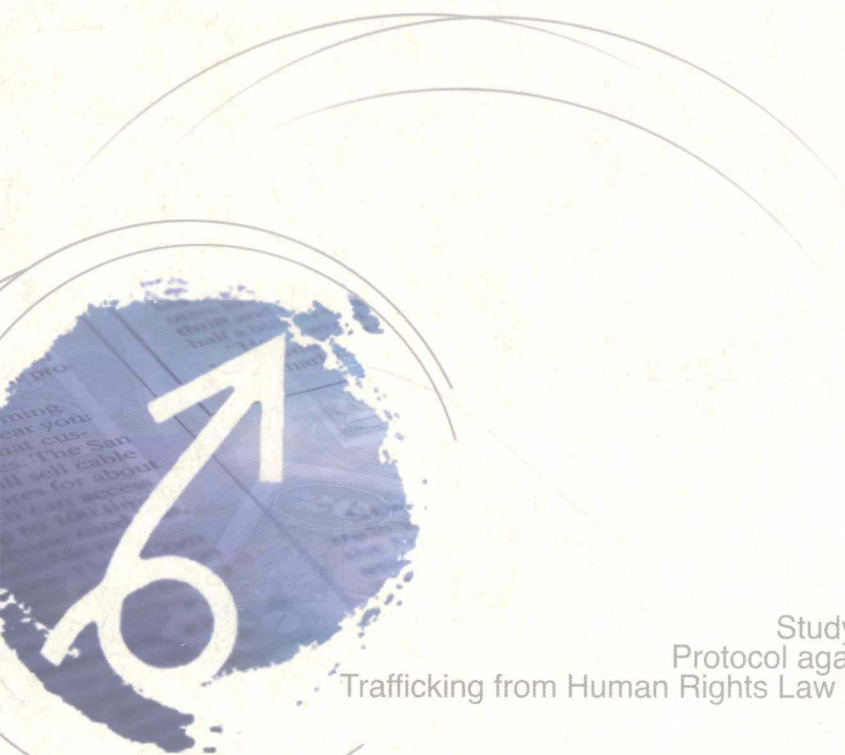




Study on the UN
Protocol against Human
Trafficking from Human Rights Law Perspective

《联合国禁止贩运人口议定书》研究 ——以人权法为视角

柳华文 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

《联合国禁止贩运人口议定书》研究

——以人权法为视角

Study on the UN
Protocol against Human
Trafficking from Human Rights Law Perspective

柳华文 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (C I P) 数据

《联合国禁止贩运人口议定书》研究：以人权法为视角/
柳华文著. —北京：社会科学文献出版社，2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5097 - 2816 - 1

I. ①联… II. ①柳… III. ①拐卖人口 - 跨境犯罪 - 研究
②人权 - 法律 - 研究 - 中国 IV. ①D997. 9 ②D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 216189 号

《联合国禁止贩运人口议定书》研究 ——以人权法为视角

著 者 / 柳华文

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 59367156 责任编辑 / 赵建波 关晶焱

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 杜绪林

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/20

印 张 / 13.4

版 次 / 2011 年 11 月第 1 版

字 数 / 239 千字

印 次 / 2011 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 2816 - 1

定 价 / 39.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

该书的出版获得救助儿童会及其捐资者的支持



该出版物所涉及的内容不代表欧盟的观点和立场！

This publication has been produced with the assistance of the European Union. The contents of this publication are the sole responsibility of author and can in no way be taken to reflect the views of the European Union.

序

每年，全球有数百万人成为人口贩运的受害者。作为一种有着古老渊源的犯罪形式，人口贩运为建基于尊重基本人格尊严和权利的现代法治所彻底否定。通识的进路，多将人口贩运问题放在加强刑事执法的语境下讨论，但以权利为基础的分析，则有助于将人口贩运回归到其根本，即对基本人权的全面侵犯，并相应要求国家责任来确保权利得到充分保障。

儿童是最容易遭遇人口贩运的脆弱群体之一。联合国《儿童权利公约》及其《关于儿童卷入武装冲突问题和关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》明确要求防止贩运儿童、保护易受影响儿童以及对儿童受害人提供支持。在遭遇贩运的情形下，儿童的生存、发展、受保护等各项权利以及儿童的最大利益原则都受到严重侵犯。其中，处于贫困际遇的儿童、流动儿童、失去家庭适当照顾的儿童等原本处于脆弱状态的群体，则往往更加容易成为贩运的对象，并因此遭受多重的权利侵害。在许多社会文化背景下，儿童是沉默的人群，难以发声诉请对自身权利的保障。关于禁止儿童贩运的政策、法律和实践，多以成年人的先见为基础，而少有照顾和参考儿童自身的认知和诉求。此外，国家儿童保护体系的缺乏或失范，则从根本上影响着防止和打击儿童贩运的持续成效。

儿童面临的上述困境，折射的是整个禁止人口贩运问题面临的相似困境。也正是将儿童贩运问题放在综合的人权保护视角之下，才促成了救助儿童会有幸对本书的支持。

对于救助儿童会而言，中国打击人口贩运政策法律与实践的整体性进步，是国家人权保护进步的重要组成部分，也将是儿童贩运问题得以根本解决的核心要素之一。2009年12月26日，中国批准加入了《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、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《联合国禁止人口贩运议定书》。值得注意的是，议定书中的“人口贩运”定义比中国现行法律中“拐卖”的定义要宽，并鲜明地包含了以受害人的人权及基本尊严为中心的意旨。这些都相应地对中国全面执行议定书提出了要求。然而，鲜有著述从人权法的角度，对中国现行法律与议定书之间的相容性进行仔细比对，更少有将比较法的观察结合到在地案例的分析与体系性思考。本书通过严谨的学术分析及与实践相结合的考察，对此进行了深入和有益的努力。作者除了对议定书的人权考量进行分析，更从如何完善国内法的问题入手，剖析了中国法律和基层现实的困境与可能的解决方案。由于作者具有深厚的人权法造诣及人文关怀，本书的视野也集中到最易受影响的人群，包括儿童，在法律中的定位及其在现实中与社会保护相接合的可能出路。这些案例的分析，最终也指向了对“软法之治”的讨论，即在妇女儿童这些在中国常用政策而非法律来调整的领域，需要综合的社会治理来支持“硬法”的改革，最终完成禁止人口贩运的使命。

这样的视角与救助儿童会的理念也是不谋而合的。作为全球最大的非政府、非营利儿童组织，救助儿童会以促进儿童权利的全面实现为己任，在全球超过120个国家工作。从20世纪90年代开始，救助儿童会开始在中国大陆开展项目，包括在云南、广西和新疆与当地政府和执法部门合作开展的反对拐卖儿童项目。在云南，2004~2011年间，救助儿童会的湄公河次区域反对拐卖儿童项目与当地政府，尤其是公安部门及妇联组织，以及中国驻外使领馆等部门合作，共成功从马来西亚和泰国等地遣返54名中国籍的人口贩运受害人。在对人

口贩运受害人的支持过程中，项目尤其秉承以儿童权利为基础的原则，仔细衡量对儿童最大利益的满足、对儿童身心发展特点和基本权利的保护，以及充分听取儿童的意见来制定最适合儿童的生活重建计划。

然而，目前中国尚未建立完善的国家儿童保护体系，社区层面缺乏熟悉儿童工作的专业社工，以及国家法律对“人口贩运”问题不同于国际条约的定义，使得如何更有效地从权利视角审视和提高中国禁止人口贩运工作的成效，成为救助儿童会及其合作伙伴共同面临的挑战和思考的命题。

本书的出版，将是《联合国禁止人口贩运议定书》在中国生效后，国内首部从人权法的视角对议定书的详细解读。这对于梳理国内法与国际法在“人口贩运”定义、原则和实践上对接的理论框架和实践范例提供了翔实基础。对于实务界而言，该书也有望成为支持议定书全面落实的宝贵指南。救助儿童会衷心希望藉由支持该书的出版，继续推动中国禁止人口贩运工作的进步，并使我们为之工作和奋斗的，并且已经成为我们工作最忠诚伙伴的中国儿童，从国家人权保护的持续发展中最终受益。

胡元琼

救助儿童会中国项目政策研究部主任

2011年10月

目 录

序	胡元琼 / 1
导言 反拐工作的新动向	1
第一章 人口贩运的历史脉络和当代挑战	7
第一节 人口贩运：历史与当代	7
第二节 联合国反对跨国犯罪的历程	23
第三节 基于议定书的后续行动	30
第二章 议定书的人权法基础	35
第一节 人权法是议定书的基础（序言）	35
第二节 人的尊严是禁止人口贩运的根本	41
第三章 三位一体的立法架构和人口贩运的新定义	50
第一节 议定书与联合国打击跨国有组织犯罪公约的 关系（第1条）	50
第二节 议定书的宗旨（第2条）	56
第三节 人口贩运的新定义（第3条）	61
第四节 议定书的适用范围（第4条）	71
第五节 缔约国的刑事定罪义务（第5条）	73

第四章 人口贩运被害人的保护	78
第一节 人口贩运被害人的帮助和保护（第 6 条）	78
第二节 人口贩运被害人在接收国的地位（第 7 条）	95
第三节 人口贩运被害人的遣返（第 8 条）	100
第五章 预防人口贩运的机制建设	108
第一节 预防贩运人口（第 9 条）	108
第二节 信息交换和培训（第 10 条）	114
第三节 边界措施（第 11 条）	120
第四节 证件安全与管制（第 12、13 条）	131
第六章 议定书的解释和适用	139
第一节 作为一个整体的国际法（第 14 条第 1 款）	139
第二节 不歧视原则（第 14 条第 2 款）	152
第三节 争端的解决（第 15 条）	155
第四节 签署、批准、接受、核准和加入（第 16 条）	162
第五节 生效（第 17 条）	169
第六节 修正（第 18 条）	172
第七节 退约（第 19 条）	176
第八节 条约保存及其文本（第 20 条）	180
第七章 中国与议定书	184
第一节 中国对议定书的批准和加入	184
第二节 议定书在中国的实施	188
第八章 加强我国反拐工作的思考和展望	204
第一节 反拐工作中的新亮点	205

第二节 议定书的三重影响·····	207
第三节 反拐工作与社会建设·····	209
第四节 反拐工作与“软法之治”·····	213
 结束语·····	 219
 参考文献·····	 221
 附录一 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、 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》·····	 232
 附录二 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、 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》(英文版)·····	 242
 后记·····	 255

导 言

反拐工作的新动向

从2010年下半年开始，我国互联网上微博的兴起成为社会发展中的一大亮点。^①其中，公众对人口拐卖案件的日益关注在互联网上有非常明显的反映。除了建立反拐和寻子网站以外，^②通过微博这一网络应用掀起的“微博打拐”成为新闻媒体上的热词，并引起社会的广泛反响。^③

-
- ① 微博是微博客的简称，是一个通过互联网，基于用户关系的信息分享、传播以及获取平台。用户可以通过电脑、无线移动手机等各种客户端，以140字左右的文字更新信息，并实现即时分享。最早的微博是美国的twitter，截至2010年1月，该产品在全球已经拥有7500万注册用户。2009年8月中国最大的门户网站新浪网推出“新浪微博”内测版，成为门户网站中第一家提供微博服务的网站。根据中国互联网络信息中心发布的《第28次中国互联网络发展状况统计报告》，截至2011年6月底，中国网民规模达到4.85亿，较2010年底增加2770万人。2011年上半年，我国微博用户数量从6331万增至1.95亿，半年增幅高达208%。微博在网民中的普及率从13.8%增至40.2%。从2010年底至2011年6月，手机微博在网民中的使用比例从15.5%上升到34%。互联网的发展，微博的应用，对公民知情权、参与权、言论自由等产生了极大影响。
- ② 比如，宝贝回家寻子网（<http://www.baobeihuijia.com/>）是宝贝回家志愿者协会建立的公益网站，在该网站登记寻亲信息及志愿者提供的所有寻人服务均不收取任何费用。而宝贝回家志愿者协会是已在民政部门正式注册的民间志愿者组织和非营利社会公益团体。
- ③ 参见单士兵《“微博打拐”验证民众智慧理性》，2011年2月10日第9版《人民日报》；邹德萍：《“微博打拐”全社会给力》，《人权》2011年第3期，第41~45页；等等。

“微博打拐”始于2011年1月25日，中国社会科学院学者于建嵘在新浪网设立了名为“随手拍照解救乞讨儿童”的专题微博。他号召全国网民凡是见到街头行乞儿童，就拍下来上网公布，该微博迅速吸引超过20万网友关注。此后一个月内，各地网友集体行动，拍摄并发布乞讨儿童照片超过7180幅，公安部打击拐卖妇女儿童办公室主任陈士渠以及北京市公安局等十四家公安部门陆续开通微博参与打拐，各类媒体及志愿者团体也不断加入。“微博打拐”持续升温，与政府强力打拐的努力相契合，在全国范围内掀起了一场打拐风暴。笔者惊喜地发现，社会终于被动员起来了，社会反拐终于就要成为现实了！虽然社会反拐的事业并不能够一蹴而就，而且社会反拐的声势需要在广泛领域内长期保持，但是，毕竟，社会的关注、参与，特别是对人口拐卖犯罪的不纵容、不容忍正是从根本上预防和打击人口贩运不可或缺的一环，如今这种关注和参与正在迅速成为现实。^①

“反对拐卖妇女儿童”，这是我国2008年1月1日正式实施的《中国反对拐卖妇女儿童行动计划（2008～2012年）》提出的新概念。它有别于以往单纯“打击拐卖妇女儿童”的概念，而是旨在建立集预防、打击、救助和康复为一体的综合性、长效工作机制。在这个工作机制当中，既需要有政府与司法机关的担负职责，更需要有非政府组织、个人等社会力量的积极参与。“微博打拐”让我们看到了新的工作机制形成并发挥作用的良好前景。可以说，我国的反对拐卖人口的工作正在进入一个新的阶段。

在这种新的反拐工作机制中，法律当然不可缺位。法律是政府和民间力量合力反拐的依据和武器。而这里说的法律，既包括国内法，也包括国际法。

我国政府历来反对人口拐卖犯罪，并且一贯通过法律严厉打击这种犯罪行为。但是，因为不同时间该犯罪的形式和特点有所不同，我国立法也几经修订。随着经济全球化和信息时代的到来，我国对外开放和交往的广度和深度越来越大，而跨国犯罪问题日益突出，特别是

^① 关于“微博打拐”带来的启示，详见本书第八章第三节。

人口拐卖犯罪也呈现组织化、国际化等新趋势。一方面,我国的现有立法是否能够全面而充分地应对新的社会形势的变化,有效打击犯罪、保护公民生命和人身权利,需要有新的审视和分析;另一方面,国际社会为打击新的跨国有组织犯罪特别是拐卖人口,已经建立了相应的国际法律标准、国际合作机制,我国已经参与了这种国际机制并批准了相关国际法条约,特别是在2009年12月26日全国人民代表大会常务委员会批准了《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、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》(Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 简称《联合国禁止贩运人口议定书》、《禁止贩运人口议定书》或者《巴勒莫议定书》),^①这对我国的国内立法和法律实施亦产生了直接而深远的影响。

笔者认为,《联合国禁止贩运人口议定书》是国际社会在打击跨国犯罪、应对共同挑战方面反复谈判和集思广益的结果。它既反映了各国预防和打击拐卖人口犯罪、保护被害人的决心,又确立了该领域反拐工作的国际法律规范。对于包括我国在内的缔约国来说,积极做好国内、国际的反拐工作,既是贯彻实施国内政策、宪法和法的需要,也是实施该议定书、履行国际法律义务的要求。

因此,新批准的议定书,以及相应产生的国际法义务,为我们审视和完善现有立法提供了有利契机。议定书中“人口贩运”的概念与我国立法中的相关概念有何异同?议定书要求缔约国采取的立法和

① 议定书作为联合国文件的文本索引号是40 ILM 335 (2001) / UN Doc. A/55/383 (Annex II, p. 53) / [2005] ATS 27。其在联合国的秘书机构是联合国毒品和预防犯罪办公室。它的中文简称在联合国官方文件中还曾称为《打击人口贩运议定书》、《反对人口贩运议定书》或者《贩运人口议定书》,并不统一。2000年12月12~15日联合国在意大利巴勒莫举行的高级别政治签署会议上开放《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、本议定书以及《关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》供签署,之后,本议定书通常也被简称为《巴勒莫议定书》。笔者采用的《禁止贩运人口议定书》是为了让更多的人能够迅速领会本议定书的主题;另外,在有的联合国文件中将《联合国打击跨国有组织犯罪公约》称为《巴勒莫公约》,这样一来读者也容易混淆。

其他措施,对我国国内反拐立法和工作机制会产生什么样的影响?虽然从总体上或者本质上说,议定书的宗旨、目标和规则与我国立法是相通和一致的,但是议定书中人口贩运的犯罪概念远比我国刑法中的相关罪名定义宽泛得多,它在工作机制和国际合作等方面的规定也值得我们对照国内情况进行比较和研究。这是做好国内法和国际法衔接的需要,更有利于进一步完善我国的反拐立法以及建立反拐工作机制。

我国刑法学界的学者已经提出,刑法应该从国权刑法迈向民权刑法。刘仁文研究员指出:“刑法长期以来被认为是人民民主专政的刀把子,是打击犯罪的锐利武器。而一说到犯罪,又似乎就是公民个人破坏国家和社会的公共利益。但这其实只是刑法的一面,它的另一面是:刑法还是保障人权的大宪章,而犯罪也包括国家机关等公共部门对公民个人权益的侵犯。”^①

笔者认为,以2009年4月13日我国政府公布首个《国家人权行动计划(2009~2010年)》为标志,我国的人权主流化进程也已经起步并逐渐走向深入。包括刑法在内的不同法律部门的发展,同样在“尊重和保障人权”的宪法原则的基础上,受到加强人权保障趋势的深刻影响。

其实国际法上国际刑法的发展又何尝不是如此?随着国际社会人权主流化趋势的日益推进,国际刑法以及与其有密切关系的国际人道法和国际人权法已经有了相当明显的交叉和融合。^②

《禁止贩运人口议定书》不仅仅是法律规范的编纂,更体现了国

① 刘仁文:《从国权刑法迈向民权刑法》,2011年2月16日第10版《法制日报》。与此相关,还有学者提出了民生刑法的概念,见卢建平《加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡》,《法学杂志》2010年第12期,第10~13页。

② 国际和国内学者对国际刑法的性质还没有统一的看法。来自中国的联合国前南斯拉夫刑事法庭刘大群法官在他的论文中认为,国际刑法是国际法的一部分,至少包括了国际人权法、国际人道法和国际法上的战争法等内容。参见陈泽宪主编《当代中国国际法研究》,中国社会科学出版社,2010,第164~166页;刘大群:《论国际刑法的法理渊源及对传统国际法的冲击》,赵秉志、卢建平主编《国际刑法评论》第1卷,中国人民公安大学出版社,2006,第66~69页。

际社会对拐卖人口犯罪本质的新认识。拐卖人口犯罪之所以人神共愤，不可容忍，就在于它从根本上否定了人固有的尊严，将人视为商品或者工具，严重侵犯了基本人权。面对许多地方被拐卖的儿童和他们痛苦不堪的家庭、街头被强迫乞讨的人、农村被卖为人妻的妇女、黑砖窑被囚禁的奴工、黑医院以欺骗手段进行的器官移植等，谁能说，《禁止贩运人口议定书》所涉及的问题不是人权事项？当然，从人权法的视角解读议定书，也要关注犯罪嫌疑人和罪犯的人权保护，不论他们是否罪恶滔天。而这更需要整体地理解国际人权法，从更多的国际人权文书中获得支持。但无论如何，理解和实施议定书，应该具有人权的视角，充分认识反对人口拐卖犯罪的法理和道义基础，兼用打击犯罪和保障人权的工作思路和机制，发挥政府的主导作用和社会参与的基础作用。

在推动《禁止贩运人口议定书》实施的过程中，联合国经济与社会理事会提出了“人权至上原则”（Principle of the Primacy of Human Rights）。根据该原则，被贩运者的人权应处于为预防和打击贩运以及保护、帮助和救济被害人而做出的所有努力的核心；打击人口贩运措施不应使人权和人的尊严特别是被贩运者、移民、无陪伴和分离的儿童、国内流离失所者、难民和寻求庇护者的权利受到不利影响。^① 响应此种呼吁，欧洲委员会 2005 年通过的《欧洲打击人口贩运公约》就是典型的以被害人为中心制定的多边条约。它强调性别平等、人性尊严和人的完整性。要求各国协助被害人在其生理、心理方面进行社会重建与恢复。甚至如果被害人参加审判将危及他们的生命和安全时，可以不处罚触犯法律的被害人。^② 至少可以这样说，解决贩运人口问题的人权路径，已经受到国际社会的高度重视。

本书对《禁止贩运人口议定书》的研究侧重于从人权法的视角解读这一以预防和打击跨国人口贩运犯罪、保护被害人和国际合作为

^① 《建议的人权与贩运人口问题原则和准则》，E/2002/68/Add.1，2002，准则 1。

^② CETS No. 197，序言，第 12、26 条。

核心议题的议定书，并主要结合我国反对人口拐卖的实践进行分析，以期对我国了解和实施该议定书，进一步完善国内立法，促进法律实施，特别是加强反对拐卖人口的工作有所助益。

当然，笔者认为，联合国《禁止贩运人口议定书》强调对贩运人口问题采取综合办法，这种办法针对犯罪的所有方面并在刑事司法与被害人权利保护之间保持平衡。正如来自国际劳工组织的研究报告显示：自《禁止贩运人口议定书》通过以来，来自区域性和国际机构的专家报告、政策陈述和宣言对贩运这一概念本身、对被害人的性别身份或对反贩运行动的主要内容仍反映出不同看法，“执法和边境控制”方法常常与“人权和被害人为中心”的方法区分开来；然而，渐渐地人们越来越接受了这样的观点，即有效的打击贩运的行动必须将所有这些方法中的要素结合起来。^①

为了方便，本书在篇章架构上基本照应《禁止贩运人口议定书》的章节和条文顺序，在目录名称上则根据实质性内容进行了新的提炼，使用自设的题目。但是文中均在有关章节的开头引用相关条文原文，并在书后附上该议定书的中、英文文本。

在本书的写作过程中，得到了许多师友，包括来自国家政府部门、司法机关、国际组织驻华机构、国内外的非政府组织合作者的热情支持和帮助，在此深表谢意。

因为水平有限和时间仓促，特别是其中的一些个人评论和意见，难免有疏忽和遗漏，敬请读者批评和指正。

柳华文

2011年9月10日于北京

^① 国际劳工组织：《反强迫劳动全球联盟综合报告》，根据《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》的要求编写，国际劳工大会第九十三届会议，报告 I (B)，2005，第 19 页。

第一章

人口贩运的历史脉络和当代挑战

第一节 人口贩运：历史与当代

为中国人熟知的人口拐卖概念，其实是一个颇为复杂的法律概念，也是一个困扰学者、立法者、决策者同时也经常给社会公众带来困惑的概念。究其原因，主要在于不论中文还是外文，相关术语已经难以准确、全面地概括社会生活中这一犯罪所包含的各种行为。

我国现行 1997 年刑法中只有“拐卖妇女儿童罪”的规定。从对象上看，对超过儿童年龄的男子的拐卖就不能被包括进去。生活中拐卖男子的案件亦有发生。更重要的是，成年男子遭受类似“黑砖窑”式的强迫劳动甚至是奴役等情况，在我国于 2009 年决定加入的《联合国禁止贩运人口议定书》的定义下同样属于人口贩运，如果据此修订我国刑法中的拐卖罪名，男性受害者就绝非罕见了。这样一来，其实我国 1979 年刑法中“拐卖人口罪”的罪名更为妥当。就中文的字面意思来讲，“拐卖”主要包括引诱、欺骗、强迫、抢夺、买卖等含义。至于议定书的定义中所包括的强迫劳动、性剥削、器官移植以及非法输送、包庇、藏匿等一系列内容，都很难从该词汇本身中获得表达。

《禁止贩运人口议定书》的中文本使用的“人口贩运”概念与