

国际移民法初探

翁 里

自 1978 年,中国每年有成千上万知识青年出国留学并且学成不归;如何通过法律手段抑制人才单向外流的严峻局面,自然成为我国执法部门急需研究的新课题。开放后来华投资、旅游的境外人士逐年递增;如何制定与国际社会配套的法规,达到既能引进外资又能确保国家的税金和保险款不致流失,同时维护所有来华短期或长期居留的境外人员的利益与安全,无疑也值得我国立法机关思考。另外,为了杜绝或减少我国公民盲目偷渡等非法移民现象,维护社会主义中国的形象,司法教育部门采取普法形式向广大公民宣传各国移民法常识,使其知法守法,显然是行之有效的。

虽然目前国际公法涉及“国籍法”内容;国际私法探讨涉外婚姻和涉外收养中的冲突规范;国际投资法包含一部分“移民法”的内容;从事国际贸易的商务人员跨国活动需要熟悉办理护照,签证手续和在异国居留的法律规定;国际税法也有“外籍法人居民身份和外籍个人居民身份的确认,以及来源国对非居民纳税人征税”等章节;但上述部门法所涉猎的各国移民法问题仅从本学科体系某一侧面论及国际移民规范,缺乏全面系统地分析和论证。因此,为探索并解决我国对外交往中出现的一系列移民法律问题,促进世界和平,加强与上述部门法密切相关的国际移民法这一国际法学领域新兴的边缘学科研究,力求从中国国情出发,结合发展中国家的共同立场,汲取国外有益的立法成果和司法经验,创立一部具有社会主义中国特色的移民法已成为我国法学界的当务之急。

一、国际移民现象与国际移民法的发展

移民,在原始共产主义时代是一种自然现象;自从国家产生之后,它才成为一种社会现象并受法律的制约。

纵观欧亚大陆文明古国的移民史,不难发现多数国家从闭关自守转向朝外扩张,演变成人口输出的形势;因此,不鼓励外籍公民入境定居成为欧亚国家移民法规和移民政策的共有特征之一。中国最早的移民法规始自汉朝官府关于出入境证件管理的规定。汉朝法律有“关用传出入”,“持节前往”的规定。“传”亦称“符传”,是汉朝官府颁给普通商贸人员出入口岸关卡的证明,“节”是由政府颁发给官方使者出入国境的通行及身份证明。后来人们称代表国家出使外国的人为“使节”,便渊源于此。汉朝法律还规定:凡出入国境者必须持有“传”或“节”才能通过口岸检查;若无符传出入境者为“阑”,对“阑”将判处徒刑,重者甚至处死刑;倘若官吏贵族无证件私越国境,被查处者则要免去官职或爵位,降为平民。唐宋元时期政府在明州(今宁波)等开放口岸设置“市舶司”监管机构,专门负责验出入境人员证件及征收关税等事务。1314 年颁布“市

舶法则”等出入境管理法规。1860年2月清朝政府公布的“外国招工出洋章程”和1866年与英法两国商定的“续定招工章程条约”均为我国早期关于劳务输出的国际移民法规。从辛亥革命到中华人民共和国建立前的三十多年间,历届政府曾颁布10余个移民单行法规,如1911年南京政府的“侨商回国请领护照简章”,1913年北洋政府制定的“管理留日、留欧、留美学生事务规程”等等。新中国成立后,第一个关于移民管理方面的专门法规是1951年8月经政务院批准,公安部发布的“华侨出入境暂行方法”。1978年党的十一届三中全会后,国门敞开,中外人员出入境流量陡增。为尽快适应改革开放和对外交往新形势需要,我国先后设置了各级出入境管理执法机构;制定了“中华人民共和国公民出境入境管理法”、“中华人民共和国外国人入境出境管理法”及其实施细则并与匈牙利、老挝、巴基斯坦等友好国家签订了互免签证条约等一系列国际移民法规。同期,中国还与美利坚合众国签署了领事条约,与加拿大及澳大利亚等国签署了关于解决移民问题的双边协议。迄今,中国的移民立法和司法工作已取得较大成绩,逐步与国际常规衔接。

美洲、澳洲诸国实际上都是由移民组成的国家;世界上最大的人口输入国也主要集中在这两个大陆。美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国政府早期的移民政策和移民法均以鼓励外籍移民入境定居为其共同特征,这成为与欧亚各国移民法规的显著区别之点。然而,进入二十世纪,面临持续不断汹涌而来的移民潮,上述诸国开始采取限制移民入境政策并反映在其立法中。例如针对无限制移民给美国经济和社会秩序带来的一系列问题,1921年美国国会讨论通过了“移民配额法案”,从此修改了以往的“自由移民”政策,依据该法案,每年入境美国定居的外籍人士数额,将按各国当时在美国的移民总数百分比加以限制。假如当时在美国定居的德裔移民总数为500万人,按一个国家1%的移民配额计算,每年可准许五万德籍人移居美国;假如当时在美国的华裔移民总数是100万人,那么按人口百分比计算,每年允许中国籍人移居美国的数额最多不能超过一万人。由于1921年的“移民配额法案”带有种族歧视色彩,因此美国国会议员麦卡伦和华特又在1952年起草“移民和国籍法修正案”并且获得通过。为了使每位矢志移居美国的外籍人士不分种族异同,都能获取移民入境资格,该法案重新规定了全球移民的总数,各国移民限额以及几项优先类别配额制度,从而奠定了美国现行移民法的基本框架。1965年美国国会对“麦卡伦—华特法案”进行修改,建立直系亲属移民非限额制和劳工入境许可制,进一步完善了该法案。美国对1986年1月1日以来非法居住在美国的外国人以及1985年5月1日至1986年5月1日在美国田间工作90天以上的外国农业工人实行大赦,允许他们获得绿卡。1990年《美国移民和国籍法》又一次提交国会参众两院讨论修改,由众议员莫里森起草的新法案于同年11月29日在布什总统签署后正式生效。1990年的美国新移民法对旧移民法内容进行了大幅度修正,从而使其成为世界各国移民法律中最完善的一部移民法;它因此亦被称作是美国移民史上第三个重要里程碑。美国新移民法提高了全球移民配额,调整了优先类别项目,增加了非移民签证种类,以便吸引外国资金和外国人才,同时又限制外籍非专业人员移民入境,其宗旨无非是维护美国本身的利益。

近几十年间,因自然灾害和地区战乱造成的数以万计国际难民无序流动,也给难民接受国的非正常人口出入境管理带来许多困难及法律问题。联合国为此专门设立难民署机构从事保护国际难民和协调各国安置、遣返难民工作,并制定了有关处置国际难民的公约,各缔约国也纷纷在本国移民法中增设难民条款以体现人道主义精神,为抑制近年来猖獗的偷渡和非法移民活动,有关国家之间还相继签订了双边条约。

窥一斑见全豹。国际移民法的发展始终与国际移民史进程息息相关。以历史的眼光看,人类跨国移居的自由逐渐受到日臻完善的各国移民法、国际条约和国际惯例的制约,尽管目前国际移民的总趋势仍是发展中国家人口向发达国家流动,但受国际移民法的调控,如今大规模的国际移民活动渐滞,人才双向合理对流的局面已初露端倪。

二、国际移民法的基本概念与特点

广义上的移民概念包括国内移民、国际移民和星际移民。本文所讨论的移民特指国际移民,即一国公民依据其国籍所属国与前往国法律、国际条约、国际惯例到原居住国以外的国家及地区长期居留或者短期居留的出入境活动。

移民法(或称出入境管理法)是主权国家制定的专门处理本国公民与外国人出入该国国境及其在该国居留等相关活动的法律规范的总和。我国法学理论根据国际法中的主权原则,将单一国家的移民法或出入境管理法通常视为一种国内法。当然各国制定这种关于国际移民活动的国内法时,亦充分考虑到其他国家现行的移民法规、国际条约、国际惯例等国际公认的法律规范,尽量避免与国际法准则相抵触。鉴于移民法侧重于规定主管机关如何审查本国公民和外国公民出入境的条件、办理其出入境证件、批准其居留期限及其归化入籍的申请等法律手续,故各国法学界亦将它列为程序法之一。

国际移民法是指国际社会制定或认可的调整各国公民出入境活动及其在异国居留活动关系的法律规范和准则。所谓的国际社会包括各平等主权国家政府及其派出机构、象联合国之类的国际性组织等,意为各国普遍承认的政治实体总和。根据国际移民法的定义,参与国际移民法律关系的主体既有国际社会又有各国公民;它调整的客体主要是因各国公民出国留学、经商、旅游、探亲、定居、入籍以及涉外婚姻、涉外收养等活动中发生的法律关系。国际移民法的渊源来自国际社会制定或认可的单行移民法、出入国(境)管理条例、国籍法、专门调整跨国移民活动的多边或双边国际条约和协议、国际惯例、国际组织的规范性文件等法律法规。

国际移民法的上述基本概念决定了其以下三个主要特点:

1、主体的平等性。国际社会和各国公民是参与国际移民法律关系活动的主体。国际社会主要由各主权国家组成;各国公民泛指地球上具有一国国籍的自然人。国家无论大小一律平等,公民在法律面前人人平等,这些既是国际法的基本准则也是各国宪法的立法基点,因此它们必须在国际移民法中得以体现。无论国家政府官员间的互访还是各国普通公民的出入境活动,他们在国际移民法律关系中的地位始终是平等的;他们应当平等地享受国际移民法所规定的权利,也应当平等地履行国际移民法所规定的义务。例如目前有些国家公民出入对方国家依法可以免办签证;又如当今盛行的各国外交人员出入境海关免检等国际惯例都是国际移民法律关系主体之间平等互利性质的具体表现。

2、客体的国际性。国际移民法所调整的客体即跨国移民法律关系中必须存在着国际性因素,这也是区别于其它国内法的关键。一国公民完整的出入境行为,必将涉及其在国籍所属国、过境国、前往国和侨居国的一系列活动,此类活动又必然导致本国公民与外国移民法或者外国公民与本国移民法产生国际法律关系。况且,跨国移民活动引起的后果及影响也是国际性的;各国公民依法有序的移民活动有助于维护人类迁徙自由的权利和国际社会的稳定,偷渡及非法移民活动则会损害有关国家的利益和国际社会秩序。虽然跨国移民活动理论上应由各主权

国家国内立法加以调整,但实践中常因有关国家之间的法规冲突却又不得不适用于国际条约之规定。1928年9月12日法国与比利时为防止因两国公民通婚移民而发生国籍抵触缔结了双边条约。为预防国际移民产生类似的法律问题,联合国组织于1930年和1961年相继制定了《国籍法公约》、《关于减少无国籍的联合国条约》等造法性国际条约。此外还有1973年澳大利亚总理访华之际与我国政府达成的“中澳两国关于中国公民去澳团聚和探亲的协议”等契约性国际条约也都是在国内法不能解决某些国际移民问题情形下发挥着积极有效作用的国际法律规范形式。国际移民法所调整的客体具有国际性显而易见。

3、方法的综合性。调整国际移民法律关系所采用的方法往往是综合性的。针对具体情况,有时可采取外交行政性质的调整方法,有时也可采纳民事性质的调整方法,必要时甚至可采用刑事性质的调整方法或者多种方法并举来处理问题。例如对于外籍人士从事有报酬工作不依法纳税或者非法雇佣外籍劳工的行为,按照国际移民法可对责任者采取警告、罚款、冻结银行帐户、赔偿损失、吊销营业执照、限期离境及至拘留或监禁等制裁措施。又如对于编造情况骗取出入境证件、持用无效证件出入境乃伪造出入境证件牟利等违法行为,我国出入境管理法及其实施细则对上述责任者的处罚规定也有区别,扣缴护照、拒发签证、阻止入境、驱逐出境、警告拘留、情节严重构成犯罪的依法追究刑事责任等都是常见的调整方法。采用综合性管理方法既是国际移民法的特点之一,也是完善国际移民管理法律制度的客观要求。

三、国际移民法学的研究对象与体系

国际移民法学是专门研究并解决国际移民活动中涉及的法律问题及其调整规范的一门应用性新学科;它研究的对象只能是国际社会制定或认可的一切与国际移民活动相关的法律现象及其规律。

国际移民法学的学科体系大致可分为总论和分论两大部分内容。总论部分着重探讨有关人类移民现象的起源及其发展趋势,国际移民法制史,国际移民法的基本概念、特点与原则,学习国际移民法的意义、方法、任务以及指导思想等方面的基础理论。

国际移民法的主要任务就是加强世界人民之间友好往来,促进各国人才双向合理流动,杜绝非法移民活动,规范国际社会的移民程序和秩序,依法保障移民自由。为实现上述任务,国际移民法必须坚持以下基本原则:

1、迁徙自由原则。人类是地球上的居民,自然享有旅行自由和迁徙自由的权利。《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》中对居住在澳门境内的中国公民作如下规定:居民有在境内迁徙和移居境外的自由,居民有旅行和出入境的自由,有依法取得各种旅行证件的权利;有效旅行证件的持有人除非受到法律制止,可自由离开澳门特别行政区,无需特别批准。我国公民出入境管理法第一条规定也表明,出入中国国境是我国公民的正当权益。诚然,迁徙自由既是各国宪法(如我国五四年的宪法)所规定的公民基本权利和义务之一,这项原则理应在国际移民法中坚持并且具体化。

2、人道主义原则。从国际移民法的实践来看,家庭团聚往往是移民的主要原因,在跨国移民活动中所占的比例也较大。为了体现人道主义精神,各国移民法均规定了因家庭团聚移民优先的条款。例如,美国、加拿大等国移民法规定:凡是本国公民的直系亲属(指外籍配偶及其未成年子女),只要提出移民申请,随时可获得与家人团聚的移民入境签证;并且不受各国移民配

额的限制。此外,诸多国际公约、条约以及各国移民法中专门规定的难民条款,同样也反映了人道主义原则。例如,澳大利亚政府为保护入境难民的居留和生活权利,在移民法中特别将难民条款称之为“人道移民”条款。

3、友好往来原则。国际移民法的此项原则集中表现在国与国之间签定的互免签证协议、领事条约、简化出入境手续等契约性国际条约方面。例如为了加强友好关系、方便往来,中国先后与世界上 20 多个国家签订了互免签证协议书。随着时代的进步,友好往来原则在国际移民法中的地位必会显得越来越重要。

4、国家主权原则。“互相尊重国家主权和领土完整,互不侵犯,互不干涉内政,平等互利,和平共处”五项原则已成为现代国际社会交往的基本准则。保证各国公民之间平等友好往来的基础就是各主权国家之间的平等,因此国际移民法必须体现此项原则。任何外国人违反了一国的移民法规,该国政府有权依照主权原则对违法者实施司法管辖,这已成为国际惯例。《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第二条规定:“外国人入境、过境和在中国境内居留,必须经中国政府主管机关许可。”此类移民法规便是国家主权原则的反映,任何主权国家没有必须准许外国人入境居留的义务,外国人也没有要求任何主权国家准许其入境居留的权利。坚持国家主权原则,不仅是维护各国安全、尊严和平等的前提,而且也是依法维持国际移民秩序的客观需要。

国际移民法学体系中的分论部分实际上囊括了该学科的核心内容。它主要从应用的视角具体阐述国际社会制定的各国移民法规和国籍法、国际条约、国际惯例及其司法程序。这部分内容除叙述本国及外国的移民法规和国籍法之外,还介绍本国及外国的移民管理机构,本国及外国公民出入境证件的种类及其申办程序,本国及外国公民出入境签证种类及其审批手续,各国对入境短期居留或长期居留的外籍人员管理制度,各国关于惩处违反移民法行为的法律规定,国际社会关于国籍管理的法律规定以及凡与国际移民活动相关的国际条约、国际惯例等具体内容。

此外,鉴于发达国家借助本国移民法规无偿地或以极小的代价吸引着发展中国家大批受过良好教育的专业人才源源不断地单向流往富裕国家的怀抱,造成各发展中国家原来就匮乏本国又急需的高科技人才和资金大量流失的严峻局面,分论部分还结合国情论述了包括中国在内的发展中国家应当立即采取的立法、司法举措,促使人才在贫富国家间双向合理流动,以避免或减少发展中国家蒙受这种隐性经济损失,抑制人才在国际社会恶性循环的趋势,缩小贫富国家之间的差距,让世界各国平等地共享属于全人类的智力财富。

邓小平同志高瞻远瞩地指出:“科学技术也是生产力”。二十一世纪,中国能否进入世界强国之列,很大程度上取决于我国科学技术能否达到世界一流水平。近几年我国人才外流现象反映了国际社会对科技人才竞争的程度,为使我国生产力的发展不受人才因素的制约,笔者呼吁我国法学界应加强国际移民法的研究。同时希望有关部门考虑修改已逐渐不能适应新形势的“出入境管理法”,建议参照其它国家移民法规尽早拟定一部适合我国国情的“中华人民共和国移民法”(草案)提交全国人大审议通过。我们坚信:国际移民法研究成果对中国现阶段的社会主义建设具有一定的现实意义;借助于法律手段改善国民人口素质及其知识结构,吸引涌出国的科技人才乃至外国各类人才倒流回中国将行之有效。

作者单位 杭州大学法学院

责任编辑 谢利根