

第七章

外交保护

A. 导言

207. 委员会在第四十八届会议(1996年)上确定“外交保护”为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。¹⁵⁵同一年,大会在1996年12月16日第51/160号决议第13段邀请委员会参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,进一步审查这一专题并说明其范围和内容。委员会在第四十九届会议(1997年)期间,按照大会第51/160号决议,在第2477次会议上设立了关于这个专题的工作组。¹⁵⁶工作组在同届会议上提交了一份报告,得到委员会核可。¹⁵⁷工作组力图:(a)尽可能明确这一专题的范围;(b)找出这一专题所应研究的问题。工作组提出了审议这一专题的大纲,委员会建议将这一大纲用作特别报告员提交初步报告的基础。¹⁵⁸

208. 委员会还在第四十九届会议上任命穆罕默德·本努纳先生为本专题特别报告员。¹⁵⁹

209. 大会在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。

210. 委员会在第五十届会议(1998年)上收到特别报告员的初步报告。¹⁶⁰委员会在同届会议上设立了不限成员名额工作组,根据就该专题的研究方法的讨论情况,审议可能得出的结论。¹⁶¹

211. 委员会在第五十一届会议(1999年)上,在本努纳先生当选为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·杜加尔德先生为专题特别报告员。¹⁶²

212. 委员会在第五十二届会议(2000年)上收到特别报告员的第一次报告¹⁶³,内载条款草案第1条至第9条。由于时间不够,委员会决定将对第三章的审议工作推迟到下一届会议进行。委员会于同届会议上举行了不限成员名额的非正式磋商,由特别报告员担任主席,研讨条款草案第1条、第3条和第6条。¹⁶⁴委员会随后在第2635次会议上决定将条款草案第1条、第3条和第5至8条连同非正式磋商报告提交起草委员会。

213. 委员会在第五十三届会议(2001年)上收到特别报告员第一次报告有关条款草案第9条的剩余部分和他的第二次报告。¹⁶⁵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条和第11条的部分,而把剩余有关条款草案第12条和第13条的部分推迟到下一届会议审议。委员会在同届会议上决定把条款草案第9条至第11条提交起草委员会。

214. 委员会在同届会议上还举行了不限成员名额的非正式磋商,由特别报告员担任主席,研讨第9条。

215. 委员会在第五十四届会议(2002年)上收到特别报告员的第二次报告的有关条款草案第12

¹⁵⁵ 《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。

¹⁵⁶ 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第169段。

¹⁵⁷ 同上,第171段。

¹⁵⁸ 同上,第189至190段。

¹⁵⁹ 同上,第190段。

¹⁶⁰ 《1998年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/484号文件,第309页。

¹⁶¹ 工作组的结论载于同上,第二卷(第二部分),第108段。

¹⁶² 《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),A/54/10号文件,第19段。

¹⁶³ 《2000年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/506和Add.1号文件。

¹⁶⁴ 非正式磋商报告载于同上,第二卷(第二部分),第495段。

¹⁶⁵ 《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/514号文件。

条和第 13 条的剩余部分，以及有关条款草案第 14 条至第 16 条的第三次报告¹⁶⁶。委员会在同届会议上决定把条款草案第 14 条的 (a) 项、(b) 项、(d) 项 (与 (a) 项结合审议) 和 (e) 项提交起草委员会。它还决定把条款草案第 14 条的 (c) 项提交起草委员会，与 (a) 项结合审议。

216. 委员会在这些届次的会议上还审议了起草委员会关于条款草案第 1 条至第 7 [8] 条的报告。它通过了第 1 至 3 [5] 条、第 4 [9] 条、第 5 [7] 条、第 6 条和第 7 [8] 条。委员会还通过了上述条款草案的评注。¹⁶⁷

217. 委员会还举行了不限成员名额的非正式磋商，由特别报告员担任主席，研讨对船员或机组人员的外交保护以及对公司和股东的外交保护问题。

218. 委员会在第五十五届会议 (2003 年) 上收到特别报告员的第四次报告。¹⁶⁸ 委员会分别于 2003 年 5 月 14 日至 23 日以及 5 月 28 日和 6 月 5 日在第 2757 次至 2762 次会议、第 2764 次和第 2768 次会议上审议了关于条款草案第 17 条至第 20 条的报告第一部分。它随后于 2003 年 7 月 15 日、16 日和 18 日在第 2775 次至 2777 次会议上审议了关于条款草案第 21 条和第 22 条的报告第二部分。

219. 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。¹⁶⁹ 委员会在第 2764 次会议上审议了该工作组的报告。

220. 委员会在第 2764 次会议上决定将该工作组拟议的第 17 条¹⁷⁰ 以及第 18 条至第 20 条提交起草

委员会。它随后在第 2777 次会议上进一步决定将第 21 条和第 22 条也提交起草委员会。

221. 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] 条、第 9 [11] 条和第 10 [14] 条的报告。它在同次会议上暂时通过了条款草案第 8 [10] 条、第 9 [11] 条和第 10 [14] 条。¹⁷¹

222. 委员会在第五十六届会议 (2004 年) 上收到了特别报告员的第五次报告。¹⁷² 委员会于 2004 年 5 月 3 日至 11 日在第 2791 次至 2796 次会议上审议了该报告。特别报告员回应委员会的要求，就洁手原则与本专题的相关性编写了一份备忘录。¹⁷³ 由于时间不够，委员会将审议备忘录的工作推迟到下届会议进行。

223. 委员会于 2004 年 5 月 6 日在第 2794 次会议上决定将条款草案第 26 条以及特别报告员拟议的条款草案第 21 条的备选案文送交起草委员会。委员会于 2004 年 5 月 11 日在第 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的联系的规定。

224. 委员会在第五十六届会议上还一读通过了关于外交保护的一套 19 条条款草案及其评注。¹⁷⁴ 在同次会议上，委员会根据其章程第 16 条和第 21 条作出决定，通过秘书长将条款草案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 日之前将这些评论和意见提交秘书长。

B. 本届会议审议这个专题的情况

225. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第六次报告 (A/CN.4/546)。委员会于 2005 年 5 月 25 日至 31 日在第 2844 次至 2846 次会议上审议了该报告。

¹⁶⁶ 《2002 年……年鉴》，第二卷 (第一部分)，A/CN.4/523 和 Add.1 号文件。

¹⁶⁷ 条款草案案文及有关评注载于同上，第二卷 (第二部分)，第 280 至 281 段。

¹⁶⁸ 《2003 年……年鉴》，第二卷 (第一部分)，A/CN.4/530 和 Add.1 号文件。

¹⁶⁹ 同上，第二卷 (第二部分)，第 90 至 92 段。

¹⁷⁰ 同上，第 92 段。

¹⁷¹ 条款草案案文及有关评注载于同上，第二卷 (第二部分)，第 153 段。

¹⁷² 《2004 年……年鉴》，第二卷 (第一部分)，A/CN.4/538 号文件。

¹⁷³ 后来作为特别报告员的第六次报告发布 (《2005 年……年鉴》，第二卷 (第一部分)，A/CN.4/546 号文件)。

¹⁷⁴ 《2004 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 59 段。

1. 洁手原则

(a) 特别报告员的介绍

226. 特别报告员指出，虽然洁手原则在国际法中的重要性无可否认，但摆在委员会面前的问题是，该原则是否与外交保护专题有足够密切的联系，因而有理由列入关于该专题的条款草案。他的结论是，该原则不明显属于外交保护领域，因此不应列入条款草案。

227. 他评论说，在委员会往届会议上，已经有委员主张将洁手原则列入条款草案，其理由是，在外交保护的情况下援引这项原则是为了阻止该国对于其旨在保护的、因本人的不法行为而受到损害的国民行使外交保护。为支持这一立场，人们提出了三条论据。

228. 第一，有委员曾坚称，这项原则不属于国家间争端的领域，即争端所涉的是一国对另一国的直接损害，而不是对某一国民的损害。作为回应，特别报告员简要回顾了国际法院的判例¹⁷⁵以说明这样的事实，即，虽然该法院从未断言该原则属于国家就直接损害或间接损害提出主张这个领域，但在因为一国受到直接损害而发生的国家间主张的情形中，洁手原则经常被提起。该法院不曾在任何情况下倚赖或确认这项原则。相反，它往往裁定该原则不适用。同样，它也不曾在任何情况下声明或暗示过该论据不适用于国家间主张，而仅仅适用于外交保护的情况。

¹⁷⁵ 见在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页，详见第163至164页，第63至64段；石油平台案（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国），判决，《2003年国际法院汇编》，第161页，详见第176至178页，第27至30段；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488至489页，第61至63段；阿韦纳和其他墨西哥国民案（墨西哥诉美利坚合众国），判决，《2004年国际法院汇编》，第12页，详见第38页，第45至47段；加布奇科沃-大毛罗斯项目案（匈牙利/斯洛伐克），判决，《1997年国际法院汇编》，第7页，详见第76页，第133段；2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），判决，《2002年国际法院汇编》，第3页，详见第159页，第35段（专案法官范登韦恩加尔特法官的反对意见）；以及尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），判决，《1986年国际法院汇编》，第14页，详见第392至394页（第268至272段施韦贝尔法官的反对意见）。另见特别报告员的第六次报告，第5段。

229. 第二，有委员曾提出，如果寻求外交保护的个人自身违反了被告国的国内法或国际法，那么国籍国就无法保护该人。对此，特别报告员评论说，根据在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中确认的瓦泰勒拟制，¹⁷⁶一旦一国接受其国民就违反国际法的行为提出的主张，该主张便成为该国家的主张，该国民的不当行为便失去相关性；只有原告国本身的不当行为可能具有相关性。他援引拉格朗案¹⁷⁷和阿韦纳案¹⁷⁸作为例子；在这两个案件中，外国国民犯下了残暴罪行，但被告国没有提出这些人的不当行为作为针对关于没有让他们联系领事的指控的辩护。此外，国籍国很少会保护在外国实施了不当行为或非法行为的本国国民之一，因为在大多数情况下不会发生任何国际不法行为。

230. 第三，有委员曾坚称，洁手原则已被适用于涉及外交保护的情况之中。对此，特别报告员指出，能够用来证明洁手原则在外交保护情况中的适用性的案例不多，而且经过分析，援引的那些案件并不能支持将该原则纳入条款草案的理由。¹⁷⁹他进一步指出，虽然一些作者仍认为洁手原则属于外交保护的情形，但他们没有提供任何法律依据来支持自己的看法；而且其他许多作者十分怀疑这一原则。此外，在大会第五十九届会议期间大会第六届委员会辩论中，代表团大多未就洁手原则提出任何评论，那些提出评论的代表团则认为不应将洁手原则列入关于外交保护的条款草案。

(b) 辩论摘要

231. 特别报告员关于不应将洁手原则列入条款草案的结论得到了普遍支持。该原则的提出，主要见于针对直接的国家损害提出主张的情况，而

¹⁷⁶ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，第5号判决，1925年，《常设国际法院汇编》A辑，第5号，第12页。

¹⁷⁷ 见上文脚注175。

¹⁷⁸ 同上。

¹⁷⁹ 见本·蒂利特案（比利时诉大不列颠），C. G. Fenwick, *Cases on International Law* (Chicago, Callaghan, 1935), 第181页；和“弗吉尼厄斯”号案，J. B. Moore, *A Digest of International Law* (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906), vol. II, 第895页。另见特别报告员的第六次报告，第12至13段。

这种情况超出了外交保护范围,¹⁸⁰而且属于外交保护范围的情况为数很少,不构成编纂所需的足够实践。亦不能以逐渐发展国际法为由,将其列入条款草案。此外,有委员表示支持特别报告员在他的第六次报告中提出的建议(第16段),即在审查案情阶段援引该原则是比较合适的,因为该原则涉及责任的减轻或免除,而不涉及可受理性;有委员建议,条款草案可明确承认这种可能性。另一个建议是插入一条但书,指出条款草案不妨碍一般国际法对可受理性问题的适用。

232. 另一些委员认为,特别报告员关于洁手原则可能导致在案情审查阶段免除责任的提法过了头;他们倾向于只提到减轻责任。有委员指出,在不同情况下,适用该原则或善意原则会产生不同结果,并不一定会剥夺起诉方就每一情事寻求适当救济的权利,即便是起诉方自身的不当行为引起了不当的反应。还有委员提及关于国家对国际不法行为的责任条款草案第39条。¹⁸¹

233. 虽然有些委员表示支持特别报告员的结论,但他们对特别报告员的推理提出异议。例如,他们提请委员会注意,不要过于夸大马夫罗马蒂斯¹⁸²原则,即对一国国民的损害即是对该国本身的损害:正如用尽当地救济取决于私人个人而非国家一样,认为个人的“洁手”可以构成外交保护的先决条件的观点也不算是合宜。

234. 此外,一些委员认为,特别报告员提到了两例领事通知案(拉格朗案和阿韦纳案),¹⁸³说明了有关人的“不洁的”手在外交保护中没有起到任何作用,但他所使用的洁手原则在概念上过于模糊,因为他没有审查个人的非法行为与国家的国际不法行为之间的关系。问题在于,受益于外交保护的一个人本身是否应对东道国被控违反的国际法规则遭到违背的情况承担责任。

235. 另一种意见认为,实践的缺乏不一定妨碍通过法律的逐渐发展而采纳该原则的某种解释。主要的困难在于适当认定这项原则,因为同一个短语至少代表下列两种不同的法律立场:(a)被指控的非法性原则上将成为案件实质问题的一部分;以及(b)被告国仅仅为了妨碍诉权而单方面援引这项原则,将其作为国际公共政策的一项原则,构成主张不可受理性的理由。每种情况都需要对来龙去脉作出分析,并小心加以定性。

(c) 特别报告员的结论意见

236. 特别报告员评论说,洁手原则是一项重要的国际法原则,只要有证据表明,申诉国没有善意行事,带着不洁的手向法庭起诉,就必须考虑这项原则。该原则应同“你也一样”的论据相区别;后者是指被告国可以指称申诉国也违反了一项国际法规则,而前者应仅限于申诉国在法院提起诉讼时有不当行为的情况。他还承认人们提出了对其报告处理此原则的方法的各种批评,并评论说一些委员正确地指出,报告遗漏了在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中对该原则的考虑情况。¹⁸⁴

2. 其他问题

(a) 辩论摘要

237. 关于2004年一读通过的条款草案,¹⁸⁵有意见认为,条款草案被过早地转递给大会,因为该草案仅处理了行使外交保护的条件问题,而未就下列问题给予任何指导:何人可以实行这种保护;应当如何实行这种保护;实行保护的后果如何;如何评估涉及实行外交保护的情况下的伤害;根据条款草案第2条的规定,列入该规则的理由是,只有国家才有权实行外交保护,而个人没有获得赔偿的实际权利,即便负有责任的国家履行了赔偿方面的义务;还有个人应对国际主张具有何种程度的控制这

¹⁸⁰ 见委员会一读通过的关于外交保护的条款草案(上文脚注174),第1条和第15条。

¹⁸¹ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第77段。

¹⁸² 见马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案,第2号判决,1924年,《常设国际法院汇编》A辑,第2号,第12页。

¹⁸³ 见上文脚注175和特别报告员的第六次报告,第9段。

¹⁸⁴ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚),初步反对意见,判决,《1992年国际法院汇编》,第240页,详见第255页,第37至38段。另见澳大利亚政府的初步反对意见(1990年12月),《国际法院书状》,第一卷,第五部分,第2章,第一节,第162至第163页,第400至第406段。

¹⁸⁵ 见上文脚注174。

个一般问题，即个人或法人究竟能在何种程度上要求政府首先提出主张。

238. 此外，有委员对条款草案诉诸马夫罗马蒂斯原则的做法再次表示保留意见。具体而言，有委员虽然同意外交保护是国家的权利这一立场，但认为国家有权确保国际法在其国民身上得到尊重是一种过时的概念。虽然这一概念可能合乎1924年在对马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案作出裁判时的情况，但在80年后，倘若仍固守一种针对具体历史背景创立的拟制，而忽视后来的法律发展，特别是关于个人根据国际法享有的地位和保护方面的法律发展，看来是不可接受的。这种意见认为，委员会丧失了一次机会，没能澄清当一国行使其实行外交保护的权力时，它是代表其国民这样做，而不是为了确保本国的权利在该人身上得到尊重。

(b) 特别报告员的结论意见

239. 关于条款草案中应包括对外交保护后果的考虑这项提议，特别报告员回顾说，一读通过的条款草案侧重于第六委员会和大多数学术作者均已接受的外交保护的范畴，即主张的国籍问题和用尽当地救济问题。他进一步评论说，关于国家对国际不法行为的责任条款草案第44条也只阐述这两个问题，¹⁸⁶而且该条款的评注明确指出，这些事项将由关于外交保护的补充研究处理。¹⁸⁷

240. 此外，特别报告员认为，没有必要处理外交保护的后果问题，因为关于国家对国际不法行

为的责任的条款业已对这些后果作出了规定，唯一例外是，一国是否有义务向受损害的个人支付该国基于外交保护提出的主张所获得的赔偿金。他同意这是一个重要问题，但可供委员会选择的办法是，或者仅仅编纂既定规则（即便这意味着采用被许多委员视为倒退的规则：国家没有义务将赔偿金转交受损害的个人），或者推动逐渐发展，阐述一条新规则，规定国家有义务将所获赔偿金转交受损害的个人。鉴于委员会已决定不通过强制国家代表个人实行外交保护的规定，他未见委员会委员普遍有意愿在国家支付其所获的赔偿金方面进行法律的逐渐发展。因此，他的倾向是，既不明确编纂被许多委员视作不适当的原则，也不去试图逐步发展各国不会接受的新原则，而是在条款草案中不对该事项作出明确规定，留待法律的进一步发展。

241. 关于马夫罗马蒂斯原则，特别报告员回顾说，一般认为，该原则是对个人有严重影响的一项拟制。例如，由于对外交保护的主张被视作国家而非个人的主张，因此普遍认为国家具有决定是否提出主张的自由裁量权。他回顾说，他曾在第一次报告¹⁸⁸中提议作出规定，在有人以个人为对象违反绝对法规范的情况下，国家有义务实行外交保护，但该提议未被接受，理由是这将意味着进行法律的逐渐发展。他承认马夫罗马蒂斯原则存在不一致和缺陷之处，例如，该原则不易与持续国籍原则或用尽当地救济规则相协调。不过，虽然马夫罗马蒂斯原则存在缺陷，但它是关于外交保护问题的习惯国际法的基础，并因此而被保留下来。

¹⁸⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段。

¹⁸⁷ 同上，第77段，脚注683和687。

¹⁸⁸ 见上文脚注163。