



第六十八届会议

临时议程* 项目 82

外交保护

外交保护

从各国政府收到的评论意见和资料

秘书长的报告

增编

一. 导言

截至 2013 年 8 月 30 日，秘书长还收到哥伦比亚(2013 年 6 月 11 日)、萨尔瓦多(2013 年 7 月 16 日)和葡萄牙(2013 年 7 月 25 日)的书面意见。

二. 关于今后对外交保护条款采取任何行动的评论意见

哥伦比亚

[原件：西班牙文]
[2013 年 6 月 11 日]

条款草案的规定具有一般性质，因此，这些规定的适用不限于任何特定案例。在这方面，初步看来，这些规定能够形成一般国际法规则。

鉴于上述情况，如果这项有待通过的条约得到许多国家的批准，该国际文书的条款就可以通过将其融入国家实践逐渐成为国际习惯。

* A/68/150。



萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2013年7月16日]

关于有关这个问题的条款草案的最后形式，萨尔瓦多共和国如在前几次会议上所表示的那样，¹ 仍愿做出必要的努力，确保这些条款最终成为具有法律约束力的国际文书，但该文书的制订办法必须考虑到需要加强对所有人人权的保护，保证所有国家在国际关系领域切实享有保护本国国民及其合法权益的权利。

总之，萨尔瓦多赞成条款草案的方向及其对和平解决国际争端的重视，因此赞同其内容，但如上所述，不排除可能进行讨论，对案文进行一些必要的调整，以加强其实效，确保条约得到最佳适用。

葡萄牙

[原件：英文]
[2013年7月16日]

自从这个专题首次经确定适于进行编撰和逐渐发展以来，国际法委员会用不到10年时间就完成了关于外交保护的一套19项条款草案。这证明该专题确实已经成熟且适于编纂，委员会是当代国际关系中的一个有益的机构。

葡萄牙已经有机会对条款草案的制订情况以及委员会提出的在条款草案基础上拟订公约的建议表示欢迎。²

尽管在第六委员会辩论期间，葡萄牙表示不赞同某些方面，特别是条款草案的范围和某些具体内容，³ 但葡萄牙同意条款草案的一般内容及其适当性，可将之作为国际公约的基础。这些问题和其他问题都可在编写公约的机构中进行讨论。

葡萄牙认为，关于外交保护和国家责任的条款草案可成为平行公约的一部分，因为这两个专题在传统上形影不离，国际法委员会本身对此也予以确认。这将成为巩固国际责任法的一个重要步骤。

¹ 见 A/C.6/SR.10 第 12 和 13 段及 A/C.6/65/SR.16 第 16 段。

² 见 A/C.6/61/SR.10 第 61 和 71 段、A/C.6/62/SR.10 第 6 和 7 段、A/C.6/65/SR.16 第 13 段、A/62/118 和 A/65/182。

³ 见 A/C.6/61/SR.10, 第 61 至 70 段。

三. 关于外交保护条款的评论意见

哥伦比亚

[原件：英文/西班牙语]

[2013年6月11日]

以下条款草案因在国家实践和法律概念中得到适当支持，而初步具有习惯法性质：1(定义和范围)；2(行使外交保护的权力)；3(国籍国的保护)；4(自然人的国籍国)；6(多重国籍和针对第三国的求偿)；7(多重国籍和针对国籍国的求偿)；9(公司的国籍国)；10(公司的持续国籍)；12(对股东的直接损害)；14(用尽当地救济)；15(当地救济规则的例外)，(a)、(b)和(d)款；16(外交保护以外的其他行动或程序)；17(国际法的特别规则)和18(船员的保护)。

因此，任何缔结的公约都将对上述条款产生宣示效果，哥伦比亚国无须因此承担新的义务。

关于外交保护的条款草案是国际法在行使外交保护方面一般做法的汇编。不过，其中一些条款与国际法委员会在国际法逐渐发展中所发挥的作用相对应。在这方面，对已经作为拟议法拟定、但在国家实践和法律概念中缺乏足够依据的条款草案进行了法律分析，说明如下。

第5条第1款——自然人的持续国籍

第5条草案第1款规定，一国只可对从受到损害之日至正式提出求偿之日持续为其国民的人行使外交保护。不过，审议中的这个条款规定，如果确定该个人在受到损害之日和正式提出求偿之日为国民，既可在法律上推定具有连续性。

在这方面，应该指出，正如委员会所述，各国际法庭和法理都规定，只要有这两个日期就可以证明国籍相同，无须设想必须核查该个人是否一直保留这一国籍。

因此，委员会指出，第5条草案第1款的做法是逐渐发展，力求形成一个能够调和利益冲突的满意对策(见第5条草案评注第(2)段)：

第1款阐明一个传统原则，即一国有权对在发生损害之日和正式提出求偿之日为其国民的人行使外交保护。国家实践和法理对该国民在两个日期之间是否必须保留求偿国国籍没有明确说明，这主要是因为在实践中这个问题很少发生。由于这些原因，1965年，国际法研究所将是否需要在这两个日期之间保持国籍连续性的问题未作决定。不过，要求证明在发生损害之日和正式提出求偿之日具有相同国籍，而不要求在这两个日期之间保持国籍的连续性相互矛盾。因此，为求法律的逐渐发展而草拟了该规则，目的是规定受到损害的人必须从受到损害之日至

正式提出求偿之日持续为一国国民。由于难以提供连续性证据，因此如果在这两个日期国籍相同，则推定存在连续性。当然，这个推定可以抗辩⁴（着重部分由作者标明）。

如上所述，委员会提出的逐渐发展在于保留对持续国籍的要求，同时确认存在推定，这个推定须由被告国（即被指称给求偿国国民造成损害的国家）提出抗辩。

然而，应该指出，这种逐渐发展的做法没有忽视外交保护领域的传统做法。事实上，评注中的提案郑重提出了一个以国际法庭判例法为基础的规定。其目的是填补法理和国际判例法所确认的这个法律空白。因此，上述条文提供了小步发展机会，以澄清实践中现行规定的覆盖范围。

第 8 条——无国籍人和难民

第 8 条草案的目的是在最相关的国际文书、特别是在 1951 年《关于难民地位的公约》、1954 年《关于无国籍人地位的公约》和 1961 年《减少无国籍状态公约》基础上顾及国际法在无国籍人和难民的法律承认和保护方面的进展情况。

因此，该条款草案对历史上处理外交保护索偿的法院和法庭没有分析过的一个现代现象进行了规范。因此，由于该条款在国家实践和法律意见中没有得到足够的法律支持，因此必须将之视为国际法委员会的一个逐渐发展做法。

在这方面，应该指出，第 8 条草案是一个推动逐渐发展的提案，大大偏离了适用于行使外交保护的惯常法。在规定对无国籍人和难民行使这项权利时，第 8 条草案摒弃了外交保护的基本要求：国籍。

但是，应该指出，对不受国籍约束的人适用这个国家特权必须符合以下特殊要求。

首先，为了对难民或无国籍人行使外交保护，必须确定合法和惯常居所，以此取代国籍要求。其次，就难民而言，收留国必须根据国内法和现行国际法赋予其难民地位。

此外，第 8 条草案第 3 款明确规定，收留国可对难民原籍国提出索偿。委员会在条款草案评注中作出以下解释：

如果允许这样做就会违背本条款草案的基本方法，根据该办法，国籍是行使外交保护的主要依据。该款也有政策方面的理由。大多数难民都对他们在原籍国所遭受的待遇提出严重投诉，他们逃离原籍国就是为了避免迫害。

⁴ 见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 49 段。

在这种情况下给予外交保护就是打开国际诉讼的闸门。另外，由于担心难民会要求采取此类行动，国家可能也不愿意接受难民。⁵

这项禁令得到第 5 条第 3 款的支持，根据该款不可能对难民原籍国行使外交保护，该禁令还得到第 7 条的支持。

然而，应该指出，第 7 条中的“主要国籍”概念和第 5 条所载“受损害日期”概念可引起提供庇护后决定给予国籍的国家向难民原籍国提出外交保护索赔。

这种情况会在发生持续或反复损害时出现。事实上，正如国际法委员会所述，就持续损害而言，损害日期不必是一个准确日期，可以持续一段时间。⁶ 因此，可以合理断言，获得新国籍的难民仍可受到其原籍国行为的影响。

在这方面，应该回顾，为了对难民行使外交保护，必须确定其合法或惯常居所。此外，还应该强调，惯常居所本身就是确定主要国籍的一个标准。

如上所述，获得新国籍的难民如其权利继续受到侵害，庇护国有权对原籍国提出外交保护索赔。这种可能性与不得对国籍国行使这项权利的一般性原则完全背道而驰。

第 15 条——当地救济规则的例外

第 15 条草案涵盖对行使外交保护基本要求之一(用尽当地救济)的例外情况。

根据对条款草案的评注意见，(c) 款所涉及的情况是，个人自愿承担风险，即遭受的任何损害可适用东道国的国内程序。然而，鉴于国家实践对这项规定没有给予任何支持，委员会必须将这一做法视为逐渐发展。此外，该办公室表示，经审查该款评注后，无法推断列入该条款有何明确目的。

就其而言，委员会用以下措词确认，第 15 条(d) 款的做法是当地救济规则例外情况之一的逐渐发展，目的是要说明哪些情况显然无法采取此类救济办法：

该款属于逐渐发展做法，必须狭义理解，受损害的人负有举证责任，不仅必须证明在用尽当地救济方面遇到严重障碍和困难，还要证明他被“明显”排除在外，无法谋求获得此类救济。委员会没有尝试提供一个全面清单，载列可能适合这种例外的各种因素⁷ (着重部分由作者标明)。

⁵ 同上，第 8 条草案评注第 10 段。

⁶ “第一个要求是，受损害的国民必须在受损害之日是索偿国国民。如果损害由一段时间的几个行为或持续行为组成，则损害日期不必是一个准确日期，可以持续一段时间” (着重部分由作者标明)。同上。第 5 条评注第(3)段。

⁷ 同上。第 15 条评注第(11)段。

显然，该款用逐渐发展说明索偿的程序问题，而非对行使外交保护提出新的实质性义务。

第 19 条——建议的做法

第 19 条的措辞在多边条约中不常见，使用了劝诫式或建议式措辞，而不是规定对国家具有法律约束力的义务。

应该指出，这一规定编纂了国家义务，即必须适当考虑到行使外交保护的可能性，即使是在国际法没有承认任何规则，责成国家行使外交保护的情况下。⁸

因此，上述规定可以产生一个义务，即哥伦比亚政府必须按照尚未确定的标准审查所有外交保护索赔，必须慎重考虑这种可能性。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

[2013 年 7 月 16 日]

萨尔瓦多共和国高度重视关于外交保护的条款草案，该草案是国际法委员会全面研究的结果，旨在通过制订各项规定，既反映国家实践、又解决与该专题有关的新生问题，为编纂和逐渐发展做出贡献。

外交保护是典型的国际法概念，但必须以连贯和符合目前所属规范系统(即由一套规范国家间合作关系和其他国际法主体地位的原则和规则组成的国际系统)的方式进行组织。

外交保护在其最早的历史中发挥了重要作用，它在国际法不承认个人权利的时代中肯定了国家平等，并由此逐渐发展至今。因此，它已成为确保承认和赔偿它国损害的唯一可行途径。

而如今，外交保护应仅被视为国际社会保障个人权利和保护国家利益各种手段中的一个手段，因为它与国家责任法和国际法庭司法管辖权等其他概念并存，但这并不意味着这种保护与各种概念互不兼容。正是这种重要的保护功能最终维护了外交保护的核心地位，使之成为国际法的一个有效工具。

鉴于上述，可以说外交保护条款草案没有限制国家国际责任的基本规则，其中确认国家无论何时实施国际不法行为，都会产生相应的国际责任，因此，当对外国国民实施不法行为时，会立即产生一个义务，即必须停止这种行为并以恢复原状、补偿或抵偿等形式充分赔偿所造成的损害。

⁸ 在这方面，Malcolm Shaw 指出：“不过，根据国际法，国家没有义务向在国外的国民提供外交保护，虽然可以说，国民有权请求本国政府考虑提供外交保护，政府也有义务合理考虑这项请求。” In *International Law*, 6th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2008), p. 809.

此外，还必须指出，外交保护在国内政策领域非常重要，已被列入《共和国宪法》第九十九条，行文如下：

除非在司法不公和用尽所有可用法律救济后，外国人不得诉诸外交渠道。对索偿人不利的司法判决不构成司法不公。

该宪法条款通过将司法不公视为可能导致适用外交保护的一个因素，重申外交保护是一个特别救济和补救行为，一旦国家实施不法行为即可实施。

同样，用尽当地救济的要求也在委员会编写的条款草案中得到反映，因为在提出国际索偿之前，必须在国内采取现有手段设法补救。上述内容不妨害国际公认的该规定例外情况，例如，不当拖延、没有当地补救办法、个人明显无能力争取现有补救或国家明示放弃。

关于外交保护的运作，正如第 19 条草案所确认的那样，必须对每个特定情况下导致实施保护的各种事实进行分析，特别是分析损害的严重性，以及受损害的人对行使保护和要求赔偿的意见。

国际法委员会在该条款草案评注中已表示，国家行使外交保护的自由裁量权应在第 19 条草案(建议的做法)框架内理解，但萨尔瓦多共和国认为，考虑到“建议的做法”被列在“杂项条款”案文结尾处，好像它不那么重要，这个联系没有充分妥善地建立。

如果要在外交保护自由的裁量性与适用于这一做法的各种适当因素规范之间达成令人满意的平衡，第 2 条(行使外交保护的权力)案文应与第 19 条(建议的做法)挂钩，甚至还可以考虑可否改写第 19 条并重新安排该条在案文中的位置，以确保按照相应评注中的建议，适当执行国际法委员会在条款草案中概述的正确准则。