

法律黑洞中的希望： 国际法与“反恐战争”中的域外拘留

西尔维娅·博雷利 著 / 冯琳^{*} 译

“我们的反恐战争从基地组织开始，但是并没有结束。世界范围内的每一个恐怖组织被发现、制止和战胜之前，这场战争不会结束。”

——乔治·W·布什，在国会两院联席会议上对美国人民的演说（2001年9月20日）

摘要

数以千计的人在“反恐战争”的背景下被域外拘留，这既发生在阿富汗和伊拉克的武装冲突中，也是国际执法行动的结果。本文将讨论的是，尽管一些国家持相反的观点，但无论这些人在何处被拘留，国际人道法和（或）国际人权法的保护依然适用于他们，本文还将对最近国内法院和国际机构重申国际标准的判决或决定加以研究。

* 西尔维亚·博雷利 (Silvia Borelli)，米兰大学博士，英国伦敦国际法和比较法研究所访问学者。作者向对此文提供过帮助的西蒙·奥利森 (Simon O'Leeson) 表示感谢。

** 中国人民大学法学院2005级国际法硕士生；法国巴黎大学（第一大学）欧盟法留学生。

美国和其盟国在 9.11 恐怖袭击之后发动了超越国家界限的“反恐战争”。这场所谓的“战争”中的“敌人”的本质表明,国家必须对国际恐怖组织采取行动,不仅对其领土内的此类组织,而且还包括常常存在于其国境之外、别国主权范围内的地区的此类组织。虽然在以前,大多数反恐行动均系政府在其领土范围内组织和实施,其性质是国内执法行为,但在 9·11 事件之后,大多数“反恐战争”中的行动已经超越了国界,这些行动经常——虽然并非总是——得到实施行动地区所在国家的同意和配合。^{〔1〕} 基于这些行动的跨国性,在许多情况下,个人都是被武装力量或非军事执法机构在其本国领土之外被拘留的。

域外拘留可以被宽泛地定义为:国家机构在其领土之外代表国家实施的、在违背被拘留者个人意愿^{〔2〕}的情况下剥夺他(她)自由的行为。本文的讨论内容还将包括经另一国机构要求或处于其有效控制的情况时、个人在第三国被拘留的特殊情况。

域外拘留并非一个新的现象;国际人道法明确地规定,国家可以拘留在其领土范围以外的个人,尤其是在国际武装冲突和军事占领中,在某些情况下也需要国家这样做。此外,在国际执法行动中经常发生个人被另一国而非本国的机构拘留的情况,例如在引渡案件中从一国的拘留转移到另外一国的情况。

然而,在“反恐战争”的背景下,这种现象更加引人注目。不仅相当多的个人在其国家领土范围之外被拘留,而且这种拘留首先就与国际法对被拘留人给予保护的适用法律标准的适用性之间产生了碰撞。自从 9·11 事件以来,一些国家制定了允许域外拘留的政策,与此同时,否认适用在

〔1〕 例如,在也门以无人驾驶飞机消灭六名恐怖组织嫌疑犯的袭击:J. Risen 和 J. Miller, “据报道美国消灭了在也门的基地组织成员”,《纽约时报》,2002 年 11 月 5 日。也门似乎已经同意了这次行动并对其予以配合,虽然报告有细微差别:参见诸如,W. Pincus,“导弹袭击是在也门的配合下发生的”,《华盛顿邮报》,2002 年 11 月 6 日。

〔2〕 关于这一点,该定义并不局限于对证明有罪的刑事犯或正在审讯的嫌疑犯的拘留,它广义地适用于各种形式的对自由的剥夺,包括拘留武装冲突中的战俘,交战国占领中的收容,行政拘留(例如未被驱逐的非法移民),以及其他形式的难以纳入传统类别的实际拘留。它还广义地包括国家机构在该国家版图之外逮捕和拘留的情形,不论该国是否同意并给予配合。

国内法和国际法上被普遍接受的保护被剥夺自由的个人的法律保证。

不管这些辩解是否以及在多大程度上与国内法有关,在国际法范围内,它们无疑存在本质上的缺陷。个人在“反恐战争”中被拘留于国家领土之外,国家因此就可以规避部分或者全部的国际人道法〔3〕和(或)国际人权法〔4〕对国家这种行为所作的规定和限制,这种观点是不合理的。

在过去3年中,关于哪些规则可以被适用于在“反恐战争”中被剥夺人身自由的个人的现实重要性,已经被反复强调。其中大多数都是由红十字国际委员会提出的。2004年9月,红十字国际委员会回顾称,根据其几十年来对处于不同的、多变的背景下的拘留场所的考察的经验,显而易见,只有建立一个明确的法律框架才能防止个人被恣意地拘留和虐待。〔5〕

本文更深层次的目的在于试图澄清“反恐战争”中哪些国际法的规定适用于域外拘留。尤其需要说明的是,尽管有些国家对此持有疑义,

〔3〕 特指《日内瓦第三公约》关于战俘的待遇中关于对被剥夺自由的个人的保护的規定,1949年8月12日,UNTS,第75卷,第135页(下文GC III);《关于战时保护贫民的日内瓦第四公约》,1949年UNTS8日,8月12日,第75卷,第287页(下文GC IV);《1949年8月12日日内瓦附加议定书》,关于保护国际武装冲突受害者(第一议定书),1977年8月8日,1125UNTS,第3卷,1978年12月7日生效(下文,P I)。

〔4〕 焦点集中在国际人权法的主要普遍法律文件,或者因为对某一主要的参与者适用而产生关联的地区性文件:《公民权利和政治权利公约》,纽约,1966年12月16日,UNTS,第999卷,第171页(以下《公民权利和政治权利公约》);《保护人权和基本自由欧洲公约》,罗马,1950年11月4日,ETS .NO .5(以下《欧洲人权公约》);《美洲人权公约》,San Jose ,1969年11月22日,OAS系列条约,NO .36(以下《美洲人权公约》);《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》,纽约,1984年12月10日,UNTS,第1465卷,85(以下《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》)。

〔5〕 International Committee of the Red Cross,“ICRC reactions to the Schlesinger Panel Report,”8 September 2004,Para, I(A),available at <http://www.icrc.org> (最后访问日期为2005年2月10日)。

这些人并不是处于缺少国际法保护的“法律黑洞”^[6]中。本文从对“反恐战争”背景下的域外拘留现象的审视开始,主要论述国际人道法和国际人权法规定对在“反恐战争”过程中被域外拘留的个人的适用,以及各国对域外拘留的立场。然后,本文还将对“反恐战争”的性质作以简要分析,并考察国际人道法对那些在阿富汗和伊拉克武装冲突中拘留的人的适用,国际人权法在武装冲突情况下继续适用的问题,有关人权法域外适用的原则以及不推回原则。在最后一部分对近期发展情况的考察,显示传统观点的初步回归,即国际人道法和(或)国际人权法对所有被国家拘留的个人提供保护,不论其被拘留发生在何处。

本文集中讨论具有潜在相关性的这两个法律分支的适用。本文并没有关于国际人权法和国际人道法在保护内容方面的详细分析,然而在必要时提供了相关规则予以参考。^[7]

“反恐战争”中的域外拘留现象

从在阿富汗和伊拉克的武装冲突开始,累计已有 5000 人被美国武装力量在军事和安全行动中拘留。^[8]

数以千计的人在阿富汗武装冲突中被盟军俘虏,他们起初在阿富汗境内由盟军或美国海军拘留。随后,他们中的大部分被移交给阿富汗新

[6] 见英国上诉法院对 R (on the application of Ferroz Abbasi and other) v. Secretary of state for Foreign and Commonwealth Affairs [2002] EW CA Civ. 1598 一案所作出的判决,此案表达了对拘留在关塔那摩湾的人的担忧,“显而易见地违反了(美国和英国)承认的管辖和国际法,Mr Abbasi 被专横的拘留在‘法律黑洞’中。”也可参见 Johan Steyn,“关塔那摩基地:法律黑洞”(第 27 届 FA Mann lecture, 2003 年 11 月 25 日),载 International and Comparative Law Quarterly, 第 53 卷, 2004 年, 第 1 页。(“R”在这里是一个代号,目的是保护被告。——译者注)

[7] 对这些保证措施更加详细的考察,参见 S. Borelli,“The treatment of terrorist suspects captured abroad: Human rights and humanitarian law” in A. Bianchi (ed), Enforcing International Law Norms against International Terrorism, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 39.

[8] “Final report of the independent panel to review DoD detention operations”, 24 August 2004, 参见 <http://news.findlaw.com/wp/docs/dod/abughraibrpt.pdf>, p. 11 (最后访问时间为 2005 年 2 月 10 日)。

政权。然而,其中一些人仍然被拘留于盟军控制的、位于阿富汗和巴基斯坦境内的拘留场所。^[9]

除此之外,自从2002年初开始,美国把数百个被怀疑是基地组织或塔利班成员的嫌疑犯转移到美国在关塔那摩的基地。美国国防部长官表示,这些拘留者被转移的原因是:他们被认为具有“重要的情报价值”;或者被认为对美国仍然存在着“持续且重大的威胁”;“他们被送往关塔那摩以开发其情报价值”。^[10]

同样,根据官方资料,截至2004年10月,仅在伊拉克就有超过8000人被美军拘留。^[11] 在2003年5月的“主要行动”(principal operation)^[12]结束以后,美国迅速在伊拉克建立了监狱网和拘留设施,拘留和审问在军事行动中被逮捕的人。^[13] 虽然大部分阿富汗和伊拉克武装冲突中的囚犯是在美国的拘留之下,但也有少部分人被其他盟军部队

[9] 见 Amnesty International, Report 2004, “United States of America”, 见 www.amnesty.org; 亦可参见 Human Rights First, “Ending secret detentions”, June 2004 pp. 3 - 4. www.humanrightfirst.org/us_law/PDF/EndingSecretDetentions_web.pdf, (最后访问时间为:2005年2月10日)列出了一系列在阿富汗和其他地区未披露的、怀疑的机构。一项独立人权机构获得的报告显示,除了拘留在关塔那摩湾中人的可怕境遇,“美国被确认在其他39个海外监狱里还关押拘留者,比如在阿富汗、伊拉克和其他地区”;见 Human Rights Watch, “The United States disappeared”, The CIA’s long-term “ghost detainees”, Briefing Paper, OCTOBER 2004, p.4.

[10] 参见“ Press briefing by White House Counsel Judge Alberto Gonzales...”, Office of the Press Secretary of the White House, 2004年6月22日, 见 <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/06/20040622-14.html> (最后访问时间为2005年2月10日)。自从2002年1月22日开始,第一批拘留犯被移送,750多人被拘留在美国的关塔那摩基地。

[11] B. Graham, “Offensive create surge of detainees”, Washington Post, 27 November 2004.

[12] 见“ Remarks by the President from the USS Abraham Lincoln...”, May 2003, 见 www.whitehouse.gov (最后访问时间为2005年2月10日)。

[13] 见 Human Rights Watch, “Iraq: Background on US detention facilities in Iraq”, 2004年5月7日, 见 <http://hrw.org/english/docs/2004/05/07iraq8560.htm>。此报告列出十个主要的机构以及“一些在美军基地的其他拘留场所,作为初次或二次审问的暂时性场所”。See also Human Rights First, “Ending Secret detentions” op.cit(注释9)。

拘留。^[4]

在“反恐战争”中被拘留在国外的个人只是一部分,被拘留者并不仅限于美国在阿富汗的军事行动和在伊拉克战争以及随后盟军在军事占领中拘留的个人。自从2001年9月11日开始,各国在世界范围内展开的反对恐怖主义的执法行动中也逮捕并拘留了很多人。^[5] 有些被逮捕的人已经由美国移交给有关国家的主管机关;但在大量的案件中,他们被转移到关塔那摩湾或者其他一些未披露的位于美国领土以外的拘留场所。^[6]

远不同于对美国军队或执法机构对其拘留于域外的个人的待遇的担心,更严重的忧虑来自于对美国转移其拘留的、被定性为恐怖主义嫌疑犯的不断报道,这些嫌疑犯因为“抵制审问”而被转移至他国以进行

[14] 在最近英国反对酷刑委员会的报告的审查中,代表团这样描述英国在伊拉克和阿富汗的行动:“起初在伊拉克被英国军队拘留的个人被关押在美国在古巴的拘留所中。……自从2003年12月15日开始,英国拘留的人被关押在伊拉克南部 Shaibah 由英国管理的临时分割机构。这是英国所有被拘留者在伊拉克唯一的拘留所”;“虽然曾经数百个英国的被拘留者经过常规审判和释放后不再对我们造成威胁。2004年11月14日,只有10个居留者在 Shaibah 被拘留”;“在阿富汗喀布尔(Camp sou ter)我们的一个小的临时性的拘留所现在是空的。这个拘留所在建造后已经至少在15种场合使用过”。开幕辞,2004年11月17日,见 <http://www.ohchr.org/english/bodise/cat/docs/Ukopening.pdf>,第93段,96~97行(最后访问时间为2005年2月10日)。

[15] 2003年1月底,美国总统在他的《国情咨文》中声称:“其余3000名的恐怖组织嫌疑犯在许多国家被逮捕。另外一些则命运不同。如此看来,他们对美国和我们朋友以及盟国来说不再是一个问题。”见乔治·布什,《国情咨文》,2003年1月28日,出自 <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/01/20030128-19.html>(最后访问时间为2005年2月10日)。

[16] 据一系列新闻报道,在9月11日遭受袭击后很短的时间内,美国总统就签署了一项秘密命令,要求美国在美国境外建立一个秘密的拘留网络,以便关押那些具有很大价值的囚犯,并且将使用在美国法下是被禁止的策略。美国政府关于“state of forces”的谈判与几个外国政府达成协议中,允许美国建立由美国掌管的拘留所,并与这些国家相互之间达成相互豁免;见 J. Barry, .M. Irish and M. Isikoff, “The roots of torture”, 《Newsw eek》, 2004年5月24日; D. Priest and J. Stephens, “Secret world of US interrogation: Long history of tactics in overseas prisons is coming to light”, Washington Post, 2004年5月11日。亦可参见 D. Priest and S. H igham “At Guantanamo, a prisons within a prison”, 17 December 2004 Washington Post: “已经证实美国中央情报局在未被披露的地区拘留着36名基地组织成员。……美国中共情报局的拘留所除了关塔那摩基地以外,还位于阿富汗 Bagram 空军基地的禁区之内,在海上的轮船中以及英国在印度洋海域的 Diego Garcia 岛”。

进一步的审问。虽然在某些案件中,被转移的个人最初是在美国领土上被逮捕的,^[7]但大量的恐怖主义嫌疑犯是被美国特工在第三国逮捕后就直接转移到其他国家,引渡过程不能满足应适用的国际引渡程序规定的最低标准。^[8]个别接收嫌疑犯的国家在历史上有不良的人权记录,甚至存在拷问或其他非法询问手段的历史。^[9]此外还有这么一种情况,一些国家在美国领土之外将有关人员非法转交给美国官员,这些人随后被转移到第三国。^[10]最后,最令人不安的情况是,某些人被美国拘留或移交给美国后不见了,他们的下落至今不明。^[11]

至于美国,选择域外拘留作为“反恐战争”一部分的原因是基于,至少是部分基于试图摆脱,在同样情况下若拘留于国内将会遇到的,国内(和国际)法律保护标准的限制。从众多布什政府的法律意见书中也可以明显看出,美国一贯试图辩解其不具有当然的义务,或者国际法的义务不能简单适用这种新形式的“反恐战争”,亦或是这种义务对美国机

[17] 参见 D . Priest,“ Top justice aide approved sending suspect to Syria ”, Washington Post 19 December 2003 报道了在叙利亚出生的加拿大公民在与一个美国机场有关的事件中被拘留,并通过约旦被移送到叙利亚,在叙利亚他被起诉并被拷问。

[18] D . Priest and B . Gellman,“ U S decries abuse but defends interrogations: Stress and duress tactics used on terrorism suspects held in secret overseas facilities ”, Washington Post, 26 November 2002 ; See also Amnesty International. op. cit (note 9) .

[19] 这些国家包括:埃及、叙利亚、约旦、沙特阿拉伯和摩洛哥。R . Chandrasekaran and P . Finn,“ U S behind secret transfer of terror suspects ”, Washington Post, 11 March 2002 .

[20] 参见 C . Whitlock,“ A secret deportation of terror suspects ”, Washington Post, 25 July 2004 ,描写两名与基地组织有关的嫌疑犯在瑞典被捕后拘留,然后非法移送到美国中共情报局的拘留场所,然后在埃及被怀疑受到拷问。亦可参见 D . van Natta and S . Mekhennet,“ German s claim of kidnapping brings investigation of U S link ”, New York Times, 9 January 2005 描写一名在马其顿被捕和拘留的德国公民被移送给美国机构后、被转移到阿富汗拘留的情况,在阿富汗拘留时他受到了拷问。

[21] 参见 Human Rights Watch, loc . cit (注释 9) 。亦可参见 Priest and H igham . op. cit. (注释 16) 。

构在国外的行动并不适用。^[2]

国际法框架

首先需要考虑的因素就是关于“反恐战争”的多重性质

任何关于就如何对“反恐战争”中被拘留的人适用法律的讨论,必须从认识这场“战争”的多重性开始。^[3]

然而,无论其对大众媒体来说多么具有号召力,或者作为一项矫饰策略用于政治演说,例如对一个组织松散的国际恐怖网展开的武装斗争,^[4]“反恐战争”这一概念,从国际法角度分析是无法成立的。^[5] 尽

[22] 把战俘移送到关塔那摩的初衷,很显然是因为它是“法律相对空白的一个地带”;……Barry, Hirsh and Isikoff, op.cit. (注释6) (引用自一个政府官员)。来自2001年12月28日美国司法部法律意见办公室的一份内部备忘录显示,美国对关塔那摩基地关押的战俘没有司法管辖权,或者对侵犯他们的违法行为没有听取意见的义务(同上)。也有新闻报道表示未公布的备忘录建议:“如果政府……执行了可能使其违反美国禁止酷刑的法律,比如《日内瓦公约》,但只要拘留者是被关押在另外一个国家,那他们就不需要承担任何责任。”此项建议认为,“这应当是另外一个国家的责任”,参见 J. Risen, D. Johnston and N. A. Lewis, “Harsh CIA methods cited in top al Qaeda interrogations”, *New York Times*, 13 May 2004.

[23] “反恐战争”的法律性质问题是很多学术团体研讨的主题:参见例如 J. Fitzpatrick, “Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 345, in particular pp. 346 - 350; C. D. Greenwood, “International law and the ‘war against terrorism’”, *International Affairs*, Vol. 78, 2002, p. 301; G. Abi-Saab, “Introduction: The proper role of international law in combating terrorism” in A. Bianchi (ed), *Enforcing International Law Norms Against International Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. xiii.

[24] “战争”的定义不适用国际人道法,在国际人道法中由“武装冲突”一词代替,该武装冲突不论是国际的还是国内的,都是武装冲突。见 Geneva Conventions 第 2 条,以及 C. D. Greenwood, “现代国际法中战争的定义”, *International and comparative Law Quarterly*, 第 36 卷, 1987 年,第 283 页。

[25] 在 9.11 之后进行的反对国际恐怖组织的行动不能完全等同于现代国际法定义下的武装冲突的概念:在“反恐战争”的背景下实施的具有跨国性质的行为,加上这些行为中涉及国际盟军的事实,直接排除了这场战争等同于国内性质武装冲突的可能性。它也不能被定义为一场国际性的武装冲突,因为在国际法的视野下,不承认一场国际武装冲突是由一个国家(或者国家的组织)与一个私人的非国家组织引起的。参见 Greenwood, op.cit. (注释 23), 以及 G. Abi-saab. op.cit. (注释 23), 第 xvi 段:“战争”或“武装冲突”在国际法上必然涉及可以领土范围定义的被承认的国际法主体。第 12 卷, 2001 年, 第 993 页。

管如此,毋庸置疑的是,在“反恐战争”的广阔背景下,两场严格意义上的国际性武装冲突已经发生,即阿富汗战争和伊拉克战争。^[6]

但对于提出这个概念的人来说,“反恐战争”已经从阿富汗和伊拉克武装冲突扩展到自从2001年9月开始的所有反恐行动。虽然很大比例的行动由有关国家及其有关机构在其境内发起和实施,也有一些行动具有跨国性,并涉及许多国家的法律执行机构和军事力量。从国际法的角度看,后者不是任何战争、也不是任何武装冲突的一部分,而应被视为国际法上对跨国刑事犯罪组织的执法行动。^[7]

因此,对是否发生在一场严格意义上的武装冲突背景下的逮捕和拘留应该加以区分。例如,在阿富汗和伊拉克的武装冲突及随后的军事占领中的逮捕和拘留,和在法律执行行动中的逮捕和拘留。

尽管一些关键人物表达了自己的不同意见,国际人道法关于国际武装冲突(和军事占领)的规定对于伊拉克和阿富汗则完全适用。^[8]此外,国际人权法的一些规则已经并且仍然对此种情况下的个人适用,这将在下面的部分详细论述。

[26] 关于发生在伊拉克的武装冲突,见 Borelli, *op. cit.* (注释7), 第44~45页,然而,并非所有的人都认为发生在阿富汗的武装冲突是国际性的;一些人把其定义为“国际化了的”武装冲突;参见 A. Roberts, “Counter-terrorism, armed force and the laws of war”, *Survival*, Vol.44, 2002, p.7. 此定义参见 H. P. Gasser, “Internationalized non-international armed conflicts: Case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon”, *American University Law Review*, 第33卷,第1辑,1983年秋季版,第145~61页,以及 J. G. Stewart, “Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, Vol.85, 2003, p.313.

[27] 比较 C. D. Greenwood, “The law of war (International humanitarian law)”, in M. D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 793, who speaks of “an underground terrorist movement whose recourse to violence is criminal”的演说。

[28] 在此必须强调的是,不管关于“反恐战争”的讨论如何,现在并不存在纯粹的国际性的武装冲突:在阿富汗已经结束了(虽然并没有正式的宣言发表)的武装冲突;类似在伊拉克的武装行为已经在2003年5月1日宣布结束,军事占领也随着2004年6月28日将政权移交伊拉克临时政府而结束。同上(注释12)以及理事会决议1546(2004)。还应注意的是,战俘必须在军事交战区关闭之前“毫无拖延”得到释放,((《日内瓦第三公约》,第118条第1项),除非他们涉嫌刑事犯罪(第119条第5项)。同样,在武装冲突中被拘留的《日内瓦第四公约》下受到保护的人也应当在军事交战区关闭之后立即被释放(第133条);然而,在武装冲突结束之后继续被拘留的人享有《日内瓦第四公约》的保护,他们知道自己应该被释放。

最后,对于这两场武装冲突以外的法律执行行动,虽然国际人道法不适用,^[9]但国际人权法的规则则应完全适用。^[0]

武装冲突或军事占领情况下的拘留:国际人道法保护的适用

在阿富汗和伊拉克两次武装冲突之始,所有有关国家均为《日内瓦公约》的缔约国,^[1]主要的盟国却对《日内瓦公约》所作的保护规定的适用持有截然不同的立场。虽然英国没有对《日内瓦公约》在阿富汗和伊拉克的全部适用提出疑义,^[2]美国却采取了一个令人争议的立场,尤其是对在阿富汗发生的武装冲突,美国认为在阿富汗实施的军事行动是发生在两场不同的“战争”中的。

美国认为《日内瓦公约》对第一场“战争”,即发生在盟军和塔利班之间的武装冲突的适用不存在任何争议。^[3]然而,美国对于在所谓的武装冲突中被拘留的个人的地位的意见与其上述立场并不一致,这实际上否认了前面已经承认的对《日内瓦公约》的实际适用。2002年2月7日,美国宣布虽然在原则上认为《日内瓦公约》适用于塔利班成员,但同时认为在阿富汗被沦为囚犯的塔利班士兵不能根据日内瓦第三公约认定为战俘,因为他们不符合公约第4条的规定——他们是“非法战斗员”。^[4]

至于在阿富汗领土内反对基地组织的其他“战争”,美国政府的立

[29] 虽然国际人道法项下的保护不能适用,本来赋予国家的一些权利(例如结束敌对状态之前的任意的拘留)也同样不能适用。

[30] 通过争议机构进行拘留的可能性,参见“Applicability of international human rights law during armed conflict or states of emergency”。

[31] 日内瓦公约的批准条件,参见 www.icrc.org。

[32] 虽然其认为2004年6月28日,当政权被移交给伊拉克临时政府以后,公约停止了对伊拉克的适用;特别见于霍恩先生(Mr. Hoon)2004年7月1日的书面意见,423HC Deb. (2003 - 2004), 419w。

[33] George W. Bueh, “Humane treatment of Taliban and al-Qaeda detainees” Memorandum on, 7 February 2002, para. (b), 出自 http://pegc.no-ip.info/archive/white_house/bush_memo_20020207_ed.pdf。

[34] 同上,第2段(d)。

场是:“没有任何《日内瓦公约》的规则适用于阿富汗境内,或者全球范围内对于基地组织的武装冲突,因为除了其他原因以外,另一个原因是基地组织不属于《日内瓦公约》的缔约国,^[5]因此,基地组织的成员并不拥有战俘资格。^[6]在美国政府看来,所有在阿富汗武装冲突中被逮捕的人都是“非法战斗员”,^[7]在《日内瓦公约》体系下他们不享有任何权利。^[8]

在伊拉克武装冲突爆发后以及随后发生的军事占领中,美国对被捕者采取了不同的方式。在冲突开始之初,美国认为《日内瓦公约》应该广泛适用于伊拉克被捕的个人。^[9]

但最近的证据表明,美国政府的这一立场又有所改变。2004年5月,^[10]美国司法部起草的一个法律意见书表达了这样的观点:虽然在盟

[35] 同上,第2段(a)。

[36] 同上,第2段(d)。亦可参见 A. Gonzales, “Decision reapplication of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with al Qaeda and the Taliban, Memorandum for the President, 25 January 2002, 出自 http://pegc.no-ip.info/archive/white_house/gonzales_memo_20020123.pdf。

[37] 在美国现有的军事手册中,两种条件具有相同的含义,它们是“unlawful combatants”和“illegal combatants”,主要是用来指那些在武装冲突中并非一方的武装力量,也没有与敌对方交战的权利。US Army, Operational Law Handbook, JA 422, pp. 18 - 19; 以及美国海军, Commanders Handbook of the Law of Naval Operations, NW P1 - 14M, paragraph 12.7.1。

[38] Secretary of Defense, News Briefing, 11 January 2002, <http://www.defenselink.mil/news/jan2002/briefings.html>。(最后访问时间为2005年2月10日)。

[39] 参见诸如 Press briefing by Gonzales, Haynees, Dellorto and Alexander, 22 January 2004, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/06/20040622-14.html> (最后访问时间为2005年2月10日) 被接受的立场是,对于此冲突,“日内瓦公约应该自动地适用”,因为它是一场“传统的战争”,“两个日内瓦公约缔约国之间的冲突”。(同上)在2003年的一项声明中,美国政府保证遵守《日内瓦第三公约》第5条的规定来对待在伊拉克被捕并视为战俘的人,直到一个权威的法庭判决他们不具备战俘资格为止:参诸如……“Briefing on Geneva Convention, EPW and War Crimes”, 7 April 2003, www.defenselink.mil/transcripts/2003/04072003_t407genv.html。

[40] 见 J. Goldsmith, Assistant Attorney General, “(Draft) memorandum to Alberto R. Gonzales, Counsel to the president, I另: Possibility of relocating certain ‘protected persons’ from occupied Iraq”, 19 March 2004, http://pegc.no-ip.info/archive/DOJ/20040319_goldsmith_memo.pdf (最后访问时间为2005年2月10日)。另外一个题为:“The President’s power as Commander in Chief to transfer captured terrorists to the control and custody of foreign nations” has not been released and its full contents are not known。

军掌握之下的伊拉克公民应被视为战俘,但一些在伊拉克被美军逮捕的非伊拉克籍人并不具有《日内瓦公约》的被保护资格,因此他们可以从占领区被转移到国外审问。被拘留的伊拉克人也可能因为“要被审问”而转移出伊拉克“一个短暂但不确定的时期”。意见书中的此项结论被政府采纳。^[1]

对于因为美国或其他国家执法行动而在伊拉克和阿富汗武装冲突之外中被捕的人尚没有明确的表述。然而可以推断,美国的立场与其在阿富汗对基地组织成员的逮捕的立场基本一致,即:虽然他们是在“反恐战争”背景下被捕的,但《日内瓦公约》的保护对他们并不适用。

美国的立场与普遍接受的国际人道法基本原则相冲突,关于《日内瓦公约》的评注认为,“有一项基本原则贯穿于1949年《日内瓦公约》中”,即在武装冲突和军事占领中:

“每一个处于敌人手中的人在国际法下都具备一些资格:他或者是第三公约中规定的战俘,或者是第四公约中规定的平民,亦或者是第一公约中规定的军事力量的医务人员。并不存在‘中间状态’;在敌人手中的任何人都不能在法律规定之外。”^[2]

一旦这种解释被接受,“对于在伊拉克和阿富汗被捕的个人应适用何种法律”这个问题的答案就相对明确了:每一个在这两个武装冲突和对伊拉克的军事占领中的囚犯在不同程度上都受到日内瓦体系的保护,虽然这种保护因其是战俘还是公民而有所差异。

特别是关于敌方正规武装力量成员的规定,基本原则是武装力量中任何一方的成员视为战斗员,任何被敌方逮捕的战斗员是战俘。《日内

[41] Senate Judiciary Committee confirmation hearing on the nomination of Alberto R. Gonzales to be Attorney-General, 6 January 2005, www.nytimes.com/2005/01/06/politics/06TEXT-GONZALES.html (最后访问时间为2005年2月10日)。早期关于适用政策的报告见 D. Jehl, “Prisoners: US action bars right of some captured in Iraq”, *New York Times*, 23 October 2004; D. Priest, “Memo lets CIA take detainees out of Iraq”, *Washington Post*, 23 October 2004, 报道“在过去的六个月中有12名居留者被移送出伊拉克”。

[42] O. Uhler and H. Coursier (eds.), *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian: Commentary*, ICRC, Geneva 1950, 第4条第51页的注释。

瓦第三公约》第4条A款第1项规定,武装冲突中被捕的“一方的武装力量成员以及作为武装力量一部分的民兵或志愿军”是战俘;同时根据第4条A款第2项规定,落入敌方手中的其他民兵或志愿军也是战俘,如果他们(a)执行一个可对其下属行为负责的上级的命令,(b)具有固定的可辨识的标志,(c)公开持有武器,(d)按照战争法进行作战行为。第4条A款第3项更加详细规定了敌方武装力量的成员应视为战俘,不管他们表示忠实的一方是否被另一将他们拘捕的武装力量所承认。

值得重点注意的是,从结构和内在逻辑可以清楚地看到,上述第4条A款第2项中提到的情况只适用于其他民兵或志愿组织,而并不适用于第4条A款项下其他分类中的人。因此,只有第4条A款第2项中“其他民兵”成员才可以合法的否认其战俘资格,前提是他们的不满足上面提及的任何一种情况。^[3]

在阿富汗被捕的塔利班武装成员毫无疑问属于第4条A款第3项中的分类,他们是:未被拘留者承认的、忠实于一个政府或政权的正规武装力量的成员。美国的立场似乎恰恰相反,因为他们认为,根据《日内瓦第三公约》第4条A款第3项的规定,战斗员必须满足第4条A款第2项的情况以具备战俘资格。^[4]即使退一步说,为了证明这些情况与第4条A款第2项所述其他类别的战斗员,即所谓“志愿民兵”相关,根据第4条都可以清楚的知道,为了剥夺一名战俘的权利,需要证明个人违反

[43] 然而,请注意《第一附加议定书》第44条第3款中关于满足战斗员的条件规定的发展。

[44] 按照美国权威人士的说法,拒绝给予战俘资格的决定,是因为“塔利班成员并不能把他们自己与阿富汗平民相互之间区分出来。此外,他们并没有按照法律和战争习惯来进行其战斗行为。相反,他们采取措施对基地组织的恐怖分子给予支持”。A. Fleischer, “Special White House announcement re: Application of Geneva Conventions in Afghanistan”, 7 February 2002. 亦可参见“White House Fact Sheet: Status of detainees at Guantánamo”, 7 February 2002, www.whitehouse.gov (最后访问日期为2005年2月10日)。作为批评,参见G.H. Aldrich, “The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal combatants”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 894; R. Wedgwood, “Al Qaeda, terrorism, and military commissions”, *ibid.*, p. 335. 其认为“这些实质性的特征(在第4条A款b项中列出)是满足“武装力量”和“正规军事力量”的必要条件。

了战争法。如果因为塔利班与一恐怖组织联盟,就认为任何塔利班成员都不具有战俘资格,这是对第4条的误读。^[5]

至于在阿富汗被捕的基地组织成员,他们并非交战团体“武装力量的成员”。他们或许可以被证明属于第4条A款中的第二种分类,因为他们组成了一支“志愿民兵”,但他们不像塔利班那样,他们需要满足第4条A款第2项中的条件才能被视为战俘。

不管如何来进行分类,还没有任何“权威的法庭”确定个人地位的先例。^[6] 根据《日内瓦第三公约》第5条,如果关于敌方战斗员是否符合战俘的标准问题提出“任何疑义”时,拘留者必须首先确保给予被拘留者公约项下的“保护”,直到他们的地位被一个权威法庭确定为止。此外,第5条不仅要求落入敌方的战斗员的地位由一个权威的法庭决定,而且还要求改决定应以具体案件具体分析为基础。对于被拘留的一群人或敌方战斗员的一部分的地位而做的泛泛的一概而论的决定是不符合第5条的规定的,尤其是当此项规定是由行政机关做出的。

因此,在军事行动场所被捕的,与一交战团体的武装力量一起作战的基地组织成员,应被视为战俘,直到其资格被一个权威法庭决定。^[7] 即使做出决定,认为某人不具有战俘资格,他(她)在某种程度上仍受日内瓦体系的保护。因为被捕的敌方战斗员即使不符合战俘的条件,也符

[45] 正如一位评论员所说,为基地组织成员提供避难所和同情他们是错误的,但是这与他们疏于按照战争法管理自己的军事行为不是一回事。Aldrich, op. cit. (note 44), p. 895. See also R. K. Goldman and B. D. Tittmore, “Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law”, ASIL Task Force on Terrorism Paper, December 2002; www.asil.org (最后访问时间为2005年2月10日), 第8~14页;或参见Wedgwood, op. cit. (n.44), p335.

[46] 美国国防部建立一个专门就战斗员资格进行审查的法庭,以回应美国最高法院在Hamdi v. Rumsfeld案(124 S.Ct. 2633 (2004))作出的关于被拘留者是否满足“敌对战斗员”的条件决定。这个新成立的法庭由三个“中立的官员”组成,参见“Order Establishing Combatant Status Review Tribunals”, 7 July 2004, <http://www.defenselink.mil/news/Ju2004/d20040707review.pdf> (最后访问时间为2005年2月10日),并不足以满足那些目的,在2004年11月8日的Hamdan v. Rumsfeld, 案(咨询备忘录)(D.Ct., D.C.)参见www.findlaw.com, pp.17-19.

[47] 关于此影响,参见Hamdan v. Rumsfeld案的决议,同上(注释46)。

合《日内瓦第四公约》中“受保护的人”的范围。^[8] 公约项下“受保护的人”不仅包括未参加敌对作战的人,而且也包括所谓“无特权交战者”,^[9]即:参与交战行动,但被一个权威法庭认为并不具有《日内瓦第三公约》第 4 条项下的战俘资格的个人。否认战俘资格的主要后果是个人不享有“战斗员特权”,且可能会只是因为参与战斗的事实而被起诉。^[0] 另一方面,敌对一方的不具有战俘资格的公民是《日内瓦第四公约》中“受保护的人”,他们享有未为战俘提供的特定保护,其中包括绝对禁止从占领区被驱逐。^[1]

然而,对于在阿富汗或伊拉克被捕的基地组织成员或其他恐怖组织成员,他们的地位就不容易辨识:他们不符合《日内瓦第三公约》第 4 条 A 款项下战俘条件,也不是被捕国的国民。《日内瓦第四公约》对这些人的适用取决于他们的国籍;第四公约第 4 条第 2 项从受保护人中排除:

“不受公约约束的国家的公民……中立国和共同作战国的国民……在敌对国拥有正式外交代表的国家的国民。”^[2]

因此,那些在战场上被捕、不具备战俘资格,且与拘留国拥有正常外

[48] 《日内瓦第四公约》第 4 条定义了其适用范围,国家保护“那些在特定时期不论任何方式发觉自己处于武装冲突或占领下的人,只要他们并非属于拘留他们的武装冲突一方或占领力量这一方。”

[49] R. Baxter, “So-called ‘unprivileged belligerency’: Spies, guerrillas and saboteurs”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 28, 1951, p. 323; 亦可参见 K. D. Mann, “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, 2003, p. 45.

[50] See e.g. Goldman and Tittmore, *op cit.* (n. 45), pp. 4 - 5.

[51] 日内瓦第四公约第 49 条;注意这种违反在日内瓦第四公约 147 条下是一种“严重违反”,关于对它的禁止和严格的例外,参见 H.-P. Gasser, “Protection of the civilian population”, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 209, at 252 - 254.

[52] 第 4 条还说明,除了在第一段中被排除适用公约保护的那些人以外,依然受到其他三个《日内瓦公约》之一公约的保护(第 4 段)。除此之外,不受公约约束的国家的国民则不能受其保护(第 2 段)。

交关系的国家的国民,将没有权利享受《日内瓦第四公约》的保护。^[3]

除了潜在外交保护,即使不受《日内瓦第四公约》保护的个人,在任何情况下应根据《日内瓦公约》第3条规定的适当和人道的“最低标准”^[4]受到保护,并被赋予《第一附加议定书》第75条规定的保护。^[5]

国际人权法律项下被拘留者的保护

在“反恐战争”中的一些被囚者属于日内瓦公约体系的保护之外。其中首要、也是最多的一类人就是2001年9月11日之后美国及其盟军在世界范围内的执法行动中逮捕的那些人。如前所述,这些人的行为在国际法的意义上并非属于武装冲突的部分,因此,美国宣称:“没有任何的日内瓦公约适用于我们和基地组织之间的冲突”。^[6]虽然没人能够否认这是正确的,但也不能简单的因为“反恐战争”不是武装冲突,就排除了《日内瓦公约》的适用。

除了国际人道法的适用问题,“反恐战争”背景下每一个被捕的人,包括在武装冲突之外在执法行动中被拘留的人,他们的基本权利还应受到国际人权法规则的保护。

[53] D m ann, op. cit. (note 49), p. 49. 排除的原因,可以清楚的追溯到这些人能够通过自己的国家来获得国内法更加有效保护的假设。虽然在现在的政治背景下这种假设不太可能,但至少英国已经在某种程度上成功的使部分在关塔那摩被拘留的本国国民得以释放,而另外一些政府已经在他们回国被起诉的保证,或者得到承诺对拘留者在他们被审讯时不适用死刑的情况下,将其释放。

[54] N ilitary and Param ilitary A chivities in and Againit N icaragua (N icaragua v. Un rred States of A meria), M erits, ICJ Reports 1986, p. 114, para. 218.

[55] 《第一附加议定书》第75条,适用于落入武装冲突中任何一方手中的人,只要他们根据《日内瓦公约》或《附加议定书》已不享有任何更多的权利。虽然美国并非《第一附加议定书》的成员国,但它已经宣布受该附加议定书中反映国际习惯法规则(第75条)的约束。参见 M . J. Matheson, “ The United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions ”, American University Journal of International Law and Policy, Vol. 2, 1987, pp. 419 ff., 特别参见 pp. 420 and 427; 最新的可参见 W .H . Taft IV (Legal Adviser to the US D epartment of State), “ The law of armed conflict after 9 / 11: Som e salient features ”, Yale Journal of International Law , Vol. 28, 2003, pp. 321 - 322.

[56] 见注释 35。

提到国际人权法,美国过去一直否认人权义务的跨国适用。^[7] 美国同时否认国际人权法在武装冲突中的适用,^[8] 并在其最近表述关塔那摩被拘留者问题的立场时重申了这一点。^[9]

英国政府的立场则比较微妙一些,它认为《欧洲人权公约》不适用于英国军队在海外采取的行动,它还以伊拉克处于欧洲人权公约领土保护之外为由而否认公约的适用,并且认为英国军队在任何情况下都没有超出要求的范围。^[10]

到目前为止,在所谓国际人权法并不适用的所有辩解中,没有一个能够证明“反恐战争”背景下、国际人权法对被拘留于国外的个人并不适用的观点的合理性。为回应这些观点,下面将讨论对国际人权法为域外拘留的个人提供保护的范围内产生影响的一些考量因素。

首先的一个问题是,对于在武装冲突中受到国际人道法的保护的人,国际人权法的保护能否同时适用。其次,更加复杂的问题是,当一国机构的行为发生在本国领土以外时,该国应在多大范围内承担国际人权法的义务。最后,不推回原则也与“反恐战争”中拘留的个人之间有明确的联系。

国际人权法在武装冲突中的适用

虽然不同国家的观点有所不同,^[1] 现代国际法的一项基本原则是:国际人权法并不只适用于和平时,武装冲突的存在也并不意味着基本

[57] 见注释 77。

[58] 参见诸如美国在美洲国家间人权委员会上的立场,在 *Coard et al. v. United States* 案中 (Case No. 10.951, Report No. 109/99), 《1999 年美洲人权年度报告》(Annual Report of the IACHR 1999), 第 38 段。

[59] “Additional response of the United States to request for precautionary measures on behalf of the detainees in Guantánamo Bay”, 15 July 2002. 关于在武装冲突中的适用,亦可参见美国国防部,“Working group report on detainees in interrogations in the global war on terrorism: Assessment of legal, historical, policy, and operational considerations”, 6 March 2003, 与两种观点均有联系。

[60] See eg. the written answers provided by Mr. Straw on 17 May 2004, 421 HC Deb. (2003 - 2004), col. 674w - 675w, and 19 May 2004, 421 HC Deb. (2003 - 2004), col. 1084w.

[61] 包括美国(见以下注释 77),特别是以色列(见以下注释 80)。

人权保护的停止。国际法院在 1996 年^[2]核武器咨询意见中提出了这一论点,而且在最近重申了这一原则:

“人权公约提供的保护在武装冲突中并没有减少,此类被克减的条约的保留可以在《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条中找到。至于国际人道法和国际人权法的关系,有三种可能的情形:一些可能是国际人道法的专有权利;另一些可能是国际人权法的专有权利;还有一些是国际法这两个分支共有的内容。^[3]

因此,在美国武装力量在格林纳达指挥的军事行动的案件中,美洲国家间人权委员会不同意美国关于“问题只能适用国际武装冲突法”的论点,^[4]其认为:

“虽然国际人道法规则适用于战争时期,国际人权法大部分规则适用于和平状态下,但两者之一的适用并不当然的排除或者代替另外一个的适用。在人权法和人道法之间存在着有机的联系,因为它们拥有一个不可克减权利的普遍核心和一项保护生命尊严的共同目的。^[5]

虽然所有的人权条约都有一个基本的认识,即在国家紧急时期或武装冲突时,允许其在某些严格的范围内为抵御国家受到的威胁而克减对个人的保护,^[6]但也有一些权利在任何情况下都是不能被克减的。这

[62] “ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ”, A dvisory O pinion, ICJ R eports 1996 (I), p. 240, para. 25.

[63] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, A dvisory O pinion, 9 July 2004 (hereinafter “ The W all ”), para. 106.

[64] Coard, op. cit. (note 58), para. 35.

[65] 同上,第 39 段。人权法在武装冲突下的继续适用原则已被美洲人权委员会所承认,参见诸如 *Abella v. Argentina* 案的决议:Case No. 11.137, R eport No. 5 /97, Annual R eport of the IACHR 1997, paras. 158 - 161; IACHR, “ Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia ”, OEA /Ser.L /V /II.102 doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

[66] 例如《欧洲人权公约》第 15 条第 1 款以及《美洲人权公约》第 27 条第 1 款,虽然《公民权利与政治权利国际公约》相应的规定(第 4 条)并没有清楚的表达“战争”或“武装冲突”,毋庸置疑的是,其中提到的“国家紧急状况”也包括武装冲突的情形。参见人权委员会, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), UN Doc. CCPR /C /21 /Rev.1 /Add.11 (2001), para. 3; see also General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR /C /21 /Rev.1 /Add.13 (2004), para. 11.

些不可克减的权利列表会因为法律文件的不同而不同。然而,诸如不被随意剥夺生命的权利,尊重基本尊严的权利,以及不被拷问和不被使用酷刑的权利,却是广泛认可的,国家必须遵守,并保证它们在任何情况下被遵守。^[7]

除了因法律文书条文文字的原因而被克减的可能性以外,^[8]国际人权法项下的个人权利的确切范围可能会因武装冲突中包含在适用的国际人道法中的特别法的同时适用而有所差别。根据国际法院关于使用核武器的合法性的咨询意见,即使是一些不可克减的权利(尤其是生命权),其适用范围在同一场武装冲突中也可能不同。^[9]然而,这与拘留问题并无密切联系,因为生命权对于没有参加行动战斗员的人来说也是一样的,都必须受到完全的尊重;在国际人道法中,对于没有参加对敌作战的个人,也享有不能被随便剥夺生命尊严的权利。同样,国际人道法的适用不会产生导致适用与禁止酷刑有关的特别法,因为它对此也绝对禁止。

最后,除了明确宣布不可克减的权利以外,另外一些对于有效保护不可克减权利有所帮助的程序性权利也必须在所有情形下被遵守。其中包括通过国内法庭起诉对其不可克减权利的侵犯的权利,取得人身保

[67] 这些权利中的大部分都和国际人道法的“最低标准”相一致。Borelli, *op. cit.* (note 7) .

[68] 在所有人权条约中,克减主要是通过宣言或与政府公报实现的。(参见诸如《欧洲人权公约》第 15(3)条;《公民权利与政治权利国际公约》,第 4(3)条;《美洲人权公约》,第 27(3)条。一些卷入“反恐战争”的国家已经做出了声明,例如,英国 2001 年 12 月 18 日对《欧洲人权公约》第 5(1)条和《公民权利和政治权利公约》第 9(4)条、在反对恐怖主义、刑事和国家安全问题上发表了声明(来自 www.conventions.coe.int, www.ohchr.org),但美国没有向任何国际人权机构发表类似的声明。

[69] Nuclear Weapons, *op. cit.* (note 62), p. 240, para. 25. See also The Wall, *op. cit.* (note 63), para. 106; Coard, *op. cit.* (note 58), para. 39; and Human Rights Committee, General Comment No. 29, *op. cit.* (note 66), para. 3.

护令的权利,公正审判的权利等,这些也都被视为是不可克减的权利。^[0] 此外,国际人道法的适用对于国际人权法项下的不可克减的程序性权利的内容也会有影响,因为它提供了一些不同的规则。例如,对战俘的审讯是否公平,这将取决于国际人道法规定的标准,而非国际人权法规定的标准。^[1]

治外法权下的国际人权法适用

多数人权法条约都规定国家具有必须保证在其管辖范围内的所有人的权利和自由的义务。^[2]

为落实国际人权法所规定的规则,管辖的含义与通常情况下在其他国际法分支中的含义相比,就显得更加宽泛。^[3] 当要求决定一个国家机构在治外法权下实施的行为是否是为适用人权义务而建立管辖权的行为时,人权机构认为国家“有义务在其现有主权和责任下保护所有人的权利和自由,不管此权力的行使是在领土内还是领土外”。^[4]“原则上,这一问题不取决于假定的受害者的国籍或特定的地理区域,而是在

[70] 例如,关于独立和公正法庭审判的权利以及无罪推定原则。Human Rights Committee, General Comment No. 29, op. cit. (note 66), para. 16; also Habeas Corpus in Emergency Situations (Articles 27 (2), 25 (1) and 7 (6) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC - 8/87, Inter-Am. C. t. H. R., Series A, No. 8 (1987); Judicial Guarantees in States of Emergency (Articles 27 (2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC - 9/87, Inter-Am. C. t. H. R., Series A, No. 9 (1987).

[71] 参见诸如《与战俘有关的日内瓦第三公约》,第99~107条。关于《参加交战、但没有被赋予战俘资格的第一附加议定书》第45条第3款和第75条规定。

[72] 例如美洲人权公约第1(1)条以及《欧洲人权公约》第1条。其中一项例外是《公民权利和政治权利公约》第2(1)条,规定每个国家承担保护从公约中规定的个人到在其“版图内属于其管辖”的个人的权利。这是一项持续的测验。这一解释已经被人权委员会和国际刑事法庭认可。参见 Human Rights Committee General Comment No. 31, op. cit. (note 66), para. 10; The Wall, op. cit. (note 63), paras. 108 - 113, 特别是109段。

[73] P. de Sena, La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo, Giappichelli, Turin, 2002.

[74] European Commission of Human Rights, Cyprus v. Turkey, Decision on Admissibility, 26 May 1975, reproduced in European Human Rights Reports, Vol. 4, 1982, p. 586, para. 8.

特定情况下国家考察个人是否属于其主权控制之内。^{〔5〕}虽然承认国家管辖权主要与其领土范围相关,人权机构已经发现在“特定^{〔6〕}”或“特殊^{〔7〕}”情形下,人道法条约的缔约国在其领土外实施的或在领土外产生影响的行为在国际人道法定义下属于管辖权范围内的定义。

对国际性和地区性人权机构相关判例法的分析,表明在特定情形下人权义务的域外适用大致可以分为以下两大类:

(1) 国家在其主权和其领土控制范围以外实施的行为

一个国家可能对其人权法项下的行为承担责任,此行为虽然发生在其领土以外,却发生在其职权和实际控制之下。在某些情况下国家的控制使其有资格承担人权的域外义务,包括对被拘留人的待遇。

第一种的情形无疑是军事占领。^{〔8〕}国际法院在关于隔离墙一案的咨询意见中指出,作为占领力量的以色列在占领巴勒斯坦时已经实施了其域外管辖权,因此应遵守国际人权法规定的其对每一个在此区域内的

〔75〕 Coard, op. cit. (note 58), para. 37.

〔76〕 关于 ICCPR, 参见诸如 Grand Chamber 在 Loizidou v. Turkey, Merits 案中的判决, 《ECHR Reports》1996 - VI, para. 52, Cyprus v. Turkey, Merits, ECHR Reports 2001 - IV, para. 77, Bankovic v. Belgium and 16 Other Contracting States 案, 资格的决议 Decision on Admissibility, ECHR Reports 2001 - XII, para. 59, and Ilacu v. Moldova and Russia 案, 2004 年 7 月 8 日的判决, para. 314. 参见最近法庭对 Issa v. Turkey, Merits 案 2004 年 11 月 16 日的判决。

〔77〕 关于《公民权利和政治权利公约》, 参见诸如委员会对美国提交报告的评论, 委员会指出“……政府的观点是, 公约在所有的情形下都缺少治外法权范围的观点与委员会对此问题的解释不一致, 在特定的情况下, 个人可能会处于一个成员国的管辖、即在其领土以外。”UN Doc. CCPR /C /79 /Add 50 (1995), para. 19. 亦可参见 General Comment No. 31, op. cit. (注释 66), 关于与乌拉圭责任有关的案件, 在该案件中, 乌拉圭机构被裁定在外国领土上犯有违反公约的行为; 该案将在下文中进行讨论 (注释 98)。

〔78〕 《关于遵守陆战作战规则和惯例的海牙规则》第 42 条关于占领的定义 (annex to Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Martens Nouveau, Vol. 3, Series 3, p. 461), 不论领土是否是占领力量“主权内的实际地区”以及“占领”限于“主权已经建立并且实施”的那些地区。

人的义务。^[9] 一项类似的建议在国际人权委员会评价《公民权利和政治权利公约》在军事占领情况下的适用时被反复地予以论证。^[0] 因此, 在武装冲突后参加占领伊拉克的国家应该遵守其控制区域内的国际人权义务。

第二种情况, 这种情况在很多时候类似于上面提到的第一种情况, 即: 一国接受领土国或争议地区临时政权的“邀请”, 从而在其外国领土上部署军事力量。对阿富汗和伊拉克恢复地方政权后的盟军军事部署就正是这么一种情况, 其人权义务对于在这些国家被其拘留的个人也应完全适用。

虽然某种程度的控制证明了本质上同与军事占领情况下人权义务的适用, 并同样导致该国行使了类似于该地区主权国家可以行使的管辖权, 然而在“其他情况下的域外军事占领中”, 国家行使管辖权则需要具体案件具体分析。

在欧洲体系内, 1974 年土耳其在北塞浦路斯的军事介入以及仍在继续的土耳其军事力量部署, 为判断《欧洲公约》成员是否对在未被占领的外国领域内发生的军事行动的违法行为承担义务这一问题的回答提供了极其重要的法理论据。欧洲法院认为, 根据人道法对于使用武力的规则而判断的此军事行动的合法性和(或)领土是否完整, 对于判定在这种情况下国家是否在实际行使其“管辖权”是完全不相干的, 因为

[79] The Wall, op.cit(note 63), para.111, in relation to the ICCPR. See also ibid., para.112, in relation to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16 December 1966, UNTS, vol.993,3) and para.113 in relation to the Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989, UNTS, Vol.1577, 44.

[80] 参见诸如《委员会对以色列的初步报告所作的评议》, 在此报告中, 委员会对“以色列继续拒绝承担在占领区域内完全适用公约的责任”的事实表示忧虑。UN Doc. A /53 /40 (1998), para. 306. 委员会在对以色列最新的报告中重申了其立场“……在目前的情况下, 条约的规则适用于对占领区域内的人民, 成员国政府或机构在这些区域内的所有行动, 都影响公约中所规定的权利的行使, 它们也属于国际法基本原则下以色列的国家责任问题的范围之内”。UN Doc. CCPR /CO /78 /ISR (2003), para. 11. 还需注意的是在 1991 年伊拉克第三报告中委员会表达了: 报告没有对 1990 年 8 月后科威特的事件进行记载的“特别的忧虑”。UN Doc. A /46 /40 (1991), para. 652.

“在这种地区保障公约中的权利和自由的义务来源于实际控制这样的事实,不管这种控制是通过武装力量直接实施,还是通过附属的地方政权来进行”。〔1〕

此外,一国对于争议地区就其公约下的责任而应实施的控制的“程度”应依据公约规定。欧洲法院已经表明:“并不需要考察成员国是否对位于其领域外的某地区当局的政策和行动实施了具体控制,因为,对于该地区的全面控制就规定了相关成员国的责任。”〔2〕

在对域外领土实施全面控制的情况下,国家责任不只是根据该地区该国的士兵或指挥官的行为来判定,而且还包括其在军事或其他方面所支持的地方政府的行为。〔3〕此外,这些情况下的责任并不仅仅包括对保护权利的消极义务的违反,也包括对欧洲法院根据公约归纳的程序性积极义务的违反。〔4〕

第三种情况,是一个国家的责任可产生于其对一个领土之外往往相对比较小的区域,并获得该地区当局准许后实行的有效且排他的控制。属于这种情况的,如两国缔结了一项国际条约,其中一国因此取得在另一国领土内保持一定的军事力量或其他力量的权利,这种情况包括英国在塞浦路斯建立“主权”据点或美国海军在关塔那摩湾建立的海外军事据点此类的准永久性协议,也包括其他有关域外军事驻扎的非永久性协议。这种分类有助于本文当前的分析,因为自从2001年9月11日起,美国除已经在科威特、卡塔尔、土耳其和保加利亚建立的军事基地外,还在

〔81〕 *Loizidou Merits*, op. cit. (note 76), para. 52 (citing *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections, ECHR Series A, No. 310 (1995), para. 62).

〔82〕 同上,第56段(加以强调)。

〔83〕 *Ilacü*, op. cit. (note 76), para. 316 (*Cyprus v. Turkey* 案的咨询意见,在以下的注释84中加以引用)。然而,相比较而言,法庭在 *Bankovic* 案中的适用显得更加严格,同上,第71段。

〔84〕 参见诸如 *Cyprus v. Turkey* 案 [*Merits*, op. cit. (note 76), para. 77]“由于土耳其已经对北塞浦路斯进行了有效控制,它的责任就不能限制在其士兵或指挥官在北塞浦路斯的行动,而且还应包括受土耳其军事和其他力量支持的当地政府的行动。根据在公约第1条的规定,土耳其的“管辖权”必须扩大到保护公约和其附加议定书中规定的权利,如果权利被违反,其责任应归咎于土耳其(强调后加),以及同上第131~136段。

阿富汗、巴基斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦和塔吉克斯坦建立了可以容纳大约 6 万士兵的军事基地。美国海军在英属印度洋建立的迪戈加西亚海军基地也很重要。

有关在东道国的军事基地管辖和权力的所有问题,一般都会在与东道国签订的有关该基地地位的协议中做出明确的规定,此类协议通常被称为“军队地位协议”。美军在关塔那摩的基地管辖权问题在某种程度上来讲,是一种较为特殊的情况。美洲国家间人权委员会曾考虑过这一问题,^[5]但在这一国际人权主管机构处看来,还不存在更为常见军事基地的违法案例被提交到国际人权观察组织。然而,可以推断的是,对各军事基地发生的事件,哪个国家承担责任,应承担何种责任,这很大程度上取决于东道国保留管辖权的程度。以关塔那摩基地为例,虽然在理论上古巴仍然对其拥有主权,美国的“排他控制和管辖”^[6]却使得美国必须承担国际人权法项下的积极和消极义务。^[7]当外来国的管辖权受到比较多的限制时,例如只有官方性质的行为才可以使得其在东道国的军人享有刑事案件方面的豁免管辖权,这就使得源于国际机构的积极义务(例如对与生命权有关的权利实施有效调查的义务),^[8]在某种程度上会保留给主权国家。但这也取决与个案中被诉违法情形,以及与东道国

[85] Inter-American Commission on Human Rights, *Precautionary Measures in Guantánamo Bay*, 12 May 2002, ILM, Vol. 41 (2002), 532.

[86] Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, 16/23 February 1903, 6 Bevens 1113, Art. III. 亦可参见 the supplemental agreement of 2 July/2 October 1903, 6 Bevens 1120; the lease was rendered perpetual by the Treaty on Relations with Cuba, Washington, May 29, 1934, 48 Stat 1682, Art. III.

[87] *Precautionary Measures in Guantánamo Bay*, op. cit. (note 85). 美洲国家间人权委员会准许实施预防性的措施,其理由根据是,在关塔那摩的拘留者是处于“美国政府完全的主权和控制之下”,所以它强调,“判定一个国家是否违反了国际人权法项下的个人权利,尤其要注意到被拘留者不是该国的国民,或者并不是出现在特定的地理区域内,但不管是属于什么样的特定情况,这些人则是处于这个国家的主权和控制之下”。(同上,注释7)。

[88] 参见诸如来自于《欧洲人权公约》第2条的积极义务 *McCann and Others v. United Kingdom* 案, ECHR, Series A, No. 324 (1995)。

签订的各别协议的具体规定。^[9]

就《欧洲人权公约》来说,对公约因某国实施全面控制而域外适用的限制取决于该公约的地区性质。欧洲法院在“班科维奇案”(Bankovic case)^[0]的判决似乎就限制了早先采取的对欧洲人权公约管辖权扩大解释。作为对起诉方辩解的答复,法院认为,欧洲人权公约应该适用于对塞尔维亚的轰炸行为,以防止公约在人权保护方面会出现一个令人“遗憾的真空地带”,^[1]法院强调了公约作为欧洲公共权力的宪法性工具具有特殊的性质以及公约体系实际的地区适应性,^[2]法院认为:

“公约是一项多边协议,它适用于公约所指定的地区,而且主要是法律问题方面……缔约国对……公约的设计并不是为了以在全世界都适用它,即使某地区涉及缔约国行为。”^[3]

从这段文字可以看出,它对公约的适用进行了大体上空间的限制,前述英国认为于其武装力量在伊拉克的行动并不适用《欧洲人权公约》的立场,就是建立在此原因之上的。

然而,在最近一些涉及管辖问题的案件中,法庭倾向于减少在班科维奇案中引入的限制性的重要性。“伊萨诉土耳其案”(Issa v. Turkey)^[4]是关于伊拉克境内的土耳其武装力量的成员被控杀害居住在伊拉克北部的库尔德人的一个案件。在这一案件中,法庭并没有以受害者在公约的法律空间以外而驳回诉讼,^[5]事实上,法庭判决看上去都没有提及公约的空间适用限制可能成为土耳其承担责任的障碍——如果在关于土耳其卷入这一事件方面能提供足够的证据。法庭认为:

[89] 即使由于该地区不属于管辖范围之内而显得好像不需要负任何责任,它责任也可能会因为对个人的实际控制而产生,这将在下面的段落中展开之方面的讨论。

[90] Bankovi 案 op. cit. (注释 76)

[91] 同上,第 79 段。

[92] 同上,第 80 (原文强调)。

[93] 同上,第 80 段。

[94] Issa M erits, op. cit. (note 76)

[95] 法庭把相关的时间作为审判案件的基础,土耳其并没有“对伊拉克北部地区具有实际的完全控制的权力(同上,第 75 段),而且也没有足够的证据证明,土耳其军队已经在有争议的地区开始实施军事行动。”(同上,第 81 段)。

“法庭并没有排除这样一种可能性,即作为此军事行动的结果,被告国可能在伊拉克北部的特定地区实施了暂时的有效全面控制。相应的,如果有事实证明在此期间受害者在此特定地区内,那么根据逻辑可以认为他们在土耳其的管辖范围以内,而并不是在非公约缔约国而不受公约追究的伊拉克的管辖之下。^[6]”

法院以此想要说明,一旦一缔约国被证明对其领土以外的一个地区实施了全面控制,那么这个地区便处于该国管辖之下,也因此落入公约的司法管辖范围之内,不论其实际地理位置或其位于非公约缔约国领土上的事实。

(2) 国家机构在缺少完全控制时的治外法权行为

另外一种使国家承担治外法权责任的方式是,其机构在另一国施行特别行动,但没有对地区实施足够的控制力以承担上一节所述适用人权规则的义务。这明显可以作为一种退一步的情况,论述这种一国实施域外拘留的情形也同样应适用人权标准,不管这一国家在该外国领土上的行动的范围大小。^[7]

一国机构在另一国实施的违反《公民权利和政治权利公约》规定的保护义务应承担的责任,而不管另一国是否同意这些行为,这已被欧洲人权委员会认可。人权委员会认为;

“公约第2条第1项规定每一个成员国有义务尊重并保证在其领土内并受其管辖的所有个人权利的实现,但是这并不表示相关国家对于其机构在另一国领土内实施的侵犯权利的行为不承担责任,不论另一国政府是默许还是反对。……在本国的领土范围内实施是犯罪,在他国实施却不视为犯罪,这样解释条约第2条项下的责任是不合理的。^[8]”

[96] 同上,第74段。

[97] 作为上文注释20的一个例证。

[98] *Lopez Burgos v. Uruguay* (Comm. No. 52/1979), UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981), para. 12.3; *Celiberti de Casariego v. Uruguay* (Comm. No. 56/1979), UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979 (1981), para. 10.3. 关于在任择议定书下的诉讼管辖权,通常是“属人管辖权”,不是指违法行为发生地,它是个人和违反其第四公约下的权利的国家之间的关系;参见 *Lopez Burgos*, para. 12.2; *Celiberti de Casariego*, para. 10.2.

此项原则以更加广泛的形式被欧洲人权委员会认可:

“一国的授权机构不仅在国外仍受其母国管辖,也在其域外对某人实施权力的范围内将此人引入该国的管辖范围。从这个意义上讲,国家行为的履行或者不履行若对个人产生影响,国家责任也因此产生。”^[9]

需要注意的是,在这种情况下,国家适用国际人权法义务是因为事实上,在争议行动实施过程中该国家的机构对他人进行了实际控制,也正是在这个基础上,产生了该国对侵犯人权应负的责任。^[10]然而,与上述情形不同,在这些案件中的控制行为是以受到或多或少地限制、偶尔的和特殊的方式进行的,这意味着该国并不要求履行国际人权法项下的全部义务,而只是被要求履行不侵犯相关人权利的消极义务。^[11]

不推回原则

上一节所述人权法的适用情形是以国家对一个地区或特定个人的充分控制为前提的,远不同于此的是,即使对个人基本权利的侵犯发生在本国领土以外且在第三国的管辖之下,也还存在着—国可能对其国际人权法项下的义务承担责任的情况。欧洲人权法院曾发表这样的意见,认为“—国的行为若对公约保护下的权利会产生直接影响,则其应承担相应的责任,即使该影响发生在其管辖之外”。^[12]

这项原则的主要结论在于,根据按照欧洲人权法院的意见,如果—

[9] Stock é v. Federal Republic of Germany, ECHR Series A, No. 199, Opinion of the European Commission, p. 24, para. 166.

[10] 关于要达到如何有效的控制才能证明国家需要承担责任问题,目前还没有这方面标准。可能需要注意的是,所有关于实际控制的案件中,有争议的个人都已被实施了拘留;参见诸如 *calan v. Turkey*, Merits, 12 March 2003, para. 93 (特别注意:此案正在由欧洲人权法院大法庭审理之中)。但应注意的是,在 *calant* 案中,法庭对于请求者处于土耳其的管辖,甚至在肯尼亚时,并没有任何反驳,并且“*espace juridique*”原则在 *Bankovic* 案中阐述清楚。

[11] 然而,需要注意的是,英国上诉法院在 *Al Skeini* 一案的决定在上注(注释 124)中提到,有一人在伊拉克是死于英国军事部队拘留的时候,英国要求对死因进行调查。

[12] *Ilaşu and Others v. Moldova and Russia*, judgment of 4 July 2004, para. 317 (citing *Soering v. United Kingdom* Series A, No. 161 (1989), paras. 88 - 91).

个国家把个人移交给另一个国家,就会有“真实的忧虑”和“真实的风险”的存在,就有理由认为他(她)在接受国可能会遇到对其基本权利的侵犯。^[03] 在这一考虑下,国际人权法委员会认为:

“如果一国对于某人在其管辖范围内采取一项措施,必然且可预见的结果是此人在公约下另一国管辖范围内的权利将受到侵犯,那么该国采取措施本身就可能违反公约的规定。公约第2条规定的国家义务在将人移交到另一国(不管该国是否为公约缔约国)时就可能被违反,如果移交当然或故意地为了实施违反公约的待遇。^[04]

因可能被损害而排除引渡的基本权利列单中,至少包括不受拷问和酷刑、非人道或卑劣的手段,^[05]享有公平审判的基本权利,^[06]生命权和

[103] Soering, *op. cit.* (note 102), para. 88; Cruz Varas v. Sweden, *Merits*, ECHR Series A, No. 201 (1991), paras. 75 - 76; Vilvarajah and Others v. United Kingdom, ECHR Series A, No. 215 (1991), paras. 107 - 108, 111. G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Kluwer, Dordrecht, 1991, pp. 79 - 90; C. Van den Wyngaert, “Applying the European Convention of Human Rights to extradition: Opening Pandora’s box?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1990, p. 757; C.J.R. Dugard and C. Van den Wyngaert, “Reconciling extradition with human rights”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, p. 187; S. Borelli, “The rendition of terrorist suspects to the United States: Human rights and the limits of international cooperation”, in A. Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against International Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 331.

[104] Kindler v. Canada (Comm. No. 470/1991), UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), para. 6.2.

[105] CAT 第3条,参见 Mutombo v. Switzerland (Comm. No. 13/1993), Report of the Committee against Torture, U.N. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 44, Annex 5, at 45, U.N. Doc. A/49/44 (1994); Khan v. Canada (Comm. No. 15/1994), Report of the Committee against Torture, U.N. GAOR, 50th Sess., Supp. No. 44, Annex 5, at 46, U.N. Doc. A/49/44 (1994). 欧洲人权法院一贯主张,如果“个人的确面临被使用酷刑的危险,就不能强制性地实施驱逐或移送”。(Ahmed v. Austria, *Merits*, ECHR Reports 1996 - VI, para. 39), 以及《欧洲人权公约》第3条中规定的其他违法行为: D. v. United Kingdom, ECHR Reports 1997 - III. 人权委员会禁止的行为中还包括死刑在内的一些情况: Ng v. Canada (Comm. No. 469/1991), UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1993), but also Kindler v. Canada, *op. cit.* (note 104).

[106] Soering, *op. cit.* (note 102), para. 113. 亦可参见《美国引渡示范法》第3条(f)款,其中认为,如果个人的引渡不能使其受到《刑事诉讼法》上的最低程度的保护,就不能实施这一引渡,这也包含在《公民权利和政治权利公约》第14条中。

身体完整受尊重的权利等。^[07] 在特定案件中遭受死刑的风险也是引渡能否进行的一个障碍。^[08]

这一原则被规定在不少国际法律文件中,不推回原则^[09]被某些人权保护机构^[10]认为是国际习惯法的一项规则,它约束所有的国家,不论其是否加入了国际难民法和国际人权法。虽然有一些条约,如《公民权利和政治权利公约》、《美洲人权公约》以及《欧洲人权公约》等,不包含相应条款,但这些条约所建立的主要机构都主张,如果在这种情况下国家将属于其管辖的个人移交外国,则此行为与这些条约的基本价值相违背。^[11] 对于《公民权利和政治权利公约》,人权委员会认为:

“第 2 款规定的成员国应遵守和保证其领土内及其控制下的所有人公约项下的权利义务要求:如果确信有导致无法挽救损害的风险存在,不论是执行转移的国家,还是将被转移至的国家,都有义务保证他们不被引渡、放逐、驱逐和其他转移。”^[12]

虽然这一理论可以被视为管辖定义的扩大解释,更加有力的观点是在这种情况下承认国家责任是建立在一个简单的因果联系基础上的,即一国在其管辖权内对个人实施的行为与可能的第三国对个人基本权利的侵犯之间的联系。^[13]

这一原则适用于所有从国家管辖范围内被转移的个人。以什么名义将个人转移到另外一国的管辖范围与不推回原则的适用并不相关,因

[107] 参见诸如欧洲人权委员会在 *Dehwari v. Netherlands* 案中 1998 年 10 月 29 日的报告。European Human Rights Reports, Vol. 29 (2000), 74, para. 61, 以及欧洲法院在 *Gonzalez v. Spain* 案中 (1999 年 6 月 29 日) 的判决,虽然法庭并没有排除适用第 2 条的可能性,但是这一案件由于事实上的问题而没有成立。

[108] 现在在欧洲法律体系中是绝对禁止的: Protocols 6 and 13 and *Calan Merits*, op. cit. (note 100), paras. 196 and 198. 在其他人权保护的机制中,也有禁止对个人进行非人道的拷问和酷刑的规定。参见诸如人权委员会在 *Ng v. Canada* 案中的意见,同上 (注释 105)。

[109] 此原则来源于《日内瓦难民公约》第 33 条 (28 July 1951, UNTS, Vol. 189, p. 150)。

[110] 参见诸如《禁止酷刑公约》第 3 条,日内瓦难民公约第 33 条,同上 (注释 109)。

[111] *Soering*, op. cit. (note 102), paras. 88 - 91; *Ng v. Canada*, op. cit. (note 105)。

[112] *General Comment No. 31*, op. cit. (note 66), para. 12.

[113] *de Sena*, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, op. cit. (note 73), pp. 24 - 30.

为这一原则同样适用于引渡逃犯、放逐、非法移民^[14]的驱逐以及非法引渡。此外,不推回原则适用于每一个人,不论其过去的犯罪或对拘留国造成的危险。^[15]

还应强调的是,对推回的禁止不仅禁止国家将在其管辖内的人交给极可能发生此人基本权利被侵犯的危险的国家,而且同样禁止该国将此入交给可能将此人再转移至其基本权利可能受损的国家的国家。^[16]

最后,当将被拘留人移送至另外一国时,一国不能解除其根据人权法所产生的义务,即使这些人从未出现在其领土内。如果基于人权法的目的对管辖权的“检验”是以个人是否处于拘留国的实际控制下,那么从逻辑上说,此原则也应适用于从盟军的拘留移送到伊拉克和阿富汗地方当局的拘留者。不应争论说——如英国在反对酷刑委员会上做的辩解——《反对酷刑公约》第3条中的不推回原则并不适用于被拘嫌疑犯向伊拉克或阿富汗的转移,“因为对争议中的个人进行管辖的权利属于伊拉克或阿富汗,因此不存在引渡或驱逐的问题”。^[17]

委员会在回应这类观点时已经多次强调,“公约的保护范围涉及一个成员国管辖范围内的所有领土以及……成员国事实上有效控制的所

[114] Cruz Varas, *op. cit.* (note 103), para. 70.

[115] 关于酷刑的危险,参见: *Chahal v. United Kingdom* (Merits, ECHR Reports 1996 - V, para. 80): “被怀疑的个人的行为,虽然不受欢迎或者具有危险性,但也不能作为考虑的因素。”*Ahmed v. Austria* [Merits, *op. cit.* (note 105), para. 41].

[116] 不推回原则的逻辑结论已经被反对酷刑委员会明确地予以承认,该委员会认为:“第3条中所指的‘另一国’是指那些个人被驱逐、遣返或引渡的国家” General Comment No. 1, Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (1996), UN Doc. A / 53 / 44, annex IX, para. 2)。亦可参见 *Mutombo v. Switzerland* *op. cit.* (note 105), para. 10; *Korban v. Sweden* (Comm. No. 88 / 1997), UN Doc. CAT / C / 21 / D / 88 / 1997 (1998), para. 7. See also Human Rights Committee, General Comment No. 31, *op. cit.* (note 66), para. 12 (quoted above, note 112).

[117] United Kingdom “Responses to list of issues”, p. 22, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/UKresponses.pdf> (最后访问时间为2005年2月10日)。英国认为,对在伊拉克那些被暂时移送到美国被拘留下的个人,依照一份与美国达成的谅解备忘录,美国应根据日内瓦公约来承担责任。同上,第24~25段。

有地区”,^[18]委员会驳回英国的主张,建议其“应合理适用第2条和/或第3条于将被一成员国拘留的人转移到在事实上或法律上进行监控的国家的情形”。^[19]

最近的发展:适用法律框架的重申?

本文已经简要分析了“反恐战争”中对拘留的个人提供法律保护的两个法律机制的适用原则。表明不管拘留发生在何处,这些人都会被赋予了国际人权法项下的保护的權利,并且这些人被捕时的情形还享有国际人道法规则的保护。一些最近通过的国际性决定,尤其是国内性的决定,都表明了对于国际人道法和国际人权法的适用的传统理解的再一次初步确立。

至于在阿富汗被捕的人的地位,美国极力主张:对塔利班和对阿富汗的“战争”相互之间是有区别的,但美国的这一论点已经被哥伦比亚地区法院的法官坚决的否认了。在“哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案”(Hamdan v. Rumsfeld)中,^[20]罗伯逊法官(Robertson)认为:

“政府试图把塔利班从基地组织中区别出来,以便能支持其关于《日内瓦公约》适用问题上的立场。但这在公约本身的框架下是无法获得支持的。《日内瓦公约》是否适用的问题应由武装冲突的地方来决定,而并非由战斗员的所属派别来定。”^[21]

法官进一步说明拘留者只有在一个权威法庭的判决下才能被否认其战俘资格,总统的决议和“战斗员资格决议”都不足以达到这一目

[118] “Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United Kingdom”, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 25 November 2004, para. 4(b).

[119] 同上,第5(e)段。

[120] Hamdan v. Rumsfeld op. cit. (note 46); 此案是关于代表被告提起人的人身保护令,该报告被指控为本,拉登的司机和人身保镖,曾在依总统2001年11月11日发出的军事命令所设的用于审判抵押于关塔那摩湾监狱的嫌疑犯的军事委员会受审。

[121] 同上,第15段。

的。^[22] 因此,在这样的判决做出之前,军事法庭的审理就不能进行。

至于人权法,尤其是上述两种观点,即人权法在武装冲突中的继续适用和域外适用,很多判决可供参考。关于第一点,2002年5月,美洲国家间人权委员会要求对关塔那摩基地的被拘留者采取预防性措施,重申美国在武装冲突中适用人权法规则义务。委员会认为它有权审理这些问题,指出:

“众所周知,国际人权法适用于所有的时候,既适用和平时期、也适用于武装冲突中……在武装冲突时期,国际人权法和国际人道法项下的保护互相补充互相促进……,共有保护不可克减的权利以及促进人的生命和尊严的目标。”^[23]

关于第二点,英国关于其武装力量在伊拉克对被拘留者的行为并不适用《欧洲人权公约》的立场近期在英国法院被部分地否定。“R (应阿勒 - 苏凯尼等人之申请) 诉国防大臣案”(R (on the application of al Skeini and others) v. Secretary of State for Defence),^[24] 是涉及虐待和杀害一名被英国军队在伊拉克拘留的伊拉克人,以及另外5名伊拉克人被枪杀的一个案例。欧洲法院根据《欧洲人权公约》第1条有关“管辖权”的定义,在对包括“伊萨案”(Issa)^[25]在内的不少判例进行研究以后认为,即使被诉违法行为发生在公约规定的司法空间之外,在拘留中死亡的人确实处于英国管辖之下,因为根据公约他处于英国机构的拘留下。^[26] 然而,对于另外5个人,法庭认为并不存在英国在争议领土内对其实施实际控制的充足证据,因此也不存在其域外管辖的基础。^[27] 后者的判决可以与最近欧洲议会一项决议作比较,该决议号召“那些涉及多国部

[122] 同上,第18段。

[123] Inter-American Commission on Human Rights, Precautionary Measures in Guantánamo Bay op. cit. (note 85).

[124] [2004] EW HC 2911 (A dm.), 14 December 2004 (Rix LJ and Forbes J sitting as a Divisional Court of the Queen's Bench Division of the High Court).

[125] 同上,第117 - 222段。

[126] 同上,第286段。

[127] 同上,第281段。

队行动的成员国在伊拉克的军事力量应完全适用欧洲人权公约,只要在其对其占领的地区实行的实际控制的范围内”。^[28]

美国认为关塔那摩的被拘留者并不属于美国国内法律保护的范围之内。尽管最初美国的这一立场得到一些法庭的支持,也受到一些法庭的反对,^[29]但在2004年6月,最高法院在“拉苏尔诉布什案”(Rasul v. Bush)中认为,仅仅根据关押在关塔那摩的犯人处于美国管辖地的事实,美国法院对审理在关塔那摩的这些人的人身保护令申请具有管辖权。^[30]最高法院的观点虽然是以国内法为根据,但它却与美洲国家间人权委员会从国际法来判断的结论相同(同样是在关于预防性措施的决议中),即为了判定美洲权利义务宣言可否适用,认为被关押在关塔那摩的人处于美国的“统治和控制”之下。^[31]

最后,在“阿布诉阿什克罗夫特案”(Abu v. Ashcroft)中,^[32]美国法院进了一大步,认为美国政府应为第三国代表美国而实施的域外拘留承担责任。美国法官在该案中认为,如果有初步证据证明该拘留人是由美国拘留,比如,是美国机构在国外启动了对他的逮捕,美国官员全程参与对他的拘留或在国外对他的审讯,或该外国一经要求就将此人交由美国的拘留,那么在以上这些情况下,法院对这一被政府拘留的个人原则上有权审理其人身保护令申请。^[33]法官驳回政府人身保护令不能仅据个人在被外国拘留而做出的观点,认为:

[128] See also Resolution (2004) entitled “The Council of Europe’s contribution to the settlement of the situation in Iraq”, adopted on 24 June 2004, para. 18.

[129] *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134 (D.C. Cir., 2003), 法庭认为,美国法院对在关塔那摩基地被拘留的非美国公民的人身保护令不享有管辖权,其论点的基础是,美国宪法中的基本权利不适用于美国领土以外的非美国公民。但是,如果参考 *Gherebi v. Bush* 案 [352 F.3d 1278 (9th Cir. Cal., 2003)], 就会得出相反的结论,即美国对关塔那摩基地享有管辖权 (1289 - 1290)。此决议由最高法院 *Rasul and in Rumfeld v. Padilla* 案中得以修改 (124 S. Ct. 2711); 参见 374 F.3d 727 (9th Cir. Cal. 2004)。

[130] *Rasul v. Bush*; *Al Odah v. United States*, 124 S. Ct. 2686 (28 June 2004)。

[131] *Precautionary Measures in Guantánamo Bay*, op. cit. (note 85)。

[132] *Abu Ali v. Ashcroft* (D.C. Ct., D.C., 16 December 2004), www.dcd.uscourts.gov/04-1258.pdf (最后访问时间为2005年2月10日)。

[133] 同上,第1~2段。

“这样的论点,会允许美国在缺少司法审查的情况下,自主决定逮捕一个美国公民并把他转移到国外以躲避宪法的审查,或通过其在国外的盟友逮捕一个美国公民并在外国对其进行无限的拘留,或者甚至将美国公民转移到可能使用酷刑外国政府……。当诉及个人的基本权利被侵犯,法庭坚决不能同意在自己国家宪法制度下,政府可以保有司法审查权以外的权利。”^[34]

结语:

政府忽视尖锐批评、随意适用国际法规则的这几年过去后,最近的一些法院的判决显示国内法和国际法所规定的保护开始被再度确立。认为在几个司法判决做出后,所有有关国家都能完全接受相关国际法的适用的想法,可能会过于乐观。然而,最近的发展却表明,司法机构,尤其国家的国内法院终于开始从9.11事件对国际和国内法律体系的重创中恢复。

从第一个被拘留者在违反其权利和国际法的情况下被拘留开始算,已经有三年了。对于那些在此过程中权利受到侵犯的人来说,只是宣布行为违反国际法,对他们来说可能没有太大的慰藉。然而,防止那些在“反恐战争”中发生的域外拘留显示出的最根本的标准和价值被侵犯,是问题的关键,在这个过程中,射向法律黑洞的光即使微弱,也是充满希望的。

朱文奇 校

[134] 同上,第19段。