

第五章

外交保护

A. 导言

406. 国际法委员会 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个专题之一。¹²¹ 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 13 段请委员会进一步审查这一专题，并按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府可能提出的任何书面评论，表明其范围和内容。1997 年第四十九届会议期间，委员会按照上述大会决议，设立了一个关于该专题的工作组。¹²² 外交保护问题工作组在同届会议上提交了一份报告，得到了委员会的批准。¹²³ 工作组试图：*(a)* 尽可能阐明这一专题的范围；*(b)* 确定应在这一专题范围内加以研究的问题。工作组提出了一个审议该专题的大纲，委员会建议特别报告员将这一大纲作为提交初步报告的基础。¹²⁴ 委员会还决定，它将设法在本五年期结束之前完成该专题的一读。

407. 委员会在第四十九届会议上任命穆罕默德·本努纳先生为该专题的特别报告员。¹²⁵

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

409. 委员会 1998 年第五十五届会议收到特别报告员的初步报告¹²⁶。委员会在同届会议上设立了一个不限成名额工作组，负责审议在专题处理办法相关讨论基础上可能得出的一些结论。¹²⁷

¹²¹ 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 101 页，A/51/10 号文件，第 248 段和附件二增编 1。

¹²² 《1997 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 61 页，第 169 段。

¹²³ 同上，第 171 段。

¹²⁴ 同上，第 63-64 页，第 189-190 段。

¹²⁵ 同上，第 64 页，第 190 段。

¹²⁶ 《1998 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/484 号文件。

¹²⁷ 工作组的结论，同上，第二卷（第二部分），第 50 页，第 108 段。

410. 1999 年第五十一届会议期间，委员会在本努纳先生当选前南斯拉夫问题国际法庭法官后，任命克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生为本专题特别报告员。¹²⁸

B. 本届会议审议这个专题的情况

411. 委员会本届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)。委员会于 2000 年 5 月 9 日至 12 日第 2617 至 2620 次会议和 5 月 19 至 25 日第 2624 至 2627 次次会议审议了第一章（报告的结构）和第二章（条款草案）。由于时间不够，委员会将推迟到下届会议审议包含第 9 条及其评注在内的第三章（持续国籍及要求的可转移性）。¹²⁹

412. 委员会于第 2624 次会议组织了由特别报告员主持的不限成员名额非正式磋商，对第 1、第 3 和第 6 条进行研讨。非正式磋商报告载于下文第 495 段。

413. 委员会在 2000 年 6 月 9 日的第 2635 次会议上审议了非正式磋商的报告，并决定将草案第 1、3、5、6、7 和 8 条连同非正式磋商报告提交起草委员会。

1. 专题处理方式综述

414. 特别报告员介绍了他的第一次报告，指出：鉴于委员会已根据前任特别报告员本努纳先生的初步报告¹³⁰和两个工作组于第四十九和第五十届会议上对这个专题的处理情况讨论了该专题的处理方式和所涉一般问题，加之一些实际原因，他决定直接进入条文的提案阶段，因为这样比较有利于进行有重点的讨论从而得出结论。但是，他愿意解释一些

¹²⁸ 《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 18 页，A/54/10 号文件，第 19 段。

¹²⁹ 特别报告员提出的条款草案案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

¹³⁰ 见上文脚注 126。

一般性问题，这些问题贯穿了他所提出的条文，可以条款草案为背景予以讨论。

415. 首先，他认为，外交保护可以作为增进人权保护的手段。因此，他认为，外交保护仍是人权保护武库中一个重要武器。只要国家仍然是国际关系中起支配作用的行为者，由各国支持其国民就侵权情事提出要求就仍然是最有效的保护人权的救济方式。不应该为了削弱这种救济而将其贬为失去效用的拟制，应该尽力加强包括外交保护权在内的一些规则。他的报告便是以此理念为基础。

416. 其次，他并不认为由于个人现在已经能够利用一些解决争端机制，外交保护就变得过时。个人固然是国际法律体系的参与者，并且拥有国际法中的权利，但他们所能使用的救济依然有限。

417. 第三，他有意早日提出这个专题所涉及的最有争议的一些问题，以便寻求委员会的指导，在问题复杂化之前加以解决。对于第 2 条所述在实行外交保护时使用武力的问题和第 4 条所述各国是否有责任实行外交保护的问题来说，更是这样。

418. 关于结构，他说，其报告第二章所拟的 8 个条款草案分为两类。就第一类（第 1 至第 4 条）来说，第 1 和第 3 条大抵上是根本性的，第 2 和第 4 条则特别引起争议。第二类（第 5 至第 8 条），也同样引起争议，但这几条都述及与国籍有关的问题。

2. 第 1 条¹³¹

(a) 特别报告员的介绍

419. 特别报告员解释说，第 1 条不是为了对专题下定义，而是要进行说明。这一条也不是为了处理由国际组织实行职能保护的问题（本报告简略地触及这个问题）。在对本专题的研究中，也许根本不会触及这个问题，它的确引起了多种原则问题。外

¹³¹ 特别报告员提出的第 1 条案文如下：

“第 1 条 范围

“1. 在本条款中，外交保护是指一国因另一国的国际不法行为或不行为对其国民的人身或财产造成损害而对该国采取的行动。

“2. 在第 8 条规定的例外情况中，也可向非本国国民提供外交保护。”

交保护学说显然与针对外侨所受损害的国家责任学说有密切联系。的确，委员会起初拟订国家责任条款草案时，曾试图涵盖目前拟订的国家责任原则和外交保护事项。到了 1920 年代，对外侨造成伤害的一国国际不法行为或不行为应由该违法国负责的概念已经在国际社会中得到普遍接受。虽然一国没有接纳外侨的义务，但一旦接纳，就对该外侨的国籍国承担义务，应按照国际外侨待遇最低标准，对外侨的人身和财产给予一定程度的保护。

420. 第 1 条中的“行动”一词引起了一些困难。外交保护的定义大多没有充分述及实行外交保护的国家所能够采取的行动的的性质。常设国际法院似已区分“外交行动”和“司法程序”，国际法院在诺特博姆案¹³²中、伊朗-美国索赔法庭在 A/18 号案¹³³中都重复了这一区分。相比之下，法学家并未作这样的区分，他们总是使用“外交保护”一词来涵盖领事行动、谈判、调解、司法和仲裁程序、报复、反报、断绝外交关系、施加经济压力乃至最终使用武力。

(b) 辩论概况

421. 委员会认为，特别报告员的报告启迪思维，研究深入，适合以直接和开放的方式，讨论在外交保护方面可能必须面对的一些有争议的问题。该报告在第 1 条中提出了一些重要问题，它们也影响到对本专题所采取的处理方式。

422. 有人指出，特别报告员的报告极为重视外交保护，认为它是确保人权不受侵犯的手段。但是，有人认为这个问题可能强调得过分。当一国基于其国民利益提出人权问题时，对外交保护的使用并不是直截了当的。在国际法中，涉及人权的义务是典型的普遍义务。任何国家都可以要求停止违背行为，而无论受到影响的人是该国国民、不法行为国国民或第三国国民。因此，在援引人权的情况下，与权利要求有关的任何国籍规定似乎都不相干。但是，各国的主要关注事项是保护其国民的人权，虽然关于人权的一般国际法规则多半不根据国籍区分受保护者，但各国在涉及本国国民时，往往更愿意

¹³² 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955 年国际法院汇编》，p. 4。

¹³³ 伊朗诉美国案，A/18 号案件，1984 年 4 月 6 日的裁决，《伊朗-美国索赔法庭汇编》（Cambridge, Grotius, 1985），第 5 卷，p. 251。

实行保护。因此，可以确切认为，外交保护概念已经扩大适用于保护一国国民的人权。但是，出现了一些难题。国际法院在就巴塞罗那电车公司案¹³⁴提出的著名意见中表明：在外交保护案件中，只有国籍国才可以进行干预，但在人权案件中，任何国家都可以这样做。

423. 还有人认为，第 1 条中的“行动”一词引起了困难。外交保护是一个漫长而复杂的过程，当一国从一个人那儿接到一项申诉时，便加以审查，以确定情节有多严重以及是否合法。这个最初的准备调查阶段并不构成外交保护。只有当该国政府决定以其国民的名义向据称未能对其国民适用某些国际法规则的政府提出要求以后，外交保护程序才开始运作。

424. 在这方面，对于外交保护是否适用于一国政府（在发生不法行为以前）为了防止伤害其国民所采取的行动或只适用于已经发生的一国的不法行为，有不同的意见。有些委员赞同后者，认为：外交保护针对的是对一国国民造成伤害的另一国的国际不法行为。国籍国与其他国家谈判以预防其国民受到伤害不属于外交保护的范畴，这是正统派对这项概念的理解。有些委员持不同见解。他们认为，实际上，国家可以针对将来可能对其国民造成伤害的行动或措施，受理其国民的关注事项。国籍国在现阶段的参与也应该定性为外交保护。总之，外交保护不是这种意义上的“行动”；它是对于一种进程的推动，使自然人或法人的要求变成一种国际法律关系。从这种严格的法律意义上说，外交保护是一种实现国家国际责任的手段。

425. 对于外交保护的性质，委员们表示了两种不同的看法。一种意见认为，外交保护是个人的权利。根据这种意见，若干国家的宪法支持国民要求外交保护的权力；这种趋势符合人权保护在当代国际法中的发展。另一种看法得到许多委员的赞同，它认为，外交保护是国家的一项酌处权。一国有权就另一国的不法行为向该另一国提出要求，即使受不法行为之害的不是国家本身而是该国国民。但是，国家没有为受害国民提出要求的义务。宪法规定的向国民提供外交保护的义务与涉及外交保护制度的国际法无关。

¹³⁴ 见上文脚注 43。

426. 关于损害的定义，普遍认为，第 1 条的案文应该显示：外交保护涉及的，是国际法中的损害，而非国内法中的损害。对于违背国内法的行为是否带来实行外交保护的权力，有人认为，如果涉及外侨的国内法受到违反，而且没有在本国法院中予以纠正，就会形成国际法中的损害。但是，有些委员不欢迎这种看法，因为外交保护中的问题并不否定正当程序，而是要用尽国内救济，这个要比否定正当程序问题更宽泛。即使在没有否定正当程序，也可以触发外交保护，一味拒绝司法将引起对主要规则的审议。

427. 有人指出，鉴于国家责任和外交保护之间的关系，委员会在关于后一专题的工作中的用语应该与前一专题中的用语一致。也有人指出，“外交保护”概念应予澄清，以免混淆了它与给予外交官的保护、特权与豁免以及涉及领事和外交代表权和职能的事项。

(c) 特别报告员的总结

428. 特别报告员说，第 1 条没有引起任何重大异议。但是，有人对用语表示怀疑，特别是“行动”一词，不同的委员对它作出了不同的解释。据认为，应该更加密切注意这个事项。有些委员还认为，第 1 条的用语应该与国家责任条款的用语一致。

429. 有人评论说，在实行外交保护之前，必须有一项已经实行了的不法行为。但是，有些委员提请注意潜在国际不法行为的可能性，例如某项法律草案所规定的措施可能会构成国际不法行为。起草委员会也需要进一步审议这个问题。

3. 第 2 条¹³⁵

¹³⁵ 特别报告员提出的第 2 条款文如下：

“第 2 条

“禁止将进行武力威胁或使用武力作为外交保护的手段，但营救国民的下列情况除外：

“(a) 保护国未能通过和平手段确保其国民的安全；

“(b) 损害国不愿意或不能保证保护国国民的安全；

“(c) 保护国国民的人身遭受直接危险；

“(d) 使用武力与局势的情况相称；

“(e) 一旦国民获救，即停止使用武力，且保护国撤出其部队。”

(a) 特别报告员的介绍

430. 特别报告员解释说，第 2 条引起了两个极具争议性的问题：第一，国际法是否容许以强制干预方式保护国民这一长期论题；第二，这个事项是否属于外交保护的领域。他历来不愿意在评注中用太多篇幅谈论这个问题，由于第 2 条有可能被拒绝，更是不愿多说。他记得，前任特别报告员穆罕默德·本努纳先生曾在其初步报告¹³⁶中直言各国不致在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力。因此，他觉得在报告中不应忽视这个议题。

431. 他说，《联合国宪章》第二条第四项禁止使用武力。就单方面行为来说，唯一的例外载于规定自卫权的第五十一条。国际法中的自卫权早在 1945 年以前就有了明文规定。一般认为，这项包罗广泛的权利包括了预期性自卫和旨在保护国民的干涉行动。第五十一条没有提到它的内容，只提到发生武装攻击的情况。对这个问题持不同立场的许多学者展开了学术气氛相当浓厚的辩论。国际法庭和联合国政治机关的决定对这个议题的指导意义微乎其微。法院通常避免触及这个专题。因此，法律是不确定的。但是，以武力保护本国国民的权利在过去被严重滥用，而且还有被滥用的可能。因此，如果要列入这项权利，就需要拟订含义明确的案文。为了做到这一点，他拟订了第 2 条案文，自认更准确地反映了国家实践，而不是绝对禁止使用武力。绝对禁止使用武力很难与实际上的国家实践相调和。广泛的干涉权利也一样，在采取干涉行动以保护国民的情况下，这种权利同受害国和第三国提出的抗议无法妥协。

432. 特别报告员在其报告第 60 段中指出，本项研究不涉及以武力保护另一国国民的权利这样的人道主义干预行动。他理解到，第 2 条会引起相当激烈的辩论。但是，他认为首先就这个事项作出决定是有益的，可以避免在委员会已就这个主题事项进行长期辩论以后，重新出现这种问题。本报告中载有的材料足以让委员们就是否应该在草案中列入这种性质的条款作出决定。

(b) 辩论概况

433. 委员们对第 2 条表示了两种不同的意见。

434. 一种意见认为，第 2 条没有绝对禁止在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力，因此应该予以反对。条款草案不应该载列任何可能会引起对禁止使用武力的怀疑的例外规定。使一国免对使用武力行为负责的情况可能包括立即的危险或危急情况，这是应该以国家责任草案加以制约的事项。但是，在外交保护情况下，允许使用武力、为使用武力辩解或将使用武力合法化的任何规则都是危险的，也是不可接受的。如同特别报告员指出的，自 1902 年形成德拉哥学说¹³⁷和《限制使用武力以索偿合同债务公约》（《波特公约》）以来，禁止进行武力威胁和使用武力历来是外交保护权发展过程中最为显著的一个方面，它无疑推进了一般国际法的发展。《联合国宪章》第二条第四项所载规则便是这种发展的结果。此外，考虑到历史上打着外交保护旗号使用武力的情况，必须在条款的某个位置保留第 2 条起首条款第一部分的内容：“禁止将进行武力威胁或使用武力作为外交保护的手段”，因为这是关于外交保护的惯例国际法发展过程中的一项重要内容。但是，应将特别报告员拟议案文中始于“但……的下列情况除外：……”的一句删除。应该记得，一读通过的国家责任条款¹³⁸第 50 条(a)项明确禁止一国以反措施方式进行武力威胁或使用武力，因为这是《宪章》所禁止的。但是，由于会在例外情况下使用武力的趋势日益明显，任何删除特别报告员所拟订第 2 条案文第一句第一部分的意图，都会引起错误的解释。

435. 对于前段所表示的看法，有人说，特别报告员的建议也不符合另一项至关重要的国际法原则，即《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》¹³⁹中所宣示的不干涉各国内政原则。该《宣言》规定：任何国家或国家集团均无权直接或间接以任何理由干涉任何其他国家的内政或外交事务，因此，武装干涉及对国家人格或其政治、经济及文化要素的一切其他形式的干预或试图威胁，均系违反国际法。

436. 另一种意见认为，使用武力问题不是外交保护专题的一部分，不属于委员会任务的范围。外交

¹³⁶ 见上文脚注 126。

¹³⁷ 见《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 216-217 页，A/CN.4/96 号文件，第 228 段。

¹³⁸ 见上文脚注 16。

¹³⁹ 大会 1970 年 10 月 24 日第二六二五（二十五）号决议。

保护涉及责任法，本质上涉及容许提出要求的程度。委员会不可能处理所有的机制，有些机制本身极其重要，可以根据它们来保护针对国家提出申诉的个人。这些机制包含一系列的行动，其中包括维和行动、领事活动等等。此外，不能说使用武力以保护侨民的问题与整个使用武力问题和《联合国宪章》的适用无关。特别报告员提到的行动或许可以援用危急情况等其他国际法原则来加以辩解或作为借口，但同人道主义干涉一样，这些行动都是引起争议的问题，与外交保护问题无关。

437. 赞同第一种意见的委员认为：给予各国合法依据，从而容许它们在外交保护而非《联合国宪章》第五十一条规定的自卫框架内使用武力，是不可思议的。他们认为，不能将自卫的概念扩大适用于一国对其旅外国民的保护。但是，一些赞同第二种意见——即使用武力问题不属于外交保护范围——的委员认为，特别报告员对《宪章》第五十一条的解释是正确的，各国在其国民生死攸关的情况下有权使用武力来行使其自卫权。另一些赞同第二种意见的委员在使用武力问题上没有采取任何立场。一些委员认为，第 2 条中所讨论的问题不属于外交保护专题范围，因此应予删除，他们不同意保留起首条款的第一部分，因为在他们看来，使用武力以保护国民是一种自助形式，有别于法律或事实上的任何层级的外交保护。基于这个原因，甚至保留第 2 条的这一部分都会产生混淆。

438. 提出的另一种意见认为，条款应该载明：外交保护是为了启动和平解决争端的程序，以保护在另一国受到威胁或受到伤害的某一国民的权利或财产。从这个意义上说，不必采取第 2 条第一句的措词方式，即可排除武力。因此，一个值得考虑的建设性办法是从第 1 条中把“行动”一词删除，转而写明外交保护意味着启动和平解决争端的程序。

(c) 特别报告员的总结

439. 就第 2 条而言，必须承认，一些国家认为使用武力是外交保护的终极形式。二战之前和之后的文献中都载有赞同这个立场的文字。事实上，有些国家在一些情况下为保护其国民采取过强制干涉行动，争辩说：它们是在行使实行外交保护的权力，将来还会继续这样做。凭心而论，他不可能像前任特别报告员那样，称在保护国民的情况下使用武力是非法行为。但是，他意图使这种干涉受到严格的

限制。有些委员拒绝接受第 2 条，理由是《联合国宪章》绝对禁止使用武力保护国民，只有在受到武装攻击的情况下，才允许使用武力。但是，其他委员们没有对《宪章》的规定采取立场，只以第 2 条不属于外交保护专题的范围为由拒绝接受。辩论情况显示，对于“外交保护”一词的含义，委员会没有达成一致意见，但也显示，外交保护不包括使用武力。因此，很明显委员会不接受第 2 条。

4. 第 3 条¹⁴⁰

(a) 特别报告员的介绍

440. 特别报告员说，第 3 条处理了保护权是涉及国家还是个人的问题。在现阶段，已经有充分的理由认为，根据历史事实，这项权利属于受害人的国籍国。伤害是对国籍国的伤害的说法可以追溯到十八世纪和瓦泰勒¹⁴¹的传统观点，常设国际法院在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案¹⁴²和帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案¹⁴³中、国际法院在诺特博姆案¹⁴⁴中都赞同这个说法。

441. 相对而言，第 3 条争议较少。这一条引起了一个问题，即当国籍国援引另一国对其国民所受伤害的责任时，所声称的权利属于谁。传统观点认为，伤害是对国家本身造成的伤害，这种观点受到了质疑，因为它充满了内在矛盾。正如他所指出的，这个学说已经被接受了几世纪，常设国际法院和国际法院也都表示赞同。

442. 外交保护虽然是以一项拟制作为它的前提，却是一个已被接受的习惯国际法体制，并仍将是可用以保护人权的宝贵手段。它为保护没有机会向国

¹⁴⁰ 特别报告员提出的第 3 条案文如下：

“第 3 条

“国籍国有代表受另一国非法损害的国民实行外交保护的权力。除须遵照第 4 条外，国籍国有行使这项权利的酌处权。”

¹⁴¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle (The Law of Nations or the Principles of Natural Law)*, 1758 年版的英译文，见 *The Classics of International Law*, vol. III (Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916)。

¹⁴² 第 2 号判决，1924 年，《常设国际法院汇编》A 辑，第 2 号。

¹⁴³ 判决，1939 年，《常设国际法院汇编》A/B 辑，第 76 号，p. 4。

¹⁴⁴ 见上文脚注 132。

际机构寻求救济的成百上千万外侨提供了可能的救济，也为有机会利用国际人权文书所列往往不起什么作用的救济的人提供了一种较有效的救济。

443. 第 3 条试图以传统方式编纂外交保护原则。它承认外交保护是在一国国民受到另一国非法伤害的情况下，可以由该国根据第 4 条规定酌情行使的一项权利。国籍国的外交交涉权并不限于大规模和有计划侵犯人权的情况，当该个人可以根据人权条约或外国投资条约利用救济时，该国也不必避免行使该项权利。实际上，一国在其国民可利用个别救济的情况下，可能会避免主张国家的权利，它也可以根据有关条约，与该个人一起主张个人的权利。原则上，根据第 3 条，当一国国民受到非法伤害时，该国自身的权利也受到侵犯，因此，不必实行上述克制。

(b) 辩论概况

444. 第 3 条的主张原则上是可予接受的，但是，它的案文引起了一些困难。第 3 条严格遵守外交保护的传统学说，其核心是“有代表受另一国非法损害的国民……的权利”。一些委员认为，比较适当的做法是将“受另一国非法损害的”改为“受另一国国际不法行为损害的”，后者的优点是可以将主题事项限定在适当的范围内，即国际责任的范围内。更重要的是，从传统理论上说，受害的并不是个人，而是其国民受到损害的国家。这是传统学说的根本论点，应该在条款草案中保持连贯一致的提法。

445. 有人着重指出，在保护人权或保护投资的情况下，国际法对直接个人权利的承认是非常受欢迎的一步，它并没有破坏传统的外交保护学说。在现行实在国际法中，外交保护是国家一项酌处权，或许应该以更明确的方式予以载述。所出现的问题是，将国家的酌处权限定在狭隘范围内的时机是否已经到来。也有观点认为，把宣称实行外交保护的权力属于酌处性质的字句保留下来并不合适，因为有人可能会说，这些字句会妨碍各国制定责成国家保护其国民的国内法。

(c) 特别报告员的总结

446. 在第 3 条中，他已经提议委员会通过源自常设国际法院对马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案

之判决的传统观点，该观点认为，外交保护是国家的权利，国家并非以国民的名义行事。有些委员表示，国家的要求应该得到更加有力的强调。另一些委员则认为，应该更加强调对国民的损害是违背国际法的原因这一事实。特别报告员认为，条款草案中含有这个观点，但他同意，可以更加明确的方式予以表达。

5. 第 4 条¹⁴⁵

(a) 特别报告员的介绍

447. 特别报告员说，第 4 条处理另一个有争议的问题，是逐渐发展、而不是编纂领域的一个拟议法建议。传统学说认为，一国有决定是否对其国民实行外交保护的绝对权利。它没有这样做的义务。因此，在国外受害的国民无权得到国际法中的外交保护。一些学者认为，这个立场是国际法中一个令人感到遗憾的特点，目前国际人权法的发展要求一国承担一些义务，对受害的国民实行外交保护。第六委员会讨论了这个问题，发言者大多认为，国家对于是否给予外交保护具有绝对的酌处权。但是，有些发言者持相反的意见。

448. 这个领域内的国家实践是很引人关注的。许多国家的宪法表明个人的确有权得到外交保护。有些国家的宪法明文规定：国家必须保护其国外侨民的合法权利，或是该国侨民在侨居国外时应该得到保护。但是，他不知道这些权利是否能够根据这些国家的国内法予以行使，或者只是意在确保受害侨民有求助于该国领事官员的权利。

449. 特别报告员报告第 89 至第 93 段描述了应该对该项权利施加的限制。第一，这项权利只适用于强制法规范受到违反的情况。第二，国家应该有广

¹⁴⁵ 特别报告员提出的第 4 条案文如下：

“第 4 条

“1. 如果一项严重违反强制法规范的行为所造成的损害可归咎另一国，除非受损害人能够就此种损害向国际主管法院或法庭索赔，否则，国籍国经要求有法律义务代表该受损害人实行外交保护。

“2. 在下列情况下，国籍国被解除这项义务：

“(a) 实行外交保护会严重危害该国和(或)其人民的首要利益；

“(b) 另一国代表受损害人实行外交保护；

“(c) 受损害人不持有该国的有效和主要国籍。

“3. 国家有义务在其国内法中规定必须在国内主管法院或其他独立的国家当局坚持行使这项权利。”

阔的评估余地，不应该在不符其国际利益的情况下，迫使它保护某一国民。第三，如果该个人能够利用国际法庭的救济，一国应该不必承担这种义务。第四，如果另一国能够保护具有双重或多重国籍的某一个人，则一国无需承担这项义务。最后，他提出了这样的构想：一国应该没有保护与国籍国没有真正或有效联系的国民的义务，这是可能适用诺特博姆情况的领域。因此，他促请委员会注意第4条，充分理解到这是逐渐发展中的一项工作。而且，委员会应该在初期阶段决定这项建议是否过于偏激。

(b) 辩论概况

450. 有些委员对第4条表示关注，他们认为这一条是拟议法，并没有提出国家实践方面的证据予以支持。特别报告员报告第80和第81段中提到的宪法条款并没有为法律见解提供任何实证。认为外交保护是国家的责任的当代学者并不是很多，第87段中得到的结论是最近的国家实践中有一些可用于支持这一观点的“迹象”，这是对于现有实际材料的一项乐观评估。

451. 同理，据指出，第4条规定国家在若干情况下有责任实行外交保护却没有指明应该对谁负责，这是走得太远了。可能是应对个人负责，但由于也提到强制性规范，便产生了是否应对整个国际社会负责的问题。据指出，外交保护是一项由国家裁量是否应该实行的主权性特权。国家立法项多说明了在为国外侨民提供保护方面的国家政策的宗旨，但未能制定具有法律约束力的条款。

452. 据指出，这一条与第1和第3条一样，都引起了人权问题。外交保护没有被明确确认为人权，不可以此方式获得执行。有人再度着重指出，必须区别人权和外交保护，因为如果两者互相混淆，引起的问题可能比解决的问题要多。此外，鉴于对“强制法”的含义和范围缺乏明确的了解，这一条引起了重大的难题。这种观点认为，委员会应该只处理严格法律意义上的外交保护机制这一观念，不应该冒然超出其任务范围。

453. 还有人指出，这几条规定了一国实行外交保护的“法律责任”，但履行这项责任的情况只限于受害人提出这种要求的时候。这其中有一个矛盾：如果一国有责任，它就必须履行，否则它便是实行了不法行为。在第4条中，受害人的“要求”只与

严重违背强制法的行为挂钩，但这种表述大大缩小了外交保护权的范围。它意味着：一国只有在涉及强制法的时候才必须干预。其意图或许是：当一项强制法规则受到违反时，一国应比在其他情况下都更加有效、负责和迅速地去进行干预。这项规定抵触了国家责任原则，因为根据国家责任原则，如果强制法受到侵犯，不仅是国籍国，所有国家都有保护个人的权利和义务。

454. 这一条引起的另一个问题是：个人可以提出自己权利要求的范围和程度如何？是否可以同时行使要求外交保护的权力呢？国家应该行使外交保护权利的精确分际在哪里？如果是这样，个人继续在这个机制中发挥作用的余地有多大？这些问题都需要进一步注意。哈佛法学院编制的《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的公约》草案¹⁴⁶建议：应该给予国家的要求以优先地位。这是否意味着不再处理国民的要求了？如果还受理，是否意味着它不再是理赔的重点了？还有，可能同时提出的两个要求之间的关系并不明确。

455. 另一些委员对第4条不甚挑剔。他们认为，这一条基本上是说，在维护整个国际社会基本利益的至关重要的义务被违背时，一国不能消极被动，即：如果有人在某些地方实行了灭绝种族行为，或一国有计划地以酷刑或种族歧视作为管理的手段，其他国家不可能袖手旁观。但这也不属于外交保护问题。这个问题笼统得多，也是委员们所熟悉的，因为它涉及国际罪行。在这种情况下，各国不仅有权、而且有义务采取行动，不过，还没有理由使用武力。但是，这并不意味着应将外交保护作为采取这种行动的手段，因为它所要拥护的不光是国民的权利和利益，而是整个国际社会的权利和利益。这个问题不属于外交保护的范畴，而是属于范围更广的国家责任专题的范畴，尤其是属于一读通过的国家责任条款草案¹⁴⁷第51条的范畴。

(c) 特别报告员的总结

456. 特别报告员认识到：他介绍了根据拟议法拟订的第4条。如上文所指，拟议的案文得到一些学者以

¹⁴⁶ 转载于 L. B. Sohn 和 R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", 《美国国际法学报》(Washington, D.C.), vol. 55 (July, 1961), p. 548.

¹⁴⁷ 见上文脚注 16。

及第六委员会和国际法委员会一些委员的支持；它甚至被纳入一些国家的宪法。因此，这是逐渐发展国际法的工作。但是，一般认为，让委员会注意这个问题还为时过早，还需要有更多的国家实践，尤其还需要听取更多的法律意见，才能着手审议。

6. 第5条¹⁴⁸

(a) 特别报告员的介绍

457. 特别报告员说，第5条本质上检视了诺特博姆案¹⁴⁹中所载述的原则，即就外交保护的实行来说，国籍国和个人之间应该有有效联系。问题在于：这个原则是否精确地反映了习惯国际法？是否应该加以编纂？诺特博姆案被视为如下立场的权威，即：无论是在个人具有双重或多重国籍的情况下，还是在只有一个国籍的情况下，个人和国籍国之间都应该有有效的联系。但是，有两个因素可能会限制案件判决的影响，使它成为非典型的决定。第一，列支敦士登根据其国内法将国籍给予诺特博姆的合法性还是不无疑问。第二，诺特博姆与危地马拉之间的关系肯定比他同列支敦士登之间的关系密切。因此，他认为，国际法院并非意图宣告诺特博姆相对所有国家的列支敦士登国籍身份。它只是审慎地判决了列支敦士登有权针对危地马拉，提出向诺特博姆提供外交保护的要求，因此，它并没有回答列支敦士登是否能够针对危地马拉以外的一国保护诺特博姆的问题。

458. 关于这项原则的适用，国家实践方面的资料很少，学术界的意见也有分歧。如果接受这项原则，就会严重缩减外交保护的范围，因为在现代世界中，由于全球化和人口迁移，许多按出生地或血统取得国籍的人与该国籍国并没有有效联系。为此，他认为，不得严格适用真正联系原则，而且不应该从中推论出一般规则。也因为如此，他拟议的第5条指出：“就对自然人的外交保护而言，‘国籍国’是指要求从其得到保护的一个人，因出生、血统和正当归化而获得国籍的国家。”它引用了制约

¹⁴⁸ 特别报告员提出的第5条案文如下：

“第5条

“就对自然人的外交保护而言，‘国籍国’是指要求从其得到保护的一个人，因出生、血统和正当归化而获得国籍的国家。”

¹⁴⁹ 见上文脚注132。

国籍法的两项基本原则。第一，一国实行外交保护的权利以该国和该个人之间的国籍联系为基础；第二，应由每一国家根据其本国法律确定谁是它的国民。它也考虑到这样的事实：一国对一国民实行外交保护的权利是相对而远非绝对的权利，学说、判例法、国际习惯和一般法律原则（本报告第95至105段）都证明了这一点。据认为，就为了外交保护的目的是给予国籍和承认国籍而言，出生和血统是令人满意的联系因素。从原则上说，归化也是令人满意的给予国籍的联系因素，无论是通过结婚或领养依法自动给予，还是满足居住要求的个人通过申请取得。反之，国际法不承认以欺诈手段归化、以歧视方式给予归化或在国籍国与该个人之间没有任何联系的情况下归化。在这种情况下，给予国籍的国家滥用权利就会形成恶意归化。但是，国家预先假定个人具有善意，在决定给予一个人国籍之前，可以评估该个人是否具有必备的联系因素。

(b) 辩论概况

459. 有人指出，本报告载有许多有用的材料，尤其是相关判例及伊朗-美国索赔法庭和联合国赔偿委员会一类的专门管辖机关通过的决定。但是，以国籍作为外交保护权之根据的第5条不曾考虑到某些政治及社会现实。例如，许多传统的社会没有对出生登记作出任何规定，在这样的社会中，许多文盲将很难证明他们的国籍。另一种情况是，战争受害者和难民们仓促地跨越国境，通常没有旅行证件，只能就哪个国家是他们的原籍国提供口头证据。要求这些人出示国籍证明，尤其是证明文件，显然是毫无意义的。从这个意义上说，“有效国籍”原则有助于提供国籍证明，否则便无从查证了。但是，特别报告员对于这个问题的立场有点不明确。他先是在第5条评注中采取审慎立场（报告第117段），指出诺特博姆案提出的真正联系要求如果得到严格适用，就会严重破坏外交保护的学说，因为照字面意义说，它会使得成千上万人得不到外交保护；后来，他又在第6条和第8条的评注中重谈这项原则，认为它起到巨大的实际作用。在国家实践中，一般总是以住所，而不是国籍，作为解决争端时应该考虑到的联系因素。在现实世界中，住所为外交保护提供了依据，除此之外，无法以正式文件提出证明。

460. 有些委员坚持认为，不应过多地把外交保护权与国籍联系在一起。目前，国民在国外设立住所

的事例越来越多。因此，住所的地点建立了与东道国之间的联系，这种联系与国籍一样有效。即使这种联系跨出了传统学说的范围，它也是委员会应该考虑到的一个当代生活的事实。在对第 5 至第 8 条的审议中，不应只将住所视为一个附带因素，而应将其视为一个实际联系因素。

461. 但是，也有观点认为，在外交保护范围内，不应该过分强调一些委员所认定的“惯常居所”的重要性。否则，便会产生一个问题：即一个人在一国的惯常居所是否会给予该国实行外交保护的权力，即使该个人已由于出生、血统或正当归化而取得了另一国的国籍。如果该人是无国籍人或难民，情况就不同了，该问题已由第 8 条予以处理。将会出现的另一个问题是：由于出生、血统或正当归化而取得一国国籍的自然人会不会由于惯常居住在另一国而使得国籍国丧失对他实行外交保护的权力。持这种观点的委员认为，对上述问题的答案是：不会。因为如果会，惯常居所就成了外交保护的天然敌人。

462. 有一种意见认为，虽然国籍与这个专题有关，却不是这个专题的核心。第 5 条并不意图全面包括与国籍有关的国际法规则。但一国将可根据第 5 条对另一国给予一个人国籍的决定提出异议。特别报告员正确地指出，各国认为把国籍赋予某一个人是在行使其主权特权，谁要是认为这样做不适当，各国会非常敏感。因此，最好效法国际法院在诺特博姆案中的安全做法，假设各国可以自由地将其国籍给予某些个人。某个人有无某国国籍的问题意味着国家法规的适用，最好让各国自己决定。根据诺特博姆案的判决，处理国籍要求的方式旨在容许其他国家对一国和它的某一国民之间是否存在有效联系提出异议。有人认为，特别报告员已经正确地指出，在国家实践中，对国籍有效性提出异议的事例极少。但是，各国对另一国给予国籍的方式提出异议的事例更少。说明一种或另一种作法的案例数目并不具有决定作用：反之，必须确定接到要求的各国是否以为有权以缺乏有效联系作为拒绝的理由。

463. 有人指出，如果委员会保留有效性标准，它应该施加一些限制，以便使它能够发挥作用。它应该考虑任何其他国家是否可以对个人国籍缺乏有效性的情况提出异议，还是只有与该个人具有最切实联系的某一国家才有权提出异议，称该个人与要求

实行外交保护的国家之间没有任何真正的联系。在涉及一公司而不是一个人的巴塞罗那电车公司案¹⁵⁰中，国际法院还提到了诺特博姆案使用的标准。虽然国际法院没有认可这项标准，却审议了它是否适用于加拿大的问题，结果断定巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司与加拿大之间具有有效联系。另一方面，国际法院并没有比较与附属公司营运地西班牙或大部分股东均为国民的比利时在这方面的一些联系。外交保护所根据的概念是：已经或可能对个人造成的损害会对国籍国造成特别的影响。设计这个体制并不是要为普遍意义上的个人提出要求，而是要以本国国民的名义提出权利主张。个人与其国籍国以外的一国有真正联系的情况是一国在愿意的情况下可以提出的反对的理由，而不论该个人与这一国本身是否有上述那种比较有力的联系。如果没有真正的联系，国籍国就不会特别受到的影响。

464. 有人指出，第 5 条与第 3 条密切相关，其中规定了国民而不是国籍国的定义。给予国籍的标准——出生、血统或归化——都是适当的，通常可加以接受。这些标准中只要具备一样就可以在国籍国和国民之间建立有效的联系，即使该国民经常住在另一个国家。对于惯常居所，有人指出，一些学者对非自愿和自愿归化作了区分，视国籍是否依领养、过继、认养、结婚或一些其他手段取得而定。尽管特别报告员把归化本身的含义限定为正当归化，归化还是一个含义相当广泛的概念，根据不同的依据采取不同形式。在这些依据中，惯常居所往往起到重要作用，无论它通常是否与其他联系因素相结合。

465. 但是，有些委员认为“善意”标准是主观的认定，因此难于适用。有人指出，“善意”要求规定被告国对恶意负举证责任，这是不公平的。换句话说，最好采用弗莱根海默案¹⁵¹中的用语，称之为“正当归化”。还有人建议把这一条缩短，删除提到“出生、血统或善意归化”的字句。另一些委员建议保留这些字句，但加上“按照国际法”一语来限制归化的含义。有些委员表示不能接受这项建议，认为如果仍旧提到给予国籍的方法，便是对国

¹⁵⁰ 见上文脚注 43。

¹⁵¹ 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），p. 327）。

家按照其国内法决定是否给予国籍的酌处权的质疑。

466. 还有人指出, 第 5 条采取与第 1 条相反的做法, 列出取得国籍的必备条件, 使人以为一国给予国籍的权利受到了质疑, 国家无权核准在非善意基础上提出的入籍申请。有人强调指出, 问题在于可反对的程度, 而不是国籍。从这个角度看, 善意国籍问题、诺特博姆案以及其他一些问题一目了然。诺特博姆案涉及的不是一国给予国籍的权利, 而是列支敦士登向危地马拉提出要求的权利。因此, 根据这种观点, 特别报告员第 97、98、101 和 102 段应该围绕着可反对的程度而不是几乎毫无疑问的一国给予国籍的权利展开讨论。因此, 应对特别报告员报告第 120 段中得出的结论作出相应的修改。

467. 也有人评论说, 报告第 117 段中谈到国际法院在诺特博姆案判决中提出的真正联系要求严重破坏了外交保护学说, 这种说法是言过其实。相反, 只要一个人根据有关标准之一持有一国国籍, 即容许该国实行外交保护。此外, 特别报告员报告第 104 段谈到在强迫归化的情况下, 国籍是不被承认的, 这种说法虽然相干, 却似乎没有考虑到国家继承——这是使继承国有权经由实施法律而一律给予国籍的体制, 甚至是将国籍给予持有被继承国国籍但居住在继承国领土内的人。这是一项重要的例外事项, 在国际法中基于与自愿归化相同的理由得到承认。

468. 委员会一些委员认为, 在不提到拒绝司法和用尽当地救济的情况下, 很难讨论第 5 条。要把伤害归咎于一国, 必定发生了拒绝司法的情事, 即必定再也没有机会从不行为国得到赔偿或满足了。一旦用尽当地行政和法律救济, 而违背国际义务行为造成的伤害又尚未得到赔偿, 就可以启动外交保护程序。

469. 据认为, 条款草案最好专门处理自然人的待遇。由于显然很难鉴定法人的国籍, 应该把法人排除在研究范围之外, 因为法人的国籍国可能是其总部所在国、登记地国、股东的国籍国, 甚至可能是其主要决策中心所在国。

470. 但是, 委员会另一些委员不同意将拒绝司法载入条款草案, 因为它将涉及对主要规则的处理,

委员会已经决定把本专题的审议范围限定于次要规则。关于是否应该把专题限定于自然人, 有些委员认为, 不应在此时此刻预先解决这个问题; 考虑到国际贸易的拓展, 需要外交保护的国民可能会是公司的股东。

(c) 特别报告员的总结

471. 特别报告员说, 正如许多委员着重指出的, 审议中的专题涉及外交保护, 而不是国籍的取得。第 5 条或许没有作出足够明确的区分。真正的问题是, 如果一个人惯常居住在其他地方, 其国籍国是否丧失保护该个人的权利。这里所涉及的, 是对一国保护其国民的权利提出异议, 而不是一国可以给予国籍的情况。国籍的可反对性开始起作用, 应该重新拟订案文加以处理。他赞成重新拟订第 5 条而不在案文中提到出生、血统和归化的建议。有人反对使用“恶意”一词, 这也属于起草问题。因此, 虽然就如何改善第 5 条提出了许多人建议, 却没有人对拟订这样一项规定的必要性提出质疑。关于用尽当地救济的要求, 特别报告员同意: 这项要求是必须在关于外交保护的工作中予以处理的事项, 虽然目前也在国家责任专题中予以处理。

7. 第 6 条¹⁵²

(a) 特别报告员的介绍

472. 第 6 条处理双重或多重国籍制度, 这是国际生活中的事实, 即使并非所有国家都承认这一制度。问题在于一国国籍国是否可以为一具有双重或多重国籍的国民而针对另一国籍国实行外交保护。如报告第 122 至 159 段所示, 编纂尝试、国家实践、司法决定和学术著作对这个问题有不同看法, 但是, 似乎有人支持第 6 条中所倡导的规则: 在若干条件的限制下, 一受害者的主要国籍国可为该人而针对其另一国籍国实行外交保护。主要或有效国籍的标准非常重要, 法院必须仔细审议有关个人与一国的关系是否比另一国密切。

¹⁵² 特别报告员提出的第 6 条案文如下:

“第 6 条

“除须遵照第 9 条第 4 款外, 国籍国可代表受损害国民针对其另一国籍国实行外交保护, 如该个人的[主要][有效]国籍属于前一国。”

(b) 辩论概况

473. 委员们对第 6 条的意见有分歧。一些委员赞同第 6 条的原则，支持提到“主要和有效”国籍。一些委员不同意本条的核心立场。另一些委员则对本条文文的若干具体方面表示了意见。

474. 有些委员声称：虽然有国家对其本国国民无责任的经典规则，但鉴于特别报告员在报告中提到的理由，应该支持第 6 条。尽管如第 153 段所指出，在确定有效或主要国籍问题上可能会有困难，但也还是办得到的。在两个国籍国之间，如果国籍的天平明显偏向要求国，该国实际上会得胜。如果要求国和被告国对是否存在有效或主要国籍存在疑问，那么对于这个问题的解决应该对被告国有利。

475. 一些支持第 6 条的委员指出，判例法将“主要”国籍和“有效”国籍视为可互换。有人倾向于采纳“主要国籍”概念，因为它意味着两个国籍联系中的一个比另一个密切。反之，“有效国籍”可能意味着：两个国籍联系中没有一个能够确立一国实行外交保护的权力。例如，在一人具有双重国籍的情形下，可能被认为两个国籍联系都无效，接下来的结果就是两个国籍国都不能实行外交保护。特别报告员说，他赞同那些认为“主要”比“有效”可取的委员，因为这是一个人与一国或另一国之间的联系哪一个比较密切的问题。但是，他不完全赞同为这个意见提出的理由，因为通过出生取得的国籍可能的确是有效国籍，它取决于要把“有效”一词的含义延伸到何种程度。

476. 另一些委员支持国家对其本国国民无责任的规则，并为此提出了若干论据。特别强调的是《关于国籍法冲突的若干问题的公约》（以下称《1930 年海牙公约》）第 4 条，该条与该观点背道而驰，因为它规定：“一国不得针对其国民的另一国籍国，为该国民提供外交保护”。针对一双重国籍者所应效忠的国家来保护该人，是不正当的。

477. 这些委员承认，主要国籍或有效国籍原则发展的同时，对代表双重或多重国籍者实行外交保护问题的处理方式也发生了重大变化。特别报告员举出在双重国籍情况下适用主要国籍或有效国籍原则的许多事例，主要是司法裁决，其中包括诺特博姆

案¹⁵³和伊朗-美国索赔法庭的判例。他在报告第 160 段中得出的结论是：因此，第 6 条所载原则反映习惯国际法当前的立场，符合甚至针对个人的国籍国实行法律保护的国际人权法的发展情况。但是，情况并非这么简单。特别报告员自己在其报告第 146 段中说过：法学家对主要国籍原则的适用存在意见分歧。据指出，虽然比起 50 至 30 年前，各国更加容忍多重国籍，但是，还有许多国家将《1930 年海牙公约》第 3 条中的规则纳入其国内法，即：“具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为国民”。虽然诺特博姆案仍被视为基本参考点，各国主权平等原则还是得到了有力支持。在确立了双重国籍的情况下，一律适用主要或有效国籍原则可能会产生荒诞的影响并且危害国家主权。而且，双重国籍给了具有两个国籍的人许多好处，有人问起：为什么他们不应该承受一些坏处呢？

478. 有人着重指出，在有关个人具有双重国籍，其国籍国之一针对第三国实行外交保护时，主要或有效国籍原则有其作用。但是，在针对有关个人的另一国籍国适用该原则方面，还不能从习惯国际法中为这一规则的编纂找到足够的根据。此外，如果要将第 6 条放在逐渐发展国际法的背景下处理，据以确定一国籍国是否可以针对另一国籍国实行外交保护的关键因素不应该是有关个人是否具有要求国的主要国籍，而应该是有关个人与被告国之间缺乏真正和有效联系。

479. 支持第 6 条的委员重申，第 6 条反映了国际法当前的思潮。对于双重国籍者可从双重国籍地位中得到好处因而就应在外交保护方面承受一些坏处的论点，他们表示不赞同。

(c) 特别报告员的总结

480. 特别报告员承认，第 6 条引起了重大的困难，并且产生了明显的意见分歧。他同意把这一条置于第 7 条之后比较适当。他不像一些委员那样，认为这是国际法逐渐发展的一个明显事例。这里存在着两种观点，两者都得到有力的权威支持，委员会必须在互相竞争的两项原则之间作出选择。他着重指出，许多国家不容许其国民放弃或丧失其国籍。因此，可能会出现下列情况：一人于放弃与原

¹⁵³ 见上文脚注 132。

国籍国的所有联系后取得另一国的国籍，却又由于与原籍国的国籍联系而受到正式的约束。它的含义可能是：如果个人受到原籍国的伤害，第二国籍国不能提供保护。显然，条款草案必须载列一条，以包含第 6 条的实质内容。

8. 第 7 条¹⁵⁴

(a) 特别报告员的介绍

481. 特别报告员说，第 7 条处理的是代表具有双重或多重国籍的人针对非为其国籍国的第三国实行外交保护的情况，其先决条件是：任何国籍国无需证明其与该个人之间存在有效联系即可实行外交保护。这是在有意见分歧的情况下采取的一项折衷规则，得到伊朗-美国索赔法庭和联合国赔偿委员会各项决定的支持。

(b) 辩论概况

482. 许多委员原则上支持第 7 条。有观点认为，第 7 条第 1 款只反映了第 5 条的内容，没有增加任何东西。有人表示支持特别报告员的意见，即有效或主要国籍原则不适用于一国籍国为其具有双重国籍的一国民而针对非为该国民国籍国的另一国实行保护的情况。还有人表示支持特别报告员报告第 170 段中的建议，即在涉及第三国的双重国籍案件中，解决有效联系要求方面的冲突的最好办法是：要求国只需表明该国与受害人之间存在正当国籍联系。

483. 但是，有人担心，特别报告员似乎拒绝接受他自己曾试图在第 6 条中予以适用的主要或有效国籍原则。特别报告员在其报告第 173 段中承认：在要求国的国籍不是善意取得的情况下，被告国有权予以反对。根据这种意见，善意的国籍联系不能完全代替主要或有效国籍原则，《1930 年海牙公约》第 5 条便是这样规定的，后来又得到一些判例的确认，包括国际法院在诺特博姆案中作出的判决。当然，还存在着在这一条范围内应该给予善意概念以

¹⁵⁴ 特别报告员提出的第 7 条案文如下：

“第 7 条

“1. 根据第 5 条所列标准，双重或多重国籍者所属国可代表该国民针对其不是国民的另一国实行外交保护。

“2. 在第 5 条的意义范围内，两个或多个国籍国可共同为双重或多重国籍国民实行外交保护。”

广义或狭义解释的问题。但是，特别报告员似乎对国籍采取了严格正式的态度，并不考虑有关个人和有关国家之间是否存在有效联系。在这一点上，这种意见认为，虽然主要国籍原则可能会被抛开，但应该在第 7 条中插入一项例外条款，以防止这一条被一国用于对具有多重国籍但与它没有任何有效联系的人实行外交保护。

484. 对于第 2 款，有一种意见认为，由两个或两个以上国籍国共同实行外交保护的概念是可以接受的。但是，应该在第 7 条或评注中载明两个国籍国为具有双重国籍的国民同时但分别针对第三国实行外交保护的可能性。在这种情况下，该第三国必须能够要求适用主要国籍原则，以便拒绝两个要求国之一实行外交保护的权力。但是，如果一国籍国放弃实行外交保护的权力，或声称对被告国的回应感到满意，而另一国却继续要求实行保护，也有可能发生困难。

(c) 特别报告员的总结

485. 特别报告员指出，第 7 条得到普遍支持，有人对案文的起草提出有用的建议，该条载述的原则没有受到严重的质疑。

9. 第 8 条¹⁵⁵

(a) 特别报告员的介绍

486. 特别报告员说，第 8 条所载对无国籍人或难民实行外交保护的规则，是逐渐发展国际法的例子。它显然不同于迪克森车轮公司案¹⁵⁶中所阐述的传统立场。主要是在第二次世界大战以后，通过了若干有关无国籍人和难民的公约，但从来没有涉及外交保护问题。许多著者认为这是一种疏忽，应该予以补救，因为必须有一些国家能够保护无国籍人和难民。适当的国家是居住国，因为住所是个人与

¹⁵⁵ 特别报告员提出的第 8 条案文如下：

“第 8 条

“一国可为受损害的无国籍者和(或)难民实行外交保护，条件是普通意义上讲该人是索偿国的合法居民（并与该国保持有效联系？），但所涉的损害必须在其成为该索偿国的合法居民之后发生。”

¹⁵⁶ 迪克森车轮公司（美国）诉墨西哥合众国案，1931 年 7 月的裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第四卷（出售品编号 1951.V.1），pp. 669 et seq.）。

一国之间联系的一个重要方面，伊朗-美国索赔法庭的判例阐明了这一点。问题在于：委员会是否愿意继续贯彻这个方针呢？

(b) 辩论概况

487. 普遍认为第 8 条代表了国际法的逐渐发展。但是，国际法的这种逐渐发展是以当代国际法为担保的，它不能对难民和无国籍人的困境无动于衷。第 8 条重申了外交保护机制在实现国际法基本目标——使人类在正义的基础上实现文明共存——过程中的作用，并且以身作则地具体说明委员会如何在适当情况下把握正确时机，履行其基本任务之一，即逐渐发展国际法。保护无国籍人和难民的问题极为重要，因为全世界有成百上千万名无国籍人和难民。有人建议在特殊情况下应该考虑采取国籍以外的备选办法，难民和无国籍人的情况当然是需要仔细审议的事项。必须查明在涉及惯常居所的情况下，是否能够采取与国籍并行的标准。

488. 但是，有些委员对第 8 条的有效性提出质疑。这种意见认为，虽然人权公约给予无国籍人和难民一些保护，居住国多半不肯为这两个群体提供外交保护。一些司法裁决强调：一国不能对一无国籍人实行国际不法行为，因此，任何国家都无权为这种人提出交涉或要求。《关于难民地位的公约》明文规定，无论如何，旅行文件不赋予文件持有人以得到核发国外交和领事当局保护的权力。《减少无国籍状态公约》没有提到保护问题。尽管近年来有关保护难民和无国籍人的情况有所发展，但处理对这些人实行外交保护问题的时机尚未成熟。

489. 一些委员对第 8 条表示关注的问题在于：是否应该将外交保护视为个人对有权向其提供保护的国家的权利，如果应该，那就会增加难民和无国籍人庇护国或东道国的负担。涉及难民保护的一个问题是过犹不及。如果一些国家认为，给予难民身份是给予国籍的第一步，实行外交保护实际上是对该个人表示给予难民身份意味着给予国籍，那就会成为阻碍给予难民身份的另一个因素。难民身份就这个用语的传统意义来说，是一个极其重要的武器，可用于保护个人不受迫害或对于受迫害的有理由的恐惧。如果委员会给予过多的负担，在维持正统方面已经存在的严重困难将会更加严重。但是，如果将外交保护视为可由国家斟酌处理，而不是个人的权利，那么，这一条针对实行外交保护的条件的改动以后，就比较容易得到

这些委员的接受。一些委员表示担心，东道国能够利用的备选办法可能实际上变成一种负担，另一些委员虽然对这种情况表示同情，却认为不应该剥夺居留国对其领土上的无国籍人或难民实行外交保护的权力。不能频繁使用实行外交保护的权力，但也不应该一概不许利用。只要将第 8 条分为分别处理无国籍人和难民的两个部分，这些委员就赞成保留特别报告员提出的案文。

490. 有一位委员着重指出，当东道国基于道德或实际考虑因素认为应该针对第三国支持其境内一些人的要求时，不能把这种行动视为东道国的法律义务，而应该视为一项由它斟酌处理的行动方针。这位委员相信，特别报告员从来不曾认为，给予难民身份是给予国籍权利的上一步。一国可基于人道主义理由支持难民的某些要求，让他们享有与国民平等的待遇，因为没有任何其他国家会为他们着想。

491. 关于居留问题，一些委员认为应该规定难民或无国籍人必须至少在东道国居留了一段期间，才能要求外交保护。但是，另一些委员倾向于采取“有效联系”的规定。

492. 一些委员认为，不应该就涉及给予难民身份以前所发生事项的权利主张而针对难民的国籍国实行外交保护，但他们同意应该毫不犹豫地就给予难民身份以后发生的权利主张而针对国籍国实行外交保护。

493. 担心对难民的外交保护会给东道国造成负担的委员认为，难民署应以与国际组织为其工作人员提供职能保护相同的方式，为难民提供“职能”保护。

(c) 特别报告员的总结

494. 特别报告员指出，第 8 条显然是在逐渐发展国际法，委员中的绝大多数都表示支持。所提出的反对意见并没有坚实的根据。第一，东道国保留实行外交保护的权力，因此，可对这个问题斟酌处理。第二，没有人认为某个人的庇护国可对其国籍国提出诉讼。特别报告员报告第 183 和 184 段中对此作了很清楚的载述，不过，还可以在条文中作出更加明确的规定。第三，条款不可能被滥用：居住在某一国家的无国籍人和难民不可能经常到该国以外去旅行，因为居留国需向它们发放旅行文件，而实际上，这种事情并不经常发生。只有当使用这种旅行文件的人在其国籍国以外的第三国受到损害

时，才需要对他实行外交保护。一些委员提出了改善案文的建议，有人认为应该将这一条分为两个部分，分别就无国籍人和难民作出规定。

10. 非正式磋商报告

495. 委员会第 2624 次会议设立了一个不限成员名额非正式磋商会议，由特别报告员担任主席，讨论第 1、第 3 和第 6 条。现将该非正式磋商报告载录如下：

“A. 非正式磋商讨论的内容侧重于描述研究范围的第 1 条。

“1. 议定不在第 1 条载列提到拒绝司法的字句，而且不试图就这个事项拟订实质性规定，因为它本质上是一项主要规则。另一方面议定应该在第 1 条的评注中提到拒绝司法，作为国际不法行为的实例。此外，还强调应该在用尽当地救济的规定中审议这个概念的要素。

“2. 议定不应在第 1 条内附加排除条款。另一方面，应在其评注中载明本条款草案不涵盖下列问题：

“(a) 国际组织的职能保护；

“(b) 对外交官、领事和以官员身份行事的其他国家官员的保护；

“(c) 外交和领事豁免；

“(d) 促进不在某项权利主张中提出的国民的利益。

“3. 议定本条款草案在本阶段力图同时涵盖对自然人和法人的保护。因此，第 1 条只拟提及‘国民’，这个用语的含义范围足以同时包括这两种人。但是，对法人的保护的确实引起一些特别问题，一致同意委员会不妨在稍后阶段重新审议是否包括对法人的保护。

“4. 表示在第 1 条中提及‘和平’程序也许可消除明文禁止使用武力的必要性（见下文备选案文一）。

“5. 建议起草委员会审议第 1 条的下列备选案文，它们反映了非正式磋商小组的讨论。

“备选案文一

“(1) 外交保护指一国[在国际法的限制下?]针对另一国的国际不法行为对其国民造成的损害而对该另一国采取外交行动或提起司法诉讼[或其他‘和平’解决争端手段?]的程序。

“(2) 在第 8 条规定的例外情况下，可对非国民实行外交保护。

“备选案文二

“外交保护是一国为处理其国民提出的要求等等[其后字句的实质内容与备选案文一相同]而采取的程序。

“备选案文三

“外交保护是一国采取外交或司法行动[或和平解决争端的其他手段]，藉以在国际层面上代表其国民针对另一国的国际不法行为对其造成的损害而向该另一国主张其权利的程序。

“B. 第 3 条几乎未引起辩论。因此，建议向起草委员会提交下列条文：

“国籍国有权利[资格]对受到另一国国际不法行为损害的某一国民[或第 8 条中规定的非国民]实行外交保护。

“1. 有人表示重申一国实行外交保护的權利可能被解释为认可国家具有答应或拒绝保护国民的绝对裁量权。这种作法将破坏国内法中责成国家对国民实行外交保护的的努力。因此，拟以‘资格’一词代替‘权利’。

“C. 第 6 条被提交非正式磋商，以便解决委员会内对于主要或有效国籍国是否可以针对另一国籍国实行外交保护这一问题的意见分歧。非正式磋商小组承认‘各来源将发出不同的声音’，但同意第 6 条符合国际法目前的趋势。不过，他们一致同意：起草委员会应考虑载列防止滥用第 6 条所述原则的防护措施。可以为此采取下列办法：

“(a) 根据第 9 条第 4 款所载限制条件对第 6 条的影响，给予其比较突出的地位；

“(b) 强调该国民与被告国之间不应存在有效联系；并且

“(c) 在单独的规定中载述‘主要’或‘有效’国籍的定义。

“1. 建议将第 6 条提交起草委员会。

“第 6 条

“在第 9 条第 4 款的限制下，受害国民的[主要][有效]国籍国可针对该人的另一国籍国对其实行外交保护。

“第 9 条第 4 款

“一人的新国籍国不得为该人仍为其先前国籍国国民期间所受损害而针对该人的先前国籍国实行外交保护。

“D. 对将第 5、第 7 和第 8 条提交起草委员会无异议。

“因此，建议将第 1、3、5、6、7 和 8 条提交起草委员会。”

第六章

国家单方面行为

A. 导言

496. 在委员会向大会提交的 1996 年第四十八届会议工作报告中, 委员会建议大会将国家的单方面行为作为国际法中一个适于编纂和逐渐发展的专题列入议程。¹⁵⁷

497. 大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 13 段除其他外请委员会进一步审查“国家的单方面行为”这一专题, 并指出该专题的范围和内容。

498. 委员会在 1997 年第四十九届会议上设立了关于这个专题的工作组, 工作组就专题研究的可取性和可行性、专题的可能范围和内容以及专题研究的大纲, 向委员会作了报告。¹⁵⁸ 委员会同届会议审议并核可了工作组的报告。¹⁵⁹

499. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。¹⁶⁰

500. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会将这一专题列入议程的决定。

501. 委员会 1998 年第五十届会议审议了特别报告员关于国家单方面行为的第一次报告。¹⁶¹ 作为讨论的成果, 委员会决定重新组建国家单方面行为工作组。

502. 工作组就这个专题的范围、着手方式、单方面行为的定义和特别报告员今后的工作等问题向委

员会作了报告。在同届会议上, 委员会审议并核可了工作组的报告。¹⁶²

503. 大会 1998 年 12 月 8 日第 53/102 号决议第 3 段建议委员会考虑到各国政府以书面形式或在大会辩论中口头提出的评论和发表的意见, 继续进行目前方案中各个专题的工作。

504. 委员会 1999 年第五十一届会议审议了特别报告员的第二次报告。¹⁶³ 作为讨论的成果, 委员会决定重新组建国家单方面行为工作组。

505. 工作组向委员会报告了下列有关问题: (a) 作为进一步就此专题开展工作和收集有关国家实践的出发点的单方面行为工作定义的基本要素; (b) 确定在收集国家实践方面的总体方针; (c) 特别报告员今后的工作方向。关于以上(b)点, 工作组在与特别报告员磋商后, 确定了由秘书处送交各国的一份问卷的指导方针, 请各国提供有关材料, 通报本国在单方面行为领域的实践及其对委员会专题研究所涉某些方面的立场。

506. 大会 1999 年 12 月 9 日第 54/111 号决议第 4 段请各国政府在 2000 年 3 月 1 日前书面答复秘书处 1999 年 9 月 30 日分发给各国政府的关于国家单方面行为的问卷, 该决议第 6 段建议委员会考虑到各国政府以书面形式或在大会辩论中口头提出的评论和意见, 继续进行目前方案中各个专题的工作。

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 委员会收到的文件与讨论这个专题的会议

507. 委员会本届会议收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/505)。委员会还收到了秘书长的报告

¹⁵⁷ 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 101 页, A/51/10 号文件, 第 248 段和附件二。

¹⁵⁸ 同上, 增编 3。

¹⁵⁹ 《1997 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 65-66 页, 第 194、196 和 210 段。

¹⁶⁰ 同上, 第 67 页, 第 212 段和第 72 页, 第 234 段。

¹⁶¹ 《1998 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/486 号文件。

¹⁶² 同上, 第二卷(第二部分), 第 59-60 页, 第 192-201 段。

¹⁶³ 《1999 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/500 和 Add.1 号文件。