



联合国
毒品和犯罪问题办事处

**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**

**预防恐怖主义处
技术援助工作文件**

联合国毒品和犯罪问题办事处
维也纳

**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**

预防恐怖主义处

技术援助工作文件



联合国

2006年，纽约

本文件尚未经过正式编辑。

技术援助工作文件

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

前言

对联合国毒品和犯罪问题办事处预防恐怖主义处的反恐任务的最新陈述见大会第 60-175 (2006) 号决议，陈述如下：

6. 请联合国毒品和犯罪问题办事处继续努力，根据请求向会员国提供技术援助，以加强预防和打击恐怖主义领域的国际合作，推动批准和执行有关恐怖主义的各项国际公约和议定书，包括《制止核恐怖主义行为国际公约》，尤其是在司法和检察领域就适当执行公约和议定书开展培训，办事处的方案应考虑建设国家能力的必要因素，以便加强公正和有效的刑事司法制度和法治，以此作为任何打击恐怖主义战略的必要组成部分；

逻辑推理和实践经验都表明，世界反恐公约和议定书不可能在真空中执行。各国必须把这些协定的实质性要求和程序性要求纳入其现有刑事司法制度，适当关注安全理事会的相关决议和人权条约。这就不可避免地需要探讨一些问题，即个人和群体的义务；如何处理逻辑上有联系的犯罪；什么预备行为或附属行为应作为常规犯罪的一部分受到惩处或是单独惩处；调查和起诉应采用什么证据技术和规则；以及什么保障措施和国际合作机制是必要的。

为了提供可靠的法律咨询服务，毒品和犯罪问题办事处预防恐怖主义处的代表必须从会员国的最大利益出发，准备讨论这样一个问题：如何才能使反恐公约和议定书与国内法和其他国际标准相结合并协调一致。同时，就机构而言，预防恐怖主义处也有责任认清所有这些有千丝万缕联系的措施在法治大环境下的所涉意义。以下工作文件是为了方便执行为国家当局提供咨询意见的任务，在预防恐怖主义方面，国家当局肩负着在执行世界反恐文书过程中整合强制性法治标准的重大责任。

Jean-Paul Laborde

预防恐怖主义处处长

2006 年 4 月 7 日

联合国毒品和犯罪问题办事处

联合国维也纳办事处

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

目 录

	段落	页次
A 部分 国家预防恐怖主义的责任（第 1-17 段）	1-17	1
a. 保护生命，而不只是惩处剥夺生命的行为的义务 （《公民权利和政治权利国际公约》，第六条）	1-6	1
b. 保护平民——联合国反恐协定的共同要求	7-10	3
c. 把恐怖主义袭击定为犯罪：惩处而不是预防	11-14	5
d. 干预恐怖主义行为的策划和准备	15-17	7
B 部分 预防恐怖主义的刑事司法战略的范围和要素	18-111	8
B.1. 犯罪	18-61	8
a. 世界反恐公约和议定书所确定的犯罪	18	8
b. 按照法制原则和《公民权利和政治权利国际公约》定罪	19	8
c. 必须将资助恐怖主义的行为定为犯罪	20-25	9
d. 犯罪组织和共谋	26-28	11
e. 对恐怖主义犯罪的支助（合法性原则，第 1373 号决议）	29-33	12
f. 惩处为恐怖主义行为进行筹备的行为	34-36	14
g. 煽动恐怖主义的行为（《公民权利和政治权利国际公约》第二十条， 安全理事会第 1373 号决议和第 1624 号决议）	37-40	16
h. 煽动罪所涉及的公民权利和政治权利（《公民权利和政治权利国际公约》 第十八条和十九条）	41-43	18
i. 欧洲理事会对挑拨/煽动行为的界定	44-46	19
j. 关于煽动暴力行为的现有法律	47-48	20
k. 关于煽动歧视和敌视的现有法律	49-51	21
l. 招募和关于恐怖主义集团的程序选择	52-55	23
m. 拥有与恐怖主义有关的物品或知识	56-59	24
n. 培训及与恐怖主义团伙联合的其他形式	60-61	26
B.2. 程序上的改进	62-87	26
a. 需要在法治范围内整合实质性机制和程序性机制	62	26
b. 通过社区合作获取信息	63-64	27

c.	使得国家安全情报转变为证据的控制措施	65-68	28
d.	秘密行动和公共政策考虑	69-71	30
e.	技术监视和司法控制	72-74	31
f.	拘留时间（《公民权利和政治权利国际公约》第九条第 3 款， 第 8 号一般性意见，人权委员会）	75	32
g.	审问（《公民权利和政治权利国际公约》第七条；《禁止酷刑公约》，第一条）	76-78	32
h.	对证人的鼓励措施	79-80	33
i.	证据规则	81	34
j.	通过管制手段加强反资助措施	82-84	35
k.	不正当地利用非政府组织	85-87	36
B.3.	国际合作机制	88-111	37
a.	国际合作的法律基础	88	37
b.	双重定罪	89-92	38
c.	减少国家间合作的其他手续	93-94	39
d.	财政金融罪和政治罪例外	95-98	40
e.	人权的积极发展	99-100	41
f.	难民和庇护问题	101-105	42
g.	拒绝给予安全庇护	106-111	44
结论		112	46

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

A 部分. 国家预防恐怖主义的责任（第 1-17 段）

a. 保护生命，而不只是惩处剥夺生命的行为的义务（《公民权利和政治权利国际公约》，第六条）

1. 191 个联合国会员国中有 150 多个接受了《公民权利和政治权利国际公约》所规定的义务，以确保在其领土上所有个人享有某些权利。《公约》第六条不容克减，它规定：

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。

对一般人而言，保护生命权意味着防止生命权的丧失，而不是惩处那些剥夺了或试图剥夺他人生命权的责任人。因此，法律保护要求采取法律措施，中断和阻断恐怖主义犯罪的准备活动，而不只是在不幸事件发生后找出及惩处肇事者。

2. 对暴行本能的、不一致的反应，会将相对产生的严厉性与有效性混为一谈。工作文件《特殊的人权问题：新的优先事项，尤其是恐怖主义与反恐怖主义》第 24 段强烈要求：

打击恐怖主义的国际行动应把重点主要放在防止恐怖主义或恐怖主义行为上。国际行动应尽可能地侧重于制定和实施前瞻性战略，而不是应对或反思个人行为或一系列恐怖主义行为。¹

一项前瞻性的防止恐怖主义暴行的刑事司法战略要求有一个主要罪行、调查权力和技术、证据规则和国家间合作机制的综合制度。对于落实受《公民权利和政治权利国际公约》保障的生命权来说，这样一个综合制度是必不可少的。

3. “主动执法”一词作为“反应式执法”的对应词来使用。合乎语法的用法可以是“积极的”，但形容词“主动的”在通俗作品和犯罪学著述中都用得越来越多。主动执法强调预防和中断犯罪，而不是对已经实施的犯罪做出反应，其新颖之处常常被夸大。公共安全当局总是试图既预防犯罪又处理已经实施的罪行，尽管这两项职能在划分上有时界限不清并有缺乏交流的特征。不过，“主动”一词如今被用于几乎所有减少犯罪的主动行动，其范围

¹ 关于人权和恐怖主义的原则和准则初步框架草案，促进和保护人权小组委员会恐怖主义与人权问题特别报告员起草的扩大工作文件，GE.05-14597，2005 年 6 月 22 日，<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/145/97/PDF/G0514597.pdf?OpenElement>。

已经远远不再是最初所指的警察巡逻。在本文件中，“主动的”或“预防性的”这两个词将交替使用。它们用来描述一种可以在恐怖行动策划和准备工作将要付诸行动之前进行干预的战略。目标是主动地整合实质性机制和程序性机制，以减少恐怖主义暴力行为的发生次数和严重程度，并且要在民用刑事司法制度和法治的严格限制和保护范围内这样做。

4. 遵循法制原则，作为反恐综合战略的一部分整合的所有机制就要坚决保护《公民权利和政治权利国际公约》以及其他世界人权和反恐文书中所规定的公民权利和政治权利。《公民权利和政治权利国际公约》规定了许多不得克减、即使在威胁国家存亡的紧急情况下也不得克减的保障措施，其中包括：

第七条： 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……

第十五条： 任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪……

第十八条： 1. 人人有权享受思想、良心和宗教自由……

3. 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。

第十九条： 人人有权持有主张，不受干涉。

《公民权利和政治权利国际公约》还保护言论自由和结社自由（第十九条和第二十二条），尽管为了保护社会利益或个人利益可对这些权利加以限制，或者在紧急情况下按照规定程序可予以克减。正如将要论述的，《公民权利和政治权利国际公约》规定的许多保障措施将受到反恐立法的影响。

5. 英国教授 A.V. Dicey 1885 年出版的《宪法法律》一书，使立法至上、法律上平等和行使宪法权利的司法能力这些法治概念得到普及。如今这些概念普遍得到遵守，遵守法制常常被说成是判断刑事司法机制是否合适的标准。事实上，正如瑞士发展和合作署/联邦外交部在出版物《法治概念：对发展合作的意义》中所指出的，法治概念已经变得非常宽泛，甚至难以说清。书中指出：

法治没有一个统一的国际定义。历史变迁、国家差异和各种不同社会利益的影响形成了该概念的内容和优先事项。不过，从中找出一些受重视程度常常不同的共同思路还是可能的：

- 政府的合法性至关重要；
- 一个独立的、发挥作用的司法系统；
- 所有公民在立法和法律适用方面一律平等；
- 宪法至上，以及相应的标准等级——从抽象的宪法原则到具体的行政裁决。世界反恐协定是对暴力表现或察觉到的恐怖主义活动威胁的特别回应；
- 立法、行政和司法三权分立；
- 尊重人权，至少是公民权利和政治权利。

就没有被列为人权领域的国际义务来说，法制原则在国际法中没有坚实基础。法律制度和政府组织的形式仍是各主权国家的“保留领域”的重要组成部分，这一领域由于全球化而缩小了范围。因此，在对国内政治制度的制定施加国际影响时，需要有所节制。国际法所规定的的不干涉原则禁止个别国家为迫使其他国家在自己的保留领域做出具体决定而施加实质性压力。不过，在不胁迫国家当局的情况下支持法制建设的积极行动不在禁止干涉的范围内。

6. 《联合国宪章》第二至第七条规定这一不干涉规则适用于联合国本身。“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件……”在充分尊重这一原则的情况下，以下论述为讨论反恐预防措施提供了资料，这些预防措施包含有约束力的国际协定所确定的保护措施，例如《联合国宪章》、《公民权利和政治权利国际公约》、世界反恐文书、《禁止酷刑公约》、《关于难民地位的公约》。至于不具约束力的资料，例如根据《公民权利和政治权利国际公约》设立的专家委员会以及人权委员会特别报告员的一般性意见和报告，引用这些资料是为了加深对这些文件所规定的法制的理解。

b. 保护平民——联合国反恐协定的共同要求

7. 联合国的两个出版物，《世界反恐公约和议定书的立法指南》²以及《将世界反恐文书纳入法律并予以执行指南》分析了1963年至1999年间谈

² 联合国毒品和犯罪问题办事处，V.03-85663 (E)，New York，2003年，http://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/explanatory_english2.pdf。

判的十二项反恐协定的要求。³从 1972 年开始，大会再三要求通过当时已有的协定，并制定更全面的文书。⁴第十三项文书，《制止核恐怖主义行为国际公约》经过谈判，于 2005 年开放签署。此外，2005 年还通过了三个原始文书的修正案或修正议定书。⁵

8. 这十三个协定是对暴力表现或察觉到的恐怖主义活动威胁做出的特别回应。劫持航空器的行为导致出台了三个制止危害民用航空安全的非法行为的公约（1963 年《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》；1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》以及 1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》）。在 1973 年《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》出台之前发生了暗杀约旦首相和在苏丹谋杀外交人员的事件，并发生了多起劫持人质事件，这促使 1979 年签署了《反对劫持人质国际公约》。袭击国际机场的事件导致了 1988 年签署了《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》。同一年，为了回应“*Achille Lauro*”号游船被扣留及一名乘客被杀害的事件，签订了《制止危及海上航行安全非法行为公约》，还签订了《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》。1991 年《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》对被用来摧毁许多民用航空器并造成大量人员生命损失的那类炸药的制造和控制做了规定。多起爆炸事件导致在 1997 年通过了《制止恐怖主义爆炸的国际公约》（以下简称《恐怖主义爆炸公约》），虽然名为爆炸公约，但该公约包含了几乎所有使用大规模毁灭性武器进行的攻击。1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（《提供资助公约》）反映了对用于支助使用暴力的恐怖主义组织的资金流的关注。1979 年《核材料实物保护公约》和 2005 年《制止核恐怖主义行为国际公约》反映了对滥用这些威胁手段及可能产生灾难性后果的风险的担忧。虽然针对恐怖主义的形式有所不同，但共同的要求使这些文书形成一个整体。每项公约或议定书都反映了应保护平民及其他非战斗人员不受暴力伤害的人道主义原则。这些协定在民用刑事司法制度中确立了与武装冲突法律中保护不主动参与敌对行动的人员的义务相对等的义务。⁶

³ 见 <http://www.unodc.org>，恐怖主义、技术援助手段。

⁴ 见下述第 3034（1972）、31/102（1976）、32/147（1977）、34/145（1979）、36/109（1981）、38/130（1983）、42/159（1987）、44/29（1989）、46/51（1991）、49/60（1994）、50/53（1995）、51/210（1996）、52/165（1997）、53/108（1998）、54/110（1999）、55/158（2000）号决议。

⁵ 《核材料实物保护公约》修正案、《制止危及海上航行安全非法行为公约》2005 年议定书、1988 年《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。

⁶ 见 1949 年《日内瓦四公约》共同的第三条及其他条款，以及这些公约的补充议定书。

9. 强调保护平民，是所有反恐协定的特点。三个航空器安全公约和海上公约明确将用于军事、海关或警察部门的航空器和船只排除在外，只适用于民用航空器和船只上的机组人员、船员和乘客，特别是无辜的游客和商务旅行者。在 1980 年代中期针对宗教朝圣者和其他游客的袭击事件发生后，于 1988 年商定的《机场议定书》仅适用于为国际民用航空服务的机场，也就是民用航班。1973 年《公约》要求将攻击外交人员的行为定为刑事犯罪，这反映了这类人员及其家人容易成为恐怖分子的袭击目标。1979 年《劫持人质公约》将应根据《日内瓦公约》及议定书惩处的在武装冲突的情况下劫持人质的行为排除在外，重点是保护平民不遭到那些不被称为武装部队的人的劫持。涉及危险手段，例如可塑炸药（1991 年）、核材料（1979 年和 2005 年）以及恐怖主义炸弹和其他包含有毒化学品、生物制剂或毒素、或者辐射或放射性物质（1997 年）等的致命装置的各项公约，都涉及在性质上易造成大量伤亡的武器。《恐怖主义爆炸公约》和《核恐怖主义公约》还明确指出，其条款不适用于武装部队在武装冲突期间的活动，或者军队在执行公务中的活动，因为《日内瓦四公约》及《议定书》已经规定了禁止这类部队采取针对平民和非战斗人员的暴力行为。这些公约的重点是保护由于袭击公共场所、国家或政府设施、公共交通系统或基础设施或非法使用放射性物质而受到威胁的公众。在《制止危及海上航行安全非法行为公约》2005 年议定书和产生《核材料和核设施实物保护公约》2005 年修正案中，都使用了同样的措辞，将武装部队的活动和一国军事力量的活动排除在外。

10. 1999 年《提供资助公约》第 2 条第 1 款最为明确地强调了对平民的保护。该协定给禁止为其提供或募集资金的恐怖主义行为下的定义是：

经以前议定的其他公约或议定书之一定义为犯罪的一项行为，或意图致使平民或在武装冲突情势中未积极参与敌对行动的任何其他人死亡或重伤的任何其他行为，如这些行为因其性质或相关情况旨在恐吓人口，或迫使一国政府或一个国际组织采取或不采取任何行动。

c. 把恐怖主义袭击定为犯罪：惩处而不是预防

11. 世界反恐协定是为了保护平民的安全，但其中只有三个协定涉及有重大意义的预防方面。两个协定强调了可有助于预防滥用危险手段的管理方面的安全措施。1979 年《核材料实物保护公约》在 2005 年经修订后成为《核材料和核设施实物保护公约》，该公约宣告涉及核材料的危险行为是犯罪行为，还规定了关于这类材料移动的管理方面的义务。1991 年《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》要求对可塑性炸药进行存货控制和添加容

易被挥发物探测器侦测的挥发性物质。另一个预防性公约是《提供资助公约》，该公约允许当局阻止为未来的暴力行为筹措资金的行为。⁷

12. 1970 至 1988 年间议定的八个反恐公约和议定书确定了最主要的反应式刑事犯罪。这些公约和议定书规定只有在三种情况下承担刑事责任，假定存在必要的犯罪意图，这三种情况是：

- (1) 具体实施了被界定为犯罪的行为，通常称为主犯的责任。主犯是亲自非法夺取航空器或海船、绑架人质、在国际机场攻击外交人员或乘客、窃取或非法使用核材料或者做出某些公约所禁止的威胁举动的人；
- (2) 企图实施被禁止的犯罪行为，但由于其无法控制的原因而没有成功，例如在一群人带着武器集结并向目标移动时遭到逮捕；
- (3) 作为同谋故意参加实施或企图实施犯罪，例如一个使馆雇员让门开着，使谋杀外交人员的凶手得以进入。

13. 1997 年《恐怖主义爆炸公约》引入了其他两个手段，可藉此使罪犯承担刑事责任。像以前的文书一样，《恐怖主义爆炸公约》要求缔约国惩处引爆炸药的主犯、试图这样做但是由于其无法控制的情况而未能得逞的主犯以及开车送投放炸弹的人到目标区域去的共犯（第 2.3.a 条）。《爆炸公约》还引入了其他两个使罪犯承担刑事责任的手段：

- (4) 组织或指使他人实施犯罪，例如宗教领导人发表宗教言论，赞成炸弹袭击是高尚的行为并对如何使袭击更具破坏性提出建议（第 2.3.b 条）；
- (5) 有意协助一群人实施犯罪，例如把一群人藏起来，以便他们能进行计划好的爆炸行动（第 2.3.c 条）。

14. 除非已经实施犯罪或企图实施犯罪，否则不能提出起诉，也不能要求承担这五种刑事责任中的任何一种。即使有令人信服的证据表明已经商定要实施爆炸，并且还有证据表明购买了引爆装置的零件和打算用来做弹片的钉子，也不可能根据这些证据提出起诉。不过，对于当局来说不大可能完全控制状况，确保不失时机地采取干预行动，即在密谋者开始试图犯罪之时采取行动，此时可将之绳之以法而暴力行为又尚未完成。监视的人可能会突然病倒或遭遇车祸，失去行动能力。暴风雨可能使人的视线模糊，停电可能中断视听设备的运行。由于无法保证对可能产生灾难性后果的局面进行控制，当

⁷ 尚未生效的《制止核恐怖主义行为国际公约》在其国际合作条款中提到了预防问题。该条款要求各国进行合作，采取一切切实可行的措施来预防和阻止为了在其境内境外实施常规犯罪而在其国土上进行准备的行为。合作条款没有明确要求定罪，并且准备行为没有被包括在定罪条款中，但应与第 1373 号决议第 2(d) 段的类似规定联系起来阅读。

局不得不阻止危险的阴谋，不等其付诸实施，这样可能就不能提起诉讼和进一步开展秘密调查。此外，如果法律先决条件是实际实施了或试图实施意在造成数十人或数百人死亡的攻击的话，那么反恐国际合作机制很难令人满意。最后，狂热现象和自杀式爆炸袭击使得刑事司法程序的威慑效果事实上不起作用。要减少恐怖主义暴力行为，当局就必须把关注的重点重新放在对策划和准备阶段的主动干预上。

d. 干预恐怖主义行为的策划和准备

15. 共谋罪和犯罪联系罪显然是对犯罪行为的策划和准备进行预防性干预的模式。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（2000年）在第5条中采纳了这些非传统犯罪的概念，要求缔约国将至少这样一种不同于未遂的或既遂的犯罪活动的行为定为犯罪。也许是因为担心在出于政治目的提出指控时滥用恐怖主义的罪名，联合国反恐文书从未采纳这些罪名。不过，到了1990年代末期，在恐怖袭击的策划和准备阶段就进行有效干预与合作的必要性变得明显而迫切。不借助共谋或犯罪联系的概念，又如何能做到这点呢？对于非法筹划恐怖袭击问题，既要足够准确清楚地告知公众，又不过于宽泛或模糊，致使可能惩处对社会并未构成重大危险的行为，但采取什么法律办法才能恰当地界定非法筹划恐怖袭击的要素呢？

16. 1999年《提供资助公约》对上述问题提出的解决办法在形式上与《恐怖主义爆炸公约》相似。同《爆炸公约》第2条一样，《提供资助公约》第2条也列举了五种需承担刑事责任的方式。《公约》要求缔约国规定对主犯、同谋以及企图、组织或协助实施为恐怖目的提供或筹集资金的人进行惩处。《提供资助公约》与《恐怖主义爆炸公约》在用语和结构上看似相同，但实际上它与以前的反恐文书的做法有着极大的不同。《提供资助公约》第2条不是定义一种只能在既遂或未遂后才能惩处的暴力犯罪，而是把在就要发生的每次恐怖主义袭击之前的非暴力的资金准备活动定为犯罪：

本公约所称的犯罪，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募集资金，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……（随后列出的暴力行为之一）。此外，该条第 3 段规定：

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……罪行。

17. 将为暴力行为做筹资准备定为犯罪，就提出了一项审慎的战略，允许在恐怖主义暴行既遂或未遂之前进行干预。《提供资助公约》表达了一个基本的战略选择——在无辜平民受害之前就阻止和中止恐怖主义筹划和准备，远比悲剧发生后进行尸体解剖和犯罪现场调查好得多。这一主张干涉的方式即保留了起诉能力，同时又遵守了《公民权利和政治权利国际公约》第六条第 1 款的要求，确保：

这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。

B 部分. 预防恐怖主义的刑事司法战略的范围和要素

B. 1. 犯罪

a. 世界反恐公约和议定书所确定的犯罪

18. 为了应对国际恐怖主义对和平和安全的影响，安全理事会号召各国尽快通过并充分执行世界反恐公约和议定书。⁸这些协定规定了共同的犯罪定义和国际合作机制，涵盖几乎所有可预见的恐怖主义行为。它们起到框架的作用，必须围绕这一框架上打造国际反恐刑事司法战略，但它们只是反恐综合战略的部分要素。安全理事会还根据《联合国宪章》第七章的强制性规定做出决议，要求国家执行更广泛的法制计划，以预防恐怖分子行动和活动并确保将他们绳之以法。⁹必须制定和实施国内罪行规定、程序和合作机制，以维护法治和国际公认的人权，使恐怖主义行动在策划和准备阶段就被制止。

b. 按照法制原则和《公民权利和政治权利国际公约》定罪

19. 一项预防性战略必须把重点放在恐怖分子团伙的形成和行动上，而不是等到它们能够试图实施或成功地实施暴力犯罪。采取主动的方式，就需要按照法无明文规定不为罪、法无明文规定不受罚的法制原则来定义适当的罪行。正如反恐中注意增进与保护人权和基本自由问题独立专家在 2005 年 2 月 7 日提交给人权委员会的报告第 33 段所指出的：

⁸ 安理会第 1368 号决议、第 1373 号决议、第 1456 号决议和第 1566 号决议。

⁹ 第 1373 号决议，……（及随后的各项决议）。

无论采用何种方式，各国在制定反恐法律和条约时均应以合法性原则或“法无明文规定不为罪”原则为指导。国际法的这一基本原则写入了《公民权利和政治权利国际公约》第十五条和区域性人权条约的条款中，并且明确规定不得克减。该原则不但禁止执行“追溯立法生效前行为”的法律，而且还要要求以准确的、毫不含糊的语言描述被定为犯罪的行为，详尽地定义应予以惩处的罪行并将该罪行与不应惩处的行为或应予以其他惩处的行为区分开来。因此，合法性原则还导致了确定性原则，也就是说，法律在实施和后果方面应有合理的可预见性。¹⁰

c. 必须将资助恐怖主义的行为定为犯罪

20. 《提供资助公约》缔约方必需将《公约》第 2 条中所描述的行为定为犯罪。

1. 本公约所称的犯罪，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募集资金，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：

(a) 属附件所列条约之一的范围并经其定义为犯罪的一项行为；或

(b) 意图致使平民或在武装冲突情势中未积极参与敌对行动的任何其他人死亡或重伤的任何其他行为，如这些行为因其性质或相关情况旨在恐吓人口，或迫使一国政府或一个国际组织采取或不采取任何行动。

21. 打击资助恐怖主义行为也是安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的决议所规定的一项义务。国家在成为联合国会员国时，即指定安全理事会代表它们行事以应对和平和安全所受到的威胁（第二十四条）；查明这些威胁的存在（第三十九条）；并且决定采取什么措施来维持或恢复和平与安全（第七章，特别是第四十一条）。会员国还根据第二十五条承诺按照《联合国宪章》执行这些决定。根据《联合国宪章》第七章，安理会于 2001 年 9 月 28 日通过了第 1373 号决议，要求会员国：

将下述行为定为犯罪：本国国民或在本国领土内，以任何手段直接或间接和故意提供或筹集资金，意图将这些资金用于恐怖主义行为或知晓资金将用于此种行为（第 1(b) 段）。¹¹

¹⁰ <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.pdf?tbl=RSDCOI&id=42d66e700>。

¹¹ 另见安理会第 1267（1999）号决议、第 1390（2002）号决议、第 1455 和 1456（2003）号决议、第 1526 和 1566（2004）号决议，以及第 1617 和 1624（2005）号决议。

22. 要实现《公约》的防患于未然的目标以及第 1373 号决议的类似要求，就必须把在两种心理状态下提供或募集资金的行为都界定为犯罪，这两个文书用大体相同的语言做出了描述：

《提供资助公约》：“……以任何手段，直接或间接地非法和故意地提供或募集资金，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（公约所定义的一项恐怖主义行为）。”

第 1373 号决议：“……以任何手段直接间接和故意提供或筹集资金，意图将这些资金用于恐怖主义行为或知晓资金将用于此种行为。”

23. 在“意图”或“明知”的情况下提供或募集资金，这些提法引出了一个问题，就是一个人如何能知道资金将用于他不打算用于的恐怖主义行为。现实情况是参与恐怖主义行为的组织也许有双重作用，它们不仅为合法的人道主义目的或政治目的募集资金，也为支持恐怖主义活动募集资金。如果受到起诉，资金的提供者或募集者也许声称他个人的本意或打算是把钱用于支持医疗诊所或政治教育。在审判时，证据也许显示被告知道有关组织将此种捐款既用于人道主义目的又用来购买爆炸物以袭击平民。要想有效阻断可用于恐怖主义袭击的资源，就必须将有意和在知晓的情况下提供或筹集资金用于恐怖主义目的定为犯罪。为了区分合法用途和非法用途，南非 2004 年《保护宪政民主不受恐怖活动及相关活动破坏法》第 17 条明确规定，如果提供或筹集资金，其意图或知晓情况是不将这些资金用于“……提倡民主政府或保护人权”，则法律上这一禁止规定不适用。

24. 一些国内法律所确定的提供资助罪的心理要件比《公约》所说的“意图”和“知晓”更为宽泛。根据这些方式，一个人如果提供或筹集资金，知道这些资金将要或者也许将要用于恐怖主义行为，或者意图将这些资金用于恐怖主义行为，并且毫不顾及这种可能性，或者有合理的理由怀疑这一用途，那么他或她就是犯罪。这样的规定简化了举证责任，因为其强调的是一个懂道理的人在类似的情形中本该知道的或意图采取的行为，类似于 1988 年联合国维也纳《麻醉药品公约》第 3-3 条；2000 年《打击跨国有组织犯罪公约》第 5-2 条；或 2003 年《联合国反腐败公约》第二十八条中规定的证据规则，这些条款都包含了如下规定：

根据本《公约》确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。

25. “毫不顾及”或“有合理的理由怀疑”等措辞所表述的心理要件使得可以在被告不知道或自己不怀疑资金将用于恐怖主义行为的时候对其定罪。这是一个比主观知道或“有意无视”的证据要低的标准，“有意无视”是一种故意避免了解事实的行为，而此种事实可能证实对违法的怀疑。一个不同于《提供资助公约》所规定的标准的主观过错标准也许会对国际合作产生影响。一个被要求给予合作的国家可能会规定，本人知晓或意图这样做是资助恐怖主义罪的要素，并且不处罚因鲁莽或疏忽而提供或募集资金的行为。因此，一个执行“毫不顾及”或“合理原因”标准的国家会认为其他国家因缺乏“双重定罪”而拒绝接受引渡请求或法律互助请求，“双重定罪”的概念将在 B-3 部分“国际合作”项下论述。

d. 犯罪组织和共谋

26. 确定实际发生暴力行为前的刑事责任的一系列机制包括大陆法的“犯罪组织”概念和普通法的共谋概念，这两个概念都禁止赞同实施犯罪的行为。要使这些罪名成立，故意的有害行为不必是未遂的或既遂的，尽管一些法律要求为实现团伙的目的实施了准备步骤。法国《刑法》第 450-1 条所述的“犯罪组织”罪表达了这一点，定义恐怖主义行为的一个专门条款也重申了这一点：

参加任何组成的团伙或建立的组织，目的是准备——以一项或多项具体行动为标志——任何前面的条款所规定的恐怖主义行为。（《刑法》，第 421-2-1 条）

一些依普通法的法域要求与法国对“犯罪组织”的定义中所包含的具体行动相类似的要素。澳大利亚 1995 年《刑法》第 11.5 条规定：

(2) 要确定一个人犯有[共谋]罪，则：

(a) 这个人必须与其他一人或多人有约定；以及

(b) 这个人以及约定的至少另外一方必须打算根据约定实施犯罪；以及

(c) 这个人或约定的至少另外一方必须根据约定已公开实施了一项行为。

公开行为本身不一定是犯罪行为，但必须是以推进犯罪计划为目的，例如购买前往预定袭击地点的机票。一些法域不要求公开行为，让司法机关判断证据显示的是一次不负责任的但没有危害的讨论，还是一个从未得逞的危险的密谋。

27. 如前所述，除了 1999 年《提供资助公约》，世界反恐协定所确定的刑事责任形式只有在暴力恐怖主义行为既遂或未遂的情况下才适用。因此，就没有发展成未遂犯罪或既遂犯罪的联合或共谋而言，协定的合作条款就不能执行。不过，一部犯罪组织或共谋法可以拯救生命，在可以根据公约定义惩处恐怖主义犯罪行为前就起诉实施这些行为的准备活动。尽管世界反恐协定没有规定组织或共谋罪，但还是可以通过区域协定、双边引渡或法律援助条约或者允许基于互惠的合作的法令进行这类犯罪方面的国际合作。

28. 到 2006 年 1 月，已有 116 个国家成为 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》缔约国。这些缔约国要执行《公约》条款，就必须规定参加有组织犯罪团伙罪，可以用共谋或犯罪组织来界定这一罪行：

第五（1）条. 各缔约国均应采取必要的立法和其他措施，将下列故意行为规定为刑事犯罪：

(a) 下列任何一种或两种有别于未遂或既遂的犯罪的行为：

（一）为直接或间接获得金钱或其他物质利益而与一人或多人约定实施严重犯罪，如果本国法律要求，还须有其中一名参与者为促进上述约定的实施的行为或涉及有组织犯罪集团；

（二）明知有组织犯罪集团的目标和一般犯罪活动或其实施有关犯罪的目的而积极参与下述活动的行为：

a. 有组织犯罪集团的犯罪活动；

b. 明知其本人的参与将有助于实现上述犯罪目标的该有组织犯罪集团的其他活动。

如果为了遵守本《公约》而通过的共谋法包含有对《公约》第五条第 1 款 (a) 和 (i) 项所提及的筹资动机的要求，那么这些法律不适用于所有恐怖主义犯罪，但能够适用于阿布沙耶夫组织为了勒索赎金而劫持人质的那种行为。如果一个国家通过的共谋法不要求有牟利动机，那么该法律可以普遍适用于赞同实施恐怖主义活动的行为。

e. 对恐怖主义犯罪的支助（合法性原则，第 1373 号决议）

29. 美国《法典》第 18 章第 2339A 条规定：

(a) 犯罪——凡在美国境内提供重要支助或资源或隐瞒或伪装重要支助或资源的性质、地点、来源和所有权，知晓或意图将这些支助或资源

用于准备或实施违反（列举的法定罪行）的……将处以罚金，10 年以下监禁，或两者并罚。

尽管《提供资助公约》只谈到资金，即有形或无形的资产或所有权的合法凭证，但许多国内法和安全理事会决议还涉及其他支助形式，例如培训或庇护。正如在 B-3 节中将要论述的，在各国法律对行为的定罪不同的情况下，国际合作也许是不可能的。不过，宣布 1999 年《公约》中未明确指出的非资金支助的形式为犯罪而予以禁止，可以更好地保护国家利益，正如拥有一部犯罪组织或共谋法也许是有用的，即使这些罪名没有出现在联合国反恐文书中。

30. 一部禁止支助或鼓励恐怖主义但未作进一步具体说明的法律，有可能违反第 19 段中提到的合法性和确定性的法制原则。即使是熟悉一国的法律文化的人也很难事先知道什么行为会被认为是支助或鼓励“恐怖主义”，即使假设“恐怖主义”一词被明确定义为准备或实施或试图实施所述的暴力犯罪。如果用笼统的语言表述法令所禁止的行为，或者列出没有共同特点的多种活动，那么执行“*ejusdem generis*（同类规则）”的限制性原则就没有任何根据。这个拉丁短语的意思是同类事物，可能只有学过法律的人才了解，但即使不是律师也很容易看出其对法律解释的影响。如果法律列出实例，指明被禁止的行为的共同特点，那么笼统禁止的模糊性就能大大降低。理论上，美国法律中有关提供“重要支助”的语句可以被理解是指物质方面的“重要”。也可以被认为是指法律意义上的重要或影响重大，即使支助的性质是无形的，例如广泛发行出版物提供舆论上的支持。列举只涉及资金、物质或其他有形支助的例子，暗示排除无形的、智力性质的支助，即可避免了这一模糊性。

(b) 定义。——在本条中，“重要支助或资源”一词指的是货币或其他金融证券、金融服务、住所、培训、安全藏身处、虚假文件或证明、通讯装备、设备、武器、致命物质、爆炸物、人员、交通和其他有形资产，药品或宗教资料除外。（第 2339A(b)条，第 18 章，美国《法典》。）

31. 一些适用于支助恐怖主义行为的立法包含例外规定，例如，对家庭成员，对提供医疗服务的医师或对药品的例外规定。意大利《刑法》第 270 条之三规定，凡提供食物、庇护、招待、交通、或通讯手段给参与破坏性组织者，均可能受到惩处，为了一名直系亲属这样做的人除外。智利《刑法》第 295 条之二中有类似的规定。这样的例外规定在一国的普通刑法中可能有先例，但必须根据《联合国宪章》第七条规定的遵守安全理事会决定这一强制性义务做出评价，安全理事会第 1373 号决议第 2 (e) 段规定各国必须：

确保把……参与支持恐怖主义行为的任何人绳之以法……

32. 如果法律的例外规定允许家属同意庇护一名已知实施了暴力恐怖主义行为的亲属，甚至在暴力袭击发生前就这样做，或者允许提供医疗用品以防在暴力恐怖主义行动中出现伤亡，那么这些法律是否符合第 1373 号决议规定的义务就成了问题，第 1373 号决议规定确保把参与恐怖主义行为的人绳之以法，并且拒绝给予他们安全庇护。一个折中的解决办法可以是在可能的情况下减轻刑罚或酌情执行刑罚以顾及对家庭成员的忠诚，而不是使这种行为合法化。

33. 至于向需要医疗帮助的人提供医疗救治是否合适，对于这一人道主义义务是否与向执法机关报告特定受伤情况的义务不符的问题，例如枪伤情况，人们所持看法不同。在 2004 年 11 月 18 日 De La Cruz Flores 诉秘鲁 一案中，美洲人权法院依据的是世界医学会的《国际伦理守则》，该守则规定“医师应对他所知道的病人的一切情况绝对保密，即使病人死后也是如此”，法院因此认定（第 102 段）：

……要求医师履行义务，根据他/她在从事职业活动中获得的信息告发病人可能的犯罪行为[……]该国 1996 年 11 月 21 日的判决违反了合法性原则。¹²

许多国家的暴力法对保守医疗秘密做出例外规定，这些法律要求报告受伤情况，不管受害人是否同意。这一观点似乎与红十字国际委员会题为“国际人道主义习惯法”的出版物第 1 卷第 88 页上的观点类似，该出版物回顾了报告在武装冲突期间由火器造成的受伤情况这一问题的由来，断定：

……在国际法中没有规定禁止一国通过立法使提供包括传染性疾病等在内的信息成为义务，并且许多国家已经这么做了。

突尼斯 2003 年《反恐怖主义和洗钱法》第 22 条规定，凡了解到恐怖主义罪行情况但未立即报告者，将予以惩处。这一义务不适于嫌犯的家庭成员，但适用于受保守医疗秘密约束的人。

f. 惩处为恐怖主义行为进行筹备的行为

34. 2003 年《联合国反腐败公约》第二十七条第 3 款提到通过此类必要的立法措施，把下述行为定为刑事犯罪，“……为实施根据本公约确立的犯罪进行预备的行为”。除《提供资助公约》外，世界反恐协定没有把预备行为与

¹² http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_115_esp.pdf。

实施或企图实施最终的暴力行为区分开来单独定罪。¹³ 这一局限性是共同的，¹⁴但现在必须根据安全理事会第 1373 号决议第 2(e) 段规定的义务去考虑，该决议规定各国必须：

确保把参与资助、计划、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罪行……（着重号是添加的）。

惩处筹备犯罪行为的一个立法例子见《中华人民共和国刑法》第二十二条：

为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。

对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

35. 一些国家向安全理事会反恐委员会报告说，即使没有制定有关法律，把为恐怖主义行为筹措资金或在除资金以外的其他方面为实施恐怖主义行为做准备定为犯罪，也不会妨碍把这种行为作为参与最终的恐怖主义袭击的一种形式予以惩治。¹⁵ 取决于未遂或既遂袭击的定罪与《提供资助公约》第 2 条第 3 段不符，该段规定：

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。

联系 B-3 部分的境外问题可以看到，规定一个单独适用的、独立存在的提供资助罪名，与暴力行为将在哪里实施或者暴力行为是未遂的还是既遂的无关，可最大限度地实现《提供资助公约》所提出的预防可能性。

36. 如果一个国家没有发布法令，明确为国外恐怖主义行为提供资助或做其他准备在本国是犯罪行为，那么合法性原则将阻碍该国法院制裁在国内参与或卷入只被外国法律定为犯罪的行为。诸如南非所实施的一项立法计划，就解除了这样的担忧。《保护宪政民主法》第 1 (xxiii) 条定义了包括第 14 条在内的各条中的“特定罪行”，包括：

¹³ 不过，见关于《核恐怖主义公约》条款脚注 7。《公约》第 7 条呼吁缔约国进行合作，采取措施来禁止筹备、鼓励、煽动、组织以及提供协助或情报给那些准备进行常规犯罪的人的行为，但不要求把这些行为定为犯罪。

¹⁴ 见《国际刑事法院规约》第二十五条第 3 款第 (b) 项，该条规定，命令、唆使或引诱实施犯罪的人，只有在犯罪事实上是既遂或未遂时才负刑事责任。

¹⁵ 见会员国的报告：http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted_reports.html。

(b) 在共和国境外的任何活动，该活动根据他国的法律构成犯罪，如果发生在共和国境内的话，则构成 (a) 段中所指的犯罪；

第 14 条则规定：

任何人若——

威胁；

企图；

与他人共谋；或者

帮助、教唆、诱导、煽动、鼓动、指示或命令、劝告或说服他人实施本章所规定的罪行，则是犯罪行为。

g. 煽动恐怖主义的行为(《公民权利和政治权利国际公约》第二十条，安全理事会第 1373 号决议和第 1624 号决议)

37. 人们可能首先假定形成实施恐怖主义罪行的约定是适合根据法制原则进行干预的最早阶段。《公民权利和政治权利国际公约》是少数几个确定国际人权法的实质性和程序性刑事司法要素的有约束力的国际文书之一，该公约有不同的看法。《公民权利和政治权利国际公约》第二十条第 2 款要求：

任何鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张，构成煽动歧视、敌视或强暴者，应以法律加以禁止。

根据《公民权利和政治权利国际公约》设立的人权事务委员会的独立专家们在第 11 号一般性意见 (1983 年) 中强调指出：

第二十条要完全生效，就必须有一部法律明确规定上述宣传和鼓吹与政府政策相违背，并且规定在违反这一规定的情况下予以适当制裁。

38. 虽然《公民权利和政治权利国际公约》第二十条和第 11 号一般性意见都没有明确规定，对鼓吹歧视、敌对或暴力的禁止或惩处必须带有刑事性质，但难以想象非刑事的惩处对冥顽不化的恐怖分子会奏效。国际文书中所表述的法治承认煽动犯罪和暴力可以通过刑事制裁加以制止。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 3-1(c) 条呼吁缔约国考虑将下列故意行为确定为刑事犯罪：

(三) 以任何手段公开鼓动或引诱他人去实施按照本条确定的任何罪行或非法使用麻醉药品或精神药物：

1998 年《国际刑事法院规约》第二十五条第 3 款第 (e) 项也考虑了煽动的刑事责任：

就灭绝种族罪而言,直接公然煽动他人灭绝种族……

正如在前面的脚注 7 和脚注 13 中提到的,《制止核恐怖主义行为国际公约》第 7 条涉及到但没有明确要求把可认为是煽动的行为定为犯罪。

(1) 缔约国应以下列方式进行合作:

(b) 采取一切切实可行的措施,包括在必要时修改其国内法,防止和制止在其境内为在其境内或境外实施第二条所述犯罪进行准备,包括采取措施禁止鼓励、唆使、组织……这些犯罪的个人、团体和组织在其境内进行非法活动。

39. 由于恐怖主义宣传通过鼓吹基于国家、种族或宗教的仇恨来煽动歧视、敌对和暴力,惩治这类煽动活动将是执行《公民权利和政治权利国际公约》的一个直接手段,即便所煽动的伤害行为并没有发生。禁止基于其他文化差异理由的此类煽动行为,似乎是第二十条所体现的主动预防方式的进一步扩展。目前许多恐怖主义言论,例如 1998 年 2 月世界伊斯兰阵线发表的关于“向犹太人和十字军发动圣战”的声明,¹⁶ 都在煽动敌对和暴力,引起国家、种族、宗教和文化等各种因素混杂在一起的仇恨情绪。奥萨马·本·拉登在 2002 年 9 月致美国人民的信¹⁷中放言,如果美国不采纳特定的宗教方针;抵制通奸、同性恋、对致醉品的使用、赌博和收取利息;承认自己是一个没有原则或礼貌的国家;停止支持以色列、印度、俄罗斯和菲律宾等国政府;从伊斯兰国家撤出;并且停止支持这些国家的政府,那么就会有一场殊死搏斗。

40. 联合国安全理事会在其两项决议中明确涉及到煽动恐怖主义的问题。第 1373 (2001) 号决议第 3 条第 5 段指出:

宣布恐怖主义行为、方法和做法违反联合国宗旨和原则,知情地资助、规划和煽动恐怖主义行为也违反联合国的宗旨和原则:(着重号是添加的)。

安全理事会在第 1624 (2005)号决议中再次谈到煽动问题,该决议:

1. 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行为;

(b) 防止这类行为;

¹⁶ <http://www.fas.org/irp/world/para/docs/980223-fatwa.htm>。

¹⁷ 载于“卫报无限,特别世界观察员”

<http://observer.guardian.co.uk/worldview/story/0,11581,845725,00.html>。

(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；[……]

3. 吁请所有国家继续在国际上做出努力，加强不同文明之间的对话和增进相互之间的了解，致力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行为，防止恐怖分子及其支持者颠覆教育、文化和宗教机构；

4. 着重指出各国必须确保为实施本决议第 1、2 和 3 段而采取的任何措施，符合它们依国际法、尤其是国际人权法、难民法和人道主义法承担的所有义务；

h. 煽动罪所涉及的公民权利和政治权利（《公民权利和政治权利国际公约》第十八条和十九条）

41. 虽然是第二十条所要求的，但对禁止煽动的问题必须谨慎对待，使之符合《公民权利和政治权利国际公约》的其他条款。第十九条规定：

1. 人人有权持有主张，不受干涉。

2. 人人有自由发表意见的权利；此项权利包括寻求、接受和传递各种消息和思想的自由，而不论国界，也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的、或通过他所选择的任何其他媒介。幸好，第十九条第 3 款对禁止煽动法的限制提供了指导。

3. 本条第 2 款所规定的权利的行使带有特殊的义务和责任，因此受到某些限制，但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必需：

(a) 尊重他人的权利或名誉；

(b) 保障国家安全或公共秩序，或公共卫生或道德。

同时执行第十九条和第二十条以捍卫每个人的自由权不受暴力威胁，并保护言论自由和表达自由，这需要谨慎选择法规政策和措辞。正如第十九条第 1、2 和 3 款所规定的，刑法不得限制持有主张的权利，但可以限制威胁其他人的权利、国家安全、公共秩序或伦理的言论的表达。

42. 另外，《公民权利和政治权利国际公约》第十八条第 1 款保障：

人人有权享受思想、良心和宗教自由。此项权利包括维持或改变他的宗教或信仰的自由，以及单独或集体、公开或秘密地以礼拜、戒律、实践和教义来表明他的宗教或信仰的自由。

人权事务委员会的专家们明确指出，可以对第十八条规定的信仰的表示方式进行限制，就像第十九条第 3 款规定的允许对言论表达进行的限制一样。

按照第二十条，表达宗教或信仰不等于宣传战争或鼓吹国家、种族或宗教仇恨，这些构成煽动歧视、敌对或暴力（第 22 号一般性意见，1993 年，着重号是添加的）。

尽管第十八条被指明是《公约》不得克减的一项条款，但可以根据该条第 3 款合法地施加限制。

表示自己的宗教和信仰的自由，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。

43. 由此看来，《公民权利和政治权利国际公约》及其所代表的法制价值观允许对煽动歧视、敌对或暴力的鼓吹国家、种族或宗教（以及大概还有文化）仇恨的行为进行限制。建议、说服或怂恿一名听众、读者或观众去实施直接的身体暴力，这种行为是最容易识别的应予以惩处的煽动行为。但什么行为应被视为无害的，或者至少是受保护的信仰表现或言论表达，什么行为构成应予以惩治的煽动行为？1994 年卢旺达“穿越千山之谷的自由之声”电台充满仇恨的广播应受到什么指控呢？该电台指示听众去确定目标，为暴乱之日做准备。一个国家必须等到杀戮的信号发出时才去惩治充满仇恨的宣传吗？这是一个反问句，答案似乎是不言而喻的。不是所有情形都能用一个本能的回答轻易解决。长年累月地对十几岁的孩子灌输一种观念，即对所仇恨的民族、文化或宗教群体使用暴力是他们的宗教责任或历史责任，这是什么行为？即使这类说教是试图在某个不确定的日期和地点而不是今天或明天促成暴力，也能对它进行惩治吗？如果只是少数学生可能受到实施暴力犯罪的鼓舞，而真正实施暴力则是数年后事情，起诉如何能证明煽动性言论引发暴力犯罪的危险？

i. 欧洲理事会对挑拨/煽动行为的界定

44. 欧洲理事会《防止恐怖主义公约》为分析上述问题提供了一个模式。该公约第 5 条题为“公开挑动实施恐怖主义犯罪”，其规定如下：

1. 为本公约之目的，“挑动实施恐怖主义犯罪”指的是以煽动实施恐怖主义犯罪为目的，散发或以其他方式向公众提供信息，而这种行为，不论是否直接鼓吹恐怖主义犯罪，导致可能实施一项或多项此类犯罪的危险。

45. 这一措辞涉及关系到挑拨/煽动罪与言论自由的相互作用的四个问题。首先，只有公开信息被定为犯罪，非公开的煽动要根据刑事责任的基本概念进行处理，可以包括共谋、犯罪组织、合谋、帮助和教唆、建议、准备、组织、指导或协助犯罪。其次，规定煽动实施恐怖主义犯罪的主观意图为该罪

的要件，就消除了关于言论自由和涉及不受人欢迎的理性演讲的价值的许多可能的异议。这与第 24 段中提到的证据原则没有冲突，证据原则是可以从客观的事实情况中推断出必要的主观意图。第三，没有立法机关或执行机构被授权宣布任何特定的信息、口号、符号或哲学本身是危险的或被禁止的。公开宣传的信息将导致有实施一项恐怖主义犯罪的危险，这一犯罪要件必须有特定的事实背景，并且必须得到证实，令独立的司法机构信服。第四，不论是否直接鼓吹特定的犯罪，可证明导致实施恐怖主义犯罪危险的行为都应予以惩处。对于虽然没有明确呼吁对一个确定的目标进行有针对性的攻击，但为暴力进行辩护的意识形态的、宗教的和思想的教化来说，这一规定具有重要意义。

46. 该定义的最后要件，即信息“导致”可能实施犯罪的危险，使用了一个法律中常用词，无须加以解释或阐明。然而，在大多数法律中，“导致”这个动词合乎语法的宾语是一个可以观察得到的实际后果，是死亡、受伤或财产损失。欧洲理事会《公约》用不那么具体的方式使用“导致”一词，在适用中可能引起法治问题。一项恐怖主义罪行将要实施的危险是一种可能性而不是真实的结果，要求司法机关预测一个未来事件，而不是宣布一个可以观察得到的事件或条件已经发生或存在。对于一个政治家煽动听众的努力最终将成功的可能性或或然性，人们可能持有不同的看法，直到发生了未遂的恐怖主义行为。对主观意图的要求，可确保无辜的演讲人不会因听众中有些人无法预计的反应而有可能受到惩处。然而，国家立法或判例必须要界定多大程度的危害构成“可能实施一项或多项此类犯罪的危险”。法治要求这些措辞足够确定，不致以随意的和不可预见的方式来使用。欧洲理事会的人权事务专员建议，赞扬攻击事件的犯罪者、污蔑其受害人或呼吁为恐怖组织提供资助，这些要件即可构成间接挑动暴力的形式。¹⁸

j. 关于煽动暴力行为的现有法律

47. 事实上每个国家都对导致他人实施犯罪的人加以惩处，要么是把该人界定为参与犯罪的人，要么界定特定的煽动罪。美国《法典》第 18 章第 2 条规定：

(a) 凡实施针对美国的犯罪，或者帮助、教唆、建议、命令、劝诱或引诱实施犯罪者，均应作为主犯受到惩处。

(b) 凡故意导致某种行为者，如果由他或其他人直接实施该行为的话将构成危害美国的犯罪，均应作为主犯受到惩处。

¹⁸ http://www.coe.int/T/E/Commissioner_H.R/Communication_Unit/CommDH%282005%291_E.doc

欧洲理事会（2004年）出版物《“为恐怖主义开脱”和“煽动恐怖主义”》，作为资料收集了欧洲理事会各成员国和观察员国的法律。欧洲理事会的41个成员国和4个观察员国报告了自己的立法情况。欧洲理事会这一出版物侧重于有多少国家制定了有关法律，明确禁止为恐怖主义开脱和煽动恐怖主义行为，但国家的答复显示，许多国家有普遍禁止煽动实施犯罪或暴力行为的法令。瑞士《刑法》第259节就是一个清楚而简洁的法律例子，该法将煽动行为与最后的犯罪分开定罪。

1. 凡公开煽动实施重大犯罪行为者，应被判处三年以下监禁。

2. 凡公开煽动对人或财物实施暴力犯罪者，应判处监禁或罚金。

48. 一些法律在定义煽动中强调直接。《国际刑事法院规约》第二十五条第3款第(e)项和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第二条第3款提到了“直接和公开”煽动种族灭绝的人。在一个种族冲突导致大规模屠杀的事件仍令人记忆犹新的国家，当一个有号召力的演讲者慷慨激昂地鼓动听众追杀一个目标群体的成员时，很显然这带有直接的和不可接受的暴力威胁。较为棘手的情况是，法律禁止既非公开也非直接的煽动，或者禁止传播或拥有煽动性材料。禁止以印刷、录音或电子宣传品进行煽动的一个实际障碍是，煽动性材料可能来自一个不知名的作者或出版商，或者来自国外，而在法律范围内适用的唯一主体也许是煽动性材料的发行者或拥有者。在制定禁止拥有这类材料的法令中，一个复杂的因素是，拥有仇恨罪宣传材料是出于无害的目的还是为了挑动敌对和暴力，两者很难区分。一个拥有50张煽动仇恨和暴力以及描述将人质斩首的光盘拷贝的人可以假定是打算散发该材料。拥有一张拷贝的人可能是打算私下观看，找出反对这种暴行的宗教理由，也可能是计划利用该光盘来招募志愿者从事恐怖行动。

k. 关于煽动歧视和敌视的现有法律

49. 各法律体系必须确保即使最有煽动性的煽动者也受到合法性原则和确定性原则以及《公民权利和政治权利国际公约》的保障措施的保障。在确定一次宣传是否会在将来导致实施恐怖主义暴力犯罪的危险时，需要推测评价听众的理解能力、成熟水平和接受程度、讲演者的说服力以及外部变数的影响。然而，一部禁止煽动法不需要涉及预测未来的暴力后果的不确定性。《公民权利和政治权利国际公约》第二十条不只是为了要求禁止煽动暴力，而且还要求禁止煽动更常见的后果：

任何鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张，构成煽动歧视、敌视或强暴者……（着重号是添加的）

50. 许多国家常常基于历史经验，颁布立法来禁止当前也许比直接的暴力有更大风险的煽动歧视和敌视的行为。这样的法律有时禁止试图为过去或现在的歧视、敌视或暴力辩护或予以否认（所谓“开脱罪”）。德国《刑法》第 130（3）条对赞成、否认或将国家社会党统治下实施的某些行为描写为无害行为的做法予以惩处。克罗地亚《刑法》第 151a 条规定：

(1) 任何人，如果通过计算机网络制作、销售、进口或出口或以任何其他方式向公众提供宣扬法西斯、纳粹和其他鼓吹、宣扬或煽动基于种族、肤色、性别、性取向、民族或种族血统、宗教、政治信仰或其他信仰的针对任何个人或群体的仇恨、歧视或暴力的极权主义政府、组织和意识形态宣传材料，或者为此拥有大量这类宣传材料，应判处有期徒刑或一年以下监禁。

(2) 如果本条第 1 款中所指的材料是为研究、艺术或科学目的或者为了报告现在或过去的事件而编写或提供给公众的，则不存在刑事犯罪问题。

其他法律禁止展示或散发特定符号，同样，出于研究、艺术或其他无害目的除外。¹⁹

51. 在执行这些法律中，必须考虑《公民权利和政治权利国际公约》第十九条第 2 款。该款规定：

人人有自由发表意见的权利；此项权利包括寻求、接受和传递各种消息和思想的自由，而不论国界，也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的、或通过他所选择的任何其他媒介。

电子通信检验了这种“不论国界”的语言。欧洲法院支持在包括互联网接入和交易在内的国际商业中限制被禁止的表达方式。在 UEFJ 和 Licra 诉雅虎公司和雅虎法国公司一案中，巴黎终审法庭判决给予损害赔偿并命令雅虎搜索引擎切断从法国接入雅虎拍卖网站的途径，该拍卖网站违反《刑法》R.645-2 条规定出售纳粹物品²⁰。德国联邦法院裁定一名澳大利亚居民因在澳大利亚开办一个可通过互联网接入的网站应受到起诉。该网站宣传否认大屠杀的观点，这违背了德国《刑法》第 130 条的规定。²¹

¹⁹ 第 86a 条，德国《刑法》；匈牙利《刑法》第 269/B 条，1993 年修订。

²⁰ 巴黎终审法院，《判决令》，2000 年 5 月 22 日，UEFJ 和 et Licra 诉雅虎法国公司，<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>。

²¹ 联邦法院，2000 年 12 月 12 日，Strafkammer AZ/S R 184（2000）。另见 Scharsach 和新闻出版社诉奥地利一案，第 39394/98 号，第 30 节，ECHR 2003-XI。

1. 招募和关于恐怖主义集团的程序选择

52. 安全理事会第 1373 号决议执行部分第 2(a) 段要求各国制止招募恐怖主义集团的成员：

第 2 段：还决定所有国家应：

- (a) 不向参与恐怖主义行为的实体或个人主动或被动提供任何形式的支持，包括制止恐怖主义集团招募成员和消除向恐怖分子供应武器；

一些国家的法律在“恐怖主义活动”的定义中包括了为恐怖主义招募成员的内容。制定了专门针对此种招募的法律规定的国家有：加拿大（《刑法》第 83.18 (3) 条）、乌干达（《反恐怖主义法》，第三部分，第 9 条）、突尼斯（《反恐怖主义和洗钱法》，第 14 条）和塞浦路斯（《关于恐怖主义的联邦法》，第 11 条）。塞浦路斯的法律惩处对象为：凡在知情的情况下同意招募或招募他人从事下述活动者：

- (a) 成为恐怖主义集团或被禁止的组织的成员；或者
- (b) 参与实施恐怖主义行为。

2002 年坦桑尼亚《防止恐怖主义法》事实上在其第 21 条中使用了相同的措辞。欧洲理事会《防止恐怖主义公约》（2005 年）第 6 条确定此种招募行为为犯罪，跟公开鼓动实施恐怖主义犯罪和为恐怖主义进行培训一样，并且对招募定义如下：

“煽动他人实施或参与实施恐怖主义犯罪行为，或者加入一个组织或集团，目的是帮助该组织或集团实施一项或多项恐怖主义犯罪行为（根据列举的世界公约和议定书）（第 6 条）。

53. 一些国家没有制定明确禁止为恐怖主义组织招募人员或加入恐怖主义组织的法律，而是以禁止犯罪组织、共谋和支持恐怖主义的一般法律为依据。²² 另外一些国家有立法计划，允许在执行或司法方面禁止作为非法恐怖主义组织的团伙并且作为犯罪惩治随后为这些组织招募人员或参加这些组织的行为。这样的法律必须考虑合法性原则和《公民权利和政治权利国际公约》第二十二条，该条保障：

1. 人人有权享受与他人结社的自由……
2. 对此项权利的行使不得加以限制。除去法律所规定的限制以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序、保护公共卫生或道德，或他人的权利和自由所必需的限制……

²² 见会员国的报告：http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted_reports.html。

54. 因此，应通过法律制定明确的程序，由适当的当局提出列入名单。应制定界定标准和证据标准，以确定社会危害性，说明有理由禁止一个集团。应提供一个独立的审查机制，允许对社会危害性的确定提出质疑并予以纠正。必须合法确定联合国或区域指明一个本质上的恐怖主义集团在国内法中的后果，以及这些后果将如何实现。必须预计到，一个被列入名单的集团有可能会改变名称或形式结构，但本质上仍是同一个危险实体。²³ 这类法律的一个共同特点是，对于在组织被取缔前加入该组织或者在被取缔后未积极参与其活动的人，不予以惩处。

55. 至于什么当局有权宣布一个组织是恐怖主义实体，在这方面，俄罗斯、乌兹别克斯坦和土库曼斯坦把该责任赋予了司法机构。

一个组织根据法院裁决被视为是恐怖主义组织并予以遣散（2002年经过修订的俄罗斯联邦关于打击恐怖主义的第130-FZ号法律第25条）。

在印度，2004年经过修订的1967年《非法活动（防止）法》规定此类组织性质由中央政府指明。一个由最高法院前任或现任法官主管的审查委员会行使专属审查权。一旦某一集团根据本程序作为恐怖主义组织遭到取缔，则加入该组织或表示与该组织有联系、请求支持或资助该组织或者安排会议以推动其活动，均属犯罪行为。

m. 拥有与恐怖主义有关的物品或知识

56. 为了便于预防犯罪，早就被定为犯罪的一种准备行为是，未经许可的或无法解释的拥有明显与意图实施的犯罪有关的物品，比如，用来伪造货币的设备或武器。有意未经许可地拥有危险物品历来都要受到惩处，无需证明在单独的未遂或既遂犯罪中实际非法使用了这些器具。《世界反恐公约和议定书立法指南》²⁴ 在其 B 部分第 27 段中列举了旅行安全法的例子，该法不仅把在国际机场进行暴力攻击的行为定为犯罪，而且还试图通过禁止携带武器和其他危险物品进入机场来防止此类攻击行为的发生。

57. 南非 2004 年《保护宪政民主不受恐怖主义及相关活动破坏法》第 3(2)(f) 条禁止拥有任何与从事恐怖主义活动有关联的东西，如果拥有者知道或者正常情况下本应该知道或怀疑其中的关联的话。澳大利亚 2002 年《安全立法修正（恐怖主义）法》第 101.4 条禁止拥有任何与筹备、参与或协助恐怖主义行为有关联的东西，如果知晓或忽视这种关联的话。这类法律在起诉或审判阶段不一定涉及确定性的法制原则，因为与物品的使用有关的主观故意

²³ 印度在修订 1967 年《非法活动（防止）法》的 2004 年《非法活动（防止）法令》的第 41 节中解决了这个问题。“一个组织不能只因为在形式上解散了或改变了名称就被认为不复存在，只要其任何成员之间为该组织的目的实际上有任何联合就应视其为继续存在。”

²⁴ http://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/explanatory_english2.pdf。

或可证明的忽视是在可以给持有者定罪前要证明的重要要件。不过，对于侦察和调查机构实施此种法律的工作，必须予以非常严密的监督和控制，以避免随意性。2001年9月的袭击发生后，对机场乘客进行筛查的情况表明，安全人员对包括指甲剪在内的危险物品或可疑物品种类的解释是多么宽泛。

58. 由于最初在警察调查时也许难以确定故意持有一件物品的目的，因此法律规定持有一件物品的合法性取决于其可能的用途，这就赋予了公共安全机关很大的酌处权。由于这一酌处权有处理的余地，这就要求公共安全机构的执行者应切实负起责任来，防止法律执行过于随意。这包括特别关注确保任何侵扰都有正当理由或政策依据的程序。可能存在察觉到的或实际的种族、人种或文化方面的定型看法，应当承认这一危险，尽量减少这种看法。《公民权利和政治权利国际公约》第九条和第二十六条涉及特别适用于执行一部宽泛的执行部门法的一些保障措施：

第九条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羁押[……]

3. 任何因刑事指控被逮捕或羁押的人，应被迅速带去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……

第二十六条 所有的人在法律面前平等，并有权受法律的平等保护，无所歧视。在这方面，法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护，以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何理由的歧视。

59. 许多国内法要求人们在掌握有关恐怖分子活动的情况时向当局报告。匈牙利《刑法》第261条第8段规定，掌握有关筹备恐怖主义行为的可靠情况但没有尽快向当局报告的人，应受到惩处。《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第3款规定，在确定任何刑事指控时，一个人有权：

(g) 不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪；

因此，国内法把有意隐瞒所了解的恐怖主义犯罪或筹备活动定为犯罪，对这一点的理解是不要求一个卷入犯罪的人提供对自己不利的证据。适当的豁免规定可以允许强迫一个隐瞒了所了解的恐怖主义情况的人提供证词，否则判处监禁，但该条款应确保不得将证词用作对证人不利的证据，除非是在对作伪证提出起诉中使用。

n. 培训及与恐怖主义团伙联合的其他形式

60. 2002 年坦桑尼亚《防止恐怖主义法》第 22 节规定，对于在坦桑尼亚为该节(a) 款所禁止的行为为恐怖主义集团招募成员或与之联合及提供培训的行为予以惩处。(a) 款的禁止规定也适用于坦桑尼亚境内以推动或便利在外国实施暴力行为的行为，不论其目的是否达到。在防止一国的领土被作为安全庇护所以对其他国家发起攻击方面，该法律可加以借鉴。

61. 一些法律禁止屡次有意与明知是一个被公开取缔的恐怖主义组织的成员、宣传者或领导者有关联的行为，如果该关联是对该组织的一种支持的话。这样一种禁止性规定影响到受《公民权利和政治权利国际公约》保护并在上文第 53 段中引用过的结社自由以及受《公民权利和政治权利国际公约》第十九条保护的言论自由。澳大利亚《刑法》第 102.8 (1) 条规定，对“与恐怖主义组织有关联”的行为予以惩处，但不适用于家庭情形、公开的宗教礼拜和实践、为人道主义目的的关联或提供法律建议或代理，或者如果该条的适用会违反所涉及的政治交流自由的宪法原则的话。

B.2. 程序上的改进

a. 需要在法治范围内整合实质性机制和程序性机制

62. 一旦明确界定什么形式的计划、筹备、煽动和支持恐怖主义暴力的行为可以被看作是刑事犯罪，由此满足合法性原则和确定性原则的要求，即应对程序机制做相应的审查。预防性战略要求合法的调查和取证机制便利为恐怖主义悲剧发生前通过起诉进行干预，同时遵循体现法治的程序保护措施。将计划和筹备恐怖主义袭击定为犯罪，但不允许使用提供这类计划和筹备活动的证据所必要的秘密刑侦技术，这会使行动受挫。那么，什么机制符合那些允许警察、国家安全机构、检察官和调查法官在恐怖主义筹备活动发展为暴力活动之前获得可靠的、合法的证据的国际标准呢？在审查为便于在防止恐怖主义中适用不依赖其他罪的独立的罪名的程序机制前，重要的是强调一项最为必要的要求，即任何程序性措施都不得损害法治保障措施。这意味着在发生任何社会紧急状况时，一个国家想要克减允许其背离保障措施的《公民权利和政治权利国际公约》条款的效力，就必须遵守第四条规定的程序。不允许此种背离做法的条款有：关于生命权的条款（第六条）、关于酷刑的条款（第七条）、关于奴隶和役使的条款（第八条）、关于由于无力履行约定义务而被监禁的条款（第十一条）、关于犯罪追溯的条款（第十五条）、关于在法律面前得到承认权的条款（第十六条）以及关于思想、良心和宗教自由的条款（第十八条，需受第十八条第 3 款规定的对信仰的危险表示的必要限制）。第四条规定的不得克减意味着第九条所规定的程序保障，即被告知逮捕的理由和提出的指控，被迅速带去见审判官，在合理的时间内得到审

判，对拘留的合法性提出质疑以及因被非法逮捕或拘留得到赔偿，这些规定必须一丝不苟地得到遵守。同样，无罪推定和得到公平审判权、在法律面前平等的权利、得到自己所选择的辩护律师的帮助的权利、讯问和传唤证人的权利、必要时获得译员的权利以及不被强迫作不利于自己的证言或强迫承认犯罪的权利，这些权利均都受第十四条的保护，不得根据第四条进行克减。按照第四条的规定，只有在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时才可以进行克减，并且克减不得是歧视性的。

b. 通过社区合作获取信息

63. 要成功地起诉恐怖主义，显而易见根本的问题是能够获得有关密谋者及其活动的情报。共同的看法是，前政府的国家安全部所代表的做法是不允许的，是侵犯性过强的国内安全机构的一种典型做法。据民间消息来源，在一个约 1 700 万人口的国家里，被称为非正式雇员的民间告密者就有 300 000 人，他们组成一个网络，与约 100 000 个全职情报官员和安全官员合作。²⁵ 一个国家侦察组织如此大规模地渗透于社会是不正常的现象，造成这一状况有多种原因，其中一个原因是导致形成背叛和不信任的社会风气。但即使是极端做法，这个例子也说明了一个重要的事实。公共安全取决于只能来自个人和街区的情报。开明的安全部队承认，在恐怖分子可能形成组织或被发现的社会中，公众合作应是警察机关赢得社会信任的结果，而不应是因害怕或镇压所致。公共当局必须努力营造一种气氛，使社区成员为了公众安全去识别危险团伙或煽动暴力的行为，不会冷眼旁观，视而不见。在西班牙，当局编写了一本《公民合作十诫》，²⁶书中提出了实用的建议，也强调了在打击恐怖主义中公民合作的必要性和有效性。前大都会警察局（伦敦）局长 Toby Harris 爵士指出：

警察机关与它所服务的各个社区之间的特殊关系对于维持一个有效而透明的刑事司法系统至关重要。没有各个方面高水平的合作、开放、支持和信任，我们的法院、司法机关和警察机关所开展的工作就会缺乏可信性²⁷。

64. 但是，即使接到可靠的社区情报，同时对嫌疑人进行跟踪监视，综合政府机构备案材料和外国政府提供的情报，这些来源也很少能提供足够的证据进行刑事定罪。来源于人的情报，即使是与恐怖分子嫌犯密切接触的线人所提供的情报，也不允许提出起诉，因为不是基于直接的对人的观察，或者因

²⁵ 见 Wikipedia 百科全书，<http://en.wikipedia.org/wiki/Stasi>。另见 John O. Koehler, Stasi, 《东德秘密警察不为人知的故事》，<http://www.nytimes.com/books/first/k/koehler-stasi.html>。

²⁶ 公民合作十诫，<http://www.guardiacivil.org/terrorismo/decalogo/index.jsp>。

²⁷ <http://www.mpa.gov.uk/about/speeches/2003/030430.htm>。

为报告来源得到的只是部分情报或者受到有利害关系者的误导。当嫌疑人的活动可能具有危险性、但证据不足无法起诉时，当局必须被动地等待或者采取主动的措施。被动地观察，其风险是密谋存在并发展为暴力结果，而观察者却并不知情。这一做法也不大可能具有成本效益。持续进行跟踪监视，需要大量的资源，并且难以保持较长的时间，既有预算方面的原因，也有被发现的可能。断断续续的监视只是对情况发生明显改变保持的一种警惕，例如一个人改变工作或日常活动。因此，必须考虑采用创新的和主动的措施来获得证据。

c. 使得国家安全情报转变为证据的控制措施

65. 国家安全情报机构可以经常利用刑事司法系统的国内机构无法获得的技术的和国外的情报来源。为了保护敏感的机密来源，这些机构也许不愿意与人共享任何情报。在某些情况下，他们也许提供一个经过处理的版本，只用于调查目的，不能作为证据使用或归类为证据。《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第 3 款 (e) 项保障在判定一项刑事指控时，被告有权：

讯问或业已讯问对他不利的证人……

在遵守该保障措施方面，当局往往必须面临两难选择，要么是保护一个秘密的情报来源不被暴露或使用该情报作为证据，要么是让技术来源和提供情报的人在《公民权利和政治权利国际公约》要求进行的讯问中暴光。一些国家尝试了允许一定程度的匿名的程序，至少是对公众和被告匿名，虽然法院和辩护律师也许知道证人或情报来源的真实身份。

66. 欧洲人权法院针对《欧洲人权公约》第 6 条审议了使用匿名证人的问题。法院认为，《公约》不排除在刑侦阶段依赖诸如匿名告密者之类的情报来源，但在审判中使用这类来源存在固有的困难：

如果被告不知道他试图质疑的人的身份，那么他可能就无法掌握详细情况来证明该证人是具有偏见的、敌对的或不可靠的²⁸。

法院确定了许多保障措施，可以不让被告知道证人的身份，这些措施与法制原则和人权原则相符。必须确定的是，采用这一措施确实是必要的，并且“司法机关所遵循的程序足以抵消给被告造成的阻碍”²⁹（比如允许被告律

²⁸ Kotovski 诉荷兰，1989 年 11 月 20 日，第 42 段。

²⁹ Doorson 诉荷兰，1996 年 3 月 26 日，第 72 段。

师在知道证人身份的情况下当着法官的面询问证人)。法院还建议应极其谨慎地对待这类证据,不应只依赖于或基本上依赖于这些证据就认定有罪。³⁰

67. 当情报部门愿意或不得不允许他们的情报被用作证据或调查线索时,刑事司法系统中寻求真相和实事求是的基本价值观不应受到损害。当刑事法律程序保护那些本身不作为证据依据的情报的机密性时,更容易利用情报来源来获得独立的证据而不损害敏感的来源和方法。如果能够通过在审判时讯问独立的证人来核实所有证据的可靠性的话,这一点是可以接受的。可以举出的一个例子是来自受保护的技术来源或人的情报,有了该来源,执法当局就能够观察和截获非法贩运武器的船只,并且证实其所有行动,除了情报来源。在联合王国,2000年《规管调查权力法令》第17条禁止政府在司法程序中披露存在截获信息行为或从截获信息中获取的证据。该规则将鼓励和保护技术监视的发展,但不得作为证据采用监视的成果。独联体国家一般有详细的法律来控制有效调查活动,规定必须有法院或检察官的授权以及详细说明关于调查结果应遵循的使用许可和保密程度。

68. 当刑事程序法给情报来源和方法造成不可接受的或无法预计的披露风险时,情报机构将努力保护其来源,即使为了取证目的也不与人共享情报。《公民权利和政治权利国际公约》第十四条所承认的讯问对被告不利的证人的权利,没有解决被告是否有权了解这些证人的来源的问题。国家判例中有解决这个问题的各种不同的方法。不过,无论在国家法律中对被告的权利规定了什么保护措施,都必须予以遵守,司法程序的完整性也必须得到保护。当局必须警惕在司法程序中涉及欺骗行为和虚伪的陈述的掩饰或隐藏情报来源的情况。加拿大于2001年12月18日颁布了《反恐法案C-36》,承认有必要预见到这些问题。第83.05条规定由副司法部长列出恐怖主义实体的清单,清单须经过司法审查,并且确立了一个程序,根据该程序,可以为辩护之目的概述危及国家安全或生命安全的证据。第83.06条对来自国际组织和外国政府的情报做出特别规定。来自这些来源的敏感材料可以提交给法院,以确定其作为证据使用是否需要为辩护之目的进行概述。如果法院认为需要进行概述,那么副司法部长可以决定收回材料而不损害其机密性,从而保护国际组织或外国政府的资料来源和方法。

³⁰ 出处同上,第76段。

d. 秘密行动和公共政策考虑

69. 通过秘密行动可以收集信息和证据，同时又不惊动调查目标。在一些法律体系中，秘密行动的开展由警察决定，不遵循正式的法律程序，尽管可能有内部批准程序以确保严格监督。在另外一些体系中，秘密行动或有控制的传递信息需要得到一名检察官或法官的批准，并符合法定标准。在德国，规则是使用秘密调查人员必须得到检察官办公室的批准。³¹ 如果情况危急，没有这一批准也必须立即采取行动，那么必须在三天之内得到批准，否则必须停止秘密行动。在法国，就恐怖主义行为等犯罪而言，能够授权进行渗透行动的是检察官，或者，根据地方行政官的建议，由预审法官授权。³²

70. 在大多数法律体系中都有一个附随的保护措施，即对刑事责任进行答辩，或者在审判时反驳证据，如果秘密警察或告密者给被告下套的话，即充当密探说服本不会犯下此类罪行的无罪的人去犯罪：

根据无效处罚，[秘密警察的]这些行为不能构成煽动犯罪。³³

71. 要成为一个西西里或美国黑手党那样的职业犯罪机构的成员，需要经过长达数年的学徒期并通过挑选程序，因此，无论是出于政策原因还是实际原因，深入渗透此种组织一般都是不可能的。一国政府不能允许其官员参与或见证作为黑手党学徒期特点的暴力行为，也不能把一个秘密警察长期置于危险的犯罪环境中而不加以保护或监督。当犯罪组织冒险进入一个市场销售非法产品或服务，或者购买航空、通信服务、用于走私汽车的隐蔽式分隔间的修建、洗钱服务，或者就恐怖分子而言，购买伪造的文件、爆炸物或旅行服务时，在这种情况下，有限地渗透进该犯罪组织是可行的。在这样的商业交易中，能够谨慎确立秘密行动的可靠性和吸引力，同时控制与目标的接触次数，保障安全并进行监督。大多数恐怖主义组织没有像黑手党家族那样长时间的和有组织的学徒期。当恐怖分子贩卖毒品或想要搞到爆炸物时，正如2004年3月实施马德里爆炸的人所做的那样，或者想要搞到伪造的文件、招募人员或者筹措资金时，比起职业犯罪组织来，渗透进他们中间较为容易。不过，在研究该可能性之前，政府当局必须获得对其行动的明确的法律授权。至于秘密渗透在什么程度上可为社会所接受，他们还应当寻求在政治上尽可能广泛地达成共识。渗透进恐怖主义组织不可避免地需要说谎、欺骗和个人背叛。打进恐怖分子的圈子也许涉及欺骗性的出资、假装忠诚以及闯入

³¹ 派遣特工人员须经检察官批准。如果拖延有危险并且尚未即使获得检察官的决定，必须立即采取补救行动。如三天之内仍未获得检察官的批准，则必须结束行动。
StPO 第 110b (1)段。

³² 当关于适用第 706-73 条的犯罪或不法行为的调查或预审的必要性证明有理由这样做时，检察官，或者，在征求检察官的意见后，有关预审法官可以授权由其监督在本节规定的条件下进行渗透行动。2004 年 3 月 9 日的法律，第 706-81 条。

³³ 《刑法》第 706-81 条。

宗教场所。这些策略也许会受到批评，认为该受天谴或者涉及种族不容忍、种族或文化定型观念，或者其他形式的歧视。

e. 技术监视和司法控制

72. 但即使是一个组织严密和纪律严明、很难用秘密方法对付的恐怖主义集团，也可能适用其他特殊的调查技术。通过与有嫌疑的恐怖分子的邻居、同事以及从前的情人接触而得到的信息，可以提供有关恐怖分子犯罪计划的蛛丝马迹，但并不是证据。对嫌疑人进行监视，可以确定有凭据证明去过恐怖分子训练营或有从事暴力活动或恐怖主义活动的犯罪记录的同伙。也许会观察到可疑团伙中的某个人对从逻辑上说令可能的恐怖分子感兴趣的目标进行录像，例如自来水厂、所仇恨的宗教的礼拜堂或者计划举行重大政治活动的礼堂或其他地点。在某个时候，综合各种情况即可满足按照国内法所规定的可适用的隐私保护措施使用技术监视所需的标准。

73. 当达到允许使用特殊调查技术的信息水平时，犯罪团伙必须进行联络以计划其活动，这就提供了显而易见的取证机会。侦听恐怖分子的通信也许需要复杂的授权程序。往往还必须做出大量资源预算，特别是当遇到需要翻译的外国语言或加密技术或其他复杂的电子问题等情况时。不过，再没有什么技术能得到比在计划暴力犯罪的细节或吹嘘过去的暴行时侦听到的嫌疑人的声音或其他信息更令人信服的证据了。对通信配合到位的监视能用来监视密探或线人同恐怖主义组织打交道的可接受程度并增强其安全性。可以利用与嫌疑人的公开执法接触，对着被侦听的设备或在被监视的场所谈论其他参与者或活动，或者谈论危险材料或证据材料的所在地。

74. 电子监视等特殊调查技术的使用和必要性得到广泛承认。南美反洗钱金融行动特别工作组发现其大多数成员国允许使用各种电子监视技术，最常用的就是窃听电话。惟一的例外是玻利维亚，因为宪法禁止这么做。³⁴ 在对欧洲理事会的调查做出答复的 37 个国家中，只有塞浦路斯和瑞典答复说其法律制度不允许装置窃听器，这大概是指未经同意的麦克风监视，而不是侦听电子通信，瑞典的确是允许侦听电子通信的。³⁵

³⁴ 特殊调查技术准则，2005 年 7 月，执行秘书处提供英文翻译版本，南美反洗钱金融行动特别工作组。

³⁵ 恐怖主义：特殊调查技术。

f. **拘留时间（《公民权利和政治权利国际公约》第九条第3款，第8号一般性意见，人权委员会）**

75. 对于在恐怖主义案件中法律允许在提出指控或释放前将一个人拘留多少小时或多少天的问题，没有准确的或普遍的权威答案。³⁶前面提到过的《公民权利和政治权利国际公约》第九条只是提及应被迅速带去见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员的权利以及在合理的时间内受审判或被释放的权利。《国际刑事法院规约》作为一个指导来源并非更加明确。《规约》第五十九条只是规定“……应将被逮捕的人迅速提送羁押国的主管司法当局”，以确定羁押的合法性。各国的法律千差万别，许多体系规定，一旦一个中立的治安法官初步断定调查或审判依据存在，就允许延长司法监督下的调查性拘留。为监督遵守《公民权利和政治权利国际公约》情况而设立的人权事务委员会，有权提出关于《公约》执行情况的一般性意见，1982年提出的第8号一般性意见指出：

“第九条第3段要求任何在刑事案件中被逮捕或羁押的人应被“迅速”带去见审判官或其他经法律授权行使司法权力的人。在大多数缔约国中，法律确定了更明确的时间限制，并且，在委员会看来，延迟不得超过数日”。

许多国家允许基于危险性而不是对过去犯罪行为的裁决进行预防性羁押。马来西亚和新加坡利用关于危险性的行政裁定，而意大利和加拿大允许基于司法裁决进行预防性羁押。各国可允许羁押的期间不等，加拿大规定可羁押期为3天，但有限制性条件，其他一些国家则规定可羁押期为一年或一年以上。

g. **审问（《公民权利和政治权利国际公约》第七条；《禁止酷刑公约》，第一条）**

76. 《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》（1985年）第一条第1款承认其对酷刑的定义不包括合法监禁所附带的疼痛或痛苦，但要求禁止其他严重的和不必要的疼痛。

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，为了他或第三者所做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则不包括在内。

³⁶ 欧洲人权法院认为为调查恐怖主义而把人拘留在警察局四天六个小时违反了《欧洲人权公约》第5条，Brogan及其他人诉英国一案，1988年11月29日，A辑，第145-B号。

与审问被羁押的恐怖分子有关的一个令人关注的问题，是担心会使用不被允许的胁迫措施，即使这些措施没有达到《酷刑公约》所禁止的“剧烈疼痛或痛苦”的程度。出于羁押目的，并且为了确保看守或审讯人员的安全，造成疼痛的措施也许不可避免。相反，如果不舒适没有合法的羁押和安全需要可以解释，并且其目的是让被讯问的人屈服以获取情报，那么根据《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第 3 款 (g) 项，这是不允许的。该条款宣称每个人都有权“不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”。

77. 一些国家禁止“隔离”羁押。《菲律宾宪法》第 12 (2) 节第 3 条规定“禁止秘密羁押、单独羁押、隔离羁押或其他类似的羁押形式”。1992 年的一部法案惩处“阻碍人们，或禁止律师、被逮捕、拘留或接受羁押调查的人的直系亲属，或他或他的任何直系亲属或律师选择的任何医生或牧师在白天的任何时候或，在紧急情况下，在晚上的任何时候去探望他并与他私下交谈，或为他进行检查和治疗，或者满足其精神需要的人³⁷”。厄瓜多尔新颁布的《政治章程》有类似的规定：“任何人均不得被隔离羁押”³⁸（第 24 条第 6 款），《刑法》则重申“无论如何都不得将任何人隔离羁押，即使是出于调查目的”³⁹（第 72 条）。

78. 其他一些制度允许限定期限的“隔离”羁押，以应对嫌疑人可能警告恐怖主义组织的其他成员或者设法隐藏或销毁证据的危险。西班牙《刑事诉讼法》第 520 条允许法官下令将一个人羁押最多五天，羁押期间不得与外界接触，与法院为保护该人的权利而指定的辩护律师接触除外。可以批准延长五天，在某些情况下，可再延长三天。

h. 对证人的鼓励措施

79. 活着的证人可能具有至关重要的意义，他们即是独立的证据来源，也可作为提高侦听来的通信的证据价值的一种手段。麦克风侦听常常由于背景嘈杂听不清楚。即使电话交谈十分清晰或截取了电子邮件信息，也可能由于使用代码或者只是由于通信的人不解释其谈话的背景而令人费解。要解释这类谈话或者在没有侦听到任何通信的情况下描述恐怖分子的计划，最有用的信息来源是参与谈话或恐怖分子团伙的人。确保这样的参与者进行合作，通常要有两种因素共同作用，一方面，该人在法律上有弱点，另一方面，刑事司法体系能够提供鼓励措施。这类鼓励性奖赏可以是免于处罚或请求免于处罚或换取从轻判决，通过自由裁量起诉、法定减刑、宽大处理、宽恕或者证人保护方案来实现。普通法体系几乎都允许自由裁量的起诉，并且不指控的决

³⁷ 1992 年 4 月 27 日第 7438 号共和国法案，第 4 (b) 节。

³⁸ “任何人均不得被隔离羁押”。

³⁹ “在任何情况下均不得使任何人与外界隔绝，即便是为调查之目的”。

定不受司法审查或监督。在意大利强制起诉制度中，在 1970 年代末和 1980 年代初恐怖主义兴起期间，法定鼓励措施被认为是鼓励与红色旅决裂所必要的措施。1981 年通过的立法鼓励所谓的“*pentiti*”，目的是放弃他们的恐怖主义活动并与当局合作，换取保护和其他好处。后来对该法律进行修正，以鼓励脱离黑手党和其他有组织犯罪集团。

80. 对于很可能有暴力行为的发展中的案件来说，一个有用的手段是证人保护方案。在证人的家庭环境中守护证人，因花费巨大而无法做到。把证人安置在军营或警察局只是一个临时的解决办法。重新安置证人并使之获得新的身份，常常是最长久的保护形式，但提供新的文件证据很困难。新的身份必须有一部常常是整个家庭的生活史作为证明，并且该生活史应经得起常规核查，因此必须创建记录，而且记录应一致。旧的身份也许需要合法注销，这样有新的文件证据的人就不会因否认或隐瞒与新身份不一致的信息而承担民事或刑事责任。尤其是对以前为牟利而参与犯罪的证人来说，必须预见到金融欺诈和作弊的可能性，规定新的信用和生活史不应不恰当地为这样的不轨行为提供便利。政府当局在无疏忽或故意过失情况下善意地提供新的文件证据和案件管理，法律上不承担责任可能是合适的。当局在调查和审判中利用证人，但并不对决定该人的保护/重新安置条件或决定取消对证人的保护和/或把证人重新关进监狱承担责任，这一做法也许是明智的。既要保守被重新安置的人的身份秘密，又要维护其所安身的社区的安全，两者之间将产生冲突。在联邦体系中，可以预见到的是，国家当局和州当局之间必须做出政策决定和联络安排，以及就可能危害到被保护人的安全的信息订立管理协议。在国际上，如果国内法允许在互惠基础上为外国证人提供保护，将很有帮助，这将涉及移民程序的法律依据、身份证件以及法律上对新身份的承认。

i. 证据规则

81. 程序保护还必须符合将在调查筹备恐怖主义犯罪活动过程中产生的证据类型。定罪只能依据一名同谋者、共同主犯、共同密谋者、从犯或其他犯罪同伙的证词吗？如果需要证实证据，那么可以是一般性质的证据呢，还是必须根据合作证人的证词针对犯罪的各要件去具体证实？明确的反恐法令需要决定什么法定推论或假定适合于其实施，比如，是否仅凭拥有多份仇恨罪煽动材料就可以推论有散发这些材料的意图？在第 50 段中提到一些国家把公开展示某些符号定为犯罪。另外一些国家不把展示行为本身定为犯罪，但《加拿大刑法》第 83.18 (4) 条规定如下证据后果：

在确定一名被告是否参与或协助一个恐怖主义集团的任何活动时，法院可以考虑，除其他因素外被告是否

- (a) 使用表明恐怖主义集团的身份或者与恐怖主义集团有关联的名称、词汇、符号或其他标志。

j. 通过管制手段加强反资助措施

82. 目前的讨论主要涉及刑事司法措施，但建立阻碍和瓦解恐怖主义筹备活动的民事机制和管理机制的必要性不容忽视。最直接的措施就是解决为恐怖主义行为提供资金的问题。《提供资助公约》第 18 条要求缔约国修正其国内立法，以“……防止和遏制在其境内为在其境内或境外实施这些罪行进行准备工作……”。该条款随后详细说明了应采取的措施，这些措施与金融行动特别工作组（金融行动工作组）的许多建议相符。这些措施包括识别客户、适当的注意程序以及可疑交易的记录保存和报告。自 2001 年以来，金融行动工作组拟订了关于为恐怖主义提供资助的九项特别建议，包括采取控制措施以防止利用慈善组织来为恐怖主义提供资助以及关于现金跨界流动问题的建议。全球性金融机构，世界银行和国际货币基金，都加入了金融行动工作组，以采取一种共同的方式来评估一个国家在打击洗钱和资助恐怖主义两方面的能力。

该方法提供了一个详细的清单，帮助有需要的国家对其防止洗钱和资助恐怖主义行为的机制进行自我评价。⁴⁰

83. 在反恐合作方面，问题较大的一个领域是冻结和没收恐怖分子的资金。《提供资助公约》第 8 条要求缔约国采取措施来识别、发现、冻结、扣押和没收打算用于恐怖主义犯罪的资金以及此种犯罪的所得。根据《宪章》第七章的规定，安全理事会的决议只是为了恢复和平与安全，其性质是强制性而非惩罚性。与这一强制目的相一致，第 1267、1333、1373、1390 和 1617 号决议只要求冻结（而不是没收）资产，以防资产被用于恐怖主义暴力行动并使被剥夺资产的人无法进一步参与恐怖主义行为。需要冻结其资产的个人和实体，由具体的理事会决议或由第 1267 号决议及随后的决议决定的一个委员会程序直接指定。这两种程序都通过《宪章》第七章所规定的外交互动而不是司法程序来实现。

⁴⁰ 关于金融行动工作组，见《评估符合金融行动工作组 40 项建议和金融行动工作组 9 项特别建议情况的方法》，<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/45/15/34864111.pdf>，法文见 <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/42/28/35650516.pdf>。

84. 《提供资助公约》的设想是，执行法律将允许冻结、扣押和没收恐怖主义行为所得和打算用于恐怖主义行为的手段。安全理事会决议更广泛地适用于为合法目的而持有来源合法的财产，除非该财产与被联合国或一个会员国指明为恐怖分子的人有关联。在执行这些决议时，一个国家可以扣押资金但又没有理由没收资金，如果无人对资金提出权利要求，就只有放弃或归还。法制原则禁止在没有法律授权的情况下没收财产。同样，冻结资金的国家如果没有发现或得到满足没收的法律标准的证据的话就不能采取行动。为了解决这些问题，各国正越来越多地通过法律规定国内法律程序，以执行根据第七章通过的联合国决议。此外，安全理事会对人道主义和程序方面所关注的问题做出了回应。安理会第 1452 号决议允许国家当局松动被扣押的资金，用于支付基本生活费用和特别支出。第 1617 号决议确立了标准，明确指出什么时候可以确定一个人或实体与某个被列入清单的恐怖分子或恐怖主义实体“有关联”。决议还要求陈述事实，以说明会员国提议将某个恐怖分子或恐怖主义实体列入名单的理由，在征得提出列入名单者国家同意后，反恐委员会可以利用该陈述来回答质询，也可以发表该陈述，以帮助实施冻结行动。

k. 不正当地利用非政府组织

85. 1999 年《提供资助公约》把打算或知晓资金将用于恐怖主义行为而提供或募集资金的行为定为犯罪。正如第 23 段中所阐释的，《公约》能够借此阻止“双重用途”的组织支持恐怖主义，这些组织既支持值得赞赏的人道主义活动，也支持通过攻击平民开展武装斗争。对非营利性组织和非政府组织施加有效的行政管理限制，能够大大减少滥用人道主义资金的现象和进行刑事调查和起诉的必要性。然而，根据情况的需要，不论是行政的还是刑事的补救手段都要符合《公民权利和政治权利国际公约》的规定，该公约第 22 条第 1 款保障结社自由，但在第 22 条第 2 款允许符合下述条件的任何控制：

……在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序、保护公共卫生或道德，或他人的权利和自由所必需的。

86. 人们一再对滥用非营利性非政府组织的行为表示担忧。在 2001 年 10 月通过的关于资助恐怖主义问题的特别建议中，金融行动工作组纳入了关于非营利性组织的特别建议八。

各国应审查与能够被利用来为恐怖主义提供资金的实体有关的法律和条例的适当性。非营利性组织特别容易被利用，各国应确保这些组织：

- （一）不被具有合法实体的身份的恐怖主义组织滥用；
- （二）经营合法实体以便为恐怖主义提供资金，包括规避资产冻结措施；以及
- （三）隐瞒或遮掩将合法用途的资金秘密转移给恐怖主义组织。

金融行动工作组、世界银行和货币基金组织实施了一套评估是否符合反洗钱和打击为恐怖主义提供资助的标准的方法，作为基本标准，还包括特别建议八的三个小段。该方法提供了可根据《金融行动工作组关于建议八的最佳做法文件》提出的措施。这些措施强调管理方面的保障措施而不是惩罚性压制，包括对非营利性部门的风险监督、保存记录和报告要求，以提高非营利性组织的透明度以及在下述方面的能力：核实资金支出符合宣传、资金和活动管理的证明文件（如果只以保管人的名义拥有组织资金，那么就有这个问题）、与其他相关机构和管理者协调监督工作以及指导金融部门与非营利性部门打交道和报告可疑交易。（www.fatf-gafi.org，然后点击 Methodology）。

87. 在第 1526 (2004) 号决议中，安全理事会呼吁各国切断资金向“基地”组织、奥萨马·本·拉丹和塔利班流动，“酌情考虑到制止资助恐怖主义的国际准则和标准，包括为防止滥用非营利组织和非正式/替代汇款系统而制定的准则和标准”。在第 1617 (2005) 号决议中，安理会：

强烈敦促所有会员国采用金融行动工作组（FATF）关于洗钱问题的 40 项建议和金融行动工作组关于资助恐怖主义问题的 9 项特别建议中提出的全面的国际标准。

在第 1624 (2005) 号决议中，安理会还呼吁各国“……防止恐怖分子及其支持者颠覆教育、文化和宗教机构”。

B.3. 国际合作机制

a. 国际合作的法律基础

88. 一项成功的全球反恐战略，其基础是批准和执行现有的世界文书，使各国之间可以开展调查、取证和引渡方面的合作。虽然这些文书的定罪条款针对具体罪名，并且主要是反应式的，但它们对于打击恐怖主义的法律合作是惟一共同的全球语言。任何补充措施必须依据这一基本框架，因为目前没有

其他更为有效的基础。还必须承认的是，只以世界反恐协定为依据的一个全面的互助和引渡网络在可预见的将来是完全不现实的。世界文书不适用于处于策划阶段的犯罪组织或恐怖主义共谋，虽然《提供资助公约》的确涉及一种重要的预备形式。一些国家不允许依据世界文书的国际合作条款，要求有这方面的双边条约。联合国 191 个成员国都与其他 190 个国家签订涉及所有国际合作形式的全面的双边条约，这实际上是不可能的。区域公约覆盖互动频繁的毗邻国家，但超出区域或集团的范围就没有任何作用。对于许多这类限制来说，一个解决办法是国家立法，允许在没有条约的情况下提供引渡和收集证据方面的协助，同时遵守国家法律中规定的禁止歧视和其他保障措施。不过，不论是基于国际协定还是国内法，国际合作目前遇到许多障碍，有主动的创新意愿就能够战胜这些障碍。

b. 双重定罪

89. 当一个国家把某种行为定为刑事犯罪，而在被请求给予国际合作的国家该行为并非犯罪时，曾提到的双重定罪原则适用。传统上，一个被请求的国家不会帮助另一主权国家调查、起诉或惩处它认为根据本国法律危害性不足以构成犯罪的一类行为。该原则有时被认为是规定各国应将其反恐怖主义罪行的定义限制在世界反恐文书所明确的那些要素上。这一方法可避免基于双重定罪问题拒绝合作的情况。不过，对于惩处联合国反恐公约和议定书中未界定的恐怖主义筹备罪行，这不是一个决定性的论据。虽然恐怖主义越来越具国际性，但国内法可以允许提出许多具有重要意义的起诉，无需取决于双重定罪的正式的国际合作。包含国际文书中定义的犯罪的和定义更广泛的国内刑事责任定义，不妨碍满足一个定义较窄的国家提出的合作请求。当请求给予的合作涉及在提出请求的国家构成犯罪但在被请求给予合作的国家不构成犯罪的行为时，这些定义只是造成了双重定罪的问题。因此，虽然有必要至少把世界公约和议定书中定义为犯罪的行为定为犯罪，但从逻辑上讲，并不是如果国内法还禁止世界文书中未定义的行为，国际合作就会减少。

90. 当为处理形式相似的反社会行为而颁布的刑法对事实的要求略有不同时，就涉及到双重定罪问题，比如，有可能两个人会因共谋罪受到惩处，但构成犯罪组织或参与一个有组织犯罪集团可能则需要三个参与者。各国越来越多地制定主动的替代措施来摒弃以往对国际合作所给予的限制，这些措施强调酌情处理而不是刻板行事。近年来，有可比较的刑事司法价值体系的国家对双重定罪要求有越来越多的限制。欧洲联盟理事会的框架决定确定的欧

洲逮捕令，就是一个例证。⁴¹ 该决定第 2 条提供了一个罪名清单，如果在发出逮捕令的成员國中，这些罪行最多可判处至少三年的羈押或拘留，那么就应交出犯罪人，无需核实该行为是否经双重定罪。

91. 即使在双重定罪原则未被取消的情况下，主动的规定和解释的限制效力也在不断减弱。以前的解释要求同样的犯罪类别和要件，这种解释正在被《联合国反腐败公约》中采取的方式所取代，该公约第四十三条第 2 款规定：

在国际合作事项中，凡将双重犯罪视为一项条件的，如果协助请求中所指的犯罪行为在两个缔约国的法律中均为犯罪，则应当视为这项条件已经得到满足，而不论被请求缔约国和请求缔约国的法律是否将这种犯罪列入相同的犯罪类别或者是否使用相同的术语规定这种犯罪的名称。

92. 共谋法只存在于普通法体系中，而犯罪组织法代表的是大陆法对待团伙犯罪的独有方式，由于这一陈规定型观念，将没有双重定罪，这一假设是错误的。德国（《刑法》第 30 节，二）、西班牙（《刑法》第 17 条和第 516 条）和法国（《刑法》第 323-4 条）这类典型的大陆体系都有共谋法，智利也一样（《刑法》第 8 条）。《美国敲诈腐败组织法案》的目的是在联邦一级打击有组织犯罪，也适用于以营利为目的的恐怖主义活动，该法律以及《持续的犯罪企业》毒品法所确定的犯罪行为，更接近于犯罪组织而不是普通法意义上的共谋，它们也表明刑事司法方式日益趋同。⁴²

c. 减少国家间合作的其他手续

93. 传统的手续正在省却，因为国家当局越来越多地在行动方面直接相互作用。欧洲逮捕令不仅消除了大多数犯罪所涉双重犯罪问题，而且还规定直接将嫌疑人从一个国家引渡到另一个国家，无需传统的引渡手续：

如果已知被要求引渡的人的位置，签发欧洲逮捕令的司法机关可以将逮捕令直接转交给执行逮捕令的司法机关（第 9-1 条）。

涉及执行欧洲逮捕令的必要文件的转交或证明的所有困难，应通过有关司法机关之间的直接接触予以解决，或者，酌情由成员国的中央机关参与解决（第 10-5 条）。

⁴¹ 第 2002/584/JHA 号决定，2002 年 7 月 18 日 OJ L 190。

⁴² 美国《法典》第 18 章第 1962 条和第 21 章第 848 条。

94. 在某些普通法法域，仍然还有为证明引渡的证据基础而进行的小审判，但即使是涉及宪法规定的障碍，也可以以不坚持严格互惠的、主动的、非对称的方式来处理。《英美引渡条约》仍要求通过显示有可能的原因来支持英国的请求，以满足美国对其宪法标准的解释，但允许英国法院在不出示证据的情况下执行美国的请求，欧洲逮捕令就属于这种情况。

《英美引渡条约》第 8-3 条规定：

除了本条第 2 款的要求外，请求引渡一个受到起诉的人，应提供下述证明：

- (a) 法官或其他主管当局签发的逮捕证或逮捕令副本；
- (b) 指控文件副本，如果有的话；以及
- (c) 就对美国提出的请求而言，提供了合理根据的信息，让人有理由相信被通缉的人犯下为之提出引渡的罪行。

d. 财政金融罪和政治罪例外

95. 到 2006 年 1 月，有 149 个国家通过了《向恐怖主义提供资助公约》，《公约》第 13 条规定：

为引渡或司法互助的目的，不得视第 2 条所述任何罪行为财务金融罪。缔约国不得只以事关财务金融罪为理由而拒绝引渡或司法互助的请求。

96. 第 1373 号决议的措辞更加关注政治罪例外，该决议号召各国确保。

……不承认以出于政治动机的主张为理由而拒绝引渡被指控的恐怖分子的请求。

截止到 2006 年 1 月已有 145 个缔约国的《恐怖主义爆炸公约》以及《提供资助公约》，用几乎相同的语言消除了反恐合作中的这一障碍：

为引渡或司法互助的目的，不得视第 2 条所述任何罪行为政治犯罪、同政治犯罪有关的罪行或出于政治动机的犯罪。因此，对于就此种罪行提出的引渡或司法互助请求，不得只以其涉及政治犯罪、同政治犯罪有关的罪行或出于政治动机的罪行为理由而加以拒绝。

97. 对区域性反恐公约和双边协定的审查显示出取消政治罪例外条款的这一趋势。宣称这些协定中提到的恐怖主义罪行不是政治罪，这样的条款见于阿拉伯联盟、非洲统一组织、美洲国家组织、伊斯兰会议组织、南亚区域合作联盟等组织的反恐公约、海湾阿拉伯国家合作委员会的公约以及《欧洲制止

恐怖主义公约》，虽然最后一个协定通过对条约的保留明确允许例外条款继续存在。《独联体成员国间合作对抗恐怖主义条约》第 4-1 条规定：

在合作打击恐怖主义行为，包括在引渡实施恐怖主义行为的人方面，缔约国不应将有关行为看作不同于犯罪的其他行为。

98. 越来越多的双边协定明确指出某些暴力犯罪不被视为是政治罪。《英美引渡条约》把一些犯罪类型排除在政治罪的定义外，包括以下犯罪，这些犯罪是典型的恐怖主义行为：

第 4-2 条 (c) 谋杀、杀人、恶意伤害或造成严重的身体伤害；

(d) 涉及绑架、诱拐或任何形式的非法羁押，包括劫持人质的罪行；

(e) 安置或使用，或威胁安置或使用能够危及生命、造成严重身体伤害或造成重大财产损失的爆炸物、燃烧弹或火器；

(f) 拥有能够危及生命、造成严重身体伤害或造成重大财产损失的爆炸物、燃烧弹或摧毁性装置。

e. 人权的积极发展

99. 促进在最近的反恐文书中取消政治罪例外的国际意愿的一个可能的因素是逐渐发展不太模糊但同样有效的保护措施。1963 年《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》对其范围做了一个例外规定，适用于政治性质的刑法或基于种族或宗教歧视的刑法。该提法没有写入以后的公约。在第一个确立刑事犯罪的世界公约，即 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》中，列出的针对嫌疑人的唯一的保护措施是羁押国有义务帮助被羁押者立即与其国籍国的一名代表联系。通过比较可以看出，这些保护措施逐渐有了变化，1999 年《提供资助公约》保障被羁押者拥有下述权利和保护：

第 9 条 (a) 不受延误地就近与其国籍国或有权保护其权利的国家的适当代表联系……

(b) 由该国代表探视；

(c) 获告知其根据本款(a)和(b)项享有的权利。

第 15 条 如果被请求的缔约国有实质理由认为，请求……的目的，是基于某人的种族、宗教、国籍、族裔或政治观点对该人进行起诉或惩罚，或认为接受这一请求将使该人的情况因任何上述理由受到损害，则本公约的任何条款不应被解释为规定该国有引渡或提供司法协助的义务。

第 17 条 应保证根据本公约被羁押、对其采取任何其他措施或提起诉讼的任何人，获得公平待遇，包括享有符合该人所在国法律和包括国际人权法在内的国际法适用法规规定的一切权利与保障。

100. 不遵守世界文书中所载的保护措施和主要人权标准的国家面临一种可能性，即其他国家将把这些差异解释为酷刑、逼供或违反其他法制原则行为，可能不接受引渡请求或不提供调查或取证方面的帮助。拒绝或不作为可以明确基于《公民权利和政治权利国际公约》第七条或第十四条第 3 款 (g) 项，基于《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》第三条；或者基于世界反恐公约和双边协定或区域协定中规定的公平对待和不歧视的保障。不合作也可以通过延迟、规避、高技术壁垒以及其他手段表现出来。不论可以使用什么外交策略，如果对求助国国内法制环境缺乏信心，其最终结果很可能是不予合作。

f. 难民和庇护问题

101. 安全理事会第 1373 号决议第 3 段第 9 小段 (f) 和 (g) 项呼吁会员国：

(f) 在给予难民地位前，依照本国法律和国际法的有关规定、包括国际人权标准采取适当措施，以确保寻求庇护者未曾计划、协助或参与犯下恐怖主义行为；

(g) 依照国际法，确保难民地位不被犯下、组织或协助恐怖主义行为者滥用；

102. 国际人权和难民法律标准可以源于许多文书，包括《关于难民地位的公约》及其 1967 年《议定书》。

第 31 条 非法留在避难国的难民

1. 缔约各国对于直接来自生命或自由受到第一条所指威胁的领土未经许可而进入或逗留于该国领土的难民，不得因该难民的非法入境或逗留而加以刑罚，但以该难民毫不迟延地自行投向当局说明其非法入境或逗留的正当原因为限。

第 32 条 驱逐出境

1. 缔约各国除因国家安全或公共秩序理由外，不得将合法在其领土内的难民驱逐出境。
2. 驱逐难民出境只能以按照合法程序做出的判决为根据。除因国家安全的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。

103. 《公民权利和政治权利国际公约》第十三条规定了适用于合法入境者的程序保障。

合法处在本公约缔约国领土内的外侨，只有按照依法做出的决定才可以被驱逐出境，并且，除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予提出反对驱逐出境的理由和使他的案件得到合格当局或合格当局特别指定的一人或数人的复审，并为此目的而请人作代表。（着重号是添加的）。

104. 驱逐要符合适用的人权公约规定的其他义务。《酷刑公约》第三条规定：

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（“推回”）或引渡至该国。《关于难民地位的公约》及其 1966 年《议定书》的保护不限于酷刑，包括对生命和自由的歧视性威胁。
2. 任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（“推回”）至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界。
3. 但如有正当理由认为难民足以危害所在国的安全，或者难民已被确定判决认为犯过特别严重罪行从而构成对该国社会的危险，则该难民不得要求本条规定的利益。

105. 联合国秘书长在 2005 年 9 月 22 日向大会提出了一个关于“在打击恐怖主义的同时保护人权和基本自由”问题的报告，编号为 A/60/374。该报告叙述了联合国人权事务高级专员办事处于 2005 年 6 月在日内瓦举行的一个专家研讨会。在题为“在反恐斗争中遵守不驱回原则和防止酷刑”的一节中，专家们表示相信有必要制定“……一项正式的、具有约束力的国际文书，保证在有可能遭受酷刑或者虐待的情况下进行跨界人员移交”。该报告还表达了“（有嫌疑的恐怖分子不受酷刑的）外交保障不充分，在确定是否遣返难民时不应作为重要考虑因素”的观点。同时，对于如何评价酷刑或虐待风

险，一些国家强调了一种不同的观点。欧洲人权法院在 2005 年 10 月 20 日的一份新闻稿中宣布，在申请号为 25424/05 的 Ramzy 诉荷兰 的案件中，立陶宛、葡萄牙、斯洛伐克和联合王国等国政府出面干预，表示支持荷兰。这些干预者反对宣称的规则，即在审讯驱逐案中惟一要考虑的问题是一个人的否面临酷刑或虐待的危险。他们极力主张，关于很可能就参与恐怖主义行为的危险，应当结合有可能轻度、暂时地违反《欧洲人权公约》所规定的有辱人格的最低标准的问题来考虑。

g. 拒绝给予安全庇护

106. 尊重主权以及承认各国有责任控制其境内的公共安全，是及其重要的价值观。遗憾的是，由于刑事司法系统以地域来划分，这使恐怖分子和其他罪犯得以在其他地方造成伤害时，可在另一国家找到安全庇护所，同时。《独联体成员国间合作打击恐怖主义条约》提出了消除这一危险的主动的措施，该条约第 12-1 条规定：

缔约方可以应有关缔约方的请求或征得有关缔约方的同意，派遣其主管机关的代表，包括专门的反恐单位的代表，按照本条约规定提供程序、咨询或实践方面的援助。

匈牙利 2002 年《关于执法机构的国际合作问题第五十四号法案》，是一部就有效整合各刑事司法联合工作队制定详细安排的法律。该法律允许国际刑事侦察小组在匈牙利活动，并且允许该小组中的外国成员在必要时可在匈牙利当局的监督下携带和使用武器。

107. 第 1373 号决议第 2 (d) 段要求各国：

防止资助、计划、协助或犯下恐怖主义行为的人为敌对其他国家或其公民的目的利用本国领土。

第 61 段提到了一部坦桑尼亚法律，该法通过惩治为恐怖主义行为招募人员来达到这一目的，而不论该行为将在哪里发生。如果所有国家都将执行第 1373 号决议第 2 (d) 段，确立司法能力，而不论最终的攻击发生在何处，也不论攻击是未遂的还是既遂的，那么镇压恐怖主义活动的能力方面的大量缺口就会减少。

108. 安全理事会第 1373 号决议在其执行部分第 2 段还明确要求会员国：

(d) 对于资助、计划、支持或犯下恐怖主义行为或提供安全庇护所的人拒绝给予安全庇护；

拒绝给予安全庇护可以通过实体刑法定义来实现，该定义将国内的筹备行为定为犯罪而不论预期的暴力行为发生在何处或是否发生。更广泛的一种方式是将恐怖主义行为定为犯罪，而不论实施地点在哪里，使这样的行为受到起诉，而不必在地域上与提出指控的法域有联系，被告也不必处于提出指控的法域范围内。各国关于对反人类罪、种族屠杀罪和战争罪的普遍管辖权的主张不得而知，但往往都不涉及到世界反恐公约和议定书中确定的罪行。

109. 除了防止在一国领土上筹备针对他国的恐怖主义行为的主动性义务之外，拒绝给予安全庇护还包括用拉丁语“*aut dedere aut judicare*”表示的程序上的义务。该原则指的是一个接到引渡请求的国家要么必须交出逃亡者，要么则在它自己的法院起诉所谓的罪行。该机制在所有的世界反恐公约和议定书中都有规定。《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第 8 条第 1 款包含有最近通过的公约使用的典型措辞：

在第 6 条（《公约》的管辖权条款）适用的情况下，被指控的罪犯所在领土的缔约国如不将罪犯引渡，则无论罪行是否在其领土内实施，应有义务毫不做无理拖延，即将案件送交其主管当局，以便通过其国内法律规定的程序进行起诉。主管当局应以处理本国法律中其他严重犯罪案件相同的方式做出决定。

110. 一些国家的引渡政策限制了“*aut dedere*”引渡选择，这些政策只以双边条约义务为依据，不依据反恐公约和议定书中提供的选择，把普遍同意看作是引渡的依据。⁴³ 还有一些国家允许依据世界公约和议定书中的引渡条款进行引渡。这一做法可有两种途径，一种是依据国际文书通过后其规定则自动纳入国内法规定的原理，一种是明确实施法律。在允许根据特别协定、根据互惠原则或者根据引渡将有利于国家利益的判断进行引渡的法律中，规定有允许引渡的更为灵活的方式。日本只有两个生效的引渡条约。所有其他引渡事项都根据 1953 年第 68 号引渡法按照互惠原则处理。

111. 判断一个外国逃亡者的“*aut judicare*”选择，要求国内法院有审判在其他地方实施的行为的权限。传统上讲，对一国的国民的这种权力是得到承认的，宪法或法律条款通常保护国民不被引渡。不过，令人关切的一个问题是，一些国家只对国民适用这一义务。如果一个国家要拒绝引渡，并且国家法律不允许在国内起诉一个有令人信服的证据证明其有罪的非国民，那么它就可能无意中为一个逃亡的恐怖分子提供了安全庇护，从而违背了第 1373 号决议的要求。反恐怖主义公约和议定书的通过解决了这类可能出现的问题，这些公约和议定书确立了不引渡即审判的义务。在一些法律体系中，包含 *aut dedere aut judicare*（不引渡即审判）义务的协定一旦通过，即可自动

⁴³ 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 2 款，1970 年。

赋予国家法院必要的权限。其他体系要求通过立法，立法可以规定“*aut judicare*”权的行使要求引渡对象在场，或拒绝引渡，或综合考虑一些条件。如前面所提到的，在 191 个联合国会员国之间制定全面引渡合作协定几乎是根本不可能的，因此国家立法规定审判不被引渡的人的“*judicare*”权，也许非常有用。马耳他《刑法》第 5 条规定可以起诉下述人员的犯罪行为：

(e) 在马耳他境内的任何人，该人-

(二) 所实施的行为如果在马耳他实施的话将构成犯罪的行为，并且此种行为涉及使用危及人身安全的炸弹、手榴弹、火箭、自动火器、书信炸弹或者包裹炸弹，虽然本段中提到的罪行是在马耳他境外实施的；

* * *

(h) 有以下情况的任何人，即在接到一个国家关于从马耳他引渡该人的请求后，司法部长因为该人是马耳他公民或者该人因为犯了在提出引渡请求的国家要判处死刑的罪行而被请求予以遣返而没有发出或做出关于该人的起诉授权或遣返令，即使根据马耳他的法律除了本条款外没有条款可以据以在马耳他起诉该人的犯罪行为。

结论

112. 一项预防性刑事司法战略远比在悲剧发生后起诉活着的攻击者更有可能切实执行《公民权利和政治权利国际公约》，保护生命权不受任意剥夺，促进遵守法治。一项有效的反恐战略是将法制标准和人权义务相结合，它能够让所有人明白，它所代表的伦理价值观优于攻击平民的恐怖分子的伦理价值观。政策制定者和实践者必须领会并向民间社会传达一个重要的信息——反恐斗争不是一个零和游戏。应避免这样一个错误的认识：有效的反恐预防战略和战略的强制执行必然会削弱法制给予人权的保护。一项预防性的、甚至是主动的反恐战略，能够以充分尊重人权为基础，同时也能够促进会员国的法制和保护能力。



联合国
毒品和犯罪问题办事处

Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org