

中国移民制度的体系化考察

解永照

(山东警察学院, 山东 济南 250014)

摘要: 移民既是个人自我迁徙权利的一种行使,也是影响现代国家国际竞争力的重要因素。移民制度对于移民活动的进行具有重要影响,是移民的流动与遴选的重要机制。而要对我国的移民制度有一个总体的认识和清晰的把握,对移民法律制度进行历史追溯是一条有效的研究路径。历史考察有助于认识我国移民法律制度的发展脉络和历史惯性,辩证地看待和理解我国当下的移民法律制度,从而分析其未来发展方向。

关键词: 中国; 移民制度; 历史; 体系

中图分类号: D631 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-1565(2014)01-0129-09

在全球人口流动的大背景下,移民^①以及承载于其上的资金和智力流动,事关一个国家的综合国力和国际竞争力,吸引移民已经成为世界各国尤其是发达国家借用和争夺国际优质资源的捷径和利器,已经成为新型“资源”竞争方式。这种竞争随着改革开放的持续深入,我国也被裹挟于其中。据《中国国际移民报告(2012)》显示:2010年,中国海外华人华侨数量超过4500万。2011年,中国对世界几个主要移民国家的永久性移民数量超过15万人。在技术移民方面,对世界主要几个移民国家的永久性技术移民超过4万人。现实是,不只是中国公民移民海外,我国还面临着外国公民移民中国的新情况,并且这种新情况现在正变得越来越普遍化。截至2010年底,在中国境内有短期和长期居留的外籍人员已达1020145人;截至2011年底,持有外国人永久居留证的外国人已有4752人。综合分析看,我国在国际移民方面,数量上处于绝对“出超”地位,质量方面基本上是富裕阶层和知识精英溢出,可以说我国在国际移民竞争领域处于绝对的劣势。面对这样的形势,我们在承认各国经济社会发展水平

客观差异以及移民亲和度对于国际移民流向的主导作用的同时,也必须对移民制度对于国际移民的引导和推动作用加以肯认。而在移民制度方面,我们不得不承认我国的移民制度仍然比较简陋,没有对国际移民的发展趋势做出适当的回应。我国的移民法律制度最大的问题是没有体系化的思维和整体化的思路,没有规范国际移民的专门性法规。我国的移民法律体系呈现为一种离散状态,即在《中华人民共和国宪法》中确定了外国人的法律地位,纯粹规范国际移民的具体规定大致体现在《国籍法》和《出入境管理法》等调整本国及外国人出入境、签证及居留等活动的法律文本里,还有一些零散的分布在公安、民政等法律中的相关法律条文,或者《外国人在华永久居留管理办法》、《中华人民共和国出境入境边防检查条例》、《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》更低层级的行政法规、部门规章中。这样的移民制度建设导致了缺乏系统完善的移民法律体系,更谈不上专门的移民法典了,制度设计的总体思想和基本原则不突出,国际移民法律的具体内容上也难免挂一漏万,如移民归化和社会融合这一块内容就基本付诸阙如。而在国际交流与人口流动

收稿日期:2013-10-28

作者简介:解永照(1977-),男,山东即墨人,山东警察学院讲师,硕士,研究方向为社会法学和警察法学。

① 一般所说的移民包括国际移民和国内移民(如工程移民、扶贫移民等),本文所说的移民如无特殊说明特指国际移民。

日趋频繁的当下,移民已经成为现代国家一种重要的公民更新体制,吸引高素质移民也成为国家之间竞争的新领域,那么移民制度作为移民的遴选机制和程序,也成为法律制度建设的新中心之一。我国这样的移民制度状况与我国改革开放的现实以及移民制度的重要作用是不相适应的,因此,对我国移民制度的发展加以系统反思,并对其他国家成熟的移民制度加以借鉴而内化为我国移民制度的机体内容,对于我国海外移民权利的保障以及应对中国外国移民增多所引起的外国人入境、入籍和管理都非常重要。

理论研究如果不能敏锐捕捉现实世界的新需要和新迹象,就是空洞和没有生命的。正是认识到移民特别是精英移民对于国家发展的积极意义,世界各国皆非常重视移民制度的体系建构、完善,研究亦比较深入,它们大都建立起了十分完善的出入境管理、签证与护照、移民接收和归化、外国人管理等一整套的管理机制和具体的实际工作流程,基本上达到了常规化与制度化的较高水准,并随着经济社会的发展还在不断修正和改进。尤其值得关注的是,随着国际上对于人才与资金的争夺,一些新的移民制度发展趋势愈发显现,移民便利化出现了一些新发展。与此相对照的是,我国对于移民制度的研究比较单薄,或者说才刚刚开始,对于其他国家的移民法律制度也没有进行应有的深入研究、吸收和借鉴。综合来看,中国对于移民制度的研究主要局限于国际政治学、公安出入境管理、社会学和人类学等几个研究领域,并且关于制度的研究在上述学科领域大都处于起步阶段,属于旁枝末节,而专门研究移民法律制度的论文数量更是有限,专著也是凤毛麟角。更为严重的是,这些研究偏重于理论宏观解说,对于具体制度不论是体系论述还是某些单项具体制度都较少涉及,对于实务的参考和指导意义相对欠缺。可以说,我国对现代移民制度的研究基本上处于拓荒状态,我国的移民制度研究与移民制度建设和移民事务管理的现实需要是存在落差的。

基于上述对于我国移民管理的制度和理论认识,本文意图通过对我国的移民制度进行历史和文本的综合考察,整理出中国移民制度的底本,搭建起我国移民制度研究的体系化框架,从而为具体的移民制度研究提供一个总体背景和推进基点。

一、我国移民法律制度的历史追溯

中国的现代移民制度可以说是一个近代化和现代化的产物,不少制度和条文都是从国外特别是移民制度发达国家移植和借鉴过来的,是中国承接“西风东渐”的结果之一。然仔细观之,我国的移民制度却隐有“外西内中”之象,特别是中国传统的对于移民和出入境的观念(以及相关的中国传统的政治观念和文化观念)依然体现在移民法律制度之中。因此,有必要首先对我国的移民(主要是出入境)制度史实加以择要梳理,从而在用现代理念解读和分析我国移民制度得失的同时,站在中国立场对现行移民制度加以“在场”式的同情理解。对我国移民(出入境)制度的考察,可以分为如下两个阶段:

1. 移民(出入境)制度的本土养成长阶段

我国古代以天朝上国自居,认为“普天之下莫非王土,率土之滨莫非王臣”,纯粹的国际移民根本不存在。古代中国因地域设户册,以户册统人民,如秦《二年·户律》规定“诸不为户,有田宅,附令人名……”在册居民擅自离开居住地,皆构成重罪,遑论离国出境。只有犯了重罪的罪犯才有可能被驱逐或逃亡出国,流放化外^①在古代是非常重的一种刑罚,如明代余继登《典故纪闻》卷六“诬告十人以上者,凌迟处死,梟首其乡,家属迁化外。”所以,在中国古代,没有现代意义上的国际移民,有关移民的法律制度狭窄地集中在出入境领域,对于零散的国际移民迁居大都以政治或者一般国内民政的方式兼带地处理。在出入境的人群方面,我国古代长期以来比较固定,不外乎外交使节、贸易商人和留学游学人员等。普通百姓必须安居重土,没有“路引”离开户籍地都是不被允许的,也自然不会被允许出入境的。玄奘西游就属于未经批准的私自通关行为,属于“非法出境”,为此被官方通缉,下了拘捕他的文书。

我国对外交往历史悠久,但在秦之前战乱频仍,政府官力有所不及,加之当时的边界和疆域意识相对薄弱,移民管理或者出入境机构设置简陋,管理的人员和事务范围狭窄,针对迁居人民管理的专门性规定在史籍已不可考。如在西周时期,政府设置“司关”和“司门”等机构管理边境商贸,具体负责办

^① 化外之地现在看来大体都在我国现在疆域之内,但在当时至少是在教化之外或者统治相对薄弱的地区。

理境内外商人出入边境的手续。境内商人出境,需要向“司市”申请发给“玺节”,作为通关的凭证;境外商人入境,需要由“司关”发给“玺节”与“传”,作为入境和贸易许可证书。

数量较大的中外人员交流、移民侨居活动肇始于两汉,古代王朝对于出入境等移民活动的制度建设和管理也随之加强。在西汉时期,朝廷在边境设置了武威、酒泉、敦煌、张掖四个边郡和玉门、阳关两个关口,“自敦煌西至盐泽,往往起亭,而轮台渠犂,皆有田卒数百人,置使者校尉护领,以给使外国者”,^[1]对进出西域各国与汉境的内外使臣、客商、边民进行接待、盘查和验证。在出入境证件方面,要求出关者必须使用关传,无符传而出入者,构成犯罪,在法律上称之为“阑”。

唐、宋、元时期是我国封建经济文化高度繁荣的时期,中外商贸、文化交流达到封建社会的顶峰,东北亚、东南亚和印度洋沿岸国家成为新的往来重点地区,出入境管理的重心也随由陆路转向沿海。唐、宋、元在沿海口岸设置“市舶使”、“市舶司”、“市舶务”,“有番长为之,主领市舶使,籍其各物,纳舶价,禁珍异,番商有以欺诈入牢狱者”。^[2]这些机构负责对出入境人员进行资格认定并颁发和查验证件。唐代规定,出入境人员出入关津要向政府申请“过所”,没有“过所”而私自出境的,要处1年的徒刑。宋代商人出海要从市舶司处取得“公据”、“引文”。没有申请“公据”、“引文”自行出海的,按律当“徒二年,五百里编管”。元代,国内商人如果出海经商,要根据船只大小,大船申领“公验”,小船申领“公凭”。《元史·刑法志》载,手续不备者,杖一百零七,船物没官。

我国古代明朝和清朝中前期(鸦片战争之前),基本上实行闭关锁国、禁海封边的政策,中外交流通商、移民和出入境活动受到严格限制。一是“市舶司”等出入境管理机构时立时撤,出入境口岸大量缩减;二是限制发放出入境证件的数量(每年50至110份),并对出境船只、随船人员和前往国加以限制;三是对非法出入境者予以严惩,规定了“私越冒度关津”和“私出外境及违禁下海”等罪名。如《大明律》、《大明律例》和《大清律例》的“私出外境及违禁下海”专条都有类似规定“除有号票文引许令出洋外……将带违禁货物下海,前往蕃国买卖,轻者杖一百或发放边疆充军,重者处以死刑”。

2. 移民(出入境)制度的外来移植糅合阶段

我国的移民制度特别是出入境之外的移民制度的建立和完善是一个随着与泰西诸国交往加深,在西方列强强迫和自身意图用西方国家通行的法律制度为工具求得国家主权和权益维护双重因素影响下整个法律体系西方化、现代化这一中国再造工程的一部分。

其实,早在中国近代史开始之前,清政府为了防范沙皇俄国的不断侵扰,就在北部边境建立了哨所,强化边界巡防并引入近似现代的“护照”制度,从格式上完善了证件内容的详尽程度,增加证件持有人的可识别性,并从程序上严格出入境证件的发放与查验手续。这是中国按照西方移民制度改造自身出入境管理制度的嚆矢,但也只是一个断章和孤例,这种情况直到中国近代史开启之后才接续上。

1840年鸦片战争正式开启了中国近代历史的开放门户,“走出去”和“要进来”逼迫中国传统的以货物贸易带动的人员出入境向以人本身为主的出入境及移民转型,出入境及移民的人员范围、申请事项、时间跨度和往来国家都不是传统的出入境和移民制度所能囊括和辖制的,处处显得捉襟见肘。同时,西方国家在完成公使驻京之后,也要求清政府向国外派遣常驻外交使节。为应对中外人员出入境和移民的新形势,清政府或被迫或主动地开始改造出入境和移民法律制度,以建立万国统认、遍行海外的移民身份证明体系。为应对1882年美国国会通过的排华法案,清政府在美国一些主要的出入境口岸为在美、经美华工提供境外护照颁发服务。1883年出台的《假道美国章程》详细规定了对在美、经美华工颁发护照的具体事项。清政府分别于1883年和1884年制定了《护照颁发章程》,从而正式确立了护照制度。根据该章程,1884年,清政府商部开始对出国国民颁发商民护照和游历护照。1893年,清政府进一步扩大了护照的颁发范围,允许华侨申领护照。至此,清政府的护照制度实现了普遍的国民化。1906年和1907年,清政府又相继颁布《华民出境护照章程》和《限制护照稽查出境办法》,对护照的申领主体及辅助人,护照的审批、发放、使用和缴销等作了详细的规定,对护照使用制度作了进一步的规范。1908年,根据驻美大臣伍廷芳的建议,清政府决定由外务部将护照格式统一为三联单式,并规定了护照的14项载明内容,从而实现了护照格式和内容的统一化。1909年,清政府颁布了我国历史上第一部国籍法——《大清国籍条例》,^[3]实现了国民身

份确认制度与移民(出入境)证明文件制度的有效衔接,国民国内管理与国外管理的流程化。应该说,清政府时期我国已经初步建立起了与国际趋于一致的移民(出入境)制度。

如果说,我国在清朝时初步建立了现代意义上的移民(出入境)制度,那么民国时期则是我国移民(出入境)制度的进一步完善和现代化、技术化的时期,对外国人出入境以及居留、归化较以前作了较系统的规定。(1)本国民众出入境及移民的法律法规。1912年,南京临时政府在《大清国籍条例》的基础上颁布了《中华民国国籍法》,采父系血统主义认定国籍,部分采纳出生地原则,同时放松了对个人选择国籍的限制,个人自主性增强;1929年,南京国民政府颁布了《修订国籍法》,兼采父系和母系血统主义,推进了男女在国籍选择因素上的平等。此外,1929年颁布的《颁发出国护照暂行办法》、《外交部驻外使领馆发给回国护照及签证外人来华护照暂行办法》,1931年颁布的《护照条例》,1935年颁布的《侨民出入国登记暂行规则》、《工人出国条例》,1946年拟定的《人民出国回国管理规程》和1947年颁布实施的《赴美移民审查规则》也是国民政府时期国民出入境和移民的主要法律依据。^[4]这一系列法律制度涉及到了出入境申请条件、担保制出国、护照、签证和出入境登记等移民法律制度的众多方面,继续去除了一些对民众的限制性封建遗留,在完备程度和立法技术水平方面都有较大进步。(2)外国人出入境及移民的法律法规。对于外国人在华的出入境和居留,在两次废约(指1929年的废约运动和抗战时期盟国的主动废约)之前,民国政府是按照有约者从约,无约者按1919年的《管理无约国人民章程》对其国人的移民活动进行管理的。1917年和1918年,北洋政府相继颁布了《外人游历护照办法》和《稽查外国人护照(执照)章程》。1930年,南京国民政府颁布了《查验外国人入境护照规则》及其实施细则和《中华民国境内外人出入及居留规则》等法律法规,并规定由警察机关负责外国人的出入境和居留管理工作。国民政府还在1936年颁布实施了《外国人来华护照签证办法》,1944年制定了《中华民国关于外人护照签证办法》,1945年颁布了《外侨居留证填写规则》,1947年又颁布了《外人护照查验办法》和《外侨出境登记办法》。这些针对外国人的移民法律制度的出台,不仅完善和丰富了我

一些原本属于我国的对于在华、来华外国人的移民活动管理权力。

二、新中国成立后的移民制度发展及现行移民法律文本整理

1. 新中国移民制度发展考略

新中国成立后,我国的移民法律制度随着社会主义阶段性建设任务的变化,在不同的阶段有不同的制度建设重点,经历了一个从有所侧重到全面发展完善的过程,带有一定的历史特性,受国家整体的社会政治经济形势影响较大。

1949年的《中国人民政治协商会议共同纲领》和1954年的《中华人民共和国宪法》明确规定,“中国公民享有自由迁徙权”。但该规定由于1958年颁布的《中华人民共和国户籍管理登记条例》,实际上被搁置了,并在1975年修定宪法时从条文中删除,1978年宪法及1982年宪法皆未恢复。

建国之初到改革开放之前,由于国外特别是西方国家对于我国的政治经济封锁,我国的移民法律制度建设具有鲜明的侨务(包括内侨和外侨)色彩。在我国公民及内侨移民法律制度建设方面,我国于1951年颁布了《华侨出入国境暂行办法》,1955年签订了《中美关于双方平民回国问题协议》,1958年颁布了《公民因私事出入国管理工作的规定》,从而初步建立了新中国公民的护照、签证等移民制度,明确了中国公民出入境的主管机关、权限配置、申请程序、审批条件等内容。在外国公民特别是在华外侨移民法律制度建设方面,1950年和1951年,政务院颁布了《外国侨民出入及居留暂行规则》、《进出口船舶、船员、旅客、行李检查暂行通则》等规定;1954年,公安部颁布了《外国侨民居留登记及居留证签发暂行办法》、《外国侨民旅行暂行办法》和《外国侨民出境暂行办法》;1964年,国务院颁布了《外国人入境出境过境居留旅行管理条例》,替代了上述3个“办法”和1个“规则”,初步建立了涉及外国人的入境、出境、过境、居留、旅行、入出境检查等诸多方面的移民法律制度。

改革开放之后,我国与外部世界的交流迅速扩展,人员往来也随之大量增加,下列几类人群成为该时期出入境等移民活动的主体:一是来华投资、经商、文化交流和旅游的外国人,二是回国探亲、经商的华侨、港澳台同胞,三是边民,四是外派或者自费出国的留学生和交流学者,五是有海外关系的出国

团聚、投亲的中国公民,六是劳务输出人员,七是最近一二十年开始涌现的移民海外的富裕企业主和技术精英,八是日益庞大的出国(境)旅游人员。同时,这一时期的移民活动除具有数量庞大、人员结构复杂的特点外,私人性成为出入境、居留等移民活动的鲜明特点。为此,我国在这一阶段的移民法制建设在建设的同时,开始偏向于改革、改造,工作导向由管理为主转为服务为主,如中国公民(包括海外的华侨)不管因公因私,出入境都不再办理签证;外国人出境无须再办我国出境签证;等等。

改革开放后这段时期是我国移民法制建设的黄金时期,大量移民法律法规在此期间出台和修订,中国特色的现代移民管理法律法规体系已经初步形成。1980年,我国颁布了《国籍法》,明确了我国国籍认定的原则以及取得、丧失,规定加入、退出和恢复中国国籍需要提出申请,并由公安部审批,实现了国籍保有和转换的法制化,该法构成整个移民法制的基本部分。1980年,国务院批准施行了《中华人民共和国护照签证条例》,对护照、签证颁发的相关问题做了规定。2006年,《中华人民共和国护照法》由全国人大常委会通过,实现了护照法制由行政法规到法律的层次提升。护照作为一个国家的公民出入国境和国外居留时证明该公民国籍和身份的合法证件,是国籍在国(境)外和国(边)境的官方证明,是移民活动中的身份证。护照法律法规的出台,实现了《国籍法》的国外化,是《国籍法》在移民领域的法律表征,类似于国内的《居民身份证法》,是我国移民法律体系的重要组成部分。1985年,全国人大常委会颁布了《外国人入境出境管理法》和《中国公民出境入境管理法》。1986年,国务院颁布了“两法”的《实施细则》,并于1994年重新修订《外国人入境出境管理法实施细则》于2010年再次修订,具体规定了出入境、出入境检查以及相关罚则。国务院接着颁布了《中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法》(1986年)和《中国公民往来台湾地区管理办法》(1991年)。1995年,国务院颁布了《出境入境边防检查条例》(该年还颁布了《国际航行船舶进出中华人民共和国口岸检查办法》),标志着我国出入境法律的相关细则已经出齐。“两法”及其实施细则(含两个“管理办法”和一个“条例”)的出台标志着我国的出入境管理的法制化框架基本搭建起来,各类出入境主体的正当权益保护基本都做到了有法可依,出入境法律制度的实

施性能。1990年《归侨侨眷权益保护法》颁布并于次年实施(2000年修订),为归侨、侨眷合法的权利和利益保护提供了强有力的法律依据,是我国移民法律制度中为数不多的集中涉及移民社会融合的法律。另外,全国人大常委会1991通过了《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》,1994年通过了《全国人大常委会关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》,对涉及非法移民犯罪的刑事处罚做出了规定,并于1997年刑法典修正时正式并入刑法典(上述两个单行法律的行政处罚和行政措施的规定继续单行有效)。2012年以来,我国的移民法律制度再次进行重大修改,《中华人民共和国出境入境管理法》于是年通过,次年实施,对现行的《中国公民出境入境管理法》和《外国人入境出境管理法》予以整合,实现了对外国人入境出境和公民出境入境行为的统一管理,出入境管理法制的体系化、系统化和与时俱进性都有了巨大进步,作为移民法制的基干地位得到强化。为配合《出境入境管理法》的实施,国务院于2013年7月公布了《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》,《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》同时废止。至此,我国系统、集中、整合的中国特色社会主义移民法律制度已经形成。

2. 现行移民法律文本整理

以上对于我国移民法制的发展历史进行了梳理,对于我国移民法制的建设史有了较为轮廓的阐述,其目的还是在于认识我国现行的移民法制的来龙去脉,从而历史地理解我国现行移民法制的内涵机理和发展愿景,下一步继续推进移民法律制度的发展完善。移民制度史研究本身不是目的,重点在于立足于我国现行移民法律制度,着眼于为移民法律制度的发展提供知识路径。基于我国移民法律制度相对分散、零碎的特点,对现行移民法律制度进行体系化的整理,按照类型化的思路在认识上形成一个类型归一、层次清楚的现行移民法律制度系统基本结构图,对于实务和理论研究都是有益的。我国现行的移民法律制度体系主要由以下几个方面的法律渊源组成:

(1) 宪法及宪法性移民法律。《宪法》是我国的根本大法,规定国家最重要、最根本性的内容,包括国家制度、公民的基本权利和义务、国家机构等,是我国移民法律制度的总纲领,是对移民(自由迁徙)的公民权利的总确认,也是具体的移民法律制度必

须遵循的总原则。《宪法》第 33 条规定“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民……国家尊重和保障人权。”该条规定,一是确立了我国移民法制的逻辑基点,只有具有中国国籍的人才是中国公民,无国籍者^①和具有外国国籍的人都不属于中国公民。这确立移民法律权利主体的最基本分类,即公民与外国人,他们因为身份不同享有不同的权利义务,遵从不同的出入本国国(边)境的管理制度。二是申明了国家保护移民权利的基本立场——国家尊重和保障人权。如前所述,我国 1954 年宪法中的“中国公民享有自由迁徙权”条款已被删除,在新宪法中亦未恢复,但从《中华人民共和国出境入境管理法》等现行具体移民法律制度来看,中国公民和外国人的出入境权等移民权利已经得到落实(法律另有规定的除外,并且这些例外规定都是针对具有某种法定情形的人的),被删条款未被恢复主要是由于国内二元户籍制度改革尚未完成所致。第 50 条规定“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。”该条确立了我国的侨务工作的指导思想和根本任务。所谓“华侨”就是出国定居的中国公民,而“归侨和侨眷”^②就是原来侨居国外的现在回国定居的中国公民以及出国定居中国公民在国内的眷属。这类人实际上就是参与移民活动的中国公民,是从中国立场所说的国际移民,也可以称为狭义的中国国际移民。保护华侨、归侨和侨眷的正当的、合法的权利和利益是国家尊重和保障人权在移民领域除迁徙权之外的另一项主要内容,我国近几年大力加强的海外领事保护活动以及国内广泛的侨务工作实现了对华侨、归侨和侨眷权益保护的国内外全覆盖。

移民法律制度中最为重要的宪法性法律是《国籍法》。《国籍法》是《宪法》第 33 条的具体化和操作化,具体包括两大块内容:一是中国不承认双重国籍,二是中国国籍的取得、丧失和恢复。这实际上是两个紧密相连的问题,互为因果,相互联动。一般而言,国籍的原始取得既可能基于血缘,也可能基于出生地,而从移民法制的角度而言,国籍的取得、丧失和恢复则是基于“定居”。我国《国籍法》总共 18 条,其中就有 5 条涉及到以“定居”作为中国国籍的取得、丧失和恢复的条件。而这种国籍的传来取得多涉及到一国对于国籍唯一性的立场,即是否承认双重国籍乃至多重国籍的问题。如果坚持单一国

籍,一个国籍的取得同时意味着另一国籍的丧失。

《归侨侨眷权益保护法》总体上也属于宪法性移民法律,系统规定了归侨、侨眷的权益总成,以及相关部门在保护归侨、侨眷权益工作中的职责分工,为归侨、侨眷在国内的权益保护特别是融入当地社会提供了民事、行政等诸多方面的支持。归侨和侨眷这一特殊群体属于国际移民活动的国内人群,这类人群与单纯的进行出入境、短期居留等移民群体不同,其国内社会活动广泛,享有国内公民享有的一切权利,但又与非移民性国内公民相比具有本地适应性差、社会融合度低的特点。归侨和侨眷的上述特性决定了,国家必须对该人群权益加以特殊保护,从而使他们在国内正常生活。

(2) 行政性移民法律。我国对于移民总体上是从移民行政管理上来看待的,所以,我国的移民法律制度大多属于行政性法律、行政法规或者部门规章。

(1) 有关移民的行政性法律有《出境入境管理法》、《护照法》和《海关法》。这类法律实际上是宪法类移民法律的实施法,具体规定了移民的护照申领、签证申请、出入境、边防检查等移民活动的行政管理程序和手续,是私人进行移民活动、公务移民管理活动的具体适用法律。作为移民领域的基本法律,这类法律规定了移民活动和移民管理、服务的主要内容,是移民行政法规、地方法规和部门规章的直接渊源。

(2) 有关移民的行政法规包括《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》、《中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法》、《中国公民往来台湾地区管理办法》和《出境入境边防检查条例》等。原来“两法”的实施细则,由于“两法”的废止在法理上也随之失效,^③国务院为此颁布了《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》来代替《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》,

① 在中国,无国籍人与外国人处于同等地位。

② 侨眷的准确范围按照《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》包括“华侨、归侨的配偶,父母,子女及其配偶,兄弟姐妹,祖父母、外祖父母,孙子女、外孙子女,以及同华侨、归侨有长期抚养关系的其他亲属。”

③ 但从《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》第 39 条的表述“本条例自 2013 年 9 月 1 日起施行。1986 年 12 月 3 日国务院批准,1986 年 12 月 27 日公安部、外交部公布,1994 年 7 月 13 日、2010 年 4 月 24 日国务院修订的《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》同时废止”看,该实施细则是因被后者替代而失效的。按此逻辑,《中国公民出境入境管理法实施细则》在《中华人民共和国公民出境入境管理条例》出台前应当继续有效。

《中华人民共和国公民出境入境管理条例》是否出台以及何时出台还未定。而《中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法》、《中国公民往来台湾地区管理办法》和《出境入境边防检查条例》在未来也需要根据新的《出境入境管理法》进行适当的修订。除上述法规之外,《国际航行船舶进出中华人民共和国口岸检查办法》、《中华人民共和国船员条例》、《中华人民共和国国家货币出入境管理办法》等也是规制与移民附带活动相关的行政法规。(3) 有关移民的部门规章大多是中央主管部门在实施其主管领域移民法律过程中制定和发布的规范性文件。这些行政规章的事务属性很强,调整对象限定在其行政管理领域中某些特殊的、局部的、具体的移民问题,规定的详尽程度类似于实施细则或者司法解释,专业性、操作性和技术性较强。有关移民的重要部门规章包括《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》、《外国人在中国就业管理规定》、《因私出入境中介活动管理办法》、《办理劳务人员出国手续的办法》、《中华人民共和国海关关于进出境旅客通关的规定》、《关于进出境旅客选择“红绿通道”通关的规定》、《边民互市贸易管理办法》、《出入境人员携带物检疫管理办法》、《中华人民共和国海关对中国籍旅客进出境行李物品的管理规定》、《中华人民共和国海关对进出境旅客行李物品监管办法》等,可见这类规章主要集中在公安、海关、人力资源、出入境检验检疫等与出入境和居留相关的业务部门。(4) 有关移民的地方法规、地方规章。基于边境省、自治区边民与毗邻国家民众之间密切的民族、经济、文化等方面的联系以及频繁的出入境等状况,根据中国与相关国家签订的边界管理协定,我国一些边境省、区的地方人大和地方政府经国务院批准,制定了一系列地方性法规、规章。如《云南省中越、中老边境地区人员出入境管理规定》、《云南省中缅边境地区中方人员出入境管理暂行规定》、《新疆维吾尔自治区边境管理条例》、《黑龙江省边境管理条例》、《广西壮族自治区中越边境地区人员入境出境管理暂行规定》^①等,都是边境省、区根据本地与周边国家移民情况作出的地方性规定,本地边情的针对性强。

(3) 民事性移民法律。目前,我国还没有专门的移民民事专门法律,具体移民民事行为一般直接适用民事法律的相关条款,如合同法、侵权责任法等。移民活动可能涉及到的民事关系,除一般的日

常生活性行为适用民事一般法律外,专门移民民事活动大致包括移民中介服务和国际旅客运输等。移民中介服务主要适用合同法中的居间中介合同部分,只是内容具有移民的专项内容,但没有超出合同法的范围。国际旅客运输行为除可以适用《民法通则》、《合同法》和《民用航空法》外,还受《统一国际航空运输某些规则的公约》(简称《华沙公约》)、《修改1929年10月12日在华沙签订的统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》(简称《海牙议定书》)、《统一国际民航运输某些规则的公约》(简称《蒙特利尔公约》)^②的管辖。

(4) 刑事性移民法律。^③ 刑事性的移民法律主要规制两个大的方面,一是刑法第六章“妨害社会管理秩序罪”中的第三节“妨害国(边)境管理罪”,共包含“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”、“偷越国(边)境罪”等罪名,主要惩治妨害国家国(边)境正常管理秩序的行为。二是打击跨国(境)人口贩卖犯罪^④及其附属行为的刑事规定,主要是刑法第240条“拐卖妇女、儿童罪”第1款第8项“将妇女、儿童卖往境外的”,^⑤这是该类犯罪的基本行为,下面因最终犯罪目的不同还涉及组织他人出卖人体器官、未经本人同意摘取其器官等器官买卖犯罪、强迫

① 以广西的规定为例,其制定是根据《中华人民共和国外国人入境出境管理法》、《中华人民共和国公民出境入境管理法》以及《中华人民共和国政府和越南社会主义共和国政府关于处理两国边境事务的临时协定》。在新的《出境入境管理法》第90条也规定“经国务院批准,同毗邻国家接壤的省、自治区可以根据中国与有关国家签订的边界管理协定制定地方性法规、地方政府规章,对两国边境接壤地区的居民往来作出规定。”

② 上述3个航空国际文件都已经在我国生效,而《民用航空法》第184条规定,“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定”。

③ 我国为了打击国际非法移民特别是跨国贩卖人口行为加入了一系列国际公约,如《联合国打击跨国组织犯罪公约》及其《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》等。

④ 人口贩运已发展成为世界上增长最快、最有利可图的国际犯罪活动之一,年利润仅次于毒品和军火贩卖业。参见张继焦. 国内外关于“非法移民”的研究状况评述 [EB/OL]. <http://www.docin.com/p-239724032.html&endPro=true>.

⑤ 实际上,近年来从国外如越南、老挝、缅甸等国贩卖妇女入境的案例已经很多,是否将“将妇女、儿童贩卖入境的”也作为一个加重情节加以规定应该被纳入考虑。

劳动犯罪^①和强迫卖淫犯罪。为了实施这些刑法规定,最高人民法院发布了《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》,公安部发布了《关于妨害国(边)境管理犯罪案件立案标准及有关问题的通知》,最高人民检察院颁布了《关于严格执行〈全国人大常委会关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定〉和〈台湾同胞投资保护法〉的通知》等司法解释和部门规章。

三、对我国移民法律制度的展望

通过上面对于我国移民法律制度发展的回顾与整理,可以说,我国已经初步形成中国特色社会主义移民法律体系,特别是新的《出境入境管理法》对原有移民法律制度中矛盾冲突的地方进行了理顺,并将诸多移民法律制度的新内容纳入其中,将我国移民法律制度的建设向前推进了一大步。但需要看到,在总体上,我国的移民法律制度在以下两个方面还存在相当大的改进空间:

1. 移民法律制度的整体定位狭窄,移民法律制度体系分散,主法地位不突出,制度框架零散。参考世界各国的移民立法,大都有一部综合性的移民立法,从采用的名称如《出入境与国籍法》、《出入境与难民法》、《出入国管理及难民认定法》、《移民法》就可以看出,其移民法典规定的内容不仅限于出入境方面,即使如韩国等国采用《出入境管理法》^②这一称呼,其内容也要比我国新的《出境入境管理法》^③涵盖的内容要全面得多,也规定了如外国人境内管理制度、难民认定制度等内容。而就我国移民法制而言,由于我国实行“一国两制”,中国内地与作为特别行政区的香港、澳门和尚未与大陆实现统一的台湾地区的人员往来仍然属于出入境行为,^④现行的出入境管理法律法规不得不考虑不同国籍、不同地区的差异分别为不同主体来建规立制,这有其合理性。但与此同时,大量单行行政法规乃至部门规章而不是法律作为某一移民领域的特别立法^⑤的状况并没有彻底改观,导致条块分割严重、立法层次不一,整个移民法律法规体系纷繁复杂,法律的建构性、谱系性和统一性严重不足。^⑥另一方面,由于我国传统上属于移民输出国,外来移民很少,导致我国的移民立法思维还停留在出入境管理的狭窄范围内,在华外国人管理、移民归化与社会融合这些移民法制的核心内容一直没有得到足够重视,所以这次

新的《出境入境管理法》虽然增加了不少外国人居留的内容,但基本上还是一部有关出入境的法律,与外来移民相关的条文并不敷用。^⑦而现代移民与我国传统的移民移入状况已经有了天壤之别,外来移民的国内生活管理已经替代单纯的出入境成为移民的中心活动。法律制度作为一种治理方式,作为现实生活事实的确认和复述,如果不反映人们的生活需要是不可想象的。我国的移民法律制度也要将移民这一生活现象的全貌呈现出来,遮蔽或者忽视移民国内管理的倾向必须加以扭转。

2. 移民法立法水平和立法技术等方面还有待提高。应该说,新《出境入境管理法》的出台,极大地理顺了原来的《外国人入境出境管理法》和《中国公民出境入境管理法》与《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》等法律的冲突,但下位规范还没有随之修订完毕,与其他法律甚至直接的上位规范还存在诸多矛盾之处,需要加紧推进修订工作。再就是立法较为粗糙,缺乏细节关怀和程序意识,导致授权性规范过多,程序导引功能下降^⑧。因此,我国

① 从“强迫劳动罪”侵害的对象反证,一些学者主张的将“拐卖妇女、儿童罪”改为“贩卖人口罪”是有道理的,将成年男子纳入该罪的侵害对象是符合犯罪实际状况的,如“黑砖窑”案件大都以成年男子为侵害对象。

② 关于韩国《出入境管理法》的具体内容可以参见 <http://news.9ask.cn/fagui/wgygjfl/201002/335018.html>。

③ 实际上,立法者已经看到了我国移民法律制度分散杂乱的缺点,新的《出境入境管理法》在此也作出了努力,将《中华人民共和国公民出境入境管理法》和《中华人民共和国外国人入境出境管理法》及其实施细则,以及《中华人民共和国出境入境边防检查条例》等不少移民法律规定的内容纳入其中,已经初具移民法典的整体气象。

④ 在移民的国内管理领域,很多移民事项是由部门规章来规制的,如移民中介管理等。

⑤ 当然,对于法律是否需要法典化,学者们是有不同意见的,不过从我国偏于大陆法系的立法、司法传统和民众的法律适应性看,法典化更加服水土。

⑥ 这可以从与德国移民法(全称为《关于外国人在联邦领域居留、工作和融合之法》)对比可以看出,德国移民法包括通则、入境和在联邦领域居留、促进融合、治安法律规定、居留的结束、责任和费用、程序规定、刑罚和罚款程序、法令授权;过渡和结束规定,其中第二章入境和在联邦领域居留又细分为通约、入境、以教育为目的的居留、以工作为目的的居留、出于国际法、人道主义或政治原因的居留、出于家庭原因的居留、特殊居留权、联邦劳动局的参与等8节,规定十分详尽。

⑦ 同样以德国移民法为例,其“程序规定”一章的行动程序就详细规定了书面形式及形式要求的例外,居留证的标准印制件、替代证件和证明,对居留的决定,未成年人的行动能力,居留证的申请,外国人的参与,可攻击性的限制,抗辩和起诉的作用,居留时间的核算等具体程序,即使是非专业人士也能按图索骥。

移民法在下位规范逐渐成熟的基础上将其纳入到移民法中,增加移民法律的实践操作性和内容全面性,同时将世界上已经成熟的配额制、积分制和保证制逐渐引入进来。例如,新的《出境入境管理法》规定留存出境入境人员的指纹等人体生物识别信息,国家建立统一的出境入境管理信息平台,实现有关管理部门信息共享,这就是借鉴了国外移民法加强国家和社会秩序维护方面的新发展的举措,但是,对于过外国人入境后的居住、就业、社会保障等信息是否一体纳入或者联网管理,对于这些获得的信息如何保存、使用和传递,等等这些问题都没有规定。对于这些具体制度的问题,笔者将在以后具体制度的研究中加以具体分析,在此不再赘述。

参考文献

- [1] 班固. 汉书·西域传 [M]. 北京: 中华书局, 2000.
- [2] 李肇. 唐国史补: 卷下 [M]. 上海: 上海古籍出版社, 1979.
- [3] [4] 张宏伟. 我国出入境管理法治化研究 [D]. 黑龙江大学 2010 年硕士论文.
- [5] 荆长岭. 论中国新型出入境管理体制构建 [A]. 刘国福. 移民法: 理论与实践 [C]. 北京: 法律出版社, 2009.

责任编辑 吴超云

Systematic Investigation of Chinese Immigration System

XIE Yong - zhao

(Shandong Police College, Jinan, Shandong 250014)

Abstract: Immigration is not only a kind of exertion of self - migration right, but also an important element affecting international competitiveness of modern society. As an important mechanism of immigrants' flow and selection, immigration system has an important influence on immigration activity. To trace the history of immigration legal system is an effective approach in an effort to gain an overview of our country's immigration system. Historical study can help us to have a better understanding of historical inertia and development, dialectically understand and look on the present immigration legal system of our country, thereby, analyze the future direction of its development.

Key Words: China, immigration system, history, system