

# 从特朗普新移民政策探析非正规移民基本人权的国际保护

张 淼

**摘要** 上个世纪末,随着非正规移民逐渐发展成为一个涉及政治经济文化社会等多方面的国际问题,非正规移民基本人权的保护也成为了国际社会新的议题。近年来,非正规移民问题越发严重,并且呈现一种危险态势——移民越来越成为政治经济社会文化等一系列问题的“替罪羊”。在联合国人权理事会第34届会议中,非正规移民被再一次提上议程,尤其是对于美国最近发布的有关驱逐非正规移民的行政命令和备忘录的执行,联合国机构对此表示高度关注,认为其违背了美国的人权义务。本文将对非正规移民基本人权的国际保护作简单分析,并在此基础上对如何加强非正规移民及基本人权的国际保护提出些许建议。

**关键词** 非正规移民 基本人权 国际保护 美国 移民政策

**作者简介:**张淼,武汉大学国际法研究生,研究方向:国际公法。

**中图分类号:**D99

**文献标识码:**A

**DOI:** 10.19387/j.cnki.1009-0592.2018.03.054

## 一、问题的提出

特朗普就职美国总统后,随即颁布美国行政令——暂禁全球难民和西亚北非7国公民入境的,随后国土安全部又出台新规(《落实总统边境安全和加强移民执法的政策》和《执行移民法律以服务国家利益》)。这一新政策不仅引发了国内许多人的抗议,还引起了国际社会的关注,因为这可能引发非正规移民大规模遣返,进而损害这些移民的基本权益,非正规移民问题再次引发国际社会的讨论。由于非正规移民违法者和受害者的双重属性,在移民政策执行中,移民的基本人权往往被忽视,轻者非正规移民在生活工作上受到普遍歧视和不公正待遇,重者他们在未经过司法审判程序的情况下被拘留关押甚至遭受虐待等非人道待遇,最后导致了社会矛盾的进一步加剧。至此,非正规移民人权问题已成为涉及经济社会政治文化等多方面的全球政治性难题,据国际移民组织(IOM)作的2015年全球移民趋势统计,2015年,全球国际移民人数——居住在出生国以外国家的人数达到历史新高,2.44亿人(2013年为2.32亿人),2015年是二战以来全球被迫流离失者创历史记录,2015年全世界有5400多名移民死亡或失踪<sup>①</sup>,这一报告体现了移民问题日趋严重,这些移民中很大部分是非正规移民,他们的基本人权得不到有效保障,进而影响了世界和平与发展。在正在召开的联合国人权理事会第34届会议上,非正规移民的基本人权仍然是会议讨论的重中之重。

## 二、非正规移民基本权利的相关界定

### (一)非正规移民的界定

由于非正规移民(irregular migrants)涉及领域的复杂性,至今国际上没有公认的统一定义。国际移民组织(IOM)只对非正规迁移(irregular migration)作了如下解释:非正规迁移指在发生在遣送国、过境国和接收国监管规范之外的运动。目前国际上对此没有明确或普遍接受的定义。从目的地国的角度来看,它是指在没有移民法规定的必要授权下进入、停留或工作在一个国家。从派遣国角度来看,其非正规体现在没有有效护照或旅行证件或在不满离开国家行政规定时越过国际边界。然而,“非法移民(illegal migration)一词仅限于适用在偷运和贩运人口的情形<sup>②</sup>。国际移民组织(IOM)曾在2002年《Irregular Migration and Smugg-

ing of Migrants from Armenia》刊物中将非正规移民解释为:在错误时间错误地点进入另一国家并通过躲避机关检查、通过欺诈获取入境许可或虚假婚姻规避移民法规的外国人,也包含没有合法签证秘密进入一国、使用伪造证件、对持有合法签证单超过停留期而滞留以及侵犯了入境法律而滞留的外国人<sup>③</sup>。从这些解释可以看出,非正规移民至少可以包含两类外国人,一类是合法出入境,但在目的国非法滞留的外国人;另一类是不合法出入境,在他国非法滞留的外国人,但是要排除偷运和贩运人口的情形。

国内关于非正规移民的研究常常把“非正规移民”与“非法移民”等同,其实这种说法是不妥的,IOM在对“非正规迁移”(irregular migration)作出解释时确定“非法移民”(illegal migration)仅限于适用在偷运和贩运人口的情形。2010年国际人权政策理事会(ICHRP)在《Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Right: Towards coherence》报告中强调本报告没有使用非法移民(illegal migrant),因为从法律和道德上说,一个行为可以以合法非法来衡量,但是一个人不能<sup>④</sup>。人权高专办专家扎伊德强调,人权界拒绝使用“非法”形容没有身份证件的非正规移民,一个人本身不存在“非法”与否的问题,这种形容词只会鼓励污名化升值是罪犯化<sup>⑤</sup>。现在已经有好多国际组织借鉴此措辞,比如欧洲议会表示更倾向于使用“非正规移民”<sup>⑥</sup>,在《东盟保护和促进移徙工人权利宣言》中,东盟(ASEAN)也采用类似措辞<sup>⑦</sup>。

### (二)非正规移民的基本人权的界定

通说认为早期的人权概念和基本人权是相互关联的概念,他们几乎同时产生,后来在二次世界大战后将基本人权从一般人权的概念中剥离出来,但至今对基本人权没有官方定义,1945年《联合国宣言》规定“重申基本人权”,第一次将基本人权进行原则化。1948年《世界人权宣言》的序言和第1、2条规定了人类所有家庭成员享有固有尊严、平等自由以及不受歧视的权利。第3-27条列举了基本人权的权利,包含了公民权利及政治权利类(第3-21条)和经济和文化权利类(第22-27条)。1966年联大又通过“1966国际人权两公约”——《经济社会文化权利公约》和《公民权利和政治权利公约》,该公约对《世界人权宣言》中的进本人权权利进行进一步细化,“1966国际人权两公约”与《世界人权宣言》被称为

“国际人权宪章”，在国际人权法中占有核心地位。1977年联大通过《关于人权新概念决议案》，第一次提出“一切人权”的新概念，将“一切人权”与“基本自由”和“基本人权”并列使用。基本人权经过长期发展，至少有以下12中相对固定的权利和自由内容——生存权、平等权、社会保障权、环境权、自决权、发展权、执行权、接受公正审判权、安全权、基本自由、接受教育权、和平权<sup>⑧</sup>。这些权利在各个国际人权条约或文件中都得到体现，并且已得到国际社会公认。

非正规移民首先作为人应该享有人的基本权利，但由于其“非正规”身份的性质，其基本权利的保护受到国家国内法的限制，但是国际人权法上“不可克减的权利”是无论如何不能削弱或侵犯的，比如在《公民权利与政治权利公约》中规定生存权、禁止使用酷刑或侮辱性刑罚的权利、禁止被奴役的权利、禁止仅因无力履行义务而被监禁的权利、人在法律面前平等的权利和思想良心宗教自由的权利不得克减<sup>⑨</sup>，这些最低程度的权利应该给予任何人，包括非正规移民。

## 二、非正规移民基本人权的国际法律规范

### (一)有关移民人权保护的概括性人权公约

在1945年《联合国宪章》确立了人权原则后，联合国通过了一系列的人权公约，逐步建立以九大人权公约为核心的相对完整的国际人权法体系<sup>⑩</sup>，涉及了政治权利、公民权利、经济、社会、文化各个领域，为移民提供了原则性普遍性的保护。同时区域性人权保护公约，如《欧洲人权公约》(ECHR)、《美洲人权公约》(ACHR)、《非洲人权和民族权宪章》(ACHPR)也为各相关区域的移民提供了法律保护。非正规移民作为人，应当也必须受到这些人权公约的保护，无论其身处何处，无论其身份状态如何。

### (二)有关移民人权保护的专门国际人权公约

联合国大会第45/158号决议通过的《保护所有移徙工人及其家人权利国际公约》(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)作为国际移民保护范围最广的国际公约，对迁徙工人及其家人的权利提供了系统的保护。第三部分(第8-35条)对顶了所有移徙工人及其家庭成员的人权，包括生命权、禁止酷刑权、禁止被奴役权、思想良心宗教自由权、人身财产安全权、家庭隐私权、禁止随意拘禁工人及其家人权、寻求外交保护权、服刑期间禁止非人道待遇权、在工作生活和社会保障方面享有国民待遇权、保持其民族文化权等权利。该公约的第五部分(第57-78条)专门对特殊类别的移徙工人及其家庭成员作了相关规定，其中第68条规定对身份不正常的移徙工人或其家庭成员适用暴力、威胁的个人、团体或实体加以有效制裁，并对雇佣身份不正常的工人的雇主加以制裁，但不得损害工人由于手骨对其雇主而言的权利。第69条规定，对身份不正常的移徙工人及其家庭成员应采取适当措施确保这种情况不会继续下去，有关缔约国在考虑使这些工人的身份正常化时，应考虑他们入境时的情况，逗留的实践长短及其他考虑。第三部分是针对所有迁徙工人及其家庭成员的基本人权，当然也包括非正规移民；第68、69条特别规定了非正规移民的人权。

## 三、加强非正规基本人权保护国际保护

现阶段国际上还没有一个统一的保护非正规移民的国际公约，非正规移民往往在生活工作中受到歧视，甚至被任意逮捕关押甚至虐待致死，他们的生存权、平等权、社会保障权、环境权、发展权我往往受到侵犯。因此在现有的国际保护机制的基础上进

一步完善保护机制，以切实有效的保障非正规移民的基本人权显得尤为必要。

### (一)进一步完善非正规移民基本人权国际保护机制

#### 1. 完善相关的国际法律体系

目前涉及非正规移民基本人权保护的公约很少，即使涉及，也没有作详细规定，专门规定“非正规移民”基本人权的公约更是没有。从上述分析可以看出，目前在概括性条约如《联合国宪章》、1966人权两公约等公约只是规定了人权保护原则，有关移民的专门性条约《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》也只是一小部分是关于“身份不正常”工人基本权利的保护，无论是保护范围还是在保护力度上都明显不足，即使外交领事保护的某些条款也保护非正规移民的权利，但是有关领事保护条款的适用必须满足——移民的国籍国与接受国之间存在外交关系且为上述公约的缔约国。更何况，非正规移民存在无国籍国者或国籍国政府因战乱、自然灾害而不可作为的情况，这些移民也因此并不能有效地受到这些条款的保护<sup>⑪</sup>。因此国际社会应积极完善现有人权法律体系，促使更多的国家批准加入其中，促进相关的非正规移民国际条约在缔约国的有效实施，最大程度保护非正规移民的基本人权。

#### 2. 积极发挥国际人权组织的作用

目前国际人权组织可以分为两大类，一是政府间国际组织，如联合国、国际移民组织；而非政府间国际组织，如大赦国际。政府间组织联合国和国际移民组织在保护非正规移民基本人权的国际合作中发挥的作用有目共睹，比如联合国制定的《联合国宪章》首次明确规定了人权原则，并积极推动人权内涵的丰富<sup>⑫</sup>；联合国又通过一系列公约创建国际人权法体系，切实落实国际人权保护；联合国设立的六大机构中联合国大会与经社理事会与人权事务密切联系，并不断改革其主管人权事务的专门机构<sup>⑬</sup>，提升了人权地位。国际移民组织作为非政治性的人道主义组织，通过与各国合作处理移民问题，保护移民权利。特别是2016年9月19日，联合国与国际移民组织签署《联合国同国际移民组织间关系协定》，国际移民组织正式加入联合国系统，这促进了国际移民问题上国际组织间的合作与协调。国际非政府间人权组织通常通过搜集和公布世界各国的人权信息，评估各国的人权状况，一国际社会舆论来向各国施压来，进而影响各国的人权政策。

然而上述国际人权组织在非正规移民人权保护问题上发挥的作用还很有限。比如，联合国对人权保护的监督手段有限，对国家没有强制性，人权的保护主要靠国家自愿履行义务；并且其实施手段不具有法律效力，减弱了联合国人权保护的权威性。<sup>⑭</sup>非政府间组织的作用也有限，比如大赦国际只是通过公布国家地区的人权信息，向国家施加舆论压力，对国家没有强制性，且对国家地区人权信息的搜集可能有失公允，使其效力大打折扣。因此，积极发挥国际组织的作用，要加紧完善人权状况监督机制，对人权信息的搜集要进行实地考察，进行汇总分析，减少信息偏差而导致监督不到位；联合国在人权保护的过程中应强调协商性和强制性结合，积极推动国家间在人权问题上的“求同存异”——可以有不同的人权保护措施，但要有相一致的人权理念，同时对霸权主义国家，在侵犯非正规移民时，应采取强制性原则，对其进行政策或经济制裁；最后要加强国际组织间的合作，增强各自履行任务的能力，更好地保护非正规移民的基本人权。

### (二)加强各国对非正规移民基本人权的保护

(下转第131页)

善治要实现资源配置的最优化,使市场在资源配置中起决定性作用,发挥政府的宏观调控功能,利用市场和政府各自的优势,履行好各自的职责,解决好市场失败的问题;以政府为核心的治理主体,善治要实现公共利益的最大化,使公民享有广泛的权利。具体而言,要使权力在阳光下运行,保证信息公开,让每位公民充分了解公共开支、政策制定等政治信息,有效监督权力;强调民主法治,用法律手段规范各方主体的行为,提供良好的社会公共秩序和公平正义的政治环境;善治的核心思想就是让人与自然和谐,人与人和谐,通过社会治理的最优化保证全民服务的“最大公约数”。可持续发展的道路与“广场精神”的提倡都是现代国家治理过程中必不可少的文化内涵,从政治体系、经济体系和社会体系全面改革,让治理在善政的基础上稳步趋于善治。

### 五、结语

改革历来是促进国家发展的杠杆,也是推进国家治理体系和治理能力现代化的重要动力源。完善和发展中国特色社会主义道路需要改革开放和包容进取的精神,实现社会稳定和长治久安的目标,也需要能力现代化的社会体系和社会治理。全面深化改革是社会主义市场经济健康发展,构建社会主义法制中国的必要过程,政府和市场是改革的核心,也是促进可持续发展的关键。牢牢把握改革的机遇,定位好国家未来发展的基调是当前也是今后国家发展的目标所在。国家治理现代化与社会治理现代化均是体现社会公平、制度民主、体系完善的具体要求;是公民参与现代国家治理的机制过程,科学有效地实现善治的基本前提。全面深化改革总目标要在公民参与、多元关系的协调下稳步推进,处理好多重关系,突出治理重点,科学有效地实现社会公平与正义。

(上接第 121 页)

#### 1. 各国应促进相关国际法律规范在国内的实施

非正规移民基本人权的国际保护始终要落实到各国的具体实施状况,首先,各国应积极配合国际组织(联合国)对国际人权(包括非正规移民人权)保护机制的构建,积极批准有关非正规移民国际公约;其次根据国家主权原则,国家有权对领土范围内的一切人和事进行管辖,基于此,对于非正规移民,各国有权力根据本国经济社会需要制定不同的移民法和移民政策,但是,各国须确保其国内移民法和移民政策符合国际人权法律规范确立的最低限度规范,同时应加强国家的国际责任,对于侵犯移民基本人权的国家要勇于承担国际责任。

#### 2. 反对将非正规移民问题政治化

由于移民问题往往与国家安全联系紧密,往往被国家政治化。一些西方国家往往打着“意识形态”的旗号,对部分非正规移民提供政治庇护,导致非正规移民数量增加。因此要坚决抵制政治庇护非正规移民的行为。同时要解决非正规移民的人权侵犯问题,必须加强国际合作和双边对话磋商。再者,移民问题是一个涉及经济社会文化的综合问题,因此在处理该问题时,应从人权、国家安全、经济贸易等多方面来整治处理。

### 四、结论

虽然非正规移民通常是因为其身份不符合接受国法律法规,应该受到该国家法律法规制裁,但是,他们也应该享有作为人应该享受的基本人权。从目前的国际保护机制看,对非正规移民的保护还不是那么完善,应加快完善非正规移民基本人权保护的公约。同时要积极发挥国际人权组织的作用,加强国际组织间的协调合作;对于各个国家应遵循国际人权法上的基本原则,在

#### 注释:

- ①②③[美]约翰·罗尔斯著,何怀宏,等译.正义论.北京:中国社会科学出版社,1988. 1, 10, 56.
- ④蒋永甫.现代国家构建:社会契约的维度.西北师大学报(社会科学版),2013(6): 108-113.
- ⑤吴思.公民做什么:读三中全会《决定》.炎黄春秋,2014(1): 2-6.
- ⑥胡钧.政府与市场关系论.当代经济研究,2013(8): 22-30.
- ⑦[美]约瑟夫·斯蒂格利茨.社会主义向何处去.长春:吉林人民出版社,1998: 281.
- ⑧俞可平.治理与善治.北京:社会文献出版社,2000: 11.

#### 参考文献:

- [1]赵晖、朱紫祯.我国学术界关于国家治理体系和治理能力现代化研究述评.学习论坛,2017(1).
- [2]李新廷.价值、制度与能力——法治提升国家治理体系与治理能力现代化的逻辑与理路.武汉科技大学学报(社会科学版),2016(3).
- [3]姜淑兰、张丽红.怎样理解推进国家治理体系和治理能力现代化问题.思想理论教育导刊,2016(5).
- [4]俞可平.推进国家治理体系和治理能力现代化.前线,2014(1).
- [5]刘俊杰.推进国家治理体系和治理能力现代化的基本问题.哈尔滨市委党校学报,2014(1).
- [6]许耀桐、刘祺.当代中国国家治理体系分析.理论探索,2014(1).
- [7]彭中礼.推进国家治理体系和治理能力现代化的法理阐释.中共中央党校学报,2014(1).
- [8]郑言、李猛.推进国家治理体系与国家治理能力现代化.吉林大学社会科学学报,2014(2).
- [9]魏治勋.“善治”视野中的国家治理能力及其现代化.法学论坛,2014(2).
- [10]戴长征.中国国家治理体系与治理能力建设初探.中国行政管理,2014(1).
- [11]杨冠琼、刘雯雯.公共问题与治理体系——国家治理体系与能力现代化的问题基础.中国行政管理,2014(2).
- [12]王庆五、陈蔚.中国的发展战略与路径转换.江苏行政学院学报,2014(3).
- [13]方涛.国家治理体系和治理能力现代化的五维审视.求实,2014(9).
- [14]宣晓伟.国家治理体系和治理能力现代化的制度安排:从社会分工理论观瞻.改革,2014(4).
- [15]徐勇、吕楠.热话题与冷思考——关于国家治理体系和治理能力现代化的对话.当代世界与社会主义,2014(1).

打击非正规移民的同时保护其最低限度的人权;同时应避免将移民政治化,减少非正规移民的产生。总之,人权问题是一个整体概念,国际社会应给予经济、社会和文化权利以同等的重视<sup>⑤</sup>。非正规移民的基本人权的保护无论是对于国际社会还是国家都还任重道远,需要国际社会与各个国家的共同努力。

#### 注释:

- ① 2015 Global Migrant Trends Factsheet. <http://gmdac.iom.int/global-migration-trends-factsheet>.
- ② International Organization for Migration\_Migration\_ Key Migration Terms\_Irregular migration. <http://www.iom.int/key-migration-terms/Irregular-migration>.
- ③ Irregular Migration and Smuggling of Migrants from Armenia, IOM, 56. [https://publications.iom.int/system/files/pdf/irregular\\_migration\\_armenia.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/irregular_migration_armenia.pdf)
- ④ International Council On Human Rights Policy: Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards coherence. pdf. 16.
- ⑤ 联合国官网新闻.
- ⑥ Council of Europe. Parliamentary Assembly. Resolution 1509, Human Rights of Irregular Migrants. 2006.
- ⑦ Association of South East Asian Nations. Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers. 2007. <http://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/117/Declaration.pdf>.
- ⑧ 韩荣和、关今华.简论基本人权.福建师范大学学报,2010(4): 125.
- ⑨《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)第4条第2款.
- ⑩ 1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》、1966年两公约、1973年《禁止一切形式种族歧视国际公约》、1979年《消除对妇女一些形式歧视公约》、1984年《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》、1989年《儿童权利公约》、2006年《残疾人权利公约》、2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。
- ⑪ 刘璩黎.非正规移民基本人权的国际保护与限制.法制与社会,2014,4(中): 152.
- ⑫ 由最初第一代人权(公民权利和政治权利)发展到第二代人权(经济社会和文化权利)再到后来的第三代人权(集体权利,如民族自决权、发展权、环境权等)。
- ⑬ 联合国处理人权事务的专门机构由开始的人权委员会演变为现在的人权理事会,而且还在1993年设立了联合国人权事务高级专员。
- ⑭ 宋玥.联合国对国际人权保护机制的构建及中国的作用.法制博览,2016,7(中): 134.
- ⑮ 联合国秘书长古特雷斯在联合国人权理事会第34届会议上致辞。