

欧盟与美国对非法移民的治理比较

——兼论对我国的启示

张磊*

目次

- 一、欧盟与美国对非法移民与难民的定义
- 二、欧盟与美国对非法移民与难民的甄别
- 三、欧盟与美国对非法移民的边境堵截
- 四、欧盟与美国对非法移民的强制遣返
- 五、欧盟与美国的经验和来华非法移民的治理

摘要 欧盟和美国是当代非法移民的主要目的地。鉴于巨大的压力,它们一贯重视非法移民的治理问题。通过对定义、甄别、堵截和遣返的比较可知,欧盟与美国既有不同点,也有相似点。不同点说明:欧盟出现危机既源于成员国权利与义务的不平衡,也因为非法移民无法得到原籍国或第三国的及时接收。不同点也在一定程度上反映出欧盟作为国际组织的固有缺陷和地理位置的先天劣势。两者的相似点对我国具有启发意义。一方面,我国应当进一步明确和完善非法移民的法律概念;另一方面,应当在完善遣返程序的同时,丰富庇护的形式。

关键词 欧盟 美国 非法移民 难民 中国

众所周知,人类的迁徙历史源远流长。不过,随着国籍制度在近代的确立,跨境迁徙活动开始受到国家更加严格的限制。这是因为国籍的功用之一在于国家负有收容国外本国人的义务,但没有准许外国人入境或者居留的义务。^[1]于是,国际法演化出签证、移民等一系列法律制度。与此同时,非法移民问题也开始成为各国国内法和国际法共同治理的对象之一。冷战结束之后,随着地区局势的动荡和贫富差距的拉大,涌入美国和欧盟成员国的非法移民不断增加。在重压之下,美国和欧盟也在加强对非法移民的治理,包括定义、甄别、堵截与遣返。

* 张磊,华东政法大学国际法学院副教授,硕士生导师。

[1] 参见[英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷第二分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1981年版,第144、145页。

一、欧盟与美国对非法移民与难民的定义

在今天,“难民”一词存在被滥用的嫌疑。难民作为法律概念在国际法上有严格的定义,但很多不符合难民定义的非非法移民往往也被误称为所谓的“难民”。因此,有必要对两者进行准确的界定。

(一) 国际法对非法移民和难民的定义

“有关非法移民概念的界定,全球范畴内并不存在一个普遍接受的定义。”^[2] 根据国际移民组织的观点,非法移民者是指未经授权而非法入境的个人或者由于签证过期而丧失在途经国家或目的地国家合法地位的个人,包括那些合法入境但在合法居留期届满之后仍然滞留或非法务工的个人。^[3]

在国际法上,1951年《关于难民地位的公约》及其1966年《关于难民地位的议定书》是难民定义的主要法律依据。根据这两份国际公约,个人要获得难民地位必须具备四项基本条件:第一,已经离开其原籍国;第二,具有正当理由担心遭受迫害;第三,这种担心必须基于以下五种原因之一,即种族、宗教、国籍、属于某社会团体或具有某种政治见解;第四,由于担心受迫害,不能或不愿接受该国保护或者返回该国。^[4] 1969年《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》和1984年《关于中美洲难民国际保护的卡塔赫纳宣言》试图放宽上述条件,但这两份国际文件的影响力均不大。此外,尽管联合国难民署的救援行动也试图帮助更多的人,但这同样没有使难民的定义发生根本性的改变。

(二) 欧盟对非法移民和难民的定义

对于非法进入欧盟成员国的个人而言,如果无法获得难民地位,那么就往往会沦为非法移民。所谓非法移民,是指以违反欧盟及其成员国法律的方式进入、穿越或定居欧盟成员国的非欧盟成员国公民。^[5] 这包括以下情形:第一,通过陆地、天空或者海洋非法进入欧盟成员国领土的人;第二,利用虚假文件或犯罪网络进入欧盟成员国领土的人;第三,利用合法签证或免签政策进入欧盟成员国之后,逾期滞留或者擅自改变滞留目的的人;第四,庇护申请被拒绝之后仍然没有离开欧盟成员国领土的人。^[6]

1997年《阿姆斯特丹条约》将1951年《关于难民地位的公约》及其1967年《关于难民地位的议定书》中的难民定义作为欧盟成员国认定难民的最低标准。^[7] 从实践来看,欧盟成员国基本照此办理。例如根据德国《基本法》第16a条,能够获得避难权的难民必须是受政治迫害者。实施迫害的主体是国家或者等同于国家的主体,迫害行为包括严重损害基本人权的的行为或行为整体等同于对基本人权的损害行为。出于贫困、自然灾害、失业、内战等原因申请避难的人不属于受政治迫害者。^[8] 不过,随着压力的增加,欧盟存在逐渐收缩上述定义的趋势。^[9]

[2] 郝鲁怡:《非法移民及其遣返法律制度研究》,载《河北法学》2013年第11期。

[3] See Richard Perruchoud & Jillyanne Redpath-Cross eds., *Glossary on Migration*, International Organization for Migration, 2011, p. 34.

[4] 参见王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2015年版,第130页。

[5] See Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorized entry, transit and residence, Article 1.

[6] See Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Study on the links between legal and illegal migration (COM/2004/0412 final), Part 2, preface

[7] See Treaty of Amsterdam, signed on 2 October 1997, Article 2.

[8] 参见唐毓:《德国难民政策的历史与现状》,载《德国研究》2015年第2期。

[9] 参见张磊:《欧盟所谓“难民危机”的性质辨析——兼论国际法关于难民的界定》,载《探索与争鸣》2016年第4期。

(三)美国对非法移民和难民的定义

在美国,难民的保护问题主要是放在移民法中进行规制的。基于这个原因,庇护难民的宪法依据与控制移民是一样的。

美国法律对非法移民有明确的定义,即所谓“没有资格获得签证和没有资格入境的外国人”(aliens ineligible to receive visas and ineligible for admission)。根据美国1952年《移民与国籍法》(Immigration and Nationality Act),如果一个外国人存在以下原因之一,那么就会成为“没有资格获得签证和没有资格入境的外国人”:第一,与健康有关的原因;第二,犯罪和与之有关的原因;第三,安全和与之有关的原因;第四,需要依靠公共救济维持生活;第五,特定移民未满足就业许可和相关资格要求;第六,非法入境和违反移民法律;第七,没有可以证明移民或非移民身份的有效文件;第八,因逃避效忠美国的义务而永久失去公民资格;第九,之前被驱逐出境,未满五年又再次入境;第十,其他法定原因。^[10]需要说明的是,该法案中的外国人,是指“不是美国公民(citizen)或国民(national)的任何人。”^[11]因此,不具有公民地位的国民(noncitizen national)不属于上述外国人的范畴。^[12]

虽然美国从未批准过1951年《关于难民地位的公约》,但这一点在今天已经没有多大影响了,因为美国后来批准了1967年《关于难民地位的议定书》,从而间接地认可了前者。美国1980年的《难民法案》(The Refugee Act)使得根据1967年《关于难民地位的议定书》所负担的国际法义务融入到了美国国内法里面,尤其是将该议定书对难民做出的定义纳入到美国国内立法。对于难民的定义,美国国内立法采取与《难民地位公约》比较相近的措辞,即“那些因为种族、宗教、国籍、属于特定社会团体或者持有某种政治见解而遭到迫害或者有充分理由担心受到迫害的人,无论他们是否身在自己的国籍国或者永久居住国”。^[13]

值得注意的是,对于难民问题,美国国会在立法时一般会采用比较宽泛的措辞,从而将更多的裁量权交给相关的行政机关,并由它们进一步制定详细的政策。实际上,在签署1967年《关于难民地位的议定书》之前,美国就已经接纳了数以万计的难民,而这样做的法律依据除了一系列特别立法之外,主要是美国政府对国会立法的创造性解释。

二、欧盟与美国对非法移民与难民的甄别

由于欧盟是一个国际组织,所以对非法移民与难民的甄别工作需要由各成员国来具体落实。在实践中,成员国主要通过审查非正常入境者的庇护申请来实施甄别。如果审查通过,那么非正常入境者可以合法地滞留在欧盟,否则,将被视为非法移民,面临强制遣返的可能。欧盟在1990年《申根公约》中提出了“第一入境国审查原则”——如果一个欧盟成员国允许庇护申请者穿越其领土到另一个欧盟成员国,那么前者就必须承担起审查其庇护申请是否合法的义务。^[14]2013年的《都柏林条例》

[10] See Sec. 212(a), I. N. A., 8 U. S. C. § 1182(a).

[11] See Sec. 101(a)(3), I. N. A., 8 U. S. C. § 1101(a)(3).

[12] See Sec. 341(a), I. N. A., 8 U. S. C. § 1452(a).

[13] 8 U. S. C. § 1101(a)(42)(A)(B).

[14] See Applying the Schengen Agreement of 14 June 1985 Between The Governments of the States of The Benelux Economic Union, The Federal Republic of Germany and The French Republic, On the Gradual Abolition of Checks at Their Common Borders, Article 30.

(Dublin Regulation)基本继承了《申根公约》的上述规定,即庇护申请者通过陆地、海洋或天空非正常地(irregularly)从第三国穿越自己领土到另一个欧盟成员国,那么被穿越的这个欧盟成员国应当负有审查该庇护申请者是否应当受到国际保护的责任。不过,值得注意的是,《都柏林条例》同时规定,该审查责任在上述非正常穿越行为发生12个月之后终止。^[15]

众所周知,欧盟成员国之间在经济发展、人权保护等方面的水平参差不齐,西欧和北欧成员国是非法移民的主要目的地。然而,作为“第一入境国”的南欧和东欧成员国是否会不遗余力地履行上述审查义务存在疑问。更何况,根据《都柏林条例》,这种审查义务在穿越发生12个月之后就消失了。

在美国,类似的审查义务,即非法移民与难民的甄别工作,由移民法庭、移民上诉委员会、联邦法院以及最高法院承担。扼要地讲,美国的移民法庭(immigration court)隶属于美国司法部下的移民审查执行办公室(Executive Office for Immigration Review)。移民法庭的主要职责在于对是否将某个外国人驱逐出境做出裁决。对于这个裁决,外国人可以上诉到移民上诉委员会(Board of Immigration Appeals)。该委员会同样隶属于司法部下的移民审查执行办公室。根据美国法律,申请难民地位的人需要证明两点:第一,他符合难民的基本要求,即《难民法案》所规定的难民定义;第二,满足基本要求之后,他又不属于各种不能给予难民地位的例外情况。这里所指的“例外情况”主要有两个方面的来源——申请者存在特定犯罪的记录或者存在威胁美国国家安全的可能性。^[16]从实践来看,对于是否给予难民地位,美国司法部拥有比较大的自由裁量权。当然,联邦巡回上诉法院和最高法院可以接受针对移民上诉委员会所作裁决提出的上诉,即进行司法审查。

三、欧盟与美国对非法移民的边境堵截

众所周知,欧洲一体化的重要成果之一是建立了申根区(Schengen area)。1985年6月14日,法国、比利时、卢森堡、荷兰和联邦德国签署了《申根协定》(Schengen Agreement)。之后,欧洲其他国家陆续加入该协定。^[17]该协定最重要的内容是“完全撤销签署国之间对人员往来的边境检查,建立共同的外部边境检查制度,对非共同体国家人员的入境签证以表列的形式实行统一规则。”^[18]1990年,部分欧洲国家又签订了《申根公约》(Schengen Convention)对取消内部边界和建立共同外部边界的问题做出了进一步的补充规定。1997年,《阿姆斯特丹条约》将上述边界控制的规定正式纳入到欧盟的法律体系。于是,随着申根区的建立与内部边界的消失,欧盟的外部边界成为堵截非法移民最重要的屏障。

从实际效果来看,欧盟对外部边界的控制能力差强人意。在南部,希腊、意大利、西班牙和葡萄牙向来是非法移民涌入北欧成员国的中转站。由于地理原因,这四个地中海国家的领海边界本来就难以有效控制,更何况这些国家在控制非法移民涌入方面经验不足,并且缺乏有效的政策。^[19]在东扩之后,作为欧盟新成员国,“部分东欧国家现有的外部边境管理与控制的法律以及庇护政策十分不健

[15] See Parliament and Council Regulation No. 604/2013 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, Article 13.

[16] See 8 U. S. C. § 1158(b) (1)(2).

[17] 在英国尚未彻底“脱欧”之前,欧盟国家里只有英国和爱尔兰尚未加入申根区。

[18] 王觉非主编:《欧洲历史大辞典》(下),上海辞书出版社2007年版,第1394页。

[19] See Daniele Joly, *Refugees in Europe: The Hostile New Agenda*, London: Minority Rights Group, 1997, pp. 12-21.

全,实施标准与欧盟原有成员国也有所不同”。〔20〕因此,欧盟对东部边界的控制能力也不容乐观。更糟糕的是,与落实“第一入境国审查原则”所遇到的尴尬一样,由于承受能力有限,并且非法移民往往只是途径本国,南欧和东欧成员国是否会竭尽全力对非法移民进行堵截也是值得考虑的问题。

美国对外部边界的控制能力是比较强的。这主要得益于两个方面的原因:第一,美国的地理位置比较优越,它东西有两洋阻隔,北邻加拿大地广人稀,因此,在外部边界的控制问题上,美国所面临的挑战主要来自美国与墨西哥的边境;第二,美国的边界执法更加有效,不同于国际组织,美国毕竟是一个主权国家,所以,它对自己的外部边界有直接和统一的控制能力。同时,美国也非常重视边界控制。从某种程度上讲,边界控制是美国移民政策的中心理念之一。〔21〕从组织机构来看,美国海关与边境保护局(Customs and Border Protection)在堵截非法移民方面发挥了重要作用。〔22〕从具体措施来看,美国加强边界执法的努力主要体现在两个方面:“第一,增加边境执法的财政投入,扩充边境执法人员数量;第二,构筑边境隔离墙,装配高科技电子设备,严格防范非法越境行为。”〔23〕在特朗普就任总统之后,美国有进一步强化打击非法移民的趋势。2017年2月21日,美国国土安全部公布了《落实总统边境安全和加强移民执法的政策》和《执行移民法律以服务国家利益》两份备忘录以及相关政策指导文件。作为具体措施之一,海关与边境保护局将根据上述文件增加至少1万名执法人员,以提升边境执法的效果。〔24〕

四、欧盟与美国对非法移民的强制遣返

根据1951年《关于难民地位的公约》第33条,不得把在原籍国将面临政治迫害和生命威胁的个人强行送返其原籍国。这就是所谓“不推回原则”。〔25〕与难民不同,非法移民无法享受“不推回原则”的待遇。换言之,如果他们不主动离开所在国家,那么就on能遭到该国的强制遣返。需要说明的是,强制遣返的落实包括驱逐与接收两个方面,且两者缺一不可。

(一) 欧盟对非法移民的强制遣返

根据《阿姆斯特丹条约》,欧洲理事会有权决定对非法移民采取措施,包括对其进行遣返。〔26〕为此,欧洲议会和欧盟理事会在2008年颁布了《成员国遣返非法滞留的第三国公民的共同标准与程序指令》,为欧盟成员国制定各自的遣返制度划定了最低标准。该指令第8条授权成员国可以采取一切必要措施执行对上述人员的遣返决定(return decision),包括在必要时采取强制措施。〔27〕同时,该指令规定了比较详细的遣返程序,用以尽可能地体现程序正义。归纳起来,遣返的相关程序可以归纳为三

〔20〕 参见郝鲁怡:《欧盟国际移民法律制度研究》,华东政法大学2009年博士学位论文,第112页。

〔21〕 See Gordon H. Hanson, Raymond Robertson & Antonio Spilimbergo, “Does Border Enforcement Protect U. S. Workers from Illegal Immigration?”, 84(1) *The Review of Economics and Statistics* 73(2002).

〔22〕 2003年3月,美国海关被划入国土安全部,并在后者的框架下成立了“海关与边境保护局”和“移民与海关执法局”,分别负责边境执法与案件调查。

〔23〕 陈积敏:《美国非法移民的治理及其困境》,载《美国研究》2012年第2期。

〔24〕 参见张朋辉:《打击非法移民,美国政府出新规》,载《人民日报》2017年2月23日第21版。

〔25〕 参见李浩培、王贵国主编:《中华法学大辞典·国际法学卷》,中国检察出版社1996年版,第58页。

〔26〕 See Treaty of Amsterdam, signed on 2 October 1997, Article 2.

〔27〕 See Parliament and Council Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country national, Article 8.

个步骤:第一,限期离境,对不具有庇护或难民地位的非居留者做出遣返决定之后,给予7天至30天的自动离境期限;第二,遣返令和入境禁令,如果在限期内没有离境,成员国国内职能机构将签发遣返令,伴随遣返令,还向其签发期限不超过5年的入境禁令;第三,限制人身自由的监管措施,如果司法机构在签发遣返令时有确凿的理由相信被遣返者可能藏匿起来,有关机构有权对该人员予以监管,指令规定最长的监管期为6个月,在一定情况下,可以再延长12个月,即最长监管期为18个月。^[28]

虽然欧盟成员国可以单方面签发遣返令,但非法移民是否能够真正抵达原籍国或者第三国,关键要看欧盟成员国与上述国家之间是否存在接收协定或类似的合作安排。不过,这种协定或安排往往建立在国家之间保持良好外交关系的基础之上,并且受政治因素的影响较大。目前,世界各国之间签订接收协定的国家少之又少。^[29]从20世纪90年代开始,欧盟就一直努力与其他国家达成接收协定,以便将非法移民遣返到原籍国或第三国(主要是被视为“安全第三国”的途径国家)。

由于战乱、动荡、经济等原因,非法移民的原籍国一般无法重新接收他们。于是,欧盟将眼光投向了第三国。在20世纪90年代,欧盟与波兰、捷克、斯洛伐克、罗马尼亚、保加利亚、克罗地亚及南斯拉夫等东欧国家签订了一系列双边的重新接收协定。^[30]然而,在今天,很多东欧国家要么已经加入欧盟,要么对非法移民唯恐避之不及。不过,相对积极的进展是欧盟与土耳其在2016年达成了遣返协议。根据该协议,欧盟可以将经由土耳其入境希腊的非法移民全部遣返至土耳其,但欧盟需要从土耳其接受相同数量的、符合条件的难民,并且承担全部费用。^[31]值得注意的是,为了换取土耳其出手“解围”,欧盟将予以土耳其巨额的援助。根据上述协议,欧盟在2016年和2017年先向土耳其拨付30亿欧元,2018年再拨付30亿欧元。^[32]如此昂贵的交易是否能够真正解决问题尚不可知。

不过,应当澄清的是,没有获得难民地位的非法移民不是必然地都会被驱逐,因为国家可以对其中一部分人主动地给予其他形式的庇护。在欧盟法中,所谓“其他形式的庇护”主要是指给予个人附属保护(subsidiary protection)的法律地位——如果非欧盟成员国国民或无国籍人不符合难民的条件,但有足够的理由相信,假如该人返回其原籍国或惯常居住地将面临遭受严重危害(serious harm)的真实风险,以至于其不能或不愿获得该国的保护,那么他可以申请获得附属保护。^[33]所谓“严重危害”,包括三种情况:第一,死刑判决或处决;第二,在申请者的原籍国遭受折磨或有损人格的待遇;第三,在国际或内部武装冲突中,由于无差别的暴力导致对平民生命或人身造成严重的个体威胁。^[34]获得附属保护的人可免于遣返,并且可以滞留在欧盟成员国境内。

(二)美国对非法移民的强制遣返

根据《移民与国籍法》,假如在美国的外国人出现以下情况之一,就会成为“可被驱逐的外国人”

[28] 参见郝鲁怡:《欧盟国际移民法律制度研究》,华东政法大学2009年博士学位论文,第205页。

[29] 参见李英、张凯:《论非法移民基本人权的国际保护》,载《国际论坛》2009年第6期。

[30] 参见许洁明、甘开鹏:《欧盟共同难民政策的发展轨迹》,载《学海》2010年第4期。

[31] 参见严瑜:《土耳其难替欧盟解困》,载《人民日报(海外版)》2016年3月15日第7版。

[32] 参见任彦:《巨额援助能关注难民潮“闸门”吗?》,载《人民日报》2016年9月28日第21版。

[33] See Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third-country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.

[34] See Directive 2011/95/EU of The European Parliament and of The Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, Article 15.

(deportable aliens):第一,在入境或变更“非移民身份”时,根据当时有效的移民法律,属于不得入境的外国人;^[35]第二,入境后实施犯罪行为;第三,没有依法登记或伪造文件;^[36]第四,从事任何威胁美国国家安全或公共安全的活动;第五,入境5年内沦为需接受美国政府救济的人;第六,以违反美国宪法、各州宪法及其他法律的方式参与投票活动。^[37]上述情况都可能导致非法移民遭强制遣返。

对于是否要将某个外国人驱逐出境,美国存在行政审查和司法审查两个环节。行政审查主要由移民法庭和移民上诉委员会进行。在移民法庭决定予以驱逐之后,如果移民上诉委员会的裁决仍然是驱逐出境,那么该外国人还可以在30天之内向联邦巡回上诉法院提出上诉。^[38]于是,该案件正式进入司法审查阶段。不过,并不是所有的事项都可以接受司法审查。不接受司法审查的事项主要包括移民官员对抵达美国的外国人进行入境资格的审查、^[39]移民法庭不予以驱逐出境的赦免裁定、暂缓驱逐出境的行政决定以及对实施犯罪行为的外国人予以驱逐出境的决定等。^[40]不仅如此,尽管外国人有将案件上诉至美国法院系统的权利,即要求司法审查的权利,但当驱逐出境的裁决通过行政审查之后,即在行政层面变为终局裁决之后,美国移民与海关执法局(Immigration and Customs Enforcement)就马上获得了将该外国人驱逐出境的权力,即使司法审查此时尚未作出终局裁决。^[41]因此,当外国人向联邦巡回上诉法院进一步提出司法审查的请求时,他可以同时要求法院在作出裁决之前签发命令,暂缓执行驱逐出境(stay of deportation),否则,美国移民与海关执法局就有权立即采取驱逐措施。^[42]不过,仅仅向联邦巡回上诉法院或者最高法院提出上诉请求本身并不会自动导致暂缓执行驱逐。换言之,必须同时明确地附加暂缓执行的请求。^[43]同时,对于是否签发暂缓执行的裁定,不同的联邦巡回上诉法院存在比较大的不同。值得注意的是,根据美国国土安全部在2017年2月21日公布的《落实总统边境安全和加强移民执行政策》和《执行移民法律以服务国家利益》,凡是不能证明自己已在美国连续生活两年以上的非法移民可能被“快速遣返”。^[44]

在执行阶段,对于被裁定予以驱逐的外国人,美国移民与海关执法局建立了“强制与驱逐行动”来落实遣返。这个行动的具体执行者被称为“移民强制官”。当然,被驱逐的外国人可以选择自行离开美国。对于那些不愿自行离境的外国人,移民强制官可以采取逮捕、拘留和押送等强制措施。同时,美国《移民与国籍法》授权美国移民与海关执法局和美国各州及其地方执法机构加强合作,并可以授权地方执法机构实施抓捕行动。^[45]此外,美国移民与海关执法局还在部分州设立了拘留中心,用来关押潜逃的外国人或者有可能潜逃的外国人(其中部分人的驱逐令有可能正在接受行政审查或者司

[35] 在实践中,这主要包括偷渡、非移民签证被依法取消、有条件永久居留地位被终止、通过婚姻骗取进入美国的权利等。

[36] 这主要包括违反1938年《外国代理人登记法》(Foreign Agents Registration Act)、1940年《外国人登记法》(Alien Registration Act)、《移民与国籍法》等关于登记制度的规定以及在签证或入境文件上的欺诈行为。

[37] See Sec. 237(a), I. N. A., 8 U. S. C. § 1227(a)

[38] See Sec. 242(a), I. N. A..

[39] See Sec. 235(b) (1), I. N. A., 8 U. S. C. § 1125(b) (1).

[40] See Sec. 242(a) (2), I. N. A.

[41] 美国移民与海关执法局隶属于国土安全部。它的主要职责之一就是定位(locate)、逮捕(arrest)和起诉(charge)非法进入或滞留美国的外国人,并将他们遣返回国。移民与海关执法局每年要遣返超过25万人。See Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin & Hiroshi Motomura, *Immigration and citizenship: process and policy*, New York: Thomson West, 2008, p. 273.

[42] See Sec. 242(b) (2), I. N. A., 8 U. S. C. § 1252(b) (2).

[43] See Sec. 242(b) (3), I. N. A., 8 U. S. C. § 1252(b) (3).

[44] 参见张朋辉:《打击非法移民,美国政府出新规》,载《人民日报》2017年2月23日第21版。

[45] See Sec. 287(g), I. N. A., 8 U. S. C. § 1357(g).

法审查)。在上述行动的基础上,美国移民与海关执法局会将这些外国人遣送回他们的来源地国家。更重要的是,美国往往与其境内非法移民的主要原籍国签订有接收协议或类似的合作安排,尤其是与墨西哥——美国与墨西哥于2001年签署的《美墨边境联盟协议》,并在2004年又签署了《以安全的、有序的、人道的方式遣返墨西哥非法移民谅解备忘录》。

与欧盟类似,对于没有获得难民地位的部分非法移民,美国政府也可以予以其他形式的庇护。美国创造了一种被称为“暂缓驱逐”(withholding of removal)的救济措施。这种措施既避免了将这些人送回可能迫害他们的国家,但又没有赋予他们永久滞留美国的权利,同时,还保留了将他们强制性地送往第三国的可能性。^[46]值得指出是,避免个人遭到酷刑是美国给予其他形式庇护的重要原因。美国在1990年正式批准了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》。该公约第3条第1款同样规定了“不推回原则”。于是,对于那些无法获得难民地位的人来讲,《禁止酷刑公约》第3条第1款无疑提供了获得类似待遇的另一个希望。除此之外,美国国会从1990年开始允许行政机关给予部分无法安全回国的人员以“临时保护地位”(temporary protected status)。美国国土安全部在与其他行政部门会商之后,可以基于如下三种原因给予个人上述地位:第一,原籍国发生严重危及个人安全的武装冲突;第二,原籍国爆发了严重影响生存环境的临时性自然灾害;第三,“特别而临时”的情况导致无法安全回国,并且该人滞留美国不会影响美国的国家利益。更重要的是,对于国土安全部部长所做出的是否给予临时保护地位的决定,美国法院是不能进行司法审查的。^[47]由此可见,相比欧盟,美国上述庇护措施的适用范围更广,行政机关进行裁量的权力更大。

五、欧盟与美国的经验和来华非法移民的治理

(一) 欧盟在治理非法移民方面的主要不足

有目共睹的是,近年来在应对非法移民所带来的挑战方面,尽管欧盟做出诸多努力,但效果不理想。对照美国的情况,我们认为欧盟的不足主要有两个方面。

第一,欧盟在甄别和堵截方面没有平衡成员国的权利与义务。正如前文所述,在难民与非法移民的甄别方面,欧盟“第一入境国审查原则”往往无法落实。在对非法移民的边境堵截方面,欧盟对外部边界的控制能力差强人意。造成如此局面的原因都缘于欧盟无法平衡不同成员国之间的权利与义务,换言之,使欧盟外部边界成员国在甄别和堵截方面承担了过重的责任。相比之下,美国在这两方面的情况要好很多。虽然这部分地缘于地理位置上的优劣,但我们应当承认,这也说明区域一体化在带来福利的同时存在风险。作为主权国家,在甄别难民与非法移民方面,美国具有统一的审查机构和制度;在边境堵截非法移民方面,美国可以建立海关与边境保护局,整合各方力量,提高执法效果。这些都是欧盟无法做到的。作为国际组织,欧盟将区域一体化推向了最前沿,甚至取消了内部边界,俨然朝着构建一个统一国家的方向发展。然而,它又毕竟不是一个国家,即各成员国仍然保留主权。这意味着各成员国必然信奉“国家利益至上”,为了国家利益它们甚至可以退出欧盟。因此,成员国之间的权利与义务显然很难平衡。在面对危机时,上述不平衡将成为引发区域一体化受挫的“导火索”。

第二,原籍国或者第三国无法及时接受非法移民阻滞了遣返。加强边境堵截和提高遣返效率是

[46] See 8 U. S. C. § 1231(b) (3).

[47] See 8 U. S. C. § 1254.

控制非法移民规模的两个重要方面。不过,正如前文所述,强制遣返的落实包括驱逐与接收两个方面,且两者缺一不可。在驱逐方面,欧盟和美国都有比较健全的法律制度,但在寻找其他国家接受非法移民方面,两者的处境却大相径庭。举例来讲,一直以来,美国境内的非法移民有一半以上来自墨西哥。^[48]因此,美国与墨西哥之间签订了遣返协议,能够相对及时地遣返非法移民。欧盟的非法移民主要来自中东、北非、马格里布地区以及撒哈拉沙漠以南的非洲国家。然而,上述非法移民的主要原籍国与欧盟往往没有遣返协议,导致大量非法移民只能滞留在欧盟成员国境内。正如前文所述,于是,欧盟不得不向第三国求援。例如,以巨额的经济援助换取土耳其能够接收部分非法移民。这充分说明:在治理非法移民问题上,单方面的努力是远远不够的,需要充分的国际合作。此外,进入新世纪之后,亚洲和非洲的地区局势持续动荡,阿富汗战争、伊拉克战争、利比亚战争、叙利亚内战等重大事件此起彼伏,制造了规模惊人的非法移民浪潮。这些非法移民的主要原籍国与欧盟、美国往往都没有遣返协议,并且部分国家也无力或无暇接受非法移民。不过,由于地理位置的差异,这对欧盟的影响要远远大于对美国的影响。因此,非法移民危机的持续发酵可能会深刻地影响欧盟及其成员国在国际事务中的外交政策。

(二)来华非法移民的治理问题已逐渐凸显

谈到非法移民,我们的传统观念往往局限于非法进入别国的中国公民。然而,随着我国综合国力的增强和开放程度的提高,近年来有越来越多的外国人和无国籍人非法进入或居留我国。于是,来华非法移民的问题开始逐渐得到社会的关注。

目前,我国对来华非法移民的人口数量尚无官方的精确统计。不过,不同地区存在的具体问题可以反映出来华非法移民的问题正在凸显。在广州,来自非洲国家的非法移民较多,并已经形成庞大的非裔社区,而其中只有小部分人员具有合法的居留身份。^[49]同时,在继“珠三角”之后,“长三角”也开始成为外国非法劳工(即所谓的“洋黑工”)的聚集地,并且引发一系列社会和治安问题。^[50]在我国的内陆地区,来华非法移民问题同样日益凸显。例如进入20世纪90年代以后,朝鲜有大量人员非法潜入我国东北,并且规模逐渐扩大。这些人员往往被称为“脱北者”。“脱北者”屡屡闯入外国驻我国使领馆,我国对“脱北者”的处置措施也备受国际社会的关注。^[51]凡此种种,不胜枚举。

尽管相比欧盟与美国,我国所承受的非法移民压力相对较轻,但随着不同地区相继出现非法移民增多的明显趋势,我国有必要予以相应的重视。其中,健全相关法律法规是当务之急。这不但考验我国依法治国的能力,而且妥善对待非法移民也体现了我国的人权保护水平。

(三)欧盟与美国的可取之处对我国的启示

对照欧盟与美国的立法和实践,我国可以从以下两个方面完善相关法制。

1. 进一步明确和完善非法移民的法律概念

正如前文所述,美国和欧盟对难民和非法移民都具有比较明确的法律定义。美国和欧盟对难民的定义基本采纳了1951年《关于难民地位的公约》及其1966年《关于难民地位的议定书》的相关规定。更重要的是,对于非法移民,欧盟和美国也都进行了比较明确和完整的定义。

[48] 参见陈积敏:《美国非法移民的现状与特点》,载《国际研究参考》2017年第3期。

[49] 参见毛莉:《探访广州非裔人口聚居区》,载《中国社会科学报》2014年12月19日第A04版。

[50] 参见王猛:《“洋黑工”乱象之探》,载《检察风云》2010年第21期。

[51] 参见黄志雄、胡健生:《论朝鲜“脱北者”的国际法地位及我国的对策》,载《时代法学》2014年第5期。

中国在 1982 年相继加入《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》。这两个公约有关难民的定义对缔约国具有法律约束力。尽管美国 and 多数欧盟成员国的国内法有自己对难民的定义,但与上述公约基本保持一致。因此,尽管我国国内法没有对难民做出界定,但难民的定义在我国实际上是相对明确的,即采取上述公约所做出的定义,并且与欧盟与美国基本相似。

中国在 2016 年正式加入国际移民组织。如前所述,国际移民组织出版物里有关于非法移民的定义。不过,该定义非但不具有法律约束力,且较为宽泛。因此,各国一般结合自己的实际情况在国内法中做出更详尽的定义。美国 and 很多欧盟成员国都是如此,即便它们也是国际移民组织的成员国。

1993 年外交部领事司制定的《处理非法移民问题的原则和程序》对“非法移民”的界定是“通过各种非法途径前往外国,在当地无居留地位者。”这个概念显然非常简陋,而且法律文件的层级较低。“除此之外,在中国现有法律体系中就不再有了专门关于‘非法移民’的规定了。”^[52]在实践中,我国执法部门长期用“三非外国人”指代“非法移民”,即未经合法手续而在中国非法就业、非法入境和非法居留的外国人。2013 年 7 月 1 日正式实施的《出境入境管理法》也将“三非外国人”作为管制对象。因此,非法移民在我国主要是指“三非外国人”。

相较欧盟与美国对非法移民的定义,我国对相关概念的界定有所不足。

第一,非法移民的名称和概念应当由较高级别的规范性法律文件予以确立。对于非法移民的正式名称,各国和国际组织可能有所不同,例如除了“非法移民”的名称之外,还有“非正常移民”、“未登记移民”以及“秘密移民”等。^[53]因此,采用“非法移民”抑或“三非外国人”的名称本身不是最重要的,关键是应当由较高级别的规范性法律文件予以确立。这一点也适用于非法移民的法律概念。在确立正式名称的基础上,欧盟与美国对非法移民做出了明确和完整的界定。然而,我国《处理非法移民问题的原则和程序》的适用面非常狭窄,但外交部和公安部须共同遵守的《出境入境管理法》只是将“三非外国人”作为实际的管制对象,却没有将其作为正式的名称和概念。因此,从严格意义上讲,“非法移民”和“三非外国人”在我国均不是正式的名称,也不是法律概念。

第二,在认定非法移民的具体情形方面,我国实践中采用的“三非外国人”与欧盟、美国对于非法移民的定义也有一定的差距。尽管条文的措辞各有不同,但欧盟和我国都考虑到了“非法入境”和“非法居留”的情形。不过,除此之外,在合法入境和合法居留的情况下,欧盟考虑的是“擅自改变滞留目的”,而我国考虑的主要是“非法就业”。前者所涵盖的范围显然比后者更加全面。相比“三非外国人”的概念,美国认定非法移民的情形显然更加详尽,即不但考虑了入境、居留和就业的问题,而且还考虑到了与健康有关的原因(不仅是传染病)、犯罪和与之有关的原因、是否依赖公共救济维持生活等情形。在“三非外国人”之外,这些都是我国值得认真考虑的其他情形。

由此可见,我国应当进一步明确和完善“非法移民”的法律概念。值得注意的是,就调整移民法律关系而言,除了 2013 年实施的《出境入境管理法》,相关规范还散见于《刑法》、《国籍法》等重要法律以及《外国人在中国永久居留审批管理办法》、《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》、《外国人在中国就业管理规定》等其他规范性法律文件之中。除了分散之外,上述法律规范也无法全面覆盖移民法律关系。正如前文所述,欧盟对于非法移民有统一的指令予以规范。美国也有《移民与

[52] 郭烁:《大国新问题:在华外国非法移民的司法对策研究》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2012 年第 5 期。

[53] 相关名称的英文表述分别如下:非法移民(illegal migration)、非正常移民(irregular migration)、未登记移民(undocumented migration)、秘密移民(clandestine migration)。

国籍法》。纵观世界,除了传统的移民国家普遍制定了移民立法之外,非传统移民国家也纷纷制定了移民法以取代外国人法,包括逐渐实现从出入境管理法向移民法的转变。^[54]当然,各国移民法可以体现不同的移民政策,但统一和综合的立法模式是大势所趋。因此,我国可以在对移民问题进行统一和综合立法的契机上,明确和完善“非法移民”的法律概念。

2. 进一步完善遣返的程序和丰富庇护的形式

在强制遣返方面,欧盟与美国的共同点是有一套比较完备的法律制度。这既包括实体方面,更包括程序方面。在程序方面,我国可以借鉴欧盟和美国,对我国的相关规定加以完善。一方面,欧盟2008年颁布的《成员国遣返非法滞留的第三国公民的共同标准与程序指令》值得借鉴。该指令中详细规定了实施遣返的程序事项,包括前文所述的三个步骤及其时间节点,尤其是将自愿离境及其期限放在首位。众所周知,自愿离境既可以照顾当事人的尊严,也可以大大降低执法成本,同时,必要的期限又可以杜绝恶意拖延。然而,我国《出境入境管理法》仅在第62条规定了可以遣送出境的四种情形,却没有比较详细的程序规则,包括没有关于拘留程序、自愿离境、中止情形和遣返手段等相关规定。这既不利于各地实践的统一,也不利于程序正义的彰显。另一方面,正如前文所述,美国既允许对遣返决定进行行政审查,也允许对一部分遣返决定进行司法审查。不过,为了保证效率,行政审查无误的遣返决定可以立即执行,除非法院依当事人申请后要求暂缓执行。这既保证了遣返的效率,也兼顾了当事人权利的保护。然而,根据我国《出境入境管理法》第64条第2款,对遣送出境措施的行政复议为最终决定。尽管复议终局可以提高遣返工作的效率,但司法审查的缺位似乎不是保护当事人权利的最佳方式。因此,美国在效率与公平之间的平衡做法值得借鉴。

治理非法移民既需要捍卫国家的利益,也需要保障当事人的权利。这一点不仅应体现在遣返程序的完善方面,也应体现在庇护形式的丰富方面。正如前文所述,在获得难民地位与遣送出境之间,欧盟和美国都有其他形式的庇护,例如欧盟可以给予当事人附属保护的法律效力,美国允许暂缓驱逐或者给予当事人临时保护的法律效力。欧盟和美国之所以允许这些灵活的庇护形式,是考虑到当事人实际存在的困难处境,例如生命安全受到威胁、可能面临酷刑折磨、原籍国出现自然灾害等等。根据我国《出境入境管理法》第46条,外国人获得难民地位之后,可以凭公安机关签发的难民身份证在我国境内停留或居留。然而,在获得难民地位与遣送出境之间,我国法律没有规定其他形式的庇护。不过,值得注意的是,对符合遣返条件的外国人,该法第62条是规定“可以”遣送出境。^[55]这意味着,在现有条件下,我国完全可以借鉴欧盟和美国,进一步丰富庇护的形式,并且使之更加法治化、制度化。显而易见,这将为我国更加灵活地对待不符合难民条件的非法移民提供明确的法律依据。

(责任编辑:肖崇俊)

[54] 参见刘国福:《移民法的最新发展——兼论中国出入境管理法的改造和重塑》,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第5期。

[55] 例如“中国在实践中没有一味地坚持对‘脱北者’采取遣返政策,而是保持了某种程度的灵活性”。参见黄志雄、胡健生:《论朝鲜“脱北者”的国际法地位及我国的对策》,载《时代法学》2014年第5期。