

非法移民问题的国际法思考^{*}

徐军华^{**}

内容提要:非法移民问题被称为是当今世界各国面临的一道难题,如何从国际法的角度对其进行有效控制和防范对国际法提出了严峻的挑战。本文以国际法为视角,对非法移民的概念和国际层面的危害进行了简单的分析,并在分析联合国所建立的控制非法移民的国际法律制度的基础上,提出了完善非法移民国际立法及其实施机制的若干建议。

主题词:非法移民 法律控制 国际法

一、国际法视野下的非法移民问题

20世纪末到21世纪初叶被称为是“移民的时代”(Age of Migration),科技进步与全球化进程加速着人口的跨境迁移,国际移民已经成为全球化体系下的一个次级体系,在这一体系中,非法移民就像一股“黑流”涌动在当今全球人口流动的大潮之中,并与合法移民一起构成了国际移民的正反两面。本文所论述的“非法移民”是指“未经政府批准而迁徙的人口,是一种跨国人口非法流动的现象,是国际间普遍存在的问题”。据国际移民组织 (IOM) 2001的保守估计,全世界 1.5亿国际移民中,大约有 4000万属于非法移民,全球每年非法移民约达 300万。

非法移民是长期以来众多因素交叉作用的结果,有着复杂的历史、社会、政治等原因,而由发达国家主导的不平衡的全球化进程实际上成了非法移民现象的一个重要催生剂,同时,非法移民现象也是“对抗全球化不合理的一种挑战和反抗”。

非法移民作为一种现象,其行为过程跨越了原籍国、过境国和目的国,非法移民问题给各主权国家带来了政治、经济、社会和安全等多方面的消极影响,已经不再是某一个国家的内部问题,而是一种跨国性的、同时也是一个颇受争议的国际问题,因而引起了国际社会的广泛关注。从国际法的角度审视非法移民问题,其危害主要有以下两个方面:

第一,非法移民问题对国际安全提出了挑战。作为一种“非传统安全”,伴随着全球化进程的加速,非法移民问题所凸现出来的非传统安全影响日益突出。首先,非法移民行为不仅违反了一国的边境管理法规,而且现今的非法移民与国际人口走私犯罪集团纠合在一起,相互利用,其规模和影响已被国际社会公认为一种有组织的跨国犯罪行为;其次,近年来,国际恐怖主义分子通过非法移民的方式入境从事恐怖活动。例如,“9·11”事件中的劫机者大多数是通过非法移民的方式进入美国的;最后,非法移民与其他跨国犯罪结合在一起,从事其他的跨国犯罪活动,如贩毒、走私、洗钱等,令所在国和国际社会防不胜防。

第二,非法移民问题深刻地影响着国际关系和国家之间的正常交往。由于在处理非法移民问题上各国政府政策不一,又缺乏配合,因此造成了在这个问题上相互指责、推诿责任的现象。有些国家还利用这些问题与“人权”等挂钩,对他国的内部事务指手划脚、说三道四。因此,非法移民问题很容易引起外交纠纷,从

* 本文获华中科技大学人文社会科学青年科研项目的资助,项目编号为 2006028。

** 华中科技大学法学院讲师,法学博士。

S. Castles & M. Miller, *The Age of Migration - International Population Movements in the Modern World*, Houndmills: Macmillan Press, 1993, p. 23

王春光:《非法移民:一个全球性的世纪难题》,载《参考消息》2004年8月26日第12版。

参见李滨:《中国目前面临的主要非传统安全问题及其排序》,载《世界政治与经济》2004年第3期。

而影响两国之间的正常交往。例如,近年来,接连发生的非法移民闯入外国驻华使领馆事件,既直接危害有关使领馆的安全,干扰其正常工作,也是对中国法律的挑衅,影响了中国的国内治安和社会稳定,更使得中国与有关国家的关系倍受困扰,影响了国家之间的正常交往。又如,美国国土安全部部长切尔托夫 2006 年 3 月 14 日指责中国拒绝收回大约 39,000 名中国籍的非法移民,在中美外交关系上引起了纷争。

当世界走入 21 世纪,面对奔涌于全球的非法移民潮,西方国家表现出强烈的忧患意识:世界各地人口以史无前例的规模离乡背井,如此大规模的迁移有压倒我们的应付能力的危险,迁移可能是我们这一时代的人类危险。伴随着人口跨境迁徙的加快,非法移民日益呈现出全球化、加速化、非法移民手段的多样化和方式的“立体化”以及非法移民的组织、经营和资本运作的国际化。非法移民问题已成为世界各国面临的一道难题,如何从国际法的角度实施对非法移民问题的控制也对国际法提出了严峻的挑战。

二、国际法在控制非法移民问题上的作用

非法移民问题被正式纳入到国际法调整的范围应该追溯到 1957 年 10 月 10 日,当时,在联合国的倡导下,德国、法国、意大利、瑞士、比利时、西班牙、希腊、印度、以色列、葡萄牙、巴西、秘鲁等国在比利时的布鲁塞尔签署了《有关偷渡者的国际公约》(又称《国际偷渡公约》),该公约于 1991 年 8 月 18 日生效。虽然该公约没有直接以“非法移民”(Illegal Migrant)而是选择了“偷渡者”(Stowaway)这一个“非法移民”下的次一级概念进行公约的制定,并且该公约中所定义的“偷渡者”仅指从海上偷渡的人员,其定义具有一定的局限性,但该公约对发现偷渡者后的移交、安置、遣返、接受的具体程序及其费用安排等一系列问题作了详细的规定,从而开创了一个以国际多边合作治理偷渡问题的先例,从程序上建立起了国际社会的合作机制。这部公约是目前最接近“非法移民”主题的国际公约,具有极为典型的意义。

鉴于目前各国政府加强了对公民的出入境管理,传统意义上的个人偷渡行为很难成功,现今的非法移民与跨国有组织犯罪(主要是国际偷渡集团)存在着紧密的联系,因此,联合国在治理非法移民问题上选择了重点打击跨国有组织犯罪的国际合作,同时加强保护在这些跨国有组织犯罪中的受害者权利的思路和解决办法。1996 年 12 月,联合国大会第 51 届会议第 82 次全体会议通过了《防止偷运外国人的措施》的决议。1998 年 4 月,在维也纳召开的联合国预防犯罪和刑事司法委员会第 7 届会议将“开展国际合作打击跨国犯罪”作为会议的主题,将跨国偷运移民的犯罪活动纳入到《打击跨国有组织犯罪公约》的框架中,会议通过了 5 项决议草案,其中包括“采取行动禁止非法贩运包括从海上非法贩运迁徙者”的决议草案。2000 年 12 月在意大利的巴勒莫市,100 多个国家签署了《打击跨国有组织犯罪公约》及所附的《关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》(简称《偷运移民议定书》)和《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》(简称《贩运人口议定书》)两项议定书(又称为《巴勒莫议定书》)。该公约于 1999 年 11 月由联合国预防犯罪和刑事司法委员会通过,是第一个在控制该犯罪领域具有法律约束力的文件。

值得一提的是,除联合国外,其他国际组织在应对非法移民问题上也扮演着重要的角色。从本质上说,政府间国际组织是国家间多边合作的一种法律形式,一种常设的固定的组织形态。国际组织是现代国家间既相互独立又相互依存这种矛盾现象的连接点,是促进成员国利益,促使各国政府更好地发挥各自职能的一种合作手段。在控制非法移民的国际合作中,国际移民组织、欧洲联盟、东南亚国家联盟以及其他区域性国际组织在各自的职能范围内发挥了突出的作用,它们在控制非法移民的国际合作机制中发挥着政治协调、立法以及管理的作用。需要专门提及的是,作为在国际移民领域唯一的专门性国际组织,国际移民组织对国际移民相关领域的问题进行了深入的研究。它在各种区域会议、区域进程、研究计划以及国际会议的基础上,探讨了国际移民管理等方面的理论问题,尤其是它于 2003 年发起的“移民管理国际议程”,已经得到了

<http://www.tycool.com/2004/09/29/0047.html>

<http://hsb.huash.com/gb/newsdzb/2002-06/16/2002-06-16-05gnxw6.html>

《联合国人口基金会年度报告(1993)》,转引自[香港]《文汇报》1993 年 7 月 7 日。

参见周聿峨、王显峰:《当代中国非法移民活动的特征》,载《暨南学报(人文科学与社会科学版)》2004 年第 2 期。

参见《有关偷渡者的国际公约》第 1 条。

请参见梁西教授提出的“结构平衡论”的理论。梁西:《国际组织法》,武汉大学出版社 2001 年版,第 329 页。

很多国家以及联合国等国际组织的支持,并在区域磋商会议中就这一议程展开了讨论。它在移民管理方面的专业知识以及研究成果引导并推动着国际移民领域的国际合作。通过国际移民组织、国际移民问题全球委员会(GCM)与联合国的合作关系,将这些倡议、意见(尤其是最近几年关于非法移民方面的倡议和意见)传递给联合国秘书长,以便在联合国内就这些问题展开讨论,从而促进了与国际移民有关的决议的形成,并为控制非法移民的进一步国际立法铺平了道路。

国际社会在控制非法移民问题的国际合作已经逐步形成了一套措施、规则和制度,它们分别从不同的角度调整着国际社会在控制非法移民中的各种关系,以达到遏制非法移民浪潮,逐步减少直至最终根除非法移民现象的目的。这些措施、规则和制度主要包括:

(一)对非法移民的遣返和接受。这是国际合作控制非法移民的一项基本制度。目前,这项制度主要通过各国之间签订双边条约的形式确定下来,例如,美国和墨西哥于2001年签署的《美墨边境联盟协议》以及2004年签署的《以安全的、有序的、人道的方式遣返墨西哥非法移民谅解备忘录》。《国际偷渡公约》第2条也详细规定了对偷渡者被发现后的遣返和接受的法律义务,只不过这项义务被赋予给了船长,船长拥有较大的自由裁量权。对非法移民的接受往往需要移民输出国的协助才能完成,《国际偷渡公约》第3条只规定了移民输出国的“应当接受义务,并没有使用强制性的措词。通常,对非法移民的遣返和接受还需要国家间的政治协调来完成,尤其对于那些没有签订双边合作条约的国家来说更是如此。

(二)对跨国偷运移民的犯罪行为的打击。这是目前国际合作控制非法移民的最重要的一项制度。鉴于跨国偷运移民的犯罪集团在非法移民过程中所扮演的重要角色,国际社会在打击跨国偷运移民犯罪活动的问题上已经取得共识,并形成了具有法律约束力的国际公约,即《打击跨国组织犯罪公约》以及《偷运移民议定书》。《偷运移民议定书》重点选择了具有典型意义的海上偷运移民的犯罪行为,进而作出了详细的规定,并将这些措施中的通行做法推及到陆路和空路偷运移民的犯罪情形中。

该议定书第6条明确规定“各缔约国均应采取必要的立法和其他措施,将下列为直接或间接地获取经济或其他物质利益而故意实施的行为规定为刑事犯罪:(1)偷运移民;(2)为得以偷运移民而实施的行为,包括制作欺诈性旅行或身份证件以及获取、提供或持有此种证件的行为;(3)使用本款(2)项所述手段或任何其他非法手段,使并非有关国家国民或永久居民的人以不符合合法居留于该国的必要规定的方式居留于该国。同时,该条第2款进一步规定了此类犯罪中的未遂犯罪和共同犯罪的形态。这些规定将打击跨国偷运移民的行为明确规定为缔约国的一项国际义务,强制性地要求各缔约国予以遵守,从而使得打击跨国偷运移民犯罪的共识变得具体并具有可操作性。正是这种国际义务的约束和国内立法和司法的结合,促进了在打击跨国偷运移民的犯罪行为上的国际合作,从根本上取得了控制非法移民的作用。

(三)预防和合作措施。《偷运移民议定书》规定了缔约国在预防和打击偷运移民上多方面的合作措施,这些措施涉及信息的交换、边界措施、证件的安全与管制、证件的合法性和有效性、培训和技术合作以及其他预防措施等领域。在信息的交换方面,欧盟制定的《申根协定》在缔约国之间建立起一个信息系统,即“申根信息系统”(SIS),这一系统的建立为方便查询移民资料并截获非法移民发挥了重要的作用。

(四)对非法移民基本人权的保护。对非法移民的控制应在合法的范围内进行,不能侵犯其基本人权,正如联合国经济社会理事会提及的“强调有必要适当考虑众所公认的人权”,然而,各国在司法实践中往往会忽视对非法移民本身基本人权的保护,它们对非法移民随意扣留、关押、私自用刑等。有鉴于此,《偷运移民议定书》专门规定了对被偷运移民的保护、帮助以及返还制度。该议定书第16条规定“应在不违背其根据国际法所承担的义务的情况下采取一切适当措施,包括必要的立法,以维护和保护已成为本议定书第6条所列行为对象的人根据适用的国际法享有的权利,特别是生命权和不遭受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格待遇或惩罚的权利。各缔约国均应采取适当的措施,向移民提供适当的保护,使其免受由于成为本议定书第6条所列行为的对象而可能遭到的个人或集团施加的暴力,并且,应向这些生命或安全受到威胁的移民提供适当的帮助,还应考虑到妇女和儿童的特殊需要。在扣留已成为本议定书第6条所列行为对象的人时,缔约国应在适用情况下,遵守《维也纳领事关系公约》规定的义务,包括毫不迟延地将关于通知领事官员和同领事官员进行联系的规定通知其本人。”

议定书第18条还规定,对于成为本议定书第6条所列行为对象的人,在其返还时是本国国民或拥有在

本国境内永久居民权的各缔约国,均应同意给予便利和接受该人返还而不应有不适当或不合理的迟延。各缔约国对已成为本议定书第6条所列行为对象的人,且在进入接受国时仍拥有在本国境内永久居留权的人,应根据本国法律考虑便利和接受其返还的可能性。根据接受缔约国提出的请求,被请求缔约国应核查成为本议定书第6条所列行为对象的人是否为本国国民,或是否拥有在本国境内的永久居留权而不应有不适当或不合理的延迟。为便于已成为本议定书第6条所列行为对象并且无适当证件返还的人,缔约国应根据接受缔约国提出的请求,同意向身为本国国民或拥有本国永久居留权的这类人签发必要的旅行证件或其他许可证文件,以使其得以前往和重新入境。已成为本议定书第6条所列行为对象的人返还所涉及的每一缔约国,均应采取一切适当的措施,以有序的方式和在适当注意到其安全及尊严的情况下实行返还。

三、完善非法移民国际立法及其实施机制的若干建议

(一)修改1957年《有关偷渡者的国际公约》

完善的国际法律体系是控制非法移民国际合作的法律依据。联合国主导下制定的控制非法移民的国际条约由三部分组成,即1957年《有关偷渡者的国际公约》、2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其《偷运移民议定书》。在这三个国际条约中,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其《偷运移民议定书》围绕跨国偷运移民及其相关犯罪的立法规定已经相当成熟和完善,需要修改或完善的是1957年《有关偷渡者的国际公约》。

第一,对“偷渡者”定义的扩充或修改。《有关偷渡者的国际公约》中定义的“偷渡者”外延非常狭窄,仅指从海上乘船进行的偷渡,形式单一,已经不适应当前变化多样的偷渡情势,急需修改或扩充。具体做法是:或者将现有的“偷渡者”定义进行扩充,使其能够包含目前各种类型的偷渡形式;或者将“偷渡者”修改为目前国际社会普遍认可的“非法移民者”,在定义“非法移民者”时应注意统一术语的使用,建议使用“*Illegal Migrant*”,相应的行为使用“*Illegal Migration*”,以避免术语使用过程中的不统一和不规范的现象。

第二,对该条约名称的修改。鉴于《有关偷渡者的国际公约》的内容是以对海上偷渡者的发现、接受、驱逐或遣返等程序性事宜的规定,为了准确反映条约的内容,可否将该条约的名称修改为《有关非法移民的国际公约》。除了将“偷渡者”扩展为“非法移民”外,该公约将制定出一套国际通行或国际认可的行政程序,以明确规定各国在处置非法移民上的权利和义务,并为各国在处置非法移民上提供可资遵循的一般做法,以避免在发现、接受、驱逐或遣返非法移民的国际合作中无法可依的局面。

第三,对该条约内容的增添。对非法移民的驱逐或遣返应当尊重和保护其基本人权,有关的国际条约已经对移民的人权作出了具体的规定,在《偷运移民议定书》中也规定了对被偷运移民的保护和帮助的具体措施。因此,除了在处置非法移民的程序上规定国家间的合作外,还应该增加有关对非法移民基本人权的保护,以避免在驱逐或遣返的过程中遭受非人道的待遇。

此项修改将与打击跨国偷运移民及其相关犯罪的国际条约一起,从非法移民本身和偷运移民两个方面对非法移民进行国际法律控制。虽然二者侧重点各不相同,但其目的是相同的。按照国际社会治理非法移民以打击跨国偷运移民的犯罪为主的思路,实践证明,控制非法移民者本身与打击跨国偷运移民的犯罪相结合的手段才是控制人口跨国非法流动的行之有效的方法。

(二)发展控制非法移民国际法的实施机制

除了要完善和加强控制非法移民的国际立法外,发展其实施机制也是控制非法移民国际合作中非常重要的一个环节,因为即使有完善的国际立法但不能有效地贯彻实施,那么该项立法也徒具形式。然而,在当今的国际社会中,并没有一个实施控制非法移民国际法的实施机关,对相关国际法的实施主要是通过将国际法律规范转化为国内法来间接实施。因此,也只能是在现有间接实施机制的框架内完善和发展对控制非法移民国际法的实施机制。

第一,扩大相关国际条约的缔约国范围。国际条约的签署、批准和加入是建立在各国自愿平等的基础上的,任何国家或国际组织都不能强迫某一个国家签署或加入某一国际条约。同时,国际条约一般必须有一定数量的国家或组织批准、接受或加入才能开始生效。例如,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其《偷运移民议定书》都规定,自第40份批准书、接受书、核准书或加入书交存联合国秘书长之日后第90天起生效(议

定书不能在《联合国打击有组织犯罪公约》生效前生效)。^⑩因此,在有关国际条约和议定书制定后,各成员国应积极通过国内相关程序批准、接受、核准和加入该公约及其议定书,以使其早日生效。其次,在公约及其《偷运移民议定书》生效的基础上扩大缔约方的范围,使控制非法移民的国际合作范围更加广泛。在这一方面,联合国、国际移民组织以及其他国际组织、区域性组织、非政府组织应发挥其政治协调功能,通过加强国际对话以及国际会议、区域性磋商会议等途径,促进在控制非法移民国际合作上更广泛的共识,推动其他国家和地区尽早成为上述国际条约的缔约方。

第二,促进相关国际法律规范的国内实施。不论是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》还是《偷运移民议定书》,都只是规定了缔约方应承担义务采取各种立法和执法措施预防和打击跨国偷运移民及其相关犯罪行为,这些法律规定为各缔约国之间的合作构建了一个国际合作的法律机制,但需要通过国内法律程序将其转化为国内法加以实施。因此,各缔约国在承担条约义务的前提下,应积极制定或修改其国内立法,改进国内执法措施,才能将控制非法移民的国际法付诸实施。

第三,处理好国际条约与双边或区域协定、行动安排或谅解之间的关系。与控制非法移民有关的双边或区域协定、行动安排或谅解对于在小范围内具体而灵活地控制非法移民问题有着重大的作用,同时也是补充国际法律规范实施的重要方面。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,例如在引渡方面,该公约要求各缔约国应寻求缔结双边和多边协定或安排,以执行引渡或加强引渡的有效性。^⑪在《偷运移民议定书》中也规定,缔约国应考虑缔结双边或区域协定或行动安排或谅解,以期制定最适宜而有效的措施,预防和打击该议定书第6条所列行为,或在缔约国之间加强本议定书的规定。^⑫

第四,加强与有关国际组织的合作。以联合国、国际移民组织等为主的国际组织在控制非法移民的国际合作中发挥着重要的作用。联合国除了在其国际多边合作机制内的国际立法作用外,还应发挥其系统内各专门机构、机关、区域委员会、计划等的职能作用,促进控制非法移民的国际法的实施。

第五,在控制非法移民的国际合作中实现责任的共担。非法移民问题如果处理得不好,容易导致国家之间的矛盾,影响国家之间的正常交往。非法移民的发展已经打破了以往固定的非法移民原籍国、目的国的分布状态,使得非法移民的来源地和目的地呈现全球化的趋势。因此,在这一发展趋势下,国家之间不应就非法移民问题相互指责,而应该共同承担起控制非法移民的责任。在控制非法移民的国际合作中,作为主要非法移民目的国的发达国家应该承担起更多的责任,因为这些国家的移民政策对非法移民的形成和发展具有重大的影响。例如,对非法移民的合法化政策、滥用庇护权等,往往将大大抵消发展中国家控制非法移民出境的努力。而且,发达国家移民政策的变动使得发展中国家被动地采取相应的措施。因此,发达国家要慎用相关的移民政策,或者在移民政策变动时向发展中国家传递有关信息以便其采取积极的应对措施,尤其是不能将非法移民问题政治化。

最后,应将控制非法移民的国际合作纳入到“国际移徙与发展”的议程中。移民与发展问题密切相关,联合国大会已就该议程作出了6次决议。非法移民的形成也是全球化背景下各国经济发展不平衡的结果之一,正如《关于非法移民问题的曼谷宣言》中所声明的:“由于造成非法移民的原因同发展问题密切相关,有关各国应当作出努力,处理所有有关的因素,以期实现可持续经济增长和可持续发展”。^⑬因此,促进各国的共同发展,致力于建立公正和合理的国际新秩序,缩小贫富差距,从根本上消除非法移民产生的根源,应该是控制非法移民国际合作所关注的最根本问题。

(责任编辑:黄德明)

⑩ 参见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第38条第1款;《偷运移民议定书》第22条第1款。

⑪ 参见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第16条第17款。

⑫ 参见《偷运移民议定书》第17条。

⑬ 参见A/C.2/54/2。