临时决定第3272号

临时决定第3272号

关于Jose MENDEZ-Moralez，被申请人

案卷号A41 940 178 - 林肯

1996年4月12日决定

美国司法部
移民审查执行办公室
移民上诉委员会

(1) 在评估申请人是否已履行其举证责任，证明根据《移民与国籍法》第212(h)(1)(B)条，8 U.S.C. 1182(h)(1)(B) (1994)，行使自由裁量权批准不予受理豁免是正当的时，移民法官必须权衡表明外籍人士作为永久居民不受欢迎的不利因素与其所提出的社会和人道考虑，以确定行使自由裁量权批准救济是否似乎符合本国的最佳利益。

(2) 证明极端困难及符合第212(h)(1)(B)条救济资格并不产生任何获得该救济的权利；极端困难一旦确立，仅是应考虑的一个有利的自由裁量因素。

(3) 第212(h)(1)(B)条救济申请人必须提出以证明其值得行政机关行使有利自由裁量权的衡平因素，在每个案件中取决于寻求豁免的排除理由的性质和情节以及是否存在任何额外的不利事项，并且随着负面因素变得更加严重，申请人有责任提出额外的抵消性有利证据。

(4) 对自己的犯罪行为承担责任并表示悔恨确实构成改造的某些证据，尽管声称无罪且不表示悔恨的外籍人士并不被排除通过其他方式提出有说服力的改造证据的可能性。

(5) 虽然缺乏有说服力的改造证据本身可能不是不利因素，但在特定案件中，关于根据该法第212(h)(1)(B)条行使自由裁量权，外籍人士缺乏这一有利衡平因素可能最终具有决定性，特别是当外籍人士有严重不当行为且存在该外籍人士是否会恢复犯罪行为的疑问时；反之，在某些案件中，改造证据可能构成提高外籍人士总体衡平因素重要性的因素，从而足以抵消案件中的不利因素并值得行使有利自由裁量权。

被申请人代理律师：Clayton H. Brant律师，内布拉斯加州林肯市

移民与归化局代理律师：Paul R. Sctultz，地区法律顾问

296

临时决定第3272号

全体委员会审理：DUNNE，副主席；VACCA、HEILMAN、HOLMES、HURWITZ、VILLAGELIU、FILPPU、COLE和MATHON，委员会成员。同意并反对意见：SCHMIDT，主席，GUENDELSBERGER委员会成员附议。反对意见：ROSENBERG，委员会成员。

VACCA，委员会成员：

一、程序历史

在1994年11月22日的决定中，移民法官认定被申请人根据《移民与国籍法》第241(a)(2)(A)(i)条，8 U.S.C. § 1251(a)(2)(A)(i) (1994)，作为在入境美国后5年内犯有涉及道德败坏罪行的外籍人士而被指控可驱逐。他还拒绝了被申请人根据该法第245(a)条，8 U.S.C. § 1255(a) (1994)提出的调整身份申请，以及其根据该法第212(h)条，8 U.S.C. § 1182(h) (1994)提出的相应的不予受理豁免申请，并命令将其从美国驱逐至墨西哥。被申请人对该决定提出上诉。上诉将被驳回。

二、提出的问题

被申请人，42岁，墨西哥本土公民，于1988年5月2日首次作为合法永久居民入境美国。他于1992年11月19日在内布拉斯加州法院经陪审团裁决被判犯有一级性侵犯罪，违反了《内布拉斯加州修订法规》第28-319(1)(c)条。对于该罪行，发生于1992年4月或5月，被申请人于1993年1月5日被判处2至3年的不定期刑。据报道，他于1995年1月在服刑1年后被假释出狱。被申请人在诉讼中承认其可驱逐性，且在上诉中未对其可驱逐性提出异议。我们面前唯一的问题是移民法官是否正确拒绝了被申请人根据该法第245条提出的调整身份申请，以及行使自由裁量权根据该法第212(h)条提出的相应的不予受理豁免。我们认定他确实正确拒绝了。

三、根据第245条调整身份

该法第245条规定，司法部长可以自行决定将经检查并准许入境或假释入境美国的外籍人士的身份调整为合法永久居民，如果该外籍人士申请调整身份，有资格获得移民签证并可入境美国永久居留，且移民签证可立即获得。处于驱逐程序中的外籍人士也可以在移民法官面前申请调整身份，并且，如果根据该法第212(a)条不予受理，还可以申请豁免不予受理理由。见8 C.F.R. § 242.17(a) (1995)。在我们面前的案件中，被申请人的调整身份申请基于其1987年2月20日与美国公民的婚姻以及她代表他提交的近亲属签证申请，该申请于1994年11月21日被移民与归化局批准。因此，被申请人似乎有资格获得可立即获得的移民签证。他作为合法永久居民的事实并不妨碍他根据第245条申请调整身份。Tibke v. INS, 335 F.2d 42 (2d Cir. 1964); Matter of Parodi, 17 I&N Dec. 608 (BIA 1980); Matter of Loo Bing Sun, 15 I&N Dec. 307 (BIA 1975); Matter of Krastman, 11 I&N Dec. 720 (BIA 1966); 另见 Matter of Gabryelsky, 20 I&N Dec. 750 (BIA 1993)。

297

临时决定第3272号

法官面前，并且，如果根据该法第212(a)条不予受理，还可以申请豁免不予受理理由。见8 C.F.R. § 242.17(a) (1995)。在我们面前的案件中，被申请人的调整身份申请基于其1987年2月20日与美国公民的婚姻以及她代表他提交的近亲属签证申请，该申请于1994年11月21日被移民与归化局批准。因此，被申请人似乎有资格获得可立即获得的移民签证。他作为合法永久居民的事实并不妨碍他根据第245条申请调整身份。Tibke v. INS, 335 F.2d 42 (2d Cir. 1964); Matter of Parodi, 17 I&N Dec. 608 (BIA 1980); Matter of Loo Bing Sun, 15 I&N Dec. 307 (BIA 1975); Matter of Krastman, 11 I&N Dec. 720 (BIA 1966); 另见 Matter of Gabryelsky, 20 I&N Dec. 750 (BIA 1993)。

四、根据第212(h)条豁免不予受理

然而，被申请人不符合第245条资格要求中的可入境美国条件。由于他因涉及道德败坏的罪行被定罪，根据该法第212(a)(2)(A)(i)(I)条，他不予受理。根据该条作为因涉及道德败坏的罪行被定罪的外籍人士而不予受理的外籍人士，可以根据该法第212(h)条寻求不予受理豁免。第212(h)条可用于豁免原本会妨碍调整身份的不予受理。见Osuchukwu v. INS, 744 F.2d 1136, 1139 (5th Cir. 1984); Matter of Goldeshtein, 20 I&N Dec. 382 (BIA 1991), 因其他理由被撤销，8 F.3d 645 (9th Cir. 1993); Matter of Parodi, 同上; Matter of Sanchez, 17 I&N Dec. 218 (BIA 1980); Matter of Shaughnessy, 12 I&N Dec. 810 (BIA 1968)。第212(h)条规定：

司法部长可以自行决定豁免第(a)(2)款第(A)(i)(I)、(B)、(D)和(E)项以及该款第(A)(i)(II)项的适用，只要涉及单一罪行简单持有30克或以下大麻，如果——

(1)(A) 对于任何移民，向司法部长证明令其满意——

(i) 该外籍人士仅根据该款第(D)(i)或(D)(ii)项被排除，或该外籍人士被排除的活动发生在其申请签证、入境或调整身份之日前超过15年，

(ii) 该外籍人士入境美国不会违反美国的国家福利、安全或保障，且

(iii) 该外籍人士已改造；或

(B) 对于作为美国公民或合法永久居民外籍人士的配偶、父母、儿子或女儿的移民，如果向司法部长证明令其满意，该外籍人士的排除将导致该外籍人士的美国公民或合法居民配偶、父母、儿子或女儿极端困难；且

298

临时决定第3272号

(2) 司法部长自行决定，并根据其可能通过法规规定的条款、条件和程序，已同意该外籍人士申请或重新申请签证、入境美国或调整身份。

对于曾被判犯有（或承认实施构成）谋杀或涉及酷刑的犯罪行为的外籍人士，不得根据本款提供豁免。经修订的第212(h)条基本上创建了两类有资格获得第212(h)条救济的移民。第一类包括任何符合资格标准的移民，这些标准主要涉及排除理由的类型或可排除活动发生的时间，以及外籍人士的改造和美国国家福利、安全或保障问题。第二类包括证明与美国公民或合法永久居民有必需关系，并证明其排除将导致该亲属极端困难的移民。见Matter of Alarcon, 20 I&N Dec. 557 (BIA 1992)。在本案中，被申请人为了寻求调整身份的目的被视为移民，与美国公民结婚并有三名美国公民子女。因此，他可以通过证明如果被排除将对其美国公民妻子或子女造成极端困难来证明符合该法第212(h)(1)(B)条的资格。
在其决定中，移民法官事实上认定已证明对妻子和子女的极端困难，因此被申请人有资格获得第212(h)条救济。然而，他在行使自由裁量权时拒绝了第212(h)条豁免，并因此认定由于他的刑事定罪导致的不予受理，他没有资格调整身份。

A. 根据第212(h)(1)(B)条行使自由裁量权：考虑的因素

在上诉中，被上诉人（respondent）对酌情拒绝给予救济提出异议，主张鉴于其衡平因素以及若被驱逐出境将给其家庭造成的困难，他理应获得有利的酌情裁量。在被上诉人看来，移民法官裁定其未证明已改过自新，以及过分强调其声称对所定罪之罪行无罪，均属错误。据被上诉人所述，移民法官要求必须证明已改过自新亦属错误。
如同其他酌情形式的救济一样，申请人负有举证责任，证明根据该法第212(h)(1)(B)条授予不予受理豁免在行使酌情权时是有正当理由的。见Matter of Fernandez, 14 I&N Dec. 24 (BIA 1972)。对于其他不予受理豁免，亦已如此认定。见Matter of Marin, 16 I&N Dec. 581 (BIA 1978)（第212(c)条豁免）。同样如同其他允许外国人作为

299

合法永久居民入境美国的不予受理豁免一样，移民法官必须权衡证明外国人不适宜作为永久居民的不利因素与其所提出的社会和人道考量，以确定在行使酌情权时授予救济是否似乎符合本国的最佳利益。见同上。

我们认为将上述Matter of Marin案作为一般指导予以运用是适当的。在大多数情况下，审慎的做法是避免在不同类型的救济之间交叉适用行使酌情权的特定原则或标准。同上。然而，我们援引上述Matter of Marin案，仅是为了该案在根据该法第212(h)(1)(B)条寻求救济的背景下权衡有利和不利因素所采取的方法。见，例如，Palmer v. INS, 4 F.3d 482 (7th Cir. 1993)（根据第212(h)条权衡酌情因素）。我们认为这一指导是有益且可适用的，因为两种形式的救济均涉及有犯罪记录的外国人是否应被准许入境美国并获准在本国永久居留的问题。

我们认为不适用的是Matter of Arai, 13 I&N Dec. 494 (BIA 1970)中所阐述的、用于确定根据该法第245条在行使酌情权时调整身份是否有正当理由的分析。在该案中，委员会裁定，一般而言，在存在不利因素的情况下，家庭关系、困难、在美国居留的时间等有利因素将被视为值得有利行使酌情权的抵销因素，而在不存在不利因素的情况下，通常应酌情批准调整身份。另见Matter of Blas, 15 I&N Dec. 626 (BIA 1974; A.G. 1976)。这一方法不适用于该法第212(h)条下的救济。根据第212(h)条的不予受理豁免必然涉及至少一项不利考量，即构成寻求豁免之排除理由的刑事定罪或活动。见上述Matter of Marin案，第585页。因此，不能推定在行使酌情权时救济是有正当理由的。此外，该刑事定罪或活动通常比调整身份申请中存在的任何不利因素更为严重，前提是具备可受理性和调整身份的一般资格。

上述Matter of Marin案中的这些原则将在第212(h)(1)(B)条救济申请中出现的特定考量背景下予以适用。第212(h)(1)(B)条救济是其自身独特的豁免形式，因素的权衡应结合法规所明示或固有的特定目的进行。举例而言，我们要强调两项在第212(c)条救济申请中不常出现的考量。第一，寻求调整身份的第212(h)条申请人不必是、且在大多数情况下并非已是合法永久居民，而那些确实提出申请的合法永久居民未必具有有资格获得第212(c)条

救济者所达到的居留时长。第二，被认定有资格获得第212(h)(1)(B)条救济者，按定义已证明对合格家庭成员造成极端困难，这将是行使酌情权时有利于该外国人的一项因素。

我们强调，证明极端困难及具备第212(h)(1)(B)条救济资格并不产生获得该救济的任何权利。极端困难是资格的一项要求，但一旦证明，它仅是应予考虑的一项有利酌情因素。然而，我们要指出，酌情救济申请，包括第212(h)条下的豁免，可以在未对法定资格问题作出明确裁定的情况下，在行使酌情权时被拒绝。上述Matter of Goldeshtein案；另见Silva v. Carter, 326 F.2d 315, 320 (9th Cir. 1963), cert. denied, 377 U.S. 917 (1964)；参见INS v. Rios-Pineda, 471 U.S. 444, 449 (1985)；INS v. Bagamasbad, 429 U.S. 24, 25 (1976)。我们还强调，所讨论的酌情分析仅具体适用于根据第212(h)(1)条(B)款申请救济的外国人，(A)款具有特定的资格标准，若满足该标准，将影响酌情权的行使。

在评估根据第212(h)(1)(B)条在行使酌情权时救济是否有正当理由时，对申请人不利的因素包括所涉排除理由的性质和基本情形、是否存在其他重大违反本国移民法的行为、是否存在犯罪记录以及若存在其性质、近期性和严重性，以及是否存在表明外国人人格不良或不适宜作为本国永久居民的其他证据。见，例如，上述Matter of Marin案及其中引用的案例。有利考量包括在美国的家庭关系、在本国的长期居留（特别是外国人年幼时即开始居留的情况）、若被排除和驱逐出境将给外国人及其家庭造成困难的证据、在本国武装部队服役、稳定就业的历史、财产或商业关系的存在、对社区的价值和服务的证据、若存在犯罪记录则真正改过自新的证据，以及证明外国人品格良好的其他证据（例如，来自家人、朋友和负责任的社区代表的宣誓书）。见，例如，同上及其中引用的案例。

在审查整体记录后，移民法官须权衡衡平因素和不利事项，以确定是否应有利地行使酌情权。移民法官决定的依据必须在其意见中阐明。见，例如，同上。第212(h)(1)(B)条救济申请人必须提出以证明其理应获得有利行使行政酌情权的衡平因素，将视寻求豁免的排除理由的性质和情形以及是否存在任何其他不利事项而在每个案件中有所不同，并且随着负面因素变得更为严重，申请人有责任提出额外的抵销性有利证据。见，例如，同上。

301

临时决定第3272号

不利和有利因素的潜在意义也应予以考虑。例如，如果外国人在美国有亲属，在确定应赋予这一衡平因素多大权重时，必须考虑其关系的质量。此外，如果双方在驱逐程序开始后结婚，且明知该外国人可能被驱逐出境，则婚姻这一衡平因素以及赋予对配偶任何困难的权重均会减损。Ghassan v. INS, 972 F.2d 631 (5th Cir. 1992), cert. denied, 507 U.S. 971 (1993)。同样，如果外国人有就业历史，考虑就业类型及其时长和稳定性很重要。此外，在考察外国人在美国居留的时间长度时，必须评估其在此期间居留的性质。例如，以一段监禁期为标志的居留期会减损该居留期的意义。参见Douglas v. INS, 28 F.3d 241 (2d. Cir. 1994)（以犯罪活动为标志的居留）的一般论述。

B. 被上诉人案件中的酌情权行使

经审查案卷、移民法官的裁决以及上诉中提出的主张，我们同意移民法官的意见，即不应当作出有利的自由裁量行使。被申请人已证明具有可被定性为重大的衡平因素。尽管他合法居留于本国仅略多于7年，但他确实拥有重要的家庭纽带，包括与其结婚8年的美国公民妻子。他的美国公民子女包括一名9岁的继子、一名7岁的女儿和一名4岁的儿子。根据妻子的证词，被申请人一直是一位慈爱的父亲，孩子们在情感上与他亲近。被申请人还拥有在各牧场担任农业工人和机械师的持续就业记录，并且他作证称，其最近的雇主已向他保证，在他出狱后将获得一份时薪6美元的机械师职位。案卷还反映，被申请人在入狱前一直持续为家庭提供经济支持，但1991年他背部受伤的一段时间除外。该家庭当年开始领取食品券，自他入狱以来，他们还领取了福利金和住房援助。被申请人的妻子最后一份工作是在1989年至1991年期间在一家百货商店担任收银员，后因怀孕而被解雇。被申请人在美国还有其他家庭纽带，包括两名分别居住在科罗拉多州和堪萨斯州的合法永久居民兄弟、一名居住在科罗拉多州的姐妹，以及同样居住在科罗拉多州且自食其力的合法永久居民父母。被申请人作证称，他的姐妹不是合法永久居民，但他未详细说明她在本国的具体身份。被申请人还作证称，他在墨西哥有两名子女，但他与他们没有联系，也不知道他们的下落。

302

如上所述，移民法官认定，被申请人的离境将对其妻子和子女造成极端困难，因为他们在经济上依赖他，并且在情感上与他亲近。妻子作证称，如果她的丈夫被驱逐出境，她将与子女留在美国，并很可能与其养父一起搬到堪萨斯州。她还作证称，她正在接受抑郁症的精神治疗，并指出她曾在1992年对其丈夫提起刑事指控后试图自杀，还表示她正在试图获得残疾补助。她还表示，她患有涉及脊柱和髋部的疾病，使她无法提举物品。总之，被申请人已证明对其有利的重大衡平因素，包括若他被驱逐出境将对其妻子和子女造成的困难。鉴于他与本国的联系以及墨西哥糟糕的经济状况（如被申请人提交的新闻文章所记载），被申请人显然也面临一些困难，尽管他并未证明他将在墨西哥实际上无法找到工作。然而，他的衡平因素必须与本案中的不利因素相权衡，特别是他所被定罪的严重罪行。从他的定罪所依据的法规及周围情况的解读中可以看出其犯罪的严重性。所涉内布拉斯加州法规规定：性侵；一级；刑罚。

(1) 任何人使他人遭受性插入，且 (a) 通过武力、武力威胁（明示或默示）、胁迫或欺骗制服被害人，(b) 知道或应当知道被害人因精神或身体原因无法抵抗或无法理解其行为性质，或 (c) 行为人为19岁或以上且被害人未满16岁，即犯有一级性侵罪。

(2) 一级性侵为II级重罪。量刑法官在作出量刑决定时，应考虑行为人是否对被害人造成了严重人身伤害。

(3) 任何人第二次被判定犯有一级性侵罪，应被判处不少于25年的刑期，且不得假释。

《内布拉斯加州修订法规》第28-319条（1992年）。
被申请人根据第28-319(1)(c)条被定罪，罪名是对一名未满16岁的被害人实施性插入。事实上，移民法官面前的案卷明确显示，被申请人的被害人在性侵发生时年仅13岁，而他当时40岁。1 这名住在同一公寓楼的小女孩经常出入被申请人的家。显然她实际上住在那里，据报告是因为她自己的母亲在某种程度上精神残疾，没有施加太多

1 尽管移民法官和本委员会不得超出定罪记录来确定外国人的有罪或无罪，但在调查犯罪实施周围情况以确定是否应当作出有利的自由裁量行使时，查阅定罪记录之外的证明性证据是适当的。Matter of Edwards, 20 I&N Dec. 191 (BIA 1990)。

父母的管束，而被申请人及其妻子不愿强迫她离开。被申请人已承认，他们不愿强迫她离开导致出现这样的情况：当他和妻子观看色情电影或自己进行性交时，这名小女孩在场。他还承认曾向被害人的精神残疾母亲招揽性行为，作为该母亲向他借款的偿还。据被申请人称，他这样做是为了阻止她再向他借钱。其犯罪的情况清楚地表明了其恶劣性。

我们指出，作为法律问题，当行为是由一名年长27岁的成年男子实施时，13岁的儿童无能力同意。当法规将与未满特定年龄儿童的性行为定为犯罪，而不论是否同意时，此类法规被解释为确定了同意年龄。这些法规的目的是通过使儿童无能力同意来保护他们免受非法行为侵害。见 Matter of Dingena, 11 I&N Dec. 723 (BIA 1966)。

鉴于被申请人犯罪的性质，我们不认为他的衡平因素足以抵消其严重性。我们尤其这样认为，因为他的衡平因素不包括任何有说服力的康复证据。我们不认为他因在受控环境中遵守监狱规则表现良好而在1年后获释，构成其性侵幼童犯罪行为康复的有说服力证据。在听证会上，被申请人否认性侵曾经发生，称他“ 被诬告 ”，并且未对其罪行表示悔意。此外，当被问及他是否曾尝试接受任何“ 性犯罪者治疗 ”时，他回答说：“ 我相信我没有性问题。 ”

被申请人在上诉中主张，他不应因主张无罪而被不利对待，因为他事实上是无罪的，刑事司法制度会犯错，因此他不应被迫对自己不诚实。然而，在确定刑事定罪的效果时，本委员会和移民法官均不得超出司法记录来确定外国人的有罪或无罪。见 Matter of Edwards, 20 I&N Dec. 191 (BIA 1990)；Matter of Khalik, 17 I&N Dec. 518 (BIA 1980)。必须认定他有罪。对自己的犯罪行为承担责任并表示悔意，确实构成一些康复证据。见 Gonzalez v. INS, 996 F.2d 804 (6th Cir. 1993)；Villareal-San Miguel v. INS, 975 F.2d 248 (5th Cir. 1992)；Akrap v. INS, 966 F.2d 267 (7th Cir. 1992)。这并不是说，主张无罪且不表示悔意的外国人永远不能通过其他方式提出有说服力的康复证据。但事实仍然是，在我们面前的案件中，没有悔意或承认有罪的证据。此外，无罪主张与陪审团裁决和

respondent ’ s own pre-trial admission that he had engaged in sexual intercourse with the victim. 2

The Board acknowledges the humanitarian concerns in this case, particularly the hardship to the respondent ’ s wife and children, but the Board also has the obligation to consider the welfare and safety of the other citizens and residents of this country in making its discretionary determination. In the case before us, we have an individual who sexually assaulted a 13-year-old girl. After serving a short period of imprisonment, he has not offered any significant evidence that he is rehabilitated from his criminal behavior.

As pointed out by the respondent on appeal, a showing of rehabilitation is not an absolute prerequisite in all cases involving an alien with a criminal record. However, rehabilitation or the lack thereof is a factor to be considered in the exercise of discretion, and it may be ultimately determinative in some cases. See Matter of Edwards, supra. There will be cases where such a showing is necessary before a favorable exercise of discretion is warranted in view of the other aspects of the case. Thus, while the lack of persuasive evidence of rehabilitation may not in itself be an adverse factor, the absence of this equity in the alien ’ s favor may ultimately be determinative in a given case, particularly where an alien has engaged in serious misconduct and there are questions whether the alien will revert to criminal behavior. Conversely, evidence of rehabilitation in some cases may constitute the factor that raises the significance of the alien ’ s equities in total so as to be sufficient to counterbalance the adverse factors in the case and warrant a favorable exercise of discretion. However, having weighed the respondent ’ s equities in this case, which do not include persuasive evidence of rehabilitation, against the extremely serious nature of his criminal behavior involving a sexual offense against a child, the Board agrees that the respondent has not met his burden of establishing that a grant of section 212(h) relief is warranted in the exercise of discretion. Accordingly, the appeal will be dismissed.

ORDER:

The appeal is dismissed.

2 申请人于1992年7月接受了测谎检查。测谎报告的副本在驱逐出境听证中未经异议被采纳为证据。该报告显示，在对申请人进行询问后，他向检查员承认他曾与受害人发生性行为。当移民法官就此询问时，申请人承认了这一供认，但作证称测谎检查员一直“ 用手指移动指针……之后[他]被迫说是。 ”在其裁决中，移民法官认定申请人在这方面的证词不可信。在上诉中，申请人未对这一证据及移民法官的不利认定提出质疑，甚至未予提及。

305

临时裁决第3272号

协同与异议意见：Paul W. Schmidt，主席，John W. Guendelsberger，委员会成员，加入

我部分协同、部分异议。我同意多数意见第I、II、III和IV(A)部分所载关于根据《移民与国籍法》第212(h)条，8 U.S.C. 1182(h) (1994)，行使自由裁量权时应适用的一般标准的分析。但是，我不同意将这些标准适用于本案事实，如多数意见第IV(B)部分所载。

正如多数意见所承认，申请人在美国拥有非常重大的家庭权益。他有一位结婚8年的美国公民妻子、两名美国公民子女——一个7岁的女儿和一个4岁的儿子，以及一名9岁的美国公民继子。他的妻子患有严重抑郁症和其他疾病。她已4年未工作。已有认定表明，申请人的驱逐出境将对其妻子和子女造成极端困难，因为他们在经济上依赖他，且在情感上与他亲近。

申请人还与在美国的其他家庭成员有联系，包括两名合法永久居民兄弟和合法永久居民父母。多数意见承认申请人在墨西哥的经济前景黯淡，从而抑制其资助在美国的家人的能力。

其家人似乎也不太可能负担得起前往墨西哥探望申请人的费用。申请人能否前往美国探望家人，将取决于美国国务院是否建议、以及移民与归化局是否批准对不可入境非移民的不可入境豁免。此外，根据我的经验，即使获得豁免，申请人也很可能被禁止今后以非移民身份访问，因为其在美国有直系亲属将被视为缺乏“ 适当非移民意图 ”的证据。因此，申请人的驱逐出境很可能永久割裂家庭单元。

申请人的罪行严重，涉及与未成年人的性行为不当。然而，申请人现年42岁，无已知的先前性犯罪记录，仅需服完可能3年刑期中的1年。这至少表明内布拉斯加州有一定信心认为申请人的性犯罪不太可能重演，其公民不需要通过更长刑期可能提供的额外保护来防范申请人。

正如多数意见所述，申请人根据内布拉斯加州一项使未成年人同意要件无关的法规被定罪。看来，申请人的家庭与受害人的家庭之间相当不寻常的相互关系——其为对13岁受害人的性侵提供了背景——已不复存在，且不太可能重现。因此，尽管我们大家都承认缺乏先见之明，但根据本记录，有理由相信申请人严重性行为不当的重演不太可能。

除犯罪性质外，多数意见拒绝给予救济的其他主要理由相互关联，涉及申请人在移民法官听证中面对其罪行时未能表现出悔意、诚实和康复。这些相互关联的不利考量虽然严重，但在我看来，并不足以warrant 拒绝给予申请人第212(h)条豁免。见 Matter of Edwards, 20 I&N Dec. 191 (BIA 1990)。

诚然，这是一个接近的案例。但是，我认为申请人美国公民家庭将遭受的极端困难、他与美国的广泛家庭联系，以及记录中表明累犯行为风险相对较低的证据，超过了多数意见同事所依赖的不利因素。因此，我会给予申请人第212(h)条豁免。

因此，我谨对多数意见第IV(B)部分在行使自由裁量权时拒绝第212(h)条豁免表示异议。

306

对13岁受害人的性侵，已不复存在，且不太可能重现。因此，尽管我们大家都承认缺乏先见之明，但根据本记录，有理由相信申请人严重性行为不当的重演不太可能。
除犯罪性质外，多数意见拒绝给予救济的其他主要理由相互关联，涉及申请人在移民法官听证中面对其罪行时未能表现出悔意、诚实和康复。这些相互关联的不利考量虽然严重，但在我看来，并不足以warrant 拒绝给予申请人第212(h)条豁免。见 Matter of Edwards, 20 I&N Dec. 191 (BIA 1990)。
诚然，这是一个接近的案例。但是，我认为申请人美国公民家庭将遭受的极端困难、他与美国的广泛家庭联系，以及记录中表明累犯行为风险相对较低的证据，超过了多数意见同事所依赖的不利因素。因此，我会给予申请人第212(h)条豁免。
因此，我谨对多数意见第IV(B)部分在行使自由裁量权时拒绝第212(h)条豁免表示异议。

异议意见：Lory D. Rosenberg，委员会成员

我谨表示异议。
本案涉及一名因一项严重道德败坏犯罪而被定罪的个人。因此，他申请了豁免，并证明其在法律上符合所需豁免的资格，因为若他被驱逐出境，其妻子和子女将遭受极端困难。尽管如此，移民法官仍拒绝其豁免申请，而本委员会多数意见维持该拒绝。解决本上诉的争议点在于本委员会对《移民与国籍法》第212(h)条，8 U.S.C. § 1182(h) (1994)，下豁免申请所适用法规的解释，以及本委员会对此类案件行使自由裁量权时所采用标准的适用。
我对多数意见所采纳的推理和结论的异议，超出了对记录中有利和不利因素应给予的权重以及该权衡结果的分歧。在我看来，多数意见完全采纳本委员会对构成《法》第212(c)条下豁免裁决全部内容的自由裁量因素的阐述，犯了一个根本性错误。Matter of Marin, 16 I&N Dec. 581 (BIA 1978)。此种分析未能赋予第212(h)条下豁免的独特法定语言以含义，也未能将其与《法》规定的其他豁免区分开来。尽管多数意见告诫“ 避免在不同原则或自由裁量权行使标准之间交叉适用是审慎的 ”，但这些善意的

告诫之词并不能阻止其不可避免地沿着这条滑坡下滑。

I. 对法规的不当解释

任何解释的起点都始于对法规的建构。Chevron, U.S.A., Inc., v. Natural Resources Defense Council Inc., 467 U.S. 837 (1984)。如果法规语言清晰，法院和Board都必须赋予国会明确表达的意图以效力。Matter of Farias, 21 I&N Dec. 269 (BIA 1996) (Holmes, Rosenberg, 同意)；Matter of Hou, 20 I&N Dec. 513, 519-20 (BIA 1992)；另见 K Mart v. Cartier, Inc., 486 U.S. 281, 291 (1988)（在确定“ 平实含义 ”时，Board必须不仅审视所涉法规语言，还要审视整个法规的语言和设计）。

此处所涉特定条款的文本，即为卖淫行为和涉及道德败坏犯罪提供自由裁量豁免的条款，载于多数意见中。值得注意的是，该条款最近于1990年修订，包含两个小节：其一，section 212(h)(1)(A)，管辖为申请前超过15年发生的罪行寻求豁免的人的申请，并明确要求证明康复，但不要求存在某些家庭关系，也不要求证明对这些人的极端困难作为行使自由裁量的前提条件。另一小节，即我们此处关注的section 212(h)(1)(B)，则确实要求存在特定家庭关系以及在无豁免情况下对这些指定人员造成极端困难的证据。法规既不要求自引起豁免需要的罪行以来必须经过任何特定时间，也不要求证明康复或入境符合国家利益。

本Board承认最高法院在INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 449 (1987)判决中所依据的原则，并指出：“ 法规解释的一项既定规则是，在国会将特定语言纳入法规某一节但省略另一节中的该语言……的案件中，产生一种推定，即这种不同的纳入和排除是有意和有目的的。 ” Matter of Hou, supra。我认为，多数意见在本案中采用的推理和达成的结果无理由地背离了这一重要准则。

在我看来，为最好地实现国会通过《法案》内任何自由裁量豁免的法规语言所表达的意图，衡平因素应相对于所要求的法定资格因素以不同方式权衡和平衡。如果在本案中不这样做，那么section 212(h)(1)(B)相对于法规提供的其他豁免所特有的法规语言便变得毫无意义。

临时决定#3272

A. Section 212(h)(1)(B)明确要求对家庭成员造成极端困难的证据

在section 212(h)(1)(B)案件中，法规的重点在于特定近亲属的存在以及对这些家庭成员造成极端困难的证明。密切的家庭关系和达到极端困难程度的令人信服的经济、个人或职业伤害或痛苦是行使自由裁量的法定前提条件。相比之下，在section 212(c)申请中，它们不过是整体行使自由裁量时的个别考量因素，尽管是重要且可以说是主要的因素。

尽管在section 212(c)下，基于密切家庭关系和困难仅是自由裁量方程正面因素的理由而拒绝豁免可能构成合理的自由裁量行使，但我不能得出结论认为在section 212(h)豁免案件中对相同因素进行类似处理是适当的。多数意见倾向于忽视这些豁免条款之间的法规区别，并且未能将section 212(h)豁免申请人视为进入自由裁量领域时已经满足了重要的强制性标准，该标准本身就需要汇集令人印象深刻的有力因素。相反，多数意见在随后的自由裁量行使中似乎对section 212(h)申请人已经证明密切家庭关系和极端困难这一事实给予很少（如果有的话）权重。1

此外，我对多数意见关于本Board发布的有关《法案》section 245下调整身份的先前判决不适用这一结论持异议。section 212(h)下的豁免在历史上和字面上都与入境申请相关，因为迄今为止，本Board尚未承认该豁免适用于仅寻求避免驱逐出境的美国境内人员。Cf. Yeung v. INS, 76 F.3d 337 (l1th Cir. 1996)。典型的豁免申请人要么尚未成为合法永久居民，要么是寻求重新获得该身份的合法永久居民。见 Matter of Gabreylsky, 20 I&N Dec. 750 (BIA 1994)。2 虽然一些移民签证提供给在庇护、难民或就业类别中获得批准的人，但超过三分之二的美国移民是基于家庭关系，而家庭团聚是

1 多数意见引用INS v. Bagamasbad, 429 U.S. 24, 25 (1976)和Matter of Goldeshtein, 20 I&N Dec. 382 (BIA 1991), rev'd on other grounds, 8 F.3d 645 (9th Cir. 1993)，以支持裁决者在暂停和section 212(h)裁决中甚至无需处理行使自由裁量的法定“ 极端困难 ”前提条件这一主张，在本案背景下具有误导性。虽然裁决者确实无需就法定资格作出明确裁决，并可在适当案件中跳过直接进行自由裁量拒绝，但这并不为裁决者在作出该自由裁量决定时忽视相关因素提供许可。
2 respondent自1983年以来一直居住在美国，并持有合法永久居民身份超过7年。他正在重新申请合法居民身份，与其豁免申请一并提出。

309

《法案》条款的根本目的。我不能同意我们关于涉及近亲属入境自由裁量因素行使的判决在此不适用。3

B. Section 212(h)(1)(B)明确不要求康复证据

多数意见不仅认定法定标准已满足，而且认定存在重大衡平因素。既然如此，人们可能会问，那么多数意见为何得出结论认为豁免不应批准？多数意见阐述的唯一依据是所涉定罪的性质以及respondent案件中的康复问题。虽然这些在section 212(c)或section 212(h)案件的最终自由裁量方程中并非不当考量因素，但值得注意的是，康复因素具体而言并非根据section 212(h)(1)(B)提交的section 212(h)申请中行使自由裁量的法定前提条件。

然而，在我看来，多数意见将适用于section 212(c)裁决的既定自由裁量因素（其中康复是一种衡平因素，见 Matter of Marin, supra）不加区分地引入section 212(h)裁决，从而扭曲了与适用法规条款相一致且公平行使自由裁量的合理裁决基础。4 多数意见不仅在本案中考虑康复，而且将康复提升为其拒绝中至少两个决定性因素之一。阅读多数意见的决定表明，法定要求的密切家庭关系和极端困难要素与康复的存在或缺失相比黯然失色。此外，我认为，强调其关于康复不存在的认定（我对此有异议）构成对康复的不当评估，违背了我们在Matter of Arreguin, 21 I&N Dec. 38 (BIA 1995)（指出一个或多个有利因素的缺失并不将这些因素转化为不利考量）和Matter of Edwards, 20 I&N Dec. 191 (BIA 1990)（裁定不要求绝对康复）中的判决。

3 多数意见将Matter of Arai, 13 I&N Dec. 494, 495-96 (BIA 1970), modifying Matter of Ortiz-Prieto, 11 I&N Dec. 317 (BIA 1965)（裁定只有在存在突出衡平因素时才能批准调整身份）中进行的自由裁量评估视为不适用而驳回，其原因似乎是触发section 212(h)豁免需要的不利因素是刑事定罪。尽管如此，我认为具有指导意义的是，我们认定Ortiz-Prieto “ 影响过于宽泛，可能比必要的更为苛刻 ” ，并得出结论认为家庭关系、困难和居住时间等因素构成 warranting 有利行使自由裁量的抵消因素。Matter of Arai, supra, at 495。

4 例如，多数意见指出 “ 他在美国仅居住了略多于7年。 ”（着重号为原文所加。）虽然这在section 212(c)案件中可能相关，但实际上，section 212(h)下的豁免最初是为了提供一种克服从未在美国居住过的新移民不可入境性的手段。

临时决定#3272

II. 自由裁量因素的不当权衡

A. 对认罪的不当强调

虽然康复不是法定要求，但考虑到第212(h)(1)(B)条豁免是基于犯罪行为或定罪而克服不可入境性这一事实，考虑这一因素并非不合理。然而，在行使自由裁量权时，多数意见遵循了移民法官设定的路径，将 respondent 未直接认罪视为康复缺失的决定性因素。Cf. Matter of Roberts, 20 I&N Dec. 294 (BIA 1991)。在我看来，这构成对悔恨这一康复要素的不当处理，违背了本委员会和上诉法院的判例。See Guillen-Garcia v. INS, 999 F.2d 199 (7th Cir. 1993); Matter of Edwards, supra。我倾向于采纳美国第7巡回上诉法院的推理，该推理最近在 Canales-Lopez v. INS, 76 F.3d 381 (7th Cir. 1996), 5 中得以阐述，即依赖未能或拒绝承认罪责，无论以何种方式表述，“ 不构成对 petitioner 为证明康复所作努力的全部周围情况的充分考虑。 ” Id.（引用 Guillen-Garcia v. INS, supra, at 205）；see also Guillen-Garcia v. INS, 60 F.3d 340, 344-45 (7th Cir. 1995)（基于其他理由维持 BIA），cert. denied, 116 S. Ct. 775 (1996)。
将无罪主张提升为康复缺失的决定性因素，实际上做了我们声称不会做的事——重新判定有罪或无罪。Cf. Matter of Roberts, supra。Matter of Roberts 明确指出，为自由裁量目的，我们可以审视定罪背后的情况——但我们不得重新判定有罪或无罪。Id. at 301。如果我们被允许审视减轻因素（而缺乏可责性导致无法对一个人未曾做过的事表达悔恨，应属于该范畴），我们就不应惩罚宣誓作证无罪的 alien，除非有证据表明他故意提供虚假证言。如果后续自由裁量救济——无论是量刑处置还是附带移民利益——以认罪为条件，个人将面临无法维持的处境。因此，一些联邦法院早已认识到，即使在定罪之后，当定罪后选项可能已用尽时，要求被告认罪（与其在刑事诉讼中的证言相反）仍然不公平且不合理，因为这样做也可能要求他承认伪证。6

5 虽然我理解 Canales-Lopez v. INS, supra 是一份未公布的裁决，但它对本委员会在确立康复作为自由裁量衡平因素时考虑认罪要素提供了令人信服的分析，我为本案件异议之目的采纳该分析。
6 See Thomas v. United States, 368 F.2d 941, 945 (5th Cir. 1966)，该案中法院认定被告处于“ 魔鬼与深海之间 ”，当时地区

311

临时裁决 #3272

在本案中，respondent 在刑事审判中未认罪，而是坚持无罪，并被判定有罪。在我们面前的记录中，respondent 承认了相关犯罪行为的某些方面，但否认了其定罪所依据的明确指控。7 移民法官承认，respondent 作证称他认识到所涉犯罪是严重的，某人应为此受到惩罚。多数意见强调了 respondent 在审判前进行的测谎测试中的回答与他在移民法官面前的证言相比这一事实。8 这不仅似乎违背了本委员会在 Matter of Roberts, supra 中的立场，而且多数意见未能说明 respondent 的陈述或测试结果的最终意义。9 尤其考虑到多数意见本身在同一段落中承认，声称无罪者并非绝对被排除在证明其已采取康复步骤之外。Matter of Edwards, supra。

在评估康复时，我们是在“ 对个人未来行为作出估计或预测。 ”Palacios-Torres v. INS, 995 F.2d 96, 99 (7th Cir. 1993)。respondent 及其妻子充分意识到他们以前生活状况所特有的糟糕判断和不可接受行为。该家庭已搬离导致

法院告诉他忏悔或接受更长刑期。See also Miller v. United States, 589 F.2d 1117, 1138 (1st Cir. 1978), cert. denied, 440 U.S. 958 (1979); Scott v. United States, 419 F.2d 264 (D.C. Cir. 1969)。事实上，Scott 法院指出，为了换取某种回报而油嘴滑舌地愿意认罪，可能表明的恰恰是悔恨的反面。

7 记录中的证据，载于调查官员的报告和审判前测谎报告中，反映公寓楼内形成了一种非正统的情况，被侵害儿童正在接受社会工作者的咨询，她未得到父母的控制或指导，儿童在整个公寓楼内散布了关于她与 respondent 之间性关系的谣言，而先前的调查未发现此类关系的证据。respondent 不否认不当触摸该儿童或允许她留在他家的公寓内，他承认与她扭打，甚至承认在妻子在场的情况下躺在她身上。

8 测谎检查报告显示，在承认与申诉人发生性关系后，respondent 进一步解释说，申诉人，一位邻居的女儿，在他的公寓里走近他，并躺在他的床上靠近他。虽然我不怀疑所指称的性接触发生过，但我能理解，在移民法官面前的听证中，respondent 未受过法律训练以理解未成年人缺乏同意的概念，且鉴于该事件之前发生的非正统情况，他不会必然认为自己的行为是强行性行为或性侵犯，正如指控和定罪所表述的那样。

9 在这种情况下，他可以诚实地承认该行为但否认定罪记录中所载的指控，而不显得不一致或不可信。See Canales-Lopez v. INS, supra, at 2（委员会以缺乏可信性为由拒绝救济相当不可接受，因为不能仅以此为由拒绝救济，而因未承认罪责而缺乏可信性并非支持拒绝的独立理由）。See also Guillen-Garcia v. INS, supra, at 205。

312

respondent 犯罪发生地。没有证据表明 respondent 在构成其定罪基础的情况之前有任何犯罪行为。此外，没有证据表明在刑事指控待决期间或他在1年监禁期后因表现良好提前释放（3年刑期提前释放）以来有累犯。10

多数意见主张，它并非认定声称无罪且未表达悔恨者永远被排除在展示有说服力的康复证据之外。然而，在此，respondent 已提交了其在家庭中的角色、其生产性就业以及没有任何其他犯罪行为的证据。然而，多数意见未能阐明其拒绝 respondent 康复主张的任何其他依据，这使得其将未认罪视为康复水平不足的决定性因素。Canales-Lopez v. INS, supra; cf. Matter of Edwards, supra。我认为，依赖缺乏悔恨证据，仅加上导致 respondent 需要豁免的单一刑事犯罪的严重性质，并非在本案中拒绝救济的可靠依据。

B. 对刑事犯罪给予不当权重

这是我们正在裁决的豁免。它预设了违反移民法。第212(h)条下的申请只有存在涉及卖淫的行为或涉及道德败坏犯罪的定罪或承认时才会来到我们面前。不会有任何未实施我们某种程度上认为应受谴责的犯罪的申请人出现在我们面前。在我看来，多数意见达成的结果显然接近于以不允许的当然依据拒绝自由裁量豁免。See Gonzales v. INS, 996 F. 2d 804, 810 (6th Cir. 1993); cf. Matter of Burbano, 20 I&N Dec. 872, 877-78 (BIA 1995)。But see Yepes-Prado v. INS, 10 F.3d 1363, 1371-72 (9th Cir. 1993)。

事实上，我认为当我们如此轻易地采取将待豁免的犯罪视为拒绝救济的充分唯一依据的做法时，我们违背了法规。11 此外，我不认为人们可以解读

10 记录反映，respondent 在监狱期间实现了“ 模范单元行为和遵守工作表现 ”，且他没有违规行为，按照机构规则和命令行事。

11 我认识到我们在第212(c)条语境中一贯表示，单一因素可能如此恶劣，以至于压倒任何现有衡平因素。Matter of Marin, supra, at 584-85。我不不同意该原则，也不不同意多数意见认为我们还必须考虑社会中他人的安全和福祉。我不排除以下可能性：基于累犯、暴力倾向或允许罪犯留在本国将造成的实际损害的具体证据，基于单一基础犯罪拒绝可能并非不适当。然而，我将 Matter of Marin 解读为，当处理待豁免的犯罪时，这种结果虽然并非不允许，但必须是例外

313

临时裁决 #3272

多数意见，但并未认定其已将家庭纽带和极端困难这些重要且令人信服的因素置于次要地位。我无法认定，忽视法定前提条件，或将其仅视为行使自由裁量权裁断的门槛——而该裁断要求其他因素克服导致需要豁免的犯罪这一不利因素——在行使自由裁量权时是合理的，或与法律相一致。

被申请人因一项单一但严重的定罪而违反移民法，从而需要第212(h)条豁免。其罪行，即与一名年轻青少年发生的法定强奸，不应被轻描淡写，应当受到惩罚——在刑事司法系统中，并在我们行使裁量权决定是否豁免其驱逐出境时进一步审查。至于该罪行是否属于这样一种情形：无论如何都不应允许此人在因表现良好报告而获释后，作为合法永久居民与其家人留在美国，而其妻子和子女希望并需要他，则是另一回事。

如多数意见所承认，被申请人已证明与法定资格相关的重大衡平因素，即密切的家庭纽带以及若被申请人被驱逐出境其家庭成员将遭受的极端困难。其妻子恳求我们允许他留下，记录中有充分证据表明，她因相关情况而遭受抑郁，并因其缺席而遭受其他困难，而他的驱逐出境只会加剧这些困难。此外，他的驱逐出境不仅意味着家庭失去经济支持、子女失去父亲的陪伴，还意味着这个家庭的永久破裂。

除国会明确强调的因素外，记录还反映被申请人已在美国居住13年，并自1987年以来一直是合法永久居民。有证据表明，他是一个负责任的丈夫和父亲，此前定期就业并养家糊口，而且他有可返回的工作。在狱中，他学习以取得GED。记录还包含对其品格以及其为诚实、勤奋之人的热情赞扬。这些因素单独及累积表明，他具备品格和家庭基础，可以作为贡献者而非掠夺者重返社会，并且他已采取措施从导致其定罪的行为中康复。

关于其定罪，我认为他试图为其犯罪行为提供解释，虽然他不愿直接承认罪行可能是羞耻或否认的产物，但我不认为他要么是彻头彻尾的骗子，要么是毫无悔意的罪犯。我也不像

而非规则。另见Braun v. INS, 992 F.2d 1016, 1020 (9th Cir. 1993)；Matter of Alonzo, 17 I&N Dec. 292 (Comm. 1979)（若考虑基础罪行，则豁免可能在每一案件中都被拒绝）。

314

临时决定#3272

多数意见显然那样认定，他未能令其满意地承认罪责是康复或未来行为的可靠指标。除了在纵容导致其犯下本案罪行的情况方面判断力行使不当外，没有证据表明被申请人过着不正常的生活方式。除引发这些程序的罪行外，他没有任何形式的犯罪记录。他没有先前的移民违规行为。他提供了在狱中表现良好的证据。

我注意到，这一罪行在他原本守法的经历中是一个异常，似乎与其家庭相对于前邻居的非正统居住情况有关。那种居住情况已不复存在。在我看来，绝对没有理由认定他不会从这一事件中走出来——我认为这是原本正常记录中的一个异常——并继续养家糊口，成为我们社会的贡献成员。

我并不主张本委员会在根据该法第212(h)条裁断豁免申请的过程中不得或不应处理罪行本身或康复问题。然而，在本案中，多数意见不仅未处理记录中存在的康复的任何其他方面，而且在未援引任何记录证据或其他权威的情况下认定，该申请人已被定罪并监禁的犯罪性质严重到足以使其未来成为我们社会不受欢迎的成员。我认定，如此对待记录不仅构成滥用我们的自由裁量权，而且损害了法律条文。

III. 结论

我认为，以赋予法律各独立条款整体意义和理由的方式来看待该法是合理的。在我看来，多数意见未能根据其法定组成部分真正将第212(h)条与其他豁免条款区分开来，这不适当地扭曲和歪曲了多数意见的自由裁量评估。我认为，多数意见过度依赖认罪和所涉具体犯罪，而非在权衡之下公平考虑强有力的家庭纽带和家庭在没有被申请人情况下所面临困难的压倒性证据，以及被申请人作为养家者的角色、其良好行为报告、其良好品格的确认，以及除未来良好预后外没有任何其他证据，这进一步使该自由裁量评估存在缺陷。我会在行使自由裁量权时准予所请求的救济。

315