



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4 / L.594
31 July 2000
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第五十二届会议
2000年5月1日至6月9日和
7月10日至8月18日，日内瓦

国际法委员会第五十二届会议工作报告草稿

报告员：维·罗德里格斯-塞德尼奥先生

第五章
外交保护

目 录

段 次

A. 导 言.....

B. 本届会议审议这个专题的情况.....

 1. 对这个专题的着手方式概述.....

 2. 第 1 条.....

 (a) 特别报告员的介绍.....

 (b) 辩论概况.....

 (c) 特别报告员的总结.....

 3. 第 2 条.....

 (a) 特别报告员的介绍.....

	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
4.	第 3 条
	(a) 特别报告员的介绍
	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
5.	第 4 条
	(a) 特别报告员的介绍
	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
6.	第 5 条
	(a) 特别报告员的介绍
	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
7.	第 6 条
	(a) 特别报告员的介绍
	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
8.	第 7 条
	(a) 特别报告员的介绍
	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
9.	第 8 条
	(a) 特别报告员的介绍
	(b) 辩论概况
	(c) 特别报告员的总结
10.	非正式磋商报告

A. 导 言

1. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐步发展的三个专题之一。¹ 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府可能提出的任何书面评论进一步审查这一专题并表明其范围和內容。在 1997 年第四十九届会议期间，委员会按照大会决议在第 2477 次会议上设立了一个关于这一专题的工作组。² 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到了委员会的核可。³ 工作组试图：(a) 尽可能阐明这一专题的范围；(b) 确定应在这一专题范围内加以研究的问题。工作组提出了一个审议这一专题的大纲，委员会建议将这一大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。⁴ 委员会还决定，它应设法在本五年期结束之前完成这一专题的一读。

2. 委员会在 1997 年 7 月 11 日第 2501 次会议上任命穆罕默德·本努纳先生为这一专题的特别报告员。

3. 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议题的决定。

4. 委员会 1998 年第五十五届会议收到特别报告员的初步报告。⁵ 委员会在同届会议上设立了一个不限成名额的工作组，在可能范围内，针对关于这个专题的着手方式，商定一些结论。⁶

5. 在 1999 年第五十一届会议上，本努纳先生当选前南斯拉夫问题国际法庭法官。委员会任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。⁷

¹ 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 249 段和附件三增编 1。

² 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章。

³ 同上，第 171 段。

⁴ 同上，第 189—190 段。

⁵ A/CN.4/484。

⁶ 工作组的结论载于《大会正式纪录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 108 段。

⁷ 《大会正式纪录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 19 段。

B. 本届会议审议这个专题的情况

6. 委员会本届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Corr.1 和 Add.1)。委员会于 2000 年 5 月 9 至 12 日、5 月 19 至 25 日和 6 月 9 日举行的第 2617 至 2620 次,第 2624 至 2627 次和第 2635 次会议审议了载于文件 A/CN.4/506 和 Corr.1 中的第一次报告。由于时间不够,委员会将对 A/CN.4/506 和 Add.1 的审议推迟到下届会议。

7. 委员会于第 2624 次会议组建了由特别报告员担任主席的一个不限成员名额的非正式磋商,对第 1 条、第 3 条和第 6 条进行研讨。非正式磋商的报告载于下文第 89 段。

8. 委员会第 2635 次会议审议了非正式磋商的报告,在同次会议上决定将第 1 条、第 3 条和第 8 条连同非正式磋商的报告提交起草委员会。

1. 对这个专题的着手方式概述

9. 特别报告员介绍了他的第一次报告,指出:考虑到委员会在审议前任特别报告员的初步报告和两个工作组于 1997 和 1998 年对这个专题的处理情况时,已经讨论了着手方式和这个专题所涉及的一般性问题,以及一些实际上的原因,他决定直接进入拟议条文的阶段,因为这样比较有利于进行有重点的讨论从而得出结论。但是,他愿意解释一下贯穿了他所拟议的条文、可以在本条款草案中予以讨论的一些一般性问题。

10. 首先,他认为,外交保护可以作为争取保护人权的手段。因此,他认为,外交保护仍是保护人权武器库中一个重要武器。只要国家仍然是在国际关系中起支配作用的行为者,由各国襄助其国民就权利受到侵犯的情事提出要求,仍然是最有效地保护人权的补救办法。不但不应该为了削弱这个补救办法而将其斥为没有实际价值的虚构,应该尽力加强包括外交保护权在内的一些规则。他的报告便是从这样的理念出发。

11. 其次,他不认为,由于个人现在已经能够利用一些解决争端办法,而使得外交保护过时。固然个人是国际法律体系的参与者,并且拥有国际法中的权利,他们所能使用的补救办法还是有限。

12. 再次，他已经蓄意决定早日提出这个专题所涉及的最有争议的一些问题，以便要求委员会指导，在问题复杂化以前加以解决。对于第 2 条中所述在行使外交保护时使用武力的问题和第 4 条中所述各国是否有责任行使外交保护问题来说，更是这样。

13. 关于结构，他说，A/CN.4/506 号文件中所拟议的 8 个条文草案分为两类。就第一类(第 1 条至第 4 条)来说，第 1 条和第 3 条大抵上是基本的，第 2 条和第 4 条则特别引起争议。就第二类(第 5 条至第 8 条)来说，也引起争议，但这些争议都涉及国籍。

2. 第 1 条⁸

(a) 特别报告员的介绍

14. 特别报告员解释说，第 1 条不是为了对专题下定义，而是进行说明。这一条也不是为了处理由国际组织实行职能保护的问题(本报告第 38 段简略地触及这个问题)。在对本专题的研究也许根本不会触及这个问题，它的确引起了好多的原则问题。外交保护学说显然密切涉及外侨受到损害所引起的国家责任。的确，委员会起初打算拟订的国家责任条款，已经试图包括目前拟订的国家责任原则和外交保护事项。到了 1920 年代，对外侨造成伤害的一国国际不法行为或不行为，应由该违法国负责的概念，已经在国际社会中得到普遍的接受。虽然一国没有接纳外侨的义务，一旦加以接纳，就应对该外侨的国籍国承担义务，按照国际最低限度外侨待遇标准，对该外侨的人身和财产，给予一定程度的保护。

15. 第 1 条中的“行动”一词引起了一些困难。关于外交保护的定义大多没有适足地规定实行外交保护的国家所能够采取的行动的的性质。看来，常设国际法院已经区分“外交行动”和“司法程序”，国际法院在 NOTTEBOHN 案中也作了这

⁸ 第 1 条案文如下：

范围

1. 在本条款中，外交保护是指一国因另一国的国际不法行为或不行为对其国民的人身或财产造成损害而对该国采取的行动。

2. 在第 8 条规定的例外情况中，也可向非本国国民提供外交保护。

样的区分，伊朗—美国索赔法庭对第 A/18 号案件的审理也采取这种方式。反之，法律学者并不作这样的区分，他们总是使用“外交保护”一词来涵盖领事行动、谈判、调停、司法和仲裁程序、报复、反报、断绝外交关系、施加经济压力、终至使用武力。

(b) 辩论概况

16. 委员会认为，特别报告员的报告能够刺激思维，作了扎实的研究，适合以直接和开放的方式，讨论在外交保护方面可能必须面对的一些有争议的问题。该报告在第 1 条中提出了一些重要问题，也影响到对本专题所采取的着手方式。

17. 据指出，特别报告员的报告中极为重视外交保护，认为它是确保人权不致遭受侵犯的手段。但是，这个问题可能得到过分的强调。当一国基于其国民的利益提出人权问题的时候，是否对该国民实行外交保护，并不是直截了当的。在国际法中，关于人权的义务是典型的普遍义务。任何国家都可以要求停止违法行为，无论受到影响的人是否该国国民，违法国民或一第三国的国民。因此，在援引人权的情况下，与权利要求有关的任何国籍规定似乎不相干。但是，各国的主要关注事项是保护其国民的人权，关于人权的一般国际法规则多半不根据国籍区分受保护的人，各国在涉及本国国民的情况下，往往比较愿意实行保护。因此，可以确切认为，外交保护概念已经扩大适用于保护一国国民的人权。但是，出现了一些难题。国际法院法官对巴塞隆那电车公司案提出了有名的附带意见，其中表明：只有国籍国才可以在该案中实行外交保护，但在人权案件中，任何国家都可以这样做。

18. 还有人认为，第 1 条中的“行动”一词引起了困难。外交保护是一个漫长而复杂的过程，通常分为两个阶段。第一、当一国从一个人接到一项申诉时，便加以审查，以确定情节有多严重，是否合法。这个第一准备调查阶段并不构成外交保护。只有当国籍国政府决定以其国民的名义对据称未能对其国民适用某些国际法规则的政府提出要求以后，外交保护程序才开始运作。

19. 在这方面，对于外交保护是否适用于一国政府(在发生不法行为以前)为了防止伤害其国民所采取的行动或只适用于已经发生的该国不法行为，有不同的意见。有些委员赞同后者，认为：外交保护是为对另一国国民造成伤害的该另一国

的国际不法行为而实行的。国籍国与其他国家谈判，以预防其国民受到伤害不属于外交保护的范畴，这是正统派对这项概念的理解。有些委员持有不同的见解。他们认为，实际上，国家可以针对将来可能对其国民造成伤害的行动或措施，受理其国民的关注事项。国籍国在现阶段的参与也应该定性为外交保护。总之，外交保护不是这种意义上的“行动”；它是对于一种进程的推动，使自然人或法人的要求变成一种国际法律关系。从这种严格的技术意义上说，外交保护是实现国家国际责任的一个手段。

20. 对于外交保护的性质，委员们表示了两种不同的看法。一种意见认为，外交保护是个人的权利。根据这种意见，若干国家的宪法，特别是东欧国家的宪法，支持国民要求外交保护的權利；这是与人权保护在当代国际法中的发展相符的一种趋势。另一种看法受到许多委员的赞同，它认为，外交保护是国家的裁量权。一国有权就另一国的不法行为向该另一国提出要求，即使不法行为不是针对国家本身而是针对受到该不法行为之害的该国国民。但是，该国没有义务为受害的国民提出要求。宪法规定的向国民实行外交保护的义务与涉及外交保护的国际法无关。

21. 关于伤害的定义，一般普遍认为，第 1 条的案文应该显示：外交保护涉及国际法中的伤害，而与国内法中的伤害无关。对于违反国内法行为是否带来实行外交保护的權利的问题，有人提议采取折衷的解决办法，它认为，如果涉及外侨的国内法受到违反，而且没有在本国法院中予以纠正，就会形成国际法中的伤害。但是，有些委员不欢迎这种看法，因为外交保护中的问题并不否定正当程序，而要用尽国内补救办法。即使否定了正当程序，外交保护也会触发，一味不许使用司法程序，也会引起对初级规则的审议。

22. 据指出，由于国家责任和外交保护之间的关系，后者的用语应该与前者一致。也有人指出，“外交保护”概念应予澄清，以免混淆了它与给予外交官的保护、特权与豁免以及涉及领事和外交代表权与职能的事项之间的区别。

(c) 特别报告员的总结

23. 特别报告员说，第 1 条没有引起任何重大的异议。但是，有人对用语提出质疑，特别是“行动”一词，不同的委员对它作了不同的解释。据认为，应该更

加注意这个事项。有些委员也认为，第 1 条的用语应该与国家责任条款的用语一致。

24. 有人提出了饶有兴味的意见，认为，不法行为必须在实行了以后，才能成为实行保护的前提。但是，有些委员提请注意某一法案所规定的措施可能构成不法行为的情况。这个问题也需要进一步审议。

3. 第 2 条⁹

(a) 特别报告员的介绍

25. 特别报告员解释说，第 2 条引起了两个极具争议性的问题：第一、国际法是否容许以强制干预方式保护国民的长期论题；第二、这个事项是否属于外交保护领域的问题。他历来不愿意在评注中用太多的篇幅谈论这个问题，由于第 2 条有可能被拒绝接受，更是不愿多说。他记得，前任特别报告员在其 1998 年初步报告中断言各国不致在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力。因此，他觉得不应该在报告忽视这个议题。

26. 他说，联合国宪章第 2 条第 4 项禁止使用武力。就单方干涉来说，唯一的例外载于规定自卫权利的第 51 条。国际法中的自卫权利远在 1945 年以前就有了明文规定。一般普遍认为，这项包罗广泛的权利，包括了预期性自卫和保护国民的干涉行动。第 51 条没有提到它的内容，只提到发生武装攻击的情况。对这个问题持不同立场的许多学者展开了学术气氛相当浓厚的辩论。国际法庭和联合国政治机关的决定对这个议题提供了指导。法院通常避免触及这个专题。因此，法律

⁹ 第 2 条案文如下：

禁止将进行武力威胁或使用武力作为外交保护的手段，但营救国民的下列情况除外：

- (a) 保护国未能通过和平手段确保其国民的安全；
 - (b) 损害国不愿意或不能保证保护国国民的安全；
 - (c) 保护国国民的人身遭受直接危险；
 - (d) 使用武力与局势的情况相称；
 - (e) 一旦国民被营救，即停止使用武力，且保护国撤出其部队。
- 同上，第 16 页。

是不确定的。但是，这项权利在过去被严重滥用，而且还有可能被滥用。因此，如果要载列这项权利，就需要拟订含义明确的案文。为了做到这一点，他拟订了自认反映了国家实践情况而不是绝对禁止使用武力的第 2 条案文。绝对禁止使用武力很难与实际上的国家实践相调和。广泛的干涉权利也一样，在采取干涉行动以保护国民的情况下，这种权利同受害国和第三国提出的抗议无法妥协。

27. 他在报告第 60 段中指出，本项研究不涉及人道主义干预行动。他理解到，第 2 条会引起相当激烈的辩论。但是，他认为第 2 条的拟订有利于首先就这个事项作出决定，这样一来，在委员会已经对这个主题事项进行长期辩论以后，这个事项才不致重新出现。本报告中载有的材料，足以对是否应该在草案中列入这种性质的条款作出决定。

(b) 辩论概况

28. 委员们对第 2 条表示了两种不同的意见。

29. 一种意见认为，第 2 条没有绝对禁止在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力，因此应该予以反对。条款草案不应该载列可能会对禁止使用武力引起质疑的任何例外规定。使一国免对使用武力行为负责的情况可能包括立即的危险或危急情况，这是应该以国家责任条款加以制约的事项。但是，在外交保护情况下，容许使用武力、为使用武力辩解或使得使用武力合法化的任何规则都是危险的，因此是不可接受的。如同特别报告员指出的，自从在 1902 年形成德拉哥学说和拟订了《限制使用武力索取合同债务公约的波特公约》以来，禁止进行武力威胁和使用武力历来是外交保护权发展情况中最为显著的一个方面，它肯定推进了一般国际法的发展。联合国宪章第 2 条第 4 项的拟订便是这种发展的极致表现。除了考虑到历来打着外交保护旗号使用武力的情况以外，必须在条款的某个位置维持第 2 条起首条款第一部分的内容：“禁止将进行武力威胁或使用武力作为外交保护的手段”，因为这是关于外交保护的惯国际法发展情况中的一项重要内容。但是，应将特别报告员拟议的案文中从“但营救国民的下列情况除外：……”开始的字句删除。应该记得，一读通过的国家责任条款中关于反措施的第 50 条(a)项明确禁止一国以反措施方式进行宪章所禁止的武力威胁或使用武

力。但是，由于会在例外情况下使用武力的趋势日益明显，任何删除特别报告员所拟订第 2 条案文第一句第一部分的意图，都会引起错误的解释。

30. 对于前段所表示的看法，有人说，特别报告员的建议也抵触了另一个至关重要的国际法原则，即《各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》中所宣示的不干涉各国内政原则，该《宣言》规定：任何国家或国家集团均无权直接或间接以任何理由干涉任何其他国家的内政或外交事务，因此，武装干涉和一切形式的干涉或意图进行威胁以侵害一国国格或影响其政治、经济或文化要素均属于违反国际法。

31. 另一种看法认为，使用武力问题不是外交保护专题的一部分，不属于委员会任务的范围。外交保护涉及责任法，本质上涉及容许提出要求的程度。委员会不可能处理所有的机制，有些机制本身极其重要，可以根据它来保护针对国家提出申诉的个人。这些机制包含一系列的行动，其中包括维和行动、领事活动等等。此外，使用武力以保护侨民的问题不能说是与使用武力和适用联合国宪章的整个问题无关。特别报告员提到的行动或许可以援用危急情况等其他国际法原则来加以辩解或作为借口，同人道主义干涉一样，这些行动都是引起争议的问题，与外交保护问题无关。

32. 赞同第一种看法的委员认为：给予各国合法依据，从而容许它们在外交保护这个不属于联合国宪章第 51 条规定的自卫情况的框架内使用武力，是不可思议的。他们认为，不能将自卫的概念扩大适用于一国对其旅外侨民的保护。但是，赞同第二种看法——即认为使用武力问题不属于外交保护范围——的委员认为，特别报告员的法律观点是正确的，各国会在其侨民生死攸关的情况下采取强制行动。认为第 2 条中所讨论的问题不属于外交保护专题范围因此应该予以删除的委员，不同意将其保留在起首条款的第一部分，因为他们认为，使用武力以保护侨民是一种自助形式，有别于任何层级上的法律保护或实际保护。基于这个原因，即使保留第 2 条的这一部分案文，还是会产生混淆。

33. 提出的另一个看法认为，条款应该载明：外交保护是为了启动和平解决争端的程序，以保护在另一国受到威胁或受到伤害的某一国民的权利或财产。按照这种方式，不必采取第 2 条第一句的措词方式，即可排除武力。因此，从第 1 条

中把“行动”一词删除是个值得考虑的富建设性的办法，可以不必说外交保护意味着启动和平解决争端的程序。

(c) 特别报告员的总结

34. 就第 2 条而言，必须确认，一些国家认为使用武力是外交保护的终极形式。从二战之前和之后的文献中都载有赞同这个立场的文字。事实上，有些国家在一些情况下为保护其国民采取过强制干涉行动，指称：他们是在行使实行外交保护的权力，将来还会这样做。平心而论，他不可能像前任特别报告员那样认为在保护国民的情况下使用武力是非法行为。但是，他意图使这种干涉受到严格的限制。有些委员拒绝接受第 2 条，因为联合国宪章绝对禁止使用武力保护国民，只有在受到武装攻击的情况下，才有理由使用武力。但是，委员们大多没有对宪章的规定采取坚定的立场，他们的优选办法是只以第 2 条不属于外交保护专题范围为由不予接受。辩论情况显示，对于“外交保护”一词的含义没有达成一致意见，但也显示，外交保护不包括使用武力。因此，委员会不接受第 2 条草案是相当明确的。

4. 第 3 条¹⁰

35. 特别报告员说，第 3 条处理了保护权是涉及国家还是个人的问题。在目前阶段，已经有充分的理由认为，这项权利属于受害人的国籍国。损害是对国籍国的损害的说法可以追溯到十八世纪和 Vattel 的传统观点，常设国际法院在 Mavrommatis Palestine Concessions 案和 panevezys-saldutiskis railway 案以及 Nottebohm 案中都赞同这个说法。

36. 第 3 条相对而言，争议较少。这一条引起了当国籍国援引另一国对其国民造成损害的责任时，所声称的权利属于谁的问题。传统的观点认为，损害是对国家本身造成的损害，这种观点受到了挑战，因为它是一个含有内在矛盾的谜团。

¹⁰ 第 3 条案文如下：

国籍国有代表受另一国非法损害的国民实行外交保护的权力。除须遵照第 4 条外，国籍国有行使这项权利的裁量权。

他已经在上一段中指出，这个学说已经被接受了几世纪，常设国际法院和国际法院都予以赞同。

37. 外交保护虽然是以一项假说作为它的前提，却是获得接受的一个习惯国际法体制，仍然是用以保护人权的宝贵手段。它为保护没有机会利用国际机构的成百上千万外侨提供了可能的补救办法，也为有机会利用国际人权文书所规定的补救办法、但认为效果不彰的人，提供了一个比较有效的补救办法。

38. 第 3 条意图以传统方式编纂外交保护原则。它确认外交保护是在一国国民受到另一国非法损害的情况下，可以由该国在第 4 条规定的情况下酌情行使的权利。国籍国的外交交涉权的运用并不限于大规模和有计划侵犯人权的情况，当该个人可以根据人权条约或外国投资条约利用补救办法时，该国也不必避免行使该项权利。实际上，一国在该国民可利用个别补救办法的情况下，可能避免声称国家的权利，它也可能根据有关条约，与该个人一起声称其权利。原则上，第 3 条规定，当一国国民受到非法损害时它也受到侵犯，因此不必实行上述的克制。

(b) 辩论概况

39. 第 3 条的建议原则上是可予接受的，但是，它的案文引起了一些困难。第 3 条严格遵守外交保护的学说，其核心是“有代表受另一国非法损害的国民…的权利”。一些委员认为，比较适当的做法是将“受另一国非法损害的”改为“受另一国国际不法行为损害的”，其优点是可将主题事项限定在适当的范围内，也即是国际责任的范围内。更加重要的是，从传统理论上说，受害的并不是个人，而是其国民受到损害的国家。这是传统学说的根本论点，应该在条款草案中保持连贯一致的提法。

40. 有人着重指出，在保护人权或保护投资的情况下，国际法中承认直接个人权利的步骤是非常令人欢迎的，并没有破坏传统的外交保护学说。外交保护是国家在目前实在国际法中的裁量权，或许应该以比较明确的方式予以载述。将国家的裁量权限定在狭隘范围内的时机是否已经到来的问题出现了。也有人认为，把宣称实行外交保护的权力属于裁量性质的字句保留下来的做法并不合适，因为有人可能认为，这些字句会妨碍各国制定责成国家保护其国民的国内法。

(c) 特别报告员的总结

41. 在第 3 条中，他已经提议，委员会应该通过源自常设国际法院对 Mavrommatis Palestine Concessions 案的判决的传统观点，它认为，外交保护是国家的权利，国家并不是以国民的名义行事。有些委员说过，国家的要求应该得到更加有力的强调。另一些委员认为，应该更加强调，对国民的伤害是违背国际法的原因这一事实。他认为，条款草案中含有这个概念，但他同意，这个概念可以用更加明确的方式予以表达。

5. 第 4 条¹¹

(a) 特别报告员的介绍

42. 特别报告员说，第 4 条处理另一个有争议的问题，是逐渐发展、而不是编纂领域的一个拟议法建议。传统学说认为，一国有决定是否对其国民实行外交保护的绝对权利。它没有这样做的义务。因此，在国外受害的国民无权得到国际法中的外交保护。但是，一些学者认为，这个立场是国际法中一个令人感到遗憾的特点，目前国际人权法的发展要求一国承担一些义务，对受害的国民实行外交保护。第六委员会讨论了这个事项，发言者大多认为，国家对于是否给予外交保护，具有绝对的裁量权。但是，有些发言者持相反的意见。

¹¹ 第 4 条案文如下：

1. 如果一项严重违反绝对法规范的行为所造成的损害可归咎另一国，除非受损害人能够就此种损害向国际主管法院或法庭索赔，否则，国籍国经要求有法律义务代表该受损害人实行外交保护。

2. 在下列情况下，国籍国被解除这项义务：

- (a) 实行外交保护会严重危害该国和(或)其人民的首要利益；
- (b) 另一国代表受损害人实行外交保护；
- (c) 受损害人不持有该国的有效和主要国籍。

3. 国家有义务在其国内法中规定必须在国内主管法院或其他独立的国家当局坚持这项权利。

同上，第 26 页。

43. 这个领域内的国家实践是饶有兴味的。许多国家宪法表明个人的确有权得到外交保护。有些国家的宪法，尤其是东欧国家的宪法，明文规定：国家必须保护其国外侨民的合法权利，该国侨民在侨居国外时应该得到保护。但是，他不知道这些权利是否能够根据这些国家的国内法予以行使，或者只是旨在确保某一受害侨民有访问该国领事官员的权利。

44. 第 89 至第 93 段描述了应该对该项权利施加的限制。第一、这是应该只适用于强制法规范受到违反的情况的权利。第二、国家应该有广阔的评估余地，不应该在不符其国际利益的情况下，迫使它保护某一国民。第三、如果该个人能够利用国际法庭的补救办法，一国应该不必承担这种义务。第四、如果另一国能够保护具有双重或多重国籍的某一个人，则一国无需承担这项义务。最后，他提出了这样的构想：一国应该没有保护与国籍国没有真正或有效联系的国民的义务，这是可能适用 Nottebohm 情况的领域。因此，他促请委员会注意第 4 条，充分理解到这是逐渐发展中的一项工作。而且，委员会应该在初期阶段决定这项建议是否过于偏激。

(b) 辩论概况

45. 有些委员对第 4 条表示关注，他们认为这一条是拟议法，并没有提出国家实践的证据予以支持。特别报告员报告第 80 和第 81 段中提到的构成条款并没有对法律见解提供任何实证。认为外交保护是国家的责任的法律学者并不是很多，第 87 段中得到的结论是最近国家实践中能够用于支持这项观点的“迹象”，是对于现有实际材料的一项乐观评估。

46. 同理，据指出，第 4 条规定国家在若干情况下实行外交保护的责任却没有指明应该对谁负责任，这是走得太远了。可能是应对个人负责任，但由于也提到强制性规范，便产生了是否应对整个国际社会负责任的问题。据指出，外交保护是由国家裁量是否应该实行的主权性特权。国家立法顶多采取对国外侨民提供保护的方式说明国家政策的宗旨，但未能拟定具有法律约束力的条款。

47. 据指出，这一条与第 1 条和第 3 条一样，都引起了人权问题。外交保护没有被明确地确认为人权，就此而论，不可以获得执行。有人再度着重指出，必须区别人权和外交保护，因为如果两者互相混淆，引起的问题可以比解决的问题

多。此外，鉴于对“绝对法”的含义和范围缺乏明确的了解，这一条引起了重大的难题。这种看法认为，委员会应该只处理实行外交保护这一具有严格的技术性的观念，不应该冒然超出任务范围。

48. 还有人指出，这几这几个条文为一国规定了实行外交保护的“法律责任”，但履行这项责任的情况只限于受害人提出这种要求的时候。其中有一个矛盾：如果一国有责任，它就必须履行，否则它便违法。在第 4 条中，受害人的“要求”只与严重违反绝对法的行为挂钩，但这项案文大大减少了实行外交保护的权力的范围。它意味着：一国只有在涉及绝对法的时候才必须干预。其意图或许是：当一项绝对法规则受到违反的时候，一国应比在其他情况下都更加切实、负责和乐意不顾一切情况去进行干预。这项规定抵触了国家责任原则——如果绝对法受到侵犯，国籍国和所有国家都有保护个人的权利和义务。

49. 这一条引起的另一个问题是：个人可以提出自己权利要求的范围和程度如何？是否可以同时行使要求外交保护的权利呢？国家应该行使外交保护权利的精确分际在哪里？如果是这样，个人继续在这个机制中发挥作用的余地有多大？这些问题都需要进一步注意。《关于国家对伤害外国人的国际责任的哈佛公约草案》中建议：应该对国家的要求给予优先地位。这是否意味着不再处理国民的要求了？如果还受理，就不再是理赔的中心了吗？还有，可能同时提出的两个要求之间的关系并不明确。

50. 另一些委员对第 4 条采取较不批评的看法。他们认为，这一条基本上是说，在维护整个国际社会基本利益的至关重要的义务被违背时，一国不能消极被动；即：如果有人在某些地方实行了灭绝种族行为，或一国有计划地以酷刑或种族歧视作为管理的手段，其他国家不可能袖手旁观。但这也不是外交保护问题。这是一个概括得多的问题，而且是委员们所熟悉的问题，因为它涉及国际罪行。在这种情况下，各国有权、也有义务采取行动，不过，还没有理由使用武力。但是，这并不意味着：外交保护应该作为采取这种行动的手段，因为它所要拥护的并不光是国民的利益，而是整个国际社会的利益。这个问题不属于外交保护的范畴，而是属于远较广泛的国际责任专题的范畴，尤其是属于一读通过的国家责任条款草案第 51 条的范畴。

(c) 特别报告员的总结

51. 特别报告员认识到：他介绍了根据拟议法拟订的第4条。上文已经指出，拟议的案文得到一些法律学者以及第六委员会和国际法委员会中一些委员的支持；它甚至被纳入一些国家的宪法。因此，这是逐渐发展国际法的工作。但是，一般认为，要使委员会注意这个问题还为时过早，还需要有更多的国家实践，尤其还需要听取更多的法律意见，才能着手审议。

6. 第5条¹²

(a) 特别报告员的介绍

52. 特别报告员说，第5条本质上检视了 Nottebohm 案中所载述的原则，即：就外交保护的实行来说，在国籍国和个人之间应该有真正的联系。问题在于：这个原则是否精确地反映了习惯国际法？是否应该加以编纂？Nottebohm 案载述的原则被视如下立场的权威，即：无论在个人具有双重或多重国籍的情况下，即使是只有一个国籍的情况下，该个人和国籍国之间都应该有真正的联系。但是，有两个因素可能限制了案件决定的影响，使它成为非典型的决定。第一、列支敦士登根据其国内法将国籍给予 Nottebohm 的合法性还是不无疑问。第二、Nottebohm 与危地马拉之间的关系肯定比他同列支敦士登之间的关系密切。因此，他认为，国际法院并不意味着宣告 Nottebohm 有别于其他国家的列支敦士登国籍身份。它只是审慎地判决了列支敦士登有权向危地马拉提出向 Nottebohm 实行外交保护的要求，因此，不能断言列支敦士登是否能够向危地马拉以外的一国提出保护 Nottebohm 的要求。

53. 关于这项原则的适用，国家实践的资料很少，学术界的意见有分歧。如果接受这项原则，就会严重缩减了外交保护的范

¹² 第5条案文如下：

为自然人的外交保护的目， “国籍国” 是指要求从其得到保护的个， 因出生、血统和正当归化而获得国籍的国家。

此，他认为，不得严格适用真正联系原则，而且不应该从中推论出一般规则。因此，他在拟议的第 5 条案文中指出：“为自然人的外交保护的目的是，‘国籍国’是指要求其得到保护的一个人，因出生、血统和正当归化而获得国籍的国家。”它引用了制约国籍法的两项基本原则。第一、一国实行外交保护的权力是以该国和该个人之间的国籍联系为基础的；第二、应由每一国家根据其本国法律确定谁是它的国民。它也考虑到这样的事实：远远不是绝对，一国对一国民实行外交保护的权力是相对的权利，学说、案例法、国际习惯和一般法律原则(本报告第 95 至第 105 段)都以实际例证说明了这一点。据认为，出生和血统是为了外交保护的目的给予国籍和承认国籍的令人满意的联系因素。从原则上说，归化也是给予国籍的令人满意的联系，无论是通过结婚或领养依法自动给予或通过履行了居住要求的个人申请取得。反之，国际法不承认以欺诈手段归化、以歧视方式给予归化或在国籍国与该个人没有任何联系的情况下归化。在这种情况下，给予国籍的国家滥用权利就会形成不具善意的归化。但是，国家预先假定个人具有善意，在决定给予一个人国籍之前，可以评估该个人是否具有必备的联系因素。

(b) 辩论概况

54. 据指出，本报告载有许多有用的材料，尤其是相关的判例和在伊朗—美国索赔法庭和联合国赔偿委员会(科威特—伊拉克冲突以后设立的)一类的专门管辖机关通过的决定。但是，以国籍作为外交保护根据的第 5 条不曾考虑到若干政治及社会现实。例如，许多传统的社会没有对出生登记作出任何规定，这样的社会将苛刻地逼迫许多文盲证明他们的国籍。另一种情况是，受到战争荼毒的人和难民们仓促地跨越国境，通常没有施行证件，只能口头证明哪个国家是他们的原籍国。向这些人要求出示国籍证明，尤其是证明文件，显然是毫无意义的。从这个意义上说，“有效国籍”原则可作为提供国籍证明的依据，否则便无从证明了。但是，特别报告员对于这个问题的立场有点不明确。他先是在对第 5 条的意见中采取审慎立场(第 117 段)，指出：NOTTLEBOHM 案提出的真正联系要求如果得到严格适用，就会严重地破坏了外交保护学说，因为从字面上说，它会使得成千上万人得不到外交保护”，后来，他又在第 6 条和第 8 条的评注中回到这项原则，使它起到巨大的实际作用。在国家实践中，一般总是以住所，而不是国籍，作为

解决争端时应该考虑到的联系因素。在实际世界中，住所是提供外交保护的依据，否则便无法以正式文件提出证明。

55. 有些委员坚持认为，外交保护权不应该与国籍有太多的联系。目前，国民在国外设立住所的事例越来越多。因此，住所的地点建立了与东道国之间的联系，这种联系与国籍一样有效。即使这种联系跨出了传统学说的范围，却是委员会应该考虑到的一个当代生活的事实。在对第 5 条至第 8 条的审议中，不应将住所视为只是一个附带因素，而应视为一个实际联系因素。

56. 但是，有人认为，在外交保护范围内，不应该过分强调一些委员对“惯常居所”所认定的重要性。否则，便会发生即使某一由于出生、血统或正当归化而取得了另一国的国籍，却由于他在一国设有惯常居所而使得该国仍然有权向他实行外交保护的问题。如果该人是无国籍人或难民，那却是不同的问题，已由第 8 条予以处理。另一个问题是：由于出生、血统或正当归化而取得一国国籍的自然人会不会由于惯常居住在另一国而使得国籍国丧失对他实行外交保护的权利。持这种看法的一些委员认为，对上述问题的答案是：不会。因为如果会，那么惯常居所就成了外交保护的天然敌人了。

57. 有一种意见认为，虽然国籍与这个专题有关，却不是这个专题的核心。第 5 条并不意图全面包括与国籍有关的国际法规则。但一国将可根据第 5 条对另一国给予一个人国籍的决定提出异议。特别报告员正确地指出，各国认为把国籍赋予某一个人是在行使其主权特权，谁要是认为这样做不适当，会引起各国的敏感。因此，应该效法国际法院对 Nottebohm 案的安全作法，假设各国可以自由地将其国籍给予某些个人。某一个人有无某一国国籍的问题意味着各国法规的适用，最好让各国自己决定。根据 Nottebohm 案的判决，处理国籍要求的方式是容许其他国家在一国和它的某一国民之间是否存在有效联系提出异议。有人认为，特别报告员已经正确地指出，在国家实践中对国籍有效性提出异议的事例极少。但是，各国对另一国给予国籍的方式提出异议的事例更少。说明一种或另一种作法的案例数目并不具有决定作用：反之，必须确定接到要求的各国是否以为有权以缺乏有效联系作为拒绝给予国籍的理由。

58. 据指出，如果委员会保留有效性标准，它应该施加一些限制，以便使它能够发挥作用。它应该考虑任何其他国家是否可以对个人的国籍缺乏有效联系的情

况提出异议，还是只有与该个人具有最切实联系的某一国家才有权提出异议：声称该个人与要求实行外交保护的国家之间没有任何真正的联系。在涉及一公司而不是一个人的巴塞隆那电车公司案中，国际法院还是提到 Nottebohm 案使用的标准。虽然国际法院没有认可这项标准，却审议了它是否对加拿大适用的问题，结果断定巴塞隆那电车公司与加拿大之间具有有效联系。反之，国际法院并没有比较与附属公司营运地西班牙、或大部分股东均为国民的比利时、在这方面的一些联系。外交保护所根据的概念是：已经对个人造成或可能造成的损害，会对国籍国造成特别重大的影响。这个体制的设计并不是要为一些个人提出要求，而是统括地以该国本国国民的名义提出权利主张。个人与其国籍国以外的一国有真正联系的情况是该一国如果要反对就可以反对的，无论这一国是否有上述那种比较有力的联系。如果没有真正的联系，国籍国就不会受到特别重大的影响。

59. 据指出，第 5 条与第 3 条密切相关，其中规定了对国民、而不是国籍国的定义。给予国籍的标准——出生、血统或归化——都是适当的，通常可加以接受。这些标准中只要具备一样就可以在国籍国和国民之间建立有效的联系，即使该国民经常住在另一个国家。对于惯常居所，据指出，有些法律学者对非自愿和自愿归化作了区别，视国籍是否依领养、过继、认养、结婚或一些其他手段取得而定。尽管特别报告员把归化本身的含义限定为正当归化，归化还是一个含义相当广泛的概念，根据不同的依据采取不同形式。在这些依据中，惯常居所往往起到重要作用，无论它通常是否与其他联系因素相结合。

60. 但是，有些委员认为“善意”标准是主观的认定，因此难于适用。据指出，“善意”要求需由回应国对恶意负举证责任，这是不公平的。反之，最好采取 Flegenheimer 案中的用语，称之为“正当归化”。还有人建议把这一条缩短，删除提到“出生、血统或善意归化”的字句。另一些委员建议保留这些字句，但加上“按照国际法”一语来限制归化的含义。有些委员表示不能接受这项建议，认为如果仍旧提到给予国籍的方法，便是对国家按照其国内法决定是否给予国籍的斟酌处理权提出质疑。

61. 还有人指出，第 5 条采取与第 1 条相反的作法而列出取得国籍的必备条件，使人以为一国给予国籍的权利受到了质疑，国家无权核准不具备善意者的入籍申请。有人强调指出，问题在于可反对的程度，而不是国籍。从这个观点看待

善意国籍问题，Nottebohm 案涉及的论点不在于一国给予国籍的权利，而在于列支敦士登向危地马拉提出要求的权利。因此，根据这种看法，特别报告员第 97、98、101 和 102 段应该围绕着可反对的程度、而不是就几乎毫无疑问的一国给予国籍的权利展开讨论。因此，特别报告员报告第 120 段中得出的结论应该作出相应的修改。

62. 也有人认为，报告第 117 段中谈到 Nottebohm 案中提出的真正联系要求严重地破坏了外交保护学说，这种说法是言过其词。反之，只要一个人持有一国国籍，根据一项有关的标准，容许该国实行外交保护的门是开着的。此外，特别报告员报告第 104 段中谈到在强迫归化的情况下国籍是不被承认的，这种说法虽然相干，却似乎没有考虑到国家继承——这是使继承国有权使用公权力一律给予国籍的体制，甚至给予持有先前国国籍、但居住在继承国的人。这是一个重要的例外事项，在国际法中基于与自愿归化相同的理由受到承认。

63. 委员会有些委员认为，在不提到不许使用司法程序和用尽当地补救办法问题的情况下，很难讨论第 5 条。要把损失归咎于一国，必定发生了不许使用司法程序的情事，即：必定再也没有机会从不行为国得到赔偿或抵偿了。一旦用尽当地行政和法律上的补救办法，如果违背国际义务行为造成的损失没有得到赔偿，就可以启动外交保护程序。

64. 据认为，最好在条款草案中规定自然人的待遇。由于显然很难鉴定法人的国籍，应该把法人排除在研究范围之外，因为法人的国籍国可能是其总部所在国或其登记地国、股东的国籍国、甚至可能是其主要决策中心所在国。

65. 但是，委员会另一些委员不同意将不许使用司法程序载入条款草案中，因为它将涉及对初级规则的处理，委员会已经决定把本专题的审议范围限定为次级规则的专题。关于是否应该把专题限定于涉及自然人的范围，有些委员认为，由于应该考虑到国际贸易的拓展、需要外交保护的国民将是公司的股东等等，目前不应该把涉及法人的问题排除在外。

(c) 特别报告员的总结

66. 特别报告员说，许多委员已经着重指出，审议中的专题涉及外交保护，而不是国籍的取得。第 5 条或许没有足够明确地予以区别。真正的问题是，如果一

个人惯常地住在其他地方，其国籍国是否丧失保护该个人的权利。所涉及的问题是对一国保护其国民的权利提出异议，而不是一国可以给予国籍的情况。可反对国籍的程度开始起作用，应该在重新拟订的案文中加以处理。他赞成重新拟订第 5 条而在案文中不提到出生、血统和归化的建议。有人反对使用“恶意”一词，这也是案文的起草问题。因此，虽然许多人建议如何改善第 5 条，却没有人对拟订这样一项规定的需要提出质疑。关于用尽当地补救办法的要求，特别报告员同意：这项要求是必须在关于外交保护的工作中予以处理的事项，虽然目前也在国家责任的专题中予以处理。

7. 第 6 条 ¹³

(a) 特别报告员的介绍

67. 第 6 条处理双重或多重国籍，这是国际生活中的事实，即使所有国家都不予承认。问题在于一国籍国是否可以为一具有双重或多重国籍的国民向另一国要求实行外交保护。编纂的意图、国家实践、司法决定和学术著作对这个专题有分歧的看法，特别报告员已在其报告(第 122 至 159 段)中举例说明，但是最新的资料来源似乎支持第 6 条中所倡导的规则：在若干条件的限制下，一受害者的主要国籍国可为他向其第二国籍国提出实行外交保护的要求。主要或有效国籍的标准是重要的，法院必须仔细审议该有关的人与一国的关系是否比另一国密切。

(b) 辩论概况

68. 委员们对第 6 条的意见有分歧。一些委员赞同第 6 条的原则，和提到“主要和有效”国籍。有些委员不同意本条的核心案文。另一些委员则对本条案文涉及的具体问题表示意见。

¹³ 第 6 条案文如下：

除须遵照第 9 条第 4 款外，国籍国可代表受损害国民针对其另一国籍国实行外交保护，如该个人的[主要][有限]国籍属于前一国。

69. 有些委员声称：虽然有国家对其本国国民不负责任的古典规则，鉴于特别报告员在报告中所提到的理由，应该支持第 6 条。第 153 段中已经指出，虽然可能在确定有效或主要国籍问题上会有困难，但还是办得到。在两个国籍国之间，如果国籍的天平显著地向要求国倾斜，要求国实际上会得胜。如果对要求国和回应国之间是否存在有效或主要的国籍提出质疑，对于这个问题的解决应该对回应国有利。

70. 据指出，案例法将“主要”国籍和“有效”国籍视为可以互相交换。有人认为应该采纳“主要国籍”概念，因为它意味着：两个国籍联系中的一个比另一个密切。反之，“有效国籍”可能意味着：两个国籍联系中没有一个能够确立一国实行外交保护的权利。例如，在一人具有双重国籍的情形下，可能被认为两个国籍联系都无效。其结果可能是，两个国籍国都无法实行外交保护。特别报告员说，他赞同一些委员认为“主要”比“有效”可取的意见，因为这是一个人与一国或另一国之间的联系哪一个比较密切的问题。但是，他不完全赞同为这个优选办法提出的理由，因为由于出生取得的国籍可能的确是有效国籍：它取决于能够把“有效”一词的含义延伸到多大的程度。

71. 据指出，第 6 条处理多重国籍对实行外交保护权利的影响的复杂问题。特别报告员准备承认一受害人的一国籍国向其另一国籍国要求实行外交保护的权利，条件是：实行保护的国籍国与受害人的联系具有主要或有效的性质。要达成这个结论并不容易，因为这项分析的出发点的《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第 4 条反对这个观点，因为其中规定：“一国不得为一国民向其另一国籍国要求实行外交保护”。即使时至今日，还是有人支持这项原则。

72. 但是，特别报告员说明过，主要国籍或有效国籍原则发展的同时，对具有双重或多重国籍者实行外交保护问题的处理方式也发生了重大的变化。特别报告员举出在双重国籍情况下适用主要国籍或有效国籍的许多事例，例如对 Nottebohm 案和伊朗—美国索赔法庭进行司法裁决的判例。他在报告第 160 段中所述的结论是：“因此，第 6 条中所载述的原则反映习惯国际法中的当前立场，符合国际人权法的发展情况，甚至要求一些个人的国籍国向他们实行法律保护”。但是，情况并不是这么简单。第一、到目前为止，“国际人权法的发展”完全来源于条约规则，适用范围有限，因为其发展只涉及必须遵守这些规则以及其中所规定的权

利和自由的国家。此外，特别报告员自己在其报告第 146 段中说过：法律学者对主要国籍原则的适用意见分歧。据指出，虽然比起 30 至 50 年前，各国比较容忍多重国籍，但是，还有许多国家将《1930 年海牙公约》第 3 条中的规则纳入其国内法，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”。看来，时至今日，一些国家仍不拟放弃这项权利。虽然有仍被视为基本参考点的 Nottebohm 案的判例，各国主权平等原则还是得到有力的支持。在确立了双重国籍的情况下，一律适用主要或有效国籍原则可能产生荒诞的影响并且危害国家的主权。而且，双重国籍给了具有两个国籍的人许多好处，有人问起：为什么他们不应该承受一些坏处呢？

73. 据指出，第 6 条引起的问题是复杂的，因为一些国家坚持认为，即使它们的国民随后取得了另一个国籍，仍应保留原来的国籍。这意味着：原籍国(即第一国籍国)仍然有权保留代表一国民对其国民取得国籍的国家(即第二国籍国)要求实行外交保护。委员会本身最好遵守《1930 年关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》，其中第 4 条规定：“一国不得为一国民向其另一国籍国要求实行外交保护”。要求一国对应该向它尽忠的具有双重国籍的国民实行外交保护，是不合法的。

74. 有人着重指出，在有关的人具有双重国籍的情况下，其国籍国之一要求第三国实行外交保护时，主要或有效国籍原则有其作用。但是，在对有关的人的另一国籍国适用该原则的情况下，还不能从习惯国际法中为这一规则的编纂找到足够的根据。此外，如果将第 6 条草案放在逐渐发展国际法的情况下处理，据以确定一国籍国是否可以要求另一国籍国实行外交保护的关键因素不应该是要求国的主要国籍，而应该是有关的人与回应国之间缺乏真正和有效联系的事实。

(c) 特别报告员的总结

75. 特别报告员承认，第 6 条引起了重大的困难，并且产生了明显的意见分歧。他同意把这一条置于第 7 条之后比较适当。他不像一些委员那样，认为它是逐渐发展国际法的一个明显事例。这里存在着两种观点，两者都得到有力的权威支持；委员会必须在互相竞争的两项原则之间作出选择。他着重指出，许多国家不容许其国民放弃或丧失其国籍。一人于放弃与国籍国的所有联系后取得另一国

的国籍、却又由于保有原籍国的国籍因而受到正式的约束，这样的情况有可能发生。它的含义可能是：如果该个人受到原籍国的伤害，第二国籍国无法加以保护。显然，条款草案必须载列一条包含第 6 条内容的规定。

8. 第 7 条¹⁴

(a) 特别报告员的介绍

76. 特别报告员说，第 7 条规定为具有双重或多重国籍的人的国籍国要求非为其国籍国的第三国实行外交保护的情况，其先决条件是：任何国籍国无需证明该国与该个人之间的确存在有效联系即可对其实行外交保护。这是在意见分歧的情况下采取的一项折衷规则，得到伊朗—美国索赔法庭和联合国赔偿委员会各项决定的支持。

(b) 辩论概况

77. 许多委员原则上支持第 7 条。有人认为，第 7 条第 1 款只反映了第 5 条的内容，无所添加。有人表示支持特别报告员的意见，即：有效或主要国籍原则不适用于一国为其具有双重国籍的一国民要求非为该国民国籍国的另一国实行保护的情况。还有人表示支持特别报告员报告第 170 段中的建议，即：在要求第三国保护具有双重国籍者的情况中，解决有效联系冲突的最好办法是：要求国只需出示该国与受害人之间的正当国籍联系。

78. 但是，有人担心，特别报告员似乎拒绝接受他自己曾试图在第 5 条中予以适用的主要或有效国籍原则。特别报告员在其报告第 173 段中承认：在要求国的国籍不是善意取得的情况下，回应国有权予以反对。这种意见认为，善意的国籍联系不能完全代替主要或有效国籍原则，《1930 年海牙公约》第 5 条便是这样规

¹⁴ 第 7 条案文如下：

1. 根据第 5 条所列标准双重或多重国籍所属国可代表该国民针对其不是国民的另一国实行外交保护。
2. 在第 5 条的意义范围内，两个或多个国籍国可共同为双重或多重国籍国民实行外交保护。

定的，后来又得到 Nottebohm 案的司法裁决等判例的确认。当然，还存在着在这一条范围内善意概念应该给予广义或狭义解释的问题。但是，特别报告员似乎采取了对国籍需要严格正式对待的态度，并不考虑有关的人和该国之间是否存在有效联系。在这一点上，这种意见认为，虽然主要国籍原则可能会被抛开，但应该在第 7 条中插入一项例外条款，以防止这一条被一国用于为具有多重国籍、但与它没有任何有效联系的人实行外交保护。

79. 对于第 2 款，有一种意见认为，由两个或多个国籍国共同实行外交保护的概念是可能接受的。但是，应该在第 7 条或评注中载明两个国籍国为具有双重国籍的国民同时但分别要求一第三国实行外交保护的可能性。在这种情况下，该第三国必须能够要求适用主要国籍原则，以便拒绝两个要求国之一实行外交保护的权力。但是，如果一国籍国放弃实行外交保护的权力或声称对回应国的回应感到满意而另一国却继续要求实行保护，也有可能发生困难。

(c) 特别报告员的总结

80. 特别报告员指出，第 7 条得到普遍支持，有人对案文的起草提出有用的建议，该载述的原则没有受到严重的质疑。

9. 第 8 条 ¹⁵

(a) 特别报告员的介绍

81. 特别报告员说，第 8 条载述为无国籍人或难民实行外交保护的规则，这是逐渐发展国际法的事例。该规定离开了狄克松车轮公司诉墨西哥合众国案中所阐述的传统立场。主要是在第二次世界大战以后，通过了有关无国籍人和难民的若干公约，但从来没有涉及外交保护问题。许多法律著作认为这是一种疏忽，应该予以补救，因为有些国家必须保护无国籍人和难民。适当的国家是居住国，因为住所是涉及个人与一国之间关系的一个重要方面，伊朗—美国索赔法庭的判例阐

¹⁵ 第 8 条案文如下：

一国得为受损害的无国籍者和(或)无国籍的难民实行外交保护，如该人常是索偿国的合法居民(并与该国保持有效联系?)，但所涉的损害必须在其成为该索偿国的合法居民之后发生。

明了这一点。问题在于：委员会是否愿意在缺乏有关实践和判例的情况下继续贯彻这个方针呢？

(b) 辩论概况

82. 一般普遍认为，第 8 条是逐渐发展国际法。但是，这种逐渐发展国际法是当代国际法所准许的，它不能对难民和无国籍人的困境无动于衷。第 8 条重申外交保护是实现国际法基本目标的机制，能够使人类在正义的基础上实行文明共存，并且以身作则地具体说明委员会如何在适当情况下把握正确时机，履行其基本任务之一——逐渐发展国际法。保护无国籍人和难民问题极为适切，因为全世界有成百上千万个无国籍人和难民。有人建议在特殊情况下应该考虑采取国籍以外的备选办法，难民和无国籍人的情况当然是需要仔细审议的事项。必须查明在涉及住所的情况下是否能够采取与国籍并行的标准。

83. 但是，有些委员对第 8 条的有效性提出质疑。这种意见认为，虽然人权公约给予无国籍人和难民一些保护，居住国多半不肯向这两个群体实行外交保护。一些司法裁决着重指出：一国不能对一无国籍人实行国际不法行为，因此，任何国家都无权为该人提出交涉或要求保护。《1951 年有关难民地位的公约》明文规定：旅行文件问题绝对不能使文件持有人有权得到核发国外交和领事当局的保护。《1961 年减少无国籍状态公约》没有提到保护问题。尽管近年来有关保护难民和无国籍人的情况有所发展，但处理对这些人实行外交保护问题的时机尚未成熟。

84. 一些委员对第 8 条表示关注的问题在于：是否应该将外交保护视为一个人对有权向其提供保护的国家的权利，如果应该，那就会增加难民和无国籍人庇护国或收容国的负担。涉及保护难民的问题是较良好的保护者可能成为良好保护者的敌人。如果一些国家认为，给予难民身份是给予国籍的第一步，实行外交保护实际上是对该个人表示给予难民身份意味着给予国籍，那就会成为不愿意给予难民身份的另一个促成因素。难民身份就这个用语的传统意义来说，是一个极其重要的武器，可用于保护个人不受迫害或免于受迫害的确凿恐惧。如果委员会给予过多的负担，在维持正统方面已经存在的严重困难将会更加严重。但是，如果将外交保护视为可由国家斟酌处理，而不是个人的权利，那么，这一条针对实行外

交保护的条件作一些改动以后，就比较容易得到这些委员的接受。一些委员表示担心，收容国能够利用的备选办法可能实际上变成一种负担，另一些委员虽然对这种情况表示同情，却认为居留国不应该被剥夺了对无国籍人或难民实行外交保护的权力。实行外交保护权利的次数不致非常频繁，但不应该一概不许利用。只要将第 8 条分为两个分别处理无国籍人和难民的部分，这些委员就造成保留特别报告员拟议的案文。

85. 有一位委员着重指出，当收容国基于道德或实际考虑因素认为应该要求第三国容许一些人在其境内居留，不能把这种行动视为收容国的法律义务，而应该视为由它斟酌处理的行动方针。这位委员相信，特别报告员从来不曾认为，给予难民身份是给予国籍权利的上一步。一国可基于人道主义理由支持一些难民的要求，让他们享有与国民平等的待遇，因为没有任何其他国家会为他们着想。

86. 关于居留问题，一些委员认为应该规定：难民或无国籍人必须至少在收容国居留了一段期间，才能要求外交保护。但是，另一些委员倾向于采取“有效联系”的规定。

87. 对于难民的居留国可否要求其国籍国实行外交保护的问题，出现了不同的意见。在这方面，据指出，联合国难民事务高级专员是对难民的“保护”权威，可以代表难民向有关国家的政府提出申诉。如果国际组织能够为其工作人员实行职能保护，则难民署没有理由不可以为受其“保护”的难民提出同样的要求。这样做将减少收容国的负担，这些收容国大多为发展中国家，难民形成了尖锐的问题，影响到他们的经济生活，以及环境和公共秩序。另一些委员不造成这种意见，他们认为，虽然不应该就给予难民身份以前的事项要求难民的国籍国实行外交保护，但应该毫不犹豫地就给予难民身份以后发生的问题要求其国籍国给予保护。

(c) 特别报告员的总结

88. 第 8 条显然是在逐渐发展国际法，委员们中的绝大多数都予以支持。所提出的一些反对意见不见得持有坚实的根据。第一、收容国可保留实行外交保护的权力，因此可对这个问题斟酌处理。第二；没有人认为，某个人的庇护国可对其国籍国提出诉讼。特别报告员报告第 183 和 184 段中对此作了很详细的载述，不

过，他还可能在条文中拟议更加明确的规定。第三、条款不可能被滥用：居住在某一国家的无国籍人和难民不可能经常到该国以外去旅行，因为他们必须向居留国申请施行文件，实际上，这种事情并不经常发生。只有当使用这种旅行文件的人在其国籍国以外的第三国受到伤害时才需要对他实行外交保护。一些委员提出了改善案文的建议，有人认为应该将这一条分为两个部分，分别就无国籍人和难民作出规定。

10. 非正式磋商报告

89. 委员会第 2624 次会议设立一个不限成员名额的非正式磋商会议，由特别报告员担任主席，讨论第 1 条、第 3 条和第 6 条。现将该非正式磋商报告载录如下：

A. 讨论的内容侧重描述研究范围的第 1 条。

1. 据议定：不在第 1 条载列提到不许使用司法程序的字句，而且不拟就这个事项拟订实质性规定，因为它本质上是一个初级规则。但议定：应该在第 1 条的评注中提到不许使用司法程序，将其视为国际不法行为的实例。此外，还强调：应该在用尽当地补救办法的规定中审议这个概念的内涵。

2. 据议定：不应在第 1 条内附加免责条款。但应在其评注中载明：本条款草案的范围不包括下列问题：

- (a) 国际组织的职能保护；
- (b) 对外交官、领事和以官员身份行事的其他国家官员的保护；
- (c) 外交和领事豁免；
- (d) 促进不在某项权利主张中提出的国民的利益。

3. 据议定：本条款草案在本阶段不拟同时包括对自然人和法人的保护。因此，第 1 条只拟提及“国民”，这个用语的含义范围足以同时包括两种人。但是，对法人的保护的确引起一些特别问题，据认定：委员会不妨在稍后阶段重新审议是否包括对法人的保护。

4. 据认为：在第 1 条中载列提及“和平”程序的字句可能消除明文禁止使用武力的必要性(见下文第 1 条)。

据建议：第 1 条的下列备选案文反映了非正式磋商小组的讨论，应由起草委员会予以审议。

备选案文一

(1) 外交保护指一国[在国际法的限制下?]针对另一国的国际不法行为对其国民造成的损害而对该另一国采取涉及外交行动或司法诉讼[或其他和平解决争端手段?]的程序。

(2) 在第 8 条规定的例外情况下，可对非国民实行外交保护。

备选案文二

外交程序是一国为处理其国民提出的权利主张等等[...其后字句的实质内容与备选案文相同]而采取的程序。

备选案文三

外交保护是一国采取外交或司法行动[或和平解决争端的其他手段]、藉以在国际层面上代表其国民针对另一国的国际不法行为对其造成的损害向该另一国宣称其权利的程序。

B. 第 3 条引起短暂的辩论。随后，建议向起草委员会提交下列条文：

国籍国有权[资格]对受到另一国国际不法行为损害的某一国民[或第 8 条中所规定的非国民]实行外交保护。

据认为：重申一国实行外交保护的权利可能被解释为认可该国答应或拒绝保护某一国民的绝对裁量权。这种作法可能破坏国内法中责成国家对国民实行外交保护的努力。因此，拟以“资格”一词代替“权利”。

C. 第 6 条被提交非正式磋商，以便解决委员会内对于主要的或有效的国籍国是否可以针对另一国籍国实行外交保护这一问题的意见分歧。非正式磋商小组承认：“各来源将以混合的声音说话”，却同意：第 6 条符合国际法的目前趋势。但议定：起草委员会应考虑载列防止滥用第 6 条所述原则的防护措施。可以为此采取下列办法：

1. 针对第 9 条第 4 款中所载述的限制条件对第 6 条的影响，给予比较突出的地位；
2. 强调该国民与回应国之间不应存在有效联系；并且
3. 在单独的规定中载述“主要”或“有效”国籍国的定义。

建议将第 6 条提交起草委员会。

第 6 条

在第 9 条第 4 款的限制下，一受害人的[主要][有效]国籍国可针对该人的另一国籍国对其实行外交保护。

第 9 条第 4 款

一人的新国籍国不得针对该人的先前国籍国在该人仍为该先前国籍国国民期间对其造成的损害，实行外交保护。

- D. 没有人反对将第 5、第 7 和第 8 条提交起草委员会。因此，建议将第 1、3、5、6、7 和 8 条提交起草委员会。

90. 委员会第 2635 次会议审议了非正式磋商报告，在同次会议上决定将第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条连同非正式磋商报告提交起草委员会。

-- -- -- -- --