



国际法委员会

第五十九届会议

2007年5月7日至6月8日和
7月9日至8月10日，日内瓦

关于驱逐外国人问题的第三次报告

特别报告员莫里斯·卡姆托先生

目录

	段次	页次
导言		
第一部分一般规则		
一. 专题的范围		
二. 定义		
三. 一般原则.....	1-133	3
A. 驱逐权.....	6-23	4
1. 固有权利	8-14	5
2. 非绝对权利	15-22	8
(a) 相关立场	15-18	8
(b) 国际法律秩序的内在限制	19-22	9
第3条草案：驱逐权.....	23	10
B. 在遵守国际法基本规则的情况下行使权利	24-133	10



1. 涉及被驱逐者的限制.....	28-133	11
(a) 不驱逐本国侨民原则.....	28-57	11
(一) 原则.....	34-49	12
(二) 例外情况.....	50-56	18
第 4 条草案: 国家不驱逐本国国民.....	57	20
(b) 不驱逐难民原则.....	58-81	20
(一) 原则.....	61-74	21
(二) 例外情况.....	75-80	25
第 5 条草案: 不驱逐难民.....	81	27
(c) 不驱逐无国籍人原则.....	82-96	27
第 6 条草案: 不驱逐无国籍人.....	96	30
(d) 不集体驱逐原则.....	97-135	30
(一) 和平时期.....	98-115	30
(二) 战争时期.....	116-134	36
第 7 条草案: 不集体驱逐.....	135	41

第一部分 一般规则(续)

三. 一般原则

1. 驱逐外国人问题特别报告员在第二次报告(A/CN.4/573)中介绍了国家实践中和国际上有关这个专题的最新发展(第15至35段),并努力确定了专题的范围(第36至41段)。在这方面,在针对驱逐外国人领域可适用的“一般规则”所作研究的第一部分(第45至122段),特别报告员致力于确定“专题的范围”这个在国际法委员会和大会第六委员会引起讨论甚至争议的主要问题。特别报告员随后对专题的构成概念提出了比初次报告(A/CN.4/554)更加精确的定义。考虑到委员会各位成员审议第二次报告(A/CN.4/573)时提出的意见,特别报告员决定在本报告及随后的报告中将一国“侨民(ressortissant)”和一国“国民(national)”这两个词语作为同义词使用。

2. 本报告研究与驱逐外国人有关的国际法一般原则。关于驱逐外国人问题是否属于国际法的辩论¹曾一度推动法理发展,但如今已成过去,因为驱逐权与领土主权原则不可分割。国家的存在,不仅取决于存在承认其主权的居民,尤其还取决于存在事实上和法律上可专一行使其主权的领土。如同1888年国际法学会洛桑届会期间Rolin-Jacquemyns在他关于驱逐外国人权利的报告中所述,如果某些人“与他们的入境国没有任何政治联系,他们的祖国总之在别处,但他们有可能潜入境内、在境内定居、并与判定这一居留危及或有损国家利益的地方当局形成对抗”,这一主权就将受到损害。²他当时的结论如下:

“从国际法的角度看,一个主权国家的政府如果判定为本国利益所需,原则上都有权接纳或不接纳、驱逐或不驱逐欲进入本国或已经在本国境内的外国人,并在判定为本国内部或外部的稳定或安全利益,或者本国居民的健康利益之所需的情况下,才允许他们入境或定居”。³

¹ 尤其见国际法学会关于这个问题的长篇讨论,1891年9月8日会议,septembre 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XI, 1889-1892, session de Hambourg, p.273 à 320。

² 同上, vol. X, 1888-1889, session de Lausanne, p.230。

³ 同上, p.235。

3. 这一看法与当时的主流学说一致。例如，Darut认为，国家主权概念中就含有“驱逐权的理论依据”，⁴ 当时人们强调驱逐权的普遍性。⁵

4. 驱逐一方面牵涉到国际秩序中授权国家根据自身领土管辖权颁布内部规则的国家主权基本原则，另一方面也牵涉到构成国际法律秩序的基本原则以及如今要求所有国家予以尊重的基本人权。国际法学会在 1892 年 9 月 9 日日内瓦届会通过的《接纳和驱逐外国人国际规则》序言中就这个专题写道：

“考虑到对每个国家而言，接纳或不接纳外国人进入其领土、或有条件地接纳或予以驱逐的权利，是国家主权和独立的合理和必要结果；又考虑到人道和正义要求各国只有在根据自身安全需要，尊重欲进入上述领土或已经在上述领土之内的外国人的权利和自由的情况下，方可行使这一权利；考虑到从国际角度出发，似宜以笼统的方式，为将来制订几项恒定的原则，而接受这些原则并不意味着对过去完成的举动作出任何判断……”。⁶

5. 因此，下一步发展将是在驱逐权为国际法既定原则这一观点和驱逐权必须在尊重国际法基本规则的情况下行使这一看法之间作出清晰的表述。重点在于平衡这两者，兼顾驱逐国权利和被驱逐者权利，使国家主权权利在尊重人类尊严的情况下行使。

A. 驱逐权

6. 驱逐权曾在十九世纪末引起激烈辩论，在国际法学会关于这个专题的工作中尤其反映了这一点。辩论中虽未明确提出驱逐权的依据问题，但也直接或间接有所涉及。确认存在这项权利，必然要通过援引国际法中的法律依据，必要时也要援引国内法中的法律依据。最初的看法认为，这项确定国家有拒绝外国人入境的权限和自由的许可性规则来自传统严格意义上的一般国际法，即习惯国际法。

7. 分析之后却并非如此：国家并非通过外部规则获得驱逐权；驱逐权是国家的一项自然权利，产生于国家作为在本国领土上拥有全面管辖权的法律支配者的地位本身，而这一管辖权只有通过国家自愿承诺或某些对世准则，方可在国际秩序中作出限定。但在这种情况下只涉及限定问题，与规则是否存在无关。换言之，驱逐权是国家（领土）主权的固有权利，但并非绝对权利，必须在国际法确定的限制范围内行使。

⁴ Joseph-André Darut, *L'expulsion des étrangers. Principe général-Application en France*, Thèse, Aix, 1902 年, 第 16 和 20 页。

⁵ Alexis Martini, *L'expulsion des étrangers*, Thèse, 巴黎, 1909 年, 第 16 页。

⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, session de Genève, p.218-219.

1. 固有权利

8. 国家有权将外国人驱逐出境在国际法中是无可争议的，⁷ 法理中似乎从未对此产生重大怀疑。⁸ 国家实践也确认了这一点。⁹ 大量国际仲裁判例，尤其是十九世纪末和二十世纪初的国际仲裁判例，以及稍后区域人权委员会及人权司法机关的决定和判例，都认可了这项权利。例如，在Boffolo案中，仲裁人确认：“毋庸置疑，至少在有正当理由的情况下，各国普遍有权驱逐外国人[……]”；¹⁰ 比利时-委内瑞拉混合索赔委员会在Paquet案中也作了同样意思的表述，声明“驱逐外国人或禁止外国人进入本国领土的权利已获普遍承认”。¹¹

9. 区域人权委员会的决定及人权司法机关的判例也承认，有权以维护公共秩序为目的驱逐外国人，是国际法的一项既定规则（见 A/CN.4/565，第 190 段）。在这方面，欧洲人权法院在其判例中经常提到：

“……缔约国关心确保公共秩序，特别是依照国际法既定原则，在不影响条约规定义务的情况下，对非国民的入境、居留和出境行使控制权”。¹²

⁷ 见 Giorgio Gaja, 《Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law》, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 第 3 卷, 1999 年, 第 295 页。

⁸ 十九世纪末的几个学者，包括 Lord Cake、M. Sapey、Pinheiro-Ferreira、P. Fiore 和 M. Clovis Hugues，凭着当时对人文主义的完全理想化，认为人的自由无可阻挡，并将驱逐权定性为是对人类永久权利的公然侵犯；见 J.-A. Darut 的著作，上文注 4，第 8-9 页。但同一时期也有许多学者指出，这一概念无论在法律上还是在政治上，都是站不住脚的(同上，第 10 页开始)。

⁹ Gaja 先生在前述课程（见注 7）中就这个问题从 Whitemann 主编的《国际法文摘》(华盛顿，1967 年，第 851、854、861 页)中摘了三个有趣的例子：1939 年，美国国务卿赫尔提醒美国驻法国总领事注意他的指令，根据这些指令，美国承认“一国有权驱逐被认为危及其安全的外国人，并不再介入此案”；十年之后，英国外交大臣麦克尼尔发表声明：“[……]当然，匈牙利政府有权将任何外国人驱逐出境，因此看来，正式抗议并无法律依据”；1961 年，美国副国务卿达顿在给一名国会议员的信中写道：“[……]可能需要指出，根据公认的国际法原则，只要不是任意进行驱逐，一国就可随时驱逐外国人[……]”。

¹⁰ Boffolo 案，意大利/委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 531 页。

¹¹ Paquet 案，比利时/委内瑞拉混合赔偿委员会，1903 年，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 325 页。

¹² Moustaquim 诉比利时，判决书(案件实质及合理满足)，1991 年 2 月 18 日，第 43 段。另见：Vilvarajah 等诉联合王国，判决书(案件实质)，1991 年 10 月 30 日，第 102 段；Chahal 诉联合王国，判决书(案件实质及合理满足)，1996 年 11 月 15 日，第 73 段；Ahmed 诉奥地利，判决书(案件实质及合理满足)，1996 年 12 月 17 日，第 38 段；Boughamemi 诉法国，判决书(案件实质)，1996 年 4 月 24 日，第 41 段；Bouchelkia 诉法国，判决书(案件实质)，1997 年 1 月 29 日，第 48 段；以及 H.L.R. 诉法国，判决书(案件实质)，1997 年 4 月 29 日，第 33 段。

欧洲人权法院事实上一直承认，各国可自行：

“依照国际法既定原则，对非国民的入境、居留和出境行使控制权”。¹³

10. 在审议四个非政府组织针对 1996 年安哥拉大规模驱逐非洲多国侨民联合提出起诉安哥拉的来文之后，非洲人权和人民权利委员会顺带将国家的驱逐权重新表述如下：

“委员会不打算、也没有重新质疑任何国家所拥有的、在主管司法机关作出决定的情况下对非正常移民提起司法诉讼并将他们遣回原籍国的权利”。¹⁴

11. 此外，事实上这项普遍承认的权利¹⁵ 长期以来在古老国家的立法中已作表述。¹⁶ 二十世纪初有一位学者指出，大部分欧美国家的立法及大量国际条约都认可这项权利。¹⁷ 毫无疑问，从当代移民现象的广泛程度看，这项权利如今已成为所有国家立法的一个组成部分。¹⁸

¹³ *Abdulaziz, Cabales* 和 *Balkandi* 诉联合王国，判决书(案件实质及合理满足)，1985 年 5 月 28 日，第 67 段。

¹⁴ 非洲人权和人民权利委员会，来文第 159/96 号，泛非人权联盟、国际人权联合会、非洲人权会、塞内加尔全国人权组织和马里人权协会诉安哥拉。

¹⁵ 见 A. Martini 的著作，上文注 5，第 16 页。

¹⁶ 例如在 1905 年 8 月 11 日《外国人法令》颁布之前的英格兰，尤其见 Craies, *Jurisclasseur de droit international privé*, 1889 年，第 357 页开始；在法国，于 1849 年授予政府驱逐权，但这并非新生事物：共和六年葡月 28 日法律已经将这项权利写入其第 7 条，该条规定：“凡在共和国境内旅行或定居的外国人，如果并非共和国政府承认的中立国或友好国委派，或者没有取得公民资格，就将接受督政府的特别监视，督政府如果判定他们的住留会扰乱公共秩序和国家稳定，就可以吊销他们的护照，并命令他们离开法国领土”；例如，另见关于在对待外国难民方面给予法国政府同样权利的 1832 年 4 月 21 日法律。关于这个专题，尤其可阅读 Arthur Desjardins, 《L'expulsion des étrangers》，载于 *Questions sociales et politiques*, 1893 年，第 107 页。

¹⁷ 见 Ch. De Boeck, 《L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique》，*Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 第 18 卷，1927-III，第 480 页，以及他在第 480 和 481 页提到的大量关于当时立法和国际条约的例子。

¹⁸ 在此概述每个国家立法中关于这个专题的相关规定似乎有些枯燥乏味。对于欧洲国家，可通过下列著作有一个大致的了解：Bruno Nascimbene 主编的 *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries / L'éloignement et la détention des étrangers dans les Etats Européenne*，米兰，Giuffrè，2001 年；以及 Elspeth Guild 和 Paul Minderhoud 主编的 *Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*, *Kluwer Law International*，海牙，2001 年。对于美国，尤其见 Louis B. Sohn 和 Thomas Buergenthal 主编的 *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*，华盛顿特区，美国国际法学会，1992 年，第 23 卷。更笼统而言，见 Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and Movement of Persons between States*，Oxford, Clarendon Press, 1978 年。

12. 不过，驱逐权又独立存在于将驱逐权授予驱逐国的国内法或协定法的任何特殊条款之外，因为驱逐权产生于国际法本身。¹⁹ 因此，如上文所述（见第4段），国际法学会表示，驱逐权是国家主权的“合理和必要结果”，是国家主权或独立的一个特征。同一时期，A. H. Marsh也明确指出：“驱逐权只是每个国家对本国领土行使主权的一个举动，国际法当然予以充分承认”。²⁰ 另一个学者在1940年代初对拉丁美洲排拒和驱逐外国人的做法进行研究之后作了如下表述：“各国法律并不禁止驱逐‘定居’或‘常住’的外国人”。²¹ 在更加具体地说到拉丁美洲的做法时，他写道：“拉丁美洲国家在行使固有的主权权利时，将以国家防卫、社会稳定、个人安全、或公共秩序为由排拒或驱逐外国人，无论有无法律可依，如果无法可依，则作为重大政策措施”。²²

13. 这一驱逐权概念得到了若干国际仲裁裁决的支持。例如，在 Ben Tillet 案中，唯一仲裁人 Arthur Desjardins 在其题为“从原则中思考驱逐权”的判决书要点 A 中写道：

“鉴于国家无可争议地有权在认为外国人的举止或居留有损本国安全的情况下禁止外国人入境；国家还可充分行使主权，评判哪些行为会招致禁止入境[……]”。²³

在1903年就 Maal 案作出的裁决中，仲裁人 Plumley 以更加明确的方式认定驱逐权是一种固有权利。他在研究与委内瑞拉政府行使这项权利有关的问题之后写道：

“仲裁人毫无疑问地认为，委内瑞拉政府可通过适当和合法的方式排拒，或在必要时驱逐危及本国福祉的人，并可在这方面行使广泛酌处权。各国完成这些事项的方法和手段不尽相同，但这项权利在所有主权权利中是固有的，是主权的特征之一，因为只有以适当的方式保卫国家，使国家避开那些预见或实际的危险，才是正当地行使这项权利”。²⁴

¹⁹ Ch. De Boeck 的著作，上文注 17，第 479 页。

²⁰ A. H. Marsh, 《Colonial expulsion of aliens: an answer》, *American Law Review*, 第 33 卷, 1899 年, 第 90 页。黑体为文章作者标注。

²¹ J. Irizarry y Puente, 《Exclusion and expulsion of aliens in Latin America》, *American Journal of International Law*, 第 36 卷, 1942 年, 第 270 页。

²² 同上。

²³ 1896 年 8 月 21 日裁决，载于 *Revue générale de droit international public*, 1989 年, 第 48 页。

²⁴ Maal 案，荷兰/委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年 6 月 1 日，载于 *Ralston's Venezuelan Arbitrations of 1903*, 华盛顿, 1904 年, 第 914-915 页；另见《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 731 页。

仲裁法官在 Boffolo 案中表达了相同的意思：

“每个国家都充分享有驱逐外国人的权利，这一权利产生于国家主权本身”。²⁵

14. 十九世纪末提出的问题是，有没有可能用精确的规则代替许多国家在驱逐领域盛行的任意决断做法。²⁶ 从当代国际法的角度看，驱逐权虽然是国家的一项主权权利，但并没有被解释为毫无限制、可以让驱逐国享有酌处权。

2. 非绝对权利

(a) 相关立场

15. 驱逐权有时被认为是一种绝对权利。这一概念尤其在十九世纪就驱逐权作为以国际法为依据的国家权利展开辩论之时浮出水面。美国最高法院在此前已提及的 1893 年判决书中认为，“国家驱逐或递解外国人出境的权利”“同禁止和防止外国人入境的权利一样，是绝对和无条件的”，“是一种固有的、不可剥夺的权利”。²⁷ 这一立场有意或无意地反映了传统的理论，即驱逐权作为主权的合理和必要结果，是绝对可以酌处的，而且不受任何限制或控制。²⁸ 确切而言，国家有权驱逐外国人之所以引起激烈争论，是因为这项绝对主义的驱逐权概念会使驱逐对象遭受政府的任意决断。

16. 随着传统理论被彻底抛弃，这些争论如今已不复存在。尽管如此，国际实践在这一点上已经走在了法理的前面。至今近两个世纪以来一直非常明确地认可“驱逐的自由并非绝对，而且也有限制(……)”。²⁹ 事实上，国际法学会从其最初就驱逐外国人问题进行研究时就已经指出，行使驱逐权受若干条件制约，其中包括“驱逐时必须作出人道和尊重公认权利所需的一切安排”。³⁰ 研究所在这一点上与Féraud-Giraud先生的意见一致，后者在其关于这个专题的学术论文中认为，国家在行使驱逐权时必须始终尽可能地努力做到一方面确保境内秩序及保证本国内部和外部安全，另一方面“尊重人道法则、任何个人的固有权利及国家之间关系自由的原则”。³¹ 本着同一精神，学会关于这个专题的报告员De Bar先生

²⁵ *Boffolo* 案，意大利/委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 528 页。

²⁶ 见 1892 年 9 月 8 日和 9 日由副会长 Alberic Robin 先生主持的国际法学会会议纪要摘录，《*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, session de Genève, p.185.

²⁷ *Fong Yue Ting* 诉美国，149 U.S. 698 (1893), 第 707 和 711。

²⁸ 见 Voir Ch. De Boeck 的著作，上文注 17，第 472 页。

²⁹ 同上，第 473 页。

³⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. X, 1888-1889, session de Lausanne, p. 236.

³¹ 同上，vol. XI, 1889-1892, session de Hambourg, p. 276.

在承认国家在这个领域的主权权利不容争议的同时也写道，“这一主权权利不论如何解释，也不能解释为消灭外国人的任何个人权利”。³²

17. 确认驱逐权是一项绝对和可酌处的权利所产生的风险是显而易见的，但法律上并没有对此作出清晰的回应。这一风险不仅仅在于损害个人权利，但法理和判例都让人以为，驱逐权只受人道因素和个人及其财产权利的限制。诚然，国际法学会在 1891 年引述“任何个人的固有权利及国家之间关系自由的原则”（见上段）时似乎已经开了个头，但何去何从？过去的法理是不精确的。虽然它的确摒弃了中世纪采纳的认为国家既然拥有领土所有权也就拥有绝对主权的理论，但它用于反驳的，却是“由此可避免外国人的权利任由国家摆布”³³ 这个过于模糊的观点。

18. 为了确定驱逐权力或驱逐能力规则的范围，似宜先设法回答在哪些界限内思考驱逐权的问题。对这个中心问题的回答分为两个不同方面。第一个方面涉及国际法律秩序的本质，这一本质要求国际法的任何规则或任何原则都与国际法律秩序的基本原则保持一致，这是法律秩序本身的内在或固有的限制。第二个方面涉及行使驱逐权时须遵守的原则，这些原则包括一整套主要由法律秩序以一般和客观规则的形式或以国际法主体所创规则的形式产生的派生规则。这第二类限制将在本节 B 部分中单独论述。

(b) 国际法律秩序的内在限制

19. 国际法作为对“同样有意行使绝对主权”的主权实体平等适用的法律，是这些主权实体得以共存的不可或缺的调节机制，同时又是必然结果。³⁴ 事实上，国家主权在现代国际法中已经不能用绝对意义来解释。国家主权仅仅意味着，该国不隶属于任何其他国家，但须遵守最起码的规则，一方面保证所有其他国家的同等特权，另一方面保证法律秩序本身得以延续。在这方面，国家主权受这一法律秩序中若干内在原则的制约，如果不予以遵守，国际法本身的存在就将受到损害，而国际社会也必定会陷入完全无序的状态。

20. 驱逐的酌处权受国际秩序中制约国家行动的一般原则的限制。事实上，作为国家主权的固有权利，驱逐权自然要面对构成国际法律体系基石的一整套基本原则的制约和限制。这些限制独立存在于国际人权法、国际难民法、移徙工人法等国际法专门领域的其他限制性原则之外。同驱逐权是主权所固有的一样，这些限制也是国际法律秩序所固有。因此，驱逐的主权权利并非绝对权利，其有效性取决

³² 同上，第 316 页。

³³ 见 J.-A. Darut 的著作，上文注 4，第 19 页。

³⁴ 除其他外，见 Patrick Dailler 和 Alain Pellet，《国际公法》(Nguyen Quoc Dinh)，第 7 版，巴黎，Librairie générale de droit et de jurisprudence，2002 年，第 83 页。

于惯例、条约或一般法律原则所产生的国家义务。³⁵ 如此前所述，一般情况下，“酌处”一词在形容国家驱逐权的同时意味着这一权力并非“任意”，因此，国家不能滥用在这方面公认的酌处权。“这些规则同时界定了国家的权力及其所受限制，并保护个人，以免这一权力遭到滥用”。³⁶

21. 不过，特别报告员认为，似宜对属于国际法律秩序可能性条件的国际法律秩序固有限制和国际法特定领域所产生的属于驱逐权行使条件的限制作一区分。

22. 这些使驱逐权相对化的内在原则包括条约必须遵守、善意、必须遵守促成任何国际法规则与强制准则彼此不抵触原则的强制法等。正是从这些原则中归纳出，驱逐权是无可争议的，但并非绝对规则；这些原则构成了规则的另一面。这些原则已为人所熟知，在本报告中无需再作具体阐述。

23. 综上所述，有必要将第 3 条草案表述如下：

第 3 条草案：驱逐权

1. **国家拥有将外国人驱逐出境的权利。**
2. **但在驱逐时须遵守国际法的基本原则。国家尤其须善意行事，并遵守国际义务。**

B. 在遵守国际法基本规则的情况下行使权利

24. 国际法律秩序所固有的内在原则看起来如同一枚硬币的反面，而硬币的正面是驱逐权。这些内在原则与有关驱逐权行使条件的原则之间必须有所区分，后者存在于规则之外，是确定法律制度的条件。Herbert Hart 著名的“主要规则”和“次要规则”区分办法正好适用于这种情况。驱逐权及其内在限制构成主要规则，而行使驱逐权所需遵循的原则，则构成次要规则；因此，它们都属于国际法委员会本身的编纂活动。

25. 对国家驱逐外国人的权利形成制约的国际法规则既包括实质性规则，也包括程序性规则。驱逐的合法性以遵守这些规则为条件。正如一位学者所述：

“在所有这些方面，驱逐权都是国家对外国人入境和居留所拥有的独特权力。这些权力原先被认为是国家的绝对酌处权，但目前无论在实质上还是在

³⁵ 见 Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978 年, 第 21 页; 另见 B.O. Iluyomade, 《The scope and content of a complaint of abuse of right in international law》, *Harvard International Law Journal*, 第 16 卷, 第 1 号, 1975 年, 第 82-83 页; 以及 A/CN.4/565, 第 198 至 200 段。

³⁶ Louis B. Sohn 和 Thomas Bergenthal 主编的著作, 上文注 18, 第 IX-X 页, 以及 A/CN.4/565, 第 201 至 239 段。

形式上，都由一系列经过充分发展且结构严密的规则制约和控制，这套规则被称为国际移徙法。”³⁷

26. 这些规则中有一些源于内部，并作为“文明国家承认的一般法律原则”或国家实践所产生的经判例确认的准则，取得了国际法准则的地位。

27. 通过研究条约实践和国家及国际判例，特别是区域人权司法机关的判例，可以得出下列对驱逐外国人领域适用的公认一般原则：不驱逐国民原则、不驱逐难民原则、不驱逐无国籍者原则、不集体驱逐原则、不歧视原则、尊重被驱逐者的基本权利原则、禁止任意驱逐原则、通报义务、驱逐国遵守本国法律(Patere legem quam fecisti)和现行法定程序的义务。对上述原则加以归纳，可将限制分为三类：涉及驱逐对象的限制（属人管辖）、涉及驱逐对象基本权利的限制（属物管辖）和涉及驱逐程序的限制（程序管辖）。

1. 涉及被驱逐者的限制

(a) 不驱逐本国侨民原则

28. 一个国家的国民是指通过国籍关系归属该国的人。此人拥有该国的实际国籍权，称为有该国国籍，而该国也因此成为此人的国家或国籍国。与此相对的是外国人，我们曾在第二次报告中（A/CN.4/573，第194段）指出，在本专题框架内，外国人是指“除领土国或驱逐国之外的其他国家的侨民”。

29. 如同第二次报告（A/CN.4/573，第128和129段）所述，特别报告员仍然认为，谨慎之举是不涉足研究国籍问题，因为获得国籍的条件纯属每个国家的立法，而且就确定外国人的概念而言，国籍显然是一个有限制和不充分的标准。

30. 因此，确定一个人的国籍同样也是一个国际法问题。当两项或多项立法授予同一个人不同国籍的时候，情况尤其如此。在Arata案中，根据1899年11月25日意大利和秘鲁两国协议担任仲裁人的Uribarri先生就这个专题指出：“毫无疑问，当两国法律授予同一个人不同国籍时，两国法庭分别适用本国法律；但是，当这个问题提交仲裁法庭时，情况并非如此，仲裁法庭将根据国际法原则作出裁决”。³⁸

31. 这正是由Louis Renault主持的仲裁法庭在Canevaro案中的做法。在这起案件中，出生于秘鲁的Raffaele Canevaro伯爵原籍意大利；他出生时依秘鲁法律成为秘鲁人（出生地原则），又依意大利法律成为意大利人（血统原则）。根据1910

³⁷ Richard Plender, 《国际移徙法》，期刊第2版，Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988年，第477页。

³⁸ 1901年9月30日判决书，载于Baron Deschamps和Louis Renault主编的*Recueil international des traités du XXe siècle*，巴黎，Rousseau，第一编，第709页。

年 4 月 25 日意大利和秘鲁两国协议组成的仲裁法庭需要作出回答的问题是，Canevaro 是否有权被视为“意大利索赔方”。法庭在表明对两国现行立法一视同仁的同时，也设法从他处寻找 Canevaro 对两国的依附因素。法庭表示倾向于法理所称的“实际国籍，即事实和法律上的国籍，当事人表达出明显和持久意愿的国籍”。³⁹ 事实上，仲裁法庭认为，Raffaele Canevaro 多次的举止表现其实更像秘鲁公民，例如，他竞选只容许秘鲁公民当选的参议院议员并为其选举辩解，甚至还在恳求秘鲁政府和秘鲁国会批准之后，接受了驻荷兰总领事的职务。

“因此，海牙常设仲裁法院裁定，在这些情况下，不论 Raffaele Canevaro 从国籍角度看在意大利可能属于何种情形，秘鲁政府都有权将他视为秘鲁公民，并否决他作为意大利索赔方的资格”。⁴⁰

32. 这一解决办法源自仲裁判例和法理。众所周知，国际常设法院正是采用了这个办法，⁴¹ 更为显著的是，国际法院在“诺特鲍姆”等案件的判例中也采用了这个办法。⁴²

33. 因此，问题不在于由国际法确定获得国籍的条件，此事纯属国家管辖，而在于根据国际法的特有标准，解决国籍冲突的问题。通过这些标准可以说明，某人是否确实拥有他要求获得的国籍，或者相反，声称某人并非其国民的国家是否确实不是此人的国家。

(1) 原则

34. 通过这种方法确定在冲突情况下谁是哪个国家的国民，国际法就可确立禁止国家驱逐本国国民的适用条件。问题是国际法中是否存在这样的规则。秘书处的关于驱逐外国人问题备忘录综述了对这个问题作出答复的相关要点：

“国际法原则上似乎并不禁止驱逐国民，但是，国家采取此类措施的能力可能会受到国际人权法的限制。首先，一些与人权有关的条约明确禁止驱逐本国国民出境。其次，国民拥有在自己国家居留或停留的权利也含有限制驱逐国民的意思。第三，国家接收义务仅限于本国国民。因此，驱逐国民只有在接收国同意的情况下方可进行。这一限制也可适用于根据领土国国内法获得

³⁹ Ch. De Boeck 的著作，上文注 17，第 459 页(黑体为作者添加)；另见《La sentence arbitrale dans l'affaire Canevaro, 3 mai 1912》，*Revue générale de droit international public*，1913 年，第 20 卷，第 348-349 页。

⁴⁰ 同上。

⁴¹ 尤其见国际常设法院《突尼斯和摩洛哥颁布的国籍法令》，1923 年 2 月 7 日咨询意见，《1923 年国际常设法院汇编》B 辑，第 4 号。

⁴² 诺特鲍姆案(列支敦士登诉危地马拉)，1955 年 4 月 6 日判决书，《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页。

类似国民身份的外国人。第四，若干国家的国内法禁止驱逐国民。”（引注从略）⁴³

35. 在国际人权法律文书方面，尤其有必要提一下《美洲人权公约》，其中第 22 条第 5 款规定：

“任何人都不可被驱逐出他为国民的领土，或被剥夺进入该领土的权利”。

美洲人权委员会曾经在多米尼加共和国驱逐海地人一案中发现违反这项规定的行为：遭受驱逐的甘蔗收割工被集合在一起，不加区分地驱逐出境，而其中有许多出生在多米尼加共和国并因此拥有该国国籍的人。⁴⁴

36. 在国家法律方面，可以注意到，除秘书处的备忘录（A/CN.4/565，第 36 段，注 60）中提到的许多关于禁止驱逐国民的国家立法的例子之外，以法国为例，该国法律长期以来一直申明禁止将法国人驱逐出法国的原则，并承认省一级针对法国人作出的驱逐令对后者没有强制力。这种做法以法国人资格为依据，在大量裁定和判决中都有论述：在援引这一资格时，由检察机关提出局外性的证据。⁴⁵ Martini 在十九世纪初写道：

“是否有必要说明，已加入法国籍的外国人不可被驱逐，而相反，失去资格的法国人可以被驱逐出法国？”⁴⁶

37. 这一看法来自 1908 年 5 月 21 日尚贝里法院对 Solaris 案的判决，该判决撤销了 1908 年 1 月 30 日圣朱利安轻罪法庭的裁定：一位法国公民在七年志愿兵役期尚未结束时逃离法国军队；他离开法国前往日内瓦定居，并于 1861 年 2 月 8 日获准加入瑞士籍；后来他又返回法国，并声称从未由于加入瑞士籍而丧失法国国籍，因为到 1861 年 2 月 8 日，他仍然需要服他的第二个兵役期，但他通过欺骗手段逃避；他声称，这是法国政府自己作出的判定，因为在 1869 年 8 月 14 日大赦中，法国驻瑞士总领事明确表态对他适用这一恩惠，准许他“回家”，而且绝不追究他以前逃离兵役的责任。法院接受这一说法，

⁴³ A/CN.4/565，第 36 段，以及相同几页中内容极其丰富的注解，特别是国际人权公约中明确禁止国家驱逐本国国民的条款：1969 年 11 月 22 日《美洲人权公约》第 22 条第 5 款和《欧洲人权公约第四议定书》第 3 条第 1 款。

⁴⁴ 见移徙工人及其家属问题特别报告员办公室活动报告(第 II(a)节，第 9 段)，载于《泛美人权委员会 1999 年度报告》，OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev, 2000 年 4 月 13 日，第六章。

⁴⁵ 见尼斯民事法庭，1893 年 1 月 6 日，*Dalloz périodique*，1893 年第 3 期，第 245 页，以及 Dupuis 先生的注解，法国最高法院，5 月 28 日，*Journal de droit international (Clunet)*，1904 年，第 689 页；巴黎民事法庭，1905 年 6 月 30 日，同上，1907 年，第 730 页；另见上文注 4，J.-A. Darut 的著作，第 207 页；A. Martini 的著作，上文注 5，第 155-156 页；以及 Ch. De Boeck 的著作，上文注 17，第 590 页。

⁴⁶ A. Martini 的著作，上文注 5，第 26 页。

“并表示Solari一直保有他的法国人资格，对他发出驱逐令是不恰当的”。⁴⁷

在继续研究哪些人可被驱逐的问题之后，Martini 写道：

“归根结底，唯有法国人不可被驱逐。对他们而言，在法国居留是一项权利，只有流放才可以剥夺这项权利”。⁴⁸

38. 十九世纪初有一位学者按同一思路，但通过反向推论指出，在法国土地上出生但父母情况不详的人，如果回到法国并因此触犯了此前对他作出的驱逐令，而他在被移送刑事司法机关后自称为法国人，则只有在证明他是外国人的情况下，方可对他判刑。⁴⁹ 该学者的分析结果如下：

“因此，如果接受国际法学会提出的原则，即国家只对未获得实际国籍权的人拥有驱逐权，那就绝对可以得出下列结论：法律承认能够获得法国人资格的人从他表示将遵守这项法律、他的权利也从或有权利变成实际权利之时起，将不再被视为外国人”。⁵⁰

39. 根据上述大量国家和国际实践以及有关这个专题的一个既古老又获得广泛支持的法理观点，有必要至少对下面这项陈述作出保留：“习惯国际法中不存在一项禁止驱逐国民的一般规则”。⁵¹ 因为，事实上，禁止国家驱逐本国国民的原则在国际法中是无可争议的，尽管同许多原则一样，如下文所述，这项原则也存在若干例外。无论是以习惯准则的形式还是以一般法律原则的形式，这一原则在国际法中都是存在的。国际法学会在研究“接纳和驱逐外国人的权利”时似乎也持有这样的观点，在 1892 年日内瓦届会期间就这个问题开展的工作中尤其有所体现。该届会议通过的《接纳和驱逐外国人国际规则》第 2 条规定：

“原则上，国家不得禁止其属民或在丧失该国国籍之后并没有获得其他国家国籍的人入境或在其境内居留”。⁵²

⁴⁷ A. Martini 著作中转载的判决，同上，第 27-28 页。

⁴⁸ 同上，第 30 页；相同意思的还有 René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 第一编，第 2 版，巴黎，Larose & Forcel, 1898-1902 年，第 178 期，第 333 页；Larcher 关于阿尔及尔的注解，1903 年 12 月 3 日，*Revue algérienne*, 1906 年，第 2 期，第 17 页。

⁴⁹ 见 J.-A. Darut 的著作，上文注 4，第 75 页。

⁵⁰ 同上，第 94 页

⁵¹ Karl Doehring, *《Aliens, Expulsion and Deportation》*，载于 Rudolf Bernhardt 主编的 *Encyclopedia of Public International Law*, 1990 年，第一卷，阿姆斯特丹，Elsevier Science Publishers, 1992 年，第 110 页。

⁵² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, session de Genève, p. 219。

40. 该条款开头出现的“原则上”一词由Desjardins先生针对Pradier-Fodéré先生所表达的关切而提出，后者认为De Bar先生提议的用语“略显浮夸”，⁵³ 该条款原措词如下：

“国际法反对任何禁止所属国民入境或在属国境内居留的行为。对于在丧失国籍之后并未取得其他国家国籍的人，也是如此”。⁵⁴

41. 这一表述多少有些唐突。事实上，要宣称国际法完全反对某事很难，在驱逐权中就已经看到这一点。就禁止驱逐，包括禁止驱逐国民而言，这是有价值的。但早在那个时代，一些国家的立法就已经将国家不驱逐本国国民的原则延伸至某几类被清晰列为外国人或非外国人的个人。例如，根据比利时1897年2月12日法律第2条的结尾部分（这部分复述了《比利时民法》第9条，而该条与《法国民法》第9条的措词相同），下列个人不得被驱逐：

- “1. 获准在王国境内定居的外国人；
2. 娶比利时人为妻、在定居比利时期间有一个或多个子女在比利时出生的外国人；
3. 娶比利时人为妻、定居比利时五年以上、并继续在比利时长期居住的外国人；
4. 出生在比利时、父亲为外国人、在《民法》第9条规定的选择期限内居住在比利时的人”。⁵⁵

42. 同样，卢森堡1893年12月30日法律规定，作出国籍选择申报的儿童“在选择期限结束前不得被驱逐”。⁵⁶ 荷兰当时的立法也规定“不得驱逐在境内定居、娶荷兰人为妻、且有多个子女在王国出生的外国人”。⁵⁷ 巴西“关于外国人驱逐出境问题”的1907年1月7日法律宣布，“在共和国境内连续居住达两年，或不足两年，但(a)娶巴西人为妻，(b)或丧妻但有巴西籍子女的外国人，不得被驱逐”。⁵⁸ 上述法律第3条的这些规定被明确适用于两项判决，一项是1907年1月

⁵³ 同上，p.188。

⁵⁴ 同上，p.187。

⁵⁵ 见法律案文，载于 *Annuaire de législations étrangères*，第27卷，1898年，第514页。

⁵⁶ 见法律案文，载于 Ruppert, *Code pénal et code d'instruction criminel le suivis des lois spéciales en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché du Luxembourg, Luxembourg, 1900*，第467页。

⁵⁷ 见 Jitta, 《Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas》, *Journal du droit international privé*, 1902年，第69页。

⁵⁸ 见法律案文，载于 *Journal du droit international privé*, 1907年，从第1217页开始；以及 *Revue du droit international privé*, 1908年，从第855页开始。

30 日联邦最高法院的判决,另一项是 1907 年 2 月 11 日联邦二审法庭的判决。⁵⁹ 委内瑞拉 1903 年 4 月 16 日法律第 6 条规定,“定居的外国人”与“过境的外国人”不同,不但不会被驱逐,反而还会失去外国人资格,并因此“承担政治风险可能带给国民的责任、负担和义务”。⁶⁰ 在其他较为近期的表述中,意大利现行立法指明,以下各类外国人在这方面享有类似意大利国民的地位,不得被驱逐出境:除若干特例之外的未成年人、孕妇、受迫害者、难民及申请庇护者、四代同堂的外国人、居留许可持有者。⁶¹ 从这些立法中可以得出,有些国家不驱逐尤其是“可依法获得公民资格的外国人,也就是说,包括出生在境内、父母为外国籍、法律允许其入籍的外国人”。⁶²

43. 因此,不驱逐国民原则必须从广义的角度理解为扩展至特别报告员在第二次报告(A/CN.4/573)中界定的一国侨民,也就是说,既包括拥有一国国籍的国民,也包括一些依照接收国立法或他们与接收国的关系而享有类似国民地位的“外国人”。人权委员会曾在Stewart诉加拿大一案中表达了这个意思。⁶³ Gaja先生在分析这一案件后写道:

“《联合国公约》第十二条第 4 款规定:‘任何人进入其本国的权利,不得任意加以剥夺’。在Stewart诉加拿大一案中,人权事务委员会就英国国民被加拿大驱逐一事表示:‘如果第十二条第 4 款对该缔约国适用,该国就不得将他驱逐出境’。委员会援引第十二条第 4 款和关于驱逐‘合法处在缔约国领土内’的外国人的第十三条,坚持认为,‘其本国’这一概念既适用于属于国民的个人,也适用于某些类别的个人,这些人虽非正式意义上的国民,但也不是第十三条所指的“外国人”。这取决于‘同具体国家的特殊关系或要求’。人权事务委员会提到‘被一国违反国际法剥夺国籍的国民,以及因国籍国并入或转为另一国家实体而失去国籍的个人’。委员会还提到‘其他各类长期居民,特别是被任意剥夺获取居住国国籍的权利的无国籍者’。相反,外国移民不在此列,只有一个可能的例外,但不适用于‘如果移民国无理阻挠新移民获取国籍’的情况”。⁶⁴

⁵⁹ 这两项判决载于 *Revue du droit international privé*, 1908 年,从第 822 页开始。

⁶⁰ 见法律案文,载于 *Annuaire de législations étrangères*, 1903 年,从第 739 页开始。

⁶¹ 见 Paolo Bonetti 著《Italy》,载于 Bruno Nascimbene 主编的著作,上文注 18,第 339 页。

⁶² A. Martini 的著作,上文注 5,第 49 页。

⁶³ 见《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 40 号》(A/52/40),第二卷,附件六.G,第 12.3 至 12.5 段。

⁶⁴ G.Gaja 的著作,上文注 7,第 292-293 页。

44. 但有学者认为，这个问题存在争议，难点如下：

“第十二条第 4 款认定一个人只能视一个国家为其本国，而人权事务委员会提到的外国移民则有可能保留他们的原国籍，并可能因此行使权利进入两个不同的国家，即国籍国和居所地国，而且不被这两个国家驱逐”。⁶⁵

45. 不过，委员会决定中所列举的情形已经相当明确，不会让人以为任何外国移民都能够成功地从委员会对“其本国”概念的广义解释中得到好处。

46. 无论在何种情况下，法理和实践都承认，某些类人确切而言不属于国民，但也不属于第二次报告提出的第 1 条草案中所指的外国人，因此可不被驱逐。《奥本海国际法》的作者们顺着这个意思写道：“国家可将某些外国人视同其国民，但该国依照本国法律驱逐这些外国人的权力将因此受到影响……”。⁶⁶ 例如，在“意大利南蒂罗尔恐怖主义”案中，奥地利最高法院判定，出生在南蒂罗尔的意大利国民不得被奥地利驱逐，因为该国有一项法律，要求出于行政管理的需要给予他们国民待遇。⁶⁷

47. 若干国家的当代立法认可这项关于国家不驱逐本国国民的原则。一些国际公约，特别是区域人权公约，也认可这项原则。例如，《美洲人权公约》⁶⁸ 第 22 条第 5 款明确规定：“任何人都不得被驱逐出他为国民的领土，或被剥夺进入该领土的权利”。《欧洲人权公约第四议定书》⁶⁹ 第 3 条第 1 款作了更加详细但同样明确的陈述：“不得通过单独或集体措施将任何人驱逐出其为国民的国家”。相对而言，从《公民及政治权利国际公约》⁷⁰ 第十二条第 4 款以及《非洲人权和人民权利宪章》⁷¹ 第 12 条第 2 款中也可以推断出这样的禁止规定。

48. 国民在其本国生活的权利被公认为是国家与其国民之间关系的基本要素。⁷² 此外，鉴于驱逐外国人是前往他为国民的国家，驱逐国民又将前往哪个

⁶⁵ 同上，第 293 页。

⁶⁶ 同上，*Robert Y. Jennings et A. Watts, Oppenheim's International Law, 9e éd., Vol. I-Peace (Parties 2 à 4), 1996*, 第 940 页。

⁶⁷ 见最高法院，1968 年 10 月 8 日，*International Law Reports*，第 71 卷。

⁶⁸ 联合国，《条约汇编》，第 1144 卷，第 17955 号，第 123 页。

⁶⁹ 该议定书案文，见 *Human Rights: A Compilation of International Instruments, vol. II, Regional Instruments*，联合国，ST/HR/1/Rev.5(Vol.II)，第 98 页。

⁷⁰ 联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 4668 号，第 171 页。其中第十二条第 4 款规定：“任何人进入其本国的权利，不得任意加以剥夺”。

⁷¹ 联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页。

⁷² 见 K. Doehring 的著作，上文注 51，第 110 页。

国家？⁷³ 因此，完全有理由这样写：“国家通常不能驱逐本国国民，因为没有其他国家有义务接收”。⁷⁴

49. 在这种情况下，国际法在确认或承认这项原则的同时，并没有因此而排除减损效力的可能性。

(2) 例外情况

50. 如同《欧洲人权公约第四议定书》第 3 条第 1 款所述，不驱逐本国国民的规则是不容置疑的，似乎不存在例外情况。对《议定书》草案各项理由的陈述⁷⁵ 显示，这是该案文起草者有意识作出的选择，他们认为，在欧洲委员会的框架内可以使禁止国家驱逐国民的规定具有绝对性质，而在联合国框架内则难以做到这一点。⁷⁶

51. 绝对性质似乎是从这项规定的字面意思中得出，与起草者的本意背道而驰。事实上，从议定书起草工作专家委员会的解释性报告中可以得知，一个人进入他为国民的国家的权利，并不能被解释为他拥有在该国境内居留的绝对权利。为了说明这一点，该报告假定有一名犯人被他侨居的国家引渡，然后从请求引渡国的监狱中逃跑，在这种情况下，此人不能声称无条件地拥有在其本国寻求避难的权利。⁷⁷

52. 不过，必须清楚地看到，国家不驱逐本国国民的原则在过去，尤其是十九世纪末二十世纪初曾经遇到许多例外情况，主要原因是某些国家出现了某些特殊的政治局势。

⁷³ 正如 Gaja 先生所写（上文注 7，第 292 页）：“这项禁止规定及国家接纳本国国民的相关义务的理论基础是，首先给予个人基本权利，使他们能够避免遭遇与‘幽冥飞船’船长相同的命运。此外，禁止驱逐国民的规定以及接纳国民的义务，也使除国籍国之外的国家都有机会进行驱逐。”

⁷⁴ 见 Robert Y. Jennings 和 A. Watts，上文注 66，第 940 页；另见 Giorgio Gaja 的著作，他写道：“完全可以这么说，驱逐国民为国际法所禁止”（上文注 7，第 292 页）。

⁷⁵ 见 1959 年 11 月 17 日第 1057 号文件。

⁷⁶ 见 Danièle Lochak，《Commentaire de l'article 3 du Protocole n°4》，载于 Louis-Edmond Pettiti，Emmanuel Decaux，Pierre-Henri Teitgen 主编的 *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*，第 2 版，巴黎，Economica，1999 年，第 1054 页。

⁷⁷ 同上。欧洲人权委员会收到的若干诉状提到了违反《议定书》第 3 条第 1 款的情况，但都没有结果，其中包括：一名在奥地利被判处四年监禁，依照刑事程序被德意志联邦共和国临时驱逐的德国公民对德国和奥地利提出的诉状，内称让他回到奥地利服刑有违第 3 条第 1 款 (Req. N°6189/73, DR.46, 第 214 页)；一名土耳其侨民及其法国籍妻子对法国提出的诉状，内称丈夫因违反禁毒法被判处永久禁入法国领土而遭驱逐，直接导致法国籍妻子被驱逐出其本国 (Req. N°11939/86, 1987 年 10 月 13 日裁定, Kilicarlsan 诉法国)；一名因谋杀案被法国警方追捕的人提出的诉状，此人拥有法国和以色列双重国籍，在以色列避难，认为将他引渡给法国有违第 3 条第 1 款 (Req. N°13287/87, Nakache 诉法国, 1987 年 10 月 15 日裁定)。

53. 例如，在法国，根据对“国际劳工协会”入会者处以刑罚的 1872 年 3 月 14 日法律（后由 1901 年 7 月 1 日法律废止）第 2 和第 3 条的规定，驱逐权可适用于以入会者身份被判刑的法国人。⁷⁸ 顺着同一思路，被称为“王子法”的 1886 年 6 月 22 日法律禁止曾统治法国的家族族长及其直系后裔呆在法兰西共和国境内，并授权政府以部长会议政令的形式，禁止这些家庭的其他成员呆在法国。虽然这项法律确实只针对一类明确限定且为数不多的法国人，但同样千真万确的是，属于这一类别的法国人被驱逐出了法国。⁷⁹ 此外，有些法国人可能会被驱逐出“受保护的国家和基督教国家”。⁸⁰ 同样，他们也可能被驱逐出殖民地，直到准许这样做的法令，特别是 1879 年 11 月 7 日和 15 日及 1880 年 2 月 26 日政令不再生效，使殖民地总督失去了上述法令给予他们的相关权利。⁸¹

54. 过去驱逐国民的例子，通常都涉及被废黜的皇族家庭及其他流放事件，如今已是极其罕见。⁸² 不过，《非洲人权和人民权利宪章》第 12 条第 2 款的表述似乎同时涉及外国人和国民，让人想象在某些情况下，国民也可能被禁止进入或返回其本国（拒予入境），其引申含义是，必要时也可能被驱逐。这一条款规定：“人人有权离开包括其本国在内的任何国家，以及返回其本国。这项权利，除法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德所必需的限制外，应不受任何其他限制”。

55. 当然，该宪章的起草者本来可能打算仅对外国人提出这些限制。由于《宪章》编写工作除几个片断外没有保留，起草者的意图无从确定。但不管怎样，除了国家当局通过行动强迫该国某些国民流亡国外或成为政治难民这种相当常见的情况之外，国家在某些形势下为了高度政治或国家安全等原因驱逐国民，都是可以

⁷⁸ 见 A. Martini 的著作，上文注 5，第 38 页

⁷⁹ 同上，第 40 页。

⁸⁰ 同上。1778 年 6 月敕令第 82 条规定：“在所有涉及我国政治或属民贸易安全的情况中，我国领事官均可委托将任何因行为不端或阴谋诡计而有损公益的法国人逮捕并送回法国”。这一驱逐权利已由 1836 年 5 月 28 日法律确认。据此，法国人可根据领事裁判权条例被驱逐出土耳其、埃及和保加利亚，在同样条件下可根据 1852 年 7 月 8 日法律被驱逐出中国和马斯喀特阿曼国，以及高丽和暹罗。同样，他们还可根据摩洛哥与西方国家签订的条约，被驱逐出摩洛哥(同上，第 40-42 页)。

⁸¹ 同上，第 42 页。

⁸² 《欧洲人权公约第四议定书》的起草者可能也想到了过去的这些例子，因此在这一条款的最初草案中使用了“放逐”一词，原措词如下：“任何人都不得在他为国民的国家被放逐。任何人都享有进入他为国民的国家的自由”。实际上，用哪个词无关紧要，因为特别报告员在第二次报告（A/CN.4/573）中已经表示，“驱逐”一词的含义已延伸到包括强迫外国人离开其所处国家领土的任何措施或举动，而且不论其身份是否正常。正是本着这个意思，欧洲人权委员会在 Becker 诉丹麦一案中也对这个词的含义作了延伸(Req. N°7011/75, 1975 年 10 月 3 日裁定, DR.4, 第 215 页)。

想象的。曾住利比里亚国家元首的前军阀查尔斯·泰勒被控在其本国犯下多起暴行，经谈判后被驱逐到尼日利亚，就是这个意思的一种体现。当然，泰勒离开利比里亚是该国、接收国和几个格外关注利比里亚局势的西方国家共同谈判的结果，因此，这并非利比里亚当局的单方面决定。总之，在该国的特殊情况中，只要有国家接收，不论哪个新政府都乐意作出将当事人驱逐的决定。事实上，驱逐国民的唯一要求就是有国家接收。换言之，国家驱逐本国国民，只有在接收国明确同意的情况下方可进行。⁸³

56. 此外，毫无疑问，被驱逐者拥有返回其本国的权利，在这方面，驱逐国有义务在愿意接收的国家提出要求的情况下予以接收。驱逐国不得反对这项回返的权利，否则就会将其国民置于同无国籍者相同的处境。

57. 综上所述，有必要提出如下条款草案：

第 4 条草案：国家不驱逐本国国民

1. 国家不得驱逐本国国民。
2. 但有特殊原因需驱逐的，应征得接收国同意。
3. 在接收国要求下，被本国驱逐的人有权随时返回本国。

(b) 不驱逐难民原则

58. 显然，这里需要从法律上明确区分“难民”和“受庇护者”的概念。和通常用语（尤其是行政用语）一样，有些国家法律实际上用“寻求庇护者”指代申请难民身份者，甚至《实施申根协定公约》也是如此。⁸⁴ 例如，《实施申根协定公约》第一条关于寻求庇护的定义为：“外国人依照 1951 年《关于难民地位的日内瓦公约》提出申请，要求承认其难民身份，并以此身份享受居留权”。实际上，申请避难者只是要通过申请，使领土国向其提供保护，允许其在该国境内居留，这与领土庇护没有什么不同。

59. 但在法律上，避难和领土庇护这两个概念是不同的、有区分的。从针对非洲难民问题具体情况的 1969 年《非洲统一组织公约》“庇护”标题下第 2 条的规定，可以看出这个区别。该条规定，非统组织所有成员国承诺“在本国法律框架下，尽一切能力接纳难民，并确保难民中有充分理由不能或不愿返回原籍国或国籍国的可以居留”。从这条规定可以得出：(a) 不是所有难民一定都能成为受庇护者；

⁸³ 见 A/CN.4/565，第 36 段，以及同一文件脚注 56 所述著作的各个明确段落。

⁸⁴ 见 Catherine Teitgen-Colly, 《Le droit d'asile: la fin des illusions》, *L'Actualité juridique-Droit administratif*, 20 février 1994, p.99。

(b) 受庇护者身份是由各国的国家法律决定的，而难民身份是由国际法决定的。这就是说，难民身份来自国际法，而领土庇护只受国内法管辖。⁸⁵ 鉴于上述情况，尤其考虑到国际法似不存在不驱逐受庇护者原则，现将分别研究适用于驱逐这两类人的规则。

60. 关于不驱逐难民问题，首先将确定原则，然后再研究国际规则和做法准许的例外情况。

(一) 原则

61. 如关于驱逐外国人问题的第二次报告(A/CN.4/573, 第57至71段)所述, 1951年《日内瓦公约》关于难民的定义是狭义的, 排除了区域国际法及当代法理和实践视为难民的很多类人。1951年《公约》的定义被认为是“欧洲中心起源的”,⁸⁶ 其目的在于保护害怕在原籍国受到起诉的政治难民, 同时是基本“面向个人的”, 其效力范围只能给予个人难民身份。针对这一定义, 很多法学家提出了越来越广的难民概念定义。⁸⁷ 针对1960和1970年代(尤其是非洲和中美洲)的大规模难民流动问题, 各项区域文书补充了1951年《公约》和1967年《议定书》欠缺的内容。

⁸⁵ 如在法国, 1946年《宪法》序言和关于控制移民和外国人在法国入境、接纳和居留条件的各项法律(特别是1993年8月24日的法律)对领土庇护作出规定; 见 *Journal officiel de la République française*, août 1993, p.12196。

⁸⁶ Oriol Casanovas, 《La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés》, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 306, 2003, p.35。

⁸⁷ 有意见认为, 定义应包括对不允许公共自由的专制政府采取抵抗行为的人(见 A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leyde, A. X. Sijthoff, 1966, pp.220-225); 或更广义而言, 应保护逃离被公认一贯违反人权的国家的人(见 T. Alexander Aleinikoff, 《The meaning of 'persecution' in United States asylum law》, *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, pp. 12-13; J.C. Hathway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworth, 1991, pp.106-112)。一个更广泛得多的解释认为, 在很多难民逃离国内冲突或社会混乱局势情况下, 根本不需要证明受到迫害, 通过迫害推定即可对难民地位申请人适用《1951年公约》(见 D. J. Steinbock, 《The refugee definition as law: Issues of interpretation》, *dams Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regime*, F. Nicholson et P. Twomey (dir. publ.), Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp.34-35)。

62. 难民身份的待遇可否扩大到难民家庭成员取决于各国：有些国家的法律比较宽容，⁸⁸ 而有些国家的法律限制得较紧。⁸⁹ 但无论如何，只要某人获得难民身份，其家属就受到法律保护，这种保护的宗旨是除非若干有限的具体理由，否则不得受到驱逐。

63. 但不驱逐难民原则的否定表达方式使之不具有绝对性，因而削弱了该原则的意义。如 1951 年《关于难民地位的日内瓦公约》第 32 条第一款规定：

“缔约各国除因国家安全或公共秩序理由外，不得将合法在其领土内的难民驱逐出境。”

64. 从这条规定得出，不驱逐难民原则可以确立，但为演绎所得。实际上，反复研究该规定的结构可以看出，“……除……外”的表达方式，给本应为不得驱逐难民的原则加上了一个极端限制条件。换言之，原则上对难民不得采取驱逐措施；只有在限制条件下，即出于两个理由之一（国家安全或公共秩序），才能对难民采取驱逐措施。

65. 1969 年《非统组织公约》引入了 1951 年《公约》和 1967 年《议定书》没有的“自愿遣返”概念。依照《非统组织公约》第五条规定所述的这个概念，可以认为存在绝对不驱逐难民原则，这里指的是第二次报告确定的广义驱逐概念。该公约第五条第一款规定：

“遣返基本为自愿性质，任何情况下均应尊重这种性质，而不得违反任何难民的意愿将其遣返”。

然而，1969 年《非统组织公约》同 1984 年《中美洲卡特赫纳宣言》一样，应被理解是对 1951 年《公约》的补充，而且还应指出，“驱逐”和“遣返”是两个不同概念，应遵循由于不同原因采取的不同程序。

⁸⁸ 如在喀麦隆，关于难民地位的 2005 年 7 月 27 日第 2005/2006 号法第 5 条规定：

“(1) 被上述第 2、3、4 条认定为难民的人的家属，如与其偕行或与其团聚，亦视为难民，除非他们和难民本人国籍不同并受到其为侨民的国家的保护。

(2) 如家长被认定难民身份但家庭联系因离婚、分居或死亡而中断，其依照上述第 1 款取得难民身份的家属继续享有难民身份，但须遵守第 4 条的规定。

(3) 上述第(1)和第(2)款中被认定为难民的人的家属是指：配偶、未成年子女和受难民扶养的其他家庭成员。

(4) 依本法第 3 和第 4 条规定所作任何决定，不自动影响上述第(3)款定义的其他家庭成员。”。

这一条最后一款尤其意味着，家长丧失难民身份或受到驱逐，不自动造成其家属丧失难民身份或受到驱逐。

⁸⁹ 如在法国，1989 年 8 月 2 日的法律将居留卡的待遇扩大到难民的家属（难民的配偶及未成年子女），而关于控制移民和外国人在法国入境、接纳和居留条件的 1993 年 8 月 24 日的法律及后来的修订在这个问题上都有倒退，因为该法对难民家庭适用和任何外国人一样的普通居留条件（1993 年 8 月 24 日的法律第 15 条第 1 款）。

66. 1951年《公约》第33条似亦提出不驱逐原则，但随即被两个因素削弱：一方面，该原则针对的是一个具体情况，即可能发生危害难民若干基本权利的危险；另一方面，出于某些特定理由仍可驱逐难民。实际上，在“禁止驱逐出境或推回”这一容易令人误解的标题下，第33条规定：

“1. 任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（“推回”）至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界。

2. 但如有正当理由认为难民足以危害所在国的安全，或者难民已被确定判决认为犯过特别严重罪行从而构成对该国社会的危险，则该难民不得要求本条规定的利益。”

67. 比照第32和第33条，特别是两条的标题，首先让人想到的是：第32条是准许性规则，而第33条是禁止性规则。但实际情况并非如此。可以看出，两则条款中同时都有禁止和准许的内容。第33条第2款扩大了第32条第1款所述驱逐难民理由的范围。例如，第32条第1款规定的理由只有“国家安全或公共秩序”，而第33条第2款采用的表述为“……危害所在国的安全”，并增加了“已被确定判决认为犯过特别严重罪行从而构成对该国社会的危险”的内容。可以看出，后一项理由特别笼统，因为它没有明确指出何种性质和严重程度的“危险”。另外，这种理由和“公共秩序理由”有何不同？无论如何，这种理由加强了国家对驱逐难民的酌处权，从而打破了第32条第1款所定的严格限制条件。第33条第1款与第2款相反，陈述了“不得”驱逐或推回难民的情况（虽然这一点因第2款规定不是绝对的），因而加强了不驱逐原则。

68. 特别报告员认为，驱逐原则不成立，而不驱逐原则成立；驱逐只属于例外情况，而且只能出于若干很有限的原因才能驱逐。

69. 如今有一种倾向认为，接收难民的国家应在本国境内留他们，并恪守不推回边界的基本原则；这里的难民不是狭义的，而是受到“武装冲突或破坏其原籍国、国籍国和常住地国全国或部分地区公共秩序的事件”⁹⁰影响而被迫离开本国的人。⁹¹ 推出这种看法的假设是，出于上述原因逃离本国的人群的任何成员，在

⁹⁰ 见1994年2月“难民：权利与团结”主题研究日通过的宣言，Oriol Casanovas 引用，上文注86，第82页。

⁹¹ 联合国难民事务高级专员办事处，执行委员会的结论：N°22(XXXII),1981,《保护大规模涌入的寻求庇护者》，第二A(1)段；N°19(XXXI),1980,《临时庇护》第(b)1段。对照K. Hailbronner,《Non-refoulement and Ihumanitarian refugees:customary international law or wishful legal thinking?》, *Virginia Journal of International Law*, vol.26,1985-1986, p.857。

没有反驳证据时，首先应被视为难民。本着这种看法，近来有人论述：国家有不推回武装冲突或普遍暴力局势受害者的“习惯义务”。⁹² 这远远超出了相关传统规则的范围。这种义务如果成立，则相应带来不驱逐有关一类“难民”的义务；这类难民是指尚未取得难民身份，至少在国家主管当局对情况进行审查之前，可能属于在容留国境内非法逗留的人。

70. 这种法理倾向采纳了《关于难民地位的公约》第 31 条（题为“非法留在避难国的难民”）的规定，即：

“1. 缔约各国对于直接来自生命或自由受到第一条所指威胁的领土未经许可而进入或逗留于该国领土的难民，不得因该难民的非法入境或逗留而加以刑罚，但以该难民毫不迟延地自行投向当局说明其非法入境或逗留的正当原因者为限”。

71. 这种法理倾向也得到国际移徙全球委员会最新工作的重要支持。2003 年 12 月 23 日联大第 58/208 号决议决定，在 2006 年第六十一届会议上专门举行关于国际移徙与发展的高级别对话；联合国秘书长按联大要求提出倡议，遂于 2003 年 12 月设立了国际移徙全球委员会（见A/60/205）。该委员会称，各国在消除非法移民的努力中，应遵守关于移民人权、庇护制度和保护难民原则的现有国际法义务。⁹³ 在这方面，委员会依据的是联合国难民事务高级专员办事处编订的《保护纲领》所述的原则，即打击非法移民不得破坏庇护制度。委员会敦促所有国家建立快捷、公平和高效的获得难民身份程序，以便难民身份申请人能够尽快得知申请结果。委员会特别建议：

“在大规模人流涌入时，各国应考虑首先给予新抵达者难民身份；非洲和其他区域的一些发展中国家多年采用这一做法，取得了良好的结果”。⁹⁴

72. 在审查情况期间不驱逐当事人与“临时保护”相似，而“临时保护”与“辅助保护”不同。Lauterpacht和Bethlehem在难民署举办的全球协商工作中编写的报告认为：“临时保护是大规模人流涌入时一种临时性的特殊应对措施，提供即刻紧急保护以防推回，应明确区别于在明确身份并给予最终身份之后提供的其他

⁹² Anne V. Eggli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2002, p.165。

⁹³ 见《互联世界中的移徙问题：新行动前景》，国际移徙全球委员会的报告，2005 年 10 月，第三章。报告见下列网站：www.gcim.org。

⁹⁴ 同上。

补充保护形式。⁹⁵ 临时保护依照政治决定，用于特定人群中的人；而“辅助保护”主要来自欧洲联盟国家的法律，是在个人案例中给予的法定身份。⁹⁶

73. 有些国家法律对申请获得难民身份的人采用这种临时保护。在这方面，法国的做法很值得注意。例如，1951年《日内瓦公约》只是禁止缔约方“以任何方式”将难民推回或驱逐“至其生命或自由……受威胁的领土边界”，而现行1958年10月4日法国宪法援引的1949年10月27日法国宪法序言第四款则与之不同。法国宪法委员会认为，该条款：“一般意味着，应准许要求此项权利的外国人在其请求得到审核之前在境内临时逗留”。⁹⁷ 这个解决办法直接参照的是法国行政法院大会确定的解决办法。在两个案件中，行政法院都认可，在法国难民和无国籍人保护局或必要时由难民救助委员会对其申请作出裁定之前，应准许要求难民身份的庇护申请人在法国境内临时逗留。⁹⁸

74. 该“原则”（套用一位法学家采用的术语⁹⁹）在行政法院和宪法委员会的依据不同：宪法委员会认为它出自宪法序言，而行政法院认为它出自1951年《日内瓦公约》第31条第二款及关于设立法国难民和无国籍人保护局的1952年7月25日法律。但两者从法律上认可该项原则时都附加了限制条件。行政法院在其判决中认为：“如申请的目的明显只是为逃避对已经进入本国领土的非正常身份的外国人可能采取的驱离措施”，行政当局不必向庇护申请者发放证件，准许其在法国难民和无国籍人保护局裁定之前或在难民救助委员会对上诉作出裁决之前在法国逗留。¹⁰⁰

(二) 例外情况

75. 只有出于安全和公共秩序理由，容留国才能将难民驱逐出境。鉴于上述原因，各国国内法长期采纳并实施了国际上由1951年《关于难民地位的公约》第31条认可的这些例外规定。因此，本报告不需要花时间说明例外情况的存在，而值得

⁹⁵ Elihu Lauterpacht 和 Daniel Bethlehem 编写的《补充保护形式》，《关于国际保护的全球咨商》，难民署文件 EC/GC/01/18，2001年9月4日，第11 g 段。

⁹⁶ 见 Oriol Casanovas, 上文注 86, p.127. 另见 Vincent Chetail, 《Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants》, *Revue belge de droit international*, 2004, n° 1, pp.155-210。

⁹⁷ 宪法委员会，1993年8月13日第93-325号决定，《官方公报》，1993年8月18日，第11722及以下各页。

⁹⁸ 见行政法院大会，13 décembre 1991, M. Nkodia et préfet de l'Hérault c. Dakoury, dans *Revue française de droit administratif*, janvier-février 1992, pp.90-103。

⁹⁹ 见 Véronique Fabre-Alibert, 《Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France》, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1994, n°2, p.1184。

¹⁰⁰ 同上。

探讨的是破坏安全和威胁或破坏公共秩序等概念的具体内容与含义。但由于各国、不同时期和背景下对定为这种或那种性质的情况可能有不同的评价，这个问题并不简单。毫无疑问，评价此类破坏或威胁的权利属于各国，国际文书和各国法律对此都是这样理解的。

76. 鉴于当前恐怖主义达到前所未有的规模并成为各国的关切问题，可将该现象加入安全和公共秩序的概念、特别是安全的概念。但是，恐怖主义不分打击对象的盲目暴力行为及其严重的破坏后果，使之具有特殊性质，因而应受到特殊对待。国际社会也采用这一办法处理构成恐怖主义的行为，不把这个现象当成普通犯罪。

77. 分析安全理事会第 1373 (2001) 号决议，可以得出这样的推论：难民因为恐怖活动或与恐怖主义有关的活动可受到驱逐。决议第 2(d) 段中，安全理事会“决定”所有国家应：

“防止资助、计划、协助或犯下恐怖主义行为的人为敌对其他国家或其公民的目的利用本国领土”。

决议第 3(f) 和 (g) 段中，安全理事会“呼吁”所有国家：

“(f) 在给予难民地位前，依照本国法律和国际法的有关规定、包括国际人权标准采取适当措施，以确保寻求庇护者未曾计划、协助或参与犯下恐怖主义行为；

(g) 依照国际法，确保难民地位不被犯下、组织或协助恐怖主义行为者滥用。”

78. 按照这些条款，事实上为难民的外国人，即因害怕生命危险逃离原籍国但在法律上尚未取得难民身份的人，可以因为恐怖活动或旨在协助恐怖行为的活动受到驱逐。如容留国遇到第 1373 (2001) 号决议上述段落所述的情况，根据推断决议所述不予避难或庇护的义务也就是驱逐的权利。

79. 在各国的法律实践方面，2002 年坦桑尼亚防止恐怖主义法第 22 条提供了条文实例；该条文旨在防止该国领土被用于避难场所并从中发起对其他国家的攻击；¹⁰¹ 这项法律在必要时可作为驱逐外国人、包括难民的律基础。

80. 另行对待恐怖主义。将其作为不驱逐原则例外情况的一个标准，无疑是既定习惯规则逐渐发展的结果，而不是编纂这些规则的结果。无论在国际法还是在各

¹⁰¹ 该法第 22 条处罚为实施该条(a)款禁止的行为在坦桑尼亚招募或吸收人员参加恐怖团体和进行训练的行为。(a)款所述禁令适用于为促进或便利在国外进行暴力活动(无论此类活动是否真正实施)而在坦桑尼亚实施的所有行为；见联合国毒品和犯罪问题办事处《防止恐怖行为：将法制准则纳入联合国反恐文书执行工作的刑法战略》，技术援助工作文件，联合国，纽约，2006 年，第 30 页。

国法律实践中，都不乏对采纳这样一项标准的支持。另外值得注意的情况是，这一标准可获得一项安全理事会决议的支持，而原则上安理会的决定具有合法性。

81. 通过上述分析，拟提出以下条款草案：

第 5 条草案：不驱逐难民

1. 除国家安全、公共秩序[或恐怖主义]理由，或当事人因犯有特别严重罪行而被定罪从而对国家社会构成威胁，一国不得驱逐在其境内正常逗留的难民。
2. 本条第 1 款的规定还适用于在容留国境内非正常逗留但已申请难民身份的人，除非申请的目的是为逃避对其[对此人]可能采取的驱离措施。

(c) 不驱逐无国籍人原则

82. 虽然无国籍人和难民法律地位不同，但造成两种情况的原因往往是相同的，即当事人因武装冲突或受到种族或政治原因的迫害而逃离本国。国际法学会 1936 年布鲁塞尔会议通过的关于“无国籍人和难民法律地位”的决议称：无国籍人一词“是指无任何国家承认具有其国籍的个人”。¹⁰² 十九世纪是一个强调国籍的时期，按当时的思维，国籍因素是一个基本因素，是某人是否被视为无国籍人的参照标准。但按照特别报告员第二次报告提出的更现代和开放的办法，1954 年 9 月 28 日《关于无国籍人地位的纽约公约》以“国民”一词取代了国籍标准；如此前所述，“国民”涵盖的范围要广得多。上述公约第一条第 1 段非常明确地规定：

“本公约所称‘无国籍人’一词是指无任何国家依本国法律将其视为本国国民的人”。¹⁰³

83. 1892 年 9 月 12 日国际法学会通过的《接纳和驱逐外国人的国际规则》载有如下条款，其中已经隐藏着不驱逐无国籍人的原则：

“原则上，一国不得禁止本国属民或在本国丧失了国籍而未获得其他国籍的人在本国领土入境或居留。”¹⁰⁴

84. 但此后过来相当长时间，这条规则才被明确提出并加以编纂。1954 年《纽约公约》重新采用 1951 年《关于难民地位的日内瓦公约》的提法，确认无国籍人的情况和难民的情况是相似的。特别是对于驱逐问题，两项公约处理两者情况的有关规则都是相通的。1954 年《公约》第 31 条参照 1951 年《公约》第 32 条三款文字，规定如下：

¹⁰² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 39, t. II, 1936, session de Bruxelles, p.294.

¹⁰³ 联合国，《条约汇编》，第 360 卷，第 5158 号，第 117 页；楷体格式为本报告所加。

¹⁰⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894, session de Genève, p.219.

“1. 缔约各国除因国家安全或公共秩序理由外，不得将合法在其领土内的无国籍人驱逐出境。

2. 驱逐无国籍人出境只能以按照合法程序作出的判决为根据。除因国家安全之重大理由要求另作考虑外，应准许无国籍人提出可以为自己辩白的证据，向主管当局或向由主管当局特别指定的人员申诉或者为此目的委托代表向上述当局或人员申诉。

3. 缔约各国应给予上述无国籍人一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可。缔约各国保留在这期间内适用它们所认为必要的内部措施的权利”。

85. 对 1951 年《公约》第 32 条第 1 款（见上文第 64 段）所作评注适用于上述第 31 条第 1 款。¹⁰⁵

86. 与难民问题一样，上述条款涉及的只是合法逗留的无国籍人。而在容留国境内非法逗留的无国籍人是个棘手的问题，因为有些非法移民可以假称处于无国籍状态。但是，在某国境内非法逗留的真正无国籍人如何处理呢？该国可以驱逐他们吗？驱逐到哪个国家？前一个居所地国？在哪些条件下驱逐？第 31 条第 3 款对在一国境内合法逗留的无国籍人规定的条件可否适用？这些问题不禁使人怀疑第 31 条第 1 款对合法逗留的无国籍人和非法逗留的无国籍人的区分是否恰当。特别是，除了在容留国境内变成无国籍的人之外，其他大多数人不可能合法进入容留国，因为他们一般没有用于申请进入另一国的官方证件。

87. 上述第 31 条第 2 款涉及驱逐的条件和程序；我们将在研究这个问题时再重新讨论这一条款。

88. 第 3 款第一句话让人产生疑问。具体来讲，无国籍人在受到驱逐期间，如何寻求一个新的容留国？他的努力对象只能是在驱逐国设有外交使团的国家吗？如果在驱逐国设有外交使团的国家不多，他努力成功的机会不是比较有限吗？此外，即使假设驱逐国对“合理期间”概念的解释特别宽容，给了他足够长的时间，但无国籍人的努力始终未果，他该如何？该国还是可以驱逐他吗？驱逐到哪个国家呢？

89. 这些问题，特别是最后一个，不只是纯理论问题。非洲人权和人民权利委员会审理的“*John K. Modise*诉博茨瓦纳”案¹⁰⁶说明，实践中可能发生这些问题。

¹⁰⁵ 可以看到，根据 1954 年《公约》第 9 条，在战争时期或在严重的特别条件下，可先以“临时措施”名义驱逐特定人员，再由缔约国确定此人确为无国籍人但为国家安全目的需维持对其采取的驱逐措施。

¹⁰⁶ 见 97/93 *John K. Modise c/ Botswana*，提交在 2000 年 11 月于贝宁科托努举行的委员会第二十八届常会的函件，2000 年 11 月 6 日决定。

此案原告辩称，他被非正当地剥夺了博茨瓦纳公民身份。他诉求该公民身份的背景如下：其父Samuel Remaphoi Modise为贝专纳（现博茨瓦纳）的原“大不列颠属民”，移民到南非工作，逗留期间娶了Elisabeth Ikameng Modise，并生下John Modise。John Modise三个月时，母亲亡故；其父将之带到贝专纳保护国，交给祖父母照料。此后，原告在保护国长大，并在旅行后经常回到保护国。

90. 1987年，John Modise与人共同创建并领导反对党“博茨瓦纳国民阵线”。他认为，博茨瓦纳政府因其政治活动宣布其为“不受欢迎的移民”。1988年10月17日，他遭到逮捕并被驱逐到南非；在南非，他被押送警察局，而未受到庭审。他重返博茨瓦纳之后再次被捕，未经审判再次被驱逐到南非。第三次试图返回博茨瓦纳之后，他受到起诉和非法入境判决，并被宣布为不受欢迎的移民。他服刑10个月并提出上诉，但在程序未完之前即被第四次驱逐到南非。委员会认为：“原告没有南非国籍，只能在‘家园’博普塔茨瓦纳居留”。在博普塔茨瓦纳生活了七年之后，这个“黑人家园”政府对他发出了驱逐令；他在博普塔茨瓦纳和博茨瓦纳之间的无人地带呆了五个星期，后以人道主义名义被博茨瓦纳接纳；他获得了可由主管部委行使酌处权延期的三个月定期居留证，一直到1995年6月。¹⁰⁷

91. 此处不讨论被告国提出的主要争议问题，即根据该国旧宪法，John Modise不能也未因出生成为博茨瓦纳公民，因为在1966年博茨瓦纳取得独立时，他既不是英国属民，也不是英国殖民地的属民。非洲人权和人民权利委员会对这个问题的裁决是：作为博茨瓦纳人父亲的儿子，John Modise确因出生而具有博茨瓦纳公民身份；博茨瓦纳政府应采取适当措施承认他的国籍，并因其权利受到侵犯对其受到的所有损害给予适当赔偿。

92. 这个案件对驱逐无国籍人问题的主要意义在于，甚至在确认John Modise既没有南非国籍也没有博普塔茨瓦纳国籍、并因博茨瓦纳当局拒绝给予他博茨瓦纳国籍而实际处于无国籍人状态的情况下，博茨瓦纳还是屡屡将其驱逐出境。此案中，驱逐国没有援引1954年《公约》第31条规定的任何一个驱逐无国籍人理由：既不是国家安全，也不是公共秩序；被驱逐人没有找到容留国，驱逐国也从未向其提出这项要求。总之，该案所涉问题正是驱逐无国籍人问题，而博茨瓦纳的行动不符合驱逐无国籍人的法规。

93. 驱逐无国籍人制度似有些过于轻易地照搬了关于驱逐难民的条款。其实如上所述，难民和无国籍人的情况相当不同。难民具有确知的国籍，其所处的困难境遇一般是不可抗拒的暴力事件造成的，而难民一般不是此类事件的行为人。因此，难民所处的受害者境遇引起一定的怜悯，或得到理解，使容留国允许其入境。而无国籍人的情况不同。由于无国籍人没有国籍，除非容留国认为他具有该国国籍而享有相关权利和义务并给他发放护照，否则就无法到国外旅行。如非上述情况，

¹⁰⁷ 同上。

缔结 1954 年 9 月 28 日《关于无国籍人地位的公约》的任何容留国，就只有给予无国籍人“以一般外国人所获得的待遇”¹⁰⁸ 的义务。我们很容易想到，一个没有任何国籍的人原则上在居所地国只享有给予外国人的权利，很难找到一个容留国，尤其如果他被驱逐的原因是：破坏驱逐国国家安全或对国家安全构成威胁；或者破坏公共秩序或对公共秩序构成严重威胁。

94. 如其与某外国有串通，原则上该国应容留他；否则，这种处境的人很难“取得合法进入另一国家的许可”。特别报告员认为，驱逐国似应配合被驱逐的无国籍人寻找容留国。在无国籍人寻求被另一容留国合法接纳的多番努力证实未果之后，即可考虑采取这种行动。但出于保护被驱逐者权利的要求，欲将某人驱逐到另一国，需征得被驱逐者的同意。

95. 然而，由于国家驱逐无国籍人的情况极少，这种观点仅来自对上述第 31 条第 3 款的分析（第 84 段），最多只能作为国际法的逐步发展提出。

96. 按照上述考虑，可提出如下条款草案；其中第一款基本出自 1954 年《公约》第 31 条第 1 款，在形式上有若干修改；而第二款是在第 31 条第 3 款第一句的基础上，补充了上述建议，起草了新内容：

第 6 条草案：不驱逐无国籍人

1. 除国家安全、公共秩序[或恐怖主义]理由，或当事人因犯有特别严重罪行而被定罪从而对国家社会构成威胁，一国不得驱逐在其境内[正常]逗留的无国籍人。
2. 按本条款草案驱逐无国籍人的国家，应给予无国籍人一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可。[但如期满之后，证实无国籍人未能取得进入另一国家的许可，该国可[在征得当事人同意的情况下，]将其驱逐到任何同意接纳他的国家。]

(d) 不集体驱逐原则

97. 集体驱逐的做法不是一个新现象，过去这种做法与两国之间武装冲突或严重危机局势密切相关，但并非都是如此：这种情况无论在和平时期还是战争时期都有发生。

(一) 和平时期

98. 实际上，“在非战争情况下，美国政府在十九世纪进行了集体驱逐”。¹⁰⁹ 美国政府曾于 1863 年签署条约，给予清朝属民和美国人相似的待遇；但随着涌入的人流越来越多（被蔑称为“黄色移民”或“黄祸”），美国政府终止执行条约

¹⁰⁸ 见公约第 7 条。

¹⁰⁹ J.-A. Darut, 上文注 4, p.46。

条款，与中国谈判达成了新的 1880 年 11 月 17 日《条约》，授权美国政府“在认为必要维护其利益时”，中止或限制劳工移民。两年之后，一项美国法律规定暂停移民 10 年。但在此期限未届满之前，美国政府于 1888 年 3 月 12 日让“中国驻华盛顿公使”签署了一项条约，在 20 年期间禁止“所有黄种劳工”进入美国领土。中国政府认为该条约不仅损害本国国民的利益，而且有限制性过强的欺人条款，因而拒绝签署条约。在此情况下，美国于 1888 年 10 月 1 日投票通过一项实际禁止中国劳工进入美国领土的法律。此后又通过的第二项称为“排华法案”的法律，对中国劳工规定了极其严酷的居留条件，¹¹⁰ 从而通过国家行为进行集体驱逐。

99. 欧洲十七世纪已有集体驱逐事例。如西班牙在很长一段时间内实施 1703 年的一项法律，“明确违反[当时的]人权原则”，命令大规模驱逐所有非天主教徒的英国与荷兰属民；在俄罗斯，沙皇保罗一世于 1793 年颁布一项法律，命令在俄罗斯的法国人放弃原籍国的无神论和叛乱学说，违者将被驱逐。¹¹¹

100. 后来到二十世纪，德国和波兰由于按《凡尔赛条约》划分边界造成很多长期严重问题。当时据称，德国“大规模”驱逐在本国境内定居的波兰劳工，如 1922 年底驱逐了 25 000 人。1923 年 4 月，波兰政府报复性地驱逐了一批德国侨民；由于巴伐利亚政府驱逐了 14 个波兰国籍的犹太人家庭，波兰政府于 1924 年 1 月采取新的报复措施，驱逐了 14 个德国人家庭。此外，德国不顾波兰驻柏林公使的抗议，在梅克伦堡-什未林大规模驱逐波兰公民；作为报复措施，波兰驱逐了在波兹南省和波美拉尼亚省定居的 150 名德国人。¹¹²

101. 这些“大规模”驱逐遭到受害侨民所属政府的政治抗议，但却没有引起国际法上的争议。当时的法理只将其视为驱逐国行使国际法认可的“驱逐外国人的权利”。¹¹³ 这显然是当时一些法学家的意见。例如，结束第一次世界大战的各项和平条约对领土割让的规定，引起了频繁适用驱逐权的情况。在根据《法兰克福条约》割让给德国的阿尔萨斯和部分洛林重新并入法国时，法国面临着是否只应给原法国人更改国籍的问题。在这两个收复的省份约有 500 000 名德国人，占两省人口的 28%。有人以含糊的措辞称，让这些人留下可能构成“对法国的危险”。

¹¹⁰ 同上，p.47-48。

¹¹¹ 同上，p.37，note 1。

¹¹² 见 Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, t. I, 3^{ème} partie, Paix, Paris, A. Rousseau, 1926, p. 688 et 689。

¹¹³ 见 Ch. De Boeck, 上文注 17, p.471。

对于是大规模驱逐这些人还是吸收他们的问题，当时法国两个主流法学家Pillet和Niboyet回答说：

“如果能保证阿尔萨斯和洛林的人口数量持衡，大规模驱逐绝对是更好的解决办法。但我们的人口非常短缺，这个目标不在考虑之列”。¹¹⁴

102. 也就是说，在当时，即使在和平时集体驱逐外国人也不是受到禁止的；之所以没有采取这种做法，是因为形势所需。

103. 禁止集体驱逐是很长时间之后才提出的，而且是以一项区域保护人权文书原未对此问题作出阐述而追加补充的形式提出的，即承认除《欧洲人权公约》及其《第一议定书》中已包含的权利以外的一些权利和自由的《第四议定书》。¹¹⁵ 该《第四议定书》第4条的规定很简短：

“禁止集体驱逐外国人。”

称为《圣何塞公约》的《美洲人权公约》中有一条类似规定，唯一的小区别是采用了单数形式（指英文原文）。该公约第22条第9款规定：

“禁止集体驱逐外国人。”

《非洲人权和人民权利宪章》第12条第5款和上述规定完全相同：

“禁止集体驱逐外国人。”

104. 欧洲理事会人权局的记录¹¹⁶显示，初步草案中并没有这一条，负责起草《欧洲公约第四议定书》的专家委员会认为，应加入此条规定以防止“近期发生的”集体驱逐重演。

105. 曾有多项诉状提交欧洲人权委员会，控告《第四议定书》缔约国违反该议定书第4条的规定，但控告未取得成功，有关种种原因见委员会相关决定的陈述。¹¹⁷ 欧洲人权法院在“Čonka等人诉比利时”案中宣布第4条受到违反。上

¹¹⁴ Antoine Pillet et Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, n° 170, p.213.

¹¹⁵ 1963年在斯特拉斯堡签署的议定书，1968起生效。

¹¹⁶ 人权总局 DH/exp, (61) 37 du 27 novembre 1961, 油印版 *Recueil des Travaux préparatoires* du Protocole n° 4, p.446.

¹¹⁷ Lochak 女士指出，出于这些具体情况，委员会驳回了若干起诉，主要有：荷兰苏里南籍难民的起诉：1982年苏里南政变后，荷兰政府准许到荷兰避难的苏里南人逗留但未发给他们居留许可证；1988年，荷兰政府认为苏里南走上民主道路，于是向这些人发出对具体个人的决定，勒令其离开荷兰，并最终将其驱逐 (Req. n°14209/88, *Alikabs et autres c. Pays-Bas*, décision du 16 décembre 1988; req. n°14457/88, *B. et autres c. Pays-Bas*, décision du 16 décembre 1988); 7名基督教科学派教徒的起诉：此7人为瑞士国籍，在哥本哈根居留，居留证延期被拒之后受到驱逐。

诉人是Čonka和他的配偶及两个子女。他们是在比利时居留并申请了庇护的斯洛伐克人；1999年6月18日内政部颁布驱逐决定，拒绝其庇护请求并勒令其五日后离境。法院指出，作出该驱逐决定时：

“除当事人在比利时逗留超过三个月外，没有提及他们的个人情况。特别是，文件没有提及上诉人的庇护请求以及1999年3月3日和6月18日对有关问题的决定[……]鉴于上述情况，并考虑到与上诉人相同原籍而遭遇相同境遇的人数很多，法院认为，从所采用的程序来看，不能完全排除对所称驱逐属于集体性质的疑虑。”¹¹⁸

106. 还有一系列因素加深了法院表达的疑虑：首先，在驱逐当事人之前，比利时政治当局宣布将质询外国人身份，并指示主管当局有效执行这些行动；第二，当局要求所有当事外国人同时到警察局报到；第三，勒令他们离境的命令是以同样措辞写成的；第四，当事人在联系他们的律师时遇到困难；最后，请求庇护程序未完。简而言之，在从被通知到警察局报到至驱逐的程序中，当事人在每一环节均未得到足够保障，

“[……]这表明没有因人而异地实际考虑到每位当事人的具体情况。结论断定，《公约第四议定书》第4条的规定受到违反”。¹¹⁹

107. 集体驱逐依据的唯一事实是，被驱逐人是外国人，¹²⁰ 这是这种做法在思想上和道德上令人难以接受的原因。欧洲人权委员会在审议指控丹麦政府遣返丹麦接纳的199名越南儿童的计划的诉状时，提出一个值得注意的定义。委员会认为，

[……]

“所谓‘集体驱逐’，是指主管当局勒令外国人群体离开某国的任何措施，除非采取这样的措施之前，对构成群体的每个外国人的具体情况做了合理客观的审查”。¹²¹

委员会实际上并没有作出判决，原因是起诉人未用尽国内上诉途径，因此对起诉不予受理（req. n°12097/86, *Künzi-Brenzikofer et autres c. Danemark*, décision du 13 juillet 1987）。但不容置疑的是，此种上诉即使被受理，其实也不会成功，因为居留身份是对个人的，居留过期也是从个人角度影响身份享有人，因此同时驱逐若干相同情况的人似不应视为集体驱逐。

¹¹⁸ *Čonka c. Belgique*, arrêt, 5 février 2002, par.61。

¹¹⁹ 同上, par.63。

¹²⁰ 见 Danièle Lochak, 《Commentaire de l'article 4 du Protocole n° 4》, dans Louis-Edmond Pettiti, at al., 上文注 76, p.1057。

¹²¹ D. Lochak 引用, 同上, p.1058。

108. 《非洲人权和人民权利宪章》第 12 条第 5 款第 2 句明确指出了所涉群体：

“集体驱逐是把民族、种族、族裔或宗教群体作为一个整体进行驱逐的措施”。

然而，这个明确规定限定了群体概念的范围，而集体驱逐涉及的人群可能不属于罗列的任何群体。例如，很多时候用“非洲人”来指非洲各国的侨民；因此说“非洲非法移民”，就俨然非洲构成一个统一的国家 and 民族。非洲人群体完全可能成为集体驱逐的对象，虽然非洲人并非属于同一民族，更不属于同一族裔，而且驱逐也并非出于宗教动机。因此，最好保留欧洲人权委员会定义中对群体概念的开放视角。

109. 二十世纪初的若干次大规模驱逐中，关于受驱逐人群中每人的具体情况应予以审查的意见曾得到采纳。例如，法国政府在第一次世界大战后决定行使驱逐德国侨民的权利，“1922 年 8 月 12 日，记名行政法令指定的 500 名德国人被驱逐出阿尔萨斯和洛林”。¹²² 然而，按照欧洲人权法院对上述“Čonka 等人诉比利时”案的考虑，就可以肯定能讲这不属于集体驱逐吗？人们对此有怀疑，因为法国当局不太可能以必要的客观态度，对被驱逐的 500 人中每个人的具体情况都作深入研究。

110. 但应指出，要求单独审查其中每人的不同情况并采取具体措施，不一定意味着主管当局的决定必须各有不同内容。实际上，只要作出每个驱逐决定之前都对当事人群体每个成员的情况进行具体研究即可，单凭所作驱逐决定内容相同的事实，不能充分说明这些决定属于相关国际法文书中所指的集体驱逐性质。¹²³

111. 上述《第四议定书》第 4 条不含这条单独审查每个被驱逐人情况的规则，但如上所述，欧洲人权委员会的判例明确陈述了这条规则；《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》则正式确立了这条规则。¹²⁴ 该公约第 22 条第 1 段规定：

“不得对移徙工人及其家庭成员采取集体驱逐的措施。对每一宗驱逐案件都应逐案审查和决定”。

112. 可以看出，不集体驱逐外国人原则是欧洲、美洲和非洲区域实在法认可的；就全球而言，该原则似仅限于移徙工人及其家庭。

¹²² Ch. De Boeck, 上文注 17, p.469。

¹²³ 见 D. Lochak, 上文注 76, p.1058。

¹²⁴ 联合国大会 1990 年 12 月 18 日第 45/158 号决议通过，2003 年 7 月 1 日生效。公约案文编入联合国《条约汇编》，第 2220 卷，第 39481 号，第 3 页。

113. 这是否意味着该原则（还）不构成全球性法规？它来自公约还是习惯？由于各国在这方面各有不同做法，因此这个问题格外值得研究。美洲国家组织（美洲组织）若干国家对特别报告员办事处编订的移徙工人及其家庭在北美情况调查问卷的答复，在这方面很有启发性。对有关各国的第一个问题是：“是否有任何确定的移徙工人及其家庭成员群体，可能被作为一个群体从贵国受到驱逐？”；对此，有些国家明确否认，¹²⁵ 也有些回答肯定¹²⁶ 或暗示肯定。¹²⁷

114. 此外可以看到，有些国家今天仍在进行集体驱逐，包括世界上一些缔结了禁止集体驱逐的法律文书的区域，如非洲¹²⁸ 和南美洲；¹²⁹ 甚至欧洲是否摒弃了这种做法也令人疑问。¹³⁰

115. 除一般由联合国难民事务高级专员办事处负责在“难民营”组织的难民遣返之外，此类集体驱逐无疑有违上述三个区域保护人权公约。而且似乎可以这样讲：在这方面存在一个“文明国家承认”的禁止集体驱逐的一般国际法原则。首先，这项原则的产生是，由于接纳外国人与个人权利有关，因此这项权利的丧失或废止只能是针对个人的行为。其次，不集体驱逐规则得到国际社会绝大多数成员国签署的三个区域保护人权公约的确认。而且《国际法院规约》第三十八条规定，一般原则不需要得到所有“文明国家”认可即可成立。

¹²⁵ 明确答“否”的有：加拿大、格林纳达、墨西哥、多米尼加共和国；见移徙工人及其家庭问题特别报告员办事处的活动报告，上文注 44，(b)(5)节。

¹²⁶ 明确答“是”的有：哥伦比亚、厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯（同上）。

¹²⁷ 巴西的答复较长，但剔去干扰内容的事实是，依该国法律可以进行集体驱逐：“以确定将合法或非法在国家境内的外国人驱逐出境。下列外国人可予以驱逐：以任何方式对国家安全、政治或社会秩序、公共道德或国家经济构成威胁或其行动违背国家利益的外国人；以欺诈手段进入或留在巴西或以违法方式入境的人、没有在规定时间内离境的人、应予递解出境的人；流浪或乞讨的人或无视关于外国人的法律明文禁止规定的人（经 1981 年 12 月第 6965 号法律修正的第 6815/80 号法律第 66 条）。（同上）。

¹²⁸ 见特别报告员莫里斯·卡姆托关于驱逐外国人问题的初次报告（A/CN.4/554，2005 年 4 月 4 日）提供的例子，第 4 段注 6 和第 27 段注 34。

¹²⁹ 例如，1999 年 6 月至 9 月，60 000 名海地人被从多米尼加共和国驱逐；见移徙工人及其家庭问题特别报告员办事处的活动报告，上文注 44，第二节(a)，第 9 段。

¹³⁰ 特别报告员第二次报告指出，法国内政部在 2005 年对其行政部门制定了至少驱逐 23 000 名外国人的目标，并称 8 个月期间已驱逐了 12 849 人（A/CN.4/573，第 20 段）；2005 年 2 月 17 日荷兰议会以绝对多数的票数批准了政府驱逐 26 000 名无合法身份外国人的决定，而比利时于 2003 年曾驱逐 14 110 人（同上，第 22 段）。面对这些数字，我们不禁要问：这些大规模驱逐是否符合《欧洲人权公约第四议定书》第 4 条以及前述欧洲人权委员会和欧洲人权法院的判例？即使假设每名当事人受到的都是个别驱逐行为，难道实际不是掩盖的集体驱逐吗？因为我们难以相信每个案例都依照前述判例受到了合理客观的审查。

(二) 战争时期

116. 这一原则在武装冲突背景下可否适用则是个问题。过去几个世纪，在战争时期集体驱逐外国人的作法并不鲜见。十八世纪，1713年的乌特勒支条约和1760年的一项英俄条约，命令在参战国境内居留的敌国属民在一定期限内离境。另外，1798年，美国国会在同样情况下授权总统驱逐敌国侨民。¹³¹

117. 法国1789年大革命之后掌权的国民公会，与除瑞士、瑞典和丹麦之外所有欧洲国家敌对；面对“外国集团”与“外部敌人”共同挑起的动乱，国民公会力图确保国内安全。从敌对行动一开始，国民公会即颁布1793年8月1日法令，逮捕所有1789年7月14日之前在法国居留的所有与共和国交战国的侨民。1795年7月11日（共和三年获月23日）法宣布驱逐所有属于法国敌国的外侨，并命令逮捕不遵守驱逐令或向其发放的护照所定路线行程的敌国外侨（第4条）。1795年8月2日（共和三年热月23日）另一法律认为对外国人这样处置不够严厉，决定“凡不遵守上述法律条款的外国人，作为间谍受到起诉和处罚”，当时意味着死刑。这些法律被称为“愤怒之法”，是“一个已经把‘适度’从其纲领中完全剔除的政府的亢奋状态”¹³²造成的，因为这些法律背离了国民公会力图维护的人道原则。

118. 但到了十九世纪，武装冲突情况下集体驱逐敌国侨民的趋势有所缓解。如J.-A. Darut 论述：

“十九世纪，大多数经历过战患的国家，在注意维护国家内部安全的同时，尽可能降低了将所有敌国侨民个人驱逐出境的程序的严刻程度”。¹³³

119. 如克里米亚战争期间，1854年俄罗斯颁布的一项通告，准许在俄罗斯境内的法国和英国侨民和战争之前一样，继续在俄罗斯境内居留，并使其人身和财产一如既往地受到同样的安全保障，只要他们继续遵守法律并和平从业。¹³⁴本着同样精神，在意大利战争期间，法国政府于1859年5月4日准许在法国居留的奥地利人继续在法国居留，只要其行为“不受到任何控告”。¹³⁵1870年5月21日，法国《官方公报》颁布了一项针对德国人的同类声明。¹³⁶另外，1894年，在中日战争期间，日本政府允许在日本居留的中国侨民在敌对期间可一如既往地

¹³¹ 见 J.-A. Darut, 上文注 4, p.37, note 1。

¹³² 见 J.-A. Darut, 上文注 4, p.40; A. Martini, 上文注 5, p.88 et 89。

¹³³ 见 J.-A. Darut, 上文注 4, p.40; A. Martini, 上文注 5, p.88 et 89。

¹³⁴ 见 J.-A. Darut, 上文注 4, p.43; A. Martini, 上文注 5, p.89。

¹³⁵ 见 A. Martini, 上文注 5, p.88。

¹³⁶ J.-A. Darut, 上文注 4, p.43; A. Martini, 上文注 5, p.89。

继续在日本居留；中国也照敌国采取了同样做法。¹³⁷ 同样，1897年，在希腊为争取克利特独立与奥托曼敌国交战期间，希腊政府没有对在希腊居留的土耳其人颁布任何驱逐措施，承认他们有权继续在希腊逗留，只要其行为不受到任何控诉；但土耳其的态度不同：1897年4月18日，土耳其在宣战的同时通知希腊政府，土耳其苏丹命令宣布在15日限期内驱逐在奥托曼全境内居留的所有希腊人。¹³⁸ 在1899年至1902年川斯瓦战争期间，川斯瓦宣布在48小时内驱逐在川斯瓦和奥兰治邦居留的英国人。¹³⁹

120. 但从这些情况、特别是土耳其政府的态度可否推论：人们对这一时期各国做法的普遍倾向有质疑呢？Martini 论述如下：

“1897年，土耳其由于不遵守人权规则，因而受到各国大使馆的抗议”。¹⁴⁰

121. 我们不知道上面涉及的规则是指禁止集体驱逐，还是不集体驱逐与容留国交战的国家的侨民的相互原则；因为上面似可看出，希腊遵守了相互原则，而土耳其没有遵守这一原则。无论如何，即使在赞同集体驱逐属于其交战国的外国人的理论占统治地位时（尤其在法国），也有人谴责这种措施，认为这种措施具有“对除莫须有的间谍怀疑之外别无无可指责的无辜者进行报复的性质”。¹⁴¹

122. 还应看到，在所有上述事件之后，日本在1904年至1905年日俄战争期间采取的做法，与1894年战争时对中国人的做法相同：1904年2月10日，日本内务省向负责统辖领土行政分区的当局发出指令，要求该当局不得对俄罗斯人抱有敌对态度；俄罗斯人被准许继续在帝国境内居留和自由出入境。俄罗斯人则于1904年2月14日和27日颁布命令，同样准许日本人在法律保护下继续在俄罗斯境内安居乐业，“但远东辖区的领土除外”。¹⁴²

¹³⁷ 关于这个十九世纪中日冲突的情况，见 N. Politis 提供的内容，*Revue générale de droit international public*, 1897, p.525 et s.; 另见 A. Martini, 上文注 5, p.92。

¹³⁸ 见 J.-A. Darut, 上文注 4, pp.44 et 45; A. Martini, 上文注 5, p.93. 不想被驱逐的希腊人，只有永远放弃希腊国籍而接受土耳其国籍，才可继续在土耳其居留。

¹³⁹ 见 A. Martini, 上文注 5, p. 94. 作者认为对于这个情况，“批评这个今天已不复存在的小国是不合宜的，因为它以高昂的英雄斗智进行抗争，使敌人也不得不为之钦佩”。Despagnet 对布尔人在这次战争中的行为的辩解见 *Revue générale de droit international public*, 1900, p.698。

¹⁴⁰ A. Martini, 上文注 5, p.93。

¹⁴¹ Fiore, *Nouveau droit international public*, 2e éd. (trad. de l'Italien par Antoine), t. 3, n° 12, cité par A. Martini, 上文注 5, p.90, note n°1。

¹⁴² 关于这次日俄战争，主要见 Francis Rey, *La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*, Paris, Pedone, 1907, pp. 230-232; Henry Bonfils 和 Paul Fauchille, *Manuel de droit international public*, 5e éd., Paris, Rousseau, 1908, n° 1055; et A. Martini, 上文注 5, p.92-93。

123. 但应指出，虽然各国都采用这个作法，但当时的法理几乎都认为集体驱逐敌国外侨是合理和符合人权的。A. Martini认为：“绝大多数国际公法学家坦然承认，大规模驱逐属于敌对国家的外国人，是宣战的自然结果”。¹⁴³ 与Pillet和Niboyet一脉相承，两位知名的国际主义者、国际司法专家Bonfils和Fauchille在当时传授如下观点：

“战争情况下的大规模驱逐是一种防卫行动，是完全合法的措施，其合法性无可置疑。避免外国人逗留带来的不便，防止挑衅活动和他们的存在可能引起人们的争吵，排除便利的危险间谍活动，这些显然都是一国应得以采取的安全措施……各国均可大规模驱逐敌国属民，即便他们在境内的居留是善意的……”。¹⁴⁴

Pillet有很多这方面的言论；1891年至1892年在格勒诺布尔为军官举办的战争权系列讲座上，他声称：容留“很多外国人”¹⁴⁵的国家，“在与这些人所属的国家发生战争时，确实必须要大规模驱逐这些人。这些人的存在本身就构成巨大危险”。¹⁴⁶

124. 如特别报告员第二次报告所述（A/CN.4/573，第112段），英国法学界持有类似立场，并对之有明确表述。

125. 近来我们看到，在1998年埃塞俄比亚与厄立特里亚战争期间采取了大规模驱逐敌国侨民的做法。同样如第二次报告（A/CN.4/573，第114段）所述，两国之间的索偿委员会依照《奥本海国际法》作者的法理指出：依照国际人道主义法，交战方在冲突期间完全有权将敌国侨民驱逐出境。委员会所作的终审判决如下：

¹⁴³ A. Martini, 上文注 5, p.37。

¹⁴⁴ H. Bonfils et P. Fauchille, 上文注 142, n° 1055; 相同看法另见 Bry, *Précis élémentaire de droit international public*, 5e éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1906, p. 515, n° 381; Robert Piédelièvre, *Précis de droit international public*, t. 2, Paris, Pichon, 1894-1895, n° 830; John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, Vol. IV, Washington, D. C., Government Printing Office, 1906, p.68; et Alexandre G. Mérignac, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre, d'après le droit international moderne et la condification la conférence de La Haye de 1899*, Paris, A. Chevolier-Maresc, 1903, n° 25。

¹⁴⁵ 这里，作者的表达有微妙区别。他认为，如果外国人数很少则另当别论：“一国如外国人数很少，就没有任何理由驱逐这些外国人；为避免任何危险，最好不要过分渲染本国的慷慨……”，见 Antoine Pillet, *Le droit de la guerre, Première partie Les hostilités: Conférences faites aux officiers de garnison de Grenoble pendant l'année 1891-1892*, Paris, Arthur Rousseau, 1892, p.99。

¹⁴⁶ 同上, p.99 et 100。

“埃塞俄比亚可合法将这些人作为交战敌国的国民驱逐，但须确保他们受到《日内瓦第四公约》及其他适用的国际人道主义法要求给予的保护”。¹⁴⁷

126. 应指出，在习惯国际法中不能明确找到对这条“规则”的支持。肯定认为“在冲突爆发时驱逐所有敌国侨民是一国的习惯权利”¹⁴⁸的说法是没有依据的，相反看到这种作法其实颇受争议。这项规则也不象有人所说的那样，有什么国际人道主义法依据。恰恰相反，1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》¹⁴⁹载有与之矛盾的相关条款。

127. 首先，题为“对于冲突各方之领土及占领地之共同规定”的第一编（第三部）开头的第二十七条第一段规定：

“被保护人之人身、荣誉、家庭权利、宗教信仰与仪式、风俗与习惯，在一切情形下均应予以尊重。无论何时，被保护人均须受人道待遇，并应受保护，特别使其免受一切暴行，或暴行的威胁及侮辱与公众好奇心的烦扰”。

而且，该公约规定外国平民属于被保护对象之一。

128. 另外，题为“在冲突一方领土内之外国人”的第二编中，第三十八条规定“各被保护人之地位，在原则上应继续按照和平时期有关外国人之规章”。第四十条明确表述：“如被保护人系属敌国国籍”，则只能强迫其担任与军事行动无直接关系的若干该条所述的工作。被保护人仅得在与其所在之冲突国之人民同样限度内被强迫工作；与其他所有被保护人一样，他们应“与本国工人享受同样工作条件及同样保障之利益”。

129. 从这些条款可以推论，“战时平民被保护人”的法律制度是一视同仁普遍适用的，以同样方式保护本国平民和外国平民，而且无论外国平民是武装冲突中的敌国还是第三国的侨民。因此，有人对关于软禁和拘留的第四十一条进行分析，并作出如下论述：“单凭敌国侨民的身份，不构成予以拘留的有效标准”。¹⁵⁰

¹⁴⁷ 见常设仲裁法院2004年12月17日判决，厄立特里亚和埃塞俄比亚之间的索偿委员会，*Sentence partielle, Mauvais traitements des populations civiles, Réclamations de l'Erythrée nos 15, 16, 23 & 27-32*, La Haye, 17 décembre 2004, par.82。

¹⁴⁸ 厄立特里亚和埃塞俄比亚之间的索偿委员会，2004年12月17日判决（见前一条注）注27（第81段），指出此点参照：Gerald Draper, *THE RED CROSS CONVENTIONS*, p.36-37 (1958), 引自 *10 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW*, p. 274 (Marjorie Whiteman ed., 1968)。

¹⁴⁹ 联合国，《条约汇编》，第75卷，第973号，第287页。

¹⁵⁰ 见 Oji Umozurike, 《Protection des victimes des conflits armés》，dans *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pedone/Institut Henry Dunant/UNESCO, 1986, p.224。

130. 在红十字国际委员会指导下通过研究习惯国际人道主义法的大量工作，¹⁵¹ 整理出 161 条规则，其中没有任何关于武装冲突时集体驱逐敌国外侨的规则，这一点也很能说明问题。而且其中第 103 号规则称：“禁止集体刑罚”。如果将驱逐类同于一种“刑罚”，或更确切讲是一种惩罚，从这条规定似可推出不集体驱逐此处所述外国人的原则。

131. 然而，对和平时期的驱逐和战时的驱逐进行区分是有道理的；无论如何，如《奥本海国际法》的作者所述，这种区分在理论和实践上都已确立。但这些学者主要讲国家有权“驱逐在其境内居留或短期逗留的所有敌对的国民”。¹⁵² 很难讲厄立特里亚和埃塞俄比亚之间的索偿委员会是本着这个考虑作判决的。但在上述各国对集体驱逐敌国外侨的旧作法中，这种看法很符合不驱逐措施或声明所附带的条件，即外侨只有在交战国和平生活而不受到任何控告，才可继续在与本国交战国居留并享受必要保护。

132. 对这个至少从十八世纪就开始争论的问题，从各种鲜明的立场和不同的表述中，可以得出这样的经验：应当根据国际法及其同时代主要原则的发展，谨慎对待这个问题。这样，摆在我们面前的问题有：国家利益和个人（包括敌国侨民）利益，哪个应优先？交战国的集体安全利益，还是作为所谓该国“敌人”的外国人的个人基本利益？可否协调这两个看似矛盾的需要？

133. 今天我们正是要解答这些问题；因为特别报告员认为，现在只有通过阐释国际法和基本人权原则，才能研究驱逐敌国外侨的权利。而人权原则和当代国际法不准许让任何性质群体的外国人（敌国侨民），单纯因为他们是该国侨民的原因，承受非由其造成的局势出生的恶劣后果。不得利用驱逐作为对敌国的预防性武器或报复手段，而损害与战争输赢无关、有时对战争没有任何好感的和平外国人的利益。

134. 总之，可以看到：(a) 无任何国际法规则要求交战国允许敌国侨民在本国境内继续逗留，¹⁵³ 但也没有任何规则要求交战国驱逐敌国侨民；(b) 各国集体驱逐敌国外侨的做法，但不尽相同，这种做法在古今法理中都有很多支持依据；(c) 与法理一样，各国在这样做时似认为，只有外国人敌视与其本国交战的容留国时，才对其进行这样的驱逐。反之，敌国外侨如在容留国和平生活、使容留国无任何控告他们的理由，则不应受到集体驱逐；对其驱逐应遵守和平时期驱逐的普通法，由于他们没有敌对行动，所以因与其为侨民的国家交战造成的特殊情况

¹⁵¹ 见 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I: Règles générales*, Bruylant/CICR, 2006。

¹⁵² 见《奥本海国际法》，上文注 81, par. 413, p.940 et 941。

¹⁵³ 见 Lord McNair et A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, 4e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p.76。

对他们不适用。在此情况下，我们很难赞成下述意见的所有内容：“然而在战争状态下，一国如不进行驱逐则其安全和存在可能受到严重危害，如……，那么该国有理由驱逐此类群体，无论其成员的个人行为如何”。¹⁵⁴ 根据在任何情况下均应尊重人的个人权利原则，这样的立场不能令人接受，除非当事外国人作为一个群体，有敌视或危害容留国的活动或行为。

135. 按照上述分析，提出如下条款草案：

第 7 条草案：不集体驱逐

1. 禁止集体驱逐外国人，包括移徙工人及其家庭成员。但一国可同时驱逐某外国人群体的成员，条件是驱逐措施是在对群体中每名外国人的具体情况进行合理客观审查之后并在此基础上采取的。
2. 集体驱逐是指一国勒令外国人群体离境的行为或举动。
3. 对参与武装冲突国家的外侨不得采取集体驱逐措施，除非这些外侨作为群体以容留国为敌。

¹⁵⁴ Karl Doehring, 《Aliens, Expulsion and Deportation》, *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, vol. 8, p.16.