



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

增编

目录

	页次
二. 从各国政府收到的评论和意见：意大利	3
一般性评论	3
第一部分. 一般规定	3
第1条草案——定义和范围	3
第2条草案——行使外交保护的权力	3
第二部分. 国籍	4
第二章. 自然人	4
第7条草案——多重国籍和向国籍国提出要求	4
第三章. 法人	5
第9条草案——公司的国籍国	5



	页次
第三部分. 当地救济	5
第 16 条草案——当地救济规则的例外情形	5
(a) 项	5
(b) 项	6
(c) 项	6
第四部分. 杂项规定	7
第 17 条草案. 外交保护以外的其他行动或程序	7

二. 从各国政府收到的评论和意见

一般性评论

意大利

意大利政府恭贺国际法委员会开展了工作，并赞成委员会在拟定条款草案方面所采取的办法。

第一部分. 一般规定

第 1 条草案——定义和范围

意大利政府认为，第 1 条草案在界定“外交保护”的概念及其应用范围时，采用了过于传统的措辞，尤其是提到一国“以国家的名义为该国民……”采取行动。这一措辞不仅暗示外交保护权只属于行使此种保护的国家，而且暗示，国际不法行为所损害的权利也只属于同一国家。然而，后一概念在现行国际法中已不再准确了。国际法院在拉格朗案¹中和阿韦纳和其他墨西哥国民(阿韦纳)案²中，认定，在对待外侨方面违背国际准则，可能会形成侵犯民族国家权利和侵犯个人权利的行为。美洲人权法院在 OC-16/99 号咨询意见³中也得出了同样的结论。

因此，政府建议修改第 1 条草案，以便更清楚地编撰现行国际法。不妨采用以下的新措辞（摘自阿韦纳案，第 40 段）：

外交保护是指一国声称其自身权利及其一国民的权利因另一国殃及该国民的国际不法行为而受侵犯时，该国为该国民采取外交行动或其他和平解决手段。

我们应当注意到，这一措施没有改变行使外交保护之权利属于国家的基本概念。

第 2 条草案——行使外交保护的权利

意大利政府认为，行使外交保护的权利通常只属于国家，国际法既没有规定受害个人有权从其国家获得外交保护，也没有赋予该国相应的义务。然而，在某些特定和十分有限的情况下，在国际社会全体公认的、涉及人格尊严的基本价值观念有可能不受保护时，从国际法的逐渐发展角度而言，此项规则可有一个例外。

特别报告员约翰·杜加尔德采用上述办法，提出了在违反绝对法规则情形下、类似的例外情形。与此形成对照的是，意大利政府坚持认为，在下列情况下，第 2 条草案应当列入一项更准确、更有限的例外情形：(a) 在基本人权，更准确地说，在生命权受到严重侵犯时，以及在禁止酷刑和不人道或有损人格的待遇或处

¹ 2001 年国际法院案例汇编，第 466 页，第 77 段。

² 国际法材料，43，2004 年，第 581 页，第 40 段。

³ A 辑，第 16 号（1999 年），第 80-84 段。

罚、禁止奴隶制以及禁止种族歧视方面；以及(b)此外，发生这些侵权行为后，如果受害个人不可能求助于能提供赔偿的国际司法或准司法机关。如果具有这两项附加条件，民族国家就应有义务行使外交保护帮助受害个人，在它拒不行使外交保护时，又有提供有效国内救济、帮助受害个人的附属义务。

在上述例外情形下，人权领域的某些国际基本规则（肯定有绝对法的性质）也赋予个人权利，违反这些规则（这牵涉到十分严重的国家责任）也就侵犯了个人权利——这两个实际情况必然会影响到民族国家与受害个人之间的关系，从而会对有关外交保护的次要规则产生影响。人们还应当考虑到这样的情况：在这些例外和剩余的情形下，外交保护乃是该个人唯一可用的救济，如果民族国家加以拒绝，就会损害到整个国际社会强烈主张保护的人格尊严基本原则。

所以，政府建议第 2 条增加以下两款：

2. 虽有第 1 款的规定，但一国在下列情形下，在法律上有义务，应要求，代表受害人行使外交保护：

(a) 如果伤害的起因是严重违反对于保护人而言至为重要的一项国际义务，如保护生命权、禁止酷刑或不人道或有损人格的待遇或处罚、以及禁止奴隶制和种族歧视，而此违反行为可归咎于另一国。

(b) 此外，如果受害人不能向主管的国际法庭或准司法当局就此伤害提出索赔。

3. 在第 2 款所述情形下，各国有义务在其国内法中，规定要强制执行个人在主管国内法庭上或在其他独立的国家当局、享有外交保护的權利。

第二部分. 国籍

第二章. 自然人

.....

第 7 条草案——多重国籍和向国籍国提出要求

意大利政府就一国对另一国行使外交保护的可能性而言，建议重新采用真正联系标准，而不用主要国籍标准。真正有效的联系标准似乎更符合国际判例所概述的各项要素。⁴

出于以上理由，政府建议第 7 条草案定稿如下：

⁴ 见国际法院 1955 年 4 月 6 日对诺特博姆案的裁判，国际法院，1955 年，第 25 和 26 页；意大利—美国调解委员会对 Mergé claim 案的裁判，1955 年国际法案例汇编，第 455 页；伊朗—美国索赔法庭 1983 年 3 月 29 日分别对以下两案的裁决：第 157 号案，Nasser Esphanian v. Bank Tejarat，1984 年伊朗—美国索赔法庭案例汇编，第 2 卷，第 166 页以下，和第 211 号案，Ataollah Golpira v. The Government of the Islamic Republic of Iran，同上，第 174 和 175 页。

国籍国可为同属另一国国民的人对该另一国行使外交保护，条件是在发生损害之时和正式提出要求之日，该人与前一国之间存在真正的联系。

第三章. 法人

第 9 条草案——公司的国籍国

意大利政府怀疑，为外交保护的目的是，向公司提供国籍，应受注册地点和所注册的办事处地点（法文用 *siège social* 一词）或者其管理地点或一定类似联系的限制。国际法院在巴塞罗那电车公司案⁵的裁决中——这是委员会所提到的唯一的案例——确实同时考虑到两个相连的因素。然而，国际法院所处理的这一案件，实际上是两个相连的因素碰巧在一起。此外，法院还指出，“在公司实体外交保护的具体领域，没有任何“真正联系”的绝对案文得到普遍接受”。除了巴塞罗那电车公司案外，政府所忧虑的是一公司在一国注册、然后将其所注册的办事处或管理处迁至另一国的情形。此种情形并不是理论上的。例如，欧洲联盟理事会 2001 年 10 月 8 日第 (EC) 2157 / 2001 号条例（关于欧洲公司法）所针对的正是这种情形。如果国际法院在 1970 年受理一公司利用欧洲共同体条例第 8 条所涉各种可能性的案子，那它会如何裁定呢？令人难以想象！

毫无疑问的是，如果公司注册所在的国家不是公司按照第 9 条草案所述其他相连因素而相联的国家，那么，同时采用注册国标准和其他标准，结果就不会有任何外交保护。从第 9 条草案的评注来看，并不清楚委员会在多大程度上审议了这一可能性。不管怎么说，政府建议，为弥补这一漏洞，第 9 条草案不应当为外交保护的目的是，考虑注册地点；而应考虑第 9 条草案所设想的其他相连因素之一。虽然这可能导致出现为外交保护的目的是、而考虑不止一个国家的情况，但总比没有任何国家可视作国籍国的情况要好。显然，可通过采用第 6 条草案为自然人所设想的标准，来实现不同国籍国间的协作。

第三部分. 当地救济

第 16 条草案——当地救济规则的例外情形

(a) 项

意大利政府认为，当地救济规则的第一项例外情形，也是其最重要的一项，措辞过于草率、限制太大。

一，我们应当考虑到，在长时间以来，国际实践和判例法形成了一系列例外情形，即当地救济“不存在”、“不可用”、“无效”和“不适当”。这是四项具体、准确和单独的概念，很难在所谓的“显属徒劳规则”标准内、或类似的标准[如草案第 16 条草案(a)项所用的标准（“不具有实现有效补救的合理可能性”）之内，

⁵ 1970 年国际法院案例汇编，第 70 段。

全面考虑到上述各项情形。事实上，(a)项的措辞并不包括上述各项例外情形，而是针对有所不同的一问题：即，找到最适当的测试或解释标准，每次都对当地救济的徒劳作出具体评价，特别是从其无效的角度这样做。因此，(a)项的措辞过于含糊、不确定和笼统，可能包括不了上述各项例外情形，从而损害受害个人。政府建议把(a)项改为：

(a) 当地救济不存在、不可用、无效或不适当。

二、国际法委员会如不接受上述建议，而选择维持单一的综合表述方式，政府则认为：鉴于严格意义上的外交保护领域以及人权领域内、当地救济规则最近的发展情况，(a)项现有措辞限制性太大。事实上，现行实践趋向于更灵活的解释标准，可更好地表述如下：“当地救济不具有成功的合理前景”。特别报告员杜加尔德考虑过这一措辞，但令人遗憾的是，他又摒弃了。然而，政府认为，(a)项现有措施不符合国际实践的趋势，有可能使得当地救济规则在今后的应用更死板，更不利于个人。

(b) 项

意大利政府认为，(b)项不仅应包括救济过程的不当拖延，还应包括拒绝司法本身。事实上，国际实践表明，如果（在救济过程的任何阶段）当地法庭拒绝伸张正义，⁶ 或不具备必要的独立性，⁷ 或作出显然不公正的判决或恶意判决，或侵犯被告人基本的程序性权利，⁸ 则形成当地救济规则的例外情形。相比之下，从第 16 条 (a) 项，不容易推断出拒绝司法的例外情形。因此，(b) 项应改为：

(b) 救济过程中有拒绝司法情形，或该过程受到不当拖延，且不当拖延可归咎于被指称责任国。

(c) 项

意大利政府认为，(c)项规定应分为两个不同的段落，因为它涉及当地救济规则两种不同的例外情形：(a)“受害人与被指称责任国之间没有相关联系”；以及(b)“依据案情，用尽当地救济实为不合理”。这两种例外情形之间没有大的联系。此外，从现有措辞来看，不清楚是否没有有关联系这一点本身就构成例外情形，还是仅在依据这一点、用尽当地救济实为不合理之时，才构成例外情形（人们也许能从第 16 条草案的评注第 7 段作如此推论）呢？

⁶ Cotesworth and Powell 案，见 A. de La Pradelle 和 A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, 第 726 页。

⁷ Robert E. Brown claim, 6 《国际仲裁裁决汇编》，第 124 页以下；Don Pacifico 案, J. B. Moore, 6 *Digest*, 第 853 页；Panevezys-Saldutiskis Railway 案, 常设国际法院, C 辑, 第 86 号, 第 195 页；1955 年 7 月 27 日空中事件案, 1959 年国际法院书状, 第 327 页。

⁸ Salem 案, 2 《国际仲裁裁决汇编》，第 1202 页；B. E. Chattin v. United Mexican States, 4 《国际仲裁裁决汇编》，第 288 页以下。

另一方面，政府认为，上述第二种例外情形（涉及案情）的表述应更广泛、同时也更准确，既明确采用众所周知的“特殊情形”的术语，又在第 16 条草案（或至少在评注中）明确列入可由国际实践推断出的、重要的“特殊情形”。

“特殊情形”的术语可从严格意义上的外交保护领域的现行实践中找到，在更多情况下，可在人权领域的现行实践中找到。另外，这两个领域的实践都使我们可以挑出具有主、客观性质的下列主要特殊情形；在此种情形下，受害个人极难用尽当地救济：(a) 具有实际或空间性质的、客观的严重困难；⁹ (b) 危险、可能遭报复或严重损害或司法费用高得离奇的情形；¹⁰ (c) 司法系统功能失调或整个政府机构不稳的总体情形；¹¹ (d) 非法的立法措施或行政实践；¹² 以及 (e) 严重、系统性地侵犯人权的情形。¹³ 后三种情形是最近实践中最重要和最具关联性的。

然而，政府指出，第 16 条草案(c)项目目前的表述方式只给予了此种例外情形一点点剩余的重要性。这从评注中也看得出来；评注十分简要，而且只以少数情形为例，忽略了最重要的情形。

相反，政府非常重视这一例外情形，认为：如在草案中加入明确、单独的例外情形（涉及“特殊情形”），其后附上例证清单（其中也考虑到人权领域最近的实践），就将能对在当地救济规则的例外情形方面、国际法的逐渐发展，作出重大贡献。

第四部分. 杂项规定

第 17 条草案——外交保护以外的其他行动或程序

该条有一但书，允许国家或所要保护的个人诉诸国际法规定的、外交保护以外的其他行动或程序。评注（第 4 段）指出，此类程序包括各项国际人权公约所述程序，或旨在设立保护投资机制的程序。同样是在此评注（第 6 段末句）中，

⁹ Carmalt, 见 A. de LaPradelle 和 A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, 第 126 页; Perry, 同上, 第 127 页; Nottebohm, 1 国际法院书状, 第 416 页。

¹⁰ Neptune, 见 A. de LaPradelle 和 A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, I, 第 139 页以下; Nottebohm, 1 国际法院书状, 第 408 页。

¹¹ Akdivar, 欧洲人权法院, 判决书和裁判汇编, 1996-IV, 第 69 段; Aksoy, 同上, 第 52-57 段; Godínez Cruz 案, 美洲人权法院, C 辑, 第 5 号, 第 58 段; 等等。

¹² Donnelly, 欧洲人权法院, CD, 第 43 卷, 第 146 页; Akdivar, 同前, 第 67 段; Velásquez Rodríguez, 美洲人权法院, C 辑, 第 4 号, 第 68 段; 等等。

¹³ Barbatto v. Uruguay (84/1981), 《大会正式记录, 第三十八届会议, 补编第 40 号》(A/38/40), 附件四; Free Legal Assistance Group, *Afr. CHRPR*, 1997 年国际人权研究, 第 92 页; 大赦国际, 同上, 2001 年, 第 261 页; 等等。

委员会正告：即使是在国家利用其它程序时，国家仍将能够行使对其国民进行外交保护的权力。

意大利政府强调评注第 6 段最后部分的重要性。然而，意大利政府认为，这部分可加以改进，加强针对性；第 17 条草案案文应当体现出此针对性。事实上，不论是国家、还是所要保护的个人的诉诸其它程序时，如果该程序要求一名完全独立、公正的法官作出具有约束力的裁判，那么，行使外交保护的权力就不应继续存在。在此情形下，不应再有开展外交行动的理由，因为诉诸其它程序而获得有约束力之裁判的做法，可以更有效地消除可能实施的任何不法行为的后果。如果是在无力作出具有约束力的裁判的机构（如《公民及政治权利国际公约》第二十八条所设人权事务委员会）采取此其它程序时，就不会出现这种结果。在此情形下，不能迫使国家放弃其进行外交保护的权力，因为违约国（其违约行为已经该机构查明）没有义务遵守这项裁判或承担其后果。

所以，政府建议，第 17 条草案采取一项办法，允许在上述标准的基础上、对外交保护和其它程序加以协调。政府意识到，委员会一名成员提出，在外交保护规则方面，要把有关人权事项的救济视为特别法（见评注第 7 段），但委员会拒绝了这项意见；政府承认，就任何其它救济而言，这项意见当然是过分了。不过，意大利政府认为，此意见如果只是针对上述范围较窄的管辖救济，那它就是十分有理。
