

# 人权诉讼与“反恐战争”

海伦·达菲<sup>\*</sup>著/霍政欣<sup>\*\*</sup>译

## 摘要

“反恐战争”已经导致了对人权的严重侵犯，作为回应，人权诉讼的数量也呈增长之势。本文对近些年来出现的与下列问题有关的诉讼进行了概要论述，如任意拘留、酷刑与虐待、非常规引渡、人权规范的域外适用以及“恐怖主义”标签的范围逐渐扩展等。

这些案件就像一面棱镜，折射出反恐战争影响到人权的主要特点，同时促使我们开始提出关于法院的作用以及人权诉讼在此领域的影响问题。

2008年6月12日，美国最高法院判定，被美国拘留在关塔那摩湾的人员拥有获得人身保护令的宪法权利。所有被拘留者，不论其国籍、是否被认定为“敌方战斗员”或身处国外，均被确认有权获得这项基本权利，这是法治取得的一次令人欢腾的胜利。不过，在正常情况下只需数小时或数周就应获得的司法保障，却用了6年才作出被拘留者有权获

---

\* 海伦·达菲是国际人权法律保护中心(INTERIGHTS)诉讼部主任。本文的较早版本是2007年10月11日伦敦经济学院法学院年度公开讲座的演讲稿。西尔维亚·博雷利(Silvia Borelli)对研究工作给予了协助，史蒂文·瓦特(Steven Watt)、戴维·吉尔(David Geer)与法夫里西奥·关里格利亚(Fabricio Guariglia)对那次演讲的准备工作提出了诸多有益的建议，作者在此深表谢意。

\*\* 中国政法大学国际法学院教师，韩国首尔国立大学法学院访问学者(2009~2010)，法学博士。

此保护的判决,这样的事实多少冲淡了胜利的气氛。

不论是将“布麦迪埃案”(Boumediene)的判决视为正义的历史性胜利,还是将之看作正义遭遇惨痛失败的标志,它均意味深远。它生动表明,假借安全以及司法回应的性质之名,行政部门能对人权进行多么严重的侵犯:一开始毕恭毕敬而且可能畏畏缩缩,逐渐变成一个更加强大的角色,以此作为最后的解决手段。

这一判决仅仅是迅速增加的众多诉讼的一个部分,而其每一个部分均有自己的明确含意。案件各有不同,其目标——例如,获取信息、质疑拘留的合法性、确保不法行为者承担责任并予以赔偿——与其过程及结果,均存在重大差异。本文将对迄今为止在国家、地区以及国际层面上进行的人权诉讼这一实践的一部分展开必要的论述。<sup>[1]</sup>

对当前的诉讼实践进行研究可以达到以下目的:

第一,能够洞察在所谓的“全球反恐战争”中出现的主要人权问题。通过案件审视问题会不可避免地造成视角受限:一个案件涉及特定的人与特定的事实,并在特定法院的管辖权内,针对特定的法律问题加以确定。在受到影响的人中选择诉诸法院的,其数量只占很小一部分。不过,把过去几年与国际恐怖主义有关的诉讼实践放在一起,就可以形成一面棱镜。我认为,通过它形象地折射出全球反恐战争的主要特点、目标及做法。

第二,对诉讼实践进行简要考察可以为评判此类诉讼本身的影响与局限以及在应对反恐战争引发的人权挑战中法院发挥的作用提供一个比较意义上的框架。现在就做出任何这样的评判还为时过早。诉讼的整个过程耗时漫长,尤其是鉴于提起该领域的诉讼首先需要应对诸多挑

---

[1] 本文重点选择在国内或地区及国际人权机构起诉国家违反人权的案件。在本文论述的许多案件中,国际人权法律保护中心(INTERIGHTS)是作为代表或第三方或“法庭之友”参与诉讼的。需要注意的是,服务于人权目的的案件可以采取其他多种形式,包括对公司提起的民事诉讼、对情报机构员工提起的刑事诉讼,或以普遍管辖权为基础对高级政府官员提起的刑事诉讼。已经出现了与全球反恐战争有关的此类案件,不过,它们不在本文探讨的范围之内。

战(下文将探讨其中的一些挑战),只有数量相对很少的案件能走完全部过程。当然,对诉讼的影响进行任何评判都必须有长远的眼光,对其进行任何有意义的考察都可能还要再等上 10 年。不过,近期的发展程度表明,现在至少是开始探究迄今的实践并提出关于法院在此语境下所起的作用这个问题的时候了。

因此,我将首先审视“9·11”事件后的案件,探讨五组问题(我认为,这五组问题可以说明“反恐战争”影响到人权的主要特征)。这些问题:任意拘留、人权规范的域外适用、酷刑与虐待、非常规引渡以及“恐怖分子”标签与牵连定罪概念的扩张等。在结论部分,我将再次回到法院的作用以及人权诉讼的影响这个问题上来。

### 问题一:任意拘留

#### 关塔那摩

关塔那摩的做法很可能引发了名声最为狼藉的问题,而且肯定招致数量最多的诉讼。美国在关塔那摩湾拘留了数百名外籍敌人,与此相关的事实在此不再赘述。

在关塔那摩的拘留已经在美国法院(以及超出美国范围的法院)引发了连续不断的诉讼,<sup>[2]</sup>这些诉讼主要关注两个问题:获得人身保护令的权利以及由军事审判委员会审理的合法性。有必要概述过去几年来这些案件的发展以及在司法与政治部门之间打起的如法律乒乓球般的奇特游戏,发展到最后就是上文提到的 2008 年的“布麦迪埃案”的判决。

---

[2] 关于美国依据《美洲人的权利和义务宣言》承担的责任,见:美洲国家间人权委员会,《关塔那摩的预防措施》,2002 年 3 月 13 日。另外一类诉讼涉及其他国家在移送或不支持在关塔那摩拘留其国民中起到的作用。例如,见:欧洲人权法院, *Boumediene and others v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06, 2131/07 and 2141/07, 欧洲人权法院在 2008 年 11 月 18 日裁定该案件不具有可受理性;或者,英格兰和威尔士上诉法院, *R ( Abbasi ) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] EWCA Civ 1598.

第一回合：通过在美国法院进行诉讼，2004 年的一系列案件对拒绝被拘留者诉诸法院提出了质疑，被拘留者被拒绝向法院就将有关个人被确定为“敌方战斗员”以及对其进行拘留的合法性提出质疑。<sup>[3]</sup>这导致 2004 年作出两项判决。

在“哈姆迪诉拉姆斯菲尔德案”(*Hamdi v. Rumsfeld*)中，<sup>[4]</sup>最高法院认为，美国公民拥有某些宪法权利，包括拥有“一个在一名中立的决策者面前对拘留的事实基础进行辩论的重要机会。”桑德拉·戴·奥康纳(Sandra Day O’Connor)法官曾代表最高法院发出著名的警告：“我们早已明确，当涉及国家的公民权利时，战争状态不是给总统的一张空白支票。”<sup>[5]</sup>2004 年的这个判例被视为代表行政问责性的重要标志，尽管只能限于被拘留者为美国公民的情况。

关于大量被拘留在美国境外的非美国公民是否有权获得人身保护令的问题，在“拉苏尔及其他诉布什案”(*Rasul & Ors v. Bush*)中，<sup>[6]</sup>最高法院采用了一个更加谨慎的方法，没有将这个问题当作一个宪法问题来处理。不过，通过援引赋予法院管辖权的成文法，最高法院认定，没有什么可以阻止法院对这些案件行使管辖权。

政府对这些判决的回应众所周知。就美国公民而言，一个人已经被释放，另一个则被移交至普通法院受审。<sup>[7]</sup>至于数以百计的被拘留在关塔那摩的非美国公民，回应就有很大不同了。行政部门引入“战斗员身

[3] 三组案件中有两组涉及美国公民被拘留在美国境内或境外，第三组涉及(影响到大多数被拘留者)被拘留在美国国土之外的非美国公民。这些案件中的第一个——“帕迪拉诉拉姆斯菲尔德案”(*Padilla v. Rumsfeld*)，352 F. 3d 695 (2d Cir. 2003)——重要性较小，它涉及一个被控犯共谋罪的美国公民，他最终被移送到美国境内的普通刑事法院接受审判，并被一个联邦法院判决有罪。

[4] 美国最高法院，Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi as next friend of Yaser Esam Hamdi, Petitioners v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al., 542 US 507 (2004)，2004 年 6 月 28 日判决。

[5] Ibid. , p.536.

[6] 美国最高法院，*Shafiq Rasul, et al. , Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al. ; Fawzi Khalid Abdullah Fahad al Odah, et al. , Petitioners v. United States, et al.* , 542 US 466, 2004 年 6 月 28 日判决。

[7] 见：“帕迪拉案与哈姆迪案”的注释，above note 3 and 4。

份审查法庭与行政审查委员会”(Combatant Status Review Tribunals and Administrative Review Boards),明显试图以此替代人身保护令,尽管这是非司法机制,缺乏与人身保护令相关的基本程序上的权利。<sup>[8]</sup>这为国会随后制定2005年《被拘留者待遇法案》(DTA)提供了借口。除了规定某些关于被拘留者待遇的积极条款外,该法案明确规定关塔那摩的被拘留者无权获得人身保护令,以此对判决作出了回应。

第二回合:这导致以“哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案”(*Hamdan v. Rumsfeld*)的形式在最高法院进行第二回合的较量。<sup>[9]</sup>美国政府主张,DTA已经剥夺了哈姆丹获得人身保护令的权利。在2006年6月的判决中,最高法院再次没有从获得人身保护令是不是宪法权利、旨在剥夺人身保护令的DTA是否违宪这一角度来处理问题。

相反,法院认定,《被拘留者待遇法案》不适用于“哈姆丹案”,因为在制定该法案时,“哈姆丹案”已经在审理过程中。

在裁定自己拥有管辖权后,最高法院认定,《日内瓦公约》共同第3条的基本正当程序保障已经通过《统一军事司法典》(UCMJ)被并入美国法律,<sup>[10]</sup>适用于所有被拘留者。法院认定,军事审判委员会是非法的,因为它们违反了这些基本条款,这是一项重要、积极的裁定。值得注意的是,尽管“哈姆丹案”没有使用“个人权利”这样的术语,但是,作为分权问题,该案处理了“总统的行为方式”是否“已经逾越国会的限制的问题”。

不过,最高法院已经认定,行政部门的行为违反了国际法与国内法。美国政府再一次陷入如何回应这一司法侮慢的窘境。通过2006年《军事审判委员会法案》(Military Commission Act),国会以两种方式做出回

[8] 在“战斗员身份审查裁判庭”中,被拘留者无法获取对其不利的证据,关于该裁判庭的运作,见:Mark Denbeaux et al., *No-Hearing Hearings: CSRT: The Modern Habeas Corpus?*, 可访问:[http://law.shu.edu/news/final\\_no\\_hearing\\_hearings\\_report.pdf](http://law.shu.edu/news/final_no_hearing_hearings_report.pdf)(最后访问时间2008年10月15日)。

[9] 美国最高法院,Salim Ahmed Hamdan, *Petitioner v. Donald H. Rumsfeld & Others*, 548 US 557 (2006).

[10] Uniform Code of Military Justice, UCMJ, 64 Stat. 109, 10 USC ch. 47.

应：第一，它确定，相关的国际法——《日内瓦公约》——不能再作为人身保护令或针对美国人员的其他民事司法程序的权利渊源。第二，它规定，法院无权听审被确定为敌方战斗员或正在等待此种身份确定的任何人提出的要求获得人身保护令的申请，从而将 DTA 中的管辖权剥夺条款的适用范围从关塔那摩扩展到在任何地点的拘留。<sup>[11]</sup>

这样的回应没有力图通过使政策遵从法律来处理问题，相反，法律被确定为问题，法律的国际法渊源及其司法监督也被取消了。

尽管最高法院做出了几项判决，但直到 2008 年 6 月，关于宪法上的正当程序以及人身保护令是否适用于被拘留在美国境外的非美国公民的问题仍然没有得到回答。<sup>[12]</sup>由于不可能再回避宪法问题，“布麦迪埃诉布什案”<sup>[13]</sup>终于以肯定的方式解决了这一问题。美国联邦最高法院裁定，依据美国宪法，被美国拘留在关塔那摩湾的“敌方战斗员”有权在普通法院就对其进行的拘留提出质疑。最高法院还裁定，2005 年《被拘留者待遇法案》规定的对被拘留者身份的审查程序不能充分、有效地替代人身保护令。因此，它宣布 2006 年《军事审判委员会法案》第 7 条剥夺所有被拘留的外国“敌方战斗员”获得人身保护令的规定是违宪的。

这一裁决的重要性不容低估。最高法院最终将人身保护令的问题作为基本权利加以处理。它拒绝以国籍或地理位置为基础，对确定权利

[11] 《军事审判委员会法案》(MCA) 第 7 条第 1 款第 5 项：

任何法院与法官均无权听审或考虑由以下人员或其代表提出的要求获得人身保护令的申请：由美国拘留且已经被美国确定为敌方战斗员而受到适当拘留的外国人，或正在等待此种身份确认的外国人。

除 2005 年《被拘留者待遇法案》(10 USC 801 note) 第 1005 条第 5 款第 2 项与第 3 项的规定之外，任何法院与法官均无权听审或考虑由以下人员或其代表提出的以美国或其代理人为被告的、涉及拘留、移送、待遇、审判或关押条件的诉讼：由美国拘留且已经被美国确定为敌方战斗员而受到适当拘留的外国人，或正在等待此种身份确认的外国人。

[12] 下级法院几乎没有对问题做出任何澄清。在以下这两个判例中——“艾尔·奥达哈案”(Al Odah)与“布麦迪埃案”——地区法院得到完全不同的结果，2007 年 2 月 20 日，华盛顿特区巡回上诉法院以 2:1 的表决结果判决关塔那摩的被拘留者没有在联邦法院提出审查其拘留的人身保护令的宪法权利。

[13] 美国最高法院，*Lakhdar Boumediene, et al. , Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al. , 553 US.*

与义务做人为的区分。

这表明司法机关有意愿行使和履行民主体制授予的职权,加强从法律和宪法角度对行政行为的制约。行政部门对这些判决如何回应,也是国家法治与分权的健康状况的重要衡量标准。<sup>[14]</sup>这同时决定着裁决对仍被关押在关塔那摩湾的约 270 名被拘留者的实际意义。

与此同时,判决本身是以非常接近的 5:4 的表决结果作出的,其中还存在一些刺耳的反对意见,这生动表明,某些法官对涉足他们认为应交由行政机构决定的安全问题甚感厌恶。<sup>[15]</sup>

当然,作出这一判决所花费的时间是最令人关注的。诉讼是一项耗时漫长的工作,鉴于法律的正当程序与对司法职能的尊重,应当允许诉讼走完其全部的过程。

毫无疑问,在这场司法马拉松的每个阶段都会取得某些收获(关于此点,我在后文探讨影响问题时再行论述)。不过,我们不得不提出这样一个问题:由于司法程序在较早阶段就拒绝处理这个宪法问题,因此这是否可以说是一种不当的宪法回避以及司法对行政以及国会决策地位的过于尊崇呢?令人遗憾的是,政治机构并没有投桃报李,也没有对政策需符合法律的司法建议作出回应。<sup>[16]</sup>这是对政治机构将作如何回应的一种误判,还是对宪法回避司法学说的一种严格做法,尚需讨论。不过,花费 6 年时间才得到一项有权获得人身保护令的判决,这是一个反常的结果。从理论上说,逮捕与拘留后数小时或数日之内就应获得法院的保障。所以,我们必须质问,这在多大程度上构成对这类紧急救济的

[14] 尽管布什总统对判决的立即回应是模棱两可的,美国现任总统巴拉克·奥巴马 (Barak Obama) 在就职后旋即表明,将关闭关塔那摩的设施。‘Obama plans executive order to close Guantanamo Bay’ CNN on-line, 22 January 2009, <http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/01/21/guantanamo.hearings/index.html>.

[15] 某些反对意见的语调与内容形象地表明了这一点,其中,最引人注目的是斯卡利亚 (Scalia) 法官的主张。他认为,多数判决会产生“灾难性后果”,将无疑导致更多的美国人被害。“布麦迪埃案”,前注[13],斯卡利亚的反对意见,第 2 页。

[16] 例如前注,国会通过剥夺法院的管辖权以及“非方便”的法律渊源,而非通过尊重司法判决以及使政策符合法律来回应“哈姆丹案”的判决。

司法回应呢？

在对“布麦迪埃案”作出判决的同一天，美国最高法院还宣判了“穆纳夫诉杰伦案”(*Munaf v. Geren*)。<sup>[17]</sup>在后面这个案件的判决书中，它确认，被拘留在伊拉克的人也有权获得人身保护令。它认定，在伊拉克的背景下伊拉克的法院才拥有管辖权，故以此为基础否定了美国法院的管辖权。不过，这个案件的重大意义在于，它强化了获得人身保护令的权利适用于被美国拘留在美国管辖范围外的人员的原则。在以国外拘留为形式的关塔那摩“替代解决方法”越来越受到倚重的背景下，这一点可能变得至关重要。

### “贝尔马什案”

2004 年，类似的案件开始进入英国法院，其结果就是上议院审理的著名的“A 及其他人克减案”（“贝尔马什判决”）。<sup>[18]</sup>该案涉及的是非英国公民，他们因涉嫌参与国际恐怖主义，依据 2001 年《反恐怖主义、犯罪与安全法案》被拘留在贝尔马什的监狱。<sup>[19]</sup>为了允许采取这样的措施，英国克减了其依据《欧洲人权公约》(ECHR) 第 5 条在自由权方面应承担的责任。

该案引发的问题与在美国法院审理的案件不同。英国的这个法案本身就规定了由“特别移民上诉委员会”(Special Immigration Appeals Commission)进行独立的常规审查。这是一个普通法院，尽管其规则

[17] *Munaf et al. v. Geren, Secretary of the Army, et al.*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 06 – 1666. Argued March 25, 2008 – Decided 12 June 2008.

[18] UK House of Lords Appellate Committee, *A and Others v. Secretary of State for the Home Department, X and another v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (A & Ors (Derogation)).

[19] 见：2001 年英国《反恐怖主义、犯罪与安全法案》第 21 ~ 32 条，“对于那些被国务大臣确定为对国家安全构成威胁以及被怀疑为国际恐怖分子的人员，在当前不可能转移时，这些条款允许拘留之。这改变了仅允许在合理期间内转移是现实选择的情况下以转移为目的进行拘留的现行法……”

与程序有限制而且存在争论。<sup>[20]</sup>获得人身保护令的权利本身在英国并没有争议,上诉上议院的案件涉及克减以及拘留本身的合法性。

当这一问题递交到上议院(英国最高上诉法院)时,该院认定,英国克减《欧洲人权公约》的义务,以使其可以以国家安全为由拘留人,这可能是无效的。

多数法官同意将判断是否存在“紧急情况”的权力交与政府,“紧急情况”的存在可以为克减提供正当依据。不过,他们认定,紧急情况的严格要求不能为拘留非英国公民提供正当依据。判决指出,“如果对一个群体‘英国公民’而言,克减没有被严格要求,那么,对表现出相同威胁的其他群体‘非英国公民’而言,克减也不能被严格要求。”<sup>[21]</sup>因此,法院认定,存在对自由权以及不受歧视权的违反,这两项权利经由《欧洲人权公约》第5条与第14条规定在英国法中。

这一判决具有重大的积极意义,这体现在许多不同的层面上。首先,这关系到严格解释的方法对于保护自由权以及对于谨慎但具有挑战性的司法监督的需要所显然具有的重要性。

此外,这个判例处理了一个在许多争论中以及其他地方的诉讼(包括上文提到的在美国的诉讼)所忽略的问题,标志着平等问题成为中心

[20] 譬如,有争议的规则涉及获得律师与证据的权利。例如,见 the report of the United Kingdom’s Parliamentary Constitutional Affairs Committee ‘The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates’, report of session 2004/5, HC 323 – II, 可访问: www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200405/cmselect/cmconst/323/323ii.pdf (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。例如,另见: ‘Ian Macdonald QC resigns from SIAC’, 1 November 2004, 可访问: www.gardencourtchambers.co.uk/news/news\_detail.cfm? iNewsID = 268 (最后访问时间 2008 年 4 月 20 日)。

[21] A & Ors (克减), above note 17, Lord Bingham, para. 132: “我认为,不经审判无限期地拘留外国公民是否被严格要求是无法证明的,这与下面这种情况相同,即对于构成威胁的英国公民来说,如果英国政府无法或不愿意对其起诉,就可以采取其他措施,但这不能要求不经审判就对他们进行无限期拘留。政府试图区分两个群体——英国公民与外国公民——这引发了歧视的问题。不过,由于区分是非理性的,它同时触及比例问题的核心。它以如下这一错误概念作为出发点,即在移民的情况下,这两个群体拥有不同的权利是克减是否被严格要求的充分答案。他们就是这么做的。但是,这是对自由权的克减。自由权对每个群体都是相同的。如果对一个群体‘英国公民’而言,克减没有被严格要求,那么,对表现出相同威胁的其他群体‘非英国公民’而言,克减也不能被严格要求。”

议题。在经常出现以下情况的背景下,即以国籍或其他因素为依据进行划分与区别,并以此作为差别对待的理由,这尤其具有重大意义。尽管国籍对于适用国际人道法(IHL)的某些方面的确具有一定的重要性,但是,本国公民与非本国公民应受到相同保护,这是人道法普适性的关键体现。<sup>[22]</sup>国家负有证明歧视具有正当依据的义务,但在本案中,国家却没有这样做。

这个判例亦具有宪法上的重要性,它确定了司法的适当角色以及对正当的司法服从的限制。宾汉姆(Bingham)法官用一段强硬有力的话拒绝了检察总长提出的要求:

“我尤其不赞成他对民主制度与法院所作的区分……独立法官的职能……是现代民主国家的基本特征,是法治本身的基石。检察总长完全有权利坚持对司法权力作出正当限制,但是,他错在将司法决策诋毁为某种非民主的机制。”

行政部门的回应也具有重要意义。英国政府依据“贝尔马什案”的判决修改了它的法律与实践,撤销了克减与违法的立法,制定了新的法律,其中规定可以对涉嫌参与国际恐怖主义的人颁布“管制命令”,而非施以监禁。<sup>[23]</sup>

这些命令引发了关于其自身的争议与关于其自身的诉讼。其中,宣布的判决对以下问题作出了令人关注的分析,即什么构成“拘留”(与对

[22] 只有在有限情况下,与特定的权利有关——尤其是关于政治生活——的权利才会由本国公民独享,或本国公民享有的程度更大。例如,见:UN Human Rights Committee General Comment No. 15, The position of aliens under the Covenant [1986], in UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 (2003), p. 140。另见:the IACtHR comment in relation to Guantanamo detainees:“确定一国对违反特定人的国际人权所负的责任与该人的国籍无关……”美洲国家间人权委员会:《在关塔那摩湾的预防措施》,古巴,2002年3月13日。

[23] 2005年《防止恐怖主义法案》授权颁布管制命令,关于此法及其运作,见:Tony McNulty, Minister for Security, Counter-Terrorism, Crime and Policing (The Rt Hon Tony McNulty) to Parliament: “Control Orders Update (11 March 2008 – 10 June 2008)”, 12 June 2008, 可访问: <http://security.homeoffice.gov.uk/news-publications/news-speeches/controlorders-update-0608> (最后访问时间2008年10月15日)。该法案授权政府在确认有必要克减《欧洲人权公约》时颁布克减性的管制命令,也授权政府在认为无此必要时颁布非克减性的命令。

自由行动的限制不同),以及在什么阶段不仅对身体进行限制,而且对日常生活的控制制度也可能构成非法拘留。<sup>[24]</sup>在一个判例中,上议院认定,这些命令允许将人关押在特定地区最长达18个小时,并切断其与外界的联系,这构成变相拘留,是对《欧洲人权公约》第5条的克减。这些判例同时表明,法院有意愿处理并致力于解决如下这个难题:在面临国际恐怖主义挑战的民主社会,维持什么样的平衡才是可接受的?

## 问题二:限制条约义务的可适用性:域外适用与依据安理会授权采取的行动

### 域外适用性

上文提到的关塔那摩的非常做法,其背后的原因在于它位于美国境外,通常适用于美国领土内的宪法上的人权义务对它不适用。作为一个宪法问题,做此区分的谬误已经被上述“布麦迪埃案”与“穆纳夫案”所揭示。作为一个国际人道法的问题,这一立场始终是错误无疑的。关塔那摩湾所在的古巴这部分领土以及被拘留者本身完全被美国控制,这表明,美国行使了管辖权和控制权,满足了人权公约的适用标准。<sup>[25]</sup>正如

[24] UK House of Lords, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. JJ and others (FC) (Respondents)*, [2007] UKHL 45, decided 31 October 2007. 关于在澳大利亚法院进行的管制命令的诉讼,见:High Court of Australia, *Thomas v. Mowbray* [2007] HCA 33, 2 August 2007, 可访问:[www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2007/33.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2007/33.html) (最后访问时间2008年10月15日),在该案中,澳大利亚联邦最高法院以5比2的表决结果判定一部刑事反恐法律合宪,依据这部法律,联邦司法官员可以签发临时管制命令。

[25] 人权机构长期认为,域外适用取决于国家是否在国外行使“有效控制”。例如,见:国际法院,对“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”发表的咨询意见,2004年7月9日,该咨询意见遵循了人权事务委员会早先作出的决定,指出,允许国家在国外展开其在国内被禁止的行为是有违良心的。更为严格的一个方法,至少是对《欧洲人权公约》而言,在“班科维奇诉比利时案”(*Bankovic v. Belgium*)中得以明显表现出来。在该案中,欧洲人权法院指出,在国外展开行为的代理人对领土行使了控制权,而不只是对个人或局势的控制,可能是适用《欧洲人权公约》义务的所要求的条件。例如,见:Helen Duffy, *The War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 282 – 9, 332 – 7。

美洲国家间人权委员会在要求美国制订预防性措施保护被拘留者时(这一要求最终还是被忽视)所指出的,确定一个国家对违反人权所负的责任并不取决于特定人的国籍,或所出现的特定地理区域,而取决于在具体情况下,那个人是否处于该国的管辖权与控制之下。<sup>[26]</sup>

关塔那摩的非常做法过于明显,很容易成为攻击的对象。其实,域外适用的狭义概念在其他地方也有体现,尽管表现形式不如关塔那摩那么夸张。2007年6月,上议院对在“阿勒 - 苏凯尼诉国防部长案”(Al-Skeini v. Secretary of State for Defence)作出了判决。<sup>[27]</sup>在该判决中,它就《欧洲人权公约》对于驻伊拉克的英国部队的可适用性做出了裁定。该案涉及6位上诉人有前5位在被占领的巴士拉被英国“巡逻队”打死,包括在和家人共进晚餐时、在一个家庭成员的房屋遭突然袭击时或在驾驶小型公共汽车时。第6位上诉人贝哈·穆萨·贝哈(Baha Mousa Baha)被英军羁押在伊拉克期间受到了酷刑。

诉讼的目的是迫使政府依据英国《人权法》体现出来的《欧洲人权公约》的要求,对这些违反行为展开调查。

一开始,政府辩称,《欧洲人权公约》不适用于其在伊拉克的行动。在诉讼的过程中,政府的立场发生了改变(这是诉讼过程本身直接影响政策的例证)。它提出,《欧洲人权公约》确实适用于被英国羁押在伊拉克的人,但不适用于在巴士拉的街道上被杀害或受伤的人。<sup>[28]</sup>

当案件递交英国最高法院(上议院)时,法院接受了政府关于《欧洲人权公约》适用范围的主张。它认定,尽管在被英国拘留期间被杀害或受虐待的人有权受到《欧洲人权公约》的保护,但那些在巴士拉街道上的人(包括被英国士兵在巡逻时击毙或虐待的人)则无此权利。

[26] 见美洲国家间人权委员会,关塔那摩湾预防性措施,前注[21]。

[27] UK House of Lords, *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, 13 June 2007.

[28] 在所有阶段,政府均否认《人权法》(与《欧洲人权公约》不同)具有域外适用性。政府并不否认这一事实,即如果适用《欧洲人权公约》与英国《人权法》,就存在展开调查的义务,案件就应当返回高等法院各分庭就事实进行确定。

“阿勒 – 苏凯尼案”的意义在于,它确认《欧洲人权公约》以及赋予其在英国境内效力的《人权法》适用于由英国当局拘留的人,不论在世界什么地方。尽管所涉及的问题有些不同,在“穆纳夫诉杰伦案”中的裁决中,这一见解得到了美国最高法院的赞同,还得到了强化,该案涉及适用于被美国拘留在伊拉克的人的正当程序权利。这就否定了美国政府提出的限制性更强的方法,以及英国政府早先提出的国际人权公约不具有可适用性的主张。

不过,上议院在这种场合可能已经对人权保护采取了一种过分严格限制的方法,否定了《欧洲人权公约》对拘留以外的情形的可适用性。它拒绝采纳如下主张,即相关的问题涉及国家对局势的控制程度、域外行为与被指控的对个人权利的违反之间在任何情况下是否存在足够“直接或立即的”关联。<sup>[29]</sup> 相反,它关注的是基于被拘留与否而作出形式上的区分。结果多少有些异常,因为这个结果意味着一个人能否具有获得法律救济的权利将取决于虐待他的人是否谦恭有礼到提前逮捕他的程度,或其受到虐待的地点是否发生在狱墙之内。尽管这个判决的意义还有待进一步观察,但在“阿勒 – 苏凯尼案”中,上议院可能将已经含混不清的领域搅得更混乱了。

对域外适用采取的一种限制做法以及该领域愈加严重的混乱程度对反恐战争的问责性具有潜在的重要意义,因为反恐战争的很大一部分是在域外进行的。当然,各国继续受习惯法与国际人道法的规范约束。不过,这个判例表明,在人权法的适用实际上等同于诉诸法院并成为最终确保得到救济的唯一方式的背景下,人权条约的域外适用在实践中具有极其重要的意义。<sup>[30]</sup> 英国法院采用的这一新颖方法是否会在其他地

[29] 关于非政府组织作为第三方的介入,包括支持“直接或立即的”关联,See [www.interights.org](http://www.interights.org).

[30] 在英国,人权保护经常被国内法所体现。不过,对国际人权法的违反缺乏执行机制,依据《禁止酷刑公约》(CAT),美国与英国均未按第 22 条的要求作出允许个人提交申请的声明。

方得到采纳,尚待观察。<sup>[31]</sup>禁止酷刑委员会(CAT)已经明确指出,《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》具有域外适用性,并含蓄地批评了英国与美国采用限制公约在伊拉克或阿富汗适用的做法。<sup>[32]</sup>例如,禁止酷刑委员会已经声明:“缔约国应当认可并确保公约规定的适用于‘缔约国管辖的领土内’的条款适用于处于其有效控制下的所有人,不论其类别,也不论在世界什么地方,并被其充分享有。”

就像“阿勒-苏凯尼案”提出了关于人权公约义务域外适用性的问题一样,上议院近期审理的一个案件提出了关于这些义务在国家依据安理会决议的明确授权采取行动时的影响问题。这个问题出现在2007年12月12日判决的“R(应阿勒-杰达(Al-Jedda)的申请)诉国防部长案”中。<sup>[33]</sup>对人权保护采取谨慎的、(值得辩论的)限制做法再一次凸显出来。

该案涉及一个伊拉克人,他因受到恐怖主义指控而被英国士兵(作为联合国驻伊拉克部队的一部分)拘留。在上诉中,上议院处理的第一个问题是:应当由政府对上诉人指控的不法拘留负责,还是由联合国对此负责,须知被指控的行为可归因于联合国,因为这是安理会决议授权组建伊拉克多国部队的结果。

上议院的法官认定,事实问题是:联合国对英国的行动是否行使了有效控制?在该案中,认定的结果是否定的。<sup>[34]</sup>法院很容易就区分出这

[31] “阿勒-苏凯尼案”,前注[26],已经被提交到欧洲人权法院审理。

[32] 例如,见:禁止酷刑委员会的结论与建议;美国,UN Doc. CAT/C/USA/CO/2,2006年7月25日:“缔约国应当认可并确保公约规定的适用于‘缔约国管辖的领土’的条款适用于处于其有效控制下的人,不论其类别,也不论在世界什么地方,并被其充分享有。”另见禁止酷刑委员会的结论与建议;大不列颠及爱尔兰联合王国,皇家属地与海外领土,UN Doc. CAT/C/CR/33/3,2004年12月10日:“……缔约国对公约适用于其海外部队采取有限的接受态度,尤其是它的如下解释,即‘公约的这些部分仅仅在缔约国管辖的领土内具有适用性,而不适用于英国在阿富汗与伊拉克的行动’……委员会对此表示忧虑;委员会指出,公约的保护扩展至缔约国管辖的任何领土,包括由缔约国实际有效控制的所有地区。”

[33] UK House of Lords, *R (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, 2007年12月12日判决。

[34] 正如法官所指出,在该案之前,英国从未声明联合国对这些行动行使控制权。

次任务与“科索沃维和部队”(KFOR)之间的区别,后者产生了关于归因的更加困难的问题。<sup>[35]</sup>因此,被指控的非法行为应归咎于英国,而非联合国。

第二个问题的疑难之处更多。法院自问:英国依据《欧洲人权公约》承担的义务是否受到依据《联合国宪章》(尤其是依据安理会有关决议)承担的义务的限制?上议院的全部5位法官一致认定,英国依据《欧洲人权公约》承担的义务必须受到依据《联合国宪章》应承担的义务的限制。因此,他们以此为基础,支持在伊拉克拘留人的权力。不过,宾汉姆法官认定,尽管英国依据安理会决议有权拘留上诉人,但它仍必须“确保被拘留者依据《欧洲人权公约》第5条所享有的权利不得受到超出此类拘留固有的侵害程度”。

法院并没有像申请人主张的那样,认为有必要在依据安理会决议承担的明确义务与可能由这些决议授权或广义上根据这些决议展开的其他行动之间做出区分。《联合国宪章》第103条明确规定,如果《宪章》规定的义务与条约义务相冲突,前者优先。不过,如果判决被理解为依据安理会决议采取的全部行动的人权义务(或者确切说是国际人道法规定的义务)可以免除的话,那么,将会成为一个重大的保护漏洞。

在“全球反恐战争”的背景下,情况尤其是这样,因为在此背景下,大量的决议要求对恐怖主义采取广泛行动,但没有明确界定所要求针对的恐怖主义的行动的性质。

### 问题三:酷刑

施以酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇的行径,近些年来曝光的频率越来越高,诸如(远不止)发生在阿布格莱布(Abu Ghraib)或巴格

---

[35] 大多数法官认为,欧洲人权法院大审判庭对“贝拉米诉法国案”(*Behrami v. France*)、“萨拉马投诉法国、德国与挪威案”(*Saramati v. France, Germany and Norway*)所做的判决的可采性与此不同,Application Nos. 71412/01 and 78166/01, 2007年5月2日,在这个判决中,科索沃维和部队的行为被归因于联合国,而不是派部队参与这一任务的某个国家。

拉姆(Baghram)的丑闻就是缩影。令人遗憾的是,与此同时还存在以下企图,即依据非常不道德的野蛮标准重新给酷刑下定义,以“证明其正当性”,尤其是,比如将这个问题定性为一个属于“行政特权”的事项,严重削弱与之相关的程序保障。我将重点分析大西洋彼岸发生的几个案子(它们属于后一类),以阐明间接破坏禁止酷刑的企图。

### 驱逐至受到酷刑或虐待的地方

第一组案件是欧洲人权法院(ECtHR)审理的“萨阿迪诉意大利案”(Saadi v. Italy)<sup>[36]</sup>与“拉姆茨诉荷兰案”(Ramzy v. Netherlands)<sup>[37]</sup>。它们涉及将人驱逐到申请人指称存在受到酷刑与虐待的真实风险的国家。当“拉姆茨案”递交到欧洲人权法院时,荷兰政府面对的情况是,在阿尔及利亚是否存在对拉姆茨真实的个人威胁。与在斯特拉斯堡审理的许多案子一样,这个问题虽难,但无争议。但是,以英国为首的其他国家的政府采取了不同寻常的步骤,以第三方的身份参加诉讼,从而改变了该案的面貌。<sup>[38]</sup>它们提出,鉴于“伊斯兰极端恐怖主义”不断增强,法院应当重新审视保护免受虐待与“国家安全”利益之间的关系。实际上,它们主张,通过引入一种“平衡”标准,如果政府认为某些人对国家安全造成威胁,那么,国家安全就可以作为将这些人置于真实、迫近的酷刑危险中的正当依据。许多国际非政府组织以不推回规则(禁止强制遣返)的绝对性以及风险的评估标准为基础参与到诉讼中。<sup>[39]</sup>

法院在审理“萨阿迪案”时处理了相似的问题。萨阿迪先生提出,

[36] 欧洲人权法院, *Saadi v. Italy*, Appl. No. 37201/06, 2008 年 2 月 28 日判决。

[37] 欧洲人权法院, *Ramzy v. the Netherlands*, Appl. No. 25424/05, 待决, 可访问: [www.echr.coe.int/eng/press/2005/oct/applicationlodgedramzyvnetherlands.htm](http://www.echr.coe.int/eng/press/2005/oct/applicationlodgedramzyvnetherlands.htm) (最后访问时间 2008 年 10 月 16 日)。

[38] 参与诉讼的有立陶宛、拉脱维亚与英国政府。见:the ‘refining’ and limiting of the UK government position to cruel and inhuman treatment in the Parliamentary Joint Committee on Human Rights Thirty Second report, Session 2005 – 6, 可访问: [www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/278/27808.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/278/27808.htm) (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。

[39] 关于几个国际非政府机构派代表参与“拉姆茨案”的情况,见: [www.interights.org](http://www.interights.org)。

他在突尼斯会面临酷刑与虐待的风险,因为有文件证明,被指控为恐怖主义分子的人在那里受到了虐待。英国政府再次抓住机会,主张依据“拉姆茨案”的相同条件应当适用“平衡标准”。“萨阿迪案”利用了“拉姆茨案”的判决,在本文写作时,它尚处于待决状态。欧洲人权法院大审判庭将于2008年2月28日作出宣判。

在一份全体一致作出的判决中,欧洲人权法院仍然明确肯定了它在较早判决中确立的方法(该方法亦被其他法院与机构所遵循)。该判决重申,禁止将个人移到他们将面临酷刑或其他虐待的真实风险的国家,这是绝对禁止酷刑的一部分。法院强调了各国在与恐怖主义作斗争时遇到的困难,但明确批驳了如下观点,即禁止酷刑与虐待的绝对性质存在例外或存在平衡的任何可能:

当下,国家在保护其社会免受恐怖主义暴力危害时面临巨大困难。因此,不能低估恐怖主义当前造成的危险及其对社会带来的威胁。

不过,这绝不能质疑《欧洲人权公约》第3条“禁止酷刑与其他虐待”的绝对性。

在这些案件中,政府并没有取得成功,但它们介入诉讼这个事实本身就具有说明意义,除了那些处在危急之中的原则,考虑到欧洲人权法院本身适用明确、有关的判例法,<sup>[40]</sup>他们想要取得成功的几率实际上是很小的。有观点认为,这表明,至少某些国家对权利保护采取的方法发生了转变,这质疑并损害了最神圣的人权保护。欧洲人权法院坚决反对这一方法,这是法院在重申基本原则方面具有重要作用的典型例证。

### “A 与其他人案”:通过酷刑获得的证据的可采性

在近年来与国际恐怖主义作斗争的背景下,在几个国家出现的,与禁止酷刑保障相关的第二个问题是,通过酷刑与虐待获得的证据是否可

<sup>[40]</sup> 最著名的,见:欧洲人权法院, *Chahal v. United Kingdom*, ECtHR Reports 1996 – V, No. 22, 1996年11月15日判决。

靠并可采用。

还是在英国,这个问题在“*A 与其他人诉内务部长案*”[*A and Others v. Secretary of State for the Home Department (No. 2)*]中得到了体现。<sup>[41]</sup>该案涉及可能由外国通过酷刑获得的证据在英国特别移民上诉委员会的可采性问题。英国政府提出,由英国官员实施虐待而获得的证据不具可采性,但由英国对之不负责任的外国官员实施虐待而获得证据具有可采性。这个主张或许反常,但仍被上诉法庭所采纳。

在 2008 年 12 月 8 日做出的判决中,上议院驳回了这种逻辑依据,并认定:不论是谁实施的酷刑都是酷刑,这样的证据在法律程序中绝不能被采信。它同时注意到禁止酷刑的保障与酷刑事件之间的关联,并认定国家“不能一方面谴责酷刑,另一方面利用通过酷刑获得的无声供认,因为这样的结果是在鼓励酷刑”。<sup>[42]</sup>

判决强有力地重申了原则,不仅将证据的可采性视为与公正的审判相关,而且将之视为禁止酷刑的明确义务固有的内容。不过,值得注意的是,判决在其他方面限制更多:第一,尽管判决对不具可采性这项原则很明确,但是,关于实践中该原则如何运作则不那么明确,看来法院对此更为谨慎。法院认定,当法庭已经依据盖然性的平衡“确定”证据系通过酷刑取得时,它不具有可采性。如果未被“确定”,但仍然存在酷刑的真实风险,法院认定证据可以被采信,但其证明力较弱。<sup>[43]</sup>考虑到情报的不透明性以及不确定性,可以认定这种情况实际上是经常发生的。

第二,法院只关注“司法程序”中的可采性问题,但对为其他目的(如逮捕、搜查或拘留等)使用由酷刑获得的证据的合法性可能表现出来了一种过度的全面接受倾向。

如果说存在一项国家在司法程序之外不得依赖、要求或交换通过酷

[41] UK House of Lords, *A v. Secretary of State for the Home Department (SSHD) (No. 2)* [2005] UKHL 71, 2005 年 12 月 9 日判决。

[42] Ibid., p. 30, citing McNally JA.

[43] 与多数法院的认定形成对照,宾汉姆法官提出的标准是,如果行政部门无法证明证据不是通过酷刑获得的,那么,该证据就应当被视为不具可采性。Ibid., paras. 54–56.

刑获得证据的义务,那么这项义务的范围有多大仍然不明确,而且这也是一个很难回答的敏感问题。

#### 问题四:非常规引渡

在反恐战争所引发的众多违法行为中,“非常规引渡”是其中最具有革新意义以及最令人震惊的行为之一。绑架与不经任何法律程序秘密地将人转移到不同地点及(或)第三国,被认为是一种替代拘留或酷刑的措施,关于这些事件的可靠报告正在不断增加。<sup>[44]</sup>这是对人权的直接侵犯,不仅因为其最终结果是酷刑、任意拘留与其他严重侵犯,而且还因为其在程序上表现出的任意性、异常隐蔽地剥夺了法律对人的保护、向家属隐瞒其信息。由于这一做法具有后一种特征,因此它被称为“强迫失踪”。<sup>[45]</sup>

也许很明显,引渡诉讼对诉讼当事人构成了一种特殊的挑战,这可以被委婉地归类为不同种类的“接触或获得……权利”的问题:接触受害者的权利、获得证据的权利以及诉诸法院的权利。首先,也是最为明显的是,案件常常涉及失踪人员。尽管非政府组织、记者、调查人员做了出色的监督工作,但是,在大部分情况下,我们仍然不知道受害者是谁或在哪,至少是在他们最需要保护的时候,情况如此。

尽管各国法律各不相同,但在受害人无法确定的情况下能否提起“公益”诉讼都是极其有限的。考虑到行动的秘密性,获得信息或证据不可避免地具有极大的挑战性;不过,当有系统地掩盖以排除信息或证

[44] 例如,见:Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur Mr Dick Marty, Alleged secret detentions in Council of Europe member states, Information Memorandum II, AS/Jur (2006) 03 rev, 22 January 2006, 可访问: [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060124\\_Jdoc032006\\_E.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060124_Jdoc032006_E.pdf) (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。

[45] 例如,见:Elaine Sciolino, “Spanish judge tells US Guantanamo is an insult”, International Herald Tribune, 4 June 2006, 可访问: [www.iht.com/articles/2006/06/04/news/gitmo.php](http://www.iht.com/articles/2006/06/04/news/gitmo.php) (最后访问时间 2008 年 10 月 16 日)。

据的获取时,就显得更加困难。<sup>[46]</sup>

第三组“接触或获得……权利”的问题涉及是否能有效诉诸法院。当事人出现、并不顾过去受到的虐待而愿意再次露面,这是很少见的情况;即便如此,在国家秘密的理论下,就有可能将案件排除在法院审判之外。

这就是哈利德·艾尔·马斯里(Khalid el-Masri)的遭遇。他的案子为深入了解非常规引渡的实践、保密的程度,以及该领域诉讼面临的挑战提供了生动的例证。<sup>[47]</sup>艾尔·马斯里是德国公民,2003年12月被马其顿的边境官员逮捕,显然是因为他与一个被指控为“基地组织”汉堡支部的领导人同名。三周后,他被移交给美国中央情报局(CIA),并被飞机运往巴格达,随后又被带往“盐矿”——CIA位于阿富汗的一个秘密讯问中心。他被关押了14个月,他声称受到了虐待,并被阻止与拘留场所以外的任何人通讯,包括他的家人与德国政府。

后来,拘留他的人查明他的护照是真的,且他与另一个艾尔·马斯里毫无干系。这样,他最终于2004年5月获释。在这种情况下,人们本期待他会得到谦卑的道歉、并获得重建其生活的帮助。然而,事实并非如此。他在深夜里被释放在阿尔巴尼亚一条荒废的公路上。

当在德国被问到艾尔·马斯里事件时,美国国务卿康多莉扎·赖斯(Condoleezza Rice)指出:“我认为这将由德国适当的法院来处理,如有必要,也可以有美国法院处理。”事实上,当确实在美国法院提起法律诉讼时,美国政府援引所谓的“国家秘密”特权理论,指出“案件的全部目的在于证实国家秘密”。美国地区法院全面驳回了起诉,并得到美国上诉法院的支持。2007年10月,美国最高法院裁决拒绝审查该案,但没

---

[46] See Committee on Legal Affairs and Human Rights, Information Memorandum II, above note 43.

[47] 该案的信息,可访问:[www.aclu.org/safefree/torture/29868res20070524.html](http://www.aclu.org/safefree/torture/29868res20070524.html)(最后访问时间2008年10月15日)。

有给出理由。<sup>[48]</sup>

在这个案件中,法院不是裁定(甚至考虑)排除特定的文件、证据或渊源、秘密进行部分听审,或采取其他措施,而是直接终结了艾尔·马斯里在美国法院获得司法救济的途径。指控政府行为不法的诉讼程序的整体缺位(依据政府自己的评判,这些程序本身就有危害国家安全)是正义的天敌,同时生动体现出该领域保密的程度。

“艾尔·马斯里案”及其相似案件还在其他地方出现,<sup>[49]</sup>但确保获得司法救济的努力依然举步维艰。2007年1月,一家德国法院签发了逮捕令。但是,德国司法部长随后宣布,由于美国已经明确表示将不合作,德国政府遂不会提出引渡参与绑架艾尔·马斯里的13名CIA特工的正式请求。<sup>[50]</sup>与此同时,意大利法院也签发了关于另一项涉及引渡CIA特工的逮捕令。在该案中,阿布·奥马尔(Abu Omar)生活在意大利,被CIA绑架到埃及。他声称CIA在那里对其实施了酷刑。不过,有意思的是,意大利政府在宪法法院上也提出了其国家机密事宜的主张,刑事诉讼程序已经中止,正在等待判决。<sup>[51]</sup>

引渡的一个显著特点是其跨国性,涉及多国人员,他们一起承担直接或间接责任。

[48] 在美国最高法院, *El-Masri v. United States*, Case No. 06 – 1613, 调查令的申请于2007年10月9日被驳回。在美国弗吉尼亚东区地方法院, *El-Masri v. Tenet*, Case 1 : 05 – cv – 01417 – TSE – TRJ, 美国提出的驳回起诉的申请于2006年5月12日被批准。关于向美洲国家间人权委员会申诉的详情,见: [www.aclu.org/pdfs/safefree/elmasri\\_iachr\\_20080409.pdf](http://www.aclu.org/pdfs/safefree/elmasri_iachr_20080409.pdf) (最后访问时间2008年10月15日)。

[49] 例如,另见:“马希尔·阿拉尔案”(Maher Arar),在该案中,一名在叙利亚出生的加拿大人被拘留在美国,并在转移到叙利亚后受到酷刑,‘Torture and accountability’, *International Herald Tribune*, 19 November 2007.

[50] 例如,见:Jeannie Shawl, ‘US rejects German bid for extraction of CIA agents in el-Masri rendition’, Associated Press via Jurist Legal News & Research, 22 September 2007, 可访问: <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2007/09/us-rejects-germany-bid-for-extradition.php> (最后访问时间2008年10月16日)。

[51] “Italy indicted 31 linked to CIA rendition case”, *International Herald Tribune*, 15 February 2007, 可访问 [www.iht.com/articles/ap/2007/02/16/europe/EU-GEN-Italy-CIA-Kidnap.php](http://www.iht.com/articles/ap/2007/02/16/europe/EU-GEN-Italy-CIA-Kidnap.php) (最后访问时间2008年10月16日)。

因此,通过诉讼与其他措施,努力要求各国为协助或便利引渡或不在自己领土上阻止引渡做出解释,这是很重要的。<sup>[52]</sup>

欧洲人权法院审理的“博麦迪安及其他诉波斯尼亚案”(Boumediene and Ors v. Bosnia)就是这样的一个案件。该案涉及“9·11”事件后应美国的请求,数位阿尔及利亚裔波斯尼亚人被拘留在波斯尼亚,在波斯尼亞法院最后以缺乏证据为由释放他们后,美国当局旋即逮捕了他们(这显然是与波斯尼亞的同行共谋完成的),并立即将他们移送到关塔那摩湾。除了在美国法院正在进行的著名司法诉讼外,<sup>[53]</sup>该案同时起诉到了欧洲人权法院,要求波斯尼亞对这一过程承担责任。<sup>[54]</sup>

提出的问题之一是:国家在将一个人移送或协助移送到一个存在严重违反人权的真实风险的地方时,它持续存在的责任的性质与内容分别是什么?法院自己在案件中强调的一个关键考量因素之一是,波斯尼亞

[52] 具体到“艾尔·马斯里案”而言,要求对涉及的马其顿官员进行有效调查的要求被反复重申。例如,见:ICJ E-Bulletin on Counterterrorism & Human Rights, “FYR Macedonia: UN experts call for Macedonian investigation in El-Masri case”, No. 24, June 2008, 可访问:www.icj.org/IMG/E-Bulletin\_June08.pdf (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日);“4 月与 5 月,联合国禁止酷刑委员会与人权事务委员会对前马其顿共和国在 CIA 特工秘密拘留哈利勒·艾尔·马斯里先生期间进行的调查表示关注。这两个委员会建议马其顿政府展开一次新的、彻底的调查,人权事务委员会建议它应考虑对马斯里给予赔偿。”Human Rights Committee, Ninety-second session, Consideration of Reports Submitted By States Parties Under Article 40 of the Covenant : Concluding Observations Of The Human Committee : The Former Yugoslav Republic Of Macedonia, 17 April 2008, 可访问:www.icj.org/IMG/HRC\_Macedonia.pdf (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。

[53] 当这些人在美国法院起诉,对移送并拘留他们的合法性提出质疑时,法院最初裁定《军事审判委员会法案》禁止他们在美国法院提出任何诉讼请求,直到被美国最高法院于 2008 年 6 月推翻。

[54] Wilmer Hale, “Guantanamo claims before EU Court of Human Rights”, 14 March 2008, 可访问:www.haledorr.com/about/news/newsDetail.aspx?news=1134 (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。关于“国际人权法律保护中心”(INTERIGHTS)与“国际法学家委员会”(ICJ)作为第三方参与诉讼,见:www.interights.org. *Boumediene and Others v. Bosnia and Herzegovina*, Applications nos. 38703/06 et al, decided 18 November 2008。提出的问题之一是,国家在将个人移送到一个存在严重侵犯人权的真实风险的地方后,它持续不断的责任的性质与内容为何?然而,欧洲人权法院认定,该案是站不住脚的,也是不能被受理的,因为波斯尼亞与黑塞哥维那采取了迄今为止所有可能的步骤来保护申请人的基本人权。

到底在多大程度上承担着派出外交代表代表这些人确保其权利在移送之后不受到侵犯的义务。<sup>[55]</sup>

引渡的案件也开始在非洲出现。<sup>[56]</sup>有报道指称,肯尼亚当局应美国的请求,将索马里与肯尼亚公民引渡至美国,在某些情况下,引渡至关塔那摩湾。

观察在美国以外的法院会采取什么样的司法措施是相当重要的。很清楚,为了在揭开事实真相、追求正义方面发挥作用,随着这些案件力图在这个最具挑战性的领域挑战各类国际主体,引渡诉讼注定将是一个不断增长的领域。

#### **问题五：“恐怖主义”标签及其对被指控为恐怖分子的人以及与之牵连的其他人的影响**

自“9·11”事件以后,“恐怖主义”的标签就被随意适用,其范围不明确(这个术语没有被定义或定义得不清楚),经常缺乏正当的程序,被打上这个标签的人或与之牵连者会面临严重的后果。

也许这一现象最为显著的表现是在国家、地区以及国际(在安理会的注意下)层面确立了各不相同的恐怖主义“名单”。尽管制度与保障多种多样,但与这些名单相关的问题往往是,他们被列入名单的原因缺乏透明性和质疑如此制定名单的重要机会。渐渐地,诉讼正努力要求政府解释在这方面做出的决定,提供一定程度的司法监督,至少约束一下否则将是不透明、任意的做法。

诉讼当事人已经在欧洲法院(ECJ)取得了一些胜利。2006年,欧洲

[55] See Applications 38703/06 et al, above note 54, para 67.

[56] 例如,见:“US rendition on trial in Africa”, Spero News, 25 September 2007, 可访问:[www.speroforum.com/site/article.asp?id=11196](http://www.speroforum.com/site/article.asp?id=11196) (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日);另见:Human Rights Watch, “Why Am I Still Here?”: The Horn of Africa Renditions and the Fate of the Missing, September 2008, 可访问: <http://hrw.org/reports/2008/eastafrica1008/> (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。譬如,在本文写作时,肯尼亚的法院正在审理一个关于引渡肯尼亚公民的案件。

法院裁定,与被取缔的组织有关的个人有权获得他们被列入名单的原因,有权获得有效的司法保护,有权得到听审。<sup>[57]</sup>虽然被告国提出异议,但欧洲法院确认,尽管欧盟的普通立场导致它原则上不能审查名单的制定,但可以审查将某个特定的组织包括在名单中的决定。欧洲法院大审判庭近期就关于安理会授权制定的名单所作的裁决维持了这一强硬的做法。<sup>[58]</sup>相似的问题正等待欧洲人权法院作出判决,据信该法院会遵循欧洲法院所采纳的“人权友好型”做法。

2008 年,一个对国内制定名单的程序提出质疑的案件被起诉到了英国法院。5 月 7 日,英国上诉法院维持了“禁制组织上诉委员会”(Proscribed Organisations Appeal Commission)作出的判决,要求将一个伊朗抵抗团体从英国制定的恐怖组织黑名单中除去。<sup>[59]</sup>这个判例表明,法院有意愿具体评判事实与可获得的证据,对国务大臣将所讨论的组织确定为恐怖主义组织的决定提出挑战。法院对该组织不再从事暴力活动表示满意,并确认不能以一个组织过去曾从事过暴力活动以及将来还有可能重新获得从事暴力活动的能力与意愿为由予以禁止。

恐怖主义标签不仅针对被指控为恐怖主义分子的人自己,而且对与之牵连者均会产生意义深远的后果。被杀害的车臣领导人阿斯兰·马斯哈多夫(Aslan Maskhadov)的家属代表在欧洲人权法院提起的诉讼最

[57] European Court of Justice, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v. Council of the European Union*, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Case T. 228/02, Judgment of The Court of First Instance (Second Chamber), 12 December 2006.

[58] 卡迪(Kadi)与尤赛夫(Yusef)一审败诉:European Court of Justice, Case T. 306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, [2005] ECR II - 3533, 21 September 2005, para. 73 (Yusuf); 以及 Case T. 315/01, *Kadi v. Council and Commission*, [2005] ECR II - 3649, 21 September 2005 (Kadi),但上诉获胜:Cases C - 402/05 P and C - 415/05 P, Judgment of Grand Chamber on 3 September 2008, 可访问:<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-402/05> (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。OMIC 案件与它们不同,这是因为它们涉及安理会决议的直接命令。

[59] England and Wales Court of Appeal, *Secretary of State for the Home Department v. Lord Alton of Liverpool and Others*, [2008] EWCA Civ 443, 2008 年 5 月 7 日判决。

近正在审理中,该案就是一个典型例证。<sup>[60]</sup>适用于该案的俄罗斯联邦法律规定,如果被认为是恐怖分子的人在国家进行的反恐行动中被打死,其尸体不能交给其家属。这一严酷政策对死者家属造成了重大影响,他们不能按时在悼念期间依据伊斯兰宗教要求对他们的家属致以最后的敬意并将之安葬。依据他们的宗教传统,这可能最后导致死者被拒绝进入天堂。尽管在防止恐怖主义与这样的政策之间不存在有意义的关系,但是,遏制恐怖主义还是成为其正当性依据。欧洲人权法院已经宣布受理这个案件。该案是一揽子使用“恐怖主义”标签以证明可以实施原本不能被接受的特殊待遇的一个例证,也是证明可以惩罚那些与被控从事恐怖主义行为的人“有牵连”的人的一个例证,尽管关于什么是恐怖主义行为并不明确。

2007年,澳大利亚法院审理了“汉尼夫诉移民与公民事务部长案”(*Haneef v. Minister for Immigration and Citizenship*) (澳大利亚联邦法院)<sup>[61]</sup>。这是国内法院对不断蔓延的牵连定罪的概念进行遏制的一个积极例证。该案涉及的当事人是穆罕默德·汉尼夫。他的签证被澳大利亚当局撤销,因为他是驾车撞击格拉斯哥机场航站楼的一名男子的表兄弟(他排行老二),并与该男子同住一家青年旅社,还在离开该国时将自己的手机留给了他。

在澳大利亚法院,当局提出的主张是,与被控从事这种刑事行为的人有任何形式的“牵连”就无法通过澳大利亚移民法规定的“品德标准”。但是,判决驳回了这一主张,恰当地批驳了不断扩展的牵连定罪这一概念,并指出了其中的危险。法官考虑到他以前的职业与出庭律师有牵连,因此对他是否也有可能属于与恐怖分子有牵连的那一类人提出了

<sup>[60]</sup> 欧洲人权法院:*Kusama Yazedovna Maskhadova and Others v. Russia*, Application No. 18071/05, Decision as to Admissibility, 8 July 2008。“国际人权法律保护中心”代表已故车臣领导人阿斯兰·马斯哈多夫的家属提出申请。法院宣布可以受理该案。INTERIGHTS, Maskhadov Press Release, 1 October 2007, 可访问: [www.interights.org/view-document/index.htm? id = 209](http://www.interights.org/view-document/index.htm? id = 209) (最后访问时间 2008 年 10 月 15 日)。

<sup>[61]</sup> Federal Court of Australia, *Haneef v. Minister for Immigration and Citizenship*, [2007] FCA 1273, 21 August 2007.

疑问。他裁定,对于法律适用而言,“牵连”必须是刑事上的牵连,而非家庭或性质上无危险的牵连。

在一个正在等待非洲人权与民族权委员会判决的案件中,博茨瓦纳政府发表了如下言论,我想借此结束本文对案例的论述:

在这里,我们希望不要忘记发生在伦敦、马德里的炸弹爆炸,2001 年在纽约以及最近在埃及发生的事件。博茨瓦纳提醒委员会,正是在这样的背景下,“为了和平、稳定与国家安全的利益”,古德(Good)先生才被宣布为被禁移民……曾在那些地方发生的悲惨结果是处理国家安全问题的失误,这是我们的殷鉴。如果总统预见到国家安全受到威胁,那么,坐等威胁发展成一场国家灾难是错误的。判断某事物是否符合国家安全的利益属于行政机构而非其他任何机构的权力,这样的观点是正确的。<sup>[62]</sup>

可能有人会想当然地认为这个案件涉及恐怖主义。但事实上,它涉及的是一位教授,他因批评博茨瓦纳的总统继任制度而被驱逐出境。案件事实与恐怖主义背景毫无关联。这个案件表明,将国家安全、全球恐怖主义威胁以及反恐战争的例外性滥用到与国际恐怖主义毫无关系的情况下以漠视人权已经到了何种程度!

## 结语

### 人权图景

在本文一开始我就说过,诉讼有助于凸显主要的人权问题。在我看来,上文叙述的案件的发展已经说明了反恐战争对人权产生的影响中的一些关键特点。

第一,撇开军事目的不说,“9·11”事件后主要的政策目的是收集

<sup>[62]</sup> 政府引用了博茨瓦纳最高法院——该国最高司法机关的判决,in *Kenneth Good v. Attorney General, Civil Appeal No. 28/2005*。2007 年 10 月 10 日,“国际人权法律保护中心”向非洲人权与民族权委员会提出申请。在本文写作时,该申请尚待裁决。申请书摘要可访问:[www.interights.org](http://www.interights.org)。

情报,而并非关于法律意义上的正义,过去不是,现在也不是,而且肯定不是关于刑事责任。尽管其中的原因可能很多,但是,这与被怀疑为基地组织高层恐怖分子的人没有受到刑事起诉的事实一致,并被这一事实所证实。美国最高法院就关塔那摩湾的被拘留者是否拥有权利所做的判决要多于由军事审判委员会或以其他方式审理的案件。军事审判委员会于 2008 年 8 月 6 日宣判了第一个案件,以奥萨马·本·拉丹 (Osama Bin Laden) 的司机为众所周知的恐怖分子提供支持为由,判处他 66 个月的有期徒刑,而在判决做出时,他已经服刑 61 个月。<sup>[63]</sup> 7 年以来,并没有出现导致高层恐怖分子受到调查与起诉的全球刑事司法运动,尽管毫无疑问有不少人在没有受到指控的情况下已经被杀害或拘留和审讯。

第二,这些案件表明,获取情报的手段已经涉及对最神圣的人权规范的违反,尤其是酷刑与任意拘留。

第三,在国家自己不实施酷刑的情况下,广泛存在轻视禁止酷刑的保障措施的行径,这些保障措施是禁止酷刑的一部分,亦对实际上能够禁止酷刑来说至关重要。一些国家决定在欧洲人权法院对不推回的基本规则提出质疑,就证明了这一点。

第四,无原则的区分重新出现。这可能是对本国公民与非本国公民作出区分。广泛存在的以此作为证明任意拘留非本国公民具有正当性的做法就是证明。这可能是官员在国内须遵守的标准与那些被认为适用于国外的标准之间作出的区分。某些国家采用的方法以及援引域外适用问题的限制性判决已经强调了这一点。这还可能在酷刑的“不插手”方法中凸显出来,这种方法在国家自身实施酷刑与其便利或鼓励其他人实施酷刑之间做出区分,例如,在关于酷刑证据的案件中就体现了这一方法。

第五,也可能是最隐性的一点,是从非法向法外的转移,即将个人转

<sup>[63]</sup> ‘Bin Laden Driver Sentenced to a Short Term’, William Glaberson, *New York Times*, 8 August 2008.

移到法律保护之外的做法。引渡与失踪已经成为许多诉讼的主题,这就是典型例证。

第六,在国际恐怖主义与国家安全的背景下,原先只是在例外情况下才具有正当性的措施与方法,其范围正在逐渐扩大。“恐怖主义”与“国家安全”的标签已经被用来超越这些例外情况,以削弱标准并影响到以下这些有松散联系的人,即他们的行为与恐怖主义行为有松散关系,且此处的恐怖主义行为也是被松散定义的。

由此带来的后果是,反对国际恐怖主义的全球战争,其真实的急切要求是为大肆逾越恐怖主义语境的违反行为提供借口。

### 法院的作用与人权诉讼的影响

很清楚,近年来,人权诉讼跨越各个不同的制度迅速增长。这强化了法院对人权保护的关键性作用。在不同的制度内探讨的乃是不同的问题,从范围如此广泛的实践中找出结论应当保持谨慎。

不过,我想就我们如何开始思考该领域的人权诉讼的实践及其潜在影响提出几点尝试性的评论。

在许多案件中,司法机关表现出不愿意就可能影响到安全的问题做出决定,例如,拒绝质疑行政部门对存在紧急情况的判断。不过,当审查特定的行动时,不同制度中的法院常常表现出有意愿(而且意愿逐渐增强)——在一些案件中,司法立即介入,在其他案件中,司法介入则经过了十分小心的过程,并作为最后的解决方法——批判特定措施的合法性、必要性与比例性。

尽管既有积极的经验,也有消极的教训,我仍然提出以下建议,借助这些途径,诉讼原本可能,或者在一些情况下可能会产生积极效果。

首先,将违反人权简单地作为法律问题而非政治问题提交法院。这样一来,合法与法治原则就可以在与恐怖主义与安全相关的高度政治化的背景下得到重申。

非常重要的一点是,这些案件在不同程度表明存在对行政行为的制衡。这可以在“战争状态不是给总统的一张空白支票”的提醒中看到,

或在诸如“贝尔马什案”或“汉尼夫案”的案件中,法院有意愿对于确定什么是国家安全所必需的进行仔细审查中看出。当行政机构未能扮演起权利的主要保护者的角色时,对之进行驳斥,这对于重申制度的民主性至关重要,而这一点常常因为被指控的行为的非法性而丧失。

判决往往是保守的(尽管程度有所不同),并被定性为司法对政治部门的遵从。人们可能会问,美国最高法院是否有能力,以及是否本应当在问题于2004年第一次递交给它时就裁定被拘留者拥有获得人身保护令的基本权利。在实施审判的司法效率方面付出多大的代价才会出现司法制约的功效?不过,迄今的判例法反映并探讨了法院在确定这些事项中的作用这个棘手问题,以及政治部门与司法机关之间的关系,这将最终有助于并丰富我们对分权以及民主的司法职能的理解。

其次,诉讼也能起到促进改变法律或实践的作用。在某些情况下,例如,“贝尔马什案”判决导致法律与政策发生改变,因此导致的效果非常清楚。而在其他情况下,则很难判断诉讼对实际改变起了多大程度的促进作用(如果有的话),譬如,要求国家代表他们介入的诉讼失败后,英国公民从关塔那摩湾被遣送回国。<sup>[64]</sup>诉讼的过程本身经常暴露特定的政策与实践,这可能会使国家对自己的政策做出澄清或陈述。<sup>[65]</sup>

判决本身可能通过判例法发展或解释法律。在反恐战争的语境下,情况常常如此,它们可能直接起到加强已被确立的但受到的怀疑日益增多的原则的作用,如“萨阿迪案”。<sup>[66]</sup>

在许多案件中提出的质疑是在坚守人权保护本身的阵地,而不是在予以推进。换言之,是为了重新赢得、持续赢得那些多年前就已经取得的成果;那些曾被认为安全但在反恐战争过程中变得脆弱的成果。

有时法院起到民主提醒者的作用。据此,司法部分与行政部门之间

[64] “阿巴斯案”,前注[2]。

[65] 例如,见:“阿勒-苏凯尼案”,前注[26]。在该案中,英国政府改变了对《欧洲人权公约》对被英国官员拘留在伊拉克、并指称在拘留中受到酷刑的人是否可适用的立场。

[66] 这会产生两个方面的作用,也会弱化或搞乱权利保护的框架,譬如,“阿勒-苏凯尼案”的结果就是证明。

相互影响,前者发出的一个信号可以促进后者采取更加积极主动的方法。具有说服力的司法信息可跨越国界传递,譬如,从英国上诉法院在“阿巴斯案”(Abbasi)中对关塔那摩湾的拘留体制作出的不同寻常的司法斥责中就可以看出。<sup>[67]</sup>

判例本身对确保获得信息的权利与揭开真相(有时面对着国家秘密的高墙)具有重要作用。

诉讼可以以此为其目标——例如在英国审理的案件力图获得军事档案,<sup>[68]</sup>在美国的 FOIA《信息自由法案》诉讼已经取得了一定程度的成功,<sup>[69]</sup>在加拿大的诉讼中,政府被迫出示了与在另一国进行的司法程序有关的信息或证据<sup>[70]</sup>——这或许是司法程序的副产品。信息的公开对诸如引渡这样的领域尤其重要,该领域以有系统地隐瞒真相为主要特征。诉讼至少可以充分暴露政府的立场——譬如,在“阿勒 - 苏凯尼案”的诉讼过程中,英国政府的立场转变——它们作为当事人参与诉讼,在诉讼的过程中解释或调整其立场。

由于需要国际以及比较的视角,上文提到的这类诉讼也可以促进开放法律制度,使之与源自其他制度的理念相互交流,尤其是通过“法庭之友”的方式介入。至少以在最高法院上出现的以“法庭之友”的方式介入达到前所未有的程度与性质来判断,在美国进行的关塔那摩的诉讼可

[67] *R ( Abbasi ) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [ 2003 ] UKHRR 76。在该案中,英国上诉法院用不同寻常的强硬措辞批评关塔那摩的拘留制度。

[68] John Aston, ‘Lawyers in Basra death case win access to files’, *Independent*, 4 October 2007.

[69] See, e. g. US District Court for the Southern District of New York, *Associated Press v. United States Department of Defense*, 498 F. Supp. 2d 707 ( SDNY, 2007 ), 以及 US Court of Appeals, DC Circuit, *Center for National Security Studies v. Dep’t of Justice*, 331 F.3d 918 ( DC Cir. 2003 ) ( cert denied, 540 US 1104 (2004) ).

[70] Supreme Court of Canada, *Canada ( Justice ) v. Khadr*, 2008 SCC 28, 23 May 2008. 2008 年 5 月 23 日,加拿大最高法院裁定,加拿大官员在关塔那摩湾拘留中心会见了奥马尔·卡德哈(Omar Khadr),并将信息传递给美国官员,政府因此违反了《加拿大宪法》及其国际人权义务。法院采用了不寻常的步骤,命令加拿大官员允许卡德哈先生获得他接受加拿大政府官员询问的记录,用于准备他在关塔那摩湾军事审判委员会上的答辩。

能是有史以来规模最大的人权诉讼。<sup>[71]</sup>

最终,人权诉讼的影响一般体现在它会逐步促进社会改变。例如,公众对关塔那摩的(国家与国际的)意见已经发生了转变,有观点认为诉讼在其中起到了重要的促进作用。不能孤立地理解诉讼,而应当将之视为一个更加庞大和复杂的难题中的一个小小的部分,这一点无疑是正确的。

最后,可能也是最重要的一点,真实的案例起到诉说受害者经历的作用。它们往往生动体现了诸如“非常规引渡”与“更先进的审问技术”这样的委婉词语对于你或我这样的普通人意味着什么。判决确认了这些经历与经验的法律效力。“反恐战争”的一个基本特点是试图将某些人置于法律的范围之外。正如一名英国法官所指出的,诉讼可以成为一种工具,并不是为了将权力从行政部门转移给司法机关,而是为了将权力从行政部门转移给个人。<sup>[72]</sup>如果任何具体的案件能将一个人带回法律的框架中,并重申这个人是人权的享有者,那么,这样的影响就足够了。

---

[71] 以“法庭之友”的方式介入出现在很多地方,如英国上议院法官、以色列的军事律师。

[72] 玛丽·阿顿(Dame Mary Arden)夫人曾说过,“A案件的判决不能被错误地解释为权力从行政部门转移到司法机关。正确的态度是,司法机关现在具有依据人权标准审查行政行为的重要职责。因此,不是权利不是转移给司法机关,而是转移给了个人。”(2005) 121 LQR at pp. 623 – 4, in A. T. H. Smith, ‘Balancing liberty and security ? A legal analysis of United Kingdom anti-terrorist legislation’, European Journal on Criminal Policy and Research, 13 (2007), pp. 73 – 83, DOI 10.1007/s10610 – 007 – 9035 – 6.