

我国出入境法立法模式研究

林艺聪

【内容提要】 文章在考察我国现行出入境法立法模式和其他国家、地区出入境法（移民法）立法模式特点的基础上，剖析了我国出入境法立法模式完善过程中出现的若干问题，并主张我国新的出入境法立法模式应当从目前诸法并立的分散模式，转向以一部“出入境法”为核心的法典模式。

【关键词】 出入境法 立法模式 法典

法律的体例模式，是特定法律规范的载体所表现出来的总体特征，是立法者表达立法思想的方法和方式，是社会公众认知法律规范的媒介。^[1] 近几年来，我国对完善现行出入境法的必要性和迫切性已经取得了广泛共识，立法机关和国务院行政主管部门正在积极开展有关工作，争取在本届人大任期内取得新的进展。与大多数立法在构建之初或者完善之时都要考虑的问题一样，摆在有关部门面前的首要任务之一，就是选择一个既适合我国国情，又符合基本法理的立法体例模式（以下简称立法模式）。从立法形式考察，法的体例主要有两种模式，即法典模式与分散模式。前者是指把调整某一领域法律关系的法律规范主要集中于一个专门法规之中，称为法典；后者则是没有这样的一个居于统领地位的法典，而是通过零星的法规分别调整某一领域的法律关系。^[2] 当然，法典模式下的法典也会给其他法律层级较低的单行行政法规、规章留有一定余地，而不是包揽所有行政法规范。

在我国，现行出入境法的立法模式基本形成于二十世纪八十年代中期。当时，以《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》（以下简称“两法”）的公布施行为标志，我国出入境法的立法模式基本成型。在上述模式当中，《公民出境入境管理法》、《外国人入境出境管理法》以调整的人员对象是否具有中国国籍为界，各自调整一部分出入境关系；其中没有任何一个法律居于统领地位，可以称得上是基本法典，因此属于典型的分散模式。随着形势的发展，全国人民代表大会常务委员会先后制定了《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》（行政处罚部分，1994年公布）、《中华人民共和国国家安全法》（第30条，1994年公布），《中华人民共和国治安管理处罚法》（如第10条、第61条和第62条，2005年公布）等若干附属的出入境行政法律规范，我国出入境立法模式的分散特点更

作者简介： 林艺聪，浙江大学宪法与行政法学专业博士研究生，主要从事出入境行政法学研究。

[1] 王万华著：《行政程序法研究》，中国法制出版社2000年版，第106页。

[2] 胡建淼著：《我国行政程序法的模式与结构》，载《政法论坛》（中国政法大学学报），2004年第9期。

加突出。可以看出,上述模式主要是历史形成的,顺应了改革开放以来我国出入境管理发展的客观历史,反映了立法机关和实际部门对出入境领域立法的认识过程。2006年《中华人民共和国护照法》出台前后,关于我国出入境立法模式的讨论达到了一个新的高潮。职能部门和学界关注的问题主要有三个:一是能否将外国人和本国人的出入境事项由一部出入境法(移民法)来调整?二是出入境法能否涵盖往来内地(大陆)与港澳台地区管理?三是制定一部法典性的出入境法是否具有可行性?本文主要围绕现行《公民出境入境管理法》、《外国人入境出境管理法》和《护照法》展开论述。

一、“两法”统一抑或分立

现行《护照法》于2006年4月29日由十届全国人大常委会审议通过,并于2007年1月1日起开始施行。这是新中国第一部专门的护照法,对于彰显公民的基本权利具有重要意义。在法治发达国家,一般倾向于认为:“护照乃是政府为了从公的立场证明海外出行者与护照持有者之间具有同一性,并请求外国予以保护所签发的身份证明书,而不是可以认可从政策性的观点上加以制约的出国许可证。”^[1]从各国、各地区的做法来看主要有两种处理方式:一种是单行设立《护照法》,辅以其他出入境法律共同调整本国公民出入境事项,如日本在《护照法》及《出入国管理及难民认定法》中调整,韩国在《护照法》及《出入国管理法》中调整,美国在《护照法》及《移民及国籍法》中调整等。另一种是不单行设立《护照法》,直接纳入其他出入境法律中调整,如俄罗斯的《出入俄罗斯联邦国境规则》,印度尼西亚的《印尼共和国移民法》,我国台湾地区的《入出国及移民法》等。但是,《护照法》毕竟是我国现行出入境法模式中新增的一部单行法律,其对“两法”的适用自然产生了相应影响。国务院法制办公室主任曹康泰同志在《关于〈中华人民共和国护照法〉(草案)的说明》中指出:“我国现行规范护照申请、签发和管理的行政法规,是1980年5月经国务院批准,由外交部、公安部内部执行的《中华人民共和国护照签证条例》。1984年3月,经国务院批准对《护照签证条例》的个别条款作了修改,主要是调整了外交护照的发放范围。随着改革开放的不断深入和社会主义市场经济体制的建立,我国对外交往和人员交流日益增多,公民出入国境的数量大幅度上升,现行《护照签证条例》的规定已不能适应护照管理工作的实际需要,亟需通过制定专门法律对护照的种类、签发对象和申请程序等加以规范。”然而,现行规范护照申请、签发和管理的,并不只有《护照签证条例》。如前所述,《公民出境入境管理法》作为出入境法体系中的重要法律,同样对护照管理事项进行了诸多规范。《公民出境入境管理法》及其实施细则,按照“上位法优于下位法”或者“后法优于前法”的规则,在当时均应当优先于《护照签证条例》适用。相对于《护照法》,我国不仅有“下位法”《护照签证条例》,更有“前法”《公民出境入境管理法》。因此,《护照法》的出台,必然造成《公民出境入境管理法》及其实施细则调整护照管理事项的条款不再适用。由于“后法优于前法”,《护照法》出台以后,《公民出境入境管理法》具有实际法律效力的内容所剩无几,却又不能完全废止。如何处理现行《公民出境入境管理法》中未与《护照法》冲突的内容,成为新一轮出入境立法工作必须重点解决的一个问题,核心就在于能否将其与现行《外国人入境出境管理法》整合成一部新的出入境法。

事实上,早在《护照法》出台之前,职能部门和学界就对现行《公民出境入境管理法》、《外国

[1] [日] 芦部信喜著,林来梵、凌维慈、龙绚翻译:《宪法学》(第三版),北京大学出版社,2006年版,第202页。

人入境出境管理法》“两法”并立的做法褒贬不一。赞成者认为,我国现行立法体例设置符合国际通例,指出这主要是因为出入境法律集中体现了因国家主权而导致的本国公民和外国人法律地位及相关权利的分野,并预言我国将来的立法趋势必然是保留一部完整的外国人入出境管理法;而对中国公民入出境管理会不断宽简,当我国迈入中等发达国家行列,对本国公民的出境限制就会趋向于无。^[4]主张改进者则指出,真正的平等立法,应该是不过于注重法律适用对象的身份,而以其行为作为调整的对象;并建议将现行法律法规进行清理整合,不再按中国人和外国人分别立法,而是按其行为进行调整。^[5]一些学者在《护照法》出台之前,也曾经建议立法机构可将护照法提案改为移民法提案,并考虑在 2007 年以前通过移民法。^[6]笔者认为,在讨论这个问题之前,有必要先考察一下境外的出入境法(移民法)立法模式。

在汉语中,调整人员出入境关系的法律规范存在着“出入境法”与“移民法”两种不同的称谓。尽管有学者认为“移民”或者“出入境”二者含义是一样的,性质是相同的^[7],但更多学者认为二者的内涵并不相同。相对而言,“出入境”含义比较固定,但“移民”则是一个多义词,可以在最宽泛的范畴、国际迁移范畴和移民法范畴上分别使用。移民法范畴的移民概念,英文译为“immigration”,根据《远东英汉大词典》解释,该词一是指(自外地)移居入境;二是指外来的移民(复数)。在《朗文当代英语高级词典》中,该词除了上述两种含义外,还可以指设在机场、港口等口岸的移民局检查站。在美国移民法中,“immigration”特指意图放弃原居住地和国籍,进入美国永久居留并申请为美国公民;加拿大移民条例则规定,“immigration”是指被允许入境永久居留,并在加拿大工作和生活。然而,我们注意到美、加移民法的调整范围并不仅限于以定居为目的的出入境活动,还包括以短期入出境为目的的出入境活动。这似乎可以从两个角度得到解释:一是“immigration”词义本身已经扩张为包含不以定居为目的的出入境活动;二是在立法技术上,美、加两国的移民法调整以定居为目的的出入境活动为主,兼顾了以短期入出境为目的的出入境活动。无论如何,仅就法律的名称而言,出入境法与移民法所调整的内容可谓异曲同工,殊途同归。基于以上分析,本文以下不严格区分“出入境法”和“移民法”,而将二者统一纳入研究视野进行考察。通过对近 40 个国家和地区的出入境法(移民法)文本的梳理,笔者发现,在大陆法系国家,基于对外国人不同于本国法律地位的认识,许多国家针对外国人单独制定了出入境法律,如德国《外国人入境和居留管理法》、法国《外国人居留法》、比利时《入境居留定居和离境法》等,德国制定《移民法》以后,其适用范围仍然是外国人的入境、停留、经济及种族融合等活动。在前苏联及受其影响较大的一些国家,甚至专门制定了外国人地位法,其主要内容也是规范外国人的入出境管理事项,如俄罗斯、罗马尼亚、乌克兰等国制定了《外国人法律地位法》。我国则制定了《外国人入境出境管理法》,越南制定了《外国人入出境、居留和旅行管理法》等等。同时,将本国公民和外国人入出境事项置于一部法律进行调整的国家和地区亦为数不少,如日本、韩国、俄罗斯、美国等。在这样一部出入境法(移民法)中,既有主要调整外国人的入出境管理,同时兼顾本国公民入出境管理的,又有外国人入出境管理和本国公民入出境管理二

[4] 邵磊:《“两法”历史与展望疏论》,载公安部出入境管理局编:《纪念出入境管理“两法”颁布 20 周年获奖文集》,2006 年版,第 303-305 页。

[5] 林艺聪:《略论现行出入境管理法的修订原则》,载《出入境管理理论文选(三)》,中国警察学会出入境管理专业委员会编,群众出版社,2001 年版,第 16-17 页。

[6] 刘国福著:《移民法:出入境权研究》,中国经济出版社 2006 年版,第 490-491 页。

[7] 公安部教材编审委员会编:《边防与出入境管理》,群众出版社,2002 年版,第 262 页。

者平分秋色的。如日本《出入国管理及难民认定法》和韩国《出入国管理法》均以调整外国人入出境为重点,兼顾本国公民出入境管理。属于这种模式的还有美国,其《移民和国籍法》洋洋数十万言之中,调整本国公民出入境的条文不过数条。另一方面,从俄罗斯《出入俄联邦国境规则》的篇幅来看,俄联邦公民出入境事项与外国公民、无国籍人士出入境事项差别并不显著。我国台湾地区的《出入国及移民法》对本地区公民出入境和外国人入境、停留、居留、出境事项的调整内容,在数量上更是几乎等量齐观,难分伯仲。所以,在“两法”统一抑或合并的问题上,并不存在所谓的“国际通例”。即使承认外国人和本国公民在入出境权利上的重大分野^[8],亦不影响各国将本国公民和外国人入出境事项置于一部统一的法律进行调整的实践。

二、出入境法能否涵盖往来港澳台地区管理

由于历史的原因,我国内地和香港、澳门特别行政区实行“一国两制”,台湾地区尚未实现与祖国大陆的统一。但是,香港、澳门、台湾都是中华人民共和国不可分割的组成部分。因此,往来内地(大陆)与港澳台地区是人员在境内特定区域之间的一种迁徙行为,属于迁徙自由的范畴。对往来内地(大陆)与港澳台地区之间的管理,就是对这种迁徙行为进行保护和限制的结合。它与人员在国际间的迁徙以及各个组成部分内部地区之间的迁徙并不相同。因此,分立的或者统一的出入境法是否涵盖往来内地(大陆)与港澳台地区管理,是研究我国出入境法立法模式面临的又一问题。必须看到,目前我国公民往来内地(大陆)与香港、澳门、台湾地区管理中限制人身自由的强制和处罚都是不可缺少的。根据《中华人民共和国立法法》的规定,这不能由行政法规设定。因此,《中国公民往来香港地区或者澳门地区暂行管理办法》和《中国公民往来台湾地区管理办法》以其“行政法规”之身份所能达到的管理效果是非常有限的。所以,现实的出路要么是上述两个条例分别(或者合并)上升为法律,要么是出入境法涵盖往来港澳台管理,并原则规定限制人身自由的强制和处罚。笔者认为,前者至少为立法资源所不允许,后者则不妨一试。

在国外,对本国公民在国内特定区域之间迁徙进行管理的典型例子是马来西亚。马来西亚在其《护照法》中规定,在入出马来西亚国境时的护照出示条款,适用于从马来西亚任何一地进入或离开西马、沙巴或沙捞越者,其做法与从马来西亚离境到国外或从境外入境相同。英国和在加入联合国《公民权利和政治权利国际公约》时,对第12条作出了保留。如英国将处在一国领土的每一个人的迁徙自由,解释为该国领土内的不同组成部分内享有迁徙自由。上述做法,被认为符合国际法的精神,在宪法上也不被认为是侵犯了公民的基本权利。在我国现行法律法规中,《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》这两个全国性的法律不仅没有回避“境”的使用,还直接使用了“入境”、“离境”、“出入境管制”等概念。根据《香港特别行政区基本法》第154条规定,国内其他地区的人入境、逗留和离境,和世界上各国或各地区的人一样,也应当接受特区政府实行的出入境管制。显然,《香港特别行政区基本法》将人员往来香港与内地(大陆)、澳门、台湾地区定性为出入境。在我国,香港特别行政区出入境管理的基本法律是《入境条例》。在这部法律中,人员(除难民外)出入境主要按照是否享有居留权被划分成两部分,实行不同的管理制度;不具有居留权的,按照所属国家和地区在执行上区别对待。因此,不享

[8] [荷] Richard Plender 著,翁里、徐公社译:《国际移民法》,中国人民公安大学出版社,2006年4月版,第71页。

有居留权的大陆(内地)地区或者台湾地区人员,其出入境管理与不享有居留权的外国人大致相仿。可见,中国公民往来香港特别行政区与国内其他地区之间,特区政府一概视为出入境,没有实施特别的制度安排。我国《刑法》和《治安管理处罚法》分别规定了偷越国(边)境罪和偷越国(边)境行为,立法机关、司法机关、执法部门和学术界普遍认为其中的边境,即是指内地(大陆)与香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区之间的交界。^[9]因此可以推论:中国公民往来内地(大陆)与香港、澳门、台湾之间,即是出入边境。综上所述,我国《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》将公民往来香港、澳门特别行政区与内地(大陆)、台湾地区定性为“出入境”;其他法律法规虽未直接明确公民往来内地(大陆)与香港、澳门、台湾地区属于“出入境”范畴,但在适用相关法律法规时,一直将其作为“出入边境”的行为实施“出入境管理”。

因此,将来的“出入境法”秉承《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》的精神,参照《刑法》和《治安管理处罚法》的规定,在立法意图上将往来内地(大陆)与香港、澳门、台湾地区纳入“出入境”的范畴,并将这里的“境”与《刑法》和《治安管理处罚法》中的“边境”对应起来,在法理上是可以自圆其说的。

三、制定一部法典性“出入境法”的可行性

当前,对制定一部统一的出入境法,各方存有各种各样的担心和疑虑。特别是《护照法》出台以后,不少人认为在我国现阶段制定一部法典性的“出入境法”已不再可能。其实不然。如前所述,法典模式系指把调整某一领域法律关系的法律规范主要集中于一个专门法规之中,但同时也会给其他法律以及层级较低的单行行政法规、规章留有一定余地。以我国当前对护照性质的通识而言,将《护照法》定位为“出入境法”的特别法,似乎更加符合我国现阶段法治发展的实际状况。目前,国务院及其主管部门均将护照作为行政许可事项,纳入《行政许可法》进行调整。从这个意义上说,只要“出入境法”与《护照法》之间形成一般法与特别法的关系,我国的出入境法仍然可以朝着法典模式的方向努力。

(一)制定法典性的“出入境法”是立法发展的必然要求。从分散模式到法典模式,这是立法发展的一般规律。法典是人类理性思维的结晶,也是立法的高级形态,这已为世界各国特别是大陆法系的法律实践所证明,并成为一国法律完善的标志之一。在我国,法典化已经在刑法、合同法、诉讼法的立法实践中得到体现,并有望在物权法的制定中成为现实。按照这一规律,我国出入境法也必定从分散模式朝着法典模式的方向发展,最终产生一部统一的出入境基本法典。

(二)制定法典性的“出入境法”可以从根本上解决当前出入境管理中存在的许多问题。从实际工作来看,一部相对统一的“出入境法”,不仅有利于“一揽子”克服我国现行出入境法存在的法律体系不够科学完善、部分条款与新近颁布实施的行政法律规范冲突、法律本身存在缺陷

[9] 立法机关的意见可以参见全国人大法工委编:《〈中华人民共和国刑法〉释义》和《〈中华人民共和国治安管理处罚法〉释义》。执法部门的意见可以参见公安部组织编写,柯良栋、吴明山主编:《〈中华人民共和国治安管理处罚法〉释义与实务指南》,中国人民公安大学出版社,2005版,第381至383页。司法机关的意见可以参见最高人民法院1997年7月8日选编的福建省厦门市思明区人民法院蔡长丰运送他人偷越边境案和上海市虹口区人民法院(1999)虹刑初字第136号。学者的意见可以参见陈章良著:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社,1997年,第501页;杨敦先、杨春洗主编:《中国刑法论》(第二版重排本),北京大学出版社2001年版;周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社,2003年,556页以下等。

等问题,有利于立法机关在制定时统筹安排、通盘考虑,“一次性”完成法的创制工作,节约立法成本和法律资源,避免或减少新的法律冲突出现;而且有利于法律出台以后,执法机关全面贯彻立法意图,深刻领会法律精神,准确执行法律规定,更好地维护国家安全、社会稳定和中外公民的合法权利,有利于行政相对人知法、懂法、守法和监督机关有效实施监督等等,相对于其他模式无疑具有比较优势。

(三)制定法典性的“出入境法”具有切实的可行性。虽然行政法难以制定统一的法典,但这并不意味着没有局部性的行政法典,更并不意味着不能制定特定行政部门的基本法典。^[10]在我国,目前已经制定了行政诉讼法、行政处罚法、行政复议法、行政许可法等局部性的行政法典和海关法等特定行政部门的基本法典。各种出入境行政关系虽然存在这样那样的差别,但它们既然同属行政关系,也就必然存在着共性,从而存在着为同一部法律统一调整的可能性。这有力地证明,制定一部相对统一的“出入境法”是完全可能的。另一方面,立法时机趋于成熟:现行第一部单行的出入境法(《公民出境入境管理法》,1985年颁布)从颁布至今已经过去了二十余年,各个单行出入境法律、法规在执行中暴露出来的问题比较充分;出入境法存在的问题一直受到执法部门的高度重视,也引起行政法和国际法学界的较大关注,各方面都提出了很多好的建议和意见,有的已经试拟了专家建议稿,理论研究相对成熟;我国的立法水平近几年提高很快,特别是立法机关既有制定现行出入境法的经历,又在制定海关法等特定行政部门的基本法典方面积累了丰富经验,完全有能力制定出一部适应形势发展的、好的“出入境法”。

我国出入境法立法模式,经历了从“两法”到以“两法”为核心、诸法并立,再到以“两法”和《护照法》为核心、诸法并立的发展历程。毫无疑问,目前状态只是暂时的,必将继续向前发展。而在《护照法》已经出台的情况下,继续维持“两法”分立的模式无疑是不合时宜的。因此当务之急,是要制定一部既能调整中外公民出入境事项、又能涵盖人员往来港澳台管理的统一的“出入境法”,早日出台,早见成效;然后在此基础上再制定往来港澳管理条例和往来台湾管理条例以及相应的实施细则。如果今后该法能够进一步吸纳《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》、《国家安全法》和《治安管理处罚法》中的相关条款,则更是功莫大焉。需要说明的是,“出入境法”出台以后,我国出入境法立法模式的确定尚有赖和有待于“出入境法”的定位。如果“出入境法”定位为与《护照法》并列的“姊妹法”,那么我国出入境法立法模式仍然是以此“新两法”为核心的分散模式;如果“出入境法”定位为相对于《护照法》的“一般法”,那么我国出入境法立法模式将是以此“出入境法”为核心的法典模式。笔者倾向于按照后者的模式进行构建。

(责任编辑:汪小珍)

[10] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社,1999年版,第7页。