

“保护的责任”语境下避难者的人权保护问题

赵 洲¹ 程保志²

(1. 巢湖学院, 安徽 巢湖 238000; 2. 上海国际问题研究院, 上海 200233)

摘要: 冷战结束以后, 为保护国内人民免遭严重的人权侵害, 国际社会开始提出并逐步实践“保护的责任”的观念和原则。然而, 在“保护的责任”的语境下, 难民概念的泛化与现有的难民国际保护制度并不能相互涵盖。本文认为, 为了应对大规模的非传统意义上的难民保护问题, 国际社会应该探索和实践一种临时避难保护制度。

关键词: “保护的责任”; 寻求避难者; 难民; 遣返; 临时避难

中图分类号: D990

文献标识码: A

文章编号: 1004-8049(2014)06-0021-11

一、“保护的责任”下的避难保护问题

冷战结束以后, 原本受到压制的各种国内矛盾开始凸显和激化, 伴随着严重的国内动乱和武装冲突, 一些国家和地区不断发生大规模侵犯人权的行为, 导致严重的人道主义紧急情势。除此之外, 在全球化进程中, 基本人权在其他各种情形下也经常遭受严重的威胁或侵害。这严重损害了国际社会极力弘扬的人权价值和推进的人权秩序, 并且对国际社会造成了许多的严重问题和不利影响, 如大规模的境外难民、国内流离失所者问题。因此, 在一个相互联系

与依赖日益紧密的国际社会里, 基本人权保护是一个已经和将继续影响全人类的重大问题, 并因此成为全球治理的对象和内容之一。近十几年来, 为预防和及时有效地应对一国内部严重的人权侵害行为, 在已有的国际人权法与人道法的基础上, 国际社会开始探索和实践“保护的责任”的国际观念和原则。

2001年, “干预和国家主权国际委员会”首次系统地提出了“保护的责任”的国际新观念和原则。^① 2004年, 威胁、挑战和改革问题高级别小组报告接受和支持“保护的责任”的观念。^② 2005年, 时任联合国秘书长的科菲·安南(Kofi Annan)发表题为《大自由: 实现人人共享的发展、安全 and 人权》报告, 继续支持和倡导“保护的

收稿日期: 2013-12-30; 修订日期: 2014-03-13。

基金项目: 国家社科基金一般项目“我国政府参与全球性治理若干法律问题研究”(10BFX098)。

作者简介: 赵洲(1969—), 男, 安徽巢湖人, 巢湖学院经济管理与法学学院教授, 武汉大学法学博士, 主要研究方向: 国际法与国际政治研究; 程保志(1974—), 男, 湖北武汉人, 上海国际问题研究院全球治理研究所助理研究员, 法学博士, 主要研究方向: 国际法与国际政治。

① 干预和国家主权国际委员会的报告《保护的责任》(中文), 2001年12月, <http://www.iciss.ca/pdf/Chinese-report.pdf>。

② 威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告《一个更安全的世界: 我们的共同责任》, A/59/565。

③ 科菲·安南的报告《大自由: 实现人人共享的发展、安全 and 人权》, A/59/2005。

责任”观念。^③2005年,世界首脑会议成果明确认可了“保护的责任”这一观念,并具体界定了“保护的责任”的适用范围、措施和实施程序等。^①2006年4月,联合国安理会通过决议,重申2005年《世界首脑会议成果文件》第138和139段,关于保护平民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害的规定。^②此后,自2009年起联合国秘书长潘基文每年都公开发表相关报告,系统阐述“保护的责任”的履行。^③

综上,“保护的责任”的基本内核和框架要求是,每个主权国家都有责任保护其国内人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。国际社会也有责任根据《联合国宪章》,使用适当的外交、人道主义和其他和平手段,帮助保护人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。尽管国际社会对“保护的责任”的具体内涵和实践仍然处于争论和讨论发展中,但是“保护的责任”的上述基本内核和框架要求是客观合理的,符合基本人权保护的全球治理的需要。

国际社会承担和履行“保护的责任”需要面对和处理各种不同的情势,其中一种特殊情势是在出现或存在国内动荡或武装冲突等危险情势时,为了免遭可能或已经开始的人权侵害,人民往往大量逃离本国,寻求在他国获得避难和保护。尤其当一国政府不能或不愿保护国内人民时,这种大量逃离并寻求境外避难保护的现象往往更容易发生且变得更为严重。在涉及“保护的责任”情势的若干典型事例中,如2003年爆发的苏丹达尔富尔危机、2011年以来的利比亚和叙利亚的国内动乱与冲突,均出现了国内人民大量逃离并寻求境外避难保护的现象。然而,对于“保护的责任”情势下的避难保护请求,各国以及国际社会究竟应当如何回应,才能符合、适应2005年世界首脑会议成果文件及其后续讨论中的责任承诺,对此,“保护的责任”这一原则本身及其后续讨论发展并没有给出具体明确的答案。笔者认为,“保护的责任”所涉及的是基本人权保护的全球治理问题,根据全球

治理的基本框架与方法上的要求,“保护的责任”的具体构建与实施需要与其他的正式与非正式的制度、规则相互衔接、支持和调整。因此,对于如何回应“保护的责任”情势下的避难保护请求,需要进一步分析和整合运用相关的正式与非正式的制度、规则。

对于向他国寻求避难和保护问题,以1951年《难民地位的公约》(以下简称《公约》)及1967年出版的《难民地位议定书》(以下简称《议定书》)为基础,国际社会已经形成了特有的难民国际保护制度,并经历了长期的实践。显然,已有的难民国际保护制度、实践与如何回应、处理“保护的责任”情势下的避难保护问题之间存在着密切的关系。香港难民咨询建议中心的布莱恩·巴布(Brian Barbour)与联合国难民署的高级政策顾问布莱恩·哥利克(Brian Gorlick)认为,给予庇护根植于已有的构建良好的条约框架,它是为“保护的责任”情势下潜在受害者提供保护的一个有效工具。^④2012年7月,联合国秘书长潘基文的《保护责任:及时果断的反应》报告分析指出,联合国其他机关和机构也承担着与保护有关的任务。例如,联合国难民事务高级专员办事处(难民署)通过开展保

① 联大第六十届会议决议,《2005年世界首脑会议成果》,A/RES/60/1。

② Security Council Resolution of United Nations, On Protection of Civilians in Armed Conflict, S/RES/1674(2006), 28 April 2006.

③ 2009年1月,联合国秘书长潘基文在其《履行保护责任》的专题报告中就落实该责任提出了三大支柱战略。2010年7月,联合国秘书长潘基文提出的《预警、评估及保护责任》专题报告指出,对可能的人权犯罪,联合国需要进一步建立和增强提出预警和进行评估的能力。2011年6月,联合国秘书长潘基文的《区域和次区域安排对履行保护责任的作用》报告指出,保护责任是一普遍原则。但是,每个区域将按照自己的速度和方式,履行这一原则。2012年7月,联合国秘书长潘基文提出了《保护责任:及时果断的反应》报告,报告着重分析了“及时果断反应”的问题,评估了所采用的、以《宪章》为基础的工具和可利用的伙伴关系,以及负责任地进行保护的方式。2013年7月,联合国秘书长潘基文提出了《保护责任问题:国家责任与预防》报告,报告评估了人权暴行的肇因及违法行为的起因和发展,并审查了各国防止这些暴行罪行可以采取各种结构措施和行动措施,确定了防止暴行可能采取的其他方法。

④ Brian Barbour and Brian Gorlick, “Embracing the ‘Responsibility to Protect’: A Repertoire of Measures Including Asylum for Potential Victims”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 20, No. 4, 2008, pp. 561 – 565.

护难民、回返者和无国籍人士方面的工作,发挥着重要的保护作用。报告认为,各国通过确保向逃离暴力者提供庇护并不予驱回(难民署酌情协助),从而有助于防止灭绝种族等人权犯罪和侵犯行为。^①然而,需要进一步研究的是,现有的难民保护制度及其传统实践是否能够有效地应对解决“保护的责任”情势下的避难保护问题,是否能够适应基本人权保护全球治理的趋势与需要。

二、难民保护的局限性及存在问题

2.1 条约文本的适用局限

广义上说,难民是逃离本国,失去或不愿接受本国保护的人。但是,难民国际保护制度并不能宽泛地适用于各种情形下逃离本国的寻求避难者,其在适用对象与范围上有着严格的限定。作为难民国际保护制度核心基础的难民公约明确限定了难民的内涵与外延,使得许多寻求避难者被排除在适用对象与范围之外。根据1951年《公约》第1条,难民是指由于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由于上述畏惧不愿返回该国的人。1967年生效的《议定书》取消了公约对难民定义在时间上和地域上的限制。根据公约及其议定书,一个人要具有难民身份必须符合三个条件:栖身于本国或经常居住国之外;不能或不愿受本国保护和不能或不愿返回经常居住国;有正当理由畏惧迫害。其中,畏惧迫害并不要求个人一定遭到实际的迫害,而要求一种迫害情势的存在使人可能遭遇迫害,并非人们的假想或虚构。^②

根据《公约》及《议定书》的难民定义,难民国际保护制度的适用对象与范围存在着明显的局限性。第一,《公约》及《议定书》将“畏惧迫

害逃离本国”的事由严格限制在“种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解”此类情形。据此,如果不具有上述五种避难事由中的任何一个,即便与《公约》所界定的难民面临着同样或类似的困境与危险,也不能成为《公约》意义上的难民。例如,不具有《公约》所要求的避难事由,仅仅因为畏惧和逃避战争、国内动乱、国内武装冲突、自然灾害以及环境危机所形成的“难民”就不能被《公约》所认定和保护。联合国难民署制定的《界定难民身份的标准与程序手册》明确指出,因为国内武装冲突而被迫离开本国的人,一般不被认为是《公约》及《议定书》下的难民。^③英国威斯特敏斯特大学的海伦·朗伯特(Helene Lambert)教授认为,面对武装冲突和不分皂白的暴力的受害者,1951年《公约》是有局限的。因为公约中的难民定义主要是个人主义的,而且,公约针对的是基于特定事由的迫害行为。^④第二,根据《公约》及《议定书》,决定难民身份的一个关键标准是“畏惧迫害”,这通常意味着政府对个人的故意行为。对于那些只是因为国内政治、社会不稳定、暴力与武装冲突或者经济贫困等因素而逃离,但不涉及政府对个人迫害的寻求避难者,他们往往并不能被《公约》所承认和保护。^⑤当然,在2006年,有更多的欧洲国家确认由非国家机构进行的迫害也属于难民定义的范畴,而普遍公认的

^① Report of the Secretary - General, “Responsibility to Protect: Timely and Decisive Response”, A/66/874 - S/2012/578, 25 July 2012, pp. 11 - 12, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/438/79/pdf/N1243879.pdf?OpenElement>.

^② 梁淑英 “非法入境难民的处理原则”,《法学杂志》2008年第6期,第2-13页。

^③ UNHCR, “Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees”, para. 164, http://www.unhcr.org/hk/files/useful_resources/Important_documents/Handbook_on_Procedures_and_Criteria_for_RSD.pdf.

^④ Helene Lambert, “The Next Frontier: Expanding Protection in Europe for Victims of Armed Conflict and Indiscriminate Violence”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 25, No. 2, 2013, pp. 207 - 208.

^⑤ Gil Loescher, *Beyond Charity, International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, New York: Oxford University Press, 1993, pp. 5 - 6.

是另外一种情况。^①

基于上述分析,就“保护的责任”而言,其所涉及的是遭受灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害,但这些极为严重和特殊的人权侵害也并非全部都基于或含有《公约》及《议定书》所规定的避难事由,或存在着政府对个人的直接迫害。例如,武装冲突中对平民的杀害、酷刑、强奸等可能构成战争罪、危害人类罪,但这样的侵害行为并不总是或必然符合《公约》规定的避难事由。因此,在“保护的责任”情势下,有一些寻求避难者势必被排除在《公约》及《议定书》所界定的难民之外,不能为难民国际保护制度所涵盖和保护。当然,为尽可能扩大难民国际保护制度的保护范围,在根据《公约》及《议定书》具体确定避难寻求者的难民身份时,可以尽量地将寻求避难者所面临的危险与《公约》所要求的避难事由和(或)政府迫害因素相联系,作出相关性解释从而满足难民的构成条件。例如,1998年难民署执委会关于国际保护的说明指出,战争很可能就是迫害的手段,是迫害者选择用来镇压或消灭整个人群的手段,原因是他们的种族或其他联系。前南斯拉夫和非洲大湖地区的冲突都是十分典型的例子,在那里,暴力被用作对特定的社会群体进行迫害的手段,种族和宗教清洗是发动战争的最终目的。^②但作出相关性解释这样的处理是有限度的,而且在实际运用中也存在着困难和不确定性。例如,在前南斯拉夫的国内武装冲突中,尽管存在着基于种族的迫害的充分证据,许多波斯尼亚人依然被认为仅仅是因为畏惧暴力的一般威胁而逃离。^③而且在有些情况下通过解释强行确立的联系是牵强的,甚至完全行不通。因此,对《公约》所要求的条件进行解释联系是有限度的,而且往往存在着实际困难。“保护的责任”所涉及的情势下,许多寻求避难者依然不能为难民国际保护制度所涵盖和保护。

2.2 难民的范围扩展及其局限

由于《公约》及《议定书》的难民定义存在着明显的局限性,建立在此基础上的难民国际

保护制度难以介入和解决各种广义上的“难民”问题。因此,在一些区域层面和难民国际保护的实践中,难民的内涵和外延开始扩大。1969年,非洲统一组织《关于非洲难民问题特定方面的公约》将难民扩展为,由于外来侵略、占领、外国统治或在其原籍国的部分或全部发生严重扰乱公共秩序的事件,而被迫离开其本国的人。1984年,中、南美洲国家的《卡塔赫纳宣言》提出,该区域使用的难民定义应包括因以下原因逃离本国的人:由于普遍化的暴力、外国侵略、国内冲突、大规模侵犯人权或其他严重扰乱公共秩序的环境等原因,生命、安全或自由受到威胁而逃离本国的人。显然,根据这两个区域文件,难民已经不再是《公约》及《议定书》所界定的狭义概念,而是能够充分反映和适应实践变化和需要的广义上的“难民”概念。

2000年2月,亚非法律咨询委员会通过一项有关难民地位与待遇的决议。根据该决议,“难民”这一术语也适用于由于外来侵略、占领、外国统治或在其来源国或原籍国的部分或全部发生严重扰乱公共秩序的事件,而被迫离开其习惯居所在其来源国或原籍国之外寻求庇护的人。^④有学者认为,1969年《关于非洲难民问题特定方面的公约》和1984年《卡塔赫纳宣言》被认为是对难民定义的重要发展,它不仅反映了非洲和美洲的实际情况,而且对世界其他地区也具有普遍意义。在后来难民署的实践中,难民高级专员的保护范围已经大大超越了“公约难民”的标准。那些从联合国难民高专行动中

^① Executive Committee of UNHCR, “Note on International Protection”, A/AC.96/1038, 29 June 2007, p. 5, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/014/55/pdf/G0701455.pdf?OpenElement>.

^② Executive Committee of UNHCR, “Note on International Protection”, A/AC.96/898, 3 July 1998, p. 2, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/016/39/img/G9801639.pdf?OpenElement>.

^③ Khalid Koser and Richard Black, “Limits to Harmonization: The ‘Temporary Protection’ of Refugees in the European Union”, *International Migration*, Vol. 37, Issue 3, 1999, pp. 526.

^④ Annex - I of Resolution on the “Status and Treatment of Refugees”, adopted on February 23, 2000, <http://www.aalco.int/39thsession/streairoIV.pdf>.

受益的人,被称为“受高专关注的人”或“章程难民”,“章程难民”与“公约难民”的区别在于,“章程难民”可从高专行动中受益,但却不能享受赋予“公约难民”的权利,除非他们同时被某一公约缔约国承认为难民。^①

虽然一些区域文件与联合国难民署在其实践中对难民定义进行了极大的扩展,但它对《公约》及《议定书》所界定的难民概念的影响和作用是有限的。第一,在区域层面,目前仅有非洲与中、南美洲试图扩展难民概念,其中只有1969年的《非洲难民公约》具有法律约束力,可以在非洲区域层面扩展原有的难民概念。在此之外,《公约》及其《议定书》所界定的难民概念依然维持着其稳定性与有效性,欧盟也一直坚持和遵循着这一难民定义。1996年3月,欧盟作出的“关于具体实施《难民地位公约》难民定义标准的共同立场”强调,在审查难民申请时,要时刻注意与1951年《公约》第1条对难民的定义保持一致,并参照《联合国难民法指南》的规定处理难民庇护申请。^②欧盟指令2004/83第1条(C)项对“难民”的规定是,第三国公民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由于上述畏惧不愿返回该国的人。其他需要国际保护的人依然不能成为难民,对这些人将按照另外的补充保护(subsidiary protection)机制予以处理。^③第二,虽然联合国难民署在其实践中对难民定义进行了扩展,但这仅仅局限于该组织的职能活动方面,并不能以此约束、要求国家扩大难民保护的範圍。在如何确定难民资格和提供避难保护方面,对一国构成约束与依据的仍然是《公约》及《议定书》的难民定义,除非其他的正式有效的国际规范已经对其作出更新或补充调整。事实上,从1951年到目前为止,《公约》及《议定书》的难民定义没有被修订,也没有其他的普遍性的多边条约对原有的难民定义作出修改扩展。

从习惯法对条约的修改来看,虽然联合国难民署在其实践中扩展了难民定义,但在这方面缺乏普遍一致的国家实践,也没有形成法律确信,欧盟对原有的难民定义的坚持和遵循就是一个例证。即便是在美洲区域层面,2007年难民署执委会有关国际保护的说明指出,一些拉美国家不大愿意采用1984年《卡特赫纳宣言》的比较宽泛的难民定义,即使在该宣言是国家法律框架一部分的情况下也是如此。^④因此,国际社会尚未形成有关修改扩展难民概念的习惯法规则。综上所述,虽然扩展的“难民”概念可以将“保护的责任”所涉及情势下的寻求避难者全部涵盖进来,但在非洲区域层面或国家自愿接受认可的情形之外,扩展的“难民”概念对各国并不具有约束力,各国遵循的依然是《公约》及《议定书》的难民定义,并以此为基础来确定难民资格和提供避难保护。对于那些为了免遭可能或已经开始的人权侵害,逃离本国的寻求避难者,难民国际保护制度依然不能全部涵盖和提供保护。

2.3 难民最终解决方案所存在的问题

即便在“保护的责任”情势下的寻求避难者被东道国承认为难民并给予接纳,但是这些寻求避难者不可能永久地以难民身份居留下去。面对当代严重的难民问题,联合国难民署所追求的目标是“永久性解决”,也就是使难民不再

^① 张爱宁“难民保护面临的国际法问题及对策”,《政法论坛》2007年第6期,第163-171页。

^② European Union, Joint Position Defined by the Council on the Basis of Article K.3 of the Treaty on European Union on the Harmonized Application of the Definition of the Term “Refugee” in Article 1 of the Geneva Convention of 28 July 1951 Relating to the Status of Refugees (Annex 1), 4 March 1996, 96/196/JHA.

^③ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, OJL 304, 30/09/2004 pp. 12-23.

^④ Executive Committee of UNHCR, “Note on International Protection”, A/AC.96/1038, 29 June 2007, p. 6, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/014/55/pdf/G0701455.pdf?OpenElement>.

成为难民。^①根据难民国际保护制度,对难民的最终解决方案有三种:一是就地融合;二是转到第三方安置;三是遣返至来源国。根据这三种最终解决方案的传统基本构想与要求,在难民、来源国、东道国之间形成的权利义务格局具有以下核心内涵与特征。第一,这三种最终解决方案是可供平行选择的方案,没有将遣返这一方案作为应优先选择的方案。不仅如此,传统的难民最终解决方案更多的是以东道国庇护和第三方重新安置为中心,力求使难民在本国境外获得永久保护。1951年《公约》第34条规定:缔约各国应尽可能便利难民的入籍和同化,应特别尽力加速办理入籍程序,并尽可能减免此项程序的费用。第二,遣返至来源国需要遵循一定的条件。按照联合国难民署的传统要求,遣返应当符合以下前提条件:难民来源国的情况发生根本变化,难民自愿作出返回的决定,联合国难民署、东道国、难民来源国达成遣返的三方协议,确保返回者的尊严和安全。第三,延续和遵循“不退回”原则,侧重考虑和保护的是难民的权利,忽略东道国面临的实际困难及其应有的自主权利,尤其突出的是,完全没有考虑难民来源国在解决难民问题上本应承担的特殊责任。

传统的难民最终解决方案虽然充分体现了对难民的国际保护,与“保护的责任”所提出的保护人民免遭人权侵害的目标是一致的,但是其保护的战略和方法定位与“保护的责任”的宏观架构是有重大差异的。具体来说,“保护的责任”虽然要求国家和国际社会在人权保护领域共同承担责任,以保护人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害,但是国家和国际社会所承担的责任是有区别的。作为现代国际社会的基本单元,主权国家是保护本国人民免遭人权侵害的首要主体也是最终的主体,而作为国际社会成员的其他国家和国际社会整体所承担的只能是辅助、补充性的责任。也就是说,只有当一国在特定的情势下不能或不愿履行对国内人民的“保护的责任”时,其他国家和国际社会才应当及时地干预和提供保护。但是

这种外部的干预和保护只能是暂时的,其他国家和国际社会不可能也不应该永久地替代一个国家去保护它的人民。

“保护的责任”最终所要实现的是,国际社会通过各种方法促使一国改变其严重违反人权的政策和行为,或帮助一国改善和加强其保护国内人民的机制和能力,使其重新承担、履行保护国内人民的首要责任,最终使各国人民在其本国境内获得永久保护。因此,对于“保护的责任”情势下获得难民身份的人而言,按照“保护的责任”的要求,在其最终解决方案中,这些难民的来源国应当承担首要的和最终的责任。只有这样,现代国际社会的秩序结构才能得到有效维护。而传统的难民最终解决方案恰恰没有突出、强调难民来源国的根本责任,缺乏从宏观国际秩序结构上予以定位和处理。

对于那些带有明显的个人特征的、具有强烈政治因素的、而且逃离的原因难以改变或消除、确实不适合返回的难民来说,传统的难民最终解决方案的思路和方法是合理有用的。但是面对日益增多的没有明显政治因素的难民,尤其是大规模的难民,传统的难民最终解决方案的思路和方法就不再是适宜的。仅仅着眼于难民的微观个人权利,有意或无意地遗漏或淡化了难民来源国的责任。这不仅无法促使难民来源国改变其国内的人权迫害政策和情势,反而纵容或便利于难民来源国继续推行其人权迫害政策,达到清洗国内特定种族或人群的目的。在宏观效果上,传统的难民最终解决方案容易鼓励、刺激产生更多的难民,并持续地滞留在东道国,给东道国和国际社会造成更大的不稳定和压力,影响、破坏国际社会的正常秩序。总之,对于“保护的责任”情势下的寻求避难者,传统的难民最终解决方案似乎可以充分地保护其免遭严重的人权侵害,但是它将严重影响、破坏“保护的责任”的合理内核和支柱战略。

20世纪70年代晚期,在难民最终解决方案

^① 李少军“论难民问题”,《世界经济与政治》,1997年第6期,第20-23页。

问题上,开始转向优先考虑和选择遣返方案。1980年,难民署执委会18号国际保护结论承认,自愿遣返一般构成了难民问题的最合适解决方法。在后来的多次执委会结论中,自愿遣返一直被确认为是在可行的情况下最合适的首选的难民问题解决方法。^①虽然遣返方案开始得到优先考虑和重视,但它依然受到传统难民国际保护制度、政策观念等方面的框架约束与影响,即以难民个人权利保护为中心和单一考虑。第一,遣返被认为应当是自愿性的,并且应该以尊重“不推回”原则的方式进行。当然,“自愿性”并不是一项具有法律约束力的必备条件。“自愿遣返”观念反映的是对国家的政策建议,而不是在解决遣返问题上所应遵循的法律义务。^②第二,对于是否能够实施遣返,根据《公约》的“不推回”原则与“停止难民地位”条款的要求,其根本的法定条件是,被遣返对象是否继续符合难民资格标准。在对《公约》中的“停止难民地位”条款的解释适用方面,联合国难民署制定的指导方针也提出了严格的适用条件,即难民来源国的情况已经发生了根本的、持久的变化,并且使得难民可以重新获得本国的保护。^③当然,对于难民遣返问题上的这些框架约束与影响,实践中可以进行一定的灵活解释与宽松处理。

对于遣返问题,联合国难民署在实践中作出了灵活解释与宽松处理:不再要求来源国的国内形势发生根本好转。在不那么理想的情况下也可以实施遣返,例如,来源国的国内条件不需要得到实质性的改善,只需要“略微”的改善。面对大规模的难民,调查评估遣返的自愿性存在着巨大的困难,联合国难民署通过对信息的筛选控制和安全形势的自主研判来影响、左右难民的决定,使遣返的决定不再依赖难民的同意或者有关返回是否安全的判断。^④2010年5月,乌干达、卢旺达与联合国难民署组成的三方委员会宣布,2011年12月乌干达将对卢旺达难民适用“停止”条款。有观点认为,卢旺达依然缺乏有效的民主、法治,适用“难民地位停止”条款并不符合难民署指导方针所提出的各种要

求。^⑤总的来看,20世纪70年代晚期以来,难民遣返已经成为优先考虑和选择的最终解决方案,这与难民形势的深刻变化是相适应的,也顺应了“保护的责任”的合理内核和支柱战略。然而,难民遣返方案的实施依然受到传统难民国际保护制度、政策观念等方面的框架约束与影响,即以难民个人权利保护为中心而忽略国际秩序的塑造和维护。虽然在实践中可以对这些框架约束作出灵活解释与宽松处理,但这是有限的,往往存在不确定性和充满争议。这就依然不能从根本上扭转难民来源国的首要责任被遗漏或淡化的问题,不能充分地适应国际秩序的塑造和维护要求,即建立和维护一个由负责任的主权国家所组成的国际体系,在这样的国际秩序结构下关注和保护国内人民。

三、临时避难保护制度的配套支持

为了应对解决大规模的非传统意义上的难民保护问题,在正式的难民国际保护制度之外,国际社会正在逐步探索和实践一种临时避难保护制度。1979年,针对寻求避难者大规模涌入的困难情形,难民署执委会的15号难民国际保护结论正式提出,寻求避难者应至少得到临时避难。面临难民大规模涌入压力的国家应当按照负担公平分摊的原则得到援助。1980年,难

^① Executive Committee of UNHCR, “A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions”, 6th edition, June 2011, pp. 42 - 52, <http://www.unhcr.org/3d4ab3ff2.html>.

^② Michael Bandick, “Involuntary Repatriation When Refugee Protection is no Longer Necessary: Moving Forward after the 48th Session of the Executive Committee”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 10, No. 1/2, 1998, pp. 247 - 251.

^③ UNHCR, “Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/03, 10 February 2003, <http://www.unhcr.org/3e637a202.html>.

^④ [美]迈克尔·巴尼特·玛莎·芬尼莫尔著,薄燕译《为世界定规则:全球政治中的国际组织》,上海人民出版社,2009年版,第136-150页。

^⑤ Kelly E. McMillan, “Uganda’s Invocation of Cessation Regarding Its Rwandan Refugee Caseload: Lessons for International Protection”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24, No. 2, 2012, pp. 231 - 262.

民署执委会就临时避难专门作出19号结论。在难民大规模涌入的情况下,寻求避难者至少应得到临时避难。该结论阐述了临时避难的一些重要内容,如“不推回”这一人道法律原则的遵守、负担的公平分摊原则等,且认识到需要对临时避难的性质、功能、含义作出界定。1981年,难民署执委会的22号结论认为,在难民大规模涌入的情况下,一国如果不能在永久的基础上承认接纳寻求避难者,至少也应该在临时的基础上无歧视地予以承认接纳。该结论就给予最低限度的保护提出了具体的要求。1994年,难民署执委会的74号结论指出,作为曾经在前南斯拉夫人道危机情形下实施的综合应对措施,临时保护是适用于涉及大规模逃离的冲突或迫害的一种富于实效的灵活方法。该结论欢迎对作为一种庇护战略的临时保护作进一步的研究,呼吁难民署与相关的各国政府紧密合作,在实施临时保护以及以遣返为导向的其他形式的庇护方面协调行动与提供指导。2005年,难民署执委会的103号结论认为,作为难民大规模涌入情况下的一种紧急保护措施,临时保护应当明显地区别于其他形式的国际保护。^①

1979年5月,阿鲁沙会议的庇护建议指出,临时避难这一概念在《非统组织难民公约》第2(5)条中已经得到反映,随着实践的发展,这个概念应该得到进一步加强和深化。1990年,美国的移民法设立了一种“临时受保护身份”,规定因其国籍国正处于武装冲突、自然灾害等情况而无法回国的人可以申请在美临时避难,期限为6—18个月,到期后如其国籍国恢复正常状态,他就必须回国。冷战后,欧洲一些国家出现了大量难民涌入的情况。大多数欧盟成员国均采取了特殊的临时避难保护政策。在这种背景下,欧盟开始逐步形成临时避难保护机制。1995年9月,欧洲理事会出台《关于流离失所者临时准入和居住责任分担的决议》,强烈要求成员国继续对因武装冲突或内战而处于危险状态的人给予必要的临时性保护,但没有就如何实施相应的措施提出具体指示。1996年3月,欧洲理事会通过《关于流离失所者临时准入和居

住责任分担的灵活紧急程序的决定》,再次重申给予流离失所者临时保护的必要性,但仍未提到该政策如何具体化。

1998年6月,欧委会提出了两项为流离失所者提供临时保护的建议:一是建立临时性的保护机制,二是制定措施加强成员国之间的团结。欧洲理事会强调,成员国在应对流离失所者时加强团结的重要性,提出在共同体预算中增加财政援助以支持接纳大量难民的成员国。2000年9月,欧洲理事会做出建立欧洲难民基金的决定。该基金的主要目标之一是通过给予财政支持来缓解成员国的负担,以便为申请难民地位或临时保护的人提供住宿和法律援助。另外,难民基金还支持难民和流离失所者适应成员国一体化和适应进程,并为遣送流离失所者回归原属国及其安置提供支持。此后,在《关于给予流离失所者临时保护的最低限度标准和促进成员国接纳此类人员及承担相应责任的指令》中,欧委会进一步建议采取统一的最低限度标准,再次指出能否成功接纳或应对大量涌入的流离失所者,主要取决于成员国之间的团结和合作。它还把团结分为财政团结和具体接纳活动的团结两类,财政团结是关于难民基金的建立和使用,接纳活动的团结只是原则性的,它没有强制要求成员国必须接纳或帮助其他成员国接纳流离失所者,只要求成员国对自身的接纳能力进行一个整体评估,而成员国之间的团结行动也基于自愿。^②

目前,欧盟对暂时性保护的相关规定主要体现在欧盟指令2001/55/EC中。该指令第2条对“暂时性保护”作出定义,即“针对无法返回原籍国的第三国公民大规模涌入,为了保护他们的利益以及其他申请者,各成员国需采取例外措施,向上述群体提供及时的暂时性保护,特别是当难民保护体系不足以应对该大规

^① Executive Committee of UNHCR, “A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions”, 6th edition, June 2011, pp. 515-519, <http://www.unhcr.org/3d4ab3ff2.html>.

^② 甘开鹏,《阿姆斯特丹条约》与欧盟难民政策的发展,《云南财经大学学报》(社会科学版)2010年第3期,第123-125页。

模涌入的情形时”。具体来说,针对大规模涌入的无法返回原籍国的公民,欧盟为其提供以下几方面的最低保护:A. 在有限时间内的居住许可(该期限为一年至三年);B. 提供暂时性保护的适当信息;C. 工作权或受雇佣权;D. 住房、社会福利或生活资料;E. 医疗保障权;F. 未成年人受教育权;G. 特定条件下的家人团聚权;H. 保障进入正常庇护程序。所有成员国均被要求在2002年12月31日前将该指令的内容转化为本国相应法律规范。^①总之,“与建立在个人庇护程序相关原则基础上的《日内瓦公约》规定的难民法相并行,考虑到近年来的人道主义危机(如波斯尼亚和黑塞哥维那以及科索沃的危机)在欧洲特别形成了一个基于人道考虑的临时保护的制度。这一制度规定,不再评定个人的庇护申请并给予其难民地位,而是从这些相关国家来的整个群体被集体地给予免受迫害的保护,直到他们能够安全地回国。但是,他们的地位只被赋予相对根据《公约》承认的难民地位来说很低限度的权利,而且时间有限并随后实施遣返”。^②

对于应对“保护的责任”情势下的避难保护问题,临时避难保护制度具有良好的制度配套价值和独特的优势。第一,1951年《公约》及《议定书》对难民的界定极为狭隘,以此为基础的难民国际保护制度不能完全涵盖和保护在“保护的责任”情势下的寻求避难者。而临时避难保护制度的适用情形是各种“紧急情势”,能够对之全部涵盖和保护。第二,正式的难民国际保护制度建立在对个人身份的逐个甄别和确认的基础上,不能迅速地应对解决“保护的责任”情势下的大规模避难保护请求。而临时避难保护制度建立在对某个群体身份的集体确认的基础上,能够及时有效地应对处理紧急情势下的避难要求。第三,“保护的责任”的合理内核所要求的是,只有当一国不能或不愿履行“保护的责任”时,国际社会才应承担这一责任。如果一国国内并不存在着不能或不愿履行“保护的责任”的情况,国际社会则无需介入,个人也无权要求其他国家和国际社会提供避难保护。

在这方面,正式的难民国际保护制度并不考虑寻求避难者的来源国是否存在着不能或不愿履行人权保护责任的情况,而主要考虑寻求避难者个人的畏惧和主观选择,即寻求避难者可以基于畏惧而主观选择不受本国保护或不返回。如果对“保护的责任”情势下的寻求避难者适用这样的制度,势必将加大、扩展国际社会在“保护的责任”领域的责任负担,影响国际关系的正常框架结构与秩序。与正式的难民国际保护制度所不同的是,临时避难保护制度是建立在各种“紧急情势”的基础上,并不认可寻求避难者个人基于畏惧的主观选择,因此,临时避难保护制度非常契合“保护的责任”的框架结构与要求。第四,临时避难保护制度没有要求东道国对寻求避难者提供与其本国国民相近或相同的待遇,也不会直接引起“就地融合”或者长期居留问题。同时,临时避难保护制度具有人道主义援助的中立性质,一般不涉及对来源国的负面评价,不易引起国家间的敌对和紧张关系。因此,临时避难保护制度能够减轻东道国的顾虑和负担,有助于东道国积极承担责任。第五,与难民国际保护机制相比,临时避难保护制度在其内容和具体实施中不具有任何的移民色彩或入籍归化效果,而完全以启动和完成“返回”为根本目标,从而能够始终把寻求避难者的来源国约束在责任框架内,实现“保护的责任”原则对来源国所界定的首要和最终的责任。第六,临时避难保护制度是一种以“团结合作与负担分摊”原则为基础的人道主义应急机制,它适合“保护的责任”情势下大规模的避难保护需求。在这方面,欧洲区域的临时避难保护制度已经形成了较为具体、明确的内容,欧盟试图建立财政共担机制和加强成员国间的团结合作,来作为开展临时避难保护工作的必要基础,同

^① Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof, OJ L 212/12 7 July 2001.

^② [奥]曼弗雷德·诺瓦克著 柳华文译 孙世彦校《国际人权制度导论》,北京大学出版社2010年版,第39页。

时,欧盟还制定了针对临时避难的最低保护标准。这样的区域机制及其扩展契合国际社会履行“保护的责任”的特殊要求,即不是由东道国孤立、分散地对他国人民提供辅助、补充的保护,而是由国际社会成员以及非政府国际组织等多元主体团结合作,以整体的力量来承担这一责任。

综上,为了应对解决大规模非传统难民的避难保护问题,国际社会正在逐步形成和运用临时避难保护制度。这种临时避难保护制度在性质、宗旨、方法和内容等方面已经明显不同于传统的难民国际保护制度。不过,临时避难保护制度尚未成为一种普遍性的正式制度,它主要体现在联合国难民署的政策建议和实际工作中,以及有关国家或区域层面的规范文本和实践中。尽管如此,由于其特有的产生背景与制度内涵,临时避难保护制度应该成为“保护的责任”领域的一种适宜的配套制度安排,以便使国际社会能够切实有效地履行其承诺的人权保护的责任。

四、余 论

对于“保护的责任”情势下逃离本国的寻求避难者,以1951年的《公约》及《议定书》为基础的难民国际保护制度,只能为其中的符合难民定义的部分人提供保护。面对寻求避难者大规模涌入的情形,难民保护的主体与范围发生了一定的扩展,但这并没有根本改变难民保护机制在“保护的责任”情势中的适用局限性。同时,难民最终解决方案的传统内涵和实践,与“保护的责任”的合理内核和框架战略并不完全契合。针对大规模的非传统意义上的难民保护问题,国际社会已经逐步形成了一种临时避难保护机制。对于解决“保护的责任”情势下的大规模避难保护问题,临时避难保护机制应该成为一种适宜的配套制度安排。

由于他国尤其是周边邻国的国内动乱或武装冲突等原因,中国过去已经并将继续面对人道主义紧急情势下的包括“保护的责任”情势下

的大规模的寻求避难者,如何应对处理对中国构成了巨大的挑战和压力。虽然中国在1982年已经加入了1951年《公约》及《议定书》,但是对新形势下的大规模非传统难民,中国尚未形成有针对性的符合国际责任、国际秩序发展要求和本国利益需要的国内立法和政策。因此,对于突发的大规模难民涌入以及最终解决问题,中国往往只能被动应对,并因此产生了很多复杂、棘手的问题。例如,20世纪70年代末期,大量来自越南、老挝、柬埔寨的印支难民涌入中国。据统计,到20世纪80年代初,进入中国的印支难民共有28.3万人。中国政府本着人道主义精神对他们给予了妥善的安置。30余年来,中国政府为此付出了巨大的人力、物力和财力。但时至今日,此问题仍未从根本上得以解决,大量难民的长期滞留已经造成了许多问题,并逐渐成为社会的负担。^①再如,缅甸自1948年独立以来,政府与高度自治的地方民族势力一直存在矛盾,中国由于奉行“不干涉内政”的原则,分别与缅甸政府、民族地方武装发展双边关系。每当缅甸政府与民族地方武装发生军事冲突时,面对涌入中国的缅甸难民,我国一直处于比较被动的应对局面。如果中国延长难民停留时间,缅甸政府则会认为中国政府支持民族地方武装,这样中国与缅甸政府的关系会变得紧张;反之,中国则会与民族地方武装的关系会变得紧张。如果中国不实行人道主义救援,就会被西方国家指责为违反国际法中的难民“不推回”原则,则会陷入外交困境之中,进而也影响中国的国际形象。^②

为妥善应对处理新形势下的大规模非传统难民问题,顺应国际社会所确认的人权国际保护的新原则和战略,建立和维护一个以负责任的主权国家为基础的国际体系结构与秩序,中国需要改变单纯依据人道主义一般要求的被动局面。为此,中国应借鉴已有的制度和实践,在

^① 肖震宇“云南印支难民问题的审视及思考”,《云南大学学报》(法学版)2011年第4期,第151-155页。

^② 钟贵峰“中国边疆治理中的缅甸难民问题”,《云南行政学院学报》2012年第6期,第66-68页。

国内层面建立和完善一种专门的临时避难保护机制,并据此恰当地界定和履行自己的国际责任。同时,在国际层面进一步推进有关临时避难保护的“团结合作与负担分摊”机制的形成和实施,动员、组织国际社会各方面的资源和力量,

共同承担提供临时避难保护的负担与各种压力。

编辑 罗凤灵

The Issues of Human Rights Protection for Refugees in the Context of “Responsibility to Protect”

ZHAO Zhou¹ CHENG Baozhi²

(1. *Chaohu University, Chaohu 238000, China*; 2. *Shanghai Institutes for International Studies, Shanghai 200233, China*)

Abstract: After the Cold War, to protect people from severe infringement on human rights, the international community has put forward and practice the idea and principle of “responsibility to protect”. In the context of “responsibility to protect”, the over-generalization of the concept of refugees is not compatible with the existing international protection system of refugees. This paper argues that the international community should study and practice a temporary protection system in response to the demand of the protection of a large number of non-traditional refugees.

Key words “responsibility to protect”; asylum seeker; refugee; repatriation; temporary refuge