

论行政法上驱逐出境之救济

林艺聪

(浙江警察学院 国际学院,浙江 杭州 310053)

摘要:我国共有6部法律规定了行政法上的驱逐出境,但其救济条款规定各不相同。行政法上的驱逐出境属于一般法意义上的国家行为,不属于救济法意义上的国家行为。通观各国,驱逐出境可以通过行政复议、司法审查、人身保护令和个人申诉机制等诸多途径寻求获得救济。设定驱逐出境的救济,应当从善意履行国际义务原则、权利保护原则和法制统一原则多维度综合考量。建议保留并完善《出境入境管理法》的遣送出境、驱逐出境条款,吸收并删除其他5部法律规定的遣送出境、驱逐出境。将来,违法犯罪的停留、居留外国人在依法被处理后,由主管机关交由移民管理机构一体裁量决定是否遣送出境、驱逐出境。对修订后的驱逐出境决定,除具有“国家安全的紧迫原因”外,不再限制行政复议和行政诉讼。

关键词:驱逐出境;国家行为;行政救济;一体裁决;国家安全

中图分类号:DF33 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)04-0061-14

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.04.006

一、引言

现代国际社会承认,各个主权国家拥有依法将处在其领土内的外国人驱逐出境的权力,进而对其作用的外国人权利构成重大不利影响^[1]。国际法学界的通说是:“外国人的入境从原则上讲,这是一个国内管辖的事项,因此,一国可以选择不准外国人入境,或者对其入境施加首先条件……正如可能期望的那样,将外国人驱逐出境也属于国家的自由决定权。”^[2]全球化时代发展至今,全球国际移民数量已经增加到2.72亿,在全球人口中所占的比重上升到3.5%^[3],国际社会和各国立法机关对遭受驱逐出境的外国人,普遍面临着如何设定救济权利(平等赋予、部分限制或者完全剥夺)的重大课题。传统理论认为,外国人对于被住在国驱逐出境的决定,没有请求法律救济的权利;若所属国与住在国发生争议,则依据国际法上的外交保护等途径解决。但是,第二次世界大战以后各国上述观念发生了显著的变化,赋予被驱逐外国人直接申请救济权利的国家逐渐增多,成为展现各国法治发展水平的重要标志。进入新时代,习近平总书记在首次中央全面依法治国工作会议上强调:“要坚持统筹推进国内法治

收稿日期:2022-01-11

基金项目:国家社会科学基金一般项目“‘双重国籍’问题的多维度实证研究”(19BFX053);公安部公安理论及软科学研究计划项目“外国人聚居区警务治理研究”(2019LLYJST027)

作者简介:林艺聪,男,浙江警察学院国际学院副研究员,法学博士,主要从事移民法学和涉外法治研究。

和涉外法治。”这为我们在法治国家、法治政府、法治社会一体推进的背景下^[4],进一步审视检视驱逐出境的救济等涉外法治问题提供了根本遵循。

在当今世界各国的立法和实践中,驱逐出境可以分为外交性质的驱逐出境^①、刑事性质的驱逐出境^②和行政性质的驱逐出境,其中规定行政性质的驱逐出境属于各国立法通例,常见于移民法或者外国人法之中^[5]。本研究以下如无特别说明,驱逐出境均指行政法上的驱逐出境。遍稽我国现行行政法律规范,共有6部法律^③明确规定了行政法上的驱逐出境。相关法律、涉及条文、决定主体和救济条款整理如表1所示:

表1 现行行政法律规范对驱逐出境的规定

| 法律名称 | 涉及条文 | 决定主体 | 救济条款 |
|------------------|---------|-------------|-------|
| 《防震减灾法》 | 第86条第2款 | 未作规定 | 未作规定 |
| 《治安管理处罚法》 | 第2、10条 | 公安机关 | 概括性规定 |
| 《出境入境管理法》 | 第81条第2款 | 公安部 | 最终决定 |
| 《反间谍法》 | 第34、39条 | 国家安全机关、公安机关 | 概括性规定 |
| 《测绘法》 | 第51、66条 | 公安机关 | 未作规定 |
| 《境外非政府组织境内活动管理法》 | 第50条 | 有关机关 | 未作规定 |

通过表1可以看出,我国现行6部行政法律对被驱逐出境外国人救济权利的规定各不相同,^④可分为三种类型。一是概括性赋予外国人获得救济的权利,有2部法律。如《治安管理处罚法》第102条规定被处罚人对治安管理处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。《反间谍法》第35条规定当事人对行政处罚决定、行政强制措施决定不服的,可以自收到决定书之日起60日内,向作出决定的上一级机关申请复议;对复议决定不服的,可以自收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼。二是没有规定救济条款,既无明文规定救济权利,也未直接规定限制,有3部法律。如《防震减灾法》《测绘法》和《境外非政府组织境内活动管理法》。三是对救济权利作了直接限制规定,有1部法律。

①《反外国制裁法》第6条规定,国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工,对该法规定的个人、组织,根据实际情况决定采取驱逐出境等反制措施。笔者认为,这里的驱逐出境属于外交性质的驱逐出境,详见下文阐述。

②《刑法》第35条规定:对于犯罪的外国人,可以独立适用或者附加适用驱逐出境。因此,被法院判处驱逐出境的外国人,可以依照刑事诉讼法提起上诉或者审判监督获得救济。

③如《防震减灾法》第86条第2款规定:外国人有前款规定行为(未经批准从事地震监测活动)的,除依照前款规定处罚外,还应当依照外国人入境出境管理法律的规定缩短其在中华人民共和国停留的期限或者取消其在中国人民共和国居留的资格;情节严重的,限期出境或者驱逐出境。《治安管理处罚法》第10条第2款规定:对违反治安管理的外国人,可以附加适用限期出境或者驱逐出境。《出境入境管理法》第81条第2款规定:外国人违反本法规定,情节严重,尚不构成犯罪的,公安部可以处驱逐出境。《反间谍法》第34条规定:境外人员违反本法的,可以限期离境或者驱逐出境。《测绘法》第51条规定:外国的组织或者个人擅自从事测绘活动情节严重的,并处限期出境或者驱逐出境;第66条规定:限期出境和驱逐出境由公安机关决定并执行。《境外非政府组织境内活动管理法》第50条规定:境外人员违反本法规定的,有关机关可以依法限期出境、遣送出境或者驱逐出境。除此之外,《香港特别行政区维护国家安全法》第34条规定,对不具有香港特别行政区永久性居民身份的人违反本法规定,不论是否追究刑事责任,均可处以驱逐出境。这一条款既具有刑事性质,又具有行政性质。考虑到该法的适用范围具有相对特殊性,本文姑且不纳入讨论。

④根据《反间谍法》和《境外非政府组织境内活动管理法》作出的驱逐出境决定不仅适用于外国人,还可以适用于华侨、香港、澳门、台湾地区居民等中国籍境外人员,本文仅讨论适用于外国人的驱逐出境。

如《出境入境管理法》第81条第2款规定公安部的(驱逐出境)处罚决定为最终决定。据此明确排除了外国人申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。此外,公安部规章《公安机关办理行政案件程序规定》第251条规定,外国人违反治安管理或者出境入境管理,情节严重,尚不构成犯罪的,承办的公安机关可以层报公安部处以驱逐出境。公安部作出的驱逐出境决定为最终决定,由承办机关宣布并执行。这一规定将依照《治安管理处罚法》作出的驱逐出境决定权限收高到公安部,并剥夺了外国人申请行政复议和提起行政诉讼的权利。

面对如此纷繁芜杂的图景,学界众说纷纭,见仁见智。本研究拟在厘清行政法上的驱逐出境与国家行为的关系基础上,比较考察各国驱逐出境救济的立法范例,进而探讨我国设定驱逐出境救济应当遵循的原则,最后提出完善我国驱逐出境救济的构想,就教于方家。

二、驱逐出境的行为属性分析

我国行政法上的驱逐出境,从实定法的内容进行规范分析,或规定于行政法律的“法律责任”一章(如《防震减灾法》《反间谍法》《测绘法》《境外非政府组织境内活动管理法》),或列举为行政处罚的一个种类(如《治安管理处罚法》第10条),甚至直接定性为“处罚决定”(如《出境入境管理法》第81条第2款),因此将其法律性质归为“行政处罚”行为,进而适用《行政复议法》和《行政诉讼法》,赋予外国人申请行政复议和提起行政诉讼的权利可谓顺理成章。但是,立法机关坚持在2012年颁布的《出境入境管理法》上规定驱逐出境救济限制条款,原因究竟为何?据笔者了解,乃是缘于不少人认为驱逐出境决定属于国家行为,进而否定了驱逐出境的可救济性。因此,有必要先将驱逐出境置于国家行为理论视域下进行探讨。

(一) 争点回溯

在我国,由于原《外国人入境出境管理法》(1985年颁布,2013年废止)只规定了对罚款和拘留2项行政处罚的救济,对驱逐出境的救济没有作出明确规定,由此引发能否依照《行政诉讼法》的规定对驱逐出境提起行政诉讼的争议。一些学者持反对意见,其中有的学者探究法条原意,认为原《外国人入境出境管理法》没有明确授权规定,因此被公安机关处驱逐出境的外国人无权向法院提起诉讼;有的学者展开学理分析,认为国际法准许国家在特定情况下限令外国人离境或将其驱逐出境,因此主张将驱逐出境定为国家行为,不列入行政诉讼受案范围^[6-7]。一些学者持赞成意见,认为既然法律没有明确排除,就应当允许被处罚人利用救济手段;同时认为,驱逐出境在立法层面和执法层面都属于一种行政行为而不是一种国家行为,应当参考当前国际社会的发展趋向,允许被处罚人利用救济手段^[8]。此后二十余年,赞成赋予外国人救济权利的声音日隆,许多学者呼吁允许外国人针对驱逐出境申请行政复议、提起行政诉讼,继而有的学者提出将来一旦中国公民获得提起合宪性审查的权利,亦可考虑将该权利同等赋予外国人。^①然而,整合原《外国人入境出境管理法》和《公民出境入境管理法》(1985年颁布,2013年废止),于2012年出台的《出境入境管理法》对这一事项的规定出人意料地出现反转。该法放弃了原《外国人入境出境管理法》对驱逐出境救济事项未作规定的做法,改为在第81条第2款规定公安部作出的(驱逐出境)处罚决定为最终决定,直接限制了驱逐出境的救济权利。驱逐出境的救济遂再度成为学界关注的话题,引发反思和争议^[9]。

(二) 两种意涵

立法机关选择在法律上规定限制驱逐出境救济的条款,个中原因之一乃是将驱逐出境归入国家

^①宪法理论的“权利性质说”认为,只要在权利性质上有适用可能的人权规定也都适用于外国人,尤其是获得救济的权利。

行为的范畴。但是,这种看法往往未明确基于何种语义使用,需要具体问题具体分析,详加考察而后逐一辨明。在我国,国家行为一词系“舶来品”,最早出现在1989年颁布的《行政诉讼法》中。^①根据笔者的研究,“国家行为”一词在法学上主要有两个层面的意涵,即一般法意义上的国家行为(广义)和救济法意义上的国家行为(狭义)。

1. 一般法意义上的国家行为,是指立法、司法、行政、军事等行为的统称。我国学者陈新民认为,国家行为除立法、司法、监察、行政行为外,还有总统权行为(如任命政府各部门首长等),以及统治行为(如实际政策决定之过程等)^[10]。同时,根据国家类似说或者国家视同说,私人(机构)作为政府的代理人而从事政府所委任的特殊任务,其行为也被认为是国家行为,具有相应的法律效力^{[11][12]59[13]102}。在国际法上,由于国家的行为须通过具体的机关、个人或实体加以实施,任何国家机关的行为、行使政府权力要素的个人或实体的行为等都可以归因于国家。这些机关、个人或实体依据国内法赋予的职权所行之事,依据国际法均被视为该国国家行为,如果其行为违反了国际法,则构成一国的国际不法行为。因此,在一般法意义上,国家行为是指所有国家机关的行为及其委托私人(机构、实体)的行为。这是广义上的国家行为。

2. 救济法意义上的国家行为,是为确定法院管辖范围而规定的术语或提出的学说。在我国,继《行政诉讼法》出现国家行为概念后,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号,2000年发布,既已失效)第2条规定,《行政诉讼法》第12条第1项规定的国家行为,是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经《宪法》和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。这里,国家行为指的是外交、国防等行为,根据现行法律规定,均不受法院管辖,不属于法院的受案范围。国外与我国救济法意义上的国家行为类似的概念,在法国称为“政府行为”或“政治行为”,在美国称为“政治行为”或“政治问题”,在英国称为“国家行为”,在日本称为“统治行为”。美国《联邦行政程序法》认为性质不适宜司法审查的事项,包括“(1)外交和国防;(2)军队内部管理或其它行政机关纯属内部的问题;(3)总统任命高级助手和顾问;(4)国家安全;(5)追诉职能”等。其中国家安全行为即用括号加注的形式,明文排除了“驱逐出境或拒绝入境等小范围安全”问题,认为不能豁免司法审查。

在国际法上,国家行为理论是指一国制定的法令或在其领域内实施的官方行为,他国法院应当承认其行为的效力,不得就其有效性进行审判。国家行为原则最初起源于17世纪英国布拉德菲尔德案(Blad v. Bamfield)。在该案中,查斯勒公爵认为,谈论英国法官是否有权决定丹麦国王在其自己的领土内授予其公民的专利许可行为是否合法的问题,是“荒谬的和不合理的”。^②其后,通过英美国家法院的司法判例发展,国家行为原则逐渐得到确立,并对普通法系的司法实践产生重要影响。^③因此,在救济法的意义上,国家行为指的是一种排除了本国法院或者外国法院管辖权的行为。这是狭义上的国家行为。

(三) 判定标准

由上可见,行政法上的驱逐出境当然属于一般法意义上的国家行为,但是否属于救济法意义上的国家行为,则需要首先厘定何谓救济法意义上的国家行为。一些学者认为,对于救济法上的国家行为需作下列理解。第一,从行为主体看,虽然立法机关、司法机关等也可以进行国家行为,但这里要排除

^①《香港特别行政区基本法》第19条第3款规定,特别行政区法院“对国防、外交等国家行为无管辖权”。《澳门特别行政区基本法》亦采取相同表述。

^②参见 Blad v. Bamfield, 36 Eng. Rep. 992 (Ch. 1674)。

^③参见安德希尔诉赫尔南德兹案(Underhill v. Hernandez)、古巴国有银行诉萨巴蒂诺案(Baneo Nacional de Cuba v. Sabbatino)等。

的显然是行政机关所进行的国家行为。中央军事委员会在宪法上属于军事指挥机关,它是国家名义实施的涉及国家主权或重大国家利益的具有政治意义的行为,容易与行政机关进行的国家行为相混淆,所以这里也作明确排除。另外,行政机关中能够实施国家行为的只能是国务院、国防部、外交部以及特殊情况下的国务院部委。第二,从行为性质看,国家行为是以政治上的利益为目的涉及国家主权运用或重大国家利益的行为,包括:(1)国防行为,指对外宣战、宣布战争状态、设立军事禁区等行为;(2)外交行为,指与他国建交、断交、签订协定等行为;(3)其他行为,包括宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为^[14-17]。

可以发现,行政法上的驱逐出境属于一般法意义上的国家行为,并非属于救济法意义上的国家行为。理由如下:从驱逐出境的决定和执行主体看,分别是公安部、国家安全部及其委托的地方公安、安全机关,针对对象是违反治安管理、出入境管理行为、间谍行为、未经批准从事地震监测行为、擅自组织测绘行为、违反境外非政府组织境内活动管理行为,情节严重但尚未构成犯罪的外国人;从行为的高度政治性看,驱逐出境的实施,只是涉及一定程度国家安全和公共管理秩序,对象是普通外国人,并不涉及对方国家主权或重大国家利益且必然引起被驱逐人所属国强烈反响。因此,倘若以行政法上的驱逐出境属于救济法上的国家行为为由限制外国人获得救济的权利,似乎缺乏足够的理论支撑。

根据以上分析,外交领域中的驱逐外交官出境的行为既属于一般法意义上的国家行为,又属于救济法意义上的国家行为,根据国际法可以豁免司法审查,外国人在接受国不享有获得法律救济的权利。新出台的《反外国制裁法》第6条规定,国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工,对符合该法规定的个人、组织,根据实际情况决定采取驱逐出境等反制措施。因为外国违反国际法和国际关系基本准则,以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压,对我国公民、组织采取歧视性限制措施,干涉我国内政,均不是单纯的个人行为或者商业行为,而是其国家行为;针对对我国实施的所谓制裁行为,我国有权对被反制裁的个人或者组织采取相应反制措施,反制的主体也是国家。因此,这里的驱逐出境,既属于一般法意义上的驱逐出境,又属于救济法意义上的国家行为。该法第7条规定,“国务院有关部门作出的(驱逐出境等)决定为最终决定”具有正当性。如果将行政法上特别是移民法上的驱逐出境与外交性质的驱逐出境行为混淆,则不免得出错误的认知。这是我们探讨行政法上驱逐出境救济首先必须建构的共识。

三、驱逐出境救济的比较考察

法谚云:无救济即无权利。如果没有权利的救济,无论其他权利在法律上规定得如何详尽和完备,都可能失去意义,也谈不上保障。各国学界普遍承认,外国人属于宪法权利的特殊主体,一般而言,应当享受与本国入同等的救济权利^{[13]79-84}。这可以从国际法和国内法两个层面分别得到印证。在国际法层面,《世界人权宣言》第10条规定:“每个人都有完全平等的权利得到一个独立、无偏倚的审判机构的公正、公开的审理,以确定他的权利、义务,判决对他提出的任何刑事指控。”这些原则在1966年《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款中又得到重申。现如今,直接规定外国人遭受驱逐出境时享有申请复审权利的国际公约,有《公民权利和政治权利国际公约》第13条和《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条规定。在国内法层面,各国将国际人权法中所蕴含的普遍人权观念纳入了宪法之中,为国家平等保护本国公民与外国人的权利奠定了坚实的宪法基础。法律则除了规定各种具体权利,还规定权利获得救济的条款。根据德国《基本法》第19条之4的规定,联邦宪法法院有权审查联邦立法和行政权力,保护个人权利;任何人(包括外国人)的权利遭到公共权力的侵犯,都可以求助于法院。日本《宪法》第23条规定,国民有向日本法院提起诉讼,要求司法救济的权利。这种宪法上之诉讼

权保障,在实务上均肯定及于外国人。^①

尽管国际法和国内法一致肯认外国人原则上享有平等的救济权利,但具体到行政法上的驱逐出境,各国赋予外国人救济权利的范围并不完全相同,这主要可以从行政复议、司法审查、人身保护令和个人申诉机制四个方面加以比较考察。

(一) 行政复议

实定法的考察表明,大多数国家普遍赋予外国人针对驱逐出境申请行政救济的权利,但具体方式和程度略有差别。如日本《入出国管理暨难民认定法》对外国人驱逐出境案件的审理有所谓“三审制”之称,即入境审查官(实际由主任审查官决定)的审理、特别审查官的口头审理和法务大臣的书面审理。其中特别审查官的口头审理(第一级复议)和法务大臣的书面审理(第二级复议)属于行政复议的范畴^{[18][22]}。其特点是:受案范围不设限制,实行两级行政复议,复议主体包括特别审查官和法务大臣。根据美国移民法,对外国人驱逐出境的行政救济区分了三种情形:一般情况下,实行两级复审,复审主体分别为移民上诉委员会和司法部长;符合快速递解庇护情形的,实行一级复审,由移民法官担任复审;进入快速递解程序,但不具有庇护情形的,没有申请复审的权利。^②其特点是:部分限制行政救济,但复审主体独立性强,有利于外国人权利的保护。加拿大《移民与难民保护法》规定,对于移民庭签发遣返令的裁定,当事人和主管部长均可以向移民上诉庭提出上诉。此外还规定有遣返前风险评估程序,对于最终裁定遣返的,被遣返人可以向移民部长申请遣返前风险评估,根据评估结果执行遣返、给予难民身份或者暂停遣返^[19]。这体现了加拿大移民法的鲜明特征,虽有利于保护外国人的权利,但也造成案件稽延时日、行政效率低下。

(二) 司法审查

司法审查是纠正违法行政行为的基本措施,是贯彻法治原则的根本保障。在法治国家,人们对行政行为接受司法审查的正当性从未提出过疑义,问题只在于司法审查适用的范围宽窄和密度大小而已。学者认为,“如果公共机关在作出决定之前,事先知道已排除了法院的管辖权,那么这给公共决定者一个明显的信号:它们可以自我运作,而不必担心以后法院会进行干预。果真如此,在理论上,等同于为独裁权力的可能出现打开了一个通道”^[20]。因此,司法审查在权利保护过程中,受到各国普遍重视并广泛付诸实践。英美法系国家大量存在对驱逐出境实行司法审查的法律规定和司法判例。如加拿大《移民与难民保护法》规定,对于移民上诉庭的裁定、遣返前风险评估结论的裁定,当事人和主管部长均可以向联邦法院申请司法审查。主管部长也可以对移民上诉庭的裁定向联邦法院申请司法审查,直至上诉至加拿大最高法院^[19]。在美国,一般认为,对遣返案件的司法审查属于宪法内在的要求^[21]。主要分为两类:一类是对快速递解案件,一般认为排除了司法审查;另一类是对普通遣返案件,一般认为可以进行司法审查。适用普通遣返程序的外国人,经移民法官决定遣返后,不服者可以循法院救济体系上诉至巡回上诉法院及联邦最高法院^[22]。在大陆法系国家,对驱逐出境亦实行司法审查。日本法院普遍承认,外国人对违法的强制出境处分,有权依据日本宪法第13条的规定向法院提起诉讼,请求司法救济。由于对外国人作出的强制出境决定具有行政处分属性,实践中被驱逐出境的外国人经常依

^①如日本最高裁判所的“马克林案判决”“凯瑟琳案判决”等,针对入国管理部门的签证和居留许可事项提起诉讼的一方当事人均为外国人。

^②根据美国1996年《非法移民改革与移民责任法》之快速递解程序条款的规定,凡经查验发现,企图以伪造、变造证件、虚假陈述或未持有效证件进入美国的外国人,如果提出庇护申请,并有令人相信其如被遣返回国之后可能遭受迫害,该申请将被移交给庇护官员审查受迫害的可能是否存在;如果未提出庇护申请,将由移民官决定是否快速递解。倘若庇护官员认定被拒绝入境的外国人不存在受迫害的可能,即可决定快速递解,但被拒绝入境的外国人仍可以请求移民法官审查。若移民法官认定其不存在受迫害可能,被拒绝入境的外国人即不得提起上诉。

照《行政事件诉讼法》的规定,提起行政诉讼^{[18]240}。在德国,联邦行政法院认为,移民局不应当轻率地行使将犯罪外国人驱逐出境的裁量权,而必须考虑到其他一些因素^[23]。在 Belgacem 案中,法国最高行政法院认为,移民局的驱逐出境决定违背了比例原则^[24]。这些都是法院对驱逐出境提供救济的例证。但个别国家亦有立法在一定范围内不保障外国人诉权的反例,如根据《瑞士联邦司法法》第100条的规定,国防行为、外交行为、对移民管制的拒绝、限制或者禁止入境的决定等行为都被排除在行政诉讼的受案范围之外。

(三) 人身保护令

人身保护令(Writ of Habeas Corpus)是一项发端于英国的古老宪政制度,至今在英美法系国家中仍然发挥着重要作用。人身保护令不属于司法审查,但对人身自由的保护不因其他救济的并存而被拒绝。这是为了给人身自由提供一种更为全面的保护,即使有过分保护之嫌也在所不惜。尽管有英国学者认为,人身保护令这种迟钝的救济手段已经随着司法审查逐渐发展成为一种更为灵活的救济手段而日渐式微。然而,不可否认的是,人身保护令在英美法系国家中仍然发挥着重要作用。美国继承了英国普通法上人身自由受到非法拘禁的人可以申请法院发出人身保护令的传统,并已由成文法所规定。美国《宪法》第1条第9款第2项规定:“人身保护令状之特权不得被中止,除非在内乱或外患之中公共安全要求其停止。”外国人的国籍身份并不构成人身保护令的例外^[25]。在人身保护令的发源地英格兰,人身保护令并不局限于臣民;而在美国,人身保护令也不局限于国民。英国丹宁勋爵指出,驱逐出境案件是“人身保护令发挥最大(作用)的领域之一”,正在等候被驱逐出境或者因移民法的规定而被关押的人,可以申请人身保护令^[26]。美国1996年《反恐和有效死刑法》(AEDPA)和《非法移民改革与移民责任法》(IIRIRA)一度对法院基于人身保护令审查逮捕、羁押与递解外国人合法性的传统功能提出了挑战,但时下美国的法官和学者已经倾向回归持驱逐出境案件依然适用人身保护令的立场^[27]。

(四) 个人申诉机制

个人申诉机制是个人对国家侵犯其人权而向有关国际人权机构投诉的制度,即条约缔约国管辖下的个人,如果声称其在条约规定下的任何权利受到该国的侵害,要书面请求条约人权机构对该侵害事项进行审查^[28]。联合国人权保护框架下的全球性申诉机制,反映了国际社会对个人申诉机制的共同认识。如《公民权利和政治权利国际公约》第一任择议定书第1条和第2条规定对个人申诉机制作了原则规定。^①个人申诉机制取决于公约缔约国是否另行接受才能发生效力。对接受个人申诉机制的缔约国而言,如果当事人申诉失败,则意味着处理合法合理;如果当事人申诉成功,则说明确实存在侵权,但对人权条约机构的意见,缔约国可以选择接受或者不接受。从实践来看,只有少数缔约国选择不接受人权条约机构的意见,因为这将承担很大的道义压力。借助国际上的个人申诉机制,有助于推动缔约国强化人权保障目标的实现^[29]。人权事务委员会审理的众多案件表明,驱逐出境是人权事务委员会关注的重要领域之一,其作出的判例是各国驱逐出境立法、执法和司法工作中不得不考虑的因素。在哈梅尔诉马达加斯加驱逐案中,人权事务委员会审理认为,驱逐国必须给予被驱逐者充分的救济驱逐的权利,包括由主管机关审理其案件,以使其基于《公民权利和政治权利国际公约》第13条享有的驱逐出境抗辩程序权在所有情况下都是有效的。欧洲、非洲和美洲等区域人权条约还建立了超越初步阶段的个人申诉机制,其对被驱逐出境外国人的权利更具有补救性,一定程度上弥补了全球性个人申诉机制的局限性。

综合以上可见,各国赋予驱逐出境行政救济和司法审查的相对普遍,人身保护令和个人申诉机制

^①《公民权利和政治权利国际公约》第一任择议定书第2条规定:“以不违反第1条的规定为限,凡声称其在公约规定下的任何权利遭受侵害的个人,如对可以运用的国内补救办法,悉已援用无遗,得向委员会书面提出申请,由委员会审查。”

则因国而异,完全剥夺外国人救济权利的立法例则比较鲜见。这是我国引领全人类共同价值、日益走近世界舞台中央背景下,探讨寻求完善驱逐出境救济制度的重要参照。

四、驱逐出境救济妥当性检视

反观我国,检视行政法上驱逐出境救济的现行法律规定是否妥当,可以从善意履行国际义务原则、权利保护原则和法制统一原则三个维度综合考量。

(一) 善意履行国际义务原则

“契约必须遵守”是放诸四海的法理。国际条约是国家之间的契约,是否履行条约义务涉及国家信誉问题,具有道德效力;不仅如此,国际条约还有事实上的约束力,一国如果不遵守条约,就会遭到国际社会的谴责,甚至制裁。各主权国家虽然有权对外国人救济权利进行限制,但不能突破本国所承担国际义务的底线。我国是《公民权利和政治权利国际公约》签署国,并正在为早日批准该公约创造条件。根据国际条约法上的善意履行国际义务原则,应该善意对待已签署条约的有关规定,特别是尊重该条约的宗旨和原则^[30]。该公约第14条第1款明确规定:“所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时,人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。”这里的“所有的人”包括外国人。我国《出境入境管理法》规定的驱逐出境决定为最终决定和该公约“获得公正审判的权利”要求似存在一定差距。此外,一概剥夺遭受驱逐出境的外国人申请行政复议和提起行政诉讼的权利,还有背离该公约“保护外侨免受任意驱逐”条款的可能。该公约第13条规定:“合法处在本公约缔约国领土内的外侨,只有按照依法作出的决定才可以被驱逐出境,并且,除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下,应准予提出反对驱逐出境的理由和使他的案件得到合格当局或由合格当局特别指定的一人或数人的复审,并为此目的而请人作代表。”申言之,该公约虽未完全禁止缔约国剥夺驱逐出境的救济权利,但仅存在两种限制救济的正当理由,可供参酌。

1. 非法处在一国领土内。外国人是否合法处在一国领土内,是拟被驱逐的外国人是否享有获得复审权利的前提条件。联合国人权事务委员会认为,“在确定此项保护的范畴时,必须考虑到有关入境和居留条件的国内法,居留超过法定期限或其入境许可所准许的居留期限的非法入境者和外国人尤其不受其条款的保护”。^①人权事务委员会的这个意见为我们确定外国人是否“合法”处在一国领土内提供了一个标准。因此,判断标准应该基于外国人居留资格的合法性。非法居留包括两种情形:一是非法入境、非法居留。非法入境是一种持续性的违法行为,包括持用伪造、变造、骗取的证件入境,冒用他人证件入境,逃避出境入境边防检查,或者以其他方式非法入境,其结果必然造成事实上的非法居留,使其成为非法处在一国领土内的外国人。二是合法入境、非法居留。此处的非法居留,是指超过签证、停留居留证件规定的停留居留期限停留居留、超过临时入境手续规定的期限停留、免办签证入境的外国人超过免签期限停留以及其他非法居留的情形。^②职是之故,“合法处在一国领土内”的外侨,既不包括非法入境、非法居留的外国人,也不包括合法入境、非法居留的外国人,不赋予其申请复审权利不违背公约第13条的规定。

2. 国家安全的紧迫原因。《公民权利和政治权利国际公约》第13条赋予了本公约缔约国境内合法

^①参见1986年联合国人权事务委员会第15号一般性意见:ICCPR 公约规定的外侨地位。

^②有学者认为,外国人一旦违反《出境入境管理法》,就意味着该人已经失去了“合法”处于我国境内的身份,因此,《出境入境管理法》不允许“非法处于境内”的外国人享有《公民权利和政治权利国际公约》规定的获得复审的权利,并不与公约的规定相违背。这种理解似乎过分扩大了“非法处在一国领土内”的适用范围,值得商榷。

居留之外国人被驱逐请求复审的权利,但是也多了一项条件的限制,即不与“国家安全的紧迫原因”相对立。联合国人权事务委员会认为,一个国家只有在整个国家遭受严重的政治或军事威胁的情况下才可以援引“国家安全”条款。此外,“紧迫原因”这一表述暗示“这一例外条款的适用范围非常有限。危险的间谍、特务或恐怖主义分子即使在没有上诉的情况下也可以根据这一例外条款被驱逐出境”。从哈梅尔案和吉瑞案来看,人权事务委员会在对“国家安全的紧迫原因”进行解释时,采取了相对严格的标准^[31]。国家安全是国际人权公约和地区性国际人权条约常见的一种例外。如《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条规定,除司法当局作出最终判决的情况外,当事人应有权提出其不应被驱逐的理由,并由有关当局对其案件进行复审,除因国家安全的重大理由另有规定外。《欧洲人权公约》第七附加议定书第1条没有采用“紧迫原因”这一措辞,而是在国家安全之后增加了范围更广的“公共秩序”这一理由,使外国人获得救济的前提条件更加苛刻。因此,我国如按照《公民权利和政治权利国际公约》第13条的要求,以“国家安全的紧迫原因”剥夺外国人申请复审的权利不违背公约的规定。

(二) 权利保护原则

人权发展的基本规律表现为人权主体由个人到集体,再到人类整体;人权内容由单一到多元,再到全面系统;人权保障由唯我的国家视野到容他的国际视野,再到整体的全球视野,最终都指向人类命运共同体人权观^[32]。外国人权利保护的课题,对任何一个现代国家而言无不复杂且敏感,任重道远,其核心要旨在于主权与人权的和谐化。关于人权保障的范围和程度,符合国际法义务只是底线,国内法应当追求更高的法治标准。随着全面依法治国方略的推进,我国对行政法上驱逐出境的法治要求越来越高,客观上需要浸润人权保障理念,将其纳入行政复议和行政诉讼的受案范围,并不断加大司法(准司法)审查密度。

首先,权利保护原则是现代法治的基本追求,因此也是行使驱逐出境权力应当恪守的基本原则。第二次世界大战以后,向来被认为纯粹是各国国内问题的人权问题,被高度认为是攸关全体国际社会的问题^{[12]22}。联合国将“促进国际合作,以解决国际属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题,且不分种族、性别、语言或宗教,增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”奉为宗旨,明确重申基本人权、人格尊严与价值以及平等权利之信念。随着人类社会进步,人权保障条款在全球范围内越来越受到重视,并且越来越具体和细致。保护处于一国领土内本国公民和外国人的合法权益,是世界各国通行的做法,也是衡量一国法治水平的重要指标。我国《宪法》对外国人权利的规定出现在“总纲”部分。《宪法》第32条第1款规定:“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益,在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。”这里所指的“合法权利和利益,是指符合中国的法律和世界公认的国际法律准则即公认的国际惯例的各种权利和义务”^[33]。因此,我国《宪法》对外国人的保护,采用原则规定的方式。^①虽然中国《宪法》只对外国人权利作了原则性的总体规定,但是外国人权利在中国的许多立法中均有具体规定。中国现行有效的280余部法律中,有30余部包含了专门规定外国人权利的条款。

其次,平等保护外国人救济权利,是权利保护原则题中应有之义。外国人是否享有宪法保护的权力?何种程度享有宪法保护的权力?论及此一问题的我国学者多持“权利性质说”,认为宪法有关基本权利保障的规定,虽然原则上适用于外国人,然而其适用的范围同样也要视各种宪法权利的性质而

^①2004年的《宪法修正案》在第33条增加了“国家尊重和保障人权”的规定。有的学者认为,“人权入宪”意味着中国宪法中的基本权利主体已经从“公民”扩展到中国领土内的“每一个人”。但是,仔细考察宪法文本,可以发现《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”,规定的主体都是“中华人民共和国公民”,即具有中华人民共和国国籍的人所享有的基本权利。无论从章节名称,还是该条款的上下文都无法推论出这里的“人权”主体突破了“公民”的界限,因而难以将“人权条款”直接适用于外国人。

定^[34]。这与国际主流观点基本合拍,即外国人可以成为人权的主体,但是不能享有政治权利和完整的经济权利,获得救济的权利则是同等享有。我国《行政复议法》第41条规定外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国境内申请行政复议,适用本法。《行政诉讼法》第70条也规定外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,适用本法。《行政复议法》《行政诉讼法》的实施,为合法权益受到侵害的外国人提供了与中国公民同等的法律救济保护。同时,立法并不排除其他法律作出限制救济的例外规定,这既可以针对特定事项,又可以针对特定人员。正如古德温-吉尔注意到的:“非国民可能还会发现,他们的程序权利因为一些据说是与他们地位不可分的区分而减少了。”^[35]但是,如果要在驱逐出境事项上限制外国人获得救济的权利,则需要证成那属于“合理的差别”,符合“相同情况相同对待,不同情况不同对待”。这在各国都要求通过相对严格的审查基准,或者不违背比例原则。

最后,权利保护包括对中国公民权利的保护,中国公民对驱逐出境具有反射利益。《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”对中国公民在海外的利益保护提供了直接依据,2004年《宪法修正案》中增加的“国家尊重和保障人权”条款,为中国公民在海外的利益保护强化了原则规定。同时,对等原则是国际法基本准则之一,并在各国的实践尤其是移民法中直接得到体现。如我国《出境入境管理法》第7条第2款规定,外国政府对我国公民出境入境管理有特别规定的,中国政府可以采取对等措施。可以想象,其他国家也有可能根据我国驱逐出境立法的限制条款实施对等原则,对中国公民在该国的救济进行立法、司法、执法上的严格限制,将来走出国门的千千万万中国公民由此可能处于遭受对方国家报复、丧失获得相应救济权利的危险境地。此外,在将中国公民的外国籍配偶、父母、未成年子女驱逐出境时,中国公民显然存在反射利益,比如其受宪法、法律保护的婚姻家庭权也间接受到了影响。在我国,《宪法》第49条第1款对婚姻进行一般性保护,且与家庭保护构建在同一条款中^[36]。《民法典》第1041条第1款强调,婚姻家庭受国家保护。这与《世界人权宣言》等国际人权公约保障婚姻家庭权的旨趣恰相吻合。

(三) 法制统一原则

宪法和立法法均将保障社会主义法制统一规定为一项基本原则,要求保持社会主义法律体系内部关系的和谐一致^[37]。目前,我国行政法上驱逐出境救济存在的问题主要是以下几个方面。

1. 标准不统一,造成适用争议。一是《治安管理处罚法》第102条规定,被处罚人对治安管理处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼;《反间谍法》第35条规定,当事人对行政处罚决定、行政强制措施决定不服的,可以自接到决定书之日起60日内,向作出决定的上一级机关申请复议;对复议决定不服的,可以自接到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼。其中的治安管理处罚决定、行政处罚决定是否涵盖驱逐出境?二是《防震减灾法》《测绘法》《境外非政府组织境内活动管理法》对驱逐出境的救济未作规定,但驱逐出境均规定在“法律责任”章,而《行政复议法》规定“外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国境内申请行政复议,适用本法”,《行政诉讼法》规定“外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,适用本法”。那么,是否可以按照“特别法没有规定的,适用一般法的规定”规则,允许针对驱逐出境申请行政复议或者提起行政诉讼?目前以上两种情形虽均未得到司法实践验证,但显然立法时与《出境入境管理法》明文限制的考量并不完全一致。

2. 前后不协调,造成理解偏差。针对《出境入境管理法》的驱逐出境条款,立法机关解释道,《出境入境管理法》规定的驱逐出境对外国人权益有较大影响,法律后果比较严重,处理起来应非常谨慎,由公安部决定是适宜的^[38]。但是,立法机关却没有对为何剥夺驱逐出境的救济作出合理解释。那么,在《出境入境管理法》之前制定的《治安管理处罚法》为什么要给予概括性救济?并且,之后制定的《反间谍法》《测绘法》《境外非政府组织境内活动管理法》等3部法律中有的继续给予概括性救济,而有的则对救济条款付诸阙如。通常认为,对于越是侵益性强的行政行为,除了收高决定权限进行程序控制,更

应当赋予更加完全的申请救济权利,以保持行政权力与相对人权利之间的平衡。这就出现了悖论。事实上,何种行政违法行为危害更大,更应适用驱逐出境,在这6部法律当中殊难比较。现行其他280多部法律中,还有没有相对比较严重的行政违法行为和违背公序良俗行为需要适用驱逐出境?答案应该是肯定的。2020年9月,美国人鲍某某在华期间违反律师执业管理有关法律法规,情节严重,北京市司法局依法吊销其律师执业证书,公安部决定对其驱逐出境,并由山东省烟台市公安局依法执行。尽管现有证据不能证实鲍某某的行为构成性侵犯罪,但鲍某某明知其本人和韩某某的情况都不符合相关法律规定的收养和被收养条件,且在自认为韩某某系未成年人的情况下,仍以“收养”为名与韩某某交往且与其发生性关系,严重违背社会伦理道德和公序良俗,这也构成其被处驱逐出境的一个重要考量^[39]。

3. 上下相抵触,造成法律冲突。《公安机关办理行政案件程序规定》第251条规定将依照《治安管理处罚法》作出的驱逐出境决定权限收高到公安部,同时剥夺了外国人申请行政复议和提起行政诉讼的权利。^①查阅《治安管理处罚法》全文,该法并没有规定驱逐出境为最终决定的条款,根据该法作出的驱逐出境不属于“法律规定由行政机关最终裁决的行政行为”。《立法法》第80条规定,没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。因此,按照“上位法优于下位法”的规则,《公安机关办理行政案件程序规定》的规定由于与属于上位法的《治安管理处罚法》抵触自始无效;被驱逐出境的外国人仍然可以根据《治安管理处罚法》第102条“被处罚人对治安管理处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”的规定获得法律救济。由于实践中此类案例极为少见,上述学理推断尚待司法实践验证。

五、驱逐出境救济的改革路径

当前,世界百年未有之大变局加速演进,置身“移民时代”^[40],中国正在由传统的移民输出国家迈向新兴的移民输入国家,外国人管理任务日益繁重复杂。作为致力于推动构建人类命运共同体的开放、自信、负责任大国,面对行政法上驱逐出境的逻辑失洽和价值张力,我国自应作出符合人权理念和国际法要求、顺应法治发展潮流且切合自身国情的理论回应,并呈现在相应的立法表达和执法实务当中。

尽管联合国没有对何谓“驱逐”作出定义,但人权事务委员会在其就《公民权利和政治权利国际公约》第13条所发表的一般性意见中明确指出:“这种保障涉及对外侨各种形式的‘强制性离境’的做法,而不管这种做法在国内法是如何描述的。《公约》第13条平等地适用于所有形式的强制离境、驱逐出境、流放等。”^②申而言之,在我国,公约意义上的“驱逐”所在多有,行政法上的驱逐出境面临着“内外夹攻”的现实情势。于行政法体系内,《出境入境管理法》第20条规定的强制返回、《出境入境管理法》第64条和《境外非政府组织境内活动管理法》第50条规定的遣送出境^③,均与行政法上的驱逐出境具有同种效果,但法上对强制返回没有限制救济,对《出境入境管理法》的遣送出境则规定复议终局。^④

①《公安机关办理行政案件程序规定》第251条规定,外国人违反治安管理或者出境入境管理,情节严重,尚不构成犯罪的,承办的公安机关可以层报公安部处以驱逐出境,公安部作出的驱逐出境决定为最终决定。

②参见联合国人权事务委员会一般性意见第15/27号第9节。

③遣送出境一般被认为属于行政强制措施,其与驱逐出境在适用对象、情形、后果、救济等方面在实定法上均有区别,但同样归入《公民权利和政治权利国际公约》第13条“驱逐”的范畴,因此具有共性。

④《出境入境管理法》第64条规定,外国人对遣送出境措施不服的,可以依法申请行政复议,该行政复议决定为最终决定。对此,有的学者认为外国人有权对遣送决定申请行政复议,但无权提起行政诉讼;有的则认为既可以申请行政复议,也可以提起行政诉讼,只不过如果申请行政复议,则复议决定为终局决定。

6部法律同时规定的限期出境(限期离境),虽不具有物理上的强制性,但均定位为行政处罚,全部没有救济的限制。于行政法体系外,《刑法》第35条规定对于犯罪的外国人,可以独立适用或者附加适用驱逐出境。这种刑法上的驱逐出境与行政法上的驱逐出境具有同种功能,已有学者提出了将其“限缩适用于永久居留外国人”^[41]“去刑罚化”^[42]“定位为保安处分”^[43]等主张。

职是之故,在如何完善行政法上驱逐出境救济制度的议题上,并非只需删除《出境入境管理法》第81条第2款中“公安部的处罚决定是最终决定”这一限制性条款那么简单。如何在数者之间妥当制度安排并取得协调一致,不仅关乎人权保障、法制统一,而且关乎国际义务、国家形象。党中央聚焦坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化的重大问题^[44],在2018年党和国家机构改革时决定组建国家移民管理局,负责全国移民管理工作,并强调坚持优化协同高效原则,一件事情原则上由一个部门负责、由一个部门统筹。因此,按照机构改革的要求,行政法上的驱逐出境亦应实行由一个部门统筹负责原则,避免政出多门、权力交叉、职责不明。在许多国家,不管以何种名义出现的驱逐出境权力通常集中归于移民管理机构(有的由法院决定),并通过信息共享和人员移交加强部门协同联动,共同维护国家利益和公共秩序。

笔者认为,完善行政法上驱逐出境之救济,首先应由立法机关采取“打包修法”,对行政法上的驱逐出境职权配置进行一揽子改革,使得救济的指向更加聚焦。

第一,《刑法》第35条规定的驱逐出境条文不作修改,但需要最高人民法院通过司法解释,规定只能限缩适用于具有永久居留资格的犯罪外国人,以凸显刑罚的惩罚性特征和严重性程度,并为行政法上的驱逐出境、遣送出境留出更具合理性和针对性的空间。今后,将犯罪的永久居留外国人驱逐出境一律由法院根据刑法作出判决(未构成犯罪的永久居留外国人原则上无须驱逐出境)^[41];对停留、居留外国人的遣送出境、驱逐出境,由移民管理机构根据修改后的出境入境管理法决定。

第二,保留并完善《出境入境管理法》中的遣送出境(吸纳本法规定的强制返回)、驱逐出境条款,在适用情形上吸收《防震减灾法》《治安管理处罚法》《反间谍法》《测绘法》《境外非政府组织境内活动管理法》等5部法律的规定,视情列举更多的适用情形并类型化,同时完善概括性“兜底条款”,借此增强法律的明确性、周延性。^①其中,遣送出境适用于具有违法犯罪行为并符合法定情形的停留、居留外国人,由各级移民管理机构作出决定;情节严重的,由国家移民管理局作出驱逐出境决定。^②

第三,删除《防震减灾法》《治安管理处罚法》《反间谍法》《测绘法》《境外非政府组织境内活动管理法》等5部法律规定的驱逐出境、遣送出境条款,其他新出台的行政法律一律不再新增规定驱逐出境、遣送出境条款。今后,构成违法犯罪的停留、居留外国人由主管机关根据职权依法处理后,移交移民管理机构一体裁量,决定是否遣送出境、驱逐出境,推动裁量更加可控、更合比例。这将有利于改变立法机关近年来不断在行政法律规范中增设驱逐出境条款(迄今为止已达6部),却依然挂一漏万、应接不暇的局面,并在实务中有效避免多个决定主体、多重裁量标准导致的合理性缺失。

根据优化职能配置和促进法制统一的原则完成“打包修法”之后,探讨我国行政法上驱逐出境之救济始可水到渠成。由于跳脱了国家行为理论的迷思,参照了域外国家立法的经验,消除了诸多法律重复规定的羁绊,拟修订的《出境入境管理法》可以进一步删除对遣送出境的救济限制,允许申请行政

^①《出境入境管理法》第62条第1款第4项规定:违反本法或者其他法律、行政法规需要遣送出境的外国人,可以遣送出境。这实际上已经赋予了决定机关将具有各种违法犯罪情形的外国人遣送出境的裁量权。当然根据法律明确性原则,自有提升改进的空间。

^②各国立法例中,既有规定一个层次强制出境的,也有规定两个甚至三个层次强制出境的。考虑到我国自《外国人入境出境管理法》和《出境入境管理法》以来,均采遣送出境和驱逐出境并行的做法,本文尊重立法传统。这种分类亦使驱逐出境的适用情形、决定机关和救济限制获得了内在统一的契机。

复议、提起行政诉讼;同时调整对驱逐出境的救济规定,允许申请行政复议、提起行政诉讼,但是按照国际人权公约规定具有“国家安全的紧迫原因”(参见前文论述)除外。诚然,允许对行政法上的驱逐出境进行司法(准司法)审查,也有可能影响行政效率、增加行政成本,但必要时法律可以规定行政复议、诉讼期间不停止执行,允许当事人被执行驱逐出境后通过委托办理相关复议、诉讼事宜。将来面对类似新冠肺炎疫情等突发公共卫生事件时,我国移民管理机构对非法入境外国人采取驱逐出境,虽然不能适用“国家安全的紧迫原因”豁免司法审查,但不停止执行足以有效维护国家安全、公共秩序和公共卫生安全。同时,虽然程序上取消了行政决定终局,但移民管理机构根据国际法准则依然在遣送出境、驱逐出境事项上享有较大的行政裁量权,对此法院和复议机关应当给予必要的尊重,保持适当的司法谦抑和行政遵从。

循此进路,冀望在维护国家主权、安全、发展利益和善意履行国际法义务、保护外国人权利之间保持适当的平衡,重构我国行政法上更加合理的驱逐出境救济制度,推动人类命运共同体理念迈向制度化^[45]。

参考文献:

- [1] 威廉·韦德. 行政法[M]. 徐炳,译. 北京:中国大百科全书出版社,1997:227.
- [2] 伊恩·布朗利. 国际公法原理[M]. 曾令良,余敏友,译. 北京:法律出版社,2003:578.
- [3] 联合国移民署. 世界移民报告 2020[EB/OL]. (2019-12-03)[2022-02-01]. <https://worldmigrationreport.iom.int/> 2020.
- [4] 徐祥民. 习近平法治社会治理思想:理念、体系与保障[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版),2021(1):1-7.
- [5] 林艺聪. 行政驱逐出境理论与实务[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2011:17.
- [6] 陈跃涛. 出入境管理行政行为列入行政诉讼受案范围问题初探[C]//公安部出入境管理局,中国人民公安大学. 出入境管理学术论文集:二. 北京:中国人民公安大学出版社,1993:263-270.
- [7] 毛凤平. 出境入境法律法规解释与相应法规摘编[M]. 长春:吉林人民出版社,1994:67.
- [8] 向党. 涉外警务理论研究综述[M]. 北京:群众出版社,1999:308.
- [9] 向党. 2012年《出境入境管理法》的缺陷及完善[C]//刘国福,刘宗坤. 出入境管理法与国际移民. 北京:法律出版社,2013:101-108.
- [10] 陈新民. 行政法学总论[M]. 台北:三民书局,1997:222.
- [11] 林来梵. 从规范宪法到宪法规范——规范宪法学的一种前言[M]. 北京:法律出版社,2001:103.
- [12] 阿部照哉. 宪法:下册[M]. 周宗宪,译. 北京:中国政法大学出版社,2006.
- [13] 芦部信喜. 宪法[M]. 林来梵,凌维慈,龙绚丽,译. 北京:北京大学出版社,2006.
- [14] 胡建森. 行政救济法学[M]. 北京:高等教育出版社,2003:34-35.
- [15] 王贵国. 国家行为学说比较研究[C]//中国国际法学会. 中国国际法年刊:1995. 北京:中国对外翻译出版公司,1996:97-120.
- [16] 胡锦涛,刘飞宇. 论国家行为的判断标准及范围[J]. 中国人民大学学报,2000(1):83-87.
- [17] 陈秀. 国家行为的实证考察与界定研究——以行政法学为视角[J]. 山东科技大学学报(社会科学版),2015(2):27-36.
- [18] 许义宝. 移民法制与人权保障[M]. 台北:台湾警察大学出版社,2017.
- [19] 尤小文. 加拿大遣返非法移民程序简介及改进我国追捕在加逃犯工作的思考[J]. 公安研究,2013(4):71-75.
- [20] 彼得·莱兰,戈登·安东尼. 英国行政法教科书[M]. 杨伟东,译. 北京:北京大学出版社,2007:468.
- [21] LINDA G. How Congress Curtailed the Courts' Jurisdiction[N]. N. Y. Times,1996-10-27(4).
- [22] 郑立民. 美国对非法外国人之收容遣返及司法审查出境管理法制[J]. 警学丛刊,2001(1):50-55.
- [23] M. P. 赛夫. 德国行政法——普通法的分析[M]. 周伟,译. 济南:山东人民出版社,2006:169-170.
- [24] L. 赖维乐·布朗,约翰·S. 贝尔. 法国行政法[M]. 高秦伟,王锴,译. 北京:中国人民大学出版社,2006:276.
- [25] COX A B. Citizenship, Standing, and Immigration Law[J]. California Law Review,2004,92(2):373-423.
- [26] 张越. 英国行政法[M]. 北京:中国法制出版社,2004:697.

- [27] NEUMAN G L. Neuman. Habeas Corpus, Executive Detention, and the Removal of Aliens [J]. *Columbia Law Review*, 1998, 98(4): 961-1067.
- [28] 朱晓青. 论联合国人权国际保护的执行措施 [J]. *法学研究*, 1994(4): 70-77.
- [29] 赵建文. 应接受国际条约中的个人申诉机制 [J]. *环球法律评论*, 2013(2): 37.
- [30] 国际公法学编写组. 国际公法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2018: 95.
- [31] 曼弗雷德·诺瓦克. 人权公约评注 [M]. 毕小青, 孙世彦, 译. 北京: 三联书店, 2004: 230.
- [32] 唐勇, 陈思融. 论人类命运共同体的人权观 [J]. *浙江工商大学学报*, 2020(1): 52-60.
- [33] 全国人大常委会办公厅研究室政治组. 中国宪法精释 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1997: 141.
- [34] 许崇德. 宪法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999: 143.
- [35] 盖伊·S. 古德温—吉尔. 非国民的地位与权利 [C] // 路易斯·亨金. 宪政与权利: 美国宪法的域外影响. 郑戈, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1996: 202.
- [36] 秦奥蕾. 论婚姻保护的立宪目的——兼回应“离婚冷静期”争议 [J]. *法学评论*, 2021(6): 130-140.
- [37] 朱全宝. 法律监督机关的宪法内涵 [J]. *中国法学*, 2022(1): 137-157.
- [38] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室. 中华人民共和国出境入境管理法解读 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2012: 192.
- [39] 最高人民法院. 鲍毓明案结果: 驱逐出境, 处理 12 人! [EB/OL]. (2020-09-17) [2022-04-25]. https://k.sina.com.cn/article_5450040938_144d9066a01900quzr.html.
- [40] CASTLES S, MILLER M J. *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World* [M]. London: Macmillan, 1998: 1.
- [41] 林艺聪. 驱逐出境制度: 类型、标准与整合 [J]. *浙江大学学报(人文社会科学版)*, 2008(2): 100-107.
- [42] 黄风, 杜少尉. 国际法视角下驱逐出境的去刑罚化 [J]. *河南社会科学*, 2019(5): 81-87.
- [43] 晋涛. 刑法中驱逐出境保安处分化的证成 [J]. *法学*, 2019(11): 68-80.
- [44] 齐卫平. 体系与效能: 中国特色社会主义制度的国家治理优势 [J]. *行政论坛*, 2020(1): 5-11.
- [45] 周叶中, 张权. 人类命运共同体的宪法学思考 [J]. *浙江工商大学学报*, 2021(5): 32-42.

Study on Relief of Deportation in Administrative Law

LIN Yicong

(*International School, Zhejiang Police College, Hangzhou 310053, China*)

Abstract: In China, there are six administrative laws regulating the deportation, while each of them has different relief clauses. Deportation is a state action in general legal sense but not state action in legal relief laws. Compared with different countries, deportation can get legal relief through different channels, such as administrative review, judicial review, writ of habeas corpus and individual complaint mechanism. The legal relief of deportation should be considered comprehensively from three principals, the principal of fulfilling international obligations in good faith, the principal of rights protection and the principal of unification of the legal system. It is suggested to keep and improve the repatriation and deportation clause in the Exit and Entry Administration Law, absorb the clauses of repatriation and deportation upon decision in the other five laws. In the future, foreigners who stay or reside in China and have illegal behaviors or crimes should be handed over to the immigration administration department to decide whether to repatriate them or deport them after integral adjudication by the authority according to the laws. The rights of applying for administrative reconsideration and filing an administrative lawsuit will not be limited expect for urgent reasons for national security.

Key words: deportation; state action; administrative relief; integral adjudication; national security



(责任编辑 张伟 郑英龙)