

国际人道法中的 移民保护

海伦·奥布雷贡·吉森肯*著/李尊然**译

摘要

跨越国界的移民迁徙可能导致严重的人道后果和相关人员的保护与救助需求。虽然许多移民都能安全到达目的地，但有些人可能在一国遭遇武装冲突——无论是因为他们居住于该国还是途经该国——而且可能遭受巨大的困难，变得特别脆弱。在这些局势中，作为平民，移民在落入冲突一方手中时，受国际人道法 (IHL) 保护免受敌对行为影响。本文概述了 IHL 为作为平民的移民在国际和非国际性武装冲突中所提供的保护。文章随后对移民问题，特别是与移民迁徙、家庭团聚以及失踪与死亡移民有关的若干具体问题进行了仔细的考查。本文以此种方式展示了 IHL 为那些身处武装冲突局势中的移民提供着重要的法律保护。

* 海伦·奥布雷贡·吉森肯 (Helen Obrego'n Gieseken) 是日内瓦红十字国际委员会法律部的法律顾问。文中表达的观点均为作者个人所有，不必然代表红十字国际委员会的观点。作者感谢林赛·卡梅伦 (Lindsey Cameron)、斯蒂芬尼·勒·比昂 (Stéphanie Le Bihan)、蒂尔曼·罗登豪伊泽 (Tilman Rodenhäuser)、特里斯坦·菲拉罗 (Tristan Ferraro) 以及埃勒姆·海鲁林 (Elem Khairullin) 对本文早期文稿的重要评论。

** 中原工学院法学院副教授，国际法学博士。

关键词：法律框架；国际人道法；国际人权法；国际难民法；移民；难民；无国籍人。

.....

引言

包括阿富汗、中非共和国、刚果民主共和国、索马里、南苏丹和叙利亚在内的世界各地的武装冲突不断给全体居民带来的巨大苦难，引发越来越多的人在国内颠沛流离甚至逃至国外。截止2015年底，世界范围内因武装冲突、其他暴力局势、迫害或者侵犯人权所导致的被迫离开家园的难民、寻求避难者以及国内流离失所者总数已经前所未有地达到了6530万人。¹在2015年，移民²——一个涵盖多种人员的词汇，包括作为国际难民法中特定法律类别的难民在内——在全世界范围内总数已达2.44亿人。³在(无论被迫还是自愿)离开其原籍国或者习惯居所地国的移民当中，许多人都身处正在经历武装冲突的第三国。在这些局势中，移民同其他平民居民一样饱经凄苦。他们受到敌对行为的影响，可能与其家庭失去联系或者死亡，其归宿或下落经常无迹可寻。作为外国人，他们格外脆弱，难以获得基本的服务，或者人身自由受到限制。他们还可能面临被遣返回其原籍国或者其他国家的风险，而这可能是违反国际法的。

目前关于移民的论著主要关注地中海、美洲等地朝着欧洲或北美陆地边界和海岸的移民迁徙。在这些论述中，移民在其原籍国、移民路线沿途以及在其(临时或永久)居住的第三国的境况通常在很大程度上被忽略，因此这方

1 Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Global Trends: Forced Displacement in 2015*, Geneva, 20 June 2016, pp. 3, 16–18, available at: s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf (所有互联网文献的最后访问时间都是2017年6月)。

2 本文对“移民”所使用的定义将在“‘移民’是谁，IHL如何保护他们？”部分进行说明。

3 United Nations (UN), Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2015*, ST/ESA/SER.A/384, New York, 2016, available at www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015.pdf.

面的保护和救助需求没有得到充分应对。⁴生活于或穿越受武装冲突影响的国家的移民很明显更加脆弱。本文主要探讨陷于武装冲突局势中的移民的情况以及他们如何受到国际人道法 (IHL) 的保护, 而不讨论移民在目标国的情况。不过, 一些IHL规则也适用于因武装冲突而逃离家园的移民以及身处和平的目标国的移民。因此本文将简要提及一些此类规则, 如各方有关重建家庭联系以及查明死者和失踪者的义务。这些规则将持续适用于已经不再身处冲突国的移民或者在武装冲突结束之后的移民。

在所有局势下, 移民都受到国际法的不同部门法在其各自的适用范围内的保护, 尤其是国际人权法 (IHRL) 以及在难民和寻求避难者情况下的国际难民法。这些部门国际法仍然适用于武装冲突局势。⁵难民还受其居留国国内法的保护。当移民生活于或者途经一个有武装冲突的国家的领土时,⁶他们也受到IHL的保护。某些IHL规则虽然只适用于武装冲突, 但在和平时期应当已经

4 关于陷在武装冲突局势中的移民的保护和救助需求的讨论, 见本期《评论》中斯蒂芬妮·勒·比昂的文章“论移民的保护和援助需求: ICRC移民方案”。

5 International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, para. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, para. 106; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, *ICJ Reports 2005*, para. 216. See also Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: *Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study), pp. 299–305; UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, New York and Geneva, 2011, available at: www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf.

6 关于IHL中的国际和非国际性武装冲突的含义, 见《日内瓦公约》共同第2和第3条、《1949年8月12日日内瓦公约关于保护武装冲突受难者的附加议定书》(1125 UNTS 3, 1977年6月8日, 1978年12月7日生效)(AP I) 第1条第4款、《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1125 UNTS 609, 1977年6月8日, 1978年12月7日生效)(AP II) 第1条。See also ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2nd ed., 2016 (ICRC Commentary on GC I), commentary on common Arts 2 and 3, available at: ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIcommentary; ICRC, “How Is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?”, Opinion Paper, March 2008, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armedconflict-article-170308.htm; ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 31IC/11/5.1.2, October 2011 (ICRC Challenges Report 2011), pp. 7–11, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challengesreport-2011-10-31.htm; ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 32IC/15/11, October 2015 (ICRC Challenges Report 2015), pp. 7–16, available at: www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts.

纳入考虑范畴，而另一些规则甚至在武装冲突结束之后仍然适用。后者属于作为武装冲突或占领的直接后果的情形或与其直接相关且其影响延伸到其结束之后的情形。⁷因此，即使武装冲突已经结束或者移民不再身处正在经历武装冲突的国家的领土上，他们继续可以受到某些IHL规则的保护。⁸

本文将探讨在武装冲突局势下IHL如何保护移民。虽然会在文中相关之处提及国际法的其他分支，但对其和其与IHL之间的相互作用进行详细分析超出了本文的研究范围。⁹在第一部分，文章将对“移民”一词的使用进行概述并提出与武装冲突中移民保护有关的一般性问题。本章还将仔细考查IHL的非歧视原则，该原则对考量移民保护问题提供了一个总体框架。第二部分将研究IHL以及其他部门国际法中移民可被划归的不同类别以及适用于国际性武装冲突中的移民的各种规则。第三部分将在非国际性武装冲突背景下观察这些问题。最后，第四部分将研究特别与移民相关的IHL问题，尤其是那些与移民迁徙以及家庭重聚有关的规则以及与失踪和死亡有关的规则。鉴于这些规则数量庞大，文章最后一部分不管是在其所涵盖的主题方面，还是在对其进行研究的方法方面，并不以穷举为目标。

7 Anna Petrig, “Search for Missing Persons”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, 1st ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 269; Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5th ed., Bruylant, Brussels, 2012, p. 262; Marion Haroff Tavel, “Do Wars Ever End? The Work of the International Committee of the Red Cross When the Guns Fall Silent”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 851, 2003, pp. 476–477.

8 比如，各方不但受到查明死者及失踪者下落有关的义务的约束，如果因与武装冲突有关的原因，移民逃离至另一国或者在国内逃离家园，各方还将受到有关重建家庭联系义务的约束。

9 关于IHL、IHRL以及国际难民法之间的相互作用，see, for instance, Emanuela Chiara Gillard, “Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law – Three Pillars”, statement at the International Association of Refugee Law Judges world conference, Stockholm, 21–23 April 2005, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/6t7g86.htm; Stephane Jaquet, “The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 843, 2001; Vincent Chetail, “Armed Conflict and Forced Migration: A Systematic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law and International Human Rights Law”, in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014; David James Cantor, “Laws of Unintended Consequence? Nationality, Allegiance and the Removal of Refugees during Wartime”, in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refugee from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

武装冲突中移民保护的一般问题

谁是“移民”以及IHL如何保护他们？

在国际法中，“移民”一词并无普遍认可的定义，只是在专门性的国际文件中规定了一些类别。¹⁰另外，各种组织将移民定义为“任何处于其作为公民或者国民的国家之外的人，或者在其是无国籍人的情况下，则为处于其出生地国或习惯居住地国之外的人”。¹¹红十字国际委员会（ICRC）以及作为一个整体的国际红十字与红十字运动（“运动”）则采用了一个宽泛的描述，规定在《IFRC关于移民的政策》当中，这一描述涵盖“离开或逃离其习惯居所……寻求机会或更安全和更好前途的人”。¹²本文将基于此种把不同种类的移民归纳为一种“伞式类别”的移民的定义。在论述移民根据IHL（以及其他部门国际法）应受特别保护的地方，文章还将涉及一些特定的法律类别，包括难民¹³和无国籍人。

10 如，“移徙工人”一词由《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第2条第1款定义。联合国文件号A/RES/45/158，1990年12月18日。

11 OHCHR, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, Geneva, 2014, Ch. I, para. 10, available at: www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf. The International Organization for Migration (IOM) proposes a similar, albeit more detailed, definition: see IOM, “Glossary on Migration”, 2nd ed., in *International Migration Law*, Vol. 25, Geneva, 2011, pp. 61–62, available at: publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf. UNHCR, however, refers to refugees and migrants separately: see, for instance, UNHCR, *UNHCR Viewpoint: “Refugee” or “Migrant”—Which Is Right?*, July 2016, available at: www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html.

12 《移民政策》还认可特定种类的人根据国际和国内法享有特别保护，如难民和寻求避难者。See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, “Policy on Migration”, November 2009, available at: www.ifrc.org/PageFiles/89395/Migration%20Policy_EN.pdf. 关于ICRC使用该定义背后的原因及其方法，见S. Le Bhan, 前注4。

13 虽然移民作为一个宽泛的类别的人受到IHL的保护还没有成为研究的主题，但难民（以及国内流离失所者）如何受到保护已经得到广泛探讨。See, notably, David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refugee from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014; Mélanie Jacques, *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 156–184; François Bugnion, “Refugees, Internally Displaced Persons, and International Humanitarian Law”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, No. 5, 2004; S. Jaquemet, above note 9, pp. 651–673; Karen Hulme, “Armed Conflict and the Displaced”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, No. 1, 2005; Jean-Philippe Lavoyer, “Refugees and Internally Displaced Persons: International Humanitarian Law and the Role of the ICRC”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 26, No. 305, 1995; Françoise Krill, “ICRC’s Action in Aid of Refugees”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 23, No. 265, 1988; Yoram Dinstein, “Refugees and the Law of Armed Conflict”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 12, 1982.

谈到IHL中的移民保护，一个重要的出发点是这一法律规范不包括关于对作为一类人的移民的迁移或保护的具体规则。但这并不意味着移民被排除在IHL范围之外或者他们被其忽略。作为平民，移民由在国际和非国际性武装冲突中对平民居民提供一般性保护规则所管辖。在国际性武装冲突中，移民也作为落入冲突一方或占领国之手的外国人受到保护，只要他们是“被保护人”¹⁴并作为“难民”受到保护。¹⁵要确定移民如何受到IHL保护，本文第二和第三部分将分别研究在国际性和非国际性武装冲突中“平民”与武装冲突成员或有组织的武装团体成员的区别。由于大多数移民都被视为平民，本文将主要关注其作为平民应受的保护。¹⁶文章还将考查在国际性武装冲突中谁可以被认为是“被保护人”、“难民”和/或“无国籍人”以及如何将移民归于这些类别。

非歧视原则

国际人道法给予作为平民的移民以保护，而不考虑其移徙状态，而且不得基于这种身份而予以不利的区别。尽管如此，根据这一部门法，仍然可以进行一些区别，比如基于国籍。因为移民比一个国家的国民更容易因其出生地、种族、人种或国籍而受到歧视，因此，简略思考一下IHL中的不得给予不利区别原则是非常重要的。该原则可见于《日内瓦公约》及其附加议定书的许多具体规定中。¹⁷这是IHL对IHRL中的非歧视原则作出的相关规定。¹⁸与

14 《关于战时保护平民的日内瓦公约》，75 UNTS 287 (1950年10月21日生效)（《第四公约》），第4条、《第一议定书》第73条。

15 我们即将看到，IHL有对“难民”的特别保护，而且该术语的含义将在本文第二部分予以说明。见《日内瓦第四公约》第44条、第70条第2款；《第一议定书》第73条。

16 有关在IHL中被视为国际性武装冲突意义上的战斗员的移民的更多信息，见本文第二部分。

17 特别参见共同第3条、《日内瓦第一公约》第12条、《日内瓦第二公约》第12条、《日内瓦第三公约》第16条、《第四公约》第12条、第27条第3款、《第一议定书》第9条第1款、第69条第1款、第70条第1款、《第二议定书》第2条第1款、第4条第1款、第18条第2款。

18 关于IHRL中的非歧视原则的概述，see, notably, Manfred Nowak (ed.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed., Kehl am Rhein, 2005, commentary on Arts 2, 26; Daniel Moeckli, “Equality and Non-discrimination”, in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

IHRL中的一般性非歧视原则不同，¹⁹IHL并不明确要求对所有个人给予平等待遇。²⁰

根据IHL，不得给予不利区别原则禁止某些区别，但同时在某些情况下允许——甚至要求——对某些个人区别对待以确保人道待遇，但同时还禁止某些区别。²¹比如，IHL有一些规定认为基于一个人的健康、年龄、性别或地位予以区别对待是正当的。²²同时，它要求国际和非国际性武装冲突各方对于平民和丧失战斗力的人员给予人道待遇，而不得进行“不利的区别”。IHL中禁止的“不利”区别依据的是若干非穷尽式标准，这些标准将决定该原则的准确适用范围。²³该适用范围还将取决于所涉及的不同个人。²⁴根据习惯IHL，基于人种、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或其他意见、民族或社会出身以及健康、出生或其他地位或任何其他类似标准所进行的不利区别都是被禁止的。²⁵

尽管“国籍”不是针对移民进行可能的歧视的唯一依据，歧视通常可能源于移民的出身或人种以及他们可能处于某种非常规局势中这一事实，但

19 如参见1948年12月10日《世界人权宣言》(UDHR)第7条，联合国文件号217 A (III)；1966年12月16日《公民权利与政治权利国际公约》(ICCPR)第26条，999 UNTS 171；1968年11月26日《美洲人权公约》(ACHR)第24条；1981年6月27日《非洲人权宪章》(ACHPR)第3条，CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58；1994年9月15日《阿拉伯人权宪章》第11条；2012年10月26日《欧盟基本权利宪章》第20-21条，2012/C 326/02。某些IHRL文件有附件，如ICCPR第2条；《欧洲人权公约》第14条，经第11和14议定书修改，ETS 5, 4 November 1950 (ECHR)；ACHR第1条；ACHPR第2条；《阿拉伯人权宪章》第3条。

20 这一点必须针对《日内瓦公约》背景进行思考，这些公约以按照其身份（包括其国籍）保护不同种类的个人。其附加议定书也规定了基于国籍进行某些区别的可能性：如参见《第一议定书》第78条第1款；《第二议定书》第17条第2款。See also Gabor Rona and Robert J. McGuire, “The Principle of Non-Discrimination”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassòli (eds), above note 7, p. 195.

21 ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 574–575: 共同第3条“并不禁止非可逆的区别，即按照实质上不同的局势和被保护之人的需要进行区别是合理的”。See also Jelena Pejic, “Non-discrimination and Armed Conflict,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 841, 2001, p. 186.

22 如参见《第四公约》第27条第2-3款、第68条第4款、《第一议定书》第76、77-78条、《第二议定书》第4条第3款、第6条第4款。

23 《日内瓦公约》及其附加议定书规定的这些禁止不利区别的标准是非穷尽的，这可以从相关规定和对这些条款的评论的措辞看出来。如参见共同第3条（“或任何其他类似标准”）、《第四公约》第13条（“或依照任何其他类似标准”）、《第一议定书》第9条和第75条（“或任何其他类似标准”）、《第二议定书》第2条（“或依照任何其他类似标准”）。

24 共同第3条适用于未积极参与敌对行动的个人，《第四公约》第13条适用于冲突国家的全体人口，《第四公约》第27条适用于在冲突各方领土和占领地上的被保护人，《第二议定书》第2条适用于全部受《第二议定书》武装冲突影响的个人，而《第二议定书》第4条适用于未积极参与或停止参与敌对行动的全部个人，无论其自由是否受到限制。

25 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 88.

这仍然是一个重要基础。当规则规定不明确的时候，国籍应被依照IHL解释为一种不允许不利区别的标准，除非IHL有其他明确的规定。²⁶在思考这一点的时候，认识到在外交大会期间国籍并未“被默认包括”在《日内瓦第四公约》第27条当中是很重要的。²⁷其背后的理由是《日内瓦第四公约》有关“被保护人”的规则允许基于个人国籍，尤其是基于因国际性武装冲突而必须的管制与安全措施而有所区分。²⁸但是，“《第四公约》第27条第1款中所包含的人道待遇的绝对义务的存在独立于”在某些问题上对于敌国国民可以允许某些差别待遇这一事实。²⁹冲突各方必须对所有被保护人给予人道待遇，无论其国籍如何。根据《日内瓦四公约》共同第3条，国籍未被明确列为禁止不利区别的标准。³⁰其依据的考量是国家有决定是否对卷入非国际性武装冲突的外国人给予不同于其本国国民待遇的自由。³¹这虽然是正当的，但这种理由并不影响所有不参加或不再参加敌对行动的个人都必须受到人道对待而不得有任何不利区别这一基本前提。³²正如新版《日内瓦第一公约评注》所指出的，国籍必须“被理解为落入共同第3条规定的‘其他类似标准’的范围”。³³最后，《附加议定书》将“民族出身”解释为一种不允

26 虽然《第四公约》第13条明确列出了国籍一项，但共同第3条和《第四公约》第27条并未列出。同时，附加议定书规定的是“民族出身”。

27 《1949年日内瓦外交大会最终记录》第II-A卷，第640-641页；ICRC代表指出，省去国籍是“因为拘禁或限制人身自由的措施适用于敌对外国人恰恰是基于国籍的原因”。但是，其他人（阿富汗、荷兰和墨西哥代表）赞成将国籍包括进去作为禁止的标准。挪威代表指出，“应当找到一种措辞来禁止所有基于国籍的区别，除了现行《公约》或其他条约已有规定”。See also Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. 4: *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958 (ICRC Commentary on GC IV), p. 206; G. Rona and R. J. McGuire, above note 20, p. 200.

28 在国籍武装冲突中，IHL中“被保护人”的概念涵盖一种特殊类别的平民，包括“在冲突或占领的情况下，在给定时间以任何方式落入非其国民的冲突一方或占领国之手的”人。见《第四公约》第4条。

29 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 40: “我们将发现，国籍的概念被纳入第27条当中。这无论如何不意味着具有特定国籍的人会受到恣意的待遇，每个人无论其国际如何都有权受到人道待遇。” See also Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Vol. 1: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Geneva, 1952 (1952 ICRC Commentary on GC I), p. 56; Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Vol. 3: *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, ICRC, Geneva, 1960 (ICRC Commentary on GC III), p. 41.

30 关于为什么未纳入的解释，see ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 571–572.

31 《1949年日内瓦外交大会最终记录》第II-B卷，第94页。

32 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 572. See also 1952 ICRC Commentary on GC I, above note 29, p. 56; ICRC Commentary on GC III, above note 29, p. 41; ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 40.

33 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 572. See also 1952 ICRC Commentary on GC I, above note 29, p. 56; ICRC Commentary on GC III, above note 29, p. 41.

许不利区别的标准。³⁴尽管这一术语指的是人的种族群体而不是其正式的国籍，但国籍至少应当被认为是一种“其他身份”或者是一种基于《第一议定书》第75条意义上的“依据其他类似标准”的身份。³⁵鉴于所有的议定书规定的禁止标准应当是统一的，国籍应当被认为是这些议定书意义上的一个不被允许的标准。³⁶

在国际性武装冲突中IHL如何保护移民？

国际性武装冲突中的移民保护概述

在国际性武装冲突中，移民首先享有IHL中有关平民居民的一般规则的保护。此外，如果他们被认为是被保护人，他们还受益于对落入冲突一方或占领国之手的外国人的各种保护。进一步来说，某些移民还会作为“难民”受到特别保护。在确定谁是IHL意义上的移民的时候，很重要的一点是要注意到在该术语所涵盖的人员类别上按照其适用的规则有不同的理解，在其保护的含义上也有不同的理解。³⁷的确，移民可能被认为是《第四公约》第44条或第70条第2款意义上的难民。如果受第44条管辖，那么他或她也是《第四公约》规定的被保护人。同时，如果移民也是第70条意义上的难民，他或她就不是被保护人（除非适用《第一议定书》从而该个人满足被认定为难民的标准）。最后，移民可能还是《第一议定书》第73条规定的难民，在这种情况下，他或她就是《第四公约》意义上的被保护人。尽管《第一议定书》将被保护人身份延伸到所有被认为是难民的人，从而增加了保护，但是这一文件中的“难民”一词比《第四公约》规定的含义窄。

34 《第一议定书》第9和第75条、《第二议定书》第2和第4条。See also Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, with the collaboration of Martin Eaton, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2nd ed., Martinus Nijhoff, Leiden, 2013, p. 722: 第2条的标准适用于其他使用“逆向区别”这一术语的条款。

35 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, pp. 515–516, 对《第一议定书》第75条的评论。

36 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 112.

37 根据《第四公约》第44条，难民是“事实上未享受到任何政府保护的”被保护人。同时，《第四公约》第70条涵盖了“在敌对行动开始之前曾在被占领国领土上寻求过避难的占领国国民”。最后，在《第一议定书》第73条中，难民（或无国籍人）是“根据相关各方接受的相关的国际文件或者根据避难国或居留国的国内法在敌对行动开始之前属于无国籍人或者难民”的人。

保护作为难民的移民以及《第四公约》和《第一议定书》意义上的难民的含义问题将于下文第二部分“作为被保护的难民的移民”和“移民作为难民的特别保护”两节进行探讨。

作为平民居民一部分的移民的保护

在国际性武装冲突中，IHL为移民提供的保护取决于他们是平民还是战斗员。武装冲突的成员（除了医务人员和牧师之外）都属于战斗员。³⁸不属于武装冲突一方成员的所有人都是平民。³⁹如前文所述，尽管某些移民在某些情况下可能被认为是战斗员，但大多数都是平民。

许多适用于国际性武装冲突的IHL规则都保护平民居民，无论其是否另一国的公民，包括“敌对”国或者与其所处的国家发生武装冲突的国家的国民。由于这些规则不分国籍地适用于所有平民，当然也适用于移民。因此，根据IHL属于平民的移民享受保护免受敌对行动的影响。比如禁止不分皂白的攻击和针对平民的攻击。⁴⁰还禁止将平民饥饿作为战争方法。⁴¹这些保护移民免受敌对行动影响的规则还起到防止和减少因与冲突有关的原因的移民流离失所的作用。⁴²平民——包括移民——除非直接参与敌对行动，都受到保护；但是即使他们参与，仍然不会失去其平民身份，因此他们仅在持续参与的时候才失去免受攻击的保护。⁴³

如果移民落入敌手，其具体的保护取决于其身份。⁴⁴作为平民，移民受《第四公约》和《第一议定书》中所包含的保护平民居民的一般规则的保

38 战斗员和战俘（PoW）身份的条件规定于《第三公约》第4条。集体征兵的参与者符合这些条件因此不被视为平民。另见《第一议定书》第43、44条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 3; ICRC, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva, 2009 (ICRC Interpretative Guidance), pp. 21–26, 30–35.

39 《第一议定书》第50条：“平民是指不属于第三公约第四条（子）款第一项、第二项、第三项和第六项及本议定书第四十三条所指各类人中任何一类的人。遇有对任何人是否平民的问题有怀疑时，这样的人应视为平民”。ICRC Commentary on GC IV, above note 27, paras 1913–1917; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 5; ICRC Interpretative Guidance, above note 38, pp. 20–21, 26–30, 36.

40 《第一议定书》第51条第2款、第51条第4–5款。

41 同上，第54条。

42 本文第四部分将论述与移民迁徙特别相关的其他IHL规则。

43 同上，第四部分第一节，尤其是第48、51、47和58条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Ch. 1.

44 这些赋予在国际性武装冲突中落入敌手的个人相关地位、权利和保护的规定将由其严格的适用人员范围，尤其是该移民是否属于《第四公约》第4条意义上的“被保护人”来确定。ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 50.

护。《第四公约》第二部⁴⁵的“涉及冲突各国之全部人民”延及不具有战斗员或战俘 (PoW) 身份的全部移民。⁴⁶它为所有平民提供了不论其国籍如何都免受“战争所致之痛苦”的最低保障。⁴⁷

除了保护平民居民的一般规则之外，移民还在适当的情况下分别受到《第一议定书》第二部第三编中规定的与失踪和死亡的人有关的规定的保护，以及《第一议定书》第四部第二和第三编⁴⁸中规定的与有利于平民居民的救济有关的规定以及与落入冲突一方之手的人员的待遇有关的规定。重要的是，《第四公约》和《第一议定书》规定了关于离散家庭的团聚的规则以及寻找失踪和死亡的人的规则。⁴⁹假定这些被迫离开其家庭并且在武装冲突中失踪或死亡的移民及其家庭成员符合这些条款的规定，我们将在本文第四部分对这些规则作进一步的探讨。《第四公约》和《第一议定书》还包含有管辖人道救济的具体规定，这些规定承认有此需求的平民居民有权得到救助。⁵⁰它们规定了提供人道救助的条件，并要求武装冲突各方以及所有涉事国家一旦原则上接受，就应当以其管制权为条件允许对平民的救济行动和救济物品的配给，并为此提供便利。⁵¹最后，《第一议定书》包含有许多特别重要的规定，尤其是规定在第75条中的基本保证，这些规定对所有落入冲突一方之手并且未从《日内瓦公约》或《第一议定书》规定的更优惠待

45 该部分不仅延及被保护人，还延及在属于或者由冲突一方占领的领土上的所有的人。见《第四公约》第4条第3款和第13条；ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 118; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, pp. 495, 498.

46 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987 (ICRC Commentary on APs), paras 1908–1909, 1913, 1917; ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 46.

47 GC IV, Art. 13; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 88.

48 这些规则不仅被限于被保护人，它们还涵盖位于一方的国民以及被占或者本国领土上的敌对方的国民。但是，为了确定其是否适用于一方本国国民，需要对该章当中每一条准确的适用范围进行核验。《第一议定书》第四部第三编 (第72-79条) 适用范围的进一步分析，see M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, pp. 495, 498–500.

49 GC IV, Arts 25–26; AP I, Art. 74; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 105.

50 AP I, Arts 68–71, building on GC IV, Art. 23; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 55, 56.

51 ICRC, “Q&A and Lexicon on Humanitarian Access”, June 2014, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/humanitarian-access-icrc-q-and-a-lexicon.htm; ICRC Challenges Report 2015, above note 6, pp. 26–30.

遇获益的移民提供最低保护。⁵²如今，IHL关于落入敌手的平民的待遇的基本规则和原则已经成为习惯国际法规则，它们对于移民保护至关重要。⁵³

虽然依照IHL大多数移民都被认为是平民，但是一旦落入敌手，他们可能变成战斗员并享受作为战俘(PoW)的保护，这取决于他们根据《日内瓦四公约》和《第一议定书》的身份。⁵⁴比如，如果移民是卷入国际性武装冲突的国家的武装部队的成员，或者是满足《日内瓦第三公约》(《第三公约》)第4条(子)第(二)项规定的条件的属于冲突一方的民兵成员，他们就属于战斗员。⁵⁵这样，一旦他们落入其卷入其中的国际性武装冲突的一个国家方之手，如果他们满足IHL规定的条件，就有权获得战俘的身份。⁵⁶如上文所述，本文主要关注对作为平民的移民的保护，因此不对作为战斗员或战俘的移民的保护进行更详细的探讨。

作为《第四公约》被保护人的移民的特别保护

在国际性武装冲突中，除了管辖平民居民的一般规则之外，移民如果具有“被保护人”的资格，也会受益于《第四公约》第一和第三部所建立的更为详尽的和保护性的机制。⁵⁷作为出现在冲突一方领土或占领地上的外国

52 AP I, Art. 75; ICRC Commentary on APs, above note 46, p. 850; ICRC Customary Law Study, above note 5, Section V, “Treatment of Civilians and Persons Hors de Combat”.

53 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 87–105.

54 对一旦落入敌手的移民的保护取决于其依照《第三公约》第4条和《第一议定书》第43条所具有的身份。对于移民作为战斗员或战俘的保护的进一步的论述，see S. Jaquemets, above note 9, pp. 651–673; Y. Dinstein, above note 13, pp. 94–109; Françoise J. Hampson, “The Scope of the Obligation Not to Return Fighters under the Law of Armed Conflict”, in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014; Reuven (Ruvi) Ziegler, “Non-Refoulement between ‘Common Article 1’ and ‘Common Article 3’”, in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

55 《第三公约》第4条；《第一议定书》第43条。

56 不满足IHL规定的战斗员特权和战俘身份的人以及《第三公约》所规定的保护的人，如果满足《第四公约》第4条的标准，有权享有《第四公约》规定的保护。关于“无特权的战斗员”的保护的一般性的综述，see Knut Dörmann, “The Legal Situation of ‘Unlawful/Unprivileged Combatants’”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85 No. 849, 2003; Laura M. Olson, “Status and Treatment of Those Who Do Not Fulfil the Conditions for Status as Prisoners of War”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassöli (eds), above note 7, pp. 922–924.

57 这存在一些例外：见《第四公约》第41条第1款、第5条；关于“被保护人”的定义，见《第四公约》第4条，见前注28。

人。许多移民如果满足第4条的国籍要求的话，将成为被保护人。⁵⁸但是，有些移民被排除在外：正在对其进行监管的冲突方国民；共同交战国或具有正常外交关系的中立国国民（但在占领地的情况下除外，因为此时中立国国民毫无例外地是被保护人）；根据其他三部《日内瓦公约》享有保护的人。⁵⁹因此，《第四公约》第4条的国籍标准遗漏了事实上未享受任何国家保护的移民。⁶⁰比如，出现在被占领国的占领国国民就不受保护。⁶¹这导致了“被保护人”这一定义的充分性问题。按照某些观点，“所有不忠于其国籍国或者未从其国籍国获得外交保护的人都应当被认为是（《第四公约》第4条意义内的）‘被保护人’”。⁶²前南斯拉夫国际刑事法庭（ICTY）曾认定，决定保护的关键因素不是形式上的国籍联系，而是“对一个国家的效忠和该国外交保护的双重缺乏”。⁶³但是这一解释受到不少批评。⁶⁴

根据《第四公约》，适用于包括移民在内的被保护人的规则取决于他们所处的局势。所有被保护移民都包括在关于冲突各方的领土和占领地的共同第一编当中。他们享有生命、尊严得到尊重的权利、家庭权利以及政治、宗教和其他信仰的权利。应使其免受酷刑、残酷或有辱人格的待遇或者体刑，并且必须使其受到保护，免受一切暴行或报复行为。《第四公约》第二编对

58 如下文关于无国籍人和难民的章节所述，在适用《第一议定书》的情况下，落入这些术语意义内的人可以根据《第一议定书》第73条被认定为《第四公约》第4条规定的被保护人。

59 《第四公约》第4条第2款、第4条第4款。尽管一个尚未批准《第四公约》的国家的国民也被排除在外，但《日内瓦公约》为世界各国普遍批准。See also CRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 47; ICRC Commentary on APs, above note 46, p. 848, paras 2947–2948.

60 但是，见下文关于《第一议定书》第73条的效果和《第四公约》第70条第2款规定的难民的保护的各章节。

61 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 46: 《第四公约》当中唯一明确适用国际性武装冲突一方国家国民的条款是《第四公约》第70条第2款。尽管个人可以根据该条被认定为难民，但他们并不属于《第四公约》第4条的范围（除非《第一议定书》适用并且该议定书第73条得以满足）。见下文关于难民的章节。

62 M. Jacques, above note 13, pp. 163–164, 42–48, 160; Elizabeth Salmón, “Who Is a Protected Civilian?”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassòli (eds), above note 7, pp. 1142–1145.

63 ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, paras 163–169.

64 Marco Sassòli and Laura M. Olson, “The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić Case”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, No. 839, 2000, pp. 743–747; Jean-François Quéguiner, “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: Évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, 2003, pp. 302–303.

处于冲突一方领土上的移民规定了额外的保护。重要的是，这一编规定，如果移民留在该国，无论是其本人的选择还是由于被拘留，他们的境遇将继续由有关在和平时期的外国人的规定调整。⁶⁵这包括可适用的国内法和国际人权法以及国际难民法。在任何情况下，都应当授予移民与其生存条件相关的一系列权利（如其在与国民平等的基础上接受个人或集体救助的权利、获得医疗照顾的权利以及信仰自由）。⁶⁶那些与移民迁徙有关的规则规定在第二编当中，尤其是不推回原则和离境权。⁶⁷第二编还调整“由于战争而有必要”对被保护人采取的管制与安全措施。⁶⁸根据《第四公约评注》，这些措施可能包括对迁徙自由的限制⁶⁹或者指定居住和最为严厉的情形下的拘留。⁷⁰

在占领地上的移民进一步受到《第四公约》第三编中各规则的保护。首先，占领国必须尊重在占领开始之前在被占领国有效的法律。⁷¹另外，作为占领地的居民，移民还受到保护免受占领国恣意行为的侵害。比如，管制措施必须是因迫切的安全理由所必须。⁷²保护移民的其他相关规定包括被保护人的迁徙⁷³以及关于食物和医疗物资、救助行动、刑事立法以及程序。

作为被保护无国籍人的移民

无国籍的移民也属于《第四公约》第4条规定的被保护人，这是“由于这一否定形式，该定义涵盖无任何国籍的人”。⁷⁴《第四公约》未定义无国籍人；重要的是一个人没有国籍。对于“无国籍人”的这种理解比后来通过的1954年《关于无国籍人地位的公约》的定义更宽泛。比如，1954年公约排

65 GC IV, Art. 38; ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 244.

66 《第四公约》第38条。

67 见下文“管辖移民迁徙的规则”部分。

68 《第四公约》第27条、第41-43条。另见第37条。

69 尤其见上注第49条第5款；ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 282–283.

70 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 207.

71 《陆战法规和惯例公约及其附件：陆战法规和惯例章程》，187 CTS 227, 1 Bevans 631, The Hague, 18 October 1907 (1910年1月26日生效)(《1907年海牙章程》)，附件第43条。

72 《第四公约》第78条。

73 见下文“管辖移民迁徙的规则”部分。

74 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 46, 47; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 502.

除了已经受到不同于联合国难民高级专员署 (UNHCR) 的联合国 (UN) 机构保护或救助的人。⁷⁵

在适用《第一议定书》的情况下，“无国籍人”指那些由“相关国际文件”尤其是1954年《公约》或者“避难国或居留国国内法”规定所涵盖的人。⁷⁶如果在敌对行为开始之前就变成了无国籍人，《第一议定书》明确将其归入《第四公约》规定的被保护人的范畴，那么，他们“在任何情况下”都将“不加任何不利区别”地受到这种保护。⁷⁷尽管如此，如上文所提及的，无论《第一议定书》是否适用，无国籍人（包括那些在敌对行动开始之后变成无国籍人的人）在任何情况下都已经被认为是《第四公约》规定的被保护人。⁷⁸《第一议定书》中所包含的时间限制对于无国籍人来说不具有任何实际意义。⁷⁹在《第四公约》和《第一议定书》都适用的情况下，被保护人地位延及那些根据相关国际文件和国内法“在敌对行动开始‘之前或之后’被认为是无国籍人的人”。⁸⁰

移民以难民身份受到保护

如上所述，许多难民可能属于《第四公约》第4条有关“被保护人”的定义范围之内，并因此受益于全方位的保护（包括《第四公约》第44条⁸¹）。但是，有些个人不享有其原籍国的保护，同时也不是IHL规定的“被保护人”。⁸²这一空白导致了《第一议定书》第73条的适用。⁸³除了上述各种无国籍人之外，这

75 根据第1条第1款，无国籍人是“任何国家根据其法律的运行都不认为其是国民的人”。尽管这一定义看起来和宽泛，但其第二段排除了某些个人。见《关于无国籍人地位公约》，360 UNTS 117，1954年9月28日（1960年6月6日生效）。

76 《第一议定书》第73条；See also ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 2957–2958.

77 《第一议定书》第73条；See also ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 2974, 2976; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 502.

78 ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 2978–2979; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 504.

79 ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 2955, 2978–2980.

80 *Ibid.*, para. 2980.

81 该条对被认定为“难民”的移民规定了特别的保护。见下文“作为难民的移民的特别保护”部分。

82 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 47; ICRC Commentary on APs, above note 46, p. 848, paras 2947–2948.是占领国国民的难民不被认为是被保护人。尽管享有《第四公约》宽泛的保护，但他们还享有《第四公约》第70条第2款规定的特别保护。见下文“作为难民的移民的特别保护”部分。

83 在讨论这些议定书草稿的1972年政府专家大会上，UNHCR和ICRC表明了《第四公约》未对所有难民提供必要的保护这一观点，同时建议所有难民和无国籍人都应被认为是《第四公约》意义上的被保护人。See ICRC, *Report on the Work of the Conference: Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Second Session (Geneva, 3 May–3 June 1972)*, Geneva, 1972, Vol. 1, para. 3.125, and Vol. 2, p. 82.

一规定还赋予根据《第一议定书》定义的难民以被保护人地位，而无论其国籍如何以及他们落入哪一方之手。⁸⁴难民指(1)“根据有关各方所接受的相关国际文件或者根据避难国或居留国国内法”，(2)“在敌对行动开始之前”被认为是难民的人。移民要被认定为难民，有资格成为《第四公约》意义上的被保护人，这两项标准必须同时得到满足。这与《第四公约》第44条和第70条第2款不同，后者对“难民”这一术语的理解比《第一议定书》更宽泛。⁸⁵

根据《第一议定书》第73条规定的第一项标准，“难民”的定义依据的是具有约束力的文件，如1951年《难民地位公约》(1951年《难民公约》)以及“由相关各方所接受”的不具约束力的决议和宣言，如《卡塔赫纳难民宣言》。⁸⁶重要的是，一个国家授予难民地位的决定对冲突各方都有约束力，因此他们必须按照被保护人对待难民，即使他们尚未接受据以确定难民地位的国际文件。⁸⁷如果该决定是基于国内法作出的，他们也必须予以尊重。此外，如果一个国家已经承认了UNHCR对于被该组织根据其使命而认定为难民的人的管辖权，那么UNHCR作出的难民地位认定也对冲突各方具有拘束力。⁸⁸第73条的第二项标准将人员范围限制为“在敌对行动开始之前”被认为是难民的人。⁸⁹这在敌对行动开始之后成为难民的但不是《第四公约》规定的被保护人的人的保护上留下一个重要的缺口。因此这引来一些批评，认为这一时间标准引入了“一种恣意的和不必要的区别，直接与《日内瓦公约》的人道保护原则相抵触”。⁹⁰

84 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 2981; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 505.

85 见下文“作为难民的移民的特别保护”部分。

86 ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 2952, 2959–2973. 另见《关于难民地位的公约》，189 UNTS 137, 1951年7月28日(1954年4月22日生效)；《卡塔赫纳难民宣言》，1984年11月22日(《卡塔赫纳宣言》)。关于国际移民法中对“难民”的不同定义的更多细节，see, for instance, Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 15–50.

87 ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 2952–2953.

88 *Ibid.*, para. 2969. 在UNHCR权限范围内“难民”的定义依据的是UNHCR章程，其包含一个与1951年《难民公约》几乎相同的定义，而且多年来由联合国大会、经济社会理事会以及UNHCR执行委员会的决议将其扩展包括“在其原籍国或者习惯居住地国之外并且由于由严重扰乱公共秩序的一般性的暴行或事件而导致的严重而不加区别的对生命、身体健康或自由的威胁而无法返回”的人。See UNHCR, *Resettlement Handbook*, July 2011, pp. 80–81, available at: www.unhcr.org/46f7c0ee2.pdf.

89 ICRC Commentary on APs, above note 46, para 2956.

90 M. Jacques, above note 13, p. 162.

总之，在《第一议定书》适用的情况下，满足第73条规定的“难民”标准的移民将被明确承认为《第四公约》意义上的“在任何情况下而且不加任何不利区别的”被保护人。⁹¹他们有权获得《第四公约》第一和第三部中规定的各种保护。⁹²对于身为占领国国民的难民来说尤为如此，因为这将在《第四公约》第70条第2款仅有的规定之外显著地改善其保护水平。⁹³比如，不得对其在占领之前所实施的行为或表达的意见进行起诉或判罪，除非涉及对战争法规和惯例的违反。⁹⁴

对作为难民的移民的特别保护

如上文所述，在某些情况下，难民可能被认为是《第四公约》规定的被保护人，而且——只要他们满足其“难民”这一定义——在《第一议定书》适用的情况下，他们将一直被认为是被保护人。⁹⁵他们应受《第四公约》和《第一议定书》规定的全方位保护。⁹⁶难民还根据两项专门适用于他们的规定享有特别保护：《第四公约》第44条针对在冲突一方领土上的被保护难民，《第四公约》第70条第2款针对在占领地上（未被认为是被保护人的）难民。《第四公约》中未对“难民”一词进行定义。根据对第44条的评注，应该给出一个比在国际难民法中更宽泛的定义，后者“太技术而且范围太窄”。⁹⁷成为《第四公约》项下的难民，从而受到第44条或者第70条第2款

91 《第四公约》第73条；ICRC Commentary on APs, above note 46, para 2976. 见上文“作为被保护人的移民的特别保护”部分。

92 《第一议定书》第73条明确参照《第四公约》第三部是要确保《第四公约》每一条规定都“按照最有利于难民的方式进行解释”（如，难民即使不是敌国国民也要受到《第四公约》第4条第2款的保护）。See ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 2982.

93 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 505; ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 2985.

94 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 505.

95 如上文所述，按照《第四公约》和/或《第一议定书》，无国籍人将一直被认为是被保护人。

96 ICRC Commentary on APs, above note 46, pp. 847, 850, paras 2944, 2956.

97 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 263–264. 值得注意的是1967年《关于难民地位的议定书》包含一个比1951年《难民公约》更宽泛的难民定义，后者被《评注》所引用（而尚无文件引用前者）。但是，1967年《议定书》的定义包含有特定的限制，因此有人主张《第四公约》意义上的难民定义应当考虑比该《议定书》更宽泛。见《关于难民地位的议定书》，606 UNTS 267, 1967年1月31日（1967年10月4日生效），第1条。

的保护的关键考量因素是相关个人未“享有任何政府的保护”。⁹⁸所有符合这一标准的移民都应被认为是难民。获益于补充式保护的个体以及未落入1951年《难民公约》和1967年《关于难民地位的议定书》范围的个体仍然不能被认定为《第四公约》意义上的难民。⁹⁹《第四公约》还涵盖满足《难民公约》认定标准的个体（即使反过来不一定成立）。¹⁰⁰与《第一议定书》第73条不同，《第四公约》第44条不要求在敌对行动开始之前对难民进行如此认定。因此，比如，一个在敌对行动期间逃亡到敌方领土的人会跟一个在武装冲突开始之前被授予庇护权的个体受到《第四公约》第44条同样的保护。

当难民的原籍国卷入与其避难国的武装冲突的时候，难民作为形式上的敌对个体，与其原籍国不再具有忠诚关系，因此并不自动是其母国的潜在威胁。但是，作为在冲突一方领土上的敌国国民，他们仍然特别容易遭受管制和措施侵害。《第四公约》第44条通过调整第4条意义上的国籍标准和鼓励各方考虑证明被保护人“精神亲和”或“思想忠诚”的其他因素承认了这一点。¹⁰¹虽然如果难民表现出一种对国家安全的威胁仍然可能被强加经授权的管制措施，¹⁰²但第44条要求在决定此类措施的时候，不得仅仅根据其国籍而将难民作为敌对个体对待。根据《评注》，在管制措施之外，第44条应当“以最为宽宏的人道精神得以适用，目的是最大限度地利用其提供的资源来保护难民”。¹⁰³

作为占领国的国民，身处被其从中逃离的国家占领的领土上的难民不是被保护人，除非他们被认为是上文“作为被保护难民的移民”部分所论述的《第一议定书》第73条规定的难民。因此，这些移民不能享受《第四公约》第一和第三部对被保护人规定的额外保护。¹⁰⁴他们仅享有平民居民的保护¹⁰⁵

98 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 264. See also ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 2942.这一标准不应当与《第四公约》第4条中的“缺乏正常外交关系”相混淆：“只有国家和其国民之间事实上的忠诚关系存在推定的和持久的破裂才能使一个人具有‘难民’资格”。D. J. Cantor, above note 9, pp. 357–358.

99 V. Chetail, above note 9, p. 707

100 D. J. Cantor, above note 9, pp. 365–366.

101 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 264.

102 GC IV, Art. 44; ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 264–265; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 503.

103 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 265.

104 见上文“作为《第四公约》规定的被保护人的移民的特别保护”部分。

105 见上文“作为平民一部分的移民的特别保护”部分。

以及《第四公约》第70条第2款规定的特别保护，后一种保护是为了应对难民可能处于危险处境而产生的。尽管描述有些微不同，但第70条第2款意义上的“难民”一词意在给出一个与《第四公约》第44条相似的含义。¹⁰⁶与第44条的不同在于，要获得第70条第2款规定的保护，所有人——无论是否已经被认为是难民——必须“在敌对行动开始前”已经到达被占领地。¹⁰⁷第70条第2款禁止占领国对难民进行逮捕、诉追、定罪或驱逐。这一规定的例外情况是如果他们在敌对行动开始后实施针对其原籍国的犯罪，或者在敌对行动开始后实施普通的刑事犯罪，而这些犯罪证明根据被占领国法律在和平时期对其进行引渡是正当的。¹⁰⁸第70条第2款寻求确保难民不仅仅因为寻求庇护或因为其行为导致了其离境而被惩罚，并确保“其母国继续尊重”其先前所享有的庇护权。¹⁰⁹

关于国际性武装冲突中移民保护的结论

综上所述，所有移民都受到保护免受敌对行动的影响，而且必须根据涉及平民居民的一般规则予以人道待遇。在被认为是被保护人的情况下，包括难民和无国籍人在内的所有移民都有权获得《第四公约》规定的全方位保护。最后，根据《第四公约》被认为是“难民”的移民当处于冲突一方领土上的时候可以获得《第四公约》第44条的保护，或者当处于被其原籍国占领的领土上时受到《第四公约》第70条第2款的保护。

在非国际性武装冲突中IHL如何对待移民？

在非国际性武装冲突中，不存在战斗员、战俘或被保护人身份。所有不直接参加或不再直接参加敌对行动的人都根据IHL相关规定得到保护（即共同第3条以及在特定类型的非国际性武装冲突时的《第二附加议定书》（《第

106 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 350. See also D. J. Cantor, above note 9, p. 365.

107 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 504.

108 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 350–352.

109 *Ibid.*, p. 351.

二议定书》))。¹¹⁰按照《共同第3条评注》，根据该条应受保护的“未积极参与敌对行动的人”¹¹¹首先是平民，包括“已经复员或被遣散的前武装部队人员”，其次是“武装部队非作战人员”(即医疗和宗教人员)。¹¹²第三类人是“放下武器或失去战斗力之武装部队人员”。¹¹³如《第二议定书评注》所指出的，该议定书涵盖“包括难民和无国籍人在内的参与冲突国家的所有居民，无论其国籍如何”。¹¹⁴

共同第3条和《第二议定书》并未专门提及移民(或者难民或无国籍人)，但是这些个人作为不参加或不再参加敌对行动的人受到保护。必须“在任何情况下都予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而加以不利区别”。¹¹⁵根据《第二议定书评注》，虽然可以采取安全措施，但这些措施“不对个人待遇的保障有所损害”。¹¹⁶移民有权获得共同第3条规定的基本保障，包括禁止对生命和身体施以暴力、损害个人尊严以及未经公正审判而遽行判罪。在可适用的情形下，《第二议定书》包含有更多有关此种禁止的特定规则以及对包括被剥夺自由的人在的所有未直接参与敌对行动的个人予以人道待遇的附加规定。¹¹⁷移民还受到适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规则的保护，包括对人道待遇的基本保障。¹¹⁸

尽管在非国际性武装冲突中没有战斗员或战俘地位，但在平民与一国武装部队或有组织的武装集团的成员之间进行区别对于确定谁应受保护免受敌

110 还有一些与作战手段和方法有关的IHL规则，保护战时期间积极参与敌对行动的个人。如《第二议定书评注》所指出的，该《议定书》涵盖所有受武装冲突影响的个人，包括不参加或不再参加敌对行动的人以及“必须在《议定书》意义内符合与敌人和平民居民有关的特定行为规则”的人。See ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4485.

111 关于参照与共同第3条“积极”参与敌对行动相同的概念对《附加议定书》中“直接”参与敌对行动定义的解释，see ICRC Interpretative Guidance, above note 38.

112 ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 521–522.

113 共同第3条第1款。

114 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4489.

115 共同第3条第1款；《第二议定书》第2、第4条；ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 519, 527, 528；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 87.

116 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4489.

117 《第二议定书》第4-5条。

118 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 87–105.

对行动影响来说仍然是必不可少的。¹¹⁹在敌对行为的意义上，所有不是一国武装部队或冲突一方有组织的武装集团成员的人都是平民。¹²⁰一国的武装部队是其常规部队以及其他受命于该冲突国负责的指挥官控制的有组织的武装集团或单位。¹²¹同时，一个非国家冲突方的武装部队是有组织的武装集团而且仅包括具有连续作战职责的个人。¹²²在非国际性武装冲突中，由于没有战斗员、战俘或受保护人地位，因此国籍并不重要。

作为平民，移民享有免受敌对行动影响的一般性保护，除非而且他们在此期间直接参与敌对行动或者他们代表冲突一方承担一种持续战斗的职责。¹²³他们还受到《第二议定书》第四部中保护平民居民的规则的保护，包括禁止直接针对平民的攻击、目的在于在平民当中散播恐怖的暴力行为或威胁以及使用饥饿作为作战方法。¹²⁴移民还受到免于强制迁徙的保护。¹²⁵除此之外，《第二议定书》规定，对有需要的平民提供救助行动应当以相关缔约方的同意为前提。¹²⁶最后，尽管《第一议定书》包含有国际性武装冲突中平民保护的附加的且更为详细的规定，习惯IHL也将许多此类规则延伸适用于非国际性武装冲突。¹²⁷

119 尽管《第二议定书》比共同第3条的适用范围更窄并使用了不同的术语，二者却有着相同的人员种类划分。See ICRC Interpretive Guidance, above note 38, p. 29; 另见《第二议定书》第1条第1款、第12条第1、第3款。

120 ICRC Challenges Report 2011, above note 6, p. 43; ICRC Interpretive Guidance, above note 38, p. 27. See also ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 40: “(关于落入敌手之人待遇的)第3条有极宽的适用范围，并涵盖武装部队成员和未参与敌对行动之人。但是，在这种情况下，该条自然首要适用于平民——即人们所认为的不携带武器的人”。

121 ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 530, 532–533; ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4462.

122 ICRC Interpretive Guidance, above note 38, pp. 27–36; ICRC Challenges Report 2011, above note 6, p. 43; ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 534.

123 《第二议定书》第13条第1款、第13条第3款; ICRC Interpretive Guidance, above note 38, p. 27.

124 《第二议定书》第13条第2款、第14条。

125 《第二议定书》第17条; 见下文“管辖移民迁徙的规则”部分。

126 《第二议定书》第18条; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 55. 关于同意要件更多的细节, see ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 830–831.

127 ICRC Customary Law Study, above note 5; see, in particular, Section I (Rules 11–24) and Section III (Rules 53, 55 and 56).

移民背景下的IHL相关问题

我们看到，在武装冲突中，IHL对移民提供了重要的保护；其中有些保护尤其重要，我们将在本文这一部分予以关注。第一部分将考察在国际性和非国际性武装冲突中移民迁徙方面的限制性或许可性规则。这一部分将回顾IHL规定的不推回原则的主要特点并思考一下妨碍移民迁徙或者与其相关的其他规则。第二部分将阐述与尊重失踪和死亡移民的家庭生活、维持或重建家庭联系以及查明其命运和下落有关的规则。

管辖移民迁徙的规则

IHL的主要目的是避免因为武装冲突造成平民的痛苦，包括防止和将强制迁移降之最少，无论是跨国界还是在一国境内。IHL通过一系列规定保护平民免受敌对行动影响和明确禁止强制迁移的规则来实现这一目的。当平民仍然被迫流离失所时，IHL要求对其予以保护和帮助。

关于移民迁徙问题，无论是其自愿迁徙还是由冲突方进行，IHL都规定了若干规则对其施加特别的和额外的限制和要求。这种迁移的合法性取决于其与包括不推回原则在内的IHL规则的一致性。通俗地说，该原则禁止以任何方式将个人从一个当局移送到另一当局，而无论是否有实质性的理由相信该个人有特定基本权利受到侵害的危险。¹²⁸这一点尤其在酷刑或者残酷、非人道或者有辱人格的待遇或处罚、恣意地剥夺生命或迫害方面已经得到了承认。¹²⁹不推回原则在IHL、IHRL和国际难民法中有不同的适用范围。¹³⁰该原则的核心也是习惯国际法的组成部分。¹³¹

128 Laurent Gisel, “The Principle of *Non-Refoulement* in Relation to Transfers”, in *Detention in Armed Conflicts*, Proceedings of the 15th Bruges Colloquium, 16–17 October 2014, College of Europe and ICRC, *Collegium*, No. 45, Autumn 2015, p. 116. See also ICRC, “Note on Migration and the Principle of *Non-Refoulement*”, in this issue of the Review.

129 Gisel, above note 128, pp. 116.

130 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 709 and references in fn. 635.

131 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 709 and references in fn. 636.

在国际性武装冲突一方领土上的被保护人

首先，移民作为被保护人有权在冲突开始或冲突期间离开受影响领土，除非其离境与该国的国家利益相抵触。¹³²只有在其自愿的情况下才可以离境——这一点很重要，因为移民可能选择居留——而且可以离境去往被保护人自己的国家或其他国家。¹³³离境权的行使必须满足有关安全、卫生、保健以及食物条件。¹³⁴国家作出的离境决定，包括拒绝离境决定，必须符合具体的保障性要求。¹³⁵其次，除了特别办法之外，可适用的国内法和国际法将继续管辖外国人在和平时期的待遇。¹³⁶因此，在和平时期，冲突一方只有在遵守IHL关于迁移被保护人的特别规定的前提下，才能基于合法的理由将移民驱逐出境。¹³⁷这要求考虑IHL与包括IHL有关驱逐外国人的规则在内的其他部门国际法之间的互动问题。¹³⁸第三，根据习惯IHL，一旦迁移的理由不复存在，平民有权自愿安全地回到其母国或习惯居住地国。¹³⁹但是，这一权利并不延及被合法驱逐的移民；它仅涵盖那些已经自愿或非自愿流离失所的人。¹⁴⁰

除了这些规则之外，《第四公约》第45条对冲突一方移送被保护移民的权利规定了重要的限制。这些法定的限制是绝对的，不容克减或出现例外安

132 《第四公约》第35条第1款。

133 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 235.

134 《第四公约》第36条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 131. See also ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 266: “如果予以驱逐，其必须依照人道条件实行，应给予适当尊重的待遇，而且不得予以残暴对待”。

135 《第四公约》第35条第1-3款。See ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 238；比如，必须将拒绝决定通知保护国，除非该个人不希望其母国知晓。

136 《第四公约》第38条。

137 David James Cantor, “Forced Displacement, the Law of International Armed Conflict and State Authority”, 19 July 2011, p. 19, available at: ssrn.com/abstract=2297405; Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, pp. 135–142. See also ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 266: 在国家安全有此要求的情况下，可将外国人逐一驱逐。“但是，实践和理论都证明这是一种受限的权利：比如，在战争伊始对处于交战国领土上的所有外国人大规模驱逐出境是不被允许的。……受到驱逐威胁的个人必须能够在其面前未被设置任何困难的情况下提出其辩护，而且假如驱逐令已获批准，必须在授予其一个合理的期间届满后才能实施该驱逐令；在此情形下必须通知保护国。”

138 J.-M. Henckaerts, above note 137, pp. 8–49, 137–138.

139 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 132.在条约法中，保护在占领地上的被保护人的《第四公约》第49条第2款规定，一俟该区域战事停止，已经被撤离的人必须被移送回家。

140 *Ibid.*, Rule 132.

排。¹⁴¹但是，正如《评注》中所指出的，限制不得干预被保护人根据《第四公约》第35条所享有的在冲突开始时或者冲突期间离开该领土的权利。¹⁴²对移送被保护人的权利的第一个重要的限制是不推回原则，甚至在1951年《难民公约》之前，该原则已经表述在《第四公约》第45条中。¹⁴³按照ICRC的观点，不推回原则的范围延及任何此类移送，比如驱逐、遣送、引渡或归还，无论其形式上的名称如何。¹⁴⁴根据《第四公约》第45条第4款，在冲突一方领土上的被保护人在任何情况下都不得“被移送到其因政治意见或宗教信仰有惧怕迫害之理由之国家”。¹⁴⁵尽管在IHL中没有对“迫害”一词予以定义，但它至少是指由于种族、宗教、国籍或政治见解的原因而对人权（生命权、自由和安全）的严重违反。¹⁴⁶

对于移送在冲突一方领土上的外国人的第二个限制规定在第45条第3款当中，该限制比不推回原则的其他表述更加宽泛。¹⁴⁷它不仅禁止根据IHRL和国际难民法所通常援引的特定理由（如酷刑或迫害）之情形下的移送，还包括接受国不能或者不愿按照《第四公约》所赋予的保护对待外国人的情形。¹⁴⁸逻辑上来说，考虑到接受国自身也被要求遵守《第四公约》第45条，这意味着违反《第四公约》向第三国进行的移送（间接推回）也受到禁止。¹⁴⁹因此，

141 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 266, 269. IHRL中的不推回原则同样是绝对的。关于在国际难民法中的例外情况，需要进行狭义解读，see 1951 Refugee Convention, Art. 33 (2); Andreas Zimmermann and Philipp Wenholz, “Article 33(2)”, in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention on the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, para. 2.

142 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 267.

143 关于不推回原则更详细的分析，see Cordula Droege, “Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008; Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, “The Scope and Content of the Principle of *Non-Refoulement*: Opinion”, in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; Emanuela-Chiara Gillard, “There’s No Place Like Home: States’ Obligations in Relation to Transfers of Persons”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008.

144 ICRC, above note 128, p. 2, fn. 1.

145 《第四公约》第45条第4款。

146 1951年《难民公约》第1条；UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/ REV.1, re-edited, Geneva, January 1992, paras 51–53. See also E.-C. Gillard, above note 143, pp. 723–724 and 727.

147 《第四公约》第45条第3款；另见《第三公约》第12条关于战俘的规定。

148 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 268–269; C. Droege, above note 143, p. 675.

149 Vincent Chetail, “The Transfer and Deportation of Civilians”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassòli (eds), above note 7, pp. 1199–1200.

除非移送国对于接受国愿意并能够适用包括不推回义务在内的《第四公约》感到满意，否则不会移送。如果移送被保护人，在接受国未履行其四公约项下之义务的情况下，移送国仍旧有责任，而且必须“采取有效措施对这种局势予以纠正”或者“请求返还被保护人”。¹⁵⁰移送国还有义务确保接受国遵守共同第1条，该条反过来加强了后者的义务。¹⁵¹据此，如果移送国认为接受国不愿或不能履行其四公约项下的责任，它便不得移送相关个人，因为这将会鼓励、协助或帮助对IHL的违反。¹⁵²另外，它“必须在其权力范围内尽一切办法终止此种违反”，必要时可以监视被移送个人的命运，利用其影响力以确保接受国遵守四公约。¹⁵³

占领地上的被保护人

在占领局势下，《第四公约》第48条规定“非领土被占领的国家之人民的被保护人”得依第35条规定之限制，拥有离境权。该条的措辞明确指向离境权，包括被保护的难民在内，而且不限于遣送回国。¹⁵⁴虽然适用于占领地的条约法并未明确规定不推回原则，但IHRL和国际难民法原则保护在武装冲突局势下的有关移民。另外，《第四公约》第49条禁止对个人和集体的强制移送，并禁止驱逐被保护人，而无论其动机和目的地如何，除非因平民安全或迫切的军事理由而有此必要。¹⁵⁵这种禁止没有例外而且宽泛地适用于国

150 C. Droegge, above note 143, p. 698.

151 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty: Synthesis Report from Regional Consultation of Government Experts*, Geneva, November 2013, p. 24 (有些专家将移送义务视为“国家根据共同第1条所具有的采取适当措施以确保其他国家遵守IHL之义务的一部分”)。See also C. Droegge, above note 143, p. 699. 关于共同第1条项下的义务之更为一般性的观点, see Knut Dörmann and Jose Serralvo, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895–896, 2014.

152 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 154.

153 *Ibid.*, paras 154, 168.

154 《第四公约》第35条; see also ICRC Commentary on APs, above note 46, commentary on AP I, Art. 73, para. 2982, 该文件进一步确认了这一点。

155 《第四公约》第49条; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 129 (A) and commentary. Concerning the implicit prohibition on deportations in the 1907 Hague Regulations, see J.-M. Henckaerts, above note 137, pp. 151–152; 关于IHL针对强制迁移规定的保护的更为详细的分析, see, for example, V. Chetail, above note 149, pp. 1185–1214; M. Jacques, above note 13, pp. 19–37, 49–71, 177–208; Jan Willms, “Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 875, 2009; K. Hulme, above note 13, pp. 91–116; D. J. Cantor, above note 137, pp. 1–23; Emanuela-Chiara Gillard, “The Role of International Humanitarian Law in the Protection of Internally Displaced Persons”, *Refugee Law Quarterly*, Vol. 24, No. 3, 2005; J.-M. Henckaerts, above note 137, pp. 143–178.

家领土边界内外的对被保护移民的强制移送。尽管该条只涵盖了“强制”移送和驱逐，因而对于那些希望离境的被保护人进行此种移送或驱逐并未受到禁止，但其仍然确立了一个明确而绝对的禁止性规范。¹⁵⁶

即使实行了第49条第2款允许的撤离，也不得致使占领地境外的流离失所，“除非有不可能避免的实质性理由”。¹⁵⁷ 无论是否允许，在任何情况下撤离都必须都是临时性的，而且应当“在最大可行的程度上”满足流离失所者待遇的特定要求，包括避免家庭离散。¹⁵⁸ 无论是违反《第四公约》实行强制移送或驱逐还是合法地撤离，都必须在该区域内的敌对行动一俟停止就将这些个人移送回家。¹⁵⁹ 由于在例外情况下撤离可能发生在第三国，返还权既适用于占领地内部也适用于其外部（在同一国家内部或者跨越边境）的流离失所。¹⁶⁰ 最后，根据《第四公约》第70条第2款，处于被其原籍国占领的领土上的难民有权获得特殊保护，免受从占领地驱逐，除非存在特定有限的原因。¹⁶¹

非国际性武装冲突

共同第3条和《第二议定书》没有包含对不推回的明确禁止。¹⁶² ICRC的立场是，根据共同第3条中所包含的对冲突各方都有拘束力的“绝对禁止”，应当禁止“将个人移送至其有实质性的理由认为其生命和人身会处在遭到诸如谋杀或酷刑以及其他形式的不利待遇等侵害之危险的地方或当局”。¹⁶³ IHL禁止在非国际性武装冲突中的推回这一结论基于并得到IHL理论的支持，并进一步由相关IHRL得以强化。¹⁶⁴ 首先，与《第四公约》不推回条

156 ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 279. See also V. Chetail, above note 149, p. 1190; J.M. Henckaerts, above note 137, p. 145.

157 《第四公约》第49条第2款。

158 *Ibid.*, Art. 49(2)–(3); ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 131; ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 280, 281. See also M. Jacques, above note 13, pp. 33–34.

159 《第四公约》第49条第2款；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 132.

160 E.-C. Gillard, above note 155, p. 42; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 132; ICRC Commentary on GC IV, above note 27, p. 281.

161 例外情况包括在敌对行动开始后实施了犯罪的难民，还包括在敌对行动开始前实施了普通法上的犯罪，该犯罪使得根据被占领国家的法律在和平时期对其引渡为正当。见《第四公约》第70条第2款；另见上文“作为难民的移民的特别保护”。

162 如上文所述，应当考虑不推回原则在IHRL和/或国际难民法以及习惯国际法之下的继续适用。

163 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para 710. 关于另外的观点，see F. J. Hampson, above note 54, p. 385.

164 ICRC Commentary on GC I, above note 6, paras 710–712.

款背后的原理相类似，适用于非国际性武装冲突的法律“不应当受到被移送个人在移送时可能处于违反共同第3条之危险这一条件的限制”。¹⁶⁵这也是联合国人权委员会的推理和有关不推回原则之国际法理的逻辑动机。其次，《第二议定书》第5条第4款要求各当局“释放自由被剥夺的人应当采取必要措施以确保其安全”。可以认为，对于移送也有此要求，其需要移送当局将其控制下的个人进行移交。¹⁶⁶第三，虽然没有明确规定，但可以认为基于《第三公约》第118条的返还不得导致推回，而且这一逻辑还应当适用于非国际性武装冲突。¹⁶⁷最后，不推回义务得到已载入共同第1条的国家遵守和确保遵守IHL之义务的支持。¹⁶⁸

对个人的移送不应规避适用于非国际性武装冲突的IHL。¹⁶⁹可以认为这涵盖共同第3条中所规定的基本保障，包括人道待遇以及禁止将其作为人质以及未给予全部司法保障而判罪等。¹⁷⁰不过，考虑到人权机构所作的狭义解释，后者可能仅限于明显不公平的案件。¹⁷¹根据IHL，冲突各方，包括国际组织和非国家性的有组织武装集团，都必须遵守不推回原则。¹⁷²当与根据其他部门国际法对移民的保护相比较时，这一点很重要。另外，ICRC的观点是，如果对个人的控制从一个当局转移到另一个，那么不论是否跨越国界，都应当适用不推回原则。¹⁷³

关于移民移徙的另一项相关规则是《第二议定书》第17条第1款禁止各方“除为平民的安全或迫切的军事理由所要求外，基于有关冲突的理由”下令平民居民迁移的规定。¹⁷⁴这也是一项习惯国际法规则。¹⁷⁵与在国际性武装冲突中一样，该规则虽然只涵盖“强制”迁移——无论是在国家之内还是

165 L. Gisel, above note 128, p. 118; ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 710.

166 L. Gisel, above note 128, p. 119.

167 *Ibid.*

168 ICRC, above note 151, p. 24. 关于非交战国根据共同第1条有关向非国际性武装冲突之国家方移送被拘留人的义务的分析, see R. Ziegler, above note 54, pp. 386–408.

169 ICRC Commentary on GC I, above note 6, para. 710.

170 *Ibid.*, para. 710.

171 *Ibid.*, para. 710以及引用的判例法。

172 *Ibid.*, para. 713.

173 *Ibid.*, para. 713.

174 更多细节, 见前注155中关于禁止强制迁移的参考文献。

175 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 129(B).

跨越边界——而且不应当将其推定为制止自愿迁徙，但其仍然是绝对的。¹⁷⁶ 如果必须进行迁移，“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”以及同一家庭的成员不致离散。¹⁷⁷ 如《附加议定书》和第132条习惯IHL规则的评注所指出的，这些条件应当适用于迁移本身。¹⁷⁸ 平民还享有“一旦其迁移的原因不复存在，安全地自愿回家或者回到其习惯居住地的权利”，即使自愿迁移亦是如此。¹⁷⁹ 最后，“应采取一切适当步骤，以便利暂时离散的家庭重聚”。¹⁸⁰

最终思考

如本章所述，IHL包含有关国际性和非国际性武装冲突中移民迁移的规则。当个人因武装冲突流离失所时，无论其为自愿还是非自愿，某些规则将一直适用到武装冲突结束之后，直到他们能够安全地回到其家园或者如果其愿意的话回到其习惯居住地为止。¹⁸¹ 但是，从并非其自己的国家流离失所的移民的这种返回权可能是受限的，尤其是当其在该国的身份为不正规的时候。¹⁸² 无论如何，国家继续对难民负有基于可适用的国内法以及IHRL和国际难民法的义务。¹⁸³ 重要的是，IHL、IHRL以及国际难民法规定了在武装冲突局势中对移民的包括不受推回在内的补充性保护。在思考IHL对移民的保护——包括调整其迁移的规则——时，一个重要的问题是这一部门法与其他国际法分支是如何互动的。¹⁸⁴ 比如，IHRL中的自由迁徙权¹⁸⁵和离开包括自己

176 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4851. See also M. Jacques, above note 13, p. 64.

177 《第二议定书》第17条第1款; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 132.

178 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4856; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 131.

179 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 132.

180 《第二议定书》第4条第3款 (b); ICRC Customary Law Study, above note 5, commentary on Rule 132. 另见下文“关于家庭重聚和失踪与死亡移民的规则”部分。

181 See, notably, ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 132.

182 比如，需要考虑与返回其本国有关的IHRL规则 (以及国内法中规定的规则)。

183 See above note 5.

184 关于这些部门国际法之间在强制迁徙方面的互动更为详尽的分析，see V. Chetail, above note 9, pp. 701–734. 关于不推回原则的互动的专门分析，see C. Droege, above note 143, p. 676 and references.

185 ICCPR第12条第1款；《阿拉伯人权宪章》(ACHR)第26条第1款；ACHR第22条第1款；ECHR第2条第1款；ACHPR第12条第1款。

国家在内的任何国家的权利¹⁸⁶以及有关驱逐外国人的规则¹⁸⁷是如何与IHL互动的？与此相关的是，国际难民法是如何与IHL和IHRL互动的？¹⁸⁸尤其是难民在冲突结束时返回其原籍国的规则是如何互动的？¹⁸⁹

关于家庭重聚和失踪与死亡移民的规则

在武装冲突局势下，因为包括家庭离散或拘留等原因，许多移民可能失踪或死亡。这通常是违反IHL的直接后果。移民与其家庭成员——通常生活在不同的国家——的通信可能因其与其所在国使用不同的语言以及信息需要跨越边界和通过不同国家的当局来递送而特别具有挑战性。这还使收集死亡移民准确的身份信息变得复杂。另外一个困难是移民可能担心其位于原籍国的家人遭到驱逐或报复而不想与其家庭重建联系。最后，如果不采取必要措施识别尸体并将相关信息传递给其家庭，死亡移民可能被报告为失踪。

尽管有实际的挑战，IHL仍规定了一些关于尊重失踪者家庭生活、维持和重建其家庭联系、查明其命运和下落以及搜寻、收回和识别死者等与移民有关的重要规则。¹⁹⁰这些规则的主要目的是防止人员失踪和查明其命运和下落，向其家庭成员提供关于其命运的已有信息。¹⁹¹但是，对失踪和死亡者

186 UDHR第12条；UCCPR第12条；ACHPR第12条第2款；《阿拉伯人权宪章》第4条第2款、第27条。

187 ACHR第22条第9款；《阿拉伯人权宪章》第26条第2款；ACHPR第12条第5款；确保了《欧洲人权公约》和第一议定书中已包含的权利以外的一些权利和基本自由的《欧洲人权公约第四议定书》，16 September 1963, ETS 46 (ECHR Protocol 4), Art. 4; Human Rights Committee, General Comment 15/27 of 22 July 1986, para. 10 (关于ICCPR第13条中的明确禁止); Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 30, 1 October 2004, para. 26; 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》，A/RES/45/158, 18 December 1990, Art. 22 (1)。

188 如，见1951年《难民公约》关于迁徙自由的第26条以及第28条，根据该条，当“国家安全或公共秩序的重大原因另有要求”时，缔约国无须向希望离开其庇护国的难民签发旅行证件。另外，《难民公约》第32条第1款规定了合法驱逐在一国境内的难民，其仅允许根据国家安全或公共秩序的理由予以驱逐。另见1951年《难民公约》第32条第2款中不推回的各项例外。

189 尤其参见《第四公约》第134条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 128; UDHR第13条；ICCPR第22条第4款；ECHR《第四议定书》第3条第2款；ACHR第22条第5款；《阿拉伯人权宪章》第27条(a)；ACHPR第12条第2款。关于国际难民法中的难民自愿归国问题，见《关于非洲难民问题特定方面的公约》，1001 UNTS 45, 1969年9月10日，第5条；《卡特赫纳宣言》第12项。

190 如，见《第四公约》第26条、第27条第1款(被保护人)、第49条第3款(占领地)、第82条第2款、第116条(被拘禁人)；《第一议定书》第4条第3款(b)、第8条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 105, 109, 112, 116, 117, 123, 125, 131。

191 《第一议定书》第32条；ICRC Customary Law Study, above note 5, commentary on Rule 117. 关于死者，see ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 1203, 1216。

承担的义务是一种手段，而不是结果。冲突各方必须尽最大努力向家庭成员通知其亲友的命运，而且在信息可获得时，他们必须将其提供其家庭成员。¹⁹²IHL关于重建家庭联系、家庭重聚以及说明死亡和失踪的规则在武装冲突结束后继续适用。如果一个人因武装冲突而失踪，那么在各方义务得以履行之前这些规则将继续适用。¹⁹³各方继续有义务采取一切可能的措施说明被报告失踪的人和向其家庭提供其掌握的有关其命运的任何信息。同样还有与死者有关的义务，尤其是关于搜寻、收集死者遗体并查明其下落的义务。另外，各方仍然有义务为离散家庭的成员的查找提供便利，以便其能够恢复家庭联系，有可能的话实现家庭重聚。

国际性武装冲突

在国际性武装冲突中，一些IHL规则试图通过在个人被拘留的时候记录下其信息等方式防止其失踪。¹⁹⁴冲突各方还有义务使其在其领土上或被其占领的领土上的任何人都能够将纯属个人性质的消息传递其家庭成员并接收来自后者的消息，而无论他们身在何处。¹⁹⁵该义务的适用与家庭成员的位置无关。¹⁹⁶如果移民因武装冲突导致与家庭离散，冲突方必须为其亲属为恢复家庭联系以及可能的重聚所开展的问询提供便利。¹⁹⁷重要的是，《第一议定书》第74条发展了《第四公约》第26条，包括对冲突各方以及对该议定书的第三方缔约国施加了以“一切可能方法”为离散家庭提供便利的义务。¹⁹⁸根据《评注》，“这非常符合逻辑，因为在武装冲突期间通常会发生卷入武装

192 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 116, 117; ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 1216. See also Heike Spieker, “Maintenance and Re-establishment of Family Links and Transmission of Information”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassòli (eds), above note 7, p. 1120.

193 关于《第一议定书》第33、34和74条, see ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 149, 1239.

194 如, 见《第四公约》第24条第3款(针对全部平民居民)、第43条第2款(在一方领土上的被保护人)、第50条第2款(占领地)、第105-106条(被拘禁人)、第135-138条和第40条(被保护人);《第一议定书》第33条第2款和第78条第3款; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 123.

195 《第四公约》第25条(针对全部平民居民)。另见第106-107条、第102和105条(被拘禁人); ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 105, 125, 126.

196 H. Spieker, above note 192, p. 1100.

197 《第四公约》第26条(针对全部平民居民);《第一议定书》第74条; ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 105. See also Rule 131: “在移送的情况下, 必须采取一切可能的步骤……使家庭成员不致离散”。

198 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, pp. 507-508.

冲突的一国国民向中立国寻求避难或被带到中立国的情形”。¹⁹⁹即使《第一议定书》不适用，也可以认为第三国具有源于其根据共同第1条确保遵守IHL职责的与便利家庭重聚有关的义务。²⁰⁰但是，这并不必然导致第三国授予入境许可的义务。²⁰¹由于移民的家属通常不在冲突国的领土上，使得这一点非常重要。

在个人被报告失踪的情况下，冲突方必须采取一切可行的步骤说明并传递有关信息。²⁰²以《第四公约》为基础，《第一议定书》第33条和习惯国际法将搜寻失踪者的义务延及四公约未规定的所有其他人员，包括非冲突方之国家的国民和国籍遭到质疑的人。²⁰³虽然《第一议定书》不延及冲突方的国民，但应当按照第32条规定的关于所有的活动都“应当主要受家庭了解其亲属命运的权利的推动”之一般原则保存记录。²⁰⁴当考虑向原籍国转递信息时，应当考虑移民不希望恢复家庭联系²⁰⁵或这会对移民或其亲属带来伤害²⁰⁶的情形。如《第一议定书》第32条评注所指出的，家庭知道其亲属命运的权利应当与他们的其他关注点——如俘虏是否不愿意与其家庭通信——相平衡。²⁰⁷对于《第四公约》项下的被保护人，可以豁免国家信息局转递信息的义务，前提是这样做会对相关个人或其家属造成伤害。²⁰⁸冲突各方还有义务寻觅、收集和辨别包括移民在内的死者，从而确保他们的遗骸得以适当处理并通知家属。²⁰⁹《第一议定书》将《第四公约》中的对个人的义务范围扩展

199 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 2998.

200 关于共同第1条项下的义务更为详尽的综述，see K. Dörmann and J. Serralvo, above note 151, pp. 707–736.

201 H. Spieker, above note 192, p. 1121.

202 如，见《第四公约》第136-141条（针对被保护人）；《第一议定书》第33条第1-3款（对于“被敌对方报告为失踪的人”——比《第四公约》更宽的人员范围）；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 117. 关于《第一议定书》第22条的范围，see M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, pp. 198–199. See also A. Petrig, above note 7, pp. 260, 270.

203 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 117; ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 1222, 1256–1259.

204 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 1259.

205 Marco Sassöli, Antoine A. Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, 3rd ed., Vol. 1, ICRC, Geneva, 2011, p. 12.

206 A. Petrig, above note 7, p. 268.

207 ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 1218–1219.

208 《第四公约》第137条第2款、第140条；ICRC Commentary on GC IV, above note 27, pp. 531–532.

209 《第四公约》第16条第2款（全体居民）、第129条第2款、第130-131条（被拘禁人）；《第一议定书》第17、33、34条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 112, 116. See also ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 113–115.

到对于因占领致死的人、因占领或敌对行动而在拘禁中死亡的人或者因敌对行动致死的非该国国民的人尊重其遗骸和尊重、维护和标记坟墓的义务。²¹⁰该议定书还规定了其他未受规制的问题，包括保护和返还死者遗骸。²¹¹

非国际性武装冲突

在非国际性武装冲突中，有许多关于防止个人失踪或走散的规则，以及重建家庭联系和家庭重聚的规则。²¹²所有这些义务的基础是尊重家庭生活的权利，该权利已经作为一项习惯国际法得到承认。²¹³在这些相关规则当中，各方必须采取一切适当步骤为暂时离散的家庭重聚提供便利，包括通过辨别儿童身份、建立信息局以及使用中央寻人局等。²¹⁴另外，还有一些涉及在家庭成员之间交换联系方式的规则。²¹⁵各方必须采取一切可行的步骤对于被报告失踪的个人作出说明并将其命运通知其家属。²¹⁶他们必须搜寻并收集死者，在处置尸体前记录所有可获得的信息以识别死者，并确保其遗骸得到适宜的处理。²¹⁷如《评注》所述，这一规则的本质是当局尽可能地将其亲属的命运或者在适当时将其坟墓的位置通知其家人。²¹⁸

结 论

在涉及武装冲突中的移民保护时，IHL的主要目的之一是防止强制性人员迁徙，无论是在国内还是国外。这也是关于IHL项下难民（以及国内流离失所者）保护的现有文献的主要关注之一。本文力求探讨的许多IHL规则，不仅保护移民防止其流离失所，也保护那些生活在正在经历武装冲突的国家或者正在从经历武

210 M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 34, p. 202.

211 *Ibid.*, pp. 203–204.

212 如，见《第二议定书》第4条第3款(b)、第5条第2款(b)；CRC Customary Law Study, above note 5, Rules 98, 105, 119–120, 123, 132 (防止在移送时家庭离散)。

213 ICRC Customary Law Study, above note 5, Rule 105.

214 《第二议定书》第4条第3款(b)；ICRC Commentary on APs, above note 46, paras 4553–4554.

215 《第二议定书》第5条第2款(b)；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 105, 125, 126.

216 ICRC Commentary on APs, above note 46, Rules 105, 117.

217 《第二议定书》第8条；ICRC Customary Law Study, above note 5, Rules 112, 116. See also Rules 113, 115.

218 ICRC Commentary on APs, above note 46, para. 4657.

装冲突的国家过境的更为一般意义上的移民。这些规则的主要目的是保护移民免受敌对行动影响，并确保他们在落入敌手时得到人道的对待。首先，IHL在保护平民居民的一般规则之下保护移民。另外，移民有权获得在国际性武装冲突中的特别保护。作为难民，他们还享有《第四公约》第44条和第70条第2款的特殊保护。因此，IHL包含了保护身处武装冲突局势中的移民的重要规则。但是，由于在国际性和非国际性武装冲突中，移民还继续享有国内法和其他部门国际法的保护，应当进一步思考IHL和其他国际义务之间的关系。尤其应进一步研究IHRL和国际难民法对武装冲突局势中的移民提供的补充性保护以及这些规则与IHL之间的相互作用。比如，我们上文已经提到，很有必要思考一下IHRL中的自由迁徙权和国际难民法中的返还难民的规则与关于个人移徙的IHL规则之间的关系。

尽管已经做了简要的阐述，但是要全面理解IHL中的移民保护，还应当深入思考在武装冲突期间和之后第三国基于共同第1条的义务。比如，第三国在多大程度上有责任（如果有的话）尽力确保武装冲突各方遵守其为因冲突而流离失所的移民重建家庭联系或者说明失踪或死亡移民的义务？如果武装冲突一方试图恢复家庭联系并因此要求第三国予以协助，那么后者的拒绝在多大程度上可以被视为构成对IHL的违反行为？最后，作为其避免违反IHL义务的一部分，第三国是否应当与武装冲突各方交涉为其履行义务提供便利？虽然本文不详细研究这一问题，但确定第三国这些潜在义务的存在与其范围仍然非常重要，比如在武装冲突期间或结束时说明失踪或死亡移民的下落，或者根据情况为移民的自愿返回提供便利的义务。