

# 我国出入境管理法制化基本问题研究

任延忠

(河南省公安厅 出入境管理局,河南 郑州 450003)

**摘要:**根据出入境管理工作性质、特点,我国应当建立公正优先、兼顾效率的价值取向和以权利为重的法制化模式。在此基础上,得出出入境管理法制化五个基本原则。同时,内地居民往来港澳出入境管理是出入境管理工作的重要组成部分,往来港澳地区出入境管理法制化问题无法回避。

**关键词:**出入境管理;法制化;沿革;现状;价值

**中图分类号:**D922.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-6951(2007)05-0162-08

## 一、我国出入境管理制度历史沿革

人的自由流动,在原始社会以一种自然现象而存在,随着阶级的出现,国家的形成,以及国家对本国和外国居民出入本国国境管理职能的行使,它才成为一种社会现象并受法律的制约<sup>[1]</sup>。

### (一)汉唐出入境管理制度

1. 汉朝出入境管理制度。据《史记》记载,早在殷商时就有中国人出入朝鲜。我国最早的出入境法规始自汉朝官府对出入国证件的管理,为保障国家安全并便于盘查出入国境的使者、商旅,汉朝法律规定,“关用传出入”,“持节前往”等等<sup>[2]</sup>。秦汉以前,人民的流动是比较宽松的,很多诸侯都采取包括出入境管理在内的各种积极措施招贤纳士,吸引周边国家的人民归附。同时在频繁的外交会盟活动中,开始持用“符”、“节”作为过关门的凭证,《周礼注疏》讲到“门关用符节,货贿用玺节……无节者,有几则不达”<sup>[3]</sup>,秦中央设置“符节令丞,领符玺郎”管理符节<sup>[4]</sup>。最初使用的“符”、“节”皆是木制,西汉以前通称之为“传”。后来汉朝开始用另一种以缯帛制成的符传,“两行书帛,分持其一,出入关合之,乃得过”<sup>[5]</sup>。东汉以后,开始称为“过所”(过所,指百姓行旅的路证),自汉至唐在我国通行一千余年,它是封建统治者保障国家关防治安的一种制度<sup>[6]</sup>。

2. 唐代出入境管理制度。到了唐代,我国出入境管理制度已经初步具备了包括出入境资格审批、边防检查和法律制裁等较为系统的规定<sup>[7]</sup>。(1)严格的过所发放程序。唐代的过所发放程序,分为五个步

骤:一是凡请过所者必须向本县呈牒申请,具名年、身份,所携随员(亲属、作人、奴婢)名年、身份,牲口头数及出行目的和前往地等事项;二是请过所者须聘请一至五位保人,具保所携奴畜不是诓诱拐骗,而是合法买得或家生,并承保请过所人是国家编户,非逃户、逃兵;三是申请人要向职掌户口赋役的基层组织负责人里正交代出行目的、时限以及离乡之后本户赋役由谁代承;四是县司依客请牒所列事项,向里正、保人和当事人质询核实,并向州府呈牒请给;五是州司户曹依过所式勘给签发过所<sup>[8]</sup>。另据《唐六典》载:“凡度关者,先经本部本司请‘过所’。在京,则省给之;在外,州给之。虽非所部,有来文者,所在给之。”<sup>[9]</sup>即在中央的由尚书省发给,在外地的,由所在地州、府发给,具体的负责机构和官员是户曹和司户参军。如果不属于任何部门,凭有关来文,由所在官府发给。出塞超过一个月的,官府发给“行牒”。边境猎人以狩猎为生,要出界打猎,发给“长籍”,三个月一换<sup>[10]</sup>。此外,为加强对证件的发放和申领行为的管理,唐朝还规定:把证件发给不应发的人以及冒名申领证件的行为都要依律治罪。《唐律·卫禁律》中规定:“诸不应度关而给过所,取而度者,亦同,若冒名请过所而度者,各徒一年。因为唐律的处分很重,所以发证官员对过所的判给都非常审慎<sup>[11]</sup>。”(2)严格的边关勘验制度。唐代设关二十六,分上中下三等,关的日常职责是检查行人,“凡行人车马出入往来,必据过所以勘之”,蕃客(即化外人)出入关时,更为严格。边关勘查出入边境

\* 收稿日期:2007-03-11

作者简介:任延忠(1975—),男,河南濮阳人,河南省公安厅出入境管理局办公室副主任,中国政法大学硕士研究生,研究方向:行政法、行政诉讼法。

行客的原则有:一是禁止胡汉人民私自交易,禁止丝织品等禁物出境;二是严禁兵器外流;三是禁约汉人和蕃人私度和越度边关,违制者即无通行凭证,处以重刑,汉人与蕃人量刑等<sup>[12]</sup>。到了唐代鼎盛时期,由于国力强盛,经济繁荣,内外人员往来比较频繁,层层关防检查,已不能适应当时社会政治经济发展的要求。因此,唐代逐步放开了关防限制,对于外国人入境,唐代规定:“蕃客往来,阅其装重,入一关者,余关不讯。”<sup>[13]</sup>即蕃客入关时须检查其所携带之行李,但入关之后其余关卡则不再复查<sup>[14]</sup>。对于内地关津,唐时也逐渐停废。(3)严格的偷越国边境行为处罚制度。唐代将偷越国边境罪名划分为三类:私度、越度和冒度。冒度,指冒名请过所而度关。私度,指没有公文过所而度关,“水陆等关,两处各有门禁,行人来往,皆有公文……若无公文,私从关门过”,谓之私度。越度,指不由关门和津口入,“越度者,谓关不由门,津不由济而度者”。《唐律·卫禁律》规定:“若冒名请过所而度者,各徒一年;诸私度关者,徒一年,越度者,加一等。”冒度、私度都要判处一年徒刑,给冒名者颁发过所的官员受同样的处罚。越度者要判刑一年半,如果偷越的是边境的关,则判刑两年。携带禁物和禁兵器私度者,以坐赃论罪,携带禁兵器越度边境的,处以绞死<sup>[15]</sup>。对将自己出入境证件转借他人的行为,唐代也规定了相应的罪名和刑罚,《疏议》称:“以所请得过所而转与人,及受他人过所而承度者,亦徒一年。而且《唐律疏议》还对自首、未遂的情况作了减免刑罚规定:“其私度、越度,自首不原;冒度之罪,自首合免。”“越度之人已至官司防禁之所,未得度者,减越度五等,合杖七十。可见唐律关于偷越国边境行为的法度是非常严谨细致的。(4)明确的“化外人”犯罪原则。唐代《名例律》规定:“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。即同属一国的侨民之间的犯罪,按其本国的法律处断;不同国籍的侨民犯罪,由唐代按照唐律处理。这种将刑法的属人主义与属地主义的巧妙结合,在当时世界各国还是罕见的<sup>[16]</sup>。

## (二)晚清、民国时期出入境管理制度

1. 管理机构。19世纪中叶以后,各国在沿海通商口岸的商贸、传教人员逐步进入内地,地方遂有交涉事宜。光绪初年,清廷设立外务部,专司外事交涉事务,各地设洋务局主要为处理民众与教会纠纷,护送往来本地外国人及处理涉外案事件。1910年8月,清廷外务部奏请裁撤各省洋务局,改设交涉使司。1913年5月,北洋政府公布《交涉员职务通则》,规定在各省设外交部交涉署,由中央政府委任

派驻外交部特派交涉员,并由特派交涉员任署长。

1929年5月,南京国民政府行政院训令外交部分期裁撤各省交涉署及各埠交涉分署。1930年2月制定《视察员办事规程》,在全国划定视察区,建立临时视察员制度,并派出视察专员,分区视察各地外交事务。1935年春,经行政院核准,外交部重新划定11个视察区,设立外交部视察专员办事处,派驻视察专员或特派员负责区域外事管理<sup>[17]</sup>。2. 公民出入境管理。19世纪末,在洋务运动的影响下,各地开始派员出国考察、留学。这期间的出国审批,颁发护照,皆由清廷总理各国事务衙门办理。民国初期,军阀割据,战乱不已,出国考察很少,均由地方驻军派遣。1928年,南京国民政府统一全国,出国事项由国民政府行政院核准。1946年9月,行政院制订《各部会署及各省市市政府派遣人员出国考察或实习办法》。规定出国考察、实习人员须专科以上学校毕业,身体健康,考察人员要在派遣机关及其所属机关继续任职5年以上,成绩特优,对考察之事项素有研究,对派往国家的语言文字有充分训练。3. 外国人出入境管理。中英《天津条约》第九条和中法《天津条约》第八条规定,外国人在华居住,仅限于通商口岸,如前往非通商口岸地区,须持执(护)照,并指明前往省份、地区,以备查验。执(护)照由各国领事官发给,经过地方应随时呈验,由地方官盖印放行,沿途派兵役护送交接。此即内地游历护照(或内地游历签证),是清代护照管理的一大特征。民国时期,仍沿袭使用清代的内地游历护照、签证制度。在行政立法、签证种类、发证机关等制度建设方面有所改进完善。行政立法方面,如1936年5月25日外交部颁布《外国人来中国护照签证办法》(附《有约国人过境签证办法》)规定,外国人来华护照签证亦分为普通护照签证、官员护照签证、外交护照签证3种,由中国驻外使领馆在护照上给予签证或发给入境护照。仅允许在各开放口岸居住或停留,不能径入内地;若来华目的地即是内地,则须在抵华后请外交部及主管地方机关核发内地游历护照或内地游历签证。各国驻华大使、公使及外交官、领事官前往内地,由外交部发给特别优待护照。签发外人游历内地护照的机关有外交部、外交部指定之发照机关、各省省政府及各市市政府。1944年4月16日,国民政府军委会、行政院颁布《战时外国人在国内旅行检查规则》,规定全国设空路检查站10处,办理外人护照检查,并对普通外侨、外交官员及盟军人员的检查程序作了规定。1944年11月14日,行政院颁布《中华民国境内外人出入及居住规则》。规定:入境外人须向所在地政府申请领居留证,出境时

应持居留证先向所在地政府申请出境签证。抗日战争胜利后,国民政府外交部对办理外侨护照签证作了若干改动。1946年2月14日,外交部分别致函各地,将原由外交部及所属机关办理外侨签证及核发内地护照工作,从7月1日起改由警察机关办理。1947年4月1日,行政院公布实施《中华民国境内停止外人通行游历居留办法》,自此境内办理外侨签证及核发内地护照(签证)工作基本停止<sup>[18]</sup>。

### (三)新中国成立后出入境管理制度

新中国成立后,出入境作为中外公民的一项正当权益,受到了国家法律的保障。从管理制度的变迁来看,可以大致分为三个阶段:1. 第一阶段,严格控制(1949年至1978年)。在这一阶段中,由于受国际、国内形势的限制和极左路线的干扰,在“从严审批、控制出国”的原则下,出入境管理虽然有效地保障了国家安全和政治稳定,但是公民出入境合法权益在不同程度上受到损害。尤其在“十年动乱”中许多人即使有“海外关系”也不敢申请出境,许多归侨、侨眷被扣上“里通外国”、“内奸”等莫须有的罪名<sup>[19]</sup>。2. 第二阶段,逐步放宽(1978年至1985年)。这一阶段是出入境管理制度全面清理“左”的思想影响,贯彻“解放思想,实事求是”思想路线,逐步放宽公民因私出国条件的开始。在外国人管理制度上,公安部借鉴了国际上通行的一些管理办法改革外国人入境审批和签证制度,实行口岸签证、取消出境签证、简化手续;逐年增加开放地区。3. 第三阶段,依法管理(1986年至今)。以1985年11月公布的《中华人民共和国外国人入境出境管理法》《中华人民共和国公民出境入境管理法》为标志,中国公民、外国人出入境管理步入了依法管理新阶段。

### (四)中国公民往来港澳地区管理

新中国成立以前和新中国成立初期,港澳同胞和内地居民实行自由往来,没有出入境限制。1951年起,实行出入境管制,公安部公布了《往来香港澳门旅客管理的规定》,内地居民和港澳同胞来往均需申办出入通行证。为简化手续,1956年港澳同胞申领通行证改为统一向广东省公安厅申请港澳同胞回乡介绍书。1979年,一次有效的港澳同胞回乡介绍书改为3年内多次有效的港澳同胞回乡证,1981年又改为10年有效,受到港澳同胞的热烈欢迎。改革开放后,申请前往港澳人数和批准去港澳名额限制矛盾突出,故于1982年将去港澳分为定居和短期探亲(即单程、双程)两种,同时采取了“组团旅游”、“增加前往港澳口岸”等措施,使矛盾得到缓解。1986年,经国务院批准公安部制定了《中国公民因私事往来香港和澳门地区暂行管理办法》,1997年

又推出了内地公民赴港澳定居审批规范,实行计算机打分排队,公民赴港澳实现了依法管理。

### (五)台湾海峡两岸人员往来

台湾海峡两岸人员往来,本是中国公民国内旅行问题,但由于台湾当局实行禁钢政策,海峡两岸长期隔绝,互不往来,直到1987年台湾当局才开始解禁,两岸人员有了来往。1987年国务院办公厅公布了《关于台湾同胞来祖国大陆探亲旅游接待办法的通知》,公安部也发出通知,明确了台湾居民回大陆入出管理办法。1991年,国务院发布了《中国公民往来台湾地区管理办法》,该《办法》规定了大陆居民前往台湾和台湾居民来往大陆的申办程序、证件、通行口岸及具体手续。此法规对保障海峡两岸的交流具有重要的意义。公安机关也不断改革具体管理办法,如在一些口岸为台湾居民落地办证,更加方便了两岸居民的往来。

## 二、我国出入境管理法制现状

### (一)体系现状

我国的出入境管理法律法规主要包括国内法和国际法两大类。国内法包括全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的法律;国务院制定、批准的行政法规;地方权力机关制定的地方性法规;公安部、外交部单独或会同国务院有关部委发布的部门规章,有权地方人民政府制定的政府规章。在出入境管理法律体系中,出入境管理“两法”是核心。

### (二)体制现状

我国的出入境管理权分属于公安、外交(外事)两大系统。中国驻外国的外交代表机关、领事机关或者外交部授权的其他驻外机关,负责颁发中国公民在国外申请护照、证件和外国人申请来华的入境、过境签证。国内护照的签发管理又分因公、因私两大种类,外交部和地方外事部门负责颁发因公务出境的中国公民所使用的护照,公安机关受理因私事出国护照的申请。

### (三)环境现状

1. 出入境形势发展迅猛。“大进大出、快进快出、迅猛增长”已成为我国出入境活动的基本特征。以河南省出入境管理工作为例,2003年全省出境(境)人员为12万人次,2006年增长到37万人次,增幅达209%;2006年临时来豫外国人达27.6万人次,较2000年的8.2万人次增长236.5%。2. 行政法制建设日趋完善。20世纪80年代以来,我国先后颁布了《行政诉讼法》《行政处罚法》《国家赔偿法》《行政复议法》《行政许可法》等行政普通法和行政程序法。《中华人民共和国国籍法》在研究制订和修改,《中华人民共和国护照法》已经公布。香

港和澳门已回归,两个基本法已于 1997 年和 1999 年开始施行。1998 年我国签署参加了《公民权利和政治权利国际公约》,2001 年正式加入了 WTO。3. 公权力不断扩张。出入境行政管理工作中公权力不断扩张突出表现在重点人群监管上。重点人群主要包括国家机关工作人员等登记备案人员、法定不准出境人员、刑事在逃人员、在港澳违法违规被遣返人员等。

#### (四)现状中的问题

1. 出入境管理法本身存在缺陷和结构性问题。如《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》第五条和《外国人入境出境管理法》第二十九条、《外国人入境出境管理法实施细则》第四十条、《公民出境入境管理法》第十四条、《公民出境入境管理法实施细则》第二十三条都规定了对偷越国(边)境行为(即非法入出境行为)的行政处罚责任,但罚款的幅度、拘留的期限各不相同。2 部分条款与新近颁布实施的行政法律规范冲突。现行出入境管理法律法规部分条款与近年出台的行政法律规范有诸多冲突。如《外国人入境出境管理法实施细则》规定外国人无力缴纳罚款的,可以改处拘留,就超出了行政法规设定处罚的权限,与《行政处罚法》第十条规定相悖。3 部分法律、法规不能完全适应形势的变化和经济社会的发展要求。一是对新出现的移民管理法规不足。主要有以下几个方面:

非法持用外国护照的中国公民的管理问题; 中国人加入外国国籍,继续使用中国护照的问题; 短期赴国外留学、商贸等人员在国外所生子女的管理问题; 非法移民合法化的中国公民管理问题。二是移民回流管理法规不足。三是外国人租房、购房管理法规不足。4. 出入境管理法律体系不够科学完善。首先,现行出入境管理法律法规是按照中国公民、外国人、港澳居民、台湾居民等不同的主体进行立法的。其次,现行出入境管理法律法规过分强调了公权管控,对出入境人权益保护不够。再次,出入境管理是中央事权,但出入境管理法律法规却未明确,给地方保护主义可乘之机。另外,出入境管理法律法规许多规定与目前世界通行做法不符,不利于我国的国际交往。5. 管理体制弊端很多。与中央事权性质不符。出入境管理实质是一种涉外事务,由中央政府统一实行是国际通行做法。由于历史的原因,我国的出入境管理体制一直实行地方分权制。

管理机构不科学。国际出入境管理职能一般归口

一个部门管理,称 x 局,如韩国出入境管理局、匈牙利移民归化局、蒙古内务部移民局。我国出入境管理职能分属多个部门,称谓也是千差万别。9 个边检总站归属公安部出入境管理局管辖,其它边检站归属省级公安边防总队管辖<sup>[20]</sup>。上海、浙江、河南等近三分之二的省级出入境管理机构称“出入境管理局”,其余省市为“出入境管理处”。查处打击不力。在信息建设上,地方各自为战,公安内部出入境信息就无法共享,更不要说与边防、外事部门的联网。协作机制不畅。出入境管理各部门相互协作配合不畅,延误了调查、取证、查处时间,很难高效打击出入境违法犯罪活动。

### 三、我国出入境管理法制化基本原则

#### (一)法制化模式

笔者认为,出入境管理法制化应当以“公正优先,兼顾效率”为价值取向。首先,公正是法制的最高价值。美国罗尔斯说:“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论,无论它多么精致和简明,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样某些法律和制度,不管它们如何有效率和条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。”<sup>[21]</sup>其次,国家出入境行政管理部门干预的价值目标从根本上说是为了维护每一个出入境人员的正当权益,实现公平<sup>[22]</sup>。强调效率是为了使出入境行政管理控制不致沦为社会发展的阻力。从出入境管理法制化价值来看,公正的程序内含效率的精神,是为保证效率的完成。再次,出入境管理的主权性质,也决定了出入境管理法制化应以公正优先。可以想像,如果我们加快“国门”放开,出入境者都是些恐怖分子、敌对势力、黑社会组织,那么加快放开的意义何在?

公正优先的价值取向决定出入境管理法制化模式应以权利为重。即通过一系列措施监控出入境管理制度,如信息公开、受理审批分离、申请人参与、救济程序等,来防止和控制出入境管理权的滥用,从而达到保障出入境人合法权益、为对外开放服务的目的。同时,注重出入境管理程序的简化易行,以保证出入境管理部门合理高效地进行管理。这种模式下的出入境管理法制化基本特征是开放性、民主性、严密性、合理性与可操作性<sup>[23]</sup>。当然,公正与效率须建立在维护国家主权、安全和利益的前提下,这是我们出入境管理法制化的基石。

#### (二)各基本原则

##### 1. 国家主权优先原则

《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第四十八条:由于不可抗拒的原因而违反《外国人入境出境管理法》及本实施细则的,可免于处罚。外国人无力缴纳罚款的,可以改处拘留。

(1)维护国家主权。所谓“主权”,是指一国固有的处理其国内、国际事务而不受他国干涉或限制的最高权力<sup>[24]</sup>。根据此原则,一个主权国家没有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<sup>[25]</sup>。因此,外国人和外国交通运输工具进入或通过一国国境必须得到该国政府主管机关批准并从该国对外开放的口岸或指定的地点通行,进入一国国境所从事的旅行、商务、居留等活动,必须遵守该国的法律法规,服从该国政府主管机关的管理。(2)维护国家安全。所谓“安全”,是指没有危险或不受威胁。国家安全以国家主权为基础,没有主权就谈不上安全。国家安全是社会稳定、经济发展、人民安居乐业的基本条件。中外旅客和交通运输工具的出入境行为和在一国境内的一切活动,不仅涉及该国的主权,还可能涉及该国的国家安全和口岸安全。国家安全包括国家的独立,国内各民族的团结,国家领土的完整和国家内部事务的保密等。(3)维护出入境秩序。所谓“秩序”是指自然、社会运动过程的一致性、连续性和确定性<sup>[26]</sup>,是社会正义、安全、平等和效率的基础。出入境人员安全有序的持续流动是基本的出入境秩序,是一种社会秩序。对外开放口岸是国家间进行国际交往的通道,也是维护国家主权、保卫国家安全的前沿阵地。在我国进一步对外开放的形势下,口岸“大进大出”、“快进快出”已成为我国对外交往的主要特点。因此,维护口岸正常出入境秩序、增强口岸功能效率,是维护良好出入境秩序的重点。

## 2 公正原则

出入境管理行为并不仅仅是行政主体单方面的管理行为,还涉及出入境人直接或间接的权利义务关系。由于出入境管理行政主体拥有较大行政权,在行政过程中处于优越地位,而出入境人则明显处于不利地位,这就需要在程序上为相对人权利提供必要的保障,如受理期限的限定、受理程序的公开、权利受到侵害后的救济等,以实现出入境管理的公正性,并且使这种公正不仅实际存在,还应当使人们相信它的存在<sup>[27]</sup>。(1)平等对待。公正的总标准是同等情况同等对待,即在相同的情况下,行政行为无论是赋予权利,还是设定义务都应一视同仁,给予相同的对待<sup>[28]</sup>。平等对待要求出入境管理部门与申请人之间发生关系时,禁止出入境管理部门相同情况不同对待或不同情况相同对待<sup>[29]</sup>,尤其是弃去“外事无小事”思想,给予外国人不低于“国民待遇”

原则的平等权,给予港澳台居民和内地居民相同的出入境权益。(2)比例原则。比例原则是指出入境行政管理机关所作的决定和出入境人应受的对待应成比例<sup>[30]</sup>。比例原则要求出入境管理部门要在出入境人私人利益与国家安全之间寻求最大性的均衡。具体为:一是应明确规定中国公民享有出入境自由权。我国已于1998年10月签署参加《公民权利和政治权利国际公约》,该国际公约将“公民出入境自由”的规定,作为公民的基本权利和公民迁徙、旅行的特殊形式。目前,这种形式已被世界许多国家的宪法所确认。随着我国市场经济和民主法治建设的发展,应予以把现行的公民“出入境正当权利”发展成为“出入境自由权利”<sup>[31]</sup>。二是对需要限制公民出入境的,由行政执法机关通过有效的管理机制来解决,对不准出入境的公民,由行政执法机关向其说明理由,而不应由公民提供资料证明自己可以出入境<sup>[32]</sup>。三是行政机关及其工作人员要对自己的违法侵权行为承担法律责任。四是应规定明晰的法律救济手段。五是规定出入境管理行为的条文要清楚明确,使人能预测自己的行为,评价他人的行为,要对出入境管理撤销权进行限制,对出入境管理自由裁量权进行拘束。六是出入境管理的诸多规定应当公开,如申请护照依据的公开、期限的公开、申请书示范文本的公开等;未经公开的,不得作为出入境管理权依据<sup>[33]</sup>。七是出入境管理部门的行为要前后一致,即在相同情况下,先前行为与其后所采取的行为要一致<sup>[34]</sup>。

## 3 效率便民原则

效率原则是指设定出入境管理制度时应当保证管理者行使的简便、迅捷,具有一定的效率。便民原则是指在设定出入境管理制度和程序时应当以人为本,强调管理部门提供优质服务 and 程序的精简、统一、效能,便于群众申请和领取<sup>[35]</sup>。全球人员大进大出、快进快出的形势迫使各国出入境管理制度改革,最大限度地保持程序的经济、灵便、快速,最大限度地减少审批环节,大幅度提高工作效率<sup>[36]</sup>。如果效率低下,那么出入境管理权就会成为社会经济发展和改革开放良性运行的巨大阻力,一方面造成社会资源的浪费,另一方面无助于国内经济建设的发展<sup>[37]</sup>。因此,出入境管理应是一个最优化的管理过程,若想达到以较小的社会成本获得较大的收益的效果,就需要在出入境管理程序上设置相关制度使

英国著名经济学家、诺贝尔经济学奖获得者 E. A. V. 哈耶克在其所著《法律、立法与自由》(1973年英文版)一书中认为,秩序是基于各种要素的相互关系,从已知的一部分可以正确处理预知其余一部分的状态。秩序的形成有两种:一种自发的秩序,它以抽象的关系为基础,仅具有功能而不具有目的性;另一种人为秩序,它是指按照一定目的设计的组织或命令关系。

出入境管理行为迅捷、有效,适应“大进大出、快进快出”的出入境发展形势。该原则具体有以下制度:(1)时效制度。时效是出入境行政管理主体在法定期间内不作为,待法定期限届满后即产生不利法律后果的一种法律制度。(2)委托代理制度。出入境人由于特定事由不能亲自申请的可以委托代理人提出申请。(3)统一制度。包括统一受理申请、统一审核、统一制证、统一送达<sup>[38]</sup>。(4)信息化制度。信息化制度除要求出入境管理部门内部加强科技信息建设、推行电子政务和出入境管理部门之间、出入境管理部门与相关部门之间加强信息共享外,还应允许申请人可以通过传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出出入境申请行为。(5)告知制度。如受理、审批不属于自己职权范围的,应当告知申请人向有关行政管理部门申请;申请材料有错误的,应当告知申请人当场或在一定期限内改正;申请材料不齐全或不符合法定形式的,应当当场或在一定期限内告知申请人补正。(6)出入境管理行为顺序性制度。顺序性制度指出入境管理程序的各项制度表现为一定的顺序性。如果违反了法律规定的顺序,就是程序违法。出入境管理行为的顺序性也是效率原则的一个重要内容,其实质在于保证出入境管理程序的合理运用,防止因时间上的差异而使程序正义徒有虚名。

#### 4 遵循行为立法原则

现行出入境管理法律体系中的大多数法律是按照国籍、地区等不同的主体进行立法的。如区分中国公民、外国人、港澳台居民分别立法。将这些法律、法规与国务院主管部门按管理对象设置的机构作一比较可以发现,基本上是“一个处、一部法规”,块块分割十分严重<sup>[39]</sup>。另外,现行法律法规比较分散,从制定机关看有全国人大常委会、国务院、公安部、外交部等,从表现形式看有法律、行政法规、补充规定、实施细则、条例等;从法律文本的载体看,则多达10余个,这种状况既削弱了出入境管理法律制度的严肃性和统一性,又造成立法资源的浪费,也为执法、普法带来不便。为此,新的出入境管理法的修订和完善必须着眼于统一的法。具体而言,就是将现行出入境管理法律、法规进行清理、整合,不再按照中国人、外国人分别立法,也不再分港澳居民和台湾居民区别对待,而是按其行为进行调整,以实现不同主体在法律面前的平等。另外,有些学者将外国人宗教活动管理规定,关于留学人员生活、政治待遇的规定等也作为出入境管理的法律依据,这是很不妥当的。修订新的出入境管理法必须坚持以出入境行为作为特有的调整对象,努力形成

自己的完整的科学体系<sup>[40]</sup>。

#### 5. 传承借鉴原则

(1)正确总结和评价现行法律价值和成功的实践经验。维护法的连续性,是社会主义法制工作的重要原则。我国的出入境管理法律制度,自改革开放以来,已经形成了一个比较完整的法律体系。虽然这些法律法规在结构上、内容上存在许多缺陷,不能完全适应新的形势和任务的需要,但必须充分认识这些法律法规对维护国家主权和安全,维护社会稳定和口岸出入境秩序,促进和便利中外旅客往来,服务经济建设,发挥了积极的保障作用,其立法的基本精神、基本原则和基本内容仍然是正确的、适用的。尤其是近年来大力推进规范化建设,国务院主管部门制定颁布了一批规章制度,如《普通护照审批、签发规范》、《往来港澳通行证审批、签发规范》、《赴港澳定居审批签发规范》等,全国各级出入境管理部门及其工作人员,在实践中不断总结,不断创新,创制了许多新的行之有效的经验和做法,事实证明,这些规章制度是行之有效的,不断补充和完善了现行的出入境管理法律制度,实现和维护了出入境管理法律制度的严肃性、稳定性和连续性。出入境管理立法,应以现行出入境管理法律制度的基本原则和基本内容作为基本的立法基础,吸收多年来在执法实践中总结的成功经验和行之有效的做法。

(2)正确吸收和借鉴外国立法经验。在认真总结我国立法经验的基础上,也要重视借鉴、合理吸收外国的优秀立法经验。一是要充分吸收国际上对现代行政法学理论研究的新成果,如:行政强制执行理论基本确认的“依法强制”、“告诫执行”等原则,完善现行的遣返出境、行政强制、行政处罚等强制执行程序制度。二是借鉴外国移民法或出入境管理法中适合我国情况的规定和做法,主要是日本、韩国、新加坡等亚洲国家和西方国家的成功做法。如:实行旅客预申报制度,统一礼遇和快速通关人员范围的规定。

(3)正确对待国际惯例。我国缔结和加入的国际公约和国际条约以及长期形成的国际惯例也是国际移民法律体系中的重要组成部分,但是由于其较分散,在实践中不利于执法机关的掌握和操作。为此,修订新的出入境管理法时应顺应国际潮流,在结合中国国情的基础上,充分考虑国际移民法的特点,将我国加入的国际公约、国际条约、国际惯例的有关精神体现在新法中。

#### 四、出入境管理体制的统一

##### (一)统一机构设置

出入境管理是中央事权,其工作是上下紧密相连,左右紧紧相依,境外境内相互依托,而不是孤立

的、地域性的,是关联上下级、跨警种、跨地区的<sup>[41]</sup>。实行垂直管理是出入境管理工作性质决定的,是可行的也是必要的。目前,全国公安边防检查、海关、工商、税务等部门已经实行了垂直管理,并取得了一定经验。另外,出入境管理工作的主要任务、核心任务均由公安出入境管理部门履行,离开公安体制,公民出入境、打击出入境领域的非法移民和偷渡等违法犯罪活动、控制不准出境和入境人员、外国人管理基层基础工作、证件查验等工作难以开展。在公安体制框架内,实行出入境垂直管理体制,人员管理采取下管一级,以直管为主,块管为辅,公安部出入境管理总局管辖海外移民管理局、省级公安出入境管理局和公安边防检查总站,省级公安出入境管理局管辖辖区内边防检查站和地市级公安出入境管理处,地市级公安出入境管理处管辖县级公安出入境管理科<sup>[42]</sup>。设想为,公安部设置出入境管理总局(副部级),省级公安厅设置出入境管理局(副厅级),地市级公安局设置出入境管理处(副处级),县级公安局设置出入境管理科(正科级)。将来,根据形势和任务的需要,建立海外管理局,专司境外相关移民签证事务。边防检查站按照现有机构和级别设置<sup>[43]</sup>。这样,从上到下“政令统一”,管理直接高效,服务便利快捷,打击迅速有力,中央事权将会得到真正贯彻和维护。同时,从上到下,所有有出入境管理机构区别“内外”,使用两个名称,对内称公安出入境管理局(处、科),对外要称“中华人民共和国××(地方名称)移民局”如河南省公安厅出入境管理局,对外称中华人民共和国河南省移民局,以搞好与世界各国的交流与合作。否则以公安的身份与境外交流,其武装性质的名称会使自身活动的空间大受限制<sup>[44]</sup>。

## (二)统一人财保障

省级以下三级公安出入境管理部门的人员编制由公安部出入境管理总局统管,制定出入境管理民警任职资格,建立统一的培训机制,实现民警素质的可持续发展。各单位人事任免、调配、奖惩等管理以上级机关为主,地方公安机关配合协管。上级出入境管理机关决定下属机关的重要人事问题,要把地方公安机关的意见作为参考,提高人事管理的科学性、合理性<sup>[45]</sup>。装备建设上,要着眼于发展,要有全国一盘棋的大局意识,统筹规划,统一建设。当前,要尽快建立全国共享的出入境信息系统、外国人管理系统,实现与边防及其他警种的互联互通。经费保障是困扰公安工作健康快速发展的难题。由于经费不足,多收费、滥收费问题屡禁不止;由于经费不足,一些跨地区、跨国大案要案无法侦破,国家利益

得不到有效维护。当前,要尽快理顺出入境证照费收缴使用问题,在保证及时充分上缴国库的同时,由公安部出入境管理总局制定统一的出入境管理装备保障标准,统一管理使用国家返还的证照费,制定统一的协作配合机制,确保中央事权落到实处。

## (三)统一“流入”人员管理系统

加强“流入”人员的管理,是各国出入境管理工作的重点。要加快与驻外使领馆的信息联网,建立高度集中的外管指挥系统,真正把外事、公安、边防等部门掌握的以各种身份来华外国人的管理统一起来,切实做到把外国人从使馆签证到口岸边防检查,到在国内住宿登记、证件的加签和延期,再到出境时的口岸边防检查的全过程都能通过这个指挥系统统一掌握,提高管控能力。

## 五、往来港澳管理法制化

内地居民往来港澳出入境管理是出入境管理工作的重要组成部分,由于我国“一国两制”的特殊国情,往来港澳地区问题无法回避。

### (一)政策取向

着眼于全面放开。应整体放宽内地居民往来港澳地区的政策,一方面办理证件和签注要简便,另一方面出入境口岸要快捷。放开是繁荣港澳经济,保持港澳地区稳定的需要。保持必要的限制。港澳地区是我国高度自治的特别行政区,实行不同的社会制度,有别于其他特区。因此,在放开的同时,要从维护港澳稳定的大局出发,建立不准出境人员、禁止入境人员的管控制度,达到的“管住少数、放开多数”的目的。

### (二)管理模式

对内管理,做到“内紧外松”。一是加强内部工作运行环节的科学设置,提高工作效率;二是完善内部监督制约工作机制,消灭“蛀虫”赖以自下而上的客观环境;三是健全控制出入境人员名单和查控工作机制<sup>[46]</sup>。对外管理,做到“重心转移”。要从目前审批签发证件为重点转向以管理持证人员行为为重点。港澳地区的特殊性,决定了严格防范内地居民赴港澳从事违法犯罪活动的必要性。明确中央事权,做到政策制度化。新形势下,要重构我国往来港澳管理制度,以法律形式确立往来港澳出入境管理的中央事权性,在现有公安体制“条”“块”结合的情况下,突出“条”的管理。同时由于往来港澳管理的政策性强,要落实好中央对港澳地区的政策,必须在政策“试点”成功后,及时制度化。突破按“事由”审批模式,逐步做到按需申领。从目前形势看,通过设置或扩大“事由”范围无法涵盖内地居民赴港澳地区理由,无法满足群众强烈的需求。“港澳个人游”虽以旅游事由

申请,但因赴港澳地区目的不明确,实际已经突破了传统以“事由”审批的管理模式。同时,“事由”过多、过细,必然使往来港澳签注种类繁多、出入境管理部门审批事项复杂、口岸查验手续繁琐、“通关”速度缓慢等。

#### 参考文献:

- [1] 翁里. 国际移民法理论与实务 [M]. 北京:法律出版社, 2001. 1.
- [2] 西南政法学院法制史教研室编. 中国法制史参考数据汇编 (第一辑)上册 [M]. 116.
- [3][5][11] 程喜霖. 唐代过所研究 [M]. 北京:中华书局, 2000. 3.
- [4] 通典 (卷二一) [M]. 职官. 三门下省“符宝郎”条. 北京:中华书局:后汉书·文帝纪, 1965. 38.
- [6][10][日] 佑笔武田谦信. 从玄奘取经看唐代的出入境管理制度 [EB/OL]. <http://www.xtour.cn/2004-12/2004121800544.htm>.
- [7][9][14] 朱绍侯. 中国古代治安制度史 [M]. 开封:河南大学出版社, 1994. 405.
- [8] 卢华语. 唐六典·正误三则 [J]. 许昌学院学报, 2002, (4).
- [12] [宋] 欧阳修, 宋祁. 新唐书 (卷五一·志第三十六) [M]. 北京:中华书局.
- [13] 黎虎. 汉唐外交制度史 [M]. 兰州:兰州大学出版社, 1998. 496.
- [15] 曾宪义. 中国法制史 [M]. 北京:北京大学出版社, 2000. 163.
- [16][17] 整理来自. 四川省人民政府外事侨务办公室网页 <http://www.scfao.gov.cn/wsz/index.htm>《外事志》,《广州市志》[www.gzsdfz.org.cn/](http://www.gzsdfz.org.cn/),《山东省志》<http://www.shandong.gov.cn>
- [18][40][41][42][43] 梁光荣. 出入境管理体制的缺憾与完善 [A]. 公安出入境管理系统调研报告选集 [C]. 2004. 71.
- [19] [美] 约翰·罗尔斯. 正义论 [M]. 何怀宏等译. 北京:中国社会科学出版社, 1988. 87.
- [20] 罗纳德·德沃金, 信春. 认真对待权利 [M]. 吴玉章译. 北京:中国大百科全书出版社, 1998. 56.
- [21][35] 任延忠. 护照法基本问题研究 [A]. 公安部出入境管理局资料 [C]. 2004.
- [22][23] 公安部教材编审委员会. 边防与出入境管理 [M]. 北京:群众出版社, 1999. 17.
- [24] 刘金国, 舒国滢. 法理学教科书 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999. 293.
- [25] 王锡锌. 行政程序法的价值目标及其实现机制 [M]. 现代行政法的平衡理论, 北京:北京大学出版社, 1997. 214.
- [26][28][32] 张树义. 行政法与行政诉讼法学 [M]. 北京:高等教育出版, 2002. 23.
- [27] 张惠红. 论行政程序法的基本原则 [EB/OL]. <http://article.chinalawinfo.com/article/user/>.
- [29] 聂建世. 浅谈立法的有关问题 [EB/OL]. 公安部出入境管理局公安网
- [30] 张步洪. 中国行政法学前沿问题报告 [M]. 北京:中国检察出版社, 2003. 111.
- [31] 《中华人民共和国行政处罚法》第 3、4 条。
- [33] 沈荣华. 现代行政法学 [M]. 天津:天津大学出版社, 2003. 46.
- [34] 杨海坤. 中国行政程序法典化——从比较法角度研究 [M] 北京:法律出版社, 1999. 19.
- [36] 王红. 行政法与依法行政专题研究 [M]. 北京:北京图书馆出版社, 2001. 37.
- [37][38] 林艺聪. 略论现行出入境管理法的修订原则 [M]. 北京:群众出版社, 2001.
- [39] 乐新民. 按照中央事权的要求, 进一步改革和完善公安出入境管理体制和运行机制 [J]. 出入境观察, 2003, (18).
- [44][45][46] 万军. 浅析当前出入境管理中的权力腐败问题及治理对策 [A]. 公安部出入境管理局资料 [C]. 2005.

责任编辑:李富民

## On the Basic Problems of the Legal Arrival-departure Administration

Ren Yanzhong

(Arrival-departure Administration Bureau, Henan Provincial Public Security Department, Zhengzhou, Henan 450003)

**Abstract:** According to the nature and characteristic of the arrival-departure administration, our country should build a legal system which adopts the principle of “fairness first, then the efficiency” and values the rights. And then come to the five basic principles of the legal arrival-departure administration. Since the mainland residents’ entry and departure to Hong Kong and Macao is an important part of the arrival-departure administration, the legal arrival-departure administration of it is unavoidable.

**Key words:** arrival-departure administration; legal; evolution; actuality; value