

国家主权相对性：外国人管理的理论依据

张惠德，陆晶

(中国人民公安大学，北京 100038)

【摘要】 国家主权意味着一国政府有权制定关于外国人管理的法律，执行体现权力分配的法律制度。但这并不意味着国家主权的绝对性，而是有一定的相对性。这种相对性有其历史基础，也有其管理对象的两面性：对外国人的双重管辖以及对无国籍人和难民特殊群体外国人的属地管辖和国际人权保护。在外国人管理实践中，国家主权相对性主要表现在：既要考虑国家主权，又要考虑国家间相互依存的事实及国际人权保护；既要遵守国内法，又要遵守国际条约；既要承认外国人法律地位的平等与正义，又要考虑由此可能给国家利益带来的影响；既要重视服务，又要加强管控。在不违背所承担的国际义务的条件下，达到维护国家权益、保护外国人合法权益、促进国际交往的目的。

【关键词】 外国人管理；国家权益；人权；理论

【中图分类号】 D035.34 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1672 - 2140 (2012) 06 - 0093 - 06

近年来，在华外国人“非法入境、非法居留、非法就业”的问题日益突出，受到社会的广泛关注。对外国人的管理是基于国家主权、安全和利益，还是更多地关注外国人人权？抑或是两者的结合？是外国人管理理论与实践无法回避的一个基本问题。

一、外国人管理与国家主权

(一) 外国人管理不仅是国家行政行为

关于外国人管理的性质，囿于长期以来我国形成的将行政等同于管理的思维定势，国内学者多认为属于国家行政行为。我国古书中所谓“召公、周公行政”，即指国家政务管理。按照《汉语大词典》的释义，行政是指“执掌国家政权，管理国家事务”。可见，无论古今，行政均指管理，管理无论内外，均可谓之“行政”。外国行政法学者不仅将行政等同于管理，而且将行政法定义为

“管理法”。“行政虽然长期以来一直被人们视同于管理，或谓公共管理、国家管理。但在西方资产阶级革命以前，行政通常指国家整个政务管理，是指管理整个国家事务；而在西方资产阶级革命以后，立法、行政、司法三权分立，行政则仅指除立法、司法以外的国家管理”^[1]。据此，外国人管理应是指一国政府为维护国家权益、保护外国人合法权益、促进国际交往，在不违背所承担的国际义务的条件下，对外国人出入境和居留期间涉及的其他事项实施的立法、行政和司法等行为的过程。

(二) 外国人管理是国家主权的重要体现

国家主权对内是指该国政府对域内的所有人、物、事具有独占的、最终的统辖权力，对外则是独立自主处理国际关系的能力。主权的对内对外两方面是分不开的，如果一个国家对内能够有效地行使管理职能，那么一般而言，对外也能独立地处理其国际关系。因此，主权体现在政府行使

【作者简介】 张惠德，男，安徽颖上人，中国人民公安大学涉外警务系讲师，硕士。主要研究方向：出入境管理、外国人管理。陆晶，女，中国人民公安大学涉外警务系副教授，博士。主要研究方向：涉外行政法、外国人管理。

权力的过程中，是政府的根本属性。国际法上将在没有任何外来的干预下可以独立有效运行的政治机构称为政府(government)，政府的治理就是对整个国家的统治，对界定地域内人口实行管理，包括在以法治国条件下的立法、执法（行政、司法）^{[2]37}。因此，在外国人管理中，国家主权意味着：（1）一国政府可以对界定地域内的人口（包括外国人）管理进行立法，即有权制定关于外国人管理的法律。以国际条约形式存在的外国人法律文件，只有在主权国家承认或签署并经本国立法机关批准后，才对该主权国家产生法律效力。（2）一国政府必须执行体现权力分配的法律制度。也就是说，主权国家制定的各种外国人管理法律法规及政策是本国外国人管理机关执行的直接法律依据。

无论国家关于外国人管理的立法还是行政、司法，首先考虑的因素是维护国家的主权、安全和社会秩序，即维护国家权益。而且，对外国人进行管理，也是行使和尊重国家主权的重要体现，是国际法的基本要求。

（三）外国人管理国家主权相对性有其历史基础

尽管对外国人实施管理是一国主权范围内的事，但这并不意味着主权的绝对性。“绝对主权论者”往往片面宣扬主权的最高性、绝对性以及独立性，并把它无限地运用到国家对内、对外事务的处理中。实际上，主权本身就包含有一定的相对性。

传统国际法认为，国家对外国人管理有绝对的主权。传统国际法学者对国家法保护自然人自由迁徙的权利是持反对态度的，包括格老秀斯在内的传统国际法学者普遍认为，是否允许外国人入境和居留是国家最基本的权利之一，国家可以任意控制外国人入境和居留的权利。

19世纪是完全国家主权时代，即国家主权绝对性时代。国际法学者认为，控制国家边界的权利是国家主权最基本的表现形式，管理外国人的权利属于国内司法的范畴，拒绝、排除或驱逐外国人是国家主权不可分割的一部分。直到19世纪末期，大多数国际法学者仍旧强力地支持国家对外国人具有完全管理和绝对性的控制权的理论，国家主权绝对性的观念仍被全球广泛地接受^[3]。

第二次世界大战后，对国家主权权利实施一定限制的理论开始为国际法学者所接受，并在国

际司法实践中加以运用。20世纪50年代末，部分国际法学者再次提出，在对待外国人问题上，应考虑运用国际法原则对不受限制的国家主权权利进行适当的制约。例如，国际法学者布瑞里（J.L. Briery）提出，“……目前，许多国家在处理国际移民引发的相关问题时，已将国际法作为国内司法实践参考和考量的一种重要标准，标志着国际移民管理的领域，国家主权权利或多或少已经受到了限制。”^[4]由此，开启了外国人管理的国家主权相对性时代。

（四）外国人管理国家主权相对性的内涵得到国际社会认可

“国家主权的相对性主要是指国家主权的相互制约性，主权内容的动态变化性以及主权权力行使的有限性等。”^[5]从各国外国人管理的实践来看，国家主权相对性意味着：

首先，对外国人行使属地管辖权时，应尊重其国籍国的属人管辖权。国家之间通常以平等互惠（也称对等或平等互利）、相互给予某种对等的优惠待遇为条件，维护和发展国家之间的关系。表现在国际关系实践中，国家之间通过相关条约的规定或按照国际通行做法，相互给予对方公民某些优惠待遇或采取对应的管理措施。

其次，随着全球化的发展，主权的相对性程度也会越来越高，本质上属于国内管辖的事项范围正在逐步缩小。国家通过签署有关外国人入境居留、公民相互之间的待遇、外国人有关人权保护等事项的条约，使得这些事项往往具有国内管辖事项与国际法事项的双重性质。

再次，由于各国独立行使主权并享有对外国人的属地管辖权，在本国境内给予外国人什么待遇，别国无权干涉。但是，各国政府在依据属地管辖权行使对外国人的管理时，必须注意不违背所承担的国际义务，并遵守所签署的国际条约、国际法的基本原则和有关国际惯例。例如，不准外国人入境及驱逐外国人是国家主权，但不得任意行使这种权利。国际社会确认的原则是，出于国家安全、公共秩序、公共卫生或公共道德等国家核心利益需要。

有关外国人管理的国际条约，是国家主权相对性得到普遍承认的有力佐证。《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利公约》，是关于外国人有关权利保障的国际法基本文件。为了对国家主权作出限制，一些国际公约和地区公约对外国人的

权利作了解释和补充。为了统一标准、更好地保护外国人，1985年12月13日，联合国大会通过了《非居住国公民个人人权宣言》，对外国人所应享有的权利和义务作出了较为详细具体的规定，包括非居住国公民享有人身自由、安全权、隐私权、婚姻权、宗教自由权、选择居所的权利、财产权利、表达意见的权利等基本人权和自由以及非经法定程序不得驱逐外侨、禁止集体驱逐外侨等内容。尽管该宣言不具有法律拘束力，但所规定的内容符合实际情况，得到了国际社会的普遍认可，对于我们了解外国人待遇的基本内容和标准，对国家规范外国人的权利和义务等，具有重要意义^[6]。

二、国家主权相对性在外国人管理中的体现

（一）对外国人的双重管辖

主权的相对性是国际社会成员和平共处必不可少的条件，也是解决所在国属地管辖权和国籍国对海外公民属人管辖权冲突的理论依据。

1. 外国人管理中的双重管辖

外国人管理中的属地管辖是指一国对其境内的外国人所进行的以立法、执法和司法形式表现的统治或管理。外国人一进入国境，立即处于所在国的属地管辖之下。因此，外国人（享有特权与豁免者除外）无论是短期旅行或是长期居留，都要服从所在国的一般法令（限于本国公民的除外），“并且就他在该国领土上所作的一切行为，对该国负责。他在居住期间应对他所居住的国家效忠”。^[7]如果外国人违反了所在国的法律，会受到追诉。对此，外国人的国籍国应予以尊重。

外国人管理中的属人管辖则表现为外国人的国籍国对于处在外国领土上的本国国民的保护和惩处。表现在对应的两方面：外国人在国外的违法犯罪行为同时违反了国籍国法律时国籍国实行的管辖；外国人在国外其权益受到侵害未能得到所在国法律救济时国籍国所进行的外交保护。

2. 外国人管理中的属地管辖和属人管辖冲突的解决原则及原因

外国人管理中的双重管辖并不是并行不悖、等量齐观的。“尽管外国人的国籍国也拥有对该人的属人管辖权，但属地管辖处于相对优先的地位，属人管辖须服从和受制于属地管辖。”^{[8][10]}不过，属地管辖权也并不因此而具有绝对性。尽管

属人权威的行使受尊重这些公民所在的外国属地最高权威的义务的限制^{[9][16]}，同时，它也反向构成了对属地非法管辖或不作为的限制^[6]。

外国人管理中的属地管辖优于属人管辖，有其内在的原因：

首先，从国家存在意义上说，界定地域比人口更为重要。人口与地域是国家存在的前提，也是国际法上判断国家存在与否的基本条件。但二者相比较，后者更为重要。由于人口定居的因素，国家内在的存在条件必然包括“界定地域”（defined territory）。人口是迁移流动的，地域则是固定的。人口增长是无限的，地域则是有限的。这是自古以来人类生存面临的根本矛盾，导致了历史上无数次的战争。因此，“领土、主权”是国家的构成要素^{[2][36]}。作为行使国家主权的管辖权，显然属地管辖更为重要。

其次，从实施条件来看，国家属地管辖比属人管辖易于实施。如前所述，外国人管理中的属人管辖表现为外国人的国籍国对于在外国领土居留的本国国民的保护和惩处。但是，保护和惩处的实施是有条件的，外交保护须以真实国籍联系和用尽当地救济为前提。也就是说，若本国人居留的国家依法施行了属地管辖，体现属人管辖的外交保护便派不上用场。而对域外本国人违法犯罪的惩处，必须其国民返回或被引渡到本国才能实施。因为，国际法上，虽然并不禁止国家对其境内外的本国人行使管辖权，但是却限制其行使权利的方式，即只能在本国领土、而不能在他国领土行使其属人管辖权，否则就是对他国领土主权的侵犯。因此，属地管辖权通常可以立即行使，属人管辖权则不易做到这一点^{[10][128]}。

再次，国际法学界在有关国家基本权利和义务的论述中，仅把管辖权确认为属地管辖权。联合国国际法委员会于1947年拟定了《国家权力义务宣言草案》，并于1949年12月在联合国大会通过。在阐释国家的四项基本权利之一的管辖权时，仅涉及国家的属地管辖权，而没有提到属人管辖权。《国家权力义务宣言草案》是著名国际法学家经过总结过去的相关研究并在《联合国宪章》规定的基础上拟订的，对于了解并阐释国家基本权利和义务的内容有一定的参考价值^{[10][103]}。

3. 属人管辖权对属地管辖权的制约机制

为了限制国家属地管辖权的滥用，国际社会设计了国家责任和外交保护制度。

国家责任又称“国际责任”，是现代国际法中一项重要的法律制度。它是指当一个国际法主体从事了违反国际法规则的行为或违反了所承担的国际义务时，在国际法上应承担的责任。从本质上讲，外国人管理是一国依照其本国的法律规范如何对在本国境内的外国人事物进行管理和服务的问题^[11]。按照国际法上的国家行为理论，国家的行为须通过具体部门或个人加以实施。《国家责任条款草案》规定，国家机关的行为归责于国家。国家机关（不论是属于立法、行政、司法或者其他权力机关）行使政府权力的行为、经国家或政府授权代表国家或政府的个人行为等均属国家行为，国家不对私人行为直接承担国家责任。但众所周知，对于私人行为国家负有以“相当注意”防止外国和外国人的权利因私人行为而受到人身、生命或财产的侵害的义务，在私人已经实施了侵害行为时，惩罚不法行为人并强令他们支付必要的损害赔偿。如果国家缺乏“相当注意”或在事件发生后未采取有效措施加以制止，也未给予受害人适当的救济，未履行所承担的国际义务，则构成该国的国家责任。在这种情况下，该外国人的国籍国可以通过外交途径提出救济或赔偿，进行外交保护。外交保护是国家的权利，其依据是国家的属人优越权即国籍管辖权。这是国际法公认的，所在国应予以尊重。《奥本海国际法》指出：“虽然外国人在进入一国的领土时立即从属于该国的属地最高权，但是，他们仍然受他们本国的保护，根据这一普遍承认的国际习惯规则，每一国家对于在国外的本国公民享有保护的权力。”^{[9]173}

（二）对无国籍人和难民特殊群体外国人的属地管辖和国际人权保护

1. 对无国籍人的保护

无国籍人是指不具有任何国家国籍的人，即不属于任何国家国民的人。与无国籍人相关的国际条约主要有《联合国宪章》、1951年《关于难民地位的公约》、1967年《关于难民地位议定书》、1966年《经济、社会、文化权利国际盟约》、1930年《关于某种无国籍情况的议定书》、《关于无国籍的特别议定书》、1954年《关于无国籍人地位的公约》和1985年《非居住国公民个人人权宣言》等。无国籍人的法律地位是：享有一般外国人所获得的待遇；对其所在国负有责任，遵守该国的法律和规章以及公共秩序。国籍是保证个人的权

利在国际上获得保护的必要条件，无国籍的人则不能获得这样的保护，这对他们来说总归是个遗憾^[12]。但这并不意味着他们受到虐待时一无所依，《联合国宪章》中关于人权和基本自由的规定以及其他国际人权保护机制可提供基本保障。

2. 受庇护人的地位

国际法上庇护(asylum)是指国家对于因被通缉或受迫害而请求避难的外国人准其入境、居留、给予保护的行为。由于庇护的对象主要是政治犯及因政治原因遭受迫害的人，因此庇护又称为“政治避难”。是否庇护外国人由国家自由决定，国家没有庇护外国人的义务。虽然一些国家的宪法规定对因政治原因被追诉的人给予庇护权，但现在还不能说这种权利已成为一项国际法原则、构成国际法的一部分。根据有关国际条约的规定，国家不得庇护犯有国际罪行或危害人类罪的人。受庇护的外国人在所在国享有合法的居留权，其地位与一般外国人相同，须服从居留国的属地管辖；但庇护国的属地管辖权也受到一定限制：联合国通过的《领域庇护宣言》第4条规定，给予庇护之国家不得准许享受庇护之人从事违反联合国宗旨与原则之活动。

3. 对难民的保护

难民身份使其本人不能或不愿得到其国籍国的保护，只能根据1951年《关于难民地位的公约》和1967年《关于难民地位议定书》的有关规定，得到签约国相应的保护，在缔约国境内的难民均应服从该国的管辖。《关于难民地位的公约》第2条规定，“一切难民对其所在国负有责任，必须遵守该国的法律和规章和维持公共秩序而采取的措施。”同时，缔约国对难民入境、居留、出境处理应遵守不推回原则并给予一定的宽容和便利。第33条规定，任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（“推回”）至其生命或自由因为种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受到威胁的领土边界。在一定条件下，缔约国不得对难民的非法入境或逗留而加以刑罚，不得进行限制（除必要以外），不得将合法在其领土内的难民驱逐出境。

三、主权相对性对各国实施外国人管理的要求

（一）既要考虑国家主权，又要考虑国家间相互依存现实及国际人权保护

长期以来，人们对是否存在主权国家直接限制外国人的规则存在争论，其焦点在于国家主权、平等互惠及国际人权保护等三项原则之间的冲突。尽管国家主权学说在理论上占了上风，但国家依存学说具有充分的事实依据。不论是国家主权学说还是国家依存学说，都不约而同地承认例外情形。因此，无论采纳哪一学派的观点，都有可能得出类似的结论^[13]。

当制定有关外国人管理的制度时，原则上各国能够自由对此作出决定，但是这一自由并非没有限制，而是必须考虑全球化所带来的相互依存的国际现实，考虑所承担的保护基本人权的国际义务。正如阿·菲德罗斯等所言：“所有以一般国际法为基础的外国人的权利根源于这个理念：各国相互间负有义务在外国人的人身上尊重人的尊严。所以，它们有义务给予外国人以人的尊严的生活所不可缺少的那些权利。”^[14]

(二) 既要遵守国内法，也要遵守国际条约

当实施对外国人的管理时，必须依法而行。依法管理、信守国际条约，是外国人管理的一项基本原则。只有将外国人管理纳入法制的轨道，实行依法管理，才能使工作处于主动，为外国人所接受。依法管理中的法，除了国内法，当然还应当包括国际条约。因为国际条约是国家间的共同约定，对缔约国和参加国均产生法律效力。管理的手段和方式是衡量一国法治水平的重要方面，不得采取任何其他非法治的方式。鉴于外国人具有身份和管辖上的特殊性，对于外国人的管理贯彻依法管理的原则具有特别重要的意义。

在外国人管理中强调信守国际条约原则，是指对一国缔结或参加国际条约，承认在其领域之内有效，即使某些条约内容与国内法不一致时，也要善意履行国际条约的行为准则。主权国家既然通过立法程序批准了国际条约，实际上承认了它对本国具有法律拘束力，必须无条件地履行条约所赋予的国际义务。一般而言，忠诚信守和善意履行国际条约，是每一个成员国的基本责任和义务，是建立和平、稳定国际秩序的客观需要，任何国家不得有任何特权和例外。除非参加国对条约中的某些条款已声明保留，可以不承担该条款所规定的义务，同时，也不具有请求其他国家给以同样协助的权利。另外，凡是国际条约规定模糊或者某些警务行为可能损害本国社会公共利益的，该国警察机关也可以作出不予执行协议的

解释。

(三) 既要承认外国人法律地位的平等与正义，又要考虑由此可能给国家利益带来的影响

关于外国人法律地位的制度设计，应综合考虑各种相关因素。既要承认外国人法律地位的平等与正义，又要考虑由此可能给国家利益带来的影响并维护这一利益^[15]。正如耶林所指出的，“无论个人的权利，还是民族的权利，大凡一切权利都面临着被侵害、被抑制的危险——因为权利人主张的利益常常与否定其利益主张的他人的利益相对抗——显而易见，这斗争下自私法，上至公法和国际法，在法的全部领域周而复始。”^[16]

对外国人进行管理是行使和尊重国家主权的重要体现，也是国际法的基本要求。维护国家主权、安全和社会秩序，有利于国家经济和社会发展，是国家权益的重要内容，主要包括两大方面：一是国家的安全与稳定，二是国家的发展与繁荣。在外国人管理工作中，国家利益原则主要表现为：外国人入出一国国境和在该国活动应当有利于该国安全稳定和发展繁荣，绝不能危害该国的国家利益；国家机关制定和实施对外国人管理的措施，必须以有利于国家的安全稳定和发展繁荣为最高准则^[17]。而且，外国人管理的效果直接影响国家的尊严和国家的利益。因此，对外国人实施管理首先要维护国家的主权和利益。

作为一种立法和执法活动，外国人管理应当保障外国人的合法权益。法律的一般价值是平等正义原则，法治理论已得到世界各国的认可。英国法学家韦德认为，任何事情都必须依法进行。应承认外国人的法律地位，保障外国人的基本权利，保护其在生命、自由、财产和荣誉上不受侵犯。国际法中基于国家责任的外交保护制度是悬在各主权国家头上的达摩克利斯之剑，没有哪个国家不维护自己的国际形象，没有哪个国家愿意因违反所承担的国际义务而招致他国行使外交保护。另一方面，对外国人合法权益的保障，也有利于维护本国的权益，不仅维护了社会秩序，体现了法治水平，而且巩固和加深了外国人对居留国的信赖程度，维护和提高了该国的国际形象。“保护外国人的合法权益，是世界各国法通行的做法，是衡量一国法治水平的重要指标”^[11]。

(四) 既要重视服务，又要加强管控

服务与管控是外国人管理部门的两大基本职能。前者包括为外国人提供的各类服务和法律保

障，如在办理签证、居留证件、其他证照等申请事项中依法办理、规范服务，外国人的合法权益受到侵犯时提供行政复议、诉讼等法律救济途径；后者包括预防、发现、制止和处理涉及外国人的违法犯罪。

加强管控是维护国家主权、安全、社会秩序等国家权益的需要。外国人成分复杂，不仅有守法的外国人，也有企图通过非法手段牟利的外国人和从属于情报、恐怖、民族分裂以及各类极端组织的外国人。若放松管控，国家的权益必将遭到严重的损害。应依法制定科学合理的管控制度，不断完善管控方法措施，并严格按照有关规定执行。

随着政治、经济和社会的发展，服务的标准不断提升。服务水平的高低，体现了一国政府的办事效率。应发挥管理人员的主观能动性和工作积极性，推出各种人性化的、适应外国人需要的措施，提供规范化的服务。

能否正确处理管控和服务两者之间的关系，决定着外国人管理的成效。“重管控，轻服务”或“重服务，轻管控”都是片面的，在外国人管理中，管控与服务相辅相成，不可偏废。

【参考文献】

- [1] 杨冰,肖会才.浅论我国行政执法的涵义和改革[EB/OL].
http://www.chinalaw.gov.cn/article/dfxx/dfzxx/hub/200808/20080800041335.shtml.
- [2] 张乃根.国际法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [3] 沈一波.试论外国人在出入境管理中的法律地位[EB/OL].
http://cdmd.cnki.com.cn/Article/CDMD-10246-20090781

45.htm.

- [4] 罗宏观.国际移民管理与保护的法律问题研究[D].武汉大学,2006.
- [5] 杨泽伟.主权论——国际法上的主权问题及其发展趋势研究[M].北京:北京大学出版社,2006:33.
- [6] 黎海波.国际法的人本化与中国的领事保护[EB/OL].
http://epub.cnki.net/grid2008/detail.aspx?QueryID=4&CurRec=1.
- [7] 【英】劳特派特.奥本海国际法(上卷,第二分册,中译本)[M].北京:商务印书馆,1981:169.
- [8] 万霞.海外中国公民安全问题与国籍国的保护[J].外交评论,2006(6):101.
- [9] 【英】伊恩·布朗利.国际公法原理[M].曾令良,等,译.北京:法律出版社,2003.
- [10] 王铁崖.国际法[M].北京:法律出版社,1995.
- [11] 万霞.论外国人待遇及外国人管理法的发展变化[M]//刘国福.移民法理论与实践.北京:法律出版社,2009:279.
- [12] 梁淑英.外国人在华待遇[M].北京:中国政法大学出版社,1996:34.
- [13] 【荷兰】Richard Plender.国际移民法[M].翁里,徐公社,译.北京:中国人民公安大学出版社,2006:51-52.
- [14] 【奥】阿·菲德罗斯.国际法(下册,中译本)[M].北京:商务印书馆,1981:444.
- [15] 王利民.外国人法律地位制度的法理思考[J].大连理工大学学报:社会科学版,2006(1).
- [16] 【德】鲁道夫·冯·耶林.为权利而斗争[M].胡宝海,译.北京:中国法制出版社,2004:15.
- [17] 邓普丰.关于制定外国人管理法的思考[M]//纪念出入境管理“两法”颁布20周年获奖文集.北京:中国人民公安大学出版社,2006:103.

(责任编辑 王新华)