



人权理事会

第三十七届会议

2018年2月26日至3月23日

议程项目 3

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、  
经济、社会及文化权利，包括发展权

酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别  
报告员的报告

秘书处的说明\*

秘书处谨向人权理事会转交酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员根据理事会第 34/19 号决议编写的报告。

\* 本文件迟交给会议事务处，但没有按照大会第 53/208 B 号决议第 8 段的规定说明理由。



## 酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别 报告员尼尔斯·梅尔策的报告

### 目录

	页次
一. 与任务有关的活动.....	3
二. 与移徙有关的酷刑和虐待.....	3
A. 背景 .....	3
B. 法律框架.....	4
C. 与移徙有关的拘留.....	6
D. 偷运和贩运移民.....	9
E. 不推回 .....	11
F. 与国际刑法有关的问题.....	16
三. 结论和建议.....	17
A. 结论 .....	17
B. 建议 .....	18

## 一. 与任务有关的活动

1. 2017 年，酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员参加了一些专题磋商、研讨会和活动，内容涉及移徙背景下的酷刑、针对残疾人的拘留形式、羁押外使用武力和防止酷刑的程序保障。
2. 2017 年 8 月 28 日至 30 日和 9 月 4 日至 6 日，特别报告员在防止酷刑协会和伊比利亚美洲大学的支持下，分别在日内瓦和墨西哥城，就本报告的主题举行了专家磋商。特别报告员还在 2017 年 9 月 1 日至 30 日，普遍呼吁就关于报告主题的问卷调查作出答复。
3. 特别报告员代表遭受酷刑和其他虐待的个人，与其他任务负责人一道或单独转交了 137 份来文。
4. 特别报告员于 2017 年 11 月 13 日至 24 日对塞尔维亚和科索沃<sup>1</sup> 进行了国别访问。<sup>2</sup> 特别报告员将向人权理事会第四十届会议提交这次访问的报告。

## 二. 与移徙有关的酷刑和虐待<sup>3</sup>

### A. 背景

5. 纵观历史，人们为了寻求保护、更好的生活和新的视野而离开家园，因此为人类追求经济发展、社会进步和文化交流做出了宝贵贡献。虽然国际移徙的某些方面可能带来严重的物流、人道主义、人口、经济甚至安全挑战，但整个现象既不构成需要军事防御的“威胁”，也不构成需要克减现行规范框架的全球“紧急状态”。该现象倒不如说是一个长期存在的全球治理问题，应完全基于人权和法治来解决。
6. 目前，全球约有 2.58 亿人(约占世界人口的 3%)生活在原籍国或惯常居住地之外，这些人无论个人身份或动机如何，都可以被称为“移民”或“国际移民”。<sup>4</sup> 其中 10%左右(约 2,500 万人)作为难民逃离本国，另有 4,000 万人被迫在国内流离失所，很可能在未来成为移民。<sup>5</sup> 随着政治、社会、经济和环境因素迫使更多人离开家园，这些数字可能会上升。
7. 虽然绝大多数移民通过安全和正常的途径移徙，但各国日益严格和具有阻碍性的移民法律、政策和做法将越来越多的移民排除在官方移民和入境程序之外，迫使他们采取非正常的渠道和方法，这些渠道和方法往往缺乏透明和监督、充斥

<sup>1</sup> 提及科索沃之处，应在安全理事会第 1244(1999)号决议的语境下理解。

<sup>2</sup> 联合国人权事务高级专员办事处(人权高专办)，“酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员尼尔斯·梅尔策先生关于 2017 年 11 月 13 日至 24 日正式访问塞尔维亚和科索沃的初步意见和建议”，新闻稿，2017 年 11 月 27 日。

<sup>3</sup> 本报告中，“虐待”一词指除酷刑以外的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。

<sup>4</sup> 经济和社会事务部，人口司，《国际移民报告[要点]》(纽约，2017 年)。另见人权高专办，《国际边界人权问题建议原则和准则》(日内瓦，2014 年)

<sup>5</sup> 见 [www.unhcr.org/globaltrends2016/](http://www.unhcr.org/globaltrends2016/)。另见大会第 71/1 号决议，第 20 段。

着腐败、暴力和虐待。随着越来越多这样的“非正常”移民<sup>6</sup> 抵达边境，为阻止新移民进入，许多国家不断升级镇压和威慑措施，包括对非正常移民的刑事定罪和拘留、使家庭成员分离、接收条件和医疗服务不足以及拒绝或过分拖延身份确定或人身保护程序，包括不经过此类程序就加快遣返。许多国家甚至开始阻止移民进入，或是通过关闭边界、设置栅栏、围墙或其他有形障碍，或是通过边界和程序的外部化以及域外“驱回”和“拉回”行动——通常与其他国家、甚至非国家行为方合作进行。这些法律、政策和做法除了直接影响非正常移民的权利和安全外，还为企图利用非正常移民谋取私利的各种人——包括腐败的国家官员、犯罪分子和普通公民——几乎不受控制地增加虐待做法提供了可能。

8. 因此，在整个旅程中，甚至在抵达目的地国时，非正常移民经历越来越多的不确定、危险、暴力和虐待，包括越来越普遍地受到国家官员和非国家行为方的酷刑和虐待。除了身体通常受到终身影响外，酷刑幸存者还过多地遭受创伤后应激障碍、焦虑、抑郁、解离、定向障碍和自我孤立，有严重的长期后果。一项有 12,000 多人参与的研究证实，非正常移民中酷刑受害者的比例(取决于具体情况)可高达 76%，总体平均为 27%。<sup>7</sup> 即使不考虑大范围的漏报和只关注得到承认的难民和寻求庇护者，也可推断有 700 万酷刑受害者，这一触目惊心的数字引起了对现行法律、政策和做法是否符合普遍禁止酷刑和虐待的严重质疑。

9. 针对这一趋势，特别报告员希望回顾禁止酷刑和虐待所产生的广泛的国际法律义务；审查这些义务对各国为应对非正常移民而采取的一些最普遍的法律、政策和做法的法律影响；并提出建议，以期帮助各国在充分履行这些义务的情况下解决非正常移民问题，避免保护漏洞，防止侵权行为不受惩罚。鉴于所讨论的政策和做法通常在公有领域有详细记录，并且为了避免造成任何情景关联偏见，提及具体国家的做法和相关判例将只用来支持法律要点，原则上不用来支持事实要点。

## B. 法律框架

10. 对酷刑和虐待的绝对和不可克减的禁止已被编入一系列广泛的国际和区域文书，目前已被承认为习惯国际法的一部分。此外，这项禁止及其“不论何时何地”<sup>8</sup> 的适用性可直接追溯到一项一般法律原则，即“对人道主义的基本考虑，在和平时比在战时更为艰巨”。<sup>9</sup> 任何特殊情况，不论为战争状态或战争威胁、国内政局动荡或任何其他公共紧急情况，包括移民大规模突然流动引发的情况，均不得援引为实施酷刑或虐待的理由。<sup>10</sup> 今天，禁止酷刑已获得无可争议的强制性地位(强行法)。

<sup>6</sup> 这里的“非正常移民”一词包括所有未遵守其所在过境国或目的地国移民法的移民。

<sup>7</sup> Sigvardsson et al, “Prevalence of torture and other war-related traumatic events in forced migrants: A systematic review”, *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture*, vol. 26, No. 2 (2016), pp. 41–73.

<sup>8</sup> 日内瓦四公约(1949 年)，共同的第三条。

<sup>9</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页。

<sup>10</sup> 《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 2 条第 2 款。

11. 为了切实禁止酷刑，国际法为各国规定了积极和消极的义务。从积极意义(“确保的义务”)来说，各国必须主动采取有效的立法、行政、司法或其他措施，在其管辖的任何领土内，以及不论在何处，只要是国家直接或间接、事实上或法律上对任何人实行控制的时候，防止发生酷刑和虐待行为。<sup>11</sup> 这项义务不仅要求防止国家官员的侵权行为，还包括国家的一项公认的尽职义务，即防止私人行为方或在其管辖范围内运作的第三国机关的虐待行为。<sup>12</sup>

12. 从消极意义(“尊重的义务”)来说，各国在行使权力和权威时，包括每当通过对境外的地方、个人或过程实施控制或影响而将某人纳入其管辖范围时，都必须避免参与或故意助长任何酷刑或虐待行为，无论是通过作为还是不作为。此外，根据习惯法和条约法，国家有绝对和不可克减的义务，不得将任何人驱逐、遣返或引渡至有充分理由相信该人有可能遭受酷刑或虐待的另一国管辖区或任何其他领土，无论该人是否有资格获得难民身份或辅助保护(不推回)。关于更加广义的禁止酷刑和虐待的域外适用问题，特别报告员赞同并重申前任任务负责人得出的结论(见 A/70/303)。

13. 关于移徙这一背景，应当特别回顾，国家必须尊重和确保人们不受任何歧视地享有免遭酷刑和虐待的权利，<sup>13</sup> 出于“基于任何歧视的任何原因”——包括基于移民身份——蓄意造成严重痛苦或伤害，顾名思义，相当于酷刑，无论是国家官员自己造成的还是在其唆使下造成的，或者仅仅是在他们的同意或默许下造成的。

14. 此外，各国必须在所有决定、行为和不作为中，真诚地诠释和履行其国际义务，<sup>14</sup> 即遵守法律的文字和精神。移民享有不受酷刑和虐待的绝对和不可克减的权利，意味着各国不可能合法地从事任何这样的活动或与其他国家或非国家行为方缔结任何这样的协议：其可预见的后果将妨碍或破坏这项权利的目标和宗旨，或旨在实际实施这项权利的任何附属权利——例如离开任何国家或领土、寻求和享受庇护、不被任意拘留以及个人权利和义务在正当程序中得到确认的权利——的目标和宗旨。<sup>15</sup>

15. 在处理酷刑和虐待的后果时，各国必须确保幸存者得到补偿，并享有获得公平和充分赔偿的强制执行权利，其中包括尽量使其完全复原。<sup>16</sup> 各国在收到指控或有适当理由认为在其管辖的任何领土内已发生酷刑行为时，有责任调查、起诉并惩处犯罪者。<sup>17</sup> 一国“严重”(即“大量或系统性”)违反对酷刑的强制性禁止时，所有其他国家不仅有权、而且在法律上有义务进行合作，通过其掌握的任

<sup>11</sup> 《禁止酷刑公约》，第 2 条第 1 款。另见禁止酷刑委员会关于缔约国执行第 2 条的第 2 号一般性意见(2007 年)，第 3 和第 16 段，以及 CCPR/C/21/Rev.1/Add.13，第 10 段。

<sup>12</sup> 禁止酷刑委员会，第 2 号一般性意见，第 17-19 段。

<sup>13</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》，第二十六条。另见禁止酷刑委员会第 2 号一般性意见，第 7 和第 20 段。

<sup>14</sup> 《维也纳条约法公约》第二十六条和第三十一条第一款。

<sup>15</sup> 见《世界人权宣言》第八至第十条、第十三条第二款和第十四条第一款。另见《公民权利和政治权利国际公约》，第九条、第十二条第 2 款、第十三和第十四条。

<sup>16</sup> 《禁止酷刑公约》，第 14 条。

<sup>17</sup> 同上，第 4-9 条和第 12-13 条。

何合法手段制止这种违法行为；不承认这种违法行为造成的任何情况的合法性；不帮助或协助维持任何这种情况。<sup>18</sup> 根据具体情况，实施或参与酷刑或虐待行为也可能构成战争罪或危害人类罪，因此将适用普遍管辖权，不受任何时效限制。

## C. 与移徙有关的拘留

16. 世界上很多地方的国家越来越多地将非正常移徙刑罪化和剥夺自由作为一种例行、甚至强制性的应对措施(A/HRC/17/33, 第 12 和第 19 段)。<sup>19</sup> 各国在刑事或行政拘留制度下拘留移民，目的是将违反移民法的行为定为刑事犯罪并予以惩处，或者执行与抵达、庇护、逾期逗留、居留或返回有关的行政程序。

### 1. 剥夺自由

17. 总的来说，“剥夺自由”或“拘留”包括任何将人置于公共或私人扣押之下而不准其凭意愿离开的做法。<sup>20</sup> 在实践中，这种地方可能包括监狱或专门建造的拘留设施、封闭的接待或拘留中心、收容所、招待所或营地，但也包括临时设施、船只和私人住宅。无论安置或收容场所的具体名称以及在国内法中的分类如何，是否构成“剥夺自由”的决定性因素是移民是否可以自由离开。在实践中，离开的可能性决不能仅仅是理论上在未来某个时间可以做出的选择，而应该是随时都切实可行的。例如，将移民扣留在国际边界、离岸设施或机场过境区，不让他们入境，但理论上给予他们前往自己选择的任何其他国家或领土的权利，在他们被扣留期间仍然构成剥夺自由，所有受影响的移民有权得到国际法给予被剥夺自由者的充分保护。

### 2. 待遇和拘留条件

18. 尽管对移民的任何拘留都必须在“适当、卫生、非惩罚性的设施”中，而不是在监狱中进行，<sup>21</sup> 但实际情况往往恰恰相反。许多媒体和利益攸关方的报道描述了世界各地——包括海外处理中心——移民拘留场所可怕的物质和卫生条件。根据具体情况，问题可能从极度拥挤到长期单独监禁，从食物、水和医疗服务不足到国家官员、私人警卫或其他被拘留者的蓄意虐待，可能包括酷刑或虐待、长期勒索、性虐待甚至奴役等行为。据报告，甚至对移民儿童的酷刑和虐待也很普遍，从各种形式的性虐待到捆绑、封住嘴、棍棒殴打、用香烟烫、电击或单独监禁，造成了严重的焦虑和精神伤害(A/HRC/28/68, 第 60 段)。

19. 任何拘留制度，不论是作为蓄意的政策，还是疏忽、掉以轻心或有罪不罚的结果，使移民遭受或面临严重不符合公认标准——尤其是《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》(《纳尔逊·曼德拉规则》)——的待遇或拘留条件，不论出于怎

<sup>18</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/40)，第 40 条第 2 款以及第 41 条第 1 和第 2 款。见大会第 60/1 号决议，第 138-139 段。

<sup>19</sup> 另见联合国难民事务高级公署(难民署)，“2014-2019 年全球战略：寻找拘留之外的办法”，日内瓦，2016 年 8 月。

<sup>20</sup> 《禁止酷刑公约任择议定书》，第 4 条。

<sup>21</sup> 人权事务委员会关于人身自由和安全的第 35 号一般性意见(2014 年)，第 18 段。

样的经济或预算考虑，都不符合禁止酷刑和虐待的规定。<sup>22</sup> 对于身份不正常或有其他脆弱性的移民，禁止虐待的门槛通常更低。<sup>23</sup> 此外，如果国家出于任何歧视理由，包括基于移民身份的歧视，<sup>24</sup> 或为了威慑、恐吓或惩罚移民或其家人，胁迫他们撤回庇护、辅助保护或其他逗留请求，同意“自愿”返回，提供信息或指纹，或为了向他们勒索金钱或性行为，而故意施加、鼓励或容忍虐待或极其恶劣的拘留条件，则甚至可能构成酷刑。

### 3. 长期或无限期拘留

20. 令人关切的另一点是使用了一些程序，其性质或目的是使移民可能被无限期拘留，最大限度地增加不确定性、不可预测性和挫折感，或迫使移民撤回庇护、辅助保护或其他逗留请求，同意“自愿”返回，以求获释。移民在刑事司法系统外的行政拘留制度之下被关押时，往往得不到必要的程序保障，如获得翻译或律师的帮助以及获得有效法律补救和定期审查的权利；结果这些移民往往被故意置于法律“边缘”，没有实际的释放前景或替代措施，也没有实际的途径以影响这一过程或持续时间。在未经允许入境被定为刑事犯罪的情况下，通常会实施审前拘留，直到法律程序结束，这往往导致长期拘留，甚至无限期拘留。在这两种情况下，如果移民有家庭成员陪同，他们通常与其配偶甚至子女分开拘留，一般是以行政法规为借口，目的是使得撤回请求和“自愿”返回成为他们获释和家庭团聚的唯一现实的前景。此外，在世界各地的很多情况下，移民儿童经常被单独或与家人一起拘留。兼具这些要素的一种与移徙有关的拘留是长期关押在孤岛或域外飞地，这种形式给人造成特别大的创伤。

### 4. 纯粹基于移民身份拘留的任意性

21. 与任何其他形式的剥夺自由一样，对每个移民的任何拘留都必须是合法、必要和与当时情况相称的，在行政或预防性拘留的情况下，必须随着拘留时间的延长定期重新评估。<sup>25</sup> 只要对每个人满足这些一般性条件，可以在一开始对非法进入缔约国领土的寻求庇护者短暂拘留一段时间，以便记录他们的入境情况，登记诉求，并确定身份(如有疑问)。如果没有个人特定的具体原因，如个人潜逃的可能、对他人犯罪的危险或对国家安全的危险行为，在处理他们的诉求后再继续拘留他们，将构成任意拘留。必须考虑相关因素，逐案作出决定，而不是基于针对某一类人的强制性规定作出决定；做决定时必须考虑采取可达到同样目的的侵害性较小的手段，如报告义务、担保人或其他条件，以防止潜逃；决定必须定期接受重新评估和司法审查。缔约国无法驱逐某人不能作为无限期拘留的理由。<sup>26</sup>

<sup>22</sup> 例如，见欧洲人权法院，MSS 诉比利时和希腊(第 30696/09 号申诉)，2011 年 1 月 21 日的判决，第 233 段；Mukong 诉喀麦隆(CCPR/C/51/D/458/1991)，第 9.3 段；以及美洲人权法院，Suárez-Rosero 诉厄瓜多尔，1997 年 11 月 12 日的判决，第 91 段。

<sup>23</sup> 欧洲人权法院，Tarakhel 诉瑞士，第 29217/12 号申诉，2014 年 11 月 4 日的判决，第 118-119 段。

<sup>24</sup> 欧洲人权法院，Hode 和 Abdi 诉联合王国，第 22341/09 号申诉，2012 年 11 月 6 日的判决，第 56 段。

<sup>25</sup> 禁止酷刑委员会关于结合《公约》第 22 条执行第 3 条的第 4 号一般性意见(2017 年)，第 12 段。

<sup>26</sup> 人权事务委员会，第 35 号一般性意见，第 18 段。

22. 关于与移徙有关的对儿童的拘留，应当指出，与非正常入境或逗留有关的违法行为不应该与实施犯罪有同等后果。因此，作为最后手段拘留儿童在少年刑事司法等其他情况下可能适用，但不适用于移民程序，因为它与儿童最大利益原则和儿童的发展权相冲突。<sup>27</sup> 同样，仅仅因为儿童本人或其父母的非正常移民身份而拘留儿童被正式视为具有任意性(A/HRC/39/45, 附件, 第 40 段)。<sup>28</sup>

23. 总的来说，违反移民法本质上属于行政性质，不属于危及个人、财产或国家安全的犯罪行为，没有理由、也没有必要以剥夺自由的方式实施制裁。<sup>29</sup> 此外，《关于难民地位的公约》甚至明确禁止惩处违反移民法以获得领土国保护的寻求庇护者。

24. 总之，就实质性理由和期限而言，允许与移徙有关的拘留的余地很小，而且国内法允许拘留并不排除在国际法之下具有任意性。特别报告员认为，纯粹基于移民身份而实施刑事或行政拘留，超出了国家保护其领土和控制非正常移徙的合法利益范围，应视为任意拘留(A/HRC/39/45, 附件, 第 10 段)。

## 5. 任意性与酷刑或虐待的关系

25. 虽然并非每一起任意拘留案件都构成酷刑或虐待，但二者之间的联系不可否认。早在 30 多年前，国际法院就已经在美国诉伊朗案(1980 年 5 月 24 日的判决)中指出，“非法剥夺人们的自由并使之遭受艰苦条件下的人身限制本身显然不符合《联合国宪章》的各项原则，也不符合《世界人权宣言》所述的基本原则”。此外，经验显示，任何形式的任意拘留都让移民遭受更多的酷刑和虐待风险。

26. 人权事务委员会一再指出，拘留的任意性、长期性和/或无限期、拒绝向被拘留者提供信息和程序性权利以及恶劣的拘留条件加在一起，对被拘留者造成了严重的心理伤害，构成了违反《公约》第七条的待遇。<sup>30</sup> 的确，遭受既不必要也不相称的拘留，尤其是加上拘留时间的延长和潜在的无限期，以及没有任何有效的法律补救措施，已证明给原本就极为脆弱的非正常移民又增加了巨大的精神和情感压力，导致了自残、创伤后应激障碍、焦虑和抑郁的案例。因此，即使一些因素——例如不合理的拘留、迟迟不能获得程序性权利或身体不适——作为单独措施在很有限的时间内应用不一定构成虐待，但累积在一起并/或长时间或无限期应用时，就可能构成虐待。

27. 任意拘留和条件不足的情况持续越久，受影响的被拘留者能够改变自身状况的可能性就越小，他们遭受的精神和情感痛苦就越强烈——有关方面违反禁止虐待规定的可能性就越大。视情况而定，对于更加脆弱的移民，如儿童、妇女、老年人、残疾人、病人或遭受酷刑创伤者，或是族裔或社会少数群体成员，如男女同性恋、双性恋、跨性别者或双性者，很容易就达到虐待的门槛，即便不是立即

<sup>27</sup> 关于原籍国、过境国、目的地国和返回国对具国际移民背景儿童的人权的国家义务的保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会第 4 号(2017 年)和儿童权利委员会第 23 号联合一般性意见(2017 年)，第 10 段。

<sup>28</sup> 见美洲人权法院第 OC-21/14 号咨询意见，2014 年 8 月 19 日，第 154 段。

<sup>29</sup> 保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会关于身份不正常的移徙工人及其家庭成员权利的第 2 号一般性意见(2013 年)，第 5 和第 24 段；另见 A/HRC/23/46, 第 47 段。

<sup>30</sup> F.J. 等人诉澳大利亚(CCPR/C/116/D/2233/2013)，第 10.6 段。



达到。特别是，纯粹因为移民儿童自身或其父母的移民身份而剥夺移民儿童的自由从来都不符合儿童的最大利益，不符合必要性和相称性的要求，即使是短期拘留，也可能构成虐待(A/HRC/28/68, 第 80 段)。<sup>31</sup>

28. 纯粹基于移民身份的拘留本身甚至可能构成酷刑，特别是出于以下目的故意实施或长期实施这种拘留时：威慑、恐吓或惩罚非正常移民或其家人、胁迫他们撤回庇护、辅助保护或其他逗留请求、同意自愿遣返、提供信息或指纹，或为了勒索金钱或性行为，或出于任何歧视理由，包括基于移民身份的歧视。<sup>32</sup>

## D. 偷运和贩运移民

29. 世界各地数百万移民，特别是那些非正常移民，在过境国和目的地国面临的生活条件可谓艰苦卓绝。这一特别脆弱和处境不利的群体所遭受的困难和威胁可能包括：歧视性法律、行政阻碍和获得公共服务和资源的机会不足，国家官员的腐败、威胁、暴力或漠不关心，当地居民的骚扰和侵犯，以及犯罪集团经常伙同国家官员进行系统的虐待和剥削。为本报告目的，特别报告员研究了以下两个对禁止酷刑和虐待具有实际意义的领域，即偷运网络的活动造成的酷刑和虐待，以及与贩运人口有关的酷刑和虐待、包括以勒索赎金为目的的剥削。

### 1. 与偷运安排有关的酷刑和虐待

30. 在磋商和国别访问期间，特别报告员收到了大量关于世界各地移民遭到边防人员和罪犯分子勒索和虐待的指控。特别是，在没有安全和正规渠道的地方，移民越来越多地利用偷运者网络的服务，许多网络据称与边境官员勾结。最常报道的模式是，作为同伙的边境官员对偷偷入境者假装没看见，以便从移民支付给蛇头的费用中分得一杯羹。在这种商业模式下，不经过偷运网络而试图入境的移民要么被拒绝，要么如果在偷越国界时被抓到，则会遭到毒打，财产被抢，并被强行带回国，而不对他们的保护需求进行任何评估。那些支付蛇头费的人最初通常获准以非正常的方式入境，但许多人后来在远离边境的地方——其实是警察与偷运网络商量好的“汇合点”——被警察巡逻队拦截，然后被送回边境立即驱逐——同样，也没有对他们的保护需求进行任何评估。

### 2. 人口贩运，包括以勒索赎金为目的的剥削

31. 移民，特别是孤身儿童、单身妇女和弱势男子面临的一个最大风险就是人口贩运。贩运可能发生在移徙途中的任何阶段，出于各种目的，例如强迫劳动、奴役或劳役、各种形式的性剥削、强迫收养、儿童兵、乞讨、犯罪活动，或许还有以勒索赎金为目的的剥削。儿童约占全球贩运受害者的 28%；移民儿童特别容易遭受暴力、虐待和奴役。<sup>33</sup>

<sup>31</sup> 见欧洲人权法院，S.F.及其他人诉保加利亚，第 8138/16 号申诉，2017 年 12 月 7 日的判决。

<sup>32</sup> 禁止酷刑委员会关于第 3 条的第 4 号一般性意见，第 14 段。

<sup>33</sup> 联合国儿童基金会和国际移民组织，《悲惨的旅程：面临贩运和剥削风险的穿越地中海的儿童和青年》，2017 年 9 月，第 9 和第 21 页。

32. 移民妇女和女童经常遭受性虐待，特别是独自旅行时。在某些情况下，据报告，单身移民妇女和女童遭受性虐待的可能性高达 75%，从要求以性服务“支付”旅费、食物、水或住所，到轮奸、性奴役和强迫卖淫(A/HRC/31/57, 第 31 段)。男女同性恋、双性恋、跨性别者和双性者身份的移民也特别容易受到歧视、暴力、性虐待和羞辱。在许多情况下，绑架非正常移民是为了勒索赎金。人质可能被剥夺食物、水或睡眠，或者遭受强迫劳动、性虐待或酷刑，直到他们的家人支付大笔赎金，通常是在通过电话听到亲人遭受虐待之后。<sup>34</sup> 在贩运背景下，有系统地实施这种虐待，目的是进行剥削，包括以勒索为目的的剥削。移民也经常成为以摘取器官和器官移植为目的的贩运活动的受害者。贩运人体器官和为摘取器官贩运人口是面向全球黑市的活动，跨国犯罪网络控制全球黑市，并与专业的医务人员和地方器官移植医院和实验室合作，这些医院和实验室可能是国家的，但与犯罪网络串通，也可能是私有的，是贩运网络的一部分，与警察或有组织犯罪保持密切联系。<sup>35</sup>

33. 各种人口贩运活动都涉及蓄意造成严重的精神或身体痛苦或折磨。虽然贩运的主要目的是剥削，但施加痛苦和折磨总是被用作中间目的，如胁迫、恐吓、惩罚或歧视，所有这些都是酷刑的决定因素。缺少任何一个要素，人口贩运通常就只构成其他虐待。因此，人口贩运若是由国家官员或在其唆使、同意或默许下进行的，则构成人权法所界定的酷刑和虐待。<sup>36</sup> 实际上，对移民实施酷刑和虐待的人不仅包括偷运者和贩运者，还包括边防人员、民兵和警察；在很多情况下，有证据表明国家官员与贩运者之间存在腐败和勾结。

### 3. 与国家威慑和定罪政策的关系

34. 贩运和非法偷运网络的商业模式导致世界所有地区的移民遭受的暴力程度显著增加。不过，特别报告员必须强调，这一趋势是各国通过的限制性、惩罚性和威慑性更强的移民法律、政策和做法的直接后果，这些法律、政策和做法剥夺了数百万移民通过安全和正常途径移徙的机会，将他们推入非法境地，使他们无法向执法当局举报虐待行为并寻求保护。

35. 因此，要终止贩运和非法偷运移民造成的痛苦，国家继续打击腐败和犯罪是不够的，因为腐败和犯罪可能是根本问题的表象，但不是根本原因。特别报告员认为，要摧毁贩运和非法偷运移民的商业模式，唯一确定的方法就是为移民提供安全和正常的移徙途径，并确保他们的人权不仅在理论上、而且在实践中得到有效保护。

<sup>34</sup> 联合国毒品和犯罪问题办公室(毒品和犯罪问题办公室)，2016 年《全球贩运人口问题报告》，维也纳，第 62 页。

<sup>35</sup> 毒品和犯罪问题办公室，《评估工具包：以摘取器官为目的的人口贩运》，维也纳，2015 年，第 30-37 页。

<sup>36</sup> 欧洲安全与合作组织，《构成酷刑和其他形式虐待的人口贩运》，维也纳，2013 年，第 20-27 页；另见 A/HRC/7/3，第 56-58 段。

## E. 不推回

36. 在习惯法和条约法中，禁止酷刑和虐待进一步具体化为不推回原则，该原则禁止各国将任何人“驱逐”<sup>37</sup>到有充分理由相信该人将有遭受酷刑或虐待危险的另一国的管辖区或任何其他领土。<sup>38</sup>推回的过错在于采取了某些行动的遣返国，因为它“知道或应该知道”<sup>39</sup>这样的行动将使有关人员在一国领土面临“可预见的、针对个人的、当前的和真实的”酷刑或虐待风险，酷刑或虐待的实施者，不论是该国的官员还是非国家行为方，都是遣返国所不能控制的。<sup>40</sup>

37. 特别针对酷刑和虐待风险的不推回保护是绝对和不可克减的，适用于包括战争或紧急状态在内的所有情况，对所有人一视同仁，尤其是无论他们可否获得难民身份。虽然难民法规定的不推回保护仅适用于有资格获得难民身份的人，并允许基于国家或公共安全考虑的例外情况，但如果驱逐出境会使人面临真实的酷刑或虐待风险，则不允许这种限制或例外。作为强制禁止酷刑的一个固有组成部分，禁止推回的规定不仅高于国家移民法，而且高于与之抵触的国际义务，如引渡条约规定的义务。<sup>41</sup>

38. 因此，国家必须将任何驱逐计划及时通知有关移民，以便他们能够亲自在公正和独立的主管司法或行政机关出庭，从而在预期的驱逐之前，在提供口译服务和所有其他基本程序保障(包括上诉的暂停效力<sup>42</sup>)的个体化、迅速和透明的程序中，对驱逐决定提出异议并寻求“国际保护”<sup>43</sup>。未经这种单独审查的集体驱逐违反禁止推回的规定。<sup>44</sup>同样，非专业的边境官员在没有法律顾问在场或没有有效上诉可能的情况下，在陆地或海上拦截点进行的“快速”筛查，也违反禁止推回的规定。

<sup>37</sup> “驱逐”一词在这里指的是任何未经本人真正、充分知情和有效同意而将其驱逐出一国管辖范围的行为，包括递解出境、引渡、强制返回、强制转移、拒绝入境、驱回或任何其他类似行为。另见禁止酷刑委员会关于第3条的第4号一般性意见，第4段。

<sup>38</sup> 《禁止酷刑公约》，第3条第1款；另见禁止酷刑委员会关于第3条的第4号一般性意见；人权事务委员会关于禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的第20号一般性意见(1992年)，第9段，以及关于《公约》缔约国的一般法律义务的性质的第31号一般性意见(2004年)，第12段。

<sup>39</sup> 见 Agiza 诉瑞典(CAT/C/34/D/233/2003)，第13.4段；另见欧洲人权法院，Hirsi Jamaa 等人诉意大利，第27765/09号申诉，2012年2月23日的判决，第131段。

<sup>40</sup> 另见禁止酷刑委员会关于第3条的第4号一般性意见，第11和第30段。见欧洲人权法院，J.K.及其他人诉瑞典(第59166/12号申诉)，2016年8月23日的判决，第80段。

<sup>41</sup> 禁止酷刑委员会关于第3条的第4号一般性意见，第25段。

<sup>42</sup> 禁止酷刑委员会关于第3条的第4号一般性意见，第13段；另见 Alzery 诉瑞典(CCPR/C/88/D/1416/2005)，第11.8段。

<sup>43</sup> “国际保护”在这里不仅指难民法规定的保护，还包括人权法，以及如果适用，国际人道主义法规定的保护。

<sup>44</sup> 禁止酷刑委员会关于第3条的第4号一般性意见，第13段。见难民署，“国际人权法下的驱逐外国人”，讨论文件，2006年9月(可查阅 [www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf))，第15页，以及《欧洲保护人权与基本自由公约第四议定书》，第4条。

39. 在确定个案是否存在酷刑或虐待的真实风险时，主管当局应考虑所有相关因素，包括(如适用)所涉国家是否一贯存在严重、公然或大规模侵犯人权的情况。<sup>45</sup> 因此，在驱逐一个人之前，国家必须审查所有现有证据并进行个案评估，既要考虑更广泛的个人因素，也要考虑目的地国或领土的一般人权状况。就不推回而言，所涉人员或其家人曾经遭受的或在驱逐后将遭受的任何酷刑或虐待都表明该人有遭受酷刑的危险。<sup>46</sup>

40. 所需的风险评估要想有效，必须考虑到脆弱性，特别是可能影响一个人能否有效参与标准程序的已有的心理创伤。在庇护程序和类似风险评估依赖可信度评估的情况下，这一点尤其重要，因为已经证明，对遭受过心理创伤的人进行可信度评估会得出假阳性结果。每当有申请人就过去的酷刑提出可争辩的理由时，国家就必须根据公认的法医标准，如《酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的有效调查和文件记录手册》(《伊斯坦布尔规程》)中规定的标准，对其申诉进行审查。

41. 单凭国家法律或批准了人权条约并不能排除个人遭受酷刑或虐待的风险；<sup>47</sup> 确定这种风险的决定性标准始终都是受影响个人的具体情况和前景。这并不意味着风险来源必须是针对个人的，例如个人被污名化或个人的政党成员、族裔群体或社会少数群体成员身份，也可能是一种普遍的暴力情况导致个人面临真实的虐待风险。<sup>48</sup> 同样，系统性缺陷会导致“间接”推回(也称为“连锁推回”)的风险，即接收国会没有充分评估最终目的地普遍存在的风险的情况下，将被驱逐者进一步驱逐到另一个国家或领土。<sup>49</sup>

42. 各国必须本着诚意解释和适用不推回原则；因此，不得通过妨碍或破坏其目标和宗旨的法律或条例，不得实施这样的政策或做法，也不得与其他国家或非国家行为方缔结这样的协议，以此确保各国不采取他们知道或在当时情况下应该知道的任何将使移民遭受或面临其管辖和控制范围外犯罪者实施的酷刑或虐待或这类风险的行为或安排(A/HRC/25/60, 第 40-58 段)。虽然禁止推回的规定明确而直接，但一些国家在最近的移民政策中采取的一些做法透着故意不好好保护人们免遭酷刑和虐待的意味。

## 1. 接收条件故意刁难

43. 各国越来越多地对移民提出不必要、不相称和故意刁难的接收条件，迫使他们“自愿”返回原籍国，而不管他们是否需要不推回保护。这一做法可能包括以下措施：对非正常移民定罪、隔离和拘留、剥夺医疗、公共服务和适当的生活条

<sup>45</sup> 《禁止酷刑公约》，第 3 条第 2 款。

<sup>46</sup> 禁止酷刑委员会关于第 3 条的第 4 号一般性意见，第 28-29 段。

<sup>47</sup> 欧洲人权法院，Hirsi Jamaa 诉意大利，第 27765/09 号申诉，2012 年 2 月 23 日的判决，第 128 段。

<sup>48</sup> 欧洲人权法院，Ergashev 诉俄罗斯，第 49747/11 号申诉，2012 年 10 月 16 日的判决，以及 Sufi 和 Elmi 诉联合王国，第 8319/07 和第 11449/07 号申诉，2011 年 6 月 28 日的判决，第 217 段。

<sup>49</sup> 欧洲人权法院，MSS 诉比利时和希腊，第 30696/09 号申诉，2011 年 1 月 21 日的判决，第 357-359 段。另见禁止酷刑委员会关于第 3 条的第 4 号一般性意见，第 12 段，以及人权事务委员会第 31 号一般性意见，第 12 段。

件、故意将家庭成员分离以及拒绝提供或过度拖延身份确定或人身保护程序。此类故意的做法可能相当于“变相推回”，不符合诚意原则。

## 2. 重新接纳协定

44. 重新接纳协定是双边协定，允许各国将移民送到一个“安全”国家，而这个“安全”国家有义务接受(重新接纳)被送来的移民。重新接纳协定预先设立了一个允许不根据当时情况进行个案风险评估就驱逐移民的程序。因此，从定义来看，重新接纳协定绕过了正当程序权利，没有达到各国应采取的确保返回者不会遭受酷刑或虐待的程序性预防措施。此外，在实践中，各国经常不切实际地一概而论，例如自动将民主国家等同于“安全”国家，或者与已知实行连锁推回、甚至酷刑和虐待的国家签订重新接纳协定。在没有对每个移民进行个案风险评估的情况下，根据重新接纳协定做出的驱逐决定相当于集体驱逐，不符合禁止推回的规定。

## 3. 外交保证

45. 外交保证是双边政策工具，即接收国向驱逐国保证被驱逐者不会遭受酷刑或虐待，也不会被转移到他们可能遭受酷刑或虐待风险的另一个国家。外交保证通常采取不具有约束力的谅解备忘录的形式。即使这种保证具有约束力，并授予驱逐国监督和核查的权利，但驱逐国主要关心的通常是今后继续驱逐，因此查明侵权行为或采取执法行动的可能性极小。在实践中，外交保证的可执行性或强制力完全取决于所涉国家相互之间在具体的政治、经济或军事关系方面的私利。

46. 外交保证广受诟病，前任任务负责人(见 A/70/303, 第 69 段)、禁止酷刑委员会<sup>50</sup> 和民间社会都曾提出批评，<sup>51</sup> 称之为破坏不推回原则的漏洞，从法律和政策角度都有很大问题。首先，外交保证不应免除驱逐国进行严格和个案风险评估的义务。这种程序必须考虑到，在实践中，外交保证大多用于驱逐国已经严重担心接收国不遵守禁止酷刑和虐待规定的情况，而这种情况正是绝对禁止驱逐到该国的决定性标准。因此，在特定情况下希望使用外交保证通常说明该驱逐的可允许性堪忧，驱逐国几乎不可能证明不存在酷刑或虐待的“真实风险”。

47. 第二，即使接收国忠实履行外交保证，这些保证也反映了对接收国只会有选择地遵守禁止酷刑和虐待规定的预期，以及驱逐国对此的默许，从而严重危害了国际法的一项最基本的准则，并与联合国的原则和宗旨背道而驰。这种做法充其量可以产生一个防止酷刑和虐待的两级保护制度，即只有少数人受益于出于政治、经济或军事理由的外交保证下“加强的”事实上的保护，而根据适用的条约法和强行法对绝大多数人的保护将变得越来越具有选择性，从而严重削弱了禁止酷刑和虐待的普遍性，并最终削弱法治。

<sup>50</sup> 见 Agiza 诉瑞典(CAT/C/34/D/233/2003)，第 13.4 段，以及禁止酷刑委员会关于第 3 条的第 4 号一般性意见，第 20 段。

<sup>51</sup> 见大赦国际，*Dangerous Deals: Europe's Reliance on "diplomatic Assurances" against Torture*，伦敦，2010 年，人权观察，*Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*，2005 年。

48. 总之，外交保证对有选择地遵守禁止酷刑和虐待规定表现出的自满和默许意味令特别报告员感到震惊。此外，在有充分理由相信某人返回后会有遭受酷刑或虐待的危险的情况下，外交保证——甚至加上返回后监督机制——无法提供所需的保护，这是其本质决定的。

#### 4. 直接阻止抵达：“驱回”和关闭边界

49. 直接阻止抵达的措施由目的地国直接执行，或主动(“驱回”)或被动(关闭边界)。驱回是主动的行动，旨在通过直接或间接对移民的流动进行有效控制，实际阻止移民抵达、进入或停留在目的地国的领土管辖范围内。在海上，驱回主要通过拦截领海内外载有移民的船只，然后立即遣返原籍港，不进行或只在船上进行简单的保护需求筛查。在陆地上，驱回多发生在国际边界或靠近国际边界的地方，通常是边境官员威胁或实际使用武力，阻止移民接近或跨越边界，对于成功越过边界的人，先加以恐吓，然后将其送回出发国。同样，也没有对保护需求的筛查或只有简单的筛查。

50. 同样的目的也可以通过被动手段——关闭边界——来实现，即通过栅栏、围墙或壕沟等有形障碍，不提供可合理进入的大门或通道，以阻止未经允许的入境。关闭边界不同于以下目的的行动或设施：在不侵犯人权的基础上，管理或引导抵达的移民进入特定道路、地区或过境点，并确保安全、有序和定期处理。在实践中，关闭边界不是阻止入境的有效手段，反而助长偷运、犯罪和警察腐败，使非正常移民面临敲诈、暴力、性虐待和贩运风险。

51. 国际边界不是排除或免除人权义务的界限。特别是，根据难民法和人权法，不推回原则在任何时候都适用，即使是国家在境外、包括在公海上实施行动或扣留个人时。<sup>52</sup> 这项原则禁止在边境拒绝入境，以及其他迫使个人返回或留在其生命、身体完整或自由会受到威胁的领土上的措施。<sup>53</sup> 鉴于驱回和关闭边界的目的是对移民的实际流动实行有效控制，所以即使只是通过直接阻止移民向某一方向流动，从禁止驱回的角度来看，这类措施也可以说是将受影响移民纳入实施这类措施的国家管辖范围。

52. 驱回和关闭边界都相当于具有以下目的或性质的集体措施：剥夺移民寻求国际保护的权利，以及使其案件在针对个人的正当程序中得到评估的权利，因此不符合禁止驱回的规定。驱回和关闭边界对一些受影响移民可能面临的严重风险表现出完全的漠不关心，以一种应当被视为本身有辱人格的方式公然否定了他们的人格尊严。

53. 最后，驱回往往涉及短期拘留，移民在这段时间内受到边防人员的人身控制，并遭受酷刑或虐待。这些做法的目的是通过惩罚、恐吓、胁迫或歧视来达到威慑效果。特别报告员收到了许多关于驱回时打人、放狗咬人和在零度以下泼冷水的报告。即使在没有羁押的情况下，驱回也经常涉及使用或威胁使用不必要、

<sup>52</sup> 难民署，“关于 1951 年《难民地位公约》及其 1967 年《议定书》规定的不推回义务域外适用问题的咨询意见”，2007 年 1 月 26 日，第 43 段。见 CCPR/C/21/Rev.1/Add.13，第 10 和第 12 段。

<sup>53</sup> 《非洲统一组织关于非洲难民问题的某些特定方面的公约》，第二条第 3 款。另见禁止酷刑委员会关于第 3 条的第 4 号一般性意见，第 4 段。

过度或任意的武力。仅仅为了威慑或阻止他人进入一国领土而使用武力通常不能被视为合法、必要或相称的，因此很可能构成虐待、甚至酷刑(A/72/178, 第62(c)段)。

## 5. 阻止离境/间接阻止抵达(“拉回”)

54. “拉回”行动旨在实际阻止移民离开原籍国或过境国(挽留国)的领土，或在他们能够到达目的地的管辖区域之前强行将他们送回挽留国领土。拉回行动由挽留国或地方武装团体进行，或是独裁政权为了试图阻止居民逃离(阻止离境)，或是在希望阻止移民抵达的目的地的唆使下代表目的地国进行，这样目的地国就不必让自己的边境当局参与非法的驱回行动(间接阻止抵达)。

55. 从本质上来看，拉回行动阻止移民行使他们离开任何国家或领土、不被任意拘留、寻求和享受庇护，以及个人权利和义务在正当程序中得到确认的权利。此外，在拉回行动强行将移民留在面临酷刑或虐待的真实风险的情况下，目的地国对这种行动的任何参与、鼓励或协助都不符合关于诚意解释和执行禁止酷刑和虐待、包括不推回原则的规定。<sup>54</sup> 作为强行法的一部分，这些基本规定高于根据国内法或国际法(包括海洋法)可提出的阻止离境和入境的一切理由。最值得注意的是，虽然挽留国和提供支持的目的地国经常将拉回描述为人道主义行动，称其目的是从海上过度拥挤和不适航的船只上“营救”危难中的移民，防止他们踏上这种“不安全的旅程”，或“打击偷运者和贩运者的商业模式”，但有充分记载的现实是，被拦截的移民通常被送回出发港，一般被扣押在那里或被驱逐到不安全的第三国，不论哪种情况，他们都面临遭受酷刑和虐待、甚至死亡的巨大风险，而无法获得对其保护需求的任何评估或任何其他法律补救。

56. 国家应对可合法归咎于它们的国际不法行为或不作为负责，无论是通过直接定罪、承担共同责任还是作为共犯，也无论此种行为或不作为根据国内法是否合法。因此，国家不仅应对本国官员或在其指示和控制下的承办方或其他非国家行为方在境内和域外实施的侵权行为负责，而且应对故意帮助、协助、指挥、控制或胁迫其他国家实施国际不法行为的做法负责。<sup>55</sup> 特别是，故意提供指示、指令、设备、培训、人员、资金援助或情报信息以支持第三国开展非法的移民威慑或阻止行动的国家，应对这些侵权行为负有法律责任。这类行动由非国家行为方在其指示和控制下进行的，同样适用。

57. 总之，目的地国不能通过将移民控制行动外部化或委托给其管辖范围外的其他国家或非国家行为方来逃避自己的国际义务；相反，任何唆使、支持或参与都可能导致它们成为非法拉回行动和由此造成的侵犯人权行为(包括酷刑和虐待)的共犯或共同责任方。

<sup>54</sup> 见《维也纳条约法公约》，第26条和第31条第1款。另见《联合国宪章》，第1条第3款和第2条第1款，以及Nora Markard, “The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries”, *European Journal of International Law*, vol.27, No. 3, (August 2016), pp. 596-597, 606-607, 614-616.

<sup>55</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/40)，第1-11条和第16-19条。

## F. 与国际刑法有关的问题

58. 在世界各地，移民的人权受到广泛和严重的侵犯，不仅包括酷刑，还包括谋杀、奴役、驱逐和强迫转移、任意拘留、强奸、性奴役、强迫卖淫和其他形式的性暴力、迫害、强迫失踪、种族隔离和其他类似性质的不人道行为。在许多情况下，这些侵权行为是国家为阻止、惩罚或控制非正常移徙而采取的政策和做法的直接或间接结果。在另一些情况下，是由犯罪集团或当地居民的攻击行为造成的。这些侵权行为大多呈现出一种可谓系统性的程式化模式。

59. 鉴于这些侵权行为的规模和严重性及其与国家政策、做法和失误的因果关系，应当回顾，广泛或系统地侵犯最基本人权不仅涉及国家的法律责任，而且可能在国际和国内法院引起对危害人类罪和战争罪的个人刑事责任。这些罪行在习惯国际法、《国际刑事法院罗马规约》和许多国家法律制度中都有明确规定。<sup>56</sup>

60. 重要的是，认定犯罪“意图”并不要求酷刑和虐待是法律、政策或做法的预期目的或结果。根据《罗马规约》第 30 条，当实施者知道按照“事态的一般发展”，他们的行为或不作为将使人遭受酷刑和虐待时，即可以认定存在犯罪意图，而按照习惯国际法，认定犯罪意图的门槛更低，只要求实施者意识到他们的行为“很有可能”导致酷刑或虐待。<sup>57</sup> 此外，危害人类罪和战争罪不仅可以通过个人犯罪实施，也可以通过各种参与他人行为的方式实施，如共同犯罪、共谋、唆使、共同刑事责任和上级责任。<sup>58</sup> 如果一个人有法律义务在其影响范围内防止酷刑和虐待却没有这么做，则可能导致因不作为而承担刑事责任。最后，无论是官方身份<sup>59</sup> 还是上级命令<sup>60</sup>，都不能作为免受起诉的理由，战争罪和危害人类罪都是适用普遍管辖权的罪行，不受时效限制。<sup>61</sup>

61. 这些意见不仅将直接施加酷刑和虐待的官员、雇员、承办方或个人纳入普遍刑事责任的范围，还可能将立法者、政策、司法官员、军事和文职长官以及企业管理人员纳入普遍刑事责任的范围，他们负责制定、组织、协助、促进和实施法律、政策和做法，并负责与故意造成或维持这些侵权行为的实施环境的其他国家和非国家行为方作出安排。还包括以下应受惩罚的失职，即军事、文职和公司长

<sup>56</sup> 《国际刑事法院罗马规约》，第 7 条第 1 款和第 8 条。有关国际法和判例的数据库见 [www.legal-tools.org/](http://www.legal-tools.org/)。

<sup>57</sup> 见柬埔寨法院特别法庭，检察官诉 Kaing Guek Eav alias Duch，第 001/18-07-2007-ECCC/TC 号，2010 年 7 月 26 日的判决，第 481 段；卢旺达问题国际法庭，检察官诉 Nahimana 等人，案件号 ICTR-99-52-A，2007 年 11 月 28 日的判决，第 479 段；以及塞拉利昂问题特别法庭，检察官诉 Brima 等人，案件号 SCSL-2004-16-A，2008 年 2 月 22 日的判决，第 242-247 段。

<sup>58</sup> 见《罗马规约》，第 25 和第 28 条，以及禁止酷刑委员会关于执行第 2 条的第 2 号一般性意见(2007 年)，第 26 段。

<sup>59</sup> 《罗马规约》，第 27 条。

<sup>60</sup> 见同上，第 33 条；《禁止酷刑公约》，第 2 条第 3 款；以及禁止酷刑委员会第 2 号一般性意见，第 26 段。

<sup>61</sup> 见《罗马规约》，第 29 条；《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》、《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》，以及 Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, International Committee of the Red Cross (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2005), Rule 160。



官未能采取一切必要和合理的措施来预防、镇压、调查和起诉他们知道或应该知道的、他们的下属正在实施或可能要实施的罪行。

### 三. 结论和建议

#### A. 结论

62. 基于上述意见和考虑，并参考与利益攸关方的广泛磋商，特别报告员根据个人判断和想法，得出以下结论。

63. 最近，国家官员、犯罪分子和普通公民对移民实施的广泛和越来越系统性的侵犯人权行为不仅成为一项重大的全球治理挑战，而且已成为我们时代最大的人类悲剧之一。

64. 特别报告员赞扬世界各地的国家、国际组织、民间社会和普通公民为一视同仁地保护移民的人权和尊严并减轻他们的痛苦做出的广泛的个人和集体努力。

65. 特别报告员承认国家有对其国际边界行使管辖权的特权和义务，但回顾说，国家在行使管辖权时必须充分遵守人权法，包括绝对和不可克减地禁止酷刑和虐待的规定。

66. 世界各地的移民遭受大规模虐待——包括酷刑、强奸、奴役、贩运和谋杀——的主要原因既不是移民本身，也不是有组织犯罪或个别官员的腐败，而是因为各国越来越倾向于将官方移民政策和做法建立在威慑、定罪和歧视的基础上，而不是建立在保护、人权和不歧视的基础上。

67. 移民法律、政策和做法若故意或蓄意使移民遭受或面临可预见的酷刑或虐待行为或风险，或者故意或蓄意阻止他们行使旨在保护他们免遭此类虐待的附属权利，则绝对是非法的，并导致国家对造成的伤害负责，而不论相关酷刑或虐待行为是否直接为国家所为。此外，国家若未能尽职保护移民免受私人行为方的侵犯、惩罚犯罪者或提供补救措施，则构成默许或合谋实施酷刑或虐待。

68. 政策制定者及其他官员、企业管理人员和普通公民亲自参与制定、促进和实施此类政策和做法的，很可能构成共同实施、共谋或以其他方式参与危害人类罪或战争罪，因此，可能导致应根据适用的习惯法和条约法承担普遍刑事责任。

69. 以下建议旨在协助各国防止移民中的酷刑和虐待，并确保受害者获得保护、补救和康复，但大规模复杂的移民流动带来的全球治理挑战不可能由单个国家单独解决，只能通过多边合作解决，即根据可持续发展目标，确保国际和平与安全、人权、可持续发展、环境保护和法治。正在努力达成的难民问题全球契约和安全、有序和正常移民全球契约对国际社会在这方面迈出重要一步，是一个及时和重要的机会。

## B. 建议

70. 特别报告员承认不可能就移民政策的每一个相关方面提供详细指导，于是在任务负责人的一般性建议<sup>62</sup>的基础上，又提出以下建议，希望确保禁止酷刑和虐待的规定得到遵守，避免保护方面的漏洞，并防止移徙中的侵犯人权行为不受惩罚。

71. 为了保护移民免遭剥削和虐待，包括遭到犯罪分子、腐败官员和普通公民的剥削和虐待，各国应避免将其移民法律、政策和做法、公共宣传以及与其他国家或非国家行为方、包括公司行为方的协定建立在威慑、刑事定罪和歧视的基础上。相反，各国应注重在保护、人权和不歧视的基础上，发展安全、有序和正常移徙的可持续途径。

72. 关于尊重和确保的义务，各国应采取一切必要的立法、行政、司法和其他措施，确保移民不会因为国家的法律、政策、做法或不作为而遭受或面临酷刑或虐待行为或风险，或无法行使旨在保护他们免遭此类虐待的附属权利，如离开任何国家或领土、寻求和享受庇护和其他形式的国际保护、不被任意拘留以及个人权利和义务在适当程序中得到确认的权利。

73. 各国应避免采取强行、长期或无限期拘留移民的政策。任何与移徙有关的拘留都应作为例外措施，并与刑事司法系统有关的拘留实际分开。绝不能仅仅因为移民的非正常移民身份，或因为不能将其驱逐而对移民、特别是儿童实施拘留。对移民的拘留绝不应作为威慑、恐吓、胁迫或歧视手段，而应在人权法规定的范围内，遵守适用于国民的同等标准，包括合法性、必要性和相称性要求，在需要行政或预防性拘留的例外情况下，应定期审查。此外，拘留条件和待遇应始终符合国际标准，特别是《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》（《曼德拉规则》），同时应适当考虑到由于移民身份、年龄、性别、残疾、身体状况、之前的创伤或少数群体成员身份等因素造成的任何个人脆弱性。独立的国家、国际和非政府监督机制，包括民间社会、国家预防机制、防范酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚小组委员会、特别报告员以及——在武装冲突情况下——红十字国际委员会，应能充分进入所有可能拘留或收容移民的地方，包括境外船只、离岸设施和过境区。

74. 关于正当程序权，各国应允许移民提出国际保护要求，并让移民能够在提供必要程序保障(必须包括准确、可靠和客观的口译服务)的个体化、迅速和透明的程序中，就涉及其拘留、待遇或驱逐的任何决定，向公正和独立的主管司法或行政机关提出异议。

75. 各国应确保遭受酷刑或虐待的移民：能够通过适当筛查尽早得到确认；根据《酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的有效调查和文件记录手册》（《伊斯坦布尔规程》），获得对指称的过去创伤的独立医疗和心理评估；考虑到他们的心理创伤，有机会获得适当的身份确定程序；获得补救，包括尽可能完全复原；以及不会被驱逐到没有适当复原服务的国家或地区。复原可能需要寻找家人并与家人团聚，特别是对孤身或离散儿童和其他有特殊脆弱性的人而言。

<sup>62</sup> 见 [www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/recommendations.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/recommendations.pdf)。

76. 国家和移民工作的其他利益攸关方应建立可靠的代表性数据收集系统，以便更好地了解移民遭受酷刑和虐待的普遍程度、虐待的原因和具体情况、受害者的具体需求以及他们返回后的经历。为此，国家应建立有效保护个人权利的系统，例如在为识别和保护目的收集的数据与为执法和刑事司法目的收集的数据之间建立防火墙。

77. 负责确定难民身份和/或辅助国际保护资格的官员及其他人员在开展相关评估、识别和记录酷刑和虐待迹象时，应接受过适当培训，并应意识到专门针对酷刑和虐待风险的不推回保护是绝对和不可减损的，适用于所有移民，无论其是否有资格获得难民身份，也不考虑国家或公共安全因素。

78. 国家应避免未经个案风险评估就单独或集体驱逐、转移或立即拒绝移民，包括通过引渡或重新接纳协定、外交保证、关闭边界或驱回行动等方式。同样，国家应避免唆使、鼓励、支持或以其他方式便利或参与其他国家或非国家行为方的拉回行动，这类行动侵犯了移民寻求国际保护的权利。

79. 关于预防、调查和起诉的义务，各国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内发生任何酷刑和虐待行为，包括与偷运或贩运移民有关的行为，无论实施者是国家官员还是犯罪分子，或是二者都有。为此，国家应调查、起诉和惩处任何酷刑或虐待行为，包括这样的企图、共谋或其他形式的参与，并应为此与其他国家以及相关国际机制和组织合作。

80. 具体而言，世界各地有数百万移民遭受酷刑、虐待和其他严重侵犯人权行为，腐败和犯罪是直接原因，以威慑、刑事定罪、防止抵达和推回为目的政策和做法亦是直接或间接原因，鉴于这一现象的规模性、严重性和日益系统性，国家和国际刑事法院检察官应审查是否有必要对危害人类罪或战争罪进行调查。