

# 妨害国(边)境管理罪立法思考

季安照, 袁靖华

(浙江大学经济学院, 浙江杭州, 310028; 浙江传媒学院影视艺术学院, 浙江杭州, 310018)

**摘要:**近十年我国非法移民活动出现了一些新特点。面对新形势,我国现行刑法妨害国(边)境管理罪有关规定表现出明显的滞后性。为完善我国打击非法移民活动之刑事立法,便于国际学术交流与执法合作,建议以“妨害出入境管理罪”概念替代“妨害国(边)境管理罪”,并对其中的偷越国(边)境罪、组织他人偷越国(边)境罪、运送他人偷越国(边)境罪和骗取出境证件罪等4种罪进行修改、合并或补充。

**关键词:**非法移民;妨害国(边)境管理罪;妨害出入境管理罪

中图分类号: D924.3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)01-0052-04

20世纪90年代,全球出现了一股非法移民浪潮。之后,非法移民成为困扰国际社会的一大难题。近年来,世界各国不断完善立法,相继加大对非法移民活动的打击力度。比较而言,我国打击非法移民的刑事立法是比较完备,也是比较严厉的。尽管如此,从当前我国非法移民活动形势来看,现行刑法有关规定还是表现出一定的滞后性,不能有效地打击非法移民活动,也不利于国际执法合作,因此有必要对相关规定作进一步的修改与完善。

## 一、妨害国(边)境管理罪之立法回顾

妨害国(边)境管理罪在我国经历了一个从粗到细,从单一到多样的立法演进过程。解读这一立法进程,有助于我们弄清不同时期立法变革的背景和缘由,从而深化我们对现行妨害国(边)境管理罪立法的认识。

### (一) 1979年刑法的有关规定

改革开放之前,由于国家实行封闭政策,我国基本不存在非法移民问题。改革开放后,随着国门的打开,我国东南沿海的福建、广东、浙江等地的一些人员逃避边防检查,从沿海、沿边的国(边)境直接偷越出境,也有些人采取偷登外国轮船、国内远洋运输船舶或者其他海上交通工具的方式进行偷渡。为惩处这一非法出入境活动,1979年刑法在第六章妨害社会管理秩序罪中及时规定了两个罪名,即第176条“偷越国

(边)境罪”与第177条“组织、运送他人偷越国(边)境罪”。但由于当时国门初开,我国非法移民活动尚不严重,同时受“宜粗不宜细”的刑事立法思想影响,所以1979年刑法没有专章专节规定妨害国(边)境管理罪,有关规定比较简单,法定刑也较轻。

### (二) 1994年的《补充规定》

到20世纪90年代,我国对外开放程度显著提高。据统计,截至1993年底,我国对外开放口岸从1978年的50多个增加到200多个。与此同时,发达国家不断收紧其移民政策,合法移民国外的渠道被限制。在这种国际国内背景下,境内外一些不法分子在高额利润的驱使下,相互勾结,大肆组织他人非法移民。一些渔民弃渔专门从事运送他人非法出入境的活动;持用伪造证件从口岸蒙混出境人员也越来越多。非法移民活动从沿海扩展到内地,严重地影响了我国正常的出入境管理秩序,极大地败坏了我国在国际上的声誉。

面对这种严峻形势,1979年刑法有关规定不能满足执法部门有效惩治此类犯罪的需要。尤其对一些新型危害行为,如骗取出境证件行为,提供伪造、变造出入境证件行为等,1979年刑法更是无能为力。立法的不完善致使我国非法移民活动屡禁不止,甚至愈演愈烈。为打压“蛇头”的嚣张气焰,遏制非法移民的蔓延势头,1994年全国人大常委会通过《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》,对1979年刑法有关规定作了大幅修改和补充。与1979年刑法相比,《补充规定》增加了5个新罪名,即“骗取出境证件罪”“提供伪造、变造出入境证件罪”“倒卖出入境

收稿日期: 2008-06-12; 修回日期: 2008-07-05

作者简介: 季安照(1976-),男,山东日照人,浙江大学经济学院博士研究生,主要研究方向:国际移民法,刑法;袁靖华(1976-),女,浙江杭州人,浙江传媒学院讲师,博士,主要研究方向:传媒与国际文化。

证件罪”“非法办理出入境证件罪”和“非法放行偷越国(边)境人员罪”;修改了“组织、运送他人偷越国(边)境罪”,把一个选择性罪名分立为两个确定性罪名,即“组织他人偷越国(边)境罪”和“运送他人偷越国(边)境罪”,并明确规定了组织他人偷越国(边)境罪的7种特别严重情形;保留了“偷越国(边)境罪”这一基本犯罪。

### (三) 1997年刑法的有关规定

1997年刑法全面修订时,在妨害社会管理秩序罪中单设一节,专节规定了妨害国(边)境管理罪。该节规定了8个具体罪名(“破坏界碑、界桩罪”和“破坏永久性测量标志罪”与非法移民活动无关,本文不予探讨),前6个罪名分别是:第318条“组织他人偷越国(边)境罪”、第319条“骗取出境证件罪”、第320条“提供伪造、变造的出入境证件罪”“出售出入境证件罪”、第321条“运送他人偷越国(边)境罪”和第322条“偷越国(边)境罪”。1997年刑法将《补充规定》中规定的两种妨害国(边)境管理的职务性犯罪,即“办理偷越国(边)境人员出入境证件罪”和“放行偷越国(边)境人员罪”归入渎职罪一章。由于1997年刑法与《补充规定》间隔时间较短,所以1997年刑法的有关规定基本上沿袭了《补充规定》的内容。与《补充规定》相比,1997年刑法有关规定主要是在立法技术上进行了完善,如专门设置妨害国(边)境管理罪一节,使法律条文在排列上更加有序;采取“依照数罪并罚的规定处罚”之立法模式,减少刑法的死刑规定;降低偷越国(边)境罪法定刑,体现了罪刑相适应原则等。

## 二、当前非法移民活动的主要特点

有学者认为,我国打击非法移民的刑事立法是世界上最为详细和全面的立法<sup>[1](248-249)</sup>。然而,近十年以来,我国非法移民活动表现出一些新的特点。面对非法移民的新形势、新情况,现行刑法妨害国(边)境管理罪的有关规定显得捉襟见肘、力不从心。当前我国非法移民活动主要有以下三个特点:

首先,非法移民的手段以“迂回型”为主。改革开放30年,我国非法移民活动的方式方法大致经历了三个阶段:一是20世纪80年代“无证型”阶段。“无证型”非法移民是传统意义上的非法出入境,即不经过出入境口岸、边检站而直接“闯关”,或逃避出入境检查秘密地出入国(边)境。二是20世纪90年代“证件型”阶段。所谓“证件型”非法移民,即使用伪造、变造、他人、骗取或其他非法获取的出入境证件,在规定的地点通过欺骗检查人员蒙混出入国(边)境。三是当前“迂回型”阶段。所谓“迂回型”非法移民,是指持用合法出

入境证件出境后,在境外未持证件或换持伪造、他人及其他非法证件,利用转机、过境、停留等机会,直接进入目的国或经他国进入目的国的一种非法移民方式。“迂回型”非法移民,因具有较强的隐蔽性和较高的成功率而越来越受到国际人口走私集团的青睐,现已呈现出“规模庞大、组织严密、线路丰富”的发展态势,成为我们今后打击的一个重点和难点<sup>[2]</sup>。与此不相适应的是,现行刑法有关规定主要针对“无证型”和“证件型”两类非法移民行为<sup>[3]</sup>。“迂回型”非法移民是否构成犯罪,现行刑法缺乏明确的规定。

其次,国际人口走私集团强力介入非法移民活动。20世纪90年代之前,非法移民多是一些个人违法犯罪行为。但随着发达国家移民政策的趋紧,合法移民的通道被限制和阻碍。为获取非法暴利,由非法移民来源国、过境国和目的国共同组成的国际人口走私集团,便介入到非法移民的整个过程中<sup>[4]</sup>。据联合国移民署统计,全球每年走私人口的贸易额高达70亿美元,人口走私成为世界上增长速度最快的犯罪行为<sup>[1](1-2)</sup>。2000年的联合国报告显示,全球人口走私的利润已超过毒品走私的利润,达到90多亿美元。毒品走私以及其他一些犯罪集团开始转向人口走私这一非法行当,人口走私集团的势力日益膨胀,各国正常的移民政策面临着越来越大的压力<sup>[4]</sup>。与此不相适应的是,人口走私犯罪还没有引起我国的足够重视,立法相对滞后。

第三,我国渐已成为非法移民目的国或过境国。随着我国经济的快速发展,近年来越来越多的外国人非法入境我国。尤其是非洲、中东,以及周边国家如越南、朝鲜、缅甸等国家的人员非法移民我国的现象日益突出。然而,由于过去非法入境我国的外国人数目不多,长期以来,我国打击非法移民的刑事政策法律主要是针对我国公民的非法出境活动。

不容否认,现行刑法妨害国(边)境管理罪有关规定是一个比较完整的罪刑体系,为打击我国非法移民活动,保障国家正常的出入境管理秩序,维护我国的国家形象和声誉,发挥了重要作用。但现行刑法的有关规定,植根于20世纪90年代初我国的非法移民活动状况。十多年来,非法移民活动情势已经发生了显著变化,刑法有关规定亟待作出相应修改。

## 三、妨害国(边)境管理罪立法建议

根据当前我国非法移民活动的形势和特点,借鉴国外立法例,我们建议对我国刑法妨害国(边)境管理罪作以下修改与补充:

第一,建议将“妨害国(边)境管理罪”修改为“妨害出入境管理罪”。在国外,妨害国(边)境管理罪一般被称为非法移民罪<sup>①</sup>。在我国,该罪则经常被称为偷渡犯罪<sup>②</sup>。鉴于非法移民概念的多义性和偷渡概念的片面性,同时考虑到我国的法律传统,笔者建议以“妨害出入境管理罪”概念替代“妨害国(边)境管理罪”。理由有二:其一,从我国立法来看,现行刑法“妨害国(边)境管理罪”一节中所谓的“国(边)境管理法规”,是指护照法、公民出境入境管理法、外国人入境出境管理法、出境入境边防检查条例、公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法、公民往来台湾地区管理办法等。而以上法律法规,不管在学术界还是实务界,一般都被称为出入境管理法律法规<sup>③</sup>。改用“妨害出入境管理罪”概念,有利于我国整个法律体系的统一。其二,从国外立法来看,“出入国(境)管理”一语被日本、韩国等国和我国台湾地区所采用。改用“妨害出入境管理罪”概念,有利于加强国际学术交流和国际执法合作。当然,“破坏界碑、界桩罪”“破坏永久性测量标志罪”不属于“妨害出入境管理罪”,建议从本类罪中剔除。

第二,建议将“偷越国(边)境罪”修改为“非法出入境罪”,并通过立法解释,将“迂回型”非法出入境行为明确纳入本罪<sup>④</sup>。在司法实践中,一种观点认为,“迂回型”非法出入境行为构成偷越国(边)境罪。非法出入境活动是由一系列行为构成的有机整体,“迂回型”非法出入境行为以合法形式掩盖非法目的,虽然其主要违法行为发生在境外,但行为人的非法目的使其一切行为均归于非法或无效。该观点认为,“迂回型”非法出入境不是定性难,而是取证难。另一种观点认为,“迂回型”非法出入境行为没有违反我国出入境管理法规,没有侵害我国的出入境管理秩序这一客体,它违反的是他国的移民法律,侵害的是他国的移民管理秩序。尽管“迂回型”非法出入境活动社会危害性很大,但根据罪刑法定原则,“迂回型”非法出入境行为不构成犯罪。严格来讲,“偷越国(边)境”仅指“无证型”非法出入境行为,对“证件型”非法出入境行为,称为“偷越”也是不恰当的,“骗越”才名副其实<sup>⑤</sup>。笔者以为,“偷越国(边)境罪”字面含义狭窄,容易引起认识上的偏差。相对而言,“非法出入境罪”的外延则宽得多,不仅可涵盖“无证型”非法出入境行为,还能涵盖“证件型”“迂回型”非法出入境行为,从而可避免该罪在理解和适用上的混乱。

建议“非法出入境罪”表述如下:“违反出入境管理法律法规,具有下列情形之一,情节严重的,处一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。(一)逃避出入境边防检查出入境的;(二)持用伪造、变造、他

人、骗取或者以其他非法手段获取的出入境证件出入境的;(三)中国公民以非法出入境为目的,持用合法出入境证件出境后非法入境其他国家(地区)的;(四)以其他方式非法出入境的。”

第三,建议将“组织他人偷越国(边)境罪”与“运送他人偷越国(边)境罪”整合为“走私人口罪”<sup>⑥</sup>。“偷越国(边)境罪”修改为“非法出入境罪”后,“组织他人偷越国(边)境罪”和“运送他人偷越国(边)境罪”也需相应进行修改。笔者以为,与其将两罪分别修改为“组织他人非法出入境罪”和“运送他人非法出入境罪”,不如将二者整合为一个新罪“走私人口罪”。理由有三:其一,当前组织、运送他人偷越国(边)境犯罪活动趋向集团化、职业化、现代化。在犯罪活动过程中,犯罪分子分工细密,“一条龙服务”,其行为不能简单分解。其二,走私人口罪包容性大,人口走私行为包括组织、策划、煽动、串联、拉拢、联络行为,也包括徒步带领、护送或者使用交通工具运送等行为。其三,世界上许多国家,如美国、加拿大和瑞典等都规定了“人口走私罪”或“移民走私罪”。我国刑法规定“走私人口罪”符合国际惯例,便于国际刑事司法合作。我国1979年刑法曾将组织、运送他人偷越国(边)境行为规定为一种选择性罪名,但《补充规定》和1997年刑法将其分列为两种独立的罪名。这种人为区分,违背了当前非法移民活动的规律和特点,不利于从严从重打击人口走私活动。

建议“走私人口罪”表述如下:“违反出入境管理法律法规,走私人口的,处二年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;有下列情形之一的,处七年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产:(一)人口走私集团的首要分子;(二)多次走私人口或走私人口众多的;(三)造成被走私人重伤、死亡的;(四)剥夺或者限制被走私人人身自由的;(五)以暴力、威胁方法抗拒检查的;(六)违法所得数额巨大的;(七)有其他特别严重情节的。犯前款罪,对被走私人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。走私人口是指以走私为目的,有组织、策划、煽动、串联、拉拢、联络、接送、中转人口行为之一的。”

第四,建议将“骗取出境证件罪”修改为“非法获取出入境证件罪”。有学者主张取消这一罪名,因为从法理上讲,本罪是组织他人偷越国(边)境行为的预备行为<sup>[5](193-195)</sup>。笔者以为,本罪仍有单独规定的必要,但需作较大修改。简言之,建议扩大本罪的调整适用范围。一是扩大行为对象,将“出境证件”修改为“出入境证件”。一般认为,本罪中的“出境证件”指能够作为从我国口岸验放出境凭证的证件。<sup>[5](176)</sup>显然,这一限

定不利于打击外国人非法入境我国行为。二是扩大行为方式, 增加规定利用其他非法手段获取出入境证件行为。以劳务输出、经贸往来或者其他名义, 弄虚作假, 骗取出入境证件只是非法获取出入境证件的一种方式。在司法实践中, 非法获取出入境证件的手段很多, 如利用虚假、他人身份材料骗取, 异地办理、购买、盗取等。三是扩大行为目的, 将“为组织他人偷越国(边)境使用”修改为“为他人非法出入境使用”。骗取出境证件罪与提供伪造、变造的出入境证件罪、出售出入境证件罪同属偷越国(边)境罪的上游犯罪, 而提供伪造、变造的出入境证件罪、出售出入境证件罪都没有限定“为组织他人偷越国(边)境使用”这一特定目的。

建议“非法获取出入境证件罪”表述如下: “骗取、购买或者以其他非法手段获取护照、签证等出入境证件, 为他人非法出入境使用的, 处三年以上有期徒刑, 并处罚金; 情节严重的, 处三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金。单位犯前款罪的, 对单位判处罚金, 并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员, 依照前款的规定处罚。”

#### 注释:

- ① 田宏杰著: 最新刑法典分则实用丛书——妨害国(边)境管理罪, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003年1月第1版, 第56页。发达国家所谓的“非法移民”, 通常仅指没有获得合法移民手续的外国移民(illegal immigrant)。欧洲经合组织认为, 非法移民有两类: 一类是非法入境者, 另一类是合法入境非法滞留者。
- ② 但伟著: 偷渡犯罪比较研究, 北京: 法律出版社, 2004年4月第一版, 第1-2页。笔者以为, 偷渡只是非法移民活动的一种表现方式。1957年《国际偷渡公约》对偷渡者的定义是: “在任何港口或该港附近地点, 未经船舶所有人或船长, 或掌管船舶的任何其他人员的同意, 而潜入船内, 并在该船舶离上述港口或地点后仍留在船上的人。”

- ③ 熊选国主编: 刑法罪名适用指南——妨害国(边)境管理罪, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007年12月第一版, 第13页。据悉, 国务院草拟的《中华人民共和国出入境管理法(送审稿)》将公民出境入境管理法、外国人入境出境管理法和出境入境边防检查条例“三法”合一。另外, 《送审稿》对公民往来香港、澳门、台湾地区也作了原则规定。
- ④ 刑法第415条“办理偷越国(边)境人员出入境证件罪”和“放行偷越国(边)境人员罪”可随之修改为“办理非法出入境人员出入境证件罪”和“放行非法出入境人员罪”。
- ⑤ 有学者认为, “偷越”国(边)境仅指未经办理有关出入境证件和手续在未设关口处秘密越境的行为, 不包括使用伪造、变造或其他欺骗手段在关口处蒙混出入境行为。参见熊选国主编: 刑法罪名适用指南——妨害国(边)境管理罪, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007年12月第一版, 第52页。
- ⑥ 无论国内还是国外, 非法出入境者被称为“人蛇”, 其组织者被称为“蛇头”, 而走私人口则被称为“驱蛇”。参见张春编著: 《中国反偷渡与美国移民管理》, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2001年4月第一版, 第224页。联合国有关非法移民文件还经常出现“贩运人口”(human traffic, 或译“贩卖人口”)概念。贩运人口与走私人口是有区别的: 贩运人口可以是非法出入境, 也可以是合法出入境; 走私人口必须是非法出入境。贩运人口的受害者多是受欺骗或胁迫, 以妇女和儿童为主(见我国刑法第240条“拐卖妇女、儿童罪”); 走私人口的受害者多是自愿的。贩运人口侵害的主要客体是受害者的基本人权, 走私人口侵害的主要客体是国家正常的出入境管理秩序。

#### 参考文献:

- [1] 但伟. 偷渡犯罪比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [2] 张广东. 境外迂回偷渡分析及打击对策[J]. 上海公安高等专科学校学报, 2007, (3): 68-70.
- [3] 张明楷. 刑法学(下)[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 843.
- [4] 宋全成, 赵雪飞. 欧洲非法移民现象为何愈演愈烈[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2007, (1): 116-123.
- [5] 田宏杰. 最新刑法典分则实用丛书——妨害国(边)境管理罪[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.

## On crimes of obstructing the administration of national boundary

JI Anzhao, YUAN Jinghua

(College of Economics, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China;

TV & Movie Arts Department, Zhejiang Communication & Media College, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** There are some new characteristics of illegal migration in China in recent years. But the criminal law lags behind the state of affairs. Legislators must perfect provisions of crimes of obstructing the administration of national boundary, that is to say, changing the accusation of crimes of obstructing the administration of national boundary, and amending the crime of crossing the boundary sneakily, crime of organizing others to cross the boundary sneakily, crime of conveying others to cross the boundary sneakily, and crime of swindling exit-paper, so as to make it convenient for international exchange and cooperation.

**Key Words:** illegal migration; crimes of obstructing the administration of national boundary; crimes of obstructing the administration of Exit-Entry

[编辑: 苏慧]