

# 我国刑法中驱逐出境的性质与适用

杜少尉 刘仁文

【摘要】就我国《刑法》第35条驱逐出境的性质而言，学界存在刑罚说与保安处分说之争。《刑法》第35条之所以独立于该法第33条和34条，是因其具有仅对外国犯罪人适用的特殊性。在量刑时，是否对外国人科处驱逐出境的依据是其行为是否具有不法性，而非其外籍身份。驱逐出境在目的上虽具有保安处分的色彩，但更具有刑罚的报应和一般预防目的。而且，从我国刑事立法的历史和司法实践来看，《刑法》第35条驱逐出境的性质应认定为刑罚。在司法实践中，对外国人的认定，应以其入境身份为准。如果同时拥有我国国籍和他国国籍，则须引入主要国籍判断标准。对所犯罪行为威胁到我国国家和社会安全的外国犯罪人，应当驱逐出境。对判处无期徒刑或死缓的外国犯罪人，应当附加驱逐出境。外国人被驱逐出境后不准入境期限应由公安机关在执行中予以确定。

【关键词】刑罚；保安处分；驱逐出境；司法适用

【中图分类号】D914.1；DF612 【文献标识码】A 【文章编号】1000-4769(2024)04-0143-12

## 一、问题的提出

我国《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。”因为该条文是在《刑法》第33条和34条明确规定的刑罚种类之外，专门规定的对外国犯罪人剥夺权益的条款，由此便引发驱逐出境在性质上究竟是刑罚还是保安处分措施的争议。对于《刑法》第35条，传统观点认为，刑法中的驱逐出境是强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的刑罚方法。<sup>①</sup>而保安处分说的提出，则主要源于近年来我国立法机关与学术界都格外关注刑罚结构改革问题。<sup>②</sup>在此背景下，有学者在为保安处分“正名”的同时，通过解释论挖掘并论证我国刑法中存在隐性的保安处分，而驱逐出境正是针对外国犯罪人的保安处分措施。<sup>③</sup>上述争议的本质是，在我国立法未明文规定保安处分的情况下，将《刑法》第35条解读为保安处分是否妥当？

除理论上的性质争议外，对于驱逐出境的适用也存在诸多问题：（1）如果驱逐出境的性质是保安处分，则对实施了犯罪行为但无罪责能力的外国人也可适用第35条，反之则不能。（2）《刑法》第35条的立法表述较为简单，只是规定对“犯罪的外国人”可以驱逐出境，那么驱逐出境的适用是否仅限于在我

【作者简介】杜少尉，北京师范大学法学院博士后流动站研究人员，北京 100875；

刘仁文，中国社会科学院法学研究所研究员，北京 100720。

【基金项目】国家社会科学基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”（19AFX007）

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2022年，第244页；何秉松主编：《刑法教科书》上卷，北京：中国法制出版社，2000年，第565页。

② 参见梁根林：《刑罚体系结构优化的两个维度》，赵秉志主编：《刑罚体系结构的改革与完善》，北京：北京师范大学出版社，2012年，第13页。

③ 参见时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，《法学研究》2013年第3期。

国境内犯罪的外国人？更重要的是，哪些情况下可以或应当适用驱逐出境，哪些情况下不宜适用驱逐出境，立法并不明确。（3）如何认定《刑法》第35条中的“外国人”？例如，是否包括无国籍人士？我国不承认双重国籍，在实践中对于同时拥有我国国籍和外国国籍的被告人，能否认定为“外国人”？这涉及在刑事审判中可否对其适用驱逐出境。（4）《刑法》第35条规定，驱逐出境可以独立适用，也可以附加适用。那么，在何种情况下宜独立适用驱逐出境？对判处无期徒刑或死刑缓期二年执行的外国犯罪人，能否附加适用驱逐出境？（5）《刑法》第35条没有规定驱逐出境的具体期限，这导致在刑事裁判中无法写明驱逐出境的时间。对此，是应当将驱逐出境理解为无期限的即时性刑罚，还是终身驱逐出境？

本文立足于刑法解释论，结合我国刑事司法实践和域外驱逐出境相关立法，重点探讨并厘清驱逐出境的性质，为司法实践中驱逐出境的合理、准确适用提供理论支撑。

## 二、我国刑法中的驱逐出境属于刑罚

刑法学界之所以对驱逐出境的性质存在争议，在理论上是因驱逐出境是一种资格刑，而资格刑往往具有多重性质，有的资格刑具有明显的刑罚性质，有的资格刑具有明显的保安处分性质。<sup>①</sup>在文本上，则是因为驱逐出境既不在《刑法》第33条所规定的主刑之内，也未被纳入第34条的附加刑之中，这便给驱逐出境的性质留下文本上的解释空间。

### （一）驱逐出境性质的理论分析

刑罚和保安处分都是国家对犯罪行为的回应，但二者也存在着本质上的差异。

首先，刑罚与保安处分的目的不同。刑罚目的观存在着报应刑论、目的刑论、综合刑论三种不同理论。综合刑论并非将报应刑论和目的刑论简单混合或并列，而是把报应与预防目的通过调和来实现，并避免各自的理论弊端。目前刑法学界主流观点是以报应为基础的综合刑论，即以报应刑（责任刑）为基准，在罪责范围之内追求一般预防与特殊预防目的。<sup>②</sup>综合刑论体现在刑事立法和司法上，则是分阶段看待刑罚目的。该理论的合理性在于，刑法的制度性应用本身就是一个程序性的过程，故依程序分别视之更加精确。如林山田教授所言，“公正报应、吓阻犯罪与矫治罪犯的三大刑罚目的必须依据综合理论的论旨，针对刑罚在不同的阶段以及个别的犯罪行为人，做适度地调和”。<sup>③</sup>具体而言，立法阶段应着重考虑一般预防目的，审判阶段则应以公正报应理念为优先，刑罚执行阶段则应主要服从于特别预防目的。<sup>④</sup>保安处分是基于特别预防思想的刑罚理论演进而成。李斯特将犯罪归因于行为人和社会原因，认为刑罚的对象应是行为人而非行为，对于犯罪更有效的控制手段是保安处分。<sup>⑤</sup>可以说，保安处分的出现乃是为了弥补刑罚之不足，因而重视犯罪行为人的危险性，追求特别预防之目的。可见，刑罚之目的是兼顾一般预防、特殊预防和报应，但在立法、司法和执行阶段的侧重点不同，保安处分之目的则是保卫社会，以特别预防为主要考量。现代刑罚目的观因同样重视犯罪预防，所以预防目的不是保安处分的专利，二者在功能上就有了部分重叠。在纯粹的刑罚和纯粹的保安处分之间，存在着一个二者的交集地带，李斯特称之为“保安刑罚”。<sup>⑥</sup>

从刑法规定驱逐出境的目的来看，通过在立法上规定对犯罪的外国人可以驱逐出境，实务中对外国犯罪人的追诉、审判并宣告驱逐出境，使得地主国中其他外国人不会效仿其犯罪行为，是对一般预防和报应目的的实现。对犯罪人执行驱逐出境，使其离开我国领土，防止其在我国再次犯罪，是特殊预防目的的实现。可见，刑法中的驱逐出境具有一般预防、特殊预防和报应的综合目的，而非局限于保卫社会。

其次，刑罚与保安处分的惩罚性不同。刑罚是对犯罪人适用的建立在剥夺性、限制性痛苦基础上的

① 参见张明楷：《外国刑法纲要》，北京：法律出版社，2020年，第361页；林山田：《刑罚学》，新北：台湾商务印书馆，1983年，第307页。

② 参见克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，北京：法律出版社，2005年，第50页；张明楷：《刑法学》上册，北京：法律出版社，2021年，第715页。

③ 林山田：《刑法通论》下册，台北：元照出版有限公司，2008年，第458页。

④ 参见徐久生：《刑罚目的及其实现》，北京：中国方正出版社，2011年，第74页。

⑤ 参见许福生：《刑事政策学》，台北：元照出版有限公司，2017年，第224页。

⑥ 参见弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，坎贝哈德·施密特修订，徐久生译，北京：北京大学出版社，2000年，第327页。

最严厉的强制措施。<sup>①</sup> 其本质属性在于惩罚性, 即对犯罪者施加痛苦, 并以此表达一种对犯罪行为的否定性评价。在哈特归纳的刑罚须具备的5项特征中, 首当其冲的便是刑罚必须包含痛苦或通常被认为不快的法律后果。<sup>②</sup> 保安处分虽以防卫社会为目的而不同于刑罚, 但却并非毫无惩罚性。一般而论, 保安处分的惩罚性低于刑罚, 但剥夺人身自由的保安处分在惩罚性上则接近刑罚, 故而必须在执行地点、执行方式上削弱其惩罚色彩, 以区别于刑罚。申言之, 保安处分须以隔离或改善处分为重心, 惩罚性只能是其附随性质。就驱逐出境而言, 其惩罚性体现在两个方面: 其一, 驱逐出境行为本身的惩罚性。即以强制力将外国人驱离地主国, 且驱逐出境往往伴随着禁止重返地主国的禁令。其二, 驱逐出境的附带惩罚性后果。附带性后果是指对被驱逐者之外的人产生的负面影响甚至惩罚效果, 这种附带后果主要是对于已经在地主国工作生活甚至组建家庭的外国人而言。当外国人被驱逐出境时, 其本人和地主国的家人须承受情感上的、经济上的代价。对于驱逐出境的惩罚性, 在美国移民法制实践中也被反复强调。例如, 在 *Lieggi v. United States* 一案中, 当事人除去因贩卖大麻而涉嫌犯罪外, 没有其他犯罪记录, 而其家人都已是美国公民。然而, 移民局试图将他驱逐到意大利, 但证据显示, 他在意大利已不认识任何人。对此, 法院认为, 在该案件中, 鉴于驱逐出境所造成的巨大伤害, 驱逐出境必须被认定为刑罚。<sup>③</sup> 此后, 越来越多美国学者呼吁应将对外国公民的驱逐出境视作刑罚, 以适用刑事诉讼程序<sup>④</sup>, 因为刑诉程序保障标准高于民事和行政诉讼程序保障标准。可见, 驱逐出境惩罚性的强弱, 与外国人和地主国的社会关联度成正比。正如贝卡利亚指出, 驱逐出境是对社会与犯罪公民间现存关系的消灭。<sup>⑤</sup> 外国人与地主国社会联结越紧密 (例如长期工作生活或在地主国组建家庭等), 驱逐出境对其本人而言惩罚性便越严厉。反之, 对于那些与地主国社会关联程度低的外国人, 驱逐出境的惩罚性则偏弱。

综上所述, 驱逐出境在目的上虽然具有保安处分的色彩, 但更具有刑罚的报应和一般预防目的。从驱逐出境的惩罚性来看, 对于与地主国联系紧密的外国人而言, 其惩罚严厉性更接近于刑罚。所以, 理论上讲, 驱逐出境虽具有双重性质, 但其更接近于刑罚属性。正是由于驱逐出境这种叠加的性质, 在域外刑事立法中, 既有将其作为刑罚的, 也有将其作为保安处分的。如《法国刑法典》将驱逐出境界定为刑罚<sup>⑥</sup>, 《罗马尼亚刑法典》则将驱逐出境规定为保安处分。<sup>⑦</sup> 具体到我国刑法中的驱逐出境, 则须对《刑法》第35条进行再审视, 以辨明其定性。

## (二) 对《刑法》第35条的文本解读

刑法理论通说一直将驱逐出境定性为刑罚方法之一, 在性质上认为其属于资格刑。<sup>⑧</sup> 相对主刑而言, 驱逐出境则属于附加刑, 与其他附加刑一样可独立适用。

为改变驱逐出境的刑罚性质, 持保安处分说的学者有三条理由: 其一, 驱逐出境虽位于《刑法》第3章第1节“刑罚的种类”之内, 但并不能当然得出其为刑罚的结论, 因为本章还有诸多非刑罚措施, 而《刑法》第33条、34条对主刑和附加刑种类的规定都不包括驱逐出境。其二, 将驱逐出境视为附加刑, 破坏了刑罚命名的专属性。既然驱逐出境是独立的条文, 将之视为刑罚, 则打破了这一专属性, 使得从名称上无法区分行政法中的驱逐出境与刑法中的驱逐出境, 进而会消减刑罚的威慑力。其三, 我国刑法分则中没有关于驱逐出境的规定, 这与附加刑的规定模式不协调。<sup>⑨</sup>

本文认为上述解释并不妥当, 理由如下: (1) 驱逐出境虽独立于《刑法》第33条和34条之外, 但紧随第34条附加刑种类之后。立法者将其独立出来的理由在于, 它只对犯罪的外国人适用, 不具有普遍适用性, 因此没有把驱逐出境列入一般刑种体系中, 而是作为对犯罪的外国人适用的特殊刑种予以单

① 参见张明楷:《刑法学》上册,第667页。

② 参见H·C·A哈特:《惩罚与责任》,王勇、张志铭、方蕾等译,北京:华夏出版社,1989年,第4页。

③ See *Lieggi v. United States Immigration and Naturalization Services.*, 389 F. Supp (1975).

④ See Susan Bibler Coutin, "Deportation Studies: Origins, Themes and Directions," *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 41, 2015, p. 71.

⑤ 参见切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:北京大学出版社,2013年,第58页。

⑥ 参见《最新法国刑法典》,朱琳译,北京:法律出版社,2016年,第23页。

⑦ 参见《罗马尼亚刑法典》,王秀梅译,北京:中国人民公安大学出版社,2007年,第41页。

⑧ 参见陈兴良主编:《刑种通论》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第8页。

⑨ 参见晋涛:《刑法中驱逐出境保安处分化的证成》,《法学》2019年第11期。

独规定。<sup>①</sup>换言之，驱逐出境的特殊性决定了其独立性，其特殊性在于适用对象仅限于犯罪的外国人。（2）驱逐出境作为刑罚，并不存在突破刑罚名称专属性的问题。现行《刑法》第35条完全继承自我国1979年《刑法》第30条的规定<sup>②</sup>，即刑法正式使用这一措辞始于1979年，处在含有行政法意义的“驱逐出境”的一系列法律出台之前。例如，《外国人入境出境管理法》（现已失效）颁布于1985年，而《治安管理处罚法》《反间谍法》《境外非政府组织境内活动管理法》等规定有“驱逐出境”条款的法律皆晚于我国刑法。<sup>③</sup>不能因后续的行政管理法使用了“驱逐出境”这一术语，就回溯性地认为是现行《刑法》第35条突破了刑罚名称的专属性。（3）不能因为罚金等附加刑在刑法分则中有具体规定，便要求驱逐出境须有同样的待遇。刑法分则中没有规定驱逐出境，同样是因其不具有普遍适用性。尤其是在1979年和1997年刑法立法时，外国人犯罪数量少，驱逐出境相比于其他附加刑适用率低。加之我国对驱逐出境的立法较为简单概括，即对犯罪的外国人是“可以”独立或附加适用，至于是否适用则由法官根据犯罪行为性质和严重程度等因素来考虑，所以未在分则中注明哪些罪行可以适用驱逐出境。因此，是否在分则中规定驱逐出境只是立法技术的选择而已。例如，《捷克刑法典》《马其顿共和国刑法典》都将驱逐出境作为刑罚，但其刑法分则都未规定何种罪名可以适用驱逐出境。<sup>④</sup>《西班牙刑法典》《意大利刑法典》将驱逐出境作为保安处分，同样没有在分则中对之予以具体规定。<sup>⑤</sup>

### （三）对《刑法》第35条的规范效力解读

主张保安处分说的学者在文本解读之外，还从驱逐出境的定性会影响该条款的规范效力方面提出以下质疑：第一，将驱逐出境定性为刑罚违背责任原则。若将驱逐出境定性为刑罚，则其规范结构可归纳为：犯罪+外国人（身份）→法定刑（刑法分则规定的法定刑+驱逐出境）。在实施同样罪行的情况下，相比于本国人，等于是行为人因其外国人身份而承担了更多的罪责，这不仅违背责任原则，也会引发“身份刑法”的质疑。<sup>⑥</sup>第二，将驱逐出境视为刑罚制约了其功能发挥。驱逐出境作为刑罚则无法对不具有刑事责任的外国人适用。刑罚受责任主义原则拘束，其适用要求行为人具有刑罚适应性，如此将导致一定的规制漏洞。若将驱逐出境定性为保安处分，则恰能弥补这一疏漏。第三，将驱逐出境界定为保安处分，便有了代替刑罚的可能。例如，对于实施了法定刑为3年以下的犯罪，且有再犯人身危险性的外国人可以由法院直接判决驱逐出境代替刑罚的执行。<sup>⑦</sup>但本文认为，驱逐出境作为刑罚适用，并不违背责任主义原则，且保安处分论者的其他质疑理由也不成立。理由如下：

第一，刑罚与保安处分的依据不同。刑罚所依据的是消极的责任主义，即“没有责任就没有刑罚”。<sup>⑧</sup>责任不仅是刑罚的前提，也是科刑的标尺。刑罚是以过去的违法、有责行为当作判断依据。保安处分是以行为人将来犯罪之危险性为判断依据。<sup>⑨</sup>二者的这一区分，在明确有保安处分立法的刑法典中极为显见。例如，《德国刑法典》第46条第1款规定：“行为人的罪责是量刑的基础”，而该法第62条规定，保安处分的适用应“与行为人行为的严重性、将要实施的行为以及由行为人所引起的危险程度”相适应。<sup>⑩</sup>对于缺乏责任能力的行为人（如精神病患者），以责任主义为基础的刑罚制度无法发挥其预防再犯的作用，但对于此类具有一定危险性的行为人不可置之不顾，所以须借由不以责任主义为基础的保安处分措施来应对。刑法上的保安处分，只要求行为人的行为具有构成要件符合性与违法性即可，并

① 参见郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，北京：法律出版社，2015年，第34页。

② 我国1979年《刑法》第30条规定：“对于犯罪的外国人，可以独立或者附加适用驱逐出境。”

③ 《治安管理处罚法》的通过时间是2005年，《国家安全法》（已失效，由2014年通过的《反间谍法》所取代）的通过时间是1993年，《境外非政府组织境内活动管理法》通过时间是2016年。

④ 参见《捷克刑法典》，陈志军译，北京：中国人民大学出版社，2011年，第46页；《马其顿共和国刑法典》，王立志译，北京：中国人民公安大学出版社，2010年，第17页。

⑤ 参见《西班牙刑法典》，潘灯译，北京：中国检察出版社，2015年，第49页；《最新意大利刑法典》，黄风译，北京：法律出版社，2007年，第79页。

⑥ 参见时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》。

⑦ 参见晋涛：《刑法中驱逐出境保安处分化的证成》。

⑧ 参见张明楷：《外国刑法纲要》，第162页。

⑨ 参见刘仁文：《再法典化背景下我国刑法犯罪法律后果体系的完善》，《法学研究》2023年第5期。

⑩ 《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，北京：中国方正出版社，2004年，第17页。

以此行为作依据来衡量其未来再犯的可能性与危险性。保安处分说重新定性驱逐出境之目的，在于让其脱离刑罚属性，摆脱责任原则之约束，为其适用要件松绑。罪责原则的核心是，刑罚的轻重应完全以行为人的行为罪责为测量基准，罪责必须与刑罚相等，不能超过罪责。事实上，对外国犯罪人附加驱逐出境，并未超越罪责限制。罪责原则中的“罪责”可分为“可罚性罪责”与“裁量性罪责”。<sup>①</sup> 可罚性罪责依然是行为罪责，即刑罚的发生不仅需有行为不法，还需满足刑事责任存在的前提，如刑事责任年龄等。裁量性罪责是以可罚性罪责为指导和约束，在具体确认刑罚的过程中，兼具对行为人和行为的评价所得的罪责。刑罚裁量的基础，依然是行为人的行为所产生的不法，并以此确定其可非难程度；此后，才对行为人自身因素进行考虑。可罚性罪责与裁量性罪责的关系，属于抽象与具体的关系，前者确认行为的可罚范围（抽象界限），后者则需在这种范围内确定具体刑种和程度。所以，这种裁量的结果仍然是以责任主义为基础的，而不会落入“身份刑法”或“行为人刑法”的陷阱。就适用驱逐出境而言，在确定外国犯罪人的罪责时（包括是否可驱逐出境），始终是以其犯罪行为作为评价内容。抛开点的理论与幅的理论不谈，相比本国犯罪人，在刑罚裁量阶段，只需要对外国犯罪人的主刑部分在法定刑内给予相对较轻的判罚，那么在总体上就不会导致在同样犯罪行为的前提下，外国人因其身份而承担的罪责更严重。质言之，不是外国人身份决定了驱逐出境适用与否，而是依其行为决定了是否适用驱逐出境，外国犯罪人并未因其身份而承担“更多的”罪责，只是驱逐出境适用与否的考量仅对外国犯罪人存在。

第二，应详细剖析驱逐出境的特殊性——仅对外国人适用。驱逐出境不可对本国公民适用，从社会学角度来看，其是主权色彩浓重的措施。尽管大部分刑罚手段都是通过将犯罪人与社会隔离，以达惩罚和预防效果，但驱逐出境是将犯罪人彻底排斥出本国的社会共同体。《刑法》第35条“体现了我国的主权原则”。<sup>②</sup> 因为现代世界中，国家是最主要的主权宣示者，需要不断地宣示其主权的正当性。而将违法或犯罪的外国人驱逐出境，正是国家主权权力的展示和延伸。民族国家的主权，正是依靠容纳本国人 and 排斥（驱逐）外国人来维护和展示的。<sup>③</sup> 所以，驱逐出境与主权的关联性是该措施只对外国人适用的合理性与正当性所在，而非由此引发“身份刑法”之疑。恰能打消这一疑虑的是我国刑法中的剥夺政治权利只能对中国人适用，而不对外国人科处。<sup>④</sup> 由此可见，驱逐出境作为刑罚适用并不违背责任主义，也并非设定了外国人相比本国公民更高的守法义务。

第三，《刑法》第35条受责任主义的约束，是否真的会导致缺乏刑罚适应性的行为人无法被驱逐出境的疏漏？如果仅就刑事法内部而言，的确如此。但我国还有行政性质的驱逐措施。若外国人实施犯罪行为后，因无责任能力不能承担刑罚，如有必要，可依《出境入境管理法》将其遣送出境。<sup>⑤</sup> 因为《出境入境管理法》中的遣送出境在性质上属于行政强制措施，不以行为人有刑事违法行为且具备责任能力为前提。可见，前述所谓的规制漏洞其实并不存在。

第四，至于将驱逐出境解释为保安处分，便可代替部分刑罚的执行，亦不可取。即便当下将《刑法》第35条定性为保安处分，依然只能独立或附加适用，而不能去代替部分刑罚。虽然在理论上，保安处分是刑罚的补充和替代措施，即对同一对象可同时科处刑罚与保安处分（并科主义），可在并科的刑罚与保安处分中只执行其中一种（替代主义），也可以在宣告时便以保安处分替代刑罚（择一主义）。<sup>⑥</sup> 但保安处分说所主张的对于实施了法定刑为3年以下的犯罪，可由法院直接判决驱逐出境代替刑罚的执行，只是择一主义的情形。在并科主刑与驱逐出境时，何时能只执行驱逐出境而不执行其他制裁措施则无法明确，因为就刑罚和保安处分的执行方式而言，仍须遵循罪刑法定原则。换言之，一项保安处分措施能否代替刑罚的执行，在何种情况下可以代替何种刑罚的执行，都须由立法予以明确。例如，《西班牙刑法典》第89条第1款规定：“对判处不足六年剥夺自由刑的未在西班牙合法居住的外国

① 参见柯耀程：《刑罚的裁量变迁与展望》，法学丛刊杂志社主编：《跨世纪法学新思维：法学丛刊创刊五十周年》，台北：元照出版有限公司，2006年，第531页。

② 郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，第34页。

③ 参见杜少尉：《我国刑事驱逐出境完善研究——以国家安全为视角》，《法学杂志》2020年第8期。

④ 参见最高人民法院刑事审判庭编：《刑事审判参考》总第16辑，北京：法律出版社，2001年，第1页。

⑤ 根据《出境入境管理法》第62条第4款规定：“违反本法或者其他法律、行政法规需要遣送出境的”，可以遣送出境。

⑥ 参见屈学武：《保安处分与中国刑法改革》，《法学研究》1996年第5期。

人，可以对其处驱逐出境的折抵刑。”<sup>①</sup>可见，将《刑法》第35条解释为保安处分，目前只能在择一主义情形下适用，这与驱逐出境作为刑罚可以独立适用并无差异。若将其应用于代替主义的情形，则违背了罪刑法定原则。所以，在我国法律尚未规定可用驱逐出境代替部分刑罚执行的情况下，这种观点只能是立法论上的建议。

因此，在现阶段将《刑法》第35条解释为保安处分，虽使其看似摆脱责任主义束缚，但对司法实践并无实际增益，反而在理论上给本来清晰的定性徒增困扰。

#### （四）将驱逐出境视作保安处分违背我国司法实践认知

本文不支持将《刑法》第35条解读为保安处分的另一原因在于，保安处分说与我国司法实务一直以来的认知相违背。我国现行刑罚制度的基本框架是1979年《刑法》确立的，受当时历史环境、立法背景影响，具有鲜明的工具主义倾向。<sup>②</sup>在1979年《刑法》之前，1956年最高人民法院研究室起草的《关于罪名、刑种和量刑幅度的初步总结（初稿）》中，归纳了当时刑事审判中的10个刑种，其中便包括“逐出境外”。1979年《刑法》第57条规定的量刑原则和一系列刑罚制度表明，其没有规定以行为人人身危险性为依据的保安处分，故而1979年《刑法》的刑罚属于一元化模式<sup>③</sup>，那么该法第30条规定的驱逐出境自然是刑罚方法。这在之后的司法实践中也得到了体现。例如，在1992年最高人民法院、最高人民检察院、公安部等部门联合出台的《关于强制外国人出境的执行办法的规定》（以下简称《强制出境规定》）也明确了驱逐出境的刑罚属性和执行方式。<sup>④</sup>

现行《刑法》第35条的表述内容和定位，完全延续了1979年《刑法》第30条的规定。随着我国对外开放程度加深，外国人犯罪问题开始凸显，驱逐出境的适用随之增多。在此期间，司法实务部门依然是将刑法中的驱逐出境作为刑罚方法。对我国法院而言，一直将《刑法》第35条作为刑罚在适用。如在上海市高级人民法院刑二庭公布的《涉外刑事案件法律适用问题解答》中多次提及我国刑法中的驱逐出境是一种附加刑，必须在宣告刑中先予表述，然后再在执行刑中予以表述，而不能仅在数罪并罚后的执行刑中表述。<sup>⑤</sup>对于公安机关而言，也一直是将刑事驱逐出境作为刑罚在执行。例如，《公安机关办理刑事案件程序规定》第371条规定：“对判处独立适用驱逐出境刑罚的外国人，省级公安机关在收到人民法院的刑事判决书、执行通知书的副本后，应当指定该外国人所在地的设区的市一级公安机关执行。”所以，在我国司法机关一直都将《刑法》第35条作为刑罚的历史背景下，骤然将其解释为保安处分有违一直以来的实践认知。

### 三、刑法中驱逐出境的适用

驱逐出境在司法实践中存在三方面的问题须讨论：其一，驱逐出境的适用对象；其二，驱逐出境的适用范围和方式；其三，驱逐出境的期限。

#### （一）驱逐出境的适用对象

##### 1. 驱逐出境的适用不限于在我国境内犯罪的外国人

《刑法》第35条规定，驱逐出境适用于“犯罪的外国人”，在我国境内犯罪的外国人无疑可以是驱逐出境的对象。问题是，在我国境外犯罪的外国人能否成为驱逐出境的对象？对此存在限定说与非限定说两种观点。限定说主张，驱逐出境不能适用在我国境外犯罪的外国人，即仅适用于在我国境内犯罪的外国人，由法院根据刑法和诉讼法进行判决。<sup>⑥</sup>非限定说认为，外国人在我国领域外犯罪，只要属于我国刑法管辖的，法院在审理案件时，都可以对其适用驱逐出境。<sup>⑦</sup>

本文认为，驱逐出境的适用对象不应局限于在我境内犯罪的外国人。首先，《刑法》第35条文本上并未作此限制，只是强调须对“犯罪的外国人”适用，并未限定于我国境内。其次，我国法院基于保护

① 《西班牙刑法典》，潘灯译，第44页。

② 参见彭文华：《刑罚的分配正义与刑罚制度体系化》，《中外法学》2021年第5期。

③ 参见储槐植：《刑罚现代化：刑法修改的价值定向》，《法学研究》1997年第1期。

④ 参见《关于强制外国人出境的执行办法的规定》第1条的相关规定。

⑤ 参见上海市高级人民法院刑二庭：《涉外刑事案件法律适用问题解答》，2008年9月22日。

⑥ 参见张穹主编：《刑法适用手册》上册，北京：中国人民公安大学出版社，1997年，第203页。

⑦ 参见吴平：《资格刑研究》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第290页。

管辖而审理的案件有适用驱逐出境的可能。《刑法》第8条规定：“外国人在我国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法”。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第11条规定，前述情形由该外国人登陆地、入境地或者入境后居住地的人民法院管辖，也可以由被害人离境前居住地或者现居住地的人民法院管辖。最后，我国法院基于普遍管辖而审理的案件有适用驱逐出境的可能。《刑法》第9条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，我国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。”例如，外国人在公海海域实施海盗罪行，对于此种国际犯罪，我国作为《联合国海洋法公约》和《制止危及海上航行安全非法行为公约》的缔约国，同样具有管辖权。由此可见，驱逐出境完全可以适用于在我国领域外犯罪的外国人，只要依据我国刑法对其拥有管辖权。

## 2. 刑法中驱逐出境的适用对象仅限于外国人

一般而言，驱逐出境之适用对象，只能是地主国刑事法律或移民法律中所界定的“外国人”。因为国家对国民负有保护义务，即使犯罪的本国公民，国家也不可以此为理由将本国国民驱逐出境。<sup>①</sup>所以，对本国公民不可适用驱逐出境。这一点，在国际法和域外各国法律中鲜有例外。例如，《公民及政治权利国际公约》第13条将驱逐出境的客体限定为“外国人”<sup>②</sup>，《美洲人权公约》与《欧洲人权公约第四议定书》皆明确不可驱逐本国公民。<sup>③</sup>各国刑事立法中关于驱逐出境的规定，也都仅限于对外国人适用。只有1926年《苏俄刑法》第20条第1款规定对犯罪者可以“宣布为劳动人民公敌，剥夺苏联国籍，并且逐出苏联国境以外”。<sup>④</sup>但此种立法属于例外，本国公民不可驱逐出境已是公认的原则。一些国家更是直接将该原则写入宪法。如《瑞士联邦宪法》第25条规定：“不得驱逐瑞士公民出境”。《刑法》第35条明确驱逐出境仅适用于外国人，即第35条的适用对象不包括我国香港、澳门特别行政区及台湾地区的居民。

须注意的是，行政法中的相关驱逐措施虽然主要适用对象是外国人，但还包括“境外人员”。这是刑法中驱逐出境与行政法中的驱逐措施的一项重要差异。具体而言，《出境入境管理法》第62条第2款规定：“其他境外人员具有前款所列情形之一的，可以依法遣送出境。”此处的“其他境外人员”，是指我国香港、澳门特别行政区及台湾地区居民。而《出境入境管理法》第81条规定的限期出境和驱逐出境则仅适用于外国人。<sup>⑤</sup>《反间谍法》《境外非政府组织境内活动管理法》中规定的限期出境、遣送出境和驱逐出境的适用对象都为“境外人员”。<sup>⑥</sup>此处“境外人员”则是指外国人和我国香港、澳门特别行政区及台湾地区居民。也就是说，虽同为“驱逐出境”，但适用对象并不完全一致。概言之，我国行政法中“驱逐出境”的适用对象依法律不同而有所差异，而刑法中的驱逐出境则只可适用于犯罪的外国人。

## 3. 对外国人身份的认定

对《刑法》第35条中“外国人”的认定，应注意以下两个方面：

① 参见蔡墩铭：《国家与法律》，台北：新学林出版股份有限公司，2002年，第598页。

② 由于该公约存在两个中文文本。作准中文文本《公民及政治权利国际公约》第13条中采用的是“外国人”这一表述，而在《公民权利和政治权利国际公约》这一通用中文版本中，第13条的表述为“外侨”。本文采用该公约的最初作准中文文本。本文认为，“外国人”这一表述更为妥当。首先，在《公民及政治权利国际公约》英文作准文本中，第13条使用的是“an alien”这一表达。其次，在中文文本中使用“外国人”与我国刑法和其他行政法的有关措辞一致。关于该公约的中文文本问题，可具体参见孙世彦：《〈公民及政治权利国际公约〉的两份中文文本：问题、比较与出路》，《环球法律评论》2007年第6期；杨宇冠：《〈公民及政治权利国际公约〉中文作准本问题研究》，《政法论坛》2021年第3期。

③ 《美洲人权公约》第22条第5款：“任何人都不得从他国籍所属的国家的领土内被驱逐出去，或者剥夺他的进入该国的权利。”《欧洲人权公约第四议定书》第3条（禁止驱逐本国国民）：“1. 不得以单独或集体的方式将任何人驱逐出其所属国的国家领土。2. 不得剥夺任何人进入其所属国领土的权利。”

④ 《苏俄刑法》，陈汉章译，北京：新华书店，1950年，第12页。

⑤ 《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。公安部的处罚决定为最终决定。”

⑥ 《反间谍法》第66条规定：“境外人员违反本法的，国务院国家安全主管部门可以决定限期出境，并决定其不准入境的期限。未在规定期限内离境的，可以遣送出境。对违反本法的境外人员，国务院国家安全主管部门决定驱逐出境的，自被驱逐出境之日起十年内不准入境，国务院国家安全主管部门的处罚决定为最终决定。”《境外非政府组织境内活动管理法》第55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。”

(1)《刑法》第35条中的外国人，包括无国籍人士。所谓“外国人”，是指某人不具有其所处国家之国籍，包括具有他国国籍或无国籍人士。我国《宪法》第33条规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”可见，不具有我国国籍的人自然为外国人，包括拥有他国国籍和无国籍的人。有学者认为，无国籍人不是法律意义上的外国人。只有在国际实践中，把无国籍人视为外国人，给予他们外国人的待遇。<sup>①</sup>但我国法律的规定和实践都将无国籍人视为外国人。如《出境入境管理法》第89条规定：“外国人，是指不具有中国国籍的人。”在司法实践中，对外国人国籍的确认是以该外国人进入我国境内时所持有并使用的有效证件上所表明的国籍为准。若对涉案外国人的国籍有疑问（如发现其证件系伪造、非本人），或该外国人的国籍不明时（如入境后证件丢失或严重破损导致无法辨识国籍等），应当请求我国出入境管理部门协助查明。出入境管理部门可通过查询出入境记录，请求有关国家驻华使馆、领馆或移民机构核查该外国人的身份。《公安机关办理刑事案件程序规定》第359条规定：“国籍确实无法查明的，以无国籍人对待。”《公安机关办理行政案件程序规定》第239条则规定：“对无法查明国籍、身份不明的外国人，按照其自报的国籍或无国籍人对待。”可见，在涉外刑事和行政案件中，我国是将无国籍人按照外国人对待的。

(2)对于具有双重或多重国籍者的身份认定。实践中，对于拥有双重或多重国籍的外国人（其中无中国国籍），其国籍以其入境时使用的身份证件为准即可。但对于拥有双重或多重国籍（其中之一为中国国籍）的情形，则须详细讨论。

问题在于，对于拥有双重或多重国籍的人士，当他们处在所具有国籍的其中一个国家时，若其触犯所在国法律，是否可对其驱逐出境？换言之，这种人是否能认定为外国人？有学者认为，此种状况下，其原则上是该国公民，而非具有外国人的法律地位。<sup>②</sup>依此观点，则不可对其适用驱逐出境。事实上，对此不可一概而论。在地主国承认双重或多重国籍的前提下，地主国可选择将其仅视为本国公民。如瑞士依其宪法规定不可驱逐拥有双重或多重国籍的瑞士公民。但就我国而言，《国籍法》第3条规定：“中华人民共和国不承认双重国籍。”即我国在法律上不承认一个人可以同时拥有中国国籍和他国国籍。但现实中，部分人利用一些国家在入籍时无须放弃原国籍的条件，在获得其他国家国籍的同时并未放弃中国国籍。根据2001年外交部、最高人民法院、最高人民检察院等在京联合召开的《关于处理涉外案件若干问题的规定》执行情况讨论会会议纪要，如被告人同时持有外国（甚至多国）有效护照和我国有效身份证件的，应当以其入境时持有的证件为准。可见，我国司法机关认为应以“入境身份”来确定国籍。

本文认为，在当事人同时拥有我国国籍和他国国籍的情况下，不可单纯依靠“入境身份”来认定其是否为外国人。应引入“主要国籍国”标准予以判断，即审查其惯常居所地、与国籍国经济社会文化等方面的联系，来判断当事人与哪个国籍国之间联系更为紧密。因为国籍，是个人作为某一国家国民或者公民的法律资格，它标志着个人同国家之间固定的法律关系，其基础是一种社会归属事实。当一个人具备两个以上的国籍时，须审查其与国籍国事实上的归属关系。《国籍法》第9条规定：“定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍”。可见，我国只承认已在外国定居的中国公民在取得他国国籍的同时，自动丧失我国国籍。对此，即便当事人仍持有中国的有效身份证件，只需通过技术手段对其中国国籍予以取消即可。而如果只是通过投资等手段取得外国国籍，既未申请放弃中国国籍，又长期居住于中国，则不论其入境时使用哪一国家的有效身份证件，均不应认定其为外国人。

综上所述，刑事驱逐出境的适用对象只能是外国人，包括无国籍人士，但不包括我国香港、澳门特别行政区及台湾地区居民。在涉外案件中，对拥有双重或多重国籍的外国人，国籍依其“入境身份”确定。对同时持有外国国籍和我国国籍的，则须引入“主要国籍国”标准予以判断。

## （二）驱逐出境的适用范围及方式

在《刑法》第35条立法表述较为简单的情况下，需要对该条文进行更为精细的解释，以确保驱逐出境的合理适用，更好发挥其作为刑罚的功能。在驱逐出境的适用范围上，第35条中的“可以”一词，

<sup>①</sup> 参见梁淑英：《国际法》，北京：中国政法大学出版社，2011年，第108页。

<sup>②</sup> 参见刘国福：《中国难民法》，北京：世界知识出版社，2015年，第59页。



意味着不是外国人犯罪一律适用该刑罚<sup>①</sup>，但究竟哪些犯罪或犯罪人适宜或应当适用该刑罚，则须进一步解释。

### 1. 驱逐出境的适用范围

对刑法条文的解释，既需符合文字含义，也需符合条文目的。作为资格刑的驱逐出境，其目的兼具惩罚犯罪和预防犯罪两个方面。对于犯罪的外国人，通过剥夺其在我国境内停留或居留的资格，将犯罪人驱逐出我国的社会共同体，这首先是一种报应。其次，通过切断其与我国社会的物理联系，防止其在我国境内再犯罪，以达到特殊预防目的。在考虑适用驱逐出境时，应主要从犯罪性质和行为人人身危险性这两个方面进行考量。

首先，从犯罪性质来看，对危害国家安全犯罪、黑社会性质组织犯罪、恐怖主义犯罪，应当适用驱逐出境。因为这三类犯罪直接威胁我国国家安全和社会秩序。对于触犯这三类罪行的外国人，无论罪行严重程度如何，均应当适用驱逐出境。对于严重侵犯我国公民人身权利的犯罪，如故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪等，也应当适用驱逐出境。其次，从行为人的人身危险性来看，如果外国犯罪人构成累犯，应当适用驱逐出境。最后，在前述应当适用驱逐出境范围之外其他类型的犯罪则由法官根据案件具体情况，包括犯罪的事实、性质、情节和社会危害程度，结合犯罪的外国人的罪过形式、犯罪动机、犯罪手段、有无悔罪表现等因素，进行综合考量后作出裁判。

### 2. 驱逐出境的单独适用

一般而言，对社会危害性较低的外国人犯罪，可以单独适用驱逐出境。具体而言，对应当判处管制的外国犯罪人，宜单独适用驱逐出境。这并非因为管制不能适用于外国犯罪人，而是因为管制是一种较轻的刑罚，主要适用于犯罪情节较轻、不致对所居住社区造成重大不良影响的被告人。所以，对应判处管制的外国人可以单独适用驱逐出境。有学者认为，管制不能适用于外国犯罪人。<sup>②</sup>这一观点有其道理，但过于绝对。管制是一种非监禁刑，如果犯罪的外国人在我国没有稳定工作或固定住所，对其执行管制难度较大，确实不宜判处管制，单独适用驱逐出境反而效果更好。但如果对某些外国犯罪人具备执行管制的条件，仍然可以选择适用管制。

### 3. 驱逐出境的附加适用

《刑法》第35条规定，驱逐出境可以“附加适用”。此处的附加适用，包括附加于第33条的各类主刑之后适用，也包括附加于第34条的各类刑罚之后适用（不包括剥夺政治权利）。例如，对外国犯罪人可以判处有期徒刑，并处驱逐出境。驱逐出境附加适用时，有下列问题须注意：

（1）驱逐出境不宜附加于管制刑。根据《刑法》第38条和《社区矫正法》第2条的规定，被判处管制的犯罪分子，要依法实行社区矫正。社区矫正的目的重在矫治犯罪人，并促进矫正对象顺利融入社会。如果对一个外国犯罪人实施社区矫正后又驱逐出境，则社区矫正实无必要。

（2）驱逐出境能否附加于无期徒刑或者死刑缓期二年执行？<sup>③</sup>对此问题，刑法学界存在肯定说与否定说。肯定说认为，鉴于实践中我国法院在对外国被告人审判时，已在无期徒刑或死缓后附加适用驱逐出境，且实践中多数无期徒刑和死缓都会减为有期徒刑，所以应当对无期徒刑以上刑罚附加驱逐出境。<sup>④</sup>这也是全国大多数法院所采取的方式。<sup>⑤</sup>否定说认为，对于外国籍被告人而言，无期徒刑是剥夺其终身自由并且由我国监狱执行的刑罚，不存在将其驱逐出境的余地。虽然我国刑法规定判处无期徒刑或者死缓的犯罪分子，于刑罚执行期间在一定条件下可以减刑，但是否减刑，在判决时是不确定的，法

① 参见郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，第34页。

② 参见樊凤林主编：《刑罚通论》，北京：中国政法大学出版社，1994年，第251页；胡云腾主编：《刑法办案思路与疑难释解》第1卷，北京：中国法制出版社，2022年，第376页。

③ 由于对判处死刑立即执行的外国被告人不必适用驱逐出境，对此学界并无争议。所以，后文所称“无期徒刑以上刑罚”仅指无期徒刑和死刑缓期二年执行。

④ 参见田刚：《我国驱逐出境制度的冲突与调适》，《人民检察》2016年第17期。

⑤ 如金某某（朝鲜国籍）因贩卖运输毒品罪被判处无期徒刑，刑罚执行完毕后驱逐出境，参见天津市第二中级人民法院（2011）二中刑初字第131号《刑事判决书》；又如基某某（哥伦比亚国籍）因走私毒品罪，被判处死刑缓期二年执行，没收个人全部财产，附加驱逐出境，参见北京市第二中级人民法院（2011）二中刑初字第563号《刑事判决书》。

院在宣判时不能预设该犯罪人将来一定可以减刑，所以对判处无期徒刑以上刑罚的外国被告人，在审判时不可附加驱逐出境。<sup>①</sup>

否定说在司法实务中又有两种截然不同的实践路径：其一，不在无期徒刑以上的刑罚后并处驱逐出境，而是待被告人服刑过程中减刑至有期徒刑时，在减刑裁定中宣告服刑人于刑满后驱逐出境。<sup>②</sup> 根据笔者在中国裁判文书网上统计，采取这一路径的主要是云南省各中级人民法院及云南省高级人民法院。<sup>③</sup> 其二，处无期徒刑以上刑罚的外国人刑满释放后，依靠行政法上的移民管理手段责令其离境。<sup>④</sup> 实务中，上海市高级人民法院持此立场，认为如果被告人被减刑或者假释，刑罚执行完毕，可以由公安机关以被告人违反我国《外国人入境出境管理法》第16条“对不遵守中国法律的外国人，中国政府主管机关可以缩短其在中国停留的期限或者取消其在中国居留的资格”<sup>⑤</sup> 为依据将其驱逐出境。<sup>⑥</sup>

本文认为，对判处无期徒刑或死缓的外国犯罪人应当附加驱逐出境。理由如下：（1）《刑法》第35条并未限制对判处无期徒刑以上刑罚的外国人不可适用。虽然判决书中对外籍被告人宣告无期徒刑或死缓并处驱逐出境的，看似有一定语义上的矛盾。但与此同时，须判处无期徒刑以上刑罚的被告人，说明其犯罪性质严重且人身危险性高，有驱逐出境的必要。如果在宣告主刑时不并处驱逐出境，那么与有期徒刑并处驱逐出境的案件相较便有“重罪轻判”之嫌。（2）在减刑裁定中决定对服刑的外国人适用驱逐出境是不妥当的。此种做法貌似化解了法院不可预设被告人必然减刑的困境，却制造了新问题，即对服刑人进行减刑，却在主刑减刑同时增加了新刑罚，这无疑违背了“一事不再罚”原则和减刑制度的目的，在程序上也剥夺了服刑人的辩护权和上诉权。事实上，法庭在审判时的确不能预判被告人服刑期间是否能减刑或假释，但这不能成为不可宣告驱逐出境的理由。否定说理由的核心是法院不能确定驱逐出境最终能否被执行。但刑罚最终能否被执行并非法院量刑时考虑的决定性因素。例如罚金刑，实践中被告人因客观上已无经济来源而无法执行的案例很多，但不能据此认为法庭判处罚金刑有问题。（3）放弃刑事驱逐出境的宣告而等待将来依据行政法进行遣送出境或驱逐出境的观点，虽然避免了减刑中增加刑罚的问题，但也舍弃了驱逐出境作为刑罚的谴责功能。三种路径相比较，对判处无期徒刑以上刑罚的外国被告人并处驱逐出境是最佳方案。

#### 4. 驱逐出境的限制适用

驱逐出境作为一种刑罚，有可以适用的情形，也有不宜适用的情形。一方面，我国《宪法》第32条规定：“中国政府保护在中国境内的外国人的合法权利和利益。”诚如前文所述，驱逐出境对与我国社会关联度高的外国人而言，不仅对其本人惩罚性高，还存在附带性损害。另一方面，在我国缔结的国际公约中，有关于驱逐外国人时缔约国所须注意和履行的义务的规定。例如，我国是《关于难民地位的公约》（以下简称为《难民公约》）和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（以下简称为《禁止酷刑公约》）的缔约国。《难民公约》规定对难民不可驱逐出境<sup>⑦</sup>，《禁止酷刑公约》则规定如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，缔约国不得将该人驱逐

① 参见吴平：《论驱逐出境》，《浙江师大学报》（社会科学版）2000年第4期；翟中东主编：《刑种适用中的疑难问题研究》，长春：吉林人民出版社，2001年，第519页。

② 参见胡云腾主编：《刑法办案思路与疑难释解》第1卷，第376页。

③ 例如，在洛某某（泰国国籍）走私、运输毒品一案中，昆明市中级人民法院一审判处其无期徒刑，并处驱逐出境。被告人上诉后，云南省高级人民法院维持了一审判决中对被告人的定罪和主刑的量刑部分，但撤销了对被告人驱逐出境的附加刑。洛某某服刑满2年后，执行机关提出减刑建议书，云南省高院审理后裁定将其无期徒刑减为有期徒刑。刑满后驱逐出境。参见云南省高级人民法院（2011）云高刑终字第1539号《刑事判决书》，云南省高级人民法院（2015）云高刑执字第61号《刑事裁定书》。

④ 参见杜邈：《驱逐出境刑的司法适用》，《检察日报》2008年10月29日，第3版。

⑤ 当时《出境入境管理法》尚未出台。按照其观点，依据现行立法，则是根据《出境入境管理法》第31条、第32条的规定要求外国人限期离境，如到期未离境则予以遣送出境或驱逐出境。

⑥ 参见上海市高级人民法院刑二庭：《涉外刑事案件法律适用问题解答》，2008年9月22日。

⑦ 《关于难民地位公约》第3条第1款：“任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（推回）至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界。”

至该国。<sup>①</sup>可见,在刑事审判和执行中,能否对外国犯罪人判处和执行驱逐出境,还须考虑人权保障和我国所承担的国际法义务。

下述几种情形不宜对外国被告人适用驱逐出境:(1)对于在我国长期居留生活的外国人,一般不宜判处驱逐出境。对此我国刑法学界和实务界已有共识,但究竟外国人在我国居留多久才不宜适用驱逐出境?有学者认为,对于在我国连续居住一代或一代以上的外国人,不应驱逐出境。<sup>②</sup>也有学者主张,对于在我生活达50年的外国人,不宜驱逐出境。<sup>③</sup>前述两个时间限制,一代人的标准有些笼统,50年显然过于漫长;本文主张,以外国人在我国定居生活10年以上为标准。此外,已经取得我国永久居留资格的,也不宜适用驱逐出境。长期在我国生活意味着其与我国社会融入程度良好,尤其是对已取得我国永久居留资格的外国人,其在身份上已经接近我国公民,且能够取得永久居留资格说明该外国人与我国具有经济或社会生活上的密切联系。<sup>④</sup>在域外相关立法中,也多以在地主国居留生活10年以上为界。例如,《匈牙利刑法典》第59条第4款规定,对于在匈牙利生活至少已经10年的外国人不判处驱逐出境。<sup>⑤</sup>(2)对于已和我国公民缔结婚姻或育有子女的,考虑对其家庭利益的保护,不宜适用驱逐出境。这不仅是对外国人权益的重视,更是对我国公民(尤其是儿童)家庭权益的保障。事实上,我国司法实践中已有相应案例。<sup>⑥</sup>(3)对于具有难民身份或者在驱逐目的国可能面临酷刑的外国人不宜适用驱逐出境。外交部、最高人民法院、最高人民检察院等部门联合发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》中指出:“处理涉外案件,在对等互惠原则的基础上,严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时,应当适用国际条约的有关规定(我国声明保留的条款除外)。各主管部门不应当以国内法或者内部规定为由拒绝履行我国所承担的国际条约规定的义务。”虽然我国在刑事审判领域一直没有直接适用国际条约作为裁判依据的先例,但在具体涉外案件中法院须践行相应的国际法义务。

不过,上述三种限制适用情形存在例外,即外国被告人所犯罪行是危害我国国家安全犯罪、恐怖主义犯罪、黑社会性质组织犯罪的,仍应当适用驱逐出境。这是基于维护国家安全和社会安全的需要,也符合相关国际公约的规定。例如,《难民公约》第33条第2款规定:“但如有正当理由认为难民足以危害所在国的安全,或者难民已被确定判决认为犯过特别严重罪行从而构成对该国社会的危险,则该难民不得要求本条规定的利益。”也就是说,对驱逐出境适用的限制不是绝对的,而是需要在保护外国人权益与维护我国国家安全、社会安全之间寻找到一个平衡点。

### (三) 驱逐出境的期限

关于驱逐出境的期限问题,因立法并未规定驱逐出境的刑期,所以有学者主张,既然刑法没有规定,只能理解为永久驱逐出境。<sup>⑦</sup>也有学者认为,刑法并未明确驱逐出境的期限,应当理解为一种无期限的刑罚,即驱逐出境是一次性执行完毕的刑罚,而非终身剥夺。<sup>⑧</sup>

原则上讲,将驱逐出境的期限一概理解为终身驱逐出境不符合罪责刑相适应的要求。例如,对于社会危害性严重的犯罪,主刑为无期徒刑以上刑罚的外国犯罪人,对其附加的驱逐出境理解为永久性的并无不当,但对于所犯罪行较轻、人身危险性也不大的外国犯罪人的驱逐出境也作如此理解显然不妥。将驱逐出境理解为不存在期限的即时性刑罚则会令其报应和预防功能受损,尤其是其预防功能,须伴随一

① 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第3条第1款:“如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险,任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国。”

② 参见赵永琛:《论驱逐出境——兼论我国驱逐出境制度的完善》,《公安大学学报》1991年第4期。

③ 参见翟中东:《驱逐出境司法问题研究》。

④ 参见林艺聪:《驱逐出境制度:类型、标准与整合》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2008年第3期。

⑤ 参见珀尔特·彼得主编:《匈牙利新〈刑法典〉评述》第1—2卷,郭晓晶、宋晨晨译,上海:上海社会科学出版社,2017年,第205页。

⑥ 例如,在杨某某拐卖妇女案中,济源市中级人民法院一审判处其有期徒刑五年,附加驱逐出境。二审中,河南省人民检察院认为杨某某在中国生活多年,育有两个未成年子女,驱逐出境不利于子女成长。该意见被河南省高级人民法院采纳,撤销了对其附加的驱逐出境。参见河南省高级人民法院(2015)豫法刑一终字第76号《刑事判决书》。

⑦ 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉:武汉大学出版社,2002年,第241页。

⑧ 参见孟庆华:《刑罚适用重点疑点难点问题判解研究》,北京:人民法院出版社,2009年,第260页。

定期限的禁止入境方能实现。当然，上述问题是由于立法疏漏导致的，所以试图通过解释让法院在裁判文书中明确驱逐出境的具体期限并不现实，但在执行驱逐出境阶段解决这一问题更有实际意义。就刑事司法整体观而言，定罪量刑属于手段层次，之后的执行属于目的层次。刑事司法任务能否完成，两个层次的重要性等量齐观。<sup>①</sup>从实践的角度看，将犯罪人驱逐出境，在实际执行中若能明确具体期限，也是以实现其特殊预防目的。

根据《强制出境规定》，凡被驱逐出境的外国人，均须列入不准入境者名单，具体办法按照公安部制订的《关于通报不准外籍人入境者名单的具体办法》执行。凡被列入不准入境者名单的外国人，执行的公安机关应当在执行前向其宣布不准入境年限。该规定中的“驱逐出境”包括我国刑法中的驱逐出境和《出境入境管理法》第81条的驱逐出境。可见，实践中我国将刑事驱逐出境和行政驱逐出境的期限决定权，交予负责具体执行的公安机关。问题在于，公安机关是否有权决定刑事驱逐出境的具体期限？就执行主体而言，公安机关本就是部分刑罚的执行人，包括对《刑法》第35条的执行。但就刑事驱逐出境的期限而言，既然立法和司法裁判中都未给出具体的时间，公安机关作为执行人自然不可替代法院作出宣判。

对此可以理解为公安机关执行了刑事判决中的“驱逐出境”，即依据法院的判决，实施将外国犯罪人驱逐出境这一措施。详言之，刑事裁判中的驱逐出境实现的是刑法对外国犯罪人的谴责功能，使其深切明白其行为的反规范、反社会伦理意义，并告诫其不可再犯罪。<sup>②</sup>而公安机关对驱逐出境程序的具体完成，则是实现刑罚的特殊预防功能。对于具体的期限问题，则由行政措施中的不准入境期限来弥补解决，即公安机关应当在执行前向其宣布不准入境年限。在法律上，此处公安机关并非在决定或宣告刑事驱逐出境的期限，而是依据《出境入境管理法》和《强制出境规定》宣告外国人不准入境的期限，其本质是一种行政措施。在这种情况下，公安机关对决定外国人不准入境的期限有两种选择：一是根据《出境入境管理法》第62条的规定，自遣送出境之日起1年至5年区间；二是由公安部作出的驱逐出境决定，则10年之内不准入境我国。一般情况下，公安机关在1年至5年这一区间中作出决定即可，如认为5年之内的禁止入境期间确实较短，恐不足以预防外国人再入境我国实施违法犯罪活动，则可呈报公安部，由公安部作出驱逐出境决定书，宣告其10年不准入境。事实上，驱逐出境的预防功能，本身就需行政机关予以配合方能实现，在刑事立法明确驱逐出境期限的情况下也是如此。例如，《西班牙刑法典》中将驱逐出境的期限规定为10年以内，同时要求驱逐出境决定应记入任何旨在授权外国人在西班牙居住和工作的行政程序类文件中。<sup>③</sup>

综上所述，在现阶段可以将刑事判决中的“驱逐出境”理解为一种宣告，作为对外国犯罪人的否定性评价和谴责。至于具体期限问题，则依据《出境入境管理法》中的不准入境期限的规定在实践中予以填补，公安机关在执行中根据犯罪性质与人身危险性作出具体决定。将外国人驱逐出境后，则须移民管理机构在出入境环节予以严格把关。

### 结语

理论上，驱逐出境具有刑罚和保安处分的双重性质，但从我国刑事立法的历史和司法实践来看，《刑法》第35条驱逐出境的性质是刑罚。当然，从立法论角度展望，未来对于驱逐出境的完善存在两种路径。一是将其继续作为资格刑予以完善。比如通过立法明确驱逐出境的适用范围和刑期，增加驱逐出境的减刑规定等。二是将驱逐出境保安处分化。就驱逐出境与刑罚的执行顺序、折抵、互补等内容作出规定。但无论如何，驱逐出境的保安处分化应是立法论的范畴，而非解释学可以达成的任务。

（责任编辑：周中举）

<sup>①</sup> 参见林山田：《刑法通论》下册，第547页。

<sup>②</sup> 参见西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣译，北京：法律出版社，2004年，第43页。

<sup>③</sup> 参见《西班牙刑法典》，潘灯译，第44页。