



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.619/Add.2
1 July 2002
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第五十四届会议
2002年4月29日至6月7日和
7月22日至8月16日

国际法委员会第五十四届会议
工作报告草稿

报告员：瓦列里·库兹涅佐夫先生

第五章

外交保护

增编

- C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第1至第7条草案案文
1. 条款草案案文
 2. 条款草案案文及其评注

C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7 条草案案文

1. 条款草案案文

1. 委员会第五十四届会议暂时通过的第 1 至第 7 条条款草案的案文载录如下：

（在此处插入 A/CN.4/L.615/Rev.1 号文件所载述的条款草案案文）

2. 条款草案案文及其评注

2. 委员会第五十四届会议通过的第 1 至第 7 条条款草案案文载录如下：

外 交 保 护

第 一 部 分

一 般 原 则

第 1 条

定义和范围

1. 外交保护系指一国针对本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因，行使自身权利所采取的外交行动或其他和平解决手段。

2. 一国可根据第 7(8)条对非本国国民行使外交保护。¹

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外侨的范围。

¹ 如果本条款草案中载有其他例外情况，将重新审议本款。

(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，² 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 款明白规定外交保护的权力属于国家。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”³。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。⁴ 第 1 条保留了这一区分，但是进一步把司法程序的范围扩大到包括“其他和平解决手段”。“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》第二条第四项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 条第 1 款明确规定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联合国勤务中受到损害求偿问

² 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。

³ 《1956 年国际法院报告书》，p.6 at p.27。

⁴ *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。

题的咨询意见中所确认的。⁵ 职能保护⁶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。⁷

(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》和《1963年维也纳领事关系公约》和其他国际法和国际文书规则的保护。

(8) 第2款确认一国可在一些情况下对非国民行使外交保护。第7条规定可为无国籍人和难民行使外交保护。第2款的脚注表明：委员会可在其工作的稍后阶段增添另一些例外事项。在具体层面上，将认真考虑增列一项规定，容许船舶或航空器的国籍国为船员或机组人员求偿。对这一例外事项的支持载于海洋法法庭在 M/V “Saiga” (圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)案中所作的判决。⁸

第2(3)条⁹

行使外交保护的权力

一国享有按照本条文的规定行使外交保护的权力。

评 注

(1) 第2条强调外交保护的权力属于或授予国家。¹⁰ 常设国际法院在 Mavrommatic Palestine Concession 案中比较审慎地提具这一看法，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。”¹¹

⁵ 《1949年国际法院报告书》，p.174。

⁶ 同上，p.185。

⁷ 同上，pp.180, 186。

⁸ (1999)38 国际法律材料，p.1323 at p.1387。

⁹ 方括号内的序号是特别报告员拟议的条文的号数。

¹⁰ 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)。

¹¹ 《1924年常设国际法院汇编 A 辑》，第2号，p.12。

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、¹² 受损害的国民必须用尽当地补救办法、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奠基石。¹³

(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。一国国内法可能规定对一国民行使外交保护，¹⁴ 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补救办法的。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。”¹⁵

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。¹⁶

(3) 一国行使外交保护的权力受到限制。这项权利只能够根据目前条款的规定行使。

¹² 见第 4 条。

¹³ 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。

¹⁴ 对有关这一议题的研讨，见同上，第 80-87 段。

¹⁵ 《1970 年常设国际法院报告书》，p.44。

¹⁶ 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。

第二部分

自然人

第 3(5)条

国籍国

1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
2. 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 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。第 1 款确认了这一点。

(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。

(3) 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”。¹⁷

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。”¹⁸

最近，1997 年欧洲国籍公约认可了这个原则。¹⁹

¹⁷ 《常设国际法院报告书》汇编 B 辑，第 4 号，p.24。

¹⁸ 179 《国际法条约汇编》，p.89。

¹⁹ 《欧洲条约汇编》，第 166 号，第 3 条。

(4) 第 2 款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，妻子自动取得丈夫国籍的情况下，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。²⁰ 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。²¹

(5) 第 2 款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。

(6) 第 3 条第 2 款不要求一国按照诺特邦案²² 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”²³，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”。²⁴ 这意味着

²⁰ 《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。

²¹ 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。

²² 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）。

²³ 同上，p. 25。

²⁴ 同上，p. 26。

法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则²⁵，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。²⁶

(7) 第 2 款最后一个片语强调：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。”²⁷

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。²⁸ 例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》第 9 条第 1 款规定：

²⁵ 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。

²⁶ 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。

²⁷ 179 《国际法条约汇编》，p.89 并参见 1997 年《欧洲国籍公约》第 3 条第 2 款，《欧洲条约汇编》，第 166 号，第 3 条。

²⁸ 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）。

“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。”²⁹

(8) 因此，第 2 款确认，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”³⁰ 并且预先认可一国给予国籍的效力。³¹

第 4(9)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是为其国民的人，行使外交保护。

2. 虽有第 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。

²⁹ 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(四)项，《联合国条约汇编》，第 660 卷，p.195。

³⁰ 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。

³¹ R.Y. Jennings 与 A.Watts (合编)，《奥本海国际法论》第九版(1992)，p.856。

评 注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，³² 历来受到在司法意见³³ 和学说³⁴ 方面相当多的批评，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”。³⁵ 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。

(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。³⁶ 在这种情况下，委员会决定不载列关于必须在受害日和求偿日之间持续保有国籍的规定。³⁷

(3) 第一项规定的受害国民在受到损害时必须是在求偿国的国民。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。如果将用尽当地补救办法规则视为一项实质性规定就会引起困难，因为这意味着：引起责任的损害在用尽补救办法以后才发生，可能位于损害行为发生后相当靠后的时间点。在此

³² 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。

³³ 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〕。

³⁴ 参看 E. Wyler, 国际诉讼中涉及国籍的持续的规则 (1990)。

³⁵ 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。”

³⁶ 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。

³⁷ 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。

之前，这个做法已经载入国家责任条款草案，但是委员会已经避免加以认可。³⁸、³⁹ 因此，委员会认为，损害日期通常应为发生损害行为的日期。⁴⁰

(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终止日期。⁴¹

“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。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) 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。⁴²

(6) 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。

(7) 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，也有可能是在收养的情况下，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。例如，婚姻必须是自愿的，

³⁸ 参看上文第...至...段。

³⁹ 一读通过的国家责任条款草案第 22 条，《1996 年...年鉴》，第二卷，第二部分，p.60。

⁴⁰ 在其 1965 年关于这个议题的决议中，上文，国际法学会将“损害日期”规定为“个人受到损失或损害的日期。”

⁴¹ 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。

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

但婚姻自动引起的结果是国籍的丧失。基于这种理由，第 2 款不规定国籍的丧失必须是非自愿的。

(8) 如上所求⁴³，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。

(9) 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 3 条第 2 款加以理解。

(10) 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。

-- -- -- -- --

⁴³ 参看上文第 1 款。