



## 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

节次	段次	页次
一. 导言 .....	1-3	8
二. 从各国政府收到的评论和意见 .....		8
一般性评论 .....		8
奥地利 .....		8
萨尔瓦多 .....		9
墨西哥 .....		9
荷兰 .....		10
挪威，代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....		10
巴拿马 .....		11
乌兹别克斯坦 .....		11
第一部分. 一般规定 .....		11
第1条草案——定义和范围 .....		11



---

奥地利 .....	11
危地马拉 .....	11
荷兰 .....	11
巴拿马 .....	12
乌兹别克斯坦 .....	12
第 2 条草案——行使外交保护的權利 .....	12
奥地利 .....	12
萨尔瓦多 .....	12
荷兰 .....	12
第二部分. 国籍 .....	13
摩洛哥 .....	13
第一章. 一般原则 .....	13
第 3 条草案——国籍国的保护 .....	13
奥地利 .....	13
荷兰 .....	13
第二章. 自然人 .....	13
第 4 条草案——自然人的国籍国 .....	13
奥地利 .....	13
萨尔瓦多 .....	14
卡塔尔 .....	14
乌兹别克斯坦 .....	14
第 5 条草案——持续的国籍 .....	14
奥地利 .....	14
萨尔瓦多 .....	14
危地马拉 .....	14
荷兰 .....	14
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	15

卡塔尔 .....	15
美利坚合众国 .....	16
乌兹别克斯坦 .....	19
第 6 条草案——多重国籍和针对第三国的求偿 .....	19
奥地利 .....	19
萨尔瓦多 .....	19
危地马拉 .....	19
卡塔尔 .....	19
乌兹别克斯坦 .....	20
第 7 条草案——多重国籍和针对国籍国的求偿 .....	20
奥地利 .....	20
萨尔瓦多 .....	20
摩洛哥 .....	20
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	20
卡塔尔 .....	21
乌兹别克斯坦 .....	21
第 8 条草案——无国籍人和难民 .....	21
奥地利 .....	21
萨尔瓦多 .....	21
危地马拉 .....	22
摩洛哥 .....	22
荷兰 .....	22
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	22
巴拿马 .....	23
卡塔尔 .....	23
美利坚合众国 .....	23
乌兹别克斯坦 .....	23

---

第三章. 法人 .....	23
第 9 条草案——公司的国籍国 .....	23
奥地利 .....	23
萨尔瓦多 .....	24
危地马拉 .....	24
墨西哥 .....	25
摩洛哥 .....	25
荷兰 .....	25
卡塔尔 .....	25
乌兹别克斯坦 .....	25
第 10 条草案——公司的持续籍国 .....	26
奥地利 .....	26
荷兰 .....	26
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	26
美利坚合众国 .....	26
乌兹别克斯坦 .....	27
第 11 条草案——股东的保护 .....	27
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	27
(a) 项 .....	28
奥地利 .....	28
萨尔瓦多 .....	28
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	28
美利坚合众国 .....	28
(b) 项 .....	28
奥地利 .....	28
荷兰 .....	29
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	29

美利坚合众国 .....	29
乌兹别克斯坦 .....	30
第 12 条草案——对股东的直接损害 .....	30
美利坚合众国 .....	30
第 13 条草案——其他法人 .....	30
奥地利 .....	30
萨尔瓦多 .....	30
危地马拉 .....	30
荷兰 .....	31
卡塔尔 .....	31
第三部分. 当地救济 .....	31
第 14 条草案——用尽当地救济 .....	31
墨西哥 .....	31
荷兰 .....	31
第 1 款 .....	32
奥地利 .....	32
美利坚合众国 .....	32
乌兹别克斯坦 .....	33
第 2 款 .....	33
奥地利 .....	33
墨西哥 .....	33
乌兹别克斯坦 .....	34
第 15 条草案——求偿的类别 .....	34
奥地利 .....	34
第 16 条草案——当地救济规则的例外 .....	34
萨尔瓦多 .....	34
墨西哥 .....	34

乌兹别克斯坦 .....	35
(a) 项 .....	35
奥地利 .....	35
卡塔尔 .....	35
美利坚合众国 .....	35
乌兹别克斯坦 .....	36
(b) 项 .....	37
卡塔尔 .....	37
(c) 项 .....	37
奥地利 .....	37
荷兰 .....	37
卡塔尔 .....	37
美利坚合众国 .....	37
(d) 项 .....	38
危地马拉 .....	38
摩洛哥 .....	38
卡塔尔 .....	38
乌兹别克斯坦 .....	39
第四部分. 杂项规定 .....	39
乌兹别克斯坦 .....	39
第 17 条草案——外交保护以外的行动或程序 .....	39
奥地利 .....	39
萨尔瓦多 .....	39
荷兰 .....	39
卡塔尔 .....	39
乌兹别克斯坦 .....	40
第 18 条草案——特别条约条款 .....	40

---

奥地利 .....	40
萨尔瓦多 .....	40
摩洛哥 .....	40
卡塔尔 .....	40
第 19 条草案——船员 .....	41
奥地利 .....	41
墨西哥 .....	41
荷兰 .....	41
挪威，代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	41
美利坚合众国 .....	41
其他评论和建议 .....	42
荷兰 .....	42
美利坚合众国 .....	43
乌兹别克斯坦 .....	43
关于最后形式的评论 .....	43
挪威，代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	43

## 一. 引言

1. 国际法委员会在 2004 年举行的第五十六届会议上完成了关于外交保护共 19 条的条款草案一读。<sup>1</sup> 委员会其后决定根据其规约第 16 和 21 条，经由秘书长把条款草案转递各国政府，供提出评论和意见，并要求于 2006 年 1 月 1 日以前向秘书长转递这些评论和意见。秘书处 2004 年 10 月 19 日发出照会，邀请各国政府于 2006 年 1 月 1 日以前提交书面评论。

2. 2004 年 12 月 2 日，大会通过题为“国际法委员会第五十六届会议工作报告”的第 59/41 号决议，其中除其他外，提请各国政府注意必须特别是就涉及外交保护的条款草案和评注向对国际法委员会提出本国意见。大会还在 2005 年 11 月 23 日第 60/22 号决议中提请各国政府注意此事项。

3. 截至 2006 年 1 月 26 日，从以下 11 个国家收到书面评论：奥地利、萨尔瓦多、危地马拉、墨西哥、摩洛哥、荷兰、挪威（代表北欧国家丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）、巴拿马、卡塔尔、美利坚合众国和乌兹别克斯坦。这些评论按条款次序载在下文第二节。往后收到的评论编入本报告的增编。

## 二. 从各国政府收到的评论和意见

### 一般性评论

#### 奥地利

外交保护法无疑是一个适宜编纂的国际法传统专题，符合有必要如此做的所有条件。当然，鉴于人权制度的产生，可能有人怀疑这个法律制度在国际法方面是否仍然发挥重大作用。不过，实践显示，即便在国际法院最近审理的案件中，外交保护对保护个人仍是至关重要的。

奥地利赞赏国际法委员会的做法，把条款草案作为基本规则处理和着重有关外交保护的次要规范；任何其他做法，例如尝试界定违反实体法的行为，必然面临无法克服的困难。因此，奥地利主张排除任何关于拒绝司法的条款草案，因为这涉及主要法规。必须把用尽当地救济的义务与提供向法院申诉的机会的国家义务区分。奥地利也赞同委员会的意见，即条款草案不处理“卡尔沃条款”问题，也不涉及“干净的手”原则。这两个条款似乎都没有获得普遍接受。

看来，委员会只着重于外交保护的一个方面，即一国为其国民提出某些主张的权利。不过该权利为其他国家接受一国提出的主张的相应义务所平衡。关于外交保护的法律制度还规定一国接受另一国这种干预的条件。这种见解无疑使该法律制度显得清楚，反映出其不同的方面，这是委员会的案文没有充分考虑到的。

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



还值得商榷的是，其他问题是否也应列入该题目，例如国际组织行使外交保护的权利，尤其是考虑到船旗国相关权利的条款草案。最初，奥地利主张把专题范围扩大。不过，国际组织的法律结构仍然构成重大问题，这可从国际组织责任的问题中看到。基于这个理由，较宜只以国家为主，以便实现一个可行的法律制度。但这种限制不应理解为不承认最终必须考虑在国际关系中，甚至在保护个人方面发挥越来越大作用的国际组织的问题。

特别值得考虑的另一个问题是其权利受到保护的个人与行使外交保护权利的国家间的关系。考虑这个问题还有助于处理行使外交保护的结果和个人获得该结果的问题。当然，一方面可认为这是一国与其国民间关系的问题；另一方面，应确保为其利益提出主张的受损害个人应从外交保护的行使得益。

### 萨尔瓦多

萨尔瓦多共和国认为应当把条款草案所涉的外交保护范围与《维也纳外交关系公约》<sup>2</sup> 和《维也纳领事关系公约》<sup>3</sup> 所指的保护明确区分。否则，由于我们正在着手国际法这方面的编纂和逐渐发展，我们认为需要适当考虑到《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》的相关规定，特别是领事关系公约第 36 条，其中提到向在另一国被拘留的国民提供领事保护的规定，保证这些国民获得适当程序。由于该规定很重要，导致美洲国家间机构（如美洲人权法院咨询意见 OC-16/99）和国际机构（如国际法院关于阿韦纳和其他墨西哥国民案的判决）<sup>4</sup> 发表咨询意见。

我们提出上述各点，是因为根据第 1 条草案有关外交保护的定义，保护范围限于一国决定为本国国民出面，行使自身权利，根据有关条款草案行使外交保护的情况，这可被解释为《维也纳领事关系公约》规定的一些领事职能将被排除，因可能出现一国自行决定不为本国国民出面的情况。

鉴于上述，我们认为必须牢记在国际一级，应当区分外交保护概念与国际法有关保护个人的其他概念，特别是在要求国家履行确切义务（即强制法和普遍适用义务）的人权领域。

### 墨西哥

如我们过去所说的，外交保护在墨西哥外交政策中是高度优先关注的重大事项。因此，墨西哥政府非常注意国际法委员会的条款草案的发展。虽然，总的来说，墨西哥政府认为条款草案可予接受，但想要突出说明[与第 9、14、16 和 19 条草案有关的几点(见下文)]。

---

<sup>2</sup> 联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号。

<sup>3</sup> 联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 8638 号。

<sup>4</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民（墨西哥诉美利坚合众国），判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 38 页，第 45-47 段。

根据关于外交保护的现有条款草案，墨西哥想要重申就“干净的手”作出的评论。委员会在第1条草案规定，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。

根据该规定，墨西哥认为如果某人须对或推定须对在国外发生的不当行为负责，其国籍国可因此不幸情况，决定不行使外交保护。不过，这不是说“干净的手”原则是一国行使外交保护的必要条件。因此，墨西哥欢迎委员会决定把该题目从条约草案中删除。

## 荷兰

荷兰普遍支持条款草案和赞扬国际法委员会迄今的工作。

荷兰注意到国际法委员会特别报告员约翰·达格尔德在其第一次报告中已在人权保护的范围内提及外交保护。他在该报告中说，“外交保护仍然是人权保护武库中的重要武器”。<sup>5</sup> 特别报告员还在其第五次报告说“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>6</sup> 荷兰完全同意特别报告员所持的立场。

从这个视角来看，荷兰对条款草案和评注都没有详加考虑外交保护这一方面的互补性感到遗憾。一些条款草案的写法符合目前的人权保护和国际法的其他发展。荷兰认为现有的条款草案没有为逐渐发展提供充分的要素或范围。荷兰关于条款草案案文（如第3条草案）的几项建议是基于下述一般性指导原则的。

荷兰希望进一步的讨论将促使国际法委员会较密切注意个人的立场。

.....

荷兰赞同特别报告员[关于“干净的手”原则]的结论。

## 挪威，代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

北欧国家对整套条款草案感到满意。

北欧国家支持在国家有权，而不是责任行使外交保护的大前提下所选择的办法。此外，它们强调外交保护原则和规则不妨害领事保护法和国际法的其他适用规则，包括有关海洋法的规则。

此外，北欧国家注意到委员会多数成员有关“干净的手”原则的意见和赞同不应把“干净的手”原则纳入条款草案的意见。

<sup>5</sup> 见 A/CN.4/506，第 32 段。

<sup>6</sup> 见 A/CN.4/538，第 37 段。

## 巴拿马

我们认为条款草案的规定充分涵盖了传统上由外交保护作为确保为一国国民所受损害寻求补救的机制这一专题处理的问题。条款草案详细处理关于求偿的国籍问题和用尽当地救济的规则。

因此，巴拿马共和国支持草案着重以最传统和典型方式编纂有关行使外交保护的条件的习惯规则。基于该理由，它不涵盖由其他规则、体制和程序规定的职能保护和其他保护类别。

我们同意委员会的意见，条款草案的一般规定应维持对主要规则和次要规则的区分，后者涉及行使外交保护的情形和行使的先决条件。我们认为条款草案的目的不是处理外交保护的后果的问题，因此它不包括赔偿规则的适用问题。

## 乌兹别克斯坦

我们认为关于外交保护的条款草案使长期以来一种相当广泛的做法，即为外国管辖权下的产业及其他利益进行“政治游说”的活动合法化。条款草案是根据必须先用尽当地救济办法，一国方可行使外交保护的原则。因此，我们认为关于外交保护的条款草案是协调目前个别实行的做法的手段。

条款草案必须明确界定在另一国不法行为造成损害的情况下，缔约国在行使外交保护方面的权利、义务和责任。

## 第一部分. 一般规定

### 第 1 条草案——定义和范围

#### 奥地利

第 1 条草案的主旨是可以接受的。虽然“外交行动”似乎没有一个普遍接受的含义，但有必要明确某些行为，如领事馆的保护措施，并不在这一术语范围之内。

#### 危地马拉

关于第 1 条草案评注第 7 段，如果外交人员或领事人员在一国境内行使其职务，但该国未履行《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》有关条款要求其对该等人员履行的义务，则显然外交保护规则不适用于此等情形。这一点在第 15 条草案评注第 4 段最后两句中得到了确认。但我们认为，外交保护应适用于该国对该等人员在其行使职务范围之外造成的损害，并适用上述条款草案。例如，危地马拉认为，外交保护应适用于无偿没收派驻该国的外交官员个人所拥有的财产。

#### 荷兰

条款草案排除了领事协助。这项排除也许应在评注中明确指出。

条款草案区分了“外交行动”和“其他和平解决手段”。但具体条款草案是与其中之一有关还是与二者均有关，却并不明确。荷兰建议评注应指出若干条款草案只与“其他和平解决手段”有关。

根据[中文本]第1条草案评注第2段，行使外交保护前必须已有“不法行为”发生。评注可以指出，在这些条款草案框架之外，一国在“不法行为”实际发生前，自然地拥有多种其他备选办法，以采取必要措施保护其国民。

荷兰认为，“其国民”一词限制性太强，因为条款草案的范围在后来被扩大了。因此，评注中应加进一句话，明确条款草案第1条并无排除第8条草案之意。

## 巴拿马

关于谁有权行使外交保护及这样做的可能性的问题，我们认为重要的一点是必须明确，这种权利属于国家，而一国行使外交保护的法律权利源于该国与因另一国的不法行为而受损害的受害人之间的国籍联系。因此，我们认为适合在第1条草案中加进有关规定，说明一国在诉诸外交保护时可采取的正当、和平手段，以及该规定区分两种程序，即外交行动与其他和平解决手段。

## 乌兹别克斯坦

[俄文本]第1条草案使用了“法人国籍”一语，这是无法接受的，因为国籍是自然人而非法人的属性。国家是在历史中形成的具有共同语言、国民特性和独特文化的人的群体形式。因此，在这方面，将“法人国籍”的说法修改为“法人来源国”看来更合适，以表明法人的设立地国。

## 第2条草案——行使外交保护的權利

### 奥地利

虽然外交保护被确定为国家的一项权利经常是讨论的话题——因为国家因其国民而受到损害只是一种虚拟的情况——但第2条草案没有引起任何重大争议。毕竟它反映了这方面的长期做法。

### 萨尔瓦多

(见一般性评论。)

### 荷兰

[英文本]第2条草案评注第3段说明：“一国行使外交保护的權利受到限制。这项權利只能够根据本条款的规定行使。”但这些限制到底是什么却不明确。荷兰认为，鉴于第2条草案的措词，应删除或明确第3段。

## 第二部分. 国籍

### 摩洛哥

对于规定国籍问题的条款草案，委员会宜在二读审议这些条款草案时将国家在这方面的做法考虑在内。

## 第一章. 一般原则

### 第 3 条草案——国籍国的保护

#### 奥地利

第 3 条草案规定受害人与行使外交保护的国家之间的国籍联系要求这项基本规则，反映了基本谅解，因此没有引起重大问题。

#### 荷兰

荷兰提议第 1 款重新拟订如下：“国籍国是有权行使外交保护的国家。”这样更强调了个人的角度。

此外，重要的一点是从欧洲公民（即欧盟公民）的角度看待这一条款草案。虽然目前没有理由对这一点作更为具体的规定，但未来的发展难以预料。

（一般性评论。）

## 第二章. 自然人

### 第 4 条草案——自然人的国籍国

#### 奥地利

对第 4 条草案的理解应有所保留，因为不是通过国家继承而获得国籍，而是由于国家继承而获得国籍。一般而言，国籍是通过有关国家的法律规定而获得的。这类法律可用本条款草案所列的事实之一作为获得国籍的决定性标准。在国家继承的情况下，可适用不同的标准授予国籍，这从国际法委员会在这方面的的工作即可以看出。因此提议相应地重新拟订第 4 条草案。

在这方面，奥地利愿意提出一个条款草案看来没有提及的问题。近年来，逐渐形成了一种做法，即国家将行使外交保护和领事保护的权利委托其他国家行使。这种做法的最好例证就是《欧洲联盟条约》第 8c 条。<sup>7</sup> 根据该条规定，如果国籍国在接受国没有代表，则国籍国之外的欧盟成员国可以行使保护。当然，有人也许会主张这并非真正的外交保护，但是，按照第 1 条草案目前的措词，这种情形当然在该条定义的范围之内。因此，必须明确条款草案不涉及此类

<sup>7</sup> 联合国《条约汇编》，第 1757 卷，第 30615 号，其后成为设立欧洲共同体条约综合本第 20 条，《欧洲共同体公报》，C325/33。

保护，否则条款草案就应处理此类问题。但目前在这方面，条款草案没有明确的指示。

### 萨尔瓦多

我们应当考虑国际私法学说中奉行的国籍原则，因为我们必须确定双重国籍、多重国籍或无国籍人士引起的积极国籍冲突和消极国籍冲突中的关系问题。我们因此认为，第 4 条草案应当区分因出生（出生地法或血统主义）取得的国籍和因归化获得的国籍。

### 卡塔尔

这一条草案不仅清晰，而且相当明确，因为它确认国家拥有绝对的权利，可依其国内法确定谁有资格取得其国籍。这与国际法中阐明的“各国有权按照本国法律自行决定谁是其国民”的观点是一致的。

### 乌兹别克斯坦

第 4 条草案指出了获得国籍的方法，并规定这些方法必须与国际法一致。但看来有必要指出，确立国籍取得程序的，是国内法而非国际法。因此，获得国籍的方法必须符合有关国家的国内法。这些意见也涉及第 5 条第 2 款。

## 第 5 条草案——持续的国籍

### 奥地利

关于第 5 条草案，奥地利赞同草案此条的实质内容。但是，必须牢记，有时很难证明国籍的获得方式不违反国际法。此条草案的措辞同草案第 1 条所给的定义有不统一之处：第 5 条草案提到“求偿”，这意味着采用比较正式甚至是司法的程序，而第 1 条草案对外交保护的定义则比较笼统，不仅指求偿，还包括其他行为。应当加以统一。

### 萨尔瓦多

尽管第 5 条草案没有提到持续国籍的基本规则，但是我们仍对第 2 款有所顾虑。我们认为，国籍的改变问题应得到更明确的解决，以确保不违背此条草案第 1 款规定的基本规则。

### 危地马拉

[（见关于第 8 条草案的评论。）](#)

### 荷兰

荷兰赞同草案此条中提出的规定，因为该规定试图保护个人的地位。至于解决投资争端国际中心对 Loewen 案的裁判可否作为修改草案第 5 条的理由，荷兰进行了研究。Loewen 案的判决书第 225 段案文如下：

求偿者 TLI 坚称，既然在引起求偿的事件发生之时和在求偿提出之前它已具备必要的国籍，因此目前的实际有关当事方（即求偿受益方）是美国公民这一点并不重要。但不管从历史上的还是当前的国际先例来看，这种论点都是站不住脚的。在国际法术语中，自引起求偿的事件发生之日（起算日）至求偿解决之日（终止日），求偿者必须有持续的国籍。<sup>8</sup>

然而荷兰也质疑，Loewen 案能否真正反映法律的现状。另外，在牵涉第三国的案件中适用该条规则，则可能产生不良后果。下面举一个假想的情形为例。假定卢森堡对一个荷兰籍的人采取行动，对此人造成损害。然后荷兰决定行使外交保护，但在法院或仲裁人做出判决前，此人失去了荷兰国籍并获得德国国籍。在这种情况下，如果适用 Loewen 案的标准，那么荷兰和德国就都无法行使“充分”的外交保护。

最好能够将第 3 款中的“不得……行使”（shall not be exercised）改为“不可……行使”（may not be exercised），因为用“不可”（may not）一词更符合一国在行使外交保护时的酌处权。而且，草案第 7 条和第 14 条中都使用了“不可”（may not）的字眼。另外，草案其他各条中使用了“造成损害”（injury caused），而此处却使用了“受到的损害”（injury incurred）。建议对文字加以统一。

### 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

第 5 条草案规定，行使外交保护的一个条件就是持续国籍。问题是，这一条件是否在争端解决或做出裁决或判决之日前始终适用，而非仅在正式提出求偿之时之前适用。但在实践中，争端解决的确切时间是很难确定的。因此，北欧国家赞同委员会选用的办法，即一国可对在受到损害之时为其国民并在正式提出求偿之日仍为其国民的人行使外交保护。

### 卡塔尔

我们支持的持续国籍规则是，一国有权对自受到损害之时至正式提出求偿或最多至求偿裁定之日始终为其国民的人行使外交保护。不过，在此类情形中求偿人改变国籍的可能性极小这一点并不能作为第 5 条草案第 2 款的理由，因为不能以某种情况的可能性小为由而不对所有情况适用该法律原则，特别是在拟订这些草案条款过程中设想的情况中适用该法律原则。

我们之所以强调这一点，是因为我们希望防止个人试图改用一个国际影响力更大的国家的国籍。而采用持续国籍的原则，便可杜绝这一可能性，使得外交保护原则的实施规则更具可信度。

<sup>8</sup> The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB(AF)98/3, 42 ILM, P. 811 (2003)。

## 美利坚合众国

第 5 条草案第 1 款规定，一人必须在“受到损害之日”和在“正式提出求偿之时”皆为某国国民，该国才有权就该国民的求偿对其行使外交保护。该条草案所附的评注解释说，“受损害日期”与发生损害行为的日期通常是同一天。评注还指出，“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”。至于是否必须在引起求偿的事件发生之日和提出求偿之日之间持续保有国籍的问题，草案此条没有作出规定。

第 5 条草案第 2 款规定持续国籍规则的例外情况，即寻求外交保护的人已丧失原国籍，其获得另一国国籍的原因与求偿无关，且新国籍是以不违反国际法的方式取得的。第 5 条草案第 3 款又对这一例外加以限制，即不得就此人在仍是原籍国国民时受到的损害向原国籍国提出求偿。草案的评注部分解释说，这些规则的目的是为了允许为因国家继承、收养或婚姻而失去原国籍的人提出求偿。

第 10 条草案第 1 款规定，享受一国外交保护的公司在“受到损害之时”必须是该国国民，并在“正式提出求偿之日”仍是其国民。至于是否必须在引起求偿的事件发生之日和提出求偿之日之间持续保有国籍的问题，草案此条也没有作出规定。

美国认为，上述草案条款并未准确反映习惯国际法，也没有严格针对草案条款寻求实现的目标来进行拟订。因此，我们强烈要求将第 5 条草案第 1 款修改如下：

“一国仅有权对从受到损害之时至求偿得到解决之日一直是该国或其被继承国国民的人行使外交保护。”

同样，第 10 条草案第 1 款应改为：

“一国仅有权为对从受到损害之时至求偿得到解决之日一直是该国或其被继承国国民的公司行使外交保护。”

上述修改建议同委员会的草案有四点重要不同之处。首先，在新提出的这两条案文草稿中，都提出增加一个“仅”字，以明确上述条款将外交保护的范围定于有关国民满足持续国籍条件的求偿之内。第二，持续国籍条件的终止日期应定为“求偿得到解决之日”，以便草案符合习惯国际法。第三，要求从引起求偿的事件发生之日至求偿得到解决之日国籍持续不变，以便草案同此条规定的传统提法之间统一。第四，建议通过确认外交保护权也随国家继承而转移，以简单地解决国家继承造成的国籍变化的影响，从而不必再作出第 5 条草案第 2 款关于这一问题的规定；至于第 5 条草案第 2 款所述的其他几个方面，也没有应予处理的足够理由，因此不应保留。引起这些提议的关切，在下面一一详述。

第一，草案第 5 条第 1 款和第 10 条第 1 款都试图将草案第 2 和第 3 条中所述的外交保护权限定于满足持续国籍条件的人提出的求偿。增加一个“仅”字对



实现这一目的是必要的，反之，则不能明确将这两条限定于草案第 2 条和第 3 条的范围之内。

第二，美国质疑草案第 5 条和第 10 条中国籍条件的终止时间。草案所附的评注提出，尽管国籍条件或许会一直有效至解决之日，但实践中“这种情况发生的可能性小”，因此采用“提出求偿之日”作为国籍条件的终止时间。然而，据美国所知，有八项仲裁裁决及通过外交渠道提出的求偿案都提出并解决过在求偿提出之日至求偿得到解决之日之间国籍变化之效果的问题。<sup>9</sup> 在每一案例中，求偿人或名义求偿人都是在向被求偿国正式提出求偿之后并在求偿最后解决之前改变了国籍。<sup>10</sup> 在所有这些案例中，一经得知求偿当时是以非求偿国国民的名义提出之后，有关的国际求偿要求便被驳回或撤销。最近在 Loewen 公司诉美利坚合众国案中，仲裁法庭申明了这一原则，指出“以国际法的术语说，自引起求偿的事件发生之日……至求偿解决之日……求偿者必须有持续的国籍”。<sup>11</sup>

<sup>9</sup> 见 GREEN HAYWOOD HACKWORTH, 5 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, P. 805 (1943), 在此案中，美国求偿人 Ebenezer Barstow 在其向日本政府提出求偿后死亡。美国拒绝继续支持求偿，因为死者的妻子，即该项求偿的新所有人，是日本人；Eschauzier, 《国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，第 207 页，(Great Britain v. United Mexican States (1931 年) 驳回英国一前国民的求偿，因为此人在提出求偿后因婚姻关系而成为美国公民；Guadalupe (未发表) (Fr.-Mex. Reorganized CI. Comm'n 193 年)，有关论述见 A. H. Feller, THE MEXICAN CLAIMS COMMISSIONS, 1923-1934 97 (1935) (法庭驳回求偿，因为“不仅在提交求偿后而且在具体求偿项目被作为可接受项目列入 1930 年的《法国和墨西哥补充公约》后”求偿者均失去其法国国籍)；Biens Britanniques au Maroc Espagnol-Benchiton (Great Britain v. Spain), 《国际仲裁裁决汇编》，第 2 卷，第 615、706 页 (1924) (求偿被驳回，因为求偿人在英国向西班牙发出的第一份关于求偿的意见交涉书之后便失去了受保护的地位：“求偿者必须保持国民身份直至判决之时，至少保持到有关辩论结束之时”) (原英文译自 1923-1924 I. L. R., P. 189)；Exors. of F. Lederer v. German Government, 3 RECUEIL DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX ARBITRAUX MIXTES, PP. 762, 765, 770 (Great Britain-Germ. Mixed Arbitral Tribunal 1923) (英国的求偿人在求偿通知发出后死亡，剩下的受益人都是德国人，求偿因此被驳回：如果允许赔偿，则“不符合条约的精神，因为那便等于是……让德国向德国人付款”)；FRED K. NIELSEN, AMERICAN AND BRITISH CLAIMS ARBITRATION, P. 30 (1926) (在美英求偿法庭受理的 Hawaiian Claims 案中，英国政府自愿撤回三项求偿，因为在求偿首次提出时和书状递交之日之间的 14 年中“求偿人已经获得美国国籍”)；Chopin, 60 FRENCH AND AMERICAN CLAIMS COMMISSION, 1880-1884, RECORDS OF CLAIMS (日期不明) (该求偿于 1864 年 8 月 30 日由法国通过外交渠道正式提出，1883 年 5 月 24 日又因请求驳回其中一名受益人的求偿而撤回，因为该受益人在求偿提出后因婚姻而成为美国国民)；Report of Robert S. Hale, Esq., [1873, Part II, Vol. III] United States. FOREIGN RELATIONS, P. 14 (1874) (英美求偿委员会的代理人报告称，委员会一致认为，*Gribble* 案的求偿人不具备英国国民的地位，因为他“在提交书状之前已经宣布打算[寻求美国公民身份]……并在向委员会审结求偿案之前完成了入籍程序，因而在其提出求偿理由之时他已是美国公民”)。

<sup>10</sup> 尽管在所举的大多数案例中，出现的都是受保护的国民成为被求偿国国民的情况，但在至少一个案例中，受保护的国民却变为第三国国民。在 *Eschauzier* 案中，英国向墨西哥提出求偿，但当受保护的国民在求偿提交后和获得解决前成为美国公民时，求偿被驳回。《国际仲裁裁决汇编》第 5 卷，第 207 页，(Great Britain v. United Mexican States (1931))。

<sup>11</sup> Loewen 案，前引书，第 225 段 (2003)。

上述案例证明了一个明确的习惯国际法规则。在上述每一案例中，求偿案的驳回或撤回反映了法律义务感。在由仲裁法庭裁决的每一案例中，解决问题的依据都是习惯国际法，而不是某一条约的具体条款。而在每一个被撤回的求偿案中，撤回求偿的结果是，求偿国不向其指称实施国际不法行为的被求偿国获取补偿。简而言之，这些案例反映了一贯的国家实践。另外，从政策上来说，这一规则也是比较可取的，因为它避免了被求偿国为一个已不再与求偿国有法律关系的人所受的损害而向求偿国赔偿。第 5 条草案第 1 款和第 10 条草案第 1 款应作修改，以反映此条国际法规则。

第三，美国认为，第 5 条草案第 1 款应作修改，规定从受到损害之日起至求偿得到解决之日必须保持持续国籍。美国认识到委员会的一点关切，即适用这一规则的实践有限，但是我们的建议是以大多数学者及国际裁判机构所采用的关于持续国籍条件的习惯措辞为依据。正如上文所述，*Loewen 公司诉美利坚合众国案的仲裁法庭对这一国籍条件的定义是*“自引起求偿的事件发生之日……至求偿解决之日……有持续的国籍”<sup>12</sup>（着重号后加）除与实践保持一致，还要考虑的一个因素是，若拟订了一条持续国籍条件而后又不要求将国籍的持续不断作为该条件的内容，则会造成严重混乱。因此，我们敦促委员会对第 5 条草案第 1 款加以修改，使其与学者及各法庭对该规则的习惯描述一致。

最后，美国也知道因国家继承引起的持续国籍条件问题，国家继承的确会导致指定国籍的变化。然而，美国认为，外交保护权随国家继承而转移，在此种情形中行使外交保护的权力不应被当作一般条件的例外情况。因此，我们建议将第 5 条草案第 2 款删除。我们认为，可以在第 5 条草案第 1 款和第 10 条草案第 1 款中增加提及“被继承国”的文字，这是解决这一问题的最佳办法。采用这一建议办法，可明确国家继承不造成持续国籍的中断，因为继承国保留为原是被继承国公民的本国公民的求偿情事行使保护的权力，前提是其他所有条件都得到满足。保留现在的第 5 条草案第 3 款，可确保继承国不得支持其公民向其原国籍国提出求偿。

虽然若按我们提出的建议对第 5 条草案第 1 款进行修改，可解决国家继承引起的问题，但是将第 5 条草案第 2 款删除，则会遗漏因收养或因结婚而必须改变国籍者的求偿的外交保护问题。美国质疑此项规定的事实前提，因为其评注中并没有列举任何规定因同外国人的婚姻或收养关系而必须丧失国籍的法律。

<sup>12</sup> 同上，审理 *Loewen 案* 的仲裁庭绝不是唯一采用这一提法的法庭或学者。例如，Brownlie 教授就表示，按照持续国籍条件的规则，求偿人必须从受损害之日起直至求偿获得解决之日为止，“持续且不断地”是求偿国的国民，其求偿才能受到该国保护。见 IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 482-491 (5th ed. 1998)。同样，F. W. Garcia-Amador 曾表示，“外交实践以及国际判例法的主导观点”认为，“受损害人在损产生之时必须是求偿国国民，并保持其国民身份直至求偿获得裁判解决。”（着重号后加）又见 JACKSON H. RALSTON, THE LAW AND PROCEDURE OF INTERNATIONAL TRIBUNALS, PP. 188-89 (revised ed. 1926)（批评法美求偿委员会未能采用持续国籍的规则，因为在法国代表一国民提出的某求偿案中，该国民在求偿案待决期间先成为美国国民而后又恢复法国国籍）。

另外，第5条草案第2款同外交保护的理論依据相矛盾。此款允许一国为一个受损害时是另一国国民的人所受损害（因而所受损害仅影响另一国国际法权利）行使外交保护。这与国家继承的情况截然不同，在国家继承的情形中，新国家承接被继承国的国际法权利及义务，因而可以认为其国际法权利受到侵害。鉴于上述原因，我们建议删除第2款。按照美国的建议修改，可在保留新成立的国家为其公民行使外交保护的同时，避免允许各国为其他国家所受的损害行使外交保护。

### 乌兹别克斯坦

（见关于第4条草案的评论。）

建议在草案第5条和10条中规定，有关国民或法人在受到损害之时和权利受侵害的问题获得裁判之时必须与提出求偿的国家有关联；这一规定将使当事方的权利得到明确保护。

## 第6条草案——多重国籍和针对第三国的求偿

### 奥地利

第6条草案第1款没有引起特别评论，而第2款则需要作出进一步评论。奥地利认为，这样一项规定没有必要，因为毫无疑问，两个或更多的国家可以共同行使外交保护权。即使没有第2款中的条款，被求偿国也必须接受这种联合交涉。真正的问题是，两个国家可能用不同的方式行使外交保护权。由于这个问题的复杂性，评注有意没有作出结论；然而，奥地利认为，一旦委员会提及各方外交保护的可能性时，探讨甚至更为复杂的问题和提出解决这些问题的办法，就是国际法委员会的任务。否则，就最好不要讨论共同外交保护问题，因为这自然会引起刚才所说的各种问题。

### 萨尔瓦多

我们认为，案文应考虑到关于双重或多重国籍的国际私法规则，即国家必须承认实际上使用的国籍的规定。这还涉及国际法院在诺特鲍姆案<sup>13</sup>中的国际判例；该案建立了“有效国籍”的先例。

### 危地马拉

关于第6条草案评注第4段最后一部分，希望能对所说的“一般原则”作出说明：是些什么原则，或在哪儿可以找到这些原则？

### 卡塔尔

我们认为，为了使第2款更为明确清晰，也许需要对其进行审议，或是确定其中一国有保护的權利，或是提出标准以防止出现两个或两个以上国家分别提出求偿而可能引起的任何问题。这方面我们建议如下：

<sup>13</sup> 诺特鲍姆案（第二阶段），判决书，《1955年国际法院案例汇编》，第4页。

1. 两个国籍国商定共同提出一项求偿；
2. 两个国籍国商定由其中一国提出求偿；
3. 只考虑主要[有效]国籍。

这个做法符合加西亚-阿玛多尔在提交给国际法委员会的关于国家责任的第三份报告中采取的办法。他在报告中说：“若外侨有双重或多重国籍，具有比较有力和比较真实的法律或其他联系的一国才有权行使求偿权。”<sup>14</sup>

### 乌兹别克斯坦

第6条草案第1款的措辞应改为：

“双重或多重国籍国民与其联系最密切的国家，可针对非国籍国为该国民行使外交保护。”

这样的措辞有助于避免该国民的国籍国为保护其权利采取重复行动。

## 第7条草案——多重国籍和针对国籍国的求偿

### 奥地利

在第7条草案中，国际法委员会对双重国籍情况采用了逐渐发展的观点。虽然这种观点与第3条草案的规定（即取消关于具有真正联系的要求）不符，但奥地利赞成这项条款草案。

### 萨尔瓦多

萨尔瓦多对主要国籍（有效国籍）的范畴有一些意见。我们认为，这个用语的范围非常广，可能导致非常主观的解释。

### 摩洛哥

第7条草案中提出了主要国籍问题，但没有清楚地说明区分主要国籍和单纯的国籍的标准。此外，这种在国籍方面划分等级的做法在一定程度上损害国家主权平等原则；无论是在习惯法还是在成文法中，这项原则都是一项不变的原则。

在此情况下，较明智的做法是参照诺特鲍姆案中所述的有效国籍概念，而非主要国籍概念；因为国际法中尚未确定主要国籍这个概念，它仍然是一种主观和含糊的表述。此一做法的好处是至少不会质疑国家主权平等原则，而且是国际法所认可的。

### 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

北欧国家大力支持国际法委员会在第7条草案中的做法。就多重国籍而言，损害发生时和正式提出求偿之日都是“主要”国籍国的国家，应该有权针对有

<sup>14</sup> 见 A/CN.4/111, 《国际法委员会年鉴》，1958年，第二卷，第47页，见第61页。

美国国民的另一国籍国行使外交保护。北欧国家认为，第 7 条草案使现有习惯国际法成为成文法。为了使这项规则充分明晰，还应说明，此规则对提供领事协助的可能性没有任何影响，因为领事协助不在外交保护法律的管辖范围内。

### 卡塔尔

我们认为，第 7 条草案与传统的外交保护概念有所不同；传统的外交保护基本上是由国籍国家针对违反国际法的外国行使权利。我们还认为，主要国籍的标准在这种情况下不适用，因为关系人的两个或两个以上的国籍国享有同等法律地位。

### 乌兹别克斯坦

第 7 条草案使用“甲国……是主要国籍国”的用语。没有说明在什么情况下某国籍可能是主要国籍。显然，必须考虑到应依据一个国民与某个国家或另一国家相联系的程度（居住地点、工作等）来确定哪一个国籍是主要的。

## 第 8 条草案——无国籍人和难民

### 奥地利

鉴于难民人数不断增加，第 8 条草案特别重要。关于无国籍人，合法的惯常居所这一要求提出了较高的标准，但为了防止滥用这种权利，无疑是必要的。

关于第 2 款所述的难民，我们要问，关于行使外交保护的条件是否太严格，因为不仅要求在行使外交保护的国家里有合法的惯常居所，并且要求该国承认此人为难民。有关的人居住在其难民地位国以外的另一国家完全是可能的事；在欧洲联盟内就可能发生这种情况。在这种情况下，难民将不能享有任何外交保护。因此，我们要问，在此人获得难民地位后，其合法的惯常居住国是否有权对其行使外交保护。

与第 8 条草案的评注相反，奥地利从这样的假设出发：这项条款草案中所用的难民一词是《关于难民地位的公约》<sup>15</sup> 中的用语。我们不能期望国家对难民这个用语赋予两种不同的含义。我们还必须铭记，实施外交保护的权利的法律效果在于另一国家有义务接受根据这一法律权利提出的求偿。如果象评注那样让难民这个用语的意义不明确，就必然会引起各种问题，因为被求偿国将必须用求偿国使用的难民的定义。因此，最好对评注作出相应修改。

### 萨尔瓦多

这里使用的“难民”这个词的范围远远超过《关于难民地位的公约》及其《议定书》<sup>16</sup> 所规定，而且得到普遍接受的定义。虽然我们不反对这种用法，

<sup>15</sup> 联合国《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号。

<sup>16</sup> 同上，第 606 卷，第 8791 号。

但应谨慎考虑，因为这将构成新的定义，须予正式提出，并使其与 1951 年《公约》一致。

### 危地马拉

关于第 8 条草案第 1 和第 2 款，危地马拉认为，应针对下述情况，对第 5 条草案第 1 款中的持续国籍规则作出例外规定：分别根据这两款获得保护的无国籍人或难民在受到损害之时至正式提出求偿之日期间获得保护国的国籍，但其情况不在第 5 条草案第 2 款所述的范围内。

### 摩洛哥

虽然这项条款不是习惯国际法或成文国际法的一部分，而是代表国际法的逐渐发展，但并没有造成真正的困难，因为实际上，这类地位的时期是有限的。

### 荷兰

第 8 条草案是条款草案中少数逐渐发展的条款之一。荷兰认为该条款草案是朝着正确的方向迈出了一步，并赞赏国际法委员会在评注[英文本]第 7 段中陈述的理由。

### 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

北欧国家尤其感到高兴的是，国际法委员会草拟了关于在某些情况下为无国籍人和难民提供外交保护的条款。第 8 条草案不同于过去的观点，即各国应只为本国国民行使外交保护。能够向这些弱势群体提供外交保护，极为重要。

北欧国家支持第 8 条草案评注中灵活处理的办法，根据这种办法，“难民”一词不一定只限于符合《关于难民地位的公约》及其《议定书》定义的人。评注让国家决定是否“向它认为并视为难民的任何人提供外交保护”（第 8 条草案评注第 8 段）。北欧国家的立场是，一个国家可以向符合与行使外交保护的国家有领土联系这一要求的人提供外交保护，只要该国认为这个人需要保护而不一定要正式符合难民地位的要求。

关于所提议的时间方面的要求——即有关无国籍人或难民必须在受到损害之时和正式提出求偿之日在行使外交保护的国家具有合法的惯常居所，可能引起一个具体问题。北欧国家认为，这项要求似乎设下了过高的门槛。就需要有效外交保护而言，在许多情况下，伤害实际上发生在有关人员进入行使外交保护的国家的领土之前。

因此，北欧国家建议考虑对提议的标准进行修正。在第 8 条草案中，可考虑使用“合法居留”标准，而不是“具有合法的惯常居所”标准。这是《关于难民地位的公约》中关于向难民签发旅行证件的第 28 条的确切措辞。

## 巴拿马

我们认为，在外交保护的传统框架内，草案关于对无国籍人和难民的外交保护的第 8 条，不仅適切合理，并且实际有助于国际法的逐渐发展。确实，对无国籍人和难民采用同样的保护标准，对于这两类人都是适当的解决办法。对于这两类人来说，联系因素是有关的人在某个国家具有合法的惯常住所，加上其他必备的具体条件（家庭关系、兴趣、职业活动等）以表明该人与该国的真正联系。

## 卡塔尔

第 2 款在未考虑到国际法对“难民”定义的情况下限制保护国可以给予难民法律地位的情况。最近，由于各种原因出现了大规模移民潮，我们认为，应更仔细地研究这一款，以便根据国际规范确定保护难民的客观标准。

## 美利坚合众国

（见下文其他评论和建议）

## 乌兹别克斯坦

在第 1 和第 2 款，应该用“在该国合法永久居留”来取代“在该国具有合法的惯常居所”。在这两款中，对“惯常居所”可作出两种解释：或是惯常居民，或是永久居民。因此，我们提议将其改为“在该国合法永久居留”。

在第 2 款中，应在“承认为难民”后加上“并给予其庇护”等字。

## 第三章. 法人

### 第 9 条草案——公司的国籍国

#### 奥地利

第 9 条草案引起重大问题，因为它要求满足两项条件，即注册办事处和管理机构或某种类似联系。要求满足这两条标准，肯定会使一些公司失去外交保护。然而，正如评注所述，这两条标准正是国际法院在巴塞罗那电车公司案判决中所援用的。<sup>17</sup> 有意思的是，国际法委员会在此提及与国际法院巴塞罗那电车公司案判决相符的某种真正联系，而对自然人就不要此种联系，这与诺特鲍姆案的情况相反。

但必须强调的是，对于国际法院还提及的某些情况，也可适用其他标准，如对公司的控制：根据第 18 条草案，此类特殊情况必然需要有协定基础，作为特别法处理。或可提出这样一个问题：这一特别法规则是否应仅限于条约，

<sup>17</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，《1970 年国际法院案例汇编》。

或是也可以习惯国际法为基础，因为可以想象，如果两个国家的既定做法是利用控制概念确定公司国籍国，那么其中任何一国便会认为自己有权在提出索赔时适用控制概念。因此，奥地利建议放松第 9 条草案所反映的这一规则的僵硬程度。

### 萨尔瓦多

萨尔瓦多想知道的是，如果一个公司在某国成立，但在另一国设立注册办事处或总部，这会导致怎样的情况。这样的公司是否就不可能得到外交保护？

### 危地马拉

第 9 条草案显得过于简略。纠正办法可以是把它一分为二，第一部分为国际法委员会第五十八届会议报告脚注 69 中出现的第 17 条草案案文的第 1 款。<sup>18</sup> 第二部分是略经修改的第 9 条草案现有案文。

如果这一提案被接受，第 9 条草案行文如下：

“1. 一国有权对具有其国籍的公司所受损害行使外交保护。

“2. 为公司的外交保护之目的，公司的国籍国是依照其法律成立并在其领土内有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。”

不过，上文第 2 款有一个问题。这个常见的问题是，公司在某国有注册办事处或管理机构或某种类似联系，但却是根据另一国法律成立的。在此情况下，似乎没有国家可为此公司行使外交保护。如把此款中的“并”改为“或”，便可解决这一难题。但要是所述的假设情况中如此改动，便会有两个国家有权行使外交保护。为解决这一新问题，应增加一款，措辞如下：

“3. 如果第 2 款的适用意味着有两个国家有权行使外交保护，则公司与之总体而言有最密切联系的那个国家应行使此种保护。”

初看上去，危地马拉在公司方面的其他关切问题似乎只是语言性质的，但实际上比语言问题深刻。

任何人哪怕对英美法律体系只有最粗浅的知识便会知道，根据该法系，“公司 (corporation)” 一词并不仅仅适用于法文和西班牙文分别称之为 *société anonyme* 和 *sociedad anónima* 的股份有限公司，*société anonyme* 一词在国际法院对巴塞罗那电车公司案的判决书法文文本中出现，对应于英文文本中的 “limited company whose capital is represented by shares” (以股份作为资本的有限公司)。

<sup>18</sup> 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 70 段。



不过，我们倾向于认为条款草案英文文本中的“公司（corporation）”一词不会带来问题。在该文本中，此词显然具有英语国家最通用的含义，即有限公司（limited company）。但不妨在最后案文英文文本中加上一条脚注，说明该文本中的“公司（corporation）”一词应被理解为“以股份作为资本的有限公司（limited company whose capital is represented by shares）”。

至于第 9 至 12 条草案（包括这两条）的法文和西班牙文文本，危地马拉认为，要使这几条与英文文本一致，“société”和“sociedad”分别应改为“société anonyme”和“sociedad anónima”。

### 墨西哥

墨西哥在阅读案文时还认识到，国际法委员会考虑了墨西哥在过去几年就为行使外交保护目的而确定公司国籍国的问题所作的评论。

### 摩洛哥

根据现有措辞，本条草案使用了[具体规定的]标准以确定公司的国籍国。但应指出的是，本条草案未具体说明，对于在一国成立，但把注册办事处转至另一国的公司，哪个国家有权行使外交保护。

### 荷兰

荷兰认为国际法委员会应更彻底研究本条草案，参考相应的公司法和当前的经济发展形势或有帮助。现有的此条草案排除了公司拥有双重国籍的可能性。在此方面，委员会不妨注意在荷兰具有双重国籍的 Unilever（联合利华）和 Fortis 等公司。

荷兰建议删除“或某种类似联系”这一短语，因为它过于模糊。本条草案已充分援用巴塞罗那电车公司案所用标准，以照顾到不同国家的法律体系。加上这一标准只会造成混乱。

### 卡塔尔

卡塔尔国认为，作为一项原则，根据某国法律成立的公司必须在该国注册和设立管理机构，该国才可以行使对该公司的外交保护权。因此而言，本条草案既符合逻辑，又切合实际，而且尽可能排除了探讨公司多重国籍问题的必要性。

本条草案句尾的“或某种类似联系”这一短语含义模糊，今后可能会产生不同解释。因此，或许应考虑删除或代之以更精确的短语。

### 乌兹别克斯坦

[俄文文本]“State of nationality of a corporation(公司国籍国)”应改为“State of origin of a corporation(公司来源国)”，并在题为“用语”

的条款草案中增列“公司来源国”这一概念的定义（见下文其他评论和建议）。条款草案第 10 条和第 11 条 (b) 项须作同样的改动。

## 第 10 条草案——公司的持续国籍

### 奥地利

至于草案第 10 条，评注将国家继承视为无需审议的情况，因为此类情况属特殊性质。但近期发展证明需要有类似于涉及自然人的规则那样的规定。奥地利看不出有什么理由在这方面的公司不予触及，对自然人则订有规则。至于公司的持续国籍规则在国家继承情况下的适用，以下问题可能产生：在大多数国家继承情况中，被继承国的国内法律秩序作为新成立国家的法律继续存在。因此，根据被继承国法律成立的公司也根据新国家的法律继续存在。但与此同时，公司获得了新国籍。在此种情况下，第 10 条草案现有措辞可能导致外交保护利益的失去。

### 荷兰

关于第 5 条草案的评论也适用于第 10 条草案。

### 挪威代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

与[有关第 5 条草案的观点（见上文）]一致，北欧国家赞成委员会在第 10 条草案有关公司问题上采用同样的解决办法。第 10 条草案第 2 款所述的例外情况，即一国对于在受到损害之时是其国民，但由于所受损害而不复存在的公司继续有权行使外交保护，似乎是合理的。

### 美利坚合众国

（关于第 1 款，见第 5 条草案的评论。）

条款草案的评注承认，第 2 款所述原则并不反映习惯国际法，而是试图解决对不复存在的公司适用持续国籍原则时可能出现的难题。但评注未提供评估出现此类难题的可能性的依据，使第 10 条草案的政策依据不充足。

美国不同意委员会的观点，即对不复存在的公司的外交保护属持续国籍原则的例外情况。首先，只要公司仍有法律人格，国家便可继续对该公司的权利主张行使保护；而只要根据国内法有权起诉或被起诉，便具有法律人格。<sup>19</sup> 许多国内法律制度允许公司在解散后一段有限时间里继续提出和维护公司存在期间产生

<sup>19</sup> 国际法院在巴塞罗那电车公司案中解释指出，该公司没有“停止存在”，因为公司虽说有财务问题，但仍可在西班牙法院自由行使法律权利。如国际法院所述，“不能把危急的财务状况等同于公司实体的消亡……惟有法律意义上的公司地位是……相关的……”。（巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司（比利时诉西班牙）案，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 41 页，第 66 段。

的权利主张，也就是说法律人格持续至这段时间终止。<sup>20</sup> 因此，支持已消亡公司的权利主张的问题不会经常出现，因为大多数权利主张都可在公司仍有法律人格期间予以受理。

但公司停止存在后，有一个突出的政策理由可能与拟议的例外条款相悖。例外条款忽视了国内法允许公司法律人格消失的政策理由。国内法中的幸存者法规和公司结业法规包括一段有限的结业期，以便与公司有关者可以终局了结，知道结业期终止后，有利或不利公司的权利主张便停止存在。<sup>21</sup> 第 10 条草案第 2 款允许在公司生命结束后涉及该公司的权利主张无限期地存在，这可能有损这一定局以及相应的资源分配决定。

## 乌兹别克斯坦

(见第 5 条和第 9 条草案的评论。)

## 第 11 条草案——股东的保护

### 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

关于为股东行使外交保护的问题，北欧国家感到满意的是，委员会已确保根据巴塞罗那电车公司案，完全遵守国际法院判例法。

国际法院 1970 年的判决不偏不倚地对待公司利益和股东利益，并使法律更加明确。北欧国家不同意推翻关于主要由公司国籍国向该公司提供外交保护的基本规则。此外，在购买外国公司股票时，股东也许要承担的商业风险之一就是无法要求本国政府提供保护。

<sup>20</sup> 例如，在美国大多数辖区，公司可在解散后最长达三年时间内起诉或被诉。(Model Business Corporation Act § 14.07(2002))。又见 Delaware Code Annotated Title 8, § 278(2005) (公司解散后三年内提出权利主张)。The Model Business Corporation Act 和 Delaware code 被认为是美国公司法的参照法规。其他一些州允许公司解散后提出公司存在期间产生的权利主张的时限不等，从两年到永远，取决于权利主张时效法。见 805 Illinois Compiled Statutes 5/12.80(1998) (在公司解散前产生的有利或不利的权利主张可在公司解散后最长达五年时间内提出)；New York Business Corporation Law § 1006(a)(4) (在公司解散前产生的任何有利或不利公司的权利主张的执行无时间限制)；15 Pennsylvania Consolidated Statutes Annotated § 1979(公司解散后提出有利或不利公司的权利主张的时限为两年)。其他国家有类似的处理公司解散后的法律人格问题的法律。在联合王国，经法院允许，公司可在解散后最长达两年时间内起诉或被诉 (Companies Act, 1985, c. 6, § 651)。在加拿大也需要法院许可，已解散公司才可起诉或被诉，但对此权利似乎未设时限 (Canada Business Corporations Act, R. S. C., Chap. C-44, § 209(2004) (Can.))。法国商法允许受理在公司解散后最长达三年时间内对公司提出有利或不利的权利主张 (Code Commercial, art. L. 231-1-237-31)。

<sup>21</sup> 由于这一情况，美国规定，在公司结业期终了时，未能在该期间了结的权利主张一般即告终止。William M. Fletcher, 16 Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corprations G 8144.40(2005)。

**(a) 项****奥地利**

关于第 11 条 (a) 项草案, 想知道为何只提到“成立地国”, 而非国籍国, 而其他相关条款草案采用国籍国, 将国籍所需的双重标准考虑在内。这项规定的影响十分广泛, 因为其措辞涉及某公司具有甲国国籍, 并“按照成立地国的法律”在甲国结束业务, 但受到乙国的损害的情况。如果该公司股东具有丙国和丁国国籍, 可能产生多项索赔, 那么, “与损害无关的原因”的限制毫无意义, 因为该公司的终止业务国与造成损害国不同。只有这项规定也意味着包括在损害发生时属于造成损害国国民的公司, 而且, 由于这项损害, 根据该国法律, 该公司已不复存在, 该条款才有用。为了尽可能清楚, 奥地利建议, 将这两项问题写在两个不同的款项中。

**萨尔瓦多**

关于第 11 条 (a) 项草案, 该项涉及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时, 保护公司股东的问题, 但没有解决由于与损害有关的原因而不存在的公司股东的问题。似乎股东权利受损害越多, 国籍国更加无法行使外交保护。

**挪威, 代表北欧国家 (丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)**

北欧国家还支持第 11 条 (a) 和 (b) 项草案所述的例外情况。

**美利坚合众国**

美国极力敦促国际法委员会删除第 11 条 (a) 项草案, 因为它制造一种不正常的状况, 使得股东国籍国比成立地国本身更有权支持公司的权利主张。至少根据美国法律, 股东没有任何权利主张已经解散公司的失效权利,<sup>22</sup> 因为公司是保护其本身权利的主要实体。因此, 国际法院在巴塞罗那电车公司案中认为, 成立地国应当对公司的损害行使外交保护。评注没有提出任何理由设立一类权利主张, 使得股东国籍国能够支持公司的主张, 而成立地国则不能。此项规则不符合基本公司法原则, 固应予删除。这决不会损害股东国籍国支持股东对所遭受的直接损害要求赔偿的权利, 当然, 第 2 条和第 3 条草案允许采取这种行动。

**(b) 项****奥地利**

第 11 条 (b) 项草案提出损害的问题, 因为不清楚在这里是指哪一类损害, 尤其是否应当按照第 1 条草案的意思加以理解, 即“国民因另一国国际不法行为而

<sup>22</sup> William M. Fletcher, 16 Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporation § 8144. 40 (2005), 介绍美国法律如何不允许股东提出已经解散公司的失效权利。总的来说, 美国属于比较能够允许代表公司采取股东行为的国家之一, 这意味着其他国家也可能不允许股东打官司要求执行已不存在公司的权利。BERNHARD GROSSFIELD, 13 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, P. 107, 解释美国通常比其他国家更容许股东代表公司提出的诉讼。

受的损害”。如果根据起首句解读，显然第 11 条(b)项所指的损害必须是由公司遭受。然而，由于公司具有造成“损害”国的国籍，这种损害很难说是“因另一国国际不法行为而受的损害”。评注没有就此问题提供答案。为了消除关于此问题的任何疑问，应当在评注中澄清此问题。

## 荷兰

本条草案似乎在第六委员会引起争论。国际法委员会试图编纂巴塞罗那电车公司案所述这两项例外情况。荷兰同意委员会的意见，即在涉及卡尔沃式公司的情况中，股东国籍国有权行使外交保护。

(b)项提到“所指对其造成损害负有责任”。第 14 条第 2 款草案的措辞有所不同：“所指应对损害负责”。条款草案的措辞应当前后一致。

## 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

（见关于(a)项的评论。）

不应当允许某国要求外国利益根据当地法律成立公司作为在该国经营活动的条件之一，然后以公司在该国成立作为拒绝外国利益国籍国行使外交保护的理

由。

根据第 11 条(b)项草案的评注，这项例外适用于根据当地法律成立公司的要求作为经营活动前提条件，是当地立法的一项正式要求的情况。然而，作为国际法逐渐发展的一部分，有充分理由将这项例外也扩展到成立公司的要求并非正式要求，但来源于对外国利益非正式施加的压力或政治压力。北欧国家建议，第 11 条(b)项草案现有措辞：“是在该国开展经营活动的前提条件”，也应适用于这种非正式要求。因此，这应当反映在第 11 条(b)项草案的评注中。

## 美利坚合众国

美国对第 11 条(b)项草案表示严重关切。正如我们原先向国际法委员会所作的解释，提议的例外规定在习惯国际法中缺乏根据。在委员会作为这项例外规定的依据而提供的所有案例中，事实上都存在，两国之间的特别协定，给予股东要求赔偿的权利，或者造成损害国与本国公司之间的协定，向股东提供赔偿。<sup>23</sup> 由

<sup>23</sup> Delagoa Bay Railway Co. *in* J.B. MOORE, 6 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, P. 647 (1906), 由于葡萄牙没收葡萄牙公司，美国、英国和葡萄牙之间达成协议，将美国和英国股东应得赔偿问题提交国际仲裁解决；Mexican Eagle (El Aguila) (1947) *in* M. WHITEMAN, 8 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, P. 1274 (1967)，英国与墨西哥之间对墨西哥将英国控制股权的墨西哥公司所拥有的油田国有化引起的争端，通过墨西哥政府与该公司之间的解决方案得到解决；Romano-American *in* HACKWORTH, 5 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, P. 841 (1943)，罗马尼亚提出对所没收的资产向罗马尼亚石油公司支付赔偿了结争端；El Triunfo (美国诉萨尔瓦多) (1902) 《国际仲裁裁决汇编》，第 15 卷，第 467 页 (1991 年) (美国与萨尔瓦多签订议定书，同意将萨尔瓦多没收萨尔瓦多公司资产，美国股东应得赔偿问题提交国际仲裁)。

于存在这些协定，上述案例不能够支持存在一项习惯国际法规则，允许各国在成立公司是为了在成立地国开展经营活动的情况下，支持股东对成立地国提出的权利主张。同样，国际法院在巴塞罗那电车公司案中也没有机会审议该例外规定的有效性，因为在该案中，造成损害国不是成立地国。

在没有习惯国际法的支持下，美国对于这项例外规定是否有一个合理的公共政策基础感到关切。正如我们原先已指出，这项例外规定将建立一个制度，使得相对于外国拥有的公司的股东来说，在某国成立的公司的股东更有权在该国寻求对他们的主张提供外交保护，而外国拥有的公司的股东则必须依靠该公司的国籍国提出主张。不清楚这种结果是否公正。

### 乌兹别克斯坦

(见关于第 9 条草案的评论。)

## 第 12 条草案——对股东的直接损害

### 美利坚合众国

美国认为，第 12 条草案通过规定股东的国籍国有权为其国民行使外交保护，以成文法反映一项习惯国际法。此处的这项规定是多余的。第 2 条和第 3 条草案已澄清，在条款草案的其他要求得到满足情况下，一国享有为其国民的主张行使外交保护的权力。由于股东是本国国民，如所有其他国民一样，没有任何理由需要通过一项单独的条款，指出允许股东的主张。相反地，如果国际法委员会认为有必要，第 2 条和第 3 条草案的评注应表明，股东也属于国民，其损害可得到外交保护。

## 第 13 条款草案——其他法人

### 奥地利

鉴于根据奥地利国内法律，存在各种不同的法人，因此，奥地利强调第 13 条款草案的重要性。

### 萨尔瓦多

我们建议，本条草案也应酌情提到第 11 条和第 12 条草案，因为那些其他法人也可能是相当于股东的自然人。

### 危地马拉

在民法法系中，存在一类混合商业公司，界乎于公司或有限公司与合作伙伴关系之间。前者的资本由股份组成，表明股东责任的限度，而且能够自由转让股份；后者的股东完全需要对公司债务负责，而且无法轻易转让所占资产。这种中间类型的商业公司属于有限责任公司——法文称作 *société à responsabilité*

limitée, 德文称作 Gesellschaft mit beschränkter Haftung。这类公司显然也存在英美法系至少一些国家中, 称作有限责任公司, 其股东类似于公司或有限责任公司的股东, 他们需要对不超过其所提供股本的公司债务负责。但是, 有限责任公司的资本不是由股份组成。

毫无疑问, 有限责任公司属于第 13 条草案的范围, 因此, 第 9 条和第 10 条草案可以酌情适用于这类公司。然而, 从字面上来看, 第 11 条和第 12 条草案不能适用, 因为它们没有在第 13 条草案中提到。不过, 危地马拉认为, 第 11 条和第 12 条草案应适用于有限责任公司及其股东。

因此, 第 13 条草案案文“第 9 条和第 10 条”应当改为“第 9 条至第 12 条”, 第 13 条草案评注第 4 段应明确提到有限责任公司。这样才可以清楚了解, 为了第 11 条和第 12 条草案的目的, 有限责任公司的股东相当于公司或有限责任公司的股东。

## 荷兰

[英文本]第 67 页评注第 4 段“从事有益事业”的措辞是不必要的, 应当删除。荷兰认为, 国家行使外交保护的斟酌权提供充分的范围。

## 卡塔尔

卡塔尔国希望提请国际法委员会注意, 第 13 条草案的范围包括非政府人权组织, 独立性是这类组织的特点。我们担心, 国家行使对这类组织外交保护的权力, 可能破坏这种独立性, 消极影响这类组织与其国际环境之间的关系。

## 第三部分. 当地救济

### 第 14 条草案——用尽当地救济

## 墨西哥

墨西哥对于用尽当地救济规则的适用尤其感兴趣。为了确保正确适用这项规则, 必须明文规定这条规则的例外情况。墨西哥在对 2003 年以来委员会各次报告的评论中指出, 墨西哥基本同意在目前审查的各条草案中就此规则和例外情况拟订的案文。

## 荷兰

荷兰建议在评注中增加以下内容:

“不提出国际求偿的外交行动无须先用尽当地救济。见《美国外交关系法注释汇编》(第三版)(1987 年), 第 703 段, 评论 d: ‘个人未用尽国内救济不妨碍国家代表个人进行非正式调解’”。

荷兰还认为评注必须明确说明是否打算将“规则”同“原则”加以区分。

最后，荷兰注意到评注中对“求偿 (Claim)”一词的使用前后不一。[英文本]第 69 页第 3 段令人有些费解。如将其同[英文本]第 26 页第 1 条草案评注第 5 段和 [英文本]第 36 页第 5 条草案评注第 6 段一并研读，不知是否必须将“求偿”一词理解为只能指正式求偿。

## 第 1 款

### 奥地利

(见一般性评论。)

### 美利坚合众国

第 14 条草案第 1 款规定，“除非有第 16 条草案规定的情形，一国对于其国民……所受的损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不得提出国际求偿”。在对第 14 条草案的评注中，国际法委员会解释说，该条力求体现西西里电子公司案中规定的用尽救济规则：“如果案件的实质已经由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，使主张具有可受理性。”<sup>24</sup>

美国同意国际法院对西西里电子公司案的判决正确体现了习惯国际法关于用尽当地救济的规定。但是美国认为，第 14 条草案第 1 款应修改如下：

“除非有第 16 条草案规定的情形，一国对于其国民或第 8 条草案所指的其他人所受的损害，在用尽当地救济之前，不得提出国际求偿。”

此项表述比现有条款草案更好地表达了习惯国际法，因为它与西西里电子公司案保持一致，容许“受害人”以外的实体只要在国内法院就主张的实质用尽当地救济，就符合用尽当地救济的规定。在西西里电子公司案中，美国向意大利提出求偿，指控意大利征用西西里电子公司的工厂和资产，从而违反《美国-意大利友好、通商和航海条约》。毋庸置疑，美国公司 Raytheon 和 Machlett Laboratories 全资拥有的意大利子公司西西里电子公司在意大利法院质疑意大利政府查封其工厂和资产的合法性，但最终没有成功。不过，作为一项初步事项，意大利声称美国不能代表 Raytheon 和 Machlett 公司提出索偿，因为这两家美国公司没有分别向意大利法院就查封提起诉讼，指控查封违反《友好、通商和航海条约》。

国际法院驳回意大利关于西西里电子公司诉讼案不符合用尽当地救济规定的说法。法院指出，西西里电子公司提出的主张的实质，对与其破产有着因果关系的征收提出质疑，同美国向国际法院提出的案件实质是相同的。在此情况下，

<sup>24</sup> 《西西里电子公司（美利坚合众国诉意大利）案》，判决，《1989 年国际法院案例汇编》，第 35 页，见第 46 页，第 59 段。



法院认为“[用尽]当地救济的规则并不要求，也不能要求，向国内法院提出的主张所采用的形式和提出的论据，必须适合对不同当事方适用不同法律的国际法庭……”<sup>25</sup> 换言之，国际法院承认，如果一项主张的实质经由国内法院审理，为了国际法的目的，此主张的当地救济可视为已经用尽，而无论受到外交保护者是否为向国内法院提起主张的同一人或实体。<sup>26</sup> 提议的重新表述更好地表达了西西里电子公司案的裁定，不再要求假定为外交保护对象的“受害人”为用尽当地救济的一方。

### 乌兹别克斯坦

根据第 14 条草案，自然人或法人必须“用尽”当地救济后，才能行使受国家保护的权利。在这种情况下，考虑到各国不同的法律程序，有关的人要在一段时间后才能得到保护。这可能会减少外交保护的实效。

有必要指明除“用尽”当地救济外，其他获得保护的手段，并对第 16 条草案作相应修改。

### 第 2 款

#### 奥地利

奥地利对第 14 条草案的理解是，“当地救济”的定义不包括为保护人权和基本自由而诉诸国际法院或法庭的行动。因此不排除一国在受到个人向欧洲人权法院对它提起诉讼的同时行使外交保护权。可通过承认在两个不同的法庭解决两种不同的争端来解释上述情况。

#### 墨西哥

墨西哥不能沉默对待国际法委员会在第 14 条草案第 2 款对“当地救济”一词所下的定义。它涉及受害人可以在所指应对损害负责的国家普通法庭或特别法庭获得的司法救济和行政救济。

在这方面，墨西哥高兴地看到，委员会在关于用尽当地救济的第 14 条草案评注第 6 段中考虑到国际法院关于阿韦纳案的判决。委员会指出行政救济确实也必须用尽，但是这只适用于可能导致补救的救济。受害人不需要请求他已用尽当地救济的国家的行政权力机构通过行使酌处权给予补救，因为当地救济不包括宽恕性的救济，例如行政减刑措施或请求赦免。

<sup>25</sup> 同上。

<sup>26</sup> 西西里电子公司案便是如此。法院确实考虑了意大利法律是否为美国公司提供了西西里电子公司所没有的，而它们必须用尽的独特救济办法的问题。法院断定意大利不能证明存在任何这样的救济，因此裁断救济已经用尽，从而使法院能够着手审理案件实质。同上，第 35-37 页，见第 46-48 页，第 60-63 段。

## 乌兹别克斯坦

为确定“当地救济”的概念，似乎有必要在题为“用语”的条款草案中纳入第 14 条草案第 2 款（见下文其他评论和建议）。

该款也需要订正。为使案文更清楚，可使用以下措辞：

“‘当地救济’指受害人可以获得的法律救济。这可包括诉诸于所指应对损害负责的国家的司法或行政法庭或普通机构或特别机构。”

## 第 15 条草案——求偿的类别

### 奥地利

奥地利怀疑本条的标题是否符合本条草案的实质，因为本条草案的要旨与所谓的混合请求有关，并涉及国家提出的是不需要用尽当地救济的直接损害求偿，还是需要用尽当地救济的间接损害求偿的问题。最近国际法院对阿韦纳案的裁判明显暴露了这一有着区别的问题。该判决更突显了需要制定如本条草案内所载的规则。

在第六委员会的口头评论中，奥地利质疑在本条草案中具体提到“请求作出宣告性裁决”的适当性，因为在这方面，唯一决定性标准就是国家是否受到直接损害。考虑提出的进一步标准，只会产生混乱。本条草案的案文似乎认为应当将“请求作出宣告性裁决”与任何其他“国际求偿”加以区分。但是考虑到评注中已有大量解释，奥地利不再提出这一问题。

## 第 16 条草案——当地救济规则的例外

### 萨尔瓦多

我们赞同本条草案的实质内容，但是认为该条有些措辞过于复杂，另一些措辞则不够明确，可能在各项条款之间造成混淆。因此我们认为，较明白、较精确的措辞有助于较有效地陈述例外规定。

### 墨西哥

（见关于第 14 条草案的评论。）

关于当地救济规则的例外情况，墨西哥认为，第 16 条草案下的四项全都没有涉及一种例外情况。这种例外适用于在将会一再造成损害的情况下无需用尽当地救济的案例。<sup>27</sup> 这种例外的根据是，如果造成损害的行为显然很可能再次发生，则用尽当地救济实属徒劳。

<sup>27</sup> 见 C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, UK, Grotius Publications Limited, 1990), p. 206.

墨西哥认为，这些条款草案必须规定，被告国有责任具体说明求偿者仍可采取的补救办法，来证明尚未用尽当地救济。如果可以表明仍有当地救济办法可以利用，则应由求偿者举证，证明存在用尽当地救济规则的某些例外情况。<sup>28</sup>

## 乌兹别克斯坦

(见关于第 14 条草案第 1 款的评论。)

### (a) 项

## 奥地利

奥地利的理解是，第 16 条(a) 项也是指有当地救济办法可以利用，这与国际法委员会所通过的国际不法行为的国家责任条款第 44 条(b)项的说法(即“可利用的有效当地救济办法”)相似。<sup>29</sup> 为求条款术语的统一，似应在此使用同样的措辞。

## 卡塔尔

我们认为本条草案(a)、(b)和(c)项范围过广，含糊不清，可能使第 14 条草案无法适用。它们还可能违反关于用尽当地救济的规则，而后者是行使外交保护权的必要条件。此外，这些例外情况可能导致作出互相冲突的不同的国际法律裁定的情况，因为在没有明确的标准可据以确定本条草案中的例外情况是否适用的情况下，法庭必须根据具体情况审议每个案件，才能确定是否已经用尽当地补救办法。

我们认为，在审议直接涉及基本人权和自由的案件时，可能可以接受这些例外情况。

## 美利坚合众国

在第 16 条草案的评注中，国际法委员会解释说，它在考虑了三种不同的标准后才订出“有效补救的合理可能性”这一标准。委员会没有采纳“显属徒劳”标准，因为这种证明徒劳的标准是“过高的门槛”。委员会也不接受欧洲人权委员会“没有合理的成功机会”的标准，因为这种标准会使求偿者在许多情况下得以规避当地补救办法。委员会认为，它所提出的标准适中，也符合国际实践。

美国不同意委员会结论，即显属徒劳标准是“过高的门槛”。我们相信，这一标准如果得到适当的理解，可以设定一种既尊重国家主权又符合习惯国际法的证明标准。我们认为本条草案应规定：

<sup>28</sup> R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law* (New York, Longman, 9th edition, 1996), p. 526.

<sup>29</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10 和更正)，第 76 段。

“在当地救济显属徒劳或显然无效的情况下无须用尽当地救济。如果在一般情况下有法庭可提供有效补救，则用尽当地救济不是显属徒劳或显然无效。”

根据适用的习惯国际法原则，求偿者只能在极其有限的情况下证实他无须用尽当地补救办法。求偿者仅仅表明成功的可能性很小或进一步上诉不是很困难就是费用很高是不够的。要想在没有用尽当地补救办法的情况下使有关国家负责，“检验标准为显属徒劳或显然无效，而不是没有合理的成功机会或不可能成功，因为两者都不是较严格的检验标准。”<sup>30</sup> 根据第 16 条草案(a)项，徒劳与否的调查重点在于补救的可能性上，从而将考虑的方向转向获得成功结果的可能性，Amerasinghe 指出根据国际法这种做法是不正确的。此外，对是否可能取得成功的结果作出评估是一项极其困难的工作。相反，拟议的提法的第二句将重点放在是否存在一个在一般情况下能够提供补救的法庭这一点上。这种提法认识到，徒劳与否的适当检验标准为国内法院体系本身是否在一般情况下能够提供法律补救办法。因此，应将重点放在是否存在一个适当的法庭而不是在这种法庭上取得成功的可能性上。

此外，美国从政策的观点上认为上述提法与条款草案相比较为可取。当地救济规则的目的是要确保有关国家有机会在本国的法律体系内处理违反国际法的行为。<sup>31</sup> 多数——即使不是所有——国家都具有这种自动纠正的能力。在这种情况下，基于对国家主权的尊重，求偿者在援引有关国家对违反国际法行为的规定前，必须先利用有关国家的法律体系。美国所倡议的提法除了符合国际法以外还具有一项有利因素，即有关国家有机会在本国法律体系内矫正违反国际法的行为。相反，条款草案使求偿者得以在完成纠正程序前就将针对所指称的违反国际法行为的索偿要求提交国际性的法院，从而有损于国家主权并妨碍了国内司法体系法律规则的发展。

### 乌兹别克斯坦

必须具体说明由哪个国家或国际机构来界定诉诸当地补救办法的“合理性”和“非合理性”。

<sup>30</sup> C. F. AMERASINGHE, *LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW*, p. 195 (1990)。另见芬兰诉英国《国际仲裁裁决汇编》第 3 卷，第 1479、1504 页(1934 年)等(对未用尽救济办法辩解的规则“多作出最严格的解释，如果存在实质上诉权利，那么未能提起上诉的情况就构成补救的障碍。”) (内引文从略)；EDWIN M. BORCHARD, *THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD*, p. 824 (1915) (“如果求偿者声称由于贫穷而没有能力支付有关费用、不知道本身享有上诉权、自己是根据律师的意见行事，或是所谓向当地法院提起诉讼不是不可能就是起不了什么作用等等，并不能……免除用尽当地补救办法的程序。”)。

<sup>31</sup> 国际工商业投资公司案(瑞士诉美利坚合众国)(初步反对意见)，《1959 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 27 页。

**(b) 项****卡塔尔**

(见关于(a)项的评论。)

**(c) 项****奥地利**

奥地利赞成(c)项对外交保护施加的限制,但还是希望较详尽地界定没有相关联系的具体情况。其中也没有表明何时必须裁定没有相关联系:可以设想有关个人在受害的时刻身在某一国家,然后又离境。在这种情况下,该个人的原籍国是否能够受益于(c)项所规定的例外情况,还是假定已存在必须用尽当地救济的相关联系?对此,本项的措辞没有提供明确的答案。除非表明要求的是在受损害时存在相关联系,否则可以提议将不存在相关联系同合理性挂钩,唯有在受害人同所指称应负责国家之间没有任何相关联系而且用尽当地救济的做法不合理的情况下,才无须用尽补救办法。鉴于这一办法,也可以建议删除本项前一部分,使本项限于有关案件的情节使得用尽当地救济的做法不合理的情况。评注后可以举例说明这一情况,提及不存在相关联系。但是这种解决办法将排除一种滥用本项规定的情况,即有关个人受到损害却离开据指称应负责的国家以规避用尽当地救济这一必要程序。如此,该个人可以轻易剥夺据指称应负责的国家通过本国程序对损害予以补救的机会。考虑到当地救济规则的基本目标,也就是使有关国家有机会为损害提供补救,确实必须杜绝这种滥用情况。

**荷兰**

荷兰认为,应采纳[英文本]第82页评注第11段的意见,以使条款草案既包括“法定拒绝”,也包括“事实拒绝”。

**卡塔尔**

(见关于(a)项的评论。)

**美利坚合众国**

第16条(c)项使求偿者得以在受害人与损害国之间“没有相关联系”或是用尽当地救济“实为不合理”的情况下无需用尽当地救济。该条草案的评注解释说,前一例外旨在应对求偿者不打算同被告国相互作用但受到该国一项行动的损害的情况。所提供的典型的例子是跨界污染和飞机误入一国领空。根据评注,后一例外规定是要设法在当地救济规则的应用显然“不合理”时允许个别的例外情况。

美国同意在受害人与损害国之间没有相关联系的情况下有理由准许这方面的例外情况。但是我们建议删除“不合理”一语以免过于含糊和笼统。美国敦促将第16条草案(c)项改写为:

“在受害人与指称应负责的国家之间没有相关联系的情况下，无需用尽当地救济。”

美国建议改写的案文删除了“依据案情，用尽当地救济实为不合理”一语。这一例外没有习惯国际法的根据，也不是基于合理的公共政策考虑。美国认为(c)项提法过于含糊，也给用尽当地救济规则的应用带来了太多的不确定性。第16条草案的其余部分所提供的例外准确地涵盖了不适用关于用尽救济办法的规定的情况，包括评注第11段中所列的情况。无法实际利用法院、非法妨碍司法程序和费用过高，凡此种种都可能使补救办法“显属徒劳”，从而为第16条草案(a)项关于用尽当地救济的规定提供理由。因此无须在此提出进一步的无限制的例外情况。

我们还认为应澄清有关评注，表明单单是飞越一国领土的行为并不构成必须用尽当地救济的“相关联系”。评注中固然表明误入一国领空的飞机同该国并没有“相关联系”，美国认为在任何飞机仅仅是作为其预定飞行路线的一部分飞越一国领空的情况下，并没有确立“相关联系”。鉴于受害人同损害国之间的联系微不足道，在这种情况下要求用尽救济办法实属过分。相反，以卡车将货物运往一个国家而途经另一国的商人同后者具有较具体的联系，除其他外可利用该国的法院保护自己的财产。在这种情况下，已确立“相关联系”——在此处为商业和领土联系，从而依规定必须用尽当地救济办法。

#### (d) 项

#### 危地马拉

任何国家对于放弃一项权利必须明白表示的原则，是国际习惯法的一项既定原则。但是关于第16条草案的评注第12、15、16和17段就这项原则对于一国放弃要求用尽当地救济的权利的可适用性提出了若干问题。

但是应当指出的是，在许多——即使不是多数——情况下，上述问题根本不成问题。如果缔结了仲裁协定以解决一种情况——即通常用尽当地救济规则可适用于两个缔约国之一的情况——下已经存在争端，那么就不能说该国明示或默示放弃用尽救济办法权利。事实上产生了一种全然不同情况：由于在特殊情况与正常情况之中前者占优势的原则，习惯国际法规则，即要求用尽当地救济的规则，为一项条约所载相矛盾的规定所取代。仅仅是放弃基本上是单方面的这一事实就表明在这种情况下说到放弃是不正确的。当条约规定以仲裁方式解决今后在通常必须用尽当地救济的问题上的争端时，将对这种条约作出解释来确定其是否规定了相关规则的不可适用性。如果断定其中一项条约确实规定了这种不可适用性，那么基于同样的理由不应作出放弃当地救济的结论。

#### 摩洛哥

我们建议删除(d)项，理由是这种规定将会偏离一项重要的国际法原则，同时也不具任何实际的意义。

## 卡塔尔

(d)项中的例外符合一般法律原则，因此是可以接受的。

## 乌兹别克斯坦

应在“要求”之后增加“或是该国的作为或不作为等于放弃了这种要求”一语。

## 第四部分. 杂项规定

### 乌兹别克斯坦

应将第四部分称为“其他规定”而不是“杂项规定”。

## 第 17 条草案——外交保护以外的行动或程序

### 奥地利

第 17 条草案旨在保护那些可以确保个人权利的其他法律手段。这会导致在不同法庭上提起重复的诉讼，从而可能产生相互分歧的裁判。然而，为了切实保护个人权利，应该接受这样的风险。

### 萨尔瓦多

我们应该考虑到，外交保护针对的情况是各国有权保护自己的某个公民，而不是公民有权在受到他国损害时得到本国予以的外交保护。所以，外交保护不能与国际人权法当前规定的保护措施相提并论。我们因此认为，第 17 条草案的措辞应该反映这一点。

### 荷兰

应该删除“按照国际法”的字样。荷兰认为，特别有必要保持不变一项权利，即在国内诉讼当中提交法庭之友书状的权利。这是欧洲联盟在美国法律诉讼案中采取的做法。

荷兰还建议效仿第 19 条草案的做法，对第 17 条草案修正如下：

“本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而受损害取得补救的权利”。

### 卡塔尔

不需要重申国家、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失取得补救，因为人们已将此视为国家和个人根据国际法原则享受的不可剥夺的权利。

第 17 条草案如果提到的是国家和个人援用国际人权公约的权利，也没有增加任何新意。归根结底，国家和个人由于可以诉诸国际人权法，得到了比外交保

护更多的保障，因为这是以适当和灵活的法律原则为基础，可帮助和允许个人在基本权利和自由受到侵犯时行使自己的权利。

鉴于以上所述，我们同意关于合并第 17 条和第 18 条草案的意见。我们提议由此产生的条文草案应该是：

“如果本条款草案与解决公司或公司股东和国家之间争端的特别条约的规定有所不符，条款草案在不符之处不适用。”

### 乌兹别克斯坦

应把第 17 条草案的规定列入题为“用语”的条文草案（见下文“其他评论和建议”），以界定“其他和平解决手段”一语（根据第 1 条草案）。

## 第 18 条草案——特别条约条款

### 奥地利

奥地利提请注意该国就关于国籍问题的第 4 条草案发表的评论。不能排除用双边法律或区域性习惯法，取代某些条款（例如关于国籍问题的规定）的可能性。奥地利因此建议该条仿效在国家对国际不法行为的责任条款（第 55 条）<sup>32</sup> 的框架内作出的特别法规定，仅提及特别法，或只是提及“国际法特别规则”。

### 萨尔瓦多

我国认为，本条草案反映的构想与第 17 条草案的相同，因此赞成将二者合并为一项条文草案。

### 摩洛哥

本条草案的措辞在两个方面含混不清。第一，大家不知道[法文本]“il est incompatible”指的是什么。这几个字如果指的是“présents articles”，应该为复数形式。

第二，本条草案提到特别条约，意味着条约有一般和特别之分。然而，国际法，特别是《维也纳条约法公约》，<sup>33</sup> 没有任何地方提到“特别条约”。因此，可以或是像关于国家责任和国际组织责任的条款所做的那样，提到特别规则，或是修正该句话的前半句，将其改为：“……与有关保护投资的双边和多边条约所规定的特别制度不符的情况下……”。

### 卡塔尔

（见关于第 17 条草案的评论。）

<sup>32</sup> 见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》（A/56/10 和更正），第 76 段。

<sup>33</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号。



## 第 19 条草案——船员

### 奥地利

第 19 条草案的基本思想无疑已经为实践所证实。然而，应该重新考虑这一条文草案的结构，因为当前的措辞会导致意外的结果。可能引起的一个疑问是，如果上半句所述条件没有得到满足，船员的国籍国实行外交保护的权力是否受影响。这肯定不是希望取得的结果。奥地利因此建议首先强调这两类国家实行外交保护的权力，然后阐明，一个国家的权利不影响另一国家的权利。

### 墨西哥

在关于船员的第 19 条草案方面，墨西哥意识到，国际法委员会编纂的法规反映了这个领域的国际法和做法。同样，墨西哥满意地注意到，委员会考虑到了该国代表团近年来就这个具体议题发表的评论，并将其纳入自己的工作。

在争取保证充分尊重船员的人权方面，国籍国实行外交保护的能力和船旗国代表船员寻求补救的权利无疑是一项具有根本意义的发展。然而，第 19 条草案评注的第 8 段没有解决在两个国家都寻求补救时引起相互冲突的索赔的问题。

因此，我国请委员会研究这个假设情况，以便能够在条款草案或第 19 条草案评注中提到这一情况，从而解决违法国做出双重赔偿的问题。

### 荷兰

(见关于第 17 条草案的评论。)

荷兰建议把本条草案并入第 8 条草案。这样做更加符合条款草案的结构。

### 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

北欧各国完全支持第 19 条草案采用的方法，即，船旗国实行外交保护的权力并不排斥船员的国籍国行使同样的权利，反之亦然。这是一项非常重要的原则。这个方法意味着海洋法确立的重要保护措施因此没有受到损害。

### 美利坚合众国

第 19 条草案将确认，船员的国籍国有权对其公民实行外交保护，同时不因此损害船舶的国籍国无论船员是什么国籍，在他们由于对船舶采取的国际不法行为遭受损害时为其寻求补救的权利。该条草案所附评注指出，在一个国家是否可以扩大保护范围，以把非公民船员包括在内的问题上，国际法没有定论，但评注认为，国际判例法倾向于承认寻求补救的权利。评注谨慎地指出，这一寻求补救的权利并不是外交保护，但解释说，该项权利与外交保护非常类似。

美国欢迎该条评注澄清，第 19 条草案不打算赋予船舶的国籍国对非公民船员给予外交保护的权力。正如我们在 2003 年 5 月的评论<sup>34</sup>中解释的那样，在习

<sup>34</sup> 已由编纂司存档。

惯国际法是否允许船舶的国籍国保护第三国船员的问题上，存在很大的不确定性。

然而，考虑到国际法委员会现在在其评注中明确承认，这一条款不涉及外交保护，美国认为，第 19 条草案超出了本项目的范围，因此应予删除。请求发起这个项目的大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议只请委员会审议“外交保护”问题。根据这项任务规定，委员会的一个工作组向委员会第四十九届会议报告，本套条款草案将仅限于“严格意义上的外交保护”。<sup>35</sup> 鉴于本套条款草案仅仅是为了把外交保护规则编纂成法律，如果把这个项目的范围扩大到包括各国为船员寻求补救的权利，有可能在整个条款草案的适用范围上导致认识混乱，因此这样做是不合理的。较好的办法是把这个问题交由其他国际法文书，例如《联合国海洋法公约》<sup>36</sup> 处理。

关于第 19 条草案的评注还指出，这一条的宗旨是确认，船员的国籍国可以支持船员提出索赔要求。美国虽然同意，这项原则是习惯国际法，但是该原则在本条的阐述是多余的。第 2 和第 3 条的草案将明确指出，如果符合条款草案中的其他规定，一个国家有权对其公民提出的索赔要求实行外交保护。由于船员和所有其他人一样，也是公民，没有任何理由单独通过一项条文草案，来指出他们的索赔要求可以得到受理。如果委员会认为有必要，应该采取的办法是在关于第 2 和第 3 条草案的评注中说明，船员也是公民，在受损害时享有外交保护。

## 其他评论和建议

### 荷兰

特别报告员的第五次报告<sup>37</sup> 在第 19 和 20 页提出了两个“但书条款”，可以用来取代第 17 和第 18 条的草案。提出的第一个条款可用来取代第 17 条草案，全文如下：

“第 26 条

“这些条款概不影响由于国际不法行为而使有权行使外交保护的国家以外的国家或个人可以享有的权利。”

荷兰认为可以支持该条草案。

提出的第二个条款包括第 21 条草案的另一措辞，其中合并了第 17 和第 18 条草案：

<sup>35</sup> 《1997 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 176 段。

<sup>36</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号。

<sup>37</sup> A/CN.4/538，D 节，第 1 和 2 部分。

“这些条款概不影响国家或个人援用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的权利[，虽然该不法行为也可能使受害人的国籍国提出外交保护主张]。”

荷兰认为也可以支持这一“总括性但书条款”。

第六次报告讨论了“干净的手”原则。荷兰支持特别报告员得出的结论。<sup>38</sup>

## 美利坚合众国

美国无法审查评注中的每一项陈述、脚注和对文献的引用。然而，我们通过检查这些评注，发现在很多情况中，援引的案例或条约看来并不支持所涉观点。我们敦促委员会仔细检查评注的准确性和其中对所引材料的描述。

美国希望请国际法委员会在评注当中明确指出，它认为哪些条文草案是对法律的逐渐发展，而不仅仅是把习惯国际法编纂成文。例如，我们虽然不反对第 8 条草案，但该条明显是对法律的逐渐发展，因此应该予以指明。

## 乌兹别克斯坦

我们认为，有必要单独编写一条题为“用语”的条文草案，以解释条款草案中使用的以下术语：“法人国籍”[俄文本]；“公司国籍”；“成立”；“公司成立所在国”；“人身伤害”；“财产所受损害”；“个人非财产权利所受损害”；等等。

## 关于最后形式的评论

### 挪威，代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

北欧国家认为，有必要相当迅速地推进，二读通过条款草案。此外，北欧各国还认为，应在较短的时间内以一项公约的形式通过关于外交保护的条款。这将提高这个重要法律领域中的法律清晰度和可预见性。

---

<sup>38</sup> A/CN.4/546。