



## 国际法委员会

### 第五十八届会议

2006年5月1日至6月9日和  
7月3日至8月11日，日内瓦

## 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人问题的 第二次报告

### 目录

	段次	页次
导言 .....	1-43	4
A. 专题的历史 .....	2-5	4
B. 审议初步报告 .....	6-14	4
1. 国际法委员会审查情况 .....	7-9	4
2. 联大第六十届会议审查情况 .....	10-14	5
C. 专题方面的最新发展 .....	15-35	6
1. 若干国家的最新实践 .....	16-26	7
(a) 反恐怖主义与驱逐问题 .....	17-19	7
(b) 非正规移民与驱逐问题 .....	20-26	8
2. 国际移徙：国际移徙问题全球委员会的报告 .....	27-30	11
3. 移徙与发展问题欧非部长级会议（2006年7月10日和11日， 拉巴特） .....	31-35	12
D. 专题的范围 .....	36-41	13



E. 本报告概要.....	42-43	14
第一部分		
一般规则.....	44-122	16
一. 专题的范围.....	45-122	16
A. 在驱逐国境内合法居留的外国人.....	50-53	17
B. 无正常身份的外国人.....	54-56	18
C. 难民.....	57-71	18
D. 流离失所者.....	72	22
E. 寻求和受到庇护者.....	73-99	22
1. 概念.....	73-77	22
2. 庇护类型.....	78-95	23
3. 寻求庇护者和难民.....	96-99	26
F. 无国籍人.....	100-104	28
G. 原国民.....	105-109	29
H. 因新国家诞生而丧失国籍的外国人.....	110-111	30
I. 与容留国发生武装冲突的国家的国民.....	112-115	31
J. 移民工人.....	116-122	32
二. 定义.....	123-194	34
A. 外国人.....	124-152	34
1. 国民.....	127-129	35
2. 公民.....	130-132	36
3. 属民.....	133-135	37
4. 侨民.....	136-152	37
B. 驱逐.....	153-194	43
1. 驱逐及相近概念.....	154-177	43
(a) 递解出境.....	155-158	43
(b) 引渡.....	159-161	45
(c) 驱离.....	162-164	46
(d) 押解出境.....	165-166	46

---

(e) 推回.....	167-170	47
(f) 拒予入境.....	171-173	49
(g) 移交或移送, 送交.....	174-177	49
2. 领土、边界和驱逐.....	178-186	51
(a) 领土.....	179-182	51
(b) 边界.....	183-186	51
3. 驱逐的构成要素.....	187-194	53
(a) 行为或举动.....	188-192	53
(b) 强制.....	193-194	54

## 引言

1. 由于特别报告员没有在初步报告中介绍研究专题的历史，因此第二次报告首先简述有关情况，然后简短回顾初步报告中提出的主要意见，并介绍专题方面的最新发展情况，最后提出本报告概要。

### A. 专题的历史

2. 1998年，国际法委员会第五十届会议注意到规划小组的报告除其他以外，将“驱逐外国人的权利”定为可列入委员会长期工作方案的专题。<sup>1</sup>

3. 2000年，委员会第五十二届会议将题为“驱逐外国人的权利”专题列入长期工作方案，<sup>2</sup>并在委员会报告的附件中列有一项初步大纲草稿，<sup>3</sup>可为专题提供若干纲要。联大2000年12月12日第55/152号决议第8段注意到上述内容。

4. 委员会第五十六届会议在2004年8月6日举行的第2830次会议上决定，将“驱逐外国人”专题纳入现行工作方案，并任命莫里斯·卡姆托先生为专题特别报告员。<sup>4</sup>联大2004年12月2日第59/41号决议第5段核准了委员会这项决定。

5. 2005年，特别报告员向委员会第五十七届会议提出初步报告，<sup>5</sup>委员会在2005年7月11日-15日举行的第2849次至第2852次会议上进行了审议。<sup>6</sup>

### B. 审议初步报告

6. 特别报告员在初步报告中阐述了对专题的理解，大致表述了专题的内容，并请委员会对可指导今后工作的方法论问题提出意见。

#### 1. 国际法委员会审查情况

7. 国际法委员会基本赞成特别报告员的选择及初步报告所附的工作计划草稿，但建议在工作计划中加入若干具体表述，突出适用于驱逐外国人问题的若干原则，尤其建议考虑到如下内容：国际人权法要求驱逐决定“合法”的条款，即程序规则和驱逐条件均须合法；适用不歧视原则；设法兼顾驱逐国利益和被驱逐者私生活及家庭生活权利；审查关于个人权利在目的地国可能受到侵害的问题。

<sup>1</sup> 见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第10号》(A/53/10)，第554段。

<sup>2</sup> 同上，第五十五届会议，补编第10号(A/55/10)，第726段。

<sup>3</sup> 同上，附件，第301-304页。

<sup>4</sup> 同上，第五十九届会议，补编第10号(A/59/10)，第364段。

<sup>5</sup> A/CN.4/554。

<sup>6</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，补编第10号》(A/60/10)。

8. 特别报告员解释说，这些原则是国际法中驱逐外国人问题的核心问题，当然不容忽视，但他认为不宜在初步报告中研究这些原则，而是在工作计划草案第一部分第二章（一般原则）非常明确地指出，以后各项报告中将深入研究在这方面适用的所有相关原则。

9. 有些委员会成员认为，专题中不应列入关于拒予入境和移民、人口流动、非殖民化和自决情况以及中东被占领领土等问题。然而，委员会赞同特别报告员下述意见，即：起草的专题条款草案应依照构成国际法中驱逐外国人问题的法律基础的若干基本原则，提出一个尽可能完备的法律制度。

## 2. 联大第六十届会议审议情况

10. 联大第六十届会议期间，若干国家代表在第六委员会审议国际法委员会的报告第八章（驱逐外国人）时做了发言。<sup>6</sup> 各国代表一般都指出了专题的重要性、意义和现实性，但也谈到其复杂性和困难性。<sup>7</sup> 总的来讲，各国代表和委员会一样，明确支持特别报告员提出的对专题的总体办法。<sup>8</sup>

11. 讨论中还提出很多意见。如在操作办法方面，有人认为，如特别报告员本人所述，此专题的编纂工作需要各国法律（特别是在研究驱逐动机问题时）、<sup>9</sup> 国际法有关规则以及有关国际和区域判例<sup>10</sup> 深入进行比较研究。本着这种看法提出的意见有，应审议伯尔尼倡议和国际移徙组织以及国际移徙问题全球委员会（该委员会于2005年10月5日向秘书长提交了报告）在过去四年中开展的工作。<sup>11</sup>

12. 实际上，在具体关于专题的涵盖范围方面，提出了更多不同的、有时甚至是矛盾的建议。例如，有些代表原则上支持所有涉及移民政策或边境管制（拒予入境和驱回）的问题应排除在专题范围之外；<sup>12</sup> 而另一些代表则认为，拒绝驱逐国

<sup>7</sup> 见《国际法委员会第五十七届会议（2005年）的报告，秘书处编写的关于联大第六十届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要》（A/CN.4/560，第128-152段）。

<sup>8</sup> 2005年10月24日刘振民先生（中国）的发言（A/C.6/60/SR.11，第50-54段）；2005年10月25日Alan Kessel先生（加拿大）的发言（A/C.6/60/SR.12，第111和112段）；以及2005年10月26日Remigiuz Henezel先生（波兰）的发言（A/C.6/60/SR.13，第56-64段）。

<sup>9</sup> 见2005年10月24日Ferdinand Trauttmansdorff大使（奥地利）的发言（A/C.6/60/SR.11，第60-66段）；以及2005年10月25日Hiroshi Tajima（日本）先生的发言（A/C.6/60/SR.12，第5-9段）。

<sup>10</sup> 见上述中国代表发言；2005年10月25日Victoria Gavrilesco女士（罗马尼亚）的发言（A/C.6/60/SR.12，第75-78段）；以及2005年10月25日Gérard Van Bohemen先生（新西兰）的发言（A/C.6/60/SR.12，第109-112段）。

<sup>11</sup> 见上述加拿大代表的发言。

<sup>12</sup> 尤其是上述罗马尼亚代表的发言；2005年10月26日Carl Henrik Ehrenkrona大使（瑞典）代表北欧国家的发言（A/C.6/60/SR.13，第21-23段）；以及2005年10月24日Park Hee-kwon先生（大韩民国）的发言（A/C.6/60/SR.11，第86-91段）。

管制的船只或飞机所载的移民入境应属于驱逐的范畴。<sup>13</sup> 还有人提出，专题中不应包括属于国际人道主义法的问题，<sup>14</sup> 例如在武装冲突时驱逐交战国的国民，或者因领土争端大规模驱逐人口的问题。<sup>15</sup> 此外，有人提醒注意，应当审议被驱逐者返回驱逐国的问题，包括被剥夺国籍的无国籍人在获得新国籍之前的回返问题。<sup>16</sup> 本着这种看法提出的意见有，一国政府驱逐外国人的决定不构成其他国家接纳被驱逐者的义务。另外还提出了被驱逐者过境国的问题；有人认为，过境国也没有义务再接纳被驱逐的外国人。

13. 某国代表团严重质疑是否值得在现行协定国际法和习惯国际法之外单独处理本专题，以及驱逐行为可否定性为“国家的单方面行为”。该国代表团还认为，不宜在本专题范畴下提及外交保护，因为只有在国家违反国际法并且用尽了国内补救办法时才能使用外交保护。<sup>17</sup>

14. 对这些发言中提出的问题和疑问，特别报告员将在本报告和今后的报告中作出解答。目前应指出：一、既然上述发言承认存在这方面的习惯法规则，就可以将本专题进行编纂，无需证明要在国际公约已有约定的相关问题之外单独处理本专题；二、提及外交保护不是要再研究这个专题，因为国际法委员会已基本完成了外交保护专题的研究，并最后通过了条款草案。但是，只有假定驱逐绝不违反国际法，才能原则上排除外交保护，而这是不太可能的。特别报告员仍然认为，根据境内外国人的驱逐条件，国家可能承担责任。十九世纪末和二十世纪初的裁决判例<sup>18</sup> 充分显示了这一点；国际法院在审的“艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛”案（几内亚共和国诉刚果民主共和国）也说明了这样的问题，我们对此案中法院将作何判决仍拭目以待。然而，特别报告员不打算起草这方面的专门责任制度，而是将援用关于国家对国际不法行为的责任的相关规则。

### C. 专题方面的最新发展

15. 由于特别报告员计划对此项问题进行研究，因而在此不打算概述驱逐外国人问题在近些年、甚至是提出初步报告之后的发展，而只是介绍编写初步报告以来各国在这方面的实践的主要趋势以及联合国内部和其他国际论坛正在对此专题

<sup>13</sup> 见上述中国代表和大韩民国代表的发言。相反意见见上述北欧国家代表的发言。

<sup>14</sup> 2005年10月24日Mohamed Bennouna先生（摩洛哥）的发言（A/C.6/60/SR.11，第39-48段）。

<sup>15</sup> 见上述中国代表的发言。

<sup>16</sup> 见上述加拿大代表的发言。

<sup>17</sup> 2005年10月25日Luís Serrodas Tavares先生（葡萄牙）的发言（A/C.6/60/SR.12，第29-39段）。

<sup>18</sup> Charles de Boeck引述了大量此类判决，《L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique》，《海牙学院课程汇编》（RCADI），第18卷，1927年之三，第447-646页，主要是第486-494页。

进行的研究。如果现阶段提出，以后又就专题某一方面进行阐述，必然造成重复，为免出现这种情况，最新判例和法理将根据涉及的问题在适当时提出讨论。

## 1. 若干国家的最新实践

16. 目前有两方面问题增加了驱逐外国人问题的复杂性，一是严峻而复杂的反恐恐怖主义问题，二是同样令人关切的非正常移民猖獗问题。

### (a) 反恐怖主义与驱逐问题

17. 由于反恐怖主义加深了很多国家对外国人的不信任，因此，驱逐外国人现象（即使不包括拒予入境和驱回等狭义的驱逐外国人问题）越来越严重。在这方面，有些国家修订了本国法律，使在本国入境和居留的条件更加严格。比如，在2005年7月接受《卫报》访谈时，英国司法大臣福尔克纳勋爵认为，从2005年7月7日和21日伦敦发生袭击以来，“情况已经发生变化”，应当制定一项法律向法官明示“对《欧洲公约》的正确阐释”。他明确讲：“我希望制定一项法律，规定内务部应在法院的监测下，兼顾被驱逐者的个人自由和对国家安全的考虑”。<sup>19</sup> 在这种精神下，英国当局决定驱逐九名涉嫌参与恐怖活动的阿尔及利亚人。内政大臣查尔斯-克拉克在关于这一问题的讲话中称：“依照我驱逐不宜在联合王国存在的个人的权力，移民部门今天逮捕了我认为对国家安全构成威胁的十名外侨”。<sup>20</sup>

18. 与此相似，法国设立了打击伊斯兰极端主义地区办事处，以宣扬极端主义为由驱逐了几名原籍阿尔及利亚的伊玛目，包括Chellali Benchellali、Abdelkader Bonziane和Abdel Aissaoui。法国总理称：“我相信，揭露煽动暴力行为的伊斯兰讲道者、粉碎极端网络、驱逐不尊重我们价值和法律的外国人，是有效打击恐怖主义的首要条件”。<sup>21</sup> 2005年7月29日，法国内政部长宣布将于8月底把十几名穆斯林驱逐回原籍国，这一行动是为惩治“这些可能影响年轻人或易受影响的人的极端主义讲道者”。<sup>22</sup> 剥夺当事人通过归化取得的法国国籍以便可以对其进行驱逐，这在法国是鲜有的做法，因此这一行为具有重要法律意义。内政部长就此讲到：“我还想对属于法国国籍者启动剥夺国籍程序。这不是一个新事物，而是我国刑法现有的规定，只不过一直没有利用”。<sup>22</sup> 除了这里所述的刑法第25条之外，2004年6月至7月法国议会通过的1945年11月2日第45-2658号法令

<sup>19</sup> 见2005年8月12日星期五《卫报》：路透社：<http://today.reuters.fr/news/newsArticle.aspx?type=topNews&storyID=2005-08-12T12527Z01C>。

<sup>20</sup> 见2005年8月24日阿尔及利亚日报《El Watan》：[www.elwatan.com/2005\\_08-13/2005-08-13-24508](http://www.elwatan.com/2005_08-13/2005-08-13-24508)。

<sup>21</sup> Colette Thomas 采录的多米尼克·德维尔潘总理讲话，载于2005年7月25日法国国际广播电台（RFI）发表的文章：[www.rfi.fr/actufr/articles/067/article37700.asp](http://www.rfi.fr/actufr/articles/067/article37700.asp)。

<sup>22</sup> 内政部长尼古拉·萨科齐访谈，发表于2005年7月29日星期五的《巴黎人报》（法国日报）。

第 26 条修正案<sup>23</sup> 以及关于控制移民、外国人在法国居留和国籍的 2003 年 11 月 26 日第 2003-1119 号法律，都可作为驱逐煽动对某人或某群体（如妇女）歧视、仇恨或暴力行为者的基础。

19. 法国不是唯一制定了旨在便利驱逐鼓吹极端主义的伊玛目的法制的欧洲国家。2003 年 4 月起，英国政府可以剥夺任何“对国家构成威胁”者的英国国籍；例如，Abou Hamza al-Masri 伊玛目因宣扬“圣战”被英国政府剥夺了国籍。奥地利也严格了本国立法，2006 年 1 月 1 日起适用的新措施中包括对讲话“危害公共安全”的讲道者进行驱逐的规定。德国 2005 年年初生效的一项法律也为驱逐“煽动扰乱秩序思想者”提供了便利。<sup>24</sup>

#### (b) 非正规移民与驱逐问题

20. 面对穷人源源不断的涌入，发达国家开始严防死守。它们对若干类外国人的大门越关越紧，包括加强移民控制，并不断严格在其领土入境和居留的条件。<sup>25</sup> 2005 年 9 月 9 日，法国内政和领土整治部长对各省省长发表讲话，以定量目标确定其政策，并要求各省省长必须取得成果。他说，“在我们上一次会议上，我给大家确定了定量目标，要求各位年内将 23 000 名无正常身份的外国人驱离出境。我注意到，截至 8 月底，已对 12 849 名外国人切实采取了驱离措施，即八个月期间完成目标 56%。因此，各位在剩下五个月中要更加努力。我还注意到，各省取得的成果不尽相同。当然，我希望大家都全力调动起来，并请成果低于平均数的省份与国家组织和资源中心联系，以便接受技术支持”。<sup>26</sup> 他认为，各省省长应排除万难完成这项工作：“各位还应当毫不犹豫地利用法律允许的操作空间。这

<sup>23</sup> 2004 年 7 月 15 日，法国参议院未经订正一读通过了国民议会在第 12 个议会任期期间一读通过的法案：见国民议会期号（第 12 个议会任期）1654、1670 和 T.A. 309；参议院期号 360 和 403（2003-2004 年）：[http://ameli.senat.fr/publication\\_pl/2003-2004/360.html](http://ameli.senat.fr/publication_pl/2003-2004/360.html)。

<sup>24</sup> 以上所有事例，见 2005 年 7 月 29 日 Myriam Berler 在法国国际广播电台网址发表的文章《Expulsions et déchéance de nationalité pour les imams radicaux》：[www.rfi.fr/actu/fr/articles/067/article\\_37791.asp](http://www.rfi.fr/actu/fr/articles/067/article_37791.asp)。西班牙和意大利虽然明显受到极端团体的威胁，但是没有制定专门法规。还有一些欧洲国家，尤其是北欧国家，从尊重言论自由出发，目前决定不作出专门规定，而要逐案解决问题。

<sup>25</sup> 欧洲各国领导人虽然承认，欧洲“也需要移民”，而且移民“是必要的，因为[移民]对欧洲经济增长起着决定性的促进作用”（2003 年 10 月 15 日时任欧洲联盟委员会主席的罗马诺·普罗迪在举行欧洲理事会之前的讲话），但却一致认为应采取更有效的措施“打击非法移民”。例如，计划采取或已经实施的措施包括：设定配额；签证或生物身份识别政策；建立边界管理局（2003 年 11 月 11 日欧洲联盟委员会提出的提案）；设立欧洲边界警察或欧洲边防队（见委员会对问题的传达（COM（2002）233））。以上所有内容，见 Justice&Security：[www.euractiv.com](http://www.euractiv.com)，2005 年 12 月 13 日。

<sup>26</sup> 这份讲话的文稿附于 2005 年 9 月 26 日 Alain Gresh 在 Le Monde Diplomatique（法国世界外交论衡月刊）发表的文章《M. Sarkozy contre l'anti-France》，电子版 [www.monde-diplomatique.fr](http://www.monde-diplomatique.fr)。



样的操作空间确实是存在的。因此，各位应当用好外国人入境和居留法给你们的权力，不论当地有何信访活动。我要求各位顶住形形色色只代表自己利益的“团体”或“协调会”的压力”。<sup>26</sup> 不论是这些官员对容留寻求庇护者的关切，还是欧洲人权法院关于人人有权在自己喜欢的地方过家庭生活的判例引发的其他考虑，都不能构成采取行动的障碍；他明确说：“为便利进行驱离，我还决定进一步加速行政羁押方案”。“应我要求，外交部也同时制定了程序，制裁在发放旅行证件方面不合作的国家，限制法国发给这些国家国民的短期签证的数量。各位确定的十几个国家受到制裁，今天我要指出的有：塞尔维亚和黑山、几内亚、苏丹、喀麦隆、巴基斯坦、格鲁吉亚、白俄罗斯和埃及”。<sup>26</sup>

21. 对被指定为“非法移民国家”（相对于“可靠国家”）的国家采取此类外交报复措施是否合法令人质疑。<sup>27</sup> 但是，这位部长似乎为达目的不择一切手段，他毫不含糊地表明了达到自己最终目标的决心。实际上，他在讲话最后以恩威并施的方式异常明确地指出：“各位应当长期坚决地亲自采取行动并取得成果。这是你们的本职所在和合法性来源，因为这将是对你们进行评价的标准。这是我们共同取得成功和保障法国人生活条件的代价。”<sup>28</sup> 然而，此类政策是否有效令人怀疑。这是从“零移民神话”<sup>29</sup> 变成“选择性移民”幻想，<sup>30</sup> 而无视非法移民的深层根源，即全球经济上的不平衡和非正规移民输出国的赤贫问题。当然，2003年4月30日萨科奇先生在国民议会就移民法案（该法案终于在2006年获得法国议会两院通过）作出解释性声明时，抨击“‘零移民’教条”，称其对法国“有害”。他所提的方案，提出深入全面地改革关于驱逐措施和对犯有某些轻重罪的外国人处以禁止在法国入境的附加刑的立法，“留有对在法国没有个人或家庭联系的外国人判处驱逐措施或禁止在法国入境的刑罚的可能”，并制定了一项称为“缓期驱逐”的制度，属于一种严重警告程序。<sup>31</sup>

22. 比利时关于外国人入境、居留、定居和驱离出境问题的1980年12月15日法，已按照政府1974年确定目前仍然生效的“停止移民”政策目标多次进行了修正；2003年，在比利时居留了短或数周甚至长达几年的14 110人遭到驱逐或

<sup>27</sup> 见2004年3月Alain Morice在Le Monde Diplomatique发表的《L'Europe enterre le droit d'asile》，第15页，www.monde-diplomatique.fr。

<sup>28</sup> 上述萨科奇先生的发言。

<sup>29</sup> 法国国务部长兼内政和领土整治部长Charles Pasqua先生在1993年6月2日制定的目标（见1993年6月2日世界报对他的访谈），导致法国议会于1993年12月15日通过了一项法律，称为《Pasqua法》，并于1993年12月30日颁布；此问题见François Julien-La Ferrière所著《Le mythe de l'immigration zéro》，Actualité juridique-Droit administratif (A. J. D. A.)，1994年2月20日，第83-95页。

<sup>30</sup> 这是尼古拉·萨科奇的政策理念梗概。萨科奇也是法国国务部长兼内政和领土整治部长。

<sup>31</sup> 见国民议会通过的2006年5月17日第362号法案，正在参议院审议。

遣返，其中 7 742 人被送上飞机驱逐出境。2003 年，另有 3 339 人“在边境被推回”，即未得进入比利时边境。<sup>32</sup> 2005 年 2 月 17 日，荷兰政府核准驱逐 26 000 名无正常身份外国人、即所谓“无证件者”的决定。<sup>27</sup> 在被摩洛哥领土包围的西班牙飞地休达，数以百计的寻求庇护者流落街头，西班牙援助难民委员会主席失望地说：“今天，我们非常痛心地说，西班牙在政府的政策下成为一个对难民不友好的国家（……）。2003 年民主的西班牙忘却了在 1939 年流血的西班牙，当时数十万计的西班牙儿女为逃避佛朗哥恐怖政权流落于五湖四海”。<sup>33</sup>

23. 关于驱逐问题，1999 年《阿姆斯特丹条约》所述的统一欧洲移民政策工作，在 2005 年 3 月 9 日取得了发展，即首次具体执行了在 2005 年 1 月 22 日和 23 日都柏林欧洲联盟部长理事会上讨论制定的共同强制回返政策：比利时、荷兰和卢森堡安排了第一架飞往普里什蒂纳和地拉那的欧盟包机。<sup>34</sup> 虽然欧洲议会在 2004 年 4 月 1 日的动议中表示反对，但这项政策已逐步推广开来。例如，2005 年 7 月 5 日在法国依云举行的欧洲五国内政部长小组会议宣布，德国、西班牙、法国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和意大利五国将安排“联合驱逐”，把非法移民遣回其原籍国。这实际上是组织“联航”遣送有关人员，以前尤其是意大利和德国采取过这类行动。2005 年 7 月底，一架“法英联航”遣回了“40 多名”非法进入法国和英国的移民。<sup>35</sup> 这类行动存在“操之过急”和“失去控制”的风险，因为驱逐国将非法移民遣回原籍国时可能无法确保他们不受到任何生命危险，或遭受酷刑或不人道、残忍和有辱人格的待遇。这方面的问题还有，这是否属于集体驱逐情况。另一个令人关切的情况是，难民受到和其他移民一样的对待，这对庇护制度构成真正的威胁。

24. 欧洲国家阻止一般移民和采取一切手段打击非法移民的意愿，在实践中促生了两个新的法律现象：“再接纳协定”和“过境协定”。

25. “再接纳协定”是确定居留国将非法移民“驱离出境”的法律框架和条件的双边协定。这是非法移民“容留”国及其原籍国或推定原籍国之间达成的协定，其中原籍国承诺接纳驱逐国负责查出并移送的移民，而费用由驱逐国承担。这种做法得到了迅速推广；例如，西班牙已与若干国家签署了这种协定，并仍在努力

<sup>32</sup> 见 Francisco Padilla, 《La politique belge en matière d'expulsion des étrangers》, Universal:[http://www.universal-embassy.be/article.php?id\\_article=141](http://www.universal-embassy.be/article.php?id_article=141).

<sup>33</sup> Alain Morice 引述, 《L'Europe enterre le droit d'asile》, [www.monde-diplomatique.fr](http://www.monde-diplomatique.fr), 2004 年 3 月, 第 14 页。

<sup>34</sup> 同上。为落实这项政策，欧盟委员会决定提供 3 000 万欧元的财政支持。

<sup>35</sup> 见 Karine G. Barzegar, 《Paris et Londres expulsent ‘cette semaine’ une ‘quarantaine’ de clandestins afghans par ‘vol groupé’》, *Nouvel Observateur*:<http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=socite/20050726.FAP1755.html&host=http://permane>, 2005 年 8 月 25 日。

尽量与更多国家达成协议。该国达成的某些再接纳协定所载条款规定，向被遣返者发放补贴，以便其重新融入目的地国。<sup>36</sup>

26. “过境协定”的目的不同，其实质更具有争议。例如，2003年1月8日瑞士和塞内加尔达成的过境协定规定，塞内加尔承诺接受并转送所有被瑞士判定遣回或禁止入境的非洲侨民，由接受国负责确定原籍国。在这方面，协定第15条简略陈述了“特别补助”问题，其中支出费用由“双方协议支付”。<sup>27</sup>这种称为“过境协定”的法律怪异现象，使政府可以无视基本的尊重人的尊严原则和当事人的悲惨境遇，将非法移民抛开一边进行可鄙的金钱讨价还价。但是，面对愤怒的塞内加尔舆论和瑞士人权维护者的行动，有关协议未能缔结。

## 2. 国际移徙：国际移徙问题全球委员会的报告

27. 伴随世界全球化的迅猛发展，今天的移徙现象规模空前。这个问题的复杂性、对经济的影响及其政治敏感性，使移徙成为国际社会关切的问题。因此，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问题的高级别对话。联大还请秘书长向联大第六十届会议报告关于组织举办对话的问题，并在2004年12月22日第59/241号决议中回顾这项要求。秘书长在就此问题向联大第六十届会议提出的报告中，建议在2006年9月14日和15日举行高级别对话，并提出了具体组织办法。<sup>37</sup>

28. 2003年12月，一批核心国家在联合国秘书长的敦促下设立了国际移徙问题全球委员会；此独立机构<sup>38</sup>承担的任务是，为解决国际移徙问题制定协调的综合性应对办法确立框架。2005年10月，国际移徙问题全球委员会编写了深刻的研究报告，题为《相互联系的世界中的移徙问题：新的行动方向》。<sup>39</sup>虽然国际移徙问题全球委员会的根本关切是，研究移徙与经济发展之间的联系，特别是移徙对移民原籍国和目的地国双方发展的影响，但是这个高级专家小组提供的工作成果，对国际法委员会审议议程所列的驱逐外国人问题不无益处。实际上，我们看到，国际移徙问题全球委员会也探讨了非正规移民带来的挑战<sup>40</sup>以及适用于所谓非法移民者的人权等问题。<sup>41</sup>

<sup>36</sup> 外交资料。

<sup>37</sup> 见 A/60/205。

<sup>38</sup> 2005年8月，国际移徙问题全球委员会为非正式咨询机构，秘书处设于日内瓦，包括来自世界所有区域的30多个国家，包括：南非、阿尔及利亚、德国、奥地利、孟加拉国、比利时、巴西、加拿大、埃及、西班牙、芬兰、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、日本、摩洛哥、墨西哥、尼日利亚、挪威、巴基斯坦、荷兰、秘鲁、菲律宾、大不列颠及北爱尔兰联合王国、斯里兰卡、瑞典、瑞士、土耳其以及欧洲联盟和教廷。

<sup>39</sup> 国际移徙问题全球委员会的报告，2005年10月，可在如下网址查看：[www.gcim.org](http://www.gcim.org)。

<sup>40</sup> 见国际移徙问题全球委员会的报告：《相互联系的世界中的移徙：新的行动方向》，第32-41页。

<sup>41</sup> 同上，第52-64页。

29. 国际移徙问题全球委员会的报告指出，人们对移民数量的增长和非正常身份移民的比例具有广泛共识。经济合作与发展组织估算，欧洲的 5 600 万移民中，非正常身份移民占 10-15%；此外，欧洲每年还接纳约 500 000 未登记的新移民。美国有 1 000 多万非正常身份移民，其中半数来自墨西哥，且以每年约 500 000 名的速度在增长。这一现象不仅涉及发达国家。据人们所知，亚洲是存在非正常身份移民数量最多的大洲。例如，印度估计有 2 000 万非正常身份移民。拉丁美洲和非洲的大部分移民也是非正常身份移民，<sup>42</sup> 因为这些地方各邻国的人口构成相同，而且边境管制很松，从而便利了移民流动。特别是在非洲，国家当局不把移民视为非法活动，有关民众将移民看作一个共同体成员之间的自由流动，往往不把国际边界当作一回事，因为他们认为这种边界是抽象的，纯粹是人为的东西。

30. 非正规移民是凸显因经济全球化和不发达国家加速贫穷而加剧了社会经济不平衡的现象之一。但它也显示了民众在战祸频仍和政治不宽容加深民生凄苦的国家失望惶恐。在此背景下，移民为逃避其处境和生活环境不惜作出一切牺牲。非洲青年如浪潮一般冲往西班牙飞地休达和梅利利亚的铁丝网围护墙的景象，就是令人触目惊心的例证。每年，为穿越这些屏障（包括地中海这样的自然屏障以及西班牙边界那样由各国树立起来的屏障）进入欧洲而丧生的非法移民估计多达 2 000 人。在这方面，每年大约有 400 名墨西哥人在企图穿越与美国边境时丧生。<sup>43</sup>

### 3. 移徙与发展问题欧非部长级会议(2006年7月10日和11日，拉巴特)

31. 参加这次会议的有来自 30 个欧洲国家以及俄罗斯联邦、土耳其和乌克兰、27 个非洲国家、墨西哥及 21 个国际组织的代表。

32. 拉巴特部长级会议通过的行动计划打算从两方面应对“非正规移民”问题：一是在打击非正规移民方面开展合作，二是提高过境国和离境国的国家边界控制能力。会议倡导主要从下列方面合作打击非正规移民，包括：合作提供移民从过境国自愿回返所需的后勤和资金；在尊重人的尊严和基本权利的条件下，所有有关国家建立有效的再接纳制度，尤其切实执行《科托努协定》第 13 条的相关规定，并使北非与中西非有关国家之间以及欧洲联盟或其某成员国与北非和中西非国家之间达成再接纳协定；为确定无正常身份移民的国籍提供技术和后勤支持；便利无正常身份移民在回返后重新融入原籍国；向可能的移民宣传介绍非法移民的风险；以及提供财政资源援助紧急面临非正规移民问题的国家。可以看出，参加会议者潜在

<sup>42</sup> 同上，第 32-33 页。

<sup>43</sup> 同上，第 34 页。另外，据收录最新遇难者名单的一些协会的数字估算，1992 年 5 月中至 2003 年 12 月，记录有 4 000 多人在向欧洲的非法移民活动中死亡。资料来源：非法移民受害者家庭协会；Jean Christophe Gay 著《Les discontinuités spatiales》，巴黎，Economica 出版社，1995 年；Olivier Clochard 与 Philippe Rekacewicz，《En dix ans plus de 4 000 morts aux frontières》，Le Monde diplomatique, www.monde-diplomatique.fr, 2004 年 3 月。

的主导思想是，有计划地将所有非正规移民驱回原籍国。这种心照不宣的原则似已确立，剩下的就是确定将来被驱逐者的回返和重新融入社会条件，让被驱逐者的国籍国协助确定被驱逐者的国籍并使其在本国境内被重新接纳。

33. 此外，拉巴特部长级会议主张提高这些国家和过境国的国家边界控制能力，包括加强主管部门培训和提供更好的跨界行动合作装备；合作在有关国家建立数字化的资料库，用于有效打击非正规移民；合作按欧洲模式建立预警机制，以便尽快传送关于非正规移民和蛇头犯罪组织活动的先兆。

34. 然而，值得注意的是，在题为《移徙与发展问题欧非伙伴关系》的拉巴特宣言中，与会各国外交部长重申承诺“打击非法移民，包括再接纳无正常身份的移民（……）”，他们还主张“采取积极的政策，使合法移民融入社会，并打击排外、仇外心理和种族主义”，并承诺“在尊重移民和难民的基本权利和尊严的条件下，以全面、平衡、务实和注重行动的办法（……）”密切开展合作。然而，我们不应受到文字的蒙蔽，因为对欧洲国家来讲，拉巴特会议的主要目的是为大规模驱逐非法移徙的非洲国家侨民奠定基础，使其具有国际合法性。当然，驱逐无正常身份的外国人，属于这些国家行使无可争议的主权，我们对此没有太多、甚至几乎没有任何反对意见。但是，这些国家必须注意维护当事人的基本权利和尊严，这基本是国际法的全部要求，特别报告员打算在本专题中重点强调这一点。

35. 国际法委员会成员及其后有关国家在讨论初步报告时所提的意见有时甚至互相矛盾的各种建议，各国驱逐外国人最新实践的上述发展，国际移徙问题全球委员会和拉巴特部长级会议在探讨中突出强调非正规移民现象在全世界所涉范围之广并提出了应对办法，这些都显示出具体确定本研究专题的范围非常重要。

#### D. 专题的范围

36. 初步报告的目的之一是，在国际法委员会和第六委员会引发对专题的方法论问题和范围的讨论。这两个委员会的讨论情况说明，大家一致认为有些问题应纳入本研究专题的处理范围，而对另一些问题存在分歧，但不再有人觉得国际法委员会不应当处理这个专题。<sup>44</sup>

37. 例如，大家看来一致认同，专题应包括在一国境内居留但无该国国籍的人，分有正常身份和无正常身份两类，包含已在驱逐国长期居留的人。专题还应包括难民、寻求庇护者、无国籍人和移徙工人。<sup>45</sup>

<sup>44</sup> 匈牙利在第六委员会的代表在联大第五十九届会议上宣称，这个问题“本应由联合国系统其他机构或机关、如联合国难民署或人权委员会处理”。他注意到特别报告员就此专题向联大第六十届会议提交的初步报告，称匈牙利认为，特别报告员和国际法委员会应“在下届会议上谨慎确定下一次研究报告的具体范围和内容”；见2005年10月26日Horváth先生（匈牙利）在第六委员会的发言（A/C.6/60/SR.13，第9段）。

<sup>45</sup> 见《大会正式记录，第六十届会议，补编第10号》（A/60/10），第273段。

38. 然而，国际法委员会有些成员和第六委员会一些成员国代表认为，拒绝接纳到容留国时间不久或未安顿下来的非法移民似不应纳入专题范围。有人还认为，在非殖民化背景下因居留地的地位发生变化而变更国籍者应排除在专题范围之外。

39. 特别报告员认为，原则上不能排除这些假设。在这方面，应区分下列两种情况：一种是因国籍变更而引起的人口（集体）迁移，这些人口因居留地的地位发生变化而获得新的国籍；另一种情况是获得上述国籍的个人最后可能被驱逐。驱逐处于后一种情况的人应遵循普通法制度，因此没有任何理由排除在专题范围之外。

40. 关于非法移民拒予入境（或“驱逐”）问题，若干国家的实践以及将任何越过边界进入居留国领土者定为外国人的做法，显然让人感到，把这个问题排除在专题范围之外必将严重削弱专题内涵。例如，第六委员会的大韩民国代表称，采取这种观点“不仅不当地限制委员会的工作范围，而且没有触及全世界很多非法居留者的利益和关切”。<sup>46</sup> 然而，在传统观念上，驱逐涉及合法入境或居留的外国人，而拒予入境涉及国家不准其入境或在其境内居留的外国人；驱离非法移民涉及身在边境上或刚刚进入边境的人，因此严格来讲，属于拒予入境而不是驱逐。按照这种法律区分，特别报告员认为，拒予入境不属于本专题的范围。

41. 特别报告员没有找到充足理由把武装冲突中的驱逐外国人问题排除在专题范围之外。国际法委员会选定的办法是，探讨现行条约规则以对本专题进行编纂；因此，虽然国际人道主义法已有这方面的具体规则，但不妨碍将此问题纳入专题范围。此外，2004年12月17日常设仲裁法院对“厄立特里亚诉埃塞俄比亚”案的判决<sup>47</sup>为重新研究这方面的传统规则提供了借鉴。“厄立特里亚诉埃塞俄比亚”案不仅涉及剥夺国籍的手段驱逐出境的问题，而且属于武装冲突背景下的驱逐问题。

## E. 本报告概要

42. 本报告的目的是，依照法理所作阐述，研究习惯法、条约法、判例法和各国实践中对驱逐外国人问题的一般适用规则。通过研究，将解答审议初步报告时提出的若干问题和建议。

43. 在这方面，特别报告员大体上将紧循初步报告所附工作计划大纲载列的办法；这项办法已获国际法委员会核准，<sup>48</sup> 并如本报告第10段所述，得到联大第六十届会议期间在第六委员会就“驱逐外国人”专题发言的大部分国家的赞同。

<sup>46</sup> 见上述 Park Hee kwon 先生的发言（A/C.6/60/SR.11，第89段）。

<sup>47</sup> 常设仲裁法院，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会，《Partial Award, Civilian Claims between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia》，海牙，2004年12月17日。

<sup>48</sup> 见国际法委员会的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第10号》（A/60/10），第269-272段。

所作调整只是掉换了“适用范围”和“定义”的次序，将“定义”放在“适用范围”之后；另外就是调整了“适用范围”的内容，将其放在“定义”标题下，而“适用范围”中是驱逐所涉的外国人标准分类。按照这一具体安排，本报告将研究关于驱逐外国人的部分一般规则，其间将深入研究有关问题，以提出关于专题主要术语的适用范围和定义的条款草案。

## 第一部分

### 一般规则

44. 对初步报告的审议说明，在国际法委员会和第六委员会引起争论和争议的主要问题是专题的范围。本报告首先要确定专题的范围。在限定专题范围之后，应比初步报告更明确地确定专题的构成概念，再着手研究这方面的一般国际法原则。

#### 一. 专题的范围

45. 本报告导言概述了专题的范围。这里应更加明确地划定专题的范围，列出各类所涉人员。依照本报告第 37-41 段提出的观点以及国际法委员会和第六委员会赞成就此专题起草尽可能完备的制度的意见，特别报告员将依次研究下列情况：在一国境内合法居留的外国人；无正常身份的外国人、难民、流离失所者、寻求和获得庇护者、无国籍人、一国前国民；因新的国家诞生而丧失国籍以致沦为外国人的人；与容留国发生武装冲突的国家的国民；移徙工人。

46. 驱逐条件和方式受特别规则约束的若干类外国人不在专题的范围之内，特别是享有某些特权和豁免的外国人，主要包括受特殊规则约束的外交官、领事当局、参加赴外特派团的人、国际公务员、参加官方特派团或多国部队的武装部队成员；<sup>49</sup> 相对于根据国际法适用于驱逐外国人的一般规则，这些特殊规则构成特别法律（*leges speciales*）。

47. 特别报告员认为，虽然可以说国际法没有禁止驱逐本国国民，<sup>50</sup> 但国际法也没有准许这样做。相反，一般原则是反对驱逐本国国民的。1891 年 9 月国际法学会汉堡会议上，Féraud-Giraud 先生就这个问题提出下述规则：

“一国不得通过行政或司法途径驱逐本国国民，不论其信仰、种族或民族本源为何。若此行为造成的国际后果是把被判有罪或只是受到司法起诉的人赶到其他国家境内，则构成严重违反国际法行为”。<sup>51</sup>

48. 一般来讲，国家对人的管辖权要求国家确保本国国民在境内外都受到保护，<sup>52</sup> 由此引出上述规则是顺理成章的。甚至有人认为，不驱逐国民规则是“无可争辩的”；这项规则即使没有明确表达，也是不言而喻的。<sup>53</sup> 因此，若干国家国内立法明文

<sup>49</sup> 见《秘书处关于驱逐外国人问题的研究报告》，A/CN.4/565，第 28-35 段。

<sup>50</sup> 同上，第 36 段，注 53-61。

<sup>51</sup> 《国际法学会年鉴》，第十一册，1889 年-1892 年，第 278 和 279 页。

<sup>52</sup> Patrick Daillier 和 Alain Pellet, 《Droit international public》(Nguyen Quoc Dinh), 第 7 版, 巴黎, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 年, 第 322-327 段, 第 493-501 页。

<sup>53</sup> 见 Charles de Boeck, 《海牙学院课程汇编》，第 18 卷，1927 年之三，第 448 页。



禁止驱逐国民。<sup>54</sup> 这样一项规则暗含一国国民在本国居留<sup>55</sup> 或入境<sup>56</sup> 的权利，因此不允许一国驱逐本国国民。此外，上述规则的影响是，国家有义务接纳在国外遭驱逐的本国国民，而不必接纳遭驱逐的其他国家国民，无论这些人是被他们自己国家还是第三国驱逐；只有该国明确同意接纳被驱逐的其他国家国民（一般是依照国际协定），才须承担这项义务。<sup>57</sup> 应指出，一些人权条约更具体地明文禁止一国驱逐持本国国籍的人出境。<sup>58</sup>

49. 除了事实上很少有国家驱逐持本国国籍者的事例之外，上述论证也说明，此类驱逐情况纯属例外，而且只有依照与接受国之间的明文协定才可进行这样的驱逐。此外，一国国民不是或不可能同时是外国人，因此驱逐本国国民的法律制度不属于驱逐外国人专题的范围。

#### A. 在驱逐国境内合法居留的外国人

50. 所谓在外国合法居留的外国人，是指在某国合法入境或被正式接纳、并遵照该国关于外国人逗留或居留条件的立法和（或）规章在该国居留的外国人。我们这里暂不讨论是否应当区分过境的外国人、临时接纳或短期逗留的外国人和长期居留者等等，而只是这些人在接受国境内逗留的合法性，这种逗留的时间长短也可能影响到驱逐的后果。

51. 所谓在接受国合法入境，是指持该国当局认可有效的旅行证件进入该国边界。所谓合法逗留，是指合法进入边界的外国人满足逗留条件，即该国国内法规定在该国继续逗留的条件。

52. 然而，外国人在某国合法入境不一定是在该国合法逗留的必要条件。在某些国家，可以在非法入境接受国之后，通过合法化途径取得合法居留地位。<sup>59</sup> 尤其在欧洲和美洲的主要非法移民接受国，这种做法越来越普遍，其中有些国家采取大规模合法化的做法，有些是逐案合法化。<sup>60</sup>

<sup>54</sup> 见《秘书处关于驱逐外国人问题的研究报告》，A/CN.4/565，第36段，注60。

<sup>55</sup> 同上，第36段和注56。

<sup>56</sup> 1892年9月12日国际法学会通过了本学会提出的《接纳和驱逐外国人的国际规则》，其中载有如下条款：“一国原则上不得禁止本国国民入境或在本国境内逗留，包括丧失该国国籍但未取得其他国籍的人。”（《国际法学会年鉴》，第十二卷，1892年-1894年，第219页。

<sup>57</sup> 见 Robert Y. Jennings 爵士和 Arthur Watts 爵士编辑的《奥本海国际法》，《Volume I-Peace》，第9版，1996年，第944和945页。

<sup>58</sup> 见 A/CN.4/565，第36段和注55。

<sup>59</sup> 见 Atle Grahl-Madsen, 《The Status of Refugees in International Law》，《Vol. II: Asylum, Entry and Sojourn》，Leiden, A.W. Sijthoff, 1972年，第348页；另见 A/CN.4/565，第44段。

<sup>60</sup> 例如，西班牙和意大利在过去几年对无正常身份的外国人进行大规模合法化；法国在经过一场大规模合法化之后，对无正常地位的外国人的态度更加强硬，最多不过采取逐案合法化的办法；美国联邦政府最近建议对墨西哥移民大规模合法化，但在国会遇到一些反对意见。

53. 驱逐在驱逐国合法居留的外国人往往是大部分条约的唯一假设情况。因此，很多载有驱逐问题条款的国际公约只适用于这一假设情况。<sup>61</sup>

## B. 无正常身份的外国人

54. 有些条约对有正常身份的外国人和无正常身份的外国人进行了区分，但没有提出“非法外国人”一词的定义。<sup>61</sup> 在一些国家的国内法可以找到这类外国人的定义要素，但这些法律对非法外国人的定义各有不同。<sup>62</sup>

55. 所谓无正常身份的外国人，是指违反该国关于外国人准予入境、逗留或居留的法律在容留国境内逗留的外国人。首先，入境条件可以确定非法性，如非法移民或所谓“黑移民”。例如，违反接纳外国人入境的规则进入驱逐国边界的外国人，被视为无正常身份。第二，在驱逐国境内的逗留条件而非入境条件也可以确定非法性。这类情况中，外国人虽然合法进入国家边界、即被该国合法接纳，但其后不满足容留国法律规定的逗留条件。例如，被合法接纳的外国人超过该国主管当局规定的期限在境内滞留。第三，造成外国人在驱逐国境内非法逗留的可同时有两项缘由。例如，外国人非法进入容留国边界，其后身份也未获得合法化，这样就既不满足准予入境条件、也不满足逗留条件。

56. 外国人的逗留条件包括两方面：使外国人在特定期限（不论可否延期）内在容留国境内合法逗留的身份或逗留许可；逗留期间须遵守的规则，例如关于外国人在逗留过程中可否从事哪些活动的规则。自愿进入某外国领土并在该国境内居留者必须遵守该国的逗留或居留条件、包括奉守其法律制度和规则，这是一项基本原则。<sup>63</sup> 不遵守这些条件规则，可导致撤回或取消居留许可，使该外国人的身份从合法变为非法，必要时可予以驱逐。

## C. 难民

57. “难民”一词从社会学或法律角度理解有不同的含义。其社会学含义由来已久，外延广泛，不是很严格。本报告所述的“难民”一词，在很长一个时期用于指称出于某种原因被迫离开居所地到其他地方避难的人。<sup>64</sup> “其他地方”不是相

<sup>61</sup> 尤其是：见《公民及政治权利国际公约》（第13条），联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号；《关于难民地位的公约》（第32条），联合国，《条约汇编》，第189卷，第2545号；《关于无国籍人地位的公约》（第31条），联合国，《条约汇编》，第360卷，第117页；1955年《欧洲居留公约》。另见A/CN.4/565，第755段，注1760-1763。

<sup>62</sup> 见A/CN.4/565，第129段，注249-258。

<sup>63</sup> 见E.M. Borchard, 《The Diplomatic Protection of Citizens Abroad》，纽约，Banks Law Publishing Co.，1915年，第179页。

<sup>64</sup> 见Jahn Eberhard, 《Refugees》，载于Rudolf Bernhardt主编的《Encyclopedia of Public International Law》，第4卷，阿姆斯特丹，Elsevier Science Publishers，2000年，第72页。

对于一国边界而定的。今天，难民一词的这种用法没有完全消逝。但无论是否有意地受了新闻语言的影响，现在有些国际场合用此词指称在本国境内流离失所、与在某外国流亡避难者的实际情况相似的人。这种境内流离失所者被称为“国内难民”或“境内流离失所者”。由于他们也需要国际援助，联大已多次要求联合国难民事务高级专员办事处同样将其作为人道主义援助对象。<sup>65</sup>

58. 然而，“难民”一词在法律上有更确切的含义。本报告中的“难民”，一般是指被迫离开本国到其他国家避难的人。如国际法院在“庇护权”案的判决中所述，“难民在避难国境内”；<sup>66</sup> 因此，在其国籍国境内的人，不会有难民身份。依照关于难民的各项国际公约，难民是由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体、政治见解而受到迫害或有正当理由畏惧受到迫害的人。有些作者认为，没有因上述原因逃离本国的，法律上属于“流离失所者”<sup>67</sup> 而不是难民。难民还包括在国籍国或居所地国境外、但不能或有正当理由不愿返回本国的人。<sup>68</sup>

59. 关于 1951 年 7 月 28 日《关于难民地位的公约》界定的“难民”一词的定义，如排除偶然因素和其他环境因素，根据该公约第一条第(一)款(乙)项，“难民”一词是指由于发生特定事情之后，

“因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外，并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人；或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或由于上述畏惧不愿返回该国的人”。<sup>69</sup>

60. 非统组织 1969 年 9 月 10 日《关于非洲难民问题的公约》采用了更广泛的难民定义。该公约规定，除《1951 年公约》所述的人<sup>70</sup> 之外，“难民”一词

“还适用于因其原籍国或国籍国部分或全部遭到侵略、外国占领、外国统治或发生严重破坏公共秩序的事件，被迫离开惯常居所地，到其原籍国或国籍国之外的其他地方避难的人”。<sup>71</sup>

<sup>65</sup> 同上，第 73 页。

<sup>66</sup> 国际法院，“庇护权”案（哥伦比亚诉秘鲁），1950 年 11 月 20 日判决，《1950 年国际法案例汇编》，第 274 页。

<sup>67</sup> 见 Louis B. Sohn 和 Thomas Buergenthal 编辑的《The Movement of Persons across Borders》，跨国法律政策研究，第 23 卷，华盛顿哥伦比亚特区，美国国际法协会，1992 年，第 100 页。

<sup>68</sup> 1951 年 7 月 28 日《关于难民地位的公约》，联合国《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，及其 1967 年议定书，联合国，《条约汇编》，第 606 卷，第 267 页；1946 年 12 月 15 日国际难民组织组织法，联合国条约汇编，第 18 卷，第 283 号，第 3 页；另见 John Eberhard，《Refugees》，载于 Rudolf Bernhardt 编著的《Encyclopedia of Public International Law》，第 4 卷，阿姆斯特丹，Elsevier Science，2000 年，第 72 页。

<sup>69</sup> 见《关于难民地位的公约》第一条第(一)款(乙)项，1967 年 1 月 31 日议定书作出订正。

<sup>70</sup> 非统组织《公约》第一条第 1 款援用了这一概念。

<sup>71</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1001 卷，第 14691 号，第一条第 2 款；联合国难民事务高级专员办事处新闻和媒体关系处（日内瓦）也以分册形式引发了这项公约案文。

61. 对“难民”一词的这一广义定义在非洲以外得到了响应，已成为非洲对确定该定义内容的重要贡献。1980年代初国际社会开始接受非洲统一组织确定的定义，联合国难民事务高级专员办事处方案执行委员会在1981年指出，全世界很多地方、尤其是发展中国家难民大量增加，使寻求庇护者群体的组成发生了变化，不仅包括《1951年公约》和《1967年议定书》的定义所述对象，而且包括上述非统组织《1969年公约》第一条第2款所述的对象。<sup>72</sup>

62. 继1981年难民事务高级专员办事处的声明，中美洲国家于1984年通过《关于难民问题的卡塔赫纳宣言》，建议扩大“难民”定义的范围，涵盖“因普遍发生暴力、外国侵略、国内冲突、大规模侵犯人权或其他严重破坏公共秩序的情况威胁到其生命、安全或自由而逃离本国的人”。<sup>73</sup>

63. 虽然美洲国家组织（美洲组织）在1969年11月《美洲人权公约》第22条第7款中采用了较狭义的定义，但后来美洲人权委员会和美洲组织大会都认可了上述范围较广的定义。<sup>74</sup>

64. 当然，世界各地对这些定义的表述存在一些差别，不同之处主要在于，是否所有无论因何动机被迫逃离原籍国领土的群体都可被视为难民。“难民”一词的定义除了“核心含义”之外，还有得不到原籍国政府任何保护的人构成的“灰色区域”。这个“灰色区域”概念模糊不清，可能在申请难民身份者甚至援助他们的国际组织和容留国之间造成分歧；因为人们可以把遭遇某些形式的社会压迫的人、遭遇经济变化的人（有时被称为“经济难民”）、甚至纯粹因为个人便利逃离本国的人算入“灰色区域”。因此，在理论和实践上都需要给国际法中的“难民”概念作出明确定义，这也是本研究报告的目的。

65. 依照上述意见，并根据国际组织和各国的做法，<sup>75</sup>应指出，定义国际法中“难民”一词的基本要素如下：(一) 离开原籍国边界的人；(二) 此人是被迫离开原籍国；(三) 这种被迫应有可以明确确定的原因，包括：有正当理由畏惧因其国籍、从属某社会群体和所持政见而受到种族或宗教迫害；国内或国际武装冲突；政治暴力；侵略；外国占领；外国统治。也就是说，“难民”是指在其国籍国之外的人或在惯常居所地国之外的无国籍人，或由于有正当理由畏惧因其种族、宗教、国籍、从属某社会群体和所持政见而受到迫害、或因其国籍国部分或全部遭到侵

<sup>72</sup> 见 Sohn 和 Buergenthal 编辑的《The Movement of Persons across Borders》，跨国法律政策研究，第 23 卷，华盛顿哥伦比亚特区，美国国际法协会，1992 年，第 103 页；以及 A/CN.4/565，第 153 段。

<sup>73</sup> 见 1984 年 11 月 22 日《关于难民问题的卡塔赫纳宣言》，美洲人权委员会年度报告，OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev.1, 1984 年-1985 年，第 103 页。

<sup>74</sup> 见 A/CN.4/565，第 156 段。

<sup>75</sup> 同上，第 157 段。

略、外国占领、外国统治、发生国内或国际武装冲突或严重破坏公共秩序的事件而被迫到其原籍国或国籍国之外避难的人。

66. 根据这样的定义，“难民”一词既指一种状态又指一种身份。这首先是一种状态，因为符合上述定义的人在容留国给予合法难民身份之前即被视为难民；其次也是一种身份，因为依照国际公约<sup>76</sup>和各国立法规定的条件和程序取得了上述法律身份，则可受到难民应享有的法律保护。这种法律身份可以区分对处于难民情况（状态）者的人道主义干预和有合法难民身份者享有的法律保护和权利。

67. 这种区别在驱逐外国人问题上很重要。容留国只有在特殊情况下按照特定具体条件才能驱逐有难民身份的人，而驱逐处于难民状态和可能寻求此种身份的人必须遵守的规则约束力不强，下文将谈到这一点。有些情况下，寻求难民身份者可能被当作非法移民、即无正常身份的外国人对待，而对享有难民身份者，尤其在驱逐时要依照专门法律制度对待。

68. 当然，人们普遍认为，对于任何有关国际条约缔约国的法制下初步推定为难民的人，无论其法律身份是否合法，均应给予难民应有的权利。<sup>77</sup>然而，人们对“合法逗留”表述的含义有争议。有人认为，只要难民的逗留没有被公约缔约国承认为合法，即这些人没有获得难民身份，其逗留就不合法。<sup>78</sup>

69. 法律身份待定的难民的情况有些含糊不清，有人认为，等待对其法律身份作出决定的难民显然既不属于“合法逗留”也不属于“非法逗留”，最好将其视为一种实际合法逗留，但不能要求享受有合法难民身份者应有的一切权利。<sup>79</sup>

70. 然而，另一些作者对难民从被接受进入获得合法难民地位或被容留国接纳的程序起即可视为具有正常身份的看法持有异议。但他们认为，在容留国没有确定

<sup>76</sup> 例如，根据《1951年公约》第一条第一款的规定，有双重国籍的难民必须能够证明他畏惧受到迫害或不再受到他国籍所属国家之一的保护。此外，难民如拒绝接受国籍国或在丧失国籍之后重新获得国籍的国家的保护，则不能再得到联合国难民事务高级专员办事处的保护。

<sup>77</sup> 见 Grahl-Madsen, 《The Status of Refugees in International Law》, 《Vol. II: Asylum, Entry and Sojourn》, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972年, 第94页；另见 John A. Dent 受欧洲难民和流亡者问题理事会（难民理事会）委托编写的《Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe》, 第15页。

<sup>78</sup> 见如 Matti Pellonpää 所著《Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland》, 赫尔辛基, Suomalainen Tiedeakatemia, 1894年, 第292页。

<sup>79</sup> 见 Grahl-Madsen, 《The Status of Refugees in International Law》, 《Vol. II: Asylum, Entry and Sojourn》, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972年, 第362页。

获得合法难民身份的机制或程序之前，寻求享受此种身份的难民在该国境内的逗留应视为默示合法。<sup>80</sup>

71. 应指出，无论各方看法在细处上有何差别，人们都把寻求或等候难民身份者与享有难民身份者区分开来，也都赞同两者法律身份不同的事实。需要讨论的焦点是，寻求难民身份者是在提出申请时还是在得到答复时才算获得法律身份资格。有人认为，一定时间的逗留才算合法逗留。<sup>81</sup> 实际上，对这个问题的答复要看各国立法，将在分析驱逐条件时对此问题进行适当研究。

#### D. 流离失所者

72. 难民和流离失所者不同。流离失所者也是因外力在其原籍国或国籍国以外的外国领土逗留，这种状况与难民相似。流离失所者一般也需要与难民相同的保护，但不得等同于难民。区分两种状况的要素在于到国外避难的原因。流离失所者之所以在其原籍国或国籍国境外流离失所，其原因与国际法对难民的定义所述的原因不同。这些人在本国境外逗留是由于自然或人为引起的灾害。这类人的主要构成是遭遇此类灾害者，即通常所讲的“生态难民”或“环境难民”。1977年以来大会谈及“难民和流离失所者”时所指的就是这类人。<sup>81</sup>

#### E. 寻求和受到庇护者

##### 1. 概念

73. 庇护权起初来自国内立法，<sup>82</sup> 但现已确立为国际习惯法规则。1948年《世界人权宣言》第十四第(一)款规定：

“(一) 人人有权在其他国家寻求和享受庇护以避免迫害”。<sup>83</sup>

74. 《领土庇护宣言》也确认了上述所定规则，其中第一条第一款规定：

“一. 一国行使主权，对有权援用《世界人权宣言》第十四条之人，包括反抗殖民主义之人，给予庇护时，其他各国应予尊重”。<sup>84</sup>

<sup>80</sup> 见 James Hathaway, 《The Rights of Refugees under International Law》, John Dent 在《Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe》中引用，第 17 页。

<sup>81</sup> 有人认为“合法逗留”(séjour légal 或 séjour régulier) 指为期三个月或以上的逗留：见 Grahl-Madsen, 《The Status of Refugees in International Law》, 《Vol. II: Asylum, Entry and Sojourn》, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972 年，第 374 页，注 65。

<sup>82</sup> 例如，法国 1958 年 10 月 4 日《宪法》序言收录了 1946 年 10 月 27 日《宪法》序言第四款，规定：“任何因追求自由的行动受到迫害者，有权在共和国领土得到庇护”。

<sup>83</sup> 联大 1948 年 12 月 10 日第 217 A(III) 号决议。

<sup>84</sup> 联大 1967 年 12 月 14 日第 2312(XXII) 号决议。

75. 行使这项权利属于国家主权。

76. 虽然庇护和难民两个概念有共同之处，但是庇护被定为国际法的时间更早。国际法学会 1950 年巴思会议通过的各项决议规定：“‘庇护’一词是指，一国在本国境内或在本国某些机关管辖的其他场所向寻求庇护的个人提供的保护”。<sup>85</sup>

77. 根据这项定义可以领会庇护的一般含义。然而，关于庇护权的法律制度在不同的行使地或根据适用于庇护受益人的规则而有所不同。

## 2. 庇护类型

78. 在这方面，应区分三种庇护类型：领土庇护即境内庇护、境外庇护即外交庇护以及中立庇护。

79. 前两类庇护涉及地域标准和领土管辖权，后一类涉及受益人的性质和对其适用的规则。

80. 领土庇护权是指，一国（避难国）在本国领土向寻求庇护的外国人提供庇护或保护的权力。<sup>86</sup> 《领土庇护宣言》规定，除受到迫害者之外，“反抗殖民主义”者也可以享受领土庇护。依照《世界人权宣言》第十四条第(二)款，《领土庇护宣言》规定，“在真正由于普通法罪行或违背联合国的宗旨和原则的行为而被起诉的情况下”，<sup>83</sup> 不得援用庇护权。

81. 条约法帮助确定了这项领土庇护概念的范围。1954 年 3 月 28 日在加拉加斯签署的《领土庇护公约》<sup>87</sup> 明确了由于哪些原因受到迫害者可以享受领土庇护权。该公约第二条规定：

“依照国际法，应尊重各国对其领土内居民的管辖权，同样应在无任何限制条件下，尊重各国对从因其信仰、观点或政治从属、或因可视为政治罪的行为而受到迫害的国家进入本国领土的人的管辖权。

“一国政府或其代理人员在另一国领土上实施危害某人生命或安全的行为，构成在其他国家行使的侵犯主权行为，不得因迫害在该国境外开始、或迫害是出于政治考虑或国家原因而视为减轻”。

<sup>85</sup> 国际法学会关于“L' asile en droit international public (à l' exclusion de l' asile neutre)”的决议，《国际法学会年鉴》，巴思会议，1950 年 9 月 11 日，第 43 编，第二卷，第 376 页。

<sup>86</sup> 见 Charles de Visscher, 《Théories et réalités en droit international public》，第 4 版，巴黎，Pedone，1970 年，第 202 和 203 页；以及 Jean Salmon 主编的《国际公法词典》，布鲁塞尔，Bruylant，2001 年，第 94 页。

<sup>87</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1438 卷，第 24378 号。

82. 同样, 1969年11月22日《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)<sup>88</sup> 第2条第7款规定:

“每一个人因政治罪或有关的普通罪而被起诉, 有权按照国家立法和国际公约, 在外国领土寻求和获得庇护”。

83. 境外庇护权是指, 一国在本国领土之外但属于本国管辖的场所向个人提供避难的权利。这种场所可以是多种多样的, 如国际法学会规定:

“可以在外交使团馆舍、领事馆、战舰、用于公共服务的政府船舶、军用飞机以及准予在领土上行使权力的外国机关管辖的场所提供庇护。”<sup>89</sup>

84. 给予境外庇护主要是出于政治考虑, 特别是在境外庇护采取外交庇护形式的情况下。外交庇护权是派遣国使团团长的条约权利,<sup>90</sup> 可拒绝向派驻国交付躲入使团房舍避难的派驻国国民的政治人物, 并可为此类人员获得离开本国的安全通行许可。<sup>91</sup>

85. 在“庇护权”案中, 因“军事叛乱罪”受到起诉的美洲人民革命联盟主席Victor Raúl Haya de la Torre及该党其他成员, 躲入驻利马的哥伦比亚大使馆避难。1949年1月3日, 哥伦比亚大使依照1928年两国在哈瓦那签署的《关于给予庇护权的原则的公约》第2条致函通知秘鲁外交部长, Haya de la Torre先生“在[他辖下]使团驻地避难”; 1月14日, 哥伦比亚大使再次明确函告, 按照从本国司法部收到的指示, 哥伦比亚政府已依照1933年12月26日两国在蒙得维的亚签署的《关于政治庇护权的公约》第2条承认其具有的权利, “给予Victor Raúl Haya de la Torre先生政治流亡者身份”。<sup>92</sup>

86. 秘鲁政府对所给予的庇护的合法性持有异议, 并拒绝按哥伦比亚的要求发放安全通行许可。法院指出, 依照《哈瓦那公约》第2条第2款, 避难者人身受到紧急或持久的威胁是庇护成立的主要理由, 因此哥伦比亚必须证实具备符合上述条件的事实。法院认为, 哥伦比亚引述的庇护案例不能“说明这些案例可以构成先例, 确定领土国有法律义务承认给予受到当地司法当局起诉者的庇护有效”。<sup>93</sup>

<sup>88</sup> 同上, 第1144卷, 第17955号, 第123页。

<sup>89</sup> 见国际法学会关于“L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)”的决议, 《国际法学会年鉴》, 巴黎会议, 1950年9月, 第43卷, 第二册, 第3条, 第376页。

<sup>90</sup> 有些国家经常提供外交庇护, 尤其是在拉丁美洲似已成为区域国际法中确立的一项制度。例如, 1928年2月20日在哈瓦那签署的《关于给予庇护权的原则的公约》, 国际联盟《条约汇编》, 第CXXXII卷, 第323页; 1954年3月28日在加拉加斯签署的《外交庇护公约》, 《Revue générale de droit international Public》, 1959年, 第175页。

<sup>91</sup> Jean Salmon 主编的《国际公法词典》, 布鲁塞尔, Bruylant, 2001年, 第96页。

<sup>92</sup> 国际法院, “庇护权”案(哥伦比亚诉秘鲁), 1950年11月20日判决, 《1950年国际法院案例汇编》, 第273页。

<sup>93</sup> 同上, 第286页。



此外，从这些案例一般可以看出：“领土国承认庇护是出于便利或单纯政治权宜考虑，而不是出于某种法律义务作出这种决定”。<sup>93</sup>

87. 法院认为，这些评注说明：“拉丁美洲实行的庇护制度，很大程度上是由于法律外因素发展起来的。在各共和国的睦邻关系下，各国政府受各种政治利益驱使，在没有任何明确确定的法规的情况下相互承认庇护”。<sup>93</sup>

88. 但法院还指出，双方对以下情况没有异议，即：“可出于人道主义目的给予庇护，以保护政治犯免遭不负责任民众分子的无序暴力行为”。<sup>94</sup>

89. 应指出，法院上述某些意见倾向于指出，一般国际法不承认外交庇护权是产生权利义务的法定制度，但庇护权可能来自习惯，不仅包括区域或地方习惯，而且包括一般习惯。可能应从这个角度理解国际法学会 1950 年巴思会议对此项专题的编纂工作：

“提供庇护的对象可以是生命、人身安全或自由受到来自当地当局的暴力威胁的任何个人，或者当局显然无力保护其免遭此类暴力的个人、当局甚至姑息或怂恿此类暴力。这些规定在相同条件下适用于因内部斗争造成的此类威胁。“如果一国公共权力明显运作失调或被某派别所掌控，以至无法为个人提供充分的人身安全保障，外交人员（……）可以向即使受当地当局起诉者提供庇护或维持庇护”。<sup>95</sup>

90. 因此，与领土庇护不同的是，外交庇护中的避难者在罪行实施地国境内；在此情况下，给予庇护的决定减损了罪行实施地国的主权，因为这一决定基本上取决于给予庇护权的国家；该国只是不得就寻求庇护者被指控犯下的罪行的性质作出对犯罪实施地国“有约束力的单边最后定性”。<sup>96</sup> 由于给予庇护的决定使罪犯免受领土国司法管辖，构成对该国专门管辖的领域的干涉，因而法院认为“不能接受这种减损领土主权的行为，除非单个具体案例有成立的法律依据”。<sup>97</sup>

91. 中立庇护一般在交战背景下适用。国际法学会 1906 年关于中立制度的决议对其定义为：“中立庇护权是中立国在其管辖权范围内，向寻求躲避战祸者提供避难的权利”（第 5 条）。<sup>98</sup>

92. 避难可以在中立国领土或公共船舶上躲避和临时逗留，享受中立庇护者可以是交战方武装部队成员、逃脱的战犯、伤病平民或躲避武装冲突的难民。

<sup>94</sup> 同上，第 282 和 283 页。

<sup>95</sup> 国际法学会关于国家在本土之外提供庇护的决议第 2 和第 3 条，《国际法学会年鉴》，1950 年，第 43 卷，第二册，第 377 页。

<sup>96</sup> 见“庇护权”案（哥伦比亚诉秘鲁），《1950 年国际法院案例汇编》，第 274 和 288 页。

<sup>97</sup> 同上，第 275 页。

<sup>98</sup> 《国际法学会年鉴》，1906 年，第 21 卷，第 375 页。

享受中立庇护者不得继续参与战斗，也不得随身保留战斗器械。实际上，在职的武装部队成员应被解除武装并拘禁；逃脱的战犯如愿意留在中立国，可为其指定居所。<sup>99</sup>

93. 在这种情况下，“中立”是指，一国不涉入冲突。在这方面，武装冲突法规定非冲突当事国有义务：

“人道地治疗和对待抵达的伤病平民，但没有义务一直将其容留到敌对行动结束，这与对伤病军人的规定不同。伤病平民可要求回返，尤其是通过本国外交代表机构，也可向其所在领土国或其他国家申请庇护”。<sup>100</sup>

94. 中立庇护给受庇护人的身份不是永久的。中立庇护主要是基于人道主义考虑，在一段特定时间内应对威胁受庇护人生命的严重危机局势。在这方面，中立庇护与前文所述的传统庇护权在性质和意义上不同；尤其是如上段所述，受到中立庇护者可向中立国或其他国家申请庇护。

95. 无论如何，受此类庇护者也涉及驱逐外国人问题，因为给予他们的保护和中立国对其承担的义务显然说明，不能随时或随便以任何方式将其驱离中立国领土。

### 3. 寻求庇护者和难民

96. 人们对庇护制度和难民概念之间的区别有时不是很清楚。有些国家的立法对两个用语的使用没有区别。<sup>101</sup> 还有些国家立法“庇护”一词的使用含义比“难民”一词更广泛，<sup>102</sup> 这与国际法是一致的。国际法协会对两个概念所作的区别是，“庇护”一词的含义比“难民”一词更广。<sup>103</sup> 该协会起草的领土庇护公约草案对二词的定义如下：

第 1 条(a)款“各国有权向一切受到迫害或有正当理由畏惧受到迫害者及政治犯提供庇护”。

<sup>99</sup> Jean Salmon 主编的《国际公法词典》，布鲁塞尔，Bruylant，2001 年，第 95 页。

<sup>100</sup> 见 Yves Sandoz、Christophe Swinarski 和 Bruno Zimmerman 编著的《Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949》，日内瓦，CICR/Nijhoff，1986 年，第 337 和 338 页（1168）。

<sup>101</sup> 见 A/CN.4/565 所列事例，第 171 段，注 344。

<sup>102</sup> 同上，注 345。

<sup>103</sup> 国际法委员会，庇护所涉法律问题委员会，关于外交和领土庇护的报告和公约草案，《会议报告》，1972 年，第 196–211 页。

第 1 条(b)款“缔约方承诺向一切由于种族、宗教、国籍、属于特定社会群体（应理解为包括任何地区或语言群体）或持有特定见解受到迫害而寻求庇护者在其领土内提供避难（……）”。<sup>104</sup>

97. 受到特定形式的迫害才可以给予难民身份，而受到哪些形式的迫害可以给予庇护权是有限定的。例如，近几年由于性别原因或与性别有关的做法受到的迫害成为寻求庇护的理由。<sup>105</sup>

98. 有些作者还通过对本国国内法的分析，强调区分庇护和难民身份的必要性。按这些国内法的说法，庇护是国家“具有准许外国人申请逗留效力”的主权决定，而国家主管机关确认的难民身份，“使享受这一身份者不仅有逗留的权利，而且还有其他具体权利”。<sup>106</sup> 依照这种区分，法国宪法委员会将庇护权视为基本权利，即在法国法律中构成“保护其他权利和自由的基本保障之一”；<sup>107</sup> 该委员会确认，外国人可以要求享受这一法国人民庄严承诺的权利，即“一切因追求自由的行动受到迫害者，有权在共和国领土内得到庇护”。<sup>108</sup>

99. 寻求庇护者与难民情况相似，推回任何一类均需遵守特定限制条件，而驱逐不是寻求庇护者或没有难民身份的外国人则不受这些条件约束。1951 年 7 月 28 日在日内瓦通过的《关于难民地位的公约》规定，缔约方不得“以任何方式”将难民推回或驱逐至“其生命受威胁的领土边界”。一般来讲，准许寻求庇护权的外国人在领土内临时停留，直到对其申请作出裁定。依照这种办法，如法国判例承认，应准许申请难民身份的寻求庇护者在法国领土内临时停留，直到法国难民

<sup>104</sup> 同上，第 207 页。

<sup>105</sup> 见 Anne M. Trebilcock 编写的《Sex Discrimination》，载于 Rudolf Bernhardt 主编的《Encyclopedia of International Law》，第 4 卷，Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000 年，第 395 页。

<sup>106</sup> Claude Norek 编写的《Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire》，载于《法国行政法汇编》(R. F. D. A.)，1989 年 1 月 15 日-3 月 15 日，第 200-206 页。

<sup>107</sup> Claude Franck 编写的《L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature》，载于《JurisClasseur Périodique》，1986 年 9 月 17 日，第 3256 号法理。

<sup>108</sup> 宪法委员会 1993 年 8 月 13 日第 93-325 DC 号决定，《官方公报》，1993 年 8 月 13 日，第 11722 页；另见 Véronique Fabre-Alibert 编写的《Réflexion sur le nouveau régime juridique des étrangers en France》，载于《Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger》(RDP)，1994 年 2 月，第 1183 页。由于庇护权在法国法律中属于基本权利，因此依照明确建立的判例，法律不能“规范有关条件，只能使其更加有效或与其他宪法规定的规则和原则相协调”（见宪法委员会 1984 年 10 月 10 日和 11 日第 84-181 DC 号决定，《Entreprises de presse》，载于 Louis Favoreu 和 Loïc Philip 编著的《Les grandes décisions du Conseil constitutionnel》，第 5 版，Paris, Sirey, 1989 年，第 609 页）。

和无国籍人保护局或必要时由救助难民委员会对其申请作出裁定。<sup>109</sup> 法国宪法委员会认为，此项原则的依据是 1946 年 10 月 27 日《法国宪法》序言，而国家委员会认为其依据为 1951 年《日内瓦公约》第 31 条第 2 款及关于成立法国难民和无国籍人保护局的《1952 年 7 月 25 日立法》。<sup>110</sup>

## F. 无国籍人

100. “无国籍人”一词，简短来讲是指没有国籍的人，更详细地说是指没有任何国家国籍或依照有关国家的相关立法没有国籍的人。有人认为，此词可以包括有国籍但不受本国政府保护的人。<sup>111</sup> 但应注意不可随意延展这个词的含义，因为实际上可能难以执行。例如，在何种情况下可认为一国不对本国国民提供保护？这种保护涉及产生结果的义务还是采取措施的义务？何人负责断定国家在履行保护义务上可能的失职？很多穷国有时不向本国国民提供所需的保护，甚至包括在此种保护不可或缺的情况下，应当如何处理？

101. 但从法律上很容易理解，某人可能因下列原因成为无国籍人：出生时没有获得一国国籍（一般称为原有国籍），或后来丧失了这一国籍而未获得另一国国籍。<sup>112</sup> 这些是无国籍的典型情况。

102. 1954 年 9 月 28 日在纽约通过的《关于无国籍人地位的公约》，对无国籍人作出了具体定义。该公约吸收了国际法学会 1936 年布鲁塞尔会议通过的决议的说法，即“‘无国籍人’一词，是指没有任何国家将其视为具有本国国籍的人”。<sup>113</sup> 《1954 年公约》在同样含义下以不同的措辞精确地改进了国际法学会的定义，《公约》第一条第一款规定：“本公约所称‘无国籍人’一词是指任何国家根据它的法律不认为它的国民的人”。<sup>114</sup>

<sup>109</sup> 见国家委员会，1991 年 12 月 13 日大会，“M. Nkodia et Préfet de l'Hérault c. Dakoury”，《法国行政法汇编》(RFDA) 巴黎，1992 年 1 月和 2 月，第 90-103 页；另见根据此项判例作出的上述宪法委员会第 93-325 DC 号决定，第 84 条理由。

<sup>110</sup> 见 Fabre-Alibert,《Réflexion sur le nouveau régime juridique des étrangers en France》，载于《Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger》(RDP)，1994 年 2 月，第 1184 页。

<sup>111</sup> Han von Mangoldt,《Stateless persons》，载于 Rudolf Bernhardt 主编的《Encyclopedia of Public International Law》，第 4 卷，阿姆斯特丹，Elsevier Science Publishers，2000 年，第 656 页；另见 A/CN.4/565，第 173 段。

<sup>112</sup> 见 Jennings 和 Arthur Watts 编辑的《奥本海国际法》，《Volume I-Peace》，第 9 版，1996 年，第 886-890 页。

<sup>113</sup> 《Statut des apatrides et des réfugiés》，《国际法学会年鉴》，布鲁塞尔会议，1936-II，第 294 页。

<sup>114</sup> 联合国，《条约汇编》，第 360 卷，第 5158 号。

103. 一些国家的立法，或采用《1954年公约》的这一定义，或按常理将无国籍人定义为没有国籍或国籍不详的人。<sup>115</sup>

104. 众所周知，虽然1961年8月30日在纽约缔结了《减少无国籍状态公约》，<sup>116</sup>但是很多国家仍存在无国籍人。他们的情况涉及到本专题，因为无国籍人没有居留国的国民身份，也不具有其他任何国家的国籍。也就是说，无国籍人从法律上在任何地方都是外国人；正因如此，国际法对无国籍人提供特别保护。

## G. 原国民

105. “原侨民”或“原国民”一词适用于曾为该国侨民但不再具有该国国籍的人。这种情况可能是丧失国籍或被剥夺国籍造成的。<sup>117</sup>

106. 丧失国籍必须是一国国民采取自愿行为、从而结束该国国民资格所造成的情况。一般来讲，这种情况是在归化中产生的。归化是一种自愿行为，某人可通过归化自愿获得新国籍；如其原国籍国或所获国籍国的法律不允许双重或多重国籍，此行为将使其丧失先前的国籍。一些国家的立法，尤其是年轻国家的立法，载有不允许多重国籍的条款。<sup>118</sup>

107. 与丧失国籍不同，被剥夺国籍是国家剥夺人的国籍的行为造成的效果。剥夺国籍可以是对归化者违法行为的惩罚，即归化者违反了其成为国民的国家的国籍法。<sup>119</sup>这种情况一般是通过行政法令剥夺国籍。然而，为处理特殊情况也可以通过立法法令剥夺国籍，如在一国分裂为两个或多个国家之后在法律上或事实上成为另一国国民的国民的情况。

108. 1993年4月，厄立特里亚人民在自决全民投票中选择独立之后，厄立特里亚从埃塞俄比亚脱离，造成了上述情况。很多有厄立特里亚血统但持有埃塞俄比

<sup>115</sup> 见 A/CN.4/565，第 175 段，注 350-355。

<sup>116</sup> 《公约》第八条第一款规定：“缔约国不应剥夺个人的国籍，如果这种剥夺使他成为无国籍人的话。”，联合国，《条约汇编》，第 989 卷，第 175 页。

<sup>117</sup> 例如，确定《喀麦隆国籍法》的《1968年6月11日第 68-LF-3 号立法》第 2 条规定：“出生后可依法或依公共当局按法定条件作出的决定获得或丧失国籍”，《喀麦隆联邦共和国官方公报》，1968年6月11日，第 150 页。

<sup>118</sup> 上述《喀麦隆国籍法》第 31 条规定：“有下述情况之一的，丧失喀麦隆国籍：

- (a) 自愿获得或保留外国国籍的成年喀麦隆人；
- (b) 依本法规定行使放弃喀麦隆人身份的权利的人；
- (c) 在国际或外国机构担任公职并在喀麦隆政府令其辞去该职后仍坚持留任的人”。

<sup>119</sup> 常设仲裁法院，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会，《Partial Award, Civilians Claims Eritrea's Claims 15、16、23 & 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia》，海牙，2004年12月17日，第 10 段。

亚国籍的人，在埃塞俄比亚生活、拥有财产而且通常在该国活动。厄立特里亚谴责埃塞俄比亚“违背多项国际法律义务，不当地剥夺了数以万计厄立特里亚血统的埃塞俄比亚公民的国籍，对其进行驱逐和虐待，并剥夺其财产”。<sup>119</sup>

109. 埃塞俄比亚对这项指控持有异议，因而向索赔委员会提交厄立特里亚诉埃塞俄比亚案进行仲裁；2004年12月17日，该委员会就此问题作出了部分判决。<sup>120</sup> 本专题以后还要更详细地介绍这个案件。此案既涉及国家继承过程中丧失或被剥夺国籍的问题，也涉及因武装冲突使当事人成为一敌国国民而导致双重国籍者受到驱逐而丧失两个国籍之一的问题。

## H. 因新国家诞生而丧失国籍的外国人

110. 由于现有国家的统一、分裂或解体，发生非殖民化、部分领土转移或分离，可诞生新国家。新国家称为继承国或其他叫法，其主权包括依照国内法给予或拒绝给予本国国籍的权力。然而，如国际法委员会关于自然人国籍的1997年条款草案序言部分所述，给予或拒绝给予国籍应遵守“国际法所定的限制条件”；在这方面所作的决定应“适当兼顾国家和个人双方的合法利益”。在这方面，个人的主要利益是享有国籍，因为人人有权享有国籍如今已成为国际法的一项基本原则。<sup>121</sup> 1999年，国际法委员会二读通过了上述关于自然人国籍的条款草案，<sup>122</sup> 其中第一条重申了这项原则：“任何在发生国家继承之日具有被继承国国籍的自然人，无论是以何种方式取得这一国籍，均有权享有有关国家中至少一国的国籍……”。

111. 这项条款草案引入了“国籍推定”的概念，其主要目的之一是防止无国籍情况。可以说，该草案“在国家继承涉及的实际必要问题和对人权的关切之间取得了令人满意的平衡，可有助于使现在经常变动的做法稳定下来”。<sup>123</sup> 然而，该草案没有完全消除产生无国籍情况的可能。此外，该草案根本没有排除如下情况：因新国家诞生而可能具有双重国籍的人，可能丧失一种国籍以至在失去国籍的国家成为外国人，因而可以受到驱逐。实际上，先前国与从先前国

<sup>120</sup> 见《Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15、16、23 & 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia》，海牙，2004年12月17日。

<sup>121</sup> 《世界人权宣言》第15条宣告了这项权利，1997年11月6日《欧洲国籍公约》第4条和第18条重申了这项权利。

<sup>122</sup> A/CN.4/L.581/Add.1。见国际法委员会特别报告员（1995年-1998年）瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于该条款草案的报告；以及 Constantin Economidès, 《Les effets de la succession d'Etats sur la nationalité》，《国际公法概览》，第103/1999/3卷，第577-599页。

<sup>123</sup> 见 Patrick Daillier 和 Alain Pellet, 《Droit international public》(Nguyen Quoc Dinh), 第7版, 巴黎, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002年, 第543页。

产生的新国家之间通常按照族裔划分人口，但有些构成新生国人口的族裔群体成员选择保留先前国的国籍；在这种情况下，如果先前国决定剥夺这些人的国籍，就会造成很多人在他们长期定居的国家一下变成外国人。厄立特里亚诉埃塞俄比亚案中，剥夺厄立特里亚血统的埃塞俄比亚国民的埃塞俄比亚国籍的决定是 1998 年两国之间爆发战争的导火线；如果抛开这一点，该案就是上述假设的一个较好说明。

## I. 与容留国发生武装冲突的国家的国民

112. 长期以来，各国认为有权将敌国国民逐出本国领土；这种情况至少持续到十九世纪末。把外国人分为友国外国人和敌国外国人是行使这项权利的基础，但并不区别对待以任何方式参与原籍国战争行动或对容留国持敌对态度的敌国外国人和在容留国和平生活的敌国外国人。英国法理对此问题有明确的立场，表述如下：

“英国行政当局有权在战时驱逐不友好国家的国民，这是不言而喻的。这一点同样适用于代表外国主权的外国君主或大使任何时候的入境，其任何时候的强行入境将构成交战理由。对于上述任一情况，因英国行政官员驱逐有关人员而对其造成伤害的，不构成他们在英国法庭提起诉讼的理由”。<sup>124</sup>

113. 今天，如此极端的观念是不能接受的；由于国际社会长期重视保护人权，因此有些与之不相符的传统做法已经弱化、甚至被彻底抛弃。

114. 然而，我们不能说驱逐“敌国”外国人或与容留国发生武装冲突的国家国民的原则或做法已经消失了。厄立特里亚诉埃塞俄比亚案中，厄立特里亚控诉埃塞俄比亚进行“种族清洗”，大规模驱逐厄立特里亚血统的埃塞俄比亚国民，即违反国际法驱逐本国国民。厄立特里亚和埃塞俄比亚索赔委员会在听取埃塞俄比亚对此问题的申辩之后指出，国际人道主义法给予交战方在冲突期间将敌国国民逐出本国领土的权力比较宽松。在这方面，委员会参考了一本国际法参考著作，即《奥本海国际法》，其中写到：

“一般承认国家有权驱逐外国人，无论外国人是临时游访，还是为从业、经商或其他目的在该国境内定居，有固定的住所地。然而，虽然国家行使驱逐外国人权力的酌处权是宽泛的，但其酌处权不是绝对的。因此，习惯国际法规定，国家不得滥用权力任意决定驱逐外国人，而且在进行驱逐时必须合理行事。然而，除此之外，习惯国际法没有规定关于驱逐的具体规则，因此一切要根据个案情况而定。理论和实践对敌对时期与和平时期的驱逐作出区别是有道理的。一交战方可能认为驱逐在其境内居留或临时逗留的所有敌对国

<sup>124</sup> 《Colonial Expulsion of Aliens》，American Law Review, 33. Am. L. Rev. 90 (1899)，第 91 页。

家国民是合宜的；虽然这一措施对外国人个人可能打击很大，但是一般认为这种驱逐是正当的”。<sup>125</sup>

大部分国际人道主义法作者都赞同这个观点。<sup>126</sup>

115. 在这方面，厄立特里亚和埃塞俄比亚索赔委员会还认为，埃塞俄比亚在埃塞俄比亚安全委员会核证了大量埃塞俄比亚-厄立特里亚双重国籍者的身份之后、剥夺这些人的埃塞俄比亚国籍的作法是合法的。该委员会还指出：“埃塞俄比亚可以合法地将这些人作为交战敌国的国民进行驱逐，但应确保这些人依照《日内瓦第四公约》和其他适用国际人道主义法的要求受到保护”。<sup>127</sup>

## J. 移民工人

116. 关于移民工人问题的区域讨论会显示，各大洲都存在这个问题。<sup>128</sup> 随着国际交通工具的发展，这个现象日益广泛。由于移民工人一贯复杂多样，因此对每种情况都应给予具体关注，否则往往导致颁布的规则对容留国的此类工人造成歧视。<sup>129</sup>

<sup>125</sup> 见 Robert Jennings 爵士和 Arthur Watts 爵士编辑的《奥本海国际法》，1996 年，第 413 段，第 940 和 941 页；另见常设仲裁法院，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会，《Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia》，海牙，2004 年 12 月，第 81 段。

<sup>126</sup> 例如，见 Karl Doehring, 《Aliens, Expulsion and Deportation》，载于《Encyclopedia of Public International Law》，第 8 卷（1985 年），第 16 页（“[A] State may nonetheless be justified in expelling such a group without regard to the individual behaviour of its members, if the security and existence of the expelling State would otherwise be seriously endangered, for example... during a state of war”）；Gerald Draper, 《The Red Cross Conventions》，第 36 和 37 页（1958 年），Marjorie Whiteman 编辑的《10 Digest of International Law》中引用，1968 年，第 274 页（提出“the customary right of a State to expel all enemy aliens at the outset of a conflict”）；Dicter Fleck 编辑的《Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict》，1995 年，第 589(5)段。

<sup>127</sup> 见 2004 年 12 月 17 日常设仲裁法院的判决，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会，《Partial Award, Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia》，海牙，2004 年 12 月，第 82 段。

<sup>128</sup> 见 Barones Elles, 《International Provisions Protecting The Human Rights of Non-Citizens》，E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1 号文件，第 21 和 22 页。联合国框架下所作研究对保护移徙工人权利问题作出了更具体的介绍，一般可见：Halima Warzari, 《Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking》(E/CN.4/Sub.2/351)；联大 1972 年 11 月 15 日第 2920 (XXVII) 号决议；Warzari 女士的报告（1975 年 7 月 4 日 E/CN.4/Sub.2/L.640 号文件）；以及人权委员会向联大第三十一届会议提交的 1975 年 11 月 14 日至 24 日在突尼斯举行的移徙工人权利讨论会的报告（ST/TAO/HR/50）（见 1976 年 12 月 16 日联大第 31/127 号决议）。

<sup>129</sup> 见 Barones Elles, 《International Provisions Protecting The Human Rights of Non-Citizens》，E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1 号文件，第 22 页。



117. 所谓“移民工人”，是指从一国移徙到另一国谋业但非自营职业的人。<sup>130</sup> 按照这种理解，国际劳工组织（劳工组织）《第 97 号公约》和《第 143 号公约》<sup>131</sup> 对这一词的定义是指“不是为了自己开业的缘故，而是为了就业，从一国移徙到另一国的人，并且包括任何作为移民工人经常获准入境的人”。<sup>132</sup>

118. 按照同样理解，《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》<sup>133</sup>（该公约尚未生效）<sup>134</sup> 第 2 条第 1 款规定，移民工人一词指“在其非国民的国家将要、正在或已经从事有报酬活动的人”。

119. 应指出，“将要从事”的说法是指持有就业合同的可能的移民工人。总的来讲，这些定义不包括没有与雇主签好的就业合同而到外国才开始找工作的人和非法移民工人，也不包括其他若干类人员，如：边境工人、短期入境的自由职业者和艺术家、接受教育和培训人员、以及限定时间内在容留国受雇完成某项工作的人。

120. 另一方面，劳工组织公约没有排除享有难民身份的人；但《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》把难民和无国籍人也排除在适用范围之外，<sup>135</sup> 因为这两类人已经享有特定国际身份，这种身份对其提供专门的保护。然而，应指出，联合国公约将寻求庇护者排除在适用范围之外造成了一种矛盾情况，即：寻求庇护者如获准在容留国工作，应视为“移民工人”；但按公约规定，他们一旦获得难民或流亡者身份，就会丧失移民工人身份。<sup>136</sup>

121. 各种国际法律文书给移民工人提供了广泛的保护。<sup>137</sup> 有关本审议专题的原则是，不集体驱逐移民工人的原则；驱逐个人所应遵循的若干条件，以后将在驱逐制度框架下进行审议。

<sup>130</sup> 见 Ryszard Cholewinski, 《Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment》, Clarendon Press, Oxford, 1997 年, 第 101、102 和 150 页；另见 John A. Dent, 《Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe (ECRE)》, 第 24 和 27 页。

<sup>131</sup> 分别是《移民就业公约》（1949 年《第 97 号公约》，下称《第 97 号公约》）和《关于恶劣条件下的移徙和促进移徙工人机会和待遇平等公约》（1975 年《第 143 号公约》，下称《第 143 号公约》）。

<sup>132</sup> 《第 97 号公约》第 11 条第 1 段。《第 143 号公约》后来在定义中增加了从一国“移徙到”另一国的人。

<sup>133</sup> 1990 年 12 月 18 日联大第 45/158 号决议。该决议是在人权小组委员会应经济及社会理事会要求（见 1973 年 5 月 18 日第 1789 (LIV) 号决议）对移徙工人情况所作研究的基础上提出的。

<sup>134</sup> 一些主要劳动力输出国已签署《公约》，但还没有任何发达国家签署这项公约。

<sup>135</sup> 见《公约》第 3 条列出了排除在公约适用范围之外的各类人员。

<sup>136</sup> 见 R. Cholewinski, 《Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment》, Clarendon Press, 牛津, 1997 年, 第 153 页。

<sup>137</sup> 今后的报告中将在适当时候提出并分析这些国际、区域或双边性质的法律文书，特别是在研究适用于驱逐的原则以及驱逐的理由和后果时。

122. 上文依照有关人员的情况（在其非国民的国家境内的存在合法或不合法）、法律地位（难民、寻求庇护者、无国籍人、被剥夺领土国国籍的双重或多重国籍人）及其从事的活动（移民工人），确定了属于本专题框架内驱逐所涉外国人范围各类人员。在此基础上，为划定专题范围不妨提出如下条款草案：

**第一条：适用范围**

(1) 本条款草案适用于所有在其非国民的国家境内存在的人。

(2) 本条款草案特别适用于在容留国内合法存在或无正常身份的外国人、难民、无国籍人、移民工人、敌国侨民、丧失或被剥夺国籍的驱逐国国民。

## 二. 定义

123. 确定“外国人”一词和“驱逐”一词等关键概念的确切含义和内容，是专题的一个主要难点。因此，应尽可能明确这些概念，找出它们在法律上的确定含义，或者至少是在本研究报告和将制定的条款草案中的含义。如初步报告中指出，由于只有理解外国人的定义才能理解驱逐的定义，因此在研究驱逐的定义之前先要研究外国人的定义。

### A. 外国人

124. “外国人”一词本身无法作为定义，但可以从反面入手，说外国人不是某国“国民”或具有该国国籍的人，或说外国人不是该国侨民（ressortissants）。按这种理解，外国人是属于另一个国家（Nation或State）的人，即不具有所在地国国籍的人。<sup>138</sup> 按这种理解，《非居住国国民个人人权宣言》<sup>139</sup> 第一条称，“外国人”一词适用于“任何不具有所在地国国籍的个人”。

125. 这样，可以基于与领土国的国籍关系这一基本标准，从反面给外国人下定义。然而，单从这个标准的对立面，还不能确定所有属于本专题所涉“外国人”类别的人，尤其是国际法语言中除了“国民（national）”一词，还有诸如“公民（citoyen）”、“属民（sujet）”<sup>140</sup> 和“侨民（ressortissant）”等同义词，而这些词所指的个人与领土国的法律关系不一定是同一类型。因此，我们将从上述各种对立概念入手理解外国人的概念。这种办法的好处是，通过确定这些对立概念中哪些最能够涵盖属于一国管辖的所有人，可以同时找出确定外国人与其原籍国或归属国的从属关系的适当用语。

<sup>138</sup> Dictionnaire de droit international public, (Jean Salmon)Brussels, Burylant, 2001, P. 468-469.

<sup>139</sup> 1985年12月13日联大第40/144号决议。

<sup>140</sup> 关于属民（sujet）一词，Alphonse Rivier指出：“属民、国民、公民、臣民：均为同义词，其反义词是外国人”。见Principes du droit des gens, Paris, Arthur Rousseau, vol. I, 1896.

126. 具体来讲，也就是要回答如下问题：理解外国人的含义，只需要将其与具有领土国国籍的人（国民）进行对比，还是也要与原籍国或归属国的公民、属民或侨民进行对比？我们将逐个研究这些概念。

## 1. 国民

127. “国民”一词用作名词，是指具有所在地国国籍的人，而国籍是自然人与某国之间从出生就有的、或后来通过归化、婚姻或法律效力产生的法律关系。国际法院对诺特鲍姆案的判决中指出：

“根据各国实践、仲裁裁决和司法判决及法理观点，国籍是一种法律关系，其基础是一种社会归属事实，一种存在、利益和情感的实际相互联系，以及彼此具有权利义务的关系。（……）国籍是对如下事实的法律表述：直接依照法律或因当局行为而获得国籍的个人，对赋予其国籍的国家的人民比其他任何国家的人民实际具有更直接的归属关系。一国给予的国籍，只有作为有关个人归属于将其作为国民的国家的法律表达，才使该国有资格面对另一国行使保护”。<sup>141</sup>

128. 外国人可以说是原籍国或归属国的国民，或反过来说是领土国或所在地的非国民。但这一国籍关系标准只是狭义的外国人概念，因为不是所有外国人都一定是某国的国民。

129. 在本专题范围内，无论如何不能通过国籍标准来确定外国人。因为不仅获取国籍的条件严格属于各国国内法的范围、各国可酌量给予或拒绝给予本国国籍，而且国际判例中对国籍问题的争论也非常复杂。<sup>142</sup> 在国际法方面，特别报告员克里斯托弗·约翰·杜尔加德在关于外交保护的第一次报告中阐述：虽然诺特鲍姆案（列支敦士登诉危地马拉）被看作是要求个人与国籍国之间具有实在联系的依据，但对此案所作判决是一个“非典型判决”，一是因为对给予诺特鲍姆列支敦士登国籍的合法性存在质疑，二是因为诺特鲍姆与危地马拉存在密切联系。<sup>143</sup> 此案后来引发的争论说明，国际法委员会本身对给予国籍的标准就存在内部争议：出生地法，血统制，通过收养、承认和认领私生子女、结婚或任何其他

<sup>141</sup> 国际法院，诺特鲍姆案（第二阶段），1955年4月6日判决，《1955年国际法院案例汇编》，第23页。

<sup>142</sup> 例如，见1923年7月7日常设国际法院第7号咨询意见所涉问题的争论。法院称，1919年6月28日《协约国和参战各国及波兰之间的和平条约》第93条之条款“采用领土居民等说法，大大延伸了少数民族和人口的概念”。

<sup>143</sup> 见A/CN.4/506及Corr.1，第106至109段；《2000年，国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第461和462段。

他途径获取国籍；“非自愿归化”、自愿“归化”或按“Flegenheimer”案中采用的说法称为“有效归化”，<sup>144</sup>还是“善意”标准？由于无论存在什么法理或判例观点，各国给予国籍的标准都是由国家立法规定的，因此最好避开这方面的争论。

## 2. 公民

130. “公民”一词在国际法中是指，享有参与国家生活的政治权利的个人。<sup>145</sup>这个一般定义不能确定公民与所涉国家之间归属关系的性质。公民也可能是一种国籍关系，因为公民有时是一国国民或侨民的同义词。1980年联合国法律顾问的一份法律意见认为：

“(……)“国籍”和“公民身份”总的来说属于国家立法的范围，除非国家的酌处权受到国际义务的约束。这两个词是指个人在与国家关系中的身份，有时被用作同义词，但所确定的与国家的关系不一定相同”。<sup>146</sup>

131. 实际上，公民身份与国籍不总是完全对应的，至少两者的法律基础和各自与国家关系的性质存在不同。欧洲联盟的法律很好地说明了这种意见，因为它确认欧盟公民身份属于欧盟，但国籍属于各成员国。《欧洲共同体成立条约》第17条对此规定如下：

“1. 建立欧盟公民身份。任何具有一成员国国籍的人均为欧盟公民。欧盟公民身份是国家公民身份的补充，而不取代国家公民身份。欧盟公民依本条约享有权利并承担义务”。<sup>147</sup>

132. 获得欧盟公民身份显然以具有欧洲联盟一成员国的国籍为条件。然而，欧盟一成员国的国民在其没有国籍的另一欧盟成员国享有与欧盟公民身份相关的权利，不是凭国籍法律关系、而单凭公民身份关系取得的。也就是说，一个欧洲人只要有一个欧盟成员国的国籍，在任何欧盟成员国就都不算外国人。从这方面

<sup>144</sup> 见 A/CN.4/506 及 Corr. 1, 第 102 至 104 段；《2000 年，国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 464 和 465 页。

<sup>145</sup> 1966 年《公民及政治权利国际公约》（见联大第 2200 A (XXI) 号决议）第 25 条规定：

“每个公民应有下列权利和机会，不受第二条所述的区分和不受不合理的限制：

(甲) 直接或通过自由选择的代表参与公共事务；

(乙) (……) 选举和被选举 (……)；

(丙) 在一般的平等的条件下，参加本国公务。

<sup>146</sup> 《联合国法律年鉴》，1980 年，第 209 页。

<sup>147</sup> 《欧洲共同体成立条约》第 17 条（前第 8 条）。应注意，《条约》承认欧盟公民享有若干权利，其中有些一般与国籍相联系，包括：在成员国境内自由流动和逗留（第 18 条）；在居所地成员国参加市镇选举和欧洲议会选举的选举权和被选举权（第 19 条）；在本国未设代表机构的第三国受到任何成员国外交保护的权利（第 20 条）；请愿权，请求调解权（第 21 条）。

讲，公民身份覆盖的范围大于国籍；本来单凭国籍标准算作外国人的，由于公民身份就不属于外国人一类。

### 3. 属民

133. 所谓属民，是指隶属于其效忠的君主或亲王的人。例如，我们说法兰西共和国、美利坚合众国或喀麦隆共和国的公民和西班牙、比利时或大不列颠女王陛下下的属民。在这方面，1839年3月1日比利时和西班牙为解决两国属民之间继承权达成的条约规定：“比利时国王陛下所辖各国的比利时属民，无论以何种名义将继承所得财产移往境外，都不征收任何迁移税或移民税（……）”。<sup>148</sup>

134. 在殖民时期，“属民”一词是指，与来自宗主国的公民相对的殖民地本地居民。<sup>149</sup> 1935年1月12日法国外交部法律处的一份照会明确指出：“在法国，‘侨民’一词，一般认为除宗主国的法国人之外，还指殖民地属民和各保护国的侨民（……）。关于属民，没有任何疑问；但保护民有时与侨民相提并论，因此概念不太明确（……）”。<sup>150</sup>

135. 《国际公法词典》还认为，“属民”一词也是“国民或公民”的同义词。<sup>149</sup> 但以上可以看出，“侨民”一词可以同时代表三类人。

### 4. 侨民

136. “侨民”一词通常用作“国民”的同义词，但这两个词的同义性也是出自一些国际法律文书<sup>151</sup> 和国际判例。

137. 在常设国际法院第7号咨询意见中，国际联盟理事会向法院提问时，给“侨民”一词的含义似为“具有……国籍的人”。如理事会在问题导言中指出：“波兰政府决定把一些原德国侨民作为没有取得波兰国籍、继续拥有德国国籍的人对待，在波兰对这些人适用有关非波兰国籍、特别是德国国籍的人的制度”。<sup>152</sup>

138. 常设法院在对“德国在波兰上西里西亚的若干利益”案的判决中指出：

“(……) 法院认为，‘侨民’概念还包括拉蒂博尔市等市镇。如上文所述，对于Königsund-und Laurahütte公司案，《日内瓦公约》中的‘侨民’一词

<sup>148</sup> 见 article 2, Consolidated Treaty Series (C. T. S.), Vol. 88, P. 329.

<sup>149</sup> Dictionnaire de droit international public (Jean Salman 主编), (Brussels, Bruylant, 2001), p. 1061.

<sup>150</sup> 见 A. Kiss, Répertoire, vol. II, No. 438, p. 236. 另见 A. Pillet and J. P. Niboyet, Manuel de droit international privé (Paris, Sirey, 1924), p. 66, footnote 2.

<sup>151</sup> 例如，1955年12月13日在巴黎签署的《欧洲居留公约》第30条第1款规定：“本公约所述侨民，为具有某一缔约国国籍的自然人”。

<sup>152</sup> 常设国际法院，1923年7月7日第7号咨询意见，B辑，第6页。

一般是指自然人。但公法实体与国家之间，也存在类似自然人与国家之间所谓国籍关系的关系，尽管形式有所不同”。<sup>153</sup>

139. “但泽境内波兰国民和其他原籍波兰或讲波兰语的人的待遇”问题表现了“国民”（英文译为nationals）概念的狭义理解，让人看到原籍相同、讲同种语言的其他人不一定是国民，而且这个词与“侨民”不完全对应。此案中还突出表明，“如果只是禁止歧视波兰国籍、波兰出身或讲波兰语言的人，但泽可以对所有波兰人关闭领土，以便同样排除其他外国人”，<sup>154</sup>这就说明一国国民和出身该国的人是有区别的。

140. 然而，该咨询意见指出，“侨民”一词涵盖此案所涉的三类人。实际上，常设法院讲到，大使会议在起草《但泽自由市地位协议》时收到三个初步草案，其中一个为但泽市提交的，另外两个为波兰提交的：“但泽市的草案有关于缔约双方侨民权利的详细条款[……]。第二个波兰草案载有依照相互原则给予波兰侨民国民待遇的条款”；常设法院还补充说，“但泽和波兰的各项草案中都提出对波兰侨民的国民待遇问题（……）”，但是大使会议“没有给予但泽的波兰侨民国民待遇”，而在第30条中对此问题处理如下：不给“波兰国民和其他波兰出身或讲波兰语的人”国民待遇，“而对其采用保护少数群体的制度”。<sup>155</sup>

141. 常设国际法院1935年4月6日关于“阿尔巴尼亚少数群体学校”的咨询意见确认，“侨民”一词的范围包含“国民”一词；常设法院认为，为实现一切保护少数群体条约的根本要旨，首先应“确保属于种族、宗教或语言少数群体的侨民。<sup>156</sup>在各方面都与本国其他侨民完全平等”。<sup>157</sup>常设法院还指出，“所有阿尔巴尼亚侨民享有（1921年10月20日宣言）第4条所述的权利平等”；<sup>158</sup>常设法院确认该宣言第5条第1款“确保属于种族、宗教或语言少数群体的阿尔巴尼亚侨民享有本款第二句所述的权利（……）”。<sup>159</sup>

142. 在“摩洛哥境内美利坚合众国国民权利”案（法国诉美国）和提交国际法院及其前身的所有涉及双方中一方侨民的案件中，“侨民”一词在英文中均译为“nationals(国民)”。此案中，法国请法院说明并判决“美利坚合众国侨民在摩洛

<sup>153</sup> 同上，1926年5月25日判决，A辑，第7号，第74页。

<sup>154</sup> 同上，1932年2月4日咨询意见，A/B辑，第42号，第41页。

<sup>155</sup> 同上，第34页。

<sup>156</sup> 在英文里译为“nationals”。

<sup>157</sup> 常设国际法院，1935年4月6日咨询意见，A/B辑，第62号，第17页。

<sup>158</sup> 同上，第19页。

<sup>159</sup> 同上，第22页。

哥的特权只包括 1836 年 9 月 16 日条约第 20 和 21 条条款所述的特权 (……)”。<sup>160</sup> 美利坚合众国政府则认为, 1787 年条约和 1836 年条约给予美国“对所有美国公民之间案件”的民事和刑事司法管辖权; 依照最惠国条款效力和习惯, 美国在摩洛哥取得“对一切被告为美国公民或其保护民的案件的司法管辖权”。<sup>161</sup> 1836 年条约第 21 条的确使用了“公民”<sup>162</sup> 而不是侨民一词, 但其所指内容肯定与后者是相同的。法院本身也把两个用语作为相同的词使用。法院判决理由中回顾, 摩洛哥给予的最大特权是依照 1856 年总条约给予“大不列颠侨民”的领事管辖权; 依照 1861 年条约确认了对所有“被告为西班牙侨民”的案件的民事和刑事管辖权; 因此, 依照最惠国条款, 美国取得对“所有被告为美国侨民”的案件的民事和刑事领事管辖权。<sup>163</sup> 美国认为, “在摩洛哥对美国公民适用法国属地法规需征得美国政府同意, 但美国领事法庭可拒绝对美国公民适用未经美国政府同意的法规”。在判决主文一点中, 法院全体一致认为, 美国的主张不成立。<sup>164</sup> “国民”、“公民”和“侨民”几个词乍看是相同的。然而, 通过美国提起的此案结论中对“一切被告为美国公民或其保护民的案件”的提法, 是不是已经看出国际法中“侨民”的概念比“国民”和“公民”概念包含内容更广?

143. 由于国籍关系是国家采取外交保护行为的基础, 向法院提起的各外交保护案中所用的“侨民”一词, 是“国民”或“具有……国籍的人”的同义词。

144. 在“美国驻德黑兰外交和领事人员”案<sup>165</sup> (美利坚合众国诉伊朗) 中, 双方及法院本身都不作区别地把“侨民”和“公民”用作同义词, 狭义上都是指和“国民”或“具有美国国籍的人”相同的内容。如在案件结论中, 美国政府辩称, 美国在伊朗采取行动是为“解救 (伊朗军队攻击美国大使馆中被扣的) 美国侨民”,<sup>166</sup> 要求“立即释放 (关押在大使馆房舍内的) 所有美国侨民”,<sup>167</sup> 并

<sup>160</sup> 国际法院, 1952 年 8 月 27 日判决, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 179 页。英文本为: “The privileges of the nationals of the United States of America in Morocco are only those which result from the text of Articles 20 and 21 of the Treaty of September 16th, 1836 (……)”。

<sup>161</sup> 1952 年 8 月 27 日判决, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 186 页。

<sup>162</sup> 该条款规定: “如果美国公民打死或打伤摩尔人, 或摩尔人打死或打伤美国公民, 则应适用国家法律, 依法予以公平处理, 在诉讼案件中提供领事协助, (……)”。国际法院, 1952 年 8 月 27 日判决, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 189 页。

<sup>163</sup> 国际法院, 1952 年 8 月 27 日判决, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 190 页。

<sup>164</sup> 同上, 第 213 页。

<sup>165</sup> 国际法院, 1980 年 5 月 24 日判决, 《1980 年国际法院案例汇编》, 第 4 页。

<sup>166</sup> 同上, 第 18 页, 第 32 段。

<sup>167</sup> 同上, 第 6 页, 第 7 段。

“依照其本身权利和履行对其侨民的外交保护权”<sup>168</sup> 要求对美国作出赔偿。法院判决回顾有关事实，指出在伊朗“激进分子”占领大使馆之后，“若干工作人员和在德黑兰别处被扣的另一名美国侨民”，后来被带往大使馆作为人质。<sup>169</sup> 法院还在后面几段讲到“被扣美国公民总数”<sup>170</sup> 和“另外两名没有外交或领事身份的美国侨民”；<sup>171</sup> “一些伊朗公民进美国”的签证“被撤消”；美国政府禁止本国“侨民”赴伊朗。<sup>172</sup> 法院判决理由之一为：五个多月美国侨民被作为人质扣押在大使馆，美国政府对这些侨民的命运表示关切，这当然是可以理解的”。<sup>173</sup> 法院在正文第3点中判决，伊朗应立即停止非法关押外交人员“和其他被押为人质的美国侨民”。<sup>174</sup>

145. 德国在“拉格朗”案（德国诉美利坚合众国）结论中也用“侨民”一词代表“国民”含义；<sup>175</sup> 德国认为，美国在逮捕Karl和Walter LaGrand之后没有立即告知他们依《维也纳领事关系公约》享有的权利，违反了美国的有关国际法律义务，侵犯了德国本身的权利及其对本国侨民实施外交保护的权力；依照有关国际法律义务，美国应向德国特别保证，“今后任何拘留德国侨民或对德国侨民采取刑事行动时”，美国的法律和作法不得妨碍国际法的实施。<sup>176</sup> 法院在回顾案件事实时指出，“Walter LaGrand和Karl LaGrand分别于1962年和1963年出生于德国，均为德国侨民”。<sup>177</sup> 美国对德国是否“有资格为本国侨民争取这些权利”提出的异议法院不接受美国的意见。<sup>178</sup> 在法院用语中，“侨民”和“具有……国籍的人”显然属于同义词，法院“认为，依照任择议定书第一条，个人国籍所属的国家可在法院援引第36条第1款确立的个人权利”。<sup>179</sup> 法院还在判决正文第7点讲到：“如德国侨民（在《维也纳公约》赋予的权利受到侵犯的情况下）而

<sup>168</sup> 同上，第6和第7页。

<sup>169</sup> 同上，第12页，第17段。

<sup>170</sup> 同上，第13页，第21段。

<sup>171</sup> 同上，第13页，第22段。

<sup>172</sup> 同上，第17页，第31段。

<sup>173</sup> 同上，第43页，第93段。

<sup>174</sup> 同上，第44页，第95段。

<sup>175</sup> 见2001年6月27日判决，《2001年国际法院案例汇编》；另见“Bréard”案（保全措施），国际法院1998年4月9日法令，《1988年国际法院案例汇编》。

<sup>176</sup> 见2001年6月27日判决，《2001年国际法院案例汇编》，第11和12段。

<sup>177</sup> 同上，第13和16段。

<sup>178</sup> 同上，第42段。

<sup>179</sup> 同上，第77段。



被判处重刑”，美国应准许他们依照自己选择的途径，对判决进行重新审查和复核。<sup>180</sup>

146. 在“阿韦纳和其他墨西哥国民”案（墨西哥诉美利坚合众国）中，墨西哥在其最后结论中请法院说明并判定美国“违反了美国的有关国际法律义务，侵犯了墨西哥本身的权利及其对本国侨民提供外交保护的权力”。<sup>181</sup> 墨西哥声称“直接并通过其侨民受到了”偏见，因此还以本国名义提出了主张。<sup>182</sup> 拉格朗案中“侨民”和“国民”或“具有一国国籍的人”几个词的不同用法，在此案中也广泛得到确认。实际上，法院在回顾拉格朗案判决的上述第 77 段之后，审查了“墨西哥的主张所涉的若干墨西哥侨民的双重国籍问题”。<sup>183</sup> 美国对此项主张持有异议，因为“如在居所地国被逮捕或拘留的人是该国国民，即使此人也是另一个《维也纳公约》缔约国的国民，第 36 条不适用，这是一项被普遍接受的原则；墨西哥也指出，在本案范围，对‘具有双重国籍的侨民不得诉求第 36 条规定的通知权’不持异议”。<sup>183</sup> 法院指出，墨西哥除了要“对本国侨民提供外交保护”，还以本国名义提出主张；对“其任何侨民”而言，如果《维也纳公约》第 36 条受到违反，墨西哥均可提出指控，对此，美国必须“说明当事人因同时也是美国国民的”因而第 36 条不适用。<sup>184</sup> 更重要的是，法院指出，墨西哥确认其已履行证明五十二名涉案人员“是墨西哥侨民”的责任，“向法院提供了这些侨民的出生证明书，以及其中 42 人表明他们未取得美国国籍的声明”。<sup>185</sup> 美国认为，此案双方应共同承担举证义务，因为“具有墨西哥国籍的人，依据出生日期和地点、居所地或出生时的父母婚姻状况等，可完全合法地获得美国国籍”。<sup>186</sup> 法院认为，应由墨西哥证明“(……) 52 名涉案人员在被逮捕时具有墨西哥国籍”；法院注意到，墨西哥“就此出具了出生证明书和国籍声明，且内容未受到美国质疑”。<sup>187</sup> 显然，当事双方和法院的用语都没有对侨民、国民甚至公民身份作出区别。美国在此案中不是提到“数百万计外国人在美国境内合法或非法居留，而且美国关于公民身份的立法也是非常宽容的”吗？法院指出，凭语言或外貌都不能确定某人是外国人；生活在美国的外国人很多，正说明“逮捕任何人时都应了解当事人的国籍”。<sup>188</sup> 法院指出没有收到任何材料，说明在其中一名当事人的案件 (Salcido

<sup>180</sup> 同上，第 128 段。

<sup>181</sup> 见 2004 年 3 月 31 日判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 40 段。

<sup>182</sup> 这个词在判决中另外很多段也是这种用法。除上述之外，另见第 69 段和 102 段。

<sup>183</sup> 见 2004 年 3 月 31 日判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 41 段。

<sup>184</sup> 同上，第 42 段。

<sup>185</sup> 同上，第 55 段。

<sup>186</sup> 同上，第 56 段。

<sup>187</sup> 同上，第 57 段。

<sup>188</sup> 同上，第 64 段。

先生，第 22 号案）中，同时有“关于墨西哥国籍的迹象”<sup>189</sup> 需要当局立即展开调查。法院判决主文第 6、7、9 和 11 点提及的均为“墨西哥侨民”。<sup>190</sup>

147. “侨民”一词除了在狭义含义下表达与“具有国籍”相同的内容之外，在国际法中还有非常广泛的含义，在加上“敌国”定语时特别如此。例如，一“敌国侨民”是指“一交战方认为，在法律上归属一敌国的自然人或法人，但各国国内法对归属关系的标准可能不同”：<sup>191</sup> 如某人对该敌国的效忠，或更具体来讲，如法院指出，列支敦士登在诺特鲍姆案答辩中所述的“国籍、居所地、作为效忠证据的个人或商业联系或列入黑名单”。<sup>192</sup> 可以看出，这里所涉的人员范围极广，因为只要对有关敌国表示了效忠，即使“未寻求获得国籍”，<sup>193</sup> 也可被视为该国的“侨民”。

148. 本专题框架下，特别报告员对“侨民”概念不采用如此广泛的含义。在将该词缩小成国籍概念和扩大到交战国认为其效忠应受惩罚而将其定为敌国侨民的所有人之间，还有一种中间意见。当然各国可按其愿望通过协议确定该词的含义，但是本报告中，特别报告员所述的广义含义是非常明确的：除国民之外，这个词还包括在具体法律关系下受特定国家管辖的人；这种法律关系包括难民或寻求庇护者身份、或源于无国籍身份的法律关系、或托管或保护关系等从属关系。例如，1935 年 1 月 12 日法国外交部法律处的照会指出：“在法国，‘侨民’一词，一般认为除宗主国的法国人之外，还指殖民地属民和各保护国的侨民（……）。关于属民，有任何疑问；但保护民有时与侨民相提并论，因此概念不太明确，建议采用如下表达方式：‘包括法国保护国侨民在内的所有法国侨民’”。<sup>194</sup>

149. 然而，本专题框架下使用这个词的确切含义，是 1927 年 12 月 30 日法德联合仲裁法庭对 Falla-Nataf 和兄弟诉德国国家案所作的判决提供的：

“鉴于被告指出，起诉人是突尼斯国籍，因此属于法国保护国侨民，不能被视为一协约国或联系国的侨民（……）

<sup>189</sup> 同上，第 66 段。

<sup>190</sup> 同上，第 153 段。

<sup>191</sup> Dictionnaire de droit international public (Jean Salmon 主编), (Brussels, Bruylant, 2001), p. 1001。

<sup>192</sup> 国际法院，1955 年诺特鲍姆案（列支敦士登诉危地马拉），列支敦士登政府的答辩，《备忘录、辩护词和文件》，第一卷，第 410 和 411 页。

<sup>193</sup> 法国外交部法律处的照会，1937 年 2 月 18 日；见 Alexandre Kiss, Répertoire, vol. VI, No. 883, p. 441。

<sup>194</sup> 见 Aleuyardrl-Chares Kiss, Répertoire de la pratique française en matière de droit international public vol. II, No. 438, p. 236。

“鉴于《凡尔赛条约》第 297 条所述的侨民一词不仅限于一国国民，而是还包括在除国籍本身之外的其他某种法律关系下归属一国的所有人”。<sup>195</sup>

150. 因此，所谓“侨民”，是指在国籍等任何法律关系下归属某国的所有人。

151. 鉴于上述意见，可提出：本专题框架下，“外国人”一词是指容留国或所在地国以外另一国的侨民，或反之称为容留国或所在地国的“非侨民”。<sup>196</sup>

152. 当然，如此广泛的“侨民”概念可能会引起问题，如没有一国国籍或任何严格归属关系的个人，单纯由于这种或那种原因愿意被驱逐到该国，可以滥用或投机性地声称具有该国侨民的身份。这个问题的存在不容置疑，实际上这种情况在实践中也经常发生。但是，各国负有责任维护其国籍、公民身份和其他维系侨民与国家归属关系的法律关系，包括确保获取有关个人身份的官方证件以及国家部门发放此类证件的安全，尤其是公民身份证文件、国民身份证和护照。确证这些证件的真实性，显然是被驱逐人员声明所属的国家的责任，而不是驱逐国的责任。

## B. 驱逐

153. “驱逐”一词通常被用来泛指以强制某人离开某国领土为目的或效果的一整套措施或行为。因此，驱逐这一概念是针对某一特定领土空间而言，广义上则是针对驱逐国行使主权权利的领土和所有其他地点。为理解驱逐的确切含义，一方面要区分驱逐同若干相近概念，另一方面要先确定从驱逐国离境在驱逐过程中的确切作用。

### 1. 驱逐及相近概念

154. “驱逐”有许多与其有共同点的近似词，其中有些词在本课题中拟并入驱逐过程，但其他词则是完全不同的概念。概念相近的词包括：例如递解出境、引渡、驱离、押解出境、推回、拒予入境和移送等。

#### (a) 递解出境

155. “递解出境”一词有着特殊的历史内涵，同第二次世界大战的若干悲剧事件密切相关。在这一背景下，以及在更广义的战争法背景下，递解出境指的是强制将 1949 年日内瓦四公约保护的个人或平民群体迁出或移出占领地。在这方面，1945 年 8 月 8 日《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》所载《纽伦

<sup>195</sup> 见 Recueil des décisions des tribunaux mixtes institués par les traités de paix, Recueils Sirey (Paris, 1928), vol. VII, p. 653.

<sup>196</sup> 关于“非侨民”概念，联大第三委员会的一个工作组在 1980 年 10 月 24 日的文件中的解释比较含糊不清，《联合国法律年鉴》，1980 年，第 209 页。

堡法庭规约》第 6 条提到，在提交该法庭审理且由行为人承担个人责任的行为中，包括“为强制劳动或任何其他目的将占领地平民递解出境”。<sup>197</sup>

156. 原则是禁止“自占领地将被保护人个别或集体强制移送及驱逐往占领国之领土或任何其他被占领或未被占领之国家之领土”。<sup>198</sup> 因此不难理解，安全理事会 1992 年会对前南斯拉夫特别是波黑境内“强行驱逐和递解出境大量平民”的消息“极感震惊”。<sup>199</sup>

157. 除这一历史背景和战争法背景外，“递解出境”一词在国际法中的使用并非千篇一律。在英美法系的实践中，“递解出境”和“驱逐”似乎可以互换，虽然两者在技术上是两种不同的程序。<sup>200</sup> 事实上，国际法已经对两者作出区分，递解出境指的是国家权力机关强制将外国人遣送到递解出境国任意选定的国家，而驱逐指的是将外国人逐出驱逐国领土，目的地由驱逐国在被驱逐人同意的情况下确定，通常是被驱逐人为国民的国家。

158. 有人提议将“递解出境”一词理解为国家主管机关为驱逐外国人而采取的执行措施；<sup>201</sup> 这是考虑到如前文所述，英美法系的学者们不加区分地用“驱逐”和“递解出境”来指同一件事物。<sup>202</sup> 尤其在英文中，这样做可能不会带来语义问题。但由于如前文所述，这是一个有着深刻历史内涵的词，并非所有语文都能以同一方式予以接受或领会。特别是，要想去除法文中关于递解出境只是驱逐的

<sup>197</sup> 见联合国《条约汇编》，第 82 卷，第 289 页。

<sup>198</sup> 但也承认，“如因居民安全或迫切的军事理由，有此必要，占领国得在一定区域施行全部或部分之撤退。上述撤退不得致使被保护人在占领地境外流离失所，但因物质原因不能避免上述流离失所则为例外。依此被撤退之人，一俟该区域内战事停止，应立即移送回家。”（1949 年《日内瓦第四公约》第 49 条；另见同一公约第 70 条和第 147 条）。

<sup>199</sup> 安全理事会 1992 年 8 月 13 日第 771(1992)号决议。

<sup>200</sup> 见 Sohn 和 Buergenthal 著《The Movement of Persons across Borders》，Studies in Transnational Legal Policy, 1992 年第 23 卷，华盛顿特区，美国国际法学会，第 12.03 段，第 90 页。《布莱克法律词典》(Bryan Gardner 主编，Thomson West 出版，2004 年第 8 版，第 471 页)对“递解出境”的定义是：“将一个人赶到另一个国家的行为或程序，例如，将一个外国人驱逐或移送出境”；同样的解释还见于《现代法律用语词典》(1995 年第 2 版，牛津大学出版社)。有人还注意到，国内立法也混用“递解出境”一词，在使用时几乎不与“驱逐”作太大区分，例如尼日利亚、大韩民国和西班牙等国的立法(见 A/CN.4/565 号文件，第 183 段，注 371)。

<sup>201</sup> A/CN.4/565，第 184 段。

<sup>202</sup> 例如，Roman Rewald 就是以这种方式谈论“驱逐外国人(包括递解出境和引渡)”问题(见《Judicial Control of Administrative Discretion in the Expulsion and Extradition of Aliens》，American Journal of Comparative Law, 1986 年第 34 卷增编，第 451 页)；另见题为“放逐或驱逐”的“指导原则之 12”(Studies in Transnational Legal Policy, 1992 年第 23 卷，第 89 页)；在 Minnesota Law Review 的“附注”(1952-1953 年第 37 卷，第 440 页)中这样写道：“近期最高法院的裁定，帮助澄清了长期争议的政策以及由此产生的在行使驱逐权和排斥权方面的宪法限制问题。递解出境人数不断增加，司法部长宣布将拒绝长期居留者再次进入其家庭所在国。”

具体配套或执行措施的观点，可能有点困难。因此，特别报告员提议按前文所述战争法中的含义理解“递解出境”一词，而且仅限于在这一背景下使用。

## (b) 引渡

159. 引渡是国家之间的一种司法合作制度。根据这一机制，甲国(被请求国)在乙国(请求国)的要求下，自愿将其境内的某人(即可管辖人)送交乙国，<sup>203</sup> 由乙国提起司法诉讼或执行处罚。<sup>204</sup>

160. 因此，与驱逐相反，引渡不是一个国家的单方面决定。引渡是被请求国对请求国的要求作出的答复。其法律依据并不完全是引渡国的国内法律，这与依据驱逐国之国内法的驱逐有所不同。引渡通常既依据引渡程序当事国的国家立法，又依据具有双边或多边性质的国际法律文书的规定，而且以对等原则为基础。1957年12月13日《欧洲引渡公约》第1条就有这样的规定：缔约国“保证在对等基础上，按照以下各条确定的规则和条件，交出因违法被起诉或追查的人，以便由请求国司法机关对其执行处罚或实施拘押。”

161. 当公约甚至惯例都未规定引渡义务时(例如秘鲁在阿亚·德拉托雷案中诉称)，是否引渡由被请求国最高权力机关决定。但这始终是对请求国提出要求之后的答复，一国不可主动引渡。相反，被请求国可以拒绝满足这一要求，在涉及其国民的情况下特别如此。1992年4月14日，国际法院四名法官在法院就洛克比案保全措施作出的联合裁定声明中表示：

“1. 在安全理事会以任何形式介入此案之前，我们认为，法律情形十分明确。美国和联合王国有权要求利比亚引渡被美英两国指控参与摧毁洛克比事件中消失的飞机的两名利比亚国民。两国为此可采取任何与国际法相符的行动。利比亚则有权拒绝引渡，有权声称利比亚国内法同其他许多国家国内法一样，也禁止引渡国民。

2. 从一般国际法的角度看，引渡其实是被请求国的主权决定，被请求国绝无引渡的义务。”<sup>205</sup>

<sup>203</sup> Brownlie 写道：“如果这种合作按照申请和同意程序进行，并且接受若干普遍原则的制约，这一国际司法协助形式就称为引渡”：见 Ian Brownlie 著《国际公法原则》第8版，牛津大学出版社，第318页。

<sup>204</sup> 见 Jennings 和 Watts 编著的《奥本海国际法》第1卷“和平”，1996年第9版，第415段。Gala 认为，可将引渡视为驱逐中一个适用特殊规则的分类，但他也承认，由于引渡制度的特殊性，引渡通常被视为一种与众不同的法律措施，因此不在驱逐的研究范围之内：见 G. Gala 著《Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law》，Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 1999年第3卷，第283-314页，尤其是第291页。

<sup>205</sup> 国际法院，《洛克比空难带来的1971年蒙特利尔公约解释和适用问题》(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国)，保全措施，1992年4月14日裁定，《1992年国际法院案例汇编》，第24页。

## (c) 驱离

162. 驱离是一个统称，包括将外国人逐出某个特定国家的各种形式或程序。驱离虽然在有关驱逐外国人的法文法律著作中经常出现，<sup>206</sup> 但确切而言，它并不是一个法律用词。因此，“驱离”一词可理解为既涉及“驱逐”，也涉及法国法律中所称的“押解出境”。<sup>207</sup>

163. 不过，除了这个主要根据对两种措施都适用的程序规则作出的区分之外，有人还作过如下表述：“不论动机为何，驱离外国人都属于一种独特的法律制度，即驱逐。”<sup>208</sup>

164. 因此，不妨坚持特别报告员在初步报告中的提议，同“驱离”一样，广义地理解“驱逐”一词，这已获得国际法委员会的核准。<sup>209</sup>

## (d) 押解出境

165. 在法国法律中，这一表述主要用于有关外国人入境和居留的立法，其中对驱逐和押解出境作了区分。“驱逐”指的是驱离在法国境内居留严重威胁公共秩序的外国人，不论其身份是否正常，<sup>210</sup> 而“押解出境”指的是根据外国人管理法对身份不正常的外国人采取的驱离措施。<sup>211</sup> 与法国立法中狭义理解的驱逐一

<sup>206</sup> 例如，见 Rudolph D'Haëm 著《La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière》，巴黎，法兰西大学出版社 (PUF) (Que-sais-je?丛书)，1997 年。他尤其提到，法国自 1981 年以来就有一项特别程序，准许“将以不正常身份进入法国或在法国居留的外国人驱离法国领土” (第 3 页)，递解出境只是一种具有临时效果的“驱离形式” (第 4 页)，“有效驱离偷渡的外国人” (第 4 页)，以及“驱离案件中的外国人” (第 5 页)；另见 Catherine Teitgen-Colly 和 François Julien-Laferrrière 合著的《Chronique de législation: Etrangers》，L'actualité juridique-droit administratif (AJDA)，1998 年 11 月 20 日，第 927-929 页；Danièle Lochak 著《L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence》，AJDA，1969 年 10 月 20 日，第 595 页。

<sup>207</sup> D'Haëm 著《La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière》，巴黎，PUF (Que-sais-je?丛书)，1997 年，第 3 页。他认为“押解出境”是“一种特殊驱离措施”，以区别于“另一种驱离措施，即驱逐。”

<sup>208</sup> 同上，第 5 页。

<sup>209</sup> 见 A/CN.4/554，第 13 段。

<sup>210</sup> 见 1945 年 11 月 2 日关于外国人在法国入境和居留条件的第 45-2658 号法令第 23 条。

<sup>211</sup> 关于法国有关这一概念的法律制度，尤见：Mohamed Ladhari 著《La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière》，Les Petites Affiches，1990 年，第 96 号，第 13-27 页；《La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile》，行政法院 1991 年 12 月 13 日会议的结论，1) M. Nkodia (Alfondo)，2) Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury, R. F. D. A.，第 8 (1) 期，1992 年 1-2 月，第 91 页；Florence Benoît Rohmer 著《Reconduite à la frontière: Développements récents》，R. D. P.，1994 年第 1 期，第 429 页；D'Haëm 著《La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière》，巴黎，PUF (Que-sais-je?丛书)，第 3 页。

样，押解令也是通过命令作出，唯一区别是该命令由国家警察总长签发，而非内政部长。与严格意义上的驱逐不同，被押解出境的外国人不能利用救助委员会规定的程序，但他可返回法国，而被驱逐者须等待有关法令的废止。<sup>212</sup>

166. 不过，在1980年1月10日第80-9号法律中，这一区分并不是很清晰，<sup>213</sup>例如，递解出境被认为只是驱逐措施的一个强制执行手段，因为该法第6条规定，“被驱逐的外国人可予押解出境”。总之，不论在哪种情况下，两种措施都关系到将外国人“驱离”本国领土，剩下的就是与两种措施有关的程序和法律效果问题。因此，至少在本专题中，不宜将驱逐和押解出境作对比，而应将押解出境视为广义驱逐措施的组成部分。

#### (e) 推回

167. 从表面上看，推回是指将新近偷渡的移民逐出一国领土，而驱逐则适用于有正常身份者、申请庇护或难民地位者、以及在驱逐国长期居留的非正常身份者。除非更为简单地将推回理解为对所有身份不正常的外国人适用，而驱逐则适用于所有身份正常的外国人。这一推论或许可在1984年8月9日联合国难民事务高级专员关于国际保护问题的说明中找到一些论据，例如“是否遵行不驱回原则，与是否决定给予难民地位密切相关”。<sup>214</sup>由此可理解为，驱回是针对已经被拒绝给予难民地位的人，反之则不驱回。1951年《关于难民地位的公约》在题为“禁止驱逐出境或推回”的第三十三条中对这两个词作了明确区分，但不论是该条的内容，还是界定“难民”一词的第一条，都不能够确定这两个词的不同之处。<sup>215</sup>

168. 另一个区分是，驱逐作为良好社会秩序的保护性措施，只有在外国人在境内居留严重威胁公共秩序的情况下方可适用，而推回是针对身份不正常的外国人的驱离措施：“禁止仅以违反居留规则为由驱逐外国人，并不意味着外国

<sup>212</sup> N. Guimezanes 著《La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France》，La Semaine juridique (doctrine)，1987年，第3270页。

<sup>213</sup> 见《法兰西共和国官方公报》，1980年1月11日，第71页；Dominique Turpin 著《La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980》，Revue critique de droit international privé，1980年，第41页；J.Y. Vincent 著《Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France》，Revue de droit administratif，1980年，第363页。

<sup>214</sup> 见1984年8月9日高级专员提交的《关于国际保护问题的说明》，A/AC.96/643号文件，第17段。

<sup>215</sup> 另见1984年《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》，联合国《条约汇编》第1465卷，第24841号(第3条)；1967年《联合国领土庇护宣言》(联大第2312(XXII)号决议第3条，第1款)；1969年《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》(第2条，第3款)；以及《哥斯达黎加圣何塞公约》，联合国《条约汇编》第1144卷，第17955号，第123页(第22条，第8款)。

人可以免于受到排拒。现在的情况同 1980 年以前一样，驱逐已经被推回代替……”。<sup>216</sup> 另一位学者在评论 1980 年 1 月 10 日法律对 1945 年 11 月 2 日法令所作的修改时写道：“身份不正常的外国人已由被推回改为被驱逐。”<sup>217</sup>

169. 不论哪种情况，学说中对这一点都没有统一的看法，名词学上的解释也远不能令人满意。因此，例如，有学者写道，法国关于防止偷渡的 1980 年 1 月 9 日法律将法国按照相关国际公约承担的义务缩减为“只是禁止将当事人推回或驱逐到其生命或自由将遭受威胁的领土”。<sup>218</sup> 该学者还写道，难民地位申请人的处境相对脆弱，但“丝毫不妨碍对其发出驱逐令”；<sup>218</sup> 虽然大部分难民地位申请在向救助委员会提出暂停执行的上诉之后被拒绝，但在长达三年(1985 年恢复为一年)的时限之后，已很难“推回当事人”，因为其中许多人已经不知去向。<sup>219</sup> 对于波城行政法庭一个著名诉讼案件中所涉及的身处此种地位的申请人，该学者写道，“没有被‘强制’推回或押解出境的当事人，其待遇将优于众多申请庇护者(……)”。<sup>220</sup>

170. 由此可知，“驱逐”、“押解出境”和“推回”这三种表述在名词学上其实没有差别；三个词可互换使用，没有任何特殊的语义限制。因此，本课题将使用“驱逐”一词统称所有这些表述以及“遣送外国人至某国”<sup>221</sup> 或“排拒外国人”<sup>222</sup> 等诸多其他表述所指的所有情形，而且不仅限于这些情形。

<sup>216</sup> J. -Y. Vincent 著《La réforme de l'expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981》，La Semaine juridique (doctrine)，1982 年，第 3054 期。

<sup>217</sup> Dominique Turpin 著《La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980》，Revue critique de droit international privé，1980 年，第 42 页。

<sup>218</sup> Dominique Turpin 著《Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés》，Revue de droit administratif，第 2 (2) 期，1986 年 3-4 月，第 140 页。

<sup>219</sup> 同上，第 141 页。

<sup>220</sup> 同上。需要注意的是，一个因不受接纳而被驱回的人，可能会在其原籍国遭受迫害。怎么办？因为他尚未取得难民地位，就不能受益于《关于难民地位的公约》第 33 条第 1 款的规定？看来美国最高法院在 *Sale v. Haitian Centers Council* 一案(1993 年 6 月 21 日裁决，3 ILM(1993) at 1052 ff.) 中所借鉴的，正是这种解释；但 Gaja 有相反的看法，他以美洲人权委员会的报告为依据作出评论，认为“美国政府违反了(《关于难民地位的公约》)第 33 条的条约义务”，因为这一条款没有“地域限制”(Gala 著《Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law》，Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional，1999 年第 3 卷，第 291 页)。毫无疑问，从保护人权的角度看，这种解释没有错。但如果将驱回视为不接纳的一种后果，鉴于不接纳所针对的是尚未进入驱回国领土的外国人，也就是尚未穿越本课题所界定的边界的外国人，就不能要求拒绝接纳外国人的国家履行该国在驱逐情况下应当履行的义务；必须承认，不接纳不同于驱逐。这至少是特别报告员对这两个概念的确切含义所作的结论。

<sup>221</sup> 例如，政府专员 Romy Abraham 的结论中就同时使用这个词(行政法院 1991 年 12 月 13 日会议(2 起诉讼案件)，1)M. Nkodia (Alfondo)，2)Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury，R.F.D.A.，第 8 (1) 期，1992 年 1-2 月，第 93 页)和“押解出境”的表述(同上，第 90 页)；另见 D'Haëm 所著，同前注 206，第 111 页。

<sup>222</sup> 英文学说中经常使用这个词，例如，见《Constitutional Restraints of the Expulsion and Exclusion of Aliens》，Minnesota Law Review (1952-1953 年，第 37 卷，第 440 页)；又见 1932 年 2 月 4 日国际常设法院的咨询意见，A/B 辑，第 44 号。



## (f) 拒予入境

171. 主权国家始终有权不让任何外国人进入其领土。<sup>223</sup>正是基于这一观点，国际法学会在1892年9月9日通过的《接纳和驱逐外国人国际准则》的序言中声明：“接纳或不接纳外国人入境，有条件接纳外国人入境，或驱逐外国人出境的权利，是每个国家独立自主的必然结果。”<sup>224</sup>

172. 国家有权阻止不受欢迎或不符合入境与居留立法所定条件的外国人进入其领土，这一主权权利对已提交难民地位申请，但仍身处国际地区或入境申请人拘留所的外国人同样有效。<sup>225</sup>为区分不接纳和广义上的驱逐，必须确定穿越边界或进入领土的标准，因为在特别报告员看来，穿越移民控制线且身处入境申请人特别拘留所之外的“接收”国领土的外国人，不能被驱逐，也不能不予接纳。

173. 拒绝接纳可由国家主管入境申请的机关作出明文决定，或通过签证壁垒予以施行，签证是进入大多数国家的必要条件，但不是充分条件。一般而言，外交和领事机关有权决定是否向提出申请的外国人发放签证。<sup>226</sup>针对外国人作出的拒绝入境决定可由行政部门按规定执行，<sup>227</sup>也就是说，不需要借助法官的裁决。即使从广义上理解，这也已超出了驱逐的范畴。因此，本课题在驱逐的定义中将不包括不接纳。

## (g) 移交或移送，送交

174. 移交或移送同驱逐一样，指的是强制将某人从某国送到外国，也就是边界以外。事实上，它同驱逐和引渡是有区别的，驱逐是驱逐国根据国内法律程序作出的主权决定，引渡则是由国内法律规则和协定国际法或习惯国际法准则组合形成的特殊制度。从技术角度看，移送其实是将某人交给提出请求的外国或国际司

<sup>223</sup> 见 Charles de Boeck 著《L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique》，Recueil des cours à l'Académie de la Haye，第18卷，1927-III，第456页；又见 N. Guimezanes 著《La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France》，La Semaine juridique，第3期，第3270页。

<sup>224</sup> 《国际法学会年鉴》，第12卷，第218页。其中还声明：“但要考虑，人性和正义都要求各国在行使这一权利时，在无损本国安全的情况下，尊重意欲进入其领土或已经在其领土之上的外国人的权利和自由。”

<sup>225</sup> Dominique Turpin 著《La réforme de l'ordonnance de 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980》，Revue critique de droit international privé，1980年，第141页。

<sup>226</sup> 例如，见 Florence Chaltiel 著《Le juge administratif, juge de l'immigration》，Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger，第1-200号，第168页；Danièle Lochak 著《L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence》，L'actualité juridique droit administratif，1969年10月20日，第592页；见法国行政法院1986年基于这一观点作出的裁定（行政法院，1986年2月28日，Ngako Jeuga, Rec., 第49页，obs. B. Pacteau, Dalloz, 1986年）。

<sup>227</sup> 见法国宪法法院1993年8月13日第93-325号决定，第5段，Bruno Genevois 评注，Revue française de droit administratif，第9(5)期，1993年9月-10月，第888页。

法机关，以便让此人到庭应审、出庭作证、或协助调查。原则上，这类程序以规定所有缔约国有移交义务的国际公约为依据。基于这一观点，联大 1990 年通过的《刑事事项互助示范条约》规定，在被拘押人和被请求国同意且被请求国法律准许的情况下，应将被拘押人交给请求国。<sup>228</sup>

175. 移送的做法在最近几年组建国际刑事司法机关的过程中有所发展。根据与这些刑事司法机关有关的国际法律文书，移送是由国家向起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭（前南问题国际法庭）或起诉应对在卢旺达境内严重违反国际人道主义法行为负责者和应对邻国境内这类违法行为负责的卢旺达公民的国际法庭（卢旺达问题国际法庭）、或向国际刑事法院作出。<sup>229</sup> 《前南问题国际法庭程序和证据规则》<sup>230</sup> 规定，法庭可要求移送嫌疑人（第 40-2 条）或证人（第 90-2 条）。<sup>231</sup> 《国际刑事法院规约》则使用“送交”一词来形容某国将某人移送到法院的行为。<sup>232</sup> 在国际法委员会 1994 年通过的国际刑事法院规约草案中可以看到，所有将被告交给法院审判的情形都使用“向法院移送被告”的表述。<sup>233</sup>

176. 移送还有一些衍生做法，例如将在外国逮捕的个人“法外移送”到美国接受刑事起诉。<sup>234</sup> 这一衍生做法在国际反恐斗争中有所加剧，被称为“特别移送”，与“法外移送”异曲同工。确实，美国法庭在两种情况中都倾向于忽视逮捕的情节。但在姑且称之为“传统型”的法外移送中，嫌疑人抵达美国后享有正常的刑事案件程序，而“特别移送”则毫无规则可言，完全处于无法律状态：恐怖主义嫌疑人被逮捕后，通常秘密扣押，不享有任何权利。<sup>235</sup> 关于这个问题，美国最高法院最近刚刚要求对涉及关塔那摩若干囚犯的案件恢复合法性。<sup>236</sup>

<sup>228</sup> 联大 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议，第 13 条，第 1 款。

<sup>229</sup> 例如，塞尔维亚和黑山将前南斯拉夫社会主义联邦共和国总统斯洛博丹·米洛舍维奇移送前南问题国际法庭；喀麦隆将巴加索拉上校移送卢旺达问题国际法庭；刚果民主共和国 2006 年将伊图里地区的一名刚果战争首领移送国际刑事法院；尼日利亚 2006 年将利比里亚共和国前总统查尔斯·泰勒移送位于海牙的塞拉利昂问题特别法庭。

<sup>230</sup> 见联合国起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭的文件 IT/32/Rev. 37。

<sup>231</sup> 被拘押的证人根据国际法庭发出的命令移送，条件是要在国际法庭确定的期限内送还（第 90-2 A 条）。嫌疑人则在任何情况下都不得被拘押超过 90 天，90 天之内如果未确认予以起诉或签署逮捕令，嫌疑人将被释放或送交其最初被拘押地的国家机关（第 40 C 条）。

<sup>232</sup> 1998 年 7 月 17 日通过的《国际刑事法院罗马规约》第 59 条。

<sup>233</sup> 见《国际法委员会年鉴》，1994 年，第二卷，第二部分，第 28 页。

<sup>234</sup> 例如，巴拿马前国家元首曼·诺列加在巴拿马被抓，然后移送美国被冠以贩毒头子等罪名。

<sup>235</sup> 关于“法外移送”和“特别移送”的区别，见 Bob Herbert 在《纽约时报》上发表的文章《*Quand l'Amérique sous-traite la torture*》，转载于《青年非洲》（网络版）2005 年 3 月 13 日至 19 日第 2305 期，第 28 页；以及应欧洲联盟要求编写的关于某些欧洲国家自 2003 年盟军发动第二次伊拉克战争以来协助美国通过欧洲进行此类移送问题的报告的初步结论。需要指出的是，2002 年 9 月，美国当局向叙利亚当局移交在纽约肯尼迪机场逮捕的 34 岁叙利亚裔加拿大国民梅赫尔·阿拉尔，也是出于同一逻辑。

<sup>236</sup> 美国最高法院在 2006 年 6 月 29 日的一项裁决中宣布，为审判关塔那摩囚犯而设立的军事法庭不符合宪法，建议乔治·布什总统同国会协商，找到替代解决办法。在 2006 年 7 月 7 日的备忘录中，国防部副部长戈登·英格兰强调，最高法院曾决定将 1949 年日内瓦四公约之共同第

177. 总之，不论是否符合国际合法性，移送都不属于本课题中驱逐的范畴：一方面是因为移送与驱逐相反，其依据完全在于国际法律体系；另一方面则是因为移送既涉及移送国的国民，也涉及在该国境内居留的外国人，而驱逐只涉及外国人，国家不驱逐本国国民是众所周知的原则。

## 2. 领土、边界和驱逐

178. 驱逐指的是强制将某人从一个地点迁移到公认界线之外的另一个地点。从国家的角度看，则是指通过强制手段，将某人从驱逐国迁移到领土边界之外的目的地国。因此，有必要在本课题中分别确定国家领土和边界的含义。

### (a) 领土

179. 有学者将国家领土描述为包括“陆地表面，以及由地下层和位于下层表面之上的上层空间组成的陆地表面垂直延伸部分”。<sup>237</sup> 可以看出，这一领土表述结合了由“陆地”一词衍生的严格意义上的领土概念和上层空间的空间概念。不过，尽管已作“引伸”，这一表述仍未涵盖所有属于领土概念的空间。领土的概念还应包括归属国家主权的若干海洋空间，例如内水(包括港湾和小海湾)、领海及上层空间。<sup>238</sup>

180. 根据与领土概念全面相符、且特别报告员也认为适合本课题的定义，领土指的是“国家行使其主权所产生的全部职能”的空间；<sup>239</sup> 因此不包括国家只行使主权权利或职能管辖的空间，例如大陆架、毗连区、渔区及专属经济区。

181. 国际法没有要求国家领土必须连成一片，也没有要求其各个陆地或岛屿组成部分必须处在与主体部分相邻的同一地理区域。众所周知历史上曾经存在飞地和领土走廊现象，如今也仍有许多大国，不论过去殖民与否，在世界不同区域拥有岛屿或陆地形式的附属领地。

182. 虽说划定国家领土的界线在法律上并不是国家存在的必要条件，但毫无疑问，正如国际法院在“阿拉伯利比亚民众国和乍得领土争端”一案中所述，“界定领土就是界定其边界”。<sup>240</sup>

### (b) 边界

183. 有学者凭经验将边界定义为“确定两个相邻国家领土起始和结束的界线”。<sup>241</sup> 但边界所分隔的不仅仅是相邻国家。边界将一个国家同不论远近的任何

---

三条“适用于同基地组织的冲突”，因此该条也适用于关塔那摩的囚徒（见法国《世界报》，2006年7月13日，第4版）。

<sup>237</sup> 见 Charles Rousseau 著《国际法》第二卷，“主体”，巴黎 Sirey 出版社，1974 年，第 36-37 页。

<sup>238</sup> 关于这一点，见 1986 年 6 月 27 日国际法院对“尼加拉瓜境内及针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”一案的判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 111 页。

<sup>239</sup> Patrick Dailler 和 Alain Pellet 著《国际公法》(Nguyen Quoc Dinh)，第 7 版，巴黎，《Librairie générale de droit et de jurisprudence》，2002 年，第 44 页，第 270 段。

<sup>240</sup> 见 1994 年 2 月 3 日判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 20 页。

<sup>241</sup> Jules Basdevant 著《国际法术语词典》，巴黎，Sirey 出版社，1960 年。

其他国家分隔。在本报告中，边界不仅仅是分隔广大领土的物理界线。边界是国家主权和权能的所及范围，<sup>242</sup> 具有国际性质。正如负责审理“几内亚比绍和塞内加尔海洋边界”一案的仲裁法庭所言：“国际边界是由一连串根据国家法律准则确定的空间有效极值点组成的界线”，<sup>243</sup> 不论其为陆地边界或海洋边界。

184. 边界法律制度源自国际法规则和每个国家与出入境有关的国内法准则。但这一法律制度也可以通过特定法律空间内的所有国家达成共同协定的方式确定。例如，缔结 1985 年 6 月 14 日《关于逐步取消边界管制的协定》(申根协定)及 1990 年 6 月 19 日《实施公约》的欧洲联盟成员国决定逐步取消对共同边界的管制。<sup>244</sup> 但法国宪法法院表示，有关规定并不“等于取消或修改在法律上划定国家领土管辖范围的边界”。<sup>245</sup>

185. 经仔细斟酌，或许可以将边界线同“边界区”的概念相结合，这样做的确曾招来批评，<sup>246</sup> 但在本课题中经过重新解释和调整，可能更加符合在接纳或不接纳及驱逐外国人情况下的边界概念。边界作为驱逐国欲将外国人驱离至其之外的领土界线，其实是一个多功能区，包括一组用不同法律条例精心划定的空间。在本课题中，边界是指正式出入地点；因为虽然非法移民可表现为外国人偷越边界上的任何可能地点，但驱逐通常只通过领土的正式出入通道，即港口、机场和陆地边界口岸进行。这些正式出入地点设有检查站，国际机场和某些港口还设有专区，用于拘押不被接纳或正在驱逐的外国人，有的甚至还设有国际区，区内的外国人被视为仍在领土之外。拘押在机场、港口和领土边界专区内某个地点，等待送上飞机、轮船或车辆的被驱逐外国人，在法律上已经是被驱逐者，而必须尊重其作为人所拥有的尊严和基本权利，则完全是另一回事。

186. 在本报告中，边界不能只看作是一条界线，而应看作是一个区域，区域范围由国家根据所规划的空间制订管理规章加以确定。边界是一个边缘区域。被驱逐者越过界线只需一瞬，但却是驱逐过程的关键。因此可以说，在本课题中，国

<sup>242</sup> 《布莱克法律词典》将边界定义为：“标示国家或具有国际地位的其他实体领土管辖范围的界线”。

<sup>243</sup> 1989 年 7 月 31 日判决，登载于 *Revue générale de droit international public*, 1990 年, 第 253 页；另见 1995 年 10 月 13 日“沙漠湖”一案的仲裁判决，第 59 段，以及 2005 年 7 月 12 日国际法院对“贝宁和尼日尔边界争端”一案作出的判决，第 124 段(可查阅国际法院网址：[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org))。

<sup>244</sup> 见 Patrick Dailler 和 Alain Pellet 著《国际公法》(Nguyen Quoc Dinh), 第 7 版, 巴黎, 《Librairie générale de droit et de jurisprudence》, 2002 年, 第 417 页, 第 298 段。

<sup>245</sup> 宪法法院第 91-294 DC 号决定。

<sup>246</sup> 见 1957 年 11 月 16 日“拉努湖”一案的仲裁判决，《仲裁判决汇编》第二卷, 第 307 页；相反意见, 见 1968 年 2 月 19 日“卡奇沼泽地”一案的仲裁判决，《仲裁判决汇编》第十七卷。

家边界指的是国家领土的边缘区域，在这个区域内，除领土国之外的其他国家国民不再享有外国侨民的地位，而在这个区域之外，国家的驱逐程序即告完成。

### 3. 驱逐的构成要素

187. 驱逐是驱逐国的一种行为。驱逐有没有可能是驱逐国的一种举动？众所周知，在所有情况下，驱逐都具有强制性质。

#### (a) 行为或举动

188. 在大多数国家的国内法中，驱逐都是国家的单方面行为，包括单方面行政行为和行政机关的决定。<sup>247</sup> 驱逐是一种正式行为，对这种行为，可向驱逐国司法机关提出抗辩，因为驱逐是一个程序性行动，每一个阶段都可进行争讼。

189. 鉴此，驱逐是否在所有情况下都必须以正式措施为前提？如Gaja先生所述，既然国家可以创造条件使当事人无法生存，似乎也就有必要考虑不通过正式法律行为实施驱逐的情况。在实践中，正式驱逐措施同旨在将某人逐出其领土的国家举动之间似乎差别不大，因为在所有情况下，当事人都必须离境。“看来可以将两种情况都包含在驱逐的概念中”。<sup>248</sup>

190. 学者为此援引了伊朗-美国索偿法庭的两项裁定作为论据。在“国际技术产品公司诉伊朗”一案中，该法庭承认：

“[……]原则上，驱逐的构成要素(“威胁强制驱离情况下的‘自愿’离开，或强制驱离”)在特殊情况下是有可能得到满足的，即使外国人在离开该国之时未经直接强迫或正式下令这么做。此类情况至少有以下两个前提：(1) 居所在国的情势让该外国人别无真正选择；(2) 在导致离开的事件或行为背后有逐出该外国人的意图，而且根据国家责任的原则这些行为是由国家作出”。<sup>249</sup>

191. 法庭在“兰金诉伊朗”一案中指出，阿亚图拉·霍梅尼在1979年2月返回伊朗后要求所有外国人离境，其政府随后执行的政策也迫使大批外国人离开伊朗。法庭还表示：

“但是，并不能因此就自动认为，在执行此项政策后离开伊朗的所有美国国民[……]都是被不正当驱逐。有必要审视每一个离境案件的情势，查明普遍

<sup>247</sup> 在国际法院审理的“艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛”一案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)中，驱逐由当时的总理通过一项决定作出宣布。

<sup>248</sup> G. Gaja 著《Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law》，Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 1999年，第3卷，第283-314页，尤其是第290页。

<sup>249</sup> 1985年8月19日判决，《伊朗-美国索偿法庭的报告之9》(1985-II) 10，第18页。

和具体行为，并以此为据，确定此类行为当时如何影响或驱动现在指称被驱逐的个人，以及此类行为是否由伊朗作出。”<sup>250</sup>

192. 鉴此，在国家没有采取任何正式驱逐行为的情况下，如果造成离境的举动是由该国作出，就有必要通过审查，确定接纳国当事人离境的事实或情势。<sup>251</sup> 因此，在本课题中，驱逐将指国家强制外国人离开其领土的行为或举动。

(b) 强制

193. 驱逐决不会是被驱逐者要求或同意的行为或事实。驱逐是强迫当事人离开驱逐国领土的一项正式措施或一种不可抗力局势。这一强制因素是区分驱逐与外国人正常或普通离境的关键。确切而言，正是这一因素引起了被驱逐者的目的地国和此种局势所波及的第三国的关注或兴趣，因为国家在行使这一当然权利时影响到了对有关人基本权利的保护。抛开某些安全部队成员在实施驱逐过程中犯下的暴力行为不谈，下令驱逐的正式措施本身就是一项命令，具有法律强制性，正如强制外国人离境的举动，同样也是一种事实上的强制行为或感觉如此的实际强制行为。

194. 以上尝试界定了本课题中“驱逐”和“外国人”这两个构成概念。现在需要将两者联系在一起，从中得出其含义和几个重要概念的最终意义，以便能够更加有把握地进一步研究这个课题。根据前文阐述，不妨提议关于定义的条文如下：

第 2 条：定义

在本条款草案中：

- (1) “驱逐外国人”是指驱逐国强制其他国家国民离开其领土的行为或举动；
- (2) 其他定义：
  - (a) “外国人”是指除领土国或驱逐国之外的其他国家国民；
  - (b) “驱逐”是指驱逐国强制外国人离开其领土的行为或举动；
  - (c) “边界”是指驱逐国领土的边缘区域，在这个区域内，外国人不再享有居民地位，而在这个区域之外，国家的驱逐程序即告完成；

<sup>250</sup> 1987 年 11 月 3 日判决，《伊朗-美国索偿法庭的报告之 17》(1987-V) 135，第 147-148 页；另见 7 月 14 日判决，“Short 诉伊朗”案，《伊朗-美国索偿法庭的报告之 16》(1987-III) 76，第 85-86 页。权责机制已通过 2001 年经联大评注的“国家对国际不法行为的责任条款”第 8 条作出解释；见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

<sup>251</sup> 见 G. Gaja 著《Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law》，Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional，1999 年第 3 卷，第 290 页。

- (d) “国民”是指任何通过包括国籍在内的某种法律关系，归属一国[司法管辖][人身管辖]的人；
  - (e) “领土”是指国家行使其主权所产生的全部职能的空间。
-