

第八章

驱逐外国人

A. 导言

242. 委员会在其第五十届会议（1998年）上注意到规划小组的报告，除其他外，确定“驱逐外国人”专题为可能列入委员会长期工作方案的专题，¹⁸⁹后来在第五十二届会议（2000年）上，这一专题得以列入委员会长期工作方案。¹⁹⁰有一个扼要的提纲说明了该专题可能采取的通盘结构和着手方式，附于委员会向大会提交的该届会议工作报告之后。¹⁹¹大会在其2000年12月12日第55/152号决议第8段中注意到将这个专题列入长期工作方案的这一决定。

243. 委员会在第五十六届会议期间，在2004年8月6日举行的第2830次会议上决定将“驱逐外国人”专题列入目前的工作方案，并任命莫里斯·卡姆托先生为这个专题的特别报告员。¹⁹²大会在第59/41号决议第5段中批准了委员会将这个专题列入其议程的决定。

B. 本届会议审议这个专题的情况

244. 委员会在本届会议上收到特别报告员的初步报告（A/CN.4/554）。委员会在2005年7月11日至15日举行的第2849次至2852次会议上审议了特别报告员的报告。

1. 特别报告员的介绍

245. 特别报告员评论说，驱逐外国人是一个老问题，与以国家形式存在的人类社会组织密切相关。这个问题仍然受到当代的注意，因为全球化世

界的存在和政治主权壁垒之间的悖论，前者表现在技术和经济方面，后者则在有权和无权在他国领土上居留的外国人之间起着过滤器的作用。这个主题引起了重要的国际法问题，并且由于它在各大洲引起多种多样的实践，因而适于编纂。驱逐外国人的行为影响到世界上一切地区，因此，目前存在着一系列重大的国内立法可据以确定一般原则。这些原则中有些已经被纳入现行的国际人权公约。

246. 特别报告员认为，为了陈述他对本专题的理解，有必要向委员会提交一份初步报告。其目的只是综合叙述这个主题，同时侧重说明它在法律上所引起的问题，以及在与审议有关的方法方面遇到的困难。特别报告员已提议一份工作计划（载于其报告附件一），概要说明了他对今后提交报告的总体计划。

247. 本报告首先对驱逐外国人的概念作了基本的概述，接着又对国际法中“驱逐权”的概念作了基本的说明。特别报告员认为，这种习惯国际法的权利，是国家主权所固有，并无疑问。但是，驱逐的理由可以是多种多样的，而在国际法中却并不全是可以允许的：驱逐外国人的行为会调动一些权利，尤其是基本人权，而国际法对于侵犯这些权利的行为规定了法律后果。

248. 在编写本报告的时候，特别报告员遇到了一些术语方面的问题，即：是否应该提到“驱逐”外国人，当考虑国内立法的时候，这个术语在含义所包含的现象比移除外国人要更为有限。不过，他暂时认为，即使含义必须广义地界定，“驱逐”一词也应该保留。与此类似，还需要考虑：“外国人”一词是否足够精确。他认为，这个词的确包括了需要考虑到的一切类别的人。

249. 特别报告员寻求就若干方法上的问题提供指导，尤其是如何对待许多人权条约中所载述的现

¹⁸⁹ 《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第554段。

¹⁹⁰ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。

¹⁹¹ 同上，附件。

¹⁹² 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第364段。

有协定规则。他倾向于拟定完整的制度，同时铭记，虽然条约法中存在可能被列入条款草案的内容，这些规则有一些最初产生于国内立法，而且国际判例也是在全球和区域的人权司法实例中发展起来的。

250. 特别报告员还要求秘书处编写一份关于本专题的可适用的国内和国际文书、文本和判例汇编。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

251. 特别报告员的初步报告获得了赞扬。若干委员评论了这个主题的重要性，尤其是由于它影响到全世界许多人的生活。有人评论说，作为一种持续存在的正常的社会现象，人民的迁徙和国家对于这种迁徙的限制在政治、经济和社会上对国际关系产生重要的影响。委员会的任务是仔细审议习惯国际法、条约和国际协定、国家实践和国内法中有关本专题的所有规则；在可能范围内或适当情形下，使它们进一步得到发展，并且予以编纂，以便能够更加明确和更加良好地加以适用。委员会进一步表示支持特别报告员提出本专题的关键问题，即：如何兼顾驱逐权和国际法的规定，尤其是与保护基本人权有关的规定。

252. 有一种看法认为，委员会在开始研讨新专题——不限于审议中的专题——的方法上存在一个普遍性的问题，使人想起集体编写教科书的情况，即：首先界定专题的范围以及基本术语和关键概念，接着才查明有关这个问题的现有习惯或条约规则。这些问题固然需要审议，却必须首先考虑驱逐外国人所涉及的权益，并且确定驱逐外国人的典型情形所影响的价值，总之，是描述一下由于驱逐外国人所引起的实际问题。如果没有这样的初步考虑，就很难预见在这方实行立法干预、因而拟订出极为一般性的草案的预期方向。

(b) 驱逐外国人的概念（范围和定义）

253. 许多委员认为，本专题的核心问题之一涉及今后研究的范围。有人认为，这个问题难办，这是因为驱逐外国人与允许外国人入境之间的相互

联系，尤其是针对非正规移民的返回问题的关系所致。有些委员坚持认为，委员会试图解决与移民入境或出境政策有关的问题，这会对委员会的工作前景造成不利的影。还有一种看法认为，研究的核心领域较少涉及驱逐或拒绝入境问题、而更多地涉及一国对其领土实行控制的问题。驱逐只是实行这种控制的一种形式而已。

254. 有些人同意对专题采取广泛的着手方式，但也有人提出限制其范围的具体建议。因此，人们认为，应该把研究的范围限于与居留外国人有关的措施，可能的话，还包括在一定期间内不定期居留的外国人。也有些人认为，这个专题包括移除非合法入境的或不再具备合法身份的外国国民，以及移除在该国合法居留的外国人。另一些人认为，应该区分驱逐在一国非法居留的和合法居留的外国人，这种区分是各国的实践和有关国际协定都确认的。¹⁹³一些国家仅仅由于外国人非法入境或非法居留便予以驱逐，这是通常的事。因此，有人提议，这个专题要么不包括驱逐不具备合法居留身份的人，要么，如果决定包括这种人，就明确地规定各国有权对其实行驱逐，而无需其他理由。也有人评论说，必须考虑到，事实上存在着不同类别的外国人，其中有些类别的人根据他们居留所在的外国国家的法律享有特殊地位。还有人提到非法外国人的居留获得东道国容忍的情况。

255. 关于要从本专题范围中剔除的一些问题，有人认为，驱回、不接纳寻求庇护人或拒绝接纳定期居留的外国人问题，不应予以考虑。同样，也有人同意特别报告员关于排除国内流离失所者和过境者的观点。也有人认为，这个专题不应该包括某一国家针对其本国国民中族裔、种族或宗教起源不同于人口大多数的人而采取的驱逐措施。

256. 有人问，特别报告员是否打算在这个专题中包括大规模驱逐人口的情况，特别是在武装冲突情况下大规模驱逐人口的情况。报告所提到的内容似乎表示涵盖这种大规模驱逐的情况，但有人却对这样做的适当性表示怀疑。有人指出，武装冲突期间在被占领土上驱逐外国人的问题属于国际人道

¹⁹³ 见《关于难民地位的公约》，第32条，和《公民及政治权利国际公约》，第十三条。

主义法的范围，有人建议，最终有可能列入一项“不妨碍”条款，以便涵盖各国根据涉及平民的国际人道主义法而应履行的义务。另一些委员认为，鉴于其重要性，应该考虑到在武装冲突期间人们被强迫离境的问题。也有人建议，在新国家建立或解体之初，或在严重自然灾害期间发生人类国际流离失所的问题，也同样不应该列入考虑。

257. 人们普遍支持特别报告员保留“驱逐”并按照该词的广义含义予以适用。有人指出，这个术语通常用于描述从一国境内移除外国人的情况，有的是在受到强迫移除的威胁下自愿离开，有的则是被强制移除。另一种看法认为，即使作为纯粹描述性的术语，“驱逐”一词的精确性也是有限的，因为它实际上包涵了多种多样的情况。

258. 关于报告第13段中对“驱逐”一词暂时所下的定义，¹⁹⁴有观点认为，这个定义太窄，因为它没有包括无国籍人，还因为它意味着正式措施中所包含的驱逐是为了将某一个人赶出一国领土。有人提到，现有的判例法承认，即使外国人是在没有被直接和立即强迫或正式命令的情况下离开一个国家，在这种非常情形下，也可以认为发生了“驱逐”的行为。¹⁹⁵还有人指出，导致一外国人转移到接受国管辖范围之外的许多合法行动是根据有关移民的法律或有关为商务或旅游目的临时入境的法律而采取的。还有人认为，应该广义地看待“驱逐”一词，认为其包括在有关国家管辖控制范围内不允许外国人入境，例如在公海上，或在处于第三国的驱逐国的航空器、而无需实际跨越领土的情况。

259. 另外一种看法认为，第13段中“驱逐”的定义过于广泛，因为它可以被理解为包括为了执法的目的将一外国人转交另一国政府当局的情况，例如为了起诉的目的而引渡，以及驱逐外交人员。有人认为，应该将这些行动从本专题的范围内剔除，因为为了执法的目的而移交人员涉及一系列完全不同的问题、法律规范和政策考虑因素。与此类似，外交人员已经充分为他们本国的法律和制度所涵盖。

¹⁹⁴ “一国强制属于另一国侨民的一名或一群个人离开其领土的法律行为”。

¹⁹⁵ 见国际技术产品公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案(1985年)，*Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9, 第10页。

260. 关于“外国人”一词，有人指出，居住在国籍国以外的领土上并适用不同法律制度的人分许多不同类别。其中包括政治难民（他们在拉丁美洲的地位受1954年《领土庇护公约》的管辖）、寻求庇护人和难民（受1951年《关于难民地位的公约》及其1967年《议定书》的管辖）、移徙工人（其权利受到1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》的保护）以及无国籍人（适用1954年《关于无国籍人地位的公约》和1961年《减少无国籍状态公约》）。

(c) 驱逐权

261. 关于国家驱逐外国人的主权“权利”问题，有人评论说，这种权利是国际法普遍承认的，不过多半在人权法律方面受到一些限制（将在下节讨论）。有观点认为，这种权利引起了许多问题，例如：它是否国家的一项不可剥夺的权利，以及是否只可以在某些情况下（例如，出于维护国家安全或者维护公共秩序的目的）诉诸。关键在于，如何协调这种权利与国际法对它施加的限制。同时，有人指出，对国家权利的任何此类限制都应该根据条约的现有限制以及战争与平时时期普世公认的习惯明确地作出规定。

262. 另一些人对报告中赋予国家驱逐权这种先验的地位、同时又将人权标准纳入这种看法的做法表示怀疑。人们承认，在某些情况下，国家可能有理由驱逐外国人，但还没有理由像报告中的做法那样用如此有力的方式表述这种权利。还有人认为，在提到国家的驱逐“权”时，不宜使用“绝对”或“自由裁量”之类的限定词。

(d) 驱逐的理由

263. 有人评论说，一国的驱逐权作为保护该国领土范围内的社会的权利的手段，的确有其必要。然而，一国虽然在行使对外国人的驱逐权方面有广泛的自由裁量权，但这种自由裁量权并不是绝对的，它必须兼顾目前对基本人权的保护，例如《公民及政治权利国际公约》第十三条，除其他外，该条规定“本公约缔约国境内合法居留之外国人，非经依法判定，不得驱逐出境……”。与此类似，习惯国际法也要求各国不得滥用权利，任意作出驱

逐外国人的决定，或者无理采取驱逐的行动。被驱逐的某一外国人的国籍国可以主张其有权调查实行驱逐的理由。¹⁹⁶必要时，必须在国际法庭上说明驱逐的理由。实行驱逐时，不得使有关外国人遭受困窘、暴力或不必要的伤害。除非有关外国人拒绝离开或试图逃离国家当局的控制，否则必须避免根据驱逐令对该外国人执行强制和拘留措施。在该外国人离开该国之前，还应该给予该外国人合理的时间处理个人的事务，¹⁹⁷并且允许其选择自己希望申请入境的国家。

264. 同时，人们承认，习惯国际法所规定的立场仍然不确定，因为许多国内制度规定，一国当局可以将外国人递解出境而无需说明理由。有人还对特别报告员在报告中提到的“进行驱逐的国家须提出驱逐的正当理由”（第16段）这种要求表示怀疑。目前并不清楚，在没有争端或者另一国家或机构没有提出问题的情况下，领土主权是否有援引辩护理由的原始责任。

265. 还有人认为，除了缺乏可接受的动机以外，研究报告还应审议一系列问题，同样涉及某一驱逐行为是否符合国际法。这些问题包括：(a) 考虑到国际人权公约中的规定要求“依法”作出驱逐决定，¹⁹⁸不仅针对驱逐的程序，也针对驱逐的条件，(b) 适用不歧视原则，以便在国际法上使在歧视基础上作出的关于驱逐的决定无效，¹⁹⁹(c) 平衡一个国家在驱逐问题上的利益与个人享受其私人和家庭生活的权利，²⁰⁰以及(d) 考虑到个人的权利有可能在目

¹⁹⁶ 见博福洛案(1903年)，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷(出售品编号1960.V.4)，第528页。

¹⁹⁷ 见肯尼思·P·耶格尔诉伊朗伊斯兰共和国案，*Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987), vol. 17, 第92页；另见《国际法报告》，第82卷(1990年)，第179页，详见第196至197页。

¹⁹⁸ 见《公民及政治权利国际公约》，第十三条；《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第22条，第6款；以及《非洲人权和人民权利宪章》，第12条，第4款。

¹⁹⁹ 见什林·奥弥尔鲁迪-斯吉弗拉和其他19名毛里求斯妇女毛里求斯案，1981年4月9日的裁决，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第40号》(A/36/40)，附件十三。

²⁰⁰ 例如见伯赫哈伯诉荷兰案，诉请书编号10730/84，欧洲人权法院，1988年6月21日的判决，《A辑：判决和裁决》，第138卷，第3页；和斯里文科拉脱维亚案，诉请书编号48321/99，欧洲人权法院，2003年10月9日的判决，《判决和裁决汇编》，2003-X，第229页，详见第263至264页，第113段。

的地国受到侵害的问题。²⁰¹另一种看法认为，还可以考虑该外国人已经获得居住权或者以其他方式定居的情况，以此作为对驱逐的另一项限制。

(e) 与驱逐有关的权利

266. 有人指出，当代国际法确认个人有权享受公正和公平驱逐程序，并且对国家提出确保实行这种程序的要求和义务。²⁰²有人认为，驱逐行为必须是正式的，以便所涉个人有机会上诉。也有人认为，应该特别考虑关于驱逐个人的程序保证，包括救济，特别是能够防止驱逐的救济，因为被驱逐到一个遥远国家的外国人很难有效诉诸现有的救济并使得这样一种驱逐措施被有效撤销。其他建议包括：指明这种基本保证适用于整个驱逐程序，而不仅仅适用于个人情况的审查程序；规定驱逐国有义务通知有关的外国人所作出的驱逐决定，并且给予该外国人就这一决定提出上诉的权利；规定不得以对被驱逐的人不人道、有辱人格或侮辱性的方式执行该驱逐决定；要求制定适用于所有驱逐决定的、特别是与下列事项有关的程序：适当法律程序、不受歧视地诉诸司法的机会、使有需要的人获得法律援助、保护个人财产、保护投资以及尊重可适用的国际义务。还有人指出，应该根据驱逐行为对驱逐国国内法制定的程序的遵守程度来衡量驱逐的合法性，不过，不能确知是否有足够数量的国家通过国内立法来实行对驱逐外国人的程序管理。

267. 有人对集体驱逐“权利”的存在，表示反对。有人坚持认为，在二十一世纪，集体驱逐应该被视为一种表面看来被禁止的行为。至多也不过是必须确立有利于禁止的明确推定。有人补充，即便驱逐可能涉及具有类似特征的一群人，但是驱逐的决定却应该在个人的级别作出，而不是针对团体作出。另外一种看法认为，“集体”一词需要更加精确，因为由多少个人可以构成“集体”驱逐，并不明确。另一些人坚持认为，这些问题应该同对移徙工人的待遇问题分开考虑，移徙工人的待遇问题应该以有

²⁰¹ 例如见《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条和《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，第22条，第8款。

²⁰² 例如见《保护人权与基本自由公约第7号议定书》。另见《非居住国公民个人人权宣言》，第7条，大会1985年12月13日第40/144号决议。

关国际条约为准。与此类似，有人建议特别报告员将目前的双边遣返协定视为在这方面制定有关规章的可能模式。

268. 有些委员同意特别报告员的建议，认为应该从国家责任和外交保护方面对国际法下驱逐外国人的后果问题给予一些考虑。另一些委员表示保留，因为这种问题已在委员会以往和目前探讨的其他专题中得到考虑。有人建议，在审议本专题的初期阶段，先将重点放在国家对于驱逐的权利和义务的基本问题上，等到稍后阶段再探讨是否阐述违反上述义务的后果的问题。

(f) 方法问题

269. 许多委员表示支持特别报告员的提议，即将重点放在起草有关驱逐所有方面的条款，而不只是制定一套剩余原则。有人坚持认为，一套简单的一般原则是无法充分运作的，也无法发挥具体的效用或效能。有人建议，将来的一套条款草案可以纳入一条考虑到条约适用的条款，无论它是全球性的或是区域性的，都对有关的个人给予进一步的保护。另一些人一套详尽无遗的制度所涉及的内容表示关注。有人建议，本专题应该不包括其他固定的规则，本项任务应该只限于弥合能够查明的一些漏洞。

270. 人们进一步鼓励特别报告员详细审议现有的习惯国际法和条约法，包括对全球和区域级别上的国际判例法以及各国的国内法律和实践进行比较研究。

3. 特别报告员的结论意见

271. 特别报告员指出，除了有些委员认为在研究本专题时首先应该审议利害关系的一些问题和利益以外，委员会对于本专题所采取的着手方式没有任何基本的异议。特别报告员在答复中指出，他在他的报告导言部分已经提出了其中的一些问题，而且委员会的既定做法是，通过对一专题进行研究

来查明习惯国际法规则或与国际法逐渐发展有关的规则。

272. 关于委员会达成协议的要点，特别报告员说，下列事项已经得到支持：保留本专题目前的标题，同时界定它所包含的两个术语的含义；建议本专题的中心问题涉及协调驱逐权与国际法的规定，尤其是与国际人权法的规则；审慎划定本专题的范围；不予审议拒绝入境和移民、人口的迁移或非殖民化的情况或自决问题，也不予审议中东被占领土的地位问题。许多委员还表示，他们支持报告中所提议的方法，即拟定一套全面的法律制度，必要时确认现有国际公约的规定。他也对一些委员表示感谢，他们建议本专题应该根据对这方面的国内立法的全面分析和批评性意见进行研究，并且借鉴全球、区域和人权方面的判例。同样，特别报告员拟议的提纲也得到委员会大多数委员的认可，有一种保留意见认为，有必要对一些特定问题提供答案。

273. 特别报告员进一步提供了讨论过程的详情概览。他与一些委员同样认为，可以将“驱逐”的含义界定为不一定在所有情况下都需要采取正式行动。此外，委员会对“外国人”一词概念的形容将在关于范围的条款中予以述及，会明确地说明包括哪些类人。他认为，其中会包括居住在非国籍国领土内的人，并且区分定期居留和不定期居留的人（包括在意欲驱逐国已经长期居住的人）。本专题定义中还将包括难民、寻求庇护人、无国籍人和移徙工人。他还接受有关将无国籍人驱逐到其保有居所的国家的问题应该单独审议这一建议。

274. 另一方面，在辩论中已经指出，本专题很难包括拒绝入境的问题。本专题的范围所不包括的另一个类别是，在非殖民化情形下由于所居住的领土地位变更，国籍也随之变更的人。他还指出，虽然他倾向于不讨论在武装冲突期间被驱逐的人的国籍问题，但他并非意图在本专题中完全放弃武装冲突规则，因为国际人道主义法包括了关于驱逐外国人的精确规则。