

## 涉外法治视野下我国强制出境制度的检视与完善

杜少尉

**摘要:** 涉外法治不能不关注强制出境制度,强制出境制度因其主要适用对象是违法犯罪的外国人,具有直接的涉外属性。完善强制出境制度既是应对外国人在我国违法犯罪问题,贯彻总体国家安全观的需要,也是落实宪法和国际法中人权保护义务的需要。现行制度存在强制出境措施惩罚性不协调、裁量基准模糊、可救济性冲突、执行时间节点单一等问题。在推进涉外法治建设的要求下,需对强制出境制度进行相应完善:体系性地规范强制出境措施的期限;进一步细化不同性质的强制出境措施的裁量基准;设置差异化的救济机制,在确保我国国家安全优位的同时,兼顾人权保障;丰富执行强制出境措施的时间节点,在符合特定条件的情况下,允许在诉讼程序中、宣告缓刑或假释后对外国人执行强制出境。

**关键词:** 涉外法治;强制出境;救济机制;执行程序

**中图分类号:** D92      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1003-0751(2025)09-0064-08

党的二十大报告强调要“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治”<sup>[1]</sup>。我国法律中存在不同性质的将外国人驱逐或遣送出境的措施,其适用对象是外国人(含无国籍人),具有直接的涉外属性,属于涉外法治规范的内容。我国目前共有五种性质的强制外国人出境的措施:一是刑罚性质的驱逐出境。《刑法》第35条规定,对犯罪的外国人,可以独立适用或者附加适用驱逐出境。二是行政处罚性质的强制出境措施。如《治安管理处罚法》第10条规定的限期出境和驱逐出境。三是行政强制措施性质的强制出境措施。如《出境入境管理法》中规定的不准入境<sup>①</sup>和遣送出境。四是作为反制裁手段的不准入境和驱逐出境。依据《反外国制裁法》第6条规定,对被列入反制清单的个人及其配偶或近亲属,可采取不准入境和驱逐出境等反制措施。五是外交性质的强制出境措施。根据《维也纳外交关系公约》的规定<sup>②</sup>,对被宣告为“不受欢迎的”外交人员,我国可责令其限期出

境,无正当理由逾期不自动出境的,可强制其出境。由于外交层面的强制出境主要依据是国际法,与前四种强制出境不同,故本文仅讨论以国内法为依据的前四种强制出境措施。

需说明的是,本文使用“强制出境”作为各部门法中相关措施的上位概念。目前既有的文献都集中于某一部门法内部,或讨论行政法中驱逐出境制度的问题,或讨论刑法中驱逐出境的问题,少有将强制出境制度作为整体审视并讨论的。学者在论及此议题时,多使用“驱逐出境制度”的表述<sup>[2]</sup>,但该表述因与“驱逐出境”有重复,易生歧义,且早在1992年最高人民法院、最高人民检察院、公安部等部门联合发布的《关于强制外国人出境的执行办法的规定》中就使用了“强制出境”来概括我国法律中各种强制驱离外国人出境的措施<sup>③</sup>。《公安机关执法细则》第43章第7节也采用了“强制外国人出境”的表述,故而以此概括上述各种性质的一应措施更为精确。在推进涉外法治建设的背景下,如何进一步

收稿日期:2025-05-19

基金项目:司法部法治建设与法学理论研究项目“安全事故犯罪的司法适用及立法完善”(22SFB4011)。

作者简介:杜少尉,男,法学博士,北京科技大学文法学院讲师(北京 100083)。

规范完善我国的强制出境制度,是亟待解决的问题。

## 一、涉外法治视野下完善我国强制出境制度的必要性

涉外法治是联系国内法治与国际法治的纽带,完善强制出境制度,就国内法治而言,是应对外国人违法犯罪问题,贯彻总体国家安全观的要求;就国际法治而言,是落实相关国际法义务的需要。

### 1. 贯彻总体国家安全观的需要

强制出境制度在学术研究上未受重视的一个原因在于,我国不是移民国家,强制出境适用较少。但随着我国国力提升,情况已发生了改变。第七次全国人口普查结果显示,居住在我国的外国人达到84万人<sup>[3]</sup>。随着外国人大量拥入,外国人在我国违法犯罪案件数量日益增多<sup>[4]</sup>。此处的违法问题,不仅指外国人非法入境、非法居留、非法就业的“三非”问题,还包括违反其他法律法规的问题。有数据显示,早在2006年我国就查处“三非”外国人3.6万人,遣送出境9560人<sup>[5]</sup>。而2023年,我国查处“三非”外国人6.5万,遣送出境2.6万人。2024年仅第一季度,就查处“三非”外国人2.3万人,对其中4551人执行遣送出境<sup>[6]</sup>。此外,公安机关可以视情形对违反《治安管理处罚法》等法律的外国人责令限期出境,根据笔者在北大法宝行政处罚信息库的检索,2017年至今共有856件外国人被处限期出境的案件<sup>④</sup>。而外国人犯罪问题也同样日益严重,尤其是在我国北京、上海、深圳等国际化城市 and 与他国接壤的省份,且外国人在我国犯罪以侵财类和毒品类犯罪居多,这会对我国社会安全造成冲击<sup>[7]</sup>。小部分外国人实施的危害国家安全的犯罪、有组织犯罪、恐怖主义犯罪则直接威胁我国国家安全。

面对日益严重的外国人违法犯罪问题,强制出境措施具有以下功效:其一,惩罚作用。通过强制力将外国人驱离我国,并在一定期限内禁止其入境。其二,预防作用。将不遵守我国法秩序的外国人逐出境外,切断其与我国社会的物理联系,维护社会安全和秩序,这种排斥自古就是国家自我保卫的法宝。其三,缓冲作用。外国人违法犯罪相比于本国人的违法犯罪,对本国国民造成的心理冲击更大,对其强制出境可以缓解上述冲击效应。其四,宣示作用。将危害我国国家安全的外国人强制出境,既是维护国家安全的重要手段,也具有强烈的宣示主权的作用<sup>[8]</sup>。总体国家安全观是捍卫国家主权的经验总

结和理论升华<sup>[9]</sup>,强制威胁国家安全的外国人出境,是贯彻总体国家安全观的制度措施。任何国家都不可能接受外国人入境后从事危害其社会安全或国家安全的行为,不可接受就要排斥,即强制出境措施具有实现物理层面和政治层面上捍卫国家安全的双重意义。

### 2. 落实宪法和国际法人权保障义务的需要

强制出境措施的适用对象是外国人,一方面,我国宪法规定保护外国人在我国的合法权益;另一方面,在我国缔结的国际条约中,有对强制外国人出境的约束条款,缔约国负有多项义务,以保证外国人的权益。

我国《宪法》第32条规定,“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”,该法条以概括方式赋予了外国人权利,未对具体保护外国人哪些权利进行列举。2004年我国已将“国家尊重和保障人权”写入宪法,作为《宪法》第33条第3款。该条款中的“人权”是指普遍人权,即我国同样尊重和保障外国人的权利<sup>[10]</sup>,但这不等于外国人和我国公民享有同等数量和范围的宪法权利<sup>[11]</sup>,而须视宪法基本权利的性质而定。比如,人身自由、人格尊严等人身属性权利是外国人完全享有的,而选举权等政治权利则只能为我国公民享有<sup>[12]</sup>。我国宪法既明确对外国人权利的保障,又将其与本国公民的权利合理区分对待。这种区分对待也为多国宪法所采用,比如德国将宪法权利分为人人享有的基本权利和德国公民享有的权利<sup>[13]</sup>。西班牙宪法也明确外国人与本国人享有的权利有一定差异<sup>[14]</sup>。我国宪法对保障外国人权利作出了总则性规定,这就要求相关部门法中强制外国人出境的法律条款应不断向宪法方向修订完善。

我国《宪法》第32条规定的“合法权利和利益”中的“法”不仅指国内法,还包括世界公认的国际法律准则和国际惯例<sup>[15]</sup>。保护外国人的基本权利,也是国际法的要求。比如,《公民权利和政治权利国际公约》第13条规定了对合法居留的外国人,不得任意驱逐,且应保障其享有救济的权利;《关于难民地位的公约》第32条第2款也规定了驱逐难民出境只能以按照合法程序作出的判决为根据。除因国家安全的理由外,应准许并保障难民向主管当局申诉救济的权利;《经济、社会及文化权利国际公约》第10条规定了对家庭权的保护,这自然包括与我国公民组成家庭的外国人的家庭团聚权。我国已签署上述条约。由于上述条约是公法性质,而我国允许

私法性质的条约直接适用(比如民商事领域的国际条约有直接适用的规定与实践),但公法性质的条约在我国并无直接适用的规定和先例,应转化为国内法后适用<sup>⑤</sup>。所以国际法赋予缔约国保护外国人的义务,须由我国立法具体贯彻。习近平总书记指出:“要坚定维护以国际法为基础的国际秩序,主动参与国际规则制定,推进国际关系的法治化”<sup>[16]</sup>。参与国际法治建设是国家涉外法治建设的重点领域,既包括遵守和执行国际法,又包括影响或型塑国际法治<sup>⑥</sup>。概言之,完善强制出境制度既是落实宪法和国际法相关义务的应有之义,也是积极参与有关国际法规则制定和发展的当然之举。

## 二、我国强制出境措施的制度检视

我国法律规定的4种性质的强制出境措施,涉及8部不同的法律,强制出境措施的有关规定在国内部门法之间甚至国内法与国际法之间存在交叉,在规定的上就容易出现分散不一、交叉竞合的情形。通过对强制出境制度进行梳理检视,可以看到目前强制出境措施在制度建构与现实执行层面仍然存在若干不协调的情况。

### 1. 惩罚性不协调

强制出境的惩罚性在于强制驱离行为本身及伴随的禁止入境期限,而现有强制出境措施在制裁力度、法律后果以及制裁方式上存在惩罚性不协调的情形。

第一,整体制裁力度不衔接。行政法与刑法中都有强制出境措施,刑罚作为国家社会治理工具箱中的最后手段,其惩罚的严厉程度应重于行政措施。但我国《刑法》没有规定驱逐出境的刑期,而《出境入境管理法》则明确遣送出境的期限为1年至5年,公安部作出的驱逐出境决定期限为10年。强制出境的期限只有1年至5年和10年两种期限,在整体制裁力度上无法形成有效的衔接,且上限过低。目前的期限设定缺少足够区间以应对不同程度的违法犯罪行为,5年至10年的期限空当,而没有10年以上的禁止入境期限,显然无法匹配一些罪行极其严重的犯罪。第二,法律后果不够明确。目前法律仅明确了部分强制出境措施的禁止入境期限,但若外国人在禁止入境期内再入境如何处理则未规定。比如,某外国人被公安机关决定限期出境,5年内不准入境。但第二年该外国人再次入境且违法,此时如作出限期出境或驱逐出境的行政罚,处罚结果是否

应与之前剩余的不准入境时间相加?对此,法律没有明确,以至于有外国人被强制出境后,三番五次入境我国的情况发生<sup>[17]</sup>,使得实践中强制出境的惩罚功能折损,不利于我国社会秩序的维护。第三,制裁方式不协调。《刑法》中驱逐出境可独立适用也可附加适用,但《治安管理处罚法》中的限期出境和驱逐出境只是附加罚,而其他行政法中对限期出境和驱逐出境规定却未要求只能附加适用。这就导致同为资格型制裁方式,《治安管理处罚法》目前的规定不论与刑法还是与其他行政法都不协调。

### 2. 裁量基准模糊

一是作为刑罚的驱逐出境。《刑法》第35条规定对犯罪的外国人可以驱逐出境,未明确具体适用范围。虽然学界普遍认为,驱逐出境并非对犯罪的外国人一律适用,而是需考虑犯罪性质和人身危险性等因素<sup>[18]</sup>,但相比于其他附加刑而言,刑法中驱逐出境的裁量基准是模糊的。比如,何时应附加剥夺政治权利,刑法总则有明确规定,何时应当或可以适用罚金刑则在刑法分则个罪中予以规定。

二是作为行政处罚的限期出境和驱逐出境。与《刑法》第35条的措辞一样,《治安管理处罚法》《出境入境管理法》对这两种行政处罚的适用要件也仅用“可以”二字表述<sup>⑦</sup>,同时,又均无对应的下位法予以具体细化规定<sup>⑧</sup>。虽然此处的“可以”并非对违反治安管理的外国人一律适用,而应根据案件情况、外国人本人情况和外交因素综合考量,慎重决定适用<sup>[19]</sup>,但可以看出,行政法中限期出境和驱逐出境的裁量空间相当广阔。

三是《出境入境管理法》中的遣送出境。《出境入境管理法》第62条规定了4种可以遣送出境的情形:(1)被处限期出境,未在规定期限内离境的;(2)有不准入境情形的;(3)非法居留、非法就业的;(4)违反本法或者其他法律、行政法规需要遣送出境的。前二项实则是将遣送出境作为限期出境、不准入境的具体执行方式,后二项才是遣送出境作为强制措施的具体适用要件。那么,对于“三非”外国人是否都要适用遣送出境?尤其是该条第4项“违反法律、行政法规需要遣送出境的”作为兜底条款,在文本上涵盖了实施违反我国法律、行政法规的行为且不宜在我国境内继续停留居留的外国人,均可被遣送出境。该项规定赋予公安机关非常大的自由裁量权。虽然有学者强调,对此执行时应从严把握<sup>[20]</sup>,但由于裁量空间大,基准模糊,在执行中可能产生偏差<sup>⑨</sup>。

### 3. 可救济性冲突

可救济性的不协调,主要体现在行政性的强制出境措施中。首先,是法与法之间的不协调。对作为行政处罚的“驱逐出境”,依《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。”从文本来看,因违反《治安管理处罚法》而受到行政处罚的外国人可自主选择救济途径。实践中,我国行政和司法机关依法保障外国当事人对“限期出境”的法定救济权利<sup>⑩</sup>,但尚无允许对“驱逐出境”复议或诉讼的案例。依《出境入境管理法》第81条和《反间谍法》第66条的规定,由公安部和国家安全主管部门作出的驱逐出境决定为最终决定,无救济渠道。从特殊法优于一般法角度而言,上述规定与《治安管理处罚法》的允许救济在实践中虽无龃龉,但在学理上难以说明为何同为行政处罚,依《治安管理处罚法》作出的决定有救济可能,而依《出境入境管理法》作出的决定则不可救济<sup>[21]</sup>。此外,我国《测绘法》等行政法对驱逐出境是否可救济未予以规定。而由于《行政复议法》《行政诉讼法》都没有排斥外国人在我国进行行政复议或诉讼的权利,按照特别法没有规定的,适用一般法的规定适用法律规则,当事人只要不是因违反《出境入境管理法》《反间谍法》而被处以驱逐出境的,则可申请行政复议或提起行政诉讼。

其次,是下位法与上位法的冲突。或许是为了解决前述《治安管理处罚法》与《出境入境管理法》对驱逐出境可救济性规定的协调,《公安机关办理行政案件程序规定》(下文简称《行政案件规定》)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。”可见,《行政案件规定》对上述两部法律中的驱逐出境作了并轨处理,为了让两部法律中的驱逐出境救济性保持一致,再次排除了外国人的救济权,但《治安管理处罚法》并未规定依据本法作出的驱逐出境为最终决定。根据《立法法》第91条第2款规定:“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。”所以,《行政案件规定》第251条显然与上位法相抵触,属于下位法限制和剥夺了上位法所规定的权利<sup>[22]</sup>。可以说,执

法机关为解决行政法体系中法律之间的不协调,又造成了部门规章与上位法的矛盾。

### 4. 执行时间节点单一

强制出境的执行时间节点,不论是刑法中的驱逐出境,还是行政法中的强制出境措施,通说历来认为须在其他刑罚或行政处罚执行完毕后方可执行,而吴弘达案却并非如此。1995年武汉市中级人民法院认定吴弘达(美国国籍)犯为境外机构窃取、刺探和非法提供国家秘密罪,判处其有期徒刑15年并处驱逐出境。但一审宣判当天,公安机关就将其驱逐出境。多年来学界对此案的评析,聚焦于驱逐出境执行顺序的倒置<sup>[23]</sup>。诚然,这种批判在当时并无不妥,就驱逐出境与主刑的执行顺序而言,不符合执行原则的做法确实有损法律的权威性。但30年时间过去了,面对日益严重的外国人在华违法犯罪现状,值得重新思考的是,驱逐出境的“提前”执行是否都是不妥的?换言之,附加的强制出境措施应在其他刑罚或行政处罚执行完毕后再执行这一原则,是否可以有例外?事实上,在实践中会存在基于国际关系或国家安全的考量,而需要先予执行强制出境的情况,如果强制出境的执行时间节点始终如此单一,再有类似前述案件的时候,就会发生实践需要与执行原则相互矛盾的情形。

## 三、我国强制出境制度的规范完善

对强制出境制度的体系性完善,有观点认为,应保留刑法中的驱逐出境,删去其他行政法中的相关措施,构建统一的行政性强制出境制度规定于《出境入境管理法》中<sup>[24]</sup>;也有观点认为,可以删除刑法等其他法律中的强制出境措施,在《出境入境管理法》或将来的移民管理法律中整合规定<sup>[25]</sup>。可见,学界对行政法中的强制出境措施在立法上需统一整合并无争议,但对是否应删除《刑法》中的驱逐出境存在分歧。其实,是否合并二者并不重要,甚至是否需删去《治安管理处罚法》等法律中的有关规定都非重点,其更多是立法技术的选择问题。例如,刑法中是否有此规定并不影响对犯罪的外国人强制出境,犯罪可作为可强制出境的事由之一规定于移民法等法律中。所以,完善强制出境制度的重点不在修法形式,而是应有目的、有区别地分别设定各种性质强制出境的期限、适用条件及救济机制等<sup>[26]</sup>。

### 1. 规范强制出境的禁入期限

在强制出境措施的期限方面,应扩展禁止入境

我国的期间。考察域外相关立法,强制出境的期限都比较宽泛,并划分不同区间,最高可永久禁止入境。例如,《瑞士刑法典》将驱逐出境的期限划分为3年至15年、5年至15年、20年和永久驱逐出境四个区间<sup>⑪</sup>。美国《移民与国籍法》(Immigration and Nationality Act)则规定,在边境被驱逐的,5年内禁止入境;如果是在入境后被驱逐出境的,则10年内禁止入境;若是第二次被驱逐出境,则该期限为20年;而对于被判犯有加重重罪的外国人则永久禁止入境<sup>⑫</sup>。

我国应对不同的强制出境措施设定不同的期限。根据《出境入境管理法》第62条第3款规定,遣送出境的禁入期限为1年至5年,但目前我国法律法规中并未明确限期出境的禁止入境时间,根据《出境入境管理法》第62条规定,外国人被处限期出境,未在规定期限内离境的,可以遣送出境,因此可理解为限期出境后的禁入时间与遣送出境一致,但这属于法律解释的结果,应通过立法予以明确<sup>⑬</sup>;行政法中的驱逐出境期限仍为10年,刑法中驱逐出境可修订为5年至永久禁止入境<sup>⑭</sup>,形成一个具有递进性的强制出境禁入期限。同时,应明确在禁止入境期限内重新入境我国的法律后果,即无论何种强制出境措施,凡在禁止入境期限内非法入境的,重新计算其不准入境期限,并对其遣送出境,且外国人对该遣送出境不享有救济权,因此时的遣送出境是为保障之前的强制出境措施能有效执行的强制手段。与之类似,美国《移民与国籍法》中规定,若外国人在被驱逐或自愿离境后非法重新进入美国,先前的驱逐令将从其原始日期起恢复,该外国人没有资格申请救济<sup>⑮</sup>。

## 2. 细化强制出境的裁量基准

在强制出境的适用要件方面,根据四种强制出境措施的性质和严厉程度,确定不同适用前提。具体而言:第一,限期出境本质上是一定期限内的自愿离境,惩罚性较弱,适用于一般性的违法行为。例如,对于入境后非法就业,而无其他违法行为的,公安机关往往是给予限期出境处罚<sup>⑯</sup>。第二,行政法中的驱逐出境适用于外国人违法行为,情节严重,尚不构成犯罪的。对此处“情节严重”须给出具体裁量标准,比如实施违法行为的外国人是非法入境或非法居留的。此外,还可修订《治安管理处罚法》中限期出境和驱逐出境的适用方式,允许其可以独立适用,以应对日益增多的外国人违法案件。第三,遣送出境作为行政强制执行措施,其适用不以行为入

存在违法犯罪为前提,应延续其目前主要对非法入境、非法居留、非法就业的外国人和境外人员适用的导向,并细化其裁量基准。例如,对非法居留超过一定天数,或非法居留经警告后继续非法居留的,遣送出境。同时,遣送出境适用于因违法或犯罪而须强制出境的香港、澳门特别行政区居民和台湾地区居民。第四,刑法中的驱逐出境应适用于“严重的犯罪”和“特殊的犯罪”,比如,设定被判处六个月以上有期徒刑,属于“严重的犯罪”<sup>⑰</sup>，“特殊的犯罪”则是指危害国家安全犯罪、黑社会性质组织犯罪、恐怖主义犯罪、毒品犯罪、性犯罪等。对于“特殊的犯罪”设定为强制适用驱逐出境,即不论其主刑量刑如何,都应当驱逐出境。例如我国刑法分则危害国家安全罪一章中,有些罪名的法定刑中有拘役和管制,即便外国人触犯危害国家安全的罪名仅被判处拘役或管制,同样应驱逐出境,以彰显维护国家安全的重要性。

## 3. 完备强制出境的救济机制

完善强制出境制度的救济程序,宜根据不同的强制出境事由和身份设置差异化的救济机制<sup>⑱</sup>。

第一,对于限期出境,应保持给予外国人两次救济机会不变。对行政法中的驱逐出境,原则上也应给予两次救济机会。由于公开立法资料中并未说明《出境入境管理法》《反间谍法》中“驱逐出境”为终局决定的缘由,只能推测,该规定或许是为将威胁国家安全的行为人尽快驱逐。对此,可将该事由明确化,此时存在国家安全原则与人权保障原则的冲突,须有一方退让<sup>[27]</sup>,应以国家安全优先,兼顾人权保障。详言之,一般性的驱逐出境事由应当予以正常的程序保障,涉及国家安全的案件,则允许驱逐出境在救济程序未成终局状态下即可执行,但外国人可在驱逐出境前或出境后申请复议或司法救济。以“先驱逐后救济”方式谋求本国安全和人权保障之间的平衡也是不少国家的做法。以美国移民法律为例,外国人因犯重罪被判刑而须强制出境的,外国人对此命令虽享有司法救济的权利,但司法救济不能自动中止强制出境执行,须当事人主动提请暂缓执行,若其要求不被批准,则其被驱逐后可提请司法救济<sup>⑲</sup>。芬兰《外国人法》中也规定,外国人如对驱逐出境处分不服,拟提起司法救济,如其身处国外,可向芬兰驻外使节机构提交上诉文件。芬兰驻外使节机构收到上诉文件之后,应立即转交至原裁处机关并通知行政法院<sup>⑳</sup>。同理,对遣送出境原则上也当设置双重救济机制,但若外国人是因非法入境而须

遣送出境的,则仍仅享有一次救济机会,因此时的遣送出境并不存在对其在我国居(停)留资格的剥夺。

第二,作为反制裁措施的不准入境和驱逐出境则较为特殊。反制裁措施属于国家行为<sup>[28]</sup>,涉及国家根本制度的保护和国家主权的运用,是由国家承担法律后果的政治行为,不属于行政诉讼的受案范围,故无须设置救济机制<sup>[29]</sup>。

第三,对于一般出入境管理环节的不准入境,是否应赋予外国人救济权利存在争议。有学者认为,不准入境是纯粹的国家主权行为,无须给予其救济机会<sup>②</sup>。该观点有其合理性,国际法和其他各国立法都承认边界管控及是否准许外国人入境是国家主权事务<sup>[30]</sup>。但其不同于反制裁性质的不准入境,出入境管理环节的不准入境虽属于主权利力的当然延伸,但本身并非政治行为。尤其是一些外国人与我国社会具有紧密联系,不准入境可能会损害其个人利益。所以,在特定情况下应认可不准入境的可救济性:(1)拥有我国永久居留资格的。在本国人与外国人这个区间内,永久居留身份其实已接近本国公民。尤其是获得我国永久居留资格并非易事<sup>②</sup>,其在客观上已与我国社会具备极高的关联度;(2)在我国境内拥有家庭的外国人。联合国人权事务委员会指出,对外国人强制出境须衡量对家庭权利和儿童利益的保护<sup>③</sup>。本质上讲,此时是否给予外国人救济权利,取决于其与我国社会的关联度。所以,宜允许上述外国人对不准入境决定申请复议或提起行政诉讼。

#### 4. 丰富可执行强制出境的时间节点

第一,允许在刑事诉讼程序中执行驱逐出境,条件是外国犯罪人认罪认罚,且考虑我国的外交关系或对外政策等需要。强制出境有时会影响国家的外交利益和国际关系,对于愿意认罪认罚以换取直接驱逐出境的外国人,若对其直接驱逐出境于我国国家利益或国际关系有利的,可以允许直接驱逐出境。具体可分为以下两种情形:(1)若已经对其宣判,但刑事诉讼尚未终局,外国人认罪认罚,对其驱逐出境后,若其在禁止入境期限内重返我国,则须对其执行原判判决中的刑罚。《德国刑事诉讼法》第456a条也有类似规定,若犯罪人因犯罪须被驱逐出境,执行机关可以免于执行自由刑或保安处分。若其返回德国,则可以执行之前免于执行的刑事制裁<sup>[31]</sup>。(2)若尚未宣判,外国人认罪认罚,对其驱逐出境后,其在禁止入境期限内重返我国的,则重启审判程序。事实上,允许在诉讼尚未终结前对认罪认罚的外国

人驱逐出境,本质是一种辩诉交易。如美国移民法中规定,外国人可与司法部进行认罪协商,条件是其自愿放弃听证的权利,并接受法院裁定的驱逐出境,以此换取缓刑或附带保护管束之释放<sup>④</sup>。当然,对此类特殊案件,在程序上应呈报最高人民法院审查决定。同理,对于行政违法的外国人,如其认错认罚,且因外交等因素不执行其他行政罚,而直接强制出境的,则应报公安部决定。

第二,允许对判处缓刑的外国人执行驱逐出境。目前,在符合缓刑条件的前提下,我国很少对外国犯罪人适用缓刑,仅对具有稳定收入和住所的外国犯罪人才可能适用缓刑。因为依《刑法》和《社区矫正法》的规定,被判处缓刑的犯罪人须进行社区矫正。一方面,对没有固定住所的外国人难以确定其矫正机构;另一方面,由于我国社区矫正制度实施较晚,对外国人的矫正因语言、文化差异执行难度相对较大,容易使矫正流于形式。对此,应允许对符合条件的外国人宣告缓刑,同时可对其驱逐出境,而非必须在我国进行社区矫正。对缓刑的外国人驱逐出境,对于地主国而言可节约司法资源。如日本《出入国管理及难民认定法》规定,若法官对犯罪的外国人判处缓刑,在此期间,执法机关仍可将外国人驱逐出境<sup>⑤</sup>。《塞尔维亚共和国刑法典》中也规定,若法庭对外国人宣告缓刑,可以裁定对其驱逐出境<sup>[32]</sup>。须明确的是,若外国人在缓刑考验期内重新入境的,应撤销缓刑,执行原判刑罚。如果考验期已满,在驱逐出境刑期内入境的,则应当再行强制出境,且禁止入境期限重新起算。

第三,允许外国服刑人员在假释后立即驱逐出境。基于和上述外国犯罪人适用缓刑率低相同的原因,我国极少允许外国犯罪人假释,这意味着在我国服刑的外国人,除非通过移管被判刑人的方式回国服刑<sup>⑥</sup>,否则只能等主刑执行完毕后驱逐出境。可以说,在假释的适用上我国目前无法给外籍罪犯平等适用刑法的机会,司法部关于《外国籍罪犯管理工作研讨会纪要》中指出,对此问题应提请立法机关修法解决<sup>⑦</sup>。需说明的是,对外籍罪犯可否缓刑或假释设置专门标准亦有其合理性,由于部分外国人与我国社会关联度低,使得法官必须考虑刑法规定的标准之外的现实因素。因案件涉外而须进行更多现实考量的情形我国并非个例,比如英国司法在涉外案件的保释判断中,其考虑因素业已超出《保释法》所规定的条件,呈现出与本国公民不同标准的二元化现象<sup>⑧</sup>。所以,允许符合条件的外国人假

释并立即驱逐出境,既可减轻监狱管理的压力,也能节省外国人假释后对其监督管理的司法资源。考察国外法律,这种方式也为多国立法所采。如《希腊刑法典》第74条规定,驱逐出境在服刑完毕或假释后立即执行<sup>[33]</sup>。《法国刑事诉讼法典》则将服刑的外国人须驱逐出境,作为准予其假释的条件<sup>[34]</sup>。《瑞士刑法典》中则规定,一旦罪犯被有条件地解除刑事处罚(不执行剩余刑期)或拘留措施被撤销,驱逐令即予执行<sup>⑨</sup>。可见,驱逐出境的执行不必局限于主刑执行完毕后。至于外国人被驱逐出境后,在假释考验期内重新入境我国的后果则依《刑法》第86条处理。

## 结 语

涉外法治是各个国家运用涉外法处理涉外事务的法治场域。习近平法治思想深刻把握中国法治建设新战略和世界法治发展新趋势,提出了“涉外法治”的范畴<sup>⑩</sup>。强制出境制度是涉外法治建设的重要一环,为确保该制度的完善有章可循,须以具体问题为导向,坚持宪法至上、国家利益本位,在此前提下善意履行国际法义务,应对新时代我国对外开放面临的风险挑战。我国法律中强制出境措施较多,名称和性质也有所不同,而目前对强制出境制度之研究,多聚焦于各自部门法内部的问题,整体审视该制度的研究较少,且都忽视了强制出境的执行时间节点单一的问题。事实上,秉持“刑事一体化”的理念,须一应重视其实体、程序和执行问题,为相关涉外法治工作的有序开展提供理论参考。

### 注释

①不准入境在本质上,也是一种将外国人推回的行为。《出境入境管理法》第26条规定:对未被准许入境的外国人,出入境边防检查机关应当责令其返回;对拒不返回的,强制其返回。第62条规定则明确,外国人有不准入境情形的,可以遣送出境。可见,对不准入境者同样可以使用强制力驱离,故本文将之纳入讨论。②《维也纳外交关系公约》第9条规定:接受国得随时不具解释通知派遣国宣告使馆馆长或使馆任何外交职员为不受欢迎人员或使馆任何其他职员为不能接受。遇此情形,派遣国应斟酌情况召回该员或终止其在使馆中之职务……如派遣国拒绝或不在相当期间内履行其依本条第一项规定所负义务,接受国得拒绝承认该员为使馆人员。③《关于强制外国人出境的执行办法的规定》开篇规定:“兹对违法犯罪的 외국인 强制出境的执行问题,作如下规定……”④检索时间为2025年4月25日。当然,该数据并非上述时间内外国人因违法而受限期出境的全部案件数量,因为《行政处罚法》第48条第1款规定,具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开,即我国对行政处罚案件公

开的要求是“相对公开”,而非“绝对公开”。⑤参见车丕照:《中国法院适用国际条约所涉若干基本概念辨析》,《政法论丛》2023年第1期。⑥参见黄文艺:《涉外法治范畴的结构论诠释》,《比较法研究》2024年第6期。⑦《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条规定:外国人从事与停留居留事由不相符的活动,或者有其他违反中国法律、法规规定,不适宜在中国境内继续停留居留情形的,可以处限期出境。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。公安部的处罚决定为最终决定。⑧目前只有《北京市出入境管理行政处罚裁量基准》中对限期出境的裁量基准进行了细化,其他地区已出台的文件中并未涉及限期出境和驱逐出境的裁量基准。⑨参见唐刚:《中国境内非常规移民遣返问题的现状与对策》,《人权法学》2022年第5期。⑩参见云南省大理白族自治州中级人民法院(2017)云29行初17号行政判决书。⑪参见《瑞士刑法典》第66a条、第66a条之二、第66b条。⑫参见美国《移民与国籍法》第212条(a)(9)。⑬需说明的是,目前《外国人入境出境管理条例》对限期出境的规定是限外国人15日内出境,而《公安机关办理行政案件程序规定》中则将该期限扩展至30日。对于限期出境规定的不一致,也应在未来修法中统一设定为限定出境期限不得超过30日,以赋予限期出境这一处罚更高的灵活性。⑭以5年作为刑法中驱逐出境的刑期起点,总体上不会导致行政处罚重于刑罚的情况,因为行政法中的驱逐出境很少适用。根据作者在北大法宝数据库检索,驱逐出境的行政处罚案件仅有1件(检索日期为2025年4月19日)。⑮参见美国《移民与国籍法》第241条(a)(5)。⑯参见北京市公安局京公行罚决字(2024)50008号行政处罚决定书;北京市公安局京公行罚决字(2024)50012号行政处罚决定书。⑰作为驱逐出境适用要件的“严重犯罪”与学界一般而言的轻重罪划分不同,一般认为法定刑三年以上为重罪,以下为轻罪。但若以三年为界作为适用驱逐出境的标准,显然过于限缩其适用范围。⑱此处讨论的是非因刑事犯罪而被强制出境的救济,因刑事犯罪而被法院判决驱逐出境的,在刑事诉讼程序中已包含救济机制。⑲参见Jean Marc Nken v. Eric H. Holder, Jr., Attorney General, 556 U.S. 418. (2009)。⑳参见芬兰《外国人法》第197条第3款。㉑参见李建国:《外籍当事人的处置与救济制度研究》,《出入境管理法》解读,《公安研究》2013年第12期。㉒参见《外国人在中国永久居留审批管理办法》。㉓参见Maalem诉乌兹别克斯坦案(CCPR/C/123/D/2371/2014)。㉔参见美国《移民与国籍法》第238条(c)(5)。㉕参见日本《出入国管理及难民认定法》第63条。㉖我国《国际刑事司法协助法》第八章第一节规定了向外国移管被判刑人的条件和程序。但该法和我国与外国签订的被判刑人移管条约,都没有规定可以实行缓刑、假释的监督移管,将来修法也应一并考虑把被判刑人移管的适用范围扩大到缓刑、假释的外国人。㉗参见《司法部办公厅关于印发〈外国籍罪犯管理工作研讨会纪要〉的通知》(司办通[2002]89号)。㉘参见陈光中:《完善涉外刑事诉讼若干问题探讨》,《法学》2025年第2期。㉙参见《瑞士刑法典》第66c条。㉚参见黄文艺:《论习近平法治思想的“大法治观”》,《法治研究》2023年第2期。

### 参考文献

- [1] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗: 在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M]. 北京: 人民出版社, 2022: 41.
- [2] 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.
- [3] 国家统计局.第七次全国人口普查公报[R/OL].(2021-5-11)[2025-5-1].[https://www.gov.cn/guoqing/2021-05/13/content\\_5606149.htm](https://www.gov.cn/guoqing/2021-05/13/content_5606149.htm).
- [4] 安凤德.在华外国人犯罪刑事政策研究[M].北京:中国法制出版社,2017:115.
- [5] 宋全成.非法外国移民在中国的现状、症结与对策[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2015(1):55-63.
- [6] 国家移民管理局.2023年移民管理工作主要数据[R/OL].(2024-1-18)[2025-5-1].<https://www.nia.gov.cn/n741440/n741567/c1625590/content.html>.
- [7] 李怀胜.在华外国人犯罪的实证分析与刑事政策应对[J].犯罪研究,2014(2):59-69.
- [8] 何秉松.刑法教科书[M].北京:中国法制出版社,2000:565.
- [9] 王理万.主权原则在中国宪法中的展开[J].中国法学,2023(6):142-161.
- [10] 曲相霏.我国宪法上的“人”与人权保障:基于八二宪法的文本分析[J].人权,2013(4):50-53.
- [11] 莫纪宏.“公民”概念在中国宪法文本中的发展[J].人权,2010(4):2-6.
- [12] 许崇德,胡锦涛.宪法[M].北京:中国人民大学出版社,2021:153.
- [13] 杨金晶.如何对待外国人的宪法权利?[J].人权研究,2020(1):124-147.
- [14] 西班牙宪法典[M].潘灯,单艳芳,译.北京:中国政法大学出版社,2006:7.
- [15] 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:中国民主法制出版社,1995:141.
- [16] 习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境[N].人民日报,2023-11-29(1).
- [17] 刘杰伟.从纳扎尔七次非法入境引发的思考[J].北京人民警察学院学报,2001(4):47-49.
- [18] 王爱立.《中华人民共和国刑法》释解与适用[M].北京:人民法院出版社,2021:75.
- [19] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室.《中华人民共和国治安管理处罚法》释义及实用指南[M].北京:中国民主法制出版社,2005:35.
- [20] 孙茂利.公安机关办理行政案件程序规定释义与实务指南[M].北京:中国民主法制出版社,2021:586.
- [21] 林艺聪.论行政法上驱逐出境之救济[J].浙江工商大学学报,2022(4):61-74.
- [22] 胡建森.法律规范之间抵触标准研究[J].中国法学,2016(3):5-24.
- [23] 吴平.论驱逐出境[J].浙江师大学报(社会科学版),2000(4):67-71.
- [24] 赵春玮,朱斌斌.行政性驱逐出境制度研究[J].中国青年政治学院学报,2010(4):139-143.
- [25] 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.
- [26] 王世洲.我国技术移民法核心制度的建立与完善[J].中外法学,2016(6):1655-1676.
- [27] 李惠宗.法学方法论[M].台北:新学林出版股份有限公司,2025:205-206.
- [28] 全国人大常委会法工委负责人就反外国制裁法答记者问[N].人民日报,2021-06-11(3).
- [29] 梁凤云.行政诉讼法逐条注释[M].北京:中国法制出版社,2014:70.
- [30] 郝鲁怡.非法移民及其遣返法律制度研究[J].河北法学,2013(11):94-101.
- [31] 德国刑事诉讼法:附德国法院组织法选译[M].连孟琦,译.台北:元照出版有限公司,2016:414.
- [32] 塞尔维亚共和国刑法典[M].王立志,译.北京:中国人民公安大学出版社,2011:38.
- [33] 希腊刑法典[M].陈志军,译.北京:中国人民公安大学出版社,2010:22.
- [34] 法国刑事诉讼法典[M].罗结珍,译.北京:中国法制出版社,2006:575.

## Review and Improvement of China's Expulsion System in the Light of Foreign-related Rule of Law

Du Shaowei

**Abstract:** Foreign-related rule of law construction needs to pay attention to the expulsion exit system. The expulsion system has direct foreign-related attributes because it is mainly applied to aliens who have violated the law and committed crimes. Improving the expulsion system is both a response to the need for aliens to commit crimes in China and the need to safeguard national security, but also the need to implement the obligations of human rights protection in the Constitution and international law. In order to solve the problems in the current system, such as punitive incoherence, vague discretionary standards, conflicting remedies, and a single mode of enforcement in the current system, it is necessary to improve the expulsion system. Systematically regulate the duration of forced departure measures. Refine the discretionary standards. Set up a differentiated remedial mechanism, while ensuring the priority of China's national security, we should also give consideration to the protection of human rights. The modes of enforcement of expulsion should be enriched to allow for the aliens in the course of legal proceedings, or after the pronouncement of a suspended sentence or release on parole, provided that certain conditions are met.

**Key words:** foreign-related rule of law, expulsion, remedial mechanisms, enforcement procedure

责任编辑:寒 秋