



经济及社会理事

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/1998/53/Add.1  
11 February 1998  
CHINESE  
Original: ENGLISH

人权委员会  
第五十四届会议  
临时议程项目 9(d)

进一步促进和鼓励人权和基本自由，  
包括委员会的工作方案和方法问题

人权、人口大规模流亡和流离失所者问题

秘书长代表弗朗西斯·邓先生根据人权委员会  
第 1997/39 号决议提交的报告

增 编

法律准则和汇编分析，第二部分：与防止任意制造  
流离失所情况有关的法律问题

目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1 - 7	3
一、一般国际法规定 .....	8 - 32	5
A. 影响生命与人身安全的暴力和威胁 .....	9 - 10	5
B. 歧视.....	11 - 13	6
C. 迁入定居者 .....	14 - 16	6
D. 遭受驱赶与丧失土地和家园 .....	17 - 19	7
E. 发展项目的消极作用 .....	20 - 25	7
F. 对环境的破坏.....	26 - 28	9
G. 非国家行为者的义务 .....	29 - 32	9
二、与强迫流离失所有关的法律 .....	33 - 74	10
A. 移徙自由和选择居住地自由 .....	34 - 45	10
B. 住所受保护而不受干涉 .....	46 - 49	13
C. 住房权.....	50 - 52	14
D. 禁止在紧急形势下包括武装冲突的形势下 强迫迁徙.....	53 - 69	14
E. 禁止宗教歧视和种族歧视 .....	70 - 73	17
F. 禁止灭绝种族.....	74	18
三、与土著人民有关的法律.....	75 - 83	19
四、结论和建议 .....	84 - 88	21

## 导 言

1. 在提交给人权委员会第五十一届会议的报告里，秘书长代表提交了与保护国际流离失所者有关的法律准则的汇编和分析(E/CN.4/1996/52/Add.2，以下称法律准则汇编和分析)。汇编和分析侧重于与国内流离失所者有关的保障措施，例如这些人在流离失所和返回期间的情况。该文件还指出，有必要分析与防止流离失所发生和不被强迫遭受流离失所权利有关的法律准则，以便使与流离失所问题有关的法律规定的拟订更为全面。虽然那一报告的某些章节提到这些问题，但秘书长代表决定在另一个单独的报告里进行详细分析。本报告就包含了这一研究的结果。本报告大量借鉴了并且经常提到法律准则汇编和分析，因而应该与那份文件一起来读。本报告与汇编和分析一起，构成了拟订一套指导原则的基础，用来在国内流离失所的所有阶段提供保护：即在预防流离失所、在流离失所发生期间以及在返回和重新融入期间各个阶段提供保护。关于国内流离失所问题的这些指导原则目前已经提交给委员会(E/CN.4/1998/53/Add.2)。

2. 汇编和分析、本研究报告以及上述指导原则是在秘书长代表的指导下编写的，参加编写的是一组国际法专家。本研究报告先是由法律顾问 Maria Stavropoulou (希腊)于 1996 年起草，后来由日内瓦的法律专家进行了审定，他们包括 Robert K. Goldman (美国)、Walter Kälin (瑞士)、Manfred Nowak (奥地利)、Daniel Helle (联合国人权事务高级专员办事处)、Jean-Francois Durieux (人权事务高级专员办事处)、Toni Pfanner 和 Jean-Philippe Lavoyer (红十字国际委员会)，审定的时间是在 1996 年 10 月和 1997 年 4 月。还应提到，各个国际人道主义机构以及布鲁克林研究所——难民政策研究小组关于国内流离失所问题的研究计划也为本报告的编写作出了贡献。

3. 本文件中所理解的强迫流离失所是指这样的政策：其目的或作用是强迫人们离开其家园和惯常居住地，包括在某些情况下违背他们的意愿，将他们安置到国家的另一个地区。缺乏这种意愿或同意，意味着存在一定程度的强制。那么这里的问题便是这种强制是否合法。如果有关的人确实拥有是否离开的选择权，换句话说，如果能够合理地期待他们可以选择留在他们的居住地区，那么这种移动便是自愿的。同样，如果有关的人在了解情况之后真地表示了同意，然后进行了迁移，那么这也属于自愿的。<sup>1</sup>

4. 强迫人们离开其家园并把他们安置到国家的另一个地区，这可能是有正当理由的行为，并且有可能是按照国际和国内法律执行的。然而在其他情况下，这也可能不符合国际法，很可能是任意的。原则上说，可以找出 4 种不同类型的这种违法行为：第一，驱赶或使人流离失所如果根据的是按照国际法不容许的理由，则是非法的行为。不遭受任意流离失所的权利实际上源于迁徙自由和居住自由权利，源于住宅和住房不受侵犯的权利。第二，如果没有遵守最低限度的程序保障，则可能发生违法行为。第三，在强迫人们迁移的过程中可能侵犯其他人权，例如人身自由、免受酷刑、不人道或有辱人格待遇的权利，甚至生命权。最后，强迫迁移和流离失所的后果可能是给享受其他人权带来消极影响，在这种情况下，有关国家必须按照其根据国际法所承担的义务，例如法律准则汇编和分析中所阐述的那些义务，采取措施解决出现的问题。

5. 在许多情况下，国家积极参与了流离失所政策的执行。在另一些情况下，国家可能纵容、容忍或默认这种政策，这时候国家所起的作用可能难以查清。然而，即使在国家的具体作用不太明确的情况下，这种政策的作用以及对享受人权的后果将足以确定这种强迫迁移的合法性或者非法性，以及国家相对被迁移的个人来说所担负的义务。如果已经确定强迫迁移是(主动或被动的)国家政策的结果，并且是非法的，那么便产生了国家责任问题。

6. 此外，如果强迫迁移的目的或后果是种族灭绝、酷刑、不人道或有辱人格待遇、奴役或有系统的歧视(例如种族隔离)，那么这便引起按照国际法有关行为者负有犯罪责任的问题。在这里，必须对非国家行为者对流离失所所负的责任也给予审查。

7. 这一研究报告简要地讨论了一般的国际法律框架，在这种框架中国家有义务不得任意使其管辖下的人民遭受流离失所。本报告还详细讨论了国际人权法律和人道主义法律中与强迫流离失所有关的具体法律规定，包括造成流离失所的正当理由以及在何种条件下可以合法地实施以迁移措施。最后，本报告讨论了对于遭受流离失所的土著人民应给予的具体保护。

## 一、一般国际法规定

8. 防止流离失所是尊重人权和国际人道主义法律所需要的。正如大会和人权委员会多次强调的，如果充分遵守了国际法，许多流离失所情况本来可以避免，或

者可以降低到最低程度。<sup>2</sup> 近些年来，随着国内冲突大量出现，日益复杂和持久，并且经常威胁到国际和平与安全，人们开始努力寻找流离失所产生的根源，并侧重于有关国家的责任以及补救办法。虽然国内流离失所在大部分情况下是普遍的暴力和武装冲突的直接结果，但往往也涉及到国家的弱点、政治和司法机构运转不正常、民族之间的紧张关系以及贫困和环境退化等问题。在这种情况下，公民、政治、经济、社会、文化权利的享受总会受到影响，因为国家无法保护这些权利不受侵犯，国家甚至侵犯这些权利。国家在流离失所问题上的责任不仅涉及到保护和援助那些已经流离失所的人，而且与防止流离失所现象并且寻找持久的解决办法有关。

#### A. 影响生命与人身安全的暴力和威胁

9. 生命的丧失、残暴行为、暴力以及暴力危险，制造了不安全感，这种气氛往往迫使人们逃离家园：例如，直接或疯狂地进攻贫民居住点的造成情况便是这样。事实上，影响生命和人身安全的暴力和威胁是特别有效也往往被采用的制造流离失所的手段，这些暴力和威胁而且在流离失所的过程中也被采用。在有些情况下，强迫人们迁移也等同于包括“种族清洗”在内的灭绝种族，或等同于不人道和有辱人格的待遇。

10. 生命权是最基本的人权，这要求各国不仅不得侵犯生命权，还得保护生命权。许多人权产生于生命权，或与之有关，例如基本生存权利，包括获得食物或享受健康的权利，因此应该结合生命权来考察这些权利。法律准则汇编和分析(第66-142段)全面地分析了适用于国内流离失所者并与之有关的生命权，生命权在讨论防止流离失所现象的问题时也是有关的。在这方面应该指出，造成大量人口流离失所的化学和生物武器的使用按照习惯国际法<sup>3</sup>和约定国际法<sup>4</sup>显然是受到禁止的。

#### B. 歧 视

11. 在享受公民、政治、经济、社会、文化权利方面实行有系统的歧视待遇，对少数群体或土著人民进行歧视，以及实施歧视性的经济或社会政策等，往往是造成人口被迫迁移的原因。

12. 然而，禁止歧视是在大部分人权公约和宣言中规定的，或者在其不歧视条款中，或者在其平等保护条款中，正如在法律准则汇编和分析中所讨论的(第48-57

段)。除此以外，某些规定例如《公民权利和政治权利国际盟约》第 26 条的规定，保障在法律面前人人平等，以及在平等享受一般法律保护方面不受歧视<sup>5</sup>。这些规定“涉及所有权利的行使，不论是受盟约保护还是不受保护，只要是缔约国按照法律授予其境内或其管辖范围内的个人的权利……。”<sup>6</sup>

13. 虽然许多文书对“歧视”下了定义，但对这一词语人们的一般理解是，基于任何具体理由而进行的区分、排斥、限制或偏向，其目的和作用是否定或损害人在平等基础上对所有权利和自由的承认、享受或行使。<sup>7</sup>然而并不是所有的区分构成歧视，只是那些所根据的不是合理的客观标准的区分是歧视。<sup>8</sup>

### C. 迁入定居者

14. 一种特别严重的歧视形式是迁入定居者。将定居者迁入另一块领土上或允许他们居住在另一块领土上，包括被占领的领土，或将更为“顺从的”人口出于军事目的(维持更好的控制、减少叛乱活动等)和非军事目的(人口的调动、未来的兼并等)而移到另一个地方，这种人口迁移可能引起歧视性做法，或者是由歧视性作法所引起的，因此也可能造成国内流离失所。定居者他们自己也可能是国内流离失所者，如果是违背了他们的意愿将他们安置在另一个地区的话。

15. 强行迁入定居者将违反不歧视原则，因为定居者相对于迁入地区的当地人民来说将接受优惠待遇，而这对受影响的人民来讲构成制度化的歧视。

16. 国际人道主义法律含有禁止迁入定居者的明确规定。《关于战时保护平民的日内瓦公约》(日内瓦第四公约)第 49 条明确规定，占领国“不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土”。<sup>9</sup> 如果占领国有必要(例如由于安全原因或者迫切的军事原因)将(受保护的)人口从占领地撤离，第 49 条第 2 款则明确要求在战火停止后须将这些人的家送回。因此通过撤离等方式，将受保护的人迁居到领土的另一部分，是受到禁止的。此外，第一附加议定书第 85 条第 4 款(a)项规定，占领国将其平民的一部分转移到它占领的领土内是严重的违反议定书的行为。<sup>10</sup>

#### D. 遭受驱赶与丧失土地和家园

17. 人们可能由于其土地或其他不动产被没收或征用而变成流离失所者，也可能例如由于军事进攻、陆地上的冲突、或计划及执行不好的发展项目造成某一地区无法居住等而从事实上或从法律上失去利用其土地或财产的可能性。在另外一些情况下，传统的土地所有权或使用权形式可能不被国家法律制度承认，因而造成土地保有权丧失，造成无地状态。

18. 法律准则汇编和分析(第 270-283 段)分析了普遍和区域性的人权法律和国际人道主义法律对财产的保护规定。正如那里提到的(第 274 段)，个人拥有、掌握或使用私人财产的权利不是绝对的。它可能受到某些社会利益的制约，如法律所规定的那些利益，或者受制于“民主社会的道德、公共秩序和大众福利等正当要求”的限制。<sup>11</sup> 在这种情况下，按照“国家征用权”的理论或其他类似的制度，国家有权出于公共利益占用私人财产。

19. 尽管如此，除了须遵守法律并符合社会的利益之外，不能任意地采取征用和没收的做法，这些做法只能在特别情况下采用，并且须遵守一切适用的人权标准。对于因丧失土地而受影响极大的情况，例如涉及农民或土著人民时，对国家实行征用和没收的权力可以施加特别的限制。在基本生存和文化价值受到威胁时，有可能遭受流离失所的人有权获得另外的人权保护。<sup>12</sup>

#### E. 发展项目的消极作用

20. 发展项目对实现经济权利、社会权利以及其他人权，往往起很大作用。然而人们越来越认识到，发展项目及其对土地保有权的影响以及对自然环境的影响可能对享受人权产生不利后果，需要加以处理。世界银行和其他国际金融机构也承认，在为了便利发展项目，例如修建水坝、公路和机场而需要进行搬迁或重新安置时，必须认真审查项目的可行性、必要性以及项目相对于有待实现的目标是否相称，并且在项目开始之前必须拨出用于赔偿、重新定居和恢复生产所需的经费。世界银行印发了关于非自愿重新安置的指南，详细阐述了这些准则。<sup>13</sup> 这一指南对于拟订有可能导致流离失所情况的项目时的需要是重要的一步。<sup>14</sup>

21. 关于在其他地区的重新安置，世界银行的指南要求因发展项目而不得不离开原籍搬迁到其他地方的人口以及接受这些人口的地区一同参与进来。指南承认他们的共同参与是十分重要的，并指出了可以采取的一系列实际措施：与当地的非政府组织合作，这些非政府组织可以提供协助并确保社区的参与；在项目官员与社区之间定期举行会议；提供充分的信息；对接受地区向移民提供的土地或其他资产应给予补偿。

22. 此外，世界银行的指南针对财产征收、安置移民以及补偿等事项提出下列建议：在不可避免需要安置移民时，有必要事先就确定好几个可能的安置地点和分界线。对于移入新的地区的安置，新的地点的生产潜力和地点优势应至少与旧地点相同。对于城市的移民来说，新的地点应该确保除其他以外有相似的就业机会、基础设施、服务以及生产机会。接收地区的条件和服务应该改善，至少不能恶化：改善的教育、供水、保健和生产服务对新旧居民来说都会促进更好的社会融合气氛，从长远上会防止冲突的发生。

23. 此外，人们承认，对丧失的资产的估价以及补偿数额的估价涉及一系列措施，例如向有待迁移的人们公布有关估价和补偿的法律和规章；制定措施防止非法侵占和占用；为移民创造获得资源的机会和获得收入的机会，这些机会应是从文化上讲可以接受的，并且等同于迁移前的情况。世界银行的指南承认下列人群是遭受特别危险的脆弱群体：土著人、无地和半无地的人群、以妇女为家长的家庭，她们可能得不到本国土地补偿法律的保护。

24. 此外，发展项目在设计时必须考虑到最大限度降低对环境的消极影响，最大限度缩小财产的损失或退化，确保这些项目在环境上是可行的，是可以持久的。

15

25. 在涉及到国际金融机构和公司时，经济、社会、文化权利委员会指出：“国际机构应该小心地避免参与某些项目，这些项目例如会促成或强化对个人或群体的歧视，因而违背盟约的规定，或参与大规模的迁移人口活动，而又不提供一切适当的保护和赔偿……在发展项目的每一个阶段，应尽一切努力确保盟约所载的权利得到充分的考虑。”<sup>16</sup>



## F. 对环境的破坏

26. 对环境的大规模破坏往往引起人口被迫迁移，或使这种迁移复杂化。这种破坏可能来自于焦土战术、核试验、不安全的工业项目、修建大坝造成的淹没、化学泄漏或放射性泄漏，或者有害废物的运输。

27. 国际环境法越来越多地对威胁到环境的持续性或引起环境破坏的人类活动加以管束。这些法律有：《关于管制有害废物跨界移动极其处置的巴塞尔公约》、《远距离越界空气污染公约》、《关于保护臭氧层的维也纳公约》、《关于在越界情况下环境影响评估的公约》、《联合国气候变化框架公约》、《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》。

28. 在国际人道主义法律方面，日内瓦公约第一附加议定书第 35 条第 3 款规定“禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法和手段”，而第 55 条第 1 款规定“在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。”<sup>17</sup>

## G. 非国家行为者的义务

29. 除国家以外，其他行为者也可能制造流离失所现象。在武装冲突的形势中，这些通常是敌对的武装团体和准军事团体；<sup>18</sup> 在其他情况中，可能是毒品贩运者；在另外一些情况中，很可能是参与大规模项目的公司，或者地主。<sup>19</sup>

30. 非国家行为者所犯下的侵权行为通常按照人权条约不造成国家的责任，除非这些行为是有关政府所怂恿、鼓励或至少默认的；这些行为通常被称为对国内法律的违犯。在这些情况中，国家应尽可能采取措施防止进一步的流离失所，减轻流离失所者的困难，并对有责任者实行惩罚。如果这种侵权行为构成了战争罪或危害人类罪，包括对国际人道主义法律的严重违反以及种族灭绝和种族隔离罪，这些行为便可按照国际法引起行为者的个人刑事责任。

31. 此外，国际人道主义法律在日内瓦四公约共同第 3 条和第二附加议定书中处理了武装冲突中对立的武装团体的问题。日内瓦四公约共同第 3 条适用于非国际武装冲突的所有当事方，要求它们起码尊重最基本的人道待遇原则。正如在法律准

则汇编和分析中所讨论的(第 39 段),<sup>20</sup> 人们提出了区分共同第 3 条所适用的行为者和冲突情况的若干标准。

32. 此外,第二议定书适用于“在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”。

## 二、与强迫流离失所有关的法律

33. 对于保护人们不受个别或集体的迁移和流离失所,或从本国境内从一个地区移送到另一个地区,不存在多少明确的国际法律准则。然而,如果将各种法律规定汇合到一起,就可以发现一条一般规则,按照这项规则,不得以歧视性的方式或任意的方式实施强迫流离失所。本章就讨论这些法律规定。

### A. 迁徙自由和选择居住地自由

34. 强迫流离失所等于否定了迁徙自由和选择居住地自由的行使,因为它使一个人无法选择迁徙还是不迁徙,或选择在哪里居住。因此按照现有法律,保护个人或集体不被在国内迁移可以从迁徙自由或选择居住地自由的权利推断出来。这在《世界人权宣言》第 13 条第 1 款里被明确承认为一项人权,并且在《公民权利和政治权利国际盟约》第 12 条第 1 款里得到类似的保证,该款规定:

“合法住在一国领土内的每一个人在该领土内有权享受迁徙自由和选择住所的自由。”

35. 在区域性文书里也有类似的保障,例如在《美洲宣言》第 8 条、《美洲公约》第 22 条第 1 款、《欧洲公约》第 4 号附加议定书第 2 条第 1 款以及《非洲宪章》第 12 条第 1 款。<sup>23</sup>

36. 此外,强行被驱赶迁移到另一个地方,包括实行“乡村化方案”或“放逐”的情形,除了仍使迁徙自由受到侵犯以外,还可能相当于任意拘留。

37. 大多数普遍性和区域性人权文书允许各国在紧张形势和动乱形势或在自然灾害期间对居住和迁徙自由实行限制。这些限制可允许某些有限的强迫人员迁移

或将其安置在其他地区。《公民权利和政治权利国际盟约》第 12 条第 3 款规定，迁徙自由和选择住所的自由

“除法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德、或他人的权利和自由所必需且与本盟约所承认的其他权利不抵触的限制外，应不受任何其他限制。”

38. 《美洲公约》第 22 条第 3 款和第 4 款、《美洲宪章》第 12 条第 2 款以及《欧洲公约》第 4 号附加议定书第 2 条第 3 款和第 4 款也规定了在何种条件和标准之下可以合法地限制一般可以自由行使的这种权利。《美洲公约》第 22 条第 3 款规定“在民主社会中只能在遵照法律为防止犯罪或保护国家安全、公共安全、公共秩序、公共道德、公共卫生、或其他人的权利或自由所必需的情况下”实行限制。这一条第 4 款规定，在一国之内迁移和居住的权利还可以依法在指定的地区出于公共的利益而受到限制。《欧洲公约》第 4 号议定书第 2 条第 3 款规定，对于这些权利的行使一般不得实行限制，除非依照法律并且在民主社会里为维护国家安全或公共安全、维护公共秩序、预防犯罪、保护公共健康或道德、保护其他人的权利和自由所必需的情况下。”

39. 实行这种限制必须依照法律，必须有上述提到的理由之一，必须是为了满足紧迫的公共或社会需要，有合法的目的，并且与该目的相称。<sup>24</sup>

40. 关于《公民权利和政治权利国际盟约》第 12 条第 3 款，人们提到，对迁徙自由和选择居住地的权利的限制必须由立法机构加以规定。<sup>25</sup> 在这个意义上，“法律”必须能被所有需遵守法律的人所理解，必须有足够程度的确定性。<sup>26</sup> 此外，任何限制必须与《公民权利和政治权利国际盟约》中规定的其他权利相一致。例如，在一国境内被放逐作为惩罚手段只能在一定条件下允许，即必须遵守《公民权利和政治权利国际盟约》第 14 和第 15 条所规定的刑事诉讼程序的保障措施。<sup>27</sup> 这里，获得有效补救的权利也是很重要的。

41. 此外，《公民权利和政治权利国际盟约》第 12 条第 3 款要求这种限制必须是必需的。当有必要实现所列的干预等理由之一时，进行的限制才符合第 12 条第 3 款的法律规定。尽管国家立法机构获得了广泛的斟酌权，但必需性这一条件须符合客观最低限度标准。<sup>28</sup> 评价这一标准是否得到遵守的决定性因素是在给定情况下的相称性原则。因此每一次干预都要求精确地衡量迁徙自由与干预所要保护的那些利

益之间的利害关系。<sup>29</sup> 最后，对《盟约》所规定的权利的限制仍然是例外的，因此不能成为一般规则。<sup>30</sup>

42. 按照《盟约》第 12 条第 3 款可以进行干涉的理由是“国家安全”、“公共秩序”、“公共健康”、“公共道德”、以及“其他人的权利和自由”。只有整个国家受到严重的政治或军事威胁时，才危害到国家安全，在这种情况下有可能暂时不得不把一些人重新安置。出于公共秩序理由可以对国内迁徙和居住的自由加以限制，<sup>31</sup> 这种例外情况下的迁移可能包括明显关系到一般公众福利的重大的发展和基础设施项目。“公共卫生”的例外情况可能包括在发生严重的健康危险时(例如某些地区由于重大事故而被污染)不得不将人迁离原来的地区。<sup>32</sup> 最后，出于保护“其他人的权利和自由”而对迁徙和居住自由的限制可能指如下情况，即为了尊重私人财产权而将人迁移。然而，国家必须确保为了私人财产所有者而进行的干涉必须合乎比例，也就是说必须保持在公众能够容忍的水平上。<sup>33</sup> 任何干涉必须是合理的、客观的、不歧视的。<sup>34</sup>

43. 联合国曾多次处理了涉及到迁徙自由的强迫流离问题。小组委员会第四十六届会议于 1994 年 8 月 26 日所通过的著名的第 1994/24 号决议，题为“迁徙自由权利”，

“申明人人有权平安地居住在自己的家里、自己的土地上和自己的本国；”

敦促各国政府和有关的其他当事各方尽可能而为，以便立即停止违反国际法律标准的各种强迫流离、人口转移和“种族清洗”的做法；”

44. 此外，各种区域会议也重申了迁徙自由权利及其对流离失所的适用。<sup>35</sup>

45. 1996 年二读通过的《危害和平及人类安全治罪法草案》<sup>36</sup> 第 18 条题为“危害人类罪”，列举了 11 种做法，当有系统地或大规模地实施这种做法时便构成犯罪。其中之一便是“……强迫人口转移”。<sup>37</sup>

## B. 住所受保护而不受干涉

46. 除了迁徙和居住自由以及不得任意实行国内流放或放逐等规定以外，涉及隐私权的规定也要求不得制造任意的流离失所。《盟约》第 17 条规定：

“1. 任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。

“2. 人人有权享受法律保护，以免受这种干涉或攻击。”

“住宅”的保护不仅涉及所住的房屋，而且涉及各种类型的居住性房产，而不论其法律所有权如何或使用性质如何。<sup>38</sup> 未经个人同意而侵入这一领地就构成干涉，<sup>39</sup> 这和剥夺一个人的住宅一样。

47. 《美洲宣言》第9条、《美洲公约》第11条以及《欧洲公约》第8条也有类似的保护规定。<sup>40</sup>

48. 任何干涉如果违反了国内或国际法律制度，都将是“非法的”。此外，任何干涉含有不公正、不可预测性和不合理性等要素，则将是“任意的”。<sup>41</sup> 在评价国家执法机构对私生活干涉是否违反了第17条时，必须特别考虑的是，这种具体执法行为除了是否符合国内法律外，是否具有依据整个《盟约》来看合法的目的，是否从法治的角度来看具有可预测性，相对于所实现的目的来说是否合理(相称性)，正如人权事务委员会在其第16(32)号一般评论中所强调的那样。<sup>42</sup> 只有依法指定的当局在逐案审理的基础上才能作出采用这种准许的干涉的决定。

49. 除了须避免违反《盟约》所保障的权利之外，各国按照《盟约》第1条第2款，还有义务采取法律措施和其他必要措施，将这些权利付诸实行，并且还有义务在这些权利受到违反时提供有效补救的可能性(《盟约》第2条第3款)。按照《盟约》第17条第2款，各国还负有一项具体的义务，即保护第1款所规定的“隐私权”，包括保护不受私人方面的干涉。“法律的保护”还要求在司法和行政法方面采取有关措施，要求在刑法之下采取最低限度的禁止性规则。从第2条第1款和第2款中还可以推断出各缔约国有义务提供相应的司法、行政和其他措施。<sup>43</sup>

### C. 住房权

50. 按照住房权，也应该提供保护，防止任意流离失所的发生。在讨论《经济、社会、文化权利国际盟约》第11条第1款所规定的这些权利时，经济、社会、文化权利委员会指出：“强迫迁移的情况显然与《盟约》的要求不符，只能在最为例外的情况下实行，并且须符合有关的国际法原则”。<sup>44</sup> 对住房权的限制必须符合《盟约》第4条的要求，<sup>45</sup> 即这些限制必须仅由法律来确定，并且须符合此项权利的性质并

且完全是为了促进民主社会中一般的福利。迁移还不得违反最基本的适当法律程序原则。因此，在发生集体迁移的情况时，可以假定已经存在了一定程度的任意性。

51. 此外，《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》第1条(b)款规定，“以武装攻击”“迫使迁离”是危害人类罪，无论犯罪是在战时还是在平时。<sup>46</sup>

52. 小组委员会以及委员会就“强迫迁移”所通过的各项决议建议各国政府采取政策和立法措施，以便制止强迫迁移的做法，包括在与受影响的人和群体进行有效的磋商基础上给予土地保有人的合法安全保障。<sup>47</sup>

#### D. 禁止在紧急形势下包括武装冲突的形势下强迫迁徙

53. 按照人权法律，迁徙自由的权利和私生活受保护的权利是可以减损的。因此，在真正的公共紧急形势期间，例如在武装冲突、严重的社区或民族暴力以及自然或人类灾害期间，可以实行人口迁徙。然而，这些行动必须严格地符合形势的需要，不得违反国家按照国际法所承担的其他义务或涉及有害的歧视。<sup>48</sup> 因此即使在这些情况下，强迫迁徙也不得侵犯不可减损的人权。<sup>49</sup>

54. 在已予减损的情况下与强迫安置有关的保护原则，正如美洲人权委员会在 *Miskito* 案件上所实行的，<sup>50</sup> 可以归纳如下：(a) 国家必须有效地传达关于紧急状态的宣布，以便在涉及重新安置时避免恐惧和混乱；(b) 重新安置应该与紧急状态的危险、程度和时间成比例；(c) 安置到外地的时间不得超过紧急状态的时间。因此，在紧急形势结束之后，被迁离的人口有权返回其原来的土地，如果他们愿意的话。<sup>51</sup>

55. 在武装冲突期间，国际人道主义法律<sup>52</sup> 也保护人们不受任意的迁移。与一般保护平民不受战乱影响的原则相一致，正如在第一议定书第51条和第二议定书第13条所表达的那样，有关文书也含有好几项关于禁止强迫迁移的规定。

56. 在非国际武装冲突的情况下，题为“对强迫平民迁移的禁止”的第二附加议定书第17条明确处理了这一问题。该条规定：

1. 除为有关平民的安全或迫切的军事理由所要求外，不应基于有关冲突的理由下令平民居民迁移。如果必须，则应采取一切可能的措施，使平民居民能在满意的住宿、卫生、健康、安全和营养的条件下被收留。

“2. 对平民、不应基于有关冲突的理由而迫其离开其本国领土。”

这一措词表明，第 17 条作为一般原则禁止在国内对抗期间强迫迁离平民。<sup>53</sup> “当然这一条并不限制平民在本国境内自由迁徙的权利——这种权利当然受制于情况可能给予的限制，这一条也不限制其出国的权利”。<sup>54</sup> 强行迁离平民是受禁止的，除非冲突的一方能够表明 (a) 出于平民安全的理由或 (b) 认真地评估了军事形势后，必须这样做。<sup>55</sup> 显然，迫切的军事理由不能为政治动机作掩护，例如将平民人口迁离以便对持不同政见的民族群体实现更有效的控制。<sup>56</sup> 因此采取这种行动的一方必须提供充分的理由，说明在极为特殊的情况下不得不这样做。

57. 除了在个别情况下才可实行外，强迫迁离还必须遵守一个条件，即为确保平民人口的居住、卫生、健康、安全和营养等条件已经采取了“一切可能的措施”。之所以提到“一切可能的措施”是考虑到，有时会存在实际困难，但即使这样也不能减轻国家的义务。另外，如果迁离不是至为紧迫的事项，如果迁离是可以预计的，那么对于令人不满的条件不能提出任何辩解借口。

58. 第二议定书第 4 条第 3 款(e)项还规定了在父母或监护人尽可能同意的情况下将儿童从冲突地区转移的规定。这种转移必须是临时的，必须在该国境内。

59. 在涉及国家之间的武装冲突时，《日内瓦第四公约》第 49 条详细规定了在占领的情况下被保护人的迁移问题。该条第 1 款禁止将个人或群体强行转移，而不论其动机如何。

60. 第 49 条第 2 款规定，“但如果因居民安全或迫切的军事理由，有此必要，占领国可在一定区域实现全部或部分之撤退。”如果有关人口的安全并无要求撤离，或军事理由并不迫切，<sup>58</sup> 则撤离不是合法的。此外，“上述撤退不得致使被保护人在占领地境外流离失所，但因物质原因不能避免上述流离失所者例外”。因此，一般来说，撤退必须撤向该国境内的接收中心。最后，被撤退的受保护人一旦该区域内战事停止，应立即移送回家。

61. 《日内瓦第四公约》第 49 条第 3 款规定了在何种情况下可以进行撤离：

“凡实行此种移送或撤退之占领国，应尽最大可行的限度，保证供给适当设备以收容被保护人，该项移动应在卫生、健康、安全及营养之满足的条件下执行，并应保证同一家庭之人不相分离。”

这一措词目的是涵盖由于绝对必须采取紧急行动而临时进行的撤离，这并不减弱占领国必须尽可能地减轻撤离的不利后果的义务。<sup>59</sup> 此外，占领国不得将被保护人拘

留于特别冒战争危险之区域，除非因居民安全和迫切的军事理由有此必要。此外，按照第 4 款规定，必须将任何撤退之事通知保护国。

62. 第一议定书(适用于国际武装冲突的情况)第 51 条第 7 款<sup>60</sup> 规定不得强迫平民离开其居住地以便阻碍军事行动或掩护军事目标不受攻击。然而第 7 款并不禁止限制平民移动以避免其扰乱军事行动的措施，也不禁止如果平民的安全或迫切的军事理由有此必要可命令进行撤离”。<sup>61</sup> 实际上，第一议定书第 58 条规定，在不妨碍第四公约第 49 条的条件下，冲突各方应努力将其控制下的平民居民、平民个人和民用物体迁离军事目标的附近地方。撤离儿童的措施见第一议定书第 78 条第 1 款。这一条规定了撤离必须征得父母或其他人的同意，以及查明撤离儿童身份的详细程序，以便利他们返回其家庭和国家。

63. 《日内瓦第四公约》第 147 条除其他外，规定将被保护人非法移送或非法禁闭都属于严重破坏公约的行为，应追究个人刑事责任。红十字国际委员会对这一规定的评注解释说，该条所指的是“对第 45 和第 49 条规定的违反”。红十字会还说，“在各国的刑法典中的确存在一些规定，使得这些违法行为受到惩罚：例如强制或剥夺个人自由是相当普通的违法行为，但在这一具体情况下，强制是由当局实行的，因此不容易依照普通法律类推而进行处理。因此，这种违法行为应通过特别规定来处理。”<sup>62</sup>

64. 此外，第一议定书第 85 条第 4 款(a)项规定“占领国违反第四公约第 49 条的规定……将被占领领土的全部或部分居民移到被占领领土内的地方……”是严重违反议定书的行为。

65. 起诉对于在原南斯拉夫犯有违反国际人道主义法律罪行负有责任者国际刑事法庭章程(S/25704, 附件)在其第 2 条(题为“严重违反 1949 年日内瓦四公约”)明确提到“非法转移人口”是该法庭有权审理的罪行。载于安全理事会第 955(1994)决议的附件中的卢旺达国际法庭章程在第 4 条里规定，该法庭对严重违反日内瓦四公约共同第 3 条和第二议定书的罪行拥有管辖权。<sup>63</sup>

66. 南斯拉夫国际刑事法庭章程第 4 条和卢旺达国际法庭章程第 3 条规定强行将儿童从一个民族、族裔、种族或宗教群体转移到另一个群体是“灭绝种族罪行”。

67. 关于在武装冲突期间保护平民人口的问题，大会 1970 年 12 月 9 日通过的第 2675(XXV)号决议申明，这些人口或其成员不应该遭受到“报复、强迫转移或让



其遭受其他攻击。”《危害和平与人类安全治罪法草案》1996年二读通过的案文中第20条题为“战争罪”，在(a)款中包括了“非法转移被保护人”这一罪行。

68. 人们普遍认为，日内瓦四公约的主要规定和两个附加议定书已经获得了一般或习惯国际法规则的地位，对所有国家具有约束力。<sup>64</sup> 例如在非国际武装冲突的情况下，虽然第3条并没有明确禁止对平民发动攻击，但这种攻击还是受习惯法所禁止的，特别反映在联合国大会1968年12月19日通过的第2444(XXIII)号决议中，该决议题为“武装冲突中对人权之尊重”。

69. 此外，第2444(XXIII)号决议明确承认平民不受伤害这一习惯性原则及其补充性原则，即要求交战各方随时将平民与战斗人员分开。这一决议的序言明确地说，这些基本的人道主义法律原则适用于“所有武装冲突”，即指国际武装冲突，也指国内武装冲突。因此，通过违反豁免原则和区分平民原则而造成强迫迁离，是非法的。

#### E. 禁止宗教歧视和种族歧视

70. 一种特别严重的强迫迁离是这样的形式：由于种族、肤色、宗教、文化、血缘关系、民族或族裔出身等原因，个人和群体被迫从他们历来居住的地区迁离。一些特别的群体还可能被指定为构成一种威胁，因而可以采取极端的措施，例如种族隔离或分离。近些年来，强迫人们迁离往往成了一些种族分离或种族净化政策的目标，以及实现“种族清洗”军事行动的目标。

71. 对这些流离失所情况，尽管在国际人权法律中没有这方面的明确法律规定，但从国际法来看显然它们是受到禁止的，<sup>65</sup> 特别是按照《公民权利和政治权利国际盟约》第26条<sup>66</sup>和《消除一切形式种族歧视国际公约》以及《禁止并惩治种族歧视国际公约》(尤其是第二条(d))。

72. 然而如果国内的强迫人员迁徙是基于合理的和客观的标准，而不是以有害的歧视性理由针对任何具体的群体或个人，则可能不受禁止。决定性问题是各种处境相似的个人或群体进行的区分是否基于不合理的和主观的标准，对此问题最终需要进行逐案的研究，将所有有关情况考虑在内。这里，相称性原则也很重要。国内人口的转移或国内大规模人口的流离失所从表面上看很可能是歧视性的。<sup>67</sup>

73. “种族清洗”是绝对不可接受的。消除种族歧视委员会在其关于波斯尼亚-黑塞哥维那共和国的报告的结论性意见中(CERD/C/247/Add.1)谴责“种族清洗”，

因为这构成了对《消除一切形式种族歧视国际公约》所基于的所有基本原则的严重侵犯。<sup>68</sup>

#### F. 禁止灭绝种族

74. 某些形式的强迫迁离，特别是“种族清洗”或对少数群体或土著人民进行的极端镇压(例如在种族隔离制度下)可能构成灭绝种族罪。灭绝种族是对生命权的一种特别严重的侵犯形式，正如法律准则汇编和分析中所详细讨论的(第 73-74 段)。《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 1 条确认灭绝种族行为，不论发生在任何时候，都是一种国际上的罪行。<sup>70</sup> 该公约第 2 条给灭绝种族罪下的定义是：

“……系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者：

“(a) 杀害该团体的成员；

“(b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；

“(c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；

“(d) 强制实行办法，意图防止该团体内的生育；

“(e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。”

### 三、与土著人民有关的法律

75. 关于独立国家内土著和部落人民的劳工组织第 169 号公约通过了具体的关于部落人民从家园和环境中的迁离的法律保障。该公约第 16 条规定：

“1. 在不违反本条下列各款的情况下，不应将有关的人民从他们所居住的土地上迁移。

“2. 如果作为例外措施，有必要将这些人民迁移，这种迁移应该在他们自由和知情的同意之后进行。如果不能获得这种同意，这种迁移应该在履行法律和规章所确立的适当程序之后包括在必要时进行公开的调查之后进行，这种调查将使有关人民有机会有效地表达他们的意见。

“3. 只要有可能，只要迁离的理由不再存在，这些人民应有权返回他们原来的土地。”

76. 第 169 号公约取代了劳工组织第 107 号公约(以及伴随的第 104 号建议), 后一公约在第 12 条里也有类似的规定。<sup>71</sup>

77. 关于替代性重新安置和赔偿问题, 第 169 号公约第 16 条规定:

“4. 当这种返回不可能时, 正如通过协议所确定或在没有这种协议时, 通过适当程序所确定的, 这些人民应在一切可能的情况下获得至少与他们先前所占的土地相等质量和相同法律地位的土地, 适合于他们目前的需要和未来发展。如果有关人民明确表示希望得到金钱或实物赔偿, 那么他们应该在适当的保障措施下得到这种赔偿。

“5. 被迁移者遭受的任何损失或伤害, 应得到充分的赔偿。”

78. 小组委员会通过其第 1994/45 号决议通过了联合国土著人民权利宣言草案 (E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1), 宣言草案第 7 条规定:

“土著人民集体和个人有权免遭种族灭绝和文化灭绝, 必须防止和纠正:

“.....

(c) 任何形式的旨在或实际上侵犯和/或损害其任何一种权利的人口转移; .....”

而第 10 条规定:

“不得强迫土著人民迁离其土地或领土。未经有关土著人民自由和知情同意、没有议定公正和公平的赔偿、可能时还有选择返回的自由之前, 不得重新安置土著人民。”

第 11 条规定:

“在武装冲突时期, 土著人民有权得到特别的保护和安全的。

“各国.....不应:

“.....

(c) 强迫土著人民放弃其土地、领土或谋生手段或为军事目的把他们重新安置在特别的中心里; .....”

79. 土著人民的土地权利应得到强有力的保护, 这一点也被承认。劳工组织第 169 号公约在其第 13 至第 19 条中处理了与独立国家内土著人民和部落人民有关的土地问题。该条约第 13 条第 1 款规定, “各国政府在实施本公约这一部分的规定时,

应尊重土著人民与他们所占用或以其他方式使用的土地或领土之间的关系对土著人民的文化和精神价值来说所具有的特别重要性，特别是这种关系的集体性方面。”

80. 在不存在正式的土地所有权的情况下，各国通常一般可以不受限制地使用这种土地，但尽管如此还是有一些情况，各国必须承认和保护他们的保有权。劳工组织第 169 号公约第 14 条要求承认土著和部落人民对他们传统上所占有土地的所有权和拥有权。

81. 与这些土地有关的自然资源的权利也必须得到保护，正如第 169 号公约第 15 条所规定的。

82. 与其他群体相比，土著人民的土地权获得了更多的承认。<sup>72</sup> 除了土著人民和少数群体外，农民或牧民也可能需要获得更强有力的保障，使他们能够不受中断地和不受限制地使用他们所占用的土地，因为在获得基本生存和福利方面他们也十分依赖土地。

83. 最后，劳工组织第 169 号公约要求制订有关法律，对非法侵入或占用有关人民的土地进行制裁，政府也应采取措施防止这种违法行为的发生。

#### 四、结论和建议

84. 对于任意制造流离失所的行为予以明确禁止，仅载于国际人道主义法律中和与土著人民有关的法律中。相比之下，在一般人权法律中，这一禁止仅仅隐含在各项规定中，特别是迁徙自由权利和选择住所的权利、住宅不受任意干涉的自由和住房权。然而这些权利并没有充分全面地估计到任意制造流离失所的所有情况，因为它们没有详细阐述在何种情况下流离失所是可以容许的。此外，这些权利还可以受到限制和减损。

85. 在强迫人员迁移的问题上，由于国际人权法律缺乏全面的实定法规则，这就造成人们对于这一问题在国际法中的地位理解得不清楚。例如小组委员会曾提出这样的问题：“个人和群体是否可以享受这样的权利，即有权不遭受被动的或经过劝导发生的人口转移，既不作为其参与者，也不作为接收者。”<sup>73</sup> 另外也造成在联合国各人权条约机构的讨论中这一问题没有占据明显的位置。

86. 尽管如此，通过对上面提到的国际法律的分析以及其他有关国际法律规定的分析，特别是人权准则例如保护生命权和人身安全、财产和不歧视以及环境法律

等，表明人员的迁离不应该具有歧视性，只能在个别情况下也只能在国际法所规定的特定情况下采用，同时应充分考虑到必要性和相称性原则。迁离的时间绝不得长于形势所必需的程度。由灭绝种族、“种族清洗”、种族隔离以及其他有系统的歧视、或者酷刑以及非人道和有辱人格待遇等引起的流离失所，或者很有可能造成这些后果的流离失所，是绝对受到禁止的，并按照国际法引起个人的刑事责任。

87. 在进行任何迁离活动之前，当局应该确保事先对所有可行的方案进行了探索，以避免或至少最大限度地降低强迫流离失所的情况。在重新安置时，提供适当的居住条件和令人满意的卫生、健康、安全和营养条件应该得到保证；同一家庭的成员不应该分开。在通常情况下，应对每个案件进行逐个审查，应由法律专门授权的机构发出单独的而不是集体性的行政命令，只有在极个别的真正紧急的情况下，才有必要撤出整个群体。被迁离的人口应该充分了解他们被迁离的情况以及赔偿和重新安置的程序，以及有效的补救，在适当时，还有对于丧失的土地或其他财产的赔偿。应作出努力征得被迁离者的自由和知情的同意。在缺乏这些保障的时候，这些措施将是任意的，因而是非法的。应给予土著人民、少数人、农民、牧民以及其他群体以特别的保护，因为他们特别依赖他们的土地。

88. 有必要在国际法中明确地界定什么是不遭受任意流离失所的权利。具体来说，国际法应说明哪些是不容接受的流离失所的理由和条件，以及最低限度的程序保障，在一旦出现流离失所时应遵守这些保障(“实质性和程序性适当手续”)。<sup>74</sup>

## 注

<sup>1</sup> 见“人口转移包括迁入定居者的人权问题”，防止歧视及保护少数小组委员会特别报告员奥恩·肖卡特·哈索内先生编写的进度报告(E/CN.4/Sub.2/1994/18)。

<sup>2</sup> 人权委员会和大会近几年来通过了题为“人权与大规模人口流亡”的决议。在最近的一个决议，即1997年4月18日所通过的第1997/75号决议里，人权委员会回顾了其先前通过的以及大会所通过的有关决议，以及世界人权大会所通过的结论，这些结论和决议都承认包括武装冲突在内的严重侵犯人权是导致人民流离失所的多重复杂因素之一。

<sup>3</sup> 关于陆战法规的1907年海牙条例反映了习惯法规则，该条例第22条规定，战争的方法和手段不是无限制的，其第23条禁止使用有毒品或有毒武器((a)款)并禁止使用“目的是引起不必要痛苦的武器”((e)款)。大会1968年12月17日所通过的第2444(XXIII)号

决议也说“冲突各方采取手段伤害敌人的权利不是无限制的”，这也暗含着禁止在国内武装冲突中使用造成不必要痛苦的作战方法。见下文注 76。

<sup>4</sup> 这些原则反映在管制使用某些武器的一些文书中。例如 1925 年 6 月 17 日在日内瓦通过的《关于禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》(毒气议定书)禁止在两个缔约国之间的武装冲突中使用某些化学或生物武器。虽然毒气议定书适用于缔约国之间的武装冲突，但其基本的禁止规定反映的是习惯性人道法律原则，因而应视为适用于所有武装冲突。

另一项文书，1972 年的《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》禁止发展、生产、储存、获取或保留生物或毒素武器，并规定了这些武器的销毁事项。缔约国在任何武装冲突中使用这类武器都将明显地构成对这一公约的严重违反。

最后，按照 1993 年的《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(化学武器公约)，缔约国承诺在任何情况下绝不使用或生产化学武器。尽管严格地说这一公约仅适用于缔约国，但任何缔约国在本国境内针对国内武装冲突使用这种武器也是受到禁止的。见下文注 75。另外的参考资料请见美国国际法学会和国际人权法律小组所著的“国内流离失所者与国际法：根据国内流离失所者的需要而进行的法律分析”，1995 年，第 34 至第 37 页。

<sup>5</sup> 也见区域性文书中的不歧视条款：《欧洲人权公约》第 14 条；《美洲人的权利和义务宣言》第 2 条；《美洲人权公约》第 1 和第 24 条；《美洲人权公约附加议定书》第 3 条；《非洲人权和民族权利宪章》第 2、第 3 条和第 18 条第 3 款。

<sup>6</sup> 人权事务委员会一般性意见第 23(50)号，第 4 段，大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号(A/49/40)，附件五。

<sup>7</sup> 内容见人权事务委员会一般性意见第 18(37)号，第 6 段，该意见除其它外提到《消除一切形式种族歧视国际公约》(第 1 条)和《消除对妇女一切形式歧视公约》(第 1 条)中的定义，并把这一定义适用于《公民权利和政治权利国际盟约》。大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号(A/45/40)，附件六。后来又以“人权各条约机构通过的一般意见和一般建议汇编”的名义重印(HR/GEN/1/Rev.1)。

<sup>8</sup> 见一般性意见第 18 号，同上。

<sup>9</sup> 这一规定没有包括撤退这一例外。

<sup>10</sup> 按照《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，在占领的领土上安置移民可能是一项战争罪。该公约第 1 条在界定战争罪和危害人类罪时曾提及《纽伦堡国际军事法庭规约》(该规约将“驱赶占领领土上的平民人口”界定为战争罪)。同一公约的序言还提到后来的大会各项决议，特别是第 2184(XXI)号决议，该决议明确地谴责在【葡萄牙管制下的】领土内安置外国移民侵犯了土著人民的经济和政治权利，因而是危害人类罪。

<sup>11</sup> 《世界人权宣言》第 29 条第 2 款。

<sup>12</sup> 见法律准则汇编和分析，第 180 至 220 段和第 285 至 322 段。

<sup>13</sup> 世界银行业务指示第 4.30.8，第 8 段(1990 年 6 月 29 日)；也见经济合作与发展组织，供各援助机构使用的关于非自愿迁移和重新安置的指南。OCDE/GD(91)201 号文件(1991)。

<sup>14</sup> 这些指南也将下列问题列为在涉及项目时须考虑的首要的政策问题：(a) 应避免或尽可能地缩小非自愿安置，充分利用一切可行的替代性工程设计(例如重新规划公路的布局或降低大坝的高度)；(b) 在迁移不可避免时，应制订安置计划；所有的非自愿安置应该作为发展项目来构想和执行，并向移民提供充足的投资资金和分享工程效益的机会，补偿其损失，在过渡期内提供运输方面的协助和支持，协助他们改善生活条件，至少恢复原来的生活条件；应对迁移的最穷的群体的需要给予特别注意；(c) 应鼓励社区参与移民的规划和执行，并建立适当的社会组织形式，应支持移民及其接待地区的现有文化和社会机构，并最大限度地利用这些机构的作用；(d) 移民应与接待地区的社区在社会和经济上融合，从而将对接待地区的不利影响降低到最低限度；实现这种融合的最好方式是将安置地点规划在项目受益地区内，并且通过与未来的接待者进行磋商；(e) 应向遭受不利影响的人口、土著群体、少数民族以及牧民提供土地、住房、基础设施以及其他方面的赔偿，他们可能因工程项目而失去用益权或其他资源；这些群体缺乏法定的土地产权也不应该妨碍得到赔偿。具体来说，任何会导致非自愿迁移的发展项目计划都必须考虑到下列问题：组织责任、社区参与以及与接待地区人口的融合、社会经济调查、法律框架、替代性地点和安置、财产损失估价和赔偿、土地的保有、获得和转让；获得培训、就业和信贷的机会；住房、基础设施和社会服务；环境保护与管理；执行、监督和评价。

<sup>15</sup> 例如见世界银行关于环境评估的业务指示 4.01，以及所伴随的附件(1991 年 7 月)。也见经济、社会、文化权利委员会关于国际技术援助措施(盟约第 22 条)的一般性意见第 2(1990)号，HRI/GEN/1/1Rev.1。

<sup>16</sup> 一般性意见第 2 号，同上，第 6 和第 8(d)段。

<sup>17</sup> 也见国际法委员会起草的危害和平及人类安全罪治罪法草案，大会正式记录，第四十一届会议，补编第 10 号(A/51/10)，第二章，该草案第 20 条(战争罪)将下列行为列为战争罪：使用非军事必要性所要求的战争方法，目的是给自然环境造成广泛、长期和严重的破坏，从而严重地危害人民的健康或生存并且确实发生了这种损害。

<sup>18</sup> 见 Michel Veuthey, Guérilla et droit humanitaire (2c édition) (1983)。

<sup>19</sup> 见 Christopher McDowel, Understanding Impoverishment: The Consequences of Development-Induced Displacement, Oxford, Berghahn Books, (1996)。

<sup>20</sup> 也见红十字国际委员会对日内瓦第四公约的评注，见下文注 35 和注 75。

<sup>21</sup> 《世界人权宣言》第9条禁止将任何人任意流放。1964年发表的联合国关于人人有权免遭任意逮捕、拘留和流放的权的研究报告将此词语解释为也包含国内流放(或放逐)(E/CN.4/826/Rev.1),第203页。该研究报告指出,在一国境内的放逐要比驱逐到国外或国外流放在法律和时间上更为普遍,在相当多的国家采用,这或者作为一种刑事惩罚,或者用作预防或安全措施。该研究报告得出结论认为,“永久地放逐到偏远的地方似乎正在减少”。按照现代的标准,放逐措施不得任意采用。按照刑法采用的放逐惩罚不应该任意地强加给任何人,除非按照有关法院的决定,并根据适当的刑事诉讼程序,同时应保障向更高法院上诉的权利”。最后,采取这种措施的理由应该具体或精确地界定”。

<sup>22</sup> 《公民权利和政治权利国际盟约》和《欧洲人权公约》第四议定书都保障了一个合法住在本国境内的人应享有这一权利。《美洲公约》保障了每一个合法住在缔约国境内的人应享有这一权利。

<sup>23</sup> 《消除一切形式种族歧视公约》第5条(d)款(一)项保障了每个人在本国境内享受迁徙和居住自由方面不受种族歧视的权利。

<sup>24</sup> 关于《公民权利和政治权利国际盟约》中限制和减损条款的锡拉库萨原则,《人权季刊》,第七卷,第1号,1985年2月,第3至14页。

<sup>25</sup> Manfred Nowak, United Nations Covenant on Civil and Political Rights -CCPR Commentary, 1993, P.208。

<sup>26</sup> Ibid., P.209。

<sup>27</sup> Ibid., pp.210 and 214, where he cites relevant case law of the Human Rights Com-mittee: Mpaka-Nsusu v. Zaire, Communication No 157/1983, and Ngalula Mpandanjila v. Zaire, Communication No.138/1983, At note 92, he notes a general concern of the Committee at banishment, which has been confirmed in Birindwa and Tshisekedi v. Zaire, communication Nos. 241 and 242/1987。

<sup>28</sup> Ibid., p.211。

<sup>29</sup> Ibid。

<sup>30</sup> Ibid。

<sup>31</sup> 公共秩序“可以定义为确保社会运转的规则总和或社会所基于的一整套基本原则”。锡拉库萨原则,见上页,第22段。

<sup>32</sup> 出于公共健康或公共秩序的理由,也可以要求限制寻求庇护者的移动,他们被临时接纳,有待寻找持久的解决办法。见联合国难民事务高级专员,执行委员会结论第22(XXXII)号,在大规模人口流入的情况下保护寻求庇护者(1981年)。关于土著人民的重新安置,见劳工组织1989年的《土著人民和部落民族公约》(第169号公约)。

<sup>33</sup> Nowak, op.cit., p.216。



<sup>34</sup> 桑德拉·拉福莱斯诉加拿大，第 24/1977 号来文(原先的 R.6/24 号)。人权事务委员会报告，大会正式记录，第三十六届会议，补编第 40 号(A/36/40)，附件十八。

<sup>35</sup> 非统组织/难民署联合举办的关于非洲难民和被迫流离失所的人口问题讨论会，亚的斯亚贝巴，1994 年 9 月，第十三号建议。也见欧洲安全与合作会议关于维也纳会议后续会议的最后文件，1989 年 1 月 15 日，后来重新刊印于欧洲委员会的《国际法中的人权：基本案文》(斯特拉斯堡，1991 年)，第 20 段(在每个国家境内的迁徙和居住权利)；1994 年 12 月 7 日在圣何塞发表的关于难民和流离失所者问题宣言，第 16 号结论，第(d)段。

<sup>36</sup> 国际法委员会，见前引，第二章 D 节。

<sup>37</sup> 也见设立国际形势法院筹备委员会综合案文草案中关于战争罪和危害人类罪的第 1 条(d)款(A/AC.2349/1997/WG.1/CRP.5 和 Corr.1(1997 年 2 月 20 日))，这里包括“强迫转移人口”是指出于有悖于国际法的目的且没有合法理由而进行的转移。

<sup>38</sup> Nowak, *op. cit.*, p.302.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.303.

<sup>40</sup> 也见提交欧洲人权委员会的第 21893/93 号申请，Akdivar 及其他人诉土耳其。

<sup>41</sup> Nowak, *op. cit.*, p.293.

<sup>42</sup> 见 HRI/GEN/1/Rev.1.

<sup>43</sup> Nowak, *op. cit.*, p.290.

<sup>44</sup> 一般性意见第 4 号，第 18 段 HRI/GEN/1/Rev.1。也见一般性意见第 7(1997)号(E/C.12/1997/4)。

<sup>45</sup> 此外，也见消除对妇女歧视委员会的一般性建议第 21 号，第 9 段，委员会在讨论妇女与男人在法律面前平等的权利时，强调妇女有权按自己意志选择其居住地，而不论其婚姻状况如何。HRI/GEN/1/Rev.1.

<sup>46</sup> 也见《在非常状态和武装冲突中保护妇女和儿童宣言》，大会 1974 年 12 月 14 日通过的第 3318(XXIX)号决议，按照该决议第 5 段，“交战双方在从事军事行动期间或在被占领领土中对妇女和儿童实行的一切方式的压制以及残忍和残无人道的待遇，包括……强迫迁出，均视为犯罪行为”。

<sup>47</sup> 人权委员会 1993 年 3 月 10 日第 1993/77 号决议。也见《21 世纪议程》第七章、小组委员会 1993 年 8 月 24 日第 1995/29 号决议、人类住区委员会 1993 年 5 月 5 日通过的第 14/6 号决议。

<sup>48</sup> 见《公民权利和政治权利国际盟约》第 4 条第 1 款。

<sup>49</sup> 美洲人权委员会在审理 Miskito 案件时，认为迁移 Miskito 印第安人的理由是紧急形势和军事措施，这些措施是对付尼加拉瓜的武装集团的进攻是所需的。鉴于 Miskito 印第安人所居住的地区是军事行动必要的地区，因此将他们迁移也是一种保护措施。“尼加拉瓜 Miskito 印第安人人权情况报告”，OEA/Ser.L/V/II.62,文件 10-Rev.3,1983 年。

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> 哈索内，见前引。

<sup>52</sup> 也见《法律准则汇编和分析》，第 21 至 23 段。

<sup>53</sup> 1990 年在图尔库举行的专家会议所通过的《最低限度人道主义标准宣言》已按照第 1995/29 号决议分发给委员会的各委员，第 7 条也读作如下：

“1. 人人有权和平地生活在其住宅内和居住地内。

“2. 不应命令转移全体居民或部分居民，除非是为了他们的安全或基于加以必要保护的理。如必需进行这类转移，则应采取一切可能的措施以便在提供适当住房、卫生、保健、安全和食物的条件下转移和安置人口。一旦至使紧急转移的情况不再存在，应准许被转移的人或群体返回家园。被转移的人如愿意留在一起，则应作出种种努力满足他们的愿望。愿仍然相聚在一起的家庭成员也必须准予如此。被转移的人的应可在领土内自由移徙，但须以其安全考虑或加以必要的保护的理为条件。

“3. 任何人都不应被迫离开其本国领土。”

(E/CN.4/Sub.2/1991/55,附件，并在 1994 年 9 月 29 日至 30 日在奥斯陆举行的会议上经过修订，发表于《美洲国际法会刊》，第 89 卷，1995 年，第 219 至 223 页。

<sup>54</sup> 见红十字国际委员会于 1977 年 6 月 8 日通过对 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约的附加议定书的评注，1987 年，第 1472 页。

<sup>55</sup> Ibid., pp. 1472-1473.

<sup>56</sup> Ibid., p. 1473.

<sup>57</sup> 按照第 4 条，“在冲突或占领之场合，于一定期间内及以不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。”

<sup>58</sup> 当严格意义上的军事活动大部分已经停止时，占领时期的军事必要性之原则是指这些活动仅仅与占领部队的安全有关。见 Christa Meindersma, “Legal Issues Surrounding Population Transfers in Conflict Situations,” in Netherlands International Law Review, No.41, No.31.1994, pp45-58.

<sup>59</sup> 红十字国际委员会，对日内瓦第四项公约的评注，1958 年，第 281 页。

<sup>60</sup> 第一议定书第 51 条第 7 款读作：“平民居民或平民个人的存在或移动不应用于使某些地点或地区免于军事行动，特别是不应用于企图掩护军事目标不受攻击，或掩护、有利于或阻碍军事行动。冲突各方不应致使平民居民或平民个人移动，以便企图掩护军事目标不受攻击，或掩护军事行动。”第 51 条属于议定书的第四部分，这部分与日内瓦第四公约相比，界定了不同的适用范围，即该议定书关于“攻击”的规定应适用于“不论在什么领土内的一切攻击”（第 49 条第 2 款）。

<sup>61</sup> M. Bothe et al. New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, The Hoguo and Bostom, M. Nijhoff, 1982, p.317.

<sup>62</sup> 红十字会对日内瓦第四公约的评注，见前引，第 559 页。

<sup>63</sup> 也见 A/AC.249/1997/WG.1/CRP.5。

<sup>64</sup> 见法律准则汇编和分析，第 22 段。也见 *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, appeal on jurisdiction, 2 October 1995, in 35 ILM 32, para.127, 1996。

<sup>65</sup> 当然，这对公民或非公民来说都是如此，这不同于驱逐，原则上驱逐外国人相对本国国民来说，并不构成对他们的歧视。

<sup>66</sup> 人权事务委员会一般性意见第 18 号，HRI/GEN/1/Rev.1。

<sup>67</sup> 对集体驱逐来说这一点已得到强有力的论证。见 Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, 1955, p.47。也见《非洲人权和民族权利宪章》第 12 条第 5 款。

<sup>68</sup> 消除种族歧视委员会的报告，大会正式记录，第五十届会议，补编第 18 号 (A/50/18)，第 219 段。

<sup>69</sup> 毫无疑问，《防止及惩治灭绝种族罪公约》已经作为习惯国际法而被承认。见安全理事会文件 S/25704 和 Add.1(1993)。

<sup>70</sup> 在这方面，《公民权利和政治权利国际盟约》第 6 条第 3 款规定，“兹了解：在剥夺生命构成灭绝种族罪时，本条中任何部分并不准许本盟约的任何缔约国以任何方式克减它在防止及惩治灭绝种族罪公约的规定下所承担的任何义务。”

<sup>71</sup> 两项公约都在这方面受到批评，即对迁移土著人民的法律基础缺乏具体的规定。

<sup>72</sup> 例如见大会 1992 年 12 月 18 日第 47/135 号决议所通过的《在民族或族裔、宗教或语言上属于少数群体的人的权利宣言》，该宣言没有提到土地问题。也见少数人权利小组国际，*土地权与少数人群体*，1995 年。

<sup>73</sup> 人口转移的人权问题：克莱尔·帕利女士提交的初步工作文件(E/CN.4/Sub.2/1992/WG.1)。

<sup>74</sup> Nowak, *op.cit.*, p.303。