

移民法

从国际移民法视角看中国出入境中介机构法

刘国福

【内容提要】 中国过去 28 年持续快速的发展直接刺激了出境人数的增长, 出入境中介机构应运而生, 出入境中介机构法在规范出入境中介机构行为、帮助中国公民获得外国签证方面发挥了重要作用。但是出入境中介机构法的体系和内容存在着许多问题, 这些问题制约了出入境中介机构的进一步发展, 影响了民间国际交往的广度和深度。本文从分析出入境中介机构法的背景入手, 全面回顾了出入境中介机构法的发展, 进而具体阐述出入境中介机构法存在的问题, 最后对如何完善中国出入境中介机构法提出了若干建议。

【关键词】 出入境 中介机构 管理 移民法

从 20 世纪 90 年代开始, 中国陆续颁布了一系列法律、法规、规章, 用以规范出入境中介机构, 到 21 世纪初, 中国初步形成了出入境中介机构法。这是一个新兴的部门法。从国际移民法的视角上看, 中国出入境中介机构法是一个国别的出入境中介机构法, 需要遵循国际移民法的一般原则。

中国出入境中介机构法在规范出入境中介机构行为、维护出国人员权益、帮助中国公民获得外国签证等方面发挥着重要作用, 但是受政治、经济、文化和法律等因素的影响, 出入境中介机构法的体系和内容非常独特, 既有别于世界上其他国家和地区的出入境中介机构法, 例如越南境外就业服务企业法、台湾移民服务组织法、澳大利亚注册移民代理法和菲律宾海外劳工招聘法等, 也不同于中国的其他中介机构法, 例如房地产经纪法、律师法和保险代理法等。同时, 该法存在着许多问题, 这些问题制约了出入境中介机构的发展, 影响了民间国际交往的广度和深度, 不利于中国人克服其他国家特别是发达国家的“签证壁垒”障碍。因此, 我们需要对出入境中介机构法做系统的分析和研究。

作者简介: 刘国福, 哲学博士(悉尼科技大学), 汕头大学法学院副教授, 研究方向: 移民法、英美法。

本文基于国际移民法的一般理论,以及在中国和西方出入境中介机构的工作经验,运用批判性的研究方法,论述:(1) 出入境中介机构法的建立背景;(2) 出入境中介机构法的历史发展;(3) 现行出入境中介机构法存在的问题;(4) 完善出入境中介机构法的建议。

一、 出入境中介机构法的建立背景

出入境中介机构法是以出入境行政管理学和法学为理论基础,规定出入境中介机构及其行为的法律规范的总称。出入境中介机构是持政府颁发的经营许可证,为中国公民因私出国学习、定居、探亲、访友、继承财产、工作、旅游、培训等其他非公务活动,提供信息介绍、法律咨询、沟通联系、境外安排、签证申办及相关服务的机构。中国出入境中介机构包括自费留学中介机构、因私出入境中介机构、境外就业中介机构、对外劳务合作经营公司、国际旅行社、境外培训中介机构、人才中介机构等七种,分别由教育部、公安部、商务部、劳动和社会保障部、国家旅游局、国家外国专家管理局、人事部等管理。

由于经济的高速增长而使因私出境人数激增,自 20 世纪 90 年代,中国出入境中介机构开始了迅猛发展。1978 年以前实行的封闭政策,限制了国人对外国的理解,更重要的是,各国移民法在二战后呈现出复杂化的趋势,再加上语言障碍、法律制度差异和一次申请签证不成功对以后申请签证的实质性负面影响,中国人自己申请因私签证成功的概率很小,亟需专业性的机构提供服务。2003 年,近 70% 的自费中国留学生签证是通过留学中介机构办理的,^[1]1998—1999 年,52% 的新西兰定居签证在境外递交,在中国递交的定居签证申请全部是通过因私出入境中介机构办理的。^[2]

与出入境中介机构迅猛发展不相适应的是,出入境中介机构法还未建立起来,损害出国申请人权益的事情时有发生。为了解决出入境中介机构市场混乱所引起的问题,2000 年,国务院颁布了《关于加强管理出入境中介机构活动的通知》,并将其作为整顿和规范市场经济秩序的一部分。时任国务院总理朱镕基在 2002 年政府工作报告中指出:“大力整顿和规范市场经济秩序,是加入世贸组织、对外开放迈出新步伐的必然选择。”^[3]他还强调:“必须整顿和规范中介服务机构。”^[4]客观情况要求中国政府用法律手段规范出入境中介机构行为。

二、 出入境中介机构法的历史发展

中国目前没有一部统一的出入境中介机构法。出入境中介机构由不同的政府部门管理,负责的政府部门分别制定了相应的行政规章,形成了自费留学中介机构法、因私出入境中介机构

[1] “Ministry Website to Rate Intermediaries”(政府部门网站评价中介机构),2003 年 7 月 28 日《中国日报》, http://www.chinadaily.com.cn/en/doc/2003-07/28/content_249602.htm <2006 年 10 月 15 日>。

[2] Hon Dalziel, Lianne, the Minister of Immigration, 新西兰移民部部长:“Options for Setting Enforceable Standards for Immigration Consultants”(关于实施移民顾问强制性标准的几点意见),2000 年 8 月 28 日, http://www.cab.org.nz/issues/policy/Immigration_Consultants_submission.html (2006 年 10 月 15 日)。

[3] 朱镕基,时任国务院总理:《2002 年政府工作报告》第 2 段第 4 部分(2003 年 3 月 16 日), <http://www.fmprc.gov.cn/eng/26804.html> <2003 年 7 月 19 日>。

[4] 朱镕基,时任国务院总理:“Report on the Work of the Government (2002)”(2002 年政府工作报告), (2002 年 3 月 16 日), http://english.gov.cn/official/2005-07/29/content_18337.htm <2006 年 10 月 15 日>。

法、境外就业中介机构法、对外劳务合作经营公司法、国际旅行社法、公费境外培训中介机构法和中外合资人才中介机构法等多部中介机构法平行并存的局面。本文首先对出入境中介机构法的七个部分分别予以扼要阐述。

(一) 自费留学中介机构法

自费留学中介机构是指被授予《自费留学中介服务机构资格认定书》，提供指定国家的教育机构信息，为中国公民办理留学申请、护照申请和签证申请服务的中介机构。^[5]截至2006年，中国已有396家经认证的自费留学中介机构。^[6]政府对自费留学中介机构的管理经历了禁止、允许非赢利性机构到允许赢利性留学中介机构运营的过程。

1987年，为了保护中国教育主权，并避免自费学生被在中国境内招收留学生的国内外中介机构和个人所蒙骗，国家教委公布《关于国内外组织和个人不得擅自在我国招收自费出国留学人员的通知》，开始允许非赢利性留学咨询机构向中国公民提供留学咨询服务。《通知》第4条强调，没有国家教委的许可，任何机构和个人不能为外国教育机构发布招生广告。非赢利性留学咨询机构限于国有，而且数量很少。未经国家教委许可，自费留学者通过中介机构或个人递交的护照申请将不被接受。1998年以前，上海市政府只批准了1家自费出国留学中介机构提供非赢利性服务。^[7]

1999年，为了满足人们日益增长的留学需求和切实保护留学申请人的权益，教育部、公安部和国家工商行政管理总局联合颁布了《自费留学中介机构管理规定》及其实施细则，建立了自费留学中介服务机构资格认定制度，允许任何具有企业法人资格的教育机构或教育服务机构申请建立中介机构。管理规定还要求，合法的留学中介机构必须接受政府的管理和监督。同时，各省依照上述《管理规定》和当地情况，颁布了地方性管理办法，如北京市1999年所颁布的《自费留学中介机构管理办法(试行)》。

2002年，针对有些留学中介机构违规经营，例如转借资质、编造假材料、擅自开展未经确认的出国留学项目、发布虚假广告等，越范围经营，或在没有许可证的情况下提供服务等现象，^[8]教育部颁布了《关于进一步规范自费出国留学中介活动秩序的通知》。《通知》规定，各省对本行政区域内的留学中介机构开展行动，清理非法经营留学代理业务的中介机构。

(二) 因私出入境中介机构法

因私出入境中介机构是指取得《因私出入境中介机构经营许可证》，为中国公民赴指定国家定居、探亲、访友、继承财产和进行其他非公务活动，提供信息介绍、法律咨询、沟通联系、境外安

[5] 根据1999年《自费出国留学中介服务管理规定》第3条，1999年《自费出国留学中介服务管理规定实施细则》第2-5条，设立自费出国留学中介机构须满足如下条件：(1)具有法人资格的教育机构或为中国公民接受教育提供相关服务的教育服务性机构；(2)法定代表人应当是具有境内常住户口的中国公民；(3)工作人员必须熟悉我国和相关国家教育和自费出国留学的法律法规和政策；具有大学专科以上学历、具备外语、法律、财会和文秘专业资格的工作人员不得少于5名；(4)与国外教育机构已建立稳定的合作与交流关系，并已直接签署有效的合作意向书或合作协议。(5)有至少50万元人民币的必备资金(约60.460美元)。

[6] 教育部涉外教育监管网：《以下为已领取资格认定书的自费留学中介服务机构名单(截至2006年10月13日)》，<http://www.jsj.edu.cn/mingdan/009xuhao3.html> (2006年10月15日)。

[7] 苏会宇、李一然主编：《因私出入境必读》，上海：文汇出版社，1998年，第3-4页。

[8] 据新华网的新闻报道，2001年北京有309家留学中介机构，仅46家有《自费出国留学中介服务机构资格认定书》，一家受处罚的注册中介机构向其他40多家中介机构非法转借资质。所以，相关方的权益仍经常被侵犯。

排、签证申办及相关服务的机构。^[9]2002年4月,28个省份的658家机构取得了《因私出入境中介机构经营许可证》,其中北京、上海、广东的中介机构共占39%。^[10]政府对因私出入境中介机构的管理经历了从禁止到允许的过程。

1995年,公安部颁布《关于坚决制止非法从事招徕移民活动的通知》,政府禁止任何机构提供因私出入境中介代理服务,这种情况一直延续到2002年。^[11]然而,随着经济的发展,社会对出境定居或因私出境访问服务的需求越来越强烈,出入境中介机构无序地提供着服务,一些公民的权益受到了侵犯。

2001年,公安部、国家工商行政管理局联合颁布了《因私出入境中介机构管理办法》,办法规定了中介机构的设立和经营以及对备用金的管理和使用。国家工商行政管理局颁布了《国家工商行政管理局关于管理因私出入境中介机构广告的通知》,中介机构广告必须在发布之前报中介机构所在地的省级工商管理部门或被授权的市级工商管理部门审批,否则不得发布无批准文件的广告。此外,各省制定了上述《管理办法》的实施细则,如2002北京市《因私出入境中介机构管理办法实施细则(试行)》。

(三) 境外就业中介机构法

境外就业中介机构是指已取得《境外就业中介许可证》,向中国公民提供如下服务的机构:境外就业信息、咨询;为境外雇主推荐所需的招聘人员、签署雇佣合同;协助境外就业人员办理出境所需的护照、签证;为境外就业人员进行出境前技术和语言培训;为境外就业人员代办社会保险;协助境外就业人员通过调解、仲裁、诉讼等程序维护其合法权益。^[12]截至2000年12月,中国有46家获得认证的境外就业中介机构,其代理的在国外工作的劳务人员超过了80,000名。^[13]境外就业中介机构是国有企业。如果境外就业中介机构拟提供外派海员中介服务、外派劳工到香港地区中介服务或外派劳工到澳门地区中介服务,则须另外申请外派海员经营权^[14]、

[9] 因私出入境中介机构实际上主要提供与出国有关的签证申办服务,作者认为,“因私出境中介机构”更能体现此类机构的特点,但是为了与官方称谓保持一致,便于读者阅读相关文章,本文仍沿用“因私出入境中介机构”。

[10] 根据2001年《因私出入境中介活动管理办法》第5条25款,设立因私出入境中介机构须满足如下条件:(1)符合企业法人设立的条件;(2)法定代表人应当是具有境内常住户口、完全民事行为能力的中国公民,符合企业法人登记管理的有关规定,且未因犯妨害国(边)境管理秩序罪受过刑事处罚;(3)有熟悉我国和相关国家出入境法律、法规和政策的工作人员,工作人员不得少于5名;主要工作人员应当具有大学专科以上学历,未因犯妨害国(边)境管理秩序罪受过刑事处罚。其中应当有具备专业资格的外语、法律、财会人员;(4)已建立保证中介活动正常运行的规章制度,落实管理、责任人员;(5)与外国相关出入境服务机构已建立合作与交流关系,直接签署有效的合作意向书或者合作协议;(6)当具有不低于50万元人民币的备用金。

[11] 公安部1995年《关于坚决制止非法从事招徕移民活动的通知》前言规定:“我国内一些单位和个人,与境外所谓‘移民专家’或‘移民服务机构’相互勾结,未经国家主管部门批准,擅自经营‘投资移民’、‘商业移民’和‘技术移民’等活动,非法招徕组织国内公民移居国外,从中渔利,少数‘蛇头’也混在其中,借机从事组织、运送非法移送非法移民活动。”

[12] 根据2002年《境外就业中介管理规定(修订)》第5条,设立境外就业中介机构须满足如下条件:(1)符合企业法人设立的条件;(2)具有法律、外语、财会专业资格的专职工作人员,有健全的工作制度和工作人员守则;(3)备用金不低于50万元(约60,460美元)。

[13] 经济合作与发展组织:“Migration and the Labour Market in Asia: Recent Trends and Policies”(亚洲移民与劳务市场:近期趋势与政策),法国巴黎 Cedex: 经济合作与发展组织出版服务总部,2001年,第130页。

[14] 1995年《关于外派海员办证、出境管理工作的通知》第1条,1995年3月30日对外贸易经济合作部、公安部 and 交通部发布,自发布之日起施行。

输澳门劳务经营权^[15]和输香港劳务经营权^[16]。

1992年《境外就业中介机构管理规定》是第一部规范境外就业中介机构的法规,法规要求所有境外就业中介机构在未取得劳动部许可的情况下不得提供中介服务。但是,一些被批准的中介机构存在着违法行为,比如参与组织非法移民、输送青年妇女去国外从事色情活动等。鉴于这种情况,1995年,劳动部颁布了《劳动部关于禁止境外就业非法活动的通知》。^[17]2000年,劳动和社会保障部颁布了《关于管理境外就业的通知》,重申了中介机构的设立条件和经营标准,并要求对所有中介机构进行一次清理整顿。^[18]2002年,劳动和社会保障部、公安部、国家工商行政管理总局联合颁布了《境外就业中介管理规定(修订)》。该规定明确了中介机构的设立程序、管理、经营范围、责任和义务,签订的境外就业中介服务协议书和境外就业劳动合同报批备案,境外就业中介服务广告的审批,中介机构年审以及备用金等一系列制度,并要求隶属地方政府的中介机构必须脱离与政府的关系。

(四) 对外劳务合作经营公司法

对外劳务合作经营公司是指经对外贸易经济合作部许可,持有《对外经济合作经营资格证书》,提供劳务出口服务的企业。^[19]对外劳务合作经营公司按照与外国签订的合同,组织并派遣合同劳工赴境外就业,并负责境外就业的合同劳工的管理工作,收取代办护照、签证服务费用。^[20]到1998年,境外工程全部收入超过11亿美元。^[21]对外劳务合作经营公司是出入境中介机构中被法律规范得最早的一类出入境中介机构。

1990年,对外贸易经济合作部、劳动部、公安部 and 外交部联合颁布《关于外派劳务人员出国审批手续和办理护照的暂行办法》,该《办法》第3条规定:“组织对外派遣劳务人员的单位必须是经过经贸部批准,并经工商行政管理部门核发营业执照的具有对外承包工程和劳务合作经营权的公司。”第4条规定,外派单位必须持有外派劳务人员许可证及与外方签订的合同,方可组织派出劳务人员。第5条规定,未经副省级政府下属对外经济合作管理机构批准,不得派遣劳务人员出国。

[15] 1998年《对澳门地区开展普通劳务合作管理办法》第4条,对外贸易经济合作部、国务院港澳事务办公室发布,自发布之日起施行,外经贸合发第[1998]430号。

[16] 1996年《对香港地区开展劳务合作管理办法》第6条,1996年9月5日对外贸易经济合作部、国务院港澳事务办公室发布,自发布之日起施行,外经贸合发第605号;2000年《对香港特别行政区开展高级劳务合作管理暂行办法》第4条,2000年12月25日对外贸易经济合作部发布,自发布之日起施行,外经贸合发[2000]660。

[17] 依照该《通知》相关规定,必须禁止非法中介服务,特别是以工作名义非法输送青年妇女去国外从事色情活动。违法者将被严格调查并处以惩罚。不同级别的劳动管理部门还被要求加强对境外就业中介机构试点项目的管理、检查和监督。

[18] 采取措施如下:对持有《境外就业中介许可证》的企业进行清理,审验不合格的,注销其经营许可证。通过媒体向民众传递境外就业国的劳务政策、境外雇主对劳工的要求,以及境外就业中介机构的服务标准,以增强民众识别非法境外就业中介机构的能力。开通公共热线,鼓励群众举报非法境外就业活动;调查并解决举报的问题。

[19] 设立对外劳务合作经营公司和出国培训中介机构在申请人的性质和所有权方面须满足特定的条件。依照1993年《关于事业单位、社会团体组织派遣团组和人员赴国(境)外培训资格认定的暂行规定》第4条的规定,申请人必须是已从事出国培训工作3年以上的事业单位或社会团体。依照1993年《对外劳务合作暂行管理办法》第7条的规定,申请人必须是大型全民所有制工业企业,有对外输出劳务的实绩。

[20] 2002年《派出海外劳工手续管理办法(修订)》第8条,根据1996年《派出海外劳工手续管理暂行办法》制订,2002年4月1日对外贸易经济合作部发布,自发布之日起施行,国务院批准。

[21] Biao, Xiang: “Emigration from China: A Sending Country Perspective”,(来自中国的移民:一个输出国的观点)美国“International Migration”(《国际移民》),第41卷第3期,2003年9月1日,第21-48页。

1996年,对外贸易经济合作部颁布《办理外派劳务人员出国手续的暂行规定》,该暂行规定除强调《外派劳务人员许可证》制度外(第4条),还要求建立健全对外派劳务人员实施出国前适应性培训的制度(第20条)。2002年,对外贸易经济合作部颁布了《办理外派劳务人员出国手续办法》,进一步简化劳务人员出国审批手续,由公安部门统一负责外派劳务的审批,不再审查海外项目的真实性,取消对跨地区、跨部门选派和分别申请普通因公护照和因私护照的限制。

(五) 国际旅行社法

国际旅行社是指取得《旅行社经营许可证》,从事国际旅游业务的旅行社。国际旅行社为旅游者代办出境、入境和签证手续,招徕、接待旅游者出国旅游,为旅游者安排食宿等。^[22]国家旅游局副局长孙钢介绍,截至2006年5月,已有124个国家和地区成为中国公民组团出国(境)旅游目的地,其中84个国家和地区已经正式实施中国公民旅游目的地协议。^[23]出境旅行的中国游客总数从1997年的532万人次上升到了2005年的3102万人次。^[24]

1985年《旅行社管理暂行条例》和1996年《旅行社管理条例(修订)》规定,申请《旅行社经营许可证》必须交纳质量保证金,购买质量保险。这两部规定是出入境中介机构法中最早规定保证金、强制性服务标准、经营许可证、政府监督的法规。此后,其他类别的出入境中介机构法规借鉴了这些规定。2003年,中国完全解除了外商投资国际旅行社的限制。根据2003年《设立外商控股、外商独资旅行社暂行规定》第3条第4款,年旅游经营总额4000万美元以上外国投资者,可以申请设立旅行社。1997年《中国公民自费出国旅游管理暂行办法》和2002年《中国公民出国旅游管理办法》强调,国际旅行社有维护旅行者合法权益,并确保他们全部且及时回国的责任和义务。

(六) 公费境外培训中介机构法

公费境外培训中介机构是指取得《境外培训中介机构许可证》,选派技术人才去其他国家和地区,包括香港、澳门、台湾地区进行公费培训,并协助被选派者申请护照和签证的机构。1978年至1993年间,国家外国专家局亲自办理公费境外培训事务。国家外国专家局强调,未经授权的代理机构不得组织人员参加任何形式的海外公费培训课程,违者将受到处罚,^[25]禁止以赢利为目的组织派遣人员境外培训。^[26]境外培训中介机构分为全国性境外培训中介机构和地区性境外培训中介机构,分别隶属于国务院部委和地方政府。截至目前,共有20家全国性境外培训中介机构,每年约4万人次被派往国外培训。1978年起至今,45万人次被派往国外培训。^[27]

[22] 根据2002年《旅行社管理条例(修订)》第6、8、27条,设立国际旅行社须满足如下条件:(1)有固定的营业场所;(2)有必要的营业设施;(3)有经培训并持有省级以上人民政府旅游行政管理部门颁发的资格证书的经营人员;(4)国际旅行社,注册资本和质量保证金分别不得少于150万元人民币和100万元人民币;中外合资经营旅行社的注册资本最低限额为400万元人民币。

[23] “中国出境旅游市场增长迅速,今年首季同比增长16.33%”,《联合早报》,2006-05-15, <http://www.zaobao.com/stock/pages14/china060515.html> (2006-7-8)。

[24] 新浪网:《中国出台公民出国旅游管理新办法》,2002年6月29日, <http://news.sina.com.cn/c/2002-06-29/2056620368.html> <2006年10月15日>。

[25] 中国教育研究网,“20 Agencies Authorized to Send Personnel for Overseas Training”(20个代理机构被授权向国外派遣培训人员),2001年1月1日 www.edu.cn/20010101/21989.shtml <2003年12月19日>。

[26] 1993年《关于事业单位社会团体组织派遣团组和人员赴国(境)外培训任职资格认定的暂行规定》第4条第5款,1993年6月9日国家外国专家局发布,自发布之日起施行。

[27] 国家外国专家局:“境外培训”,<http://www.safea.gov.cn/?menu=train&sub=cgpxgz> <2004年1月28日>。

政府很晚才规范境外培训中介机构,第一部也是唯一的一部境外培训中介机构法是 1993 年《关于派遣团组或人员赴国(境)外培训的暂行管理办法》,这是在第一批赴境外培训者派出 15 年后发布的。《暂行管理办法》的目的是禁止以境外培训名义公费出境旅游,^[28] 国家外国专家局副局长杨寒燕认为,颁发《境外培训中介机构许可证》是一个重要的反贪污行动。^[29] 所以,因上述目的而颁布的规定很难从本质上改善对公民境外培训权的保护。1994 年和 1995 年,国家外国专家局授权了两批地区性境外培训中介机构,2000 年,授权了唯一的一批 20 家全国性境外培训中介机构。有限的境外培训中介机构导致这一行业竞争不够,境外培训经费的使用效率也随之受到了影响。

(七) 中外合资人才中介机构法

中外合资人才中介机构是指持有《人才中介服务许可证》,在中国开展人才中介服务,包括招聘人才赴境外工作的中外合资机构。中外合资人才中介机构是出入境中介机构中的最新经济现象,过去两年在中国非常活跃。^[30] 2001 年《人才市场管理规定》允许外国投资者以合资形式进入中国的人才中介市场。上海市和北京市于 2002 年分别颁布了《上海市关于本市中外合资或中外合作人才中介机构的通知》和《北京市促进建立中外合资人才中介机构暂行办法》。2003 年,人事部、商务部、国家工商管理总局联合颁布了《中外合资人才中介机构管理暂行规定》,该《暂行规定》第 11 条规定,希望建立中外合资人才中介机构的,必须向省级人事部门递交书面申请和必要的材料报批。

三、现行出入境中介机构法存在的问题

受政治、经济、文化和法律等因素的影响,出入境中介机构法存在着许多问题,这些问题不完全符合国际移民法的出入境自由原则及透明、公开和服务的出入境中介机构管理理念,制约了出入境中介机构的发展,影响了民间国际交往的广度和深度,不利于中国人克服其他国家,特别是发达国家的“签证壁垒”,主要问题如下:

(一) 高额备用金

设立自费留学中介机构、因私出入境中介机构、境外就业中介机构、对外劳务合作经营公司和国际旅行社,均需要交纳备用金。备用金用于中介机构对其服务对象合法权益造成损害时的赔偿及支付罚款、罚金,备用金必须存入指定国有银行中该中介机构的委托账户。备用金制度对有效限制出入境中介机构携款潜逃起着决定性作用,但是,也显著增加了出入境中介机构的

[28] 1993 年《关于派遣团组和人员赴国(境)外培训的暂行管理办法》前言,1993 年 10 月 20 日国家外国专家局、外交部发布,自发布之日起施行。

[29] 中国教育研究网,“20 Agencies Authorized to Send Personnel for Overseas Training”(20 个代理机构被授权向国外派遣培训人员),2001 年 1 月 1 日 www.edu.cn/20010101/21989.shtml <2003 年 12 月 19 日>。

[30] 根据 2003 年《中外合资人才中介机构管理暂行规定》,设立中外合资人才中介机构须满足如下条件:(1)申请设立中外合资人才中介机构的中方投资者应当是成立 3 年以上的人才中介机构,外方出资者也应当是从事 3 年以上人才中介服务的外国公司、企业和其他经济组织,合资各方具有良好的信誉;(2)有健全的组织机构;有熟悉人力资源管理业务的人员,其中必须有 5 名以上具有大专以上学历并取得人才中介服务资格证书的专职人员;(3)有与其申请的业务相适应的固定场所、资金和办公设施;(4)注册资本金不少于 30 万美元;(5)有健全可行的机构章程、管理制度、工作规则,有明确的业务范围;(6)能够独立享有民事权利,承担民事责任。

经营成本,在实施过程中遇到了巨大的挑战。

省级区域的一项出境中介业务的许可证的备用金数额最低为 50 万元人民币,如果中介机构提供跨省服务或跨营业范围的服务,必须按照涉及的省份数量和出境中介业务内容,多次交纳备用金。北京因私出入境中介机构须拥有备用金 200 万元人民币,^[31]河南因私出入境中介机构须拥有备用金 50 万元人民币。北京留学中介机构须拥有备用金 100 万元人民币,安徽留学中介机构须拥有备用金 50 万元人民币。^[32]北京对外劳务合作公司须拥有备用金 100 万元人民币用于派遣一般劳工,20 万元人民币用于派遣特殊劳工。^[33]由于按照活期利率支付备用金利息,备用金为出入境中介机构带来的收益微乎其微。

至今,除便于管理外,尚未找出要求出入境中介机构按照经营区域、服务对象分别缴纳备用金的有说服力的理由。在市场经济体制下,政府部门需要从管理型向服务型转变已经成为共识。2003 年,为了减轻因私出入境中介机构的经营压力,北京市公安局出入境管理处向各因私出入境中介机构返还了 100 万元备用金。2002 年到 2005 年,北京地区 48 家因私出入境中介机构因经营压力,主动注销了许可证。^[34]作为公安部认定的北京市因私出入境中介机构之一的一名前常务董事不得不承认,上述备用金管理对公司经营状况尤其是财务管理造成了一定的负面影响。设立备用金的目的是可以通过其他途径实现的。西方国家在管理出入境中介机构时,不求经营者提供备用金,而是通过要求中介公司分别开设和管理客户帐户、自身帐户以及购买职业责任险等途径来解决保护服务对象的合法权益问题。

(二) 限制外商和律师事务所从事出境中介服务行业

除国际旅行社和人才中介机构外,外商不得投资出入境中介结构。另外,律师事务所不可以自动获得提供出境中介代理服务的资格,^[35]而必须递交新的申请。这两项限制不利于吸引资本和专业技术流向出入境中介机构,迅速提高出入境中介结构的规模和专业程度。

迄今为止,笔者没有见到限制外商进入其他出入境中介机构的充分论证。而在其他国家和地区,律师事务所不需要另外递交申请,就可以自动获得从事出境中介代理服务资格。因为,出入境中介服务从本质上讲,是移民法律服务,是法律服务的一个分支。没有专门的资格不允许提供移民法律服务,等同于设立了一项新的律师资格制度。而取消对法律服务资格的细分和资格证要求已经被理论和实务界的法律认识所认同,例如 2003 年废除了证券律师资格,2005 年研讨增设死刑辩护律师资格时受到了普遍的反对。^[36]

(三) 未建立出入境代理人制度

[31] 2002 年《因私出入境中介活动管理办法实施细则(试行)》第 27 条,北京市公安局、北京市工商行政管理局 2002 年 1 月 1 日发布、生效。

[32] 北京市 1999 年《自费出国留学中介机构服务管理规定(试行)》第 7 条,北京市教委、北京市公安局、北京市工商行政管理局 1999 年 11 月 2 日发布、生效。

[33] 2001 年《对外劳务合作备用金暂行办法》第 6 条第 2 款,对外贸易经济合作部 2001 年 11 月 27 日发布。

[34] 北京市公安局出入境管理处:《北京市公安局关于 2005 年度因私出入境中介机构年度审核通过的名单》, http://www.bjgaj.gov.cn/net_service/consultation/index.jsp?operation=personal&id=458 <2006 年 10 月 16 日>。

[35] 赵宇飞:《质疑因私出入境中介活动管理办法:移民业务怎能对律师事务所关上大门》,《中国律师》2002 年第 2 期,第 71-72 页。

[36] 张培鸿:《设立律师办理死刑案件资格制度是一种倒退》(2005-12-30), <http://www.tianya.cn/new/publicforum/Content.asp?strItem=law&flag=1&idArticle=30632>, 2007-1-22。

需要承认的是,出入境代理人是代理人中的一种,必须具有一定的专业知识,才能合格地提供出入境中介服务。就代理人而言,基本上都实行代理人资格制度,从专业度非常高的律师、注册会计师,到专业度一般的房屋经纪人、保险经纪人,在从事本行业前,都必须参加考试取得相应的资格证书。但是,出入境中介机构法并没有像要求其他代理人那样,要求出入境中介代理人也必须在从业前取得代理资格。只是规定了出入境中介机构的资格要求,必须至少雇佣5名大专以上学历以上全职员工。在代理人本身方面,没有做出任何要求。

保持和提高移民中介机构服务质量必须严格规范代理人的资格和继续教育。一般而言,出入境代理人制度包括代理人资格、代理人继续教育和代理人服务标准等内容。例如,在澳大利亚,注册移民代理人必须通过移民法考试才有资格提供移民代理服务,此后的每年必须完成10个学分的继续教育、购买最新移民法资料、购买代理人职业保险和通过年检等四项要求才可以保持移民代理人资格,这四项的费用约合3万元人民币。另外,移民代理人的服务标准不得低于全国统一的服务标准,否则将受到包括刑事处分在内的处罚。笔者认为,至少雇佣5名大专以上学历以上全职员工的规定增加了中介机构的财务负担。很多澳大利亚注册移民代理人单独或仅雇佣1-2名员工,就能提供全方位的签证服务。这是我国相关立法可借鉴的。

(四) 分开的执业资格许可证

除工商行政管理部门颁发的《工商营业执照》外,每一个出入境中介机构都必须持有相关业务主管部门颁发的许可证。绝大部分许可证仅在一个省级区域内和一类出境中介行业有效,而不是在全国范围和所有出境中介行业有效。2001年《因私出境中介活动管理办法》第2条第2款规定:“本办法不适用于中国公民出国留学、境外就业的中介活动,以及组织中国公民自费出国旅游、劳务活动。”2002年《中国公民出国旅游管理办法》第4条第3款规定:“未经国务院旅游行政部门批准取得出国旅游业务经营资格的,任何单位和个人不得擅自经营或者以商务、考察、培训等方式变相经营出国旅游业务。”如果出入境中介机构不同时拥有33个省市区的7种执业资格许可证,就不能在全国设立机构以提供所有的出境中介服务。虽然分开的执业资格许可制度方便了出入境中介机构的管理,但是,制约了出入境中介机构的发展。一方面,分开的执业资格许可制度缺少理论基础支持。理论上,无法确切区分各种出境行为,因为各种出境行为经常变化,并相互交织在一起,例如探亲和旅游,定居和留学,商务考察和投资。按照省级区域颁发执业资格许可证,不利于全国统一出入境中介服务市场的形成。同时,分开的执业资格许可制度限制了中介机构的规模。在实际经营中,出入境中介机构无法克服在全国各个省份同时申请所有出入境中介机构许可证遇到的备用金以及审批程序难题。目前还没有一家出入境中介机构在全国各个省份拥有所有的执业资格许可证。绝大多数中介机构仅有一个许可证,在一个省份发展中介服务,非常少的出入境中介机构同时拥有两份或者以上许可证。^[37]目前,分开的执业资格许可制度的实施已经遇到了挑战。为了在充满竞争的市场中生存和发展,出入境中介机构常常利用规定不明确的漏洞私下提供超范围服务,由于执法机关无法对出境行为进行甄别,而默许出入境中介机构跨范围经营的现象并不鲜见。北京樱之叶文化交流公司超范围从山

[37] 国旅重庆分社同时拥有《旅行社业务经营许可证》和《因私出境中介机构经营许可证》,北京澳际教育咨询公司同时拥有《自费留学中介机构经营资格许可证》和《因私出境中介机构经营许可证》。

东省威海市招徕学生，^[38]该公司已被北京教育委员会责令暂停营业。非法拓宽营业范围使出境人权利面临被侵犯的潜在危险。

(五) 非经常审批

尽管有关规定未限定递交设立中介机构申请的时间，但是主管部门实际上非经常性地审批申请。主管部门指定递交申请的时间段，集中审批、颁发许可证。虽然非经常性审批可以减少主管部门的工作量，有利于统一管理，但是从程序上限制了市场准入，不利于形成出入境中介服务市场的充分竞争。公安部于2002年2月、2002年3月、2002年4月和2003年9月分4批审批了因私出入境中介机构许可证申请，教育部于2000年和2003年分两次审批了留学中介机构资格申请。设立中介机构的首要目的是抓住商业机会并赚取利润，如果不能及时递交设立中介机构的申请并被审批，就无法精确筹划出入境中介机构的运作，错过商业机会，潜在投资者可能因此而丧失投资出入境中介机构的兴趣。

(六) 其他国家不承认中国出入境中介机构

中国出入境中介机构不被外国官方所承认，这削弱了出入境中介机构的可信度和国际发展空间。由于没有与出境目的地国签署双边协议，达成保护出境者的共同标准，中国方面制定的出境中介机构管理办法很难得到外国的认同。跨国流动涉及原住国和目的地国，双边互动非常重要。目前法律规定中要求的出境中介机构必须与境外相关服务机构签订合作和交流协议，是中国单方面主动加强对出境中介机构的监督，而且这些民间机构的资质和信用度都未经查验，事先没有得到外国方的同意。这说明，中国在管理出境中介机构这一涉外性机构时，没有充分注意到与国际社会的合作。

陈铁源的《撇开中介去留学：驻华签证官访谈》对16个国家进行了调查，发现这些国家均不承认任何获得资质的中国出国留学中介机构。^[39]传统移民国家不承认获得资质的中国因私出境中介机构。澳大利亚只承认拥有澳大利亚注册移民代理证书的中国获得资质的因私出境中介机构。目的旅行国认可他们自己批准的一些中国旅行社，为其组织旅行团提供便利条件，而不是中国获得资质的国际旅行社。

(七) 出入境中介机构的连带责任

现行国际旅行社法规定，游客违反出入境管理规定，旅行社必须承担责任。2002年《中国公民出国旅游管理办法（修订）》第22条规定：“严禁旅游者在境外滞留不归。旅游者在境外滞留不归的，旅游团队领队应当及时向组团社和中国驻所在国家使领馆报告，组团社应当及时向公安机关和旅游行政管理部门报告。有关部门处理有关事项时，组团社有义务予以协助。”该《办法》第32条第1款规定：“违反本办法第22条规定，旅游者在境外滞留不归，旅游团队领队不及时向组团社和中国驻所在国家使领馆报告，或者组团社不及时向有关部门报告的，由旅游行政管理部门给予警告，对旅游团队领队可以暂扣其领队证，对组团社可以暂停其出国旅游业务经营资格。”上述规定是为了通过强调组团社和旅游团队领队的责任，最大限度地减少境外滞留不归人数。

[38] “Ministry Website to Rate Intermediaries”（政府部门网站评价中介机构），2003年7月28日《中国日报》，http://www.chinadaily.com.cn/en/doc/2003-07/28/content_249602.htm <2006年10月15日>。

[39] 16个国家分别是美国、英国、澳大利亚、加拿大、德国、法国、日本、新西兰、新加坡、南非、瑞典、西班牙、巴西、墨西哥；陈铁源（音译）：《撇开中介去留学：驻华签证官访谈》，北京：作家出版社，2002年。

因旅游者违法不及时返回,而对组团社和旅游团队领队进行惩罚的这样一种规定,类似于诛连制。诛连是指个人因其亲友犯罪而连带受到处罚,已经被历史证明是一项不合理的制度。因此,现在以此制度为理由追究组团社和旅游团队的责任是不妥的。

(八) 条块管理出入境中介业

根据行业和区域不同对出入境中介机构分别进行管理呈现出明显的条块管理特点。由教育部、公安部、商务部、劳动和社会保障部、国家旅游局、国家外国专家管理局、人事部七个部门共同条条管理出入境中介机构,各省市区块块管理出入境中介机构,是国际移民法上一个很特殊的现象,出现职责不清、推委拖延、管理成本高筑等行政管理上的窠臼似乎是不可避免的。

在条块管理体制中的各管理部门必须确保自己有足够的权力规范出入境中介机构,同时又不为非法出境代理机构的生存提供空间。有关当局必须谨慎使用其颁发许可证的权力以消除某些出入境中介机构垄断出境中介市场的可能性。过于严格管理的市场可能抬高出入境中介机构的收费,过于宽松管理的市场又可能为有欺诈倾向的经营者提供可乘之机。国家需要决定是否完全通过市场手段调控出境中介市场。市场手段可以促进竞争和信息流动。同样重要的是,通过市场手段保护跨国流动者权益不能蜕变为保护跨国流动者权益的官僚障碍。出入境中介机构管理制度应该是一个可靠的制度,它能够防止移民顾问违反职业道德牟取私利,或错误处理客户的出国事务。

(九) 未充分监督出入境中介机构

未充分监督出入境中介机构严重影响了中介机构服务质量和专业水准的保持和提高。问题主要集中在四个方面:出入境代理的资格、继续教育和服务标准,出入境代理和出入境中介机构的公示和惩戒,年审和惩戒。从中国实际出发,制订合适的规章制度监督出入境中介机构是一项迫切任务。第一个问题已经在本部分第三小点有所涉及,这里主要谈后三个问题。

中国对出入境中介机构的公示程度在各省市有所不同,根据各省市出入境管理厅局网站显示的资料,广东、上海更为透明和开放,主要表现为:出入境文件信息量更为丰富、出入境中介机构的信息更为详实、英文版资料较为丰富。但是,在对有资质的出入境中介机构的多种途径检索、联络信息自动及时更新、业务范围介绍、咨询电话和电子邮件及其回复等方面,都还未涉及。

在中国,对出入境中介机构最重要的监督是年审和清理整顿,如果未发现严重的违法行为,中介机构可以通过年审,年审的威慑力不足以震慑出入境中介机构的日常经营行为。为了打击出境中介机构的非法活动,维持出入境管理秩序,公安部、教育部、劳动和社会保障部、国家工商行政管理总局通常联合采取行动,对出境中介机构进行规范和清理。然而,只有先进的法律制度,而不是非制度性的联合行动,才能够维持一个井然有序的市场。旨在清理整顿的联合行动会损害公众对现有出入境中介机构法的信心。

没有建立起高效的出入境中介机构惩戒投诉机制。目前,当客户与出入境中介机构发生冲突、纠纷,不能够通过协商解决时,是通过消费者协会和法院解决,而不是通过发达移民法国家采取的职业协会纪律惩戒的方式解决。显然,职业协会纪律惩戒有着更为专业、快捷、节省费用和震慑力强的优点。另外,我国目前还没有将公示和惩戒制度结合起来,如果社会公众可以随时查阅任何一个出入境中介机构已经受到的惩戒或者正在调查之中的投诉,将有助于借助社会

的力量监督出入境中介机构,帮助社会公众获得更多信息,通过市场调节,选择更适合的出入境中介机构,保护出入境人员的权益,降低政府部门的管理成本。

四、完善出入境中介机构法的建议

基于以上分析的出入境中介机构法的建立背景、历史发展和现存问题,建议从以下几个方面完善出入境中介机构法,更有效地规范出入境中介机构行为,保护出入境人员的权益。

(一) 逐步取消提供出境中介服务的范围限制和跨地区设立出入境中介机构的限制,统一管理各类出入境中介机构,以降低出入境中介机构运营成本和政府管理成本。相同或相似的中介机构应当合并起来统一管理。各出入境中介机构主管部门的职能统一交由公安部行使,各省级主管部门审批改为公安部及其授权机构全国单一审批,七种出入境中介机构许可证简化成一种许可证,取得出入境中介机构经营许可证的企业可在全国自主经营不同种类的出境中介业务。

(二) 建立出入境代理人考试和培训制度。出入境代理人除熟悉中国法律外,还需要熟悉出境目的地国移民法,参加中国出入境管理法和国际移民法的考试合格后,才有资格发起成立出入境中介机构和担任出入境中介代理人,每年参加中国出入境管理法和国际移民法的继续培训,并获得相应学分后,才可以继续担任出入境代理人。

(三) 取消对外商投资出入境中介机构和律师事务所提供出境服务的限制,以促进竞争,加速提高出入境中介机构的整体素质。中国可逐步向外商开放出境服务业,吸引外国移民服务中介机构到中国投资。参考国际惯例,允许律师事务所不需申请直接提供出入境中介法律服务。

(四) 参照国际标准,建立出入境中介机构全国统一服务标准。严谨、具体的全国统一服务标准有利于提高出入境中介机构的服务质量,争取外国官方对中国出入境中介机构的认同。

(五) 取消对出入境中介机构至少要拥有5名大专以上学历的要求。出入境中介机构雇佣员工是一种企业行为,政府不宜通过行政手段强制要求雇佣员工的数量和学历。

(六) 逐步实现备用金制度向职业保险和分别帐户管理制度转变。尽管备用金抑制了非法移民和犯罪行为,如移民机构携款而逃,但是出入境中介机构的发展也因资金匮乏受到了制约。因此,可考虑用强制性出入境代理人责任保险取代备用金,实行公司帐户和客户帐户分开管理。强制性责任保险的具体规定可以借鉴旅行社责任保险的经验,^[40]未完成客户委托事宜,出入境中介机构不得使用客户交付的服务费。

(七) 逐步实现政府部门管理向出入境中介机构协会管理转变。公安部可通过政策引导、发布相关信息等措施,逐步减少对出入境中介机构活动的直接管理。尽快建立出入境中介机构协会,通过考试、审批、登记、继续教育、年审、惩戒等措施对出入境中介机构进行管理。

(八) 加强对已经成立的出入境中介机构的监督,完善出入境中介机构信用制度,具体化投诉出入境中介机构的渠道和程序,优化和改版主管部门的官方网站,公开受到客户投诉、客户起诉、主管机关处罚的出入境中介机构的名单和情况,帮助客户了解出入境中介机构的信用。

(责任编辑:汪小珍)

[40] 2001年《旅行社投保旅行社责任保险规定》第2条:“旅行社从事旅游业务经营活动,必须投保旅行社责任保险。”2001年《旅行社投保旅行社责任保险规定》第10条:“入境旅游、出境旅游每人责任赔偿限额人民币16万元;“国际旅行社每次事故和每年累计责任赔偿限额人民币400万元。”