

非法移民除罪化趋势探究 ——兼议对我国“三非”外国人管理的启示

李 建, 罗大位

(中国人民公安大学, 北京 100038)

摘 要: 国际移民问题由来已久。自全球化趋势出现以来, 国际移民问题日益凸显, 从而引起世界各国的广泛关注与重视。在全球打击非法移民的浪潮下, 一些国家和地区对非法移民开始放宽政策, 从法律和人道上予以宽待和关怀, 国际移民政策在局部国家和地区出现了除罪化的趋势。这种趋势虽然还未蔚然成风, 仅表现为个案, 但是作为移民史上的新现象、新趋势, 值得世界各国移民部门研究和关注。通过对这种趋势的研究和了解, 对我国“三非”外国人管理以及在华外国人管理具有重要启示和借鉴意义。

关键词: 非法移民; 除罪化; 新趋势; “三非”外国人管理

中图分类号: D914 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0541 (2015) 01-0113-05

移民是自人类诞生以来伴随着环境变迁与生产发展而产生的群体行为现象。自民族国家产生以来, 真正意义上的国际移民开始呈现出规模化发展的趋势。近年来, 随着全球化趋势的不断拓展, 全球各类移民呈现出大规模上升的趋势, 尤其在二战之后, 随着科技的进步与全球化进程的加快, 人口的跨境迁移逐年增多, 国际移民浪潮风起云涌。20 世纪末至 21 世纪初被称为“移民的时代”。在全球化与一体化进程不断加快、各国间政治经济联系日益紧密的当今世界, 国际移民问题成为一个世界性的问题。在世界不同的历史时期和新形势下, 妥善把握和处理国际移民问题关系到一国经济的繁荣、社会的稳定、民族的团结以及国际关系的稳定, 是一个重要的经济、政治和社会问题。

一、非法移民除罪化的内涵

移民是指越过政治或行政单元的边界, 并至少居留一段时间的人群。国际移民则是指跨越国家相互间的边界而迁居另外一国, 并居留一段时间的人群。^[1] 国际移民按照不同的划分标准, 可以划分为不同的类型, 其主要类型有永久性移民、临时性劳工移民、难民与寻求避难者、过境移民、技术移民等。按照国际移民的合法性区分, 可以划分为合法移民和非法移民。合法移民与非法移民在某种程度上是一对矛盾统一体, 一起构成了国际移民的正、反两面。无论是哪个国

收稿日期: 2014-09-20

作者简介: 李建(1987-), 男, 山东济宁人, 中国人民公安大学国际警务执法学院2012级硕士研究生, 公安大学“世界警务发展与国际合作中心”研究助理, 主要研究方向: 涉外警务; 罗大位(1990-), 男, 江苏徐州人, 中国人民公安大学治安学院2012级硕士研究生, 主要研究方向: 治安管理等。

家,只要有合法移民流动,就必然会伴随非法移民流动。移民是人力资源全球化流动的体现,并会随着全球化的拓展而不断涌现。

(一)非法移民的相关概念及罪名规定

国际上对“非法移民”(illegal migration)一词有许多不同的提法,如无正式文件的移民(undocumented migration)、不合规则的移民(irregular migration)、未经许可的移民(unauthorized migration)等,反映出不同国家对非法移民在法意上和政策上存在的略微差异。非法移民(illegal immigrant),即未经移民目的地国家法律允许,自行到该国国家居住、生活、工作的外国人。对于移民目的地国来说,非法移民又被称为偷渡客,指非本国公民通过非法的方式跨越边境的移民。在我国,非法移民指违反国家的出入境管理秩序和移民管理制度,组织、运送他人偷越国(边)境,为他人偷越国(边)境提供条件,或者偷越国(边)境,情节严重的行为。

关于非法移民的罪名,不同国家(地区)的《刑法》也有着不同的描述与规定。例如,美国《刑法》规定为“非法移民罪”;德国《刑法》规定为“诱使他人移居国外罪”;奥地利《刑法》规定为“移送外国罪”;日本《刑法》规定为“以移送国外为目的掠取、诱拐、买卖他人罪和将被掠取、被诱拐、被买卖人移送国外罪”;韩国《刑法》规定为“以移送国外为目的诱拐、买卖他人罪和将被诱拐、被买卖人移送国外罪”。我国非法移民的具体罪名主要包括:组织他人偷越国(边)境罪,骗取出境证件罪,提供伪造、变造的出入境证件罪,出售出入境证件罪,运送他人偷越国(边)境罪和偷越国(边)境罪,等等。中国台湾地区规定为“意图营利以诈术使人出国罪和移送被掠诱人出国罪”;中国香港特别行政区规定为“贩运非法入境者罪,未经许可入境罪,未经许可居留罪,帮助、唆使非法入境者居留罪,擅载入境者罪,被发现建筑工地有非法入境者罪”。对非法移民罪名规定不同,对非法移民行为的处罚力度与规定也会因不同国家的法律差异而有所区别。

(二)非法移民除罪化

除罪化(decriminalization)的概念起源于英国,又译为去犯罪化、非罪化等。目前我国还没有关于除罪化的明确概念,综观世界各国,一般将广义的非犯罪化和广义的非刑罚化,统称为除罪化。除罪化是指立法机关或者司法机关通过立法或者司法活动,将一直以来规定为犯罪的行为从《刑法》规范中予以剔除或在司法实践中做非犯罪处理。除罪化的内容主要由两个部分组成,即法律上(立法上)的除罪化和事实上(司法上)的除罪化。具体来说,法律上的除罪化是指立法机关通过立法活动将一定的犯罪不再认定为犯罪的过程。事实上的除罪化主要是指虽然《刑法》上关于一定行为的罪刑规范没有发生变化,但是事实上该行为没有被司法机关作为犯罪处理的情况。^[2]国际上对除罪化的内涵及定义尚无明确界定,并存在较大争议,本文的除罪化所指的内涵是从最广泛的意义上来探讨的。

非法移民除罪化,即是指有关国家将原来关于非法移民的罪刑规定,从立法上予以合法化,或在司法上予以非罪化和人性化处置的现象。随着国际移民数量和规模的日益壮大,西方国家也不断采取各种措施控制和打击非法移民,这种强势的打击态度在20世纪80年代达到顶峰,西方国家出现强化行政执法权力打击非法移民的倾向。进入21世纪以后,随着全球化不断发展和人权主义的盛行,国际社会对待非法移民的态度开始转变,个别国家的非法移民政策出现了除罪化现象。非法移民除罪化的趋势是全球化在人力资源自由流动方面的必然要求,也是人权主义在世界范围内广泛传播和不断深入人心的结果,国际社会非法移民的理解和同情也促进了各国移民政策的转变。部分西方国家开始通过强化司法、限制行政权力的措施保护非法移民的基本权利,并在一定条件下归化非法移民,给予人性化遣返或安置。

二、非法移民除罪化趋势的具体表现

(一)改革立法规范,实现立法上的除罪化

2009年8月,意大利为了更加严厉地打击非法移民而设立的“非法移民罪”正式生效,2010年9月,意大利最高法院本着《宪法》的基本精神做出裁决,宣布非法移民不属于犯罪行为。^[3]2011年

6月,4名华人非法入境阿根廷而被阿根廷警察发现并拘留,阿根廷圣塔菲省联邦法院对此案做出无罪判决而予以释放,并签发了人身保护令。非法移民除罪化趋势最根本的表现就是非法移民行为在《刑法》上将不构成犯罪,在新的法律框架下寻求非法移民的正规化及合法化。

(二)强制遣返非法移民变为尊重自愿遣返,并适当提供资助,帮其回国

为了更有效地解决非法移民问题,国际移民组织倡导了“自愿回国计划”,这一计划旨在代替强制遣返非法移民的处置方式,在尊重其自愿的基础上遣返回国,并在财政方面适当予以支持和资助。国际移民组织宣称,这种方式将使160个国家的74万移民从中受益。目前,欧洲20多个国家已实行“自愿回国计划”。2007年,韩国法务部和国际移民组织就实行“自愿回国计划”的有关相互合作方案进行了磋商。^[4]2012年1月,意大利政府公布了本国的非法移民自愿回国计划,计划规定自愿回国的非法移民可获得政府一定的经济援助。^[5]由强制遣返向尊重自愿并提供帮助转变,是非法移民除罪化趋势的一个显著特征和重要表现。

(三)取缔拘押非法移民的惩罚措施,司法救济和保护非法移民的合法权益^[6]

2011年12月,一名华人在法国因无证件而被警察拘留。12月7日,巴黎大事法庭根据欧盟法院的规定撤销了拘留处罚。^[7]2007年希腊最高法院做出一项裁决,明确反对雇主对外籍劳工的不道德剥削,其中保护的对象也涵盖了无居留权利的外籍劳工。^[8]对于立法上存在较大争议和阻力来实现非法移民除罪化的国家而言,通过对非法移民拘留等惩罚措施的取缔或限制,使非法移民的权利得到一定程度的保护,司法救济和司法保护非法移民的权益无疑是最有效的途径。这种对非法移民的司法救济和保护可操作性更强,效果也更明显,非法移民受益也极大,是非法移民除罪化趋势下各国较为常用的保护性措施。

(四)加强非法移民案件评估,区别对待非法移民

美国政府于2011年8月18日宣布,对非法移民的遣返将实行逐案评估制度,将对非法移民区别对待,重点遣返有犯罪记录的非法移民,评估过关的非法移民有望不被驱逐。^[9]2007年4月14日,西班牙法院做出判决,禁止警察随意驱逐非法移民,只要非法移民没有犯罪,而是安分守己,将不能被随意驱逐。^[10]对非法移民的遣返采取逐案评估制度,可以说是非法移民除罪化趋势中最具人性化和合理性的举措,它既维护了一国法律主权和尊严,又顾及了非法移民的合法权益,极具灵活性和实用性。

三、非法移民除罪化趋势对我国“三非”外国人管理的启示

在我国,非法移民主要以“三非”外国人居多。“三非”外国人是公安机关对违反出入境管理法规相关规定的在华外国人的一种简称。外国人违反出入境管理法律法规的行为主要表现为非法入境、非法居留和非法就业,简称“三非”。

(一)非法移民除罪化趋势对我国“三非”外国人管理的有益借鉴

1. 完善立法规范,保护非法移民的基本权利。非法移民通常是迫于环境、经济等原因而辗转他国,虽然是通过非法途径进入他国,但是拥有基本人权,应予以人道主义的尊重。我国《出入境管理法》在非法移民的权利保障方面,过于追求执法效益而忽视权益保护,这也是我国《出入境管理法》存在的问题之一。因此,我国应从立法层面,通过立法保障移民的基本权利,这是我国对外国人管理正规化和规范化的基本要求,也是移民管理与国际接轨的重要战略举措。

2. 完善政策法规,创建新型的外人居留管理模式。当前,我国非法移民问题以“三非”问题尤为突出,造成非法移民的主要原因是我国的外国人管理政策,尤其是居留管理制度还不完善,使合法移民不能有序流动。外国人居留管理是外国人管理工作的核心环节,外国人居留管理制度的不完善也是我国“三非”问题凸显的根本原因。因此,改革和完善外国人居留管理制度,创建新型的外人居留管理模式,是实现外国人有效管理、杜绝“三非”现象的必经之路。我国“三非”外国人管理应本着“开明渠,堵暗道”的原则,促进移民的合法、有序流动,让正常移民能融入当地经济和社会当中,这样才能有效地遏制非法移民活动。

3. 宏观把握非法移民发展态势,对非法移民保持适度容忍。近年来,随着我国对外开放程度的不断加深,来华外国人不断增多,“三非”问题日益凸显,但是与欧美等移民国家相比,我国的非法移民在数量和规模上尚处于低水平阶段。因此,对于我国“三非”问题,无须如临大敌而刻意严厉打击,应根据非法移民的总体发展态势,保持适度反应,依法处理,就可以将“三非”问题限制在可控领域。在非法移民管理问题上,要以日常管理为主,以运动式管理为辅。在非法移民除罪化趋势下,宏观把握非法移民发展态势,对非法移民保持理性和适度容忍,可以为我国从整体上归化和设计移民政策提供理性视角,展现我国对于国际人道主义精神的重视和推崇。

4. 开拓合法移民的渠道,广泛开展国际合作。移民问题是一个国际性人口流动的问题,非法移民可以认为是通过非法渠道流动的人群。治理非法移民,“疏”胜于“堵”,最有效的方法是开拓国际移民的合法渠道。打击非法移民活动,任何一个国家不能单独解决,需要移民来源国、过境国及目的国共同协作。国际移民组织等有关移民组织在打击非法移民、开拓合法移民渠道、保护移民合法权益、促进国际合作等方面发挥着重要作用。我国目前已经和包括欧盟在内的40多个国家在打击非法移民方面开展了国际合作。在非法移民除罪化趋势下,我国不应只局限于对于非法移民的打击和堵截,而应在开放劳动市场、合理疏导非法移民渠道方面加强国际合作。

5. 完善非法移民遣返机制,区别对待非法移民遣返。对于“三非”外国人案件,应当改变“发现一个,审查一个,遣返一个”的政策,还要慎用大规模的运动式执法行动,这种大会战式的执法行动易引发人权非议和外交问题。应当借鉴自愿遣返政策,积极与国际移民组织和相关国家进行积极磋商和开展合作,尤其是对于偏远国家的非法移民,应考虑现实情况,具体问题具体分析,以自愿遣返为主,以强制遣返为辅。对非法移民案件开展评估制度,区别对待非法移民,重点驱逐具有犯罪记录和其他潜在威胁的非法移民。对于无犯罪记录、安分守己的非法移民,在对我国不构成潜在威胁的前提下,可以不被驱逐,甚至适当予以承认和归化。

(二)非法移民除罪化趋势影响下应注意的问题

随着我国改革开放程度的不断加深和发展水平的不断提高,我国正在成为移民的新兴目的地国。近年来,我国周边国家的公民以及经济欠发达国家公民非法进入我国国境的情况日益突出。部分非法移民在我国境内非法居留、非法就业,不仅进行抢劫、杀人等传统犯罪活动,而且进行贩毒、洗钱、偷渡等各种有组织犯罪和新型犯罪活动,严重扰乱我国的社会秩序,对国家安全也构成了一定威胁。作为一种非传统安全挑战因素,“三非”问题不仅破坏了我国的出入境管理秩序,而且与跨国有组织犯罪集团结合在一起,从事人口走私、恐怖活动等各种跨国犯罪活动,给我国经济发展、社会稳定、外交关系和国家安全都造成了一定的负面影响。“三非”问题事关我国国家安全与和谐社会的实现,可以适度容忍,但决不能放任自流。

非法移民除罪化趋势是除罪化现象在移民领域的延伸和扩展,其理论基础来源于“无害原则”(No harm principle)。“无害原则”的基本精神是“国家不应该禁止一个仅因被普遍视为不道德或邪僻,但实质上对他人全然不造成伤害的行为”。^[11]可见,“无害原则”应用的前提是该行为对社会和他人不造成实质伤害。非法移民行为显然是一种不合规范、不道德的行为,若不加以引导和控制,就会对本国公民和国家安全造成危害。因此,一旦“三非”问题发展到危及我国公民的合法权益以及我国社会的稳定与国家安全,就必须予以控制和打击。非法移民除罪化并不意味着对非法移民无原则、无限度地纵容和放任,而是在不危及本国公民利益和国家利益的前提下适当给予人道主义关怀和资助。对于非法移民除罪化趋势下“三非”问题的态度和政策,要牢牢把握和坚守原则和底线,这个原则和底线就是我国的法律尊严和国家利益。

国际移民问题是一个历史性的国际问题,需要世界密切合作、各国共同努力才能从根本上解决。在非法移民除罪化趋势方兴未艾的形势下,我国的非法移民问题,尤其是以“三非”外国人为代表,应从宏观上掌控非法移民的整体状况和发展态势,保持理性看待和适度容忍,并在立法与司法上予以适当宽待,保障其基本权利。利用非法移民除罪化的历史契机,促进我国在华外国人管理的改革与进步,推动我国移民管理与国际接轨,有助于我国对外开放的进一步加深和国际形象的有力提升。但是,要把对非法移民的除罪化影响控制在一定限度和范围之内,在保障非

法移民合法权益的同时,维护我国公民利益与国家安全与利益。

参考文献:

- [1] 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[J].国际社会科学杂志,2001,(3).
- [2] 杜宁.刑事政策中除罪化思想研究[D].华东政法大学,2008.
- [3] 柳阁.意大利最高法院:非法移民不属犯罪行为[EB/OL].<http://world.huanqiu.com/roll/2010-09/1101315.html>,2010-09-14.
- [4] 韩国法务部正在制定协助非法居留者自愿回国计划[EB/OL].<http://www.ciwork.net/news/a200736132578.htm>,2007-03-06.
- [5] 史词.意大利非法移民自愿回国可获政府资助[EB/OL].<http://www.chinanews.com/hr/2012/01-18/3614272.shtml>,2012-01-18.
- [6] 向党.2012年《出境入境管理法》的缺陷及完善[M].北京:中国人民公安大学出版社,2012.
- [7] 巴黎法庭开释遭监禁无证中国人,开有利判决先河[EB/OL].<http://www.chinanews.com/hr/2011/12-09/3521194.shtml>,2011-12-09.
- [8] 希腊最高法院裁决,非法移民劳工权利获政府保障[EB/OL].<http://www.chinanews.com/hr/ymfb/news/2007/11-19/1081462.shtml>,2007-11-19.
- [9] 余东晖.美国遣返非法移民或放缓,有犯罪记录者成遣返重点[EB/OL].<http://www.chinanews.com/hr/2011/11-11/3453116.shtml>,2011-11-11.
- [10] 陆春燕.西班牙法院出新规,非法移民安分守己将不被驱逐[EB/OL].<http://www.chinanews.com/hr/ymfb/news/2007/04-15/915850.shtml>,2007-04-15.
- [11] Ronald Dworkin. Law's Ambition for itself[J]. Virginia Law Review, 1985, 71(2).

(责任编辑:孙秀娟)

A Probe into the Decriminalization of Illegal Immigration ——Also discussing on inspiration to the management of three kinds of illegal foreigners in China

Li Jian, Luo Dawei

(Chinese People's Public Security University, Beijing 130038)

Abstract: International migration is a time-honored issue. Since the trend of globalization appeared, international migration has become increasingly prominent, causing widespread concern and attention of the world. In the global fight against the tide of illegal immigration, some countries and regions have begun to liberalize the policy on illegal immigration, to be legally lenient in dealing with, and show humane care for illegal immigration. International immigration policy has appeared trend of decriminalization in some countries and regions. Although this trend has not yet become common practice, as the new phenomenon and new trend in the history of immigration, it is worth the study and attention of the immigration departments of the countries around the world. Through the study and understanding of the trend we can get inspiration for the management of three kinds of illegal foreigners in China and other foreigners in China.

Key words: illegal immigration; decriminalization; new trend; management of three kinds of illegal foreigners