

第五章

驱逐外国人

A. 导言

107. 在第五十六届会议(2004年)上，委员会决定在其工作方案中列入题为“驱逐外国人”的专题，并任命莫里斯·卡姆托先生为特别报告员。¹²⁴⁸ 大会在其2004年12月2日第59/41号决议中赞同委员会在其议程中列入这个专题的决定。

108. 在第五十七届会议(2005年)上，委员会审议了特别报告员的初步报告。¹²⁴⁹

109. 在第五十八届会议(2006年)上，委员会收到了特别报告员的第二次报告¹²⁵⁰和秘书处编写的一份研究报告¹²⁵¹。委员会决定在其2007年下一届会议上审议第二次报告。¹²⁵²

110. 在第五十九届会议(2007年)上，委员会审议了特别报告员的第二次和第三次报告¹²⁵³，并将特

别报告员修订过的草案第1条和第2条，¹²⁵⁴以及草案第3条至第7条¹²⁵⁵提交起草委员会。

111. 在其第六十届会议(2008年)上，委员会审议了特别报告员的第四次报告¹²⁵⁶并决定成立一个工作组，由唐纳德·麦克雷先生主持，以便审议由于驱逐具有双重或多重国籍的人以及由于驱逐而取消国籍所引起的问题。¹²⁵⁷在同一届会议上，委员会批准了工作组的结论，并请起草委员会在其工作中考虑到这些结论。¹²⁵⁸

112. 在其第六十一届(2009年)会议上，委员会审议了特别报告员第五次报告¹²⁵⁹。应委员会的要求，特别报告员继续介绍了关于保护已经遭受或正在遭受驱逐者人权的条款草案新案文¹²⁶⁰，该案文是遵照全会讨论而修订和重拟的。他还提交了一份新的工作计划草案，以期对条款草案进行重新调整¹²⁶¹。委员会决定将其对经修订的条款草案的审议推迟到第六十二届会议。¹²⁶²

B. 本届会议审议此专题的情况

113. 在本届会议上，委员会收到了经过特别报告员修订和重新拟定过的、关于保护已经遭受或正

¹²⁴⁸ 同上，第二卷(第二部分)，第78页，脚注326和327。

¹²⁴⁹ 同上，第71至第72页，脚注321至325。

¹²⁵⁰ 《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第242至第274段；关于初步报告，见同上，第二卷(第一部分)，A/CN.4/554号文件。

¹²⁵¹ 同上，第二卷(第二部分)，第170段。

¹²⁵² 结论如下：(a) 条款草案的评注应该说明，为本条款草案的目的，不驱逐外国人原则也适用于在法律上取得一个或数个其他国籍的人；(b) 评注应该措辞表明各国不应以取消国籍作为规避依不驱逐外国人原则应有之义务的手段；同上，第171段。

¹²⁵³ 《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/573号文件。

¹²⁵⁴ 同上，A/CN.4/617号文件。

¹²⁵⁵ 同上，A/CN.4/618号文件。

¹²⁵⁶ 同上，第二卷(第二部分)，第91段。

在遭受驱逐者人权的条款草案¹²⁶³；特别报告员为了调整条款草案结构所提交的新工作计划草案¹²⁶⁴；以及特别报告员提交的第六次报告(A/CN.4/625和Add.1-2)。委员会在其2010年5月3日的第3036次会议，2010年5月5日、6日、7日和10日的第3038次至3041次会议，2010年5月14日的第3044次会议，和2010年7月9日、13日、14日、15日和16日的第3062次至3066次会议上审议了它们。委员会同样收到了来自各国政府的意见和资料。¹²⁶⁵

114. 在其2010年5月7日的第3040次会议上，委员会决定将原载于第五次报告¹²⁶⁶，后经特别报告员在第A/CN.4/617号文件中修订和重新调整的关于保护已经遭受或正在遭受驱逐者的人权的条款草案第8至第15条提交起草委员会。¹²⁶⁷

115. 在其2010年7月16日第3066次会议上，委员会决定将特别报告员第六次报告(A/CN.4/625和Add.1-2)中所载的条款草案第A条和第9条、第六次报告增编(A/CN.4/625/Add.1)中所载的条款草案第B1条和第C1条，以及特别报告员在本届会议期间修订过的条款草案B条¹²⁶⁸和A1条¹²⁶⁹提交起草委员会。

1. 修订和重新拟定关于保护已经遭受或正在遭受驱逐者人权条款草案的审议情况

(a) 特别报告员介绍条款草案

116. 特别报告员解释说，委员会对关于驱逐外国人的第五次报告¹²⁷⁰的审议显示，对报告员关于保护已经遭受或正在遭受驱逐者人权，限制国家驱逐外国人权力的意见缺乏了解。有人表示，希望重新拟订他在第五次报告中拟议的第8条，以便明确已经遭受或正在遭受驱逐者的人权应该得到充分保护的原则。此外，有人提议对这一问题的其他条款草案

¹²⁶³ 见上文脚注1260。

¹²⁶⁴ 见上文脚注1261。

¹²⁶⁵ 《2009年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/604号文件；以及《2010年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/628和Add.1号文件。

¹²⁶⁶ 见上文脚注1259。

¹²⁶⁷ 见上文脚注1260。

¹²⁶⁸ 见下文脚注1290。

¹²⁶⁹ 见下文脚注1300。

¹²⁷⁰ 见上文脚注1259。

进行改动。委员会随即要求特别报告员将辩论期间提出的意见纳入考虑范畴，提交一份条款草案的新案文。特别报告员在第六十一届会议期间同意了这项要求，为此修订了有关条款草案，并将其重组为四节，分别载述：“一般规则”、“驱逐国必须提供的保护”、“提供保护以免其人权在接收国遭受侵犯”和“过境国的保护”。¹²⁷¹

117. 关于“一般规则”的A节包括第8、第9和第10条款的修订案文。在题为“尊重遭受驱逐者或正在遭受驱逐者人权的一般义务”的第8条款修订案文中，¹²⁷²“基本权利”一词已经改为更宽泛和非限制性的术语“人权”。此外，添加了“尤其是本条款草案所述”的短语，以便强调不只是无意将被驱逐出境情况下的人权划分等级，还强调在条款草案中具体提到的权利并不是包罗无遗的。

118. 已经将相当于以前的第10条款的、题为“尊重遭受或正在遭受驱逐者的尊严的义务”的第9条款修订案文¹²⁷³纳入关于“一般规则”一节中，以便强调这是属于一般的范围。由于在遭受驱逐的具体情况下考虑到尊重尊严的权利，也就取消了原草案第10条第1款中关于人的尊严不容侵犯的一般规则。

119. 第10条修订草案¹²⁷⁴的标题是“不歧视的义务[非歧视规则]”，它相当于以前的第14条款。也已经被纳入“一般规则”一节中，以强调它属于一般的范围。添加了“遭受驱逐者或正在遭受驱逐者”等词以便考虑到若干委员的意见，他们强调，在这种情

¹²⁷¹ 见上文脚注1260。

¹²⁷² 第8条款修订案文如下：

“尊重遭受或正在遭受驱逐者的人权的一般义务

“任何遭受驱逐者或正在遭受驱逐者都有其人权，尤其是本条款草案所述人权，得到尊重的权利。”

¹²⁷³ 第9条款修订案文如下：

“尊重遭受或正在遭受驱逐者的尊严的义务

“在任何情况下，遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的尊严均应得到尊重和保护。”

¹²⁷⁴ 第10条条款修订案文如下：

“不歧视的义务[非歧视规则]

“1. 国家在行使对当事人的驱逐权时，不得有基于任何原因的歧视，例如种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族或社会出身、财产、出生或其他身份。

“2. 受害驱逐者或正在遭受驱逐者在享受国际人权法及驱逐国法律规定的权利和自由方面也同样不受歧视。”

况下，禁止的歧视是遭受驱逐者之间的歧视，而不是这些外国人和驱逐国的国民之间的歧视。

120. 关于B节“驱逐国必须提供的保护”，其中包括第11条、第12条和第13条的修订草案以及一条未来的草案——特别报告员打算在其中拟订拘留和对待已遭受或正遭受驱逐者的条件。第11条修正草案¹²⁷⁵的标题是“保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者生命的义务”，它合并了原草案第9条第1款和原草案第11条第1款(在这里变成第2款)的内容。予以重新排列是为了回应委员会一些成员强烈表达的愿望，即务必区别驱逐国的义务和接收国的义务。添加了“在其境内或受其管辖下的领土上”等措辞是为了考虑到其他委员所表示的关切。

121. 第12条修正草案¹²⁷⁶的标题是“尊重家庭生活权利的义务”，相当于以前的第13条草案。按照委员会一些委员的希望，已经从条款草案中去除了提到“私人生活”的文字。此外，按照若干其他委员的提议，已将第2款中提到的“法律”改为“国际法”。

122. 第13条的标题为“脆弱者的特定情况”，其修订宗旨¹²⁷⁷是将保护的对象扩大到所有的“脆弱者”，而不只是之前的第12条草案中提到的遭受驱逐的儿童。第1款指明了所涉的人等，而第2款则是一条新案文，取代了原有条款草案的第2款。它强调说，在儿童遭受驱逐的情形下，必须优先考虑到儿

童的最大利益；在某些情形下，为了儿童的最大利益，可能需要将儿童羁押在与成人相同的条件下，以使儿童不致与成人分开。

123. 第14条和第15条的修订草案构成C节，题为“提供保护以免其人权在接受国遭受侵犯”。

124. 第14条的修订草案¹²⁷⁸的标题为“接受国确保尊重遭受驱逐者或正在遭受驱逐者生命权和个人自由的义务”，是对原草案第9条特别是其中第1款的重新拟订。特别报告员力图考虑到委员会若干委员所表示的愿望，把保护生命权的范围扩大到所有遭受驱逐的人员。这一规定的一般范围，也涵盖了寻求庇护者，因此不再需要特别处理。一些委员希望将不驱回原则的范围扩大到所有已遭受或正遭受驱逐的人，无论其是否具有合法居留的身份。不驱回原则起初一直是国际难民法的基本原则，随后超越了该法律分支的界限，成为国际人道主义法的一部分和国际人权保护不可缺少的部分。特别报告员认为，来自不同的国际法律文书和趋同的区域法律制度的论点，为草案第14条第1款中提出的规则提供了充分的依据。

125. 尽管一些委员表示希望朝着废除死刑的方向拟订案文，但特别报告员根据其第五次报告第58段中所解释的理由，认为不应该这样修改草案第14条第2款。添加的第3款，将保护的对象扩大到无国籍人，以应对委员们所表示的一项关切。

126. 第15条修订草案¹²⁷⁹的标题是“保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者不受酷刑和不人道或有辱人格的待遇的义务”，它相当于以前的草案第11条，已经

¹²⁷⁵ 第11条草案修订案文如下：

“保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者生命的义务

“1. 进行驱逐的国家应保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的生命权。

“2. 一国不得在其境内或受其管辖的领土上，对遭受驱逐者或正在遭受驱逐者施以酷刑或不人道或有辱人格的待遇。”

¹²⁷⁶ 第12条草案修订案文如下：

“尊重家庭生活权利的义务

“1. 驱逐国应尊重遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的生活权利。

“2. 本条第1款中所述权利不可克减，除非存在国际法对此作出规定，且国家利益与当事人利益之间达成公正平衡的情况。”

¹²⁷⁷ 第13条草案修订案文如下：

“脆弱者的特定情况

“1. 遭受驱逐或正在遭受驱逐的儿童、老龄人、残疾人和孕妇，不论其居留身份如何，均应相应地予以考虑、对待和保护。

“2. 尤其是，涉及遭受驱逐或正在遭受驱逐的儿童采取的任何措施，均应考虑到该儿童的最大利益。”

¹²⁷⁸ 第14条修订草案如下：

“接受国确保尊重已经遭受或正在遭受驱逐者
生命权和个人自由的义务

“1. 任何人不得被驱逐或遣返到其生命权或个人自由将由于其种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或政治观点而有受到侵犯之危险的一国。

“2. 废除了死刑的国家不得在事先获得不会执行死刑的保证以前，将受到死刑判决的外国人驱逐到该人可能被处死的国家。

“3. 本条第1款和第2款的规定也应适用于对驱逐国领土上无国籍人进行驱逐的情况。”

¹²⁷⁹ 第15条修订草案如下：

“保护已经遭受或正在遭受驱逐者
不受酷刑和不人道或有辱人格的待遇的义务

“1. 一国不得将一个人驱逐到会使其面临酷刑或不人道或有辱人格之待遇的真正危险的另一个国家。”

将其分为两个部分，因为委员会的若干委员认为需要将在驱逐国遭受或正在遭受驱逐的外国人的人权保护和接受国提供的保护加以区别。因此，第15条草案的新案文引用了之前的第11条草案第2款和第3款，并在第15条草案第2款中添加了“以及接受国有关当局无法提供适当的保护来避免风险的情况”，以反映欧洲人权法院在H.L.R诉法国案中的判例。¹²⁸⁰

127. 最后，第16条草案¹²⁸¹“在过境国适用本章的规定”，是一条新案文，试图将保护遭受驱逐者权利的整套规定扩大适用于整个驱逐过程和从驱逐国到接受国的整个旅程。

(b) 辩论摘要

128. 若干委员支持关于保护已经遭受或正在遭受驱逐者人权的修正条款草案，特别报告员在其中考虑到了委员会第六十一届会议讨论期间提出的大致意见。但是，有人指出，仍有必要谨慎处理保护条款草案中给予个人的保护程度，因为委员会需要提出的是一般国际法原则，而不是拟订各国可以自由接受或反对的人权文书。

129. 关于尊重遭受驱逐者或正在遭受驱逐者尊严的义务的第9条，一些委员重申，他们认为，人的尊严是一条基本原则，从中得出的是所有的人权，而不是具体的人权。有人建议，认为尊严得到尊重的要求应该在条款草案的导言部分，也许在各项原则中规定下来。还有人提到对尊严的保护的某些方面已经载于草案第11条第2款，其中禁止酷刑和不人道或有辱人格的待遇。另外一种看法认为，在遭受驱逐的情况下，尊严的概念特别重要，因为对于等待驱逐的外国人来说，其尊严经常受到冒犯，但这不一定等同于特定人权受到侵犯。关于草案第9条的措辞，有人强调，在这种情形下提到的尊严对于每一个人来说是一样的，不应该同个人荣誉感或自豪感混淆起来，这可

¹²⁸⁰ 2. 本条第1款的规定也应该适用于风险来自以私人身份行事的个人或团体，以及接受国有关当局无法提供适当的保护来避免风险的情况。”

¹²⁸⁰ H. L. R诉法国案，诉请书编号：24573/94，欧洲人权法院，大审判庭，1997年4月29日的判决(案情实质)，《判决和裁决汇编》，1997-III，第745页起，详见第758页，第40段。

¹²⁸¹ 第16条草案案文如下：

“在过境国适用本章的规定

“本章的规定也应该在过境国适用于遭受驱逐者或正在遭受驱逐者。”

能因人而异。因此，有人提议，草案第9条应该照录《公民权利和政治权利国际公约》第10条的措辞，并且提到“尊重人的固有尊严”。

130. 在关于不歧视的第10条草案方面，有人指出，修订案文没有适当考虑到委员会若干委员的意见，他们认为，在驱逐的情形下，可能有区别对待不同外国人群体的正当理由：例如，欧洲联盟的成员国和非成员国的公民，或依照重新接纳协议予以接纳的外国人。有人建议，应该在评注中确认依照人员自由流动之规则予以“积极歧视”的可能性。也有人对第2款的含义和范围表示一些疑虑。特别是有人指出，取决于该外国人是否在该驱逐国境内具有合法居留的身份，可能会适用不同的驱逐程序。

131. 关于草案第11条，有人认为，必须确保各国尊重和保证尊重人权的义务不仅限于他们行使司法管辖权的地区。更普遍地说，有人建议对提到的“领土”和“司法管辖权”概念予以澄清。

132. 关于草案第12条，有人指出，“国际法对此作出规定……的情况”的措辞相当含糊。

133. 关于草案第14条，有些委员提议加强第2款中所载述的保护。有人再次提出，要将该款规定的保护扩大到包括没有对某一外国人判处死刑，但其有在接受国被判处死刑的风险的情况。此外，有人对第3款具体提到无国籍人的必要性，表示一些疑虑。

134. 关于草案第15条，有人对第2款中过于宽泛的措辞表示一些疑虑，其中提到遭受以私人身份行事的个人所施酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇之风险的情况。

2. 对特别报告员第六次报告的审议

(a) 特别报告员的介绍

135. 第六次报告(A/CN.4/625和Add.1-2)继续研究了“一般规则”；增编一处理了驱逐的程序规则。尤其是关于各国立法的分析，特别报告员参考了秘书处对这个专题的研究。¹²⁸²

136. 首先，特别报告员重新回到集体驱逐的问题，目的是消除一些委员对第三次报告¹²⁸³中拟议并

¹²⁸² 见上文脚注1251。

¹²⁸³ 见上文脚注1253。

于2007年由委员会提交至起草委员会的第7条草案第3款的某些疑虑。¹²⁸⁴这一条款将一国在武装冲突下集体驱逐外国国民的可能性仅限于“作为一个群体，对容留国采取了敌对行为的”那些人。分析了《日内瓦四公约》的有关规定及其1977年的第一和第二号《附加议定书》，特别报告员得出结论认为，该项规定并未违反国际人道主义法。

137. 第六次报告随即处理了“变相驱逐”的问题，在这方面，这个词用于描述一国帮助或纵容其公民采取行动以使个人离开该国领土的情况。这种驱逐本质上是违反国际法的，因为它侵犯了被驱逐者的人权，并且没有尊重给予被驱逐者维护自己权利的机会的程序规则。因此，草案第A条第1款¹²⁸⁵禁止了第2款中所定义的变相驱逐。

138. 第六次报告也处理了与引渡相关的变相驱逐问题。作为国际法逐渐发展的一部分，草案第8条¹²⁸⁶规定禁止该种做法，这一做法已为若干国家法院和欧洲人权法院(对博萨诺案的判决)所谴责。¹²⁸⁷但是，应该指出，与引渡相关的变相驱逐预先决定了驱逐的主要理由是引渡；换句话说，驱逐设法规避允许对引渡的合法性提出异议的国内法的规定。国家在这方面的判例法是基于驱逐的目的和有关国家的意图。

139. 第六次报告随即详细讨论了驱逐的理由。国际公约和国际判例法所体现的理由似乎基本上限于公共秩序和国家安全，虽然国家立法规定了各种其他理由。此外，国际判例法很少提供公共秩序和国家安全概念的内容，这两者很大程度上是由国内法律确定的。在这些情况下，特别报告员认为，

¹²⁸⁴ 案文见《2007年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第72页，脚注325。

¹²⁸⁵ A条草案案文如下：

“禁止变相驱逐

“1. 禁止以任何形式变相驱逐外国人。

“2. 在本条款草案中，变相驱逐是指一国以作为或不作为强迫外国人离开该国，或者支持或容许本国公民采取行动促使外国人离开该国的行为。”

¹²⁸⁶ 第8条草案案文如下：

“禁止以驱逐变相引渡

“在不妨碍标准引渡程序的情形下，不应未经一外国人同意即将其驱逐到要求引渡国或驱逐到特别有意积极回应引渡要求的国家。”

¹²⁸⁷ 博萨诺诉法国案，欧洲人权法院，1986年12月18日的判决，第60段。

拟订一个详尽无遗的驱逐理由清单将是不可能办到的。但是，他曾根据国家、区域和国际判例和学说对评估驱逐理由的标准进行了研究。

140. 基于这些考虑因素，特别报告员拟议了第9条¹²⁸⁸草案，对驱逐的理由及其评估的各方面进行载述，可能应在评注中对之加以澄清。第1款规定任何驱逐出境的决定必须说明理由。第2款指定公共秩序和国家安全为可据以驱逐外国人的理由，同时说明必须按照法律的规定进行驱逐。第3款指出，所给的理由必须符合国际法。最后，第4款列出了一国决定驱逐的理由需满足一定的要求：它必须是出于善意和合理的，根据情况和当事人的行为，考虑到了事实的严重性及其引致威胁的现时性。

141. 第六次报告还讨论了拘留正遭受驱逐的人的条件。最初，第B条草案¹²⁸⁹的标题是：“尊重正遭受驱逐或被实施驱逐前拘留的外国人人权的义务”，包含4款。但是，在届会期间，特别报告员决定向委员会提交该条款草案的一份修订案文，¹²⁹⁰修改标题并删除其第1款。这些改变是为了把该条款的

¹²⁸⁸ 草案第9条如下：

“驱逐理由

- “1. 一切驱逐决定应有理由。
- “2. 一国尤其可以按照法律以公共秩序或公共安全的理由驱逐外国人。
- “3. 一国不得以一个违反国际法的理由驱逐外国人。
- “4. 驱逐理由应善意地和合理地加以确定，并根据情况和当事人的行为，考虑到事情的严重性及其所产生威胁的现时性。”

¹²⁸⁹ 第六次报告中所载B条草案内容如下：

“尊重正遭受驱逐或被实施驱逐前拘留的
外国人人权的义务

“1. 将一外国人驱逐出境必须按照国际人权法实施；它必须符合人道，不引起不必要的困难，并且必须尊重有关人员的尊严。

“2. (a) 驱逐前对外国人的拘留必须使用适当的拘留场所，不得使用关押被判处剥夺自由刑罚的人的场所；拘留必须尊重有关人员的人权。

“(b) 拘留已遭受驱逐或正在遭受驱逐的外国人不得是惩罚性的。

“3. (a) 拘留期限不得无限制。它必须只限于为执行驱逐决定所必需的合理期限。禁止任何过长的拘留。

“(b) 延长拘留期限，只可由法院或经法院授权行使司法权的人决定。

“4. (a) 对于将外国人予以拘留的决定，必须按照法律确定的具体标准，按特定间隔定期予以审查。

“(b) 当驱逐的决定由于不能归责于当事人的原因而不能执行时，应终止拘留。”

¹²⁹⁰ B条草案修订案文如下：

“尊重予以拘留以将其驱逐的外国人之人权的义务

范围限制在等候驱逐出境的拘留期间，避免与以一般方式规定应该尊重已遭受或正遭受驱逐者的人权和尊严的条款草案有任何重复。¹²⁹¹第B条草案编纂了已经在某些国际法律文书——尽管是区域判例法——中明确规定了，或多数国家立法中承认的规则。

142. 在第六次报告的增编一(A/CN.4/625/Add.1)中，特别报告员审查了驱逐程序的问题。在这种情况下，他首先载述了在一国领土上合法居留或非法居留的外国人之间的区别，这个区别至少是含蓄地依据一些国际公约和在国家实践中广泛确立的做法。特别报告员认为，虽然就有关程序规则而言，这种区别是无可争议的，却不应该影响遭受驱逐者的人权。

143. 由于适用于驱逐在驱逐国境内非法居留的外国人的程序在不同国家有显著不同，特别报告员总结认为，最好通过国家立法予以规范，但不得损害一国为此等外国人提供与在其境内合法居留的外国人同样保障的权利。这是第A1条草案的意义¹²⁹²，它在该但书的限制下，将随后条款草案的适用范围限制于在驱逐国境内合法居留的外国人。

144. 第B1条草案和第C1条草案为合法居住的外国人提供的保障源自各世界性和区域性人权文书，特别是《公民权利和政治权利国际公约》第13条。第B1

“1. (a) 驱逐前对外国人的拘留必须使用适当的拘留场所，不得使用关押被判处剥夺自由刑罚的人的场所；拘留必须尊重有关人员的人权。

“(b) 拘留已遭受驱逐或正在遭受驱逐的外国人不得是惩罚性的。

“2. (a) 拘留期限不得无限制。它必须只限于为执行驱逐决定所必需的合理期限。禁止任何过长的拘留。

“(b) 延长拘留期限，只能由法院或经法院授权行使司法权的人决定。

“3. (a) 对于将外国人予以拘留的决定，必须按照法律确定的具体标准，按特定间隔定期予以审查。

“(b) 当驱逐的决定由于不能归责于当事人的原因而不能执行时，应终止拘留。”

¹²⁹¹ 这些是特别报告员在A/CN.4/617号文件中所提出的第8条和第9条草案的修订案文(见上文脚注1260)；也见上文脚注1272和1273。

¹²⁹² 第A1条草案案文如下：

“[本]程序规则的适用范围

“1. 本部分条款草案适用于驱逐在驱逐国境内依法[合法]存在的外国人的情况。

“2. 但是，一国也可将这些规则适用于驱逐非法入境的外国人，特别是该外国人在该国享有特殊法律地位或者已在该国居住一定时间的情况。”

条草案¹²⁹³规定了只有按照依法作出的决定才可予以驱逐出境的基本保障。这样的保障体现在世界性和区域性的文书以及若干国家的国内立法中，也建立在国家必须遵守自己的规则(*patere legem*或*patere regulam quam fecisti*)的原则基础上。

145. 在驱逐国境内合法居留的外国人也享有第C1条草案中列出的一定数量的程序权利。¹²⁹⁴这些保障大部分不仅来源于国家法律，也来源于条约法。虽然条约法和国际法判例没有具体提供法律援助的基础，对这种援助的权利在几个国家的国家立法和欧洲联盟的法律中都有所规定。它们以逐渐发展的方式被列入第C1条草案的清单。获得笔译和口译服务的权利可以说是法庭审理中一个普遍公认的原则。

146. 特别报告员还宣布他已完成了第六次报告的增编二，该增编将载述驱逐的法律后果，可由委员会第六十三届会议(2011年)予以审议。

(b) 辩论摘要

147. 就方法论而言，有人建议，应考虑将条款草案重组为五个部分的可能性：第一部分应确定该条款草案的范围和规定“驱逐”的含义；第二部分提出如果要在国际范围内以合法方式进行驱逐所必须符合的实质性条件；第三部分应该包括程序事项；第四部分可能包含涉及遭受驱逐者财产的有关规定；第五部分则专门讨论过境国和目的地国的法律义务。

¹²⁹³ 第B1条草案案文如下：

“与法律相符的要求

“在一国领土上[合法]存在的外国人，只能按照依法作出的决定予以驱逐。”

¹²⁹⁴ 第C1条草案案文如下：

“面临驱逐的外国人的程序性权利

“1. 面临驱逐的外国人享有以下程序性权利：

“(a) 获得关于驱逐决定的通知的权利。

“(b) 对驱逐[驱逐决定]提出质疑的权利。

“(c) 获得听证的权利。

“(d) 不受歧视地获得有效救济以对驱逐决定提出质疑的权利。

“(e) 获得领事保护的权利。

“(f) 延请律师的权利。

“(g) 获得法律援助的权利。

“(h) 获得可懂语文口译和笔译服务的权利。

“2. 上述第1款所列权利不妨碍法律规定的其他程序保障。”

148. 虽然有人对第六次报告中一些消息来源的相关性和所使用一些资料的可靠性表示有些疑虑，却也强调了所用材料的丰富性和代表性。尽管如此，有人指出，该报告本可以更加注重世界上某些地区各国的实践和他们在国际论坛上所表示的意见。有人指出，没有从意见来源得出明确结论的情况显示，或许编纂这个专题的时机尚未成熟。因此，这更多的是确定和推荐明确合理做法标准的问题。也有人重申了这个问题更适合于政治谈判，而不是逐渐发展和编纂工作的看法。

149. 已经有人指出，必须谨慎处理特别制度中的实践和判例法，例如难民法、保护人权的区域机制或欧洲联盟的法律。此外，在条款草案中引入一项保留条款以表明其宗旨不是要减少特别制度提供的保护，可能是可取的着手方式。

150. 几位委员支持关于禁止变相驱逐的第A条草案，不过有些人认为，应该用不同的术语来描述这一条款所涵盖的情况。在这方面，有人建议，可以使用“非正式驱逐”、“间接驱逐”、“事实上驱逐”或“推定性驱逐”等术语。但是，有人认为，第六次报告中涉及该条款草案的情况差别很大，因此，可取的做法是，为重新拟定案文而使用这样的前提：一国意图促使一人被驱逐的行为必须作为驱逐对待，不管所采取的形式为何。有一种不同的看法认为，报告中审议的情况引起的真正问题是由于遭受驱逐者可使用的程序和实质保证遭受侵犯所引起的。因此，更好的做法只是在条款草案中列入一条，规定驱逐外国人的时候必须符合的条件。

151. 有几位委员赞同特别报告员的意见，认为变相驱逐的性质是违反国际法的，因为它违反了所有的程序保障，使得遭受驱逐者的权利得不到保护。有人还建议，应该明确指出，第A条草案中提到的禁止也适用于过境国和目的国。

152. 关于第A条草案第2款中所载变相驱逐的定义，“强迫离开”一词遭受批评，有人强调指出，该项禁止也应适用于外国人被强制——即使没有使用武力——离开一国领土的情况。一些委员强调，应区分草案中所涉及的情况和其他情况，例如不一定会被视为变相驱逐出境的、促使离境的某些诱因。同样，关于定义，有人指出，“作为或不作为”的措辞不明确，没有在变相驱逐和普通驱逐之间作适当区分。也有人认为，提议的定义走得太远了，因为它除了一

国“支持或容许本国公民采取行动促使外国人离开该国”以外，也包括难以客观确定的一些情况。

153. 有些委员支持载于第六次报告的第8条草案——该条规定禁止以驱逐变相引渡——认为这是国际法逐渐发展的一部分。有人指出，应在草案中列入关于变相引渡的规定，禁止在需要采取这种措施的通常情况以外实行驱逐。也有人问起，特别报告员是否打算处理以不恰当手段抓捕的罪犯可以合法拘押(*male captus bene detentus*)原则的是非曲直问题。但是，其他发言者曾质疑即使以逐渐发展的方式列入这条草案是否可取；他们特别指出，在条款草案中列入一项首先涉及引渡，其次才涉及驱逐的规定，是不适当的。有人提请注意这样的事实，即拟议条款草案的目的是要保护引渡制度的完整性，那是更加真实的。

154. 一些委员认为，特别报告员拟议的草案第8条的范围过于宽泛。有一种观点认为，这种驱逐形式并不是判例法所明确禁止的，从欧洲人权法院的判例看来更是这样。因此，有人建议，以更严格和更精确的方式拟定该条款的措辞。有一种观点认为，应该以提到意图标准的方式来限制条款的范围，以便禁止一个国家使用驱逐程序来规避该国由于其国际义务或其本国法律在引渡方面受到的限制。有人还提议，应该反过来在规则的措辞中规定：只要符合驱逐的先决条件就可以驱逐外国人，而不论该外国人在事实上或可能范围内是否成为一项引渡要求的对象。

155. 一些委员表示支持草案第9条。有人指出，第1款规定任何驱逐出境的决定必须具备理由，它反映了公认的国际法规则。

156. 一些委员还支持草案第9条第2款，其中特别重视公共秩序和国家安全的理由——但不排除其他原因，也规定了驱逐必须符合法律规定的条件。据指出，虽然有关公共秩序和国家安全的理由无疑是最重要的，却不是唯一的理由，制定一个关于驱逐的理由的所谓详尽清单会不适当当地限制了必须允许该驱逐国有确定这些理由的酌情处置权。另一种看法认为，说公共秩序和国家安全有可能构成所有驱逐理由的共同点，这是值得怀疑的。有些委员则建议参考其他理由，例如：被裁定犯了严重罪行、非法入境、违反重要行政规则和公共健康的考虑因

素。有人还建议，应明确指出任何驱逐都应具备合法的理由，任何驱逐的理由必须依法予以确定。

157. 另一种不同的观点是，至少从国际法的逐渐发展来看，驱逐出境的理由应限于公共秩序和国家安全。

158. 关于驱逐出境的理由，一些发言者强调了区分外国人是在一国境内合法居留或非法居留的重要性，这是国家实践中经常支持的一种区分。有人指出，一个外国人在一国境内非法居留是根据许多国家的立法予以驱逐的充分理由，其前提是国际法和国内法中所规定的程序保障必须得到遵守。

159. 有人建议，关于违背国际法的驱逐理由，应该在案文或评注中，提供更多的细节。特别是，一些发言者着重指出，藉以“文化”上的理由进行驱逐，有助于一国限制外国劳工的人数，却是国际法所禁止的做法，因为它们违反了非歧视原则。还有人提到为了报复而进行驱逐的非法性质，有人认为，应该排除基于道德的理由予以驱逐的做法。

160. 一些发言者赞同草案第9条第3款，其中规定驱逐出境的理由必须符合国际法，该款草案第4款则罗列了供评估驱逐出境理由的标准清单。

161. 一些发言者支持关于对遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的拘留条件的第B条草案。特别是，该第B条草案，除其他外，处理拘留期限不受限制或过长的严重问题，并制订程序规则，加强对外国人的拘留条件的保证，因此受到欢迎。其他发言者认为，第B条草案中载列的规则不够灵活或过于详细：尤其是这样的要求，即为了驱逐而拘留外国人不得使用关押被判处剥夺自由刑罚的场所。有人还建议，在某些情况下可能需要拘留非法居留的外国人，以便确定事实，甚至保护这些人。

162. 至于有关驱逐程序规则，一些委员同意特别报告员，认为应该区分在一国境内合法(正当)居留的外国人和非法(不正当)居留的外国人。一些委员指出，区别的依据是各种国际文书、国际法学和国家立法以及判例。

163. 虽然有些成员支持第A1条草案，另外几位委员则认为，在驱逐出境的情形下，同样必须给予在驱逐国境内非法居留的外国人一些程序上的保障。据指出，第A1条草案第2款在这一点上是不够的，因为

光是承认驱逐国有权将一定的程序保证扩大适用于在其境内非法居留的某些外国人，只是论及表面现象。

164. 除其他事项外，有人认为，应该给予在驱逐国境内非法居留的外国人由主管机关对其驱逐条件进行公正评估的权利。一些发言者还认为，第B1条草案规定驱逐的决定必须按照法律作出，它也应该适用于在驱逐国境内非法居留的外国人。一些发言者认为，处于非法状态的外国人也应该享有第C1条草案中规定的若干程序保障。已经有人指出，收到驱逐通知的权利(即使该权利的范围可能不一样)、获得听证的权利、获得翻译服务的权利和获得领事保护的权利都是应当的。另一方面，有人认为，在国际和国内范围内的做法，关于将使用有效补救办法对驱逐决定提出质疑的权利扩大适用于非法居留的外国人，都缺乏必要的内容。另一种看法认为可取的办法是使非法居留的外国人获得与合法居留的外国人同样的程序保障。

165. 已经有人指出，向所有外国人提供一定保证的必要性来源于法治的观念。还有人还认为，区分在驱逐国境内合法或非法居留的外国人并不总是一件容易的事情，原因之一是当事国可能容忍一外国人的非法居留，并在某些情况下予以鼓励。此外，有些发言者认为，应该区分在驱逐国境内非法居留了一段时期的外国人和最近才到达的外国人，前者的待遇应介于给予最近才到达的外国人的待遇和给予合法居留的外国人的待遇之间，如果驱逐国一直以来容忍他们的存在，就更应该给予保障了。另一种观点认为，对于在驱逐国的非法居留已经持续了一定期间的外国人是否应该给予更优惠的待遇的问题完全属于当事国国内立法问题的范围。

166. 至于术语，有人建议根据第六次报告增编一中的定义(A/CN.4/625/Add.1，“对外国‘居民’、‘合法’或‘非法’存在于一国领土内的外国人的概念的语义说明”一节)制定“在驱逐国境内合法(或非法)居留的外国人”的定义，其中提到“外国人如果符合一国法律规定的入境或居留条件，即视为‘依法’或‘合法’存在于该国领土内”。此外，一些发言者强调有必要避免潜在贬义用语，如“不法(或非法)外国人”的使用。毕竟，只有该外国人在该国境内的居留可以被描述为非法或违法的。

167. 有人还建议，条款草案应清楚地表明，一国无权改变外国人的地位，以避免给予外国人在其境内享有合法的程序保障。有人提到了人权事务委

员会的立场，它认为，如果一个外国人在驱逐国境内存在的合法性引起争议，则根据《公民权利和政治权利国际公约》第十三条给予在驱逐国境内合法居留的外国人的权利也可予以适用。¹²⁹⁵

168. 几位委员普遍支持第C1条草案，其中规定了适用于在驱逐国境内合法居留而面临驱逐的外国人的权利。不过，有些委员认为，应该在这一规定中纳入《公民权利和政治权利国际公约》第十三条中所载列的关于国家安全的例外情况。

169. 关于第C1条草案中规定的各种程序性权利，它已建议第1(b)款应该是指有权质疑驱逐决定，而不是驱逐本身。至于领事保护，有人认为，评注应引用1963年《维也纳领事关系公约》第5条(е)款，并指国家有义务告知一个被驱逐出境的人他享有领事保护的权利。关于获得有效的补救措施、丝毫不受歧视地对驱逐的决定提出质疑的权利，有人指出，在这种情况下，不歧视必须被解释为在外国人之间不受歧视，而不是意味着任何国民待遇原则。

170. 但是，一些委员认为，第C1条草案中提出的若干程序权利并没有很好地在国际法上确立起来。他们认为，获得法律援助的权利就是这样的情况，可能引起某些国家的财政困难。有人建议，这项保证应被视为国民待遇事项：就驱逐国的法律援助机制来说，外国人必须可在不受歧视的基础上予以使用。另一个建议是，第C1条草案应当确保尽最大可能提供法律援助，同时须考虑到驱逐国的资源情况。有人还提到，在像驱逐这样的行政程序方面，获得听证的权利以及得到咨询和获得笔译和口译服务的权利实际上也并未在国际法中确立。

171. 一些发言者认为，根据对《公民权利和政治权利国际公约》第十三条的解释，应该在其中规定：如果没有紧迫的国家安全理由，有权将驱逐出境的决定延迟到该项决定最后确定以后才予以执行。

¹²⁹⁵ 人权事务委员会，1986年4月11日第15号一般性意见（《公约》所规定的外侨地位），第9段：“但是，如果对某一外侨的入境或居留的合法性发生争议，那么就必须按照第十三条的规定来作出有关涉及将他驱逐出境的此一争议的任何决定”（人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第四十一届会议，补编第40号》（A/41/40），附件六，第118页）。

172. 最后，提议在第C1条草案第1款的起首语中添加“包括”一词，以便强调该项规定中提出的程序权利清单并非详尽无遗的性质。

(c) 特别报告员的总结

173. 特别报告员对辩论期间所提出的一些一般意见作了答复。对于此专题更适合于政治谈判而不是编纂和逐渐发展的意见，他说，委员会所审议的所有专题事实上毫无例外都可以成为谈判的议题。特别报告员回顾说，他的报告所采用的方法首先是为了审视《国际法院规约》第38条所承认的国际法的各项渊源；只有在缺乏这些渊源产生的规则时，才作为逐渐发展，借鉴国内实践提出条款草案。在回答对其第六次报告所使用资料来源和例子的某些批评时，特别报告员解释说，他曾经试图以最佳方式利用可获得的材料，而且他在报告中总是注明出处，他在报告里也一再明确地说，所引述的情况并非包罗全面，并且当然不是为了羞辱所提到的那些国家。特别报告员还根据能够获得的资料，试图考虑到好几个地区的判例以及分属世界上不同地区的一些国家的立场和实践。最后，对一些老的渊源加以考虑似是不可避免的，这样做也毫不过时，其目的是论述这一专题的演变过程。

174. 对于调整条款草案结构的建议，特别报告员认为，目前继续以经修订的工作计划¹²⁹⁶为基础开展工作为更好；一旦所有条款草案拟订完毕，那时候以连贯和有逻辑的方式调整整个条款草案的结构比较合适。

175. 对于有关变相驱逐的第A条草案，他不一定反对将法文中的“expulsion déguisée [变相驱逐]”一语改为与英文“constructive expulsion [推定的驱逐]”意思相当的词语，这可以在仲裁裁决中找到可靠的来源，不过需要采用等效的措辞方式。虽然承认第2款因为重复了他在第二次报告¹²⁹⁷拟议的第2条草案中关于驱逐的定义，因而可予以删除，其修订案文¹²⁹⁸已于2007年被送交至起草委员会，特别报告员仍然深信需要拟定一个条款草案，以禁止那种违反所有程序规则，并且没有对遭受驱逐的人给予任何保护的驱逐形式。

¹²⁹⁶ 见上文脚注1261。

¹²⁹⁷ 见上文脚注1250。

¹²⁹⁸ 见上文脚注1254。

176. 特别报告员不同意委员会的一些委员的看法，他们认为，关于以驱逐变相引渡的草案第8条超出了草案的范围。不过，为了考虑到这些委员的意见，他在讨论过程中提出了一个修订案文。¹²⁹⁹

177. 关于驱逐理由的第9条草案，特别报告员不赞成将这些驱逐的理由限于公共秩序和国家安全的提议。他在第六次报告中对驱逐的理由所进行的深入调查显示，将所有驱逐的理由限于这两种并不明智。最好在草案第9条中将这个问题开放，只需说明相关的理由必须不违反国际法就行了。他注意到了关于国际法院对澄清国家安全概念的文献，将在评注中体现该文献的相关内容。

178. 虽然该委员会的一些委员声称，草案第B1条的措辞过于详细，该项规定中提出的保障来源于判例，并且涉及这样的事实，即驱逐乃至等待驱逐的拘留，并不具有惩罚的性质。不过，起草委员会可能找到一个更普遍的提法。

179. 关于涉及驱逐的程序保障，委员会已经赞成第六次报告增编一中所载的一般概述，包括需要区别在一国合法居留的外国人的情况和非法居留的外国人的情况，并在后者中间区分最近抵达驱逐国的外国人和已经居留了一段期间的外国人。不过，由于一些委员表示希望给予在一国境内非法居留的外国人一定的程序保障，因此，特别报告员起草了第A1条草案的修订案文，其中提议根据外国人在驱逐国境内居留期间的长短给予一定的程序保障。¹³⁰⁰ 第1款赋予最近非法进入驱逐国的一切外国人关于驱

¹²⁹⁹ 第8条草案的修订案文如下：

“与引渡有关的驱逐

“只有当按照国际法[或本条款草案的规定]，驱逐条件均符合时，才可将一人驱逐到要求引渡国，或驱逐到特别希望该人被引渡到要求引渡国的一国。”

¹³⁰⁰ 第A1条草案的修订案文如下：

“第A1条草案：在驱逐国境内驱逐
非法外国人的程序保证

“1. 对[最近][或在一个不超过6个月期间]非法进入驱逐国领土的外国人，应依法驱逐出境。

逐的决定必须依照法律作出的最低限度的保障，第2款则意图对在驱逐国非法居留但在该国具有特殊法律地位或已经居住一段期间(可能为此目的规定一个六个月的期间)的外国人提供一些具体的保障。

180. 鉴于重新拟定的第A1条草案，特别报告员认为可取的做法是，不要按照一些委员的建议，通过删除“合法”一词改变第B1条草案的案文：最好不要离开《公民权利和政治权利国际公约》第十三条的案文。

181. 特别报告员指出，草案第C1条背后的原则没有受到挑战，只有一些保证引起争议。特别报告员认为，获得法律援助的权利固然肯定是一般国际法逐渐发展的一部分，获得笔译和口译服务的权利也无可争议地得到了确立，只要作为法律的一般原则看待就是了。

182. 特别报告员注意到了一项有关暂缓驱逐决定的上诉的建议。他认为，虽然这一规则已经在欧洲地区的法律中确立，它并不是一般国际法的组成部分；因此，将其纳入一般国际法的做法属于逐渐发展。

183. 同样，特别报告员也注意到了一项建议，即根据人权事务委员会对《公民权利和政治权利国际公约》第十三条的解释编纂一项规则，对于在驱逐国境内合法居留的外国人必须给予程序保障的做法，也适用于外国人在该国居留的合法性产生争议的情况。不过，特别报告员认为，这一观点可以在评注中得到适当反映。

“2. 对在该国具有特殊法律身份或已经在该国居住一短期间[至少六个月?]的非法外国人，驱逐出境应依据按照法律作出的决定和下列情形下的程序权利：

- “(a) 收到驱逐决定通知的权利。”
- “(b) 对驱逐[驱逐决定]提出异议的权利。”
- “(c) 获得听证的权利。”
- “(d) 使用有效补救办法对驱逐决定提出异议的权利。”
- “(e) 获得领事保护的权利。”