

# 大国新问题:在华外国非法移民的司法对策研究

郭 烁

**摘 要:** 伴随经济的迅速发展和世界大国地位的确立,中国逐渐从非法移民的输出国和过境国转变为非法移民的目的国,这导致在华外国非法移民数量激增。中国逐渐开始面临长期困扰世界的非法移民问题;基于传统观念以及理论研究、立法体系的相对滞后,导致防控非法移民的司法实践产生了诸多问题。有鉴于此,应在充分检视当前在华非法移民现状的基础上,着力思考应对当下以及未来在华外国非法移民的司法对策,做到未雨绸缪。

**关键词:** 非法移民; 非法务工; 外国人犯罪; 司法对策

**作者简介:** 郭烁,中国社会科学杂志社编辑(北京 100026)

长期以来,非法移民与恐怖主义、毒品犯罪一样严重危害着世界各国国家安全和社会稳定,成为困扰许多国家的一大难题。“非法移民”在中国现阶段也已经不再是偶然现象。随着外籍人员数量的迅猛增加,一些城市还出现了外国人聚居区,进而外国人刑事犯罪、“三非”(非法入境、非法居留、非法就业)人员也呈上升趋势。2012年5月,发生在北京宣武门地区的英籍男子当众猥亵一中国女子的事件,成为了一场打击“三非”行动的导火索。<sup>①</sup>可以说,当前中国已然开始面临非法移民的现实威胁。尽管对此已经初步尝试了一系列司法应对措施,但考虑到非法移民的跨国性、组织性、多样性特质,加之长期的研究空白和主观忽视,中国相关司法实践面临着新的严峻挑战。因此,怎样展开在华非法移民的司法治理,保护中国公民权益、维护社会稳定,是当前摆在中国面前亟需解决的重大实践问题,也是中国真正走向大国所必须解决的肯綮之一。

## 一、理论前提:非法移民的概念分析

对于普通百姓甚至众多国家公务人员、法律从业者而言,“非法移民”的概念仍然停留在本国人非法偷渡国外的层面上,对进入中国的非法移民尚没有太多的认识。此种关于非法移民概念的观念滞后,已经与中国当前的国际地位和现实条件严重背离,并且事实上阻碍了治理非法移民的立法进程和司法实践。鉴于此,有必要全面理清非法移民的概念范畴,纠偏目前立法、司法严重忽视打击外国人非法入境、非法滞留的紧迫现状。

### (一) 非法移民的内涵界定

移民作为经济发展和国际交往所产生的正常社会现象,对促进民族融合、国际交流具有积极的意

<sup>①</sup> 参见潘笑天《“三非”外国人 北京不欢迎》,《人民日报》(海外版)2012年5月19日。另外,反映该内容的视频被上传至网络,24小时之内在新浪微博上的转发就已突破上万次,影响极为恶劣。

义。对于移民的概念,《社会科学辞典》这样定义:移民是指人口在地理上或空间上的流动,从原住地移动到目的地因而所发生改变,这种期限是属于永久性的。<sup>①</sup>《大美百科全书》从人类迁移的角度指出:移民是指个人或一群人穿越相当的距离而作的永久性移动。<sup>②</sup>可见,移民作为人类的自然迁徙运动,符合其自然性,因此自由迁移曾作为一项重要的国际法准则而存在。但是,非法移民作为移民的一种类型,加入了规范性的法律评价,据此可以将其划属于罗马法中的“禁止恶”的犯罪,指行为的恶性不是与生俱来,而源于法律的禁止性规定。<sup>③</sup>国际移民组织将非法移民定义为:在错误的时间和地点进入一个国家的外国人,他们躲避官方的检查、通过欺诈来获取入境许可或通过虚假结婚而规避移民法。这也包含在其他的类型中,即没有合法签证而企图秘密进入一个国家的人,使用伪造证件的人,以及持有合法签证入境但超过停留期限而滞留的人或侵犯了入境相关法律没有取得获准而滞留的人。<sup>④</sup>欧洲合作与发展组织对非法移民的定义与国际移民组织相似,但内容更加简洁:非法移民是指旅行、到达、逗留、就业违背国际协议或国家法律的外国人。<sup>⑤</sup>

在中国现有高级别规范性文件中,最早正式提及“非法移民”概念的,是在1993年外交部领事司制定的《处理非法移民问题原则和程序》中。除此之外,在中国现有法律体系中就不再有专门关于“非法移民”的规定,而是在大部分情况下分别采用“偷越国边境”或者“非法出入国边境”的概念,在司法实践中则经常使用“偷渡”一词。

## (二) 非法移民的类型概括

非法移民主要包括非法入境和非法滞留两种形式。非法入境者,即是没有经过合法途径进入当地者,此类人又称“人蛇”,他们的目的通常是为了赚钱,也有因为无法回家而选择留下的;非法滞留者,即是通过合法途径而来,但非法滞留。例如以旅客身份入境,之后非法逾期不出境,俗称“跳船”或“跳机”,大多为现所在地更好的生活吸引而滞留下来。<sup>⑥</sup>中国澳门特区立法会于2004年7月20日通过了新《澳门非法入境、非法逗留及驱逐出境的法律》,对非法移民的主要类型做出了清晰界定。明确非法移民由两大类组成,其一为非法入境人士,其二为非法逗留人士。非法入境人士又包括三种类型:不经出入境事务站入境;以虚假身份或持伪造的身份证明文件或旅行证件入境;在被禁止入境期间内入境。而那些“在澳门特别行政区逗留超过许可逗留期限,以及被废止逗留许可后未在指定期限内离开澳门特别行政区者”,被视为非法逗留人士。<sup>⑦</sup>

从中国目前主要非法移民居住省市来看,在形式上也主要包括非法入境和非法滞留,其中,非法滞留外籍人员在非法移民中占据着较大数量:(1)合法入境,非法滞留。非法滞留的外籍人员因其隐蔽性较强,成为目前国内非法移民的主要类型。此类非法滞留外籍人员起初具备合法的居留身份,后因其签证延长被拒绝、或签证过期3个月以后仍然滞留中国境内,给中国对于外籍人员的监控带来了巨大障碍。<sup>⑧</sup>(2)非法入境。非法入境作为非法移民的主要类型,主要存在于中国边境地区,如广西、云南,这部分外籍人员通过从边境偷渡进入中国境内,其中大部分依靠一些“蛇头”组织偷渡,这部分偷越边境进入中国境内的人员成为中国当前打击的重点。

① 参见《社会科学辞典》(社会学卷),北京:商务印书馆,1973年,第170页。

② 参见《大美百科全书》(第19卷),北京:外文出版社,1994年,第61页。

③ 参见屈学武《因特网上的犯罪及其遏制》,《法学研究》2000年第4期。

④ 参见 Tomas Hammar, *European Immigration Policy: A Comparative Study*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 11.

⑤ 参见斯蒂芬·卡斯尔斯《21世纪初的国际移民:全球性的趋势和问题》,《国际社会科学杂志》(中文版)2001年第3期。

⑥ 参见 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%9D%9E%E6%B3%95%E5%85%A5%E5%A2%83> 2011年7月17日。

⑦ 参见胡晓《澳门打击非法移民立法浅析》,《人民检察》2009年第4期。

⑧ 参见黄润龙《中国的非法移民问题》,《人口与经济》2001年第1期。

## 二、现状检视: 在华非法移民的特征与危害解读

来自联合国开发计划署的数据显示,2009 年全球移民 2.4 亿,占全球人口的 3.1%。其中,37% 属于发展中国家迁移至发达国家的,60% 是同类型的国家之间迁移,3% 是发达国家迁移至发展中国家。75% 的移民选择的目的地,其 HDI 指数(联合国区分发达国家和发展中国家的一个指标)高于其原住地,来自发展中国家的移民的这一比例更超过 80%。只不过,他们移居的目的地并非发达国家,而是有更高生活标准和更多工作机会的发展中国家。这一数据意味着,作为全球最大的发展中国家,重视发展中国家移民迁移到中国的现象,不应该只停留在我们的观念中了。<sup>①</sup>经济发展的巨大成就吸引着部分外国人以偷渡、非法滞留等方式在中国寻求更好的生存和发展空间。尤其是在北京、广州、上海、青岛、大连等国际化大型城市以及云南、广西、广东等边境省市、自治区,已经形成了一定规模的非法移民聚居区。

### (一) 在华非法移民的整体现状剖析

由于统计的难度,目前尚未明确中国当前存在的非法移民的确切数量,但从国家人口统计、公安部出入境管理部门获悉的数字来看,在华非法移民整体态势可以管窥一斑。

#### 1. 在华非法移民问题产生的背景: 在华外国人急速增加

自 20 世纪 70 年代末,随着改革开放国策的制定与实施,中国的全球化进程不断加快,前来中国的外籍人员身份开始多元化,不再限于外国国家工作人员,从事商贸、留学、旅游等的外籍人员迅速增加,随之而来的非法移民态势也日益突出。

(1) 在华外国人数量大。国家统计局以 2010 年 11 月 1 日零时为标准时点进行了第六次全国人口普查,首次将居住在中国境内的港澳台居民和外籍人员纳入普查范围,根据普查结果显示,中国境内(大陆地区)居住 3 个月以上或者能够确定将居住 3 个月以上的外籍人员共计 593 832 人。按国籍分,在中国境内居住的外籍人员数量排在前 10 位的国家是:韩国、美国、日本、缅甸、越南、加拿大、法国、印度、德国、澳大利亚。<sup>②</sup>

(2) 外籍人员出入境数量急速增长。根据公安部出入境管理局的数据统计,在中国境内的外籍人员快速增长。2010 年,外国人出入境共计 5211.2 万人次,同比增长 19.2%。外国人来华人数居前 10 位的国家是:韩国、日本、俄罗斯、美国、马来西亚、新加坡、越南、菲律宾、蒙古、加拿大。来华外国人中,观光休闲 1238.2 万人次,访问 460.7 万人次,服务员工 246.3 万人次,会议商务 159.0 万人次,就业 80.7 万人次,学习 19.0 万人次,其他入境目的 408.8 万人次。外国人出入境人数最多的口岸是上海浦东机场和北京首都机场,分别占总数的 20.0% 和 16.1%。<sup>③</sup>最新数字显示,2011 年在华居住半年以上的常住外国人近 60 万,中国各地警方查处“三非”外国人 2 万余人次。<sup>④</sup>

#### 2. 在华非法移民的整体特征

国家统计局于 2010 年首次将居住在中国境内的港澳台居民和外籍人员纳入全国人口普查范围,这也就导致在数据检索和分析上缺乏一定的系统分析,但对于解读中国目前在华非法移民的整体态

① 参见联合国开发计划署(UNDP):《2009 年人类发展报告》,http://www.un.org/zh/development/hdr/2009/pdf/HDR\_2009\_cn\_Chapter1.pdf,2012 年 4 月 19 日。

② 参见中华人民共和国国家统计局公报《2010 年第六次全国人口普查接受普查登记的港澳台居民和外籍人员主要数据》2011 年 4 月 29 日,http://www.stats.gov.cn/tjfx/jd/fx/t20110429\_402722585.htm,2011 年 4 月 30 日。

③ 参见公安部出入境管理局网站通告《2010 年出入境人员和交通运输工具数量同比稳步增长》2011 年 1 月 12 日,http://www.mps.gov.cn/n16/n84147/n84196/2666368.html,2011 年 2 月 21 日。

④ 参见潘笑天《“三非”外国人 北京不欢迎》。

势仍具有重要的研究价值。根据相关数据显示,目前在华非法移民整体上呈现出日益增加,并向中小城市迅速扩散的趋势。

### (1) 在华非法移民主要分布地区

由于非法移民的目的主要在于寻求更好的发展空间和机会,这就导致了目前在华非法移民主要集中在东南沿海等经济发达地区以及边境的省市。根据国家统计局2010年全国人口普查报告及公安部出入境管理局数据显示,将在华外籍人员按居住地分,人数排在前10位的地区是:广东省、上海市、北京市、江苏省、福建省、云南省、浙江省、山东省、辽宁省、广西壮族自治区。<sup>①</sup>

更值得关注的是,伴随着中国国际化进程的加快,在华非法移民的分布已经开始由中心城市向中小城市、边远城市扩散。例如,江苏的苏州、无锡、常州,浙江的宁波、金华、义乌、湖州等地区的外国人聚居区日益增多,有的地方甚至形成了较大的非法移民聚居区。为了应对和遏制在华非法移民的严峻态势,公安部在2006年4月20日至9月20日就曾经在全国60个重点城市组织开展了为期5个月的清理“三非”外国人专项整治行动。

### (2) 外国人聚居区日渐形成

随着在华外籍人员的迅速增加,外国人聚集地在一些城市已经形成。以广州市为例,从1996年开始,到广州经商、打工的外国人数量逐年递增。历经十余年,大量在穗居留的外国人居住相对集中,在地理上主要集结为环市东小北路、天河北、番禺大楼盘、三元里等“四大部落群”,并且各聚居区均已形成其主要聚居职能和特色。其中,环市东小北路一带以从事贸易的非洲商人、欧洲国家和日本使领馆人员以及印度人为主,三元里则主要是经营鞋类、服装生意的非洲人居住,近年来不少从事中韩贸易的韩国人也聚集在此。<sup>②</sup>

在这同时,出现了许多“三非”人员恶意隐瞒国籍的现象。以北京市为例,2004年至2010年期间,北京市司法机关查处的全部外国非法移民1479人中,无法查明国籍的外籍人员达523人,占总数的35%左右。<sup>③</sup>这给遣返等工作的展开带来了巨大困难。

### (二) 在华非法移民的危害可能性

大量在华非法移民的增多,导致在华外国人居留人数难以统计,成为在华外籍人口管理的漏洞。同时,由于非法移民本身作为一种违法现象,还给社会稳定带来了许多问题,例如在华外国人犯罪数量增加、外籍人士群体性事件以及税收流失等问题,已然成为影响社会治安的关键因素之一,据此我们应对当前非法移民的危害性保持清醒的认识。

#### 1. 非法劳工抢占社会保障福利

客观地讲,非法移民对中国公民公共福利、就业等方面的影响是显而易见的,他们占用大量国内公共基础设施、冲击本国居民的就业。现有法律体系下,中国对于涉外劳务市场仍然采取从严格控制的政策,非法入境、非法滞留的涉外人员往往都无法以合法名义工作。尽管部分人员确实为推动地区经济发展做出了贡献,但由于中国人口数量较大,人口与耕地、住房、就业之间的矛盾日益突出,使得在华长期居住的非法移民抢占了大量的就业机会,加剧了当前的就业、住房压力。尤其非法移民从事非法务工、非法营业并不向中国政府纳税,在造成税收流失的同时,却在享受着其他纳税人所享有的权利,占用社会公共资源,给其他公民的社会保障带来一定难题。

#### 2. 在华外国人犯罪问题

随着在华非法移民的增加,除了非法务工、非法营业的现实危害之外,外国人实施的诈骗、盗窃、

① 参见中华人民共和国国家统计局公报《2010年第六次全国人口普查接受普查登记的港澳台居民和外籍人员主要数据》2011年4月29日, [http://www.stats.gov.cn/tjfx/jdxx/t20110429\\_402722585.htm](http://www.stats.gov.cn/tjfx/jdxx/t20110429_402722585.htm) 2011年4月30日。

② 参见陈翔《广州严查非法入境非法居留非法就业》,《广州日报》2009年5月21日。

③ 参见于志刚《在华外国人犯罪的刑事法律应对》,《中国社会科学》2012年第6期。

抢劫、贩卖毒品等犯罪行为开始呈上升趋势。根据广东省人民检察院的相关数据,2007年1月至6月该省检察机关共受理公安机关移送审查批准逮捕外国人涉嫌毒品犯罪的案件75件102人,与2006年同期相比上升316.7%。<sup>①</sup>再看省会广州,2005年,海关查获走私毒品案件15起23人,比上年同期分别上升了27.5%和36.0%,查获各类毒品近53.9公斤。走私犯罪者主要来自东南亚和非洲国家,占涉案人数的91.3%。至于非法移民与偷运移民的跨国犯罪集团结合更早已是不争的事实。<sup>②</sup>根据北京市司法机关的统计数据,2004年至2010年间,查处外国人犯罪案件共计386件479人,从整体上来看近10年北京市的外国人犯罪呈现出日益增加的趋势。<sup>③</sup>

### 3. 社会不稳定因素增加

非法移民往往因为没有合法身份而逃避中国政府监管,使得中国政府机关难以对其追踪管理,造成非法移民传染病控制困难、恶性事件增加,甚至诱发群体性事件,已经成为潜在的威胁社会治安的重大隐患。例如,2009年7月15日下午,广州警方开展抓捕非法居留的外籍人员,一名逾期居留的黑人为了逃避护照检查从居民楼上跳下致死,另一名涉嫌非法兑换外币的外籍男子在逃避抓捕时被弄伤手臂。随后,数百名外籍人员开始聚集在越秀区矿泉派出所周边,并围堵周围道路,甚至与负责疏散的警察发生冲突。<sup>④</sup>从这一事件中,我们必须清醒认识,非法移民由于其监管困难,非常容易形成对社会公共安全的威胁;在华非法移民聚居区的日渐形成,经常性非法移民群体性事件爆发的可能性也会放大,加强对非法移民的司法管控的必要性和迫切性日益凸显。

## 三、中国应对非法移民的司法实践及其存在的问题

总体上看,中国应对非法移民的司法实践成效斐然,有力地遏制了在华非法移民数量的增加,有效地维护了国家安全、社会稳定和国民利益。但是,也应当正视当前在治理非法移民的司法工作中所存在的薄弱环节和问题,并有针对性地加以改进和调整,以适应日益严峻的治理非法移民态势的需要。

### (一) 司法与社会的觉醒: 中国应对非法移民的司法实践综述

伴随着在华非法移民数量的倍增、违法犯罪可能性的现实威胁,各地相关机关开展了一系列预防和打击非法移民的专项行动。客观地讲,这既反映了司法实践已经从单纯打击本国公民偷渡国外转向全面防范双向非法移民,又体现了司法实践对于非法移民危害性认识的深化。

从1995年至2000年间,中国查处“三非”外国人8.5万人;从1995年至2005年的10年间,中国警方共遣返“三非”外国人6.3万人次;而据香港《文汇报》称,仅2006年中国就查获并遣返了“三非”外国人1.6万人;到了2007年,公安部的有关资料显示,“三非”外国人超过2万人。目前据公安部的保守估计,在中国境内的外国非法移民已经达到十几万人。<sup>⑤</sup>面对日益严峻的非法移民态势,2010年以来,中国主要非法移民聚居省市针对非法入境、非法滞留、非法就业等现象,陆续开展了一系列清查、遣送和边境一线的巡查、管控工作,并对边境地区、大型城市等不同区域采取了差异化的治理措施,严厉打击了非法入境、非法滞留、非法就业等违法犯罪活动。例如,2010年至今,广西各级公安机关和公安边防部队共查获并遣返非法入境人员2300多人次,边境一线拦阻劝返4800多人次。<sup>⑥</sup>

① 参见游春亮《珠三角涉毒案件出现新动向 外籍人涉毒案增加》,《法制日报》2007年9月3日。

② 参见鸿鸣《中国非法移民问题探析》,《中央民族大学学报》2010年第5期。

③ 参见于志刚《在华外国人犯罪的刑事法律应对》。

④ 参见莫武元《广州上百黑人冲击派出所》,《春城晚报》2009年7月16日。

⑤ 参见于志刚《出入境刑事制裁的“假想敌”应调整》,《法制日报》2009年12月14日。

⑥ 参见莫水土《广西全面整治边境地区“三非”问题 杜绝非法入境、非法滞留、非法就业》,《人民公安报》2010年3月12日。

除了加大打击境内非法移民的力度之外,中国对于非法出入境外籍人员也进行了严密防范,力图将非法移民“拒之国门外”,并取得明显成效。据公安部出入境管理局数据显示,2010年,全国出入境边防检查机关不断加强口岸查处力度,严厉打击非法出入境活动,共查获非法出入境人员4741人次,同比增长38.2%;查处其他各类违反出入境管理法律、法规人员5.7万人次,同比减少13.2%,有力地维护了口岸出入境秩序。<sup>①</sup>

当然,需要强调的是,中国并不是为了防范国外非法移民而消极地采取“闭关锁国”,而是有区别地积极吸收国外优秀人才的合法移民。出于此种考虑,国务院2004年8月颁布实施了《外国人在中国永久居留审批管理办法》,标志着中国已经与国际上普遍存在的“绿卡”制度相接轨。不难发现,在防范和打击在华非法移民的同时,中国对移民问题也逐渐重视,鼓励那些能够对国家建设做出贡献的外国人移民到中国。<sup>②</sup>由于移民问题在中国毕竟是一个比较新的领域,无论是在政策法规上,还是具体的司法实践中仍显滞后。

## (二) 非法移民防控司法对策存在的问题及其理论纠偏

当前应对在华非法移民的司法实践,对于带动刑事立法完善和刑事司法改革具有积极的理论和现实意义,实际上为今后进行全国范围内的非法移民整治活动提供了实践准备和经验积淀。但是,由于中国在非法移民防控的司法应对中,尚缺乏完整的法律体系和丰富的实践经验,在肯定其积极意义的同时,更应当看到实际运作中的相对盲目性、无序性,尤其是缺乏系统法律体系支撑之下的司法混乱以及司法理念、司法对策的偏差,值得警醒和探究。

目前司法机关对于非法移民案件仍缺乏统一的立案标准,简易的司法移交程序使得大部分非法移民案件无法得到及时处理,最终往往只是“以罚代刑”予以简单化处理。同时,受制于现行刑法关于妨害国(边)境管理罪的规定,司法实践中对于偷越国边境案件的处罚往往偏轻。例如,2009年广东省清远市佛冈县被查处的42名偷渡组织运送者中,就有31名被判处缓刑和罚金。<sup>③</sup>即使是罚款,也由于数额偏低,某种程度上纵容了偷渡行为,成为偷渡活动日益猖獗的重要原因之一。

### 1. 非法移民防控的定位偏差: 非法入境管制力度不足

依国外刑事立法整体分析,关于出入境立法的管理和防范对象主要是外国人的非法入境问题,即外国人的非法入境、非法工作、非法居留、非法活动等,对于本国公民的非法出境行为往往只涉及很少的内容。但从中国现有的立法及司法现状来看,对于非法移民的认识和防控仍然停留在打击本国公民非法出境方面。尽管,中国《刑法》第六章第三节的“妨害国(边)境管理罪”中的具体罪名,从外延上兼顾了非法入境和非法出境,但在理念和司法实践中,却仍然以防控本国公民出境为主。例如,现行刑法为了防控组织他人非法出境而骗取证件的行为,第319条规定了骗取出境证件罪,但是对于为组织他人非法入境而骗取相关证件的行为却没有做出明确规定;无独有偶,在现行的司法解释中也存在着此种严重忽略非法入境行为防控的倾向。根据2002年1月30日最高人民法院《关于审理组织、运送他人偷越国边境等刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条规定,关于《刑法》第322条偷越国(边)境罪中“情节严重”的判断标准之一就是“在境外实施损害国家利益的行为的”。不难理解,从这一判断标准上来看,关于偷越国(边)境罪的司法解释只是针对非法出境的行为,而忽视了对非法入境行为的解释和说明。<sup>④</sup>

当前对于非法移民防控理念的错误定位,恰恰反映了中国历史上从传统的“华夷有别”到近代的

① 参见公安部出入境管理局网站通告《2010年出入境人员和交通运输工具数量同比稳步增长》,2011年1月12日, <http://www.mps.gov.cn/n16/n84147/n84196/2666368.html>, 2011年2月21日。

② 参见鸿鸣《中国非法移民问题探析》,《中央民族大学学报》2010年第5期。

③ 参见汤海军《中国偷渡犯罪刑事立法之反思》,《公民与法》2010年第4期。

④ 参见于志刚《在华外国人犯罪的刑事法律应对》。

“华洋之界”的转化,“夷”往往是愚昧、落后和保守等负面意义的象征,“洋”却意味着文明、先进和时髦。<sup>①</sup>因此某种程度上可以认为,阻碍非法移民惩治司法实践乃至刑事立法的理念障碍,在于历史的不自信,从而导致了防控外籍人员非法入境、非法滞留的主观疏忽和客观漏洞。

## 2. 司法的经验不足:遣返与驱逐出境适用的混乱表现

目前中国尚没有一部完整的移民法,司法实践中的法律依据,主要散见于1985年的《外国人入境出境管理法》以及1986年制定、1994年修订的该法的实施细则,2003年《外国人在中国永久居留审批管理办法》等规范。尽管此类法规涉及的具体规定很多,但系统性和针对性不强,尤其对于非法在华滞留的外籍人员如何处置缺乏统一明确规定,实际上导致司法机关在对非法移民适用遣返和驱逐出境实践中缺乏有效的法律武器。由于缺乏整体有效的移民法的指导,加之司法实践中长期对于在华非法移民遣返及驱逐出境适用的经验不足,导致了在司法实践中普遍存在着遣返与驱逐出境的适用混乱。

值得注意的是,2012年6月30日,第十一届全国人大常委会第二十七次会议表决通过了《中华人民共和国出境入境管理法》,该法将自2013年7月1日起施行。法案将原有分别规范中国公民和外国人入出境的两部法律合二为一。法案加大了对“三非”外国人非法行为的处罚力度。在加强管理的同时,法案也注重提升服务,如为引进外籍人才提供便利等。这反映了一个发展中的大国对于移民问题应有的自信态度。

## 四、非法移民防控司法对策体制的建构

中国政府一贯主张在尊重各国主权的前提下人员的正常往来,也一贯抵制和打击非法移民活动。在当前在华非法移民态势日益严峻的情势下,充分借鉴和吸取目前惩治非法移民的实践经验,构建以立法完善为依托,结合技术、信息、国际合作等多方面司法防控对策体制有着明显的必要性和迫切性。宏观上应立足于中国关于非法移民的现实国情,理清当前面临的非法移民状况和今后的演变趋势,从全局的视角出发,全面纠偏立法、司法以及理论研究上对待非法移民的观念和态度;微观上则应在目前立法尚未完善的前提下,通过采取积极的司法对策,发挥国家政策的指导性和司法机关的能动性,在保障非法移民基本人权的情况下,处理好在华非法移民及其违法犯罪问题。

### (一) 加强入境监控和遣返机制

当前导致在华非法移民日益增多的原因,除了中国国际地位的提升、经济的高速发展对外国人的吸引之外,入境管理手段的滞后和观念上的忽视是导致在华移民泛滥的根本原因之一。因此,为了从源头上遏制非法移民的迅速增加,唯有加强边境管理,严厉打击非法入境,并对合法入境外籍人员的信息予以存储,以避免部分在华非法滞留外籍人员身份难以确认的司法尴尬。

某种程度上讲,阻碍司法实践中对于非法移民遣返的主要障碍之一,就在于所查到的涉嫌非法移民的身份难以确认。有鉴于此,对于合法入境的外籍人员,通过指纹识别、虹膜识别、基因识别等生物技术手段予以信息存储,将合法入境的外籍人员身份登记在册,这样就会避免部分非法滞留人员通过销毁、丢失身份证明隐瞒身份,恶意阻挠遣返工作的司法困境。<sup>②</sup>另一方面,作为非法移民重要来源的非法入境行为,尤其在边境地区,应继续给予严密的监视和管控,将严厉惩治本国非法出境转变为兼顾非法入出国边境的偷渡行为,尤其对于组织非法入境的“蛇头”更应予以严厉打击,避免以往仅仅将其驱逐出境的“软弱”司法行为。

① 参见陈景辉《试论理论性对待外来移民》,《法制日报》2011年4月11日。

② 参见修世福《非法移民的国际法律规制》,黑龙江大学法律硕士学位论文,2008年,第23页。

毋庸置疑,任何主权国家均有将非法移民驱逐出境或者遣返回国的权力,这一权力也早已被国际社会所公认。即使在对非法移民问题有着丰富处置经验的英美等国,也仍然受着非法移民问题的困扰。对于非法移民应该遣返还是大赦?对于出入境管理,应该加强限制还是适当宽松?人权公约中规定的自由迁徙权在涉及非法移民时如何协调?美国根据1986年《移民改革与控制法》赦免了270万非法移民;英国则争论激烈,不同政府部门给出的成本计算不同,甚至认为遣返不实际,成本过高。<sup>①</sup>笔者认为,基于中国现阶段特殊国情,对于非法移民应坚决予以遣返,有涉嫌犯罪的要使其进入正常刑事程序,避免司法无力导致非法移民的有恃无恐。

## (二) 打击非法雇佣、协助外国人非法居留、非法就业的行为

非法移民存在于一国之内,首要解决的问题即为居留场所和稳定工作,因此,对于协助外国人非法入境的组织、帮助、接收、容留等行为均加以严厉制裁,已经是多数国家的通例。例如,新加坡等国普遍将雇佣非法移民、为非法移民提供交通方便,收留非法移民的行为给予重罚,甚至视为犯罪。<sup>②</sup>为了打消非法移民进入中国“淘金”的冲动与念头,应当严厉打击在华非法移民的非法务工、非法经营行为,从经济上断绝其收入来源。对此,中国可以借鉴南非《移民法》第38条关于雇佣非法移民的控制,即明确规定对于非法入境、非法滞留的外籍人员不得雇佣,并对违法雇佣非法移民的雇主予以严厉惩治。此外值得关注的是,南非《移民法》第42条甚至严厉控制对非法移民的帮助,并明确规定除了必要的人道协助,禁止任何人帮助、协助非法外国人或帮助外国人从事违反其身份的行为或交易。包括但不限于以下行为:(1)向其提供教育或培训,或允许其接受教育或培训;(2)向其签发各种证件、执照或授权从事任何商业或从事任何职业或职位;(3)与其签订从事商业或职业的协议;(4)与其合作从事任何商业或职业;(5)协助或以其他方式帮助非法外国人从事任何商业活动或职业;(6)代理非法外国人获取各种证件、执照或其他的授权以从事任何职业或职位;(7)为非法外国人代理与商业或职位有关的事项;(8)将非法外国人窝藏,包括提供食宿,或(9)向其租赁、出售或以其他方式使其获得在共和国境内的不动产。<sup>③</sup>

实际上,随着非法移民的增多,中国一些省市也已经开始了对在华非法移民非法就业的打击。例如,广东省于2011年5月1日生效的专门地方规章,鼓励社会公众举报非法移民的违法行为,包括非法入境、超期停留、未经允许就在广东工作和无证经营。这是中国大陆地区第一部明确针对非法移民管控的规章,第一次明确规定任何人都不允许向超期停留或者无有效护照的外国人提供住宿、工作、银行账户、收据和经营执照等。<sup>④</sup>

## (三) 加强反击非法移民领域的国际司法合作

非法移民具有鲜明的跨国性和跨地区性特征,尤其在当前全球化日益加强的今天,非法移民已经成为席卷全球的“瘟疫”,因此单靠某些国家或地区的控制与打击,难以遏制其日益蔓延的势头。但是,一些国家对非法移民采取双重标准,不仅使非法移民的遣返与司法协助步履维艰,更有加剧非法移民泛滥之虞。有鉴于此,考虑到特殊地缘因素的影响,中国今后应在坚持其一贯的反对非法移民原则立场的同时,积极主动地加强与各国在打击非法移民领域的司法合作,尽快促成在区域内乃至世界范围内对非法移民的国际治理。

详言之,中国应积极寻求在打击非法移民方面的国际伙伴,条件成熟的情况下,签订双边或多边的司法协助协议;加强开展非法移民来源国、过境国和目的国之间的对话,积极与其他国家进行非法

① 参见李居迁《打击非法移民与大国心态并不矛盾》,《法制日报》2009年12月14日。

② 参见修世福《非法移民的国际法律规制》,第23页。

③ 参见佚名《南非对非法移民的法律规制》,http://china.findlaw.cn/info/yimin/ymzl/fzym/123357\_6.html,2011年7月29日。

④ 参见戚山祿《广东出台规定要求居民清除超期停留的外国人》,香港《南华早报》2011年3月31日。



移民的互相遣返与信息交流的工作。具体在今后的司法协助过程中,中国应尽量确立联合侦查、诉讼转移、简易引渡等合作程度较高的国际手段,确立控制下“通关”、互通情报信息、引渡“蛇头”等反非法移民的国际司法合作对策。<sup>①</sup>唯有此,方能既在保障了中国司法主权的同时,又能节省大量遣返成本。

## 五、结 语

中华民族历来热情好客,“有朋自远方来,不亦乐乎?”随着经济快速发展,人民生活水平不断提高,跨国移民问题的重要性在中国会不断凸显。作为世界上最大的发展中国家,中国只有在奉行改革开放基本国策,加强国际合作交流的同时,坚持严格执法,打击非法移民,才能有效维护社会稳定、公民利益。

同时,我们也要看到正常移民活动带给一个国家的机遇。例如,许多研究表明,流动人口的参与,会带来国家税收的增长;流动人口的到来,还会促进城市化水平的快速提高,提高公民普遍福利水平;在发达国家,人口迁移被视为解决人口老龄化带来的财政危机的普遍的解决方案。本文所涉及的移民和当地犯罪率的问题,虽然联合国开发计划署在2002年进行的一项欧洲社会调查发现,超过70%的受访者认为移民恶化了一个国家的犯罪问题,这一比例在德国、捷克和挪威都超过了85%,但实证数据却并没有证实移民这种“刻板形象”,反倒在例如美国,2000年时当地出生的人入狱率要几倍于移民者;而最被人们所普遍担心的,流动人口对于当地福利体系的冲击问题,也并非想当然的结果:“不论是正面影响还是负面影响,人员流动带来的净财政冲击都不大。把各种影响放在一起计算其占GDP比例,多数对美国和欧洲的估计都认为人员流动的净财政影响在其GDP的正负1%之间,比如,英国的数字是其GDP的正负0.65%。”<sup>②</sup>

也就是说,在法律完备、政策得力、准备充分的条件下,正常有序的跨国人员流动对于流动者本身及目的地居民都有着积极意义,对于这一点我们要充分认识,切不可因噎废食。法律对策问题是本文讨论的重点,但包括刑事司法政策在内的社会政策对于经济增长和社会福利亦能发挥重大作用,<sup>③</sup>这一点需要单独深入探讨。最终,需要构建的是一个能够切实维护国家利益、公民利益,适应中国进一步国际化转型的法律、政策综合体系。

(责任编辑:苗 慧)

① 参见陈碧《对入境非法移民要以预防为主》,《法制日报》2009年12月14日。

② 参见联合国开发计划署(UNDP):《2009年人类发展报告》,http://www.un.org/zh/development/hdr/2009/pdf/HDR\_2009\_CN\_Chapter4.pdf. 2012年4月19日。

③ 参见联合国社会发展研究院(UNRISD):《反对贫困与不平等——结构变迁、社会政策与政治》,郭烁译,《清华大学学报》2011年第4期。

(上接第 160 页)

### **Daily Speech and Folk Carnivalness: on the Narrative Tone of Jia Pingwa's Fictions**

Huang Shiquan

In his fictions written in the middle and late period, Jia Pingwa followed the principle of Everyday Realism, and developed a new narrative speech tone basing on everyday life. This narrative tone marks his return to folk position, and shows the reduced carnivalness in everyday life. Attuning to this narrative tone, in stead of concise summary, which characterizes the western narration, Jia Pingwa follows the trivial description which near to the description of Chinese ancient fictions. Both of this kind of narration and tone help to present the authentic atmosphere of everyday life, however at the same time they dissolved the exciting and graceful charming of literature in some sense.

### **Aesthetic Studies on the Category of Skinny in Ancient Classical Poetics**

Guo Shouyun

As a classical Poetic's aesthetic category, skinny contains unique aesthetic pursuit and life consciousness of the Chinese literati, the embodiment of the ancient poet's spiritual exploration and aesthetic tendency, as well as the type of emotional experience of thinking connotation in ancient Chinese. The poetic influence of Skinny category is concentrated in the ancient poet's psychological feeling, critic's aesthetic tastes and literati's personality cultivation in three aspects. The category of skinny, is not only a kind of external form of classic beauty and in elegant taste, more is a kind of aesthetic connotation of the tough, firm and unyielding character.

### **New Challenges to a Big Power: Legal Responses to Illegal Immigrants in China**

Guo Shuo

With its rapid economic growth, China has joined the club of world powers, and turned from a source and transit country of illegal migration to its destination. The number of illegal immigrants grew rapidly. China's reality of lack of both theoretic studies and legislation in this field only makes the practice of controlling illegal immigration by legal means more difficult. It is an urgent need to examine the present conditions of illegal immigrants in China and, based on this, consider legal responses to the situation.

### **Industrial Structure Adjustment Is Upgrading: Boost from the Mechanism of Carbon Finance——Empirical Research Based on European Data—Base**

Du Li, Ding Zhiguo, Li Bo

China's past economic growth has followed the extensive mode of *pollution first, treatment second*, the driving force of economic development is the traditional heavy industry, which consists of high energy consumption and high pollution. However, the excessive energy consumption and environmental pollution will inevitably affect sustainable and balanced development of China's future economy. The European Union, as the world's most developed regions of Carbon Finance transaction mechanism, whose empirical data shows that Carbon Finance transaction mechanism can give full play to the price discovery function of the greenhouse gas emissions, which has a far-reaching influence on the industrial structure. At the same time, Carbon Finance trading mechanism can make better use of market instruments to guide enterprises to adjust their strategies accordingly. It finally will affect the layout of society's industrial structure. Therefore, building Carbon Finance transaction mechanism as soon as possible can help to promote china's industrial restructuring and to develop the strategic objectives of Green Economy, ultimately, which helps to achieve China's emission reduction commitments in the Copenhagen climate conference in 2010.

### **Culture of Innovation: International Comparison and Implications**

Wu Jinxi

It is impossible to analyze the characteristics of innovation system in China without the deep understanding of innovation culture, which plays a key role in the process of forming innovation visions of the whole society and the innovation habits, and the process of the improvement of innovation system and the innovation capability. In comparison, the typical characteristics of innovation culture in Japanese are: the culture of teamwork and communication, the atmosphere of team learning and Kaizen, and the habits of consumption innovative products, etc. The features of American culture of innovation are the culture of *try*, the tolerance to failure, and the trust in each other and so on. Chinese culture has a long history and a profound tradition, and we have the innovation culture of patriotic devotion in the past. However, our culture of innovation has some disadvantages, such as the culture of officialdom standard, the tendency of superstition to authority, the tradition of unitary evaluation criteria, the fact of lacking credibility, all of which will impede the formation of an innovative society in the future.