



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

外交保护

从各国政府收到的评论和意见

目录

	页次
一. 导言	2
二. 从各国政府收到的评论和意见	2
科威特	2



一. 引言

科威特政府在 2006 年 8 月 1 日的信件中，转达了对国际法委员会 2004 年第五十六届会议一读通过的关于外交保护的条款草案和评注¹的一系列评论和意见。这些评论和意见是在通过条款草案二读后收到的，因此委员会未能有机会加以考虑。

二. 从各国政府收到的评论和意见

科威特

A. 外交保护的法律性质

1. 普通人在不能得到其权利时，便设法使其由国籍决定的所属国为之进行辩护，对造成这一国际错误行为的国家采取法律行动。国家的这种干预行为在国家责任规则中称为“对侨民的外交保护”。

这种干预行为使个人与国家之间的冲突成为主权国之间的争端，并把个人排除在争端之外。当事人必须等待国际一级对其案件作出判决，以使其国家能够将从负有国际责任的国家那里得到的赔偿转交给他。而且，其国家本身也因其国民所受的屈辱而蒙受损害。

因此，科威特认为，外交保护是国家责任的一部分，即国家责任的主题之一，也是保护人权免受他国错误行为侵犯的一个国际文书，或如国际法委员会所认为的，外交保护只是保护人权的手段之一（特别报告员第七次报告(A/CN.4/567)，第 84 段）。

2. 放弃外交保护

基于上文第 1 节的考虑，个人没有权利放弃其国家保护他的权利，因为在这种情况下，他所放弃的权利并非属于他，而属于他的国家。此外，这里所涉及的是他国因其本身的错误行为而侵犯的某种人权。这种权利是不可剥夺的，因此也是不可放弃的。再者，这些权利属强行法，不得经由协议而偏离。

3. 国家行使外交保护的酌处权

国际法委员会在讨论条款草案第 2 条时，决定不强行规定国家行使外交保护的义务，而是适用国际判例法中的规则，即行使这种保护是国家的权利，国家可以使用也可以不使用这种权利。

¹ 见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 59 段。

4. 用尽当地救济

受损害人用尽当地救济是行使外交保护的一个先决条件，这是习惯国际法的一条一贯明确规定的规则，如国际法院 1959 年在 *Interhandel* 案中重申和决定的那样。

这一规则基于两点考虑，其一是为了尊重当事人侨居国的主权，当事人要服从该国的国家管辖，并假定这种管辖不带偏见而且中立。第二点考虑简言之是为了让行为国有机会用自己的方法在其国内法框架内进行救济。

委员会考虑了这一由条款草案第 14、15 和 16 条规定的要求。

5. 国籍要求

既定的国家惯例要求，个人和国家之间至少应该在两个时间点上有国籍联系：第一是发生国际错误行动和造成损害的时间，第二是通过外交途径或国际司法正式提出保护要求的日期。

各国在委员会中详尽讨论了持续国籍作为一国行使外交保护的基本条件这一问题（条款草案第 3 至 10 条论述国籍的存在问题，第 5 条专门论述持续国籍）。

持续国籍规则最有争议的地方是：受损害人必须依然是国民的最后日期以及在此必须考虑的究竟是正式递交要求的日期，还是对要求作出最后决定和作出有关判决的日期。

审视国际对此事的立场后发现，不少国家支持第一种做法，赞成持续国籍一直到向国际递交要求之日为止，而美利坚合众国则坚决反对这种观点，认为国籍必须持续到解决求偿要求之日。

在很大程度上，美国依据的是解决投资争端国际中心仲裁法庭在 *Loewen* 集团公司诉美利坚合众国案中作出的裁决。该法庭认为，“以国际法的术语说，自引起要求的事件发生之日”，即称之为“伤害发生时”的日期，“至解决求偿要求之日——称之为终止日期”，“国籍身份必须是持续的”。

关于外交保护的第七次报告第 35 至 46 段

无论对上述赔偿的观点如何，科威特认为，美利坚合众国在此基础上的立场是恰当的，符合法律和实践标准，并看到了外交保护本身的明智性。美国的立场是，国籍必须持续到寻求外交保护的国际要求得到解决之日为止。

的确，一国对已经失去维系隶属关系的国籍的人继续进行外交保护既令人无法接受，也不合乎情理，更不用说我们所说的外交保护是以两点考虑为基础的：即国家的权利和受国际错误行为伤害的人的权利。如果后者的国籍不复存在，则国家继续其外交保护的权力也就告终，因为此人不再是其国民。再者，这种保护是一种国际要求，禁止非国际人员享有。只有国际人员才有权利提出这种诉讼。

有一种论点认为，由于受损害人将隶属的新国家会替他行使外交保护，因此这种持续性是没有必要的。倘若人们考虑到新国家将继续起诉国际行为以进行外交保护，那么可见这种论点非但没有削弱反而加强了持续国籍是必要的这一观点。在受损害人丧失原先国家的国籍和取得另一个国家的国籍期间，情况会不同。在新国家对已取得其公民身份的受损害人不提供外交保护时也同样，因为如前文指出，行使外交保护的权力是国家的酌处权，即国家可选择行使或不行使的一种权利。

科威特提出和探讨外交保护的法律性质除了意为为这一国际努力作出自己的贡献之外，还在于使这些原则对联合国国际法委员会正在起草的条款草案产生影响。

B. 条款草案

拟议草案共包括 19 条，国际法委员会第五十八届会议借此规范了国际法中外交保护的某些方面，即国籍问题和用尽当地救济问题。但它没有论述外交保护的首要规则，即适用于外国人待遇的规则也没有论述外交保护的后果问题，如确定成功索赔国是否有义务将其可能收到的任何补偿支付给受害国民的问题。第七次报告的结束部分对这一问题进行了论述。

科威特现将按顺序论述各条款，分为以下各点：

1. 第 1 条

该条拟议修正案文的第 1 款对“外交保护”下了定义。第 2 款提到外交保护和领事援助的区别，称外交保护不应被解释为包括行使领事援助。其依据是第七次报告所提出的考虑因素，即正确的理论和实际考虑，为简明扼要和避免重复起见，我们在此请读者自行参看。

2. 第 2 条

该条款文经修正后，申明一国享有按照本条款草案行使外交保护的权力。

在这方面，我们请读者参看科威特就作为外交保护法律性质一个方面的国家外交保护行使权问题发表的意见。

3. 第 3 至 8 条

上述条款规定国籍国对自然人、包括多重国籍以及无国籍人和难民提供保护。

科威特认为应重拟第 4 条，增加“依照该国法律确定”一语，因为国籍问题仍完全属于各国的事务。

关于持续国籍的规则(草案第 5 条)，我们请读者参看上文在这方面的论述，并结合关于外交保护法律性质的讨论。

除上述各点以外，科威特同意委员会拟订的上述条款草案。

4. 第 9 和 10 条

第 9 和 10 条就外交保护涉及的两个方面作出规定，分别是公司的国籍国问题和公司的持续国籍问题。

(a) 第 9 条：公司的国籍国

科威特同意第 9 条的文字在其第 2 款经修正，删除段末的“或某种类似联系”一语后如下：

为公司行使外交保护的，国籍国是指公司依照其法律成立并在其领土内设有注册办事处或管理总部的国家，

因为上述词语如不删除，可能会有各种解释，引起意义混淆，而且也含糊不清，不够精确。

(b) 第 10 条：公司的持续国籍

该条第 2 款(修正后第 10 条第 3 款)如下：

尽管有第 1 款的规定，一国继续有权为在发生损害之时为其国民，但由于损害的原因，按照该国法律终止存在的公司行使外交保护。

案文中的“存在”一词可能不够精确，会引起诸多理解上的困难和问题，因为从既定的惯例来看，大多数(文明)国家在公司继续或终止存在问题上奉行的规则是，即使在公司解散后，公司的法人资格(无论是在经有关方面同意后或依有关法令)仍继续存在，直到所有债权人的索赔要求全部或在资产不足的情况下部分，且按照公司清算法律规则的详细规定得到满足为止。

科威特因此提议将“但由于损害的原因，按照该国法律终止存在”修改为“但由于损害的原因，按照该国法律不再具有法人资格，并已全部清偿”。

5. 第 11 条

关于修订前和修订后文本中均出现的“公司已不存在”一语，科威特请读者参看其前文关于公司存在问题的评论，并提议重拟案文，改用“公司已全部清偿且法人资格失效”取代上述现采用的短语。

6. 第 18 条

科威特提议用“双边和多边条约”替代“特别条约条款”，以明确含义并与条约的概念相一致。

7. 受害国民获得判决补偿的权利

按照国际惯例曾经遵循过的既定原则，国际损害赔偿的对象总是一个国家而非个人，即使是在进行补偿时，而且尽管补偿金额必须按个人所受损害而确定，也是如此。但在现代，许多国家已对这一原则进行重新审视，这些国家承认它们有一定的义务将其获得的赔偿支付给受害国民，因为国家是为受害国民的利益而提出索赔要求的，后者理应得益于外交保护权的行使。

鉴于公平和尊重人权方面的考量，委员会不得不认真地考虑就这一问题通过一项规定（这是一种正在逐步演变的做法），以消除外交保护中的不公平现象。委员会因此草拟出了有关案文（科威特同意该案文），呼吁索偿国将因对其受害国民进行外交保护并为该国民利益索赔而获得的损害赔偿款项，在扣除在此过程中造成的各项费用之后转交给该国民。
