



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

关于外交保护的第七次报告

特别报告员：约翰·杜加尔德

目录

	段次	页次
A. 导言.....	1-7	3
B. 对条款草案的审议情况.....	8-92	5
1. 第1条.....	8-21	5
外交保护与领事协助.....	15-21	6
2. 第2条.....	22-24	11
3. 第3条.....	25-27	11
4. 第4条.....	28-30	12
5. 第5条.....	31-47	13
6. 第6条.....	48	19
7. 第7条.....	49	20
8. 第8条.....	50-51	20



9. 第 9 条	52-55	21
10. 第 10 条	56-59	23
11. 第 11 条	60-68	24
12. 第 12 条	69	27
13. 第 13 条	70-71	28
14. 第 14 条	72-74	28
15. 第 15 条	75	29
16. 第 16 条	76-81	29
(a)项	77-78	30
(c)项	79	31
(d)项	80-81	32
17. 第 17 和第 18 条	82-89	32
18. 第 19 条	90-92	35
C. 受害国民获得赔偿的权利	93-103	36
附件		
2000 年以来关于外交保护的文献目录		42

A. 导言*

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的一组共 19 条的条款草案的一读。¹ 其后，委员会决定根据其《章程》第 16 和 21 条，经由秘书长把条款草案转递各国政府，征求评论和意见，并请求于 2006 年 1 月 1 日以前将评论和意见提交给秘书长。秘书处在 2004 年 10 月 19 日照会中请各国政府于 2006 年 1 月 1 日以前提交书面评论。截至 2006 年 1 月 26 日，收到以下 11 个国家的书面评论：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。²

2. 自从 2000 年委员会批准外交保护头几条条款草案以来，关于外交保护的书籍(专著和一般著作新版本)和学术文章源源不断，而且其中特别提及委员会的工作。这些著作的目录载于本报告附件。

3. 在 2000 年后的出版物中，许多都述及外交保护的性质，深思关于外交保护到底是一项保护个人人权的程序还是一个旨在保护行使外交保护的国家的利益的机制这个问题。有些出版物对[马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案](#)的规则的有效性提出严重质疑：

一国出面处理其国民的案件，代表其诉诸外交行动或国际司法诉讼，实际上是在主张该国自身的权利，即代表其国民确保国际法规则得到尊重的权利”。³

这类批评正确地指出，行使外交保护必须符合的几个条件——例如，持续国籍规则，用尽当地救济和评估损失——都表明提出的要求实际上是个人的而不是国家的要求。但是，该论点没有考虑到国际法主要规则与次要规则之间的区别，而这种区别对目前的条款草案来说是至关重要的。个人有权利不受到酷刑，不受到在没有补偿的情况下被剥夺财产的待遇。这些权利显然不属于国家的权利。个人的这些权利属于国际法主要规则的范畴，如果个人这些权利受到侵犯，其国籍国可采取外交保护行动。但是，在发生违反国际法这类主要规则的情况下，国家通过

* 特别报告员感谢莱顿大学博士研究员 Annemarieke Künzli 以及原在纽约大学学习并于 2005 年在特别报告员手下实习，现为新西兰惠灵顿 Chen Palmer 律师事务所律师的 Alex Smithyman 提供的援助。

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。

² 上述评论均载于 A/CN.4/561 号文件(在下文中将称为“评论”)。

³ [马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权](#)(希腊诉联合王国), 1924 年《常设国际法院案例汇编》A 辑, 第 2 号, 第 12 页。

提出要求来行使外交保护权利，则属于国际法次要规则。⁴ 由于个人主张自身权利的能力有限，因此不具备完整的国际法律人格，[马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权](#)案本身固有的拟制是国际法为了执行旨在保护个人毋庸置疑的权利的主要规则所采用的手段，这手段属于次要规则。鉴于这些条款草案的前提是，马夫罗马蒂斯案的规则是妥当的（即使不够准确）（特别是第1条），因此在现阶段审查对该规则的批评意见没有什么意义。不过，这些文章确实有助于强调外交保护是一项使国家能够参与保护个人的工具，强调外交保护的最终目的是保护个人人权。从这个意义上说，外交保护和人权法是相互补充的。⁵ 荷兰对此极表赞同，敦促委员会在拟订条款草案的时候对个人的地位给予更密切的关注。⁶

4. 一些文章对委员会决定不将某些建议包括在内提出批评。例如，批评委员会没有通过逐渐发展规定国家有义务行使外交保护。⁷ 鉴于在二读讨论期间不能也不应重提这些问题，因此没有在本报告中审议这些问题。

5. 几份学术述评对条款草案某些具体规定的文字或内容提出批评。这些问题与各国评论一样，将在对条款进行重新审查的时候予以审议。

6. 本报告没有试图起草关于本条款草案如变成条约形式才需处理的一些问题，诸如签署、批准和解决争端之类的问题的条款草案。在这方面，沿用关于国家对国际不法行为的责任的条款草案的做法。本条款草案的命运与关于国际不法行为责任的条款草案的命运紧密相连。如果决定将后者变为条约形式，则可能而且适宜将本条款草案纳入该条约。另一方面，如果关于国家责任的条款草案保持现状，作为法律重述，则本条款草案看来也将不可避免地只起同样的作用。

⁴ 见 C. Dominicé, “La pretention de la personne privée dans le système de la responsabilité Internationale des Etats” in [Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz](#) (2004), p. 729; C. Dominicé, “Regard actuel sur la protection diplomatique” in *Liber Amicorum Claude Reymond* (2004), p. 73.

⁵ L. Condorelli, “L’évolution du champ d’application de la protection diplomatique” in J.F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 1; J.F. Flauss, “Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique” in J.F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 29; P.H. Kooijmans, “Is the right to diplomatic protection a human right?” in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004), p. 1975; M. Ferial Tinta, “Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the La Grand case”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2 (2002), p. 363; M. Pinto, “De la protection diplomatique et la protection des droits de l’homme” *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 106, No. 3 (2002), p. 513

⁶ 评论, 第 10 页。

⁷ E. Milano, “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?” *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35 (2004), p. 85, at pp. 94-97; P.H. Kooijmans 前注 5。

7. 本报告将结合讨论各国政府以及学者对条款提出的评论意见、批评和建议来审查委员会一读通过的条款草案。必要时，将提出修订条款或者新条款案文来取代原条款草案。将提议的重要新举措只有一项。委员会的一些成员、一些国家和一些学术界作者呼吁委员会列入一项规定，处理国籍国向其国民支付因该国民所受损害而获得的赔偿金的问题。在审查了 19 条条款草案之后，列入了一项有关该问题的提案。

B. 对条款草案的审议情况

1. 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。

8. 关于第 1 条的评论分为三类：要求澄清案文措辞或者改动案文；建议评注部分增添内容；要求明确区分外交保护与领事协助。第三类肯定是最重要的，将会得到充分的审议。其他意见和建议则比较容易处理。

9. 乌兹别克斯坦建议在条款草案中列入一条规定，说明“法人国籍”、“成立公司”、“财产损失”等术语在本条款草案中的含义。⁸ 乌兹别克斯坦还反对将国籍一词用于法人，理由是，国籍是自然人而非法人的属性。⁹ 对此，需要作出两点评论。第一，下定义是很危险的，而且定义造成的问题往往多于其所解决的问题。¹⁰ 比较明智的做法是，结合每条具体条款解释这些术语的含义，这也正是条款草案要做的。第二，在法律中，“国籍”一词经常用于法人，不可能放弃这种用法。

10. 荷兰建议应当明确规定第 1 条包括第 8 条意义上的无国籍人和难民。¹¹ 提议采纳上述建议，将其作为对案文的一项修订。

11. 危地马拉提议对关于第 1 条草案评注部分第(7)段做一点补充，明确规定外交和领事人员在他们不以公务身份行动时也可受益于外交保护。¹² 将据此作出补充。

⁸ 评论，见第 51 页。乌兹别克斯坦的整个评论更清楚地表明了其建议的性质。

⁹ 评论，见第 12 页。

¹⁰ Reid 勋爵在 Brutus 诉 Cozens 案[1972]中说过，“一项定义造成的问题往往多于其所解决的问题”，见 3 W.L.R. 521, at p. 525。

¹¹ 评论，见第 12 页。

¹² 评论，见第 11 页。

12. 第 1 条明确规定“另一国国际不法行为”是行使外交保护的一个条件。这不排除一国在不法行为发生之前就采取措施保护其国民，但是，这类措施不能被称为外交保护。¹³ 荷兰明智地建议在评注中澄清这个问题。¹⁴

13. 在评注部分中还应当说明第 1 条所指“国民”，正如 Condorelli 所建议，包括保护国民群体。¹⁵

14. 几个国家建议第 1 条以及该条的评注进一步澄清“外交行动”和“其他和平解决手段”用语的含义，并且明确区分外交保护与领事协助。¹⁶ 学术文章也提出了同样的建议。因此，需要对这个问题进行认真的审议。

外交保护与领事协助

15. 国际法承认国家可代表其国民行使的以下两类保护：领事协助和外交保护。¹⁷ 但是，这两者之间存在根本性区别，长期以来一直在辩论且充满争议的问题是，政府的哪些活动属于外交保护范围，哪些行动不属于这个范围。这种辩论还变得愈加激烈，因为对外交保护意义上的“行动”一词的定义一直存在误解，以至误将一些行动归类为行使领事协助。问题不在于领事协助包括哪些行动，而是如何界定外交保护意义上的行动的定义，以便将领事协助排除在外。

16. 外交保护通常涉及司法程序。有时，代表国民采取的司法程序之外的干预行动不被视为外交保护，而是视为领事协助。但是，对外交保护的这种看法未免过于狭窄。代表国民对一个外国采取的任何国家间一级的干预行动，包括谈判，均应归类于外交保护（而不是领事协助），但是必须符合行使外交保护的一般条件，也就是，发生了可追究被告国责任的违反国际法的事件；当地救济办法已经用尽以及所涉个人拥有采取行动国的国籍。对外交保护意义上的“行动”一词的这种

¹³ Condorelli 不同意这种观点，见“L’ evolution du champ d’ application de la protection diplomatique”，in J.F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 3, at p. 7.

¹⁴ 评论，见第 12 页。

¹⁵ 前注 13，第 6-7 页。

¹⁶ 评论，见第 11 页（奥地利）、第 12 页（荷兰、巴拿马），第 8-9 页（萨尔瓦多）。

¹⁷ 另外，外交交涉与外交保护也容易混淆。但是，两者的性质完全不同，正如 Warbrick 和 McGoldrick 所指出，“外交交涉包括政府之间范围很广的各种沟通，通过这种沟通，一方对另一方的某些行为或者不行为表示不赞成。他们不一定将非法冲突归咎于另一国……”——这是行使外交保护的一个条件。（*International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 3 (July 2002), p. 723, at p. 724.

广义理解是有根据的，这种说法得到理论¹⁸ 以及国际¹⁹ 和国内²⁰ 司法判决的支持。第1条及其评注明确支持对外交行动的这种广义的解释。第1条规定，外交保护是指“采取外交行动或其他和平解决手段”，评注部分第5段指出“外交行动”的范围包括：一国为了另一国知道自已的看法和关切事项而使用的所有合法程序，包括抗议、为了解决争端而要求进行调查或谈判。“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。”很难就外交保护意义上的外交“行动”的含义起草比之更全面的条款和评注。因此，建议不改动现有条款草案的措辞。不过，现有条款没有明确排除领事协助，对这个问题需给予进一步关注。

17. 遗憾的是，无论政府官员还是法律学者，²¹ 都未能明确地区分外交保护与领事协助。不过，以下三个结构性差别应可作为指导来区分这两种制度。第一，1963年《维也纳领事关系公约》²²（下称《维也纳公约》）规定的领事职能有限，相比之下，1961年《维也纳外交关系公约》²³ 所载外交人员职能则比较广泛；第二，领事协助与外交保护的交涉级别不同；第三，领事协助属于预防性质，而外交保护属于补救性质。根据《维也纳公约》第55条，领事在保护本国国民方面可采取的行动十分有限，该条规定，领事“负有不干涉该国内政之义务”。根据Shaw的看法，这意味着，“他们可在以下方面发挥特殊作用来协助处于困境的国民，例如，找律师、探监、与地方当局联系，但是他们无法干预司法程序或接受

¹⁸ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919), p. 439; F. S. Dunn, *The Protection of Nationals* (1932), pp. 18-19; L. Condorelli, “L’ evolution du champ d’ application de la protection diplomatique” in J. F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 6.

¹⁹ 在**马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案**中，常设国际法院宣布准许国家“通过代表国民诉诸外交行动或者国际司法程序”来为一个国民主张权利（1924年《常设国际法院案例汇编》，A辑，第2号，第12页（着重号后加）。另见，*Panevezy’s-Saldutiskis Railway*, 1939年《常设国际法院案例汇编》，A/B辑，第76号，第16页；*诺特鲍姆(第二阶段)*, 1955年《国际法院案例汇编》，第24页；*Reparation for Injuries*, 1949年，《国际法院案例汇编》，第177页。

²⁰ 例如，在**Rudolf Hess**案中，德国宪法法院认为德国政府的外交交涉行动证明政府履行了根据德国宪法承担的义务。宪法规定德国公民享有受到外交保护的权力。（I. L. R., Vol. 90 (1992), p. 387 at p. 396）。另见，*Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others*, 2005(4) *South African Law Reports* 235(CC); *International Legal Materials*, Vol. 44, No 1, (January 2005), p. 173.

²¹ 见 E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed. (1998), p. 33; L. T. Lee, *Consular Law and Practice* (1991), pp. 138, 148-151, 155 and 167. 关于这个问题的一般性论述，见 A. Künzli, “Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation démarches and consular assistance”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2006年，即将出版)。

²² 联合国《条约汇编》，第596卷，第261页。

²³ 同上，第500卷，第95页。

国的内政，也无法提供法律咨询意见或者调查犯罪活动。”²⁴ 这就是说，允许领事在保护国民的过程中，代表的是国民的利益，而不是国家的利益。国家利益属于外交部门处理的事项。外交保护与领事协助之间还有另一个区别。领事协助基本属于预防性，不需要等到当地救济办法已经用尽，或者违反国际法事件发生之后才提供。这样就使领事协助不那么正式，同时也更容易被东道国接受。²⁵ 领事协助主要涉及保护个人的权利，需经所涉个人同意。²⁶ 事实上，根据《维也纳公约》第 36 条第 1 款的规定，只有所涉个人提出请求，才提供领事协助。而外交交涉行动的目的则在于将有关事项提到国际或者国家间一级，最终可能导致国际诉讼。另外，所涉个人不能阻止其国籍国行使外交保护，着手处理权利主张，或者继续进行有关程序。

18. 在此，需特别提及拉格朗案和阿韦纳案，²⁷ 因为这两个案例同时涉及领事协助和外交保护。在这两个案例中，由于各自国民作为个人因发生违反《维也纳公约》事件而受到损害，德国和墨西哥根据自身的权利也为了行使外交保护权利，分别就美国违反《维也纳公约》的行为对美国提起诉讼。因此，国际法院受理的这两个案例本身的实质涉及领事协助，而在这两个案例中被用来提出权利主张的机制属于行使外交保护。在拉格朗案中，国际法院将德国的要求（部分）视为行使其外交保护权，确认德国本国和德国国民由于没有得到领事协助而受到损害。²⁸ 但是，在墨西哥一案中，法院作出不同的判决，确认违反《维也纳公约》事件对墨西哥造成直接损害，因此不必以外交保护作为提出要求的手段。拉格朗案格外重要。德国向国际法院递交要求的依据是，美国未能立即告知拉格朗两兄弟他们有权利得到领事协助，也未将逮捕和拘留两名德国人的情况通知德国当局，而根据《维也纳公约》第 36 条第 1 款，美国负有这两项义务。德国在辩论中指出，德国本来可以通过行使领事协助提供充分的法律援助和相关信息，这样本来或可避免拉格朗被判死刑。²⁹ 该要求是根据德国自身的权利，也是根据代表其国民行使外交保护的权利要求的。³⁰ 美国对德国根据外交保护提出的要求提出异议，力图使法院相信德国将外交保护与领事协助混为一谈，因此法院应宣布该要求不可受理。美国争辩说，《维也纳公约》不涉及外交保护问题，只涉及领事协助。另外，美

²⁴ International Law, 5th ed. (2003), p. 688.

²⁵ L. Caflisch, “La pratique suisse de la protection diplomatique” in J. F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 77.

²⁶ J. Zourek, “Quelque problèmes Théoriques du droit consulaire”, *Journal du Droit International*, Vol. 90 (1963), p. 4 at pp. 54-55.

²⁷ 2001 年《国际法院案例汇编》，第 466 页，以及 2004 年《国际法院案例汇编》，第 12 页。

²⁸ 2001 年《国际法院案例汇编》，第 494 页，第 77 段。

²⁹ 同上，第 491 页，第 71 段。

³⁰ 同上，第 481 页，第 38 段和第 489 页，第 65 段。

国还宣称，与德国所说的相反，《维也纳公约》不保护个人的权利，因此不应接受行使外交保护。³¹

法院驳回了美国提出的异议，并裁判法院有管辖权处理就直接和间接损害提出的要求。法院明确指出，《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》³² 中关于一般管辖权的条款不“妨碍规定个人权利的一项条约的缔约国为其国民出面，代表该国民启动国际司法程序”。³³ 法院将领事协助与外交保护明确区分开来，认为可通过外交保护的手段来行使源自一项领事关系条约的个人权利。³⁴ 外交保护是一种可在造成对外国人损害的国际不法行为发生之后采用的机制。由于美国违反《维也纳公约》，侵犯了所涉德国国民根据该公约应享有的个人权利，使他们受到损害，德国为此援引适当程序，要求就损害获得赔偿。

19. 将外交保护与领事协助相混淆的一个特别来源是《制定欧洲宪法条约》³⁵（下称“宪法”）第 I-10 条。该条相当于《欧洲联盟基本权利宪章》³⁶ 第 46 条 以及《建立欧洲经济共同体条约》³⁷ 第 20 条。该条第 2(c) 款规定“欧盟公民有权利在其欧盟成员国国籍国没有派驻代表的第三国境内享受任何成员国的外交和领事机构将其视同本国国民提供的保护。”³⁸

初看该条规定，似乎没有什么争议。该规定表达了对欧盟来说至关重要的不歧视原则。欧盟内部，禁止基于国籍的歧视，因此规定欧盟公民在欧盟之外也应得到平等的保护就不足为奇了。但是，该条规定同时涉及领事协助和外交保护，忽略了这两种机制之间的根本区别。另外，考虑到提供外交保护方面的标准，这一规定就更成问题了。

对该条规定的主要异议是，该条违反了条约不得使第三者担负义务或获得利益的原则。各项欧洲条约均属国际法条约，因此受《维也纳条约法公约》³⁹ 第

³¹ 同上，第 482 页，第 40 段。

³² 联合国《条约汇编》，第 596 卷，第 487 页。

³³ 2001 年《国际法院案例汇编》，第 482-483 页，第 42 段；另见 O. Spiermann, “The La Grand case and the individual as a subject of international law”, *Zeitschrift für öffentliches recht*, Vol. 58 (2003), pp. 197-221.

³⁴ 2001 年《国际法院案例汇编》，第 492-494 页，第 75 至 77 段。

³⁵ 《欧洲联盟公报》，第 47 卷，C 310 号（2004 年 12 月 16 日），第 13-14 页（下称“宪法”）。

³⁶ 同上，第 43 卷，C 364 号（2000 年 12 月 18 日），第 1 页。

³⁷ 同上，第 45 卷，C 325 号（2002 年 12 月 24 日），第 45 页。

³⁸ 尽管该宪法尚未生效，因此还不是具有法律约束力的文件，但是这是最新的规定外交保护权的文件。应当铭记的是，这条规定实际上与欧共体条约的规定一样，而欧共体条约对欧盟成员国当然有约束力。

³⁹ 联合国《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号。

34 条的制约。该条规定，条约只适用于条约缔约国之间，对第三国不具约束力。因此，欧盟条约、宪章或者宪法的任何规定，对不属于欧盟成员国的第三国不具约束力。第三国没有义务遵守在欧盟范围有效的条约和公约所载规定，而且没有义务——而且就外交保护而言不可能——接受任何并非一个欧盟公民的国籍国的国家的保护。⁴⁰

欧盟“公民”并不是欧盟所有成员国的国民，也就是说，具有欧盟公民身份并不意味着满足了提供外交保护的要求国籍条件。因此，各项声称欧盟所有成员国给予所有欧盟公民外交保护权利的欧盟条约规定是有问题的，除非将其解释为只适用于领事协助。据称，这确是其本意所在。⁴¹ 尽管通常仅为国民行使领事协助，国际法并不禁止向另一国国民提供领事协助。鉴于行使领事协助并非保护一国的权利，也不是支持某项主张，因此，不像行使外交保护那样严格适用关于国籍的标准。因此，不要求通过国籍联系取得法律权益。

20. 在理论上，外交保护与领事协助之间的区别很清楚。前者系指在其国民由于另一国的国际不法行为而遭到损害且该国民已经用尽当地救济办法之后，由外交官员或者附属外交部的政府代表采取的国家间干预行动。这种干预行动旨在纠正一项国际不当行为，可采取多种形式，包括抗议、谈判和司法解决争端。而领事协助系指职业领事官员或者不从事政治代表工作的名誉领事官员为在一个外国陷入困境的国民（以及可能的非国民）提供协助。这种协助属于预防性，即旨在防止发生国际不当行为。有关国民获得领事咨询和法律援助，以确保该国民得到公平审判（如果被控刑事犯罪），或者保护其在东道国的个人或所有权益。尽管从理论上说，这两种制度有明显的区别，但是它们有时重叠（如拉格朗案和阿韦纳案所表明的那样），有时未加区分（如欧盟条约所示）。在这种情况下，似宜在第 1 条中明确表示，委员会意识到这种区别，并希望保持这种区别。评注部分也将述及这个问题。

21. 建议修订第 1 条如下：

- (1) 外交保护是指一国针对其国民或第 8 条所指的人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或该人采取外交行动或其他和平解决手段。
- (2) 外交保护不应被解释为包括依照国际法规定行使的领事协助。

⁴⁰ 见 C. Storst, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* (2005), pp. 148-149.

⁴¹ T. Stein, *Interim Report on “Diplomatic protection under the European Union Treaty” in International Law Association, Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, Second Report, New Delhi (2002)*, pp. 36-37.

2. 第 2 条

行使外交保护的權利

国家享有按照本条款草案的规定行使外交保护的權利。

22. 对本条的评论意见很少。荷兰建议，应删除或澄清评注的第(3)段。⁴² 此段显然多余，应删除。

23. 评注的第(2)段指出，行使外交保护是国家的权利，但不是义务。自委员会决定行使外交保护不属于国家义务以来，这个问题是若干国家司法裁判的事项：*Abbasi 与另一人诉外交和联邦事务大臣*、⁴³ *Kaunda 等人诉南非共和国总统等*⁴⁴ 以及 *Van Zyl 等人诉南非共和国政府等*。⁴⁵ 这些裁判在某种程度上证实国家法律含有行使外交保护义务的规定。这一点应在评注中加以考虑。

24. 奥地利在对本条款草案的一般评论意见中表示：

看来委员会只着重于外交保护的一个方面，即国家为本国国民提出要求的权利。但是这种权利需要其他国家承担接受该国要求的相应义务。关于外交保护的法律制度还规定了一国必须接受另一国的此类要求的条件。这种观点无疑从新的角度说明了这种法律制度，揭示了该制度不同的方面，而委员会的案文对此没有给予充分考虑。”⁴⁶

建议宜于第 2 条做出承认国家有此类义务的规定。因此第 2 条可以修正如下：

- (1) 国家享有按照本条款草案的规定行使外交保护的權利。
- (2) 国家有义务接受按照本条款草案提出的外交保护要求。

3. 第 3 条

国籍国提供的保护

1. 有权行使外交保护的國家是国籍国。
2. 虽有第 1 款的规定，也可以依照第 8 条草案的规定为非国民行使外交保护。

⁴² 评论，第 13 页。

⁴³ (2002) EWCA Civ.1598; [2002] All ER(D)70; International Legal Materials, vol.42, No.2(March 2003), p.358.

⁴⁴ 2005(4)South African Law Reports 235 (CC); International Legal Materials, vol.44, No.1(January 2005), p.173.

⁴⁵ 2005 年 7 月 20 日判决，TPD case No. 20320/2002(在写本文时未收入案例汇编)。

⁴⁶ 评论，第 8 页。

25. 荷兰提议，本条应表述如下：“国籍国是**有权行使外交保护的国家**”。⁴⁷ 难以理解这样的表述如何如荷兰所建议的那样“更加强调个人的角度”。但是这种表述比目前的第 3 条更优雅，应该采用。

26. 荷兰还在没有解释的情况下表示，要从欧洲公民身份的发展情况的角度来看该条文。如上文所解释的那样，欧洲“公民身份”与成员国的国籍有区别。2004/38/EC 指令⁴⁸ 定义了欧盟公民身份的概念。虽然该指令主要内容是关于符合欧盟公民资格的个人在欧盟内的迁徙和居留问题，但是其中的一些条款也涉及到在欧盟外的保护问题。虽然在序言中（第 3 点）规定“欧盟公民身份应该是成员国国民在行使自由迁徙和居留权利时的基本身份”，但是执行部分将欧盟公民定义为“任何具有一个成员国国籍的人”（第 2(1) 条），因此国籍是欧盟公民身份的前提条件。《宪法》I-10(1) 条规定，“联盟公民身份是国家公民身份外的另一身份，不得替代国家公民身份”。⁴⁹ 这些规定表明，公民身份不能等同于国籍，并且欧盟公民身份不应释义为否定成员国的国籍或欧盟成员国确定本国国籍法和归化标准的权力。在这些情形下，难以看出欧盟公民身份与国籍有任何关系。

27. 提议第 3 条应修订如下：

- (1) **国籍国是**有权行使外交保护的国家**。**
- (2) 虽有第 1 款的规定，也可以依照第 8 条的规定为非国民行使外交保护。

4. 第 4 条

自然人的国籍国

为了对自然人的外交保护的目的，国籍国是指，寻求保护的**个人以出生、血缘、国家继承、归化或其他不违反国际法的方式获得其国籍的国家。******

28. 批评第 4 条的理由是，该条文没有明确指出，国籍是由国内法决定的——前提条件是不违反国际法。⁵⁰ 委员会明确认为，该条文的表述暗含了这一点，并且在评注第 1 段中毫无疑问地提出了这一点。但是，第 4 条本身可做出明确说明。

⁴⁷ 评论，第 13 页。

⁴⁸ 2005 年 4 月 29 日欧洲议会和欧洲理事会关于欧盟公民权利的 2004/38/EC 号指令。《欧洲联盟公报》，第 47 卷，L 158 号(2004 年 4 月 30 日)第 77-123 页。

⁴⁹ 见 N. W. Barber, “Citizenship, Nationalism and the European Union”, *European Law Review*, vol. 27(2002), 该作者表示：“欧洲公民身份旨在补充，而非替代国家公民身份”（第 241 页）。

⁵⁰ 见乌兹别克斯坦的评论，评论第 15 页。Carlo Santulli 建议该条文应重新表述为：“国籍国是指[寻求保护的]个人依照该国国内法善意取得其国籍的国家。”“Travaux de la Commission du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 47(2001), p. 349 at p. 371。

29. 奥地利反对第 4 条的表述，理由是“国籍不是通过国家继承而获得的，而是国家继承的结果”，⁵¹ 并且建议依此修改条文的表述。

30. 为满足这些批评意见，第 4 条的表述可以修改如下：

为了对自然人的外交保护的目的是，国籍国是指寻求保护的个人以出生、血缘、归化、国家继承的结果，或该国法律认可的其他不违反国际法的方式获得其国籍的国家。

5. 第 5 条

持续国籍

1. 一国有权对在发生损害之时为其国民，在正式递交要求之日仍为其国民的人行使外交保护。

2. 虽有第 1 款的规定，一国可对在正式递交要求之日为其国民但在发生损害之时非其国民的人行使外交保护，条件是该人已丧失前国籍，而且因为与提出要求无关的理由，以不违背国际法的方式获得该国国籍。

3. 对于在受到损害时本人是前国籍国国民而非现国籍国国民的人，现国籍国不得针对该人的前国籍国，就所受到损害对该人行使外交保护。

31. 各国对第 5 条的评论和批评最多。批评的主要对象是终止日期（正式递交要求之日）和第 2 款。将充分审查这些批评。不过，首先应该处理若干起草案文的建议。

32. 奥地利反对第 2 款的“提出要求”一词，因为这意味着司法程序，因此，比第 1 条规定的外交保护形式更具限制性。⁵² 建议如果保留第 2 款，评注应该明确指出没有这种限制的意图。

33. 荷兰建议，将第 3 款的“shall（得）”改为“may（可）”，因为这比较符合外交保护的酌处权性质。⁵³ 在英文里，“may not”不比“shall not”更具酌处性质，因此，将不应采纳这项建议。荷兰还建议，为了使第 5(3)条与其他规定统一，“incurred（受到）”一词应该改为“caused（遭受）”。这似乎是明智的。

34. 美国建议，在第 1 款中加入“仅”一字，即：“一国仅有权对……行使外交保护”，从而明确指出，该款的意图是，第 2 款和第 3 款规定的外交保护权仅限于符合持续国籍条件的人提出的要求。⁵⁴ 建议接受这项建议。

⁵¹ 评论，第 14 页。

⁵² 评论，第 15 页。

⁵³ 评论，第 16 页。

⁵⁴ 评论，第 17 和 18 页。

35. 若干国家对第 2 款提出了反对意见。⁵⁵ 美国提出的批评最有益，认为第 2 款的宗旨是保护因国家继承而改变国籍的人。美国质疑，法律是否要求在结婚和收养后必须改变国籍。事实上，可以补充指出，《消除对妇女一切形式歧视公约》⁵⁶ 禁止要求妇女在结婚后自动改变国籍，所以，因婚姻而改变国籍的机会更微。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视为一般规定的例外情况。因此。美国建议在第 5(1) 条中增加提及“被继承国”的文字，处理这个问题。建议采纳这个提议。

36. 在国家实践中，几乎没有任何国家支持下述要求：从发生损害之时到递交要求或解决求偿要求之日持续保持国籍（见 A/CN.4/506/Add.1，第 12-16 段）。然而，正如美国指出，⁵⁷ 如果拟定一条不考虑起始日期和终止日期这段时期的持续国籍规则，则会造成混乱。建议对第 5(1) 条作相应调整。这可能属于逐渐发展活动，但似乎是有道理的。

37. 持续国籍规则最具争议的地方是终止日期——受受害人必须仍然是国民的最后日期或诉讼阶段。委员会根据它对国家实践的理解，选择了正式递交要求的日期。若干国家支持这一立场。⁵⁸ 另一方面，美国强烈反对这一立场，主张采用解决求偿要求之日，即判定赔偿之日。⁵⁹

38. 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 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——即起始日期——至解决求偿要求之日——即终止日期，国籍身份必须是持续的”。⁶⁰ 美国认为，若干其他仲裁裁判和通过外交渠道提出的要求支持这项裁决。在这些案例中，所提要求当事人在正式递交要求之后但在最后解决求偿要求之前改变了国籍。在所有这些案件中，当了解所提要求当事人并非要求国国民时，国际求偿行动就被驳回或撤回。美国声称，这些案件体现了一贯的国家实践，已经相当于习惯法规则。而且，就政策而言，这也是较可取的，因为这可以避免下述情况：受受害人已不是要求国在法律上须予照顾的对象，但被告国仍因该人所受损害而须向要求国赔偿。

⁵⁵ 评论，第 15 页（萨尔瓦多）、第 16-17 页（卡塔尔）、第 19-20 页（美国）。

⁵⁶ 联合国《条约汇编》，第 1249 卷，第 20378 号，第 13 页，第 9(1) 条。

⁵⁷ 评论，第 19-20 页。

⁵⁸ 评论，第 15 页（奥地利和荷兰）、第 16 页（挪威，代表北欧国家）。

⁵⁹ 评论，第 18-19 页。

⁶⁰ Case No. ARB (AF)/98/3, 26 June 2003; International Legal Materials, vol. 42, No. 4 (July 2003), p. 811, at para. 225.

39. 关于这个问题,学术界的意见帮助不大。一些作者主张采用递交要求日期,⁶¹ 而另一些作者则支持采用解决求偿要求日期。⁶² 但是,多数作者承认,尚不能确定终止日期,因为两种立场都有支持者。⁶³ 国家实践也同样帮助不大,因为条约对终止日期有不同的规定。⁶⁴ 虽然 1930 年海牙国际法编纂会议往往被拿来支持赔偿裁定日期,⁶⁵ 但必须指出,这种“支持”的基础仅仅是一项国家意见调查,在回答调查问题的 20 个国家中,8 国反对持续国籍规则,3 国弃权,9 国(包括英国及其 4 个自治领土)赞成!⁶⁶

40. 关于这个问题的司法判决也不确定,不能证明存在习惯国际法规则。在很大程度上,司法意见之所以不一致,是因为规范这些要求的条约不一致。正如帕克仲裁员在 Administrative Decision No.V 中指出:

如果分析这些案件的多数裁判,就可以明显看出,每个案件的裁判受制于规范裁判法庭的特定规则协定的措词,这种措词将法庭管辖范围限制在:不仅原本拥有而且持续拥有要求国国籍的人提出的要求,在一些案件中,国籍一直须持续到提出要求之日,在另一些案件中,须持续到向法庭递交要求之日,在另一些案件中,须持续到作出判决之日,在另外一些案件中,到解

⁶¹ E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919), p. 666.

⁶² R. Jennings and A. Watts, (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), p. 512; C. J. B. Hurst, "Nationality of claims", *British Yearbook of International Law* (1926), p. 163; F. V. García-Amador et al., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 82.

⁶³ Oppenheim's (前注 52), 在第 512 页脚注 6 中对判定赔偿日作出有保留的支持。他说,在一些情形中,可以用提出要求的日期。另见 G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed. (1957), vol. 1, p. 597; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (2003), p. 461; A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), pp. 86 and 96-97; 杰瑟普法官,个别意见,巴塞罗纳电车、电灯及电力有限公司案,1970 年《国际法院案例汇编》,第 202-203 页; E. Borchard, "The protection of citizens abroad and change of nationality", *Yale Law Journal*, vol. 20 (1934), p. 359; at pp. 377-378; E. Borchard, "Protection diplomatique des nationaux à l'étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 36 (1931), pp. 256, 284; C. J. B. Hurst; 前注 62, 见第 179-180 页; M. S. Duchesne, "The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-state investment disputes", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 783, at pp. 799-802; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), p. 183.

⁶⁴ 见帕克仲裁员在 Administrative Decision No.V 中的评论,《国际仲裁裁决汇编》,第 7 卷,第 119 页,见第 143 页。另见 J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Revised ed., 1926), pp. 164-165; G. H. Hackworth, *Digest Of International Law*, Vol. 5, (1943), V, pp 807-808.

⁶⁵ 见 Eschauzier (英国诉墨西哥),《国际仲裁裁决汇编》,第 5 卷,第 207 页,见第 210-211 页。

⁶⁶ 关于这次意见调查的历史,见 Duchesne, 前注 62, 第 794-797 页。

决要求之日。因此，确定管辖权所根据的国籍持续时期不统一，之所以这样，是因为每个案件受制于适用的特定公约的措词。”⁶⁷

在这种情况下，自然有些裁判采用递交要求之日，⁶⁸ 有些采用裁决之日，⁶⁹ 另一些则不明确。⁷⁰ 很多支持解决要求之日的裁判——美国依据的是这些裁判——涉及的情形是，国民在递交要求后，在裁决作出之前将国籍改为被告国国籍。在这种情形下，很难预期求偿案件胜诉，因为如果胜诉，那就意味着被告国因自己国民所受损害赔偿另一国！⁷¹ Ebenzer Barston、⁷² F. Lederer 执行人的索赔、⁷³ Hawaiian Claims、⁷⁴ Chopin、⁷⁵ Gribble ⁷⁶ 以及当然还有 Loewen ⁷⁷ 等案件就是这种情况。

41. 基本上，美国依据的是 Loewen 案的裁判，但是，在案件的这个方面，这项裁判存在严重问题。虽然裁判的大部分内容推理严谨，经过了认真研究（例如，当地救济办法），但该裁判处理法庭审议的关键问题——终止日期——的方式使人丝毫看不出法庭对该事项进行过任何思考。法庭没有审查任何权威意见（虽然律师向法庭提到有关权威意见），仅仅声称，根据习惯国际法，“自引起要求的事

⁶⁷ 《国际仲裁裁决汇编》，第 7 卷，第 119 页，见第 143 页。

⁶⁸ G. H. Hackworth, Digest of International Law, vol. 5 (1943), 第 805 页报告的 Case of Captain W. H. Gleadell (Great Britain v. Mexico); A. H. Feller, The Mexican Claims Commissions 1923-1924 (1935), 第 96 页报告的 Case of F. W. Flack (Great Britain v. Mexico)。

⁶⁹ Eschauzier (英国诉墨西哥), 《国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷 (1931 年), 第 207 页; Benchiton 案 (英国诉西班牙), 《国际仲裁裁决汇编》第 2 卷 (1924 年), 第 615 页 (英文译文刊登在 1923-1924 年 Annual Digest of Public International Law Cases, p. 189); A. H. Feller, The Mexican Claims Commissions 1923-1924 (1935), 第 97 页报告的 Guadalupe 案 (未公布); Loewen Group Inc v, United States of America, 前注 60, 第 225 段。

⁷⁰ Exors of F. Lederer v. German Government, Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, vol. 3, p. 762 (基本上是解释条约问题); F. K. Nielson, American and British Claims Arbitration (1926), 第 30 页报告的 Hawaiian Claims (撤回); Chopin, French and American Claims Commission, 1880-1884, vol. 60, Records of Claims (撤回); J. H. Ralston, The Law and Procedure of International Tribunals (Revised ed., 1926), 第 165 页报告的 Case of M. and T. Gennes; Kren Claim, 20 I. L. R. (1953), p. 234。

⁷¹ 见美国最高法院在 Burthe 诉 Denis 案, 133 US (1890), 第 514 页, 见第 520-521 页发表的类似评论。

⁷² G. H. Hackworth, Digest of International Law, vol. 5 (1943) p. 805。

⁷³ 3 Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes 763。

⁷⁴ 见 F. K. Nielson, American and British Claims Arbitration (1926) p. 30。

⁷⁵ French and American Claims Commissions, 1880-1884, vol. 60, Records of Claims。

⁷⁶ Reports of Robert S. Hale Esq., [1873 Part II, vol III] U. S. Foreign Relations 14 (1874)。

⁷⁷ 前注 60, 见第 225 段。

件发生之日……至解决要求之日必须保持持续国籍。”⁷⁸ 法庭指出，“国际法委员会印发了一份报告，提议即使在外交保护中也废除持续国籍规则”；“许多方面对报告提出了批评”；“[国际法委员会]绝对没有根据报告重新编纂规则之意。”⁷⁹ 如果法庭研读了该报告（A/CN.4/506/Add.1，第12-16段），它就会意识到对终止日期问题的争论，这个争论在报告中非常突出。而且，如果法庭在2003年6月26日作出判决之前调查一下委员会关于这个问题的的工作，它就会发现，委员会于2002年通过了一项关于持续国籍的条款草案，同意将正式递交要求之日作为终止日期。⁸⁰ 但是，法庭没有这样做。如果法庭当时花点心思，了解关于持续国籍的终止日期争议，法庭很可能会制订一条比较有限制的规则，一条考虑它面对的事实的规则，即：一条只是在于、使一个国家不可能代表一个在提出要求之后取得被告国国籍的国民提出要求的规则。

42. Loewen 案的裁判受到严厉批评，这很自然。扬·保尔森指出

鉴于该法庭对持续国籍问题的处理产生的后果——裁断效力——其简练程度令人吃惊……⁸¹

裁决书中没有任何地方显示仲裁人考虑了国际法委员会外交保护问题报告员杜加尔德教授2000年初编写的“持续国籍与要求的可转移性”问题特别增编。他们仅写道，Loewen 声称已有这样一份报告，报告受到一些批评。但是，任何看过该报告的人都可以看到，杜加尔德在深入审查了各权威意见后得出的结论是，在这个领域，没有确定的规则。在一长串可选择的终止日期中，Loewen 案仲裁人采用的或许是最不可能采用的日期。……

这些日期包括：(一) 政府认可国民的要求的日期；(二) 首次外交谈判的日期；(三) 提出要求的日期；(四) 签署提交有关法庭的条约的日期；(五) 批准该条约的日期；(六) 该条约生效的日期；(七) 递交要求的日期……；(八) 口头听讯结束的日期；(九) 判决日期（即 Loewen 案的解决办法）；和(十) 最极端的方案：解决日期。

没有任何迹象显示 Loewen 案仲裁人意识到下述情形：他们采用了 Minnie Stevens Eschauzier (英国诉美国) (1931年6月24日, V RIAA 207) 案的推理；她的要求被驳回，因为在口头听讯结束之日至判决之日期间，她与一名美国人结婚，丧失了英国国籍。正如仲裁人（埃德温·帕克）在更具

⁷⁸ 同上。

⁷⁹ 同上，第236段。

⁸⁰ 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10)，第280段。

⁸¹ J. Pulsson, “Continuous nationality in Loewen”, *Arbitration International*, vol. 20(2004), p. 213 at p. 214.

重大影响的 Administrative Decision No. V (美国诉德国) (1924 年 10 月 31 日, VII RIAA 119) 案中指出, (A) 获得国籍转移了效忠对象, 但并不带走现有的国家义务, 而且 (B) 无论如何, 多数裁判取决于有关条约的特别法, 因此, 并不能体现某个一般原则; 甚至可以怀疑这条所谓的[持续国籍]规则是否已经得到普遍承认, 从而可以笼统地说这是一条既定的国际法规则……”⁸²

同样, 杜谢恩认为“可以合理地怀疑[Loewen 的]分量”。他接着指出:

无论对 Loewen 案法庭的裁判有什么其他反应, 如果不能说它关于持续国籍“规则”的讨论是草率的, 那么, 至少可以说是缺乏事实根据的讨论……法庭对单纯持续国籍问题的讨论没有引用任何依据, 甚至没有进行任何讨论, 就声称存在着一条规则。法庭甚至声称: “关于国籍持续到任何国际诉讼结束之时的要求的历史, 仅存在有限的争论。”但是, ……即使支持将条约持续国籍规定当作“规则”的权威人士也承认, 对于原国籍应保持到什么时候的问题, 众说纷纭, 不存在共识。Loewen 案法庭没有承认——更不用说讨论——相反的权威意见, 尤其是在争端当事方做了大量解说, 在就这个问题举行正式口头听讯之后, 该法庭仍然没有这样做, 这强烈显示……该法庭在处理这个问题时已经有先入为主的习惯国际法概念, 认为没有必要认真审查这个概念。⁸³

在这种情况下, 难怪荷兰“认为, Loewen 案是否真正反映现行法律, 并不清楚”。⁸⁴

43. 鉴于在终止日期问题上存在不明确情形, 委员会需要在正式递交要求之日与解决要求之日之间作出选择。权威意见的结论不一, 作出答复的国家不多, 但多主张采用递交要求之日。在这种情形下, 委员会在作出选择时必须以原则和政策作为准则。原则支持采用递交要求之日, 因为这最符合当事人的利益。如果说政策就是公平, 那么, 政策也支持采用递交要求之日。从递交要求到最后解决可能历时多年, 在这个时期里, 剥夺当事人通过婚姻或归化改变国籍的权利是不公平的。而且, 递交日具有重要意义, 因为在这一天, 国籍国明确表示它行使外交保护的意图——在这之前, 这个事实是不明确的。或许, Eschauzier 案(美国立场依据的是这个案件)关于政策的措词最为有力:

⁸² J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), pp. 183-184.

⁸³ “The continuous-Nationality-of-claims Principle”, *George Washington International Law Review*, vol. 36(2004), p. 783, at p. 808. 应该提醒读者, 该作者参与了 Loewen 案。

⁸⁴ 评论, 第 16 页。

或许可以说，如果法庭必须考虑提出要求至裁决之日期间发生的变化，这将使国际司法更为复杂。变化可能很多，而且甚至可能相互抵消。可能申请和取得归化资格，也可能自愿丧失归化资格。可能结婚和离婚。在多数情形中，法庭不会知道身份或国籍的改变，代理人也往往不知道。即使在作出裁判时可以确认所有个人要素是否与递交要求时相同，这也是极为困难的。毫无疑问，如果承认提出要求之日为决定性日期，无需考虑该日期之后经常可能发生的事情，无需追踪到作出判决之日，管辖问题就必然较为简单了。因此，Borchard 案（第 664 和 666 页）和 Ralston 案（第 293 节）都指出，长期的仲裁裁判已经确立，直到递交要求之时，要求必须持续掌握在提出要求国公民手中。人们不应该对此感到吃惊。⁸⁵

44. 如果像 Loewen 案和美国依据的许多其他案件一样，为其提出要求的国民在递交要求后取得被告国国籍，就应该适用不同的政策考虑因素。在这种情况下，公平性就要求选择裁决之日为终止日期，因为用 Loewen 裁决的话说，如果采取相反的立场，“就会产生非常不公正，只有不可辩驳的逻辑或极具说服力的先例才能支持的结果，而这两者皆不存在”。⁸⁶

45. 因此，建议委员会保留正式递交要求之日为持续国籍规则终止日期的规定，但规定为其提出要求的国民在递交要求后取得被告国国籍的情形例外。在这种情形中，求偿要求解决之日就是终止日期。

46. 或许可以说，鉴于已经删除第 5(2)条，第 5(3)条多余了。但另一方面，在因国家继承而改变国籍的情形中，该条可能仍然有意义。因此保留了该条。

47. 建议第 5 条采用以下措词：

(1) 一国仅有权对在发生损害之日至正式递交要求之日持续为其国民或任何被继承国国民的人行使外交保护。

(2) 一国无权对递交要求之后获得被要求国国籍的人行使外交保护。

(3) 对于在遭受损害时本人是前国籍国国民而非现国籍国国民的人，现国籍国不可针对该人的前国籍国，就所遭受损害对该人行使外交保护。

6. 第 6 条

多重国籍和向第三国提出要求

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。

⁸⁵ 《国际仲裁裁决汇编》第 5 卷，第 207 页，见第 209 页。

⁸⁶ International Legal Materials, vol. 42, No. 4 (July 2003), p. 848, para. 232.

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。

48. 奥地利认为第 2 款没有必要，“因为毫无疑问，两个或更多国家可共同行使外交保护权”。即使省略这款条文，“被要求国也必须接受这种联合交涉。”⁸⁷ 奥地利警告说，这款条文将不可避免地引起有关如何开展共同行动以及哪个国家在提出要求时享有优先权的困难问题。萨尔瓦多、危地马拉、卡塔尔和乌兹别克斯坦的意见也证明这个警告正确。⁸⁸ 在这些情形下，显然最好只保留第 6 条的第 1 段。

7. 第 7 条

多重国籍和向国籍国提出要求

国籍国不得为同属另一国国民的人对该另一国行使外交保护，除非在发生损害之时和正式提出要求之日，该国籍国的国籍为主要国籍。

49. 学者⁸⁹ 和国家对本条文基本上没有提出任何批评意见。奥地利和挪威（代表北欧国家）对本规定表示欢迎。⁹⁰ 虽然有些国家对本条文是否属于习惯国际法规则表示质疑，⁹¹ 但是挪威表示，本条文“使现有习惯国际法成为成文法”。⁹² 一些国家坚持要澄清“主要”⁹³ 一词（评注中对此进行了解释），摩洛哥则认为“有效”要好于“主要”。⁹⁴ 但是，委员会在评注中明确表示倾向于采用“主要”，因为该词表达了相对性并具有有关个人与某一国的联系比与另一国的联系更紧密的含义。⁹⁵

因而建议，保留第 7 条原文。

8. 第 8 条

无国籍人和难民

1. 国家可以为在发生损害之时和正式提出要求之日合法和惯常地居住在该国的无国籍人行使外交保护。

⁸⁷ 评论，第 21 页。

⁸⁸ 评论，第 21-22 页。

⁸⁹ C. C. Santulli, “Travaux de la Commission du droit international”, *Annuaire Français de Droit International* (2001) pp. 369-378.

⁹⁰ 评论，第 22-23 页。

⁹¹ 卡塔尔(评论，第 23 页)，还可能包括摩洛哥(评论，第 23 页)。

⁹² 评论，第 23 页。

⁹³ 萨尔瓦多(评论，第 22 页)、乌兹别克斯坦(评论，第 23 页)。

⁹⁴ 评论，第 23 页。

⁹⁵ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 7 条草案评注，第(5)段。

2. 国家可以为在发生损害之时和正式提出要求之日合法和惯常地居住在该国，并被该国承认为难民的人行使外交保护。

3. 第 2 款不适用于难民国籍国的国际不法行为造成的损害。

50. 普遍对第 8 条表示了不同程度上的支持，这是逐渐发展的一次明确运用。⁹⁶ 由于是逐渐发展，因此明智的做法是要谨慎地，甚至严格地对行使外交保护的条款做出规定。因而建议，委员会不应采纳奥地利关于在一个欧盟国家被承认为难民之后在另一个欧盟国家合法居住的个人符合外交保护资格的建议。⁹⁷ 出于同样的原因，建议不采纳北欧关于将“合法和惯常地”居住这个条件改为“合法居留”的建议。⁹⁸ 而乌兹别克斯坦关于要求“合法和永久居住”的提议⁹⁹ 则过于偏向另一端，同样不应被采纳。

51. 对委员会关于灵活处理“难民”含义而不拘泥于 1951 年《关于难民地位的公约》的定义的决定有争议。¹⁰⁰ 奥地利认为，不能指望被要求国会接受要求国为不严格遵守国际定义而认定为难民的人提出的外交保护要求。¹⁰¹ 另一方面，北欧国家认为，“一个国家可以向符合与行使外交保护的国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”。¹⁰² 这个问题虽然与第 8 条的评注，而不是表述有关，但仍属于重要原则问题。北欧国家完全从求偿国的角度看这个问题，而奥地利则明智地警告，被要求国有可能拒绝承认其他国家具有为没有严格地符合难民身份的人行使外交保护的权力。特别报告员请委员会就此做出指导。

9. 第 9 条

公司的国籍国

为公司的外交保护的目的是，国籍国是指，公司依照该国法律规定成立并在该国境内设立注册办事处或管理层总部或具有某些类似关系的国家。

⁹⁶ 美国要求(评论,第 51 页)明确指出,这是逐渐发展的一次运用。这在评注第(2)段中完成(《大会正式记录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 60 段,第 8 条草案评注)。

⁹⁷ 评论,第 24 页。

⁹⁸ 评论,第 26 页。

⁹⁹ 评论,第 26 页。乌兹别克斯坦的另一建议是在第 2 款“承认为难民”后加上“并给予其庇护”等字。这一建议不必予以审议,因为第 2 款中的对承认难民身份的要求已经包含了这一点。

¹⁰⁰ 见《大会正式记录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 60 段,第 8 条草案评注,第(8)段。

¹⁰¹ 评论,第 24 页。另见,评论,第 24 页(萨尔瓦多)和 26 页(卡塔尔)。

¹⁰² 评论,第 25 页。

52. 对本条文的评论意见提出了两个重要问题。首先，句末短语“或某些类似关系”可能会被解释为要求在公司和行使外交保护的国家之间存在真正联系。其次是在一个国家“成立”（组成）的公司却在另一个国家有注册办事处的的问题。哪个国家可以行使外交保护？

53. 委员会在对第 9 条的评注中表示，“注册办事处、管理层总部或‘或某些类似关系’不应被视为某种真正联系……”。应依照同类解释规则根据“注册办事处、管理层总部”的上下文内了解“或某些类似关系”。同类解释规则要求对此类一般性措词按照前面的短语进行狭义解释。这就是说，该短语本身没有作用，其所指必须是类似于“注册办事处”或“管理层总部”的一些联系。¹⁰³ 尽管这样解释，但是显然“或某些类似关系”会被理解为要求某种形式的真正联系。奥地利、荷兰和卡塔尔的评论意见表明了这一点。¹⁰⁴ 因而建议删除该短语，因为评注如何解释都无法防止该语被解释为等同于要求存在真正联系。

54. 一些国家提出的问题是，一个公司的注册办事处所在地国不同于成立（组成）地国，则这个公司是否能得到外交保护。¹⁰⁵ 这是值得思考的问题，因为目前本条的表述表明，只有公司在其境内成立并在其境内设立“注册办事处或管理层总部或具有某些类似关系”的国家才能行使外交保护。第 9 条提到“国籍国”和评注第(7)段表示“采用这种表述是为了避免产生公司可能有双重国籍的含义，”都确认了这种解释。这一错误必须予以纠正。荷兰正确地指出，¹⁰⁶ 公司经常在多个国家成立并在多个国家设立注册办事处。这是商业活动的现实情况，不容忽略或不加承认。因而建议对第 9 条进行重大修改；并建议参照危地马拉的提议解决这个问题。¹⁰⁷ 这将要求承认公司具有双重国籍的可能性，并采用“最紧密联系”、“有效国籍”或“主要国籍”（配合第 7 条的规定）的检验标准，以确定哪个国家可以行使外交保护。（评注第（2）段已经考虑到危地马拉关于应明确“公司”指“有限责任公司”的建议）。

55. 因而建议第 9 条修改如下：

- (1) 国家有权为具有该国国籍的公司所受损害行使外交保护。
- (2) 为公司的外交保护的目，公司具有依照其法律规定成立并在其境内设立注册办事处或管理层总部的国家的国籍。

¹⁰³ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 9 条草案评注，第(5)和第(6)段。

¹⁰⁴ 评论，第 27 和 29 页。

¹⁰⁵ 评论，第 27 页(萨尔瓦多)、第 28 页(危地马拉)、第 29 页(摩洛哥和荷兰)。

¹⁰⁶ 评论，第 29 页。

¹⁰⁷ 评论，第 28 页。

(3) 在两个国家根据第 2 款的规定均有权行使外交保护时，应由主要国籍国行使此种保护。

10. 第 10 条

公司的续国籍

1. 国家有权为在发生损害之时为其国民，在正式提出要求之日仍为其国民的公司行使外交保护。

2. 虽有第 1 款的规定，国家继续有权为在发生损害之时为其国民，但由于损害而按照该国法律终止存在的公司行使外交保护。

56. 在第 5 条方面，已经详尽地处理了持续国籍的规则。因此不必重复关于赞成修正第 1 款，即增加“只”和“持续地”等字样并且对被继承国的情况作出规定的意见。¹⁰⁸ 同样也不必重复关于赞成保留正式提出要求之日为终止日期，除非寻求保护的国民在提出要求后取得了被要求国国籍的意见。

57. 但是美国反对第 10 条第 2 款，¹⁰⁹ 认为对消亡公司的保护不应成为持续国籍规则的例外。美国称，“只要公司仍有法律人格，国家便可继续就该公司的要求行使保护；而只要根据国内法具有起诉或被起诉权，便具有法律人格。许多国内法律制度允许公司在解散后一段有限时间内继续提出和维护公司存在期间产生的要求，也就是说法律人格持续至这段时间终止。这样，为已消亡公司提出要求的问题就会很少出现，因为大多数要求可以在公司仍保留法律人格的期间予以审理。”¹¹⁰ 美国还补充说，国内法中健全的政策考虑允许公司的法律人格逐步消失：“国内法中的遗留事项和公司结束法规中规定了一个有限结束期，允许与公司有关的人可以终局了结，知道结束期终止后，有利或不利公司的要求都将终止”。¹¹¹ 美国为支持其论点，指出美国、联合王国、加拿大和法国的法律允许公司在解散若干年后有权起诉和被起诉。

58. 但是美国未考虑见诸评注和关于外交保护的第四次报告，由法官（特别是美国法官，即巴塞罗那电车公司案中杰瑟普的法官¹¹²）、法庭和学者对此提出的关

¹⁰⁸ 奥地利(评论, 第 30 页)关于第 10 条没有规定国家继承的情况的关切, 通过在该条中提及“被继承国”而解决。

¹⁰⁹ 评论, 第 30-31 页。

¹¹⁰ 同上。

¹¹¹ 同上。

¹¹² 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 193 页。另见法官 Gros (第 277 页)、Fitzmaurice 法官(第 101 和 102 页)以及 Riphagen 专案法官(第 345 页)的意见。

切问题。¹¹³ 鉴于没有反驳（甚至考虑）这些权威观点，并且缺乏有关公司法律和实践的广泛比较调查，无法证明有许多法律制度允许公司在解散后有权起诉和被起诉，特别报告员倾向于为格外谨慎起见，保留第 2 款。

59. 因此第 10 条应修改如下：

- (1) 国家只有权为从发生损害之日到正式提出要求之日持续为该国或任何被继承国国民的公司行使外交保护。
- (2) 国家无权为在提出要求后获得被要求国国籍的公司行使外交保护。
- (3) 虽有第 1 款的规定，国家继续有权为在发生损害之时为其国民，但由于损害而按照该国法律终止存在的公司行使外交保护。

11. 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) 在发生损害之时，公司具有造成损害的被指称责任国的国籍，并且按照该国法律成立公司是该国规定在其境内经营的前提条件。

60. 第 11 条(a)项旨在实施巴塞罗那电车公司案的判决意见。国际法院在其中承认，在公司已不存在时，只有成立地国可以保护公司（及其股东）这一通则须作例外处理。¹¹⁴ 委员会对例外的范围进行了限制，规定公司必须“由于与损害无关的原因”已不存在。奥地利正确地指出，这一限制“毫无意义，因为该公司的终止业务国与造成损害国不同”。¹¹⁵ 特别报告员赞同这一观点，并建议将一短语删除。

61. 不能接受奥地利的进一步建议，即将第 11 条(a)项中的“成立地国”改为“国籍国”，¹¹⁶ 因为该规定意在强调成立地国的法律为适用法律。成立地国通常与国籍国为同一国家，但根据拟对第 9 条所作的订正，并不需要总是相同。

62. 美国建议删除第 11 条(a)项，因为该项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。¹¹⁷ 美国表示，评注没有为这一例外规定提出任何理由。但是，美国没有考虑国际法院在巴塞罗那电车公司案

¹¹³ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 10 条草案评注，第(4)段，注 102-104；A/CN.4/530，第 93-105 段。

¹¹⁴ 1970 年《国际法院案例汇编》，第 41-42 页（第 64-68 段）。

¹¹⁵ 评论，第 32 页。

¹¹⁶ 同上。

¹¹⁷ 评论，第 33 页。

中作出赞成这一例外的理由。¹¹⁸ 第 11 条的目的是按照巴塞罗那电车公司案的判决进行编纂，其他国家对这一点表示赞许。¹¹⁹ 在此情况下，建议保留第 11 条(a)项，但需要作出奥地利建议的删除。

63. 美国基于法律和公共政策方面的理由反对第 11 条(b)项。关于法律方面，美国认为，委员会作为这项例外规定的依据而提供的所有案例的基础是“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。由于存在这些协定，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”。¹²⁰ 在政策主题方面，美国声称：“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。”¹²¹

64. 特别报告员认为自己不能同意上述批评，理由如下：

(a) 作为这项例外规定的依据而提供的所有案例是以特别协定为基础，这一情况并不能剥夺它们在造法过程中的价值。建立习惯规则的两个要求是惯例和法律确信。成立地国和股东国籍国之间按照特别协定来解决权利主张提供了国家实践（惯例）和被告国方面解决权利主张的义务感（法律确信）。

(b) 美国未能考虑到赞成这一例外规定的大量司法意见。例如，顾维均法官、¹²² 杰瑟普法官、¹²³ 田中法官¹²⁴ 和菲茨莫里斯法官¹²⁵ 在巴塞罗那电车公司案中的个别意见。该国也未考虑到评注¹²⁶ 和第四次报告¹²⁷ 中所提的西西里电子公司¹²⁸ 案对这一例外规定的支持。

¹¹⁸ 1970 年《国际法院案例汇编》，第 41-42 页（第 64-68 页）。

¹¹⁹ 评论，第 32 页（北欧国家）、第 34 页（荷兰）。

¹²⁰ 评论，第 34-35 页。

¹²¹ 评论，第 35 页。

¹²² 初步反对意见，1964 年《国际法院案例汇编》，第 58 页，第 20 段。

¹²³ 1970 年《国际法院案例汇编》，第 191-193 页。

¹²⁴ 同上，第 134 页。

¹²⁵ 同上，第 72-75 页。

¹²⁶ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 11 条评注，第(10)段。

¹²⁷ A/CN.4/530，第 81 和 82 段。

¹²⁸ 1989 年《国际法院案例汇编》，第 15 页。

(c) 尽管关于这一主题的理论有分歧，但对所建议的例外规定有相当的支持；

(d) 第 9、11 和 12 条草案旨在编纂国际法院在巴塞罗那电车公司案中所阐述的法律。这一例外是国际法院就这一主题阐明的多项原则的一部分；

(e) 美国的观点可能在政策方面最弱。正如挪威(代表北欧国家)表示的那样：

“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。¹²⁹”

这呼应了联合王国对墨西哥在 Mexican Eagle 案中的论点的答辩。墨西哥认为，一国(在此案中为联合王国)不应代表其墨西哥公司股东进行干预，联合王国政府作出如下答辩：

“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
由，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其不容置疑的权利以保护其海外国民的商业利益。¹³⁰”

“在一国成立公司是在该国经营的前提条件，因而被迫在该国成立的公司叫做“卡尔沃公司”。在当地成立公司是对东道国的有力保护，如同卡尔沃条款一样。因此，荷兰评论道，“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。”¹³¹ 此类政策考量比美国提出的政策考量更有说服力；

(f) 美国立场的最后一个弱点是它没有试图将自由和自愿地在一国按照当地法律成立公司的公司与那些由于法律或政治压力被迫在一国成立公司的公司区分开来。美国没有考虑对第 11 条(b)项来说十分关键的这一区分。¹³²

65. 特别报告员在起草本条款草案中主要遵循国家实践、司法裁判和一般原则的指导。在第 11 条(b)项方面，他强烈受到赞成这一例外规定的美国实践(Delagoa Bay Railway Co、¹³³ El Triunfo (1902)、¹³⁴)、涉及美国的司法裁判(西西里

¹²⁹ 评论，第 34 页。

¹³⁰ M. Whiteman, Digest of International Law, vol. 8, pp. 1273-1274.

¹³¹ 评论，第 34 页。

¹³² 见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 11 条草案评注，第(8)段。

¹³³ J.B. Moore, Digest of International Law, Vol.6(1906), p.647.

¹³⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第 15 卷(1991 年)，第 467 页。

电子公司案¹³⁵）、司法意见(杰瑟普法官在巴塞罗那电车公司案中的意见)¹³⁶ 和一般原则(反对卡尔沃条款和“卡尔沃公司”)的影响。因此,他对美国指责美国当局强烈支持的这一例外规定感到奇怪。总之,为要求删除第 11 条(b)项提出的理由不能令人信服,因此应该保留该项规定。

66. 北欧国家反对第 11 条(b)项的规定,即要符合这一例外规定,必须证明按照有不当行为的国家的“法律”成立公司是在该国经营的前提条件。它们表示,“……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是正式要求,但来源于对外国利益非正式施加的压力或政治压力”。¹³⁷ 北欧国家认为,应在评注中解决这一问题。但是,特别报告员建议在第 11 条(b)项案文本身中解决这一问题。在大多数情况下,东道国政府会在没有当地法律支持的情况下向外国投资者施加政治压力,让他们在东道国成立公司。不可避免,此类压力与法律条文同样有效。

67. 应该同意荷兰主张措辞前后一致的建议¹³⁸ 以及奥地利关于应在评注中解释第 11 条(b)项中的“损害”的含义的建议。¹³⁹

68. 建议第 11 条修改如下:

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,公司具有造成该损害的被指称责任国的国籍,并且[按照该国法律]成立公司是该国规定在其境内经营的前提条件。

12. 第 12 条

对股东的直接损害

在一国的国际不法行为对股东本人的权利,而非公司的权利,造成直接损害的情况下,这些股东的国籍国有权为其国民行使外交保护。

69. 美国认为这项规定是多余的,因为第 2 条和第 3 条已经涵盖股东的权利。¹⁴⁰ 这没说错。但是,如果条款草案要全面编纂巴塞罗那电车公司案中所阐述的原则,¹⁴¹

¹³⁵ 1989 年《国际法院案例汇编》,第 15 页。

¹³⁶ 1970 年《国际法院案例汇编》,第 191-193 页。

¹³⁷ 评论,第 34 页。

¹³⁸ 评论,第 34 页。

¹³⁹ 评论,第 33 页。

¹⁴⁰ 评论,第 35 页。

¹⁴¹ 1970 年《国际法院案例汇编》,第 36 页,第 46-47 段。

则应该保留这项规定。保留这项规定的另一好处是，这一规定的评注可确保有关对公司和股东的保护的评注和条款草案提供有关外交保护的这一方面的法律的全貌。特别报告员没有任何关于这一问题的建议可提交委员会，但比较倾向于保留这一规定。

13. 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。

70. 第 13 条的目的是将有关对公司的外交保护的原则延伸至其他法人。此条无意在此类其他法人中包含自然人。¹⁴² 另一方面，正如危地马拉所指出，¹⁴³ 不是有限公司(即有限责任盈利企业，其资本由股份组成)的法人或公司的股东可能需要对不超过其所提供股本的公司债务负责。第 11 条和第 12 条所述原则适用于它们。因此，案文提及第 9 条和第 10 条的说法应当改为第 9 条至第 12 条。特别报告员不理解卡塔尔所说的外交保护会破坏非政府组织的独立性的逻辑。¹⁴⁴

71. 因此，第 13 条应修改如下：

第 9 条至第 12 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。

14. 第 14 条

用尽当地救济

1. 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伤害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不得提出国际要求。
2. “当地救济”是指受害人可以在损害的被指称责任国，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

72. 除了荷兰提出的有关重新起草该评注的建议以外，¹⁴⁵ 影响第 14 条第 1 款的唯一意见就是美国提出的意见。美国指出，在西西里电子公司案中，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

¹⁴² 参看萨尔瓦多大意如此的建议（评论，第 36 页）。

¹⁴³ 评论，第 36 页。

¹⁴⁴ 同上。

¹⁴⁵ 评论，第 37 页。

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。”¹⁴⁶ 因此，美国建议，重新起草第 1 款，排除应由受害人用尽一切当地救济的规定。特别报告员感谢美国提出这一有益建议，并向委员会提出这一建议。

73. 荷兰建议对第 2 款作一个小的修订，以便它与第 11 条(b)款一致。¹⁴⁷

74. 建议将第 14 条修改如下：

1. 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，不得提出国际要求。
2. “当地救济”是指受害人可以在造成损害的被指控责任国，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

15. 第 15 条

要求的类别

在主要基于一国国民或第 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要求有关的宣告性判决时，应用尽当地救济。

75. 国际法院对阿韦纳案的裁判¹⁴⁸，极大地丰富了有关在用尽当地救济规则中对直接损害和间接损害加以区分的法律内容，但是裁判并不影响拟订第 15 条所载原则的合理性。显然，这需要在评注中进行讨论。奥地利对第 15 条的标题提出了一个问题。把标题改为“混合要求”也许更加合适。不建议对第 15 条作任何修改。

16. 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，且不当拖延可归咎于被指称责任国；
- (c) 受害人与被指称责任国之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地救济实为不合理；

¹⁴⁶ 评论，第 38 页。关于人权条约规定的立场，见 H.G. Schermers, “Exhaustion of local remedies” in N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), p. 947, at pp. 954-958.

¹⁴⁷ 评论，第 34 页。

¹⁴⁸ (墨西哥诉美国)，2004 年《国际法院案例汇编》，第 12 页，尤其是第 40 段。另见 Parra-Aranguren 法官（第 27-28 段）和 Vereshchetin 法官（第 7-11 段）的个别意见。又见 A. Künzli, “Case concerning Mexican nationals” (2005), *Leiden Journal of International Law*, vol. 18; 和 E. Milano, “Diplomatic Protection and Human Rights before the I.C.J.”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), p. 85, at pp. 128-130.

(d) 被指称责任国放弃了用尽当地救济的要求。

76. 墨西哥对第 16 条提出了两条一般性评论意见。¹⁴⁹ 首先，墨西哥提请注意在可能重复出现损害的情况下无需用尽当地救济规则的例外。虽然阿梅拉辛格单独对这一例外作了处理，¹⁵⁰ 但是这一例外似乎已由(a)项涵盖，并将在(a)项评注中处理。墨西哥还建议，就当地救济规则中加入一条有关举证责任的规定。应该回顾，委员会已经决定不加入这条规定。¹⁵¹ 尽管如此，在评注中处理这一问题也许是明智的。

(a) 项

77. 应该回顾，在有关(a)项的辩论中，委员会有三个选择，即显属徒劳、不具有合理的成功机会和不具有实现有效救济的合理可能性。¹⁵² 委员会倾向于第三个选择，现已列入(a)项。美国¹⁵³ 吁请委员会重新考虑这一决定，采用显属徒劳规则，理由是这条规则更准确地反映了习惯国际法，¹⁵⁴ 并得到了司法政策考虑的支持。司法政策考虑要求“除最特殊的情况外，一个国家有机会在本国的法律体系内纠正违反国际法的行为”。¹⁵⁵ 因此，美国提出下列规定：

在当地救济显属徒劳或显然无效的情况下，无需用尽当地救济。如果在一般情况下有法庭可提供有效救济，则用尽当地救济不是显属徒劳或显然无效。

虽然特别报告员不赞成对已经决定的问题重新进行讨论，但是必须回顾，显属徒劳规则在委员会内部的确得到了一定的支持。因此，建议委员会重新考虑这一问题。但是，应该注意到在评注¹⁵⁶ 和第三次报告(A/CN.4/523, 第 18-38 段)中对显属徒劳规则提出的反对意见。第三次报告指出，在芬兰船舶仲裁案¹⁵⁷ 中首次阐述的“显属徒劳”检验标准，在西西里电子公司案¹⁵⁸ 中没有得到采用，并

¹⁴⁹ 评论，第 40-41 页。

¹⁵⁰ Local Remedies in International Law, 2nd ed. (2004), p. 212.。

¹⁵¹ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 252 段。

¹⁵² 同上，第 178 页。

¹⁵³ 评论，第 41-43 页。

¹⁵⁴ 见 Amerasingh, 前注 150, 第 206 页：“检验标准是显属徒劳或明显无效，而非不具有合理的成功机会或不可能成功，后两种是较不严格的检验标准”。

¹⁵⁵ 评论，第 43 页。

¹⁵⁶ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 16 条草案评注，第(2)和(3)段。

¹⁵⁷ 《国际仲裁裁决汇编》(1934)，第 1479 页，见第 1504 页。

¹⁵⁸ 1989 年《国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 46-47 页（第 59, 62 段）

受到了一些作者的批评。¹⁵⁹ 对这一检验标准提出的主要反对意见是，此标准含有当地救济之无效必须在表面上“显而易见”。为克服这一点，Hersch Lauterpacht 爵士建议，在检验标准中加入“合理”这一因素，¹⁶⁰ 以使法院能够审查某一案件中的有效救济是否具有合理可能性。2002 年，委员会倾向于这一案文，特别报告员目前仍然主张这一案文。

78. 如果委员会决定不接受美国的建议，那么就应该考虑奥地利提出的建议，即在(a)项中加入“可用”一词，以使该项与国际不法行为国家责任条款草案第 44 条¹⁶¹ 相一致。¹⁶²

(c) 项

79. 对于(c)项，提出了两项截然不同的建议。奥地利建议，删除本项的第一部分，使本项局限于有关情节使得用尽当地救济的做法不合理的情况。¹⁶³ 而美国则建议，保留本项的第一部分，并把第一部分改写为：

在受害人与被指称责任国之间没有相关联系的情况下，无需用尽当地救济。¹⁶⁴

特别报告员同意美国的建议。(c)项的主要目的，是为受害人与损害的被指称责任国之间没有自愿联系（如跨界污染案和飞机偏离航向）的情况作出当地救济规则的例外规定。¹⁶⁵ 委员会一些成员随后提出了可能无需用尽当地救济的其他情况，如被拒绝进入被告国领土或诉讼费用过高等。¹⁶⁶ 顾及这些情况，通过了(c)项第二部分。但是，美国指出，(a)项已经涵盖这些情况。因此，建议采纳美国的建议，但须加入一个短语，明确指出如奥地利建议所述，在损害发生时必须没有相关联系。¹⁶⁷

¹⁵⁹ C. F. Amerasinghe, “The local remedies rule in appropriate perspective”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36 (1976), p. 726, at p. 752; G. Simpson and H. Fox, *International Arbitrations* (1959), p. 114; D. Mummery, “The content of the duty to exhaust local remedies”, 58 *A. J. I. L.* (1964), p. 389, at p. 401.

¹⁶⁰ 挪威公债案，1957 年《国际法院案例汇编》，第 9 页，见第 39 页。

¹⁶¹ “不得援引一国的责任，如果……(b) 该项要求适用用尽当地救济规则，却未用尽所利用的有效当地救济办法。”

¹⁶² 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段，

¹⁶³ 评论，第 43 页。

¹⁶⁴ 评论，第 44 页。

¹⁶⁵ 美国建议，评注对飞越情事中不存在相关联系进一步作出阐述（评论，第 44-45 页）。

¹⁶⁶ 更多的例子，见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 16 条草案评论，第 (11) 段。

¹⁶⁷ 评论，第 43 页。

(d) 项

80. (d) 项没有对明示放弃或默示放弃加以区分。但是，评注却明确表示，如果具有放弃当地救济的明确意图，即可作为默示放弃。¹⁶⁸ 这一评注将重新拟订，以考虑到危地马拉对这一问题提出的有益建议。¹⁶⁹

81. 建议考虑第 16 条以下列方式表述：

在下列情况下，无需用尽当地救济：

或者

(a) 当地救济不具有实现可用和有效补救的合理可能性；

或者

(a) 当地救济显属徒劳或显然无效。如果法庭在合理情况下提供有效补救，用尽当地救济就不是显属徒劳或显然无效；

(b) 在救济过程中受到不当拖延，且不当拖延可归咎于被指称责任国；

(c) 受害人与被指称责任国之间在发生损害时没有相关联系；

(d) 被指称责任国放弃用尽当地救济的要求。

17. 第 17 和 18 条

第 17 条

外交保护以外的其他行动或程序

本条款草案不影响国家、自然人或其他实体根据国际法诉诸外交保护以外的其他行动或程序，为国际不法行为所致损害取得补救的权利。

第 18 条

特别条约规定

如果本条款草案与特别条约规定，包括关于公司或公司股东与国家之间争端解决的规定不符，在这一范围内，本条款草案不予适用。

82. 乌兹别克斯坦建议，这一部分的标题应为“其他规定”，而不是“杂项规定”。¹⁷⁰ 应对此加以考虑。

¹⁶⁸ 见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 60 段，第 16 条草案评注，第(16)段。因此，无需按照乌兹别克斯坦在评论第 46 页的建议列入有关默示放弃的明确规定。

¹⁶⁹ 评论，第 45 页。

¹⁷⁰ 评论，第 46 页。

83. 鉴于有国家提议将第 17 和 18 条合并，¹⁷¹ 这两项将合并考虑。第 17 条和第 18 条的目的相同：明确本条款草案不影响规定权利主张方法或索赔要求解决方法的习惯国际法或条约法所规定的其他程序或制度，也不受到这些程序或制度的直接影响。初看之下，似乎将这两项条文合并起来是明智的。确实第五次报告也建议在如下一条中作此合并：

本条款概不影响国家或个人诉诸外交保护以外的其他程序，为国际不法行为所致损害取得补救的权利 [虽然该不法行为可能引起受害人国籍国提出外交保护要求]。¹⁷²

不过经过仔细考虑，鉴于第 17 条和第 18 条各自维护的利益非常不同，似乎最明智的做法是分别保留两项条文。

84. 第 17 条实际上是为了确保外交保护制度不会干涉或阻碍以其他方式保护人权。委员会承认，外交保护只是保护人权的手段之一，而且是一种非常有限的手段，因为这种手段仅限于保护本国国民的人权。其他保护人权的程序在这方面则没有限制。人权条约为所有其人权受到侵犯的人提供权利并予以救济，而不论其国籍为何。而且国际法的最新发展允许一国——以抗议、谈判、仲裁和司法程序的形式¹⁷³——保护在外国受到侵犯(具有绝对法地位的¹⁷⁴ 或作为普适性义务的¹⁷⁵)人权准则行为影响的国民和非国民。¹⁷⁶ 西马法官最近在**刚果境内武装活动案**(刚果民主共和国诉乌干达)一案中强调了这一点。¹⁷⁷ 他认为，国际法在这方面的发展使得乌干达可以保护其人权受到在金沙萨机场的刚果民主共和国军队威胁的本国国民和非本国国民。

¹⁷¹ 卡塔尔和萨尔瓦多(评论, 第 47 页)。另见荷兰(评论, 第 50 页)。

¹⁷² A/CN.4/538, D.2 节。

¹⁷³ 当然必须有管辖权关联的存在。但是这一条件也同样适用于外交保护。

¹⁷⁴ 见国际不法行为的国家责任条款草案第 40、41 和 48 条,《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 第 77 段。

¹⁷⁵ 巴塞罗那电车一案, 1970 年《国际法院案例汇编》, 第 32 页。

¹⁷⁶ 这一问题另见 G. Gaja, “Is a State Specially Affected when its National’s Human Rights are Infringed?” in L.C. Vohrah et al. (eds.) *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (2003) p. 373; G. Gaja, “Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique” in J.F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 63; L. Condorelli, “L’évolution du Champ d’application de la protection diplomatique” in *La Protection Diplomatique*, p. 3; C. Forcese, “Shelters from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law”, *George Washington International Law Review*, vol. 37(2005) p. 469, at 497-498.

¹⁷⁷ 国际法院, 2005 年 12 月 19 日未汇编的判决, 个别意见, 第 17-41 段。另见专案 Kateka 法官的个别意见, 第 69 段。

85. 不幸的是，第 17 条的目的未被充分理解。恩里克·米兰诺将 2001 年国家对国际不法行为的责任条款与 2004 年的外交保护条款草案之间的关系解释为，一国根据国家对国际不法行为的责任条款第 48(1)(b) 条代表绝对法权利受到侵犯的非本国国民进行干涉的权利应受到要求国籍证明的外交保护条款草案的限制。¹⁷⁸ 他之所以得出这一结论，是因为他将第 48 条解释为必须服从于第 44 条，而后者规定，如“不是按照涉及国籍的任何适用规则提出要求”，则不得援引一国的责任。这也是外交保护条款草案目前所规定的。这使他得出结论，认为“根据国家责任法，外交保护制度被给予相对人权法更高的优先地位，即使对个人的损害是由于侵犯其人权而造成的”。¹⁷⁹ 他还指出，

……如果将 2001 年《责任条款》与 2004 年《外交保护条款草案》放在一起看，则似乎在传统的外交保护制度以外强制执行普适性的人权义务的可能性微乎其微。¹⁸⁰

86. 第 17 条必须消除这方面的疑问，必须明确条款草案绝不是要阻止保护人权的其他程序。要达到这一目的，最好的方式是使用象第 17 条这样的一项单独条文。但是从米兰诺的论文来看，¹⁸¹ 似乎该条没有达到这种效果。在这种情况下，似乎有必要重新拟订第 17 条，使其目的更为明确，尽管在特别报告员看来，似乎已很难使这一意图更为明确。也许这可以通过荷兰的新提法来实现？

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其他行动或程序，为国际不法行为所致损害取得补救的权利。

87. 因此建议保留第 17 条作为一项单独条文，案文可以拟订如下：

本条款草案概不妨碍国家、自然人或其他实体 [根据国际法？¹⁸²] 诉诸外交保护以外的其他行动或程序，为国际不法行为所致损害取得补救的权利。

或

国家、自然人或其他实体诉诸外交保护以外的其他行动或程序，为国际不法行为所致损害取得补救的权利，概不受本条款草案影响。

¹⁷⁸ “Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?”, Netherlands Yearbook of International Law, vol. 35(2004), p. 85 at pp. 103-108.

¹⁷⁹ 同上，第 106 页。

¹⁸⁰ 同上，第 107 页。米兰诺指出，第 44 条和第 48 条之间的奇怪关系，可能是国际法委员会大意所致，规定第 44 条仅仅适用于外交保护的要求，而不适用于第 48 条。也许他是正确的！

¹⁸¹ 同上，第 107 页：米兰诺未被第 17 条说服。

¹⁸² 荷兰建议删去这几个字，理由是正如欧洲联盟在美国法律案件中所做的那样，国家在国内诉讼中提出法庭之友书状的权利必须保持不变。见评论，第 46 页。

88. 第 18 条的用意是表明，本条款草案不干涉可能包含涉及对个人投资者和公司投资者的不同处理规则的双边和多边投资条约。由于这些条约在内容和形式上都与第 17 条所考虑的条约大不相同，因此将这些条约单独处理较为明智。

89. 奥地利和摩洛哥都不同意第 18 条的措辞，尤其是对于“特别条约规定”一语。¹⁸³ 摩洛哥正确地指出，《维也纳条约法公约》不承认“特别条约”的概念。因此摩洛哥主张，特别报告员也建议，将该条重新拟订如下：

如果本条款草案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，在这一范围内，本条款草案不予适用。

18. 第 19 条

船员

船舶船员国籍国为本国船员行使外交保护的权力，不因船舶国籍国有权在国际不法行为对船舶造成损害致使船员受到伤害时，为不论其国籍为何的船员，寻求补救而受到影响。

90. 大多数提交了意见的国家对第 19 条作出了积极的反应，¹⁸⁴ 但提出了一些建议。奥地利指出，对船旗国行使保护所附加的条件可能被解释为适用于船员的国籍国行使外交保护的权力。这可以通过按照如下建议，将该条分为两句加以解决。墨西哥请委员会解决竞合求偿问题。委员会不愿意就双重国籍者的求偿问题采取这一做法，似乎这里这样做同样既不明智，也不必要。荷兰提议将第 19 条纳入第 8 条，因为这两条似乎属于同一个问题。不过这是不对的。第 8 条涉及将外交保护延及无国籍者和难民，而第 19 条承认船舶的国籍国代表船员寻求补救的权利，而不是行使外交保护的权力。

91. 美国不认为第 19 条中的原则有任何问题。不过美国认为，船旗国代表船员寻求补救的权利不属于外交保护的范畴，因此不应列入该条。¹⁸⁵ 委员会应对这一问题加以考虑。另一方面，应当回顾，委员会决定列入第 19 条，是因为正如国际海洋法法庭在“塞加”号（第 2 号）案中所承认，¹⁸⁶ 船旗国提供的保护与外交保护相类似，而且政策要求，对这两种保护方法都必须再次加以肯定，因为船员相对脆弱，需要一切能得到的保护。¹⁸⁷

¹⁸³ 评论，第 47-48 页。

¹⁸⁴ 评论，第 48-49 页；奥地利、墨西哥、荷兰、挪威（代表北欧国家）。

¹⁸⁵ 评论，第 48-49 页。

¹⁸⁶ 圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚，《1999 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，第 103-107 段。

¹⁸⁷ 见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》（A/59/10），第 60 段，第 19 条草案评注。

92. 如果委员会决定保留第 19 条，建议按照目前的写法保留该条。或者委员会也可以接受奥地利的批评意见，将该条分为两句。这样该条款文如下：

船舶船员国籍国有权代表船员行使外交保护。船舶国籍国 [船旗国?] 在国际不法行为对船舶造成损害时致使船员受到伤害，[同样]可以代表船员寻求补救，而不论其国籍为何。

特别报告员倾向于采用原案文，因为他怀疑原案文是否可以按照奥地利的解释来理解。

C. 受害国民获得赔偿的权利

93. 目前的条款草案仅涉及要求的国籍和用尽当地救济。条款草案不涉及外交保护的主要规则，即规范外国人待遇的规则，也不涉及外交保护的后果。委员会第五十六届和第五十七届会议都对条款草案的有限范围进行了辩论，并核准了这一范围。委员会决定不涉及外交保护的后果，其理由是这一主题的多数方面已经在国家对国际不法行为的责任条款及其详尽评注中涉及。¹⁸⁸ 然而，外交保护后果的一个方面，即索偿成功国家是否有义务向受害国民支付所得赔偿，在国家对国际不法行为的责任条款中并未得到考虑。有人对条款草案提出批评，认为条款草案错失了通过逐渐发展确认这一规则的机会。¹⁸⁹ 法国代表在 2005 年 10 月 24 日第六委员会上指出，特别报告员认为不必讨论外交保护的后果的理由并没有充分的说服力。即使外交保护是一般责任法的一种例外，一国是否必须向受害人支付本国通过行使外交保护获得的赔偿仍是一个根本问题。¹⁹⁰

奥地利在提交委员会的评论中也提出了相似的看法：

另一个值得特别考虑的问题，是权利得到保护的个人与行使外交保护权的国家之间关系的问题。考虑这一问题还有助于处理行使外交保护的结果和个人得到这一结果的问题。当然，可以认为这是国家与国民之间关系的问题；但在另一方面，应该确保为其利益而提出要求的受害个人从外交保护的行使中受益。¹⁹¹

经过考虑，特别报告员认为委员会应该审议这一问题，即便是在最后一刻。

¹⁸⁸ 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 77 段，第 28-39 条。

¹⁸⁹ Milano, 前注 178, 第 108 页。又见 G. Gaja, “Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique” in J. F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 63, at p. 69.

¹⁹⁰ 见 A/C. 6/60/SR. 11, 第 73 段。

¹⁹¹ 评论，第 8 页。

94. 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案的规则似乎规定，索偿国在代表受害国民提出索偿要求而得到的赔偿的支配方面具有绝对的酌处权。如果一如规则所称，“国家代表国民提出索偿要求……实际上是在主张国家的权利”，并成为“唯一的索偿者”，¹⁹² 那么从逻辑上讲，难以提出为了个人的利益在解决索偿要求或所得赔偿的支配方面对国家加以任何制约。由于国家具有“充分的行动自由”，¹⁹³ 国家无需为受害国民的损害争取充分赔偿。相反，国家可以而且经常商定赔偿部分损害的办法。这意味着在实践中，个人所得赔偿可能仅为索偿额的 10%。¹⁹⁴ 在 1999 年订立的法俄协议中，自然人和法人放弃了 99% 的金钱补偿权。¹⁹⁵ 1994 年，马德里高级法院驳回一个国民就西班牙与摩洛哥达成一次总付协定提出的诉讼，裁定赔偿少于损害的做法已为国际实践所允许。¹⁹⁶

95. 委员会接受了马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案的规则作为条款草案的基础。鉴于这一裁判，委员会拒绝了以下建议，即国家有义务为因违反绝对法规范而受到损害的国民行使外交保护。在另一方面，马夫罗马蒂斯案的逻辑并不一定适当。持续国籍规则和用尽当地救济要求表明，对国民造成的损害并不一定给索偿国以外交保护的权利，马夫罗马蒂斯案的逻辑也就不能成立。在索偿损害的评估中，马夫罗马蒂斯案的逻辑并没有得到一致采用，因为赔偿通常是根据个人所受损害计算的。这一点在霍茹夫工厂案中得到了常设国际法院的承认，¹⁹⁷ 现在已经被认为是习惯国际法的一条规则。¹⁹⁸ Morelli 法官在巴塞罗那电车案中认识到这一法律情况的反常现象，他指出：

¹⁹² 1924 年《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 2 号，第 2 页。

¹⁹³ 在巴塞罗那电车案中，国际法院宣告：

“在是否给予保护、给予何种程度的保护、何时终止保护方面，必须把国家视为唯一的决定者。在这方面，国家保留酌处权，而不是行使酌处权可能由与具体案件无关的政治或其他性质的考虑决定。由于国家的要求不同于为其提起诉讼的个人或公司的要求，国家享有**充分的行动自由**”（1970 年《国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 44 页；着重部分后加）。

¹⁹⁴ W. K. Geck, “Diplomatic protection” in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, at p. 1058; D. Bederman, Interim report on “Lump sum agreements and diplomatic protection” in International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi (2002), p. 230; R. Lillich, “The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973” 69 A. J. I. L. (1975), p. 534; R. Lillich and B. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (1975)。

¹⁹⁵ D. Carreau, *Droit International*, 7th ed. (2001), p. 462, para. 1118。

¹⁹⁶ J. Pastor Ridruejo, “La pratique espagnole de la protection diplomatique” in J. F. Flauss, *La protection Diplomatique* (2003), 第 112 页。

¹⁹⁷ 霍茹夫工厂案（实质问题）1928 年《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，第 28 页：“因此，个人遭受的损害总是不同于国家遭受的损害；只能提供一个方便的比例来计算应向国家支付的赔偿”。Dubois 教授就此判决意见发表的评论见 *Revue Critique de Droit International Privé* (1978), pp. 615 and 624。

¹⁹⁸ B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la théorie de la responsabilité Internationale* (1973), p. 98。

即使在赔偿案件中，尽管赔偿数额须以个人所受损害确定，但是得到国际赔偿的总是国家而非个人。¹⁹⁹

如果所受损害将根据“个人所受损害确定”，看来索偿国有义务就此向受害个人了解情况，表明国家提出在要求方面并没有充分的行动自由。

96. 这一方面的国家实践相互矛盾。虽然国际和国家的司法裁判都强调，受害国民无权对国家所得赔偿提出任何要求，但是其他国家机制显示，国家承认它们在向受害国民支付所得赔偿方面具有一定的义务。

97. 在 *Administrative Decision V* 中，美德混合索赔委员会确认了广泛的国家酌处权：

在行使这种控制方面，[国家]不仅要顾及有关求偿人的利益，还要顾及全体国民更大的利益，在确定索偿要求的提出、推动或撤回、妥协的时间和方式上必须不受限制地行使酌处权，而个人则将接受这种行动的约束。即使索偿国在裁决执行中得到赔偿，国家对得到和持有的赔偿金具有充分的控制权，并且为预防欺诈、纠正错误或保护国家声誉，可能选择将金额返还支付赔偿国或以其他方式处理。²⁰⁰

各国法院采取了相似的立场。²⁰¹

联合王国

在 *Civilian War Claimants* 案²⁰² 中，求偿人向政府要求得到德国根据《凡尔赛条约》就第一次世界大战造成的损害向联合王国政府支付的赔偿的一部分。根据判决，除非已经明确宣布，否则政府在与另一外国元首谈判条约时以受托人或代理人的身份代表国民行事有违其主权地位。条约没有如此规定。相反，条约留待两国政府，即两国和本国国民，来确定赔偿的分配方式。这项裁判最近在 *Lonrho Exports Ltd v. Export Credits Guarantee Department* 案²⁰³ 中得到了确认。

¹⁹⁹ 1970年《国际法院案例汇编》，第223页。

²⁰⁰ 《美国诉德国》《国际仲裁裁决汇编》，第7卷（1925年），第119页，见第152页。着重部分后加。

²⁰¹ 见 R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), vol. 1, p. 539.

²⁰² [1932] A.C. 14. 另见 *Rustormjee v. R* [1876] 1 QBD, p. 487.

²⁰³ [1996] 4 All E.R., p. 673, at p. 687:

“ (3) 根据国际法，当国家提出（作为外国或外国国民债务债权人的国民的）索偿要求并行使外交保护（如谈判一项规定向国家支付赔偿，供在国民中分配的条约）时，国家以自己的名义维护了自己保护国民的权利…… (4) 除下文 (5) 另有规定外，在根据这项条约订立和履行义务时，国家并不作为国民代理人或委托人行事；不论条约作出何种规定，并且（在我看来）不论条约赔款具有何种性质，根据这种条约向联合王国支付的赔偿，由国家以主权身份收取并成为国家的绝对财产…… (6) 根据英国法律，国家保留所得赔偿的权利不受条约条款的影响，也不

美国

美国法律规定，“因国际裁决或和解协议而从外国政府得到的任何款项属美国所有”，²⁰⁴ 赔偿的分配根据国会的决定进行：

根据美国最高法院裁定的案件，似乎已经确定因美国公民索偿要求得到解决而从外国政府得到的款项为美国的国家款项，就严格的法律权利而言，求偿人对所得款项没有留置权，国会也没有任何法律义务从任何基金的收益中对索偿要求进行支付，虽然在道义上政府无疑有义务将赔偿金分配给受害个人。²⁰⁵

法国

在法国，外交保护仍然是“政府行为”——法律不能及的最后一个堡垒，传统上赔偿分配程序不受司法监督。²⁰⁶

98. 尽管上述说法都声称国家具有绝对的权利，可随意分配所得赔偿，但是有关在这种情况下国家的正常做法是向受害个人支付所得赔偿的论点也不鲜见。比如，Geck 认为“索偿国通常把被告国支付的赔偿转交给受害个人”。²⁰⁷ 哈佛草案评注也有相同的表述：“……把所得赔偿转交给索偿个人是索偿国的正常做法”。²⁰⁸ 为理解这种论点，有必要对各国就限制酌处权而采取的步骤进行审查。

受条约中任何有关分配的条款的影响。条约的条款既不影响，也不限制国家收取这种赔偿的主权性质……英国法律规定，在履行条约的规定方面，国家没有法律义务或衡平义务，至多只有道德义务。如果国家没有履行这一义务，只能求助于议会或（在与外国政府的案件中）国际诉讼……(7) 国家在对根据条约对所得赔偿进行分配时，可以确定其支付赔偿的性质并划拨赔款……”。

²⁰⁴ American Law Institute, *Restatement of the Law*(Third), Foreign Law of the United States (1987), para. 902, pp 348-349.

²⁰⁵ *Distribution of the Aslop Award*, Opinion of J. Reuben Clark, Department of State, cited in Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, p. 766.

²⁰⁶ B. Bollecker-Stern, 前注 198, 第 108 页。

²⁰⁷ 前注 194, 第 1057 页。

²⁰⁸ F. V. Garcia-Amador, Louis B. Sohn and R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 151. 在 Administrative Decision V 中，根据 1922 年 8 月 10 日协定设立的美德混合赔偿委员会仲裁人表示：

……但是，如果为指定的国民提出要求并就这一要求获得赔偿裁决，有关的赔款不是国家资金，即收受国享有产权，没有任何义务向代表其提出索偿要求并得到赔偿，且作为索偿要求真正主人的求偿人作出说明。在一些案件中，可以发现容易受到这种解释，令人误解的概括性言论，这些案件对就大量索赔提出要求的国家作出一次总付裁决和赔偿，而作出裁决的法院没有对每项要求作出判决，也没有为任何指定的索偿要求分配具体数额。……[引用资料从略。] 相信没有任何案例可证实：国际法庭对代表指定国民提出索偿要求的国家作出有利的判决，

99. 从 1950 年代起，各国开始对赔偿进行司法审查。法国、美国和联合王国分别成立了委员会，以处理第二次世界大战后从东欧国家得到的一次总付赔偿的分配问题。出现这一现象的原因，是众多求偿人希望在被没收或收归国有的私人财产累积价值的微小的收益中争取得到自己的一份。赔偿分配成为一项极其微妙的事务，为此设立专门机构已成为明智之举。每个国家都设计了不同的程序。

美国²⁰⁹

第二次世界大战后，由于达成几个集体解决协定，1949 年美国根据同年的《国际索赔案件处理法》成立了国际索赔委员会，以处理一次总付协定的分配问题。这些协定是先后与南斯拉夫、巴拿马和其他实行国有化的人民民主国家订立的。1982 年，委员会更名为美国对外索赔案件处理委员会。委员会的职能是，根据有关的具体协议，采用“适用的国际法原则、公正和衡平原则”，对每项索赔进行审议，对其效力及每个求偿人应得赔偿数额作出裁定，把从外国政府得到的赔偿款项分配给求偿人。委员会具有半司法性质。所作裁判不得上诉。国会经常拨款，对从外国政府所得款项进行分配。因此，虽然赔偿所得款项为美国政府所有，但是国会通常向求偿个人，特别是根据对一次总付赔偿协定进行分配的美国特别索赔委员会的裁判得到赔偿的个人支付赔偿”。²¹⁰

联合王国²¹¹

英国根据《1950 年外国赔偿法》成立了外国赔偿委员会，以对因与波兰、捷克斯洛伐克和南斯拉夫订立的协议而得到的赔偿进行分配。委员会以适用国内法的普通法院的形式运作。所适用的法律由枢密院令决定，而枢密院令也常常反映有关协议的条款。委员会的裁判不得上诉。

法国²¹²

法国根据个案进行处理，从 1951 年起每项签订的协议，都由一个委员会负责对所得赔偿进行分配。处理始于俄国沙皇时代的俄国公债案债权人问题的委员

而收受赔款国在不存在欺诈和错误的情况下不愿就收到的赔偿全额向指定国民或以其名义提出要求的国民作出说明。就美国而言，国会似乎以“为美国公民或他人保管”的方式处理因具体索偿要求向美国支付的款项（前注 200，第 152 页）。

²⁰⁹ Third Restatement, 前注 204, 第 713 段。

²¹⁰ 同上, 第 902 段。

²¹¹ J. Berlia, “Contribution à l’étude de la nature de la protection diplomatique”, *Annuaire Français de Droit International* (1957), p. 63 at pp. 67–68.

²¹² 同上。

会，是最迟于 1998 年成立的。²¹³ 所作裁判一般不得上诉。虽然没有具体规定，但是委员会倾向采用包括条约法和习惯法在内的国际法。

100. 这些发展反映了国家的法律体制，因此并无重大意义。²¹⁴ 尽管如此，一些作者坚持认为这些发展对国际法产生了影响。²¹⁵

101. 在决定如何分配赔偿的仲裁法庭的裁判中，可以找到国家酌处权受到侵蚀的进一步证据。²¹⁶ 并且，1994 年欧洲人权法院在 *Beaumartin v. France* 案²¹⁷ 中裁定，对赔偿作出规定的国际协定可能给受害人以可执行的赔偿权。

102. 虽然有些国家立法、司法裁判和理论主张限制国家扣留受害国民所得赔偿的绝对权利，但是很难认为这已经成为一种惯例，也很难认为国家感到有义务限制自己的处置自由。公共政策、衡平原则和尊重人权，可能都支持限制国家分配赔偿的酌处权，但是这并不构成习惯国际法的规则。

103. 在这种情况下，建议委员会认真考虑作为逐渐发展工作，就这一主题通过一条规定。目前的条款草案几乎没有逐渐发展的内容。的确，一些作答国据此对条款草案提出批评。就这一主题通过一条规定，将在外交保护中排除一项主要的不平等内容。请委员会审议下列建议：

(1) 在外交保护索偿要求的量化方面，国家应考虑本国为其行使外交保护的国民所受损害的物质和精神后果。[为此，国家应咨询受害国民。]

评论：在很大程度上，这项规定只是体现现有实践的条款。

(2) 国家因行使外交保护而从索偿要求中得到全部或部分赔偿的，应当[应该][在扣除索偿费用后]把赔偿款转交本国为其提出索偿要求的国民。

评论：在第(2)款中，委员会或许应考虑采用“应该”(should)而非“应当”(shall)。这将产生一种不可执行的国家义务。这种做法在国际法中已有先例。比如，1958 年《日内瓦公海公约》²¹⁸ 第 3 条规定，“为与沿海国平等享受海洋自由，无海岸国家应 (should) 可自由通达海洋”。(1982 年《联合国海洋法公约》²¹⁹ 第 125 条规定，“内陆国家应 (shall) 有权出入海洋……”)。

²¹³ Carreau, 前注 195, 第 1172 段。

²¹⁴ 同上, 第 1173 段; Reuben Clark, 前注 205, 第 763 页。

²¹⁵ 例见 Berlia, 前注 211, 第 70 页。

²¹⁶ Bollecker-Stern, 前注 198, 第 109 页。

²¹⁷ No. 15287/89 [1994] ECHR 40. 关于欧洲人权法院判例, 见 J. F. Flauss, “Contentieux européen et protection diplomatique” in Condorelli et al. (eds.), *Libertés, Justice et Tolérance* (2004), vol. 1, p. 813, at pp. 829-830.

²¹⁸ 联合国《条约汇编》, I-6465, 第 450 卷, 第 82 页。

²¹⁹ 联合国《条约汇编》, 第 1883 卷, 第 3 页。

附件

2000 年以来关于外交保护的文献目录

书籍

Amerasinghe, C. F. *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Flauss, J.-F. (ed.). *La Protection Diplomatique: Mutations Contemporaines et Pratique Nationales*. Brussels, Bruylant, 2003.

Paulsson, J. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Storost, C. *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* Berlin: Dunker & Humblot, 2005.

Tiburcio, C. *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. The Hague: Marthinus Nijhoff, 2001.

Articles

Caflisch, L. “La pratique suisse de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 73-86.

Condorelli, L. “L’evolution du champ d’application de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 3-28.

Condorelli, L. “La protection diplomatique et l’evolution de son domaine d’application”. *Revista di Diritto Internazionale* 86 (2003), pp. 5-26.

Deen-Racsmay, Z. “Diplomatic protection and the *La Grand* case”. *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), pp. 87-104.

Dominicé, C. “La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats” in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2003), pp. 729-745.

Dominicé, C. “Regard actuel sur la protection diplomatique” in *Liber Amicorum Claude Reymond* (2004), pp. 73-81.

Dominicé, C. “L’arret *Avena* et le sort judiciaire des droits individuels” in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress* (2005), pp. 55-62.

Duchesne, M. S. "The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to Investor-State Investment Disputes". *George Washington International Law Review* 36 (2004), pp. 783-815.

Dugard, J. "Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission". *Australian Yearbook of International Law* 24 (2005), pp. 75-91.

Erasmus, G. and Davidson, L. "Do South Africans have a right to diplomatic protection?". *South African Yearbook of International Law* 25 (2000), pp. 113-130.

Feria Tinta, M. "Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *La Grand* case". *European Journal of International Law* 12 (2002), p. 363.

Ferrari Bravo, L. "La pratique italienne de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 87-92.

Flauss, J.-F. "Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 29-62.

Flauss, J.-F. "Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme". *Revue Suisse de Droit International et Européen* (2003), pp. 1-37.

Flauss, J.-F. "Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique" in L. Condorelli (ed.), *Libertés, Justice et Tolérance: Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Dohen-Jonathan* (2004), pp. 813-838.

Flauss, J.-F. "Les contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique". *Revue Générale de Droit International Public* 109 (2005), pp. 407-419.

Forcese, C. "Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law", *George Washington International Law Review* 37 (2005), pp. 469-500.

Gaja, G. "Is a State specially affected when its nationals human rights are infringed?" in L.C. Vorah et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honor of Antonio Cassese* (2003), pp. 373-382.

- Gaja, G. "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 63-69.
- Hopkins, K. "Diplomatic protection and the South African Constitution". *SA Public Law* 16 (2001), pp. 387-395.
- Iovane, M. "The 55th session of the International Law Commission". *Italian Yearbook of International Law* 13 (2003), pp. 173-177.
- Kooijmans, P. H. "Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?" in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2003), pp. 1975-1984.
- Künzli, A.M.H. "Case concerning Mexican nationals". *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), pp. 49-64.
- Malenovsky, J. "La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 93-107.
- Milano, E. "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition", *Netherlands Yearbook of International Law* 35 (2004), pp. 85-142.
- Pastor Ridruejo, J. "La Pratique espagnole de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 109-113.
- Paulsson, J. "Continuous nationality in *Loewen*". *Arbitration International* 20 (2004), pp. 213-215.
- Pellet, A. "Human Rightism and International Law". *Italian Yearbook of International Law* 10 (2001), p. 3.
- Pinto, M. "De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme". *Revue Générale de Droit International Public* 106 (2002), pp. 513-547.
- Puissochet, J.-P. "La pratique française de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 115-120.
- Ress, G. "La pratique allemande de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 121-151.

Santulli, C. “Travaux de la Commission du droit international”. *Annuaire Français de Droit International* (2000), pp. 424-426; (2001), pp. 369-378; (2002), pp. 561-564; (2003), pp. 442-446.

Santulli, C. “Entre protection diplomatique et action directe: la représentation” in *Colloque du Mans: Le Sujet en Droit International* (2005), pp. 85-98.

Schermers, H. “Exhaustion of domestic remedies” in N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), pp. 947-975.

Spiermann, O. “The *La Grand* case and the individual as a subject of international law”. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 58 (2003), pp. 197-221.

Storost, C. “Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?”. *Archiv des Völkerrechts* 42 (2005), pp. 422-424.

Warbick, C. and McGoldrick, D. “Current developments in public international law”. *International and Comparative Law Quarterly* 51 (2002), pp. 723-733.

Wittich, S. “Direct injury and the incidence of the local remedies rule”. *Austrian Review of International and European Law* 5 (2000), pp. 121-187.

Zieck, M. “Codification of the law of diplomatic protection: the first eight draft articles”. *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), pp. 209-232.