

国际法视野下我国国际移民问题及其法律规制

刘音薛林*

摘要：长期以来，我国一直奉行彻底的单一国籍原则和特殊的差别待遇传统，然而这一做法却与当今全球化时代格格不入。尤其对于像我国这样的移民输出国而言，放弃单一国籍原则，放开双重国籍是十分必要的。我国当前国际移民的显著特征，是财智外流异常严重，并由此引发一系列国际移民问题，例如单一国籍原则造成财智外流不可逆、不成功的外国人在华永久居留制度严重挫伤海外华人的归国热情、差别待遇持续恶化本土国民的竞争环境。历史和经验证明，放开双重国籍是目前解决上述问题最为便利的可行之计。

关键词：国际移民 财智外流 国籍 单一国籍 双重国籍

一、引言

国际移民问题，是当今全球化时代的中心问题之一。根据联合国经社理事会所下的定义，国际移民是指在变更其惯常居所，且在目的地国居住长达1年(12个月)以上之人。^①目前，全球有超过2.15亿移民，^②据世界银行最新统计数据显示，我国(大陆地区)紧随墨西哥、印度、俄罗斯，是全球第四大移民输出国家。^③

国际移民问题主要有三：一是困扰发展中国家的“智力外流”问题；二是令发达国家头痛不已

的非法移民问题；三是由于战争、自然灾害、政治迫害等原因造成的难民问题。当前，这三大问题在我国均有所反映，^④其中又以“智力外流”问题最为突出。经济合作与发展组织(OECD)统计数据显示，1990年~1999年十年间，约有47%外国博士选择留在美国，其中在各国发展最急需的科学和工程领域，我国(大陆地区)博士滞留率高达87%，不但超台湾地区(57%)、韩国(39%)，还超过另一个人才流失严重的新兴发展中国家印度(82%)。中国社会科学院《2007年全球政治与安全报告》承认，中国流失的顶尖人才数量居世界

* 作者简介：刘音，华侨大学法学院副教授，法学博士；薛林，中央政府驻港联络办深圳培训调研中心副教授，法学博士。

① United Nations, Recommendation on Population and Development, 1998. 该建议把移民区分为长期移民(long-term migrants)和短期移民(short-term migrants)，其中长期移民即在其惯常居所地国以外居住至少1年以上的人，短期移民则是在其惯常居所地国居住超过3个月，但不满1年之人。习惯上，国际移民仅指长期移民，不包括短期移民。世界银行、OECD组织均采此定义。

② The World Bank, Migration and Remittance Factsbook, 2011.

③ 由于历史原因，国际社会把香港、澳门特别行政区作为单独的政治经济实体对待，例如在世界银行对其成员所做的分类中，港、澳特别行政区被归类于“发达国家和地区(developed countries)”，我国大陆地区(China)则被归类于“发展中国家(developing countries)”，我国大陆地区、港、澳特别行政区三地之间的移民亦被视同国际移民。

④ 目前，我国境内约有超过68万名外国移民(其中难民比例高达43.9%)，占我国人口总数的0.1%。The Worldbank, Migration and Remittance Factsbook, 2011, <http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/334934-1199807908806/FactbookDataNotes.pdf>, 2011年8月4日访问，另见 Ronald Skeldon, China: An Emerging Destination for Economic Migration, <http://www.migrationinformation.org/Profiles/display.cfm?ID=838>, 2011年8月3日访问。

之首。2010年1月,《华尔街日报》援引美国政府研究机构的最新统计数据称,毕业5年以上仍继续留在美国的理工科所有外国博士毕业生,中国大陆生源比例高达92%,而绝大多数亚洲国家博士毕业在美滞留比例都在40%以下,泰国生源滞留比例甚至只有7%。^⑤另据我国最新发布的《华侨华人研究报告(2011)》(《华侨华人蓝皮书》)显示,我国财富流失现象也较其他国家更为严重。^⑥当前,异常严峻的国际人才竞争形势,迫切要求我国想方设法留住散居海外的财智精英,吸引散居世界各地的海外华人华侨回归祖国。然而,我国现行法律,例如彻底的单一国籍原则、特殊的差别待遇制度,^⑦不仅无法做到吸引海外人才回归,甚至还把他们往外推,严重挫伤了海外人才回归祖国的热情,并且在一定程度上恶化了本土(大陆地区)公民的竞争环境,造成制度性的不公平待遇。^⑧

二、我国国籍原则:单一国籍原则

(一)大陆地区:严格、彻底的单一国籍原则

新中国成立之初,中共中央针对印度尼西亚排华风潮,就当地华人的国籍问题作出了三点批示:(1)凡父母双方或一方具有中华人民共和国国籍者,生时亦具有中国国籍;(2)华侨变更国籍根据本人自愿;(3)出籍华侨有要求复籍的权利。^⑨1953年,时任政务院总理周恩来就印尼华侨的双重国籍问题表态,不反对(或赞成)华侨取得所在国国籍。次年9月23日,周恩来在第一届全国人大第一次会议上作《政府工作报告》,其中特别提到华侨的双重国籍问题。他指出,“凡已经或自愿取得当地国籍的华侨,就当然丧失中国国籍,他们和中国的关系是亲戚关系。华人成为所在国公民

以后,应当效忠入籍的国家,应当同当地人民一道为所在国政治、经济独立和文化繁荣作出贡献。同时也希望海外华人为促进所在国人民同中国人民的友谊,为两国之间经济文化交流起积极作用,以利于促进我国同华人众多的国家的友好关系”^⑩。1955年4月22日,中国和印度尼西亚两国政府在万隆正式缔结《中印两国关于华侨双重国籍问题的条约》。根据条约,凡具有双重国籍的18岁华裔,必须于两年之内自愿选择单一国籍,向有关政府声明放弃中国或印尼国籍;若两年内未按规定自愿选择国籍者,其国籍身份随父亲国籍身份而定;未成年人的国籍也随父亲而定,但成年后1年内必须重新选择;已获印尼国籍但愿意离开印尼且自愿选择中国国籍者,即自动丧失印尼国籍;已获中国国籍离开中国后自愿选择印尼国籍者,即自动丧失中国国籍;已经明确具有中国公民身份的华侨,不再给予选择国籍的机会。此后,我国政府沿用这一政策,相继与尼泊尔(1956年)、蒙古(1957年)、马来西亚(1974年)、菲律宾(1975年)、泰国(1975年)等周边国家解决了双重国籍问题。^⑪

1980年,我国正式颁布实施《国籍法》,这是新中国历史上第一部,也是唯一一部《国籍法》。《国籍法》全盘继受此前外交实践中的单一国籍原则,旗帜鲜明地反对双重国籍,具体表现为:(1)父母双方或一方定居在国外的中国公民,本人出生时即具有外国国籍的,不具有中国国籍(第5条);(2)定居外国的中国公民,自愿加入或取得外国国籍的,自动丧失中国国籍(第9条);(3)外国人申请加入中国国籍获得批准的,取得中国国籍,但不得再保留外国国籍(第8条);(4)曾经有过中国国籍的外国人,具有正当理由,可以申请

⑤ 《王辉耀博士关于恢复中国大陆公民双重国籍的问答》,http://21ccom.net/articles/zgyj/ggzhc/article_201001203382.html,2011年8月5日访问。

⑥ <http://news.sohu.com/20110817/n316533891.shtml>,2011年8月17日访问。

⑦ 本文所谓“特殊的差别待遇”,即歧视内国人、优待外国人的差别待遇。

⑧ 不仅如此,我国现行法律对华侨的保护,也同样存在不公平的问题。华侨是我国公民,但由于被强制注销户籍和身份证,华侨往往无法实际享受附随于户籍的政治权利和民事权利。这对于回国就业的华侨(及其未成年子女)来说,是不公平的。不过,这一问题尚不属于国际法范畴,不在本文的讨论范围之内。

⑨ 程希:《1954年前后中国解决与印尼“双重国籍”问题的外交形势》,载《南洋问题研究》2004年第3期。

⑩ 孙俊华:《周恩来总理解决华侨双重国籍问题》,http://www.globalview.cn/ReadNews.asp?NewsID=11106,2011年8月19日访问,原载《文史精华》2007年第2期。

⑪ 宋锡祥:《论中国〈国籍法〉的发展与完善——兼论港澳居民的国籍问题》,载《政治与法律》2008年第1期,第74页。

恢复中国国籍,被批准恢复中国国籍的,不得再保留外国国籍(第13条)。不仅如此,实践中,甚至连拥有外国永久居留权的华侨,也必须注销户籍。^⑫

(二)港、澳特别行政区:变通的双重国籍实践

根据我国宪法,港、澳特别行政区基本法及其附件三的相关规定,单一国籍原则应当适用于港、澳特别行政区及其境内中国公民。但是,全国人民代表大会常务委员会出台的《关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》,称“……(二)所有香港中国同胞,不论其是否持有英国(本土)公民护照或者英国(海外)国民护照,都是中国公民。自1997年7月1日起,上述中国公民可继续使用英国政府签发的有效旅行证件去其他国家或地区旅行,但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得因持有上述英国旅行证件而享有英国领事保护的权力。(三)在外国有居留权的香港特别行政区的中国公民,可使用外国政府签发的有关证件去其他国家或地区旅行,但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得因持有上述证件而享有外国领事保护的权力。……”类似解释,亦见于全国人民代表大会常务委员会出台的《关于〈中华人民共和国国籍法〉在澳门特别行政区实施的几个问题的解释》。由此可见,港、澳特区永久性居民实际可以拥有双重国籍。我国不仅许可港、澳居

民在保留中国国籍的前提下取得外国国籍,而且还明确了解决国籍冲突的办法,即外国国籍不得对抗内国籍。^⑬

三、当前我国国际移民问题

自《中印两国关于华侨双重国籍问题的条约》(1955)签订以来,我国政府一直坚决、彻底地贯彻单一国籍原则,反对双重国籍,甚至连取得外国永久居留权的我国公民也得被强制注销户籍。^⑭回溯历史,我国单一国籍原则的形成,有其特殊、深刻的历史背景。20世纪50年代正值东西对峙的冷战时期,国际社会普遍视双重国籍为危害国家安全和国际秩序的隐患之一,例如印尼政府一度担心我国政府利用华侨“输出革命”。这一时期的国籍立法,无论是关于国籍的国际条约,还是各国国籍法都表达了“一人一籍”的立场,反对双重国籍。可以说,单一国籍原则是国际社会在特殊的时代背景和历史条件下,从维护国家安全和稳定国际秩序出发,形成和发展起来的国籍原则,我国亦适时地顺应了这一历史潮流,并一度借此缓解了我国与周边国家之间的民族矛盾。然而,时过境迁,东西对峙、南北对抗的世界格局早已成为历史,取而代之的是全球经济一体化的世界新格局。发展是当今世界的主题,它既意味着发展中国家综合国力的提升,国家之间贫富差距的缩小,更意味着自然人个体的发展与进步。国际对话

⑫ 《中华人民共和国公民出入境管理法实施细则》第7条、《中华人民共和国公安部三十项便民利民措施》7项户籍管理措施之第6项。

⑬ 实践中,国际社会普遍把我国内地与港、澳特区三地之间的移民视为国际移民,例如联合国(UN)、世界银行(WB)、国际货币基金组织(IMF)、经济合作与发展组织(OECD)等,都把三地之间的移民数据作为国际移民数据加以统计。不过,该三地之间的移民不发生国籍冲突的问题。

⑭ 《中华人民共和国公民出入境管理法实施细则》第7条、《公安部户籍管理七项便民措施》第6项。其中,《公安部户籍管理七项便民措施》第6项规定“取消出国、出境1年以上人员注销户口的规定(在国外、境外定居的除外)”。据此,有报道称,这意味着今后中国公民出国不再被强制注销中国国籍(《王辉耀博士关于恢复中国大陆公民双重国籍的问答》, http://www.360doc.com/content/11/0125/17/4269430_88963251.shtml, 2011年8月12日访问)。甚至有学者撰文称,“这条规定使得现在广大出国留学、工作的人员合法保留了中国的国籍,即使这些出国人员日后有可能加入其他国籍,只要他们回国还拥有中国户籍,则同香港特区情况一样,事实上仍被视为中国公民。因此,国籍法第3条实际上已失去意义,可以考虑在国籍法修订中删除该条款”。(杨树明、印辉:《双重国籍及其法律实践——兼论我国〈国籍法〉的立法改进》,载《南京师范大学学报社会科学版》2006年第3期,第35页)。这个结论是不确切的。户籍与国籍是两个不同的概念,两者不可混淆。户籍是行政管理范畴的概念,它是对自然人按户进行登记并予以出证的公共证明簿,记载的事项有自然人的姓名、出生日期、亲属、结婚、离婚、收养、死亡等,是确认自然人作为民事主体,具有民事法律地位的基本法律文件。国籍则是宪法范畴的概念,它是指个人隶属于某个国家的法律资格,表明个人与特定国家之间的法律关系,是国家行使属人管辖权和主张外交保护权的法律依据。个人是否具有某国国籍由国籍法支配,不以户籍作准。可见,《公安部户籍管理七项便民措施》第6项与《国籍法》第3条并非相互排斥的关系。而且实践中,我国机关一旦发现我国公民拥有外国永久居留权,即要求其注销身份证和户籍。我国现行法律奉行彻底的单一国籍原则,这与港、澳特别行政区的双重国籍实践完全不同。

与合作、尊重和保障人权,是实现发展的有效途径。作为战争时代和战争思维的产物,单一国籍原则已然无法适应新世纪全球化时代的发展要求,既不利于吸引海外人才回归,也不利于建设(本土)公平的竞争环境,不利于实现个人发展,长此以往,势必妨碍社会进步和国家发展。

(一)问题之一:单一国籍原则反把人才往外推

我国《国籍法》第9条明确规定,定居外国的中国公民,自愿加入或取得外国国籍的,自动丧失中国国籍。这种看似替代,实则夺籍的做法是很伤害海外华人感情的——不仅不尽力把海外同胞留在“中国人”的集体之中,反把他们往外族里推。首先,加入外国国籍不必然意味着放弃原国籍,或者背叛原籍国。事实上,很多海外华人加入外国国籍,往往是出于实际工作和生活的需要,而非数典忘祖。那种把国籍视为个人对主权者的绝对效忠的陈旧观念,是封建思想作祟,早已被扔进历史的故纸堆。其次,我国财智精英大量外流是不争的事实,而且大有愈演愈烈之势,继续坚持单一国籍原则,甚至主动放弃对海外华人的属人管辖权,^⑮不利于挽回财智外流的损失,甚至造成财智外流不可逆。有学者表示,随着中国经济的发展,自然会有很多人才回国效力;而且海外华人华侨,在欧、美、日本等发达国家的发展前景很小,很难融入当地上流社会^⑯——言下之意,不怕他们不回来。窃以为,这恐怕只是某些学者一厢情愿的想法。这里暂且不论海外华人是否能够顺利融入当地社会,甚至上流社会,单从吸引人才的角度而言,最终倚靠的不是物质利益,至少不仅仅是物质利益,而是良好的社会综合环境和自然环境。客观地讲,目前我国在政治、经济、教育、文化、法律、社会福利与保障、环境等各项制度方面,均不具备与发达国家竞争的實力。要言之,在国际人才竞争的角力场,我国尚不具备抗衡发达国家的水平。最新移民统计数据显示,我国

(大陆地区)移出人口明显超过移入人口,移民率(migration rate)为-0.3%。作为移民输出大国,我国与其想方设法引进外国移民,不如放开双重国籍,善待海外同胞,吸引其回归祖国,继续把他们往外推是不合时宜、是不明智的。

(二)问题之二:畸高门槛挫伤海外华人归国热情

《外国人在中国永久居留审批管理办法》(以下简称《办法》),是我国在坚持单一国籍原则的前提下,仿效发达国家的外国人永久居留制度,设计并实施的一项移民制度——确切地说,是一项移民管理制度。该项制度没有照顾到海外华人作为本族同胞,相对于一般外国人的特殊性,故《办法》同样适用于加入外国国籍的海外华人。根据《办法》的相关规定,申请在华永久居留的外国人应当具有高级职称或享受同等待遇,且任职单位系国务院各部门或者省级人民政府所属的机构、重点高等学校、执行国家重点工程项目或者重大科研项目的企业、事业单位、高新技术企业、鼓励类外商投资企业、外商投资先进技术企业或者外商投资产品出口企业之一,或在华投资金额50万美元以上。^⑰暂且抛开一般外国人不论,仅就海外华人而言,《办法》所设置的归国门槛显然过高,职称、足够的资本金和就职单位级别,这一道道畸高的归国门槛都有可能成为有志报效祖国的海外华人归途中的“槛”,把他们挡在国门之外。

此外,我国现行外国人在华永久居留制度,还存在审批手续复杂、永久居留证功能不全等问题。例如被批准在中国永久居留的外国人,每年在中国累计居留不得少于3个月。确因实际需要每年不能在中国累计居留满3个月的,需经长期居留地省、自治区、直辖市公安厅、局批准,但5年内在中国累计居留不得少于1年。^⑱又如在功能方面,外国人永久居留证仅赋予持证者居留和出入我国国境的权利,其实际功能仅相当于签证而已。^⑲如此设计的外国人在华永久居留(管理)制度,实

^⑮ 放弃属人管辖权的显著弊端,包括放弃追诉犯罪,间接放纵犯罪。

^⑯ 陶正华:《中国放开双重国籍有弊无利》,http://21ccom.net/articles/zgyj/ggzhc/article_201001203382.html,2011年8月5日访问,原载《绿叶》2009年第10期。

^⑰ 《外国人在中国永久居留审批管理办法》第6、7、8条。

^⑱ 《外国人在中国永久居留审批管理办法》第20条。

^⑲ 《外国人在中国永久居留审批管理办法》第4条。

在与外国人永久居留制度应有的价值及其国际实践相去甚远。

2005年9月,即《办法》实施1年后,公安部公布召开新闻发布会,会上公布有649名外国人获得中国永久居留权,但未对该649人作细致分类。此后,我国官方再无公布相关数据。有消息称,目前获得在华永久居留权的外国人不过千人而已。^{②①}实践证明,《办法》在引进人才方面是不成功的。

(三)问题之三:差别待遇恶化本土竞争环境

当前,我国国际移民潮的另一突出且特殊的现象,乃财智精英举家加入外国国籍,但本人的实际工作、生活的中心场所仍然在国内。鉴于我国长期以来给予外国人超国民待遇的传统,坚持单一国籍原则事实上间接恶化了我国(大陆地区)本土国民的竞争环境。例如,我国给予外资企业减免各项税费,包括土地使用权出让金、所得税、营业税等超国民待遇。再如我国涉外人员的个人所得税起征点是4800,而本土国民个人所得税的起征点则低至3500。不怪乎有学者曾公开表示,从经济上讲,放开双重国籍实际上对外籍华人来说并没有多少好处,因为很多华资、华人由于拥有外国国籍身份,在中国享受的是超国民待遇,如果骤然变成内资、内地公民,这些优惠就都没了。^{②②}我们于是不禁要多问一句,这些优惠为什么不能“没了”呢?难道我国的国情特殊到必须,或者应该歧视本土公民,优待外国公民(某些方面,甚至还包括华侨和侨资)?以牺牲社会公平和损害本土公民利益为代价的这些优惠措施,尽管换来了一时的经济发展,但终究不是国家发展、社会进步的长久之计。尤其在当前特殊的国际移民形势下,数量庞大的外籍华人在华享受超国民待遇,挤占国内资源,一面继续在中国市场巧取豪夺,另一面再把人民币兑换成外汇,转移财富。长此以往,我国(大陆地区)沦为某些海外华人的经济殖民地将为时不远。

此外,我国还存在大量贪官携款外逃的特殊现象,单一国籍原则不利于我国追诉犯罪,反而有放纵犯罪之嫌。

四、法律对策:放开双重国籍

当前,我国所面临的国际人才竞争形势十分严峻。作为人才和财富的净输出国,我国财智精英的大规模流失有其产生和发展的深刻的制度根源,而彻底扭转当前不利局面的办法之复杂犹如庞大的社会系统改造工程,涉及社会制度的方方面面。其中,放开双重国籍可以说是目前最为便利和有效的对策之一。

海外华人要求恢复中国国籍的呼声由来已久,早在制订《国籍法》之初,就有海外华人强烈反对把单一国籍的外交政策法律化。近年来,海外华人请求我国政府承认双重国籍的呼声此起彼伏,但是国务院侨办均以“要求恢复中国国籍的海外华人主要是来自西方发达国家的新移民,而早期移入其他发展中国家的华人移民一般没有这个要求”为由,再三申明我国坚持单一国籍原则,不承认双重国籍。另有学者则建议区别对待这两类移民,分别适用不同的政策。^{②③}笔者对此不敢苟同。首先,我国应当正视海外华人的集体诉求,研究解决问题的对策,不能因为早期华人移民没有明确提出恢复原国籍的要求,就认为他们没有恢复原国籍的意愿,简单断定放开双重国籍没有意义。其次,当代国际法确立了国籍权的概念,^{②④}作为人权的客体之一,国籍应当交由个人自主决定,即由个人自主决定是否保留原国籍(出籍权,《国籍法》第11条,加入新国籍亦不必然导致退出原国籍)。再次,不宜人为地分化海外华人群体,加以区别对待,制造矛盾。复次,笔者不赞同通过政策途径调整国籍关系,甚至海外华人与祖国之间的关系,^{②⑤}而主张以法律途径将放开双重国籍的态度和立场制度化,以便维系和稳定我国

②① 《中国“绿卡”发给谁》,载《瞭望东方周刊》2011年第20期。

②② 同注①⑥。

②③ 同注②①。

②④ 《世界人权宣言》(1948)第15条规定:“人人有权享有国籍。任何人之国籍不容无理褫夺,其更改国籍之权利不容否认。”

②⑤ 有学者主张在不改变双重国籍的前提下,通过灵活的政策来吸引人才,参见《双重国籍:法律好办、政治为难》,载《南方周末》2011年3月31日。

海外移民与祖国之间的联系,强化民族凝聚力,吸引海外财智精英回归祖国。以下,笔者将从国籍的概念及其功用入手,通过考察双重国籍的法律实践,论证放开双重国籍是解决当前我国国际移民问题的可行之计。

(一) 国籍的概念及其功用

国籍(nationality),也称公民籍(citizenship),^{②5}乃个人作为某一国家的国民的资格。^{②6}国籍起源于臣民对国王效忠的观念。中世纪时代,欧洲国家普遍认为臣民应当效忠于国王,且该义务是与生俱来,一生一世、不可变更、不可解除,^{②7}例如普通法上所谓“不得自弃国籍原则”(nemo potest exuere patriam, no man may abjure his country)。法律意义上的国籍,是资本主义革命的产物,它不再被视为个人效忠国家的绝对义务,而是作为个人隶属于国家的身份而存在。因此,国籍不再是不可变更、不可解除的,而是可变更的、(一度)排他的。全球化时代的国籍呈现出多重国籍(multicitizenship)、“去国家化”(denationalized)的特征,例如“欧洲公民籍”(European citizenship),有西方学者认为国籍多重化和多元化(pluralcitizenship)是未

来社会的发展方向。^{②8}

国籍主要是国内法的制度之一,原则上由各国自主支配,因此造成国籍冲突亦不足为怪。在解决国籍冲突,包括国籍的积极冲突和消极冲突方面,国际公约和国际判例都发挥了重要作用。^{②9}以解决国籍的积极冲突为例,国际公约和国际判例确立了解决国籍冲突的原则,例如主权原则、最密切联系原则、主权平等原则、有效原则等。

国籍是个人与国际法之间的主要联系,国际法之于个人的意义和效果,往往必须通过其国籍国(即本国)行使国际权利(例如外交保护权)和履行国际义务(例如接收义务)方得以实现,具体表现为以下几方面:^{③0}

- (1) 国家可对本国国民行使外交保护权;^{③1}
- (2) 国家有义务防止本国国民在外国从事不法活动;
- (3) 国家有接收本国公民的义务;
- (4) 国民有效忠本国的义务,其中尤以兵役最为典型;
- (5) 国家有权拒绝引渡本国国民;
- (6) 国籍是确定敌人身份的依据之一;

^{②5} 严格地说,“国籍”(legal nationality)与“公民籍”(political citizenship)是两个内涵不完全相同的法律概念,不过实践中两者往往被交替使用。本文在国际法的意义上交替使用两者,表意相同,文中有相反说明的除外。

^{②6} [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第294页。在Citizenship Denationalized一文中,Linda Bosniak通过四个不同角度来解析国籍(citizenship)概念,即法律身份(legal status)、权利集合(collection of rights)、政治活动能力(political activity)、归属感(identification)/团结(solidarity)。国际法意义上的“国籍”,一般指个人隶属于国家的法律身份。详见Linda Bosniak, Citizenship Denationalized, Indiana Journal of Global Legal Studies Vol. 7:447。

^{②7} See Calvins Case (1608) 2 St. Trails 559, pp. 614, 629.

^{②8} 详见Linda Bosniak, Citizenship Denationalized, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 7:447。

^{②9} 例如1930 Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, Protocol relating to Military Obligations in Certain Cases of Double Nationality, Special Protocol relating to Statelessness, 1933 Montevideo Convention on Nationality and Montevideo Convention on Nationality of Women, 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, 1957 Convention on the Nationality of Married Women, 1963 European Convention on Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationality, 1973 Convention for the Reduction of the Number of Cases of Statelessness, 1997 European Convention on Nationality。

^{③0} See IA Shearer, Starke's International Law, Butterworth, 1994, p. 309. Nationality is important in international law in a variety of contexts, including: i. Entitlement to diplomatic protection. ii. State responsibility to another state for failing in its duty to prevent certain wrongful acts committed by one of its nationals extra-territorially. iii. State receipt of its own nationals. Paragraph 4 of article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 provides "No-one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country." iv. Nationality is said to import allegiance, and one of the principal incidents of allegiance is the duty to perform military service for the state to which allegiance is owed. v. A state has a general right, in the absence of a specific treaty binding it to do so, to refuse to extradite its own nationals to another state requesting surrender. vi. Enemy status in time of war may be determined by the nationality of the person concerned. vii. States may frequently exercise criminal or other jurisdiction on the basis of nationality.

^{③1} 必须明确的是,外交保护权是国家享有的一项国际权利而非义务。至于个人有没有请求国家行使外交保护权的权利,乃系(国内)宪法问题,国际法对此未作要求。

(7)国籍是属人管辖权的重要的连结点之一。

其中,第(1)、(4)项构成反对双重国籍的有力理由。不过,即使是在民族主义大行其道,双重国籍人人喊打的战争年代,该两项理由也未能促使国际社会达成一致,共同消灭双重国籍现象。

(二)双重国籍的实践

双重国籍的实践,贯穿国籍观念和国籍立法变迁始终,是国家理论和国际关系实践发展的产物。其间,各国对双重国籍的态度和立场几经变化,经历了从全面否定,到暧昧不定、有限承认,再到承认,甚至鼓励等发展阶段。

为了解决国籍冲突,国际社会制订了多项公约,确立了最密切联系原则、有效原则、主权平等原则等解决国籍冲突的原则,其中包括《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930),《关于双重国籍某种情况下兵役义务的议定书》(Protocol Relating to Military Obligations in Certain Cases of Double Nationality, 1930),《关于减少多重国籍的欧洲公约》(The European Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality, 1963)^②。

以《关于国籍法冲突的若干问题的公约》为例,首先,除本公约另有规定外,凡具有两个以上国籍的人,得被他所具有国籍的每一个国家视为各该国家的国民(主权原则)^③。其次,国家对于兼有另一国国籍的本国公民施以外交庇护,对抗该另一国的属人管辖权(主权平等原则)^④。再次,具有一个以上国籍的人,在第三国境内,应被视为只有一个国籍。第三国在不妨碍适用该国关于个人

身份事件的法律以及任何有效条约的情况下,就该人所有的各国籍中,应在其领土内只承认该人经常及主要居所所在国家的国籍,或者只承认在各种情况下似与该人实际上关系最密切的国家的国籍(最密切联系原则)^⑤。

此外,意大利—美国联合调解委员会在Mergé Claim (1955)一案中,^⑥首次确立了有效国籍原则,即在某人拥有双重国籍的情况下,应以其有效国籍(effective nationality)作准。

20世纪90年代,东、西阵营解体,冷战时代结束,国际形势由对峙与对抗转向对话与合作,国际社会组织化程度加深,这从根本上改变了国际社会的结构,国家不能再随心所欲地对待其国民。要言之,双重国籍之于(良好的)国际关系的潜在威胁已不复存在。这是造成国籍观念转变、国籍立法改革的根本原因之所在。^⑦

20世纪90年代以前,除却乌拉圭、巴拿马、秘鲁、萨尔瓦多四个南美洲国家,世界上绝大多数国家都反对双重国籍。然而最新统计数据显示,目前已有93个国家表示承认,甚至鼓励双重国籍,其中包括墨西哥、印度、韩国等传统移民输出大国。这里尤为值得一提的,是《欧洲国籍公约》(1997)。该公约一改此前“一人一籍原则”,申明缔约国鉴悉各国对待多重国籍的态度……;渴望寻求解决多重国籍冲突的适当方法,……,并确立如下四项国籍原则:(1)人人有权取得一国国籍;(2)应当消除无国籍现象;(3)不得任意剥夺任何人的国籍;(4)缔约国国民与外国人之间的婚姻关系的成立或消灭并不当然影响配偶一方的国籍。不仅如此,公约更明确承认多重国籍,并区分法

^② 《关于减少多重国籍的欧洲公约》由减少多重国籍(reduction of cases of multiple nationality)、多重国籍情况下的军事义务(military obligations in cases of multiple nationality)、公约的适用(application of the convention)、最后条款(final clauses)等四部分,及其附件(annex)组成。公约允许缔约国选择适用第一部分,即不要求缔约国必须采用单一国籍原则。

^③ 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第3条。

^④ 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第4条。

^⑤ 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第5条。不过,国际仲裁院在Salem Case(1932)一案中表示,第三国无权就相关国家的权利主张提出异议(“the rule of international law [is] that in the case of dual nationality, a third power is not entitled to contest the claim of one of the two powers whose national is interested in the case by referring to the nationality of the other power.”),http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/1161-1237.pdf, 2011年8月18日访问。

^⑥ Italian—U. S. Conciliation Commission, Mergé Case—Decision No. 55 of 10 June 1955, <http://www.uniset.ca/naty/merge.pdf>, 2011年8月18日访问。

^⑦ Peter J. Spiro, Dual Citizenship as Human Right, Temple University Beasley School of Law Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 2009-41, p. 6.

定的多重国籍(因出生或结婚而具有多国籍)与其他的多重国籍。公约第16条特别规定,如果要求放弃或丧失他国国籍是不可能或不合理的,则各缔约国不得坚持以放弃或丧失他国国籍作为取得或保留本国国籍的先决条件。这在一定程度上体现了欧洲国家以人为本,重视保障人权的传统。

近年来,国籍发展呈现出去国家化、多重化、多元化的趋势,更有不少学者和政治活动家提出新的国籍形式,例如“世界公民籍”(global citizenship)、“跨国公民籍”(transnational citizenship)、“后国家时代的公民籍”(postnational citizenship)等。^③

(三)我国应当放开双重国籍

当今全球化时代,越来越多的移民输出国家,意识到放开双重国籍符合国家利益。这些国家不仅对双重国籍表现出极大的宽容,甚至鼓励双重国籍。在这些国家,海外移民是重要的外汇和外资来源,我国也不例外。经验表明,通过双重国籍来稳定和巩固海外移民与原籍国之间的联系,是有经济效益的。类似地,移民输入国家也认识到双重国籍便于外国人归化,有助于外国移民融入当地社会。目前,各国国籍法普遍规定,非经个人(在加入外国籍时)声明放弃原国籍,否则自动保留原国籍。对于因出生而取得双重国籍之未成年人,几乎没有国家要求其于成年之时选择单一国籍。各种迹象表明,放开双重国籍已是大势所趋。

反对双重国籍者认为,放开双重国籍的潜在危害在于以下两方面:其一,易造成文明的冲突与对抗,引发(国内)社会分裂和碎片化;其二,易弱化个人与国籍国之间的联系。^④诚如 Peter J. Spir 所言,双重国籍的终极威胁不在于所谓“国民不忠于(或不够忠于)国家”,而在于它可能引发国家之间的对抗。^⑤

Bosniak 在 *Citizenship Denationalized* 一文中,对反对双重国籍论进行了反驳。首先,反对双重国籍者的上述命题,必须以歧视外国人为前提。其次,国际关系实践证明,歧视外国人和奉行孤

立主义外交政策是不符合效益的。再次,民主可以(最大限度地)团结一切可以团结的人。最后,歧视外国人违背民主,既不利于解决国内问题,又无助于解决国际问题,而事实上当今世界的绝大多数迫切需要解决的问题都已超越国界。^⑥

我国之所以反对双重国籍,起因乃东南亚排华风潮。有必要指出,这一特殊的历史背景不能脱离冷战时代的国际大环境。诚如我们所见,冷战结束之前,绝大多数国家都是反对双重国籍的,我国的选择符合当时国际形势的要求。反观当前,国际形势相比冷战时代已然发生了翻天覆地的变化,在越来越多的国家承认、鼓励双重国籍的同时,我国却逆流而动,这是不合时宜的。时至今日,仍然有学者担心,鉴于我国与东南亚国家之间的特殊关系,不坚持单一国籍原则恐再生祸端。然而历史一再证明,尽管单一国籍原则曾一度缓解我国与周边国家的民族矛盾,但是它并不能真正起到化解民族矛盾、改善国际关系的作用,1998年印度尼西亚恶性排华事件即是明证。实际上,这里关键的问题并不在于双重国籍本身,而在于国际关系现实,该现实直接攸关相关国家之间对待对方属民的态度。对于个人而言,无论是双重国籍还是单一国籍,其所承受的权利和义务基本都是对等的,双倍的权利意味着双倍的义务,故双重国籍对个人并无特别的利益可言。相反,对于国家来说,一旦相关国家之间的关系出现异常,则双重国籍可能被利用,以此制造国际冲突和对抗,威胁和平与安全,正是这种潜在威胁导致双重国籍被否定,国家行为的不利后果归于个人。可见,双重国籍本身并不是制造民族矛盾或国际冲突的元凶,解决国际冲突或改善国际关系也不可能单纯倚靠单一国籍原则,这涉及更深层次的(国内)制度选择与安排。就发展而言,继续反对双重国籍,不仅伤害海外华人的感情,不利于他们回归祖国,而且一定程度上也妨碍了外国移民取得我国国籍,不利于外国移民融入我国社会,最终将损害国家和人民的利益。鉴于当前国内外形势,建议我

^③ Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 7:447, p. 449.

^④ Faculty of Law University of Melbourne, *International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalised World*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 02, pp. 28-29.

^⑤ 同注^③。

^⑥ 同注^③;同注^③。

国遵循规律,顺应潮流,放开双重国籍,把港、澳特别行政区的双重国籍实践经验向全国推广。

五、结语

我国历来是移民输出大国。当前,我国正经历第三次移民浪潮。与此前两次移民浪潮不同,这次移民浪潮以财智精英为主体,巨大的智力和财富流失海外,形势不容乐观。我国长期奉行彻底的单一国籍原则和特殊的差别待遇,不利于吸引海外人才和建设良好的国内竞争环境。首先,不允许加入外国籍的中国公民保留原国籍,伤害海外华人的情感。其次,设置畸高门槛,严重挫伤海外

华人的归国热情。再次,在不少方面给予外国人超国民待遇,本土公民遭到不公平对待,竞争环境和生存环境持续恶化。历史经验证明,作为战争年代和战争思维产物的单一国籍原则早已过时,放弃单一国籍原则,放开双重国籍,有利于发扬民主、保障人权,促进国际人才交流与民族融合,是吸引海外人才,尤其是吸引海外华人回归祖国的可行之计。此外,鉴于我国大量财富精英更改国籍,变换身份,借其优势地位继续在国内巧取豪夺和大量贪官携款外逃这两大特殊国情,放开双重国籍对我国而言,更具有建设公平的竞争环境和追诉犯罪等特殊意义。