸行为；
- 为实施恐怖主义行为和为恐怖主义组织提供资助行为；
- 个人和集团的核恐怖主义。

这些文书特别为缔约国规定了以下义务：采取实质性刑法措施和刑事诉讼法措施对付各种恐怖主义行为，采取行政措施对付资助恐怖主义行为。这些文书的目标是确保刑事司法从业人员能够利用有效的机制，合法地预防、惩治恐怖主义行为。这些措施着眼于对恐怖主义产生预防作用和劝戒作用。

这些国际文书的劝戒作用在一定程度上依赖于设法协调各国的刑事法律并加强执法和刑事司法合作。所有国家对恐怖主义行为进行有效的刑事定罪，是为了使恐怖主义凶犯无藏身之地，促进参与反恐斗争的国家机构之间的国际合作。

在有些情况下，普遍文书明确要求遵守人权法的各个方面。例如，《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》<sup>20</sup>就载有几条这样的要求，其中还有一个条款（第21条）明确规定，该公约不影响各国在国际法下的其他权利、义务和责任。

普遍文书没有将恐怖主义犯罪界定为国际法所指的犯罪。普遍文书只是为缔约国规定了一种义务，要求它们根据其国内法对有关罪行进行刑事定罪，按规定的条件对罪犯行使管辖权，并对建立国际合作机制，使缔约国能够起诉或引渡被指控的罪犯作了规定。

<sup>18</sup> 关于修订制止非法行为条约外交会议于2005年10月14日通过(LEG/CONF.15/21)。

<sup>19</sup> 关于修订制止非法行为条约外交会议于2005年10月14日通过(LEG/CONF.15/22)。

<sup>20</sup> 联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38349号。

## 反恐怖主义普遍文书概览

### 1963 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》

- 适用于影响飞行安全的行为。
- 授权机长在其有理由认为某人在航空器上已实施或行将实施此种行为时可对此人采取合理的措施，包括必要的管束措施，以保证航空器的安全。
- 要求缔约国拘留罪犯并恢复合法机长对航空器的控制。

### 1970 《关于制止非法劫持航空器的公约》

- 规定凡在飞行中的航空器内实施下述行为的人即为犯罪：“用暴力或暴力威胁，或用任何其他恐吓方式，非法劫持或控制该航空器”或企图实施此种行为。
- 要求公约缔约国对劫持行为给予“严厉惩罚”。
- 要求拘留罪犯的缔约国引渡罪犯或将案件提交诉讼。
- 要求缔约国在根据该公约提起的刑事诉讼中相互给予协助。

### 1971 《关于制止危及民用航空安全的非法行为的公约》

- 任何人实施下述行为即为犯罪：对飞行中的航空器内的人实施暴力行为，该行为可能危及该航空器的安全；在航空器内放置爆炸装置；企图实施此种行为；或者是实施或企图实施此种行为的人的共犯。
- 要求公约缔约国对此种罪行给予“严厉处罚”。
- 要求拘留罪犯的缔约国引渡罪犯或将案件提交诉讼。

### 1973 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》

- 界定“受国际保护人员”为国家元首、外交部长、一国或一国际组织应受外国特殊保护的代表或官员及其家属。
- 要求缔约国对下列行为进行刑事定罪并“根据其严重程度给予适当惩罚”：故意谋杀、绑架应受国际保护人员或对其人身或自由进行其他攻击，暴力攻击此种人员的公用馆舍、私人寓所或交通工具；威胁进行或企图进行此种攻击；“作为共犯参与这类攻击”的行为。

### 1979 《反对劫持人质国际公约》

- 规定“任何人如劫持或扣押并以杀死、伤害或继续扣押另一个人为威胁，以强迫第三方，即某个国家、某个国际间组织、某个自然人或法人或某一群人，作或不作某种行为，作为释放人质的明示或暗示条件，即犯本公约意义范围内的劫持人质罪行”。

#### 1980 《核材料实物保护公约》

- 对非法拥有、使用、转移或偷盗核材料并威胁使用核材料以造成死亡、重伤或重大财产损失的行为进行刑事定罪。
- 对《核材料实物保护公约》的修正增加了下述规定：

以具有法律约束力的方式规定，缔约国应对国内使用、储存和运输中的用于和平目的核设施和核材料进行保护；

规定在各国之间扩大合作，迅速采取措施查出并追回被盗取或被偷运的核材料，减轻任何放射性危害或破坏作用，并预防、打击相关犯罪。

#### 1988 补充《关于制止危及民用航空安全的非法行为的公约》的《制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》

- 扩大了《关于制止危及民用航空安全的非法行为的公约》的规定，把在为国际民用航空服务的机场上的恐怖主义行为包括在内。

#### 1988 《制止危及海上航行安全非法行为公约》

- 建立了针对危及国际海上航行安全的行为的法律制度，类似于为国际航空建立的制度。
- 规定任何人非法并故意从事下列活动即构成犯罪：以武力或武力威胁或恐吓方式夺取或控制船舶；对船上人员施用暴力，而该行为有可能危及船舶航行安全；在船舶上放置破坏装置或破坏物质；实施危及船舶安全的其他行为。
- 《制止危及海上航行安全非法行为公约》的 2005 年议定书规定以下行为构成犯罪：利用船舶实施恐怖主义行为；明知所运输的各种材料将用于造成死亡、重伤或损害而故意为之；在船上运送犯有恐怖主义行为的人员。

#### 1988 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》

- 建立了针对危及大陆架固定平台安全的行为的法律制度，类似于为国际航空建立的制度。
- 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》的 2005 年议定书根据大陆架固定平台的情况采纳了对《制止危及海上航行安全非法行为公约》作出的调整。

#### 1991 《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》

- 旨在控制和限制使用未添加识别剂和无法侦测的可塑炸药（1988 年发生 103 号泛美航班爆炸事件之后谈判拟定）。
- 缔约国有义务确保在其各自领土上有效管制“未添加识别剂的可塑炸药”。

#### 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》

- 建立了针对下述行为的扩大管辖权制度：非法和故意在所界定的各种公用场所内外或针对此种公用场所使用炸药和其他致死装置，目的是致人死亡或重伤，或故意造成公用场所的巨大毁损。

**1999 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》**

- 要求缔约国采取措施，预防、对付直接和间接资助恐怖主义的行为。
- 要求各国追究那些为恐怖主义提供资助的人的刑事、民事或行政责任。
- 规定必须查明、冻结并扣押用于恐怖主义活动的资金，并在个案基础上与其他国家分享被没收的资金。银行保密原则不再是拒绝给予合作的充足理由。

**2005 《制止核恐怖主义行为国际公约》**

- 涉及各种行为和包括核电厂和核反应堆在内的各种可能目标。
- 涉及威胁和企图实施此种犯罪或作为共犯参与此种犯罪。
- 规定必须将罪犯引渡或对其起诉。
- 鼓励各国在预防恐怖主义袭击方面开展合作，包括分享信息并在刑事调查和引渡程序方面相互给予协助。
- 涉及危机情形的处理（协助各国处理危机）和危机后情形的处理（在国际原子能机构的协助下使核材料无害）。

全球反恐法律制度的另一个核心部分是一系列有关恐怖主义的安全理事会决议，其中许多决议是根据《联合国宪章》第七章通过的，该章授权安全理事会通过对联合国所有会员国具有法律约束力的决议。

在这些决议中，最重要的决议是 2001 年 9 月 11 日在美利坚合众国发生恐怖主义袭击之后立即通过的第 1373 (2001) 号决议，该决议对所有国家提出了广泛的反恐怖主义的法律义务。该决议具有约束力的规定要求每个国家冻结实施或企图实施恐怖主义行为的个人及其支持者的金融资产，禁止他们旅行或为其提供藏身之地，防止恐怖主义组织招募成员并制止向恐怖主义分子供应武器。安理会在该决议中还决定，所有国家都应“确保把参与资助、策划、筹备或犯下恐怖主义行为或参与支持恐怖主义行为的任何人绳之以法，确保除其他惩治措施以外，在国内法规中确定此种恐怖主义行为是严重刑事犯罪，并确保惩罚充分反映此种恐怖主义行为的严重性”。<sup>21</sup>

此外，第 1373 (2001) 号决议要求各国务必在对恐怖主义行为的刑事调查和刑事诉讼中相互给予“最大程度的协助”，并呼吁会员国签署并批准反恐怖主义的国际公约和议定书。根据第 1373 (2001) 号决议，安理会还设立了反恐怖主义委员会。此后，安全理事会根据第 1535 (2004) 号决议设立了反恐怖主义委员会执行局，以支持该委员会的工作。

在通过安全理事会第 1373 (2001) 号决议之前和之后，还分别通过了其他几项与恐怖主义有关的安理会决议，包括第 1267 (1999) 号、第 1456 (2003) 号、

<sup>21</sup> 安全理事会第 1373 (2001) 号决议，第 2(e) 段。

第 1535 (2004) 号、第 1540 (2004) 号和第 1566 (2004) 号决议。第 1267 (1999) 号决议涉及对塔利班和“基地”组织实行制裁（包括冻结资产、武器禁运和旅行禁令）。此后，在这一决议的基础上进一步扩大，又相继通过了第 1333 (2000) 号、第 1390 (2002) 号、第 1455 (2003) 号、第 1526 (2004) 号、第 1617 (2005) 号、第 1735 (2006) 号和第 1822 (2008) 号决议。

2004 年 4 月 28 日，安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过了第 1540 (2004) 号决议，特别要求各国不得向企图发展、获取、制造、拥有、运输、转移或使用核生化武器及其运载工具的非国家行为者提供任何形式的支持。在第 1540 (2004) 号决议中，安理会对所有国家规定了具有约束力的义务，要求其建立国内管制制度，防止核生化武器及其运载工具的扩散，包括对相关材料建立适当管制。

总之，根据反恐普遍文书和安全理事会有关决议建立起来的法律制度为对付恐怖主义分子实施的严重犯罪提供了涉面广泛的刑事司法工具。这一制度所依据的假设是，任何人实施了恐怖主义犯罪，要么必须在本国受到审判，要么必须引渡到愿意对其进行审判的国家。众所周知的 *aut dedere, aut judicare*（不引渡即起诉）原则，就是为了使恐怖主义分子（及其资助人和支持者）在整个世界无容身之地，拒绝对其给予安全庇护。这个制度既为通过震慑手段预防恐怖主义提供了法律框架，也为依照法治原则推行其他预防措施提供了依据。

## B. 国际合作的重要性

有效的国际合作是对付国际恐怖主义的刑事司法对策的基石。由于没有任何国际法庭负责对普遍法律文书所界定的国际恐怖主义行为进行审判，将这些犯罪行为的实施人绳之以法的责任就完全落到国内法院的身上。另外，由于反恐行动就其性质和范围而言通常是跨国性，这就要求调查人员和检控人员与其他国家的同行密切合作，跨越国界采集证据。

国际社会现在已经认识到，当犯罪分子和恐怖主义分子能够进行非法活动，而国家边界又可成为调查和起诉的屏障时，国内当局面对这样的犯罪分子和恐怖主义分子是多么的无能为力。反恐普遍文书为引渡和司法协助提供了基本工具，使各国当局能够相互合作，确保恐怖嫌疑人无法找到逃避起诉和引渡的安全庇护地。

安全理事会在第 1373 (2001) 号决议中呼吁各国加强合作，充分执行有关的国际公约和议定书（第 3(e) 段），并决定各国应拒绝对资助、策划、支持或犯下恐怖主义行为或提供安全庇护所的人给予安全庇护（第 2(c) 段）。该决议还要求各国在涉及资助或支持恐怖主义行为的刑事调查和刑事诉讼中相互给予最大程度的协助，包括协助取得本国掌握的、诉讼程序所必需的证据（第 2(f) 段）。

的确，多项国际文书和宣言都重申了开展国际合作打击恐怖主义的必要性。《联合国全球反恐战略》列出了必须开展此种合作的多个层面，突出说明了会员国对共同努力打击恐怖主义作出的各种承诺。《战略》表现了国际社会的决心，即依照国际法规定的义务，在反恐斗争进行充分合作，查出任何支持、便利、参与或企图参与资助、策划、准备或实施恐怖主义行为或提供安全庇护地的人，不让他们有安全庇护地，并根据不引渡即起诉原则，将他们绳之以法。在该《战略》中，会员国决心采取以下措施：

- 确保根据国内法和国际法，特别是人权法、难民法或国际人道主义法的有关规定，逮捕恐怖主义行为的实施人，对其起诉或引渡；
- 订立并执行司法协助协定和引渡协定，并加强执法机构之间的合作；
- 在适当情况下加强合作，及时交换关于防止和打击恐怖主义的准确信息；
- 加强各国协调与合作，打击可能与恐怖主义有关联的犯罪，包括贩毒的所有方面的活动、非法军火贸易（特别是小武器和轻武器，包括单兵携带防空系统）、洗钱，以及核材料、化学材料、生物材料、放射性材料和其他潜在致命性材料的走私；
- 考虑毫不延迟地成为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其各项议定书<sup>22</sup>的缔约国并予以实施；
- 采取适当措施，在给予避难申请者庇护之前，确保其未曾从事恐怖主义活动，并在给予庇护之后，确保其难民地位不被滥用；
- 鼓励相关的区域和分区域组织建立或加强反恐机制或中心；
- 考虑酌情加大国内工作力度并加强双边、分区域、区域和国际合作，以改进边防和海关工作。

所有这些措施都要求有足够的刑事司法能力，才能按照新的国际标准开展各种形式的国际合作。为了发展这种能力，可能需要进行法律改革和复杂的程序改革，而且一般来说，还需要在国家一级大大提高侦查和起诉能力，并加强在国际一级开展合作的能力。

## 国际合作机制

国际合作的主要支助机制是司法协助、引渡、移交囚犯、刑事事项转移程序以及为没收犯罪所得和追回资产进行国际合作。虽然这些机制基本上都是受国内法管辖的，

<sup>22</sup> 联合国，《条约汇编》，第 2225、2237、2241 和 2326 卷，第 39574 号。

但也必须有区域或国际协定或安排的支持，其中包括各项反恐普遍法律文书、《有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》。<sup>23</sup>所有这些机制都在迅速变化当中，以跟上新技术的变化发展。这种变化反映了会员国更加密切合作共同应对日益严重的有组织犯罪、腐败和恐怖主义威胁的新的决心。<sup>24</sup>

因此，对于打击恐怖主义犯罪来说，至关重要的是制定国内法规充分执行这些文书，并发展进行合作的能力，采取必要行动措施以支持各种形式的国际合作。毒品和犯罪问题办公室已经为在这方面协助会员国开发了各种有益的工具，其中包括反恐主义刑事事项国际合作手册。

由于国际合作问题贯穿刑事司法系统的每一部分，将在本《手册》第二部分中进一步阐述这一问题。

### C. 国际人权法

恐怖主义严重危害人权，对被害人及其家属享有生命权、自由和人身安全造成严重后果。恐怖主义还削弱社会结构，危及经济发展，助长冲突，并因此在许多方面影响所有公民的权利。

因此，国家必须以能够使用的一切合法手段对付恐怖主义。然而，反恐措施如果无视或损害人权，就会适得其反，而且在以法治和民主价值为指导原则的社会是不可接受的。人权是普遍价值观念，也是可为个人和团体提供保护的法律保障，在主要因国家的作为和不作为而造成对基本自由、权利和人的尊严的侵扰时，可以使个人和团体免受其害。人权是普世的，是相互依存和不可分割的。反恐努力和行之有效的人权标准不仅能够相互结合，而且相得益彰。

**“维护人权与打击恐怖主义并不矛盾：相反，人权的道义力量来自对每个人的尊严的深刻尊重，而这正是我们对付恐怖主义最强有力的武器之一。”**

前秘书长  
科菲·安南，2003年9月

《世界人权宣言》<sup>25</sup>所依据的根本原则是，人权以“人类家庭所有成员的固有尊严……”为基础，是“世界自由、正义与和平的基础”。个人安全是一项基本人权，因此保护个人是政府的一项基本义务。《宣言》第3条指出，“人人有权享有生命、

<sup>23</sup> 同上，第2349卷，第42146号。

<sup>24</sup> 另见 M. Joutsen, “The Evolution of Cooperation in Criminal Matters within the European Union: the Record so Far”, 载于 K. Aromaa 和 T. Viljanen (编辑), *International Key Issues in Crime Prevention and Criminal Justice* (欧洲防罪所, 2006年, 赫尔辛基), 第67-91页。

<sup>25</sup> 大会第217 A (III)号决议。

自由和人身安全”。《公民权利和政治权利国际公约》<sup>26</sup>第6条规定，“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”

### 联合国核心人权条约

- 《消除一切形式种族歧视国际公约》
- 《经济、社会和文化权利国际公约》
- 《公民权利和政治权利国际公约》及其两项任择议定书
- 《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》
- 《儿童权利公约》及其两项任择议定书
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》及其任择议定书
- 《保护所有人不遭受强迫失踪国际公约》

关于保护人权和基本自由，还有一整套仍在不断发展的分主题条约和议定书以及各种区域条约。

为了遵守这些义务，各国必须在制定本国的反恐战略时，本着促进和尊重人权的精神，努力预防恐怖主义并起诉、惩治恐怖主义行为的责任人。这些战略还必须包括防止恐怖主义蔓延的措施，例如采取措施加强人权，防止种族、民族或宗教歧视，防止政治上的排斥和在社会、经济上边缘化，并采取措施解决侵犯人权而不受惩治的问题。

### 国际人权文书

在《世界人权宣言》的基础上产生的两个主要文书是《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》<sup>27</sup>。这两个公约于1966年获得通过，1976年生效。

《世界人权宣言》还催生了一些其他人权公约，包括防止和禁止某些滥用情形的公约，如种族主义（《消除一切形式种族歧视国际公约》<sup>28</sup>）和酷刑（《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》<sup>29</sup>）。另外还为特别保护弱势群体或阶层通过了一些文书，如《关于难民地位的公约》。<sup>30</sup>

<sup>26</sup> 联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号。

<sup>27</sup> 大会第2200 A (XXI)号决议，附件。

<sup>28</sup> 联合国，《条约汇编》，第660卷，第9464号。

<sup>29</sup> 同上，第1465卷，第24841号。

<sup>30</sup> 同上第189卷，第2545号。



《公民权利和政治权利国际公约》详细列出了个人的基本公民权利和政治权利以及国家的义务，其中包括下列权利：

- 生命权；
- 享有自由和迁徙自由的权利；
- 法律面前人人平等的权利；
- 在被证明有罪之前被推定无罪的权利；
- 法律面前人格得到承认的权利；
- 隐私权以及隐私得到法律保护的权利；
- 权利受到侵犯时诉诸法律的权利；
- 思想自由、良心自由和宗教自由；
- 发表意见的自由和言论自由；
- 集会和结社自由。

《公约》禁止酷刑和不人道或有辱人格的待遇、奴役、任意逮捕和拘留、以及任何基于种族、宗教、国籍或语言的、煽动战争或仇恨的宣传。《公约》禁止基于种族、性别、肤色、国籍或语言等任何理由的歧视。

就人权条约而言，一项条约的缔约国根据该条约赋有义务。但是国际人权法并不限于条约中写明的种种权利。国际人权法还包括已经成为习惯国际法一部分的权利和自由，这就是说，它们对所有国家具有约束力，而不论其是否加入某一条约。举例来说，《世界人权宣言》中阐明的许多权利以及《公民权利和政治权利国际公约》中界定的某些权利都反映了习惯国际法的规范。习惯国际法是重要的法律渊源。习惯国际法特别重要，因为它不仅涉及人权法，也涉及反恐。

构成习惯国际法的法律规则源于国家的一贯行为方式，国家相信法律要求其如此行事才行事。国家出于法律责任感依循普遍、一致的做法，于是才形成了惯例。习惯国际法必须产生于各国之间的明确共识，而这种共识又必须体现在普遍的行为和明显的责任感之中。<sup>31</sup>

“绝对法” (*jus cogens*) 概念是指习惯国际法中以某项国际法原则为基础的某一部分，这一部分的法律都是最根本的法律，任何国家都不得以条约或其他方式选择不适用。换言之，这一部分的法律被看作是最高规范，不容背离。禁止酷刑、奴役、种族灭绝、种族歧视和反人类罪，被普遍视为这种最高规范。

多项人权文书的通过促成了一些专门监督机构的设立，其任务就是受理、调查个人权利遭到侵犯的申诉，作出裁决，或者至少就此提出报告。例如，特别报告员负责

<sup>31</sup> 欧洲安全与合作组织，民主体制和人权事务处，*Human Rights, Countering Terrorism, Protecting Human Rights: a Manual* (民主人权处，2007年，华沙)，第55页。

在打击恐怖主义的过程中促进和保护人权和基本自由，人权理事会授权其调查、报告与反恐措施有关的侵犯人权情形的原因和后果。另外还建立了一些国家和区域机制，处理被指称的侵犯情形。

《公民权利和政治权利国际公约》和其他一些人权条约中提供的某些保障措施都与反恐措施有一定关系。保护人权和有效使用反恐措施是两个方面的事情，要保证这两方面通常会有一些实际困难。这方面的挑战涉及刑事司法系统，本《手册》第三部分对其中一些挑战作了论述。不过，国际人权法律框架是有足够的灵活性来处理这些复杂问题的。例如，在某些特殊情况下，国家可以对行使某些人权合法地实行某些限制。人权法提供了对某些人权加以限制，并在极为有限的情况下克减某些人权规定的可能性。

### 对行使人权的限制

国家可以合法地限制某些权利的行使。例如，在民主社会，必要时国家可以为达到某一合法目的而对言论自由、结社自由和集会自由实行合法限制，只要这些限制符合某些条件即可。自由权是有限权利的另一个例子。《公民权利和政治权利国际公约》在提出这项权利时，也为可以适用某些限制留有余地。必要性原则和相称性原则都必须得到尊重。

为了限制行使某些权利，可以使用的合法理由包括国家安全、公共安全、公共秩序、公共卫生和道德以及其他人的权利和自由。在涉及恐怖主义威胁的情况下，公共安全和（或）国家安全是最有可能被用来为限制某些权利的措施提供根据的理由。

此外，在某些特殊情况下，例如发生了威胁到国家生命的紧急状态，国家可以采取克减《公民权利和政治权利国际公约》某些人权规定的措施。该《公约》第4条第1款对在哪些条件下可以暂时合法地克减《公约》的某些义务作了规定：

在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时，本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务。但克减的程度以紧急情事所严格需要者为限，此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。

根据该《公约》，仅仅是存在恐怖主义威胁，并不一定构成“社会紧急状态”。因此，对紧急状态的评判，必须在个案基础上进行。对《公约》中准许在社会紧急状态下作出某些克减的规定，必须作出限制性解释。克减权是赋予国家的范围有限的特权，是为了使其能够充分应对危及国家生命的威胁。作出克减的国家仍须依法解释其行动。

## 威胁到国家生命<sup>a</sup>

39. 缔约国只有在面临威胁国家的生命的非常和实际或紧迫危险情况时，方可依《公民权利和政治权利国际公约》第4条采取克减其义务的措施（下称“克减措施”）。对国家生命的威胁系指：

- (a) 影响全体人民和全部或部分国家领土；
- (b) 威胁人民的身体完整，国家的政治独立或领土完整或保证和保护公约确认的各项权利所必不可少的机构的存在或基本运转。

40. 不构成对国家生命的严重和紧迫威胁的内部冲突和动乱不得作为采取第4条克减措施的理由。

41. 经济困难本身不能作为克减措施的理由。

<sup>a</sup>《关于《公民权利和政治权利国际公约》的各项限制条款和可克减条款的锡拉库扎原则》(E/CN.4/1985/4, 附件, 第39-41段)。

对《公约》第4条第1款的任何克减必须是必要的和适度的。如第4条所述，在出现紧急状态时对权利的任何克减，其程度只能“以紧急情事所严格需要者为限”。这一要求的关键是克减的临时性以及国家尽快恢复正常状态的义务。

## 确定克减的必要性<sup>a</sup>

51. 任何克减措施的严格程度、期限和地理范围均应以处理对国家生命的威胁所严格需要者为限，并应与这类威胁的性质和程度相称。

52. 主管国家机构有责任对为应付紧急情况所造成的具体危险所采取或已采取的克减措施的必要性作出个别评价。

53. 如果根据公约特定限制条款采取普通措施便足以应付对国家生命的威胁，则不应采取紧急情况所严格需要的措施。

54. 严格需要的原则应客观地予以使用，每项措施均应针对实际的、明确的、已经出现或即将出现的威胁，不得仅仅因为担心潜在的危险而采取。

55. 关于紧急状态的国家宪法或法律应规定司法机构对克减措施的必要性立即或定期进行独立审查。

56. 声称遭受非紧急情况所严格需要的克减措施的人应可获得有效的补救措施。

57. 确定克减措施是否为紧急情况所严格需要时，不应将国家当局的判断视为决定性判断而予以接受。

<sup>a</sup>《关于《公民权利和政治权利国际公约》的各项限制条款和可克减条款的锡拉库扎原则》(E/CN.4/1985/4, 附件, 第51-57段)。

缔约国克减其在《公约》下的义务，必须正式宣布威胁到国家生命的社会紧急状态的存在，并立即通报《公约》其他缔约国。国内法应当有宣布紧急状态的程序。

但是，即使出现“威胁到国家生命的社会紧急状态”，国际条约中阐明的某些人权也是不能克减的。《公约》第4条第2款指出了下列不得克减的权利：生命权；禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或惩罚；禁止奴役和劳役；不会因无法履约而遭受监禁；一事不再罚；法律面前人格被承认的权利；思想、良心和宗教自由。

### 《公民权利和政治权利国际公约》所保障的不容克减的权利

《公民权利和政治权利国际公约》下列条款中所保障的权利，即使在出现威胁到国家生命的紧急状态时也不得克减：

#### 第6条

人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。

#### 第7条

任何人均不得被施以酷刑或残忍、不人道或侮辱性待遇或刑罚。

#### 第8条

任何人不得使为奴隶；一切形式的奴隶制度和奴隶买卖均应予以制止。任何人不应被强迫役使。任何人不应被要求从事强迫或强制劳动。

#### 第11条

任何人不得仅仅由于无力履行约定义务而被监禁。

#### 第15条

任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国内法或国际法不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。

#### 第16条

人人在任何地方有权被承认在法律面前的人格。

#### 第18条

人人有权享有思想、良心和宗教自由。表示自己的宗教或信仰的自由，仅只受法律所规定的以及为保障公共安全、秩序、卫生或道德、或他人的基本权利和自由所必需的限制。

联合国人权事务高级专员办事处人权事务委员会也指明了习惯国际法中不得克减的权利和自由，其中包括：

- 所有被剥夺自由的人得到人道待遇，以及人的固有尊严得到尊重的权利；
- 禁止拐骗和秘而不宣的拘留；对少数民族成员的权利给予国际保护；
- 没有国际法承认的理由而驱逐或强行迁移人口；禁止劫持人质；

- 禁止战争宣传，或助长民族、种族或宗教仇恨，从而煽动歧视、敌视或暴力的宣传。

### 防止“驱回”的保障措施

在2005年12月16日第60/158号决议中，大会重申各国根据《公民权利和政治权利国际公约》第4条有义务尊重某些在任何情况下都不容克减的权利。关于《公约》的所有其他权利，大会回顾，任何克减《公约》规定的措施，在任何情况下都必须符合该条的规定，同时强调了任何此种克减措施的非常性和临时性。大会呼吁各国提高本国参与反恐斗争的机构对这些义务重要性的认识。

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第3条体现了不驱回原则，根据该原则，在有充分理由相信任何人在另一国将有遭受酷刑和其他严重侵犯人权的情形的危险时，禁止将该人驱逐到该国。如果这项原则得到尊重，就可以在反恐斗争中为保护人权提供极为重要的保障。1951年7月28日在日内瓦签署的1951年《关于难民地位的公约》就已经载有同样的原则，该公约第33条禁止缔约国在难民的生命或自由会因其种族、宗教、国籍、加入某一社会团体或政见而在某一国家受到威胁时将其驱逐或遣返（“驱回”）到该国领土的边界。

### 第3条，《禁止酷刑公约》关于不驱回的原则

1. 如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国。
2. 为了确定这种理由是否存在，有关当局应考虑到所有有关的因素，包括在适当情况下，考虑到在有关国家境内是否存在一贯严重、公然、大规模侵犯人权的情况。

在第60/158号决议中，大会还敦促各国充分尊重国际难民法和国际人权法所规定的驱回义务，同时，如果有可信、相关的证据表明有关人员犯有属于国际难民法驱逐条款范围内的任何犯罪行为，包括恐怖主义行为，则应在充分尊重不驱回义务和其他法律保障措施的情况下对具体案件中的难民地位裁决有效性进行审查。

### 歧视

《联合国宪章》第1条规定，联合国的宗旨之一是促成国际合作，不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全人类之人权及基本自由的尊重。平等和不歧视原则是打击和预防恐怖主义的关键。不应以需要打击恐怖主义作为借口，准许歧视和不容忍现象泛滥。

必须注意确保反恐措施不会演变成一种歧视形式。联合国人权事务高级专员办事处消除种族歧视委员会发表了一份声明，提醒注意禁止种族歧视是国际法的最高规范，不准许对其克减，并请各国和国际组织确保反恐措施不以种族、肤色、血统或国籍而在目的或效果上进行歧视。

2004年，欧洲委员会的欧洲反对种族主义和不容忍委员会就反恐斗争中防止种族主义问题提出一条建议，<sup>32</sup>其中就采取措施确保反恐措施不带有歧视性问题提供了指导方针。指导方针建议各国确保下述方面的法规、条例、政策或做法不会造成歧视：

- 执法人员和边防人员进行的检查；
- 行政拘留和审前拘留；
- 拘留条件；
- 公平审判、刑事诉讼程序；
- 保护个人数据；
- 保护私人生活和家庭生活；
- 驱逐、引渡、流放和不驱回原则；
- 批准签证；
- 居留许可、工作许可和家庭团聚；
- 取得和取消国籍。

## D. 国际难民法

国际难民法提供了保护难民的法律框架。它界定了“难民”一词的定义，阐明了国家对难民的义务，并确定了难民待遇标准。国际难民法涉及庇护寻求人的情形。有两项普遍文书确立了这一法律框架：1951年《关于难民地位的公约》和1967年《关于难民地位议定书》。<sup>33</sup>

2001年，联合国难民事务高级专员办事处（难民专员办事处）印发了载有下列意见的声明：

任何关于安全保障的讨论都应以下述假设为出发点：难民本身是在逃避迫害和暴力行为，包括恐怖主义行为，而不是此种行为的施行者。另一个出发点是，国际难民文书不为恐怖主义分子提供安全庇护所，不为他们逃避刑事起诉提供保护。相反，国际难民文书使识别从事恐怖主义活动的人成为可能和必要，设想排除其难民地位，而且不会阻碍对其进行刑事起诉或驱逐。<sup>34</sup>

<sup>32</sup> 欧洲反对种族主义和不容忍委员会关于在反恐斗争中防止种族主义的第8号一般政策建议，2004年3月17日通过。

<sup>33</sup> 联合国，《条约汇编》，第606卷，第8791号。

<sup>34</sup> 联合国难民事务高级专员办事处，“在不削弱对难民保护的情况下处理安全问题：难民专员办事处的观点”，2001年11月29日发表的声明；查找网址：[www.unhcr.org/refworld/docid/3c0b880e0.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/3c0b880e0.html)。

不论恐怖主义分子是想寻找安全庇护所,逃避起诉还是发起进一步攻击,都不应提供任何渠道,使其能够有机会入境。安全理事会第 1373 (2001) 号决议涉及一些与移民和难民地位有关的问题。决议要求各国通过实行有效的边界管制防止恐怖分子的移动,并采取措施保证身份证和旅行证件的可靠性(第 2(g) 段)。决议还呼吁各国采取措施,确保不将难民地位给予曾经策划、协助或参与犯下恐怖主义行为的避难申请者(第 3(f) 段),并确保难民地位不被恐怖主义行为的施行人、组织人或协助人滥用。

这些要求并没有在国际难民法之下产生新的义务。它们不过是承认,有必要象在其他领域一样,在庇护权领域也建立适当机制。同时,应当注意确保与难民保护原则保持适当平衡。所有人都有权寻求避难。公共安全和保卫措施不应导致对难民进行刑事定罪。《关于难民地位的公约》如果得到适当执行,足以确保国际难民保护措施不会延及那些曾经诱使、协助或施行严重犯罪的人,这一类犯罪也包括恐怖主义行为。

### 不给予国际难民保护的理由于

根据《关于难民地位的公约》第 1F 条,如有重大理由认为某人有下列情事,该人即使符合公约所确定的其他难民标准,也不得被给予国际难民保护:犯有战争罪、危害人类罪、在以难民身份进入避难国之前曾在避难国以外犯有严重的非政治罪行、或曾犯有违反联合国宗旨和原则的行为。国际难民法要求在作出裁决之前通过公平、有效的程序对个案的背景和情形作出评价。难民专员办事处曾印发了关于根据公约适用排除条款的指导方针。<sup>35</sup>

#### 避难申请者和恐怖主义分子

*“把庇护权同为恐怖主义分子提供安全庇护相提并论,不仅在法律上是错误的,完全没有事实根据,而且会抵毁难民在公众心目中的形象,导致专门挑出属于某些种族或宗教的人进行歧视和基于仇恨的骚扰。”*

*“自 9.11 事件以来,一些移民和难民社区因所申明的种族或宗教而备受打击和骚扰,从而加剧了社会紧张。虽然有一些寻求庇护者和难民曾经或者将会与严重犯罪有牵连,但这绝不意味着多数人应当为极少数人的所作所为而受谴责。”*

难民专员办事处,  
“在不削弱对难民保护的情况下处理安全问题—难民专员办事处的观点”,  
2001 年 11 月 29 日。

<sup>35</sup> 难民专员办事处关于国际保护的指导方针:排除理由的适用:1951 年《关于难民地位的公约》第 1F 条(HCR/GIP/03/05)。

不准许在边界或入境点草率拒绝避难申请者。每份申请，即使有可能参与严重犯罪的嫌疑，也应当依其本身的是非曲直加以判定，而不应由于申请人的国籍、种族背景或宗教信仰而以消极和歧视性推定为依据。同时还应注意的，《关于难民地位的公约》第33条第2款对不驱回原则规定了可能的例外情形。在驱回和遣返回原籍国方面不受保护的设想情形是，有合理的理由认为难民会危害其所在国的安全，或者曾经犯有某一重大罪行的难民构成了对所在国社会的危险。

由于驱逐问题可能十分复杂，难民专员办事处主张继续通过正常的避难申请程序处理这些问题，这样就可以由合格人员从事实和法律上对个案进行全面评估。难民专员办事处认为：

在边界拒绝受理并且禁止利用避难申请程序，不仅会使善意的避难申请者处于危险境地，而且具有讽刺意义的是，反而会助长恐怖主义，因为这将迫使有关人员设法以非法手段入境，这样一来就失去了为作出庇护权裁决而通过面谈方式进行识别的可能性。<sup>34</sup>

最后，如果某人已经被给予难民地位，但有理由认为不应当在作出裁决时给予该人此种地位，难民地位也是可以取消的。例如，在作出决定时该人可能并不符合授予标准，或者本应适用公约的排除条款；这显然包括有证据表明该人参与了恐怖主义阴谋。

## 驱逐难民

驱逐和排除是两种不同程序。被排除的人员不应享有国际难民保护。他们因过去犯有罪行的严重性而不能获得难民地位。这一程序可以保护庇护权制度，防止滥用。驱逐是另外一回事：它涉及难民可能对避难国构成的危险。

国际法，特别是《关于难民地位的公约》第32条和第33条中的第2款，规定可以以“国家安全或公共秩序为由”驱逐已获得难民地位的人员。驱逐的目的是保护避难国，驱逐的使用取决于如何理解当前或未来的威胁。但是，无论采取何种方式，只要是将难民驱逐或遣返（“驱回”）到其生命或自由将因其种族、宗教、国籍、加入某一社会团体或某种政见而受到威胁的国家的领土边界，根据公约，这样的驱逐或遣返都是不准许的（第33条第1款）。

难民专员办事处所表达的关切是，国家往往会因宗教背景、种族或民族血统、或所参加的政治团体而驱逐某些群体或个人，其依据仅仅是假设这些人可能参与恐怖主义活动。必须按照正当法律程序作出驱逐决定，就所涉及的安全威胁提出证据，并允许个人提供可反驳指控的任何证据。《公约》第32条第2款规定，“除因国家安全重大理由要求另作考虑外，应准许难民提出有利于其自己的证据，向主管当局或向由主管当局特别指定的人员申诉或者为此目的委托代表向上述当局或人员申诉。”



## E. 国际人道主义法

国际人道主义法又称作“战争法”和“武装冲突法”，这是一套试图保护未参与或不再参与敌对行动的人员并限制战争手段和方法的规则。人道主义法涉及武装冲突的三个基本方面：区分合法的军事行动和非法的军事行动、在武装冲突期间保护平民、对武装冲突所使用的武器进行规范。

国际人道主义法的主要渊源是：

- 1949年的四项《日内瓦公约》；<sup>36</sup>
- 1977年对《日内瓦公约》提出的两项附加议定书；<sup>37</sup>
- 若干禁止或限制使用某些武器的条约，如《关于某些常规武器的公约》<sup>38</sup>及其各项议定书；
- 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》；<sup>39</sup>
- 一些关于建立强制执行国际人道主义法律的国际机制的文书，如《国际刑事法院罗马规约》；<sup>40</sup>
- 习惯法的重要体系。

在国际人道主义法中没有将“恐怖主义”明确界定为犯罪，但这一法律体系禁止在武装冲突中实施的某些行为，类似于反恐普遍法律文书所界定的恐怖主义行为，如果这种行为是在和平时期实施的，也将被包括在后一种文书的范围之内。以劫持人质为例，不但《反对劫持人质国际公约》<sup>41</sup>将此种行为视为犯罪，而且《日内瓦公约》的共同第3条以及《日内瓦第四项公约》的第34条也禁止此种行为，前者涉及在非国际性武装冲突情形下未积极参与敌对行动的人员，后者涉及在国际性冲突或占领情形下落入非其国民的冲突一方或占领军手中的个人，另外，《日内瓦公约》的两个附加议定书也禁止此种行为。<sup>42</sup>

应当指出的是，《日内瓦公约》的两个附加议定书明文禁止以在平民中造成恐慌为主要目的的行为或暴力威胁。<sup>43</sup>

<sup>36</sup> 联合国，《条约汇编》，第75卷，第970-973号。

<sup>37</sup> 联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17512和17513号。

<sup>38</sup> 《关于禁止或限制使用某些可被认为具有过份伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》（联合国，《条约汇编》，第1342卷，第22495号）。

<sup>39</sup> 联合国，《条约汇编》，第249卷，第3511号。

<sup>40</sup> 联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号。

<sup>41</sup> 联合国，《条约汇编》，第1316卷，第21931号。

<sup>42</sup> 1949年8月12日《日内瓦公约附加议定书》，以及1977年6月8日关于保护国际武装冲突受难者（第一议定书），第75条第2(c)款；1949年8月12日《日内瓦公约附加议定书》，以及1977年6月8日关于保护非国际性武装冲突受难者（第二议定书），第4条第2(c)款。

<sup>43</sup> 《第一议定书》，第51条第2款；《第二议定书》，第13条第2款。

许多与防止和禁止恐怖主义有关的国际公约和议定书都载有与军队和战争时期有关的例外条款，规定，武装冲突时期武装部队的活动如果由国际人道主义法律管辖，则不受这些公约的管辖。例如，《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》<sup>44</sup> 第 19 条第 2 款作了下述规定：

武装冲突中武装部队的活动，按照国际人道主义法所理解的意义，由该法加以规定，不由本公约规定，而一国军队执行公务所进行的活动，由于是由国际法其他规则所规定的，本公约不加以规定。

应当认识到，适用国际人道主义法，绝不会防止或阻碍对恐怖主义行为采取的刑事司法对策，包括对煽动、阴谋策划和资助恐怖主义活动的行为进行刑事定罪。国际人道主义法并不妨碍刑事司法系统追究罪犯的责任。红十字国际委员会一再重申，遵守国际人道主义法不会在任何方面成为反恐斗争的障碍。事实上，在反恐活动中充分尊重国际人道主义法会积极促进铲除恐怖主义。

## F. 恐怖主义与跨国有组织犯罪

国际法的其他部分，特别是以条约为基础的刑法，可能与刑事司法系统打击和预防恐怖主义的能力直接相关。《有组织犯罪公约》就是此种以条约为基础的刑法的实例。这些条约的主要目的是在打击各种形式的跨国犯罪方面促进国际合作。国家加入这些条约之后，承诺将某些行为定为刑事犯罪，并发展本国刑事司法系统更有效地共同打击此种犯罪的能力。

在第 1373 (2001) 号决议第 4 段中，安全理事会关切地注意到国际恐怖主义与跨国有组织犯罪、毒品、洗钱、非法武器贩运以及核化生材料及其他潜在致命材料非法流动之间的密切关系。这一决议以及其他一些政治声明提到恐怖主义组织与传统的犯罪组织之间存在或可能形成联盟或各种形式的同谋和勾结关系的可能性。有人说这些担心被夸大了，有人则说这种威胁是实实在在的。关于这个问题的辩论已经在联合国内外引起相当广泛的注意。

虽然关于有组织犯罪与恐怖主义之间联系的性质尚有争论，但有一点已经看得很清楚，那就是，会员国认为，为了加强打击恐怖主义的行动，它们可以更多地注意在恐怖主义犯罪实施之前或伴随恐怖主义犯罪发生的其他形式的犯罪活动。

<sup>44</sup> 联合国，《条约汇编》，第 2149 卷，第 37517 号。

恐怖主义分子往往是协助实施普遍犯罪，至少有两种方式。第一，在没有其他获取资金的手段的情况下，恐怖主义分子无论是出于贪婪还是为了掠夺，都会参与各种形式有利可图的常规犯罪，以达到维持自身并为其主要活动提供资金的目的。第二，在无法通过正常渠道获取他们实施恐怖主义活动所需要的工具的情况下，恐怖主义分子会为获取此种工具而参与各种犯罪。各种形式的人力剥削和常规犯罪，包括参与和利用各种非法市场，成为了成功实施恐怖主义行动的前提条件。

这些就是为什么越来越有必要设法更多地了解恐怖主义组织如何通过实施其他犯罪支持其活动的部分原因。最终目标是制定能够预防或挫败这种犯罪活动，从而预防恐怖主义的战略。

在发展本国刑事司法系统打击恐怖主义的能力的同时，各国必须牢记，恐怖主义组织经常参与各种形式的犯罪，有时可以通过重点打击相关的犯罪活动挫败并有效地瓦解它们的阴谋。另外，如果一个国家一方面试图建立本国司法系统打击恐怖主义的能力，而另一方面又忽视其他许多重大挑战，包括这些司法系统必须同时处理的跨国有组织犯罪和腐败问题，那么这样做是没有什么意义的。

人们应当注意的是，许多已经应验的打击有组织犯罪的方法和战略也对打击恐怖主义有用。以下几点原因说明这是正确的：恐怖主义组织的意图和目的带有犯罪性质；恐怖主义行为本身就是犯罪；恐怖主义组织经常进行犯罪活动，虽然这些犯罪活动就其本身性质而言不是“恐怖主义的”，但对其危险计划的成功却至关重要；恐怖主义组织和有组织犯罪集团这两类组织所使用的恐吓人民和妨害司法的手段往往难以区分。

### 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》

大会在 2000 年 11 月 15 日第 55/25 号决议中通过的《有组织犯罪公约》是打击跨国有组织犯罪领域中的主要国际文书。该文书于 2003 年 9 月 29 日生效。

公约有三个补充议定书，分别涉及有组织犯罪的具体方面和形式：《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童的议定书》《关于打击陆、海、空偷运移民的议定书》《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的议定书》。各国必须首先加入公约才能加入其中任何议定书。

公约的主要目的是促进、加强密切合作，处理所涉及的问题。批准公约的国家保证采取一系列措施对付跨国有组织犯罪，其中包括确定某些国内刑事犯罪（参加有组织犯罪集团、洗钱、腐败和妨害司法）；为引渡、司法协助和执法合作采用新的、全面框架；并为建立或提高各国当局的必要能力而促进培训和技术援助。

为此，专家一致认为应当充分利用一切适当的国际文书，预防、起诉与恐怖主义有关的各种犯罪。特别是，会员国可以考虑利用这些文书中的司法协助条款和引渡条款，并利用《有组织犯罪公约》和《反腐败公约》缔约国所确立的处置方法和国际合作机制。



第二部分  
行之有效的  
反恐刑事司法对策的  
关键组成部分



## 一． 导言

行之有效的以法治为基础的反恐刑事司法对策不仅仅涉及批准和执行全球反恐文书。除了有适当的法律、政策和做法，刑事司法从业人员需要不断增强能力，接受专业培训，才能够有效应对日益复杂的恐怖主义犯罪。

建设一个国家刑事司法系统应对恐怖主义的能力，需要采取综合、连贯、涉及整个部门、以人权为基础并具有可持续性的办法。显而易见，有效应对恐怖主义要求司法系统能够统一运作，并依赖所有组成部分充分贡献力量，从警察到检察机构和辩护律师，再到司法机构和教养体系，均须如此。各国需要采取综合性建设能力办法，可能包括实施法律改革举措、增强司法机构的总体能力、提高这些机构的公信力和扼制腐败。整个系统进行有效的横向协调，仍是任何此类举措取得成功的重要前提之一。<sup>45</sup>

联合国自成立以来，一直在积极制订和推行预防犯罪和刑事司法领域的国际公认原则。这些标准和规范将在本指南中广泛提及，它们对推行更加有效和公正的刑事司法措施发挥了重大作用。<sup>46</sup> 国家一级可以利用这些标准和规范，因为这些标准和规范有助于进行深入评估，从而促使实行必要的刑事司法改革。这些标准和规范有助于拟订法律改革和加强法治国家战略。事实上，这些标准和规范也是最佳做法，各国可加以调整以满足本国需要并反映本地情况。《手册》第二部分审议刑事司法系统每个组成部分在反恐斗争中面对的一些主要挑战和问题。本部分有六章，分别论述决策者和立法者、执法机构、法律顾问和律师、检察官、司法机构和教养系统面对的问题和挑战。回顾了有关规范和标准，并探讨了面对与预防恐怖主义有关的特殊挑战可能必须对该系统作出的调整。

---

<sup>45</sup> M.Shaw 和 Y. Dandurand (编辑), *Maximizing the Effectiveness of the Technical Assistance Provided in the Fields of Crime Prevention and Criminal Justice* (欧洲防罪所, 2006年, 赫尔辛基)。

<sup>46</sup> 见《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》(2006年, 纽约)。





## 二． 决策者和立法者的作用

决策者和立法者必须为刑事司法系统执行反恐职能提供政策和法律框架。国际法为制订政策提供了指导，并规定了各国在国际合作、维护法治和保护基本人权和自由等方面的多种义务。

《手册》本章审查在立法中纳入国际义务的要求，包括将各类行为定为刑事犯罪的要求。本章还提及定期审查立法及基本政策框架的必要性，以确保立法和政策框架实现尊重法治和人权原则的目的。

### A. 在立法中纳入国际义务

法治要求一国的法律全面、明确、确定并可以利用；法律必须合理（在立法和政治方面及其适用方面），并且必须平衡兼顾稳定性和灵活性。

关于一国在全球反恐法律制度下承担的正式义务，该国在批准普遍文书之后，必须在全面审查现行国内法的基础上将这些义务纳入立法。这样做不仅为有效实施反恐措施所必需，也是建立法律基础以指导刑事司法从业人员的工作所必需的。

成为一项国际条约或公约缔约方的过程既包括国际过程也包括国内过程。国际过程包括协定条款所规定并受国际法原则管辖的正式程序。对立法进行分析通常是成为全球反恐文书缔约方的第一步。这项工作使国家政府和立法机关能够预期，加入国际条约或遵守国际标准之后需要对法律体系进行哪些改动。

有些国家因其国内法或出于政策考虑而不在实施立法允许履行所有国际义务之前通过一项条约。在通过国内法实施条约之前该条约不在国内适用。这种情况经常称作“二元制”，即国际法和国内法被视作两个不同的体系。必须制订立法将国际义务纳入国内法律制度。

另一些国家实行一元制，在这些国家，一项条约一旦得到批准，即自动纳入国内法。在此制度下，条约的一些条款自动生效，有时是多数条款自动生效。但是，即使在那些国家，往往也需要制订立法，就执行条约所必需的非自动执行部分作出规定。

这方面最明显的例子是按照全球反恐文书要求，将各种行为定为刑事犯罪。这些文书均未具体规定对有关罪行的刑罚，因此需要制订国内立法。

每个国家必须选择它认为最恰当的执行机制。在批准相关普遍文书产生有约束力的义务时，可通过下列方式之一建立法律框架：

- 全面审查本国刑法及其相关条款，随后对立法进行修正；
- 在国家刑法的刑法典中专设一章；有时，这对于打算更加广泛地改革本国刑法的国家是个不错的选择；
- 通过一部包含国际公约要求的所有内容的自成一体的法律。

第三个选择看似最简单也最有吸引力，但是，如果没有作出足够努力，确保新法律与本国其他立法完全一致，最终可能带来执行和解释方面的困难。

毒品和犯罪问题办公室预防恐怖主义处编写了两份指南供决策者、法律起草者和立法者使用：最新增订的《反恐怖主义普遍法律制度的立法指南》<sup>47</sup>和《国际反恐怖主义文书立法并入和实施指南》。<sup>48</sup> 英联邦秘书处也制作了两个有用的工具，以帮助决策者制订在立法中实施全球反恐公约的计划：《打击恐怖主义措施示范立法条款》和《实施国际反恐公约成套工具》。

## B. 刑事定罪

将与恐怖主义活动有关的各种行为切实定为刑事犯罪，是刑事司法系统进行干预的前提。刑事定罪不仅是各种反恐文书缔约国的法律义务，也是有效开展国际合作的前提条件。缔约国需要在国内法中确立与恐怖主义和其他形式犯罪有关的公约和议定书所要求的一些罪行。它们还必须确保这些罪行受到与其严重性相当的惩罚。各国必须按照其普通刑法界定这些罪行的物质和心理要件。与此同时，它们还必须确保新的刑法条款符合其在国际法中承担的其他义务，特别是在国际人权法、难民法和人道主义法中承担的义务。

反恐普遍文书要求将这些文书所管辖领域的某些行为定为刑事犯罪。下表摘要列出国内法中如果尚未确立则必须确立的一些罪行。这些罪行可归为五类：(1) 与民用航空有关的罪行；(2) 因受害人地位而实施的罪行；(3) 与危险材料有关的罪行；(4) 与船舶、固定平台和港口设施有关的罪行；(5) 与资助恐怖主义有关的罪行。此外，

<sup>47</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.08.V.9。

<sup>48</sup> 查找网址：<http://www.unodc.org/pdf/terrorism/TATs/en/2LIGen.pdf>。

反恐普遍文书和安全理事会第 1373 (2001) 号决议均要求将与策划和准备恐怖行动以及参与这类行动有关的某些辅助罪行定为刑事犯罪。

### 反恐普遍文书要求的刑事定罪举例

- 与民用航空有关的罪行
- 因受害人地位（受国际保护人员和人质）而实施的罪行
- 与危险材料有关的罪行，包括可塑炸药、《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》所界定的大规模毁灭性武器、以及《核材料实物保护公约》（1979 年）及其 2005 年修正书和《制止核恐怖主义行为国际公约》（2005 年）所涉材料
- 与船舶、固定平台和港口设施有关的犯罪
- 与资助恐怖主义有关的罪行（也是安全理事会第 1373 (2001) 号决议所要求的）

参与程度是导致与恐怖主义有关的刑事责任的关键问题。普遍文书要求对既遂和未遂犯罪的实施者和共犯均加以惩治，对于特定犯罪，还要惩治组织、指挥或威胁实施恐怖主义行为的人。

### 法治和人权的相关性

在界定恐怖主义行为或与恐怖主义有关的犯罪时，各国必须遵守合法性这一基本人权原则（法无明文者不为罪，法无明文者不惩罚，*nullum crimen, nulla poena sine lege*），该原则要求拟订法律要做到准确和明确，禁止事后通过法律处罚或一事再罚。《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条和各区域人权条约的条款均体现了这项一般国际法原则，并明确规定不得违背。该原则不仅禁止适用事后法律，而且要求以准确而不含糊的措辞描述被定罪的行为，严格界定可惩治的罪行，将其既区别于不予惩治的行为，又区别于用其他刑罚惩治的行为。因此，合法性原则也伴随着确定性原则，意味着法律的适用和后果一定要能够合理地预期。

### 将共谋与集结犯罪团伙定为刑事犯罪

如前所述，能够在恐怖主义阴谋得逞之前就予以打击非常重要。要想减少恐怖主义暴力，当局必须能够重新将重点放在对策划和准备阶段的主动干预上。将各种准备行为定为刑事犯罪，便利及早采取干预措施，确立共谋罪或集结犯罪团伙罪也是如此。

共谋罪和集结犯罪团伙罪显然是针对策划和准备犯罪行为采取预防性干预措施的范例。大陆法系中有“犯罪共谋”概念，英美法系中有“共谋” (*association de malfaiteurs*) 概念，两个概念都禁止犯罪合意，可以通过这些概念在法律中确立实际实施暴力之前的刑事责任。意图的伤害行为不必尝试实施或完成，这些罪行即可成立，尽管有些法律规定必须为达成团伙的目的而实施一项准备步骤。

将共谋实施恐怖主义行为定为刑事犯罪（即使恐怖主义行为尚未实施）可能带来各种举证难题，这取决于国内法和法律传统。但是，把为恐怖主义行为作资金准备定为刑事犯罪是可行的，现在《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》已要求缔约国这么做。这种较新的办法采用了一个精心设计的策略，允许在恐怖主义暴行付诸实施或实施未遂之前就采取干预措施。该公约第2条不是界定一种只能在成功实施或实施未遂之后才可予以惩治的暴力罪行，而是要求将几乎每次恐怖袭击之前都会发生的非暴力性资金准备活动定为刑事犯罪。

人们必须牢记，结社自由权是民主社会的核心；它是行使和捍卫其他权利的平台，如政治参与权和文化权等。诚然，结社自由权在多数人权条约中可能受到克减和限制。但是，在限制这些权利时，除了遵守必要性和相称性原则之外，还必须特别小心谨慎，确保有关限制的范围要尽可能小，这些限制不被用来限制合法的反对党、工会或人权捍卫者的权利。任何取缔一个团体或社团的决定都必须逐案作出，并且必须接受司法监督。

## 将资助恐怖主义定为刑事犯罪

防止恐怖分子和恐怖主义组织为其活动和策划的袭击提供资金是任何成功的全球反恐行动的重要组成部分。最近几年，打击跨国金融犯罪和打击资助恐怖主义行为等国际努力发生了重大变化。1990年代，这些工作多由几个政府间组织牵头，最主要的是金融行动特别工作组、类似金融行动特别工作组的区域机构和国际货币基金组织。

1999年，《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》加强了全球打击资助恐怖主义行为的努力。该公约第2条第1款规定，“公约所称的犯罪是指任何人以任何手段，直接或间接地非法和故意地提供或筹集资金，其意图是将全部或部分资金用于，或者明知全部或部分资金将用于实施[某些界定的行为]”。

按照《公约》的定义，资助恐怖主义行为背后的犯罪意图或意图要件有两个方面：行为必须是故意实施，犯罪人必须意图将资金用于为恐怖主义行为提供资助或者明知资金将用于此目的。

《公约》还规定，在特殊情况下缔约国有义务追究法人的责任。第5条规定，每一缔约国有义务采取必要措施，以使当一个负责管理或控制设在其领土内或根据其法律设立的法律实体的人在以该身份犯下了本公约第2条所述罪行时，得以追究该法律实体的责任。这些责任可以是刑事、民事或行政责任，不过最近的做法倾向于在可行时确立公司刑事责任。<sup>49</sup>

本着同样的精神，安全理事会在第1373(2001)号决议第1(b)款中要求各国将下述行为定为刑事犯罪：本国国民或在本国领土内，以任何手段直接或间接故意提供或筹集资金，意图将这些资金用于实施恐怖主义行为或明知这些资金将用于实施此种行为。

### 煽动恐怖主义

安全理事会在第1624(2005)号决议中，吁请所有国家根据它们依国际法承担的义务，采取必要和适当的措施，以便：

- (a) 在法律上禁止煽动实施一种或多种恐怖主义行为；
- (b) 防止这类行为；
- (c) 拒绝为任何根据可信的相关信息有充分理由认为曾犯下这类行为的人提供安全避难所。

安全理事会在该决议中还吁请所有国家继续在国际上作出努力，加强不同文明之间的对话，增进不同文明之间的理解，致力于防止不分青红皂白地针对不同的宗教和文化，并根据它们依国际法承担的义务，采取一切必要和适当的措施，制止煽动基于极端主义和不容忍的恐怖主义行为，防止恐怖主义分子及其支持者颠覆教育、文化和宗教机构。

由于恐怖主义宣传通过宣扬基于民族、种族或种族的仇恨，煽动歧视、敌意和暴力，因此惩治这种煽动行为就是在直接实施《公民权利和政治权利国际公约》，即使所煽动的伤害行为并未发生。禁止基于文化差异等额外理由的此种煽动行为似乎是《公约》第20条所反映的主动、预防性办法的完全一致的延伸。

虽然经《公约》第20条授权，但对煽动行为的禁止必须精心设计，以便遵守《公约》中保护意见自由和言论自由等其他条款。言论自由是民主的重要基础，享有该权利与其他重要权利联系在一起，如思想自由、良心自由和宗教自由。必须十分当心，确保对言论自由的任何限制既是必要的又是相称的。

<sup>49</sup> 金融行动特别工作组四十条反洗钱建议，建议2(b)。

《欧洲委员会预防恐怖主义公约》为分析上述问题提供了范例。该公约关于公开煽动实施恐怖主义罪行的第5条将“煽动实施恐怖主义罪行”界定为：“传播或以其他方式向公众提供信息，意图煽动实施恐怖主义罪行，而此种行为，不管是否直接宣扬恐怖主义罪行，都带来一起或多起此种罪行可能实施的危险”。

该定义涉及关于挑拨 / 煽动罪行与言论自由的相互关系的四个问题：

- (a) 只对公开信息的行为予以定罪，而将非公开煽动留待根据刑事责任的一般概念处理，可以包括共谋、集结犯罪团伙、共谋、协助和教唆、参谋、准备、组织、指挥或促成罪行；
- (b) 将主观意图（煽动实施恐怖主义罪行）作为犯罪的一个要件，从而消除了可能就言论自由以及不受欢迎思想的学术辩论的价值提出的许多反对意见；
- (c) 没有任何立法或行政当局有权宣布任何特定信息、标语、符号或哲学思想本身有危险或被禁止。必须结合具体的实际情况，证明存在犯罪要件，即公开信息将造成实施恐怖主义行为的危险，这种证明必须令独立司法机关满意；
- (d) 已经证明的、造成实施恐怖主义危险的行为应受到惩罚，不管这种行为是否涉及直接宣扬特定罪行。

## 不得开脱

任何情况下，都不得以政治、哲学、意识形态、种族、族裔、宗教或其他类似考虑为任何定为刑事犯罪的恐怖主义行为开脱。全部国际反恐文书依赖于毫不含糊地谴责这类犯罪，不得对从意识形态角度予以开脱的可能性作出让步。

最后，不得以政治性考虑为任何恐怖主义罪行开脱。在国家立法中将这类例外包括在内将在很大程度上抵消刑事定罪条款的效力。

## C. 程序法

刑事诉讼法是法治的主要保障之一，并为所有与刑事司法系统打交道的人提供具体的法律保障。刑事诉讼法有着双重作用，既可以通过检控程序保护社会，又因为允许被告为自己辩护而保护了被告。它确保刑事司法程序特别是刑事审判的可靠性，从而确保有一个公正的司法体系。

有效的反恐行动有时可能需要对程序法进行特殊的修正。这种修改往往是反恐普遍文书所要求的，或者是遵守依国际法承担的各种其他国家义务所要求的。可行的

反恐刑事司法对策几乎必然要求对现行程序法进行审查，包括审查证据要求，以便授权刑事司法系统履行安全和社会保护方面的职责，同时坚持履行对法治和人权的承诺。

各会员国决心采取有力行动打击恐怖主义，这又带来了与有必要加强程序保障以保护个人权利有关的一些问题。各国在实施反恐战略时，必须继续坚持法治，包括刑法和宪法所规定的基本原则、标准和义务，这些法律界定了可准许的和合法的反恐刑事司法活动的范围。关于这些范围，往往大体上在刑事诉讼法和有关警察权力法律的各个方面中作了规定。因此，在通过偏离刑法传统的特别反恐法律时务必谨慎。

各种国际法院和法庭以及国内法院的判例法表明，一些反恐措施造成长期拘留而未指控、剥夺对拘留合法性提出质疑的权利、剥夺委托诉讼代理人权利、非法驱逐、与律师谈话受到监视和拘留时被禁止与外界接触。<sup>50</sup>

在修订通常适用的程序，使之适应恐怖主义罪行的特殊性时必须当心。对刑事诉讼程序的任何重大修订都可能带来一些根本问题，涉及个人权利的保护、法治保障及刑事司法程序的完整性和公正性。国内法采用特殊程序打击恐怖主义，特别是采用可能侵犯基本权利和自由的程序，必须同时制订保障措施以防止潜在的滥用。

### 程序和证据机制

预防性战略要求合法的侦查和证据机制必须有利于在恐怖主义悲剧发生之前采取检控干预措施，同时尊重法治所体现的程序保护措施。例如，一方面将策划和准备恐怖袭击定为刑事犯罪，另一方面却不允许采用必要的秘密侦查技术以找到进行此种策划和准备的证据，这样做注定要失败。

### 警察的权力

警察职能、权力和程序一般由法规作出界定和加以限制。有关的立法可能包括警察法、刑事诉讼法典和刑法典。警察法一般包括组织单位以及警察部队的相关权力，特别是在公共秩序领域的权力。与侦查有关的警察权力可能在国内刑事诉讼法典中载明。近年来，许多地方通过专门立法加强了其中一些权力，这种立法往往是因为发生恐怖主义事件或威胁而通过的。

<sup>50</sup>《打击恐怖主义，保护人权：手册》，第21页。

一些专家称，错综复杂的法律、司法先例和行政规则，对各国政府可用来渗入恐怖主义组织和挫败它们的计划的许多侦查权力限制过严，这类侦查权力包括监视、举报人、搜查、扣押、窃听、逮捕、审问、拘留等等。他们称有必要制订新的立法，使警察权力更加灵活和有用，与此同时要确定界限，以尽量减少过度使用或滥用。<sup>51</sup>（其中一些问题在关于执法机关的作用的第三章中讨论。）

### 与冻结、扣押和没收资产有关的程序

采取行动切实防止向恐怖主义活动提供资助，不仅要求将某些行为定为刑事犯罪，而且要求实施与《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的条约义务所要求的与冻结、扣押和没收条款有关的程序。<sup>52</sup>《公约》第8条要求缔约国采取下列措施：

“(a) 每一缔约国应根据其本国法律原则采取适当措施，以便识别、侦查、冻结或扣押用于实施或调拨以实施第2条所述罪行的任何资金以及犯罪所得收益，以期加以没收；

“(b) 每一缔约国应根据其本国法律原则采取适当措施，以没收用于实施或调拨以实施第2条所述罪行的资金，以及犯罪所得收益。”

安全理事会规定的冻结制度规定了广泛的冻结义务（见下文的论述），《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的冻结、扣押和没收条款则与此不同，这些条款基于犯罪工具和犯罪所得收益原则，对没收犯罪资产采取了比较传统的做法。

由于恐怖主义暴力往往是为意识形态目的而非为利润实施，因此《公约》的主要作用不是作为用来没收既遂犯罪所得的应对手段。《公约》的重点是在经济手段用来支助实施暴力行为之前冻结、扣押和没收这些手段，从而减少恐怖主义行为的发生。《公约》第2条第3款强调了这一预防性目的：“就一项行为构成第1款所述罪行而言，有关资金不需实际用于实施第1款(a)或(b)项所述的罪行”。

一些恐怖主义团伙和事件得到各种形式的普通刑事犯罪的资助。例如，2004年3月11日马德里火车爆炸案就得到了财产犯罪和毒品交易的资助。但是，与洗钱不同，阻截对恐怖主义的资助如果仅限于非法来源将是无效的。要实现这项预防性目的，《公约》要求，如果提供或筹集资金用于恐怖主义行为，则临时性冻结和扣押措施及没收惩罚措施适用于任何资金，不管其来源是否合法。

<sup>51</sup> S.Taylor, “Rights, Liberty and Security: Recalibrating the Balance after September 11”, 载于 Martin G. (编辑), *The New Era of Terrorism: Selected Readings*(Sage Publications, 2004), 第220页。

<sup>52</sup> 关于示范立法举例，见国际货币基金组织，《制止向恐怖主义提供资助：立法拟订手册》（国际货币基金组织，2003年，华盛顿特区）。



冻结义务也来源于安全理事会两份主要的相关决议：第 1267 (1999) 号和第 1373 (2001) 号决议。这些决议以成为特定集团的成员或合理地认为某人或某集团曾实施或试图实施恐怖主义行为为依据，规定了广泛的冻结义务。安全理事会在第 1267 (1999) 号决议中，要求塔利班停止支助恐怖主义的某些行动并将乌萨马·本·拉丹送交已对他起诉的国家。为了执行该要求，决定所有国家应冻结经该决议所设委员会指定的资金和其他财政资源，包括由塔利班本身或由塔利班拥有或控制的企业所拥有或直接间接控制的财产所衍生或产生的资金。

由于塔利班没有遵守第 1267 (1999) 号决议，安全理事会于 2000 年 12 月通过第 1333 (2000) 号决议，将冻结义务扩及属于与乌萨马·本·拉丹和基地组织有关的个人和实体的资产。安全理事会在第 1390 (2002) 号决议中进一步完善了制裁制度，决定各国应对乌萨马·本·拉丹、基地组织成员和塔利班以及与他们有关的其他个人、集团、企业和实体采取下列措施：

毫不拖延地冻结这些个人、集团、企业和实体的资金和其他金融资产或经济资源，包括由它们或由代表它们或按它们的指示行事的人拥有或直接间接控制的财产所衍生的资金，并确保本国国民或本国境内的任何人均不直接或间接为这种人的利益提供此种或任何其他资金、金融资产或经济资源。

安全理事会在第 1267 (1999) 号决议中还决定设立制裁基地组织和塔利班委员会，由安理会全体成员组成，负责保持所针对个人和实体的清单，该清单又称作“合并清单”，因为它合并了按字母顺序排列的与塔利班有关个人、与塔利班有关实体、与基地组织有关个人和与基地组织有关实体的各份清单。<sup>53</sup> 该委员会还保持一个从合并清单中除名的个人和实体清单。<sup>54</sup>

依据一个政治机关的决定而可能无限期冻结合法获得的财产的问题继续备受争议。<sup>55</sup> 清单上的一些人基于国际和区域人权法、宪法条款和国内程序法提出了司法质疑。有关诉讼摘要载于制裁基地组织和塔利班委员会分析支持和制裁监测组的定期报告。<sup>56</sup>

<sup>53</sup> 合并清单，查找网址：[www.un.org/sc/committees/1267/consolist.shtml](http://www.un.org/sc/committees/1267/consolist.shtml)。

<sup>54</sup> 从合并清单中除名的个人和实体清单，查找网址：[www.un.org/sc/committees/1267/docs/Delisted.pdf](http://www.un.org/sc/committees/1267/docs/Delisted.pdf)。

<sup>55</sup> 布朗大学沃森国际研究所，“通过公正和明确的程序加强有针对性的制裁”，沃森研究所有针对性制裁项目编写的白皮书；《欧洲人权公约》(2006 年)，“正当程序与联合国安全理事会反恐制裁”，提交欧洲委员会的报告；B. Fassbinder，“有针对性的制裁与正当程序”，秘书处法律事务厅委托进行的研究。

<sup>56</sup> 查找网址：[www.un.org/sc/committees/1267/monitoringteam.shtml](http://www.un.org/sc/committees/1267/monitoringteam.shtml)。

安理会在第 1373 (2001) 号决议第 1(c) 段中规定的冻结义务针对：实施或试图实施恐怖主义行为的个人、这类个人直接或间接拥有或控制的实体或代表这类个人和实体或按这类个人和实体指示行事的个人和实体的资金和其他金融资产或经济资源。

该决议既没有具体指出哪些特定个人或实体因为参与恐怖主义行为而必须冻结其资金，也未确立列入清单的机制。决议对“恐怖主义行为”一词也未加界定。欧洲一审法院认为，由于国际法中对“恐怖主义”和“恐怖主义行为”等概念缺乏公认的定义，因此第 1373 (2001) 号决议第 1(c) 段的适用存在困难。<sup>57</sup>

由于安全理事会第 1373 (2001) 号决议对于哪些行为触发冻结义务未作出明确的解释，各国于是适用本国的解释。许多国家的国内刑事法规中有恐怖主义或恐怖主义行为的定义。在此情况下依据国内法作为刑事处罚进行没收是可以的，但不可能没收按照第 1373 (2001) 号决议要求冻结的所有资产。这是因为该决议要求冻结恐怖主义行为实施人或支助人的所有财产，包括非意图用于犯罪的财产。法律条款往往规定仅约束和没收实际用于或意图用于犯罪的工具和犯罪收益，因此非意图用于犯罪的财产不得没收。因此，执行第 1373 (2001) 号决议所规定的要求就需要赋予法院或独立于刑事程序存在的其他主管机关以冻结权。

一些国家和区域组织建立了自己的外国和本国个人和实体清单，这些个人和实体实施、图谋实施或支助恐怖主义行为，其资金必须予以冻结。欧洲联盟理事会通过了第 1999/727/CFSP 号和第 2001/931/CFSP 号共同立场和随后的共同立场，并实施了一些条例以落实安全理事会第 1267 (1999) 号和第 1373 (2001) 号决议以及两项决议的后续决议。

有些国家希望得到拟订资产约束和有关问题如没收的立法范本，联合国毒品和犯罪问题办公室和国际货币基金组织为它们编制了打击洗钱行为和向恐怖主义提供资助行为的示范立法。<sup>58</sup>

## 保护证人和举报人的程序措施

证人和举报人在侦查和起诉恐怖主义活动方面起着重要作用。保护证人和举报人往往对刑事司法程序取得成功至关重要。可以考虑采取一些程序措施，以更好地保护对于预防、侦查和起诉恐怖犯罪非常重要的证人和举报人。这些措施必须确保平衡兼顾保护证人安全的必要性和保障被告得到公平审判的权利的义务。

<sup>57</sup> 见欧洲一审法院在 *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* 诉 *Council* (T-228/02) 案中的裁决。

<sup>58</sup> 示范立法，查找网址：[www.imf.org/external/np/leg/amlcft/eng/pdf/amlm105.pdf](http://www.imf.org/external/np/leg/amlcft/eng/pdf/amlm105.pdf)。

“证人能够在司法场合作证或配合执法侦查而不担心受到胁迫或报复，对于维护法治至关重要。”

《涉及有组织犯罪的刑事诉讼中保护证人的良好做法》  
毒品和犯罪问题办公室，第 1 页。

- 证据规则：为了保护证人，各国可以考虑实施《有组织犯罪公约》第 24 条所设想的程序改革，包括制订证据规则，允许以确保证人安全的方式提供证人证词，如允许使用视频链接等通信技术或其他适当手段提供证词。
- 承认审前陈述：为了保护证人和举报人，有时必须考虑采取承认审前陈述的程序手段。在多数欧洲国家，证人和司法合作者所作的审前陈述被法院视为有效证据，前提是当事方有机会参加对证人的讯问。<sup>59</sup> 欧洲委员会一个专家小组的报告提出，人们可能设想，在普遍承认证人审前陈述或匿名证人证词是诉讼阶段的有效证据的制度中，这种程序可以提供有效的证人保护。<sup>60</sup>
- 证据开示程序：可能有利于保护证人和举报人的另一个程序性做法包括促进证据开示程序的管理，并降低暴露证人和潜在证人的风险。<sup>61</sup> 在许多司法系统中，辩护律师有权在证据开示时取得证人陈述，但始终存在一种危险，即该程序可能影响证人或举报人的安全。

## 证人和举报人匿名

在许多欧洲国家，特殊情况下，可以按照欧洲人权法，准予刑事诉讼中作证的人匿名，以保护其身份。在许多大陆法系国家，给予匿名证人地位的决定取决于“预审法官”，他必须确定证人面临的风险以及证人的身份、信誉和可靠性。<sup>62</sup> 这项工作通过可以不让被告、被告律师和公诉人参加的讯问进行。如果不让这些人参加，这些人可通过装有声音转换装置的音频链接（或其他安全方式）了解讯问过程，辩方必须有机会提出问题（通过音频链接或在讯问之前向调查法官提出问题）。<sup>63</sup>

<sup>59</sup> N.Piandete, “Analytical Report”, in Council of Europe, *Terrorism: Protection of Witnesses and Collaborators of Justice* (欧洲委员会, 2006 年, 法国斯特拉斯堡), 第 22 页。

<sup>60</sup> 欧洲委员会, 《打击有组织犯罪: 欧洲委员会最佳做法调查》(欧洲委员会, 2004 年, 法国斯特拉斯堡), 第 22 页。

<sup>61</sup> 例如, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在审判前推迟披露证人的身份, 法院以此措施实现对特定证人的适当保护。

<sup>62</sup> 从大量判例法中可得出国际人权法中关于证人匿名的重要原则, 有关这类判例的论述, 见 D.Lusty, “Anonymous Accusers: an Historical and Comparative Analysis of Secret Witnesses in Criminal Trials”, *The Sydney Law Review*, 第 24 期, 2002 年, 第 363 页。

<sup>63</sup> 欧洲委员会, 《打击有组织犯罪: 欧洲委员会最佳做法调查》, 第 19 页。

往往也可以准予有危险证人部分匿名。被告有机会直接询问证人，但证人不必说出自己的姓名和地址。在此情况下，只有审判法官知道证人的身份。有时使用某种伪装来保护证人，防止被告认出证人，这种措施主要用来保护卧底警察的身份。

欧洲人权法院通常接受在初步调查阶段利用匿名举报人的合法性，但是也强调，在审判过程中使用如此获得的信息造成公平性问题。<sup>64</sup> 即使法律允许，往往也很少使用允许证人部分或全部匿名作证的程序，因为在实践中，这种做法可能限制证词中各项内容的可采性。<sup>65</sup> 在有些案件中，若当着被告的面盘问证人马上会给证人的健康和带来危险，可以在被告不在场情况下听取证人的证词，以防止证人受到直接的口头或身体威胁以及被告不那么明显的胁迫，如威胁性表情或姿势。<sup>66</sup>

匿名证词给被告得到公平审判的权利带来某些问题。欧洲人权法院对使用匿名证词作出了一些限制。<sup>67</sup> 法官必须知道证人的身份并在证人宣誓情况下听取证人的证词，并断定证词是否可靠，且必须掂量申请匿名的理由；必须对辩方利益和证人利益妥加权衡，被告及其律师必须有机会向证人提出问题；定罪不能仅以该证人的证词是否有力为依据。<sup>68</sup> 欧洲人权法院认为，这类匿名证词是否可以采纳取决于具体案情以及产生于判例法的三项原则：<sup>69</sup> 匿名是否有必然的理由？由此对辩方有效行使权利造成的限制是否得到适当补偿？定罪是否仅仅或主要依据这类匿名证词？比利时、芬兰、法国、德国、荷兰和摩尔多瓦共和国都在立法中规定了关于匿名的特殊规则。<sup>70</sup> 根据有些国家（如摩尔多瓦共和国）的立法，匿名证人的证词必须经过确证才能视为有效。

<sup>64</sup> 同上，第 31 页。

<sup>65</sup> 同上，第 20 页。

<sup>66</sup> 同上，第 20 页。

<sup>67</sup> 欧洲人权法院，*Visser* 诉荷兰，2002 年 2 月 14 日。

<sup>68</sup> X.Lameyre 和 M. Cardoso, “La délation en droit pénal français, une pratique qui ne dit pas son nom”, 载于 J. P. Brodeur 和 F. Jobard (编辑), *Citoyens et délateurs—La délation peut-elle être civique ?* (Paris, Éditions Autrement, 2005), 第 152 页。

<sup>69</sup> 欧洲委员会,《恐怖主义:特殊侦查手段》(欧洲委员会,2005年,法国斯特拉斯堡),第31页;欧洲人权法院通过其判决而发挥了重要作用,它“为欧洲打击有组织犯罪的斗争确定了法律界限”,特别是对于使用秘密探员和匿名证人:见 C. Fignaut 和 L. Paoli (编辑), *Organized Crime in Europe – Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond* (Springer, 2004年,荷兰多德雷赫特),第 628 页。

<sup>70</sup> N.Piancete “分析报告”,第 19 页。

国际刑事辩护律师协会在就程序和证据规则提交国际刑事法院筹备委员会的材料中指出，“只有在个人是协助发现可予采纳的证据的举报人，但在诉讼中没有作出不利于被告的证词时，才宜采用证人完全匿名的方式”。<sup>71</sup>

### 定期审查立法

由于必须采取果断行动保护人的安全，国家可能会紧急采取一些新的反恐措施，有时没有机会从法治或人权角度充分审查这些措施的影响。有时是在紧急情况下进行立法改革的。因此，必须对立法进行定期审查，特别是在导致通过立法的紧迫情况有所缓和时。

司法监督针对具体案件，并取决于诉讼当事人在该程序中可以使用的资源。可以设想采用其他机制，对特定案件的处理情况进行审查，例如任命特别审查员（如大不列颠及北爱尔兰联合王国）、由国会进行审查（如美利坚合众国）或由一个议会委员会进行审查（如加拿大）。由民选政治家进行审查可以促进公共问责制。

有些国家在其反恐立法中规定了具体的审查要求，甚至规定了届满条款。这种授权的审查使得能够从法治角度对法律进行审查。审查的目的是确定是否符合法治和尊重人权的方式促进了法律的宗旨（安全）。有时人们担心过快地通过了立法或者担心新条款的性质，有时立法所采取的措施的实施和适用存在不确定性，这类情况下进行审查可能是有益的。

<sup>71</sup> 国际刑事辩护律师协会，“证人保护”，就程序和证据规则向国际刑事法院筹备委员会提交的立场文件，1999年7月26日至8月13日，第2页。



### 三． 执法机关的作用

在法治和人权框架范围内应对恐怖主义给警察和其他执法人员带来了特殊挑战。警察在面对恐怖主义阴谋特别是国际性恐怖阴谋时，其能力经常有局限性。侦查、调查和控制恐怖主义活动存在着困难，更不要说预防恐怖主义暴力了，因此，警察机构必须考虑如何加强应对恐怖主义的技术、人力和战略能力。鉴于许多恐怖主义活动具有国际性，警察部门也必须增强开展执法合作的能力。最后，由于反恐行动具有复杂性和敏感性，所有执法机构必须建立治理和领导、问责和保证廉洁的健全机制。

#### 警察的义务

*“执法人员在执行任务时，应尊重、保护人的尊严，并且维护每个人的人权。”*

*《执法人员行为守则》  
(大会第 34/169 号决议，附件)*

在打击恐怖主义时，要求警察与军事和情报部门密切合作。这会带来一种危险，即模糊警察和军队之间的区别、造成警察军事化并削弱警察的民事控制和监督能力。除非警察的公正性和独立性受到保护，否则打击恐怖主义可能导致警察政治化，这可能损害警察在公众心目中的合法性和可信性。为此，各国必须明确界定和限制警察在反恐措施中的职能。

警察需要在不受政治影响的情况下履行职能，不能任意专断，也不能偏袒。这就要求在行动上有一定程度的独立性，但是保障措施非常重要，因为太多的自主权可能导致滥用权力。为保持这种微妙的平衡，警察需要在透明环境下工作，并且必须对其行动负责。

本章论述一些重要问题，包括使用有效而合法的侦查办法、使用逮捕和拘留权、使用有效而合法的审问技术和防止各种形式的妨害司法行为。将特别重视证人保护、洗钱和资助恐怖主义罪行的侦查以及国际执法合作。

## A. 侦查办法

恐怖主义阴谋和活动的秘密性和恐怖主义组织的典型行动方式要求采用专业的侦查办法。一些国际和区域人权机构强调打击恐怖主义所用的一些执法办法会带来歧视的危险。一般而言，只有在基于必要性和相称性原则而有合理理由的情况下，才可以使用可能损害个人权利的警察侦查办法。在确定特殊情况下警察是否有理由偏离通常和经核准的警察做法时，可以使用下列标准，且对这些标准的解释应尽可能严格：

**必要性：** 措施是否确有必要，是否还有其他侵犯性或伤害性更低的措施可用来实现相同目的？

**有效性：** 这种措施是否经过证明，或者是否有合理而客观的理由相信措施可以实现预期目的？

**伤害：** 这种措施对个人权利有多大影响？

**附带影响：** 这种措施是否可能产生任何不利的附带影响，包括可能影响警察与特定群体有效合作的总体能力或影响社区与警察合作的意愿？措施是否可能成为某些群体蒙羞的原因之一？

### 罪犯特征描述和目标对准某个群体

在进行反恐侦查时，往往很难识别潜在嫌疑人的身份。由于某些群体可能与恐怖主义活动有关，警察可能很容易将注意焦点放在这些特定群体上以防止恐怖主义事件发生。但是，基于种族或宗教的特征描述并非应对这些挑战的合法办法。消除种族歧视委员会吁请各国“确保在反恐斗争中采取的任何措施不根据种族、肤色、世系或民族或族裔蓄意或实际进行歧视，不以基于种族或族裔的特征描述或公式化的方式对待非公民。”<sup>72</sup>

*“现代民主社会建立在多元化和尊重不同文化等原则的基础之上，完全或在很大程度上根据某人的族裔加以任何区别对待是站不住脚的。”*

欧洲人权法院，2005年12月13日，*Timishev* 诉俄罗斯，第42段。

一些因素经统计证明与某些犯罪行为有关，虽然基于这类因素的特征描述在执法资源有限的情况下可能是有效手段，但是使用这种笼统的特征描述有很大问题，这种特征描述可能反映了未经审查的概括方法或定型观念。定型特征描述假设某些“种族”、民族或族裔或宗教的人特别有可能实施犯罪，因此这种特征描述可能导致

<sup>72</sup> 消除种族歧视委员会第六十五届会议通过的关于歧视非公民问题的第三十号一般性建议（《大会正式记录，第五十九届会议，补编第18号》(A/59/18)，第八章，第10段）。



与不歧视原则不相符的做法。特别报告员表示严重关切，许多国家执法当局采用的反恐做法所依据的恐怖主义分子特征描述包括一个人的推定种族、族裔、民族或宗教等特征。

打击恐怖主义的同时促进和保护人权和基本自由问题特别报告员还指出，例如，在移民管制中，也使用基于民族或族裔和宗教的恐怖主义分子特征描述。恐怖主义分子特征描述的做法令人对一些人权感到担心。有些数据采集工作以笼统的恐怖主义分子特征为基础，这类特征包括宗教和民族来源等群体特征，这种做法太过份，因而可能构成任意干涉《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条所保障的隐私权。特别报告员表示担心，基于定型观念的特征描述可能助长普通公众对具有某些族裔或宗教背景的人的敌对情绪和仇外心理。

各国必须加强边境管制以便在入境点查明安全威胁。但是，联合国难民事务高级专员认为，仅仅基于宗教或种族特征进行特征描述和甄别具有歧视性，是不适当的。<sup>74</sup> 通过下列手段可能有助于及早查明恐怖嫌疑人：进行各种安全检查，并加强有关国家边防卫队、情报机构及移民和难民当局之间的合作以及与国际刑事警察组织（刑警组织）和欧洲警察组织的合作。

为防止基于种族的特征描述和其他不合理的特征描述做法，国家可能有必要通过立法专门禁止这种做法。禁止种族歧视的国家立法应当专门涉及警察的活动。国家可能还应当对其立法进行审查，以确定是否对警察进行侦查和干预的各种做法充分界定了“合理怀疑标准”。如果法律尚未规定“合理怀疑标准”，也许有必要制订这样的标准，以便能够只在基于客观标准的怀疑基础上行使与控制、监视和侦查活动有关的权力。

若有可靠报告说存在不可接受的特征描述和确定目标等做法，可能有必要对警察做法进行一次审核，以审查各种政策、培训课程、监督办法和行动规程。如果没有进行此种审核的行政机制，有必要设立一个独立部门进行此种审查。通过审查按语言、宗教或民族细分的警方统计数字和数据，可以对潜在的歧视性做法进行初步评估。

对基于种族的特征描述和确立“合理怀疑”的现有标准等方面的问题开展教育，可以改进警察做法。还必须确保由一个独立机构或民事监督机制对指控的种族歧视案件或警方出于种族动机的不当行为进行切实有效的调查，并确保这些行为的实施者受到适当惩罚。最后，必须采取措施，使基于种族的特征描述以及歧视和其他不可接受的特征描述和歧视的受害人有可能安全地向当局举报这类事件。<sup>75</sup>

<sup>74</sup> 欧洲反对种族主义和不容忍委员会在 2007 年 6 月 29 日通过的关于打击警察行动中种族主义和种族歧视的该委员会第 11 号一般政策建议中提出的具体建议。

## 收集情报

获得、分析和使用有关恐怖主义组织的信息对于防止恐怖主义行为至关重要。信息可通过公开和秘密来源收集，并可以从本国或国外的其他警察机构获得。既可以通过技术手段也可以通过培养与其他利益相关者的关系来改进信息收集工作，这些利益相关者包括社区、其他执法机构、情报机构和外国政府等。

情报收集活动特别是秘密监视必须受法律管辖，由独立机构监督并接受司法审查。任何影响个人隐私的行动都必须是法律允许的并受法律管辖。因此，与个人有关的任何搜查、监视或数据收集必须依法授权。授权干预个人隐私的法律必须详细规定在哪些具体情况下允许进行干预以及不得以歧视方式进行干预。

《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条禁止缔约国干预在其管辖范围内的人的隐私，并要求各国依法保护这些人的隐私不被任意或非法干预。最近的反恐战略包括收集、分析和使用大量个人的信息。许多国家大大扩大了执法机构的监视权和能力（包括窃听、使用跟踪装置和监测互联网通信）。这些获授权的执法手段有可能限制有关个人的隐私。采用这些做法也带来收集的数据如何保护、存储和必要时与其他机构共享等问题。

在收集个人信息之后，必须保护这种信息不被非法或任意接触、泄露或使用。应当有相关规定，使个人可以确定其个人数据是否为执法目的而存储，并能够纠正或撤销不正确的数据。

## 情报系统和信息共享

恐怖主义威胁的性质使得有必要在不受领土边界或组织结构限制的情况下收集和分析信息。<sup>74</sup> 安全和执法机构之间共享信息和情报是防止恐怖主义活动和其他重大刑事犯罪的重要手段。为增强信息交流所作的努力已经产生一些积极成果，但是在许多情况下也表明，有关这类交流的国内和国际法律框架尚不完备。

双边、分区域和区域各级正在取得一定进展，从而保证了当前的交流机制既可满足司法和执法合作需要，又为保护个人数据和个人隐私权提供必要保障。2005 年 5 月 27 日《普鲁姆条约》就是旨在帮助各国改进预防和打击恐怖主义犯罪、

---

<sup>74</sup> Eveline R. Hertzberger, *Counter-Terrorism Intelligence Cooperation in the European Union* (犯罪司法所, 2007 年, 都灵), 第 27 页。

跨国犯罪和非法移民方面的信息交流的举措之一，该条约的原始签署国有奥地利、比利时、法国、德国、卢森堡、荷兰和西班牙，条约现已纳入欧洲联盟的法律框架。<sup>75</sup> 还应提及 2006 年欧洲联盟理事会关于简化欧洲联盟成员国执法当局之间信息和情报交流的框架决定，<sup>76</sup> 该框架决定规定了为开展刑事侦查或刑事情报业务而有效和迅速交流信息和情报的基本原则。每个国家有责任提供法律规章框架以指导跨系统信息和情报交流，并确保这类交流不损害刑事司法程序或所涉刑事司法机构的公正性。

### 利用污点举报人和共犯

在试图粉碎犯罪图谋和恐怖主义阴谋，防止恐怖主义犯罪时，警察经常需要依赖愿意合作并提供不利于前同伙的证据的共同被告和共犯的证词。<sup>77</sup> 虽然有人称这种特殊办法是否有效并无充分证据，<sup>78</sup> 但通常认为利用污点举报人和共犯对于成功破获和起诉恐怖主义和有组织犯罪至关重要。<sup>79</sup> 因此，各种国际协定和公约积极提倡这类办法。<sup>80</sup> 国内法有时有必要授权使用这类做法并确定如何及何时对被告使用通过此类来源取得的证据。

在涉及恐怖主义的案件中，“共犯证词”非常重要，因此，控辩交易、豁免或从宽处理，往往在收集证据和成功起诉这类案件中发挥着关键作用。因此，为了争取污点举报人合作，在实践中将证人保护措施与其他措施结合起来使用，如控辩交易、免于起诉和减轻刑罚。

举报人和警方往往达成正式协议，具体规定双方的义务。但是，多数国家仍然需要制订较严格的举报人管理框架，例如准则、法规条例和强化独立监督。

<sup>75</sup> 同上，第 89-90 页。

<sup>76</sup> 欧洲联盟理事会 2006 年 12 月 18 日关于简化欧洲联盟成员国执法当局之间信息和情报交流的第 2006/960/JHA 号框架决定（《欧洲联盟公报》，L 386 号，2006 年 12 月 29 日）。

<sup>77</sup> 欧洲委员会，《打击有组织犯罪：欧洲委员会最佳做法调查》，第 22 页；A. J. Schreiber, “Dealing with the Devil: an examination of the FBI’s troubled relationship with its confidential informants”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 第 34 卷，第 4(2001) 期，第 301-368 页。

<sup>78</sup> N.R. Fyfe 和 J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases: An International Review*, 内政部在线报告 27/0 期（内政部，2005 年，伦敦）；又见 N. R. Fyfe 和 J. Sheptycki, “International trends in the facilitation of witness co-operation in organized crime cases”, *European Journal of Criminology*, 第 3 卷，第 3(2006) 期，第 319-355 页。

<sup>79</sup> 例如，J. P. Laborde, *État de droit et crime organisé*(Paris, Dalloz, 2005)。

<sup>80</sup> 例如，《有组织犯罪公约》，还有欧洲联盟委员会部长委员会于 2001 年 9 月 19 日通过的成员国外长委员会关于打击有组织犯罪的指导原则的建议 Rec (2001)11。

## 使用现代侦查技术

电子监视、秘密行动和控制下交付等手段的效力怎么强调都不过分。这些手段在与狡滑的犯罪团伙打交道时特别有用，因为获取它们的行动信息和收集情报本身非常困难和危险。利用卫星进行跨国监视和通过卫星链接截取电话通话等技术进步，使得外国侦查人员不亲自到场就可以进行跨国侦查。

必须审查与这些手段有关的国内安排和立法，在此过程中要充分考虑到人权的任何影响以及促进国际合作的必要性。一旦特别侦查技术有可能影响受保障的权利，这些技术必须受到独立于实施个人或机构的机关的有效控制。

新的技术发展和现代侦查办法带来了这些办法是否合法和在侦查过程中如何保护有关个人权利等新问题。警察、检察官和法院有责任确保这些办法的使用符合法律和有关的人权标准。

检察官在使用通过这类“现代”办法取得的证据时必须十分当心。警员卧底或以假身份行事，这方面的刑事事项合作的法律基础并非总是那么牢固。对检察官和法院而言，存在着如下问题，即在别国利用在本国不一定接受的办法收集的证据是否可以采纳，以及官员在别国违犯该国的法律取得的证据如何使用等。若想证实通过国际警察合作取得的证据的合法性，当然不会不在程序和实践方面遇到困难。

## B. 逮捕和拘留

剥夺个人的人身自由是控制和预防犯罪和恐怖主义的最常用手段之一。“逮捕”和“拘留”两词往往可以互换使用，但它们指的是不同的概念。按照《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，<sup>81</sup>“逮捕”是指因指控的罪行或根据当局的行动扣押某人的行为。因此，逮捕可以出于刑事理由并经过法官审查，也可以出于行政命令（“根据当局的行动”）。被逮捕人往往但不一定被拘留。

法律必须将依法使用逮捕和拘留的权力限于法律明确规定的具体情况，并要求随后对此负责。依法使用逮捕和拘留权力必须以下列主要人权原则为指导：

- 逮捕和拘留必须依法进行，不得任意为之；
- 逮捕和拘留必须按照法律规定的程序进行；

---

<sup>81</sup> 大会第 43/173 号决议，附件。

- 必须按照无罪推定原则对待被逮捕人或被拘留人，应将这些人已与定罪者分开拘禁；
- 法律应规定被逮捕人 / 被拘留人迅速在一个司法机关出庭的具体和准确时限；
- 被逮捕人 / 被拘留人必须有机会接触律师并能够在完全保密的情况下与律师交流；
- 必须以被逮捕人 / 被拘留人能够理解的语言告知其被逮捕 / 被拘留的原因和被提出的指控；
- 必须将被逮捕人 / 被拘留人的权利，包括有律师为其辩护的权利告知其本人；
- 对逮捕的日期、时间和原因、被逮捕人或被拘留人的身份、执行逮捕人的身份和被逮捕人第一次在司法机关出庭的时间和日期均应妥加记录；
- 被逮捕人 / 被拘留人有权接触外部世界；
- 被逮捕人 / 被拘留人有权要求法院提审，以便由法院决定逮捕和（或）拘留是否合法（人身保护令）。

#### 逮捕必须依据的怀疑的“合理性”构成防止任意逮捕和拘留的不可或缺的组成部分

“有着‘合理怀疑’的前提条件是，存在着一些事实或信息，使一个客观观察者相信有关人员可能实施了犯罪。但是，什么可以视为‘合理’取决于所有情况。在这方面，恐怖主义犯罪属于一种特殊类别。由于伴随着生命损失和人类痛苦等危险，警察得到所有信息，包括从秘密来源取得的信息后，必须紧急采取行动。而且，警察可能经常必须基于这样的信息逮捕恐怖嫌疑人，这种信息虽然可靠，但不得向嫌疑人透露或不得在法院出示以支持指控，否则会使信息来源处于危险之中。”

欧洲人权法院，*Fox, Campbell 和 Hartley 诉联合王国*，  
1990年8月30日，第32和34段。

基于族裔特征描述的逮捕违反了逮捕不应任意进行的原则。不任意妄为，意味着不得以歧视性理由逮捕、阻止或搜查某人。

#### 禁止任意逮捕和拘留

《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款要求，因刑事罪名而被逮捕或拘留的人，应迅即解送法官或依法执行司法权力的其他官员。被逮捕人有权要求法院提审，以迅速决定其拘留是否合法，如属非法应即令释放。

“执法人员不得施加、唆使或容许任何酷刑行为或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚，也不得以上级命令或特殊情况，例如战争状态、战争威胁、国家安全的威胁、国内政局不稳定或任何其他公共紧急情况，作为施行酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的理由。”

《执法人员行为守则》(大会第 34/169 号决议，附件，第 5 条)

法治允许在指控或释放一人之前将其拘留多少小时或几天，对此问题并无准确的或普遍有权威的答案。但是，联合国人权事务高级专员办事处（人权高专办）人权事务委员会在 1982 年第 8 号一般性评论中指出，多数缔约国依法确定了较准确的时限，该委员会认为，拖延时间不得超过数天。该委员会是为监测《公民权利和政治权利国际公约》的遵守情况而设立的。

### 《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条

“1. 人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。

“2. 任何被逮捕的人，在被逮捕时应被告知逮捕他的理由，并应被迅速告知对他提出的任何指控。

“3. 任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决。

“4. 任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。

“5. 任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者，有得到赔偿的权利。”

### 在被逮捕时得到通知的权利和通信权利

被逮捕人有权在被捕后立即获悉其权利、了解其被指控的罪名并与律师协商。如系外国国民，反恐普遍公约和议定书与《维也纳领事关系公约》<sup>82</sup>均要求该人有权与其国籍国代表联系和接受国籍国代表的探视。如系无国籍人，该人有权与红十字国际委员会联系并接受该人惯常居住地所属国家的代表探视并被告知自身的权利。

<sup>82</sup> 联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 8638 号。

关于得到辩护律师帮助的权利，人权事务委员会对一些反恐措施表示关切，这些措施不允许被拘留者在被捕后立即见到律师。<sup>83</sup> 也许确有必要采取措施，就准许见律师的时限作出规定——这种时限必须较短，但这种措施必须符合《国际公约》第 9 和第 14 条的要求。

个人在被捕后经常被拘押在警察拘留设施。在此情况下，警察有义务确保这些人的安全和健康。<sup>84</sup> 警察还必须确保这些人在被拘押期间不受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚。

许多国家将发现有必要认真审查与涉及逮捕和临时拘留嫌疑人的警察做法有关的政策、业务程序、政策指示和培训方案。

### C. 审问和讯问嫌疑人

讯问嫌疑人是一种侦查方法，用来收集信息，以促进侦查或在审判时用作证据。使用这种方法必须以无罪推定原则为指导。保持沉默的权利是无罪推定本身所赋予的权利。此外，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 3 款 (g) 项规定人人有权“不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”。《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 21 也明确规定：

- “1. 应禁止不当利用被拘留人或被监禁人的处境而进行逼供，或迫其以其他方式认罪，或作出不利于他人的证言。”
- “2. 审问被拘留人时不得对其施以暴力、威吓或使用损害其决定能力或判断力的审问方法。”

《原则》在原则 23 中也就审问 / 讯问的记录提供了指导：“被拘留人或被监禁人的任何审问的持续时间和两次审问的间隔时间以及进行审问的官员和其他在场人员的身份，均应以法定格式加以记录和核证。”

绝对禁止酷刑及其他残忍、不人道或有辱人格的待遇。《国际公约》第 7 条规定，“任何人不得被加以酷刑或施以以残忍的、不人道的或侮辱的待遇或刑罚。”《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》提供了有关“酷刑”的全面定义。

<sup>83</sup> 秘书处关于在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由的报告 (A/58/266)。

<sup>84</sup> 《执法人员行为守则》，第 6 条（大会第 34/169 号决议，附件）。

### 《禁止酷刑公约》第 1 条

“为本公约的目的，‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”

法院不应接受通过酷刑或其他形式的胁迫所取得的信息为证据。《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 27 规定，“在确定是否采纳不利于被拘留人或监禁人的证据时应当考虑不符合取证原则的情形。”

近年来，反恐措施在许多情况下发生酷刑和虐待问题。2001 年 11 月 22 日，人权高专办禁止酷刑委员会向《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》缔约国发表一项声明，提醒它们注意在批准《禁止酷刑公约》时“它们所承担的多数义务具有不容克减性”。该委员会一再表示关切，不符合《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条的审问手段据称仍在被使用，而《公约》所不承认的“正当防卫”论经常被引用，并被继续作为相当于酷刑的审问办法的理由。

*“在打击犯罪特别是恐怖主义的斗争中，即使调查需要，本身存在不可否认的困难，也不能因此而限制对于个人身体健康所给予的保护。”*

欧洲人权法院，*Tomasi 诉法国*，1992 年 8 月 27 日，第 115 页。

在审问被拘留的恐怖嫌疑人方面，一个令人关切的问题是担心使用被禁止的胁迫措施，即使这类措施未达到《禁止酷刑公约》所禁止的“剧烈疼痛或痛苦”的程度。有些措施令人难受，但为实现拘押目的并确保监护或审问人员安全却无法避免。然而，如果这种措施不是出于合法的拘押和安全需要，而是为了逼迫被审问人招供，则这种措施就是《国际公约》第 14 条第 3 款 (g) 项所不容许的。

## D. 防止妨害司法的行为

各种形式的妨害司法行为都会阻碍司法系统调查和起诉恐怖主义犯罪的工作。妨害可包括收买和恐吓证人、<sup>85</sup>收买陪审团和恐吓司法官员。<sup>86</sup>必须采取

<sup>85</sup> S. Roadcap, “Obstruction of justice”, *American Criminal Law Review*, 第 41 卷, 第 2 (2004) 期, 第 911-945 页。

<sup>86</sup> J.P. Laborde, *État de droit et crime organisé*..., 第 33 页。



措施防止所有形式的妨害司法行为，并严厉惩处所有妨害刑事司法程序的企图。

必须关注社会上易受伤害群体和社区的特殊情况。这些群体可能会受到恐怖主义组织和犯罪集团的集体恐吓。因此，为了预防恐怖主义，必须对付这种恐吓行为。为了保护整个社区免受恐怖主义组织及其同情者的恐吓和报复，通常需要采取范围较广的战略。集体恐吓的问题<sup>87</sup>通常涉及各种形式的歧视，因此在处理时必须要有宽广的视角。必须使恐怖主义组织所针对、恐吓和利用的社区感到与当局合作是相当安全的。必须使这类社区的成员相信，他们若鼓起勇气向当局告发，是不会孤立无援的。最重要的是要确保反恐做法不会使这些社区更易于受到种族主义组织或恐怖主义组织的恐吓和胁迫。

社区范围的集体恐吓包括“下述行为：意图在特定社区内造成普遍的恐惧心理和不与警方及检方合作的态度”。<sup>88</sup>如果恐怖主义支持者试图危及潜在证人的安全并使其可能因与恐怖主义分子有联系而受到起诉，这种做法对某些社区的影响可能特别大。<sup>89</sup>对报复和排斥的恐惧起到了一定的作用。社区范围的集体恐吓对警方和检察部门的阻挠作用尤其严重，因为在特定案件中，即使从未实施可导致诉讼的威胁，证人和受害人仍然不敢作证。<sup>90</sup>

专家们将“低度”恐吓和其他证人及其家人所经历的十分严重且往往威胁到生命的经历区别开来。后者往往与有组织犯罪集团或恐怖主义组织有关。与面临低度恐吓的证人数量相比，受到最严重威胁的证人的数量相对较少，但这一群体往往受到执法和司法人员的最多关注。恐怖主义组织和犯罪集团通常以这两种方式使整个群体或社区陷于害怕报复的心理。

<sup>87</sup> 例如，K. M. Healey, “Victim and witness intimidation: new developments and emerging responses”, *NIF Research in Action* (华盛顿特区，国家司法研究所，1995年10月)；N. R. Fyfe and H. McKay, “Desperately seeking safety”, *British Journal of Criminology*, 第40卷，第4(2000)期，第675-691页；N. R. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses* (Hampshire, Ashgate, 2001)，第18页。

<sup>88</sup> K. Dedel, *Witness Intimidation, Problem-Oriented Guides for Police, Problem-Specific Guides Series, No. 42* (华盛顿特区，美国司法部，社区治安服务办公室，2006年)，第4页。

<sup>89</sup> Y. Dandurand 和 V. Chin, “Human security objectives and the fight against transnational organized crime”, *The Current Stage in Transnational Organized Crime: World and Japan*, Kan Ueda 编辑，*Human Security and Transnational Organized Crime Series* (Kyoto, Nihon Hyouronsya, 2007)，第2卷，第149-171页。

<sup>90</sup> P. Finn 和 K. M. Healey, *Preventing Gang- and Drug-related Witness Intimidation*, National Institute of Justice Issues and Practices (美国司法部，社区治安服务办公室，1996年，华盛顿特区)，第4页。

令问题更加复杂的是，至少还可通过以下两种方式对间接证人实施恐吓：

- 可能由没有直接参与被调查或被起诉的犯罪的人即第三方实施恐吓；
- 恐吓对象可能是与证人关系密切的人而非证人本人（例如恐吓证人的配偶或其他家庭成员），有时甚至是居住在外国的人。

对证人或司法人员的恐吓可能是言明的也可能是暗示的（暗示的恐吓包括真实但未言明的伤害威胁）。由于恐怖主义活动参与者滥用权势，能够恐吓或压制证人和举报人，而司法系统为这些证人提供充分保护的能力相对薄弱，因此与司法系统合作要面临更大的风险。<sup>91</sup>

法律必须明确界定各类妨害司法行为，对其进行刑事定罪，并规定严厉的处罚条款。警方有义务侦查并协助起诉所有形式的妨害司法行为。这些犯罪行为在整体上危害了刑事司法程序的公正，必须受到严肃处理。

## E. 证人保护措施和方案

与其他类型严重犯罪受害人的情况相比，恐怖主义的受害人可能提供不了多少相关证据，这类案件的其他实物证据通常十分有限。在这种情况下，一些证人由于本人与犯罪的谋划或实施关系密切，其证词大大有助于当局的侦查或起诉。<sup>92</sup>因此对这类人的保护十分重要，甚至会引起若干实际问题、道德问题和法律问题。因此必须在以下两个领域发展警察机关提供有效保护的能力：向证人提供基本保护的能力以及行之有效的证人转移和保护方案。

### 基本的证人保护措施

证人遭受恐吓问题十分复杂，这就意味着需要采取一系列措施处理这一问题。<sup>93</sup>若能最大限度降低证人在告发犯罪或阴谋或提供证词时暴露身份的可能性，或保护其匿名身份和隐私，便可降低其遭受恐吓的危险。对于面临严重危险的证人，通常有现成的保护方案和措施，而对处理低度威胁或各类社区范围集体恐吓的工作给予的关注却少得多。<sup>94</sup>

第二层保护包括一些实际措施，如给证人使用警报器、呼叫装置和其他犯罪预防装置；使证人能够快速得到警方协助和其他服务；对个人住所进行安全检查；允许

<sup>91</sup> Anne-Marie Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice: éléments de mise à jour de la politique québécoise; rapport final présenté au ministre de la Sécurité publique* (魁北克, 2005年), 第8页。

<sup>92</sup> 欧洲委员会, *Combating Organised Crime*..., 第20页。

<sup>93</sup> N. R. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses* ..., 第47页。

<sup>94</sup> 澳大利亚, 维多利亚, Office of Policy Integrity, *Review of the Victoria Police Witness Protection Program; report of the Director, Police Integrity* (维多利亚政府出版社, 2005年, 墨尔本), 第8页。

证人选择去警察局而不是在自己的居住地或工作地点接受讯问，以及减少证人和犯罪人员接触的可能性的其他手段；接送证人上下班、上下学或往返法院；无论何时，如果证人和犯罪人员必须到警察局或法庭，保持证人与犯罪人员分开；使证人能够在必要时紧急转移或短期转移；或代表证人请求法院的“禁止接触”令。<sup>95</sup>在任何特定案件中，通常需要同时采用上述几种措施。随着证人处境的变化，风险可能有所变化，必须重新评估风险，可能有必要采取另一套措施。

要有效保护证人和配合司法工作的人员，警方必须能够评估这些人所面临的风险，并能够迅速应对直接威胁。

### 证人保护方案

证人保护方案也是保障侦查和刑事审判并确保证人安全的一种方式。其主要目标是保障证人和配合司法工作的人员以及与之关系密切的人的生命和人身安全。这些方案包括对证人和配合司法工作的人员的人身保护程序，例如，在必要且可行的情况下，使其转移，为其提供新的身份证件，适当情况下允许不披露或限制披露这些人的新身份和去向的有关消息。虽然与执法当局合作的证人通常会得到报酬（金钱上的报酬、因控辩交易而减轻指控、或在量刑时宽大处理），但证人保护方案不是对与当局合作的证人的某种补偿。<sup>96</sup>

一个由国际犯罪学高等研究所、有组织犯罪监测中心和欧洲警察组织组成的工作组建议设立专门的证人保护部门，在行政、行动、预算和信息技术等方面具有自主权。<sup>97</sup>这个专家组强调，对于证人/配合司法工作的人员提供证据的案件，这类部门不应参与侦查和筹备工作。

## F. 收集金融信息

打击恐怖主义的所有战略性办法的一部分是，收集金融信息以发现与恐怖主义组织及其投资有关联的金融网络，其中包括各执法机关和管制机关之间的信息交流。设立国家金融情报单位是能力建设举措的一部分，必须给予支持。

<sup>95</sup> K. Dedel, *Witness Intimidation* ...。

<sup>96</sup> 尽管不难理解主管当局为何一定要提供奖励以鼓励合作，但必须谨慎为之。实际上某些奖励的存在会损害证词的价值或可信度。

<sup>97</sup> 国际犯罪学高等研究所、有组织犯罪监测中心和欧洲警察组织，*Harmonisation of Witness Protection Legislation: final proposal of the ISISC-OPCO-EUROPOL working group on minimum requirements for potential legislation at European Union Level*, explanatory report (2005年,意大利锡拉库扎)。

要成功侦查和起诉向恐怖主义提供资助的活动，必须迅速识别来自银行、其他金融机构和商业企业或其他企业的有关信息。由于银行和金融部门的复杂性，很难在一法域内或在国际范围追查和没收资产。技术进步使这些努力变得更为复杂。这类交易很多是跨国交易，因此需要更改双边条约或国家法律框架，使检察机关之间或其他执法当局之间能够合法而迅速地进行跨国界信息交流。在这方面，无规范的境外中心给检察机关之间的国际合作带来了一些实际问题。在处理公司法和和其他有关管理规范的差异时常常遇到各种困难。此外还有一些问题涉及计算机付费、在欠缺管理的境外法域运作的“虚拟银行”，以及在境外中心管辖区之外运作的空壳公司。

洗钱和资助恐怖主义的方法在不断演变，国际社会为应对其不断提高的复杂程度和国际性质，在许多领域采取了行动。重点在于促进国际合作和建立一个协调而有效的国际制度以打击洗钱和资助恐怖主义的活动。在这一制度中，各国遵守的条约不同，所承担的具体义务也不相同。这些义务非常复杂，资源有限且金融、法律和管理制度不够发达的国家可能难以承担。

在这一全球制度中，由于犯罪所得和资助恐怖主义的资金可相对容易地在全世界范围流动，反洗钱和打击资助恐怖主义活动的机制薄弱的国家特别容易受到犯罪活动的侵害。国家现在必须建立有效的全国性制度，以避免其金融机构和工商企业成为洗钱者、恐怖主义支持者和其他犯罪分子的目标。此外，打击洗钱和打击资助恐怖主义活动的国际制度即使再有力，也有最薄弱的环节，而在这一国际控制链上构成薄弱环节的国家更有可能成为犯罪分子和恐怖主义分子的目标。

欧洲安全与合作组织加强恐怖主义相关刑事事项司法合作专家讲习班的参加人员建议采用不以有罪判决为依据的民事没收制度，并提出了对控制恐怖主义活动资产的司法协助请求予以直接执行的各种办法。<sup>98</sup>

在这一领域，为加强警方截获犯罪资产的能力以及防范资助恐怖主义活动的的能力，新出现的一些做法值得考虑，<sup>99</sup> 其中包括：

- 采用通过相互关联的金融调查锁定有组织犯罪集团和恐怖主义组织的资产的侦查策略；
- 为积极进行有关金融情报信息和分析的持续交流而制定各种安排并发展能力；

<sup>98</sup> 欧洲安全与合作组织，欧安组织加强恐怖主义相关刑事事项司法合作专家讲习班概览，2005年4月，维也纳。

<sup>99</sup> 八国集团，“G8 best practice principles on tracing, freezing and confiscation of assets”，2004，查找网址：[www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/g82004/G8\\_Best\\_Practices\\_on\\_Tracing.pdf](http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/g82004/G8_Best_Practices_on_Tracing.pdf)。

- 启动独立于其他刑事程序之外的资产没收程序；
- 就减轻关于资产非法来源的举证责任制定办法；
- 为参与追查、冻结和没收有组织犯罪活动所得资产的国家分享资产而订立双边协议或其他协议。

## G. 社区参与

警方与当地人口和有关的各类少数族裔社区和文化社区的关系好，可大大有助于警方对预防恐怖主义发挥作用。良好的关系能够促成合作。

一些国家规定警方有法定义务在履行其职能时促进平等和防止种族歧视。可采用各种方法协助警方改善与少数族裔社区人群和其他潜在弱势社区群体的关系。这些方法包括，警察机关招聘任职人数偏低的少数群体成员并确保给予其平等的晋升机会；对警察进行关于文化多样性和在多元化社会中维持治安的培训；建立警方和少数群体成员之间对话与合作的框架；为警方提供译员和其他能够便利警方和少数群体成员沟通的人。

在某些案件中，警方可积极与各种社区群体进行对话，或与其讨论其在预防恐怖主义方面的作用。能有机会向警方表达对各种反恐措施给其生活造成的明显不利影响的忧虑，许多社区群体都是欢迎的。

媒体也可发挥重要的作用，协助警方与大众和少数群体进行更坦诚、更有效的沟通。警方必须与媒体建立良好关系，而且必须通过与媒体沟通，改变对某些群体成员的敌意或偏见。

## H. 国际执法合作

由于恐怖主义和跨国犯罪的多变性，各国必须不断改进其合作战略，以求通过统一、合作性和战略性方法对跨国界犯罪进行侦查和起诉。在反恐斗争中，所有相关领域的国际合作都是必不可少的。最重要的国际合作形式大概莫过于执法机关之间的合作。<sup>100</sup> 这类国际合作要求各国努力遵守新的国际标准，鼓励各国法律趋于一致并相互适应，推行综合程序改革，普遍提高国家一级的侦查能力，并加强进行国际合作的能力。

<sup>100</sup> Adel Maged, “International legal cooperation: an essential tool in the war against terrorism”, *Terrorism and the Military: International Legal Implications*, W. P. Heere 编辑 (The Hague, Asser Press, 2003), 第 157 页。

全球反恐文书、《有组织犯罪公约》和《反腐败公约》为国际执法合作提供了坚实的基础，并提出了作为有效侦查和起诉这类犯罪的国家能力的一部分而必须加以发展的若干要素。

## 执法合作中的挑战

在涉及跨国犯罪的案件中，有管辖权的国家需要协调各自的调查活动，以便更有效地重点打击恐怖主义组织及其国际活动。对跨国界调查和起诉活动的协调仍然不多，而且往往需要通过正规渠道进行大量的筹备工作。

若干国际文书述及为侦查和起诉恐怖主义犯罪和阴谋而在执法机关之间开展跨国行动合作的重要性。<sup>101</sup> 但组织联合调查存在一些实际问题，其中包括缺乏共同标准和公认做法、对调查进行实际监督、预防情报泄露，以及缺乏迅速解决这些问题的机制。<sup>102</sup>

如果一个案件需要国际合作，由于各国在规范警察权力的法律、使用特别侦查技术、利用合作人和举报人或者是否接受某些类型的证据等方面存在差异，执法合作会遇到严重障碍。通过执行《有组织犯罪公约》和其他国际合作举措，已经作出很大努力，确定这类障碍并改善局面。这些努力对预防恐怖主义行为也有重要意义，执法机关和情报机关在持续合作的框架内采取这些努力的情况已经受到密切关注。<sup>103</sup>

## 在没收与恐怖主义或犯罪有关的资产方面开展合作

银行和金融部门的复杂性以及技术进步给法域内没收和国际没收工作造成了困难。1971年《精神药物公约》、1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《有组织犯罪公约》、《反腐败公约》和《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》都载有关于追查、冻结、扣押和没收犯罪工具和犯罪所得的条款。其他打击洗钱和禁止资助恐怖主义的国际努力依据的是金融行动特别工作组关于洗钱问题的四十条建议和巴塞尔银行监督委员会关于资助恐怖主义问题的九条特别建议。

---

<sup>101</sup> 《有组织犯罪公约》第19条要求各缔约国考虑缔结双边或多边协定或安排，以便有关主管当局可以就涉及一国或多国刑事侦查、起诉或审判程序的事项建立联合调查机构。另见《反腐败公约》第49条的类似措词。

<sup>102</sup> 见 T. Schalken, “On joint investigation teams, Europol and supervision of their joint actions”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 第10卷, 第1(2002)期, 第70-82页。

<sup>103</sup> 欧洲人权法庭已核可利用这类技术打击恐怖主义 (Klass 等诉德国)，而且，在欧洲委员会内部，正在草拟部长委员会向寻求促进使用特别侦查技术侦查包括恐怖主义在内的严重犯罪的成员国提供的建议草案。见 P. De Koster, “Part 1: analytical report”, *Terrorism: Special Investigation Techniques* (欧洲委员会出版, 2005年, 斯特拉斯堡), 第7-43页。

这些国际法律文书的目的是，确保每个缔约方采取必要的立法措施和其他措施追查、识别、冻结、扣押和没收犯罪资产、管理这些资产，并在追查、冻结、扣押或没收犯罪所得方面尽可能向其他缔约国提供广泛的合作。在处理用于或打算用于资助恐怖主义的合法或非法来源的资产方面，进行合作的国家还必须具备相似的能力。

实行有效措施打击资助恐怖主义的行为仍然是国际社会的首要任务。《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》要求缔约国与其他缔约国开展广泛合作并在公约所涵盖的事项上相互提供司法协助。

八国集团设立的里昂小组已经提出了关于追查、冻结和没收与犯罪有关的资产（包括与恐怖主义有关的资产）的一整套最佳做法原则。这些原则强调，各法域内和不同法域的法律专家、执法专家、金融专家和财务专家有必要进行跨学科合作，还强调有必要设立专门主管机关处理复杂的合作问题。<sup>100</sup>

包括比利时、爱尔兰和联合王国在内的若干国家已设立专门处理复杂没收事项合作问题的单位，这些单位之间还建立了非正式网络以便利其工作。

为分享没收资产和犯罪所得作出公平的安排也可大大便利国际合作。《有组织犯罪公约》和《反腐败公约》都载有这方面条款。<sup>104</sup>

### 协调跨国界调查

在一些案件中，恐怖主义图谋在几个国家同时进行，或者有跨国恐怖主义组织参与，各个有管辖权的国家通常必须协调调查起诉工作和互助措施，以便有效地重点打击这些组织及其国际活动。

在发展能力有效侦查和起诉包括恐怖主义在内的跨国犯罪方面，一个重要的新趋势是成立联合侦查小组。这是各国合作打击有组织犯罪、腐败和恐怖主义前景最为看好的新形式之一，不过仍需密切关注法律问题、执法机关之间的态度和信任问题，甚至是程序问题。

在联合侦查的组织和行动方面还存在一些实际问题，包括缺乏共同标准和公认做法、围绕对侦查的督导所产生的问题，以及缺乏迅速解决这些问题的机制。要使

<sup>104</sup>《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 14 条；《联合国反腐败公约》，第五章，第 51 至 59 条。

联合侦查小组成为国际合作的有效工具，各国必须具备必要的国家和国际法律框架，但这类框架不必很复杂。

欧洲联盟的一些成员国已经成立了联合侦查小组，以应对潜在的恐怖主义活动，并处理其他需要进行国际侦查和采取协调执法行动的复杂刑事案件。这些小组由两个或多个国家的治安官和警官组成，他们担任法警，有权在参与国进行搜查、审问和电话监听。

## 交流信息和情报

执法机关之间一旦建立了信任关系，便可持续进行信息和情报交流。一些执法机关已经订立了正式的信息和情报共享协议。有些机关是在国际组织的框架内签订这类协议的，如国际刑警组织和欧洲警察组织，这两个组织是非行动型组织，其首要重点是为各执法机关提供信息交流的渠道。其中一些安排仍然留于形式，尚未产生什么结果，而另一些安排前景较为看好。尽管可以使用加密技术和其他技术，使各机关能够安全地交流信息，但数据库实时查询服务仍然极少，各数据库之间也几乎没有连接。数据有时在国内也无法自由流通，更不用说跨国界流通，此外还有许多悬而未决的隐私问题和信息保密问题。

通过开发更有效的区域系统和全球系统，共享重大趋势、犯罪模式、犯罪集团的活动和组织结构以及其各自的联系等信息，可改进国际执法合作。还可以考虑开发区域数据库或分区域数据库。应当尽可能通过各种机制和程序，采用在通信技术和数据存储技术方面取得的进步，以支持各国之间共享刑事记录和其他刑事司法数据的交流机制。

在许多情形下，国际执法合作由于缺乏畅通的通信渠道而受阻。在另一些情形下，虽然有渠道，但效率不高，无法及时交流（用以应对具体罪行、犯罪分子或犯罪集团）的行动信息和（关于犯罪网、贩运趋势和方式、某一部门中已知犯罪活动的程度和典型作案手法）的一般信息。

在国家一级，许多国家执法机关已经在实时安全共享刑事记录和其他数据并适当保障人权方面取得巨大进展。执法数据国际交流的最重要障碍，是缺乏必要的国家和国际立法框架来支持合法而有效的数据交流，同时保护有关人员的隐私。

在某些情形下，数据共享将继续存在问题。例如，很显然，除非有通过立法程序建立的国家框架来指导有关的执法工作，否则通常不宜共享关于避难申请者的



信息。难民专员办事处认识到各国之间共享数据对打击恐怖主义至关重要,为此建议如下:

各国仍应考虑到公认的原则,即关于避难申请者的资料不应当与其原住国共享。这可能危及正当的避难申请者和(或)留在原住国的家庭成员的安全。国家的最佳做法确实包含严格的保密政策。即使在特殊情况下认为有必要联络原住国的主管当局,比如涉嫌参与恐怖主义活动且所需信息只能向这类主管当局索取,也不应透露该人已申请避难这一事实。<sup>34</sup>

为确保目前的交流机制满足执法合作要求,同时为保护个人数据和个人隐私权提供一切必要保障,已经在双边、分区域和区域各级取得了一些进展。例如,欧洲申根信息系统使参与国执法机关几乎能够即时与其他国家同行共享许多关键问题的信息。大多数观察人士认为,各项申根公约所促成的安排的优势在于,可通过这些安排进行十分有效的执法合作和信息交流,程度之高,全世界绝无仅有。欧洲警察组织还根据所有成员国提供的资料汇编,编写关于有组织犯罪问题的年度形势报告。长期目标是使各国建立相互兼容的刑事情报系统,并通过有访问控制功能的安全的计算机网络共享刑事情报数据。这一过程可能包括建立一个未决案侦查工作数据库,既可防止重叠侦查,又能使几个主管当局参与同一项侦查工作。

例如,2007年1月,欧洲委员会部长委员会建议各成员国依据本国法律使用国际刑警组织的三个主要反恐工具:名为“I-24/7”的全球警务通信系统、包含基本警务信息(包括姓名、被盗车辆、被盗旅行证件和DNA以及指纹信息)的数据库、以及通过总秘书处的指挥协调中心向各警署提供的实时行动支助。<sup>105</sup>

## 证人保护方面的国际合作

许多恐怖主义组织是跨国界活动的,因此它们对证人和配合司法工作的人员造成的威胁便不受国界限制。对证人及其亲属进行身心恐吓,可能发生在不同的地点(法域)。此外,在漫长的刑事程序期间,有时证人可能需要搬到另一国或回到本国。最后一点,在一些案件中,有的国家因地域面积,缺乏手段或其他情形,可能无法确保证人的安全。鉴于这类情况,在保护证人及其亲属方面开展国际合作已成为检察机关之间正常合作的一个必要内容。此外,有时还必须进行国际合作以保护译员、检察官和其他司法人员和管教人员。

<sup>105</sup> 欧洲委员会,部长委员会向成员国提供的关于欧洲委员会及其成员国与国际刑事警察组织(刑警组织)合作打击恐怖主义的建议 CM/Rec(2007)1,由部长委员会于2007年1月18日通过。

为了确保进行更密切的国际合作，在国内或跨国界有效保护证人，执法机关和检察机关通常需要与其他法域订立安排，以便安全进行对可能受到恐吓或报复的证人的讯问。<sup>106</sup>

必须经常考虑加强保护证人的能力，甚至是将证人转移到另一国的能力。《有组织犯罪公约》第 24 条第 3 款要求缔约国考虑与其他国家订立关于转移证人的协议或安排。

欧洲为制定有关法律文书作出巨大努力，这些文书为设计和实施一套针对不同类别的证人、受害人和配合司法工作的人员的有效法律保护措施和实际保护措施和援助方案建立了共同标准。其目标是在制定这类文书时力求使保护措施与所有相关当事人的人权和基本自由之间保持一个可接受的平衡。具有法律约束力的欧洲法律文书没有特别而全面地述及证人保护问题。<sup>107</sup> 不过，已经采纳了欧洲委员会部长委员会的若干重要建议，专门处理证人保护和证人权利问题。<sup>108</sup>

一般来说，据认为以下措施有助于证人保护方面的国际合作：

- 合作评估证人或受害人所受的威胁；
- 促进关于潜在威胁和风险信息交流；
- 相互协助转移证人并确保其得到不间断的保护；<sup>109</sup>
- 保护到外国作证的证人并合作将这些证人安全护送回国；
- 使用现代电信手段便利对受保护证人进行同步审问，同时保障被告的权利；
- 建立证人保护方案管理人员之间的常规通信渠道；
- 提供技术援助并鼓励在受害人保护方面交流培训教员和人员培训方案；

<sup>106</sup> 这类安排通常涵盖的内容实例，见联合国毒品和犯罪问题办公室，《涉及有组织犯罪的刑事诉讼中保护证人的良好做法》（纽约，2008 年）。第 82-84 页。

<sup>107</sup> 所制定的各类欧洲法律文书概要，见 Stjepan Glušćic 及他人，*Protecting Witnesses of Serious Crime: Training Manual for Law Enforcement and Judiciary*（斯特拉斯堡，欧洲委员会出版，2006 年），第 38-48 页。另见欧洲委员会，*The Fight against Terrorism: Council of Europe Standards*，第 2 版（欧洲委员会出版，2004 年，斯特拉斯堡）；以及欧洲委员会，specific terms of reference for the Committee of Experts on the Protection of Witnesses and Collaborators of Justice, 2004 年 5 月通过，查找欧洲委员会网站：www.coe.int。

<sup>108</sup> 例如，见欧洲委员会，部长委员会向成员国提出的关于保护证人和配合司法工作的人员的建议 Rec(2005)9，由部长委员会于 2005 年 4 月 20 日通过；另见欧洲委员会，部长委员会向成员国提出的关于保护证人和配合司法工作的人员的建议 Rec (2005)9 的解释性报告，2005 年。

<sup>109</sup> 见“Witness protection”，载于 Council of Europe, *Combating Organised Crime* …，第 15-42 页。这一领域的国际合作，如欧洲委员会进行的最佳做法调查所述，“极为重要，因为许多成员国太小，无法保证有危险的证人转移到其境内后的安全”（第 15 页）。

- 制订受害人保护联合举措的成本分摊协议；
- 制订关于交换受监禁证人的协议和协定。

欧洲警察组织制定了两份文件：“证人保护领域欧洲联盟警方合作基本原则”和“将证人列入保护方案的共同标准”。欧洲警察组织每年还提供关于证人保护和如何对待举报人的培训。

小国在向证人提供有效保护方面往往会遇到特有的困难，彼此合作提高证人保护能力是有益的。<sup>110</sup>

## I. 非常措施

执法机关采取的所有打击恐怖主义的措施都必须是合法的。在这方面，一些具体的反恐执法活动已经引起严重关切和人权问题。一些国家采取了有问题的非常执法措施，包括无警告射击、定点清除和非常规引渡。这些所谓的“非常措施”突出表明，在采取预防和控制恐怖主义行为的措施时，各国需要确保遵守法治，包括刑法和国际法中对可允许的和合法的反恐怖主义国家行动和打击有恐怖主义组织和其他犯罪组织参与的各种形式严重犯罪的国家行动进行界定的基本原则、标准和义务。各国决不可违反国际法的绝对规范或违反国际人道主义法行事。

所有国家都负有积极义务，确保其领土不被用于把人员转移到可能被杀害或遭受酷刑的地方，为此采取的办法包括采取一切实际步骤确定是否有理由相信外国实体在其领土上采取的行动涉及此类做法。

如果国家行为者在国际上实施了不正当行为，协助另一国实施不正当行为，默许这类不正当行为，或未能采取措施防止这类行为在其领土上发生，便可能牵涉到国家的国际责任。如果这类不正当行为已经发生，国家必须采取迅速而有效的措施调查其发生情况，起诉违规行为的责任人并确保受害人得到充分赔偿。

### 无警告射击和见人射击

由于必须采取保护措施防范人体炸弹的现象，某些国家已经容忍在例外情况下违反国际公认的人权。在反恐怖主义的同时促进和保护人权和基本自由问题特别报告员

<sup>110</sup> 例如，加勒比共同体成员国已经订立了《协议》，据此设立了区域司法保护方案（1999年），其中简要说明需要防范以恐吓或杀害证人、陪审员、司法和法律人员、执法人员及其同事等方式妨碍司法管理。该协议还规定设立区域中心以执行这一合作方案。

对许多国家为扩大警察针对潜在人体炸弹采取行动的权力而采取的法律对策表示了关切。他重申，对于执法人员使用致命武力，必须在人权法及其严格的必要性标准的框架内加以规范。执法人员所援用的“正当防卫”仅适用于危险迫在眉睫的情况。

法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员在与各国政府进行的几次通信中提请注意生命权这一不可克减的人权越来越难以得到尊重的情况。<sup>111</sup>他认为，“击毙权”这一辞令的作用，只能是以界定模糊的杀人许可替代明确的法律标准，从而可能在执法人员当中造成混乱，危及无辜，文过饰非，同时却规避了有关威胁所带来的真正棘手的难题。

联合国大会 1979 年 12 月 17 日第 34/169 号决议通过的《执法人员行为守则》以及第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《执法人员使用武力和火器的基本原则》<sup>112</sup> 简明扼要地强调了在所有执法行动中限制使用致命武力。《执法人员使用武力和火器的基本原则》原则 9 规定，无论如何，只有在为了保护生命而确实不可避免的情况下才可有意以致命方式使用火器。这些文书对预防自杀性袭击这一恐怖主义形式也有充分的规定。《基本原则》原则 10 规定如下：

执法人员应表明其执法人员的身份并发出要使用火器的明确警告，并且留有足够时间让对方注意到该警告，除非这样做会使执法人员面临危险，或在当时情况下显然是不合适的或毫无意义的。

## 定点清除

生命权是不可克减的，在反恐情形下使用的致命武力必须是必要而适度的。对于据称使用所谓的“定点清除”办法消灭恐怖嫌疑分子，人权委员会表示关切。<sup>113</sup>在某些情形下，这种做法的部分目的似乎是震慑或惩罚，这样就引发了与《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条第 1 款有关的问题，该款规定：“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”

<sup>111</sup> 法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员报告 (E/CN.4/2006/53, 第 44-54 段)。

<sup>112</sup> 《第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会, 1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日, 哈瓦那: 秘书处编写的报告》(联合国出版物, 出售品编号: E.91.IV.2), 第一章, B.2 节, 附件。

<sup>113</sup> Edward J. Flynn, “Counter-terrorism and human rights: the view from the United Nations”, *European Human Rights Law Review* 第 1 期, 2005 年, 第 34 页。

### 禁止法外处决、即决处决和任意处决

(摘自《有效防止和调查法外处决、任意处决和即决处决的原则》<sup>a</sup>)

“1. 各国政府应以法律禁止一切法外、任意和即决处决，应确保任何此类处决均应根据其刑法规定视作罪行，并应考虑到这种罪行的严重程度而给予适当惩处。不得以任何特殊情况诸如战争状态或可能发生战争、内部政治不稳定或任何其他公共紧急情况等作为进行这种处决的理由。在任何情况下，包括但不限于内部武装冲突、公职人员或其他执行公务的人员或在此种人员唆使或同意或默许下行事的人过分或非法使用武力等情况和在押期间发生死亡情事等情况下，均不得实行这类处决。这项禁令应超越政府当局发布的命令。

“2. 为了防止法外、任意和即决处决，各国政府应确保严格控制包括明确逐级指挥所有负责侦缉、逮捕、拘留、看管和监禁的人员以及法律授权使用武力和火器的人员。

“3. 各国政府应禁止高级官员或公共当局授权或教唆其他人进行这种法外、任意和即决处决的命令。所有人员都有权利和义务违抗这种命令。对执法人员的培训应强调上述规定。

“4. 应保证用司法或其他手段有效保护有遭法外、任意或即决处决危险的个人和群体，包括受到死亡威胁的人。”

<sup>a</sup> 《有效防止和调查法外处决、任意处决和即审即决事件的原则》(经济及社会理事会第 1989/65 号决议，附件) 第 1-4 段。

对于涉嫌有法外处决或任意处决的案件，必须进行彻底、迅速和公正的调查。这种调查的目的是确定死亡的原因、方式和时间、对死亡负有责任的人，以及任何可能造成死亡的模式或做法。其中应包括适当的尸体解剖、收集和分析所有实物证据和书面证据以及证人的证词。此外，各国政府还必须确保依法惩办经调查被确定在其管辖的任何领土上参与了法外处决、任意处决或即决处决的人员。各国政府必须将此等人缉拿归案，或开展合作将其引渡到希望行使管辖权的其他国家。不论凶手或受害人为谁和在何处，不论其国籍，也不论在何处犯下此一罪行，这一原则均适用。<sup>114</sup>

<sup>114</sup> 《有效防止和调查法外处决、任意处决和即决处决的原则》(经济及社会理事会第 1989/65 号决议，附件)。



## 四． 检察官的作用

要使恐怖主义罪犯没有安全庇护地，关键在于有效惩治恐怖主义犯罪，而不论犯罪发生于何处，罪犯藏身何处。当涉及国际或跨国犯罪和恐怖主义时，就会产生确定和行使管辖权问题、检察机关的能力和独立性问题，以及需要在检控恐怖主义犯罪方面消除国际合作的各种障碍的问题。

检察官在检控恐怖主义犯罪上的作用与他们在检控任何刑事犯罪上的作用大致相同。但是，对于国际犯罪或任何涉及跨国因素的犯罪，管辖权问题和妨碍开展有效国际合作的各种障碍通常会使问题复杂化。

检察官之间开展国际合作的两个主要支助机制是引渡和司法协助。这些机制的基础是一些法律框架，包括双边和多边协议或安排。为了应对新的犯罪方法，防止利用新技术犯罪，这些机制都在迅速跟进。这种变化显示了各国更加密切合作，应对有组织犯罪、腐败和恐怖主义日益严重的威胁的新的决心。<sup>115</sup>

### A. 检察机关的独立性

为保持检察职能的廉正，维护法治，各国必须采取措施确保检察机关的廉正和独立。对公正、公平地执行检察职能进行政治干预或其他任何形式的干预，都是直接违反法治原则。

各国向专业检察官提供法律培训的质量参差不齐。《关于检察官作用的准则》序言重申，各国改进征聘方法及法律和专业培训，为检察官能够恪尽职守打击犯罪提供一切必要手段，以确保检察官具备履行职责所必需的专业资历，仍然具有重要意义。<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Y. Dandurand, “Strategies and practical measures to strengthen the capacity of prosecution services in dealing with transnational organized crime, terrorism and corruption”, *Crime, Law and Social Change*, 第 47 卷, 第 4-5 (2007) 期, 第 225-246 页; Y. Dandurand, G. Colombo and N. Passas, “Measures and mechanisms to strengthen international cooperation among prosecution services”, *Crime, Law and Social Change*, 第 47 卷, 第 4-5 (2007) 期, 第 261-289 页。

<sup>116</sup> 《关于检察官作用的准则》(《关于检察官作用的准则》(第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会, 1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日, 哈瓦那: 秘书处编写的报告(联合国出版物, 出售品编号:E.91.IV.2), 第 1 章, C.26 节, 附件); 查找网址: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/prosecutors.pdf>。

## B. 检察官在维护法治上的作用

在不同法律制度下，检察官的基本作用有着很大的区别，一如其权限的范围。尤其是，在对犯罪进行实际侦查中，检察官发挥的积极作用可大可小，取决于本国法律，正因为如此，他们与警察的关系也因国而异。在某些法域中，检察职能很大一部分由警官行使。在有些国家，检察官经选举产生，而在其他一些国家，则经指定产生。

《关于检察官作用的准则》在一定程度上抓住了检察官对维护法治作用的实质，其中申明如下：

“11. 检察官应当在刑事诉讼中发挥积极作用，包括提出起诉，经法律许可或根据当地惯例积极协助侦查犯罪情况，对侦查的合法性实施监督，监督法院裁定的执行并行使作为公共利益代表人的其他职责。

“12. 检察官应当依法公正、一贯和迅捷地行使职责，尊重并保护人的尊严，维护人权，从而协助确保司法正当程序以及刑事司法制度的顺利运作。”<sup>117</sup>

检察工作是各国力求通过公平、一贯、公正和有效执法而维护法治的关键部分。如果检察官对人权和维护法治三心二意，刑事司法系统及其管理机构便会名誉扫地，丧失信誉和道德权威。<sup>118</sup>

检察官承担的职责是对付有罪不罚问题，确保国家的行动合法，因此检察官也是法治的重要保障。通过对侵犯人权不受惩治的任何做法进行打击，检察官不仅在国家一级加强了对法治的尊重，而且还协助在国际一级巩固了法治原则。

检察官必须保持警惕，确保警察、教养机构和其他执法机构的行动合法并尊重人权。为此，他们所作的部分工作包括，把代表国家行事的人或处在权力位置上的其他官员违法乱纪、贪污腐败的情形提交法院处理，并在法律允许的最大范围内对这类罪犯进行有力的起诉。在涉及公职人员腐败的案件中，检察官的作用尤为重要和微妙。

腐败对法治的危害人所共知。司法系统内部腐败已经成为一个令人关注的问题，一如这类腐败对维护法治、确保刑事侦查和起诉程序的公正性的影响。腐败不仅影响到整个司法系统的信誉和效能，而且还损害了刑事事项上的国际合作，令协调工作无法展开，并将证人、受害人和司法官员置于危险境地。预防腐败便是检察官维护法治，保证社会和经济机构廉正的一个最为重要的方式。

<sup>117</sup> 同上，第 11-12 段。

<sup>118</sup> Y. Dandurand, “The role of prosecutors in promoting and strengthening the rule of law”, *Crime, Law and Social Change*, 第 47 卷, 第 4-5 (2007) 期, 第 247-259 页。



《关于检察官作用的准则》第 15 条规定，检察官应适当注意对公职人员的犯罪行为，特别是对腐败行为、滥用权力、严重侵犯人权和国际法所承认的其他犯罪提起诉讼问题，在法律准许或符合当地惯例的情况下，对这类犯罪展开侦查。

### C. 不引渡就起诉的义务

“不引渡就起诉原则” (*aut dedere, aut judicare*) 可以解释为在引渡或起诉两者之间作出选择，这是反恐普遍文书所表述的一项义务，安全理事会第 1373(2001) 号决议蕴涵了这项原则。该原则表述了各国在打击各类严重犯罪方面的共同目标，载明了在对一国提出引渡其境内某一个人的请求时被请求国所面临的选择：一国既可将有关人员移送请求国处理，也可自行审案。

“不引渡就起诉”原则要求各国在较为传统的基础上主张其管辖权：一是依据普通或延伸属地管辖权原则，主要是针对国旗船或国家注册飞行器；二是依据国籍原则，特别是积极国籍，可以据此确定涉嫌犯罪的国民所属国的管辖权，但也可依据消极国籍，确定受害人是其国民的国家拥有对罪犯起诉的管辖权。最后，有些公约允许国家对是其惯常居民的被指控罪犯或在犯罪涉及国家利益时设定任择管辖权。

但是，起诉义务并非是指经调查确定并无依据的指控仍须提交法院审理。起诉必须进行到什么程度，应当由相关国家的宪法、实体规则和程序规则决定。不过国际文书要求缔约国必须根据国内法对严重犯罪启动诉讼程序。

### D. 引渡

引渡是一主权国家（称之为“被请求国”）同意将某人移送另一主权国家（称之为“请求国”）接受起诉，或在该人已被审判并定罪的情况下将其移送服刑的程序。

根据对两国公认犯罪的规定，只有在相关行为按照被请求国和请求国的法律均应加以惩治的情况下方可加以引渡。只要逃犯因其行为可在两国受到惩处，罪名和构成犯罪的要件不必完全相同。<sup>119</sup> 出于这个原因，对已经界定的恐怖主义行为加以刑事定罪并将其纳入国家刑法，是相关国际反恐法律文书的一项核心内容。

<sup>119</sup> 关于两国公认犯罪对打击恐怖主义犯罪国际合作的影响的讨论，见《反恐怖主义普遍法律制度的立法指南》（联合国出版物，出售品编号：E.08.V.9），第 40 页。

如上所述，被控犯有恐怖主义罪行的人如果是在一缔约国领土上，而且该缔约国主管机关认定情况确有需要，该国就必须依照本国法律，对该人实施监禁或采取其他措施以便得以启动任何刑事或引渡程序。在采取这类行动时，无须考虑犯罪是否是在本国领土上实施，也不论该国在收到正式引渡请求之前是否收到临时逮捕请求。反恐普遍文书并无将罪犯引渡的强制性规定，而是将引渡确定为一种可能采取的行动。是否有义务对某人提起诉讼，取决于不予引渡的裁定。

各国需要继续充实其条约体系并更新引渡条约。在许多情况下，作为支持执行相关国际条约的程序性框架或授权框架，需要对本国引渡法作出更改。如果一国即使没有条约也可引渡的话，国内法作为一种补充性的、全面和自成一体性的框架，对于将逃犯移送请求国处理，通常是有帮助的。毒品和犯罪问题办公室编拟了一个引渡示范法，以协助有关成员国起草这类法律。<sup>120</sup>

引渡条约最近趋向于重点放宽对拒绝引渡请求的某些理由的严格适用。此外，相互承认的原则日益被视为改进不同法律制度国家间司法合作的一种手段，烦琐的程序被承认其他法律制度公正性的迅捷程序所取代。举例说，对逮捕证给予相互承认，也就是说，一国主管当局签发的逮捕证经另一国确认有效即可在该国执行（这种做法也称作“对逮捕证的背书”），这种做法加快了引渡进程。有些国家目前已经订立了双边引渡安排。

另一个例子即为欧洲逮捕证，自 2004 年初以来，引渡程序实际上已被该计划所涵盖国家司法机关相互移交罪犯制度所取代。有了欧洲逮捕证，就可以为刑事起诉、执行拘押判决或执行羁押令之目的，以最简化的手续逮捕或移交人犯。

### 有效引渡个案工作

毒品和犯罪问题办公室有效引渡个案工作做法非正式专家工作组拟定了一份清单，列举了如何加强引渡个案工作有效性的具体建议，<sup>a</sup> 其中包括以下建议：

- 酌情允许不订立条约合法引渡的做法。
- 拟订引渡法和引渡条约清单。
- 确保引渡法和引渡条约具有灵活性并反映最新情况，包括酌情重订条约并延长条约期限。

<sup>120</sup>《引渡示范条约》，大会 1990 年 12 月 14 日第 45/116 号决议通过，此后由大会 1997 年 12 月 12 日第 52/88 号决议加以修正；《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》（2006 年，纽约），第 163-173 段。另见《引渡示范条约订正手册》和《刑事事项互助示范条约订正手册》（E/CN.15/2004/CRP.11），查找网址：[www.unodc.org/pdf/model\\_treaty\\_extradition\\_revised\\_manual.pdf](http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf)。

- 减少或取消认证和核证要求。
- 允许将通缉犯暂时移交请求国。
- 确保同意将通缉犯暂时移交请求国。
- 改革并简化国内法条约中的两国公认犯罪规定。
- 将符合政治罪条件的犯罪限制在最低基本范围内。
- 放宽对引渡国民的禁令。
- 允许重新确定为阻止引渡而不当获得的国籍、赦免及其他地位。
- 部署并以适当和建设性方式使用驻外人员，包括刑事司法联络人员和领事人员。
- 简化与引渡令相关的司法复审和上诉程序，同时不得损害通缉犯要求复审或提出上诉的基本权利。

<sup>a</sup> 有效引渡个案工作做法非正式专家工作组的报告（2004年，维也纳），第8-15页，查找网址：[http://www.unodc.org/pdf/ewg\\_report\\_extraditions\\_2004.pdf](http://www.unodc.org/pdf/ewg_report_extraditions_2004.pdf)。

加强法治和促进人权的措施还同加强引渡领域国际合作直接有关。例如，如果一国得到保证，确信被告将享有接受公正审判和利用正当程序的权利，便更有可能在引渡案中与另一国合作。

《欧洲委员会人权和打击恐怖主义准则》明确规定，如果确有理由相信，被请求引渡的人将会受到酷刑、不人道或有辱人格的待遇，或该人曾受到或可能受到请求国的不公正对待，则不应准许引渡。对于后一种情形，检察官负有重要职责，有义务查清是否确实存在司法不公正或遭受酷刑的危险。检察官还必须确定，提出引渡请求的目的，是不是为了基于某人的种族、宗教、国籍或政治见解而对其起诉或惩治。

一些普遍法律文书列入了类似条文。《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第15条提供了一个范例；该条明确规定，各国如有合理理由相信，请求国对某人进行起诉或惩治是出于不顾禁止歧视的禁令而加歧视的原因，他们便可拒绝给予引渡或司法协助。

对于已获得难民地位的人，国际难民法并不禁止为起诉目的而引渡，而对避难申请人则根本无从谈起。但是，只有在完成了相应法律程序的情况下方应准许引渡，而且必须证明，请求引渡并不完全是或不主要是为了将某人遣返回国进行事实上的迫害。

自1997年通过《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》以来谈判达成的国际文书都有条款规定，如果是为引渡或司法协助之目的，所确定的各项犯罪均不应视为政治犯罪、与政治犯罪有关的犯罪或出于政治动机的犯罪。从以往情况看，出于

这些理由拒绝国际合作请求，给涉及恐怖主义的犯罪的引渡和司法协助制造了障碍，而这些犯罪几乎都与政治活动有关或出于政治动机。之所以能够去掉“政治罪除外情形”，是因为附带的法律条款提供了保证：在有充分理由相信提出引渡请求的目的是基于某人的种族、宗教、国籍、族裔或政治见解而对其进行迫害时，没有义务在此类案件中给予合作。

难民专员办事处建议，这一保障条款的保留应当是强制性的，而不能是任择性的。对于尚未完成的庇护申请程序，建议在通过引渡工作程序就是否不给予难民地位作出知情决定以前，推迟进一步考虑避难申请。如果认定避难申请人不能被给予难民地位，无须重新评估迫害因素便可就引渡作出裁定。如果避难申请人未被拒绝给予难民地位，而且评估认定引渡实际上等同于遣返回国受迫害，难民专员办事处认为，根据“不引渡就起诉” (*aut dedere, aut judicare*) 原则，在庇护国提起诉讼即为适当的应对做法。<sup>34</sup>

## E. 司法协助

随着犯罪的全球化，各国主管机关更加需要其他国家的主管机关协助对违法者进行成功的侦查、起诉和惩治，特别是那些犯有国际恐怖主义罪行的人。安全理事会第 1373 (2001) 号决议决定，所有国家都应当在涉及资助或支持恐怖主义行为的刑事调查或刑事诉讼中相互给予最大程度的协助，包括协助取得本国掌握的、诉讼所必需的证据。该条文对所有国家都有约束力，包括尚未批准全部或某些反恐普遍文书的国家。

为实现这一目标，各国最频繁使用的机制是刑事事项司法协助双边和多边条约，除此之外还有现行非正式合作机制。这些文书从几个方面有利于协助刑事司法官员开展工作。例如，根据这些文书，主管机关可以使用本国法律所允许的程序从国外取证，以便传唤证人，追踪个人，确保出示文书和其他证物，并签发逮捕令。<sup>121</sup>

国际合作机制目前倾向于采用包含以下内容的安排：

- 允许刑事司法机关，包括中央主管部门不通过外交渠道直接递送司法协助请求书，加快程序性文书的发送和送达；

<sup>121</sup> 见《刑事事项互助示范条约》(大会第 45/117 号决议，附件，第 53/112 号决议，附件一)。另见《引渡示范条约订正手册》和《刑事事项互助示范条约订正手册》。《刑事事项互助示范法》(2007 年)，查找网址：[www.unodc.org/pdf/model\\_law\\_on\\_mutual\\_assistance.pdf](http://www.unodc.org/pdf/model_law_on_mutual_assistance.pdf)。

- 要求遵守请求缔约国指明的手续、程序和所确定的截止日期；
- 便利跨国界使用技术设备（为观察目的）和截获通信；
- 授权控制下交付并允许展开跨国界秘密调查；
- 鼓励设立联合调查组；
- 允许在某些情况下通过视频或电话会议对证人进行听讯；
- 允许为调查目的临时、合法转移被羁押人。

不应为司法协助之目的而将反恐普遍文书所确定的犯罪视为政治罪、与政治罪有关的犯罪或出于政治动机的犯罪。因此，对基于任何这类犯罪提出的司法协助请求，不得仅以其涉及政治罪、与政治罪有关的犯罪或出于政治动机的犯罪为由而加以拒绝。

普遍文书所载司法协助条文为一缔约国向另一缔约国转交其认为对打击恐怖主义犯罪具有重要意义的信息或证据提供了法律依据，即便另一国并未请求协助，也完全不知道这类信息或证据的存在。事实上，根据安全理事会第 1373 (2001) 号决议，各国有义务彼此提供这类协助。

在操作层面，指定一个中央主管机关，统一负责收发所有法律协助和引渡请求，对刑事事项国际合作至关重要。一国可以通过这种方式协调本国的援助请求，随时对其他国家的请求迅速作出回应。《有组织犯罪公约》和《反腐败公约》这样的司法协助条约越来越要求缔约国指定一个中央主管机关（通常为司法部）接收请求书，从而能够在外交渠道之外另开渠道。但中央主管机关的作用并不一定是排他性的。还应鼓励在国内法允许的范围内直接交流信息并开展合作。

联合国药物管制和预防犯罪办公室司法协助个案工作最佳做法非正式专家工作组 2001 年 12 月在维也纳举行会议，这次会议所产生的结果是，<sup>122</sup> 工作组建议各国采用一些最佳做法为司法协助提供便利：

- 将拒绝提供协助的理由减少到最低程度（例如，设法减轻将“一事不再理”（*ne bis in idem*）原则作为拒绝理由而造成的后果）；
- 减少在使用证据应对司法协助请求上的限制，缩减据以施加限制的理由并简化限制程序；

<sup>122</sup> 司法协助个案工作最佳做法非正式专家工作组的报告（2001 年，维也纳），查找网址：[http://www.unodc.org/pdf/lap\\_mlaeg\\_report\\_final.pdf](http://www.unodc.org/pdf/lap_mlaeg_report_final.pdf)。

- 努力确保按请求国指明的程序和手续执行请求，以确保请求达到目的；
- 改进对保密数据和信息的保护；
- 尽可能保证所收到的援助请求的机密性，如果无法做到，应告知请求国可能无法保证其请求的机密性；
- 努力确保在请求国指明的期限内执行请求；
- 在相关法域之间协调多法域案件；
- 确保法律框架不提供偶然机会，使第三方能够出于技术上的理由不当延迟合作或完全阻挠执行援助请求。

工作组建议，除了司法协助正式请求外，还可使用其他办法推进合作，例如非正式的警务渠道和通信机制，尤其在自愿提供或可公开获得证据的情况下使用这类办法，或者可以利用有能力直接传送非正式协助请求并加以满足的联合调查组来推进合作。

工作组还确定了推动国际合作的若干务实办法，其中包括：

- 通过拟定相关要求方面的准则、简易表格、清单和程序指南，确保参与国际合作的外国官员了解各国法律要求；
- 通过在必要时提供技术援助、由中央主管机关举办研讨会和各主管机关进行人员交流等方法，加强对参与司法协助人员的培训；
- 鼓励官员之间直接进行个人联系；
- 鼓励使用联络司法官、检察官和警官；
- 对合作前提作出灵活解释，使之有利于合作，避免僵硬的解释；
- 先协商而不是动辄拒绝协助请求、推迟答复这类请求或预设条件，同时确定能否解决已经找出的问题；
- 采用现代技术加快请求传送程序；
- 优化中央主管机关的语言能力。

能够从一国向另一国转移刑事事项的诉讼，为加强国际合作提供了另一个重要选择。采用这种办法，能够增加起诉获胜的机会，例如，另一国似乎更有能力实施程序。在启动诉讼而不是进行引渡的国家，也可利用这种程序转移提高诉讼效率和效能。

最后，在涉及若干法域的案件中，能够通过这种办法把诉讼集中到一个法域，从而提高诉讼效率和胜诉的可能性。

对于冻结、没收和扣押犯罪资产的法院令，各国可以简化承认程序。以欧洲联盟为例，2001年和2003年商定的一套框架决定确立了相关规则，使得成员国能够在本国领土上承认并执行由另一成员国司法机关在刑事诉讼期间签发的冻结令。<sup>123</sup>

《1988年公约》第8条、《有组织犯罪公约》第21条和《反腐败公约》第47条均载有相关条文，使缔约国能够在有利于适当司法管理的情况下转移诉讼程序。联合国拟定了《刑事事项转移诉讼示范条约》。<sup>124</sup>

## F. 加强全系统国际合作的能力

刑事司法官员和政策制定者应不断寻求加强本系统有效开展国际合作的能力，包括为此采取以下行动：

- 拟定本国开展国际合作的政策；
- 确保批准相关的双边、区域和多边条约并在必要时加以更新；
- 审查、充实本国程序法框架，以确保其有助于或至少并不妨碍开展国际合作；
- 审查、充实本国法律框架，列入相关措施，从而能够按照国际条约或多边协议的要求进行司法协助和执法合作；
- 提高现有机关和机构拟订、使用和回应司法协助请求和信息请求的能力；
- 拟定刑事事项司法协助程序；
- 审查、充实本国法律框架，以便能够按照本国加入的各项条约的要求进行引渡，确保相关犯罪行为可予引渡，并确定本国对这些犯罪行为的司法管辖权；
- 拟订国家政策并执行相关程序，为信息交流分析和保护通过这类交流收到的敏感信息提供便利；

<sup>123</sup> 欧洲联盟理事会 2001 年 6 月 26 日关于洗钱和识别、追查、冻结、扣押和没收犯罪工具及其所得的第 2001/500/JHA 号决定（《欧洲共同体公报》，L 182，2001 年 7 月 5 日）；欧洲联盟理事会 2003 年 7 月 22 日关于在欧洲联盟执行冻结财产令或证据的第 2003/577/JHA 号决定（《欧洲联盟公报》，L 196，2003 年 8 月 2 日）。2005 年 5 月《欧洲委员会关于犯罪所得洗钱、搜查、扣押和没收以及资助恐怖主义的公约》还通过了就这些事项开展国际合作的区域综合框架（欧洲委员会，《条约汇编》，第 198 号）。

<sup>124</sup> 大会第 45/118 号决议，附件。

- 落实各种相关机制，便利包括中央主管机关在内的各有关机构、联络司法官和警官之间开展国际合作，并在检察官和执法官员调动和交流、协作网以及信息交流和信息系统等方面开展国际合作；
- 提高主管机关在保护受害人、受害人伤害赔偿和必要时安全遣返方面在国际一级开展合作的能力。



## 五． 辩护律师的作用

在争取将正义作为基本人权方面，《世界人权宣言》载有一些主要原则，这些原则是：法律面前人人平等、无罪推定、由独立而无偏倚的法庭进行公正和公开审讯的权利以及为被控犯有刑事罪行者进行辩护所必需的一切保障。《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条规定了公正审讯的一些最低限度保障：受审时间不被无故拖延的权利；由依法设立的合格、独立和无偏倚的法庭进行公正和公开审讯的权利；亲自替自己辩护或由其选择的法律援助进行辩护的权利；无法律援助的人被告知其有权获得这种援助的权利；在司法利益有需要的案件中无偿为其指定法律援助的权利；有相当时间和便利准备其辩护并与自己选择的律师联络的权利。《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定，被拘留的人应当有资格得到律师的援助，而《囚犯待遇最低限度标准规则》<sup>125</sup> 建议保证囚犯在审判前得到法律援助。

这些文书承认，在事关个人基本自由权和生命权时，个人有权获得法律援助。第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》<sup>126</sup> 确定的第一项原则是，每个人都有权请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护。

《关于律师作用的基本原则》规定各国政府和法律界还有责任确保人人都能聘请律师，而不论其财产或背景如何，以此确保在法律面前人人平等的权利得以维护。由此得出的合乎逻辑的推论是，各国需要向贫困的被告提供法律援助。但不能忽视国家是否有能力实行这类计划的问题。许多国家要求法律顾问对死刑案件或刑期很长的案件给予强制性援助。

如上所述，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条规定，被控犯有罪行的人均有权出庭受审并亲自替自己辩护或由其选择的法律援助进行辩护。本人没有法律援助的，也有权被告知获得法律援助的权利。在司法利益有需要的案件中，他们有权接受无偿法律援助。

---

<sup>125</sup> 第一届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，1955 年 8 月 22 日至 9 月 3 日，日内瓦：秘书处编写的报告（联合国出版物，出售品编号：1956.IV.4），附件 I.A；经济及社会理事会第 2076 (LXII) 号决议。

<sup>126</sup> 《关于律师作用的基本原则》（第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日，哈瓦那：秘书处编写的报告（联合国出版物，出售品编号：E.91.IV.2），第三章，B.3 节，附件）。

## 聘请律师权

犯罪行为被指控人聘请律师的权利是确保公平审判权所必不可少的，作为一项基本权利，它得到了《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》（第 14 条）以及《欧洲保护人权与基本自由公约》<sup>a</sup>（第 6 条）、《美洲人权公约》（第 8 条）和《非洲人权和人民权利宪章》<sup>b</sup>（第 7 条）等区域人权条约和公约的承认。

《关于律师作用的基本原则》中的原则 1 规定，所有人都有权请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护。原则 5 要求，遭到逮捕和拘留或被指控的人应被立即告知有权得到自行选定的一名律师提供协助。原则 6 要求，“在司法需要情况下均有权获得按犯罪性质指派给他的一名有经验和能力的律师以便得到有效的法律协助，如果他无足够力量为此种服务支付费用，可不交费。”原则 7 要求，所有被逮捕或拘留的人，均应迅速得到机会与一名律师联系，不管在何种情况下至迟不得超过自逮捕或拘留之时起的四十八小时。

《基本原则》中的原则 2 要求各国政府应提供关于平等有效地获得律师协助的迅捷有效的程序和机制，并要求向在其境内并受其管辖的所有人，不加任何区分，诸如基于种族、肤色、民族、性别、语言、宗教、政治或其它见解、原国籍或社会出身、财产、出生、经济或其它身份地位等方面的歧视，提供这类协助。原则 3 规定，各国政府应确保拨出向穷人并在必要时向其它处境不利的人提供法律服务所需的资金和其它资源。律师专业组织应在安排和提供服务、便利和其它资源方面进行合作。律师和客户之间需要进行秘密联络，对积极行使聘请律师权和由此产生的律师与客户之间的关系均至关重要。《基本原则》中的原则 8 要求，所有遭拘留的人应有充分机会、时间和便利条件，毫无延迟地、在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员看得见听不到的范围内进行。同样，原则 22 要求各国政府确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内的所有联络和磋商均属保密。

<sup>a</sup> 联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号。

<sup>b</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号。

## A. 两造平等原则

与聘请律师权有关的一条基本法律信条是两造平等原则。这一概念所蕴涵的想法是，在对待双方当事人时应当确保他们在审判期间在程序上处于平等地位，而且在陈述其案情方面地位平等。<sup>127</sup> 因此，必须向每一方当事人提供陈述案情的合理机会，条件是陈述案情不使对方严重不利。

在刑事审判中，检方背后是国家权力，平等原则是确保自我辩护权的一项基本保障。该原则确保，辩方享有在与检方平等的条件下准备讼案和陈述案情的合理机会。该原则包括有权使用充足的时间和便利来准备讼辩，包括要求检方披露实质

<sup>127</sup> 见欧洲人权法院关于 *Ofner* 和 *Hopfinger* 诉奥地利一案的判决（申请号 524/59 和 617/59）。

信息。<sup>128</sup> 两造平等还包括法律咨询权、对证人的传唤和盘问权、审判时出庭权。违反这一原则的情形包括，未向被告提供准备讼辩所需要的信息、不让其接触专家证人、或不允许其参加有检察官在场的上诉听讯。

所遇到的挑战是，在为某些举报人保密和确保信息来源安全的合法要求与被告享有公平审判权之间，如何做到两者兼顾。实践和法理均表明，法庭承认国家（检方）需要对证人和某些信息给予保护。这种需要莫过于涉及恐怖主义分子和恐怖主义组织的案件。但不加区别地一概允许国家提供这类保密，会对保证公平审判产生不利影响。正确做法是，在检方提出理由后，由法庭逐案确定为什么要以这种方式缩减辩方权利。

### 聘请律师权的通知和选择辩护律师的权利

被告面临恐怖主义犯罪刑事审判时，必须向其告知律师辩护权。<sup>129</sup> 无论被告是在审前被捕还是被拘押，这项权利都适用。为了使通知具有效力，通知必须在审判开始前发出，以便让被告有足够的时间准备讼辩。由于律师与客户之间的相互信任特别重要，被告通常可以自行选择律师。<sup>130</sup> 但被告选择指定律师的权利并非没有限制，尤其是如果国家付费的话。

## B. 得到法律援助的权利

如果被告本人未自行选择代理律师，可为其指定律师。根据《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 3 款 (d) 项，是否有权使用指定律师，取决于法院判定司法利益有此需要。而确定根据司法利益是否需要指定律师，主要依据是罪行的严重性和所涉及的问题，其中包括可能作出的判决和问题的复杂性。此外，如果符合以下两个条件，国家就需无偿向被告提供咨询：<sup>131</sup> 司法利益要求指定律师，被告没有足够资金支付律师费用。

<sup>128</sup> 例如，见欧洲人权法院 1997 年 3 月 18 日关于 *Foucher* 诉法国一案的判决。

<sup>129</sup> 见《关于律师作用的基本原则》，原则 5；《起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》，第 21 条，第 4 款 (d) 项；《国际刑事法院罗马规约》（联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号），第 55 条，第 2 款 (c) 项。另见《公民权利和政治权利国际公约》，第 14 条第 3 款 (d) 项。

<sup>130</sup> 见《公民权利和政治权利国际公约》，第 14 条第 3 款 (d) 项；《关于律师作用的基本原则》，原则 1。

<sup>131</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》，第 14 条第 3 款 (d) 项。

## C. 非常措施

能否聘请律师对公平审判权和自由权同等重要。迅速聘请律师对司法管理和有效起诉罪犯至为重要。因此，这是保证公平审判的一项基本内容。没有律师，公平审判权可能毫无意义。有效的律师使用权意味着必须保密。举例说，不能保证机密性，会使被拘押人感觉受到恐吓，因而不敢说出受虐待情形。尽管如此，有效的反恐做法有时可能需要对辩方权利作某些限制，尤其是在安排与律师会面和接触、让律师接触卷宗和使用匿名证词方面。

对辩方权利实行这类限制，必须与其目的严格相称，而且必须有补偿性措施保护被告人利益，以便保证诉讼程序的公正性，确保程序性权利不致有名无实。<sup>132</sup>

被拘押人或被监禁人与其律师通信的权利十分重要，它是一项直接关系到辩护权的基本权利。<sup>133</sup>

### 在监禁或拘押期间与法律顾问的联络

《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 18 申明如下：

- 被拘留人或被监禁人应有权与其法律顾问联络和磋商。
- 应允许被拘留人或被监禁人有充分的时间和便利与其法律顾问进行磋商。
- 除司法当局或其他当局为维持安全和良好秩序认为必要并在法律或合法条例具体规定的特别情况外，不得终止或限制被拘留人或被监禁人授受其法律顾问来访和在既不被搁延又不受检查以及在充分保密的情形下与其法律顾问联络的权利。
- 被拘留人或被监禁人与其法律顾问的会见可在执法人员视线范围内但听力范围外进行。
- 本原则所述的被拘留人或被监禁人与其法律顾问之间的联络不得用作对被拘留人或被监禁人不利的证据，除非这种联络与继续进行或图谋进行的罪行有关。

有时还可考虑采取其他特殊措施，以便同时顾及法律咨询权和预防恐怖主义行为的需要所造成的特殊情况。在某些情况下，或许可以考虑为将要接触特殊卷宗或信息的律师设立一个安全审查制度，或与辩护律师协会协商拟定一份清单，列出受过

<sup>132</sup> 欧洲委员会部长委员会《人权和打击恐怖主义准则》(A/57/313, 附件一)。

<sup>133</sup> 例如，见欧洲人权法院 2001 年 7 月 5 日关于 *Erdem* 诉德国一案的判决。

特殊培训或通过了安全审查或两者兼具的律师，目的是让这些律师能够在困难和棘手的情况下更为有效地行使其职责，为被控犯有恐怖主义行为的某些个人进行辩护。辩护律师还必须有能力为其本人和证人（非专业人士或专家）争取特别保护措施，没有这些证人就无法为其客户进行有效辩护。



## 六． 司法机关的作用

法院在促进法治方面发挥着关键作用。因此，必须保护司法机关的独立性。由合格、独立和无偏倚的法庭进行审讯的权利明文载于《世界人权宣言》第 10 条和《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条以及各项区域条约和公约，包括《欧洲保护人权与基本自由公约》<sup>134</sup>（第 6 条）、《美洲人权公约》（第 8 条）和《非洲人权和人民权利宪章》<sup>135</sup>（第 7 条）。一个独立、无偏倚、实事求是和合格的司法机关是维护法治和取信于民所不可或缺的。

《世界人权宣言》载有由独立和无偏倚的法庭进行公正和公开审讯的权利（第 10 条）和被控告者在为其辩护提供所有必要保证的公开审判依法证明有罪之前应当推定无罪的权利（第 11 条）。此外，第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于司法机关独立的基本原则》设想法官拥有在不受压力和威胁、得到适当报酬和具备适当条件以履行职责的情况下采取行动的全部权力。<sup>136</sup> 虽然这套标准并无法律约束力，却为各地立法者提供了一个示范，鼓励立法者将这套标准写入本国宪法并制订成法律。

《关于司法机关独立的基本原则》涉及言论自由和结社自由；法官的资格、甄选和培训；服务条件和任期；法官的纪律处分、停职和撤职。许多国家已正式通过《基本原则》，并定期向联合国报告取得的进展和遇到的问题，有时寻求协助开展法律教育或对其程序进行监测。<sup>137</sup>

本章从保证被告公平审判权的角度更仔细地审查司法机关独立、公正和廉正问题及其意义。本章还论及法院必须维护的程序保障以及法院安全问题。

---

<sup>134</sup> 联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号。

<sup>135</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号。

<sup>136</sup> 《关于司法机关独立的基本原则》（第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，1985 年 8 月 26 日至 9 月 6 日，米兰：秘书处编写的报告（联合国出版物，出售品编号：E.86.IV.1），第一章，D.2 节，附件）。

<sup>137</sup> 见《关于司法机关独立的基本原则》的有效执行程序（经济及社会理事会第 1989/60 号决议，附件）；另见《班加罗尔司法行为原则》（E/CN.4/2003/65，附件，查找网址：[www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf)；联合国毒品和犯罪问题办公室，关于《班加罗尔司法行为原则的评述》（2007 年），查找网址：[www.unodc.org/documents/corruption/publications\\_unodc\\_commentary-e.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf)。

## A. 司法机关的独立、公正和廉正

一个国家的宪法和其他赋权法规授予司法机关的权力对确定司法机关的作用和司法机关与政府各部门的关系至关重要。司法权的来源不仅体现在包括刑法和刑事诉讼法在内的法规中，也体现在结合刑事司法系统其他利益相关方代表提出的意见而经常由法院本身颁布的规则中。没有此类授权的，司法机关可通过裁决和意见界定自身的权力，这种情况往往属于例外。这些就是规范法官表现和行为的框架和组织（例如，法官委员会）的法律依据的主要来源。

需要认真进行分析，以确定现有法律框架是支持司法机关的独立和廉正，还是通过将司法机关的监督权授予另一个政府部门而不当地影响这些主要价值观。这类辩论通常与紧急法院和军事法庭有关。

《关于司法机关独立的基本原则》在原则 1-7 中载列了司法机关独立的各个要素。一个基本条件是，国家必须保证司法机关的独立，并将此项原则正式载入宪法或国家法律。

为了保证司法机关的独立，法官的任命应当依据明确界定的标准，并采用公开程序，以确保量才录用，有资格担任司法职位者均有平等机会。还必须作出安排，以适当保障法官的任期并保护其报酬水平，同时必须为司法系统提供充足的资源，使之能够有效而不受任何不当限制地开展业务。

司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法断案，而不应有任何束缚，也不应为任何不当影响、恫吓、压力、威胁或干预所左右。法院本身应拥有绝对权威就其是否对某事有管辖权作出裁定。政府的立法和行政部门不得对司法程序进行无根据的干预，包括对法官的指派。

政府不得通过设立不遵守既定法律程序的法庭而取代普通法院的管辖权。被告有权接受普通法院或法庭按照既定法律程序进行的审讯。替代程序如真相委员会和特别法庭是可以设立的。但是，这类实体不能作为临时权宜之计。它们必须依法正当设立，并且必须提供国际法所规定的最低限度保障。司法机关有权力也有义务确保司法程序公平进行以及各当事方的权利得到尊重。



## 司法机关的独立

“1. 各国应保证司法机关的独立，并将此项原则正式载入其本国的宪法或法律之中。尊重并遵守司法机关的独立，是各国政府机构及其他机构的职责。

“2. 司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件，而不应有任何约束，也不应为任何直接或间接不当影响、恣意、压力、威胁或干涉所左右，不论其来自何方或出于何种理由。

“3. 司法机关应对所有司法性质问题享有管辖权，并应拥有绝对权威就某一提交其裁决的问题按照法律是否属于其权力范围作出决定。

“4. 不应对应司法程序进行任何不适当或无根据的干涉；法院作出的司法裁决也不应加以修改。此项原则不影响由有关当局根据法律对司法机关的判决所进行的司法检查或采取的减罪或减刑措施。

“5. 人人有权接受普通法院或法庭按照业已确立的法律程序的审讯。不应设立不采用业已确立的正当法律程序的法庭来取代应属于普通法院或法庭的管辖权。

“6. 司法机关独立的原则授权并要求司法机关确保司法程序公平进行以及各当事方的权利得到尊重。

“7. 向司法机关提供充足的资源，以使之得以适当地履行其职责，是每一会员国的义务。”

《关于司法机关独立的基本原则》，第 1-7 条。

## B. 法庭的独立和廉正

由独立而无偏倚的法庭进行审讯的权利是正当法律程序的核心：人权事务委员会指出，这是一项绝对权利，不得例外。<sup>138</sup>《世界人权宣言》第 10 条明确规定了由独立和无偏倚的法庭进行公正审讯的权利。同样，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款也有如下规定：

所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时，人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。由于民主社会中的道德的、公共秩序的或国家安全的理由，或当诉讼当事人的私生活的利益有此需要时，或在特殊情况下法庭认为公开审判会损害司法利益因而严格需要的限度下，可不使记者和公众出席全部或部分审判；但对刑事案件或法律诉讼的任何判决应公开宣布，除非少年的利益另有要求或者诉讼涉及婚姻争端或儿童监护权。

《国际公约》第 14 条第 2 款规定，凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，应有权被推定为无罪。

<sup>138</sup> 人权事务委员会，*González del Río* 诉秘鲁，人权事务委员会第 263/1987 号来文 (CCPR/C/46/D/263/1987)，第 5.2 段。

最近几年，在反恐措施中，联合国人权机构对使用军事法庭和其他特别法庭深表关切。这些机构强调，即使在紧急状态下，得到公正审讯的权利也必须得到尊重。法官和律师独立问题特别报告员曾对数起涉及恐怖主义指控的案件发出紧急呼吁并发表声明。<sup>139</sup> 任意拘留问题特别报告员和工作组曾对使用军事法庭和特别军事委员会审判涉嫌与恐怖主义组织有牵连的非公民表示关切，包括这些机构遵守法律面前一律平等原则问题、公正审讯程序问题、违背司法独立原则挑选在这类委员会和法庭和上诉程序中任职者问题等。<sup>140</sup>

人权事务委员会在关于司法的第 13 号一般性意见中指出，使用军事法庭审判平民可能给提供公正审讯带来严重问题：“设立这种法庭的原因往往是为了实施不符合正常司法标准的例外审判程序……设立这种法庭审判平民应是一种非常例外的情况，必须按 [《公民权利和政治权利国际公约》] 第 14 条的规定在真正提供充分保障的情况下才能进行。”<sup>141</sup>

人权事务委员会认为，《国际公约》第 14 条所载基本的公正审讯要求同样适用于军事法庭和普通法庭。尤其重要的是，这些法庭必须满足独立和无偏倚的义务。该委员会注意到某些国家存在着审判平民的军事法庭，指出这类法庭审判平民应属非常例外的情况，并应当真正提供第 14 条所规定的充分保障。

### 指定拥有特别管辖权的法官或法院

有时人们认为，有必要设立拥有特别管辖权的法院，特别是审理恐怖主义案件的法院。虽然该过程可能有一定问题，但国家刑事程序可能允许作一些调整，而不致设立特别法院。在许多国家，有时赋予常规法院以特别管辖权或任务，这种管辖权或任务在很大程度上由拟起诉犯罪的性质决定。例如，可以允许将某些案件集中审理，即确定一个地方法官小组，他们将具备审理某些类别案件的资格，因而可以掌握特殊能力，包括审理涉及恐怖主义罪行的案件。对涉及恐怖主义组织的某些类别案件的起诉可以集中在国家的某一地区进行，从而使一些法官（以及检察官和辩护律师）能够具备处理这些案件的专长。案件集中化和某些地方法官专业化也可使得更容易防止各种妨害司法的企图并保护有关人员不致受到可能的胁迫或报复。

<sup>139</sup> E/CN.4/2004/60/Add.1。

<sup>140</sup> E/CN.4/2004/3。

<sup>141</sup> 人权事务委员会关于法庭面前人人平等和人人有权由依法设立的独立法庭进行公正和公开审讯的权利（第 14 条）问题的第 13 号一般性意见，查找网址：<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>。

### C. 法院的安全

在许多案件中，恐怖主义分子威胁检察官、法官和法院其他人员，胁迫或袭击陪审员和证人，企图达到妨害司法的目的。如果不对法官和法院人员给予适当保护，在他们遭到恐怖主义组织或其支持者威胁或潜在威胁时，法院往往不能有效或公正地运作。同样，刑事司法系统不能保护所有参与者免受胁迫和报复，就可能陷于瘫痪。刑事司法系统对付恐怖主义行为的核心能力，在一定程度上是它能够切实有效地确保法官、检察官和法院其他人员的安全并确保陪审员、证人和参与法院诉讼的所有其他人安全的能力。



## 七． 与拘留有关的问题和挑战

被控犯有恐怖主义罪行的人往往被关押在监狱，有时要关押很长时间，等待调查结论或审判结论。他们不太可能在审判之前获得保释，并且往往与其他犯人分开关押。经常存在一些情形，要求限制他们与外界或与共犯嫌疑人的接触。尽管如此，所有与恐怖主义活动有关而被剥夺自由的人，在任何情况下都应受到充分尊重其人格尊严和人权的待遇。

*“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。”*

*《公民权利和政治权利国际公约》，第 10 条*

为确保囚犯的人权受到保护，囚犯的待遇首先考虑到确保其重新融入社会，制订了许多国际标准。这些标准包括：《囚犯待遇最低限度标准规则》、《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》、《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）、<sup>142</sup>《联合国保护被剥夺自由少年规则》<sup>143</sup>和《执法人员行为守则》，<sup>144</sup> 另外还有其它许多国际和区域文件。

反恐战略也许要求对通常的监狱做法作一些调整，但这些修改必须合法，其适用应受到司法审查。例如，《欧洲委员会人权和打击恐怖主义准则》准则十一有如下规定：

“在反恐斗争中，情况必要时，可以对因恐怖主义活动而被剥夺自由的人实施比其他囚犯更严格的限制，特别是：

“(i) 关于通讯和监视书信往来的规定，包括律师与其委托人之间的通讯和书信往来；

“(ii) 把因恐怖主义活动而被剥夺自由的人关押在特别警戒区；

“(iii) 在一个监狱内或在多个不同监狱隔离关押这些人，但采取的措施应当与力求达到的目的相称。”

<sup>142</sup> 大会第 40/33 号决议，附件。

<sup>143</sup> 大会第 45/113 号决议，附件。

<sup>144</sup> 大会第 34/169 号决议，附件。

## A. 判决前或调查过程中的拘留

《囚犯待遇最低限度标准规则》专设一节，论及在押或等候审讯的囚犯（规则 84-93）。这些条款是监狱当局的准则，涉及审前囚犯的拘留条件、享有的特权和得到法律咨询和援助的权利。

在所有监狱中，在押候审者都应作为特殊类别囚犯对待，应当能够穿自己的服装、从外界接受食物、接受私人医生诊疗、购买读物和文书用具并接受其律师的定期探视和帮助以便为审判作准备。

审前拘留应作为最后选择的措施，只能是为了保护社会或确保重罪犯人在未来某个日期参加审判而实施。在押候审的时间应保持在最低限度，并应折抵最终可能判处的刑期。

《公民权利和政治权利国际公约》第 10 条明确规定，被控告的人应与被判罪的人隔离开，并应给予适合于未判罪者身份的分别待遇。

凡在军事行动中被俘并被指控与恐怖主义有关罪行的人，必须按照《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》处理，其中载有规范拘留制度的规则。<sup>145</sup>《日内瓦第三公约》载有一整套规则，就被俘武装部队成员的待遇和物质条件作出规定。这些规则向战俘提供的保护有时被拒绝给予所谓的“非法战斗人员”，不承认他们作为战俘的地位。这种做法可能削弱国际人道主义体系中最著名和最有力的支柱。<sup>146</sup>如果将非法战斗人员作为平民对待，则必须按照关于战时保护平民的《日内瓦第四公约》对待他们。该公约没有豁免犯有严重罪行的平民，并不妨碍对他们进行审判，但审判必须公正。

### 取得律师协助的权利

被拘留人必须有权得到律师的协助。按照《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，被拘留人必须立即获悉自身的权利并有行使权利的合理便利。

如上所述，涉嫌恐怖主义活动而在押候审的人享有法院审查其拘留是否合法的正常权利，取得律师协助的权利可帮助他们行使该权利。

<sup>145</sup> 见本《手册》第一部分第 3 章关于国际人道主义法的论述。

<sup>146</sup> Hans-Peter Gasser, “Acts of terror, ‘terrorism’ and international humanitarian law”, 红十字国际委员会, 第 84 卷, 第 847 (2002) 期, 第 568 页。

## B. 拘留和羁押条件

如上所述,《公民权利和政治权利国际公约》明确规定,所有被剥夺自由的人应被给予人道及尊重其固有人格尊严的待遇。<sup>147</sup> 为了人道地管理监狱系统,有关监狱条件的国家政策和立法必须以多项已制订的国际标准为指导,确保囚犯权利受到保护。这些标准包括《囚犯待遇最低限度标准规则》和《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》。

## C. 残忍或不人道待遇或处罚

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第1条就构成酷刑的行为提出了国际公认的定义:

“酷刑”是指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。

*“任何人均不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。”*

*《公民权利和政治权利国际公约》, 第7条*

按照《禁止酷刑公约》第1条的定义,构成酷刑的基本要素是,为取得情报、加以处罚或实施胁迫等目的,由国家当局或经国家当局同意或默许使人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦。

残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚也是法律术语,意指虐待,虐待不一定为特定目的实施,但意图是将人置于相当于或导致虐待的条件中。将某人置于可以合理地认为构成虐待的条件,需对实施虐待承担责任。有辱人格的待遇所涉及的疼痛或痛苦的严重程度可能不及酷刑或残忍或不人道待遇所带来的疼痛或痛苦,这种待遇通常涉及侮辱和贬损被害人。因此,对构成虐待但不构成酷刑的基本要素的要求,降低为由国家当局或经国家当局同意或默许故意使人遭受精神或肉体上的重大疼痛或痛苦。

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第11条规定,每一缔约国应经常、有系统地审查对在其管辖领土内遭到任何形式逮捕、扣押或监禁的人

<sup>147</sup>《公民权利和政治权利国际公约》,第10条,第1款。

进行审讯的规则、指示、方法和惯例以及对他们的拘留或待遇的安排，以避免发生任何酷刑事件。

该公约第 12 条要求每一缔约国确保在有适当理由认为其管辖领土内已发生酷刑行为时，其主管当局立即进行公正的调查。

该公约第 13 条要求每一缔约国确保凡声称在其管辖领土内遭到酷刑的个人有权向该国主管当局申诉，并由该国主管当局对其案件进行迅速而公正的审查。应采取步骤确保申诉人和证人不因提出申诉或提供证据而遭受任何虐待或恐吓。

在保护个人合法权利和保障其不受虐待和酷刑方面有许多基本保障，这些保障应从拘留开始时就适用：

- 立即将自己的状况通知近亲属或被拘留人选择的其他人的权利<sup>148</sup>
- 立即获得律师协助的权利<sup>149</sup>
- 除受官方体检之外，随时要求体检和看医生（最好是自己选择的医生）的权利<sup>150</sup>
- “迅速”得到法官审问以确定拘留是否合法和可否继续的权利<sup>151</sup>
- 以其懂得的语言立即被告知逮捕理由和依法享有的各项权利的权利<sup>152</sup>

<sup>148</sup>《囚犯待遇最低限度标准规则》，规则 92；《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，原则 16。

<sup>149</sup>《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，原则 17。

<sup>150</sup>《囚犯待遇最低限度标准规则》，规则 91；《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，原则 24；欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格待遇或处罚委员会，关于欧洲防止酷刑委员会活动的第二份一般性报告，涉及 1991 年 1 月 1 日至 12 月 31 日期间（欧洲委员会，斯特拉斯堡，1992 年），查找网址：[www.cpt.coe.int/en/annual/rep-02.htm](http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-02.htm)；欧洲委员会，成员国部长委员会关于欧洲警察职业道德守则的 Rec(2001)10 号建议，第 57 条。

<sup>151</sup>《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，原则 11。如果没有对“迅速”作准确界定，按照刑事程序示范法典（2006 年 5 月 30 日，草案）第 125 条之二确定的最长时限，超过 72 小时经常被认为过长。

<sup>152</sup>《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，原则 10、13 和 14。



## 其他相关国际标准

除国际人权法和武装冲突法以外，还制订了大量其他规则和标准，以保障所有人免受酷刑和其他形式虐待的权利。它们本身虽然不具有法律约束力，却代表了所有国家应予遵守的公认原则，并可为法官和检察官提供重要指导。这些标准包括：

- 《囚犯待遇最低限度标准规则》(1957年; 1977年修正)
- 《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》(1975年)
- 《执法人员行为守则》(1979年)
- 《关于医务人员、特别是医生在保护被监禁和拘留的人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚方面的任务的医疗道德原则》(1982年)
- 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(1985年)
- 《关于司法机关独立的基本原则》(1985年)
- 《联合国少年司法最低限度规则》(《北京规则》)(1985年)
- 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》(1988年)
- 《有效防止和调查法外处决、任意处决和即决处决的原则》(1989年)
- 《囚犯待遇基本原则》(1990年)
- 《关于律师作用的基本原则》(1990年)
- 《关于检察官作用的准则》(1990年)
- 《联合国保护被剥夺自由少年规则》(1990年)
- 《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990年)
- 《保护精神病患者和改善精神保健的原则》(1991年)
- 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》(1992年)
- 《有效调查和记录酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的原则》(《伊斯坦布尔议定书》)(1999年)

## 酷刑调查

### 《伊斯坦布尔议定书》

人权委员会在第2000/43号决议中，大会在第55/89号决议中，提请各国政府注意《有效调查和记录酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的原则》(《伊斯坦布尔议定书》，并大力鼓励各国政府考虑把上述《原则》作为制止酷刑的有用工具。

“1. 有效调查和记录酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚(下称“酷刑或其他不当待遇”)的目的包括下列各项:

“(a) 澄清事实，确定并确认个人和国家对受害人及其家属的责任；

“(b) 查明防止此种情事再度发生所需的措施；

“(c) 促进起诉和 / 或酌情对经查实应负责任的人采取纪律处分，并表明有必要由国家提供充分的赔偿和补救，包括公平和充分的经济赔偿和提供医疗服务和康复的办法。

“2. 国家应确保立即切实调查关于酷刑或不当待遇的申诉和报告。即使没有明示申诉，但如果还有其他迹象显示可能发生了酷刑或不当待遇，也应进行调查。调查员应独立于涉嫌施行酷刑的人及其服务的机关，并应具有能力、公正无私。他们应能咨商公正的医疗专家或其他专家，或有权委托这些专家进行调查。进行此种调查所用的方法应符合最高的专业标准，调查结果应予公布。

“3. (a) 调查当局应有权力和义务取得调查所需的一切资料。负责调查的人应有进行有效调查所需的一切预算和技术资源。他们也应有权要求所有以官方身份行事涉嫌参与施行酷刑或不当待遇的人到场作证。此种权力也应适用于任何证人。为此目的，调查当局应有权向证人，包括任何被指控参与其事的官员发出传票，并有权要求提供证据。

“(b) 应保护据称遭受酷刑或不当待遇的受害人、证人、进行调查的人及其家人免遭暴力、暴力威胁或可能因调查而引起的任何其他形式的恐吓。酷刑或不当待遇的可能涉案人员如果其职位可直接或间接控制或影响申诉、证人及其家属以及进行调查的人，应解除其职务。

“4. 据称遭受酷刑或不当待遇的受害人及其法律代理人应得到通知和有机会出席任何听讯以及取得一切与调查有关的资料，并应有权提出其他证据。

“5. (a) 如果因缺乏专门知识或怀疑存有偏见，或因显然一贯存在滥用职权行为，或出于其他实质性理由，既定程序不足以完成调查，国家应确保通过独立调查委员会或类似的程序进行调查。选任的独立调查委员会成员应为公认为公正无私、具有能力和独立性的人。成员尤应独立于任何涉嫌实施此种行为的人及其可能服务的机构或机关。委员会应有权取得调查所需的一切资料并应根据这些原则的规定进行调查。在某些情况下，职业道德可能要求对信息保密。这些要求应当得到尊重。

“(b) 应在合理时间内提出一份书面报告，其中应包括调查的范围、程序和评价证据所用的方法以及根据对事实的认定和适用的法律提出的结论和建议。报告编写完毕后即应公布。报告还应详述查实确已发生的具体事件、据以作出这些判断的证据并开列作证证人姓名，但须予保护的证人，不公布其身份。国家应在合理时间内对调查报告作出答复，并酌情表明拟为此采取的步骤。

“6. (a) 参与调查酷刑或不当待遇的医疗专家，在任何时候其行为均应符合最高的道德标准，尤应在进行任何检查之前取得知情同意。检查应符合既定的医疗执业标准。特别是，检查应在医疗专家的控制下并在安全人员及其他政府官员不在场的情况下保密进行。

“(b) 医疗专家应立即如实编写书面报告。”

## D. 囚犯的保安与安全

囚犯的“保安”是指监狱部门有义务防止囚犯逃跑。常见保安手段包括墙壁、栅栏、门锁、钥匙、大门、行动监视器、其他技术装置和周围的荒地。囚犯的“安全”系指监狱保持良好秩序和控制以防囚犯破坏并保护弱者等要求。监狱安全措施应辅以公平和公正的纪律制度。保安和安全程序包括适当的分类和评估、搜查及标准作业程序。

涉嫌恐怖主义者的情况可能与其他犯人有很大不同，通常有必要采取特殊保安措施。在风险评估基础上对囚犯适当分类是监狱管理人员为确保监狱内的安全与保安必须采取的最重要步骤之一。针对囚犯采取的保安措施应是实现安全羁押所必需的最低限度措施。

因恐怖主义活动或阴谋而被拘留者和被关押的囚犯可能需要特殊保护措施以确保其安全。这种措施经常涉及各种形式的隔离或单独拘留。

### 狱中证人和举报人的保安与安全

在证人或检举人被拘留时，必须采取某些特殊安全和保护措施。被监禁的证人可能特别易受伤害，对他们的保护给当局带来一些截然不同的挑战，<sup>153</sup> 最常见的挑战是其他犯人在场，这些犯人想阻止证人作证，或者可能来自胁迫或伤害证人。将受保护证人与其他普通犯人关在一起一般来说是不可取的，因为这样做会给暴力、威胁和胁迫提供机会。混合关押不仅会发生在监禁期间，也会发生在向法院转移途中或发生在法院的候审室。

必须仔细审查与外界交往（如通过电话或书信）及探视所涉及的证人安全问题。信息管理系统薄弱，不论是在拘押机构内还是在法院，都可能大大增加受保护证人所面临的风险。监狱当局和共同负责保护证人的其他机构的专业人员之间沟通不畅，也会导致危险错误的发生。

对被拘留的受保护证人的胁迫可能很难发现，特别是间接胁迫。有时需要采取措施保护在押证人的家属。<sup>154</sup> 有些情况下，监狱人员腐败或受到胁迫可能给被拘留证人带来重大危险。因此，常有必要限制有机会接触受保护囚犯和有关他们的信息的工作人员范围。有些情况下，被拘留证人可以移送别的省、州或国家，以便于保护，前提是两个法域之间订有必要的协定。

<sup>153</sup> S. Cooley, *Jailhouse Witness Protection Task Force: Final Report* (District Attorney's Office, 2004年, 洛杉矶)。

<sup>154</sup> Australia, *Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, Witness Protection* (澳大利亚政府出版局, 1988年, 堪培拉), p. xii。

在有些法域，教养当局设立了特殊的“证人保护单位”，可为犯人提供特殊保安措施和更好的食宿。对于有危险证人，也可以安排备用住房和运送设施。一般都承认，由于受保护证人的服刑条件远比其他入艰苦，因此在作出假释或释放决定时应对他们情况予以特殊考虑。有时，必须为其缓刑或假释的监管作出特殊安排。必须就准备在释放后提供的保护安排，向在监狱服刑的受保护证人作出明确保证。

## E. 被拘留人和囚犯的移送

国际社会曾在各种场合讨论囚犯移交和外国囚犯待遇问题。1985年，第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过了《关于移交外国囚犯的示范协定》以及关于外国囚犯待遇的建议。<sup>155</sup> 在反恐斗争的范围内，也讨论过作为支持侦查和起诉恐怖主义罪行的手段移送囚犯问题。

《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》<sup>156</sup> 和《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》均涉及被拘留或服刑囚犯的移送问题。因此，“在一缔约国境内被拘留或服刑的人，如被要求到另一缔约国到场作证、鉴定或提供协助以取得调查或起诉 [两公约相关条款] 所述罪行所需的证据，可予移送”，<sup>157</sup> 前提是满足下列条件：必须是该人在被告知情况后自愿表示同意，必须是两国主管当局同意在符合两国认为适当的条件的情况下移送。

为实施这一程序，该人被移送去的国家有权力和义务羁押该人，除非移送国另有要求或授权。该人被移送去的国家应毫不迟延地履行义务，按照两国主管当局事先达成的协议或其他协议，将该人交还移送国羁押。此外，该人被移送去的国家不得要求移送国为交还该人提起引渡程序。

规定了各种保障措施。被移送人在被移送去的国家的羁押时间应折抵移送国执行的刑期。除非移送国表示同意，否则，无论该人国籍为何，均不得因其在离开移送

<sup>155</sup> 《关于移交外国囚犯的示范协定》以及关于外国囚犯待遇的建议（《第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，1985年8月26日至9月6日，米兰：秘书处编写的报告》（联合国出版物，出售品编号：E.86.IV.1），第一章，D.1节，附件一和二）。

<sup>156</sup> 联合国，《条约汇编》，第2149卷，第37517号。

<sup>157</sup> 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第13条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第16条。

国领土之前的行为或定罪，在被移送去的国家境内受到起诉、拘留或对其人身自由实行任何其他限制。

移送必须始终依法进行，并提供必要的程序保障，以保护有关个人的权利。各国在《公民权利和政治权利国际公约》第7条下承担的义务不允许在可能使囚犯面临酷刑、不人道或有辱人格待遇或处罚危险时将其驱逐、移送或以其他方式移离。

在反恐斗争中，有些国家利用外交保证、谅解备忘录和其他形式的外交协定，证明有理由将涉嫌恐怖主义活动的个人交还或非正规地移送至一些国家，而这些人在这些国家有可能面临遭受酷刑或其他严重侵犯人权行为的实际危险。

通过法律实现民主欧洲委员会（威尼斯委员会）在关于欧洲委员会成员国对秘密拘押设施和国家间转移囚犯的国际法律义务的意见中强调：

“必须非常严格地评估危险的真实性。危险评估取决于具体情形，包括有可能遭到侵犯的权利和接收国的情况。请求国通常提供外交保证，表示在引渡或驱逐之后在其领土内不会发生侵犯人权的事情，就适用死刑的危险以及违反公正审判原则而言，这类保证可能是适当的，因为多数情况下这类危险将得到满意的监督。另一方面，就酷刑危险而言，在多数可设想的情况下监督是不切实际的，特别是考虑到即使刑事案件定罪之后，一国也可能对囚犯施以酷刑以期获取情报。与此同时，对移离本国的人负‘终生责任’也是不切实际的。”<sup>158</sup>

这种情况提出了外交保证的价值问题。这类安排本身并未对不施以酷刑或防止其他严重侵犯人权行为提供足够保护。但是，如威尼斯委员会所指出，接受这类保证，原则上是友好国家间必要善意和相互信任的表示。尽管如此，要使此类保证足以确保履行一个国家的义务，有关条款需要明确无误，并反映对保证国具有法律约束力的义务的范围。

## F. 防范性拘留

近年来有许多关于以下情况的报告，即在反恐措施的实施过程中，个人长期被拘留却从没有被指控任何具体罪行，无从取得律师协助，无从向法院申诉，也无从知悉被逮捕或拘留的原因。人权事务委员会严厉批评这类做法。该委员会1982年

<sup>158</sup> 欧洲委员会，通过法律实现民主欧洲委员会（威尼斯委员会），关于欧洲委员会成员国对秘密拘押设施和国家间转移囚犯的国际法律义务的意见，第66次全体会议通过，2006年3月17至18日，威尼斯。

曾就防范性拘留的合法性发表过一般性意见；“如果出于公共安全的理由，采用所谓防范性拘留，它也必须受到这几条规定的约束，即不应当随意行之，必须基于法律规定的理由和程序，必须告知理由，必须由法庭管制拘禁措施以及在违反规定时加以赔偿”。<sup>159</sup>

在没有司法命令的情况下进行的防范性拘留和行政拘留，大多数都违背了基本人权。<sup>160</sup>

行政拘留和防范性拘留往往缺乏刑事司法系统不可或缺的保障。行政拘留必须按照法律规定的理由和程序执行，才能遵守人权原则。

任意拘留永远是没有道理的。任意拘留问题工作组在提交人权委员会的报告中，对几起任意拘留事件表示严重关切，在这类事件中，被拘留人没有就非法拘留提出质疑的权利或途径。委员会则重申，在任何情形下，不管是冲突、战争还是非常状态，都不得以任何借口取消质疑非法拘留的权利。

任意拘留问题工作组认定：

利用公共安全法规、移民法或其他有关的行政法规定的“行政拘留”，导致无限期或长时间剥夺自由而没有受到有效的司法监督，作为一项拘禁涉嫌参与恐怖主义活动或其他犯罪活动的人的手段，这种做法是不符合国际人权法规定的。因此，工作组建议所有国家审查其立法和实践，以确保涉嫌参与刑事犯罪活动或根据国内法导致被剥夺自由的其他活动的人事实上获得适用于刑事诉讼的保证措施。<sup>161</sup>

## G. 申诉程序

大多数监狱法规都有一套书面程序，允许囚犯就其狱中待遇提出申诉。在囚犯入狱时向其提供的一整套资料应当包括关于申诉程序、监狱规则和条例的书面资料。应当明确制订这类程序，让囚犯和与囚犯直接打交道的工作人员能够看懂。

<sup>159</sup> 人权事务委员会，关于个人享有自由和安全的权利（第9条）第4款的第8号一般性意见，查找网址：<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>。

<sup>160</sup> Edward J. Flynn, “Counter-terrorism and human rights …”, 第40页。另见 Ben Power, “Preventative detention of terrorist suspects: a review of the law in Australia, Canada and the United Kingdom”, 为国际刑法改革学会第21次国际大会编写的文件，2007年6月22日至26日，加拿大温哥华，第2页。

<sup>161</sup> E/CN.4/2005/6, 第77段。

## 向囚犯提供资料和囚犯申诉的处理

### 《囚犯待遇最低限度标准规则》

“35. (1) 囚犯入狱时应发给书面资料，载述有关同类囚犯待遇、监所的纪律要求、领取资料和提出申诉的规定办法等规章以及使囚犯明了其权利义务、适应监所生活的其他必要资料。

“(2) 如果囚犯为文盲，应该口头传达上述资料。

“36. (1) 囚犯应该在每周工作日都有机会向监所主任或奉派代表主任的官员提出其请求或申诉。

“(2) 监狱检查员检查监狱时，囚犯也得向他提出请求或申诉。囚犯应有机会同检查员或其他检查官员谈话，监所主任或其他工作人员不得在场。

“(3) 囚犯应可按照核定的渠道，向中央监狱管理处、司法当局或其他适当机关提出请求或申诉，内容不受检查，但须符合格式。

“(4) 除非请求或申诉显然过于琐碎或毫无根据，应迅速加以处理并予答覆，不得无理稽延。”

《囚犯待遇最低限度标准规则》，规则 35 和 36。

还必须实施一种程序，使囚犯在认为监狱管理部门没有回应其申诉时或在纪律裁决提起申诉时，可以向独立于监狱管理部门的个人或机构如监狱调查员、法官或地方法官提出秘密的书面申诉。必须实施有效程序以聆听对监狱管理部门所作决定提出的上诉、申诉、指控和冤情投诉。

《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 33 规定：

“1. 被拘留人或被监禁人或其律师应有权向负责管理拘留处所的当局和上级当局，必要时向拥有复审或补救权力的有关当局，就所受待遇特别是受到酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇提出请求或指控。

“2. 在被拘留人或被监禁人或其律师均无法行使本原则第 1 段所规定的权利的情形下，其家庭或任何知情的人均可行使该权利。

“3. 经指控人要求，应对请求或指控保密。

“4. 每一项请求或指控应得到迅速处理和答复，不得有不当稽延。如果请求或指控被驳回，或有不当稽延情事，指控人应有权提交司法当局或其他当局。无论被拘留人或被监禁人还是本原则第 1 段所指的任何指控人都不得因提出请求或指控而受到不利影响。”





## 八． 刑事司法系统在保护恐怖主义犯罪 受害人权利方面的作用

各国义务向犯罪（包括恐怖主义行为）受害人提供保护和援助。这种以受害人为中心的办法日渐成为当代刑事司法做法中一个公认的重要部分。恐怖主义犯罪对个人造成伤害的方式有很多。恐怖主义袭击通常以平民为目标，在此过程中使很多人受害。伤害的形式多种多样：大量平民死亡、物质损失、幸存受害人遭受身体伤害和精神创伤，以及对生活质量的长期破坏。刑事司法系统必须有能力和处理各种形式的伤害。

各国针对侵犯人权行为提供法律救济的义务

本公约每一缔约国承担：

- (a) 保证任何一个被侵犯了本公约所承认的权利或自由的人，能得到有效的补救，尽管此种侵犯是以官方资格行事的人所为；
- (b) 保证任何要求此种补救的人能由合格的司法、行政或立法当局或由国家法律制度规定的任何其他合格当局断定其在这方面的权利；并发展司法补救的可能性；
- (c) 保证合格当局在准予此等补救时，确能付诸实施。

《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 3 款。

受害人权利不仅在若干国际文书中有明确阐述，还载入了多个国家的国内法。自 1945 年以来，国际法在承认这方面的个人权利上取得了进展。确认人权侵犯行为的受害人有权得到赔偿已成为保护个人人权的努力的一部分。最近的发展情况，如《国际刑事法院规约》列入受害人的受偿权和参与权，突出了受害人在刑事司法制度中的中心位置，也连带突出了刑事司法系统的反恐对策。必须强调，尽管人权文书或许没有预见—或者至少没有明确提及—恐怖主义活动的受害人，但只要恐怖主义这种袭击平民的行为侵犯了受害人的人权，这些受害人就享有相关条约所列的权利。

《联合国全球反恐战略》直接提及了恐怖主义行为受害人的问题。其中列出了一些措施以消除有利于恐怖主义蔓延的条件，包括打击“一切形式和表现的恐怖主义的受害人受到的非人性化对待”的措施。该战略鼓励建立国家援助系统，用以“促进满足恐怖主义受害人及其家属的需要，帮助他们恢复正常生活”。

## A. 国际法中的受害人

在人权受到侵犯的受害人问题上，国际人权法和国际人道主义法规定了若干义务。这些义务包括：

- 有义务向受害人提供取得公理的平等而有效的途径，无论谁是侵害的最终责任人；
- 有义务向受害人提供适当救济；
- 有义务规定或促进对受害人的赔偿。

国际法明确规定，一国有义务向在其领土上实施的侵犯人权和违反国际人道主义法的行为的受害人提供国内法律救济。这一义务存在的基础是一些国际公约和区域公约。关于人权规范，《公民权利和政治权利国际公约》在第 2 条第 3 款中保证人权被侵犯的受害人有权得到有效的救济，包括有权得到司法、行政或立法主管当局判定的这种救济，并有权在救济获准后要求付诸实施。<sup>162</sup>

许多国际宣言重申，各国有义务向侵犯人权行为的受害人或违反国际人道主义法行为的受害人提供救济。<sup>163</sup>《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》对这一义务作了全面阐述。<sup>164</sup>《宣言》是关于为受害人取得公理的最全面的文书，指导在国家、区域和国际各级应当采取哪些措施使犯罪受害人和滥用权力行为受害人取得公理和获得公平对待、赔偿、补偿、保护和援助的途径得到改善。联合国大会在通过《宣言》时呼吁会员国采取必要步骤使《宣言》中的各项条款生效。经济及社会理事会在其 2005 年第 2005/20 号决议中通过了《关于在涉及罪行的儿童被害人和证人的事项上取得公理的准则》。

2005 年，人权委员会通过了《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》。<sup>165</sup>此外，2005 年 4 月，人权委员会注意到修订后的《采取行动打击有罪不罚现象、保护和增进人权的一套原则》。<sup>166</sup>这套原则包括知情权、取得公理权、得到赔偿的权利以及不再发生类似事件的保证。

《有组织犯罪公约》和《反腐败公约》也载有关于受害人保护和受害人援助的各种条款，包括国际合作保护和援助受害人。<sup>167</sup>

<sup>162</sup>《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 3 款。

<sup>163</sup> 例如，见《世界人权宣言》第 8 条；《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》（大会第 3452 (XXX) 号决议，附件），第 11 条。

<sup>164</sup> 大会第 40/34 号决议，附件。

<sup>165</sup>《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》（大会第 60/147 号决议，附件），查找网址：<http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm>。

<sup>166</sup> E/CN.4/2005/102/Add.1。

<sup>167</sup>《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 24 和第 25 条；《联合国反腐败公约》第 32 条。

## B. “受害人”一词的定义

在《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》第1段中，“受害者”的定义如下：“‘受害者’一词系指个人或整体受到伤害包括身心损伤、感情痛苦、经济损失或基本权利的重大损害的人，这种伤害是由于触犯会员国现行刑事法律、包括那些禁止非法滥用权力的法律的行为或不行为所造成。”

这一定义基本上涵盖了人们由于恐怖主义组织实施的犯罪而受害的所有情形。如果是违反人权法或国际人道主义法或难民法的行为造成的伤害，还适用《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》第8段的定义：

受害人是由于构成严重违反国际人权法或严重违反国际人道主义法行为的作为或不作为而遭受损害，包括身心伤害、精神痛苦、经济损失或基本权利受到严重损害的个人或集体。适当时，根据国内法，“受害人”还包括直接受害人的直系亲属或受扶养人以及介入干预以帮助处于困境的受害人或阻止加害他人行为而遭受损害的人。

## C. 满足恐怖主义受害人的需要

对待恐怖主义犯罪受害人，不但要有同情心还要尊重他们的尊严。他们有权按照国家法律的规定为自己遭受的伤害向司法机构申诉并迅速获得补救。在必要情况下，必须建立并加强司法机制和行政机制，使受害人能够通过迅速、公平、低费、方便的正规或非正规程序获得补救。

为了满足恐怖主义犯罪受害人的需要，应当采取措施提供以下服务：

- 让受害人了解其在刑事司法程序中的作用；希望他们进行何种性质的合作；刑事诉讼的范围、时间和进度，以及诉讼的结果；
- 让受害人在关涉其个人利益的适当诉讼阶段提出其观点和关切事项并予以考虑，而不损及被告，并符合国家刑事司法制度的有关程序；
- 在整个法律诉讼期间向受害人提供适当援助；
- 尽量减少对受害人造成的不便，必要时保护其隐私，并确保受害人及其家人的安全；
- 保护受害人免受可能发生的恐吓和报复；
- 在处理案件和执行命令或执行判给受害人赔偿金的判决时，避免不必要的拖延；

- 利用政府手段、志愿手段和基于社区的手段，向受害人提供必要的物质、医疗、心理和社会援助；
- 向受害人提供获得赔偿和补偿的途径。

在许多国家，经验表明，处理犯罪受害人的多种需要的一个有效途径是制定方案，提供社会、心理、情感和经济支助，并在刑事司法机构和社会机构内向受害人提供有效的帮助。除了允许受害人对罪犯提起民事索偿的规定外，一些国家还颁布了国内法，承认受害人有权得到补偿并参与刑事诉讼。这些机会可使人更加认识到受害人的痛苦。对于可能严重偏向罪犯的刑事司法系统，若允许受害人参与刑事诉讼并承认受害人有权了解案件进展情况，可有助于恢复其平衡。

在实践方面，最重要的问题或许是受害人有权了解自己的各种权利以及设有对其有益的程序。应当要求在司法程序中与受害人接触的人——警察、社会工作者、辩护律师、检察官和法官——向受害人简要说明其权利并指引他们到何处寻求所需要的帮助。

## D. 改进刑事司法系统对待受害人的办法

刑事司法人员和决策人员可协助确保刑事司法系统通过以下做法满足受害人的需要并尊重他们的权利：

- 评估受害人的需要，特别是恐怖主义受害人或反恐措施受害人，并评估如何满足这些需要；
- 评估利用现有资源满足受害人需要的可能性，以及现有机关向犯罪受害人提供有效保护和援助的能力；
- 审查关于对待犯罪受害人、滥用权力行为受害人和侵犯人权行为受害人的现有国内政策、程序和法律；
- 审查刑事司法系统各方面的现行做法对犯罪受害人有何影响，以及如何改进这些做法；
- 对受害人取得公理和赔偿的途径以及这一途径的状况进行评估并作必要的改进；
- 对受害人寻求赔偿时寻求法律咨询的途径和取得公理的途径进行评估并作必要的改进；
- 评估犯罪受害人和违反人权行为的受害人可能得到的各种形式的补偿，并对现行补偿机制进行必要的改进；
- 具体评估如何对待滥用权力行为的受害人，以及他们可藉以求助和获得赔偿的途径；
- 审查和改进国内法律框架，包括这些框架如何具体处理滥用权力行为受害人和侵犯人权行为受害人的权利；

- 制定国内政策援助和保护受害人；
- 提高现有机构向受害人提供援助服务的能力；
- 向执法人员和司法人员提供人权和受害人权利方面的培训；
- 在使用证人援助办法保护出庭作证的受害人的安全、隐私和身份方面提供培训；
- 为工作与受害人和证人有关的援助人员和专业人员提供培训和支助；
- 发展以法院和警方为基础的受害人和证人援助服务；
- 支助参与向犯罪受害人和侵犯人权行为受害人提供援助和支助的非政府组织；
- 在受害人保护、为受害人遭受的伤害进行赔偿和必要时将受害人安全护送回国等方面，提高地方当局的国际合作能力。





第三部分  
刑事司法问责  
和监督机制





## 一．对执法的监督

反恐刑事司法对策的力量来自对法治的尊重，在实施这种对策时始终对社会承担责任。依靠媒体和政治程序实现的刑事司法系统问责制，需要通过确保这一系统透明度且能够处理其弱点问题的机制予以加强。本《手册》第三部分简要审视了为确保刑事司法系统各部分的问责制而必须实行的程序。

有效的反恐对策取决于民众信任的有效而可靠的执法机关。在反恐战略中，公民对警方的监督将确保提高这些反恐政策的透明度并增进公众对这些政策的信任。确保警方的廉正是良好治理的根本，对于赢得公众信任和实现公共安全至关重要。此外，警方常常是政府中最显而易见、与民众接触最直接的部分，因此国民对本国警察的信任程度往往反映了对政府的信任和信心。

有了监督，标准下降的可能性就小了。因此，可以通过明确的问责、有效的监督和透明的廉正做法，增强公众对警方的信任。

在确定国际警务标准时，联合国大会 1979 年 12 月 17 日第 34/169 号决议通过了《执法人员行为守则》。《守则》规定了执法人员的以下义务：

- 无论何时都要履行法律赋予他们的职责，为社会服务，保护所有人不受非法行为伤害；
- 尊重、保护人的尊严，维护每个人的人权；
- 非绝对必要不使用武力，且不得超出执行公务所必需的范围；
- 机要事务保密；
- 不得施加、唆使或容忍任何酷刑行为或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚；
- 充分保证在押人员的安全和健康；
- 不搞贪污腐化；
- 竭尽所能，防止、坚决抵制触犯本守则的任何行为。

为执行《行为守则》而制定的《执法人员行为守则的有效执行准则》<sup>168</sup> 要求在国家立法和实践中体现《行为守则》。《准则》还强调务必在警察廉正制度中包括若干

<sup>168</sup> 经济及社会理事会第 2002/13 号决议，附件。

关键内容，如执法人员甄选、教育培训、薪资、工作条件、纪律和监督，并强调要有受理公众投诉的机制。《行为守则》和《执行准则》对确定警察系统监督能力和廉正制度的基准十分重要。

警方行动的独立性必须以问责制制衡。警方要继续享有必要的行动独立性，就必须积极表明自己遵守为指导其行动而制定的政策和法律，并愿意且有能力和这些行动承担责任。<sup>169</sup>

## 问责制的一般手段

可通过若干不同但往往互补的机制对警方问责。这些机制包括媒体、政治问责制、刑事法庭、内部纪检、民事诉讼，以及专门的投诉和监督机制。

可通过以下方式促进问责制：

- 建立健全的警察治理结构和程序，包括以立法方式制定指导警察行动的框架和成立警察理事会或委员会；
- 对绩效和问责制进行管理，为此需建立有关重大事件和使用武力、外部活动和应聘、收受礼品和潜在利益冲突的内部报告机制；
- 确保遵循有效的监督办法；
- 制定绩效目标、绩效指标和合理的财务报告做法；
- 实行公正而有效的惩戒程序；
- 建立公民投诉审查机制和（或）公民监督机制（例如警察督察员）。

对警员问责的方式很多。例如，可利用政府或当地社区规定的各项目标对警员的工作表现和工作效率进行问责。但更重要的是，必须对警方如何行使托付给他们的权力进行问责。对警方的必要问责至少可以分为四个层面：

- 对警察机关提供的服务进行问责（服务的履行情况和质量）；
- 对警察机关可动用的资源和如何使用资源进行问责；

---

<sup>169</sup> A. Osse, *Understanding Policing: A Resource for Human Rights Activists* (大赦国际, 2006年, 阿姆斯特丹), 第117页。

- 对警员个人的行为、对待公民的方式和是否尊重公民权利进行问责；
- 对警方管理人员如何处理警察不当行为事件进行问责。

### 纪律处分机制

警察的不当行为多种多样，其后果各异且轻重程度不同。这类不当行为可包括犯罪行为、虐待囚犯或嫌疑人、篡改或伪造证据、不当使用举报人、擅自披露消息、作伪证、接受贿赂以及其他各种形式的腐败行为。需要有适当而公平的机制，处理警察可能实施的所有形式的不当行为。

### 公民监督机制

有若干模式可供考虑，并可按照各国的不同情况加以变通。目标是“尽可能提高机构内部警务管理负责能力，同时防范警察组织在包庇腐败同僚、掩盖不当做法和逃避问责等方面的强大能力和系统性倾向”。<sup>170</sup> 公民审查和公民监控这两种模式可能有所不同。公民监控模式包括真正独立的调查和裁决。在公民审查模式中，由民间机构对警方侦查的结果进行审查，这一模式较弱，因为警方有能力破坏这一程序。

---

<sup>170</sup> T. Prenzler and C. Ronken, “Models of police oversight: a critique”, *Policing and Society*, 第11卷, 2001, 第152页。



## 二． 对律师和检察官的监督

鉴于律师和检察官在刑事司法系统中，特别是在影响这些系统的反恐对策方面发挥着至关重要的作用，必须要求他们保持最高的道德标准和职业操守。还必须有独立、有效的机制监督这些标准的遵守情况。

《关于律师作用的基本原则》中的原则 14 明确规定，“律师在保护其委托人的权利和促进维护正义的事业中，应努力维护受到本国法律和国际法承认的人权和基本自由，并在任何时候都根据法律和公认的准则以及律师的职业道德，自由和勤奋地采取行动。”《基本原则》规定，律师必须始终忠诚地尊重其委托人的利益。

法律行业必须通过适当机构或借助立法手段，按照国内法和惯例以及公认的国际标准和规范，制定律师职业行为守则。《关于律师作用的基本原则》中的原则 27-29 还为律师受到指控或投诉时如何执行惩戒程序提供了指导：

“27. 对在职律师所提出的指控或控诉按适当程序迅速、公正地加以处理。律师应有受公正审讯的权利，包括有权得到其本人选定的一名律师的协助。

“28. 针对律师提出的纪律诉讼应提交由法律界建立的公正无私的纪律委员会处理或提交一个独立的法定机构或法院处理，并应接受独立的司法审查。

“29. 所有纪律诉讼都应按照职业行为守则和其他公认的准则和律师职业道德规范并参照本基本原则进行判决。”

检察官必须依法公正、始终如一、迅速地行使其职责，并尊重和保护人的尊严，维护人权。

《关于检察官作用的准则》中的准则 13 明确规定了其中一些义务：

“13. 检察官在履行其职责时应：

“(a) 不偏不倚地履行其职能，并避免任何政治、社会、宗教、种族、文化、性别或任何其他形式的歧视；

“(b) 保证公众利益，按照客观标准行事，适当考虑到嫌疑人和受害者的立场，并注意到一切有关的情况，无论是否对嫌疑犯有利或不利；

“(c) 对掌握的情况保守秘密，除非履行职责或司法上的需要有不同的要求；

“(d) 在受害者的个人利益受到影响时应考虑到其观点和所关心的问题，并确保按照《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，使受害者知悉其权利。”

《关于检察官作用的准则》中的准则 21 规定，“对检察官违纪行为的处理应以法律或法律条例为依据。对检察官涉嫌以超乎专业标准幅度的方式行事的控告，应按照适当的程序迅速而公平地加以处理。检察官应有受公正审讯的权利。这项决定应经过独立审查。”

准则 22 补充规定，“针对检察官的纪律处分程序应保证客观评价和决定。纪律处分程序均应根据法律规定、职业行为准则和其他已确立的标准及专业道德规范并根据本《准则》加以处理。”

准则 17 规定，“有些国家规定检察官拥有酌处职能，在这些国家中，法律或已公布的法规或条例应规定一些准则，增进在检控过程中作出裁决，包括起诉和免于起诉的裁决的公正和连贯性。”在许多国家，检察官仍然有某些广泛的酌处权，而为平衡这种权力则要求实行更广泛的公共问责制。制定和公布检察工作优先事项、指导方针和道德守则，是在检察官及其所作决定方面提高透明度和加强问责制所不可或缺的步骤。

检察官掌握的资源有限，而且起诉成本在急速提高，因此检察官作决定时常常必须考虑成本因素，而不是严格以法律因素为依据。由于国际案件成本很高，有的案件很复杂，有时也有所涉及的证据材料的原因，在这些问题上不可避免要作一定的自主决策。尽管如此，决策必须以法治考虑因素为指导，这可能会对检察机关及其负责人造成棘手的难题。检察机关的决定，特别是在有很大自由裁量空间的情况下作出的决定，如果没有公众监督并受有关当局的审查，就会给腐败和歧视制造机会。

在国家法律允许的限度内，如果不违背法治原则，检察机关决策有透明度是发现和减轻检察机关决定潜在缺陷的必要条件。此外，可通过制定检察政策、确定并公布检察工作优先事项和鼓励公众参与，促进采取公平、公正而可靠的检察做法。检察政策、策略和战略的公开化可能会使其最初目的落空，因此不能将其所有方面都放到公共领域。但适当程度的透明一定能防范滥用酌处权的行为。滥用酌处权会削弱法治原则，从而破坏法制的合法性。最后一点，对检察机关酌处权使用情况进行经验式研究、独立审查以及公布调查结果，可为适度的公众监督和讨论提供依据。

对检察官的持续培训也有助于培养一种工作团体文化，使人们认识到检控不当、不一致或不公平的风险。换言之，检察官不应忽视提起不当诉讼对其未来工作的损害，即使这种起诉是对严重犯罪的被告提起的。在近期的反恐政策和做法中，这种危险相当明显。





### 三． 对司法机关的监督

必须在不损害司法机关独立性的情况下，依法建立一种程序，处理对司法机关人员不当行为提出的投诉和指控。《关于司法机关独立的基本原则》中的原则 17-20 为公正、适当地对法官进行调查以及回应针对法官提出的投诉或指控提供了指导：

“17. 对法官作为司法和专业人员提出的指控或控诉应按照适当的程序迅速而公平地处理。法官应有受公正审讯的权利。在最初阶段所进行的调查应当保密，除非法官要求不予保密。

“18. 除非法官因不称职或行为不端使其不适于继续任职，否则不得予以停职或撤职。

“19. 一切纪律处分、停职或撤职程序均应根据业已确立的司法人员行为标准予以实行。

“20. 有关纪律处分、停职或撤职的程序的决定须接受独立审查。此项原则不适用于最高法院的裁决和那些有关弹劾或类似程序法律的决定。”

如前文所述，《班加罗尔司法行为原则》<sup>171</sup> 确立了法官的道德行为标准，并为法官提供了指导，还为规范司法人员行为和应对司法人员不当行为事件提供了一个框架。

---

<sup>171</sup> E/CN.4/2003/65，附件。



## 四． 对监狱的监督和检查

各国对监狱的检查在性质上各不相同，但教养系统大都规定了内部和外部检查程序。国内的外部检查机构可包括政府指定的委员会或人士、人权委员会、议会指定的检查机构、巡视官和非专业检查机构（有时称为监督委员会）。一些国家有专门负责监狱检查的法官，而一些国家则有地方一级的监督委员会，通常由法官担任主席。

### 《囚犯待遇最低限度标准规则》

*55. 主管当局所派富有经验的合格检查员应按期检查监所，他们的任务应特别确保监所的管理符合现行法律规章，实现监所及感化院的目标。*

政府主管部指定的检查员可进行内部检查，负责行政检查的机构也可进行内部检查。负责检查监狱的各种外围活动的外部机构也可对监狱进行检查。这类检查可能涉及卫生、食品制作、医疗服务、监狱工厂的健康和安全问题、防火等等。这类检查机构所隶属的部可能并不是主管监狱的，这有助于确保检查和汇报的独立性和客观性。

进行检查的还可能有国际机构和区域机构，如人权理事会酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚问题特别报告员、欧洲委员会欧洲禁止酷刑和不人道或有辱人格待遇或处罚问题委员会，以及红十字国际委员会。

独立检查和监督是确保监狱系统遵守人权不可或缺的基本条件。外部独立检查的做法可揭露虐待行为，保护监狱工作人员免受毫无根据的批评，加强决心不参与野蛮行为的工作人员的力量，而且，公开发表这类报告，还有助于使公众随时了解监狱的各种难题。

## 结论

《联合国全球反恐战略》突显国际社会认识到，反恐战略必须侧重于若干关键领域，才能有效而持久，这些领域包括消除有利于恐怖主义蔓延的条件，发展各国预防和打击恐怖主义的能力，以及坚定地尊重人权、正当程序和法治。在全球支持下，该《战略》把这些基本要素有条理地汇集在一份文件中。加强会员国刑事司法系统的能力，使之能够适当侦查、起诉和判决恐怖主义案件，是这一全面战略的一个重要组成部分。

以适当的法律和专业能力作为支撑的强有力的刑事司法系统，是各国得以履行全球反恐制度，包括各国加入的法律文书所规定的法律义务以及安全理事会有关决议规定的具有法律约束力的义务的基本条件。增强国家刑事司法系统处理恐怖主义等复杂案件的能力，的确会对整个系统产生积极影响。刑事司法系统打击恐怖主义的能力，与其在法治和国际人权法框架内应对其他严重犯罪的普遍能力几乎是分不开的。即使某种恐怖主义威胁造成相对紧急的状况，不提高司法系统作为公正、高效、负责系统运作的整体能力，司法系统就不可能建立起打击恐怖主义活动的的能力。

《反恐怖主义刑事司法对策手册》就如何着手发展司法系统预防和打击恐怖主义的能力向决策人员和从业人员提供了一些基本指导。《手册》没有详细论及这一任务的每个方面，也没有提供简捷、通用的秘诀。但是，如果结合其他辅助工具使用本《手册》，便可有一个有益的起点。附件列有其他各种有用的工具。

## 附件

### 有用的工具和资源

还有以下资源可供使用：

- (a) 《反恐怖主义普遍法律制度的立法指南》  
(查找网址：[www.unodc.org/documents/terrorism/LegislativeGuide2008.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/LegislativeGuide2008.pdf))；
- (b) 《国际反恐怖主义文书立法并入和实施指南》  
(查找网址：[www.unodc.org/pdf/terrorism/TATs/en/2LIGen.pdf](http://www.unodc.org/pdf/terrorism/TATs/en/2LIGen.pdf))；
- (c) 《反恐国际司法合作手册》(可索取纸面文件)；
- (d) 《预防恐怖主义行为：在执行联合国反恐文书过程中整合法治标准的刑事司法战略》(查找网址：[www.unodc.org/pdf/terrorism/TATs/en/3IRoLen.pdf](http://www.unodc.org/pdf/terrorism/TATs/en/3IRoLen.pdf))；
- (e) 《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》  
(查找网址：[www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/compendium.html](http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/compendium.html))；
- (f) 《提供反恐援助：预防恐怖主义处》  
(查找网址：[www.unodc.org/documents/terrorism/TPB%20Brochure%202008.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/TPB%20Brochure%202008.pdf))；
- (g) 《亚洲太平洋七国反恐立法进展情况比较研究》(可索取纸面文件)；
- (h) 《反恐怖主义示范立法条款》  
(查找网址：[www.thecommonwealth.org/law/model.html](http://www.thecommonwealth.org/law/model.html))；
- (i) 《引渡示范法》(与联合国毒品和犯罪问题办公室条约和法律援助处共同编写)(查找网址：[www.unodc.org/pdf/model\\_law\\_extradition.pdf](http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf))；
- (j) 司法协助请求书写工具(由联合国毒品和犯罪问题办公室条约和法律援助处编写)(查找网址：[www.unodc.org/mla](http://www.unodc.org/mla))；
- (k) 刑事司法评估工具包(查找网址：[www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/Criminal-Justice-Toolkit.html](http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/Criminal-Justice-Toolkit.html))；
- (l) 国际恐怖主义问题电子法律资源(面向会员国和伙伴组织的带密码保护网站；更多信息见 <http://www.unodc.org/tldb>)。







# UNODC

联合国毒品和犯罪问题办公室

Vienna International Centre, PO Box 500, 1400 Vienna, Austria  
Tel: +(43-1) 26060-0, Fax: +(43-1) 26060-5866, [www.unodc.org](http://www.unodc.org)



United Nations publication  
ISBN 978-92-1-730184-1  
Sales No. C.09.IV.2

FOR UNITED NATIONS USE ONLY



Printed in Austria  
V.08-55957—May 2009—105