



国际法委员会

第六十二届会议

2010年5月3日至6月4日和

7月5日至8月6日，日内瓦

关于驱逐外国人问题的第六次报告*

特别报告员莫里斯·卡姆托先生

目录

	页次
导言.....	3
一. 补全第一部分“一般规则”.....	5
第三章. 禁止的驱逐做法(续).....	5
A. 集体驱逐.....	5
B. 变相驱逐.....	7
草案 A 条: 禁止变相驱逐.....	11
C. 以驱逐变相引渡.....	12
第 8 条草案: 禁止以驱逐变相引渡.....	22
D. 驱逐的理由.....	23
1. 公共秩序和公共安全.....	24

* 特别报告员衷心感谢雅温得第二大学法律和政治学院讲师 Brusil Miranda METOU 女士协助收集起草本报告所需的资料，并感谢委员会秘书处编写的《备忘录》起到帮助作用；该备忘录主要是对各国立法的研究报告，已作为 A/CN.4/565 号文件分发。但本报告内容仅由特别报告员一人负责。



(a) 公共秩序.....	25
(b) 公共安全.....	28
2. 评判公共秩序和公共安全理由的标准.....	31
3. 其他驱逐理由.....	39
(a) 国家最高利益.....	39
(b) 违反法律.....	40
(c) 判处徒刑.....	47
(d) 未履行行政手续.....	51
(e) 公共健康.....	54
(f) 善良风俗.....	58
1. 行乞——流浪.....	62
2. 荒淫——生活放荡.....	62
(g) 意识形态理由和政治活动.....	64
1. 意识形态.....	64
2. 政治活动.....	64
(h) “文化”理由.....	65
(i) 非法入境.....	67
(j) 不遵守入境条件.....	71
(k) 经济情况.....	74
(l) 预防和劝阻措施.....	77
(m) 报复.....	77
(n) 其他理由.....	78
第 9 条草案：驱逐理由.....	79
E. 拘留驱逐进程中的人的条件.....	80
1. 侵害驱逐进程中，外国人权利的拘留条件例子.....	80
2. 执行驱逐的条件.....	90
3. 驱逐进程中外国人的拘留条件.....	94
4. 拘留期限.....	109
B 条草案：驱逐进程中或为驱逐拘留期间尊重外国人人权的义务.....	112

导言

1. 驱逐外国人问题特别报告员在其第五次报告(A/CN.4/611)中继续研究关于国家驱逐权不得超越保护被驱逐者或正遭受驱逐者人权的问题。特别报告员在这个问题上采用的办法在委员会内引起的误解,已在A/CN.4/617号文件中得到解决;该文件综合了委员会成员在全体辩论中表达的各种关切,调整了第8条至第15条草案的结构,并增加了一个新的条款草案,将这些条款草案的适用范围扩大到过境国。根据特别报告员的理解,经过这样修订的条款草案,应根据委员会多数成员的决定,提交起草委员会。
2. 在联合国大会第六委员会审议国际法委员会第六十一届会议的工作报告¹时,一些代表团承认驱逐外国人问题很复杂,对相关编纂的意义表示有保留,并强调制定这方面的一般规则有困难。有些代表团强调,委员会的工作必须以各国现行做法为基础;还有些代表团指出,提出的一些条款草案非常笼统,或没有习惯法方面的充分实践支持。
3. 大家希望委员会第六十二届会议在这个问题上取得更多进展,还建议委员会讨论对审议的问题应抱什么态度,包括正在起草的条款草案的结构,以及委员会工作可能的结果。
4. 一些代表团要求明确界定这个问题的范围,尤其是考虑到要研究的各种情形和措施。有人认为,拒绝入境、引渡、出于维护秩序需要的其他移送和武装冲突局势中的驱逐等问题,应排除在条款草案范围之外。还有人指出,应注意国家驱逐外国人的权利和通过递解执行驱逐决定之间的区别。还有人强调,应区分有合法身份和无合法身份的两类外国人的情况。
5. 在不驱逐国民问题上,大家表示应禁止驱逐国民。也有人指出,这项禁令还应适用于取得一个或多个其他国籍的人。
6. 在保护被驱逐者的权利问题上,各代表团欢迎委员会在审议中重视保护人权问题。一些代表团强调,必须调和国家驱逐外国人的权利与被驱逐者的权利,并考虑到目的地国的主要情况。虽然大家倾向的具体做法不仅限于特定权利清单,但也有意见认为,委员会应当只研究与驱逐具体相关的权利,包括目的地国对尊重这些权利的保证作用。
7. 还有几个代表团对制定驱逐中应尊重的人权清单表示关切,尤其是因为所有人权都必须得到尊重,不可能在条款草案中一一列出。许多代表团鼓励增加一项条款,指明驱逐国尊重被驱逐者人权的一般义务。还有些代表团反对在驱逐问题上将人权分为不同类别,尤其是将有些人权称为“基本”或“不可侵犯”的人权。

¹ 见秘书处编写的关于大会第六十四届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要, A/CN.4/620, 2010年1月26日,第27-39段。

8. 有人还建议，委员会应以广泛批准的文书确立的原则为基础，而不是区域判例形成的概念或解决办法。
9. 一些代表团提到，必须确保被驱逐者享有一些受特殊保障的人权，如生命权，禁止将个人驱逐到可能遭受酷刑或任何其他形式残忍、不人道或有辱人格待遇的国家，以及家庭生活权利。有人还谈到被驱逐外国人的财产权，特别是被没收财产问题和因非法驱逐获得赔偿的权利。还有一些代表团提到，应考虑遭受驱逐者的程序权利，如对驱逐合法性提出质疑的权利或得到律师协助的权利。
10. 有人表示，为尊重生命权，国家有义务在驱逐之前，得到当事人在目的地国不会被处死刑的充分保证。而其他人认为，国家不能担负预见第三方行为的责任，这是既不能预测也无法控制的，所以不应使其陷入这种境地。
11. 虽然有人认为，人的尊严是一般人权的基础，并建议制订这一概念，但有些代表团认为，尊严权的意义和所涉法律问题不够明确。
12. 有些人表示，有必要列入一项关于保护弱势者的条款，如儿童、老人、残疾人和孕妇，并建议重申驱逐中的儿童利益最大化原则。
13. 有人说，在驱逐方面如何处理不歧视原则的问题不明确。有人说，只适用于驱逐程序的不歧视原则，不妨碍各国对管制接纳何人入境和依照移民法确定驱逐外国人的理由的酌处权。一些代表团还对驱逐中是否绝对禁止国籍歧视表示质疑。
14. 关于驱逐的理由，有些人认为，任何主权国家都有权驱逐犯下重罪或轻罪，行为违反本国移民法或对国家安全或公共秩序构成威胁，或者为保护本国国民的生命、健康或合法权益需要进行驱逐的外国人。还有人说，驱逐还必须用于合法目的，并符合驱逐国利益与被驱逐者利益之间相比适度的标准。
15. 可以看出，一个问题的复杂性不能成为放弃编纂的充足理由；相反，特别报告员认为，努力弄清在国际法律制度中尚未以条约订立整套法规的复杂问题，正是委员会的存在价值之一。
16. 至于第六委员会成员提出的其他意见和关切，有些已在上述文件 A/CN.4/617 中予以解答，还有的将在本报告中予以解答。在新的工作计划草案(A/CN.4/618)中(尤其包括调整条款草案的结构)，特别报告员向委员会提交了对驱逐外国人专题的总体处理构想，并特别指出了还有待完成的工作。本报告按此计划，研究尚不明确的问题。例如，本报告将完成计划的第一部分“一般规则”，研究以前报告中未予处理的关于保护被驱逐者和正遭受驱逐者的权利的各方面问题。因此，本报告首先补全“一般规则”，然后开始研究第二部分“驱逐程序”，最后再完成第三部分“驱逐的法律后果”。

一. 补全第一部分“一般规则”

17. 这些补充内容涉及禁止的驱逐做法以及保护被驱逐者或正遭受驱逐者的权利。

第三章. 禁止的驱逐做法(续)

18. 这一章已经讨论了集体驱逐问题。这里将再次简要回顾，以解答委员会若干成员表达的一些关切；然后将研究另外两个禁止的做法，即变相驱逐和以驱逐变相引渡；最后将研究驱逐的理由。

A. 集体驱逐

19. 关于驱逐外国人的第三次报告²已经处理了这个问题。相关的第7条草案已送交起草委员会完成必要的起草工作并在委员会上一次会议上通过。这里仅作为补充资料指出，1986年8月在首尔举行的国际法协会第62届会议对集体或大规模驱逐问题进行辩论，并核准了关于这个问题的国际法原则声明。³该声明包含20条原则，其中只有原则17和18涉及大规模驱逐外国人问题。它们在原则上不排除大规模驱逐外国人，而只是说在实施中不能是任意和歧视性的，也不得作为灭绝种族、没收财产或报复的借口；此外，驱逐权必须按照诚信、适度和公正的原则行使，并尊重当事人的基本权利。

20. 简短回顾集体驱逐外国人的问题，纯粹是为消除委员会一些成员对第7条草案第3款仍存在的关切，即在武装冲突情况下，如某人群的武装活动对与其国籍国发生冲突的居留国的安全造成损害，可予以驱逐。在原来的版本中，所述第3款表述为：“武装冲突当事国的外国侨民不得受到集体驱逐，除非他们作为一个群体，对居留国采取了敌对行为”。全体会议上对本款开展了辩论，起草委员会通过进一步讨论，对之作出了必要修订。⁴委员会有些成员实际上希望，确保这一条款不违反国际人道主义法。

21. 针对这一关切，可研究1949年8月12日日内瓦第四公约的多项规定。探讨武装冲突期间集体或大规模驱逐外国人问题的某些学者，主要是从递解、移送和撤离等方面研究这个问题，⁵重点放在日内瓦第四公约第49条，其中第1段规

² A/CN.4/581。

³ 见国际法协会《关于大规模驱逐的国际法原则宣言》，国际法协会1986年8月24日至30日首尔第62次会议，1986年会议报告。

⁴ 起草委员会最后通过的版本将由委员会主席提交给全体会议。

⁵ 主要参见 D. Oppenheim and H. Lauterpacht, *International Law, A Treatise*, Vol. 2, *Disputes, War and Neutrality*, 7th ed., London, Longman, 1952, pp 441-442; G. J. L. Coles, “The Problem of Mass Expulsion. A Background Paper”, 由意大利圣雷莫国际人道主义法学会召集的大规模驱逐问题专家工作组起草(1983年4月16-18日), 特别是 pp. 78-80; S. Oda, “The Individual in International Law”, M. SORENSEN(ed.) *Manual of Public International Law*, London, Melbourne, Toronto, MacMillan, 1968, p. 482.

定：“凡自占领地将被保护人个别或集体强制移送及驱逐往占领国之领土或任何其他被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何，均所禁止”。另一位学者则认为，应该着重考虑上述公约第 35 至第 46 条(这些条款涉及给予交战国境内外国人的待遇)以及第 27 至第 34 条(关于冲突各方领土和被占领土的共同条款)。⁶

22. 当然，除了第 35 条所述在第 36 条规定的条件下自愿离境的情况，存在一种危险可能，即未遣返的外国人后来受到集体或大规模驱逐的措施。在这方面，尤其值得指出的有：第一，关于未遣返人员的第 38 条规定“各被保护人之地位，在原则上应继续按照和平时有关外国人之规章，予以规定”；第二，关于移送其他国家的第 45 条对拘留国个别或集体移送被保护人的任何行动做出规定。

23. 联系阅读 1949 年 8 月 12 日关于战时保护平民的日内瓦公约第 45 条和第 4 条，确实可能会让人觉得上述第 7 条草案第 3 款有违人道主义法，但事实并非如此。

24. 实际上，第 45 条规定：“被保护人在任何情况下不得移送于因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由之国家。”公约第 4 条确定的被保护人是指“在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人”。所述第 3 款不属于日内瓦公约第 45 条和第 4 条的假设。首先，第 4 条似非明确针对惯常居住在与本国国籍国发生武装冲突的国家境内的外国人群。即使假设对“处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人”做广义解释，把所述外国人群包括在内，也可以看到上述外国人群不在公约的“被保护人”的定义之内，因为他们可能由于采取武装敌对活动破坏驱逐国(这里为当事人的居留国)的安全被视为“战斗人员”。应回顾，国际人道主义法中战斗人员是指“冲突方的武装部队成员”(第三公约第 33 条所述医护和宗教人员除外)(1977 年附加议定书第 43 条第 2 款)。其次，由于所述外国人群体在其居留国与群体成员的国籍国发生武装冲突时，为国籍国的利益对居留国采取武装敌对行动，所以这些群体成员如被驱逐或在驱逐过程中不可能“因其政治意见或宗教信仰害怕受到迫害”。为其国家战斗的事实本身足以使其免受这一风险。

25. 一位学者恰当地指出：“1949 年，按照战争中所获得的经验，问题不在于防止敌国平民受到大规模驱逐，而是防止他们遭受拘留或强迫劳动等可能将他们变为人质的措施。因此，第 35 条赋予任何被保护人在冲突开始或冲突期间离境的权利”。⁷。这也就不难理解为什么无论第 45 条还是研究的其他条款，都没有提及个人或集体驱逐。从上述考虑得出以下结论，确证了特别报告员在第三次报告中讨论第 7 条草案第 3 款时表达的立场：

⁶ 见 R.Perruchoud, 《L'expulsion en masse d'étrangers》, *Annuaire français de droit international*, XXXIV, 1988, pp. 677-693, 特别是 p. 687。

⁷ 同上, 第 687 页。

“例如，在武装冲突法中没有关于大规模驱逐的具体规定；这个意见既适用于国际武装冲突，也适用于非国际武装冲突，也就是要再回到平时时期的一般规则”。⁸

26. 然而，和平时期不同于战争时期；在和平时期看似平常的某些行为，在战争时期就有了特殊的意义。对于非常情况，要采取非常措施。因此，必须依照各国惯例和第三次报告援引的判例，考虑战争情况下的集体驱逐问题，而且这一问题只会在第三次报告所述的状况和条件下出现。

27. 还应回顾，国际法学会 1892 年 9 月 9 日在日内瓦会议上通过关于“接纳和驱逐外国人的国际规则”的决议，其中明确规定了集体驱逐的情况。在“特别驱逐”标题下，国际法学会区分了“彻底的特别(或大规模)驱逐”和“临时的特别(或大规模)驱逐”；后者适用的人员类别是“由于战争或境内发生严重骚乱；驱逐只在战争期间或特定时限内产生效力”。⁹

28. 鉴于上述所有理由，特别报告员并不认为，草案第 7 条第 3 款与国际人道主义法有矛盾。相反，如特别报告员第三次报告所述，它符合各国既往和最近的惯例。

B. 变相驱逐

29. 维护外国人权利的各种组织或记者等某些专业群体成员笔头经常用到“变相驱逐”的说法。最近几个例子包括，2006 年 12 月斐济发生政变后在苏瓦上台的军政府，迫使澳大利亚广播电台的特派员和新西兰电视三台的摄制组于 2009 年 4 月 14 日离开斐济，被称为“变相驱逐”：这三名记者没有被斐济安全力量正式逮捕，但被护送到首都机场，不得不离开该国。¹⁰ 这实际上是由国家当局行为进行的驱逐，虽然没有正式驱逐行动；¹¹ 只有承认必须在正式行动下才能算作驱逐，这种驱逐才能视为“变相”驱逐。在马达加斯加居留的法国公民、包括驻该国的法国国际广播电台和德国之声记者的签证未被延期，也被称为“变相驱逐”；其论据是马达加斯加当局没有说明拒签决定有何理由，而按理来讲至少对记者据签是应该做出理由说明的。¹² 然而，马达加斯加的立法和其他大多数国家的立法都没有规定这种义务，而且在国际法中签证延期也是每个国家的主权特权。

⁸ 同上，第 687-688 页。

⁹ 国际法学会，1892 年日内瓦会议，《Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers》，(报告员 L.-J. D. Féraud-Giraud 和 Ludwig von Bar)，第 23 和 24 条。

¹⁰ 见《Censure préalable et expulsion des journalistes étrangers: Fidji devient une dictature militaire》，2009 年 4 月 16 日，Jesusparis 编写。

¹¹ 特别报告员在第二次报告中指出：驱逐可在没有正式行为的情况下，只由国家当局的“行动”进行(A/CN.4/573，第 189 段)。

¹² 见 www.courierinternational.com/fiche-pays/Madagascar24.05.2005，主要引用马达加斯加报纸：La Gazette de la Grande Île、L'Express 和 Midi Madagasikara。

30. 变相驱逐的概念提出了一些问题。第一，特别是对说明驱逐行为动机的要求来讲，“意图”对此类驱逐的合法性或非法性有何影响？第二，在明知应让驱逐所涉外国人有机会陈述自己的案件和维护自己权利的情况下，国家在何种程度上可以自由选择强制外国人离开其领土的程序？

31. 变相或间接驱逐的情况与违反程序规则的驱逐有时不好区分。但可以讲，后者不仅包括以国家行为进行驱逐的情况，还包括以非主管当局行为进行的驱逐，或不遵守国家立法所定时限实施的驱逐，而变相驱逐可能对应英文的“constructive expulsion”（推定驱逐），¹³ 只涉及在伪装掩盖下没有以正式措施进行驱逐的情况。这种做法还有除上述之外的其他例子：没收有效居留证或无故使其失效的“变相驱逐”；采取“所谓自愿”回返的激励措施而实际上不容外国人有任何选择的“变相驱逐”；国家对外国人敌对行为的“变相驱逐”。

32. 没收有效居留证或无故使其失效的“变相驱逐”可见Sylvain Ufer先生的事例。Ufer先生是一名耶稣会教士，在马达加斯加生活了33年。2007年，他得到长期居留签证被取消的通知，因此被迫离开该国。两年后，马达加斯加内政部长撤销了变相驱逐的决定，允许当事人重返马达加斯加。¹⁴ 近年来非洲也经常发生此类变相驱逐的情况，有人的居留许可在有效期间被捕，或居留许可被毁或没收，使之不得离境。据报南非有这种情况，¹⁵ 在赤道几内亚也不止一次发生。¹⁶

33. 关于拒绝重新接纳在国外逗留之后返回的有合法地位的外国人，这种假设是，在某国合法居留的外国人在该国境外逗留之后被拒绝返回。在这种情况下，驱逐国以外国人出境为驱逐的借口。

34. 所谓“激励”外国人回返而实际上不容其有任何选择的措施，属于欧洲某些国家采取的打击移民、减少容留的外国人数的新政策。西班牙和法国等的“自愿”返回计划就是这种情况。这些离境或“自愿”回返方案其实是实施强制性回返。居伊·古德温·基尔指出：“在实践中，以法律推动‘自愿清除’，将继续居留定为非法，并以继续居留的后果威胁诱导‘自愿清除’，可能与以粗暴方式强行驱

¹³ 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录(A/CN.4/565)，第37页。

¹⁴ <http://www.madagascar-tribune.com>。

¹⁵ 2000年4月9日的《The Sunday Independent》报道该国有这些情况。大赦国际负责人Sarah Motha讲：“警方不分青红皂白地逮捕所有移民。他们不关心寻求庇护者的地位。我们得到多份报告说，警察假装没看到证明正在申请庇护的文件”。还有人讲，“被逮捕者的居留证尚未过期，文件被销毁或没收”。来源：http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_identification=19973467。

¹⁶ 见2009年10月13日《Mutations》日报(第2508期，第5页)报道：“所有外国人必须持有的居留许可(花60万非洲法郎左右买到)，被赤道几内亚治安部队没收。此案中，根据抵达杜阿拉的外国人的证词，这些文件常常被一些腐败官员撕毁”。

逐没有什么差别”。¹⁷ 他还指出：“各国当局还可以通过各种形式的强迫和威胁进行驱逐……在Orantes-Hernandez诉Meese案中(685 F. Supp. 1488) (C. D. Cor. 1988)，法院判定，萨尔瓦多许多寻求庇护者出于胁迫签署了‘自愿离境’表，包括威胁拘留、驱逐、驱逐出境和将具体个人信息通报给萨尔瓦多政府”。¹⁸

35. 作为应对经济危机后失业率持续上升的措施之一，西班牙政府针对与西班牙签署了社会保障协定的 20 个国家的国民，推出了一项名为“自愿返回计划”的方案。该方案 2008 年 9 月 19 日通过，“鼓励”失业的合法移民返回原籍国。作为回报，西班牙政府承诺分两笔支付属于其权益的全部补贴，即离境前 40%，返回本国 1 个月后的 60%。当事人必须在发放第一笔补贴后离开西班牙领土后，如果是家人通过家庭团聚来到西班牙的，要携家属一起离境；当事人还必须承诺，在返回原籍国三年之内不再回西班牙。¹⁹ 然而，在西班牙有合法身份的人，有权在其境内合法居留、工作或领取失业救济金。政府当然强调“自愿”做出回返决定，但这显然是从法律上巧妙地掩饰变相驱逐措施。实际上，以其应有待遇鼓励移民返回原籍国，难道不就构成侵犯其居留许可证保障的居住权？一边是受到失业压力，一边是决定返回原籍国可得到补贴（是其留在西班牙本应得到的失业救济金），这种情况下当事人的意愿能是自由的吗？

36. 法国“斯托勒吕法”²⁰（以提出该法的内政部长命名）所定的“回返援助”才设立不久，就在 1981 年社会党上台后被撤销，但现在又以“人道主义回返”的叫法重新出现。由于“控制移民流动”成为移民政策的首要目标，法国政府制定了“强制人道主义回返”的办法，专门解决国家移民主管部门承认的“驱逐罗马尼亚人和保加利亚人的困难”，这两个国家都已成为欧洲联盟(欧盟)成员。2006 年 12 月通告所设的这些帮助“人道主义回返”机制，已多次用于实施驱逐这些新欧盟公民的行动。如维护外国工人权利的协会“支持移民与提供信息组织”(GISTI)报告：2007 年 9 月 26 日、10 月 10 日和 24 日，警方分别在邦迪、圣但尼、巴尼奥莱和其他城市，于清晨查抄原籍为保加利亚和罗马尼亚侨民的罗姆人所在地，将其居民赶上专门租用的公共汽车，让他们选择是“进监狱”还是“拿回返援助”立即离境回原籍国。其间不允许任何人取回个人物品，“也不许出示

¹⁷ G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 218.

¹⁸ 同上，第 155 页。

¹⁹ 来源：www.planderetornovoluntario.es。详情见：西班牙日报 El Pais, Madrid, 2008 年 9 月 19 日；<http://www.elpais.com/articulo/espana/plan/retorno/voluntario/inmigrantes/entrara/vigor/novi/embre/caracter/permanente/elpepuesp/20080919elpepunac10/tes>。

²⁰ 法国移民法律概览见：D. LOCHAK, 《La politique de l'immigration au prise de la législation sur les étrangers》in *Les lois de l'inhospitalité*, La Découverte, 1997, 以及《La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers(2)》，来源：http://www.gisti.org/doc/presse/1997_lochak/po-2html。

证明其符合所有条件、有权在法国永久定居的证件。有人随身携带的护照也被没收”。²¹ 这类案件中更令人惊异的是，受到这种强迫回返的是欧盟公民，他们本应有权在欧盟内自由流动和居留。

37. 特别报告员第二次报告指出，驱逐不一定意味着正式措施，也可以某国的行为使外国人在其领土上难以生活，以致不得不离开该国。²² 这方面可回顾伊朗-美国索赔法庭的判决，其中研究了与此种看似变相驱逐形式相关的多项请求，并对这种“推定驱逐”的特点概括如下：

“这些案件似至少推定：鉴于居住国的情况，外国人据合理推断不能被视为具有任何真正的选择；在导致离境的事件或行为背后，存在驱逐外国人的意向；而且按照国家责任原则，这些行为属于国家行为”。²³

38. 在厄立特里亚/埃塞俄比亚案中，索赔委员会也研究了变相驱逐问题，但认为该案下变相驱逐不成立。埃塞俄比亚称，厄立特里亚对“间接”或“推定”驱逐埃塞俄比亚人负有责任，违反了国际法。委员会驳回了这项控诉，因为当时埃塞俄比亚人不是被厄立特里亚政府或因政府的政策被驱逐，而是由于不属于厄立特里亚责任的经济原因或战争造成的动乱。委员会认为，1999年和2000年初埃塞俄比亚人有多种自愿离开厄立特里亚的情况。虽然有证据表明，由于需要穿越沙漠等，返回埃塞俄比亚或到其他目的地的旅程可能特别艰辛，“但证据不能确

²¹ GISTI, 《Les nouveaux retours humanitaires forcés: un nouveau concept ! Un communiqué du GISTI》, novembre 2007. 抵达各自原籍国后成人和小孩分别得到 153 欧元和 46 欧元的支票。

²² 见关于驱逐外国人问题的第二次报告, A/CN.4/573, 2006 年 7 月 17 日。

²³ D. J., HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, 4th ed., London, Sweet and Maxwell, 1991, p. 502 (评论伊朗-美国索偿法庭关于“推定驱逐”的裁定)。另见 G. GAJA “Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law”, *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, pp. 283-314, 特别是 pp. 289-290, 引述下列法庭判决: Short v Iran case Judgment of 14 July 1987. 16 Iran-United States claims Tribunal Reports(1987-III) 76, pp. 85-86; International Technical Products Corporation v. Iran case, Judgment of 19 August 1985. 9 Iran-United States Claims Tribunal Reports(1985-II) 10, p. 18; et Rankin v. Iran case, Judgment of 3 November 1987, 17 Iran-United States Claims Tribunal Reports(1987-IV) 135, pp. 147-148; P. MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., London/New York, Routledge, 1997, p. 262; J. R., CROOK, “Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience”, *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, pp. 278-311, at pp. 308-309; 以及 Ruth L., Cove, “State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals”, *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, pp. 802-838.

立，这是属于厄立特里亚责任的作为或不作为导致的。因此，埃塞俄比亚在这方面的要求被驳回”。²⁴

39. 我们可从上述情况反向推理得出，如果埃塞俄比亚人离开厄立特里亚返回原籍国家是厄立特里亚的作为或不作为导致的，委员会会承认“间接”或“推定”驱逐的说法。这种构成变相驱逐的行为，即属于违反国际法。

40. 同样，国际法协会首尔第 62 届会议上通过的《关于大规模驱逐的国际法原则声明》所载的驱逐定义，还包括除国家当局的正式决定或命令以外、以其他手段达到的强制或强迫个人离境的情形。这个定义涵盖国家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：²⁵

“……本声明范围内的‘驱逐’可定义为：国家的一种作为或不作为，旨在达到的结果是基于种族、民族地区、属于某一社会团体或政治见解原因，迫使有关人员违背自己的意愿离开该国……’不作为’可能包括的情况有：国家当局纵容甚至协助和教唆本国公民为将某些人群或类别逐出该国领土而采取的行为；或当局制造恐慌气氛导致恐慌逃亡，对保护这些人失责或阻挠他们日后回返……”。²⁶

41. 变相驱逐本质上是违反国际法的，首先是因为它侵犯了被驱逐者在这方面的权利，从而违反了驱逐中应协调国家驱逐权与尊重被驱逐者人权的义务的基本规则，另外也不符合给被驱逐者维护自己权利的机会的程序规则。

42. 鉴于上述情况，应提出以下条款草案：

草案 A 条：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。

43. 可以说，这一条款草案既是对归纳规则的编纂，也是国际法的逐步发展。事实上，尽管这条条款草案的规定不是正式出自现有的条约条款或习惯国际法的既定规则，但其有两个立足点：一是如上面指出，变相驱逐的做法违反了遵守对外国人、特别是在居留国有合法身份的外国人的一般保障的义务以及驱逐各种外国人的程序规则；二是这种做法在有关国家受到民间社会的普遍批评。

²⁴ 厄立特里亚和埃塞俄比亚索赔委员会，Partial Award, Civilians claims, Eritrea's claims, 15, 16, 23 and 27, 32, The Hague December 17, 2004.

²⁵ 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，A/CN.4/565，第 72 段。

²⁶ 国际法协会《关于大规模驱逐的国际法原则宣言》，国际法协会 1986 年 8 月 24 日至 30 日首尔第 62 次会议，1986 年会议报告，第 13 页。

C. 以驱逐变相引渡

44. 驱逐外国人可成为一种形式的变相引渡。虽然这两个程序导致同样的结果，都是使外国人离开居留国领土，但其无论在实质还是形式上都有许多方面的不同。应回顾，引渡是一种国家间程序，即一国应另一国的要求，将在其领土内“受到请求国刑事起诉或判刑”的人移交给请求国，“到该国接受审判或服刑”。²⁷ 这个程序可能对当事人的人权和个人自由造成严重后果。实际上，“现行引渡条约下的普通法认为(……)，将罪犯移交外国司法是一种严重的行为，出于对个人自由和国家荣誉的尊重，必须在实质上和形式上有严格的保障”。²⁸ 因此，所谓的“变相”引渡在国际法上一般受到摒弃。一位法学家写道，“作为变相引渡基础的协定表面看似合法，但实际构成规避程序。其真正目的是秘密进行引渡，所采用的类似程序一般看似为不同目的，但可在具体情况下取得等效的结果”。²⁹

45. 首先需要明辨一些学者提议区分的“变相引渡”和“事实引渡”³⁰ 用语。“变相引渡”的说法可能有消极的含义，暗示存在不可告人的侵犯权利或恶意的意图。相比之下，“事实引渡”有中立的含义，因为它只是表明驱逐的后果。在这方面，一位学者写道：

“当然，如果目的地当局因刑事罪行要起诉或惩罚被驱逐的人，驱逐可能构成事实引渡。因此，我们习惯把这样的驱逐称为“变相引渡”，但这个词要慎用。只有驱逐的主要原因是引渡，才真正是“变相引渡”。例如，属于A国国民的一名逃犯，从C国家进入B国领土，被驱逐到D国对之采取刑事诉讼。但这种明显的例子很少见。在一个人被驱逐到来源地国或国籍国时，是否可称为“变相引渡”取决于对当局意图的解释。这可能是驱逐国主要意图向主管司法机关移交罪犯，但也有可能驱逐正巧造成这一结果。在这种情况下，应该用中性的“事实引渡”。³¹

46. 区分变相引渡和事实引渡可能是有用的，但在实践中似乎未得到一致接受。变相引渡的概念表述如下：

²⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2008, Association Henri Capitant, 4e éd., p. 395.

²⁸ DECOCQ, *La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition*, *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 412 ; 另见 D. ROUGET, *Le respect du droit extraditionnel et les extraditions déguisées*, *RTDH*, 1999, n° 37, pp. 169-197, p. 169.

²⁹ LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, 2ème édition, 688 p., p. 563.

³⁰ 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，同前，第 432-433 段，第 256-257 页。

³¹ I. A. SHEARER, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971, p. 78.

“所谓‘变相引渡’的做法，是应一国要求，禁止某人进入领土并将其驱逐到请求国或要对其进行起诉或惩罚的另一国。其作用是，规避通常用于质疑引渡的合法性并确定起诉当事人是为政治原因的国内法法规。

“将移民法用于此类目的的合法性一直受到质疑，但也可以说，这些法律有助于制止国际犯罪，所以事实引渡是有正当理由的。实际上，如果国家已根据其移民政策决定，不许让外国人在其领土逗留，还必须要采取引渡程序，这似乎有点似是而非。无论如何，驱逐的主要目的是让不受欢迎的外国人离开某国，外国人离境就实现了这个目的。从理论上讲，其目的地对驱逐国没什么意义，尽管在某些情况下，驱逐可能给目的地国带来接受属于其国民和无处可去的被驱逐者的义务。不同于引渡条约要以条约为基础，驱逐不给另一国带来任何权利，而且在理论上其他任何国家不能影响驱逐的目的地。

[……]

“盟国或友国等将继续大力倡导简化引渡程序。根据移民法进行驱逐可缩短时限和减少成本。如果引渡条约没有提及有关罪行或根本没有引渡条约，驱逐可避免举证的问题。然而，现代驱逐法没有忽视上诉权利的合法性和必要性。这项权利体现出人权原则的确立，展示了现代的国家对人权的态度”。³²

47. 事实上，变相引渡问题早就受到法官和法理的重视。伊万·安东尼·希勒讲道，“变相引渡”说法起源于19世纪中叶法国法院所做的判决：“一个法国法院已在1860年用过变相引渡[文中为法文]一词……”。³³ 1892年，国际法学会称：“拒绝引渡不意味着放弃驱逐权”；“为逃避刑事诉讼在某国领土逃亡而被驱逐者，必须按规定符合引渡条件，才能通过迂回渠道交付给起诉国”。³⁴ 很长时间之后，国际法学会在1983年回顾，“国内法禁止引渡外国人的事实，不妨碍依照法定程序驱逐外国人”。³⁵

48. 目前没有明确的条约规定称以引渡变相驱逐属于非法；虽然下文可看到，各国法院有大量关于这个问题的判例，但这一领域的国际判例并不多。然而，继法

³² GOODWIN-GILL, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, Oxford University Press, U.K., 1977, 525 p., p. 55-156.

³³ I. A. SHEARER, *op. cit.*, p. 78, note 2(引述 A. DECOCQ, 《La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition》, *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 411-424)。

³⁴ 国际法学会, 《Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers》, 日内瓦会议, 1892年9月9日, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, tome XII, 1892-1894, p. 218 sqq.

³⁵ 国际法学会, *Résolution du 1er septembre 1983 sur les «Nouveaux problèmes en matière d'extradition》*, 剑桥会议, article VIII § 2.

国司法机关之后，欧洲人权法院已明确表示，根据《欧洲人权公约》第 5(1) 条，博萨诺诉法国案³⁶ 中的做法违法。

49. 该案情况如下：博萨诺先生于 1971 年 5 月 9 日被意大利警方逮捕，5 月 12 日被释放，然后于 5 月 20 日再次被捕，原因是他 1971 年 5 月 6 日在热那亚奸污和谋杀 13 岁的瑞士少女米莲娜·萨特。他还被控非礼及暴力攻击 4 名妇女。1973 年 6 月 15 日，经过数月的听证，热那亚刑事法院因其对 4 名妇女之一所犯的罪行，判处其两年零 15 天监禁，并宣判因证据不足免诉其他罪行、包括对米莲娜·萨特所犯的罪行。控方提出上诉。但被告在诉讼开始后要求推迟审判，根据一份医疗证明称其生病要住院。热那亚刑事上诉法院认为他故意拒绝出庭，并继续审判。经过进一步程序审理，上诉法院于 1975 年 5 月 22 日缺席判定博萨诺先生因对米莲娜·萨特所犯罪行处终身监禁，并因其他罪行处 4 年徒刑；法院认为，没有任何减轻情节。1976 年 3 月 25 日，意大利最高法院驳回了罪犯的上诉；热那亚检察官签发了逮捕令，意大利警方于 1976 年 4 月 1 日发出国际逮捕令。

50. 1979 年 1 月，法国警方在克勒泽省一次例行检查中逮捕了博萨诺先生，当天将其羁押在上维埃纳省利摩日监狱。1979 年 5 月 15 日，利摩日上诉法院起诉庭受理此案，判定不向意大利引渡博萨诺，理由是热那亚刑事法院的缺席审判程序违反法国公共政策。根据法国关于引渡外国人的 1927 年 3 月 10 日第 17 条，起诉庭的决定为最终决定。

51. 1979 年 10 月 26 日晚 20 时 30 分左右，三身着制服的警察(至少其中一人有武装)在博萨诺先生回家路上叫住他，给他戴上手铐送往警局。警察们向其出示了 1 个多月以前内政部长对上维埃纳省省长签署发布的命令，内容如下：

“内政部部长

考虑到 1945 年 11 月 2 日外国人(入境和居留条件)条例第 23 条，

考虑到 1946 年 3 月 18 日的法令，

考虑到取得的关于洛伦佐·博萨诺(1945 年 10 月 3 日生于意大利热那亚)的资料，

认定上述外国人在法国领土的存在可能危害公共秩序(公共秩序)，

以此项命令要求：

1. 上述人员离开法国领土；

³⁶ 欧洲人权法院，博萨诺案，1986 年 12 月 18 日，载于 *International Law Reports*, vol. 86, pp. 322 et s.

2. 省长执行这项命令”。³⁷

52. 虽然博萨诺反对被“递解”，并要求按 1945 年 11 月 2 日法令第 25 条移交上诉委员会，但被告知没有这样的可能，而是“要被立即送往瑞士(而不是最近的西班牙边境)”。³⁸ 这样，当事人未得离开法国到自己选择的国家，也未得通知他的妻子或律师，而是被戴上手铐上乘车驱逐到瑞士，在阿讷马斯附近边界移交给瑞士警方。

53. 应回顾，意大利和瑞士之间有 1957 年 12 月 13 日欧洲引渡公约，意大利曾在 1976 年向瑞士要求引渡博萨诺。博萨诺被驱逐到瑞士之后，瑞士联邦法院于 1980 年 6 月 13 日驳回其异议，随后于 6 月 18 日将其引渡到意大利。

54. 但在 1979 年 12 月，博萨诺先生的律师向法国法院提起此案，争取让当事人回到法国。1980 年 1 月 14 日，大审法庭庭长发布命令，理由如下：

“从博萨诺被捕到其被移交给瑞士警方之间的许多事件，显示有明显和非常严重的违反法国公共政策与实施罗马条约第 48 条产生的规则的情况。此外，令人不解的是，虽然西班牙边境离利摩日最近，但递解出境的地点恰恰选在瑞士边界。最后可指出，法院未得机会判定对他发的递解出境命令是否违法，因为刚对他发出命令之后，博萨诺就被(不顾其抗议)移交给瑞士警方。行政权这样是自行执行了自己的决定。

“因此，这项行动不是按递解出境令进行的正常驱逐，而似乎是预先安排好移交给瑞士警方……”³⁹

55. 欧洲人权法院 1986 年 12 月 18 日裁决确认了这一推理，特别是将其定为“变相引渡”如下：

“根据案件整体情况并考虑到大量相吻合的材料，法院就此得出结论：1975 年 10 月 26 日至 27 日夜剥夺申诉人的自由，既不符合第 5 条(1)(f)条下“合法”的含义，也不符合“人身安全权利”。以这种方式剥夺博萨诺先生的自由，其实无异于变相形式的引渡，目的是为规避 1979 年 5 月 15 日利摩日上诉法院起诉庭的否定裁决以及正常的“为递解出境采取……行动”所需的“拘留”。法院认为，巴黎大审法庭庭长的结论(虽是附带之言)和利摩日行政法院的结论(虽然该法院只确定 1979 年 9 月 17 日命令的合法性)都是极其重要的；它们说明了法国法院表现出的警惕。

³⁷ 同上引述，第 24 段。

³⁸ 同上，第 25 段。

³⁹ 同上，第 31 段。

“因此，违反公约第 5(1) 条的情况成立”。⁴⁰

56. 法理也赞同这个观点。《欧洲人权公约》第 5 条的评注作者借鉴 1986 年欧洲人权法院判例，指出《欧洲人权公约》第 5 条第 1 款有两方面的要求：一是遵守国内法，体现在公约中“按法律途径”的说法；二是符合该条款“保护个人免遭任意对待”的宗旨，如法院在博萨诺案件中所讲(第 54 段)。此案中，任意对待表现在执行驱逐令的方式上：没有让当事人知晓一个月前做出的决定，而在通知当时强制执行这项决定；没有让当事人选择容留国⁴¹ 或将其递解到最近的边境；最后，将其移交给与意大利之间有引渡条约的瑞士，而瑞士已得到国际刑警组织的立即驱逐警报，而且是博萨诺在意大利被判谋杀罪的受害者国籍国。评注者的结论是：“这种形式的快速警务合作根据第 5 条是不合法的，也不符合安全权利；法国以其驱逐特权采取的剥夺自由行为，只是为变相引渡的任意逮捕(博萨诺判决第 55-60 段)”。⁴² 另一位学者更简单地指出，博萨诺判决是欧洲人权法院首次“在向意大利(博萨诺先生因在该国犯下极其恶劣的罪行被缺席判处终身监禁)‘变相引渡’的特定法律背景下”判定法国违法。⁴³

57. 奥贾兰诉土耳其案中再次出现变相引渡问题。⁴⁴ 根据欧洲人权法院对此案的裁决，案件事实可归纳如下：阿卜杜拉·奥贾兰先生是土耳其库尔德人。他在被捕前是库尔德工人党领袖。1998 年 10 月 9 日，奥贾兰先生被从居住多年的叙利亚驱逐出境。他于同日抵达希腊，但该国当局要求他在两小时内离开希腊领土，并拒绝他的政治避难请求。1998 年 10 月 10 日，他乘到希腊部门的包机飞往莫斯科。国家杜马接受了他在俄罗斯的政治难民地位申请，但俄总理不执行这一决定。1998 年 11 月 12 日，奥贾兰先生前往罗马，并提出政治避难申请。意大利当局先将当事人拘留，后来对其软禁。意大利行政当局拒绝将其引渡到土耳其，但也拒绝了他的政治避难申请。奥贾兰先生迫于这方面的压力离开意大利。在俄罗斯呆了一两天之后，他再次回到希腊，时间可能是 1999 年 2 月 1 日。第二天，即 1999 年 2 月 2 日，他被带到肯尼亚，在内罗毕机场被希腊大使馆官员接走，安排住在

⁴⁰ 同上，第 60 段。

⁴¹ 如 Charles Rousseau 对 Klaus Barbie 案指出(此案中法国因危害人类罪要求引渡当事人，但玻利维亚最高法院因两国之间没有引渡条约反对，玻利维亚后来将当事人驱逐到法国)：“正确的驱逐是允许被驱逐者自由抵达其所选的国家，而不是将其交给外国的代表，以便随后将其逮捕并移送到该国境内”(C. ROUSSEAU, note sous l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 6 octobre 1983, *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 510)。

⁴² 见 V. COUSSIRAT-COUSTERE, 《La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986》, *Annuaire français de droit international (AFDI)*, XXXIII, 1987, p. 245。

⁴³ E. DECAUX, 《Le droit international malgré tout.....》 *Accueillir*, n° 252, décembre 2009, p. 54。

⁴⁴ 欧洲人权法院, Requête n° 46221/99, arrêt du 12 mai 2005。

大使官邸。当事人向希腊驻内罗毕大使提出在希腊的政治避难请求，但没有得到答复。1999年2月15日，肯尼亚外交部宣布，奥贾兰先生乘机在内罗毕降落，由希腊官员陪同进入肯尼亚领土，但未透露其身份，也未通过护照检查。申诉人在内罗毕逗留的最后一天，希腊大使与肯尼亚外长会谈之后，宣布当事人可以自由离境去往任何地方，而且荷兰愿意接受他。1999年2月15日，肯尼亚官员来到希腊大使馆接奥贾兰先生到机场。希腊大使表示愿意亲自陪同当事人到机场，并与肯尼亚官员进行了交谈。最后，奥贾兰先生乘上肯尼亚官员驾驶的汽车。途中，这辆车脱离车队，通过安全通道进入内罗毕机场国际区，停在一架飞机旁。这架飞机上有土耳其警卫正在等候奥贾兰先生；20时左右，奥贾兰先生在登机后被捕。⁴⁵

58. 土耳其法院对奥贾兰发出7份逮捕令，国际刑警组织也对其发过通缉令(红色通缉令)。在所有这些文件中，他被指控成立武装团伙破坏土耳其国家领土完整，并煽动多起恐怖行为造成生命损失。⁴⁶

59. 起诉人在法院诉讼时辩称，肯尼亚没有对他展开任何引渡程序，而且当局拒绝负责将其移交给土耳其。未经授权的肯尼亚官员和土耳其政府之间的简单勾结不能算是国与国之间的合作。申诉人讲，他被逮捕是土耳其、意大利和希腊以及其他国家策划行动的结果。他援引博萨诺诉法国案(1986年12月18日判决，A系列第111号，第23页，第54段)，强调应保护个人的自由和安全，不受任意对待。他强调，此案中“对他的强迫驱逐实际上是一种变相引渡，剥夺了对他任何程序或实质性的保障。”⁴⁷ 他就此回顾，第5条第1段的合法性要求既指国际法，又指国内法。申诉人认为，委员会对桑切斯·拉米雷斯诉法国案的判决(第28780/95号，委员会1996年6月24日判决，DR 86-A，第155页)不适用于本案。在上述案件中法国和苏丹之间存在合作，而本案中肯尼亚当局并没有与土耳其当局合作。在上述案件中，委员会似认为，申诉人无疑是恐怖分子。本案所涉问题的极端敏感性对法院的决定有一定影响。众所周知，恐怖主义已成为重要的背景问题，而奥贾兰先生和库尔德工人党宣称采用了武力来落实库尔德族人的自决权。申诉人列举了几个国家法院的判例，⁴⁸ 称其逮捕方式不符合肯尼亚法律，也

⁴⁵ 见注44。

⁴⁶ 同上，第18段。

⁴⁷ 同上，第77段。

⁴⁸ 主要参见：Décision de la Chambre des Lords dans l'affaire R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennet Appeal Cases 1994, vol. 1, p.42 ; décision de la Cour d'appel de Nouvelle Zélande dans l'affaire Reg. V. Harltley, New Zealand Law Reports 1978, vol. 2, p. 199 ; décision de la Cour d'appel des Etats-Unis(deuxième circuit, 1974) dans l'affaire United States v. Toscanino, Federal Reporter(Second Series), vol. 555, pp. 267-268 ; décision du 28 mai 2001 de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans l'affaire Mohamed and Dalvie v. President of the Republic of South Africa and Others, South African Law Reports 2001, vol. 3, p.893(CC)。

不符合国际法确立的规则；对他的逮捕形同绑架，对他的起诉是以这种非法逮捕为基础的，应视为无效。

60. 法院没有接受申诉人的论点，而接受了土耳其政府的论点，即“申诉人在两个国家之间的合作下被肯尼亚当局逮捕并移交给土耳其当局”。土耳其政府称，“这不是变相引渡：申诉人在肯尼亚非法逗留，土耳其接受了肯尼亚当局将其移交给土耳其的提议”。⁴⁹ 根据这一论点，法院表示：

“公约并不妨碍成员国之间在引渡条约框架下或驱逐事宜上合作，将在逃罪犯移送司法，只要这种合作不影响公约所述的任何具体权利(同上，第 24-25 页，§ 169)。关于公约缔约国和非缔约国之间的合作，引渡条约(或无引渡条约时当事国之间的合作)规定的标准，也是确定诉讼所涉逮捕是否合法的相关因素。通过国家间合作移交逃犯本身不影响逮捕的合法性，因此不对第 5 条构成问题(Freda诉意大利，委员会 1980 年 10 月 7 日第 8916/80 号判决，DR 21，第 250 页；Altmann(Barbie)诉法国，委员会 1984 年 7 月 4 日第 10689/83 号判决，DR 37，第 225 页；Reinette诉法国，委员会 1989 年 10 月 2 日第 14009/88 号判决，DR 63，第 189 页)。⁵⁰

法院补充说：

“(……)即使是非典型引渡，只要它是当事国之间合作进行的，而且逮捕令有当事人原籍国当局所发的逮捕令为法律基础，本身就不违反公约(桑切斯·拉米雷斯，上述判决)”。⁵¹

61. 因此，欧洲人权法院认为，变相引渡如果是当事国之间合作进行的，且移送有当事人原籍国当局所发的逮捕令为基础，本身就不违背欧洲法律公约。⁵² 尽管法院持有这一立场，但事实似乎证实了法院对博萨诺案的立场。如果本案事实不涉及恐怖主义问题，法院很可能会没有任何问题地确认博萨诺案的判例。

62. 美国的做法似乎符合奥贾兰案中确认的立场，而不是博萨诺判决确认的立场。例如，2001 年底美国请欧洲联盟在移民政策和打击恐怖主义框架内予以合作，

⁴⁹ 同上，第 81 段。

⁵⁰ 同上，第 86 和 87 段。

⁵¹ 同上，第 89 段。

⁵² 另见：Comm.EDH, décision du 4 juillet 1984, Klaus Altmann(Barbie) contre France, req. n° 10689/83, D. R. 37, p. 225 ; Comm.EDH, décision du 24 juin 1996, Illich Ramirez Sánchez contre France, req. n° 28780/95, D. R. 155 ; 欧洲人权法院, arrêt du 12 mars 2003, Öcalan c. Turquie, § 91, 得到欧洲人权法院确认, arrêt du 12 mai 2005, Öcalan c. Turquie, § 89。

包括请欧盟考虑“引渡的替代办法，如驱逐或驱逐出境，只要法律允许且更加有效”。⁵³

63. 若干国家法院都判定过驱逐实际上是否为变相引渡的问题。⁵⁴ 在某些案件中，这些法院通过研究驱逐的目的和国家的意图来做出判决。⁵⁵

⁵³ 美国总统乔治·布什建议欧盟合作的信文，2001年10月16日，www.statewatch.org: “Explore alternatives to extradition including expulsion and deportation, where legally available and more efficient”。此信全文参见 www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm。引述这一来源的是 V. CHAMPEIL-DESPLAT, «Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative», Colloque de Nanterre organisé par le CEJEC et le CREDOF, Droits de l’homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001: approche comparée France, Europe, Etats-Unis, 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 - 294, pp. 2-24, sp. pp. 12-19, p. 16.

⁵⁴ 例见 Barton v. Commonwealth of Australia, Haute Cour, 20 mai 1974, International Law Reports, vol. 55, E. LAUTERPACHT et C. J. GREENWOOD (dir. publ.), p. 11-37; Lülff c. État néerlandais, Cour d’appel de La Haye, 17 juin 1976, International Law Reports, vol. 74, E. LAUTERPACHT et C. J. GREENWOOD (dir. publ.), p. 424-426; R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson, Haute Cour d’Angleterre (tribunal divisionnaire 25 juin 1981, International Law Reports, vol. 77, E. LAUTERPACHT et C. J. GREENWOOD (dir. publ.), p. 336-345; R. v. Guildford Magistrates’ Court, ex parte Healy, Haute Cour d’Angleterre (tribunal divisionnaire), 8 octobre 1982, International Law Reports, vol. 77, E. LAUTERPACHT (dir. publ.) et C. J. GREENWOOD, p. 345-350; Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another, Zimbabwe Rhodésie, Haute Cour, division générale, 21 novembre 1979, International Law Reports, vol. 88, E. LAUTERPACHT, C. J. GREENWOOD et A. G. Oppenheimer (dir. publ.), p. 246-259; affaire de l’arrêté d’interdiction de séjour (2), op. cit., p. 433-436; Hans Muller of Numberg v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others, 1955, op. cit., p. 497; Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others, op. cit., p. 469. 各国法院在审议有争议的驱逐及其后果时，特别注重有关程序的形式、实质和对象。以下五段提到的国家判例例子出自秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，同前，第 438-442 段。

⁵⁵ “不存在隐藏的引渡问题，因为没有任何迹象表明，[当事]国影响了西德撤回其引渡请求的决定，该国觉得将这名西德人移交给西德边防警察是合理的，因为只有西德有义务接纳他，并可以合理地认为没有任何其他国家会接纳这样一个没有有效旅行证件的人”。Lülff c. État néerlandais, op. cit., p. 426. “因此，如果本案中内政大臣的目的是将申诉人交给要求移交逃犯的美国，那这项措施就是非法的。但如果他的目标是因为此人在英国的存在不受欢迎，将其驱逐回本国，那这项措施就是合法的。得由法院确定内政大臣行动的目的是合法还是非法的”。Reg v. Governor of Brixton Prison, ex parte Soblen, op. cit., p. 280. “没有任何理由认为警察曾试图说服美国当局递解该申诉人出境，以便在本国逮捕他，从而避开两国间的引渡条约的条款”。R. v. Guildford Magistrates’ Court, ex parte Healy, op. cit., p. 348; “简单地说，问题是：行政拘留上诉人的权力是否为了确保将不受欢迎的居留者驱逐出本国，因为其继续滞留不利于公共利益？或行使这一权力是别有目的，是为一般司法利益，将一个被控违反了联合王国法律的人移送到联合王国？”Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another, op. cit., p. 251; “同样，不可以为避开引渡禁令而下令驱逐出境。然而，只有当局的意图显然是避开引渡的限制性条例的情况下，此类驱逐才

64. 南非宪法法院受理的案件中，申诉人质疑将穆罕默德先生驱逐美国的合法性，称其为变相引渡。法院判决是基于其他考虑，即穆罕默德先生被移送到美国会受到死刑，这违反南非宪法。但其对驱逐和引渡之间差别的意见值得注意：

“驱逐和引渡的目的不一样。在驱逐情况下，国家迫使不准在其领土上居留的外国人离境。在引渡情况下，一国向另一国移交在后者被指控或被判有罪的人，以将其绳之以法。然而，如果非法身份的外国人被“驱逐”到一个审判其应受法庭起诉的刑事罪的国家，这两种目的就可能是重合的。

“驱逐通常是单方面行为，而引渡是协商一致性的。在某些情况的程序根本不同，尤其是当驱逐的合法性受到质疑时。但在本案中，没必要做出区分。无论称之为驱逐还是引渡，将穆罕默德送交美国的程序都是非法的。此外，南非政府必须获得保证，目的地国不判处被驱逐或引渡者死刑。这一义务源于案件事实和宪法，而不是进行‘驱逐’或‘引渡’依据的法律或公约条款”。⁵⁶

65. 在早先一个案件中，印度最高法院判定，国家可以自由选择强制外国人离开其领土的程序：

“外国人法赋予印度驱逐外国人的权力。该法规定，中央政府有绝对的酌处权；如宪法没有规定限制这种权力，则驱逐权是无限的。[……]外国人法不受引渡法规定的制约。这两部法律互不不同也相不影响。即使引渡请求是有依据的，政府也不必一定接受……如政府选择拒绝引渡请求，请求所涉个人不能要求政府一定接受请求，因为他没有这样的权利。提出引渡请求的事实完全不限政府选择外国人法所述最轻驱逐程序的酌处权，基于条件是当事人作为自由人离开印度。如果政府别无选择则，可能会有不同做法；但在这

被认定为是不允许的。”*Affaire de l'arrêt d'interdiction de séjour (2)*, op. cit., p. 435; 另见 Lopez de la Calle Gauna, Conseil d'État, France, 10 avril 2002(即使在将会提出刑事指控的情况下，只要没有提出引渡请求，驱逐至原籍国是允许的)。但“在涉及一名外国人时，已经提出[引渡]请求这一事实并不影响本国政府选择麻烦较少的《移民法》驱逐出境程序的酌处权，前提条件一直是，在这种情况下，只要有关人员是以一个自由人的身份离开印度即可。”*Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., p. 500; “如果该上诉人在我们领土之外没有被给予自由，而是即将被送回意大利[很可能在那里会因政治活动而受到刑事指控]，那实际上就是真正的引渡，而意大利政府并未请求、巴西政府也未决定准许引渡。”*In re Esposito*, Cour suprême fédérale du Brésil, 25 juillet 1932, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934, E. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire no 138, p. 333。

⁵⁶ *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., p. 486 et 487, par. 41 et 42。

种情况下也不能指控政府恶意，因为政府行使了法律赋予的自由选择。政府缺乏诚意的论据不能成立”。⁵⁷

66. 在巴顿诉澳大利亚联邦案中，澳大利亚高等法院受理了澳大利亚政府请求巴西引渡澳大利亚公民的案件；法院指出，澳大利亚政府通过外交渠道提出如下请求：

“在巴西和澳大利亚之间没有引渡条约的情况下，大使馆谨请求根据 1970 年 6 月 11 日第 66.689 号法令第 114 条采取拘留措施。虽然澳大利亚法律没有同等法规，但移民法定有驱逐程序；如果被巴西通缉的人在澳大利亚避难，可经部长批准后适用该驱逐程序”。⁵⁸

67. 法院认为引渡请求是合法的，但由于驱逐和引渡是两个不同程序，在没有引渡条约的情况下，不能以驱逐法规满足对等条件。院长巴维奇法官指出：

“大多数国家对其认为不受欢迎的人，更倾向于以驱逐权为移送渠道，而不是引渡。普通法国家一般定有驱逐权的法律；这项权利是有限的，特别是在驱逐动机方面。有时需要判定：驱逐的真正动机是否是合法的；驱逐实际上是否是非法引渡或所谓的“变相引渡”（见奥希金斯，27 Mod LR 521）。移民法所定的驱逐权显然不是引渡权。从国际法和国内法的角度来看，都不允许以驱逐权来补充引渡权。此外，当局要遵守法律规定驱逐情况和动机，不能将驱逐权用作引渡权，即使在某些情况下可能以驱逐代替引渡。反对使用驱逐或移民法作为引渡的补充是显而易见的：见 Shearer，国际法中的引渡，第 19 页和第 87 至 90 页；另见奥希金斯，变相引渡，27 Mod LR 521，第 521 至 539 页；哈克沃思国际法文摘，第 4 卷，第 30 页。

[……]

“因此，假如没有法律对移送权做出规定（如澳大利亚），请求国不能真正对没有相关法律规定的人或违法行为或法律不适用的国家提出对等原则。国家也不能利用其驱逐权替代引渡权，以满足对等条件。如我简单提到，驱逐权的适用范围有限，因此不能正当地使用驱逐权来确保按要求引渡所有逃犯。对澳大利亚的情况，1958 年和 1966 年移民法不能替代引渡权，该法的存在也不能构成引渡事宜对等待遇的保障。当然，判定这样的对等声明是否令人满意，取决于被请求国”。⁵⁹

⁵⁷ Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others, op. cit., p. 498-500.

⁵⁸ Barton v. Commonwealth of Australia, op. cit., p. 12.

⁵⁹ 同上，第 14-16 页。“但是，根据国内法，在这些情况下的驱逐出境是非法的。如果情况如此，正如澳大利亚联邦法院在 Schlieske v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs 一案中指出的那样，‘为引渡目的的驱逐（“变相引渡”）和为控制移民目的、无意中造成事实上引渡的递解出境之间的区别可能‘在实际应用中难以作出’。”GAJA，同前，p. 299（引述 l'arrêt du 8 mars 1988, Australian Law Reports, vol. 84, p. 725）。

68. R诉Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson案⁶⁰中提出了变相引渡的后果问题；该案中，英国高等法院要研究是否可以受理津巴布韦驱逐一名外国人以进行变相引渡的案件。法院表示如下：

“无论申诉人因何抵达盖特威克机场，即便是通过欺诈或非法手段抵达的，也是在英国领土上。此人受到该国警察通缉。因此，仅仅因为是非法使其抵达的事实，不影响法院的管辖权”。⁶¹

69. 但按照衡平法，法院行使酌处权判决不受理此案。⁶²

70. 然而，以驱逐变相引渡的做法违反国际人为法，尤其是违反《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款，即“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由”。第13条还规定，只有“只有按照依法作出的决定”，才可驱逐合法处在缔约国领土内的人。

71. 在判例上，欧洲人权法院的博萨诺判决，可以得到联合国人权委员会对加西亚诉厄瓜多尔案的判决的支持，⁶³虽然这一判决的明确动机不是变相引渡。该案所涉问题是，哥伦比亚侨民被从厄瓜多尔驱逐到起诉其贩毒的美国。案件结论是，美国政府没有采用两当事国之间的引渡条约，因为美国怀疑厄瓜多尔司法不会批准引渡申诉人。当事人未能联系律师，也未能请求厄瓜多尔法官审查对其驱逐的合法性。驱逐国当局承认这种驱逐程序是非法的，委员会宣布其违法1966年公约第9条和第13条”。⁶⁴

72. 在这一领域可找到一些普遍性质的法院判决。然而，各国法院和欧洲人权法院谴责以引渡变相驱逐的做法所援引的理由是明确和适当的，法理也符合这种判例的立场，因此博萨诺判决可以显示出这方面的趋势。此外，即使不将禁止为引渡目的进行驱逐的做法编纂成习惯规则，也可以从逐步发展的意义上确定这项规则。

⁶⁰ R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson, 同前, p. 343。法院在得出结论的过程中，在很大程度上参考了罗得西亚高等法院对Mackeson案的裁决，同前, p. 246-259。

⁶¹ R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson, 同前, p. 343。

⁶² 同上, p. 336-345。

⁶³ 联合国人权委员会1991年11月5日对Edgar A. Cañón Garcia诉厄瓜多尔的意见, 319/1988, 1988年7月4日CCPR/C/43/D/319/1988号文, 1991年11月12日。D. ROUGET引述案件, 同前, p. 181。

⁶⁴ 见A. -L. DUCROQUETZ, 《L'expulsion des étrangers en droit international et européen》, thèse, Université de Lille 2, 2007, p. 414。

第 8 条草案：禁止以驱逐变相引渡

在不影响正常引渡程序情况下，不得未经外国人同意，将其驱逐到对其提出引渡请求的国家，或特别有意积极回应引渡请求的国家。

D. 驱逐的理由

73. 一国接纳外国人入境的条件虽然公认属于该国主权并因此为其专属权限，但国家不可随意撤销外国人的居留权利。“只有存在正当的、严重的、涉及公共利益和公共需要的理由，使驱逐成为必要时，才能下令予以驱逐”。⁶⁵ 至少从 19 世纪后期以来，关于驱逐外国人的法理基本都是这样的。⁶⁶

74. 国际法还确立，驱逐国“在进行驱逐时，应说明理由”，⁶⁷ 无论是应被驱逐者、被驱逐者目的地国⁶⁸ 还是国际法庭⁶⁹ 的要求。也就是说，驱逐国必须说明驱逐的理由，而且这些理由不能是任意的。卡诺尼科说，“行使驱逐权必须有正当的理由”；⁷⁰ 后来 19 世纪末和 20 世纪初的许多学者也持这种说法。⁷¹ 大家认为，这些“正当理由的基本思路是，为保护最大利益，国家可以驱逐在领土上威胁到国家内部或外部安全的外国人”。⁷²

⁶⁵ 见 A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers*, These, Paris, 1909, p. 54.

⁶⁶ 主要参见：de BAR, 载于 *Journal du droit international privé*, 4e éd. trad. ANTOINE, t. 3, n° 1297, p. 93.

⁶⁷ 见 *Affaire Boffolo*, 出自 RALSTON, *Law and Procedure of International Tribunals*, par. 515.

⁶⁸ 例如，法国在 19 世纪与若干美国国家签署协定，规定在进行驱逐之前，各缔约国政府应向有关外国的外交或领事官员通报事由。如 1834 年 12 月 9 日法国和玻利维亚的条约；1843 年 6 月 6 日法国和厄瓜多尔的条约；1848 年 3 月 8 日法国和危地马拉发条约；1856 年 2 月 22 日法国和萨尔瓦多发条约；1861 年 3 月 9 日法国和秘鲁的条约。通过最惠国条款，这些规定扩展至与其他国家的关系（见 FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, t. 1, lève partie, paix 1922, n° 447, *in fine*, p. 878 et n° 450, p. 982; DESPAGNET et C. De BOECK, *Cours de droit international public*, 4° éd., 1910, n° 337 *in fine*, p. 478; E. BROCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co., 1915, § 30, p. 56)。

⁶⁹ 见 *Affaire Boffolo précitée*, RALSTON, *op cit.*, § 515, p. 287-288; E. BROCHARD, *op. cit.*, p. 56, note 4 et p. 57, note 4; N. POLITIS, *Le problème de la limitation de la souveraineté*, 1926, p. 487.

⁷⁰ CANONICO 在《*Journal du droit international privé*》的撰文，*Clunet*, 1890, p. 219.

⁷¹ 主要参见：A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers*, Thèse, Paris, 1909, p. 54; C. De BOECK, 《*L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*》, *RCADI*, 1927, II, pp. 532-533.

⁷² C. De BOECK, *op. cit.*, p. 532.

75. 关于驱逐的理由或原因的辩论由来已久。我们注意到，各国以往或较新的法律在这方面使用的术语不同，有时不够确切。例如，这些法律所述的理由包括“公共秩序”、“公共安全”、“内部和外部治安”和“内部或外部安全”，以及“公共安宁”、“公共卫生”和“公共健康”等。

76. 但研究关于外国人驱逐问题的现有国际公约和国际判例可以看出，真正确立的理由其实很少，基本不外乎公共秩序和公共安全两个。⁷³ 现在的问题是，是否只是这两个理由得到国际法承认？这两个理由是否排除任何其他理由？因为实践显示，各国在驱逐外国人方面还援引其他许多理由。

77. 然后还要确定公共秩序和公共安全这两个主要理由的确切内容；这个问题比较棘手，因为评判对公共秩序或公共安全的威胁是每个国家(此处为驱逐国)的权限，而且这两个概念的内容基本上是不恒定的。大多数法律制度中虽然有这两个概念，但并没有确切含义，更不用说确定的内容。因此，必须要确定评判标准。最后，实践中的若干案例表明，有些国家援引的驱逐理由很难与公共秩序或公共安全挂钩。这些理由要根据国际法进行评估。

1. 公共秩序和公共安全

78. 公共秩序和公共安全的概念常常被用作驱逐的理由。⁷⁴

79. 正如所指出的，1951年7月28日难民地位公约和1954年4月26日无国籍人地位公约第32条第1款和第31条第1款分别规定，缔约国不得驱逐在其领土内合法存在的难民或无国籍人，“除非出于国家安全或公共秩序的理由”。

《公民权利和政治权利国际公约》第13条也有类似规定，但只提及非常必要的国家安全原因(而没有提及公共秩序)可以作为驱逐在缔约国领土合法存在的外国人的理由。同样，1955年欧洲居留公约第3条第1款规定：在其他缔约方领土合法居留的缔约国国民，如果“威胁国家安全或者损害公共秩序”，可受到驱逐。推而广之可以认为，这两个驱逐理由可扩大到在驱逐国领土上合法存在的所有外国人，而违反关于外国人入境和居留的法律可作为驱逐在该国领土非法存在的外国人的理由；但这并不妨碍一些国家法律对非法居留的外国人提供某些类保护，下文将看到各国不同的考虑。

80. 然而，无论上述国际公约还是国际判例，都没有确切界定公共秩序和公共安全；因此，在这方面国家法律和区域判例将很有帮助。

⁷³ 见第二、第三和第五次报告引用的国际公约和判例。

⁷⁴ 见 A.-L. DUCROQUETZ, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., p. 55.

(a) 公共秩序

81. 公共秩序不是单义的概念，经常因缺乏明确不变的内容、可被随意塑造和操纵遭人诟病。它在不同的使用环境下含义也不同，如用在一国国内秩序还是国际秩序中，或用于欧洲“公共秩序”的含义；或是用于这样或那样的事项。例如，商业公共秩序与行政执法方面的公共秩序内容不同。本报告所述的公共秩序概念属于后一种情况，包括对公共自由、特别是外国人居留的管理。

82. 国际公法词典对公共秩序的定义作了重要规定：“某国国内法制的所有原则，在特定时期被认为是至关重要的，不允许克减”。⁷⁵ 如前所述，国际法(此处为驱逐外国人的国际法)根据这些原则发挥作用。在这方面，1955年12月13日欧洲居留公约议定书规定：“(a) 各方有权按国家标准来评判：1. 关于公共秩序、安全、公共卫生或风化的原因。3. 威胁国家安全或破坏公共秩序和有伤风化的情况”。该议定书第二节规定：“(a) 公共政策的概念应按大陆国家普遍接受的广义含义来理解”。例如，除了上述国际公约，欧洲人权法院承认，“某些罪行特别严重，引起公众的反应，可能引发社会动乱，可作为临时拘留(至少一段时间)的正当理由”，但“前提是国内法律承认(……)罪行造成扰乱公共秩序的概念”。⁷⁶ 国际私法判例也使用这一参照办法判定：只有适用外国法律或遵守根据有关法律取得的权利，“不影响对公共秩序至关重要的本国法律原则或规定”，一国法院才得适用外国法律。⁷⁷ 最后值得一提的是，法国在某些挪威贷款案的案文中指出：挪威政府按本国公共秩序的要求，扩大有关规定的适用范围，超越了其权利，“因为(……)该国将不承认当事人本身法律的国内公共秩序概念，用于在其主权范围外的外国人”。⁷⁸

83. 在最近的艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案中，国际法院仅指出，被告方实际援引公共秩序方面的特例作为驱逐当事人的理由，而当事人国家以外交保护规则为其辩护。事实上，法院认定下列事实成立：

“1995年10月31日，扎伊尔总理发布对迪亚洛先生的驱逐令。驱逐令讲，驱逐的理由是，“[迪亚洛先生的]存在和行为已经而且仍在破坏扎伊尔的公共秩序，特别是经济、金融和货币秩序。1996年1月31日，迪亚洛先生被临时逮捕，从扎伊尔驱逐出境，乘飞机送往几内亚。扎伊尔的驱逐出境是以

⁷⁵ 这方面见国际公法词典对“欧洲公共秩序”和“国际公共秩序”概念提供的解释(J. SALMON 编纂)。

⁷⁶ 欧洲人权法院，Letelier, arrêt du 26 juin 1991, série A。

⁷⁷ 法国最高上诉法院，Etat russe c/La Ropit, arrêt du 5 mars 1928, Journal de droit international privé(Clunet), 1928, p. 674。

⁷⁸ 国际法院，某些挪威贷款，1957年12月20日法国政府的辩驳，Mémoire, vol. I, p. 398。

‘非法居留’递解出境纪要的形式传票通知迪亚洛先生的，而且纪要是当天在金沙萨机场准备的。⁷⁹

刚果民主共和国对“公共秩序”概念的内容十分模糊，似乎把迪亚洛先生所有不受其欢迎的行动都算在内。如该国“补充说，对迪亚洛先生驱逐的理由包括他对扎伊尔公有企业和在扎伊尔经营的私营公司的资金索偿日益高昂而且‘明显没有根据’；他还对‘扎伊尔国家最高机关和外国政要’进行虚假宣传”。刚果民主共和国指出，“迪亚洛先生声称他领导的公司对其欠款总额超过 360 亿美元……相当于刚果民主共和国外债总额的近 3 倍”。该国补充说，“扎伊尔当局还看出，迪亚洛先生参与倒卖外汇，并曾经几次试图行贿”。因此，迪亚洛先生的行动可能严重影响有关公司的正常运作以及扎伊尔公共秩序。⁸⁰ 法院引述的案文中还说，“[迪亚洛先生的]欺诈和损害公共秩序的活动，构成将其逐出本国领土的原因”。⁸¹

84. 在要对初步例外做出意见的问题上，法院可能认为(在这一诉讼阶段)不必对援引的公共秩序概念的组成内容做评判，甚至不必指出驱逐令中援引“扎伊尔公共秩序”和驱逐出境纪要中“非法逗留”之间的矛盾，更不必冒险确定公共秩序的概念。法院在这个问题上的沉默，很可能是意图默示让人参照国内司法机制在这方面的管辖权。国际法不能回避找出对援引这一理由(如“公共安全”理由)的评判标准，以避免国家行使有国际影响的管辖权时可能不受控制的滥用。在这方面，国内法，尤其是法国法律，承认政府如获知公共秩序所受威胁必须予以应对，⁸² 不让非法情况延续，⁸³ 并在必要时协助公共力量执行判决的事项。⁸⁴ 这一逻辑合理的义务是“遵守法律的条件和国家连续性的必然结果，简单来讲是社会生活的要求”。⁸⁵

⁷⁹ 国际法院，艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，2007年5月24日判决，§ 15。

⁸⁰ 同上，§ 19。

⁸¹ 同上，§ 81。

⁸² Conseil d'Etat (CE)，23 octobre 1959, Doublet et CE, Sect. 14 décembre 1962, Doublet ; CE Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge. De manière générale, 见 P. BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, Paris, L.G.D.J., 1962。

⁸³ CE 20 octobre 1972, Ville de Paris c/Marabout。

⁸⁴ CE 20 novembre 1923, Couitéas。

⁸⁵ D. TRUCHET, 《L'autorité de police est-elle libre d'agir ?》，Actualité juridique du droit administratif (AJDA)，1991, p. 81。

85. 在国内秩序和国际秩序中，公共秩序宗旨的存在，决定着警察行政当局行为举动的合法性。警察行政当局必须证明其宗旨是公共秩序，而不只是广义的一般利益。否则就会有权力滥用。⁸⁶

86. 但我们注意到，虽然存在这方面的法规，但其往往只规定警察当局的管辖权，而很少界定公共秩序的内容。⁸⁷ 这些法规最多只是列出这种非常不确定的“标准”的组成内容。⁸⁸ 评判公共秩序宗旨十分难以把握，因为它主要取决于对事实、即具体情形的考虑。

87. 这里且不探讨有些法律对“一般”公共秩序(警方当局在某领土对任何活动及任何个人行使管辖权)和“特殊”公共秩序(法规明确规定警察权力的适用范围、内容和实施方式)的区别，但值得注意的是，一些国家法规对公共秩序的内容是非限定性的。例如，法国地方当局一般法 L. 2212-2 条称，公共秩序“主要”包括“良好秩序、安全、公众治安和卫生”。由此明显看出很难确定这个概念的范围，因为不仅其组成内容显然不是限定性的，而且更重要的是其中包括“公共治安”的概念，这在国际法中似构成单独的驱逐外国人理由。

88. 此外，L. 2212 - 2 条第 2 款将“良好秩序”的概念与“公众安定”联系起来，不知道这两个概念是否是同义词；法国判例除上述组成内容之外，还增加了公共道德、⁸⁹ 人的尊严⁹⁰ 和审美⁹¹ 等补充内容。

⁸⁶ 见 V. TCHEN, 《Police administrative.-Théorie générale》, Jurisclasseur administratif (cote: 04, 2007), Fasc.200, 6 juin 2007, § 64, p.24.

⁸⁷ 如在喀麦隆,关于行政分区领导人职权及其自职务组织和运作的 2008 年 11 月 12 日第 2008/377 号法令第 40 条第 2 款规定:省长可“在国家内外安全和公共秩序受到侵害时,在现行法律规定的形式和时限内,亲自采取或要求任何公职人员或主管当局采取一切必要行动,查证罪行并将行为人移交法院”。

⁸⁸ 见 V. TCHEN, 《Police administrative.-Théorie générale》, art.préc.p.26.

⁸⁹ 见过去关于“精神卫生”的若干判决, CE, 7 novembre 1924, Club sportif indépendant chalonais, Recueil, CE 1924, p. 863; Dalloz Périodique (DP) 1924, 3; p. 58, conclusion Cahen-Salvador (pour des combats de boxe); CE 30 septembre 1960, Jauffret, Rec. CE 1930, p. 582 (为“风化”原因)。

⁹⁰ 主要参见 CE Ass., 27 octobre 1995, Communes Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence, JurisData n° 1995-047649 ;Rec. CE 1995,p. 372 ;Tribunal administratif de Versailles, 25 février 1992, Société Fun Productions, Wachenein c/Commune Morsang-sur-Orge, AJDA 1992, p. 525, note C. Vimbert ; revue française de droit administratif 1992, p. 1026, note J. -F. Flauss ; 另见, Conseil Constitutionnel, 19 janvier 1995, décision n° 94-359 D.C, Considérant 6, 以及 Conseil constitutionnel, 27I juillet 1994, décision n° 94-343, considérant 2.

⁹¹ 关于维护公共场所美观的合法性,主要参见: CE, 2 août 1924, Leroux, Rec. CE, 1924, p. 780 - CE, 23 octobre 1936, Union parisienne des syndicats de l'imprimerie, Rec. CE, 1936, p. 906.

(b) 公共安全

89. 关于许多事项的很多国际条约都把“国家安全”或“基本安全利益”列为例外情况，包括国际贸易法(如著名的关税及贸易总协定第 21 条或北美自由贸易协定第 2102 条)、保护国际投资法、过境自由法和司法协助法。⁹² 但这里将主要研究人权公约，因为驱逐外国人问题主要涉及这些权利，而不是刚才提到的事项。与涉及公共秩序的理由一样，将公共安全作为例外情况的主要有公民权利和政治权利公约(第 4 和第 13 条)、难民地位公约(第 32 条)、无国籍人地位公约(第 31 条)、欧洲人权公约(第 15 条)、美洲人权公约(第 27 条)以及非洲人权和人民权利宪章(第 12 条)。

90. 公共安全的概念和公共秩序的概念一样不明确。除了很难确定其内容之外，这个用语也存在一定的模糊性。“公共安全”、“公共”或“国家”，“内部和外部安全”和“国家安全”等词语是同义词吗？各国法律不能帮助回答这个问题，而是存在混乱，给人印象有时这些概念是不同的，而有时是可以互换的。1997 年 6 月 25 日波兰外国人法第 13 条提到参与威胁独立、领土完整、政治制度和国家防御力量的活动，恐怖主义，贩运军火和毒品，以及其他任何有关威胁国家安全的理由或维护秩序和律的需要等等。尽管有这些试探性的提法，但我们看到这些都是含糊和“包罗万象”的概念，会导致任意评判。⁹³ 国际法对此问题的研究似乎没有特别注意这个用语问题，将“国家安全”和“公共安全”两个说法用作等同的词。⁹⁴ 因此，为方便起见，这里也采用把它们作为同义词的办法。

91. 那什么是与国家安全一词理解为相同含义的公共安全呢？

92. 这个词在所有国家立法中都广泛使用，但却没有定义。一位美国学者说，这个概念目前是模糊、有伸缩性和不精确的，一个国家发生的任何情况都可能被视为在某种方式上影响到国家安全。⁹⁵ 一位学者讲，国家安全“包括可能危及一国独立、主权、破坏其体制和民主自由(……)的任何威胁”，⁹⁶ 而公共秩序包括“特

⁹² 见 Th. CHRISTAKIS, 《L'Etat avant le droit ? L'exception de «sécurité nationale»», *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 2008, vol. 112, n°1 pp.16-22。后来的发展主要是受这项研究的启发。

⁹³ 见 Le rapport de Manuela Aguiar, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport du 27 février 2001, Doc.8986。

⁹⁴ 同上, p. 10。

⁹⁵ 他写道：“事实上，国家发生的几乎任何事情，几乎都可以说影响到我们的‘国家安全’”。Th. CHRISTAKIS 引述, art. préc., p. 10。

⁹⁶ N. BERGER, *La politique européenne d'asile et d'immigration – Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., p. 197。

别严重的罪行”。⁹⁷ 一些国家法院也指出很难界定这个概念。如美国最高法院在美国诉美国地区法院案判决中指出：“由于很难界定国内安全利益，因此采取行动保护这种利益显然存在滥用的危险”。澳大利亚最高法庭在 1982 年山达基教会诉伍德沃德案中强调这个概念有伸缩性；高等法院在案中指出，“安全概念的内容不恒定，很大程度上取决于不同时期的具体环境”。⁹⁸

93. 从这些事例可以看出若干国家对“国家安全概念”的定义要素；这方面的法学家放弃系统地研究每个法律制度如何试图界定这一概念的范围，并写道：“目前只需看到：(a) 这个词语既包括外部也包括内部威胁似已得到普遍接受；(b) 各国政府似不急于对这个词作出准确的定义(更不必说非限制性的定义)，可能是为保留其行动自由；(c) 这个概念不确切带来的风险经常受到民间社会、甚至有时受到各国法院的诟病”。⁹⁹

94. 在国际上，由于提到公共安全为驱逐理由的国际公约并未确定其定义，¹⁰⁰ 因此需要研究判例。

95. 近年来，国际恐怖主义对国家安全造成的威胁越来越频繁地被援引作为驱逐外国人的理由。法国、¹⁰¹ 德国、¹⁰² 意大利¹⁰³ 和美国¹⁰⁴ 等国已修改法律，以便更有效处理这个问题。联合王国对煽动或挑动恐怖主义制定了新政策，目前正在

⁹⁷ 同上。

⁹⁸ 这两项判决是 P. HANKS 引述的，“National Security—A political concept”，Monash U. L. Rev., vol. 14, 1988, p. 118, Th. CHRISTAKIS 转引，art. préc., p. 11。

⁹⁹ 同上，p. 12。

¹⁰⁰ 例如参见关于外国人地位的公约第 6 条第 1 款。

¹⁰¹ 关于驱逐 1945 年 11 月 2 日第 45-2658 号法令第 26 条所述人员的条件的法律提案，2004 年 6 月 17 日法国国民议会一读通过(第 309 号)。

¹⁰² “德国巴伐利亚等州援引 2005 年 1 月 1 日联邦法；本法准许其驱逐“容许或鼓励恐怖行为”或煽动对其他部分人口仇恨的合法居留的外国人”，Benjamin Ward, 《Expulsion Does Not Help》，International Herald Tribune, 2 décembre 2005, 网址 <http://www.eht.com/articles/2005/12/02/opinions/edward.php> (2006 年 1 月 26 日查阅)。见德国，2004 年法，第 54 4) 和 6) 以及 55 2) 和 8 a) 条，其中纳入了相关反恐条款。

¹⁰³ “自 2003 年以来，意大利驱逐了至少 5 名阿訇；2005 年 7 月 31 日通过的反恐怖主义法使这种类型驱逐更容易”，Benjamin Ward, 同前，前注 791。一般内容见意大利 2005 年法。

¹⁰⁴ 见美国，移民和国籍法，第 212 a) 3 B) 和 F) 以及第 237 a) 4 B) 条，一般内容见第五章相关反恐条款。

在审议这方面的新立法。¹⁰⁵ 如下文所述，“国家安全”的概念可广义解释为涵盖危害领土国家、甚至可能其他国家的存在或外部安全的行为或威胁。

96. 可以看出，国际法院的判例对确定这个概念帮助不大。相比之下，欧共体法院等其他国际司法机构对这个问题更有意义。事实上，欧共体法院经常要对“公共安全”例外情况的定义和内容发表意见，显然对这个概念选择了广义理解。如在瑞典记者联盟诉欧洲联盟理事会案中，申诉人提出，欧盟理事会第 93/731 号决定将公共安全的例外情况加入披露理事会文件的原则，但由于决定中没有公共安全概念的定义，可界定这一例外适用于“若允许公众查阅有关文件或文件章节，会使共同体公民、共同体机构或成员国当局遭受恐怖主义、犯罪、间谍、叛乱、颠覆与革命，或将直接妨碍当局防止此类活动的努力(……)”。¹⁰⁶ 但欧洲联盟理事会在法国的支持下认为，“适用第 93/731 号决定，完全不必要对公共安全做出限制性的定义。公共安全的概念可根据情况变化灵活界定”。¹⁰⁷ 初审法庭赞同理事会维护的立场，认为“法院判例显示，公共安全的概念没有一个统一含义”。¹⁰⁸

97. 应指出，实际上，根据该法院 1991 年以来的一贯判例，“公共安全”的概念与大多数国家的理解一样，不仅包括欧洲联盟成员国的内部安全，还包括其外部安全；而且从 1995 年 10 月 17 日 Leifer 裁决¹⁰⁹ 来看，外部安全是从较广意义上考虑的。1984 年 7 月 10 日欧共体法院对关于石油产品供应问题的 Campus 石油案(爱尔兰诉联合王国)的判决，也有这种对公共安全概念的广泛理解。其他法院好像也赞同这种理解，包括在不是直接关系人权的领域。2005 年 5 月 12 日至 2007 年 9 月 28 日，四个解决投资争端国际中心法庭对外国投资者起诉阿根廷在 2000

¹⁰⁵ 2005 年 7 月 7 日伦敦公共交通遭到爆炸袭击之后，英国内政大臣查尔斯·克拉克宣布，他将利用他的权力，从英国驱逐任何试图以任何方式方法策动恐怖主义行为或煽动他人实施此类行为的外国人，包括：(1) 编写、编制、出版或分发材料；(2) 公开演讲，尤其是说教；(3) 管理网站；(4) 利用责任职位(如教师、社区领导或青年事务领导人)表达下列意见：(a) 策动、辩解或美化为某些信念服务的恐怖主义暴力；(b) 寻求煽动他人实施恐怖行为；(c) 策动其他严重犯罪活动或寻求煽动他人实施严重罪行；(d) 灌输可能在英国引起族群间暴力的仇恨。Home Office Press Notice 118/2005, Exclusion or Deportation from the UK on Non-Conducive Grounds: Consultation Document, 5 août 2005。恐怖主义法案已提交议会，如获通过则可：“(1) 将鼓励或美化恐怖主义定为罪行；(2) 建立一个新的罪行，打击传播激进材料的极端主义书店；(3) 将提供或接受恐怖训练或参加“恐怖分子训练营”定为罪行；(4) 建立一个新的罪行，制止策划恐怖主义行为或准备实施恐怖主义行为者；(5) 将恐怖主义案件的最长羁押期限延长为 3 个月；(6) 扩大禁止动机范围，以打击美化恐怖主义的团体”，Home Office Press Notice 148/2005。

¹⁰⁶ 国际刑事法院 1998 年 6 月 17 日判决，Affaire T-111/74/95, § 91。

¹⁰⁷ 同上，第 95 段。

¹⁰⁸ 同上，第 121 段。

¹⁰⁹ Affaire Leifer, arrêt du 17 octobre 1995, §§ 27-28。

年至 2003 年经历严重金融危机期间为应对危机采取的措施所作的判决也说明这一点。¹¹⁰

98. 但在国际人权保护领域，有时试图对什么可作为公共安全的例外做出限制性的解释，特别是为防止打击恐怖主义中的滥用。打击恐怖主义中促进和保护人权和基本自由问题特别报告员马丁·舍伊宁最近给大会的一份报告指出，“只有为应对使用武力或武力威胁而保护国家存在、领土完整或政治独立，才能援引国家安全为理由采取限制某些权利的措施。如果对法律和秩序的威胁是地方性的或较为孤立的，则不能援引国家安全为理由来施加限制措施防止此类威胁，也不得以国家安全为借口进行驱逐。1994 年，联合国人权委员会承认公共秩序的概念“比较模糊”，但具体指出国家安全“在全民族受到最严重的直接政治或军事威胁时”受到威胁。¹¹¹

99. 公共秩序和公共安全概念的这种模糊性质，使驱逐国可能任意评判外国人的行为。实际上在某些情况下，外国人只是被认为不受欢迎，就被以破坏公共秩序或威胁国家安全为由遭到驱逐。

2. 评判公共秩序和公共安全理由的标准

100. 外国人在一国入境和居留的权利，要受到基于公共秩序或公共安全的限制的约束。如前所述，国际惯例是参照国家法制来确定这些原因的内容。现在的问题是，国家是否在这一问题上有绝对的评判酌处权。

101. 根据法理、国际判例和一些国家的立场¹¹²以及欧洲共同体委员会对关于维护公共秩序的范围的立场(我们认为可以扩大到公共安全的理由)，对这个问题的答复是否定的。尽管各国在评判对国家安全的威胁方面有广泛的酌处权，但一些法学家认为，基于国家安全的驱逐理由要符合相比适度的条件：“有些条约禁止国家在没有具体原因(如国家安全)时驱逐外国人。难以否认，驱逐国对评判本

¹¹⁰ 例见 2005 年 5 月 12 日 CMS 诉阿根廷案所作判决。仲裁判决见 Th. CHRISTAKIS, art. préc., 第 14-16 页。

¹¹¹ 联合国人权委员会，《受到一切形式拘留和监禁者的人权问题》，第 51 届会议，1994 年 12 月 14 日，E/CN.4/1995/32。

¹¹² 例如在法国，行政法官不承认警察机关对公共秩序的评判酌处权，而是法官核定动乱或动乱威胁是否“比较严重”，足以支持所采取的行动；法官会毫不犹豫地以其对实际情况的评判取代市政机关的评判。在这种情况下，他把适当性作为合法性的条件：见国家委员会在以下判决中的判例：Benjamin(CE, 19 mai 1933, Sirey 1934, 3, p. 1, concl. Michel ; Ville Brest c/ Laurent(CE, 8 déc. 1989, n°71172, Juris-Data, n° 1979, tables p. 653; Bedat c/ Commune de Borce(CE, 29 juin 1990, concl. Toutée, note Cardon ; celle de la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans l'arrêt Commune de Tarbes(C. A. A., 26 avr. 1999, n° 97BX01773); A. de LAUBADERE, J-C. VENZIA et Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, Paris, LGDJ, 14e éd. 1996, t. 1.

国安全是否遭受危险和当事人的存在是否危害本国安全的确有酌处权。很显然，当事国能够最好地评估本国的安全和公共秩序是否受到威胁。国家要根据驱逐时掌握的情况做出判决；任何先验的评判都是不合理的。因此，从监管机构的角度来看，似乎有理由给驱逐国“评判空间”（引用欧洲人权法院和人权委员会的提法）。这个空间不仅影响可能赋予司法或其他机关的（对驱逐决定的）监测权，也影响到国家义务的范围。

102. 这些限制条件发挥作用时，也必须适用相比适度原则。换言之，“即使国家有权认为外国人对国家安全构成威胁，如果危险不算严重，驱逐就属于过度”。¹¹³ 泽曼诉墨西哥案仲裁的国际判例虽然确认，国家有权以当事国安全的理由驱逐任何外国人，但也指出，除了战争时期，国家除非对威胁国家安全的外国人提出指控或将其移送司法，否则不能进行驱逐。“仲裁者认为，严格来说，墨西哥共和国总统有权将认为危险的任何外国人逐出墨西哥领土，如在战争或动乱时可能仅凭嫌疑就可行使这项权利；但本案中并没有战争，如不提出指控或将其移送司法，就不能援引安全为理由驱逐申诉人；即使墨西哥政府有正当的驱逐理由，至少也要向委员会提供指控的证据。但仲裁员认为，仅凭美国领事给本国政府的电报中关于申诉人为帝国主义当局雇用的确认或声明，似不构成申诉人为帝国主义当局雇用的足够证据，也不构成驱逐他的充足理由”。¹¹⁴

103. 根据欧洲共同体条约等，实际上公共秩序看似不构成各国进行干预的一般权利，也不能在明文规定的假设范围外援引：“要利用第 36 条（现第 30 条），成员国无论在要达到的目的还是在手段性质上，均须限于该条款范围内”。¹¹⁵ 另一方面，当今法理承认公共秩序概念的混合性质，¹¹⁶ 造成这一概念从其客体上讲仍主要停留在国家层面，且客体依赖于具体时间和具体地点的特定具体情况；¹¹⁷

¹¹³ G. GAJA, *op. cit.*, p. 296.

¹¹⁴ *J. N. ZERMAN v. Mexico*, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, p. 3348.

¹¹⁵ 欧共体法院，1968 年 12 月 10 日，*aff. 7/68, Comm. CE c/Italie: Rec. CJCE 1968*, p. 628.

¹¹⁶ 主要参见：E. PICARD, 《L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public》，*AJDA*, 1996, p. 62, n° spécial；S. POILLOT-PERUZZETTO, 《Ordre public et droit communautaire》，*Dalloz, chronique*, p. 177；F. HUBEAU, 《L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire》，*Cahiers de droit européen*, 1981, p. 212.

¹¹⁷ 见 C. PICHERAL, 《Ordre public et droit communautaire. -Communautarisation des réserves d'ordre public》，*Jurisclasseur Europe Traité, Fasc. 650*, 05 février 2007, p. 6.

但欧洲共同体制度中，这“并不意味着[……]各国可依照自己的惯例和传统自由地界定和解释这个概念”。¹¹⁸

104. 诚然，这种推理是在基于对所有成员国具有约束力的条约建立的统一法律秩序下做出的，不能机械地照搬到国际秩序中。因此要承认，从国家实践看，与欧洲共同体法制框架下评判公共秩序的概念相反，各国似可依照自己的惯例和传统，自由地界定和解释外国人法框架下的这个概念。但其在这个问题上的自由不是绝对的，因为这个问题涉及人权和人的自由，国家的任何行为必须要受遵守或不违反国际法相关规则、特别是保护人权规则的限制。在这种情况下，正是国际法将公共秩序与安全定为驱逐的理由，也就是外国人、特别是合法身份外国人居留权的例外情况。因此，只有不妨碍其遵守国际法或接受国际法监测，这些例外的范围才能由国家单方面确定。根据J.-C. Vezia对“酌处权”的看法，国家利用驱逐权时必须“考虑到向其提交的每个案件的具体情况，因而要对情况进行事先审查”。¹¹⁹ 关于为公共秩序或公共安全原因采取驱逐出境措施的第 64/221 号指令第 3 条规定，这些措施“必须完全基于个人的个人行为”，这是完全照搬了第 2008/38 号指令第 27 条第 2 款。欧共体法院在其判例中一贯都回顾这项规则。

105. 在 1975 年 2 月 26 日 *Bonsignore* 案中，¹²⁰ 当事人为意大利国籍，在联邦德国居留，因违反武器法和过失杀人罪被判刑。外侨警务主管当局下令将其驱逐。负责裁决这一驱逐决定有效性的科隆行政法庭将案件移交给欧共体法院；受理此案的欧共体法院首先回顾，1964 年指令第 3 条第 1 款规定，“公共秩序或公共安全措施必须完全基于个人的个人行为”。¹²¹ 法院明确说，“脱离个案的理由不能成立”。¹²² 法院然后回顾，指令的目的是消除“国民与其他成员国侨民之间的一切歧视，结论认为“个人行为的概念表达的必要条件是，驱逐措施只能针对被驱逐个人的行为对公共秩序和公共安全造成的威胁”。¹²³ 因此，决定驱逐措施不

¹¹⁸ 欧盟委员会，communication sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique », 19 juillet 1999: Doc. Com(1999), 372 final, p. 8.

¹¹⁹ J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, Paris, 1959, 176 p., p. 138.

¹²⁰ 欧共体法院，1975 年 2 月 26 日判决，*Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, aff. C-67/74, Rec. p. 297; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 19 février 1975, Rec. p. 308)。

¹²¹ 同上，p. 5。

¹²² 同上。

¹²³ 同上。

能是为威慑其他外国人不犯类似本案的某种罪行。换言之，发布驱逐令只能是特殊预防原因(同上，第7页)，而“不是基于普遍评价”。¹²⁴

106. 2004年指令确立了欧共体法院的这个判例，规定“与有关个案非直接相关或出于一般预防原因的理由不成立”，¹²⁵也就是说必须针对个人行为，而不是采取一般措施来维护公共秩序和公共安全。

107. 围绕这个公共秩序和公共安全概念的评判标准问题，继续从欧共体法律寻找启迪可以看出，欧洲共同体理事会意识到减损性酌处权对人员自由流动构成的风险，在1964年2月25日通过了协调各国基于公共秩序、公众健康和公共安全理由的法规的第64/221号指令。¹²⁶欧共体指令虽然没有对这些概念做出定义，但规定援引这些概念要符合实体和程序方面的若干条件。后来，欧共体法院的预审答复使这个法律框架更加明确和充实，这方面所得成果现已通过关于欧盟公民及其家庭成员有权在各成员国领土自由流动和居留的2004年4月29日第2004/38号指令得到编纂和丰富。¹²⁷

108. 应指出，欧共体法院判例明确规定，在援引公共秩序时必须尊重基本权利。根据Elliniki Radiophonia Teléorassi (ERT)判例，维护公共秩序必须要在“尊重人权和民主原则的共同背景”下执行。¹²⁸法院强调，总体来讲，对国家在外侨警务方面权力的限制，具体表现了欧洲人权公约多项条款规定的一项更普遍性原则，即对受保障权利的损害，不得超越“民主社会中”维护公共秩序和公共安全所需的必要框架”。¹²⁹因此，只有有关法规或限制性措施符合基本权利，国家才能采用这些限制。¹³⁰

109. 符合基本权利的标准之一是，保护公共秩序和个人利益之间要有适当平衡。欧共体法院尤其在Orfanopoulos和Oliveri案¹³¹中做了这样的裁定，这方

¹²⁴ 同上，p. 7。

¹²⁵ 参见欧洲议会和理事会2004年4月29日第2004/38/CE号指令第27§ 2条，第2款。

¹²⁶ 见Journal Officiel des Communautés européennes, 4 avril 1964。

¹²⁷ 见Journal Officiel de l'Union européenne, 30 avril 2004。

¹²⁸ Document.COM(1999), 372 final, préc., p. 7。

¹²⁹ 欧共体法院，1975年10月28日，affaire 36/75, Rutili, Rec. CJCE, 1975, p. 1219, point 32。

¹³⁰ 欧共体法院，1991年6月18日，affaire C-260/89, ERT: Rec. CJCE 1991, I, p. 2925, point 43, concernant la libre prestation de services. – Pour une application aux exigences impératives d'intérêt général dans le champ de la libre circulation des marchandises, 欧共体法院，1997年6月26日，affaire. C-368/95, Vereinigte Familiapress: Rec. CJCE 1997, I, p. 3689, point 24。

¹³¹ 欧共体法院，2004年4月29日，aff. Jtes C-482/01 et C-493/01 Orfanopoulos et Oliveri, Rec. CJCE, 2004, I, p. 5257, points 96 et 97。

面的判例完全是借鉴欧洲人权法院Boultif案¹³²的判例。根据欧盟法院，确定限制性措施是否适度，要考虑所犯罪行的严重性性质、在容留成员国的居留时间长短、实施罪行之后过去多长时间、当事人的家庭情况以及配偶和子女在当事人原籍国可能遇到多严重的困难。¹³³

110. 不可忽视的事实是：这里对公共秩序和公共安全例外的规定，是在欧洲共同体框架下做出的；在此框架下，欧共体法院、欧洲联盟委员会和若干法理成员强调，欧洲公民的概念要求更紧密地限定这些行政法警务例外¹³⁴的范围，即与其对象的行为无关的合法性或适当性理由。¹³⁵

111. 特别报告员在国际、欧盟或各国法规中都没有找到可以参考的驱逐方面对个人行为概念的定义。欧共体法院已对这一点作出一些澄清。如法院在Van Duyn案中认定，参与一个团体或组织，如表现为参加其活动和接受其目标，可以被认为是当事人的自愿行为，即构成其行为的组成部分。¹³⁶在Rutili案中，当事人被禁止在法国4个省逗留，因为内政部认为鉴于当事人1967年和1968年从事的政治和工会活动，其存在可能造成动乱；欧共体法院认为，欧盟侨民的存在本身可以被看作对公共秩序的危险，可作为限制其在成员国领土逗留和旅行的正当理由。¹³⁷第2004/38号指令既未确证也未否认这些澄清内容；它只是指出，根据欧共体法院的判例，“当事人的行为必须对社会的根本利益构成真正、现时和充分严重的威胁”。事实上，根据关于自由流动的Rutili¹³⁸和Bouchereau¹³⁹判例，援引公共秩序“要求在所有情况下，除了违法行为构成扰乱社会秩序之外，还要存在影响社会根本利益的真正的和足够严重的威胁”。

¹³² 欧洲人权法院，2001年8月2日，Bultif, par. 48。

¹³³ Orfanopoulos et Oliveri, préc., point 99; 另见 la directive 2004/38, art. 38。

¹³⁴ 见欧共体法院，2004年4月29日，affaire. C-493/01, Oliveri, Rec. CJCE 2004, I, p. 5257, point 65; Doc. COM(1999), 372 final, point 8; J.-Ph. LHERNOUD, «Les mesures d'éloignement sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation ?» JurisClasseur périodique, G.1999, II, 10104; G. KARYDIS, «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», Revue trimestrielle de droit européen (RTDE), 2002, p. 8。

¹³⁵ 见 M. DISTEL, «Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense», Rec.D.S.1997, Chronique XXI, p. 169。

¹³⁶ 见欧共体法院，1974年12月4日，aff. 41/74, Van Duyn, Rec. CJCE 1975, p. 1231。

¹³⁷ 见欧共体法院，1975年12月28日，affaire. 36/75, Rutili, Rec. CJCE, 1975, p. 1231。

¹³⁸ 同上，p. 1219。

¹³⁹ 欧共体法院，1977年10月27日，affaire 30/77, Rec. CJCE, 1977, p. 2014。

112. 欧盟第 2004/38 号指令禁止为一般预防原因援引公共秩序和公共安全。第 27 条第 2 款规定：“与有关个案非直接相关或出于一般预防原因的理由不成立”。当事人的行为必须对社会根本利益构成真正、现时和充分严重的威胁。法院仍未充分尝试澄清“威胁”的概念。什么是现时的威胁？如果采取驱逐决定后过去很长时间才执行决定该如何？无论是第 643/221 号指令的表述，还是欧共体法院判例，都没有提供更具体的指导，说明以什么日期来确定威胁的“现时”性。委员会提到存在刑事定罪对评判当事人可能对公共秩序或公共安全构成的威胁的作用，并强调应考虑到时间的推移与当事人的情况变化。委员会认为，“当事人的情况如何发生变化对下列情况尤其重要：实施威胁公共秩序的行为很长时间之后才对威胁进行评判；采取原先决定与执行决定之间过去很长时间；当事人行使诉诸[新途径]的权利。在审查驱逐(……)其他成员国的侨民出境时，良好行为应该象对国民一样有相同重要性”。¹⁴⁰

113. 欧盟立法机关希望尽可能限制各国滥用公共秩序进行驱逐，在 2004 年 4 月 29 日指令第 27 条第 2 款中规定：“不能单纯以此前存在刑事判决为由”采取基于公共秩序或公共安全的措施。另外一项非常重要的内容是，立法机关明确规定：作为刑罚或附加措施采取的“驱逐出境决定，如在决定做出超过两年之后才执行，则成员国应核实当事人对公共秩序或公共安全的威胁是否有现时性和现实性，并评判做出决定后情况是否有重大变化”。任何驱逐出境必须要在公共秩序和安全仍受到威胁情况下才有正当理由，而且必须要根据驱逐所涉个人的现时个人情况进行研究。¹⁴¹

114. 法院对 Orfanopoulos 和 Oliveri 判决的决定是基于这些规则做出的。¹⁴² 法院在判决中解释了现时威胁的概念。此案中，两名欧盟公民（一名希腊国籍，一名意大利国籍）受到以严重犯罪和可能累犯为由的驱逐命令。当事人此前在德国合法居留。法院首先回顾说，根据居留公约第 18 条，“劳动者的自由流动原则应作广义解释，而克减这项原则应相反做狭义解释”。¹⁴³ 法院还回顾，根据其判例，罪行如果造成真正和足够严重的威胁，影响到社会的根本利益，就构成破坏公共秩序。此案中，“成员国诚然可以认为吸毒对社会构成威胁”，¹⁴⁴ 但维

¹⁴⁰ 参见 1999 年 7 月 19 日欧盟委员会给欧盟理事会和欧洲议会的 Communication sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, COM(1999)372 final.

¹⁴¹ 见 A. -L. DUCROQUETZ, thèse op. cit., p. 116.

¹⁴² 欧共体法院，2004 年 4 月 29 日判决，Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg, affaires jointes C-482/01 et C-493/01, pt. 20, Rec. I-p. 5295; C. Stix-Hackl, 大律师 2003 年 9 月 11 日提出的结论, Rec. I-p. 5262.

¹⁴³ 同上, p. 64.

¹⁴⁴ 同上, p. 66.

护公共秩序须做狭义解释，也就是说存在刑事定罪不能构成驱逐的理由，除非被判刑的情形“表明有个人行为对公共秩序构成威胁”。¹⁴⁵ 但法院并没有单纯采用其先前的判例，而是应检察长的请求具体指出，必须要从在相关事实和因素基础上评判威胁的现时性。正如检察长C. Stix-Hackl女士所讲，无论是第64/221号指令第3条还是法院判例，都没有规定应“从什么日期来确定[威胁的]‘现时’性”。¹⁴⁶ 法院回复，国家法院必须考虑到做出驱逐决定后发生的事实要素，因为它们可能说明“现时威胁已经消失或大大削弱”：如果从通过驱逐出境措施之日到评判之时已经过了很长时间，就可能存在这种情况。¹⁴⁷ 因此必须考虑到所有情况，包括做出驱逐决定后发生的事实大大削弱或消除了当事人对公共秩序的危险。这个解决办法在土耳其公民就驱逐出德国领土的程序对德国当局的上诉中得到确认。¹⁴⁸ 该法院判定，依照第64/221号指令、法院的判例和欧洲经济共同体与土耳其之间的联系协定的规定，¹⁴⁹ “国家司法机关在核证驱逐出境措施的合法性时(……)，应考虑到主管当局做出最新决定后发生的事实，这些事实可能消除或大大削弱当事人行为对公共秩序构成的现时威胁”。¹⁵⁰

115. 事实上，欧共体法院从必须协调公共秩序措施与人员自由流动这一欧盟法律基本性原则的角度出发，判定国家机关不能对欧盟侨民采用“脱离个案的理由”。¹⁵¹ 因此，不得为“威慑其他外国人的目的”(如为使人遵守关于保有武器问题的国家法律¹⁵²)驱逐当事人，也不得因其活动可能是惯常支持团伙犯罪、但在案中未确证与犯罪团伙联系的情况下拒绝给当事人发放居留许可。¹⁵³ 本着同样思路，国际法学会关于“接纳和驱逐外国人的国际规则”的第1892号决议规

¹⁴⁵ 同上，p. 67。

¹⁴⁶ 见C. Stix-Hackl大律师，2003年9月11日提出的结论。

¹⁴⁷ 欧共体法院，2004年4月29日判决，Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg, op. cit., p. 82。

¹⁴⁸ 欧共体法院，2004年11月11日判决，Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg, aff. C-467/02, Rec. Ip. 10924; Conclusions de l’avocat général M.P. Léger, 2004年6月10日提出，Rec. I-p. 10898。

¹⁴⁹ 欧洲经济共同体-土耳其联系协定，1963年9月12日在安卡拉签署，1963年12月23日理事会第64/732/CEE号决定缔结、批准和确认，J. O. 1964, n° 217, p. 3685。

¹⁵⁰ 欧共体法院，2004年11月11日判决，Cetinkaya, loc. cit., pt. 47。

¹⁵¹ 欧共体法院，1975年2月26日，Bonsignore, affaire 67/74, Rec. CJCE, 1975, p. 297 points 5 et 6。

¹⁵² 同上。

¹⁵³ 欧共体法院，1982年5月18日，affaire 115 et 116/81, Adoui et Cornuaille, Rec. CJCE 1982, p. 1708。

定：“绝不能因为私人利益、阻止合法竞争、阻碍正当要求或合法向法院或主管当局提起的行动和上诉判处驱逐”。¹⁵⁴

116. 特别报告员认为，虽然这基本是特定法制(欧盟法制)的内容，但上述推理可以在更广泛的国际法框架内不加损害地纳入驱逐外国人的问题。

117. 有些国内法院也受理了以公共秩序为理由的驱逐案件。¹⁵⁵ 其评判标准与上述国际判例和区域判例得出的标准大体相同。

118. 如在评判或审查公共秩序和公共安全理由的价值方面，起决定作用的是事实状况、威胁的现时性和个人行为的具体背景。这是因为，特别是在驱逐法范围内，公共秩序和公共安全的例外情况只是动机，而不是目标。目标和动机之间的区别是：“行为的目的是在行为之后，而其动机是在行为之前”。¹⁵⁶ 为某一目的采取的行动要追求实现一个目标(可能是一般性的)，而基于某一动机实施的行动只有在发生这一动机时才算实施。因此，行政行为的动机是促使行政当局采取这一行为的法律或事实情况。从上述分析得出：

(a) 国家在评判对公共秩序或公共安全的损害或威胁方面没有绝对的酌处权；国家应遵守或考虑到一些客观因素；¹⁵⁷

(b) 为使援引秩序或公共安全有效，须考虑到一些标准：

- 促成或构成损害或威胁损害公共秩序或公共安全的具体情形和事实情况；这是驱逐外国人法的一般原则；¹⁵⁸
- 当事人的个人行为，必须对社会根本利益构成真正、现时和足够严重的威胁；
- 保护公共秩序和个人利益之间的适当平衡。

¹⁵⁴ 国际法学会，1892年日内瓦会议：《Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers》(Rapporteurs: MM. L.-J. -D. Féraud-Giroud et Ludwig von Bar), art. 14.

¹⁵⁵ 例见 Keledjian Garabed c. Le Procureur de la République, Cour de cassation (Chambre criminelle), 17 décembre 1937; Maffei c. Le Ministre de la justice, Conseil d'État (Comité du contentieux), 12 novembre 1980, International Law Reports, vol. 73, E. Lauterpacht (dir. publ.), C. J. Greenwood, p. 652-657; In re Salom, Conseil d'État, 3 avril 1940, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1919-1942 (vol. supplémentaire), H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 105, p. 198 et 199.

¹⁵⁶ Pauline de FAY, 《Police municipale》, JurisClasseur Administratif, Fasc. 126-20, 16 mai 2007, p. 26.

¹⁵⁷ 见 GOODWIN-GILL; 他认为：“公共秩序只有在国家标准下才能是确定的概念”(op. cit., p. 154)。

¹⁵⁸ 见 J.-A. DARUT, L'expulsion des étrangers. Principe général-Application en France, Thèse, Droit, Aix, 1902, 其中写道：“(……)并不是其造成动乱的激烈事实，而是具体情形使国家决定驱逐”(p. 64)。

3. 其他驱逐理由

119. 各国援引或各国法律规定的驱逐理由还有很多，有些与公共秩序和公共安全方面的理由并无不同。

(a) 国家最高利益

120. 在国际法中，国家最高利益似乎是以公共秩序为由决定驱逐外国人的一个相关考虑因素，而不是一个单独的驱逐理由。

121. 不过，各国立法提到的驱逐外国人的种种理由，都可归在“国家最高利益”这一大类之下。¹⁵⁹ 具体而言，一国可驱逐被视为危害或威胁本国国家利益、¹⁶⁰ 根本利益、¹⁶¹ 实质利益、¹⁶² 尊严(包括本国国民尊严)、¹⁶³ 国家“公用事业”¹⁶⁴ 或便利设施、¹⁶⁵ 社会必要设施、¹⁶⁶ 国家政策¹⁶⁷ 或对外政策、¹⁶⁸ 本国为当事方的国际协定¹⁶⁹ 或与他国的国际关系，¹⁷⁰ 或从总体上造成威胁¹⁷¹ 的外国人。

¹⁵⁹ 见前注所述《关于驱逐外国人问题的初步报告》，第一部分，二.C.1.(c)。对各国立法的相关研究取自前注所述《关于驱逐外国人问题的研究报告——秘书处的备忘录》，第377-379页。

¹⁶⁰ 澳大利亚1958年法律第197AD条；波斯尼亚和黑塞哥维那2003年法律第27(1)(b)、47(1)(b)条；巴西1981年法令第98条和1980年法律第1-3、7、56(2)、64和66条；加拿大2001年法律第34(2)、35(2)、37(2)条；智利1975年法令第2、15(1)、63(2)、65(1)和(3)条；中国1986年实施细则第7(6)条；危地马拉1999年条例第97条；日本1951年政令第5(14)和24(4)(o)条；肯尼亚1967年法律第3(1)(g)条；尼日利亚1963年法律第19(2)和35(1)条；波兰1775(2003)号法律第21(1)和(6)、88(1)和(5)条；葡萄牙1998年法令第99(1)(c)条；大韩民国1992年法律第11(1)(3)和(8)条；瑞典1989年法律第4.7(2)条。

¹⁶¹ 法国法典第L521-3条。

¹⁶² 德国2004年法律第55(1)条。

¹⁶³ 葡萄牙1998年法令第99(1)(c)条。

¹⁶⁴ 智利1975年法令第64和66条。

¹⁶⁵ 巴西1980年法律第26条；智利1975年法令第64和66条。

¹⁶⁶ 巴拿马1960年法令第38条。

¹⁶⁷ 立陶宛2004年法律第7(5)和126(1)及(3)条；波兰第1775(2003)号法律第21(1)和(6)、88(1)和(5)条。

¹⁶⁸ 美利坚合众国移民与国籍法第212(a)(3)(C)条。

¹⁶⁹ 捷克共和国1999年法律第9(1)条。

¹⁷⁰ 智利1975年法令第64(3)和66条；芬兰2004年法律第149条；洪都拉斯2003年法律第89(3)条。

¹⁷¹ 芬兰2004年法律第11(1)(5)条；意大利第286(1998)号法令第4、6和8条以及第40(1998)号法令第4(6)条；捷克共和国1999年法律第9(1)条。

122. 一国可明确地将其为当事方的国际协定¹⁷² 或其外交关系所产生的义务¹⁷³ 作为作出此类决定的全部或部分理由，也可将其通过特别安排建立联系的其他国家的国际关系纳入考虑范围。¹⁷⁴ 一国还可明确地在驱逐此类外国人时设法保持政治中立。¹⁷⁵ 对于所属组织从事的活动引起国家利益关切的外国人，“国家最高利益”也可作为驱逐的理由。¹⁷⁶ 此外，国家利益可影响外国人入境或居住必须符合的条件或义务。¹⁷⁷ 违反入境条件可作为单独的驱逐理由。

(b) 违反法律

123. 根据国家的领土管辖权限，外国人必须服从所在国法律并接受其管辖。¹⁷⁸ 不遵守所在国法律可作为驱逐的一个有效理由，欧洲联盟、各国实践¹⁷⁹ 和理论界¹⁸⁰ 对此都予以承认。在有些情况下，这一理由可扩大到在驱逐国以外国家从事的非法活动。¹⁸¹

¹⁷² 西班牙 2000 年法律第 26(1) 条；意大利第 286(1998) 号法令第 4(3) 及 (6) 和 8 条以及第 40(1998) 号法令第 4(6) 条。

¹⁷³ 南非 2002 年法律第 29(1) (b) 条；危地马拉 1986 年法令第 83 条。

¹⁷⁴ 《申根协定》就是这种安排的一个例子[见葡萄牙 1998 年法令第 11、25(1) 和 (2) (e) 条]。

¹⁷⁵ 厄瓜多尔 2004 年法律第 3 条。

¹⁷⁶ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 27(1) (b) 和 47(1) (b) 条。

¹⁷⁷ 澳大利亚 1958 年法律第 197AB 和 197AG 条；巴西 1980 年法律第 109 条；美利坚合众国移民和国籍法第 212(f) 条；大韩民国 1992 年法律第 22 条。可明确规定外国人在行使个人权利和自由时不得损害国家利益(白俄罗斯 1993 年法律第 3 条；中国 1986 年法律第 5 条)。

¹⁷⁸ 如上文所述，有些类别的外国人，例如外交官，享有特殊的豁免和特权。这类外国人的情况不属于本章讨论范围。“外国人入境后即处于入境国的地域管辖之下，即使他们仍要同时服从原籍国的权威。因此，除非属于要服从特定管理制度的特殊类别人士(例如外交官)，他们都要接受居留国的管辖，并对他们在居留国境内的一切行为负责。[……]由于外国人要服从居留国的地域权威，居留国可以对他们适用本国法律，而外国人也必须遵守和尊重这些法律。” Robert Jennings 和 Arthur Watts, 《奥本海国际法》第 9 版，第一卷(和平)(第 2 至第 4 部分)，伦敦，Langman, 1996 年，第 904-905 页(引注从略)。

¹⁷⁹ “对各国法律系统进行研究后发现，各国在驱逐理由的选择上大同小异，这或许不足为奇。一般而言，外国人有可能以下列理由被驱逐：[……]4. 参与犯罪活动。[……]国家实践确认，参与犯罪活动是驱逐的正当理由”，前注所述 Guy S. Goodwin-Gill 的著作，第 255 和 262 页。“驱逐外国人经常是因为当事人的犯罪行为作出”。前注所述 R. Plender, *International Migration Law*, 2^e éd. rév., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 第 468 和 482 页，注 119(参考丹麦 1983 年 6 月 8 日第 226 号外国人管理法第 25(1) 条；挪威 1956 年外国人管理法第 13(1) (d) 条；葡萄牙第 264-B181 号法令第 42 条；瑞典 1980 年第 376 号外国人管理法(Utlänningslag), 1979/80:96 号提案，第 40 条；土耳其 1980 年 7 月 15 日第 5683 号关于外国人居留和出行的法律第 22 条)。

¹⁸⁰ “有人认为，违反当地法律的活动是驱逐的正当理由，而且，当地法律的内容只涉及驱逐国”，前注所述 Guy S. Goodwin-Gill 的著作，第 206 页(引注从略)。另见前注所述《国际规则》，第 28 条第 5 和第 6 款。

¹⁸¹ “在有些国家，例如比利时和卢森堡，可根据在国外所犯罪行予以驱逐，当然，要证实当事人犯有这些罪行”。前注所述 Edwin M. Borchard 的著作，第 52 页。

124. 有学者指出，驱逐外国人的目的不是惩罚当事人，而是保护国家利益。¹⁸² 犯罪活动虽可作为有效理由，但驱逐外国人应视保护国家利益的必要性而定，与是否需要惩罚外国人无关。不过，驱逐或驱离可以是国家刑法(而非移民法)对外国人所犯罪行的一种处罚。¹⁸³ 应当注意的是，刑事诉讼与驱逐适用不同的实体和程序规则。两种程序之间的关系因国家立法的不同而不同。

125. 在欧洲联盟，将驱逐作为处罚手段受多个方面的限制。¹⁸⁴ 根据 2004 年 4 月 29 日欧洲议会和理事会 2004/38/EC 号指令第 33 条，对于欧盟公民或其家庭成员，不得以处罚名义进行驱离，除非这一措施与公共秩序、公共安全和公共健康措施一样，符合该指令中有关驱逐的规定。

“第 33 条 以处罚或附带措施的名义驱离

“1. 东道成员国不得以处罚或羁押处罚之附带措施的名义采取驱离措施，除非符合第 27、¹⁸⁵ 28¹⁸⁶ 和 29¹⁸⁷ 条的要求。

¹⁸² “驱逐的本意毕竟不是惩罚，驱逐本质上是国家将不受欢迎者送出国门的一种手段”，前注所述 John Fischer Willimas 的著作，第 58 和 59 页。“驱逐措施首先是为了保护国家利益，本质上并不是为了惩罚外国人，即使其结果对他们来说是灾难性的”，前注所述 Guy S. Goodwin-Gill 的著作，第 257 页。“驱逐至少在理论上不是一种惩罚，而是行政当局命令外国人离境的一种行政措施”，前注所述 Robert Jennings 和 Arthur Watts 的著作，第 945 页(引注从略)。“驱逐外国人不是一种惩罚，而是下令通知外国人离境的一种行政行为”，前注所述小田滋的著作，第 482 页。“驱逐不是刑罚，因此必须尽量谨慎地执行并顾及当事人具体情况”，前注所述《国际规则》，第 17 条。

¹⁸³ “具体而言，国家有权处罚在其境内严重违法法律的外国人，而且在有些情况下，当外国人被证实犯有主要罪行时，此类处罚可采取驱逐或驱离出境的形式”，前注所述 Louis B. Sohn 和 Thomas Buergenthal(主编)的著作，1992 年，第 89 页。“可以注意到近期在行使驱逐权方面的若干变化特点：驱逐作为对犯下最严重罪行的外国人的一种附加刑罚……”，前注所述 Edwin M. Borchard 的著作，第 55 页。

¹⁸⁴ 对德国、比利时、丹麦、法国、意大利、葡萄牙和联合王国等欧盟成员国在国家立法和实践中将驱逐作为第二刑罚所引发问题的分析，见《La double peine》，法国参议院工作文件，比较立法系列报告，比较立法研究司法律研究处，第 LC 117 号，2003 年 2 月。

¹⁸⁵ 见秘书处的备忘录，同前，第七部分 A.6(c)。

¹⁸⁶ 第 28 条规定如下：

“针对驱离的保护

1. 在以公共秩序或公共安全为由作出驱离决定之前，东道成员国尤其应考虑当事人的境内居留时间、年龄、健康状况、家庭和经济状况、在东道成员国的社会和文化融入情况以及与原籍国联系的密切程度。
2. 除非有公共秩序或公共安全方面的迫切理由，对于拥有东道成员国长期居留权的欧盟公民或其家庭成员，不论其国籍为何，东道成员国均不得作出驱离决定。
3. 除非成员国确定在公共安全方面存有重大理由，对于(a) 过去十年在东道成员国居住，或者(b) 未成年的欧盟公民，不论其国籍为何，均不得作出驱离决定，除非如同 1989 年 11 月 20 日联合国儿童权利公约所言，驱离是儿童利益之所需。”

¹⁸⁷ 见备忘录，同前，第七部分 A.6(g)。该条款列有可作为以公共健康为由进行驱逐的理由的一些疾病。

“2. 如第 1 款所述驱离决定在作出后两年内未执行，成员国应审核当事人当前对公共秩序或公共安全构成威胁的实际情况，并评估自驱离决定作出以来，情况有无实质变化”。¹⁸⁸

126. 在有些国家，任何违反东道国法律包括刑法的行为都是驱逐理由。判罪法庭可以是驱逐国法庭，¹⁸⁹ 也可以不是。¹⁹⁰ 关于量刑标准，法律可(1) 明确规定是驱逐国标准；¹⁹¹ (2) 规定违反此标准即可驱逐；¹⁹² (3) 承认违反外国法律的行为，¹⁹³ 但有时要与驱逐国法律作比较；¹⁹⁴ (4) 不定标准，而是从驱逐国法律的角度评估确定违法行为的严重性。¹⁹⁵

127. 有些国家的法律未指明哪种性质的违法行为或程序可导致此类驱逐，¹⁹⁶ 而另外一些国家则通过驱逐对某些行为进行惩罚。例如，如果当事人协助其他外国人非法入境或偷渡(不包括属于道德范畴的贩运)，¹⁹⁷ 或者隶属从事此类活动的组织，法律可(1) 将此行为视为驱逐理由；¹⁹⁸ (2) 规定在援引此理由前作出刑事判决；¹⁹⁹ (3) 规定除驱逐外的其他刑罚；²⁰⁰ (4) 追究外国人的法律责任

¹⁸⁸ 前注所述 2004/38/EC 号指令更正表。

¹⁸⁹ 阿根廷 2003 年法律第 29(f) 至 (g) 和 62(b) 条；澳大利亚 1958 年法律第 201(a) 和 203(1) (a) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 57(1) (h) 条；智利 1975 法令第 64(1) 和 66 条。

¹⁹⁰ 阿根廷 2004 年法律第 29(c) 条；澳大利亚 1958 年法律第 201(a) 至 (c) 条；加拿大 2001 年法律第 36(1) 至 (3) 条。

¹⁹¹ 澳大利亚 1958 年法律第 250(1) 条；白俄罗斯 1998 年法律第 14 和 28 条以及 1993 年法律第 20(3) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 27(1) (a) 和 47(1) (a) 条；西班牙 2000 年法律第 57(7) 和 (8) 条；日本 1951 年政令第 5(4)、5(8) 和 5(9)-2 条；波兰第 1775(2003) 号法律第 88(1) (9) 条；大韩民国 1992 年法律第 11(1) (2)、(1) (8)、46(2)、67(1)、89(1) (5) 条。

¹⁹² 德国 2004 年法律第 53(2) 条；澳大利亚 1958 年法律第 203(1) (c) 条；丹麦 2003 年法律第 22(iv) 至 (vi) 条。

¹⁹³ 哥伦比亚法律第 89(7) 条；日本 1951 年政令第 5(4) 条；肯尼亚 1967 年法律第 3(1) (d) 条。

¹⁹⁴ 加拿大 2001 年法律第 36(2) (b) 至 (c) 条；西班牙 2000 年法律第 57(2) 条；俄罗斯联邦第 115-FZ(2002) 号法律第 7(6)、(9) 6 和 18(9) (6) 以及 1996 年法律第 26(3)、27(3) 条。

¹⁹⁵ 智利 1975 年法令第 15(3)、16(1) 和 65(1) 条。

¹⁹⁶ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 27(1) (a) 和 47(1) (a) 条；瑞士 1931 年联邦法第 10(4) 条。

¹⁹⁷ 加拿大 2001 年法律第 37(1) (b) 条。

¹⁹⁸ 德国 2004 年法律第 53(3) 和 54(2) 条；阿根廷 2004 年法律第 29(c) 条；巴西 1980 年法律第 124(XII) 及 (XIII) 和 127 条；希腊 2001 年法律第 44(1) (a) 条；匈牙利 2001 年法律第 32(1) (c) 条；意大利第 286(1998) 号法令第 4(3) 和 8 条；巴拉圭 1996 年法律第 108(2) 和 111 条。对于某些类别人士，例如修士或外交官，国家可明文豁免以此为由进行驱逐[意大利第 286(1998) 号法令第 4(3) 和 (8) 条]。

¹⁹⁹ 德国基本法第 53(3) 和 54(2)；希腊 2001 年法律第 44(1) (a) 条。

²⁰⁰ 巴西 1980 年法律第 124(XII) 及 (XIII) 和 125-27 条；巴拉圭 1996 年法律第 108(2) 和 111 条。

但不明文规定驱逐。²⁰¹ 对于不涉及非法移民偷渡的案件，法律有时可规定在服刑期满后驱逐。²⁰² 这一驱逐理由可对外国人的所有家庭成员适用。²⁰³

128. 如果法律准许判处外国人驱逐，²⁰⁴ 所宣判的刑罚必须达到一定的严厉程度。²⁰⁵ 在类似案件中，驱逐可(1) 作为独立或附加刑罚适用；²⁰⁶ (2) 取代另一刑罚，或者在缓刑或其他服刑期间进行；²⁰⁷ (3) 在当事人完成缓刑或服刑

²⁰¹ 白俄罗斯 1998 年法律第 26 条。

²⁰² 智利 1975 年法令第 69 和 87 条；美利坚合众国移民和国籍法第 276(c) 条；法国法典第 L621-1、L624-2 和 L624-3 条；意大利第 286(1998) 号法令第 16(4) 和 16(8) 条；巴拉圭 1996 年法律第 108(2) 和 111 条。

²⁰³ 巴西 1980 年法律第 26(2) 条。

²⁰⁴ 阿根廷 2004 年法律第 64(a) 和 (b) 条；澳大利亚 1958 年法律第 200 和 201(a) 至 (c) 条；奥地利 2005 年法律第 3.54(2)(2) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 47(4) 和 57(1)(h) 条；加拿大 2001 年法律第 36(1)(a) 至 (c) 条；中国 1992 年法规第一(1) 和二(1) 及 (2) 条；哥伦比亚法律第 89(1) 条；丹麦 2003 年法律第 22 条；西班牙 2000 年法律第 57(1) 条；美利坚合众国移民与国籍法第 101(a)(48) 和 (a)(50)(f)(7) 条；芬兰 2004 年法律第 149(2) 条；法国法典第 L521-2 条；希腊 2001 年法律第 44(1)(a) 条；日本 1951 年政令第 5(4) 和 24(4)(g)(i) 条；肯尼亚 1967 年法律第 3(1)(d) 条；挪威 1988 年法律第 29(b) 和 (c)；巴拿马 1960 年法令第 37(f) 条；巴拉圭 1996 年法律第 6、7(3) 和 81(5) 条；葡萄牙 1998 年法令第 25(2)(c) 条；大韩民国 1992 年法律第 46(1)(11) 条；瑞典 1989 年法律第 4.2(3) 和 4.7 条；瑞士刑法典第 55(1) 条。这一规范甚至可要求违法行为具有某种性质(例如洗钱、故意和预谋犯罪)[德国 2004 年法律第 53(1) 及 (2) 和 54(1) 条；阿根廷 2004 年法律第 29(c) 和 62(b) 条；巴西 1981 年法令第 101 条和 1980 年法律第 67 条；美国移民和国籍法第 212(a)(2)、237(a)(2) 和 238(c) 条；匈牙利 2001 年法律第 32(1)(e) 条；日本 1951 年政令第 5(9)-2、24(4)(f) 和 (4)-2 条；尼日利亚 1963 年法律第 18(1)(c) 条；波兰第 1775(2003) 号法律第 88(1)(9) 条]。

²⁰⁵ 德国 2004 年法律第 53(1) 及 (2) 和 54(1) 及 (2) 条；阿根廷 2004 年法律第 29(c) 和 62(b) 条；澳大利亚 1958 年法律第 201(a) 至 (c) 条；奥地利 2005 年法律第 3.54(2)(2) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 47(4) 和 57(1)(h) 条；加拿大 2001 年法律第 36(1)(b) 和 (c) 条；丹麦 2003 年法律第 22 条；西班牙 2000 年法律第 57(2) 和 (7) 条；美利坚合众国移民和国籍法第 101(a)(50)(f)(7) 条；芬兰 2004 年法律第 149(2) 条；法国法典第 L521-2 条；希腊 2001 年法律第 44(1)(a) 条；匈牙利 2001 年法律第 32(1)(e) 条；日本 1951 年政令第 5(4) 和 24(4)(g) 及 (i) 条；挪威 1988 年法律第 29(b) 和 (c)；巴拉圭 1996 年法律第 6(4)、7(3) 和 81(5) 条；葡萄牙 1998 年法令第 25(2)(c) 条；瑞典 1989 年法律第 4.7 条；瑞士刑法典第 55(1) 条。如果驱逐是在驱逐国宣判后进行，量刑标准可参考审案法庭的声明[澳大利亚 1958 年法律第 201(a) 至 (c) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 57(1)(h) 条]。如果是外国法庭作出宣判，适用法律时可考虑驱逐国对该违法行为宣判的刑期[阿根廷 2004 年法律第 29(c) 和 62(b) 条；加拿大 2001 年法律第 36(1)(b) 和 (c) 条；西班牙 2000 年法律第 57(2) 条；匈牙利 2001 年法律第 32(1)(e) 条；挪威 1988 年法律第 29(b) 和 (c) 条；巴拉圭 1996 年法律第 7(3) 条]。

²⁰⁶ 中国 1978 年法律第 35 条、1998 年法规第 336 条和 1992 年法规第一(1) 条；大韩民国 1992 年法律第 46(1) 条。

²⁰⁷ 阿根廷 2004 年法律第 64(a) 至 (c) 条；西班牙 2000 年法律第 53 和 57(1) 及 (7) 条；意大利第 286(1998) 号法令第 16(1)、(4)、(8) 和 (9) 条；日本 1951 年政令第 62(3) 至 (5) 和 63 条；大韩民国 1992 年法律第 85(2) 条；瑞士刑法典第 55(2) 至 (4) 条。

完毕，²⁰⁸ 或者因刑事诉讼实际或即将开始而被羁押之后获释时进行；²⁰⁹ (4) 在外国人被判处不构成驱逐的刑罚，或者由于某个其他原因在判罪后没有被驱逐的情况下进行。²¹⁰

129. 国家法律还可将外国人的下列情况作为驱逐理由：(1) 被证实犯有违法行为或以其他方式被判定有罪、²¹¹ 被控告、²¹² 被指控、²¹³ 被通缉、²¹⁴ 被起诉²¹⁵ 或被当场抓获；²¹⁶ (2) 当前²¹⁷ 或曾经²¹⁸ 被怀疑犯有违法行为；(3) 有犯罪记录；

²⁰⁸ 阿根廷 2004 年法律第 62(b) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 47(4) 条；智利 1975 年法令第 57 条；中国 1992 年法规第二(2)及六(1)条和 1998 年法规第 336 条；西班牙 2000 年法律第 57(8) 条；美利坚合众国移民和国籍法第 238(a)(1) 条；法国法典第 L541-1 条；洪都拉斯 2003 年法律第 89(1) 条；日本 1951 年政令第 62(3) 和 63(2) 条；巴拉圭 1996 年法律第 81(5) 和 111 条；波兰第 1775(2003) 号法律第 8(1)(9) 条；大韩民国 1992 年法律第 84(2)、85(1) 及 (2) 和 86(2)；瑞士刑法典第 55(4) 条。

²⁰⁹ 澳大利亚 1958 年法律第 250(3) 至 (5)；白俄罗斯 1998 年法律第 14 条。

²¹⁰ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 47(4)、57(1)(g) 和 (h) 条；哥伦比亚法律第 89(1) 条。

²¹¹ 南非 2002 年法律第 29(1)(b) 条；澳大利亚 1958 年法律第 200 和 203(1) 条；巴西 1980 年法律第 66 条；哥伦比亚法律第 89(7) 条；洪都拉斯 2003 年法律第 89(1) 条；巴拉圭 1996 年法律第 6(5) 条。这一条件可能要求罪行具有某种性质或属于某个类别，例如洗钱或者预谋或故意犯罪 [奥地利 2005 年法律第 3.54(2) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 57(1)(g) 条；加拿大 2001 年法律第 36(1)(a) 和 (b)、(2)(a) 和 (b) 条；智利 1975 年法令第 15(3)、16(1)、63(1)、64(1)、65(1) 和 (2)、66 条；西班牙 2000 年法律第 57(2)、(7) 和 (8) 条；美利坚合众国移民与国籍法第 101(a)(5)(f)(8) 条；俄罗斯联邦第 115-FZ(2002) 号法律第 7(5)、9(5) 和 18(9)(5) 条；法国法典第 L511-1(5) 和 L541-1 条；希腊 2001 年法律第 44(1)(a) 条；瑞士 1931 年联邦法第 10(1) 条。由于可以上诉或复审，这一判决可能会丧失作为驱逐理由的能力。(比较奥地利 2005 年法律第 3.54(2)(1) 条，该条准许在没有终审判决的情况下进行驱逐，以及尼日利亚 1963 年法律第 21(2) 条，该条不准在用尽对判决的一切上诉手段之前根据驱离建议进行驱逐。)

²¹² 奥地利 2005 年法律第 3.54(2)(2) 条；智利 1975 年法令第 15(3)、16(1)、64(1)、65(1) 和 66 条。

²¹³ 巴拿马 1960 年法令第 37(f) 条。

²¹⁴ 南非 2002 年法律第 29(1)(b) 条。

²¹⁵ 巴西 1980 年法律第 66 条。

²¹⁶ 奥地利 2005 年立法第 3.54(2)(2) 条；日本 1951 年政令第 5(4)(8) 条。

²¹⁷ 中国 1978 年法律第 35 条；美利坚合众国移民与国籍法第 212(a)(2)(A) 条；大韩民国 1992 年法律第 67(1) 和 89(1)(5) 条。法律可指明不包括在境外犯下的行为(白俄罗斯 1998 年法律第 28 条)。

²¹⁸ 违法行为可确指某些种类[白俄罗斯 1998 年法律第 14 条；葡萄牙 1998 年法令第 25(2)(d) 条；大韩民国 1992 年法律第 11(1)(2) 和 11(1)(8) 条]，也可以不确指[澳大利亚 1958 年法律第 250(1) 条；白俄罗斯 1993 年法律第 20(3) 条]。

²¹⁹ (4) 有犯罪举动, ²²⁰ 致力从事、²²¹ 着手筹备、²²² 有意实施 ²²³ 或倾向开展 ²²⁴ 犯罪活动; (5) 曾被本国或他国根据某些刑事条款驱逐; ²²⁵ (6) 隶属公认从事犯罪活动的组织。²²⁶

130. 依此理由进行驱逐取决于下列考虑因素: (1) 违法行为发生时, 外国人是或不是公民、²²⁷ 有或没有境内居留或居住许可、²²⁸ 曾获特赦或免于起诉、²²⁹ 或者获得平反; ²³⁰ (2) 违法行为发生时, 外国人在境内没有居留太久; ²³¹ (3) 外国人的国籍会使其遭受驱逐国法律的特别对待;²³² (4) 外国人的国家与驱逐国有特殊关系; ²³³ (5) 外国人通过某些方式入境或在违法行为发生时身处某个地点。²³⁴

131. 国家法律可明确规定外国人被证实犯有违法行为的时间与法律生效日期无关, ²³⁵ 国家法律既可以将, ²³⁶ 也可以不将 ²³⁷ 外国人在从事非法活动的个人或组织帮助下入境作为不可接纳此人的理由。

²¹⁹ 德国 2004 年法律第 53(1) 条; 阿根廷 2004 年法律第 29(c) 条; 美利坚合众国移民与国籍法第 212(a)(2)(B) 条; 俄罗斯联邦第 115-FZ(2002) 号法律第 7(6)、9(6)、18(9)(6) 条和 1996 年法律第 26(3)、27(3) 条; 巴拉圭 1996 年法律第 6(5) 条。

²²⁰ 阿根廷 2004 年法律第 62(b) 条。

²²¹ 智利 1975 年法令第 15(2)、17、63(2) 和 65(1)(3) 条。

²²² 洪都拉斯 2003 年法律第 89(2) 条; 巴拿马 1960 年法令第 37(b) 条; 瑞典 1989 年法律第 3.4(2) 条。

²²³ 葡萄牙 1998 年法令第 25(2)(e) 条; 瑞典 1989 年法律第 4.2(3)、4.7 和 4.11 条。

²²⁴ 巴拉圭 1996 年法律第 6(7) 条。

²²⁵ 日本 1951 年政令第 5(5) 和 2 条。

²²⁶ 南非 2002 年法律第 29(1)(e) 条; 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 57(1)(g) 条; 加拿大 2001 年法律第 37(1) 和 (2) 条。

²²⁷ 澳大利亚 1958 年法律第 201(a) 和 (b)、203(1)(a) 和 (b)、(7)、204(1) 和 (2)、250(1) 至 (3) 条; 巴西 1980 年法律第 74、75 和 76(1) 条。

²²⁸ 澳大利亚 1958 年法律第 201(b) 和 204 条; 奥地利 2005 年法律第 3.54(2) 条; 丹麦 2003 年法律第 22 条; 西班牙 2000 年法律第 57(5) 和 (7) 条; 美利坚合众国移民与国籍法第 238(b) 条; 日本 1951 年政令第 5(9)-2 和 24(4)-2 条; 巴拉圭 1996 年法律第 6(4) 和 (5) 条; 瑞典 1989 年法律第 4.2(3) 条。

²²⁹ 加拿大 2001 年法律第 36(3)(b) 条。

²³⁰ 同上, 第 36(3)(c) 条。

²³¹ 澳大利亚 1958 年法律第 201(b) 条; 奥地利 2005 年法律第 3.54(2)(2) 条; 丹麦 2003 年法律第 22 条; 巴拉圭 1996 年法律第 81(5) 条; 瑞典 1989 年法律第 4.2(3) 条。外国人被囚禁时间或会影响此期间的计算(澳大利亚 1958 年法律第 204 条)。

²³² 澳大利亚 1958 年法律第 201(b)(ii) 条。

²³³ 南非 2002 年法律第 29(1)(b) 条。

²³⁴ 澳大利亚 1958 年法律第 250(1) 条。

²³⁵ 同上, 第 201(a) 和 203(1)(a) 条。

132. 在国家法庭审判的案件中，有许多²³⁸涉及驱逐被证实犯有严重罪行的外国人。

133. 由此看来，各国实践都承认以刑事犯罪为由进行驱逐的有效性。不过，或许有必要以同样方式，从以下角度审议不提及这一理由的实践做法：(1) 违反国家法律行为的严重性；(2) 透过违法行为的策划、筹备、煽动或密谋实施过程看清违法行为的性质；²⁴⁰ (3) 对违法行为从简单怀疑到最终判决的举证规范；²⁴¹

²³⁶ 同上，第 250(1)(a) 条。

²³⁷ 加拿大 2001 年法律第 37(2)(b) 条。

²³⁸ 1933 年，加拿大最高法院不得不就以下情况作出裁决：对于服满刑期或者获得赦免（皇家特赦）者，可否因其曾被判决而宣布其不受欢迎或者剥夺其权利并将其驱逐。法院裁定，服完对所犯罪行的刑罚并不排除按照其后行政程序予以驱逐的可能性。《In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings》，加拿大最高法院 1933 年 3 月 15 日和 29 日的裁定，《Annual Digest and Reports of Public International Law Cases》，1933 和 1934 年，H. Lauterpacht（主编），第 135 号案件，第 328-330 页。另见意大利宪法法院 1995 年第 58 号判决（宣布关于驱逐判决后服满刑期而且未发现仍有危险的外国人的条款违反宪法）；意大利宪法法院 1994 年 2 月 24 日第 62 号判决（确认三年徒刑缓期执行以便将判决后的外国人驱逐出境的做法符合宪法）。

²³⁹ “Ceskovic 诉移民与族裔事务部长”案，联邦法院总务司，1979 年 11 月 13 日，前注所述《国际法案例汇编》，第 627-634 页（因暴力罪行，包括蓄意开枪有意造成严重人身伤害而被判决者）；“Deportation to U.”案（德意志联邦共和国），德意志联邦共和国莱茵兰普法尔茨州最高行政法庭（Oberverwaltungsgericht），1972 年 5 月 16 日，前注所述《国际法案例汇编》，第 613-617 页（因杀人被判决者）；“Urban 诉内政部长”案，前注所述著作，第 340-342 页；“无国籍外国人”案（德国），前注所述著作，第 507 和 508 页（“被判定犯有刑事罪的外国人通常将被驱逐回原籍国。”）。在“Leocal 诉阿什克罗夫特”案中，美国最高法院裁定，违反各州关于酒后驾车的法律，例如佛罗里达州的类似法律，可能含有也可能不含犯罪意图，也有可能只是驾车疏忽，不能被定性为驱逐法中的“暴力犯罪”（“Leocal 诉司法部长阿什克罗夫特等人”案，美国上诉法院第十一巡回法庭，2004 年 11 月 9 日，第 03-5830 号）。有些国家法庭判定，因在境外犯有严重罪行而被判决，足以作为以公共秩序为由下达驱逐令的正当理由。

²⁴⁰ “对于犯有法律禁止行为、可合理认为有违法可能、或者宣称反对这项法律的人士，不论其原籍国对其行为或预期行为的看法为何，均可驱逐出境。” C. H. Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd. rév., Boston, Little Brown and Company, 1947, 第 234 页（引注从略）。

²⁴¹ “驱逐的最常见理由或许是刑事判决。所有国家都保留这项权利，虽然通常只在外国人的存在可能危害公共安全的情况下对现行犯罪案件行使。如果有相当紧迫的公共必要性，特别是违法行为具有政治性质时，可以不经司法判决，透过行政机关下达命令进行驱逐”，前注所述 Edwin M. Borchard 的著作，第 52 页。“若允许入境的外国人的行为或活动违反某些基本规则，即可行使驱逐或驱离的权力。这些行为或活动包括：[……]2. 因严重罪行被判决[……]”，前注所述 Louis B. Sohn 和 T. Buergenthal 的著作，第 90 和 91 页。

(4) 外国人有权获得就针对他的不法举动指称进行反驳的机会；²⁴² (5) 区分违法行为预审程序和驱逐程序的必要性。²⁴³

(c) 判处徒刑

134. 在这种理由中，外国人犯有违法行为或者被判处剥夺自由常常被援引，并且被一些国家列入本国法律。这一驱逐理由相当有年头。十九世纪末二十世纪初的学者们在各自工作中对此没有留下任何疑问。例如，马尔蒂尼认为，“毋庸置疑，被依法判决的外国人首先会危害公共安全，因此，司法判决是驱逐的一个主要原因。为了弄清楚这一点，只要看一看针对因违反相关法令而被起诉者作出的决定就已足够，因为这类外国人在判决后总是被驱逐”。²⁴⁴ 而且，甚至连判处轻罪的外国人也要接受驱逐预审。因此，外国人在第一次判决后就可以被驱逐，即使被判处缓刑也是如此，²⁴⁵ 除非所涉判决无足轻重且所涉轻罪微不足道，或者其性质对公共秩序不构成危险。²⁴⁶

135. 或许是受人权蓬勃发展的影响，大多数国家的实践如今都变得温和，以至于对外国人的判决虽然通常仍是一个驱逐理由，但只有在因违法行为而被判处剥夺自由的情况下才被用于这个目的，而且违法行为的严重程度在各个国家可能各有不同。

136. 对法律的比较研究显示，这一理由在德国、比利时、丹麦、法国、意大利、葡萄牙和联合王国等国立法中都有存在。的确，某些刑事判决在德国、²⁴⁷ 比利时、²⁴⁸ 丹麦、²⁴⁹ 意大利、²⁵⁰ 葡萄牙²⁵¹ 和联合王国²⁵² 均可引致驱逐决定。作出剥夺自由的判决、这一判决的刑期、或者对特定违法行为的判决，都可以作为驱逐决定的依据。在法国境内犯有违法行为的外国人不仅要因为这一违法行为

²⁴² “为尽量减少不人道及任意地行使这一权力，许多国家间条约明确规定，[……]被驱逐者应有机会为自己辩解[……]”，前注所述 Edwin M. Borchard 的著作，第 56 页。

²⁴³ “有人认为，刑事起诉的权利以及驱逐或驱离的权利不是同时发生的权利；两个程序必须依次进行”，同上，第 52 页（引述“美国诉 Lavoie”案，182 Fed. Rep. 943；以及法国 Mgr Montagnini 案，14，《国际公法概览》（1907 年），175；J. Challamel，载于 1907 年 3 月 12 日《辩论日报》，国际法杂志(Clunet) (1907) 34 转载，第 331 至 334 页）。

²⁴⁴ 前注所述 Alexis Martini 的著作，第 55 页。

²⁴⁵ 同上，第 55-56 页。

²⁴⁶ 法国内政部 1893 年 7 月 20 日通告，由 Alexis Martini 引述，前注所述著作，注 1，第 55-56 页。

²⁴⁷ 见 1990 年外国人管理法，特别是第 45 至 48 条。

²⁴⁸ 见 1980 年 12 月 15 日关于外国人入境、居留、定居和离境的法律，特别是第 20 至 26 条。

²⁴⁹ 见 2002 年 7 月 17 日外国人管理法，特别是第四章。

²⁵⁰ 见 1998 年 7 月 25 日关于驱逐外国人的第 286 号法令（经 2002 年 7 月 30 日法律修订）。

²⁵¹ 见 1998 年 8 月 8 日关于外国人法律制度的第 244 号法令。

²⁵² 见 1971 年移民法，特别是第 3、5、6 和 7 条，以及第 13 章。

被依法判刑，还有可能被遣返原籍国。此处需要强调的是，所涉外国人是拥有合法居留凭证的成年人。

137. 总体而言，已作研究的各国除比利时外，都认可双重处罚原则，即判处剥夺自由的同时作出司法或行政驱逐决定。²⁵³ 另外，在德国和比利时，外国人的犯罪前科可引致以威胁公共秩序为由对其采取驱逐措施。²⁵⁴ 双重处罚的判决通常由主管当局斟酌作出。不过，德国法律对必然引致驱逐的违法行为作了界定，而意大利和葡萄牙法律则对属于受保护类别的外国人排除适用双重处罚，²⁵⁵ 这些人只有在威胁公共秩序的情况下才可以被驱逐。比利时、²⁵⁶ 丹麦、²⁵⁷ 意

²⁵³ 见法国参议院工作文件，比较立法系列报告，《La double peine》，2003年2月第LC 117号，比较立法研究司法律研究处，2003年2月11日，网址：<http://www.parlement.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?geshid=19973467>，第20页。文件同时发表于参议院网站：<http://www.senat.fr/europe>。

²⁵⁴ 同上。

²⁵⁵ 根据德国法律，保护主要取决于外国人所持居留凭证的性质。保护不妨碍驱逐，但在外国人对公共安全构成严重威胁时，特别是在第47条第1款所述的假定情况中，保护限制了关于驱逐外国人的条款的适用。就第47和第48条而言，受保护的外国人是指：

- 持有无限期、无条件居留凭证的；
- 持有无限期居留许可，出生在德国或者未成年时即已来到德国的；
- 持有无限期居留许可，与属于以上两类之一的外国人结婚(或“订有同居协议”)的；
- 享有庇护权，或者难民地位获得承认的；
- 持有为紧急人道主义原因发放的特殊居留凭证的。此外，在有德国国籍者的家庭中生活的外国人享受同样的保护。

²⁵⁶ 下列人士在比利时受保护：

- 在比利时连续居留不少于十年的外国人；
- 满足通过选择或声明获得比利时国籍，或者在失去比利时国籍后予以恢复的条件的外国人；
- 由于结婚等原因失去比利时国籍的妇女；
- 比利时公民的未分居配偶；
- 丧失劳动能力的外国人。

2002年7月的一份通告补充如下：在比利时居留不少于二十年的外国人；在比利时出生或者在十二岁前来到比利时的外国人；被判处五年以下徒刑的一家之主。只有特殊情况(婴童、重大贩毒、有组织犯罪)才可以作为驱逐这些外国人的理由。

依照1980年法律成立的特设协商委员会对所有驱逐请求发表意见，该委员会确定的其他保护因素包括：考虑当事人融入比利时社会的程度(就业、社团活动、声誉……)、与原籍国联系的性质、重犯的可能性。

²⁵⁷ 在丹麦，理论上哪个类别都不受保护。由于缺乏一个这样的条款，尤其无法按照外国人在该国的居留时间，有区别地适用司法驱逐决定。此外，法律第26条列举了在采取驱逐措施前需要考虑的因素。

- 融入丹麦社会的情况(工作、培训、掌握语言、参加社团活动……)；
- 当事人来到丹麦时的年龄；

大利、²⁵⁸ 葡萄牙、²⁵⁹ 联合国²⁶⁰ 也适用这一“损害”或“严重损害”公共秩序的标准。换言之，这些类别的人不能遭受双重处罚。

- 在丹麦的居留时间；
- 外国人的年龄、健康状况和其他个人资料；
- 与丹麦居民的联系；
- 与原籍国的关系；
- 返回原籍国或其他国家可能遭受的风险。

但法律规定，如果驱逐是因为违反毒品方面的立法或者该法所列任何一种违反刑法行为被判决所致，这些个人因素都将不予考虑，除非该外国人与丹麦社会有着特别密切的联系。

²⁵⁸ 根据意大利 1998 年关于移民管制的法令第 19 条，不得对属于以下类别的外国人作出任何司法驱逐的决定：

- 不足 18 周岁的未成年人；
- 居留卡持有者；
- 与第四亲等以内，包括第四亲等的意大利籍亲属共同生活的人；
- 意大利公民的配偶；
- 孕妇或产后不足六个月的妇女。的确，这些外国人只有在对公共秩序和国家安全构成威胁的情况下，才会成为行政驱逐决定的对象。

²⁵⁹ 在葡萄牙，驱逐作为附加处罚对属于以下类别之一的外国人不适用：

- 出生在葡萄牙并且在葡萄牙拥有惯常住所的；
- 作为居住在葡萄牙的未成年儿童的父母，承担他们教育责任的；
- 从 10 岁起在葡萄牙定居的。

这项规定在 2001 年条文通过之前并不存在，但已于 2000 年 9 月由共和国议会通过的委托法作出明确规定。议会当时授权政府修订 1998 年法令，条件是将这三类外国人排除出这一附加处罚的适用范围。

²⁶⁰ 在联合国，1971 年法律规定，任何因刑事违法行为引致的驱逐对 1973 年 1 月 1 日居住在联合王国的英联邦公民不适用，条件是判决之时他们至少已在联合国连续居住五年。

对于轻罪犯人的驱逐，移民规则要求考虑以下因素：

- 年龄；
- 在联合王国的居留时间；
- 与联合王国的联系紧密程度；
- 个人特征(品行、就业……)和家庭特征；
- 司法前科；
- 人道主义理由；
- 有利证据。

对于家庭成员的驱逐，移民规则也建议考虑这些因素，同时还要考虑当事人满足自身需要的可能性和驱逐的后果，特别是上学方面的后果。

138. 在所有情况中，驱逐主管当局都拥有很大的自主权。例如在德国，当驱逐并非必然之举时，行政当局在宣布驱离轻罪犯人之前，尤其要考虑该外国人的居留时间和驱逐的后果。意大利和葡萄牙在轻罪犯人不属于受保护类别时也是采取相同做法。同样，在比利时、丹麦和联合王国，关于外国人的法律明确规定，在没有考虑外国人与其所在社会相融程度的情况下，不可采取任何驱逐措施。联合王国有一个特殊之处，即刑事法官下令但最终由内政大臣采取的驱逐措施，可扩大适用于在财政上依赖犯有轻罪外国人的家庭成员。²⁶¹

139. 可以看到，许多国家过去和近期的实践都将判处剥夺自由视为驱逐的一个理由。有些国家在过去的实践中还添加了种种其他理由，其中有些理由如今不为国际法承认。说实话，实践从总体上看相当累赘纷杂，国与国之间常常有差异，承认或禁止某种理由的原则也通常是建立在理论立场之上，而非条约规定或清晰确立的国际判例。因此，下文各段将介绍过去或当前经常被各国援引的种种其他理由，并从国际实在法的角度审查这些理由的相符合、可接受或违禁程度。

140. 国际法学会在前文所述 1892 年决议第 28 条中曾经列举可驱逐外国人的十点理由。这些理由既反映了各国法律实践，²⁶² 也体现了当时的主导理论立场，值得全文转述：

“下列人士可予驱逐：

1. 违反外国人入境管理条例，以欺诈手段入境的外国人；但如无其他驱逐理由，则其入境六个月后，即不得予以驱逐；
2. 违反严格禁令，在境内建立住所或居所的外国人；
3. 在入境时患有对公共健康构成威胁的疾病的外国人；
4. 行乞、流浪或依靠政府援助为生的外国人；
5. 经国家法庭判定犯有重罪的外国人；

²⁶¹ 见前注所述法国参议院工作文件，第 21 页。

²⁶² 其中包括：法国(刑法典和 1849 年 12 月 3 日法律)；比利时(1885 年 2 月 9 日法律、1891 年 11 月 27 日法律、1897 年 2 月 12 日法律)；西班牙(1852 年 11 月 17 日皇家法令、1858 年 6 月 26 日皇室令)；英国(1905 年 8 月 11 日外国人法案)；希腊(1885 年 6 月 24 日刑法典)；意大利(1859 年刑法典、1888 年 12 月 22 日法律、1889 年 6 月 30 日法令及条例、1926 年 11 月 6 日第 1848 号皇家法令(批准公共安全法统一条文，其中第五编标题为“外国人的居留与驱逐”)；卢森堡(1893 年 12 月 30 日法律)；荷兰(1849 年 8 月 13 日法律)；葡萄牙(1912 年 7 月 20 日法律和 1927 年 7 月 1 日法令)；罗马尼亚(1881 年 4 月 7 日法律、1990 年 8 月 2 日条例)；瑞士(1919 年 11 月 17 日法令)；美利坚合众国(1907 年 2 月 20 日、1917 年 5 月 1 日、1918 年 10 月 16 日、1920 年 5 月 10 日和 6 月 5 日法律)；古巴(1919 年 2 月 19 日法律)；哥斯达黎加(1894 年 7 月 18 日法律)；巴西(1908 年 1 月 7 日法律)；委内瑞拉(1925 年 7 月 25 日法律)。由 Charles De Boeck 在前注所述著作中引述，第 480-481 页。

6. 在他国因犯重罪而被定罪或要受起诉的外国人，而所犯罪行依所在国法律或根据该国与其他国家签订的引渡协定可作为引渡理由；

7. 被判犯有煽动危害公共安全的严重罪行的外国人，即使此种煽动本身按领土国立法不受惩罚，而且此种罪行只是要在他国实施；

8. 在所在国境内犯有或严重涉嫌犯有利用新闻媒体或以其他手段攻击他国或他国元首或机构的罪行的外国人，但条件是本国国民在国外对本国这样做依照驱逐国的法律可受惩罚；

9. 在所在国境内逗留期间在外国新闻媒体攻击或侮辱该国政府、国家或国家元首的外国人；

10. 在战时或在战争迫在眉睫时的所作所为危害国家安全的外国人。”

141. 上述理由大多属于公共秩序或公共安全范畴，或者可与这些范畴建立联系。这种联系在对具有一定严重性违法行为的判决案件中被明确提及，在行乞、流浪、放荡和无序生活的案件中也有所附带或暗示。

142. 然而，难点源于有些国家在立法上模糊用词，有时在公共秩序和公共安全的理由之外又加上“公共安宁”，不清楚能否将其与公共秩序方面的理由真正区分开来。相反，公共秩序和公共安全与公共健康之间的区别则显得较为明确。总体而言，各国法律提出了一连串或多或少自主决定的其他理由，似应全部加以介绍，而不去预判这些理由与公共秩序或公共安全方面的理由是否存在联系。

(d) 未履行行政手续

143. 有些国家将未履行更换居留卡或任何其他身份证件的手续作为驱逐在其境内合法居留的外国人的理由。虽然一般国际法没有这方面的规则，任由各国斟酌决定这类手续，但在欧共体范围内却有所不同，成员国国民享有在欧共体空间自由流动的权利。的确，“与刑事判决本身不会对公共秩序构成威胁并因此不会自动引致驱离措施一样，未履行行政手续就其本身而言，不足以扰乱公共秩序或安全并因此成为驱逐的理由”。²⁶³ 欧共体法律就是这个意思。第 64/221 号指令第 3 条第 3 款规定：“获准进入接收国和发放居留凭证的身份文件失效，不得作为驱离出境的理由”。²⁶⁴ 从该指令的前一款²⁶⁵ 以及欧共体法院的解释看，这一规则是不言而喻的，但其适用问题不少，需要予以明确。

²⁶³ 见前注所述 Anne-Lise Ducroquetz 的著作，第 119 页。本节(d)是在该学者的著作(第 119-123 页)启发下编写。

²⁶⁴ 欧洲理事会关于协调以公共秩序、公共安全和公共健康为由针对外国人旅行和居留的特别措施的 1964 年 2 月 25 日第 64/221/CEE 号指令，1964 年 4 月 4 日第 56 期官方公报，第 850 页。

²⁶⁵ 欧洲理事会 1964 年 2 月 25 日第 64/221/CEE 号指令第 3 条第 2 款规定：“仅仅存在刑事判决，不会自动引致这些[公共秩序或公共安全方面的]措施”。

144. 1964年指令因此成为1976年Royer案²⁶⁶的关键。Royer先生是法国国民，居留比利时期间与在当地开咖啡馆的妻子住在一起。由于没有完成必要的居留行政手续，比利时主管当局勒令他离境。欧共体法院在先决审查中裁定，成员国国民进入另一成员国并在当地居留的权利是“依条约取得的权利”。²⁶⁷随后，法院根据第68/360和64/221号指令得出结论，认为欧共体国民只是未履行外国人入境、旅行和居留的手续，“单就其本身而言，既不能作为驱离措施的理由，也不能作为为此措施而临时羁押的理由”。²⁶⁸这一判例表明，从这些指令的角度看，“进入[本国以外成员国]领土所使用的护照失效”或者居留许可缺失，不得作为下令驱逐的理由。²⁶⁹同样，未履行国家规章所定关于申报和登记的行政手续，也不能引致驱逐。²⁷⁰对于受欧共体法律保护的人士，驱逐不符合条约条款，因为驱逐是对欧共体条约第39至55条以及相关执行文书赋予并提供保障的自由流动权利的否认。²⁷¹

145. 法院在Royer案中明确指出，此类行为本身不会对公共秩序和公共安全构成损害。法院声明，为公共秩序和公共安全作出保留不是“取得入境和居留权的前提条件”，但有助于“对行使直接源于公约的权利进行制约”。²⁷²法院接着表示，成员国可以“在秩序和安全需要由于除未履行外国人管制方面的手续以外的原因而成为焦点的情况下，将其他成员国的国民驱离出境”。²⁷³换言之，不遵守与入境和居留有关的法律，“本身不会对公共秩序或公共安全构成威胁”。²⁷⁴因

²⁶⁶ 欧共体法院1976年4月8日对Jean-Noël Royer案的判决，案件编号C-48/75，《汇编》第497页；H. Mayras大律师1976年3月10日发表的结论，《汇编》第521页。

²⁶⁷ 同上，第39点。

²⁶⁸ 同上，第51点。

²⁶⁹ 见G. Karydis, “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, 《欧洲法律季刊》，第6页。1997年，由西蒙娜·韦伊女士担任主席的人员自由流动问题高级别小组不得不再次强调，与有关成员国通常的做法相反，不持有效居留卡就其本身而言，决不会导致驱离威胁。见1998年7月1日委员会就人员自由流动问题高级别小组各项建议落实情况给欧洲议会和理事会的信中所附的该小组1997年3月18日的总结报告，COM(1998) 403 final。该报告的摘要载于《Agence Europe》，欧洲文件，第2030号，1997年4月9日；另见F. Gazin的说明，《Europe》，1997年5月，第5期，第133号评论，第9页。

²⁷⁰ 见欧共体法院1976年7月7日对“Lynne Watson et Alessandro Belmann”案的判决，案件编号C-118/75，《汇编》第1185页；A. Trabucchi大律师1976年6月2日发表的结论，《汇编》第1201页。

²⁷¹ 同上，特别是第20点。

²⁷² 欧共体法院1976年4月8日对前注所述Royer案的判决，第29点。

²⁷³ 同上，第41点。

²⁷⁴ 前注所述G. Karydis的著作，《L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire……》，第6页。

此，任何只以此类违规作为理由驱离另一成员国国民的决定，都与欧共体法律相悖。

146. 欧共体法院的判例在这一点上得到了第 2004/38 号指令²⁷⁵ 的认可，其中第 15 条第 2 款复述第 64/221 号指令第 3 条第 3 款确立的规则，规定“当事人获准进入东道成员国并取得登记证或居留卡的身份卡或护照过期，不构成足以让该成员国采取驱离措施的理由”。此外，第 5 条第 5 款和第 8 条规定，东道成员国可要求在其境内居留时间超过三个月的欧盟公民作出相关通报并到主管当局登记备案，但未履行这些义务只会受到“非歧视性的相称处罚”。²⁷⁶ 换言之，未履行行政手续作为一种违规行为，其严重程度不足以让有关成员国下令驱逐。

147. 根据这一立场，法院对荷兰根据 2000 年外国人管理法为驱逐一名未出示身份证件的法属国民而采取羁押措施给予处罚。首先，法院明确指出，出示身份卡只是一个“行政手续，其唯一目的是让国家当局确证直接出自当事人身份的权利”。²⁷⁷ 其次，法院重申，“只以当事人未履行与外国人管制有关的法律手续为依据采取监禁或驱离措施，从本质上损害了欧共体法律直接赋予的居留权，与这一违规行为的严重性显然不相称”。²⁷⁸ 的确，“第 73/148 号指令准许成员国对其他成员国国民的居留权进行制约，只要有公共秩序、公共安全或公共健康方面的正当理由”。²⁷⁹ 但法院在此处再次援引 Royer 案判例，“未履行与外国人入境、旅行和居留有关的法律手续，本身不构成对公共秩序和安全的损害”。²⁸⁰ 因此，为了驱离目的以未出示有效身份卡或护照为由对另一成员国国民采取羁押措施，对自由提供服务构成无理障碍，所以也违反《欧共体基本法》第 49 条。²⁸¹

²⁷⁵ 欧洲议会和理事会关于欧盟公民及其家属在成员国境内自由流动和居留权利的 2004 年 4 月 29 日第 2004/38/CE 号指令，《欧洲联盟官方公报》，2004 年 4 月 30 日第 L 158 号，第 77 页；2004 年 6 月 29 日第 L 229 号官方公报更正表，第 35 页；对 2005 年 7 月 28 日第 L 197 号官方公报更正表的更正，第 34 页。

²⁷⁶ 第 5 条第 5 款也适用于不是成员国国民的家属。这些家属如果不履行为三个月以上的居留申请居留卡或者永久居留卡的义务，也受到同样的保护（第 2004/38 号指令第 9 条第 3 款和第 20 条第 2 款）。

²⁷⁷ 欧共体法院 2005 年 2 月 17 日对“Salah Oulane 诉外国人与移民事务部长”案的判决，案件编号 C-215/03，第 24 点，《汇编一》第 1245 页；M. P. Léger 大律师 2004 年 10 月 21 日发表的结论，《汇编一》第 1219 页。在第 2004/38 号指令中，欧共体立法机构将有效身份卡或护照视同为一个形式（参见第 9 点理由）。

²⁷⁸ 同上，第 40 点。

²⁷⁹ 同上，第 41 点。关于这一点，见欧共体法院 2003 年 1 月 16 日对“委员会诉意大利”案的判决，案件编号 C-388/01，《汇编一》第 721 页，第 19 点。

²⁸⁰ 欧共体法院 2005 年 2 月 17 日对前注所述 Salah Oulane 案的判决，第 42 点。

²⁸¹ F. Kauff-Gazin 女士对欧共体法院将第 73/148 号指令作为评判游客流动和居留权利的依据提出质疑，因为自 1990 年 6 月 28 日起已有一项关于居留权利的总括性指令，即第 90/364/CEE

148. 此外，法院在 2006 年 3 月 23 日的判决中裁定，由于未在规定时间内提供获取居留凭证所需的文件而自动下达驱离命令，与欧共体法律相悖。²⁸² 这一推论属于欧共体法律的范畴，不能扩大到对欧共体以外外国人进行驱逐的权利，但从中可以看到，扩大适用已有开始的趋势。随着一体化现象在世界许多区域竞相发展，欧共体的经验常常被其他同类一体化努力引以为鉴，这一趋势也变得更加容易预见。

(e) 公共健康

149. 以公共健康为由进行驱逐这个概念包含哪些内容？是不是要考虑任何病人都可因此予以驱逐？还是只涉及重病患者？或是故意或非故意传播传染病的人？

在过去和近期文书中，公共健康看来都被作为驱逐的一个具体理由。例如，根据 1923 年 7 月 23 日以大英帝国、法国、意大利、日本、希腊、罗马尼亚、塞尔维亚-克罗地亚-斯洛文尼亚国为一方和以土耳其为另一方签订的《洛桑和约》所载《关于地位安排和司法管辖的公约》第 7 条，土耳其“保留通过个别措施，在依法判决之后，或者根据关于道德执法、卫生执法或行乞执法的法律或条例，或者以国家内部或外部安全为由，驱逐其他协约国国民的权利，其他协约国承诺随时接收这些人和他们的家属。驱逐将在符合卫生和人道的条件下进行”。²⁸³

150. 国家在评判公共安全或公共健康方面是否存在引致驱逐外国人的理由时可以有相当大的自由。²⁸⁴

151. 十九世纪末二十世纪初的各国法律也提到这些问题的这些答案。鉴于公共健康是国家保全的首要关切，许多国家法律规定驱逐“患有流行性或传染性疾病的 外国人”²⁸⁵。例如，美国 1907 年 2 月 20 日关于入境移民的法律规定：“拒绝以下 各类外国人进入美国：白痴者、低能者、弱智者、癫痫患者、精神病患者、过去五 年曾患精神病者；……贫穷者；可能成为公共负担者、职业乞丐；结核病患者……；

号指令(1990 年 7 月 13 日第 L 180 号官方公报，第 26 页)。参见 F. Kauff-Gazin, 《Europe》，2005 年 4 月第 4 期，评论 127，第 13-14 页。

²⁸² 欧共体法院 2006 年 3 月 23 日对“委员会诉比利时王国”案的判决，案件编号 C-408/03，第 72 点，《汇编一》第 2663 页。M. D. Ruiz-Jarabo Colomer 大律师 2005 年 10 月 25 日发表的结论，《汇编一》，第 2650 页。对于欧盟公民，第 2004/38 号指令规定，以向东道成员国当局登记取代居留凭证(第 8 条)。

²⁸³ 该公约条文刊登于《Journal du droit international》，L 册，1923 年，第 1098 页。

²⁸⁴ 在 1934 年上西里西亚仲裁法庭审理的 Hockbaum 案中，法庭认为，当驱逐的理由涉及公共安全时，法庭一般不去修改国家主管当局的决定。《Decisions of the Tribunal》，第 5 卷，no 1, p. 20ff; AD, 7(1933-34), no 134; ZöV, 5(1935), 第 635 至 655 页。另见前注所述“Re Rizzo and Others (No 2)”案，第 500 和 507 页；前注所述“Agee 诉联合王国”案，第 164 页；前注所述“R. 诉内政大臣，ex parte Hosenball”案，第 944 页。

²⁸⁵ 前注所述 Charles De Boeck 的著作，第 545 页。

因重罪或其他卑劣罪行或违法行为被判刑者；……无政府主义者……；妓女……；招徕或试图招徕妓女或女孩卖淫者；被以提供或承诺提供工作的方式劝说或怂恿进入该国担任所谓合同工人者，不论其是否有技能……”。²⁸⁶ 当然，违反这些条款入境的外国人可予驱逐。²⁸⁷ 虽然这一措施“可能会显得不人道，或至少太严厉”，但夏尔·德博克指出，“美国当今的主流趋势和 1905 年英国所采取的都是挑选和排除制度；不驱逐对公共健康构成危害的外国人，而是阻止这类人入境”。²⁸⁸ 这种在边界排除的做法如此有条不紊，以至于英国在实施 1905 年外国人法案后的前六年没有驱逐任何病人。然而，对于入境时身体健康、入境后患上流行性或传染性疾病的人，他们作为周边环境的受害者，没有带入病菌却被驱逐，又该作何解释？或许只有认同德博克在这方面的观点：如此驱逐“不人道”。²⁸⁹

152. 近些年来，获得性免疫缺陷综合症(艾滋病)的流行在以公共健康为由驱逐外国人方面引出了一个新问题。有学者指出，人员国际往来助长了这一流行病的全球蔓延。²⁹⁰ 感染艾滋病毒/艾滋病可作为公共健康方面拒绝外国人入境的一个有效理由，²⁹¹ 但这些限制自由流动的措施如何才算合理却存有疑问，²⁹² 正如居伊·古德温-基尔所言：

“世界卫生组织早就认为，艾滋病毒/艾滋病对公共健康不构成威胁。(……)。

在这些情形中，艾滋病毒排查似乎有两个功能，但无一是为了满足健康或经济所需(……)。的确，排查在防止艾滋病毒传播方面作用有限人所共知，包括从感染到出现抗体之间的“潜伏期”，而各国不愿对回国公民进行分析检测，即使他们从“风险”地区回国，也是众所周知的事实。(……)。正如一位评论家所指出，要求进行艾滋病毒排查检测的国家通常接收患病的难民在

²⁸⁶ 关于这项法律，见 P. Goule, “L’immigration aux Etats-Unis et la loi du 20 février 1907”, 《国际私法评论》(Clunet), 1908 年, 第 372 页起。

²⁸⁷ 见前注所述 Alexis Martini 的著作, 第 65 页。

²⁸⁸ Ch. De Boeck, 同前, 第 545 页; 具体例子在第 545-549 页。

²⁸⁹ 同上, 第 550 页。

²⁹⁰ “因为，血液或血液制品作为载体对全球流行的作用相对较小，除此之外，艾滋病毒主要通过人员流动传播”，见 Mary Haour-Knipe 和 Richard Rector (主编) 的《Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS》，伦敦/布里斯托尔，Taylor & Francis, 1996 年, 第 viii 页。

²⁹¹ “国家可要求任何欲入境者持有健康证书或某些传染病疫苗接种证书。证书必须符合接收国通常借鉴联盟或区域组织所定国际规范制订的国家规范。这些条例适用于所有旅行者或来自特定区域的旅行者，目的是防止疾病传播。[……]世界卫生组织条例规定，成员国可采取检疫措施防范四种疾病，即霍乱、鼠疫、黄热病和天花。[……]在这份传染病清单上现已增添‘艾滋病’(获得性免疫缺陷综合症)”，Louis B. Sohn 和 T. Buergenthal (主编)，“The Movement of Persons across Borders”，《跨国法律政策研究》，第 23 卷，华盛顿哥伦比亚特区，美国国际法学会，1992 年, 第 64 页。

²⁹² 第 152 至 165 段取自前注所述《驱逐外国人——秘书处的备忘录》，第 394-407 段。

该国定居，即使这些难民的病情可能引致的公共开支远远高于艾滋病患者可能造成的开支，因此，以费用为由进行排查的说法不攻自破”。²⁹³

153. 这又引出一个问题：对于患有此病的外国人，能否以公共健康或公共安全为由予以驱逐？应当注意的是，国家拥有以公共健康为由进行移民管制的酌处权，与驱逐外国人相比，这种权力在拒绝外国人入境时或许更为广大。²⁹⁴在这方面，可以参考对当事人的人权进行的审查。²⁹⁵ 需要考虑的标准包括外国人的病情发展状况以及他拥有国籍或很可能被驱逐前往的国家的医疗卫生状况或治疗能力。²⁹⁶

154. 在欧洲联盟，公共卫生考虑是驱逐欧盟公民及其家庭成员的一项有效理由。2004年4月29日欧洲议会和欧洲理事会2004/38/CE号指示第27条就是针对此点。指示第29条界定因公共卫生理由可将公民与领土隔离的各种疾病。应注意的，公民于抵达接待国领土超过三个月后才宣布的疾病不能成为隔离的理由。第29条规定如下：

“1. 有理由限制自由流动措施的疾病指世界卫生组织相关文书界定为可能是流行性的疾病，以及接待国为保护其国民而规定的其他感染性疾病或寄生虫病。

2. 抵达三个月后发生的疾病不得成为与领土隔离的理由。

3. 如果有严重迹象显示须予隔离，成员国可让居留权受益者在其抵达三个月内接受免费身体检查，以确定是否染有第1款所针对的疾病。这种身体检查不得具系统性的性质。”

²⁹³ Guy S. Goodwin-Gill, “AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions”, 载于前注所述 Mary Haour-Knipe 和 Richard Rector (主编) 的著作, 第 63 和 64 页。

²⁹⁴ “各国在确定驱离或驱逐已入境者的理由方面也有很大的酌处权。在实践中，驱逐的理由通常比拒绝入境的理由更加有限。例如，在境内染上传染病本身成为驱离理由的可能性较小，而如果入境前已经染上同一疾病，则有充足理由拒绝其入境”，David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, 载于 Alexander T. Aleinikoff 和 V. Chetail (主编) 的《Migration and International Legal Norms》，T.M.C. Asser Press, 2003 年，第 34 页。

²⁹⁵ 见 Stephanie Palmer, “AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights”, 《欧洲人权法评论》，第 5 卷，2005 年，第 533-540 页；前注所述 Guy S. Goodwin-Gill 的著作，第 50-69 页。

²⁹⁶ “人权方面会产生一个重要问题：将当事人遣返他可能无法获得充分健康服务的国家，是否构成不人道或有辱人格的待遇？欧洲人权法院在许多案件中对这类问题作了考虑。在大多数情况下，遣返是允许的。[……]因此，标准似乎是[当事人的]病情和原籍国的状况[……]。最后，非公民以疾病和原籍国缺乏医疗基础设施为由对驱逐提出的申诉，只有在特殊情况下才有可能胜诉”。Peter Van Krieken, “Health and Migration: The Human Rights and Legal Context”, 载于前注所述 Alexander T. Aleinikoff 和 V. Chetail (主编) 的著作，第 289、301 和 302 段。

155. 许多国家的立法都以公共卫生考虑为驱逐外国人的一项有效理由。²⁹⁷ 国家可驱逐或推回任何外国人：(1) 染列档或特别指定的疾病、²⁹⁸ 先天性疾病、²⁹⁹ 残疾病、³⁰⁰ 慢性病、³⁰¹ 流行性疾病、感染性疾病、传染性疾病或传播性疾病，³⁰² 或科学上对社会有害的疾病；³⁰³ (2) 染艾滋病毒/艾滋病、³⁰⁴ 结核病、³⁰⁵ 麻风病、³⁰⁶ 或性病；³⁰⁷ (3) 患机能不全；³⁰⁸ (4) 患精神病、精神不健全³⁰⁹ 或精神迟钝；³¹⁰ (5) 酗酒或吸毒；³¹¹ (6) 老龄、³¹² 健康状况严重。³¹³ 国

²⁹⁷ 关于这点的国内立法和判例研究，摘自“关于驱逐外国人的研究报告。秘书处备忘录“前引，第392-399段。

²⁹⁸ 南非，2002年法，第21(1)(a)条；白俄罗斯，1998年法，第14、15、20条；智利，1975年法令，第15(5)条、第64(4)条、第65(1)条，第66条；中国，1986年条例，第7(4)条和第20条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(3)条，第9(3)条第18(9)条；希腊，2001年法，第44(1)(c)条；日本，1951年法令，第5(1)条和第7(4)条。

²⁹⁹ 巴西，1981年法令，第52(=)条；巴拉圭，1996年法，第6(3)条和第7(2)条。

³⁰⁰ 巴西，1981年法令，52(=)条。

³⁰¹ 巴拉圭，1996年法，第6(3)条和第7(2)条。

³⁰² 南非，2002年法，第29(1)(a)条；中国，1986年条例，第7(4)条和第20条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(A)条和第232(a)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(3)条、9(3)条和第18(9)条；日本，1951年法令，第5(1)条、7(4)条；巴拿马，1960年法令，第37(d)条；巴拉圭，1996年法，第6(1)、7(1)条；大韩民国，1992年法，第11(1)(1)、(1)(8)条和第46(1)(2)条。

³⁰³ 肯尼亚，1967年法，第3(1)(c)(=)条；尼日利亚，1963年法，第50(d)条。

³⁰⁴ 中国，1986年条例，第7(4)条和第20条；美利坚合众国，移民和国籍法第212(a)(1)(A)(i)(g)(1)条和第232(a)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(3)、9(3)条、18(9)条。

³⁰⁵ 中国，1986年条例，第7(4)和第20条。

³⁰⁶ 同上。

³⁰⁷ 同上。

³⁰⁸ 巴西，1981年法令，第52(=)条。一国只得考虑构成公共秩序危险的身体机能不全[美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(1)(A)(=)(g)(3)条和第232(a)条]。

³⁰⁹ 不论什么疾病或迟钝[巴西，1981年法令，第52(=)条；中国，1986年条例，第7(4)条和第20条；肯尼亚，1967年法，第3(1)(b)条；尼日利亚，1963年法，第18(1)(b)条和第39(1)、(2)条；巴拿马，1960年法令，第37(e)条；大韩民国，1992年法，第11(1)(5)、(1)(8)条，第46(1)(8)和46(1)(2)条]，或精神病，这种病：(1) 不能分辨好坏(日本1951年法令，第5(2)条)；(2) 引起行为改变(巴拉圭，1996年法，第6(2)和7(1)条)；(3) 构成任何一种残疾(巴拉圭，1996年法，第6(3)和7(2)条)；(4) 扰乱或威胁公共秩序(瑞士，1931年联邦法，第10(1)(c)和10(2)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(1)(A)(=)(g)(3)条和第232(a)条)。

³¹⁰ 巴拉圭，1996年法，第6(3)条和第7(2)条。

³¹¹ 巴西，1981年法令，第52(=)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第101(a)、50(f)(1)、212(a)(1)(A)(=)、232(a)、237(a)(2)(b)(=)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(3)、9(3)、18(9)条；巴拉圭，1996年法，第6(6)、7(4)条；大韩民国，1992年法，第11(1)(1)、(1)(8)和第46(1)(2)条。

家在如下情况亦可同样行事；外国人 (1) 威胁公共健康³¹⁴ 或国家动物；³¹⁵ (2) 来自一个流行病风险地区；³¹⁶ (3) 不符卫生准则或健康状况不符要求；³¹⁷ (4) 可能需要国家提供过度的保健服务；³¹⁸ (5) 不能提出接种疫苗证。³¹⁹

156. 外国人可能必须接受医疗检查³²⁰ (这可能等于剥夺自由)，³²¹ 或必须具有足够资金支付医疗费用。³²² 以此理由的驱逐可重新考虑：(一) 如果当事人接受国家卫生当局的医治；³²³ (二) 外国人原籍国与驱逐国之间有特殊关系或安排。³²⁴ 同国家国民的家庭联系³²⁵ 可能改变亦可能不改变³²⁶ 外国人在这一关系下的地位，同时，这一项目下的理由也可适用于外国人家庭的全体成员。³²⁷ 这些理由也可适用于暂时居留的外国人。³²⁸

³¹² 巴拉圭，1996年法，第35(b)条。

³¹³ 同上；同法国比较，法国民法典第L. 521-3(5)条规定在如下情况不得驱逐：驱逐可能对当事人健康造成极端严重后果。

³¹⁴ 德国，2004年法第55(2)(5)条；白俄罗斯，1998年法，第14、15、20条；1993年法，第22、25(1)条；巴西，1981年法令，第101条，1980年法，第67条；加拿大，2001年法，第38(1)(a)条；丹麦，2003年法，第25(一)条；俄罗斯联邦，1996年法，第25(10)和第27条；芬兰，2004年法，第11(1)(5)和第168(1)、(2)条；洪都拉斯，2003年法，第89(3)条；意大利，第40(1998)号法，第45(2)(b)条；立陶宛，2004年法，第7(5)条；马达加斯加，1962年法，第13条；巴拿马，1960年法，第18和第36条(经1980年第6号法第10款修正)，和第38条；波兰，第1775(2003)号法，第21(1)(5)条；大韩民国，1992年法，第11(1)(1)、(1)(8)条和第46(1)(2)条；捷克共和国，1999年法，第9(1)条。

³¹⁵ 白俄罗斯，1998年法，第20条。

³¹⁶ 白俄罗斯，1998年法，第20条；意大利，1996年法令，第4(2)条。

³¹⁷ 巴西，1980年法，第7(五)条和第26条。

³¹⁸ 加拿大，2001年法，第38(1)(c)和38(2)条。

³¹⁹ 美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(1)(A)(一)、(B)(g)(2)条和第232(a)条。

³²⁰ 白俄罗斯，1998年法，第20条；美利坚合众国，移民和国籍法，第232(a)和240(c)(1)(B)条；日本，1951年法令，第7(1)和第9条；肯尼亚，1967年法，第3(1)(c)(一)条；尼日利亚，1963年法第50(d)条。

³²¹ 美利坚合众国，移民和国籍法，第232(a)条。

³²² 匈牙利，2001年法第4(1)(d)条；立陶宛，2004年法，第7(3)条。

³²³ 希腊，2001年法，第44(一)(c)条。

³²⁴ 芬兰，2004年法，第168(一)和(二)条；意大利，第40(1998)号法，第45(2)(b)条。

³²⁵ 加拿大，2001年法，第38(2)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(1)(B)和(g)(1)条；巴拉圭，1996年法，第7和第35(b)条。

³²⁶ 巴拿马，1960年法令，第38条。

³²⁷ 巴西，1980年法第26(2)条。

³²⁸ 美利坚合众国，移民和国籍法，第232(a)条；巴拿马，1960年法令，第36条(经1980年第6号法第10款修正)。

157. 应指出的是，若干国内法院判决，医疗情况严重的外国人，不得予以驱逐如果其驱逐构成违反人权。³²⁹

(f) 善良风俗

158. 协约法、国际惯例³³⁰和学说³³¹公认损害善良风俗为驱逐外国人的有效理由。

159. 《欧洲定居公约》第3条第1款全文如下：

“缔约国定居另一缔约国领土的国民，只得在威胁国家安全或违反公共秩序或善良风俗的情况下被驱逐。”

160. 许多国家的立法都规定损害善良风俗可予驱逐。³³²例如，国家可将促进卖淫或任何其他形式性剥削从中得利³³³或从事贩运人口³³⁴的外国人驱逐。国家也可进行驱逐如果当事人(1)从事或倾向卖淫；³³⁵(2)以某种其他方式卷入禁止的性行为³³⁶或违反常规的性行为；³³⁷(3)参与贩运人体器官；³³⁸(4)通过以下方式从毒品——麻醉品和其他精神调理物质得利：³³⁹走私、³⁴⁰贩运、

³²⁹ 关于这点，参看“关于驱逐外国人的研究报告。秘书处备忘录”，前引，第579至584段。

³³⁰ “非常普通的是，外国人因道德上行为(包括卖淫和吸毒)被驱逐出境”，Richard Plender, 前引，第467和468页(特别引述丹麦1983年6月8日关于外国人的第226号法第25(2)条；尼日利亚，1963年法，第17(1)(g)和(h)条)。

³³¹ “驱逐或隔离的权力在如下情况可以行使：所接待外国人在一国土地上的行为或活动违反若干根本规则。这些行为或活动包括：[……]3. 从事违反善良风俗的活动”，L. B. Sohn 和 T. Buergenthal, 前引，第90和91页。

³³² 关于这点的国家立法研究，摘自“关于驱逐外国人的研究报告。秘书处备忘录”，前引，第403-406段。

³³³ 阿根廷，2004年法，第29(h)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(2)(D)(-)条和第278条；希腊，2001年法，第44(1)(a)条；意大利，第286(1998)号法令，第4(3)条和第8条；日本，1951年法令，第5(7)和24(4)(j)条；肯尼亚，1967年法，第3(1)(e)条；尼日利亚，1963年法，第18(1)(h)、(3)(a)和(e)(g)条；巴拿马，1960年法令，第37(a)条；巴拉圭，1996年法，第6(6)条。

³³⁴ 阿根廷，2004年法，第29(h)条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第57(1)(g)条；智利，1975年法令，第15(2)、第17、第63(2)、第65(1)、(3)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(2)(D)(-)和(H)(-)条和第278条；匈牙利，2001年法，第46(2)条；日本，1951年法令，第2(7)、5(7)和24(4)(c)条。

³³⁵ 奥地利，2005年法，第3.53(2)、(3)条；中国，1986年条例，第7(3)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(2)(D)(-)条；日本，1951年法令，第5(7)、24(4)(j)和62(4)条；肯尼亚，1967年法，第3(1)(e)条；尼日利亚，1963年法，第18(1)(g)、3(g)条；巴拿马，1960年法令，第37(a)条；巴拉圭，1996年法，第6(6)条。

³³⁶ 意大利，第286(1998)号法令，第4(3)和第8条。

³³⁷ 希腊，2001年法，第44(1)(a)条。

³³⁸ 巴拉圭1996年法，第6(6)条。

³³⁹ 同上。

³⁴¹生产、³⁴²拥有³⁴³或以任何方式参与³⁴⁴这些非法活动；(5)拐走未成年人或使之参与非法活动；³⁴⁵(6)犯家庭暴力行为；³⁴⁶(7)赌徒或其收入主要来自赌博。³⁴⁷

161. 按照若干国家立法，损害善良风俗的驱逐适用于从事如下活动社团成员的外国人：贩运人口；³⁴⁸或毒品；³⁴⁹损害或威胁国家或公共道德；³⁵⁰犯“道德卑鄙”行为；³⁵¹严重损害善良风俗；³⁵²违反善良风俗行为；³⁵³非善良风俗；³⁵⁴生活于道德败坏环境；³⁵⁵不能过一种尊严生活；³⁵⁶意图从事罪恶的商业剥削行为。³⁵⁷

³⁴⁰ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第27(1)(b)和47(1)(b)条；匈牙利，2001年法，第32(1)(b)条。

³⁴¹ 德国，2004年法，第54(3)条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第57(1)(g)条；智利，1975年法令，第15(2)、17、63(2)、65(1)至(3)条；中国，1986年条例，第7(3)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(2)(C)条；希腊，2001年法，第44(1)(a)条；匈牙利，2001年法，第46(2)条；巴拿马，1960年法令，第37(a)条；巴拉圭，1996年法，第6(6)条；南非，2002年法，第29(1)(b)条。

³⁴² 德国，2004年法，第54(3)条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第27(1)(b)和47(1)(b)条；匈牙利，2001年法，第32(1)(b)条。

³⁴³ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第27(1)(b)和47(1)(b)条；日本，1951年法令，第5(6)条。

³⁴⁴ 德国，2004年法，第53(2)条；丹麦，2003年法，第22(四)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(2)(A)(i)-(h)和第237(a)(2)(B)条；意大利，第286(1998)号法令，第4(3)和第8条；日本，1951年法令，第5(5)和24(4)(h)条。

³⁴⁵ 美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(10)(C)条；希腊，2001年法，第44(1)(a)条；意大利，第286(1998)号法令，第4(3)和第8条；日本，1951年法令，第2(7)(b)至(c)条；尼日利亚，1963年法，第18(1)(h)-(i)至(四)和3(b)至(d)和(f)条。美国可在如下情况豁免外国政府官员适用此一理由：根据国务卿的斟酌决定或有关儿童位于1980年10月25日海牙国际拐走儿童民事方面公约缔约国领土[美国，移民和国籍法，第212(a)(10)(C)(iii)-(i)条]。

³⁴⁶ 法国，法典，第L541-4条；美国，移民和国籍法，第237(a)(2)(E)条。

³⁴⁷ 美利坚合众国，移民和国籍法，第101(a)(50)(f)(4)和(5)条；巴拿马，1960年法令，第37(b)条。

³⁴⁸ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第27(1)(c)和47(1)(c)条；加拿大，2001年法，第37(1)(b)条。

³⁴⁹ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第27(1)(b)和47(1)(b)条；匈牙利，2001年法，第32(1)(b)条。

³⁵⁰ 巴西，1981年法令，第101条，1980年法，第64和67条；智利，1975年法令，第15(2)、17、63(2)和65(1)至(3)条；俄罗斯联邦，1996年法，第25.10条；马达加斯加，1962年法令，第13条；巴拿马，1960年法令，第18和38条；大韩民国，1992年法，第11(1)(4)和(1)(8)条。

³⁵¹ 美利坚合众国，移民和国籍法，第212(a)(2)(A)(i)-(ii)条。

³⁵² 瑞士，1949年条例，第16(2)条。

³⁵³ 巴拿马，1960年法令，第37(a)条。

³⁵⁴ 美国，移民和国籍法，第101(a)(50)(f)条。

³⁵⁵ 巴拉圭，1996年法，第6(7)条。

³⁵⁶ 瑞典，1989年法，第2.4条。在瑞典，对一个外国人因其可能采取的生活方式，只向其发给有限期的居留证而非通常的居留证[瑞典，1989年法第2.4(b)条]。

162. 这个理由在刑事诉讼程序一开始³⁵⁸或外国人——犯应受谴责行为或违反禁止该行为的法律，即可予以援引。³⁵⁹法律可在驱逐外还规定其他刑罚，³⁶⁰或在如下情况下令驱逐：(一) 外国人已受完刑罚、特别是已服完刑期之后；³⁶¹(二) 判决没有规定驱逐。³⁶²

163. 因风化问题驱逐外国人，一部分受如下情况限制：(一) 外国人在国内的地位³⁶³或其家庭的地位；³⁶⁴(二) 外国人可能豁免签证义务或某些其他相同性质的义务；³⁶⁵(三) 行为发生时，外国人在国内居留时间长短；³⁶⁶(四) 外国人在驱逐理由未显示出来之前进入国家领土；³⁶⁷(五) 外国人对国家利益构成的威胁；³⁶⁸(六) 外国人来自的国家不受驱逐国特殊规定或关系的约束；³⁶⁹(七) 行为发生时外

³⁵⁷ 美利坚合众国，移民和国籍法，第 212(a)(2)(D)(iii)条。

³⁵⁸ 南非，2002 年法，第 29(1)(b)条；德国，2004 年法，第 53(2)条；阿根廷，2004 年法，第 29(h)条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 57(1)9g)条；巴西，1981 年法令，第 101 条，1980 年法，第 67 条；丹麦，2003 年法，第 22(四)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第 101(a)(50)(f)(5)和 237(a)(2)(B)(i)和(E)条；希腊，2001 年法，第 44(1)(a)条；日本，1951 年法令，第 5(5)和 24(4)(h)。

³⁵⁹ 德国，2004 年法，第 54(3)条；阿根廷，2004 年法，第 29(h)条；奥地利，2005 年法，第 3.53(2)、(3)条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 27(1)(b)至(c)条；巴西，1980 年法，第 64 条；美国，移民和国籍法，第 101(a)(50)(f)(3)和第 212(a)(2)(C)条(D)条；匈牙利，2001 年法，第 32(1)(b)；意大利，第 286(1998)号法令，第 4(3)和第 8 条；日本，1951 年法令，第 5(6)条和 24(4)(h)条；尼日利亚，1963 年法，第 18(1)(g)和(h)及(3)(a)至(g)；巴拿马，1960 年法令，第 37(a)条；巴拉圭，1996 年法，第 6(6)和(7)条。

³⁶⁰ 美国，移民和国籍法，第 278 条；意大利，第 286(1998)号法令，第 12(之三)条，第 40(1998)号法令，第 10(3)条和 1996 年法令，第 8(1)条。

³⁶¹ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 47(4)条。

³⁶² 同上，第 57(1)(g)条。

³⁶³ 奥地利，2005 年法，第 3.53(2)、(3)条；丹麦，2003 年法，第 22(四)条；美利坚合众国，移民和国籍法，第 212(h)条；意大利，第 286(1998)号法令，第 12 条。

³⁶⁴ 美国，移民和国籍法，第 212(h)(1)B 条。

³⁶⁵ 奥地利，2005 年法，第 3.53(2)、(3)条。

³⁶⁶ 同上，丹麦，2003 年法，第 22(四)条；美国，移民和国籍法，第 212(h)条。

³⁶⁷ 中国，1986 年条例，第 7(3)条；比较肯尼亚 1967 年法，第 3(1)(e)条和尼日利亚，1963 年法，第 18(1)(h)条，其中规定应受谴责行为不论在外国人进入国家领土之前或之后所犯，均可驱逐，与美利坚合众国，移民和国际法第 212(a)(2)(D)(i)至(三)条，其中规定外国人在进入美国领土之前 10 年曾从事卖淫或意图在美国领土内从事这项活动，可予驱逐。

³⁶⁸ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 27(1)(b)条。

³⁶⁹ 意大利，1996 年法令，第 8(1)条。

国人为贩运的受害者；³⁷⁰ (A) 外国人的暂时居留身份。³⁷¹ 外国人负责扶养的人亦可予以驱逐，如果有理由驱逐外国人本身。³⁷²

164. 若干国内法院确认可以违反善良风俗理由驱逐外国人。³⁷³

(一) 行乞——流浪

165. 在 20 世纪之前，驱逐法特别将行乞和流浪视为驱逐理由，认为乞丐和流浪者“危险”。³⁷⁴ 一些例子：在法国，君主刑法第 272 条明确规定“凡依判决被宣布为流浪者的人，如为外国人，可由政府下令，将之带至王国领土之外”。许多这类的人被驱逐。

166. 在瑞士，“毫无资源的人”可被驱逐。³⁷⁵ 同样，卢森堡 1893 年 12 月 30 日法规定，无居留权外国人如“处于流浪或行乞状态或违反关于国家边境乡镇流动职业的法律”，可立刻由公安部队将之带至边界。

167. 有可能将这些驱逐理由同公共秩序理由挂钩；公共秩序理由可以非常弹性，其内容亦可能各国不同。这些理由可同公共安宁挂钩。但公共安宁究竟是公共秩序的一部分或自成一个单独的理由？无论如何，人们可以怀疑，在今天，这种理由是否可为国际法接受。此外，若干国家的国内法规定，行乞依县市警察规则处理，³⁷⁶ 并认为可对公共道路上行乞加以限制，但这些限制应按情况在空间上和时间上加以限定。³⁷⁷ 很清楚，这是一种在空间上和时间上加以限定的“限制”而非禁止；在这种情况下，更不构成一种驱逐理由。

³⁷⁰ 加拿大，2001 年法，第 37(2)(b) 条；日本，1951 年法令，第 5(7)-2 和第 24(4)(a) 条。

³⁷¹ 日本，1951 年法令，第 24(4) 条。

³⁷² 美国，移民和国籍法，第 212(a)(2)(C)(i) 和 (H)(i) 和 (ii) 条。

³⁷³ 例如参看埃及行政法院裁决，1963 年 3 月 16 日国际法汇报，1951 年 H. Lauterpacht (出版总监)，第 92 号案，第 302 页(“1938 年 6 月 22 日法令第 2(2) 条规定驱逐理由包括当事人犯违反公共道德的行为和申诉人不容置疑犯这种违反神的意旨和人类法律的行为；如果驱逐以这一理由为基础，在法律上肯定是合法的。”)(妍居案)；Hecht 诉 McFaul 和魁北克检察长魁北克最高法院，1961 年 1 月 26 日。国际法汇报，第 42 卷，E. Lauterpacht (出版总监)，第 226 至 229 页(因“道德卑鄙”罪驱逐)。并参看 Brandt 诉圭亚那检察总长和 Austin，前引，1971 年 3 月 8 日，第 460 页(“对一国“公益不利”的行为不仅妨碍宁静和公共秩序，也妨碍国家的“社会”和“物质”利益，这较“宁静和公共秩序”涵盖的狭窄种类还广”)。

³⁷⁴ A. MARTINI，“驱逐外国人”，前引，第 59-60 页。

³⁷⁵ 同上，第 61 页。

³⁷⁶ 参看法国领土单位一般法典第 L. 2213-4 条。

³⁷⁷ 在这一意义上，参看波城行政法庭，1995 年 11 月 22 日，Conveinhes 等诉波城镇，小招贴案，1996 年 5 月 31 日，Madec 结论；普瓦捷行政法庭，1995 年 10 月 19 日，Massaoud Abderrezac

(二) 荒淫——生活放荡

168. 同行乞和流浪一样,若干旧的立法认为荒淫和生活放荡构成驱逐理由。例如旧的著作中就提到19世纪末将一个三口人的法国家庭(贝延格家庭)驱逐出瑞士索勒尔州的案例,理由不仅是因为这个家庭长久以来需要公共援助,而且因为父子都完全放荡,再找不到住宿地方,整个家庭没有一个人能够工作。³⁷⁸也是在瑞士,1885年9月1日,巴勒乡一名公民要求联邦委员会将一名维也纳人George Grüner驱逐,因为他“进行不道德行为,扰乱许多家庭的和平”。联邦委员会将这个要求通知州政府,州政府有权对这个问题作出决定。A. Martini在20世纪初援引“因违反赌博法驱逐”外国人的案例。³⁷⁹他还指出,领事自然可以采取这种措施,如果领事保全有“驱逐国民权”,象在中国那样。³⁸⁰卖淫也归入荒淫和生活放荡这一理由。例如,在英国,卖淫为一罪行,1905年外国人法授权内政大臣采取驱逐令,如果法院向他证实,法院已判决外国人犯卖淫罪。³⁸¹美国1907年2月20日法第2条禁止娼妓及淫媒入境,并准许将这两类人驱逐。³⁸²本着同样精神巴西1907年12月7日法虽然没有明白提到卖淫,但第2条规定:“足以驱逐的理由:(3)经正式确定的流浪、行乞或淫媒行为”。³⁸³Ch. De. Boeck在1927年写道“臭名昭著的频频荒淫行为和放荡生活构成驱逐的合法理由”这一原则,“所有国家的法律都默示地接受和加以规定。它是普遍适用的”。³⁸⁴

169. 除了上文审查的四种情况外,国家立法还规定其他各种驱逐理由,有些理由很意外。驱逐可因各种不同的政治理由:“无政府主义阴谋”;“赞扬暗杀”;³⁸⁵“不健康的煽动”;³⁸⁶“间谍”或“间谍嫌疑”;³⁸⁷“阴谋危害国家”³⁸⁸或“阴谋危

诉拉罗谢尔镇,法国行政法杂志,1996年,第377页;波尔多行政上诉法院,1999年4月26日,第97BX01773号,塔贝镇。

³⁷⁸ 参看国际私法杂志(Clunet),1893年,第661页。Ch. De. BOECK,前引,第543页。

³⁷⁹ A. MARTINI,驱逐外国人,前引,第61页。

³⁸⁰ 同上,第61-62页。

³⁸¹ 参看A. MARTINI,前引,第82页。

³⁸² C. De. BOECK,前引,第544-545页。

³⁸³ 同上,第545页。

³⁸⁴ 同上,第542页。

³⁸⁵ A. MARTINI,前引,第69页。

³⁸⁶ 例如参考1881年瑞士驱逐克罗波特斯金内王子,因其“公开演说煽动工人暴力抢夺财产及以武力破坏稳固秩序”,以及“颂扬暗杀沙皇亚历山大五世”(见MARTINI,前引,第69页)。

³⁸⁷ 参考Garlsbad Hofmann案,他经判诈欺瑞士罪。此人自称预备役上校,化名Baron Courtier,得以进入图恩(瑞士)军事设施;涉嫌间谍,立即驱逐(见国际私法杂志,1893年,第671页)。

害第三国”；³⁸⁹ “抗拒法律”；³⁹⁰ “激烈反军国主义”；³⁹¹ “鼓吹叛乱”；³⁹² “撕毁国旗”。³⁹³

170. 这些驱逐理由没有引起任何特殊问题，因其很容易纳入公共安全理由或公共秩序理由。

171. 有两个理由是很常见的，一个是相当旧的理由，可以说是意识形态理由，另一个是比较新的理由，可以说是文化理由。

(g) 意识形态理由和政治活动

(一) 意识形态

172. 这与俄罗斯出现社会主义制度有关。1903年5月19日法被苏维埃社会主义共和国联盟政府1921年8月29日驱逐外国人法令代替，该法会第1条规定：“凡生活方式、活动或行为被认为与一个工农国家的原则和整个生活不符的外国人，可由特别委员会(Tcheka或Guépéou)或法院下令予以驱逐，即使他们事前曾获准在俄罗斯居留”。³⁹⁴

(二) 政治活动

173. 政治活动可成为驱逐外国人的一个相关因素，但这是以公共秩序或国家安全为基础，而非构成国际法上的一个单独理由。³⁹⁵

³⁸⁸ 参考 1718 年驱逐西班牙驻巴黎大使切拉马雷王子案，因其阴谋害法国摄政(见国际公法杂志，1907年，第181页末尾)。

³⁸⁹ 参考 1872 年比利时驱逐尚博尔伯爵案：“在此一觊觎者同其党羽于安特卫普 Saint-Antoine 旅馆举行秘密会议之后驱逐”(见国际私法杂志，1889年，第73页)。

³⁹⁰ 参考驱逐教廷大使馆秘书蒙塔涅尼案，“因其向巴黎三名神甫转达破坏教会与国家分离法的命令，并以教权派名义率领教士参与战斗”(见国际公法杂志，1907年，第175及其后几页)。

³⁹¹ 参考驱逐 Hugo Nanni 案(见 A. MARTINI, 前引，第73页)。

³⁹² 参考 1901 年瑞士驱逐 6 名意大利人(其中一名学生)案，他们在一次公共示威中喊叫：“打倒军队”(同上第74页)。

³⁹³ 参考法国驱逐 Ghio 案，因其撕毁法国国旗(同上)。

³⁹⁴ P. FAUCHILLE 引述，国际公法论著，第1卷，第1部分，和平，1922年，第447号，第978页。

³⁹⁵ “传统的作者都承认驱逐外国人的权力，但往往申明这个权力的行使必须有理由”。Grotius 说驱逐外国人是一项主权权力，如果外国人破坏驱逐国固定的政治秩序，或在其土地上从事叛乱活动。PUFENDORF 响应这一概念。“在过去的外交往来信函中，就见到同样的原则以及同样的条件。”R. PLENDOR, 前引，第461页(引述 H. GROTIUS, De jure ac Pacis, Libri Tres, 1651年，第二卷，第二章，第16页；和 S. Pufendorf, De jure naturae et Gentium, Libri octo, 1866年，第三卷，第三章，第10段)。“除了证明当事人不受欢迎性质的经济理由和社会理由外，政理由、特别是战争往往也构成驱逐令的基础。”E. M. BORCHARD, 前引，第52页。“驱逐权或隔离权在国家土地上接待的外国人的行为或活动违反某些基本规则的情况下，可以行使。这

174. 如前文所述，欧洲委员会第 765(1975)号建议，确认禁止以政治和宗教理由驱逐外国人，包括无居留证外国人。³⁹⁶

175. 若干国家的法律规定在如下情况可驱逐外国人：(1) 外国人干预国内政治，³⁹⁷ 例如无投票权却投票，³⁹⁸ 或妨碍行使参与政治生活权(国家保留给其国民的权利)；³⁹⁹ (2) 外国人为极权政党或法西斯政党或号召世界革命政党的成员；⁴⁰⁰ (3) 外国人向国家当局提出意识形态错误的文件或其他资料。⁴⁰¹ 法律可明白规定，在这一理由上，除驱逐之外，还可附加刑事处罚。⁴⁰²

176. 若干国内法院受理因政治活动驱逐外国人的案件。⁴⁰³ 但大部分驱逐以公共秩序或国家安全等其他理由证明合法。⁴⁰⁴

种行动或这种活动包括：[……]。参考不受欢迎的政治活动。” L. B. SOHN 和 T. BUERGENTHAL, 前引, 第 90、91 页。“根据司法判决的驱逐和根据行政机关以公共秩序一般性理由下令的驱逐很易同[因违反地方法律准许的驱逐]区分，但在后一情况，公认的是，外国人是否准许继续居留，由每个国家的“政策”决定。” G. S. GOODWIN-GILL, 前引, 第 206、207 页。

³⁹⁶ “除基于政治或宗教以外的其他明确理由外，不得将没有合法居留证的外国人逐出成员国领土。” 欧洲委员会第 769(1975)号建议，前引, 第 9 段。

³⁹⁷ 国家可禁止或限制外国人参与国内政治生活或公共事务(巴西 1980 年法, 第 106、107 条; 大韩民国, 1992 年法, 第 17(2)、(3)条), 或参与文化社团生活或其他生活(巴西, 1980 年法, 第 107 至 109 条)。

³⁹⁸ 巴西, 1980 年法, 第 124(十一)和第 127 条; 美利坚合众国, 移民和国籍法, 第 212(a)(10)(D) 条和第 237(a)(10)(D) 条。

³⁹⁹ 葡萄牙, 1998 年法令, 第 99(1)(d) 条。

⁴⁰⁰ 白俄罗斯, 1998 年法, 第 14 条; 美国, 移民和国籍法, 第 101(a)(37)、(40)和(50)(e) 条和第 212(a)(10)(D) 条。

⁴⁰¹ 阿根廷, 2004 年法, 第 29(a)和 62(a) 条。

⁴⁰² 巴西, 1980 年法, 条 124(十一)和第 127 条; 葡萄牙, 1998 年法令, 第 99(2)条。

⁴⁰³ 例如参看 Perregaux, Conseil d'État, France, 13 mai 1977, International Law Reports, vol. 74, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (eds.), pp.427-430; Bujacz 诉比利时国家(司法大臣), 行政法院(比利时); 1953 年 7 月 13 日, 国际法汇报, 1953, H. Lauterpacht(出版总监), 第 336、337 页; Lopez 诉 Howe(移民专员), 美利坚合众国巡回上诉法院, 第二管辖区, 1919 年 5 月 14 日(国际法案例年度文摘, 1919-1922 年, J. F. Williams 和 H. Lauterpacht(出版总监), 第 177 号案, 第 252、253 页(驱逐一名非常著名的无政府主义观念学者)); 申诉人 Pettine, 美利坚合众国地方法院马萨诸塞区, 1919 年 6 月 3 日, 同上, 第 251、252 页; Galvan 诉移民和国籍局新闻官, 美利坚合众国, 最高法院, 1954 年 5 月 24 日, 国际法汇报, 1954 年。

⁴⁰⁴ 例如参看 Perregaux, 前引, 第 429 页(“政治性质行为本身在法律上不足以成为驱逐外国人的合法理由, 如果外国人在法国领土的存在并不构成对公共秩序的威胁, 或使公共舆论不安”); Bujacz 诉比利时国家(司法大臣), 前引, 第 337 页(“起诉人肯定外国人有“思想自由”和“政治结社自由”权; 但; 外国人行使这些自由必须受法律规定的限制, 法律根据宪法第 128 条, 规定进行危害国家安全活动的外国人, 可予以驱逐”); Everardo Diaz 案, 前引, 第 25 和 26 页。

(h) “文化”理由

177. 阿拉伯-波斯湾若干国家今天认为这是一种“身份威胁”。“阿拉伯观点”的Tarek Al Macena在最近的一个专栏中讨论阿拉伯国家面对“身份威胁”的忧虑，太大数目外国工人在它们的领土上存在，使它们感到“身份威胁”的压力。这一资料来源引述巴林劳动大臣的话：“在海湾若干地区，你不再知道你究竟是在一个阿拉伯——穆斯林国家，抑或在一个亚洲地区。这里不是“多样化”。地球上任何国家不可能接受其文化在自己本国“领土”内腐蚀。⁴⁰⁵ 专栏作者Aline’a Meena说，巴林劳动大臣宣布，巴林提议向在海湾国家工作的外国人发给最高六年期的工作许可证。这个提议会向海湾阿拉伯国家合作委员会峰会提出(合作委员会成员包括沙特阿拉伯、巴林、阿拉伯联合酋长国、科威特、阿曼和卡塔尔)，峰会定于2007年12月在多哈举行。这个提议的提出是因为面对社会道德和地方文化的腐蚀感到非常担心。劳动大臣还说，“大部分外国工人出身的文化和社会环境不可能与当地文化同化或相互适应”。⁴⁰⁶ 此外，他们抢了当地劳工非常需要的工作。阿拉伯联合酋长国劳动部长H.Ali Bin Abdullah Al Ka’abi指出，阿拉伯联合酋长国同巴林一样感到担心，区域内现有1 400多万移徙工人，这个问题是上述合作委员会峰会的首项议程。专栏作者Al Maeena这样结论：“巴林的提议如获接受，将向目前居住海湾国家的1 400万移徙者发出一个明确信号，就是现在是他们考虑其他选择的时候了，对一些移徙者来说，这个可能情况令人痛苦因为他们已把家庭带到一个海湾国家，并把这个国家当作自己选定的家园”。⁴⁰⁷

178. 不管从什么角度考虑这种驱逐理由，它都是违反国际法的。

179. 从文化角度上看，这种理由违反各种国际公约、特别是我们第5次报告⁴⁰⁸第147段列述的那些公约所宣告的不歧视规则。在这方面，似乎可以指出，1994年9月15日阿拉伯国家联盟理事会通过的《阿拉伯人权宪章》本身载有许多明示或暗示宣告这一规则的规定。特别是第2条规定：“本宪章每一缔约国承诺尊重和保障其领土或其管辖范围内一切人享有宪章宣告的一切权利和一切基本自由，不因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治意见、民族或社会出身、出生、

256 页[“国家无须完成此一困难并且往往徒然的工作，也就是持续监测外国人如何落实其理论。无需等到这些外国人采取明显行动为止”(关于驱逐一个无政府主义者)]。

⁴⁰⁵ 资料来源：《Expatriates’ Impact on Gulf’s Labor, Social Situation》par Tarik Al MAEENA, 27 octobr, 2007, <http://www.arabview.com/articles.asp? Article=921>。

⁴⁰⁶ 同上。

⁴⁰⁷ 同上。

⁴⁰⁸ A/CN.4/611, 2009年3月27日，第146及其后几段。

或任何其他情况而受任何歧视；男女间亦不得有任何歧视”。第 3 条在某种意义上加强这项义务。它规定：“(a) 不得以本宪章未予承认或低程度承认为借口，对本宪章缔约国按照法律、公约或习俗承认或生效的基本人权，实施任何限制或克减；(b) 本宪章缔约国不得对宪章承认的基本权利实施任何限制或克减，以使另一国家的公民只能享较低程度的权利”。

180. 从外国工人权利的角度看，这样的一种政策违背《保护所有移徙工人及其家庭同成员权利国际公约》的相关规定，特别是第 7 条。此外，“劳动力充裕”长久以来都被认为不能构成驱逐理由。Martini 认为，这个问题在 19 世纪末“1888 至 1889 年美国排华时候”特别得到研究。⁴⁰⁹ “根据当时作者的意见，国际法学不承认保护劳动力为宣布驱逐整个类别人的一项充分理由”。⁴¹⁰ 这一意见到今天仍是好学说。

(i) 非法入境

181. 外国人违反一国移民法而进入该国领土这一事实，在国家实践和在学说上，均被承认为驱逐的合法理由。⁴¹¹

182. 非国民权利问题特别报告员戴维·魏斯布罗德特先生强调对非正常情况的外国人不得作为犯罪分子对待，同时一般地承认国家有权取得他们离境：

“国家具有重要工具确保本国移民政策获得遵守，并取得非法住于其领上的人离开；但这一自由并非毫无限制，国家不得专横地使用这些工具。国家可按照本国法律要求超过有限期居留证准许居留期限仍在国家领土内居留的人离开。”⁴¹²

183. 在大赦国际诉赞比亚案非洲人权和人民权利委员会承认，外国人非法居留国家领土的这一事实，构成有效的驱逐理由。

⁴⁰⁹ A. Martini, 前引, 第 62 页。

⁴¹⁰ J. A. Darut, 驱逐外国人, 前引, 第 50 页。这位作者还写道：“保护劳动力本身不能成为拒绝入境、更不必谈驱逐的充分理由”(同上, 第 51 页末尾)。

⁴¹¹ “国家实践承认在以下情况驱逐是合法的：(a) 违反法律入境……”，G. S. Goodwin-Gill, 前引, 第 262 页。“外国人用欺诈方式入境这一事实可导致其驱逐，理由是非法入境。” K. DOHRING, “Aliens, Expulsion and Deportation”, in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 第 108 页。“非常普通的是，外国人可因违反移民法被判令隔离……”，R. Plender, 前引, 第 467、468 页。“如最后发现外国人非法入境，可随时将该外国人驱逐或使其与领土隔离，除非他得到国内时效法、大赦或恩典的惠益。” L. B. Sohn 和 T. Buergenthal, 前引, 第 90 页。并参看关于外国人入境和驱逐的国际规则, 前引, 第 28 条第 1.2 款。关于 (i) 至 (h) 列举的驱逐理由其后的发展情况, 摘自驱逐外国人秘书处备忘录, 前引, 第 326-339、377-380、381-390、408-417 和 422 段。

⁴¹² “非国民的权利”，特别报告员戴维·魏斯布罗德特先生按照小组委员会第 2000/103 号决定、委员会第 2000/104 号决议和经济及社会理事会第 2000/283 号决定提出的最后报告, 第 29 段。

“委员会不打算质疑亦不质疑国家有权对非正常移民采取司法行动及将之遣送回原籍国，如果主管司法机构如此决定的话。但它认为如果不让他们有机会向国内有权这样做的机构如此陈述理由就将他们驱逐出境，是违反宪章的精神和文字以及国际法的。”⁴¹³

184. 若干国家的国内法规定非正常地入境的外国人，在某些情况下，可予以撤回而非驱逐，⁴¹⁴ 另一些国家的国内法则认为非正常入境构成驱逐外国人的合法理由，象一些作者所指出的那样。⁴¹⁵ 对事前没有得到进入国家领土许可即在领土上停留或居住的人，或因其他理由不准入境的人，可援引非法入境理由予以驱逐。⁴¹⁶ 外国人由于不当心非法入境或者偶然地准许非法入境的人进入国家领土，依法律可能导致或不导致国家将入境合法化。⁴¹⁷ 偷渡者不论是⁴¹⁸ 否⁴¹⁹ 按适用法律归属某一特定类别外国人，都可以其情况⁴²⁰ 为理由或以与其他外国人相同的理由予以驱逐。

185. 关于非法进入领土，具体的驱逐理由特别针对如下情况：(1) 外国人在边界暂时对外国人⁴²¹ 或某一特定类别外国人⁴²² 关闭的时候进入或企图进入领

⁴¹³ 非洲人权和人民权利委员会，第 159/96 号公报，泛非人权联盟、人权联盟国际联合会、非洲人权会议、塞内加尔全国人权组织和马里人权协会诉安哥拉，第 11 次年度活动报告，1997-1998 年第 20 段。

⁴¹⁴ 参看 Seyoum Faisa Joseph 诉美国移民和国籍局，前引(“Joseph 先是偷渡入美国，按移民和国籍法被视为‘不受欢迎的人’”)。

⁴¹⁵ “在大多数有关移民的法律中，驱逐权或隔离权承认关于排斥的规定。许多驱逐措施是以违反有关接纳外国人的国内法律规章在领土内存在为理由。” E. M. Borchard, 前引, 第 51、52 页。“所研究的国内法律体系显示，在选择驱逐理由上，规定相当一致。总的说来，外国人如属以下情况之一，可予驱逐：(1) 违反关于移民的法律入境……” G. S. Goodwin-Gill, 前引, 第 255 页。

⁴¹⁶ 例如参看，中国，2003 年规定，第 182 条，尼日利亚，1963 年法，第 19 和 46 条；巴拉圭，1996 年的法，第 38 条；美国，移民和国籍法第 237(a)(1)(A)、(H) 条。

⁴¹⁷ 在尼日利亚，主管当局“由于不当心“准许的非正常入境可能仍为非法，构成驱逐理由(尼日利亚，1963 年法，第 19(2)条)。在美国撤销“优惠地位移民“签证是可能的，如果证明外国人不符合条件(美国，移民和国籍法，第 206 条)。在巴西，“非正常”入境可视为“非故意”，这一改变的后果是外国人应离开领土的时限比犯某些违法行为的外国人获准离开的时限较短(巴西，1981 年法令，第 98 条)。

⁴¹⁸ 美国，移民和国籍法，第 101(a)(49)条。

⁴¹⁹ 肯尼亚，1967 年法，第 8 条；尼日利亚，1963 年法，第 28(1)条，1963 年条例(L.N. 93)，第 1(2)和第 8(2)条。

⁴²⁰ 美国，移民和国籍法，第 212(a)(6)(D)和第 235(a)(2)；肯尼亚，1967 年法，第 8 条。

⁴²¹ 肯尼亚，1973 年法，第 3(1)(a)条；瑞典，1989 年法，第 12.4 条。

⁴²² 澳大利亚，1958 年法。第 177、189、190、198、230、249(1)(a)和 251 条；尼日利亚，1963 年法，第 25 条。

土，或在不准许的某一地点或时候进入领土；⁴²³ (2) 外国人逃避、阻碍或企图逃避或阻碍移民管制或移民当局，⁴²⁴ 特别是在入境检查⁴²⁵ 或应缴税费方面；⁴²⁶ (3) 外国人不具备必要证件，⁴²⁷ 或提出已损坏或不能使用的证件；⁴²⁸ (4) 外国人提出伪造的或虚伪的证件或其他资料文件；⁴²⁹ (5) 外国人在越过边界后为

⁴²³ 阿根廷，2004 年法，第 29、37 条；澳大利亚，1958 年法，第 189-190 条；智利，1975 年法令，第 3 和第 69 条；美国，移民和国籍法，第 212(a)(6)(A) 条，第 271(b) 和 (275(a)(1)(b) 条；危地马拉，1986 年法令，第 74 条；日本，1951 年法令，第 2 条；尼日利亚，1963 年法，第 16 条；巴拉圭，1996 年法，第 79(3) 条；捷克共和国，1999 年法，第 9(1) 条；突尼斯，1968 年法，第 4 条。

⁴²⁴ 阿根廷，2004 年法，第 29、37；澳大利亚，1958 年法，第 190、230-231、233 条；巴西，1980 年法，第 124(1) 条；智利，1975 年法令，第 69 条；美国，移民和国籍法，第 275(a)(2) 条；突尼斯，1986 年法令，第 74 条；意大利，第 286(1998) 号法令，第 13(2)(a) 条，第 40(1998) 号法令，第 11(2) 条；日本，1951 年法令，第 24(2) 条；尼日利亚，1963 年法，第 46 条；巴拉圭，1996 年法，第 79(3)、第 81(1) 条；葡萄牙，1998 年法令，第 99 条。根据这些法律确定偷渡者(澳大利亚，1958 年法，第 230、231、233 条)。为了确定这些偷渡者，一国可要求向主管当局提交下客驳船旅客名单[澳大利亚，1958 年法，第 231 条；尼日利亚，1963 年条例(L. N. 93)，第 8(2) 条]，或授权主管当局搜查船只(大韩民国，1992 年法，第 69 至 71 条)。

⁴²⁵ 美国，移民和国籍法，第 275(a)(2) 条；尼日利亚，1963 年法，第 16 条；大韩民国，1992 年法，第 46(3) 条；联合王国，1971 年法，第 8(1)(c) 条。

⁴²⁶ 波兰，第 1775(2003) 号法，第 21(1)(1) 条。

⁴²⁷ 在这方面，外国人可能没有具备、没有提出或无权取得全部或部分必要证件，特别是护照或签证，或没有提供全部或部分必要资料(澳大利亚，1958 年法，第 177、190、229、233(A) 条；白俄罗斯，部长会议 1999 年决定，第 2 条，1993 年法，第 20(4) 条；巴西，1980 年法，第 124 条(六)、第 127 条；智利，1975 年法令，第 15(7)、65(1) 条；美国，移民和国籍法，第 212(a)(7) 和第 275(a) 条；法国，法典，第 L511-1(1) 条；意大利，第 286(1998) 号法令，第 10 条，第 40(1998) 号法，第 5 条；日本，1951 年法令，第 24(1) 和 (2) 条；肯尼亚，1967 年法，第 4(2) 和第 7 条；尼日利亚，1963 年法，第 18、46(3)(b) 条；巴拿马，1960 年法令，第 58 和 60 条；巴拉圭，1996 年法，第 79(1) 条；波兰，第 1775(2003) 号法，第 21(1) 条；捷克共和国，1999 年法第 9(1) 条；突尼斯，1968 年法，第 5 条。外国人入境也可能是非法，因为签证或任何其他必要证件在入境前或入境时已被作废或可能被作废，即使入境是在合法居留期间发生(澳大利亚，1958 年法，第 229、232、252 条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 47(1)(d)、(3) 条；智利，1975 年法令，第 65 条；捷克共和国，1999 年法，第 9(1)；葡萄牙，1998 年法，第 13(4)；瑞典，1989 年法，第 2.9-10 条)，或外国人签证的期限不足以涵盖外国人预定的整个居留期间[捷克共和国，1999 年法，第 9(2) 和 (3) 条]。

⁴²⁸ 这些证件可能看不清、损坏或材料不全或不能让公共当局加上必要的许可或标记(保加利亚，1998 年法，第 3 条；捷克共和国，1999 年法，第 9(1) 至 (3) 条]。

⁴²⁹ 阿根廷，2004 年法，第 29(a)、第 35 条；澳大利亚，1958 年法，第 233(A)、234、236 条；白俄罗斯，1993 年法，第 20(4) 条；巴西，1989 年法，第 64、124(十三)、127 条；保加利亚，1998 年法，第 3 条；加拿大，2001 年法，第 40(1)(a) 和 (b) 条；智利，1975 年法令，第 63(3)、65(1) 和 (2)、第 68 条；中国，1986 年法，第 29 和第 30 条；美国，移民和国籍法，第 212(a)(6)(C) 和第 275(a)(3) 条；俄罗斯联邦，第 115-FZ(2002) 号法，第 7(4)、9(4)、18(9)(4) 条，第 1996 年法，第 26(5) 条；危地马拉，1999 年条例，第 97 条；1986 年法令，第 73 条；意大利，第 286(1998) 号法令，第 4、8、10 条；日本，1951 年法令，第 22-4(1) 至 (4) 条，第 24(3) 条；肯尼亚，1967 年法，第 7 条；尼日利亚，1963 年法，第 46(3)(a) 条；巴拿马，1960 年法令，第 61 条；巴拉圭，1996 年法，第 38、79(1)、81(2)、108(1)、110(1) 条；波兰，第 1775(2003)

了某些理由忘记取得必要的入境证件、补救这种遗漏或使其外国人地位正常化；⁴³⁰ (6) 外国人违反在国家领土暂时居留的条件；⁴³¹ (7) 外国人被视为不受欢迎，⁴³² 或没有在其他方面履行进入国家领土的条件(因其生活方式或因其明显人格)，⁴³³ 或因为外国人过去曾违反进入国家或在国家居留的条件。⁴³⁴

186. 以此理由驱逐外国人可能取决于：(一) 外国人抵达路线；⁴³⁵ (二) 国际因素，例如外国人国籍国与入境国之间的特殊安排、⁴³⁶ 可适用的任何国际协定或任何国际公约⁴³⁷ 或国际机构的要求或需要；⁴³⁸ (三) 实施法律的时间上因素，例如外

号法，第 21(4) 条；葡萄牙，1998 年法令，第 13(4) 条；大韩民国，1992 年法，第 46(1-2)、89(1-2) 条；捷克共和国，1999 年法，第 9(1) 条；联合国，1971 年法，第 24A(1)(a)、第 33(1) 条(经 1996 年底护和移民法修正)；瑞典，1989 年法，第 2.9-10 条、第 7.18 条。可在这个基础上将外国人明确界定为偷渡者(日本，1951 年法令，第 74 条)。

⁴³⁰ 澳大利亚，1958 年法，第 181(2)-(3)、182、198 条；厄瓜多尔，2004 年法，第七章(过渡规定)；美国，移民和国籍法，第 206 条；俄罗斯联邦，1996 年法，第 26(1) 条；意大利，第 286(1998) 号法令，第 13(2)(b) 条。

⁴³¹ 白俄罗斯，1998 年法，第 26 条；巴西，1980 年法，第 56(1)、124(1)、127 条；智利，1975 年法令，第 85 条；中国，1986 年法，第 29 和 30 条；美国，移民和国籍法，第 237(a)、252 条；伊朗，1931 年法，第 11(b) 条；俄罗斯联邦，1996 年法，第 25.10 条，行政法典，第 18 章，第 18.8 条；日本，1951 年法令，第 16(6)-(7)、24(4)-(6)、6A 条；尼日利亚，1963 年法，第 11、27 条；巴拿马，1960 年法令，第 61 条；大韩民国，1992 年法，第 89(1) 条；瑞典，1989 年法，第 9(3) 条。根据这一基础可将外国人定性为偷渡者或类似者(尼日利亚，1963 年法，第 28 条)。

⁴³² 澳大利亚，1958 年法，第 5、16 条；白俄罗斯，1993 年法，第 20(6) 条；巴西，1980 年法，第 61 条；俄罗斯联邦，1996 年法，第 25.10 条；肯尼亚，1967 年法，第 3(1)(f) 条；巴拉圭，1996 年法，第 79(5) 条；波兰，第 1775(2003) 号法，第 21(1)(2) 条；捷克共和国，1999 年法第 9(1) 条；瑞士，1931 年联邦法，第 13(1) 条。在尼日利亚主管部长有权拒绝任何外国人或任何类别外国人入境，如果他认为这一拒绝符合公共利益(尼日利亚，1963 年法，第 18(2) 条)。

⁴³³ 在这方面，外国人可行多配偶制[法国、法典，第 L521-2(1) 条；美国，移民和国籍法，第 212(a)(10)(A) 条]，或者因其他理由被视为不符合定居或公民条件[阿根廷，2004 年法，第 29(j) 条；美国，移民和国籍法，第 212(a)(8) 条]。

⁴³⁴ 例如，外国人可能在上次居留期间没有遵守驱逐国的出境条件[俄罗斯联邦，1996 年法，第 26(5)-(6) 条]，或更一般的，没有遵守法律或对外国人规定的义务[白俄罗斯，1993 年法，第 20(3) 条；捷克共和国，1999 年法，第 9(1) 条]。

⁴³⁵ 尼日利亚，1963 年法，第 16、25 条。

⁴³⁶ 意大利，第 286(1998) 号法令，第 4 条；捷克共和国，1999 年法，第 9 条。例如，这种安排可能是申根协定[法国，法典，第 L 621-2 条；葡萄牙，1998 年法令，第 13(4)、25(1)、120、126(3) 条]，或在英联邦框架内缔订的安排[尼日利亚，1963 年法，第 10(1)、18(4) 条]、或欧洲联盟安排[意大利，第 286(1998) 号法令，第 5(12) 条，第 40(1998) 号法，第 5(7) 条]，或国际移民组织安排[葡萄牙，1998 年法令，第 126A(1) 条]。

⁴³⁷ 西班牙，2000 年法，第 26(1)；意大利，第 286(1998) 号法，第 5(1) 条，第 40(1998) 号法，第 5(6)；捷克共和国，1999 年法，第 9(1)-(3) 条；瑞典，1989 年法，第 4.2(5) 条。

⁴³⁸ 联合国，1971 年法，第 8B(5) 条(经 1999 年移民法修正)。

国人入境日期与可适用法律生效之间的关系，⁴³⁹ 或外国人进入领土时生效的相关法律；⁴⁴⁰ 或(四) 外国人进入国家领土时间长短。⁴⁴¹

187. 相关国内法可明确准许除驱逐之外，再实施刑事处罚，如果有理由判处与非法入境有关的刑罚。⁴⁴² 国内法并可规定在执行所处刑罚后予以驱逐。⁴⁴³ 国家可对外国人所扶养的的人适用驱逐外国人的非法入境理由。⁴⁴⁴

188. 若干国家的国内惯例，例如基于国内法院和法庭判例的惯例也确认以非法入境或居留为理由的驱逐合法。⁴⁴⁵ 但是，如果一个人在国家领土内居留很长一段时间，一些国家法院认为，纯粹以非法在领土居留为理由不足以证明驱逐决定合法。⁴⁴⁶

(j) 不遵守入境条件

189. 一个外国人可以按国家移民法获准正常化地进入国家领土。但须遵守若干关于外国人入境或居留的条件。外国人如不遵守这些条件，其正常情况可能变成非正常情况：在国家惯例上，不遵守入境或居留条件构成驱逐的有效理由。⁴⁴⁷

190. 若干国家的法律规定驱逐不遵守入境条件的外国人，例如有关外国人居留期间的条件、有关外国人的目的的条件或获准在居留期间进行的活动的条件。⁴⁴⁸

⁴³⁹ 澳大利亚，1958年法，第251(6)(c)条；厄瓜多尔，2004年法，第7章(过渡规定)；法国，法典，第L541-4条；意大利，第40(1998)号法，第11(15)条。

⁴⁴⁰ 澳大利亚，1958年法，第14(2)条；美国，移民和国籍法，第237(a)(1)(A)条；肯尼亚，1967年法，第3(1)(-)条。

⁴⁴¹ 瑞典，1989年法，第4.2条。

⁴⁴² 智利，1975年法令，第68、69条；中国，1986年法，第29条；巴拉圭，1996年法，第108(1)条；葡萄牙，1998年法令，第99(2)条；联合王国，1971年法，第24(1)(a)条。

⁴⁴³ 智利，1975年法令，第69条；危地马拉，1986年法令，第74条。

⁴⁴⁴ 加拿大，2001年法第42(a)-(b)条。

⁴⁴⁵ 例如参看美国 *ex rel. Tom Man 诉 Murff* (移民和国籍局地区主任)案，第二巡回审判区上诉法院，264 F.2d 926，1959年3月3日；*Khan 诉主任移民官*，南非最高法院，上诉庭，1951年12月10日。

⁴⁴⁶ 例如参看 *In re rojas 等人*，前引，无国籍外国人案(德国)德意志联邦共和国，联邦上诉行政法院，1958年9月30日；*Re Sosa* 前引。

⁴⁴⁷ “可以行使驱逐权，如果经准许进入国家领土的外国人，其行为或所进行活动违反某些基本规则的话。这种行为或这些活动包括：(一) 在领土的居住或居留违反入境条件……” (L. B. Sohn 和 T. Buergenthal，前引，第90、91页。“国家惯例承认这种驱逐合法……(b) 如果不遵守入境条件……” G. S. Goodwin-gill，前引，第262页。

⁴⁴⁸ “所研究的国内法制度显示，各国在选择驱逐理由方面并不是很一贯。一般而言，外国人如属以下类别，可能受驱逐：……2. 违反入境条件；例如工作无工作许可证。” G. S. Goodwin-Gill 前引，第255页。对各国关于这点的法律和判例研究，取材自关于驱逐外国人的研究报告，秘书处备忘录，前引，第335-338段。

违反入境条件构成驱逐理由的情况一般可如此界定：非正常居住或居留；⁴⁴⁹ 外国人居留没有合法理由；⁴⁵⁰ 外国人不受欢迎；⁴⁵¹ 违反可适用法律的规定；⁴⁵² 违反居留或居住的条件。⁴⁵³ 驱逐的明确理由包括：外国人在居留证期满或获准居留期间满期时不离开国家；⁴⁵⁴ 许可证弊端；⁴⁵⁵ 撤销许可证或拒发许可证不影响受保护人的地位；⁴⁵⁶ 外国人没有要求取得或保全所需许可，或不履行为此目的所需的

⁴⁴⁹ 中国，1986 年法，第 27、29 和 30 条，1986 年规则，第 42 条；克罗地亚，2003 年法，第 56 条；肯尼亚，1967 年法，第 4(2) 条；立陶宛，2004 年法，第 126(1)(2) 条；葡萄牙，1998 年法令，第 99(1)(a) 条。

⁴⁵⁰ 奥地利，2005 年法，第 3.54(1)(2) 条；保加利亚，1998 年法，第 61(1)(4) 条；西班牙，2000 年法，第 28(3)(c) 条。

⁴⁵¹ 澳大利亚，1958 年法，第 5、16 条；俄罗斯联邦，1996 年法，第 25.10 条。

⁴⁵² 阿根廷，2004 年法，第 29(k)、62(a)；白俄罗斯，1993 年法，第 24、25(3)-(4) 条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 27(1)(a) 条；加拿大，2001 年法，第 41(a) 条；智利，1975 年法令，第 64(5)、(6)、第 66 条；西班牙，2000 年法，第 53(e) 条；美国，移民和国籍法，第 237(a)(1)(B) 条；俄罗斯联邦，第 116-FZ(2002) 年法，第 7(7)、9(7)、18(9)(7) 条，1996 年法，第 26(4) 条；希腊，2001 年法，第 44(1)(b) 条；伊朗，1931 年法，第 11(a) 条；肯尼亚，1967 年法，第 3(1)(j) 条；尼日利亚，1963 年法，第 46(1)(b) 条；挪威，1988 年法，第 29(a) 条；巴拉圭，1996 年法，第 34(6) 和 37 条；大韩民国，1992 年法，第 89(1)(5) 条；瑞士，1931 年联邦法，第 13(1) 条。巴拉圭也准许在特别立法的基础上驱逐(巴拉圭，1996 年法，第 81(6) 条]。

⁴⁵³ 阿根廷，2004 年法，第 62(d) 条；巴西，1980 年法，第 124(十六) 条、第 127 条；保加利亚，1998 年法，第 61(4) 条；智利，1975 年法令，第 64(8)、第 66 条；大韩民国，1992 年法，第 6(1)(7) 和 (8) 条、第 68(1)(3)、第 89(1)(3) 条；瑞士，1931 年联邦法，第 13(1) 条。

⁴⁵⁴ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 57(1)(a) 条；巴西，1980 年法，第 124(二) 和 127 条；智利，1975 年法令，第 71 条；芬兰，2004 年法，第 143(3) 条；法国，L. 511-1(2) 和 L. 621-1 条；危地马拉，1986 年法令，第 76 条；意大利，1998 年法令，第 286 号，第 13(2)(e) 条；日本，1951 年法令，第 24(2)-3、4(b)、(7) 条；马达加斯加，1994 年法令，第 18 条，1962 年法，第 12 条；尼日利亚，1963 年法，第 19(1)、(4) 条；巴拉圭，1996 年法，第 81(3) 条；俄罗斯联邦，1996 年法，第 25.10 条，行政法典，第 18 章，第 18.8 条；西班牙，2000 年法，第 53(a) 和 57(1) 条；瑞典，1989 年法，第 4.3 条；美国，移民和国籍法，第 212(a)(9)(B)-(C) 条。

⁴⁵⁵ 可能是：(一) 以前给予许可决定的合法情况或理由消失(阿根廷，2004 年法，第 62(d) 条；澳大利亚，1958 年法，第 1981(A) 和 198(B) 条；白俄罗斯，1993 年法，第 24 条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 27(1)(e) 和 47(1)(e) 条；意大利，2005 年法，第 2 条；大韩民国，1992 年法，第 89(1)(4) 条；俄罗斯联邦，第 115-FZ(2002) 号法，第 2 条；瑞典，1989 年法，第 8.16 条；或(2) 发现一些事实，这些事实如果在当时获知，不会发给许可[奥地利，2005 年法，第 3.54(1)(1) 条]。

⁴⁵⁶ 白俄罗斯，1999 年部长会议，决定第 2 条，1998 年法，第 28 条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003 年法，第 45(1)(h) 和 57(1)(b) 条；巴西，1980 年法，第 124(十) 条和 127 条；中国，1992 年规定，第 I(三) 条；芬兰，2004 年法，第 168(1) 条；法国，法典，第 L. 511-1(3)、(6) 条；意大利，1998 年法令，第 286 号，第 5(0) 和 (1)、8 和 13(2)(b) 条，第 40(1998) 号法，第 55)-(6) 和 11(2)(b) 条；日本，1951 年法令，第 24(2)-2 条；大韩民国，1992 年法，第 68(1)(3) 条；巴拉圭，1996 年法，第 81(4) 条；俄罗斯联邦，第 115-FZ(2002) 号法，第 2、31(1)-(2) 条；瑞典，1989 年法，第 4.3 条；瑞士，1931 年联邦法，第 129(3) 条；美国，移民和国籍法，第 237(a)(1)(B) 条。

条件；⁴⁵⁷ 外国人在国家领土定居存在障碍；⁴⁵⁸ 外国人的婚姻不足以构成居留权的基础；⁴⁵⁹ 提出的伪造或虚假证件或资料以取得婚姻之外，任何目的居留许可。⁴⁶⁰

191. 外国人违反入境条件的情况也包括：不符关于外国人融合或同化的条件或期待；⁴⁶¹ 外国人违反关于住所或必须居留地点的限制；⁴⁶² 违反所有外国人或特定外国人或特定类别外国人必须遵守的义务或禁令，⁴⁶³ 例如在以下情况必要时应向当局登记或作出通知的义务：遗失证件或改变住所、户籍或国籍；⁴⁶⁴ 被要求时提出身份证或在国家领土居留的许可证；⁴⁶⁵ 避免前往禁区；⁴⁶⁶ 不在国

⁴⁵⁷ 智利，1975年法，第31、72条；克罗地亚，2003年法，第52条；西班牙，2000年法，第53(a)、(g)和57(1)条；美国，移民和国籍法，第206、246条；俄罗斯联邦，1966年法，第25.10和27(4)条；行政法院，第18章，第18.8条；芬兰，2004年法，第149(-)(1)和168(2)节；意大利，第286(1998)号法令，第13(2)(b)和14(5之三)、(5之五)条，第40(1998)号法，第5(7)、11(2)(b)条；尼日利亚，1963年法，第10(5)条；巴拿马，1960年法令，第58条；波兰，第1775(2003)号法，第88I(1)条。但国家可规定处罚(不明白包括以这种违规行为为理由驱逐)(巴拉圭，1996年法，第112(1)条；俄罗斯联邦，行政法典，第18章，第18.8条；西班牙，2000年法，第53和57条。

⁴⁵⁸ 阿根廷，2004年法，第29(j)条。

⁴⁵⁹ 可能是：(-)婚姻无效；发给许可证所根据的婚姻存在欺诈或其他弊端(白俄罗斯，1998年法，第15条；匈牙利，2001年法，第32(2)(h)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(12)和9(12)条；美国，移民和国籍法，第216(b)、237(a)(1)(G)和275(c)条；或婚姻一般对外国人的地位无影响(马达加斯加，1994年法令，第18条)。

⁴⁶⁰ 阿根廷，2004年法，第29(a)和62(a)条；白俄罗斯，1998年法，第14、15条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第27(1)(f)和47(1)(f)条；巴西，1980年法，第64(a)和第124(十三)及127条；智利，1975年法令，第64(2)和66条；中国，1986年法，第29和30条，1986年法，第47条；西班牙，2000年法，第53(c)和57(1)条；美国，移民和国籍法，第101(a)(5)(f)(6)和212(a)(6)(C)、237(a)(3)、246(a)(b)和第266(c)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(4)、9(4)和第18(9)(4)条；尼日利亚，1963年法，第46(3)(a)、(c)条；巴拿马，1960年法令，第61条；巴拉圭，1996年法，第81(2)、108(1)、110、111条；联合王国，1971年法，第24A(1)(a)条；瑞典，1989年法，第2.9和第10节；瑞士，1931年联邦法，第9(2)(a)和(4)(a)。

⁴⁶¹ 奥地利2005年法，第3.54(3)和(4)条；日本，1951年法令，第2-4(5)条；瑞士，1949年条例，第16(2)条；和1931年联邦法，第10(1)(b)条。

⁴⁶² 巴拉圭，1996年法，第34(2)条；大韩民国，1992年法，第46(1)(8)条；瑞士，1931年联邦法，第13(e)条。但对这些违规行为所加的处罚，明白不包括驱逐在内(法国，法典，第L624-4条，匈牙利，2001年法，第46(1)(d)条)。

⁴⁶³ 巴西，1981年法令，第104条，1980年法，第64(d)、第70条；智利，1975年法令，第63(4)、64(5)和(6)、65(2)和66条；美国，移民和国籍法，第212(a)(6)(G)和237(a)(1)(C)条；俄罗斯联邦，行政法典，第18章，第18.8条；洪都拉斯，2003年法，第89(2)条；尼日利亚，1963年法，第11(3)、19(4)、24(2)和27(3)条；巴拉圭，1996年法，第34(1)和(2)条。

⁴⁶⁴ 巴西，1980年法，第124(三)、(四)和127条；智利，1975年法令，第72条；西班牙，2000年法，第53和57条；美国，移民和国籍法，第237(a)(3)(A)-(B)和266(c)条；俄罗斯联邦，1996年法，第25.10条，行政法典，第18章，第18.8条；大韩民国，1992年法，第46(1)(7)和(10)条。

⁴⁶⁵ 中国，1986年条例，第43条；尼日利亚，1963年法，第46(3)(b)条。

家之外地方取得住所或取得居住许可；⁴⁶⁷ 离开国家领土不超过某些时间；⁴⁶⁸ 非经准许不离开国家领土。⁴⁶⁹

192. 为此一理由驱逐外国人，其执行可根据外国人国籍国与外国人居住国之间的特别协定，⁴⁷⁰ 或任何其他可适用的国际公约或协定。⁴⁷¹ 可适用的法律可明确准许在有理由的驱逐之外另加刑事处罚。⁴⁷² 法律亦可规定所宣布的刑罚执行后予以驱逐。⁴⁷³

193. 许多国家的国内法院确认，违反入境条件构成驱逐外国人的有效理由。⁴⁷⁴

⁴⁶⁶ 中国，1986年法，第29和第30条，1986年条例，第46条；瑞士，1931年联邦法，第13(e)条。

⁴⁶⁷ 白俄罗斯，1980年法，第15条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第48(b)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(0)和9(0)条；瑞典，1989年法，第2.12条。

⁴⁶⁸ 阿根廷，2004年法，第62(c)条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第48(a)条；智利，1975年法令，第43条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第7(0)和9(0)条；巴拉圭，1996年，第34(5)条。

⁴⁶⁹ 巴西，1980年法，第124(十三)和第127条；大韩民国，1992年法，第46(1)(9)条，同西班牙2000年法第53(g)和57(1)条比较；西班牙法认为非经准许离开为严重违规行为，可处罚金，但不成为驱逐理由。

⁴⁷⁰ 例如，这样协定可在欧洲联盟框架内缔订(芬兰，2004年法，第168(1)和(2)条；法国，法典，第L621-2条；意大利，第40(1998)号法，第5(0)条，1993年法令，第7(3)条)；或在英联邦框架内缔订(尼日利亚，1963年法，第10(1)条)。

⁴⁷¹ 中国，1986年法，第29条；意大利，第286(1998)号法，第5(0)条；葡萄牙，1998年法令，第99(1)-(2)条。

⁴⁷² 智利，1975年法令，第63(3)和65(2)、(3)条；中国，1986年条例，第47条；法国，法典，第L621-1和L621-2条；意大利，2005年法，第10(4)、13(1)条，第286(1998)号法令，第14(5之三)和(5之五)条，1996年法令，第7(3)条；巴拿马，1960年法令，第61和108(1)条；葡萄牙，1998法令，第99(2)条。

⁴⁷³ 波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第47(4)条。

⁴⁷⁴ 例如参看移民和国籍局诉 Stevic，美国最高法院，467 US 407，104 S.Ct. 2489，81 L.Ed.2d 321，1984年6月5日(针对所进行的驱逐程序上诉，因为被告在国内居留时间超过准许的6个星期时间)；Hitai 诉移民和国籍局，美国第二巡回审判区上诉法院，343 F. 2d 466，1965年3月29日(上诉人接受工作，违反准许其进入领土的条件)；美国 ex rel. Zapp 等人诉移民和国籍局，前引(上诉人因违反入境条件被驱逐：他们停止从事其因之获准入境的职业)；Urban 诉内政部长，南非最高法院，开普敦省区，1953年4月30日(外国人被驱逐因其在南非居住的头三年间从事其申请入境表所填职业以外的职业)；Simsek 诉移民和种族和事务及其他事务部长，澳大利亚高等法院，1982年3月10日(上诉人被驱逐因其居留超过临时许可证准许的三个月期限)。此外，在一系列案件中，判定船只船员违反准许进入国家领土的条件，因其在船只驶离后仍留在该国。例如参看 Re Immigration Act Re Vergakis，不列颠哥伦比亚最高法院，1964年8月11日，国际法汇报，第42卷，E. LAUTERPACHT(出版总监)，第219至226页；美国 ex rel. Tie Sing Eng 诉 Murff，移民和国籍局主任(纽约南区)，1958年10月6日，165 F. Supp. 633 法庭确认，266 F.2d 957(第二巡回审判区，1959年)，拒绝调查案卷令状，361 US 840，4 L.Ed. 2d 79，80 Sup. Ct. 73 (1959年)；国际法汇报，第26卷，

194. 对于特别是移徙工人(见下文所述),违反入境条件亦可视为驱逐的有效理由。

(k) 经济情况

195. 在决定以公共秩序理由而非以国际法上某一特定理由驱逐外国人时可考虑经济情况。但在欧洲联盟公民方面,经济情况这一理由的有效性受到质疑。不过许多立法认为经济因素构成有效的和独立的驱逐理由。⁴⁷⁵

196. 欧洲定居公约议定书承认,在以公共秩序理由驱逐外国人的决定中,可考虑经济和社会情况理由。它给予“公共秩序”的定义包括外国人无力负担国内居留所需费用或打算在国内非法工作的情况。⁴⁷⁶

197. 相反的,2004年4月29日欧洲议会和欧洲理事会第2004/38/EC号指示,禁止欧洲联盟以公共秩序、公共安全和公共健康为理由,为经济目的驱逐欧洲联盟公民及其家庭成员。该指示第14条第3款规定如下:

“联盟公民或其家庭成员依靠社会援助制度,不自动引起隔离措施。”

198. 关于后一点,指示的序言部分第16段指出:

“居留权受益人只要不变成接待成员国社会援助制度不合理的负担,不得对其采取隔离措施。因此,隔离措施不能成为依靠社会援助的自动后果。接待成员国应审查此一情况是否暂时性困难,同时考虑到居留时间长短、个人情况以及所给予援助款额,以确定受益人是否构成本国社会援助制度不合理的负担,并于必要时进行受益人隔离。在任何情况下,除非为了公共秩序和公共安全理由,不得对法院所界定的有薪工人、无薪者或求职者采取隔离措施。”

199. 在国内一级,许多国家的国内法将财政考虑作为驱逐外国人的一个理由。⁴⁷⁷ 外国人所扶养的人亦可以以同样理由予以驱逐,如果该项理由对外国人

1958-II, E. LAUTERPACHT(出版总监)第509至512页;Sovich诉Espedy,美国第二巡回审判区上诉法院,1963年5月15日;Re Sosa,前引。

⁴⁷⁵ “我们所研究的国内法制度在选择驱逐理由上是一贯的,这也许并不令人惊奇。一般而言,外国人因以下情况可能被驱逐:〔……〕(3)变成‘国家负担’,也就是说患病或‘靠社会保障生活’。”G. S. GOODWIN-GILL 国际法与国家间人员流动,前引,第255页,同时参看国际规则,前引第45条。”一般规则是,只有在当事人犯违规行为或变成国家预算的负担时,才得予以驱逐”,Atle Grahl-Madsen,关于1951年难民公约的评论(第32和33条),1963年联合国难民事务高级专员办事处国际保护司出版,1997年,“第33条”,第2款。

⁴⁷⁶ “公共秩序的概念应作广义解释,这是大陆国家一般接受的。缔约方尤其可以在如下情况拒绝另一缔约方国民进入:政理由;有理由相信该国民无能力负担其居留所需费用;或者他打算未经可能需要的许可,担任有酬工作。”。欧洲定居公约议定书,第三节,第1至第3条(巴黎,1955年12月13日)。

本身成立。⁴⁷⁸ 特别是，国家可驱逐或推回如下情况的外国人：(1) 欠债、⁴⁷⁹ “放荡不羁”⁴⁸⁰ 或流浪，没有任何生活资料或无法解释这种情况；⁴⁸¹ 在某一时期或自某段时间以来无住处；⁴⁸² 不能或不想供养所抚养的人；⁴⁸³ (2) 需要或很可能需要社会援助；⁴⁸⁴ (3) 没有职业、工作或能力；⁴⁸⁵ (4) 游手好闲，⁴⁸⁶ 不从事发给居留许可证原因的工作或活动；⁴⁸⁷ (5) 不从事职业，放弃工作或失去工作；⁴⁸⁸

⁴⁷⁷ 关于这点的国家立法和判例研究，取材自关于驱逐外国人的研究报告，秘书处秘备忘录，前引，第 412-414 页。

⁴⁷⁸ 尼日利亚，1963 年法，第 47 条。

⁴⁷⁹ 意大利，第 40(1998)号法，第 11(4) (a) 条。

⁴⁸⁰ 巴拿马，1960 年法令，第 37(b) 条。

⁴⁸¹ 奥地利，2005 年法，第 3.53(2) (4) 条；巴西，1980 年法，第 64(c) 条；加拿大，2001 年法，第 39 条；中国，1986 年条例，第 7(5) 条；西班牙，2000 年法，第 25(1) 条；俄罗斯联邦，第 115-FZ(2002) 号法，第 7(8) 和 9(8) 条，1996 年法，第 27(6) 条；芬兰，2004 年法，第 11(1) (3) 条；匈牙利，2001 年法，第 4(1) (d) 条；意大利，第 286 号法令，第 4 和 8 条；日本，1951 年法令，第 5(3) 条；肯尼亚，1967 年法，第 3(1) (a)；立陶宛，2004 年，第 7(3) 条；尼日利亚，1963 年法，第 18(1) (a) 条和 1963 年条例，(L.N. 93)，第 5(4) 和 6(4) 条；巴拿马，1960 年法令，第 37(b) 条；巴拉圭，1996 年法，第 6(7) 和 79 条；波兰，1775(2003) 号法，第 15(1) 和 21(1) (3) 条及第 88(1) (3) 条；葡萄牙，1998 年法令，第 4(1) 条；大韩民国，1992 年法，第 11(1) (5) 和 (1) (8) 条；瑞典，1989 年法，第 4.2(1) 条。

⁴⁸² 德国，2004 年法，第 55(2) (5) 条；俄罗斯联邦，第 115-FZ(2002) 号法，第 7(9) 和 9(9) 条。

⁴⁸³ 加拿大，2001 年法，第 39 条；俄罗斯联邦，第 115-FZ(2002) 号法，第 7(8) 和 9(8) 条；肯尼亚，1967 年法，第 3(1) (a) 条。

⁴⁸⁴ 国家负担和社会援助需要指对外国人及其所抚养的人[加拿大，2001 年法，第 38(1) (c)、(2) 和 39 条；智利，1975 年法令，第 15(4)、17、64(4)、65(1)、66 条；美国，移民和国籍法，第 212(a) (4)、237(a) (5)、250 条；日本，1951 年法令，第 5(3) 条；尼日利亚，1963 年法，第 18(1) (a) 条；巴拿马，1960 年法令，第 37(e) 条；大韩民国，1992 年法，第 11(1) (5) 和 (1) (8) 条；瑞士，1931 年联邦法，第 10(1) (d)、(2)、(3) 条]。

⁴⁸⁵ 巴拉圭，1996 年法，第 6(7) 条。

⁴⁸⁶ 瑞士，1949 年条例，第 16(2) 条。

⁴⁸⁷ 肯尼亚，1967 年法，第 6(1) (a) 条；同阿根廷 2004 年法，第 65 条比较：该条禁止以不履行工作合同规定的义务为理由驱逐，除非这一义务为签发许可证的先决条件。

⁴⁸⁸ 智利，1975 年法令，第 15(4)、17、64(4) 和 (7)、65(1) 和 66 条；肯尼亚，1967 年法，第 6(1) (b) 条。

(6) 残疾或弱智，因而不能工作；⁴⁸⁹ (7) 影响或威胁国家经济秩序、⁴⁹⁰ 国家经济、⁴⁹¹ 工业、⁴⁹² 贸易、⁴⁹³ 工人、⁴⁹⁴ 或生活资料。⁴⁹⁵

200. 国家立法可以禁止以此理由驱逐已在国家领土上居留一段时间的外国人。⁴⁹⁶ 因此，驱逐与否可能视当事人是否具有与驱逐国订有特别安排联系国家的国籍而定。⁴⁹⁷ 国家立法可以规定这项理由是⁴⁹⁸ 否⁴⁹⁹ 亦对暂时居留的外国人有效。

201. 国内判例也接受以财政因素作为驱逐理由。⁵⁰⁰

(1) 预防和劝阻措施

202. 驱逐外国人曾被用作预防或阻止某些行为的手段，但这个目的在 20 世纪初似乎失去了它的重要性。⁵⁰¹ 在上文引述的Carmelo Bonsignore诉Oberstadtdirektor der Stadt Köln一案中，欧洲法院判决只有在公共秩序与当事人的个人行为有关时，

⁴⁸⁹ 巴西，1981 年法令，第 52(三)、(四)条；巴拿马，1960 年法令，第 37(e)条；巴拉圭，1996 年法，第 6(3)条。一个可能的例外是，残疾或弱智只局部减低外国人的工作能力[巴拉圭，1996 年法，第 7(2)条]。

⁴⁹⁰ 大韩民国，1992 年法，第 11(1)(4)和(8)条。

⁴⁹¹ 巴西，1981 年法，第 101、104 条，1980 年法，第 64、67、70 条；洪都拉斯，2003 年法，第 9(3)条；巴拿马，1960 年法令，第 38 条。

⁴⁹² 日本，1951 年法令，第 7(2)条。

⁴⁹³ 巴拿马，1960 年法令，第 36 条。

⁴⁹⁴ 巴西，1980 年法，第 2 和 64 条；巴拿马，1960 年法令，36、37(e)条。

⁴⁹⁵ 巴西，1980 年法，第 2 和 64 条。

⁴⁹⁶ 奥地利，2005 年法，第 3.53(2)(5)和(6)条；美国，移民和国籍法，第 237(a)(5)条；瑞典，1989 年法，第 2.11 和 4.2 条。

⁴⁹⁷ 瑞典，1989 年法，第 2.14 条。

⁴⁹⁸ 立陶宛，2004 年法，第 7(3)条；尼日利亚，(L. N. 93)条例，第 5(4)和 6(4)条；波兰，第 1775(2003)号法，第 15(1)条；波兰，1998 年法令，第 14(1)条。

⁴⁹⁹ 日本，1951 年法令，第 24(4)(a)条。

⁵⁰⁰ 例如参看 Pieters 诉比利时国家(司法大臣)，前引，第 339 页(“在本案命令确认原告的在场损害国家经济。案卷显示命令驱逐是因为原告没有缴付所欠税款。”)。

⁵⁰¹ “人们可以注意到驱逐权最新演变的一些线索：……它今天很少起预防措施作用”。E. M. Borchard，前引，第 55 页。

才能援引公共秩序作为驱逐理由；驱逐的“一般预防性质”并非可以接受的理由。⁵⁰²但有一点要指出，国际法在没有协约义务的情况下不排除这个驱逐理由。⁵⁰³

(m) 报复

203. 驱逐外国人有时用作报复手段(特别是采用大规模驱逐形式，但这另外处理)。驱逐国可以漂亮地援引其他理由，但驱逐仍然是报复。⁵⁰⁴

204. 有学说质疑驱逐外国人以作报复的合法性。⁵⁰⁵ 国际法研究所认为，报复和反击并非驱逐明白获准在一国居留外国人的有效理由：

“报复和反击的情况不受下列规则的限制。但获政府明白准许在国内定居的
外国人，不得以报复或反击理由予以驱逐。”⁵⁰⁶

(n) 其他理由

⁵⁰² “因此，必须回答第 64/221 号指示第 3 条第 1 和第 2 款引起的问题，即该条妨碍为劝阻其他外国人的目的而决定驱逐一个成员国的国民，依国家法院用语，也就是说，以“一般性预防“理由为基础”驱逐外国人。欧洲共同体法院，Carmelo Bonsignore 诉 Oberstadtdirektor der Stadt Köln，前引，第 7 段。

⁵⁰³ “一般而言，不禁止国家利用驱逐作为劝阻措施，也就是驱逐一个人使他人警惕。但这个方法可能被条约宣告非法(例如，欧洲联盟条约第 48 条——依欧洲共同体法院解释)” K. Doehring，“外国人、驱逐与递解出境”在 R. Bernhardt(出版总监)，前引，第 111 页。

⁵⁰⁴ “在 19 世纪，集体驱逐有时被宣告为合法的报复。比利时知名法学家 Rolin Jacquemyns 称，和平时集体驱逐外国人只能作为报复才可准许(“驱逐外国人权利”，国际法杂志(1988 年)第 498 页)。印度尼西亚认为(1957 年驱逐荷兰国民是合法的，因为荷兰不愿意谈判西伊里安岛的地位问题。Dahm 正确地认为，这个理由在国际法上似无根据(Völkerrecht，第一卷，第 529 页)，这个解释显然正确。”，V. D. Sharma 和 F. Wooldridge, *Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians, International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, 第 411 页，注 85。“1934 年 12 月南斯拉夫驱逐大批匈牙利人，作为对匈牙利当局涉嫌同恐怖主义份子串谋的报复。但当时提出的解释是，这些人在南斯拉夫的居留权必须定时重新延期，因为南斯拉夫的失业情况严重；Toynbee, *Survey*, 1934 年，第 573 至 577 页。” R. Jennings 和 A. Watts, 前引，第 944 页，注 16。“阿明将军没有说这些驱逐构成对大不列颠拒绝向乌干达公民和国民提供更多特别优惠的报复[……]。但他在第一次宣布驱逐时宣称，他受到上帝的感召，要教训一下大不列颠[……]” V. D. Sharma 和 F. Wooldridge, 前引，第 411 页和注 83。

⁵⁰⁵ “根据驱逐权的作用，驱逐权不应“滥予行使”。为了实现其宗旨和目的，驱逐权的行使应善意地进行，不能为了一些隐瞒的理由。例如[……]非法报复。” G. S. Goodwin-Gill, 前引，第 307、308 页和注 1(注文如下：很难确定合法报复的情况。M. Brownlie 指出，原则上，报复应该是对先前违反法律义务行为的一种反应，并应符合比例原则：I. Brownlie, *国际公法原则*，第二版，1973 年，第 524 页”。违反国际绝对法(jus cogens)的报复不得准许，V. D. Sharma 和 F. Wooldridge, 前引。第 411 页和注 84(引述田中法官在西南非案(1966 年)的异议意见，《国际法院汇编》，第 298 段，他说“从自然法引伸出来的人权构成绝对法的一部分”)。

⁵⁰⁶ 关于外国人入境和驱逐的国际规则，前引，第 4 条。

205. 可能有一些其他的驱逐外国人理由，但这些理由并没有得到那么广泛的承认，从近代实践的观点看也没有那么相干，例如提出不合理的外交要求。⁵⁰⁷

206. 一些旧的理由标志一个时代的道德价值，今天已过时。例如，在现今世界许多国家卖淫仍是一种罪行，但各处没有看到以卖淫为理由驱逐的做法：为了保护贩运人口或被迫卖淫的受害者，以淫媒为理由驱逐，可能是合法的。另一个例子：今天没有任何国家要求以疾病为理由（不论疾病是什么性质和如何严重）进行驱逐。相反的，许多保护人权协会要求以疾病状况作为不驱逐的理由，特别是病人在其本国或驱逐目的地国不可能得到适当医疗的时候。⁵⁰⁸ 固然，欧洲人权法院于 2008 年 5 月 27 日宣布裁定，认为大不列颠驱逐一名患艾滋病毒/艾滋病的乌干达人离开英国领土，并不违反人权；法院认为此项驱逐并不构成欧洲人权公约第 3 条意义上的“不人道或有辱人格的待遇”。但法院绝不愿意使疾病甚至严重疾病作为驱逐理由合法化；当事人对别人构成危险的行为才构成驱逐理由，法院愿意“认可”的是这种行为。因此它认为在本案适用的原则应亦同样适用于对患“自然突发”的肉体或精神疾病的人的驱逐。疾病本身不构成驱逐理由的概念得到若干国家国内法的确认。例如，外国人健康权观察 2003 年报告指出：“1997 年第一次在法律中规定，对‘患严重病症’的外国人不得予以驱逐(Debré)。自 1998 年法(Chevènement)以来，法规扩大了保护不受隔离的条件(第 25.8 条)，并丰富了居留权——自然发给‘私人和家庭生活’暂时居留证”。

207. 因此，上文所审查的各种情况非常可能没有涵盖不同国家法律所规定的所有驱逐理由。但寻求建立一个详尽无遗的清单，是不是幻想？Joseph-André Darut 在 20 世纪初指出，对于一项主张在一个法律文本中指出可以行使驱逐权的一切情况的提议，比利时众议院于 1865 年予以拒绝。它提出它的决定理由如下：“行为的重要性往往取决于行为发生时的环境，外部情况改变时，环境立即变化，某一行为今天可能危险，明天却可能不危险。只有政府可以时刻评估公共利益需要什么”。⁵⁰⁹ Pradier-Fodéré早在 1978 年就采取这种观点：“评估理由是国家及其政府的事，只有它们有权在领土界限内行使主权”。Laîné et 教授和Haenel博士也采取同样观点。在同一时代，检察官A. Desjardin在 1893 年发表的一篇文章里提出这样的问题：“怎样明确规定公共秩序和安宁受到影响的一切情况”，他自己的答复差不多逐字引述比利时众议院援引的论点。⁵¹⁰ 在同样意义上，Martini 写道：“(……)实际上说，我们觉得不可能明确地列出可以进行驱逐的一切情况

⁵⁰⁷ “在若干拉丁美洲国家，提出不合理的外交要求，如果不能友好解决，可成为一项驱逐理由。
“E. M. Borchard, 前引, 第 52 页, 注 3(尼加拉瓜宪法, 第 12 条)。”

⁵⁰⁸ 参看 A. Lenoire,《欧洲与患病外国人的驱逐》, www.cn-feux.com/billets/leurope-et-les-expulsions-detrangiers-malades.php。

⁵⁰⁹ J.-A. Darut, 前引, 第 64 条。

⁵¹⁰ 所有这些作者都是 A. Martini, 引述的, 前引, 第 86-87 页。

清单”。⁵¹¹ 同Darut一样，Piédelièvre说：“这是环境问题，应由主管当局单独评估需要如何确定。”⁵¹²

208. 因此，第 19 世纪末，思考驱逐外国人问题的学说一致，以及国际性法院关于这个主题的近代实践，都赞同国家保全评估情况的全部自由。但国家在这方面并不是完全可以自由行事。关于影响到国家与国际法律秩序之间关系的行为，国际法对国家驱逐的方式并非漠不关心；国际法是一个参照基准，据此评估驱逐行为的国际有效性。

209. 在这方面现代法律提供了对这种行为进行司法监督的方法。事实上，驱逐不属于一些国内法所称的“政府行为”⁵¹³——政府行为不受任何司法监督而驱逐涉及保护人权规则。驱逐也不属于国际法视为国家保留的领域——保留领域不受国际监督。确定驱逐理由的标准可由法官评估首先核查是否符合国家本身的国内法，其次核查是否符合国际法的相关规则。在这方面，人们见到，公共秩序和公共安全经国内法确定并经国际法认可为驱逐外国人的合法理由，欧洲共同体法、特别是判例提出一些澄清和评估标准，大有助于关于驱逐外国人理由的规则编纂和逐步发展。所有其他理由都可由驱逐国予以援引，但须这些理由不违反国际法规则。

210. 考虑到以上所述发展情况，可提议下文关于驱逐理由的一个单独条文草案，导致这一条文的基本分析可在评注中予以反映以阐明其规定：

第 9 条草案：驱逐理由

1. 一切驱逐决定应有理由。
2. 一国特别可以按照法律为公共秩序或公共安全理由驱逐外国人。
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评估，并根据当事人的情况和行为，考虑到事情的严重性及其所产生威胁的现实性。

E. 拘留驱逐进程中的人的条件

211. 首先要作一下语义澄清。国家法律不是永远使用同一概念来表达被维持在一个特定地点以待确实驱逐的外国人的情况。虽然大部分国家用“拘留”一语表示这个情况，但法语法律词汇比较喜欢用“retention”（留置）或“maintien”（维

⁵¹¹ A. Martini, 前引, 第 86 页。

⁵¹² Piedelievre 国际法概要, 第 1 卷, 第 210 号, 第 182 页。

⁵¹³ 在法国情况, 特别参看 M. Hauriou, 1891 年 12 月 18 日 C. E. 注 Vandelet et Faraud, Sirey 1893 年 3 月, 第 129 页。

持)表示这种情况。事实上,在法国,“detention”(拘留)一语保留用于剥夺自由的情况,是严格镇压性的,在监狱实施,实施时间长或非常长,“retention”或“retenue”(留置)则指相当短时间的禁闭属于镇压⁵¹⁴当局、准镇压⁵¹⁵当局或行政⁵¹⁶当局的权限。在边境“留置”或“维持”外国人的情况,并非制裁刑事犯罪行为,而是采取保安措施,属于准许进入领土或与领土隔离的行政程序范围,这一点的后果是,“留置”不在监狱进行,而是在警察局设施进行。⁵¹⁷

212. 不过,正如有人所指出的,“‘留置’概念所表示的语义内向难以掩饰一点,即在一切留置情况,留置人是被严格意义上的‘剥夺自由’,因其直接侵害保安权,而保安权是[欧洲人权公约]第5条确保的”。⁵¹⁸为了这一理由,在下文将一般地使用“拘留”二字,同时也适用“留置”一语,这两个用语旨剥夺自由情况。

213. 为驱逐拘留外国人的条件是国家驱逐实践上最受批评的一个方面。一般是在这个阶段,驱逐进程中外国人的权利遭受某些最严重的侵害。这里先根据若干国家的实践,举出一些恶劣条件,然后再审查一些国家立法的规定以及关于这个主题的国际规则。

1. 侵害驱逐进程中,外国人权利的拘留条件例子

214. 特别报告员必须着重指出,这里提出的情况纯粹是举例性,其选择完全因为资料存在,而非因为个人偏好。因此,提出这些情况并不是要谴责所引述国家自然也非认为这些情况详尽无遗。

215. 德国。把要驱逐的人禁闭在特定地点这一概念似乎是慢慢进入普鲁士和德意志领导人的思维。为驱逐目的留置的最初情况是事实上(de jacto)安排,“被驱逐者集合在临时地点”,因他们的驱逐无法进行,因为他们的原籍国拒绝再接纳他们。1885-1890年的大规模驱逐就是这种情况。当时当局拒绝让波兰人和犹太人(俄罗斯国民)进入其领土。⁵¹⁹普鲁士外交部在一份照会中提议“将这些人置于禁

⁵¹⁴ 例如,1945年2月2日命令第4条准许的“留置”10岁至13岁未成年人。

⁵¹⁵ 例如,“海关留置”。

⁵¹⁶ 例如外国人入境及居留和庇护权法典第5.555-I条组织的不正常情况外国人留置。

⁵¹⁷ 参看F. Julien-Laferriere《法国边界留置外国人》,publié sur Internet:<http://www.conflits.org/index2270.html>; Référence papier: Cultures et Conflits n° 23(1996),第7-43页。

⁵¹⁸ R. Voering-Joulin“安全权”,Juris Classeur Libertés Fasc.620,2007年9月20日,第11页。

⁵¹⁹ 参看P.Weber,《驱逐:德国管制的产生和实践(第1部分)》,文化与冲突,第23号(1996),第107-153页;publié sur le site Internet:www.conflits.org/index350.html。2009年5月31日查询。

闭营，因这样可以制止住所危机并可阻止任何未经许可的新移民”。⁵²⁰ 如所周知，阿道夫·希特勒上台和建立纳粹独裁改变了这一关闭概念的规模和目的。这里无须多谈这一政权下的留置做法，其各种衍生物是众所周知的。在 1938 年关于管理外国人的法令之后——这个法令一直为这个主题的主要法律文本，直至 1965 年法为止——，置于留置中心的问题由 1990 年 7 月 9 日和 1993 年 6 月 30 日关于外国人的法律加以规定。但人们得不到关于这些中心条件的资料。

216. 西班牙。在最近几年，这个国家似乎是许多移民喜欢的目的地，其中有些是合法移民，但大多数是偷渡者。2007 年 1 月，大约有 10 个“正式的”外国人禁闭中心，分设于巴塞罗那省(自由区)，拉斯帕尔马斯(丰特本图拉、马托拉尔，大加那利、巴兰科-塞科，兰萨罗特)，特内里费(奥亚弗里亚)，马拉加(卡普奇诺斯)，马德里(卡拉潘切尔)，巴伦塞(萨帕多雷斯)，穆尔西(桑戈内拉-拉韦德)和阿尔赫西拉斯(拉皮内拉)，和两个移民临时居留中心：梅利亚和塞塔，此外还有合法性可疑的非正式留置中心，例如底特律中心，特别是塔里法帕洛马岛中心(该中心禁闭撒哈拉以南国民)，阿尔赫西拉斯、拉斯埃拉斯中心(该中心原是一个军营)，阿尔梅里亚中心(该中心是一个工业仓库，原为渔港烧煮蟹虾等甲壳动物的地方，2006 年 11 月 113 名移民因拘留条件在这里暴动)，还有加那利群岛中心。以下是西班牙保护人权协会对大部分这些中心提出的不满要点摘录，⁵²¹ 指责这些中心侵犯基本权利：

巴伦塞：萨帕多雷斯中心(旧军营)

“许多非政府组织指责违反移民条例、保健卫生条件、中心内没有医生和社工，而且往往人口拥挤。2006 年 8 月，50 名移民在中心内暴动”。

穆尔西：桑戈内拉-拉韦德中心

“该中心只有 60 个位置，人口极度拥挤。这是中心的最大问题，事实上还造成其他严重危害被拘留人健康和安全的問題：最近几年，中心非常困难，曾发生被拘留人骚动、一名外国人在等待向俄罗斯驱逐期间自杀、两名被拘留人于 2005 年 3 月脱逃……”。

巴塞罗那：自由区中心

这个中心重演拉贝内达警察局“著名的‘拉贝内达’悲剧”。它被描述为“一个没有自然光的地牢、通风弱、没有天井……”，并“被所有非政府组织、甚至

⁵²⁰ P. Weber 引述，前述条文。

⁵²¹ 安达卢西亚保护人权协会(地址:c. Blanco White 第 5 号, 41018 Seville, Espana 9 Tfno. (34) 954536270, e-mail: analucia@alpha.org, site Internet: www.apdha.org): 《西班牙驱逐程序与禁闭和留置中心》，2007 年 1 月。

人民权利维护员谴责”，因中心内经常有虐待做法：“这个中心强化监狱性质：公共空间和囚室电磁关闭、家属通过屏幕探访、摄像机监视、铁栅囚室……”。

马拉加：卡普奇诺斯中心(旧军营)

这无疑是收到最多抱怨的中心之一，历史最恐怖。卡普奇诺斯中心于1990年开始运作，原定收容80人；1992年，国家主计出已指责该中心设施条件恶劣。⁵²²去年夏天，对被拘留人的虐待丑闻导致传媒界发现中心历年来一系列的不规则清单，这些不规则情况经各社会组织多次谴责：伙食恶劣、拥挤、没有卫生协助、因没有卫生人员以致医药由警察提供、没有翻译、卫生问题严重、设施破旧。中心自开办以来，发生过两次“企图”自杀，五次火灾(其中三次有文件证明)；中心虽存在不久，但已关闭过两次，以进行管理改革，但关于条件恶劣的怨言没有减少。

早在1994年，有46名被拘留人首次威胁绝食，指责中心的条件。1995年，一名巴西被拘留人首次提出性虐待指控(这种指控很多)。同年，103名移民在事前被用氟哌丁苯使之冷静的情况下，离开一些官员喜称的“卡普奇诺斯旅馆”，被用五架军用飞机运至马里、塞内加尔、喀麦隆和几内亚科纳克里。阿斯纳尔这样做违反一切国际规范，但他说：“我们有问题，但我们把问题解决了”。

去年6月，马拉加省专员办事处无法再掩饰发现一些他们自己也认为极为严重的事件：“被拘留人参加夜间欢乐活动，可能同官员维持性关系”。六名被拘留妇女表示，曾是性虐待的受害者。国家警察局七名官员被捕，其中六名移送司法处理(三名被控性侵犯，另三名被控疏忽职守，没有起诉罪行)。根据一份司法文件，不前往聚会的移民被侮辱和威胁。一名受害人报告说，他们去“饮、食、接吻”。外国人禁闭中心保安主任被解职，中心主任Luis Eunque Lopez Moreno亦然，他虽被控，仍然自由。两个月后，又发生新的事件：这些性虐待的一名女性移民证人在外国人禁闭中心小产。这名原籍巴西的妇女一个多小时得不到照料，直到后来其他的被拘留人通知工作人员；这是曾参与欢乐活动而在黎明没有被驱逐出境的唯一一位女性移民所报告的。在小产受害者方面，她在审判性虐待时将不再可能出庭，因为她后来被驱逐出境了，性侵犯行为的其余妇女证人也是如此。她的律师控告工作人员犯“疏忽救助职守”罪。最后，非政府组织的一个代表团陪同贝尔特斯议员Francisco Garrido编写关于中心情况的新报告”。⁵²³

阿尔赫西拉斯：拉皮内拉中心

“安达卢西亚保护人权协会发现在大部分中心都发生的同样的问题：设施残缺、人员配备不全、全年人口拥挤、法律不规则、法律和翻译援助不足、探访制

⁵²² 我们照原文引述 Decio Machado 前述在 Diagonal 发表的文章关于卡普奇诺斯的叙述(前述协会第3号报告所载注释)。

⁵²³ 可在 <http://www.malaga.acoge.org/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf> 查阅(同上，第4号)。

度非常严格、同外界通讯困难……无论如何，它以前是一个监狱中心，具有监狱的一切特征”。

塔里法帕洛马岛中心

“这是一个“接待”非正常移民的中心，位于塔里法的旧军事基地，设施残缺，居住条件极之恶劣(这些设施在 2003 年联合国报告员访问时曾重新粉刷)。这个中心由民警管理，驱逐的确定及管理工作属国家警察权限。

“这个中心的使用，原是阿斯纳尔政府 2002 年采取的临时措施，因当时大批移民到达加的斯海岸；它后来从临时性实际上变成阿尔赫西拉斯外国人禁闭中心的一个延长。

“根据西班牙警察联合会所述，“内政部欺骗公共舆论、红十字会、公民和官员，企图掩饰这个秘密禁闭中心的情况”。这个营房作为阿尔赫西拉斯禁闭中心的一个延长运作，但完全不符合这类设施要求的条件。

“移民睡在两个囚室，床垫就铺在地上；只有一个装 200 升热水的热水瓶，供大约 120 人淋浴用，如果泵坏了，他们也就没有自来水了”。

富埃特文图拉：马托拉尔中心

“这大概是西班牙最大的外国人禁闭中心。它替代原位于飞机场设施的旧中心，这个旧中心在 2002 年因被拘留人环境恶劣受到人权观察强烈谴责。⁵²⁴

“根据欧洲议员的访问，这个中心象一个真正监狱，环境恶劣，移民抱怨粮食不足”。

拉斯帕尔马斯：巴兰科-塞科中心

“有人向联合国特别报告员指控，有些移徙者每星期只能同律师谈三分钟，不知道他们的案件情况。”

特内里费：拉伊塞斯中心

“特内里费营是 2006 年 3 月以露营的帐篷‘临时’建立的，⁵²⁵ 可以容纳 1 300 人，但实际上收容人数全年都超过这个容量。中心因位置靠近特内里费机场，极端寒冷，令人不舒服，居住条件恶劣。9 月，约 150 名移民逃离特内里费，其后被拘禁在邻近地点，有些人藏在垃圾箱”。

⁵²⁴ 参看 www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html (同上，第 5 号)。

⁵²⁵ 参看 2006 年 4 月欧洲议员聆讯报告：http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf；同时参看 2006 年 6 月大赦国际报告 www.es.amnesty.org/organisation/uploads/txuseraitypdb/MisionCanarias_01.pdf (同上，第 6 号)。

大加那利：拉伊斯莱塔军营

“如 2006 年 8 月警察联合工会所指控的，老鼠随意在设施内扎营，到处粪便。设施“到处粪便、苍蝇、种种昆虫；被禁闭人淋浴和洗衣(衣服少得很)用水有时停滞，造成泥沙，因为营房没有任何地区铺沥青，使到军队仓库积尘”。

“移民必须在空瓶和破烂纸盒小便，又要穿过这些瓶盒洗漱。这对拥挤在这个设施的一切人来说，都是不人道的”。

217. 美国。在这个国家“边界巡逻”同移民和归化局一样，负责逮捕无证件移民，它们设有不同的处理和拘留这些移民的中心。在美国与墨西哥之间的边界共有 34 个通过点，在每一通过点都设有自己的处理无证件移民中心。在美国所设的 17 个拘留中心，有 7 个是在与墨西哥之间的边界，一个设在波士顿海岸警卫队基地军营。⁵²⁶ 依照一位作者所说，“据说许多被遣返的人一天被拘留 5 次以上，往往甚至次数还多……，此外，如果人们了解，这些移民中大多数人极端贫穷，似乎完全不可能想象他们能够得到一位法律助手的协助。以致许多“边界巡逻”或移民和归化局滥用权力受害者，由慈善组织或政治组织负责照料。⁵²⁷

218. 法国。在 2009 年 1 月 1 日以前法国共有 27 个拘留中心；预期该日以后将有 30 个中心运作。⁵²⁸ 这些待驱逐外国人中心的拘留环境恶劣，导致法国议会 18 名议员于 2008 年提出一份决议草案，“旨在设立一个调查委员会，评价和分析禁闭妇女、男子、儿童移民留置中心现行的法律框架”。⁵²⁹ 这个决议草案理由部分陈述不同留置中心、不论是万塞纳的梅尼-阿梅洛特中心或里昂附近的萨托拉斯中发生的激烈暴动，它这样说：“被留置人抗议对他们的待遇以及对他们的驱赶。这些小孩、妇女、男子生活在令人不能接受的恐惧气氛中。每一个外国人都成为可能罪犯。这种痛斥“外国人”的政策无视一切团结精神，造成仇外心理，毒害整个法国社会”。⁵³⁰ 他还说：“留置中心里的生活条件恶劣。在梅尼-阿梅洛特，留置的主要是青年男子，中心医疗照料不足，有一个被留置人有心脏病问题，抵达后一直得不到照料；法律援助不足，无以应对人们表达的绝对需要；许多人精神衰落，深感孤独、被遗弃——家属探视只得 15 分钟。⁵³¹ 根据 2006 年撤离

⁵²⁶ 其他的中心分布在：亚利桑那(1)、加利福尼亚(2)、得克萨斯(4)、科罗拉多(1)、佛罗里达(1)、路易斯安那(1)、马萨诸塞(1)、纽约(2)、波多黎各(1)、华盛顿特区(1)。资料来源：美国司法部、移民和归化局，INS INS, Fact Book, US.; S. Schmidt, “拘留与递解至墨西哥和美国间边界出境(第 2 部分)文化与冲突第 23 号(1996), 第 155-185 页。

⁵²⁷ S. Schmidt 前引文章。

⁵²⁸ 参看留置中——法官制止奥尔特弗改革 publié sur le site internet : <http://tf1.lci.fr/inos/France/societe/0,,4143397,00-le-juge-met-un-coup-d-arret-a-la-reforme-hortefeux-.html>。

⁵²⁹ 参看 2008 年 2 月 13 日国民议会议长办公室第 175 号文件，2008 年 2 月 20 日散发。

⁵³⁰ 同上，第 3 页。

⁵³¹ 同上，第 6 页。

者运动间委员会的报告(撤离者运动间委员会是迄 2007 年国家唯一授权监测外国入权利行使情况的非政府组织):“设有外界监督、信息极少,近乎秘密地禁闭成千上万男女,同时在法律上(不论文书或惯例)无什根据,物质条件又恶劣,这往往构成不人道和有辱人格待遇”。⁵³² 更甚者,对认为难弄的被留置人,还禁闭在“隔离室”。隔离是在侮辱条件下进行:被隔离人“被戴上手铐,铐在警卫室后,搜查和探访室旁的长凳上”。⁵³³ 一般而言,父母、未成年人和怀孕妇女都被禁闭。如撤离者运动间委员会所确认的,“禁闭对小孩造成影响,他们根本不应在外国人留置中心”。此外,这个非政府组织确认“在舒瓦西-勒鲁瓦留置中心,被留置妇女 48 小时禁闭在一间 4.5 平方公尺的小房间里,没有照明,只有两张上下铺床,毫无私隐(玻璃门)。房间很脏。有些怀孕 6 个月的妇女也被留置在这个卫生很差的地方”。⁵³⁴ 这个组织毫不犹豫地指控“驱逐政策过分”,并肯定地认为“某些中心被改变成真正的营”,因为在那里“剥夺自由成为管理移徙人的方式”。⁵³⁵ 提出决议草案的议员因此说,“政府的政策引起种种问题,可能造成一些不能容忍和不能接受的做法”。⁵³⁶

219. 有些待驱逐外国人被拘留在监狱里,这个情况更令人关切。前任法国司法部长罗贝尔·巴丹泰在扼述路易·梅尔马兹提交国民议会的报告时说,“也应该考虑到大批外国人在扣留所的情况,这往往是变相使用监狱机构,而这种机构变成普遍的留置中心。(……)留置中心的问题以及这些中心生活条件受到国际报告谴责,同监狱政策有关,很难规避。人们可能过于将行政政策转变成镇压政策,以致产生了扣留所的情况。应该深入地研究这个问题”。⁵³⁷ 人权咨询委员会在 2004 年的研究报告中指出,出监狱后留置,往往很难为外国人接受,“他们认为这一种新的剥夺自由是一种补充欺压”。委员会还说,“这种情况尤其严重的是,外国人隔离导致小孩留置。今天,留置的物质条件不可能使留置符合保护儿童权利的国际公约”。⁵³⁸

220. 大不列颠。有人指出,今天,在这个国家,“等待驱逐的外国人,在法律上感到非常不安全”;他们当中,有些人经历几个营,“往往一共被拘留了 17 个

⁵³² 前引,第 8 页。

⁵³³ 同上,第 11 页。

⁵³⁴ 2006 年撤离者运动间委员会报告,前引,第 12 页。

⁵³⁵ 同上,第 13 页。

⁵³⁶ 同上,第 8 页。

⁵³⁷ 人权咨询委员会:关于被拘留外国人的研究报告,建议,2004 年 11 月 18 日,全体会议通过,第 21 页。

⁵³⁸ 同上,第 25 页。

月”。⁵³⁹ 例如在距离格拉斯哥 30 公里左右的邓盖夫尔中心，“被拘留者多数是成年男子，但也有妇女，有时整个家庭，以及没有亲人陪同的未成年人。驱逐进程中的人或申请庇护者的拘留条件，在某些情况，造成悲剧。例如 2004 年就发生如下事件：7 月 19 日星期一，在哈蒙茨沃思遣送中心，一名乌克兰寻求庇护者被发现吊死。这件事在哈蒙茨沃思引起大骚动被拘留者被移到其他的遣送中心及主流监狱。不久，7 月 23 日，星期五一名被拘留越南人(原从哈蒙茨沃思移到邓盖夫尔遣送中心)上吊，被送到东基尔布赖德的海米雷斯医院，其后死亡。据报，一名邓盖夫尔被拘留人说，这名越南男子被拘留超过一年，完全放弃获释希望”。⁵⁴⁰关于被拘留的申请庇护者(按照 1971 年移民法拘留)，1996 年出版的一份研究报告指出，“他们或被放在移民留置中心，或被放在刑事犯监狱，或被放在警察局囚室。1971 年移民法授权警察和移民局在无逮捕证的情况下逮捕人。在警察局囚室和英国监狱，被拘留人被视作临时拘留的犯人对待。他们可能被禁闭在小囚室，24 小时中 20 小时得不到休息或体育活动。普通法刑事犯与这些被拘留人之间的主要差别，在于被拘留人可能未经审判无限期被拘留”。⁵⁴¹

221. 希腊。欧洲人权法院审理的Dougoz案(2001 年 3 月 6 日判决)和Peers案(2001 年 4 月 19 日判决)，让人可以了解这个国家里待驱逐人拘留条件的大概情形。在欧洲人权法院宣布这两个案的判决后，欧洲委员会部长理事会于 2005 年 4 月 7 日就这些拘留条件通过一项初步决议，要求希腊主管当局“继续加紧努力，使拘留条件符合欧洲人权公约的要求、特别是法院判决的规定，并审查关于这方面的内部有效救济问题”。⁵⁴²从希腊政府在部长理事会审议上述两案时提出的讯息看来，人们可以相反地确认希腊的拘留结构令人惋惜。希腊政府特别说：“关于这两案所涉的警察拘留中心和监狱，政府要指出，一方面，亚历山大大道的中央警察局不再用作待驱逐外国人的拘留中心；另一方面，德拉佩特索纳警察局的拘留中心已加以改善，向被拘留人提供尽可能更好的卫生和合理生活条件。最后，关于科里达尔洛斯监狱，这是希腊最大的监狱机构，定时进行必要的维修工作”。⁵⁴³此外，希腊政府还指出，自 1998 年以来，希腊境内非正常情况移民的正常化程序大大减轻了“拘留中心的拥挤情况，因为许多这些移民提出申请并符合法律规定

⁵³⁹ E. MICHARD, “在大不列颠的外国人：无限期犯人”，1994 年 10 月 19 日，在因特网网址发表 <http://www.echanges-partemariats.org-ep@reseau-ipam.org>。

⁵⁴⁰ 参看“联合王国移民遣送中心二人死亡”，在因特网网址发表：www.racism.net。

⁵⁴¹ B. Harrell-Boud, “申请庇护者在不列颠堡垒内留置, Cultures et conflits n° 23(1996, pp. 87-106)p. 93, 在因特网网址发表：<http://www.conflits.org/index260.html>”

⁵⁴² 人权决议(2005)21。

⁵⁴³ 初步决议(人权决议(2005)21)附件。

的条件后都予以释放了”。⁵⁴⁴ 在Tabesh诉希腊一案中，欧洲人权法院的判决大部分针对驱逐申诉人的拘留条件。申诉人称，他的拘留条件不符合欧洲人权公约第3条的规定和欧洲防止酷刑、不人道或有辱人格待遇或惩罚委员会界定的标准。⁵⁴⁵ 他特别指出完全没有体育活动和不能同外界接触、囚室拥挤、卫生问题和粮食不足。特别是，他肯定每天配给他的5.87欧元伙食费，不足以每天得到营养足够的三餐。在评估严格意义上的拘留条件之前法院首先重申一点事实，即公约第3条体现民主社会最根本的一个价值观，因为它绝对禁止酷刑和不人道或有辱人格待遇或惩罚——不论在何种情况。法院还明确指出，“剥夺自由措施定然引起痛苦，造成侮辱。这是一种无可避免的事实状态，这种状态本身并非违反第3条，但这项义务使国家必须确保一切被拘留人的拘留条件符合尊重人的尊严；确保拘留方式不会令被拘留人所受的痛苦和紧张超过这种措施定然带来的痛苦程度；在考虑到监禁实际需要的情況下保证被拘留人的健康和福利获得适当照顾”。⁵⁴⁶ 法院还说，“虽然国家可以按照本国‘管制(……)外国人入境和在其领土居留的不容否认权利’，将可能的移民拘留(Amuur诉法国，1996年6月25日，第41节，1996年第三集)，但这项权利必须按照协约规定行使”。⁵⁴⁷ 为了评估申诉人关于他从2006年12月31日至2007年3月28日所住的泰萨洛尼克警察分局外国人拘留中心条件的指控是否属实，法院注意到这些指控从共和国调解员2007年5月发表的报告和欧洲防止酷刑委员会2007年和2008年访问许多警察局和希腊外国人拘留中心后发表的报告得到证实。法院指出，“2008年的访问报告提到泰萨洛尼克警察分局外国人拘留中心的拘留条件，其中指出被拘留人睡在铺在地上的肮脏床垫，而且没有散步及体育活动空间。该报告确认，被拘留人每人每日获发5.87欧元订购饮食，饮食从外面送来”。⁵⁴⁸ 这一报告让法院宣称，“除了上述报告所指出的杂乱和卫生问题外，法院认为申诉人被拘留的警察局中心内，娱乐和饮食制度本身就引起公约第3条的问题。特别是，不能够在户外散步或活动可能使申诉人产生一种同外面世界隔离的感觉，对其身心健康可能产生不良影响”。⁵⁴⁹ 法院指出，“申诉人得不到适当的娱乐活动和饮食原因是泰萨洛尼克警察分局中心并不是申诉人应接受的适当拘留地方。从这些地方的性质上说，这些地方专为接待非常短期居留的人。因此，它们绝不符合

⁵⁴⁴ 同上。

⁵⁴⁵ 欧洲人权法院，2009年11月26日判决，第33段。

⁵⁴⁶ 同上，第36段。

⁵⁴⁷ 同上，第39段。

⁵⁴⁸ 同上，第40段。

⁵⁴⁹ 同上，第41段。

拘留中心的需要，因为拘留期是三个月，而且拘留人数不只一人，这些人并不是服刑而是等待行政措施的执行”。⁵⁵⁰ 法院结论认为，“……把申诉人拘留在泰萨洛尼克警察分局外国人拘留中心三个月，是公约第 3 条意义上的一种有辱人格待遇”。⁵⁵¹

222. 非洲的情况往往更坏；在非洲，很少国家为驱逐设立外国人拘留中心。

223. 例如在南非，2005 年仇外心理高涨，根据一些协会报导，许多外国人“被戏弄，被暴力对待，被侮辱，逃到遣返火车上。不仅偷渡者受虐待，符合手续的移民、难民或申请庇护者也受虐待”。⁵⁵² 一些被警察逮捕的外国人，被带到林德拉遣返中心；外国人、偷渡者或正在办理正常化手续的人都被带到那里，等待驱逐。据南非日报星期天独立报⁵⁵³ 报导，有些被逮捕的人居留证并未过期、但证件损毁或被没收。南非大赦国际人权教育协调员萨拉赫·莫撒报告说，“警察不加区别地逮捕所有移民。他们不理申请庇护者的地位。有人向我们报告许多这样的情况：警察装作没有看见证明正在申请庇护的证件”。

“许多证词说明，南非警察向申请庇护者要求贿赂或性好处，不将他们送回林德拉”。⁵⁵⁴ AFRIK.COM 文章的作者引述 2000 年 4 月 9 日星期六独立报的报导，指出林德拉的生活条件“根据 2000 年 4 月 9 日星期天独立报报导，极之悲惨”。申诉人形容床铺非常脏，乱七八糟，食物“连狗都不要”，一个医生也没有。另一个问题是人口拥挤：中心的容量是 4 004 个位置，但接待的外国人往往超过此数。2000 年 3 月中发动的一次镇压偷渡移民行动使情况达到高峰。“在最强烈的突击搜捕中，7 000 多人被拘留在林德拉，几千人被驱逐出境，尽管媒体报导说，许多人在驱逐进程中逃出拘留中心”，这是一封给两位南非部长的信中所说的。此外，一些“被拘留人”抱怨说，在中心逗留的时间远超过法律许可的时间，一些协会也这样说。但是，星期天独立报根据林德拉管理人员 Liudie Gouws 用传真寄给它的一封信扼述，“这些人在中心的拘留不超过一个月，除非有法院的命令；只有在极端情况下内政部才会将拘留期限延长至最高的 90 天期限”。最悲惨的无疑是中心的一些难民无端死亡，“自 2005 年 1 月以来，大约有 50 人死亡，大赦国际的萨拉赫·莫撒这样说。津巴布韦流亡者论

⁵⁵⁰ 同上，第 43 段。

⁵⁵¹ 同上，第 44 段。

⁵⁵² H. BAUGRE, “南非：成千上万外国人被驱逐。仇外是这一政策的核心”，2005 年 11 月 15 日，AFRIK.COM。

⁵⁵³ 同上。

⁵⁵⁴ 同上。

坛去年 8 月指控，1 月至 7 月间林德拉有 28 名难民死亡。据论坛说，死亡者多数是津巴布韦人”。⁵⁵⁵

224. 在赤道几内亚，最近几年常发生大规模驱逐做法，许多非洲人(大多数为喀麦隆人，其次为马里人)被驱逐，不分合法居民和非正常情况居民，驱逐条件可悲，往往是被警察追捕驱逐；这些人自谋生路，或在人道条件下被押到赤道几内亚与喀麦隆之间边界。这些驱逐是在赤道几内亚外交、合作和法语国家事务部 2009 年 5 月 12 日最后通牒到期后发生的，最后通牒命令所有非正常情况外国人于 5 月 26 日之前离境。根据互联网一个讯息网站：“300 名原居住赤道几内亚的喀麦隆人已返回他们的祖国。他们是被强制和被强迫的。他们于上星期四乘简陋独木舟到达林贝港，离雅温得西 320 公里。许多人半裸，只穿一件短衬裤，他们的钱和财物都丢了。这一回国行动之前，赤道几内亚当局曾于 3 月 6 日进行大规模的遣返喀麦隆、尼日尔、加纳、刚果外国人，涉及整个比奥科岛。

225. 法国新闻社证实这种情况，它提出许多被驱逐喀麦隆人的证词。例如 Moïse Bessongo 的证词；他定居经商多年，半夜回家时被盘查，住所被劫，护照、居留证、喀麦隆身份证及文凭被警察撕毁。他被囚三天，然后于星期三夜里被遣返。许多于 3 月 6 日和 7 日被逮捕的喀麦隆人在马拉波军事基地被禁闭五天。除了抢劫和敲诈勒索外，许多人还提出酷刑、报复和创伤作证。⁵⁵⁶

226. 关于这些事件，喀麦隆驻赤道几内亚大使接受访问时说，“受这一情况感到”。他继续说：“我们不会见到喀麦隆人被虐待而自豪。我们的角色不是要搬动伤口里的刀。我不否认这些事是个人所为，赤道几内亚当局并不知道和接受。这些有困难的喀麦隆人应来到大使馆和领事馆，因为我们可以找到办法帮助他们。尽管这些烦扰，喀麦隆人永远会到赤道几内亚，但必须对这些出发予以组织，让他们可以尊严地生活”⁵⁵⁷

227. 在 Diallo 案，几内亚对其国民在刚果民主共和国的驱逐前逮捕和拘留条件提出指控。它控称，1995 年 11 月 5 日，Diallo 先生“被秘密逮捕，事前未经任何方式的程序，甚至未经询问”；他被禁闭两个月，后经扎伊尔国家元首干预，于 1996 年 1 月 10 日获释，但旋即立即被捕，再禁闭两个星期，然后驱逐。Diallo 先生在被拘留的 75 天中，在监狱受到虐待，被剥夺 1963 年《维也纳领事关系公约》规定的权益。⁵⁵⁸ 刚果民主共和国拒绝这些指控，但未提出论辩，只说“按驱逐程序拘留 Diallo 先生的期限和条件符合扎伊尔法律”。⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ 同上。

⁵⁵⁶ 参看“追逐外国人。赤道几内亚料理家务”afrik.com。

⁵⁵⁷ 喀麦隆论坛(政府日报)，2009 年 6 月 12 日。

⁵⁵⁸ 国际法院，Ahmadou Sadio Diallo 案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，初步抗辩，2007 年 5 月 24 日判决，第 17 段。

⁵⁵⁹ 同上，第 19 段。

2. 执行驱逐的条件

228. 驱逐可能因其执行方式而成为非法。⁵⁶⁰ 驱逐外国人特别应按照国际人权法进行,特别是禁止酷刑和其他不人道或有辱人格待遇。⁵⁶¹ 联合国大会第40/144号决议规定不得使外国人受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇。⁵⁶² 在驱逐外国人时犯这种行为,曾引起许多控诉。⁵⁶³

⁵⁶⁰ “此外,押送至边界虽然完全合法,但其执行如不公正或粗暴,可变成非法。为执行驱逐决定而使用的武力不得对身体造成伤害或可能造成伤害。” Louis B. SOHN 和 Thomas BUERGENTHAL(主编),前引,第96页。“每个国家有权为公共秩序理由,将暂时居住在其领土的外国人驱逐。但国家驱逐外国人,如毫无理由或造成伤害,外国人原籍国有权对这种违反国际法行为提出抗议” R. PLENDER,“乌干达危机与国际法规定的驱逐权”,*The Review: International Commission of Jurists*, No. 4, 1972, 第25页(从 Calvo 国际公法、私法字典引述)。第2点的发展情况引述自:“驱逐外国人。秘书处备忘录”,前引,第703-709段。

⁵⁶¹ “驱逐的执行不得对被驱逐外国人苛刻、使用暴力或造成无用的损害。” S. ODA, 前引,第483页。“不论驱逐外国人的权力是否不受任何限制,虐待、突然地或粗暴地驱逐外国人是违反国际法的最低限度规范,外国人的原籍国原是期待这些规范获得遵守的。如果国家在行使它的主权权力时违反这一规则,它并非滥用这一主权权力,而单纯是违反限制其排外权限的一项禁令规则。” G. SCHWARZENBERGER,“The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, 第309、310页(同时参看 G. SCHWARZENBERGER, 国际法律与秩序,伦敦, Stevens & Sons, 1971年,第89、90页)。“原则上完全合法的驱逐,如果其执行方式不适当顾及外国人的安全和福利,在国际法上仍是违法行为。而且,这种行为或等同于侵犯人权,或构成违反”最低限度规范。“这种观点显而易见,简直无须解释……”, R. PLENDER, 前引,第24、25、26页。“执行驱逐令或押送至边界令的国家,必须按照体现人权和人尊严的规范行事。这些规范对国家驱逐外国人或将外国人押送至边界的权力有直接影响……还有其他关于人权和人尊严的规范和原则,明定于大多数国家接受的多边文书。其中的一项原则是,人人有权不受不人道或有辱人格的待遇” Louis B. SOHN 和 Thomas BUERGENTHAL, 前引,第95页。并参看 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1987, 第36页。

⁵⁶² 第40/144号决议,第6条。

⁵⁶³ “大多数情况是过分粗暴行使驱逐权。这种措施必须针对其直接目的,也就是摆脱不受欢迎的外国人,因此,一切无用的苛刻都可成为控诉的合法理由。即便驱逐被视为合法,其执行方式仍应只对外国人或其财物造成最低限度的损害,同时不影响驱逐国的安全和利益。” E. Montefiori BORCHARD, 前引,第59、60页。“推回或驱逐权固然是斟酌决定权,但如粗暴、专横地行使或造成无用的伤害,往往引起控诉”, B. O. ILUYOMADE,“The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, 第85页。“Calvo 认为政府驱逐外国人,如毫无理由和造成伤害,外国人的国籍国有权对此种违反国际法行为提出控诉。” R. PLENDER, 国际移徙法,前引,第469至471页(引述自国际公法、私法字典)。“国家驱逐外国人的方式,如造成无用的伤害应负国际责任。” Richard PLENDER, 前引,第459页。

外交惯例⁵⁶⁴ 和国际法院⁵⁶⁵ 亦对驱逐权加以这种限制。

229. 国际民用航空公约附件 9 规定：

“5.2.1 不准入境或须予驱逐的乘客在有关国家执法人员看守期间，该等执法人员应保护当事人的尊严并且不得采取足以对其造成伤害的任何措施。”⁵⁶⁶

230. 从实践得许多例子都认为有义务人道地执行驱逐，同时有义务适当地尊重被驱逐人的尊严。

231. 这种义务的存在，默示地出自 Lacoste 案，虽然该案判决申诉人没有受到苛刻待遇：

“Lacoste也要求对其逮捕、监禁、苛刻和残忍待遇以及驱逐出境，提供赔偿……但驱逐的执行方式似乎并不苛刻，而且申诉人在提出要求后获得他必须离境日期的报告。”⁵⁶⁷

同样的，在 Boffolo 案中，仲裁员一般地说：

“驱逐必须以对当事人造成尽可能最小程度伤害的方式执行……”。⁵⁶⁸

232. 在 Maal 案，仲裁员强调人的神圣性质，执行驱逐时有义务顾到尊严和不要造成无用的伤害：

“如果驱逐申诉人的执行方式顾到尊严和没有无用的苛刻，仲裁员除驳回申诉人的申请外别无其他选择。所有证据都表明申诉人是一个良好的人而且在整个听询和驱逐过程中得到作为一个良好的人的待遇，同时我们认为他

⁵⁶⁴ “外交惯例也充分证明这个原则，即执行驱逐的方式没有适当地顾到外国人的福利，违反国际法。” R. PLEADER, “乌干达危机与国际法规定的驱逐权”，前引，第 24、25、26 页。“专横驱逐的执行方式如属苛刻或暴力或对被驱逐人造成无用的伤害，引起外交控诉……” E. M. BORCHARD, 前引，第 57 页。“最近发生一些其他情况：执行驱逐的程序具苛刻待遇性质，美国必须对之提出强烈抗议”，C. C. HYDE, 前引，第 233 页。

⁵⁶⁵ 国际法院多次宣明，“原则上，驱逐的执行必须以对被驱逐人造成最小伤害的方式进行。因此，即决驱逐使被驱逐人受到侮辱、苛待或无用的压迫，国际委员会均视为可以要求赔偿的理由。” E. M. BORCHARD, 前引，第 60 页[引述 Maal (荷兰) 诉委内瑞拉，前引；和 Boffolo (意大利) 诉委内瑞拉，前引；同时参看 Jaurett (美国) 诉委内瑞拉，Sen. Doc. 413, 60th Cong 1st Sess, 20 et seq., 559 et seq (1909 年 2 月 13 日协议解决，For. Rel., 1909, 629)]。“专横驱逐的执行方式如属苛刻或暴力或对被驱逐人造成无用的伤害引起仲裁裁决……”，E. M. BORCHARD, 前引，第 57 页。“因此，在关于驱逐外国人的案件中，国际法院通常认为，国家提出的严肃理由足以使这种行为合法。但它认为，以无用的苛刻方式执行驱逐的措施非法。”，B. CHENG, 前引，第 133 页。

⁵⁶⁶ 国际民用航空公约，第 295 页。

⁵⁶⁷ Lacoste 诉墨西哥案 (墨西哥委员会)，前引，第 3347、3348 页。

⁵⁶⁸ Boffolo 案，前引，第 534 页 (仲裁员拉尔斯顿)。

不论作为一个良好的人或单纯作为一个人，都有权获得尊重，情感不受到伤害，这是他的一项最重要的基本权利，也是自由的一项无价特权。仲裁员被要求把别人视作某种神圣事物，无论愤怒或任何理由，在未经同意下，都不得以任何方式予以侵害，如果侵害，则可视为一种引起赔偿的行为，赔偿应与侵害的精神和性质及受害人的品质成比例。”⁵⁶⁹

233. 欧洲委员会会议会对强制驱逐程序的执行造成许多虐待事件，强烈关注。⁵⁷⁰ 它也强调强制驱逐的辅助性质，在任何情况下必须尊重被驱逐人的安全和尊严。

“7. 议会认为，驱逐只应作为最后手段使用，并且只应针对明显持续抵抗的人；同时，通过确实的陪护和出发前的准备工作，在个别负责和监测的框架内，可以避免驱逐。

“8. 议会强力指出，欧洲委员会的基本原则会受到威胁，如果不对敌视难民、申请庇护者和移民的气氛进行打击，鼓励在一切情况下尊重他们的安全和尊严的话。”⁵⁷¹

234. 欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或惩罚委员会(欧洲防止酷刑委员会)也着重指出，执行驱逐命令时使用武力应以绝对必要为限，并且明确指出不应使用的驱逐方式和方法。此外它坚决要求必须建立内外监督以及仔细记录隔离行动的系统。

“欧洲防止酷刑委员会承认要将一个隔离命令规定隔离但决意继续留下的外国人弄离国家领土，往往是一项困难任务。治安部队成员有时可能被迫诉诸武力，以执行这种隔离。但是使用武力应以绝对必要为限。特别是，绝对不容许对被隔离人进行人身攻击以说服他登上运输工具，或作为对他不这样做的惩罚。此外，欧洲防止酷刑委员会必须强调，禁止一个人发言是一种非常危险的措施。”⁵⁷²

⁵⁶⁹ Maal 案，荷兰-委内瑞拉混合赔偿问题委员会，1903 年 6 月 1 日，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 732 页。

⁵⁷⁰ 欧洲委员会会议第 1547(2002)号建议：符合人权的驱逐程序与在尊重安全和尊严的情况下执行，2002 年 1 月 22 日，第 6 段。

⁵⁷¹ 同上，第 7、8 段。

⁵⁷² 欧洲委员会，欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或惩罚问题委员会，第七次欧洲防止酷刑委员会活动总报告，涵盖 1996 年 1 月 1 日至 12 月 31 日 CPT/Inf(97)10[FR]，1997 年 8 月 22 日，“按照关于外国入境和居留法律留置人员”，第 36 段。关于欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或处罚问题委员会，见 J.-M. Larralde, « La protection du détenu par l' action du Comité européen pour la prévention de la torture », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2004, n° 3, numéro spécial « Surveiller et punir/surveiller ou punir? », p. 29-41.

委员会认为：

“绝对不容许被隔离人进行人身攻击或威胁以说服他登上运输工具或作为对他不这样做的惩罚。欧洲防止酷刑委员会高兴地注意到，在所访问的国家里，许多文书都载有这一意义上的规定。例如，欧洲防止酷刑委员会知道的一些文书，禁止使用强制方法以惩罚反抗的外国人，或使用引起无用痛苦的强制方法。

“[……]使用武力和使用强制方法应以绝对必要为限。欧洲防止酷刑委员会高兴地注意到，在一些国家，在隔离程序使用武力和强制方法，事前都经过从合法性、比例性和适当性原则角度的详细审查。

“[……]欧洲防止酷刑委员会方面，它明确指出，使用可能引起精神压抑的武力和 / 或强制方法，只能作为最后手段，而且对于例外情况下使用这种手段，必须规定指导方针，以期将对当事人健康可能造成的风险减低至最低限度。

“除了上述减低精神压抑风险外，欧洲防止酷刑委员会有系统地建议绝对禁止使用可能局部或全部妨碍呼吸道(鼻和/或口)的方法。[……]它注意到，在许多缔约国，这种做法已被明文禁止；它请尚未这样做的国家不再拖延地采取在这事上具有强制力的规定。

“必须保护被隔离人使其在飞行途中发生紧急情况时不受影响。因此一切限制被隔离人行动自由的工具必须能于机组人员下令时立即拆除。

“[……]欧洲防止酷刑委员会认为，不得援引任何安全考虑，使隔离行动时护送人员戴上面具成为合法。这种做法非常不妥，因为它在指控虐待的情况，非常难审讯负责人。

“欧洲防止酷刑委员会也对使用瘫痪剂瓦斯或刺激性瓦斯以控制顽抗被拘留人，将其拉出囚室，送往飞机的做法，持最大保留态度。

“在执行与领土隔离的决定前，让被留置外国人有可能得到身体检查，很明显是重要的。这一预防措施在打算使用武力和/或特别方法的情况尤其必要。

“执行隔离外国人行动之前，应该采取措施，让当事人可以安排其回归，特别是在家庭、职业和心理方面。

“同时，隔离行动流产的当事人在重返拘留所时应立即对其进行身体检查。

“极之重要的是，必须对特别敏感领域，例如以空运强制隔离行动，建立内外监督机制。

“隔离行动的进行必须予以仔细记录。

“[……]最后，欧洲防止酷刑委员会希望强调外部监督当局——司法或其他当局，国家或国际当局——在防止隔离行动发生虐待情况方面所起作用的重要性。这些当局应留意这一事项上一切发展情况，特别是使用武力和强制方法方面，以及保全被以空运进行隔离措施的当事人的基本权利方面。”⁵⁷³

235. 尊重人的尊严，在欧洲联盟关于隔离第三国国民的立法里也有规定。理事会 2004 年 2 月 23 日的决定在序言部分规定：

“本决定尊重基本权利并遵守特别是欧洲联盟基本权利宪章的基本原则。它特别旨在确保在驱逐或隔离的情况充分尊重人的尊严，如该宪章第 18 和第 19 条所规定的”。⁵⁷⁴

236. 国际法研究所在其“关于接纳和驱逐外国人的规则”中规定以下原则：

“驱逐不是一种刑罚，其报告应尽可能谨慎，考虑到当事人的特殊情况。”⁵⁷⁵

3. 驱逐进程中外国人的拘留条件

237. 在某些情况，实践指向于这样的观点：等待驱逐期间的拘留如果符合某些要求，并非非法。⁵⁷⁶

238. 在 Ben Tillett 案，仲裁是承认驱逐国有权拘留外国人，以确保其驱逐。他也认为，考虑到本案情况，特别是外国人对公共秩序构成的危险，国家即使在对其采取驱逐措施之前，完全可以合法地对其进行监视。他还认为国家没有义务必须对拘留被驱逐者提供特别设施“

“考虑到承认国家有驱逐权，即不应拒绝它使用确保其命令有效的方
法；对于它认为其在场对公共秩序构成危险的外国人，它应有权予以监视，

⁵⁷³ 第 13 次欧洲防止酷刑委员会活动特别报告，CPT/Inf(2003)35。

⁵⁷⁴ 理事会 2004 年 2 月 23 日的决定，界定补偿因执行第 2001/40/CE 号指示而造成的财务不平衡(该指示关于相互承认隔离第三国国民的决定，2004/191/CE，2004 年 2 月 27 日第 L060 号正式公报，第 55 至 57 页)。参看欧洲联盟基本权利宪章，2000 年 12 月 18 日第 C364 号正式公报，第 1 至 22 页，第 1 条(“人的尊严——人的尊严不容侵犯，应予尊重和保护。”)，第 18 条(“庇护权——确保庇护权，遵守关于难民地位的 1951 年 7 月 28 日日内瓦公约和 1967 年 1 月 31 日议定书的规则，以及欧洲共同体成立条约。”)，第 19 条(“在隔离、驱逐和引渡情况的保护(1)禁止集体驱逐。(2)任何人不得被隔离、驱逐或引渡至他有爱到死刑、酷刑或其他不人道或有辱人格待遇或惩罚严重风险的国家。”)。

⁵⁷⁵ “……国际规则”，同上第 17 条。

⁵⁷⁶ 同时参看 S. ODA，前引，第 438 页(“对驱逐令针对的外国人的强制拘留应予避免，除非该外国人拒绝离开，或试图逃避国家当局的监视。”)本第 3 节的发展情况摘自“驱逐外国人。秘书处备忘录”，前引，第 715-726 段。

而且，如果恐怕它禁止在其领土居住的外国人逃避这一监视，它有权予以拘留；⁵⁷⁷

“考虑到驱逐令通常不会在造成驱逐理由的事件发生之前作出，如果不能使用强制方法拘留几个小时以迄正式采取措施，其行为变成骚乱原因的外国人便有时间避开警察，政府变成解除武装；⁵⁷⁸

“又考虑到在法律上不可能强迫一个主权国家专为暂时拘留外国人(从其逮捕至执行驱逐措施)建造特别设施，甚或为他们在已建造特别设施的房屋内保留特别区域，同时考虑到比利时政府其后把Ben Tillett孤立起来，避免他与犯人接触，这已符合国际善意的要求。”⁵⁷⁹

239. 仲裁员并结论认为，考虑到本案情况，比利时把Ben Tillett拘留 24 小时并非非法，⁵⁸⁰ 拘留条件亦可接受。⁵⁸¹

240. 审理 Daniel Dillon 的委员会关切的是，国际法在等驱逐外国人拘留期间的待遇方面规定的最低限度规范问题。委员会认为，长时间的拘留以及没有把拘留理由通知申诉人，构成虐待，违反国际法。

“关于虐待问题，委员会认为没有充分证据证明申诉人被拘留的地方低于国际法规定的最低限度规范。同时所提关于申诉人所得营养及没有床及卧具的证据不足。另一方面申诉人被长时间拘留，拘留秘密，又不将拘留理由通知他，委员会认为这构成虐待和损害，在逮捕目的上不能解释，足以引起墨西哥合众国在国际法上的责任。”⁵⁸²

⁵⁷⁷ 大不列颠/比利时，1898 年 12 月 26 日裁决，载于 G. Fr. de Martens, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, deuxième série, tome XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903.

⁵⁷⁸ 同上，第 270 页。

⁵⁷⁹ 同上，第 271 页。

⁵⁸⁰ 同上。

⁵⁸¹ 同上，第 271、272 页。

⁵⁸² Daniel Dillon(美利坚合众国)诉墨西哥合众国，墨西哥-美国赔偿委员会，1928 年 10 月 2 日裁决，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 369 页。

241. 人权事务委员会在对公民权利和政治权利国际公约第 13 条的评论中指出，如果程序包括逮捕，公约在剥夺自由方面规定的保证(第 9 条⁵⁸³ 和第 10 条⁵⁸⁴ 亦可适用。⁵⁸⁵

242. 欧洲保障人权和基本自由公约明白规定国家有权将正在对其进行驱逐程序的外国人拘留。第 5 条第 1 款如此规定：

“人人有权享有自由和安全。任何人不得被剥夺自由，除非在以下情况和依照法律途径：

[……]

“(f) 正常地逮捕或拘留正在对其进行驱逐程序的人。”

243. 在Chahal诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案中，欧洲人权法院澄清第 5 条第 1 款(f)项的一些方面。它指出“该项规定并不要求拘留正在对其进行驱逐程序的人，必须合理必要，例如防止他犯罪或脱逃”。⁵⁸⁶ 但它指出只有驱逐程序的进行可使剥夺自由有理由，同时这个程序的进程不得过长。

“但法院指出，只有驱逐程序的进行，可根据该项规定(第 5 条第 1 款(f)项)使剥夺自由有理由。如果程序没有按必要认真进行，拘留在第 5 条第 1 款(f)项上不再有理由。应即决定驱逐程序的进程是否过长。”⁵⁸⁷ (欧洲人权法院，1996 年 11 月 15 日判决，Chahal诉联合王国)。

⁵⁸³ 公约第 9 条规定：“(1) 人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕和拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。(2) 任何被逮捕的人，在被逮捕时应被告知其逮捕他的理由，并应被迅速告知对他提出的任何指控。(3) 任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出庭受审，并在必要时报到听候执行判决。(4) 任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法院提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。(5) 任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者，有得到赔偿的权利。”

⁵⁸⁴ 公约第 10 条规定：“(1) 所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。(2) (a) 除特殊情况外，被控告的人应与被判罪的人隔离开，并应给予适合于未判罪者身分的分别待遇；(b) 被控告的少年应与成年人分隔开，并应尽快予以判决。(3) 监狱制度应包括以争取囚犯改造和社会复员为基本目的的待遇。少年罪犯应与成年人隔离开，并应给予适合其年龄及法律地位的待遇。”

⁵⁸⁵ 人权事务委员会，第 15 号一般性评论：公约上外国人的情况，1986 年 4 月 11 日，第 9 段。

⁵⁸⁶ 欧洲人权法院，Chahal 诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案，1996 年 11 月 15 日判决(案情实质和公正补偿)，申请号：22414/93，第 112 段。法院在 Conka 诉比利时案重申此一立场，2002 年 2 月 5 日判决(案情实质和公正补偿)，申请号：51564/99，第 38 页。

⁵⁸⁷ 同上，第 113 段。

244. 此外，法院认为，待驱逐期间的拘留应是正常的拘留并受司法监督。在这方面“正常”拘留指必须遵守国家法律规范，并要求“一切剥夺自由符合第 5 条的目的：保护个人不受专横对待”。⁵⁸⁸ 此外，司法监督必须“范围广泛，及于第 1 款上正常拘留个人每一必要条件”（第 5 条第 1 款）。⁵⁸⁹

245. 人们也可参考(这些有用的)“保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则”（载于联合国大会 1988 年 12 月 9 日第 43/173 号决议附件），特别是关于待驱逐期间拘留的原则 8。一般而言，在该附件所载的 36 项原则中，我们认为下列 19 项原则与审查待驱逐人的拘留条件似乎相关：⁵⁹⁰

原则 1

所有遭受任何形式拘留或监禁的人均应获得人道待遇和尊重其固有人格尊严的待遇。

原则 2

逮捕、拘留或监禁应严格按照法律规定并由为此目的授权的主管官员或人员执行。

原则 3

遭受任何形式拘留或监禁的人在任何国家内依据法律、公约、条例或习惯应予承认或实际存在的任何人权，不应因本原则未承认或仅在较小范围内予以承认而加以限制或减损。

原则 5

1. 本原则应适用于在任何一国领土内，所有的人，不因其人种、肤色、性别、语言、宗教或宗教信仰、政治或其他见解、国籍、种族或社会出身、财产、出生或其他身分而有任何区别。

原则 6

对于遭受任何形式拘留或监禁的人不应施加酷刑或施以残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。任何情况均不得作为施加酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的理由。

⁵⁸⁸ 同上，第 118 段。同时参看 Conka 诉比利时案，前引，第 39 段。

⁵⁸⁹ 同上，第 127 段。

⁵⁹⁰ 参看联合国大会第四十三届会议通过的第 43/173 号决议(保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则)。

原则 8

对被拘留人应给予适合其尚未定罪者身分的待遇。因此，在可能情形下，应将他们同被监禁人隔离。

原则 9

逮捕、拘留某人或调查该案的当局只应行使法律授予他们的权力，此项权力的行使应受司法当局或其他当局的复核。

原则 10

任何人在被逮捕时应被告知将其逮捕的理由，并应立即被告知对他提出的任何指控。

原则 11

1. 任何人如未得到司法当局或其他当局审问的有效机会，不应予以拘留。被拘留人应有权为自己辩护或依法由律师协助辩护。
2. 被拘留人与其如果有的律师，应及时获得完整的通知，说明拘留的任何命令及拘留理由。
3. 司法当局或其他当局应被授权根据情况对拘留的持续进行审查。

原则 12

1. 应对下列各项妥为记录：
 - (a) 逮捕理由；
 - (b) 逮捕的时间和解送被逮捕人前往看守所的时间以及其首次在司法当局或其他当局出庭的时间；
 - (c) 有关的执法官员的身份；
 - (d) 关于看守的确切资料。
2. 这种记录应以法定格式通知被拘留人或其如果有的律师。

原则 13

任何人应于被捕时和拘留或监禁开始时或于其后及时地由负责逮捕、拘留和监禁的当局，分别提供并解释其享有权利的资料和说明如何行使这些权利。

原则 14

一个人如果不充分通晓或不能以口语使用负责将其逮捕、拘留或监禁的当局所用的语言，有权用其所通晓的语言及时得到在原则 10、原则 11 第 2 段、原则 12 第 1 段和原则 13 中所提到的资料，如果必要的话，有权在其被捕后的法律程序中获得译员的免费协助。

原则 15

虽有原则 16 第 4 段和原则 18 第 3 段所载的例外，被拘留人或被监禁人与外界，特别是与家属或律师的联络，不应被剥夺数日以上。

原则 16

2. 如果被拘留人或被监禁人是外国人，应及时告知其有权循适当途径同其为国民或在其他情形下按照国际法有权与其联络的国家的领事馆或外交使团联络，如其为难民或在其他情形下受国际组织保护，则有权同主管国际组织的代表联系。

原则 17

1. 被拘留人应有权获得法律顾问的协助，主管当局在其被捕后及时靠知其该权利，并向其提供行使该权利的适当便利。

原则 21

应禁止不当利用被拘留人或被监禁人的处境而进行逼供、或迫其以其他方式认罪……。

原则 22

即使被拘留人或被监禁人同意，也不得对其做任何可能有损其健康的医学或科学试验。

原则 24

在被拘留人或被监禁人到达拘留或监禁处所后，应尽快向其提供适当的体格检查，随后应在需要时向其提供医疗和治疗。医疗和均应免费提供。

原则 33

1. 被拘留人或被监禁人或其律师应有权向负责管理拘留处所的当局和上级当局，必要时向拥有复审或补救权力的有关当局，就所受待遇特别是受到酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇提出请求或指控。

246. 移徙者人权问题特别报告员加芙列拉·罗德里格斯·皮萨罗曾提起待驱逐期间的拘留问题，他特别提出以下问题：必须定时对拘留的决定进行监督；上诉权的存在；行政拘留的非惩罚性质；拘留期限以进行推回所需时间为限；推回命令因不能归因于移徙者的理由而不能执行时，应即停止拘留。

“……要求对拘留合法性进行司法或行政审查的权利，以及对拘留决定或推回命令进行上诉的权利，或要求交保释放或采取其他不剥夺自由措施的权利，在行政拘留的情况往往得不到确保。⁵⁹¹

“根据行政决定的剥夺自由期限不得超过推回或驱逐程序所需的时间。剥夺自由的期间绝不得为无限期。⁵⁹²

“……特别报告员特别关注最近通过的反恐怖主义法，这些法律准许根据含糊的威胁国家安全指控将移徙者拘留，而这些指控可能导致无限期拘留，如果因移徙者的安全和人权可能遭遇危险而不能将移徙者立刻推回原话。⁵⁹³

“……行政拘留绝不应具有惩罚性质。”⁵⁹⁴

247. 特别报告员然后提出以下建议，她认为应该：

“注意使法律规定待推回期间的拘留期限，该期限绝不得为无限期。

[……]关于拘留的决定，应根据法律规定的明确标准，定期自动地加以审查。推回命令因不能归因于移徙者的理由而不能执行时，应即停止拘留。”⁵⁹⁵

248. 应指出，1892年，国际法研究所认为，如果被驱逐者原是自由的，在其等待被押送至边界的这段期间，不应剥夺其自由。⁵⁹⁶ 这样一种意见在今天的大部分情况，似乎非常不现实，该研究所在今天似乎不大会再维持这种意见。

249. 关于等待驱逐期间拘留的合法性和条件方面的规定，各国法律有很大差异。⁵⁹⁷ 国家在按通常驱逐程序驱逐外国人之前可以将外国人拘留，⁵⁹⁸ 或在如下情况

⁵⁹¹ 人权委员会，移徙工人，特别报告员罗德里格斯·皮萨罗夫人提出的报告，前引，第20段。

⁵⁹² 同上，第35段。

⁵⁹³ 同上，第37段。

⁵⁹⁴ 同上，第43段。

⁵⁹⁵ 同上，第75(g)段。

⁵⁹⁶ “如果被驱逐者原是自由的，在此期间不得对其使用强制手段。”国际法研究所“……国际规则”，同上，第32条。

⁵⁹⁷ 各国关于这点的法律和判例研究，摘自“驱逐外国人。秘书处备忘录”，前引，第726-737段。

⁵⁹⁸ 阿根廷，2004年法，第35、70至72条；澳大利亚，1958年法，第196、253、255条；奥地利，2005年法，第3.76(2)条；白俄罗斯，1998年法，第30条；波斯尼亚和黑塞哥维那，2003年法，第28(3)、43(5)、68(1)条；巴西，1980年法，第60条；美国，移民和国籍法，第241(a)(2)、507(b)(1)、(2)(C)(c)条；俄罗斯联邦，第115-FZ(2002)号法，第31(9)、34(5)条；肯尼亚，1967年法，第12(2)条；马达加斯加，1962年法，第17条；马来西亚，1959-1963年法，第31、34(1)、35条；尼日利亚，1963年法，第23(2)条。这种拘留特别针对外国人涉嫌恐怖主义的情况，可以涵盖刑事诉讼和执行诉讼产生的刑罚整段期间统一[美国，移民和国籍法，第507(b)(1)、2(C)、(c)条]。

将外国人拘留:(1) 外国人逃避或试图逃避驱逐或违反暂时释放时规定的条件;⁵⁹⁹ (2) 外国人犯某些刑事罪行或其他罪行, 或构成对公共秩序或国家的国家安全威胁;⁶⁰⁰ (3) 让主管当局可以确定外国人的身份或国籍以确保外国人在释放后的安全;⁶⁰¹ (4) 认为拘留有必要, 以执行驱逐命令, 特别是采取运输规则的规定。⁶⁰² 国家可以:

(1) 禁止拘留已收到自愿离境命令外国人;⁶⁰³ 或

(2) 准许拘留外国人或采取任何其他措施, 在其自愿离境之前, 限制其居住自由或流动自由。⁶⁰⁴

250. 这种法律可以规定拘留期间, 需要履行的手续和外国人的权利及可进行的申诉。⁶⁰⁵

⁵⁹⁹ 德国, 2004 年法, 第 62(2) 条; 白俄罗斯, 1993 年法, 第 26 条; 波斯尼亚和黑塞哥维那, 2003 年法, 第 68(2) 条; 哥伦比亚, 1995 年法令, 第 93 条; 希腊, 2001 年法, 第 44(3) 条; 匈牙利, 2001 年法, 第 46(1)(a)-(b) 条; 意大利, 第 40(1998) 号法, 第 11(6) 条, 1996 年法令, 第 7(3) 条; 日本, 1951 年法令, 第 55(1) 条; 波兰, 1775(2003) 号法, 第 101(1) 条; 大韩民国, 1992 年法, 第 66 条, 1993 年法令, 第 80 条; 捷克共和国, 1999 年法, 第 124(1) 条; 瑞士, 1931 年联邦法, 第 13b(1)(c) 条。

⁶⁰⁰ 波斯尼亚和黑塞哥维那, 2003 年法, 第 68(2) 条; 哥伦比亚, 1995 年法令, 第 93 条; 美国, 移民和国籍法, 第 241(a)(6) 条; 希腊, 2001 年法, 第 44(3) 条; 匈牙利, 2001 年法, 第 46(1)(c)-(e)、(2)、(9) 条; 捷克共和国, 1999 年法, 第 124(1) 条。

⁶⁰¹ 奥地利, 2005 年法, 第 3.80(4)(1) 条; 巴西, 1980 年法, 第 60 条; 中国, 2003 年规定, 第 184 条; 意大利, 第 286(1998) 号法令, 第 14(1) 条, 第 40(1998) 号法, 第 12(1) 条, 1996 年法令, 第 7(3) 条; 尼日利亚, 1963 年法, 第 31(3) 条。

⁶⁰² 德国, 2004 年法, 第 62(1) 条; 中国, 2003 年规定, 第 184 条; 克罗地亚, 2003 年, 第 58 条; 美国, 移民和国籍法, 第 241(a)(1)(C) 条; 法国, 法典, 第 L551-1 条; 意大利, 第 286(1998) 号法令, 第 14(1) 条, 第 40(1998) 号法, 第 12(1) 条; 日本, 1951 年法令, 第 13-2、52(5) 条; 肯尼亚, 1967 年法, 第 8(2)(b)、(3)-(4) 条; 马来西亚, 1959-1963 年法, 第 34(1) 条; 尼日利亚, 1963 年法, 第 31(3)、45 条; 巴拿马, 1960 年法令, 第 59、83 条; 波兰, 第 1775(2003) 号法, 第 101(4) 条; 葡萄牙, 1998 年法令, 第 22(4)、124(2) 条; 大韩民国, 1992 年法, 第 63(1) 条; 瑞士, 1931 年联邦法, 第 13b(1)(a)-(b) 条。这种拘留于战争时期可明白加以规定(尼日利亚, 1963 年法, 第 45 条)。

⁶⁰³ 葡萄牙, 1998 年法令, 第 100(1) 条。

⁶⁰⁴ 日本, 1951 年法令, 第 55-3(3) 条; 葡萄牙, 1998 年法令, 第 123(2) 条。

⁶⁰⁵ 德国, 2004 年法, 第 62(1)-(3) 条; 阿根廷, 2004 年法, 第 70 至 72 条; 澳大利亚, 1958 年法, 第 196、253-54、255(6) 条; 奥地利, 2005 年法, 第 3.76(3)-(7)、3.78-80 条; 白俄罗斯, 1998 年法, 第 30 条, 1993 年法, 第 26 条; 波斯尼亚和黑塞哥维那, 2003 年法, 第 65(4)、69-71 条; 巴西, 1980 年法, 第 60 条; 克罗地亚, 2003 年法, 第 58 条; 美国, 移民和国籍法, 第 241(g)、507(b)(2)(D)、(c)(2)、(d)-(e) 条; 俄罗斯联邦, 第 115-FZ(2002) 号法, 第 31(9)、34(5) 条; 法国, 法典, 第 L551-2、L551-3、L552-1、L552-2、L552-3、L552-6、L552-7、L552-8、L552-9、L552-10、L552-11、L552-12、L553-1、L553-2、L553-3、L553-4、L553-5、L553-6、L554-1、L554-2、L554-3、L555-1、L555-2、L561-1 条; 希腊, 2001 年法, 第 44(3) 条; 匈牙利, 2001 年法, 第 46(3)-(7) 条; 意大利, 第 286(1998) 号法令, 第 14(1)-(5) 之二、(7)、(9) 条, 第 40(1998) 号法, 第 12(1)-(7)、(9) 条, 1996 年法, 第 7(3) 条; 日本, 1951 年法令, 第 2(15)-(16)、13-2、54、55(2)-(5)、61-3、61-3-2、61-4、61-6、61-7 条; 马来西亚, 1959-1963 年法, 第 34(1)、(3)、35 条; 尼日利亚, 1963 年法, 第 31 条; 巴拿马, 1960 年法令, 第 59 条; 波兰, 第 1775(2003) 号法, 第 101(1)-(2)、(3)(1)、(4)-(7) 条; 大韩民国, 1993 年法令, 第 77(1)、78 条; 捷克共和国, 1999 年法, 第 124(2) 条; 瑞典, 1989 年法, 第 6.18 至 31 条; 瑞士, 1931 年联邦法, 第 13b(2)-(3)、13c-d 条。

国家可以明白准许拘留未成年人、⁶⁰⁶ 可能得到某种保护的人、⁶⁰⁷ 或涉嫌恐怖主义的外国人。⁶⁰⁸ 它也可以准许外国人交保暂时释放。⁶⁰⁹ 国家可以限制外国人的居留权或活动，或在没有明白告知可能拘留的情况下，对外国人进行监视而不将其拘留。⁶¹⁰ 国家可以采取将外国人交给另一国家。⁶¹¹ 它可要求外国人负担其拘留费用⁶¹² 或明白保证他自己会缴付此项费用。⁶¹³ 它可明白宣布隔离外国人不构成拘留。⁶¹⁴

251. 欧洲委员会会议会在其第 1547(2002)号建议中(符合人权并尊重安全和尊严地执行的驱逐程序)，建议部长理事会敦促成员国毫不拖延地就驱逐前的留置制定法律和做法，以期：

(a) 限制在等待区或过境区的留置期间最高以 15 日为限；

(b) 限制在警察局的留置期间以逮捕和把待驱逐外国人与涉嫌普通法罪行的人隔开的程序所绝对必要时间为限；

(c) 限制监狱留置以证实对公共秩序和安全构成危险的人为限，并把待驱逐外国人与普通法罪犯隔开；

(d) 避免把待驱逐外国人拘留在一个监狱环境，特别是：

- 停止囚室拘留；
- 规定可享受新鲜空气和私人空间及同外界通讯空间；
- 不阻碍同家属和非政府组织接触；

⁶⁰⁶ 奥地利，2005 年法，第 3.79(2)-(3) 条；瑞典，1989 年法，第 6.19、6.22 条。

⁶⁰⁷ 奥地利，2005 年法，第 3.80(5) 条；瑞士，1931 年联邦法，第 13a(a)、(d)、13b(1)(d) 条。

⁶⁰⁸ 美国，移民和国籍法，第 507(b)(2)(D)、(c)(2)、(d)-(e) 条。

⁶⁰⁹ 白俄罗斯，1998 年法，第 30 条；美国，移民和国籍法，第 241(c)(2)(C) 条；日本，1951 年法令，第 54(2)-(3)、55(3) 条；马来西亚，1959-1963 年法，第 34(1) 条；大韩民国，1992 年法，第 65、66(2)-(3) 条，1993 年法令，第 79、80 条。

⁶¹⁰ 中国，1986 年规则，第 15 条；美国，移民和国籍法，第 241(a)(3) 条；法国，法典，第 L513-4、L552-4、L552-5、L552-6、L552-7、L552-8、L552-9、L552-10、L552-11、L552-12、L555-1 条；匈牙利，2001 年法，第 46(8) 条；日本，1951 年法令，第 52(6) 条；马达加斯加，1962 年法，第 17 条；尼日利亚，1963 年法，第 23(2) 条；大韩民国，1992 年法，第 63(2) 条，1993 年法令，第 78(2)-(3) 条。

⁶¹¹ 澳大利亚，1958 年法，第 254 条。

⁶¹² 同上，第 209、211 条。

⁶¹³ 美国，移民和国籍法，第 103(a)(11)、241(c)(2)(B) 条；意大利，第 286(1998)号法令，第 14(9) 条，第 40(1998)号法，第 12(9) 条；瑞士，1999 年法令，第 15(2)-(3) 条。

⁶¹⁴ 澳大利亚，1958 年法，第 198A(4) 条。

- 确保可使用同外界通讯的工具，例如电话和邮件；
- 确保在拘留期间，外国人可尊严地工作并得到适当报酬，并可参加体育和文化活动；
- 确保可自由获得独立的法律咨询和代表；

(e) 确保在法官定时监督下，为执行驱逐的拘留及其维持，以绝对必要为限并符合比例原则，并规定拘留期间最高以 1 个月为限；

(f) 优先采用较不限制自由的留置方法，例如指定住所或其他的管制或监视方式，例如登记上的责任；以及设立公开接待中心；

(g) 组织留置中心干部，由特别挑选的和经过社会心理支持方面培训的人员担任，并确保中心内经常或至少定期有“文化间调解员”、翻译、医生、心理学家在场，以及由法律顾问提供法律保护。

252. 若干国内法院承认在驱逐诉讼中有权拘留外国人。⁶¹⁵ 关于拘留期间，一

⁶¹⁵ “在这种情况下，法院也承认，在驱逐诉讼程序中，拘留是宪法认可的该项程序的一个方面”。移民和归化局旧金山地区主任 Charles Demore 等人诉 Hyung Joon Kim，美国最高法院 2003 年 4 月 29 日 [第 001-1491 号]，538 U.S. 510；“根据俄罗斯联邦宪法第 22 条(第 2 款)，在强制隔离领土的情况，于等待法官决定期间，可将领土内的外国人或无国籍人加以拘留，拘留期间以驱逐程序完成所需时间为限，但至多不得超过 48 小时”。俄罗斯联邦宪法法院，第 6 号判决。苏联 1981 年 7 月 24 日法(在苏联的外国人法律地位)第 31 条第 2 款的规定合宪性监督(关于 Yahya Dashti Gafur 的控诉)，俄罗斯联邦宪法法院，1998 年 2 月 17 日；“为谨慎起见，上诉法院认为，如果国家认为，为了公共秩序或国家安全的利益，在等待可能将其驱逐至南斯拉夫以外的国家或对其采取任何其他限制措施期间，不能将 M 释放，则国家有责任按照法律采取必要措施”。SM 诉司法部长，海牙(荷兰)上诉法院，1980 年 5 月 29 日；“公认的是如果公共利益需要，拘留被驱逐者是合法的，拘留期间以采取必要安排将被驱逐者运送至外国所需时间为限”。In re de Souza，联邦最高法院，1934 年 10 月 29 日，国际公法案例年度文摘汇报，1933-1934，H. LAUTERPACHT(出版总监)，第 139 号案，第 334 页；“在外国人的诉讼审理期间应让外国人自由的论点，同上述观点显然抵触；这样的一种论点可能限制或禁止行使上文承认的权力。如果移民局决定不将外国人驱逐，或如果申诉人决定不选择这样一种解决方法，则在申诉人入境的必要手续完成之前，必须将其置于拘留移民地点看管，此外别无他法”。In re Grunblatt，最高法院，阿根廷，1948 年 4 月 7 日，国际公法案例年度文摘汇报，1948 年 H. Lauterpacht(出版总监)，第 84 号案，第 298 页；“这个第二项规定准许行政机构在国家安全有必要时，对于最危险的外国人，在将其押送至边界之前，可下令将其拘留”。In re Bernardo Groisman，前引第 346 页；“在 R 诉达勒姆监狱主任，ex p Singh 案中[1984] 1 All ER 983，[1984] 1 WLR 704，判决判定(该判决从未受到质疑，甚至枢密院在 Tan Te Lam 诉竹州拘留中心一案中亦予以援引[1996] 4 All ER 256，[1997] AC 97)，这种拘留期间不得超过驱逐程序完成所需的合理时间”。A 等人诉内政大臣，联合王国贵族院，[2004] UKHL 56，[2005] 2 AC 68，[2005] 3 All ER 169，16 December 2004(Lord Bingham of Cornhill)；Rex 诉布里克斯顿监狱主任和内政大臣，ex parte Sliwa，英格兰上诉法院，1951 年 12 月 20 日，国际法汇报，1951 年，H. Lauterpacht(出版总监)，第 95 号案，第 310 至 313 页；Aronowicz 诉内政部长，前引，第 258、259 页；Al-Kateb 诉 Godwin，澳大利亚高等法院，[2004] HCA 37，2004 年 8 月 6 日。

些国内法院认为，对外国人的拘留以采取措施将其押送至边界所需的合理时间为限。⁶¹⁶ 在某些情况下，法院认为驱逐诉讼中长期拘留属于过份。⁶¹⁷

253. 在最近的一系列案件，⁶¹⁸ 国内法院考虑的是，如果驱逐在最近的将来不能执行外国人是否可以无限期拘留。在 1998 年审理的一件案中，⁶¹⁹ 俄罗斯联邦宪法法院对驱逐一名无国籍外国人的情况，审议一项准许无限期拘留该名外国人的法律的合宪性问题。法院宣称：

⁶¹⁶ 例如参看 *In re de Souza*, 前引, 第 334 页, “公认的是, 如果公共利益需要, 拘留被驱逐者是合法的, 但拘留期间以采取必要措施将被驱逐者运送至领土外所需时间为限。为答复这个问题, 负责案件的上诉法院必须考虑, 拘留期间就作出准备以将外国人运送所需时间而论, 是否过长”。诉愿人 *Kestutis Zadydas* 诉 *Christine G. Davis*, 美国最高法院, 533 U. S. 678, 2001 年 6 月 28 日; “不论导致行政机关决定将领土一名居民遣返的理由如何合法, 毫无疑问的是, 为此目的的剥夺自由不得延长至这样一段期间之外: 超过这段期间, 此一保全措施变成一种非法制裁”。*In re Flaumembaum*, *Cámara Criminal de la Capital*, 1941 年 6 月 24 日, 国际公法案例年度文摘汇报, 1941-1942 年, H. LAUTERPACHT (出版总监), 第 94 号案, 第 313 页。

⁶¹⁷ 例如参看俄罗斯联邦宪法法院第 6 号判决, 前引, “不可能把这项决定 (*Groisman* 案) 解释为承认行政机关为了使对国内居住的人的驱逐令生效, 有权将其拘留期间延长至这样一段时间之外: 超过这段时间, 此一保全措施成为非法制裁性质, 在本案即为超过 19 个月, 其间既无判决亦无出庭, 由机关一个部门负责, 而该部门即使在紧急状况也无权这样做 (国家宪法, 第 23、29 和 95 条)。相反的, 应由法官逐案考虑拘留期间是否已超过合理限度”。*In re Cantor*, 联邦最高法院 (阿根廷), 1938 年 4 月 6 日, 国际公法案例年度文摘汇报, 1938-1940 年, H. LAUTERPACHT (出版总监), 第 143 号案, 第 392、393 页; *In re Hely*, 委内瑞拉联邦最高法院, 1941 年 4 月 16 日 (摘自国际法汇报 1941-1942 年, 第 313 页) (外国人应予释放, 因他被拘留的时间已超过法律对他所犯罪行规定的刑期 (6 个月至 1 年)); *In re de Souza*, 前引, 第 333、334 页 (拘留 7 个月是违法的)。同时参看 *In re Bernardo Groisman*, 前引, 第 345 至 347 布 (拘留可超过三天); “因此, 关于接待被驱逐者的谈判有延长趋势, *Aronowicz*, 被拘留七个星期不能认为过长。不能证明部长行事没有诚意, 因此他没有逾越其特权”。*Aronowicz* 诉内政部长, 前引, 第 258、259 页; *Re Janoczka*, 马尼托巴 (加拿大) 上诉法院, 1932 年 8 月 4 日, 国际公法案例年度文摘, 1931-1932 年, H. LAUTERPACHT (出版总监), 第 154 号案, 第 291、292 页 (在谈判另一国家准许入境期间, 拘留 9 个月不算过份推迟); “法官认为, 在和平时候, 拘留 1 至 4 个月是合理的。拘留更长时间在战争时候可以合法”。美国 *Ex Rel. Janivaris* 诉 *Nicolls*, 美利坚合众国, 马萨诸塞区, 区法院, 1942 年 10 月 20 日, 国际公法案例年度文摘汇报, 1941-1942 年, H. LAUTERPACHT (出版总监), 第 95 号案, 第 317 页。

⁶¹⁸ 前述案件处理在等待驱逐期间无限期拘留外国人的问题, 得出如下结论: “逮捕和拘留或监禁外国人的权利只是驱逐或隔离权的自然后果。国家的法院和管辖机构无权把一个精神健康的公民或外国人无限期地予以拘留, 除非是一项罪行的制裁。宪法第十三修正案废除奴隶制。很明显, 隔离或驱逐不是制裁性刑罚。”*Brooks* 诉案, 美国区法院, 马萨诸塞区, 1925 年 4 月 25 日, 国际公法案例年度文摘, 1927-1928, A. D. McNAIR 和 H. LAUTERPACHT (出版总监), 第 232 号案, 第 340 页; “但无限期拘留在法律上毫无理由, 因为这是违反我们法律中维护自由原则及绝对必要的正义”。*In re de Souza*, 前引, 第 333、334 页; *in re Forster*, 巴西联邦最高法院, 1942 年 1 月 28 日 (以前限制拘留期限的法律已经废止, 其后实际上没有规定任何限期, 完全由司法部斟酌决定)。

⁶¹⁹ 俄罗斯联邦宪法法院, 第 6 号判决, 前引。

“6. 根据俄罗斯联邦宪法第 22 条第 2 款，在联邦领土的外国人或无国籍人，在强制与领土隔离的情况。可根据司法决定，在其等待驱逐期间，予以拘留至多 48 小时。在如下情况可延长拘留：根据司法决定，或如果其驱逐令的执行以其拘留为条件。

“因此必须以司法决定保护这个人免受超过法定 48 小时时限的专横的延长拘留，以及免受任何本义上的非法拘留，因为在一切情况下，是由法官评估拘留当事人的合法性和根据的。根据俄罗斯联邦宪法第 22 条——近似第 55 条(第 2 和第 3 款——无限期拘留在人人享有人身自由和安全权利上，不能视为一种可以接受的限制，而且它事实上是否定这一权利。因此，关于苏联境内外国人法律地位的法律中，关于等待驱逐期间必须拘留的规定(申诉人质疑此一规定)，不得视为使无限期拘留合法化，即使对一名无国籍人的驱逐令，因没有任何国家愿意接收被驱逐者，而延迟执行的情况亦然。

“否则，为确保执行驱逐决定而采取的必要措施变成一种不同的惩罚方式，而这并非俄罗斯联邦立法所设想的，并且违反俄罗斯联邦宪法的上述规范。”⁶²⁰

254. 在 *Zadvydas* 诉 *Davis* 案，⁶²¹ 美国最高法院被要求对一项准许在等待驱逐期间无限期拘留在美利坚合众国领土的外国人⁶²² 的法律⁶²³ 的合宪性表示意见。法院没有认定该法律无效，它指出：

“解释法律的一个基本原则是，国会的一项法律的合宪性引起严重疑问时，法院先要研究该项法律是否能作宪法解释。”⁶²⁴

法院补充说：

“准许无限期拘留外国人的法律引起严重的宪法问题。宪法第五修正案保证公平程序，禁止政府未经正常法律程序剥夺任何人的自由。不受监

⁶²⁰ 法院并判定，该项规定准许未经司法决定可拘留 48 小时以上，属于违宪。俄罗斯联邦宪法法院，第 6 号判决前引。

⁶²¹ 诉愿人 *Kestutis Zadvydas* 诉 *Christine G. Davis* 和移民和归化局诉 *Kim Ho ma*，美国最高法院，2001 年 6 月 28 日，第 99-7791 和 00-38 号。

⁶²² 并非拘留申请入境美利坚合众国的外国人。见上文 *Clark* 诉 *Martinez*，下文。在 *Zadvydas* 案，法院在这一基础上并没有达成与以前的其他案件相同的结论：在以前的案件中法院似乎准许无限期拘留，例如 *Shaughnessy* 诉美国 *ex rel. Mezei*，345 U.S. 206 (1953) (关于一个非法入境美国的外国人，他曾离开美国，然后到外国旅行后又入境，但未获准许入境；他被无限期拘留在埃利斯岛，因为政府找不到另外一个国家愿意接收他)。

⁶²³ “对属于第 1231(a)(6) 条所规定类别之一的外国人，法律没有规定超过执行驱逐决定所需期间的拘留期限。” *Kestutis Zadvydas* 前引，第 689 页，

⁶²⁴ 同上(参看 *Crowell* 诉 *Benson* 案，285 U.S. 22, 62 (1932)；并参看美国诉 *X-Citement Video, Inc.*，513 U.S. 64, 78 (1994)；美国诉 *Jin Fuey Moy*，214 U.S. 394, 401 (1916)；参看 *Almendarez-Torres* 诉美国，523 U.S. 224, 238 (1998) (解释法律以避免法律无效，最能反映国会意愿)。

禁——监视、拘留或任何其他身体限制形式——是这项规定的确认的自由的
核心。参看 *Foucha* 诉路易斯安那州, 504 U. S. 71, 80 (1992)。[……]

政府认为, 这项法律针对两个合乎规定的目标:

“确保外国人在将来的移民诉讼程序中出庭“(被告第 99-7791 号备忘录,
第 24 页)。但从定义上说, 援引的第一个理由——防止脱逃——不大令人信
服, 因为驱逐的可能性似乎非常低, 如法院在 *Jackson* 诉印第安纳州一案中
所称 [406 U. S. 715 (1992)], 如果拘留的目的不再能达成, 拘留与监视外国
人的最终目的之间再无合理联系(同上, 第 739 页)。”⁶²⁵

因此法院结论认为:

“为了回答基本的问题[特定的整体情况与低于或超过执行驱逐令所需
合理期限的拘留相同这一事实, 是否可决定拘留是否根据法律授予的权力作
出], 法院受理人身保护令的申请, 必须研究有关的拘留是否超过执行驱逐
令所需的合理期限。它必须评估拘留期限的合理性质, 首先着重法律的首要
目标, 即确保外国人在驱逐时在场。如果驱逐不能合理地预见, 法院便须结
论认为继续拘留不合理, 不再为法律所准许。在这种情况下, 当然, 释放外
国人可以并按情况采取监视下的不同释放方式; 如果外国人违反这些条件
之一, 当然可再予拘留。[……]

“我们知道法院必须作出困难选择以考虑到必须让行政机关具有必要
的行动自由。为了限制法院被要求这样做的情况, 我们认为, 为了实际上的
理由, 最好事先订定一个合理的拘留期限[……]

“虽然人们可以主张, 应该维持原定的 90 天期限, 但我们怀疑国会 1996
年把拘留期限限制为 90 天的时候, 它是深信所有合理预期的驱逐都可在这
一期限内执行。此外我们有理由认为, 国会过去曾怀疑超过 6 个月的拘留的
合宪性。(参看美国在美国诉 *Witkovich*, O. T. 一案的法理陈述, 1956 年, 第
295 号, 第 8、9 页)。因此, 为了联邦法院执法划一起见, 我们维持这个期
限。在这一 6 个月期限之后, 如果外国人提出理由认为他在合理地预见的将
来大概不可能被驱逐, 政府必须提出充分证据反驳这一论点。为了使拘留合
理, 如果在执行驱逐决定所需的合理期限之后延长拘留, 则“合理地预见的
将来”期限应同样缩短。这个假定合理的 6 个月期限当然并不意味所有的外

⁶²⁵ 但法院限制其决定的范围只及于驱逐正常情况的外国人, 并明白宣称“不考虑恐怖主义或其他
特殊情况, 在这些特殊情况中, 可以援引特别论据以证明预防性拘留形式合法, 或政治权力关
于国家安全问题的决定具有特权”。*Kestutis Zadvydas*, 同上, 第 690、696 页。

国人在 6 个月期满后都应予以释放。相反的，如果不确定外国人的驱逐很少机会在合理地预见的将来发生，可以继续予以拘留。”⁶²⁶

255. 后来在Clark诉Martinez案，⁶²⁷ 美利坚合众国联邦最高法院认为，它的决定，即外国人的拘留不得超过执行其驱逐令所需的合理期限，亦适用于推回令所针对的外国人。因此法院结论认为：

“既然政府没有提出任何理由，证明执行驱逐令所需合理期限，对不准入境决定所针对的外国人应该更长的这一事实合法，在Zadvydass案假定合理的 6 个月拘留期限，对本案适用(参看 533 U.S. 第 699 至 701 页)。Martinez 和Benitez二人都在推回最终命令之后拘留超过 6 个月。政府没有提出任何迹象表示，虽然 6 个月过去了，仍极有可能将他们推回(事实上，政府甚至承认不再为他们的遣返同古巴谈判)，区法院在这两案都判定，推回不能合理地预期，释放的申请应予接受。”⁶²⁸

256. 澳大利亚高等法院在Al-Kateb诉Godwin一案，⁶²⁹ 被要求解决类似问题，它考虑对非正常情况外国人的行政拘留是否可以无限期延长。它认为受质疑的法律是合宪的，麦克休法官指出，

“一切要求拘留外国人的法律，其存在理由出于拘留的目的。只要拘留的目的在于掌握外国人以将其驱逐或防止其进入澳大利亚或澳大利亚共同体，拘留不是一种惩罚。”⁶³⁰

257. 这个法院的许多法官援引美利坚合众国最高法院在Zadvydass诉Davis案的判决、⁶³¹ 大不列颠及北爱尔兰联合王国上诉法院在R诉达勒姆监狱主任，*ex parte Hardial Singh*案的判决⁶³² 和香港枢密院对Tan Te Lam诉大吡州拘留中心主任案的判决，⁶³³ 在这些判决中，无限期拘留都被宣判为非法。他们指出，这种拘留以前

⁶²⁶ 同上，第 699 至 701 页。

⁶²⁷ 西雅图，移民和海关执行局等诉 Martinez，美国最高法院，2005 年 1 月 12 日，第 03-878 号。

⁶²⁸ 同上，第 15 页。

⁶²⁹ Al-Kateb 诉 Goodwin，高等法院 2004 年 8 月 6 日，HCA 37。

⁶³⁰ 同上。

⁶³¹ Kestutis Zadvydass，前引。

⁶³² “虽然大臣根据第 2 款的拘留权不受时间上的明白限制，但我完全相信他是受到限制的。首先，他只有在个人在等待驱逐令或等待执行驱逐令期间已被拘留的情况下，才能核准拘留。第二，他获得这个权力是为了使驱逐程序能够进行，我认为这个拘留权力是被暗示地限制于进行驱逐程序所需的合理期间。”Regina 诉达勒姆监狱主任，*ex parte Hardial Singh*，[1984] 1 WLR 704；[1984] 1 ALL ER 983。

⁶³³ Tan Te Lam 诉大吡州拘留中心主任，香港枢密院，[1977]AC 97。

曾在一些法院受到攻击，但攻击没有成功；Lloyd诉Wallach案⁶³⁴（关于1914年战争预防法(Cth)；*ex parte* Walsh案⁶³⁵（关于1939年国家总安全法(Cth)）。

258. 在Al-Kateb案，人们也提出如下论点：虽然法律合宪，但法律是否符合澳大利亚的国际义务问题仍未解决。法院明白处理宪法应按国际公法原则解释的论点，它宣称，通过宪法时代存在的国际法规范，在某些情况下，可以澄清宪法某项规定的含义。⁶³⁶

259. 在A等人诉内政大臣一案，⁶³⁷ 问题是要知道人们是否可以克减欧洲保障人权和基本自由公约第5条的规定，将驱逐令所针对但不可能执行驱逐的外国人，无限期地予以拘留。

260. 有人指出，按照贵族院以前对R. 诉达勒姆监狱主任*Ex parte* Walsh一案所作的判决，对驱逐令针对的人的拘留，不得超过执行驱逐令所需的合理时间。⁶³⁸ 但有人指出，按照欧洲人权法院在Chahal案的判决，某些卷入国际恐怖主义的个人不能驱逐出联合王国。因此正式提出申请，要求克减公约第5条的规定。

261. 贵族院结论认为，法律中受质疑的准许未经控告或判决无限期拘留外国人的规定非法，尽管申请克减。它认为这些规定不符比例原则并且是歧视性的，因为它们对涉嫌恐怖主义的非国民和国民作不同的适用。Lord Bingham de Cornhill 指出：

“第15条规定，克减这些规定只有在情况绝对需要时才能准许，同时，禁止不得根据国籍或移民地位作出歧视的规定，不容任何克减。第14条完全有效。一切歧视措施定然对少数群体造成影响，但不能以如果它扩大适用即对更多人产生影响这一事实来辩护。这里的问题不在于证明有关措施合理，而在于证明许多人或许多群体之间的差别待遇合理。这里不能证明，根据国籍或移民地位，将某一涉嫌国际恐怖主义的群体，而非其他群体拘留的决定是合理的。”⁶³⁹

4. 拘留期限

⁶³⁴ Lloyd 诉 Wallach 20 CLR 299(1915)。

⁶³⁵ *Ex parte* Walsh, [1942] ALR 359。

⁶³⁶ “最后，同基尔比法官的观点相反，法院解释宪法并不参考宪法于1900年通过以来公认的国际法规定。在该时代存在的国际法规范，在某些情况下，可以澄清宪法某项规定的含义。” *Ex parte* Walsh, [1942]ALR359. (Gleeson, C. J.)。

⁶³⁷ A 等人诉内政大臣，联合王国贵族院[2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 2004年12月16日。

⁶³⁸ 同上，第8段(Lord Bingham de Cornhill)。Lord Nicholls de Birkenhead 指出，“未经控告和起诉的无限期拘留，对一切尊重法治的国家来说，是令人憎恶的。它使被拘留人得不到刑事诉讼程序提供给他的保护。这样的一种极端措施只有在极端例外的情况下才有理由。”

⁶³⁹ 同上，第68段。

262. 拘留期限无可否认对拘留条件有影响。拘留期限指扣留一个人以将他驱逐之日起，至将他释放或确实驱逐之日止的那段期间。没有国际公约明确规定准许为驱逐而拘留的期限。国际判例虽建议拘留的合理期限，并认为某些期限为过度拘留，但没有精确地明定限度。不过应该指出，驱逐程序必须正常，才能计算拘留期限。在Hokic和Hrustic诉意大利一案，欧洲人权法院宣称，“拘留期限原则上正常，如果它是为了执行司法决定。法官其后发觉过失，在国内法上并不影响前后间隔间拘留的有效性。”⁶⁴⁰

263. 大多数国内法限制为驱逐的拘留期限。期限各国不同，可以延长。但在实践上，这些规定很难得到遵守，因为正如一个作者所说的：“时间在留置中心有两个作用。一方面它包含一段必要期间以确立被拘留外国人的身份和向他交付相应证件(护照、通行证……)。另一方面，时间有助于尝试改变被拘留人对其驱逐的态度，以期例如帮助安排他自己的驱逐，例如提出关于个人的一些征象(身份、过境国……)”。⁶⁴¹ 为驱逐目的拘留外国人，在同一国家里各当局之间，意见亦可能不同。在国内法，可以有根据行政决定拘留外国人，亦可以有根据司法决定拘留外国人。一般而言，决定都附一项直接执行条款。通常，由宣布拘留的当局规定拘留期限和延长期限。

264. 在德国，1990年7月9日和1993年6月30日外国人法第57条第4款第3项规定：“安全性拘留可规定6个月期限”。该法规定，如外国人“妨碍”其驱逐，可将此一期限延长12个月，使留置总期限达到18个月。延长期限的决定应按最初留置决定的相同程序作出。在实践上，由于审理法院并非专长于外国人权利，⁶⁴² 它们通常赞同行政机关的立场，宣布留置决定有效期间三个月，可按需要延长。留置中心的安置由1990年7月9日和1993年6月30日外国人法规定。

265. 在比利时，1980年12月15日法规定，拘留期限原则上以5个月为限，如因公共秩序或国家安全正当理由，可延长至8个月。此外，在实践上，在比利时，禁闭没有任何时限限制，因为如果一个人反对其驱逐，新时限又开始启动。不过，1年期限似属例外。⁶⁴³ 但是，内政大臣提出的拘留期限数字只有一部分符合实际情况。这是从拘留期限的计算方式得出来的。外国人事务处提供的数字只是按中心计的平均拘留期限，而非按被拘留人计的平均期限。因此没有考虑到一个人实际被拘留的总期限，同时，中心与中心间的移送也没有计算。

⁶⁴⁰ 欧洲人权法院 Hokic 和 Hrustic 诉意大利，2009年12月1日判决，第22段。

⁶⁴¹ F. P. WEBER “驱逐：德国管制的产生和实践(第1部分)”，文化与冲突，23，1996年秋季，[在线]，2006年3月15日上载，<http://www.conflicts.org/index350.html>。2009年5月31日查阅。

⁶⁴² 事实上，外国人诉讼归行政法院管辖。

⁶⁴³ 参考欧洲议会，公民自由、司法和内政委员会，LIBE 委员会代表团2007年10月11日访问比利时申请庇护者和难民封闭中心报告，报告员朱斯托·卡塔尼亚，第3页。

中心与中心之间的移送很多。例如，“127 之二中心”的 2006 年报告指出，“在登记的 2 228 人中，有 126 人来自其他中心：2006 年，中心有 176 人被移送至另一封闭中心”。⁶⁴⁴ 一个被拘留人可能在“127”中心拘留 2 个月，然后在“127 之二”中心拘留 3 个月，在遣返之前又在“INAD”拘留 24 小时，这在统计数字上就出现 3 次。对行政机关来说，这不是一个人被拘留超过 5 个月。相反的，在统计数字上，这是 3 个人，他们在中心的拘留期限分别为 2 个月、3 个月、24 小时。矛盾的是，这个被拘留人在封闭中心拘留 5 个月，让行政机关得以大大降低拘留期限的统计数字。⁶⁴⁵ 根据非政府组织所述，在比利时，虽然法律规定拘留期间最高 5 个月，但事实上，拘留时间往往超过很多。在一些封闭中心，一些人过了一年多，仍然继续。这么长的拘留对人造成的心理影响极端严重。⁶⁴⁶

266. 在丹麦，拘留的总期间没有限制。延长的决定依初次决定留置的相同程序。这些决定应尊重比例原则；法官应核查驱逐的必要手续在进行，驱逐预期可于“合理”期间完成。

267. 在西班牙，留置期限以最低限度必要为限最多不得超过 40 天。对留置决定可于三天内向原决定法官上诉，要求更改，并可作为辅助手段，向上级法院申请审查。这些上诉没有中止效力。40 天满期时，外国人如未能被驱逐——例如因他没有证件或其原籍国当局拒绝合作——，则应予释放。并且不得为同一理由再予留置。不过外国人驱逐令使其困于边缘地位，因驱逐令使其找不到住处也不能合法地工作。

268. 在意大利，自 2001 年以来，宪法法院认为，留置构成剥夺自由，违反宪法第 13 条：按该条规定，“除非根据司法当局一项叙明理由的行为和按照法律规定的情况和方式，不得限制个人自由。”因此，留置决定必须由法官使之生效。留置期间以 30 日为限，得依警察要求由法官再延长 30 日。这个延长决定亦可上诉，但上诉无中止效力。上诉应于 60 天内提出。

269. 在瑞士，外国人法第 76 条对为推回或驱逐的拘留，规定如下：

“2. al. 1, let. b, ch. 5 所述的拘留期限不得超过 20 天。

“3. al. 1, 1 和 a 及 b, ch. 1 至 4 所述的拘留期限不得超过三个月；如果特殊障碍使到推回或驱逐无法执行，经州司法当局同意，可将拘留期限至多再延长 15 个月，对 15 至 18 岁未成年人至多再延长 9 个月。al. 2 所述拘留日数应计入最高拘留期限。”

⁶⁴⁴ 同上。

⁶⁴⁵ 同上，第 5 页。

⁶⁴⁶ 同上，第 7 页。

270. 法国外国人入境和居留法典第 L. 554-1 条规定，“外国人留置期限以其离境绝对必要时间为限。行政机关应为此目的尽力。”因此，行政机关必须按被拘留人公布拘留期限，而非仅按中心公布而已，这在技术上似乎是可能的。行政当局和法官同时介入驱逐进程中的人的拘留问题，使拘留期限的问题造成混乱和不能控制。此外，延长拘留的可能性无可避免地造成计算拘留期限的困难。

271. 为了计算拘留期限，国际性法院、例如欧洲人权法院认为，拘留期限指从拘留外国人以将其驱逐之日起至其释放之日止的这段时间。⁶⁴⁷ 如果驱逐程序不正常或当局滥用其权力，则无从计算拘留期限。

272. 除了判例和学说外，国际机构也同意必须限制为驱逐目的的拘留期限，使其相对地短，以免拖长对被驱逐者的禁闭。欧洲委员会会议第 1547(2002)号建议(符合人权和尊重安全和尊严地执行的驱逐程序)在第 13 点中建议部长理事会敦促成员国：

“毫不迟延地在驱逐前的留置问题上调整立法和做法，以期：

“(a) 限制在等待区或过境区的留置期限，最高以 15 天为限；

“(b) 限制在警察局的留置期限，以可能的逮捕程序及将驱逐针对的外国人与普通法罪行疑犯隔开程序绝对需要的时间为限”。

273. 拘留期限必须符合法律的规定。这是欧洲人权法院在 Shamsa 一案中所指出的。该案关于两名利比亚国民，他们在波兰非法居留，因破坏公共秩序被下令驱逐，在等待驱逐期间被拘留。经过几次尝试都无法将他们驱逐之后，边界警察将他们拘留在华沙机场过境区。对于这一剥夺自由的专横性质及其违反欧洲人权公约第 5 条第 1 款，法院指出应尊重法律安全的一般原则，“根据国内法剥夺自由的条件必须明确加以界定，法律本身的执行应可预见，以履行公约所规定的‘合法性’标准(……)”。⁶⁴⁸ 在本案，诉愿人被拘留的时间超过波兰法律规定的期限。因此，法院判定国内法没有履行公约第 5 条第 1 款规定的“可预见性”条件，驱逐决定的继续执行没有任何法律基础，⁶⁴⁹ 剥夺自由并没有依照本条意义上的“法律途径”。

⁶⁴⁷ 欧洲人权法院，Hokic 和 Hrustic 诉意大利案，2009 年 12 月 1 日判决，第 18 节。

⁶⁴⁸ 欧洲人权法院，2003 年 11 月 27 日判决，Shamsa 诉波兰，第 49 段。

⁶⁴⁹ 同上，第 53 段。另一个没有法律基础的拘留例子，参看欧洲人权法院 2001 年 5 月 23 日判决，Denizci 等人诉塞浦路斯，2001 年汇编一五(拘留塞浦路斯国民以将他们从塞浦路斯共和国驱逐至岛的北部)。

274. 关于延长期限，欧洲人权法院认为应由一个法院或一个可以行使司法职权的人决定。⁶⁵⁰ 在Shamsa案判决第 59 点，法院从第 5 条、特别是第 1(c) 款⁶⁵¹ 以及第 3 款⁶⁵² 的全面性推断出这一规则。法院也提到公约第 5 条第 4 款所载的“人身保护令保证”，以“支持这样的概念：超过第 3 款所设想的初次拘留期限的延长拘留必须由‘法院’介入。以保证不会专横。”⁶⁵³ 欧洲共同体委员会在 2005 年 9 月 1 日关于遣回的指示提议第 14 条第 4 款中规定，“暂时看管[为隔离目的]可由司法当局延长”，但看管期限不得超过 6 个月。⁶⁵⁴

275. 1969 年美洲人权公约第 7 条禁止专横拘留或逮捕，并为此规定程序保证。⁶⁵⁵ 在这一基础上，美洲人权委员会认为“国际法律秩序没有任何规范准许以例外权力为基础延长拘留，更确切地说，将人监禁而不就涉嫌违反国家安全法或其他类别法律情事，对其提出指控，并且剥夺其行使获得公正和公平程序适当保证的权利”。⁶⁵⁶

276. 根据以上的分析，可提议如下的条文草案，其中的规定出自不同的国际法律文书、确立的国际判例、特别是仲裁判例、许许多多一致的国家法律和判例，所有这些都得到学说支持：

B 条草案：驱逐进程中或为驱逐拘留期间尊重外国人的人权的义务

1. 驱逐外国人应按照国际人权法进行。驱逐的执行应顾到人道，避免无用的苛严和尊重当事人的尊严。

⁶⁵⁰ 同上。

⁶⁵¹ 第 5 条第 1(c) 款规定如下：“[任何人不得被剥夺自由，除非(……)]有合理理由怀疑他曾犯罪行，或有合理理由相信有必要阻止他犯罪行，或于犯罪行后脱逃，而将他逮捕或拘留，以将其带至主管司法当局面前”。

⁶⁵² 第 5 条第 3 款规定，“任何人被依本条第 1(c) 款规定的条件逮捕或拘留，应立即被带至法官或法律授权行使司法职责的官员面前，并有权在合理期限内受审，或在诉讼程序中释放。释放可附条件，保证当事人出庭”。

⁶⁵³ 欧洲人权法院，2003 年 11 月 27 日判决，Shamsa，第 59 段。

⁶⁵⁴ 欧洲议会和欧洲理事会 2005 年 9 月 1 日指示提议：成员国对非正常居留的第三国国民遣回适用的共同规范和程序，COM(2005)391。

⁶⁵⁵ 1969 年 11 月 22 日美洲人权公约第 7 条第 1 款规定：“人人有权享有人身自由和安全”；第 3 款规定：“任何人不得加以任意拘留或逮捕”；第 4 款规定：“任何被逮捕或拘留的人应在最短期限内被告知对他提出的指控”；第 5 款规定：“任何被逮捕或拘留的人应在最短期限内被带见法官或法律授权行使司法职权的其他官员，并应在合理期限内受审或被释放但不妨碍诉讼程序的进行。释放可附条件，保证当事人出庭”。

⁶⁵⁶ 欧洲人权委员会，“10 年活动报告——1971-1981 年”，美洲国家组织，华盛顿，1982 年，第 3203，FIDH 引述，2005 年 10 月第 429 号报告：“反恐怖主义考验人权：相容性关键”，<http://www.fidh.org/IMG/pdf/onu429f.pdf>。这个报告之后还有次月提出的第二个报告补充：“撒哈拉以南非洲因反恐怖主义斗争而引起的侵犯人权情况：高风险局势”，第 429-A 号报告，2005 年 11 月。

2. (a) 拘留外国人以将其驱逐应在适当地点进行，与拘留被判处剥夺自由刑罚的人的地点分开，并应尊重当事人的人权；
 - (b) 拘留被驱逐或驱逐进程中外国人，不得具惩罚性质。
 3. (a) 拘留期限不得毫无限制。它应以执行驱逐决定合理需要的一段时间为限。任何过分期限的拘留均予禁止；
 - (b) 延长拘留期限只能由法院或可以行使司法职权的人决定。
 4. (a) 拘留决定应根据法律规定的明确标准，按期定时予以审查；
 - (b) 驱逐决定由于不能归因于当事人的理由而不能执行时，应停止拘留。
-