



国际法委员会

第六十一届会议

2009年5月4日至6月5日和
7月6日至8月7日，日内瓦

关于驱逐外国人问题的第五次报告

特别报告员莫里斯·卡姆托先生

目录

	页次
导言	3
第一部分 一般规则(续)	6
三. 一般原则	6
B. 在遵守国际法规则的情况下行使权利(续 A/CN. 581; 该节的标题已改)	6
2. 尊重个人基本权利要求的限制	6
(a) 序言	6
(一) 保护所有人的权利	6
(二) “基本权利”的概念	9
(三) 基本权利和人权的“不可触犯的核心”或“不可减损的核心”	13
a. 定义	13
b. 内容	16
(b) 尊重人权的一般义务	17



第 8 条：在驱逐过程中尊重人权的一般义务	18
(c) 遭受驱逐者得到保护的特别权利	18
(一) 生命权	19
第 9 条草案：保护被驱逐者生命权的义务	23
(二) 享有尊严的权利	23
第 10 条草案：尊重正遭受驱逐者的尊严的义务	25
(三) 禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚	25
a. 酷刑	28
b. 残忍、不人道或有辱人格的待遇	33
(一) 一般情况	33
第 11 条草案：防止被驱逐者遭受酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇的义务	38
(二) 儿童的特殊情况	39
第 12 条草案：保护被驱逐儿童的特定情况	41
(四) 尊重遭受驱逐者的私人与家庭生活	41
第 13 条草案：尊重私人与家庭生活权利的义务	47
(五) 不歧视	47
第 14 条草案：不歧视义务	50

导言

1. 特别报告员在其第四次报告¹中审视了双重或多重国籍情况下的驱逐问题，随后审视了丧失国籍或剥夺国籍问题。虽然特别报告员对这些问题的分析在委员会会引起热烈讨论，但委员会多数成员同意他的结论，认为即使是在逐步发展国际法的框架内，委员会也没有理由为这些问题制订规则草案，²因为本专题讨论的是驱逐外国人，而不是国籍制度。

2. 此外应记得，2008年委员会第六十届会议期间为审议驱逐双重或多重国籍人员和与驱逐有关的剥夺国籍的做法引起的问题而设立的工作组得出了下列结论：(a) “条款草案评注应该表明，不驱逐国民原则在本条款草案中也适用于已合法获得一个或多个其他国籍的人员”；(b) 评注中应列入“更确切的提法，表明国家不应使用剥夺国籍的手段规避不驱逐国民原则规定其承担的义务”。委员会已核可这些结论，并要求起草委员会在其工作中考虑到这些结论。³

3. 大会第六十三届会议期间第六委员会审查国际法委员会第六十届会议报告时，各国代表就此专题以及就第四次报告中阐述的问题表明了各自立场。但最后经过辩论，就此专题发表意见的多数代表团同意特别报告员的看法，认为国际法委员会不宜拟订关于在双重或多重国籍、丧失国籍或剥夺国籍的情况下驱逐的条款草案。⁴

4. 关于该专题的一般事项、适用范围、特别报告员提议的定义以及驱逐权及其限制，即使在此阶段，也有少数国家对关于驱逐外国人的专题是否适合于编纂和逐步发展表示怀疑。⁵其他国家认为，显然没有必要编纂某些方面的条款，如关于移徙工人等。⁶另一些国家认为，与拒予入境、引渡、其他形式的移送等有关的问题应不属本专题范围，⁷武装冲突情况下的驱逐、⁸难民地位、不推回和人

¹ A/CN.4/594。

² 同上，第35段。

³ 见《大会正式记录，第六十三届会议，补编第10号》(A/63/10)，第171段。

⁴ 尤其见下列国家代表的发言：加拿大(A/C.6/63/SR.20，第34段)、法国(A/C.6/63/SR.19，第17段)、希腊(A/C.6/63/SR.24，第5段)、伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/63/SR.24，第39段)、以色列(A/C.6/63/SR.24，第77段)、意大利(A/C.6/63/SR.19，第98段)、新西兰(A/C.6/63/SR.22，第9段)、荷兰(A/C.6/63/SR.20，第16段)、卡塔尔(A/C.6/63/SR.21，第57段)和联合王国(A/C.6/63/SR.21，第25段)。

⁵ 见日本代表的发言(A/C.6/63/SR.22，第18段)和联合王国代表的发言(A/C.6/63/SR.21，第25段)。

⁶ 见丹麦代表以北欧国家名义的发言(A/C.6/63/SR.20，第2段)。

⁷ 见美国代表的发言(A/C.6/63/SR.21，第9段)。

⁸ 见美国代表的发言(A/C.6/63/SR.21，第9段)和以色列代表的发言(A/C.6/63/SR.24，第76段)。

口流动问题也应予以排除。⁹ 关于定义,一些国家认为,“领土”一词含糊不清,¹⁰ 没有必要对“行为”一词另下定义。¹¹ 另一代表团建议委员会按照每个国家在此领域的现有义务明确规定“难民”一词的定义。¹² 各国坚持认为,有必要平衡国家驱逐外国人的主权权利与人权法规定的限制这两者的关系,尤其需要平衡驱逐权与保护人权和外国人待遇的规则的限制的关系。¹³ 一些国家认为,本着这种精神,从另一角度来看,驱逐权意味着各国义务重新接纳本国国民。¹⁴ 此外,有一个国家表示,驱逐应以国家立法确定的合理理由为依据,如公共秩序、国家安全等。¹⁵ 另一个国家认为,非法入境的外国人应可以非法入境的理由予以驱逐。¹⁶

5. 如大家所知,各国就已经在委员会引起激烈辩论的问题发表了评论和意见。经过这些辩论,特别报告员得以做出澄清并提供必要的细节,委员会得以随专题审议的进展做出调整,确定专题的总体方向。因此,特别报告员没有重述这些问题,尤其是因为第二次报告已适当述及其中大多数问题。

6. 尤其关于第四次报告中阐述的双重或多重国籍情况下的驱逐、剥夺国籍后驱逐等问题,各代表团对特别报告员分析的某一特定方面表示关切。有一个国家对拟订一项不驱逐国民的条款草案的依据表示怀疑。¹⁷ 然而,一些国家强调,国际法禁止驱逐国民,¹⁸ 认为不驱逐国民的原则事关习惯国际法承认的一项基本人权。¹⁹ 尽管如此,虽然一些国家认为这项原则具有绝对性,²⁰ 但另一些国家则

⁹ 见以色列代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第76段)。

¹⁰ 见美国代表的发言(A/C.6/63/SR.21,第12段)和以色列代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第76段)。

¹¹ 见以色列代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第76段)。

¹² 见美国代表的发言(A/C.6/63/SR.21,第14段)。有趣的是,该国还建议,关于难民的第5条草案应严格沿用1951年7月28日《关于难民地位的公约》的用词(第32和33条),并注意合法难民与非法难民的区别(同上)。

¹³ 见丹麦代表以北欧国家名义的发言(A/C.6/63/SR.20,第3段)、日本代表的发言(A/C.6/63/SR.22,第18段)、新西兰代表的发言(A/C.6/63/SR.22,第9段)、萨尔瓦多代表的发言(A/C.6/63/SR.23,第48段)和伊朗伊斯兰共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第73段)。

¹⁴ 见丹麦代表以北欧国家名义的发言(A/C.6/63/SR.20,第3段)。

¹⁵ 见伊朗伊斯兰共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第37段)。

¹⁶ 见美国代表的发言(A/C.6/63/SR.21,第10段)。

¹⁷ 见联合国王国代表的发言(A/C.6/63/SR.21,第25段)。

¹⁸ 特别见捷克共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.19,第93段)、匈牙利代表的发言(A/C.6/63/SR.20,第30段)、伊朗伊斯兰共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第37段)和以色列代表的发言(A/C.6/63/SR.24,第76段)。

¹⁹ 见匈牙利代表的发言(A/C.6/63/SR.20,第30段)。

²⁰ 见大韩民国代表的发言(A/C.6/63/SR.19,第65段)、捷克共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.19,第93段)、葡萄牙代表的发言(A/C.6/63/SR.20,第26段)、伊朗伊斯兰共和国代表和萨尔瓦多代表的发言(A/C.6/63/SR.23,第49段)。

认为在特殊情况下该原则规定的某些义务可予克减。²¹ 不过，大家认为，这一原则的任何例外均应从狭义上考虑，应予以仔细拟订。²² 若干国家支持委员会的立场，认为不驱逐国民的原则也适用于合法取得一国以上国籍的人；²³ 其中一个国家建议这一点在第 4 条草案中得到明确反映，²⁴ 其他国家提议在评注中澄清这一点。²⁵ 按此，有人指出，“有效”或“主要”国籍的准则不能成为一国将其国民作为外国人驱逐的理由。²⁶ 然而，有一个国家支持相反的观点，认为不驱逐国民的原则通常不适用于双重或多重国籍情况下的驱逐，并认为需要澄清“有效”国籍的概念。²⁷

7. 关于丧失国籍和剥夺国籍与驱逐之间的最终关系，一些国家坚持认为，人人有权享有国籍，有权不被任意剥夺国籍。²⁸ 有一个国家称，国际法禁止剥夺国籍，²⁹ 但其他国家认为在某些情况下允许剥夺国籍。³⁰ 若干国家认为，剥夺国籍的条件是这样做不导致无国籍状态，³¹ 须遵循国家立法，³² 不得歧视，³³ 不

²¹ 见联合王国代表的发言(A/C.6/63/SR.21, 第 57 段)和卡塔尔代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 77 段)。

²² 见希腊代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 4 段)。

²³ 见法国代表的发言(A/C.6/63/SR.19, 第 17 段)、捷克共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.19, 第 93 段)、荷兰代表的发言(A/C.6/63/SR.20 第 13 段)、葡萄牙代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 26 段)、匈牙利代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 30 段)、美国代表的发言(A/C.6/63/SR.21, 第 13 段)、波兰代表的发言(A/C.6/63/SR.21, 第 33 段)、俄罗斯联邦代表的发言(A/C.6/63/SR.21, 第 43 段)、智利代表的发言(A/C.6/63/SR.22, 第 17 段)、印度代表的发言(A/C.6/63/SR.23, 第 23 段)、萨尔瓦多代表的发言(A/C.6/63/SR.23, 第 48 和 49 段)、希腊代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 4 段)和伊朗伊斯兰共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 38 段)。

²⁴ 见荷兰代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 16 段)。

²⁵ 见法国代表的发言(A/C.6/63/SR.19, 第 17 段)和智利代表的发言(A/C.6/63/SR.22, 第 17 段)。

²⁶ 见捷克共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.19, 第 93 段)、荷兰代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 14 段)、葡萄牙代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 26 段)、希腊代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 4 段)和伊朗伊斯兰共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 38 段)。

²⁷ 见古巴代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 27 段)。

²⁸ 见葡萄牙代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 26 段)和罗马尼亚代表的发言(A/C.6/63/SR.21, 第 57 段)。

²⁹ 见伊朗伊斯兰共和国代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 37 段)。

³⁰ 见荷兰代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 15 段)和以色列代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 76 段)。

³¹ 见荷兰代表的发言(A/C.6/63/SR.20, 第 15 段)、希腊代表的发言和古巴代表的发言(A/C.6/63/SR.24, 第 27 段)。

³² 见希腊代表的发言。

得采用任意或滥用的方式。³⁴ 关于这个问题，一些国家赞同国际法委员会的结论，认为各国不应利用剥夺国籍作为规避不驱逐国民的原则的一个手段，³⁵ 并建议列入按此拟订的条款草案。³⁶

8. 尽管如此，现在仍需要研究第三次报告³⁷ 首次提出的限制驱逐权的规则。如第三次报告所述，行使驱逐权时须遵循规定限制的国际法规则。³⁸ 第三次报告中审视了驱逐人员时的限制。由此先后得出了不驱逐本国国民、不驱逐难民、不驱逐无国籍人士、不集体驱逐的原则。

9. 本报告一方面研究在驱逐情况下尊重个人基本权利要求的限制，另一方面研究国际法在驱逐方面禁止的某些做法。

第一部分

一般规则 (续)

三. 一般原则

B. 在遵守国际法规则的情况下行使权利 (续 A/CN. 581；该节的标题已改)

2. 尊重个人基本权利要求的限制

(a) 序言

(一) 保护所有人的权利

10. 一人如受驱逐，无论原因为何，仍应继续享有作为人的一切基本权利。无论种族、族裔、性别、信仰或国籍为何，此人拥有同样的属性，享有同样的自由，这就是所谓“人的普遍属性”。³⁹ 国际道义中以人为本的理念使对这些基本权利的保护成为当代国际法主要关注的一个事项。大家知道，这种保护不再由国家依据建立在不太可能实现的国家绝对主权之上的保留领域理念臆断决定。对国家决

³³ 同上。

³⁴ 见希腊代表的发言和以色列代表的发言(A/C. 6/63/SR. 24, 第 76 段)。

³⁵ 见葡萄牙代表的发言(A/C. 6/63/SR. 20, 第 26 段)、美国代表的发言(A/C. 6/63/SR. 21, 第 13 段)、波兰代表的发言(A/C. 6/63/SR. 21, 第 33 段)、俄罗斯联邦代表的发言(A/C. 6/63/SR. 21, 第 43 段)、智利代表的发言(A/C. 6/63/SR. 22, 第 11 段)、印度代表的发言(A/C. 6/63/SR. 23, 第 23 段)和萨尔瓦多代表的发言(A/C. 6/63/SR. 23, 第 48 段)。

³⁶ 见意大利代表的发言(A/C. 6/63/SR. 19, 第 98 段)。

³⁷ A/CN. 4/581。

³⁸ 特别报告员在前几次报告中谈到“国际法基本规则”。考虑到人们在委员会内外就此发表的意见的理由，他决定删除限制国际法规则范围的“基本”一词，因为该词可能会在哪些国际法规则被视为基本规则而哪些则不是基本规则的问题上引起争议。

³⁹ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 7^e éd, Paris, Dalloz, 2004, p. 208.

定驱逐的人的保护更有必要，因为境外的条件及驱逐的前景都使得被驱逐者更为脆弱。这种保护得到国际法和驱逐国法律的保障，无论被驱逐者的法律状况为何及(或)其在相关国家入境方式为何：即无论此人是合法入境的外国人，还是非法入境的外国人。考虑到一国不驱逐本国国民的原则，国民的情况与此无关。

11. 这种对所有人的平等保护是一切保护人权制度的基石。这种保护也产生于许多具有普遍性的区域基本法律文书。1948 年《世界人权宣言》⁴⁰ 在序言起首宣布，“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础”。此奠基性文书第二条作出了更加具体的规定，在此不妨回顾一下其确切用词：

“1. 人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。

2. 并且不得因一人所属的国家或领土的政治的、行政的或者国际的地位之不同而有所区别，无论该领土是独立领土、托管领土、非自治领土或者处于其他任何主权受限制的情况之下。”

12. 1950 年 11 月 4 日《保护人权与基本自由公约》(下称“《欧洲人权公约》”)缔约国本着同样的精神，在以“尊重人权的义务”为重要标题的介绍性的第一条中承认，“在它们管辖之下的每个人均应享有本公约所确定的权利和自由”。这一规定不仅回顾了尊重人权的一般义务，而且使此义务成为各国的本国义务，确保各国管辖下的所有人都享有《公约》规定的权利和自由。⁴¹ 1969 年《美洲人权公约》(另称“《哥斯达黎加圣何塞公约》”)受到同样的启示。该公约第一条题为“尊重权利的义务”，其中第一款规定，“本公约缔约国承诺尊重本公约所承认的各项权利和自由，并保证在它们管辖下的所有人都能自由、充分行使这些权利和自由，不因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治见解或者其他主张、民族或者社会出身、经济地位、出生或者其他任何社会条件而受到任何歧视”。《非洲人权和人民权利宪章》第一条和第二条从不同角度规定，“所有人均有权享有本宪章承认和保障的权利和自由，而不分种族、族裔、肤色、性别、语言、宗教、政治见解或其他主张、原籍或社会本源、财富、出身或任何其他情形”；自动为该宪章缔约国的非洲统一组织成员国“承认本宪章所载的权利、义务和自由，承诺采取立法措施或其他措施予以落实”。对权利和自由的保护所涉范围很广，包罗万象，各国的义务很明确，也很广泛。

⁴⁰ 本文件所引用的法律文书案文发表于《人权：国际文件汇编》第一卷和第二卷(第一部分)。《普遍性文书》，联合国，2002 年，纽约和日内瓦。

⁴¹ 见 Juan-Antonio Carrillo-Salcedo, commentaire de l'article 1, dans L. et E. Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, p. 135.

13. 这些法律文书提出了在所述权利和义务的享有者之间不得加以区别对待的原则，尽管全球文书和区域文书对该原则的表述方式不同。全球文书针对所有人，无论身处何地，无论来自何方。区域文书，特别是《欧洲人权公约》，提及国家“管辖之下”的人时似乎限制《公约》规定的权利和自由享有者的人数，而维持普遍性原则，仅限于属人管辖权，而非属地管辖权：所有人，不分法律地位或状况，均享有相关区域法律文书确定的权利和自由。

14. 因此，国民的身份并没有赋予国民比外国人更多的权利。同样，就人权保护而言，外国人身份也不应使外国人处于不利条件。此外，即使某人在一国境内逗留为非法，尽管面临驱逐，其基本权利也不应因此而减少。欧洲人权法院在Mubilanzila Mayeka和Kaniki Mitunga诉比利时一案的判决中指出，⁴² 国家在行使其管制边界、外国人入境和居留的主权权利时，须遵守其国际义务，包括《欧洲人权公约》（第三、五和八条）和1989年《儿童权利公约》（第三、十和三十七条）规定的义务，即须尊重外国人的基本权利，特别是儿童的基本权利。法院认为，“国家制止试图不遵守移民限制的行为时，不得使外国人丧失各项公约规定的保护，尤其不得剥夺孤身未成年外国人在此情形中应得到的保护。”⁴³

15. 自1970年代以来，对外国人权利的保护问题一直在联合国大会引起特别关注。为了研究这个问题，曾设立了一个小组委员会；该小组委员会于1977年完成工作。⁴⁴ 1985年12月13日，大会在该小组委员会工作的基础上，通过了《非居住国公民个人人权宣言》。⁴⁵ 该宣言涉及所有有关人士，其中规定应尊重外国人的基本权利。这些权利包括：生命权；隐私权；在法院和法庭享有平等待遇；意见和宗教自由；语言、文化和传统得到尊重。⁴⁶ 此外，该宣言禁止以歧视性的理由个别或集体驱逐外国人，⁴⁷ 并规定了加入工会的权利、享有安全和健康的工作条件的权利、享有医疗保护、社会保障和教育的权利。⁴⁸ 然而，该宣言关于应受保护的权利的规定的范围仍然相当笼统。因此，需要更加严格地分析各项国际人权文书以及全球和区域管制机构的司法实践，包括国家机构的司法实践，从中吸取关于在驱逐情况下人权更须特别得到尊重的特定规则。

⁴² 欧洲人权法院，13178/03号申请书，2006年10月12日判决。

⁴³ 欧洲人权法院，2006年10月12日关于Mubilanzila Mayeka和Kaniki Mitunga诉比利时案的判决，第81段。

⁴⁴ Elles男爵夫人的研究报告，见Elles男爵夫人，“关于保护人权的现有国际规定对非居住国公民的适用问题”（E/CN.4/Sub.2/392）。

⁴⁵ 《非居住国公民个人人权宣言》，大会1985年12月13日，第40/144号决议。

⁴⁶ 同上，第5条。

⁴⁷ 同上，第7条。

⁴⁸ 同上，第8条。

(二) “基本权利”的概念

16. 一个问题是，受驱逐的外国人是有权享有一切人权，还是因情况特殊，在此情况下只能得到基本权利的保障。

17. 特别报告员认为，规定受驱逐者应享有国际文书和驱逐国国内立法保障的一切人权，似乎不现实。在驱逐过程中，诸如受教育的权利、结社权、从业自由、专业自由、工作权利、婚姻权利、成家权利等其他权利实际上难有保障。在驱逐过程中，将受保障的权利限于基本人权，似乎与现实更加合拍，与各国的实践更加一致。

18. 虽然基本权利的概念产生于法律用语，但其他邻近概念或对等概念的使用使得基本权利概念的含义产生了极大的混乱。在法律文献中，人权、政治自由、基本自由、基本权利和自由、基本原则等概念的使用不加区分，使人无法确信所有这些指同一法律现实。⁴⁹

19. 基本权利概念与国内法的许多概念相对应。首先，某些权利因其在规范中的地位而属基本权利。受宪法保护的权利和自由可被视为此种权利。⁵⁰ 有人甚至认为，基本权利“就本质而言”是宪法规定的权利，⁵¹ 因此有别于范围更大的各种公共自由。此外，基本权利是由特定法律体系最高规范表述或保障或对法律体系的其他权利的存在和内容至关重要的权利。⁵²

20. 法律体系中的许多概念都采用基本权利定义的要素，结果会受法律结构的偶然性及立法者的任意性的影响。但基本权利的偶然性问题引起很大的争议。一些学者认为，这些权利高于法律体系，因为这些权利表达了超越法律体系的价值观念。⁵³ 这一立场与自然法理念相呼应，这种理念不断被埋葬，又总是能死而复生。⁵⁴ 另一方面，有人认为，“国内法中超宪法规则的存在是不可能的”，“属

⁴⁹ 见 Jean-Marie Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français*, Thèse, Droit, Université de Yaoundé II, 1999, p. 5.

⁵⁰ 见 Louis Favoreu, «Rapport introductif», colloque sur La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, (19-21 février 1981), *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1981, p. 671.

⁵¹ 见 Bruno Genevois, «Norme de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 317.

⁵² Laurent Marcoux, «Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne», *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1984, p. 691.

⁵³ 尤其见 Jean-Pierre Laborde, «Conclusion» des 4^{ème} Journées franco-espagnoles de droit comparé du travail (12-14 mai 1994) sur le thème «Les principes et droits fondamentaux en matière sociale en Espagne et en France», *Bulletin de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale*, 1994, n°2, pp. 119-120.

⁵⁴ 见 P. Kayser, «Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire», *Revue de la Recherche Juridique*, 1998-2, p. 287.

近乎本体论的”，“绝对不可能的”，⁵⁵ 尤其是因为这种存在就会剥夺人民的(立法)主权。法国宪法委员会同意这一分析，⁵⁶ 但仔细分析其用语，⁵⁷ 会发现宪法委员会在引用《宪法》用语时，可能不知不觉地仅限于“注意到”(先前)已存在的规则，而不是强调拥有立法权的当局订立的规则。因此，可以理解的是，德国宪法法院确认，基本权利的实质，即使产生于立法，也不属立法权范畴。⁵⁸ 这一立场可能与意大利宪法法院的一项裁决接近。意大利宪法法院的裁决明确指出：

“《意大利宪法》中载有一些最高原则，甚至宪法修正案或其他宪法法律也不能逆转或修改这些原则的基本内容”。⁵⁹

21. 倡导实在法的人与维护自然法的人之间的这种辩论乃经典之争，而对国际人权法来说，这种辩论也绝不少见。然而，这方面的辩论没有那么尖刻，大家知道，尽管有人有某些疑虑，人们还是认为，有一类人权是最终确立的权利，是不可触犯的。

22. 基于基本权利概念的处理办法并非没有难点。一个问题是，何为“基本权利”。该术语在理论文献中已得到确立，但此概念的确切定义尚缺。⁶⁰ 同样，不时有一些国际文书的标题采用“基本”一词。上文提及的《欧洲公约》即《保护人权与基本自由公约》及其 11 份议定书、《关于个人、群体和社会机构在促进和保护普

⁵⁵ 见 Bertrand Mathieu, 《La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités》, Les Petites Affiches, 1995, n°29, p. 12.

⁵⁶ 例如见 Décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, Recueil, p. 94.

⁵⁷ 1958 年《法国宪法》与其他一些国家宪法一样，在阐述基本权利时采用“承认”和“宣布”等动词。然而，这两个动词毫无(规范性)创立的含义。根据法文词典(Petit Robert, Larousse), “宣布”意为“正式公布或正式承认”；“承认”指“作为真实情况接受”；“注意到”意为“发现”。

⁵⁸ 见 1991 年 4 月 23 日的裁决。

⁵⁹ Louis Favoreux 和 Loïc Philip 引用的裁决，Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 9^e éd., Paris, Dalloz, p. 826.

⁶⁰ 搜索引擎“谷歌”会找出千万条关于“基本权利”的查询结果。见 la Revue électronique droits fondamentaux(www.craits-rondameentanx.org), Numéro 1 parue en juillet-décembre 2001, 仅供参考，在第一期由 Emmanuel Decaux 教授签名的社论中，仅一次用到该术语：“今天和昨天一样，基本权利仍然是一个挑战”。但文中对此概念含义及为何选该术语均无解释：“1945 年《联合国宪章》宣布的普遍和不可分割的权利(……)不应是梦想”，这句话仅隐隐约约地说明人们可能想到的问题；Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet et Christophe Albigès, Libertés et droits fondamentaux, 14^e éd. Paris, Dalloz, 2008；Jean-Marie Pontier, Droits fondamentaux et libertés publiques, 3^e éd., Paris, Hachette Supérieur, 2007；Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac(dir.), Libertés et droits fondamentaux, 2^e éd., Paris, Seuil, 2002；Gérard Couturier, Mireille Delmas-Marty, Claude Lucas de Leyssac, (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Paris, Seuil, 1996；Jacques Fialaire et Eric Mondielli, Droits fondamentaux et libertés publiques, Paris, Ellipses, 2005；尤其另见 Jean-Yves Carlie 《Et Geneva sera……La définition du réfugié；Bilan et perspectives》dans La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après：Bilan et perspectives, Bruxelles, Bruylant, 2001, qui parle de «[la] contextualisation des droits fondamentaux》(p. 79)。

遍公认的人权和基本自由方面的权利和义务宣言》⁶¹ 和《囚犯待遇基本原则》⁶² 都用了该词。

23. 人的“基本权利”的概念使人隐约回想起十八世纪Emmerich de Vattel的法律思维中的“国家基本权利”的理论。⁶³ 国家基本权利的概念直接来自Vattel关于国家理想的权利和义务的理论。在十九世纪，拉丁美洲外交家Carlos Calvo、⁶⁴ 法国学者Antoine Pillet、⁶⁵ 英国法官Robert Philimore⁶⁶ 等学者将这一概念系统化。这一理论的依据是，国家出于其存在的简单事实，在与其他国家的关系中，拥有固然有之、永久、基本的权利。这些权利是人民权利和整个国际关系的基础。无论在平时时期，还是在战争时期，所有国家都务必尊重这些权利。如果这些权利受到侵犯，即有理由诉诸武力。每位学者对国家基本权利的内容的论述均有不同，但在那个时代最常见是“自我保全权利”、主权受到尊重的权利、贸易权利和平等权利。原来的理论认为，国家的这些基本权利源于自然法。但后来在实在法学派的国际法律思维的深刻持久的影响下，这种理论被放弃。⁶⁷

24. 我们不能机械地将此理论移植到人权领域。但在这两种情况下，一种广泛的见解是，有一些权利对于国家和个人的生存必不可少。此外，《联合国宪章》正式提出了“基本人权”的概念，在起首部分“重申”“联合国人民”对“基本人权、人格尊严与价值以及男女(……)平等权利之信念”。⁶⁸ 在《公民及政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》中也能找到此用语。这两项公约的第五条第2款都分别规定，“对于本公约任何缔约国中(……)被承认或存在的任何基本人权，不得(……)加以限制或克减”。⁶⁹ 《联合国宪章》除其他外，指出联合国的宗旨之一是促成“国际合作”，“不分种族、性别、语言或宗教，增

⁶¹ 大会以1998年12月9日，第53/144号决议通过。

⁶² 大会以1990年12月14日，第45/111号决议通过并宣布。

⁶³ 见E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758。

⁶⁴ 见Carlos Calvo, *Droit international théorique et pratique*, 1870。

⁶⁵ 见Antoine Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux……*》*Revue Générale de Droit International Public*, 1898。

⁶⁶ 见Robert Philimore, *Commentaries upon International Law*, 1854–1861。

⁶⁷ 最近关于该理论的综述，见Denis Alland(dir.) *Droit international public*, Paris, PUF(coll. *Droit fondamental*), 2000, p. 78 et 79。

⁶⁸ 《宪章》序言。

⁶⁹ 着重部分由作者标明。

进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。⁷⁰ 《宪章》第五十五条寅款再次提及“人权及基本自由”。⁷¹

25. 由此可见，用词不完全一样：有时为“基本权利”，有时为“人权及基本自由”；此处“基本”一词用于修饰“自由”，而不修饰权利。我们还可注意到在《宪章》第一条第三项和第五十五条寅款都没有再次使用“基本人权”一词。此外，对《宪章》序言发表评论的学者对此只字不提，也没有得出任何结论。⁷² 我们不能说这两个词是同义词。从“基本人权”到“人权及基本自由”的转变，是否意味着《宪章》起草者希望将相关基本规范的范围仅限于与自由有关的规范？

26. 我们没有理由得到这样的结论。事实上，没有一项国际文书曾为大家所知的若干国际公约标题中的“基本权利”概念或“基本自由”概念提议内容。人们本来期待委员会或欧洲人权法院至少能对 1950 年《公约》中提及的“基本自由”做出澄清。诚然，委员会和法院都曾明示或默示提及该公约序言第五行体现了该公约的一个重要特点，力求确立“保护社会总体利益与尊重基本人权的平衡，同时赋予基本人权特定价值”。⁷³ 虽然 2000 年 12 月 7 日欧洲议会、欧洲联盟理事会和委员会尼斯首脑会议通过的文书的明文标题为“欧洲联盟基本权利宪章”⁷⁴ 但该文书也无助于解决基本权利定义问题：该文书的序言和条文中都只字不提基本权利的内涵。我们也可以认为，该宪章五十四条规定的所有权利都是该宪章含义中的基本权利。该文书的标题允许我们得出这样的结论。但这是否《宪章》起草者的用意？

27. 欧洲人权法院就Golder案的判决的推理可能有助于确定基本权利概念的内容。在此案中，英国政府认为，《欧洲人权公约》的起草者采取了一种“选择性程序：《公约》并不力图从总体上保护人权，而只是保护《世界宣言》中宣布的

⁷⁰ 《宪章》第一条，第三项。着重部分由作者标明。

⁷¹ 虽不试图详尽列举所有相关文件，有人还提及 1993 年 6 月 25 日维也纳世界人权会议通过的《维也纳宣言和行动纲领》第 15 段。

⁷² 见 J. -P. Cot 和 A. Pellet 的评论，载于 J. -P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., I, Paris, Economica, 2005, p. 290。

⁷³ 关于比利时语言教育某些方面的案件(案情实质)，1968 年 7 月 23 日判决，A 辑，第 6 卷，第 5 段；另见 1989 年 7 月 7 日关于 Soering 案的判决，A 辑，第 161 卷，第 87 段；Théo Van Boven, *«Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales» Commentaire du préambule*, dans L. -E. Petti, E. Decaux, P. -H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (上文注 41), p. 130。

⁷⁴ 见文件 2000/C 364/01, *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000。

某些权利”，法院并没有排除这一论点。⁷⁵ 我们可作以下推理：鉴于每一项人权文书都针对人权的某一特定方面（儿童权利、妇女权利、移徙工人权利、奴隶制等等）或仅针对特定权利和自由，我们很容易会承认，我们无法随时随刻都同时行使所有人权。基本权利的范围可能因人们所处条件和状况不同而异；但“核心”不变，所有变动均不得脱离核心。法学家极少直接处理这个问题。

（三）基本权利和人权的“不可触犯的核心”或“不可减损的核心”

a. 定义

28. 基本人权的概念并没有法律上的定义。在理论使用方面，这一概念有时似乎同人权概念相混淆，⁷⁶ 用来指各国宪法和国际文书所承认并得到国家和国际主管司法机构保护的 personal 权利和自由。在本报告以及随后的报告中，“基本权利”一语是作为人权“核心”的同义词来使用的。

29. 从学术观点来看，对人权加以一定程度的等级划分，可以更好地保障国际社会认为是基本的核心人权。在国际人道主义法和国际人权法中，这一“核心”的概念也用于指“一整套不容减损的权利。权利内容随各公约的不同而有差异，但在起码要保护人格和人身安全方面，它们有一小部分是一致的。人们也把这些权利称为不可触犯的权利，于是就有不可触犯的核心之说（……）”。⁷⁷ 本着同样的精神，另一名学者写道：“某些规则被赋予了特别的力量并得到习惯上的承认。这些规则形成人权的“核心”。核心包括（……）所谓的不可触犯的权利，这些权利绝对不容减损，即使在战时也是如此”。⁷⁸ 另一位学者认为：“不论如何，保障尊重人的尊严和人身安全，是各项人权的核心，无论何处，一切权力机关都有责任为此提供保障。事实上，这事关保障普世文明的基本价值观，《国际刑事法院

⁷⁵ 1975 年 2 月 21 日判决，A 辑，第 18 卷，第 34 段。

⁷⁶ 例如，人们在谈到电子评论 *Droits fondamentaux* 或“*Droits fondamentaux*”搜索网络时，无一例外都指所有人权。因此，有若干著作专门谈论“基本自由和权利”的问题，上文注 60 引述了其中的几篇。

⁷⁷ Alain Le Guyader, «La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme», 见 Denis Maugenest 和 Paul-Gérard Pougoué(编), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, 第 249 页。但此思想家仍称该词义具有“狭义的法律”意义，他的见解丰富了关于哲学思维的这一概念的讨论。毋庸讳言，这就是特别报告员要研究的法律词义。

⁷⁸ Gérard Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», 电子评论 *Droits fondamentaux*, 第一期, 2001 年 7 月至 12 月, 第 159 页(见 www.droits-fondamentaux.org)。

规约》(1998年7月17日,罗马)称之为,“……文化拼合组成人类共同财产,……这种并不牢固的拼合随时可能分裂瓦解”。⁷⁹

30. 然而,不可减损的权利核心的概念也不是没人批评。一个典型的反对意见是:这将在人权中形成等级观念,从而违反了人权不可分的原则。但也有人认为,核心权利概念具有“主观性、演变性(如果不是偶发的),与普遍性恰恰背道而驰”。⁸⁰另有人认为,这一概念认可国家间的既成事实,因而“只会表述一种实证主义的偏见”。⁸¹

31. 这一批评意见与其说具有法律和技术性质,还不如说更具有意识形态性质。这一意见基于人权普遍性和不可分割的原则。根据这些原则,所有权利都具有同等的重要性及法律地位。但这一见解并不切合实际。有人曾正确地指出,核心权利概念是“对个人权利扩散的回应,因为这种扩散可能危及人权概念”。⁸²

32. 核心权利概念,同人们对这一概念的初步印象相反,可据以应对文化相对性问题。此种相对性为减损(甚至侵犯)人权方面的普遍性和争议性规则提供了理由。实际上,在本报告中,普遍性是以核心的形式出现的。⁸³ 这里,问题关键在于确定识别的操作标准,从而可以界定核心的内容。关于该问题,Frédéric Sudre教授作了有益的澄清。这位学者指出,“谈到核心,必然暗示有一个“软壳”,这样,就会在基本权利和其它重要性较低的權利之间、在优先权利和其它次等权利之间、在一级权利与其它二级权利之间划分界线。简而言之,假定存在着“核心”,就必然引出人权的等级划分这一法律问题。”⁸⁴

33. 许多学者认为这样的办法极不可取,具有褻渎性,因为这与人权不可分割和相互依存的基本原则背道而驰。⁸⁵

⁷⁹ Mohamed Bennouna, 提交(法国)全国人权协商委员会为纪念《世界人权宣言》50周年在巴黎索邦大学举办的讨论会的论文: *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1988. Avenir d'un idéal commun*, Paris, La Documentation française, 1999, 第245页。

⁸⁰ P.-M. Dupuy, *Droit international public*(上文注39), 第225页。

⁸¹ A. Le Guyader, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme » (上文注77), 第254页。

⁸² 同上, 第255页。

⁸³ 同上, 第266页。

⁸⁴ Frédéric Sudre, “« Quel noyau intangible des droits de l'homme ? », dans D. Maugenest et P.-G. Pougoué(dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, 第271页。

⁸⁵ 例如, 见 P. Meyer-Bisch, *Le problème des limitations du noyau intangible des droits de l'Homme*, dans P. Meyer-Bisch(dir.), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Fribourg, Editions universitaires, 1991年, 第101页。

34. 从严格的法律角度来看，人权可能存在着核心的见解并不是没有根据的。除了哲学论述及从思想性及基本上是道德性的角度来看待此问题之外，实际上还应看到“人权法并不给予所有权利同等的保护。”某些积极分子讨论人权时，常常把拟议法和现行法混为一谈；如果不混淆这两个概念，我们能注意到，人权法“并非以同一法律制度保障所宣称的所有权利，同时我们能一致接受以累积和补充方式落实所宣称的权利的原则”。⁸⁶

35. 如果核心权利在法律和实践上的用途得到确认，那么应采取何种识别标准？

36. 绝对法的概念不能成为令人满意的标准。⁸⁷一方面，绝对法的概念虽在条约和判例中都已得到承认，但因内容不定而仍有争议。另一方面，就人权而言，大家对这一概念看法不一：一种从广义上看问题的观点认为人权总体而言属于绝对法的一部分，国际法委员会在关于国家对国际不法行为责任的条款草案和关于危害人类和平及安全治罪法草案中就持这样的观点；一种从狭义上看问题的观点认为，只有少数人权属绝对法范畴。Sudre先生指出，审视一下国际保护人权公约，就会发现，除了《非洲人权和人民权利宪章》之外，“人权法律制度具有双重性”：被这位学者称作“有条件的权利”⁸⁸的某些权利“可以受限制和(或)减损，因而有可能不予完全落实和(或)临时不予落实；相反，其它权利，即不可触犯的权，则不受这些限制，任何人无论何时何地都应享有这些绝对权利”。⁸⁹

37. 因此，识别人权核心的操作标准乃是有关权利的不可触犯性。不可否认的是，“核心”或“不可触犯”的概念对人权作了一定的等级划分。但这种等级划分无疑产生于对国际法律文书的分析，而不是产生于某条正式规则：我们注意到，实际上，除《非洲人权和人民权利宪章》之外，重要的人权条约，如《欧洲人权公约》(第十五条)、《美洲人权公约》(第二十七条第2款)、《公民及政治权利国际公约》(第四条第2款)，都述及应予绝对保护的不可触犯的核心权利。

38. 在这一人权“核心”概念的背后，是所谓的普遍权利：“谈到‘核心’，就意味着在各项人权中有一些不容克减的共同基本权利，无论何处订立的协约均以此为基础，同时默示承认人权概念的多样性(……)”。⁹⁰就落实人权的工作而言，核心权利的观念产生的实际结果是：不断演变的人权清单为许多国家所忽略，或

⁸⁶ F. Sudre(上文注84)，第271页。

⁸⁷ 同上，第272页；同一位学者，*Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^e éd Paris, PUF, 1995, n° 42-44。

⁸⁸ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^e éd, Paris PUF, 1995, n° 120。

⁸⁹ F. Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'Homme ? »(上文注84)，第272页。

⁹⁰ 同上，第267页。

被它们视为简单的逻辑错误，因此，应当“确保提供必须的最起码的保障，低于这种起码标准，人权就无从谈起”。⁹¹

b. 内容

39. 应在所有人权中找出组成核心的权利。对于这个核心的内容，各位学者看法不尽相同。

40. 通常认为，组成人权“核心”的基本权利包括生命权以及禁止酷刑、不人道处罚和待遇、奴役和苦役。有人还在其中加入平等和法律不溯既往原则。但这一内容会因时间甚至空间而有所变化。在这方面，有人注意到，1984年11月22日通过的《欧洲人权公约第7号议定书》在1950年《欧洲人权公约》所列不可触犯的权利中加入了一个新的权利：一事不再理原则(第4条)。顺着同一思路，有人指出，对于哪些权利组成“核心”，每个大洲也不尽相同。《非洲人权和人民权利宪章》没有列入不可减损的权利，而欧洲、美洲和世界范围的文书分别列入五项、十一项和七项这类权利。⁹²

41. Cohen-Jonathan教授提出的单子更长。他认为，通过比较《公民及政治权利国际公约》第四条第二款和《欧洲人权公约》第十五条第二款可知，所述不可触犯的权利由生命权、禁止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或处罚以及禁止奴役组成，这与日内瓦四公约共同第三条的内容基本对应。⁹³但他又表示，根据国际判例，必须在其中加入禁止公然拒绝司法和任意拘留。此外，这位学者认为，还必须在这个单子中列入已在《联合国宪章》第五十五条(寅)项特殊指明的禁止种族歧视和对妇女歧视，以及被《公民及政治权利国际公约》第四条视为也是不可触犯权利的思想、意识和宗教自由。⁹⁴

42. 在这些情况下，存在“核心”的普遍性问题。经分析发现，其中有些权利为共同基本权利，是所有“核心”权利清单都不可缺少的。用F. Sudre的话说，这个“核心之核心”包括四项权利：生命权、免受酷刑和非人道或有辱人格待遇权、免受奴役和苦役权、刑法不溯既往权。⁹⁵

⁹¹ 同上。

⁹² F. Sudre, “Quel noyau intangible des droits de l’homme?” (上文注 84), 第 274 页。

⁹³ 见 G. Cohen-Jonathan, “Les droits de l’homme, une valeur internationalisée” (上文注 78), 第 159 页。

⁹⁴ 同上, 第 160 段。

⁹⁵ 同上; P. Meyer-Bisch(dir), Le noyau intangible des droits de l’homme(上文注 85); P.-M. Dupuy, Droit international public(上文注 39), 第 226 页。

43. 作为与被驱逐者特殊情况相关的基本权利，可以在其中加入不歧视原则、尊重被驱逐者身体完整的权利、尊重家庭生活的权利以及不被驱逐到有生命危险的国家的权利。

44. 尊重这些权利所提供的保护有助于实现人权领域的基本权利，即人格尊严权。

(b) 尊重人权的一般义务

45. 如今，大家已一致认为，尊重人权是一项一般国际义务。⁹⁶ 国际法院在巴塞罗那电车公司案的著名判决中认为，这是一项普遍义务。法院表示：

“尤其必须从本质上区分国家对整个国际社会的义务和国家在外交保护领域对另一国家产生的义务。从本质上看，前者涉及所有国家。鉴于所述权利的重要性，可以认为所有国家都应从法律上保护这些权利；所涉义务是普遍义务。

例如在当代国际法中，这些义务来自禁止侵略行为和灭绝种族行为，还来自与人的基本权利有关的各项原则和规则，包括免受奴役和种族歧视。有些相应的保护权利已纳入一般国际法(关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留的咨询意见，《1951年国际法院案例汇编》，第23页)；有些则通过普遍性或准普遍性国际文书确立”。⁹⁷

46. 本着同一精神，法院在1986年6月27日对尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的判决中指出，“(在尊重人权领域)没有作出承诺，并不意味着一国可以侵犯人权而不受处罚”。⁹⁸

47. 国际法学会在1989年9月13日决议⁹⁹中，针对这项尊重人权的一般国际义务，采用了法院在巴塞罗那电车公司案中的用语，表示“这是每一个国家对整个国际社会的义务，所有国家都应从法律上保护人权”。

48. 1996年委员会一读通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款草案针对“保护人权和基本自由”领域的各项准则，非常明确地阐述了这个普遍义务的概

⁹⁶ 见 J.-F. Flauss, 载于 D. Alland (dir), *Droit international public* (上文注 67), 第 577-593 页; G. Cohen-Jonathan, “Les droits de l’homme, une valeur internationalisée” (上文注 78), 第 160 和 161 页。

⁹⁷ 1970 年 2 月 5 日判决, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 32 页, 第 33 和 34 段。

⁹⁸ 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 267 段。

⁹⁹ 圣-雅克-德-孔波斯特拉会议: 关于国际法学会在这方面的工作, 见 G. Cohen-Jonathan, “La responsabilité pour atteinte aux droits de l’homme”, 载于 *La responsabilité dans le système international*, 法国国际法学会研讨会, Paris, Pedone, 1991 年, 第 120 页。

念，以及这一概念引发公共行动的可能性。第 40 条草案¹⁰⁰ 将“受害国”定性为：“(……)(e) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利，在证实下列条件的条件下，该多边条约的任何缔约国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国：(……)(三) 设定或确立该权利的目的是为了保护人权和基本自由”。在 2001 年委员会二读通过、大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议“注意到”的条款草案最终版本中，解决部分看来基本相同，只是“受害国”一词在这类情况下不再使用，而条款草案在上下文中也不再明确提及人权和基本自由。2001 年版本第 48 条第 1 款规定，“受害国以外的任何国家”有权按照该条第 2 款在下列情况下对另一国援引责任，“(a) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务；或(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务”。为此有必要强调，关于(a)项，该条评注举例提到“区域保护人权制度”的情况；¹⁰¹ 而关于(b)项，评注尤其提到国际法院通过对巴塞罗那电车公司案的判决，并举出“关于人的基本权利，包括免受奴役和种族歧视等的原则和规则”作为普遍义务的例子。¹⁰²

49. 从上述条款可以推定，如果一国违背的保护人权的义务是条约义务，就会产生该国对相关条约所有其他缔约国的责任；如果被违背的义务属于一般国际法而且是对整个国际社会承担的义务，就会产生该国对所有国家的责任。

50. 这项尊重人权的一般国际义务还适用于当事人因其法律地位而易受伤害的情况，例如外国人被驱逐的情况。因此，根据上述国际判例的要点和得到权威编纂机构广泛支持的法理共识，有必要提出以下条款草案：

第 8 条：在驱逐过程中尊重人权的一般义务

所有遭受驱逐或正在遭受驱逐的人都有其基本人权以及视其具体情况必须拥有的所有其他权利都得到尊重的权利。

(c) 遭受驱逐者得到保护的特别权利

51. 在一国境内的外国人是人，其人权应得到保护。外国人在遭受驱逐时，除了享受一般保护外，其享有的这些权利中的某些权利特别得到保护。在 1892 年，国际法学会在 19 世纪结束时就在它有关接受和驱逐外国人国际条例的决议第 17 条中指出：“驱逐不是惩罚，在执行时应尽可能考虑周全，考虑到有关人员的特殊情况”。¹⁰³

¹⁰⁰ 见国际法委员会第四十八届会议工作报告(1996 年 5 月 6 日至 7 月 26 日)，A/51/10 号文件，载于《国际法委员会年鉴》，1996 年，第二卷(第二部分)，第 66 和 67 页。

¹⁰¹ 《大会正式文件，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 257 页，评注第 7 条。

¹⁰² 同上，第 258 页，评注第 9 条。

¹⁰³ 国际法学会年鉴，1894 年，第二部分，第 222 页。

52. 一些“核心”权利使遭受驱逐者的有关权利受到特别保护，遭受驱逐者的这些无形的权利源于一些国际法律文书，得到国际法学的支持。它们是：

- 生命权；
- 享有尊严的权利；
- 享有人道待遇的权利；
- 不歧视；
- 不遭受酷刑和不人道或有辱人格的处罚或待遇；
- 享有家庭生活的权利。

(一) 生命权

53. 《公民及政治权利国际公约》指出，生命权“是人人固有的”，具有国际¹⁰⁴和区域¹⁰⁵性质的国际人权文书以各种不同的形式提出这一权利。

54. 这一权利有哪些内容？1948年《世界人权宣言》没有具体指明，而只是在第三条中申明：“人人有权享有生命、自由和人身安全”。1948年的美洲宣言只是在其第一条中全文重复了这一句。

55. 是《欧洲人权公约》详细提出这一权利有哪些内容的。公约的第二条规定：

“一. 任何人的生存权利应当受到法律的保护。不得故意剥夺任何人的生命，但执行法院依法對所犯罪行判处的死刑不在此列。

二. 如果出于以下原因迫不得已使用武力剥夺生命，不应视为与本条的规定相抵触：

- (1) 防卫任何人的非法暴力行为；
- (2) 为执行合法逮捕或者是防止被合法拘留的人脱逃；
- (3) 为镇压暴力或者是叛乱而采取的行动。”

56. 可以看出，对生命权的这种看法并未排除法院可以依法对某些罪行做出判处死刑的处罚。《公民及政治权利国际公约》第六条第1款的用语就是采用这种方式。该款规定：“不得任意剥夺任何人的生命”。采用不予否定的方式意味着，可

¹⁰⁴ 尤其见1948年《世界人权宣言》第三条和《公民及政治权利国际公约》第六条。

¹⁰⁵ 见1950年《欧洲人权公约》第2条；《欧洲联盟基本权利宪章》第2条；1969年《美洲人权公约》第3条；1948年《美洲关于人的权利和义务宣言》第1条和1981年《非洲人权和人民权利宪章》第4条。

以剥夺一个人的生命，只要不是任意剥夺的。1969 年美洲公约和 1981 年非洲宪章分别在其第 4 条中采用了《公民及政治权利国际公约》的用语。

57. 《旨在废除死刑的公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》在第一条中对有关生命权的条款的范围做出了重大修改：

“1. 在本议定书缔约国管辖范围内，任何人不得被处死刑。

2. 每一缔约国应采取一切必要措施在其管辖范围内废除死刑。”

同样的，1983 年 4 月 28 日的欧洲人权公约第六号议定书第一条规定：“特此废除死刑；不得判处任何人死刑，也不得处决任何人”。《欧洲联盟基本权宪章》第二条明确表明，禁止死刑和处决是生命权必然产生的结果。此外，宪章在该条第一款回顾了“人人有生命权”后，在第二款中规定“不得判处任何人死刑，也不得处决任何人。”因此，根据欧洲的这一宪章，因为有生命权，所以要禁止死刑。

58. 尽管联合国大会在 2007 年 12 月 18 日第 62/149 号决议中通过了全面暂停死刑，欧洲以外的一些国家仍在起草禁止死刑的相关立法，但暂停死刑还不是一种惯常的做法。¹⁰⁶ 当然，在此前的十年中，联合国人权委员会各次会议都通过决议，促请“仍保留死刑的国家彻底废除死刑，在废除死刑之前暂停执行处决”。¹⁰⁷ 但是，同大会的决议一样，这只是没有约束力的建议，而不是就此一致发表的司法意见，因为第 62/149 号决议并没有获得一致通过。

59. 在法理学方面，在国际和区域一级审议了将一个人驱逐、引渡或推回到一个可能剥夺其生命权的国家的问题。

60. 在国际一级，联合国人权委员会在众所周知的 *Ng 诉加拿大* (1993)¹⁰⁸ 中，审议了这一问题，因为该案涉及的是引渡问题，而不是驱逐问题，因此可以阐明所述问题。Ng 先生是一名犯有一系列谋杀罪的在押犯。他行事肆无忌惮，构成很大的危险。美国因其在美境内杀人而要求加拿大予以引渡。问题是要把他引渡到一个他可能被判处死刑的国家。加拿大知道《公民及政治权利国际公约》允许死刑(不管怎么说，没有禁止死刑)，因此将 Ng 引渡到美国。尽管加拿大没有违反公

¹⁰⁶ 见 2007 年 12 月 18 日第 62/149 号决议，大会在决议中除其他外，要求“(c) 逐步限制死刑的使用，减少可以判处死刑的罪名；(d) 暂停执行处决，目标是废除死刑”(第 2 段)。此外，决议还“吁请已废除死刑的国家不再恢复死刑”(第 3 段)。

¹⁰⁷ 大会 2007 年 12 月 18 日决议通过前的委员会最后一项决议是 2005 年 4 月 20 日的决议(第 2005/59 号决议)。

¹⁰⁸ 第 469/1991 号来文，A/49/40，附件九；*Commentaire dans Revue Universselle des Droit de l'homme*, 1994, p. 150；另见 *Kindler 诉加拿大* (1993)，第 470/1991 号来文，A/48/40，附件七，*Revue Universselle des Droit de l'homme*, 1994, p. 165；*Cox 诉加拿大* (1995)，第 539/1993 号来文，A/50/40，附件十，*Revue Universselle des Droit de l'homme*, 1995, p. 13。

约的第六条，但人们谴责它在这种情况下实际是违反了第七条，因为死刑用窒息剂执行，可造成长时间的痛苦，而不是尽可能快地造成死亡。因此，有可能造成虐待，而此处谴责的是虐待。

61. 但是，人权委员会 2003 年在 *R. Judge 诉加拿大* 一案中推翻了它的判例。该案涉及一个在美国因谋杀被判处死刑后逃到加拿大的人。此人以他可能被处决为由，反对将他引渡到美国。委员会推翻了它先前的判例，对公约第六条第一款做出新的解释，在引述全部论据后，得出结论认为：

“由于这些原因，委员会认为，加拿大作为一个已经废除死刑的缔约国，不论它是否已批准《公约》旨在废除死刑的《第二任择议定书》，根据第六条第一款，它都侵犯了申诉人的生命权，因为它将申诉人引渡到将其判处死刑的美国，而且不能保证死刑不被执行。委员会注意到，加拿大本身并未判处申诉人死刑。但是，通过将其驱逐到已对其判处死刑的一个国家，加拿大提供了有关因果链中的联系，使申诉人有可能被处决”。¹⁰⁹

62. 它做出以下裁定：

(一) 废除死刑的国家在有死刑的国家没有事先保证不适用死刑或不执行死刑的情况下，一般不能对一个被有死刑的国家判处死刑的人进行引渡或驱逐或递解出境；

(二) 尚未废除并继续根据《公民及政治权利国际公约》第六条第二款采用死刑的国家无需遵守这项只适用于废除死刑国家的规定。

63. 关于区域人权法院做出的判例，欧洲人权法院在 *Soering 诉联合王国*¹¹⁰ 一案中首次遇到这一问题：犯有谋杀罪的申诉人反对将其引渡到美国，因为他在那里有可能被判处死刑。他称引渡他违反了《欧洲人权公约》第三条，尤其是鉴于他将在死囚监狱中待很长时间才会被处决。问题并不在于他可能被判处死刑，因为公约本身并未禁止死刑，而在于美国执行死刑的情况。重点的这一转移使法院要确定如果引渡申诉人，是否确实有遭遇不人道或有辱人格待遇、因而违反第三条的风险。因此，委员会做出裁决的依据并不是死刑，而是死刑是在何种情况下执行的。

64. 美洲人权委员会最近在审理各种诉状，这些诉状指控美洲国家组织的成员国违反《美洲人权公约》（“圣何塞公约”），或指控其违反 1948 年《美洲关于人的权利和义务宣言》的条款。此外，在 *Hugo Armen á riz 诉美国*¹¹¹ 一案中，申诉

¹⁰⁹ 第 829/1998 号来文，2003 年 8 月 5 日的裁定，A/58/40，附件六，G 节，第 10.6 段。

¹¹⁰ 第 14038/88 号申诉，1989 年 7 月 7 日的判决。

¹¹¹ 第 57/06 号报告，第 526-03 号申诉，可采性，2006 年 7 月 20 日，美洲人权委员会年度报告 563，OEA/Ser.L/V/II.127 dov. 4，par. 2。

人称，把他从美国引渡到墨西哥违反了这一宣言的各项规定，因为宣言第 1 条列有生命权。在 *Marino Lopez et al. (Operation Genesis) 诉哥伦比亚*¹¹² 一案中，申诉人除其他外，也提及违反美洲公约列有同一权利的第四条第一款。委员会宣布这些诉状可以受理，但未审理其是非曲直。

65. 而美洲国家间人权法院在多米尼加共和国境内的海地人和原籍海地的多米尼加人一案中，就保护被驱逐人的生命和完整的义务做出裁决。法院在 2006 年 2 月 2 日对此案做出的裁定中，考虑到：法院 2000 年 8 月 18 日要求多米尼加共和国采取一切必要措施“保护 Benito Tide-Méndez, Antoinio Sension Andrea Alezy, Janty Fils-Aime 和 William Medina-Ferreras 以及 Pedro Ruquoy 神父和 Solange Pierre 小姐的生命和人格完整”的裁定；法院 2000 年 11 月 12 日的裁定，批准法院 2000 年 9 月 14 日有关法院院长要求同一国家采取“必要措施保护 Rafaelito Pérez Charles 和 Berson Gelim 的生命和人格完整的裁决；以及法院 2001 年 5 月 26 日回顾上述两个裁定的裁定，¹¹³ 决定：

“1. 批准美洲国家间人权法院 2005 年 10 月 5 日的裁定，该项裁定指示有关国家采取和执行一切必要措施，保护 Solain Pie (又称 Solain Pierre 或 Solange Pierre) 小姐的四个孩子的生命和人格完整。

2. 重申在美洲国家间人权法院在 2000 年 8 月 18 日、2000 年 11 月 12 日和 2001 年 5 月 26 日裁定中表达的看法，即有关国家必须维持它已经采取的任何措施并立即采取一切确有必要的措施，切实保护以下人士的生命和人格完整：Benito Tide-Méndez、Antonio Sension、Janty Fils-Aime、Willim Medina-Ferreras、Rafaelito Pérez-Charles、Berson Gelim 先生、Pedro Ruquoy 神父和 Andrea Alezy 和 Solain Pie or Solain Pierre (又称 Solain Pierre 或 Solange Pierre) 小姐。

3. 呼吁有关国家为 Solain Pie or Solain Pierre (又称 Solain Pierre 或 Solange Pierre) 和她的四个孩子返回多米尼加共和国境内的家，创造适当条件，并在他们回家后马上采取一切必要措施保护他们的生命和人格完整。

[.....]”¹¹⁴

66. 可以从以上概述得出以下结论：

¹¹² 第 86/06 号报告，第 499-04 号申诉，可采性，2006 年 10 月 21 日，美洲人权委员会年度报告 273, OCEA/Ser.L/V/II.127 dov.4, par.2。

¹¹³ 2006 年 2 月 2 日的裁定，第 1、2 和 3 段。

¹¹⁴ 同上，裁决部分。

(a) 第一，有关人权的国际法规定，生命权是人人固有的。因此，它适用于境况欠佳的人，例如被引渡、驱逐或推回的外国人。为此，可以将其理解为进行驱逐的国家就接收国家和目的地国家的情况而言，有义务来保护被驱逐的人的生命。这就是《美洲人权公约》第 22 条第 8 款的精神，该款对驱逐做出重大限制，把外国人的生命权变成进行驱逐国家的一项确保生命权得到保护的义务。该条规定：“在任何情况下，如果被递解出境或遣返的外国人的生命权或人身自由在一个国家中有可能因其种族、国籍、宗教、社会地位或政见而受到侵犯，无论这一国家是否为其原籍国，都不得将该外国人递解或遣返到该国。”《关于难民地位的公约》第三十三条第(一)款也有相同的规定；

(b) 第二，生命权并不一定意味着禁止死刑和处决。当然，根据欧洲区域的条约法和判例，似乎应该对所有将有关人员送到一个他可能被判处死刑的国家的引渡(或驱逐)都应被禁止这一问题，做出一个肯定的答复。但是，没有必要一概而论，因为并没有一个习惯准则；

(c) 第三，废除死刑的国家，在未事先得到一个国家不对被判处死刑的人适用死刑的保证的情况下，不能将被判死刑者引渡或递解出境到该国；这一义务只是对废除死刑的国家有效。

67. 有人提出了以下条款草案：

第 9 条草案：保护被驱逐者生命权的义务

- 1. 进行驱逐国家保护被驱逐者的生命权。**
- 2. 废除死刑国家在未事先得到不会执行死刑的情况下，不能将被判处死刑的人递解出境到一个他可能被执行死刑的国家。**

(二) 享有尊严的权利：

68. 法律文献近期真正关注人的尊严的概念。¹¹⁵ 尤其就国内法而言，有关理论在管辖权问题上似乎有分歧：一些作者认为就此提出一个法律概念有危险，甚至

¹¹⁵ 尤其见 Bertrand Mathieu, “La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ?”, Dalloz, chronique, 1996, p. 282 et s; Saint-James, “Réflexions sur la dignité humaine en tant que concept juridique du droit français”, Dalloz, chronique, 1997, p. 61 et s; B. Edelma, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, Dalloz, chronique, 1997, p. 185 et s; L. Richer, “Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique ?” Actualité juridique du droit administratif(AJDA), 1988, n° spécial, p. 1 et s; Champeil-Desplats, “La notion de “droit fondamental” et le droit constitutionnel français”, Dalloz, chronique, 1995, p. 323 et s; M. -L. Pavia, “Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental”, Les Petites Affiches, 1994, n° 54, p. 6 et s; Laurent Marcoux, “Le concept de droits fondamentaux dans le droit des Communautés européennes” dans Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Paris, Economica, 1992; 以及 J. -M. Tchakoua, Thèse(前注 49), p. 11 et s.

是不可能的；¹¹⁶ 其他作者则认为尊严已经享有法律地位，作为一项新的权利得到人们的支持。¹¹⁷ 不容置疑，在一些国家的法律体系中，尊严是一个现行法律的概念。¹¹⁸

69. 在国际上，人们注意到，人的尊严概念与基本权利概念同时出现和演变。在这一演变过程中，尊严既是理由，又是主要条目，以用于检验其他权利。人的尊严原则是基本权利的伦理和哲学基本原理，它是所有其他人权的基础。《联合国宪章》首次在序言第二段中提到这两个概念，申明“我联合国人民”决心“重申基本人权，人格尊严与价值，以及男女……平等权利之信念”。在《宪章》发表后，1948年《世界人权宣言》在序言的第一句话中指出：“鉴于对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础……”。

70. 可以说，尽管人的尊严得到大力强调，但它是在序言部分被提及；在此无需争辩序言在法律文件中的重要性。¹¹⁹ 这一概念在1981年《非洲人权和人民权利宪章》的实质章节中得到更明确的阐述：“所有人都有权尊重人所固有的尊严，并承认其法律人格。……”最近，2000年通过的《欧洲基本人权公约》扩展了这一概念。题为“人的尊严”的第一条指出“人的尊严不可侵犯。它应该得到尊重和保护”。

¹¹⁶ 尤其见 J. -P. Theron, “Propos sur une jurisprudence contestable”, dans Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 295 et s.; Anne-Marie Le Pourhiet, “Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale” dans Etudes en l'honneur de Georges Dupuis, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 213 et s. Claire Neirinck, “La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique”, dans P. Pedrot (Dir.), Ethique, Droit et dignité, Paris, Economica, 1999.

¹¹⁷ 尤其见 B. Edelman, “La dignité de la personne humaine un concept nouveau”, art. précité; B. Mathieu, “La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ?” (前注 115)。

¹¹⁸ 司法文献和裁决越来越多地提及人的尊严。就文献而言，以法国为例，有《刑法》(其第五编第三条的标题是：“危害尊严行为”)、医生道德守则、列入《民法》的生物伦理法；以喀麦隆为例，宪法序言把喀麦隆加入的保护人权国际文书列为本国法律(有关这一点，可见《非洲人权和人民权利宪章》)。关于法庭的裁决，尤其参见法国宪法委员会 1994 年 7 月 27 日和 1995 年 1 月 25 日的裁决(Recueil, 1994 et 1995)、法国行政法院 1995 年 10 月 25 日的裁决(Recueil, 1995)和巴黎上诉法院 1996 年 5 月 28 日的裁决(Dalloz, Jurisprudence, 1996, p. 617 et s., note, B. Edelman)。关于尊严作为一个新权利的出现和它给法国理论界造成的混乱，见 J. -M. Tchakoua, Thèse (见前注 49), p. 12-26。

¹¹⁹ 在这一问题上，尤其见 J. P. -Cot et A. Pellet, commentaire du Préambule dans Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, 3e éd. Paris, Economica, 2005, p. 287-312; Théo Van Boven, “Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Préambule”, dans L. E. Pettiti, E. Decaux et P. -H. Imbert, (上文注 41) p. 125-134

71. 国际判例在国际人权法中加强了人的尊严的概念，并提出了这一概念的内涵。在这方面，前南斯拉夫问题国际刑事法院法庭在 Furundzija 一案中做出的裁决尤其值得注意。该法庭：

“认为，男性性器官强行进入口中即是侵犯人的尊严，尤其侮辱人和有辱人格。国际人道主义法和人权法条款的精髓是保护人的尊严，而不管其为男人还是女人。尊重人的尊严的一般原则是国际人道主义法和人权法的基石，事实上，它是人类生存的理由：它是如此重要，整个国际法都离不开它。这一原则旨在保护人的尊严，使人们不因殴打、侮辱或名声、个人尊严或精神健康遭受打击而受到侵犯。根据这一原则，像强行进入口中这样的性虐待应被视为强奸。”¹²⁰

72. 在人类价值学中，尊严的价值最高，无价可比；它提出了一个绝对概念，忠实地表明各项基本权利(即“核心”人权)特定不可更改的概念。因此，除了作为基本权利的生命权外，它是每一个人生来固有的基本权利。它对遭受驱逐的人尤为重要，因为外国人可能受到虐待，特别是那些在进行驱逐国家中没有合法身份的人。因此，有必要根据被驱逐的外国人的实际情况来重新具体确定这一权利。下面的条款草案受《欧洲联盟基本权利宣言》的启发，其第一款逐字引用了宣言的第一句，第二款则完全引用了宣言的第二句，以加强对已被驱逐或正在遭到驱逐的人的保护。

第 10 条草案：尊重正遭受驱逐者的尊严的义务

1. 人的尊严不可侵犯。

2. 在任何情况下，正在遭受驱逐的人，无论在进行驱逐国家中是否拥有合法身份，都应得到尊重和保护。

(三) 禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚

73. 许多公约都禁止这样做。此外，《世界人权宣言》第五条规定：“任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚”。《欧洲人权公约》第三条第一款、¹²¹ 《美洲人权公约》第五条第二款和《公民及政治权利国际公约》第七条第一句都做出了这一规定。《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》序言部分第 4 段做出了这一规定，且缔约国在其后段落中注意到《世界人权宣言》第五条和《公民及政治权利国际公约》第七条。《非洲人权和人民权利宪章》也有同一规定，但条文同时提及遭到禁止的其他类别侵犯

¹²⁰ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉 Furundzija 案，(案件编号：IT-95-17/1)，审判分庭，1998 年 12 月 10 日的判决书，第 183 段。

¹²¹ “不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚”。

人的尊严的行为。事实上，它在第五条第二句话中规定，“禁止所有形式的对人的剥削和侮辱，尤其是奴隶制、贩卖人口、身体或精神酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇”。¹²²

74. 有关的一般措辞并未确切确定这一规定的内容。国际判例在这方面有很大帮助。欧洲人权法院尤其有很多这方面的固定判例。¹²³ 在这些不变和统一判例的基础上，欧洲公约第三条暗指有义务不将人驱逐到一个他们有可能遭受酷刑或不人道或有辱人格待遇的国家。¹²⁴

75. 因此，着眼于目的的对该公约缔约国的义务做出的这一广泛解释意味着，第三条不仅仅禁止缔约国施加酷刑或其他所有不人道或有辱人格的待遇，而且规定它们有不将其管辖范围内的人置于可能受侵害境地的相应义务，不管侵害是否是为第三国所为。¹²⁵ 欧洲人权委员会在Kirkwood诉联合王国一案中认为，这种解释“……是根据以下因素做出的：公约第三条含义很广的措辞和该条以及第一条对公约缔约国做出的保护确实有可能遭受这种待遇的‘其管辖范围内的所有人’，因为这种待遇是无法补救的”。¹²⁶

76. 法院的有关考虑在“间接保护”理论¹²⁷ 中有系统记载，这一理论允许有“公约产生的未得到公约保障但通过吸引另一个得到保障的权利而间接得到公约保

¹²² 同样的，《非居住国国民个人人权宣言》第六条规定，“不得对任何外国人施加酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚……”。

¹²³ 注意，美洲人权委员会在没有进行深入审理的情况下宣布不受理若干诉状，因为美洲国家组织成员国在这些诉状中被起诉进行虐待(违反《圣何塞公约》)：见以下案例：[Sebastian Echaniz Alcorta et Juan Victor Galarza Mendiola 诉委内瑞拉](#)，第 37/06 号报告，第 562-03 号申诉，2006 年 3 月 15 日，美洲人权委员会年度报告 607，OEA/ser.L/V/II.127 dov.4, para.2；[Jesús Tranquilino Vélez Loor 诉巴拿马](#)，第 95/06 号报告，第 92-04 号申诉，2006 年 10 月 23 日，美洲人权委员会年度报告 500，OEA/ser. L/V/II.127 dov.4, Par.1；[Hugo Armendariz 诉美国](#)和 [Marino Lopez 等诉哥伦比亚](#) (前注 109)。

¹²⁴ 欧洲人权法院，[Chahal 诉联合王国](#)，1996 年 11 月 15 日的判决，Série A, 1996-V, n° 22, p.1853, pars.73-74。

¹²⁵ 见 Vincent Chetail, “Les droits des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitement inhumains ou dégradants”, *Revue belge de droit international (RBDI)*, 2004/1, p.161。

¹²⁶ 欧洲人权委员会，第 10479/83 号诉状，Kirkwood 诉联合王国，1984 年 3 月 12 日裁决，*Décisions et rapports* 37, p.215-216。就做出的有关解释发表的意见，见 V.Chetail, art.précité, p.161-162。

¹²⁷ Frédéric Sudre, «La notion de “peines et traitements inhumains ou dégradants” dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européenne des Droits de l’Homme», *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1984, p.866-868；另见 Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, Economica, 1989, p.84 et 304。

障的权利”。¹²⁸ 禁止将外国人交给施加酷刑者或送到一个可能遭受酷刑或不人道或有辱人格待遇的国家是受到保护权利的性质间接含有的义务。

77. 欧洲法院在Soering诉联合王国¹²⁹一案中明确阐述了它的考虑。它似乎围绕三项准则进行推理，即：

- (一) 第三国不重视有关国际职责，因为这并不涉及在境外适用第三条以确保第三国遵守一项它并不一定加入的条约的条款；
- (二) 欧洲公约优先于缔约国做出的其他公约承诺；
- (三) 第三条内含的义务反对将有可能遭受酷刑或不人道或有辱人格待遇的人引渡或递解出境。

78. 二十多年过去了，但对法院在Soering一案中的有关考虑的争议似乎还没有结束。¹³⁰ 但是，毫无疑问，即便严格依循公约的登录，欧洲公约第三条也有一项绝对性的准则，因为该公约第十五条第二款规定，即便在战争期间或国家命运公开受到威胁时，缔约方也不得违背有关酷刑和不人道或有辱人格待遇的禁令。有关理论现在仍然以此作为在驱逐(此处为一般含义)外国人时适用第三条的理由。在国际责任方面，送交国家是目的地国家行动的合谋者，因为它以将人驱逐出境的方式，允许目的地国家采取非法行动。

79. 现在需要更详细地审视有关准则所禁止的不同行为或事实和概念。首先要指出，虽然我们不知道，欧洲公约第三条禁止“酷刑”和“不人道或有辱人格的待遇或处罚”，但《公民及政治权利公约》提及“残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”，在有关行为的第二部分增加了一个词；该公约第七条的这一语句被美洲公约(第五条第二款)和非洲宪章(第五条)采用。因此，本报告通篇采用这一语句。

¹²⁸ F. Sudre, “Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l’homme du 7 juillet 1989”, RGDI, 1990, p. 108.

¹²⁹ 欧洲人权法院, Soering 诉联合王国, 1989 年 7 月 7 日的判决, Décisions et rapports, p. 33, par. 86.

¹³⁰ 除了已经引用者外, 另见: C. Van Den Wyngaert, “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora’s Box ?” 英国国际法和比较法研究所, 1990, p. 757-779; C. Warbrick, “Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the Soering Case”, Michigan Journal of International Law, 1990, p. 1073-1096; S. Breitenmoser & G. E. Wilms, “Human Rights v. Extradition: The Soering Case”, 同上, p. 845-886; B. I. Richard, “The Soering Case”, A. J. I. L. 1991, p. 128-149; H. G. Vander Wilt, “Après Soering: the Relationship between Extradition and Human Rights in the Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States”, N. I. L. R. 1995, p. 53-80; S. Zohlke & J. -C. Pastille, “Extradition and the European Convention – Soering Revisited”, Zao RV. 1999, p. 749-784; 另见 V. Chetail, (前注 125), p. 165.

a. 酷刑

80. 酷刑被认为是一系列侵犯人身完整性的行为中最为严重的行为。¹³¹

81. 根据 1984 年《联合国禁止酷刑公约》第 1 条第 1 款，

“‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”

82. 正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在 Furundzija 案中所述，¹³² 关于酷刑的这一法律定义建立在四个基本要件之上：

(一) 物质或身体要件：通过某一行为或不行为，使人在身体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦；

(二) 心理要件：行为或不行为必须是蓄意的；

(三) 目的性：酷刑的目的是获得情报或供状，或者处罚、恐吓、侮辱或强制受害人或第三者，或者基于任何一种理由歧视受害人或第三者；

(四) 工具或手段要件：至少有一个参与实施酷刑的人是官方负责人，或者无论如何不是以私人身份行事，而是作为事实上的国家机关或任何其他权力实体的人员行事。

83. 从这些要件看，毫无疑问，已经或正在被驱逐者无论在驱逐国还是在目的地国，都有可能遭受酷刑。此外，根据 1984 年《禁止酷刑公约》设立、直到 1991 年才开始运作的禁止酷刑委员会已收到数百封个人来文，几乎全部都是关于个人被驱逐或引渡到某一国后有遭受酷刑或虐待危险的案件。¹³³ 委员会在这些案件

¹³¹ 见 Robert Kolb, « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitement inhumains ou dégradants », Revue universelle des droits de l'homme, 第 15 卷, 第 7-10 号, 2003 年 12 月 15 日, 第 225 页。

¹³² Furundzija 案(上文注 120), 第 162 段。

¹³³ 见 R. Kolb(上文注 131), 第 261 和 266 页。

中采取的对策几乎完全相同，具有相当的重复性。¹³⁴ 因此，只要举几个案件作为例子就可说明问题。¹³⁵

84. 在 Mutombo 诉瑞士案(1994 年)中，申诉方在本国秘密加入一个政党，即扎伊尔民主与社会进步联盟。他随后不久于 1989 年被捕，在一间一平方米的小牢房里关押四天。他被电击、枪托殴打、敲击睾丸直至失去知觉。囚禁期间，他头上因酷刑造成的伤口未作任何医疗处理。1990 年获释后，他逃往瑞士。虽然体检证明有虐待(酷刑)伤痕，瑞士还是对他下达了驱逐令。

85. 这一驱逐令被指违反《禁止酷刑公约》第 3 条，该条规定：

“1. 如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国。

2. 为了确定这种理由是否存在，有关当局应考虑到所有有关的因素，包括在适当情况下，考虑到有关国家境内是否存在一贯严重、公然、大规模侵犯人权的情况。”

86. 委员会在指明应确定是否有充分理由相信 Mutombo 先生有遭受酷刑的危险之后宣布：

“然而，这样做的目的是为了说明有关个人在返回该国时是否有遭受酷刑的危险。因此，一国一贯存在严重、公然、大规模侵犯人权的情况并不一定构成确定该人在返回该国有遭受酷刑危险的充分理由，必须存在其他理由来说明有关个人遭受的人身危险。同样，不存在严重的侵犯人权情况，并不意味着认为该人士在其特定处境中没有遭受酷刑的危险”。¹³⁶

87. 委员会认为，毫无疑问，就本案而言，有充分理由相信申诉人在原籍国有遭受酷刑的危险。支持这一观点的因素很多：他的族裔背景、他的政治附属关系、他被监禁的历史、他脱离军队逃往国外的行为、他在庇护申请中提出的可能被认为是在诋毁扎伊尔的证据，除此之外还有该国一贯侵犯人权的情况。¹³⁷

¹³⁴ 关于委员会的活动，尤其见 C. Ingelse, *The United Nations Committee Against Torture. An Assessment*, The Hague/London/Boston, 2001 年；L. Holmström (ed.), *Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee Against Torture: Eleventh to Twenty-Second Session (1993-1999)*, The Hague/London/Boston, 2000 年；另见：A. Dormenval, “United Nations Committee Against Torture: Practice and Perspectives”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 8, 1990 年，第 26 及其后各页；M. Nowak, “The Implementation Functions of the United Nations Committee Against Torture”, 载于 Mélanges F. Ermacora, N. P. Engel, Strasbourg/Kehl, 1988 年，第 493 及其后各页。

¹³⁵ R. Kolb 在前述研究中对此作了归纳(上文注 131；尤其见第 268-273 页)，本报告予以借鉴。

¹³⁶ Mutombo 诉瑞士案，A/49/44，附件五，B 节，第 13/1993 号来文，第 9.3 段。

¹³⁷ 同上，第 9.4 段。

88. Alan诉瑞士案(1996 年)适用同样的标准。申诉人是一个具有马列主义倾向的库尔德非法组织的同情者。1983 年,他在土耳其被捕,声称曾遭受 36 天残忍的电击酷刑。在 1988 年和 1989 年又多次被逮捕后,他逃往瑞士。尽管医疗报告确认他身上的伤疤是有关酷刑所致,瑞士仍决定予以驱逐。¹³⁸ 委员会宣布:

“就本案而言,委员会认为,在确定撰文人回国后是否有遭受酷刑的危险时,其种族背景、其指称的政治党派、过去遭拘留及国内流亡的情况都应予以考虑。缔约国指出撰文人叙述中有自相矛盾和前后不一致之处,但委员会认为,酷刑受害者叙述完全正确是很少见的,撰文人叙述事实时可能有的这种前后不一致无关宏旨,不足以令人怀疑撰文人求诉总体的真实性”。¹³⁹

89. 随后,委员会回顾了Alan先生引述的几次虐待,确认在这些情形中,委员会“认为撰文人已充分证明,如果他本人返回土耳其,会有遭受酷刑的危险”。¹⁴⁰ 委员会“总结说,在当前情况下驱逐撰文人或令其返回土耳其将违反《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 3 条”。¹⁴¹

90. 委员会在 Aemei 诉瑞士案(1997 年)中的做法所反映的裁判趋势后来通过各国际法庭的判例而得到强化。委员会确认第 3 条所述规则具有强制法性质。确实,委员会

“提请注意,《公约》第 3 条规定的保护是绝对的。不论何时,如有充分理由相信某个人如被驱逐到另一国就会有遭受酷刑的危险,缔约国不得将该人遣返到该国。在根据《公约》第 3 条作决定时,这个人所参加的活动的性质并不是一个相关的考虑因素”。¹⁴²

91. 非司法管制机关的这个明确判例有着扎实的基础,因为司法机关有大量裁定秉持一贯立场。¹⁴³

¹³⁸ 第 21/1995 号来文, A/51/44, 附件五, A 节, 第 11.2-11.6 段。

¹³⁹ 同上, 第 11.3 段。

¹⁴⁰ 同上, 第 11.4 段。

¹⁴¹ 同上, 第 11.6 段。

¹⁴² Aemei 诉瑞士案, 第 34/1995 号来文, A/52/44, 附件五, B.2 节, 第 9.8 段。

¹⁴³ A. D. 诉荷兰案, 第 96/1997 号来文; A. L. N. 诉瑞士案, 第 90/1997 号来文; C. R. Nunez Chipana 诉委内瑞拉案, 第 110/1998 号来文; E. A. C. 诉瑞士案, 第 28/1995 号来文; G. T. 诉瑞士案, 第 137/1999 号来文; H. A. D. 诉瑞士案, 第 126/1999 号来文; H. D. 诉瑞士案, 第 112/1998 号来文; I. A. O. 诉瑞典案, 第 65/1997 号来文; J. A. Arana 诉法国案, 第 63/1997 号来文; J. U. A. 诉瑞士案(1), 第 100/1997 号来文; K. M. 诉瑞士案, 第 107/1998 号来文; K. N. C. 诉瑞士案, 第 94/1997 号来文; K. T. 诉瑞士案, 第 118/1998 号来文; M. B. B. 诉瑞典案(2), 第 104/1998 号来文; N. P. 诉澳大利亚案, 第 106/1998 号来文; P. Q. L. 诉加拿大案, 第 57/1996 号来文; S. C. 诉丹麦案, 第 143/1999 号来文; S. M. R. 和 M. M. R. 诉瑞典案, 第 103/1998 号来文; T. P. S. 诉加拿大案, 第 99/1997 号来文; V. X. N. 和 H. N. 诉瑞典案, 第 130 和 131/1999 号来文; X. 诉荷兰案, 第 36/1995 号来文; X. 诉瑞士案, 第 27/1995 号来文; X. 诉瑞士案, 第 38/1995 号来文; X.、Y. 和 Z. 诉瑞典案, 第 61/1996 号来文。

92. 先来看前南问题国际法庭的判例。该法庭在Delalic (Celebici)案(1998年)中首次就酷刑问题表态。虽然在提到定义时,法庭审判分庭再次引述1984年《禁止酷刑公约》中的定义,¹⁴⁴但其裁定却特别指出,禁止酷刑具有习惯法性质,在和平时期和国内及国际武装冲突期间同样适用。¹⁴⁵审判分庭几个月后又在Furundzija案中对此作了确认,¹⁴⁶并在此前清晰回顾了支配这一规则的法理:

“首先,考虑到国际社会重视防止个人遭受酷刑,禁止这一做法要尤其严格和广泛。国家不仅有义务禁止和惩治使用酷刑,还有义务防止使用酷刑。事后干预是不够的,因为人的身体和精神完整性受到的伤害已经无法弥补。国家有义务采取一切能够防止使用酷刑的措施。如同欧洲人权法院在Soering案中颇具权威地指出,国际法不仅禁止实际违法行为,还禁止潜在违法行为(及一切潜在的不人道和有辱人格待遇)。由此可见,国际法规则不仅禁止酷刑,还谴责(一)不在国家一级采取措施致使禁令成为一纸空文的情况,(二)与禁令相违背的法律仍然有效或仍将通过的情况。”¹⁴⁷

93. 审判分庭的这项裁定得到了上诉分庭的确认。上诉分庭“认为,如果居然称修订版起诉书第25段所控行为(用刀在妇女大腿和肚皮上摩擦并威胁将刀插入阴道)一旦获得证实,其严重程度仍不足以构成酷刑行为,那是不可思议的”。¹⁴⁸

94. 从国际责任法的角度看,禁止酷刑规则的法律后果是特殊的。法庭指出:

“一般而言,保持与国际法规则相违背的国内法的效力或通过这样的国内法,不会给当事国带来责任,因此只有在这些法律实际适用时,才会产生(广义上的)中止和赔偿权利。相反,就酷刑而言,与国际禁止酷刑的规定相违背的法律只要得以维持或通过,就会带来国家的国际责任。要废除酷刑,就必须禁止一切准许或容忍这一做法或会产生这种效果的国家法律。”¹⁴⁹

95. 此外,审判分庭在Delalic案中还确认:

¹⁴⁴ 前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在Kunarac及其他人案(2001年)中完全改变了对酷刑定义的看法:“考虑到国际文书和迄今为止分析的判例,审判分庭认为,《禁止酷刑公约》的酷刑定义在习惯国际法中不可采用,因为后者在任何背景下都具有强制性(……)。因此,审判分庭认为,《禁止酷刑公约》第1条对酷刑的定义只能作为指导原则”(Kunarac, Kovac 和 Vukovic案(2001年)),第482段;另见第496段。

¹⁴⁵ Delalic (Celebici)案,1998年11月16日判决,第446和454段。

¹⁴⁶ Furundzija案,(见上文注120),第155段。

¹⁴⁷ 同上,第148段。

¹⁴⁸ Furundzija案(上诉,2000年),上诉分庭2000年7月21日判决,第114段。

¹⁴⁹ Furundzija案(上文注120),第150段。

“151. 而且，禁止酷刑的规定要求各国承担普遍义务，即对国际社会所有其他成员承担义务，而国际社会每个成员都拥有相应权利。此外，违背这些义务会同时损害国际社会所有成员相应的权利，使其中每个成员都有理由要求当事国履行义务，或者，至少停止违背义务或不再次违背义务。

152. 如果存在国际机关负责绝对公正地监督酷刑条约各项规定的执行情况，在关系到确定某一国家是否已采取一切必要措施防止或惩治使用酷刑行为时，或者关系到提醒某一国家注意其国际责任时，这些机关的角色要高于且先于各国。这些机关有助于完全中立和公正地确保国际法得到尊重。

153. 上述普遍适用性属于(广义上的)国际强制权范畴，而禁止酷刑原则的另一个主要特征则涉及国际规范体系中的一系列规则。由于所保护的价值观非常重要，这一原则已成为一项强制性准则或强制法，也就是说，这项准则在国际上要高于协约法，甚至还高于“普通”习惯法规则。最明显的后果是，各国不能通过国际条约、地方习惯或特殊习惯、或者甚至不具备相同规范作用的一般习惯规则，来减损这一原则的效力。

154. 显然，禁止酷刑的强制法作用表明，禁止酷刑是国际社会今后最基本的准则之一。此外，禁止酷刑还具有威慑力，提醒国际社会所有成员以及这些成员权威下的所有个人注意，这是一项任何人都不能违抗的绝对价值观。”¹⁵⁰

96. 欧洲人权法院在Al-Aldsani诉联合王国案中采用了这个关于禁止酷刑是一项强制性准则的立场。法院指出，“根据许多司法裁定，禁止酷刑具有强制性准则的性质，也就是具有强制法的性质”；法院“根据以往判例”宣布，“禁止酷刑已成为一项国际法强制性规则(……)。”¹⁵¹

97. 早在此案之前，欧洲人权法院就曾在Cruz Varas及他人诉瑞典案(1991年)中针对禁止驱逐有酷刑危险的请求庇护者问题发表意见。该案涉及将智利侨民驱逐回原籍国，当时皮诺切特将军仍在该国掌权。法院在该案中完全套用了Soering案判决书的陈述，承认根据《公约》，如果有“充分和明显理由”相信当事人在目的地国会有“遭受酷刑或者不人道或有辱人格的处罚或待遇的真实危险”，关于驱逐庇护申请者的裁定就会给驱逐国带来责任。¹⁵² 在该案中，法院认为，将申请者驱逐回原籍国，不会给当事人带来遭受此种待遇的真实危险，因此，瑞典没有违反《欧洲人权公约》第3条的要求。

¹⁵⁰ 同上，第151-154段。

¹⁵¹ Al-Aldsani 诉联合王国，2001年11月21日判决，第60和61段。

¹⁵² 欧洲人权法院，1991年3月20日判决，A辑第201号；判决书登载于Revue universelle des droits de l'homme，1991年第209号，第69及其后各段。

98. 法院曾在Vilvarajah及其他人诉联合王国案(1991 年)中确认这一判例。该案涉及联合王国裁定将五名斯里兰卡请求庇护者驱回原籍国。法院回顾说,前述公约第 3 条禁止驱回在母国有遭受虐待的真实危险的难民,但也认为在该案中,被驱回者不会有此种危险。法院在此处适用“国家标准”而非国际“最低标准”,认为“当事人的个人处境不如泰米尔社区广大成员或返国泰米尔男青年”的说法是不成立的。诚然,由于局势不稳定,“当事人有一定程度遭受拘禁或虐待的危险,其中有些人过去显然已经有过这种经历”;但驱逐他们并不构成对《欧洲人权公约》第 3 条的违反。¹⁵³

99. 这个判例可归纳如下:

“首先,必须有充分和明显理由相信,驱逐措施会给当事人带来遭受有违第 3 条的待遇的真实危险。其次,判断须视主体情况,必须是当事人本人遭受这一危险才算。第三,应参考第三国的客观情况,如果虐待做法很普遍,当事人就更有可能遭受这一危险。反之,如果当事人的处境与他在驱逐目的地国境内所属社区的整体处境没什么区别,就证明主体的危险性不足。”¹⁵⁴

100. 从这个国际判例得出三个主要事实,其中尤以Furundzija案的表述最为深入。¹⁵⁵ 首先,禁止酷刑既包括禁止对人的身体和心理(或精神)完整性的实际侵犯,也包括禁止潜在侵犯;因此,国家不仅有义务通过事后干预进行补救,也有责任通过审慎行动进行预防,包括立即废除有违禁止规则的法律。¹⁵⁶ 其次,禁止酷刑的规定要求履行普遍义务;所有国家都拥有按照这一规则行事的权利和利益。¹⁵⁷ 最后,禁止酷刑是一项强制法准则,一项强制、绝对、在任何情况下都不可减损的准则。这是国际公法体系的基本准则之一,据以保护最高价值观,因此具有重要地位。¹⁵⁸

b. 残忍、不人道或有辱人格的待遇

(一) 一般情况

101. 前文已指出,保护人权的主要国际文书在表述禁止“残忍、不人道或有辱人格的处罚或待遇”(《世界人权宣言》用语)时,有几处用词略有不同。

¹⁵³ 欧洲人权法院,1991 年 10 月 30 日判决,A 辑第 215 号,第 104 及其后各段,特别是第 111 段;判决书登载于 *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991 年,第 537 号。

¹⁵⁴ R. Kolb(上文注 131),第 270 页。撰文人提请注意,这个“不歧视”标准受到法理的批评;尤其见 F. Sudre,载于 L. E. Pettiti, E. Decaux 和 P. - H. Imbert(上文注 41);第 174 页,注 16。

¹⁵⁵ 见 R. Kolb(上文注 131),第 273 页。

¹⁵⁶ Furundzija 案(上文注 120),第 148-150 段。

¹⁵⁷ 同上,第 151-153 段。

¹⁵⁸ 同上,第 153-157 段。

102. 对于禁止侵犯人权和限制国家驱逐权准则的这个部分，上述法律文书没有界定各种构成类别。国际判例对此作了补充，特别是通过前南问题国际法庭在前文所述 *Delalic (Celebici)* 案中提供的指导。审判分庭在该案中将“不人道待遇”定义如下：

“不人道待遇是指造成严重的身体或心理痛苦，或者严重侵犯身体或精神完整性或人的尊严的行为或不行为。(……)简言之，审判分庭认为，不人道待遇是一种蓄意的行为或不行为，也就是说，是一种客观判断为故意和非偶然的行为，这种行为造成严重的精神或身体痛苦，或者构成对人的尊严的严重侵犯。”¹³⁹

103. 与酷刑定义的根本区别是，一方面，给予不人道(有辱人格或残忍)待遇不一定是为了取得情报或供状；另一方面，这种待遇不一定必须或纯粹是由国家官员或以国家官员名义行事的人的行为。

104. 关于“残忍待遇”，审判分庭在同一案件中给出了以下定义：

“残忍待遇构成一种蓄意行为或不行为，也就是说，是一种客观上故意和非偶然的行为，这种行为造成严重的身体或精神痛苦或疼痛，或者构成对人的尊严的严重侵犯。为此，就《规约》第三条而言，这种待遇作为严重违反日内瓦四公约的行为，与不人道待遇具有相同的含义，所以也具有相同的余留功效。因此，日内瓦四公约共同第三条所指的酷刑罪也包含在残忍待遇的概念之内。任何待遇，如果不符合按照共同第3条给酷刑定性时提出的条件，就是一种残忍待遇。”¹⁴⁰

105. 从这两个定义看，显然“残忍待遇”的概念要更加广泛，既包括不人道待遇，也包括酷刑罪的某些方面，但没有全部包括。不过，所有这些行为或待遇都构成对人的尊严的侵犯。继*Delalic*案判决之后，前南问题国际法庭在*Aleksovski*案(1999年)中再次将严重侵犯人的尊严指述为不人道待遇的后果。¹⁴¹

106. 可称为残忍、不人道或有辱人格待遇的行为很多而且很杂，在此处调查哪些来自判例没有什么意义，不如从中总结出定性的标准。欧洲人权法院在保持一贯意见的一个判例中回顾说，

“为了适用第三条，虐待必须达到一个最低严重程度。这一最低严重程度的评定本质上是相对的，取决于案件的所有资料，特别是待遇的性质和背

¹³⁹ *Delalic* 案(1998年)，第442和543段；另见*Blaskic*案(2000年)，第154段。

¹⁴⁰ 同上，第552段。

¹⁴¹ *Aleksovski* 案(1999年)，第56段；另见*Blaskic*案(2000年)，第681段。

景及其执行方式、持续时间、身体或精神效应，有时还取决于受害人的年龄和健康状况。”¹⁴²

107. 欧洲人权法院在 *Soering* 案中首次提到关于在面临残忍、不人道或有辱人格待遇危险的情况下禁止引渡并由此引申到禁止驱逐的判例。法院遇到的核心问题是，就《公约》第三条而言，《欧洲公约》缔约国将某人引渡到第三国，由于被引渡人在目的地国可能会遭受虐待，是否会给缔约国带来责任。针对这个问题，法院在 1989 年 7 月 7 日判决中答道，《公约》本身不认可不被引渡权；但是，

“当一项裁定因其后果而对行使受《公约》保护的權利造成侵犯时，如果明显造成影响，缔约国就得根据相应条款承担责任。”¹⁴³

108. 如同本报告第 76 段所述，法理上将这一机制称为“间接保护”，¹⁴⁴ 其原则源自《公约》第一条和缔约国的普遍承诺，即承认《公约》为“辖下所有人”界定的权利。¹⁴⁵

109. 有人会称，实施驱逐或引渡的国家没有义务对违反《公约》的行为负责，应予指责的只能是实施虐待的目的地国。*Soering*案中的被告国政府就是坚持这一观点。这并非欧洲人权委员会的观点。该委员会在报告中承认，驱逐或引渡在某些情况下会给实施驱逐或引渡的公约缔约国带来责任，例如，如果此人必定会遭受酷刑或不人道待遇，或者受到此类严重威胁。委员会报告强调，缔约国之所以要承担责任“是因为被驱逐或引渡者在另一国面临不人道或有辱人格待遇”。¹⁴⁶ 因此，委员会坚持前述判例，并且专门在报告中回顾这一点。¹⁴⁷

¹⁴² 欧洲人权法院，爱尔兰诉联合王国案，1978 年 1 月 18 日判决，A 辑，第 25 号，第 65 页，第 162 段；在引渡与驱逐方面，另见 *Soering* 诉联合王国案(上文注 129)，第 39 页，第 100 段；*Cruz Varas* 及其他人诉瑞典案(上文注 152)，第 31 页，第 83 段。

¹⁴³ *Soering* 诉联合王国案，1989 年 7 月 7 日判决，A 辑第 161 号，第 85 段。

¹⁴⁴ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (上文注 127)，第 84 和 304 页；另见 F. Sudre, “Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1990 年，第 108 页。

¹⁴⁵ 同上，第 109 页。

¹⁴⁶ *Soering* 诉联合王国案，第 14038/88 号诉状，委员会 1989 年 1 月 19 日报告，第 96 段。

¹⁴⁷ 见 1983 年 5 月 3 日 *Altun* 诉德意志联邦共和国案的裁定，第 10308/83 号诉状，《裁定与报告》第 36 卷，第 209-235 页；1984 年 3 月 12 日 *Kirkwood* 诉联合王国案的裁定，第 10479/83 号诉状，《裁定与报告》第 37 卷，第 156-191 页。

110. Soering案的判例后来在法院其他判决中得到确认,¹⁴⁸ 其中近期判例包括2005年7月26日关于驱逐刚果民主共和国前身、前扎伊尔国家元首蒙博托特种部队成员的N. 诉芬兰案。法院认为,当事人参加了“旨在辨认被认为[对蒙博托]构成威胁的异见分子的各类行动”,“有理由认定,申诉人的处境可能不如其他大部分蒙博托前拥护者”;此外,由于受这些活动之害的异见分子近亲们可能会有“报复欲望”,有“充分和明显理由相信,申诉人如果被驱逐,就有遭受《欧洲人权公约》第三条所禁止的待遇(不人道待遇)的危险。”法院因此裁定,芬兰不得驱逐当事人。¹⁴⁹

111. 按如此方式确定义务,依据的是《公约》的价值观基础。欧洲人权法院一位前法官写道:“《欧洲人权公约》绝对禁止酷刑和不人道或有辱人格的处罚或待遇,这是民主社会的基本价值观。因此,缔约国如果有意识地将可能实施卑劣罪行的逃亡者交给有充分理由认定当事人会遭受酷刑(或虐待)的另一国,该缔约国的行为就与《公约》所隐含的价值观不符”。¹⁵⁰ 这一看法与法院在Soering案中达成的结论不谋而合,都确定即使在《公约》第三条案文中没有明确提及,

“不予引渡的隐含义务也适用于该条所禁止的逃亡者在目的地国可能遭受不人道或有辱人格的处罚或待遇的情况”。¹⁵¹

112. 这一规则适用于驱逐,¹⁵² 而且不论所定驱逐是否已经执行。有一位学者写道:“继委员会之后,法院在1989年7月7日Soering案的裁定中也作了这样的决定(第90段)。在Soering案(引渡到美国的决定不予实施)、1991年3月20日Cruz-Varas案(驱逐到智利;A辑第201号,第70段)和1991年10月30日Vilvarajah案(将泰米尔人驱回斯里兰卡;A辑第215号,第102-103段)相继判决之后,欧洲法律的解决办法已非常明确:一旦就驱逐、引渡或推回作出决定,不论是否实际执行,都有可能构成不人道或有辱人格的待遇”。¹⁵³

¹⁴⁸ 例如,见D. 诉联合王国案,法院在该案中发现,申诉人如果在身患重病且岛上缺乏适当医疗设备的情况下仍被驱逐到圣基茨,就有遭受不人道待遇的危险(因此驱逐此人即违反《公约》第三条)。

¹⁴⁹ 法新社资料,2005年7月25日。见欧洲人权法院N. 诉芬兰案,第38885/02号诉状,2005年7月26日判决(只有英文版)。

¹⁵⁰ Juan Antonio Carrillo - Salcedo, 对第1条的评注,载于L. -E. Pettiti, E. Decaux 和 P. -H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l' homme* (上文注41),第140页。

¹⁵¹ Soering 诉联合王国案,1989年7月7日判决,A辑,第161号,第88段。

¹⁵² 见F. Sudre, 载于L. E. Pettiti, E. Decaux 和 P. -H. Imbert (上文注41),第163页。

¹⁵³ 同上,第173页。

113. 在没有采取任何押解出境的行动时，情况并非如此，从Vijayanathan和Pusparajah诉法国案中就可以得出这一点。¹⁵⁴ 事实上，即使《欧洲公约》监督机关就驱逐事项拟订一种应对“迫在眉睫的违反行为”的做法，这种做法也只能适用于已经裁定但尚未执行的强制驱离外国人的措施。¹⁵⁵

114. 如果将某人驱逐到一个国家可能遭受的暴力不是来自国家机关，而是来自以个人名义行事的人，该怎么办？

115. 欧洲人权法院在 H. L. R. 诉法国案(1997 年)中遇到了同样的情况。申诉人在被驱逐到哥伦比亚的过程中，辩称在该国可能遭受来自私人团体的酷刑行为或不人道行为，私人团体在这里指的是曾经招募他作为偷运分子的贩毒团体。自 Soering 案以来，《欧洲公约》第三条的适用范围已扩大，该条可适用于国家当局可导致第三国国家当局在其境内施加酷刑的行为。在 H. L. R. 诉法国案中，法院将适用范围延伸到非国家带来的危险，但以第三国没有能力保护当事人为前提：法院认为，一国如果将某人置于被以私人名义行事的人施加不人道待遇的实际危险之下，就违反了 1950 年《公约》第三条。法院写道：

“由于受保障权利的绝对性，法院不排除将第三条也适用于危险来自非公职人员或群体的情况。还需要指出的是，危险必须实际存在，而目的地国家当局没有能力通过适当保护予以防止”。¹⁵⁶

116. 国际人权文书监督机关采用了欧洲关于禁止将人驱逐到可能遭受虐待的国家的判例。例如，禁止酷刑委员会在Mutombo诉瑞士案(1994 年)中就作出了这样的裁定，认为“有充分理由相信Mutombo先生将面临遭受酷刑的危险”。¹⁵⁷ 关于包括酷刑及残忍、不人道和有辱人格的处罚或待遇在内的通常所称虐待的危险，人权事务委员会曾在Alzery诉瑞典案中就此表明意见。¹⁵⁸

117. 申诉人是一名在开罗大学任教的化学和物理学家，曾积极参加一个伊斯兰反对组织。他用假签证成功入境沙特阿拉伯，在那里生活后又前往阿拉伯叙利亚共和国。当该国将一些埃及人引渡回埃及的时候，他被迫离开。在一本假丹麦护照的帮助下，他得以入境瑞典，在那里他立即申请庇护，并承认是用假护照进入

¹⁵⁴ 见第 17550/90 和 17825/91 号诉状，委员会的报告，1991 年 9 月 5 日，以及欧洲人权法院的判决，1992 年 8 月 27 日，A 辑，第 241-B 号。

¹⁵⁵ 见 Ronny Abraham，对《欧洲公约》第 25 条的评注，载于 L. E. Pettiti 及其他人(上文注 41)，第 588 页。

¹⁵⁶ Recueil, 1997 年第三卷，第 36 号，第 40 段；Revue universelle des droits de l' homme, 1997 年，第 60 段。

¹⁵⁷ 1994 年 4 月 27 日裁定，A/49/44，附件五，B 节，第 13/1993 号来文，第 9.3 段。

¹⁵⁸ 2006 年 10 月 25 日裁定，第 1416/2005 号来文，A/62/40 (Vol. II)，附件七，第 II 节；Revue universelle des droits de l' homme, 2006 年，第 27 卷，第 9-12 号，第 391 及其后各页。

该国。为支持庇护申请，他声称曾在埃及遭受侵犯和酷刑，他感觉被人监视，他的家遭到搜查；在他离开埃及后，有人曾到他父母家找他；他担心返回埃及后会被送上军事法庭，害怕自己被逮捕和遭受酷刑。¹⁵⁹

118. 委员会必须回答的第一个实质问题是，将申诉人从瑞典驱逐到埃及，是否会使他面临在埃及遭受酷刑和其他虐待的实际危险，并因此构成对《公民及政治权利国际公约》第七条的违反：

“11.4 委员会注意到，在本案中，缔约国自己也承认有遭受虐待的危险，而按照国际人权义务，(仅此)就可阻止撰文人被驱逐(见上文第 3.6 段)。实际上，缔约国认为减少所述虐待的危险就足以避免违反禁止推回原则，所依靠的只是外交保证。

11.5 委员会注意到，所获保证中没有监督其执行的办法。在保证本身的内容之外也没有提供有效执行的任何安排。缔约国大使和工作人员的探访在遣返后五周才开始，完全忽视了最容易受伤害的危险期。此外，对于确已进行的探访，其安排也不符合国际良好做法的基本要求，因为没有坚持单独会见被拘留者，未作适当的医疗和法医检查，甚至在听到大量关于虐待的指控之后也是如此。由此可见，缔约国未能证明所获外交保证在本案中确实足以使面临虐待危险的程度降到《公约》第七条所要求的水平。因此，驱逐撰文人就构成对《公约》第七条的违反”。¹⁶⁰

119. 在特别报告员看来，这一判例发展的实质部分，特别是欧洲人权法院判例发展的实质部分，是欧洲希望在《欧洲联盟基本权利宪章》中体现的内容。该宪章第 19 条题为“驱离、驱逐和引渡情况下的保护”，其中第 2 款规定：

“任何人不得被驱离、驱逐或引渡到他很有可能遭受死刑、酷刑或者其他不人道或有辱人格处罚或待遇的国家。”

120. 根据上述关于禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇以及各国因此有义务防止所有人、包括常住或被驱逐外国人遭受这些虐待的分析，有必要提出以下条款草案：

第 11 条草案：防止被驱逐者遭受酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇的义务

1. 一国不得在其境内对被驱逐者施以酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇。

¹⁵⁹ 同上，第 3.2 段。

¹⁶⁰ 同上，第 406 和 407 页，第 11.4 和 11.5 段。

2. 一国不得将某人驱逐到此人面临遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇的严重危险的国家。
3. 本条第2款的规定也适用于危险来自以私人名义行事的个人或团体的情况。

(二) 儿童的特殊情况

121. 防止被驱逐外国人遭受虐待危险的最后一个方面涉及儿童保护问题。1989年11月20日《儿童权利公约》于1990年9月2日生效。该公约确定了保护上述权利的总体框架，涵盖上述各种虐待危险。《公约》第2条规定：

“1. 缔约国应尊重本公约所载列的权利，并确保其管辖范围内的每一儿童均享受此种权利，不因儿童或其父母或法定监护人的种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、伤残、出生或其他身份而有任何差别。

2. 缔约国应采取一切适当措施确保儿童得到保护，不受基于儿童父母、法定监护人或家庭成员的身份、活动、所表达的观点或信仰而加诸的一切形式的歧视或惩罚。”

第3条第1款作为前述第2条的补充，阐述了一项提纲挈领性质的准则，作为各国按照《公约》履行一切义务的依据。

“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”

第37条明确规定：

“缔约国应确保：

(a) 任何儿童不受酷刑或其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。对未满18岁的人所犯罪行不得判以死刑或无释放可能的无期徒刑；

(b) 不得非法或任意剥夺任何儿童的自由。对儿童的逮捕、拘留或监禁应符合法律规定并仅应作为最后手段，期限应为最短的适当时间；

(c) 所有被剥夺自由的儿童应受到人道待遇，其人格固有尊严应受尊重，并应考虑到他们这个年龄的人的需要的方式加以对待。特别是，所有被剥夺自由的儿童应同成人隔开，除非认为反之最有利于儿童，并有权通过信件和探访同家人保持联系，但特殊情况除外；

(d) 所有被剥夺自由的儿童均有权迅速获得法律及其他适当援助，并有权向法院或其他独立公正的主管当局就其被剥夺自由一事之合法性提出异议，并有权迅速就任何此类行动得到裁定。”

122. 在判例方面，欧洲人权法院扩大了《欧洲公约》第三条所提供的保护范围：一方面，如同布鲁塞尔轻罪法庭合议庭在 *Cajamarca Arizaga* 和女儿 *Loja Cajamara* 诉比利时案中所述，这项保护具有“绝对性，不含任何例外，即使该外国人的态度可能需要批评”；另一方面，这项保护适用于所有人，不论成年人还是儿童。在此案中，*Cajamarca Arizaga Ana* 和女儿 *Loja Cajamara Angelica* 作为申诉人根据事实辩称，11 岁的女儿由于被逮捕和监禁而遭受重大伤害。她们援引《欧洲人权公约》和《儿童权利公约》中的“严重侵犯”作为理由。申诉人曾被带往机场，关押在拒予入境者拘留中心。*Cajamarca* 女士称，她被带上手铐，并与女儿隔离，使后者的精神伤害进一步加剧。她的律师和一名医生想要跟她们碰面，尽管已得到外国人事务局的批准，却都被机场警察严词拒绝。

123. 从法律角度看，申诉人坚持认为，她们所遭受的虐待构成不人道和有辱人格的待遇甚至酷刑，尤其因为 *Angelica* 年纪尚小，极易受到伤害，而人身完整权又是一项基本权利，对这项权利的侵害，必须立即停止，这也是一项公共领域的权利，法官可按规定要求予以保护，当事方本来自己不必予以援引。

124. 在这方面，在上述比利时法庭引以为据的 *Mubilanzila Mayeka* 和 *Kaniki Mitunga* 诉比利时案的判决中，欧洲人权法院谴责比利时施行不人道和有辱人格的待遇，将一名五岁儿童在第 127 号禁闭室关押两个月。法院还认为，将儿童以与成年人同等条件关押在原先为成年人设计、因而不符合其年龄需要的禁闭室，已构成不人道和有辱人格的待遇，是对《欧洲人权公约》第三条的违反。法院强调，儿童极易受到伤害，比利时当局应按照上述第三条规定的积极义务，通过适当措施予以保护和照顾。¹⁶¹ 法院明确指出，儿童的易受伤害性“应比其在行政上的身份受到更多重视”。¹⁶² 法院的理由是：

“对于《公约》第三条的绝对禁止原则，需要注意的是，这一要素[儿童极易受到伤害的处境]具有决定意义，比外国人的非法居留身份应更受重视。”¹⁶³

125. 布鲁塞尔轻罪法庭合议庭据此表示：“儿童无论其居留身份为何，均应按儿童身份予以考虑、对待和保护。”¹⁶⁴ 这是欧洲法院相关判例的主要内容。该判例扩大了《欧洲人权公约》第三条的适用范围，同时也间接阐明了前述《儿童权利公约》第 37 条的规定。

¹⁶¹ 比利时指控该儿童的家人是所述伤害的起因，所以应对此负责。法院驳回了这一论点。布鲁塞尔轻罪法庭合议庭在 2007 年 7 月 4 日关于 *Cajamarca Arizaga* 和女儿 *Loja Cajamara* 诉比利时案的裁决中采用了这一判例。

¹⁶² 布鲁塞尔轻罪法庭合议庭用语。

¹⁶³ 欧洲人权法院，*Mubilanzila Mayeka* 和 *Kaniki Mitunga* 诉比利时案，2006 年 10 月 12 日判决，第 55 段。

¹⁶⁴ 见上文注 181。

126. 然而，绝对不可说这一表述所表达的是一项习惯法规则。需要说明的是，这一表述反映了相关领域的大趋势。总之，可以认为，对于《儿童权利公约》所依据、1990 年《非洲儿童权利和福利宪章》等区域文书所体现的保护理念，可能很难找到明显的反对意见。

127. 鉴于上述考虑，有必要制订一项具体准则，防止儿童遭受酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇的危险，实施这项保护准则必须不论儿童是何种居留身份。

第 12 条草案：保护被驱逐儿童的特定情况

1. 被驱逐儿童无论居留身份为何，均应按儿童身份予以考虑、对待和保护。
2. 以与成年人同等的条件羁押儿童或长期羁押儿童的情形，即构成残忍、不人道和有辱人格待遇。
3. 在本条中，应按 1989 年 11 月 20 日《儿童权利公约》第 1 条的含义理解儿童一词。

(四) 尊重遭受驱逐者的私人与家庭生活

128. 对国家驱逐权的另一个限制条件是，必须尊重个人(包括遭受驱逐的外国人)的私人与家庭生活权利。国际文书和区域保护人权公约中都有这项权利。在国际一级，虽然 1948 年的宣言没有谈及这个问题，但《公民及政治权利国际公约》第十七条规定：

- “1. 任何人的私生活、家庭(……)不得加以任意或非法干涉，
2. 人人有权享受法律保护，以免受到这种干涉或攻击”。

129. 同样的，《非居住国国民个人人权宣言》第五条规定，外国人有权“得到保护，以免其私人与家庭生活、住所或书信受到任何任意或非法的干涉”。

130. 在区域一级，《欧洲人权公约》第 8 条规定：“人人有权使其私人与家庭生活得到尊重(……)”。欧洲联盟《基本权利宪章》第七条全文采纳了这项条款。《非洲人权与人民权利宪章》虽然重视保护家庭(见第十八条)，但未列出这项权利；而美洲的公约第十一条第二款确认了这项权利，表述与上述《公民及政治权利国际公约》第十七条相同。《欧洲居留公约》议定书¹⁶⁵ 第三节(c)款规定，缔约国在宣判驱逐时，尤其要适当考虑到当事人的家庭联系及在其境内的居留时间长短。

¹⁶⁵ 欧洲居留公约及议定书，巴黎，1955 年 12 月 13 日，联合国，《条约汇编》，第 529 卷，第 7660 号，第 159 页。

131. 国际判例对私人与家庭生活权利的内容及此项权利的限制作了确切解释。在 Capena 诉加拿大案中，联合国人权委员会提出了评估对家庭生活的损害的标准。委员会称：

“因驱逐致使与家人分离，如有与家人的分离和分离对本人的影响与驱逐目的相比过度的情况，可视为任意干涉家庭和违反第十七条”。¹⁶⁶

132. 通过逆向演绎或推理，可得出驱逐国的利益（进行驱逐是为了维护公共秩序和安全）应与家庭利益相称的标准，即应当维护遭受驱逐者的家庭生活。从先前 Stewart 诉加拿大案中采取的立场可更明确地看出这一点；此案中，委员会认为：

“（……）将Stewart先生递解出境必将影响到他的家庭关系，但不能视为是非法或任意的，因为递解令是为维护正当的国家利益依法下达的，而且在递解程序中适当考虑到被递解人的家庭联系”。¹⁶⁷

133. 欧洲人权法院判例也是相同的，在这些判例中，更加注重尊重家庭生活的要求。例如，1985年，法院在 Abduaziz 等联合诉讼案中认为：

“（……）在这方面，缔约方有较大的酌处余地，可决定采取何种步骤确保遵守公约并适当考虑到社区与个人的需要与资源”，¹⁶⁸

而十年多之后，法院在 C. 诉比利时案中裁定，有关主要问题是

“（……）这一递解是否在相关利益之间取得平衡：一方面是申诉人有权使其私人和家庭生活得到尊重，另一方面是要避免出现秩序混乱或犯罪”。¹⁶⁹

134. 驱逐国维护公共秩序与安全的利益似乎也是有关判例据以裁定私人与家庭生活是否受到损害的尺度。根据这条标准，在Moustaquin、¹⁷⁰ Beldjoudi¹⁷¹ 和 Nasri¹⁷² 几个案件中，无论有关个人因何种罪行受到指控，法院都裁定驱逐出境是违法的，因为它损害了私人与家庭生活。法院在Berrehad案中也做出类似判决。

¹⁶⁶ 1997年4月3日提出的意见，第558/1993号来文，国际人权报告，第5卷（1998年），第76页，第11.4段。

¹⁶⁷ 1996年11月1日通过的意见，第538/1993号来文，国际人权报告，第4卷（1997年），第429页，第12.10段。

¹⁶⁸ 欧洲人权法院，1985年5月28日判决，Série A n° 94, p. 33 et 34, par. 67。

¹⁶⁹ 欧洲人权法院，1996年8月7日判决，Décisions et rapports, 1996-III, p. 924, par. 32。

¹⁷⁰ 欧洲人权法院，1991年2月18日判决，Série A n° 193, p. 18 à 20, par. 41-46。

¹⁷¹ 欧洲人权法院，1992年3月26日判决，Série A n° 234, p. 26 à 28, par. 71-80。

¹⁷² 欧洲人权法院，1995年7月13日判决，Série A n° 320 B, p. 23 à 26, par. 34-46。

此案要确定的问题是，不顾父亲对十四岁女儿(监护权交给其荷兰籍前妻)的探望权而将其遣返摩洛哥的判决，是否侵犯了他家庭生活得到尊重的权利。考虑到申诉人很难从摩洛哥到荷兰去行使探望权，法院认为，驱逐出境的措施实际上妨碍行使此项权利，因此违反了欧洲公约第八条。¹⁷³

135. 而在Boughanemi、¹⁷⁴ C.诉比利时、¹⁷⁵ Bouchelkia¹⁷⁶ 和Boujlifa几个案件中，法院研究家庭利益与驱逐国的公共秩序与安全利益是否相称，在评价驱逐裁决时，似乎将申诉人所犯的罪行作为决定因素来考虑。Boujlifa案特别能说明法院判决的显著倾向；此案中，申诉人是一名摩洛哥人，从五岁起就在法国生活和受教育，他的父母及八个兄弟姐妹也住在法国。此人因盗窃和抢劫被判刑，法国当局决定将其驱逐到摩洛哥。虽然此人在法国居留很长时间，所有家人也在法国，欧洲人权法院认为：“公共秩序的需要高于提出申诉的个人考虑”。¹⁷⁷ 也就是说，遭受驱逐者的私人与家庭生活所受到的侵犯，应与驱逐国要达到的目的相称。¹⁷⁸

136. 在Boughanemi案中，法院的倾向更明显，不认为驱逐申诉是违反了欧洲公约第八条，理由是Boughanemi仍然持有突尼斯国籍，而且似乎从未寻求成为法国人；正如驱逐国政府强调指出的，他因持有突尼斯国籍而与该国保持联系；他在欧洲人权委员会既没有强调他不会讲阿拉伯语，也没有强调与出生国断绝了一切联系，或强调没有回过该国。¹⁷⁹

¹⁷³ Berrehab诉荷兰，1988年6月21日判决，Série A n° 138, p. 16, par. 29；欧洲人权法院原法官 Carlo Russo 的评注，出自 L. -E. Pettiti、E. Decaux 和 P. -H. Imbert 合著(前注 41)，p. 318。

¹⁷⁴ 欧洲人权法院，1996年4月24日判决，Reports of Judgements and Decisions(1996-II)，p. 610。

¹⁷⁵ 欧洲人权法院，上述 1996 年 8 月 7 日判决，p. 924 et 925, par. 35。

¹⁷⁶ 欧洲人权法院，1997 年 7 月 29 日判决，Reports of Judgements and Decisions(1997-I)，p. 63, par. 41。

¹⁷⁷ 欧洲人权法院，1997 年 10 月 21 日判决，Reports of Judgements and Decisions(1997-VI)，p. 2265, par. 44。

¹⁷⁸ 被任命替代庭长的布鲁塞尔初审法院一名法官非常严格地遵守欧洲人权法院对此问题的判例，在 2007 年 7 月 30 日对 Cajamarca Arizaga et sa fille 案的裁定中强调指出：“在民主社会中，只有非常必要情况下才能侵犯个人的私人与家庭生活权利，即依照欧洲人权公约，与想要达到的目的相称。”(R. R. n° 07/5726/B Req. Cajamarca Arizaga Ana.)。

¹⁷⁹ 欧洲人权法院，1996 年 4 月 24 日判决(前注 194)，第 610 页，第 44 段。另见联合国人权委员会对 Ngoc Si Truong 诉加拿大案的判决，第 743/1997 号来文：Canada 05/05/2003，CCPR/C/77/D/743 1977(Jurisprudence)；以及 Benjamin Ngambi 和 Marie-Louise Nebol 诉法国案(人权委员会：第 1179/2003 号来文：France 16/07/2004)，此案不涉及侵犯家庭生活，因为起诉人提供假结婚证，所以不存在家庭问题：因而请求的家庭团聚无法实现。

137. 是否应当推断：为保护自己不遭受驱逐，外国人必须与本国断绝一切关联和所有社会与文化联系呢？只有通过分析法院判例(上文提到其中几个重大判例)的发展演变，才能得出这一问题答案的要点。

138. 在我们将要阐述的Ezzouhdi一案的判决(2001年)之前，许多评论将法院在这方面的判例分为两个阶段。第一个阶段从Moustaquim诉比利时案的判决¹⁸⁰开始，这是第一个认为驱逐外国人是违反第八条的判决。后来的Beldjoudi诉法国案¹⁸¹和Nasri案¹⁸²的判决情况类似。人们认为法院在此阶段特别照顾二代移民，保护他们不被驱逐。

139. 判例发展演变的第二个阶段从1996年开始，以上述Boughanemi案判决为标志，该项判决认为驱逐没有任何违反第8条的情况。后来的Chorfi诉比利时案，¹⁸³ Boulchekia、¹⁸⁴ El Bouja、¹⁸⁵ Boujlifa、¹⁸⁶ Dalia、¹⁸⁷ Benrachid、¹⁸⁸ Baghli、¹⁸⁹ Farah诉瑞典案¹⁹⁰和联合诉挪威¹⁹¹案等案件中的判决或可受理决定都属于类似情况。由此推论，法院采取了更强硬立场。但不应忘记，在判例的这一演变趋势中，法院在1997年9月26日Mehemi诉法国案的判决中，在审理一名外国人提交的申诉后认定有违反第八条行为；此人出生在法国，已婚并育有三名子女，因贩运印度大麻被判处六年徒刑和永远不得入境。当然，法院认为此案中的大麻和印度大麻有别于以上El Bouja、Dalia、Baghli和Farah等人诉挪威等案件所涉及的海洛因。

140. 通过2001年2月13日对Ezzouhdi诉法国¹⁹²一案的判决，法院补充了它在驱逐与尊重私人与家庭生活权利这一问题上的判例，表明了判例是前后一致

¹⁸⁰ 欧洲人权法院，1991年2月18日判决(前注190)。

¹⁸¹ 欧洲人权法院，1992年3月26日判决(前注191)。

¹⁸² 欧洲人权法院，1995年7月13日判决(前注192)。

¹⁸³ 欧洲人权法院，1996年8月7日判决。

¹⁸⁴ 欧洲人权法院，1997年1月29日判决。

¹⁸⁵ 欧洲人权法院，1997年9月26日判决。

¹⁸⁶ 欧洲人权法院，1997年10月21日判决。

¹⁸⁷ 欧洲人权法院，1998年2月19日判决。

¹⁸⁸ 欧洲人权法院，1998年12月8日判决。

¹⁸⁹ 欧洲人权法院，1999年11月30日判决。

¹⁹⁰ 欧洲人权法院，1999年8月24日判决。

¹⁹¹ 欧洲人权法院，2000年3月21日判决。

¹⁹² 欧洲人权法院，requête n° 471 160/99，2001年2月13日判决。

的：原以为判例不一致，其实它只是在细处有不一致。¹⁹³ Ezzouhdi 先生是摩洛哥人，生于 1970 年，从五岁起就生活在法国。他一直在法国上学，直到 16 岁离开高中。其父 1995 年亡故，但母亲和两个兄妹住在法国。1993 年至 1997 年，他三次被判刑，其中一次是因为持有、购买和使用麻醉品(更确切地说，大麻)。1997 年，他因购买和吸食海洛因、可卡因和印度大麻，被 Bourg-en-Bresse 轻罪法庭判处 18 个月徒刑和永远不得进入法国。上诉法院确认了入境禁令并将剥夺自由的刑罚增加至两年。Ezzouhdi 先生提起撤销原判上诉未成功，遂以法国违反欧洲公约第八条为由，向欧洲人权法院申诉。

141. 在 2001 年 2 月 13 日判决中，法院分别针对第八条的两个款项作出判决。

142. 第 1 款所涉的问题是，申诉人是否在法国有私人与家庭生活，而禁令措施会使这种生活受到损害。法院提及 Ezzouhdi 先生到达法国的日期、当时的年龄以及在法国受教育和工作的事实，对此做出了肯定的答复。实际上，在这个阶段，法国政府提出的唯一问题是，没有子女的单身人士是否具有第八条第一款所述的家庭生活。也就是说，这项申诉涉及的对申诉人私人与家庭生活的损害，还是只是对其私人生活的损害？法院认为，他与在法国居住的母亲和兄妹的家庭联系，足以构成家庭生活。应回顾，联合国人权委员会认为，《公民及政治权利国际公约》所述的“家庭”一词

“必须从广义来理解，它包括构成有关社会眼中的家庭的所有人。在具体情况下，不一定因为没有正式婚姻关系，就可以不保护这样的家庭，特别是在当地有传统或习惯结婚习俗的地方。保护家庭生活的权利也不一定因两地分居、不忠或没有夫妻关系而解除。但是，首先必须有要保护的家庭联系。”¹⁹⁴

无疑，在此案中，当事人与其母亲和兄妹之间存在此种家庭联系是不容置疑的。

143. 法院支持的另一个有利于申诉人的论据是，Ezzouhdi 先生与出生国不存在除国籍以外的其他联系：他只是幼年在摩洛哥生活过，自称不讲阿拉伯语，而法国政府没有拿出他与该国存在其他联系的证据。

144. 法院然后开始研究相称问题，即查明驱逐措施是否公正均衡地顾及了两方面的利益：一方面是申诉人有权使其私人与家庭生活得到尊重，另一方面是要保护公共秩序、防止刑事犯罪和保护健康。法院认为，评价是否相称的一个重要因

¹⁹³ 关于这项判决，参见 Brigitte Jarreau 的意见，《L'éloignement des étrangers: interdiction définitive du territoire français (arrêt Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001)》，Centre de recherches et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, Actes de la huitième Session d'information, www.credho.org/cedh/session08/Session08-06-01.htm, 2009 年 3 月 16 日查阅。

¹⁹⁴ Benjamin Ngambi 和 Marie-Louise Nébol 诉法国案，第 1179/2003 号来文：France 16/07/2004, CCPR/C/81/D/1179/2003 (Jurisprudence)。

素是申诉人所犯罪行的严重性。此案中，法院认为 Ezzouhdi 先生的指称罪行不严重，指出他受判决是因为使用和吸食毒品，而不是交易毒品。法院认为，这些行为虽然是累犯，但对公共秩序不构成严重威胁。因此，法院认为，申诉人所犯罪行与驱逐措施对其私人与家庭生活的侵犯不相称，最后认为“禁令的永久性质似乎过于严苛。”

145. 这样，在上述 Mehemi 判决三年多之后，Ezzouhdi 判决再次延续了欧洲人权法院认定驱逐措施违反欧洲公约第八条的判例。但我们不能说这项判决表明发生了真正的变化，更不能说法院判例发生了有利于申诉人的转变。它其实是“与此前判决相一致的判决，在某些方面与此前判例相反，但只是具体事实使然”。¹⁹⁵ 在所有情况下（“合法”家庭与“自然”家庭并无区别），法院都要求，无论有关联系涉及多少人，事先确实应有“家庭生活”，具体表现在成员之间有足够密切的实际关系：¹⁹⁶ 这种关系可以是共同生活、经济依赖（如未成年子女¹⁹⁷）、合法行使的探望权¹⁹⁸ 或父亲与非婚生子女持续保持关系。¹⁹⁹

146. 关于第八条第二款，法理²⁰⁰ 和法院一些持不同意见的法官希望知道私生活受到尊重的权利与家庭生活权利所拥有的地位。在上述 Boujlifa 案 1997 年 11 月 21 日所做判决中，法院专门研究了私生活权利问题，虽然这没有对申诉人产生多少影响。但问题是：私生活与家庭生活是否合并在一起？家庭生活是否是私生活的一个组成部分？在这方面，Ezzouhdi 案的判决确认了上述 Baghli 案的判决的提法，但没有真正解决问题。不可否认，私生活与家庭生活并不完全是一回事；例如，单身人士可以有与其家庭生活不同的私生活；正如 Ezzouhdi 案所表明的，在单身状态下，也有私人生活。因此，在掌控驱逐的相称性时，应当平等对待第八条第一款所述权利的两个组成部分。

¹⁹⁵ B. Jarreau, (前注 217), p. 3。

¹⁹⁶ 见 Carlo Russo 对第 8 条第 1 款的评注，出自 L. -E. Pettiti、E. Decaux 和 P. -H. Imbert 合著（前注 41），p. 316。

¹⁹⁷ Requête n° 2991/66, Alam e Klan c. Royaume-Uni, Annuaire n° 2 (1968), p. 789; requête n° 8244/78, Singh Uppal c. Royaume-Uni, Décisions et rapports 17, p. 149, 以及 Décisions et rapports 20, p. 29。

¹⁹⁸ Berrehab 诉荷兰, 1985 年 3 月 8 日裁决, 1986 年 10 月 7 日报告, 1988 年 6 月 21 日判决, Série A n° 138。

¹⁹⁹ Requête n° 3110/67 c. République fédérale d'Allemagne, Décisions et rapports 27, p. 77 à 91; requête n° 8924/80 c. Suisse, Décisions et rapports 24; requête n° 7289/76 c. Suisse, Décisions et rapports 9, p. 57。

²⁰⁰ 参见 C. Van Muyler, 《Le droit au respect de la vie privée des étrangers》, Revue française de droit administratif, juillet-août 2001, p. 797。

147. 可以看出，根据目前国际人权法的现状，要求在驱逐中尊重私生活和家庭生活似乎不能视为是一个习惯法规则。它是作为驱逐方面可以普及和推广的一项义务提出的，如上所示，它源于若干主要国际法文书提出的私人与家庭生活权利，依循联合国人权委员会的初步判例和欧洲人权法院更丰富的案例。在此基础上，根据上述阐述，可以提出如下条款草案：

第 13 条草案：尊重私人与家庭生活权利的义务

1. 驱逐国应尊重遭受驱逐者的私人与家庭生活权利。
2. 只有在法律做出规定而且国家利益与当事人利益之间达成公正平衡的情况下，才能减损本条第 1 款所述权利。

(五) 不歧视

148. 与上述准则不同，不歧视“并非出自人权的最核心内容”。²⁰¹ 很多国际法领域都有这项“原则”；但它的组成内容和适用方式不同，视其是适用于国家之间关系，国家与私人之间关系，还是适用于私人之间关系而定。进行驱逐最常见的是国家与私人之间的关系。在这种关系中，不歧视原则首先以旨在保护少数群体和托管的人口与领地的准则的形式，出现在和平条约中。在这方面，常设国际法院在关于“波兰境内德裔殖民”的咨询意见中明确指出：“必须有事实上的平等，而不仅是法律上的形式平等，因此法律条款要防止造成差别待遇”。²⁰² 法院还在阿尔巴尼亚军校案所作判决中补充解释：“法律上的平等要求不得有任何歧视；而事实上的平等则要求采用不同待遇，以取得在不同境况之间实现均衡的结果”。²⁰³

149. 在人权和公共自由领域，不歧视准则似为法律上人人平等一般原则推出的定理，²⁰⁴ 但这两个概念是不同的。²⁰⁵ 许多保护人权文书以各种表达方式确立了不歧视准则。例如，《世界人权宣言》第七条规定：“法律之前人人平等，并有

²⁰¹ Emmanuel Roucounas, 《Facteurs privés et droit international public》, Recueil des cours de l'Amérique de droit international de la Haye, 2002, vol.299, p.159.

²⁰² 常设国际法院, Série B n° 6, 1923 年 9 月 10 日的咨询意见, 第 24 页。

²⁰³ 常设国际法院, Série A/B, 1935 年 4 月 6 日的判决, 第 19 页。

²⁰⁴ 见 Ph.Veglérís, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, vol. I, Bruxelles, 1972, p. 427 et s.; W. Mekean, The Meaning of Discrimination Under International Law, Oxford, 1983; E. Vierdag, The Concept of Discrimination in International Law, La Haye, 1973; 以及 E. Roucounas(前注 221), p. 160 et 161.

²⁰⁵ 见 D. Mc Rae, 《The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law》, Recueil des cours de l'Amérique de droit international de la Haye, 1996 t. 260 p. 166; T. Opsahl, Law and Equality. Selected Articles on Human Rights, Oslo, 1996, p. 171 et s.

权享受法律的平等保护，不受任何歧视。人人有权享受平等保护，以免受违反本宣言的任何歧视行为以及煽动这种歧视的任何行为之害。”。《公民及政治权利国际公约》第二条第一款规定：公约缔约国“承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等任何区别”。儿童权利公约第 2 条第 1 款意思相同，而第 2 条第 2 款规定缔约国“应采取一切适当措施确保儿童得到保护，不受基于儿童父母、法定监护人或家庭成员的身份、活动、所表达的观点或信仰而加诸的一切形式的歧视或惩罚”。《消除对妇女一切形式歧视公约》²⁰⁶ 第 2 条规定：缔约各国“谴责对妇女一切形式的歧视”并承诺采取一切形式的措施禁止、消除或处罚此类歧视。公约第一条将“对妇女的歧视”定义为：“基于性别而作的任何区别、排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由”。其他旨在保护遭受歧视的特定人口群体的国际法律文书也是本着同样精神制定的，都是为了防止以歧视为目的或造成歧视结果的作为或行为。这方面还有《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的不容忍和歧视宣言》²⁰⁷ 和《消除一切形式种族歧视国际公约》。²⁰⁸

150. 主要区域保护人权文书也提及不歧视准则。如欧洲公约第十四条确立了这个理念，但没有使用这个词；2000 年 11 月 11 日开放供签署的欧洲公约第 12 附加议定书扩大了第十四条的适用范围。欧洲公约及第 12 议定书确立不受歧视地享受所述权利与自由，《欧洲联盟基本权利宪章》的提法则与其不同，突出强调禁止歧视的理念。该宪章第二十一条第一款规定：“禁止任何基于性别、种族、肤色、族裔或社会出身、遗传特征、语言、宗教或信仰、政治或其他观点、从属少数民族、财产、出身、残疾、年龄或性取向的歧视”。应指出，在性取向问题上，西方国家的法律并不完全反映一般情况。²⁰⁹ 最后，《非洲人权和人民权利宪章》对不歧视采取了一种独特做法，似乎更多地参照价值而不是法律。该宪章第二十八条规定：“每个人有责任尊重同胞，不带任何歧视地对待他们，与之保持

²⁰⁶ 1979 年 12 月 18 日大会第 34/180 号决议通过并开放供签署、批准和加入；1981 年 9 月 3 日生效。

²⁰⁷ 大会 1981 年 11 月 25 日宣布(第 36/55 号决议)，第 2 条。

²⁰⁸ 大会 1965 年 12 月 21 日通过(第 2106(XX)号决议)，1969 年 1 月 4 日生效，第 2 条。关于这项公约和不歧视准则，参见 E. Decaux (dir.), *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, 以及 S. Fredman (dir.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, 2001。

²⁰⁹ 欧洲和北美、特别是美国司法机关有很多判例(关于这个问题，见 Samuel M. Silvers, *The Exclusion and Expulsion of Homosexual Aliens*), *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15 (1983-1984), p. 295 à 332)。而另一方面，很多非洲国家、阿拉伯世界和亚洲继续维持原来将同性恋定为刑事罪的规定，甚至有些原来没有这一规定的国家增加了这项刑事罪，如布隆迪在 2009 年 3 月投票通过了这样一项法律。

一种有助于促进、维护和加强相互尊重与容忍的关系”。在所有上述条款中，只有这一条款肯定和明确地表明做到不歧视所应采取的行为。因此，它对驱逐外国人时应维护的权利很有意义。

151. 问题在于，既然承认不驱逐国民的原则，那么在驱逐问题上如何适用不歧视的准则。外国人遭受驱逐可以是相对于国民而言受到歧视的理由，这种情况不能排除。为此，《非居住国国民个人人权宣言》第七条规定，不得“因种族、肤色、宗教、文化、民族或族裔血统或出身，单独或集体驱逐[在一国境内合法存在的]外国人”。但很显然，在这种情况下，还应同样考虑到遭受驱逐外国人之间的不歧视问题。因此在驱逐问题上，不仅在外国人与国民之间，而且在不同类别的外国人之间，不能有歧视，尤其是基于种族、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等的歧视（《公民及政治权利国际公约》第二条第1款）；如上所述，欧洲公约还增加了“从属少数民族”（第十四条；以及第12议定书第1条第1款）。

152. 在毛里求斯妇女案件中，联合国人权委员会也认定驱逐的理由是违法的，因为有关法律只保护毛里求斯籍妇女不受驱逐，而不保护拥有同一国籍的丈夫，进行基于性别的歧视。²¹⁰ 可以认为，在驱逐问题上，外国人之间互不歧视可在上述各项国际文书中找到相关的法律依据；这些文书将这项准则列为向各类特定人员提供保护的要素之一。

153. 欧洲人权法院在1985年5月28日对Abdulaziz案、Cabales案和Balkandi案²¹¹的判决中，采用了人权委员会在毛里求斯妇女一案中的立场。法院一致认为，每名申诉人都提出了违反欧洲公约第十四条的基于性别的歧视：与在联合王国居留的男性移民不同，这些女性申诉人在相同情况下，没有权利让其非国民配偶获得入境或在居留国逗留的许可。法院指出“实现两性平等是欧洲委员会成员国当前的重要目标”，认为“只有理由很强才可以认为，基于性别的区别对待与公约相符”。²¹² 法院还指出，第十四条旨在“在有不同方式履行公约规定的义务的情况下，防止在享受公约保障权利方面出现歧视”。²¹³ 但在此案中，法院认为，所适用的规则“对白人的影响小于对其他人的影响”的事实，不构成认为这一规

²¹⁰ 1981年4月9日通过的立场，R 9/35号来文，部分编入Human Rights Law Journal, vol. 2(1981), p. 139, par. 9. 2。

²¹¹ 欧洲人权法院，Abdulaziz、Cabales 和 Balkandi 诉联合王国，1985年5月28日判决，Série A n° 94；Marc Bossuyt 在对第14条评注的相关段落中回顾这一判决，出自 L.-E. Pettiti、E. Decaux 和 P.-H. Imbert 合著（前注41），p. 482 et 483。

²¹² 同上，par. 78。

²¹³ 同上，par. 82。

则有种族主义性质的充分理由，²¹⁴ 因为它并没有“基于种族或族裔出身区别对待个人或群体的条款”。

154. 从上述阐述可以看出：

- 不歧视准则在人权成文法中得到广泛承认，人权要不歧视地适用于各类相关人员；
- 在驱逐问题上，人权文书执行情况监测机关的判例确认了不歧视准则，虽然这些判例涉及的案件数量还很少；
- 无论在一般人权还是具体的驱逐问题上，禁止歧视“不是独立存在的”，²¹⁵ 因为它只有在涉及所述某项权利或自由时才有意义；
- 所述的法律文书和判例不是要无一遗漏地列举可以构成歧视基础的各种因素。

155. 此外，这项准则不应表述为所有权益人都应不受歧视地享受权利，而是表述为国家有义务以不歧视的方式实施有关权利。

156. 可在所有这些分析和意见的基础上，提出如下条款草案：

第 14 条草案：不歧视义务

1. 国家在行使对当事人的驱逐权时，不得有任何歧视，特别是种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族或社会出身、财产、出生或其他身分的歧视。
2. 不歧视也同样适用于遭受驱逐者享受国际人权法及驱逐国法律规定的权利和自由。

²¹⁴ 同上，par. 85。

²¹⁵ M. Bossuyt，出自 L.-E. Pettiti、E. Decaux 和 P.-H. Imbert 合著(前注 41)，p. 478。