

A stylized illustration of a tree with a dark brown trunk and branches. The foliage is represented by large, abstract shapes in shades of yellow, orange, and white, with some green leaves on the left side. The background is a light cream color.

汤 唯 张洪波等 著
山东人民出版社

HUAQIAO QUANYI DE FALU BAOZHANG JIZHI

华侨权益的 法律保障机制

本书为山东省社会科学规划研究重点项目结题成果

华侨权益的法律保障机制

汤唯 张洪波等著

山东人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

华侨权益的法律保障机制/汤唯等著. — 济南: 山东人民出版社, 2006. 12
ISBN 978-7-209-04213-0

I. 华… II. 汤… III. 华侨—保护—法律—研究—中国 IV. D922. 154

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 026894 号

责任编辑: 齐晓霞

装帧设计: 武 斌

华侨权益的法律保障机制

汤 唯 张洪波等 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 16 开 (170mm × 230mm)

印 张 25

字 数 380 千字

版 次 2006 年 12 月第 1 版

印 次 2006 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04213-0

定 价 38.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0532) 88194567

本书为“山东省社会科学规划研究项目文丛·重大项目”立项结题成果

《山东省社会科学规划研究项目文丛》编委会

主任委员 王 敏

副主任委员 张全新

委 员 (以姓氏笔划为序)

王兆成 尹慧敏 齐 涛 刘德龙

李天军 李新泰 张 华 嵩 峰

目 录

绪论/001

第一编 原理编 /007

第一章 华侨人格身份之界定/009

- 一、学理诠释:华侨定义的不同解构/009
- 二、基本区分:归侨、侨眷与海外华侨/017
- 三、合法地位:华侨资格的法律认定/021

第二章 华侨古今沿革之考证/027

- 一、背景因素:成长与演化的历史缘起/027
- 二、古代立法:禁止与开放的两难选择/032
- 三、近代改革:投资与创建的重大贡献/048

第三章 华侨现代作用之阐释/061

- 一、地位变迁:大规模、大发展/061
- 二、法律变迁:阶段性、起伏性/067
- 三、政策变迁:新形势、新举措/075

第二编 宪政编 /085

第四章 华侨的政治权利/087

- 一、民主制度:华侨的选举权与被选举权/087
- 二、人民主权:华侨的参政议政权/095

三、自治机制:华侨组织社团的权利/103

第五章 华侨的社会文化权利/115

一、公民地位:华侨的基本人权/115

二、公共政策:华侨获得劳动和社会保障的权益/120

三、兴学之本:华侨教育的发展、功能和特殊优惠/128

第六章 侵犯华侨基本人权的宪法救济/137

一、宪法保护:关于保护华侨人权的原则规定/137

二、诉讼保护:关于保护华侨人权的基本途径/142

三、外交保护:关于保护华侨权益的涉外措施/149

第三编 行政法编 /155

第七章 华侨事务管理机构的设置和地位/157

一、组织系统:人大、政府、政协侨务部门/157

二、基本权责:华侨事务管理机构的主要职能/164

三、学理建议:侨务部门的工作目标与工作方法/174

第八章 涉及华侨管理的行政制度/183

一、来去自由:华侨出入国境的权利/183

二、妥善安置:华侨回国定居的权利/190

三、优惠措施:华侨出境探亲的权利/196

四、保护机制:华侨出国定居的权利/200

第九章 侵犯华侨权益的行政救济/206

一、疏通渠道:华侨权益保护的必要性与多元性/206

二、行政许可:华侨权益保护的静态救济方法/210

三、行政复议:华侨权益保护的内部调整手段/214

四、行政诉讼:华侨权益保护的程序公正制度/221

五、法律责任:华侨权益保护的利益恢复途径/228

第四编 民商法编 /241

第十章 华侨的民事权利/243

- 一、法律原则:华侨的民事权利不受侵犯/243
- 二、不动产制度:华侨在房产方面的权利/250
- 三、身份关系:华侨在婚姻方面的权利/263
- 四、家庭关系:华侨在收养方面的权利/271
- 五、承接关系:华侨在继承方面的权利/277

第十一章 华侨的经济权利/282

- 一、经济发展之活力:华侨的投资权益/282
- 二、经济发展之动力:华侨的企业经营自主权/290
- 三、经济发展之助力:华侨捐赠公益事业的权益/302

第十二章 侵犯华侨权益的民事救济/313

- 一、一般管辖:归侨、侨眷在国内进行民事诉讼的规定/313
- 二、涉外诉讼:华侨适用涉外民事诉讼管辖的规定/322
- 三、特殊问题:海外华侨离婚诉讼的民事规则/332
- 四、司法协助:对外国法院所作裁判的承认与执行/336
- 五、仲裁制度:保障华侨权益的独立中立机制/341

结语:创制《华侨权益保障法》的学理建议/349

- 一、反差对比:成败经验的启迪/349
- 二、客观急需:立法目标的出笼/352
- 三、主观愿望:从弱变强的呼吁/355
- 四、蓝图设计:框架内涵的假想/358

附录 有关华侨权益保障的法律法规/366

参考文献/389

绪 论

在历史上和在当代社会,华侨个体和社团都有着重大的作用和贡献,在政治结构和经济发展方面具有较大的影响力。他们爱国爱乡,积极创业,投资经营,成为中国走向现代化国家的一支不可忽视的生力军。特别是自中国改革开放以来,随着市场经济迅速发展,政体改革不断深入,许多海外华侨返乡回国,投资兴业,在民主宪政、经济发展和文化振兴的事业中作出了不可磨灭的重大贡献,同时也加强了华侨与内陆国家机关、企业、公司、公民个人的更为密切的接触和联系。与之适应,关于华侨地位作用的研究在政治学、经济学、管理学、社会学领域开始普遍涉及。在法律实践中,华侨选举资格、参政议政、人权保障、回归安置、户籍管理、投资贸易、捐款捐资、合作联营、外汇兑换、税收利润、财产继承、婚姻家庭等领域,也出现了新情况和新问题,向法学界提出了全新的课题。

(一)

长期以来,华侨专题的法学研究相对滞后于其他人文社会科学。表现为:其一,在定位方面,我们对华侨人格、身份、地位、权利的确定,主要不是通过立法而是通过因时而异、因事而异、因人而异的政策性文件进行的。这类灵活的、随机的、含糊的调整方式,不利于华侨在祖国大地上与国家、法人、公民建立稳定持久的法律关系。其二,在法学研究方面,几乎没有将华侨的法律地位、法律权利、法律保护三大方面纳入专门的、特殊的研究视野,学术界投入的精力和时间非常有限,研究成果难以适应形势速变的社会实践需要。其三,在社会实践中,大量涉及华侨问题的争议不断发生,并且影响改革开放、经济发展和社会稳定,需要我国本着实事求是的态度和精神,分析华侨权益保护方面已经取得的成功经验,展示其存在的不足,并对该领域存在的问题及其成因进行剖析,提出有利于解决相关纠纷的对策方案,从而达成相关

理论和实践的充分结合。其四,在司法过程中,我国关于华侨权益的法律保护,特别是程序保护,普遍存在着片面性、表面性和局部性的问题,往往针对发生的某些具体投资、财产争议问题而“就事论事”,缺乏前瞻性、立体性、规范性的保护措施,没有形成可操作的体系和机制。其五,在立法方面,我国尚未出台专门的《华侨权益保障法》,也就是说,华侨权益保护方面存在着“法律空白”。当华侨的合法权利受到不法侵害时,他们往往由于不熟悉国内情况和没有明确的法律救济条款而失去获得公平补偿的机会;而在国外,则由于我国立法与他国立法的冲突而导致许多问题只能通过外交途径予以解决,而外交保护往往是针对具体事件的操作方案,难以纳入特殊权利的法律保障领域。

凡此种种,都会严重地影响华侨在国内外进行合法的活动,也会影响他们在国际上的地位和回国投资的积极性。据此,华侨权益的法律保护机制研究已经成为一项值得关注的时代命题。也就是说,社会发展和华侨问题的现实,迫切需要我们对华侨权益的法律保护机制进行系统深刻的研究,重点把握华侨权益法律授予和法律救济的主题,为华侨提供法治化的准则、原理和指导方向,使华侨的基本法律定位与国际国内的环境相适应。更需要我们在未来的相关研究中,突出改革和发展,运用“法律战略”的观点进行构思,开阔视野、明确思路、总结经验、吸取教训、设计模式、形成对策,使对华侨权益保护的专项研究成为有系统、有深度、有进取性的研究。同时,我们还需要提供相关立法建议,为制定一部综合性、专门性的《华侨权益保障法》献计献策,这有利于在市场经济发展和国际经济一体化的进程中,规范、明确、权威地保护华侨的合法权益,也有利于填补目前这一领域的法律空白。

(二)

应该说,关于华侨权益的法律保护机制研究,是一项具有时间跨度和学科跨度的选题。就时间跨度而言,该研究不仅涉及目前华侨权益的法律保护问题,而且涉及历史上华侨的演化和贡献,以及未来华侨的法律定位,因此具有很强的纵向勾画轮廓的特征;就学科跨度而言,该研究不仅涉及法学基础理论,而且涉及宪法学、行政法学、民法学、诉讼法学等原理,又需要借助经济

学、社会学、文化学、历史学等学科的研究成果,才能形成较为科学的研究体系;就研究内涵而言,我们试图“从法律角度”对华侨的权利及其救济进行系统探讨分析,以区别于以往论著、他人论著的研究领域,形成专题性的法律著作。我们相信,这是一个全新的研究视角,旨在为华侨权益的法律保护提供理论指导和技术指导,使华侨问题专题研究能够适应改革开放的时代趋势,适应人权与法治的要求而健康发展。主要研究思路是:

第一,从基本原理角度对华侨进行定位分析,探讨华侨个体、群体、团体形成演化的历史渊源、经济根源和政治条件,揭示华侨与华侨社团的基本法律地位,以及华侨在历史上和当代对中国社会政治、经济、文化事业发展中的积极贡献和影响力。

第二,从实体法角度论证华侨的基本法律权益,即根据政策和惯例,在总结实践经验的基础上,探讨宪法、法律和法规对华侨论题的相关规定,重点研究华侨的宪法权利、华侨的民事权益、华侨的经济权益、华侨作为被管理的相对人一方的行政权益等,以求系统地、全面地、科学地论证华侨在宪法、行政法、民商法机制的保护下所能实现的各种合法利益。

第三,从程序法角度为华侨权益提供法律保障机制。针对目前华侨权益被侵犯的状况,为华侨提供行政复议、行政诉讼、民事诉讼、调解仲裁、国家赔偿等途径的法律救济,用于规范华侨事务管理,依法解决相关纠纷,反向指导社会实践。我们认为,只有这样才能真正使华侨权益落实于程序法的有效保护之中。

第四,从管理体制角度构建华侨权益保障的组织模式,即根据法律所规定的专门制度,分析华侨事务管理体制及其职能特征,包括论证华侨事务管理机构的地位、作用、职责和权能,旨在为华侨事务管理的专门化、效率化、科学化、规范化奠定学理根基。

第五,从学理角度提出《华侨权益保障法》的立法呼吁。拟在侨务组织的动议、指导、参与下,实现对华侨权益保障立法的设计、初创、构造,提供国家立法对策。主要思路为阐发创制《华侨权益保障法》的意义,明晰《华侨权益保障法》与宪法、选举法、国籍法、行政法、民法、诉讼法、归侨侨眷权益保障法的关系,最终提出《华侨权益保障法》的建议草案。

(三)

2003~2006年,我们承担了山东省社会科学研究课题“华侨权益的法律保障机制研究”。该选题是在全国人大华侨委员会和山东省民族侨务外事委员会有关领导的积极指导和支持下进行的。如前所述,选择该项目的主要原因,是我国关于华侨论题的法律研究基本是一个空白,而政府在华侨问题处理上主要采纳的方式是进行政策性调整。随着现代华侨事务日益复杂化、多元化,确实需要从法理意义、规范意义和实证意义上进行解构,既适应改革开放、经济发展的需要,也适应保障权利、维护法治的需要。故而,我们承担了这一难度较大、专题性强的课题。

在研究方法上,我们拟采取理论研究与实践调查相结合、学术探讨和立法建议相结合、权利论证与救济措施相结合的方法,力求分析历史经验、汇总实际材料、对比法律条文、阐释基本原理,然后上升到法学理论的高度去认识华侨事务这一特殊现象。同时,试图通过从横向到纵向、从观念到制度、从宏观到微观、从理论到实践的综合归纳、立体分析,以宪法学、立法学、司法学的基本学理为指导,结合华侨权益保护的实际情况以及国家相关政策,全面分析我国华侨权益保护的制度体系、法律要求、发展趋势和宏观对策,探索出保护华侨权益的法治途径。

为此,在研究、规划、论证、撰稿的过程中,我们课题组成员先后到北京、广东、福建、济南等地进行了广泛调研,又从网上、图书馆、博物馆查阅了有关文本资料。但最为艰苦的工作,是如何将零散的华侨法律问题连接为一个整体,形成关于华侨权益保护的法律线条,体系化、理论化地建立起华侨权益保障的法治框架。这一框架,力求从宪法、行政法、民法、经济法、诉讼法等不同角度,提供立法、执法、司法三位一体的宏观模式。

进行华侨论题研究并形成专著的最终目的,还在于真正能从“法律上”给予华侨本人以及侨务部门理论上的指导和实践中的帮助。此外,与华侨“打交道”的国家工作人员、普通公民以及涉侨事务的当事人,也有必要掌握有关华侨方面的政策和法规,以便在保护华侨利益的过程中做到合法、有利、有节。同时,对海外华侨的居住国而言,我们的研究也有一定的参阅价值,其目的在于为这些国家提供中国对华侨问题的总政策、总原则和总规则。总之,

我们希望这本专著能成为华侨需要、侨务工作者需要、侨务部门领导需要、政府决策部门需要、立法者需要、司法者需要、涉外机构和人员需要的一本必备书。

最后,这本专著是集体智慧的结晶。承担研究任务的人员是一些年轻但又务实、敏锐的学者。他们充满热情活力,而又不失严谨、求实、上进的精神;他们的付出也许比德高望重的教授们更多;他们身上的学术压力也比那些硕果累累的知名专家更为沉重。但也因此,这些年轻的学者十分认真、十分敬业、十分扎实。他们查阅资料,撰写篇章,开拓着这片无人开垦的“处女地”。在他们工作基础上进行修饰、整合、挖掘、升华,于是有了这部“大作”贡献于世,特别是贡献给华侨和侨务机构。具体撰写分工如下:汤唯:绪论、第一章、第三章、第六章、第八章、第九章、结语;张洪波:第十章、第十一章;史长青:第七章、第十二章;郭晓艳:第二章;李蓉:第四章;何泽锋:第五章。

华侨权益的法律保障机制

第一编 原理编

华侨论题,自华侨群体产生以来就被广泛关注。在政治学、社会学、历史学研究中,华侨问题都是一个专门的、特殊的领域。这是因为,华侨在中国历史上和现实生活中起着一定的举足轻重的作用。而在中国与外国交往过程中,这个问题解决得好坏与否,也关系着中国的国家声誉和华侨的生死存亡。但由于法学研究的薄弱甚至中断,从法律制度与学理角度探讨华侨问题的专著与论文并不多见,使这个领域的专题研究几乎成为空白。为此,进行法理学意义上的华侨基本定位以及概括华侨论题的基本原理,就显得十分重要和迫切。

第一章 华侨人格身份之界定

第二章 华侨古今沿革之考证

第三章 华侨现代作用之阐释

第一章 华侨人格身份之界定

华侨的称谓由来已久、几经变化,反映了自古至今华侨作为中国特殊群体存在的地位身份变迁,也反映了华侨在中国国家和社会生活中的定位。因此,从历史、学理、法律三重角度或层面分析华侨的基本内涵、外延与特征,是我们进行华侨问题专门研究的出发点。

一、学理诠释:华侨定义的不同解构

华侨一词,是一个动态的、变化的概念,在不同的语境中有不同的内涵。因此,从历史学、政治学、社会学、法律学的各个侧面观察,依据标准不同,关于华侨的定义自然众说纷纭。但无论如何,华侨是一个具有本国公民与他国居民双重角色的移民群体。

(一) 华侨的历史语境

就“华侨”单词或术语的含义来说,“华”与“侨”是明确的。“华”是中国的古称,“侨”是寄居、客居之意。中国古代很早就把寄居他乡的人称为“侨人”和“侨士”,如《韩非子·亡徵》中记载有“羁旅侨士”之说。随着移居国外人数的激增,“华”与“侨”二字被联系在一起,用来称呼在国外寄居、客居的华人。

在历史上,华侨是伴随着我国人民向外定居的事实而产生的,而中国人移居和定居国外已经有二千多年的历史。秦朝时,陆续有中国人移居日本。南北朝时期,移居日本的人数逐渐增加,日本称这些人为“秦人”。到晋朝时期,移居国外的人又被称为“汉人”或“侨人”。有史料记载:“晋自中原丧乱,元帝寓居江左,百姓之自拔南奔者,并谓之侨人。”^①但在唐宋以前,移居国外的华人没有固定的称谓。

唐宋以后,由于水陆交通的发达,经济文化的发展,对外贸易的扩大,移居国外的人数急剧增多,他们多被居住国的人民称为“唐人”。后来,他们也

^① 《隋书·食货志》。

自称“唐人”。在南洋一带,中国流入他国的物品亦多标示有“唐”字,如唐舶、唐服、唐山、唐文、唐人街等。明清时期,仍多称“唐人”。《明史·外国真腊传》记载:“唐人者,诸番呼之称也,凡海外诸国尽然。”《南洋侨史》的作者李长傅曾经这样论说:“中国人在南洋者,初无专门名词,自唐以来,是有唐人之称,始于宋,而最盛于明清两代。”^① 到清末以后,才有了“华民”、“华工”、“华商”、“华人”等称谓。

鸦片战争后,由于中国半殖民地半封建社会地位的逐步深化,大批破产的农民和手工业者无以为生,而国外殖民主义者在殖民地扩张过程中也急需中国大批廉价劳动力,因而出现了前所未有的中国居民移居海外的高潮。“契约华工”这个特殊名词便出现了,并成为一时期内中国海外移民的重要成分。1878年,清朝驻美使臣陈兰彬在奏章中,把中国寓居国外的人称为“侨民”。自此之后,“侨民”便成为一种专称。中法战争期间,郑观应曾在作品的著述中、在给李鸿章的奏章中和在向政府的呈文中多次使用过“华侨”一词,并强调了保护华侨的重要性:“各国商民虽百数十人,无不设立领事,独我国未有,华侨之受苛虐,无处可伸,亦大憾事。”^② 他还亲赴西贡和金边,对南洋一带的军事、经济、民情等作实地考察,了解侨情,建议朝廷利用华侨力量加强边防。1904年,清政府外务部又在一份奏请在海外设置领事馆的折子里使用了“华侨”一词,以为在“海外设领经费支出无多,而受益甚大”。从此以后,“华侨”一词普遍成为寄居海外的一种中国人的一种专称。

中华人民共和国成立以来,关于华侨身份的确定在政策和法律上有了相对固定的解释。特别是当时的宪法性文件对享有中华人民共和国国籍的公民,在基本身份和地位方面进行了界定。其中,建国时期的《共同纲领》没有使用“公民”一词,而使用了“国民”的表述,并笼统提到国家要“尽力保护国外华侨的正当利益”,“保护守法的外国侨民”,同时强调对由于参加民主和平斗争而受本国政府压迫、避难于中国境内的外国人,中国将给予居留权。1954年的《中华人民共和国宪法》是我国第一部宪法,又在第三章确立了“公民在

^① 转引自蔡苏龙:《“华侨”、“华人”的概念与定义:话语的变迁》,载《长沙电力学院学报》2002年第1期,第75页。

^② 郑观应:《盛世危言后编》(卷五·军务)。