



## 人权理事会

### 第二十届会议

#### 议程项目 3

增进和保护所有人权——公民权利、政治权利、  
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 François Crépeau 的报告

### 内容提要

本报告是根据人权理事会第 17/12 号决议提交的，是新任命的移民人权问题特别报告员 François Crépeau 向人权理事会提交的第一份报告。François Crépeau 于 2011 年 8 月 1 日开始任职。本报告概要介绍了任务负责人就职以来所开展的活动。报告的主题部分侧重于非正常移民的拘留问题。报告第一部分介绍了国际和区域的人权法律框架，其中包括具有特别保护需求的移民群体。报告第二部分侧重于拘留的替代办法。报告借鉴了前任务负责人的工作成果：关于被剥夺自由的移民的人权问题的报告 (E/CN.4/2003/85) 和关于将非正常移民定罪问题的报告 (A/HRC/7/12 和 A/65/222)。

## 目录

	段次	页次
一. 特别报告员的活动 .....	1-41	3
A. 国别访问 .....	1-2	3
B. 向有关国家发出的来文 .....	3	3
C. 其他活动 .....	4	3
二. 拘留非正常移民的问题 .....	5-67	3
A. 国际和区域的人权法律框架 .....	5-47	3
B. 移民行政拘留的替代办法 .....	48-67	12
三. 结论和建议 .....	68-78	16

## 一. 特别报告员的活动

### A. 国别访问

1. 在报告所涉期间，特别报告员进行了一次国别访问(2011年12月5日至13日访问阿尔巴尼亚)。
2. 特别报告员在2012年和2013年将着重于欧洲—地中海区域，特别是着重于欧洲联盟外部边界的管理问题。在此期间，他计划对希腊、意大利、突尼斯以及土耳其进行国别访问。

### B. 向有关国家发出的来文

3. 自从2011年8月1日就职以来，特别报告员已经发出了12份来文。他感谢所有对来文作出答复的国家政府给予了合作，同时提醒尚未作出答复的政府，要求它们处理在来文中所提出的所有关注事项。

### C. 其他活动

4. 在报告期间，特别报告员参加了各种国际活动。他在2011年10月21日在纽约大会上作了发言。2011年11月8日至10日，他参加了由联合国难民事务高级专员办事处(UNHCR)所组织的在吉布提举行的关于在海上遇险的难民和寻求庇护者问题的专家会议。2011年11月29日至12月2日，他参加了在日内瓦举行的移民和发展问题全球论坛及其附属活动。他于2012年2月9日和10日在纽约参加了第十次国际移民和发展问题协调会议。2012年3月22日和23日，他参加了由联合国人权事务高级专员办事处(OHCHR)在日内瓦组织的关于国际边界人权问题的专家协商会议。

## 二. 拘留非正常移民的问题

### A. 国际和区域人权法律框架

#### 1. 人身自由和安全的权利

5. 《世界人权宣言》确保“人人”(包括非正常移民)有权享有生命、自由和人身安全(第三条); 并且规定“任何人”不得加以任意逮捕、拘禁和放逐(第九条)。《公民权利和政治权利国际公约》第九条第一款规定: 人人有权享有人身自由和安全; 任何人不得加以任意逮捕或拘禁; 除非依照法律所确定的根据和程序, 任何人不得被剥夺自由。负责监测《公约》实施的人权事务委员会在其关于人身自由和安全问题的第8号一般性意见(1982年)中指出, 这项规定适用于所有

被剥夺自由的情况(包括移民控制)。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》也保护人身自由和安全,规定所有移徙工人(无论其地位如何)均有权不遭受个别的或者集体的任意逮捕或拘禁;除非依照法律所确定的根据和程序,有权不被剥夺自由(第 16 条第 1 和第 4 款)。

6. 以非正常方式进入他国领土并不意味着当事人就不受国际人权标准的保护。人权事务委员会在其关于缔约国对《公约》承担的一般性法律义务的性质的第 31 号一般性意见(2004 年)中指出:“享有《公约》规定的权利并不限于缔约国的公民,也必须包括所有个人(无论其国籍或者是否有国籍),例如:寻求庇护者、难民、移徙工人以及发现自己身处缔约国境内和受其管辖的其他个人”。

7. 在区域一级,《非洲人权和人民权利宪章》第 6 条、《美洲人权公约》第 7 条、《阿拉伯人权宪章》第 14 条以及《欧洲保护人权和基本自由公约》第 5 条均规定保护人身自由和安全。

## 2. 行政拘留移民的特别理由

8. 特别报告员注意到,一些国家利用各种理由为拘留移民作辩解;另外一些国家将非正常移民视为国家安全问题或者犯罪问题,而忽略了所涉的人权问题。可能遭到拘留的移民属于不同类型,其中包括:没有证明文件的移民、非正常移民、等待申请审批结果的寻求庇护者以及申请失败正在等候遣返的寻求庇护者。特别报告员希望强调指出,没有证据显示,拘留可以阻止非正常移民或者不让人们寻求庇护。尽管在过去 20 年中,世界各国实施了日益严厉的移民拘留政策,但是非正常移民的数量有增无已。除其他外,造成这种现象的原因可能是移民将拘留视为其旅程的一个不可避免的部分。

9. 为了防止侵犯关于人身自由和安全的权利以及保护移民免遭任意拘留,在拘留移民时必须依法行事,为达到目的而采取的措施必须是必要的、合理的和适当的。拘留移民的合法目的应同拘留其他人相同:预防有人逃避法律程序或者行政程序,或者有人危及自身或者公共安全。

10. 治安拘留对于移民造成特别的风险,因为根据模糊的标准,移民可能遭到长期的,甚至无限期的拘留。特别报告员希望强调指出,只能在对每个个案进行个别评估之后才能实施治安拘留;拘留期限必须尽可能缩短;必须遵守所有程序保障措施。

11. 《公民权利和政治权利国际公约》没有列出所有公认的拘留理由,也即必须在逐个个案的基础上进行评估。人权事务委员会在其第 560/1993 号来文的第 9.2 段中指出:不得将“任意”的概念等同于“违法”,而是应当作更加广义的解释,使之包括不适当和不公正等要素。此外,如果从整个案件来看没有必要采取行动(例如:为防止潜逃和破坏证据而采取行动),还押候审可被视为具有任意性质;在这种情况下,相称性变得十分重要”。

12. 与《公约》不同，《欧洲人权公约》列出了所有可以允许拘留的情况。该《公约》第5条第1款(f)项规定，只有在两种具体情况下才允许拘留移民：“合法逮捕或者拘留，以防止当事人非法入境；合法逮捕或者拘留，以便将当事人驱逐出境或者遣返回国”。在 *Vasileva* 诉丹麦一案中，欧洲人权法院指出，第5条第1款所规定的例外情况“已经全部列出，只有对例外情况作狭义解释才符合这项规定之目的，也即确保没有人被任意剥夺自由”。

### 3. 将移民定罪

13. 特别报告员关切地注意到，在一些国家中非正常入境和居留被认为是一种犯罪行为。他希望强调指出，从来都不应该将非正常入境或者居留视为犯罪行为：非正常入境或者居留本身并没有侵犯人身、财产或者国家的安全。必须强调指出，非正常移民本身并非罪犯；也不应该受到这种待遇。任意拘留问题工作组认为，“将非法入境定罪超出了关于国家控制和监管非正常移民的合法权益，会导致不必要的拘留”(A/HRC/7/4, 第53段)。

14. 补充《联合国反对有组织的跨国犯罪公约》的《反对从陆路、海路和空路偷运移民议定书》要求各缔约国规定：偷运移民是犯罪行为。然而，这项要求并不适用于遭到偷运的移民。《议定书》规定，不得根据《议定书》对移民提出刑事起诉，因为他们是偷运的对象。

### 4. 行政拘留移民方面的程序性保障

15. 被拘留的移民处于特别弱势地位，因为他们可能不懂所在国的语言，因而无法理解为何被拘留，也不知道如何质疑拘留的合法性。特别报告员了解到，被拘留的移民往往被剥夺重要的程序性保障，例如：迅速获得律师和译员的协助、必要的医疗服务、同家人或者领事代表联系的方法以及质疑拘留合法性的方法。特别报告员还了解到，即使完全按照规定程序办事，如果有关部门不是秉公办事的话，拘留仍然可能被视为具有任意性质。<sup>1</sup>

16. 《公民权利和政治权利国际公约》第九条第二款规定，任何被逮捕的人，在被逮捕时应被告知逮捕他的理由。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第16条第5款也为移徙工人及其家庭成员具体规定了这项权利。任意拘留问题工作组在其关于移民和寻求庇护者处境问题的第5号评议中指出，必须以寻求庇护者或者移民理解的语言向他们发出拘留书面通知，其中应当说明拘留的理由以及在何种条件下他们可以向司法机关申请补救。

17. 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定，所有遭受任何形式拘留或者监禁的人在被逮捕时应该以他们所理解的语言被告知其权利以及如何行使这些权利。此外，《原则》还规定，所有被拘留的人有权(酌情免费地)获得

<sup>1</sup> 欧洲人权法院，*Conka* 诉比利时，2002年2月5日。

译员和律师的协助以及立即获得医生检查。他们还有权同外界，特别是其家人和律师进行联系。

18. 《公民权利和政治权利国际公约》第九条第四款规定：任何因逮捕或拘禁而被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。人权事务委员会在其第 8 号一般性意见中指出，这项规定适用于所有剥夺自由的行为(包括移民控制)。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第 16 条第 8 款也为被剥夺自由的移徙工人及其家庭成员规定了同样的保障措施；同时规定：如果他们不理解所使用的语言，有权(酌情免费地)获得译员的协助。这些保障措施在初审法庭以及上诉法庭都是十分重要的。

19. 在区域一级，《非洲人权和人民权利宪章》第 7 条、《美洲人权公约》第 7 条、《阿拉伯人权宪章》第 14 条以及《欧洲人权公约》第 5 条第 4 款均规定了关于向法庭提出起诉，要求决定其拘禁是否合法的权利。特别报告员了解到，在一些情况下，这项权利遭到了限制，其原因也在于在拘留之后，经过长期拖延才进行首次审查。

20. 被拘留的移民有权通过领事或者外交机构同其祖国的有关部门进行联系。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第 16 条第 7 款规定，如果被拘留的移徙工人或其家庭成员提出要求，应当立即将其被逮捕或者拘留的情况及其原因通知其原籍国或者代表原籍国利益的其他国家的领事或者外交机构；当事人应有权同这些机构进行联系。《维也纳领事关系公约》第 36 条第 1 款(b)项规定，如果派遣国的国民在其领事管辖范围内被拘留，而当事人又提出要求，接受国的有关部门应立即通知派遣国的领事馆。然而，必须让被拘留的移民了解其同领事或者外交机构进行联系的权利，以便行使这项权利。《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》规定，在拘留外国人时，应立即告知当事人其通过适当方式同其祖国或者其他有资格获取此种信息的国家的领事馆或者外交使团进行联系的权利。然而，特别报告员希望强调指出，只有在被拘留的移民提出要求的情况下，才同领事机构进行联系。特别不应该在寻求庇护者不知道和不同意的情况下通知领事机构。

## 5. 行政拘留移民的期限

21. 特别报告员收到的信息表明，往往长期行政拘留移民(有时超过一年)。他希望强调指出：应当尽可能缩短行政拘留的期限；必须定期审查关于拘留的决定。人权事务委员会在其第 560/1993 号来文中指出，“应当定期审查所有关于拘留的决定，以便评估拘留的理由。无论如何，如果有关国家无法提供适当理由，则应立即撤销拘留。例如，非法入境的情况可能需要调查；可能当事人涉及其他因素(例如：有可能潜逃以及不合作)，因此可能需要拘留一段时间。如果不存在这些因素，即使入境是非法的，拘留也可能被认为具有任意性质。”

22. 特别报告员希望强调指出，在任何情况下对移民的行政拘留都不应是无限期的。任意拘留问题工作组在其第 5 号评议中指出，应当通过法律规定最长拘留期限；在任何情况下都不应实施无限期的或者过长的拘留。该工作组认为，“将寻求庇护者、移民或者难民长期行政拘留，而又不给予行政或者司法审查或者补救”属于任意剥夺自由(A/HRC/16/47, 第 8 段(d)项)。工作组还指出，在法定最长拘留期结束之后，必须自动释放被拘留者(A/HRC/13/30, 第 61 段)。

23. 被拘留的移民不一定了解关于要求审查其拘留问题的权利，有时是因为语言障碍或者缺乏律师。因此，特别报告员认为，应当自动定期审查拘留情况。任意拘留问题工作组指出，应当对每个个案进行自动的和定期的司法审查，而不仅仅是行政审查。审查范围应当扩大到拘留决定的合法性，而不是局限于审查的合理性或者其他比较低的标准(同上)。

24. 有时可能无法遣返非正常移民，因为，除其他外，有关移民没有返回原籍国的文件；可能在遣返方面存在经济或者其他具体困难(例如：没有交通工具)；或者因为在其原籍国中存在遭受酷刑的风险，因而涉及《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》第三条中的不驱回原则，因而无法将当事人遣返原籍国。此外，如果寻求庇护者的生命或者自由由于其种族、宗教、国籍、所属社会群体或者政见而遭到威胁，他们受到《难民地位公约》第 33 条中的不驱回原则的保护。如果由于有关移民所无法控制的原因而不能遣返，则不应该继续拘留当事人。任意拘留问题工作组也指出了这一点。该工作组指出：“如果遣返被拘留移民方面的法律或者具体障碍并非当事人所造成，则应释放被拘留者，以免造成无限期拘留，因为这种情况属于任意拘留。相称性的原则要求拘留具有合法目的，但是在根本不可能遣返的情况下，是不可能存在合法目的的”(同上，第 91 段)。

## 6. 移民拘留的状况

25. 特别报告员所收集到的信息表明，有时移民被拘留在令人无法接受的情况下：拘留设施十分拥挤；卫生状况很差；几乎没有卫生设备以及食物不足。特别报告员也了解到，被拘留移民的身心健康往往遭到忽略。有时没有医生和护士；在病人需要留院治疗时，医务人员没有权力给以适当的医治。此外，所有拘留场所都没有为妇女(特别是孕妇)提供生殖医疗服务。

26. 拘留条件不符合标准的情况可能会构成不人道或者有辱人格的待遇，可能会进一步侵犯经济、社会和文化权利，其中包括享有健康、食物、饮用水和卫生的权利。

27. 根据《公民权利和政治权利国际公约》第十条第一款，所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。人权事务委员会在其关于给予被剥夺自由的人以人道待遇问题的第 21 号一般性意见(1992 年)中指出，这项权利适用于所有在监狱、医院(特别是精神病院)、拘留营地、惩教机构或者其他场所之中根据法律和国家权利被剥夺自由之人。该委员会还指出，给予所有被剥夺自

由之人以人道和尊重其尊严的待遇是一项基本的和普遍适用的规定。因此，执行这项规定不能取决于有关国家所掌握的物质资源。

28. 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》规定，被剥夺自由的移徙工人及其家庭成员应被给予人道和尊重其人类固有尊严和文化特征的待遇(第 17 条第 1 款)。此外，被拘留的移徙工人及其家庭成员必须享有同所在国国民相同的权利(同上，第 7 段)。

29. 《囚犯待遇最低限度标准规则》适用于所有类型的囚犯，其中包括刑事犯以及因为其他非刑事诉讼而被囚禁的犯人。《规则》规定了有关住所、个人卫生、衣服、被褥、食物、运动、阅读书报、宗教咨询、同外界联系以及医疗服务等事项的最低限度标准。

30. 特别报告员所收到的报告表明，被拘留的一些移民(包括男子、妇女和儿童)遭到了暴力对待(包括性暴力和性虐待)。没有充分监测拘留设施中看守的行为；对于私营保安公司所雇用的看守尤其如此。因此，适当地教育和培训拘留移民场所的管理人员是至关重要的。

31. 在任何情况下都不能将拘留非正常移民作为一种惩罚手段。由于被行政拘留的移民没有受到指控或者定罪，因此不应给予他们以囚犯的待遇，例如：穿囚服；严格限制行动自由；不准参加户外娱乐活动；以及不准亲友来访。然而，特别报告员所收到的信息表明，移民拘留中心的拘留条件往往与监狱相同。在一些国家中，移民拘留中心的条件可能比监狱还差。一些移民拘留中心只允许受到监视的来访：在接待室中用玻璃板分隔，不让亲友同被拘留者身体接触。有时被拘留的移民无法使用电话，因此很难同其律师联系。特别报告员还了解到，一些拘留中心没有译员，因此被拘留的移民很难同人沟通和取得信息。

32. 特别报告员认为，为了监测拘留移民的条件，必须进行独立的访问。应当允许 OHCHR、UNHCR、国际红十字会委员会(ICRC)、国家人权机构以及非政府组织访问所有拘留场所。此外，各国批准《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任择议定书》、允许防止酷刑小组委员会来访以及设立国家预防机制对于确保适当监测移民拘留场所是十分重要的。特别报告员了解到，曾经在一些移民拘留中心发生过几起严重的暴力事件(例如：自杀、自残、绝食、暴乱以及纵火)。特别报告员认为，如果对拘留设施进行有效的、经常的和独立的监测，同时为接受被拘留移民的申诉而设立安全和实用的机制，可能会大大减少此类事件。

## 7. 拘留移民场所

33. 特别报告员希望强调指出，应当将接受行政拘留的移民关押在专门的拘留中心；在任何情况下都不应该将他们同刑事犯一起关押在监狱或者其他类似设施之中。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》规定，因为违反移民条例而被拘留的移徙工人及其家庭成员，在可行的情况下，应与已被定罪的囚犯或者等候审判的囚犯分开关押(第 17 条第 3 款)。《囚犯待遇最低限度标准规则》



规定，因为非刑事诉讼而被囚禁的人应同刑事犯分开关押。此外，任意拘留问题工作组在其第 5 号评议中指出，必须将寻求庇护者或者移民拘留在专门为此目的而建立的设施之中，如果因为实际原因而无法作此安排，则必须将他们同刑事犯分开关押。在区域一级，《美洲保护被剥夺自由者的原则和最佳做法》<sup>2</sup> 规定，不得将寻求庇护或者难民地位者以及因为移民问题而被剥夺自由者关押在囚禁刑事犯的场所。

34. 然而，特别报告员所收到的信息表明，移民被拘留在各种各样的场所之中，其中包括：监狱、警察局、专用的移民拘留中心、非官方移民拘留中心、军事基地、私营保安公司的营地、废弃的仓库、机场、船舶等地。这些拘留设施由地方、区域或者国家各级的各种国家机关管理，因此很难确保一贯执行拘留标准。移民也可能突然被转移到另外一个拘留设施；这种情况也使得监测十分困难。此外，移民往往被拘留在远离城市中心的设施之中，因此其家人、译员、律师以及非政府组织很难前往。这种情况也反过来限制了移民进行有效沟通的权利。

35. 监测私营的移民拘留中心是特别困难的。如果签约承包移民拘留中心的是出价最低的公司，可能引起特别的关注，因为它们不大理会关于给予被拘留者以人道和尊重其尊严的待遇的义务。《关于企业和人权问题的指导原则》(A/HRC/17/31, 附件)规定，各国在将可能影响享有人权的服务业私有化时，依然承担其对国际人权法的义务。人权事务委员会在其第 1020/2001 号来文中指出，“将涉及使用武力和拘留个人的国家核心活动外包给私营商业部门，并不免除缔约国所负的《公约》义务”(第 7.2 段)。

## 8. 具有特别保护需求的移民群体

### (a) 妇女

36. 被拘留的妇女移民容易受到男性被拘留者或者看守的性暴力。因此，应当将她们同男子隔开，并由女看守管理。被拘留的孕妇具有特别需要。《消除对妇女一切形式歧视公约》第十二条第二款以及委员会关于移徙女工问题的第 26 号一般性建议(2008 年)要求缔约国保证为妇女提供有关怀孕、分娩和产后期间的适当服务。UNHCR《关于拘留寻求庇护者各种适用的标准的修订准则》(UNHCR 准则)<sup>3</sup> 确认：作为一项一般性规则，应当避免拘留临产的孕妇和哺乳期妇女。

37. 补充《囚犯待遇最低限度标准规则》的《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非拘禁措施的规则》(《曼谷规则》)规定，必须考虑到女性囚犯的特别需要。除其他外，女性囚犯的住地必须提供为满足妇女特别卫生需要所必需的设施

<sup>2</sup> 美洲人权委员会，第 1/08 号决议。

<sup>3</sup> 虽然《准则》具体涉及寻求庇护者，但是通过类比法它们也可为移民拘留提供有用的指导。

和物质。对于女性囚犯的健康检查，除其他外，应当确定精神健康需要，其中包括创伤后应激障碍以及自杀和自残风险；确定有关妇女的生殖健康历史，其中包括目前和近年的怀孕情况、分娩以及任何有关的生殖健康问题；同时确定在入狱之前是否遭到性虐待和其他形式的暴力。《曼谷规则》还规定为具有精神治疗需要的妇女提供女性专门治疗、对于性别敏感的和全面的精神病治疗以及康复方案。

(b) 儿童<sup>4</sup>

38. 遭到拘留的移民儿童往往受到创伤，而且他们很难理解为何没有犯罪却要受到惩罚。第 37 条(b)项规定：不得非法或任意剥夺任何儿童的自由。对儿童的逮捕、拘留和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。《儿童权利公约》第 37 条(c)项规定，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，并应以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。第 37 条(d)项规定，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。被剥夺自由的儿童也有权获得适当的治疗(第 24 条)、教育(第 28 条)以及游戏和娱乐活动(第 31 条)。

39. 此外，《公约》还规定，国家采取的关于儿童的一切行动，应以儿童的最大利益为首要考虑(第 3 条)。《公约》还规定，儿童有权不在违背其意愿的情况下与其父母分离(第 9 条)；国家应当采取适当措施，确保申请难民身份或者已被确认为难民的未成年人，不论有无父母的陪同，获得适当的保护和援助(第 22 条)。

40. 有时，非正常移民同其子女一起遭到拘留，理由是维持家庭团聚。这种做法不仅违反了关于儿童最大利益的原则以及关于对儿童的拘留仅应作为最后手段的权利，而且也侵犯了他们关于不因其父母的行为而受到惩罚的权利(第 2 条第 2 款)。这并不意味着：必须将父母拘留和将其子女转送替代照料系统，从而使得家人分离，才能确保儿童的最大利益。拘留其父母对于儿童产生有害影响，可能会侵犯儿童关于不违背其意愿同父母分离的权利以及《公民权利和政治权利国际公约》第二十三条和《经济、社会和文化权利国际公约》第十条所规定的关于保护家庭的权利。因此，只有在十分特殊的情况下才应作出将移民同其子女一起拘留的决定。在这种情况下，国家必须小心评估拘留是否必要；宁可对整个家庭采用拘留的替代办法来维持家庭团聚。

<sup>4</sup> 儿童系指 18 岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁(《儿童权利公约》第 1 条)。

41. 儿童也可能独自走上移民之路，有时是因为同其父母或者其他成年亲戚失散。这些无人陪伴的或与其成年亲人失散的儿童容易沦为侵犯人权行为(例如：性剥削、经济剥削和贩运)的受害者；需要特别关注这些儿童的处境。儿童权利委员会在其关于在原籍国外无人陪伴的和与其成年亲人失散的儿童的待遇问题的第 6 号一般性意见(2005 年)中指出，作为一项一般性规则，不应该拘留儿童；不得仅仅以其移民或者居留地位(或者没有地位)为由进行拘留；也不得仅以非正常入境或者居留为由对其定罪。任意拘留问题工作组指出，鉴于存在拘留的替代办法，很难设想拘留无人陪伴的未成年人会符合《儿童权利公约》第 37 条(b)项的规定(A/HRC/13/30, 第 60 段)。因此，一旦确定无人陪伴的或与其成年亲人失散的儿童的身份，国家应当指定移民监护人或者顾问，并在有关儿童成年或者永久离开缔约国的领土和/或管辖范围之前保留这种监护安排。

(c) 贩运人口的受害人

42. 贩运人口的受害人可能因为非正常入境和使用伪造文件而触犯移民法律和条例。然而，特别报告员希望强调指出，贩运人口的受害人应当被定为受害者，不应为人贩子的行动承担责任。这些受害人害怕遭到拘留，然后被遣返其原籍国而再次落入人贩子之手，因此不敢寻求保护、协助和正义。《关于预防、制止和惩罚贩卖人口，特别是妇女与儿童的议定书》敦促各国考虑采取立法或者其他适当措施，酌情允许一些贩运人口的受害者临时或者长期居留(第 7 条第 1 款)。

《关于人权与贩运人口问题的拟议原则和准则》要求各国确保：在任何情况下被贩运的人都不会遭到移民拘留或者其他形式的拘禁；确保他们不会因为作为偷运人口直接后果的非法入境、非法居留或者卷入非法活动而遭到拘留、指控或者起诉。贩运人口，特别是妇女与儿童问题特别报告员也指出，在过境国和目的地国中的被贩运的人不应因为非法入境或者非法居留而遭到拘留、指控或者起诉(见 A/64/290)。

(d) 弱势移民群体

43. 拘留可能会特别伤害到弱势移民群体，其中包括：酷刑受害者、无人陪伴的老人、有精神或者身体残疾的人以及艾滋病毒/艾滋病患者。UNHCR 准则规定，鉴于拘留对于被拘留者的心理健康十分有害的影响，在作出关于拘留属于弱势群体的寻求庇护者的命令之前，应当积极考虑可能的替代办法。特别报告员认为，同样的原则应当适用于移民弱势群体。如果属于这些群体的个人遭到拘留，最好由合格的医生开具证明，确保拘留不会对其健康产生负面影响。此外，还必须要由专业人员定期开展后续支援活动。还必须为他们提供适当的医疗服务、药物和咨询。

44. 由于其遭受的创伤，酷刑受害者在心理上已经十分脆弱。拘留酷刑受害者本身就可能构成不人道的和有辱人格的待遇。

45. 特别报告员所收到的信息表明，在移民拘留中心中常有精神病患者。这些中心无法为他们提供必需的治疗。《囚犯待遇最低限度标准规则》规定，应该在特殊的医疗机构中对精神病患者进行观察和治疗。

46. 研究表明，移民拘留对于被拘留者的精神健康(有时也包括身体健康)产生广泛的和严重的影响。对那些曾经患有精神病的人，必须认真考虑采取拘留替代办法或者作出其他安排，以便满足其治疗需要，从而保护他们免遭残忍的、不人道的或者有辱人格的待遇或处罚，确保他们关于获得人道拘留条件的权利。此外，有时拘留可能引起(至少部分引起)精神健康问题。人权事务委员会在其第 900/1999 号来文中指出，如果国家在了解被拘留移民的精神状况的情况下仍然继续将其拘留，而且没有采取必要措施缓解其症状，就侵犯了被拘留者根据《公约》第 7 条所规定的权利(禁止酷刑以及残忍的、不人道的或者有辱人格的待遇或处罚)(第 8.4 段)。该委员会还认为，“如果将来文提交人遣返不可能为完全或者部分因为缔约国侵犯提交人的权利而引起的疾病提供必要治疗的国家，可能违反《公约》第 7 条”(第 8.5 段)。

(e) 无国籍人

47. 无国籍人无法获得国家的领事或者外交保护；往往没有身份文件；也没有可以返回的国家。无国籍人特别容易遭到长期拘留。无国籍人无法要求某个国家颁发旅行证件，但是不应该因此而遭到无限期拘留；无国籍状态并非释放的障碍。UNHCR 准则确认：无国籍人有权获得与其他被拘留者相同标准的待遇。

B. 行政拘留移民的替代办法

48. 特别报告员希望提醒各国政府：大会于 2009 年在其第 63/184 号决议中呼吁所有国家：“尊重移民的人权和固有尊严，制止任意逮捕和拘留，并且酌情审查拘留期限，以免长期拘留非正常移民，同时在可行的情况下采取拘留的替代措施”。出于许多原因，应当避免拘留移民和寻求替代办法。对于移民拘留的监管和监测远远比不上刑事拘留，结果，除其他外，移民遭到长期居留和虐待，拘留条件也很差。被拘留的移民往往无法享有其关于法律审查和适当法律程序的权利(有时因为没有律师或者译员的协助)。

49. 几乎所有被拘留者的身体和精神状况全面恶化。同压抑、焦虑以及创伤后应激障碍有关的症状十分普遍。在拘留的头几个星期中已经可以发现这些症状，而长期拘留则加重了症状。研究发现，如果将被拘留者释放，并给予适当的监督和协助，其中 90%的人 would 遵守规定或者进行合作。事实证明，替代办法要比拘留便宜很多，不仅在于直接开支，而且还在于同拘留相关的长期开支(例如：对于医疗部门的影响、社会融合问题以及其他社会挑战)。

50. 由于上文所述的人身自由和安全的权利，各国必须首先考虑强制性较低的拘留移民的替代办法。人权事务委员会在其第 900/1999 号来文中指出，各国必须表明：“根据提交人的具体情况，没有可以实现同样目的(遵守缔约国的移民

政策)的强制性较小的手段,例如:规定报告义务;提供担保或者采用其他考虑到提交人衰弱体质的办法”(第 8.2 段)。为了确定拘留是否具有任意性质,任意拘留问题工作组也考虑是否可以对外国人采取行政拘留的替代办法(E/CN.4/1999/63, 第 69 段, 第 13 项保障)。工作组建议:在决定拘留之前,应当考虑替代性和非拘禁性的措施(例如:规定报告要求)(E/CN.4/1999/63/Add.3, 第 33 段)。

51. 在区域一级,在 *Vélez Loor 诉巴拿马* 一案中,美洲人权法院指出:“如果移民政策的重点是强制性拘留非正常移民,而又没有规定有关部门必须对每个个案进行评估,以便核实是否可能采用限制性较小的措施以达到同样目的,那么这种政策具有任意性质”。<sup>5</sup> 此外,欧洲理事会《关于强制遣返问题的 20 项准则》<sup>6</sup> 规定,“只有在所在国的有关部门仔细审查每个个案中剥夺自由的必要性之后认为,实施启动监督系统、要求定期向有关部门报告、交保或者采用其他保障办法等非拘禁性措施无法有效确保执行遣返命令”,国家才可以采用拘留手段。《欧洲联盟关于遣返的指令》<sup>7</sup> 规定,如果在具体案例中可以有效运用其他足够的但是较少胁迫性的措施,可以不必拘留在遣返程序中的第三国国民。

52. 特别报告员希望强调指出,拘留的替代办法不应成为无条件释放的替代办法。不应该对有资格获得无条件释放的人采用替代办法。

53. 特别报告员认为,应当制定法律,确定关于在采用拘留手段之前务必考虑拘留替代办法(非拘禁措施)的义务。应为法官和其他官员(例如:警察、边防和移民工作人员)制定详细的准则和提供适当的培训,以便确保系统地实施非拘禁措施。应该对非拘禁措施进行法律审查;接受这种措施的移民应当获得法律援助。国家在考虑拘留替代措施时必须考虑到具体情况和特别弱势群体,其中包括:孕妇、儿童、贩运人口的受害者、酷刑受害者、老人以及残疾人。应当在个案中采用侵害性和限制性最低的措施。立法部门应该制定限制性各不相同的措施,以便分析各种措施的相称性和必要性。一些非拘禁措施的限制性可能会很高(有些是本身的缘故,有些是由于同其他措施一起实施),以致相当于变相的拘留,而不是拘留的替代办法。在考虑所采取的措施是否等同于拘留时,还应该评估有关限制的累积性影响以及各项限制的程度和力度。

54. 非拘禁措施必须符合相关的国际法原则,其中包括关于不歧视、必要性和相称性的原则。这些措施不应阻碍个人行使其他的人权,包括健康权和教育权。限制迁徙自由的拘留替代办法必须符合《公民权利和政治权利国际公约》第十二条。该条规定,合法处在一国领土内的每一个人有权享受迁徙自由。“合法处在一国领土内”的提法被认为适用于那些因为所在国无法对其执行驱逐出境命令而

<sup>5</sup> 2010 年 11 月 23 日裁定。

<sup>6</sup> 2005 年 5 月 9 日 CM(2005)40 。

<sup>7</sup> 2008 年 12 月 16 日第 2008/115/EC 号指令。

被允许在该国居留的人(人权事务委员会, 第 456/1991 号来文)。《公约》第十二条第三款规定, 对于迁徙自由权利的任何限制必须为法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德、和他人的权利和自由所必需。

55. 《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》涉及刑事司法制度中的非拘禁措施, 但是通过类比法可为适用于移民的非拘禁措施提供一些重要的指导。除其他外, 《规则》还规定, 应该依法制定、界定和实施非拘禁措施; 关于实施这些措施的决定必须接受司法或者其他有关的独立机构的审查。接受非拘禁措施的人必须有权就在实施这些措施的过程中影响到其个人权利的事项向司法部门或者其他有关的独立机构提出要求或者申诉。任何时候都应该保护有关人员的尊严以及尊重他们的隐私权。此外, 应为每个个案确定最适合的监督和待遇类型; 同时应该定期审查和酌情调整有关的监督和待遇。在实施非拘禁措施的初期, 有关移民应该收到口头和书面的解释, 说明实施有关措施的条件, 其中包括其义务和权利; 非拘禁措施的失败不应自动导致采用拘留手段。

56. 拘留替代办法可被界定为: “在寻求庇护者、难民以及移民争取解决其移民地位问题或者等候驱逐出境或者递解出境期间, 允许他们居住在社区并且享有行动自由的任何法律、政策或者做法”。<sup>8</sup> 有各种各样的拘留替代办法, 其中包括: 登记要求、交存文件、保释/保证书或者担保/担保人、报告要求、个案管理/监督释放、指定住地、电子监测、软禁以及自愿遣返。

57. 要求移民在有关部门登记并且向他们颁发官方的登记文件可能是一种防止潜逃的有效措施, 并为拘留无证移民提供了可行的替代办法。要求移民本人前往更新文件可能构成一种事实上的报告要求。为了防止歧视, 这项措施也应该实施于那些无法向有关登记机构提供永久性地址的移民。

58. 向有关机构交存文件(护照或者其他身份文件)可被用作防止潜逃的拘留替代办法。然而, 在这种情况下, 必须向有关移民提供替代性的身份文件, 因为他们租房、上学或者求医时可能需要这种文件。

59. 许多国家的司法制度都允许通过保释、保证书或者担保/担保人释放被拘留者。“保释”是指交纳一笔钱, 以保证有关人员今后遵守移民规定。“保证书”是同有关部门签订的一份协议, 其中有关个人承诺履行其义务; 有时需要当事人或者第三方交存一笔钱。“担保”是指第三方保证有关个人遵守移民规定。为此目的, 第三方(担保人)同意: 一旦有关移民潜逃, 由其支付罚金。提供担保往往作为保释或者保证书的一个条件。虽然许多国家的司法制度都就保释作了规定, 但是移民在多大程度上能够从中获益是值得怀疑的。保释对移民来说可能是歧视性的, 因为他们没有保释所需的财力。此外, 没有法律援助、法律代表或者适当的译员协助的情况也可能造成移民对于保释的无知。因此, 必须确保移民了解其

<sup>8</sup> 国际拘留问题同盟, 《拘留替代办法: 防止不必要移民拘留的指南》, (墨尔本, 2011)词语汇编。

关于要求保释的权利。保释、保证书以及担保必须是合理的，而且不得对有关移民造成过大的和不现实的负担。要求第三方充当担保人对于移民来说可能是歧视性的，因为他们在所在国中没有能够或者愿意充当担保人的亲友。可以鼓励非政府组织网络为有关移民提供保释、保证书或者担保。

60. 本人或者通过电话定期向有关官员报告可被用作一种拘留的替代措施。报告的次数可以是每天一次、每周一次或者几天一次。报告要求不应该太难遵守，或者限制自由或者隐私权。应当考虑到有关移民的具体情况，例如：其家庭、住房、就业和财力等方面的情况。要求移民本人经常报到可能会限制其关于行动自由的权利。如果要求有关人员每天远道而来报到，可能会影响其工作或者其他义务，因而不符合采用替代性措施的目的。

61. 个案管理/监督释放是一种支持和管理正在争取解决其地位问题的移民的战略，其重点是：知情决策；及时地和公平地解决移民地位问题；更好地应对困境以及顾及有关个人的利益。个案管理员应同移民建立个人联系；可以解答法律问题；研究和探讨合法居留的可能性；根据要求提供律师；提供关于移民案件进展情况的最新信息；帮助解决后勤问题等等。个案管理通常包括三种类型的替代办法：社区组织和非政府组织的监督、政府和非政府组织的共同方案以及由政府管理的替代措施。个案管理可同其他措施(例如：报告要求或者保释)一起执行。移民应该能够在无须担心遭到报复的情况下，向主管机构报告国家或者非国家行为者在监督其释放的过程中的任何歧视性、任意性或者其他滥用职权的行为。

62. 指定住地通常涉及将有关人员安置在公共住所和公寓，或者安排他们居住在国家的某个地区。改变地址或者从某个行政地区迁出可能需要事先批准。有时，这项措施被国家的不同地区用来分摊接待移民的“负担”。有时，指定住地可能处于偏远地区，因此必须确保：有关人员能在指定住地获得医疗服务、教育和法律援助以及适当的就业机会。此外，使用指定住地可能影响有关移民的迁徙自由，因此应当慎用。

63. 电子监测仪通常固定在手腕或者脚腕之上，用以监视当事人的行踪。这种措施可能特别具有强制性，可能违反《公民权利和政治权利国际公约》第十二条所规定的关于行动自由的权利。此外，由于电子监测的坏名声和负面的心理影响，采用这项措施可能会弊大于利。因此，在实施电子监测之前，应当仔细评估有关个人的人权将在多大程度上受到这项具体措施的制约，同时评估实现合法目标的相称性和必要性。电子监测所涉的另外一个问题是：没有永久性住处的移民很难得益于这种拘留替代办法。如果那些无法达到电子监测要求的人最后遭到拘留，这项措施可能是有歧视性的。如果电子监测同其他限制(例如：要求一天之中的大多数时间待在家里)同时实施，这种限制可能等同于软禁，可能被视为变相拘留。

64. 软禁是一种具有特别强制性的措施，可能等同于变相拘留(而不是拘留的替代办法)。因此，应当只在特别情况下才实施软禁。软禁可能使得移民很难外出工作，因此，除非国家提供支助，否则当事人只能维持低下的生活水平。任意拘

留工作组在其第 1 号评议中指出，可将软禁比作剥夺自由，因为当事人不得离开某个封闭的空间。

65. 自愿遣返方案可被用作一种支持机制，以方便那些没有继续居留理由，而且又没有保护或者人道主义关怀的个人离境。对于那些希望回国而又无法成行的移民来说，自愿遣返方案可能是一种解决办法。这种方案可能是拘留和驱逐出境的一种人道替代办法。在某些情况下，它可以成为一种有尊严的和可持续的自愿遣返和再融合的模式。然而，必须小心确保：回国的决定是完全自愿作出的，而且是真正的知情选择的结果。如果是在一个封闭的拘留场所向有关移民提供关于有协助的自愿遣返方案的选择，就更应谨慎行事。同时必须确保已经做好准备，保证有关移民的遣返在长期以内都是可持续的。

66. 为了确保拘留替代办法的成功，所有接受非拘禁措施的人都应该收到关于他们在所实施的措施方面的权利和义务以及不遵守措施的后果的简明信息。在整个相关的移民程序中，都应该给予他们以有尊严的、人道的和尊重其人权的待遇。接受非拘禁措施的移民应当获得法律咨询，其中包括关于正常化程序以及正常移民渠道问题的咨询。为无证移民颁发身份文件是拘留替代办法的一个必要的特征，其目的在于避免再次遭到拘留和便于寻找住所和工作以及获得医疗、教育和其他服务。《经济、社会、文化权利国际公约》规定，凡是接受非拘禁措施的移民有权获得相当的生活水准(包括食物、衣着和住房)(第 11 条)，以及有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准(第 12 条)。没有获准工作的移民应当获得规定的国家支助，以便确保为自己及家人获得相当的生活水准；国家应当考虑允许移民进入劳工市场。让获得释放的人陷入贫困无助的境地并非一种适当的反映。自行离境人数增加和威慑结果增强同关于限制非正常移民获得住房、基本福利或者医疗服务的政策有关；应当避免采取这种政策。

67. 一些国家已经在其国家法律中提出关于反对拘留的推定。这种情况可以作为一种范例。各国也可以争取那些已经就拘留替代办法问题进行广泛研究的非政府组织给予指导。例如，国际拘留问题同盟已经提出了社区评估和安置模式。这种模式包括旨在预防和减少不必要的拘留的五个步骤。这些步骤是：(1) 假定拘留是不必要的；(2) 甄别和评估个案；(3) 评估社区环境；(4) 酌情在社区内创造条件；(5) 只在特殊情况下将拘留作为最后手段。

### 三. 结论和建议

68. 对于移民的拘留绝对不应该是强制性的或者自动的。根据国际人权标准，拘留应该是作为最后手段的措施，只有在无法实施限制性较小的措施的情况下才能使用，而且拘留期限应当尽可能缩短。各国政府有义务在国家法律中作出保护自由的推定，首先考虑替代性的非拘禁措施，然后作出个别评估和选择较少强制性或者限制性的措施。



69. 各国为拘留辩解而提出的各种理由应在法律中加以界定和详细阐述。只有在有人可能潜逃或者危及自身或者公共安全的情况下，国家才能为移民控制之目的，作为最后手段，在某个个案中采取拘留措施。

70. 行政拘留不应用作对于违反移民法律和条例行为的惩罚措施，因为这些行为不应被视为罪行。

71. 特别报告员呼吁各国采取一种以人权为基础的方法处理移民问题，并且审查其关于拘留移民的法律和政策，确保根据关于禁止任意拘留和不人道待遇的国际人权准则调整其国家法律。

72. 特别报告员呼吁各国考虑逐步废除行政拘留移民。与此同时，各国政府应该采取措施，确保尊重受到拘留的移民的人权，其中包括：

(a) 确保在任何形式的拘留中实施国际人权法和国家法律所规定的程序性保障措施和保障。特别是要制定法律，规定拘留移民的理由。只有根据明确的法律权力才能作出关于拘留的决定；应当以他们所理解的语言(如有可能用书面形式)通知所有被剥夺自由的移民其拘留的原因；这些移民有权在法庭面前提出起诉，以便法院就其拘留的合法性作出裁决。移民在被拘留期间有权免费获得律师和译员的协助；

(b) 确保遭到拘留的移民被确切告知其案情及其关于同领事或者使馆代表及其家人联系的权利。移民及其律师应当能够充分了解案情；

(c) 确保法律规定驱逐出境之前拘留的最高期限；规定在任何情况下均不得无限期拘留。应对每个个案中的拘留进行自动的和定期的司法审查。在无法执行驱逐出境命令的情况下，应当中止行政拘留；

(d) 确保将遭到行政拘留的移民安置在专门为此目的建立的公共场所；如无可能，至少不能将他们同刑事犯关押在一起。应该避免使用私营的拘留中心。除其他外，应该允许国家人权机构、OHCHR、UNHCR、ICRC 以及非政府组织的代表访问所有拘留场所。所有移民拘留设施(无论其形式)均应接受一套共同的标准、政策和做法，应该由一个独立的中央机构监测。设立这个机构之目的就是要确保遵守这套共同的标准、政策和做法；

(e) 确保对所有遭到行政拘留的移民实施《保护所有遭受任何刑事拘留和监禁的人的原则》。《原则》规定：尽可能迅速地提供适当的医生检查；免费提供必要的治疗；有权免费获得译员和律师的协助；有权同外界，特别是家人和律师，进行联系；有权在公共资源允许的范围内获得教育、文化和信息资料；

(f) 对遭受行政拘留的移民实施《囚犯待遇最低限度标准规则》，其中包括规定将被拘留者同刑事犯分开；确保提供适当的居住标准，包括最低住房面积、照明、取暖以及通风；提供适当的卫生、洗澡和淋浴设施；允许被拘留者穿自己的衣服，并且提供洗衣房；为所有被拘留者提供单独的床铺；提供足够的食物和饮用水；每天至少放风一小时；有权同亲友进行联系，阅读书报和参加宗教

活动；确保至少配备一名具有一定精神病知识的合格医生以及一名合格的牙医；确保有权向中央监狱管理机构、司法部门或者其他适当的机构提出要求或者申诉；

(g) 特别关注被拘留妇女的处境，确保她们同男子分开，只由女看守管理，以免遭到性暴力，同时防止拘留孕妇和哺乳期妇女；

(h) 确保法律禁止拘留无人陪伴的儿童；只有在确定拘留符合儿童最大利益的情况下，才能采取这种作为最后手段的措施；必须尽可能地缩短拘留期限和提供适当的条件，以便确保实现《儿童权利公约》所规定的权利。应当将被行政拘留的儿童同成人分开，但是可以同亲戚分房安置。应该向儿童提供足够的食物、被褥、医疗服务、教育以及露天的娱乐活动。在拘留移民儿童时，应当严格遵守《联合国保护被剥夺自由的少年规则》以及《联合国少年司法最低限度标准规则》。不得以维持家庭团聚为由将儿童同其父母一起拘留；与此相反，应当为整个家庭提供拘留替代办法；

(i) 确保法律保护被贩运的人，以免他们因为非法入境、非法居留或者他们作为被贩卖之人而参与的非法活动而遭到起诉、拘留或者惩罚。在这一方面，特别报告员请有关国家考虑批准旨在补充《联合国反对有组织犯罪公约》的《关于预防、制止和惩罚贩卖人口，特别是妇女与儿童的议定书》；

(j) 适当考虑一些移民群体特别弱势的处境；这些群体包括：酷刑受害者、无人陪伴的老年移民、具有精神或者身体残疾的移民以其患有艾滋病的移民。拘留属于弱势群体的移民以及需要特别帮助的移民只能用作最后的手段；应该向他们提供足够的医疗和心理援助；

(k) 对于无国籍的移民实施确定无国籍地位的程序，并且向已经被确认为无国籍者提供合法移民身份。

73. 特别报告员希望提醒各国政府：只要有可能无条件释放，就不应该以拘留替代办法加以取代。各国政府应当制定保障措施，确保不对有资格获得无条件释放者实施拘留替代措施。拘留替代办法应以人权为基础；这些替代方法应该依法制定，是非歧视性的，并且接受司法审查和独立监测和评估。各国政府在制定拘留替代办法时应当注意某些移民群体(例如：儿童、孕妇以及残疾人)的具体处境，尽可能使用最少强制性的措施。

74. 特别报告员鼓励各国收集关于被行政拘留移民的数量、接受各种类型非拘禁措施的移民数量以及这些措施遵守率的分列数据，以便评估其有效性。

75. 特别报告员鼓励各国同他交流关于实施拘留替代办法的信息，以便确定最佳做法。

76. 特别报告员希望鼓励有关国家考虑批准《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。

77. 特别报告员希望鼓励有关国家考虑批准《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任择议定书》，并且设立国家预防机制，负责访问在其管辖范围内的所有拘留场所，包括移民拘留场所。

78. 特别报告员希望鼓励民间社会组织：继续努力记录和研究被拘留的移民遭到侵犯和虐待的情况；继续监测在拘留替代办法方面的良好做法；制定和继续执行被剥夺自由移民的援助方案，包括法律援助、翻译服务以及社会和心理援助；定期访问移民关押中心以及囚禁非正常移民的惩教机构。

---