

# 行政驱逐出境

## 理论与实务

The Theory and Practice of  
Administrative Removal

◎林艺聪 著



中国人民公安大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

行政驱逐出境理论与实务 / 林艺聪著. —北京:  
中国人民公安大学出版社, 2011. 8  
ISBN 978 - 7 - 5653 - 0559 - 7

I. ①行… II. ①林… III. ①行政—驱逐出境—研究—中国 IV. ①D922. 14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 169479 号

## 行政驱逐出境理论与实务

林艺聪 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

---

版 次: 2011 年 8 月第 1 版

印 次: 2011 年 8 月第 1 次

印 张: 8.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 207 千字

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0559 - 7

定 价: 28.00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱: [zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安图书分社电话: 010 - 83905672

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换  
版权所有 侵权必究

## 中文摘要

随着全球化进程的不断推进，国与国之间的经济、政治、文化和社会交流日益频繁，各国公民出入境数量逐年增多，年均总数已高达百亿人次。与此同时，由行政驱逐出境引发的行政争议屡见不鲜，甚或影响到一国政府公共政策之形成。综观各国，行政驱逐出境问题多为外国人权益保护议题的集中研究领域，欧美诸国法学者早有大量著述。相比之下，国内学界对外国人人出境管理理论的研究相对薄弱，外国人权益保护的实践亟待理顺观念并实现制度化保护。因此，如何顺应中国加入世界贸易组织的总体形势和建设社会主义法治国家的现实情势，完善行政驱逐出境制度，扩展外国人权益保护维度，树立一个更加开放、负责、自信的大国形象，成为我国理论界和实务部门所共同面临的课题。

本书开篇部分，首先对行政驱逐出境进行了一般性界说。在比较分析驱逐出境的各种定义基础上，着重探讨了行政驱逐出境概念的三个理论价值以及界定行政驱逐出境概念的三个原则，从而明确行政驱逐出境在法理层面上的涵义，即行政驱逐出境是指，一国行政机关依照本国行政法律规定，对符合规定的外国人，采取措施迫使其离开本国领土。本书从纵向层面上论述了行政驱逐出境决定的构成要件和行为性质，从横向层面上论述了行政驱逐出境与刑事驱逐出境的界限等，在横、纵双向视角的结合下对行政驱逐出境概念作了进一步展开。

本书着重论述行政驱逐出境权与外国人权益保护的关系，描述了驱逐出境权的历史、驱逐出境权与主权的的关系、国家对外国人的保护义务等，从而为外国人权益保护议题的展开奠定了正当性基础。本书试图为行政驱逐出境提供现实的规范依据，包括宪

法的依据、法律的依据以及国际法的依据，从而将行政驱逐出境纳入法治轨道。行政驱逐出境与外国人权利保护天然存在紧张。在论证外国人的权利主体地位和宪法的核心保障功能基础上，作者分析了外国人面对行政驱逐出境时保护权益的具体途径，提出应当从实体规定、程序规则和救济途径等方面进行多维度考量。

在行政驱逐出境的实体保护方面，作者着重围绕行政驱逐出境的法定理由论述外国人权益保护问题。作者分析了行政驱逐出境的规范结构，并对规范通常列举的法定理由进行了正当性分析，指出有的列举理由符合正当性要求，有的则否。作者还阐明了行政驱逐出境的阻却情形，包括基于入境自由与居留权的直接阻却，以及基于生命权、婚姻家庭权等的间接阻却，从而印证了行政驱逐出境权并非绝对权力的立场。作者主张在行政驱逐出境的裁量中适用比例原则，以实现对行政驱逐出境的有效控制。

在行政驱逐出境的程序保护方面，尽管行政驱逐出境一般只适用移民法的程序规则，而不适用行政程序法的规定，但正当程序原则仍然对行政驱逐出境的程序正义提出了要求。作者认为移民法对行政驱逐出境的程序规定相对宽松，应逐步走向严格，方符合法治要求。为了深入行政驱逐出境程序的内层，作者具体探讨了在行政驱逐出境程序中居于核心地位的听证程序，探讨了听证主持人与听证公开的几种特殊形态；探讨了行政程序中比较特殊的、作为保障措施的羁押程序，着重探讨了行政机关作为决定主体的正当性和法院介入羁押程序的问题，并对如何从划分羁押类型、限定最长期限、采取替代措施等方面对无限期羁押进行控制等进行了商榷。

在行政驱逐出境的救济保护方面，作者首先论述了行政驱逐出境的行政救济，介绍了行政救济的三种模式，概括了行政救济的特殊性以及行政救济的新近学术评价，指出对行政救济的特殊规定，往往招致批评意见；其次，作者肯定了对行政驱逐出境

进行司法审查的假定和立法规定，回顾了主张排除司法审查的相关理论基础以及晚近关于司法审查的发展，提出对于排除司法审查应十分慎重；最后，作者论述了行政驱逐出境的人身保护令救济，分析了英美法系人身保护令的适用及其例外，并以美国 1996 年移民法为例探讨了法院对人身保护令的适用情况，并得出英美法系基本上没有排除行政驱逐出境的人身保护令救济的结论。作者认为，行政驱逐出境的救济制度设计，必须统筹兼顾，综合考虑，确保有效救济。

作者最后返观了中国行政驱逐出境问题。首先分析了我国行政驱逐出境面临的“人权保护国际化”和“人权入宪”的背景，厘清了行政驱逐出境与国家行为理论之间的关系，明晰了行政驱逐出境应当立足的价值定位；其次，通过引入永久居留者作为标准，重新划分了行政驱逐出境与刑事驱逐出境的界限，并立足我国语境对行政驱逐出境的具体形态进行了整合；最后，作者提出了完善我国行政驱逐出境的具体建议，包括合理规定行政驱逐出境的理由、引入行政裁量基准、导入听证程序和建立待遣羁押程序、明确行政救济途径、增设救济期间停止执行条款以及建立违宪审查制度等。当然，文章对完善我国行政驱逐出境制度的诸多建议均源自外国人权益保护的理念。

**关键词：**行政法；驱逐出境；外国人；权益；保护

## Abstract

With the boost of the process of globalization, economic, political, cultural and social exchanges have become increasingly frequent, and there has been an increase in the number in immigration and the people's annual income of immigration has reached as much as tens of billions of dollars. In the meanwhile, the administrative disputes caused by administrative removal are frequently seen. Making a comprehensive view of various countries, the problem of administrative removal, which the jurists in Europe and America have well examined, is focused on the area of the topic of the protection of aliens. In contrast, the academic world in our country is relatively weak in the research into theories of exit and entry administration, and the practice of the protection of aliens needs to be rationalized and strengthened promptly. How to comply with the general situation of China's entry into the WTO and the realities of China' constructing a socialistic country under the rule of law, perfect the administrative removal system and strengthen the protection of aliens, build a more open, responsible, confident image of great power has become a question of discussion faced by theoretical and practical fields.

First the beginning part of this article makes a general definition of administrative removal. By comparing all kinds of definitions of removal, the article pays emphases on the three theoretical values of administrative removal and the three principles of defining administrative removal, thus further clarifying the connotative meaning of administrative removal from the legal principle, namely that administrative removal is the process of removing a person who does not qualify for admission to a

particular Country or Territory performed by its administrative department according to administrative law. Then this article deals with the essential conditions and action natures on the vertical level, and limit between administrative removal and criminal removal on horizontal level, therewith expanding the concept of administrative removal.

This article stresses the relation between administrative removal and the protection of aliens, describes the history of the right of removal, the relation between the right of removal and sovereignty, the country's duty of the protection of aliens and so on, all of which establish the basis of legitimacy for probing into issue of aliens protection. Then this article attempts to provide realistic norm basis for administrative removal, including the basis of constitution, internal law and international law, for the sake of bringing it into the line with rule by law. In addition, this article also touches upon the strained relation between the right of administrative removal and the protection of the rights of aliens. On the basis of demonstrating the subject status of aliens' rights and the nucleus guarantee function of constitution, this article analyses the specific ways of aliens' protection during the course of administrative removal, and maintains that in order to protect aliens more efficiently, it should be considered on multi-dimension, such as substantial prescription, procedural rule and relief approach:

In terms of substantial protection of administrative removal, this article deals with the issue of the protection of aliens surrounding the argument on legal reasons of administrative removal. This article analyses the normative structure of administrative removal, and then points out that some reasons qualify for requirement of legitimacy while others do not. Moreover, this article also elucidates stop reasons of administrative removal, including direct stop causes in light of immigration

freedom and residential right, and indirect stop causes in light of life right and marriage and family right, thus corroborating the standpoint that administrative removal is not absolute. This article still asserts that proportional principles should be used in the discretion of administrative removal so as to control it effectively.

In terms of procedural protection of administrative removal, although administrative removal generally only regulated by immigration law rather than by the provisions of administrative procedural law, due process principle still proposes a claim on the procedural justice for administrative removal. This article points out that the provisions of the procedures of administrative removal is relatively loose, so it is necessary to be more and more strict to comply with requirement of rule by law. In order to go deep into the inner layer of the procedures of administrative removal and make a better understanding, this article probes into the hearing procedure which is at the core of the administrative removal procedure, discusses several special forms of hearing chairman and hearing opening; and then elaborates on the detention procedure, which is a relatively special guarantee measure, particularly involving such matters as intervention legitimacy of administrative department qua decision-making agent and its intervention procedure. Hereon, the article also refers to detention classification, restriction of longest term, alternative substitution step etc. so as to control non-terminal detention.

In terms of the protection and relief of administrative removal, this article first deals with the administrative relief of administrative removal, introduces three models of administrative relief, summarize the particularity of the correlated reaction of administrative relief, summarizes the particularity of administrative relief and lately academic evaluation



of it, points out the special provisions of administrative relief are often prone to criticisms; Secondly, this article assumes the assumption of judicial examination and legislative provisions of administrative removal, reviews the relative theory basis of excluding judicial examination and the latest development judicial examination, it asserts it should be prudence about the exclusion of judicial examination and the latest development of judicial examination and finally this article deals with the relief of habeas corpus of administrative removal, it analyses the application and exception of habeas corpus in the British and American law system, and probes into the application of habeas corpus by law courts taking the immigration law in 1996 of America as an example, thus drawing the conclusion that the British and American law system does not exclude the relief of habeas corpus of administrative removal. The article holds the view that to design a suit of administrative removal relief system, we should make overall plan and take all factors into consideration to realize effective relief.

In the final part this article pays attention to the issues of the administrative removal in China. It analyses the background of the internalization of human right protection and regulating human rights in the constitution, which is confronted by administrative removal, clarifies the relation between administrative removal and the state act theory, and then nails down the value orientation of administrative removal. Following it, this article as well as introduces permanent resident as a standard to reclassify the boundary between administrative removal and criminal deportation, thus rearranges the specific forms of administrative removal in Chinese native context. In addition, this article also makes some specific suggestions on how to perfect our country's administrative removal, including giving reasonable grounds of administrative

removal , introducing the standard of administrative discretion introduce listening procedures , and establishing the to-be-removed detention system , ascertaining the ways of administrative relief, adding in the clause of halting execution during the period of relief and setting up the examination system of the violation of constitution. In the conclusions section this articles makes further stress on strengthening the concept of protecting aliens.

**Key words:** administrative law , removal , alien , rights and interests , protection

## 本书推荐语

本书是国内首部对行政驱逐出境的理论、制度和实践进行系统研究的专著。作者长期从事外国人出入境管理实务，并多年参与了相关立法准备工作，本书是其于攻读博士学位期间，在“经验”基础上进行“理性”思考的结晶。本书对行政驱逐出境的研究，上衔法理，中接制度，下履实践，综合运用了宪法、行政法、国际人权法等学科的理论、方法与素材，论证精细，结论中肯，对相关领域研究及立法、司法、执法工作均具有一定的参考价值。

——国家行政学院法学部主任、教授 胡建淼

本书立足于出入境管理法这一法学中的“边缘”领域，透视了行政驱逐出境这一具体的法律制度，但难能可贵的是，全书见微知著，以小见大，贯彻了外国人的权益保护这一特别立场，显示了当今中国法治文明的发展趋势以及应有风貌。全书首先界定了行政驱逐出境的理论内涵，阐明了行政驱逐出境权与外国人权益保护的一般关系，并从实体、程序和救济三个层面分别探讨了外国人权益保护的具体途径，进而针对我国现行行政驱逐出境制度及其实践中的存在问题，提出了全面完善的构想。全书角度新颖，结构合理，结论有力，是我国公法学界较早就外国人宪法权利以及法律权益保护进行具体化探索的专论之一。

——清华大学法学院教授、博士生导师 林来梵

# 目 录/CONTENTS

导 论 .....	(1)
一、研究背景 .....	(1)
二、研究的理论意义 .....	(3)
三、研究的现实意义 .....	(4)
四、研究方法 .....	(6)
五、文章结构 .....	(7)
第一章 行政驱逐出境的一般性界说 .....	(11)
第一节 行政驱逐出境的概念 .....	(13)
一、关于驱逐出境概念的几种表述 .....	(13)
二、行政驱逐出境概念的提出 .....	(18)
第二节 行政驱逐出境概念的展开 .....	(22)
一、行政驱逐出境决定的构成要件 .....	(22)
二、行政驱逐出境决定的性质 .....	(23)
三、行政驱逐出境决定的“惩罚性”问题 .....	(25)
第三节 行政驱逐出境的界限：以刑事驱逐出境 为参照 .....	(28)
一、法律依据不同 .....	(28)
二、适用对象不同 .....	(29)
三、决定主体不同 .....	(30)

四、适用程序不同 .....	(31)
五、法律救济不同 .....	(32)
<b>第二章 行政驱逐出境权与外国人权益 .....</b>	<b>(35)</b>
第一节 驱逐出境权的理论基础 .....	(37)
一、驱逐出境权行使的历史轨迹 .....	(37)
二、驱逐出境权的来源：主权 .....	(44)
三、谁之主权：围绕驱逐出境权的追问 .....	(50)
第二节 行政驱逐出境权的规范依据 .....	(54)
一、宪法依据 .....	(54)
二、国内法律依据 .....	(58)
三、国际法依据 .....	(60)
第三节 面对驱逐：外国人权益保护课题的提出 .....	(64)
一、外国人——宪法权利的特殊主体 .....	(64)
二、外国人权利与行政驱逐出境权的紧张 .....	(71)
三、外国人权利保护的路径选择 .....	(74)
<b>第三章 行政驱逐出境之法定理由 .....</b>	<b>(79)</b>
第一节 行政驱逐出境的法定理由 .....	(81)
一、行政驱逐出境法定理由的规范结构 .....	(81)
二、行政驱逐出境法定理由的正当性考察 .....	(85)
第二节 行政驱逐出境之阻却 .....	(91)
一、行政驱逐出境阻却理由的规范结构 .....	(91)
二、外国人权利对行政驱逐出境之阻却 .....	(93)
第三节 行政驱逐出境的裁量——比例原则的运用 .....	(104)
一、行政驱逐出境的裁量空间 .....	(104)
二、比例原则之于行政驱逐出境裁量的意义 .....	(107)
三、行政驱逐出境案件运用比例原则实例分析 .....	(110)

<b>第四章 行政驱逐出境程序中外国人权益的保护 .....</b>	<b>(115)</b>
<b>第一节 行政驱逐出境程序与正当程序原则 .....</b>	<b>(117)</b>
一、行政驱逐出境程序的规范依据 .....	(117)
二、行政驱逐出境程序的规范结构 .....	(123)
三、行政驱逐出境程序的正当性要求 .....	(129)
<b>第二节 行政驱逐出境决定的听证程序 .....</b>	<b>(136)</b>
一、听证在行政驱逐出境中的适用 .....	(136)
二、听证主持人条件的克减 .....	(142)
三、一个关于听证不公开的争论 .....	(145)
<b>第三节 行政驱逐出境的羁押程序 .....</b>	<b>(148)</b>
一、羁押的决定主体 .....	(148)
二、羁押的期限问题 .....	(152)
<b>第五章 行政驱逐出境中外国人权益的救济 .....</b>	<b>(159)</b>
<b>第一节 行政驱逐出境的行政救济 .....</b>	<b>(162)</b>
一、行政驱逐出境之行政救济模式 .....	(162)
二、行政驱逐出境行政救济之特殊性 .....	(166)
<b>第二节 行政驱逐出境的司法审查 .....</b>	<b>(168)</b>
一、“可以审查的假定”原则及其实践 .....	(168)
二、排除行政驱逐出境司法审查的理论基础 .....	(170)
三、限制司法审查的一种规范依据——“最终决定条款” .....	(177)
<b>第三节 行政驱逐出境之人身保护令救济 .....</b>	<b>(184)</b>
一、人身保护令的适用与例外 .....	(184)
二、美国 1996 年以前的最终决定条款与人身保护令实践 .....	(187)

三、美国 1996 年以来的人身保护令争议 .....	(189)
<b>第六章 反观中国之行政驱逐出境</b> .....	(193)
<b>第一节 行政驱逐出境之价值定位</b> .....	(195)
一、背景：人权保护国际化与人权入宪 .....	(195)
二、行政驱逐出境与国家行为理论 .....	(198)
三、行政驱逐出境价值定位 .....	(202)
<b>第二节 我国行政驱逐出境的范围框定与内部整合</b> .....	(204)
一、行政驱逐出境的外部边界划分 .....	(204)
二、行政驱逐出境的内部形态整合 .....	(209)
<b>第三节 我国行政驱逐出境之具体型构</b> .....	(215)
一、我国行政驱逐出境之实体改造 .....	(215)
二、我国行政驱逐出境之程序控制 .....	(218)
三、我国行政驱逐出境之救济完善 .....	(222)
 <b>代结语：行政驱逐出境与本国入权益保护</b> .....	(228)
 <b>参考文献</b> .....	(231)
 <b>后 记</b> .....	(245)

# 导 论

随着全球化进程的不断推进，行政驱逐出境的影响不仅仅涉及某一国国民的入境自由及其他权益，其影响力甚或达及一国政府公共政策之制定。在对极与逆差的国际大环境中，中国正在逐步走向开放、民主和法治，但行政驱逐出境仍然面临理论准备不足、制度设计单薄和实践经验缺乏等多重困境，根本点则在于“人权保障”理念的深化和践行。这就需要将目光直接转向行政驱逐出境的对象——外国人，从保护外国人权益的视角，结合行政驱逐出境所可能涉及的实体规定、程序规则和救济途径来审视各国的行政驱逐出境理论与法制，进而建构起我国的行政驱逐出境制度。

## 一、研究背景

随着 WTO 规则为越来越多的国家所接受，全球化程度进一步加深，国家之间的经济、社会、文化交流日益频繁，人员往来越来越多，每年跨国旅行的外国人数以百亿计。据统计，每年从美国出境的外国人数量即达两亿多人次。与此同时，被入境国或所在国采取行政驱逐出境的外国人数量一直居高不下，甚至呈现增长趋势。如在日本，近十几年来被行政驱逐出境的外国人都保持在十万人次以上的高位。各国由行政驱逐出境引发的行政争议亦因此屡见不鲜。在英国，2003 至 2004 年度移民裁判官审理



案件 105778 件（同比增长 19.2%），移民上诉裁判所审理案件 48214 件（同比上升 60.3%），审理数量均居各个裁判所前列。<sup>①</sup>同时，该年度共有 3436 件关于“移民和难民”案件的司法审查请求，比居于第二位的“住房和无家可归”案件的司法审查请求的数量（计 391 件）高出近 8 倍。<sup>②</sup>在我国，2006 年入出境的外国人数量已达 4000 多万，与 2001 年以来诸年相比年均增长 10% 以上。在近期几次全国性的清理“三非”（指非法入境、非法居留、非法就业三种违法行为）外国人专项行动中，公安机关共将数万名违法外国人遣送出境，屡创历史新高。

笔者长期从事外国人入出境管理实务工作，对我国的外国人入出境管理积累了较为丰富的实践经验和数据资料。自 2004 年起，笔者还直接参与公安部“出境入境管理法”立法领导小组办公室事务，协助“中华人民共和国出境入境管理法（送审稿）”的起草准备工作，多次出席全国人大外事委员会、国务院法制办、公安部等有关部门组织的学术研讨会、立法论证会，并前往日本、美国、加拿大等国进行考察和全国十几个省（自治区、直辖市）公安机关调查研究。在参与具体调研、讨论的过程中，笔者一方面感觉视野得以开阔，知识得以增长，收获车载斗量；另一方面，亦深深感到我国外国人入出境管理理论研究之薄弱，而这一缺憾又突出反映在行政驱逐出境问题之上，如行政驱逐出境的法定理由如何设定、程序规则如何完善、是否予以救济以及如何救济等，理论界和实务部门均存在诸多分歧。如何顺应加入世界贸易组织和建设社会主义法治国家的需要，树立开放、负责、

---

① Annual Report of the Council on Tribunals for 2003 - 2004. 转引自 [英] 彼得·莱兰、戈登·安东尼著，杨伟东译：《英国行政法教科书》（第五版），北京大学出版社 2007 年版，第 192 页。

② Annual Report of the Council on Tribunals for 2003 - 2004. 转引自 [英] 彼得·莱兰、戈登·安东尼著，杨伟东译：《英国行政法教科书》（第五版），北京大学出版社 2007 年版，第 266 页。