

在华外国人犯罪的实证分析与刑事政策应对

李怀胜*

内容摘要：基于京、沪、穗三地近十年来外国人犯罪的整体状态和案发规律，以及世界各国外国人犯罪冲击本国社会秩序、国民心理，乃至成为国家非传统安全的隐患的现实，我国应当充分重视在华外国人违法犯罪活动的现实与潜在威胁。在立法体系相对滞后的背景下，当前防控外国人犯罪的司法实践产生诸多问题，应本着维护本国国家和公民利益原则的基础，兼顾对等原则，构建应对外国人犯罪的法律与实践处置措施。

关键词：在华移民；犯罪；发案规律；司法策略

人口迁徙和流动是人类社会的普遍现象，同时也是不同国家和地区之间政治经济发展不平衡的缩影。中国无论是近代东南沿海贫苦农民的“下南洋”、“美洲淘金热”，抑或是改革开放之后的移民活动都不断强化着关于中国人口输出国的固化印象。然而随着中国开放进程的加快，尤其是随着综合国力与国际影响力的提升，曾经长期困扰着欧美等西方发达国家的移民犯罪以及本国内的外国人犯罪现象在我国部分地区也初现端倪。有鉴于一些国家治理外国人犯罪的失败教训，结合我国当前外国人犯罪的现状，进行相关对策性研究，已经不再是未雨绸缪式的前瞻性思考，而更是迫在眉睫。

一、在华外国人犯罪的实证分析与理论审视

一国公民迁往他国居住生活的现象古已有之，与此相应在他国犯罪的要受到所在国法律的约束与制裁，这是基于一国地域管辖原则的当然要求。古代中国作为儒家文明的发源地和核心区域，其辉煌灿烂的文化和先进的社会经济水平对周边国家乃至更远方有着巨大吸引力。据史书记载，唐朝的首都长安有大量外国使节、商人等居住。出于管理外国人的需要，唐律规定，“诸化外人同类自相犯者，各依本俗法，异类相犯者，以法律论。”这是中国历史上最早的关于外国人犯罪的法律规范，在世界范围内都是相当超前的。虽然近代以来中国一直都处于人口迁出国的角色，然而在近几十年来中国长期快速发展的背景下，中国不但对周边国家和广大第三世界国家有着更加优越的发展环境，就是与西方发达资本国家相比也具备了一定的差异化竞争优势，直接导致在华外国人数量逐年增多，更多的人开始选择在华长期定居。

* 李怀胜，1983年出生，男，中国人民公安大学法学院讲师，法学博士，讲师。本文项目来源：北京市社科联青年人才资助项目（2012SKL055）。

诗人王维在《和贾至舍人早朝大明宫之作》曾有诗句言：“九天阊阖开宫殿，万国衣冠拜冕旒”。
《永徽律 名例律》。

(一) 在华居留外国人的整体状况分析

根据目前国家统计局公报、公安部数据、科研机构研究得出的数据来看,在华居留的外国人呈现出人员数量快速增长,地区分布和来源国不均衡等三个特点。

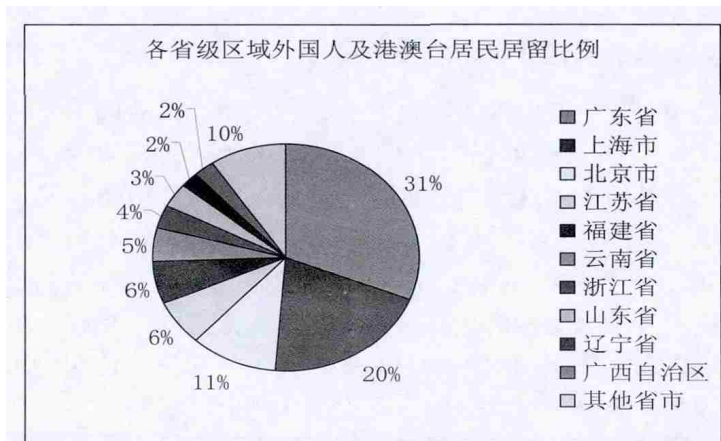
1. 在华居留外国人数量快速增长

新中国成立后,随着国内政治形势和经济状况的变迁,在我国境内居留的外国人的数量和群体特征也随之发生巨大变化。建国之初到改革开放之后我国境内居留的外国人数量较少,且人员单一,主要是驻华使领馆官员及亲属,来华工作的专家和少部分留学生等。改革开放后来华外国人持续较快增长,来源国、入境目的、身份等多样化,在华活动也日趋广泛复杂。根据公安部的统计,1980年外国人入境仅74万人次,2000年外国人入境1016万人那次,到2011年外国人入出境达到5412万人次,入境2711万人次。在就业方面,2000年在华就业外国约7.4万人,到了2011年增至22万人。另根据第六次全国人口普查的结果,居住在我国境内并接受人口普查的外籍人员接近60万人。在华外国人数量的增长,与中国作为世界第二货物贸易国和第二经济大国的地位是相匹配的,因此可以预见这一数字在相当长时间内还会继续快速增长。

2. 在华居留外国人数量分布不均衡

与在华外国人数量快速增长相对应的,是我国外国人分布地域的不平衡性。国内中心城市、区域中心城市、沿海经济发达地区和边境开放口岸作为我国经济社会发展程度较高、资源和财富集中以及政策优惠地区,对外国人具有更大的吸引力,因而它们也毫无悬念的成为外国人居住的首选地区。

根据2010年第六次全国人口普查数据,外国人以及港澳台地区居民按照居住地分,人数排在前十位的地区是:广东省316138人,上海市208602人,北京市107445人,江苏省64177人,福建省62564人,云南省47396人,浙江省36380人,山东省33098人,辽宁省23834人,广西壮族自治区23445人。居住在其他省(区、市)的97066人。(见下表)



根据上表,广东省、上海市、北京市三地的港澳台居民和外籍人员占据全部人口的五分之三,其中广东省排第一位是因为区域内港澳台居民数量较多。不过即使排除了港澳台地区

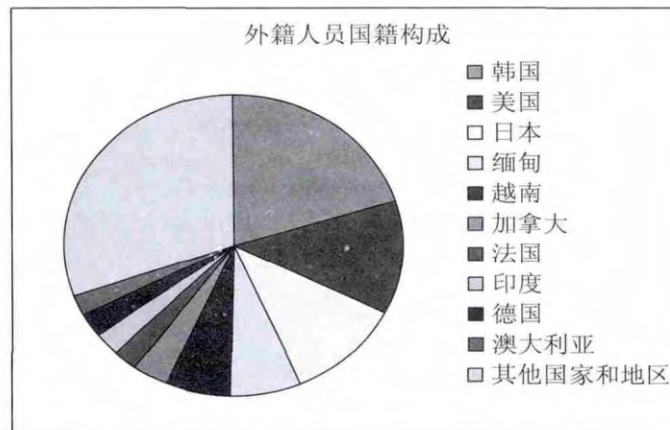
“外国入境人数猛增至2711万 去年查2万‘三非’”,载 <http://news.qq.com/a/20120516/000049.htm>。

参见国家统计局公报:“2010年第六次全国人口普查接受普查登记的港澳台居民和外籍人员主要数据”,载 http://www.stats.gov.cn/tjfx/jdfx/t20110429_402722585.htm。

居民,北京市、上海市和广东省仍是居留外国人数最多的地区,这一点应当说没有太大疑问。同时需要注意的是,2010年第六次全国人口普查掌握的外国人居留数据只是中国大陆地区居住3个月以上或者能够确定将居住3个月以上的外籍人员总数,它既不包括在华短期访学、旅游的外籍人员,更不包括在华非法滞留没有进行人口普查登记的外籍人员,因此一定时间内居留某地区的外国人数基本上高于居住人数。比如北京市外籍人口数量每日在20万以上,已经达到本市常住人口的1%,尽管人员个体流动频繁,但是总体数量处在一个相对平衡的均值位置,研究在京外国人犯罪状况时,这一数字更具标本价值。

3. 在华居留外国人来源国分布不均衡

按国籍分,在我国境内居住的外籍人员数量排在前十位的国家是:韩国120750人,美国71493人,日本66159人,缅甸39776人,越南36205人,加拿大19990人,法国15087人,印度15051人,德国14446人,澳大利亚13286人。在我国境内居住的其他国家人员181589人。这些国家分布主要可以分为三类:一是西方经济发达国家,二是我国周边国家,三是其他国家。各国分布情况见下表:



(二) 在华外国人犯罪的案发现律

外国人数在我国日渐增多,一方面是我国不断增大的综合国力和国际影响力的写照和缩影,另一方面也给我们的外国人人口管理、社会治安防控等提出了新的挑战 and 更高的要求。目前我国部分地区已经开始形成较为稳定的外国人聚居区,而外国人“非法入境、非法居留、非法就业”的“三非”现象也日渐增多,1995年,全国公安机关出入境管理部门查处“三非”外国人首次突破1万人次;2011年,这一数字又翻了一倍。这类问题不但带来管理上的难题,也埋下了刑事犯罪的隐患。目前而言,全国性的外国人犯罪资料与数据尚难获得,但是部分外国人主要聚居地区的司法实务机关已开始关注本地区内的外国人犯罪问题。笔者根据公开披露的资料、新闻报道和现有学术研究成果,总结归纳了北京市、上海市和广州市三座城市自2004年到2010年外国人犯罪的基本情况。北京、上海和广州三地是世界知名的大都市,在我国的政治、经济体系中占据着至关重要的地位,

黄荣清:“北京的外国人数研究”,载《北京社会科学》2010年第2期。

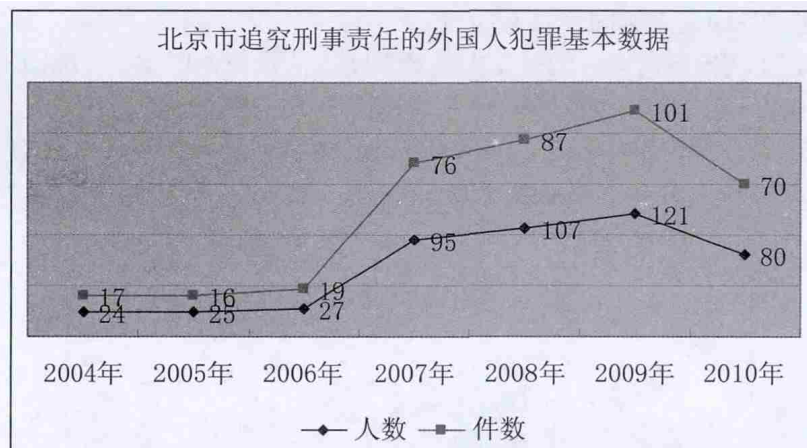
参见国家统计局公报:“2010年第六次全国人口普查接受普查登记的港澳台居民和外籍人员主要数据”,载 http://www.stats.gov.cn/tjfx/jdfx/t20110429_402722585.htm。

“中国三非问题渐凸显 外国人违法犯罪处理态度转变”,载 <http://www.chinanews.com/gn/2012/05-25/3916444.shtml>。

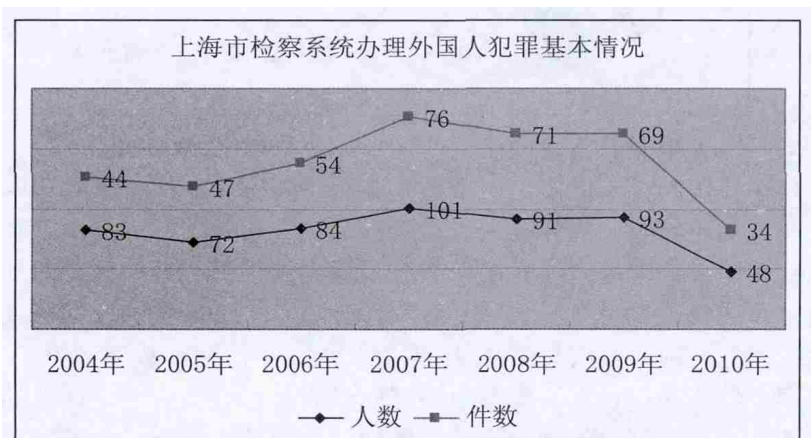
是我国社会发展最活跃、经济发展水平最高、资源拥有量最丰富的地区，域内聚居的外国人和港澳台居民数量处于全国的前三位，因此外国人犯罪也更加普遍和常态化。选取这三地研究在华外国人犯罪的案发规律也因此更具标本价值。

1. 京、沪、穗三地外国人犯罪的基本状况：2004-2010年

据统计，2004年到2010年北京市审判机关追究刑事责任的外国犯罪人案件，2004年共17件24人、2005年共16件25人、2006年共19件27人、2007年共76件95人、2008年共87件107人、2009年共101件121人、2010年共70件80人。（见下表）



上海市检察机关办理的外国人犯罪案件分别是，2004年44件83人，2005年47件72人，2006年54件84人，2007年76件101人，2008年71件91人，2009年69件93人，2010年34件48人。（见下表）



广州市检察系统2008年审查逮捕外国人犯罪案件164人，审查起诉185人；2009年共审查逮捕外国人犯罪案件179人，审查起诉151人；2010年审查逮捕外国人犯罪案件130人，审查起诉127人。三年内广州市检察院共办理审查逮捕外国人刑事犯罪案件392件473

受制于资料局限，本文中广州市只有2008年到2010年这三年的数据。

于志刚：“在华外国人犯罪的刑事法律应对”，载《中国社会科学》2012年第6期。

王光贤：“基层检察院办理外国人犯罪案件的司法应对”，载《法治思维与检察工作——第九届国家高级检察官论坛论文集》。

人，其中批准逮捕437人。

需要指出的是，尽管单纯从数量上看，外国人犯罪案件占我国总的犯罪案件比例仍然不高，但是由于外国人流动性大、在华停留时间短，这导致案件的侦破率较低，实际发生的犯罪案件远大于被追究刑事责任的案件。因此不能被纸面数据所迷惑而低估实际案件的严重性。

2. 京、沪、穗三地外国人犯罪的基本特点

基于地域的差异，京、沪、穗三地的外国人犯罪案件有各自的个性特征，但是其共性特征也是非常明显的。总体上看，三地外国人犯罪具有以下几个特点：

(1) 毒品犯罪和贪利性犯罪占据相当比例

在北京地区，毒品犯罪和其他贪利性犯罪占有相当比例。从2004年到2010年中，外国人犯罪人数最多的罪名依次是走私、贩卖、运输、制造毒品罪、盗窃罪、诈骗罪、信用卡诈骗罪、故意伤害罪、抢劫罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，上述具体犯罪的人数占到全部在京外国人犯罪的80%，其中除了故意伤害罪之外，其他六种犯罪都是毒品犯罪和其他贪利性质的犯罪。上海和广州地区的情况也相类似。上海地区的外国人毒品犯罪案件占到全部案件的两成，而随着上海建设国际金融中心步伐的加快，内外经济活动频繁，境内居民投资热情高涨，但是金融知识缺乏，投资渠道单一，客观上给外国人实施金融诈骗类犯罪以可乘之机。2004年至2006年，信用卡诈骗案件共计15件/32人。

(2) 犯罪类型由无被害人犯罪转向有被害人犯罪

与毒品犯罪和贪利性犯罪占据相当比例相对照的是，在华外国人犯罪的犯罪类型多样化趋势增强，集团犯罪、共同犯罪的比例增大。在广州地区，外国人犯罪案件向类型多样、案情复杂、性质严重的状况发展，案件类型包括杀人、强奸、抢劫、诈骗、贩毒、抢夺、敲诈勒索、交通肇事等，个别案件暴力程度高。在上海地区，新世纪之初办理的外国人犯罪案件主要以妨害国（边）境管理秩序犯罪为主，并且犯罪形式多是外籍犯罪人作为“蛇头”组织境内人员偷渡到境外，这些犯罪侵害的是我国的社会国（边）境管理秩序，属于无被害人犯罪，对社会心理的影响较小，而近几年上海市运送他人偷越国（边）境案件骤减至每年1件/1人，相应其他类型的犯罪比例上升，其他犯罪多是有被害人犯罪，其对我国社会秩序的冲击不可小觑。从北京、上海、广州三地处理外国人犯罪案件与犯罪人数的差异可以看出，外国人在华犯罪的集团趋势较为明显，尤其以金融诈骗类犯罪为甚。

(3) 犯罪嫌疑人以我国邻国和非洲国家为主

从外国犯罪人的来源国来看，来自我国周边国家和非洲国家的犯罪人的比例较高，这些国家经济发展水平不高，相对贫穷落后。应当说，这一现象是与在华外国人的国籍分布

廖荣辉、杜国强：“广州地区外国人犯罪情况分析对策”，载《人民检察》2011年第19期。

以北京市为例，2010年全年审结刑事案件22696件，判处罪犯24158人（数据摘自2011年北京市高级人民法院工作报告）。如以在京外国人比例占全市人口比例的1%来计算的话，当年在京外国人犯罪尚不足1%。但是数据的另一面则是，每年外国人犯罪案件的破案率不足三成。

例如2004年到2006年，在京外国人犯罪仅盗窃案、诈骗案、抢夺案三类犯罪的发案率就高达932起，占3年发案总数的92.83%，但进入刑事诉讼程序的所有案件只有60起。参见于志刚：《在华外国人犯罪的刑事法律应对》，载《中国社会科学》2012年第6期。

王光贤：“基层检察院办理外国人犯罪案件的司法应对”，载《法治思维与检察工作——第九届国家高级检察官论坛论文集》。

张蕊青等：“外国人刑事犯罪的特点及打防对策”，载《公安研究》2004年第10期。

侦监处：“上海市外国人犯罪案件情况分析对策”，载《犯罪研究》2005年第1期。

王光贤：“基层检察院办理外国人犯罪案件的司法应对”，载《法治思维与检察工作——第九届国家高级检察官论坛论文集》。

比例呈现大概的一致性。不过需要注意的,基于外国人在中国地域分布的差异,不同地区的犯罪外国人来源国有一定的差异,例如亚洲邻国的犯罪人在北京市外国人犯罪群众中占有较大比重,而广州地区的黑人犯罪现象则更为突出。

(三) 外国人犯罪的社会危害的扩散效应浅析

外国人犯罪的现实危害是侵犯了一国刑法保护的具体法益,但是基于外国人身份的特殊性,犯罪人产生的社会危害的扩散效应也大于本国人犯罪。在基本的社会危害之外,此种扩散效应或者潜在危害也是需要我们警惕的。

1. 外国人犯罪冲击本国国民心理

从世界范围来看,外国人犯罪都是本国司法体系中重点关注的问题。外国人犯罪既不同于不同人犯罪,也不同于本国区域内的外来人口犯罪,它是司法问题,同时也是与一国政治经济、社会文化、就业、国民心理等多种因素相互交织、相互影响的综合性社会问题。外国人犯罪的特殊性表现在:其一,虽然本国基于领土主权原则对外国人犯罪具有刑事管辖权,但是处理外国人犯罪的刑事司法策略的选择不当可能会给本国与外国人母国的双边关系蒙上阴影;其二,本国国民往往对外国人犯罪具有较低容忍度和更加敏感的心理,外国人犯罪事件较之本国人犯罪对民众心理和社会秩序的冲击更大。近年来在日本外国人犯罪案件增多,使得日本国民对社会治安严重不安。外国人犯罪案件的上升容易导致本国民众产生集体的排斥反应。美国9·11事件之后以及法国2005年大骚乱发生后,两国都收紧了本国的移民政策,应当说这是人类群体正常心理的当然反应,因为不论本国人多么热情好客,期待其去宽容甚至理解外国人犯罪的想法都是一厢情愿和非常可笑的,而外国人在本国更有模范的遵守本国法律的义务。

在我国,过去外国人犯罪群体主要是在华短期停留的人员,现在则更多的是长期居留人员,尤其是“三非”群体,过去外国人犯罪主要指向妨害国(边)境管理秩序和社会管理秩序的“无被害人犯罪”,现在则更多的是侵财和故意伤害等“有被害人犯罪”,因此更易使民众滋生反感和厌恶心理,对中国社会秩序和国民安全心理的冲击也更加明显。

2. 外国人犯罪威胁国家非传统安全

9·11事件之后,非传统安全威胁或者说微观安全威胁受到了世界各国的普遍重视,就对国家安全和社会稳定的破坏力而言,非传统安全威胁并不弱于传统安全威胁。暴力、恐怖主义、贫穷、疾病和非法移民等都可能成为非传统安全的来源。长期以来,西方发达国家作为世界上主要的人口迁入地区,长期以来都受到非法移民以及外国人在本国区域内犯罪现象的困扰,甚至有的国家已经成为妨害本国秩序的稳定的重大社会问题。2005年法国发生了举世震惊的大骚乱,这次骚乱持续三个星期,全国有近一万辆汽车被焚毁,其骚乱的主力就是居住在法国的移民第二代或者第三代。这次骚乱的源头甚至可以追溯到法国二战结束之初的移民政策。在我国,由外国人参与的群体性事件在我国也开始出现,在华外国人群体的大量出现,给我国的外国人管控手段、警务执法模式等方面提出了严峻挑战。

申健:“日本政府出入境管理政策新动态”,载《武警学院学报》2006年第6期。

李燕晖:《911事件后美国移民政策及其对中国移民的影响》,暨南大学2000年硕士学位论文,第10页;刘力达:“2005年法国骚乱后的法国移民政策研究”,载《法国研究》2012年第2期。

刘力达:“2005年法国骚乱后的法国移民政策研究”,载《法国研究》2012年第2期。

2009年7月15日,广州市发生了上百名非洲裔外国人聚集派出所事件,时值下班高峰,大量行人围观,造成交通堵塞。载 http://news.xinhuanet.com/society/2009-07/15/content_11713880.htm。

二、在华外国人犯罪的法律政策现状解读

客观的讲,在华工作、生活的外国人也给我国的社会经济发展做出了巨大的贡献,他们带来了先进的技术经验和管理理念,扩大了中西方交流的层次和范围。但是,开放的心态和谨慎的处置并不矛盾,反而要求我们更加爱审慎的检讨我国当前法律政策的不足以及司法现实的困境。

(一) 刑事立法规制的“中西差异”及设置错位

努力构建完善而卓有成效的打击外国人犯罪的刑事法律体系几乎是世界各国的共同选择,但是基于观念认识以及司法关注点的不同,各国在设置本国的刑事法律体系过程中总会有所差异。而新的罪情的不断涌现也会造成既有的罪刑体系的滞后。

按照侵犯法益的不同,在华外国人实施的犯罪主要分为两类:一类是违反我国(边)境管理秩序的犯罪,另一类是入境后实施的后续犯罪行为,对于后者直接依照我国刑法的相关规定进行处罚即可,而没有必要为外国人设定专门的罪刑条款,这也是世界各国刑法的通例。对于前者,我国刑法则存在严重的粗疏和不足。

1. 以打击非法出境为假想敌的刑法规范无法有效惩处非法入境行为

在保护出入境管理秩序方面,虽然1951年的《中华人民共和国惩治反革命条例》就规定了反革命偷越国境罪,并且1979年刑法和1997年刑法都规定了偷越国(边)境罪,尽管刑法分则第六章第三节“妨害国(边)境管理罪”可以在学理上被解释为非法入境和非法出境两种行为,但是无论是立法还是司法,都将重心放在打击非法偷渡出境的行为,法律防范的重点,放在假借经贸往来、劳务输出等名义骗取证件偷渡出境、非法越境以及偷渡国(边)境的组织行为,而对非法入境行为没有给予过多关注。虽然此种立法处置模式符合当时乃至现在以非法出境为主体的司法实践,但是却对日渐增多的非法入境行为心有餘而力不足。与之相反的则是,许多国家的妨害国(边)境管理犯罪都以打击外国人非法入境为己任。例如美国规定,在移民官员指定的时间和地点以外的其他时间和地点进入美国,逃避移民官员的检查,或者以故意做虚假的、误导性陈述以及故意隐瞒重要事实方式进入美国的行为都构成联邦犯罪。可以说,刑法制裁的假想敌不同,是我国刑法与其他国家刑法的显著不同之处。

2. 缺乏对帮助外国人非法居留、非法就业行为的刑事制裁

外国人非法居留和非法就业本质上仍然属于违反国(边)境管理秩序的行为,他们一部分属于合法入境后非法居留和非法就业,但如果本身属于非法入境,那必然会有后续的非居留或非法就业行为。我国新制定的《出入境管理法》对外国人的非法居留和非法就业行为做出了专门规定,目前似没有必要上升到犯罪的地步。各国立法的通例和打击重点,都是本国人帮助外国人非法居留和非法就业的行为。美国《移民法》规定了非法雇用外国人罪。美国1986年颁布了《1986年移民政策及管理法》,法令对雇主雇佣非法移民构成犯罪规定了刑事惩罚;1987年《辛普森法令》规定,对雇用非法移民的雇主,课以250美元到1000美元的罚款,或六个月的监禁。日本1997年《出入国境管理及难民认定法》新设了“非法就业助长罪”,对雇佣和介绍外国非法就业者处以三年以下监禁或200万日

于志刚:“出入境刑事制裁的‘假想敌’应调整”,载《法制日报》2009年12月14日。

赵泉和、赵桂民:“中国非法移民问题刑事法律对策研究”,载《经济研究导刊》2009年第18期。

元以下的罚款。此种立法方式将刑法打击的矛头指向本国人,既避免了直接指向外国人而造成刑事程序的繁琐,又可以对外国人非法居留和非法就业行为起到釜底抽薪之效,不失为一种合理的立法方式。而我国刑法目前还缺乏此类帮助型的罪刑规范。

(二)“行刑衔接”的不畅及行政规范的虚化

在华外国人犯罪现象折射出我国在外国人管理方面的诸多漏洞和不足,实践中“三非”外国人群体不但容易引发犯罪行为,更给我国的社会治安造成现实威胁,而“三非”外国人不仅存在于个别大城市和沿海地区,内陆也大量存在着。2011年成都警方共处理“三非”外国人案件320件,其中非法居留319件,非法入境1件。为此我国出台了《出境入境管理法》,加大对“三非”现象的惩处力度,并修改了《外国人入境出境管理法实施细则》,然而在实施细则与刑法的“行(政法规)刑(法)”衔接上,则存在一定的漏洞。《实施细则》第47条规定,外国人伪造、涂改、冒用、转让、买卖签证证件,“情节严重,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。根据我国刑法规定,伪造、涂改和买卖和冒用签证证件,可能构成伪造、变造、买卖国家机关证件罪、偷越国(边)境罪或出售出入境证件罪,但是单纯的无偿转让自己签证证件的行为,刑法中并没有与之对应的罪名。因此对此类转让行为进行刑事处罚实际上于法无据,刑法无法发挥二次保障法的作用和机能。

(三)刑事司法的惯性思维及经验的相对匮乏

以2012年某外籍人在北京宣武门地区公然猥亵一名中国妇女的事件为契机,公安部组织各地公安机关开展了治理外国人“三非”现象的专项行动。随着在华外国人数量及其违法犯罪行为的增多,各地司法机关也开始关注外国人犯罪问题。不过囿于过去“涉外无小事”以及过度礼遇外国人的惯性思维,也由于审理外国人犯罪案件的理论准备和人才储备的不足,在外国人犯罪的司法应对方面还存在一些问题。

1. 刑事司法解释在国(边)境秩序保护上的定位偏差

以打击中国非法出境为重心的妨害国(边)境管理的罪刑体系不可避免地影响到司法人员的思维。例如2012年“两高”《关于办理妨害国(边)境管理刑事案件应用法律若干问题的解释》认定“在境外实施损害国家利益行为的”属于偷越国(边)境罪的“情节严重”,作为偷越国(边)境罪构罪要件的“在境外实施损害国家利益行为”很显然只能由中国公民实施,司法者在解释本条时还是以中国公民非法出境为关注重心的,在法律规范的周延性方面略显不足。

2. 部分外国人犯罪案件的处理具有轻缓化倾向

部分地区的司法机关在处理外国人犯罪案件时存在一定的司法误区,受“涉外无小事”观念的影响,对外国人犯罪的处理过于谨慎,一些地区的司法机关担心案件处理不当可能产生的不利影响而宁愿采取轻判缓判的态度,这不但损害了刑法的公正原则,也贬损了我国刑法和司法机关的公信力,更给其他国家及其国民传递了一些错误信号。最近几年我国司法机关有意识地取消对外国犯罪人的司法礼遇,尤其在一些毒品犯罪案件严格依照我国刑法规定对外国犯罪人判处死刑,在国内外都引起了较大反响。此种司法上的公正态度和

赵泉和、赵桂民：“中国非法移民问题刑事法律对策研究”，载《经济研究导刊》2009年第18期。

李恩树、周斌：“‘三非’外国人问题突出 专家称严加管束属惯例”，载《法制日报》2012年5月22日。

这种过于慎重的态度还表现在许多方面，比如最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》明确将“外国人犯罪”案件排除在外，从而基于主体不同而设置了“内外差别”的审理程序。

依法观念有助于打破部分外国及外籍人对我国司法制度的不切实际的幻想，强化其对中国法律的敬畏心理。

3. 驱逐出境附加刑适用的混乱

我国刑法第35条规定，对于犯罪的外国人，可以适用独立适用或者附加适用驱逐出境。驱逐出境是世界各国司法机关处置犯罪外国人的通行做法，我国也不例外，它是一种有效防止犯罪外国人继续侵害本国利益的有效措施。但是我国刑法对驱逐出境的规定非常粗疏，关于判处驱逐出境的具体标准、“独立”或“附加”适用的条件、驱逐出境的期限等没有明确的规定。一些地区的司法机关在对外国犯罪人判处主刑并附加驱逐出境之后直接对外国人驱逐出境，对外国犯罪人判处的主刑变成了纯粹的法律宣示。

4. 刑事司法实践中的若干技术性困难

基于外国人犯罪案件的特殊性，司法机关在具体办案过程中也面临着一些常见技术性的问题。

(1) 外国犯罪人享受适格翻译的权利保障难度大

比如新刑事诉讼法第9条规定，人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。司法实践中在处理外国人犯罪案件中通常都需要聘请翻译，而关于翻译人员的资格问题法律没有明文规定，倒是一些地方司法机关根据本地区情况予以规范化。2004年上海市人民检察院制定的《公诉部门关于委托翻译人员参与刑事诉讼的规定（试行）》明确要求，办理涉外案件必须聘请上海市外事翻译工作者协会、上海上外翻译总公司或其他中国翻译工作者协会的会员单位等指定机构派出的翻译人员。但是在司法实践中有的外国犯罪嫌疑人只会讲本国的土语，有资质的翻译非常稀缺，通过英语转译则增大了出错的几率，极易造成证据瑕疵，给后续案件处理造成困难。外国犯罪嫌疑人也极易以此为借口上诉和提请审判监督程序。

(2) 外国犯罪人国籍认定影响后续措施的执行

外国犯罪人的国籍归属是刑事诉讼中着重查明的基本事实，它牵涉到外国人一些特有权利的实现。2012年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394条规定：外国人的国籍，根据其入境时的有效证件确认；国籍不明的，根据公安机关或者有关国家驻华使、领馆出具的证明确认。国籍无法查明的，以无国籍人对待，适用本章有关规定，在裁判文书中写明“国籍不明”。因此，如无法查明外国犯罪人的国籍并且本人拒绝说出的，视为其放弃领事探视权。实践中比较棘手的问题是，一些来自于非洲的外国人入境之后即将本人的护照及其他证明文件撕毁抛弃，然后在中国非法滞留或者非法工作。公安机关欲对其实施遣返时甚至都不知道该往哪里遣返，法院判处驱逐出境也无法得以执行。

三、外国人犯罪的司法处置策略的若干思索

“凡是预则立，不预则废”，对在华外国人犯罪忧心忡忡的态度固然没有必要，漠视和不屑一顾更加不可取。基于在华外国人犯罪的现状及其今后演变的整体态势，在立法和司法两

翟中东：“驱逐出境司法问题研究”，载《河南公安高等专科学校学报》2001年第1期。

相比之下，《出境入境管理法》规定被驱逐出境的外国人，自被驱逐出境之日起十年内不准入境，并且明确规定驱逐出境的决定主体是公安部。需要注意的是，刑法中的驱逐出境与《出境入境管理法》中的驱逐出境性质不同，前者是刑罚种类，而后者是行政制裁措施，但是由于两者在实体内容上高度相似，是否有统一的必要，值得研究。

孙振宇、孙颖菲：“北京市检察院第二分院办理外国人犯罪案件调研分析”，载《公诉人》2012年第5期。

个层面进行紧跟性的对策回应可以说非常现实。在维护我国国家和公民基本利益的前提下,在保障外国人在华生活基本权益和尊重各国人民正常来往的基础上,“构建以立法完善为依托,结合技术、信息、国际合作等多方面司法防控对策体制有着明显的必要性和迫切性。”

(一) 各地司法机关应对外国人犯罪的实践探索综述

1. 外国人犯罪案件管辖机关的相对集中

原刑事诉讼法规定外国人犯罪的案件由中级人民法院管辖,基层人民法院没有管辖权,此类对外国犯罪人的“超国民待遇”历来受到学者的诟病,新刑事诉讼法取消了相关规定。为此最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于外国人犯罪案件管辖问题的通知》指出:第一审外国人犯罪案件,除刑事诉讼法第二十条至第二十二条规定的以外,由基层人民法院管辖。北京市作为外国人犯罪相对集中的地区,指定东城区人民法院、西城区人民法院、朝阳区人民法院、海淀区人民法院、北京铁路运输法院管辖上述案件。外国人犯罪案件管辖机关的相对集中,有助于更好总结办案经验,提高办案质量。

2. 外国人犯罪案件诉讼人才的储备

目前除了上海市对外国人犯罪案件中的翻译人员使用问题作了专门的规定之外,其他地区还鲜见类似规定,然而翻译在外国人犯罪案件中又是影响当事人合法诉讼权利以及案件程序正常进行的关键性因素。相比之下,日本就非常注重刑事诉讼中翻译人才的培养。日本的最高裁判所、法务省和检察厅一方面培训专职翻译人员,并挖掘非专职翻译人员作为后备力量,另一方面,为了确保翻译的正确性和使翻译人员充分了解刑事诉讼程序和掌握法律用语,还专门为翻译人员配备了翻译手册和“法律用语对译集”等工具用书。裁判所和检察厅还不时召开由翻译人员和检察官、裁判官等一起参加的交流会和研究会,以讨论翻译中的问题和提高翻译质量。而在我国由司法机关单独培训翻译人员还不现实,但是积极利用社会资源则是一条有益的途径。例如广州市公安局为了加强广州市基层民警的涉外执法能力,解决基层外语人才不足问题,与华南师范大学签订了联合共建“大学生社会实践基地”的协议。华南师范大学外语系选派学生到广州基层尤其是外管任务重的派出所担任翻译志愿者,协助公安机关进行“三非”群体的清理工作。

3. 外籍犯罪人本国大使馆、领事馆的联络的重视

在华外国犯罪人除享受我国刑事诉讼法规定的相关权利外,其相关权益也受到有关国际公约和我国与其本国签订的双边协议的保护。各地在办理外国犯罪人案件中普遍重视与外国犯罪人母国的大使馆、领事馆官员的联络,尽最大可能取得外国犯罪人所属国外交、领事官员的理解,防止案件处理的不当干扰。例如北京市五部门出台的《关于外国人犯罪案件管辖及相关问题的意见》对向有关国家驻华使、领馆通知有关事项的程序等进行了明确,上海市人民检察院《关于本市检察机关办理外国人犯罪案件若干问题的实施意见》中对外国大使馆、领事馆在外国人犯罪案件中索要材料、探视及联系等问题也进行了专门规定。可以说这些规定有效地弥补了刑事诉讼法规定的粗疏,解决了司法实践面临的迫切难题。

郭烁:“大国新问题——在华外国非法移民的司法对策研究”,载《北京大学学报》2012年第5期。

蒋剑云:“涉外刑事案件处置之司法困境及对策探略”,载《上海公安高等专科学校学报》2003年第1期。

北京市高级人民法院、北京市人民检察院、北京市公安局、北京市国家安全局、北京市司法局《关于外国人犯罪案件管辖及相关问题的意见》。

杜建人:“日本的外国人犯罪及诉讼上的翻译问题”,载《政治与法律》1996年第1期。

“广州大学生志愿者参加‘三非’外国人清查行动”,载 http://www.gdga.gov.cn/jwzx/gd/jx/201004/t20100414_451222.html。

(二) 强化信息、技术等手段在防控外国人犯罪中的适用

在华外国人犯罪与在华外国人管理是二位一体的,法律管理在华外国人的重要途径,但是也应当注重信息平台及其他技术手段在防控外国人犯罪中的作用。举例而言,目前司法实践中外国人国籍的认定虽不影响刑事诉讼程序的正常进行,却会妨害驱逐出境等刑罚的执行,因为无法查明国籍就意味着无处驱逐。而一些外国犯罪人被驱逐出境后又申领新护照重新出境,留存外国人的生物信息则是防范此类行为的有效手段。这可以说也是世界上许多国家的通行做法。例如2003年法国新《移民法》规定,申请签证者许留下指纹记录、照片等个人详细信息。2006年,日本在《出入境管理及难民认定法》修正案提出,进入日本的外国人须留下指纹等个人详细信息,拒绝者将被禁止入境或遣送出境。2009年11月,韩国通过了《出入境管理法修正案》,该法案规定,17岁以上外国人在接受入境审查时必须通过在指纹识别传感器上录入指纹并接受面部拍照的方法来提供个人信息,否则将被拒绝入境。由于指纹等个人生物信息具有唯一性,生物信息签证正成为签证的发展趋势。它可以有效杜绝特定外国犯罪人重新入境,也可以方便查询外国人的来源地。《出境入境管理法》第七条规定:经国务院批准,公安部、外交部根据出境入境管理的需要,可以对留存出境入境人员的指纹等人体生物识别信息作出规定。留存出入境人员的人体生物识别信息目前在法律上已经不存在障碍。

(三) 加强在非法移民领域中的国际司法合作

外国人犯罪人越来越多的来自非法外国移民。在全球化背景下,非法移民具有明显的组织性、跨国性和隐蔽性特征,并已经成为跨国组织犯罪的重要表现形式之一。仅靠单一国家的力量应对国际性的非法移民力不从心,寻求国际性的执法力量,寻求与相关国家在该领域的刑事司法合作是非常必要的。今后可以考虑通过双边条约和多边条约的方式,与相关国家建立信息沟通机制、协助侦查机制等,将打击在华外国人犯罪之网向前端和纵深处延伸,以最终维护本国国家和公民利益。

Abstract: Based on an analysis of trends in crimes committed by foreigners of Beijing Shanghai Guangzhou in the past decades, China should give full attention to the reality and potential threat of illegal and criminal activities of foreigners in china. there are many problems in the judicial practice about crimes committed by foreigners. China Should increased the applicability of chinese criminal law, raised awareness of territorial jurisdiction and constructed the measures to deal with the crimes committed by foreigners.

Key words: foreigner immigrants; crime; judicial policy

潘向波、秦总根：“广州外国人犯罪与防控机制研究”，载《政法学刊》2011年第5期。

丁家祥、钱海军：“外国人犯罪态势分析与防控对策研究”，载《上海公安高等专科学校学报》2012年第6期。