



大会

Distr.: General
28 May 2010
Chinese
Original: French

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

由特别报告员莫里斯·卡姆托提交

增编



目录

第二部分 驱逐的程序

一.	初步考虑：区分“合法外国人”与“非法外国人”	4
A.	区分“合法外国人”与“非法外国人”的依据	4
B.	对“居住外国人”、“正当”或“不正当居留外国人”概念的语义说明	5
二.	驱逐非法入境外国人的适用程序	7
A.	新近非法进入驱逐国领土的外国人	7
B.	在驱逐国境内长期居住的非法外国人的情况	13
	第 A1 条草案[本]程序规则的适用范围	15
三.	对一国境内合法居留外国人适用的程序规则	15
A.	一般考虑	15
B.	程序的性质	19
C.	程序保证	21
	1. 国际法和国内法中的程序保证	21
	(a) 与法律相符	21
	(1) 全球人权保护制度给予认可	21
	(2) 区域文书给予认可	22
	(3) 国家立法给予认可	22
	第 B1 条草案 与法律相符的义务	23
	(b) 获知驱逐程序的权利	24
	(c) 对驱逐提出异议的权利	29
	(1) 一般考虑	29
	(2) 申述的权利	30
	(3) 到场的权利	32
	(d) 有效申诉的权利	33
	(e) 程序保证中的不歧视	34

(f) 获得领事保护的權利.....	35
(g) 延請顧問的權利.....	36
(h) 法律援助.....	38
(i) 筆譯與口譯.....	38
2. 歐洲共同體法律體系框架內的程序保證.....	40
(a) 通知驅逐決定.....	40
(b) 有效申訴權.....	41
條款草案 C1. 成為驅逐對象的外國人的程序權利.....	43

第二部分 驱逐的程序

1. 除了几项国际文书针对各国境内有正当身份外国人的权利列有极少几个至少在性质上非常笼统的条款之外，严格来说，国际法中不存在确定驱逐程序并且可用于调和被驱逐者个人权利与驱逐国主权权利的详细规则。驱逐问题在这一法律体系中没有得到全面解决，而适用于这个问题的程序规则，无论是形式规则还是实体规则，都与提供给当事人的申诉途径一样，很大一部分出自对各国法律和判例的详细分析。这一分析表明，有必要区分驱逐合法入境外国人与驱逐非法入境外国人所适用的程序，虽然在这后一种情况中，有些国家法律对非法入境但已在境内居留一定时间的外国人给予区别对待。

一. 初步考虑：区分“合法外国人”与“非法外国人”

A. 区分“合法外国人”与“非法外国人”的依据

2. 首先要作个简短的术语说明。非法律语言使用一个形象化词汇，按照在居留国的法律身份来区分外国移民，例如用“偷渡移民”与“合法”或“正当”相对。法律文书使用的术语也不尽相同。有些视情况区分“合法”外国人和“非法”外国人，或者用“合法”居留外国人与“非法”居留外国人相对。有些则用“有正当身份”外国人与“无正当身份”外国人相对。不过，所有这些表述指的都是同样一个现实，即依照外国人入境和居留法在境内居留的移民以及违反这一法律在境内居留的移民。因此，下文将把“合法”或“正当”居留外国人以及“非法”或“不正当”居留外国人，作为含义相同的表述来使用。

3. 然而，国际文书极少明文提出区分正当居留外国人和不正当居留外国人的原则。甚至似乎只有 1951 年《关于难民地位的公约》明确建立这一区分。该公约第 31 条明确称为“非法留在避难国的难民”，对缔约国对待这类难民的方式作出规定，而明确针对“驱逐出境”的第 32 条只规定缔约国不得将“合法在其领土内”的难民驱逐出境。

4. 这一区分由于各种其他国际法律文书暗含相关依据而变得更为必要。事实上，《公民及政治权利国际公约》¹ 第 13 条规定：

“合法处在本公约缔约国领土内的外侨，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐出境，并且，除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予提出反对驱逐出境的理由和使他的案件得到合格当局或由合格当局特别指定的一人或数人的复审，并为此目的而请人作代表。”

¹ 《公民及政治权利国际公约》，纽约，1966 年 12 月 16 日，联合国《条约汇编》第 999 卷，第 171 页（1966 年 12 月 16 日大会第 2200 A(XXI)号决议通过并开放供签署、批准和加入）。

5. 该条款只述及在一国境内“合法”居留的外国人，反过来看，这意味着“非法”居留外国人被排除在外，因此暗示有两类外国人存在，而且不能以相同的方式对待。

6. “合法”居留外国人与“非法”居留外国人之间的区分，还可以从《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》²第20条第2款得出。该条款规定：

“移徙工人或其家庭成员不得仅由于未履行工作合同产生的义务，而被剥夺其居住许可或工作许可，或被驱逐出境，除非履行这种义务构成这种许可的一个条件。”

7. 此处也有必要考虑的是，该条款与整项公约一样，都只涉及合法移民工人。移民工人必要时可被“剥夺居住许可”或“工作许可”，其实是暗示他们已经拥有居住许可，这在大多数国家是发放“工作许可”的前提条件。因此，此处只涉及东道国入境和居留法所指的合法移民工人，与通常称为“地下工人”或“黑工”的非法工人相对。

8. 1954年《关于无国籍人地位的公约》³第31条第1款也同样规定，缔约国不得将“合法在其领土内的无国籍人”驱逐出境。

9. “受保护者”外国人作为一个类别，更多地由国家法律而非国际文书中出现。这类外国人享有法律不向新入境非法移民提供的特殊保障，后者因违反入境规则，要接受推回或驱离程序。如下文所述，大多数国家的法律定有针对后者的即决推回或驱离程序，各国相关方式则可能各不相同。

10. 应当明确的是，虽然考虑到国际法提供的和国家实践形成的导向，区分这些不同类别外国人是编纂乃至逐步发展的需要，但就尊重被驱逐者人权而言，这一区分绝非必要之举。被驱逐者无论以什么条件进入驱逐国都还是人，因此也有权享有对人的所有基本权利的保护，特别是对人的尊严受尊重权利的保护。

B. 对“居住外国人”、“正当”或“不正当居留外国人”概念的语义说明

11. 《保障人权和基本自由公约》（《欧洲人权公约》）第七议定书第1条在第1款中规定，“合法居住在一国领土内的外国人，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐(……)”。欧洲委员会人权问题指导委员会在解释这一条的报告中强调，

² 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》，纽约，1990年12月18日，联合国《条约汇编》第2220卷，第3页(1990年12月18日大会第45/158号决议通过，2003年7月1日生效)。

³ 《关于无国籍人地位的公约》，纽约，1954年9月28日，联合国《条约汇编》第360卷，第117页(根据1954年4月26日经济及社会理事会第526 A(XVII)号决议的规定召开全权代表大会通过)。

“居住”一词指的不是“抵达港口或任何其他入境点，尚未通过移民检查的外国人，[也不是]获准仅为过境或在一个限定期间作为非居民入境的外国人”。⁴ 关于“正当”一词，指导委员会明确表示，每个国家可确定外国人正当居留必须符合的条件。因此，第七议定书第1条“不仅适用于正当入境的外国人，也适用于不正当入境但其身份后来转正的外国人”。⁵ 而不再符合当事缔约国法律所定入境或居留条件的人，“不能被视为‘正当’居留”。⁶

12. 欧洲委员会通过的其他文书对正当居所一词作了更加简明的定义。例如，1955年《欧洲居留公约》附加议定书第II节(b)段简要规定，“缔约方侨民在某一缔约方境内符合[关于外国人入境、居留和旅行的规定]，即视为正当居住”。1993年，欧洲人权委员会宣布，第七议定书第1条第1款不适用于请求人留在当事国境内等待“关于政治庇护申请的裁定或取得居留凭证”，而其临时签证已过期的情况。⁷ 委员会还宣布，该条款也不适用于当事人没有居留凭证，而其庇护申请被最终拒绝的情况。⁸

13. 欧洲人权法院也曾经就适用这一条款的方式发表意见，特别是在Sejdovic案中，法院认为，“当意大利当局决定驱逐请求人时，请求人因失去有效居留凭证，在意大利就不属于‘正当’居留，而第七议定书第1条在此情况中并不适用”。⁹ 相反，在2006年10月5日关于俄罗斯驱逐土耳其侨民的Bolat案裁定中，法院指出，在本案中，第七议定书第1条适用于请求人“按正当程序获准进入俄罗斯并在俄罗斯居住，而且获颁居留许可，这一许可后来又根据一项有利司法裁定予以延长”的情况。¹⁰

14. 另一方面，联合国人权事务委员会在1986年第15号一般性意见中解释说，1966年公约第13条规定的正当性条件意味着，“为确定[该条给予外国人的保护]的范围”，必须考虑各国的入境和居留规则，而“偷渡者和居留时间超过法定时

⁴ 欧洲委员会，关于《欧洲保障人权和基本自由公约》第七议定书的解释报告，斯特拉斯堡(法国)，1984年11月22日，《欧洲条约汇编》第117号。Anne-Lise Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, 博士论文打印文本，里尔大学(法国)，2007年。

⁵ 出处同上。

⁶ 出处同上。

⁷ 欧洲人权委员会1993年1月13日裁定，“Voulfovitch 等人诉瑞典”，第19373/92号诉状，裁定与报告74，第199页。

⁸ 欧洲人权委员会1993年2月8日裁定，“S. T. 诉法国”，第20649/92号诉状。

⁹ 欧洲人权法院2002年3月14日关于可受理性的裁定，“Sejdovic 和 Sulejmanovic 诉意大利”，第n° 57575/00号诉状，第8点。此案根据2002年11月8日裁定结束审理。

¹⁰ 欧洲人权法院2006年10月5日判决，“Bolat 诉俄罗斯”，第14139/03号诉状，第77页。

限或居留许可所定时限的外国人，尤其不受[该条款的]保护”。¹¹ 但是，委员会补充说，如果对外国侨民入境或居留的合法性存有疑问，就必须“按照第 13 条”采取任何驱逐措施。¹²

15. 因此：

(a) 外国人通过移民检查并穿过港口、机场、陆路边防站等入境点进入一国领土，即视为在该国“居住”；

(b) 相反，外国人获准仅为过境或在一个限定期间作为非居民进入一国领土，不得被视为居民；

(c) 外国人符合当事国法律规定的入境或居留条件，即视为在该国“合法”或“正当”居留；

(d) 相反，外国人不符合或不再符合当事国法律规定的入境或居留条件，即视为在该国“非法”或“不正当”居留。

16. 特别报告员认为，如此对术语加以明确，或许有助于改善和丰富 2007 年国际法委员会交由起草委员会处理的第 2 条草案中所载的定义。¹³

二. 驱逐非法入境外国人的适用程序

A. 新近非法进入驱逐国领土的外国人

17. 在大多数国家，只有行政当局有权决定驱逐非法入境外国人。事实上，当外国人没有正当身份时，许多国家不让法官介入驱逐程序。法国参议院就若干欧洲国家驱逐无正当身份外国人问题所作的调研，充分说明了这一状况。¹⁴ 其中还强调了各国相关立法的不一致性。

18. 在德国，驱逐无正当身份外国人的规则出自 2004 年 7 月 30 日关于外国人在联邦领土内居留、就业和社会融合的法律。该法律于 2005 年 1 月 1 日生效，在这个问题上采用了 1990 年外国人管理法相关条款的基本内容，优先考虑让无正当身份外国人自愿离境。驱逐不需要专门决定，因此不容异议。相反，对法官应行政部门要求作出的行政拘留决定则可以上诉。事实上，在该国，驱逐措施不需

¹¹ 联合国人权事务委员会，第二十九届会议(1986 年)，第 15 号一般性意见“公约规定的外国人地位”(HRI/GEN/1/Rev.8)，第 9 段。

¹² 出处同上。

¹³ 见《大会正式文件，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 188 段，第 101 页。

¹⁴ 见法国参议院工作文件(比较立法系列报告)，*L'expulsion des étrangers en situation irrégulière*，第 LC 162 号，2006 年 4 月。

要专门决定，因为驱逐只是对任何无正当身份外国人执行离境义务的一种方式。而对于无正当身份的外国人，离境义务在任何情况下都可以立即执行：对于外国人因不正当入境或者未予申请而没有居留凭证的，单独根据外国人管理法执行即可；或者按照拒予居留的行政文书执行。在该国，外国人管理法由联邦各州负责移民的行政部门执行。

19. 外国人管理法规定的强制执行力在德国行政法中普遍存在。根据 1953 年行政执行法，涉及义务或禁令的行政文书不仅具有执行力，而且还可以由行政部门在没有法官介入的情况下直接强制执行。可通过强迫手段，对所有未持居留凭证的外国人执行离境义务：单独根据外国人管理法，或者按照关于通知终止在联邦共和国境内居留权的行政文书。对于外国人因不正当入境或者未予申请而没有居留凭证的，外国人管理法规定，可通过强迫手段执行离境义务而不需要任何行政决定。在其他情况中，外国人管理法规定，离境义务产生于行政部门拒发居留凭证，或者其他行政文书(例如吊销现有凭证或限定凭证有效期)。通过强迫手段执行离境义务，只有在订定这一强迫手段的行政文书本身可以执行之时，也就是说，对这一文书的申诉¹⁵已被最终驳回之时，方可进行。因此，强制执行离境义务由于具有直接执行力，并不以发放专门行政文书为条件。

20. 总之，驱逐无正当身份外国人有两种程序。第一种是立即处理，与推回边界相似，适用于最近六个月内偷渡进入德国的外国人。这类外国人可以在没有事先命令且未作书面通知的情况下驱逐。但是，不可以将无正当身份外国人驱逐到一个他有可能遭受迫害的国家。法律规定，可通过拘留方式(Abschiebungshaft：驱逐前羁押)，为驱逐某些外国人提供保证。法律列有采取这一措施的理由，其中包括未持有效证件进入联邦共和国领土。因此，对于最近六个月内偷渡进入德国且适用第一种驱逐程序的外国人，可予以行政拘留。第二种提供给当事人的保证更多，涉及其他无正当身份的外国人，包括虽以正当方式入境但未取得居留凭证的外国人，以及偷渡入境，由于在居留德国的头六个月没有遭受任何驱离措施，六个月后仍在境内的外国人。这类外国人的驱逐程序将在下文关于“长期居住的非法外国人”一章中作更加详细的研究。在两种情况中，执行驱逐措施都可以通过将当事人转往过境中心或拘留中心获得保证。

21. 在比利时，驱逐无正当身份外国人的规则出自 1980 年 12 月 15 日关于外国人入境、居留、定居和驱离的法律，以及 1981 年 10 月 8 日关于执行这项法律的皇家法令。这两项文书自生效以来经历多次修订。法律优先考虑让无正当身份外国人自愿离境，因此，原则上驱逐决定只在当事人不服从限期离境命令的情况下作出。所有与驱逐有关的措施，包括拘留，都由行政部门采取。事实上，根据 1980 年法律，驱逐决定由主管移民问题的大臣即内政大臣作出。不过，1995 年 5 月

¹⁵ 这类上诉不具任何暂停效力。

17 日内政大臣关于在外国人入境、居留、定居和驱离领域授予大臣权力的命令规定，对逃避边防检查进入比利时的外国人适用的驱逐决定，可由外国人管理局¹⁶一定级别官员、市长和负责外国人警察局¹⁷的市府公务人员、司法警察和宪兵队士官作出。对其他可予驱逐的外国人(例如庇护权被驳回但未按规定离境者)适用的驱逐决定，可由外国人管理局一定级别官员作出。对驱逐决定可申诉撤销，也可向行政法院请求暂缓执行，而剥夺自由的措施则是向法官提出异议。

22. 在喀麦隆，对于以不正当方式进入喀麦隆的外国人，确定外国人入境、居留和出境条件的 2000 年 10 月 12 日第 2000/286 号法令第 59 条明确规定：“推回措施由边防或移民处所负责人在本国入境点采取”。

23. 在丹麦，关于驱逐的主要规则出自外国人管理法。最近几年，该法经历频繁修订。现行文书是 2005 年 8 月 24 日第 826 号法律。难民、移民和社会融合部作为主管部门，已在一些通函中明确相关法律条款。法律鼓励境内无正当身份外国人自由回返，因此，原则上驱逐决定只在当事人不与当局合作且不离境的情况下作出。除剥夺自由的决定属于法官权限¹⁸外，所有涉及驱逐程序的决定都由行政部门作出，而且只可提出不具暂缓效力的行政申诉。针对无正当身份外国人的驱逐决定由外国人管理局作出，外国人管理局隶属难民、移民和社会融合部，负责执行外国人管理法。

24. 外国人管理局的驱逐决定将通知警察部门具体执行。这一决定必须考虑外国人的个人情况，特别是与丹麦社会的融合程度、年龄和健康状况、与丹麦境内居民的联系等。还必须写明当事人的离境时限，外国人管理法规定这一时限不得少于 15 天。根据行政文书法的一般规则，驱逐决定必须说明理由，写明外国人的申诉途径并提供相关实践指导。外国人管理局的驱逐决定由警察部门通知当事人。通知必须经过翻译，除非该外国人毫无疑问懂丹麦文。为保证驱逐决定得到妥善执行，警察部门甚至可以在这一决定作出之前采取管制措施，还可以要求无正当身份外国人上交身份文件、缴交保释金，要求他们转往三个过境中心¹⁹之一或定期到过境中心报到。最常用措施是转往过境中心，必须每周两次向警察部门报到。对于这些管制措施，可向难民、移民和社会融合大臣提出异议，但相关申诉不具暂缓效力。必要时可将外国人行政拘留(frihedsberøvelse: 剥夺自由)。

¹⁶ 外国人管理局属于负责内政的联邦公共服务部门，是由内政大臣分管的行政单位。外国人管理局负责执行外国人管理法，下设机构中包括一个“驱离”管理处。

¹⁷ 重要市镇设有专为外国人服务的机构，而其他市镇的外国人事务由居民服务处兼管。

¹⁸ 单一司法系统由 82 所法庭、两所上诉法院和最高法院组成。不单设行政司法机构：行政部门与公民之间的纠纷一般情况下由一些专门机构负责解决，必要时也可提交普通司法机构处理。

¹⁹ 这些过境中心也收容申请庇护者(整个申请审查期间)以及庇护权被驳回者(离境前)。

外国人管理法规定，这项措施适用于其他管制安排不足以保证当事人到场的情况，以及外国人离境时不合作，例如拒绝提供身份资料的情况。

25. 在西班牙，驱逐无正当身份外国人的规则出自 2000 年 1 月 11 日关于外国人权利和自由的第 4 号基本法。该文书自生效以来经历多次修订，特别是通过 2000 年 12 月 22 日第 8 号基本法作出修订。在 2000 年 1 月 11 日第 4 号基本法的最初版本中，无正当身份的外国人只应受行政罚款处分。2004 年 12 月 30 日第 2393 号皇室法令阐述了外国人管理法的条款，特别是有关驱逐的条款。驱逐外国人是一项具有立即执行力的行政措施。但是，外国人在其申诉撤销得到处理之前，可以获得驱逐令的暂缓执行。相反，行政拘留决定是由法官应行政部门的要求作出。驱逐决定由行政部门，政府下派机构即国家政府派驻各省的代表机构作出。在仅由一个省组成的自治社区，则由政府派驻机构负责。这些行政结构由专门执行外国人管理法的单位组成。驱逐决定必须事先由警察部门进行预审。事实上，根据外国人管理法，无居留凭证在西班牙境内居留构成严重的行政违规。²⁰ 此类违规者应受 301 欧元至 6 000 欧元的行政罚款处分，金额视当事人经济能力而定。不过，作为惩罚，无正当身份外国人也可能被驱逐而不是罚款。驱逐无正当身份外国人并非根据普通法行政处罚程序决定，而是根据即决程序决定，这样就可以在 48 小时内决定驱逐。但即决程序也效仿普通法程序的不同阶段。警察部门向无正当身份外国人递交一份说明驱逐理由的“初步提案”，通知其驱逐程序已对其启动。当事人可在 48 小时内提供自认为相关的资料，尤其可以提供与西班牙社会融合的证据，并对适用即决程序的依据提出异议，理论上，即决程序只适用于必须在最短时间内作出驱逐决定的特殊情况。

26. 驱逐程序启动后，外国人有权免费获得律师帮助，必要时还可获得口译帮助。如果通知这一程序的警察部门不采纳当事人意见，或者当事人不作回应，初步提案就将原样提交主管行政部门下达驱逐令，而当事人也将接获通知。否则，就将在三日内核对当事人意见，并向当事人发出新的提案，后者再有 48 小时提供资料。这一时限结束后，提案将提交主管行政部门。驱逐决定必须在程序启动后六个月内作出。在此期间，当事人可能要经受外国人管理法列明的管制措施：吊销护照，定期向当局报到，软禁，至多 72 小时“预防性”羁押，²¹ 以及行政拘留。驱逐决定成为确定之事后，将通知当事人。这一决定必须说明理由，并将提案所

²⁰ 外国人管理法将行政违规分为三类：轻微、严重和非常严重。

²¹ 指的是针对无正当身份外国人的一种剥夺自由措施，与监禁不同。法律将其时间限定为 72 小时，但没有规定对这一剥夺自由措施的上诉途径，因其不是由法官下令。因此，以此方式羁押的外国人，与任何被非法羁押的人一样，可申请人身保护令，以便尽快面见法官。

述内容作为唯一依据，还必须列明提供给外国人的申诉途径。驱逐决定具有立即执行力。²²

27. 在联合王国，驱逐问题由移民部门公务人员处理，但除任何特殊情况外，内政大臣可自行就加快程序等事项作出决定。驱逐无正当身份外国人的规则出自多项关于外国人的现行法律：1971 年移民法，1999 年移民与庇护法，2002 年国籍、移民与庇护法，以及 2004 年关于处理庇护和移民申请的法律，包括上述各法的种种修订。具体条款已通过执行条例加以明确。另外，一本面向移民服务人员的指导手册详细说明了与驱逐有关的法律和法规条款的适用方法

28. 驱逐无正当身份外国人是一项行政措施，通常情况下具有立即执行力。只有以正当方式进入联合王国的人，才可进行具有暂缓效力的申诉。其他外国人必须在进行申诉之前离境。申诉由一个专门处理移民争讼的独立机构“庇护与移民法庭”(Asylum and Immigration Tribunal)进行审查，对于法庭的决定，只有在法律出错的情况下才可提出异议。此外，为拖延目的多次申诉是不可能的，任何外国人原则上只能向法庭申诉一次。因此，在没有新内容的情况下，如果对拒予居留决定提出申诉，就不可再对驱逐决定提出申诉。与所有有关移民的问题一样，驱逐决定也属于内政部(Home Office)权限，由移民部门公务人员作出。事实上，1971 年移民法规定，对于逃避边防检查进入联合王国的外国人，可通过移民部门公务人员的决定进行驱逐，而 1999 年移民与庇护法规定，对于以正当方式入境但越权行事的外国人，也可以根据同一行政当局的决定进行驱逐。移民服务指导手册明确指出，驱逐无正当身份外国人的案卷由具有一定权限和经验的公务人员，或者由接受特别授权、经特别指定的督察人员处理。这一原则适用于以下最简单的情况：

- 外国人在联合王国居留不满 10 年；
- 抵达联合王国前的经历易于描述；
- 与联合王国无特殊联系，例如家庭联系；
- 没有任何例外情形可证明必须在联合王国居留。

29. 在较为复杂的情况中，驱逐决定必须经高级公务人员同意后作出，如果涉及敏感案卷，例如有议员介入，或者案件可能会在媒体中造成反响或影响到与该外国人所属社区的关系，甚至还必须经内政大臣同意。2000 年以来的判例认为，未经许可进入联合王国的人不一定就没有正当身份。正因为此，移民服务指导手册规定，相关公务人员只有在确信从收集到的资料看就是这一情况，并且认为其决定不会让有关外国人遭受无端损害的情况下，才能够形成以不正当方式入境的意

²² 相反，对例如有工作但未持必要许可的外国人适用的普通法程序，给予当事人至少 72 小时的离境时间。

见。相关公务人员必须就其行使评判权的经过草拟一份简短说明。在任何情况下，驱逐决定都可以由内政大臣作出，内政大臣可在任何时候以便利或效率为由过问案卷，例如，因为相关程序没有他的介入显然无法终结的情况。

30. 在意大利，被称为“移民问题唯一文书”的1998年7月25日第286号立法令²³及其主要执行条例，即1999年8月31日第394号共和国总统令，均述及驱逐无正当身份外国人的规则。该唯一文书最初由好几项文书合并而成，其中包括1998年3月6日关于移民和外国人地位问题各种应对措施的第40号法律，即纳波利塔诺-图尔科法。唯一文书经历多次修订，特别是通过2002年7月30日关于修订移民和庇护领域适用条款的第189号法律，即波西-菲尼法作出修订。现行有关驱逐的条款出自两个相互矛盾的倾向：一方面是有意管制外国人入境并打击偷渡，尤其表现为通过波西-菲尼法对唯一文书作出修订，另一方面是必须保证即使无正当身份外国人也应享有宪法所述基本权利。这一要求导致立法机构从2002年开始，在宪法法院每次受理违宪性抗辩方式都宣布一些违宪段落之后，多次对唯一文书加以改进。

31. 事实上，与其他国家的情况相反，意大利的法官介入行政驱逐决定：这一决定必须由法官宣布有效之后才可以执行。自2002年以来，由警方押解护送出境是任何行政驱逐都适用的规则。不过，宪法法院在受理违宪性抗辩方式时认为，这项措施损害个人自由，因此必须由法官宣布有效。此外，宪法法院排除了按照书面程序宣布该措施有效的可能性，因此必须举行争讼辩论，外国人必须有律师帮助。自2004年起，行政驱逐决定是由作出驱逐决定所在地点的和平法官（一种非职业法官）宣布有效。有效性听证在驱逐决定作出后48小时内举行，任何由警方押解护送出境的措施在有效性决定作出之前不得执行。对有效性决定可申诉撤销，但无暂缓效力。

32. 驱逐无正当身份外国人，无论外国人是逃避边防检查入境，还是在居留期间居留凭证失效或被吊销，都是一个由省长作出的行政决定。驱逐决定必须说明理由，证明驱逐合理的事实必须明确陈述。驱逐决定的副本由警务人员亲手送交当事人。如果找不到当事人，则将驱逐决定通知到当事人最后一个已知住所。如果当事人不懂意大利文，驱逐决定必须附有一份用当事人所懂语文拟订的“概要”，在没有所懂语文时，则用英文、法文或西班牙文拟订。有关判例将这一翻译做法作为辩护权的组成部分，并认为，当驱逐决定没有翻译成当事人所懂语文时，必须说明不予翻译的理由，否则驱逐决定将失去效力。判例认为，只有在行政部门不知道当事人原籍国，因此也不知其所懂语文的情况下，驱逐决定才可以翻译成英文、法文或西班牙文。当事人接获驱逐决定通知的同时也将获知其权利：在整

²³ 立法令是由政府在议会投票通过授权法案授予其权限之后通过的立法文书，而法律令是政府在紧急情况下通过，随后由议会转化为法律的文书，议会在转化时可修订政府通过的条款。移民问题唯一文书的好几项修订出自法律令。

个涉及驱逐的司法过程中可获得通过法律援助提供的律师帮助，还可提出反对驱逐决定的申诉。根据上述“纳波利塔诺-图尔科”法，驱逐决定既包括下令在 15 日内离境，也包括下令遵守若干旅行规定并向边防警察部门报到。但在某些情况下，驱逐决定可规定由警方护送当事人出境。这一做法基本上仅限于外国人不遵守上一份驱逐决定，而且行政部门怀疑其逃避执行该驱逐决定的情况。上述“波西-菲尼”法则将由警方押解护送出境作出一项规则。只有在作出驱逐决定是因为当事人居留凭证失效超过 60 天的情况下，当事人才会收到 15 日内离境的命令。但即使在这一情况中，如果行政部门担心当事人逃避执行驱逐决定，也可以规定由警方押解护送出境。驱逐决定具有立即执行力，由警察部门具体执行。

33. 总体而言，从各国立法得出的结论是，当外国人显然毫无机会获得居留许可，²⁴ 或者可能存在因为非法入境²⁵ 或未遵守入境条件²⁶ 而遭驱逐的理由时，可以启动即决或特别推回程序。当外国人不是与驱逐国通过特别安排或关系建立联系的国家的侨民时，也可适用特别程序。²⁷

B. 在驱逐国境内长期居住的非法外国人的情况

34. 如上文所述，有些法律对新入境非法外国人和长期居住非法外国人作了区分。这一区分在驱逐程序中可能会带来些许不同。第一种情况适用即决程序，而第二种情况则适用可提供一些权利保证的程序，特别是可以向主管当局进行案件申辩。例如，对于偷渡进入德国，而且在居留期头六个月未遭受驱离措施的外国人就适用这一程序。他们必须离境，而且这一义务无需书面命令即要他们接受。除非给予离境时限，他们必须尽快离境，²⁸ 法律规定无正当身份外国人必须离境的最长时限为六个月。这一时限由行政部门酌定，以便当事人能够做好离境准备，通过自愿离境避免被驱逐。通常认为一个月时限已经足够。驱逐程序严格来说只适用于被驱逐外国人不主动离境，或者某些情形证明当事人离境需受管制的情况。对外国人自愿离境的怀疑必须立足于具体内容，例如当事人未向房东告辞。另外，证明有必要对外国人离境进行管制的各种情形已通过法律罗列，包括缺乏资金、没有身份文件、申明有意留在德国、以及向行政部门提供错误信息等。驱

²⁴ 瑞士 1949 年条例第 17(1) 条。

²⁵ 白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 3 条；尼日利亚 1963 年法律第 25(1) 和 (2) 条。如果国际协定没有在有关国家之间建立移交被驱逐外国人的特别程序，可将被驱逐外国人交由驱逐国当局进行驱逐(白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 3 条)。

²⁶ 巴西 1981 年法令第 104 条，1980 年法律第 70 条；意大利第 286(1998) 号法律令第 13(4) 和 (5)、(5 之二) 和 (5 之三) 条；瑞典 1989 年法律第 4.6 条。

²⁷ 法国法典第 L. 531-3 条。

²⁸ 外国人被拒发或吊销居留凭证的情况尤其如此。有关居留凭证的行政决定提到在某一时限内离境的义务。

逐程序始于向外国人发出书面警告。警告必须说明当事人必须离境的时限。这一时限并非额外时限，而是指对离境义务适用的时限。警告还必须写明目的地国和拒绝在规定时限内离境的后果。警告是一种完全意义上的行政文书，因此，可事先提出行政申诉以及向行政法官申诉撤销。但这些申诉对驱逐本身没有影响，只有在警告本身侵犯外国人权利的情况下才会予以考虑。没有警告的驱逐是违法的。不过，有一部分判例认为，当外国人未经许可进入联邦共和国领土时，警告这一步骤就没有必要。

35. 另外也可以看到，在丹麦这个国家，驱逐决定必须考虑若干因素，特别是外国人与丹麦社会的融合程度以及与丹麦境内居民的联系，西班牙、意大利和联合王国也向境内非法居留外国人提供大量程序方面的保证。但总体而言，规定对非法移民，包括长期居留非法移民，以及合法进入驱逐国领土的外国人适用这些程序规则的法律很少。

36. 恰恰相反，在美国法律体系的一个权威先例“*Harisiades诉Shaughnessy*”案中，“最高法院认为，美国有权驱逐任何外国人，不论其在境内居留多长时间，行使这一权力既不违反有关正当程序的保证，也不侵犯言论自由，而且，因为当事人在法律生效之日前与‘颠覆组织’有染而引致的驱逐，不构成宪法所禁止的追溯既往措施。此外，经受‘民事’驱逐程序的外国人不得强调最高法院对‘Miranda’案的判决在其他地方产生的深远影响，最高法院认为，在事先未告知被监禁者有权保持沉默并延请律师到场听审的情况下，不得采用其发表的声明。”²⁹

37. 无论如何，这一区分以及由此在程序上可能产生的法律后果，都属于每个国家的主权范畴。在这方面，委内瑞拉联邦最高上诉法院 1941 年裁定如下：

“驱逐不受欢迎外国人和推回或驱逐无正当身份外国人的权利，属于国家自由行使主权的范畴，因此，自然不应以任何理由对这一权利提出申诉。……不过，为避免驱逐令中出现任何国籍方面的错误，委内瑞拉法律赋予被驱逐者证明其委内瑞拉人身份的权利。不难看出，驱逐权作为国家主权的明确表现，绝不会受到影响。实际上，正是此处暗含确认，针对不受欢迎外国人的驱逐令是不可撤销的。”³⁰

38. 只不过，当驱离决定涉及第二代移民或没有正当身份的长期居留移民时，就要参考围绕其歧视性质展开辩论的情况。欧洲委员会会议会曾在 2001 年 2 月 27 日

²⁹ 见 Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, 牛津, Clarendon Press, 1978 年, 第 239 页。

³⁰ *In re Krupnova*, 委内瑞拉联邦最高上诉法院, 1941 年 6 月 27 日, 《国际公法案例年度摘要和汇编》, 1941-1942 年, H. Lauterpacht(主编), 第 92 号案件, 第 309 页。

移民、难民和人口委员会发表报告³¹之后参与这一辩论。在这份报告中，委员会将被判刑的长期居留移民所面临的驱逐定性为歧视，“因为国家不对犯有同样行为的本国侨民采用这一手段”。³²

39. 不管怎样，从上述几种情况看，相关国家实践各不相同，但都取决于每个国家的具体国情，从中几乎不可能得出关于驱逐境内非法居留外国人的相同程序规则，所以用任何方式尝试编纂这一规则都属于冒险之举。特别报告员因此认为，鉴于有关外国人入境和居留条件的规则属于每个国家的主权范畴，从法律和政治角度看，此类规则也应由每个国家通过立法确定。关于驱逐外国人的程序，作为国际法的编纂乃至逐渐发展，我们认为应仅限于列出在国际法和国际实践中无可争议的既定规则，或者在各国实践中占据绝对优势倾向的规则。这些规则可构成驱逐境内有正当身份外国人的程序的普通法，同时不妨碍任何国家将其适用于驱逐无正当身份的外国人，特别是在驱逐国境内已经居留一定时间或者可能即将享有独特地位的外国人。

40. 鉴于上述考虑，拟用一个专门条款草案来确定出自本部分条款草案的各项程序规则的适用范围，措辞如下：

第 A1 条草案[本]程序规则的适用范围

1. 本部分条款草案适用于驱逐在驱逐国境内合法[正当]居留的外国人的情况。
2. 但是，一国也可将条款草案适用于驱逐非法入境的外国人，特别是该外国人在该国依法享有独特地位或者已在该国居留一定时间的情况。

三. 对一国境内合法居留外国人适用的程序规则

A. 一般考虑

41. 成为驱逐对象的外国人可要求获得各项人权公约规定的程序保证，包括可强调被送往目的地国后其权利将受到损害。³³ 为此，当事人必须拥有国家一级和国际一级的上述途径。通常情况下，相关要求可向行政或司法当局提出。专门研究

³¹ 欧洲委员会移民、难民和人口委员会，关于不驱逐长期居留移民的报告，2001年2月27日，8986号文件。

³² 出处同上，第 I-3 点。

³³ 关于所有实体和程序保证，见 Michel Puéchavy, 《Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme》，载于 Pierre Lambert 和 Christophe Pettiti, *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2003年3月21日布鲁塞尔律师协会和巴黎律师协会人权研究所组织的研讨会文件，布鲁塞尔，Bruylant, 《Droit et justice》丛书，2003年，149页，第75-95页。

移民问题的国家级机构提出的意见虽然对主管当局没有强制力，但有助于避免即决驱逐。³⁴ 大多数国家对司法申诉作有规定，但“上诉权的有效性很大程度上取决于该权利的暂缓性质”，³⁵ 而这一性质显然并非在所有国家都是顺理成章。

42. 驱逐外国人，特别是在驱逐国境内正当居留的外国人，必然要遵守形式条件，³⁶ 因为即使是有正当理由的驱逐，也有可能因其操作方式而脱离初衷。合法驱逐外国人必须符合的条件几百年来不断变化。相关条件来自国际判例³⁷ 和国家实践，其中提出了一般性限制，例如禁止任意行事或滥用权力。³⁸

43. 一般而言，驱逐程序不具刑罚性质，与其配套的保证也没有象刑罚那样得到发展，因为驱逐至少在理论上不是一种惩罚，而是执行机关通常以下令通知外国人离境为形式的一种行为。³⁹ 联合国秘书处半个世纪前对驱逐移民问题进行的研究表明，当时有一种相反意见。根据这项研究，“应当注意到，‘驱逐是一种惩罚。首先意味着逮捕，剥夺自由；其次意味着要当事人离开家园、家庭、事业、财产。谁也不能否认被迫离开家园、家庭、朋友和事业是一种惩罚。’这甚至是‘一种比坐牢几年失去自由还要严重的刑罚’”。⁴⁰

³⁴ M. Aguiar, 对 2001 年 2 月 27 日欧洲委员会移民、难民和人口委员会关于不驱逐长期居留移民的报告的理由陈述, 8986 号文件, 第 III-27 点。

³⁵ 出处同上。

³⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, 前注 29, 第 263 页; 同一看法, Rainer Arnold, 《Aliens》, 载于 Rudolf Bernhardt (主编), 《国际公法百科全书》(阿姆斯特丹, Elsevier Science), 第 1 卷, 1992 年, 第 104 页; Louis B. Sohn 和 T. Buergenthal (主编), *The Movement of Persons across Borders*, 《跨国法律政策研究》(华盛顿, 美国国际法学会), 1992 年, 第 23 卷, 第 89 页; Robert Jennings 和 Arthur Watts, 《奥本海国际法》, 第 9 版, 第一卷“和平”(第 2-4 部分), 1996 年, 第 940 页。

³⁷ 见 Richard Plender, *International Migration Law*, 第 2 版(修订本)(多德雷赫特, Martinus Nijhoff), 1988 年, 第 459 页; Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, 纽约 The Banks Law Publishing Co., 1915 年, 第 55 和 56 页[引述“Casanova(美国)诉西班牙”, 1871 年 2 月 12 日, Moore's Arb. 3353]; Robert Jennings 和 Arthur Watts, 前注 36, 第 945 页。

³⁸ 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录(A/CN.4/565 和 Corr. 1), 第 125-133 和 139-144 页。

³⁹ 见 David A. Martin, 《The Authority and Responsibility of States》, 载于 Aleinikoff, T. Alexander 和 V. Chetail (主编), *Migration and International Legal Norms*, 海牙, T.M.C. Asser Press, 2003 年, 第 31-45 页, 第 39 页; 另见 Guy S. Goodwin-Gill, 前注 29, 第 238 和 239 页, 引述“Yick Wo 诉 Hopkins” 118 U.S. 356 (1886); “Kaoru Yamataya 诉 Fisher” 189 U.S. 86 (1903) (日本移民案); “Ludeck 诉 Watkins”, 335 U.S. 160 (1948) 和 “Netz 诉 Ede” [1946] Ch. 224; “R. 诉 Bottrill, 只针对 Küchenmeister” [194. 7] 1 K.B. 41)。Guy S. Goodwin-Gill 表达了与几位学者和美国各种判例相同的意见。例见“Muller 诉加尔各答 Presidency 监狱长”, 前注 29; “Bugajewitz 诉 Adams” 228 U.S. 589 (1913); 在秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录中提供的资料, 前注 38。

⁴⁰ 联合国秘书处关于驱逐移民问题的研究, 1955 年 8 月 10 日(ST/SOA.22 和 Corr. 2(取代 Corr. 1)), 第 31-33 页, 第 45-48 段[分别引述 Brewer 法官在“Fong Yue Ting 诉美国”案

44. 然而，同一研究还指出，“各国在筹划现行驱逐程序时借鉴的观点是，驱逐不是惩罚，而是政府为国家利益采取的执法措施”。⁴¹ 1930 年，A. Blondel 在欧洲和美洲国际公法规则的基础上表示，“驱逐始终是一种行政或政府措施；由此得知，驱逐仍是由执行机关或行政当局酌情决定的执法措施，即使[在判刑之后宣布]，也决不是刑罚”。⁴² 将驱逐视作惩罚，不管怎样在今天都已不再流行，而且无论是涉及实体法还是程序法，国家立法一般都避免通过简单搬移将刑法原则适用于驱逐。因此，举个例子，刑法不追溯既往的基本原则在大多数国家有关移民和驱逐外国人的立法中都无法找到。在程序保证方面，《公民及政治权利国际公约》第 13 条仅要求遵守法律规定的程序以及当事外国人可以“提出反对驱逐出境的理由”，并简单规定必须准予“使他的案件得到合格当局[……]的复审，并为此目的而请人作代表”。⁴³ 有观点认为，国家将保有对相关程序保证的酌处权。⁴⁴ 这一观点没少招致批评。有一位在国际移民法律方面作了大量研究的学者表示，“迁就某些国家司法机构是令人不快也是没有必要的，因为这些机构要将驱逐归为不同于‘刑罚’的一类并减除若干后果，例如没有申诉权”。⁴⁵

45. 驱逐外国人必须遵守的形式条件已在前文所述秘书处关于驱逐移民问题的研究⁴⁶ 中进行分析。研究指出，“虽然驱逐被视为一种挺常见的行政措施，但一些国家有关驱逐的立法却不包含对下达或执行驱逐令必须遵守的程序作出规定的条款；或者，即使存在这类条款，也只是载列一些非常笼统的指示，目的是确保驱逐机制的妥善运行而非保护当事人”。⁴⁷ 这项研究“不仅提议通过国际层面

(U. S. 698/1893)中发表的不同意见和 Rutledge 法官在“*Knauer* 诉美国”案(14 U. S. Law Week 4450/1946)中发表的不同意见]。

⁴¹ 出处同上。

⁴² A. Blondel, 《Expulsion》, 载于 A. Lapradelle (de) 和 J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, 巴黎, Sirey, 第 8 册: *Théorie générale de la condition des étrangers*, 1930 年, 共 706 页, 第 105-162 页, 特别是第 109 页。

⁴³ Robert Jennings 和 Arthur Watts, 前注 36, 第 945 页和注 2(引述“*Artukovic* 诉移民和归化局”(1982), 《国际法案例汇编》79, 第 378 和 381 页)。但 Guy S. Goodwin-Gill 指出, 美国最高法院认为, 关于驱逐的法律的追溯力条款不能使这些法律因此陷入违宪状态。见 Guy S. Goodwin-Gill, 前注 29, 第 239 页[引述“*Harisiades* 诉 *Shaughnessy*”, 342 U. S. 580 (1952); “*Mandel* 诉 *Mitchell*”, 325 F. Supp. 620 (1971); “另名撤销”; “*Kleindienst* 诉 *Mitchell*, 408 U. S. 753 (1972); *Miranda* 诉亚利桑那, 384 U. S. 436 (1966); *Pang* 诉移民和归化局, 368 F. 2d 637 (1966); *Lavoie* 诉移民和归化局, 418 F. 2d 732 (1969), 拒绝审理 400 U. S. 854 (1970); *Valeros* 诉移民和归化局, 387 F. 2d 921 (1967); *Kung* 诉分局局长, 356 F. Supp. 571 (1973)]。

⁴⁴ 见 David A. Martin, 前注 39, 第 39 页; 小田滋, 《Legal Status of Aliens》, 载于 Max Sørensen (主编), 《国际公法手册》, 纽约, St. Martin's Press, 1968 年, 第 481-495 页, 第 482 和 483 页。

⁴⁵ Guy S. Goodwin-Gill, 前注 29, 第 257 和 258 页。

⁴⁶ 前注 40。

⁴⁷ 出处同上。

的法律措施来限制各国驱逐外国人时的酌处权(参阅第五章第1节),并在各种国家立法中说明允许驱逐的情况,而且还强调司法当局必须密切介入驱逐程序,当事人必须享有给予因违反刑法被判决者的一切保证。如果交由司法当局处理这些问题,就可以更好地确保每个案件都得到应有的关注,从而抛除当事人合法利益被轻视的风险。当引致驱逐的行为依法构成刑事犯罪,因此对于已确定的案件,最好交由法庭来决定是否有必要驱逐,而不是任由行政机关作出这一决定时,尤其有理由采用这一解决办法”。⁴⁸

46. 似乎是在这些建议提出后,有些国家通过了旨在保护遭受驱逐威胁者的强制性程序规则,要求对有关行政决定进行检视,同时准许司法或半司法当局在驱逐令作出之前或之后,通过复议等手段就案件的实体部分作出裁定。⁴⁹

47. 然而,相关领域的发展变化远未完成,因为在许多方面,各种国家立法并没有给予成为驱逐对象的外国人同一层次的保护和程序保证。因此,相关领域不能说存在习惯国际法规则,只能说存在通过比较分析各国实践得出的主要倾向。

48. 可以看到,虽然这些国家实践非常不一致,所依据的立法在十九世纪末和二十世纪上半叶几乎没有得到发展,而且常常相互矛盾,但与国际人权法在二十世纪的发展相伴随的,却是强制要求对合法驱逐外国人适用更加严格的程序。正如有人指出:“在许多国家,驱逐权受法律制约,法律明确规定可证明驱逐合理性的理由和需要遵守的程序保证。这些法律通常采纳国际人权法的公认原则。因此,如果不是为了合理理由和依照书面命令,一般规定谁也不能被驱逐。根据法律,有合理理由的这一书面命令必须通知到驱逐决定的当事人,而此当事人必须获得合理方法,在正常程序框架中就这一命令的合法性或有效性向法庭提出异议。驱逐令必须以书面形式依法下达,这被认为是为了防止对外国人任意行使权力”。⁵⁰ 协约法和国际判例关注大的原则,而国家立法通常界定较为具体的程序规则。有些国家的立法为驱逐程序规定了甚至更加广泛的程序保证,与适用于刑罚的保证相似。一些学者认为,“许多国家提供的保护远远超出《公民及政治权利国际公约》第13条所定程序原则的保护范围,例如,准许接到驱逐令的外国人接触与作出最初决定的权力当局无关的司法机构,请顾问作为自己的代表,撰写辩白资

⁴⁸ 出处同上。

⁴⁹ 出处同上。

⁵⁰ Louis B. Sohn 和 T. Buergenthal(主编),前注36,第91页。

料和审阅控罪资料”。⁵¹ 具体而言，“大多数最发达国家所适用的程序比这些最低规范要宽松得多”。⁵²

49. 各国法律虽然各有分歧，但从中或许可以得出关于必要程序保证的一般性原则。问题是刑事领域国际文书所阐述的保证，在何种程度上可以比照适用于驱逐的情况。

B. 程序的性质

50. 在许多国家，驱逐程序可能具有行政或争讼性质，两种程序有时又合而为一。有些学者不同意这样区分行政驱逐与视为刑事处罚的司法驱逐，因为两者带来的后果对被驱逐者而言并不相同。⁵³ 实话实说，各国在相关领域的立法差别很大。在有些国家，驱逐因其考虑的性质(例如政治、刑事判决或行政处罚)，甚至可以是不同程序的结果。⁵⁴ 国家可保留行政机关作出驱逐决定或撤销驱逐令的权利，⁵⁵ 或者规定在哪些情况下通过行政和非司法决定就足以驱逐外国人。⁵⁶ 国家可明文准许其派生机构下达驱逐令。⁵⁷ 国家可明确规定在哪些情况下一项判

⁵¹ Alexander T. Aleinikoff, 《International Legal Norms and Migration: A Report》, 载于 Alexander T. Aleinikoff 和 V. Chetail(主编), *Migration and International Legal Norms*, 海牙, T.M.C. Asser Press, 2003 年, 第 1-27 页, 特别是第 19 页。

⁵² David A. Martin, 前注 39, 第 39 页。

⁵³ 见 Jean-Louis Guerive, 《Double peine et police des étrangers》, 《达罗兹汇编》, 2002 年 3 月 7 日第 10 期, 第 829-832 页, 特别是第 829 页; Xavier Rolin, 《La double peine, une punition de la nationalité》, 《欧洲法通讯》, 2002 年, 第 205-216 页, 特别是第 210 页。

⁵⁴ 例如, 瑞士在 2007 年 1 月 1 日(废除由刑事法官宣布作为附加刑罚的驱逐之日)前, 对驱逐外国人适用三种不同程序, 分别对应三类不同驱逐, 即: (1) 政治驱逐(瑞士联邦宪法第 121 条第 2 款); (2) 行政驱逐(瑞士 1931 年联邦法第 10 和 11 条及第 3 条); (3) 刑事、司法驱逐(瑞士刑法典原第 55 条, 军事刑法典原第 40 条)。

⁵⁵ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 28(1)和(2)条; 巴西 1980 年法律第 65 条; 法国法典第 L. 522-2 条; 马达加斯加 1994 年法令第 37 条, 1962 年法律第 14 和 16 条; 巴拿马 1960 年法律令第 85 和 86 条; 葡萄牙 1998 年法律令第 119 条。

⁵⁶ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 21(1)和 28(1)条; 西班牙 2000 年法律第 23(3)(B)和(C)条; 美国移民与国籍法第 235(c)(1)、238(a)(1)、(c)(2)(C)(4)和 240 条; 尼日利亚 1963 年法律第 25 条; 巴拉圭 1996 年法律第 84 条; 葡萄牙 1998 年法律令第 109 条; 瑞典 1989 年法律第 4.4 和 5 条。

⁵⁷ 中国 2003 年管理办法第 187 条。

决或安排是进行驱逐的必要或充足条件,⁵⁸ 或者在哪些情况下驱逐案件可给予优先判决。⁵⁹

51. 在许多国家,对于驱逐问题首先介入的是行政当局。事实上,在大多数情况下,驱逐程序始于外国人居住地的行政当局下达命令。驱逐并非需要争讼程序的刑事处罚,而是完全交由行政当局判定,这一酌处权会很快导致任意决断。

52. 除了在驱逐非法外国人的框架内已经审议的欧洲国家的情况,为继续说明问题,还可以再举例如下:

- 在喀麦隆,确定外国人入境、居留和出境条件的 2000 年 10 月 12 日第 2000/286 号法令第 63 条规定,“驱逐由政府首脑即总理下达命令”。
- 在黎巴嫩,1962 年 7 月 10 日起施行的外国人入境、居留和出境管理法第 17 条规定:“对于黎巴嫩境内被视为威胁公共安全的外国人,根据安全总局局长的决定进行驱逐。安全总局局长应立即将其决定抄报内政部。驱逐的执行方式是通知当事人在安全总局局长确定的时限内离开黎巴嫩,或者由国内安全部队将被驱逐者带往边境”。

53. 国家可根据公务人员的意见或干预措施、⁶⁰ 国际逮捕令、⁶¹ 具有执行力的最终司法裁定、⁶² 或者国家当局获知的相关资料⁶³ 启动驱逐程序。相关立法可明确规定驱逐外国人申请或其他正式请求的形式、内容和提交方式。⁶⁴ 国家可明文规定在驱逐外国人的同时吊销其签证或其他许可。⁶⁵

⁵⁸ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 27(2)和 47(2)条;加拿大 2001 年法律第 77(1)条;中国 2003 年管理办法第 183 条;西班牙 2000 年法律第 23(3)(a)和 57(7)条;美国移民与国籍法第 238(c)(1)、(2)(C)(4)、279、502 和 503(c)条;意大利 1998 年法律令第 16(6)条;尼日利亚 1963 年法律第 19(1)、44 和 48(1)条;巴拉圭 1996 年法律第 38 和 84 条;葡萄牙 1998 年法律令第 102、109、126(1)条;瑞典 1989 年法律第 4、8 和 9 条。

⁵⁹ 尼日利亚 1963 年法律第 43(1)条。

⁶⁰ 澳大利亚 1958 年法律第 203(2)、(4)至(7)条;尼日利亚 1963 年法律第 19(3)条;大韩民国 1992 年法律第 58 和 67 条。

⁶¹ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 27(2)和 47(2)。

⁶² 出处同上。

⁶³ 出处同上。

⁶⁴ 白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 3 条,1998 年法律第 15 条;巴西 1981 年法令第 101 条;喀麦隆 2000 年法令第 62(1)条;加拿大 2001 年法律第 44(1)和 77(1)条;美国移民与国籍法第 238(c)(2)(A)和(B)、503(a)(1)和(2)条;日本 1951 年命令第 62 和 65 条;葡萄牙 1998 年法律令第 111(2)条。

⁶⁵ 白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 5 条,1998 年法律第 15 条;巴西 1981 年法令第 85(II)条,1980 年法律第 48(II)条;西班牙 2000 年法律第 57(4)条;巴拉圭 1996 年法律第 39 条。

C. 程序保证

54. 程序保证是为驱逐有正当身份外国人的情况而规定，其范围在不同法律制度中各有不同。此类保证在全球和区域人权保护制度中都有规定，在国家立法中也有述及。总体上看，从国际法律文书到国家立法，这些程序保证各不相同，而相关国家立法本身也不统一。与其他诸多专题一样，欧共体法律也点明了这个专题的若干特性，因此值得单独进行审议。

1. 国际法和国内法中的程序保证

(a) 与法律相符

55. 既然承认驱逐要依法进行，驱逐措施必须符合法律就首当其冲成为一项必然原则。事实上，正如特别报告员在其第一次报告中指出，“这是一项必然规则，即任何国家都有权就本国领土上的移民条件作出规定，但不得损害任何国际法规则，并要符合本国在这方面颁布或认同的规则”。⁶⁶

(1) 全球人权保护制度给予认可

56. 从更加广义的层面看，1948年12月《世界人权宣言》第8条规定，“任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时，有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救”。同样，1966年《公民及政治权利国际公约》第13条也规定，“合法处在本公约缔约国领土内的外侨，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐出境，并且，除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予提出反对驱逐出境的理由和使他的案件得到合格当局或由合格当局特别指定的一人或数人的复审，并为此目的而请人作代表”。该第13条适用于所有旨在迫使外国人离开一国领土的程序，该国立法“将这一离境称为驱逐或对其使用另一术语”。⁶⁷相同意思的例子还有，联合国大会1990年12月18日第45/158号决议通过的《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条第2款规定：“只有按照主管当局依法作出的决定，方可将移徙工人及其家庭成员从缔约国境内驱逐出境”。

57. 在更有针对性的难民法领域，1951年《关于难民地位的公约》第32条第2款规定，驱逐在缔约国领土上正当居留的难民，“只能以按照合法程序作出的判决为根据。除因国家安全的重大理由要求另作考虑外，应准许难民提出有利于其自己的证据，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”。1954年《关于无国籍人地位的公约》第31条针对无国籍人的情况完全照搬这一条款。

⁶⁶ 关于驱逐外国人问题的初步报告，A/CN.4/554，第23段。

⁶⁷ 联合国人权事务委员会，1986年第二十九届会议，第15号一般性意见，“公约规定的外国人地位”，第9段(HRI/GEN/1/Rev.1)，1994年。

58. 1977 年，一名疑似潜在恐怖分子的希腊政治难民被瑞典驱逐到原籍国。该难民当时声称，驱逐决定并非“依法”作出，因此不符合 1966 年公约第 13 条的规定。人权事务委员会对此认为，国家法律的解释属于有关缔约国司法机关和当局的权限范围，委员会无权“评判主管当局在本争讼中是否正确地解释和适用国内法，除非断定其解释或适用缺乏善意，或者明显存在滥用权力的情况”。⁶⁸

(2) 区域文书给予认可

59. 在区域一级，许多人权文书载有涉及驱逐程序的条款。这些文书还要求遵守符合法律的程序。《非洲人权和人民权利宪章》第 12 条第 4 款规定：“合法地处于本宪章缔约国境内的外国人，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐”。《美洲人权公约》（《圣何塞公约》）第 22 条第 6 款提出相同要求，规定“合法地处于本公约缔约国境内的外国人，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐”。根据《圣何塞公约》，如果遭受的驱逐措施并非依法作出，当事人可向主管司法机关提出异议。第 25 条第 1 款规定，“人人都有权向主管法官或法庭申请单纯和迅速申诉或任何其他有效申诉，以防止宪法、法律或本公约所承认的基本权利遭受任何行为的侵害”。在欧洲，由欧洲委员会 1984 年 11 月 22 日在法国斯特拉斯堡通过并于 1988 年 11 月 1 日生效的《保障人权与基本自由公约》第七议定书⁶⁹ 第 1 条第 1 款规定：“合法居住在一国领土内的外国人，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐”。

60. 从上述所有例子得出的结论是，给予驱逐所涉外国人的第一个保证是驱逐措施必须依法执行。在这方面，欧洲委员会人权问题指导委员会明确指出，驱逐措施必须“由主管当局依照可适用的实体法条款和程序规则”采取。⁷⁰

(3) 国家立法给予认可

61. 各国立法在驱逐程序必须符合法律或法律规定的最低要求方面相当一致。例如，捷克共和国权利和基本自由宪章第 14 条第 5 款明确规定：“外国人只有在法律规定的情况下才可以被驱逐”。匈牙利宪法第 58 条第 2 款规定：“在匈牙利共和国境内合法居住的外国人只有按照依法作出的决定才能被驱离”。斯洛伐克共和国宪法第 23 条第 5 款规定：“外国人只有在法律规定的情况下才可以被驱逐”。芬兰宪法第 9 条第 4 款规定：“外国公民入境和居留的权利受芬兰法律制约”。

⁶⁸ 人权事务委员会，1981 年 4 月 9 日结论意见，“*Anna Maroufidou 诉瑞典*”，1979 年 9 月 5 日第 58/1979 号来文 (CCPR/C/12/D/58/1979)，1981 年 4 月 8 日，第 10.1 段。

⁶⁹ 有些国家已签署第七议定书但一直未予批准，包括德国、比利时、荷兰和土耳其。联合王国未签署该议定书。欧洲国家尚未全部批准。瑞典在这方面声明，“有资格对驱逐决定提出上诉的外国人，可依照瑞典关于外国人的第 1980/376 号法律第 70 条发表(接受)声明，以此放弃其对这一决定的上诉权。接受声明不可撤销。如果外国人在发表声明前提出上诉，其上诉将因该声明而被视为无效”(瑞典在 1985 年 11 月 8 日交存批准文书时作出的声明)。比利时和圣马力诺共和国也就第七议定书第 1 条作出声明。瑞士则作出如下保留：“若驱逐的依据是联邦委员会依照宪法第 70 条以威胁瑞士内部或外部安全为由作出的决定，则当事人不享有第 1 款所列权利，即使在执行驱逐之后也不享有”(瑞士在 1988 年 2 月 24 日批准时作出的保留)。

⁷⁰ 欧洲委员会，关于《欧洲保障人权与基本自由公约》第七议定书的解释报告，第 11 段。

62. 这一与法律相符的要求在内部已作为构成法治基础的一般性原则，国家据此必须遵守自己颁布的规则，即“承担本国法律/法规的后果”。这项规则与“条约必须遵守”相对应，后者既适用于内部契约法，也适用于国际协约法，而且还以“契约必须遵守”规则的形式适用于单边文书。

63. 在驱逐外国人的情况中，合法性义务的立足点是驱逐方面的内部程序规则不言自明必须符合相关国际规范和标准。因此，国家不得随意颁布与后者相悖的程序规则。根据一般人权规则，原则上只有通过成为驱逐对象的外国人的权利提供更多保护的规则才能予以克减。

64. 上述分析表明，与法律相符的要求在全球和区域协约法以及许多国家的立法中都已经妥为确立。鉴于这些考虑，有必要提出条款草案如下：

第 B1 条草案 与法律相符的义务

在一国领土上合法[正当]居留的外国人，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐。

65. 除这一与法律相符的要求外，《非洲宪章》和《美洲公约》未规定其他程序保证，但联合国各项文书和《保障人权与基本自由公约》第七议定书增列了以下保证：

- 第一项保证，如前文所述，是准许遭受驱逐措施的外国人“提出反对驱逐出境的理由”⁷¹ 或“提出可以为自己辩白的证据”，⁷² 关于这一点，欧洲委员会人权问题指导委员会曾强调指出，这项保证可由外国人在第二项保证之前行使。⁷³
- 这第二项保证在于“请人复审案件”⁷⁴ 或“提出申诉”⁷⁵ 的权利。指导委员会明确指出，该程序不一定要“分两个阶段向不同当局”进行。⁷⁶

⁷¹ 见 1966 年《公民及政治权利国际公约》第 13 条和《保障人权与基本自由公约》第七议定书第 1 条第 1(a) 款。

⁷² 见 1951 年《关于难民地位的公约》第 32 条第 2 款和 1954 年《关于无国籍人地位的公约》第 31 条第 2 款。

⁷³ 欧洲委员会，关于《欧洲保障人权与基本自由公约》第七议定书的解释报告。

⁷⁴ 见《保障人权与基本自由公约》第七议定书第 1 条第 1(b) 款和 1966 年《公民及政治权利国际公约》第 13 条。

⁷⁵ 见 1951 年《关于难民地位的公约》第 32 条第 2 款和 1954 年《关于无国籍人地位的公约》第 31 条第 2 款。

⁷⁶ 欧洲委员会，关于《保障人权与基本自由公约》第七议定书的解释报告，第 13.2 段。

- 第三项保证是遭受驱逐者获得顾问帮助的权利，包括当事外国人可延请顾问作为他的代表面见国家主管当局或当局指定的一人或数人。这个当局可以是行政或司法当局，不一定是必须作出最终裁定的当局。⁷⁷

66. 联合国难民事务高级专员办事处(难民署)程序指南也载有一套程序方面的保证。⁷⁸ 难民署在其中建议，申请庇护者应可继续留在东道国，直至国家受理机关就其申诉作出裁定。难民署表示，“由于 1951 年公约没有明文解决这个问题，各缔约国采用的程序大相径庭”。⁷⁹ 因此，各缔约国应遵守“若干最低要求”，使申请庇护者被驳回后能够享有“请求对决定进行复审的合理时限”，以及能够“在高等行政机关或上诉法庭在其申诉后就案件作出裁定之前留在该国”。⁸⁰

67. 以上列举的种种保证还不是可予考虑的全部。2001 年欧洲委员会会议会在移民、难民与人口委员会的推动下还向成员国提议了保证驱逐决定所指外国人享有的尽管仍不详尽的许多其他程序权利。⁸¹ 根据这一提议，成员国应通过立法，给予面临驱逐威胁的长期居留移民享有若干程序保证的机会。⁸² 这些保证包括：面见法官的权利、争讼辩论的权利、获得律师帮助的权利、以及由于执行驱逐后果不可逆转而上诉要求暂缓执行的权利。部长委员会支持这项建议，并提出申述权以及获知决定的理由的权利，因而超出了第七议定书第 1 条的要求。⁸³ 这些保证虽然是在当前正在酝酿的欧洲公民身份的框架内考虑，但也可以给适用范围更为普遍的规则带来启发。

68. 驱逐决定所针对的外国人必须能够在这决定执行之前行使这些权利。

(b) 获知驱逐程序的权利

69. 美洲人权委员会 1985 年 9 月 9 日关于智利的报告⁸⁴ 指出：

⁷⁷ 出处同上。

⁷⁸ 联合国难民事务高级专员办事处，《根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书用于确定难民地位的程序和标准指南》，日内瓦，1992 年。其中发布的规则没有强制力。

⁷⁹ 出处同上，第 191 段。

⁸⁰ 出处同上，第 192 段。

⁸¹ 见欧洲委员会移民、难民与人口委员会关于不驱逐长期居留移民的报告，2001 年 2 月 27 日，8986 号文件。

⁸² 欧洲委员会会议关于不驱逐长期居留移民的 2001 年 3 月 14 日第 1504(2001)号建议。

⁸³ 见欧洲委员会部长委员会 2002 年 12 月 4 日对议会 2001 年 3 月 14 日第 1504(2001)号建议的答复，在 2002 年 12 月 6 日第 820 次部长级代表会议上通过，9633 号文件；人权问题指导委员会关于议会第 1504(2001)号建议的意见，在 2002 年 10 月 1 日至 4 日第 54 次会议上通过，第 13 点。

⁸⁴ OEA/Ser.L/V/II.66, 17 号文件，1985 年 9 月 9 日。

“驱逐出境的适用依据是为此建立的法律机制，即 1974 年第 604 号法令以及后来的宪法第 24 条过渡性条款。

27. 在许多情况中，当事人通常不知道对他有这一判决，因为此前没有针对他的诉讼并在其中说明他被指控的具体罪名和可以行使的辩护权。

28. 一般情况下，当事人只有被带到机场或陆路边境后才获知遭驱逐，而其家人则竭尽全力寻找其下落并在驱逐发生前向其传送所需金钱、文件或个人物品，但通常不成功。

29. 当事人基本上都曾与维护 and 促进人权的组织有过联系，或者曾经担任被控危害国家安全的政党或工会的重要领导人”。⁸⁵

问题在于，在所有情况下，采取的驱逐措施不仅违反保护人权规则，而且其执行方式也相同。

70. 本第六次报告(A/CN.4/625)已经提到，国际法和欧洲共同体法都要求驱逐必须说明理由。因此，此处不再重复论证存在这一国际法义务。

71. 关于成为驱逐决定的对象的外国人获知相关措施的权利，协约法要求向其通报作出驱逐决定的理由或可能的申诉途径。对此值得注意的是，一方面，《美洲人权公约》第 7 条第 4 款非常明确地规定：“应将逮捕原因通知任何被逮捕或羁押者，并在最短时间向其通报对其提出的一项或几项指控”；另一方面，尤其在欧洲共同体法中，在驱逐程序执行过程中作出的羁押决定，“如果在通知时未以书面形式，用当事人所懂语文告知其权利、申诉方式以及免费获得顾问和代表的途径，将被视为完全无效”。⁸⁶

72. 通知与尊重辩护权的义务相符。1990 年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第 22 条第 3 款规定，驱逐决定“应以当事人了解的语文告知当事人”。⁸⁷《欧洲人权公约》第 5 条第 2 款规定，“应在最短时间，以被逮捕者了解的语文向其通报被逮捕及任何对其指控的理由”。这些规定的目的在于准许被剥夺自由的外国人在获知原因后进行辩护。“如果不在最短时间并以足够程度向其通报剥夺自由所援引的法律事实和规则”，其申诉权就等于无效。⁸⁸只有在通知以当事外国人所懂语文拟就的情况下，这一辩护才有实效。欧洲人权法院认

⁸⁵ 该报告用几个案例来证明，被智利驱逐的外国人确实不知道针对他作出的决定。

⁸⁶ 欧洲委员会会议关于移民和庇护领域共同政策的 2003 年 9 月 30 日第 1624(2003) 号建议。

⁸⁷ 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》，纽约，1990 年 12 月 18 日，联合国《条约汇编》第 2220 卷，第 3 页(1990 年 12 月 18 日大会第 45/158 号决议通过，2003 年 7 月 1 日生效)。

⁸⁸ 欧洲人权法院，“X 诉联合王国”案，1981 年 11 月 5 日判决。

为，这一条款“要求用当事人通俗易懂的语文，向当事人通报剥夺其自由的法律事实和理由，以便当事人能够根据第4款向法庭讨论剥夺其自由的合法性”。⁸⁹

73. 在法理方面，早在1892年国际法研究所就认为，“驱逐令应通知被驱逐者”，⁹⁰而且，“如果被驱逐者有权向上一级司法或行政法院申诉，同一驱逐令必须指明这一点和申诉时限”。⁹¹

74. 有些国家的立法也规定应将驱逐决定通知当事外国人。⁹²通知一般采取书面决定的形式。⁹³视立法不同，通知中应指明驱逐的方式、⁹⁴目的地国、⁹⁵受保护外国人不得遣送的国家、⁹⁶或者驱逐时限。⁹⁷

75. 需要注意的是，虽然国际文书未就通知的要求作任何区分，但各国立法却因外国人有正当身份或者以不正当方式入境，外国人刚刚入境或者已在境内不正当居住一段时间而有所不同。有一位学者指出，部分判例认可外国人即使无正当身份，也有权获知被驱逐的理由。⁹⁸

76. 通报驱逐措施也包括通报驱逐理由。非洲人权和人民权利委员会在“大赦国际诉赞比亚”案中认定，赞比亚未向当事人通报驱逐理由，侵犯了当事人的知情

⁸⁹ 欧洲人权法院，“*Cönka* 诉比利时”案，2002年2月5日判决，第50页。

⁹⁰ 1892年9月9日国际法学会日内瓦届会通过的《关于接纳和驱逐外国人的国际规则》，第30条。

⁹¹ 出处同上，第31条。

⁹² 法国法典第L. 512-3和L. 514-1(1)条；危地马拉1986年法律令第129条；伊朗1931年立法第11条；日本1951年命令第48(8)条；大韩民国1992年法律第59(1)和60(4)条。另见比利时、意大利和联合王国的相关立法。在某些情况下，通知的义务专指不驱逐的决定[大韩民国1992年法律第59(1)和60(4)条]。

⁹³ “在许多国家，驱逐权力受相关法规制约，其中说明可行使这项权力的理由和应当遵守的程序保证。这些法规一般适用于公认的国际人权原则，通常规定，除非用符合法律的书面命令通知被驱逐者并说明驱逐的理由，不得将任何人驱逐出境；[……]这些要求旨在防止当事人遭受任何权力滥用行为”[见指导规则第4条]。Louis B. Sohn和T. Buergenthal(编著)，前注36，第91页。

⁹⁴ 波斯尼亚和黑塞哥维那2003年法律第62(3)条。

⁹⁵ 出处同上，第64(2)条。

⁹⁶ 葡萄牙1998年法律令第114(1)(d)条。

⁹⁷ 伊朗1931年法律第11条。

⁹⁸ 然而，没有人认为，除非出于国家安全的压倒性理由，如果不向无正当身份外国人通报对他的指控，驱逐该外国人的决定就是任意作出的”。见Richard Plender，前注37，第472页。

权。事实上，委员会认为，“不论Banda还是Chinula都未获知对他们采取行动的理由，这是对他们知情权的剥夺[第 9(1)条]”。⁹⁹

77. 在欧洲联盟方面，有必要提及 2004 年 4 月 29 日欧洲议会和理事会第 2004/38/CE 号指令第 30 条第 2 款，其中规定，在通知针对欧盟公民或其家庭成员的驱逐措施时必须说明驱逐理由，“除非有涉及国家安全的理由予以反制”。欧洲共同体法院确认了这项规则，明确指出“通报据以决定驱离或拒发居留许可的理由，应当足够详细和确切，使当事人能够维护自己的利益”。¹⁰⁰

78. 不过，外国人获知驱逐理由的权利在国内法中并非一致认可。不同国家的立法在规定被驱逐者是否有权和有多大权利获知驱逐理由方面也各不相同。根据各国立法，驱逐决定必须说明理由，¹⁰¹ 不必说明理由，¹⁰² 或者只在某些情形中必须说明理由；¹⁰³ 决定的理由必须与后果相对应；¹⁰⁴ 决定必须书面通报¹⁰⁵ 或者传达当事人。¹⁰⁶ 有些国家准许外国人或当局要求提供决定的理由。¹⁰⁷ 事实上，有些国家的立法规定，应及时向驱逐程序所涉外国人通报相关驱逐程序的启

⁹⁹ 非洲人权和人民权利委员会，第 212/98 号来文，“大赦国际诉赞比亚”，第十二次年度活动报告，第 32 和 33 页。

¹⁰⁰ 欧洲共同体法院，“*Rezguia Adoui* 诉比利时国家和列日市”和“*Dominique Cornuaille* 诉比利时国家”，C-115 和 116/81 合并案件，1982 年 5 月 18 日裁定，第 2 段。

¹⁰¹ 加拿大 2001 年法律第 169(b) 条；西班牙 2000 年法律第 26(2) 条；美国移民与国籍法第 504(c) (5) (j) 条；法国法典第 L. 213-2、L. 522-2 和 L. 551-2 条；意大利第 286(1998) 号法律令第 13(3)、16(6) 条，1998 年第 40 号法律第 11(3) 条，1996 年法律令第 7(3) 条；日本 1951 年命令第 10(9) 和 47(3) 条；马达加斯加 1994 年法令第 37 条；葡萄牙 1998 年法律令第 22(2) 和 114(1) (a) 条；大韩民国 1993 年法令第 72 和 74 条；瑞典 1989 年法律第 11.3 条；瑞士 1949 年条例第 20(1) 条，1931 年联邦法第 19(2) 条。这类要求有时是专门针对以下情形：决定涉及以受保护者身份申请入境者[波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 75(5) 条；加拿大 2001 年法律第 169(c)-(d) 条]，当事人涉嫌参与恐怖主义[美国移民与国籍法第 504(c) (5) (j) 条]，或者当事人来自与驱逐国有特殊安排或关系的国家[瑞典 1989 年法律第 11.3 条]。

¹⁰² 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 28(1) 条。

¹⁰³ 瑞典 1989 年法律第 11.3 条。

¹⁰⁴ 捷克共和国 1999 年法律第 9(3) 条。

¹⁰⁵ 法国法典第 L. 213-2 和 L. 551-2 条；日本 1951 年命令第 47(3) 条；大韩民国 1993 年法令第 72 和 74 条；瑞士 1931 年联邦法第 19(2) 条；美国移民与国籍法第 504(c) (5) (j) 条。在某些情况下，这类要求可只针对以下情形：决定涉及以受保护者身份申请许可者[加拿大 2001 年法律第 169(c)-(d) 条]，或者当事人涉嫌参与恐怖主义(美国移民与国籍法第 504(c) (5) (j) 条)。在有些国家，如果当事人涉嫌参与恐怖主义，可从决定中删除任何敏感信息[美国移民与国籍法第 504(c) (5) (j) 条]。

¹⁰⁶ 美国移民与国籍法第 504(c) (5) (j) 条；法国法典第 L. 522-2 和 L. 551-2 条；意大利第 286(1998) 号法律令第 16(6) 条；日本 1951 年命令第 10(9)、47(3) 和 48(8) 条；葡萄牙 1998 年法律令第 22(2) 和 120(2) 条；大韩民国 1992 年法律第 59(1) 条，1993 年法令第 74 条。

¹⁰⁷ 加拿大 2001 年法律第 169(e) 条。

动情况或现状。国家应通知当事外国人可能、拟议或已经启动的程序，¹⁰⁸ 有可能损害其受保护者身份的程序，¹⁰⁹ 或者已将其列入禁制名单。¹¹⁰ 国家可要求在通知中提供(1)关于可能或即将执行的程序的资料以及当事外国人对此拥有的权利或选项，¹¹¹ 或者(2)导致作出初步决定的事实或理由，¹¹² 也可明确规定送达通知的地点¹¹³ 或方式。¹¹⁴

79. 在判例方面，有些国家的法院也确认必须将驱逐决定的理由通知外国人，¹¹⁵ 但原则上不要求在该决定作出之前发出通知。¹¹⁶

¹⁰⁸ 澳大利亚 1958 年法律第 203(2) 条；白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 17 条，1998 年法律第 29 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 8(2) 条；加拿大 2001 年法律第 170(c) 和 173(b) 条；智利 1975 年法令第 90 条；西班牙 2000 年法律第 26(2) 和 57(9) 条；美国移民与国籍法第 238(b) (4) (A)、(D)，(c) (2) (A)，(3) (B) (5)，239(a)，240(b) (5) (A)-(D)、(c) (5)，504(b) (1)-(2) 条；法国法典第 L. 213-2、L. 512-2、L. 522-1(1)、L. 522-2 和 L. 531-1 条；匈牙利 2001 年法律第 42(1) 条；伊朗 1931 年法律第 11 条，1973 年条例第 16 条；意大利第 286(1998)号法律令第 13(5)、(7) 和 16(6) 条，1998 年第 40 号法律第 11(7) 条，1996 年法律令第 7(3) 条；日本 1951 年命令第 47(3)-(4) 和 48(1)、(3) 条；马达加斯加 1996 年法令第 35 条，1962 年法律第 15 条；马来西亚 1959-1963 年法律第 9(3) 条；尼日利亚 1963 年法律第 7(1) 条；巴拿马 1960 年法律令第 58、85 和 86 条；巴拉圭 1996 年法律第 35(a) 条；葡萄牙 1998 年法律令第 22(2) 和 120(1)-(2) 条；大韩民国 1992 年法律第 59(3)、60(5) 和 89(3) 条；捷克共和国 1999 年法律第 124(1)-(2) 条；联合王国 1971 年法律第 6(2) 条。

¹⁰⁹ 加拿大 2001 年法律第 170(c) 条。

¹¹⁰ 葡萄牙 1998 年法律令第 114(2) 和 120(2) 条。

¹¹¹ 南非 2002 年法律第 8(1) 条；白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 17 条，1998 年法律第 29 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 8(2) 条；西班牙 2000 年法律第 26(2) 和 57(9) 条；美国移民与国籍法第 238(b) (4) (A)、(c) (2) (A)、(3) (B) (5)，239(a)，240(b) (5) (A)-(D)、(c) (5)，504(b) (1)-(2) 条；意大利第 286(1998)号法律令第 13(5)、(7) 和 16(6) 条，1998 年第 40 号法律第 11(7) 条，1996 年法律令第 7(3) 条；日本 1951 年命令第 47(4) 和 48(3) 条；巴拿马 1960 年法律令第 58 条；巴拉圭 1996 年法律第 35(a) 条；葡萄牙 1998 年法律令第 22(2) 和 120(2) 条；大韩民国 1992 年法律第 59(3) 和 89(3) 条。

¹¹² 2 白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 17 条；西班牙 2000 年法律第 26(2) 条；美国移民与国籍法第 504(b) (1) 条；法国法典第 L. 222-3、L. 522-2 和 L. 531-1 条；日本 1951 年命令第 47(3) 条；葡萄牙 1998 年法律令第 22(2) 条；大韩民国 1992 年法律第 89(3) 条；捷克共和国 1999 年法律第 124(2) 条。

¹¹³ 危地马拉 1986 年法律令第 129 条。

¹¹⁴ 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 75(5) 条；美国移民与国籍法第 239(c) 和 240(b) (5) (A)-(B) 条；法国法典第 L. 512-3 条；尼日利亚 1963 年法律第 7(1)-(5) 条；巴拿马 1960 年法律令第 85 和 86 条；大韩民国 1992 年法律第 91(1)-(3) 条。相关立法可要求在通知涉及对享有受保护身份的外国人作出的决定时，将通知送达本人[波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 75(5) 条；加拿大 2001 年法律第 169(d) 条]。

¹¹⁵ 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，前注 38，第 656 段和注解 1539 引述的判例。

¹¹⁶ 见“*Oudjit* 诉比利时国家(司法部)”，行政法院，1961 年 7 月 10 日，*Pasicrisie belge*, 1962 年，IV，第 125 页；“*Brandt* 诉圭亚那司法部长和奥斯汀，E. Lauterpacht”，前注 30，第 468 页。

80. 从上述分析看，将驱逐措施及其理由通知成为驱逐决定的对象的外国人，这一义务无疑已在国际法中确立，而且还得到许多国家虽有细微差别的立法的确认以及法理的确认。不过，这一义务是否也是外国人援引其他程序保证的条件？

(c) 对驱逐提出异议的权利

(1) 一般考虑

81. 条约和其他国际文书以及各国立法和法理，都承认外国人有权对驱逐提出异议。¹¹⁷

82. 《公民及政治权利国际公约》第 13 条规定，除非“国家安全的紧迫原因另有要求”，驱逐令所涉个人有权提出反对驱逐的理由。该条规定：“合法处在本公约缔约国领土内的外侨……，除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予提出反对驱逐出境的理由……”。¹¹⁸ 大会第 40/144 号决议附件所载《非居住国公民个人人权宣言》第 7 条认可同一保证：“对合法在一国境内的外侨……，除因国家安全的重大理由必须另行处理外，应准其提出不应被驱逐的理由……”。¹¹⁹

83. 《欧洲保护人权与基本自由公约》第七议定书第 1 条第 1 款(a)段则规定，在一国境领土合法居住的外国人成为驱逐措施的对象，应可“提出反对驱逐的理由”。《欧洲居留公约》第 3 条第 2 款载有相同的保证，规定“除因国家安全绝对必要另有要求外，任何缔约国国民在任何其他缔约国领土内合法居住两年以上，不应予以驱逐，除非先准其提出反对驱逐的理由……”。

84. 此外，《建立比荷卢经济联盟条约第 55 和 56 条适用公约》¹²⁰ 第 7 条也规定：“对于获准在另一缔约国领土定居的缔约国侨民，在其居住国主管当局通知该国司法部长、当事人并可面见主管当局进行辩护[……]之前，不得予以驱离”。

¹¹⁷ 尤其见 Vishnu D. Sharma 和 F. Wooldridge, “Some legal questions arising from the expulsion of the Ugandan Asians”, 《国际法和比较法季刊》，第 23 卷，1974 年，第 405 和 406 页(引述“Chevreau”案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第 361(1113)页；Richard Plender, 前注 37, 第 471 和 472 页(引述 17/74 号案件, “Transocean Marine Paint 诉委员会”[1974 年] ECR 1063, 第 1080 页)。

¹¹⁸ 见人权事务委员会, “Giry 诉多米尼加共和国”, 1990 年 7 月 20 日, 《国际法案例汇编》, E. Lauterpacht(编著), C.J. Greenwood, 第 95 卷, 第 325 页, 第 5.5 段(委员会认为多米尼加共和国违反公约第 13 条, 因为没有“依法”作出决定, 也没有给予当事人提出反对驱逐的理由以及将案件交由主管当局复审的机会)。

¹¹⁹ 大会第 40/144 号决议, 附件。

¹²⁰ 布鲁塞尔, 1960 年 9 月 19 日, 联合国《条约汇编》第 480 卷, 第 424 页。

85. 国内立法也认可外国人对驱逐提出异议的权利。根据这类立法,外国人可获准(1)提出有证明作用的理由或证据;¹²¹ (2)对证人进行诘问或反诘问;¹²² 或者(3)在任何时候,¹²³ 在某些时候,¹²⁴ 或者只有在公共秩序和安全允许时¹²⁵ 查阅证据。但是,对于涉嫌与恐怖主义有联系的外国人,国家可拒绝其要求不使用非法取得的证据的权利。¹²⁶

(2) 申述的权利

86. 外国人对驱逐提出异议的权利可通过多种方式行使,包括在口头程序中行使。虽然《公民及政治权利国际公约》第13条没有明确给予外国人申述权,但人权事务委员会认为,未给予外国人申述机会而作出驱逐令,或已违反公约第13条:

“委员会还对移民局和外国人申诉委员会可能在某些情况下将司法管辖权交给政府,导致在当事人未作适当申述时就作出驱逐或者拒绝移民或庇护申请的决定。委员会认为,按公约第13条看,这一做法在某些情形下会产生问题”。¹²⁷

87. 在驱逐中,申述权不具备在公约第14条第3款所述刑事指控中的重要性。对于1951年《关于难民地位的公约》采用的“提出有利于其自己的证据”的措词,本专题用“提出反对驱逐的理由”取而代之,尽管这项权利实质上并无变化。

¹²¹ 下列情况可获准:(1)外国人对驱逐令或拒予入境提出异议(波斯尼亚和黑塞哥维那2003年法律第76(2)条;法国法典第L.522-2条;日本1951年命令第10(3)条;马达加斯加1962年法律第16条;瑞典1989年法律第6.14条;美国移民与国籍法第238(b)(4)(c)、(c)(2)(D)(i)和第240(b)(4)(B)条);(2)外国人涉嫌与恐怖主义有联系,需满足若干条件(美国移民与国籍法第504(c)(2)和(e)-(f)条);或者(3)外国人被一国驱逐后申请再入境许可(法国法典第L.524-2条)。

¹²² 加拿大2001年法律第170(e)条;美国移民与国籍法第238(c)(2)(D)(i)和240(b)(4)(B)条;日本1951年命令第10(3)条。如果程序涉及外国人申请享有受保护者身份,可明确给予这类许可(加拿大2001年法律第170(e)条);或者,如果外国人涉嫌与恐怖主义有联系,在满足若干条件的情况下也可明确给予这类许可(美国移民与国籍法第504(c)(3)和(e)条)。一国可授权主管当局下令外国人所要求的证人出庭(日本1951年命令第10(5)条;美国移民与国籍法第504(d)(1)条)。如果外国人涉嫌与恐怖主义有联系,可作出特殊情况给予许可(美国移民与国籍法第504(d)(1)条)。在这种情况下,一国可在某些条件下承诺承担外国人所述证人的出庭费用(美国移民与国籍法第504(d)(2)条)。

¹²³ 波斯尼亚和黑塞哥维那2003年法律第76(2)条;美国移民与国籍法第238(b)(4)(c)和(c)(2)(D)(i)条。

¹²⁴ 瑞典1989年法律第11.2条。

¹²⁵ 瑞士1931年联邦法第19(2)条;美国移民与国籍法第240(b)(4)(B)和504(c)(3)及(d)(5)(e)条。

¹²⁶ 美国移民与国籍法第240(e)(1)(B)条。

¹²⁷ 人权事务委员会的最后意见:瑞典,1995年11月1日,A/51/40(卷1),第88段。

曼弗雷德·诺瓦克在评论人权事务委员会对涉及公约第 13 和 14 条的案件所作若干裁定时写道：“虽然庭讯时一般都可提出反对即将执行的驱逐的理由，但与第 14 条第 3 款(d)段不同的是，第 13 条没有认可外国人亲自到庭的权利。委员会曾拒绝受理荷兰境内一位智利难民的来文，原因是撰文人有完全有机会在正式程序、包括一部分口头程序中为自己进行辩护。委员会认为“Hammel”和“Giry”两案中有违第 13 条，是因为撰文人没有机会分别提出反对驱逐和引渡的理由”。¹²⁸

88. 一些国家通过立法给予外国人在驱逐程序中的申述权。¹²⁹ 具体而言，国家可给予外国人申述权¹³⁰ 或确定必须举行庭讯的条件。¹³¹ 庭讯可以公开举行，¹³² 禁止旁听，¹³³ 或者只在所提证据具有保密性质的情况下禁止旁听。¹³⁴ 外国人不出席庭讯时，主管当局或法院可在该外国人同意¹³⁵ 或者法律允许¹³⁶ 的情况下举行听讯。国家可报销外国人出席庭讯的费用，¹³⁷ 或者要求外国人交付保证金以确保遵守举行庭讯的条件。¹³⁸

¹²⁸ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 1993 年，第 228-229 页(引述第 173/1984 号智利难民案，第 4 节；第 236/1987 号“V.M.R.B. 诉加拿大”；第 155/1983 号“Hammel”案，第 19.2 和 20 节；第 193/1985 号“Giry”案，第 5.5 和 6 节)。

¹²⁹ 以下对国家立法和判例的分析摘自秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，前注 38，第 621-623 段。

¹³⁰ 澳大利亚 1958 年法律第 203(3) 条；白俄罗斯 1998 年法律第 29 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 76(2) 条；加拿大 2001 年法律第 44(2)、78(a)、170(b)、173(a) 和 175(1)(a) 条；美国移民与国籍法第 216 A(b)(2)、238(c)(2)(D)(i)、240(b)(1) 和 504(a)(1) 条；法国法典第 L. 213-2、L. 223-3、L. 512-2、L. 522-1(1)(2) 和 L. 524-1 条；意大利第 286(1998) 号法律令第 13-5 之二、13 之二、14(4) 和 17 条，1998 年第 40 号法律第 15(1) 条；日本 1951 年命令第 10、47(4) 和 48(1)-8 条；马达加斯加 1994 年法令第 35-36 条，1962 年法律第 15 条；葡萄牙 1998 年法律令第 22(1) 和 118(1)-(2) 条；大韩民国 1992 年法律第 89(2) 条；瑞典 1989 年法律第 6.14 条。对于涉嫌与恐怖主义有联系的外国人，可明确给予这一权利(美国移民与国籍法第 504(c)(5)(g) 条)。

¹³¹ 加拿大 2001 年法律第 44(2) 和 170(f) 条；美国移民与国籍法第 235(c)(1) 和 238(c)(5) 条。

¹³² 美国移民与国籍法第 504(a)(2) 条；法国法典第 L. 512-2 和 L. 522-2 条。

¹³³ 马达加斯加 1994 年法令第 37 条，1962 年法律第 16 条。

¹³⁴ 加拿大 2001 年法律第 166 条；瑞典 1989 年法律第 6.14 条。

¹³⁵ 美国移民与国籍法第 240(b)(2)(A)(ii) 条。

¹³⁶ 白俄罗斯 1998 年法律第 29 条；法国法典第 L. 512-2 条。

¹³⁷ 瑞典 1989 年法律第 6.15 条。

¹³⁸ 加拿大 2001 年法律第 44(3) 条。

89. 许多国家法院也依照宪法、判例或法律承认这一权利。¹³⁹ 例如，美国最高法院在“*Wong Sang Yung*诉*McGrath*”案中对相关原因和要求作了如下解释：

“当宪法规定举行庭讯时，庭讯必须公平并在一个至少符合现行公正标准的法庭举行。关于驱逐的庭讯牵涉到个人自由和幸福等基本问题，如果外国人被驱逐前往受骚乱所困的国家，还会牵涉到个人生命。如果受命审理驱逐程序的法庭象国会所谴责的那样不公平行事，那么，即使只针对没有那么重要的财产权问题，或许也很难说这一法庭符合宪法要求的公正标准”。¹⁴⁰

90. 另有一些法庭则认为没有必要举行庭讯。¹⁴¹ 对英联邦国家而言，这其实是驱逐令纯属行政性质、绝非司法或准司法诉讼这一原则的必然结果。¹⁴²

(3) 到场的权利

91. 国际文书没有相关的明确规则，但一些国家的立法保证或要求外国人在驱逐程序中到场。国家可给予外国人亲自出席其案件审理的权利，¹⁴³ 传唤外国人到庭或以任何其他方式要求其出席庭讯，¹⁴⁴ 还可准许外国人的家属或朋友到

¹³⁹ 例如，见“*Wong Yang Sung* 诉司法部长 *McGrath* 等人”，美国最高法院，1950年2月20日，《国际法案例汇编》，1950年(H. Lauterpacht(主编)，第76号案件，第252-256页)。“*Nicoli* 诉 *Briggs*”，美国第十巡回上诉法院，1936年4月7日，《国际公法案例年度摘要和汇编》，1935-1937年(出处同上，第162号案件，第345页)；“*Brandt* 诉圭亚那司法部长和奥斯汀”，前注30，第468页；“*re Hardayal* 和人力与移民部长”，加拿大联邦上诉法院，1976年5月20日，《国际法案例汇编》，第73卷(E. Lauterpacht, C. J. Greenwood(主编)，第617-626页)；“*Gooliah* 诉 *Reginam* 和公民与移民部长”，加拿大联邦上诉法院，1967年4月14日，《国际法案例汇编》，第43卷(出处同上，第219-224页)。在法国，除紧迫情况外均应举行庭讯。例如，见“*Mihouri*”案，法国行政法院，1970年1月1日，《国际法案例汇编》，第70卷，出处同上，第359页。

¹⁴⁰ “*Wong Yang Sung* 诉司法部长 *McGrath* 等人”，前注139，第254和255页。

¹⁴¹ 见“*Urban* 诉内政部长”，同前引著，第341和342页；“*Smith* 诉内政部长等”，莱索托高等法院，1975年7月8日，《国际法案例汇编》，第70卷，E. Lauterpacht(主编)，第370页。

¹⁴² 例如，见“*Smith* 诉内政部长等”，莱索托高等法院，1975年7月8日，《国际法案例汇编》，第70卷，E. Lauterpacht(主编)，第364-372页；“*Urban* 诉内政部长”，同前引著，第340-342页。

¹⁴³ 白俄罗斯1998年法律第29条；波斯尼亚和黑塞哥维那2003年法律第76(2)-(3)条；加拿大2001年法律第78(a)(i)和170(e)条；美国移民与国籍法第238(c)(2)(D)(i)、240(b)(2)(A)-(B)和504(c)(1)条；法国法典第L. 223-2、L. 512-2、L. 522-1(1)(2)和L. 524-1条；意大利第286(1998)号法律令第13-5之二、14(7)和17条，1998年第40号法律第15(1)条；日本1951年命令第10(3)条；马达加斯加1994年法令第35和36条，1962年法律第15和16条；葡萄牙1998年法律令第118(2)条；大韩民国1992年法律第89(2)-(3)条；瑞典1989年法律第6.14条。对涉嫌参与恐怖主义的外国人，可专门承认这一权利(美国移民与国籍法第504(c)(1)条)。(见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，前注38，第624段)。

¹⁴⁴ 澳大利亚1958年法律第203(3)条；葡萄牙1998年法律令第118(1)条。一国也可要求外国人在审查羁押是否合法时到场(加拿大2001年法律第57(3)条)。

场。¹⁴⁵ 国家可通过驱逐或禁止临时居留的方式惩罚不出庭的外国人。¹⁴⁶ 如果外国人自称精神上无行为能力、¹⁴⁷ 未接获庭讯通知、或者提出可证明缺席理由的特殊情况，¹⁴⁸ 可准予缺席。但外国人缺席并不会阻碍驱逐进程，更何况外国人还可延请律师作为代表。不管怎样，国家实践仍然非常有限，从中不足以得出某一相关规则。

(d) 有效申诉的权利

92. 另一项至为重要的程序规则是给予成为驱逐对象的外国人向主管当局辩解的机会。不过，如此前所言，东道国可通过“国家安全的紧迫原因”减损这项规则。人权事务委员会定期审查这一理由，在此可举两个案件为例。在“Eric Hammel”案¹⁴⁹中，当事人是一位定居马达加斯加二十多年的法国籍律师，曾经为政治犯和政治反对派的主要领导人辩护，并多次在人权事务委员会作为一些个人的代表。他被逮捕并羁押三日，只给了两个小时收拾时间，就被马达加斯加驱逐出境。马达加斯加最高法院称，当事人在该国的活动和持续存在扰乱了公共秩序和安全。人权事务委员会受理这一诉讼，就违反公约第 13 条的问题作出裁定，认为“没有给予撰文人对驱逐提出有效申诉的机会，而且缔约国也没有显示有国家安全的紧迫原因要剥夺他的申诉机会”。¹⁵⁰ 委员会表示在作出裁定时尤其考虑了 1986 年第 15 号一般性意见。这项意见指出，“外国人应获得对驱逐提出申诉的一切手段，以便在任何情况下都能有效行使其权利”，而且第 13 条所述对面临驱逐的正当居留外国人有利的程序规则“只有在遇有国家安全的紧迫原因另有要求的情况下才不适用”。¹⁵¹

93. 在同一项一般性意见中，委员会指出，如果驱逐程序考虑逮捕，“则亦可适用公约在剥夺自由情况下规定的保证”，¹⁵² 即公约第 9 和第 10 条所述保证。第 10 条涉及羁押条件。第 9 条则提出任何被剥夺自由者均可享有的程序方面的保证。其中第 4 款规定，“任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，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

¹⁴⁵ 日本 1951 年命令第 10(4) 条。

¹⁴⁶ 美国移民与国籍法第 212(a)(6)(B)、240(b)(5)(A) 及 (E) 和 (7) 条。

¹⁴⁷ 出处同上，第 240(b)(3) 条。

¹⁴⁸ 出处同上，第 240(b)(5)(c) 和 (e)(1) 条。

¹⁴⁹ 人权事务委员会，1987 年 4 月 3 日结论意见，“*Eric Hammel* 诉马达加斯加”，1983 年 8 月 1 日第 155/1983 号来文 (CCPR/C/29/D/155/1983)，1987 年 4 月 3 日。

¹⁵⁰ 出处同上，第 19.2 段。

¹⁵¹ 出处同上。另见人权事务委员会第 15 号一般性意见“公约规定的外国人地位”，第 10 段。

¹⁵² 人权事务委员会第 15 号一般性意见“公约规定的外国人地位”，第 9 段。

释放”。不论剥夺自由为何目的，法庭都应就其合法性作出裁定。人权委员会特别报告员曾于 2002 年表示应迅速展开相同程序。¹⁵³ 在“Mansour Ahani”案中，当事人因确证威胁国内安全被羁押，并且一直羁押到驱逐出境。人权事务委员会注意到羁押是在当事人未因犯罪被判刑或被判处监禁的情况下发生。¹⁵⁴ 委员会因此认为，应可按照第 9 条第 4 款对司法当局羁押当事人的合法性进行审查，“亦即审查羁押措施的法律依据，并在此后足够经常地进行审查”。¹⁵⁵

(e) 程序保证中的不歧视

94. 不歧视原则看来不仅在决定是否有必要驱逐外国人时适用，¹⁵⁶ 在必须遵守的程序保证中也适用。人权事务委员会在评论《公民及政治权利国际公约》第 13 条时强调，“在适用第 13 条时，不得歧视对待不同类别的外国人”。¹⁵⁷

95. 消除种族歧视委员会则对驱逐外国人过程中，包括程序保证方面的种族歧视表示关切。¹⁵⁸ 委员会在其第 30 号一般性建议中建议《消除一切形式种族歧视公约》缔约国除其他外，“确保非国民平等获得有效申诉的机会，包括对驱逐措施提出异议的权利，并确保准许他们有效利用这些申诉”。¹⁵⁹

96. 同样，人权事务委员会也强调禁止在外国人对驱逐提出异议的权利方面有性别歧视：“缔约国应确保外国妇女可在平等基础上依照第 13 条提出反对驱逐的理由并使其案件得到复审。在这方面，她们应有权援引上文第 10 和第 11 段所述基于性别的触犯公约行为的危险”。¹⁶⁰

¹⁵³ 2002 年 7 月 2 日人权委员会负责审查酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚相关问题的特别报告员西奥·范博芬根据大会 2001 年 12 月 19 日第 56/143 号决议向大会提交的临时报告(A/57/173)，第 16 段。

¹⁵⁴ 人权事务委员会，2004 年 3 月 29 日结论意见，“Mansour Ahani” (2004 年 3 月 29 日结论意见，“Mansour Ahani 诉加拿大”，2002 年 1 月 10 日第 1051/2002 号来文(CCPR/C/80/D/1051/2002)，2004 年 6 月 14 日)：HECKMAN (G.)，载于 D. Bodansky 编著的《International Decisions》，《美国国际法学报》，2005 年，第 99 卷，第 669-675 页，第 10.2 节。

¹⁵⁵ 出处同上。

¹⁵⁶ 见关于驱逐外国人的第五次报告(A/CN.4/616 和 A/CN.4/617)。

¹⁵⁷ 人权事务委员会第 15 号一般性意见“公约规定的外国人地位”，第 10 段。

¹⁵⁸ 尤其见消除种族歧视委员会的结论：法国，1994 年 3 月 1 日(A/49/18)，第 144 段：“有必要关切这些法律[移民与庇护方面的法律]的实施可能造成种族歧视的后果，特别是关于强行限制对驱逐令的上诉权利以及可以在法国入境点对外国人临时拘留过长时间。”

¹⁵⁹ 消除种族歧视委员会第 30 号一般性建议，第 25 段。

¹⁶⁰ 人权事务委员会第 28 号一般性意见“第 3 条(男女权利平等)”，2000 年 3 月 29 日，第 17 段。第 10 和第 11 段所述基于性别的侵权行为尤指杀害女婴，焚烧遗孀和嫁妆不足受屈杀，配偶暴力和其他针对妇女的暴力，包括强奸、堕胎和强制绝育、切割生殖器官等。

(f) 获得领事保护的权力

97. 依照国际法，遭受驱逐措施的外国人拥有领事保护权，¹⁶¹ 这从《维也纳领事关系公约》第 36 和第 38 条就可以得出。¹⁶² 第 36 条第 1 款(a)段保证领事官员与派遣国国民自由联系。这一保证措辞笼统，也应适用于驱逐程序。第 1 款(b)段述及有人被监禁、预防性羁押或任何其他形式羁押的情形，规定经当事人请求，其居住国有义务通知领事机构并告知其相关权利，而第 1 款(c)段则认可领事官员有权探访被羁押的派遣国国民。

98. 国际法院曾经对“拉格朗”和“阿韦纳”两案适用《维也纳领事关系公约》第 36 条。¹⁶³ 法院认为，“第 36 条第 1 款(b)段述及居住国对被羁押者和派遣国的义务”，¹⁶⁴ 而且“这些规定在各自背景中含义清晰，未留下任何可有想法之处。”¹⁶⁵

99. 至于上述公约第 38 条，该条准许领事官员与居住国进行联系。

100. 应当注意的是，大会第 40/144 号决议所附《非居住国国民个人人权宣言》第 10 条认可外国人在任何时候与本国外交使团或领事馆联系的权利：¹⁶⁶ “任何外侨应可在任何时候与他具有国民身分的国家的领事馆或外交使团自由联系，如果没有该国领事馆或外交使团，则可与受托在他所居留国家内保护他具有国民身分的国家的利益的任何其他国家的领事馆或外交使团自由联系。”

101. 这项权利在该宣言中以笼统的措辞得到申明，似乎也适用于驱逐的情形。

102. 一些国内立法也明确认可外国人被驱逐时请求领事保护的权力。¹⁶⁷ 具体而言，国家可准许外国人在以下情形中与本国或者任何为其本国提供代表服

¹⁶¹ 见 1961 年《维也纳领事关系公约》第 5(a)、(d)、(e)、(g)、(h) 和 (i) 条以及第 36 和 37 条；另见下列分析：Louis B. Sohn 和 T. Buergenthal (主编)，前注 36，第 95 页；Robert Jennings 和 A. Watts，出处同上，第 1140 和 1141 页，第 547 段，注 1。《仲裁裁决汇编》，第 2 卷，第 1113、1123 和 1124 页；“*Faulkner*”案(1926 年)，《仲裁裁决汇编》，第 4 卷，第 67 和 70 页，以及注 6（《维也纳公约》第 8 条）。

¹⁶² 例如，见 Alexander T. Aleinikoff 的意见，前注 39，第 9 页（援引公约第 36 条）；Richard Plender，出处同上，第 471 页（引述公约第 36 条；“*Bigelow 诉 Princesse Zizianoff, Gazette du Palais*”，1928 年 3 月 4 日）；P. Cahier 和 L. Lee, *International Conciliation*, 1969 年，第 63 页。

¹⁶³ “拉格朗”案(德国诉美利坚合众国)，2001 年 6 月 27 日判决，第 64-91 段；“阿韦纳和其他墨西哥国民”（墨西哥诉美利坚合众国），2004 年 3 月 31 日判决，第 49-114 段。

¹⁶⁴ 出处同上，第 77 段。

¹⁶⁵ 出处同上。

¹⁶⁶ 大会第 40/144 号决议。

¹⁶⁷ 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录，前注 38，第 631 段。

务的国家的外交或领事代表进行联系：¹⁶⁸ (1) 外国人获知所在国有意将其驱逐；¹⁶⁹ (2) 外国人被所在国拘留在某一明确区域或地点，¹⁷⁰ 或以任何其他方式拘留；¹⁷¹ (3) 外国人被羁押，涉嫌与恐怖主义有联系；¹⁷² 或者(4) 最终驱逐令已下达，外国人即将被驱逐。¹⁷³ 国家可准许外交或领事人员作出必要安排，以确保外国人离境或延长居留，包括外国人违反其临时身份所附条件的情况。¹⁷⁴

(g) 延请顾问的权利

103. 无论是协约法，还是国内法、判例和法理，都在一定程度上认可外国人在驱逐程序中延请顾问作为其代表的权利。¹⁷⁵

104. 《公民及政治权利国际公约》第 13 条规定，外国人成为驱逐措施的对象时，“除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予[……]使他的案件得到合格当局[……]的复审，**并为此目的而请人作代表**”。该公约只对申诉程序中的这一权利作出明文保证。事实上，从复述《关于难民地位的公约》第 32 条第 2 款的该公约第 13 条措辞中可以看出，这项权利只在上诉程序中得到明文保证。通过比较第 13 条和第 14 条第 3 款(d)段也显示，遭受驱逐威胁者无权求助于法律顾问或律师的服务。但请人作代表的权利意味着他可以指定一名代表，而这名代表可以是他自付酬金聘请的律师。由于驱逐会影响当事外国人的基本权利，自由选择律师作代表的权利就变得尤为重要。人权事务委员会受理的实践表明，大部分当事人曾在上诉程序中延请顾问作代表。¹⁷⁶ 大会第 40/144 号决议所附宣言第 7 条¹⁷⁷ 复述了上述公约第 13 条的措辞。

105. 在欧洲，《保障人权与基本自由公约》第七议定书第 1 条第 1 款规定，在驱逐程序中，合法居于一国境内的外国人应获准“请人作代表”面见主管当局。同样，《欧洲居留公约》第 3 条第 2 款也规定，“除非有国家安全的紧迫原因，对

¹⁶⁸ 美国移民与国籍法第 507(e) (2) 条。

¹⁶⁹ 美国移民与国籍法第 507(e) (2) 条；法国法典第 L. 512-1、L. 531-1 和 L. 551-2 条；葡萄牙 1998 年法律令第 24(1) 条。

¹⁷⁰ 葡萄牙 1998 年法律令第 24(1) 条。

¹⁷¹ 法国法典第 L. 551-2 条。

¹⁷² 美国移民与国籍法第 507(e) (2) 条。

¹⁷³ 白俄罗斯 1999 年部长会议决定第 18 条。

¹⁷⁴ 智利 1975 年法令第 85 条。

¹⁷⁵ 例如，见 William Haney, “Deportation and the Right to Counsel”, 《哈佛国际法学报》，第 11 卷，1970 年，第 190 页，引述美国最高法院的判决，“in re Gault”, 387 U. S. 1, 50, 68 (1967)。

¹⁷⁶ 见 Manfred Nowak, 前注 128, 第 231 页。

¹⁷⁷ 大会第 40/144 号决议。

于在某一缔约国境内合法居住两年以上的另一缔约国国民，在其获准提出反对驱逐的理由、为此提出申诉并**请人作代表**面见主管当局或主管当局特别指定的一人或数人之前，不得予以驱逐”。

106. 此外，《建立比荷卢经济联盟条约第 55 和第 56 条适用公约》第 7 条¹⁷⁸ 也规定：“对于获准在另一缔约国领土定居的缔约国侨民，在其居住国主管当局通知该国司法部长、当事人并可面见主管当局进行辩护以及**自行延请律师作代表或提供帮助**之前，不得予以驱离”。[黑体后加]

107. 禁止酷刑委员会在审议“*Josu Arkauz Arana*诉法国”案时认为，必须给予遭受驱逐者与家属或律师联系的机会，以避免出现可能导致违反《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 3 条的侵权行为。该委员会认为，“驱逐按行政程序展开，没有司法当局介入，撰文人也沒有与家属或律师联系的机会。这些情形使撰文人陷入特别容易被侵犯的境地”，因此可能构成对第 3 条的违反”。¹⁷⁹

108. 一些国家的立法也保证在驱逐情况下的延请顾问权。国家可准许外国人在驱逐程序中，包括在涉及拘留问题时延请代表提供帮助，¹⁸⁰ 这名代表可以是法律顾问，¹⁸¹ 也可以是除法律顾问外的其他人士。¹⁸² 国家可明文准许外国人自由选择顾问，¹⁸³ 也可为未成年人或其他无力评判程序性质的人指定代表，¹⁸⁴ 还

¹⁷⁸ 《建立比荷卢经济联盟条约第 55 和第 56 条适用公约》，布鲁塞尔，1960 年 9 月 19 日，联合国《条约汇编》第 480 卷，第 424 页。

¹⁷⁹ 禁止酷刑委员会，“*Josu Arkauz Arana* 诉法国”，第 63/1997 号来文，1999 年 11 月 9 日，第 11.5 段(A/55/44，第 104 页)。

¹⁸⁰ 日本 1951 年命令第 10(3)条；巴拿马 1960 年法律令第 85 条。

¹⁸¹ 阿根廷 2004 年法律第 86 条；波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 76(3)条；加拿大 2001 年法律第 167(1)条；西班牙 2000 年法律第 26(2)条；美国移民与国籍法第 238(a)(2)、239(a)(1)(E)、(b)、504(c)(1)和 507(e)(1)条；法国法典第 L. 221-4、L. 221-5、L. 222-3、L. 512-1、L. 512-2、L. 522-2、L. 551-2 和 L. 555-3 条；意大利第 286(1998)号法律令第 13(5)、(8)和 14(4)条，1998 年第 40 号法律第 11(10)和 15(1)条；马达加斯加 1994 年法令第 36 条，1962 年法律第 15 条；挪威 1988 年法律第 42 条；葡萄牙 1998 年法律令第 24(2)条；大韩民国 1992 年法律第 54 条；瑞典 1989 年法律第 6.26、11.1b 和 11.8 条。这项权利可明文赋予未成年人(法国法典第 L. 221-3 条)，也可赋予涉嫌参与恐怖主义的外国人(美国移民与国籍法第 504(c)(1)和 507(e)(1)条)。

¹⁸² 波斯尼亚和黑塞哥维那 2003 年法律第 76(3)条；法国法典第 L. 522-2 条。

¹⁸³ 美国移民与国籍法第 238(b)(4)(B)、239(a)(1)、240(b)(4)(A)和 292 条；法国法典第 L. 213-2 条；马达加斯加 1994 年法令第 36 条；葡萄牙 1998 年法律令第 24(2)条。

¹⁸⁴ 加拿大 2001 年法律第 167(1)条；法国法典第 L. 221-5 和 L. 222-3 条；瑞典 1989 年法律第 11.1b 和 11.8 条。

可规定外国人的律师或公设顾问或主管国际机构发给该外国人的信件不可侵犯。

¹⁸⁵

109. 一些国内法院在解释国内立法时也维护外国人延请顾问作代表的权利。¹⁸⁶

(h) 法律援助

110. 关于被驱逐者获得法律援助的权利，可参考欧洲联盟的相关立法，特别是欧洲理事会 2003 年 11 月 25 日关于长期居住第三国国民地位的第 2003/109/EC 号指令，其中第 12 条规定：

“4. 驱离决定下达后，长期居住者可在有关成员国提出司法申诉。

“5. 应以与居住国国民相同的条件，向缺乏充足资源的长期居住者提供司法援助。”¹⁸⁷

111. 此外还应注意，儿童权利委员会对“儿童在被强制驱回原籍国过程中遭受警察虐待，有时未有机会获得司法援助即遭驱逐……”感到关切。¹⁸⁸

112. 一些国家立法也规定了驱逐程序中的法律援助权。例如，国家可确保由纳税人承担外国人获得顾问或法律援助的费用。¹⁸⁹ 如果外国人穷困，国家还可免收诉讼费。¹⁹⁰

113. 虽然获得法律援助的权利在协约法中没有明确的依据，但特别报告员认为可借鉴欧洲共同体法，按照逐步发展予以确立，从而正如对各国立法的分析所显示的那样，认可国家实践的重要倾向。

¹⁸⁵ 瑞典 1989 年法律第 6.26 条。

¹⁸⁶ 见“*Oudjit* 诉比利时国家(司法部)，同前注，第 355 页；“*Re Immigration Act, Re Kokorinis*”，不列颠哥伦比亚上诉法院，1967 年 5 月 3 日，《国际法案例汇编》第 43 卷，E. Lauterpacht (主编)，第 225-229 页；“*Re Vinarao*”，不列颠哥伦比亚上诉法院，1968 年 1 月 17 日，《国际法案例汇编》第 44 卷，出处同上，第 166 页。

¹⁸⁷ 见欧洲联盟 2003 年 11 月 25 日关于长期居住第三国国民地位的第 2003/109/EC 号指令，《官方报告》L 16，第 44-53 页。

¹⁸⁸ 儿童权利委员会的结论意见：西班牙，同前注，第 45(a)段。

¹⁸⁹ 阿根廷 2004 年法律第 86 条；西班牙 2000 年法律第 26(2)条；美国移民与国籍法第 504(c) (1) 条；法国法典第 L. 221-5、L. 222-3、L. 522-2 和 L. 555-3 条；意大利第 286(1998)号法律令第 13(8)条，1998 年第 40 号法律第 11(10)条；挪威 1988 年法律第 42 条；瑞典 1989 年法律第 6.26、11.1b 和 11.8-10 条。这种权利可特别赋予涉嫌参与恐怖主义的外国人[美国移民与国籍法第 504(c) (1) 条]。国家可在普通驱逐案件中向外国人提供愿意无偿服务的法律顾问名单，但不因此承认外国人免费请人作代表的权利[美国移民与国籍法第 239(b) (2)-(3) 条]。相反，国家可规定外国人必须自行承担费用；见加拿大 2001 年法律第 167(1)条；美国移民与国籍法第 238(b) (4) (B)、240(b) (4) (A)、(5) (A) 和 292 条。

¹⁹⁰ 阿根廷 2004 年法律第 87-88 条；挪威 1988 年法律第 42 条。

(i) 笔译与口译

114. 关于在驱逐程序中获得笔译和口译服务的权利，可予注意的是，儿童权利委员会对“儿童在被强制驱回原籍国过程中遭受警察虐待，有时未有机会获得口译服务即遭驱逐……”感到关切。¹⁹¹

115. 一些国家立法给予被驱逐外国人获得笔译或口译服务的权利。例如，在意大利，如果外国人不懂意大利文，驱逐决定必须附有一份用当事人所懂语文拟订的“概要”，在没有所懂语文时，则用英文、法文或西班牙文拟订。有关判例将这一翻译做法作为辩护权的组成部分，并认为，当驱逐决定没有翻译成当事人所懂语文时，必须说明不予翻译的理由，否则驱逐决定将失去效力。判例认为，只有在行政部门不知道当事人原籍国，因此也不知其所懂语文的情况下，驱逐决定才可以翻译成英文、法文或西班牙文。当事人接获驱逐决定通知的同时也将获知其权利：在整个涉及驱逐的司法过程中可获得通过法律援助提供的律师帮助，还可提出反对驱逐决定的申诉。

116. 总之，视情况不同，当局可(1)派遣口译员或笔译员提供协助；¹⁹² (2)给予外国人接收以其所懂语文拟定的信件的权利；¹⁹³ (3)在整个程序中使用当事人所懂语文；¹⁹⁴ (4)使用主管当局所在地的语文；¹⁹⁵ (5)向外国人支付私人翻译员的费用和酬金；¹⁹⁶ 或者(6)由口译员负责辩论的书面记录形式。¹⁹⁷

¹⁹¹ 儿童权利委员会的结论意见：西班牙，同前注，第45(a)段。

¹⁹² 阿根廷2004年法律第86条；澳大利亚1958年法律第258B和261AC条；波斯尼亚和黑塞哥维那2003年法律第8(3)和76(3)条；西班牙2000年法律第26(2)条；法国法典第L.111-8、L.221-4、L.221-7、L.222-3、L.223-3、L.512-2和L.522-2条；意大利第286(1998)号法令第13(7)条；葡萄牙1998年法律令第24(1)条；大韩民国1992年法律第48(6)-(7)和58条；这项权利有时可明确给予未成年人(法国法典第L.222-3条)，也可在进行身份查验或其他调查措施时给予(澳大利亚1958年法律第258B和261AC条；大韩民国1992年法律第48(6)-(7)和58条)。

¹⁹³ 澳大利亚1958年法律第258B和261AC条；白俄罗斯1999年部长会议决定第17条；美国移民与国籍法第240(b)(7)条；法国法典第L.213-2和L.221-4条；意大利第286(1998)号法令第2(6)、4(2)和13(7)条，1998年第40号法律第2(5)和11(7)条，1996年法律令第7(3)条。

¹⁹⁴ 法国法典第L.111-7条。有些国家期待外国人指明所懂语文(法国法典第L.111-7条)，或者在所提语文中指出其倾向使用的一种[意大利第286(1998)号法令第2(6)条，1998年第40号法律第2(5)条]。有些国家在当事人未指明倾向性(法国法典第L.111-7条)或者无法以当事人指定语文与其交流时[意大利第286(1998)号法令第2(6)、4(2)和13(7)条，1998年第40号法律第2(5)和11(7)条，1996年法律令第7(3)条]，确定一种或几种预设语文。

¹⁹⁵ 瑞士1949年条例第20(3)条。

¹⁹⁶ 瑞典1989年法律第11.5条。

¹⁹⁷ 大韩民国1992年法律第59(2)和60(1)-(2)条。

117. 意大利宪法法院在其第 257(2004)号裁决中认定，尽管无法以外国人母语或其所懂另一种语文发出通知，以英文、法文或西班牙文发布驱逐令仍是符合宪法的。该法院认为，这一程序符合适当的功能标准，还可合理保证当事人理解驱逐令的内容。¹⁹⁸

¹⁹⁸ 见意大利宪法法院 2004 年 7 月 18 日第 257 号裁决。协调以公共秩序、公共安全和公共健康为由在出入境和居留领域针对外国人的特别措施。

2. 欧洲共同体法律体系框架内的程序保证

118. 共同体框架内驱逐外国人的程序制度首先由 1964 年 2 月 25 日第 64/221/CEE 号指令¹⁹⁹ 确立。该指令提出的程序保证分两个方面：东道成员国既有义务将驱离决定通知当事人，也有义务给予当事人申诉权。该指令由 2004 年 4 月 29 日第 2004/38/CE 号指令²⁰⁰ 废止，后者以加强保护的方式沿用了这一双重保证。

(a) 通知驱逐决定

119. 驱离决定无论如何必须通知当事人，而且必须“以书面形式”通知，并“以当事人能够理解驱离决定的内容和效果为条件”。²⁰¹ 关于使用的语文，欧洲共同体法院(欧共体法院)明确指出，通知应使当事人既能理解其内容，也能理解其效果。²⁰² 1964 年指令第 6 条规定，除涉及国家安全的原因外，必须通报驱离决定引以为据的公共秩序、公共安全或公共健康方面的理由。法院决定，这一通报“必须足够详细和明确”，²⁰³ 以使当事人能够进行有效辩解。²⁰⁴ 第 7 条第 2 段规定，通知必须指明“给予的离境时限”，并明确“这一时限在当事人尚无居留凭证的情况下不得少于 15 天，其他情况下不得少于 30 天”。2004 年指令规定，这些人必须以通知方式获知其有权提出申诉的法院或行政当局以及申诉的时限。同时，通知必须指明给予其离开东道成员国领土的时限，这一时限除紧急情况外，至少应是自通知之日起一个月。在这方面，共同体立法机构不再区分当事人是否持有居留凭证，并规定对紧急情况作出充分说明。

120. 关于欧洲联盟，不妨注意欧洲议会和理事会关于通知对欧盟公民或其家庭成员采取的驱逐措施的 2004 年 4 月 29 日第 2004/38/EC 号指令第 30 条，标题为“决定的通知”，其中第 1 款规定，根据第 27 条第 1 款作出的任何限制欧盟公民

¹⁹⁹ 理事会关于协调以公共秩序、公共安全和公共健康为由在出行和居留领域对外国人采取特别措施的 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。

²⁰⁰ 欧洲议会和理事会关于欧盟公民及其家庭成员在成员国境内自由往来和居留的 2004 年 4 月 29 日第 2004/38/CE 号指令，2004 年 4 月 30 日第 L 158 号《欧洲联盟官方公报》第 77 页；更正，载于 2004 年 6 月 29 日第 L 229 号《官方公报》第 35 页；更正的更正，载于 2005 年 7 月 28 日第 L 197 号《官方公报》第 34 页。第 64/221/CEE 号指令于新指令生效两年后，即 2006 年 4 月 30 日废止。

²⁰¹ 见欧洲议会 2004 年 4 月 29 日第 2004/38/CE 号指令第 30 条。

²⁰² 欧共体法院 1982 年 5 月 18 日裁定，“*Rezguia Adoui* 诉比利时国家和列日市”和“*Dominique Cornuaille* 诉比利时国家”，C-115 和 116/81 合并案件，第 13 点，汇编第 1668 页；1982 年 2 月 16 日代理检察长 F. Capotorti 提出的结论，汇编第 1714 页。

²⁰³ 出处同上。

²⁰⁴ 另见欧共体法院 1975 年 10 月 28 日裁定，“*Roland Rutili* 诉法兰西共和国内政部长”，C-36/75 号案件，第 39 点，汇编第 1221 页；1975 年 10 月 14 日代理检察长 H. Mayras 提出的结论，汇编第 1237 页。

及其家庭成员往来或居留自由的决定，“应以书面形式通知当事人，并以当事人能够理解其内容和效果为条件”。第3款明确指出，“通知应指明当事人可提出申诉的法院或行政当局以及申诉的时限，必要时还应指明给予离开成员国领土的时限。除非出现有充足理由的紧急情况，这一时限不得少于自通知之日起一个月。”

(b) 有效申诉权

121. 1964年指令第8条规定，“当事人应可对有关入境、拒予发放或续延居留凭证、或者驱离出境的决定提出类似国民对行政文书提出的申诉”。自1980年3月5日“Pecastaing”案裁定以来，欧共体法院不断强调，这意味着该指令所指决定被视为“行政文书”，任何受这些决定影响的人都应有机会提出类似国民对行政文书提出的申诉。²⁰⁵在这方面，成员国只可给予此类个人与给予国民类似的“遵守可提供最低保证的具体程序的申诉”。²⁰⁶因此，“指令所指任何个人，均可对任何可能引致驱离的决定提出申诉”，即使该决定尚未执行。²⁰⁷关于可提出申诉的法院，欧共体法院明确指出：“对于申诉可向普通法院提出的成员国，在向普通法院提出针对行政文书的申诉方面，应以与对待国民同样的方式对待属于第64/221号指令适用范围的个人”。²⁰⁸此外，对于普通法院有权下令暂缓执行驱离决定等行政决定，而行政法院没有这一权利的成员国，应准予该指令受益人“以与国民相同的条件”，向普通法院提出暂缓执行的申请。²⁰⁹

122. 关于这类申诉的暂缓执行效力，欧共体法院在1976年“Royer”案中就先决裁判问题作出裁定，明确指出“驱离决定在当事人能够提出此类申诉之前不具执行力”。²¹⁰即使在驱逐决定执行之前，成员国也有义务不仅要给予指令所指任何人对这类决定提出申诉的机会，而且还要准许这些人向主管法庭有效地提出。仅规定可提出司法申诉是不够的，还必须保证当事人切实拥有向这一司法部门提出申诉的手段。不过，成员国没有义务在整个诉讼期间将驱逐措施所针对的共同体国民留在境内。欧共体法院在这方面认为，成员国应确保“受此类限制措施影响的任何人切实享有行使这一申诉权利所构成的保障”，而“如果成员国通过立

²⁰⁵ 欧共体法院1980年3月5日裁定，“*Josette Pecastaing* 诉比利时”，C-98/79号案件，第10点，汇编第691页；1980年1月31日代理检察长M. G. Reischl提出的结论，汇编第680页。另见欧共体法院1990年10月18日裁定，“*Massam Dzodzi* 诉比利时国家”，C-297/88和197/89合并案件，第58点，汇编一第3783页；1990年7月3日代理检察长M. M. Darmon提出的结论，汇编一第3763页。

²⁰⁶ 出处同上。

²⁰⁷ 欧共体法院1980年3月5日裁定，“*Pecastaing*”。

²⁰⁸ 欧共体法院1980年3月5日裁定，“*Pecastaing*”，前注205，第11点。

²⁰⁹ 出处同上。另见欧共体法院1990年10月18日裁定，“*Dzodzi*”，前注205，第59点。

²¹⁰ 欧共体法院1976年4月8日裁定，“*Jean-Noël Royer*”，C-48/75号案件，第60点，汇编第497页；1976年3月10日代理检察长提出的结论，汇编第521页。

即执行驱离决定，可以剥夺当事人有效利用保证其享有的申诉手段的机会，这一保证将成为泡影”。²¹¹ 欧共体法院的结论基本明确，即“除非出现有充分理由的紧急情况，在当事人能够全面利用指令第 8 和第 9 条确保其拥有的申诉手段之前，驱逐决定不具执行力”。²¹²

123. 此外，第 64/221 号指令第 9 条第 1 款还规定，“如果不给予司法申诉的机会，或者此类申诉只涉及决定的合法性或者不具有暂缓执行的效力，除非出现紧急情况，只有在当事人可根据国家立法规定的程序进行自我辩护并请人提供帮助或作为代表的东道国主管当局发出通知之后，行政当局才可以作出将居留凭证持有人驱离出境的决定。该条款明确指出，“主管当局”不可以是有权作出驱离决定的当局。这关系到为确保共同体国民在遭受驱逐时拥有程序保证作出安排。

124. 如果共同体国民是以非正当身份处在某一成员国境内，则有其他相关规定。欧共体法院在审理一宗有关爱尔兰国民因参与涉及北爱尔兰事务的恐怖活动而被联合王国驱逐的案件时提出这个问题。根据法院的一贯判例，人员往来自由应以有利于共同体国民的方式进行解释。因此，共同体法官理所当然地对第 64/221 号指令第 9 条第 1 款作出广义解释，裁定该条款实际上是针对“已在另一成员国境内合法居留的某一成员国”国民，²¹³ 亦即不仅包括居留凭证持有人，还包括根据东道国立法不必持有此类凭证的公民。换言之，第 9 条第 1 款适用于针对在某一东道成员国合法居住的成员国国民的驱逐决定，即使他们没有义务持有居留凭证。欧共体法院在“Pecastaing”案中的解释是，“主管当局”的干预应可解决当事人无法向司法机构申诉的问题，或者可确保详尽审查相关情况，“包括在决定最终下达之前拟议考虑的措施是否适当”，又或者可使当事人在预见司法当局不会给予的情况下提出申请并可能获得拟议驱逐的暂缓执行。²¹⁴ 第 1 款针对的是行政当局不得作出驱离决定或者不得在收到其他当局的意见之前拒绝续延居留凭证的此类凭证持有人，与此款不同，第 2 款针对的是已经受到行政限制决定影响的人。因此，持有居留凭证的移民所受到的保护要强于不持有此类凭证的人。

125. 第 64/221 号指令第 9 条提到的“主管当局”不一定是司法机构，甚至可以不由司法官组成。²¹⁵ 其成员不必“有一个确定的任期”。²¹⁶ 共同体法官只

²¹¹ 欧共体法院 1976 年 4 月 8 日裁定，“Royer”，前注 210，第 55 和 56 点。

²¹² 出处同上，第 62 点。

²¹³ 欧共体法院 1995 年 11 月 30 日裁定，“女王诉内政大臣，*ex parte John Gallagher*”，C-175/94 号案件，第 14 点，汇编一第 4268 页；1995 年 10 月 12 日代理检察长 M. M. B. Elmer 提出的结论，汇编一第 4255 页。关于这一裁定，见 LUBY(M.) 的评论意见，载于《法庭和欧共体法院判例纪事》，《国际法杂志》1997 年 4、5、6 月第 2 号，第 479-637 页，特别是第 536-538 页。

²¹⁴ 欧共体法院 1980 年 3 月 5 日裁定，前注 205，第 15 点。

²¹⁵ 欧共体法院 1982 年 5 月 18 日裁定，“Adoui 和 Cornuaille”，前注 202，第 16 点；另见欧共体法院 1990 年 10 月 18 日裁定，前注 205，第 65 点。

要求这一当局必须“独立”，并认为成员国可自由予以指定。²¹⁷ 这一当局可以是一个“独立于行政当局之外，奉召采取[驱逐措施]的公共当局，其组建是为了使当事人有权请人作代表并进行辩护”。²¹⁸ 因此，重要的是当事人能够依照指令确立的规则进行自我辩护，是当局能够完全独立地行事，不受有权采取驱离措施的当局控制。

126. 从上述分析可以看出，除到场权在国际法中没有确立，导致各国立法相当不一致甚至对立外，上文所述成为驱逐对象的外国人所拥有的其他程序权利，在国际法以及许多国家的立法和判例中都拥有充足的法律依据，并且得到外国人管理法领域大部分专业学者的广泛支持，而获得法律援助的权利所依据的，则是几个可以用于按照逐步发展予以确立的因素。因此，有必要提出以下条款草案：

条款草案 C1. 成为驱逐对象的外国人的程序权利

1. 成为驱逐对象的外国人享有以下程序权利：
 - (a) 获知驱逐决定的权利。
 - (b) 对驱逐[驱逐决定]提出异议的权利。
 - (c) 申述的权利。
 - (d) 不受歧视地获得有效申诉机会以便对驱逐决定提出异议的权利。
 - (e) 获得领事保护的权利。
 - (f) 延请顾问的权利。
 - (g) 获得司法协助的权利。
 - (h) 获得易懂语文口译和笔译服务的权利。
2. 上述第 1 款所列权利不妨碍法律规定的其他程序保证。

²¹⁶ 出处同上。

²¹⁷ 欧共体法院 1980 年 5 月 22 日裁定，“Regina 和内政大臣”，131/79 号案件，第 19 点，汇编第 631 页；1980 年 2 月 27 日代理检察长 J.-P. Warner 提出的结论，汇编第 1585 页。

²¹⁸ 欧共体法院 2004 年 4 月 29 日裁定，“Orfanopoulos”，同前注，第 114 点。