

张庆元
著



外国人

WAIGUOREN
JULIUQUAN ZHIDU YANJIU

居留权制度研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

張慶元
著



外国人

WAIGUOREN
JULIUQUAN ZHIDU YANJIU

居留权制度研究



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国人居留权制度研究 / 张庆元著. —北京: 法律出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6115 - 3

I. ①外… II. ①张… III. ①外国人—居留权—研究—中国 IV. ①D922.144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 040594 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/陈妮 刘莹

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/13.75 字数/252 千

版本/2014 年 6 月第 1 版

印次/2014 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆分公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6115 - 3

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

广东省社会科学院法学研究所研究员张庆元博士继出版专著《国际私法中的国籍问题研究》之后,又撰写了《外国人居留权制度研究》一书。我曾是庆元的博士研究生导师,庆元请我为其新书写几句话,我欣然应允,这是我乐意做的事情。

众所周知,中国主要是一个移民输出国家。但随着中国改革开放 30 多年的发展,综合实力的不断提升,因各种原因来中国居留的外国人越来越多,同时,中国也需要引进一些外国高端人才来为自身的建设和发展服务,因此,有必要制定完善的法律制度来规范外国人在中国的居留。然而,中国的外国人居留权制度目前尚处于起步阶段,囿于中国国情及法治现状,其在实施中表现出诸多不成熟、不完善的地方,在一定程度上影响到中国经济和社会的健康发展。比如,《外国人在中国永久居留审批管理办法》尽管对申请对象的范围及资格条件作了明确规定,为申请对象的选择提供了法定依据,但从实施的效果来看,这种依据只是较为初步的规定,还缺乏一套与外国人居留权制度相适应的具体可行、可操作性强的优化选择规则。这必然会影响到我国吸纳外国高端人才活动的科学性、系统性,使我国的外国人永久居留制度功用大打折扣,达不到最大限度地吸引国际人才、资金和技术,更好地服务于我国人流、物流开放的既定目标。此外,外国人居留权审批程序的公正性、公开性还有待提高,永久居民在华享有的权利和承担的义务还有待明确,其权益受到损害时的救济途径还有待加强。如何制定一部既能保护本国劳动力市场又能吸引高端人才的移民法,是解决这些问题的关

键。而外国人居留权制度是移民法的核心,所以研究外国人居留权制度具有较为重要的理论价值与现实意义。

目前国内学者对外国人居留权制度的研究,还局限在介绍和解释阶段。从内容上看,主要集中在外国人在中国居留制度的历史发展、中国现行的外国人居留权制度及其存在的不足、完善的必要性和途径等问题上。从方法上看,既有从法律规则分析的角度研究外国人居留权制度,也有用社会学、经济学、管理学的方法研究外国人居留权制度。可以这样说,尽管取得了一些学术成绩,但目前还缺少对外国人居留权制度进行全面、系统和深入研究的高水平成果。庆元撰写的《外国人居留权制度研究》一书对外国人居留权制度的基本理论问题进行了较为全面而系统的梳理,对大陆法系国家和普通法系国家的外国人居留制度进行了比较研究,并在此基础上提出了完善中国外国人居留权法律制度的意见和建议,弥补了国内学者对此问题研究的不足。

一般而言,居留权是指一国根据本国法律规定,赋予符合一定条件的外国人在本国居留的权利。它是一种法律上的权利,而且是专门针对在本国境内的外国人所设立的权利。庆元的《外国人居留权制度研究》这本书认为,外国人居留权是外国人依据居留地国法律所取得的法律上的权利,实际上也是外国人在某国的法律地位的一种表现。在全球化时代,随着经济、科技、交通与通讯的高速发展,各国人民之间的交往日益便利和频繁,世界已成为一个“地球村”。在这种背景下,各国在法律上对外国人居留权问题作出规定,一方面有利于各国加强对在本国境内的外国人的管理,另一方面也有利于各国吸纳外国优秀人才,使外国人居留权制度成为全球化时代的人力资源配置过滤器。与此同时,外国人居留权在本质上仍然是居留地国国内法赋予的权利。因此,居留地国可以对外国人在本国境内居留的实质要求和程序条件进行相关的立法。外国人必须依据相关立法在居留地国取得居留权。在违背居留地国相关法律的情形下,外国人还可能被剥夺居留权。所以,外国人居留权制度不可避免地蕴含着体现国家主权的因素。当然,随着全球化、互联网和生态环境国际化的发展,主权观念已受到前所未有的挑战。中国应基于国家主权建立自己的外国人居留权制度。据此给予外国人在中国的居留权,是中国行使国家主权的表现,是中国实行对外开放的表现,也是中国对开放充满自信的表现,很难说是对主权原则的淡化和削弱。另外,从价值取向层面而言,外国人居留权还关涉迁徙自由、家庭生活权、难民居留权这样的人权问题。随着国际法治的人本化趋势的加强,对人权问题的关注已成为当今国际法治发展的方向,已有学者主张将保护人权原则列为国际法的基本原则。因此,如何在外国人居留权制度设定和实施方面更加凸显人权的保护,显然是一个紧迫而富有价值的课题。

该书在比较大陆法系国家和英美法系国家的外国人居留权制度基础上认为,世

界各国的外国人居留权制度各有特色,都有值得借鉴的地方。比如,美国的以岗定卡(绿卡)制度,加拿大的按分取人制度。该书提出了制定中国移民法,修订国籍法,实行居留权分类制度,设立外籍永久居民计分考核机制,完善外国人永久居留权的申请审批程序,修改外籍永久居民在华基本权利和义务方面的规范,建立行政法的救济途径等想法与建议。这些设想与建议对完善中国的外国人居留权制度是建设性的。

庆元撰写《外国人居留权制度研究》一书,尽管下了很大的功夫,也有不少出彩的地方,但我仍觉得,他对外国人居留权制度的研究在理论上还可以进一步深化和拓展,他提出的完善中国相关制度的建议也还可以进一步细化并有待于实践的检验。但无论如何,作为我国年青一辈的法律学人,他对提升中国法学学术水平的不懈追求,对完善中国法律制度的不懈耕耘,对推进法治中国建设的不懈努力,是值得肯定和称赞的。这也是当下中国法律学人都应强化的品格。

以上寥寥数语,是为序。

黄 进*

2013年8月19日于北京海淀区明光北里

* 中国政法大学校长,法学教授、博士研究生导师,法学博士。

目 录

导 论	1
一、研究对象的界定	1
二、国内外研究现状	2
三、研究内容	5
四、研究目的与意义	14
五、研究方法	14
第一章 外国人居留权制度概述	15
第一节 外国人居留权的概念	15
一、与居留权相关的若干概念	15
二、各国法律关于外国人居留权的界定	20
三、外国人居留权的界定	24
第二节 外国人居留权制度的内容	25
一、外国人居留权的取得	25
二、外国人居留权的内涵	26
三、外国人居留权的丧失	29
第三节 外国人居留权制度的意义	30
一、顺应人权保护日益强化的趋势	30
二、构建合理的人员流动机制	34
三、便利吸纳高端人力资源	37
第二章 外国人居留权制度的基本理论问题	41
第一节 外国人居留权制度与经济全球化	42
一、经济全球化对人员流动的影响	42
二、外国人居留权制度中的趋同化表征	46

第二节 外国人居留权制度与国家主权	49
一、历史演化中的国家主权	50
二、外国人居留权制度中的国家主权因素	61
三、国家主权对外国人居留制度的确认	62
第三节 外国人居留权制度与人权	64
一、当代国际法的人本化趋势	65
二、外国人居留权的人权法根据	66
三、外国人居留权制度中具体的人权保障	70
 第三章 大陆法系国家的外国人居留权制度	74
第一节 德国的外国人居留权制度	74
一、与外国人居留权相关的法律渊源	75
二、1990 年《外国人法》中的外国人居留权制度	75
三、2004 年《德国移民法》中的外国人居留权制度	83
四、关于德国外国人居留权制度的思考	87
第二节 法国的外国人居留权制度	89
一、法国移民政策的历史演变	90
二、法国法律中的外国人居留权制度	94
三、移民签证制度的运作	98
四、选择性移民——2006 年《关于外国移民与融入的法律》	100
五、关于法国外国人居留权制度的思考	102
第三节 日本的外国人居留权制度	103
一、与外国人居留权相关的法律渊源	104
二、外国人居留的种类	104
三、非法居留的处理	108
四、关于日本外国人居留权制度的思考	109
 第四章 普通法系国家的外国人居留权制度	111
第一节 美国的外国人居留权制度	111
一、有关外国人居留权的法律渊源	112
二、1990 年移民法案的嬗变：宽松到严格	114
三、美国 1996 年《非法移民改革和移民责任法》——对 1990 年法案的 发展	120
四、美国特色——与投资有关的外国人居留权	127

五、对美国外国人居留权制度的思考	128
第二节 英国的外国人居留权制度	130
一、英国移民政策的历史演变	131
二、外国人居留权的种类	136
三、英国外国人居留权制度的启示	138
第三节 加拿大的外国人居留权制度	143
一、与外国人居留权相关的法律渊源	144
二、外国人居留权的种类	144
三、对外国人居留权的限制	148
四、对加拿大外国人居留权制度的思考	150
 第五章 我国外国人居留权制度的完善	153
第一节 我国外国人居留制度的历史	154
一、古代的外国人居留权制度	154
二、近代的外国人居留权制度	154
第二节 我国外国人居留制度的现状	155
一、中国的出入境法律制度	156
二、我国的外国人居留权制度	158
三、我国出入境及居留权制度的最新进展	
——《出入境管理法草案》的审议与通过	170
第三节 我国外国人居留权制度的不足	175
一、法制观念的缺失与立法理念的滞后	175
二、我国有关外国人居留权立法规范之不足	175
三、出入境管理体制不适应形势的需要	178
第四节 我国外国人居留权制度的完善	180
一、完善我国外国人居留权制度的必要性	180
二、外国人居留管理的基本原则	182
三、完善我国外国人居留权制度的具体举措	183
 参考文献	203
 后 记	208

导 论

一、研究对象的界定

何谓居留权制度,在我国一直没有明确的界定。在一些论述中,“居留”与“居留权”未作区分,居留权就是居留的权利,居留权制度就是居留制度。居留权是指一国政府根据本国法律规定,给予符合一定条件的外国人在本国居留的权利,永久居留权是指一个人被容许永久居留于某国且不受居留期限限制的权利。但是,一字之差,意思相去甚远。在国际上通用的居留权是指永久居留权,居留权制度是永久居留权制度。居留指外国人经过签证许可进入某国,由于入境事由的原因而需要较长时间的居住生活。居留权是指具有永久居留资格的外国人所享有的权利。因此,具有居留资格的人不一定具有居留权,只有具有永久居留资格的外国人才享有居留权,居留权制度是居留制度的一种。

我国按时间长短将外国人居留分为短期居留(6个月以内)、临时居留(6~12个月)、长期居留(1年以上)和永久居留(居留期限不受限制)。永久居留与以上三种居留有本质的区别:首先,享有永久居留权的人可以在居留国长久居住,不受任何居留条件的限制,而且和非永久居留的人不同,享有永久居留权的人可以申请其配偶子女到居留国定居。其次,享有永久居留权的人可以自由入境,居留期间如要出境,不必申请返回签证,持永久居留证即可获准重新入境。再次,享有永久居留权的人一般不会被驱逐出境。最后,享有永久居留权的人在居留国除选举权和被选举权等政治权利外,享有公民享有的大部分权利;除了依法服兵役的义务外,需要履行公民的大部分的义务,对居留国有一定程度的效忠

的义务。由此可见,永久居留权和完全的公民权是非常相近的。

外国人居留制度所涉及的权利义务是外国人从事与入境事由相一致的行为及合法居住停留的资格;而外国人居留权制度所涉及的权利义务不仅包括外国人从事与入境事由相一致的行为及合法居住停留的资格,还包括外国人不受居留期限限制、无须办理签证即可进入居留国的一种资格,以及更多的权利义务内容,甚至包括政治权利和义务。

二、国内外研究现状

(一)国内研究现状

关于外国人居留权制度在国内的研究,学者的研究重点集中在外国人在我国的永久居留权。就研究内容来看,主要集中在外国人在中国永久居留(中国绿卡)制度的历史发展、我国现行的外国人永久居留权制度存在的不足以及完善我国外国人永久居留权制度的必要性、完善我国外国人永久居留权制度的方法和途径。代表性的著作及论文为:(1)刘国福:《简论外国人在中国永久居留(中国绿卡)制度》,载《河北法学》2008年第3期;(2)张庆元、刘小敏:《论我国外国人永久居留权制度的完善》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2012年第2期;(3)刘国福:《外国人在中国永久居留制度批判性思考》,载《公安学刊》2007年第6期;(4)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;(5)刘国福著:《技术移民法律制度研究:中国引进海外人才的法律透视》,中国经济出版社2011年版;(6)杨朝军:《中国的外国人居留制度研究》,暨南大学2010年硕士学位论文。

不少学者从比较法的视野来研究外国的移民法,其中的不少研究内容涉及一些代表性的其他国家有关外国人居留权制度的规定。这些研究大多从经济、社会、文化等多维的视野来研究外国的移民法,其研究的重点并非专门着眼于外国人居留权制度。这些代表性的著作及论文包括:(1)朱绍中、安宇光:《德国新移民法与党派之争》,载《德国研究》2002年第4期;(2)郭小沙:《德国〈移民法〉评说》,载《德国研究》2004年第3期;(3)池正杰:《德国外国人法及其对中德民间交往的影响》,载《德国研究》1995年第1期;(4)宋全成:《论德国移民的社会一体化进程》,载《德国研究》2006年第2期;(5)马胜利:《“共和同化原则”面临挑战——法国移民问题》,载《欧洲研究》2003年第3期;(6)宋全成:《从民族国家到现代移民国家——论法国的移民历史进程》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2006年第3期;(7)王家宝:《法国移民问题浅析》,载《史学理论研究》1996年第3期;(8)宋全成:《论法国移民社会问题》,载《求是学刊》2006年第2期;(9)宋全成:《论法国移民社会问题的政治化——一种政治社会学的视角》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2010年第1期;(10)李明欢:《“共和模式”的困境——法国移民政策研究》,载《欧洲研究》2003

年第4期;(11)潘俊武:《论英国移民法改革对中国移民法建设的启示》,载《河北法学》2010年第1期;(12)翁里、夏虹:《论美国新移民法的国际影响》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2001年第4期;(13)梁茂信:《1940~1990年美国移民政策的变化与影响》,载《美国研究》1997年第1期;(14)戴瓴:《论美国移民对新移民法的冲击》,载《法治研究》,杭州大学出版社1996年版;(15)翁里:《解读美国移民法及其人权标准》,载《太平洋学报》2007年第3期;(16)耿喜波:《二战后英国移民政策的演变》,载《广西社会科学》2004年第5期;(17)续建宜:《二十世纪英国移民政策的演变》,载《西欧研究》1992年第6期;(18)陈湘满:《英国新移民政策下移民态势及经济影响》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2006年第2期;(19)傅义强:《西欧主要国家移民政策的发展与演变——以德、法、英三国为例》,载《上海商学院学报》2009年第3期;(20)王巍:《民族马赛克:加拿大移民发展历程探析》,载《重庆科技学院学报》(社会科学版)2011年第6期。

此外,还有一些关于移民法的综合性的著作,这些著作基本上是关于移民法的基本理论和一些代表性国家关于移民法的实践。其中有部分的内容涉及外国人居留权制度。代表性的著作及论文包括:(1)翁里著:《国际移民法理论与实践》,法律出版社2001年版;(2)李明欢:《国际移民学研究:范畴、框架及意义》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期;(3)郝鲁怡:《国际移民法律体系构建之初探》,载《太平洋学报》2007年第7期;(4)杨乃乔:《简析欧洲移民历史进程及移民类型》,载《天津社会科学》2006年第4期;(5)宋全成著:《欧洲移民研究:20世纪的欧洲移民进程与欧洲移民问题化》,山东大学出版社2007年版。

总体而言,关于国内学者对于外国人居留权制度的研究,在研究视野上,对中国的外国人居留权制度的研究较为全面,而对于其他代表性国家的外国人居留权制度的研究则显得较为贫乏。在研究方法上,不仅仅局限于法律规则的分析,也从社会学、经济学、管理学的方法来研究外国人居留权制度。针对外国人居留权制度,上述研究的缺陷主要有两个方面:一是缺乏专门针对外国人居留权制度的一般性、系统化的专门研究成果;二是在研究的深度上,有关外国人居留权制度的研究目前局限在介绍性的阶段,尚未出现更进一步深入性的研究成果。

(二)国外研究现状

关于外国人居留权(residence right for the foreigner)制度在国外的研究,根据笔者检索和收集的英文资料而言,尚未出现专门的关于外国人居留权制度的研究成果。据大多数英文著作以移民法为研究中心,而有关外国人居留权制度的内容作为移民法中不可或缺的组成部分为研究者所论及。这些英文的研究成果大致可分为几个部分:

一是国别和地区的移民法的研究,其中不少包含了一些国家国内法中的外国人

居留权制度的相关规定。代表性著作包括：(1) Russell King, *Mass Migration in Europe: the Legacy and the Future*, Belhaven Press, 1993; (2) Dita Vigel, *Migration Control in Germany and the United States*, 34 *International Migration Review*, 2000; (3) M. A. Alexseev & C. R. Hofstetter, *Russia, China, and the Immigration Security Dilemma*, 121 *Political Science*, 2001; (4) Ralph Rotte, *Immigration Control in United Germany: Toward a Broader Scope of National Policies*, the Center for Migration Studies of New York, 2000; (5) G. J. Bordjas, *Friends or Stranger: The Impact to Immigration on the US Economy*, Basic Book, 1990; (6) George J Borjas, *Immigration Policy and the American Economy*, Princeton University Press, 1999; (7) Ireland P., *The Policy Challenge of Ethnic Diversity: Immigrant Policy in France and Switzerland*, Harvard University Press, 1994; (8) Yvonne Yazbeck Haddad & Susan Terrio, *The French Riots: Questioning Spaces of Surveillance and Sovereignty*, 44 *International Migration*, 2006; (9) Klaus Manfrass, *Europe: South – North or East – west Migration*, 26 *International Migration Review*, 1992; (10) Klaus J. Bade, *Legal and Illegal Immigration into Europe: Experiences and Challenges*, Orteliu – Leizing, 2003.

二是从经济、文化、社会、种族、历史、国际关系、国家安全等多个视角来研究移民法,其中涉及外国人居留权相关内容,代表性的著作包括：(1) Vaughan Robinson, *Migration and Public Policy*, Edward Elgar Ltd., 1999; (2) Wang Gungwu, *Global History and Migrations*, Westview Press, 1997; (3) M. Dougan, *Migration, Integration and citizenship: A Challenge for Europe's Future*, 43 *Common Market Law Review*, 2006; (4) Gregory A. Kelson & Debra L. Delaet, *Gender and Immigration*, New York University Press; (5) Christopher Rudolph, *National Security and Immigration: Policy Development in the United States and Western Europe Since 1945*, Stanford University Press, 2006; (6) Tony Smith, *Foreign Attachments: The Power of Ethnic Groups in the Making of American Foreign Policy*, Harvard University Press, 2000; (7) Slobodan Djajic, *International Migration, Trends, Policies and Economic Impact*, Routledge, 2001; (8) Saskia Sassen, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press; (9) Ruth Marin, *Immigration as Democratic Challenge*, Cambridge University Press, 2000; (10) Weiner & Myron, *Studies on International Migration and International Relations*, *Population and Development Review*, Vienna, 1995, ss. 441 – 442.

三是专门针对不同群体移民的法律研究,这种对不同群体进行分类研究的法律思维对于外国人居留权制度的研究尤其具有启发意义。事实上,这些研究成果也基本上反映了当今各国在国内法层面上对外国人居留权的相关规定亦是以类别性的方式展开。代表性的著作包括：(1) Diaz Briquets & Sergio, *Biomedical Globalization:*

the International Migration of Scientists, 2002; (2) O. Stark, *The Migration of Labor*, Basil Blackwell, 1991; (3) Aristide R. Zolberg & Peter M. Benda, *Global Migrants, Global Refugees*, Berghahn Books, 2001; (4) Dave Edye, *Immigrant Labor and Government Policy*, Gower Publishing, 1987; (5) Channe Lindstrom, *European Union Policy on Asylum and Immigration, Addressing the Root Causes of Forced Migration: A Justice and Home Affairs Policy of Freedom, Security and Justice?*, 39 *Social Policy & Administration*, 2005.

此外,还有不少英文著作是关于移民法一般理论的研究,这些基础性的研究成果在不少内容上也涉及外国人居留权制度的基本知识。代表性的著作包括:(1) Margaret C. Jasper, *The Law of Immigration*, Oceana Publications, Inc., 1996; (2) George J. Borjas, *Issues in the Economics of Immigration*, The University of Chicago Press, 2000; (3) A. R. Zolberg, *The Next Wave: Migration on Theory for a Changing World*, *International Migration Review*, 1989; (4) *The Role of Regional Consultative Process in Managing International Migration*, IOM *International Migration Research Series*, No. 3, 2002; (5) Eytan Meyers, *International Immigration Policy: A Theoretical and Comparative Analysis*, Palgrave Macmillan, 2004.

国内也出版了一些学者翻译的有关移民法的外文著作,这些翻译的研究成果也涉及外国人居留权的若干基本理论问题。这些翻译作品包括:(1) [美] 斯蒂芬·卡斯尔斯:《21 世纪初的国际移民:全球性的趋势和问题》,载《国际社会科学杂志》2000 年第 3 期;(2) [美] 慕嘉模著:《美国移民法大全》,《世界日报》译,联经出版事业公司 1993 年版;(3) [荷] 理查德·普伦德著:《国际移民法》,翁里、徐公社译,中国人民公安大学出版社 2006 年版;(4) [加] 李胜生著:《加拿大的移民研究》,杜发春摘译,载《世界民族》2006 年第 5 期;(5) [加] A. 温瑞伯、R. 加勒蒂著:《加拿大移民法律规范》,姚蔚薇、黄健校译,载《现代外国哲学社会科学文摘》1997 年第 4 期。

三、研究内容

居留权制度相关问题很广泛,在此我们选取重点,介绍本书的三大问题:居留权制度的相关理论问题、外国的居留权制度比较、我国居留权制度不足与完善。

(一) 理论问题

1. 居留权制度与经济全球化——居留权制度是经济全球化中人力资源配置的过滤器

经济全球化是指商品、资本、劳动力、技术等生产要素在全球范围内的自由流动和合理配置。在经济全球化的四个生产要素中,劳动力是核心因素。当代国际移民理论中的“劳工市场分割论”也称为“双重劳动市场论”,认为随着工业化的发展,发达国家出现了资本密集型的高效高收入部门和劳动力密集型的低效低收入部门,由

于当地居民不愿意从事后者的劳动,于是产生了对外国劳动力的永久性需求,这种需求导致了国际移民。“世界体系理论”认为,国际移民的产生不仅是发达国家内部的需要,也是不发达国家被迫卷入资本主义市场的结果。根据上文分析,经济全球化呼吁人员的自由流动,经济全球化应该导致居留权的增多。但是,实践中移民控制作为居留权准入的一环并没有随着全球化的发展而消除。经济全球化使各国之间的经济联系更加紧密,各国之间经济的展开必然需要人员的跨国流动,这就使得各国的外国人不断增多并且流动性增大。一国之内形形色色的外国人中,有的是本国需要的人才,有的却挤占了本国的劳动力市场,加剧了本国的失业。因此有必要在二者之间作出区分,而居留权制度可以起到过滤作用。同时,居留权制度中免签证的规定,也为高级人才在国际间的流动带来了方便,更能保证人尽其才。

2. 居留权制度与国家主权——国家主权是居留权制度的基础

随着经济全球化及互联网和生态环境国际化的发展,主权观念受到前所未有的挑战。当代西方国家出现了各种各样的主权理论。但是,作为国际根本属性的主权并没有从根本上动摇。一个主权国家必须具备对本国政治、经济和领土的自主管辖权,否则就不能称其为主权国家。主权是统一的、最根本的权力,国家中的一切权力都从属于主权利力。正是主权的对内最高性和对外独立性,国家才可以根据本国需要对外国人的出入境、居留等作出相应的规定。我国的外人居留权制度基于我国国家主权,完全是本国事务。给予外国人居留权体现了我国对外国人的关心和认同,是我国开放性的表现,并不证明主权原则的淡化。恰恰相反,居留权制度的基础是国家主权。

3. 居留权制度与人权——居留权制度应保护人权

尽管人权是否是普遍适用的价值还存在争议,但是国际社会对人权的高度关注使每一个国家都不得不关心本国的人权状况。我国宪法规定“国家尊重和保障人权”,同时,我国签署了《公民权利和政治权利国际公约》,我国的居留权制度保护人权既是国内法的要求也是承担国际义务的必然。

在居留权制度上,人权保护主要涉及两方面:一是对国际迁徙自由的保护;二是对家庭生活权的保护。国际迁徙自由包括迁出自由、返回自由和免受驱逐的自由。1966年《公民权利和政治权利国际公约》第12条第3款规定,“人人有自由离开任何国家,包括其本国在内”,第4款规定,“任何人进入其本国的权利,不得任意加以剥夺”。其中的“本国”包括永久居留国。免受驱逐的自由规定在公约的第13条中。我国已经签署了该公约,居留权制度应努力与此衔接。

家庭生活权是人类的一项基本权利,1948年《世界人权宣言》第16条第3款规定:“家庭是天然的和基本的社会单元,并应受社会和保护”。第12条规定,“任何人的家庭不得任意干涉。人人有权享受法律保护,以免受这种干涉或攻击”。1966年《公民权利和政治权利国际公约》第17条和第23条重申了宣言中的相关内

容。移民法学家理查德·普伦德主张:“尽管国际和地区性文件(关于家庭生活权)的规定不能构成亲属团聚权的国际法原则,但是,这些规定确实建立起国家应该为本国公民或者永久居民的亲属入境(团聚)提供便利的被普遍接收的道德和政治主张,至少确立了一种共识,希望家庭在他国团聚是合理的”。因此,各国的移民法都为居留权人的亲属团聚提供便利,我国《外国人在中国永久居留权审批管理办法》第6条也规定了亲属团聚移民问题。

(二)外国的居留权制度比较

世界各国居留权制度各有特色,都有值得借鉴的方面。如美国的以岗定卡(绿卡)制度,加拿大的按分取人制度都是值得我国借鉴的制度。我国《外国人在中国永久居留管理审批办法》第20条规定有居留权的外国人必须在我国居留的时间。而加拿大法律规定永久居留权人离开加拿大可以采取维护自己的居留权,如安排家人在加拿大、取得加拿大驾驶执照等措施。在我国现在正在实施人才引进计划,广东省确立了柔性人才引入机制,争取人才不为所有,但为所用,不要求人才留在本区域。如果我们能采取加拿大的居留权维护措施,保证引入人才的居留权,将有利于更好地吸引海外高端人才。

总体上来说,我国不是移民国家,非移民国家有更多值得借鉴的地方。其中非移民国家德国居留制度的变化应引起注意。德国1990年颁布的《关于外国人入境和在联邦境内居留的法规》(以下简称《外国人法》)规定居留许可有四种类型:事务居留许可(Aufenthalt ltsbew illigung);侨民居留许可(Aufenthaltserlaubnis);居留权(Aufenthaltsberechtigung);滞留居留许可(Aufenthaltsbefug nis)。但是,该法在执行中并不理想。后来,德国组建了一个由执政党和在野党联合参加的移民委员会,协商解决移民问题。2005年,《关于控制、限制移民及规定欧盟公民、外国人居留与融合事宜之法》生效,该法把以上居留形式简化为两种,“居留许可”(Aufenthaltserlaubnis)和“落户许可”(Niederlassungserlaubnis)。《关于控制、限制移民及规定欧盟公民、外国人居留与融合事宜之法》第2章第4节(Kapitel 2, § 4)中明确指出,只有拥有三种居留许可之一的外国人才可合法地待在德国:(1)签证;(2)居留许可;(3)落户许可。其中,居留许可包容了原来的除签证和难民申请之外的所有居留形式,落户许可是无期限签证的居留许可。在此,最高形式的永久居留权取消了,剩下的只有无期限居留权。我国作为一个非移民国家,德国取消永久居留权而实行无期限居留(二者区别是是否会被驱逐出境以及权利义务不同)的变化,不得不引起我们关注。

(三)我国居留权制度的不足与完善

1. 存在的不足

我国的外国人居留权制度依然处于起步阶段,同时囿于我国国情及法制制度发

展情况,其在实践中体现出了诸多不成熟、不完善之处,主要表现在如下五个方面:

(1) 对外国人居留权的申请对象缺乏具体可行、可操作性强的优化选择环节

《外国人在中国永久居留审批管理办法》虽然对申请对象的范围及资格条件作了明确的规定,为申请对象的选择提供了法定的依据,但从实施的效果来看,这种依据只是较为初步的规定,还缺乏一套与外国人居留权制度相适应的具体可行、可操作性强的优化选择环节。这必然会影响到我国引进国际人才活动的科学性、系统性,使我国的外国人永久居留制度功用大打折扣,达不到最大限度地吸引国际人才、资金和技术,更好地服务于我国人流、物流开放的既定目标。

(2) 外国人居留权审批程序的公正性、公开性有待提高

这主要表现在两方面:首先,在申请所需的证明材料方面,规定不够细致、充分。例如,《外国人在中国永久居留审批管理办法》中所规定的第三类申请对象,即对我国有重大突出贡献或国家特别需要的人员,申请时仅需提交中国政府主管部门出具的推荐函及有关证明。这样的规定过于模糊,审批人员的自由裁量权过大,容易被钻漏洞。其次,在审批程序方面,审批过程缺乏当事人参与,审批程序透明度不足。例如,《外国人在中国永久居留审批管理办法》规定了当事人在提出申请时,只需递交法定的证明材料,然后由公安机关在6个月内依法做出决定。在整个审批过程中,没有面谈环节,没有任何当事人参与的程序。在现代行政程序法中,当事人参与原则极为重要,它保证了最低限度的行政合法性和正当性,保障了行政程序的公正与透明。同时,缺乏了当事人的参与,不利于弥补审批过程中审查材料不足,增大了材料真实性审查难度。

(3) 救济途径缺失

我国的外国人居留制度没有明确规定相应的救济途径。我国的行政法律体系为行政行为相对人设定了救济途径,即行政复议与行政诉讼,但是,在行政诉讼的受案范围中明确把国家行为排除在外。而行政复议的受案范围虽然没有明确规定把国家行为排除,但在实践中一般也难以对于该类行为申请复议。所谓国家行为,是指特定行政机关以国家名义所实施的有关国防、外交的一种国家主权行为。由于永久居留权审批涉及给外国公民授予永久居留权,具有涉外性和涉及国家主权问题,目前,法律界对于该行为到底属于普通的具体行政行为还是国家行为没有定论,而《外国人在中国永久居留审批管理办法》没有界定其法律地位,也没有明确不服永久居留权申请被拒的,是否可提起行政复议或行政诉讼。作为《外国人在中国永久居留审批管理办法》立法依据的《外国人入境出境管理法》及其实施细则中仅规定了被处罚人对公安机关的罚款、拘留处罚不服的,可以提起复议或诉讼,没有规定永久居留权审批行为不服的申诉途径。所谓无救济即无权利,目前我国的外国人永久居留制度这种救济途径缺失的状况不利于保护申请者的合法权益,不利于对主管机关