



大会

Distr.
GENERAL

A/HRC/7/12
25 February 2008

CHINESE
Original: ENGLISH

人权理事会

第七届会议

议程项目 3

增进和保护所有人权、公民、政治、经济、
社会和文化权利，包括发展权

移民人权问题特别报告员豪尔赫·布斯塔曼特的报告*

内 容 提 要

本报告是移民人权问题特别报告员豪尔赫·布斯塔曼特 2005 年 7 月接受任命以来向人权理事会提交的第三份报告。本报告概述了特别报告员的活动，包括访问请求和所进行的访问、发出的信函和收到的答复。报告专题部分阐述了将非法移民视为犯罪的一些重要挑战问题，说明了国家保护非法移民责任的某些内容。报告还就移民保护的法律规章和总体趋势向各国提出了结论和建议。

* 本报告迟交，是为了收入最新资料。

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	1	3
一、特别报告员的活动	2 - 12	3
A. 国家访问	2 - 4	3
B. 与成员国的信函往来	5 - 8	3
C. 其他活动	9 - 12	4
二、专题研究：将非法移民视为犯罪	13 - 59	5
A. 对非法移民的保护	13 - 33	5
B. 刑罪化问题聚焦	34 - 59	11
三、结论和建议	60 - 75	19

导 言

1. 本报告是移民人权问题特别报告员向人权理事会提交的第三份报告，论述了 2007 年的活动。特别报告员是根据人权委员会第 1999/44 号决议开展这些活动的，该决议设立了这一任务，并规定了其职责。人权委员会在第六十一届会议第 2005/47 号决议中决定将特别报告员的任期再延长三年，人权理事会在第 5/1 号决议中延展了这一任务。

一、特别报告员的活动

A. 国家访问

2. 特别报告员自 2005 年 7 月接受任命以来向以下国家发出了访问请求：澳大利亚、巴林、加拿大、危地马拉、日本、印度尼西亚、马来西亚、毛里塔尼亚、墨西哥、菲律宾、卡塔尔、大韩民国、塞内加尔、南非、西班牙和美利坚合众国。

3. 澳大利亚、危地马拉、印度尼西亚、墨西哥、大韩民国、南非和美利坚合众国对特别报告员的请求给予了积极回应。特别报告员于 2006 年 12 月访问了大韩民国和印度尼西亚。¹ 2007 年 4 月 30 日至 5 月 18 日正式访问了美利坚合众国。²

4. 他定于 2008 年 3 月 9 日至 15 日和 3 月 24 日至 28 日分别访问墨西哥和危地马拉。2008 年的其他访问计划尚在协商之中。特别报告员希望感谢对其访问请求给予积极回应的国家，并敦促尚未给予答复的国家给予答复。

B. 与成员国的信函往来

5. 2007 年 1 月 1 日至 12 月 31 日，特别报告员向 22 个成员国发出了 25 份有关指控侵犯移民权利的信函。在这些信函中，有 14 件是紧急呼吁，其余的是指控信。信函发往了以下国家：安哥拉、保加利亚、中国、刚果、埃塞俄比亚、危

¹ A/HRC/4/24/Add.2 和 A/HRC/4/24/Add.3。

² A/HRC/7/12/Add.2。

地马拉、几内亚、伊朗伊斯兰共和国、意大利、黎巴嫩、阿拉伯利比亚民众国、墨西哥、莫桑比克、新西兰、沙特阿拉伯(2)、瑞典、南非、瑞士、泰国、大不列颠及北爱尔兰联合王(2)、美利坚合众国(2)和也门。

6. 在发出的 25 份信函中，特别报告员从有关政府收到了 12 份答复。特别报告员希望感谢给予答复的所有政府的合作态度，同时也提醒尚未答复的政府予以答复，以解决每份信函中提出的关切。

7. 在发出的 25 份信函中，有 22 份是特别报告员与以下特别程序任务执行人联合发出的：法外处决、即审即决或任意处决问题特别报告员，酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员，当代形式的种族主义、种族歧视、仇外心理和相关的不容忍现象问题特别报告员，宗教或信仰自由问题特别报告员，暴力侵害妇女、其原因及后果问题特别报告员，买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题特别报告员，贩卖人口、特别是妇女和儿童问题特别报告员，增进和保护见解和言论自由权问题特别报告员，法官和律师独立性特别报告员，人权维护者问题秘书长特别代表，少数群体问题独立专家，适足生活水准权所含适足住房及在此方面不受歧视权问题特别报告员。

8. 本报告所述期间发出的所有信函，包括紧急呼吁、指控信以及政府答复的摘要附于本报告之后。³

C. 其他活动

9. 特别报告员 2007 年 6 月出席了人权理事会，借在日内瓦逗留的机会会晤了联合国人权事务高级专员办事处（人权高专办）工作人员，包括其他任务执行人的助手，以及人权高专办移民问题工作组和保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会秘书处工作人员。他还会晤了外交界、非政府组织和国际组织的代表。

10. 2007 年 10 月 26 日，特别报告员访问了纽约，向大会第三委员会提交报告。特别报告员指出，尽管所有国家有权守卫自己的边界，颁布移民政策，但各国在颁布和执行移民法的同时，也必须确保对移民人权的尊重。他还指出，各国

³ A/HRC/7/12/Add.1。

应给予合作，鼓励合法移民，在原籍国投资为移民工人提供更多机会，不应仅仅关注安全方面。关注安全问题显然不可能阻止移民最终到达其目的地。

11. 特别报告员最后强调，尽管大会 1990 年通过了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》，是确立全球移民人权保护机制的七项基本文件之一，但一些政府仍需要确信批准这项公约是必要的。他重申需要全面对待移民人权问题，确保建立移民人权保护框架，移民可以享受与其特殊境况相适应的权利。

12. 在 12 月 18 日国际移徙日，特别报告员与移民工人委员会主席发表联合声明，呼吁各国广泛批准《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。

二、专题研究：将非法移民视为犯罪

A. 对非法移民的保护

1. 一般趋势和国家责任

13. 特别报告员注意到在整个移徙进程（原籍、过境和目的地国或地区）都发生着侵犯非法移民权利的问题，所以需要展开讨论，让人们了解侵犯非法移民权利问题和政府有责任采取措施防止这类侵权行为。国家拥有广泛权力决定非国民的接纳、居留条件和驱逐问题。此外，国家也拥有主权权利采取措施保护国家安全，决定给予国籍的条件。然而，行使入境管理和驱逐权力时，必须充分尊重各种国际人权法文书和国际习惯法明确规定的基本人权及自由。⁴

14. 虽然国家拥有主权权力守卫自己的边界，调整其移民政策，但国家在颁布和执行国家移民法的同时，也必须确保对移民人权的尊重。无论移民是否具有合法地位，国家都有责任遵守基本人权规范，确保所有移民获得有尊严的待遇。负责监督《公民权利和政治权利国际公约》的人权事务委员会很久以前就指出，各国的报告常常不考虑每个缔约国必须保证“在其领土内和受其管辖的一切个人

⁴ 见国际移民组织，“国际移民法：发展中的模式和主要挑战”，Ryszard Cholewinski、Richard Perruchoud 和 Euan MacDonald, eds (Asser 出版社，海牙，2007)。国际移民组织，“国际移民法律文书汇编”，由 Richard Perruchoud 和 Katarina Tomolova 汇编和编辑(Asser 出版社，海牙，2007)。

都”享有本公约所承认的权利。⁵ 国家有责任事实上也有义务尊重和保护其境内所有人的权利，无论是国民还是非国民，不问其进入方式或移民地位。⁶ 一般而言，本公约所订各项权利适用于每个人，不论对等原则，亦不论有国籍或无国籍。

15. 尽管国际标准对所有人给予保护，但特别报告员仍然希望提请各国注意将非法移民视为犯罪的趋势和在移徙过程中发生的侵犯移民权利现象。这种刑罪化与许多国家长期存在的反移民情绪有关，往往反映在管理移民流动的政策和体制框架上，常常是高度限制性的。特别报告员收到了有些国家使用刑事司法手段打击非法移民的报告，包括将移民视为犯罪（相对于行政过错）以及警察和其他机构实行跨国合作，有时造成了对移民权利的更大侵犯。

16. 这些总体趋势可分为两大类：将移民管制政策外部化和将劳工移民视为犯罪。在这些大的类别中，还需要进一步细分为三小类：与海上拦截和营救有关的侵犯移民权利行为；拘留和驱逐；偷渡和贩运，将在可适用的法律保护框架和一般趋势中阐述。特别报告员希望强调，本报告的目的不是原谅非法移民，也不是鼓励非法移民，而是强调国家在与所有移民——无论有无身份证件——接触过程中必须遵守国际人权标准。因此，国家应该采取措施，进一步促进合法移民渠道，并在这一进程中提供协助。

2. 移民管制政策外部化

17. 几十年以来，许多国家加强边境管制，积极应对持续的非法移民浪潮。各国在边境管制、打击人口贩运和管制移民措施中，更多地使用武装部队或其他军事手段在边境上巡逻，没收贩运所得，对非法移民的雇主和运送无正当身份外国人的商业船只实施严厉处罚，利用雷达监视，对非法入境的外国人加以拘留并驱逐。⁷ 此外，还采集指纹，修筑隔离墙，部署准军事和军事部队及武器在陆地和

⁵ 人权事务委员会，第 15 号一般性评论：外国人在本公约下的地位，第 1 段，参见《公民权利和政治权利国际公约》第二条第 1 款。

⁶ 还应该指出，《公民权利和政治权利国际公约》第十六条和《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第二十四条规定，人人在任何地方有权被承认在法律面前的人格。该规定适用于任何领土的人口，无论其地位。

⁷ Maggy Lee, “人口贩卖与非法移民刑罪化”，《国际法律社会学杂志》，第 33:1 卷（2005 年 3 月）。

海上制止移徙。这些措施往往针对主要接收国或地区——如亚澳/东南亚区域、美利坚合众国/墨西哥边界和欧洲南部海岸——边界或沿海的广大地区。⁸

18. 近年来，为了进一步制止非法移民，同时解决国家安全问题，有些国家在采取各种办法将边境管制“外部化”，转移到原籍国和过境国。它们可能利用双边协定和/或援助承诺，将这些国家变成潜在缓冲区，减少接收国的移民压力。⁹ 它们可能向输出国和/或过境国提供防止非法移民的基础设施和人员培训，包括海军和空军巡逻、雷达系统以及保证边境安全的技术，拦截移民，然后进行拘留和驱逐。有报告称，根据这些协定，由接收国资助拘留中心、培训活动以及租赁飞机驱逐移民。特别报告员还收到报告称，输出国和过境国在采取新的更严厉的移民管制和签证管理措施，限制移民流动，对机场和过境点的人员流动造成阻塞和骚扰。¹⁰

19. 人们的关切是，这些政策虽然力图以合法手段减少非法移民，并常常被纳入双边协定，对受援国具有重要的积极作用，但也促进非法移民刑事化。违反移民政策行为被视为犯罪而不是行政过错，没有对移徙过程中的移民给予充分保护。¹¹ 然而，这些政策和所伴随的反移民理论有时大大增加了制度性歧视并使其合法化，导致进一步的侵权行为。

20. 在区域和双边一级都在采取各种政策。例如，有报告称，有些南欧国家加强了边境管制，并试图将移民管制“外部化”，迫使西非和北非国家为换取援助、资助和工作许可证制止移民流动，签署重新接纳协定。还有报告称，墨西哥和中美洲国家也在实行某些移民管制，限制经由美国——墨西哥边界向北移民，该地区的某些过境国也采取了相应措施。但是，跨国团伙网络以及复杂的供资和执法协定是特别的挑战。¹²

⁸ P. Green and M. Crewcock, “反对非法移民的战争：国家犯罪与建构欧洲认同”，《刑事司法现有问题》，14 (2002)，87-101, in Lee, 3。

⁹ Hein de Haas, “入侵之谜：从西非到马格里布和欧洲联盟的非法移民” 2007 年 10 月，国际移民研究所，牛津大学 <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/Irregular%20migration%20from%20West/20Africa%20-%20Hein%20de%20Haas.pdf>, p. 52。

¹⁰ Haas, p. 53。

¹¹ 见大赦国际，“西班牙和摩洛哥：没有能够保护移民权利——一年后”，伦敦，2006 年。

¹² 美国国际开发署(USAID)，“中美洲与墨西哥偷渡团伙评估”，2006 年 4 月。

21. 这些移民管制政策产生了一系列意料不到的影响，造成该地区移民权利受到更大的侵犯。而且，导致泛撒哈拉移民路线的多元化，致使人们尝试更多的海上跨越点（如经由佛得角和加那利群岛），现在已遍布从几内亚到阿拉伯叙利亚合众国的广大非洲海岸线。¹³ 同样，向美国偷渡移民的有组织犯罪网络也成为问题，偷渡者为应对日益增长的限制，不断调整路线，增加偷渡行动的复杂性。人们经常听到这两个地区以及其他地区偷渡移民面临的各种危险，基础设施和监督方面的措施增加可能促使这些非法移民冒更大的危险，以绕过政府的管制。¹⁴ 特别报告员十分关切整个移民过程中人员死亡情况。

22. 此外，这些政策可能产生始料未及的效果，甚至可能产生相反的效果。例如，许多移民虽然遭拦截、拘留和驱逐，满足了防止非法移民的目的，但驱逐对未来移民行为不一定起着威慑作用，移民会可能通过其他渠道再度尝试。有些移民本来计划留在第一目的国，¹⁵ 后因第一目的国的镇压措施——许多是援助和培训的受惠国，是过境管制外部化措施的参与国，又决定转移到第三国。最后，如上所述，这些政策加剧了偷渡活动（路线多元化和战略复杂化），迫使中间人（出租汽车和摆渡船舶司机）无意中成为偷渡活动的嫌犯。

23. 尽管移民管制政策似乎具有相反效果，但移民流动的管理取决于区域和双边合作，输出国、边境国和目的地国之间的协定可能为社会和经济发展带来许多积极影响，增进安全。挑战是在制定和执行这些政策时，必须确保它们既防止非法移民，也保护移民权利。促进合作，对移民管制政策进行全面评价和执行，保证切实有效，并考虑在流动过程的所有阶段保护所有移民，则有助于防止非法移民。

¹³ Haas, pp. 52-54; Aderanti Adepoju, “建设无边界的西非：区域内移民的制约和前景”，《无边界的迁徙》丛书草稿，丛书，教科文组织，2005 年 1 月 1 日，教科文组织，<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001391/139142e.pdf>。

¹⁴ 美国政府会计署，GAO-06-770，“非法移民：1995 年以来跨境死亡人数增加一倍”，2006 年 8 月，<http://www.gao.gov/new.items/d06770.pdf>；BBC 新闻，“加那利群岛移民死亡人数激增”，2006 年 12 月 28 日(<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6213495.stm>)。

¹⁵ 往往反映到区域内部流动中。

3. 将劳工移民视为犯罪

24. 特别报告员指出，越来越将经济目的的非非法移民视为犯罪，没有解决需求驱动的劳工问题和接收国的需求问题。推动移民的主导因素是预期就业。虽然经济体能够吸收额外移民与劳工根据东道国预期需求寻找就业机会之间存在互惠关系，但受惩罚的往往是非法移民。这主要表现在如果非法移民无法取得合法身份，在移民过程中遭拦截，即使移民成功但失去了工作和生计，都有可能被拘留继而驱逐。

25. 不充分了解东道国的需求，可能导致人们对移民人口的仇视心理，即使移民填补的劳动空缺有助于东道国某一衰落行业的发展。例如，有时东道国社会不完全清楚某些行业如农业和医疗界从国外雇用劳工具有经济利益，所以对这些群体抱有敌视态度。¹⁶

26. 分享移民流动需求和对东道国经济贡献的信息，有利于移民人口更好地融入东道国社会。如果管理得当（包括更多地通过法律渠道管理移民，协助汇编劳动力供求的分类数据），劳动力流动可以成为保持东道国和原籍国经济活力、灵活性和竞争力战略的一部分。实际上，汇款已成为许多原籍国的重要收入来源，而东道国许多产业和服务提供者也受益于以移民为主的劳动力流动。¹⁷

27. 尽管人们普遍认为移民对发展具有积极影响，这方面的国际合作机制在演变，但国家的重点仍主要是加强对移民及其产品和服务流动的管理和管制，而不是阐明和保护移民权利。目前的趋势是视移民为商品，不是国际人权规章赋予权利和义务的人。¹⁸ 只有进一步促进合法移民渠道和援助方案，包括阐明和落实有关移民权利的观点，国家才能够更好地应对非法移民的挑战。各种形式的国家

¹⁶ 个突出例子是海地甘蔗工人移民多米尼加共和国。见 James Ferguson, “多米尼加共和国中的海地少数群体”；Maureen Achieng, “管理海地向多米尼加共和国的移民流动”，《加勒比区域内移民与冲突的联系》，第 307-67 页。另见 Mireille Kingma, “流动中的护士：移民与全球护理经济”（Ithaca, 康奈尔大学出版社，2005）。

¹⁷ 国际移民组织，国际移民对话，题为“使全球劳动力流动成为发展的促进因素”的闭会期间研讨会，背景文件，2007 年 10 月。另见国际移民组织，《2005 年国际移民报告》，“国际移民的代价和利益”（国际移民组织，日内瓦，2005 年）。

¹⁸ 豪尔赫·布斯塔曼特，移民人权问题特别报告员，在大会第三委员会的发言，2007 年 10 月。

间合作，包括双边和区域劳工协议，可以促进可预测的劳工流动和私人部门的合作承诺，进而产生更有效的聘用和雇佣程序，同时建立监督剥削移民的体系。

28. 尽管过去 20 年加勒比、西非和东南亚等许多地区的区域合作机制随劳工自由流动规定的出台而得到加强，但合法移民尚未实现充分潜力。这种情况往往助长了无证件移民的流动，阻碍了区域经济体之间的竞争潜力。¹⁹ 虽然区域一体化进程可以成为促进和管理劳动力流动的“板块”，但在政策设计和实施方面存在着各种挑战。

29. 例如，在西非，《西非国家共同体条约关于人的自由迁移、居住和设业权利议定书》还没有充分实施。²⁰ 人员自由流动在技术上已经具备条件（如旅行不需要签证，强制居留证被取消，分区域护照取代了国家护照），但建立事业和居留部分没有落实，而它们又与人员自由流动、贸易整合、关税制度和促进劳动力流动有着密切关联。国家法律尚未与区域和分区域条约相统一，投资条例往往限制外国人（包括共同体国家国民）参与某些行业的经济活动。“共同体”公民遭到成员国驱逐，对非国民的仇视情绪蔓延，在经济下滑、失业和政治不稳定的情况下尤其如此。

30. 另一实例是加勒比单一市场和经济体。为了建立统一市场，所有成员国都被要求在 2006 年 1 月 1 日前或此后不久取消对设业权利、提供服务、资本流动和人才流动的限制。虽然已在该日前为人员自由流动、提供服务和设立事业采取了法律行动，但烦琐的行政程序、将条约规定纳入国内法的巨大差异（如家庭团聚）以及缺少支持性区域文书（如认证机构）仍阻碍着人员流动。结果，人员完全自由流动的进展缓慢，没有按计划实现，还需要成员国在国家和区域各级继续努力。²¹

¹⁹ 但是，迄今为止，这类机制通过区域一体化或贸易体制比世界贸易组织《服务贸易总协定》模式 4 取得更大的人员流动，而《服务贸易总协定》模式 4 在范围和承诺数目上仍仅限于少数高熟练技术工人。见国际移民组织，国际移民对话。

²⁰ 《西非国家经济共同体条约》第 3 (2) (d) (iii) 条鼓励各国取消成员国间人员自由流动的障碍；西非国家共同体条约关于人的自由迁移、居住和设业权利议定书》第 2 (1) 条规定，共同体公民有权进入任何成员国领土、并居留和设业。

²¹ Ryszard Cholewinski、Jillyanne Redpath、Sophie Nonnenmacher 和 John Packer, “大加勒比地区移民问题的国际规章框架”，《加勒比区域内移民与冲突的关联》，Taryn Lesser, Berta Fernandez-Alfaro、Lancelot Cowie 和 Nina Bruni, eds.(人权网，渥太华，2006)，第 45 页。

31. 东南亚国家联盟是东南亚地区的主要政治集团，通过东盟区域论坛与东亚和太平洋国家相联系。借助于相关的《东盟自由贸易协定》，在致力于建立类似于欧洲联盟的经济集团，不过进展缓慢。2002 年，东盟通过了移民事务合作行动计划，包括：加速熟练劳动力和专业人员的更自由流动；建立机制和基础设施，便利区域内旅行；加强合作，打击人口贩运和针对妇女和儿童的暴力罪行；加强区域能力，打击跨国犯罪。这些区域集团倡议又得到了其他移民问题区域倡议的补充，但有待于充分实现人员自由流动，从而减轻对该地区人员非法流动的关切。²²

32. 这只是区域机制的三个举例，这些机制可以更好地调节需求驱动的移民，减少区域内部的非法移民流动，但是需要在双边一级作出更大努力，便利所有技能层面的长期合法劳动力流动，建立临时和循环移民机制。在劳动力流动增加的情况下，提高劳工移民收入，促进其更合理的分布，需要全面和协调的国家政策、能力建设和双边及多边利益攸关者的合作。²³

33. 这一做法的核心是承认需求驱动移民不足以认识移民与经济推动因素之间的关系，从而导致各种仇外心理，无论是体制政策中，还是在社会和社区中。明确了解某一国家的经济需要和劳动力流动可以填补的空白，通过正当渠道，并遵守基本人权标准，来填补这些空白，有助于转变东道国社会的此种仇外趋势。

B. 刑罪化问题聚焦

1. 海上拦截与救助

34. 移民者乘船渡海去寻求安全、避难或更好的经济条件，这种现象由来已久。“船民”一词现已成为常用术语，寻求避难者、难民或迁徙者试图乘船抵达距离最近的目的地，例如地中海、加勒比及太平洋地区。由于乘坐的船只经常拥挤不堪又不适于海上旅行，海上救助、登岸及处置那些获救人员再次成为重要而且富有挑战的问题，对国家、国际组织、船运公司以及当然还有脆弱的迁徙者本

²² Christine Inglis, “无边界的迁徙：一个不确定世界中的亚太区域”，“无边界的迁徙”丛书草稿，教科文组织，2005 年 1 月 19 日。

²³ 国际移民组织，国际移民对话。

人都是如此。此外，为了限制此类流动，目的地国在移民控制措施的大范围内日益采用拦截手段。报告表明，在这两种情况下，都没有向被救助或被拦截者提供保护保障，并注重其人权。²⁴

35. 除了国际人权框架之外，国际海事法中也有适用于海上救助的法律框架，规定了向海上旅行者提供援助的要求。国际海洋法方面的法律进展包括：

《联合国海洋法公约》(海洋法公约)的生效，《国际海上人命安全公约》(海上人命安全公约)和《国际海上搜寻救助公约》(海上救助公约)的最新修订及国际海事组织(海上组织)为此颁布的实施准则。这些公约明确载有应向海上遇难人员提供援助的义务，而这一义务不受相关人员的地位、其旅行方式或人数的影响。²⁵

36. 另有规则确定国家有义务阻止并搜查被怀疑参与海上偷运或贩卖的船只，然而这些拦截措施必须符合国际人权原则并且要求国家有义务保护——“以人道主义方式处置”或“人道地对待”所有船上人员而不管其地位如何。²⁶《打击陆、海、空偷运移民议定书》的明确目的之一在于保护被偷渡移民的权利，限制被拦截移民的刑事责任。²⁷

²⁴ 联合国难民事务高级专员办事处，“保护海上获救的避难寻求者及难民的背景说明”，2002年3月，海上救助专家圆桌会议讨论定稿：保护寻求避难者及难民相关具体内容，2002年3月25-26日在里斯本举行。另见难民署及国际海事组织《海上救助：迁徙者及难民适用原则及实践指南》2006年9月。(www.unhcr.org/publ/PUBL/450037d34.pdf)

²⁵ 参见1979年《海上搜寻救助》附件第二章第2.1.10段，它指出，“缔约方应确保向任何海上遇难人员提供援助。采取此举时不应顾及当事人的国籍或地位或是他们当时处境。”《海上人命安全公约》附件第五章条例15规定各国义务“确保做出任何必要安排在其海岸附近实行海岸观察并救援遇难人员。”1982年《海洋法公约》“附件第98(1)条指出，各国应要求悬挂其旗帜的船长在不严重危及自身船只、船员或乘客时应尽量，除其他事项外，向海上发现的、并面临丧失生命的任何人提供援助。其中一些规定已得到普遍承认并视为国际习惯法。

²⁶ 见海事安全委员会1998年通过的国际海事组织通知第12条“关于打击海上偷渡或运送迁徙者相关不安全行为的临时措施”，它授权国家在有理由怀疑某个船只“参与有关偷渡或运送迁徙者的相关不安全行径”时可登船检查。同样文件第17条吁请国家“以安全和人道主义精神处置确保船上人员”。《联合国打击跨国组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》第9条吁请国家“船上人员获得安全、人道待遇”而第16条则确保进一步提供保护保障。

²⁷ 分别见《联合国打击跨国组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》第2条和第5条。

37. 尽管订立了这些规则，特别报告员感到关切的是过去几年里收到了大量关于移民被拦截、拘留或葬身大海的报告，尤其在地中海和海湾地区。现任特别报告员及其前任，加芙列拉·罗德里格斯·皮萨罗女士，均与一些国家举行建设性对话，讨论有关上千名海上获救人员的具体案例；特别报告员的关切以及各政府的答复均在其定期报告中发表。²⁸

38. 列举的问题之一是，被海上拦截的迁徙者难以获得个别评估，因此经常未经适当法律程序而遭集体扣留和驱逐，并且受虐待。还包括不太注意寻求避难者的权利，例如强制拘押并遣送回他们可能面临迫害或酷刑的国家。²⁹ 区别对待移民与偷运和贩运分子也十分棘手。

39. 在某些事件中，有关国家吁请原籍国在获救人员中查找可能协助偷运或贩卖网络活动的帮凶，而且随后未经适当法律程序便对某些非法移民提出刑事指控，尽管那些人可能是被贩卖的受害者或偷渡行为对象而非罪犯。这或可导致利用卷入贩卖或偷运的借口迫使逃离原住国迫害的个人面临非自愿遣返的风险。此外，特别报告员还收到报告表明，参加救援、或是不经意运送非法移民的人员，如渔民，遭受刑事指控。

40. 所有这些侵犯渡海移民权利的行为都加剧了对非法移民日益刑罪化的现象，使迁徙者以及救助者同时可能面临虐待。国家必须采取措施，使海上被拦截和被救助者得到个案处理并经过适当司法程序，而且受国际保护者能获准进入国家避难程序。³⁰

²⁸ 见 2002 年 2 月 15 日文件 E/CN.4/2002/94；2003 年 1 月 30 日文件 E/CN.4/2003/85/Add.1 及 Add.1/Corr.1，特别报告员加芙列拉·罗德里格斯·皮萨罗女士关于与政府通信的报告；文件 E/CN.4/2006/73/Add.1，2006 年提交的通信；文件 A/HRC/4/24，迁徙者人权特别报告员的报告，以及文件 A/61/324，迁徙者人权特别报告员提交大会的临时报告。

²⁹ 请注意载于《关于难民地位的日内瓦公约》(难民公约)第 33 (1)所载不驱回原则，以及国际习惯法的一项规则。类似原则也载于《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》(酷刑公约)。

³⁰ 难民署，“背景说明：海上获救人员的待遇：难民署最近召集的会议及专家圆桌会议的结论和建议”，2007 年 11 月 28 日。

2. 拘留与驱逐出境

41. 迁徙者在接收国或是过境期间(陆地或海上)特别容易遭到拘留、或被限制行动便利/被剥夺自由，通常是强制执行。许多国家在拦截无证件移民时，采用违反移民法和条例的行政拘留办法，它不属于犯罪并且可能包括情况主要有居留许可逾期或是不持有有效证件或签证。行政拘留的目的在于确保执行递解出境或驱逐出境等另外的行政措施。有时采取行政拘留的主要理由也可能是为了公共安全和公众秩序，或是某个外国人正等待有关难民地位或是获准进入或被递解离境的决定。³¹

42. 然而在某些情况下，国家移民条例常常变成定罪和惩罚措施，以便试图阻拦非法移民行为。非法迁徙者特别容易触犯从定义上讲带有惩罚性质的刑事程序，而这类行为其实属于行政拘留管辖的范围，比如非法跨越国界，擅自离开住所，或是违反或超过居留规定。

43. 任意拘留问题工作组认为，对非正常进入某国的人实行刑事定罪超出了国家控制和管理非正常移民的合法利益，并可导致不必要的拘留。³² 更何况，移民因犯法而被接收国认定犯有刑事罪并扣押，应有机会向独立司法机关上诉，然而实际上常常得不到这种保护。在此情况下，拘留迁徙者或已带有任意性质。³³ 任意逮捕和拘留是国际和区域人权法明确禁止的行为，而且迁徙者的国籍或者在目的地国家不具备合法地位并不免除国家按照国际法确保迁徙者在拘留期间获得适当法律程序及享受有尊严和人道待遇的义务。

44. 尽管订有这些标准，特别报告员已收到大量报告表明在某些时候拘留可能被延长而且被拘留者受到虐待。一些情况下，非正常迁徙者被剥夺通信权利，

³¹ 本章节大部分内容来自前迁徙者人权特别报告员加芙列拉·罗德里格斯·皮萨罗的工作以及任意拘留问题工作组的工作的成果。见难民署迁徙讨论文件“迁徙者的行政拘留”。<http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/disc-papers.htm> based on report E/CN.4/2003/ 85。

³² 见任意拘留问题工作组 1998 年 12 月 18 日报告 E/CN.4/1999/63。

³³ 难民署，任意拘留问题工作组，第 26 号简报。

受到肢体或性攻击，与遭受刑事罪指控者混合关押，而且有特殊需要的儿童、妇女、寻求避难者及其他脆弱群体经常得不到注意。³⁴

45. 各国移民管理工作似乎千差万别，使得监督拘留状况以及国家在此方面遵守国际标准的情况十分困难。³⁵ 一些国家全然缺乏移民和避难程序法律制度，而建立这种制度可极大有助于管理拘留工作。其他国家已颁布移民法但经常不包括有关拘留的法律框架。有些国家的立法规定了拘留最长时间，有些则没有订立这种时限。

46. 一些国家法律并未规定对迁徙者实行行政拘留必须经过司法审议。在其他情况下，行政拘留的司法审议只是应迁徙者要求而执行。对此，不了解上诉权、不清楚被拘留理由、难以获得相关文件、得不到免费法律咨询、没有口头和笔头翻译服务，普遍缺乏以迁徙者所掌握的语言编写的关于有权要求并获得咨询以及介绍迁徙者拘留场所的材料，都会在实践中妨碍迁徙者行使权利。如果没有律师或口译，迁徙者常常会感到被恫吓，并且在不了解文件内容的情况下被迫签字。

47. 迁徙者和寻求避难者有时在机场过境区及其他入境地点被拘留——也不知是谁下达的命令，要么驻守机场的政府官员心知肚明，要么干脆是航空公司的指示——然后被遣送回国。很难或是根本不可能得到任何外界帮助，这就阻碍当事人行使权利质疑国家决定将其拘留和遣返是否合法、以及依权申请避难，即使有正当理由也无济于事。实际上，一些国家在没有立法授权剥夺自由的情况下，误导移民，将移民拘留中心称为“过境中心”或“宾馆”，并且把‘拘留’称为‘滞留’。

48. 常见的情况是，某国立法标准允许移民官员在下令实行行政拘留时有很大的自主决定空间：如果移民官有“正当”理由认定某个外国人不可入境，对公众构成危险，并可能不会出席接受审查或听证，或者该移民官对其身份不满意，那么该当事人可被拘留。有些反恐立法允许以模糊、笼统的假定国家安全危险而拘

³⁴ 可以找到大量关于拘留问题的国际标准，主要有《公民及政治权利国际公约》，移民工人委员会，《维也纳领事关系公约》，《儿童权利公约》。见大赦国际文件“涉及迁徙的拘留：有关拘留迁徙者、寻求避难者及难民的人权标准研究指南”，2007年11月。

³⁵ 见人权委员会任意拘留问题工作组各种报告(www2.ohchr.org/english/issues/detention/annual.htm)。

留迁徙者。移民官和其他执法官员对是否决定拘留拥有高度自主的广泛权利，通常又加上缺乏充分培训，可引发虐待及违反人权行为。未能提供法律标准可造成非正常迁徙者被逮捕和遣送的实际歧视模式。

49. 此外，有报告称存在着搜查某个东道国的迁徙者以便予以驱逐的现象。某些情况下，国家动用警察“搜查”迁徙者居住街坊的私人住宅，逮捕并拘留所有无法出示合法居住证件的居民，使儿童包括在这些国家出生的儿童与被捕家长相分离。任何驱逐决定应该根据个案情况而作出，而且国家应确保不发生集体驱逐。³⁶

50. 鉴于国家拘留和驱逐政策及法律千差万别，重要的是将非法迁徙视为行政过错，对非正常迁徙者逐个处理。应尽可能在最后时刻才动用拘留手段非正常迁徙者总体上不应作为罪犯对待。动辄非法居留迁徙者，加剧了对非法移民刑罪化的现象。

3. 偷运与贩卖

51. 特别报告员注意到，有意或无意卷入偷运和贩卖活动的非法移民持续遭受虐待。随着时间推移，贩卖人口生意变得日益复杂，偷运者和蛇头会采用一整套欺骗、秘密甚至合法迁徙方式，在运送途中的不同地点变换手段，并且有政府和非政府一级的合法、非法行为者参与(主要有边防官，中间商，招聘机构，警官，旅行社，运输业者及航空公司雇员)。³⁷ 协助跨界流动已发展到如此程度以至于走私网络所依赖的那些众多参与者他们本身可能并非积极、知情地就此参与偷运或贩卖活动。有人担心在阻止这类网络扩散并截获参与者的过程中，非正常迁徙者可能无法获得充分保护。

³⁶ 禁止集体驱逐非国民行为可称为国际习惯法确认原则。的确，《关于所有移徙工人及其家庭成员的权利的国际公约》是国际人权法中最为保护非正常迁徙者的文书并提供额外权利，如免受驱逐个性化保护细则，而这点在《公民及政治权利国际公约》等其他文书中只限于合法居住迁徙者。见《关于所有移徙工人及其家庭成员的权利的国际公约》第 22 条及《公民及政治权利国际公约》第 13 条以及 Cholewinski 及其他讨论内容 10-14 页。

³⁷ Lee, 2-3 页

52. 此外，鉴于上述复杂性质，有时似乎两种行为几乎无法细致区分，而且对其定义和范围也混淆不清。原则上讲，贩卖一般属于侵犯人类罪，对协助贩卖生意并从中获利的人来说，通常涉及胁迫、欺骗、劫持、债役、滥用权利以及获取金钱，并且通常带有对被贩卖人口的剥削行为。它可意味着威胁到人身安全、性以及生殖健康，而且在此过程中可出现虐待及侮辱人格。相比之下，偷运迁徙者性质上属于对国家犯罪，因此为非公民买路进入某国被视为侵犯国家拥有的拒绝入境并驱逐外国人的主权。³⁸

53. 原则上，由于潜在迁徙者与蛇头订立合同，因此偷运至少在当初并非强迫行为。然而，随着反迁徙政策变得更为严厉，偷运行为的范围已变得更为广泛，因而迁徙者遭受无穷的虐待，主要有性剥削、肢体攻击、偿还债务以及抛弃。于是，被偷运迁徙者常常受到他们在同意被偷运之前可能未预料到的侵犯。此外，在某些情况下，被偷运迁徙者还可能成为贩卖行为的受害者，进一步混淆界线并造成分级受害假象。³⁹

54. 在此方面，同意被偷运的概念更为复杂。一旦非法迁徙者被拦截，将由当事国家确定该迁徙者在非正常入境方式中充当帮凶的程度，为被问罪、或是相比之下被加害留下很大回旋余地，这会影响到迁徙者可能得到多少保护。就是说，某个被认为事先同意偷运的非法迁徙者，相对于某个被认为是浑然不知遭受剥削的贩卖行为受害者，人们或许觉得前者应该得到更少的保护。对于原籍国的歧视情绪或是基于种族和性别的假定看法，都使上述区别愈为扑朔迷离。⁴⁰

55. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》，均载有一项保留条款，规定应持续保护人权、适用人道主义法以及难民法。⁴¹ 但是，尽管这些法律分支条文仍适用于非法迁徙者，实际上这些迁徙者由于在某个国家缺少合法地位而依然易受剥削虐

³⁸ 同上，第 4 页。

³⁹ 同上，第 5 页。

⁴⁰ 不管是否自出于愿而卷入性工作或卖淫的妇女会进一步遭受非难。见 Kamala Kempadoo, “性工作迁徙及贩卖人口：问题与可能性，” 载于《加勒比地区内迁徙及冲突关联》，167-185 页。

⁴¹ 《贩卖问题议定书》第 14 条，以及《偷运问题议定书》第 19 条。

待。⁴²

56. 《贩卖问题议定书》的目的在于防止和打击贩卖人口，尤其是防止和打击贩卖妇女和儿童，以保护并协助贩卖行为受害者并促进国家间合作实现这些目标。⁴³《贩卖问题议定书》规定，若定义中所含任何‘办法’被使用，那么同意被剥削便失去意义；同时吁请国家确定个人参与贩卖过程为刑事犯罪并可授权独自或与其他国家合作采取一些措施阻止和打击贩卖活动。⁴⁴ 此类措施包括交流信息和培训有关官员，加强边界控制，确保旅行或身份证件安全。

57. 尽管有上述保护，但被贩运者经常被误导犯下行政错误，如非法入境、使用假文件及其他违反移民法及条例的行为，致使他们可受拘留及致使刑事定罪。此外，一些国家的法律将非正常入境、无有效证件入境、或是参与包括强迫性质的卖淫行为，作为刑事犯罪处罚。贩卖活动的受害者因此常常被拘留和递解出境，而且无视其受保护的具体需求、也不考虑他们若被遣送回原籍国可能面临的风险。⁴⁵

58. 《偷运问题议定书》的目的在于防止和打击偷运迁徙者，并促进缔约国为此开展合作，同时保护迁徙者权利。它尤其吁请特别保护迁徙者的生活权，不受酷刑或其他残忍、非人道和有辱人格待遇的权利，并且提请注意妇女和儿童的特殊需要。然而，向被偷运的迁徙者提供的保护显然远远低于《贩卖问题议定书》对贩卖行为受害者保护的程度，具体原因是人们认为被偷运的迁徙者事先表示同意偷运。《偷运问题议定书》强调加强边防控制；但是，尽管已明文禁止个人因被偷运而受起诉——它具体规定迁徙者不应因是偷运“对象”而被刑事起诉——许多国家依然视非正常入境为刑事犯罪，这事本身非同小可。⁴⁶

59. 虽然与贩运的定义相比，偷运可带有虐待和危险性质，其定义并不意味着出现剥削或违反人权行为。然而实际上两者间差别不易划分，而且如上所述，最初同意被偷运的迁徙者可能最后身陷被剥削境地。⁴⁷ 由于这类情况模糊不清，

⁴² 见 Cholewinski 及其他的讨论，24-28 页。

⁴³ 《贩卖问题议定书》第 2 条。

⁴⁴ 同上，第 3 (b) 及第 5 条。

⁴⁵ 见迁徙者人权问题特别报告员加芙列拉·罗德里格斯·皮萨罗的报告，E/CN.4/2003/85。

⁴⁶ 《偷运议定书》第 5 条，并见 Lee 第 4 页。

⁴⁷ Cholewinski 及其他，第 27 页。

同时也不仅因为反迁徙政策日益严厉更促使贩运网络扩散，因此国家按个案情况接受那些被视为卷入贩卖和偷运活动的非正常迁徙者，大力调查其参与帮凶可能，并为其保证提供适当法律程序，就具有非同一般的重要意义。

三、为了保护非法移民的结论和建议

60. 特别报告员鼓励国家将非法移民当作行政过错处理，扭转不断扩大的刑事化趋势，并且将适用人权框架纳入其双边和区域性迁徙流动管理和国家安全利益保护安排，同时将其国家法律政策与国际人权规定相协调。移民政策的核心应该是保护迁徙者，不管其地位或入境方式如何。对此，特别报告员提出以下建议，用于制定或改革区域及双边合作机制和协定，同时加强国家培训和分析方案及政策措施。

纳入人权框架

61. 国家应将适用人权框架纳入其双边和区域迁徙流动管理和保护安全利益安排中。应特别注意被扣押者、被偷运的迁徙者、贩运受害者、儿童、妇女、寻求避难者及其他脆弱群体。专用于回归者再次入境和重新接纳的政策应确保寻求国际保护的迁徙者不至于在其寻求避难权利得不到保证的情况下被强迫遣返。

62. 国家应将国际人权规范纳入国家移民法和移民政策。尚未批准《关于保护所有移徙工人及其家庭成员的权利的国际公约》的国家应批准该公约，这是保护移徙工人权利和将移民与人权相联系的第一项全面性国际条约；它为各国家如何人道、平等地处理移民问题提供了十分有用的指导。国家尤其应审查驱逐程序，并与《公约》相统一，公约为非国民提供了最为全面的保护。

63. 国家应审查国家政策，将国家政策与现行区域和次区域有关劳工流动的协议相统一。目的是评估哪些国家政策是限制性的，限制性政策对有证件和无证件移民人权有哪些实际影响，如何妨碍促进劳工的自由流动，对国家经济产生积极作用。

64. 海上拦截移民涉及的人，无论是非法移民，还是参加救援或运送非法移民的人，都应分别处理，并给予享有正当司法程序的基本权利。据认为是被偷运或被贩卖的人应送交独立法官处置，不需原籍国参与；国家间应扩大合作，保护

协助辨认并起诉蛇头和贩运者的证人和受害者。获国际保护人员应获准不加拖延进入国家避难程序。

65. 国家应采取措施，审评拘留移民的国家法律，以确保它们符合禁止非人道待遇及确保正当法律程序的国际人权规则。国家应采取措施，避免任意拘留非法移民，并制定管理拘留程序及条件的国家法律框架。国家应针对无证件迁徙流动现象，建立并实施替代拘留的制度——这将提供强有力的程序保障，包括有义务交由法官裁定拘留是否合法以及拘留理由是否继续存在——通常只允许以拘留作为最后手段。

提高国家能力

66. 国家应进一步制定和实施对边防当局、拘留所管理人员、警察和军官和政府官员的培训及宣传教育方案，向他们介绍在迁徙过程各阶段，包括海上拦截与救助、拘留和驱逐以及偷渡及贩运期间，如何保护非法移民人权。

67. 国家应考虑在区域一级建立独立机关，协助监督促使边界控制外部化的某些政策的效果。其形式或可是加强现有学术或政策机构，或者与现有区域人权保护系统的数据和监督部门加强联系(如，美洲国家间人权机制、欧洲议会、或是非洲人权及人民权利委员会)。

68. 国家应采取措施，进一步推动合法移民渠道，鼓励正常劳工流动，包括根据区域劳工自由流动机制对熟练和半熟练劳工采取临时和循环迁徙及流动办法。如若已有区域一级人员自由流动规定，国家应采取措施确保设立适当体制结构，实施这类规定，特别要注意向迁徙者提供人权保护。

69. 国家应采取各种措施向参与海上拦截作业的官员介绍过境移民包括非法移民的权利和对他们的保护。对海上遇难人员实行救助不单是海事法所载义务，而且也是人道主义必要行为，不管被发现者的合法地位如何、或其海上旅行目的何在。

70. 国家应采取措施，向可能的迁徙者说明偷渡及贩运活动的相关风险，以及迁徙者即使在非正常情况下，尤其是被拘留时仍可享有的权利。应特别注意与非正常迁徙有关的具体性别污辱以及各种形式的剥削儿童行为。

71. 国家应采取措施，进一步了解偷渡移民、贩运受害者以及可能属于这两类的其他非法移民之间的区别，并通报边防人员、拘留所管理人员以及警察和军官。应做出各种努力，充分、不加偏见地开展个案调查，提供适当法律程序保障和领事援助，并适当帮助非法移民安全回国。

数据与分析

72. 国家应提高移民政策数据的分析能力。为支持单个国家实施具有跨界影响的国内政策、法律与实践，可设立观察机构，负责编纂准确统计及相关数据，并且对迁徙政策关键内容提出独立、公允和专家分析意见以鉴别其成效与不足。

73. 国家应进一步采取措施，改善东道国劳工需求年度数量数据(是经济移民的推动力)，从而更好地调节劳工移民供应与东道国的需求关系。东道国和原籍国各自都要分别按经济部门、工种、地区和省份查明现有及预测劳力供应紧缺与过剩情况；此外，要区别结构性劳工紧缺与季节性或临时性劳工短缺，这对设计和实施切实有效的劳工迁徙政策至关紧要。

74. 国家应制定计划，供政策制定者探讨劳工供需关系以及体制和社区层面的排外情绪。应进一步考虑如何将统计更为融洽地纳入灵活、包容以及可持续决策进程，以便管理移民的入境、就业和居住地位，同时开展宣传教育运动，介绍移民对当地和国家经济的好处。认识到劳工流动是需求驱动的，可缓解反移民情绪和言论。

75. 国家应采取措施，审评、汇编并分享海路非法移民的信息。关于双边和多边限制海路非法移民协定，国家、相关国际组织及非政府组织行为者应开展大规模宣传运动，向途中移民讲述这种旅行的危险，并在迁徙者被海上拦截时改善官员之间的通讯联系，包括经陆路到预期登船点涉及的风险。政府及国际机构应协调工作更有系统地从深度和广度入手，收编有关非正常海上迁徙、拦截、海上救援、离船以及已经离船人员的待遇问题的经验数据。

-- -- -- -- --