



# 大会

Distr.  
LIMITED

A/CN.4/L.653/Add.1  
11 June 2004  
CHINESE  
Original: ENGLISH

国际法委员会

第五十六届会议

2004年5月3日至6月4日和

7月5日至8月6日，日内瓦

## 国际法委员会第五十六届会议

### 工作报告草稿

报告员：佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生

## 第四章

### 外交保护

#### 增 编

#### 目 录

#### 段 次      页 次

- C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文(续).....  
2. 条款草案案文及其评注.....

## C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文(续)

### 2. 条款草案案文及其评注

1. 委员会第五十六届会议一读通过的外交保护条款草案案文及其评注转录如下。

### 外交保护

(1) 起草外交保护条款最初被视为属于国家责任问题的研究范围。实际上，国家责任问题的第一任报告员加西亚·阿马多先生在 1956 至 1961 年提交的报告里收入了关于此问题的若干条款草案。后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少注意外交保护问题。关于国家责任问题的最后条款草案明确地说，对于外交保护至关重要的两个议题，即求偿的国籍问题与用尽当地救济问题，将由委员会单独开展工作加以处理。<sup>1</sup> 尽管如此，国家责任条款草案与本条款草案存在着密切联系。国家责任条款草案中的许多原则与外交保护相关，因而这些原则在本条款草案里不再重复。这尤其适用于关于国际不法行为的法律后果的规定。对外国国民所受损害负有责任的国家有义务停止不法行为，并就国际不法行为所造成的损害向国籍国支付充分的赔偿。这一赔偿可采取恢复原状、补偿或抵偿等其中一种形式或多种形式并用。这些事项在国家责任条款草案里都得到了处理。<sup>2</sup>

(2) 外交保护属于“外国人待遇”这一问题的范围。然而本条款草案并没有试图处理关于这一问题的主要规则，即关于外国人人身和财产待遇的规则，违反这种规则通常引起受害人国籍国的责任。本条款草案仅限于次要规则，即关于必须满足何种条件才可提出外交保护的诉求的规则。这大致上是指关于诉求的可接受性的规则。国家责任条款草案第 44 条规定：

---

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 44 条的评注，脚注 722 和 726。

<sup>2</sup> 第 28、30、31、34-37 条。关于补偿(第 36 条)的评注用大部分篇幅讨论了适用于与外交保护有关的求偿的原则。

“在下列情况下不得援引另一国的责任：

- (a) 不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出要求；
- (b) 该项要求适用用尽当地救济办法规则，却未用尽可利用的有效当地救济办法。”

本条款草案通过拟订关于求偿的国籍和用尽当地救济的规则，从而赋予了这项规定以内容。

(3) 本条款草案没有处理国际组织对代理人的保护问题，这种保护一般被称作“职能保护”。虽然职能保护与外交保护有相似之处，但两者的区别也是很大的。外交保护是一种确保一国的国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，其基于的原则是国民受到的损害即为国家本身受到的损害。而职能保护是一种通过确保国际组织的代理人受到尊重而促进国际组织有效运作的方法。这种区别导致委员会和第六委员会都得出结论认为，在一套关于外交保护的条款草案里不应写上国际组织保护其代理人的内容。至于一国可否为担任国际组织代理人的本国国民行使外交保护的问题，国际法院在审理“损害赔偿案”时作了回答：“在这样的情况下，没有任何法律规则赋予一方或另一方以优先地位，或强迫该国或该组织不得提出国际诉求。法院认为，有关方面没有理由不出于善意和常理来寻求解决办法。……”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> 《1949年国际法院报告书》，p. 174 at pp. 185-186.

## 第 一 部 分

### 一 般 规 定

#### 第 1 条

#### 定义和范围

外交保护是指一国针对其国民因另一国国际不法行为而受的损害，以国家的名义为该国民采取外交行动或其他和平解决手段。

#### 评 注

(1) 第 1 条为外交保护下定义，描述了外交保护的主要内容，并且说明了这一机制可用于保护在国外受损害的国民的范围。

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对外侨造成的损害负有责任。外交保护是国籍国为保护受损害的人并使该人从受国际不法行为造成的损害得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及可行使外交保护的情况和在行使外交保护以前必须符合的条件。本条款草案不拟界定或描述使外侨受到损害的国家应为之承担责任的国际不法行为。本条款草案，如同国家对其国际不法行为的责任条款草案，<sup>4</sup> 维持对初级规则和次级规则的区分，而只处理次级规则。

(3) 第 1 条明白规定，外交保护的权利属于国家。外交保护系指一国采纳本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因，行使自身的权利。这一措词方式沿用国际法院在 *Interhandel* 公司案中的措词，法院指出：起诉国“采纳”其权利受到侵害的“国民的诉因”<sup>5</sup>。国家行使外交保护的权益来源于一国民受到他国不法行为的损害。

(4) 在大多数情况下，外交保护的行使是基于国家和受害人之间的国籍联系，第 3 条处理了这个事项。在这一条内，“国民”一词的含义包括自然人和法人。本

---

<sup>4</sup> 载于《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，pp.59-60。

<sup>5</sup> 《1956 年国际法院报告书》，p.6 at p.27。

条款草案稍后部分对限定自然人和法人概念的规则作了区分，在必要情况下，分别处理这两个概念。

(5) 外交保护必须以合法和和平的手段行使。若干司法裁决在描述国家为行使外交保护可以采取的行动时，对“外交行动”和“司法程序”作了区分。<sup>6</sup> 第 1 条保留了这一区分，但是更进一步，把司法程序列入“其他和平解决手段”的范围。

“外交行动”的范围包括：国家为了相互通报自己的看法和关切事项而使用的所有合法程序，包括为了解决争端而要求进行调查和谈判。“其他和平解决手段”的范围包括合法解决争端的一切形式，从谈判、调停与和解到仲裁与司法解决争端。为《联合国宪章》第二条第四款所禁止的使用武力是行使外交保护权时不许使用的方法。

(6) 第 1 条明确了在总评注<sup>7</sup>里已经提到的一点，即本条款只处理一国对外交保护的行使，而不涉及国际组织给予其官员的保护，后者是国际法院关于受到损害求偿问题的咨询意见中所确认的。<sup>8</sup> 职能保护<sup>9</sup> 虽然与外交保护类似，但与外交保护极为不同之处在于：它是以该组织的职务和该人员的地位作为前提的。<sup>10</sup>

(7) 外交保护的经营范围包括对不以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。外交官和领事受到《1961 年维也纳外交关系公约》<sup>11</sup> 和《1963 年维也纳领事关系公约》<sup>12</sup> 和其他国际法和国际文书规则的保护。

## 第 2 条

### 行使外交保护的权力

一国享有按照本条款草案的规定行使外交保护的权力。

---

<sup>6</sup> Panevezys-Saldutiskis 铁路案，《常设国际法院报告书》，A/B 辑，第 76 号，p.16；1955 年诺特邦案，《常设国际法院报告书》，p.24。

<sup>7</sup> 见总评注，上文第(3)段。

<sup>8</sup> 《1949 年国际法院报告书》，p.174。

<sup>9</sup> 同上，p.185。

<sup>10</sup> 同上，pp.180,186。

<sup>11</sup> 《联合国条约汇编》，第 500 卷，p.95。

<sup>12</sup> 《联合国条约汇编》，第 596 卷，p.261。

## 评 注

(1) 第 2 条强调外交保护的权力属于或授予国家。该条承认了 Vattel 提出的观点，即对一国民的损害便是对一国的间接损害。<sup>13</sup> 常设国际法院在 *Mavrommatic Palestine Concession* 案中比较审慎地提出了这一看法，指出：

“事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。”<sup>14</sup>

这个看法常常受到批评，被认为是一种虚拟的情况，不容易符合外交保护的实际情况：要求行使外交保护的个人必须具有持续的国籍、<sup>15</sup> 受损害的国民必须用尽当地救济、损害的评估务必与个人受到的损失一致。但是，“*Mavrommatis* 原则”或“瓦特勒虚拟”，认定对一国民的损害即是对该国的损害，这一概念仍然是外交保护的基石。<sup>16</sup>

(2) 一国有权对一国民行使外交保护。该国没有任何责任或义务这样做。一国内法可能规定对一国民行使外交保护，<sup>17</sup> 但国际法并没有规定这种义务。国际法院在巴塞隆那电车案中明确地说明了它的立场：

“……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是没有救济的。如有方法，他们也只能诉诸国际法，以期继续争取其利益或得到补救……。必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程

---

<sup>13</sup> 在 *The Law Of Nations* (1958) 中，Emmerich De Vattel 说：“无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家”（第六章，p.136）。

<sup>14</sup> 《1924 年常设国际法院汇编 A 辑》，第 2 号，p.12。

<sup>15</sup> 见第 5 和第 10 条。

<sup>16</sup> 对这一概念的讨论和对这一概念的批评，参看特别报告员关于外交保护的第一次报告，A/CN.4/506，第 61-74 段。

<sup>17</sup> 对有关这一议题的研讨，见同上，第 80-87 段。

度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。”<sup>18</sup>

委员会否决了规定国籍国应负有限保护责任的一项提议，认为它超越了法律的逐渐发展所能容许的范围。<sup>19</sup>

(3) 一国行使外交保护的权利受到限制。这项权利只能够根据本条款的规定行使。

## 第 二 部 分

### 国 籍

#### 第 一 章 一般原则

#### 第 3 条 国籍国的保护

1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
2. 尽管有第 1 款的规定，一国可根据第 8 条草案为非国民行使外交保护。

#### 评 注

(1) 第 2 条确认国家行使外交保护的裁量权利，第 3 条则表明受害人的国籍国有权、而不是有义务为该人行使外交保护的原则。这一条把重点放在国家和个人之间的国籍联系，它使得国家有权行使外交保护。相对于自然人和法人而言，这种联系是不同的。因此，自然人和法人的情况都单辟一章专门作出规定。

(2) 第 2 款为了外交保护的而对国籍国下了定义。这项定义的前提是以下两项原则：一、由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；二、国际法对国

---

<sup>18</sup> 《1970 年常设国际法院报告书》，p.44。

<sup>19</sup> 见特别报告员关于外交保护的第一次报告(A/CN.4/506)第 4 条。委员会辩论情况见《大会正式记录，补编第 10 号》(A/55/10)，第 447-456 段。

籍的授予规定了限制。第 2 款也列举了并不是毫无遗漏的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。

## 第 二 章 自 然 人

### 第 4 条 自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言，国籍国指寻求保护的個人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

#### 评 注

(1) 第 4 条为了对自然人进行外交保护的目地，规定了国籍国的定义。这项定义的前提是以下两项原则：一、由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；二、国际法对国籍的授予规定了限制。第 4 条也列举了并不是详尽无遗的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。

(2) 由每一国决定谁是其国民的原则受到司法裁决和条约的支持。1923 年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中指出：

“按照目前的国际法，国籍问题……原则上属保留范畴之内”。<sup>20</sup>  
这一原则得到 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 1 条的证实：

“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。”<sup>21</sup>

最近，1997 年欧洲国籍公约认可了这个原则。<sup>22</sup>

(3) 第 4 条中所列给予国籍的关连因素是说明性的，而不是穷尽无遗的。但是，它们包括了各国在给予国籍时通常最常使用的关连因素：出生(出生地法)、血缘(血统制)和归化。与国民结婚没有列入，因为在大多数情况下，不能光凭婚姻本身给予

---

<sup>20</sup> 《常设国际法院报告书》汇编 B 辑，第 4 号，p.24。

<sup>21</sup> 《国际法条约汇编》，第 189 卷，p.89。

<sup>22</sup> 《欧洲条约汇编》，第 166 号，第 3 条。



国籍：它规定按照归化方式取得国籍以后还需要居住一段短暂期间。在与一国民结婚以后，一配偶自动取得另一配偶国籍的情况下，可能在这种取得国籍的方式是否符合国际法方面发生问题。<sup>23</sup> 有些国家也按照委员会关于国家继承中的自然人国籍条款草案所载列的原则给予国籍。<sup>24</sup>

(4) 第4条中所列关连因素是发达国家为确定国籍最常使用的因素。没有明确出生记录的一些发展中国家很难证实国籍。在这种情况下，住所可为国籍提供证明，不过光是住所不能形成国籍的基础。但是，一国可通过归化方式给予这种人国籍。

(5) 第4条不要求一国按照诺特邦案<sup>25</sup>中所认定的方式证明该国和某一国民之间的有效联系或真正联系，作为行使外交保护的另一个附加因素，即使该国民只持有一个国籍。委员会认为，有若干因素促使诺特邦案限定在案情范围内，尤其是：诺特邦先生与列支敦士登(起诉国)之间的联结“极为薄弱”<sup>26</sup>，诺特邦先生和危地马拉(被告国)之间超过三十四年的联结则极为密切，因此，国际法院屡次申明列支敦士登“无权针对危地马拉对诺特邦实行保护”。<sup>27</sup> 这意味着法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则<sup>28</sup>，而只拟阐明一项有关规则，凡是持列支敦士登立场的某一国都必须根据这项规则表明该国和诺特邦先生之间的联结，以便容许该国针对与诺特邦先生有极密切联结的危地马拉为他提出权利主张。而且，委员会考虑到

---

<sup>23</sup> 《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款，《联合国条约汇编》，第1249卷，p.13,禁止在这种情况下取得国籍。见以下第7款。

<sup>24</sup> 见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第10号》(A/54/10)，第47段。

<sup>25</sup> 在该案中，国际法院指出：“根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各个作者的意见，国籍是一种法律上的联结，其依据是一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上相互的权利和义务的存在。它可以说构成司法上对以下事实的表达：直接通过法律或当局的行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。国籍由一个国家给予，它只授权该国针对另一国实行保护，如果这在司法上使该个人的联系成为其国民。”（《1955年国际法院报告书》，p.23）。

<sup>26</sup> 同上，p.25。

<sup>27</sup> 同上，p.26。

<sup>28</sup> 意大利-美国调解委员会在弗勒根海默案(1958)中对诺特邦案作了这样的解释。25《国际法律材料》，p.148。

这样的事实：如果严格适用诺特邦先生提议的真正联系规定，有成百上千万人将因之而无法得到外交保护的利益，因为在经济全球化和移民的今日世界中，有成百上千万人离开其国籍国，而到另一个国家生活，有的从来不曾取得其国籍，有的通过出生或血缘从与他们的联结最薄弱的国家取得国籍。<sup>29</sup>

(6) 第 4 条最后一个短语强调：必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是国民，这一权利并不是绝对的。1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 1 条证实了这一点，该条在表示“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”的同时，还载列了一项但书：“这项法律应得到其他国家的承认，但须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。”<sup>30</sup> 目前，公约，尤其是人权领域的公约，规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。<sup>31</sup> 例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》第 9 条第 1 款规定：

“缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。

缔约各国应特别保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她。”<sup>32</sup>

(7) 因此，第 4 条确认，一国作为以受害外侨名义求偿的对象，可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而予以质疑。第 2 款规定，国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措词方式强调了这样的事实：关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任应由对受害人的国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受

---

<sup>29</sup> 主张限制诺特邦案范围的更为详尽的论点，参看特别报告员关于外交保护的第一次报告，第 A/CN.4/506 号文件，第 106-120 段。

<sup>30</sup> 另参见 1997 年《欧洲国籍公约》第 3 条第 2 款。

<sup>31</sup> 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化条款拟议修正事项的咨询意见中强调了这一点，认为，必须兼顾“国籍的给予属于一国的本国管辖范围”原则和“国际法对该国权力施加与国际保护人权制度所规定的要求相互联系的若干限制的另一原则”（79 《国际法报告书》，p.296）。

<sup>32</sup> 《联合国条约汇编》，第 1249 卷，p.13。也参看《美洲人权公约》第 20 条，《联合国条约汇编》，第 1144 卷，p.123 和《消除一切形式种族歧视国际公约》第 5 条(d)款(三)项，《联合国条约汇编》，第 660 卷，p.195。

害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识：国籍给予国对于是否给予国籍的决定必须有“鉴别的余地”<sup>33</sup> 并且预先认可一国给予国籍的效力。<sup>34</sup>

## 第 5 条

### 持续的国籍

1. 一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提出求偿之日为其国民的人，行使外交保护。

2. 尽管有第 1 款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可行使外交保护，但条件是该人已丧失原国籍，并且基于与提出诉求无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

3. 一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

## 评 注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，<sup>35</sup> 历来受到相当多的批评<sup>36</sup>，因为如果原告人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍，这一规则便会窒碍难行。批评者认为应该放弃这一规则的意见遇到反对，反对者担心有人钻空子，为了获得外交保护而“购买国籍”。<sup>37</sup> 委员会认为，持续国籍规则应该保留，但也应该规定例外情况，以便考虑到如若不这样就会引起不公平结果的案件。

---

<sup>33</sup> 参看美洲人权法院对哥斯达黎加政治宪章归化条款拟议修正事项的咨询意见，79 《国际法报告书》，pp.302-3。

<sup>34</sup> R.Y. Jennings 与 A.Watts (合编)，《奥本海国际法论》第九版(1992)，p.856。

<sup>35</sup> 参看美国—南斯拉夫索赔委员会对 Kren 求偿案所作的决定，20 《国际法报告书》，p.234。

<sup>36</sup> 参看法官杰拉尔德·菲茨莫里斯勋爵在巴塞隆那电车公司案中的评论〔《1970 年国际法院报告书》，pp.101-102〕。参看 E.Wyler，国际诉讼中涉及国籍的持续的规则(1990)。

<sup>37</sup> 参看首席裁决人帕克法官在第 v (1925)19 号行政裁决中发表的意见，载于《美国国际法学报》，pp.612-614：“任何其他规则会敞开滥用之门，结果会使得一个强大的国家成为一个求偿代理，受到损害的原告人将其权利主张转让给该国国民，或依法取得该国国籍，以使其权利主张获得支持。”

(2) 第 1 款表述传统的原则指出：一国有权对在受到损害之时为其国民、并在正式提出求偿之是为其国民的人，行使外交保护。国家实践和学说对该国民是否必须在这两个日期之间保持求偿国的国籍并不明确，主要是因为实际上这个问题很少发生。<sup>38</sup> 在这种情况下，委员会决定暂不处理是否必须在受害日和求偿日之间持续保有国籍的问题。<sup>39</sup>

(3) 第一项规定的受害国民在受到损害时必须是求偿国的国民。通常，引起国际不法行为的责任的损害的日期与发生损害的日期是同一天。

(4) 第 1 款中所载的第二项时间上的规定是正式提出求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有不同的司法意见。这种不确定性基本上来源于这样的事实：据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同的用语来界定求偿日期。<sup>40</sup> “提出求偿”一语是在条约、司法裁决和学说中最常使用的术语，用以表示行使外交保护所要求的截止日期。委员会在这一措词中增添了“正式”一语以表明：提出求偿的日期是行使外交保护的国家第一次正式提出要求的日期，而不是就这一议题进行非正式的外交接洽和查询的日期。

(5) 国家行使外交保护的权利始于正式提出求偿之日。然而，如果有关个人在这一日期至作出裁决期间改变了国籍，那么他就不再是可享受外交保护的国民了。从这个意义上说，持续国籍规则要求国籍联系“从发生损害之时至作出裁决为止”一直存在。<sup>41</sup> 实际上，这种情况发生的可能性很小，所以规则里有在提交求偿之前须保有国籍。

(6) 第 1 款中“求偿”一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取

---

<sup>38</sup> H. Briggs, “国际法中对个人的保护：索赔原告人的国籍”，(1965 I), 《国际法学会年鉴》，pp. 72-73。

<sup>39</sup> 国际法学会 1965 年在华沙举行的第二届会议中采取了同样的着手方式：《国际法学会年鉴》，第 51 卷，pp.260-262。

<sup>40</sup> 参看首席裁决人帕克法官在第 V(1925)19 号行政裁决中发表的意见，载于《美国国际法学报》，pp.616-617。

<sup>41</sup> Oppenheim's International Law, eds. R. Jennings and A. Watts, 9<sup>th</sup> ed. (1992), p.512.

的行动，以及应该采取的赔偿形式。2001 年国家对其国际不法行为的责任条款草案第 43 条及其评注比较详尽地处理了这一事项。<sup>42</sup>

(7) 虽然委员会决定必须保留持续国籍规则，却议定：必须规定这一规则的例外事项。因此，第 2 款规定：一国在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可行使外交保护，但必须符合三个条件：一、该人已丧失原国籍；二、该人基于与提出诉求无关的原因已获得另一国的国籍；三、新国籍是以不违反国际法的方式取得。

(8) 国籍的丧失可能是自愿的，也有可能是非自愿的。在国家继承的情况下，也有可能在收养以及因结婚而必须改变国籍的情况下，将在非自愿的基础上丧失国籍。在国籍发生其他类型的变化的情况下，意志的成分就不那么明确了。基于这种理由，第 2 款不规定国籍的丧失必须是非自愿的。

(9) 如上所述<sup>43</sup>，有人可能故意改变其国籍，以便获得一个比较愿意而且能够对他行使外交保护的国籍国，持续国籍规则便是为了防止这种情况。第 2 款中所载述的第二个条件处理了唯恐出现的这种情况，为此规定：作为行使外交保护对象的人，取得其新国籍的原因必须与要求外交保护无关。这个条件是为了将持续国籍的例外情况限定于“艰难”情况，例如该人取得新国籍产婚姻、收养或国家继承等因素必须引起的结果的情况。

(10) 为了使持续国籍规则不适用所必须符合的第三个条件是：新国籍是以不违反国际法的方式取得的。这一条件的含义必须结合第 4 条加以理解。

(11) 第 3 款还为防止滥用不适用持续国籍规则而附加一项保障措施。一人损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

## 第 6 条

### 多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国，可针对非国籍国为该国民行使外交保护。
2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同行使外交保护。

---

<sup>42</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.301。

<sup>43</sup> 参看上文第(1)段。



## 评 注

(1) 虽然有些国内法律制度禁止其国民取得双重或多重国籍，双重或多重国籍是国际生活中的事实，必须予以承认。一个人可能获得一个以上的国籍，这是出生地及血缘原则平行运作或通过归化取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。国际法不禁止双重或多重国籍：事实上，这种国籍获得 1930 年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第 3 条的认可，该条规定：

“……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为其国民。”

因此，必须处理一国籍国为其有双重或多重国籍的国民行使外交保护的问题。第 6 条只适用于受害人国籍国针对不是其国籍国的国家行使外交保护的情况。一国籍国对另一国籍国行使外交保护的规定载于第 6 条。

(2) 第 1 款甚至容许一国籍国对一个或一个以上国籍的国民行使外交保护。同第 4 条一样，该款不要求该国民与行使外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

(3) 虽然有些仲裁裁决<sup>44</sup>和已编纂的条款<sup>45</sup>也认为，双重或多重国籍者的任一国籍国和该国民之间需有真正或有效的联系才能够对受害人非为其国民的国家行使外交保护，但有权威的根据却反对这样的规定。在 *Salem* 案中，仲裁法庭裁定，埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭裁定：

---

<sup>44</sup> 参看南斯拉夫-匈牙利混合仲裁法庭对 *de Born* 案的裁决，1925-26 年《国际公法案件年度文摘和报告书》，第 205 号案件。

<sup>45</sup> 参看 1930 年《关于涉及国籍国法冲突的若干问题的海牙公约》第 5 条，179 《国际法汇编》，p.89；国际法学会 1965 年在华沙举行的届会所通过的决议(“Le Caractère national d’une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d’un dommage subi par un individu”)：1957-1991 年(1992) p.56 (第 4 条(b)款)；1960 年《国家对外侨造成的损害的国际责任哈佛公约草案》第 23 条第 3 款，载于 L .B .Sohn 和 R .R .Baxter, “国家对外侨经济利益造成的损害的责任”(1961 年)55 《美国国际法学报》p.548; Garcia Amador, 《关于国家责任的第三次报告》，载于《1958 年……年鉴》，第二卷，p.61(第 21 条第 3 款)，第 A/CN.4/111 号文件。

“国际法的规则[是]：双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求，第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。”<sup>46</sup>

这项规则历来在其他案件<sup>47</sup>中得到遵守，最近也得到伊朗-美国索赔法庭的支持<sup>48</sup>。委员会关于在这种情况下不要求真正或有效联系的裁决是合理的。与双重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同，当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国行使保护时，在国籍方面并没有任何冲突。

(4) 原则上，没有任何理由可以阻止两个国籍国共同行使从属于每一国籍国的一项权利。因此，第2款承认两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民针对非国籍国共同行使外交保护。责任国虽然不能反对两个或多个国家同时或一致提出这种求偿，但若两个求偿国分别向同一法庭或不同法庭提出索赔，或一国籍国在另一国籍国已就该项索赔获得抵偿后求偿，该责任国可予以反对。若一国籍国已放弃行使外交保护权而另一国籍国仍要求赔偿，也会引起困难。针对诸如此类的不同情况编纂若干规则是很困难的。应该按照共同索赔抵偿法的一般原则予以处理。

## 第 7 条

### 多重国籍和针对国籍国的求偿

甲国的国民同时也是乙国的国民时，甲国不可针对乙国为该人行使外交保护，除非甲国在该人受损害时和正式提出求偿之日都是主要国籍国。

## 评 注

(1) 第7条处理一国籍国针对另一国籍国行使外交保护的情况。第5条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况，并不要求求偿国与国民之间有

---

<sup>46</sup> 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p.1188(1932)。

<sup>47</sup> 参看意大利-美国调解委员会对 Mergé 索赔案的裁决，22《国际法案例汇编》，p.456(p.155)，Verano 索赔 25《国际法案例汇编》，pp.464-465(1957)，和 Stankovic 索赔 40《国际法案例汇编》，p.155(1963)。

<sup>48</sup> 参看 Dallal 诉伊朗案，《伊朗-美国索赔法庭报告书》，第三卷，P.23(1983)。

真正联系，第7条则要求求偿国证明：其国籍在该人受到损害时和正式求偿之日都是主要国籍。

(2) 在过去，有人强烈支持无责任规则：一国籍国不得为有双重国籍的国民针对另一国籍国提出求偿。1930年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第4条宣示：

“双重国籍者的任一国籍国不得对另一国籍国行使外交保护。”<sup>49</sup>

后来的编纂提议采取了同样的着手方式<sup>50</sup>，有些仲裁裁决也支持这一立场。<sup>51</sup> 国际法院在1949年对联合国勤务中受伤者求偿案的咨询意见中把不针对另一国籍国保护其国民的国家实践称为“通常做法”。<sup>52</sup>

(3) 但是，即使在1930年以前，有些仲裁裁决也支持另一种立场，即：主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。<sup>53</sup> 国际法院在诺特邦

---

<sup>49</sup> 另参看1929年《关于国家在其领土上对外侨人身或财产造成损害的责任的哈佛公约草案》第16条(a)款，(1929) 23《美国国际法学报》特别补编22。

<sup>50</sup> 参看1960年《关于国家对外侨经济利益造成损害的国际责任的哈佛公约草案》第23条第5款，(1961) 55《美国国际法学报》p.545；国际法学会关于国家特性的决议第4条(a)款，1957-91(1992) 56；1985(II)《国际法学会...年鉴》260-2。

<sup>51</sup> 参看 Alexander 案(1898) 3 Moore,《国际仲裁》，p.2529(美国-英国索赔委员会)；Oldenbourg 案，专员们的决定和意见，1929年10月5日至1930年2月15日，p.97 和 Honey 案，专员们在1930年2月15日以后的进一步决定和意见，p.13(英国-墨西哥索赔委员会)；Adams 和 Blackmore 案，5《国际仲裁裁决报告书》，pp.216-217(英国-墨西哥索赔委员会)。

<sup>52</sup> 1949《国际法院报告书》p.186。

<sup>53</sup> James Louis Drummond 案 2 Knapp,《常设法庭报告书》p.295, 12 Eng. Rep. p.492；Milani, Brignone Stevenson 和 Mathinson 等案(英国-委内瑞拉混合索赔委员会)报道载于 Ralston,《1903年委内瑞拉仲裁》，分别参看 pp. 429-438, 710, 754-61, 438-455；Carnevaro 案(常设仲裁法庭，1912)，报道载于 Scott,《海牙法庭报告书》，第一卷，载于 p.284；Hein 案(英国-德国混合法庭)，《国际公法案件年度文摘和报告书》1919-1922,案件号：148, p.216；Blumenthal 案(法国-德国混合法庭)，《混合法庭裁决汇编》，第3卷(1924)，p.616；de Montfort 案(法国-德国混合法庭)，《国际公法案件年度文摘和报告书》1925-26,案号：206, p.279；Pinson 案(法国-墨西哥混合索赔委员会)，《国际公法案件年度文摘和报告书》)，(1927-28)，第19和第195号案件，pp.297-301；Tellech 案(美国-奥地利和匈牙利三方索赔委员会)，(1928)2《国际仲裁裁决报告书》pp. 248-0。



案<sup>54</sup>的另一情况中借鉴了这个判例，意大利—美国调解委员会在1955年 Mergé 求偿案中也明示同意这个立场。对此，委员会指出：

“这项原则是以国家主权平等为基础，它排除了双重国籍情况下的外交保护，如果原告人的国籍是求偿国，该原则就必须让位于有效国籍原则。但在未能证明其国籍为主要国籍的情况下，就不能让位，因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则，可能是在实际事务中用于消除任何可能发生的不确定情况的标准。”<sup>55</sup>

委员会的意见认为：有效国籍原则和主要国籍概念只是一个硬币的两面。委员会在随后审理的涉及双重国籍者的五十多起案件中适用了根据这一概念制定的规则。<sup>56</sup> 伊朗—美国索赔法庭借鉴了上述情况，在若干案件中适用了主要国籍和有效国籍的原则。<sup>57</sup> 安全理事会为使伊拉克赔偿它在占领科威特时造成的损害所设立的联合国赔偿委员会是支持主要国籍原则的另一个机构。该委员会审理有伊拉克国籍的双重国籍者的索赔时所适用的条件是：他们必须有另一国的真实国籍。<sup>58</sup> 最近的编纂提议认可了这种着手方式。加西亚·阿马多尔在提交国际法委员会的关于国家责任的第三次报告中提议：

---

<sup>54</sup> 1955年《国际法院报告书》，pp. 22–23。Nottebohm 其人没有涉及双重国籍问题，但是，法院在脚注 369 中提到的一些司法裁决中找到支持的观点，认为 Nottebohm 与列支敦士登并无有效的联系。

<sup>55</sup> (1955) 22《国际法报告书》p.455(第 V. 5 段)。参看(1955)16《国际仲裁裁决报告书》p. 247。

<sup>56</sup> 参看 Spauding 索赔案(1956) 25《国际法报告书》p.452；Zangrilli 索赔案(1956) 25《国际法报告书》p.454；Cestra 索赔案(1957) 25《国际法报告书》p.454；Puccini 索赔案(1957) 25《国际法报告书》p.454；Salvoni 地产索赔案(1957) 25《国际法报告》p.455；Ruspoli 索赔案(1957) 25《国际法报告书》p.457；Ganapini 索赔案(1959) 30《国际法报告书》p.366；Turri 索赔案(1960) 30《国际法报告书》p. 371；Graniero 索赔案(1959) 30《国际法报告书》p.451；Di Cicio 索赔案(1962) 40《国际法报告书》p.1 48。

<sup>57</sup> 参看 Esphahanian 诉 Tejarat 银行案(1983) 21《伊朗-美国索赔法庭报告书》p.166；案件号：A/18(1984)5《伊朗-美国索赔法庭报告书》p.251。

<sup>58</sup> 第 S/AC.26/1991/Rev.1 号文件，第 11 段。

“若外侨有双重或多重国籍，具有比较坚强和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。”<sup>59</sup>

奥雷戈·比库尼亚在 2000 年提交国际法协会的报告中也提出同样的看法。<sup>60</sup>

(4) 委员会认为，容许主要国籍国或有效国籍国针对另一国籍国提出求偿的规定体现了习惯国际法当前的立场，而且符合国际人权法(甚至针对个人的国籍国)对个人给予法律保护的情况。这一结论体现在第 7 条。

(5) 一些权威根据在一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况下，使用了“有效”联系或“起支配作用的”联系描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。委员会决定不以“有效”或“起支配作用的”联系来描述必要的联系，而称之为“主要”联系，因为它表述了相对关系的意涵，并且表明：该个人与一国有比另一国坚强的联系。法庭在审理这个问题时必须均衡评量国籍的竞争力度，以“主要国籍”一语表述这个运作的内容比“有效国籍”或“起支配作用的国籍”更为贴切。意大利—美国调解委员会在 *Mergé* 案中也使用了“主要国籍”一语，可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。<sup>61</sup>

(6) 委员会不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。一些权威根据显示：这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期(即：成为行使外交保护的国家国民的期间有多长)；受教育的地点、修习的课程和教学的语言；就业和财务利益；家庭生活的地点；每一国籍国的家庭联系；对社会和公共生活的参与；语言的掌握；纳税、银行帐户、社会保险；对其他国籍国的访问；持有和使用其他国家护照的情况；服兵役的情况。没有哪一个因素是起决定作用的，每一因素所占比重因案情而异。

(7) 第 7 条采取负面表述方式：“一国籍国不可行使外交保护…除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明第 7 条所设想到的情况应被视为特殊情况。这一表述也明确了求偿国应负举证责任，证明其国籍为主要国籍。

---

<sup>59</sup> A/CN.4/111,载于《1958 年...年鉴》第二卷, p.61。

<sup>60</sup> “关于‘变动中的求偿人国籍法’的临时报告”，载于国际法协会，《第六十九次会议(2000)的报告》p.646(第 11 段)。

<sup>61</sup> (1955)22 I.L.R., p.455.

(8) 反对甲国籍国针对乙国籍国提出求偿的主要意见是：这可能容许该个人在其乙国籍国受到损害以后才到甲国设定主要国籍从而(由甲国籍国)对乙国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受害时和正式提出求偿之日都必须为主要国籍这一规定化解了这一反对意见。这项规定呼应了第 5 条第 1 款申明的持续国籍原则。本条评注解释了“受害时”和“正式提出求偿之日”两个用语。第 5 条第 2 款中关于持续国籍的例外规定在这里不适用,因为第 7 条中所设想到的受害人不致丧失其他国籍。

## 第 8 条

### 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人行使外交保护,但该人在受到损害之时和正式提出求偿之日在该国须有合法的惯常居所。
2. 一国可为被该国承认为难民的人行使外交保护,但该人在受到损害之时和正式提出求偿之日在该国须有合法的惯常居所。
3. 第 2 款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

## 评 注

(1) 一般规则是,一国可仅为其国民行使外交保护。1931 年,美国—墨西哥索赔委员会在“迪克森车轮公司诉墨西哥合众国案”中认为,无国籍人不能享受外交保护。该委员会说:

“一国……在对无国籍的个人施加了损害时,并没有犯下国际不法行为,因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。”<sup>62</sup>

鉴于这一规则未考虑到无国籍人和难民的地位,因而它是与当代国际法脱节的。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在诸如《减少无国籍状态公约》(1961)<sup>63</sup>和《关于难民地位的公约》。<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> 《联合国国际仲裁裁决报告书》第四卷,第 678 页(1931)。

<sup>63</sup> 《联合国条约汇编》第 989 卷,第 175 页。

<sup>64</sup> 《联合国条约汇编》第 189 卷,第 150 页。

(2) 第 8 条实乃法律的逐步发展的体现，它脱离了只有国民才可享受外交保护的传统规则，而容许一国为属于无国籍人或难民的非国民行使外交保护。虽然委员会在关于无国籍状态和难民的规则框架内行事，但它未曾试图就这些人的地位发表意见。委员会仅关心行使对这些人的外交保护的问题。

(3) 第 1 款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。但这样的定义见于 1954 年的《关于无国籍人地位的公约》<sup>65</sup>：无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是它的国民的人。”<sup>66</sup> 这项定义无疑可认为已具有了习惯法性质。一国可为这样的人行使外交保护，而不论他或她是怎样成为无国籍人的，只要他或她在受到损害之时和正式提出保护要求之日在该国具有合法的惯常居所。

(4) 在确定对合法的惯常居所这一要求时，委员会沿用了 1997 年《欧洲国籍公约》的语言。<sup>67</sup> 合法的、惯常的居所这两点要求确立了很高的门槛。委员会里一些委员认为这一门槛太高了，但多数委员认为，惯常居所与合法居所这两点接近在涉及国籍时所提到的有效性要求，并且在据拟议法而采取例外措施时是合理的。

(5) 第 1 款重复了第 5 条所载的对求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提出要求之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。这保证了在提出求偿的时间要求上，非国民与国民受制于相同的规则。

(6) 第 2 款涉及了居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护在下述情况下尤其重要：难民“不能或〔自己〕不愿意利用〔国籍国的〕保护”<sup>68</sup> 或者如果想利用这种保护，则会冒失去居住地国难民地位的危险。第 2 款对应了第 1 款中的说法。第 3 款所示的无国籍人与难民的重要区别说明了委员会为何对每一类人用单独一款作出规定。

---

<sup>65</sup> 《联合国条约汇编》第 360 卷，第 117 页。

<sup>66</sup> 第一条。

<sup>67</sup> “合法的惯常”居所这一用语取自 1997 年《欧洲国籍公约》，第 6 条第 4 款(g)项，在涉及国籍的获得时使用了这一用语。也见 1960 年哈佛“国家对外国人的损害的国际责任草案”，在该草案中，受保护的人中包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”（第 21 条第(3)款(c)项）。

<sup>68</sup> 《关于难民地位的公约》第 1 条(A)(2)，《联合国条约集》第 189 卷，第 137 页。

(7) 委员会坚持将合法的惯常居所视为行使对难民的外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样，尽管《关于难民地位的公约》第 28 条在涉及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”<sup>69</sup> 这一较低的门槛。委员会在作出这一决定时，受到两项因素的影响。首先，按照该公约的规定，发放旅行证件绝不可能使证件持有人有权得到外交保护。<sup>70</sup> 其次，在根据拟议法而引入对传统规则的例外情形时，确立较高的门槛有其必要性。委员会的一些委员认为，对于无国籍人和难民来说，作为行使外交保护的前提条件，合法的惯常居所这一门槛太高了。<sup>71</sup>

(8) 第 2 款中的“难民”一词不限于 1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年议定书中所界定的难民，而是也包括不完全符合这一定义的人。委员会认为使用见于 1997 年《欧洲国籍公约》<sup>72</sup> 的“被承认的难民”一词会使难民的概念也包含区域文书所承认的难民，例如下述区域文书：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》，<sup>73</sup> 该公约被普遍视为对难民进行国际保护的样板；<sup>74</sup> 以及美洲国家组织大会于 1985 年核准的 1984 年拟订的《关于对中美洲难民进行国际保护的卡塔赫纳宣言》。<sup>75</sup> 然而，委员会倾向于不为此语规定限制，从而容许一国能向它认为并视为难民的任何人提供外交保护。这对于未加入现有国际或区域文书的国家的难民来说，尤其重要。

(9) 第 2 款重复了第 5 条所载的对求偿的时间要求。该难民在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。

(10) 第 3 款规定，收留难民的国家不得针对该难民的国籍国而为该难民行使国际保护。如果容许这样做，就会违背本条文的基本精神，即国籍是行使外交保护

---

<sup>69</sup> 该公约的准备工作文件表明，“停留”是指次于长期居住。

<sup>70</sup> 见这一公约的附表第 16 段。

<sup>71</sup> 见上文第 4 段。

<sup>72</sup> 第 6 条第(4)款(g)项。

<sup>73</sup> 这一公约将难民的定义扩展为也包括“凡由于外国入侵、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国的部分或全部领土的公共秩序的事件而被迫离开其惯常的居住地而到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”。

<sup>74</sup> 联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明，《大会正式记录，第四十五届会议》，1994 年 9 月 7 日 A/AC.96/830 号文件，第 17 页，第 35 段。

<sup>75</sup> 美洲国家组织大会，第十五届常会(1985)，1985 年 12 月 7 日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。



的主要基础。另外，该款也有政策方面的理由。大多数难民对在国籍国所遭受的待遇提出了严重的指控，他们是为了逃避迫害而离开国籍国的。在这样的情况下如果容许国际保护，就会打开国际诉讼的闸门。而且，由于担心难民会要求采取这样的行动，各国会拒绝接受难民。

(11) 第 1 和第 2 款都规定，收留难民的国家“可行使外交保护”。这强调了这项权利的自由裁量的性质。按照国际法，对于是否为国民行使外交保护，一国拥有自由决定权。<sup>76</sup> 很显然对于是否向无国籍人或难民提供保护，一国更有理由拥有自由决定权。

(12) 委员会强调，第 8 条仅关注对无国籍人和难民的国际保护。它不关注是否给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民行使外交保护不能也不应该视为可引起对给予国籍的正当期待。1951 年《关于难民地位的公约》第 28 条连同其附表第 15 段都已表明，向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。为难民或无国籍人行使外交保护更不应理解为会影响受保护者的国籍。

### 第 三 章 法 人

#### 第 9 条 公司的国籍国

就公司的外交保护而言，国籍国是指公司依照其法律组建并在其领土内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。

#### 评 注

(1) 第 9 条草案承认外交保护可施之于公司。本条第一部分重复了关于自然人的外交保护的第 4 条草案的语言。本项规定表明，就公司的外交保护而言，必须满足某些条件才能成为国籍国，这和自然人的外交保护的规定一样。

---

<sup>76</sup> 见第 2 条及其评注。

(2) 国家实践基本上涉及对公司的外交保护，公司即指资本呈股份形式、承担有限责任的营利性企业，不涉及其他法人。这说明了为何本条以及以下各条涉及公司及公司的股东的外交保护。对于公司以外的法人的地位，专门另有一项规定。

(3) 虽然给予公司国籍属于一国的“保留领域”，<sup>77</sup> 但据国际法院对巴塞罗那电车公司案的判决，国际法将“公司实体的外交保护权授予公司按照其法律成立并在其领土内拥有注册的办事处的国家。”<sup>78</sup> 为了外交保护的目的，对于公司获得国籍一事，规定了两项条件：在该国成立，并且在该国设有注册的公司办事处。实际上，大多数国家的法律都规定按照其法律成立的公司都须在其境内设有注册的办事处。因此，要求注册办事处这一项额外规定也许看来是多余的。尽管如此，国际法院还是表明，两项条件都必须满足，它指出：“长期实践和众多国际文书已经确认了这两项标准。”<sup>79</sup> 可能国际法院认为，提出关于注册办事处的要求，就是承认国家与公司之间必须有某种实际可见的联系，不论这种联系多么微弱。以下事实证实了这一点：国际法院强调，巴塞罗那电车公司的注册办事处是在加拿大，这一点同其他因素一道形成了加拿大同巴塞罗那电车公司之间的“密切和永久的联系”。<sup>80</sup>

(4) 第9条使用了“组建”一词，而不是“成立”，因为“成立”是一个技术性术语，并不为所有的法律系统所熟知。但是“组建”一词除了包含一国创立公司可用的其他手段以外，显然包含了成立的概念以及注册的概念。按照一具体国家的法律“组建”(或成立)公司，光这一点对于外交保护的目的而言是不够的。除此之外，必须与成立地国家有某种实际可见的联系——以注册办事处或管理机构的形式或某种类似的联系。这一措词力图落实国际法院在巴塞罗那电车公司案上所坚持的意见，即在其境内组建公司的国家与该公司有某种联系因素。国际法院在描述巴塞罗那电车公司案与加拿大的联系时所使用的“密切和永久的联系”这种措词没有采用，因为这为联系因素规定了过高的门槛。案文采用了“注册办事处”作为国际法院除

---

<sup>77</sup> “突尼斯和摩洛哥的国籍法令”，《常设国际法院报告书》，B 编，第 4 号，p.24.

<sup>78</sup> “巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案”(下称“巴塞罗那电车公司案”)，《1970 年国际法院报告书》，p.3 at p.42, para. 70.

<sup>79</sup> 同上，p.42, para. 70.

<sup>80</sup> 同上，p.42, para. 70.

“成立”以外所要求的联系因素。由于一些法律体系并不要求设立注册办事处，而是要求具有某种其他联系，所以案文里采用了“管理机构或某种类似联系”的说法。总的来说，第9条要求公司与国家之间具有一种关系，这种关系不单单是组建或成立，而是应具有另外某种额外的联系因素。这种关系因受力图行使外交保护的国家的国内法制约，因而不同的法律体系可能采用不同的术语加以描述。<sup>81</sup>

(5) 在审理巴塞罗那电车公司案时，多数股东的国籍国(比利时)称，它有权就该公司行使外交保护，因为它拥有的多数股权使它与诺特博姆案所承认的那种公司之间具有了真正的联系。<sup>82</sup> 国际法院在驳回这一论点时，并没有放弃对公司采用真正联系的标准，因为法院在此案中认定巴塞罗那电车公司与加拿大之间存在着“密切和永久”联系，因为该公司在加拿大设有注册办事处，并且多年来均在该国举行董事会会议。<sup>83</sup> 第9条并不要求公司与保护国之间存在比利时在巴塞罗那电车公司案上所提倡的那种真正联系。而且在涉及公司的外交保护问题时，第9条摒弃了真正联系这一概念，认为它不是必要的联系因素，因为这会造成在一国组建但多数股东在另一国的公司的无国籍状态。因此，注册办事处、管理机构或“某些类似联系”不应视为真正联系的形式，尤其是因为这一术语被理解为要求多数股东是一个联系因素。

(6) 按照法律解释方面的同类规则(*eiusdem generis*)，“或某种类似联系”这一短语必须结合“注册办事处或管理机构”来理解。这一解释规则要求对一个这样的泛泛的短语作狭义的解释，与它之前的短语保持一致。这意味着这一短语并没有自己的生命。它必须提及像“注册办事处”或“管理机构”那样的联系。

---

<sup>81</sup> 国际法院在巴塞罗那电车公司案的判决中表明，关于成立公司的问题上，不存在国际法规则。因此有必要救助于国内法来确定公司成立的条件是否得到满足。法院说：“所有这一切意味着，国际法须承认公司实体是各国在其国内管辖范围内的一个领域内创立的实体。这反过来要求，一旦各国处理公司和股东问题的权利方面出现了法律问题，则须救助于国内法有关规则，因为国际法对这些权利没有确立自己的规则”(《1970年国际法院报告书》，p.33, para. 38)。

<sup>82</sup> 《1955国际法院报告书》，p.4.

<sup>83</sup> 《1970年国际法院报告书》，第42页，第70-71段。



(7) 与第 4 条不同的是，第 9 条提到国籍国时，是指公司依照其法律组建的那个国家。使用这种措词是为了避免任何这样的暗示，即公司可能具有双重国籍。由于在涉及自然人时，有可能存在多重国籍，所以第 4 条提到的国籍国是某一个国籍国。

## 第 10 条

### 公司的持续国籍

1. 一国有权为在受到损害之时是其国民并在正式提出求偿之日是其国民的公司行使外交保护。

2. 尽管有第 1 款的规定，一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司，继续有权行使外交保护。

## 评 注

(1) 第 5 条的评注讨论了关于必须保持持续国籍的一般原则。实际上，在涉及公司的案件上，持续国籍问题出现的次数较少，不像涉及自然人的案件。自然人由于自愿和非自愿的归化(例如在婚姻或收养时可能会发生)以及国家继承原因可以容易地改变国籍，但公司只能通过在另一国重新组建或重新成立才能改变国籍，在这种情况下，公司具有了新的人格，因而中断了公司国籍的持续性。<sup>84</sup> 只有在一种情况下公司可以不改变法律人格而改变国籍，那就是在发生国际继承时。

(2) 第 1 款申明了一项传统的原则，即一国有权为在受到损害之时和在正式提出求偿之日都是其国民的公司行使外交保护。第一项要求，即受损害的公司损害发生之时须是求偿国的国民，这一点没有问题。但是对于截止日期(*dies ad quem*)，即求偿的国籍须保持至何日，便出现了困难。<sup>85</sup> 在正式提出求偿时，公司必须是求

---

<sup>84</sup> 见 *Orinoco 轮船公司案*，《联合国国际仲裁裁决报告书》9,p.180(1903)。在此案中，在联合王国成立的公司 *Orinoco 航运和贸易有限公司* 将其向委内瑞拉政府提出的求偿要求转给了在美国注册的继承公司。由于设立本委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿要求，因此，此举获得准许。然而，*Umpire Barge* 清楚地表示，如果不是因为该条约，此举本不应允许：同上，p.190。

<sup>85</sup> 在审理 *Panevezys-Saldutiskis Railway 案* 时，常设国际法院对于此事并未作出决定，*P.C.I.J. Reports, Series A/B, p.4 at p.17 (1939)*。另见关于与国家继承有关的国籍问题的第四次报告，A/CN.4/489，该报告突出说明了围绕与国家继承有关的法人国籍所存在的困难。

偿国的国民。对于这一立论，条约、司法判决和演说都提供了支持。<sup>86</sup>从这个意义上说，国家行使外交保护的权利始于正式提出求偿之日。但是，如果由此日至作出裁决之日，公司改变了国籍，那么它就不再是可享受外交保护的国民了。从这个意义上说，持续国籍规则要求“从发生损害之时至作出裁决之时”须一直保持国籍联系。<sup>87</sup>实际上，这种情况发生的概率很小；<sup>88</sup>所以案文里规定须在提交求偿之前一直保持国籍。

(3) 第 1 款中“求偿”一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及如果不法行为仍在继续，则应该采取的赔偿形式。<sup>89</sup>

(4) 一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司行使外交保护一事存在着困难。如果采取这样的立场，即认为如果在提出求偿之时公司已经不存在，那么这样的公司的国籍国便不可提出求偿，问题便是，没有任何国家会就公司所受的损害行使外交保护了。股东的国籍国毫无疑问不能提出求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它对公司有必要的兴趣。这个问题使审理巴塞罗那电车公司案的好几位法官伤神，<sup>90</sup>也使法院<sup>91</sup>和学者们<sup>92</sup>费心。

---

<sup>86</sup> 见 Kren Claim, 20 I.L.R., p.234 (1953).

<sup>87</sup> *Oppenheim's International Law*, eds. R. Jennings and A. Watts, 9<sup>th</sup> ed. (1992), p.512.

<sup>88</sup> 较近的案例见 *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. US*, International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 26 June 2003, Case No. ARB(AF)/98/3.

<sup>89</sup> 详见 2001 年国家对其国际不法行为的责任条款草案第 43 条及其评注。《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 77 段。

<sup>90</sup> Judges Jessup (1970 I.C.J. Reports, p.193), Gros (*ibid.*, p.277), and Fitzmaurice (*ibid.*, pp.101-102), and Judge ad hoc Riphagen (*ibid.*, p.345).

<sup>91</sup> See the Kunhardt claim (*United States v. Venezuela*), 9 U.N.R.I.A.A. p. 171 (1903), and particularly the dissenting opinion of the Venezuelan Commissioner, Mr. Paul, at p. 180; *F.W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D.L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, 5 U.N.R.I.A.A. p. 61 (1929) at p. 63.

<sup>92</sup> L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), pp. 206-7 ; W.E. Beckett, “Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies” , (1932) 17 *Transactions of the Grotus Society*, p. 158 at p. 191; E Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalilté dans le Contentieux International* (1990), pp. 197-202.

第 2 款采取了务实的做法，容许一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而已不存在因而不是其国民的公司行使外交保护。这符合要求，求偿国必须证明该公司之所以停止存在，正是因为求偿所针对的损害。第 2 款必须结合第 11 条(a)款来读，该款表明，股东的国籍国无权针对导致公司消亡的损害而行使外交保护。

## 第 11 条

### 股东的保护

在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东行使外交保护，除非：

- (a) 由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在；或
- (b) 在受到损害之时，公司拥有据称对造成损害负有责任的国家的国籍，并且后一国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

## 评 注

(1) 关于公司的外交保护问题，最基本的一项原则是，公司应由公司的国籍国来保护，而不是由公司股东的国籍国来保护。国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时有力地重申了这一原则。在关于此案的判决里，国际法院首先强调，法院关切的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”的股东的外交保护问题。<sup>93</sup> 这种公司的特点是公司与股东之间的明显区别。<sup>94</sup> 一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得要求公司采取行动，因为“同一不法行为可能伤害两个单独实体的利益，但是只有一方的权利受到侵犯”。<sup>95</sup> 只有在被起诉的行为侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。<sup>96</sup> 据法院的说法，指导公司与股东之间明确区别的原则派生于国内法，而非国际法。<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 34 页，第 40 段。

<sup>94</sup> 同上，第 34 页，第 41 段。

<sup>95</sup> 同上，第 35 页，第 44 段。

<sup>96</sup> 同上，第 36 页，第 47 段。

<sup>97</sup> 同上，第 37 页，第 50 段。

(2) 在巴塞罗那电车公司案的判决中，国际法院在裁定公司注册国，而非公司股东国籍国，为公司受到伤害时行使外交保护的适当国家时，遵循了若干项政策考虑。首先，当股东对一家在外国开展业务的公司投资时，他们承担了风险，包括这家公司可能行使酌情处理权、拒绝代表其行使外交保护的风险。<sup>98</sup> 其次，如果允许股东国籍国行使外交保护，可能导致各国提出繁多的索赔，因为大公司常常由多国股东控股。<sup>99</sup> 在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为不应由每个个别股东都享有这种权利。<sup>100</sup> 第三，法院不愿以类推的方式适用有关公司和股东双重国籍的规则，也不愿允许两者的国籍国行使外交保护。<sup>101</sup>

(3) 在巴塞罗那电车公司案上，国际法院同意，在两种情况下股东国籍国可以代表股东行使外交保护：第一，公司在其注册地不复存在<sup>102</sup>——巴塞罗那电车公司案不属于这种情况；第二，公司注册国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段是通过国籍国<sup>103</sup>——巴塞罗那电车公司案也不属于这种情况。对于这两种例外，国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时并没有给予透彻的审议，因为这两项例外与案件无关，但这两项例外在第 11 条(a)款和(b)款中得到了承认。应该强调的是，由于公司的股东可能是不同国家的国民，好几个国籍国可能借这些例外的规定行使外交保护。

(4) 第 11 条(a)款要求公司“已不存在”之后，股东的国籍国方可以代表股东介入。但在巴塞罗那电车公司案之前，权威意见似乎赞成一种不那么严格的检验标准，允许国家在公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。<sup>104</sup> 但在审理巴塞罗那电车公司案上，法院为确定公司的消亡确立了更高的标准。一个公司光是“瘫

---

<sup>98</sup> 同上，第 35 页(第 43 段)、第 46 页(第 86-87 段)、第 50 页(第 99 段)。

<sup>99</sup> 同上，第 48-49 页，第 94-96 段。

<sup>100</sup> 同上，第 48 页，第 94-95 段。

<sup>101</sup> 同上，第 38 页(第 53 段)、第 50 页(第 98 段)。

<sup>102</sup> 同上，第 40-41 页，第 65-68 段。

<sup>103</sup> 同上，第 48 页，第 92 段。

<sup>104</sup> Moore, *Delagoa Bay Railway Co Case*, *Digest of International Law* (1906), Vol VI, p.648; *El Triunfo* claim; Moore, *Digest of International Law* (1906), Vol VI, p.649; *Baasch & Romer* claim, 10 U.N.R.I.A.A. 723 (1903).

疾”或“财务状况危急”是不够的。<sup>105</sup> “实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上不十分准确”。<sup>106</sup> 它认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：“只有在公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得补救的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性后，才产生他们或其政府采取行动的独立权利。”<sup>107</sup> 欧洲人权法院后来对这一标准提供了支持。<sup>108</sup>

(5) 国际法院在巴塞罗那电车公司案中并没有明确地宣布，股东介入的先决条件是该公司在注册地已不存在。然而，从法院诉讼过程来看却很清楚，法院的意图是，公司本应在其注册国家，而不是在公司在其受到损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭<sup>109</sup>，但强调这不影响它在注册国加拿大的继续存在：“在本案中，巴塞罗那电车公司在注册国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只要清理工作还在进行，这些权利就存在。在整个破产管理过程中，这个公司仍继续存在。”<sup>110</sup> 一个公司在登记和注册后就在注册国家“诞生”。相反，它在注册国家、其所存在的国家关闭时即为“消亡”。因此，看来合理做法是，必须根据公司注册国的法律来确定公司是否已不存在，以及是否不再能够作为一个公司实体运作。

(6) 最后的短语“由于与损害无关的原因”力求确保股东的国籍国不得就公司所受的造成公司消亡的损害提起诉讼。根据第 10 条，这依然是公司的国籍国的权利。因此，股东的国籍国只能为因公司遭受另外的损害而遭受损失的股东行使外交保护，这样的损害与可能导致公司消亡的损害无关。这一限定语的目的是限制股东的国籍国针对公司所受的损害而代表股东进行干预的可能情形。

---

<sup>105</sup> 1970 *I.C.J. Reports*, pp.40-41, paras. 65 and 66.

<sup>106</sup> 同上，第 41 页，第 66 段。

<sup>107</sup> 同上，另见 *Nervo* 法官(同上，p.256)和 *Ammoun* 法官(同上，pp.319-320)的个别意见。

<sup>108</sup> *Agrotexim case*, E.C.H.R., Series A, No. 330-A, p.25, para. 68.

<sup>109</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 40 页，第 65 段。另见菲茨莫里斯法官(同上，第 75 页)和杰瑟普法官(同上，第 194 页)的单独意见。

<sup>110</sup> 同上，第 41 页，第 67 页。



(7) 第 11 条(b)款规定了一种例外，即股东的国籍国有权在下述条件下为股东行使外交保护：即成立地国自己对公司所遭受的损害负有责任。但这项例外的措词用得十分谨慎，仅适用于下情况：对公司造成了损害的国家规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

(8) 有初步的证据支持一种更宽泛的例外，不附带(b)款所规定的限制性条件，这种证据见于仲裁裁决<sup>111</sup>和学说。具有重要意义的是，迪拉果阿湾铁路<sup>112</sup>、Mexican Eagle<sup>113</sup>和El Triunf<sup>114</sup>这三个索赔案对股东的国籍国进行干预提供了最强有力的支持；在这些案件中蒙受损失的公司曾被迫在不法行为国家成立。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表明应将干预限于此类情况，但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在Mexican Eagle案中，墨西哥提出的论点是国家不应代表其墨西哥公司股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

“如果承认这种理论，即政府能够首先使依照地方法律成立公司作为外国利益方在其境内营运的条件，然后将这一成立作为拒绝外国外交保护的理据，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益”。<sup>115</sup>

(9) 在巴塞罗那电车公司案中，被告国西班牙不是受损失公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确提到过这一例外情况：

“的确一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，这些国民是违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成一种理论，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，股东国籍国有权提供外交

---

<sup>111</sup> *Delagoa Bay Railway Company*, Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 648; *Mexican Eagle (El Aguila)*, Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1272-1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841; *El Triunfo* 15 U.N.R.I.A.A., p. 467 (1902); *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* 2 U.N.R.I.A.A., p. 779 (1926) at p. 790. For a comprehensive examination of the authorities, see L. Caflisch *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969); M. Jones, “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies” (1949) 26 *B.Y.I.L.*, p. 225. See, too, E. Jiménez de Aréchaga “International Responsibility”, in *Manual of International Law*, ed. Max Sørensen (1968), p. 531 at pp. 580-581.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> M. Whiteman, *Digest of International Law*, 第八卷，第 1273-1274 页。

保护。无论这一理论是否有效，但肯定不适用该案，因为西班牙不是巴塞罗那电车公司的国籍国。”<sup>116</sup>

菲茨莫里斯法官、<sup>117</sup> 田中法官<sup>118</sup> 和杰瑟普法官<sup>119</sup> 表示完全支持股东国籍国在成立公司的国家让该公司蒙受损失时进行干预的权利。<sup>120</sup> 菲茨莫里斯法官杰<sup>121</sup> 和瑟普法官<sup>122</sup> 都承认，当成立地国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动时，这样的规则便特别有必要，但两人都不愿意将此规则的适用局限于此类情况。另一方面，帕迪利亚·内尔沃<sup>123</sup> 法官、莫雷利法官<sup>124</sup> 和阿蒙法官<sup>125</sup> 极力反对这种例外情况。

(10) 巴塞罗那电车公司案之后的时期，主要在投资条约框架内出现与拟议例外条款有关的事态发展。但事态发展都证实了这种概念，即当成立公司的国家对公司蒙受损失应负责时，公司股东可对成立公司的国家采取措施。<sup>126</sup> 在 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* 案<sup>127</sup> 中，国际法院分庭允许美国就意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔，因为 2 个美国公司完全拥有该公司股票。尽管意大利不承认据称其权利受到侵犯的公司在意大利成立，而美国设法保护该公司股东的权利，但法院避

---

<sup>116</sup> 《国际法院案例汇编》，1970 年，第 48 页，第 92 段。比较：F.A.Mann 指出，巴塞罗那电车公司案可能具有西班牙的“职能国籍”，在此情况下本例外规定可能相关；前注 57，第 271-272 页。

<sup>117</sup> 同上，第 72-75 页。

<sup>118</sup> 同上，第 134 页。

<sup>119</sup> 同上，第 191-193 页。

<sup>120</sup> Judge Wellington Koo likewise supported this position in *Barcelona Traction (Preliminary Objections)*, 1964 *I.C.J. Reports*, p. 58, para. 20.

<sup>121</sup> 1970 *I.C.J. Reports*, p. 73, paras. 15 and 16.

<sup>122</sup> *Ibid.*, pp. 191-192.

<sup>123</sup> 同上，第 257-259 页。

<sup>124</sup> 同上，第 240-241 页。

<sup>125</sup> 同上，第 318 页。

<sup>126</sup> See *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, 84 *I.L.R.*, pp. 484, 496 (interpreting article VII (2) of the Algiers Declaration); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* (1987) 26 *I.L.M.*, pp. 647, 652-654 (interpreting article 25 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States).

<sup>127</sup> 《国际法院案例汇编》(1989 年)，第 15 页。

免就该案裁定与巴塞罗那电车公司案裁定是否一致表态。<sup>128</sup> 可以这种理由解释这种沉默，<sup>129</sup> 即分庭不关心对习惯国际法的解释，而关心对双边《友好、商业和航行条约》的解释，该条约规定美国向海外股东提供保护。另一方面，显然已向分庭提出了拟议例外条款。因此有可能推断出对这种例外规定的支持，使公司股东的国籍国在成立地国对公司所受损害负有责任时而针对后者作出干预。<sup>130</sup>

(11) 在巴塞罗那电车公司案之前拟议例外规定就获得了支持，虽然对国家惯例和仲裁决定是否或在多大程度上承认例外规定有分歧。巴塞罗那电车公司案附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见无疑加重了赞同例外规定言论的份量。随后的事态发展，尽管在条约解释范围内，确认了这一趋势。<sup>131</sup> 在这种情况下，有可能根据司法意见而维持一种普遍的例外。但是第 11 条(b)款并没有走这么远。相反，它将例外规定局限于人们所说的“卡尔沃公司”，如卡尔沃条款所述，成立这种公司的目的旨在使公司不受国际法外交保护规则的保护。它将例外局限于下述情形：在受到损害之时(另一个限制性特征)，公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍，并且后一国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。毫无疑问，会有这样的情况：对外国投资者施加压力，迫使他们在他们想做生意的国家里成立公司。但按照(b)款所含的例外规定，这是不够的：该国的法律必须规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

---

<sup>128</sup> 《国际法院案例汇编》(1989 年)，第 64 页，第 106 段和第 79 页，第 132 段。

<sup>129</sup> 同上，第 25 段。

<sup>130</sup> This view is expressed by Yoram Dinstein in “Diplomatic Protection of Companies under International Law”, in *International Law: Theory and Practice* (1988) (ed. K. Wellens), p. 505, at p. 512.

<sup>131</sup> 根据联合王国 1985 年《国际索赔规则》，“如果联合王国国民在另一国家成立的公司中作为股东或以其它身份拥有权益，而公司国籍国(即公司成立所在国)使公司蒙受损失，则女王陛下政府可以进行干预，保护联合王国国民的利益”(第六条)，1988 年重印的《国际法和比较法季刊》，第 1007 页。



## 第 12 条

### 对股东的直接损害

在一国的国际不法行为对有别于公司本身的权利的股东本人的权利造成直接损害的情况下，这些股东的国籍国均有权为其国民行使外交保护。

### 评 注

(1) 法院在巴塞罗那电车公司案确认，股东的自身权利受到影响时便有资格得到外交保护，法院在该案中指出：

“……某一只是针对和侵犯公司权利的行为并不包括对股东的责任，尽管股东的利益受到影响。

“……如果所控行为针对这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予的权利是将股东与公司截然分开的，这些利益包括获得已公布红利的权利、出席大会和在会上投票的权利、股东分享公司清理结束处理剩余财产的权利。无论何时，股东的直接权利如受到侵犯，股东都有独立的行动权。<sup>132</sup>

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于股东的直接权利受到侵犯才提出的，也就没有进一步要求法院审议此事。

(2) 国际法院分庭在讨论 ELSI 案的时候，有人把保护股东直接权利的问题提出来并引起争议。<sup>133</sup> 然而，就该案而言，有关权利问题、例如股东的组织、控制和管理公司的权利在《友好、商务和航运条约》已有论述，有人要求分庭加以解释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。在 Agrotexim 案<sup>134</sup> 中，欧洲人权法

---

<sup>132</sup> 《1970 年国际法院报告书》，p. 36, paras. 46-47.

<sup>133</sup> 载于 N.Ando 以及其他等等所编《Libre Amicorum Judge Shigeru Oda》一书 V.Lowe 所著“股东的控制和管理权：从巴塞罗那电车公司案到 ELSI”，第 269 页；《国际法院 50 年，纪念罗伯特·詹宁斯爵士论文集》(1996 年)，第 424 页到 435 页，脚注 56。

<sup>134</sup> 同上注 151。

院和国际法院审议巴塞罗那电车公司案时一样，承认股东在权利受到直接侵犯的时候，具有得到保护的权利，但主张此处是指应没有发生这种侵权情事。<sup>135</sup>

(3) 第 12 条没有试图详尽地列出有别于公司自身权利的股东的权利。法院在巴塞罗那电车公司案中提到股东最明显的权利是：分享已公布红利的权利；出席大会并在在会上投票的权利以及分享公司清理结束剩余财产的权利。然而，正如法院本身指出的，这个清单并不详尽。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的限度。不过，必须认真分清股东权利和公司权利之间的界限，特别是关于参与管理公司的权利。“股东本人的权利”和“有别于公司本身的权利”这两个短语强调了对第 12 条须作狭义解释这一点。

(4) 第 12 条没有具体说明依据哪一种法律秩序来确定哪些权利属于股东而不属于公司。在大多数情况下，这一问题应由成立地国的国内法来决定。但是，如果公司是在作出不法行为的国家成立的，那么可能需要援引一般公司法的规定，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇。<sup>136</sup>

### 第 13 条

#### 其他法人

第 9 条和第 10 条草案所载的关于公司的原则应酌情适用于其他法人的外交保护。

---

<sup>135</sup> 法院称：

“法院在一开始时注意到提出申请的公司并未抱怨 Fix 酿酒公司的股东对其提出的侵权问题，例如出席大会和表决的权利。这一抱怨基于以下主张：据控侵犯酒厂平和地享有其所有权的权利对其自身的财政利益也造成有害影响，因为其股份价值随即下跌。他们认为公司受到的财政损失和后者权利应被视为他们自己的，因为他们是据控侵权的受害者，尽管是间接的。总之，他们力求为自己的利益戳穿公司的骗局”。同上，第 23 页，第 62 段。

<sup>136</sup> 小田法官在 ELSI 表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”《1989 年国际法院案例汇编》第 87 和 88 段。

## 评 注

(1) 本章的规定迄今一直侧重于特别的一类法人，即公司。这样做有两个原因。第一，与其他法人不同的是，公司具有某些共同一致的特点：它们是营利性企业，其资本由股份来代表，在公司这一独立实体与承担有限责任的股东之间存在严格分别。第二，与公营企业、大学、市政当局、基金会及其他法人不同，公司实际上是参与对外贸易和投资的主要法人，其活动不仅推动了国际经济生活，而且还推动了国际争端解决机制的发展。对法人的外交保护主要是关于对外国投资的保护。这就是为何公司是占据外交保护领域核心的法人，以及为何本套条款草案的确而且应当主要关注这种实体。

(2) 普通意义的“人”是指某人。然而，在法律意义上，“人”是指法律赋予其取得权利和承担义务的能力的任何存在物、客体、团体或机构。法律制度可随意给予任何客体或团体以法人地位。各法律制度在赋予法人地位方面没有一致性或统一性。

(3) 法学界对于法人的法律性质、特别是法人的形成方式存在争论。拟制说(与 von Savigny 有关)认为，只有国家的正式并入行为才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得法人特权。国家通过法律的拟制将其等同于自然人，但需受到法律可能设置的限制。另一方面，实在说(与 Gierke 有关)则认为，法人存在是一种现实，不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事，它便成为具有所有法人属性的法人，而无需国家赋予其法人地位。无论实在说的长处如何，法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院<sup>137</sup> 和国际法院<sup>138</sup> 均强调了这一点。

(4) 鉴于法人是国内法的产物，因此目前存在范围广泛的具有不同特点的法人，包括公司、公营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业(在一些国家内)。由于无法找到所有这些法人的共同、统一特点等原因，关于国际公法和国际私法的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司——营利的商业企业。尽管这样，在讨论外交保护问题时，还必须考虑到

---

<sup>137</sup> ECJ, Case 81/87 *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust* [1988] ECR 5483, at para. 19.

<sup>138</sup> *Barcelona Traction*, 1970 I.C.J. Reports, pp. 34-35 (para. 38).

公司以外的其他法人。常设国际法院的判例法显示，在某些情形下，市镇<sup>139</sup> (市政当局)或大学<sup>140</sup> 可视为法人，即一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的独立实体的前提下，如果它们在国外受到损害，就没有理由不给予其获得外交保护的资格。<sup>141</sup> 由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。目前，有许多基金会资助国外的项目，以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人权和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响，它将很可能得到其成立地所在国的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织看来与基金会属于同一类别。<sup>142</sup>

(5) 由于公司以外的法人从目标和结构上讲都多种多样，因此不可能为每一类不同的法人都单独制定关于外交保护的规定。最明智和唯一现实的做法是拟订一条规定，将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。这项规定指出，第 9 条和第 10 条分别载有的关于公司的国籍国的原则以及公司持续国籍原则的适用将“酌情”适用于公司以外的法人的外交保护。起初采用了拉丁短语“作必要更改”(mutatis mutandis)，但委员会决定还是最好不用拉丁短语，因为“酌情”一语完全涵盖了委员会想要表达的意思。没有提及第 11 和第 12 条，因为这两收仅涉及股东的权利。

---

<sup>139</sup> 常设国际法院在波兰上西里西亚的德国利益案中裁定，拉蒂博尔镇属于《1922 年德国波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 7 号，第 73 至 75 页。

<sup>140</sup> 常设国际法院在捷克斯洛伐克-匈牙利混合仲裁法庭裁决上诉案(Peter Pazmany 大学诉捷克斯洛伐克)中裁定，Peter Pazmany 大学是《Trianon 条约》第 250 条所述的匈牙利国民，因此有权索回属于它的财产，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 61 号，第 208、227 至 232 页。

<sup>141</sup> 由于外交保护程序是专门为了保护不属于国家的自然人或法人，因此在大多数情况下，作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学将不具有获得外交保护的资格。但私立大学有资格获得外交保护，这和其他私立学校一样，只要它们按照国内法享有法律人格。

<sup>142</sup> See, further, K. Doebling, “Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations”, in *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga* (1994), pp. 571-580.

## 第三部分

### 当地救济

#### 第 14 条

#### 用尽当地救济

1. 一国对于其国民或第 8 条草案所指的其他人所受的损害，在该受害人在不违反第 16 条草案的前提下用尽一切当地救济之前，不得提出国际要求。

2. “当地救济”指受害人可以在据称应对损害负责的国家的普通或特别的司法或行政法院或机构获得的法律上的救济。

#### 评 注

(1) 第 14 条设法编纂关于进行国际诉讼前必须用尽当地救济的国际习惯法规则。国际法院在 *Interhandel* 案中承认这一规则为“习惯国际法公认的规则”<sup>143</sup>，国际法院分庭在电子安全有限公司(ELSI)案中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。<sup>144</sup> 用尽当地救济规则确保“违法的国家有机会在其国内制度的框架内用本国办法进行补救”<sup>145</sup>。国际法委员会以前在国家责任的范围内审议过用尽当地救济问题，认为这是得到司法判决、国家惯例、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> *Interhandel* 案(瑞士诉美利坚合众国)(初步反对意见)，《1959 年国际法院报告书》，p.27。

<sup>144</sup> 电子安全有限公司(伦理、法律、社会问题)案(美利坚合众国诉意大利)，判决，《1989 年国际法院报告书》，p.42，第 50 段。

<sup>145</sup> *Interhandel* 案，前注 94,p.27。

<sup>146</sup> 一读第 22 条，见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》和更正(A/51/10 和 Corr.7)，第三章 D1；《1997 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30-50 页；二读第 44 条，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)第 304-307 页。



(2) 自然人和法人都需要用尽当地救济。局部或主要由公有资本资助的外国公司如果从事管理权行为，也需要用尽当地救济。行使保护的国家的非国民如有权在第 8 条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地救济。

(3) 第 1 款提到提出要求，而不是提交要求，因为“提出”比“提交”更准确地反映有关的过程。“提交”意指附有后果的正式行为，用来表示正式提出要求的时间最恰当。

(4) 对“所有当地救济”一语，必须按照第 16 条进行理解。该条叙述了不需要用尽当地救济的例外情况。关于在条款中说明只需要用尽“适当和有效的”当地救济的建议出于以下两个原因未被采纳：第一，因为限定用尽当地救济这一要求需要在单独条款中予以特别注意；第二，被告国一般负有举证责任证明可以得到当地救济，而要求国一般负有举证责任证明对受到损害的个人没有有效的救济<sup>147</sup>，这一事实表明当地救济的这两个方面需要分别处理。

(5) 外国国民提出国际要求前必须用尽的可利用救济在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项涵盖所有情况的绝对规则。第 2 款设法广义地描述必须用尽的法律救济的主要类别。<sup>148</sup> 首先，外国国民显然必须用尽被告国国内法规定的可利用的一切司法救济。如果有关国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。即使没有依法定权利向上一级法院提出上诉，但这样的法院有权酌定给予上诉许可，那么外国国民必须仍然向该法院申请上诉许可。<sup>149</sup> 在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关键问题不是法

---

<sup>147</sup> 特别报告员在关于外交保护的第三份报告中论述了举证责任问题；A/CN.4/523 和 Add.1，第 102-118 段。委员会决定不列入关于这一议题的条款草案。《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 240-252 段。另见电子安全有限公司案，《1989 年国际法院报告书》，见第 46-48 页(第 59-63 段)。

<sup>148</sup> 在 *Ambatielos* 索赔案中，仲裁法院宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验”：1956 年，《联合国国际仲裁裁决报告书》第十二卷，p.120。该议题的论述另见 C.F.Amerasinghe，《国际法中的当地救济》，1990 年。

<sup>149</sup> This would include the *certiorari* process before the United States Supreme Court.

律救济的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。<sup>150</sup> 还必须用尽行政救济。根据有权利即有救济的理论，受害外侨只需要用尽源于权利并可能导致约束性决定的救济。他不需要要求行政部门行使斟酌处置权予以补救。当地救济不包括恩惠性的救济<sup>151</sup> 或“旨在获得优惠而不是维护权利的”的救济。<sup>152</sup> 要求宽厚对待便属于这一类。<sup>153</sup> 求助于巡视官也算不得法律救济。

(6) 为了以用尽当地救济为理由充分奠定国际要求的基础，外国的诉讼当事者必须在国内诉讼程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的所有论点。在电子安全有限公司案上，国际法院的审判庭指出：

“如果案件的实质已经提交有关法庭审理并且已经在当地法律和程序许可的范围内谋求案件的解决，但终未获得成功，这便构成充分的条件，使国际要求具有了可接受性。”<sup>154</sup>

在芬兰船舶仲裁案中，仲裁员说：

“要求国政府提出的所有事实论点和法律陈述……都必须曾经经过国内法院的调查和裁决。”<sup>155</sup>

(7) 因此，外国的诉讼当事者必须提出他在用尽当地救济过程中得到的于支持其要求的实质内容用的所有证据。<sup>156</sup> 他不能利用外交保护提供的国际救济来弥补他在国内一级提出要求时的准备不当。<sup>157</sup>

---

<sup>150</sup> B. Schouw Nielsen 诉 Denmark 案，Application no. 343/57 (1958-9)，2《欧洲人权公约年鉴》，p.438(指国际法研究所在 1954 年决议里的看法)，《法国国际法年鉴》，1956 年，第 46 卷，p.364。另见 Lawless 案，Application No. 332/57 (1958-9)，2《欧洲人权公约年鉴》，pp.318-322。

<sup>151</sup> 芬兰船主针对英国在战时使用某些芬兰船舶而对英国提出的索赔(芬兰船舶仲裁案)，1934 年，《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，p.1479。

<sup>152</sup> De Becker 诉比利时，Application No. 214/56,(1958-9)，2《欧洲人权公约年鉴》，p.238。

<sup>153</sup> 见 *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*，国际法院，2004 年 3 月 31 日的判决，第 135-143 段。

<sup>154</sup> 《1989 年国际法院报告书》，p. 83, para. 59.

<sup>155</sup> 《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，p.1502。

<sup>156</sup> Ambatielos Claim, 12 U.N.R.A.A., p.83 at p.120.

<sup>157</sup> D.P. O'Connell, 《国际法》，第二卷，第 1,059 页。

## 第 15 条

### 要求的类别

在主要根据一国国民或第 8 条草案所指的其他人所受的损害而提出国际要求或请求作出与该项要求有关的宣告性裁决时，应用尽当地救济。

### 评 注

(1) 用尽当地救济规则仅适用于要求国因其国民而“间接”受到损害的情况。<sup>158</sup> 如果要求国因另一国的不法行为而直接受到损害则不适用此规则，因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际要求。

(2) 实际上很难确定要求是“直接”还是“间接”的，如果要求是“混合”的，即要求包括国家及其国民都遭受损害的要素。提交国际法院的许多争端都有混合要求的特征。在人质案<sup>159</sup>中，伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国承担的保护其外交官和领事的义务，同时，被劫持为人质的美国国民(外交官和领事)也受到损害；在 *Interhandel* 一案<sup>160</sup>中，瑞士就两种不法行为提出要求，一种是违背条约使瑞士受到直接损害的不法行为，一种是因其本国公司受到损害而使瑞士受到间接损害的不法行为。在人质案中，国际法院将要求作为直接违反国际法处理；在 *Interhandel* 一案中，国际法院认为要求主要是间接的，而瑞士未用尽当地救济。

(3) 在混合要求的情况，法庭必须审查要求的不同要素，决定主要要素是直接的还是间接的。在 *ELSI* 案中，国际法院分庭反驳了美国关于其部分要求源自违反条约所以不必用尽当地救济的论点，指出，

“分庭毫不怀疑，影响并贯穿美国整个要求的事项是据称 Raytheon 和 Machlett [美国公司] 受到的损害。”<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> 它符合常设国际法院在 *Mavrommatis Palestine Concession* 案中提出的原则，即“为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法程序，一个国家事实上在维护自己的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利”，1924 年《常设国际法院汇编》，A 辑，第 2 号，第 12 页。

<sup>159</sup> 美国在德黑兰的外交和领事人员案(美国诉伊朗)，《1980 年国际法院报告书》，3。

<sup>160</sup> 前注 94。

<sup>161</sup> 前注 95，第 43 页，52 段；另见 *Interhandel* 案，前注 94，第 28 页。



与主要要素检验密切相关的是必要条件或“纯粹因为”的检验，这一检验的目的是要确定如果不是为了为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会提出。如果这一问题的答案是否定的，则这一要求为间接要求，必须用尽当地救济。但是，主要要素检验与“纯粹因为”检验之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这证明纯粹因为国民遭受损害才提出要求这一事实。在这种情况下，委员会倾向于只采用一个标准，即主要要素检验标准。

(4) 为确定要求为直接或间接性质而采用的其他“检验方法”，与其说是检验方法，不如说是这些因素在决定要求究竟主要是直接要求抑或只间接要求，或要求是否纯粹因为国民遭受损害才提出时必须考虑的因素。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主题、要求的性质和所要求的救济。因此，在争端主题是外交官<sup>162</sup>或国家财产<sup>163</sup>的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民提出金钱救济，要求则是间接的。

(5) 第 15 条明确规定，不仅在国际要求中，而且在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性裁决时，都必须用尽当地救济。下面这一观点无疑得到支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害要求，而仅要求就某一条约的解释和适用作出裁决，则没有必要用尽当地救济。<sup>164</sup>但在有些情况下，要求国寻求就据称被告国在非法对待要求国国民过程中违反或无意中违反的某一条约的解释和适用作出宣告性裁决时，需要用尽当地救济。<sup>165</sup>第 15 条明确规定，请求作出宣告性裁决本身并不豁免用尽当地救济规则。如果请求作出宣告性裁决与涉及国民损害的要求有附带关系或相关——不论是否与代表受损害国民提出的赔偿或归还要求相关——法庭仍有可能判定，从案情各方面看，作出宣告性裁决的请求主要以国民遭受的损害为基础。如果有证据表明要求国蓄意请求作出宣告性裁决以避免遵守当地救济规则，则法庭的这种判定是公正合理的。

---

<sup>162</sup> 人质案，前注 108。

<sup>163</sup> 科孚海峡案(联合王国诉阿尔巴尼亚)(案情实质)，《1949 年国际法院报告书》，第 4 页。

<sup>164</sup> 航空服务协定案(法国诉美利坚合众国)，1978 年，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十八卷，415；根据联合国总部协定第 21 条仲裁义务的适用，《1988 年国际法院报告书》，第 29 页，第 41 段。

<sup>165</sup> 见 Interhandel，前注 94，第 28-29 页；ELSI，前注 95，第 43 页。

## 第 16 条

### 当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

- (a) 当地救济不具有实现有效补救的合理可能性；
- (b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的；
- (c) 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地救济实为不合理；
- (d) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。

### 评 注

(1) 第 16 条涉及用尽当地救济规则的例外。(a)款至(c)款涉及要求受伤害的外国侨民进行国际诉讼前必须用尽当地救济不公平或不合理的情况，是用尽当地救济规则的明显例外。(d)款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地救济的要求。

#### (a) 款

(2) (a)款涉及的用尽当地救济规则例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。委员会考虑了拟订不必用尽当地救济情况规则的三个选择：

- (一) 当地救济显属徒劳；
- (二) 当地救济没有合理的成功机会；
- (三) 当地救济不具有实现有效补救的合理可能性；

所有三种选择都得到了各当局的一定支持。

(3) 委员会考虑了 Bagge 仲裁员在芬兰船舶仲裁案<sup>166</sup>中提出的“显属徒劳”检验标准，但认为它的起点过高。另一方面，委员会认为，欧洲人权委员会在几项决定<sup>167</sup>中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。因此，它倾

---

<sup>166</sup> 3 U.N.R.I.A.A., at p.1504.

<sup>167</sup> Retimag v. Federal Republic of Germany, Application No. 712/60,4《欧洲人权公约年鉴》，p.385,at p.400; X, Y and Z v. UK, Application Nos. 8022/77,8027/77,18《欧洲人权委员会，决定和报告》，p.74。另见委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条评注。《1977 年...年鉴》第二卷(第二部分)第 47 页，第 48 段。

向于第三种选择既避免“显属徒劳”的严格用语，又对求偿人规定了很大责任，即要求他证明，根据案情和被告国的法律制度，他不大可能得到有效补救。这一检验标准吸收了 Hersch 劳特派特 爵士在挪威贷款案<sup>168</sup>中提出的个别意见，这一意见得到了法学家著作的支持<sup>169</sup>。而且，它与司法决定是相符的，这些决定认为在当地法院对争议问题没有管辖权的情况下不需要用尽国内救济；<sup>170</sup> 当地法院不会审查外侨申诉的行为所依据的国家法律；<sup>171</sup> 当地法院极不独立；<sup>172</sup> 存在一贯对外侨不利的明确判例；<sup>173</sup> 当地国法院无权给予外侨适当、充分的救济；<sup>174</sup> 被告国没有适当

---

<sup>168</sup> 《1957 年国际法院报告书》，p.39。

<sup>169</sup> 见 2002 年关于外交保护的第三份报告，A/CN.4/523 and Add.1，第 35 段。

<sup>170</sup> Panevezys-Saldutiskis Railway 案，1939 年《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 76 号，p.18，根据《纳伊条约》第 181 条作出的仲裁，载于 1934 年 28 《美国国际法杂志》p. 760 at p. 789；R Gelbtrunk 和 “Salvador Commercial Co.” 等提出的索赔，1902 年，15 《联合国国际仲裁裁决报告书》，pp. 467-477；Lotti May Incident，对洪都拉斯与联合王国争议案的仲裁，1899 年，15 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十五卷，p.31；劳特派特法官就挪威贷款案提出的单独意见，《1957 年国际法院报告书》，pp.39-40；芬兰船舶仲裁案，《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，p.1,535。

<sup>171</sup> 根据《纳伊条约》第 181 条作出的仲裁，1934 年 28 《美国国际法杂志》，p.789。另见 Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond)，1933 年《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，第 1,405 页；Ambatielos claim，《联合国国际仲裁裁决报告书》第 12 卷，p.119；Interhandel 案，《1957 年国际法院报告书》，p.28。

<sup>172</sup> Robert E. Brown Claim，1923 年 6 《联合国国际仲裁裁决报告书》第 120 页；Vélasquez Rodríguez 案，1989 年 28 《国际法律材料》，pp.304-309。

<sup>173</sup> Panevezys-Saldutiskis Railway 案，1939 年《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 76 号，p.18；S.S. “Lisman”，1937 年，3 《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.1,773；S.S. Seguranca，1939 年，3 《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.1,868；芬兰船舶仲裁案，芬兰船舶仲裁案，《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，p.1,495；X 诉德意志联邦共和国，1956 年，1 《欧洲人权公约年鉴》，p.138；X 诉德意志联邦共和国，1958-9 年，2 《欧洲人权公约年鉴》，p.344；X 诉奥地利，1960 年，3 《欧洲人权公约年鉴》，p.202。

<sup>174</sup> 芬兰船舶仲裁案，《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，pp.1,496-1,497；Vélasquez Rodríguez 案，1989 年 28 《国际法律材料》，pp.304-309；Yagci and Sargin v. Turkey，1995 年 6 月 8 日的判决，《欧洲人权法院，报告和决定》，No. 319,p.17，第 42 段；Hornsby v. Greece，1997 年 3 月 19 日的判决，《欧洲人权法院，报告和决定》，No.33,p. 509，第 37 段。

的司法保护制度。<sup>175</sup>

(4) 当地救济是否只有实现有效补救的合理可能性问题，必须参照利用救济时当地的法律和情况来决定。这是一个由负责审查用尽当地救济任务的主管国际法庭决定的问题。就这一事项作出决定时，必须假定有关要求在法律上有价值。<sup>176</sup>

(b) 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地救济负有责任的情况中，可以免除用尽当地救济的要求，编纂努力<sup>177</sup>、人权文书和实践<sup>178</sup>、司法裁判<sup>179</sup>和学者意见确认了这一点。委员会意识到赋予“无理拖延”以客观的内容或含义或试图规定一个执行当地救济的时限存在困难。对每一案件都须依自身事实作出判断。英国墨西哥索赔委员会在 El Oro 采矿案中说：

“委员会不打算精确地规定法庭将在哪一期限内作出判决。这取决于几种情况，最主要的是彻底审查案件所涉及的工作量，即后者的规模。”<sup>180</sup>

---

<sup>175</sup> Mushikiwabo and others v. Barayagwiza, 1997 年, 107,《国际法律报告》, p.460。智利军政权期间,美洲人权委员会认为,因军事司法下法律诉讼的固定不正常情况,不必用尽当地救济; resolution 1a/88, case 9755, Ann.Rep 1 A Com HR 1987/88。

<sup>176</sup> 芬兰船舶仲裁案,《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷,第 1,504 页; Ambatielos Claim,《联合国国际仲裁裁决报告书》第 12 卷,第 119-120 页。

<sup>177</sup> 见 F. V. Garcia Amador 在第一份报告和所述关于以前编纂的努力,《1956 年...年鉴》,第二卷,223-226; 1960 哈佛国际法研究所编写的《国家对外侨所受损害的国际责任公约》草案第 19 条第(2)款,载录于 1961 年 55《美国国际法杂志》,p.577。

<sup>178</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》(第四十一条(1)款(c)项);《美洲人权公约》(第 46 条 (2)款(c)项); Weinberger 诉乌干达,第 28/1978 号来文,人权事务委员会,若干决定,第 1 卷, p.59; Las Palmeras, 美洲人权法院 C 辑,《决定和判决》, No. 67, 第 38 段(2000 年 2 月 4 日); Erdogan 诉土耳其, Application No. 19807/92, 84 A, 欧洲人权委员会, 1996 年,《决定和报告》, p.15。

<sup>179</sup> El Oro Mining and Railway Company (Limited)(英国诉美利坚合众国), 1931 年, 5《联合国国际仲裁裁决报告书》, p.198。另见 Administration of the Prince von Pless 案(初步反对意见), 1933 年《常设国际法院汇编》, A/B 辑, 第 52 号, p.16。

<sup>180</sup> 5《联合国国际仲裁裁决报告书》, p.198。

(6) (b)款明确规定，补救过程拖延是据称对外侨损害负责的国家造成的。这里使用“补救过程”而不使用“当地救济”，是为了说明援引和执行当地救济以及引导当地救济的整个过程。

### (c) 款

(7) 第 16 条(a)款所载的用尽当地救济规则的例外，说的是在“当地救济不具有实现有效补救的合理可能性”时无需用尽当地救济，并不包括当地救济虽具有实现有效补救的合理可能性，但用尽当地救济不合理或对受害外侨造成巨大困难的情况。例如，即使存在有效的当地救济，但在以下情况下要求受害人用尽当地救济不合理也不公平：其财产受到了来自非其财产所在国的污染、放射性微粒沉降或人造空间物体坠落导致的环境损害；其所乘坐的飞行器因误入被告国领空而被击落；被告国或某些其他机构对其利用当地救济设置严重障碍。在此类情况下，因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，当地救济无需用尽。

(8) 有些文献支持以下观点，在要求用尽当地救济的所有案例中，受害人与被告国之间都存在着某种联系，比如自愿停留、居住、拥有财产或与被告国有契约关系。<sup>181</sup> 这一看法的支持者认为，外交保护的性质和当地救济近来已有重大变化。外交保护早期历史的特点是，在一外国居住和经商的外侨受到该国行动的伤害，因此可要求他根据“前往外国的国民通常必须接受其所在地的当地法律，包括为纠正不法行为提供的手段”的理论，用尽当地救济。而在今天，个人可能受到一外国在其领土以外的行为的伤害或在其领土内的某种行为的伤害，而个人与该国外国领土并不存在联系。这方面的例子有：跨界环境损害(如乌克兰基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸，在遥远的日本和斯堪的那维亚造成放射性微粒沉降)和击落误入一国领空的飞机(如保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机的“空中事件”案)。这一自愿联系或领土联系规则的基础，是外侨承担在外国的风险。只有外侨自愿地接受被告国管辖，才可要求他用尽当地救济。

---

<sup>181</sup> 见 Amerasinghe, 前注 99,p.138; T. Meron, “用尽当地救济规则的使用范围”, 1959 年, 35 B.Y.I.L., p.94。



(9) 司法机构和国家惯例都没有就用尽当地救济规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在 *Interhandel* 案<sup>182</sup> 和 *Salem* 案<sup>183</sup> 中,有一些支持此种例外存在的试探性论述,但在其他案件<sup>184</sup> 中,法庭判定在受害外侨与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍可适用当地救济规则。在挪威借款案<sup>185</sup> 和空中事件(以色列诉保加利亚)案<sup>186</sup> 中,尽管有力地提出了支持自愿联系要求的论点,但国际法院均未就该事项作出决定。在涉及跨界污染的 *Trail Smelter* 案<sup>187</sup> 中,并不存在自愿联系或领土联系,加拿大也没有坚持要用尽当地救济。这一案例和其他因不存在自愿联系而放弃当地救济的案例<sup>188</sup>,被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地救济规则的先决条件。这些案例没有坚持适用当地救济规则,也可以作其他解释,比如是无需用尽当地救济的直接损害例子,或有关仲裁协定没有要求用尽当地救济等。

(10) 虽然委员会认为有必要明确规定当地救济规则的这一例外,但不喜欢用“自愿联系”一词来描述这一种例外,因为它强调受害人主观意愿,而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。事实上,主观标准很难证明。因此,委员会决定要求受害外侨与东道国之间存在“相关联系”。这一联系必须“相关”,即它必须与所受损害有某种关联。法庭不仅需要审查受害人是否在东道国领土上停留、居住或经商,还要依案情审查该人在行为上是否承担了在遭受损害时接受东道国审理的风险。因此,它认为“相关”一词能够使法庭最好地考虑受害人与东道国之间在损害中的关系的核心要素,以确定受害外侨是否承担了愿意接受东道国审判的风险。

---

<sup>182</sup> 国际法院说,“它认为发生侵权的国家也应有机会以自己的方式进行补救。”《1959年国际法院报告书》,at p.27,着重号是后加的。

<sup>183</sup> 在该案中,仲裁法庭宣布,“作为一项规则,外国人必须承认他选择居住的国家的司法对其适用”,1932年,2《联合国国际仲裁裁决报告书》,p.1,202。

<sup>184</sup> 芬兰船舶仲裁案,《联合国国际仲裁裁决报告书》第3卷;*Ambatielos Claim*,《联合国国际仲裁裁决报告书》第12卷,。

<sup>185</sup> 法国的口头诉状,1957年,《国际法院诉状汇编》,第一卷,第408页。

<sup>186</sup> 1955年7月27日空中事件案(以色列诉保加利亚),以色列的口头诉状,1959年,《国际法院诉状汇编》,第531-532页。

<sup>187</sup> 1935年,3《联合国国际仲裁裁决报告书》,第三卷,第1,905页。

<sup>188</sup> *Virginus* 案,见 J. B. Moore,《国际法文摘》,1906年,第二卷,903页; *Jessie* 案,1922年,16《美国国际法杂志》中记载,第114-116页。



(11) (c)款第二部分的目的是，在依案情实在无法合理地要求遵守这一规则的情况下，使法庭有权免除用尽当地救济的要求。在做出这一决定时，显然需要对每起案件按其实质进行审查，因此不应试图列出允许这一例外的因素的综合清单。不过，委员会建议在以下情况下可行使例外权：在国家可能设法阻止受害外侨实际上接触该国法庭，例外拒绝其进入该国领土，或制造危险，使之感到试图进入该国领土是不安全的；东道国的刑事密谋阻碍求偿人在当地法院提出诉讼；用尽当地救济的费用过高。

#### (d) 款

(12) 国家可能愿意放弃用尽当地救济的要求。由于此规则旨在保护被控不当对待外侨的国家的利益，有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明：

“对于这类案件，根据公认的国际法原则和国际实践，规定事先用尽国内救济的规则是为了有关国家的利益而设计的，因为根据该条规则，国家对归咎该国的行为，在没有机会通过国内办法加以补救以前，无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一项辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。” <sup>189</sup>

(13) 放弃当地救济的形式有多种。有关规定可以诸于争端发生前或后缔结的双边或多边条约；可以见诸外侨和被告国之间的契约；可以是明示或默示的；或可以根据被告国在属于禁止反言或丧失权利的情况下的行为加以推定。

(14) 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定，或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他的国际争端解决方式予以解决的一般性条约。也可以诸于国家与外侨所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地救济是有效的。放弃要求是一种常见的当代国家实践方式，许多仲裁协定都载有放弃条款。最有名的实例可能是《关于解决投资争端的公约》第 26 条，其中规定：

---

<sup>189</sup> 哥斯达黎加政府案，美洲人权法院，1984 年，67 《国际法律报告》，第 578 页，见第 587 页，第 26 段。另见 ELSI 案，《1989 年国际法院报告书》，第 42 页，第 50 段；De Wilde, Ooms and Versyp 案，(“Vagrancy 案”)，欧洲人权法院，1971 年，56 《国际法律报告》，第 37 页，p.370，第 55 段。

“除非另有规定，当事方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他救济而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法救济，作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。”<sup>190</sup>

普遍同意，明示放弃不管载于国家间协定或载于国家与外侨间的契约，都是不可撤销的，即使契约受到东道国法律的约束。<sup>191</sup>

(15) 当地救济不得随便默示放弃。国际法院分庭在 *ELSI* 案中就这个问题说，分庭

“不能接受的是，习惯国际法的一项重要原则，在没有任何明确表示愿意放弃的言词的情况下，被认定为默示放弃。”<sup>192</sup>

(16) 但是，如果当事方放弃当地救济的意愿是明确的，则必须落实这个意愿。司法裁判<sup>193</sup> 与法学家的著作都支持此结论。对于在什么情况下可以默示放弃当地救济的愿意，不可能为此制定一项通则。每个案例必须根据有关文书的措辞和制定的背景作出判断。在被告国同意把将来可能同请求国发生的争端交付仲裁的情况下，有人认为这种协定“不涉及放弃用尽所有当地救济的要求，如果有关案件涉及缔约一方为其国民提出要求。”<sup>194</sup> 国际法院分庭在 *ELSI* 案中确认在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。<sup>195</sup> 在发生有关争端后才缔结的仲裁协定，比较容易默示放弃当地救济。在这种情况下，如果被告国与请求国在争端所涉的国民受到损害后才缔结涉及国民待遇的争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地救济规则作出规定，则可以称说默示放弃该规则。

---

<sup>190</sup> 《联合国条约汇编》，第 575 卷，第 159 页。

<sup>191</sup> 哥斯达黎加政府案，67 I.L.R. 140, p.87, para 26; “vagrancy cases”，56 I.L.R. 140, p. 370, para. 55.

<sup>192</sup> 《1989 年国际法院报告书》，第 42 页，第 50 段。

<sup>193</sup> 见 Steiner and Gross 诉波兰，1927-28 年，4《国际公法案例年鉴》，第 472 页；美国国际集团诉伊朗案，判决 No. 93-2-3(1983) 4 Iran-US CTR，第 96 页。

<sup>194</sup> F.A. Mann，“国家契约与国际仲裁”，1967 年，42 B.Y.I.L. p. 32。

<sup>195</sup> 《1989 年国际法院报告书》，p. 15. 在 *Panevezys-Saldutiskis Railway* 案中，常设国际法院认为，接受《法院规约》第 36 条第 2 款的任择条款不构成默示放弃当地救济规则：《常设国际法院报告书》，A/B 辑，第 76 号，p.19(正如 van Eysinga 法官在反对意见里所主张的那样，同上，pp.35-36)。

(17) 虽然有人支持被告国在国际诉讼程序中的行为可导致该国不得要求用尽当地救济，<sup>196</sup> 但考虑到国际法中对禁止反言理论尚无定论，委员会不赞成在关于放弃规则的措词中提及禁止反言。委员会认为，最好是允许将可推定为放弃当地救济的行为当作默示放弃。

## 第 四 部 分

### 杂项规定

#### 第 17 条

#### 外交保护以外的行动或程序

本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体有权按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救。

### 评 注

(1) 习惯国际法有关外交保护的规则已经过数世纪的演变，它们与最新的人权保护原则相辅相成，最终服务于一个共同的目标——保护人权。<sup>197</sup> 因此，本条款无意排除或取消受损害人国籍国和国籍国以外的国家根据习惯国际法或者多边或双边人权条约保护此人的权利。本条款也无意干涉自然人或其他实体例如非政府组织按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救。

---

<sup>196</sup> 见 ELSI 案，《1989 年国际法院报告书》，第 44 页，第 54 段，美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案(仲裁法庭)，1966 年，102《国际法律报告》第 216 页，第 6.33 段，Foti and others，1982 年，71《国际法律报告》，第 360 页，见第 380 页，第 46 段。

<sup>197</sup> 见关于外交保护的第一次报告，2000 年 3 月 7 日，A/CN.4/506,特别是第 22 至 32 段。

(2) 一个国家可根据下列文书，在国家间的诉讼中针对受损害人国籍国或第三国保护非本国国民：《公民及政治权利国际盟约》、<sup>198</sup> 《消除一切形式种族歧视国际公约》、<sup>199</sup> 《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》、<sup>200</sup> 《欧洲人权公约》、<sup>201</sup> 《美洲人权公约》<sup>202</sup> 和《非洲人权和人民权利宪章》。<sup>203</sup> 上述公约还允许一国在国家间诉讼程序中保护自己的国民。另外，习惯国际法允许国家通过抗议、谈判、并在管辖权文书许可的情况下通过法律程序，保护非本国国民的权利。国际法院在 1996 年西南非洲案<sup>204</sup> 中作出的国家不能提起诉讼程序来保护非本国国民权利的裁定，当今已被视为是一项错误的法律，国际法委员会已在关于国家责任的条款中对其作了明确的驳斥。<sup>205</sup> 此外，关于国家责任的条款第 48 条允许在所违反的义务是对整个国际社会承担的义务时，由受害国以外的国家援引另一国的责任。<sup>206</sup>

(3) 根据国际人权公约，个人也享有保护自己不受损害国损害的权利和救济，不论损害国是该个人的国籍国还是另一国。为达到这一目的最经常利用的是在国际人权监测机构的申诉权。<sup>207</sup> 国际法上的个人权利也可由人权公约以外的地方产生。在 La Grand 案上，国际法院认为《维也纳领事关系公约》第 36 条“创立了个人权利，被挽留者的国籍国可根据任择议定书第 1 条在本法院援引这些权利；”<sup>208</sup> 在 Avena 案上，法院进一步指出：“侵害个人依据第 36 条所享有的权利即可能构成对

---

<sup>198</sup> 《联合国条约汇编》，第 999 卷，p.171，第 41 条。

<sup>199</sup> 第 11 条。

<sup>200</sup> 《联合国条约汇编》，第 1465 卷，p.85，第 21 条。

<sup>201</sup> 第 24 条。

<sup>202</sup> 第 45 条。

<sup>203</sup> 《联合国条约汇编》，第 1520 卷，p.217，第 47 至 54 条。

<sup>204</sup> 第二阶段，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页。

<sup>205</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，关于第 48 条的评注，脚注 766。

<sup>206</sup> 同上。

<sup>207</sup> 例如见《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，《联合国条约汇编》，第 999 卷，p. 171；《消除一切形式种族歧视国际公约》第 14 条；《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 22 条。

<sup>208</sup> *La Grand (Germany v. United States of America), Merits*, 2001 I.C.J. Reports, p. 466 at p. 494, para. 77.

派出国的权利的侵害，而对后者权利的侵害有可能构成对个人权利的侵害。”<sup>209</sup> 已经在关于国家责任的条款，即第 33 条内增添了一项保留条款，以顾及国际法的这一发展。<sup>210</sup>

(4) 第 17 条提及的行动或程序包括根据普遍的和区域的人权条约以及任何其他条约可以采取的行动或程序。但是第 17 条没有涉及国内救济。

(5) 第 17 条表明，本条款草案不影响国家、自然人或其他实体有权诉诸外交保护以外的程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救。然而当一国诉诸此种程序时，它并没有放弃为身为其国民的个人行使外交保护的权利。<sup>211</sup>

### 第 18 条 特别条约条款

在并且只在本条款草案与特别条约条款包括关于解决公司或公司股东与国家间争端的特别条约条款不符的情况下，本条款草案不适用。

### 评 注

(1) 外国投资基本上由双边投资条约加以规范和保护。<sup>212</sup> 双边投资协定的数量近年来增长很快，据估计目前共有约 2000 项这样的协定。双边投资协定的一个重要特点是其解决投资争端的程序。一些双边投资协定规定，通过诉诸临时法庭，或

---

<sup>209</sup> *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, p. 26, para. 40.

<sup>210</sup> 这一条的这部分案文是：“本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。”《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>211</sup> 在 *Selmouni v. France* 案 (Application No. 25803/94 judgment of 28 July 1999, ECHR, 1999-V, p.149) 上，荷兰作出了干预，以支持一名国民在欧洲人权法院提出对法国的控诉。但这并不排除荷兰为受损害的个人行使外交保护而提出求偿，假如它愿意这样做的话。

<sup>212</sup> 国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时承认了这一点，《1970 年国际法院报告书》，第 47 页(第 90 段)。

诉诸解决投资争端国际中心根据《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》<sup>213</sup> 所设立的法庭，投资者与所在国直接解决投资争端。另一些双边投资协定规定，围绕双边投资协定有关规定的解释或适用问题，通过对投资者(公司或股东)与所在国作出仲裁，来解决投资争端。双边投资协定和解决投资争端国际中心所提供的解决争端程序对于外国投资者来说提供了较大的便利，远优于关于外交保护的惯行国际法制度，因为这些程序使投资者能够直接诉诸国际仲裁并且避免了因外交保护的自行裁量性质而必然会有政治不确定性。

(2) 如果援引双边投资协定或解决投资争端国际中心所提供的解决争端程序，那么大多数情况下，关于外交保护的惯行法规则便被排除。<sup>214</sup>

(3) 第 18 条表明，本条款草案不适用于双边或多边投资协定所规定的另外的特别的保护外国投资者制度，但第 18 条也承认，某些条约并不完全排除诉诸外交保护的行为。因此案文所用的措词是，本条款草案“在并且只在”与双边投资协定不符的情况下，则不适用。在本条款草案与有关双边投资协定一致的情况下，本条款草案继续适用。

## 第 19 条

### 船 员

一船只船员的国籍国为这些船员行使外交保护的权利不受船只的国籍国当船员在国际不法行为给船只造成损害的过程中受到损害之后不论其国籍而为他们寻求补救的权利的影响。

---

<sup>213</sup> 《联合国条约汇编》，第 575 卷，p.159。

<sup>214</sup> 《解决投资争端公约》第二十七条第(一)款规定：“缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端，不得给予外交保护或提出国际要求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”



## 评 注

(1) 第 19 条的目的是确认船员的一个或多个国籍国有权为船员行使外交保护，同时也承认，船只的国籍国也有权当船员在国际不法行为给船只造成损害的过程中受到损害之后为他们寻求补救，而不论其国籍为何。有必要确认船员的国籍国有权为他们行使外交保护，从而排除这样的暗示，即这一权利已经被船只国籍国的权利所取代。同时，也有必要承认，船只的国籍国有权为全体船员行使外交保护。虽然由于在船只的船旗国与全体船员之间缺乏国籍联系，故这种保护不能称为外交保护，但这种保护与外交保护之间仍然存在着紧密的相似性。

(2) 正如一些司法裁定和国际法专家的著述所体现的那样，各国的实践在某种程度上支持船只的国籍国(船旗国)可以保护船只上不具有该国国籍的船员这一立场。也有合理的政策考虑支持这种做法。

(3) 国家实践主要来自美国。根据美国法律，外国海员在美国船只上供职时有权受到美国的保护。美国的观点是，一个海员一旦成为一艘船只的船员，唯一相关的国籍就是船旗国的国籍。<sup>215</sup> 在美国船只上供职的外国人所具有的这一独特地位在美国的外交信件和领事规定中得到了一贯的重申。<sup>216</sup> 但是，连美国在 2003 年 5 月 20 日致国际法委员会的信件<sup>217</sup> 中，也对这一做法是否能够证明存在着一项习惯规则提出了疑问。

(4) 国际仲裁裁决在国家向非国民海员提供外交保护的权利问题上尚无定论，但倾向于支持而不是反对这一权利。在 *McCready*(美国)诉墨西哥案中，公断人 Edward Thornton 爵士认为，“海员在悬挂非本国国旗的军舰或商船上服务，服务期间有权获得其所服务之国旗国的保护”。<sup>218</sup> “我孤立无援案”<sup>219</sup> 的起因是一

---

<sup>215</sup> Ross 诉 McIntyre, 140 U.S.453(1891)。

<sup>216</sup> Consular Regulations, 1888,ss.171,172; Foreign Service Regulations, June 1941. (Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*(1945), vol.2, p.1180)。

<sup>217</sup> 这一信件由联合国法律事务厅编纂司收存。美国在信件里大量援引了 Arthur Watts 的一篇批评性文章：“The Protection of Alien Seamen”，(1958) 7 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 691.

<sup>218</sup> Moore, *International Arbitrations*, 第 3 卷，第 2536 页。

<sup>219</sup> (1935) 29 A.J.I.L. 326。

艘加拿大船只被美国海岸警卫队击沉，加拿大政府在该案中成功地代表三名非国民船员提出赔偿要求，认为在代表船只提出求偿时，就求偿而言，全体船员应被视为具有与船只相同的国籍。在“损害赔偿案”的咨询意见中，两名法官在其单独的意見中越出常规对国家代表外国船员行使外交保护的權利表示支持。<sup>220</sup>

(5) 1999 年，国际海洋法法庭对 M/V “塞加号” (第 2 号) 案(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)<sup>221</sup> 作出的裁定虽然不很明确，但对船旗国保护非国民船员的權利表示支持。该案件的争执是“塞加号”在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚逮捕并扣押造成的。“塞加号”在圣文森特和格林纳丁斯(“圣文森特”)注册，其船长和船员为乌克兰国民。逮捕时，船上还有三名塞内加尔工人。几内亚在实施逮捕后扣押了船只和船员。在国际海洋法法庭举行的诉讼程序中，几内亚反对受理圣文森特的求偿，理由之一是受害人不是圣文森特国民。海洋法庭驳回了对这一求偿的可接受性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船只及其船员，从而侵犯了圣文森特权利。海洋法庭命令几内亚向圣文森特支付赔款，作为对“塞加号”造成的损失以及对船员的损害的赔偿。

(6) 尽管海洋法庭将这一争议主要视为关于对圣文森特的直接损害的争议，<sup>222</sup> 但法庭的推理表明，法庭还将该事项视为一个含有与外交保护相近的内容的案件。几内亚对船员求偿的可采性明确表示反对，理由是該求偿构成了一种对非圣文森特国民提供外交保护的權利要求。<sup>223</sup> 圣文森特也明确坚持认为，该国有权向悬挂该国国旗船只的船员提供保护，而“不论其所属国籍”。<sup>224</sup> 海洋法庭驳回了几内亚的反对意見，表示《联合国海洋法公约》<sup>225</sup> 的若干相关条款，其中包括第二九二条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。<sup>226</sup> 法庭强调指出，“船只、船只上的每一

---

<sup>220</sup> 1949 *I.C.J. Reports*, p. 174 at pp. 202-203 (Judge Hackworth) and pp.206-207 (Judge Badawi Pasha).

<sup>221</sup> (1999)38 I.L.M.1323.

<sup>222</sup> 同上，第 1345 页，第 98 段。

<sup>223</sup> 同上，第 1346 页，第 103 段。

<sup>224</sup> 同上，第 104 段。

<sup>225</sup> 《联合国条约汇编》，第 1833 卷，p.3.

<sup>226</sup> 前注 221，第 105 段。

物件以及参与船只操作或与船只操作有关的每个人，均被视为与船旗国有关联的实体。这些人的国籍并不相干”。<sup>227</sup>

(7) 对于允许船旗国对船只的船员行使外交保护，存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“塞加号”案中对这一点予以承认，当时法庭提请注意“船只船员的组成具有短暂和多国籍的特性”，并表示“大型船只的船员可能由属于若干国籍的人员组成。假如每个受伤害者必须向其国籍所属国寻求保护，就会随之带来过度的困难”。<sup>228</sup>与提出赔偿要求有关的实际考虑不应受到忽视。与要求所有船员的国籍国代表其国民分别求偿相比，由一个国家代表全体船员行使保护则更容易，也更有效率。

(8) 对于船旗国保护船员的权利，存在着大量的和合理的支持。但并不能将之归类为外交保护，也不应认为它取代了外交保护。在委员会看来，国籍国的外交保护和船旗国的外交保护都应得到承认，对于这两种保护应一视同仁。船员往往面对着来自船旗国的困难，比如工作条件差，或来自第三国的困难，比如在船只被扣押时。在这种情况下，他们应获得国际法所能提供的最大限度的保护。因此第 19 条赞同给予船员两种形式的保护。

-- -- -- -- --

---

<sup>227</sup> 同上，第 106 段。

<sup>228</sup> 同上，第 107 段。