

# 非法移民及其遣返法律制度研究

郝鲁怡

(中国社会科学院,北京 100720)

**摘要:** 非法移民现象在世界范围内普遍存在且无法得以妥善解决,其产生具有错综的政治、经济和社会根源。各国纷纷祭起遣返制度这一法律利器来应对非法移民问题,它在减少非法移民数量、降低危害、震慑非法移民等方面发挥了巨大的作用。2012年我国统一的《出境入境管理法》颁布后,非法移民遣返制度作为我国出入境管理法律制度的重要组成部分,为规范我国境内的非法入境、非法居留和非法就业的“三非外国人”提供了有效的法律依据。在理论上对非法移民内涵和性质进行识别和界分,厘清非法移民遣返制度所特有的功能定位,并透过对其具体程序的全面探究,能够有助于确保这一制度的正当适用和实施,同时也有利于个人基本权利的合法保护。

**关键词:** 非法移民;遣返;外国人;自愿离境

中图分类号: DF983 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2013)11-0094-08

## A Study on Illegal Immigration and its Returning Legal System

HAO Lu-yi

(Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720 China)

**Abstract:** The long-existence of the issue relating to illegal immigration has been explored across the whole world with an unsolvable situation due to the comprehensive political, economic and social circumstances. Therefore, the system of returning of illegal immigrants has been introduced to play a significant role in decreasing the amount of illegal immigrants, lowering the negative impacts and well serving as a deterrent. With the promulgation of Exit-Entry Administration Law of the People's Republic of China in 2013, the legal system of returning illegal immigrants, as an effective legal tool, has been addressed to regulate the activities of foreigners in terms of illegal entry, illegal residence and illegal employment. Theoretically, the studies on the definition and nature as well as its functions regarding the system of returning of illegal immigrants are supposed to be helpful to guarantee the appropriate application and performance of the system and protect for individual fundamental rights.

**Key words:** illegal immigrant; return; aliens; voluntary departure

收稿日期:2013-07-04 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2013年10月17日数字出版,全球发行

作者简介:郝鲁怡(1977-),女,山东人,中国社会科学院国际法研究所副研究员(资格),博士,研究方向:国际公法,国际移民法,国际人权法等。

非法移民是一个全球化、跨国性的复杂问题<sup>①</sup>,其迁移行为涉及原籍国、过境国以及目的国等多个国家<sup>②</sup>,所引发的多重、深刻负面影响波及全球领域。因此,如何应对非法移民成为各国与国际社会众所关注的议题。近年来,我国境内的非法移民数量不断增加,情势日趋复杂,给我国出入境管理工作带来新的挑战。2013年7月1日施行的《中华人民共和国出境入境管理法》(以下简称《出境入境管理法》)针对非法移民制定了较为详尽的遣返制度,为实践中处理我国境内的非法移民问题提供了法律依据。然而,我国的非法移民遣返制度是一项较新的法律制度,有必要从理论上给予细致的研究。鉴于此,本文拟从非法移民的内涵及其性质、遣返法律制度建立的理论基础以及该制度的具体实施程序等方面展开初步的探讨,以期回应践行我国非法移民遣返法律制度的现实需要性。

### 一、非法移民的涵义与性质

对非法移民内涵的理解,可以从两个层面切入,一是作为行为主体的非法移民者(Illegal Immigrant),另一层含义是非法移民行为本身(Illegal Immigration)。有关非法移民概念的界定,全球范畴内并不存在一个普遍接受的定义<sup>[1]</sup>。国际移民组织主张,非法移民者指非法入境或因签证过期在居留国丧失合法地位的个人,包括违反一国入境规则者及未被许可在他国居留者<sup>[1]</sup>。国际移民组织将非法移民行为界定为,发生于各国移民法律规范监管之外的一种迁移行为;就移民目的国而言,非法移民行为涉及非法进入、居留或就业的行为,即移民在目的国入境、居留或工作时未依据该国移民规范依法取得必要的文件;就移民原籍国而言,非法移民行为涉及未取得有效护照或旅行证件而进行跨国迁移的行为,或未履行移民原籍国的行政管理要求<sup>[1]</sup>。

各国立法中对非法移民内涵的描述大相径庭。我国立法中未见“非法移民”或“非法移民者”此类术语。《出境入境管理法》规定了受调查和遣返的外国人,包括未在规定期限内离境的外国人、不准入境的外国人、非法居留的外国人和非法就业的外国人,其行为涉及非法出入境、非法居留和非法就业等<sup>③</sup>。欧盟从主体视角将非法移民者分为三种类型,包括1. 通过使用伪造证件或通过人口贩卖犯罪网络,借助陆地、海运、空运方式非法进入欧盟任一成员国的第三国国民;2. 通过合法签证或免签入境后,逾期居留者;3. 未取得庇护批准但未离境者<sup>[2]</sup>。美国的《移民与国籍法》中使用了“非法外国人”(Illegal alien)这一特殊的概念<sup>④</sup>。根据该法规定,“非法外国人”可分为两种类别,“不得入境的外国人”(inadmissible aliens)<sup>⑤</sup>和“受驱逐的外国人”(deportable aliens)<sup>⑥</sup>。这两类外国人的外延大于一般非法移民的外延,其包含但不限于非法移民者。其中,非法移民者涉及以下几种情形:1. 非法入境者,包括(1)未在移民官员指定的时间或地点入境的外国人;(2)逃避移民官员的检验或检查的外国人;(3)通过故意造假或误导性陈述或故意隐瞒重要事实等方式入境的外国人<sup>⑦</sup>;2. 非法居留的外

① 根据联合国统计,全球大约有3000—4000万非法移民,约占移民总人数的15%—20%。参见UN DESA, Population Division, Trends in Total Migrant Stock: The 2003 Revision, www.un.org/esa/population/publications/migstock/2003TrendsMigstock.pdf, 最后访问日期2013年4月15日。

② 联合国《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第6条规定,移民的原籍国指移民为其国民的国家。过境国指移民前往就业国或从就业国前往原籍国或惯常居住国的任何旅途中所通过的任何国家。

③ 参见《出境入境管理法》第62条。

④ “非法外国人”一词被普遍运用于美国立法之中,参见美国法典8 USC section 1252c, 1324a, 1365, 1366。

⑤ 不可入境外国人包含九种情形:(1)健康原因;(2)犯罪及相关背景;(3)涉及国家安全及相关背景;(4)需要靠公共救济维持生活者;(5)特定移民未满足就业许可和相关资格要求;(6)非法入境者和违反移民法者;(7)未持有证明移民或非移民身份的有效文件;(8)因逃避国家义务而永久失去公民资格的人;(9)之前被驱逐出境未满五年又再次入境。其中,与非法移民相关的因素是第(6)、(9)项。参见美国法典8 USC section 1182(a)(1) - (9)。

⑥ 受驱逐外国人包含七种情形:(1)入境或转换身份时,依据法律属于不得入境外国人,或非法入境者和非法居留者;(2)实施了犯罪行为;(3)违反外国人登记程序或伪造文件;(4)涉及国家安全及相关背景;(5)需要靠公共救济维持生活者。(6)违反美国法律进行投票的外国人。(7)Waiver for victims of domestic violence。其中,涉及非法移民的因素为第(1)项。参见美国法典8 USC section 1227(a)(1) - (7)。

⑦ 以上三种情况参见美国法典8 USC section 1325(a)(1)(2)(3)。

国人<sup>①</sup>;3. 未经授权非法就业的外国人<sup>②</sup>。

事实上,无论是作为行为主体的非法移民者或是非法移民行为本身,都是同一事物的两个方面,两者互为存在的条件,密不可分。在不同国家立法中,对非法移民的称谓有所差别,但对其内在本质的界定无疑均以主体和行为为标准。由此,非法移民可归纳为以下几种类型:非法入境出境者,合法入境但非法居留者,合法入境和居留但非法就业者。

近年来,对非法移民中“非法”(Illegal)一词的使用,在各国学界及实践中遭到诸多质疑。国际移民组织以及学界更倾向于使用非正规移民(irregular immigrant)或无证移民(Undocumented Immigrant)予以替代。现阶段,对非法移民这一称谓存在严格限定使用的发展趋势,“非法移民”多用于人口贩卖和偷运移民领域<sup>[3]</sup>。有学者认为,在移民领域中,非法移民是一个高度争议的术语,因为这一称谓可能引发社会的担忧和疑虑<sup>[4]</sup>。因而,一些国家和国际组织,如欧盟,越来越倾向于使用非正规移民的称谓<sup>[5]</sup>,甚至联合国、一些非政府组织以及欧洲的移民团体亦使用非正规移民<sup>③</sup>。

“非法移民”术语之所以产生诸多的争议,映射出各国对“非法”背后所隐含的非法移民法律性质认定的不确定性。违法不等同于犯罪。对于那些非法入境的移民们来说,他们固然违反了法律,但他们的行为是否属于犯罪行为呢?

有学者指出,法律将移民法律地位区分为合法或非法,但就本质而言,非法移民涉及违法,即违反了移民法或出入境管理法<sup>[6]</sup>。也有学者主张,将非法移民中的“非法”界定为行为的违法,而非行为主体的非法。因而,非法入境或在他国境内非法居留并非个人的犯罪行为,而是违反了行政规范,这种行为应被认定为一种不法行为(轻罪)而非刑事犯罪<sup>[7]</sup>。

各国的立法实践在对待该问题上莫衷一是。我国1985年《外国人入境出境管理法》规定,非法入境、出境的,在中国境内非法居留或者停留的,情节严重,构成犯罪的,依法追究刑事责任<sup>④</sup>。但是,2012年《出境入境管理法》则取消了上述情形中外国人承担刑事责任的规定。美国法律规定非法入境外国人应当承担刑事责任,即非法入境的外国人,如果是初犯者,依据美国犯罪和刑事程序处以罚金或6个月监禁或两者并罚,再犯者,依据美国犯罪和刑事程序处以罚金或2年以下监禁或两者并罚<sup>⑤</sup>。2009年意大利通过国家安全一揽子法案<sup>⑥</sup>中,确立了“非法移民罪”(illegal immigration offence),非法移民行为构成刑事犯罪,且规定如果非法移民另行犯有其他罪行,适用数罪并罚<sup>⑦</sup>。而意大利最高法院却否决了这一罪名,明确指出非法移民不属于犯罪行为。

综上,理论界对非法移民具有犯罪法律性质的认定持有较为谨慎的态度,尽量避免非法移民的刑事化。欧盟委员会亦强调,非正规移民不应被视为犯罪分子,即使他们的地位不合法<sup>[8]</sup>。然而在现实中,由于近年来,越来越多的非法移民与跨国组织犯罪行为相依共存,如人口贩卖、偷运移民以及非法移民自身的另行犯罪等<sup>[9]</sup>,这些行为影响和冲击着各国国家安全、社会安定以及边境管理,促使各国采取更为严厉政策打击非法移民及相关犯罪,在一定程度上加剧了非法移民处罚的刑事化趋势。

① 参见美国法典8 USC section 1182(a)(9)(B)(ii), 1252c(a)(1)。依据美国法典8 USC section 1182(a)(9)(B)(ii)之规定,非法居留者的构成分为两种情况,一是未经过入境许可,非法入境后的居留;二超过批准的居留期而滞留的(包括合法入境)。

② 参见美国法典8 USC section 1234a(h)(3)。

③ 如1975年联合国大会决议中将非正规移民劳动力一词用于界定非法进入他国工作的劳动力。参见 Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence, International Council on Human Rights Policy, 2010, p. 16。

④ 参见《外国人入境出境管理法》第29条,《外国人入境出境管理法实施细则》第40条。

⑤ 参见美国法典8 USC section 1325(a)。

⑥ 即 Pacchetto sicurezza (Security Package), 包括 Law no. 125/08, Decree no. 159/08, Decree no. 160/08 and Law no. 94/2009。资料来源于 <http://www.socialwatch.eu/2009/Italy.html>, 最后访问日期2013年5月27日。

⑦ 同注释⑥。

## 二、非法移民遣返制度的基础——国家主权原则

管辖权是国家主权一个至关重要、甚至是核心的特征。国家有权对其领土以及境内之一切人与物行使管辖之权。国际法上,允许外国人进入本国境内从传统到现代都被视为国家行使管辖权范畴内的事务。全球化时代中,伴随着人口跨国流动行为的是国家主权和控制的丧失,国家更倾向于使用严格的边境管控制度来维护国家对领土和人员的管辖权。

作为打击非法入境的手段,边境管理和控制通常被视为“防御的第一条防线”<sup>[10]</sup>。边境控制是国家对进入其领土的个人实施管理的一种主权行为。通过实施一定的边境管理措施,如签证制度、监管移民运输工具、实施海上拦截等,实现促进合法人员入境以及防止非法外国人入境的平衡关系<sup>[11]</sup>。边境管理制度建立于主权原则之下,即国家有权在领土内行使政治、经济和社会管理。依据国际法,国家有权自行控制跨越其国境的迁移行为,以及自行决定谁有权进入其领土内,并在领土内定居和工作<sup>[12]</sup>。故,有学者指出:没有哪个政策领域能向移民制度一样,与实践国家主权原则更为亲密连接<sup>[13]</sup>。

依据国家主权原则,一国没有必须接受外国人入境的义务。《公民权利和政治权利国际公约》第12条规定:国家可以按照自己的法律,出于公共秩序、国家安全、公共利益和健康、道德等方面的需要,限制外国人进入其领土。任何国家也没有权利要求另一国必须允许其公民入境。是否允许外国人入境、怎样允许其入境、出入境的各类条件和要求等,均由属地国家通过立法加以规定。进入一国境内的外国人被视为默示接受了当地的属地管辖。外国人从办理进入一国境内的有关手续时起,就被视为默示接受入境国的属地管辖。外国人必须按照该国移民法或入境法的有关规定取得合法进入的资格。一旦进入一国国境,则须遵守属地国家的法律,接受当地的立法、行政、司法管理。

现代非法移民遣返制度作为一种移民执法成为国家主权事务之一,国家越来越多地使用遣返制度作为调整其国家人口福利的一种手段,既可以驱赶不受社会欢迎的人口,也可以经济萧条时驱逐外国劳动力,如今更是成为维护国家安全,打击跨国有组织犯罪的手段之一。有学者指出,非法移民遣返制度不仅是国家用于对机构、空间和他国施加影响的行使主权权利技术性手段,同时也是国家自身发挥其有效管理的制度之一<sup>[14]</sup>。因此,非法移民遣返制度的建立是一国依据国家主权原则对进入该国领土内的居民实行管辖权的结果。这一制度属于一国国内事务,其实施的具体要求措施和程序由国内法律所确立,不受他国的干涉。

## 三、非法移民遣返制度的程序性路径

全球非法移民数量的持续增长,给各国特别是目的国造成政治、经济、社会等各层面的紧张局势,已成为不争的事实。应对非法移民问题已被许多国家列为政治议程的重要内容。为解决非法移民难题,世界各国纷纷奉遣返制度为利器诸加利用。譬如,2008年欧盟颁布了欧盟区域一体化的非法移民遣返指令<sup>①</sup>,即关于遣返非法居留的第三国国民的一般性标准和程序指令(以下简称欧盟遣返指令),为欧盟成员国制定各自的遣返制度划定了最低标准。美国奥巴马政府于2012年遣返了40多万非法移民,创造了美国历史上遣返数量的新纪录<sup>[15]</sup>。

### (一) 遣返的一般性程序

遣返可分为广义与狭义两种概念,广义的遣返(Return)是指广泛意义上的移民返回行为或程序,既包括发生在一国境内的流离失所者或战斗复员人员的返回行为,也包括难民、庇护申请者以及符合

① 参见 Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-country Nationals, Official Journal of the European Union, L 348/98, 2008. 该指令于2009年1月13日生效,成员国根据指令修改国内法律的最后期限为2010年12月24日。指令适用的遣返对象是在欧盟成员国非法居留的第三国国民。

条件的国民从目的国返回其原籍国的行为<sup>[16]</sup>。广义的遣返可分为若干子类别,如自愿遣返(Voluntary Return)、强制遣返(Forced Return)、协助遣返(Assisted Return)以及特定遣返(Repatriation)<sup>①</sup>。狭义的遣返则特指强制遣返范畴,即国家拒绝外国人入境或终止外国人在该国居留时,依据行政命令或司法程序将其移送至其他区域/国家的主权行为<sup>[16]</sup>。

顾名思义,非法移民遣返是针对非法移民所采取的措施,即对非法出入境、非法居留以及非法就业的外国人,国家通过自愿遣送或依据行政命令或司法程序将其强制遣送至其来源国或其他国家的主权行为。

由于遣返制度是一国国家主权范畴事务,因此各国在践行非法移民遣返制度时,适用的遣返范畴各不相同。欧盟统一使用广义的遣返措施。欧盟遣返指令中将遣返界定为:无论是以自愿或强制的方式,将非法居留于欧盟成员国的第三国国民遣送至有关国家<sup>②</sup>。遣返措施分为自愿离境(Voluntary Departure)和遣送出境(Removal)。自愿离境是指给予第三国国民自愿离境的期限,为7至30天,在该期限内自动履行遣返义务。遣送出境是指依据遣返决定,将非法移民强制遣送至有关国家。

美国移民法的遣返措施分为强制遣返和自愿离境两种。其中,强制遣返的程序较为复杂。1997年美国《非法移民改革和移民责任法案》颁布之前,美国针对外国人的强制遣返有两种途径,一是拒绝入境(Exclusion),二是驱逐出境(Deportation)<sup>[17]</sup>。前者针对“不得入境外国人”进入美国国境时,被拒绝入境并强制遣返至最后入境国家或原籍国。后者是将“受驱逐外国人”驱逐出美国并强制遣返至其最后入境国家或其原籍国。《非法移民改革与移民责任法案》的颁布,“拒绝入境”和“驱逐出境”合二为一,统称为“遣送出境”(Removal),只要是属于不得入境外国人或受驱逐外国人范畴,均应被强制“遣送出境”<sup>③</sup>。自愿离境是指除犯有恶性严重罪行和恐怖罪行之外的外国人,可以自行承担费用自愿离开美国国境<sup>④</sup>。

我国《出境入境管理法》第六章未对自愿离开和强制遣返给予明确区分和厘定。从法律条文的内容来看,针对非法移民嫌疑人所采取的当场盘问、继续盘问、拘留审查、限制活动范围、遣送出境等措施,由县级以上地方人民政府公安机关或者出入境边防检查机关实施,这些措施应当属于强制遣返的范畴。

## (二) 遣返中拘留程序的实施及限制

### 1. 拘留场所与期限

针对非法移民实施的拘留是指将非法移民关押在一个封闭的场所,以此剥夺其行动自由,关押场所包括但不限于监狱、接收、收容中心或设施等<sup>[18]</sup>。针对非法移民的拘留措施,其法律性质属于行政拘留。正如联合国工作组指出,这种行政拘留是刑法之外的由国家机关基于国家安全考虑,如预防恐怖行为或控制非正规移民,对个人实施的拘留措施<sup>[19]</sup>。因此,国家拘留非法移民的目的是基于公共秩序、公共健康和国家安全等因素的考量<sup>[19]</sup>,并非是针对于非法移民的惩罚措施。

拘留的场所可以是灵活多样的,既可以是相对固定的场所,如警察局、监狱、专门的移民拘留设施等,也可以是临时场所,如机场中转区域、旅馆以及船舶等。关押的国家为非法移民目的国,在关押期间内等待移民申请决定或等候被遣返回国<sup>[19]</sup>。《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第17条强调,任何移徙工人或其家庭成员在过境国或就业国因触犯移徙条例被拘留时,应尽实际可能,被安置于与已经定罪的人或拘留候审的人分开的处所。我国《出境入境法》亦明确规定,经当场盘问

① Repatriation 一词见于1949年日内瓦及其附加议定书的规定之中,属特定遣返,是战争难民或战俘依据国际人道主义法律所享有的返回自己国家的人权权利。参见1949年日内瓦第三公约《关于战俘待遇公约》第46条,日内瓦第四公约《关于战时保护平民公约》第132-135条。

② 参见欧盟遣返指令第3条。

③ 参见美国法典8 USC section1227。

④ 参见美国法典8 USC section1229(c)。

或者继续盘问后仍不能排除嫌疑,需要作进一步调查的,可以拘留审查。被拘留审查或者被决定遣送出境但不能立即执行的人员,应当羁押在拘留所或者遣返场所<sup>①</sup>。

同时,拘留期限应当被合法予以确定,拘留在任何情况不得无限期,或期限过长<sup>[20]</sup>。对非法移民实施长时间的行政拘留很难在法律上认定为正当,特别是长期拘留或无期限的拘留<sup>②</sup>。我国《出境入境管理法》制定了严格的法律程序和明确的拘留期限,即,实施拘留审查,应当出示拘留审查决定书,并在24小时内进行询问。发现不应当拘留审查的,应当立即解除拘留审查。拘留审查的期限不得超过30日;案情复杂的,经上一级地方人民政府公安机关或者出入境边防检查机关批准可以延长至60日。对国籍、身份不明的外国人,拘留审查期限自查清其国籍、身份之日起计算。

## 2. 拘留中的个人权利保障

拘留中应当保障非法移民的个人权利。这一权利在《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》中得到强调。公约指出,移徙工人或其一家庭成员遭逮捕或审前关押或拘押或者以任何其他方式拘留时:(1)如当事人有此要求,应将其逮捕或拘禁情事及其理由告知其原籍国的领事或外交当局;(2)当事人应有权与上述当局联系;(3)应告知当事人此项权利,与上述当局的代表通信和会面,并同他们安排其法律代理人;(4)被剥夺自由的移徙工人及其家庭成员应受到人道的对待,并尊重其固有的人的尊严和文化特性;(5)享有家人探访的权利;(6)如因检查任何违反有关移徙条例情事的目的而将某一移徙工人或其一家庭成员加以拘留,不得要求其负担由此产生的任何费用等<sup>③</sup>。

## 3. 拘留措施的替代

越来越多的国际机构反对将常规使用拘留作为出入境管制的工具。联合国关于任意拘留问题工作小组断言,对非正规入境行为的刑事犯罪化超过了规范和控制非正规移民的国家合法利益,并可能导致不必要的拘留措施<sup>[21]</sup>。国家应当在将拘留作为不得已而为的手段基础上,考虑使用其他非监禁措施。拘留的替代措施包括:公平的报告要求、可负担的保释金支付、债券或担保、定向居住地以及居住地开放中心等。同时,拘留的替代模式必须符合必要、合法和适当比例的原则,不具有歧视的目的和后果,并且适用于独立审查和司法审查。对非法移民实施拘留措施是一种最后手段。欧盟遣返指令第15条指出,在没有更为足够且非强制措施无法有效应用的特定情况下方实施拘留。换言之,如果存在非强制措施,则适用非强制措施。联合国《儿童权利公约》第37条中亦规定,不得非法或任意剥夺任何儿童的自由。对儿童的逮捕、拘留或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<sup>[22]</sup>。

### (三) 遣送出境与自愿离境

经调查证实确属非法移民的个人将被遣送出其所在国的边境。遣送的目的国可以是该非法移民的原籍国,也可以是其他愿意接受该非法移民的第三国。遣送出境是由非法移民所在国政府承担费用的遣送方式,属于强制性遣返。强制遣返应当尊重移民的人格与尊严,包括遣返过程中对移民身体与心理健康的保护。强制性遣返可能是一个昂贵的选择,花费不菲,给实施非法移民遣送的国家造成沉重的财政负担。以美国为例,据统计,2005年至2010年5年内,美国遣返非法移民以及继续保持边境管制和国内执法效果的费用为2850亿美元。其中2000亿用于搜寻、逮捕、拘留、法律程序以及运

① 参见《出境入境管理法》第60条、第63条。

② 2009年2月18日,欧洲人权法院维持了2004年英国上议院在“A and Others v. the United Kingdom”案中关于无限期拘留11个国外公民所做的决定。欧洲人权法院指出英国公民不适用相同的拘留制度,并认为政府和议会基于安全考虑对移民措施的选择,如果对具有恐怖嫌疑施加无限期拘留这种不成比例或歧视性负担,则会导致无法充分解决问题的后果。参见 Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence, International Council on Human Rights Policy, 2010, p. 111.

③ 参见《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第16条、第17条。

送非法移民。850 亿用于后续执法。平均每一个遣返人员花费为 23482 美元<sup>[23]</sup>。

为此,各国鼓励非法移民的自愿离境行为,即由非法移民本人自行承担交通费用离开所在国家。例如,欧盟指令中规定,遣返决定中应当给出 7 至 30 天的自愿遣返期限,非法居留者若在合理自愿离境期限内未离境,则适用强制遣送出境<sup>①</sup>。在美国,2005 年至 2010 年间,有 28% 遣送方式为非法移民的自愿遣返,不需要政府支付交通费用<sup>[23]</sup>。然而,要求非法移民自愿离境难度较大,一方面非法移民的主观意愿难以转变,“自愿”离境与其当初“非法”入境的意愿相背离;另一方面多数非法移民的客观经济状况无法承受回国的费用。为此,有些国家与国际组织合作,共同推行政府协助下的非法移民自愿遣返计划。

国际移民组织推动下的协助自愿回国和重新融入社会计划(简称 AVRR)是针对申请被拒的庇护申请者、人口贩卖受害者、陷入困境的移民、合法移民以及不愿或不能留在一国的其他移民提供行政、后勤、经济和重新融入社会的支持以帮助他们回到自己的国籍国<sup>[24]</sup>。2010 年,国际移民组织协助 31134 名移民以人道和有尊严的方式返还他们的国籍国。其中 50% 的返还移民在国籍国获得重新融入社会的援助<sup>[24]</sup>。

#### 四、中国视角的思考与启示

近年来,随着综合国力的提升以及在世界经济地位中的崛起,中国正在迎着跨国流动人口涌入的大潮。在这一过程中,中国出现了需要应对涌入本国的非法移民问题的迹象。例如在中国境内广东等沿海、云南等沿边省市居住着大量来自东南亚和非洲籍的非法劳工。外籍非法移民正在成为中国接纳外籍流动人口过程中遇到的一个新问题,由此造成对劳动力市场的干扰、给经济秩序带来的冲击、国家财政负担的加重以及刑事犯罪的隐患,引发诸多社会矛盾以及影响社会安定。因而,在我国现阶段,对非法移民的遣返措施作为我国出入境管理制度的重要组成部分,其重要性凸显。

2012 年《出境入境管理法》作为我国第一部统一的出入境管理立法,确立了非法移民及其遣返法律制度,其内容具有以下亮点:1. 制度建设方面,明确界定了非法移民范畴并以此建立非法移民的遣返法律制度,受遣返的非法移民包括非法出入境、非法居留、非法就业的外国人。2. 就立法技术而言,对我国非法移民遣返适用的法律程序做了较为合理、清晰的安排,实施非法移民遣返措施必须依据法定程序。根据行为涉嫌程度不同,采用有差别的管控措施,这样不仅体现了执法的严谨性,而且能够有效保障受遣返非法移民的个人权利<sup>②</sup>。

但是,若严格审视我国非法移民遣返法律制度,会发现其中存在许多不足之外,有待进一步完善。首先,2012 年《出境入境管理法》,仍然属于粗犷式立法,遣返制度中一些具体而微的措施,如拘留程序、遣返程序的中止、遣送出境的手段等缺乏系统、明确的规定,难以保证遣返制度在实践中的可操作性。其次,在遣返过程中,应当注重非法移民个人权利的保障。特别是我国已加入《消除对妇女一切权利国际公约》和《儿童权利公约》,对非法移民中妇女和儿童权利的保护,是我国应当承担的国际义务,国内遣返法律制度的执行与遵守国际公约义务之间的衔接问题,需要给予充分的重视。另外,实践中处理非法移民的遣返,启动国家间的合作机制十分重要。虽然根据国家属地管辖权原则,非法移民的管控属于各国国内移民法律制度的范畴。但非法移民行为涉及不同的国家,因此妥善地解决非法移民遣返,接受国家的积极配合和协助发挥着关键性作用。如何更好完成国家间的这种合作,也是一个亟待思考的重要问题。

应对非法移民的法律制度颇为复杂,它由非法移民的界定、对非法移民嫌疑的调查、非法移民的遣返、非法移民法律责任的承担以及惩治协助非法移民的犯罪等一系列制度构成,涉及一国的出入境

① 参见欧盟遣返指令第 7.1 §.1。

② 参见《出境入境管理法》第 59 条、第 60 条、第 62 条。

管理法、移民法、以及人权法律等多个法律部门。并且,对非法移民予以管控并非单纯以“打击性”“制裁性”为基本特征,而是应当集打击、疏导以及特定人权保护为一体的综合性功能。作为其重要构成的遣返法律制度也应当具备这样的特征和功能。

#### 参考文献:

- [1] Richard Perruchoud (Ed. ), *Glossary on Migration* , International Organization for Migration 2004 , p. 34.
- [2] Communication from the Commission on Policy priorities in the fight against illegal immigration of third – country nationals , European Commission 2006 , COM/2006/402 final , p. 2.
- [3] Richard Perruchoud (Ed. ) , *Glossary on Migration* , International Organization for Migration 2004 , p. 34
- [4] *Illegal Emigrant , Irregular Immigrant or Undocumented Aliens?* <http://www.irregularmigration.info/2010/06/illegal-emigrant-irregular-immigrant-or.html> 最后访问日期 2013 年 5 月 12 日。
- [5] Christal Morehouse and Michael Blomfield , *Irregular Migration in Europe* , Transatlantic Council on Migration , 2011 , p. 4.
- [6] Bastian Vollmer , *Irregular Migration in the UK: Definitions , Pathways and Scale* , Migration Observatory Briefing , COMPAS , University of Oxford , 2011 , p. 3.
- [7] *Irregular Migration , Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence* , 2010. International Council on Human Rights Policy. Geneva , Switzerland. P. 16.
- [8] Dominique Van Dijk , *is the EU policy on illegal immigration securitized? A study into the dynamics of institutionalized securitization* , Paper to be presented at the 3rd Pan – European Conference on EU Politics , 2006 , p. 18.
- [9] Dita Vogel , Norbert Cyrus , *Irregular Migration in Europe – Doubts about the Effectiveness of Control Strategies* , focus migration Policy Brief No. 9 , Hamburg Institute of International Economics , 2008 , p. 2 – 3.
- [10] Philip L. Martin , *Germany: Managing Migration in the 21st Century* , Cornelius , Wayne A. , Philip L. Martin and James F. Hollifield. Eds , *Controlling Immigration: A Global Perspective* , Stanford University , 2003 , p. 24.
- [11] Richard Perruchoud (Ed. ) , *Glossary on Migration* , International Organization for Migration 2004 , p. 10.
- [12] *Irregular Migration , Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence* , 2010. International Council on Human Rights Policy. Geneva , Switzerland. P. 18.
- [13] Maria Ilies , *Irregular Immigration Policy in the European Community: Action at all Stages of the Irregular Migration Flow* , Elcano Royal Institute Working Paper 38/2009 , p. 2.
- [14] Nicholas de Genova and Nathalie Peutz (Eds) , *the deportation regime: sovereignty , space and the freedom of movement* , Duke University Press , 2010 , p. 11.
- [15] 资料来源:<http://www.csmonitor.com/USA/2012/1224/Deportations-of-illegal-immigrants-in-2012-reach-new-US-record> 最后访问日期 2013 年 5 月 23 日。
- [16] Richard Perruchoud (Ed. ) , *Glossary on Migration* , International Organization for Migration 2004 , p. 56.
- [17] US department of homeland security , <http://www.dhs.gov/definition-terms>
- [18] Report of the Working Group on Arbitrary Detention , (WGAD) , UN Doc. A/HRC/13/30 , 18 January 2010 para. 77.
- [19] The UN Refugee Agency , *Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum – Seekers and Alternatives to Detention* , UNHCR , 2012 , p. 9 p. 9 p. 17.
- [20] 参见联合国经济与社会理事会人权委员会第 56 届会议临时议程项目 , E/CN. 4/2000/4 , 1999 , <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf?reldoc=y&docid=49ba6cfb2> 最后访问日期 2013 年 5 月 23 日。
- [21] Report of the Working Group on Arbitrary Detention , E/CN. 4/1999/63 , 18 December 1998.
- [22] IDC Secretariat , *Legal Framework and Standards relating to the Detention of Refugees , Asylum Seekers and Migrants , a Guide* , International Detention Coalition , 2011 , p. 17.
- [23] Marshall Fitz and Gebe Martinez , *Madura Wijewardena: The Costs of Mass Deportation: Impractical , Expensive , and Ineffective* , 2010 , WWW. AMERICANPROGRESS. ORG 最后访问日期 2013 年 4 月 20 日。
- [24] International organization for migration: *assisted voluntary return and reintegration* , annual report of activities 2011 , Geneva: 2012 IMO , p. 24 p. 15.

(全文共 16 273 字)