

# 处置未成年非法移民的国际法依据

张泽平

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

**【摘要】**未成年非法移民的处置涉及到三个方面的国际法问题,即未成年非法移民遣返回国权利的国际法依据、遣返过程中未成年人正当权益的国际法保护、以及国际社会合作打击组织未成年人偷渡的国际法规范。现行的相关公约过于原则性,缺乏针对性和可操作性,国际社会应通过完善非法移民处置的国际法体系,并在这一体系中针对未成年人偷渡的特点做出特殊规定,从而为未成年非法移民处置提供一套完备且具有可操作性的国际法依据。

**【关键词】**未成年;非法移民;国际法

**【中图分类号】**C913.5

**【文献标识码】**A

## 一、问题的提出

非法移民问题是当今国际社会所面临的一道难题。作为一种非传统安全因素,非法移民不仅违反了有关国家的边境管理法规,而且与有组织跨国犯罪、国际反恐等问题交织在一起,成为影响当代国际交往和国家关系的重要因素之。<sup>[1]</sup>

近年来,未成年人非法移民的现象日益普遍,越来越多的未成年人要么与父母一道举家偷渡,要么是父母或其他亲属先行偷渡到国外,未成年人通过蛇头另行安排单独偷渡,其父母或其他亲属在目的地接应。在日益庞大的非法移民大军中,未成年人无疑是一个特别值得关注的群体,各国及国际社会在打击非法移民的过程中,应考虑到未成年人的特殊情况,在立法和执法中予以特别。然而笔者在实践中发现,这一领域目前不论是各国国内法还是国际法都还存在很大的盲区,尤其是缺乏专门规范未成年非法移民处置的国际公约,不同国家之间缺乏统一的实体和程序规范,无法进行有效合作。这一现状不仅不利于国际社会合作打击非法移民现象,而且也不利于保护未成年人的正当权益。

我国作为传统的移民输出大国,相当一部分人是以非法偷渡的方式移居国外的,其中不乏大量的未成年偷渡人员,厘清相关的国际法依据并据此妥善处理未成年人非法移民问题,对于规范我国的出入境管理、保护我未成年人的正当权益,以及树立良好的国际形象具有重要意义。

## 二、处置未成年人非法移民的国际法依据

未成年非法移民处置中的国际法问题包括以下三个方面,即遣返问题、未成年非法移民的正当权益保护问题,以及各国合作打击组织未成年人偷渡犯罪的问题。<sup>[2]</sup>目前尚不存在一个综合性公约对所有这些问题做出全面规定,不过包括儿童权利公约、人权公约在内的诸多国际公约都不同程度地对上述三个方面的问题有所涉及。

### (一) 未成年非法移民遣返的国际法依据

遣返往往要涉及到接收国(指当事人为其国民或在其境内拥有永久居留权的国家,下同)、遣返国(指羁押非法移民并实施遣返的国家,下同)以及过境国(指当事人在被遣返的过程中所途经的任何国家,下同),上述各国之间的协调和配合是顺利实施遣返的重要保障。实践中,有些中转国以安全因素为由禁止非法移民过境,或者规定非法移民的过境必须事先取

**【收稿日期】**2009-01-16

**【作者简介】**张泽平,华东政法大学国际法学院讲师,法学博士。

得该国安全部门的许可,造成未成年非法移民在遣返国的长期滞留,无法回国,这些做法不仅与国际社会保护儿童权益的普遍性原则不符,而且也违背了相关国际公约的规定。

做为儿童权利保护领域最具影响力的国际公约之一,联合国《儿童权利公约》明确规定各国应保障儿童返回其本国的权利以及与家人团聚的权利。在非法偷渡后并被强制遣返的过程中,上述两项权利的行使必须依赖于过境国和接收国的配合,作为过境国,应积极允诺并安排偷渡人员的过境,而作为接收国,则应积极接纳被遣返的未成年人,并结合他们被遣返后的特殊处境给以特别的保护和照顾。

除了《儿童权利公约》专门针对未成年人做出上述规定外,以下几个公约虽然并非专门针对未成年人,但由于它适用于所有公民,因此也当然适用于未成年人。

《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》作为联合国所确立的国际人权标准,明确肯定了公民迁徙的权利,主张人人都有权离开包括其本国在内的任何国家,并有权返回其本国。虽然这一规定原则性较强,在当代复杂的国际背景下缺乏必要的操作性,但它以权威宣言的形式明确了每一个公民迁徙及回国的权利,因此可以作为非法移民遣返回国的法律依据之一。

《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》中也规定,遣返所涉及的任何缔约国,均应采取一切适当的措施,以保障遣返工作的有序进行。据此,中转国在非法移民遣返中负有不可推卸的合作义务,以保障非法偷渡人员顺利回国。

《保护所有移民工人及其家庭成员权利的国际公约》在确认移民工人及其家庭成员回国权的同时,还特别要求有关缔约国采取合作措施,协助非法移民返回其原籍国。除了上述几个公约之外,《国际偷渡公约》也赋予了相关国家对偷渡者被发现后的遣返和接收的义务。

## (二) 保护未成年非法移民正当权益的国际法依据

尽管偷渡和非法移民是各国国内法和国际法上的一种违法犯罪行为,但并不能基于这一违法事实剥夺非法移民的合法权益。在偷渡遣返的情形下,未成年非法移民的权益保护体系可以分为两个方面:一是按照国际社会关于儿童权益保护和普遍人权保护的一般规则提供的保护,属于人权法的范畴;二是未成年非法移民本国外交机构的领事保护,属于外交关系法的范畴。

就人权法保护体系而言,以下公约可作为保障未成年非法移民正当权益的依据:首先,《儿童权利公约》要求各国向未成年人提供特别的照顾和保护,包括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;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,被剥夺自由的儿童应同成人隔开。其次,《联合国保护被剥夺自由少年规则》规定被剥夺自由的少年不应因有关这一身份的任何理由而丧失其根据国内法或国际法有权享有并与剥夺自由情况相容的公民、经济、政治、社会或文化权利。最后,《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》也将保护被偷运移民的正当权益作为其宗旨之一。

就领事保护而言,《维也纳领事关系公约》对此做了详细规定。该公约在领事职务部分规定了驻外领事机构向其本国国民提供领事保护的职责和义务,即在国际法许可的范围内,在驻在国内保护、帮助及协助派遣国的国民。可见,驻外使领馆根据国际法规则行使领事保护职能,是保障其本国未成年非法移民正当权益的重要途径之一。

## (三) 各国合作打击组织未成年人偷渡犯罪的国际法依据

强制遣返只是对偷渡现象的一种事后救济,而如何从源头上阻止未成年人偷渡才是解决问题的根本所在。前面已谈到,未成年人偷渡通常都是在蛇头的组织和安排下进行的,蛇头在出发国、中转国和目的地国都建立起了严密的内部组织和衔接渠道,是一种典型的跨国犯罪组织。打击此类跨国犯罪,仅靠个别国家的努力是不够的,只有通过有关国家间的紧密合作才有可能取得实效。目前尚没有专门的公约对打击组织未成年人偷渡犯罪进行规范,只是在《儿童

权利公约》等有关儿童权益保护的公约中做出了原则性的规定,要求各国为了切实保护儿童权益实施广泛的国际合作。不难发现,这些原则性的规范不仅缺乏针对性,而且操作性明显不足,不能作为有关国家间开展有效合作的基础。不过,组织未成年人偷渡作为有组织跨国犯罪的类型之一,完全可以纳入国际社会关于打击跨国组织犯罪的范围,适用《联合国打击跨国组织犯罪公约》的相关规范。

《联合国打击跨国组织犯罪公约》是目前国际上最重要的一项针对跨国组织犯罪的全球性公约,它确立了通过促进国际合作来预防和打击跨国组织犯罪的宗旨,为各国开展打击包括组织偷渡等跨国组织犯罪的合作提供了法律基础。作为对该公约的补充,同时也是考虑到组织非法偷渡这一罪行的特殊性,联合国又通过了《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》,专门对组织非法移民这一罪行做出规定,将公约所规定的程序性和实体性条款应用于跨国偷渡组织犯罪这一罪行,使得打击跨国偷运移民犯罪的规则变得具体并具有可操作性,以促进各国通过国际合作来预防和打击偷运移民行为。

### 三、现行国际法依据的不足及完善

纵观上述三方面的国际法依据,并结合当前未成年非法移民处置的实践来看,现行的相关国际立法还存在诸多不足,尚不能满足规范未成年非法移民处置、保护未成年非法移民正当权益以及从根本上遏制未成年非法移民这一现象的现实需要。

首先,现行公约规定过于原则性,缺乏可操作性。例如《儿童权利公约》和《联合国人权宣言》都确立了未成年人离开本国和返回本国的权利,该项权利只受有关国家公共秩序的制约,也就是说,只要不违反有关国家的公共秩序,未成年人就可以自由地往返于本国与他国之间。实际上,这一原则性规定在实践中根本不具有可操作性。当代各国都通过签证制度来加强本国的边境管理,维护出入境秩序,而公民申请他国签证须符合严格的条件,尤其是对于未成年人申请入境签证,各国更是从严掌握,规定了经济担保、出生证公证、成年人同行等一系列额外的条件。而且,即便满足各项条件,申请者仍有可能被拒签。由此可见,在全球范围内的人员自由流动还远未成为现实的背景下,包括未成年人在内的所有公民都不可能完全享有自由离开和返回本国的权利。事实上,也正是由于这一权利在目前尚不具有现实性和可操作性,才滋生了偷渡者偷渡的动机,如果他们能取得有效签证以合法途径出入境,也就没有偷渡的必要。

除了迁徙权利之外,关于未成年偷渡者在遣返过程中的权益保护问题,各项公约也都只是原则上规定有关国家应提供特别的照顾和保护,但由于缺乏具体的操作性规范,这种特殊照顾和保护往往不能落实到位。

其次,现行公约对未成年非法移民的特殊性考虑不够。从前文的介绍中不难发现,目前专门针对未成年人的公约都没有规定非法移民的情形,而有关非法移民的公约又没有对未成年人做出特殊规定,这一状况往往使得有关部门在处置未成年人偷渡时无所适从。实际上,未成年人偷渡与成年人偷渡具有不同的特征:首先,从主观意愿来看,未成年人本身并没有偷渡的意愿,而是随其父母或者因父母已经偷渡到他国而追随父母偷渡,是一种被动行为,这显然不同于成年人为了追求经济利益或其它期待利益而实施的偷渡。其次,偷渡过程中,未成年人的所有行为都是在蛇头的控制和诱导下实施的:基本上没有任何主动行为,而成年人偷渡除了按照蛇头的安排行事以外,往往还会与蛇头进行互动,共同逃避有关国家的边防检查。再次,未成年人在偷渡过程中以及被羁押后,一直处于极度的恐惧心理笼罩之下,这种心理状态有可能造成未成年人行为和精神的失常,相比之下,成年人在偷渡过程中更多地表现为冷静和老练。这些特征表明,未成年非法移民虽然是偷渡这一违法行为的实施主体,但同时又是偷渡现象中的受害者,国际社会在进行相关立法和执法的过程中必须考虑到这一特殊性,针对具体的实体和程序问题做出特殊安排,只有这样,才能真正做到妥善处置未成年非法移民问题。

再次,现行公约与有关国家国内法之间衔接不够。任何国际规则的实施都离不开相关国家的配合,在未成年非法移民的处置中,如果国际规则不能与遣返国、中转国和接收国的国内立法与司法很好地衔接,则国际规则所确立的一系列目标就有可能得不到实现。具体而言,遣返国应严格依照国际社会对未成年人提供特殊保护的原则,在遣返程序中适用少年司法制度,将未成年非法移民与成年非法移民区别对待;中转国应按照有关公约要求,在其国内机场管理和边控措施中对遣返的未成年偷渡者提供便利和特殊保护;接收国除了积极接收被遣返的未成年偷渡者以外,还应在国内立法中体现对被遣返未成年人的特别照顾和帮助,尤其是那些父母已经偷渡到国外的未成年人,对其生活和学习更要提供足够的法律保障。实践中,由于现行公约多为原则性规定,导致对有关国家的约束力不够,不论是遣返国、中转国还是接收国,其国内立法和司法与公约要求还存在不同程度的差异,如此一来,公约的很多规定都无法在实践中得到实施。

由此可见,未成年非法移民处置的国际法规则不论是在内容的完备性还是具体规则的操作性方面都还存在明显的不足。在世界经济发展不平衡和局部地区动荡加剧的背景下,越来越多的未成年人被动地加入到非法移民的行列,制定科学完备的未成年非法移民处置国际法体系是当前国际社会所面临的一项紧迫任务。本文认为,在目前国际社会关于非法移民处置尚缺乏统一规范的背景下,专门针对未成年人非法移民问题制定一个综合性公约是不可能的,现实的途径只能是通过完善现有的非法移民处置体系,在这一体系中专门针对未成年非法移民的特点做出特殊规定。此外,在完善非法移民处置国际法体系的过程中,还要注重多边条约与双边条约并举。<sup>[1]</sup>本文所介绍的都是多边条约,实际上,在非法移民处置的国际法体系中,双边条约也起着重要作用,尤其是在目前国际多边合作机制不论是在广度还是深度上都还不够完善的情况下,国家间的双边合作机制更是具有不可替代的地位。尽管目前各国在构筑非法移民处置双边合作机制中还处于起步阶段,但从长远来看,双边合作机制将在非法移民处置过程中发挥越来越重要的作用。

在有关国际法规则尚不完备的情况下,如何在现有的制度基础上做好我国未成年非法移民的处置工作是我国当前面临的一项紧迫任务。非法移民处置属于领事服务和领事保护的内容之一,由于我国尚没有专门的领事法,实践中只能按照我内部政策,通过领事途径督促有关国家和国际组织遵守保护未成年人这一国际法一般原则,从而来保护我未成年人的合法权益。虽然大多数国家都能理解和接受这一主张,对羁押的未成年人予以特殊的照顾,但这种做法毕竟不利于我国领事工作的规范化和法制化。当前我国的领事立法工作已经启动,<sup>[4]</sup>立法过程中应对未成年非法偷渡的处置方式和救助措施做出专门规定,同时在非法移民现象比较突出的地方,通过专门的机构对遣返回国的未成年人进行跟踪管理,这既是未成年非法移民处置体系中的重要组成部分,同时也是保护未成年人权益的现实需要。

最后需要指出的是,非法移民处置是一个极其复杂的问题,未成年人偷渡更是这一复杂问题之中的特殊现象,解决的难度可想而知,不仅涉及到未成年人犯罪及其权益保护问题,而且还涉及到国际人权法、国际劳工法、外交关系法等内容,非法移民处置的法律体系十分庞杂,不论是立法还是执法都极具复杂性,我们在实际工作中必须综合分析,全面考察,才能准确把握,妥善处理未成年人偷渡问题,从根本上克服未成年非法移民现象对当代国际交往和国际秩序带来的负面冲击。

#### 【参考文献】

- [1] 黎翔.非法跨国移民集群化现象成因探悉[J].福建公安高等专科学校学报,2007,(5).
- [2] 张泽平.关于非法移民遣返的国际法规定[J].外交部领事问题与研究,2008,(6).
- [3] 徐军华.非法移民的法律控制问题[M].武汉:华中科技大学出版社,2007.243-246.
- [4] 外交部将加强保护公民海外安全 促领事保护立法[EB/OL].新华网: <http://www.chinanews.com.cn/hr/lshh/news/2008/01-23/1142743.shtml>.