



国际法委员会

第六十四届会议

2012年5月7日至6月1日和

7月2日至8月3日，日内瓦

关于驱逐外国人问题的第八次报告

由特别报告员莫里斯·卡姆托先生提交

目录

	页次
一. 导言 .....	2
二. 各国评论 .....	2
三. 欧洲联盟的评论 .....	9
四. 特别报告员的最终意见 .....	12
A. 对各项条款草案的具体评论 .....	12
B. 对几个工作方法问题的具体评论 .....	12
C. 对国际法委员会本专题工作最终结果的形式的具体评论 .....	14



## 一. 引言

1. 驱逐外国人问题特别报告员在向国际法委员会第六十三届会议提交第七次报告<sup>1</sup>时表示,那将是他呈递本专题全套条款草案并希望委员会予以通过之前的最后一次报告。

2. 然而,在大会第六十六届会议第六委员会辩论期间,许多国家的代表就本专题发言,有的表达了关切,有的提出了意见和建议。总体来看,他们再次强调了早已表明立场,觉得他们的意见没有被特别报告员采纳,这是可以理解的。还有的则指责特别报告员对各国立法资料的考虑不足,欧洲联盟尤其提到共同体法律在驱逐非成员国国民的外国人方面的特殊性。

3. 特别报告员认为,这些意见大多是因为在国际法委员会审议驱逐外国人专题的进度与第六委员会在审议提交给大会的国际法委员会年度工作报告时进行评判的相关资料之间存在差距。本报告打算消除这些差距导致的误解,答复由于本专题处理方法不够清晰引发的意见,并考虑如何采纳在国际法委员会内部辩论之后尚未归并的若干建议。

4. 为此目的,本报告将依次审视各国评论(第二节)和欧洲联盟的评论(第三节),然后提出几点最终意见(第四节)。

## 二. 各国评论

5. 许多国家的代表在大会第六十六届会议第六委员会辩论驱逐外国人问题作了发言。评论基本上都是针对特别报告员在第六次报告增编二<sup>2</sup>中提出的条款草案,但也有几个发言涉及老问题,例如本专题的可行性、特别报告员采用的研究方法和国际法委员会本专题工作的最终结果。

6. 为了保持报告的连贯性,首先将研究针对条款草案的具体评论,然后在特别报告员的最终意见部分对一些具有笼统性质的评论作出答复。

7. 关于在各条款草案中纳入不推回规则,美利坚合众国曾表示对特别报告员将此规则纳入到“众多条款”,特别是第14和第15条草案中感到“困扰”。<sup>3</sup>对于这一再次表达的不安,特别报告员已在第五次报告补充文件<sup>4</sup>中以第14条草案

<sup>1</sup> A/CN.4/642。

<sup>2</sup> A/CN.4/625/Add.2。

<sup>3</sup> 见美利坚合众国在大会第六十四届会议第六委员会的发言(A/C.6/64/SR.21,第97段)。

<sup>4</sup> A/CN.4/617。

附注 8 和第 15 条草案附注 9 的形式作了答复。从国际人权法的现状看，目前还没有需要补充说明的新内容。

8. 关于向目的地国遣返成为驱逐对象的外国人(第D1 条草案)，马来西亚认为“并无必要编纂要求各国鼓励成为驱逐对象的外国人自愿离境的义务或义务范围”，外国人也因此必须予以执行。<sup>5</sup> 这可能存在误解，因为推动自愿执行的目的不是让外国人选择是否执行，而是准许其自行安排以所谓和平的方式离境，否则将由驱逐国主管当局强制执行。然而，许多国家<sup>6</sup> 在承认自愿返回这一想法有其道理的同时，都表示第D1 条草案第 1 款中的“鼓励”一词模糊不清，在没有清晰指明使用哪些鼓励方式的情况下可能难以适用。因此，包括匈牙利、葡萄牙和希腊在内的一些国家建议找到一种表述方式，说明驱逐国应“便利”或“支持”、或者必须“推动”自愿执行驱逐决定，而不是“鼓励”。<sup>7</sup> 国际法委员会在就第D1 条草案第 1 款进行辩论后形成了相同结论。此外，泰国建议删除该条草案第 2 款中对航空运输规则的具体引述，因为外国人也可通过海运或陆运方式予以驱逐。<sup>8</sup> 国际法委员会内部就此发表的意见，<sup>9</sup> 已得到充分考虑。

9. 关于被驱逐外国人的目的地国(第E1 条草案)，马来西亚用或许有些过分的言词表示，第 2 款现行措辞对该国来说“不可接受”，因为在该国立法中，当被驱逐外国人的国籍国无法确定时，只能将其驱逐到始发地国、出生地国或国籍国[原文如此]。<sup>10</sup> 第 2 款所列情况只有一种变化，但在特别报告员看来，没有什么“不可接受”的。还有国家建议研究如果没有国家同意接收外国人该怎么办的问题。<sup>11</sup> 特别报告员认为，在这种情况下如何决定，可能要由驱逐国进行评判；在当前情况下，国际法中不存在要求驱逐国将当事外国人留在境内的规则，而驱逐国只有在本条款草案和其他国际法规则规定的情况下才能将其驱逐。顶多可以在评注中就这个问题说上几句。同样，对于重新接纳协议也不妨这样做；因为这些协议属于广泛的国际合作范畴，各国按照不同考虑自主行事，决不适合于通过编纂实现规范标准化。至于未同意接收被驱逐外国人入境的国家与拒绝接收被驱逐

<sup>5</sup> A/C.6/66/SR.24, 第 103 段。

<sup>6</sup> 包括希腊、俄罗斯联邦、匈牙利和葡萄牙；出处同上，第 17、33、56 和 62 段。

<sup>7</sup> 见希腊(出处同上，第 17 段)、匈牙利(出处同上，第 56 段)和葡萄牙(出处同上，第 62 段)。马来西亚也认为第 D1 条草案第 1 款措辞“宽泛”(出处同上，第 103 段)，并表示该国的做法是给予执行驱逐决定一个“合理的时限”(出处同上，第 104 段)。

<sup>8</sup> 出处同上，第 84 段。

<sup>9</sup> A/66/10, 第 236 段。

<sup>10</sup> A/C.6/66/SR.24, 第 105 段。

<sup>11</sup> 见葡萄牙(出处同上，第 63 段)和泰国(出处同上，第 85 段)。

外国人的国家有何区别的问题，<sup>12</sup> 国际法委员会内部对此也有提及，<sup>13</sup> 或许可通过两者取其一的方式加以解决。

10. 关于在过境国保护成为驱逐对象的外国人的人权(第F1 条草案)，对此发表看法的大多数国家提到与过境国缔结的双边协议，有几个除与过境国的双边合作协议外还提到本国立法。<sup>14</sup> 特别报告员认为，无论是这类双边协议还是国内法律，在这方面都不能与成为驱逐对象的外国人也应从中获益的国际人权法相矛盾。不过，正如一些国际法委员会委员在辩论第F1 条草案时据理所言，<sup>15</sup> 以及马来西亚在第六委员会发言时所述，过境国“只应当有义务遵守和适用本国法律及其为缔约方的文书所规定的涉及外国人的人权的国际规则”。<sup>16</sup> 特别报告员认同这一观点，但认为可以将过境国的义务范围扩大到所有它应遵从的国际人权法规则，而不仅仅是它所认同的规则。特别报告员认为，第F1 条草案因此可重新提出。

11. 关于保护成为驱逐对象的外国人的财产(第G1 条草案)，希腊认为“不必制订适用于被驱逐外国人财产的具体或特权制度，因为这些财产已经受国际法一般规则、可适用的条约和国内法律的保护”。<sup>17</sup> 这一理由如果靠谱(其实不靠谱)，就不仅可适用于有关驱逐外国人问题的所有条款草案，还可适用于国际法委员会投入工作的大部分、甚至所有专题。因为从总体上看，国际法委员会正是从国际法一般规则、可适用的条约和国家实践中为编纂和逐渐发展寻找法律资料。就本专题而言，保护被驱逐外国人的财产的义务固然是源于一般规则，但也源于通过使该义务得以提出、明确并适用于驱逐外国人这一具体领域的判例加以支撑的规则。国际法院 2010 年在迪亚洛案中就案情实质作出的判决，<sup>18</sup> 就体现了这一点。不过，在该条草案的评注中似宜就这项规则的适用范围略作阐述，包括指明这项规则不妨碍任何国家行使剥夺财产所有权或将财产收归国有的权利，而且可在恢复原样已无可能的情况下，通过赔偿方式对没收进行补偿。

12. 不管怎样，与希腊相反，俄罗斯联邦认为第G1 条草案第 1 款所述规则“理由充分，应予支持”。<sup>19</sup> 泰国建议，为消除客观评判驱逐国意图的困难，在第

<sup>12</sup> 出处同上，第 63 段。

<sup>13</sup> A/66/10，第 242 段。

<sup>14</sup> 2010 年从各国政府收到的评论和资料，A/CN.4/628。尤其见：白俄罗斯、美利坚合众国、捷克共和国和瑞典。

<sup>15</sup> A/66/10，第 243 段。

<sup>16</sup> A/C.6/66/SR.24，第 106 段。

<sup>17</sup> 出处同上，第 20 段。

<sup>18</sup> 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)，判决书，2010 年 11 月 30 日。

<sup>19</sup> A/C.6/66/SR.24，第 34 段。

1 款中插入“非法”一词，措辞如下：“禁止仅以非法没收财产为目的驱逐外国人”。<sup>20</sup> 特别报告员对这一建议没有异议。

13. 对于第G1 条草案第 2 款，有多个国家<sup>21</sup> 建议删除放在括号中的“尽可能地”这一表述。国际法委员会委员也表达了同样的意见。<sup>22</sup>

14. 关于返回驱逐国的权利(第H1 条草案)，特别报告员在第六次报告增编二中已经指出，包括德国、白俄罗斯、马来西亚、马耳他和荷兰在内的许多国家承认被非法驱逐的外国人有权返回驱逐国。不过，这些国家的相关立法各有不同：有些立法给返回权附加限制；有些则以事先持有因驱逐决定而失效的居留凭证为条件；还有些则以驱逐决定因为特别严重或明显的错误而被撤销为条件。<sup>23</sup> 在 2010 年从各国政府收到的评论和资料中，美利坚合众国非常谨慎地对此作出反应，暗示根据该国立法，这是一项归属移民事务主管当局的权力，而不是一项撤销非法驱逐决定后自动授予的权利。<sup>24</sup> 同样，马耳他用更加简洁地措辞表示，任何被驱逐者都可向首席移民官提出重新接纳的请求。<sup>25</sup>

15. 在 2011 年 11 月大会第六十六届会议第六委员会辩论期间，马来西亚重申了也有相同意思的立场，表示“应当允许被驱逐者在不妨碍驱逐国移民立法的情况下重返驱逐国”。<sup>26</sup> 希腊觉得第H1 条草案“过于宽泛”，认为“该条草案没有按照被驱逐外国人合法处于驱逐国境内的情况作出区分，而撤销驱逐决定并不能授予无正当身份外国人进入或居留一国境内的权利。而且，返回驱逐国的权利只有在驱逐决定因为违背国际法的实质性规则而被撤销的情况下，才可予以考虑”。<sup>27</sup> 对上述马来西亚的声明，也需要用这一意思加以理解。

16. 只有在驱逐决定因为违反国际法的实质性规则而被撤销的情况下，才可考虑返回驱逐国的权利，这一论点获得了俄罗斯联邦<sup>28</sup> 和匈牙利<sup>29</sup> 等国的赞同。

---

<sup>20</sup> 出处同上，第 86 段。

<sup>21</sup> 尤其见俄罗斯(出处同上，第 34 段)和泰国(出处同上，第 86 段)。

<sup>22</sup> A/66/10，第 246 段。

<sup>23</sup> A/CN.4/625/Add.2，第 153 至 157 段。

<sup>24</sup> A/CN.4/628，第二.B.3 节，美利坚合众国，第一段。

<sup>25</sup> 见 A/CN.4/628，第二.B.3 节，马耳他(第二段)。

<sup>26</sup> A/C.6/66/SR.24，第 108 段。

<sup>27</sup> 出处同上，第 21 段。

<sup>28</sup> 出处同上，第 35 段。

<sup>29</sup> 出处同上，第 57 段。

17. 此外，相比“返回权”，有些国家<sup>30</sup>更倾向于使用“被重新接纳的权利”这一表述，因为“返回权”可能会与境内或境外流离失所者重返其本国的公认权利相混淆。

18. 特别报告员同意以上建议。而且，他提议今后采用“重新接纳被驱逐外国人”的措辞，以避免对是否在任何情况下这都属于一项权利，或者驱逐国是否保有接纳和拒绝接纳外国人入境的权力的问题发生争论。考虑到另有国家建议对驱逐决定作出之前外国人在一国境内合法居留与非法居留的情况进行区分，特别报告员建议，重新接纳被非法驱逐但曾经在驱逐国境内合法居留的外国人应是一项权利，产生于决定撤销非法驱逐决定的基础之上，驱逐国主管当局有义务完成相关必要手续。对于被非法驱逐但曾经在驱逐国境内非法居留的外国人，是否重新接纳，取决于驱逐国入境和居留领域的现行程序。在任何一种情况中，都可以公共秩序和公共安全为由拒绝重新接纳。

19. 最后，有些国家批评该条草案第2款中“不当理由”的表述，认为这一表述并非法律术语。<sup>31</sup> 国际法委员会内部也已提出这样的批评，<sup>32</sup> 当时还提议了“错误理由”的概念。

20. 关于非法驱逐情况下的责任(第I1条草案)和外交保护(第J1条草案)，各国发表的意见基本一致。匈牙利对第I1条草案未作任何评论，但认为应考虑删除关于外交保护的J1条草案，理由是“该条不仅涉及一个有争议的问题，而且其实与条款草案的内容并无关系”。<sup>33</sup> 葡萄牙认为，I1和J1这两条草案所处理的问题“应予谨慎考虑，因为国家拥有面向成为驱逐对象的外国人的内部机制，准许他们对错误或非法的驱逐决定提出申诉，或促使驱逐国对这些决定承担责任(……)”。<sup>34</sup> 希腊政府则表示“高度重视对驱逐决定提出申诉的问题”。<sup>35</sup>

21. 对于在驱逐外国人以及非法驱逐情况下驱逐国的责任问题与外交保护之间存在的关系，只需稍作回顾即可(第七次报告已论述这个问题<sup>36</sup>)，因为国际法院2010年在迪亚洛案中作出的判决<sup>37</sup>载有大量早至十九世纪的仲裁判例，非常清

<sup>30</sup> 关于这一点，见泰国(出处同上，第87段)。

<sup>31</sup> 见智利(出处同上，第6段)和匈牙利(出处同上，第57段)。

<sup>32</sup> A/66/10，第248段。

<sup>33</sup> A/C.6/66/SR.24，第57段。

<sup>34</sup> 出处同上，第64段。马来西亚也发表意见，认为“应采取一种更加谨慎的处理办法”(出处同上，第109段)。

<sup>35</sup> 出处同上，第23段。

<sup>36</sup> A/CN.4/642，第20至42段。

<sup>37</sup> 见前注18。

晰地表明这两个问题一直处于国际驱逐外国人法的核心。值得一提的是，智利代表团表示“支持列入第I1条草案(国家在非法驱逐情况下的责任)和第J1条草案(外交保护)，后者涉及被驱逐外国人的国籍国行使外交保护，包括在非法驱逐情况下保护人权”。<sup>38</sup>至于有些国家强调在非法驱逐情况下存在面向外国人的内部机制，行使外交保护固然要取决于用尽内部救济措施。国家对国际不法行为的责任制度和外交保护制度一样，在国际法中都已妥为确立，让特别报告员再作特别研究，显然不太合适。

22. 正如特别报告员在第七次报告中所写，<sup>39</sup>关于非法驱逐情况下的国家责任和关于外交保护的两条草案，由于前文所述原因，在关于驱逐外国人问题的条款草案中完全有其位置。

23. 关于与引渡相关的驱逐(第8条订正草案<sup>40</sup>)，该条草案得到了俄罗斯联邦直截了当的支持，理由是“该条草案含有一个值得支持的新处理办法，即引渡请求的存在本身并不构成阻止驱逐的情形”。<sup>41</sup>但要看到，如此明确地支持该条草案是极为罕见的。智利表示“格外关切在驱逐和引渡这两个众所周知但不相同的制度之间建立联系，因为二者各有自己的法律规章”。不过，智利仍建议研究这个问题，“以使驱逐机制和引渡机制相互调和”。<sup>42</sup>马来西亚认为，“驱逐和引渡的二选一决定，必须仍是主权国家的一项特权”。第8条订正草案的措辞“应重新评价，以便清晰区分变相引渡和真正的驱逐决定”。<sup>43</sup>

24. 然而，美利坚合众国<sup>44</sup>一贯反对在关于驱逐外国人问题的条款草案中引入该条草案，无论其如何表述。同样，葡萄牙宣称不确定第8条订正草案“在条款草案中确有其位置”。<sup>45</sup>泰国也采用这一方式就这个问题表明态度。<sup>46</sup>加拿大则

<sup>38</sup> A/C.6/66/SR.24, 第7段。

<sup>39</sup> A/CN.4/642, 第42段。

<sup>40</sup> A/66/10, 第224段, 注540。

<sup>41</sup> A/C.6/66/SR.24, 第36段。

<sup>42</sup> 出处同上, 第7段。

<sup>43</sup> 出处同上, 第111段。

<sup>44</sup> 尤其见 A/C.6/60/SR.12 第22段、A/C.6/62/SR.20 第19段、A/C.6/63/SR.21 第9段、A/C.6/64/SR.21 第97段、A/C.6/65/SR.25 第8段和 A/C.6/66/SR.21 第67段所体现的美利坚合众国的立场。另见下列国家在第六委员会以往届会期间就这个问题表达的立场：中国(A/C.6/65/SR.22, 第56段)、法国(A/C.6/65/SR.23, 第77段)、希腊(A/C.6/62/SR.21, 第49段)、印度尼西亚(A/C.6/60/SR.20, 第7段)、荷兰(A/C.6/62/SR.20, 第27段)、斯里兰卡(A/C.6/65/SR.26, 第35段)、葡萄牙(A/C.6/65/SR.23, 第3段)和西班牙(A/C.6/65/SR.24, 第84段)。

<sup>45</sup> A/C.6/66/SR.24, 第65段。

<sup>46</sup> 出处同上, 第88段。

不加掩饰地表示“该条草案由于不成熟而应予删除”，认为没有充足实践“可支持第8条订正草案(.....)所依据的结论”。<sup>47</sup>

25. 考虑到对这个问题的意见分歧以及主张删除关于驱逐外国人问题的条款草案之第8条订正草案的现行措辞这个不容忽视的倾向，特别报告员认为泰国的建议<sup>48</sup>是可取的，即采用一个针对有关国家间涉及引渡的国际法律义务的“不妨碍”条款来取代该条款草案。

26. 关于对驱逐决定提出司法申诉的中止效果，作出反应的国家极少。瑞典在2010年答复就此向各国提出的问题时表示，“驱逐决定必须是板上钉钉方可执行”。<sup>49</sup>加拿大在第六委员会辩论国际法委员会第六十三届会议工作报告期间发言表示，“成员国的实践似乎还不能说明有理由[就此类申诉的中止效果]拟订一项规定”。<sup>50</sup>德国在2012年2月向国际法委员会秘书处转递对2011年国际法委员会第六十三届会议工作报告第三章所提问题<sup>51</sup>的书面答复时，就德国相关现状作了实质性陈述。德国表示，行政诉讼法第80(1)条规定，作为一般规则，争议和“提出撤销申诉”都具有中止效果。不过，该条第2款和外国人居留法的多项规定说明了这一规则的例外情况。

27. 例如，根据居留法第84(1)条，针对拒绝居住凭证(发放或延长)申请的诉讼不具中止效果。居留法第52(1)条第1句第4点和庇护程序法第75(2)条都规定，撤销居留凭证没有任何中止效果。行政诉讼法第80(2)条第1句第4点也规定，如果分开采取行政动作的当局出于公共利益下令立即执行，则没有中止效果。

28. 即使赋予中止效果，居留法也规定，结束居留合法性的驱逐或行政动作的具体效果不受反对或法律行动的影响(第84(2)条)。但根据行政诉讼法，主管行政当局也可赋予对行政决定的中止效果，条件是这一中止效果依照第80(2)条无法适用。

29. 至于中止效果是否取决于外国人居留的合法性，德国给予否定答复。事实上，驱逐决定将使任何成为驱逐对象的外国人的居留变得非法，并迫使其离开德国领土。

30. 对于存在中止效果的国家是否将中止效果视为一项国际法要求，德国答复称，在这方面，德国主要遵守本国的宪法性法律。

<sup>47</sup> 出处同上，第77段。

<sup>48</sup> 出处同上，第88段。

<sup>49</sup> A/CN.4/628，第二.B节。

<sup>50</sup> A/C.6/66/SR.24，第76段。

<sup>51</sup> A/66/10，第40至42段。

31. 不妨借用这个德国实践来评判问题的极端复杂性。正如特别报告员在第六次报告增编二<sup>52</sup>和加拿大在上文所述发言中所指出，不仅在国家实践中没有形成充分一致，而且对于一个被一些国家立法按照所考虑情形的不同给出不同答复的问题，提出一项一般规则要冒很大风险。因此，特别报告员仍然对就此提出一个条款草案是否存在充足法律依据存有疑问。

### 三. 欧洲联盟的评论

32. 《阿姆斯特丹条约》规定成员国将“外国人法”这一重要领域移交欧洲联盟委员会。移交工作于 1999 年进行，并导致在《欧洲共同体条约》中引入单列的第四编，专门论述签证、庇护、移民和其他有关人员自由移动的政策问题。欧洲共同体为制订关于遣返和重新接纳非(欧洲)国民的共同政策采取了种种举措并通过了许多相关指令，<sup>53</sup>亦即依照《阿姆斯特丹条约》第四编达成的国际协议。《阿姆斯特丹条约》第四编已由 2009 年 12 月 1 日生效的《里斯本条约》第五编取代，欧洲共同体也由此易名为欧洲联盟。《里斯本条约》第五编论述了“自由、安全和司法的范围”。<sup>54</sup>

33. 在欧洲联盟法律中，国际法委员会驱逐外国人专题所指的“外国人”一词可理解为“第三国国民”，即 2001 年 5 月 28 日欧洲共同体理事会关于相互承认驱离第三国国民的决定的第 2001/40/CE 号指令<sup>55</sup>第 2(a)条所界定的“没有任一成员国国籍的人”。至于“驱逐”，欧洲联盟立法使用不同词汇进行表述，包括“终止居留”、“驱离”或“遣返”。

34. 2008 年 12 月 16 日遣返指令<sup>56</sup>确定了成员国在遣返非法居留的第三国国民时适用的共同标准和程序，其中使用的是同一词汇，但也提到“自愿遣返”。该

<sup>52</sup> A/CN.4/625/Add.2, 第 51 至 55 段。

<sup>53</sup> 尤其见：2001 年 5 月 28 日理事会关于相互承认驱离第三国国民的决定的第 2001/40/CE 号指令，《欧洲共同体官方公报》，L 149/34, 2001 年 6 月 2 日；2008 年 12 月 16 日欧洲议会和理事会关于成员国在遣返非法居留的第三国国民时适用的共同标准和程序的第 2008/115/CE 号指令，《欧洲联盟官方公报》，L 348/98, 2008 年 12 月 24 日；2003 年 11 月 25 日理事会关于长期居住的第三国国民地位的第 2003/109/CE 号指令，《欧洲联盟官方公报》，L 16/44, 2004 年 1 月 23 日；2003 年 9 月 22 日理事会关于家庭团聚的第 2003/86/CE 号指令，《欧洲联盟官方公报》，L 251/12, 2003 年 10 月 3 日。

<sup>54</sup> 针对 2009 年国际法委员会第六十一届会议工作报告(A/64/10)第三章第 29 段所述就驱逐外国人专题发表具体评论的要求，欧洲联盟委员会法律事务总司长在 2010 年 2 月 22 日给联合国秘书处的信中所作的说明。

<sup>55</sup> 《欧洲共同体官方公报》，L 149/34, 2001 年 6 月 2 日。

<sup>56</sup> 2008 年 12 月 16 日欧洲议会和理事会关于成员国在遣返非法居留的第三国国民时适用的共同标准和程序的第 2008/115/CE 号指令，《欧洲联盟官方公报》，L 348/98, 2008 年 12 月 24 日，第 3(2)条。加入申根协定的欧洲联盟成员国要在 2010 年 12 月 24 日前将该指令搬移到本国国家立法中。

指令将“遣返”一词界定为第三国国民自愿依照驱逐决定返回或被迫返回：(a) 原籍国；(b) 与共同体订有协议或者基于双边重新接纳协议或任何其他安排的过境国；或(c) 成为驱逐对象的第三国国民决定返回而且可被接纳的另一第三国。

35. 这些规定属于特别报告员在第六次报告增编二中就驱逐国与过境和目的地国之间的关系所作研究<sup>57</sup>的范围，通过这些研究已经拟订题为“被驱逐外国人的目的地国”的第E1条草案<sup>58</sup>和题为“在过境国保护成为驱逐对象的外国人的人权”的第F1条草案。<sup>59</sup>当然，对重新接纳协议未作特别研究。特别报告员已注意到有此类协议存在，但认为在这方面没有必要进行编纂抑或逐渐发展，因为这是一个国际合作问题，各国在该领域可自行缔结认为有必要的协议。

36. 关于请求各国就各自实践提供资料的确切问题，欧洲联盟给出了下文各段所述的解释。

37. 关于国家立法中的驱逐依据，欧洲联盟法律原则要求成员国采取个别化驱逐办法，包括以公共秩序和公共安全为理由的情况。这一处理办法必须考虑当事人的危险性、所犯罪行的严重性和类型、在成员国的居留时间长短、当事人的年龄、驱逐对当事人及其家属的影响、与居住国和(或)原籍国的联系情况。因此，不存在真正以公共秩序和公共安全为理由的驱逐依据。<sup>60</sup>

38. 关于“以驱离为目的扣留”的条件和期限，2008年遣返指令载有关于这个问题的详细规定，确定了扣留时限的最低标准(第15条)、拘留的一般条件(第16条)和拘留未成年人的具体规定(第17条)。

39. 关于扣留，第15条规定，“成为遣返对象”的外国人有以下情况才可被扣留：(a) “存在逃跑风险”；或(b) “逃避或阻碍进行遣返或驱离的准备工作”。无论哪种情况，“扣留时间都应尽可能短，最多与按照规定完成驱离安排的时间看齐”。

40. 关于“扣留的条件”，第16条规定，“扣留通常在专门的扣留中心进行”。如果使用监狱设施，当事外国人必须与普通法囚犯分开。如果提出请求，当事外国人可获准“在适当时”与其法律代表、家庭成员和主管领事当局接触。该条第3款规定有义务对弱势者的情况给予“特别关注”，并确保提供“紧急医疗护理和必要的疾病医治”。第4款规定，在必要时，经批准，主管的国家、国际和非政府组织及机构可探访扣留中心；而第5款则赋予被扣留外国人“系统地获悉监所规章及个人权利和义务”的权利。

<sup>57</sup> A/CN.4/625/Add.2, 第60至118段。

<sup>58</sup> 出处同上，第116段。

<sup>59</sup> 出处同上，第118段。

<sup>60</sup> 见前注54，关于欧洲联盟委员会法律事务总司长的信。

41. 关于扣留未成年人和家属，第 17 条规定，这种扣留“只能作为最后办法，时间适当且尽可能最短”。该条随后规定了此类对象享有的各种权利和其他保护措施：分开住宿以保证适当隐私的权利；未成年人可开展游戏活动；尽可能在拥有配套人员和设施的机构内提供住宿。最后，“儿童的最高利益是扣留等待驱离的未成年人时的首要考虑”（第 17(5)条）。

42. 对于 2008 年遣返指令第 15、16 和 17 条的考虑，特别报告员已在第六次报告中作了分析。<sup>61</sup> 但必须承认的是，就这些问题而言，上述指令中的规定与在世界其他区域可以看到的规范相比非常超前。虽然这是大约 27 个国家的普通法，但似乎难以升格为普世规范，更何况有些国家<sup>62</sup> 还坚决指责特别报告员在编纂欧洲联盟法律，甚至人权条约监督机构的判例。至少应当指出，这些规定所载的主要规范已获得大多数国家在实践中普遍接纳，而且由于大会 1988 年 12 月 9 日第 43/173 号决议等文件予以转录而具有普世性质，特别报告员对此在上述第六次报告第 245 段中已给予高度重视。国际法委员会内部辩论表明，对于第 15 条规定的扣留成为驱逐对象的外国人的条件等问题，委员会内部存在意见分歧。

43. 有一个词汇问题值得注意。遣返指令中使用的是“扣留”，而特别报告员使用并被国际法委员会采用的是“拘留”。指令中的词汇或许很诱人，但其实这一选择不能令人信服。首先，“拘留”一词包罗万象。在这方面，上述第 43/173 号决议的标题“保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人”就很说明问题。其次，既然指令第 15(2)条规定“扣留由行政或司法当局下令实施”，区分由相同行政或司法当局以可能性质不同、但就剥夺自由而言会产生相同结果的罪行下令实施的拘留，就显得不靠谱。

44. 不过，或许有必要利用上述第 15(2)条修订第 B(3)(b)条草案，<sup>63</sup> 后者规定“延长拘留期限只能由法院或可以行使司法职权的人决定”。这项规定受判例启发而来，剥夺了行政当局延长拘留期限的权力，即使行政当局有权下令实施拘留。除不符合逻辑外，这样一种处理办法可能会给各国带来实际困难，因为确实在有些时候事态紧急，已不容许等到完成在这种情况下通常慢于行政程序的司法程序。

45. 关于被非法驱逐的外国人返回驱逐国的权利，遣返指令没有直接述及这个问题。从该指令关于禁止入境的第 11(1)条推断，在有些情况下不得返回驱逐国。例如，当驱逐决定附有入境禁令，没有为自愿离境规定任何期限，或者返回义务没有得到遵守时，就属于这类情况。不过，成员国出于人道主义理由可不发出境禁令，包括涉及贩卖人口受害者、申请庇护者或需要国际保护者的情况。

<sup>61</sup> A/CN.4/625，第 211 至 276 段，以及第 B 条草案。

<sup>62</sup> 尤其见美利坚合众国在大会第六十四届会议第六委员会的发言(A/C.6/64/SR.21，第 97 段)。

<sup>63</sup> 见前注 61。

46. 还可以看到，指令第 13 条规定了对驱逐决定的上诉权，包括针对已经发出入境禁令的情况。有利的上诉裁决结果必须由上诉机关逐案确定。总体而言，欧洲联盟法律中不存在关于被驱逐者返回驱逐国的具体和明确的规则。

47. 这一有关 27 个欧洲国家共同做法的发现，巩固了特别报告员的观点，即该领域不存在一般规则或统一做法，而在第六次报告增编二所载第 H1 条草案中提出的规则，<sup>64</sup> 则完全属于国际法的逐渐发展。这一规则之所以有其相关性，是因为它是一项反向规则，简言之，是作为违反国际法规则在法律上的必然结果而提出的一项合乎逻辑的规则。

48. 关于驱逐国和过境国相互关系的性质，欧洲联盟的指令没有明确述及这个问题。但在欧洲联盟与非欧洲联盟成员国之间缔结的一些重新接纳协议中，这个问题均有所论述。不过，这是一个双边合作领域，各国拥有自主商定欲在相互关系中适用的规则的自由，只要这些规则不违反国际法客观规范或者普遍适用的义务即可。这就是为什么，特别报告员认为在该领域只宜采用一般国际法中的既有规则；这正是第六次报告增编二中提议的第 F1 条草案<sup>65</sup> 所做的尝试，国际法委员会在就该报告举行全体辩论时也对该条草案作了修订。<sup>66</sup>

#### 四. 特别报告员的最终意见

49. 这些最终意见首先将点评各国对一些具体条款草案所作的评论，然后依次论述特别报告员采用的几方面工作方法和“驱逐外国人”专题在国际法委员会内部的工作进展，以及国际法委员会本专题工作最终结果的形式。

##### A. 对各项条款草案的具体评论

50. 特别报告员赞赏各国就具体条款草案提出评论和建议。正如上文所述，特别报告员认为国际法委员会在一读审定本条款草案时不妨采纳其中一些提议。如有必要，特别报告员将提出相关建议。

##### B. 对几个工作方法问题的具体评论

51. 一些国家对特别报告员完成本条款草案拟订工作所采用的方法发表了有时相互矛盾的意见。例如，美利坚合众国指责特别报告员编纂欧洲人权法院等区域人权司法机构以及各主要国际人权公约执行情况监督机构的判例。<sup>67</sup> 相反，欧洲

<sup>64</sup> A/CN.4/625/Add.2, 第 160 段。

<sup>65</sup> 出处同上，第 117 和 118 段。

<sup>66</sup> A/66/10, 第 219 段，注 534。

<sup>67</sup> 尤其见美利坚合众国在大会第六十四届会议第六委员会的发言(A/C.6/64/SR.21, 第 97 段)。

联盟却指责特别报告员无视或没有充分考虑欧洲联盟法律。<sup>68</sup> 德国则指责特别报告员利用非常陈旧的资料来源。<sup>69</sup>

52. 特别报告员此处将不再赘述他在 2011 年 11 月第六委员会辩论期间就这个问题作出的答复，<sup>70</sup> 而只是提请注意国际法委员会一位委员<sup>71</sup> 在全体讨论关于驱逐外国人问题的第六次报告增编二时就这个问题所作的有力发言。该委员提到并赞赏特别报告员努力收集世界所有区域尽可能多的资料来源，并利用这些资料来源进行对比，从历史的角度进行审视。关于驱逐外国人问题的各份报告就是证明。可能的情况是，尤其对于这类国家，某些事件的展现形式会给人有禁锢于过去的错误印象。必须简单地将此看作是特别报告员在努力利用可得到的尽可能多的历史经验，以便更加稳固地确定拟议条款草案，不对事实本身或事件发生时的情形作任何评判。在任何情况下，特别报告员都不愿意损害一个国家，也不愿意对一个国家的历史事件或近期实践作出评判。

53. 正是本着这一精神，第七次报告<sup>72</sup> 介绍了 2010 年 11 月获得瑞士国民和各州接受的涉及驱逐外国罪犯的瑞士宪法修订情况，并从中注意到瑞士政府依据其良好做法，在立法层面进行搬用之时将要作出的调整。也正是本着这一精神，第七次报告<sup>73</sup> 还介绍了 2011 年法国关于移民、归化和国籍问题的法律草案，该法律草案由于考虑在驱逐后取消国籍，至少还间接涉及驱逐外国人问题。特别报告员注意到，法国议会在其通过的该法律草案最后版本中删除了与驱逐外国人问题有关的令人关注的内容。

54. 最后，由于国际法委员会审议驱逐外国人专题的进度与各国以特别报告员原始报告为基础在第六委员会评判的报告所载资料之间存在差距，大会第六委员会对本专题的审议受到损害。事实上，国际法委员会关于驱逐外国人问题的的工作始终走在向大会提交相关报告的前面。条款草案经国际法委员会全体辩论后转交起草委员会并由其进行审议，常常是在特别报告员提出新的起草建议之后，并没有立即通知第六委员会。这是因为在看到其他条款草案之前，起草委员会推迟就几项原始条款草案作出决定，包括条款草案的适用范围和某些关键定义。其次，国际法委员会本专题工作的实际进度与第六委员会内部提交各国的资料之间也存在差距，导致两机构之间的对话有点困难，因为相关工作的进展不能完全齐头并

<sup>68</sup> A/C.6/66/SR.21, 第 45 段。

<sup>69</sup> A/C.6/66/SR.23, 第 26 段。

<sup>70</sup> A/C.6/66/SR.25, 第 46 至 54 段。

<sup>71</sup> A/CN.4/SR.3093 (瓦钱尼先生的发言)。

<sup>72</sup> A/CN.4/642, 第 7 至 9 段。

<sup>73</sup> 出处同上, 第 10 至 19 段。

进。但愿这种情况能够在提出国际法委员会通过的全套条款草案及其评注之后结束。

### C. 对国际法委员会本专题工作最终结果的形式的具体评论

55. 有几个国家认为驱逐外国人专题不适合编纂，<sup>74</sup> 国际法委员会本专题工作的最终结果最好采取“指令、规范和基本原则”<sup>75</sup> 或者“指令或指导原则”<sup>76</sup> 的形式。在大会第六委员会辩论期间，一些国家表达了相似的看法。<sup>77</sup> 甚至在国际法委员会内部也有同样的意见。<sup>78</sup> 因此，这真的已经是一个老话题。

56. 特别报告员在此只想简单扼要地回顾一下他在国际法委员会第六十三届会议期间<sup>79</sup> 和 2011 年 11 月大会第六委员会辩论期间<sup>80</sup> 就这个问题作出的答复。除了国家对国际不法行为的责任专题和某种程度上的外交保护专题在编纂工作中可以说成是大量引用关于驱逐外国人的国际判例之外，十五年来任何其他列入国际法委员会议程的专题，都没有象驱逐外国人专题这样拥有如此丰富和充足的编纂依据：一大堆国际法律文书、来源各异的国际判例、极其丰富的国家立法和判例、以及充足的法律文献。国际法委员会处理的许多专题并没有如此众多的法律资料提供支持，但最终形成的还是条款草案，而不是指令、指导方针或原则。

57. 就国际法委员会驱逐外国人专题工作最终结果的形式作出决定或许为时尚早，但只要这个问题引起一些国家关切，特别报告员就认为能够确信，一旦附有评注的条款草案起草完毕，当前工作的连贯性和牢靠性就会比现在更加明显，一些关于本专题的保留意见也会逐渐变得淡薄。因此，特别报告员希望国际法委员会适时选择将其工作结果以条款草案的形式送交大会，由大会在完全知晓来龙去脉的情况下决定想要赋予的最终形式。

---

<sup>74</sup> 尤其见联合王国的立场(A/C.6/66/SR.23, 第 46 段)。另见芬兰代表北欧国家表达的立场(A/C.6/66/SR.21, 第 59 段)。

<sup>75</sup> 希腊(A/C.6/66/SR.24, 第 16 段)。

<sup>76</sup> 泰国(出处同上, 第 88 段)。

<sup>77</sup> 尤其见匈牙利(A/C.6/60/SR.13, 第 9 段)、以色列(A/C.6/60/SR.16, 第 58 段)、葡萄牙(A/C.6/60/SR.12, 第 38 段; A/C.6/62/SR.19, 第 85 段)、联合王国(A/C.6/62/SR.19, 第 45 至 46 段; A/C.6/63/SR.21, 第 25 段; A/C.6/64/SR.17, 第 111 段)和斯洛文尼亚(A/C.6/64/SR.21, 第 65 段)表达的立场。另见瑞典(A/C.6/62/SR.19, 第 50 段)和丹麦(A/C.6/63/SR.20, 第 2 段)代表北欧国家表达的立场。

<sup>78</sup> 尤其见 A/66/10, 第 229 至 233 段。

<sup>79</sup> 出处同上, 第 258 段。

<sup>80</sup> A/C.6/66/SR.25, 第 46 至 54 段。