

## 《比较法研究》网络首发论文

题目： 论中国移民法律制度的历史演进与制度建构  
作者： 熊文钊  
网络首发日期： 2020-09-17  
引用格式： 熊文钊. 论中国移民法律制度的历史演进与制度建构. 比较法研究.  
<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3171.D.20200917.1346.002.html>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

# 论中国移民法律制度的历史演进与制度建构

熊文钊\*

**摘要：**新中国成立后，我国移民法律制度经历了严格防控、转型、深化改革三个重要阶段。目前，随着我国吸引力的增强和持续扩大开放，现有移民法律制度存在的移民概念缺失、整体性设计和通盘谋划不足、立法精细化欠缺、非常规移民治理能力不足等问题开始显现出来。进入新时代，为了进一步深化改革和扩大对外开放，2018年国家移民管理局正式组建成立，开启了新时代我国移民法律制度建设的新篇章。为加快构建我国的移民法律制度，提升移民服务和移民权利保障水平，消除非常规移民带来的负面影响，我国应借鉴美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等传统移民国家和德国、英国、南非等新移民国家的移民法律制度的实践经验，尽快制定统一的移民法，统一移民法律概念并实行分类管理，改进移民立法技术，提高非常规移民的风险化解能力，实现移民治理体系和治理能力现代化。

**关键词：**移民；移民管理体制；移民归化；移民立法

《辞海》对“移民”的解释是：（1）迁往国外某一地区永久定居的人；（2）较大数量、有组织的人口迁移。与这两种释义相对应的英文词语分别是 immigration 和 resettlement，本文采用的是第一种释义。中国不是一个传统的移民国家，但是，移民问题不但存在而且变得越来越重要。例如，朝鲜难民问题、非法偷渡问题、跨境婚姻移民问题、高技术移民问题都是当前有待解决的问题，我国如何从立法上更好地解决这些问题已经成为当前理论界的热点。2020年2月27日，司法部公布了《中华人民共和国外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》（以下简称《永居条例（征求意见稿）》），面向社会公开征求意见，并引发了社会的普遍关注和热议。本文以《永居条例（征求意见稿）》的发布为契机，总结我国移民法律制度的历史演进过程，分析当前我国移民法律制度存在的主要问题，进而在比较借鉴国外移民法律制度实践经验的基础上，提出建构我国移民法律制度的建议意见。

## 一、我国移民法律制度的历史演进

所谓移民法律制度，是指规范移民活动、管理移民身份与服务移民生活的制度体系，是一个国家与社会在移民领域内的政治法律安排与价值取向确认的统一。<sup>①</sup>新中国成立之初我国就初步建立起了移民法律制度，并随着社会的发展不断进行调整和完善。我国移民法律制度的调整、完善，大致经历了三个阶段。

### （一）严格防控阶段（1951—1977年）

新中国成立之初，我国的出入境管理体制主要借鉴苏联模式，加之新政权危机四伏，为了保障国家安全，移民法律制度体现了严格防控的特征。

1951年11月28日，中央人民政府政务院公布了《外国侨民出入及居留暂行规则》，

\* 天津大学法学院教授，法学博士。

<sup>①</sup>解永照、宋磊：《我国移民法律制度的功能定位与结构构建》，载《山东警察学院学报》2015年第4期，第136页。

1954年8月10日，公安部公布了《外国侨民居留登记及居留证签发暂行办法》，我国移民法律制度初具雏形，但并没有建立真正意义上的移民制度。及至1964年全国人大常委会公布《关于批准外国人入境出境过境居留旅行管理条例的决议》<sup>①</sup>和《外国人入境出境过境居留旅行管理条例》，我国移民法律制度才逐步形成，并开始与国际接轨。此阶段，我国移民法律制度注重管理，具有“严格防控”的特征，对外国人入境采取“严格防范”。当时制定的《外国人入境出境过境居留旅行管理条例》中，对外国人的交通工具、通行路线、目的地、停留都作出了严格的限制。<sup>②</sup>

## （二）转型阶段（1978—2018年）

随着改革开放的推行，中国与世界的联系日趋紧密，严格防控的移民法律制度越来越不适应现实的需要，移民法律制度开始转型，逐步向管理与服务并重的方向转变。

改革开放以后，我国对外人居留的管制开始逐渐松动。1980年颁布实施的《中华人民共和国国籍法》明确规定了外国人或无国籍人申请加入中国国籍的条件（包括中国人的近亲属、定居在中国的、有其他正当理由），开始了建构移民归化制度的尝试。1985年颁布《外国人入境出境管理法》，规定了外国人因任职或就业来华，可获得一般不超过一年的居留期限（按规定逐年申报延期），此时，定居在中国的外国人才可以不受区域限制地活动。2004年公安部和外交部联合发布施行《外国人在中国永久居留审批管理办法》，永久居留制度真正建立。2012年9月，中共中央组织部、人力资源和社会保障部、公安部等25部门联合印发了《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》，着重解决享有永久居留权的外国人的相关待遇问题，并强调各部门要“增强服务意识，提高服务水平”，但是《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》在执行过程中仍存在待遇落实不到位的问题。2016年，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于加强外国人永久居留服务管理的意见》，2017年公安部印发《外国人永久居留证件便利化改革方案》，这两份文件为解决外国人待遇落实问题提供了法律政策保障。总之，我国政府日益重视对外国人的居留管理和服务保障，体现了我国移民法律制度逐渐由“偏重管理”到“服务与管理并重”的制度转向。

改革开放40多年来，中国已经成长为世界第一贸易大国、世界第二大经济体，中国对移民的吸引力逐步增强。英国汇丰集团2014年10月公布的《外派人员调查报告2014》(Expatriate Explorer Report 2014)显示，在“最吸引外籍人士居住的国家或地区”排名中，中国总体排名位列第三，超过了美国、日本、法国和英国等发达国家。进入新时代，中国坚持对外开放的基本国策，打开国门搞建设，积极倡导和促进“一带一路”国际合作，移民数量进一步快速增长，对促进国际合作，提升我国国际投资、高新科技、人力资源利用水平，发挥了重要作用。但与此同时，移民尤其是非常规移民因挤占移民地公共资源和从事违法犯罪活动，引发了民众的不满，带来了一定的负面社会影响。

---

<sup>①</sup> 《外国人入境出境过境居留旅行管理条例》（1964年2月12日国务院全体会议第141次会议通过，1964年3月13日第二届全国人民代表大会常务委员会第114次会议批准，1964年4月13日中华人民共和国国务院命令公布施行）。

<sup>②</sup> 例如，《外国人入境出境过境居留旅行管理条例》第8条规定：“外国人入境、出境、过境，应当在签证内注明的有效期限内，按照指定的入境出境口岸、交通工具和路线通行。入境的外国人只许前往签证内注明的目的地。入境、出境、过境中途，非经许可，不得停留。”

### （三）深化改革阶段（2018年至今）

随着人口跨国流动的日益频繁，移民对我国经济社会发展产生积极影响的同时，也给我国带来了非常规移民问题、恐怖主义犯罪问题、环境问题等安全挑战，对深化我国的移民管理服务和管理体制提出了新要求。我国移民法律制度进入到深化改革阶段，移民法律制度朝着更体系化的方向进行。

2018年中共中央印发《深化党和国家机构改革方案》（以下简称《方案》）。《方案》第十五项指出由中央统战部统一管理侨务工作，将国务院侨务办公室并入中央统战部，不再保留单设的国务院侨务办公室。《方案》第四十一项要求将公安部的出入境管理、边防检查职责整合，组建国家移民管理局，负责全国移民管理工作。2018年3月，十三届全国人大一次会议表决通过了《关于国务院机构改革方案的决定》，2018年4月2日，国家移民管理局正式组建成立。国务院侨办并入中央统战部以及国家移民管理局的成立，是我国移民治理体系和治理能力现代化的重要举措，意味着我国更加注重统筹规划和管理移民事务，标志着我国移民法律制度进入到深化改革阶段。为了建立长效的移民管理体制，2018年4月2日国家正式组建成立了国家移民管理局，开启了新时代我国移民法律制度建设的新篇章。

## 二、我国现有移民法律制度存在的问题

随着我国吸引力的增强和持续扩大开放，现有移民法律制度存在的移民概念缺失、整体性设计和通盘谋划不足、立法精细化欠缺、非常规移民治理能力不足等问题开始显现出来。

### （一）移民概念的缺失

移民概念是移民法律制度的最基本范畴，但长期以来我国并未建立起统一的（国际）移民概念。在建国初期，我国主要使用“外国侨民”、“华人华侨”的概念来统领建构移民法律制度。<sup>①</sup>1964年全国人大常委会批准《外国人入境出境过居留旅行管理条例》，自此之后，“外国人”取代了“外国侨民”，成为移民法律中的重要概念。2018年4月国家移民管理局正式组建成立，标志着我国开始采用国际通用的“移民”概念，但并没有相关的概念解释。没有“移民”的概念，只有“外国人”和“华人华侨”的概念，对我国的移民法律制度建设带来以下不利影响。

第一，给移民统计工作带来不便，甚至会造成统计的错误。中华民族侨居海外历史悠久，<sup>②</sup>在历史的长河中形成了庞大的华人华侨群体，华人华侨与移民是两种不同的概念，并不是所有的华人华侨都能包含在移民的范畴中。但是，由于我国缺少移民的概念，在统计时就容易将所有华人华侨计入移民范畴，并造成对我国移民形势的误判。例如中国社会科学院发布的《2007年：全球政治与安全报告》，就混淆了华人华侨与海外国际移民的概念，将3500万华人华侨全部纳入到国际移民的范畴中。<sup>③</sup>这一研究成果存在明显错误，并一度引发了学界的质疑。

第二，不利于对移民进行分类和管理。移民概念的缺失，导致难以树立全局性的移民治

<sup>①</sup>例如，1951年中央人民政府政务院公布的《外国侨民出入及居留暂行规则》，1954年公安部公布的《外国侨民居留登记及居留证签发暂行办法》、《外国侨民出境暂行办法》，都使用“外国侨民”的称谓。

<sup>②</sup>涂孝忠：《华侨、华人社会的形成及其走向》，载《文史杂志》1995年第5期，第32页。

<sup>③</sup>《2007年：全球政治与安全报告》，载中国网，

[http://www.china.com.cn/node\\_7000058/2007-04/01/content\\_8044053.htm](http://www.china.com.cn/node_7000058/2007-04/01/content_8044053.htm)，2020年4月2日访问。

理观念,造成移民治理的碎片化。目前我国的移民法律规范散见于《出境入境管理法》、《外国人出境入境管理条例》、《国籍法》、《护照法》、《出境入境边防检查条例》、《出境入境证件身份认证管理办法(试行)》等法律文件中,大多针对各个具体的行政管理环节,“头痛医头,脚痛医脚”,欠缺通盘谋划和规范衔接,间接影响了外国优秀人才的移民以及移民的社会融入。

## (二) 缺乏整体性设计和通盘谋划

我国并非传统意义上的移民国家,移民法律制度建构起步晚,虽然在不断完善之中,但仍存在着移民规范体系整体效力层级低,偏重行政管理,服务移民与服务国民不均衡,移民归化制度不健全,难民制度缺失等问题,反映了我国移民法律制度缺乏整体性设计和通盘谋划。

### 1. 移民规范体系整体效力层级低

我国现行的移民法律规范体系主要以行政法规、规章和其他规范性文件为主,文件效力层级较低,<sup>①</sup>导致法出多门和立法不协调的问题,削弱了移民规范体系的权威性。而且,过于分散的移民法律规范,还会导致移民很难通过方便的途径明确获知自己的权利义务,不利于移民权利的保障和移民治理制度的开展。

### 2. 偏重行政管理,忽视人权保障

我国移民法律制度虽然开始逐步重视对移民权利的保障,但总体上依然偏重行政管理,强调对“中华人民共和国主权、安全和社会秩序”的维护。<sup>②</sup>而且,我国长期以来一直是移民输出国,移民法律制度的主体和对象都以本国公民为主,包括华侨、侨眷以及取得国外居留权的公民,延伸至海外华人,<sup>③</sup>对来自其他国家的移民多有忽视。但是,移民并不仅是被管理的对象,依法应当享有一定的权利。否则,就会违背我国宪法保护“在中国境内的外国人的合法权利和利益”的规定。

### 3. “服务移民”与“服务国民”不均衡

加强移民服务,是吸引更多优秀人才来华做出贡献的必要举措。为此,《永居条例(征求意见稿)》中专章规定了“服务与待遇”。但是,中国社会历来重视平等问题。作为人口大国,我国的社会公共资源较为紧张,而“地方户籍”身份依然发挥着一定的社会支配作用。<sup>④</sup>这种独特的户籍制度和地域文化,影响了人们对外国人落户当地的认同感,甚至让国人产生了外国人具有“超国民待遇”的社会烙印。<sup>⑤</sup>这种“烙印”对移民法律制度的建构和完善,带来了较大的舆论风险。所以,加强移民服务的根本性挑战并不在于政府向外国人投入了多少资源,

<sup>①</sup>例如,永久居留制度真正建立的标志,不是《出境入境管理法》的生效,而是《外国人在中国永久居留审批管理办法》的出台,然而,该管理办法并非法律,效力层级较低。

<sup>②</sup>《出境入境管理法》(2009年修正)第1条规定:“为了规范出境入境管理,维护中华人民共和国的主权、安全和社会秩序,促进对外交往和对外开放,制定本法。”

<sup>③</sup>解永照、宋磊:《我国移民法律制度的功能定位与结构构建》,载《山东警察学院学报》2015年第4期,第140页。

<sup>④</sup>参见张展新:《中国“绿卡”的资格待遇问题:以本国公民社会权利演进为视角的分析》,载《华人华侨历史研究》2019年第1期,第11页。

<sup>⑤</sup>胡锡进:《外国人永居条例需细化到不留可钻的空子》,载网易新闻,<https://news.163.com/20/0301/02/F6JN238T00018990.html>,2020年4月6日访问。

而是中国公民权利建设还面临着一些挑战，这是外国人永久居留制度改革的重要约束性条件。<sup>①</sup>在没有从根本上解决中国公民权利建设这一“外国人永久居留制度改革的重要约束性条件”<sup>②</sup>的情况下，如果不加区别地给外国人以“超国民待遇”，无疑会使国民产生排外情绪，必将影响到移民法律制度的深化改革。

#### 4. 移民归化制度不健全

中国社会的同质性较高，具有较强的文化同化能力，故而移民归化问题并未引起各方的重视。虽然《国籍法》第7条规定了外国人或无国籍人的入籍条件，其可以作为我国建构移民归化制度的依据，但是该条的规定比较笼统，且过于简单。目前施行的《外国人在中国永久居留审批管理办法》并未对此进行规定。虽然《永居条例（征求意见稿）》第35条要求地方政府为永久居留外国人提供通用语言文字培训、国情常识等社会融入服务，但在如何引导永久居留外国人入籍以及外国人申请入籍是否需要接受考核等方面，仍然处于规范缺失状态。

#### 5. 难民制度缺失

《出境入境管理法》第46条<sup>③</sup>可视作为我国难民制度的规范依据，但目前并没有建立起真正的难民甄别程序机制和难民保护制度，更没有明确难民的权利和义务。传统上，我国并不是难民的主要目的地，但是我国也曾经接受了一定数量的难民，这些难民主要是20世纪70年代的越南、老挝、柬埔寨等三个东南亚国家的难民，主要由于战争原因产生，且大部分是华裔。2009年8月缅甸内战爆发，缅甸果敢地区的边民涌入我国成为难民。由于难民甄别程序机制的缺失，只能由联合国难民署驻华代表处对来华寻求避难者进行难民地位甄别，而甄别的标准则是联合国难民署的章程。<sup>④</sup>故而有学者主张，“以我国目前拥有的资源和能力，没有理由要让一个在我国的联合国代表机构替我国承担这样的义务”。<sup>⑤</sup>因此，为了应对难民问题，保障我国稳定繁荣的环境，我国有必要把握主动权，积极落实难民立法，建构难民法律制度。

### （三）立法精细化欠缺

我国现行的移民立法存在着“宜粗不宜细”的立法倾向，许多条款的设计较为模糊，解释空间较大。例如，在《永居条例（征求意见稿）》中存在着大量的不确定性法律概念，如第11条中的“突出贡献”、第12条中的“杰出成就”、第19条中的“其他正当理由”等，由于没有明确具体、可量化的判断标准，引发了社会公众的质疑，认为该条例赋予了执法部门和执法人员过大的自由裁量权，担忧执法人员是否会滥用自由裁量权降低核查标准，以及这些规定

<sup>①</sup>张展新：《中国“绿卡”的资格待遇问题：以本国公民社会权利演进为视角的分析》，载《华人华侨历史研究》2019年第1期，第14页。

<sup>②</sup>张展新：《中国“绿卡”的资格待遇问题：以本国公民社会权利演进为视角的分析》，载《华人华侨历史研究》2019年第1期，第14页。

<sup>③</sup>《出境入境管理法》第46条规定：“申请难民地位的外国人，在难民地位甄别期间，可以凭公安机关签发的临时身份证明在中国境内停留；被认定为难民的外国人，可以凭公安机关签发的难民身份证件在中国境内停留居留。”

<sup>④</sup>陆海娜：《从国际法义务谈建立我国难民甄别机制》，载人民网，<http://legal.people.com.cn/n/2015/0513/c188502-26991017.html>，2020年4月6日访问。

<sup>⑤</sup>陆海娜：《从国际法义务谈建立我国难民甄别机制》，载人民网，<http://legal.people.com.cn/n/2015/0513/c188502-26991017.html>，2020年4月6日访问。

实施后可能出现漏洞等。而且，面对这些内涵极为不确定的规定，欲申请永久居留资格的外国人也难以产生稳定的预期，极有可能放弃申请，不利于我国技术移民政策的真正落地。

#### （四）非常规移民风险化解能力不足

移民法律制度的建构必须要考虑防范和解决非常规移民风险的问题。非常规移民实质上就是指“非法移民”，“非常规移民”的提法是为了避免“非法移民”提法可能带来的争议。

“非法移民”这一概念有着很大的争议性，对“非法”一词有两个强有力的批评：第一，把人说成是“非法”，就否认了人之所以为人的特性：人不可能是非法的。移民也是人，不管法律地位如何，都享有应有的权利。第二，“非法”一词带有犯罪活动的意味，但大多数非常规移民并非罪犯，其中多数只是违反了管理法规。<sup>①</sup>我国法律中的非常规移民主要指非法入境、非法居留和非法就业的“三非”外国人（以下简称“三非人员”）。由于我国边境线较长，接壤国家较多，且这些国家大多面临发展问题，客观上造成了我国境内有大量三非人员的存在，而且近年来，三非人员数量不断增加，给我国出入境管理工作带来一系列挑战。首先，非常规移民破坏了我国正常的出入境管理秩序，干扰了出入境管理部门的正常管理；其次，非常规移民冲击流入地的就业市场，挤占当地公共资源，容易导致当地居民产生排外情绪，进而影响常规移民融入社会的进程；再次，非常规移民涉罪率高，破坏社会秩序，影响社会稳定；最后，非常规移民可能危害国家安全，目前已有德国末日邪教组织等境外邪教组织进入中国，秘密传教并且建立地下组织，危害国家安全。

我国虽然采取较多措施防范和解决非常规移民风险，但仍存在着能力不足的缺陷，影响治理效果。目前非常规移民风险化解能力不足主要表现在以下两方面：

第一，治理重点偏内向。从世界各国治理非常规移民的经验来看，普遍采用“宽出严进”的指导思想，即移民法的管控对象主要针对外国人非法入境，而对于本国公民出入境则处于从属地位。<sup>②</sup>受传统的非常规移民输出国的定位影响，多年来我国形成了“重打击本国非法移民出境、轻打击外国非法移民入境”的保守思维，在面对国内出现的外国人“三非”问题时，治理手段欠缺，集中于运动式治理，效果并不明显。

第二，治理措施过于刚性。为治理非常规移民，法律赋予了有关机关采取不准入境、驱逐出境、拘留审查、监视居住、限制出境等多种强制性措施的权力，但这些措施过于刚性，对某些非常规移民采取刚性措施会明显过当，不利于非常规移民的权利保障。

### 三、移民法律制度的比较与借鉴

他山之石，可以攻玉。近代以来，美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等传统移民国家和德国、英国、南非等新移民国家，在移民法律制度的建构实践中积累了丰富的经验，可以为我国移民制度在深化改革阶段的持续完善提供借鉴。

#### （一）以“移民”概念统领移民法律制度的建构

与我国以“外国人”、“华人华侨”等概念统领移民法律制度的建构不同，美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等传统移民国家和德国、英国、南非等新移民国家，都以“移民”概念统领

<sup>①</sup>参见[美]哈立德·科泽：《牛津通识读本：国际移民》，吴周放译，译林出版社2009年版，第49页。

<sup>②</sup>杨其霖：《我国非法移民的国内法控制研究》，西北大学2018年硕士专业学位论文，第18页。

本国移民法律制度的建构。各国对移民的定义不尽相同，为了统一对移民的认识，可以参照国际组织对移民的定义。

国际组织在统一移民的定义方面做了大量工作。1953年，联合国经济社会事务统计局提出了“国际移民数据统计”的标准化建议，以在外国居住“一年以上”作为“国际移民”的标准。<sup>①</sup>为了使各成员国提交的相关数据具有可对比性，1998年联合国公布了《国际移民数据统计建议》（以下简称《1998建议》）。《1998建议》将移民定义为“任何一位改变了常住国的人，但是因为娱乐、度假、商务、医疗或宗教等而短期出国者，不包括在内”。<sup>②</sup>《1998建议》进一步将移民界分为短期移民和长期移民：短期移民系迁移到其原籍国以外的另一个国家至少3个月以上、一年以下；长期移民系迁移到其原籍国以外的另一个国家至少一年以上。国际移民组织（IOM）将移民定义为：离开本人之原籍国或此前的常住国，跨越国家边界，为了定居性目的而永久性地或在一定时期内生活于另一国家的人。有学者通过梳理和比较国际组织对移民的定义，归纳出了国际移民定义的三个基本要点：一是跨越主权国家边界；二是在异国居住的连续性时间跨度；三是迁移的目的性。<sup>③</sup>

在移民的分类方面，尽管学理上移民有较多的分类，<sup>④</sup>但是实践中，为了便于吸引优秀人才，方便对移民的管理，各国普遍以“移民的身份”作为移民分类的标准。例如美国移民法将移民大致分为亲属移民、职业移民、多样化移民等三大类，每个大类下又有更精细多样的划分；加拿大将移民类型分为七种：魁北克省投资移民、联邦技术移民、企业家移民、加拿大省政府提名移民、自雇移民、家庭团聚移民、难民；澳大利亚现行移民法将移民分为五种：家庭团聚移民、商业投资移民、技术移民、人道主义移民和难民；新西兰将移民分为五种：技术移民、投资移民、创新移民、家庭移民、人道移民。

## （二）制定移民法典，建立移民归化和难民制度

移民法制成熟国家的经验表明，制定移民法典是移民法制发展的必然趋势。美国于1952年颁布《移民与国籍法》，融合了以往所有关于移民的法律和法规，奠定了当代美国移民法的基础和框架。<sup>⑤</sup>澳大利亚于1958年制定的《移民法》和1998年制定的《移民条例》，一直以来都是澳大利亚移民政策的主要依据。传统上采用分散立法模式的德国，亦随着实践的发展，采用打包修订的方式，将《难民程序法》和《国籍法》等法律进行了选取、修改、合并，又加入了新的《欧盟自由迁徙法》等新法律内容，形成了移民法典，适应了德国移民发

---

<sup>①</sup>标准化建议主要包括如何界定“非当地原居民的永久性移民（含已入籍、未入籍者）”，具体为：一是“以长期居留为目的并在该国住满一年以上”；二是“原居民中的长期外移者”，包括“旨在留居国外并且已在国外住满一年以上者”（含已入籍、未入籍者）。

<sup>②</sup>李明欢：《国际移民的定义与类别——兼论中国移民问题》，载《华人华侨历史研究》2009年第2期，第2页。

<sup>③</sup>参见李明欢：《国际移民的定义与类别——兼论中国移民问题》，载《华侨华人历史研究》2009年第2期，第3页。

<sup>④</sup>例如，以迁移的数量为准，移民可区分为个别迁移，小群体迁移，大规模迁移等；以迁移的距离为准，可区分为：短程迁移，长途迁移；以迁移的动机为准，可区分为：生存性迁移，发展性迁移。参见李明欢：《国际移民的定义与类别——兼论中国移民问题》，载《华侨华人历史研究》2009年第2期，第4页。

<sup>⑤</sup>参见刘国福：《移民法》，中国经济出版社2010年版，第124页。



展的新形势。<sup>①</sup>这些国家的移民法制发展经验表明，有必要顺应形势的发展，通过制定移民法典完善移民法律制度。

移民法制成熟国家在移民法制实践中，往往坚持“本国利益优先”的原则，在法律政策上作出优先保护本国利益的倾向性规定。例如德国移民法中规定用人单位在审查工作申请时要优先保障本国公民和欧盟公民的利益，虽然该规定被德国《新移民法》废止，但是“本国利益优先”的原则并没有发生根本性改变，在税率、社会保障等方面，德国法律仍然保持着本国利益优先的倾向性规定。

为了吸引优秀的移民入籍，服务于国家建设，移民法制成熟国家还会建立移民归化制度，鼓励具备一定语言水平和认同该国文化、政治的外国人申请入籍。以移民归化制度较为成熟的美国为例，美国《新移民法》第四章专章规定了移民归化制度，详细列明了外国人入籍的条件。这些条件包括申请人应当具备最低的英语水平，<sup>②</sup>并愿意宣誓效忠美国，宣布放弃对原籍国家的一切效忠行为，申请人必须了解普通的美国历史、政府结构及宪法等。美国政府为了鼓励移民申请入籍，还为“化共教育”提供资金支持。

难民问题是各国移民法律制度都予以关注的一个问题。各国对难民的认定往往采纳《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》对难民的定义。《关于难民地位的公约》将难民定义为：由于 1951 年 1 月以前发生的事情并因有正当理由，诸如由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外，并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人；或者不具有国籍并由于上述事情在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人。但是，该公约限定了 1951 年 1 月 1 日之前在欧洲产生的难民，所以不具有普遍适用性。1967 年国际上订立了《关于难民地位的议定书》，该议定书取消了《关于难民地位的公约》的时空限制，保留了其他规定。多数国家都建立了难民制度，设置了难民认定标准和难民甄别程序，规定了难民的权利和义务，美国和英国等移民法制成熟国家还通过实行难民配额制，调节难民的比重。

### （三）立法精细化，限制行政机关裁量权

移民法制成熟国家较为注重实现立法的精细化，使用较为精确的概念，对可能产生争议的不确定性法律概念，通常会在法律文本中进行解释。例如南非共和国《移民法》第 1 条即对“准入”、“申请”、“雇主”、“婚姻”、“建筑物”、“配偶”等不确定性法律概念进行了解释，减少了概念的争议性，提高了《移民法》的可操作性。以“配偶”为例，南非共和国《移民法》对这一概念进行了详尽的解释，回答了是否包括“同性配偶”以及“异性同居未婚者”的问题，“配偶”的范围得以明确。<sup>③</sup>

除了实现立法精细化之外，移民法制成熟国家还通过实施积分评估制度（亦称“记点积

<sup>①</sup>参见黄柯劼：《德国〈新移民法〉生效，给我们什么启发》，载观察者网，

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1660464669450108297&wfr=spider&for=pc>，2020 年 4 月 6 日访问。

<sup>②</sup>最低的英语水平是指申请人要具备听、说、读、写的基本能力，掌握相当于小学程度日常用语的英语短句。

<sup>③</sup>南非共和国《移民法》第 1 条第 (xxxvi) 项规定：“配偶指婚姻关系的任何一方，或永久的同性恋或异性恋关系中需要受同居及相互的金钱及感情支持的任何一方，且能由规定的、由公证合同证实的宣誓书予以证明。”

分制”）限制行政机关的裁量权。积分评估制度是指，一国根据自身国家劳动力市场对人才的需求情况，制定一套相对完整、可量化评估的评估体系，并客观规定评估体系内各项评估指标所对应的分值，只有移民累积到一定的分值才可以获得永久居留资格。<sup>①</sup>美国、澳大利亚、英国、新加坡、新西兰等国都建立了积分评估制度。以加拿大为例，加拿大在对技术移民的评估中就包含了年龄、教育程度、职业需求，工作经验，官方语言能力，个人适应能力等十项因素，每项因素对应了详细的打分标准，申请人必须获得 70 分以上，才能获得移民签证。积分评估制度的实施，可以限制行政机关的裁量权，避免审核标准主观化，提高了移民申请的透明度和可预期性。

#### （四）刚柔并济，建构非常规移民区分对待机制

与我国偏重对非常规移民采取刚性治理措施不同，有些国家注重刚柔并济，采取打击与疏导相结合的治理方式，原则上引导非常规移民主动离境回国，只有当非常移民拒不离境的，才采取刚性措施，强制驱逐出境。例如南非共和国《移民法》中就规定“发扬一种在共和国内鼓励非法外国人自愿离境的氛围”，“将不愿意自动离开共和国的非法外国人驱逐出境”。引导非常规移民主动回国可以保障非常规移民的权利，还可以缓解执法资源的紧张。此一做法可资我国借鉴。

亦有些欧洲国家建立了非常规移民的区分对待机制，对非常规移民中符合一定条件的给予合法身份。这些国家为了满足国内某些产业在某些时间段对劳动力的需求，在一定时段给予非常规移民以临时移民的身份。<sup>②</sup>以希腊为例，希腊曾进行了三波非常规移民的合法化，第一波合法化中，总统颁布《358/1997 号总统令》和《359/1997 号总统令》，鼓励（在希腊工作或者正在找工作的）非常规移民向政府登记，符合这项法令条件的移民可以获得一张相当于工作许可证的“临时居住许可证”，即“白卡”。<sup>③</sup>我国亦可以根据国情，建立非常规移民区分对待机制。

### 四、完善移民法律制度的建议

为加快构建和完善我国的移民法律制度，提升移民服务和移民权利保障水平，消除非常规移民带来的负面影响，我国应当借鉴美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等传统移民国家和德国、英国、南非等新移民国家的移民法律制度的实践经验，统一移民法律概念并实行分类管理，加强整体性设计和通盘谋划，尽快制定统一的移民法典，实现立法的精细化，提高非常规移民的风险化解能力，实现移民治理体系和治理能力现代化。

#### （一）统一移民法律概念，实行分类管理

只有统一移民法律概念，并对移民实行分类管理，才能更加体系化地建构和完善我国的移民法律制度。不同学者对移民的定义并不完全一致，有学者认为，“国际移民是指以在国籍所属国或出生国以外的国家或地区作长期或短期居留为目的而出入国境的自愿或非自愿

<sup>①</sup>陈敏、刘佐菁、江湧：《我国高层次外国人永久居留制度研究》，载《科技管理研究》2016年第14期，第47页。

<sup>②</sup>参见刘国福：《试论国际社会对非常规移民的治理》，载《学习论坛》2016年第1期，第57页。

<sup>③</sup>参见丁福金：《希腊移民及政策研究——基于非法移民合法化政策视角》，华东师范大学2010年硕士论文，第55页。

迁徙活动”。<sup>①</sup>亦有学者认为，“跨越主权国家边界，以非官方身份在非本人出生国居住达一年以上的特定人群，即为国际移民”。<sup>②</sup>笔者认为，应当参照国际组织对移民的定义，并结合我国国情，统一移民法律概念。参照《1998 建议》中对移民的定义，结合我国人口普查统计外籍人口时遵循的“在我国境内居住三个月以上”的时间标准，我国可以将移民定义为：跨越主权国家边界，以非官方身份在非本人出生国居住（包括合法居住和非法居住）达三个月以上的特定人群。

在移民分类标准的问题上，笔者认为，为了更好地吸引国际优秀人才，可以借鉴美国、加拿大、澳大利亚等国的经验，以“移民的身份”为标准展开分类，可以将移民分为七种：投资型移民、技术型移民、学习型移民、工作型移民、休闲型国际移民、团聚型移民、难民。我国应当尽量通过立法明确各类移民的定义。

## （二）加强移民法律制度的整体性设计和通盘谋划

加强移民法律制度的整体性设计和通盘谋划，需要尽快制定移民法典，增加移民规范体系的权威性，需要统筹行政管理与人权保障、服务移民与服务国民的关系，还需弥补制度漏洞，加强移民归化制度和难民制度建设。

### 1. 制定移民法典，增加移民规范体系的权威性

移民法制成熟国家的经验表明，制定移民法典是移民法制建设的必然趋势，也是加强移民法律制度整体性设计和通盘谋划的首选方案。我国并不存在一部移民法典，移民规范散见于《出境入境管理法》、《护照法》、《国籍法》等法律中，我国应当尽快整合各部法律规范，对入境、出境、居留、国籍、护照、移民融入等作通盘考虑，还要统筹兼顾移民对本国的影响、移民政策与劳工市场的关系、移民对象、吸收移民方法、新移民融入、移民权益保护、非法移民以及移民各个环节衔接，在此基础上制定移民法典。<sup>③</sup>以移民法典的制定为契机，还要注重发挥法律在移民治理中的作用，通过立法和解释法律，改变目前低位阶规范性文件占多数的现状，提高移民法律规范体系的权威性，同时加强对低位阶规范性文件的合法性审查，避免规范间的冲突，保持移民法制的统一。

### 2. 行政管理与人权保障并重

移民法律制度的完善需要坚持行政管理与人权保障并重，对移民人权予以保障是我国必须履行的宪法义务和国际法义务，我国政府应当提高服务意识，积极履行义务，无论常规移民还是非常规移民、难民，我国都要保障其基本的、正当的权利。需要注意的是，行政管理与人权保障的紧张关系，涉及到国家主权原则与人权保障原则的冲突。在移民法中，国家主权原则具有优先性，行政管理和人权保障都是国家主权范围内的事项，不能将移民人权的保障凌驾于一国的国家主权之上。在国家主权原则下，国家可以根据需要，通过对不同种类移民作出差异化的权利保障安排，调节不同类型移民的比重，服务于国家目标。我国宪法在序

<sup>①</sup>赫鲁怡：《国际移民法律体系构建之初探》，载《太平洋学报》2007年第7期，第44页。

<sup>②</sup>李明欢：《国际移民的定义与类别——兼论中国移民问题》，载《华侨华人历史研究》2009年第2期，第3页。

<sup>③</sup>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，第48页。

言部分确立了“集中力量进行社会主义现代化建设”的国家目标，根据这一目标，我国可以在移民权利保障方面重点向国家需要引进的人才倾斜。

### 3. 平衡“服务移民”和“服务国民”

在“服务移民”和“服务国民”的关系上，我国可以借鉴德国经验，实行“本国利益优先”的原则。在我国户籍制度仍然存在的条件下，本国利益优先的实现有着一定的复杂性。有学者提出“以居住证权利为参照，统一规定绿卡资格待遇”的方案。<sup>①</sup>该方案以居住证权益作为衡量本国人和外国人利益的标准，居住证作为持有人享有城市公共服务和便利的证明；永久居留身份证作为持有人享有权利的证明；同等条件下，赋予居住证更多的权益，方才符合“本国利益优先”原则的要求。但是这一方案在大城市与特大城市中可能失灵。近年来，我国户籍制度改革在大城市以及特大城市仍然进展缓慢，居住证难以作为衡量标准，在这种背景下，可以从各大城市推出的人才落户政策切入，贯彻“本国利益优先”的原则。目前，各大城市都加入到“抢人大战”中，各大城市纷纷推出了人才落户政策，例如《北京市引进人才管理办法（试行）》规定了对优秀人才、科技创新人才、文化创意人才、教育科学卫生体育等专业人才的引进措施，并且强调要“加强引进人才落户保障”，“引进人才的配偶和未成年人子女可随调随迁”。天津市也启动了“海河英才”人才引进计划，并且制定了优厚的服务保障条件。虽然各地政府拥有较大的裁量权，但应当受到“本国利益优先”原则的约束，同等条件下，应当优先招录本国公民，不能给国内非本地户籍居民享受同等服务设置更高的门槛。

### 4. 加强移民归化制度建设

我国应当借鉴美国等国家的经验，树立移民归化意识，加强移民归化制度建设，吸引优秀人才来华工作。我国应当以《国籍法》第7条作为建立移民归化制度的规范依据，使得《永居条例》的规定与《国籍法》相协调，建立移民归化的服务机制、引导机制和考核机制。《永居条例》中除了要规定地方政府为永久居留外国人提供语言文字培训、国情常识、法律政策咨询等社会融入服务之外，还应当加强宣传，引导、鼓励优秀的永久居留外国人入籍。对于申请入籍者要设定门槛，制定优选标准，从而保证申请入籍者可以符合中国公民资格的要求。考核中应当包含汉语语言文字水平考核和对中国历史、政治认同的考核，只有考核通过，才能加入中国国籍，特殊情况下可以适当放宽考核限制。

### 5. 加强难民制度建设

在难民的保护上，我国一直持较为积极的立场。我国于1982年加入了《关于难民地位的公约》，还积极参与了亚太难民、流离失所者及移民问题政府间磋商机制、巴厘进程、科伦坡进程和湄公河次区域反拐问题部长级倡议等地区磋商机制活动。<sup>②</sup>在难民安置实践中，我国也形成了独特的人权保障理念：我国没有建立难民营，而是采取了社会融合安置法，根据他们在原住国所处的自然环境、社会环境以及他们的生活习惯、原工作的性质等将其安排在与这些条件相类似的建设农场、林场、渔业社等地方。<sup>③</sup>在已经明确由国家移民管理局负

<sup>①</sup>参见张展新：《中国“绿卡”的资格待遇问题：以本国公民社会权利演进为视角的分析》，载《华人华侨历史研究》2019年第1期，第13页。

<sup>②</sup>张秀明、密素敏：《国际移民的最新发展及其特点》，载《华侨华人历史研究》2014年第3期，第7页。

<sup>③</sup>陈萍：《论我国〈出境入境管理法〉向移民法的转变》，山东大学2014年硕士学位论文，第36页。

责难民的管理，并由国家移民管理局内设的外国人管理司承担难民身份甄别及临时安置、遣返工作的情况下，我国应当及时通过制定《难民法》，建立难民制度，确立难民甄别机构和甄别程序，明确难民的权利义务，同时将我国在难民安置实践中总结出的经验用法律形式固定下来。难民制度的建设应坚持《关于难民地位的公约》确立的“不推回原则”和“不歧视原则”，不拒绝越过边界入境的难民停留，在紧急情况下不拒绝难民入境，不对难民采取歧视性措施。出于人道主义精神，我国还应对非法入境难民保持宽容，难民往往难以办理有效出入境证件，大多是非法入境，国家不应以对待一般外国人的法律标准要求他们。为了使得难民接收与我国的经济状况相适应，我国可以借鉴美国和英国的经验，通过实行配额制，调节难民的比重。

### **（三）改进立法技术，建立积分评估制度**

我国应当积极学习移民法制成熟国家的立法经验，改进移民立法技术，实现移民立法精细化，使移民立法尽量保持详尽、周密，便于遵行，并减少行政机关的裁量空间。虽然移民管理是较为复杂、专业的事项，而且涉及到外交问题和政治问题，需要为行政机关保留必要的裁量空间，但是这种裁量空间不宜过大。在制定和修改移民规范时，应当减少原则性的规定，使用内涵确定的词汇。如果移民立法难以避免使用“突出贡献”、“杰出成就”等难以明确界定的概念，应当尽量给出解释，至少应当在立法中明确最低的标准。

除此之外，还可以通过引入积分评估制等手段规范行政机关的裁量权。《永居条例（征求意见稿）》第8条明确规定了国家要适时制定积分评估制度，积分评估制度已经被提上了制度建设的日程。我国可以借鉴美国、澳大利亚、加拿大等国家的积分评估制度的经验，结合我国国情，建构本土的积分评估标准体系，提高移民评估的透明度和可预期性。

### **（四）提高非常规移民的风险化解能力**

为了更好地化解非常规移民的风险，我国应当借鉴国外的有益经验，多管齐下。

首先，应当扭转内向型的移民管理制度，重点防范“三非人员”，加大对三非人员的打击力度，建立常态化的非常规移民预防和解决机制。对于非法入境行为，可以加强边境建设，对移民采用信息化手段展开监管，防止非法偷渡、非法越界行为的发生，加强对非法入境的处罚力度，从源头上治理非常规移民问题；对于非法就业行为，加大雇主责任，雇主在明知被雇佣者没有合法身份而为雇佣，或者在知道了被雇佣者的非法身份后没有终止雇佣关系而继续雇佣的，对雇主要严厉惩罚，提高当前的惩罚水平；对于被遣返和驱逐出境的非常规移民，应当禁止再次入境，或者设置不准再次入境的期限。

其次，借鉴南非共和国等国家在非常规移民治理上的经验，采取打击与疏导相结合的策略，刚柔并济，原则上引导非常规移民主动回国，对拒不回国的采取刚性措施，保障恢复正常的出入境管理秩序。

再次，根据我国国情，建立非常规移民区别对待机制，尝试有条件、有限制、部分接纳非常规移民，探寻拓宽常规移民的渠道。笔者认为，目前有两类非常规移民可以有条件地被接纳，这两类非常规移民为：非法就业的留学生和已经在中国长期生活，融入了当地环境，并且结婚生子且不愿回到原籍国的外国妇女。对于第一类非常规移民，可以通过调整法律政

策，放宽就业限制，压缩其变为非常规移民的空间。对于第二类非常规移民，出于维护其子女利益和人道主义的考虑，如果经过社会评价其不具有社会危害性的，可以考虑给予其合法身份。为了防止非常规移民利用制度漏洞，对于非常规移民合法身份的给予应当慎重，且设置严格的条件。

最后，要积极寻求国家间、地区间的多边合作，共同治理非常规移民问题。移民治理不只是一国的内政问题，而且“是全球化时代国际社会必须共同面对的一个重大课题”。<sup>①</sup>正如《全球移民契约》中所指出的，每一个国家都是移民国家，国际移民是全球化世界的一个决定性特征，没有一个国家能够独自应对国际移民带来的挑战和机遇。非常规移民治理不能只依靠中国一方发力，需要建立完善的国际合作机制。

## 五、结语

在新时代，我国移民法律制度建设开启了新篇章，移民法律制度朝着更体系化的方向进行。一个好的移民法律制度应当具备两个品质：第一，能够服务于国家的发展目标；第二，具备较强的风险防控能力。我国宪法确立的根本任务和根本目标决定了我国移民法律制度建构与完善的最终目的一定是为了实现国家治理体系和治理能力的现代化。所以，我国移民法律制度应当定位为现代化进程的推动力量和倍增器，以及国际优质资源、稀缺资源的有效流入渠道。

在移民法律制度的深化改革阶段，我国应当坚持目标导向，针对移民法律制度现存的一系列问题，借鉴国外有益经验，统一移民法律概念并对移民实行分类管理，尽快制定统一的移民法典，提升移民规范体系的权威性，提高非常规移民的风险化解能力，实现移民治理体系和治理能力现代化，逐步建立起既服务于国家现代化建设目标又具备较强的风险防控能力，既具有体系性又具开放性的移民法律制度。

### Comparative Analysis and System Construction of Chinese Immigration Legal System

Xiong Wenzhao

**Abstract:** After the founding of new China, China's immigration legal system has gone through three important stages: strict prevention and control, transformation and deepening reform. At present, with the enhancement of attraction and continuous expansion of opening-up in China, the existing immigration legal system has some problems, such as the lack of immigration concept, the lack of overall design and overall planning, the lack of refinement of legislation, the lack of governance capacity of irregular immigrants and so on. In the New Era, in order to further deepen the reform and expand the opening up, the National Immigration administration was officially established in 2018, opening a new chapter in the construction of China's immigration legal system in the New Era. In order to speed up the construction of China's immigration legal system, improve the level of immigration services and protection of immigration rights, and avoid the negative impact of irregular immigration, we should learn from the experience of the traditional immigration countries such as the United States, Canada, Australia, New Zealand and the new immigration countries such as Germany, the United Kingdom, South Africa in the construction of

---

<sup>①</sup>李明欢：《国际移民的定义与类别——兼论中国移民问题》，载《华侨华人历史研究》2009年第2期，第10页。

immigration legal system, and formulate a unified immigration code as soon as possible. The concept of law and the implementation of classified management, improve immigration legislation technology, improve the ability to resolve the risk of irregular immigrants, and realize the modernization of immigration governance system and governance ability.

**Keywords:** immigration; immigration management system; immigration naturalization; immigration legislation

