第四章

外交保护

A．导言

34．委员会第四十七届会议（1995年）核准了长期工作方案工作组关于此专题的建议，并决定在征得大会批准之后，将此专题列入其议程。[8]委员会第四十八届会议（1996年）确定“外交保护”为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。[9] 大会1996年12月16日第51/160号决议随后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希望作出的任何书面评论，进一步审查这一专题并说明其范围和内容。[10]

35．委员会在1997年7月11日第2510次会议上任命穆罕默德•本努纳先生为此专题的特别报告员。[11]

36．大会1997年12月15日第52/156号决议核准委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

37．委员会第五十届会议（1998年）收到特别报告员的初步报告。[12]

38．委员会第五十一届会议（1999年）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•杜加尔德先生为此专题的特别报告员。[13]

39．随后，从委员会第五十二届会议（2000年）起至第五十六届会议（2004年），特别报告员提交了五次报告。[14]委员会在2004年第五十六届会议上一读通过了一套共19条的外交保护条款草案及其评注。[15]在同一届会议上，委员会根据其《章程》第16和第21条决定，通过秘书长将这些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日之前将评论和意见提交秘书长。[16]

---

[8] 《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第126页，第501段。大会1995年12月11日第50/45号决议注意到委员会关于将此专题列入其议程的建议。

[9] 《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。

[10] 见A/51/358和Add.1。按照大会第51/160号决议，委员会第四十九届会议就此专题设立了工作组（《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61页，第169段）。在同届会议上，工作组提交了一份报告，委员会核准了该报告（同上，第171段）。工作组提出了此专题的审议提纲，委员会建议将此提纲作为特别报告员提交初步报告的基础（同上，第189至第190段）。

[11] 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第64页，第190段。

[12] 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/484号文件，第337页。委员会在该届会议上设立了不限成员名额工作组，审议根据对该专题研究方法的讨论情况可能得出的结论（见工作组的结论，同上，第二卷（第二部分），第108段）。

[13] 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第18页，第19段。

[14] 初步报告：《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Add.1（草案第1至第9条）；第二次报告：《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/514号文件（条款草案第10至第13条）；第三次报告：《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/523和Add.1号文件（条款草案第14至第16条）；第四次报告：《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/530和Add.1号文件（条款草案第17至第22条）；以及第五次报告，《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/538号文件（条款草案第23至第27条）。在这一时期，委员会设立了三个非正式磋商小组，分别处理条款草案第1、第3和第6条（2000年第五十二届会议）（见《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第88至第89页，第495段），条款草案第9条（2001年第五十三届会议）（见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第220页，第166段），以及关于船员及公司和股东的外交保护问题（2002年第五十四届会议）（见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第49页，第113段）。委员会还在2003年第五十五届会议上设立了一个工作组，审议条款草案第17条第(2)款（见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33至第34页，第90至第92段）。

[15] 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24至第53页，第59至第60段。

[16] 同上，第57段。

40．委员会在2005年第五十七届会议上收到了特别报告员的第六次报告，该报告讨论了洁手学说。[17]

B．本届会议审议这个专题的情况

41．委员会本届会议收到了各国政府就2004年一读通过的条款草案发来的评论和意见（A/CN.4/561和Add.1-2）[18]以及特别报告员的第七次报告(A/CN.4/567)，该报告参照各国政府提出的评论和意见，提出了关于二读审议条款草案第1至第19条的建议以及另外一条草案的提案。委员会于2006年5月1日至5日举行的第2867至第2871次会议上审议了特别报告员的报告。

42．在第2871次会议上，委员会指示起草委员会开始对条款草案进行二读，同时须考虑到各国政府的评论、特别报告员的建议以及全体会议围绕特别报告员第七次报告开展的辩论。委员会还决定把特别报告员提出的关于另外一条草案的提案提交起草委员会。

43．委员会在2006年5月30日举行的第2881次会议上审议了起草委员会的报告（A/CN.4/L.684和Corr.1-2），并于同次会议上二读通过了关于外交保护的整套条款草案。

44．在2006年8月4日、7日和9日举行的第2906至第2909次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注。

45．委员会按照其《章程》，将条款草案连同下面所列建议，一并提交大会。

C．委员会的建议

46．在第2909次会议上，委员会根据其《章程》第23条，决定建议大会在外交保护条款草案的基础上制订一项公约。

D．向特别报告员表示感谢

47．在第2909次会议上，委员会在通过外交保护条款草案之后，以鼓掌方式通过了以下决议：

国际法委员会，

通过了外交保护条款草案，

向特别报告员克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他通过不懈努力和专注的工作，为起草条款草案作出了杰出贡献，并且在起草外交保护条款草案方面取得了成果。

48．委员会还向前任特别报告员穆罕默德·本努纳先生表示深挚感谢，感谢他对本专题工作的宝贵贡献。

E．外交保护条款草案案文

1．条款草案案文

49．委员会第五十八届会议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

为本条款草案的目的，外交保护是指一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。

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。

---

[17] 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/546号文件。委员会还审议了与2004年一读通过的条款草案有关的另外几个问题（同上，第二卷（第二部分），第237至第241段）。

[18] 科威特也于2006年8月1日提交了一套评论和意见。由于委员会是在二读通过条款草案之后收到的，没能有机会对这些评论和意见进行审议。这些评论和意见载于A/CN.4/575。

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，国籍国指该人根据该国法律，通过出生、血缘、归化、国家继承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　自然人的持续国籍

1．一国有权对从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为其国民的人实行外交保护。如果在上述两个日期该人都持有该国籍，则推定该国籍是持续的。

2．尽管有第**1**款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民但在受到损害之日不是其国民的人，可实行外交保护，但条件是该人曾具有被继承国的国籍，或者已丧失原国籍，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。

3．一人在受到损害时为其原国籍国国民，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。

4．一国对于在正式提出求偿之日后获得被求偿国国籍的人不再享有为其实行外交保护的权利。

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具有双重或多重国籍的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，除非在发生损害之日和正式提出求偿之日，前一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日和正式提出求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

2．一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人实行外交保护，但该人须在受到损害之日和正式提出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的国家。然而，当公司受另一国或另外数国的国民控制，在成立地国没有实质性商务活动，而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时，则应将该另一国视为国籍国。

第10条　公司的持续国籍

1．一国有权为从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为该国或其被继承国国民的公司实行外交保护。如果在上述两个日期该公司都持有该国籍，则推定该国籍是持续的。

2．一国对于在提出求偿后获得被求偿国国籍的公司不再享有为其实行外交保护的权利。

3．尽管有第**1**款的规定，一国对于在发生损害之日为其国民，但由于损害的原因，按照成立地国法律终止存在的公司，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*) 在受到损害之日，公司具有被指称应对造成损害负责的国家的国籍，并且在该国成立公司是该国要求的、在其境内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

本章所载的原则应酌情适用于公司以外的其他法人的外交保护。

第三部分

当地救济

第14条 用尽当地救济

1．除非有条款草案第**15**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救济之前，不可提出国际求偿。

2．“当地救济”指受害人可以在被指称应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

3．在主要基于一国国民或条款草案第**8**条所指其他人所受损害而提出国际求偿或请求作出与该求偿有关的宣告性判决时，应用尽当地救济。

第15条 当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

(*a*) 不存在合理可用的能提供有效补救的当地救济，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性；

(*b*) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；

(*c*) 在发生损害之日，受害人与被指称应负责国家之间没有相关联系；

(*d*) 受害人明显被排除了寻求当地救济的可能性；或

(*e*) 被指称应负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。

第四部分

杂项规定

第16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、法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17条 国际法的特别规则

在本条款草案与国际法特别规则，如关于投资保护的条约规定不符的情况下，本条款草案不适用。

第18条 船员的保护

船舶船员的国籍国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致使船员受到伤害时，不论国籍为受害船员寻求补救而受到影响。

第19条 建议的做法

按照本条款草案有权实行外交保护的国家应：

(*a*) 充分考虑实行外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时；

(*b*) 对于诉诸外交保护和寻求赔偿之事，尽可能考虑受害人的意见；并且

(*c*) 把从责任国获得的任何损害赔偿在扣除合理费用之后转交受害人。

2．条款草案案文及其评注

50．委员会第五十八届会议通过的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 F. V. 加西亚•阿马多尔先生已在其于1956年至1961年间提交的报告里收录了大量关于此问题的条款草案。[19] 后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少关注外交保护问题。关于国家责任问题的最后条款草案明确地说，对于外交保护至关重要的两个议题，即要求的国籍与用尽当地救济，将由委员会单独开展工作，更广泛地加以处理。[20] 尽管如此，国家对国际不法行为的责任条款与本条款草案存在着密切联系。国家对国际不法行

[19] 初步报告：《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，第173至第231页；第二次报告，《1957年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/106号文件，第104至第130页；第三次报告，《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第47至第73页；第四次报告，《1959年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/119号文件，第1至第36页；第五次报告，《1960年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/125号文件，第41至第68页；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至第54页。

[20] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138至第139页（第44条的评注，脚注683和687）。

为的责任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的赔偿。这一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。这些事项在国家对国际不法行为的责任条款里都得到了处理。[21]

(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对受损害人国籍国的责任。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要求的规则。这大致上是指关于要求的可接受性的规则。国家对国际不法行为的责任条款第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适用规则提出要求；

(*b*) 该项要求适用用尽当地救济规则，却未用尽可利用的有效当地救济。[22]

本条款草案通过拟订关于求偿国籍和用尽当地救济的规则，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，但两者的区别也是很大的。外交保护历来是一种确保一国国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，其主要依据的原则是国民受到的损害即为国家本身受到的损害。另一方面，职能保护是一种通过确保国际组织的代理人受到尊重并保证其独立性而促进国际组织有效运作的制度。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上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，国际法院在审理伤害赔偿案时作了回答：“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要求。法院认为，有关方面没有理由不出于善意和常理来寻求解决办法”。[23]

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

为本条款草案的目的，外交保护是指一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。

评注

(1) 条款草案第1条没有试图为外交保护下完整、全面的定义，而是从本条款草案所用该词语的含义描述外交保护的特征。

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外国人造成的损害负有责任。外交保护是受害人国籍国为保护受害人并使该人因遭受国际不法行为而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满足的条件有关的规则。本条款草案无意界定或描述因使外国人受到损害而引起国家责任的国际不法行为。本条款草案和国家对国际不法行为的责任条款草案一样，维持对主要规则和次要规则的区分，且只处理次要规则。[24]

(3) 外交保护历来被视为国家的专有权利，意思是说，由于对国民的损害被视为对国家本身的损害，所以国家依据自己的权利实行外交保护。这种思路的起源首先是瑞士法学家埃默里奇·德·瓦泰勒在1758年说过的一句话：“无论谁虐待一名公民，均间

[21] 第28、第30、第31和第34至第37条（同上，第100至第107页以及第109至第123页）。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要求的原则。

[22] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33页，第76段。

[23] 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页起，详见第185至第186页。

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

接损害须保护该公民的国家”[25]，其次是常设国际法院1924年在马夫罗马蒂斯案中的意见：“事实上，一国为其某一国民出面，代表他采取外交行动或提起国际司法诉讼，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”[26]。显然，对国民的损害就是对国家本身的损害这种说法是虚拟的，是夸大其词的。[27] 外交保护的许多规则都否定了这种虚拟的正确性，尤其是持续国籍规则，该规则要求一国证明受害国民在损害本身发生之后直到提出要求之日，始终是其国民。套用马夫罗马蒂斯案意见中的话——“事实上”，一国并不仅仅是在维护其本身的权利。“事实上”，它也是在维护其受害国民的权利。

(4) 在国际法开始形成的早期，个人在国际法律秩序中没有地位，也没有权利。因此，如果要保护在国外受损害的国民，就只能通过拟制——即对国民的损害就是对国家本身的损害。然而，这种拟制只不过是达到目的的一种手段，其目的是要保护受损害国民的权利。如今，情况发生了巨变。个人是许多国际法主要规则的主体，在习惯和条约之下都是如此，这些规则使得个人对内免受本国政府之害，在外免受外国政府之害。国际法院在拉格朗案[28]和阿韦纳案[29]中均已承认这一点。这种保护并不限于人身权利。双边投资条约在财产权方面给予法人和自然人以权利和保护。个人获得了国际法之下的权利，但救济却不多。国家在国与国之间实行的外交保护仍是对人权在国外受侵害的个人给予保护的一种重要救济。

(5) 条款草案第1条的起草留出了有待讨论的问题：国家实行外交保护是出于自身的权利还是国民的权利，或者是兼而有之。该条是通过国家责任的棱镜看待外交保护，强调这是要求国家对国际不法行为损害国民的情况负责的程序。

(6) 条款草案第1条有目的地沿用了国家对国际不法行为的责任条款[30]的措辞。该条款将外交保护描述为一国对于另一国国际不法行为给本国国民造成损害的情况援引该另一国的责任，以期使该国责任得到履行。作为国家责任背景下提出的要求，这是国家与国家之间的要求，虽然也可能导致主张受损害国民在国际法之下享有的权利。

(7) 由于条款草案第1条依其性质是下定义的，因此不涵盖例外情况。由此，其中并未提及条款草案第8条在这方面提及的无国籍人士和难民。不过，条款草案第3条明确规定可针对这些人实行外交保护。

(8) 实行外交保护必须通过合法及和平手段。一些司法裁决在描述一国诉诸外交保护情况下可采取的行动时，区分了“外交行动”与“法律诉讼”[31]。条款草案第1条保留了这种区分，但更进一步，将司法诉讼纳入了“其他和平解决手段”。“外交行动”涵盖一国为向另一国通报其意见和关注而使用的一切合法程序，包括抗议、提请调查或谈判以解决争端。“其他和平解决手段”涵盖合法解决争端的一切形式，从谈判、调停及和解到仲裁和司法解决争端都在其中。《联合国宪章》第二条第四项所禁止的使用武力不属于行使外交保护权可允许的方法。外交保护不包括不涉及援引另一国法律责任的步骤或其他外交行动，如要求采取纠正行动的非正式请求等。

(9) 实行外交保护可以通过外交行动或其他和平解决手段。它不同于领事协助，因为它是由一

---

[25] E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns* (1758)，英文译文见 C. G. Fenwick, Washington D. C., Carnegie Institution, 1916, vol.III, book II, chap. VI, p. 136.

[26] 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。在帕涅韦兹斯–萨尔杜提斯基铁路案中，常设国际法院重复了这一意见，判决，1939年，《常设国际法院汇编》A/B 辑，第76号，第4页，详见第16页。

[27] 见 J. L. Brierly，*The Law Of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*，6 th edition edited by Sir Humphrey Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963，详见第276至第277页。

[28] 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页起，详见第493至第494页，第76至第77段。

[29] 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页起，详见第35至第36页，第40段。

[30] 见第三部分第一章，题为“一国责任的援引”（第42至第48条），《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）。第三部分本身的标题是“一国的国际责任的履行”。

[31] 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（见上文脚注26）；帕涅韦兹斯–萨尔杜提斯基铁路案（同上）；诺特博姆案（列支敦士登诉危地马拉），第二阶段，1955年4月6日的判决，《1955年国际法院汇编》，第4页起，详见第24页。

国的代表在一般国际法某项规则方面出于国家利益行事，而领事协助在大多数情况下是由领事官员给予，是根据《维也纳领事关系公约》行事，所代表的是个人的利益。外交保护基本上是补救性的，是为了就发生的国际不法行为提供救济；而领事协助大多是预防性的，主要着眼于防止国民受害于某一国际不法行为。

(10) 虽然理论上可以区分外交保护与领事协助，但在实践中却有困难。关于用尽当地救济的要求就表明了这一点。在领事协助情况下，显然不必用尽当地救济，因为这种协助出现在国际不法行为发生之前。从逻辑上讲，由于外交保护只出现在发生国际不法行为之后，因此，似乎一律都须用尽当地救济，只有条款草案第15条规定的情况是例外。

(11) 鉴于情况如此，条款草案第1条没有试图区分外交保护与领事协助。条款草案规定了实行外交保护的条件，这些条件并不适用于领事协助。这就意味着必须考虑每个案件的情况，以决定是涉及外交保护还是领事协助。

(12) 条款草案第1条明确了总评注[32]里已经提到的一点，即本条款草案只处理一国实行外交保护的问题，不涉及国际组织给予其代理人的保护。[33]

(13) 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1961年《维也纳外交关系公约》和1963年《维也纳领事关系公约》等其他国际法规则和文书的保护。然而，如果外交官或领事在非公务活动方面受到损害，他们就在外交保护相关规则的涵盖范围之内，例如，外交官在所派驻国拥有的私人财产被无偿征用就属于这种情况。

(14) 在大多数情况下，国家与受害人之间的国籍联系是实行外交保护的根据，这是条款草案第4和第9条处理的问题。本条中的“国民”既指自然人也指法人。在本条款草案的后面部分，对适用于自然人的规则和适用于法人的规则作了区分，并在必要之处对这两个概念分开处理。

[32] 见上文总评注，第(3)段。

[33] 伤害赔偿案（见上文脚注23）。

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) 外交保护是一国在国与国的层次上针对另一国国际不法行为造成损害的情况援引该另一国的责任，这个概念是条款草案第2条的基石。该条确认是由国家发起和实行外交保护；国家是拥有提出要求的权利的实体。这并不影响在这个进程中国家是在维护谁的权利这一问题，即是国家自身的权利，还是国家所代表的受损害国民的权利。如同第1条一样[34]，本条在这个问题上也是中立的。

(2) 一国有权为一国民实行外交保护。国家并非有任何责任或义务这样做。一国的国内法可能会要求本国为其国民实行外交保护，但国际法并没有规定这种义务。国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确地说明了这个立场：

> 在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的任何手段、在其认为妥当的任何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，他们在国际法下是没有救济的。如有方法，他们所能做的也只是诉诸国内法，以期继续争取其利益或得到救济……。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，国家保留酌处权，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。[35]

(3) 如今，国内立法[36]和司法裁决[37]中出现了对一种看法的支持，这种看法认为，无论是

[34] 见上文第1条评注第(3)至第(5)段。

[35] 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页起，详见第44页。

[36] 见特别报告员关于外交保护的初步报告，《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Add.1号文件，第80至第87段。

[37] 鲁道夫•赫斯案，《国际法律汇编》，第90卷（1992年），第387页；阿巴西和朱马诉外交和联邦事务大臣与内政部大臣案，2002年11月6日最高司法法院——上诉法院（民事分庭）的裁决，《国际法律资料》，第42卷（2003年），第358页；卡翁达等诉南非共和国总统等案，宪法法院2004年7月19日和20日与2004年8月4日的裁决，*The South African Law Reports 2005*, p. 235（判决转载于《国际法律资料》，第44卷（2005年1月），第173页）。

在国内法还是在国际法之下，当国民的人权在国外遭受严重侵犯时，国家都有一定的义务——无论多么有限——出面给予保护。因此，条款草案第19条宣告，有权实行外交保护的国家“……应* 充分考虑实行外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时”。因此，应结合条款草案第19条看待一国实行外交保护的酌处权利，因为该条建议各国在适当情形下行使这项权利。

(4) 条款草案第2条处理的是国家实行外交保护的权利。本条并不试图描述被告国的对应义务，即考虑一国按照本条款提出的外交保护主张，然而，这一点是暗含在其中的。

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) 条款草案第2条确认了国家实行外交保护的酌处权，第3条则确认了受害人国籍国有权——但不是有义务——为该人实行外交保护的原则。这一条草案把重点放在国家和国民之间的国籍联系上，正是这一联系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款提及条款草案第8条所载例外情况。第8条规定了为无国籍人和难民提供外交保护的情形。

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，国籍国指该人根据该国法律，通过出生、血缘、归化、国家继承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) 条款草案第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，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。条款草案第4条也列举了并不是详尽无遗的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。

(2) 由每一国根据本国法律决定谁是其国民的原则受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：“按国际法的目前状况来看，国籍问题……原则上属于国家主权范围内的问题”。[38] 这一原则得到《关于国籍法冲突的若干问题公约》第1条的证实：“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。”最近，1997年《欧洲国籍公约》（第3条）也认可了这个原则。

(3) 条款草案第4条中所列给予国籍的关连因素是说明性的，但并非详尽无遗。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，不能光凭婚姻本身给予国籍：它规定按照归化方式取得国籍以后还需要居住一段时间。在与一国民结婚以后，配偶一方自动取得另一方国籍的情况下，在这种取得国籍的方

[38] 突尼斯和摩洛哥（法属地区）的国籍法令案，咨询意见，《常设国际法院汇编》，B辑，第4号，1923年，第6页，详见第24页。

式是否符合国际法方面可能会出现问题。[39] 国籍也可因国家继承而获得。[40]

(4) 条款草案第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) 条款草案第4条不要求一国按照*诺特博姆案*[41] 中所认定的方式证明该国和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个附加因素，即使该国民只持有一个国籍。委员会认为，有若干因素促使*诺特博姆案*限定在案件的事实范围内，尤其是下述事实：诺特博姆先生与列支敦士登（起诉国）之间的联结“极为薄弱”[42]，而诺特博姆先生和危地马拉（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”。[43] 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[44]，而只拟阐明一项有关规则，根据该规则，凡是处于列支敦士登所在立场的国家都必须表明该国和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结的危地马拉为他提出权利主张。此外，必须考虑到这样的事实：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，确实，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的联结最薄弱的国家取得国籍。

(6) 条款草案第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国民，但这一权利并不是绝对的。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“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”的同时，还载列了一项但书：“这项法律应得到其他国家的承认，但须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。”[45] 目前，公约，尤其是人权领域的公约，规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。[46] 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。[47]

(7) 条款草案第4条确认，一国作为以受害外国人名义求偿的对象，可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而提出质疑。条款草案第4条规定，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给予国籍时必须有“判断余地”[48] 并且预先认可一国给予国籍的效力。[49]

---

[39] 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款和《已婚妇女国籍公约》第1条，这些条款禁止在这种情况下取得国籍。另见下文评注第(6)段。

[40] 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。

[41] 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个作者的意见，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。它可以说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31），第23页。

[42] 同上，第25页。

[43] 同上，第26页。

[44] 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《国际法律汇编》(1958-I)，第25卷（1963年），第91页，详见第148页。

[45] 另见《欧洲国籍公约》第3条第2款。

[46] 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*一案中的咨询意见中强调了这一点，认为“必须兼顾国籍的给予属于一国的国内管辖范围这一原则和国际法对一国权力施加与国际保护人权制度所规定的要求相互联系的若干限制的另一原则”（1984年1月19日OC-4/84号咨询意见，A辑，第4号，第38段）。

[47] 另见《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)第20条；《消除一切形式种族歧视国际公约》第5条(*d*)款(iii)项；以及《已婚妇女国籍公约》第1条。

[48] 见美洲人权法院对*哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案*一案的咨询意见（上文脚注46），第62至第63段。

[49] 见*Oppenheim's International Law*, 9th edition, vol.I, *peace*, R. Y. Jennings and A. D. Watts（编）, Harlow, Longman, 1992 , p.856。

(8) 如果某人以不符合国际法的方式非自愿地获得了国籍，例如妇女在结婚时自动取得丈夫国籍，原则上，应允许该人得到原国籍国的外交保护。[50] 然而，如果这种情况下取得国籍造成有关个人丧失原国籍，公平考虑就要求新国籍国有权实行外交保护。这样就符合国际法院1971年就纳米比亚案[51] 所发表意见中的裁定：个人的权利不应因为其所属国家的非法行为而受到影响。

第5条 自然人的持续国籍

1. 一国有权对从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为其国民的人实行外交保护。如果在上述两个日期该人都持有该国籍，则推定该国籍是持续的。

2. 尽管有第1款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民但在受到损害之日不是其国民的人，可实行外交保护，但条件是该人曾具有被继承国的国籍，或者已丧失原国籍，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. 一人在受到损害时为其原国籍国国民，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。

4. 一国对于在正式提出求偿之日后获得被求偿国国籍的人不再享有为其实行外交保护的权利。

评注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，[52] 但历来受到相当多的批评[53]，因为如果有关个人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍，这一规则便会造成很困难的形势。关于放弃这一规则的建议遇到反对，这是因为担心有人钻空子，为了获得外交保护而“选购国籍”。[54] 因此，条款草案第5条保留了持续国籍规则，但允许例外，以便顾及若不如此便可能引起不公平结果的情况。

(2) 第1款力陈一项传统原则：一国有权对在受到损害之时和正式提出求偿之日均为其国民的人实行外交保护。国家实践和学说对在这两个日期之间该国民是否必须保持求偿国的国籍并不明确，主要是因为实际上很少出现这个问题。[55] 因此，1965年国际法学会决定暂不处理在受害日和求偿日之间是否必须持续保有国籍的问题。[56] 然而，一方面要求证明在受害日和正式提出求偿之日具有同一国籍，一方面又不要求两个日期之间持续保有国籍，这是自相矛盾的。所以，在法律的逐渐发展工作中，已制订出规则，要求受害人从受害日到正式提出求偿之日持续为国民。鉴于提供持续性方面的证据有难度，只要在这两个日期具有同一国籍，即推定持续国籍。当然，这一推定是可辩驳的。

(3) 第一项要求是，受害国民在受到损害之日必须是求偿国的国民。受损害之日不必是一个确切的日期，如果伤害由一段时间内发生的多项行为或连续行为构成，就可以是连续的一段时间。

(4) 第1款中所载的第二项时间要求是正式提出求偿的日期。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的用语来界定求偿日期。[57] “提出求偿”一语

---

[50] 见《已婚妇女国籍公约》第2条。

[51] *南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果案*，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页，详见第56页，第125段。

[52] 例如见美国国际索赔委员会1951至1954年间对*克伦索赔案*所作的裁决，《国际法律汇编》（1953年），第20卷（1957年），第233页起，详见第234页。

[53] 见法官杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在*巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（上文脚注35）中的评论，第101至第102页；另见 E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990。

[54] 见首席仲裁员帕克法官在*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。”（美国－德国混合索赔委员会，1924年10月31日的裁决，《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）。

[55] 见 H. W. Briggs, “La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations”, *Annuaire de l’Institut de droit international*，第51卷(1965)，第一册，第5页起，详见第72至第73页。

[56] 见国际法学会的华沙会议，1965年9月，*Annuaire de l’Institut de droit international*，第51卷(1965)，第二册，第260至第262页。

[57] 见首席仲裁员帕克在*第五号行政裁决案*中的意见（上文脚注54），第143页。

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。在这一措辞中增添“正式”一词是要表明：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，而不是就这一议题进行非正式的外交接洽和查询的日期。

(5) 实行外交保护的截止日期是正式提出求偿之日。然而，有人支持一种意见，即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，他就不再是就外交保护而言的国民了。[58] 2003年，解决投资争端国际中心的一个仲裁庭在洛温案中认定，“从引起求偿的事件发生之日，即所谓起算日期，直至求偿解决之日，即所谓截止日期，必须存在连续的同一国籍”。[59] 在事实方面，洛温案处理的是寻求保护的人在提出求偿后改为被告国国籍的情况，在这种情况下，显然不能支持外交保护要求，这在条款草案第5条第4款中是明确规定的。然而，委员会并不准备仿照洛温案仲裁庭采取一揽子规则，规定国籍必须保持到求偿解决之日。[60] 这样的规则可能有悖于个人的利益，因为从提出求偿到得到最终解决可能要经过多年时间，在此期间，如果个人因为婚姻或归化导致的国籍改变而受到不利影响，则是不公正的。相反，所倾向的是以正式提出求偿的日期作为截止日期。这个日期很重要，因为这是国籍国表明实行外交保护的明确意向的日期——此前，这一点是不确定的。此外，这也是必须裁定求偿可否受理的日期。这种裁定不能留待以后解决求偿即作出裁决之日再来作出。

(6) 第1、第2和第4款中的“求偿”一语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。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。2001年国家对其国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注[61] 比较详尽地处理了这一事项。

(7) 虽然委员会决定有必要保留持续国籍规则，但也同意需要规定这一规则的例外。因此，第2款规定：一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可实行外交保护，但必须符合三个条件：第一，寻求外交保护的人曾具有被继承国的国籍，或者已丧失原国籍；第二，该人基于与提出求偿无关的原因已获得另一国的国籍；第三，新国籍是以不违反国际法的方式取得的。

(8) 第2款涉及受害人自愿或非自愿丧失先前国籍的情况。在国家继承的情况下，也有可能在收养和结婚等必须改变国籍的情况下，会非自愿地丧失国籍。在国籍发生其他类型变化的情况下，意志的成分就不那么明确了。基于这类理由，第2款不要求国籍的丧失必须是非自愿的。

(9) 在国家继承的情况下，该款限于就外交保护而言的国籍持续性问题。该款并非试图规范国籍的继承，因为这是委员会的国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案的主题。[62]

(10) 如上所述，[63] 担心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他提出外交要求的国家的国籍，这就是持续国籍规则的基础。第2款所载的第二个条件处理了这种担心，为此规定：作为实行外交保护对象的人，其取得新国籍的原因必须与提出求偿无关。这个条件是为了将持续国籍的例外主要限定于强制给予国籍的情况，例如该人取得新国籍属于婚姻、收养或国家继承等因素必然引起的结果。第2款中的例外不适用于某人出于与提出求偿有关的商业原因获得新国籍的情况。

(11) 为了使持续国籍规则不适用而必须符合的第三个条件是：新国籍是以不违反国际法的方式

[58] 见 *Oppenheim's International Law*（上文脚注49）, p. 512。另见明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶（大不列颠）诉墨西哥合众国案，1931年6月24日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第207页。

[59] 洛温集团公司和雷蒙德·洛温诉美利坚合众国案，解决投资争端国际中心第 ARB(AF)/98/3号案，2003年6月26日的裁决，《解决投资争端国际中心汇编》，第7卷（2005年），第442页起，详见第485页，第225段。

[60] 关于对洛温案的批评，见J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2005，第183至第184页。

[61] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第136页。

[62] 见上文脚注40。

[63] 见上文本条草案的评注第(1)段。

取得的。这一条件的含义必须结合条款草案第4条加以理解。

(12) 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。若一人受害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得就该损害针对原国籍国实行外交保护。

(13) 第4款规定，如果求偿所涉个人在提出求偿之日后成为被求偿国国民，则求偿国不再有权继续此项求偿，因为在这种情况下，被求偿国实际上就会被要求向自己的国民支付赔偿。洛温案和另外一些案件[64]的情况就是如此，在这些案件中，提出求偿后的国籍的改变被认定为解除了国籍的延续性。实践中，大多数此类案件的求偿国都会撤回求偿，尽管就马夫罗马蒂斯案中提出的拟制说法而言，此种求偿是国家的求偿，求偿是为了要求就国家由于国民受害而蒙受的损害得到补偿[65]。同样，在受害人在提出求偿后成为第三国国民的情况下，求偿国也可能会决定撤回求偿。如果受害人以欺诈方式保持求偿国国籍直至提出求偿之日并在此后获得第三国国籍，出于公平，应终止求偿要求，但举证责任要由被求偿国承担。

(14) 条款草案第5条留出了有待讨论的问题：受害国民因受害而死亡或在受害之后但在正式提出求偿之前死亡，其继承人如果具有另一国的国籍，可否得到受害人国籍国的保护。这方面的司法裁决虽因大多涉及特定条约的解释而不成其为定论，但倾向于支持一种立场，即如果继承人具有第三国国籍，则受害人国籍国不得提出求偿。[66] 如果继承人具有被求偿国的国籍，显然就不会出现这种求偿。[67] 有些人支持一种意见，即如果受害国民在求偿正式提出之前死亡，求偿可以继续，因为它具有国民属性。[68] 虽然这一立场从公平考虑的角度可能得到赞同，但也有被否定的情况。[69] 由于权威意见尚无定论，就这个议题提出一项规则是不明智的。

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具有双重或多重国籍的国民共同实行外交保护。

评注

(1) 双重或多重国籍是国际生活中的事实。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或条款草案第4条设想的任何其他方式取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。虽然有些国家的法律不允许其国民同时也是其他国家的国民，但国际法并不禁止双重或多重国籍；事实上，这种国籍已获得《关于国籍法冲突的若干问题公约》第3条的认可，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。条款草案第6条只适用于受害人的一个或所有国籍国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规定载于条款草案第7条。

(2) 第1款容许一国籍国对同时拥有一个或一个以上其他国籍的国民实行外交保护。同条款草案第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。

---

[64] 埃比尼泽·巴斯托案，G. H. 哈克沃思，《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805页；F. 莱德勒（已故）遗嘱执行人诉德国政府案，*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, tome III, p. 762; 夏威夷索赔案，F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, 哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1926年，p. 30；肖邦案，*French and American Claims Commission, 1880-1884*，第60卷，Records of Claims; 格里布尔案，*Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. V (*Report of Robert S. Hale Esq.*), 哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1874年，p. 14。

[65] 见上文第1条评注第(3)段。

[66] 埃绍齐耶索赔案（见上文脚注58）；克伦索赔案（见上文脚注52）；W. H. 格利德尔船长案（大不列颠诉墨西哥合众国），1929年11月19日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第44页；但也见斯特劳布索赔案，《国际法律汇编》，第20卷，第228页。

[67] 史蒂文森案，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1959.V.5），第494页；博戈维奇索赔案，《国际法律汇编》，第21卷，第156页；F. 莱德勒（亡故）遗嘱执行人诉德国政府案（见上文脚注64）。

[68] 见E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1922, p. 628；另见斯特劳布索赔案（上文脚注66）。

[69] 埃绍齐耶索赔案（见上文脚注58），第209页。

(3) 虽然有些仲裁裁决[70]和编纂工作[71]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，但权威意见并不要求这种条件。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。"[72]这项规则在其他案件[73]中得到沿用，较近期而言，也得到伊朗－美国索赔法庭的支持[74]。关于在这种情况下不要求真正或有效联系的决定是有理由的。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，没有任何理由可以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双重或多重国籍国民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这种求偿，但若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。应该按照国际法庭和国家法庭确认的、适用于共同索赔抵偿的一般法律原则予以处理。

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，除非在发生损害之日和正式提出求偿之日，前一国的国籍均为该人的主要国籍。

评注

(1) 条款草案第7条处理一国籍国针对另一国籍国实行外交保护的情况。条款草案第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具有有效联系，而条款草案第7条则要求求偿国证明：其国籍在该人受到损害时和正式提出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。《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。"[75]后来的编纂提案采取了同样的着手方式[76]，有些仲裁裁决也支持这一立场。[77]国际法院在1949年对伤害赔偿案的咨

---

[70] 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，*Annual Digest of Public International Law Cases, Years 1925 and 1926*, A. D. McNair and H. Lauterpacht（编）, London, Longmans, Green and Co., 1929，第277至第278页。

[71] 见《关于国籍法冲突的若干问题公约》第5条；国际法学会1965年华沙届会通过的一个关于"一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性"的决议，*Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 56，详见第58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（转载于 L. B. Sohn and R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens",《美国国际法学报》，第55卷，第3号（1961年7月），第548页）第23条第3款；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·阿马多尔关于国际责任的第三次报告，《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第61页。

[72] 萨利姆案（埃及/美利坚合众国），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1165页，详见第1188页。

[73] 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，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷（出售品编号：65.V.4），第236页，或《国际法律汇编》（1955年），第22卷（1958年），第443页，详见第456页；韦雷亚诺索赔案，1957年5月7日，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第321页，或《国际法律汇编》（1957年），第24卷（1961年），第464至第465页；以及斯坦科维奇索赔案，1963年7月29日，《国际法律汇编》，第40卷（1970年），第153页，详见第155页。

[74] 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，格鲁希阿斯，1984年，第23页。

[75] 另见1929年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责任的哈佛公约草案第16(*a*)条，《美国国际法学报》，第23卷，特刊号（第2卷）（1929年4月）补编，第133页起，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页起，详见第230页）。

[76] 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71）第23条第5款；和国际法学会1965年华沙届会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。

[77] 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, *History and Digest of the Interna-*

询意见中把国家不针对其国民的另一国籍国为该国民提供保护的国家实践称为“通常做法”。[78]

(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。[79] 国际法院在另一情况即*诺特博姆案*[80] 中借鉴了这个判例，意大利－美国调解委员会在1955年*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，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，在未能证明其国籍为主要国籍的情况下，就必须坚持这一原则，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。[81]

调解委员会的意见认为：有效国籍原则和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。[82] 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。[83] 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家责任的第三次报告中提议：“若外国人有双重或多重国籍，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。”[84] 奥雷戈•比库尼亚在提交国际法协会第六十九次大会的报告中也提出同样的看法。[85]

---

tional Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, vol. III, Washington D. C., United States Government Printing Office, 1898, p. 2529；*奥尔登堡案*（英国－墨西哥索赔委员会），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《委员的决定和意见》，1929年10月5日至1930年2月15日，London, HM Stationery Office, 1931, p. 97；*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《1930年2月15日以后委员的进一步决定和意见》，London, HM Stationery Office, 1933，p. 13；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页。

[78] *伤害赔偿案*（见上文脚注23），第186页。

[79] *德拉蒙德案*，2 Knapp, Privy Council I, p. 295, The English Reports，第12卷, Edinburgh/London, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, p. 492；*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），分别见《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，及第十卷（出售品编号：60.V.4），第542和第584页，或 *Venezuelan Arbitrations of 1903*, J. H. Ralston（编）, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1904，第429至第438页，第438至第455页，第710至第720页和第754至第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 *The Hague Court Reports*, J. B. Scott（编）, New York, Oxford University Press, 1916, p. 284；*海因案*，案件编号：148（1922年）（英国－德国混合仲裁法庭），*Annual Digest of Public Internaitonal Law Cases 1919 to 1922*, J. F. Williams and H. Lauterpacht（编）, London, Longmans, Green and Co., 1932, p. 216；*布卢门塔尔案*（1923年）（法国－德国混合仲裁法庭），*Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tome 3, Paris, Sirey, 1924, p. 616；*德蒙特福特案*，案件编号：206（1926年）（法国－德国混合仲裁法庭），*Annual Digest of Public International Law Cases 1925 to 1926*（上文脚注70），p. 279；*潘松案*，案件编号：194和195（1928年）（法国－墨西哥混合索赔委员会），同上（1927-1928年），第297至第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；*和特雷西案*（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至第250页。

[80] *诺特博姆案*（上文脚注31），第22至第23页。*诺特博姆案*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，即诺特博姆先生与列支敦士登并无涉及双重国籍情况下的有效联系。另见上文脚注79中提到的一些司法裁决。

[81] *梅尔杰案*，《国际仲裁裁决汇编》（见上文脚注73），第247页。另见*德莱昂案*，1962年5月15日和1963年4月8日第218和第227号案，《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。

[82] 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《国际法律汇编》（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《国际法律汇编》，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《国际法律汇编》，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《国际法律汇编》，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《国际法律汇编》，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《国际法律汇编》，第24卷，第454页；*图里案*（1960年），《国际法律汇编》，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《国际法律汇编》，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《国际法律汇编》，第30卷，第366页；*和迪奇乔案*（1962年），《国际法律汇编》，第40卷（1970年），第148页。

[83] 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》，第2卷，剑桥，格鲁希阿斯，1984年，第157页起，详见第166页；案件编号：A/18（1984年），同上，第5卷，1985年，第251页；*和阿塔乌拉•戈尔皮拉诉伊朗伊斯兰共和国案*（1983年），同上，第2卷，1984年，第174页，或《国际法律汇编》，第72卷，第493页。

[84] 关于国家对外侨所受损害所负国际责任的草案（见上文脚注71），第21条第4款。

[85] “不断变化的求偿国籍法”，临时报告，国际法协会，《第六十九次大会报告》，2000年，伦敦，第646页，第11段；2006年在多伦多举行的国际法协会大会通过的最后报告又予以确认（《第七十二次大会报告》，2006年，伦敦）。

(4) 尽管两个概念不同，但一些权威对于一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况，不加区分地使用了“有效”联系或“起支配作用的”联系，来描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。条款草案第7条不使用这两个词语中的任何一个来描述必要的联系，而是使用“主要”一语，因为它表述了相对关系的意涵，并且表明，与另一国相比，该个人与该国有着较强的联系。法庭在审理这个问题时需要均衡评量国籍的竞争力度，适用于国籍问题时，以“主要”一语表述这项工作的精华要比“有效”或“起支配作用的”更为贴切。意大利－美国调解委员会在梅尔杰索赔案[86]中也使用了“主要”一语，可以把该案视为目前习惯规则之发展的出发点。

(5) 委员会并不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。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（即在求偿提出前，成为保护国国民的时间有多长）；受教育的地点、修习的课程和教学的语言；就业和财务利益；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；前往另一国籍国的情况；持有和使用另一国护照的情况以及服兵役的情况。没有哪一个因素是起决定作用的，每一因素所占比重因案情而异。

(6) 条款草案第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。这是为了表明条款草案第7条所设想到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，证明其国籍是主要国籍。

(7) 反对一国籍国针对另一国籍国提出求偿的主要原因是：这可能容许该个人在一国籍国受到损害以后，将另一国作为其主要国籍国，从而对前一国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受损害之时和正式提出求偿之日都必须是主要国籍这一要求化解了这一反对意见。虽然这项要求呼应了关于持续国籍问题的条款草案第5条第1款所申明的原则，但在这种情况下，并非必须证明主要国籍在两个日期之间的延续性。条款草案第5条的评注解释了“发生损害之日”和“正式提出求偿之日”两个用语。条款草案第5条第2款中关于持续国籍规则的例外在这里不适用，因为条款草案第7条所设想到的受害人应并未丧失其其他国籍。

[86] 见上文脚注73。

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日和正式提出求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

2. 一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人实行外交保护，但该人须在受到损害之日和正式提出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) 过去，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。”[87]这一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) 条款草案第8条体现了法律的逐渐发展[88]，它偏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国民实行外交保护。虽然条款草案第8条要在关于无国籍状态和难民的规则框架内加以看待，但它并未试

[87] 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），第669页起，详见第678页。

[88] 在拉维等人、英女王（应申请）诉外交事务大臣和另一人案，[2006] EWHC 972 (Admin) 中，一英国法院认定条款草案第8条应被视为拟议法，“尚不构成国际法的一部分”（第63段）。

图就这些人的地位发表意见。该条仅关心为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。然而，这样的定义见于《关于无国籍人地位的公约》，《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性质。一国可为这样的人实行外交保护，而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出求偿之日合法、惯常居住在该国。这里的惯常居所是为了传达连续居住的含义。

(4) 合法、惯常居住这两点要求确立了很高的门槛[89]。虽然这一门槛很高并导致某些个人得不到有效保护，但惯常居所与合法居所这两点结合使用，在根据拟议法引入例外措施的情况下是合理的。

(5) 第1款包含了求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。

(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［自己］不愿受［国籍国的］保护”[90]或者如果要利用这种保护，就会有失去居住地国难民地位的危险。第2款对应了第1款中的说法。第3款所示的无国籍人与难民的重要区别说明了委员会为何对每一类人用单独一款作出规定。

(7) 要求将合法居所和惯常居所作为为难民实行外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样，[91]不过，《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”[92]这一较低的门槛。两项因素表明这个立场的合理性。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；[93]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。[94]

(8) 第2款中的“难民”一词不限于1951年《关于难民地位的公约》及其1967年《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一定义的人。委员会考虑过使用见于1997年《欧洲国籍公约》第6条第(4)款(*g*)项的“被承认的难民”一词，这样会使这个概念有所扩大，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》，[95]该公约被普遍视为对难民进行国际保护的典范；[96]以及美洲国家组织大会于1985年核准的《卡塔赫纳难民问题宣言》。[97]然而，委员会倾向于不为此用语规定限制，以便容许一国能向它视为难民并作为难民对待的任何人提供外交保护。[98]然而，这种承认必须基于与对难民的承认有关的“国际公认标准”。这个词语强调应适用各种公约和其他国际文书中阐述的标准，以及1951年《关于难民地位的公约》及其1967年《议定书》中的法律规则。

(9) 第2款重复了对求偿的时间要求。难民在受到损害之时和正式提出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该难民实行外交保护。如果容许这样做，就会违背本条款草案的基本精神，即国

---

[89] “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71），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”。

[90] 《关于难民地位的公约》第1条A款第(2)项。

[91] 惯常居所在这种情况下表示连续居住的含义。

[92] 该公约的准备工作材料表明，“居留”是指时间长度次于长期居住。

[93] 见该《公约》的附则第16段。

[94] 见上文本条草案评注第(4)段。

[95] 这一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）。

[96] 见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17页，第35段。

[97] 由1984年11月19日至22日在哥伦比亚卡塔赫纳德印第亚斯举行的中美洲、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》各项结论的案文载于OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1号文件，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。

[98] 例如，一国或许可能为根据1954年《领土庇护公约》得到政治庇护的人实行外交保护。

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的指控，他们是为了逃避迫害而离开国籍国的。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自由裁量的性质。按照国际法，对于是否为国民实行外交保护，一国拥有酌处权。[99] 对于是否向无国籍人或难民提供这种保护，一国更有理由拥有酌处权。

(12) 条款草案第8条仅关注对无国籍人和难民的外交保护。它不关注给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民实行外交保护不能也不应该被视为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段都已表明，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的国家。然而，当公司受另一国或另外数国的国民控制，在成立地国没有实质性商务活动，而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时，则应将该另一国视为国籍国。

评注

(1) 条款草案第9条承认外交保护可惠及公司。本条第一部分沿用关于自然人的外交保护的条款草案第4条的语言。这个规定表明，就公司的外交保护而言，必须满足某些条件才能成为国籍国，这和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，即资本一般呈股份形式、承担有限责任的营利性企业，而不涉及其他类型法人。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。条款草案第13条专门规定了公司以外的法人的地位。

(3) 如同对自然人一样，给予公司国籍属于一国的“主权范围”。[100] 正如国际法院在*巴塞罗那电车公司案*中所述：

> 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内创立的实体。这反过来要求，一旦各国处理公司和股东问题的权利方面出现了法律问题，须求助于国内法有关规则，因为国际法对这些权利没有确立自己的规则。[101]

虽然国际法本身没有关于公司成立、管理和解散或关于股东权利及其与公司关系的规则，因此在这方面必须在国内法中寻求指导，但要由国际法决定国家可为公司或其股东实行外交保护的情况。国际法院在*巴塞罗那电车公司案*中处理到这个问题，其中裁定，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的办事处的国家。”[102] 为了外交保护的目的，对于公司获得国籍一事，国际法院在这里规定了两项条件：公司在该国成立，并且在该国设有注册办事处。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办事处，即便只是有名无实也可，因此，公司的成立对于外交保护的目的而言是最重要的标准。然而，在*巴塞罗那电车公司案*中，国际法院并不满足于将公司的成立定为实行外交保护的唯一标准。虽然国际法院没有重申*诺特博姆案*中适用的“真正联系”要求[103]，并承认“在公司实体的外交保护这一特定领域，尚无任何‘真正联系’的绝对检验标准得到普遍接受”[104]，但还是提出，除了成立和注册办事处以外，实行外交保护的国家与公

[99] 见条款草案第2和第19条及其评注。

[100] 见*突尼斯和摩洛哥的国籍法令案*（上文脚注38）。

[101] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（见上文脚注35），第33至第34页，第38段。

[102] 同上，第42页，第70段。

[103] 同上。*诺特博姆案*，见上文第31页。

[104] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（见上文脚注35），第42页，第70段。

司之间还需要某种“永久和密切的联系”。[105] 在该案的事实方面，国际法院认定，这种联系就表现在该公司在加拿大设立已有50多年，保持着注册办事处、账户和股份登记册，多年来均在该国举行董事会会议，列于加拿大税务部门的记录中，而且其他国家普遍承认该公司的加拿大国籍。[106] 国际法院认为，所有这一切都意味着“巴塞罗那电车公司与加拿大的联系是多方面的”。[107] 在*巴塞罗那电车公司案*中，国际法院面临的情况并不是公司在一国成立却与另一国有“密切和永久的联系”。人们只能猜测国际法院在这种情况下会如何裁决。然而，条款草案第9条确实针对这种情况作了规定。

(4) 条款草案第9条接受了*巴塞罗那电车公司案*中的基本前提：公司的成立使公司具有了就外交保护目的而言的国籍。然而，该条规定了一种特定情况下的例外，即公司成立地国与公司本身之间不存在任何其他重要的联系，而是与另一国存在某些重要联系，在这种情况下，就外交保护目的而言，该另一国将被视为国籍国。无论是政策还是公平性都要求这样的解决办法。不宜将实行外交保护的唯一、排他权利赋予与公司有着最薄弱联系的国家，因为这样的国家很少愿意为公司提供保护。

(5) 条款草案第9条规定，在第一种情况下，公司成立地国是有权实行外交保护的国籍国。然而，如果情况表明公司与另一国具有较密切的联系，公司的管理总部和财务控制权均处该另一国，则应将该国视为有权实行外交保护的国籍国。然而，在这之前，还须先满足某些条件。首先，该公司必须是受另一国国民控制。其次，在成立地国，公司不得有实质性商务活动。第三，公司的管理总部和财务控制权均须在另一国。只有在全部满足这些条件之后，公司的管理总部和财务控制权所在国才是就外交保护目的而言的国籍国。

(6) 在*巴塞罗那电车公司案*中，国际法院警告说，赋予股东国籍国以外交保护权可能导致大量诉讼，从而“可能会在国际经济关系中形成混乱和无保障的氛围”。[108] 将外交保护权赋予与公司有联系的多个国家也可能造成类似混乱。条款草案第9条不允许这种多重诉讼。有权实行外交保护的国籍国要么是公司成立地国，要么，如果满足所要求条件的话，是公司的管理总部和财务控制权所在国。如果管理总部和财务控制权在不同的国家，则公司成立地国仍应是有权实行外交保护的国家。

第10条 公司的持续国籍

1. 一国有权为从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为该国或其被继承国国民的公司实行外交保护。如果在上述两个日期该公司都持有该国籍，则推定该国籍是持续的。

2. 一国对于在提出求偿后获得被求偿国国籍的公司不再享有为其实行外交保护的权利。

3. 尽管有第1款的规定，一国对于在发生损害之日为其国民，但由于损害的原因，按照成立地国法律终止存在的公司，继续有权实行外交保护。

评注

(1) 条款草案第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，在涉及公司的案件中，持续国籍问题出现的次数较少，不像涉及自然人的案件。自然人由于归化、结婚或收养以及国家继承等原因可以很容易地改变国籍，但公司一般只能通过在另一国重新组建或重新成立才能改变国籍，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。[109] 公司可以不改变法律人格而改变国籍的最常见例子出现在发生国家继承时。

(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正式提出求偿之日都是其国民的公司实行外交保护。它还要求从损害发生之日到

[105] 同上，第42页，第71段。

[106] 同上，第42至第44页，第71至第76段。

[107] 同上，第42页，第71段。

[108] 同上，第49页，第96段。

[109] 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，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政府提出的求偿转给了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，此求偿获得准许。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192页）。另见*洛温案*（上文脚注59），第484至第485页，第220段。

正式提出求偿之日，国籍具有持续性。条款草案第5条的评注分析了这些同样适用于自然人的要求。采用正式提出求偿之日而非裁定之日的说法，其理由在条款草案第5条的评注中已有说明。然而，第2款规定了一个例外，以涵盖公司在提出求偿之后获得被求偿国国籍的情况。

(3) 在公司由于国家继承而改变国籍的情况下，持续国籍的要求已得到满足。[110] 事实上，这是持续国籍规则的一个例外。第1款“被继承国”一语涵盖了这个问题。

(4) 第1款中“求偿”一语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。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。[111]

(5) 就第2款而言，一国无权为在提出求偿之后获得被求偿国国籍的公司实行外交保护。此款是为了顾及洛温案中出现的那一类情况，[112] 即一家公司在提起求偿的国家（加拿大）不复存在，并在被求偿国（美国）重组。条款草案第5条的评注进一步讨论了这个问题。[113]

(6) 如果按照成立地国的法律，身为其国民的公司已不存在，则为该公司实行外交保护一事将遇到困难。如果采取一种立场，认为倘若在提出求偿之时公司已经不存在，那该公司的国籍国便不可提出求偿，那么，将没有任何国家可就该公司所受损害实行外交保护。一国不能利用股东的国籍来提出此类求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它有必要的利害关系。这个问题曾使几位审理巴塞罗那电车公司案的法官感到困惑，[114] 也使某些法院、仲裁庭[115] 和学者们[116] 感到困惑。第3款采取了务实的做法，容许一家公司的国籍国针对在受到损害之时是其国民但由于所受损害已不复存在因而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3款必须结合条款草案第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*) 在受到损害之日，公司具有被指称应对造成损害负责的国家的国籍，并且在该国成立公司是该国要求的、在其境内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一原则。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。[117] 这种公司的特点是公司

---

[110] 关于这个议题，详见帕涅韦兹斯–萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注26），第18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的国籍问题的第四次报告，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。

[111] 详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），第136至第138页。

[112] 洛温案（见上文脚注59），第220段。

[113] 第(5)和第(13)段。

[114] 法官杰瑟普（见上文脚注35，第193页）、格罗斯（同上，第277页）和菲茨莫里斯（同上，第101至第102页），以及临时法官里普哈根（同上，第345页）。

[115] 见孔哈特公司案（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的意见），《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第171页，尤其见委内瑞拉委员保乌尔先生的反对意见，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，第61页，详见第63页。

[116] 见 L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, The Hague, Martinus Nijhoff , 1969 , 第 206 至 第 207 页 ; W. E. Beckett, “Diplomatic claims in respect of injuries to companies”, in *Transactions of the Grotus Society*， 第 17 卷 , London, Sweet and Maxwell, 1932，第175页起，详见第191页；和 E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990，第197至第202页。

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

与股东之间存在着明显区别。[118] 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独实体的利益，但是只有一个实体的权利受到侵犯”。[119] 只有在被起诉的行为目的在于侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。[120] 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。[121]

(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时，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酌处权，拒绝为其实行外交保护的风险。[122] 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。[123] 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。[124] 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。[125]

(3) 在*巴塞罗那电车公司案*中，国际法院同意，在两种情况下，股东的国籍国可以代表股东实行外交保护：第一，公司在其成立地已不复存在[126]——*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[127]——*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*时并没有给予透彻的审议，因为这两项例外与案件无关，但这两项例外在条款草案第11条 (*a*) 款和 (*b*) 款中得到了承认。由于公司的股东可以是不同国家的国民，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。然而，在实践中，这些国家将会、也应当协调它们的要求，确保国民拥有大部分股本的国家成为案中的求偿国。

(4) 条款草案第11条限于公司股东的利益，因为有关这一主题的司法裁决，包括*巴塞罗那电车公司案*在内，主要处理的都是股东问题。在国籍国是否有权保护债券持有人、指定代理人或受托人等股东以外的投资者的问题上，没有明确的权威意见。然而，原则上似无恰当理由不让国籍国保护这些人。[128]

(5) 条款草案第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种不那么严格的检验标准，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。[129] 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。一个公司光是“瘫痪”或“财务状况危急”是不够的。[130]“实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上不十分准确”。[131] 它认为只有“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后，才会产生他们或其政府采取行动的独立权利。”[132] 欧洲人权法院随后对这一标准表示支持。[133]

---

[118] 同上，第41段。

[119] 同上，第35页，第44段。

[120] 同上，第36页，第47段。

[121] 同上，第37页，第50段。

[122] 同上，第35页，第43段；第46页，第86至第87段；和第50页，第99段。

[123] 同上，第48至第49页，第94至第96段。

[124] 同上，第48至第49页，第9至第95段。

[125] 同上，第38页，第53段；和第50页，第98段。

[126] 同上，第40至第41页，第65至第68段。

[127] 同上，第48页，第92段。

[128] 这是联合王国采取的方针。见从各国政府收到的关于委员会一读通过的条款草案的评论和意见，《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/561和Add.1-2号文件，附件（大不列颠及北爱尔兰联合王国：国际索赔适用规则）。

[129] *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；*特里温福公司索赔案*，同上，第649页；*巴舍和罗默案*，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷（出售品编号：1960.V.4），第713页起，详见第723页。

[130] 见*巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（上文脚注35），第40至第41页，第65至第66段。

[131] 同上，第41页，第66段。

[132] 同上；另见法官帕迪利亚•内尔沃（同上，第256页）和阿蒙（同上，第319至第320页）的个别意见。

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

(6) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院并没有明确地宣布，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却很清楚，法院的意图是，公司应是在其成立地国而不是在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[134]，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，只要还没有展开清理工作，这些权利就仍然存在。在整个破产管理过程中，这个公司仍继续存在。"[135] 一个公司在组建和成立后就在成立地国"诞生"。相反，它在成立地国即使其得以存在的国家停业时即为"消亡"。因此，看来合理做法是，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个公司实体运作。

(7) 最后的短语"由于与损害无关的原因"旨在确保股东的国籍国不得就公司所受的造成公司消亡的损害提起诉讼。根据条款草案第10条，这依然是公司国籍国的权利。因此，股东的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。

(8) 条款草案第11条 (*b*) 款规定了一种例外，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。这项例外仅适用于以下情况：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。

(9) 对这种例外的支持见于国家实践、仲裁裁决[136] 和学说。具有重要意义的是，德拉瓜湾铁路案、墨西哥鹰牌案和"萨尔瓦多商业公司"等案（"特里温福公司"案）这三个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。[137]

(10) 在巴塞罗那电车公司案中，被告国西班牙不是受损害公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确顺带提到过这一例外情况：

> 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，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，那么，股东国籍国享有外交保护权。无论这一理论是否有效，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。[138]

菲茨莫里斯法官[139]、田中法官[140] 和杰瑟普法官[141] 在他们关于巴塞罗那电车公司案的个别意见

---

[134] 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第40页，第65段。另见法官菲茨莫里斯（同上，第75页）和杰瑟普（同上，第194页）的个别意见。

[135] 同上，第41页，第67段。

[136] 见德拉瓜湾铁路公司案（上文脚注129）；墨西哥鹰牌案（阿吉拉案），M. M. 怀特曼，《国际法文摘》，第8卷（1967年），第1272至第1274页；罗马诺－美洲案，G. H. 哈克沃思，前引书（上文脚注64），第五卷，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（出售品编号：1966.V.3），第455页起，详见第467页；和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页起，详见第790页。对各种权威意见的全面论述，见 Caflisch，前引书（上文脚注116）；和 J. M. Jones, "Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies",《英国国际法年鉴》，第26卷（1949年），第225页。另见 E. Jiménez de Aréchaga,"International responsibility"，载于 Max Sørensen（编）, *Manual of Public International Law*, London, Macmillan, 1968，第531页起，详见第580至第581页。

[137] 怀特曼，前引书（上文脚注），第1273至第1274页。

[138] 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第48页，第92段。

[139] 同上，第72至第75页。

[140] 同上，第134页。

[141] 同上，第191至第193页。

中表示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。[142] 菲茨莫里斯法官[143] 和杰瑟普法官[144] 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，但两人都不愿意将此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[145]、莫雷利法官[146] 和阿蒙法官[147] 极力反对这种例外情况。

(11) 在*巴塞罗那电车公司案*之后的时期，与拟议例外有关的进展主要出现在条约框架内。但这些进展都支持一种概念，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。[148] 在*西电公司案*[149] 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，因为两家美国公司拥有该公司全部的股份。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。[150] 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》[151] 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。[152] 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。[153]

(12) 在*巴塞罗那电车公司案*之前，就有意见表示支持拟议的例外，但对国家实践和仲裁决定是否或在多大程度上承认该例外，存在分歧。虽然仲裁裁决确认了例外所体现的原则，但这些裁决所依据的，往往是国与国之间允许股东索赔的专项协定，因此，未必是一项习惯国际法的一般规则的体现。[154] *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。随后的发展，尽管是在条约解释的范围内，也确认了这一趋势。[155] 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。但是条款草案第11条 (*b*) 款并没有走这么远。相反，它将例外限于所谓的“卡尔沃公司”，如“卡尔沃条款”[156] 所述，成立这种公司的目的是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（另一个限制性特征），公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍，并且该国规定在该国成立是在那里开展经营活动的前提条件。未必是该国法律要求成立这一要件。其他形式的强制性规定也可能产生“要求”公司在该国成立的结果。

---

[142] 顾维钧法官在*巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案*中同样支持这一立场，初步反对意见，《1964年国际法院汇编》，第6页起，详见第58页，第20段。

[143] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（上文脚注35），第73页，第15和第16段。

[144] 同上，第191和第192页。

[145] 同上，第257至第259页。

[146] 同上，第240和第241页。

[147] 同上，第318页。

[148] 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，《国际法律汇编》，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至第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）。

[149] *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。

[150] 同上，第64页（第106段）和第79页（第132段）。

[151] 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）。

[152] 从小田法官（第87至第88页）和施韦贝尔法官（第94页）在*西电公司案*（见上文脚注149）中就此问题进行的意见交流可清楚地看出这一点。

[153] Yoram Dinstein表达了这样的意见，见“Diplomatic protection of companies under international law”，载于 K. Wellens（编），*International Law: Theory and Practice- Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998，第505页起，详见第512页。

[154] 见从各国政府收到的关于委员会一读通过的条款草案的评论和意见中美国就条款草案第11条 (*b*) 项提交的大意如此的意见，A/CN.4/561和 Add.1-2号文件（上文脚注128）。

[155] 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，并载于从各国政府收到的关于委员会一读通过的条款草案的评论和意见附件，A/CN.4/561和 Add.1-2号文件（见上文脚注128）。

[156] 以著名阿根廷法学家卡洛斯·卡尔沃（1824-1906年）的名字命名。见《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，第206至第208页。

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)　国际法院在*巴塞罗那电车公司案*中确认，股东的自身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司的截然不同，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。[157]

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国际法院审议此事。

(2)　国际法院分庭在*西电公司案*中遇到了保护股东直接权利的问题。[158]然而，就该案而言，股东组织、控制和管理公司的权利等有关权利已见于《友好商业航运条约》[159]，有人要求分庭加以解释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。和国际法院审议*巴塞罗那电车公司案*时一样，在*阿格罗泰克西姆案*[160]中，欧洲人权法院承认股东在权利受到直接侵犯的时候，享有得到保护的权利，但认定本案中并没有发生这种侵权事宜。[161]

(3)　条款草案第12条没有试图详尽地列出有别于公司自身权利的股东的权利。国际法院在*巴塞罗那电车公司案*中提到股东最明显的权利是：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，这个清单并不详尽。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和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条款草案第12条须作狭义解释这一点。

(4)　条款草案第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规定，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇。[162]

第13条　其他法人

本章所载的原则应酌情适用于公司以外的其他法人的外交保护。

评注

(1)　本章的规定在此条之前一直侧重于一类特定的法人，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的特点：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承担有限责任的股东之间存在严格分别。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”是指某个人。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。

---

[157] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（上文脚注35），第36页，第46至第47段。

[158] 见上文脚注149。

[159] 见上文脚注151。

[160] *阿格罗泰克西姆等诉希腊案*（见上文脚注133）。

[161] 同上，第23页，第62段。

[162] 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149），第87至第88页。

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。国家通过法律的拟制将其等同于自然人，但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[163]和国际法院[164]均强调了这一点。

(4) 鉴于法人是国内法的产物，因此，目前存在范围广泛的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[165]（市政当局）或大学[166]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。[167]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。目前，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。[168]

(5) 由于公司以外的法人从目标和结构上讲都多种多样，因此不可能为每一类不同的法人都单独制定关于外交保护的规定。最明智和唯一现实的做法是拟订一条规定，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，本章所载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。这就要求必要的主管当局或法院考量有关法人的性质和功能，以决定是否“酌情”对其适用本章的任何一项规定。公司以外的法人大多没有股东，所以只有条款草案第9和第10条可以酌情适用于它们。然而，如果这种法人确有股东，则条款草案第11和第12条也可能对之适用。[169]

第三部分

当地救济

第14条 用尽当地救济

1. 除非有条款草案第15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

[163] *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日的法院判决，欧洲法院，《1988年欧洲法院汇编》，第5483页，第19段。

[164] *巴塞罗那电车公司案*，第二阶段，判决（上文脚注35），第33至第34页，第38段。

[165] 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页起，详见第73至第75页）。该公约是1922年5月15日在日内瓦签署的（见 G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, London, Oxford University Press, 1942, p. 572）。

[166] 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页起，详见第227至第232页）。

[167] 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，不过，其可以在处理国家机关问题的其他规则下得到保护。然而，私立大学有资格获得外交保护，私立中小学也一样，只要它们依照国内法享有法律人格。

[168] 又见 K. Doehring, “Diplomatic protection of non-governmental organizations”, 载于 M. Rama-Montaldo (ed), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994，第571至第580页。

[169] 这将适用于民法国家的有限责任公司，这种公司兼有一般公司和合伙企业的特性。

损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不可提出国际求偿。

2.“当地救济”指受害人可以在被指称应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

3. 在主要基于一国国民或条款草案第8条所指其他人所受损害而提出国际求偿或请求作出与该求偿有关的宣告性判决时，应用尽当地救济。

评注

(1) 条款草案第14条设法编纂关于实行外交保护之前必须用尽当地救济的习惯国际法规则。国际法院在工商业投资公司案中承认这一规则为“公认的习惯国际法规则”，[170]国际法院分庭在西电公司案中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。[171]用尽当地救济规则确保“违法的国家有机会在其国内制度的框架内用本国办法进行补救”。[172]国际法委员会以前在国家责任的范围内审议过用尽当地救济问题，认为这是一项得到司法裁决、国家实践、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。[173]

(2) 自然人和法人都需要用尽当地救济。部分或主要由公有资本供资的外国公司也需要用尽当地救济。实行保护的国家的非本国国民如有权条款草案第8条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地救济。

(3) 对“所有当地救济”一语，必须按照条款草案第15条加以理解。条款草案第15条描述了不需要用尽当地救济的例外情况。

(4) 在实行外交保护之前外国人必须用尽的可利用救济在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项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救济的主要类别。[174]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救济。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定给予上诉许可，那么，外国国民必须仍然向该法院申请上诉许可。[175]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”。[176]

(5) 此外，还必须用尽行政救济。不过，受损害的外国人只需要用尽可能导致约束性决定的救济。他不需要要求行政部门行使酌处权予以补救。当地救济不包括“旨在获得优惠而不是维护权利的”救济[177]，也不包括恩惠性的救济[178]，除非这种救济是随后开展诉讼程序的基本前提条件。要求宽厚对待和求助于监察员一般都属于这一类。[179]

(6) 为了以用尽当地救济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讼

---

[170] 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。

[171] 西电公司案（见上文脚注149），第42页，第50段。

[172] 工商业投资公司案（见上文脚注170），第27页。

[173] 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至第50页）；和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），第138页；本条的评注见第138至第139页。

[174] 在安巴蒂耶洛斯求偿案中，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, *Local Remedies in International Law*, 2 nd ed., Cambridge University Press, 2004，第182至第192页。

[175] 这其中包括在美国最高法院进行的调卷程序。

[176] B. 斯科武·尼尔森诉丹麦案，诉请书编号：343/57。1959年9月2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：332/57，1958年8月30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308页起，详见第318至第322页。

[177] 德贝克诉比利时案，诉请书编号：214/56，1958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。

[178] 见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。

[179] 见阿韦纳案（上文脚注29），见第63至第66页，第135至第143段。

程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的基本论点。在西电公司案中，国际法院的分庭指出："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。"[180] 与芬兰船舶仲裁案中阐明的更为严格的标准相比，这一标准更为可取："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"。[181]

(7) 因此，求偿国必须提出其在用尽当地救济过程中所具备的证明其要求的实质内容的证据。[182] 不能利用外交保护提供的国际救济来弥补在国内一级提出要求时的准备不当或表述不当。[183]

(8) 条款草案第14条没有考虑到"卡尔沃条款"[184]，主要是拉丁美洲国家在19世纪末、20世纪初使用这种条款，用于迫使外国人在与东道国订立的合同所致纠纷方面放弃国际救济，进而只限于求助当地救济。资本输出国极力否定这种条款的有效性，[185] 理由是，按照马夫罗马蒂斯案[186] 中的规则，外国人无权放弃属于国家而非其国民的权利。尽管如此，"卡尔沃条款"被视为拉丁美洲的区域惯例，构成许多国家的国家认同的一部分。在东道国构成国际不法行为（如：拒绝司法）的行动方面，或在对外国人的损害是其国籍国的直接关注的情况下，如果把"卡尔沃条款"理解为完全放弃国际保护，就很难与国际法取得一致。[187] 如果认为外交保护框架内所保护的权利是所保护个人的权利而不是保护国的权利，那么，反对"卡尔沃条款"就一般国际法而言的有效性显然不具有那么强的说服力。[188]

(9) 第3款规定，用尽当地救济规则仅适用于求偿国因其国民而"间接"受到损害的情况。如果求偿国因另一国的不法行为而直接受到损害，则不适用此规则，因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际要求。[189]

(10) 实际上，如果要求是"混合"的，即要求既包括对国家的损害，又包括对其国民的损害，就很难确定要求是"直接"还是"间接"的。提交国际法院的许多争端都属于混合要求。在美国驻德黑兰外交和领事人员案[190] 中，伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国负有的保护其外交官和领事的义务，同时，被劫持为人质的美国国民（外交官和领事）也受到损害；在工商业投资公司案[191] 中，瑞士就两种不法行为提出要求，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，国际法院将要求作为直接违反国际法处理；在工商业投资公司案中，国际法院认为要求主要是间接的，而工商业投资公司未用尽当地救济。在2000年8月11日逮捕证案中，刚果民主共和国及其国民（外交部长）受到直接损害，但国际法院认定要求不是在国民保护范畴内提出的，因此，刚果民主共和国不必用尽当地救济。[192] 在阿韦纳案中，墨西哥设法借助《维也纳领事关系公约》为在美国被判死刑的墨西哥国民寻求保护，论点是，由于美国没能根据《公约》第三十六条第（一）款授予这些墨西哥国民以领事联络渠道，墨西哥"本身直接并通过其国民"受到了损害。国际法院支持了这个论点，因为存在"国家权利与个人权利的相互依存关系"。[193]

(11) 在混合要求的情况中，法庭必须审查要求的不同要素，决定主要要素是直接的还是间接

[180] 西电公司案（见上文脚注149），第46页，第59段。

[181] 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1502页。

[182] 见安巴蒂耶洛斯求偿案（上文脚注174）。

[183] 见D. P. O'Connell, *International Law*，第2卷, 2nd ed., London, Stevens, 1970, p. 1059。

[184] 见上文脚注156。

[185] 一般情况见 D. R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955。

[186] 见上文脚注26。

[187] 德克萨斯北美疏浚公司（美国）诉墨西哥合众国案,《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第26页。

[188] 见上文条款草案第1条评注第(5)段。

[189] 这个议题的一般情况，见 C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*（上文脚注174），第145至第168页。

[190] 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。

[191] 见上文脚注170。

[192] 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17至第18页，第40段。

[193] 阿韦纳案（见上文脚注29），第35至第36页，第40段。

的。在西电公司案中，国际法院分庭驳回了美国关于其部分要求源自对条约的违背所以不必用尽当地救济的论点，裁定："本分庭毫不怀疑，影响并贯穿美国整个要求的事项是据称雷声和马彻里特［美国公司］受到的损害"。[194] 与主要要素标准密切相关的是必要条件或"纯粹因为"标准，这一标准的目的是要确定如果最初不是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被提出来。如果这一问题的答案是否定的，则这一要求为间接要求，必须用尽当地救济。但是，主要要素标准与"纯粹因为"标准之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这便证明了纯粹因为国民遭受损害才提出要求这一事实。在这种情况下，第3款规定只有一种标准，即主要要素标准。

(12) 为确定要求为直接要求或间接要求而采用的其他"标准"，与其说是标准，不如说是必须考虑的因素，以决定要求究竟主要是直接要求还是间接要求，或要求是否纯粹因为国民遭受损害才提出。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主体、要求的性质和所要求的补救。因此，在争端主体是政府官员[195]、外交官[196] 或国家财产[197] 的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民个人寻求金钱救济，要求就是间接的。

(13) 第3款明确规定，不仅是国际要求，在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性判决时，也必须用尽当地救济。虽然有一种观点得到支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害要求，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救济，[198] 但在有些情况下，求偿国寻求就据称被告国在非法对待求偿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，需要用尽当地救济。[199]

(14) 条款草案第14条要求受害人自己必须用尽当地救济。这并不排除由于另一人已将同一要求的实质内容提交被告国法院而导致已用尽当地救济的可能性。[200]

第15条 当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

(*a*) 不存在合理可用的能提供有效补救的当地救济，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性；

(*b*) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；

(*c*) 在发生损害之日受害人与被指称应负责国家之间没有相关联系；

(*d*) 受害人明显被排除了寻求当地救济的可能性；或

(*e*) 被指称应负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。

评注

(1) 条款草案第15条涉及用尽当地救济规则的例外。(*a*) 款和 (*b*) 款涉及当地法院没有提供救济的可能性的情况，(*c*) 款和 (*d*) 款涉及要求受伤害的外国人提出要求必须以用尽当地救济为前提属不公平或不合理的情况，这些都是用尽当地救济规则的明显例外。(*e*) 款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地救济的要求。

---

[194] 西电公司案（见上文脚注149），第43页，第52段；另见工商业投资公司案（上文脚注170），第28页。

[195] 见2000年8月11日逮捕证案，《2002年国际法院汇编》（上文脚注192），第40段。

[196] 见美国驻德黑兰外交和领事人员案（上文脚注190）。

[197] 科孚海峡案，案情，判决，《1949年国际法院汇编》，第4页。

[198] 见1946年3月27日美利坚合众国与法国的空运协定案，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页起，详见第29页，第41段。

[199] 见工商业投资公司案（上文脚注170），第28至第29页；和西电公司案（上文脚注149），第43页。

[200] 见西电公司案（上文脚注149），第46页，第59段。

(*a*) 款

(2) (*a*) 款涉及的用尽当地救济规则例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。拟订规则描述由于司法无效而不必用尽当地救济的情况时，有三个选择需要考虑：

（一） 当地救济显属徒劳；

（二） 当地救济没有合理的成功机会；

（三） 当地救济不具有实现有效补救的合理可能性；

所有三种选择都得到了权威意见的一定支持。

(3) 仲裁员巴奇在芬兰船舶仲裁案[201] 中阐释的“显属徒劳”标准所规定的门槛过高。另一方面，欧洲人权委员会在几项决定[202] 中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。这样，就剩下第三种选择，它既避免“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，当地救济不能提供有效补救的合理可能性。这一标准源于赫希 • 劳特帕特爵士在挪威公债案[203] 中的个别意见，并得到了法学家著作[204] 的支持。然而，这个标准没有包含委员会在国家对国际不法行为的责任条款[205] 中所认可的当地救济的可用性要素，这个要素有时被法庭[206] 和著作者[207] 认为是这项规则的一个组成部分。由于这个原因，(*a*) 款的标准扩大到要求“不存在合理可用的”能提供有效补救的“当地救济”，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性。这样措辞的标准得到司法裁决的支持，这些裁决认为，在以下情况当中，不需要用尽当地救济：当地法院对所涉争端没有管辖权；[208] 当地法院不会审查为外国人申诉的行为进行辩护的国家法律；[209] 当地法院极其缺乏独立性；[210] 存在持续的对外国人不利的既定判例；[211] 当地法院无权给予外国人适当、充分的救济；[212] 被告国没有适当的司法保护制度。[213]

---

[201] 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1504页。

[202] 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：712/60，1961年12月16日的裁决，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页起，详见第400页；X、Y 和 Z 诉联合王国案，诉请书编号：8022/77和8027/77，1979年12月8日的裁决，欧洲人权委员会，《决定和报告》，第18卷，第66页起，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173），第50页，第 (60) 段。

[203] 挪威公债案，判决，《1957年国际法院汇编》，第9页，详见第39页。

[204] 见 G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht - the scholar as judge”, BYBIL，第37卷 (1961)，第1页起，详见第60至第61页；和 M. Herdegen, “Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen”, in G. Ress and T. Stein（编）, *Der diplomatische Schutz im Völker-und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966)，第63页起，详见第70页。

[205] 第44条要求当地救济是“可利用的有效”的（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页）。

[206] 在洛温案（见上文脚注59）中，法庭指出，用尽当地救济规则要求受害人必需“用尽有效和充分的”并且他“合理可用的救济”（第168段）。

[207] 见 C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*（上文脚注174），第181至第182页起，详见第203至第204页。

[208] 见帕涅韦兹斯–萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注26），第18页；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页起，详见第789页；罗莎 • 格尔布特伦克索赔案，1902年5月2日的判决，和“特里温福公司”案（上文脚注136），分别见第463至第466页和第467至第479页；“洛蒂梅”号事件案（洪都拉斯和联合王国间的仲裁），1899年4月18日的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第23页起，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203），第39至第40页；和芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1535页。

[209] 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（出售品编号：1949.V.2），第1405页；安巴蒂耶洛斯求偿案（上文脚注174），第119页；和工商业投资公司案（上文脚注170），第28页。

[210] 见罗伯特 • E. 布朗（美国）诉大不列颠案，1923年11月23日的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3），第120页；贝拉斯克斯 • 罗德里格斯诉洪都拉斯案，1988年7月29日的判决，美洲人权法院，C 辑，第4号（另见《国际法律资料》，第28卷（1989年），第291页起，详见第304至第309页）。

[211] 见帕涅韦兹斯–萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注26）；“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页起，详见第1773页；“塞古兰卡”号轮船案，1939年9月27日的裁决，同上，第1861页起，详见第1868页；芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1495页；X 诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：27/55，1956年5月31日的裁决，欧洲人权委员会，1955、1956和1957年的《文件和裁决》，第138页；X 诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：352/58，1958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页起，详见第344页；和 X 诉奥地利案，诉请书编号：514/59，1960年1月5日的裁决，《1960年欧洲人权公约年鉴》，第196页起，详见第202页。

[212] 见芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1496至第1497页；贝拉斯克斯 • 罗德里格斯诉洪都拉斯案（见上文脚注210）；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，《判决和决定》，A 辑，第319卷，第3页起，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，《判决和裁决汇编》，1997-II，第33号，第495页起，详见第509页，第37段。

[213] 见穆希基瓦博等诉巴拉亚格维扎案，1996年4月9日

(4) 要达到 (*a*) 款的要求，受害人仅仅表明成功的可能性很低或进一步上诉有困难或费用昂贵还不够。标准不是看是否可能取得成功的结果，而是被告国的国内制度是否有提供有效救济的合理可能性。这一点必须结合当地法律和普遍情况来定，是一个应由负责审查有无用尽当地救济这一任务的主管国际法庭决定的问题。就这一事项作出决定时，必须假定有关要求是有价值的。[214]

(*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，可以免除用尽当地救济的要求，编纂努力[215]、人权文书和实践[216]、司法裁决[217]和学者意见等都确认了这一点。难以赋予“无理拖延”以客观的内容或含义，或试图规定一个执行当地救济的时限。对每一案件都须依案件事实作出判断。正如英国－墨西哥索赔委员会在*埃尔奥罗矿业公司案*中所说：“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。”[218]

(6) (*b*) 款明确规定，救济过程拖延是据称对外国人所受损害负责的国家造成的。这里使用“救济过程”而不使用“当地救济”，是为了涵盖援引和执行当地救济以及引导当地救济的整个过程。

(*c*) 款

(7) 条款草案第15条 (*a*) 款所载的用尽当地救济规则的例外，说的是在当地救济并非合理可用或“不具有提供有效补救的合理可能性”时无需用尽当地救济，并不包括当地救济可用，且具备提供有效补救的合理可能性，但用尽当地救济不合理或对受害外国人造成巨大困难的情况。例如，即使存在有效的当地救济，但在以下情况下要求受害人用尽当地救济不合理也不公平：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；或其所乘坐的飞行器因飞越另一国领空而被击落。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，无需用尽当地救济。

(8) 有些文献支持以下观点，在要求用尽当地救济的所有案例中，受损害的个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。[219] 这一看法的支持者认为，外交保护和当地救济规则的性质近来已有重大变化。外交保护早期历史的特点是，在一外国居住和经商的外国人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，包括为纠正不法行为提供的手段的这一理论，可要求他用尽当地救济。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。这方面的例子有：跨界环境损害（如1986年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纳维亚造成放射性沉降）和击落误入一国领

的裁决，《国际法律资料》，第107卷（1997年），第457页起，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1988年9月12日第01 a/88号决议，第9755号案：智利，《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）。

[214] 见*芬兰船舶仲裁案*（上文脚注178），第1504页；*安巴蒂耶洛斯求偿案*（上文脚注174），第119至第120页。

[215] 见特别报告员F. V. 加西亚•阿马多尔在关于国家责任的初步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至第231页起，详见第223至第225页；和哈佛法学院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，载于Sohn和Baxter，前引文（见上文脚注71），第577页。

[216] 《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，《根据任择议定书作出的决定选编》（第二至至十六届会议）（联合国出版物，出售品编号：E.84.XIV.2），第1卷，第57页起，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，《裁决和判决》，第67号，第64页，第38段；*埃尔多安诉土耳其案*，诉请书编号：19807/92，1996年1月16日的裁决，欧洲人权委员会，1996年，《裁决和汇编》，第84-A卷，第5页起，详见第15页。

[217] 见*埃尔奥罗矿业和铁路有限公司（大不列颠）诉墨西哥合众国案*，1931年6月18日第55号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第191页，详见第198页；和*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。

[218] 见上文脚注217。

[219] 见C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*（上文脚注174），p.169；和T. Meron，“The incidence of the rule of exhaustion of local remedies”，1959年《英国国际法年鉴》，第35卷，第83页起，详见第94页。

空的飞机（如1955年7月27日空中事件案[220]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，是外国人承担在外国的风险。只有外国人自愿地接受被告国管辖，才可要求他用尽当地救济。

(9) 司法判例和国家惯例都没有就此类用尽当地救济规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在工商业投资公司案[221]和萨利姆案[222]中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他案件[223]中，法庭判定在受害外国人与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍适用当地救济规则。在挪威公债案[224]和1955年7月27日空中事件案[225]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耳冶炼厂案[226]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救济。这一案例和其他因不存在自愿联系而免除当地救济的案例[227]，被解释为支持把自愿服从司法管辖的要件作为适用当地救济规则的先决条件。不过，在这些案件中，没有坚持适用当地救济规则也可以作其他解释，比如是提供了无需用尽当地救济的直接损害例子，或有关仲裁协定没有要求用尽当地救济等。

(10) (*c*) 款没有用“自愿联系”一词来描述这一种例外，因为它强调受损害个人的主观意愿，而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。实践中，这样的主观标准很难证明。因此，(*c*) 款要求受损害的外国人与东道国之间存在“相关联系”而非自愿联系。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损害的个人是否在东道国领土上停留、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。“相关”一词最有利于法庭考虑在发生损害情况下受损害的个人与东道国之间关系的核心要素，以确定受损害的外国人是否承担了接受东道国裁判的风险。在损害发生之日，受损害的个人与被告国之间不得存在“相关联系”。

(*d*) 款

(11) (*d*) 款是为了规定，在根据全部案情判断，要求遵守用尽当地救济规则明显属于不合理时，法庭有权免除此项要求。本款是逐渐发展中的一项实践，须作狭义理解，受害人须承担举证责任，不仅证明在用尽当地救济方面存在严重障碍和困难，而且证明自己“明显”被排除了寻求这种救济的可能。没有尝试列出允许这一例外的因素的综合清单。可能明显排除用尽当地救济的情况或许可包括：被告国以法律手段或威胁人身安全的手段阻止受害人进入该国领土、从而使之没有机会到当地法庭提起诉讼；或者，被告国的犯罪集团阻碍受害人提出此类诉讼。虽然受害人本应承担在被告国法庭提起诉讼的费用，但有些情况下这种费用过高，“明显排除”了遵守用尽当地救济规则的可能。[228]

(*e*) 款

(12) 国家可能愿意放弃用尽当地救济的要求。由于此规则旨在保护被控不当对待外国人的国家的利益，有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明：

---

[220] 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，1959年5月26日的判决，《1959年国际法院汇编》，第127页。

[221] 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170），第27页。

[222] 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72），第1202页。

[223] 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178）和安巴蒂耶洛斯求偿案（见上文脚注174）。

[224] 挪威公债案（法国诉挪威），法国的口头答辩，《1957年国际法院书状》，第一卷，第408页。

[225] 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，以色列的口头答辩，《1959年国际法院书状》，第531至第532页。

[226] 特雷耳冶炼厂案，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1905页。

[227] 弗吉尼厄斯号案（1873年），见于J. B. 穆尔，《国际法文摘》，第二卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1906年，第895页，详见第903页；和杰西案，见于《美国国际法学报》，第16卷（1922年），第114至第116页。

[228] 关于费用对用尽当地救济的影响，见洛温案（上文脚注59），第166段。

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，因为根据该条规则，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项辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。[229]

(13) 放弃当地救济的形式有多种。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；可见于外国人和被告国之间的契约；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；也可见诸国家与外国人所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地救济是有效的。放弃这一要求是当代国家实践一个常见特征，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个条件。

普遍同意明示放弃不管载于国家间协定或载于国家与外国人间的契约，都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。[230]

(15) 放弃当地救济不得是随便默示的。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。"[231]

(16) 但是，如果当事方放弃当地救济的意愿是明确的，则必须落实这个意愿。司法裁决[232]与法学家的著作[233]都支持此结论。对于在什么情况下可以默示放弃当地救济的愿意，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同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救济的要求。"[234]国际法院分庭在西电公司案中确认在这种情况下，基本上不推定暗示或默示放弃。[235]在发生有关争端后才缔结的仲裁协定，比较容易默示放弃当地救济。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救济规则作出规定，则可以说是默示放弃该规则。

(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救济，[236]但考虑到国际法中对不容反悔理论尚无定论，因此 (*e*) 款在关于放弃的规则的措辞中没有提

---

[229] 维维安娜•加利亚多等人案，1981年11月13日的裁决，G 101/81号，美洲人权法院，《判决和意见》，A辑，第26段（另见《国际法律汇编》，第67卷（1984年），第587页）。另见西电公司案（上文脚注149），第42页，第50段；及德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（"比利时流浪案"），1971年6月18日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第12页（另见《国际法律汇编》，第56卷（1980年），第337页，详见第370页，第55段）。

[230] 见维维安娜•加利亚多等人案（上文脚注229）和德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（"比利时流浪案"）（同上）。

[231] 西电公司案（见上文脚注149），第42页，第50段。

[232] 例如见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案，第322号案（1928年3月30日），*Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928*, A. D. McNair and H. Lauterpacht（编）, London, Longman, Green and Co., 1931, p. 472；及美国国际集团公司诉伊朗伊斯兰共和国案，1983年12月19日第93-2-3号裁决，《伊朗–美国索赔法庭汇编》，第4卷，剑桥，格鲁希阿斯，1985年，第96页。

[233] 例如见S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publishers, 1987，第117至第121页。

[234] F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", 1967年《英国国际法年鉴》，第42卷，第32页。

[235] 见上文脚注149。在帕涅韦兹斯–萨尔杜提斯基铁路案（见上文脚注26）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救济规则（正如范艾辛加法官在反对意见中所主张的那样，同上，第35至第36页）。

[236] 见西电公司案（上文脚注149），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，《国际法律汇编》，第102卷（1996年），第216页起，详见第285页，第6.33段；和福蒂等人案，案情，1982年12月10日的判决，同上，第71卷（1986年），第366页起，详见第380页，第46段。

及不容反悔。较明智的做法是允许将可推定为放弃当地救济的行为当作默示放弃。

第四部分

杂项规定

第16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、法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) 关于外交保护的习惯国际法规则与关于人权保护的规则是相辅相成的。因此，本条款草案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此人的权利。本条款也无意干涉从事人权保护的自然人和法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。

(2) 一个国家可根据下列文书，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至第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*[237] 中表示的国家不能提起法律程序来保护非本国国民权利的意见，须参照国家对国际不法行为的责任条款[238] 加以修订。国家对国际不法行为的责任条款第48条第(1)款(*b*)项允许在所违背义务是对整个国际社会承担的义务时，由受害国以外的国家援引另一国的责任，[239] 而不必达到实行外交保护的要求。[240]

(3) 根据国际人权公约，个人也享有保护自己不受损害国损害的权利和救济，不论损害国是该个人的国籍国还是另一国。为达到这一目的最经常利用的是向国际人权监测机构请愿的权利。[241]

(4) 国际法之下的个人权利也可源于人权框架以外。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”；[242] 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。”[243] 已经在国家对国际不法行为的责任条款草案里增添了一项保留条款即第33条，以顾及国际法的这一发展。[244]

(5) 条款草案第16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有关条约可以采取的行动或程序。但是条款草案第16条没有涉及国内救济。

(6) 为因国际不法行为遭受的损害取得补救而要求外交保护以外的救济办法的权利一般赋予国

---

[237] *西南非洲案*，第二阶段，判决，《1966年国际法院汇编》，第6页。

[238] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第145页（第48条评注，脚注725）。

[239] 又见辛马法官在*刚果境内的武装活动案*（*刚果民主共和国诉乌干达*）中的个别意见，判决，《2005年国际法院汇编》，第168页起，详见第347至第350页，第35至第41段。

[240] 第48条第(1)款(*b*)项不受国家对国际不法行为的责任条款第44条的影响，后者要求援引另一国责任的国家遵守与求偿国籍有关的规则并用尽当地救济。该项也不受本条款草案的影响（参照 E. Milano, “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?”, *Netherlands Yearbook of International Law*，第35卷(2004)，第85页起，详见第103至第108页）。

[241] 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；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》。

[242] *拉格朗案*（见上文脚注28），第494页，第77段。

[243] *阿韦纳案*（见上文脚注29），第36页，第40段。

[244] 本条第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）。

家、自然人或法人，其中，“法人”包括公司和条款草案第13条设想的其他类型的法人。然而，可能也有并不具备法律人格的“其他法律实体”也被赋予了就因国际不法行为遭受的损害提出求偿的权利。组织结构松散的受害者协会就是这种“其他实体”的一例，这种协会有时会被赋予在负责落实人权的国际机构提出主张的地位。在有些情况下，政府间机构可能也属于这一类；民族解放运动也是如此。

(7) 条款草案第16条表明，本条款草案不影响国家、自然人和法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，它并不必然放弃为某人实行外交保护的权利，如果此人是其国民或条款草案第8条所指的人。

第17条 国际法的特别规则

在本条款草案与国际法特别规则，如关于投资保护的条约规定不符的情况下，本条款草案不适用。

评注

(1) 某些条约，特别是那些保护外国投资的条约，包含着一些有关解决争端的特别规则，这些规则排除或在很大程度上背离关于外交保护的规则。这些条约放弃或放松了实行外交保护所要求的条件，特别是那些涉及求偿国籍和用尽当地救济的规则。双边投资条约和多边的《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》便是这类条约的基本实例。

(2) 外国投资目前基本上由双边投资条约加以规范和保护。[245] 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项这样的协定。双边投资条约的一个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，或诉诸解决投资争端国际中心根据《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》所设立的法庭，投资者与所在国直接解决投资争端。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《公约》所提供的解决争端程序为外国投资者提供了较大的便利，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，避免了外交保护的可裁量性所固有的政治不确定性，并且免除了实行外交保护所需满足的条件。[246]

(3) 条款草案第17条表明，本条款草案不适用于双边和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，案文所用的措辞是，本条款草案“在”与双边投资条约的规定不符的“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，本条款草案仍然适用。

(4) 条款草案第17条提及“条约规定”而不是“条约”，因为除专门用于保护投资的条约以外的其他条约也可能规范对投资的保护，如友好商业航运条约。

第18条 船员的保护

船舶船员的国籍国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致使船员受到伤害时，不论国籍为受害船员寻求补救而受到影响。

评注

(1) 条款草案第18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，船只的国籍国也有权在船员因国际不法行为给船只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，即这一权利已经被船只国籍国的权利所取代。同时，也有必要承认，船只的国籍国有权为全体船员寻求救济。

[245] 国际法院在巴塞罗那电车公司案（第二阶段，判决（见上文脚注35），第47页，第90段）中承认了这一点。

[246] 《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第27条第(1)款规定：“缔约国对于它本国的一个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。”

虽然由于在船舶的船旗国与全体船员之间缺乏国籍联系，故这不能称为外交保护，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[247]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) 美国早期的实践尤其支持这种习惯。根据美国法律，外国海员在美国船舶上供职时历来有权受到美国的保护。美国的观点是，一个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。[248]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。[249]但是，包括美国在内，[250]对于这一做法是否能够证明存在着一项习惯规则，尚存有疑问。[251]

(4) 国际仲裁裁决在国家向非国民海员提供外交保护的权利问题上尚无定论，但倾向于支持而不是反对这一权利。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”。[252]“*孤独*”*号案*[253]的起因是一艘加拿大船只被美国海岸警卫队击沉，加拿大政府在该案中成功地代表三名非国民船员提出赔偿要求，认为在代表船只提出求偿时，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为外国船员实行外交保护的权利。[254]

(5) 1999年，*海洋法法庭*对“*赛加羚羊*”*号轮案*[255]作出的裁定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只和船员。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只及其船员，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一争议视为关于对圣文森特的直接损害的争议，[256]但法庭的推理表明，法庭还将该事项视为一个与外交保护相近但又有不同的保护船员的案件。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。[257]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”。[258]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。[259]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”。[260]

---

[247] 见H. Myers, *The Nationality of Ships, The Hague*, Martinus Nijhoff, 1967，第90至第107页；R. Dolzer, “Diplomatic protection of foreign nationals”, in R. Bernhardt（编）, *Encyclopaedia of Public International Law*，第1卷, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1067；和I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 460。

[248] 见*罗斯案*，*United States Reports*，第140卷 (1911)，p. 453。

[249] 见哈克沃思，前引书（上文脚注64），第三卷，第418页和第四卷，第88至第884页。

[250] 2003年5月20日发给国际法院的信函（现由联合国法律事务厅编纂司收存）。

[251] 见A. Watts, “The protection of alien seamen”,《国际法和比较法季刊》，第7卷（1958年），第691页。

[252] *麦格里迪案*（美国诉墨西哥），J. B. Moore, *International Arbitrations*，第3卷，p. 2536。

[253] “*孤独*”*号案*（加拿大诉美国），《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1609页。

[254] *伤害赔偿案*（见上文脚注23），第202至第203页（哈克沃思法官）和第206至第207页（巴达维•帕夏法官）。

[255] “*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年海洋法法庭报告》，第3卷，第10页。

[256] 同上，第45至第46页，第98段。

[257] 同上，第47页，第103段。

[258] 同上，第104段。

[259] 同上，第47至第48页，第105段。

[260] 同上，第48页，第106段。

(7) 对于允许船旗国为船舶的船员寻求补救，存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“赛加羚羊”号轮案中对这一点予以承认，当时法庭提请注意“船只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。假如每个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”。[261] 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更为容易，也更有效率。

(8) 对于船旗国为船员寻求救济的权利，存在着大量合理的支持。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。国籍国的外交保护和船旗国为船员寻求救济的权利都应得到承认，对于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，比如工作条件差，或来自第三国的困难，比如在船只被扣押时。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。

(9) 船旗国为船员寻求救济的权利并不限于对船舶受损害过程中蒙受的损害的救济，也包含与国际不法行为造成船舶损害有关的、因船舶受损而导致的损害。所以，船舶本身被非法扣押后船员遭受非法逮捕和羁押的情况也引起这种权利。

第19条 建议的做法

按照本条款草案有权实行外交保护的国家应：

(*a*) 充分考虑实行外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时；

(*b*) 对于诉诸外交保护和寻求赔偿之事，尽可能考虑受害人的意见；并且

(*c*) 把从责任国获得的任何损害赔偿在扣除合理费用之后转交受害人。

评注

(1) 国家外交保护方面的有些做法尚未获得习惯法规则地位，也不大可能在法律的逐渐发展过程中转化为法律规则。但是，它们是值得采取的做法，是外交保护的必要特点，作为保护人权和外国投资者的手段而为外交保护增添力量。条款草案第19条建议各国在实行外交保护时考虑这些做法，它建议各国“应 (should)”遵循某些做法。这种建议式而非规定式措辞的使用并非从未见诸于条约，不过，也不能称为条约的常见特点。[262]

(2) (*a*) 款建议各国考虑为遭受重大损害的国民实行外交保护的可能性。以国际法为手段对人加以保护，这是当今国际法律秩序的主要目标之一，大会2005年9月16日通过的关于2005年世界首脑会议成果的第60/1号决议重申了这一点。[263] 这种保护可以通过许多不同的途径得以实现，包括领事保护、求助于国际人权条约机制、由安全理事会或其他国际机构提起刑事诉讼或采取行动，以及外交保护。哪一种程序或救济最有可能实现有效保护的目标，这必然取决于每个案件的具体情况。如果涉及的是保护外国公民，外交保护显然是有关国家应认真考虑的救济之一。毕竟，外交保护是历史最长的救济办法，其有效性是有案可稽的。条款草案第19条 (*a*) 款是在提醒各国考虑采取这种救济程序的可能性。

(3) 在国际法之下，一国并没有义务一定要为受到可归因于另一国的国际不法行为损害的国民实行外交保护。国家实行外交保护的权利的酌处性质在本条款草案第2条中得到确认，国际法院[264] 和国家法庭[265] 也是如此主张的，这在条款草案第2条的评注中已经说明。尽管如此，对另一种意见的支持也在增多，即国家或依国际法，或依国内法，有一定义务——无论多么不完善——为在国外遭遇重大侵犯人权行为的国民提供保护。许多国家的宪法

[261] 同上，第107段。国际

[262] 例如，《联合国宪章》第三十六条第三项规定，在就解决争端的适当程序提出建议时，“安全理事会……同时理应* 注意凡具有法律性质之争端，在原则上，理应* 由当事国依国际法院规约之规定提交国际法院”。《日内瓦海洋法公约》也采用“should”而不是“shall”。1958年《日内瓦公海公约》第三条规定，“为了与沿海国平等享受公海自由，各无海岸国均应* 有权自由进入海洋。”。另见1982年《联合国海洋法公约》第27、28、43和第123条。

[263] 第119至第120段和第138至第140段。

[264] 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第44页。

[265] 例如见阿巴西和朱马诉外交和联邦事务大臣与内政部大臣案（上文脚注37）及卡翁达等诉南非共和国总统等案（同上）。

都确认个人有权就在国外遭受的损害取得外交保护，[266] 这项权利必然连带着国家实行保护的相应责任。此外，一些国家法院的裁决表明，虽然一国可以酌定是否实行外交保护，但该国有义务在接受司法审查的前提下设法协助国民，其中包括充分考虑实行外交保护的可能性的义务。[267] 在卡翁达案中，南非宪法法院指出：

> 政府或许有责任按照国际法之下的义务，采取行动保护其公民不受严重侵犯国际人权标准的行为之害。在这种情况下，如果证据确凿，将很难拒绝关于请政府提供援助的要求；如果是极端情形，则可能无法拒绝。政府不大可能拒绝这种请求，但是，如果拒绝了，可将这一决定提交法院审判，法庭将可责令政府采取适当行动。[268]

在这种情况下，完全可以认真地提出，国际法已经承认，国家有某种义务考虑为在国外遭受严重损害的国民实行外交保护的可能性。如果说习惯国际法还没有达到这样的发展阶段，则必须将条款草案第19条 (*a*) 款视为逐渐发展过程中的一步。

(4) (*b*) 款规定，在实行外交保护方面，国家“应对于诉诸外交保护和寻求赔偿之事，尽可能考虑受害人的意见”。在实践中，实行外交保护的国家在评估所要求的损害赔偿时，确实顾及了外国人所受损害的道义后果和物质后果。[269] 为此，显然需要征求受害人的意见。是否要求通过赔偿而达成抵偿、恢复原状或补偿的决定也是如此。一些学者据此提出论点认为，条款草案第19条 (*b*) 款中所包含的劝诫本身已经是习惯国际法的一项规则[270]。若非如此，也必须把条款草案第19条 (*b*) 款视为逐渐发展的一步。

(5) (*c*) 款规定，国家应该把从责任国获得的任何国民损害赔偿转交受损害的国民。这项建议意在鼓励下述一种普遍的看法，即国家在这些事项中具有绝对的酌处权，没有义务将在外交保护基础上索赔而得的金钱转交受损害的国民。这种见解植根于马夫罗马蒂斯案规则以及一系列司法裁决。按照马夫罗马蒂斯案中的意见，在实行外交保护时，国家是在维护自己的权利，成为“唯一的要求人”。[271] 因此，符合逻辑的推断是，在个人的利益方面、在解决求偿方面或在所得到的任何赔偿的支付方面，对于国家并没有任何限制。国家在实行外交保护方面具有“完全的行动自由”，这一点在巴塞罗那电车公司案[272] 中得到确认。尽管马夫罗马蒂斯案的逻辑由于要根据个人所受损害计算损害赔偿额的做法[273] 而受到削弱，而这种计算做法据称是习惯国际法的一项规则，[274] 但仍然有意见坚持认为国家在处置所收到的赔偿方面具有绝对的酌处权。这一点体现于美国－德国混合索赔委员会首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案中的意见：

> 在行使这种控制方面，［国家］不仅要顾及有关求偿人的利益，还要顾及全体国民更大的利益，在确定求偿的提出、推动、撤回或妥协的时间和方式时，必须不受限制地行使酌处权，而个人则将接受所采取行动的约束。即使求偿国在裁决执行中得到赔偿，国家对得到和持有的赔偿金拥有完全的控制权，并且为预防欺诈、纠正错误或保护国家声誉，可能选择将资金返还支付国或以其他方式处理 *。[275]

---

[266] 见特别报告员关于外交保护的初步报告（上文脚注36）。

[267] 鲁道夫•赫斯案（上文脚注37），第392和第396页；阿巴西和朱马诉外交和联邦事务大臣与内政部大臣案（同上），第69段、第79至第80段、第82至第83段和第107至第108段。一般情况，见 A. Vermeer-Künzli, “Restricting discretion: judicial review of diplomatic protection”, *Nordic Journal of International Law*，第75卷 (2006), 第279页。

[268] 卡翁达等诉南非共和国总统等案（见上文脚注37），第69段。

[269] 霍茹夫工厂案，案情，1928年9月13日第13号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第17号，第28页；另见莫雷利法官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35），第223页。

[270] 见 B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973，详见第98页；和 L. Dubouis,“La distinction entre le droit de l’État réclamant et le droit au ressortissant dans la protection diplomatique”. *Revue critique de droit international privé* (October-December 1978)，第615页起，详见第624页。

[271] 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（上文脚注26），第12页。

[272] 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第44页，第79段。

[273] 见霍茹夫工厂案（上文脚注269），第28页。

[274] 见 Bollecker-Stern，前引书（上文脚注270）和 Dubouis，前引文（同上）。

[275] 第五号行政裁决案，1924年10月31日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷（出售品编号：1956.V.5），第119页起，详见第152页。

英国的一些司法裁决也有类似意见，[276] 有些人认为这是对国际法的准确表述。[277]

(6) 国家实践是否符合上述意见，这一点并不清楚。一方面，有些国家同意在多重个人索赔中采取一次付清的解决办法，在实践中，这会导致个人索赔所得远远少于索赔额。[278] 另一方面，有些国家颁布立法，确保裁定赔偿金公平分配给个人索赔人。此外，有明显证据表明，在实践中，各国确实会将外交索赔中所得的资金支付给受损害的国民。在第五号行政裁决案中，首席裁决员帕克说：

> 但是，如果是为指定国民提出要求并就这一具体要求获得裁决和得到赔款，则这样的赔款就不是国家资金，因为国家资金意味着收受国完全没有任何义务向个人求偿人作出说明，尽管是以该求偿人的名义提出求偿并以其名义得到支付，而且求偿人是该笔资金的真正所有人。在一些案件中，对就大量索赔提出要求的国家作出了一次总付裁决和赔偿，而作出裁决的法院没有对每项要求作出判决，也没有为任何指定求偿分配具体数额，从中可以发现大量受这种解释影响的误导性言论。相信没有任何案例可证实：国际法庭对代表指定国民提出赔偿要求的国家作出有利的判决，而收受赔款国在不存在欺诈和错误的情况下，会不愿就收到的全部赔偿额向指定国民或在其之下求偿的人作出说明。就美国而言，国会似将为抵偿具体索赔而支付给国家的资金视为“受托为美国公民或他人”持有。[279]

学者意见证实了这确实是国家实践。[280] 关于国家酌处权受到侵蚀的进一步证据见于那些规定如何分划裁定赔偿金的仲裁法庭裁决。[281] 此外，1994年，欧洲人权法院在博马丁案[282] 中裁定，就赔偿作出规定的国际协定可给予受损害人以可执行的赔偿权。

(7) (*c*) 款承认，国家从拟转给受害者的赔偿中扣除合理费用并非不当。作这种扣除最明显的理由是收回国家为争取对其国民的赔偿而付出的费用，或收回国家向他们提供货物或服务的费用。

(8) 虽然国家立法、司法裁决和学说在一定程度上支持削减国家向受损害国民扣付所得赔偿金的绝对权利，但这或许并不是一种成型的做法。国家对于限制自己处置裁定赔偿金的自由也不存在任何义务感。另一方面，公共政策、公平要求和对人权的尊重则支持削减国家在处置赔偿金方面的酌处权。条款草案第19条 (*c*) 款就是在这个背景下通过的。虽然这代表逐渐发展中的一步，但也得到国家实践和公平要求的支持。

---

[276] 内战索赔者协会诉 R. 案，United Kingdom, House of Lords, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting 1932*, 第14页；罗荷出口有限公司诉出口信贷担保署案，*The All England Law Reports 1996*，第4卷 , 第673页起，详见第687页。

[277] *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*，第2卷 , St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987，第348至第349页 ; 国务卿对阿斯洛普裁决的分配案（1912年），J. 鲁本 • 克拉克的意见，国务院（引于 G. H. 哈克沃思，《国际法文摘》，第5卷，第766页）；和B. Bollecker-Stern，前引书（上文脚注270），第108页。

[278] 见W. K. Geck, “Diplomatic protection” in R. Bernhardt（编），前引书（上文脚注247），第1058页；D. J. Bederman, “Interim report on ‘Lump sum agreements and diplomatic protection’”, 国际法协会，《第70次大会的报告》（2002年4月2日至6日，新德里），2002年，伦敦，第230页；R. B. Lillich, “The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973”，《美国国际法学报》，第69卷（1975年），第534页；和 R. B. Lillich 和 B. H. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1975。

[279] 第五号行政裁决案（见上文脚注275）。

[280] Geck，前引文（上文脚注278），p. 1057; F. V. Garcia-Amador, L. B. Sohn 和 R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1974, p. 151。

[281] 见B. Bollecker-Stern，前引书（上文脚注270），p. 109。

[282] 博马丁诉法国案，案件编号：15287/89，1994年11月24日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A 辑，第296-B 卷。