第 四 章

外交保护

A. 导　言

38．国际法委员会于1996年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三项专题之一。[8] 同一年，大会1996年12月16日第51/160号决议第13段请委员会根据第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府愿意提交的任何书面评论，进一步审查这项专题并说明其范围和内容。委员会在1997年第四十九届会议上按照上述大会决议在第2477次会议上设立了关于该专题的工作组。[9] 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到委员会核可。[10] 工作组力图：(*a*) 尽可能地明确这项专题的范围；(*b*) 界定这项专题所应研究的问题。工作组拟议了审议这项专题的大纲，委员会建议以该大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。[11]

39．委员会在第四十九届会议上任命穆罕默德·本努纳先生为这项专题的特别报告员。[12]

40．大会于1997年12月15日第52/156号决议第8段中赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

41．委员会1998年第五十届会议收到特别报告员的初步报告。[13] 委员会在同届会议上设立了一个不限成员名额工作组，负责根据对这项专题的研究方法的讨论，审议可能得出的结论。[14]

42．本努纳先生当选为前南问题国际法庭法官之后，委员会于1999年第五十一届会议上任命克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。[15]

43．委员会2000年第五十二届会议收到特别报告员的第一次报告。[16] 由于时间不够，委员会决定将第三章的审议工作推迟到下届会议进行。委员会于同届会议上设立了一个不限成员名额非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨条款草案第1、第3和第6条。[17] 委员会随后决定将条款草案第1、第3、第5、第6、第7和第8条连同非正式磋商小组的报告转交起草委员会。

44．委员会2001年第五十三届会议收到特别报告员第一次报告的剩余部分和第二次报告。[18] 由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关条款草案第10和第11条的部分，把报告有关条款草案第12和第13条的其余部分推迟到下届会议审议。在同届会议上，委员会决定把条款草案第9、第10和第11条转交起草委员会。

---

[8] 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/51/10号文件，第101页，第248段和附件二，增编1，第141页。

[9] 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61页，第169段。

[10] 同上，第61页，第171段。

[11] 同上，第63-64页，第189-190段。

[12] 同上，第64页，第190段。

[13] 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/484号文件，第337页。

[14] 工作组的结论载于同上，第二卷（第二部分），第50页，第108段。

[15] 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第18页，第19段。

[16] 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Corr.1和Add.1号文件。

[17] 非正式磋商小组的报告见同上，第二卷（第二部分），第88-89页，第495段。

[18] 《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/514号文件，第101页。

45．也是在同届会议上，委员会设立了一个不限成员名额非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨第9条。

46．委员会2002年第五十四届会议收到特别报告员第二次报告有关条款草案第12和第13条的剩余部分以及涵盖条款草案第14至第16条的第三次报告。[19] 委员会在这届会议上决定把条款草案第14条 *a* 项、*b* 项、*d* 项（将结合 *a* 项予以审议）和 *e* 项转交起草委员会。随后，委员会还决定把条款草案第14条 *c* 项转交起草委员会，以结合 *a* 项予以审议。

47．委员会还在这届会议上审议了起草委员会关于条款草案第1至第7[8]条的报告。委员会通过了第1至第3[5]、第4[9]、第5[7]、第6和第7[8]条。此外，委员会还通过了上述条款草案的评注。[20]

48．委员会还设立了一个不限成员名额非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨对船员以及对公司和股东的外交保护问题。

49．委员会2003年第五十五届会议收到特别报告员的第四次报告。[21] 委员会在分别于2003年5月14日至23日、5月28日和6月5日举行的第2757至第2762次、第2764次和第2768次会议上，审议了关于条款草案第17至第20条的报告第一部分。委员会随后于2003年7月15日、16日和18日举行的第2775至第2777次会议上，审议了关于条款草案第21和第22条的报告第二部分。

50．委员会在第2762次会议上决定设立一个不限成员名额工作组，由特别报告员担任主席，研讨第17条第2款。[22] 委员会在第2764次会议上审议了该工作组的报告。

51．委员会在第2764次会议上决定将该工作组提议的第17条[23] 以及第18至第20条转交起草委员会。委员会随后在第2777次会议上进一步决定将第21和第22条转交起草委员会。

52．委员会在第2768次会议上审议了起草委员会关于条款草案第8[10]、第9[11]和第10[14]条的报告。委员会在同次会议上暂时通过了条款草案第8[10]、第9[11]和第10[14]条。[24]

B. 本届会议审议本专题的情况

53．委员会本届会议收到特别报告员的第五次报告（A/CN.4/538）。委员会于2004年5月3日至11日举行的第2791至第2796次会议上审议了该报告。

54．在审议第五次报告期间，委员会要求特别报告员考虑“洁手”原则是否与外交保护专题有关，如果有关，是否应该用条款的形式加以体现。特别报告员就这个问题编写了一份备忘录，可是，委员会没有时间加以审议，决定到下届会议再回头审议这个问题。

55．委员会在2004年5月6日举行的第2794次会议上决定将条款草案第26条以及特别报告员提议的条款草案第21条的替代性案文转交起草委员会。委员会还在第2796次会议上进一步决定，起草委员会应考虑拟订一项关于船员的保护与外交保护之间联系的规定。

56．委员会在2004年5月28日举行的第2806次会议上审议了起草委员会的报告（A/CN.4/L.647），并一读通过了一套含有19条的外交保护条款草案（见下文C节）。

57．在同次会议上，委员会根据其章程第16和第21条决定通过秘书长将条款草案（同上）转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2006年1月1日之前将评论和意见提交秘书长。

---

[19] 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/523和Add.1号文件，第57页。

[20] 条款草案案文及其对应评注，见同上，第二卷（第二部分），第五章，C节，第66-75页，第280-281段。

[21] 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/530和Add.1号文件。

[22] 同上，第二卷（第二部分），第33-34页，第90-92段。

[23] 同上，第92段。

[24] 条款草案案文及其评注，见同上，第42-49页，第153段。

58. 在2004年8月3日举行的第2827次会议上，委员会向两位特别报告员穆罕默德·本努纳先生和约翰·杜加尔德先生深表感谢。他们以学术性研究和广泛的知识，为委员会处理这项专题作出了杰出贡献，从而使委员会顺利地完成了外交保护条款草案的一读工作。

C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文

1. 条款草案案文

59. 委员会一读通过的条款草案案文载录如下。

外交保护

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

外交保护系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。

第2条 实行外交保护的权利

一国享有按照本条款草案实行外交保护的权利。

第二部分

国籍

第一章

一般原则

第3条 国籍国的保护

1. 有权实行外交保护的国家是国籍国。

2. 尽管有第1款的规定，一国可根据条款草案第8条为非本国国民实行外交保护。

第二章

自然人

第4条 自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言，国籍国指寻求保护的个人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

第5条 持续的国籍

1. 一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提交求偿之日为其国民的人，实行外交保护。

2. 尽管有第1款的规定，一国对在正式提交求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可实行外交保护，但条件是该人已丧失原国籍，并且基于与提出求偿无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

3. 一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害实行外交保护。

第6条 多重国籍和针对第三国的求偿

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实行外交保护。

2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同实行外交保护。

第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不得为同属另一国国民的人针对另一国籍国实行外交保护，除非在发生损害之时和正式提交求偿之日，该国的国籍均为该人的主要国籍。

第8条 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人实行外交保护，但该人须在受到损害之时和正式提交求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

2. 一国可为被该国承认为难民的人实行外交保护，但该人须在受到损害之时和正式提交求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

3. 第2款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

第三章

法人

第9条 公司的国籍国

就对公司的外交保护而言，国籍国是指公司依照其法律成立并在其领土内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。

第10条 公司的持续国籍

1. 一国有权为在受到损害之时是其国民，并在正式提交求偿之日仍是其国民的公司实行外交保护。

2. 尽管有第1款的规定，一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司，继续有权实行外交保护。

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实行外交保护，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，公司具有被据称应对造成损害负责的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

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实行外交保护。

第 13 条　其他法人

条款草案第9和第10条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。

第三部分
当地补救办法

第 14 条　用尽当地补救办法

1．除非有条款草案第16条规定的情形，一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害，在该受害人用尽一切当地补救办法之前，不得提出国际求偿。

2．“当地补救办法”系指受害人可以在据称应对损害负责的国家的普通或特别司法或行政法院或机构获得的法律补救办法。

第 15 条　求偿的类别

在主要基于一国国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害而提出国际求偿或请求作出有关求偿的宣告性判决时，应用尽当地补救办法。

第 16 条　当地补救办法规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

(*a*) 当地补救办法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，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的；

(*c*) 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；

(*d*) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。

第四部分
杂项规定

第 17 条　外交保护以外的行动或程序

本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体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害取得补救的权利。

第 18 条　特别条约条款

在本条款草案与特别条约条款，包括关于公司或公司股东与国家间争端解决的规定不符的情况下，也仅在这一范围内，本条款草案不适用。

第 19 条　船员

船舶船员的国籍国为本国船员实行外交保护的权利不因船舶国籍国有权在国际不法行为给船舶造成损害时，为受害船员，不论其国籍，寻求补救而受到影响。

2．条款草案案文及其评注

60．委员会第五十六届会议一读通过的外交保护条款草案案文及其评注载录如下。

外交保护

(1) 起草外交保护条款最初被视为属于国家责任问题的研究范围。实际上，国家责任问题的第一任特别报告员加西亚·阿马多尔先生在1956年至1961年提交的报告[25] 里收入了若干关于此问题的条款草案。后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少注意外交保护问题。关于国家责任问题的最后条款草案明确指出，对于外交保护至关重要的两项议题，即求偿的国籍问题与用尽当地补救办法问题，将由委员会单独开展工作，更深入地加以处理。[26] 尽管如此，国家责任条款草案与本条款草案之间存在着密切联系。国家责任

[25] 第一次报告：《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，第173页；第二次报告：《1957年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/106号文件，第104页；第三次报告：《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第47页；第四次报告：《1959年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/119号文件，第1页；第五次报告：《1960年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/125号文件，第41页；和第六次报告：《1961年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/134和Add.1号文件，第1页。

[26] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第138页（第44条评注，脚注683和687）。

条款草案中的许多原则与外交保护相关，因而这些原则在本条款草案里不再重复。这尤其适用于关于国际不法行为的法律后果的规定。对外国国民所受损害负有责任的国家有义务停止不法行为，并就国际不法行为所造成的损害作出充分赔偿。赔偿可采取恢复原状、补偿或抵偿等其中一种形式或多种形式并用。这些事项在国家责任条款草案里都得到了处理。[27] 委员会一些委员认为，本条款草案应该处理外交保护的法律后果问题；注意力不应该集中在是否可提出求偿这一问题上。[28]

(2) 外交保护属于“外国人待遇”这一问题的范围。然而本条款草案并没有试图处理关于这一问题的主要规则，即关于外国人人身和财产待遇的规则，违反这种规则通常引起受害人国籍国的责任。相反，本条款草案仅限于次要规则，即关于必须满足何种条件才可提出外交保护求偿的规则。这大致上是指关于求偿的可受理性的规则。国家责任条款草案第44条规定：

> “在下列情况下不得援引一国的责任：
>
> (*a*) 不是按照涉及求偿国籍的任何可适用规则提出要求；
>
> (*b*) 该项要求适用用尽当地补救办法规则，但却未用尽可利用的有效当地救济。”

本条款草案通过拟订关于求偿国籍和用尽当地补救办法的规则，赋予了这项规定以内容。

(3) 本条款草案没有处理国际组织对代理人的保护问题，这种保护一般被称作“职能保护”。虽然职能保护与外交保护有相似之处，但两者的区别也很大。外交保护是一种旨在确保一国国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，它基于一项原则，即国民受到的损害即为国家本身受到的损害。职能保护则是一种制度，为的是通过确保国际组织的代理人受到尊重并保证其独立性，从而促进国际组织有效运作。这种区别导致委员会得出结论认为，在一套关于外交保护的条款草案里不应写入国际组织保护其代理人的内容。至于一国可否为担任国际组织代理人的本国国民实行外交保护的问题，国际法院在伤害赔偿案中作了回答：

> 在这样的情况下，没有任何法律规则赋予一方或另一方以优先地位，或强迫该国或该组织不得提出国际求偿。法院看不出为何有关方面不得出于善意和常理来寻求解决办法。[29]

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

外交保护系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。

评 注

(1) 第1条为外交保护下定义，描述了外交保护的主要内容，同时说明了这项机制可用于保护在国外受损害的国民的范围。

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外侨造成的损害负有责任。外交保护是受害人的国籍国为保护受害人，并使该受害人针对对其造成损害的国际不法行为得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及与可实行外交保护的情况和在实行外交保护以前必须符合的条件有关的规则。本条款草案不拟界定或描述使外侨受到损害的国家应为之承担责任的国际不法行为。本条款草案与国家对国际不法行为的责任条款草案一样，坚持对主要规则与次要规则的区分，而且只处理次要规则。[30]

(3) 第1条明确规定，外交保护的权利属于国家。在实行外交保护的过程中，一国以国家的名义

---

[27] 第28、第30、第31和第34-37条。关于补偿（第36条）的评注用大部分篇幅讨论了适用于外交保护相关求偿的原则。

[28] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页，第76段。

[29] 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第174页，详见第185-186页。

[30] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第35页（总评注，第(1)至第(3)段）。

采纳了其国民因另一国国际不法行为而提出的诉因。这一措辞方式沿用了国际法院在国际工商业投资公司案中的措辞，法院在该案中指出：起诉国“采纳”了其权利受到侵害的“国民的诉因”。[31] 国家实行外交保护的合法权益来源于一国民因另一国的不法行为而受到的损害。

(4) 在大多数情况下，外交保护的行使是基于国家与受害人之间的国籍联系，第4和第9条述及这一事项。在这一条内，“国民”一词涵盖了自然人和法人。本条款草案后面的部分对限定自然人和法人的规则作了区分，并在必要情况下，分别处理这两项概念。

(5) 外交保护必须以合法且和平的手段行使。若干司法裁决在描述国家为实行外交保护可以采取的行动时，对“外交行动”与“司法程序”作了区分。[32] 第1条保留了这一区分，但是更进一步，把司法程序列入了“其他和平解决手段”的范围。“外交行动”涵盖了一国为向另一国通报自己的看法和关切事项而使用的所有合法程序，包括抗议以及为了解决争端而要求进行调查或谈判。“其他和平解决手段”则包括合法解决争端的一切形式，从谈判、调停与和解到通过仲裁与司法解决争端。《联合国宪章》第二条第四项所禁止的使用武力也是实行外交保护权时不许使用的方法。

(6) 第1条明确了在总评注[33] 里已经提及的一点，即本条款只处理一国实行外交保护的问题，而不涉及国际组织给予其代理人的保护，这一点国际法院在伤害赔偿案的咨询意见中已经确认。[34]

(7) 外交保护主要涵盖对不是以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。参加官方国际事务的官员受到诸如《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》等其他国际法规则和文书的保护。

第 2 条　实行外交保护的权利

一国享有按照本条款草案实行外交保护的权利。

评　注

(1) 第2条强调外交保护的权利属于或授予国家。该条承认了瓦泰勒提出的观点，即对一国民的损害便是对一国的间接损害。[35] 常设国际法院在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中比较审慎地提出了这一看法，它指出：

> 事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。[36]

这项看法常常遭到批评，被认为是一种虚拟情况，很难符合外交保护的现实：现实要求主张外交求偿时必须具有持续的国籍、[37] 受损害的国民必须用尽当地补救办法、损害的评估务必与个人受到的损失一致。但是，“马夫罗马蒂斯原则”或“瓦泰勒拟制”就像对一国民的损害即对该国的损害这一概念一样，仍然是外交保护的奠基石。[38]

(2) 一国有权对一国民实行外交保护。国家没有任何责任或义务这样做。一国国内法可能会责成国家对一国民实行外交保护，[39] 但国际法并没有规

---

[31] 国际工商业投资公司案，初步反对意见，判决，《1959年国际法院汇编》，第6页，详见第27页。另见马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924年第2号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第2号。

[32] 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（见上文脚注31）；帕涅韦兹斯－萨尔杜提斯基铁路案，1939年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第76号，第4页，详见第16页；以及诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第4页，详见第24页。

[33] 见上文总评注第 (3) 段。

[34] 见上文脚注29。

[35] “无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家”，E. de Vattel，《国家法律或自然法则》(1758年)，哥伦比亚特区华盛顿，卡内基研究所，1916年，第一卷，系列二，第六章，第136页。

[36] 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（见上文脚注31），第12页。

[37] 见上文第5和第10条的案文。

[38] 对这一概念的讨论和对其的批评，见特别报告员关于外交保护的第一次报告（上文脚注16），第61-74段。

[39] 对有关这项主题的国内法的研讨，见同上，第80-87段。

定这种义务。国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确了它的立场：

> ……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是无法得到救济的。如有方法，他们也只能诉诸国内法，以期继续争取其利益或得到补救。［……］必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留裁量权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。[40]

委员会否决了规定国籍国应负有限保护责任的提议，认为它超越了法律的逐渐发展所能容许的范围。[41]

(3) 一国实行外交保护的权利只能够根据本条款的规定行使。

第二部分

国籍

第一章
一般原则

第 3 条　国籍国的保护

1．有权实行外交保护的国家是国籍国。

2．尽管有第1款的规定，一国可根据条款草案第8条为非本国国民实行外交保护。

评　注

(1) 第2条确认国家有实行外交保护的裁量权利，第3条则表明受害人的国籍国有权、而不是有义务为该人实行外交保护的原则。这一条把重点放在国家与个人之间的国籍联系上，正是它使得国家有权实行外交保护。相对于自然人和法人而言，这种联系是不同的。因此，自然人和法人的情况都单辟一章专门作出规定。

(2) 第2款承认，在某些情况下可为非本国国民实行外交保护。第8条规定了为无国籍人和难民提供这种保护的情形。

第二章
自然人

第 4 条　自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言，国籍国指寻求保护的个人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

评　注

(1) 第4条为了对自然人进行外交保护的目的，规定了国籍国的定义。这项定义的前提是以下两项原则：第一，应由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；第二，国际法对国籍的授予规定了限制。第4条也列举了一些并非详尽无遗、通常构成授予国籍之正当理由的关连因素。

(2) 由各国决定谁是其国民的原则得到司法裁决和条约的支持。1923年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥的国籍法令案中指出："按照目前的国际法，国籍问题［……］原则上属保留范畴之内"。[42]这项原则得到《关于国籍法冲突的若干问题公约》第1条的证实："每一国家依照其法律决定何人为其国民。"最近，1997年《欧洲国籍公约》（第3条）也认可了这项原则。

(3) 第4条中所列给予国籍的关连因素是说明性的，并非详尽无遗。但是，它们包括了各国在给予国籍时最常用的关连因素：出生（出生地法）、血缘（血统制）和归化。与国民结婚没有列入，因为在大多数情况下，不能仅凭婚姻本身给予国籍：它规定需要居住一段时间之后才能按照归化方式取得国籍。在与一国民结婚以后，配偶一方自动取得

---

[40] 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页，详见第44页。

[41] 见特别报告员关于外交保护的第一次报告（上文脚注16）中的第4条。委员会的辩论情况，见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90-91页，第447-456段。

[42] 突尼斯和摩洛哥的国籍法令案，1923年的咨询意见，《常设国际法院汇编》，B辑，第4号，第6页，详见第24页。

另一方的国籍，在这种取得国籍的方式是否符合国际法方面可能会出现问题。[43] 国籍也可因国家继承而获得。[44]

(4) 第4条中所列关连因素是一些国家为确定国籍而最常使用的因素。在一些没有明确出生记录的国家，国籍很可能难以证实。在这种情况下，住所可为国籍提供证明，尽管住所本身并不构成国籍的基础。不过，一国可通过归化方式给予这种人国籍。

(5) 第4条不要求一国按照*诺特博姆案*[45] 中所认定的方式，证明该国与某一国民之间的有效联系或真正联系，作为实行外交保护的一项附加因素，即使该国民只持有一个国籍。尽管对该案的解释存在意见分歧，委员会认为，有若干因素促使*诺特博姆案*限定在案情范围内，尤其是：诺特博姆先生与列支敦士登（起诉国）之间的联结“极为薄弱”，[46] 诺特博姆先生与危地马拉（被告国）之间超过34年的联结则极为密切，因此，国际法院屡次申明列支敦士登“无权针对危地马拉对诺特博姆实行保护”。[47] 这意味着法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则，[48] 而只拟阐明一项有关规则，根据该项规则，凡是处于列支敦士登所在立场的国家都必须表明该国与诺特博姆先生之间的真正联系，以便容许该国针对与诺特博姆先生有极密切联系的危地马拉为他提出权利主张。此外，委员会考虑到这样的事实：如果严格适用*诺特博姆案*中提议的真正联系规定，将有成百上千万人因之而无法得益于外交保护，因为在经济全球化和移民的今日世界中，有成百上千万人离开其国籍国，而到另一个国家生活，有的从来不曾取得其国籍，有的则通过出生或血缘从与他们联结最薄弱的国家取得国籍。[49]

(6) 第4条最后一个短语强调：必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是其国民，但这项权利并不是绝对的。1930年《关于国籍法冲突的若干问题公约》第1条证实了这一点，该条在表示“每一国家依照其法律决定何人为其国民”的同时，还载列了一项但书：“此项法律如与国际公约、国际习惯及已被普遍承认的关于国籍的法律原则不相冲突，其他国家应予承认。”[50] 目前，公约，尤其是各项人权领域的公约，规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。[51] 例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款规定：

> 缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。它们应特别保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她。[52]

(7) 因此，第4条确认，一国作为以受害外侨名义求偿的对象，可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而提出质疑。第2款规定，国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措辞方式强调了这样的事实：关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任，应由对受害人国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识：国籍给予国在决定是否

---

[43] 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款，该款禁止在这种情况下取得国籍。另见下文该条款草案评注第（6）段。

[44] 见国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案,《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页，第47段。

[45] 在*诺特博姆案*中，国际法院指出:“根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各位作者的意见，国籍是一种法律上的联结，其依据是一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上对等权利和义务的存在。可以说它构成司法上对以下事实的表达：直接通过法律或由于当局行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍国人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。一国给予的国籍，只有在构成个人与给予其国民身份的国家间联系的法律表述时，才授权该国针对另一国实行保护”（见上文脚注32），第23页。

[46] 同上，第25页。

[47] 同上，第26页。

[48] *意大利-美国调解委员会在弗莱根海默案*中对*诺特博姆案*作了这样的解释，1958年9月20日第182号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷（出售品编号：65.V.4），第327页，详见第376页；或《国际法报告》（1958-I），第25卷（1963年），第91页，详见第148页。

[49] 主张限制*诺特博姆案*范围的更为详尽的论点，见特别报告员关于外交保护的第一次报告（上文脚注16），第106-120段。

[50] 另见《欧洲国籍公约》第3条第2款。

[51] 美洲人权法院在其*对哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案*的咨询意见中强调了这一点，认为必须兼顾两项原则，一是国籍的给予属于一国的国内管辖范围，另一项是“国际法对一国的权力施加了某些限制，这些限制与国际制度为保护人权而规定的各项要求有关”（《国际法报告》，第79卷（1989年），第283页，详见第296页）。

[52] 另见《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》) 第20条和《消除一切形式种族歧视国际公约》第5条 (*d*) 款 (三) 项。

给予国籍时必须有“判断余地”，[53] 并且预先认可一国给予国籍的效力。[54]

第 5 条　持续的国籍

1．一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提交求偿之日为其国民的人，实行外交保护。

2．尽管有第1款的规定，一国对在正式提交求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可实行外交保护，但条件是该人已丧失原国籍，并且基于与提出求偿无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

3．一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害实行外交保护。

评　注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，[55] 但历来受到相当多的批评，[56] 因为如果个人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍，这项规则便会窒碍难行。认为应该放弃这项规则的意见受到反对，反对者担心有人钻空子，为了获得外交保护而“购买国籍”。[57] 委员会认为，持续国籍规则应该保留，但也应该规定例外情况，以便考虑到如若不这样就会引起不公平结果的情况。

(2) 第1款明确陈述一项传统原则：一国有权对在受到损害之时和正式提交求偿之日均为其国民的人实行外交保护。关于该国民在这两个日期之间是否必须保持求偿国国籍，国家实践和学说并不明确，主要是因为实际上很少出现这个问题。[58] 在这种情况下，委员会决定暂不处理在受害日与求偿日之间是否必须持续保有国籍的问题。[59]

(3) 第一项要求是受害国民在受到损害时必须是求偿国的国民。使一国为其国际不法行为承担责任的损害的日期与发生损害行为的日期通常是同一天。

(4) 第1款中所载的第二项时间要求是正式提交求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有不同的司法意见。这种不确定性基本上来源于这样的事实：据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同措辞来界定求偿日期。[60] “提出求偿”一语是条约、司法裁决和学说中最常使用的术语，用以表示实行外交保护所要求的截止日期。委员会在这一措辞中增添了“正式”一词，以表明提出求偿的日期是实行外交保护的国家第一次提出正式要求的日期，而不是就这项议题进行非正式外交接洽和查询的日期。

(5) 国家实行外交保护的权利始于正式提交求偿之日。然而，也有人认为，如果有关个人在这一日期至作出裁决或判决期间改变了国籍，他就不再是可享受外交保护的国民了。按照这种意见，持续国籍规则要求国籍联系“从发生损害之时至作出裁决为止”一直存在。[61] 实际上，这种情况发生的可能性很小，委员会倾向于保留条款草案第5条所反映的立场。

(6) 第1款中“求偿”一语既包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这

---

[53] 见美洲人权法院在*哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案*中的咨询意见（上文脚注51），第62段。

[54] 见 R.Y.Jennings 和 A.D.Watts（编辑），《奥本海国际法》，第9版，郎曼出版社，1922年，第一卷，《和平》，第856页。

[55] 见美国国际*索赔委员会对克伦索赔案*所作的裁决（1951-1954年），《国际法报告》（1953年），第20卷（1957年），第233页，详见第234页。

[56] 见法官杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在*巴塞罗那电车公司案*中的个别意见，第二阶段，判决（上文脚注40），第101-102页；另见 E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international,* 巴黎，法国大学出版社，1990年。

[57] 见首席仲裁员帕克在*第五号行政裁决案*中所作的说明：“任何其他规则都会敞开滥用之门，也可能会使一个强大的国家成为一个求偿代理，受到损害的原告人将其权利主张转让给该国国民，或利用归化法，使其权利主张获得支持。”1924年10月31日的裁决，美国－德国混合索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷（出售品编号：1956.V.5），第119页，详见第141页。

[58] 见 H. W. Briggs，“La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations”，《国际法学会年鉴》，第51卷(1965年)，第一部分，第5页，详见第72-73页。

[59] 国际法学会在1965年9月于华沙举行的届会上采取了同样的处理方式（同上，第二部分，第260-262页）。

[60] 见首席仲裁员帕克在*第五号行政裁决案*中发表的意见（上文脚注57），第143页。

[61] 《奥本海国际法》（见上文脚注54），第512页。

项要求可具体说明责任国应该为停止不法行为（如果不法行为仍在继续）而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。2001年委员会在第五十三届会议上通过的国家对国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注比较详尽地处理了这一事项。[62]

(7) 委员会决定必须保留持续国籍规则的同时，也议定必须规定这项规则的例外事项。因此，第2款规定：一国对在正式提交求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可实行外交保护，但必须符合三项条件：第一，寻求外交保护的人已丧失原国籍；第二，该人已基于与提出求偿无关的原因获得另一国的国籍；第三，新国籍是以不违反国际法的方式取得的。

(8) 国籍的丧失可能是自愿的，也有可能是非自愿的。在国家继承的情况下，也有可能在收养以及因结婚而必须改变国籍的情况下，非自愿地丧失国籍。在国籍发生其他类型变化的情况下，意愿的成分就不那样明确了。基于这种理由，第2款并未规定国籍的丧失必须是非自愿的。

(9) 如上所述，[63] 有人可能故意改变其国籍，以便获得一个比较愿意而且能够为其提出外交求偿的国籍国，持续国籍规则便是为了防止这种情况。第2款所载第二项条件处理了这种唯恐出现的情况，规定作为实行外交保护的对象，该人取得其新国籍的原因必须与提出求偿无关。这项条件是为了将持续国籍规则的例外情况限定于强制性给予国籍的情况，例如该人取得新国籍属于婚姻、收养或国家继承等因素引起的必然结果。

(10) 为了不适用持续国籍规则而必须符合的第三项条件是：新国籍是以不违反国际法的方式取得的。这项条件的含义必须结合第4条加以理解。

(11) 第3款还为防止随意不适用持续国籍规则而附加了一项保障措施。一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害实行外交保护。在损害发生时，受害人不能是外国人。

第6条　多重国籍和针对第三国的求偿

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实行外交保护。

2．两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同实行外交保护。

评　注

(1) 双重或多重国籍确实存在于国际生活当中。一个人可以获得一个以上的国籍，这是出生地法和血统制原则平行运作或通过归化取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。国际法不禁止双重或多重国籍：事实上，这种国籍已由《关于国籍法冲突的若干问题公约》第3条予以认可，该条规定："……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为国民。"因此，必须处理一国籍国为其有双重或多重国籍的国民实行外交保护的问题。第6条只适用于受害人国籍国之一针对不是其国籍国的国家实行外交保护的情况。一国籍国对另一国籍国实行外交保护的相关规定见第7条。

(2) 第1款容许一国籍国针对其同时拥有一个或一个以上其他国籍的国民实行外交保护。与同第4条一样，该款不要求该国民与实行外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

(3) 虽然有些仲裁裁决[64] 和编纂工作[65] 也认为，双重或多重国籍者的任一国籍国与该国民之间需有

[62] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第136-138页。

[63] 见本条款草案评注第(1)段。

[64] 见南斯拉夫－匈牙利混合仲裁法庭对德博恩案的裁决，1926年7月12日，第205号案件，《1925年和1926年国际公法案例年度文摘》，A.McNair和H.Lauterpacht（编辑），伦敦，郎曼出版社，1929年，第277-278页。

[65] 见《关于国籍国法冲突的若干问题公约》第5条；国际法学会在1965年举行的华沙届会上通过的关于"一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性"的决议，《通过决议一览表（1957-1991年）》，巴黎，贝多内出版社，1992年，第57页，详见第59页（转载于《1969年……年鉴》[英]，第二卷，第142页）；1960年《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案》第23条第（3）款（载于L.B.Sohn和R.R.Baxter,"对外国人经济利益损害的国家责任"，《美国国际法学报》（哥伦比亚特区华盛顿），第55卷，第3期（1961

真正或有效的联系，才能够针对受害人非其国民的国家实行外交保护，但有权威的根据却反对这样的规定。在萨利姆案中，仲裁法庭裁定，埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实，作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭裁定：

> 国际法的规则［是］：双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求，第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。[66]

这项规则历来在其他案件[67]中得到遵守，最近也得到伊朗－美国索赔法庭的支持。[68] 委员会关于在这种情况下不要求真正或有效联系的裁决是合理的。与双重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同，当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国实行保护时，在国籍方面并没有任何冲突。

(4) 原则上，没有任何理由阻止两个国籍国共同行使一项从属于每一国籍国的权利。因此，第2款承认两个或多个国籍国可为了双重或多重国籍国民而针对非国籍国共同实行外交保护。虽然责任国不能反对两个或多个国家同时或一致提出的这种求偿，但若两个求偿国分别向同一法庭或不同法庭提出索赔，或一国籍国在另一国籍国已就该项索赔获得抵偿后求偿，责任国可予以反对。若一国籍国已放弃行使外交保护权而另一国籍国仍要求赔偿，也会引起困难。针对诸如此类的不同情况编纂若干规则是很困难的。应该按照共同索赔抵偿法的一般原则予以处理。

第7条　多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不得为同属另一国国民的人针对另一国籍国实行外交保护，除非在发生损害之时和正式提交求偿之日，该国的国籍均为该人的主要国籍。

评　注

(1) 第7条处理一国籍国针对另一国籍国实行外交保护的情况。第6条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况，并不要求求偿国与国民之间有真正联系，第7条则要求求偿国证明：其国籍在该人受到损害时和正式求偿之日都是主要国籍。

(2) 在过去，有人强烈支持无责任规则，根据该项规则，一国籍国不得为有双重国籍的国民针对另一国籍国提出求偿。1930年《关于国籍法冲突的若干问题公约》第4条规定："一国不得针对其国民的另一国籍国为该国民实行外交保护。"[69] 后来的编纂提案采取了同样的着手方式，[70] 有些仲裁裁决也支持这项立场。[71] 国际法院在1949年对伤害赔

年7月），第548页。）；以及关于国家对在其领土内对外国人人身或财产造成的损害所负国际责任的条款草案第21条第（4）款，载于特别报告员加西亚·阿马多尔关于国家责任的第三次报告，《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第47页。

[66] 萨利姆案（埃及/美国），1932年6月8日的裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第1161页，详见第1188页。

[67] 见意大利－美国调解委员会对梅尔杰索赔案的裁决，1955年6月10日，《国际法报告》（1955年），第22卷（1958年），第443页，详见第456页，或《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第236页；韦雷亚诺案，1957年5月17日，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第321页，或《国际法报告》，第24卷，第464-465页；以及斯坦科维奇索赔案，1963年7月26日，《国际法报告》，第40卷（1970年），第153页，详见第155页。

[68] 见达拉勒诉伊朗案（1983年），《伊朗－美国索赔法庭汇编》，第3卷，剑桥，格劳秀斯，1984年，第23页。

[69] 另见1929年《关于国家对在其领土内对外侨人身或财产造成的损害所负责任的哈佛公约草案》第16条 (*a*) 款，《美国国际法学报》（哥伦比亚特区华盛顿），第23卷，特别补编（第2卷）（1929年4月），第133页，详见第200页（转载于《1956年……年鉴》［英］，第二卷，A/CN.4/96号文件，附件9，第229页，详见第230页）。

[70] 见1960年《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案》（上文脚注65）第23条第(5)款；国际法学会在1965年的华沙届会上通过的关于"一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性"的决议（同上）第4条 (*a*) 款。

[71] 见亚历山大遗嘱执行人诉美国案（1898年）（美国－英国索赔委员会），J.B. Moore,《美国作为当事方的国际仲裁的历史与文摘》，第三卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1898年，第2529页；奥尔登堡案，1929年12月19日第11号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第74页，或委员们的决定和意见，1929年10月5日至1930年2月15日，伦敦，皇家印务局，1931年，第97页；霍尼案（英国－墨西哥索赔委员会），1931年3月26日第23号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第133页，或委员们1930年2月15日以后的进一步决定和意见，伦敦，皇家印务局，1933年，第13页；以及亚当斯和布莱克莫尔案（英国－墨西哥索赔委员会），1931年7月3日第69号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第216-217页。

偿案的咨询意见中把国家不针对其国民另一国籍国为该国民提供保护的国家实践称为“通常做法”。[72]

(3) 但是，即使在1930年以前，有些仲裁裁决也支持另一种立场，即主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。[73] 国际法院在另一情况即*诺特博姆案*[74] 中借鉴了这个判例，意大利－美国调解委员会在1955年的*梅尔杰索赔案*中也明示同意这个立场。对此，该调解委员会指出：

> 这项原则以国家主权平等为基础，它排除了双重国籍情况下的外交保护，但如果求偿国国籍是有效国籍，该原则就必须让位于有效国籍原则。不过，在未能证明该国籍为主要国籍的情况下，就必须坚持这项原则，因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则，可以作为实际事务中用于消除任何可能的不确定情况的标准。[75]

调解委员会的意见明确认为：有效国籍原则与主要国籍概念只是一个硬币的两面。调解委员会在随后审理的50多起涉及双重国籍者的案件中适用了根据这一概念制定的规则。[76] 伊朗－美国索赔法庭借鉴了上述情况，在若干案件中适用了主要和有效国籍原则。[77] 安全理事会为使伊拉克赔偿它在占领科威特时造成的损害而设立的联合国赔偿委员会[78] 是另一个支持主要国籍原则的机构。赔偿委员会审理有伊拉克国籍的双重国籍者的索赔时所适用的条件是：他们必须有另一国的善意国籍。[79] 最近的编纂提案认可了这种着手方式。特别报告员加西亚·阿马多尔在提交委员会的关于国际责任的第三次报告中提议：

> 若外侨有双重或多重国籍，只有具有比较坚强和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。[80]

奥雷戈·比库尼亚在提交国际法协会第六十九届会议的报告中也提出同样看法。[81]

---

[72] *对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案*（见上文脚注29），第186页。

[73] *德拉蒙德案*，2 Knapp. Privy Council I，第295页，《英国判例集》，第12卷，爱丁堡 / 伦敦，威廉·格林父子 / 史蒂文斯父子出版公司，1901年，第492页；*马蒂森案*、*史蒂文森案*（英国－委内瑞拉混合索赔委员会）、*布里尼奥内案和米利亚尼案*（意大利－委内瑞拉混合索赔委员会），分别载于《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：59.V.5），第485和第494页，以及第十卷（出售品编号：60.V.4），第542和第584页，或分别见 J.H.Ralston（编辑），《1903年委内瑞拉仲裁汇编》，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1904年，分别见第429-438、第710、第754-761、第438-455、第710-720和第754-762页；*卡内瓦罗案*（意大利诉秘鲁）（常设仲裁法庭），1912年5月3日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷（出售品编号：61.V.4），第397页，或见 J.B.Scott（编辑），《海牙法院报告》，纽约，牛津大学出版社，1916年，第284页；*海因案*，第148号案件（1922年）（英国－德国混合仲裁法庭），J.F.Williams 和 H. Lauterpacht（编辑），《1919-1922年国际公法案例年度文摘》，伦敦，郎曼出版社，1932年，第216页；*布卢门塔尔案*（1923年）（法国－德国混合仲裁法庭），《由和平条约建立的混合仲裁法庭的裁决汇编》，第3卷，巴黎，西雷出版社，1924年，第616页；*德蒙特福特案*，第206号案件（1926年）（法国－德国混合仲裁法庭），《1925-1926年国际公法案例年度文摘》（上文脚注64），第279页；*潘松案*，第194和第195号案件（1928年）（法国－墨西哥混合索赔委员会），同上，第297-301页或《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第327页；以及*特雷西案*（1928年）（美国－奥地利和匈牙利三方索赔委员会），《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3），第248-249页。

[74] 见上文脚注32，第22和第23页。诺特博姆其人没有涉及双重国籍问题，但是，法院找到了对其下述观点的支持，即诺特博姆与列支敦士登并无有效的联系。另见上文脚注73中提到的一些司法裁决。

[75] *梅尔杰案*（见上文脚注67），第247页。另见*德莱昂案*，1962年5月15日第218号和1963年4月8日第227号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷（出售品编号：E/F.69.V.1），第239页，详见第247页。

[76] 例如见*斯波尔丁案*（1956年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷（出售品编号：65.V.4），第292页，或《国际法报告》（1957年），第24卷（1961年），第452页；*赞格里利案*（1956年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第294页，或《国际法报告》，第24卷，第454页；*切斯特拉案*（1957年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第307页，或《国际法报告》，第24卷，第454页；*萨尔沃尼案*（1957年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第311页，或《国际法报告》，第24卷，第455页；*鲁斯波利－德鲁特柯伊案*（1957年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第314页，或《国际法报告》，第24卷，第457页；*普奇尼案*（1957年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第323页，或《国际法报告》，第24卷，第454页；*图里案*（1960年），《国际法报告》，第30卷（1966年），第371页；*格拉涅罗案*（1959年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第393页，或《国际法报告》，第30卷，第351页；*加纳皮尼案*（1959年），《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第400页，或《国际法报告》，第30卷，第366页；以及*迪奇乔案*（1962年），《国际法报告》，第40卷（1970年），第148页。

[77] 特别见*埃斯帕哈尼安诉商业银行案*（1983年），《伊朗－美国索赔法庭汇编》，剑桥，格劳秀斯，1984年，第157页，详见第166页；以及第A/18号案件（1984年），同上，第5卷，第251页。

[78] 安全理事会1991年5月20日第692(1991)号决议。

[79] 联合国赔偿委员会理事会1992年3月16日第7号决定，“其他类别索赔的标准”（S/AC.26/1991/7/Rev.1），第11段。

[80] 《关于国家对在其领土内对外国人人身或财产造成的损害所负国际责任的草案》（见上文脚注65），第21条第(4)款。

[81] “不断变化的求偿国籍法”，临时报告，《国际法协会第六十九届会议报告》，伦敦，2000年，第646页，第11段。

(4) 委员会认为，容许主要国籍国或有效国籍国针对另一国籍国提出求偿的原则体现了习惯国际法当前的立场。这一结论体现在第7条。

(5) 对于一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况，一些权威使用了“有效”或“起支配作用”这些措辞来描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。委员会决定不采用两词中的任何一个来描述必要的联系，而是采用“主要”这个词，因为它表述了相对性这一要素，并且表明，与另一国相比，该个人与该国有着更坚强的联系。法庭在审理这个问题时必须均衡评量国籍的竞争力度，适用于国籍问题时，以“主要”一语来表述这项工作的精华要比“有效”或“起支配作用”等词更为贴切。意大利－美国调解委员会在*梅尔杰索赔案*中也使用了“主要”这个词，可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。[82]

(6) 委员会并不打算说明在确定哪个国籍是主要国籍时必须考虑到的因素。权威意见显示：这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期（即在提出求偿之前成为保护国国民的期间有多长）；受教育的地点、修习的课程和教学的语言；就业和财政利益；家庭生活的地点；在每一国籍国的家庭联系；对社会和公共生活的参与；语言的掌握；纳税、银行账户、社会保险；对其他国籍国的访问；持有和使用其他国家护照的情况以及服兵役的情况。没有哪项因素是起决定作用的，每项因素所占比重因案情而异。

(7) 第7条采用了否定性的表述方式：“一国籍国不得［……］实行外交保护，除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明第7条所设想的情况应被视为特殊情况。这一表述也明确了求偿国应负举证责任，证明其国籍为主要国籍。

(8) 反对一国籍国针对另一国籍国提出求偿的主要原因是：这可能容许出现如下情况，即个人在一国籍国受到损害以后，将另一国作为其主要国籍，而后来的主要国籍国可针对前一造成损害的国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受到损害之时和正式提交求偿之日都必须是主要国籍这项规定化解了这一反对意见。这项规定呼应了关于持续国籍问题的第5条第1款申明的原则。本条的评注解释了“受到损害之时”和“正式提交求偿之日”两个用语。持续国籍规则的例外情况载于第5条第2款，但在这里并不适用，因为第7条所设想的受害人届时应并未丧失其其他国籍。

[82] 见上文脚注67。

第 8 条　无国籍人和难民

1．一国可为无国籍人实行外交保护，但该人须在受到损害之时和正式提交求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

2．一国可为被该国承认为难民的人实行外交保护，但该人须在受到损害之时和正式提交求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

3．第2款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

评　注

(1) 一般规则是，一国仅可为其国民实行外交保护。1931年，美国－墨西哥索赔委员会在*迪克森车轮公司诉墨西哥合众国案*中认为，无国籍人不能享受外交保护。该委员会表示：

> 一国［……］在对无国籍的个人造成损害时，并没有犯下国际不法行为，因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。[83]

这项意见已不再反映国际法对无国籍人和难民的准确立场。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在1961年《减少无国籍状态公约》和1951年《关于难民地位的公约》等公约当中。

(2) 第8条体现了法律的逐渐发展，它脱离了只有国民才可享受外交保护的传统规则，而容许一国为属于无国籍人或难民的非本国国民实行外交保

[83] *迪克森车轮公司（美国）诉墨西哥合众国案*，1931年7月的判决，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷（出售品编号：1951.V.1），第669页，详见第678页。

护。虽然委员会在关于无国籍状态和难民的规则框架内行事，但它未曾试图就这些人的地位发表意见。委员会仅关心对这些人实行外交保护的问题。

(3) 第1款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。但这样的定义见于《关于无国籍人地位的公约》。该《公约》规定，无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是其国民的人。”这项定义无疑可被视为已具有了习惯法的性质。一国可为下面这种人实行外交保护：不论他或她是怎样成为无国籍人的，只要他或她在受到损害之时和正式提交求偿之日合法、惯常居住在该国。

(4) 合法、惯常居住这两点要求确立了很高的门槛。[84] 委员会一些委员认为这一门槛太高了，可能会导致有关个人无法获得有效保护的情况，但多数委员认为，合法和惯常居住相结合这一点在据拟议法采取例外措施时是合理的。

(5) 第1款重复了第5条所载对求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提交求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。这保证了在提出求偿的时间要求上，非本国国民与国民受制于相同的规则。

(6) 第2款涉及居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护对难民尤其重要，因为难民“不能或［……］不愿受［国籍国的］保护”[85] 或者如果要利用这种保护，则会有可能失去在居住地国的难民地位。第2款反映了第1款中的说法。第3款所示无国籍人与难民的重要区别，说明了委员会为何决定对每一类人用单独一款作出规定。

(7) 委员会决定坚持将合法和惯常居住作为对难民实行外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样，尽管《关于难民地位的公约》第28条在述及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”[86] 这一较低的门槛。委员会在作出这项决定时，受到两项因素的影响。首先，按照该公约的规定，发放旅行证件并不给予证件持有人以得到外交保护的权利；[87] 其次，在根据拟议法而引入传统规则的例外情形时，有必要确立较高的门槛。委员会一些委员认为，对于难民来说，以合法和惯常居住作为实行外交保护的前提条件，这一门槛也是太高了。[88]

(8) 第2款中的“难民”一词不限于《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》中所界定的难民，而是也包括不完全符合这项定义的人。委员会考虑使用见于《欧洲国籍公约》第6条第(4)款(*g*)项的“被承认的难民”这一表述，它会使难民的概念有所扩大，涵盖区域文书所承认的难民，例如《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》[89] ——被普遍视为对难民进行国际保护的典范[90] ——以及《卡塔赫纳难民问题宣言》。[91] 然而，委员会倾向于不为此用语规定限制，以便容许一国向它认为是难民并将其作为难民对待的任何人提供外交保护。这对于未加入现有国际或区域文书的国家的难民来说，尤其重要。

(9) 第2款重复了第5条所载对求偿的时间要求。难民在受到损害之时和正式提交求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。

(10) 第3款规定，收留难民的国家不得针对该难民的国籍国而为难民实行外交保护。如果容许这样做，就会违背本条文的基本精神，即国籍是实行外交保护的主要依据。另外，该款也有政策方面的理由。大多数难民都对在国籍国所遭受的待遇提出了严重指控，他们是为了逃避迫害而离开国籍国

---

[84] “合法和惯常”居住这一用语的依据是《欧洲国籍公约》第6条第(4)款(*g*)项，该项在述及国籍的获得时使用了这一用语。另见《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案》（上文脚注65），在该公约中，受保护的人包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”，第21条第(3)款(*c*)项。

[85] 《关于难民地位的公约》第1条(A)款第(2)项。

[86] 该公约的准备工作材料表明，“居留”是指次于长期居住。

[87] 见该公约的附则第16段。

[88] 见上文本条款草案评注第(4)段。

[89] 该公约将难民的定义扩展为也包括“凡由于外国入侵、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国部分或全部领土的公共秩序的事件，而被迫离开其惯常居所到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”（第I.2条）。

[90] 联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明（A/AC.96/830），第18页，第35段。

[91] 由1984年11月19日至22日在哥伦比亚卡塔赫纳举行的中美洲、墨西哥和巴拿马地区难民的国际保护问题座谈会通过；《宣言》各项结论的案文转载于OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1，美洲国家组织大会，第十五届常会（1985年），1985年12月7日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。

的。在这样的情况下，如果容许外交保护，就会打开国际诉讼的闸门。此外，各国也可能会因为担心难民要求采取这样的行动而拒绝接收难民。

(11) 第1和第2款都规定，收留难民的国家“可实行外交保护”。这强调了这项权利的裁量性。按照国际法，对于是否为国民实行外交保护，一国拥有裁量权。[92] 对于是否向无国籍人或难民提供这种保护，一国更是拥有裁量权。

(12) 委员会强调，第8条仅关注对无国籍人和难民的外交保护。它不关注是否给予这些人国籍的问题。不能也不应该认为为无国籍人或难民实行外交保护可引起对给予国籍的正当期待。《关于难民地位的公约》第28条及其附则第15段已经表明，向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。更不应把为难民或无国籍人实行外交保护理解为会影响受保护者的国籍。

第三章
法人

第9条　公司的国籍国

就对公司的外交保护而言，国籍国是指公司依照其法律成立并在其领土内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。

评　注

(1) 条款草案第9条承认外交保护可惠及公司。本条第一部分重复了关于自然人的外交保护的条款草案第4条的措辞。本项规定表明，就对公司的外交保护而言，必须满足某些条件才能成为国籍国，这与对自然人的外交保护的规定一样。

(2) 国家实践大多涉及对公司的外交保护，公司指资本呈股份形式、承担有限责任的营利性企业，不涉及其他法人。这说明了为何本条以及以下各条涉及对公司及公司股东的外交保护。对于公司以外的法人的地位问题，条款草案第13条专门作出了规定。

(3) 虽然给予国籍属于一国的“保留领域”，[93] 但据国际法院对*巴塞罗那电车公司案*的判决，国际法将“公司实体的外交保护权授予公司按照其法律成立并在其领土内拥有注册办事处的国家。”[94] 为了外交保护的目的，公司获得国籍需满足两项条件：公司在该国组建，以及在该国设有注册办事处。实际上，大多数国家的法律都规定按照其法律成立的公司都须在其境内设有注册的办事处。因此，要求注册办事处这项额外规定似乎多余。尽管如此，国际法院还是表明，两项条件都必须得到满足，它指出：“长期实践和众多国际文书已经确认了这两项标准。”[95] 国际法院可能是想借关于注册办事处的要求，承认国家与公司之间必须有某种实际可见的联系，无论这种联系多么微弱。法院对以下事实的强调证实了这一点：巴塞罗那电车公司的注册办事处在加拿大，这一点与其他因素一道，形成了加拿大与巴塞罗那电车公司之间的“密切和永久的联系”。[96]

(4) 第9条使用了“成立（formed）”一词，而不是“组建（incorporated）”，因为后者是一个技术性术语，并不为所有的法律系统所熟知。但是“成立”一词除了包含一国创立公司可用的其他手段以外，显然包含了组建和注册两个概念。按照一具体国家的法律成立（或组建）公司，仅仅这一点对于外交保护的目的而言是不够的。除此之外，必须与成立地国家有某种实际可见的联系——以注册办事处或管理机构（*siège social*）的形式或某种类似的联系。这一措辞力图落实国际法院在*巴塞罗那电车公司案*上所坚持的意见，即在其境内成立公司的国家与该公司之间应该有某种联系因素。国际法院在描述巴塞罗那电车公司与加拿大间的联系时使用了“密切和永久的联系”一语，这里没有采用这一措辞，因为这为联系因素规定了过高的门槛。案文采用了“注册办事处”作为国际法院除“组建”以外所要求的联系因素。由于一些法律体系并不要求设立注册办事处，而是要求具有某种其他联系，案文里采用了“管理机构或某种类似联系”的说法作为

[92] 见第2条及其评注。

[93] *突尼斯和摩洛哥的国籍法令案*（见上文脚注42），第24页。

[94] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第43页，第70段。

[95] 同上。

[96] 同上，第71段。

代替。总的来说，第9条要求公司与国家之间具有一种关系，这种关系不单单是成立或组建，而是应具有某种额外的联系因素。这种关系受试图实行外交保护的国家的国内法制约，不同的法律体系可能会采用不同的术语加以描述。[97]

(5) 审理*巴塞罗那电车公司案*时，多数股东的国籍国（比利时）称，比利时有权就该公司实行外交保护，因为它拥有的股权使它与公司之间具有了*诺特博姆案*[98]所承认的那种真正联系。国际法院在驳回这一论点时，并没有放弃对公司采用真正联系的标准，法院在此案中认定巴塞罗那电车公司与加拿大之间存在着“密切和永久”联系，因为该公司在加拿大设有注册办事处，并且多年来均在该国举行董事会会议。[99] 第9条并不要求公司与保护国之间存在比利时在*巴塞罗那电车公司案*上所提倡的那种真正联系。此外，在涉及对公司的外交保护问题时，第9条拒绝把真正联系这一概念作为必要的联系因素，因为这会使在一国组建但多数股份在另一国的公司处于无国籍状态。因此，委员会里的普遍意见是，不应把注册办事处、管理机构或“某些类似联系”视为真正联系的形式，尤其是因为这一术语要求将多数股份作为一项联系因素。

(6) 按照法律解释方面的类推规则，“或某种类似联系”这一短语必须结合“注册办事处或管理机构”来理解。类推规则要求对这类短语作狭义的解释，以与它之前的短语保持一致。这意味着这一短语并没有自己的生命。它一定是指像“注册办事处”或“管理机构”那样的联系。

(7) 与第4条不同的是，第9条提到国籍国时，使用了定冠词，指公司依照其法律成立的那个国家。使用定冠词是为了避免任何这样的暗示，即公司可能具有双重国籍。由于在涉及自然人时，有可能存在多重国籍，第4条提到国籍国时使用的是不定冠词。委员会一些委员并不同意公司只能有一个国籍的观点。

第10条　公司的持续国籍

1．一国有权为在受到损害之时是其国民，并在正式提交求偿之日仍是其国民的公司实行外交保护。

2．尽管有第1款的规定，一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司，继续有权实行外交保护。

评　注

(1) 第5条的评注讨论了关于必须保持持续国籍的一般原则。实际上，与涉及自然人时相比，涉及公司时，持续国籍问题出现的次数较少。自然人由于自愿和非自愿的归化（例如在结婚或收养时可能会发生的）以及国家继承等原因，可以很容易地改变国籍，公司却只能通过在另一国重新成立或重新组建才能改变国籍，在这种情况下，公司具有了新的人格，因而中断了公司国籍的持续性。[100] 只有在一种情况下，公司可以不改变法律人格而改变国籍，那就是在发生国家继承时。

(2) 第1款申明了一项传统原则，即一国有权为在受到损害之时和在正式提交求偿之日都是其国民的公司实行外交保护。第一项要求，即受损害的公司在提出求偿之日须是求偿国的国民，这一点没有问题。但是对于截止日期，即求偿的国籍须保持至何日，便出现了困难。[101] 在正式提交求偿时，公

---

[97] 国际法院在*巴塞罗那电车公司案*中明确表示，在有关组建公司的问题上，不存在国际法规则。因此，有必要求助于国内法来确定公司组建的条件有无得到满足。法院表示：“这就意味着国际法须承认公司实体是各国在其国内管辖范围内的一个领域里创立的实体。反过来这就要求，一旦各国在处理公司和股东的权利问题方面出现了法律问题，则须救助于国内法有关规则，因为对于这些权利，国际法并没有确立自己的规则”（同上），第34-35页，第38段。

[98] 见上文脚注32。

[99] 见*巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，裁决（上文脚注40），第43页，第70-71段。

[100] 见*奥里诺科轮船公司案*，根据1903年2月17日《议定书》设立的美国－委内瑞拉混合索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1959.V.5），第180页。在此案中，一家在联合王国组建的公司将其向委内瑞拉玻利瓦尔共和国政府提出的求偿转给了一家在美国组建的继承公司。由于设立本委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿，因此，此举获得准许。然而，首席仲裁员巴奇清楚地表示，如果不是因为该条约，此举本不应允许（同上，第190页）。

[101] 在审理*帕涅韦兹斯－萨尔杜提斯基铁路案*（见上文脚注32）时，常设国际法院对于此事并未作出决定，详见第17页。另见特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承涉及

司必须是求偿国的国民。对于这一立论，条约、司法裁决和法律学说都提供了支持。[102] 从这个意义上说，国家实行外交保护的权利始于正式提交求偿之日。但是，有些委员支持这样的意见，即如果在这一日期至作出裁决或判决期间，公司改变了国籍，那么，就外交保护而言，它就不再是国民了。按照这项意见，持续国籍规则要求“从发生损害之时至作出裁决之时”须一直保持国籍联系。[103] 鉴于实际上这样的情况很少，委员会倾向于维持条款草案第10条所反映的立场。[104]

(3) 第1款中的“求偿”一语既包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这项要求可具体说明责任国应该为停止不法行为（如果不法行为仍在继续）而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。[105]

(4) 一国针对按照成立地所在国暨国籍国法律已不存在的公司实行外交保护一事存在着困难。如果采取立场认为假如在提出求偿之时公司已经不存在，该公司的国籍国便不可提出求偿，那么，就没有任何国家可以针对公司所受损害而实行外交保护了。一国不能利用股东的国籍来提出求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它在公司有必要的利益。这个问题使审理*巴塞罗那电车公司案*的几位法官伤神，[106] 也使某些法院和仲裁法庭[107] 以及学者们[108] 费心。第2款采取了务实做法，容许一国为在受到损害之时是其国民但由于所受损害而停止存在——因而也不再是其国民——的公司实行外交保护。为了符合要求，求偿国必须证明该公司之所以停止存在，正是因为求偿所针对的损害。第2款必须结合第11条 (*a*) 款来读，该款表明，股东的国籍国无权针对导致公司消亡的损害而实行外交保护。

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实行外交保护，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，公司具有据称应对造成损害负责的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

评　注

(1) 关于公司的外交保护问题，最基本的一项原则是，公司应由公司的国籍国来保护，而不是由公司股东的（单个或多个）国籍国来保护。国际法院在审理*巴塞罗那电车公司案*时有力地重申了这项原则。在此案中，国际法院起初强调，法院关注的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”中股东的外交保护问题。[109] 这种公司的特点是公司与股东之间存在着明显区别。[110] 一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得依赖公司采取行动，因为“同一不法行为可能会伤害两个单

的国籍问题的第四次报告，该报告强调了与国家继承涉及的法人国籍问题有关的困难，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/489号文件，第329页。

[102] 见*克伦索赔案*（上文脚注55），第234页。

[103] 《奥本海国际法》（见上文脚注54），第512页。

[104] 近期的一个此类案例，见*洛温集团公司和雷蒙德·洛温诉美利坚合众国案*，国际投资争端解决中心，ARB(AF)/98/3，《国际法律资料》，第42卷（2003年），第811页。

[105] 又见国家对国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第136-138页。

[106] 杰瑟普法官（见上文脚注40，第193页）、格罗斯法官（同上，第277页）和菲茨莫里斯法官（同上，第101-102页），以及临时法官里普哈根（同上，第345页）。

[107] 见*孔哈特索赔案*（根据1903年2月17日《议定书》设立的美国－委内瑞拉混合索赔委员会1903年的意见，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1959.V.5），第171页，尤其见委内瑞拉委员保罗先生的反对意见，第180页；另见*F.W. 弗拉克为已故 D.L. 弗拉克的遗产（大不列颠）诉墨西哥合众国案*，1929年12月6日第10号裁决，同上，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第61页，详见第63页。

[108] 见 L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, 海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1969年，第206-207页；W.E. Beckett,“关于公司损害的外交索赔”，载于《格劳秀斯学会会刊》，第17卷，伦敦，斯威特与马克斯韦尔出版社，1932年，第175页；以及 E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, 巴黎，法国大学出版社，第197 202页。

[109] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第34页，第40段。

[110] 同上，第41段。

独实体的利益，但是只有一个实体的权利受到侵犯”。[111] 只有在被起诉行为的目的在于侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。[112] 据国际法院的说法，指导在公司与股东之间作出明确区别的这类原则源于国内法，而非国际法。[113]

(2) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院裁定在公司受到损害时，应由公司成立地国而非公司股东国籍国实行外交保护，这遵循了若干项政策考虑。首先，当股东投资一家在外国开展业务的公司时，他们承担了风险，包括这家公司的国籍国可能行使裁量权，拒绝为其实行外交保护的风险。[114] 其次，如果允许股东国籍国实行外交保护，可能会导致各国提出繁多的索赔，因为大公司常常由多国股东控股。[115] 在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为每个个别股东不应享有这种权利。[116] 第三，法院不愿以类推方式将双重国籍规则适用于公司和股东，也不想同时允许两者的国籍国实行外交保护。[117]

(3) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院同意，在两种情况下，股东的国籍国可以为股东实行外交保护：第一，公司在其成立地已不复存在[118]——巴塞罗那电车公司案不属于这种情况；第二，公司成立地国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段就是通过其国籍国[119]——巴塞罗那电车公司案也不属于这种情况。对于这两种例外，国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时并没有给予透彻审议，因为这两项例外与案件无关，但这两项例外在第11条 (*a*) 款和 (*b*) 款中得到了承认。应该强调的是，由于公司的股东可能是不同国家的国民，可能会有若干国籍国可以依据这些例外规定实行外交保护。

(4) 第11条 (*a*) 款要求公司“已不存在”之后，股东的国籍国方可代表股东介入。但在巴塞罗那电车公司案之前，权威意见似乎赞成一项不那样严格的检验标准，允许国家在公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。[120] 但在审理巴塞罗那电车公司案时，法院为确定公司的消亡确立了更高的标准。一家公司光是“瘫痪”或“财务状况危急”是不够的。[121]“实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上十分不准确”。[122] 法院认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：“只有当公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得救济的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性之后，才会产生他们或其政府采取行动的独立权利。”[123] 欧洲人权法院随后对这项标准表示支持。[124]

(5) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院并没有明确宣布，股东介入的先决条件是该公司在成立地已不存在。然而，从法院诉讼过程来看，有一点很清楚，即法院的意图是，公司是应在其成立地国，而不是在其受到损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭，[125] 但强调这不影响它在成立地国加拿大的继续存在：“在本案中，巴塞罗那电车公司在成立地国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只

[111] 同上，第35页，第44段。

[112] 同上，第36页，第47段。

[113] 同上，第37页，第50段。

[114] 同上，第35页（第43段）、第46页（第86-87段）、第50页（第99段）。

[115] 同上，第48-49页，第94-96段。

[116] 同上，第48页，第94-95段。

[117] 同上，第38页（第53段）和第50页（第98段）。

[118] 同上，第40-41页，第65-68段。

[119] 同上，第48页，第92段。

[120] 德拉瓜湾铁路公司案，J. B. 穆尔，《国际法文摘》，第六卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1906年，第648页；罗莎·格尔布特伦克和“萨尔瓦多商业公司”等索赔案（“特里温福公司”案），《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷（出售品编号：1966.V.3），第455页，详见第479页；以及巴斯克和罗默索赔案，同上，第十卷（出售品编号：1960.V.4），第713页，详见第723页。

[121] 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第40-41页，第65-66段。

[122] 同上，第41页，第66段。

[123] 同上；另见帕迪利亚·内尔沃法官（同上，第256页）和阿蒙法官（同上，第319-320页）的个别意见。

[124] 见阿格罗特克西姆等诉希腊案，1995年10月24日的裁决，欧洲人权法院，A辑，330-A号，第25页，第68段。

[125] 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（上文脚注40），第40页，第65段。另见菲茨莫里斯法官（同上，第75页）和杰瑟普法官（同上，第194页）的个别意见。

要还没开展清理工作，这些权利就仍然存在。在整个破产管理过程中，这家公司仍继续存在。”[126] 一家公司在成立或组建后就在成立地国“诞生”。相反，它在成立地国即使其得以存在的国家停业，则即为“消亡”。因此，看来合理的做法是，必须根据公司成立地国的法律来确定公司是否已不存在，以及是否不能再作为一家公司实体运作。

(6) 短语“由于与损害无关的原因”力求确保股东国籍国不得就公司所受、造成公司消亡的损害提起诉讼。根据第10条，这依然是公司国籍国的权利。因此，股东国籍国只能为因公司遭受另外的损害而遭受损失的股东实行外交保护，这样的损害与可能导致公司消亡的损害无关。这一限定语的目的是限制股东国籍国针对公司所受损害而代表股东进行干预的可能情形。

(7) 第11条 (*b*) 款规定了一项例外，即公司股东的国籍国有权在成立地国本身应对公司所受损害负责的情况下，为股东实行外交保护。但这项例外的措辞用得十分谨慎，仅适用于下列情况：对公司造成了损害的国家规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

(8) 有初步证据支持一种宽泛的例外，不附带 (*b*) 款所规定的限制性条件，这种证据见于国家实践、仲裁裁决[127] 和学说。重要的是，*德拉瓜湾铁路案*、*墨西哥鹰牌案*和*特里温福公司案*这三起索赔案为股东国籍国进行干预提供了最强有力的支持；在这些案件中，蒙受损失的公司是被迫在不法行为国家成立的。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表明应将干预限于此类情况，但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在*墨西哥鹰牌案*中，墨西哥提出的论点是国家不可代表一家墨西哥公司的股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

> 如果承认这种理论，即政府能够首先把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确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益。[128]

(9) 在*巴塞罗那电车公司案*中，被告国西班牙不是受损失公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确提到过这项例外情况：

> 的确，一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，亦即违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成了一种理论，即如果被追究责任的国家是公司国籍国，那么，股东国籍国享有外交保护权。无论这项理论是否有效，它肯定不适用于该案，因为西班牙并不是巴塞罗那电车公司的国籍国。[129]

菲茨莫里斯法官、[130] 田中法官[131] 和杰瑟普法官[132] 在他们关于*巴塞罗那电车公司案*的个别意见中表示，他们完全支持股东国籍国在成立地国让公司蒙受损失时进行干预的权利。[133] 菲茨莫里斯法官[134] 和杰瑟普法官[135] 都承认，当成立地国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件时，这样的规则便特别有必要，但两人都不愿意将

---

[126] 同上，第41页，第67段。

[127] 见*德拉瓜湾铁路公司案*（上文脚注120）；*墨西哥鹰牌案*（*阿吉拉案*），M. M. Whiteman，《国际法文摘》，第8卷，1967年，第1272-1274页；*罗马诺－美洲案*，G. H. Hackworth，《国际法文摘》，第五卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1943年，第841页；“*萨尔瓦多商业公司*”等案（“*特里温福公司*”案），1902年5月8日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第467页，详见第479页；以及*德美石油公司油轮案*，1926年8月5日的裁决，同上，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第777页，详见第790页。对各种权威意见的全面论述，见 Caflisch，同前（上文脚注108）；以及 J. M. Jones，“代表系外国公司股东的国民索赔”，《英国国际法年鉴》，第26卷，1949年，第225页。另见 E. Jiménez de Aréchaga，“国际责任”，载于 M. Sørensen (编辑)，《国际法手册》，伦敦，麦克米伦出版社，1968年，第531页，详见第580-581页。

[128] Whiteman，同前（上文脚注127），第1273-1274页。

[129] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第48页，第92段。

[130] 同上，第72-75页。

[131] 同上，第134页。

[132] 同上，第191-193页。

[133] 顾维钧法官在*巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案*（比利时诉西班牙）中同样支持这项立场，初步反对意见，裁决，《1964年国际法院汇编》，第6页，详见第58页，第20段。

[134] *巴塞罗那电车公司案*（见上文脚注40），第73-74页，第15和第16段。

[135] 同上，第191-192页。

这项规则的适用局限于此类情况。另一方面，帕迪利亚·内尔沃法官[136]、莫雷利法官[137]和阿蒙法官[138]则极力反对这种例外情况。

(10) 在巴塞罗那电车公司案之后的时期，与拟议例外条款有关的事态发展主要出现在条约框架内。但事态发展都支持这一概念，即当公司的成立地国应对公司所受损失负责时，公司股东可对该成立地国采取干预措施。[139]在西电公司案[140]中，国际法院分庭允许美国就一家意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔，因为该公司的股票完全由两家美国公司掌握。尽管意大利不承认据称权利受到侵犯的公司在意大利成立，而美国设法保护该公司股东的权利，法院还是避免就该案的裁定与巴塞罗那电车公司案的裁定是否一致表态。[141]可以如下理由解释这种沉默：即分庭并不关心对习惯国际法的解释，它关心的，是对双边《友好商业航行条约》[142]的解释，该条约规定美国可以向海外股东提供保护。另一方面，显然已向分庭提出了拟议例外条款。[143]因此，有可能推断出对这种例外规定的支持，即在成立地国应对公司所受损害负责时，赞成公司股东的国籍国有权针对成立地国采取干预措施。[144]

(11) 在巴塞罗那电车公司案之前，拟议的例外规定就获得了支持，不过，对于国家惯例和仲裁裁决是否或在多大程度上承认该项例外规定，仍存有分歧。巴塞罗那电车公司案的附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见，无疑加重了赞同该例外规定的言论的份量。随后的事态发展，尽管是在条约解释的框架之内，也确认了这一趋势。[145]在这种情况下，有可能根据司法意见而维持一种普遍的例外。但是第11条 (*b*) 款并没有走那么远。相反，它将例外规定局限于所谓的“卡尔沃公司”，如卡尔沃条款[146]所述，成立这种公司的目的是旨在使公司免受外交保护相关国际法规则的制约。它将例外局限于下述情形：在受到损害之时（另一项限制性特征），公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍，并且该国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。毫无疑问，会有这样的情况：对外国投资者施加压力，迫使他们在他们想做生意的国家里成立公司。按照 (*b*) 款所含的例外规定，这是不够的：该国的法律必须规定成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

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实行外交保护。

评　注

(1) 法院在巴塞罗那电车公司案中确认，股东自身的权利受到影响时便有资格得到外交保护，法院指出：

> ……某一只是针对和侵犯公司权利的行为并不涉及对股东的责任，即使股东的利益受到了影响。[……]如果所控行为针对的是这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予股东的权利与给予公

[136] 同上，第257-259页。

[137] 同上，第240-241页。

[138] 同上，第318页。

[139] 见美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案，1985年10月24日第129号案，《国际法报告》，第84卷（1991年），第484和第496页（解释《阿尔及尔理赔宣言》第七条第2款）；利比里亚东部木材公司诉利比里亚共和国政府案，《国际法律资料》，第26卷（1987年），第647页和第652-654页（解释《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第25条）。

[140] 西西里电子公司（西电公司）案，判决，《1989年国际法院汇编》，第15页。

[141] 同上，第64页（第106段）和第79页（第132段）。

[142] 1948年2月2日在罗马签署（联合国，《条约汇编》，第79卷，第1040号，第171页）。

[143] 从小田法官（同上，第87-88页）和施韦贝尔法官（同上，第94页）在西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注140）中就这一问题进行的意见交流可清楚地看到这一点。

[144] Y. Dinstein表达了这样的意见，见“依据国际法对公司实施外交保护”，载于K.Wellens（编辑），《国际法：理论与实践——纪念埃里克·瑟伊文集》，海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1998年，第505页，详见第512页。

[145] 根据联合王国1985年的《国际索赔规则》，“如果［联合王国］国民在一家成立于另一国家因而是其国民的公司中作为股东或以其他身份拥有权益，而该国使公司蒙受损失，则［女王陛下政府］可以进行干预，保护［联合王国］国民的利益。”规则六，重印于《国际法和比较法季刊》，第37卷，（1988年），第1007页。

[146] 见《1956年……年鉴》［英］，第二卷，A/CN.4/96号文件，第203-204页。

司的权利截然不同，这些利益包括获得已公布红利的权利、出席大会和在会上投票的权利、公司清算时分得剩余资产的权利。无论何时，股东的直接权利之一如受到侵犯，股东都享有独立的行动权。[147]

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于对股东直接权利的侵犯，也就没有进一步要求法院审议此事。

(2) 国际法院分庭在讨论*西电公司案*[148]的时候，有人把保护股东直接权利的问题提了出来。然而，就该案而言，有关权利，例如股东组织、控制和管理公司的权利，在《友好商业航行条约》[149]中已有论述，有人要求分庭对该条约加以解释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。与国际法院审议*巴塞罗那电车公司案*时一样，在*阿格罗泰克西姆案*[150]中，欧洲人权法院承认股东在权利受到直接侵犯时，享有得到保护的权利，但主张本案中并没有发生这种侵权情事。[151]

(3) 第12条没有试图详尽列出有别于公司自身权利的股东的权利。法院在*巴塞罗那电车公司案*中提到了股东最明显的权利：获得已公布红利的权利、出席大会并在会上投票的权利以及公司清算时分得剩余资产的权利。然而，正如法院指出的，这个清单并非详尽无遗。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的限度。不过，必须认真分清股东权利与公司权利之间的界限，特别是关于参与管理公司的权利。“股东本人的权利”和“而非公司的权利”这两个短语，强调了对第12条须作狭义解释这一点。

(4) 第12条没有具体说明必须确定哪些权利属于股东而不属于公司这一法律秩序。在大多数情况下，这一问题应由成立地国的国内法来决定。但是，如果公司是在作出不法行为的国家成立，可能就需要援引一般公司法的原则，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇。[152]

第 13 条　其他法人

草案第9条和第10条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。

评　注

(1) 本章的规定迄今一直侧重于一类特定法人，即公司。这样做有两个原因。第一，与其他法人不同的是，公司具有某些共同的一致特点：它们是营利性企业，资本通常由股份来代表，公司这一独立实体与股东之间存在严格分别，股东承担有限责任。第二，与公营企业、大学、市政当局、基金会及其他法人不同，公司实际上是参与对外贸易和投资的主要法人，其活动不仅推动了国际经济生活，还推动了国际争端解决机制的发展。对法人的外交保护主要涉及对外国投资的保护。这就是为何公司是在外交保护领域占据核心地位的法人，以及为何本套条款草案的确而且应当主要关注这种实体。

(2) 普通意义的“人”是指人类。然而，在法律意义上，“人”是指法律赋予其取得权利和承担义务的能力的任何存在物、客体、团体或机构。法律制度可随意给予任何客体或团体以法律人格。各项法律制度在赋予法律人格方面没有一致性或统一性。

(3) 法学上对于法律人格的法律性质、特别是法人的形成方式存在争论。“拟制”说坚持认为，只有通过国家的正式组建行为才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得人格特权，通过法律的拟制，该人格等同于自然人，需受到法律可能设置的限制制约。另一方面，“实在”说则认为，法人存在是一种现实，不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事，它便成为具有所有法人属性的法人，而无需

[147] *巴塞罗那电车公司案*（见上文脚注40），第36页，第46-47段。

[148] 见上文脚注140。

[149] 见上文脚注142。

[150] *阿格罗泰克西姆等诉希腊案*（见上文脚注124）。

[151] 同上，第23-24页，第62段。

[152] 小田法官在就*西电公司案*表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”（见上文脚注140），第87-88页。

国家赋予其法律人格。无论实在说的长处如何，法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院[153] 和国际法院[154] 均强调了这一点。

(4) 鉴于法人是国内法的产物，因此，目前存在大量具有不同特点的法人，包括公司、公营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业（在一些国家内）。由于无法找到所有这些法人的共同、统一特点等原因，国际公法和国际私法的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司。尽管这样，在讨论外交保护问题时，还必须考虑到公司以外的其他法人。常设国际法院的判例法显示，在某些情形下，市镇[155]（市政当局）或大学[156] 可以获得法人资格，成为一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的自主实体的前提下，如果它们在国外受到损害，就没有理由不给予其获得外交保护的资格。[157] 由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。今天，有许多基金会资助国外的项目，以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人权和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响，它将很可能得到依照其法律设立的各个国家的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织似乎与基金会属于同一类别。[158]

(5) 由于公司以外的法人在目标和结构上多种多样，因此不可能为每一类不同的法人都单独制定有差别的外交保护规定。最明智和唯一现实的做法是拟订一项规定，将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点而作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。这项规定指出，第9和第10条分别载有的关于公司国籍国的原则以及公司持续国籍原则的适用，将“酌情”适用于对公司以外的法人的外交保护。起初使用了短语“*mutatis mutandis*”，但委员会决定不用拉丁短语，因为“as appropriate”一语完全涵盖了委员会想要表达的意思。没有提及第11和第12条，因为这两条仅涉及股东的权利。

第三部分

当地补救办法

第 14 条　用尽当地补救办法

1．除非有条款草案第16条规定的情形，一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害，在该受害人用尽一切当地补救办法之前，不得提出国际求偿。

2．“当地补救办法”系指受害人可以在据称应对损害负责的国家的普通或特别司法或行政法院或机构获得的法律补救办法。

评　注

(1) 第14条设法编纂关于提出国际求偿前必须用尽当地补救办法的习惯国际法规则。国际法院在国际工商业投资公司案[159] 中承认这项规则是“习惯国际法公认的规则”，国际法院分庭在西电公司

---

[153] 女王诉财政部和国内税务局专员案，每日邮报与通用信托集团一方诉讼，第81/87号案，1988年9月27日的判决，欧洲法院，《1988年欧洲法院汇编》，第5483页，第19段。

[154] 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第34-35页，第38段。

[155] 常设国际法院在波兰上西里西亚的某些德国权益案中裁定，拉蒂博尔镇属于《德国－波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别（案情，1926年第7号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第7号，第19页，详见第73-75页）。该公约是1922年5月15日在日内瓦签署的（见 G. Kaeckenbeeck,《上西里西亚的国际实验》，伦敦，牛津大学出版社，1942年，第572页）。

[156] 常设国际法院在匈牙利-捷克斯洛伐克混合仲裁法庭裁判上诉（彼得·帕茨玛尼大学）案的声明中裁定，彼得·帕茨玛尼大学是《协约及参战各国对匈牙利和约》（《特里亚农条约》）第250条所述的匈牙利国民，因此有权索回属于它的财产（1933年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第61号，第208页，详见第227-232页）。

[157] 由于外交保护是一种专门保护不属于国家一部分的自然人或法人的程序，在大多数情况下，作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学将不具有获得外交保护的资格。但私立大学与其他私立学校一样，有资格获得外交保护，只要它们按照国内法享有法律人格。

[158] 又见 K. Doehring，“非政府组织的外交保护”，M. Rama-Montaldo（编辑），*El derecho internacional en un mundo en transformación*: liber amicorum *en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*，蒙得维的亚，大学文化基金会，1994年，第571-580页。

[159] 国际工商业投资公司案（见上文脚注31），第27页。

案[160] 中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。用尽当地补救办法规则确保“违法的国家有机会在其国内制度框架内用本国办法进行补救”。[161] 国际法委员会先前在国家责任的范围内审议过用尽当地补救办法问题，认为这是一项得到司法裁决、国家惯例、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。[162]

(2) 自然人和法人都需要用尽当地补救办法。局部或主要由公有资本资助的外国公司如果从事事务权行为，也需要用尽当地补救办法。实行保护的国家的非本国国民如有权在第8条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地补救办法。

(3) 第1款提到提出要求， 而不是提交要求，因为“提出”比“提交”更准确地反映了所涉过程，“提交”意指附带后果的正式行为，用来表明正式提出要求的时间最恰当。

(4) 对“所有当地补救办法”一语，必须按照第16条进行理解。该条叙述了不需要用尽当地补救办法的例外情况。关于在条款中说明只需要用尽“适当和有效的”当地补救办法的建议出于以下两个原因未被采纳：第一，因为对用尽当地补救办法这项要求的限定需要在单独条款中予以特别注意；第二，被告国一般负有的举证责任是要证明可以得到当地补救办法，而申诉国一般负有的举证责任是要证明对受到损害的个人而言，没有有效的补救办法，[163] 这一事实要求分别处理当地补救办法规则的这两个方面。

(5) 外国人提出国际要求前必须用尽的可利用补救办法在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项可以涵盖所有情况的绝对规则。第2款设法广义地描述必须用尽的法律补救办法的主要类别。[164] 首先，外国国民显然必须用尽被告国国内法规定的一切可利用的司法补救办法。如果有关国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。即使没有依法定权利向上一级法院提出上诉，但这样的法院有权酌情给予上诉许可，那么，外国国民必须仍然向该法院申请上诉许可。[165] 在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关键问题不是法律救济的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。[166]

(6) 此外， 还必须用尽行政补救办法。不过，受害外侨只需要用尽可能导致约束性决定的补救办法。他不需要要求行政部门行使酌处权予以救济。当地补救办法不包括恩惠性的救济[167] 或“旨在获得优惠而不是维护权利的”的救济。[168] 要求宽厚对待和求助于监察员一般都属于这一类。[169]

(7) 为了以用尽当地补救办法为理由充分奠定国际求偿的基础，外国的诉讼当事人必须在国内诉

---

[160] *西西里电子公司（西电公司）案*（见上文脚注140），第42页，第50段。

[161] *国际工商业投资公司案*（见上文脚注31），第27页。

[162] 见委员会一读暂时核准的国家责任条款草案第22条，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第三章，D.1节（条款草案第22条由委员会第二十九届会议核准，该条的案文及其评注见《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第二章，B节，第30-50页）；以及委员会第五十三届会议通过的国家对国际不法行为的责任条款草案第44条（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第33页）；本条评注见第138-139页。

[163] 特别报告员在关于外交保护的第三次报告C节审议了举证责任问题（见上文脚注19）。委员会决定不列入关于这项议题的条款草案（见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第62-63页，第240-252段）。另见*西西里电子公司（西电公司）案*（上文脚注140），第46-48页，第59-63段。

[164] *在安巴蒂耶落斯求偿案*中，仲裁法庭宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验”（1956年3月6日的判决，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷（出售品编号：63.V.3），第120页）。该议题的论述又见C. F. Amerasinghe,《国际法的当地救济》，第2版，剑桥大学出版社，2004年。

[165] 这其中包括在美国最高法院进行的调卷令程序。

[166] *B.斯科武·尼尔森诉丹麦案*，诉请书编号：第343/57号。1959年9月2日的判决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第438页，提到了国际法学会在其1954年决议里的考虑因素（《国际法学会年鉴》，第46卷，1956年，第364页）。另见*劳利斯诉爱尔兰案*，诉请书编号：第332/57号，1958年8月30日的判决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第308页，详见第318-322页。

[167] *芬兰船东就战时使用某些芬兰船舶向大不列颠求偿（“芬兰船舶仲裁”）案*，1934年5月9日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1479页。

[168] *德贝克诉比利时案*，诉请书编号：第214/56号, 1958年6月9日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第238页。

[169] 见*阿韦纳和其他墨西哥国民案*（墨西哥诉美利坚合众国），2004年3月31日的判决，《2004年国际法院汇编》，第12页，详见第63-66页，第135-143段。

讼程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的基本论点。在西电公司案上，国际法院分庭指出：

> 如果求偿的实质已经提交主管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，这便构成充分条件，使国际求偿具有了可受理性。[170]

与芬兰船舶仲裁案中阐明的更为严格的标准相比，这项标准更为可取：

> 求偿国政府提出的所有事实论点和法律陈述［……］都必须曾经经过国内法院的调查和裁决。[171]

(8) 因此，外国的诉讼当事人必须提出他在用尽当地补救办法过程中得到的支持其要求的实质内容的所有证据。[172] 他不能利用外交保护提供的国际补救办法来弥补他在国内一级提出要求时的准备不当。[173]

第 15 条　求偿的类别

在主要基于一国国民或条款草案第 8 条所指的其他人所受的损害而提出国际求偿或请求作出有关求偿的宣告性判决时，应用尽当地补救办法。

评　注

(1) 用尽当地补救办法规则仅适用于求偿国因其国民而“间接”受到损害的情况。[174] 如果求偿国因另一国的不法行为而直接受到损害则不适用此项规则，因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际求偿。

(2) 实际上，在求偿属“混合”性质时，即在国家及其国民都遭受损害的情况下，很难确定它是“直接”还是“间接”的。提交各国际法院的许多争端都属于混合求偿的情况。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，[175] 伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国承担的保护其外交和领事人员的义务，同时，被劫持为人质的美国国民（外交和领事人员）也受到损害；在国际工商业投资公司案中，[176] 瑞士就两种不法行为提出求偿，一种是违背条约使瑞士受到直接损害的不法行为，一种是因其本国公司受到损害而使瑞士受到间接损害的不法行为。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院将求偿作为直接违反国际法的情况处理；在国际工商业投资公司案中，国际法院认为求偿主要是间接的，国际工商业投资公司并未用尽当地补救办法。

(3) 在混合求偿的情况中，法庭必须审查求偿的不同要素，确定主要要素是直接的还是间接的。在西电公司案中，国际法院分庭反驳了美国关于其部分要求源自违反条约的行为所以不必用尽当地补救办法的论点，指出：

> 分庭毫不怀疑，渲染并贯穿美国整个要求的事项是据称雷锡恩公司和麦奇里特公司［美国公司］受到的损害。[177]

与主要性检验密切相关的是必要条件或“若非”检验，这项检验的目的是要确定如果不是因为为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会提出来。如果这一问题的答案是否定的，则这项要求为间接要求，必须用尽当地补救办法。但是，主要性检验与“若非”检验之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这就证明了若非国民遭受损害，便不会提出要

---

[170] 西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注 140），第 46 页，第 59 段。

[171] 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注 167），第 1502 页。

[172] 见安巴蒂耶洛斯求偿案（见上文脚注 164）。

[173] 见 D. P. O’Connell，《国际法》，第 2 卷，第 2 版，伦敦，史蒂文斯出版社，1970 年，第 1059 页。

[174] 这符合常设国际法院在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中提出的原则，即“为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法程序，一个国家事实上是在维护自己的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利”（见上文脚注 31），第 12 页。

[175] 美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980 年国际法院汇编》，第 3 页。另见阿韦纳和其他墨西哥国民案（见上文脚注 169），第 40 段。在该案中，国际法院认为，依照《维也纳领事关系公约》第 36 条第 (1) 款的规定，墨西哥因其国民受害而直接受损。

[176] 见上文脚注 31。

[177] 西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注 140），第 43 页，第 52 段；另见国际工商业投资公司案，（见上文脚注 31），第 28 页。

求这一事实。在这种情况下，委员会倾向于只采用一项标准，即主要性检验标准。

(4) 为确定要求为直接或间接性质而采用的其他“标准”，与其说是标准，不如说是在确定要求究竟主要是直接要求还是间接要求，或是否若非国民遭受损害，就不会提出要求时，必须考虑的因素。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主题、要求的性质和所要求的救济。因此，在争端主题是外交官[178]或国家财产[179]的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民寻求金钱救济，要求将是间接性的。

(5) 第15条明确规定，不仅在国际求偿中，而且在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性判决时，都必须用尽当地补救办法。下面这项观点得到一定支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害的要求，而仅要求就某一条约的解释和适用作出裁决，则没有必要用尽当地补救办法。[180]但在有些情况下，要求国寻求就据称被告国在非法对待要求国国民过程中违反或无意中违反的某一条约的解释和适用作出宣告性判决时，则需要用尽当地补救办法。[181]第15条明确规定，请求作出宣告性判决本身并不豁免用尽当地补救办法规则。如果请求作出宣告性判决与涉及国民损害的要求有附带关系或相关——不论是否与代表受损害国民提出的赔偿或恢复原状要求相关——法庭仍有可能判定，从案情各方面看，作出宣告性判决的请求主要以国民遭受的损害为基础。如果有证据表明要求国蓄意请求作出宣告性判决以避免遵守当地补救办法规则，则法庭的这种裁定就是公正合理的。

第 16 条　当地补救办法规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

(*a*) 当地补救办法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，且不当拖延是由据称应负责的国家造成的；

(*c*) 受害人与据称应对损害负责国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；

(*d*) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。

评　注

(1) 第16条涉及用尽当地补救办法规则的例外。(*a*) 款至 (*c*) 款涉及要求受伤害的外国侨民提出求偿前必须用尽当地补救办法属不公平或不合理的情况，是用尽当地补救办法规则的明显例外。(*d*) 款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地补救办法的要求。

a 款

(2)(*a*) 款涉及的用尽当地补救办法规则的例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。委员会考虑了三种拟订规则的备选方案，来描述不必用尽当地补救办法的情况：

(一) 当地补救办法显属徒劳；

(二) 当地补救办法没有合理的成功机会；

(三) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；

所有三种方案都得到了权威意见的一定支持。

(3) 委员会考虑了首席仲裁员巴奇在芬兰船舶仲裁案[182]中阐释的“显属徒劳”标准，但认为它设置的门槛过高。另一方面，委员会认为，欧洲人权

[178] 见美国驻德黑兰外交和领事人员案（上文脚注175）。

[179] 见科孚海峡案（联合王国诉阿尔巴尼亚），案情，判决，《1949年国际法院汇编》，第4页。

[180] 见3月27日美利坚合众国与法国间的空运协定案，1978年12月9日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷（出售品编号：E/F.80.V.7），第417页；1947年6月26日联合国总部协定第21条所规定仲裁义务的适用案，咨询意见，《1988年国际法院汇编》，第12页，详见第29页，第41段。

[181] 见国际工商业投资公司案（上文脚注31），第28-29页；以及西西里电子公司（西电公司）案（上文脚注140），第43页。

[182] 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注167），第1504页。

委员会在几项决定[183]中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。因此，它倾向于第三种方案，既避免“显属徒劳”的严格用语，又对求偿人规定了很大责任，即要求他证明，根据案情和被告国的法律制度，按合理情况推论，他不大可能得到有效补救。这项标准起源于赫希·劳特帕特爵士在挪威公债案[184]中的个别意见，并得到了法学家著作[185]的支持。此外，它符合如下司法裁决，即在当地法院对争议问题没有管辖权的情况下不需要用尽当地补救办法；[186]当地法院不会审查为外侨所申诉行为进行辩护的国家法律；[187]当地法院极其缺乏独立性；[188]存在对外侨不利的连贯性既定判例；[189]当地法院无权给予外侨适当、充分的救济；[190]被告国没有适当的司法保护制度。[191]

(4) 当地补救办法是否能够提供实现有效补救的合理可能性的问题，必须结合利用救济时当地的法律和情况来决定。这个问题将由负责审查有无用尽当地补救办法这项任务的主管国际法庭来决定。就这一事项作出决定时，必须假定有关求偿在法律上有价值。[192]

b 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地救济负有责任的情况中，可以免除用尽当地补救办法的要求，

[183] 见雷迪马格房地产管理公司诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：第712/60号，1961年12月16日的判决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1961年欧洲人权公约年鉴》，第385页，详见第400页；X、Y和Z诉联合王国案，诉请书编号：第8022/77和第8027/77号，1979年12月8日的裁决，欧洲委员会，欧洲人权委员会，《决定和报告》，第18卷，第66页，详见第74页。另见委员会第二十九届会议通过的国家责任条款草案第22条评注（上文脚注162）。

[184] 见挪威公债案（法国诉挪威），判决，《1957年国际法院汇编》，第9页，详见第39页。

[185] 见关于外交保护的第三次报告（上文脚注19），第35段。

[186] 见帕涅韦兹斯－萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注32），第18页；和根据《讷伊条约》第181条的仲裁案，《美国国际法学报》，第28卷（1934年），第760页，详见第789页；特里温福公司案（上文脚注127），第476-477页；“洛蒂梅号”事件案，1899年4月18日的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第29页，详见第31页；劳特帕特法官就挪威公债案提出的个别意见（上文脚注184），第39-40页；芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1535页。

[187] 见根据《讷伊条约》第181条的仲裁案（上文脚注）。另见罗多彼中部森林案，案情，1933年3月29日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1405页；安巴蒂耶洛斯案（上文脚注164），第119页；国际工商业投资公司案（上文脚注31），第28页。

[188] 罗伯特·E.布朗（美国）诉大不列颠案，1923年11月23日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第120页；贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案，案情，1988年7月29日的裁决，《国际法律资料》，第28卷，1989年，第291页，见第304-309页。

[189] 帕涅韦兹斯－萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注32）；“利斯曼号”轮船案，1937年10月5日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1767页，见第1773页；“塞古兰卡号”轮船案，1939年9月27日的裁决，同上，详第1861页，见第1868页；芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1495页；X诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：第27/55号，1956年5月21日的裁决，欧洲人权委员会，1955年、1956年和1957年的《文件和决定》，第138页；X诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：第352/58号，1958年9月4日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第342页，详见第344页；以及X诉奥地利案，诉请书编号：第514/59号，1960年1月5日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1960年欧洲人权公约年鉴》，第196页，详见第202页。

[190] 见芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1496-1497页；贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案（上文脚注188）；亚哲和萨尔根诉土耳其案，1995年6月8日的判决，欧洲人权法院，《A辑：报告和决定》，第319卷，第3页，详见第17页，第42段；霍恩斯比诉希腊案，1997年3月19日的判决，同上，欧洲人权法院，《报告和决定》（1997-II），第33号，第495页，详见第509页，第37段。

[191] 见穆希基瓦博等诉巴拉亚格维扎案，1996年4月9日的裁决，《国际法律资料》，第107卷（1997年），第457页，详见第460页。智利实行军事独裁期间，美洲人权委员会认为，因军事司法下法律诉讼存在固有的不正常情况，不必用尽当地救济（见第9755号案（智利），第01a/88号决议，第9755号案，《1987-1988年美洲人权委员会年度报告》，OEA/Ser. L/V/II. 74, 10 rev. 1号文件，第136页及以下各页）。

[192] 见芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1504页；以及安巴蒂耶洛斯案（上文脚注164），第119-120页。

编纂努力、[193] 人权文书和实践、[194] 司法裁决[195] 和学者意见等都确认了这一点。委员会意识到赋予“无理拖延”以客观的内容或含义或试图规定一项执行当地补救办法的时限存在困难。对每一案件都须依案件事实作出判断。英国－墨西哥索赔委员会在*埃尔奥罗矿业和铁路公司案*中说：

> 委员会不打算精确地规定法庭将在哪一期限内作出判决。这取决于几种情况，最主要的是彻底审查案件所涉及的工作量，换句话说，即后者的规模。[196]

(6)b 款明确规定，救济过程拖延是据称对外侨损害负责的国家造成的。这里使用“救济过程”而不使用“当地补救办法”，是为了涵盖援引和执行当地补救办法以及引导当地补救办法的整个过程。

c 款

(7) 第16条 (*a*) 款所载的用尽当地补救办法规则的例外，说的是在“当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性”时无需用尽当地补救办法，并不包括当地补救办法虽具有实现有效补救的合理可能性，但用尽当地补救办法不合理或会对受害外侨造成巨大困难的情况。例如，即使存在有效的当地补救办法，但在以下情况下要求受害人用尽当地补救办法不合理也不公平：其财产受到了来自非其财产所在国的污染、放射性沉降或空间物体坠落导致的环境损害；其所乘坐的飞行器因误入一国领空而被该国击落；被告国或某些其他机构为其利用当地补救办法设置严重障碍。在此类情况下，有人提出，因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，无需用尽当地补救办法。

(8) 有些文献支持以下观点，在要求用尽当地补救办法的所有案例中，受害人与被告国之间都存在着某种联系，比如自愿停留、居住、拥有财产或与被告国有契约关系。[197] 这项看法的支持者认为，外交保护和当地补救办法规则的性质近来已有重大变化。早期外交保护历史的特点是，在一外国居住和经商的外侨受到该国行动的伤害，因此，根据前往外国的国民通常必须接受其所在地的当地法律，包括为补救不法行为提供的手段这项理论，可要求他用尽当地补救办法。然而在今天，个人可能受到一外国在其领土以外的行为或在其领土内的某种行为伤害，而个人与该国领土并不存在联系。这方面的示例有：跨界环境损害（如乌克兰基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸，在遥远的日本和斯堪的那维亚造成放射性沉降）和击落误入一国领空的飞机（如1955年7月27日*空中事件案*[198] 所阐述的，在该案中，保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机）。这一自愿联系或领土联系规则的基础，是外侨承担在外国的风险。只有外侨自愿接受被告国管辖，才可要求他用尽当地补救办法。

(9) 司法部门和国家惯例都没有就此类用尽当地补救办法规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在*国际工商业投资公司案*[199] 和*萨利姆案*[200] 中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他

---

[193] 见特别报告员加西亚·阿马多尔在关于国家责任的第一次报告中对以前编纂努力的讨论，《1956年……年鉴》［英］，第二卷，A/CN.4/96号文件，第173-231页，详见第223-226页；以及哈佛法学院1960年编写的《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的公约草案》第19条第(2)款，载录于 Sohn 和 Baxter，如上（上文脚注65），第577页。

[194] 《公民及政治权利国际公约》（第41条第(1)款(*c*)项）；《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）（第46条第(2)款(*c*)项）；*魏因贝格尔诉乌拉圭案*，第28/1978号来文，人权事务委员会，《决定选编》，第1卷，第57页，详见第59页；*拉斯帕尔梅拉斯村案*，初步反对意见，2000年2月4日的判决，美洲人权法院，C辑，《决定和判决》，第67号，第38段；*埃尔多安诉土耳其案*，诉请书编号：第19807/92号，第84A号，欧洲人权委员会，1996年，《决定和报告》，1996年，第5页，详见第15页。

[195] 见*埃尔奥罗矿业和铁路有限公司案*（英国诉墨西哥合众国），1931年6月18日第55号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第191页，详见第198页；以及*冯普勒王子事务管理案*，1933年2月4日的命令，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第52号，第11页，详见第16页。

[196] 见上文脚注195。

[197] 见 C. F. Amerasinghe，《国际法上的当地补救办法》（上文脚注164），第169页；以及 T. Meron，“用尽当地补救办法的发生率”，《英国国际法年鉴》，第35卷（1959年），第83页及以下各页，详见第94页。

[198] 1955年7月27日*空中事件案*（以色列诉保加利亚），判决，《1959年国际法院汇编》，第127页。

[199] 在此，国际法院表示，“它认为*发生侵权的国家*也应有机会以自己的方式进行补救。”（见上文脚注31），第27页（楷体是后加的）。

[200] 在*萨利姆案*中，仲裁法庭宣布，“作为一项规则，外国人必须承认他选择居住的国家的司法对其适用”（见上文脚注66），第1202页。

案件[201] 中，法庭判定在受害外侨与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍适用当地补救办法规则。在挪威公债案[202] 和1955年7月27日空中事件案[203] 中，尽管有力地提出了支持自愿联系要求的论点，但国际法院均未就该事项作出决定。在涉及跨界污染的特雷尔炼锌厂案[204] 中，并不存在自愿联系或领土联系，加拿大也没有坚持要用尽当地补救办法。这一案例和其他因不存在自愿联系而免除当地补救办法的案例，[205] 被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地补救办法规则的先决条件。然而，在这些案件中，没有坚持适用当地补救办法规则也可以作其他解释，例如是无需用尽当地补救办法的直接损害例子，或有关仲裁协定没有要求用尽当地补救办法等。

(10) 虽然委员会认为有必要明确规定当地补救办法规则的这一例外，但不喜欢用“自愿联系”一词来描述这一种例外，因为它强调受害人的主观意愿，而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。此外，在实践中，主观标准很难证明。因此，委员会决定要求受害外侨与东道国之间存在“相关联系”。这一联系必须“相关”，即它必须与所受损害有某种关联。法庭不仅需要审查受害人是否在东道国领土上出现、居住或经商，还要依案情审查该人的行为是否表明他承担了在遭受损害时接受东道国裁判的风险。因此，委员会认为“相关”一词最有利于法庭考虑在发生损害情况下受害人与东道国之间关系的核心要素，进而确定受害外侨是否承担了接受东道国裁判的风险。

(11) c款第二部分的目的是，在依案情实在无法合理地要求遵守这项规则的情况下，使法庭有权免除用尽当地补救办法的要求。在做出这项决定时，显然需要对每起案件本身的案情进行审查，因此，不应试图列出允许这项例外的因素的综合清单。不过，委员会建议在以下情况下可行使例外权：一国设法阻止受害外侨实际上接触该国法庭，例如拒绝其进入该国领土，或制造危险，使之感到试图进入该国领土是不安全的；东道国的刑事密谋阻碍求偿人在当地法院提出诉讼；用尽当地补救办法的费用高昂令人负担不起。

d款

(12) 国家可能愿意放弃用尽当地补救办法的要求。由于此项规则旨在保护被控不当对待外侨的国家的利益，有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明：

> 对于这类案件，根据公认的国际法原则和国际实践，规定事先用尽国内救济的规则是为了有关国家的利益而设计的，因为根据该项规则，国家对归咎该国的行为，在没有机会通过国内办法加以补救以前，无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一种辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。[206]

(13) 放弃当地补救办法可采用多种形式。有关放弃的规定可见于争端发生前或发生后缔结的双边或多边条约；可见于外侨与被告国之间的契约；可以是明示或默示的；或可以根据被告国在属于不容反悔或丧失权利的情况下的行为加以推定。

(14) 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定，或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他的国际争端解决方式予以解决的一般性条约；也可见诸国家与外侨所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地补救办法是有效的。放弃这一要求是当代国家实践的一种常见特征，许多仲裁协定都载有放弃条款。最有名的实例可能是《关于解

---

[201] 芬兰船舶仲裁案（上文脚注167）；安巴蒂耶洛斯案（见上文脚注164）。

[202] 挪威公债案（法国诉挪威），1957年7月6日的判决，法国的口头诉状，《国际法院书状》，第一卷，第408页。

[203] 1955年7月27日空中事件案（以色列诉保加利亚），初步反对意见，以色列的口头诉状，《国际法院书状》，第531-532页。

[204] 特雷尔炼锌厂案（美国诉加拿大），《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1905页。

[205] 弗吉尼厄斯号案（1873年），载于J. B. 穆尔，《国际法文摘》（上文脚注120），第二卷，第895页，详见第903页；以及杰西案（1921年），载于《美国国际法学报》，第16卷（1922年），第114-116页。

[206] 1981年11月13日哥斯达黎加政府案（事关维维安娜·加利亚多等人），1981年11月13日的裁决，美洲人权法院，《国际法报告》，第67卷（1984年），第578页，详见第587页。另见西西里电子公司（西电公司）案（上文脚注140），第42页，第50段；以及德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（“比利时流浪案”），欧洲人权法院，1971年6月18日的判决，《国际法报告》，第56卷，第337页，详见第370页，第55段。

决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第26条，其中规定：

> 除非另有规定，当事方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他救济而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法救济，作为其同意根据本公约交付仲裁的一项条件。

人们普遍同意，明示放弃无论载于国家间协定还是国家与外侨间的契约，都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。[207]

(15) 不得随便默示放弃当地补救办法。国际法院分庭在西电公司案中就这个问题说，分庭

> 不能接受的是，习惯国际法的一项重要原则，在没有任何明确表示愿意放弃的言词的情况下，被认定为默示放弃。[208]

(16) 但是，如果当事方放弃当地补救办法的意图是明确的，则必须落实这项意图。司法裁判[209]与法学家的著作都支持此项结论。对于在什么情况下可以默示放弃当地补救办法的愿图，不可能制定一项通则。每起案件都必须根据有关文书的措辞和通过时的背景作出判断。在被告国同意把将来可能与申诉国发生的争端交付仲裁的情况下，有人认为“如果有关案件涉及缔约一方支持其国民的要求”，则这种协定“不涉及放弃用尽所有当地补救办法的要求。”[210] 国际法院分庭在西电公司案中确认，在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。[211] 在发生有关争端后才缔结的仲裁协定中，比较容易默示放弃当地补救办法。在这种情况下，如果被告国与申诉国在争端所涉国民受到损害后才缔结涉及国民待遇相关争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地补救办法规则作出规定，则可以称说是默示放弃该项规则。

(17) 虽然有人支持一种主张，即被告国在国际诉讼程序中的行为可导致该国不得要求用尽当地补救办法，[212] 但考虑到国际法中对不容反悔理论尚无定论，委员会不赞成在关于放弃的规则措辞中提及不容反悔。委员会认为，最好是允许将可推定为放弃当地补救办法的行为当作默示放弃。

第四部分

杂项规定

第 17 条　外交保护以外的行动或程序

本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体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害取得补救的权利。

评　注

(1) 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，最终服务于一项共同的目标——保护人权。[213] 因此，本条款无意排除或取消受损害人国籍国和国籍国以外的国家根据习惯国际法或者多边或双边人权条约或其他条约保护该人的权利。本条款也无意干涉自然人或其他实体例如非政府组织按照国际法

---

[207] 见维维安娜·加利亚多等人案（上文脚注206）和德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（“比利时流浪案”）（同上）。

[208] 西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注140），第42页，第50段。

[209] 例如见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案，第322号案（1928年），《1927年和1928年国际公法案例年度文摘》，A.McNair和H.Lauterpacht（编辑），伦敦，郎曼出版社，1931年，第472页；美国国际集团公司诉伊朗伊斯兰共和国案，第93-2-3 (1983) 号裁决，《伊朗－美国索赔法庭汇编》，剑桥，格劳秀斯，1985年，第4卷，第96页。

[210] F.A. Mann,“国家合同与国际仲裁”,《英国国际法年鉴》，第42卷（1967年），第32页。

[211] 见上文脚注140。在帕涅韦兹斯－萨尔杜提斯基铁路案（见上文脚注32）中，常设国际法院认为，接受《法院规约》第36条第2款的任择条款不构成默示放弃当地补救办法规则（正如范艾辛加法官在反对意见里所主张的那样，同上，第35-36页）。

[212] 见西西里电子公司（西电公司）案（上文脚注140），第44页，第54段；美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案，1992年11月30日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷，第65页，第6.33段（另见《国际法报告》，第102卷，第216页，详见第285页，第6.33段）；以及福蒂等人案，案情，1982年12月10日的判决，《国际法报告》，第71卷，第366页，详见第380页，第46段。

[213] 见关于外交保护的第一次报告（上文脚注16），特别是第22-32段。

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害取得补救的权利。

(2) 一国可根据下列文书，在国家间的诉讼中针对受损害人国籍国或第三国保护非本国国民：《公民及政治权利国际公约》（第41条）、《消除一切形式种族歧视国际公约》（第11条）、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（第21条）、《欧洲人权公约》（第24条）、《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）（第45条）和《非洲人权和人民权利宪章》（第47-54条）。上述公约还允许一国在国家间诉讼程序中保护自己的国民。另外，习惯国际法允许国家通过抗议、谈判，并在管辖权文书许可的情况下通过法律程序，保护非本国国民的权利。国际法院在1996年*西南非洲案*[214] 中作出了国家不能提起法律程序来保护非本国国民权利的裁定，这项裁定如今已被视为是一项错误的法律，国际法委员会已在关于国家责任的条款中对其作了明确驳斥。[215] 此外，在所违背义务是对整个国际社会承担的义务时，关于国家责任的条款第48条允许由受害国以外的国家援引另一国的责任。[216]

(3) 根据各项国际人权公约，个人也享有保护自己不受损害国损害的权利和补救办法，不论损害国是该个人的国籍国还是另一国。为达到这项目的最经常利用的是向国际人权监测机构请愿的权利。[217] 国际法上的个人权利也可在人权框架之外产生。在*拉格朗案*中，国际法院认为《维也纳领事关系公约》第36条“创立了个人权利，被拘留者的国籍国可根据《任择议定书》第1条在本法院援引这些权利；”[218] 在*阿韦纳案*中，法院进一步指出：

> 侵害个人依据第36条享有的权利可能会牵涉对派遣国权利的侵害，对后者权利的侵害也可能牵涉对个人权利的侵害。[219]

已经在关于国家责任的条款内增添了一项保留条款即第33条，以顾及国际法的这一发展。[220]

(4) 第17条提及的行动或程序包括根据全球性和区域性人权条约以及任何其他条约可以采取的行动或程序，例如许多保护投资的条约所载行动或程序。但第17条并没有涉及国内补救办法。

(5) 这项条文主要涉及采用外交保护以外的手段保护人权。但这项条的确也涵盖其他事项（例如保护外国投资）方面的条约和习惯规则所给予国家、自然人和其他实体的权利。同样，本套条款草案不妨碍在外交保护以外的程序下存在的这类权利。

(6) 第17条表明，本条款草案不影响国家、自然人或其他实体诉诸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。然而，当一国诉诸此种程序时，它并没有放弃为身为其国民的个人实行外交保护的权利。[221]

(7) 委员会一位委员认为，按照人权条约所寻求的补救办法属于特别法，优先于按照外交保护所寻求的补救办法。委员会一些委员还表示，第17和第18条应该合并。

第 18 条　特别条约条款

在本条款草案与特别条约条款，包括关于公司或公司股东与国家间争端解决的规定不符的情况下，也仅在这一范围内，本条款草案不适用。

---

[214] *西南非洲案*，第二阶段，1966年7月18日的判决，《1966年国际法院汇编》，第6页。

[215] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第145页（第48条评注，脚注725）。

[216] 同上，第76段。

[217] 例如见《公民及政治权利国际公约任择议定书》；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第22条。

[218] *拉格朗案*（德国诉美利坚合众国），判决，《2001年国际法院汇编》，第466页，详见第494页，第77段。

[219] *阿韦纳和其他墨西哥国民案*（见上文脚注169），第36页，第40段。

[220] 该条第2款的案文是：“本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段）。

[221] *在塞尔牟尼诉法国案*（诉请书编号：第25803/94号，1999年7月28日的判决，欧洲人权法院，《判决和决定汇编》（1999-V），第149页中，荷兰作出了干预，支持一名国民在欧洲人权法院提出对法国的控诉。这并不排除荷兰为受损害的个人实行外交保护而提出求偿，假如它愿意这样做的话。

评 注

(1) 外国投资基本上由双边投资条约加以规范和保护。[222] 双边投资条约的数量近年来增长很快，据估计目前共有约2000项这样的条约。双边投资条约的一项重要特点是其解决投资争端的程序。一些双边投资条约规定，通过诉诸特别法庭，或诉诸国际投资争端解决中心根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》所设立的法庭，直接解决投资者与所在国之间的投资争端。另一些双边投资条约则规定，围绕双边投资条约有关规定的解释或适用问题，通过在投资者（公司或股东）国籍国与东道国之间作出仲裁，来解决投资争端。双边投资条约和国际投资争端解决中心《公约》所提供的解决争端程序，对于外国投资者来说提供了较大的便利，远优于关于外交保护的习惯国际法制度，因为这些程序使投资者能够直接诉诸国际仲裁，并且避免了外交保护的可裁量性所固有的政治不确定性。

(2) 如果援引了双边投资条约或国际投资争端解决中心《公约》所提供的解决争端程序，那么在大多数情况下，外交保护便被排除在外。[223]

(3) 第18条表明，本条款草案不适用于双边或多边投资条约所规定的特别的替代性外国投资者保护制度，但第18条也承认，某些条约并不完全排除诉诸外交保护的行为。因此，案文所用的措辞是，本条款草案“在……也仅在”与双边投资条约不符的情况下不适用。在本条款草案与有关双边投资条约一致的情况下，本条款草案继续适用。

第 19 条 船员

船舶船员的国籍国为本国船员实行外交保护的权利不因船舶国籍国有权在国际不法行为给船舶造成损害时，为受害船员，不论其国籍，寻求补救而受到影响。

[222] 国际法院在巴塞罗那电车公司案（第二阶段，决定（见上文脚注40），第47页，第90段）中承认了这一点。

[223] 国际投资争端解决中心《公约》第27条第(1)款规定:“缔约国对于它本国的一名国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端，不得给予外交保护或提出国际要求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”

评 注

(1) 条款草案第19条的目的是确认船员的一个或多个国籍国有权为船员实行外交保护，同时也承认，船舶的国籍国也有权在船员因国际不法行为给船舶造成损害而受到伤害时为他们寻求补救，而不论其国籍为何。有必要确认船员的国籍国有权为他们实行外交保护，从而排除一种暗示，即这项权利已经被船舶国籍国的权利所取代。同时，也有必要承认，船舶的国籍国有权为全体船员寻求救济。虽然由于船舶的船旗国与全体船员之间缺乏国籍联系，故不能称之为外交保护，但这种保护与外交保护之间仍然存在着紧密的相似性。

(2) 国家实践、司法裁定和国际法专家的著述[224] 在某种程度上支持船舶的国籍国（船旗国）可以为船舶上不具有该国国籍的船员寻求补救这一立场。也有政策考虑支持这种做法。

(3) 国家实践主要来自美国。根据美国法律，外国海员在美国船舶上供职时有权受到美国的保护。美国的观点是，一名海员一旦成为一艘船舶的船员，唯一相关的国籍就是船旗国的国籍。[225] 在美国船舶上供职的外国人所具有的这一独特地位在美国的外交信件和领事规定中历来得到重申。[226] 但是，连美国在2003年5月20日致国际法委员会的信件中，[227] 也对这一做法是否能够证明存在着一项习惯规则提出了疑问。

(4) 国际仲裁裁决在国家向非国民海员提供保护的权利问题上尚无定论，但倾向于支持而不是反

[224] 见 H. Myers,《船舶的国籍》，海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1967年，第90-107页；R. Dolzer，“外国人的外交保护”，载于 R.Bernhardt(编辑),《国际公法百科全书》，第1卷，阿姆斯特丹，爱思唯尔出版公司，1992年，第1067页；以及 I.Brownlie,《国际公法原则》，第6版，牛津大学出版社，2003年，第460页。

[225] 见罗斯案,《美国最高法院判例汇编》，第140卷 (1911年)，第453页。

[226] 见哈克沃思，同前（上文脚注127），第三卷，第418页和第四卷，第883-884页。

[227] 这一信件由联合国法律事务厅编纂司收存。美国在信件里大量援引了 A. Watts 的一篇评论文章，“外国船员的保护”，《国际法和比较法季刊》，第7卷（1958年），第691页。

对这项权利。在麦格里迪案中，首席仲裁员爱德华·桑顿爵士认为：

> 海员在悬挂非本国国旗的海军船只或商船上供职，供职期间有权获得其所服务之国旗国的保护。[228]

“孤独号”案[229]的起因是一艘加拿大船只被美国海岸警卫队击沉，在该案中，加拿大政府成功地代表三名非国民船员提出赔偿要求，认为在代表船舶提出求偿时，就求偿而言，全体船员应被视为具有与船舶相同的国籍。在伤害赔偿案的咨询意见中，两名法官在其个别意见中接受了国家对外国船员实行保护的权利。[230]

(5) 1999年，海洋法法庭对“赛加羚羊号”案[231]作出的裁决虽然不很明确，但对船旗国为非国民船员寻求救济的权利表示支持。在该案中，争执的起因是“赛加羚羊号”轮在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚的逮捕和扣押。“赛加羚羊号”轮是在圣文森特和格林纳丁斯（“圣文森特”）注册的，其船长和船员为乌克兰国民。逮捕时，船上还有三名塞内加尔工人。几内亚在实施逮捕后扣押了船舶和船员。在海洋法法庭举行的诉讼程序中，几内亚反对受理圣文森特的求偿，理由之一是受害船员不是圣文森特国民。海洋法法庭驳回了对这一求偿的可受理性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船舶及其船员，侵犯了圣文森特的权利。海洋法法庭命令几内亚针对“赛加羚羊号”所受损失及船员所受伤害向圣文森特作出赔偿。

(6) 尽管海洋法法庭主要将这项争议视为关于对圣文森特的直接损害的争议，[232]但法庭的推理表明，法庭还认为该事项涉及某种类似外交保护的内容。几内亚对关于船员的求偿的可受理性明确表示反对，理由是该求偿构成了一种对非圣文森特国民提供外交保护的权利要求。[233]圣文森特也明确坚持认为，该国有权向悬挂该国国旗船只的船员提供保护，而“不论其所属国籍”。[234]海洋法法庭驳回了几内亚的反对意见，表示《联合国海洋法公约》的若干相关条款，包括第292条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。[235]法庭强调指出：

> 船只、船只上的每一物件以及参与船只操作或与船只操作有关的每个人，均被视为与船旗国有关联的实体。这些人的国籍并不相干。[236]

(7) 对于允许船旗国为船舶的船员寻求救济，存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“赛加羚羊号”案中对这一点予以承认，当时法庭提请注意“船舶船员的组成具有短暂和多国籍的特性”，并表示：

> 大型船只的船员可能由属于若干国籍的人员组成。假如每名受伤害者都必须向其国籍国寻求保护，就会随之带来过度的困难。[237]

不应忽视与提出赔偿要求有关的实际考虑因素。与要求所有船员的国籍国代表其国民分别求偿相比，由一个国家为全体船员寻求救济则更容易，也更有效率。

(8) 对于船旗国为船员寻求救济的权利，人们给予了相当大的合理的支持。但并不能将之归类为外交保护，也不应认为它取代了外交保护。在委员会看来，国籍国的外交保护与船旗国为船员寻求救济的权利都应得到承认，对这两种保护应一视同仁。船员往往面对着来自船旗国的困难，例如工作条件差，或来自第三国的困难，例如在船只被扣押时。在这种情况下，他们应获得国际法所能提供的最大限度的保护。

---

228 麦格里迪（美国）诉墨西哥案，J.B. Moore，《国际仲裁》，第3卷，第2536页。

229 “孤独号”案（加拿大诉美国），《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1609页。

230 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案（见上文脚注29），第202-203页（哈克沃思法官）和第206-207页（巴达维·帕夏法官）。

231 “赛加羚羊号”轮案（第2号）（圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚），判决，《1999年海洋法法庭汇编》，第3卷，第10页。

232 同上，第45-46页，第98段。

233 同上，第47页，第103段。

234 同上，第104段。

235 同上，第47-48页，第105段。

236 同上，第48页，第106段。

237 同上，第107段。