

难民公约排除条款适用于 恐怖主义行为研究

邢爱芬

(北京师范大学法学院 北京 100875)

内容提要:1951年《关于难民地位的公约》第1条第6款规定在有重大理由认为寻求庇护者犯有该款所列举的罪行时,难民署和公约缔约国不对其承担难民公约下的保护义务。然而,难民公约排除条款的用语不具精确性,亦无权威机构的解释,迄今的国家实践也很不一致。排除条款的三项内容在适用中都存在标准、依据和实践方面的问题。“9·11”事件后各国的反恐措施对排除条款的解释和适用产生了重大影响,使得本就不具有确定性的排除条款易被过度适用。难民公约缔约国在相关国内立法中将公约排除条款适用于恐怖主义行为时应注意用语严谨,把握适度。我国在未来移民法和难民法的制定中以及自行进行难民甄别的工作中应精确地适用排除条款,以平衡好国家安全需求与国际义务的履行。

关键词:难民公约 排除条款 恐怖主义

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2019.08.006

近年欧洲难民危机的爆发和恐怖袭击的加剧赋予难民甄别问题以紧迫性与重要性。1951年《关于难民地位的公约》(以下简称《难民公约》)及其1967年《关于难民地位的议定书》(以下简称《难民议定书》)是国际难民保护制度的基石。《难民公约》第1条第6款被称为难民公约的排除条款,该条款共有三项。从内容

上看,这三项是难民定义的组成部分;从形式上看,它们属于国际公约中排除条款的一种类型。^①该条款明确了对于有重大理由足以认定犯了严重罪行的人,公约的规定对其不适用,共涉及三类人,一是犯了国际文件中已作出规定的破坏和平罪、战争罪或危害人类罪的人;二是在以难民身份进入避难国以前,曾在避难国以

作者简介:邢爱芬(1963—),女,汉族,北京市人,北京师范大学法学院教授、博士生导师。

本文为北京市社会科学基金项目“北京外国人管理问题研究”(项目编号:14SHB008)的阶段性研究成果。

^① 根据联合国难民署的观点,《难民公约》第1条第4、5、6款属于排除条款,第4款涉及已经在接受联合国保护和援助的人;第5款涉及被认为无需国际保护的人;第6款涉及被认为是不值得国际保护的人。See UNHCR Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 2011, p. 28. 本文所称的排除条款,仅指第6款意义上的。

外犯过严重非政治罪行的人;三是曾有违反联合国宗旨与原则的行为并经认为有罪的人。

2001年“9·11事件”发生后,各国在实践中根据排除条款将实施恐怖行为或为恐怖主义行为提供支持的人排除在难民保护范围外,这种做法成了该条款适用的典型情况,对该条款的解释和适用产生了重要影响。特别是2016年欧洲难民危机的爆发以及连续发生的恐怖袭击引起了国际社会的普遍关注,关于难民中混入恐怖分子的消息不绝于耳,且有相关研究佐证。^②在此大环境下,难民保护成为对整个国际社会人道主义精神的考验。但是,难民保护制度不会为恐怖分子提供避难所,因为公约中的排除条款发挥着重要作用,各国通过适用排除条款达到拒绝与恐怖主义有牵连的寻求庇护者入境的目的。然而,由于该项条款缺乏具体明确的解释,加之恐怖主义尚无统一定义,导致难民流入国有过度适用排除条款以确保国家安全的倾向。目前人们普遍认为排除条款的三项规定均可作为排除恐怖分子的理由,然而这其中存在很多问题值得深入探析。

一、排除条款第1项适用研究:恐怖主义行为构成排除条款所列罪行的条件

《难民公约》排除条款第1项将犯有国际文件中规定的危害和平罪、战争罪和危害人类罪的人排除。公约于1951年7月8日通过时,这三种国际罪行被规定在《欧洲国际军事法庭宪章》第6条中,在调整武装冲突的规则即1949年日内瓦四公约中也已存在。当时这些规定和1948年《防止及惩治种族灭绝公约》一

起被认定为是解释《难民公约》排除条款第1项的相关国际法规则。《难民公约》通过至今已有60多年,其间国际刑法有了很大发展,因此在解释排除条款第1项所包含的罪行时,必须考虑国际刑法上发展出来的新规则。

(一)非国家行为者的恐怖主义行为不构成危害和平罪

《欧洲国际军事法庭宪章》将破坏和平罪定义为:策划、准备、发起或从事一场侵略战争,或一场违反国际条约、协定或保证的战争,或参与一项为实现上述任何一种战争的共同计划或阴谋。联合国大会1979年关于侵略定义的决议^③中规定侵略战争构成破坏和平的罪行,因而危害和平罪也被称为侵略罪。2010年通过的《国际刑事法院罗马规约侵略罪修正案》给出了侵略罪的定义,^④其构成要件包括“特点、严重程度和规模”以及对《联合国宪章》的严重违反。相比于之前《欧洲国际军事法庭宪章》中的危害和平罪,这里证明个人责任的标准更高了。因此有学者认为在这种背景下,有重大理由认为某人犯了危害和平罪或侵略罪而排除其难民地位,在实践中不大可能发生。^⑤因为危害和平罪的行为主体是国家,一般只能由能够代表国家或类似于国家的实体并在其中担任高级官员的人实施,非国家恐怖主义行为者不可能因犯危害和平罪而被排除。《难民公约》缔约国或者联合国难民署进行的难民甄别中并没有出现过将危害和平罪作为排除理由的情况。^⑥

难民署认为作为非国家行为者的恐怖主义

^② 参见李益斌《基于国家分类的欧盟难民与恐怖袭击关系研究》,载《国际论坛》2018年第5期,第53~61页;蒋圣力《论恐怖分子滥用难民地位跨境流动的法律规制》,载《西部法学评论》2016年第5期,第112~123页;徐军华《论防范和控制恐怖分子跨境流动的国际法律规制——以“伊斯兰国”为例的分析》,载《法学评论》2015年第2期,第11~18页。

^③ UN Doc. A/RES/3314(XXIX), 1979.

^④ ICC Doc. RC/Res.6 侵略罪是指能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行动的人策划、准备、发动或实施一项侵略行为,此种侵略行为依其特点、严重程度和规模,须构成对《联合国宪章》的明显违反。侵略行为是指一国使用武力或以违反《联合国宪章》的任何其他方式侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立的行为。

^⑤ Andreas Zimmerman (ed.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary, Oxford University Press, 2011, p. 595.

^⑥ UNHCR Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 2003, p. 29~30.

叛乱团体也可能实施危害和平罪。^⑦但《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《罗马规约》)中侵略罪的构成要件明确了侵略罪的主体是能够有效控制或指挥实施侵略行为的国家之政治军事行动的人,非国家行为者显然不满足上述要求;如果依据危害和平罪将其排除,将与《罗马规约》的规定产生冲突,也无法确定个人刑事责任。因此,叛乱团体和国家武装部队中的低级军官不符合危害和平罪的主体要件,^⑧但是不排除其行为构成其他严重的可排除罪行的可能性,例如严重的非政治罪行等。

(二) 恐怖主义行为可能构成战争罪

自《欧洲国际军事法庭宪章》将战争罪界定为“违反战争法规与惯例的行为”以来,许多国际法文件都沿用了这一表述。根据1949年日内瓦四公约共同第3条及1977年《第二附加议定书》调整非国际性武装冲突中各方行为的规则,经过前南斯拉夫国际刑事法庭的实践和《卢旺达国际刑事法庭规约》对战争罪及刑事责任的适用,战争罪及刑事责任的概念可适用于非国际性武装冲突的观念已经被普遍接受。^⑨《罗马规约》第8条详细规定了战争罪,所涉行为可分为四类:严重违反日内瓦四公约的行为,即对日内瓦四公约规定的应予保护的人或财产实施的违法行为;严重违反国际法既定范围内适用于国际武装冲突的法规和惯例的其他行为;在非国际性武装冲突中,严重违反日内瓦四公约共同第3条的行为,即对不实际参加敌对行动的人包括已经放下武器的武装部队人员,及因病、伤、拘留或任何其他原因而失去战斗力

的人员实施的四种违法行为;严重违反国际法既定范围内适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为。^⑩《罗马规约》还规定适用于非国际性武装冲突的第8条第2款第3项不适用于内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他相同性质的行为。因此只有参与了传统意义上的武装冲突的人才会被追究战争罪的刑事责任,进而才可能被排除条款第一项排除。^⑪

发生在武装冲突中的某些具有恐怖主义性质的行为有可能构成战争罪。前南刑庭上诉庭审理的特拉哥米尔·米洛舍维奇案涉及波黑战争中的萨拉热窝“千日围城”事件。^⑫法庭认为被告应对其属下部队不断向该地区打冷枪和进行轰炸并造成众多平民伤亡的行为负有刑事责任,特别指出该行为旨在对萨拉热窝地区的居民进行恐吓和威胁。根据《前南国际刑庭规约》第3条的规定,这些行为构成了战争罪中的非法攻击平民人口罪和恐怖行为罪。

国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的恐怖主义行为都有可能构成战争罪,因此在武装冲突中实施了恐怖主义行为的人可能因犯下战争罪而适用排除条款。

(三) 恐怖主义行为可能构成危害人类罪

根据《罗马规约》第7条,危害人类罪是指在广泛或有系统的针对任何平民的攻击中,在明知这一攻击后果的情况下,作为攻击的一部分实施的谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境或强行迁移人口、非法监禁、性暴力、酷刑、基于国际法所不容的理由的迫害、种族隔离等根本性不人道

^⑦ UNHCR Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 2003, p. 28.

^⑧ Sarah Singer, Terrorism and Exclusion from Refugee Status in the UK Asylum Seekers Suspected of Serious Criminality, Brill - Nijhoff, 2015, p. 61 ~ 62.

^⑨ 参见杨咏亮《战争罪刑事责任问题研究》,武汉大学出版社2012年版,第26~30页。

^⑩ 参见《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款。

^⑪ James C. Hathaway, Michelle Foster, The Law of Refugee Status (2nd edition), Cambridge University Press, 2014, p. 575 ~ 576.

^⑫ 在该地区被包围的两年半时间里,波黑塞族军队不断地向城内平民施放冷枪、冷炮,城内平民一直处于恐惧与不安全的状况之中,他们无法离开该城市,每天都有可能被冷枪击中。全城居民因前述种种暴行遭受了深度的难以愈合的惊吓与创伤。

的行为。危害人类罪在武装冲突或平时时期均可能发生。尽管灭绝种族罪已经作为一个单独的条款规定在《罗马规约》第6条中,但就排除条款的适用而言,灭绝种族罪也属于危害人类罪。^⑬

从排除条款适用的角度看,可以被排除的三种国际罪行中危害人类罪在实践中最常见。危害人类罪和恐怖主义犯罪之间有许多相似之处。危害人类罪是针对平民人口的攻击行为,构成这种攻击的许多行为都具有恐怖主义的性质,例如谋杀、酷刑、迫害及强制失踪等都会造成恐怖氛围。但并非所有的恐怖主义行为都会构成危害人类罪,例如对于出于反政府目的的自杀式爆炸行为,只能认定为单纯的恐怖袭击行为,不构成危害人类罪。国内外学者一致承认“9·11事件”这样的恐怖袭击行为构成了危害人类罪。^⑭鉴于恐怖组织也会制定攻击平民人口的政策,其行为可能构成危害人类罪已经得到了司法实践的确认,例如前南刑庭曾经把部分恐怖主义行为认定为危害人类罪。

个人刑事责任是排除条款适用的基础。上述三种国际罪行均具有集体属性,通常是由多人合力实施。然而,犯罪的集体属性不能阻却个人的刑事责任,在每一个案件中都需要考虑个人参与的程度。另外,在认定个人刑事责任时需要注意免责事由是否存在。前南刑庭曾分析过个人刑事责任的本质,为排除条款的适用提供了指南。此外《罗马规约》第25条以及第28条都与判断个人刑事责任相关,在排除条款的适用中应予考虑。

二、排除条款第2项适用研究:认定恐怖主

义行为为非政治罪行的依据与标准

(一) 将恐怖主义行为认定为非政治罪行的依据

认定恐怖主义行为属于非政治罪行的依据主要有三类:一是一些国际性和区域性反恐条约中规定了条约中所列罪行不属于政治罪行;二是许多国家在缔结双边引渡条约时,明确排除政治犯罪例外原则对恐怖主义犯罪的适用,还有的国家为达成这样的排除而专门修订了原有的引渡条约;^⑮三是相称性原则^⑯可适用于没有被反恐条约所涵盖也不属于既有引渡条约所列的非政治罪行的具有恐怖主义性质的行为。虽然有上述依据可循,但不可否认的是,认定一项罪行是否属于非政治罪行极易受到政治因素的影响。

(二) 非政治性的认定标准

通常判断一项罪行是否属于非政治罪行需要考虑两个方面:首先,如果罪行的主要特征是政治动机以外的其他动机,例如个人原因或者个人利益等,那么罪行就是非政治性的;其次,如果罪行与所声称的政治动机之间没有关联或者行为与政治动机不成比例,那么也可以断定该罪行的非政治动机是主要的。非政治罪行并没有统一的定义,认定非政治罪行的国家实践差异非常明显。一些国家采用的是在引渡法上“政治犯不引渡”原则下判定政治犯时类似的方法。核心是对行为的性质和后果进行评价,并判断是否具有真正的政治动机。

目前,国际上呈现出某些罪行非政治化的趋势,尤其在反恐领域这种趋势最为明显。以

^⑬ Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 2003, p. 13, note 27.

^⑭ 参见杜启新《国际刑法中的危害人类罪》,知识产权出版社2008年版,第211~218页;Andreas Zimmerman (ed.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary, Oxford University Press, 2011, p. 596.

^⑮ 黄风《国际引渡合作规则的新发展》,载《比较法研究》2006年第3期,第32页。

^⑯ 该原则的核心是判断其所声称的政治动机与所采用的手段是否相称。例如欧盟2004/83号指令第12(2)(b)条明确规定了在犯罪行为极其残忍的情况下,即使声称犯罪出于政治动机,也可以视为严重的非政治罪行。这是运用相称性原则将恐怖主义非政治化的典型例证。

1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》^①为例,该公约第11条明确规定“为了引渡或相互法律协助的目的,第2条所列的任何罪行不得视为政治罪行、同政治罪行有关的罪行或由政治动机引起的罪行”,明确将这些罪行排除出政治犯不引渡原则的适用范围。某些区域性反恐公约,例如《惩治恐怖主义犯罪的欧洲公约》,是将恐怖主义罪行非政治化的典型代表。该公约第1条规定不得将所列举的罪行视为政治罪行或与政治罪行有关的罪行或因政治原因导致的罪行,将劫机、针对外交保护人员的犯罪、绑架劫持人质等罪行非政治化,并要求各成员国在引渡问题上不将恐怖主义犯罪视为政治犯罪。上述反恐公约的规定对于缔约国判断排除条款是否适用于难民申请者将起到关键作用。

(三) 将恐怖主义行为认定为严重非政治罪行的实践

英国法院依据引渡法上的政治犯罪例外原则来解释排除条款第2项中的严重非政治罪行。^②在上世纪90年代英国的T案^③中,难民申请者T在其母国阿尔及利亚参加了非法的政治组织(伊斯兰拯救阵线)并参与策划了机场爆炸案和对军事基地的攻击。法官认为如果罪行出于政治动机且犯罪行为与政治动机之间具有紧密、直接的联系就可以认定罪行是政治性的,但是该案中的罪行是不分青红皂白地滥杀平民,其犯罪行为与所声称的政治目的之间没有关系,行为与政治目的明显不相称,属于严重的非政治罪行。

加拿大《移民和难民保护法案》第98条^④纳入了《难民公约》排除条款的规定。在判断罪行的非政治性方面,加拿大的案例表明政治

罪行应满足两个条件:首先,政治动乱的存在与改变或推翻政府或者与修改废除政府的政策存在关联;其次,实施的罪行与所追求的政治目标之间具有合理联系。不满足其中之一即会被认定为非政治罪行。与恐怖主义有关的案件中,通常情况是难民申请者与某恐怖组织具有关联,或者加入了该类组织或者为该类组织提供了支持。这些组织所实施的犯罪行为的证据容易获得,每个案件中要解决的主要问题是个人责任的认定。以Zrig案为例,Zrig是突尼斯伊斯兰复兴党的主要领导人之一,该组织实施的12起犯罪行为明显属于严重的非政治罪行,Zrig身居该组织的重要领导职位,主观上应明知该组织的罪行,且没有采取退出该组织的行动,因此他是该组织所犯非政治罪行的共犯。从个人与组织的关联推断出个人是组织所犯罪行的同谋,从而初步确立其个人责任。^⑤

《难民公约》排除条款第2项通过欧盟2004/83号指令第12(2)(b)条在欧盟层面得以实施,欧洲法院认为以针对平民的暴力为特征的恐怖主义行为,即使具有政治动机也应当属于排除条款第2项中的严重的非政治罪行。至于参加恐怖组织是否会导致必然排除,欧洲法院认为要看是否满足排除条款规定的有重大理由认为某人犯了严重的非政治罪行的要求,在每一个案件中根据具体情况做出判断。即使认定了欧盟2001/93号共同反恐立场附件中所列的恐怖主义组织实施的恐怖主义行为属于排除条款第2项中的严重非政治罪行,仅根据难民申请者属于该组织的成员这一单一事实也不能自动得出必须将其排除的结论,还要考虑个人在组织中的职位、对组织犯罪行为的知悉情

^① 目前该公约的缔约国已有169个,具有广泛的代表性,可以认为国际社会对于该公约中定义的恐怖主义爆炸行为属于非政治罪行达成了普遍共识。https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=XVIII-9&chapter=18&clang=_en,访问日期:2019年3月5日。

^② Sarah Singer, *Terrorism and Exclusion from Refugee Status in the UK Asylum Seekers Suspected of Serious Criminality*, Brill - Nijhoff, 2015, p. 72.

^③ T v. Secretary of State for the Home Department, (1996) 2 All ER 865.

^④ Immigration and Refugee Protection Act (S. C. 2001, c. 27) Exclusion - Refugee Convention 98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

^⑤ 在加拿大适用排除条款的案例多是根据 complicity by association 来认定个人对组织所犯罪行承担责任。

况、是否实施了严重的非政治罪行或者煽动或以其他方式参加了该组织的犯罪行为、是否迫于压力参加该组织等等多方面的因素,在全面了解信息的基础上作出判断。只有依据证据标准证明了个人作为组织成员并对组织的犯罪行为负有责任时,才能适用排除条款。^②

尽管理论和实践都承认恐怖主义行为属于严重的非政治罪行,但是目前恐怖主义和非政治罪行都没有被国际社会普遍接受的定义,这给排除条款的适用带来了很大的不确定性。实践中的趋势是任何暴力行为不论其具有何种性质的动机,都会引发排除条款的适用,但这种自动排除的做法引发了学者和难民署的担忧。

三、排除条款第3项适用研究:认定恐怖主义行为违反联合国宗旨与原则的基础与实践

(一) 认定违反联合国宗旨与原则行为的标准问题

联合国的宗旨与原则涵盖范围相当广泛,给各国解释排除条款第3项留下了很大空间。一般认为联合国的宗旨与原则体现在《联合国宪章》序言及第1条、第2条中。^③目前对于哪些行为属于违反联合国宗旨与原则的行为尚无相关国际法文献规范,但可以肯定的是并非所有违反其中一项宗旨或原则的行为都会落入排除条款的适用范围。国家倾向于将该排除条款适用于不受欢迎的人(undesirable)^④,而限于不值得保护的人,但这与排除条款的目的有冲突,有对排除条款第3项过度适用之嫌。

联合国安理会的反恐决议中被认定为违反联合国宗旨与原则的恐怖主义行为方式逐渐增多。恐怖主义的行为、方法和做法以及蓄意资助、策划、筹备恐怖主义行为或为恐怖主义行为

提供其他形式的支持都属于违反联合国宗旨与原则的行为。尤其是随着恐怖主义组织全球招募,跨国参加恐怖主义培训的人数呈上升趋势,对打击恐怖主义形成了新的挑战,也进一步增加了违反联合国宗旨与原则可落入排除条款第3项适用范围的行为种类,这一点在欧洲法院最近作出初步裁决的一个案件^⑤中体现得尤为明显。这是比利时政府请求欧洲法院作出初步裁决的一个案件。该案件涉及摩洛哥公民 Lounani,他因参加恐怖组织并担任该组织的领导且参与了预谋犯罪、伪造证件等活动于2006年被比利时布鲁塞尔刑事法院判处有期徒刑6年。他在摩洛哥伊斯兰战斗组织中实施的行为包括向该组织提供后勤保障;提供物质资料、信息,并积极参与向伊拉克派遣志愿者的组织网络。2010年他向比利时提出难民申请,理由是如果他遭送至摩洛哥会遭到迫害。该案件在比利时经历了复杂的诉讼程序。比利时难民和无国籍人事管理局(CGRA)于2010年作出裁决,认为应对其适用排除条款第3项。之后Lounani请求庇护与移民诉讼委员会(CCE)撤销上述裁决,获得了CCE的支持,该案件被退回至CGRA作进一步调查。随后CGRA又两次作出裁决,均排除了他的难民地位。但是CCE在2011年的判决中认为应该授予他难民地位,之后CCE将该案件提交给比利时国家委员会,后者将案件提交给欧洲法院。欧洲法院认为,根据安理会决议及欧盟2004/83号指令第12(2)(C)条,违反联合国宗旨与原则的行为不限于实施恐怖主义的行为,适用排除条款并不要求行为人实施了2002/475号《关于打击恐怖主义的框架决定》第1条规定的犯罪行为。安理

^② CJEU Joined Cases C57/09 and C-101/09, 9 November 2010, pp. 84-96.

^③ James C. Hathaway, Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (2nd edition), Cambridge University Press, 2014, p. 589. 联合国的宗旨包括维持国际和平与安全;发展国家间友好关系;促成国际合作,以解决经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题;增进并激励尊重人权和自由;成为协调各国行动的中心,以达成上述共同目的。联合国的原则包括:会员国主权平等原则;善意履行宪章下的义务;和平解决国际争端;禁止威胁或使用武力;不干涉他国内政。联合国大会主持下通过的多边条约以及安理会的决议都在不同程度上体现了联合国的宗旨与原则。

^④ Penelope Mathew, *Resolution 1373 - A Call to Pre-empt Asylum Seekers'?* (or 'Osama, the Asylum Seeker'), in *Forced Migration, Human Rights and Security*, Jane McAdam (ed.), Hart Publishing, 2008, p. 48.

^⑤ CJEU Case C-573/14, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides v Mostafa Lounani*, 31 January 2017.

会第2178(2014)号决议为应对外国恐怖主义战斗人员构成的威胁提出了进一步的反恐措施。²⁶本案中难民申请者所属组织虽然并没有实施恐怖主义行为,但该难民申请者实施的行为属于上述决议中要求各国予以打击的行为,这些行为应被认定为违反联合国宗旨与原则的行为。欧洲法院还指出如果认定行为人是恐怖组织的领导者,就无需证明他煽动或者以其他方式参加了恐怖主义活动即可确立个人责任。²⁷

由此案可知,不同司法机构在认定与恐怖主义相关的行为是否属于违反联合国宗旨与原则的行为时的标准并不一致。相对于比利时CCE,欧洲法院在该案中的立场明显倾向于将任何与恐怖主义有关的行为均认定为违反联合国宗旨与原则的行为。

(二) 适用该项排除条款的基础和依据

联合国大会反恐决议为该项排除条款的适用奠定了基础。1994年联合国大会通过的《关于消除国际恐怖主义措施的宣言》指出,恐怖主义的行为、方法和做法严重违反联合国的宗旨与原则,各国应采取适当措施,在给予庇护之前确保寻求庇护者未曾参与恐怖主义活动,并确保难民地位不被恐怖分子滥用。1996年联合国大会通过的《补充〈1994年消除国际恐怖主义措施宣言〉的宣言》(以下简称《1996年宣言》)提到《难民公约》并未向参与恐怖主义行为的人提供保护,蓄意资助、策划和煽动恐怖主义行为也属于违反联合国宗旨与原则的行为。《关于消除国际恐怖主义措施的宣言》虽然属于软法不具有法律约束力,但是对反恐法的制定有重要影响。²⁸难民署在关于排除条款适用的

指南中并没有分析上述联合国大会决议在国际公法上的地位如何,而是直接认定这些决议是具有法律约束力的。上述宣言将直接的恐怖主义行为或恐怖主义行为的辅助行为均认定为违反联合国宗旨与原则的行为,为排除条款第3项适用于与恐怖主义行为有关联的人奠定了基础。

安理会的反恐决议也是该项排除条款的适用依据。“9·11恐怖袭击事件”发生后,安理会迅速通过了1373(2001)号反恐决议。该决议是根据《联合国宪章》第7章所采取的强制性行动,重申了《1996年宣言》的内容,进一步强调国际恐怖主义行为以及对这种行为的资助、规划、筹备与任何其他形式的支持都属于违反联合国宗旨与原则的行为。根据《联合国宪章》第25条和第48条,该决议对各国均有法律约束力。²⁹尽管有学者认为第1373(2001)号决议中关于寻求庇护的措施只具有建议性或者激励性而不具有强制性,³⁰但是该决议进一步加强了将庇护制度视为恐怖主义分子避难所的观念,并导致以美国为首的发达国家制定并实施了更为严格的有关庇护的法律和政策。安理会的这项反恐决议并未给出恐怖主义的定义,实践中由各国自行决定哪些人属于可排除的范围。直到2004年,安理会第1566号决议中才包含了一个不具有约束力的恐怖主义定义,限于有关打击恐怖主义的国际公约和议定书中已经界定的违法行为例如劫机、劫持人质、爆炸等。2005年安理会第1624号决议重申了《1996年宣言》的内容,并且进一步强调各国采取的旨在加强本国边界安全的措施。尽管安理

²⁶ 该决议要求各国防止和制止招募、组织、运输或装备人员前往居住国或国籍国以外的其他国家,以实施、筹划、筹备或参与恐怖行为,或提供或接受恐怖主义培训,并防止和制止资助他们的旅行和活动,并决定所有会员国均应确保本国法律和条例规定严重刑事犯罪,使其能够适当反映罪行的严重性,用以起诉和惩罚有上述行为的人员。

²⁷ CJEU Case C573/14, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides v Mostafa Lounani*, 31 January 2017, pp. 76 ~ 77.

²⁸ 参见黄瑶《论国际反恐法的范畴》,载《吉林大学社会科学学报》2010年第5期,第149~150页。

²⁹ 《关于执行联合国安理会第1373号决议的通知》外发(2001)18号。

³⁰ See Penelope Mathew, *Resolution 1373—A Call to Pre-empt Asylum Seekers (or ‘Osama, the Asylum Seeker’)*, in *Forced Migration, Human Rights and Security*, Jane McAdam (ed), Hart Publishing 2008, p.59, and Ben Saul, *Protecting Refugees in the Global “War on Terror”*, Sydney Law School Research Paper No. 08/130 2008, p. 3.

会意识到相关反恐措施对于难民或寻求庇护者产生了不利影响,呼吁各国尊重人权,但与打击恐怖主义的一再强调相比,对尊重人权的倡导显得非常微弱。

(三) 适用排除条款第3项的相关实践

在2001年“9·11事件”发生之前排除条款第3项也曾被适用,但案件数量不多。加拿大最高法院于1998年对Pushpanathan案所作判决就贩毒是否构成违反联合国宗旨与原则的行为进行了分析。其结论是,如果国际社会已就“某项特定的行为属于严重地持续性侵犯基本人权且构成了迫害”形成共识或者国际法明确承认某项行为违反联合国宗旨与原则,那么排除条款第3项就可以适用。^①该判决对之后的案件具有重要影响,且不限于加拿大,普通法系国家法官在审判中也经常提及和引用该判决中的观点。

英国受欧盟2004/83号指令的约束,指令第12(2)(c)条规定有重大理由认为第三国国民或无国籍人属于因违反联合国宪章序言及第1条、第2条中所列联合国宗旨与原则的行为而被认定为有罪的人,应该被排除。为了确保该指令在英国得到执行,英国2006年制定了《难民和需要保护的人(指令)条例》。英国2006年《移民庇护和国籍法案》第54条规定了在解释和适用难民公约排除条款第3项时,违背联合国目的与宗旨的行为应该包括,尤其是(a)实施、准备或煽动恐怖主义的行为,无论犯罪既遂或未遂;以及(b)鼓励或引诱他人实施、准备或煽动恐怖主义的行为,无论犯罪既遂或未遂。这里的恐怖主义指的是2000年反恐法案中规定的恐怖主义,该定义包括的范围相当广泛。尤其是当涉及使用或威胁使用枪械、爆炸物时,恐怖主义行为的构成并不要求具有影响一国政府或国际组织或恐吓公众的目的,只要造成人员伤亡或者造成财产重大损失,无论目的动机为何均属于恐怖主义行为。上述法案中采纳的恐怖主义定义来源于英国国内法,在

最近的案件中英国法官认为国内法上的恐怖主义概念过于宽泛,且根本不考虑政治目的。因此,法官并未完全按照英国国内法上的恐怖主义定义判断行为的性质,而是对国际性法律文件中包含的恐怖主义定义予以关注。^②

四、中国制定难民法适用排除条款研究

2019年伊始,出现了大批中东难民在阿富汗集结欲向中国挺进的新情势。如何恰当适用排除条款又不违背国际义务给中国相关研究和工作的带来了艰巨挑战。中国面临着制定移民法和难民法的任务,作为《难民公约》缔约国,未来要自行进行难民甄别工作,这些都与反恐紧密相连。2015年我国通过的《反恐怖主义法》第2条规定了“国家不向任何恐怖活动组织和人员作出妥协,不向任何恐怖活动人员提供庇护或者给予难民地位”。该条款回应了安理会反恐决议的要求,在具体落实的过程中也涉及到对排除条款的解释和适用,涉及《难民公约》排除条款在国内的转化实施,因此对排除条款的研究可以为更好地履行《难民公约》下的义务、落实中国《反恐怖主义法》中相关规定做准备。如何在未来移民法和难民法的制定中以及自行进行难民甄别的工作中精确地适用排除条款,以平衡好国家安全需求与国际义务的履行,是中国在这一平衡中展示大国智慧、引领构建人类命运共同体的重要契机。

我国目前尚未制定单独的难民法,关于难民的相关规定主要体现在《宪法》《出入境管理法》《反恐怖主义法》当中。《宪法》第32条第2款规定,我国给予因政治原因要求在我国避难的外国人以受庇护的权利。《出入境管理法》第46条规定,在难民地位甄别期间的外国人,可以凭借公安机关签发的临时身份证明在中国停留;被认定为难民的外国人,可凭借公安机关签发的难民身份证件在中国境内停留居留。此外《反恐怖主义法》规定,我国不向任何恐怖活动人员提供庇护或者给予难民地位。但是这些规定都相对宏观,大多体现了我国针对难民问

^① Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (1998) 1 S. C. R. 982

^② 在Al-Sirri案判决第39段法院提到了《全面反恐公约草案》第2条中的恐怖主义定义。

题的政策与态度,并未对具体的难民甄别标准、认定程序等问题作明确规定。因此,我们目前对难民的甄别与管理尚处于无法可依的状态,在实践中一直是靠政策处理难民问题。

中国作为国际地位日益上升的负责任大国,在恐怖主义威胁日趋严峻的国际形势下,在难民问题上必须未雨绸缪,加紧研究制定移民法和难民法,并在其中科学有效地落实难民公约排除条款,在履行国际义务的同时将恐怖主义和其他犯罪者排除在难民保护范围之外,以维护国家安全。具体来说,我国对《难民公约》排除条款的适用应是一个实体与程序兼顾的过程,双管齐下方有可能收到预想之成效。

(一) 对排除条款实体内容的适用

《难民公约》排除条款中的三种情形表明,公约欲将严重危害整个人类社会,或在其他国家构成非政治犯罪,或违反联合国宗旨与原则并经认定为有罪的难民申请者排除在难民的范围外,这不仅有利于保护避难国的国家安全与利益,也体现了对犯有严重国际罪行与国内罪行的犯罪人的零容忍态度。中国作为《难民公约》的缔约国,在制定难民法时,不仅须严格落实《难民公约》的具体规定,更应充分体现《难民公约》的上述精神。随着国际社会的发展以及人权保护的推进,威胁国际社会与人类发展的罪行远不止《难民公约》第1条第6款第1项规定的犯罪。此外,政治犯的内涵在发生变化,联合国宪章宗旨与原则的外延亦与以往不同。恐怖主义犯罪是否为政治犯罪以及是否属于违反联合国宪章与宗旨的行为,都需要我们在适用排除条款时做出进一步的考量。因此,在落实《难民公约》时,我国应顺应时代发展,除了考虑《难民公约》第1条第6款第1项列举的三类犯罪外,还须考虑其他国际法文件关于人权保护和国际犯罪的相关规定,例如《灭绝种族罪公约》《前南国际刑事法庭规约》《卢旺达国际刑事法庭规约》《国际刑事法院规约》等等,将犯有灭绝种族罪、海盗犯罪等严重国际性犯罪的难民申请者排除在难民范围外。此外,鉴于排除条款第1项中的各项罪名都有明确的国际法律文件规定其犯罪构成要件,因此只有在

恐怖主义行为符合其中某项罪名的构成要件且难民申请者应对该罪行承担个人刑事责任时,才能适用排除条款第1项。

在落实《难民公约》第1条第6款第2项时,最应当关注的是政治犯的界定,此问题本身就是困扰世界各国的难题,尤其是关于恐怖主义犯罪是否属于政治犯的争论从未消减。恐怖主义犯罪确实是针对政府实施的带有政治性目的的犯罪,但与其与一国范围内发生的叛国罪、间谍罪、内乱罪等政治性犯罪存在明显区别。恐怖主义针对的是不特定政府的暴力性犯罪,其犯罪行为具有不确定性和难预防性,他们不限于针对某些特定的政府,也不局限于某些特定的动因。因此,为了充分保障我国的国家安全,在适用难民法排除条款时,应明确将恐怖主义犯罪规定为严重的非政治性犯罪,明确规定难民法不适用于存在重大理由足以认定有下列情事的任何人:该人在以难民身份进入我国领域以前,曾在我国领域外犯过严重非政治罪行,例如恐怖主义犯罪等……。如果实施恐怖主义犯罪的行为人确实具有其他政治犯罪的情形,则应当对其严格考察

关于第1条第6款第3项,多数论者将其视为第1条第6款的兜底条款。兜底条款应当起到填补漏洞的作用,但该条款本身的模糊性使其不但没能起到这一作用,反而使条文在适用上产生诸多分歧。因此我国在落实该项规定时,立法机关应当明确哪些行为属于违反联合国宗旨与原则并认定为有罪的行为,加大实践中的可操作性。

恐怖主义犯罪并非在任何时候都能构成危害人类罪,也并非明确属于违反联合国宪章宗旨与原则的行为,况且联合国难民署对于将恐怖主义犯罪认定为违反联合国宪章宗旨与原则的行为的做法还存在较大疑虑。为了排除日后可能出现的质疑,以及充分关照联合国难民署的态度,我国在设计适用难民法排除条款时仍需坚持上述观点,即将恐怖主义犯罪规定为严重的非政治性犯罪。这种做法不仅可以较大程度上打消国际社会对我国履行国际义务积极性的质疑,也可更容易地落实我国对恐怖分子不

提供难民保护的态度。

(二) 对排除条款程序上的适用

在程序上适用《难民公约》的排除条款,首先应当考虑如何设立难民甄别机关。笔者认为应当保障难民甄别机关的独立性,便于其排除各方干扰。为了使难民甄别在保障国家根本利益的前提下更好承担起保护难民的国际义务,应当在编制上将难民甄别机关与出入境管理部门分开,虽然出入境管理部门也涉及对难民问题的处理,但其主要关注的是国家的利益。在难民甄别人员选拔方面,应当高度关注选拔者的专业素养,重视其判断能力、决策能力、自我控制等相关能力的培养。另外,难民甄别机关应当定性为准司法性质的行政裁判机关,最终对最高政府部门负责,这样能够使难民甄别工作充分兼顾维护国家安全与利益以及履行国际义务的重要性。

其次,在落实难民排除条款时还应当关注三个程序上的问题:一是合理处理公约第1条第6款与第1条第1款第2项^③的关系,二是科学处理排除条款的证明标准,三是设立难民甄别复议机关。

关于《难民公约》第1条第6款与第1条第1款第2项的关系问题,许多国家的观点是优先适用第1条第6款的规定,即首先判断难民申请者是否存在排除难民身份的情节。例如,加拿大联邦法院认为如果申请者具有第1条第6款排除难民身份的情节,就不必要再去考虑其是否符合第1条第1款第2项的规定。^④笔者认为,我国在处理此问题时,也应当优先适用排除条款的相关规定,这一做法不但具有较高的可接受性,而且能在很大程度上加速难民甄别的审查程序。当申请者不存在排除条款规定

的情形时,再对其进行进一步的审查即可。

关于明确第1条第6款的证明标准这一问题,我国在排除申请者难民身份时应当更多关注“存在重大理由认为”这一限定语,力求慎重、避免草率。甄别机关应当基于足够的理由,证明申请人确实实施了一个罪行,并已达到足以让行为人承担刑事责任的程度,且无其他免责事由的存在。

设立相应的复议机关是联合国难民署的要求,有利于实现审查结果的科学性,也在一定程度上加强了对申请者的权利保护。尤其是对由于涉嫌恐怖主义犯罪被排除难民保护的申请者而言,复议机关的存在能够防止其因为种族或宗教信仰原因而被轻易剥夺受保护的權利。

五、结论

虽然《难民公约》排除条款并未包含恐怖或恐怖主义的字眼,但恐怖主义显然对排除条款的解释与适用产生了巨大影响。客观地说,恐怖分子或恐怖活动的支持者与难民定义并没有直接关系,但是如果他们的行为构成了排除条款中列举的危害和平罪、战争罪、危害人类罪、严重的非政治罪行或者违反联合国的宗旨与原则,并且他们对相关罪行应承担个人刑事责任,那么就可以对他们适用排除条款。如果有重大理由认为难民申请者实施了恐怖主义行为或者其因与实施恐怖行为的恐怖组织之间具有关联,他就可能落入排除条款中某一项的范畴进而不能获得《难民公约》提供的保护。

《难民公约》自1954年4月22日生效以来,其作为国际难民保护制度的基础已经走过了60多年,这期间国际法尤其是国际刑法和国际人权法有了很大发展。排除条款的解释和适用亦处于动态发展之中,且受到国际人道法、国

^③ 《难民公约》第1条第1款第2项:由于1951年1月1日以前发生的事情并因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外,并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人;或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人。对于具有不止一国国籍的人,“本国”一词是指他有国籍的每一国家。如果没有实在可以发生畏惧的正当理由而不受他国籍所属国家之一的保护时,不得认其缺乏本国的保护。

^④ 转引自李明奇《难民公约中的排除条款》载《哈尔滨师范大学社会科学学报》2011年第5期,第32~36页。

际刑法和国际人权法发展的影响。鉴于排除条款中有明显的指向国际刑法的措辞,国际刑法的发展对于排除条款的解释起到了重要作用,分析各项罪名的构成要件、证明个人责任对于排除条款的适用是必经步骤。随着国际人权法的发展,被排除难民地位的人也享有基本的人权保护,例如《禁止酷刑公约》第3条规定的不推回原则普遍适用于所有人。对于普遍性公约而言,实现解释和适用的一致性理想状态,差异性则是国家实践的常态,但国家在国际人权公约框架下承担的尊重和保障人权的义务在排除条款的适用中也应得到落实。《难民公约》缔约国在相关国内立法中将公约排除条款适用于恐怖主义行为时,应注意用语严谨,把握适度。近年欧洲难民危机的爆发和恐怖袭击的加

剧赋予难民甄别问题新的紧迫性与重要性。如何在适用《难民公约》排除条款时既能有效防范恐怖分子,又不使真正的难民失去保护,既是对国际社会人道主义精神的考验,也是进一步提升国际反恐战略的重要任务。

难民署发布的关于排除条款适用的指导意见一般会得到国家的尊重,但是也存在着国家明确表示不受这些指导意见约束的情况。在这种情况下有必要建立起以难民署为主导的、在总结各国实践基础上的、旨在加强《难民公约》解释和适用统一性的机制。就解决难民问题而言,最终还应从难民产生的根源入手,坚持和平与发展,避免武装冲突,改善难民来源国国内的状况,追究难民产生的国家责任,并在难民安排上落实国家责任。

Study on the Exclusion Clause of the Refugee Convention Application to Terrorist ACTS

Xing Aifen

Abstract: The Article 1, Clause 6 of 1951 Convention on the Status of Refugees (UNHCR) stipulates when there are significant reasons to believe that asylum seekers guilty of the crimes set out in this clause, UNHCR and states parties to the convention do not assume obligations under the refugee convention for their protection. The language used in the exclusions is not precise, there is no authoritative body of interpretation, and state practice is inconsistent. There are three problems in the application of the three exclusions: standard, basis and practice. After the September 11 terrorist attacks, the anti-terrorism measures of various countries have had a significant impact on the interpretation and application of the exclusions, making it easier for the exclusions to be over-applied. When the parties to the refugee convention apply the exclusions of the convention to ACTS of terrorism in relevant domestic legislation, they should pay attention to the preciseness and moderation of the wording. China should balance well national security needs with international obligations in applying exclusions precisely in the future formulation of immigration and refugee laws and in the work of refugee screening on its own.

Keywords: refugee convention; exclusion clause; terrorist ACTS

(责任编辑:李 辉)